

法學碩士學位論文

業務上 創作한 컴퓨터프로그램의
著作權 歸屬에 관한 研究

2005年 2月

서울大學校 大學院

法學科

李 憲

法學碩士學位論文

業務上 創作한 컴퓨터프로그램의
著作權 歸屬에 관한 研究

2005年

서울대학교 大學院

法學科

李 憲

業務上 創作한 컴퓨터프로그램의

著作權 歸屬에 관한 研究

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2004年 10月

서울大學校 大學院

法學科

李 憲

李憲의 法學碩士 學位論文을 認准함

2004年 12月

委員長 李 昌 熙

副委員長 丘 大 煥

委 員 丁 相 朝

國文抄錄

소프트웨어 산업이 빠르게 발전해 감에 따라 프로그램 창작에 있어서도 예전과 다른 변화를 엿볼 수 있다. 컴퓨터프로그램이 해결해야 하는 과제는 점점 어려워지고 복잡해졌다. 소프트웨어 산업 초기에는 어떤 개인이 특수한 업무를 위하여 또는 특수한 컴퓨터를 위하여 소프트웨어를 개발하였으나, 오늘날의 소프트웨어 개발에는 수많은 노동력과 거대한 자본이 요구되므로 소프트웨어 회사 등의 기획 하에 수많은 프로그래머의 공동 작업을 통해 개발되는 것이 일반적이다. 이러한 점에서, 오늘날 개발되는 컴퓨터프로그램의 대부분은 업무상 창작되는 것이라고 하여도 과언은 아닐 것이다.

그렇다면 이와 같이 회사에 근무하는 피용자가 그 업무 수행 중에 컴퓨터 프로그램을 창작한 경우, 해당 프로그램의 저작자를 누구로 볼 것인가? 컴퓨터프로그램보호법(이하 '법'으로 줄임) 제2조 제2호는 '프로그램저작자'라 함은 '컴퓨터프로그램저작물을 창작한 자'를 말한다고 정의하고 있다. 법에 따르면 저작자에게는 해당 프로그램에 대한 저작권은 물론이고, 저작인격권도 귀속되며, 이러한 보호는 창작과 동시에 이루어진다. 이것이 바로 '창작자원칙'이다. 그러나 저작권이 창작자에게 원시적으로 귀속된다는 이러한 근본원칙에는 특별한 경우 예외가 인정된다. 이것이 바로 피용자가 업무를 수행하는 과정 중 창작한 프로그램의 경우이다. 이러한 업무상 창작한 프로그램의 저작권 귀속에 관하여 법 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제5조[업무상 창작한 프로그램의 저작자] 국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이

하 “법인 등”이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다.

법 제5조는, 피용자가 업무상 창작한 프로그램에 대하여 법인 등 사용자가 일정한 요건을 갖춘 경우에 저작자로 간주된다는 것을 분명히 하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법 제5조가 창작자원칙의 중요한 예외라는 점, 법 제5조를 적용함에 있어 자본을 투자한 사용자의 경제적 이익과 종업원의 지적 창작물에 대한 개인적·정신적 이익이 상호 충돌한다는 점 등을 고려할 때 동 규정의 적용범위를 해석함에 있어서는 그만큼 신중한 접근이 요구된다. 본 논문은 법 제5조에 관한 기존의 논의를 살펴보고 다른 나라의 입법례를 검토함으로써 업무상 창작한 프로그램의 법적 구조를 재exam하려는데 그 목적이 있다.

또한 컴퓨터프로그램을 개발·취득하는 방법에는 사용자가 자신의 종업원 등을 통해 직접 개발하여 취득하는 방법 외에도 외부의 전문프로그램개발자에게 위탁개발시켜 취득하는 방법도 있는 바, 우리 사회에서 컴퓨터프로그램의 개발과 관련하여 실제로 행해지는 계약관계를 살펴보면 그것이 법 제5조 소정의 업무상 창작에 해당되는 것인지, 아니면 도급계약에 해당되어 프로그램의 실제 창작자를 저작자로 보아야 할 것인지 여부를 판단하기가 어려운 경우가 적지 않다. 그리고 위와 같은 문제가 해결된다고 하더라도 저작인격권의 귀속과 관련하여 창작 당시의 권리자는 누구인지, 양도가능성이 있는 것인지 등의 다양한 문제가 뒤따르고 있으므로 이에 관하여도 검토하기로 한다.

주요어 : 업무상 창작물, 창작자원칙, 컴퓨터프로그램저작권, 위탁저작물,
저작인격권

학 번 : 2000-22143

目 次

國文抄錄

| | |
|------------------------------|----------|
| 目 次 | i |
| 第1章 序論 | 1 |
| 1. 研究의 目的 | 1 |
| 2. 研究의 範圍 | 4 |
| 第2章 制度의 比較 | 7 |
| 1. 著作權法上 ‘團體名義著作’과의 比較 | 7 |
| 가. 概要 | 7 |
| 나. 法人 등의 名義로 公表될 것 | 8 |
| 다. 記名著作物이 아닐 것 | 11 |
| 2. 特許法上 ‘職務發明’과의 比較 | 11 |
| 가. ‘職務發明’制度의 概觀 | 12 |
| (1) 意義 | 12 |
| (2) 要件 | 12 |
| (3) 效果 | 14 |

| | |
|-------------------------------|-----------|
| (4) 職務發明에 대한 補償 | 15 |
| 나. ‘職務發明’과 ‘業務上 創作’의 比較 | 16 |
| 다. 컴퓨터프로그램에 대한 職務發明 | 18 |
| (1) 問題의 所在 | 18 |
| (2) 美國에서의 論議 | 18 |
| (3) 特許性 認定 與否 | 21 |
| (4) 職務發明 | 23 |
| 第3章 外國의 立法例 | 24 |
| 1. 著作權 保護의 두 흐름 | 24 |
| 2. 獨逸 | 26 |
| 가. 概要 | 26 |
| 나. 一般 著作物의 경우 | 27 |
| 다. 컴퓨터프로그램에 관한 特則 | 29 |
| 라. 小結 | 32 |
| 3. 프랑스 | 32 |
| 가. 概要 | 32 |
| 나. 一般 著作物의 경우 | 34 |
| 다. 컴퓨터프로그램에 관한 特則 | 36 |
| 라. 小結 | 37 |

| | |
|--------------------------------------|-----------|
| 4. 美國 | 37 |
| 가. 概要 | 37 |
| 나. 立法經過 | 39 |
| 다. 雇用著作物の 法理 | 41 |
| 라. 小結 | 43 |
| 5. 英國 | 43 |
| 가. 概要 | 43 |
| 나. 著作權의 歸屬 | 44 |
| 다. 著作人格權의 歸屬 | 46 |
| 라. 小結 | 48 |
| 6. 日本 | 48 |
| 가. 概要 | 48 |
| 나. 一般 著作物の 경우 | 50 |
| 다. 컴퓨터프로그램에 관한 特則 | 50 |
| 라. 小結 | 52 |
| 7. 要約 | 52 |
| | |
| 第4章 컴퓨터프로그램保護法 第5條의 解釋論 | 55 |
| 1. 意義 | 55 |
| 가. 立法趣旨 | 55 |

| | |
|-----------------------------------|----|
| 나. 適用範圍 | 56 |
| 2. 要件 | 57 |
| 가. 使用者가 프로그램의 作成에 관하여 企劃할 것 | 58 |
| (1) 國家·法人·團體 그 밖의 使用者 | 58 |
| (2) 使用者가 企劃할 것 | 59 |
| (가) 概念 | 59 |
| (나) 比較法的 檢討 | 59 |
| (다) 企劃의 意味 | 62 |
| (라) 企劃의 認定 範圍 | 65 |
| 나. 法人 등의 業務에 從事하는 자가 作成할 것 | 66 |
| (1) 問題의 所在 | 66 |
| (2) 比較法的 檢討 | 66 |
| (가) 獨逸 | 66 |
| (나) 美國 | 68 |
| (3) 雇傭關係 | 79 |
| (4) 實質的인 指揮·監督關係 | 83 |
| (5) 派遣勤務 | 85 |
| (6) 長期間 療養·休職 | 88 |
| (7) 委任契約 및 都給契約 | 88 |
| 다. 業務上 創作한 프로그램일 것 | 91 |
| (1) 프로그램의 創作이 業務範圍 내에 속할 것 | 91 |

| | |
|---------------------------------------|------------|
| (2) 業務範圍의 判斷基準 | 93 |
| (3) 大學教授의 創作 | 94 |
| 라. 契約 또는 勤務規則 등에 다른 定함이 없을 것 | 98 |
| (1) ‘다른 定함’ | 98 |
| (2) 當事者 사이의 特約 | 99 |
| 3. 效果 | 102 |
| 가. 著作者 地位의 取得 | 102 |
| (1) 著作者의 地位 | 102 |
| (2) 著作權의 發生과 消滅 | 103 |
| 나. 保護期間 | 104 |
| 다. 被傭者의 報償請求權 | 108 |
| | |
| 第5章 委託開發된 컴퓨터프로그램著作權의 歸屬 | 112 |
| 1. 컴퓨터프로그램의 取得形態 | 112 |
| 2. 컴퓨터프로그램의 特性 | 113 |
| 가. 序言 | 113 |
| 나. 準産業財産權性 | 114 |
| 다. 繼續的 改良性 | 115 |
| 3. 委託開發의 法的 性質 | 117 |
| 가. 컴퓨터 關聯 契約 | 117 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 나. 개별소프트웨어契約의 法的 性質 | 119 |
| 다. 委託開發된 컴퓨터프로그램의 所有權 歸屬 | 120 |
| 4. 컴퓨터프로그램著作權의 歸屬의 問題 | 123 |
| 가. 問題의 所在 | 123 |
| 나. 컴퓨터프로그램著作權의 原始取得 | 125 |
| (1) 序言 | 125 |
| (2) 比較法的 檢討 | 125 |
| (가) 美國 | 125 |
| (나) 日本 | 135 |
| (3) 業務上 創作 規定의 適用 與否 | 139 |
| (가) 法人 등의 業務에 從事하는 者 | 139 |
| (나) 學說 | 139 |
| (다) 判例 | 141 |
| (라) 小結 | 154 |
| 다. 컴퓨터프로그램著作權의 承繼取得 | 163 |
| (1) 序言 | 163 |
| (2) ‘原始取得’約定의 效力 | 164 |
| (3) 컴퓨터프로그램著作人格權의 讓渡 | 166 |
| (가) 問題의 所在 | 166 |
| (나) 學說 | 167 |
| (다) 檢討 | 170 |

| | |
|---------------|-----|
| 第6章 結 論 | 173 |
|---------------|-----|

| | |
|--------------|-----|
| 1. 立法論 | 173 |
|--------------|-----|

| | |
|---------------------|-----|
| 2. 立法論에 대한 檢討 | 175 |
|---------------------|-----|

| | |
|---------------|---|
| 參 考 文 獻 | i |
|---------------|---|

ABSTRACT

第1章 序論

1. 研究의 目的

일반적으로 어떤 저작물의 저작자라고 말할 때는 원칙적으로 개인적, 정신적 창작행위에 의하여 스스로 그 저작물을 새로이 만들어 낸 사람을 일컫는다. 그러나 오늘날 독립된 지위에서 창작활동을 하는 저작자가 종속된 지위에서 창작활동을 하는 저작자에 비하여 숫자면으로 보나 전체 문화영역에서의 기여도로 보나 점점 우위를 잃는 것을 볼 수 있다. 예를 들어, 신문사, 출판사, 광고회사, 각종 연구소, 방송사, 영화사 등에서와 같이 종속관계에서 활동하는 저작자들의 저작물은 오늘날 저작권법상으로 보호되는 저작물의 대부분을 형성하고 있다.¹⁾

이와 같은 사실은 특히 컴퓨터프로그램에 관하여 현저하게 나타난다. 컴퓨터프로그램은 그 성질에 있어서나 그 창작방식에 있어서 소설이나 음악 또는 미술과 같은 문예저작물과는 다르다. 다시 말해서, 컴퓨터프로그램은 일정한 결과를 얻기 위해서 컴퓨터 내에서 사용되는 일련의 지시 또는 명령을 말하는 것으로서, 일정한 결과를 얻는다고 하는 기능이 중요시된다는 점에서 컴퓨터프로그램은 이른바 機能的 著作物에 해당되며, 사람을 대상으로 감정의 전달을 주된 목적으로 하여 창작되는 문예저작물과는 그 성질을 달리 한다. 이처럼 컴퓨터프로그램이 기능적 저작물이기 때문에 문예저작물과는 달리 2인 이상이 공동으로 개발하는 것이 용이하며, 다수의 프로그래머들이 특정 기업의 종업원으로서 서로 협력해서 하나의 프로그램을 개발하는

1) 안효질, “독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터프로그램에 대한 권리관계(상)”, 계간 저작권(1996. 가을호), 28면 참조.

경우가 빈번하다.²⁾

또한 오늘날은 컴퓨터 및 소프트웨어 산업의 급격한 발전과 더불어 프로그램 창작에 있어 예전과 다른 변화를 엿볼 수 있다.³⁾ 컴퓨터프로그램이 해결해야 하는 과제는 점점 어려워지고 광범위해졌다. 소프트웨어 산업 초기에는 흔히 어떤 개인이 특수한 업무를 위하여 또는 특수한 컴퓨터를 위하여 개별 소프트웨어를 개발하였으나, 소위 표준 소프트웨어가 소프트웨어 상품의 대중을 이루고 난 이후로는 개인에 의한 소프트웨어의 개발은 제한된 범위 내에서만 가능하게 되었다. 대부분의 표준 소프트웨어의 개발은 수많은 노동력과 거대한 자본의 투자를 요하므로 이는 소프트웨어 회사 등의 기획하에 수많은 프로그래머가 참여한 가운데 개발되는 것이 보통이다. 따라서 오늘날 개발되는 컴퓨터프로그램의 대부분은 업무상 창작되는 것이라고 해도 과언은 아닐 것이다.⁴⁾

이 경우 법인 등 그 사용자의 비용 및 경영 위험으로 저작물을 창작하는 저작자에게 그 저작물에 대한 모든 권리를 부여하는 것은 부당하기 때문에

2) 정상조, “컴퓨터프로그램의 공동개발”, 정보법학 제3호(한국정보법학회, 1999.), 206면 참조.

3) 소프트웨어산업진흥법 제2조 제1호는 소프트웨어를 ‘컴퓨터·통신·자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하도록 하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료를 말한다.’고 정의하고 있고, 한편 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호는 컴퓨터프로그램을 ‘특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 저작물을 말한다.’고 정의하고 있다. 이처럼 일정한 의미에서의 소프트웨어는 컴퓨터 시스템에서 작업을 수행하기 위해 사용하는 컴퓨터프로그램 뿐만 아니라 그와 관련된 모든 문서·사용법 및 화면에 출력되는 유형·무형의 정보처리방법 등을 모두 포함하는 것이다. 이처럼, 소프트웨어와 컴퓨터프로그램을 구별하여 사용하는 것이 용어의 정확한 의미에 맞는 것이기는 하지만, 통상 소프트웨어와 컴퓨터프로그램을 구별하지 않고 혼용하거나 또는 소프트웨어라는 표현을 컴퓨터프로그램만을 지칭하는 좁은 의미로서 사용하는 것이 오히려 일반적이다.[소프트웨어저작권 관리·운영지침서, 한국소프트웨어저작권협회(2000), 7면 참조.]

4) 안효질, supra(주 1), 29면 참조.

많은 나라의 저작권법은 이에 대한 특례를 규정하고 있다. 우리 저작권법 제9조 및 컴퓨터프로그램보호법 제5조도 이처럼 원칙적으로 독립된 지위에서 창작활동을 하는 저작자를 위하여 설계된 저작권법을 위와 같은 저작물 창작의 실상을 고려하여 수정한 규정들이다.⁵⁾

관련 규정을 좀 더 상세히 살펴보면, 컴퓨터프로그램저작물이라 함은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 情報處理能力을 가진 裝置 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 一聯의 指示·命令으로 表現된 創作物을 의미하며(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호), 이러한 컴퓨터프로그램저작물을 創作한 자를 프로그램저작자라고 하여 創作者原則을 규정하고 있다(같은 조 제2호).

여기서 創作者原則이란 창작행위는 자연인만이 할 수 있고 당해 저작물을 실제로 창작한 자연인만이 저작권을 원시적으로 취득한다는 저작권법상의 일반원리를 말한다(저작권법 제2조 제2호, 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제2호). 그런데 이에 대한 중요한 예외가 저작권법 제9조의 이른바 단체명의 저작물의 저작자에 관한 규정과 바로 이 컴퓨터프로그램보호법 제5조이다.⁶⁾

컴퓨터프로그램보호법 제5조는 업무상 창작한 프로그램의 저작자에 관하여 ‘國家·法人·團體 그 밖의 使用者(이하 “法人등”이라 한다)의 企劃下에 法人등의 業務에 종사하는 者가 業務上 創作한 프로그램은 契約이나 勤務規則 등에 달리 정함이 없는 한 그 法人등을 당해 프로그램의 著作者로 한다.’라고 규정하고 있다.

5) Id., 28면 참조.

6) 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작자 지위에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문(1997), 112면 참조.

컴퓨터프로그램보호법 제5조가 창작자원칙의 중요한 예외라는 점, 오늘날 개발되는 대부분의 컴퓨터프로그램이 업무상 창작되고 있다는 점, 구체적인 사안에서 자본을 투자한 사용자의 경제적 이익과 종업원의 지적 창작물에 대한 개인적·정신적 이익이 상호 충돌한다는 점 등을 고려할 때 동 규정의 적용범위를 해석함에 있어서는 그만큼 신중한 접근이 요구된다. 본 연구에서는 이와 같은 법 제5조가 갖는 중요성에 주목하면서 동 규정의 적용과 관련된 여러 요건들을 면밀히 검토하고자 한다.

또한 컴퓨터프로그램을 개발·취득하는 방법에는 사용자가 자신의 종업원 등을 통해 직접개발하는 방법 외에도 외부의 전문프로그램업자에게 위탁개발시켜 취득하는 방법도 있는 바, 우리 사회에서 컴퓨터프로그램의 개발과 관련하여 실제로 행해지는 계약관계를 살펴보면 그것이 법 제5조 소정의 업무상 창작에 해당되는 것인지, 아니면 도급계약에 해당되어 프로그램의 실제 창작자를 저작자로 보아야 할 것인지 여부를 판단하기가 어려운 경우가 적지 않다. 그리고 위와 같은 문제가 해결된다고 하더라도 저작인격권의 귀속과 관련하여 창작 당시의 권리자는 누구인지, 양도가능성이 있는 것인지, 또한 어떠한 경우에 저작인격권이 포기되었다고 볼 것인지 등의 다양한 문제가 뒤따르고 있으므로 이에 관하여도 검토하기로 한다.

2. 研究의 範圍

제2장에서는 컴퓨터프로그램보호법상의 업무상 창작 제도를 지적재산권 법상의 다른 제도와 비교·검토하였다. 우선 일반 저작물의 업무상 창작에 관한 저작권법상의 단체명의저작 제도는 위 컴퓨터프로그램보호법상의 업무상

창작 제도⁷⁾와 그 대상만을 달리할 뿐이고 입법취지와 효과 면에서 거의 같은 내용을 담고 있는 바, 요건 면에서 어떠한 상이점이 있는 지 살펴보고 그러한 차이가 발생하게 된 배경을 분석하였다. 또한 특허법상의 직무발명 제도 역시 고용관계에서 이루어진 발명이라는 점에서 위 컴퓨터프로그램보호법상의 업무상 창작 제도와 여러 가지 면에서 유사한 점을 찾을 수 있는 바, 직무발명 제도를 개관하고 특징을 살펴본 후 요건과 효과 면에서 위 컴퓨터프로그램보호법의 업무상 창작 제도와 어떠한 차이가 있는 지에 대하여 검토하였다.

제3장에서는 업무상 창작과 관련한 각국의 입법례를 살펴보고 우리 법과의 차이점에 대하여 검토하였다. 고용관계에서 창작한 저작물 특히 컴퓨터 프로그램에 관하여 어느 나라나 일정한 요건 하에 사용자에게 당해 저작물에 대한 권리를 부여하고 있지만, 그 요건과 효과는 각 나라마다 서로 상이하게 규정하고 있다. 특히, 효과 면에서 사용자가 업무상 창작한 프로그램에 대하여 저작권을 원시취득하느냐 아니면 그 전부 또는 일부를 승계취득하느냐는 각 나라의 입법정책에 따라 다르게 나타난다. 이 장에서는 외국의 입법례를 검토하여 우리 법과의 공통점 및 차이점을 도출하였다.

제4장에서는 논의의 중점인 업무상 창작에 관한 컴퓨터프로그램보호법 제5조의 해석론을 전개하였다. 법 제5조가 창작자원칙의 예외이며, 사용자와 피용자의 이익이 상호 충돌하기 때문에 그 요건을 해석함에 있어 신중한 접근이 요구된다. 요건 중에서 특히 ‘법인 등의 기획’ 요건과 ‘업무에 종사하는 자’ 요건이 중요한 바, 이와 관련하여서는 외국의 입법례 및 판결례를

7) 컴퓨터프로그램보호법 제5조를 논하는 각종 문헌을 살펴보면 ‘職務上 創作’, ‘職務著作’, ‘業務上 創作’ 등의 용어가 혼재되어 사용되고 있으나, 이 글에서는 법문언에 사용된 ‘業務上 創作’이라는 용어를 원칙적으로 사용하기로 한다.

참고하였다.

제5장에서는 프로그램 창작의 현실에 있어 엄격한 의미의 고용관계에서 창작된 것 이외에도 외부의 전문프로그램개발업자에 개발을 위탁하는 경우가 많은 바, 이 경우 위탁자와 개발자 사이의 법률관계에 관하여 검토하였다. 이와 관련하여 위탁개발의 경우에도 컴퓨터프로그램보호법 제5조를 적용할 수 있을지 여부에 관한 논의를 소개하였고, 그 외에 프로그램저작권 특히 저작인격권의 양도가 가능한 지 여부에 관하여도 검토하였다.

제6장에서는 이상의 논의를 종합하면서 컴퓨터프로그램보호법 제5조의 규정방식과 관련하여 종래 제기되어 온 입법론에는 어떠한 것이 있는가를 살펴보고, 이러한 입법론이 타당한지에 관하여 검토하였다.

第2章 制度의 比較

1. 著作權法上 ‘團體名義著作’과의 比較

가. 概要

저작권법 제9조는 ‘法人·團體 그 밖의 使用者(이하 이 條에서는 “法人등”이라 한다)의 企劃下에 法人등의 業務에 종사하는 자가 業務上 작성하는 著作物(이하 “團體名義著作物”이라 한다)로서 法人등의 名義로 公表된 것의 著作者는 契約 또는 勤務規則 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 法人등이 된다. 다만, 記名著作物의 경우에는 그러하지 아니하다.’라고 규정하고 있다. 위 규정은 앞에서 설명하였듯 저작권법 제2조 제2호에서 정한 創作者原則에 대한 예외를 인정한 규정이다.

저작권법 제9조를 컴퓨터프로그램보호법 제5조와 대비하여 보면, ①법인 등의 명의로 공표될 것, ②기명저작물의 경우가 아닐 것(이는 소극적 요건임)의 두 가지 요건을 더 요구하고 있다.

컴퓨터프로그램보호법 제5조는 ‘법인 등’에 국가가 포함됨을 명문으로 밝히고 있는 바 이 점도 저작권법 제9조와 다른 점이나, 저작권법의 해석상으로도 국가는 일종의 공법인이므로 그 규정에 포함되는 것으로 보아야 할 것이므로 실제로는 차이가 없다.⁸⁾

8) 오승중·이혜완, 저작권법, 박영사(2000), 646면 참조. 한편, 반도체집적회로의배치설

나. 法人 등의 名義로 公表될 것

저작권법 제9조에 따라 법인 등이 저작자로 되기 위하여는 법인 등의 명의로 공표되어야 한다. 이것은 著作物 利用秩序의 維持를 위한 것으로서 저작물이 공표되는 경우에 제3자가 저작물의 창작을 법인 등 사용자의 행위라고 인식할 수 있도록 表彰으로서 요구되는 것이다.⁹⁾

미공표저작물에 대하여도 저작권법 제9조가 적용될 수 있는지 여부에 대한 학설의 대립이 있는 바, 肯定說¹⁰⁾은 위 규정에서 말하는 ‘공표’는 현실적으로 공표한 것 뿐 아니라 공표되지 않았다고 하더라도 공표 예정되어 창작되었다면 이에 해당한다고 주장함에 대하여, 否定說¹¹⁾은 우리 나라의 법문이 일본과는 달리 ‘공표되는 것’이 아니라 ‘공표된 것’으로 규정하고 있으므로 예외규정의 유추해석금지의 원칙상 미공표저작물에는 적용이 없다고 주장한다. 일본 하급심 판결은 공표를 예정하지 않은 저작물이라 하더라도 가령 공표한다고 하면 법인의 명의로 공표되어야 할 것에 관하여는 제15조가 적용되는 것이라고 취지의 판시를 하였다.¹²⁾

계약관한법률 제5조는 ‘국가·법인·단체 및 그 밖의 사용자(이하 “법인 등”이라 한다)의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 배치설계는 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 향해 배치설계의 창작자로 한다.’고 하여 업무상 창작한 배치설계의 창작자를 규정하고 있다. 이 규정을 컴퓨터프로그램보호법 제5조와 대비하여 보면, ‘사용자의 기획’ 요건이 규정되어 있지 않은 점을 제외하면 대체로 같다고 할 수 있다. 이에 관한 자세한 내용은 박성호, “半導體칩의 配置設計에 관한 法的 保護”, 국제법률경영 제19호(1994. 3.), 155면; 이상정, “半導體칩의 配置設計法에 관한 小考”, 계간 저작권(1993. 봄호), 22면 각 참조.

9) 박성호, *supra*(주 6), 143면 참조.

10) *Id.*, 145면.

11) 오승종·이해완, *supra*(주 8), 217면; 허희성, “일본저작권법의 개요”, 계간 저작권(1996. 가을호), 69면; 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법(제7전정판), 육법사(2001), 514면.

12) 東京高裁 昭和60年 12月 4日(昭和60年 第562号) 判決. 동 판결의 사실관계는 다

생각건대, 저작권법 제9조가 창작자원칙에 대한 예외규정이며 이를 확장해석할 경우 실제로 창작을 담당한 종업원의 권리가 부당히 침해될 여지가 있으므로 동 규정을 제한적으로 해석하여야 한다는 점을 고려하면, 입법론은 별론으로 하고 해석론으로는 否定說이 타당하다고 생각한다.

한편 컴퓨터프로그램보호법 제5조에는 ‘법인 등의 명의로 공표될 것’이라는 요건이 규정되어 있지 않는데, 이 부분과 관련하여서는 우리 법의 직접적인 모델이 된 일본 저작권법 제15조의 개정 과정을 주목할 만하다.

종래 일본 저작권법 제15조는 컴퓨터프로그램의 경우도 일반 저작물과 마찬가지로 법인 등의 명의로 공표될 것을 요건으로 규정하고 있었다. 그러나 업무상 창작한 프로그램에 대하여 공표요건을 설정한 것은 사용자와 종업원 간에 저작권 분쟁의 소지를 제공하고, 더 나아가 미공표 프로그램의 경우 규정을 엄격하게 해석하게 되면 사용자가 저작자로 될 수 없어 실무상 많은 문제점을 야기하게 되었다.¹³⁾

음과 같다. 갑, 을은 대형중기계제작사인 A사에서 컴퓨터시스템의 개발을 담당하고 있었던 바, 그 시스템은 회사의 기밀사항으로 되어 있었다. 갑은 이 시스템의 外販을 희망하였으나 받아들여지지 않았고, 이미 계약이 체결된 6개의 회사 이외의 회사에 대하여는 외판이 금지되었다. 따라서 갑, 을은 A사를 사직하고 새로운 회사를 설립하여 위 소프트웨어의 판매를 계획하였다. 이러한 목적을 위해서 갑 등은 당해 시스템의 자료와 소스 프로그램 등을 퇴사 전에 복사해 둘 것을 생각하고, 을이 A사를 위해 업무상 보관하고 있던 본건 시스템 설계서, 사양서, 설명서, 회로도 등을 사외로 가지고 나와 복사하였다. 이 사건에서는 그러한 유출행위가 업무상 횡령에 해당하는가의 여부가 다투어졌다.

갑 등은 본건 자료는 법인 등의 명의로 공표된 바 없기 때문에 저작권법 제15조의 직무저작물에 해당하지 않고 따라서 그 저작권이 자신들에게 귀속되기 때문에 그 자료를 사외에 반출하여 복사하는 것은 정당한 권한에 기한 행위라고 주장하였으나, 법원은 저작권법 제15조의 ‘그 법인이 자신을 저작의 명의로 공표한 것’에는 공표가 예정되어 있지는 않지만 만약 공표된다면 법인 등의 명의로 공표되는 것을 포함한다고 해석하는 것이 타당하다고 판시하였다. 참고로 이 판결은 1985년 컴퓨터프로그램에 관하여 공표 요건을 삭제하도록 저작권법 개정이 이루어지기 전의 저작권법 규정이 적용된 사안이다.[황희철, “컴퓨터프로그램保護法”, 지적재산권법강의(정상조 편), 홍문사(1997), 378-379면 참조.]

13) 박성호, supra(주 6), 148면 참조.

이 같은 문제점 때문에 1985년 법률 제62호에 의하여 제2항이 추가되어 ‘法人 등의 發意에 따라 그 法人 등의 業務에 從事하는 자가 職務上 作成한 프로그램著作物의 著作者는 그 作成時에 있어서 契約, 勤務規則 기타 別段의 定함이 없는 한 그 法人 등으로 한다.’고 하여 컴퓨터프로그램의 경우는 공표 요건이 불필요하게 되었다.¹⁴⁾

우리 컴퓨터프로그램보호법에서도 처음에는 저작권법과 마찬가지로 ‘법인 등의 명의로 공표될 것’을 요건으로 규정하고 있었다. 그런데 이에 대하여는 입법 당시부터 ‘프로그램의 업무상 創作은 수시로 일어나고, 法人 등이 이를 일일이 파악하여 자기의 著作名義로 공표하는 것도 쉬운 일이 아니므로 궁극적으로 法改正을 통하여 日本法상의 요건과 一致시키는 것이 좋을 것이고, 現行法上으로는 취업계약이나 근무규칙에서 상세히 정하여야 할 것이다.’라는 의견이 있었다.¹⁵⁾

그리하여 1994. 1. 5. 법률 제4712호로 컴퓨터프로그램보호법이 일부 개정되면서 공표 요건을 삭제하게 되었다. 컴퓨터프로그램 중에는 공표를 전제로 하지 않고 개발되는 것이 적지 않으며, 공표된다 할지라도 無名으로 이루어지는 것이 많기 때문에 공표 요건을 규정하는 것은 컴퓨터프로그램의 제작 현실과 맞지 않다는 지적이 있어 위 개정법에 의하여 위 요건을 삭제하게 된 것이다.¹⁶⁾

14) 송상현·김문환·양창수, 컴퓨터프로그램보호법축조연구, 서울대학교 출판부(1989), 124면 참조.

15) Id., 125면; 김문환, “컴퓨터프로그램保護法の 改正에 관한 意見”, 계간 저작권 (1993. 봄호), 7면에서도 ‘최근에 와서 대부분의 프로그램이 법인, 단체의 투자와 노력으로 개발되는 현실을 고려할 때 직원에 의한 직무저작을 법인, 단체 명의로 공표된 경우에 한정하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.’는 이유로 공표 요건을 삭제하여야 한다는 입법론이 제기되어 왔다.

16) 황찬현, “위탁개발된 컴퓨터프로그램저작권의 귀속에 관한 고찰”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망 - 심당 송상현교수화갑기념논문집(2001), 904면 참조.

생각건대, 컴퓨터프로그램의 경우는 일반 저작물에 비하여 업무상 저작을 인정하여야 할 범위가 넓음을 인정한 것으로 컴퓨터프로그램의 창작 현실을 고려한 타당한 개정이라고 할 수 있다.

다. 記名著作物이 아닐 것

저작권법 제9조 단서 규정에 따라 기명저작물은 단체 명의로 공표되었다 하더라도 기명자가 저작자로 되는 것이지 단체가 저작자로 되는 것이 아니다. 예컨대, 신문·잡지 등에 게재되는 소설, 시, 만화, 논설 등은 일반적으로 실제로 저작한 자의 명의를 표시하는데, 이런 경우에는 신문사 등이 단체 명의로 공표하여도 그 내용에 있어서는 기명저작물이 되어 위 단서규정에 따라 다른 특약이 없는 한 실제로 창작한 자가 저작자로 된다.¹⁷⁾¹⁸⁾

한편, ‘기명저작물이 아닐 것’이라는 소극적 요건이 컴퓨터프로그램보호법에는 규정되어 있지 않기 때문에 컴퓨터프로그램의 경우는 실제로 프로그램을 창작한 종업원 등이 자신의 實名 또는 異名을 表示하였다 할지라도 법 제5조에서 정한 요건을 충족하는 한 사용자가 저작자로 될 것이다.

2. 特許法上 ‘職務發明’과의 比較

가. ‘職務發明’制度的 概觀

17) 허희성, supra(주 11), 69면 참조.

18) 송영식 외 2인, supra(주 11), 514면에서는 입법론상으로 ‘법인 등의 명의로 공표되었다고 하더라도 특정인의 창작임이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다.’는 규정을 단서로 추가하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하고 있다.

(1) 意義

특허법 제39조 제1항은 ‘從業員·法人의 任員 또는 公務員(이하 “從業員 등”이라 한다)이 그 職務에 관하여 發明한 것이 性質상 使用者·法人 또는 國家나 地方自治團體(이하 “使用者 등”이라 한다)의 업무범위에 속하고, 그 발명을 하게 된 행위가 從業員 등의 현재 또는 과거의 職務에 속하는 發明(이하 “職務發明”이라 한다)에 대하여 從業員 등이 特許를 받았거나 特許를 받을 수 있는 權利를 承繼한 자가 特許를 받았을 때에는 使用者 등은 그 特許權에 대하여 通常實施權을 가진다.’고 규정하고 있다. 특허법상 직무발명은 사용자의 업무범위에 속하는 것으로서 종업원의 직무에 속하는 발명을 뜻한다. 특허법상의 직무발명제도는 실용신안법(제20조)과 의장법(제24조)에도 준용되고 있다.

(2) 要件

직무발명의 요건은 크게 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째 종업원의 발명 내용은 사용자의 업무범위에 속하여야 한다. 사용자는 종업원인 발명자가 직무발명을 하게 되기까지 그 발명을 위한 제반 여건을 실질적으로 마련하여 주어야 한다. 여기서 사용자의 업무범위는 당해 사용자의 사업목적을 고려하여 판단할 수 있을 것이고, 사용자가 법인인 경우에는 당해 법인의 정관에 정하여진 목적범위를 고려하여 판단할 수 있을 것이다.¹⁹⁾

둘째 종업원의 발명 내용이 자신의 현재 또는 과거의 직무에 속하여야 한다. 종업원의 직무에 속하는지 여부를 판단함에 있어서 종업원과 사용자 사

19) 박성호, *supra*(주 6), 70면 참조. 직무발명의 요건에 관한 자세한 내용은 김병일, “직무발명제도와 종업원과 사용자간의 법률문제”, *지적소유권법연구* 4집(2000. 6.), 373면 이하 참조.

이에 체결된 근로계약 또는 근무규칙 뿐만 아니라 종업원의 직책이나 지위 그리고 사용자가 제공한 시설과 자금을 이용한 것인지 여부와 근무시간 중에 만들어진 발명인지 여부 등을 참고해야 할 것이다. 종업원이 특정한 과제를 부여받아서 발명을 하도록 고용된 경우 뿐만 아니라 특정 분야에서의 연구개발을 주된 근무내용으로 하여 채용되어서 사용자가 제공한 시설로 근무시간 중에 당해 분야의 발명이 이루어진 경우에도 직무발명이 성립될 수 있을 것이다.²⁰⁾ 예컨대, 종업원의 직책으로 보아서 발명을 하는 것이 예상되거나 기대되는 연구소 연구원, 설계부의 설계사, 공장장, 기술담당이사 등의 발명은 직무에 속하는 것으로 해석될 수 있다.²¹⁾

대학의 교수가 연구개발한 결과로 만들어진 발명은 職務에 속하는 발명에 해당되는가? 교수는 강의 뿐만 아니라 연구도 수행하는 것을 전제로 하여 대학에 고용되었고 교수의 전공분야에 속하는 연구를 수행한 결과로 발명이 만들어졌다면 당해 발명이 교수의 직무에 속하는 발명이라고 볼 수 있다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 대학 교수의 연구의무는 상사기업의 종업원이 가지는 연구개발의무와 구별되어야 한다. 우선, 연구의무의 성질에 있어서 커다란 차이가 있는 바, 상사기업의 종업원은 자신이 고용되어 있는 기업을 위하여 연구개발하고 발명이라고 하는 재산적 가치 있는 결과를 생산해내야 할 의무를 가지고 있는데 반하여, 대학 교수는 대학을 위하여 연구하는 것이 아니라 일반적으로 인류의 지식축적에 기여하기 위하여 연구하고 그 연구결과를 널리 출판 등의 방법으로 공개하고 강의에 활용할 의무를 가지는 것이다.²²⁾

20) 정상조, 지적재산권법강의, 홍문사(1997), 112면 참조.

21) 대법원 1991. 12. 27. 선고91후1113 판결.

22) 정상조, supra(주 20), 113면 참조.

연구의무의 본질상 차이점 뿐 아니라 직무발명제도의 機能的 측면에서 보더라도 대학 교수의 발명을 모두 직무발명으로 취급하는 것은 부당하다. 본래 직무발명이라는 것은 사용자와 종업원 사이의 이익배분의 기능을 하기 위하여 생겨난 개념으로 상사기업에서와 같은 특별한 투자가 존재하지 아니하는 대학과 교수와의 사이에는 적용될 수 없는 개념이다. 만일 대학이 특정 교수와의 사이에 특정 연구과제를 정하고 상응하는 연구비를 제공하여 그 결과로 발명이 만들어지게 되었다면 당해 발명은 직무에 속하는 발명으로 볼 수도 있을지 모르나, 그와 같이 연구과제도 특정되지 않고 현실적으로 필요한 연구비가 지급된 바도 없는 가운데 특정 교수가 일상적인 학술활동의 과정에서 만들어진 발명을 특허법상 직무발명으로 취급할 수는 없다.²³⁾

(3) 效果

직무발명인 경우 특허를 받을 수 있는 권리는 원시적으로 종업원 등에게 귀속된다. 이것을 ‘發明者原則’이라 한다. 종업원 또는 그 승계인이 직무발명에 관하여 특허를 받을 때, 사용자는 그 특허발명을 당연히 실시할 권리를 가진다(특허법 제39조 제1항).

사용자의 通常實施權은 사용자가 직무발명에 필요한 자금의 제공 등의 기여를 한 점에 대한 보상적 성격의 권리인 것이다. 사용자의 통상실시권은 당사자간 약정에 의하여 설정되는 것이 아니라 특허법의 규정에 의하여 발생하는 권리이기 때문에 설정등록시부터 당연히 발생하며, 별도의 登錄을 필요로 하지 않는 것으로 해석된다(특허법 제118조 제2항).²⁴⁾

23) 정상조, “대학교수의 특허권 : 자유발명인가 직무발명인가”, 법조 제49권 제5호(법조협회, 2000.), 96면 참조.

사용자가 통상실시권의 취득에 대한 대가를 지급해야 하는지 여부에 대해서는, 특허법이 예약승계 또는 전용실시권 설정의 경우에 보상에 관한 명문의 규정을 두고 있는 점에 비추어볼 때 그 반대 해석에 의하여 통상실시권에 대한 대가의 지급은 요구되지 않는 것으로 보여진다(특허법 제40조 제1항).²⁵⁾

위와 같이 사용자에게 허여되는 법정의 통상실시권에 대하여는, 종업원 자신이 그 발명을 실시할 수 있을 뿐 아니라 제3자에게 또 다른 통상실시권을 허여할 수 있으므로 직무발명의 근본적인 취지에 어긋난다고 비판하면서, 입법론적으로는 쌍방간의 계약 유무와 관계 없이 직무발명은 사용자에게 귀속되는 것으로 해야 한다는 견해가 있다.²⁶⁾

사용자는 미리 계약이나 근무규정에 의하여 종업원이 한 직무발명에 관한 특허를 받을 수 있는 권리 또는 특허권을 승계한다는 내용을 약정할 수 있다. 이를 강학상 豫約承繼라고 한다. 전용실시권을 승계한다는 예약도 유효하다(특허법 제40조 제1항). 공무원의 직무발명에 대하여는 권리승계 등에 관한 계약이나 근무규정의 유무에 관계없이 공무원의 직무발명에 관한 권리는 국가 또는 지방자치단체가 승계하는 것으로 규정하고 있다(특허법 제39조 제2항).

(4) 職務發明에 대한 補償

종업원은 직무발명에 대하여 특허를 받을 수 있는 권리 또는 직무발명에 대한 특허권을 계약 또는 근무규정에 의하여 사용자로 하여금 승계하게 하

24) 정상조, supra(주 20), 115면 참조.

25) Id.

26) 최덕규, 특허법, 세창출판사(1996), 158면.

거나 전용실시권을 설정한 경우에는 정당한 보상을 받을 권리를 가진다(특허법 제40조 제1항). 이 경우 보상의 액은 그 발명에 의하여 사용자가 얻은 이익의 액과 그 발명의 완성에 사용자 및 종업원이 공헌한 정도를 고려하여야 한다(특허법 제40조 제2항). 이 규정은 사용자가 우월적인 지위를 이용하여 종업원의 직무발명을 무상으로 또는 비합리적인 저렴한 가격으로 취득함을 금하는 내용의 강행규정으로 보아야 할 것이다.²⁷⁾

이와 같은 직무발명에 대한 보상에 대하여는, 종업원이 연구개발을 그의 업무로 하고 계약에 의하여 고용관계 및 직무발명 양도문제가 해결되었다면 종업원은 그의 직무를 다한 것에 지나지 않으므로 직무발명에 대한 보상을 인정하지 않는 것이 입법론상 타당하다는 견해가 있다.²⁸⁾

나. ‘職務發明’과 ‘業務上 創作’의 比較

특허법상의 ‘職務發明’과 컴퓨터프로그램보호법상의 ‘業務上 創作’의 요건을 서로 비교하여 보면 법인 등의 업무에 종사하는 자가 그 직무(업무)에 관하여 발명(창작)할 것을 공통적으로 요구하고 있다. 다만, 업무상 창작의 경우에는 직무발명과는 달리 ‘법인 등이 企劃할 것’을 요건으로 규정하고 있다. 따라서 사용자의 구체적인 기획 없이 종업원이 독자적으로 프로그램을 창작한 경우에는 사용자가 아닌 종업원 개인을 저작자로 보게 된다. 반면, 직무발명의 경우는 그 발명이 사용자의 업무범위 내에 속하기만 한다면 사용자의 구체적인 기획 혹은 개발지시가 없더라도 직무발명으로 보게 된다. 사용자가 企劃한다는 것은 사용자가 단지 아이디어를 제시해 방침을 세

27) 박성호, supra(주 6), 73면 참조.

28) 최덕규, supra(주 26), 159면.

우는 것에 그치지 않고 프로그램을 창작함에 있어 주도권을 가지고 프로그램 창작행위를 전체적으로 통제한다는 것을 의미한다.²⁹⁾ 사용자의 기획이라는 요소를 통해 사용자는 프로그램 창작의 의사형성에 주도적으로 관여하였다고 할 수 있다.³⁰⁾

‘직무발명’과 ‘업무상 창작’을 권리귀속의 측면에서 살펴보면 근본적인 차이점이 발견된다. 우선, 직무발명의 경우는 발명자원칙에 충실하게 특허를 받을 수 있는 권리를 실제로 발명을 담당한 종업원에게 귀속시키며, 사용자는 종업원이 특허를 받게 되면 그 특허권에 대하여 통상의 실시권만을 가지게 될 뿐이다(특허법 제39조 제1항). 반면, 업무상 창작의 경우는 창작자원칙의 예외를 인정하여 프로그램저작자를 사용자로 의제하여 프로그램저작권을 사용자에게 원시적으로 귀속시키며, 실제로 창작을 담당한 종업원에게는 아무런 권리가 주어지지 않는다(컴퓨터프로그램보호법 제5조).

직무발명 및 업무상 창작을 권리 귀속의 측면에서 위와 같이 달리 규정하게 된 것은 기본적으로 立法政策的 결단의 소산이라고 말할 수 있다. 다만, 이러한 결단에 이르게 된 데에는 다음과 같은 점이 고려되었다고 생각한다. 즉, 특허권의 경우는 특허원부나 특허증을 봄으로써 권리자와 존속기간을 명확히 확인할 수 있으나, 프로그램저작권은 창작과 동시에 권리가 발생하고 등록이 의무사항이 아닌 까닭에 권리자와 존속기간을 명확히 확인할 수 없으므로 해당 프로그램에 대한 권리관계를 명확히 하여 제3자의 신뢰를 보호할 필요성이 있어 사용자에게 권리의 원시적 귀속을 인정한 것이 아닌가 생각한다.³¹⁾

29) 박성호, supra(주 6), 116면 참조.

30) 자세한 내용은 후술하는 제4장 2. 가. 참조.

31) 박성호, supra(주 6), 81면 참조.

또한 특허법상 발명은 창작에 비하여 고도의 노력과 연구를 요하며 권리취득에 상당한 시간과 비용이 요구되는 까닭에 그만큼 실제로 발명을 담당한 종업원의 이익을 보호할 필요성이 큰 반면, 업무상 창작은 사용자가 프로그램 작성을 구체적으로 기획하는 등 사용자의 노동결과 이용에 대한 경제적 이익을 보호할 필요성이 상대적으로 크다는 점도 고려되었다고 생각한다.

다. 컴퓨터프로그램에 대한 職務發明

(1) 問題의 所在

컴퓨터프로그램에 대하여도 직무발명이 가능한가? 가능하다면 컴퓨터프로그램에 대한 직무발명과 업무상 창작의 관계는 어떠한가? 이 문제를 논하기에 앞서 선행되어야 할 문제는 컴퓨터프로그램이 특허법상 발명에 해당하는지 여부일 것이다.

(2) 美國에서의 論議

미국의 경우 초기에는 컴퓨터프로그램에 대한 특허법적 보호에 인색하였다. 즉 기본적으로 컴퓨터 소프트웨어는 연산방식이고, 그것은 오랫동안 특허로 보호되지 못한다고 생각되어 왔다. 1970년대 연방대법원 판결은 컴퓨터 소프트웨어에 대하여 특허적격을 부인하는 취지의 판시를 하였다.

먼저 *Gottschalk v. Benson* 판결에서 미국 연방대법원은 수학적 알고리즘³²⁾은 수학문제를 풀기 위한 수순으로서 역사적으로 특허보호가 부정되어

32) '알고리즘(algorithm)'에 관한 명확한 정의는 없으나, 일반적으로 '어떤 일정한 작업을 수행하기 위한 특정한 방식이나 규칙의 집합' 또는 '어떤 특정한 결과를 얻기 위한 수학기초적인 지시의 집합'이라고 하거나, '어떤 문제를 유한개의 절차로 풀기 위해 주어진 입력으로부터 원하는 출력을 유도해내는 정해진 일련의 과정이나 규칙들

은 과학적 진리와 유사한 것이며 ‘단지 발견된 자연현상, 정신적인 프로세스 및 추상적 이론개념은 과학기술 연구의 기초수단이므로 특허성이 없다.’고 판시하였다.³³⁾

그 후 연방대법원은 Parker v. Flook 판결에서도 ‘피타고라스의 정리가 측량기법에 사용된다고 하여 그 정리 자체에 특허를 부여할 수 없는 것처럼, 수학적 연산식인 알고리즘에 불과한 촉매변환공정의 경보한계치를 경신하기 위한 방법이 컴퓨터 등 제어장치에 사용된다고 하여 그 알고리즘 자체에 특허를 부여할 수 없다. 즉, 추상적으로 표현된 원리는 기본적 진리이거나 혹은 인과의 원천이거나 또는 사고의 원천이므로, 이들은 특허될 수 없다.’고 판시하였다.³⁴⁾

그러나 이러한 경향은 1981년 Diamond v. Diehr 판결에서부터 바뀌기 시작했다. 이 사건에서 출원발명은 수학기공식이 응용된 고무경화라는 물리적 공정에 관한 프로그램이었다. 법원은 ‘컴퓨터 소프트웨어가 어떤 물리적 공정이나 물건에 응용되기만 하면 소프트웨어 관련 발명은 특허될 수 있다.’고 판시하였다. 이 판결은 순수한 수학적 알고리즘에 대하여는 특허를 줄 수 없는 것이지만, 그 알고리즘을 이용한 컴퓨터프로그램이 종래의 기술방법에 대한 산업상 유용한 改良을 이루어내었다면 그 프로그램은 특허에 의하여 보호받을 수 있다는 것을 명확히 하였다는 점에서 중요한 의의가 있

의 집합’이라고 한다.[송영식 외 2인, supra(주 11), 635면 참조.]

33) Gottschalk v. Benson 409 U.S. 63, 93 S.Ct. 253, 34 L.Ed.2d 273 (1972) 판결: Benson 발명은 기차의 속도를 제어하기 위하여 범용 컴퓨터를 사용하며, 이진화 십진수에 포함되는 1의 소거와 소거된 1과 다른 위치의 1의 가산을 반복하는 동작을 적절히 조합하여 이진화 십진수를 이진수로 변환하는 방법에 관한 방법이다.[이상정, “컴퓨터 프로그램보호법의 성립 경위와 전망 : 타법과의 관계를 고려하여”, 정보법학 제3호(한국정보법학회, 1999.), 167면 참조.]

34) Parker v. Flook 437 U.S. 584, 98 S.Ct. 2522, 57 L.Ed. 451 (1978) 판결: Flook 발명은 화학반응을 컴퓨터로 제어하는 기술에 관한 발명이다.(Id., 168면 참조.)

다.³⁵⁾

위 Diamond v. Diehr 판결 이후 미국의 판례는 컴퓨터프로그램이 관련된 발명의 출원에 대하여 산업적 내지 개량적 요소의 존재 여부에 따라 특허를 허용하는 경향을 보여 주고 있으며, 점차 그 보호의 범위도 확대되고 있는 추세에 있다. 특히, 1998년 연방항소법원의 State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc. 판결³⁶⁾은 ‘유용하고 구체적이며 유형적인 결과를 가지고 오는 한도에서는 수학적 알고리즘의 예외가 소프트웨어에 적용되지 않고, 또한 영업방법의 예외가 구속력이 있는 선례가 된 적이 없으므로 특허에 의한 보호를 배제해서는 안 된다.’는 취지로 판시하여 컴퓨터를 이용한 節稅方法에 대해서도 특허성을 인정하였다.³⁷⁾

한편, 미국 특허청은 1996년 2월 컴퓨터 관련 발명에 관한 가이드라인을 새롭게 발표하여 시행하고 있다. 이 가이드라인에 따르면, 컴퓨터프로그램 그 자체는 컴퓨터에 의해 실행되는 명령의 집합에 불과한 것으로서 특허보호의 대상이 될 수 없으나, 특정한 방식으로 기능할 것을 컴퓨터에 지시하기 위하여 컴퓨터가 판독가능한 매체상에 저장된 컴퓨터프로그램 즉 기능적 기술재료(functional descriptive material)는 컴퓨터프로그램의 기능을 실

35) Diamond v. Diehr 450 U.S. 175, 101, S.Ct. 1048, 67 L.Ed.2d 155 (1981) 판결: 발명의 명칭은 ‘고무 몰딩 공정의 수직제어(Direct Digital Control of Rubber Moulding Process)’로서 1975년에 Diehr 외 1인에 의하여 출원되었으며, 본 건의 특허청구범위의 내용이 컴퓨터프로그램의 보호에 있으므로 미국특허법 제101조의 규정에 의한 특허의 대상이 아니라는 이유로 거절사정 되었다. 출원인은 당시 미국의 특허청장인 Diamond씨를 상대로 소를 제기하였고 대법원에서 승소함으로써 특허를 받게 되었다.(송영식, “특허발명의 개념”, 지적재산권법강의(정상조 편), 홍문사(1997), 101면 참조.)

36) State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc., F. 3d 1368 (Fed. Cir. 1998) 판결. 이른바 비즈니스모델(BM)에 대해 특허권 성립을 긍정한 최초의 판결이다. BM특허에 대한 자세한 내용은 윤선희, “비즈니스모델(BM) 특허의 보호 동향”, 창작과 권리 제19호(2000), 47면 이하 참조.

37) 김동진, “업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작자”, 저스티스 제34권 제6호(한국법학원, 2001.), 117면; 이상정, supra(주 33), 282면 각 참조.

현하는 구조적·기능적인 상호관계를 정의하고 있기 때문에 특허를 받을 수 있다.³⁸⁾

(3) 特許性 認定 與否

특허법은 발명을 ‘自然法則을 이용한 技術的 思想의 創作으로서 高度한 것’이라고 정의하고 있다(특허법 제2조 제1호). 이 중 논의의 핵심은 컴퓨터 프로그램이 自然法則을 이용한 것이냐에 대한 것이다.³⁹⁾ 이와 관련하여 否定說, 肯定說, 折衷說이 주장되어 왔다.

否定說은 컴퓨터프로그램은 인간의 머리 속에서 수행하는 정신적, 지능적 수단이나 과정에 불과하며 자연법칙을 이용한 발명이 아니고 본질적으로 일종의 계산방법에 불과하다는 견해이다.

肯定說은 컴퓨터프로그램은 이를 컴퓨터에 입력하여 사용함으로써 그 물리적 구조의 일부분으로 구성되고, 이러한 부품들을 유기적으로 결합함으로써 특정목적에 적합한 구체적인 장치를 설치한 배선 또는 접선수단과 동일시할 수 있으므로 이는 결과적으로 자연법칙을 이용한 것이라고 한다.

折衷說은 프로그램 중에는 특허성을 인정하여야 할 것과 부인하여야 할 것이 있으므로 이를 취사선택하여 특허성이 있는 부분에 대해서는 특허를 인정해야 한다고 한다. 즉, 프로그램 자체에는 특허성이 없다 하여도 동작기계나 발전기 등의 제어를 위한 프로그램처럼 제어방법에 기술적 특징이 있으면 그와 같은 방법은 특허성이 있는 것으로 인정한다.⁴⁰⁾

한편, 우리 특허청은 1984. 11. 8. ‘컴퓨터 관련발명에 관한 심사기준’을

38) 홍승규, “컴퓨터 관련발명에 대한 미국의 심사 가이드라인”, 경영법무(1997. 5.), 72면 이하 참조.

39) 송영식, supra(주 35), 103면 참조.

40) 이상의 견해 대립은 특허법, 사법연수원(2003), 36면 참조.

제정하여 시행하던 중 1995년에 이를 개정한 바 있으며, 국제적 추세에 부응하고 컴퓨터프로그램 분야의 기술개발촉진을 위해 1998년 2월 위 심사기준을 개정하여 이를 시행하고 있다. 위 기준에 따르면, 컴퓨터프로그램 자체(예컨대, 프로그램의 기술 또는 표현)는 물리적 물건도 아니고 실행 프로세스(process)도 아니므로 특허의 대상이 될 수 없다. 컴퓨터프로그램 자체로서는 그 기능을 실현하는 발명의 다른 측면과의 구조적·기능적 상호관계를 정의하고 있지 않기 때문이다. 반면, 컴퓨터로 관독할 수 있는 매체에 기록된 컴퓨터프로그램은 그것이 컴퓨터프로그램의 기능을 실현 가능하게 하는 매체와 컴퓨터프로그램 사이의 구조적·기능적 상호관계를 정의하고 있으면 특허의 대상이 될 수 있는 것으로 정하고 있다.

이러한 심사기준에 따르면, ①특정한 컴퓨터프로그램에 의해 한정된 특정 제조물을 청구항으로 하는 발명, ②독립적인 물리적 동작이 있는 발명, ③산업상 실제적인 이용가능성으로 한정된 방법에 관한 발명 등은 발명으로 성립한다고 볼 수 있으나, 이에 반해 ①컴퓨터프로그램 자체, ②정보의 단순한 제시, ③실제적인 이용가능성으로 한정되지 못한 수학적 알고리즘 등은 발명으로 성립한다고 볼 수 없다.⁴¹⁾

관례 가운데 컴퓨터 프로그램 관련 출원발명에 대해 ‘출원발명이 기본위드에 서브위드를 부가하여 명령어를 이루는 제어입력포맷을 다양하게 하고 위드의 개수에 따라 조합되는 제어명령어의 수를 증가시켜 하드웨어인 수치제어장치를 제어하는 방법에 관한 것으로서, 결국 수치제어입력포맷을 사용하여 소프트웨어인 서브워드 부가 가공프로그램을 구동시켜 하드웨어인 수치

41) 컴퓨터 관련 발명의 심사 기준, 특허청(1998), 21-36면; 이상정, “컴퓨터소프트웨어 관련 특허의 인정 범위와 한계”, 지적소유권법연구 3집(1999. 1.), 275면 이하 참조.

제어장치에 의하여 기계식별·제어·작동을 하게 하는 것일 뿐만 아니라 하드웨어 외부에서의 물리적 변환을 야기시켜 그 물리적 변환으로 인하여 실제적 이용가능성이 명세서에 개시되어 있다는 이유로 그 출원발명을 자연법칙을 이용하지 않은 순수한 인간의 정신적 활동에 의한 것이라고 할 수는 없다.’고 판시하여 自然法則을 이용한 方法發明으로 그 특허성을 인정한 사례가 있다.⁴²⁾

(4) 職務發明

회사의 종업원이 회사의 업무범위 내에서 자신의 직무에 속하는 컴퓨터프로그램 관련 발명을 한 경우 그에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 내지 특허권은 특허법 제39조 제1항에 따라 원칙적으로 종업원에게 귀속되고, 회사에게는 무상의 통상실시권이 주어지게 된다. 다만, 회사는 계약 또는 근무규정 등에 의하여 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 내지 특허권을 종업원으로부터 양도받을 수 있다(특허법 제40조 제1항).

한편, 위와 같이 회사의 종업원이 컴퓨터프로그램을 업무상 창작한 경우 컴퓨터프로그램보호법 제5조에 따라 프로그램저작자는 회사로 되고, 프로그램저작권은 회사에게 원시적으로 귀속된다. 물론 계약 또는 근무규칙 등에 통해 저작자를 달리 정할 수 있다.

이처럼 컴퓨터프로그램의 직무발명 및 업무상 창작에 대하여는 컴퓨터프로그램에 대한 특허권 및 프로그램저작권이 발생하게 되며 특별한 정함이 없는 한 권리의 귀속자가 서로 달라지게 된다. 즉, 특허권은 종업원에, 프로그램저작권은 회사에 귀속될 것이다.

42) 대법원 2001. 11. 30. 선고 97후2507 판결.

이 경우 권리의 귀속자가 달라져 분쟁이 생기는 가능성을 예상해 볼 수 있다. 예를 들어 A회사의 종업원이 컴퓨터프로그램 관련 직무발명을 하여 특허권을 취득하고 A회사는 특허권을 양수하지 아니한 채 통상실시권에 기하여 프로그램을 사용하고 있던 중 위 종업원이 B회사에 특허권을 양도하고 B회사가 이를 실시하는 사안에 있어서, 당해 프로그램저작자 겸 저작권자인 A회사가 특허권자인 B회사를 상대로 컴퓨터프로그램의 무단 복제를 이유로 저작권에 기한 침해금지청구를 하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 이러한 사안에 대하여는 특허권과 저작권은 별개의 권리이므로 청구를 인용하여야 한다는 견해가 있을 수 있으나, 이러한 청구를 인용할 경우 특허법상 직무발명 제도를 사실상 형해화할 우려가 있다는 점을 고려하면 A회사의 청구는 기각하는 것이 타당하다고 생각한다.⁴³⁾

한편, 회사가 계약 또는 근무규정 등에 의하여 종업원으로부터 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 내지 특허권을 양도받는 경우 컴퓨터프로그램에 대한 특허권 및 프로그램저작권이 동일인에게 귀속될 수 있는 바, 이 경우 제3자의 침해행위에 대하여 권리자는 특허권에 기한 침해금지청구만을 할 수 있는지, 아니면 이와 함께 저작권에 기한 침해금지청구도 할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 생각건대, 특허권과 저작권은 별개의 권리이고 보호 범위도 서로 다르기 때문에 함께 청구하더라도 무방하리라 생각한다.

43) 김동진, *supra*(주 37), 118면 참조.

第3章 外國의 立法例

1. 著作權 保護의 두 흐름

저작자의 독창적인 개성의 표현인 저작물을 보호하는 데 중점을 두는 독일·프랑스 등과 같은 大陸法系 국가에서는 저작권을 ‘저작자의 권리(Urheberrecht)’로 파악함으로써 저작자의 재산적 이익 뿐만 아니라 그 인격적 보호를 중요 내용으로 하고 있다. 이에 반하여 미국·영국 등과 같은 英美法系 국가에서는 저작권을 ‘복제를 보호하는 권리(copyright)’로 파악함으로써 저작자의 재산적 이익의 확보에 중점을 두어 그 결과 최초 창작자로서의 성격보다는 저작물 이용자로서의 성격이 짙은 필름제작자·음반제작자·방송사업자들까지 저작자에 포함시키고 있다. 또한 대륙법계에서는 저작자로서 자연인을 전제로 하고 있음에 대하여, 영미법계에서는 경제적 이익의 귀속 주체로서 법인을 인정하고 있는 점에 큰 차이가 있다.⁴⁴⁾

이러한 차이점은 업무상 창작한 저작물과 관련한 각국 저작권법의 발전방향에도 일정 부분 영향을 미치고 있다. 대륙법계 국가에 속하는 독일에서는 고용관계에서 창작한 저작물의 경우에도 창작자원칙이 엄격히 적용되어 해당 저작물에 대한 저작권은 원칙적으로 창작자 자신에게 귀속하고, 그 저작물에 대한 사용자의 이해관계는 고용계약 등 당사자의 자유로운 처분에 맡겨 있다. 반면 영미법계 국가에 속하는 미국에서는 고용관계에서 창작된 저작물에 대해 사용자가 처음부터 저작자의 지위에 서서 해당 저작물에 대한 권리를 취득한다.⁴⁵⁾

44) 박성호, supra(주 6), 35-36면 참조.

45) 안효질, supra(주 1), 32면 참조.

그런데 현실적으로 업무상 창작에 관한 여러 입법례를 살펴보면, 이와 같은 양 法系 간의 차이가 점점 줄어들고 있는 점을 발견할 수 있다. 예를 들어, 프랑스 저작권법도 원칙적으로 창작자원칙을 취하고 있으나, 컴퓨터프로그램에 관한 1985년 법 개정에 의하여 사용자가 프로그램에 대하여 저작자에게 부여되는 모든 재산적 권리를 원시취득하도록 규정하고 있다. 또한 영국 저작권법은 독일 등 대륙법계 저작권법과 마찬가지로 업무상 창작한 저작물의 경우에도 저작자는 창작자 자신이고, 사용자는 저작권을 취득하게 될 뿐이다. 일본 저작권법 역시 독일 등 대륙법 체계를 그 기반으로 하면서도 업무상 창작한 저작물 또는 프로그램에 관하여서는 미국의 입법례와 같이 사용자를 저작자로 보고 있다. 이하에서는 주요 국가의 ‘업무상 창작’에 관한 입법례를 살펴보기로 한다.

2. 獨逸

가. 概要

독일 저작권법은 ‘저작자는 저작물의 창작자이다.’(제7조)라고 하며, ‘이 법에서 저작물이란 인간의 정신적 창작물에 한한다.’(제2조 제2항)라고 규정하고 있다. 즉, 저작자란 인간의 정신적 창작물을 창작한 자를 지칭한다. 그러므로 독일 저작권법에 따르면 창작행위는 자연인만이 할 수 있고, 언제나 당해 저작물을 직접 창작한 자연인만이 저작권을 원시적으로 취득한다. 이를 ‘창작자원칙(Schöpferprinzip)’이라 하는데, 이 원칙은 업무상 창작한 저작물의 경우에도 그대로 적용된다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

46) 박성호, *supra*(주 6), 37면 참조.

따라서 업무상 창작한 저작물의 경우 실제로 창작을 담당한 자가 저작자의 지위에 서서 저작권을 원시취득하며, 이 경우 사용자는 계약상의 방법을 통하여 필요한 저작권법상의 用益權(Nutzungsrecht)을 부여받아 해당 저작물을 이용할 수 밖에 없다.

이와 관련하여 독일 저작권법의 내용을 좀 더 자세히 살펴보면, 독일법에 있어서 저작자가 향유하는 권리는 저작인격권(Urheberpersönlichkeitsrecht)과 이용권(Verwertungsrecht) 및 그 밖의 권리들(sonstige Rechte)로 나누어진다. 독일에서는 저작자의 물질적 이익의 보호에 이바지하는 재산권적 권능으로서의 이용권과 저작자의 정신적 이익의 보호에 이바지하는 인격권적 권능으로서의 저작인격권은 이른바 一元論的인 권리로서 상호간에 긴밀히 결합되어 있는 것으로 이해되고 있다.⁴⁸⁾

이와 같이 저작권을 재산권적 권능과 인격권적 권능이 상호 긴밀히 결합되어 있는 단일한 권리로 파악하고 있는 관계로 이용권 자체는 전부 혹은 부분적으로 타인에게 양도될 수 없는 것이며, 타인에게 저작물을 이용하게 하려면 이용권에서 파생하는 用益權(Nutzungsrecht)을 타인에게 부여함으로써 가능하다. 즉, 저작물을 경제적으로 이용하는 경우에도 저작권 자체는 창작자에게 남아 있게 되고, 다만 그 저작권은 용익권의 부담을 받는 것에 지나지 않는다는 것이다.⁴⁹⁾

47) <http://www.copyright.or.kr/copy/main.asp?ht=../law/lawlist.htm&@=6&se>(독일 저작권법의 우리말 옮김) 참조.

48) 박익환, “독일저작권법 개요(1)”, 계간 저작권(1994. 여름호), 26면 참조.

49) Id., 27면 참조.

나. 一般 著作物の 경우

독일 저작권법은 제31조에서 제44조까지 저작권의 상속·양도 및 용익권의 부여 등에 관하여 규정하고 있는데, 위 조항들은 ‘본 절의 규정은 저작자가 근무 혹은 고용관계에서 발생하는 의무의 이행으로써 저작물을 작성하는 경우에 근무 또는 고용관계의 내용 또는 본질에서 별도로 정하여지지 아니하는 한 적용된다.’(제43조)고 규정하고 있다. 따라서 사용자가 업무상 창작한 저작물을 이용하기 위해서는 앞서 본 바와 같이 피용자와 계약을 체결하여 용익권의 부여를 받아야 한다.⁵⁰⁾ 이러한 원칙은 도급 혹은 위임계약에도 그대로 적용되는 것이어서, 이러한 도급(위임)계약의 경우 그 저작자는 도급인(위임인)이 아니라 수급인(수임인)이며, 위임인은 단지 용익권을 취득하여 이를 경제적으로 이용할 수 있을 뿐이다.⁵¹⁾ 한편, 판례는 업무상 창작한 저작물에 대해서 피용자인 창작자는 별도의 사정이 없는 한 원칙적으로 사용자에게 용익권을 부여할 의무가 있다고 보고 있다.⁵²⁾

하지만, 근로 또는 고용관계에서 창작한 저작물에 대하여 사용자가 창작자로부터 일일이 이용허락을 받아야 한다는 위 규정은 현실과 괴리된 측면이 있기 때문에 판례는 창작자가 별도의 사정이 없는 한 원칙적으로 사전에 사용자에게 이용권을 허락한 것으로 본다는 기본원칙을 발전시켜 사용자의 이익을 보호하는 경향을 보였다.⁵³⁾ 다만, 피용자가 의무의 이행으로 저작물을 작성한 것이 아니라 의무이행의 계기로 작성한 것에 불과할 경우에는 법 제

50) 안효질, *supra*(주 1), 33면 참조.

51) Klaus Sommerland, “Intellectual Property Protection For Software In Germany”, *Computer and Telecommunications Law Review*(1997), vol. 3, 15-16면 참조.

52) BAG GRUR 1984, 429, 431; BGH GRUR 1974, 480, 482.

53) 안효질, *supra*(주 1), 34면; Klaus Sommerland, *supra*(주 51), 16면 각 참조.

43조를 적용할 수 없다고 한 판결이 있다.⁵⁴⁾

다. 컴퓨터프로그램에 관한 特別

유럽공동체(EC)는 각 회원국에서의 컴퓨터프로그램 보호제도가 상이함으로 인하여 소프트웨어산업에 관한 한 자본과 상품의 자유로운 이동과 유통이 방해될 받게 된다는 문제점을 인식하게 되었다. 이를 해결하기 위하여 1991년 5월 14일 유럽공동체 각료 이사회는 ‘컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 이사회 지침’을 확정·공표하였다.⁵⁵⁾ 위 지침 제2조 제3항에 의하면 ‘종업원이 컴퓨터프로그램을 사용자의 지시에 따르거나 자신의 의무를 수행함에 따라 창작한 경우에는 계약상 달리 정하지 않는 한 사용자에게 프로그램에 관한 저작권이 배타적으로 귀속된다.’고 규정하였다.⁵⁶⁾ 위 지침에 따라 1993년 독일 저작권법에 컴퓨터프로그램에 관한 새로운 규정(제69조의 b)이 추가됨으로써 사용자의 이익 보호가 더욱 강화되었다.

독일 저작권법 제69조의 b는 ‘컴퓨터프로그램이 근로자(Arbeitnehmer)에 의하여 자신의 임무를 이행하기 위하여 또는 사용주의 지시를 받아 어떤 컴퓨터프로그램을 작성한 경우 사용주는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 해당 프로그램에 대한 모든 재산권적 권한을 배타적으로 행사할 수 있다.’(제69조의 b 제1항)라고 규정하고, 제1항은 고용관계에 대해서도 적용된다고 하고 있다(제2항).

따라서, 일반 저작물과는 달리 컴퓨터프로그램에 관한 한 사용자는 명시적

54) BGH GRUR 1972, 714.

55) 이철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어 보호, 박영사(1995), 275면 참조.

56) 김대영, “컴퓨터 프로그램의 法的 保護에 관한 EC 指針”, 계간 저작권(1995. 겨울호), 105면; 오승중·이해완, supra(주 8), 646면 각 참조.

이든 묵시적이든, 사전적이든 사후적이든 원칙적으로 아무런 이용허락계약 없이도 프로그램에 대한 경제적 이용권한을 취득한다. 이것은 법률행위에 의하여서가 아닌 법률에 의한 용익권의 부여라고 할 수 있다. 따라서 컴퓨터프로그램에 관한 한 피용자는 사실상 인격권적 권한 밖에는 향유하지 못한다. 또한 일반 저작물을 작성한 저작자에 대하여 적용되는 법 제43조 및 저작권계약에 적용되는 소위 목적양도이론(Zweckübertragungstheorie)에 따르면, 사용자는 자신의 영업이 필요로 하는 한도 내에서만 피용자가 창작한 저작물에 대한 이용권을 취득하는 데 반하여, 컴퓨터프로그램의 경우에는 사용자가 모든 경제적 이용권을 취득하게 된다.⁵⁷⁾

독일 저작권법 제69조의 b 제1항이 적용되기 위해서는 근로자(Arbeitnehmer)가 그의 임무를 이행하기 위하여 또는 사용자의 지시에 따라 컴퓨터프로그램을 작성한 경우이어야 한다. 여기서 ‘근로자(Arbeitnehmer)’ 개념과 관련하여, 독일에서 업무상 창작한 저작물에 관한 저작권법상의 원칙은 기본적으로 일반 민법상의 고용관계(Dienstverhältnis) 중에서도 종속성을 그 특징으로 하는 근로관계, 즉 ‘노동관계’에 대해서만 적용되고, 의사나 변호사 등 독립된 지위에서 의무를 이행하는 자유직업가와의 사법상의 고용계약에 대해서는 적용되지 않는다. 여기서 주의할 점은, 독일 민법의 경우 위임을 無償으로 국한하고 있기 때문에 의사나 변호사 등 자유직업가가 노무를 제공하고 이에 대해 보수를 약정하는 경우도 이를 위임이라 할 수 없고 고용에 포함시키는 반면, 우리 민법에서는 당사자의 특약에 의한 有償委任이 가능하기 때문에 위에서 말하는 자유직업가와의 계약

57) Klaus Sommerland, supra(주 51), 16-17면; 안효질, supra(주 1), 32면; 박성호, supra(주 6), 40면 각 참조. 목적양도이론에 대한 자세한 내용은 김상호, “학술·예술·정보 분야에 종사하는 근로자의 저작권 보호문제”, 계간 저작권(2000. 봄호), 59면 참조.

은 우리 법상으로는 보통 위임에 포함된다.⁵⁸⁾ 그리고 법 제69조의 b 제2항에서 말하는 고용관계란 공무원, 판사, 군인 등의 고용관계 또는 기타 협의의 공무원관계에 해당하지 않는 공법상의 고용관계를 의미한다.⁵⁹⁾ 결국, 독일 저작권법 제69조의 b는 사법상의 ‘노동관계’(제1항) 및 공법상의 ‘고용관계’(제2항)에 적용된다고 할 수 있다.

독일 저작권법 제69조의 b 제1항에서는 근로자(Arbeitnehmer)가 그의 임무를 이행하기 위하여 ‘또는’ 사용자의 지시에 따라 프로그램을 창작할 것을 요건으로 하고 있다. 즉, 근로자가 자신의 업무로서 프로그램을 창작한 경우는 물론이고 자신의 업무범위 내에 있지 않더라도 사용자의 지시에 따라 프로그램을 창작한 경우에도 사용자는 경제적 이용권한을 취득한다. 이러한 점은 우리 컴퓨터프로그램보호법 제5조가 피용자가 업무상 창작할 것이라는 요건 외에 법인 등 사용자가 기획할 것이라는 요건을 중첩적으로 규정한 것과는 대비되는 점이다.

컴퓨터프로그램에 대한 경제적인 이용권한이 일체 사용자에게 귀속하기 때문에, 사용자의 영업목적이 확대되거나 변경됨에 따라 그가 컴퓨터프로그램을 확대된 범위에서 또는 다른 방법으로 이용하려고 하는 경우에도, 사용자는 이에 대하여 별도의 이용허락을 받을 필요가 없다. 예컨대, 어떤 컴퓨터 프로그램이 원래 사용자의 영업 내의 이용을 위하여 개발되고 실제로 그렇게 지금까지 이용되었다 하더라도, 사용자는 나중에 제3자에게 프로그램에 대한 이용을 허락함으로써 상업적 이윤을 남기기 위하여 해당 프로그램을 소프트웨어 시장에 상품으로 내놓을 수도 있다.⁶⁰⁾

58) 곽윤직, 채권각론, 박영사(1995), 480면 참조.

59) 안효질, supra(주 1), 35면 참조.

60) 안효질, “독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터프로그램에 대한 권리관계(하)”, 계간 저작권(1996. 가을호), 35면 참조.

또한 사용자는 시간적 제한이 없는, 즉 컴퓨터프로그램에 대한 저작권법상의 보호기간이 만료할 때까지 이를 이용할 권한을 취득한다. 독일 저작권법 입법자가 사용자는 ‘모든 재산권적 권한’을 취득한다고 규정함으로써 단지 이용권의 내용적 범위가 제한되어 있지 않다는 점만을 명백히 강조하고 있지만, 이 규정의 규범목적으로 보아 사용자의 이용권한이 시간적으로도 제한되어 있지 않음을 추론할 수 있다.⁶¹⁾

라. 小結

결론적으로 업무상 창작한 저작물에 관한 독일 저작권법의 태도는 창작자 원칙에 충실하게 실제로 창작을 담당한 자가 저작자의 지위에서 서서 저작권을 원시취득하며, 그 저작물에 대한 사용자의 이해관계는 원칙적으로 고용계약 등 당사자의 자유로운 처분에 맡겨 있다는 점이다. 다만, 컴퓨터프로그램에 관하여는 특칙을 두어 사용자가 별도의 합의 없이도 법률 규정에 의하여 저작권으로부터 파생된 모든 재산권적 이용권한을 취득할 수 있도록 규정함으로써 일반 저작물에 비하여 사용자의 지위를 명백히 향상시켰다고 할 수 있다.

3. 프랑스

가. 概要

프랑스는 1992년 7월 1일 법률 제597호로 ‘知的財産權法典(Code de la

61) Id., 36면 참조.

propriété intellectuelle)’을 새로 제정하면서 종래 흩어져 있던 지적재산권 관련 법률을 모아 통일적으로 규정하였다. 그 제1부가 저작권법이다. 종래 프랑스 저작권법은 1985년 개정에 따른 1985년 7월 3일 법과 종전의 1957년 3월 11일 법 이 두 가지가 병존하고 있었는데, 위 법전에서는 내용적 변경 없이 이를 체계적으로 정리하였다. 법전이라는 명칭에서 알 수 있듯이 프랑스는 저작권과 그 밖의 지적재산권을 하나의 법률에 수록함으로써 입법제도상으로 통일화하였다.⁶²⁾

한편 프랑스의 1957년 저작권법에는 컴퓨터프로그램에 대한 직접적 규정이 없었으나, 1983년 프랑스 법무부가 저작권에 의한 프로그램의 보호를 긍정한 바 있으며, 1985년 저작권법 개정을 통해 컴퓨터프로그램이 저작권법으로 보호됨을 명백히 하면서 프로그램 보호에 관한 몇 가지 특칙을 규정하기에 이르렀다.⁶³⁾

프랑스 지적재산권법전 제111조의 1은 ‘정신적 저작물의 저작자는 저작물을 창작했다는 단순한 사실만으로 그 저작물에 대하여 모든 사람에게 대항할 수 있는 배타적인 무형의 소유권을 가진다.’(제1항)라고 하면서, ‘정신적 저작물의 저작자에 의하여 체결되거나 존재하는 고용 또는 노무 계약은 어떤 식으로든 제1항에서 인정한 권리의 향유에 영향을 미치지 아니한다.’(제3항)라고 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 위 규정은 실제로 창작을 한 자연인만이 저작자로 고려될 수 있다는 기본원칙을 정한 것으로서 특히 제1항은 創作者原則을 명문화한 것으로 해석된다.⁶⁵⁾

62) 박성호, supra(주 6), 42면 참조. 법 개정 전에도 1984. 6. 4. 및 1985. 2. 20. 파 리향소법원의 판결은 저작권법에 의한 프로그램의 보호를 긍정하였다.

63) 저작권법(II), 사법연수원(2001), 103면 참조.

64) 프랑스 저작권법의 우리말 옮김은 저작권심의조정위원회 편, 프랑스-캐나다 저작권법(1993), 11면 이하 참조. 한편, 프랑스 저작권법 원문에 대하여는 <http://www.legifrance.gouv.fr> 참조.

나. 一般 著作物の 경우

법전 제113조의 2 제3항은 ‘자연인 또는 법인의 發意(initiative)로 창작되고 그의 지시 및 명의로 편집되고 발행되어 공표된 저작물로서 그것의 작성에 참여한 여러 저작자의 개인적 기여가 전체 저작물에 흡수되고 각 저작자에게 창작된 저작물상의 여러 권리를 귀속시킬 수 없는 것’을 集合著作物(œuvre collective)로 정의하고, 제113조의 5 제1항은 ‘反證이 없는 한 집합저작물은 그것을 공표한 명의의 자연인 또는 법인의 저작물로 한다.’고 규정하고 있다.

집합저작물에 관한 요건은 매우 복잡한데 그 이유는 집합저작물로 인정되었을 경우의 효과가 극단적이기 때문이다. 즉, 집합저작물로 인정될 경우 실제로 창작을 담당한 자가 아닌 그것을 공표한 명의의 자연인 또는 법인에게 저작권이 원시적으로 귀속됨으로써 저작물을 경제적으로 이용하는 것이 용이해진다.

집합저작물이 완성되어 그 일체성이 인정되는 경우 그 집합저작물 전체에 대하여 저작인격권(le droit moral)을 행사할 수 있는 것은 이를 기획·주도한 ‘자연인 또는 법인’이다. 따라서 기획·주도자(le promoteur)는 제작한 참여한 자(le contributeur)로부터 일일이 허락을 구하지 않고도 집합저작물 전체를 조화시키기 위한 수정 및 개편을 할 수 있고 바로 이 점이 집합저작물 제도를 인정하게 된 중요한 목적의 하나이다.⁶⁵⁾ 또한 이 기획·주도한 자

65) 송영식 외 2인, supra(주 11), 510면 참조.

66) Philippe Gaudrat, "Le point de vue d'un auteur sur la titularité", Le droit d'auteur aujourd'hui, Editions du CNRS(1991), 57면 참조.

연인 또는 법인은 ‘작성에 참여한 여러 저작자’로부터 권리를 양도받을 필요 없이 집합저작물 전체에 대한 재산권을 부여받는다. 요컨대 위 조항에 의하여 저작권상의 권리가 제작참여자를 거치지 않고 기획·주도한 자연인 또는 법인에게 직접 발생하는 것이다. 그래서 위 조항은 실제의 창작자가 아닌 기획·주도자를 저작자로 인정하는 法的擬制 규정으로 해석되고 있다.⁶⁷⁾

집합저작물의 성립 요건에는 제작참여자와 기획·주도자간에 고용관계가 있을 것이 포함되어 있지 않다. 그러나 고용자들은 고용관계 아래에서 작성된 저작물에 대한 저작권을 직접 얻기 위하여 집합저작물임을 주장하는 경우가 많다고 한다. 즉, 프랑스 저작권법에는 우리 저작권법 제9조와 같이 업무상 작성되는 저작물에 관한 직접적인 규정은 없지만, 위 집합저작물에 관한 규정이 그와 비슷한 기능을 수행하고 있는 것이다.⁶⁸⁾

한편 집합저작물에 관한 위 프랑스 저작권법의 규정은 일본 저작권법을 거쳐 우리의 입법에도 일정 부분 영향을 미쳤다.⁶⁹⁾ 일본 저작권법 제15조 제1항은 업무상 창작한 저작물의 성립 요건으로 ‘법인 등이 發意할 것’과 ‘법인 등의 명의로 公表할 것’을 규정하고 있고, 제2항에서는 업무상 창작한 프로그램의 성립 요건으로 ‘법인 등이 發意할 것’을 규정하고 있는데, 이러한 요건은 프랑스 저작권법상의 집합저작물 제도에서 유래한 것으로 보인다. 또한 이러한 요건은 우리 법에도 그대로 수용되어 저작권법 제9조와 컴퓨터프로그램보호법 제5조에도 같은 요건이 규정되어 있다.⁷⁰⁾

67) Id., 46면 참조.

68) 박성호, supra(주 6), 44면 참조.

69) Id., 66면 참조.

70) 일본 저작권법상의 ‘發意’를 ‘企劃’으로 바꾸어 표현하고 있을 뿐 내용은 거의 동일하다.

다. 컴퓨터프로그램에 관한 特則

앞서 언급하였듯이 프랑스는 1985년 저작권법 개정을 통해 컴퓨터프로그램이 저작권법으로 보호됨을 명백히 하면서 프로그램 보호에 관한 몇 가지 특칙을 규정하게 되었는데, 그 중 하나가 업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작권 귀속에 관한 규정이다.⁷¹⁾⁷²⁾ 법전 제113조의 9 제1항은 ‘특약이 없는 한 1인 또는 그 이상의 피용자(employé)가 업무상 창작한 혹은 사용자의 지시에 의하여 창작한 소프트웨어(logiciel)는 저작자에게 부여되는 모든 재산적 권리(les droits patrimoniaux)와 함께 사용자(employeur)에게 귀속된다.’고 하여 저작재산권이 사용자에게 자동적으로 귀속된다는 취지로 규정하고 있다.

여기서 주의할 점은 사용자는 업무상 창작한 프로그램의 저작자가 아니라 권리귀속자에 불과하다는 점이다. 즉, 저작자는 실제로 창작을 담당한 피용자이고, 사용자에게는 저작재산권만이 귀속된다. 다만, 소프트웨어의 원활한 유통을 위하여 저작자의 저작인격권은 법에 의하여 일정하게 제한된다. 법전 제121조의 7은 특약이 없는 한 저작자는 권리의 범위 내에서 소프트웨어의 개작에 반대할 수 없고, 철회권이나 취소권을 행사할 수 없도록 규정하고 있다.⁷³⁾

71) Jean Martin, "Le droit d'auteur Applicable au logiciel", Le droit d'auteur aujourd'hui, Editions du CNRS(1991), 102면 참조.

72) 현행 법전 제113조의 9 제1항의 규정은 1985년 법 제45조의 규정에서 온 것이다. 위 규정은 ‘고용계약에 의한 재산적 권리의 자동적 양도 규정’이라고 설명되고 있다.[Philippe Gaudrat, supra(주 66), 58면 참조.]

73) 박성호, supra(주 6), 45면 참조. 프랑스는 저작자가 갖는 저작인격권의 일종으로 공표권, 귀속권과 성명표시권, 철회권을 규정하고 있다.[송영식, supra(주 11), 519면 참조.]

라. 小結

프랑스 저작권법은 원칙적으로 창작자원칙을 취하고 있으나, 예외적으로 창작자원칙이 적용되기 어려운 경우 즉, 여러 저작자의 창작 행위가 전체 저작물에 흡수되어 실제 창작자에게 저작권을 귀속시키기 어려운 경우를 상정하여 이 경우에는 名義公表者인 법인 등 고용자를 저작자로 간주하는 집합저작물 제도를 마련하고 있다. 그러나, 컴퓨터프로그램에 관하여는 사용자 명의로 공표되었는지 여부나 사용자의 발의가 있었는지 여부 등을 불문하고 고용관계에서 창작된 프로그램의 저작권은 원시적으로 사용자에게 귀속되도록 명문화함으로써 사용자의 이익 보호를 강화하였다. 다만, 이 경우에도 저작자는 실제로 창작을 담당한 피용자이고, 사용자는 권리귀속자에 불과하다.

4. 美國

가. 概要

미국 저작권법상 ‘雇傭著作物(work made for hire)’의 법리는 피용자 혹은 독립계약자(independent contractor)⁷⁴⁾에 의하여 창작된 저작물의 저작권 귀속을 정하는 보통법상의 원칙에서 비롯되는데, 이 원칙은 미국의 1909년 저작권법 제26조와 1976년 저작권법 제101조 및 제201조 (b)에서 각각 成文化되었다.

74) independent contractor에 대해 ‘수급인’으로 번역하기도 한다.

1909년 저작권법 제26조는 ‘저작자라는 용어에는 고용저작물(work made for hire)의 경우에 있어서 고용자를 포함한다.’고만 간략하게 정의하고 있었다. 고용저작물(work made for hire)이라는 용어는 이와 같이 1909년 법의 법문상에 등장하였지만, 고용자 및 고용저작물의 개념에 대한 정의 규정을 두고 있지는 않았다. 이와 관련하여 법원은 위 고용저작물의 법리는 통상의 고용과정에서 피용자에 의하여 작성된 저작물에 적용되는 것이라고 판시하였다.

한편, 법원은 반대되는 계약 규정이 없다면 위탁자(주문자)가 최종 창작물에 대한 저작권을 취득한다는 보통법상의 추정을 1909년 법 아래에서도 계속해서 적용함으로써, 고용저작물의 정의를 독립계약자(independent contractors)에 의하여 작성된 저작물로 확대·적용하였다. 즉, 1909년 법 하에서 일련의 판례는 위탁제작된 저작물에 대해 수탁자는 위탁자에게 그 저작물의 소유권과 아울러 그 저작권도 함께 양도하는 것에 암묵적으로 동의하고 있다는 추정⁷⁵⁾하고 그와 같은 저작권 귀속의 근거를 위탁자의 ‘요청과 비용에 따라(at the instance and expense)’ 저작물이 만들어졌기 때문에 혹은 위탁자에게 ‘감독 및 통제하는 권한(right of the supervision and control)’을 보유하고 있기 때문이라고 보았다.⁷⁶⁾

미국의 1976년 법은 이전의 1909년 법과는 달리 고용저작물에 관한 상세한 규정을 마련하고 있다. 우선, 법 제101조는 고용저작물(work made for hire)에 대해 ‘피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물’ 또는 ‘집합저작물에의 기여분, 영화 기타 시청각 저작물의 일부, 번역, 보조

75) Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, New York, Matthew Bender(1995), §5.03[B], 43면 참조.

76) Paul Goldstein, Copyright I, Boston, Little, Brown and Co.(1996), 4:28-4:30면 참조.

적 저작물, 편집물, 교과서, 시험, 시험의 해답자료 또는 도표집으로 사용되도록 특별히 주문이나 위탁을 받은 것으로서, 당사자들이 그 저작물을 고용 저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우의 저작물'이라고 정의하고 있다.

또한 법 제201조 (b)는 고용저작물의 경우에는 사용자 또는 당해 저작물을 그 자를 위하여 작성하게 한 자를 저작자로 간주하며, 당사자 사이에 서명한 문서에 의하여 명시적으로 달리 합의하지 않는 한 당해 저작권을 구성하는 모든 권리를 가진다고 규정하고 있다.⁷⁷⁾

법 제201조 (b)는 고용저작물의 경우 사용자가 그 저작물의 저작자로 간주되고, 달리 합의되지 아니한 경우 최초의 저작권자로 간주된다는 원칙을 채택하고 있다. 이 규정은 또한 피용자가 권리를 가진다는 취지의 합의는 서면으로 작성되고 쌍방 당사자가 서명하여야 한다고 규정하고 있다.

나. 立法經過

하원 입법보고서에 나타난 입법경과를 살펴볼 때 이 법률에 있어서의 고용저작물 규정은 조심스럽게 균형잡힌 타협의 산물임을 알 수 있다. 이 법률 개정과 관련하여 영화대본 작가 및 영화음악 작곡가 측이 개정안을 제안

77) 미국 저작권법의 우리말 옮김은 박삼봉, “고용저작물의 저작권에 관한 미국 연방법원 판례 소개”, 저스티스 제26권 제2호(한국법학원, 1993.), 48면; 오승종·이해완, supra(주 8), 645면 각 참조. 미국은 1990년 저작권법을 일부 개정하여 회화나 조각 등 200개 이하만 제작하는 시각적 미술저작물(works of visual arts)에 대해 저작인격권, 즉 귀속권(right of attribution) 및 동일성유지권(right of integrity)을 부여하는 조항(제106조의 A)을 신설하고 있다. 여기서 유념해야 할 것은 고용저작물(works made for hire)은 시각적 미술저작물의 정의로부터 배제되고 있으므로(제101조), 고용저작물에는 저작인격권이 인정되지 않는다는 점이다.[박성호, “인터넷 환경에서의 저작물의 이용과 저작인격권”, 인권과 정의 제278호(1999. 10.), 53-54면 참조.]

하였는데, 그 제안한 내용은 반영되지 않았다. 그 제안의 내용은 특허법에 있어서의 ‘Shop Right’와 유사한 권리를 승인하여 달라는 것이었다.⁷⁸⁾ 즉, 약간의 예외는 있으나, 사용자는 통상의 업무에 필요한 범위 내에서 피용자의 저작물을 사용할 권리를 갖되, 피용자는 경쟁 목적의 권리부여가 금지되는 선에서 그 밖의 모든 권리를 가지는 것으로 하자는 취지였다고 한다. 그러나 이와 같은 개정은 이론적으로는 단체로서의 영화대본 작가 등의 거래상의 지위를 개선시키기 위한 것이었지만, 개개의 작가가 얻게 될 실질적 이익에 대하여는 의문이 있었다. 최초의 저작권이 사용자에게 있다는 관념은 미국 저작권법상 확립된 것이었고, 불확실한 ‘Shop Right’ 원칙⁷⁹⁾의 채택은 사용자나 피용자 모두에게 과연 도움이 될는지 의심스러웠을 뿐 아니라 수많은 다른 문제를 다시 만들어 낼지도 모를 것이라는 우려 때문에 이러한 제안을 받아들여지지 않았다.⁸⁰⁾

한편, 특별한 주문이나 위탁에 의하여 만들어진 저작물의 지위는 제101조의 ‘고용저작물’의 정의에 관한 규정의 전개에 있어서 주된 문제의 하나였고, 위 규정은 입법과정에서 광범위하게 개정되었다. 근본적인 문제는 특별

78) H. R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 121 (1976).

79) 미국 특허법 제111조는 特許出願은 發明者의 이름으로 할 것을 要하고, 제112조 이하에서는 出願者는 眞實한 最初의 發明者(the original and first inventor)에 限하는 態度를 高집함으로써, 비록 被用者가 그 職務에 關하여 한 發明일지라도 그 特許權은 被用者에게 歸屬된다고 하는 이른바 發明者主義의 原則을 採用하고 있는 反面, ‘被用者가 특히 어떠한 問題를 解決하여 發明을 하도록 雇傭된 뒤에 實際로 그가 그 勤務中에 그 問題解決에 成功한 경우, 그 發明은 使用者에게 歸屬되고, 被用者는 이에 대한 特許를 받더라도 그 特許權을 使用者에게 讓步하지 않으면 안된다.’는 判例法上의 原則이 있어서 이와 같은 被用者歸屬과 使用者歸屬의 兩極을 調整하기 위한 또 하나의 判例法上 原則이 發達되어 온 것이다. 즉 發明을 任務로 雇傭되지 아니한 一般被用者의 경우에 그 被用者가 한 發明에 대하여는, 使用者는 特許權을 無償으로 實施(use)할 수 있다고 하는 이른바 shop right의 原則이 그것이다.[박영식, “美國法에 있어서의 Shop Right의 原則과 우리 特許法에 있어서의 職務發明制度의 比較法的 研究”, 사법논집 2집(1972), 457면 이하 참조.]

80) 박삼봉, supra(주 76), 48면 참조.

한 주문이나 위탁에 의하여 만들어진 저작물 중에서 ‘고용저작물’로 간주되는 것과 그렇지 않은 것 사이에 어떠한 방식으로 규정상 한계를 정할 것인가 하는 점이였다. 최종적으로 이 법에서 규정된 정의는 타협의 산물로서 실제로 일정한 상황 하에서 고용저작물로 간주될 수 있는 저작물의 종류를 하나하나 열거하는 방식을 취하였다.⁸¹⁾⁸²⁾

다. 雇傭著作物の 法理

1976년 법이 1909년 법과 비교할 때 고용저작물에 관하여 상세한 규정을 두고 있는 것은 사실이지만, 제101조 고용저작물의 정의에서 말하는 ‘피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물’이란 무엇을 의미하는지 특히 ‘피용자(employee)’란 용어의 해석을 둘러싸고 판례상 많은 논란이 있어 왔다. 견해의 대립을 개관하면 다음과 같다.

첫째, 고용하는 측이 그 작품에 대해 통제하는 권리(right to direct and supervise)를 보유하고 있다면 반드시 그 저작물을 피용자에 의하여 작성된 것이라고 보는 입장이다. 이는 1909년 법 아래에서 판례가 취하여온 전통적인 견해이기도 하다. 이 입장은 피용자의 개념을 가장 넓게 본 것으로서 사용자(혹은 위탁자)에게 가장 유리한 해석이다. 둘째, 특정한 저작물의 창작에 관하여 고용하는 측이 실질적인 통제(actual control)를 행한 경우, 그 저작물은 피용자에 의해 작성된 것이라고 보는 입장이다. 셋째, ‘피용자’라는 용어는 보통법상 代理에 관한 법에서의 의미와 동일한 의미를 가진다는 입장이다. 넷째, ‘피용자’란 ‘정식으로 급료를 받는’ 피용자(formal, salaried

81) Id., 49면 참조.

82) 이러한 규정 태도는 미국 저작권법의 중요한 특징의 하나이다.

employees)를 의미한다는 입장이다. 이 입장은 피용자의 개념을 가장 좁게 본 것으로서 피용자(혹은 수탁자)에게 가장 유리한 해석이다.⁸³⁾

이러한 논란은 1989년 미국 연방대법원의 Community for Creative Non-Violence v. Reid 판결⁸⁴⁾을 통해 일단락되었다. 이 판결에서는 위 견해 중 세 번째 견해를 취하였다.⁸⁵⁾

한편, 미국 저작권법에서는 컴퓨터프로그램의 업무상 창작에 관한 별도의 특칙을 마련하고 있지 않기 때문에 프로그램에 관하여서도 위 고용저작물에 관한 법리가 그대로 적용된다. 즉, 컴퓨터프로그램에 대하여 가령 회사와 프로그래머의 관계가 사용자와 피용자 관계에 해당하고 해당 프로그램이 업무상 창작되었다면 회사가 저작자의 지위에 서서 저작권을 원시취득하게 된다. 그러나 회사가 독립계약자(independent contractors)인 프로그래머에게 프로그램의 창작을 특별히 주문하거나 위탁한 경우라면, 그 프로그램이 제 101조에서 열거하고 있는 9가지 범주 중 어느 하나에 해당하여야 함과 동시에 회사와 프로그래머 간에 고용저작물로 한다는 명시적인 서면계약이 있어야만, 그 회사에게 프로그램에 관한 저작권이 원시적으로 귀속하게 될 것이다.⁸⁶⁾

라. 小結

미국 저작권법은 피용자가 고용의 범위 내에서 작성한 저작물을 고용저작

83) Michael D. Scott, Scott on Computer Law(Vol. 1, 2d ed.), Aspen law & Business(1996), §3.15 73면 참조.

84) Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 743 (1989).

85) 자세한 내용은 제4장 2. 나. (2) (나) 참조.

86) Michael D. Scott, supra(주 82), §3.15[B] 참조.

물이라고 하여 요건 면에서 간단하고, 효과 면에서는 사용자가 저작자의 지위에 서서 저작권을 원시취득한다고 규정함으로써 사용자의 이익을 강하게 보호하는 특징을 갖고 있다. 바로 이 점에서 미국 저작권법은 창작자원칙을 고수하여 피용자를 저작자로 보는 대륙법계 국가의 일반적인 입법례와는 대척점에 서 있다. 또한 고용관계가 아닌 특별히 주문 또는 위탁을 받은 독립계약자에 의한 저작물 창작의 경우에도 일정한 요건 하에 고용저작물로 간주되는 경우를 명문화하고 있는 바, 이 경우 고용저작물로 간주하는 저작물의 종류를 한정적으로 열거하고 있으며 당사자 간의 명시적인 서면합의를 추가적으로 요구한다는 점에서 다른 입법례와는 뚜렷한 차이를 보인다. 한편, 이러한 고용저작물의 법리는 컴퓨터프로그램에 있어서도 그대로 적용된다.

5. 英國

가. 概要

영국에서 컴퓨터프로그램의 저작권 보호 문제가 본격적으로 거론되기 시작한 것은 1970년대부터이다. 즉, 1956년 저작권법을 개정할 때만 해도 이 문제가 전혀 반영되지 않았으며, 1973년에 설립된 Whitford Committee에서 1977년 3월에 낸 Copyright and Designs Law에 관한 보고서에서 컴퓨터프로그램이 저작권의 대상이 됨을 처음으로 인정하였다. 그 후 1985년에 영국 하원은 Copyright(Computer Software) Amendment Act를 제정하여 컴퓨터프로그램도 저작권법상 보호대상인 저작물이라고 규정하였다.⁸⁷⁾

87) 이철, *supra*(주 55), 273면 참조.

1988년에 1985년의 위 개정 저작권법에 대한 대체입법으로 ‘저작권, 의장 및 특허에 관한 법률’(Copyright, Designs and Patents Act, 1988)을 제정하였고, 같은 법 제3조 제1항 (b)에서는 컴퓨터프로그램이 어문저작물에 포함됨을 규정함과 아울러 여 컴퓨터프로그램의 소급보호를 인정하였다.⁸⁸⁾

나. 著作權의 歸屬

영국 저작권법 제9조 제1항은 ‘이 편에서, 저작물에 관하여 저작자라 함은 저작물을 창작한 사람을 말한다.’라고 하고 저작자는 당해 저작물에 대한 저작권의 최초 소유자라고 규정하고 있다(법 제11조 제1항).⁸⁹⁾

컴퓨터 기술의 발전으로 인하여 컴퓨터프로그램의 저작자를 확정하기 어려운 경우도 생기게 된다. 컴퓨터 기술의 도움을 받아서 만들어진 저작물의 저작자는 누구인가를 판단함에 있어서, 실질적인 창작행위를 담당한 자연인이 있는 경우에는 당해 자연인이 저작자가 된다고 판단할 수 있겠지만, 그러하지 아니한 경우에 컴퓨터 자체가 저작자로 된다고 볼 수도 없기 때문이다.⁹⁰⁾ 영국의 1988년 저작권법 제9조 제3항은, ‘컴퓨터에 의하여 만들어진 저작물(computer-generated Works)’의 경우에는 그 저작물의 ‘창작에 필요한 조정(arrangement)’을 행한 자를 저작자로 한다고 규정하고 있다. 어느 경우에 저작자가 될 수 있는 ‘창작에 필요한 조정’을 행하였다고 볼 수 있는 지가 문제되나, 대략 영화제작이나 음반제작자가 행한 정도의 역할을

88) Id.

89) http://www.copyright.or.kr/copy/main.asp?ht=/law/law_b_kin.htm&ca=6&se(영국 저작권법의 우리말 옮김) 참조.

90) 정상조, “영국에서의 저작자 : 저작권의 귀속 주제”, 계간 저작권(1996. 봄호), 48면 참조.

하면 컴퓨터창작물의 저작자라고 볼 수 있을 것이다.⁹¹⁾

창작자가 저작권을 원시적으로 취득한다는 원칙의 예외로서 법 제11조 제2항은 ‘어문, 연극, 음악 또는 미술저작물이 종업원의 직무 과정 중에 제작된 경우에, 다른 약정이 없는 한, 사용자는 그 저작물에 대한 저작권의 최초 소유자이다.’라고 규정하고 있다. 앞서 보았듯 컴퓨터프로그램은 어문저작물에 속하므로 위 규정은 컴퓨터프로그램에 있어서도 그대로 타당하다. 따라서 고용관계에 있는 피용자가 업무 수행 과정에서 프로그램을 창작한 경우 다른 약정이 없는 한 사용자가 그 프로그램저작권을 원시적으로 취득하게 된다.⁹²⁾

여기서 주의할 점은 사용자가 당해 프로그램의 저작자로 되는 것은 아니며, 실제로 창작을 담당한 종업원이 저작자로 된다는 점이다. 즉, 영국 저작권법은 저작자와 저작권의 귀속 주체를 분리해서 접근함으로써 사용자가 저작자의 지위에서 저작권을 원시취득하는 우리 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법과는 다른 태도를 취한다.⁹³⁾

동법의 적용과 관련하여 중요한 것은 ‘직무 과정 중에 제작된 경우(within the scope of the employment)’를 어떻게 볼 것인가 하는 점인데, 이것은 업무의 성격과 조건 및 업무와 당해 저작물과의 관련성에 따라 좌우될 것이다.

한편, 피용자(servant)와 독립계약자(independent contractor)의 구별의 문제는 영국 저작권법 하에서도 노무공급계약의 형태가 다양화됨에 따라 점점 그 중요성을 더해가고 있는 문제이다. 이 문제에 대해 관례는 원칙적으

91) 송영식 외 2인, supra(주 11), 503면 참조.

92) William R. Cornish, Intellectual Property(3rd ed.), Sweet & Maxwell, London(1996), 403면 참조.

93) 정상조, supra(주 90), 50면 참조.

로 ‘저작물을 창작하는 데 있어 사용자 측이 어느 정도의 통제(control)를 행사하였느냐’라는 관점보다 ‘저작물을 창작하는 것이 당해 계약 관계에서 본래 목적으로 하는 행위(integral part)인가’라는 관점으로 접근하고 있다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

다. 著作人格權의 歸屬

영국 저작권법은 본래 저작인격권의 개념을 성문법상 인정해오지 않다가 베른협약의 이행의 일환으로 저작인격권을 규정하게 되었지만, 영국 저작권법은 저작인격권을 저작권의 개념과는 별도의 개념으로 규정하고 있다(법 제79조 이하).⁹⁶⁾

영국 저작권법에 따르면 업무상 저작에 있어서 사용자 또는 법인이 저작인격권까지 취득하는 것은 아니다. 즉, 영국 저작권법은 저작자에게 저작인격권을 부여해 주고 있지만(법 제77조), 업무상 저작에 있어서 저작권을 취득하게 되는 사용자 또는 법인이 저작자로 되는 것은 아니기 때문에, 당연히 사용자 또는 법인이 저작인격권까지 취득하는 것은 아니다. 따라서 영국 저작권법의 해석으로는 업무상 창작한 프로그램에 있어 실제로 창작을 담당한 종업원이 저작자의 지위에서 저작인격권을 취득하게 되고, 사용자는 저작권을 원시취득하게 된다.⁹⁷⁾

다만, 영국 저작권법은 업무상 저작의 경우에 저작자의 저작인격권 행사에 예외를 인정하고 있다. 예를 들어 영국 저작권법은 ‘저작자로 확인되는 권

94) William R. Cornish, supra(주 92), 403면 참조.

95) Stephenson Jordan v. MacDonald & Evans.

96) 정상조, supra(주 90), 48면 참조.

97) Id., 51면 참조.

리(right to be identified as author: 우리나라 저작권법상의 성명표시권과 유사한 권리임)’을 저작자에게 부여하면서, 동시에 업무상 저작의 결과 사용자에게 저작권이 귀속되는 경우에는 피용자는 성명표시권을 행사할 수 없도록 규정하고 있다(제79조 제3항). 아울러 컴퓨터프로그램의 경우에는, 저작자가 성명표시권을 주장할 수 없다고 하는 포괄적인 적용 제외 규정도 두고 있다(제79조 제2항).

그리고 가장 어려운 문제의 하나로 제기될 수 있는 저작인격권으로서 영국 저작권법상의 ‘명예훼손적인 변경을 금지할 수 있는 권리(right to object to derogatory treatment of work: 우리나라 저작권법상의 동일성유지권과 유사한 권리임)’에 있어서도, 컴퓨터프로그램의 경우에는 저작자가 동일성유지권을 주장할 수 없다고 하는 포괄적인 적용제외 규정이 있을 뿐만 아니라, 업무상 저작의 경우에는 사용자의 저작물 이용에 대하여 저작자가 동일성유지권을 행사할 수 없다고 하는 중대한 예외가 규정되어 있다(제82조 제1항).⁹⁸⁾

또한, 영국 저작권법은 서면의 의사표시에 의하여 저작인격권을 포기할 수 있음을 인정하여 저작인격권의 일신전속성이 대폭 완화되고 있다. 즉, 법에 의하면 저작인격권자는 저작인격권의 침해에 해당되는 제3자의 특정행위에 대하여 동의할 수 있을 뿐만 아니라, 서면의 의사표시에 의하여 저작인격권을 포기할 수도 있다(제87조).⁹⁹⁾

영국 저작권법이 이처럼 저작자에게 저작인격권을 부여하면서도 업무상 창작의 경우에는 저작인격권 행사를 제한하거나 저작인격권의 포기 가능성을 열어둠으로써 사용자가 프로그램저작물을 이용함에 있어서 피용자의 동의

98) Id.

99) 송영식 외 2인, *supra*(주 11), 523면 참조.

없이도 필요한 改變이 가능하도록 규정하고 있다.¹⁰⁰⁾

라. 小結

요컨대, 영국 저작권법에 의하면 업무상 창작한 프로그램의 저작자는 실제로 창작을 담당한 피용자이지만, 저작권은 사용자에게 원시적으로 귀속된다. 즉, 저작자와 저작권의 귀속 주체를 서로 분리하여 규정하고 있다. 또한 저작자로서의 피용자에게는 저작인격권이 귀속되지만, 법률 규정에 의하여 사용자가 업무상 창작한 프로그램을 이용하는 경우에는 피용자가 저작인격권을 행사할 수 없도록 하는 예외규정이 마련되어 있다.

6. 日本

가. 概要

일본은 우리나라와는 달리 컴퓨터프로그램을 별도 입법으로 보호하는 방식을 취하지 않고, 대부분의 국가와 마찬가지로 저작권법 내에 수용하여 보호하는 방식을 취하고 있다.¹⁰¹⁾ 즉, 일본 저작권법 제10조 제1항 제9호에서는 프로그램저작물을 저작권법에서 보호하는 저작물의 한 종류로 예시하고 있으며, 프로그램저작물에 관한 몇 가지 특칙을 저작권법 내에 마련하고

100) 미국 저작권법 제106조의 A에서도 저작자가 문서에 의해 서명하여 동일성유지권의 포기 동의를 할 경우에는 포기될 수 있다고 규정하고 있다.

101) 컴퓨터프로그램 보호 방식과 관련하여 일본의 통상산업성은 자국의 소프트웨어 산업 보호를 위해 '프로그램권법'이라는 별도의 입법을 추진하였으나, 이에 대하여 미국 측이 강력하게 반발하고 나설 뿐 아니라 자국의 문화성조차 반대하자 입장을 바꿔 1986. 1. 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의하여 보호하는 개정 저작권법이 시행하게 되었다.[송영식 외 2인, supra(주 11), 624면 참조.]

있다.¹⁰²⁾

일본 저작권법은 저작권의 귀속과 관련하여 ‘저작자란 저작물을 창작한 자를 말한다.’(제2조 제1항 제2호)라고 정의하고, 저작자에게 저작권(저작인격권 포함)이 귀속된다(제17조)고 규정하고 있어 창작자원칙을 명문화하고 있다.

한편, 일본 저작권법 제15조 제1항에서는 ‘직무상 작성하는 저작물의 저작자’라는 표제 하에 ‘법인, 기타 사용자(이하 본조에서 ‘법인 등’이라 한다)의 발의에 의하여 그 법인 등의 업무에 종사하는 자가 직무상 작성하는 저작물(프로그램저작물은 제외한다)로서 그 법인 등이 자기의 저작 명의로 공표하는 것의 저작자는 그 작성시의 계약, 근무규칙, 기타 별도로 정하지 아니하는 한 그 법인 등으로 한다.’라고 하여 창작자원칙에 대한 예외를 규정하고 있다.

또한 제15조 제2항에서는 ‘법인 등의 발의에 따라 그 법인 등의 업무에 종사하는 자가 직무상 작성하는 프로그램저작물의 저작자는 그 작성시의 계약, 근무규칙, 기타 별도로 정하지 아니하는 한 그 법인 등으로 한다.’(1985년 법 제62호에 의하여 제1항 일부 개정, 제2항 추가)라고 하여 프로그램저작물에 관하여는 일반 저작물에 요구되는 ‘법인 등의 명의로 공표할 것’이라는 요건을 삭제한 특칙을 규정하고 있다.¹⁰³⁾

나. 一般 著作物の 경우

102) [103\) 공표 요건의 삭제 배경에 관하여 자세한 내용은 전술한 제2장 1. 나. 참조.](http://www.copyright.or.kr/copy/main.asp?ht=../law/lawb_jap.htm&ca=6&se(일본 저작권법의 우리말 옮김) 참조.</p></div><div data-bbox=)

일본 저작권법은 우리 법의 직접적인 모델이 되었던 만큼 업무상 저작에 관한 일본 저작권법 제15조 제1항은 우리 법 제9조(단체명의저작물)와 요건 및 효과 면에서 매우 유사하다. 즉, 요건 면에서 기명저작물이 아닐 것이라는 소극적 요건이 우리 법에 추가적으로 규정된 것을 제외하고는 대체적으로 동일하며, 효과 면에서도 창작자원칙의 예외를 인정하여 사용자가 저작자의 지위에서 서서 저작재산권 및 저작인격권을 원시취득하는 것으로 규정한다는 점에서 서로 일치한다.

비교법적으로 검토하자면, 일본 저작권법은 기본적으로 대륙법 체계를 기반으로 하면서도 업무상 저작에 관한 한 특수한 입법례를 취하고 있다. 즉, 대륙법계 국가에서는 업무상 저작에 관하여 창작자원칙에 충실하게 실제로 창작을 담당한 피용자를 저작자로 보는 경우(독일, 프랑스 등)가 일반적인데 반하여, 일본은 사용자를 저작자로 규정한다. 한편, 사용자를 저작자로 보는 점에서는 미국 저작권법과 같은 입장이나, 미국 저작권법은 ‘피용자가 고용의 범위 내에서 창작한 저작물’을 고용저작물이라고 하여 그 요건이 비교적 간단한 반면, 일본 저작권법은 프랑스 집합저작물 제도에서 유래하는 ‘법인 등이 발의할 것’ 및 ‘법인 명의로 공표될 것’ 등의 요건이 추가적으로 규정됨으로써 요건 면에서는 많은 차이를 보인다.¹⁰⁴⁾

다. 컴퓨터프로그램에 관한 特則

앞서 보았듯 업무상 창작한 프로그램에 관하여는 일반 저작물과는 달리 법 제15조 제1항이 아닌 제2항이 적용된다. 원래 업무상 저작과 관련하여

104) 허희성, *supra*(주 11), 44-46면 참조.

서는 일반 저작물과 프로그램저작물의 구별이 없었으나, 1985년 저작권법 개정으로 제2항이 추가되게 되었다.

법 제15조 제2항은 요건 면에서 ‘법인 등의 명의로 공표할 것’이라는 요건이 삭제된 점을 제외하고는 제1항과 동일하다. 결국, 프로그램저작물에 관한 한 법인 등의 명의로 공표되었는지 여부를 묻지 않는다. 이렇게 개정하게 된 데에는 업무상 창작한 프로그램에 대하여 공표요건을 설정한 것은 사용자와 종업원 간에 저작권 분쟁의 소지를 제공하고, 더 나아가 미공표 프로그램의 경우 규정을 엄격하게 해석하게 되면 사용자가 저작자로 될 수 없어 실무상 많은 문제점을 야기하게 된 점이 고려되었다.¹⁰⁵⁾

이와 같은 개정 과정은 우리나라에서도 그대로 재현되었다. 우리 컴퓨터프로그램보호법에서도 처음에는 저작권법과 마찬가지로 ‘법인 등의 명의로 공표될 것’을 요건으로 규정하고 있었다. 그런데 이에 대하여는 입법 당시부터 ‘프로그램의 업무상 創作은 수시로 일어나고, 法人 등이 이를 일일이 파악하여 자기의 著作名義로 공표하는 것도 쉬운 일이 아니므로 궁극적으로 法改正을 통하여 日本法上の 요건과 一致시키는 것이 좋을 것이고, 現行法上으로는 취업계약이나 근무규칙에서 상세히 정하여야 할 것이다.’라는 의견이 있었다.¹⁰⁶⁾

그리하여 1994. 1. 5. 법률 제4712호로 컴퓨터프로그램보호법이 일부 개정되면서 공표 요건을 삭제하게 되었다. 컴퓨터프로그램 중에는 공표를 전제로 하지 않고 개발되는 것이 적지 않으며, 공표된다 할지라도 無名으로 이루어지는 것이 많기 때문에 공표 요건을 규정하는 것은 컴퓨터프로그램의 제작 현실과 맞지 않다는 지적이 있어 위 개정법에 의하여 위 요건을 삭제

105) 박성호, *supra*(주 6), 148면 참조.

106) 송상현 외 2인, *supra*(주 14), 124면.

하게 된 것이다.¹⁰⁷⁾

라. 小結

일본 저작권법은 우리 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법의 직접적인 모델이 되었던 만큼 요건과 효과에서 우리 법과 거의 같은 내용을 규정하고 있다. 일본 저작권법상 업무상 창작한 프로그램의 저작자는 피용자가 아닌 사용자이며, 사용자가 저작자의 지위에 서서 저작인격권을 포함한 저작권 전체를 원시취득한다. 이 점은 일본 저작권법이 대륙법계 국가의 일반적인 입법례와 차이를 보인다.

7. 要約.

이상의 입법례를 상호 비교하여 보면, 우선 독일은 창작자원칙에 가장 충실하게 실제로 창작을 담당한 피용자를 저작자로 보고 그에게 모든 저작권이 원시적으로 귀속되며, 그 저작물에 대한 사용자의 이해관계는 고용계약 등 당사자의 자유로운 처분에 맡겨져 있다. 다만, 컴퓨터프로그램에 관하여는 특칙을 마련하여 사용자에게 저작권이 아닌 이로부터 파생된 경제적 이용권을 배타적으로 귀속하도록 하고 있다.¹⁰⁸⁾

107) 황찬현, supra(주 16), 904면 참조.

108) 업무상 창작에 관하여 독일 저작권법과 가장 유사한 규정 체계를 갖는 입법례가 스위스 저작권법이다. 스위스 저작권법은 저작물을 작성한 자연인만이 저작자가 될 수 있다(제6조)고 하며 업무상 저작에 관하여 특별한 예외 규정을 두지 않고 있다. 다만, 컴퓨터프로그램에 관하여는 ‘고용 관계에서, 업무의 수행으로서 혹은 계약상의 의무의 이행으로서 컴퓨터프로그램을 창작한 때에는 오직 고용자만이 배타적 이용권을 가진다.’(제17조)고 정함으로써 특칙을 두고 있다. 스위스 저작권법에 관한 자세한 내용은 이상정, “스위스 저작권법의 개요”, 계간 저작권(1995. 가을호), 7면 참조.

반면 미국은 피용자가 고용의 범위 내에서 창작한 저작물(프로그램 포함)의 저작자를 사용자로 보며 사용자에게 저작물에 대한 모든 권리를 부여하고 있다. 또한 독립계약자가 특별한 주문이나 위탁을 받아 창작한 저작물 가운데 고용저작물로 간주되는 저작물의 종류를 명문화한 것도 다른 입법례에서 찾기 힘든 미국 저작권법의 특징이다.

한편, 프랑스와 영국의 경우 업무상 창작한 프로그램의 저작자와 저작권의 귀속 주체를 분리하여 저작자는 실제로 창작을 담당한 피용자이나, 저작권(인격권적 권한은 제외)은 사용자에게 원시적으로 귀속하도록 규정하고 있다. 또한, 업무상 창작의 경우 사용자가 저작물을 이용함에 있어 필요한 개변이 가능하도록 저작자의 저작인격권 행사를 일정 부분 제한하도록 규정한 점도 공통적인 특징이라 할 수 있다.

일본의 경우는 대륙법 체계를 기반으로 하면서도 업무상 창작의 효과에 관한 한 미국의 입법례와 같이 사용자가 저작자의 지위에서 저작권을 원시취득하도록 규정하고 있다. 다만, 요건 면에서는 프랑스 집합저작물 제도에서 유래하는 ‘사용자의 發意’를 요건으로 규정하는 등 비교적 엄격한 요건 하에 업무상 창작의 성립을 인정한다. 우리 컴퓨터프로그램보호법은 일본 저작권법의 직접적인 영향을 받아 사용자가 저작자의 지위에서 저작인격권을 포함한 저작권을 원시취득하도록 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾

이상의 입법례를 검토하여 보면 사용자가 업무상 창작한 컴퓨터프로그램에 대하여 저작권을 원시취득하느냐 아니면 그 전부 또는 일부를 승계취득하느냐는 각국의 입법정책적 고려에 따라 다양하게 나타나며, 이 중 어느 입법례가 합리적인지는 단정적으로 논할 수 없을 것이다. 다만, 업무상 창작에

109) 이상의 입법례를 검토하면 독일과 미국의 입법례가 그 효과 면에서 상호 대척점에 있는 것으로 평가된다.[박성호, *supra*(주 6), 64면 참조.]

관한 한 거의 모든 나라가 특별한 취급을 하여 사용자의 이익을 배려하고 있다는 점과, 특히 컴퓨터프로그램의 경우는 프로그램의 특수성을 고려하여 저작자가 갖는 저작인격권을 제한하여 프로그램 이용에 필수적인 改變이 가능하도록 하는 등 사용자의 이익을 보다 강하게 보호하고자 하는 경향을 보이는 점은 공통적으로 나타나는 현상이라고 할 수 있다.¹¹⁰⁾

第4章 컴퓨터프로그램保護法 第5條의 解釋論

110) 컴퓨터프로그램에 관하여 사용자의 이익을 보다 강하게 보호하기 위하여 각국이 채택한 방법을 일별하면 ①사용자와 피용자 사이의 개별적인 합의 없이도 법률 규정에 의해 자동적으로 경제적 이용권한이 사용자에게 귀속되게 하는 방법(독일, 스위스 등), ②피용자에게 저작자로서의 인격권적 권한을 인정하되 컴퓨터프로그램에 관하여는 포괄적인 제한 규정을 두는 방법(영국, 프랑스 등), ③처음부터 사용자를 저작자로 보고 인격권을 포함한 저작권 일체를 사용자에게 귀속시키는 방법(미국, 일본, 우리나라 등)이 있다.

1. 意義

가. 立法趣旨

컴퓨터프로그램보호법 제5조의 입법취지는 여러 가지로 설명되고 있다. 우선, 저작권법이 특별히 단체명의저작물에 관한 규정을 두고 있는 취지는 오늘날 저작물 창작의 실체에 있어서 법인 등 단체의 내부에서 여러 사람의 협동 작업에 의하여 이루어지는 경우가 많고, 이러한 경우에 구체적인 창작자를 자연인 중에서 찾는 것이 실상에 반하는 사례가 있으므로 법인이나 단체 등 그 사용자에게 원시적으로 저작자의 지위를 부여하고자 하는 것이고,¹¹¹⁾ 이러한 입법취지는 컴퓨터프로그램보호법에도 마찬가지로 적용된다고 설명하는 견해가 있다.¹¹²⁾

다음으로, 업무상 창작의 경우 창작자원칙의 예외를 인정한 취지는 고용관계의 범위 안에서 종업원이 사용자의 지시와 비용으로 창작한 노력의 결과는 사용자가 취득할 권리가 있다는 일반적 인식에 바탕을 둔 것으로서, 프로그램저작권을 둘러싼 종업원과 사용자 사이의 분쟁의 소지를 줄이기 위한 목적을 가지고 있다고 설명하는 견해가 있다.¹¹³⁾

반면 이러한 입법취지 설명을 비판하면서 본 규정의 입법취지는 자본과 노동력을 각각 제공한 사용자와 종업원의 이익을 조정하기 위하여 마련된 것이라고 설명하면서 동 규정을 해석함에 있어 자본을 투자한 사용자의 노동 결과의 이용에 대한 경제적 이익과 종업원의 지적 창작물에 대한 개인적·정신적 이익을 주의깊게 고려하여야 한다는 견해가 있다.¹¹⁴⁾ 이러한 견해에

111) 박성호, *supra*(주 6), 109면.

112) 김동진, *supra*(주 37), 115면.

113) 송상현 외 2인, *supra*(주 14), 123면; 오승중·이해완, *supra*(주 8), 644면.

대하여는, 저작권법과 노동법과의 관계를 논함에 있어서 검토되어야 할 내용, 즉 피용자가 업무상 창작행위를 하였을 때 그 권리의 귀속과 이익의 배분을 어떻게 할 것인가 하는 著作權法과 勞動法の 接點에 속하는 문제를 입법취지 자체와 혼동한 것으로 타당하지 않다는 반론도 있다.¹¹⁵⁾

생각건대, 동 규정은 법인 등 사용자의 비용 및 경영 위험으로 창작된 프로그램의 저작권은 사용자에게 귀속되어야 한다는 일반적 인식에 바탕을 두고 업무상 창작한 프로그램이 사용자에게 귀속되는 요건을 정하여 됨으로써 사용자와 종업원 사이에 저작권을 둘러싼 분쟁을 사전에 방지하고자 규정된 것으로 보는 것이 타당하리라 생각한다.

나. 適用範圍

이와 같이 법인 등에게 저작자로서 지위를 부여하는 컴퓨터프로그램보호법 제5조는 창작자원칙의 커다란 예외를 인정하는 것이고, 우리 법은 유럽의 입법례와는 달리 법인 등이 단순히 프로그램저작권재산권만을 취득하는 것이 아니라, 법인 등이 프로그램저작자로 되게 하고 있는 반면 실제로 창작을 담당한 종업원 등은 아무런 권리도 누리지 못하도록 규정되어 있기 때문에 법 제5조의 적용요건을 다소 엄격하게 해석할 필요가 있다.¹¹⁶⁾

대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결도, ‘저작권법은 저작물을 창작한 자를 저작자로 하고(제2조 제2호), 저작권은 저작한 때로부터 발생하

114) 안효질, supra(주 1), 32면.

115) 박성호, supra(주 6), 110면.

116) 정상조, 지적재산권법, 홍문사(2004), 281-282면 참조. 김상호, supra(주 57), 51면에서는 업무상 창작의 저작권 귀속을 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제5조에 대해 ‘근로자와 사용자에게 대해 공평하게 이익균형점을 모색하지 않고 사용자 측에 치우쳤다는 비판을 면하기 어렵다’고 적고 있다.

며, 어떠한 절차나 형식의 이행은 필요로 하지 아니하며(제10조 제2항), 저작인격권은 이를 양도할 수 없는 일신전속적인 권리로(제14조 제1항) 규정하고 있는데, 위 규정들은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이라고 전제한 다음, 당해 사건에 있어서와 같이 상업성이 강한 응용미술작품의 경우에도 당사자 사이의 계약에 의하여 실제로 제작하지 아니한 자를 저작자로 할 수는 없는 것이고, 단체명의저작물의 저작권에 관한 저작권법 제9조를 해석함에 있어서도 위 규정이 예외규정인 만큼 이를 제한적으로 해석해야 하며, 확대 내지 유추해석하여 저작물의 제작에 관한 도급계약에까지 적용할 수 없다.'고 판시하였다. 비록 저작권법 제9조의 해석과 관련된 판결이기는 하나, 이러한 취지는 컴퓨터프로그램보호법 제5조를 해석함에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다.

다만, 컴퓨터프로그램의 경우는 재산적 요소가 매우 강한 반면 인격적 요소는 매우 희소하여 산업재산권적 성격이 강하다는 점, 컴퓨터프로그램의 속성상 부단한 유지·개선이 필수적이라는 점 등 일반 저작물에서 찾을 수 없는 몇 가지 특성이 있는 바, 컴퓨터프로그램보호법 제5조를 해석함에 있어서도 이러한 컴퓨터프로그램의 속성이 충분히 고려되어야 할 것이다.¹¹⁷⁾

2. 要件

컴퓨터프로그램보호법 제5조는 ①국가·법인·단체 그 밖의 사용자의 기획하에 ②법인 등의 업무에 종사하는 자가 ③업무상 창작한 프로그램은 ④계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의

117) 황찬현, *supra*(주 16), 901면 참조.

저작자로 한다. 따라서 피용자가 창작한 컴퓨터프로그램이 ① 내지 ④의 각 요건을 갖추게 되면, 법인 등 사용자를 당해 프로그램의 저작자로 보게 된다.

가. 使用者가 프로그램의 作成에 관하여 企劃할 것

(1) 國家·法人·團體 그 밖의 使用者

컴퓨터프로그램보호법 제5조는 저작권법 제9조와는 달리 국가를 사용자의 범주에 포함하여 규정하고 있다. 하지만, 국가도 일종의 공법인이므로 양 규정을 해석함에 있어서 차이는 없다.¹¹⁸⁾

법인격 없는 사단이나 재단도 사용자의 범주에 포함되는가? 이와 관련하여 일본 저작권법은 저작권법상의 법인에는 법인격 없는 社團이나 財團으로서 대표자 또는 관리인의 정함이 있는 경우를 포함한다고 규정하고 있다(제2조 제6항). 우리 컴퓨터프로그램보호법에는 이러한 명문 규정이 없지만, 민사소송법 제52조 및 특허법 제4조에서 법인격 없는 사단이나 재단도 대표자 또는 관리인의 정함이 있는 경우에는 당사자능력을 인정하고 있는 점, 우리 법이 사용자의 범주에 법인 외에도 단체를 명시하고 있는 점 등을 고려할 때 법인격 없는 사단이나 재단도 사용자의 범주에 포함될 수 있을 것이다.¹¹⁹⁾

그렇다면 법인격 없는 사단이나 재단의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램의 등록명의자는 누구인가? 법 제23조 제1항에 따르면 프로그램저작자가 등록하도록 하고 있으므로 이 경우 등록명의자는 대표자 개인이

118) 오승종·이해완, supra(주 8), 646면 참조.

119) 송상현 외 2인, supra(주 14), 126면; 박성호, supra(주 6), 114면 각 참조.

아닌 법인격 없는 사단 이나 재단 자체가 될 것이다. 다만, 법인격 없는 사단이 위와 같이 사용자의 범주에 포함되어 프로그램저작자로 된다고 할지라도 그로 인한 프로그램저작권은 권리능력 없는 자에게 귀속될 수는 없고, 구성원들의 총유로 될 것이다.¹²⁰⁾

한편, 개인인 사용자를 포함하는지 여부가 문제될 수 있으나, 법문상 특이이를 제한하고 있지 않으므로 포함한다고 해석하여야 할 것이다.¹²¹⁾

(2) 使用者가 企劃할 것

(가) 概念

법 제5조는 업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작자를 사용자로 정하는 요건 중 하나로 사용자가 기획할 것을 규정하고 있다. 여기서 企劃이란 사용자가 단지 아이디어를 제시해 방침을 세우는 것에 그치지 않고 프로그램 작성행위 전체를 指揮·監督하는 것을 말한다. 즉, 사용자가 프로그램을 창작함에 있어 주도권을 가지고 제작결정 등 결정적인 판단을 내려 제작에 착수하는 경우이어야 한다.¹²²⁾

(나) 比較法的 檢討

사용자의 기획이라는 요건과 관련하여 외국의 입법례를 검토하여 본다. 우선 독일 저작권법 제69조의 b는 ‘컴퓨터프로그램이 근로자(Arbeitnehmer)에 의하여 자신의 임무를 이행하기 위하여 또는 사용주의 지시를 받아 어떤 컴퓨터프로그램을 작성한 경우 사용주는 당사자간에 다른

120) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다21733 판결 등.

121) 김동진, *supra*(주 37), 119면 참조.

122) 박성호, *supra*(주 6), 116면 참조.

약정이 없는 한 해당 프로그램에 대한 모든 재산권적 권한을 배타적으로 행사할 수 있다.’라고 규정하고 있다. 여기서 ‘사용자의 지시’는 우리 법의 ‘사용자의 기획’에 대응되는 요건이라 할 수 있으며, 이러한 지시는 장래에 개발될 프로그램의 내용, 프로그램 개발 기술 등과 관련하여 구체적인 필요는 없다고 한다.¹²³⁾

주의할 점은 사용자의 지시가 피용자의 업무범위를 벗어나는가 아닌가의 여부는 중요하지 않다는 점이다. 즉, 사용자의 지시가 피용자의 업무범위에 속한다면, 이 경우 창작된 컴퓨터프로그램은 이미 ‘피용자가 그의 임무를 이행하기 위하여’ 창작된 것으로 위에서 언급된 요건에 속하기 때문이다. 또한, 피용자가 컴퓨터프로그램을 자신의 업무범위를 벗어나는 사용자의 지시에 따라서 자발적으로 개발한 경우에도 사용자는 해당 컴퓨터프로그램에 대한 모든 경제적인 권한을 취득하게 된다. 이 경우, 피용자의 업무범위는 지시에 따른 프로그램의 개발이라는 그의 목시적인 행위로 인하여 해당 범위만큼 확대된 것으로 보아야 한다.¹²⁴⁾

독일 저작권법에서 사용자의 지시를 업무상 창작의 요건 중 하나로 규정하고 있으면서도, 그것을 독립적인 요건으로 정하지 않고 근로자가 자신의 임무를 이행하기 위하여 ‘또는’ 사용주의 지시를 받아 창작할 것이라고 규정한 점은 우리 법과 다른 점이다.

프랑스 지적재산권법전 제113조의 9 제1항은 ‘특약이 없는 한 1인 또는 그 이상의 피용자가 업무상 창작한 혹은 사용자의 지시에 의하여 창작한 소프트웨어는 저작자에게 부여되는 모든 재산적 권리와 함께 사용자에게 귀속된다.’고 규정하고 있어 위 독일의 경우와 같다.

123) 안효질, *supra*(주 1), 35면 참조.

124) *Id.*, 34면 참조.

미국 저작권법 제101조는 고용저작물(work made for hire)에 대해 ‘피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물’ 또는 ‘집합저작물의 기여분, 영화 기타 시청각 저작물의 일부, 번역, 보조적 저작물, 편집물, 교과서, 시험, 시험의 해답자료 또는 도표집으로 사용되도록 특별히 주문이나 위탁을 받은 것으로서, 당사자들이 그 저작물을 고용저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우의 저작물’이라고 정의하고, 같은 법 제201조는 고용저작물의 경우에는 사용자 또는 당해 저작물을 그 자를 위하여 작성하게 한 자를 저작자로 간주한다고 규정하고 있다. 결국, 미국 법의 해석에 있어서는 당사자들의 문서에 의한 명시적인 합의가 없는 한 당해 저작물이 고용관계의 범위 내에 있기만 하면 고용저작물에 해당하며, 사용자의 기획 혹은 지시를 별도로 요구하고 있지 않다.¹²⁵⁾

영국 저작권법 제11조 제2항은 ‘어문, 연극, 음악 또는 미술저작물이 피용자의 직무 과정 중에 제작된 경우에, 다른 약정이 없는 한, 사용자는 그 저작물에 대한 저작권의 최초 소유자이다.’고 규정하고 있으며, 한편 같은 법 제3조 제1항은 컴퓨터프로그램이 어문저작물에 포함된다고 규정하고 있다. 결국 영국법의 해석에 있어서도 피용자의 업무 과정 중에 작성된 경우이기만 하면 사용자의 기획 혹은 지시를 별도로 요구하고 있지 않다.

반면, 우리 법의 직접적인 모델이라고 할 수 있는 일본 저작권법 제15조 제2항에서는 ‘法人 등의 發意에 따라 그 法人 등의 業務에 從事하는 자가 職務上 作成하는 프로그램著作物の 著作者는 그 作成時の 契約, 勤務規則 기타 별도로 定하지 아니하는 한 그 法人 등으로 한다.’라고 규정하여 직무상 작성한 프로그램저작권을 사용자에게 귀속시키는 요건으로 ‘법인 등의

125) 박삼봉, *supra*(주 77), 48면 참조.

發意'라는 요건을 규정하고 있다. 여기서 發意(우리 법의 企劃에 해당)의 의미는, 저작물 작성의 의사가 직접 또는 간접으로 사용자의 판단에 관련되어 있는가 어떤가를 결정하는 근거라고 설명되고 있다.¹²⁶⁾

외국의 입법례를 검토하여 보면, 일본 저작권법을 제외하고 사용자의 기획이라는 요건을 별도로 규정하지 않는 것이 일반적¹²⁷⁾이며, 사용자의 지시를 법문상 규정한 독일 및 프랑스 저작권법의 경우도 피용자의 업무범위에는 속하지 않지만 사용자의 지시에 따라 피용자가 프로그램을 개발한 경우를 업무상 창작의 범위 안에 포함시키기 위해 부가적으로 규정된 것임을 알 수 있다. 즉, 일반적인 입법례는 피용자가 업무 범위 내에서 창작한 컴퓨터프로그램은 사용자의 구체적인 기획이 없더라도 사용자에게 저작권을 귀속시키고 있다. 반면, 우리 법은 컴퓨터프로그램을 '업무상 창작할 것'이라는 요건 외에도 별도로 '사용자가 기획할 것'을 요건으로 정하고 있다.

(다) 企劃의 意味

그렇다면 우리 법에서 企劃의 의미를 어떻게 새겨야 하는가? 여기에는 상반된 두 가지 견해가 있다.

우선, 企劃의 의미를 폭넓게 해석하여 사용자의 기획에 의하지 않고 피용자가 임의로 업무상 창작한 프로그램에 대해서도 이를 엄격하게 해석할 것

126) 박성호, supra(주 6), 116면 참조.

127) 프랑스 지적재산권법전 제113조의 2 제3항은 '자연인 또는 법인의 發意(initiative)로 창작되고 그의 지시 및 명의로 편집되고 발행되어 공표된 저작물로서 그것의 작성에 참여한 여러 저작자의 개인적 기여가 전체 저작물에 흡수되고 각 저작자에게 창작된 저작물상의 여러 권리를 귀속시킬 수 없는 것'을 集合著作物(œuvre collective)로 정의하고, 제113조의 5 제1항은 '反證이 없는 한 집합저작물은 그것을 공표한 명의의 자연인 또는 법인의 저작물로 한다.'고 규정하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 일본법상의 발의 요건은 위 프랑스 집합저작물 제도에서 유래한 것으로 보인다.[박성호, supra(주 6), 44면 참조.]

이 아니라 사용자에 의해 사후 승낙을 얻은 경우라든가, 더 나아가 사용자의 의도에 반하지 않는다고 보여지는 경우에는 이 요건을 충족한다고 새겨도 무방할 것이라는 견해가 있다.¹²⁸⁾ 피용자가 업무상 프로그램을 창작하였다면 그 자체로 이미 사용자에게 귀속시키는 것이 정당하기 때문에 업무상 창작한 프로그램에 대해 사용자의 기획이라는 요건을 엄격히 요구해서는 안 된다는 입장이다. 이러한 견해의 연장선상에서 독일 저작권법의 태도와 같이 법 제5조를 ‘사용자의 기획 하에’ 또는 ‘업무상 작성한 저작물’이라고 규정하는 것이 타당하다는 입법론이 있다.¹²⁹⁾

반면, ‘법인 등 사용자가 프로그램의 작성에 관하여 기획할 것’이라는 요건을 업무상 창작의 독립된 요건으로 규정한 법의 취지를 고려할 때, 企劃의 의미를 실질적으로 해석하여 프로그램 작성의 前段階에 있어서 사용자의 구체적인 기획이 있어야 한다고 해석하여야 한다는 견해가 있다. 이 견해는 종업원이 회사의 컴퓨터설비를 이용하여 프로그램을 작성하였다고 하여 법인을 저작자로 한다면 종업원 개인의 창작의욕을 현저히 억제하는 결과를 초래하는 결과가 될 것이라고 지적한다.¹³⁰⁾

생각건대, 우리 법의 해석에 있어서는 사용자의 기획이라는 요건을 실질적으로 해석해야 한다.

그 이유로 우선, 우리 법은 유럽의 입법례와는 달리 업무상 창작한 컴퓨터 프로그램에 관하여 사용자에게 단순히 프로그램저작재산권만을 귀속하도록 한 것이 아니라 사용자에게 저작재산권 뿐 아니라 저작인격권까지 원시적으로 귀속하도록 한 점을 고려할 때 법에 규정된 적용요건을 함부로 확대해석

128) 半田正夫, 著作権法概説, 一粒社(1994), 71면을 김동진, supra(주 37), 119면에서 재인용.

129) 안효질, supra(주 60), 35면.

130) 오승중·이해완, supra(주 8), 647면.

하는 것은 바람직하지 않다. 법 제5조의 적용범위를 확장하게 될 경우 실제로 창작을 담당한 종업원의 이익을 과도하게 침해하는 결과가 될 것이기 때문이다. 법에서 사용자의 기획이라는 요건을 명시한 이유도 창작자원칙의 예외규정인 법 제5조의 적용범위를 한정하기 위함이라고 풀이하여야 할 것이다.

또한 창작자원칙에 입각한 우리 컴퓨터프로그램보호법에서 업무상 창작의 경우는 이에 대한 예외를 인정하여 사용자를 저작자로 보게 한 것도 바로 사용자의 기획이라는 요건과 관련되어 있지 않나 생각한다. 즉, 우리 법은 사용자에게 단순히 프로그램저작권만을 귀속하게 한 것이 아니라 사용자를 저작자로 본다고 규정하고 있는데, 이는 사용자가 기획이라는 요소를 통해 프로그램 창작의 의사형성에 주도적으로 관여하였고 따라서 창작의 일부를 담당하였다고 해석할 여지가 있다고 생각한다.¹³¹⁾ 따라서 사용자의 기획이라는 요소를 단지 업무상 창작할 것이라는 요건 안에 포함된 요소로 볼 것이 아니라 독자적인 의미를 갖는 요건으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

결국, 사용자의 企劃은 프로그램 작성의 前段階에 있어야 하고, 종업원이 사용자의 기획 없이 임의로 업무상 작성한 프로그램에 대하여는 그 저작자를 종업원으로 보아야 할 것이며, 사후 승낙을 얻었다고 하여 달리 볼 것은 아니라 할 것이다. 다만, 프로그램개발을 전문적인 업종으로 하는 법인들은 자신들의 업무 특성상 근무규칙 또는 근로계약에 특별한 규정을 둠으로써 회사의 이익을 보호할 수 있을 것이다.¹³²⁾

131) 박성호, supra(주 6), 118면 참조.

132) 임준호, “컴퓨터 프로그램의 법적 보호”, 지적소유권에 관한 제 문제(하)(법원행정처, 1992.), 486면 참조.

(라) 企劃의 認定 範圍

그렇다면 어느 단계에서부터 사용자의 기획이 있었다고 볼 수 있을 것인가? 사용자가 법인인 경우에는 우선 법인의 의사결정기관(주주총회나 이사회 등), 집행기관(대표이사 등)의 기획은 물론이고, 피용자에 대해 지휘·감독의 권한을 가지는 上司(담당부서의 책임자)의 기획이 있었을 때에, 법인의 기획이 있었다고 볼 수 있을 것이다. 동료들 간의 의견 교환의 결과 확정된 기획안은 그 자체로는 아직 법인의 기획이라고 할 수 없고, 기획안을 실시하고자 할 때 법인이 승인하는 단계에서, 즉 법인의 의사결정기관이나 집행기관의 승인 또는 담당부서 책임자의 승인이 있는 단계에서 비로소 '기획'이 인정된다고 할 것이다.¹³³⁾

다만, 企劃의 의미를 지나치게 좁게 해석하면 오히려 사용자의 이익을 과도하게 침해할 우려가 있으므로 피용자의 프로그램 개발 행위가 사용자의 의사에 기하였다고 인정될 경우라면 사용자의 기획이 있었다고 보아야 할 것이다. 문제는 프로그램 개발에 있어 사용자의 의사를 어떻게 인정할 수 있느냐 하는 것이다. 생각건대, 피용자의 업무 수행상 일정한 방침에 따라 계속적으로 당해 프로그램을 작성하는 것이 예정되어 있다면 구체적이고 직접적인 프로그램 개발 지시가 없더라도 사용자의 묵시적인 개발의사가 있었다고 볼 여지가 있을 것이다.

한편, 프로그램의 창작에 회사의 설비 및 물적 재료의 사용이 압도적이고 필수불가결한 경우에는 업무상 창작으로 보아야 할 것이라는 견해가 있다.¹³⁴⁾ 그러나, 컴퓨터 등 설비 사용의 비중에 의하여 저작자를 결정하는 것은 사용자의 기획을 요구하는 법문의 취지와 부합하지 않으며 이 경우도

133) 박성호, supra(주 6), 118면 참조.

134) 송상현 외 2인, supra(주 14), 126면 참조.

종업원 개인을 저작자로 보아야 할 것이다.¹³⁵⁾

나. 法人 등의 業務에 從事하는 자가 作成할 것

(1) 問題의 所在

법 제5조는 업무상 창작의 요건으로 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’가 프로그램을 작성할 것을 요구하고 있다. 법 제5조의 해석과 관련하여 가장 많이 논의되는 것이 바로 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’의 인정 범위를 어떻게 확정하느냐 하는 것이다. 법 제5조가 적용되는 교과서적인 예는 사용자와 민법상의 고용계약(혹은 근로기준법상의 근로계약)을 맺은 피용자(혹은 근로자)가 종속적 지위에서 프로그램을 창작하는 경우이지만, 오늘날 타인의 노무를 이용하는 계약 형태가 다양화되고 있는 현실에서 법 제5조의 적용 범위를 반드시 엄격한 고용관계에 한정할 수 있겠는가? 만일 한정할 수 없다면 어떤 기준으로 위 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’의 개념을 이해할 것인가? 이와 관련한 다른 나라의 논의는 우리 법의 해석에 있어서도 유의한 시사점을 제공하여 준다.

(2) 比較法的 檢討

(가) 獨逸

독일 저작권법 제69조의 b는 ‘컴퓨터프로그램이 근로자(Arbeitnehmer)에 의하여 자신의 임무를 이행하기 위하여 또는 사용주의 지시를 받아 어떤 컴퓨터프로그램을 작성한 경우 사용주는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 해

135) 오승중·이해완, supra(주 8), 647면 참조.

당 프로그램에 대한 모든 재산권적 권한을 배타적으로 행사할 수 있다.’(제1항)라고 규정하고, 제1항은 고용관계에 대해서도 적용된다고 하고 있다(제2항).

독일 저작권법 제69조의 b 제1항이 적용되기 위해서는 근로자(Arbeitnehmer)가 업무상 컴퓨터프로그램을 작성한 경우이어야 한다. 여기서 ‘근로자(Arbeitnehmer)’ 개념과 관련하여, 독일에서 업무상 창작한 저작물에 관한 저작권법상의 원칙은 기본적으로 일반 민법상의 雇傭關係(Dienstverhältnis) 중에서도 從屬性을 그 특징으로 하는 근로관계, 즉 ‘勞動關係’에 대해서만 적용되고, 의사나 변호사 등 독립된 지위에서 의무를 이행하는 자유직업가와의 사법상의 고용관계에 대해서는 적용되지 않는다. 여기서 주의할 점은, 독일 민법의 경우 위임을 無償으로 국한하고 있기 때문에 의사나 변호사 등 자유직업가가 노무를 제공하고 이에 대해 보수를 약정하는 경우도 이를 위임이라 할 수 없고 고용에 포함시키는 반면, 우리 민법에서는 당사자의 특약에 의한 有償委任이 가능하기 때문에 위에서 말하는 자유직업가와의 계약은 우리 법상으로는 보통 위임에 포함된다.¹³⁶⁾ 한편, 법 제69조의 b 제2항에서 말하는 고용관계란 공무원, 판사, 군인 등의 고용관계 또는 기타 협의의 공무원관계에 해당하지 않는 공법상의 고용관계를 의미한다.¹³⁷⁾ 결국, 독일 저작권법 제69조의 b는 사법상의 ‘노동관계’(제1항) 및 공법상의 ‘고용관계’(제2항)에 적용된다고 할 수 있다.

그렇다면, 독일 저작권법 제69조의 b의 적용범위는 고유한 사법상의 ‘노동

136) 박윤직, supra(주 58), 412면 참조. 독일의 경우 고용계약을 두 가지로 나누어 高級勞務 내지 自由勞務의 급부를 목적으로 하는 것과 下級勞務 내지 不自由勞務의 급부를 목적으로 하는 것이 있다고 하며, 전자의 경우는 노동자가 자주성을 잃지 않으나 후자의 경우는 노동자가 자주성을 잃고 사용자에게 종속된다고 한다.

137) 안효질, supra(주 1), 35면 참조.

관계' 또는 공법상의 고용관계에 국한되는가? 독일 연방보통법원은 독일 저작권법 제43조를 수도원의 생활공동체에 속해 있는 수녀에게까지 확대 적용하였다.¹³⁸⁾ 이 판결에 따르면, 수녀와 수도원의 법률관계도 노동관계 또는 고용관계에서와 마찬가지로 저작자가 사용자에게 밀접하게 구속되어 있고, 이 경우 수녀는 노동공동체에 유사한 수도원 생활공동체라고 하는 일정한 단체에 편입되어 있으며, 창작 활동을 한 수녀가 자신의 저작물을 처음부터 자신을 위한 목적이 아니라, 수도원을 위한 목적으로 창작하였다는 점을 지적하면서, 이 경우에도 독일 저작권법 제43조가 적용된다고 하였다. 비록 일반 저작물을 대상으로 하는 저작권법 제43조에 관한 판결이기는 하나, 같은 법 제69조의 b도 같은 취지일 것으로 판단된다.

결론적으로, 피용자가 창작한 저작물에 대하여 사용자가 이용권을 가지는가 하는 문제에 대하여 중요한 점은 각각의 법률관계의 명칭이나 법적 기초가 아니라, 기초를 이루고 있는 법률관계의 내용과 본질 및 해당 법률관계의 범위 내에서 창작된 저작물이 원래 어떠한 목적을 위하여 창작된 것인가 하는 점이며, 일반 노동관계 또는 고용관계에 준할 정도로 종속적인 지위에 있는 자가 창작한 것이라면 저작권법 제69조의 b가 적용된다는 것이다.¹³⁹⁾

(나) 美國

1) 關聯 規定

미국 저작권법 제101조는 고용저작물(work made for hire)에 대해 '피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물'(제1항) 또는 '집합저작물에의 기여분, 영화 기타 시청각 저작물의 일부, 번역, 보조적 저작물,

138) BGH GRUR 1974, 480, 482.

139) 안효질, supra(주 1), 35면 참조.

편집물, 교과서, 시험, 시험의 해답자료 또는 도표집으로 사용되도록 특별히 주문(order)이나 위탁(commission)을 받은 것으로서, 당사자들이 그 저작물을 고용저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우의 저작물’(제2항)이라고 정의하고 있다.

또한 법 제201조 (b)는 고용저작물의 경우에는 사용자 또는 당해 저작물을 그 자를 위하여 작성하게 한 자를 저작자로 간주하며, 당사자 사이에 서명한 문서에 의하여 명시적으로 달리 합의하지 않는 한 당해 저작권을 구성하는 모든 권리를 가진다고 규정하고 있다.

미국 저작권법이 고용저작물에 관하여 비교적 상세한 규정을 두고 있는 것은 사실이지만, 제101조 고용저작물의 정의에서 말하는 ‘피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물’이란 무엇을 의미하는지 특히 ‘피용자(employee)’란 용어의 해석을 둘러싸고 판례상 많은 논란이 있어 왔다.¹⁴⁰⁾

2) 見解의 對立

‘피용자(employee)’ 개념을 둘러싼 견해의 대립은 대체로 다음과 같다.¹⁴¹⁾

첫째, 고용하는 측이 그 작품에 대해 통제하는 권리(right to direct and supervise)를 보유하고 있다면 반드시 그 저작물을 피용자에 의하여 작성된 것이라고 보는 입장이다.¹⁴²⁾ 이는 피용자의 개념을 가장 넓게 본 것으로서 사용자에게 가장 유리한 해석이다.

140) 박삼봉, supra(주 77), 48면 참조.

141) Michael D. Scott, supra(주 82), §3.15[A] 74-75면 참조.

142) *Peregrine v. Lauren Corp.*, 601 F. Supp. 828, 829 (Colo. 1985).

둘째, 특정한 저작물의 창작에 관하여 고용하는 측이 실질적인 통제(actual control)를 행한 경우, 그 저작물은 피용자에 의해 작성된 것이라고 보는 입장이다. 이것은 연방 제2항소법원¹⁴³⁾ 및 제7항소법원¹⁴⁴⁾에 의해 채택된 견해이다.

셋째, '피용자'라는 용어는 보통법상 代理에 관한 법에서의 의미와 동일한 의미를 가진다는 입장이다. 이것은 연방 제5항소법원에 의해 채택된 견해이다.¹⁴⁵⁾

넷째, '피용자'란 '정식으로 급료를 받는' 피용자(formal, salaried employees)를 의미한다는 입장으로 연방 제9항소법원에 의해 채택된 견해이다. 이는 피용자의 개념을 가장 좁게 본 것으로서 피용자에게 가장 유리한 해석이다.¹⁴⁶⁾

3) Aldon Accessories Ltd. v. Spigel, Inc. 사건

위 연방항소법원판결들 중 주목할 만한 몇 가지 판결을 소개하고자 한다. 먼저, Aldon Accessories Ltd. v. Spigel, Inc. 사건(약칭 Aldon 사건)¹⁴⁷⁾의 사실관계는 다음과 같다. 원고인 Aldon 장신구 회사(Aldon)는 장신구를 도안하여 판매하는 업에 종사하고 있었다. 1977년 회사의 사장 2명 중 1명이 그리스 신화에 나오는 페가수스와 일각수(一角獸)를 묘사한 작은 조상(彫像)에 관한 참신한 윤곽을 착상하였다. Aldon은 처음에는 일본의 한 회

143) Aldon Accessories Ltd. v. Spigel, Inc., 738 F. 2d 548, cert denied, 469 U.S. 982 (1984).

144) Evans Newton, Inc. v. Chicago Systems Software, 793 F. 2d 889, cert denied, 479 U.S. 949 (1986).

145) Easter Seal Society for Crippled Children and Adults v. Playboy Enterprises, 815 F. 2d 323 (1987).

146) Dumas v. Gommerman, 865 F. 2d 1093 (1989).

147) 738 F. 2d 548, cert denied, 469 U.S. 982 (1984).

사에 대하여 작은 입상(立像)의 도안에 조력하고 이를 자기(磁器)로 제작할 것을 의뢰하였다. 2년 정도 후 Aldon은 대만의 한 회사에 위 작은 조상(彫像)을 황동으로 제작할 것을 의뢰하였다. 1980년 Aldon은 위 작은 조상에 대하여 저작권등록 확인신청을 하였는데, 이 때 Aldon은 자신을 저작자로 하면서도 작품은 고용저작물로 표시하였다. 1981년 Spiegel의 구매담당자 한 사람이 선물가게에서 Aldon의 황동제 일각수를 보았다. Spiegel의 구매담당자의 요청에 따라 Aldon은 샘플을 보냈다. 1981년 중반 Spiegel은 Aldon 제품과 동일한 황동제 일각수를 물품목록에 넣어 판매하고 있었다. Aldon은 저작권 침해를 이유로 Spiegel에 대해 소를 제기하였다.

Aldon이 승소한 제1심 판결에 대하여 Spiegel은 항소하면서, 조상(彫像)은 제101조의 정의규정 제2항에 열거된 9가지 종류에 해당하지 아니하므로, 문제된 장식품은 고용저작물이 될 수 없다고 다투었다. 따라서 Aldon은 황동제 일각수의 저작자 및 저작권자가 될 수 없고, 저작권 침해를 이유로 소를 제기할 수 없다고 Spiegel은 주장하였다.

이에 대해 연방 제2항소법원은 ‘실제로 여러 가지 점에서 의뢰인 측으로부터 감독과 지시를 받은 독립계약자(independent contractor)’를 법 제101조 제1항의 고용저작물을 제작한 ‘피용자(employee)’로 보았다. 다시 말해, 실질적인 통제(actual control)가 있는 경우에는 의뢰인이 저작자로 간주되어 작품에 관한 저작권은 전적으로 그에게 귀속된다. 위 사건에 있어 Aldon은 이러한 실질적인 통제의 기준을 통과하여 저작자의 지위가 인정되었고, 피고의 주장은 받아들여지지 않았다.

한편 위 법원은 ‘실제로 여러 가지 점에서 감독과 지시를 받았는가’라는 기준을 독립계약자가 피용자인가의 여부에 관하여서만 적용하고자 하였다.

‘통상의’ 피용자가 제작한, 저작권의 대상이 되는 작품에 있어서는 고용주의 감독 여부를 묻지 않고 고용저작물이 된다고 판시하였다.¹⁴⁸⁾

4) Evans Newton, Inc. v. Chicago Systems Software 사건

Aldon 사건 판결이 있는 후 연방 제7항소법원도 Aldon 사건에 있어서의 ‘실질적이고도 충분한 지시와 감독을 받았는지의 여부’라는 판단 기준을 채택하였다. Evans Newton, Inc. v. Chicago Systems Software 사건(약칭 Evans Newton 사건)¹⁴⁹⁾은 원고로부터 컴퓨터프로그램의 제작을 의뢰받은 독립계약자인 피고가 원고를 위한 작업을 완료한 후, 이와 경쟁관계에 있는 프로그램을 시장에 내 놓으려고 하였다. 이에 대해 원고는 피고가 자신의 저작권을 침해하였다고 소를 제기하였고, 피고는 자신이 저작권의 대상인 저작물에 관한 공동저작자이자 공동저작권자이므로 침해자가 아니라고 주장하였다. 이에 대해 법원은 피고의 저작권 침해를 인정하면서 Aldon 사건 판결을 인용하였다.

법원은 우선 원고와 피고가 저작물을 저작권법 제101조에서 정한 고용저작물로 보기로 서면으로 작성하여 서명함으로써 동의한 바 없을 뿐 아니라, 컴퓨터프로그램은 제101조 제2항에 열거된 저작물의 범주에도 포함되지 아니하므로, 법원은 이 사건 저작물이 제101조 소정의 고용저작물에 해당하는지의 여부는 오로지 피고가 ‘피용자’인가라는 원천적인 문제로 돌아간다고 하면서, 이러한 문제에 관하여는 Aldon 사건 판결이 채택한 ‘의뢰인 측

148) 박삼봉, *supra*(주 77), 52-54면 참조. 한편, 위 판결에서는 1976년 저작권법이 피용자(employee) 개념에 대하여 침묵한 것을 근거로 이전의 법(1909년 법)의 법리를 그대로 유지하는 것이 타당하다고 결론내렸다.[Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra*(주 74), §5.03[B], 17면 참조.]

149) 793 F. 2d 889, cert denied, 479 U.S. 949 (1986).

의 계약자에 대한 실질적이고도 충분한 지시와 감독'이라는 기준이 결정적 지표가 된다고 판시하였다.¹⁵⁰⁾

5) Easter Seal Society v. Playboy Enterprises 사건

한편, Aldon 사건 및 Evans Newton 사건과는 다른 관점에서 '피용자' 개념을 해석한 사건이 바로 Easter Seal Society for Crippled Children and Adults v. Playboy Enterprises 사건(약칭 Easter Seal Society 사건)¹⁵¹⁾이다. 이 사건에서 연방 제5항소법원은 위의 '실질적이고도 충분한 지시와 감독'이라는 판단기준에 관하여, 이러한 접근방법에 의하면 '고용저작물' 분석의 결론이 매 사건에 있어서 너무 사실 면에 치중해 버리게 되어 거래당사자로서는 법률적 결론을 예측하기 어렵게 할 뿐만 아니라 종종 모호하고도 광범위한 '감독권' 기준으로 빠져 버리게 될 우려가 있다는 문제점을 지적했다. 또한 이러한 접근방법은 결과적으로 1976년 법률이 의도한 '피용자가 작성한' 저작물과 '특별히 주문 또는 위탁을 받은' 저작물 사이의 구별을 부적절하게 흐려놓았다고 지적하였다.¹⁵²⁾

그리하여 법원은 법률에 대한 '문자적 해석(literal interpretation)'이라고 이름 붙인 새로운 견해를 제시하였다.¹⁵³⁾ 이를 요약하면 다음과 같다. '제 101조는 피용자와 독립계약자의 단순 2분법적 사고의 반영이다. 바꾸어 말하면 법원은 먼저 대리에 관한 법을 원용하여 노력의 제공자가 피용자인지 독립계약자인지를 결정하여야 한다. 그리고 나서 법원은 법 규정을 적용하여야 한다. 제101조 제1항은 피용자인 노력제공자에 대하여 적용된다. 저작

150) 박삼봉, supra(주 77), 55-56면 참조.

151) 815 F. 2d 323 (1987).

152) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B], 18면 참조.

153) Id.

물이 고용의 영역 내에서 제작되었다면, 대리에 관한 법에 따른 피용자는 저작권법상의 피용자가 되고, 고용주가 '저작자'가 된다. 제101조 2항은 독립계약자에 대하여 적용된다. 특별한 주문 또는 의뢰에 의하여 독립계약자가 제작한 저작물은, 그 저작물이 법 규정에 열거된 9종류의 어느 하나에 해당하고 당사자가 서면으로 서명한 경우가 아니면 고용저작물에 해당하지 아니한다. 제101조 제2항은 일정한 경우에 있어서 독립계약자로 하여금 저작자로서의 지위를 그들의 노력을 구입한 자에게 양도할 수 있도록 허용하는 일종의 창설적 규정이다.' 즉, 저작물의 창작자가 대리에 관한 법(law of agency)에 따른 피용자라면 제101조 제1항이 적용되고, 독립계약자(independent contractor)에 대하여는 제101조 제2항에서 열거한 9가지 유형에 속하고 동시에 이를 고용저작물로 하기로 한 서면합의가 있는 경우에만 고용저작물에 해당한다는 입장이다.¹⁵⁴⁾ 이러한 문자적 해석은 1909년 법 하의 고용저작물의 법리에 대한 '근본적인 배척(radical break)'을 의미한다.¹⁵⁵⁾

6) Community for Creative Non-Violence v. Reid 사건

1989년 연방대법원에서 선고되었던 위 판결¹⁵⁶⁾은 종전의 분열되었던 연방항소법원들 간의 '피용자' 개념을 둘러싼 견해 대립을 일단락지은 판결로, 미국의 '고용저작물' 법리를 논함에 있어 매우 비중있게 다루어지는 판결이다. 사건의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

CCNV(Community for Creative Non-Violence)는 집 없는 사람들의 복

154) 박삼봉, supra(주 77), 57면 참조.

155) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B], 18면 참조.

156) 490 U.S. 730, 743 (1989).

리 증진을 목적으로 설립된 법인격 없는 비영리 사단으로서 조각가인 J. E. Reid에게 미국의 집 없는 가난한 가정을 묘사하는 조각상을 제작해 줄 것을 부탁하였다. CCNV는 여러 가지 아이디어를 제공하였고, Reid와 조각 내용에 대하여 상의를 하였다. 쌍방은 서면계약서를 작성하지 않았으며, 어느 쪽도 저작권에 관하여는 언급하지 않았다. 우선 Reid는 CCNV로부터 기금 모집 시 활용하고 싶다는 요청을 받고 제작할 조각상의 스케치를 보내 주었다. 그 제작 과정에서는 Reid가 전적으로 작업에 관여하였으며, 여러 차례 CCNV측 사람들이 일을 도와 주었고 현장을 방문하여 진행과정을 확인하였다. Reid는 조각상이 완성되자 이를 CCNV에 인도하였고, 워싱턴의 전시장에서 전시를 하였다. CCNV는 집 없는 사람들을 위한 기금을 모금하기 위한 순회전시에 조각상을 이용하자고 제안하였지만 Reid는 조각상의 素材(Design Cast 62라는 합성소재)가 장기간 순회전시에 적합하지 않다는 이유로 거절하였고, 이에 대하여 CCNV는 Reid를 상대로 조각상(작품의 제목은 'Third World America')의 반환 및 저작권 귀속에 관한 판결을 청구하였다.¹⁵⁷⁾

미국 연방지방법원은 CCNV가 ①조각상의 제작에 동기를 부여하였고, ② 그 착상이 완벽할 정도로 상세하였으며, ③Reid를 충분히 감독하여 결국에 있어서는 Reid가 자신이 아니라 CCNV가 원한 바를 제작하였다는 점을 단언할 수 있을 정도에 이르렀다고 판단하고, 따라서 저작권법 제101조의 의미에서 볼 때 Reid는 CCNV의 '피용자'에 해당하고, Reid가 제작한 조각상은 '고용저작물'이라고 판시하여 원고의 청구를 인용하였다. 위 판결은 Aldon 사건 및 Evans Newton 사건에서 채택된 기준 즉, '실질적이고도 충

157) Scott K. Zesch, "Application of 'Work for hire' doctrine under Copyright Act of 1976", American Law Report(132 Fed. 301) §3 참조.

분한 지시·감독'의 기준에 따라 피용자 개념을 해석하였다.¹⁵⁸⁾

이에 대해 Reid는 항소하였고, 연방항소법원은 이 사건 조각상이 고용저작물이 아니라고 하여 원심 판결을 취소하였다. 항소심은 앞서 소개한 Easter Seal Society 사건에서 채택된 판단기준을 원용하여 Reid는 미국 저작권법상의 피용자(employee)가 아니라 독립계약자(independent contractor)라고 판시하였다. 또한, 그 조각상은 법 제101조 제2항에서 규정한 위탁저작물 중에서 고용저작물로서 인정하는 유형에 해당되지 않을 뿐만 아니라 서면계약도 작성되지 않았으므로, 고용저작물로 분류될 수 없다고 하였다. 한편, 위 판결은 자신이 위 조각상의 배타적 저작권자라는 취지의 Reid의 주장에 대하여는 ①조각상에 대한 CCNV의 착상은 독창적이었고, ②CCNV의 회원들이 단지 Reid의 창작활동을 승인한 것에 그치지 않고 그의 표현을 지도하고 작업의 진척과정을 구체적으로 감시하였던 점을 들어 이 조각상은 CCNV와 Reid의 공동저작물로 볼 여지가 있다고 판단하였다.¹⁵⁹⁾

이에 대해 연방대법원은 우선, 통제하는 권리(right to direct and supervise) 및 실질적인 통제(actual control)라는 접근방식을 취한 견해들에 관하여는 법 문언에 반할 뿐 아니라 고용저작물이 성립되는 두 가지 상호 독립적인 방식(피용자에 의한 방식과 독립계약자에 의한 방식)을 정립하고자 했던 입법의도와 부합하지 않는다는 점을 들어 이를 배척하였다. 한편, '정식으로 급료를 받는(formal, salaried employees)' 피용자를 법 제101조의 '피용자'로 해석하였던 견해에 관하여는 법에서 단지 '피용자(employee)'라고만 하였을 뿐 '정식으로(formal)' 혹은 '급료를 받는(salaried)' 피용자라고 규정하지 않았다는 점을 들어 이를 배척하였다.¹⁶⁰⁾

158) 박삼봉, *supra*(주 77), 59면 참조.

159) *Id.*, 60면 참조.

결국, 연방대법원은 위 항소심에서 취한 법리를 그대로 채택하였다. 즉, 저작물의 창작자가 대리에 관한 법(law of agency)에 따른 피용자라면 제101조 제1항이 적용되고, 독립계약자(independent contractor)에 대하여는 제101조 제2항에서 열거한 9가지 유형에 속하고 동시에 이를 고용저작물로 하기로 한 서면합의가 있는 경우에만 고용저작물에 해당한다는 것이다.¹⁶¹⁾

또한 위 법원은 제2차 法再錄(Restatement)(1958)의 代理에 관한 제220조 제2항에 피용자인가 독립계약자인가를 결정하는 요소들이 열거되어 있으므로, 이에 따라 피용자인지 여부의 판정기준을 구하면 된다고 판시하였다. 이러한 요소들에는 ①요구되는 기술 수준, ②사용되는 기구 및 설비의 조달 주체, ③작업장의 위치, ④당사자 사이의 거래관계가 지속적인지 일회적인지 여부, ⑤고용자 측이 추가적으로 일을 맡길 수 있는 권리의 보유 여부, ⑥피용자 측이 작업 시간 및 기간을 결정할 수 범위, ⑦보수의 지급방식, ⑧작업보조자의 채용 및 보수 지급에 있어 고용자 측의 역할, ⑨그 작업이 고용자 측의 통상 업무 범위에 속하는지 여부, ⑩고용자 측이 영업 중인지 여부, ⑪복리후생의 제공, ⑫고용에 따른 세금 처리 등이다. 또한 이상의 요소들은 하나 하나가 결정적인 기준이 되는 것은 아니고 그 전체를 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다.¹⁶²⁾

구체적인 판단내용을 살펴보면 다음과 같다. ①Reid가 만든 조각상이 CCNV의 착상에 따라 그 구성원들의 지시를 받아 제작한 것은 사실이나,

160) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra*(주 74), §5.03[B], 22면 참조.

161) *Id.*, 21면 참조.

162) Michael D. Scott, *supra*(주 82), §3.15[A] 76면 참조. 한편, 미국 저작권청(Copyright Office)은 위 요소들을 다음의 세 가지로 요약할 수 있다고 하였다. 즉, ①작품에 대한 사용자의 통제(The control by the employer over the work), ②피용자에 대한 사용자의 통제(The control by the employer over the employee), ③고용의 형식(The formalities of employment)이다. 자세한 내용은 Bernard C. Dietz, *Copyright Registration Practice*(2d ed.), §6: 6 참조.

작품의 세부사항에 대한 통제의 정도는 고용관계 인정에 있어 결정적인 요소는 아니다. 오히려 Reid는 조각가로서 재능을 요구하는 직업인이고 자신의 작업도구를 이용하여 자신의 작업장에서 작업하였다. ②CCNV는 2달도 안 되는 단기간 동안 조각제작을 맡기고 있었고, CCNV는 그 기간 중 혹은 그 기간 후 추가적으로 일을 맡길 권리가 없었으며, Reid는 그 기간 안에 일을 마치면 다른 일을 얼마든지 할 수 있었다. ③Reid는 CCNV로부터 15,000달러를 지급받았지만 이는 특정한 작업을 완성하였을 때 독립계약자가 통상적으로 대가를 지급받는 방법이며, Reid가 조수를 고용하여 임금을 지급하는 데에는 완전한 재량을 가지고 있었다. ④조각상을 제작하는 것은 CCNV의 통상의 사업이 아니며, CCNV는 사업단체가 아니다. ⑤CCNV는 고용에 따른 세금이나 사회보험료를 부담하지 않았다. 결국 연방대법원도 항소심과 같이 Reid는 법 제101조 제1항에서 말하는 피용자에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁶³⁾ 또한 항소심에서 명백히 한 것과 같이 CCNV가 위 조각상에 대한 공동저작자가 될 수 있음도 부연하였다.¹⁶⁴⁾

결론적으로 미국 연방대법원은 대리에 관한 법에 비추어 피용자와 독립계약자를 구분하고 피용자에 대하여는 제1항이, 독립계약자에 대하여는 제2항이 적용된다고 하여 저작권법 제101조의 문리해석에 충실하게 판시하고 있다. 따라서 일단 독립계약자로 판단된 경우에는 창작에 있어 아무리 고도의 지휘·감독을 하였다 하더라도 제2항의 요건을 갖추지 못하는 한 고용저작물로 될 수 없다.¹⁶⁵⁾

163) 박성호, *supra*(주 6), 135면 참조.

164) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra*(주 74), §5.03[B], 28면 참조.

165) 위 판결이 나온 이후 연방 제2항소법원은 *Carter v. Helmsley-Spear* 사건에서 조각 작품을 건물 로비에 설치하도록 건물 임대회사로부터 위탁받은 조각가 세 사람이 창작한 저작물을 고용저작물이라고 판시한 바 있다. 그 이유로 위 법원은, 조각가들이 週給을 받은 점, 세금도 회사로부터 원천 징수된 점, 각종 복리후생 혜택도 받

(3) 雇傭關係

그렇다면, 우리 컴퓨터프로그램보호법 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’의 의미를 어떻게 새길 것인가? 기본적으로는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 창작한 프로그램의 저작권이 법인 등에 귀속된다는 컴퓨터프로그램보호법의 규정은 민법에서와 같이 勞務者와 使用者 사이의 雇傭關係의 존재를 상정한 규정이고, 相互交換思考에 기하여 사용자의 賃金支拂義務에 대응한 反對給付로서 노무자의 肉體的·精神的 勞務提供義務가 존재하고, 그 노무의 내용에 관한 위험부담을 전적으로 사용자가 부담하는 반면, 노무자가 제공하는 노무의 결과는 고용계약의 범위 내에서 모두 사용자에게 귀속하는 관계를 요건으로 하는 것이고, 무체재산권인 저작물에 관하여서도 사용자에게 귀속시킬 수 있는 근거가 되는 것이다. 따라서 법 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’는 원칙적으로 법인과 고용관계에 있는 자를 의미한다.¹⁶⁶⁾

آمد다는 점, 또한 작업을 끝마치는 기간도 정해져 있지 않았고 건물 임대회사는 추가적인 작업을 맡길 수도 있었던 점, 조각가들은 회사 승인 없이 유급보조자를 고용할 수 없었다는 점 등을 인정한 다음, 위 CCNV 사건에서 도출된 요소들에 비추어 볼 때 회사와 조각가들 간에는 고용관계가 인정된다고 판시한 것이다.[박성호, supra(주 6), 136면 참조.] 위 사안에서 조각가들은 시각적 미술저작물에 부여되는 저작권에 기하여 조각 작품을 보존하고자 하였으나, 법원이 고용저작물이라고 판시함으로써 저작권권을 부인하게 된 것이다.[전술한 바와 같이 미국 저작권법의 해석에 있어 고용저작물의 경우는 저작권권이 부인된다. 자세한 내용은 박성호, supra(주 77), 56면 참조.] 한편, *Respect Inc. v. Committee on the Status of Women*, 815 F. Supp. 1122 (N.D. 1993) 판결에서는 발행인이 당해 저작물의 저자에 대해 봉급을 지급하고, 세금을 부담하고 있었다 할지라도 저작물의 대부분을 저자의 집에서 작성하였고, 자신의 자료를 사용하였으며, 발행인이 작품에 대해 어떠한 지시를 한 바도 없다면 그 작품의 저작권은 발행인이 아닌 실제 작성한 저자에게 귀속된다고 판시하였다.[Bernard C. Dietz, supra(주 162), §6: 6 참조.]

166) 황찬현, supra(주 16), 907면 참조. 고용기간 중 노무자의 노무에 의하여 제작된 물건의 귀속이 어떻게 되느냐에 관하여는, 비록 당사자 사이에 특별한 약정이 따로 없더라도, 그러한 제작물은, 이른바 加工의 法理(민법 제259조)에 의하여 그 소유권

이러한 고용관계는 민법상의 僱傭契約 혹은 근로기준법상의 勤勞契約에 기하여 발생하게 된다.¹⁶⁷⁾ 그러므로 '업무에 종사하는 자'라 함은 원칙적으로 고용계약상의 勞務者를 뜻한다고 할 것이고, 이러한 법률관계로부터 법인 등 사용자는 노무자를 지휘·감독할 권한을 가지게 되는 것이다.¹⁶⁸⁾¹⁶⁹⁾

구체적인 사안에서 고용관계 또는 근로관계를 판단하는 것은 쉽지 않은 문제이다. 다만, 판례는 '근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무 시간과 근무 장소가

계가 결정된다고 볼 것은 아니며 사용자의 소유에 속한다는 뜻의 특약이 고용(근로) 계약 가운데에 포함되어 있다고 보아야 할 것이다.[곽윤직, supra(주 58), 432면 참조.]

167) 僱傭契約은 노무자가 사용자에게 노무를 제공하고 보수를 받는 노무공급계약의 한 종류이지만, 勤勞契約은 근로자가 종속적 지위에서 사용자에게 노무를 제공하고 임금을 받는다는 데 그 특질이 있다. 따라서 근로계약은 고용계약에 속하지만, 고용계약이 모두 근로계약인 것은 아니다. 고용계약을 규율하는 민법은 일반법이고, 근로계약을 규율하는 노동법(특히, 근로기준법)은 특별법이다.[김형배, 민법학강의(제2판), 신조사(2001), 1091-1092면 참조.]

168) 고용계약의 경우 노무의 공급 그 자체가 목적이고 노무자가 제공하는 노무를 어떤 목적을 위하여 어떻게 이용하느냐는 사용자의 자유이기 때문에, 노무자는 자주성을 잃고 종속적 지위에 있게 되며, 사용자는 지휘·명령의 권능을 갖는다. 사용자에게 그런 권능이 없는 것은 고용이 아니다.[곽윤직, supra(주 58), 414-415면 참조.]

169) 우리 법 제5조는 독일 저작권법 등과는 달리 민법상의 노무자, 노동법상의 근로자, 민법상의 고용관계, 노동법상의 근로관계, 공무원 또는 공법상의 고용관계 등 어떠한 언급도 없이, 다만 '국가·법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램'이라고 규정함으로써 개념상 정확성을 결하고 있다는 지적이 있다.[안효질, supra(주 1), 30면 참조.]

지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유 관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.’고 하여 이에 대한 일응의 기준을 제시하고 있다.¹⁷⁰⁾

‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에는 상근 종업원 뿐만 아니라 당해 프로그램에 관해서만 고용된 임시 종업원도 포함된다. 문제는 이거나 감사 등의 임원이 스스로 저작한 경우에는 어떤가 하는 점이다. 이들 임원도 넓은 의미의 고용관계에 있는 것이므로, ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에 포함될 수 있을 것이다.¹⁷¹⁾ 미국 판례 중에도 회사의 임원은 고용저작물의 법리를 적용함에 있어 ‘피용자(employee)’로 간주된다고 한 것이 있고, 우리 판례 중에도 회사의 임원도 사장 등의 지휘·감독 하에 노무를 담당하였다면 근로자에 해당한다고 본 판결이 있다.¹⁷²⁾ 참고로, 직무발명의 경우에는 특허법 제39조가 법인의 임원도 종업원의 개념에 포함된다는 것을 분명히 규정하

170) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결 등. 하지만, 위에서 열거된 것들 중 어느 하나가 결정적인 기준이 되는 것은 아니다. 예컨대, 근로제공자가 기계, 도구 등을 소유하고 있다고 하여 곧 자기의 계산과 위험부담 하에 사업경영을 하는 사업자라고 단정할 것은 아니며(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결), 회사의 이사라 하더라도 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 사장 등의 지휘·감독 하에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받는 관계에 있었다면 근로기준법상 근로자에 해당한다(대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다22591 판결). 이에 관한 자세한 내용은 강기탁, “근로기준법상의 근로자의 범위 : 생산수단을 소유한 노무공급자와 회사의 임원의 경우”, 노동판례 비평(2001. 8.), 77-89면 참조.

171) 임준호, *supra*(주 132), 485면 참조.

172) Simplified Information Sys., Inc.; 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다22591 판결.

고 있어서 의문의 여지가 없다.

한편, 임시적으로나마 고용계약이 체결되고 있어야 하므로 전혀 고용관계가 없는 독립한 개인에게 개별적인 계약에 의하여 프로그램 창작을 맡긴 경우에는 원칙적으로 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’라고 볼 수 없을 것이다. 다만, 그 개인이 오로지 그 법인만을 위하여 프로그램을 創作한다고 하는 소위 專屬契約이 체결되어 있는 경우에 이를 어떻게 볼 것인가가 문제되나, 프로그램저작권의 귀속에 관한 한, 전속계약을 고용계약과 마찬가지로 취급하는 것이 타당하다고 본다.¹⁷³⁾¹⁷⁴⁾

(4) 實質的인 指揮·監督關係

고용관계에 있지 않더라도 법인 등과 실질적인 지휘·감독관계가 있는 자는 법 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에 해당하는가?

우선, 긍정설은 실질적인 지휘·감독관계가 인정된다면 고용관계에 있지 않더라도 법 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에 해당한다고 한다. 그 이유는, 오늘날 타인의 노무를 이용하는 계약형태가 다양화하고 있는 현실에 비추어 볼 때, 법 제5조에서 말하는 ‘업무에 종사하는 자’를 반드시 고용관계에 국한하는 것으로 해석할 필요는 없다는 것이다.¹⁷⁵⁾

173) 송상현 외 2인, supra(주 14), 125면 참조.

174) 참고로 민법 제756조 제1항은 ‘타인을 使用하여 어느 事務에 從事하게 한 자는 被傭者가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다.’고 규정하고 있다. 판례는 여기의 ‘被傭者’에 대하여 ‘고용계약에 의한 피용자만을 지칭한 것은 아니고 또 보수의 유무, 기간의 장단을 불문하고 사용자의 선임에 의하여 그 지휘·감독 하에 사용자가 경영하는 사업에 종사하는 자’를 지칭한다고 판시하고 있다. (대법원 1960. 12. 8. 선고 4292민上977 판결 등.) 또한, 판례는 피해자 보호를 위해 피용자의 의미를 넓게 해석하여 사용자와 피용자 사이에 유효한 고용관계가 있을 것을 요하지 않고 사용자 즉 지휘·감독관계가 있으면 된다는 취지로 판시하고 있다. (대법원 1979. 7. 10. 선고 79다644 판결 등.) 그리하여 위임인, 도급인에 대하여도 지휘·감독관계가 있으면 사용자책임을 인정하고 있다. (대법원 1998. 4. 28. 선고 96다25500 판결; 대법원 1998. 6. 26. 97다58170 판결 등.)

반면, 부정설은 법 제5조의 업무상 창작이란 僱傭契約에 의하여 창작된 것만을 말하므로 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’는 법인 등과 고용계약을 맺고 그에 따라 사용자와 지휘·감독관계에 있는 자로 한정해야 한다고 한다. 즉, ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’는 사용자에게 대응하는 개념이고, 법인 등 사용자에게 저작자의 지위를 부여하는 制度의 特異性에 비추어 볼 때 고용관계가 있지 아니한 자에게까지 적용범위를 확대하는 것은 타당하지 않다고 한다.¹⁷⁶⁾

생각건대, 긍정설이 타당하다고 본다. 그 이유는 사용자가 업무상 창작한 프로그램의 저작자로 될 필요성은 지극히 형식적인 고용관계로부터 생기는 것이 아니고, 당해 프로그램의 창작을 위하여 고용관계에서 생기는 것과 같은 실질적인 지휘·명령관계에서 있다면 그것으로 충분하다고 할 것이다. 즉, 법 제5조에서 창작자원칙의 예외를 인정하여 사용자에게 저작권이 귀속되도록 한 근거는, 형식적인 고용계약의 존재 자체가 아니라 그 실질에 있어 사용자의 지휘·감독을 받아 창작에 종사하였다는 피용자의 종속적인 지위에서 찾아야 할 것이다.

또한 우리 법은 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’라고만 규정하고 있어 문언의 해석상 반드시 민법상의 고용계약이 존재하는 경우로 한정할 필요가 없다.¹⁷⁷⁾ 만일 고용계약의 존재를 필수적으로 요구하게 된다면, 오늘날 타

175) 김동진, *supra*(주 37), 120면; 박성호, *supra*(주 6), 121면; 오승중, “컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속”, *성균관법학* 13권 1호(2001. 4.), 285면; 황찬현, *supra*(주 16), 908면.

176) 송영식 외 2인, *supra*(주 11), 512-513면; 齊藤博·牧野利秋 編, *裁判實務大系-知的財産關係訴訟*(第27卷), 靑林書院(1997), 237면을 박성호, *전계논문*, 120면에서 재인용.

177) 僱傭關係와 使用關係는 일응 구분되는 개념이라고 할 수 있다. 고용관계가 민법상 고용계약에 의해 발생한 법률관계라고 한다면, 사용관계는 타인을 사용하여 일정한 사무에 종사하게 하였을 경우에 성립하는 법률관계를 의미한다고 할 수 있다. 사용관계는 고용계약에 의해 성립하는 것이 보통이겠으나, 반드시 이에 국한되는 것은

인의 노무를 이용하는 계약형태가 다양화되고 있는 거래현실에 비추어 볼 때, 해당 프로그램의 이용에 대하여 중대한 이해관계를 가지고 있는 사용자의 이익을 부당히 침해하는 결과를 낳을 수 있다.¹⁷⁸⁾

앞서 살펴 본 독일의 논의에서도 업무상 창작의 범위를 법문에 명시된 엄격한 의미의 노동관계 혹은 공법상의 고용관계에 국한하지 않고 노동공동체에 편입되어 종속적 지위에서 창작한 경우에도 적용된다고 해석한 점도 참고할 만하다.

물론, 이와 같이 해석할 경우 문제점도 적지 않다. 우선, 법 제5조가 창작자원칙의 예외로 가급적 엄격히 해석해야 할 필요성이 있는데, 위와 같이 해석할 경우 적용범위가 확장되게 된다는 문제가 있다. 또한 앞서 소개한 미국 판례에서 지적된 바와 같이 실질적인 지휘·감독이라는 접근방법을 채택할 경우 업무상 창작의 요건에 대한 분석이 매 사건에 있어서 지나치게 사실 면에 치중해 버리게 되어 거래당사자로서는 법률적 결론을 예측하기 어렵게 할 우려가 있다.

하지만, 위탁저작물에 대하여 일정한 요건 하에 고용저작물로 볼 수 있도록 별도의 규정을 마련한 미국 저작권법(제101조 제2항)과 법률관계를 한정하지 않고 포괄적으로 ‘법인 등의 업무 등에 종사하는 자’라고 규정한 우

아니며, 계약의 형식을 불문하고 당사자 사이에 실질적 지휘·명령관계의 존재 여부로 판단된다.[곽윤직, supra(주 58), 744면; 오승중, supra(주 175), 185면 각 참조.]
178) 이와 같은 해석의 필요성은 컴퓨터프로그램의 경우에 더욱 현저하다. 컴퓨터프로그램의 경우는 일반 저작물에 비해 재산적 요소가 매우 강한 반면 인격적 요소는 희소하여 산업재산재적 성격이 강하다고 할 수 있다. 따라서 프로그램의 개발에 있어 다액의 자본을 투하한 사용자측의 이익을 배려할 필요성이 일반 저작물에 비해 더욱 크다고 할 수 있다.[황찬현, supra(주 16), 901면 참조.] 또한 뒤에서 살펴 볼 파견근무의 경우에도 이와 같은 해석의 필요성이 현저하다고 할 수 있다.[오승중, supra(주 175), 185면 참조.] 고용유형의 다양화 경향에 관하여는 임종률·이원화·이상희, “고용유형의 다양화에 따른 법적 대응에 관한 연구”, 민주법학 17호, 384-386면 참조.

리 법을 동일선상에 놓고 비교할 수는 없다고 본다. 또한 적용범위를 엄격히 해석할 필요성이 있는 것은 사실이지만, 그것은 실질적인 지휘·명령관계의 의미를 고용관계의 그것에 준할 정도로 엄격히 해석함으로써 충분히 달성될 수 있을 것이다.¹⁷⁹⁾

(5) 派遣勤務

勤勞者派遣制度에 따른 파견근로자의 경우 그가 업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작자를 누구로 볼 것인가? 물론, 派遣事業主(派遣會社)와 使用事業主(被派遣會社) 사이에 프로그램 저작권 귀속에 관한 특약이 있다면 이에 따르면 될 것이다. 문제는 이러한 특약이 없을 경우인 바, 이에 관해 견해의 대립이 있다.¹⁸⁰⁾

제1설은 저작권 귀속에 관한 특약이 없는 한 어느 법인의 개발의사에 의하여, 그리고 어느 법인을 위하여 프로그램이 개발되었는가에 따라 저작권의 귀속이 결정될 수 있을 것이라고 하면서, 보통의 경우 근로자의 파견을 받은 被派遣會社가 사용자의 지위를 갖는다고 보는 견해이다. 또한, 어느 회사의 근로자가 다른 회사에 출장근무하게 된 경우에도 파견근무의 경우와 동일하다고 한다.¹⁸¹⁾

179) 황찬현, *supra*(주 16), 907면 참조.

180) 근로자파견제도에 관하여는 파견근로자보호등에관한법률이 규율하고 있는 바, 같은 법 제5조 제1항, 시행령 제2조 제1항에 따르면 컴퓨터 전문가의 업무, 컴퓨터 보조원의 업무 등이 근로자파견대상업무로 규정되어 있고, 같은 법 제20조에 따르면, 근로자파견계약의 당사자는 파견근로자가 종사할 업무의 내용, 파견근무중인 파견근무자를 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항 등을 포함한 계약을 서면으로 체결하도록 규정하고 있다. 근로자파견제도에 관한 자세한 내용은 강성태, “구조조정과 고용법제의 변화 : 파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제”, 노동법률 제85호(1998. 6.), 28면 이하 참조.

181) 김동진, *supra*(주 37), 120면; 송상현 외 2인, *supra*(주 14), 126면; 신각철, 최신킴퓨터프로그램보호법, 법영사(1999), 40면; 오승중·이해완, *supra*(주 8), 647면.

제2설은 法文상 '업무에 종사하는 자'란 고용계약이 체결되어 있을 것을 전제로 한다고 해석하면서, 파견근로자의 경우 고용계약은 派遣會社하고만 체결되어 있고 근로자와 被派遣會社 간에는 지휘명령관계는 있어도 고용관계는 존재하지 않으므로, 파견근로자가 창작한 저작물에 대하여 派遣會社나 被派遣會社 어느 쪽도 법 제5조에서 말하는 사용자의 지위에 있지 못하다고 한다. 따라서, 해당 저작물의 저작자는 파견근로자 본인이라고 한다.¹⁸²⁾

제3설은 '實質的인 指揮·監督關係'(이를 '實態管理基準'으로 표현)에 복종하는 지위에 놓여 있느냐의 여부에 따라 法文상의 '업무에 종사하는 자'로 볼 수 있느냐를 결정하는 것은 언제나 事後的 判斷을 필요로 하기 때문에 저작권의 귀속에 대한 예측 가능성이 결여된다고 비판하면서, 따라서 원칙적으로 被派遣會社가 사용자로서 저작자의 지위를 취득하는 것이 아니라고 한다.¹⁸³⁾

앞서 검토한 바와 같이 법 제5조에서 말하는 '업무에 종사하는 자'는 원칙적으로 고용관계에 있는 자를 의미하지만, 고용관계가 없더라도 고용관계에 준하는 실질적인 지휘·감독관계가 있을 경우도 포함한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 단지 고용관계가 없다는 이유로 피파견회사에게 사용자의 지위를 인정하지 않는 것은 부당하다.

파견근무의 경우 고용계약은 근로자와 파견회사 사이에 체결되어 있어 파견회사와 근로자 사이에 고용관계는 계속되어 있으나, 파견회사는 프로그램 작성에 관하여 기획하지도 않고, 근로자에 대하여 실질적인 지휘·감독도 하

182) 齊藤博·牧野利秋 編, supra(주 176), 238-239면을 박성호, supra(주 6), 121면에서 재인용.

183) 永野秀雄, “職務著作(法人著作)と使用從屬關係論-日光比較法の視點から-”, 日本勞動法學會誌 90(1997), 37면을 박성호, “저작권법 제9조의 업무상 창작의 요건”, 계간 저작권(1998. 여름호), 15면에서 재인용.

지 않는 것이 일반적이어서 사용자로서의 지위를 인정하기에 부족하다. 반면, 보통의 경우 피파견회사는 프로그램 작성에 관하여 기획하고, 근로자는 피파견회사의 업무를 수행하면서 그 회사로부터 고용관계에 준하는 실질적인 지휘·감독을 받고 있는 것이므로 프로그램 창작에 관한 한 피파견회사가 사용자로서의 지위를 가진다고 보는 것이 타당하다.¹⁸⁴⁾ 이러한 결론은 출장근무의 경우에도 마찬가지일 것이다.

다만, 파견이나 출장근무의 구체적 형태가 다양할 수 있으므로 파견회사와 피파견회사 또는 출장회사와 피출장회사 간에 미리 저작권 귀속에 관한 계약을 체결하여 두는 것이 바람직할 것이다.¹⁸⁵⁾

(6) 長期間 療養·休職

고용관계에 있는 피용자가 질병 등으로 장기간 요양 중이거나 군입대 등 기타 사정으로 장기간 휴직 중인 경우 법 제5조의 ‘업무에 종사하는 자’에 해당하는가?

이에 관하여, 사용자와 고용관계는 계속되고 있으나 실제로 업무에 종사하고 있지 아니할 뿐만 아니라 업무 면에 있어서 실질적인 지휘·감독관계가 단절되어 있기 때문에 ‘업무에 종사하는 자’로 볼 수 없을 것이다.¹⁸⁶⁾ 다만, 이러한 상태에서 이루어진 컴퓨터프로그램의 창작은 현실적으로 거의 대부분 사용자의 기획이 없거나 업무수행과 무관하게 창작된 경우에 해당될 것

184) 전석진·정상조, 컴퓨터와 법률, 정보시대(1995), 62면 참조. 강성태, supra(주 180), 28면에서는 파견근무의 경우 근로계약관계와 지휘명령관계가 분리되는 특성을 갖고 있다고 한다. 즉 근로자파견에서는 근로계약관계는 파견회사와 근로자간에 존재할 뿐이고, 실제로 근로자를 사용하는 피파견회사와 근로자간에는 원칙적으로 아무런 계약적 관계가 존재하지 않는다. 다만 피파견회사는 파견회사와 체결한 근로자 파견계약에 기해 파견근로자에 대해 사실상의 지휘명령권을 가지게 된다고 한다.

185) 박성호, supra(주 6), 122면 참조.

186) 김동진, supra(주 37), 120면; 신각철, supra(주 181), 41면 참조.

이다.

(7) 委任契約 및 都給契約

사람의 노동력의 공급 내지 이용을 목적으로 하는 계약으로서 민법이 규정하는 전형계약은 雇傭 외에도 都給, 縣賞廣告, 委任, 任置가 있다. 법 제5조의 적용범위와 관련하여 노무공급계약의 일종으로서의 고용이 다른 것들과 어떻게 구별되느냐를 살펴보는 것이 필요하다.¹⁸⁷⁾

雇傭(민법 제655조)은 어디까지나 노무자 자신에 의한 노무의 공급 그 자체를 목적으로 하는 계약이며, 제공되는 노무에 의한 어떤 ‘일의 完成’이나 또는 어떤 통일적인 ‘事務의 處理’와 같은 일정한 結果의 成否는 전혀 고려되지 않는다. 노무자가 제공하는 노무를 어떻게 이용해서 어떤 목적을 달성하느냐는 전적으로 사용자의 권한에 속한다. 따라서 사용자는 노무자를 指揮·監督할 權限을 가지며, 이 점이 고용의 중요한 특색이다.¹⁸⁸⁾

都給(민법 제664조)은 노무 내지 노동으로 이루어지는 어떤 結果, 즉 일정한 ‘일의 完成’을 목적으로 하는 계약이다. 이러한 ‘일의 完成’을 위하여 노무자(수급인)는 일정한 노동을 공급하게 되나, 그 일을 완성하는 과정에 있어서의 노무제공은 고려되지 않는다. 그리하여 수급인이 약속한 일의 완성을 위하여 어떠한 노무를 어떻게 사용하느냐는 원칙적으로 그의 자유¹⁸⁹⁾이며, 또한 일을 완성할 때까지의 사이에 생기는 위험도 역시 노무자, 즉 수급인이 부담하는 것이 원칙이다.¹⁹⁰⁾

187) 박윤직, supra(주 58), 402면 참조.

188) Id.

189) 이러한 점은 고용에 있어 급부의 성질이 一身專屬的인 점과 구별된다.(Id., 414면 참조.)

190) 따라서 도급에 있어서는 수급인 자신이 노무를 제공하더라도 약속한 일을 완성하지 않는 한 보수를 청구할 수 있으나, 고용에 있어서는 일의 成否와 관계없이 노무

委任(민법 제680조)은 일정한 사무를 처리하기 위한 통일적인 노무를 목적으로 하는 계약이다. 노무자(수임인)는 고용에 있어서처럼 사용자의 지휘·명령 하에 노무를 공급하는 것이 아니고, 자기의 지식·경험·수완 등을 동원하여 위임사무의 목적에 따라 자기의 재량으로써 이를 자주적으로 적절히 처리할 수 있다.¹⁹¹⁾¹⁹²⁾

결국 위임계약이나 도급계약에 있어서 수임인 및 수급인은 위임인 및 도급인에 대하여 獨立的인 地位에 놓여 있고 자기재량에 의해 활동하는 것이므로 원칙적으로 위임인·도급인은 법 제5조에서 말하는 사용자에 포함되지 않으며, 또한 수임인·수급인은 '업무에 종사하는 자'에 해당하지 않는다고 할 것이다. 따라서 이 경우는 창작자원칙(법 제2조 제2호)에 따라 실제로 창작을 담당한 수임인·수급인이 프로그램저작자로 된다. 따라서 위임인이나 도급인은 그 프로그램을 이용할 수 있는 범위라든가 혹은 프로그램저작권이 자신에게 양도되는가의 여부를 미리 계약으로 명백하게 정해 둘 필요가 있다.¹⁹³⁾

다만, 위의 노무공급계약 상호간의 구별은 어디까지나 당해 계약의 전형적인 모습을 상정한 것에 불과하고 실제 창작 현실에서는 그 구별이 용이하지 않고 다양한 형태로 나타난다고 할 것이다. 따라서 기본적으로 위임계약이나 도급계약에 해당하는 것 중에도 실질적인 지휘·감독관계가 인정되는 경우가 있을 수 있고, 만약 그러한 관계에 있다면 해당 수임인이나 수급인을 법 제5조의 '업무에 종사하는 자'로 인정할 수 있느냐가 문제된다.

의 제공이 있었다면 보수를 청구할 수 있다.(Id., 402면 참조.)

191) 김형배, *supra*(주 167), 1119면 참조.

192) 縣賞廣告(민법 제675조)와 任置(민법 제693조) 역시 노무공급계약의 일종이나 컴퓨터프로그램의 제작과는 관련성이 적기 때문에 설명을 생략하기로 한다.

193) 오승중·이해완, *supra*(주 8), 648면 참조.

법인 등이 컴퓨터프로그램을 창작하는 방식에는 직접 프로그래머를 고용하여 자체적으로 개발하는 경우도 있지만, 더 많은 경우는 제3자에게 프로그램의 창작을 위탁하는 방식을 취한다. 또 제3자에게 프로그램의 창작을 위탁하더라도 그 구체적인 위탁의 형태는 다양하다. 예를 들어, 법인 등이 사양서와 같은 기본적 사항만을 제공하고 독립된 프로그램 개발업자로 개발하도록 하는 방식에서부터 법인 등에서 개발계획을 수립하고 설계서 및 상세한 흐름도 등을 작성한 후 단순히 기계적인 코딩작업만을 외부에 맡기는 방식에 이르기까지 구체적인 위탁의 내용은 다양할 수 있다.¹⁹⁴⁾

이렇게 하여 창작된 컴퓨터프로그램의 저작자를 누구로 볼 것인가의 문제는 앞서 본 ‘업무 등에 종사하는 자’의 의미를 어떻게 해석하느냐와 밀접한 관련이 있다. 또한 私見처럼 고용관계가 없더라도 실질적 지휘·감독관계가 있으면 ‘업무 등에 종사하는 자’에 포함된다고 해석하였을 경우 결국 중요한 것은 실질적 지휘·감독관계의 구체적 내용은 무엇인가 하는 점이다. 그 범위를 어떻게 해석하느냐에 따라 다양한 위탁의 형태 중에서도 업무상 창작으로 볼 수 있는 것과 그렇지 않은 것이 있을 수 있다. 이러한 논의는 제 5장에서 상세히 다루기로 한다.

다. 業務上 創作한 프로그램일 것

(1) 프로그램의 創作이 業務範圍 내에 속할 것

법 제5조가 적용되기 위해서는 업무상 창작된 프로그램이어야 한다. 여기서 ‘업무’란 직접적이고 구체적으로 명령받은 것 뿐 아니라 고용의 과정에서

194) 신각철, supra(주 181), 43-44면 참조.

통상적인 업무로서 기대되는 것을 포함한다. ‘업무상 창작’이란 업무종사자가 업무상 義務로서 프로그램을 작성하는 것을 말한다. 즉, 프로그램의 창작이 창작자의 業務範圍 내에 속하는 것이어야 한다.¹⁹⁵⁾

따라서 고용된 피용자가 고용계약에서 정한 업무범위에 속하지 않는 컴퓨터프로그램을 개발한 경우 비록 프로그램의 개발과정에서 사용자의 컴퓨터 등 영업설비를 사용하였다 할지라도 개발된 프로그램의 저작권은 사용자가 아닌 피용자에게 있다고 보아야 한다.¹⁹⁶⁾

이와 관련하여 독일의 논의를 살펴보면, 독일 저작권법 제69조의 b 제1항의 요건 중 ‘피용자가 그의 임무를 이행하기 위하여’라는 것과 관련하여 일부 학설은 이 경우 컴퓨터프로그램의 개발이 종업원의 의무로서 노동계약에 명시적 또는 묵시적으로 정해져 있지 않다 하더라도 컴퓨터프로그램의 개발과 종업원의 노동계약에 의한 의무 사이에 밀접한 관련이 있거나 또는 해당 컴퓨터프로그램이 종업원의 의무를 이행하는 데 이용될 가능성이 현저할 때에는 위 조항을 적용할 것을 주장하고 있다.¹⁹⁷⁾

또한 독일 판례 가운데는 종업원의 의무가 프로그램의 창작 자체는 아니지만 전산업무 및 프로그램 개발부서의 관리자로서 고용된 종업원이 그의 업무를 보다 효율적으로 수행하기 위하여 컴퓨터프로그램을 창작한 경우 사용자는 이에 대하여 배타적인 이용권을 가진다고 판시한 바도 있다.¹⁹⁸⁾

그러나 단지 업무와 밀접한 관련이 있다는 사실 또는 업무에 이용될 가능성이 있다는 사실만으로 고용관계에서 정해진 피용자의 업무범위가 자동적

195) 김동진, supra(주 37), 126면 참조.

196) 임준호, supra(주 132), 486면 참조.

197) Sack, Computerprogramme und Arbeitnehmer-Urheberrecht(1991), 2165, 2166을 안효질, supra(주 60), 34면에서 재인용.

198) OLG Karlsruhe GRUR 1987, 845, 848 - "Schutzrechtsverwarnung"

으로 확대될 수 없다. 즉, 프로그램의 창작 자체가 피용자의 업무상 의무이어야 하므로, 단지 업무 수행의 과정에서 派生的으로 또는 그 업무와 關聯하여 창작되는 경우에 불과할 때에는 법인 등 사용자가 아닌 직접 창작을 담당한 피용자가 저작자가 된다. 예를 들어, 공무원이 업무상 얻은 지식·경험에 기하여 창작하거나, 피용자가 자기가 담당하고 있는 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 자신의 계획 하에 여가시간을 이용하여 프로그램을 작성한 경우에는 실제 작성자가 저작자로 된다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁹⁾

(2) 業務範圍의 判斷基準

업무범위 내에 속하는가 하는 문제는, 기본적으로 피용자와 사용자 사이에 체결된 고용계약 및 근무규칙의 내용을 구체적으로 검토하여 판단하여야 할 문제이다. 피용자가 특정한 컴퓨터프로그램 개발을 위해 채용된 경우는 물론 특정 분야에서의 프로그램 개발을 주된 근무내용으로 하여 채용되고 사용자가 제공한 시설로 근무시간 중 당해 분야의 프로그램 개발이 이루어진 경우에도 업무상 창작으로 볼 수 있을 것이다. 결국 업무범위의 판단은 당해 피용자의 권한·직책·업무의 내용·급여 등에 따라 구체적·개별적으로 결정하지 않으면 안 된다.

업무범위 내인지 여부는 근무 시간이나 근무 장소에 좌우되는 문제가 아니다. 가령 프로그램의 작성이 근무 시간 외에 또는 근무 장소 밖에서 작성된 경우에도, 그 작성이 프로그램의 성질·내용 등에 비추어 업무 범위에 속하는 경우가 있을 것이다. 이에 반하여, 프로그램의 성질·내용 여하에 따라서는 근무 시간 중에 근무 장소 안에서 작성된 것이라도 업무상 창작물이 아닐

199) 오승중·이혜완, supra(주 8), 647면 참조.

수도 있다.²⁰⁰⁾

독일 판례 중에 피용자가 자기가 담당하고 있는 업무를 효율적으로 처리할 목적으로 근무 시간 중에 근무 장소에서 프로그램을 개발하였고 그 개발에 있어 사용자의 설비를 이용하였다 하더라도, 피용자가 사용자로부터 어떠한 개발 지시를 받은 바도 없고 당해 프로그램의 개발이 고용계약상의 의무가 아니었다면 저작권법 제69조의 b에서 규정한 업무상 창작에 해당하지 않는다고 판시한 것이 있다.²⁰¹⁾

미국 판례 역시 피용자의 프로그램 창작이 고용계약상의 의무에 기인한 것이 아니라면 비록 그 창작이 근무시간 중에 이루어졌고, 사용자의 설비 혹은 인원의 도움을 어느 정도 받았다 할지라도 그 프로그램의 저작권이 당연히 사용자에게 귀속하는 것은 아니라고 판시한 바가 있고,²⁰²⁾ 이와 정반대로 피용자의 프로그램 창작이 고용계약상의 의무에 기인한 것이라면 비록 그 창작이 근무시간 외에 피용자의 집에서 이루어졌다 할지라도 그 프로그램의 저작권이 당연히 피용자에게 귀속하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.²⁰³⁾

(3) 大學教授의 創作

업무범위 내인지 여부와 관련하여 자주 논의되는 것은 대학교수에 의한 컴퓨터프로그램의 창작이다. 이와 관련하여 외국의 논의를 먼저 살펴보기로

200) 박성호, *supra*(주 6), 142면 참조.

201) 다만, 동 사안에서 법원은 중업원발명법이 유추적용되어 사용자는 피용자에게 상당한 보상을 하고 당해 프로그램을 이용할 수 있다고 판시하였다.[Jochen Dieselhorst, "Germany : Computers-Copyright", *Computer and Telecommunications Law Review*(1998), 4(3), 35-36면 참조.]

202) *Public Affairs Assocs., Inc. v. Rickover*, 268 F. Supp. 444(D.D.C. 1967).

203) *Avtec Sys., Inc. v. Peiffer*, 21 F. 3d 568, 571-73(4th Cir. 1994).

한다.

우선, 독일의 경우 다수 견해는 대학교수 또는 기타 독립적인 대학의 교직원 등이 자신의 일반적인 연구활동의 범위 내에서 프로그램을 개발한 경우, 컴퓨터프로그램의 개발에 대하여 특별한 의무가 없는 한 개발된 프로그램에 대한 이용권은 해당 대학에 속하지 않는다고 한다. 왜냐하면, 대학교수 등은 독일 헌법 제5조 제3항(우리 헌법 제22조 제1항에 해당)에서 보장된 연구와 학문에 대한 기본권에 기초하여 자신들이 각각의 연구 대상, 연구의 방법 및 범위, 연구업적을 공표할 것인가의 여부 등을 스스로 자유롭게 결정할 수 있기 때문이다. 즉, 그들은 해당 대학의 이익을 피하기 위하여 연구하는 것이 아니고, 일반 국민에 대하여 지니고 있는 의무를 이행하기 위하여 연구한다.²⁰⁴⁾

독일의 판례 역시 대학교수 등은 일정한 연구업적을 이루어야 할 의무가 없고 사용자인 대학의 지시를 받지 않고 독립적으로 연구활동을 하기 때문에, 이 경우 창작된 저작물은 자유저작물이라고 판시하였다.²⁰⁵⁾

한편, 미국 판례를 살펴보면, 대학교수의 강의안을 둘러싼 대학당국과 교수들 간에 저작권 귀속 분쟁에 대하여 1909년 저작권법 아래 판례에 의하면 대학당국이 아니라 교수들에게 강의안(lectures)에 대한 '보통법상 저작권(the common law copyright)'이 귀속된다고 한다.²⁰⁶⁾ 그 근거로서 대학교수의 강의안은 독자적인 것이고, 대학당국이 교수의 강의내용을 이루는 사상의 표현방식을 지시·규율할 수 없다는 것을 들고 있다. 만약 교수의 강의안 작성이 업무범위에 속하고 대학당국에 강의안에 대한 저작권이 귀속된

204) 안효질, supra(주 1), 36면 참조.

205) OLG Karlsruhe CR 1987, 287, 290.

206) Williams v. Weisser, 78 Cal. Rptr. 542 (Cal. App. 1969).

다고 하면, 바람직하지 못한 결과(undesirable consequences)가 초래될지도 모른다는 한다. 예컨대, 어느 교수가 완전히 새로운 일련의 강의내용을 구상할 필요성 때문에 다른 대학으로 옮겨 연구하고 저술하는 것을 방해하게 된다는 것이다.²⁰⁷⁾

미국의 1976년 법에서도 학술적 저작물이 고용저작물로서 그 저작자인 교수가 근무하는 대학에 귀속하는가의 여부를 둘러싼 사건이 있었다. 즉, 연방 제7항소법원은 Weinstein v. University of Illinois²⁰⁸⁾ 및 Hays v. Sony Corp. of America²⁰⁹⁾ 사건에서 법원은 교수가 자신의 강의안을 원고로 옮기기를 결심하였다면 그 강의안에 대한 저작권은 그를 고용한 대학당국이 아닌 교수에게 귀속된다고 판시하였다.²¹⁰⁾

영국 저작권법 하에서도, 교수들이 대학에 의하여 고용된 피용자이지만 강의 등 교육을 위하여 고용된 것이지, 구체적인 저작을 목적으로 하여 고용된 것이 아니기 때문에, 교수들에 의하여 쓰여진 논문 등에 대한 저작권은 당해 저작자인 교수에게 귀속된다고 해석되고 있다. 그러나 만일 대학과 교수와의 근로계약에서, 교수가 학생에 대한 강의와 연구 및 저술을 하는 것을 주된 의무로 규정하고 있다면, 교수의 저술행위는 근로계약의 이행과정

207) 위 사안에서 법원은 교수에게 강의안에 대한 저작권을 귀속시키는 근거로 그 강의안이 주로 고용계약으로 정하여진 시간 외에 작성되었다는 점을 들지 않았다. 법원은 그러한 구별은 혼란만 가중할 뿐이라고 하면서, 만일 대학당국이 강의안에 대해 어떠한 권리를 가진다고 한다면 그 근거는 교수가 그의 강의안을 작성하는 것이 오직 그의 고용계약상의 의무를 이행하기 위해서 작성하였다는 점에서 찾아야 할 것이라고 하였다.[Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B], 34면 참조.]

208) 811 F. 2d 1091, 1094 (7th Cir. 1987).

209) 847 F. 2d 412, 416 (7th Cir. 1988).

210) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B], 34-35면 참조. 다만, 1909년 법 아래의 판례들이 1976년 법 하에서도 여전히 적용될 수 있는지 여부는 불분명하다고 한다. 일부 학설은 1976년 법이 ‘교사의 면책(the teacher exemption)’ 법리를 폐기하였다고 판단된다고 하였다.[Dreyfuss, “The Creative Employee and Copyright Act of 1976”, 54 U. Chi. L. Rev. 590(1987).]

에서 이루어지는 것이라고 볼 수 있고, 따라서 교수의 논문 등 저작물에 대한 저작권이 대학에 귀속되는 것으로 해석되어야 하는가 하는 의문이 제기된다.

이에 대하여는, 교수가 대학과의 근로계약의 이행의 일환으로 논문을 저술했다고 하더라도 대학당국이 종전의 관행상 교수의 논문에 대하여 저작권을 주장하거나 행사한 적이 없다는 정황에 비추어 교수의 논문에 대한 저작권은 대학이 아니라 교수에게 귀속시킨다고 하는 내용의 묵시적 특약이 있는 것으로 볼 수 있고, 저작권법상의 직무저작의 규정은 반대의 특약이 없는 경우에만 적용될 수 있는 것이기 때문에, 그러한 묵시적 특약이 있다고 볼 수 있는 교수와 대학 간의 관계에서는 교수논문에 대한 저작권이 교수에게 귀속되는 것으로 봐야 한다는 견해가 있다.²¹¹⁾

외국의 논의를 살펴보면 그 근거는 여러 가지로 설명되나, 대학교수가 창작한 컴퓨터프로그램의 저작권이 원칙적으로 대학당국이 아닌 대학교수에게 귀속된다고 하는 결론에는 판례와 학설이 대체로 일치한다고 볼 수 있다. 그렇다면, 우리 법의 해석에 있어서는 어떠한가?

생각건대, 대학교수가 자신의 일반적인 연구활동의 범위 내에서 컴퓨터프로그램을 창작하는 행위는 컴퓨터프로그램의 개발에 대하여 특별한 의무가 없는 한 원칙적으로 법 제5조의 업무상 창작에는 포함되지 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 그 이유는 앞서 독일 판례가 적절히 지적한 바와 같이 대학교수는 일정한 연구업적을 이루어야 할 의무가 없고, 대학교수가 연구수행의 과정에서 프로그램을 개발한다 할지라도 이러한 프로그램은 고용계약상의 의무를 이행한 결과가 아니라 단지 그 의무를 이행하는 기회에 창작

211) William R. Cornish, *supra*(주 92), 403면; 정상조, *supra*(주 90), 50면 참조.

된 부산물에 지나지 않기 때문이다. 또한 대학교수의 창작 행위는 일반적으로 대학당국의 기획 하에 이루어지는 것이 아니라 교수들의 개인적인 관심과 주관적인 연구결과로 이루어지는 것이기 때문에 법 제5조에서 요구하는 사용자의 기획이라는 요건을 충족하지 못하는 경우가 대부분일 것이다.²¹²⁾ 결국, 대학이 특정 교수와의 사이에 특정 연구과제를 정하고 상응하는 연구비를 제공하여 그 결과로 컴퓨터프로그램이 개발되었다면 업무상 창작으로 볼 여지가 있으나, 그 이외의 경우는 원칙적으로 교수에게 당해 프로그램저작권이 귀속된다고 보는 것이 옳을 것이다.²¹³⁾

라. 契約 또는 勤務規則 등에 다른 定함이 없을 것

(1) ‘다른 定함’

사용자의 기획 하에 피용자가 업무상 창작한 프로그램이라 하더라도 계약이나 근무규칙 등에 의하여 당해 피용자를 저작자로 한다고 규정되어 있는

212) 정상조, supra(주 90), 51면 참조.

213) 한편, 외국에서와 마찬가지로 우리나라에서도 컴퓨터소프트웨어 분야에 있어서의 산학협동이 중요시되고 있고, 앞으로도 운영체제 프로그램, 데이터베이스 엔진 등 기초 분야에 있어서 대학·연구기관과 이들 연구기관의 연구결과를 상용화하고자 하는 기업의 협력이야말로 뒤늦게 출발한 우리나라 소프트웨어 산업을 발전시키는데 중요한 기여를 할 것이다. 그런데 이러한 산학협동의 일환으로 기업이 연구비를 대고 대학·연구기관이 연구를 한 후 연구결과물에 대하여 누가 어느 정도의 범위 내에서 권리를 보유할 것인가는 앞으로 산학협동 특히 소프트웨어 분야에 있어서 중요한 정책적인 의미가 있다. 지금까지의 관행은 연구수행 중에 발생하는 지적재산권은 연구를 위탁한 기업의 소유로 한다는 취지의 약정이 행하여지고 있다고 한다. 그런데 소프트웨어는 당해 연구소나 동 프로젝트를 맡은 교수가 이전부터 연구해 오던 연구의 결과를 기초로 작성되기 때문에, 나중에 분쟁이 발생할 경우 누구에게 어느 정도의 권리가 있는가에 대한 분쟁이 필연적으로 발생할 것이다. 이러한 문제는 기본적으로 고용관계가 아닌 위탁관계에서 개발된 컴퓨터프로그램의 문제라 할 수 있는데, 이 문제에 관하여도 깊이 있는 연구가 필요할 것으로 판단된다.[전석진·정상조, supra(주 184), 64면 참조.]

경우에는 당연히 그 규정에 따라 당해 피용자가 저작자로 된다.

여기서 ‘계약’이라 함은 일반적인 고용계약이나 혹은 프로그램 개발에 따른 특별계약을 말하는 것이고, ‘근무규칙’이라 함은 법인 등 단체 내부의 취업 규정이나 근무 규정 등을 말하는 것이다. 그리고 ‘다른 정함’이라 함은 피용자를 업무상 창작한 프로그램의 저작자라고 명시하는 경우를 말한다. 그러나 이와 같이 적극적으로 명시하지 않더라도 법인 등 사용자가 당해 프로그램의 저작자가 아니라는 취지를 정하고 있다면 이는 ‘다른 정함’이 있는 것으로 볼 수 있고, 원칙으로 돌아가 당해 프로그램을 창작한 피용자가 저작자가 된다고 할 것이다.²¹⁴⁾²¹⁵⁾

또한 계약 또는 근무규칙은 개개의 프로그램 개발 시마다 체결될 필요는 없고 사전에 포괄적으로 규정되어도 무방하며, 오히려 이러한 포괄적인 규정 방법이 일반적이라고 할 수 있다.²¹⁶⁾ 그러나, 위 ‘다른 정함’은 당해 프로그램의 창작 전에 체결되어 있어야 하며, 프로그램의 창작 후에 만들어진 프로그램의 저작자를 피용자로 한다는 규정은 여기서 말하는 ‘다른 정함’에 해당하지 않는다. 다만, 일단 법인 등 사용자에게 원시적으로 귀속된 저작권이 피용자에게 讓渡된다는 취지의 합의로 볼 여지가 있을 것이다. 소송상 ‘다른 정함’의 존부에 대해 다툼이 있는 경우에는 피용자에게 그 입증책임이 있다고 할 것이다.²¹⁷⁾

214) 박성호, *supra*(주 6), 153면; 저작권실무편람, 저작권심의조정위원회(1996), 1-I-22면 각 참조.

215) 다만, 법인과 그 구성원의 力學關係에 비추어 볼 때 계약 또는 근무규칙에 이러한 약정을 하는 것은 드문 일일 것이다.[송영식 외 2인, *supra*(주 11), 514면 참조.]

216) 미국 저작권법은 당사자 사이의 합의에 관하여 ①그 합의를 서면으로 작성할 것, ②당사자 쌍방이 서명할 것을 요건으로 정하고 있다[제201조 (b)].

217) 박성호, *supra*(주 6), 153면 참조.

(2) 當事者 사이의 特約

피용자가 창작한 프로그램은 언제나 법인 등을 저작자로 본다 혹은 법인 등에 저작권이 귀속된다는 내용의 약정이 체결된 경우에 그러한 약정의 효력이 어떠한지가 문제된다. 이 점과 관련하여 특허법은 ‘종업원 등이 한 발명 중 직무발명을 제외하고는 미리 사용자 등으로 하여금 특허를 받을 수 있는 권리 또는 특허권을 승계시키거나 사용자 등을 위하여 전용실시권을 설정한 계약이나 근무규정의 조항은 이를 무효로 한다.’고 하여 사용자가 자신의 우월적 지위를 이용하여 직무발명 외에 종업원이 한 자유발명에 대하여 미리 자신에게 그 특허권을 귀속시키도록 하는 내용의 계약을 체결하는 것을 방지하는 규정을 마련하고 있다.²¹⁸⁾

그렇다면 이러한 명시적 규정이 없는 컴퓨터프로그램보호법의 경우는 어떠한가? 이에 관하여는, 그 약정의 취지가 피용자가 업무상 창작한 것이 아니고 개인적으로 그리고 직무시간 이외에 법인 등의 설비를 이용하지 아니하고 개발한 프로그램도 법인의 저작물이 된다는 것을 의미하는 약정이라면, 이는 법인 등이 그의 우월적 지위를 남용하여 종업원에게 일방적으로 불리한 내용의 약정을 체결한 것으로서 사회질서에 반하므로 무효로 될 가능성이 크다는 보는 견해가 있다.²¹⁹⁾

생각건대, 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램에 대한 저작권은 프로그램을 창작한 저작자에게 속하도록 되어 있고(법 제2조 제2항), 이는 당사자 사이의 약정으로도 변경할 수 없는 強行規定에 해당한다.²²⁰⁾ 따라서 업무상 창작에 관한 법 제5조의 요건을 충족하지 못하는 경우라면 그 저작자는 실제

218) 특허법 제39조 제3항.

219) 송상현 외 2인, supra(주 14), 125면.

220) 서울高等法院 1996. 10. 11. 宣告 96나1353 判決(確定)(하급심판결집 1996년 제 2집, 371면 이하.).

로 창작을 담당한 피용자이며, 이는 당사자 사이의 약정으로 변경할 수 없다.²²¹⁾ 결국 위 약정이 업무상 창작의 요건을 갖추지 아니한 프로그램에 대하여서까지 그 저작자를 사용자로 한다는 취지로 해석된다면 이러한 약정은 효력이 없고, 다만 그 저작권이 일단 피용자에게 일시적으로 귀속되었다가 사용자에게 양도한다는 의미의 약정으로 해석함이 상당하다 할 것이다.²²²⁾

한편 당사자의 일방이 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 악용하여, 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 과하는 법률행위는 반사회적인 것으로서 무효라고 할 것이다(민법 제103조).²²³⁾ 다만, 위의 약정 즉 피용자가 창작한 프로그램은 언제나 법인 등을 저작자로 본다는 내용의 약정이 이러한 반사회적인 법률행위에 해당할지 여부는 일률적으로 정할 수 없고, 구체적인 사안에서 양 당사자의 지위, 당해 프로그램의 성격 및 이용 방법, 프로그램 창작에 있어 사용자의 노하우 혹은 설비를 이용한 정도, 피용자에게 주어지는 보수 내지 보상의 액 등을 종합적으로 고려하여 판단할 문제이다.

221) 전술한 바와 같이 미국 저작권법 제201조 (b)는 ‘고용저작물의 경우에는 사용자 또는 당해 저작물을 그 자를 위하여 작성하게 한 자를 저작자로 간주하며, 당사자 사이에 서명한 문서에 의하여 명시적으로 달리 합의하지 않는 한 당해 저작권을 구성하는 모든 권리를 가진다.’고 규정하고 있다. 다만, 당사자 사이의 서명한 문서에 의하여 달리 정할 수 있는 것은 사용자에게 귀속되기로 간주된 ‘권리(rights)’의 귀속에 관한 것일 뿐, 당해 저작물의 ‘저작자(author)’로서의 지위(status)는 아니라고 한다. 이러한 구별은 고용저작물 규정(statutory)에 따른 법적 결론(저작권 귀속을 제외하고)을 당사자 사이의 사적인 합의로 변경하는 것을 방지하기 위한 목적을 갖고 있다. 마찬가지로, 당사자 사이의 관계가 고용저작물의 요건을 충족하지 못하는 경우에도 당사자가 이를 고용저작물로 간주하기로 합의하는 것에 관하여, 그러한 합의 역시 무효이며 단지 당해 저작물의 저작권을 누구에게 귀속할지를 정하는 부분에 관하여서만 유효할 뿐이라고 한다.[Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[D], 51면 참조.]

222) 황찬현, supra(주 16), 910면 참조.

223) 대법원 1996. 4. 26. 선고 94다34432 판결 등.

3. 效果

가. 著作者 地位의 取得

(1) 著作者의 地位

법 제5조의 요건을 충족한 프로그램에 대해서는 법인 등 사용자가 그 저작자의 지위를 취득하게 된다. 따라서 법인 등 사용자는 프로그램저작자의 지위에서 저작재산권은 물론 저작인격권까지 향유하게 된다.²²⁴⁾ 즉, 프로그램을 복제, 개작, 번역, 배포, 대여, 발행 및 전송할 권리인 저작재산권(제7조, 제19조 제2항) 뿐 아니라 공표권(제8조), 성명표시권(제9조), 동일성유지권(제10조)과 같은 저작인격권도 원시적으로 사용자에게 귀속된다. 또한 저작물의 이용허락을 줄 권한과 저작권의 전부 또는 일부의 양도·질권의 설정 등 처분권도 사용자가 갖게 된다. 또한 저작권을 침해하는 자에 대하여는 그 침해행위의 정지청구(제31조)는 물론이고, 손해배상청구(제32조)를 할 수 있다.²²⁵⁾

사용자에게 귀속되는 저작재산권 중 公演權이 포함되는 지 여부에 관하여 다툼이 있다. 공연권이란 프로그램저작권자가 스스로 프로그램을 공연하거나 또는 타인에게 공연을 하도록 허락하거나 이를 금지할 수 있는 배타적 권리를 말한다. 공연권이 포함된다는 견해는 공연권에 관하여 컴퓨터프로그램보호법에 명문의 규정은 없으나, 공연권을 규정한 저작권법 제17조의 규

224) 한 가지 언급하고 싶은 것은 우리 법 제5조를 효과 면만 놓고 볼 때 사용자에게 지나치게 유리하게 규정되어 있고 사용자와 피용자 간에 세밀한 이익조정이 어렵도록 규정되어 있다는 점이다. 즉, 업무상 창작의 요건을 충족한다면 사용자는 저작자의 지위에서 저작재산권 및 저작인격권을 원시적으로 취득하는 반면 실제로 창작을 담당한 피용자에게는 아무런 권리가 주어지지 않는다. 결국, 법 제5조의 적용요건을 신중하게 해석해야 하는 이유도 이러한 점에서 찾을 수 있는 것이 아닌가 생각한다.

225) 김동진, *supra*(주 37), 127면 참조.

정을 컴퓨터프로그램보호법 제45조의 규정에 의거하여 적용할 수 있으며 따라서 법 제5조의 요건을 충족한 법인 등 사용자가 공연권도 갖게 된다는 견해이다.²²⁶⁾ 하지만, 컴퓨터프로그램에 관하여 저작권법과 달리 별도로 공연권을 규정하지 않은 취지를 고려할 때 소극적으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.²²⁷⁾

업무상 창작에 해당되는 컴퓨터프로그램에 대하여는 피용자가 이를 임의로 처분하거나, 복제물을 만드는 행위 및 퇴직 후 다른 프로그램저작물에 삽입하는 행위 등이 허용되지 않는다. 하급심 판결 중에 프로그래머가 사직할 당시 개발자료를 빼어내어 일부 수정하여 판매한 사안에 대하여 ‘프로그램을 개발함에 있어서 자신이 원고 회사를 사직할 당시 저작권자인 원고의 허락 없이 임의로 가지고 나온 위 ‘차트마스타’ 프로그램의 소스코드 및 일체의 개발자료를 토대로 그 소스코드의 일부만을 수정하여 1995. 3.경 위 ‘차트마스타’와 사용자화면의 구성과 색만이 다르고 대부분의 기능이 동일한 컴닥터라는 이름의 병의원 종합관리프로그램을 만들어 그 무렵 시중 병의원 등에 위 프로그램 시가 합계 30,500,000원 상당을 판매하였다면 원고의 위 ‘차트마스타’ 프로그램에 관한 저작권을 침해하였다 할 것이다.’라고 판시하여 저작권침해를 인정한 바 있다.²²⁸⁾

(2) 著作權의 發生과 消滅

프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다(법 제7조 제2항).²²⁹⁾ 또한 프로그램저작

226) 임준호, supra(주 132), 514면.

227) 송상현 외 2인, supra(주 14), 222면 참조.

228) 서울지방법원 동부지원 1996. 5. 31. 선고 95가합19131 판결(확정).

229) 일반 저작물의 저작권발생과 같이 無方式主義를 택하고 있다.[송영식 외 2인,

권자인 법인 또는 단체가 해산되어 그 권리가 민법 기타 법률의 규정에 의하여 국가에 귀속되는 경우에는 프로그램저작권이 소멸한다(법 제22조 제2호).

나. 保護期間

프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때부터 발생하여 그 프로그램이公表된 다음 연도부터 50년간 존속한다(법 제7조 제3항 본문).²³⁰⁾ 여기서公表라 함은 프로그램을 발행하거나 이를 공중에 제시하는 행위를 말한다(법 제2조 제5호). 다만, 창작 후 50년 이내에 공표되지 아니한 경우 저작권은 창작된 다음 연도부터 50년간 존속한다(법 제7조 제3항 단서). 이는 공표하지 아니한 저작물은 그 보호가 영원히 계속되는 결과가 되므로 미공표로 인한 보호기간 연장을 방지하기 위한 규정이다.

한편, 보호기간을 정함에 있어 공표 및 창작의 월일까지 확실히 밝히고 어렵기 때문에 기간 계산상의 편의 등을 고려하여 공표 또는 창작한 다음 연도부터 보호기간을 기산한다. 즉, 공표 또는 창작한 다음 해 1월 1일 0시를

supra(주 11), 641면 참조.] 무방식주의는 독일, 프랑스, 일본 등의 입법례와 베른조약이 취하고 있다.

230) 컴퓨터프로그램의 보호기간에 관한 입법례를 살펴보면, ①독일의 경우는 일반 저작물과 마찬가지로 저작자 사후 70년간으로 규정하고 있고(법 제64조), ②프랑스의 경우는 컴퓨터프로그램에 관하여 특별히 창작 시로부터 25년간으로 규정하고 있고, ③미국의 경우는 고용저작물에 관하여 특별히 최초 발행할 해로부터 95년간 또는 창작한 날로부터 120년간 중 먼저 종결된 날로 정하고 있고[법 제302조 (c); 단, 1978. 1. 1. 이후 창작한 저작물에 한해 적용], ④영국의 경우는 일반 저작물과 마찬가지로 저작자 사후 50년간으로 정하고 있으며, ⑤일본의 경우는 업무상 창작에 관하여 특별히 공표한 해로부터 50년간(단, 이 기간 내에 공표되지 않았다면 창작한 해로부터 50년간)으로 정하고 있다(법 제53조 제3항).["European Intellectual Property Rights", European Intellectual Property Review(1995), 17(10) 466-476면; <http://www.copyright.or.kr> 각 참조.]

기준으로 50년을 계산하게 된다.²³¹⁾ 보호기간이 경과하면 이른바 공유(public domain)가 되어 누구나 자유롭게 이용할 수 있게 된다.²³²⁾

컴퓨터프로그램보호법 제정 당시 보호기간에 관한 제8조 제3항은 ‘프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때로부터 50년간 존속한다.’고 규정하고 있었는데, WTO가 출범한 후 TRIPs 협정 제12조의 규정에 따라 위와 같이 개정하였다.²³³⁾ 즉, TRIPs 협정 제12조에 의하면 저작권의 최소보호기간은 자연인의 수명을 기준으로 계산하는 경우를 제외하고는 항상 저작물의 발행이 최초로 허가된 연도의 말일로부터, 그리고 만약 저작물이 그 제작 후 50년 내에 발행되지 아니한 경우에는 그 제작 연도의 말일로부터 50년으로 규정하고 있다. 다만, 사진저작물과 응용미술저작물은 예외로 규정하고 있다.²³⁴⁾²³⁵⁾

단체명의저작물의 보호기간에 대한 저작권법 제38조는 ‘단체명의저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 50년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 50년간 존속한다.’라고 규정하고 있다. 또한 같은 법 제40조에 따르면 저작재산권의 보호기간을 계산함에 있어 저작자가 창작 또는 공표한 다음 해부터 기산하도록 규정하고 있다. 결국 업무상 창작(저작)의 보호기간은 컴퓨터프로그램이든 일반 저작물이든 차이가 없다.

다만, 보호기간에 관한 규정을 저작재산권에만 적용하도록 명시한 저작권법과는 달리 컴퓨터프로그램보호법은 단지 ‘저작권’의 보호기간이라고만 규

231) 저작권법(I), 사법연수원(2001), 240면 참조. 이를 曆年主義라 한다.

232) Id., 237면 참조.

233) 1995. 12. 6. 현재와 같이 개정되었다.[송영식 외 2인, supra(주 11), 642면 참조.]

234) 사법연수원, supra(주 63), 156면 참조.

235) TRIPs 협정 제10조 제1항은 컴퓨터프로그램을 어문저작물로 분류한다.

정하고 있어, 저작인격권의 경우도 보호기간에 관한 규정의 적용을 받는 것인지 아니면 저작권법과 같이 저작인격권은 보호기간에 관한 규정의 적용을 받지 않는 일신전속적인 것인지 여부에 관하여 의문이 있다. 이는 결국 컴퓨터프로그램에 관하여 저작인격권의 일신전속권을 인정할 것인가의 문제로 귀결될 것이다. 이 문제와 관련하여서는 뒤에서 자세히 설명하기로 하고 결론적으로 문언에 충실하게 저작인격권도 보호기간에 관한 규정의 적용을 받는 것이 타당하다고 본다.

프로그램의 개량에 의한 이른바 ‘버전업’이나 ‘업그레이드’가 빈번히 이루어지는 경우에, 저작권의 존속기간을 산정함에 있어서 그 기준시기를 언제로 할 것인지가 문제될 수 있다.²³⁶⁾ 원칙적으로 그러한 버전업이나 업그레이드가 원버전의 프로그램에 비하여 ‘새로운 창작성’이 있어 2차적 프로그램으로 인정될 수 있는 경우에는 그 공표시점으로부터 다시 50년의 존속기간이 인정되어야 할 것이고, 다소의 수정·변경이 있었지만, 그러한 정도의 창작성이 인정되지 않는 경우이면, 원버전의 공표시점으로부터 50년의 존속기간을 계산하여야 할 것이다. 물론 어느 정도의 수정·변경이 있는 경우에 이를 새로운 창작물로 인정할 것인가에 대해서는 최종적으로 법원의 판결에 의하여 결정될 것이다.²³⁷⁾²³⁸⁾²³⁹⁾

236) 다른 일반 저작물과는 달리 프로그램저작물은 끊임없이 점진적 기술개량을 통하여 수명이 연장되는 특성이 있으므로 이러한 2차적 프로그램의 보호기간이 중요한 의미를 가지게 된다.[송영식 외 2인, *supra*(주 11), 571면 참조.]

237) 김동진, *supra*(주 37), 128면 참조.

238) 판례는 2차적 저작물에 대하여, ‘타인의 저작물을 그 창작자의 동의 없이 개작하는 것은 저작권을 침해하는 것이 되고 개작이라 함은 원저작물을 기초로 하였으나 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있는 정도의 수정증감을 가하거나 번역, 편곡, 변형, 각색 등의 방법으로 복제하는 것을 말하는 것이므로, 원저작물과 거의 동일하게 복제하는 이른바 도작, 표절 또는 원저작물을 다소 이용하였으나 원저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 신저작물을 만드는 창작과는 다르다.’고 판시(대법원 1990. 2. 27. 89다카4342 판결)함으로써 창작과 2차적 저작물의 구분 기준으로 ‘실질적인 유사성(substantial similarity)’을 들고 있다. 이에 관한 자세한 내용은

비록 프로그램에 관한 판례는 아니지만, 대법원 1997. 4. 22. 선고 96도 1727 판결²⁴⁰⁾은 ‘일련의 연속된 특정 만화영상저작물의 캐릭터가 어느 시점을 기준으로 하여 새로운 저작물로서 인정되기 위하여서는 종전의 캐릭터와는 동일성이 인정되지 아니할 정도의 전혀 새로운 창작물이어야 할 것인데, 기록에 의하면 피고인이 사용한 톰앤제리 캐릭터가 1987. 10. 1. 이전의 캐릭터와 동일성이 유지되지 아니할 정도의 새로운 창작물이라는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 톰앤제리 캐릭터가 1987. 10. 1. 이후에 창작된 새로운 저작물임을 전제로 하는 논지도 이유 없다.’라고 하여 캐릭터 저작물에 관하여 지속적인 수정·변경이 있었지만, 수정된 캐릭터가 종전의 캐릭터와는 동일성이 인정되지 아니할 정도의 새로운 창작물이 되지 않는 한 종전의 캐릭터를 기준으로 저작권 보호 여부를 결정하여야 한다는 취지의 판시를 한 바 있다.²⁴¹⁾²⁴²⁾

이상훈, “미국 저작권법상 2차적 저작물 보호”, 재판자료 89집(2000. 12.), 539-543면; 황희철, *supra*(주 12), 355-368면 각 참조.

239) 한 번 제작된 컴퓨터프로그램은 다른 저작물과 같이 그 자체의 생명주기로 소멸하는 것이 아니라, 새로운 버전(Version)의 상품들이 계속적으로 제작된다는 특징을 가진다. 예를 들어, 국내에서 가장 대표적인 문서편집기인 한글 프로그램도 많은 버전(Version)을 거쳐 지금까지 존재하고 있으며, 마이크로소프트(Microsoft)사의 윈도우즈나 Ms-word와 같은 컴퓨터프로그램도 많은 버전(Version)을 가지고 있다. 이와 같은 2차적 저작물의 작성으로 인해, 원저작물의 보호기간에 비하여 아주 짧은 시간 동안에 많은 새로운 버전이 탄생하였고, 이러한 새로운 버전은 다시 공표한 다음 연도부터 50년간이라는 긴 보호기간을 권리로서 부여받게 되며, 그 기간 안에는 다른 발달된 모습이 다시 나옴으로 인해서, 결국 원 저작자는 탐 위에 탐을 쌓는 것과 같이 다른 후발제작자에 비해 유리한 위치를 가지게 된다. 이는 궁극적으로 영구적인 권리를 인정하는 것에 다름 아닌 것이다.[오승중, “컴퓨터프로그램보호법의 독자성”, *비교사법 제11호*(한국비교사법학회, 1999.), 780-781면 참조.] 따라서 소프트웨어의 라이프사이클이 짧은 점을 고려할 때 오늘날과 같이 고도의 급진적 기술발전 추세 하에서는 구태여 그 존속기간을 일반 저작물에 버금가게 장기적으로 할 필요가 없으며, 개발 후 10년 정도의 독점권 행사로 충분할 것이라는 견해가 있다.[컴퓨터프로그램보호제도, 대한변리사회(1987), 38면.]

240) 공1997상, 1679.

241) 그 후 대법원 2000. 5. 30. 선고 98후843 판결(공2000하, 1566)에서는 위 ‘톰앤제리’ 저작물에 대하여 최초로 만화영화가 상영된 1940년을 기준으로 보호기간을 계

다. 被傭者의 報償請求權

법 제5조의 요건을 충족한 프로그램에 관하여 사용자는 저작자의 지위에서 저작권을 원시취득하는 반면, 실제로 창작을 담당한 피용자에 대하여는 법문상 아무런 권리도 규정하고 있지 않다. 그러나, 단지 저작권의 귀속 주체를 규정한 법 제5조만으로는 고용관계에서 창작한 프로그램과 관련하여 제기되는 모든 문제를 해결할 수 없다. 특히 ‘사용자는 저작자로서 저작물에 대한 모든 권리를 향유하고, 반면에 피용자는 항상 빈손으로 돌아가야 한다’는 단순한 공식만으로는 사용자와 피용자의 프로그램 창작에 대한 다양한 이해관계를 매끄럽게 해결할 수 없다.²⁴³⁾ 프로그램 창작에 있어 구체적인 동기를 제공하고 자본 및 설비를 투자한 사용자의 경제적 이익을 보호하는 것이 물론 중요하지만, 실제 창작을 담당한 피용자의 개인적 이익 또한 보호되어야 하기 때문이다. 그렇다고 하여 자신의 고유한 업무범위 내에서 프로그램을 창작한 피용자에게 항상 임금과는 별도의 보상청구권을 인정하는 것도 바람직하지 않다. 따라서 과연 피용자가 업무상 프로그램을 창작한 것에 대하여 임금 이외에 별도의 보상을 청구할 수 있는지 그리고 청구할 수 있다면 그 요건 및 범위는 어떠한지 여부가 문제된다.²⁴⁴⁾

컴퓨터프로그램보호법은 이러한 보상청구권에 관하여 규정한 바가 없다.

산하였다.

242) 캐릭터 저작물의 보호기간과 관련한 자세한 내용은 진원열, “캐릭터의 법적 보호 : 저작권법을 중심으로”, 사법논집 30집(1999. 12.), 303면 이하 참조.

243) 김상호, “직무관련 저작권과 단체협약(상)”, 계간 저작권(1997. 겨울호), 15면 이하 참조.

244) 안효질, “업무상 창작자의 저작권법상 보상청구권 및 노동법상의 보수청구권”, 계간 저작권(2000. 봄호), 24면 참조.

다만, 이와 관련지어 생각해 볼 수 있는 것으로 특허법에서 규정한 직무발명에 대한 종업원의 보상청구권(같은 법 제40조)이 있다. 즉, 특허법은 직무발명에 관하여 규정하면서 원칙적으로 직접 발명을 담당한 종업원에게 특허권을 부여하고 사용자에게는 무상의 통상실시권만을 부여하고 있으나(제39조), 이러한 직무발명에 관한 특허권을 계약 또는 근무규정에 의하여 사용자에게 승계하게 하거나 전용실시권을 설정한 경우에는 종업원이 정당한 보상을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있다.

그렇다면 위 특허법상의 규정을 유추적용하여 보상청구권을 인정할 수 있는가? 이와 관련하여 독일의 일부 학설은 종업원발명법의 보상청구권 규정(제9조)을 유추적용하여 종업원창작자에 대하여도 보상청구권을 인정할 것을 주장한다. 그러나 특허법상의 직무발명에 관한 규정을 유추적용하여 보상청구권을 인정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 컴퓨터프로그램보호법에서 말하는 업무상 창작과 특허법에서 말하는 직무발명은 구별되어야 한다. 전자의 경우에는 프로그램의 창작이라는 업무를 위하여 고용된 피용자가 그의 업무활동에 의하여 프로그램을 창작하게 되나, 후자의 경우에는 종업원이 업무활동 과정에서 발명을 하지만 그 발명 자체에 대해서는 고용계약상의 의무를 지고 있지 않다. 또한 직무발명에 대하여 특허권을 취득하기 위해서는 단순한 종업원의 노력만으로 되는 것은 아니고, 엄격한 특허요건을 갖추어야 하는 만큼, 사용자는 보통 종업원으로부터 기대할 수 있는 통상의 급부를 초과하는 특별한 급부로 인하여 현저한 이익을 얻었기 때문에 종업원은 특별한 보상을 받기에 충분하다고 할 수 있다.²⁴⁵⁾

업무상 창작의 경우 피용자에게 임금 외에 보상청구권을 인정할 수 있는지

245) Id., 26면 참조.

여부와 관련하여 독일의 논의를 참고하여 이를 긍정하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 원칙적으로 피용자는 별도의 보상청구권을 갖지 않으나, 예외적으로 ①피용자가 저작물의 창작 과정에 질적 또는 양적인 측면에서 초과급부를 제공한 경우에는 노동법적인 원리에 따라 특별보수를 청구할 수 있고, ②초과급부가 아닌 통상의 급부로 저작물을 창작하였다도 사용자가 그 저작물로부터 얻은 경제적 이득과 피용자가 사용자로부터 받은 대가 사이에 심한 불균형이 생기는 경우에는 사정변경의 원칙에 의하여 피용자에게 저작물사용료를 추가로 요구할 수 있는 권한을 인정할 수 있을 것이라고 주장한다.²⁴⁶⁾

생각건대, 우리 컴퓨터프로그램보호법 제5조는 업무상 창작한 프로그램의 저작자 지위 및 저작권의 귀속 주체를 정하고 있을 뿐이며, 위 규정에 대하여 ‘사용자에게 저작권을 귀속시키고 피용자에게는 통상의 임금 외에 별도의 보상을 주지 않겠다’는 의미로까지 해석할 필요는 없다고 본다. 따라서 피용자에게 별도의 보상을 인정하지 않는 것이 심히 형평에 반할 경우 예외적으로 보상청구가 인정된다고 해석하는 앞서의 견해도 경청할 가치가 있다.

다만, 독일 저작권법은 저작자가 저작물사용료로 받은 대가와 저작물 이용권자가 저작물을 이용함으로써 얻은 이익이 중대한 불균형관계를 이루는 경우 저작자는 저작물 이용권자에게 저작권계약의 변경을 통하여 보상을 청구할 수 있는 점을 명시적으로 규정(제36조)하고 있으나, 우리 법에는 그러한 규정이 없다는 점, 사용자와 피용자 사이에 임금을 정함에 있어 단순히 프로그램 창작이라는 노동행위에 대한 대가라는 점 이외에도 현재 및 장래의

246) Id., 34면.

저작물 사용 대가라는 점도 고려하는 것이 일반적이라는 점, 사용자는 프로그램 창작에 따른 이익을 취득하지만 그와 동시에 위험도 감수하고 있다는 점을 고려할 때 단지 사용자가 그 저작물로부터 얻은 경제적 이득과 피용자가 사용자로부터 받은 대가 사이에 불균형이 있다는 사실만으로 피용자에게 임금 이외에 별도의 보상청구권을 인정해서는 안 될 것이다. 따라서 별도의 보상청구에 관한 규정이 명문화되지 않는 한 우리 법의 해석상으로 업무상 창작한 프로그램에 대하여 피용자에게 임금 외에 별도의 보상청구권을 인정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

第5章 委託開發된 컴퓨터프로그램著作權의 歸屬

1. 컴퓨터프로그램의 取得形態

법인 등이 컴퓨터프로그램을 취득하기 위해서 직접 프로그래머를 고용하여 자체적으로 개발하여 취득하는 경우가 있지만, 그보다 더 많은 경우는 제3자에게 프로그램 창작을 위탁하여 취득하는 방법을 취한다. 즉, 프로그램개발을 전문으로 하는 회사 또는 규모가 큰 회사의 경우에는 전문적인 프로그래머를 고용하여 자체적으로 프로그램을 개발하는 것이 일반적이라고

할 수 있으나, 그 밖의 회사의 경우에는 인력 및 비용상의 문제로 프로그래머를 직접 고용하기보다는 외부의 전문프로그램개발업자에게 업무 수행에 필요한 프로그램의 개발을 위탁하여 취득하는 방식을 취하는 것이 대부분이라고 할 수 있다. 물론 이미 개발되어 시판 중에 있는 표준소프트웨어를 구입하여 사용할 수도 있으나,²⁴⁷⁾ 각 법인마다 고유의 업무에 효율적으로 대처하기 위해서는 별도의 시스템을 개발할 필요성이 있다.²⁴⁸⁾

한편, 제3자에게 프로그램의 창작을 위탁하더라도 그 구체적인 위탁의 형태는 다양하다. 예를 들어, 법인 등이 사양서와 같은 기본적 사항만을 제공하고 독립된 프로그램 개발업자로 하여금 개발하도록 하는 방식에서부터 법인 등에서 개발계획을 수립하고 설계서 및 상세한 흐름도 등을 작성한 후 단순히 기계적인 코딩작업만을 외부에 맡기는 방식에 이르기까지 구체적인 위탁의 내용은 다양할 수 있다.²⁴⁹⁾

위와 같이 프로그램 창작을 위탁하여 개발된 컴퓨터프로그램의 저작자를 누구로 보며 누구에게 저작권이 귀속될 것인가 하는 문제는 앞서 본 컴퓨터 프로그램보호법 제5조의 ‘업무 등에 종사하는 자’의 의미를 어떻게 해석하느냐와 밀접한 관련이 있다. 즉, ‘업무 등에 종사하는 자’의 개념이 반드시 고용관계를 전제로 하는 개념인지 아니면 고용관계가 없더라도 실질적 지

247) 컴퓨터 소프트웨어의 유통태양이 크게 달라져 가고 있다. 즉, 패키지프로그램의 등장이 그것이다. 예를 들어 설명하면 맞춤복에서 기성복으로의 변화와 같이 소프트웨어도 고객의 주문에 의하여 개별적으로 만들어지던 것이 미리 수요를 예상하여 완성된 프로그램을 문방구, 백화점 등에 제공하여 그대로 판매하거나 또는 거의 완성된 프로그램을 만들어놓고 고객의 주문에 따라 약간의 변형을 거쳐서 판매하는 그런 방식으로 변화되었다. 그 결과 소프트웨어의 완성품이나 준완성품이 시장에서 유통된다면 계약과 같은 보호방법은 그 중요성을 상실하게 되며, 그 보호는 특허권이나 저작권과 같이 제3자에 대해서도 효력을 갖는 물권적인 것이 아니면 안 된다.[송영식 외 2인, *supra*(주 11), 622면 참조.]

248) 신각철, *supra*(주 181), 43면 참조.

249) *Id.*, 44면 참조.

휘·감독관계가 있으면 ‘업무 등에 종사하는 자’에 포함된다고 해석할 수 있는지 여부에 따라 결론이 달라진다. 후자와 같이 해석하였을 경우 결국 중요한 것은 실질적 지휘·감독관계의 구체적 내용은 무엇인가 하는 점이다. 그 범위를 어떻게 해석하느냐에 따라 다양한 위탁의 형태 중에서도 업무상 창작으로 볼 수 있는 것과 그렇지 않은 것이 있을 수 있다.

한편, 업무상 창작의 요건을 충족하지 못한 경우라 할지라도 발주자로서는 개별적인 약정을 통해 개발자로부터 프로그램에 관한 저작권을 취득하게 될 경우가 많은데, 이 경우 구체적인 약정의 효력 및 당사자 사이의 약정으로 프로그램저작인격권도 양도받을 수 있는 지 여부가 문제된다.

2. 컴퓨터프로그램의 特性

가. 序言

본격적인 논의에 앞서 일반 저작물과 대비되는 컴퓨터프로그램의 특성에 대해 검토하기로 한다. 우리나라의 경우에는 많은 다른 나라의 입법례와는 달리 컴퓨터프로그램을 저작권법에서 수용한 것이 아니고, 컴퓨터프로그램 보호법이라는 별개의 입법으로 수용하고 있다.²⁵⁰⁾²⁵¹⁾ 다만, 컴퓨터프로그램 보호법은 근본적으로 저작권법의 특별법의 형태로 규정되어 있으며 기존의

250) 우리나라와 같이 별도 입법으로 보호하는 국가에는 중국, 브라질 등이 있다. 그 외의 대부분의 국가에서는 기존의 저작권법을 약간 개정하거나 아니면 판례이론에 의하여 저작권법을 컴퓨터프로그램에 대하여도 적용하는 방법을 채택하고 있다.[사법연수원, *supra*(주 63), 98면 참조.]

251) 컴퓨터프로그램을 별도 입법으로 보호하는 것에 대해, 국제적인 추세에 부합하지 않을 뿐 아니라 컴퓨터프로그램은 저작물의 한 측면인 경우가 많기 때문에 이러한 한 측면만을 가지고 별도의 입법을 하는 것은 바람직하지 않다고 보는 견해가 있다.[황희철, *supra*(주 12), 336면.]

저작권법상의 사상이 그대로 투영되어 있다. 이처럼 컴퓨터프로그램이 넓은 의미의 저작권법의 영역 내에 수용되었으나, 기존의 저작물과 프로그램저작물은 질적으로 큰 차이를 보이고 있고, 이러한 차이점은 컴퓨터프로그램의 저작자 및 저작권 귀속 문제를 해석함에 있어 중요한 논의의 출발점을 제공하여 준다.

나. 準産業財産權性

우선, 우리 저작권법에 있어 저작물은 財産的 要素와 人格的 要素가 결합되어 있음을 전제로 하고 있는 바, 기존의 저작물의 경우에는 종류에 따라 차이가 있기는 하나 財産的 要素와 人格的 要素의 결합이 강한 반면 프로그램저작물은 財産的 要素가 아주 강하고 人格的 要素는 稀少하여 그 결합이 稀薄하다는 점이다. 컴퓨터프로그램보호법 제정²⁵²⁾ 당시의 국회 경제과학위원회의 전문위원의 보고서에서도 컴퓨터프로그램보호법의 立法趣旨를 ‘프로그램을 저작권법으로 보호하지 않고 別途立法에 의하여 保護하려는 것은 프로그램이 著作權法上的 精神文化材와 같이 文化暢達的인 側面보다는 尖端技術과 관련되는 産業經濟材로서 情報産業의 側面에서 保護開發·育成되어야 할 特殊性을 保有하고 있으며, 프로그램의 특수성과 우리나라의 여건에 맞추어 적절한 例外條項과 産業育成에 대한 조치를 마련함으로써 프로그램의 迅速한 技術發展에 대응하고 보호와 육성을 연계하여 산업발전을 도모할’ 것이라고 하고 있는 바, 이는 위와 같은 컴퓨터프로그램의 특수성을 염두에

252) 1986. 12. 31. 법률 제3920호로 제정되었다. 동법의 입법경위에 관하여는 이상정, “컴퓨터프로그램보호법개관: 입법경과 및 주요내용(상)”, 법률신문 제1762호(1988. 6.), 12면 이하 참조.

둔 취지인 것으로 보인다.²⁵³⁾

이와 같이 컴퓨터프로그램에 있어서는 재산적 요소가 중요하며 상대적으로 인격적 요소는 희소하기 때문에 법이 허용하는 테두리 내에서 프로그램의 유통 및 이용가능성을 확장할 수 있는 방향으로 해석론을 전개할 필요성이 있다.²⁵⁴⁾

다. 繼續的 改良性²⁵⁵⁾

다음으로 컴퓨터프로그램은 일반적으로 완성이라는 개념은 존재한다고 할 수 없다. 좀 더 상세하게 말하면 게임 프로그램과 같이 규모가 적은 프로그램의 경우에는 한 번 완성된 후에는 수정하지 아니하는 것도 있기는 하나, 대부분의 산업용 프로그램의 경우에는 버전업이 이루어지는 것이 통례에 속한다. 즉, 한 번 작성된 프로그램이라고 하더라도 프로그램의 속성상 버그(bug)²⁵⁶⁾를 포함하고 있는 것이 상례에 속하므로 이를 수정·보완하기 위하여 부단한 버전업이 행하여지고, 또한 버그의 문제가 아니라고 하더라도 그 성능의 개선을 위하여 기능을 추가할 필요가 있다. 이와 같이 프로그램에

253) 황찬현, supra(주 16), 901면 참조.

254) 오승중, supra(주 239), 802면 참조. 이 논문에서는 컴퓨터프로그램저작물의 특성에 관해 ①생명주기(Life Cycle)가 짧은 점, ②유지·보수가 중요한 점, ③공공재적·산업재적 성격을 갖는 점, ④국제적 성격이 강한 점, ⑤멀티미디어산업으로 변화되는 점 등을 들고 있다.

255) 송상현, “컴퓨터 소프트웨어의 開發者와 利用者間의 法律關係”, 서울대 법학 제28권 제3호(1987), 14면 참조.

256) bug란 ‘잘못된 부분, 착오’ 등의 의미이다. 그 유래는 다음과 같다. Hooper라는 미국 해군장교가 하버드 대학에서 Mark I이라고 하는 시험용 기계를 가지고 일을 하고 있을 때 회로가 제 기능을 발휘하지 못하고 있었다. 한 동료 개발자가 2인치 길이의 나방이 회로에 있는 것을 발견하고 핀셋으로 제거하였다. Hooper는 이 벌레를 자신의 연구노트에 붙여놓고 이렇게 말했다. “이제부터 컴퓨터로 무언가 할 때 잘 안되면 그 속에 bug가 있다고 하자.”[송영식 외 2인, supra(주 11), 626면 참조.]

있어서는 부당한 개변이 당초부터 예정되어 있다는 점에서 다른 저작물과 본질적인 차이가 있다.²⁵⁷⁾

이처럼 프로그램을 유지²⁵⁸⁾하고 보수²⁵⁹⁾하는 데 드는 비용은 생산비용을 초과하는 것이 일반적일 뿐 아니라, 컴퓨터프로그램의 생산계약 및 매매계약은 주로 유지·보수계약을 포함하는 경우가 많기 때문에, 컴퓨터프로그램은 그 유통과 관련하여 다른 저작물과 다른 특성을 가지게 된다.²⁶⁰⁾

프로그램의 이용에 있어 이와 같이 부당한 개량이 요구된다는 점은 저작자의 저작인격권 특히 동일성유지권(제10조)의 측면에서 중요한 문제를 야기한다. 저작자 본인에 의하여 프로그램에 대한 개변이 이루어질 경우라면 별 문제가 없으나, 저작자 아닌 자가 저작자의 동의를 받지 않고 컴퓨터프로그램에 필요한 개변을 할 경우 이는 필연적으로 저작인격권의 침해를 수반하게 되기 때문이다. 특히 대규모의 프로그램은 一個人의 創作物이라기보다는 多數의 프로그래머의 共同作業에 의한 工場生産物로서의 성격이 강한데, 프로그래머의 轉出·退職 등의 이유로 저작권자가 아닌 자에 의하여 개변을 수

257) 황찬현, supra(주 16), 901면 참조.

258) 유지는 시스템을 관리하고 운용하기 위한 과정으로서 관리자와 전원 및 장소 등 지속적인 자원의 보급 등을 필요로 하는 것을 의미한다.[오승중, supra(주 239), 781면 참조.]

259) 보수란 하자의 보수뿐만 아니라 사용자들의 새로운 요구, 하드웨어의 변화, 시스템 소프트웨어의 변화 등에 대응하기 위해 새로운 기능을 추가해야 할 필요가 증가하게 되는데, 이때 기존의 컴퓨터프로그램에 일정한 기능을 덧붙여 새로운 컴퓨터프로그램, 즉 새로운 버전(Version)을 장착하는 것을 포함한다. 그 이유는 새로운 버전을 만들게 되면 그것을 새로운 제품으로 판매하는 것이 아니라 패치(patch) 프로그램 등의 이름으로 기존의 컴퓨터프로그램에 덧붙여 사용할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 기존의 컴퓨터프로그램을 매수한 소비자에게 새로운 버전을 무상으로 공급하여 주는 경우도 있어 이는 기존 컴퓨터프로그램의 보수에 불과하기 때문이다.(Id.)

260) 컴퓨터프로그램은 시스템을 정의, 설계, 분석하고 프로그램과정과 테스트 및 수정 과정을 거치면 탄생되게 된다. 이러한 생산의 과정에 소요되는 비용은 막대한 금액일 것이 당연히 예상되나, 유지·보수를 위해 소요되는 비용은 처음 제작할 때의 생산비용을 상회하는 경우가 일반적이다. 각 단계의 비용에 대한 비율을 살펴보면, 전체 비용 중 67% 정도가 유지 및 보수비용이라고 한다.(Id., 782면 참조.)

행하여야 할 경우도 많다. 이런 경우 인격권의 문제로 인하여 작업을 할 수 없는 경우가 발생할 수 있다.²⁶¹⁾ 따라서 프로그램저작인격권의 해석에 있어서는 이러한 컴퓨터프로그램의 특성이 충분히 고려되어야 할 것이다.²⁶²⁾

3. 委託開發의 法的 性質

가. 컴퓨터 關聯 契約

컴퓨터 관련 계약은 우선 크게 하드웨어계약과 소프트웨어계약으로 나누어 볼 수 있다.²⁶³⁾ 또한 소프트웨어계약은 주문자와 개발자의 개별계약에 의하여 주문자가 원하는 업무목적의 달성을 위한 프로그램을 만들어 공급하는 개별소프트웨어계약과 공급자가 이미 완성된 프로그램을 판매자 등을 통해 그대로 판매하거나 또는 거의 완성된 프로그램을 만들어 놓고 고객의 주문에 따라 약간의 변형을 거쳐서 판매하는 표준소프트웨어계약으로 나눌 수

261) 황찬현, supra(주 16), 902면 참조.

262) 컴퓨터프로그램보호법 역시 이러한 점을 고려하여 동일성유지권을 제한할 수 있는 사유를 열거하고 있다(법 제10조). 다만, 그 제한 규정이 너무나 포괄적으로 되어 있어 과연 컴퓨터프로그램에 동일성유지권이 필요한가에 대한 근본적인 의문이 들게 한다. 즉, 법에서는 다른 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하거나(제1호) 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 사용할 수 있도록 하거나(제2호) 기타 부득이한 경우(제3호)에 동일성유지권이 제한된다고 명시하고 있다. 하지만 특정한 컴퓨터에 효과적으로 사용되도록 변경된다면 그 컴퓨터와 같은 기종 그리고 그 컴퓨터와 호환성 있는 모든 컴퓨터에서 효과적으로 사용될 수 있을 것이므로 이러한 제한은 실제로 동일성유지권의 제한이라기보다는 그 포기과 다를 바 없다고도 보여진다.[오승중, supra(주 239), 801-802면 참조.]

263) 하드웨어와 소프트웨어의 구별은 각주 3번 참조. 당초 소프트웨어는 단순하고 경제적 가치가 적었으므로 별로 중요시되지 않았으나, 소프트웨어에 대한 기술이 발전하고 경제적 가치가 현저해지면서 컴퓨터 이용의 효율에 미치는 영향이 하드웨어의 영향을 앞질러서 이제는 대단히 중요시되었다. 오늘날 컴퓨터산업의 투자액 중 거의 80% 정도가 소프트웨어에 대한 투자라고 한다.[송영식 외 2인, supra(주 11), 621면 참조.]

있다. 소프트웨어의 사용이 일반화·대중화되면서 후자의 표준소프트웨어계약이 중요성을 더해가고 있으나, 회사의 대형프로그램이나 고유한 업무처리를 위해서는 여전히 개별소프트웨어계약이 이용되고 있다.

표준소프트웨어(Standard software)계약의 법적 성질에 대하여는 견해의 대립이 있다. 우선, 소프트웨어의 지적재산권적 성격을 강조하는 입장에서는 위 계약을 실시(라이선스)계약이라고 본다. 그리고 이러한 실시계약은 용역권적 계약의 성질을 갖는 일종의 무명계약(비전형계약)이라고 본다. 하지만, 일반적인 견해는 위 계약의 법적 성질을 매매계약이라고 설명한다. 그 근거로, 대량유통되는 소프트웨어는 일정한 가격이 정하여져 있고, 제품의 교환과 동시에 또는 사전에 전액지불하지 아니하면 안 되는 거래이며, 그 후에 그 이상으로 개발자에게 사용료 등을 지불하는 것이 아니고, 일반 물건과 같이 그 정상적인 작동 여부가 중요하므로 매매법에서 정한 물건의 하자담보책임이 적용되어야 한다는 점에서 매매계약적 성질이 강한 것으로 보고 있다.²⁶⁴⁾

나. 개별소프트웨어契約의 法的 性質

앞서의 분류 방법에 따르면 프로그램 위탁개발의 경우는 원칙적으로 개별 소프트웨어계약에 해당할 것이다. 이 경우 개발자와 발주자 사이의 계약관계는 具體的인 約定의 내용에 따라 판단하여야 할 것이나, 통상의 경우는 민법상의 都給契約에 해당한다고 할 것이다. 다만, 계약체결 당시에 계약의 목적인 완성될 일의 내용이 특정되지 아니하고 계약 체결 후에 계약의 내용

264) 김동훈, “최근 판례상의 몇가지 특수한 도급계약 : 소프트웨어공급계약, 영상물제작공급계약, 자동화설비공사계약”, *고황법학 제2권*(1997), 189면 참조.

을 확정하는 점에서는 전형적인 도급계약과는 차이가 있으나, 이러한 특징이 도급계약의 본질적인 속성이라고 할 수 없으므로 도급계약으로 파악하는 것에는 별다른 문제가 없을 것이다.²⁶⁵⁾

대법원 1996. 7. 30. 선고 95다7932 판결²⁶⁶⁾에서도 원고회사(소프트웨어 개발회사)가 피고회사에게 피고회사 본사와 공장간의 체계적인 업무연결처리, 생산, 재고, 회계, 급여에 관한 업무의 신속한 연결처리 등을 위한 시스템을 구축하고, 업무를 전산화하기 위한 업무처리프로그램을 개발 공급하기로 하는 계약을 체결한 것에 관하여 이러한 소프트웨어 개발·공급계약은 일종의 도급계약이라고 판시한 바 있다.

한편, 도급계약의 목적물이 지적재산권의 객체로서의 성질을 갖는 경우에는 도급인이 수급인에게 그 보수를 지급하고 목적물을 인도받았다 할지라도 계약의 목적이 달성되어 끝나는 것이 아니라 그 이전된 목적물에 대한 지적재산권의 귀속이나 행사의 문제가 남게 된다. 물론 이러한 문제에 관한 당사자간의 합의가 있는지, 있다면 그 내용은 무엇인지가 검토되어야 할 것이다.²⁶⁷⁾

대법원 1994. 12. 9. 선고 93다50321 판결은 작곡가에게 주제곡의 작곡을 의뢰하고 그에 대해 작곡료를 지급하기로 한 작곡의뢰계약에서 저작권의 귀속이나 양도에 관한 합의가 없다고 보고 작곡의 대가로 지급한 작곡료는 주제곡의 상당기간 내에 이루어지는 공연에 대한 저작권료(royalty)의 지급으로 볼 것이라고 판시한 바 있다.²⁶⁸⁾

265) 황찬현, supra(주 16), 900면 참조.

266) 공1996하, 2621.

267) 도급계약에 의해 제작된 저작물의 양도와 그에 따른 저작권법상의 문제에 대하여는 강동세, “건축설계계약의 법적 성질과 건축설계도서의 양도에 따른 저작권법상의 문제”, 대법원판례해설 제34호(2000), 792-805면 참조.

268) 공1995.1.15.(984), 443. 한편 위 판결에 대한 평석은 정상조, “창작위탁계약의

다. 委託開發된 컴퓨터프로그램의 所有權 歸屬

위탁개발된 컴퓨터프로그램의 소유권은 원시적으로 누구에게 귀속되는가? 이 문제에 대해서는 위탁개발의 법적 성질을 도급으로 보는 한 민법상 도급의 법리에 따라 판단하여야 할 것이다.

우선 도급인이 재료의 전부 또는 주요부분을 공급하는 경우에는, 완성된 물건의 소유권은 그것이 동산이든 부동산이든 이를 묻지 않고 모두 원칙적으로 도급인에게 속하며, 가공에 관한 제259조는 적용이 없다는 데에 학설이 일치되어 있고²⁶⁹⁾, 판례도 같은 결과를 인정한다.²⁷⁰⁾

반면 수급인이 재료의 전부 또는 주요부분을 제공하는 경우에는, 완성된 물건의 소유권은 그것이 동산이든 부동산이든 이를 묻지 않고 모두 원칙적으로 수급인에게 속한다는 것이 종래 다수설의 입장이었으나, 현재 다수설은 목적물의 종류에 따라 동산의 경우에는 위와 같은 결론을 인정하고 부동산의 경우에는 그 소유권이 원칙적으로 도급인에게 속한다고 한다.²⁷¹⁾

이 점에 관하여 판례는 수급인이 자기의 재료와 노력으로 건물을 건축하였을 경우에 있어서 특별한 의사표시가 없으면 건물의 소유권은 도급계약의 성질상 도급인에게 인도하기 이전에는 수급인에게 있는 것이라고 판시하고 있다.²⁷²⁾ 다만, 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하였더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기

해석”, 민사판례연구 제18권(1996. 5.), 462면 이하 참조.

269) 박윤직, supra(주 58), 449면; 김형배, supra(주 167), 1100면.

270) 대법원 1962. 7. 5. 선고 4292민상876 판결.

271) 박윤직, supra(주 58), 452면; 김형배, supra(주 167), 1101면.

272) 대법원 1963. 1. 17. 선고 62다743 판결; 대법원 1999. 2. 9. 선고 98두16675 판결.

로 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여질 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다고 하여 묵시적인 특약을 인정하고 있다.²⁷³⁾

이와 같은 법리는 위탁개발된 컴퓨터프로그램의 소유권 귀속에 있어서도 그대로 타당할 것이다. 다만, 프로그램에 대한 所有權의 歸屬과 著作權의 歸屬은 별개의 법리에 따라 판단되어야 할 것이다. 프로그램에 대한 소유권의 귀속은 앞서 살펴 본 민법상 도급의 법리에 따라 판단되어야 할 것이고, 그 프로그램에 대한 저작권의 귀속은 컴퓨터프로그램보호법의 관련 규정에 따라 판단되어야 할 것이다.²⁷⁴⁾ 즉, 도급인이 재료의 전부 또는 주요 부분을 공급하여 완성된 컴퓨터프로그램의 소유권은 원시적으로 도급인에게 귀속되지만, 저작권의 귀속에 관하여는 수급인이 도급인으로부터 재료의 전부 또는 주요 부분을 제공받고 도급인의 지시 또는 주문에 따라 프로그램을 제작하였다고 하더라도 법 제5조의 요건을 충족하지 아니하는 한 창작자원칙에 따라 그 저작권은 도급인이 아닌 수급인에게 귀속된다.²⁷⁵⁾

참고로 미국 저작권법 제202조는 소유권과 저작권의 관계에 관하여 ‘저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유는 당해 저작물이 수록된 유체물의 소유권과 구별된다. 저작물이 최초로 고정된 복제물이나 음반을 포

273) 대법원 1990. 4. 24. 선고 89다카18884 판결; 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다 24804 판결. 학설 및 판례의 자세한 내용은 조성민, “都給契約法の 問題點과 그 改正方向”, 민사법학 15호(1997. 4.), 99-102면; 이상태, “都給契約에 관한 判例의 動向”, 민사법학 15호(1997. 4.), 305면 이하 각 참조.

274) 김동훈, *supra*(주 264), 187면 참조.

275) 이렇게 해석하는 경우 도급인이 소유권을 취득하는 것은 프로그램이 기록되어 있는 매체에 한정되고, 매체에 기록된 프로그램 자체는 저작권자인 수급인에게 유보되어 있다고 할 것이다. 이러한 결론에 이르는 것은 소프트웨어 계약에 있어 프로그램 자체는 정신적인 창작물이고 형태가 없으나, 그 프로그램의 저장은 디스켓 등 有形의 매개물을 필요로 하므로 급부의 목적물은 有形的 요소와 無形的 요소로 이루어지게 되며 따라서 계약의 내용 중 유형적 요소는 민법의 규율을, 무형적 요소는 저작권법·컴퓨터프로그램보호법의 규율을 받게 되기 때문이다.

함한 유체물의 소유권의 이전은 그 자체로서 유체물에 수록된 저작권이 있는 저작물에 대한 권리를 이전하는 것이 아니며, 합의가 없는 한 저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유권의 이전은 유체물에 대한 소유권을 이전하는 것은 아니다.’라고 규정하고 있다. 이 규정은 ‘유체물인 복제물의 이전이 곧 저작권의 이전을 의미하는 것은 아니다’라는 것을 명문화한 것으로 우리 법에도 도입한 필요가 있다고 본다. 프로그램 위탁개발계약을 체결함에 있어 프로그램저작권을 명시하지 아니하고, 막연히 產出物에 대한 所有權의 귀속주체만을 명시하는 경우가 있다. 이 경우는 계약내용 전체를 보고 해석해야 하겠지만 저작권의 귀속과 소유권의 귀속은 차이가 있으므로 저작권의 귀속주체를 계약상 명문화할 필요성이 있다.²⁷⁶⁾²⁷⁷⁾

4. 컴퓨터프로그램著作權의 歸屬의 問題

가. 問題의 所在

컴퓨터프로그램에 대한 저작권은 원칙적으로 창작자원칙에 따라 실제로

276) 신각철, supra(주 181), 48면 참조.

277) 한편, 개별소프트웨어계약에 있어 도급인이 인도받은 소프트웨어를 제3자에게 유상으로 양도할 권한이 있는 지 여부가 문제된다. 수급인은 도급인이 해당 소프트웨어를 다른 식으로 처분하거나 환가하는 것을 유보하려 할 것이고, 도급인은 장래의 상업적 처분가능성을 획득하려고 할 것이다. 이 이해관계의 대립은 특히 당해 소프트웨어의 시스템 설계서의 인도를 도급인이 계약상 요구할 수 있는지의 문제로 나타난다. 이에 관하여 일부 견해는 당사자의 계약의 목적은 수급인이 당해 소프트웨어를 설치하는 것을 통해 도급인의 특수한 임무를 수행하는 것에 그치므로 당해 소프트웨어의 개발에 사용된 영업비밀이 누출될 수도 있는 설계서의 요구권이 도급인에게 인정되지는 않는다고 해석한다.[김동훈, supra(주 264), 191면.] 하지만, 이와 같이 해석하게 될 경우 도급인이 합의를 통해 당해 소프트웨어에 대한 저작권을 취득한다 하더라도 지속적인 유지·보수를 위해 필수적인 시스템 설계서를 확보할 수 없게 된다면 도급인의 저작권 취득이 실제적으로 별다른 효용이 없게 된다는 문제점이 있으므로 보다 탄력적인 해석이 요망된다고 판단된다.

창작한 자에게 원시적으로 귀속하게 되며, 위탁개발의 경우도 그 법적 성질을 원칙적으로 都給으로 보는 한 그 컴퓨터프로그램저작권은 원칙적으로 개발자에게 귀속하게 된다. 그런데 이처럼 개발자에게 프로그램저작권이 귀속된다고 할 경우 여러 가지 문제점이 발생한다. 앞서 본 바와 같이 대개의 컴퓨터프로그램은 부단한 개변이 필요하다고 할 것인데, 위탁자가 컴퓨터프로그램저작권 특히 그 인격권을 보유하고 있지 아니한 경우, 개발자로 하여금 직접 개변하게 한다면 별 문제가 없으나, 대규모 프로그램의 경우 개인의 창작물이라기보다는 복수의 프로그래머의 공동작업에 의한 工場生産物로서의 성격이 강하기 때문에 프로그래머의 진출·퇴직 등의 이유로 저작권자가 아닌 자에 의하여 개변을 수행하여야 할 경우도 많고, 이러한 경우 프로그램저작권인격권의 문제로 인하여 작업을 할 수 없는 경우가 발생할 수 있다.²⁷⁸⁾

결국 이러한 경우를 대비하여 위탁자로서는 인격권을 포함한 저작권을 원시적 혹은 사후적으로 취득할 방안을 강구할 수 밖에 없는데 이와 같은 것이 법리적으로 가능할 수 있는지 여부가 문제된다. 우선 원시적으로 취득할 수 있는 방안으로 창작자원칙의 예외를 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제5조의 적용 여부를 생각해 볼 수 있다. 즉, 위탁개발의 경우에 있어서도 위 규정의 요건에 비견할 수 있을 정도로 위탁자가 기획하고, 개발자를 실질적으로 지휘·감독할 때에는 위 규정을 적용하여 위탁자로 하여금 프로그램저작권재산권 및 인격권을 취득할 수 있도록 해석하여 프로그램저작권인격권 등의 제한 없이 컴퓨터프로그램의 속성상 필요한 개발 이후의 유지·보수·개선 등을 할 수 있도록 하자는 해석이 가능한지 여부가 문제된다.

278) 황찬현, *supra*(주 16), 902면 참조.

또한 위탁자가 위탁개발된 프로그램의 저작권을 원시적으로 취득할 수 없다면, 개발 이후 이를 양도받아 자유롭게 그 유지·보수·개선 등을 할 수 있을 것인가? 이문제와 관련하여 보면 컴퓨터프로그램저작권을 양수받는다고 하는 경우에 있어서 프로그램저작인격권의 일신전속성을 인정할 수 있을지 여부가 문제된다. 만일 일반 저작물의 경우와 같이 일신전속성을 인정한다면 저작인격권은 위탁자에게 이전되지 아니하고 개발자에게 잔존하게 되기 때문이다. 따라서 컴퓨터프로그램에 있어서는 그 저작인격권의 일신전속성을 부정하고 그 양도가 가능하다고 해석할 수 있을지 여부가 문제된다. 이하에서는 이 문제를 나누어 살펴보기로 한다.

나. 컴퓨터프로그램著作權의 原始取得

(1) 序言

컴퓨터프로그램의 委託開發의 경우 위탁자가 개발된 컴퓨터프로그램의 저작권 및 인격권을 원시적으로 취득할 수 있다면, 위탁자의 입장에서는 가장 拔本塞源的인 대책이 될 수 있을 것이다. 이런 가장 효과적인 방안이 법리상 허용될 수 있을 것인가?

(2) 比較法的 檢討

(가) 美國

1) 關聯 規定

미국 저작권법 제101조는 고용저작물(work made for hire)에 대해 ‘피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물’(제1항) 또는 ‘집합

저작물에의 기여분, 영화 기타 시청각 저작물의 일부, 번역, 보조적 저작물, 편집물, 교과서, 시험, 시험의 해답자료 또는 도표집으로 사용되도록 특별히 주문(order)이나 위탁(commission)을 받은 것으로서, 당사자들이 그 저작물을 고용저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우의 저작물’(제2항)이라고 정의하고 있다. 그리고 같은 법 제201조 (b)는 고용저작물의 경우에는 사용자 또는 당해 저작물을 그 자를 위하여 작성하게 한 자를 저작자로 간주하며, 당사자 사이에 서명한 문서에 의하여 명시적으로 달리 합의하지 않는 한 당해 저작권을 구성하는 모든 권리를 가진다고 규정하고 있다.²⁷⁹⁾

미국 저작권법 제101조는 우리 법 제5조와는 달리 위탁저작물 중 일정한 종류가 고용저작물의 범주에 포함된다는 것을 명문으로 밝히고 있다. 따라서 특별히 주문이나 위탁을 받은 저작물이 고용저작물로 되기 위해서는 원칙적으로 ①당해 저작물의 용도가 위의 9가지 중 어느 하나에 해당하여야 하고, ②당사자들이 그 저작물을 고용저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우이어야 한다(제2항).

위의 요건들이 충족되지 않은 경우 위탁저작물이 고용저작물의 범주에 포함되기 위해서는 결국 제1항에서 정한 바대로 ‘피용자(employee)가 그 고용의 범위 내에서 작성한 저작물’에 해당하여야 한다. 결국 문제는 ‘피용자(employee)’의 의미를 어떻게 해석하느냐로 귀결되는데, 법에서는 ‘피용자(employee)’라는 용어를 정의하고 있지 않아 그 해석을 둘러싸고 판례상 논란이 있었다.²⁸⁰⁾

제1항과 제2항의 관계와 관련하여 확립된 미국 연방대법원의 입장²⁸¹⁾은

279) 박삼봉, *supra*(주 77), 48면; 오승중·이해완, *supra*(주 8), 645면 각 참조.

280) 이에 관한 자세한 내용은 제4장 2. 나. (2) (나) 참조.

제1항의 ‘피용자(employee)’와 제2항의 ‘독립계약자(independent contractor)’는 상호 배타적으로(mutually exclusive) 이해되어야 하며, 위 제1항과 제2항은 서로 분리해서 논의해야 한다는 것이다.²⁸²⁾

2) 獨立契約者(independent contractor)

특별히 주문이나 위탁을 받은 저작물이 고용저작물로 되기 위해서는 원칙적으로 ①당해 저작물의 용도가 법 제101조에서 정한 9가지 중 어느 하나에 해당하여야 하고, ②당사자들이 그 저작물을 고용저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우이어야 한다.²⁸³⁾

우선, ①요건에 관하여 법 제101조에서 정한 9가지 용도 중 어느 하나도 컴퓨터프로그램에 직접적으로 적용될 수 있는 것은 없다. 그러나, 컴퓨터프로그램의 용도는 날로 다양해지기 때문에, 위탁자로서는 자신의 프로그램을 법 제101조에서 정한 9가지 용도 중 어느 하나로 포섭시키기 위해 적극적인 유추를 시도할 필요가 있다.²⁸⁴⁾

예를 들면, 어떤 프로그래머가 소프트웨어 시스템을 구성하는 많은 프로그램 중 하나의 프로그램 개발을 위탁받았을 경우, 그 프로그램이 집합저작물의 기여분으로 사용되도록 특별히 위탁을 받은 것으로 주장될 수 있다. 마찬가지로, 어떤 프로그래머가 비디오 디스플레이와 연관되어 사용되는 프로그램을 개발하도록 위탁받았을 경우, 그 프로그램은 시청각 저작물의 일

281) Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 743 (1989).

282) Michael D. Scott, supra(주 82), §3.15 73면 참조.

283) 특별히 주문이나 위탁을 받은 저작물을 어떠한 요건 하에 고용저작물로 인정할 것인지에 관하여는 1976년 저작권법이 개정될 당시 중요한 쟁점의 하나였다. 이에 관한 자세한 내용은 제3장 4. 나. 참조. 한편, 법 개정 전의 위탁저작물의 저작권 귀속 문제에 관하여는 Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B] 42-50면 참조.

284) Michael D. Scott, supra(주 82), §3.15[B] 78면 참조.

부로 사용되도록 특별히 위탁을 받은 것으로 주장될 수 있을 것이다.²⁸⁵⁾ 다만, 컴퓨터프로그램의 경우 이러한 적용상의 불명확성 때문에 위탁자의 입장에서는 개발계약을 체결할 당시부터 개발될 프로그램의 저작권이 위탁자에게 귀속된다는 취지의 조항을 분명히 하여 사후적으로라도 이를 양도받을 수 있는 근거를 마련하여야 할 것이다.²⁸⁶⁾

한편, ②요건에 관하여 당해 프로그램을 고용저작물로 하기로 한 합의는 양 당사자가 그 합의문서에 서명하여야 하고, 저작물의 창작 전에 이미 선행되어야 한다.²⁸⁷⁾ 이러한 점에서 법 제101조 제2항에서 요구하는 합의는 단순히 저작권을 양도하는 합의와는 명백히 구분된다.²⁸⁸⁾ 또한 그 합의는 고용저작물로 간주된다는 내용을 명백히 표시하여야 한다.²⁸⁹⁾ 다만, 반드시 합의서 상에 ‘work made for hire’라는 문구가 있을 것을 요하는 것은 아니고 전체적인 취지상 위탁자를 위하여 창작한다는 내용이 명백히 드러나면 된다.²⁹⁰⁾

이와 같은 문서상의 합의가 없이 단지 구두로만 합의할 경우는 위 요건을 충족하지 못해 고용저작물로 인정받지 못한다. 이처럼 법에서 문서상의 합의를 요구한 이유에 대해 판례²⁹¹⁾는 구두 합의 사실을 알지 못하는 선의의

285) Id.

286) Id.

287) Schiller & Schmitt, Inc. v. Nordisco Corp., 969 F. 2d 410, 412 (7th Cir. 1992).

288) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B] 41면 참조. 통상적인 저작권 양도의 합의는 이전되는 저작권의 저작자 일방의 서명만을 요구한다 [저작권법 제204조 (a)].

289) Aymes v. Bonelli, 980 F. 2d 857, 861 (2d Cir. 1992).

290) Marshall & Swift v. BS&A Software, 871 F. Supp. 952, 958 (W.D.Mich. 1994). 한편, Playboy Enters., Inc. v. Dumas, 53 F. 3d 549, 560 (2d Cir. 1995) 판결에서는 수표의 이면에 배서하면서 “work-for-hire”를 기재한 것으로도 충분하다고 판시하였다.

291) Schiller & Schmitt, Inc. v. Nordisco Corp., 969 F. 2d 410, 412 (7th Cir. 1992).

제3자를 보호하기 위한 목적 외에도 저작권의 귀속을 명확히 하여 그러한 권리가 즉각적으로 유통될 수 있도록 한 부차적인 기능을 수행하기 위함이라고 밝히고 있다.²⁹²⁾²⁹³⁾

또한 법 제101조 제1항의 요건을 충족하지 못한 경우라 할지라도 위탁자가 단순히 프로그램 개발을 위탁한 것에 그치지 않고, 프로그램의 개발에 있어 저작자로서의 기여(contribution as an author to the creation of the work)를 하였다면 개발자와 함께 공동저작자가 될 수 있다.²⁹⁴⁾

3) 被傭者(employee)

주문이나 위탁을 받아 개발된 프로그램이 법 제101조 제2항의 요건을 충족하지 못하는 경우 예컨대 당해 프로그램의 용도가 법에서 정한 9가지 용도에 속하지 않는 경우이거나 당사자 사이에 고용저작물로 간주한다는 내용의 문서상의 합의가 없는 경우에 있어서도 위탁자의 입장에서는 당해 프로그램에 대한 저작권을 원시적으로 취득하고자 노력할 것이며 이 때 결국 법 제101조 제1항의 고용저작물의 성립을 주장하게 될 것이다.

제1항의 요건은 비교적 간단하다. 즉, ①피용자가 ②그 고용의 범위에서 프로그램을 창작할 것²⁹⁵⁾이 필요하다. 제2항에서와 같이 문서상에 양 당사자가 서명한 합의가 필요하지도 않고, 그 저작물의 용도도 한정되어 있지

292) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B] 41면 참조.

293) 한편, 위 판례는 합의가 프로그램의 창작 전에 이미 이루어져야 할 필요성도 바로 권리의 즉각적인 유통을 촉진하기 위한 점에서 찾을 수 있다고 하였다.

294) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B] 40면 참조.

295) 저작물을 작성한 자가 피용자로 결정되더라도 법은 그 저작물이 ‘고용의 범위 내에서’ 작성될 것을 요구한다. 따라서 피용자가 프로그램 작성을 위해 고용된 것이 아니거나 고용자의 설비를 사용하지 않고 업무 외의 시간에 프로그램을 창작한 경우라면 프로그램의 저작권은 피용자에게 속하게 된다.[Michael D. Scott, supra(주 82), §3.15[A] 77면 참조.]

않다. 문제의 핵심은 ‘피용자(employee)’의 의미를 어떻게 해석할 것이냐 하는 점이다.

이 문제를 둘러싸고 종래 논의가 활발하였으나, 1989년 연방대법원의 Community for Creative Non-Violence v. Reid 판결(약칭 CCNV 판결)을 통해 이러한 논란이 일단락되었다. 위 CCNV 판결 이전 연방항소법원 간에 피용자의 의미를 둘러싼 논의는 ①고용하는 측이 그 작품에 대해 통제하는 권리(right to direct and supervise)를 보유하고 있다면 그 저작물은 피용자에 의하여 작성된 것이라고 보는 견해, ②특정한 저작물의 창작에 관하여 고용하는 측이 실질적인 통제(actual control)를 행한 경우, 그 저작물은 피용자에 의해 작성된 것이라고 보는 견해, ③피용자라는 용어는 보통법상 代理에 관한 법에서의 의미와 동일한 의미를 가진다는 견해, ④피용자란 ‘정식으로 급료를 받는’ 피용자(formal, salaried employees)를 의미한다는 견해로 요약할 수 있다.²⁹⁶⁾

이 점에 관하여 연방대법원은 우선, 통제하는 권리(right to direct and supervise)혹은 실질적인 통제(actual control)라는 접근방식을 취한 위 ① 및 ②견해에 관하여 법 문언에 반할 뿐 아니라 고용저작물이 성립되는 두 가지 상호 독립적인 방식(피용자에 의한 방식과 독립계약자에 의한 방식)을 정립하고자 했던 입법의도와 부합하지 않는다는 점을 들어 이를 배척하였고, ④견해에 관하여 법에서는 단지 ‘피용자(employee)’라고만 하였을 뿐 ‘정식으로(formal)’ 혹은 ‘급료를 받는(salaried)’ 피용자라고 규정하지 않았다는 점을 들어 이를 배척하였다.²⁹⁷⁾

결국, 연방대법원은 ③견해를 취하였다. 즉, 저작물의 창작자가 대리에 관

296) Id., 74-75면 참조.

297) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B] 22면 참조.

한 법(law of agency)에 따른 피용자라면 제101조 제1항이 적용되고, 독립 계약자(independent contractor)에 대하여는 제101조 제2항에서 열거한 9 가지 유형에 속하고 동시에 이를 고용저작물로 하기로 한 서면합의가 있는 경우에만 고용저작물에 해당한다는 것이다.²⁹⁸⁾

또한 위 법원은 제2차 法再錄(Restatement)(1958)의 代理에 관한 제220 조 제2항에 피용자인가 독립계약자인가를 결정하는 요소들이 열거되어 있으므로, 이에 따라 피용자인지 여부의 판정기준을 구하면 된다고 판시하였다. 이러한 요소들에는 ①요구되는 기술 수준, ②사용되는 기구 및 설비의 조달 주체, ③작업장의 위치, ④당사자 사이의 거래관계가 지속적인지 일회적인지 여부, ⑤고용자 측이 추가적으로 일을 맡길 수 있는 권리의 보유 여부, ⑥피용자 측이 작업 시간 및 기간을 결정할 수 범위, ⑦보수의 지급방식, ⑧작업보조자의 채용 및 보수 지급에 있어 고용자 측의 역할, ⑨그 작업이 고용자 측의 통상 업무 범위에 속하는지 여부, ⑩고용자 측이 영업 중인지 여부, ⑪복리후생의 제공, ⑫고용에 따른 세금 처리 등이다. 또한 이상의 요소들은 하나 하나가 결정적인 기준이 되는 것은 아니고 그 전체를 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다.²⁹⁹⁾³⁰⁰⁾

이와 같은 CCNV 판결에서 확인된 법리를 컴퓨터프로그램에 관한 사안에 적용한 다수의 판결이 있다. Autoskill, Inc. v. National Education Support Sys., Inc. 사건에서는, CCNV 판결이 1978년 1월(1976년 저작권

298) Id., 21면 참조.

299) Michael D. Scott, *supra*(주 82), §3.15[A] 76면 참조.

300) 연방대법원이 인정한 대리에 관한 기준들은 대체로 작품 자체에 대한 통제권보다는 작품 창작의 방법 및 수단에 대한 통제권(right to control the manner and means of production)에 초점을 맞추고 있다. 그러나 그러한 차이는 결과에 있어서는 큰 차이를 가져오지는 않는다.[Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra*(주 74), §5.03[B] 23-24면 참조.]

법 시행일) 이후에 창작된 모든 저작물(컴퓨터프로그램 포함)에 소급적으로 적용되어야 한다는 취지로 판시하였다.³⁰¹⁾

컴퓨터프로그램의 고용저작물 성립 여부가 문제된 중요한 판결로 *Aymes v. Bonelli* 판결³⁰²⁾이 있다. 이 사건의 사실관계는, 프로그래머인 Aymes가 수영 풀 판매 체인점인 Island社의 회계프로그램을 작성하기 위하여 고용되었는데, 그는 시간당 임금을 지급받기도 하고 프로젝트 건별로 보수를 지급받기도 하였다. 그러나 위 회사는 Aymes의 고용에 따른 세금을 지급하지도 않았고 그에게 복리후생 혜택 따위를 제공하지도 않았다. 그런데 위 회사의 사장인 Bonelli가 Aymes의 시간당 임금을 삭감하므로 Aymes는 회사를 떠났다. 이후 그는 회사측에 삭감되기 전의 시간당 임금을 기준으로 한 보수 지급을 청구하는 한편 자신이 창작한 프로그램을 이용하는 데 따른 사용료의 지급을 청구하였다.³⁰³⁾

이에 대해 원심은 CCNV 판결에서 열거된 요소들 중 대다수가 고용하는 측(Bonelli)에 유리하다고 결정하면서 위 프로그램은 고용저작물이라고 판시하였다. 이에 대해 연방 제2항소법원은 CCNV 판결에서 열거된 요소가 모두 동등한 가치를 가지는 것은 아니며 이를 기계적으로(mechanistically) 적용하는 것에 반대하였다. 즉, CCNV 판결에서 연방대법원이 피용자와 독립계약자를 구별하는 기준으로 사용되는 요소들에 대해 그 중의 어느 하나도 결정적인 것은 없다고 판시하였지만, 그렇다고 하여 모든 요소들이 똑같은 가치를 갖는다거나 모든 사건에서 항상 고려되어야 한다는 의미로 해석할 수 없다고 판시한 것이다.³⁰⁴⁾

301) 994 F. 2d 1476, 1488 (10th Cir. 1993).

302) 980 F. 2d 857, 861 (2d Cir. 1992).

303) Mota, Sue Ganske, "Work for hire Revisited : Aymes v. Bonelli", *Computer/law journal*(v.12 no.1), 17면 이하 참조.

위 판결에서는 더 나아가 거의 모든 사건에서 보다 중요하게 평가되어야 할 요소들로 ①고용자 측의 창작의 방법 및 수단에 대한 통제권, ②요구되는 기술 수준, ③복리후생의 제공, ④고용에 따른 세금 처리, ⑤고용자 측이 추가적으로 일을 맡기는 권리의 보유 여부를 제시하였다. 이러한 요소들은 고용관계의 진정한 성격을 고도로 증명하는 것이기 때문에 다른 요소들에 비해 보다 중요하게 평가되어야 한다고 하였다.³⁰⁵⁾³⁰⁶⁾

결국, 위 법원은 이러한 기준에 따라 사안을 검토하여 볼 때 Island社は Aymes에게 어떠한 복리후생을 제공한 바가 없고 그의 고용에 따른 세금을 부담한 바도 없다는 점과 Aymes는 숙련된 프로그래머이었던 점 등에 비추어 볼 때 Aymes는 피용자가 아닌 독립계약자에 해당하며 당해 프로그램은 고용저작물이 아니라고 결론내렸다.³⁰⁷⁾

한편, Richard E. Graham v. Larry D. James 판결³⁰⁸⁾을 보면, 원고 Graham과 Night Owl Computer Service는 쉐어웨어(Shareware)³⁰⁹⁾와 프리웨어(Freeware)³¹⁰⁾를 담은 CD-ROM을 제작해서 판매하는 업자인데, 피

304) Id., 25면; Raymond T. Nimmer, The Law of Computer Technology(1998), §4: 33면 각 참조.

305) Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra(주 74), §5.03[B] 30면 참조.

306) 위 요소들 중 ①요소는 CCNV 판결에서 열거된 12가지 요소에는 직접적으로 포함되지는 않았으나, ①요소는 위의 12가지 요소를 한 마디로 요약한 것이라고 할 수 있다.(Id., 23면 참조.)

307) Aymes v. Bonelli 판결이 피용자인가 독립계약자인가를 구별하는 기준 중 특히 복리후생의 제공 여부 및 고용에 따른 세금의 부담 여부를 매우 중요하게 평가하였다는 점을 근거로 피용자를 ‘정식으로 급료를 받는’ 피용자(formal, salaried employees)라고 본 Dumas v. Gommerman 판결이 다시 부활한 것이 아니냐는 일부의 평가가 있다.(Id., 31면 참조.)

308) 144 F. 3d 229, 46 (2d Cir. 1998).

309) 쉐어웨어(Shareware)는 소비자들에게 프로그램의 성능을 시험해볼 수 있도록 제공된 프로그램으로서 그 프로그램의 계속적 사용을 위해서는 저작권자에게 대가를 지급할 것이 요구되는 프로그램이다.

310) 프리웨어(Freeware)는 무료로 사용할 수 있도록 배포된 프로그램을 말하지만 그에 대한 저작권을 모두 포기한 것은 아니기 때문에 그 상업적 사용 등이 제한된 공

고 James로 하여금 파일출력프로그램을 제작해줄 것을 의뢰하면서 요구하는 프로그램의 상세한 기능을 설명했다. 피고는 "Borland's C++" 언어를 이용해서 출력프로그램을 창작하고 동 프로그램 속에 자신이 저작자임과 저작권 보유자임을 명백히 표기해두었다. 원고는 그러한 저작권표시에 대해서 다투었고 이 분쟁이 소송으로 발전하였다.³¹¹⁾

피고는 원고에게 출력프로그램을 제작해서 제공하고 원고는 피고에게 1,000달러 및 판매되는 CD-ROM마다 1달러씩을 지급하기로 약속했다. 원고는 계속해서 문제된 프로그램을 담은 CD-ROM을 제작해서 판매했고, 상당기간이 경과한 후 피고는 문제된 프로그램을 제3의 CD-ROM제작업체에 양도했고, 원고는 피고를 상대로 저작권침해의 소송을 제기했다. 원고는 피고가 종업원의 자격에서 업무상프로그램을 개발했기 때문에 동 프로그램에 대한 저작권은 원고에게 귀속된다고 주장했다. 그러나, 피고는 원고와의 프로그램창작위탁계약에 따라서 독립한 계약당사자로서 프로그램을 개발한 것이므로 그 프로그램에 관한 저작권은 피고에게 귀속되는 것이고, 따라서 원고가 저작권표시를 제거하고 무상으로 프로그램을 이용한 것은 저작권침해에 해당된다고 항변했다.

법원은 증거조사의 결과 피고가 원고의 종업원의 지위에서 프로그램을 개발한 것이 아니고 독립한 계약당사자의 지위에서 프로그램을 개발한 것임을 인정하고 이용허락계약에 따른 이용료의 지급을 명하는 판결을 내리게 되었다.

이 사건에서 문제의 핵심은 피고가 원고의 종업원의 자격에서 프로그램을 개발했는지 아니면 프로그램창작위탁계약하에서 독립적인 계약당사자의 지

개프로그램을 말한다.

311) 정상조, supra(주 2), 238면 참조.

위에서 개발한 것인지를 판단하는 것이다. 이 사건을 담당한 법원은 ①피고가 상당한 능력과 기술을 보유하고 있는 프로그래머인 점, ②원고로부터 어떠한 수당도 지급받은 적이 없던 점, ③소득세 원천징수도 없었던 점, ④원고와의 관계가 지속적인 것이 아니라 개발프로그램 건별로 개별적으로 이루어진 점 등을 중요하게 평가하면서, 피고가 창작한 프로그램은 원고의 종업원으로서가 아니고 창작위탁계약의 독립계약자의 지위에서 개발한 것이라고 결론내리게 되었다.³¹²⁾ 또한, 원고는 피고에게 지급한 금액이 종업원에 대한 급료로 지급한 것이라고 주장했지만, 법원이 인정한 사실에 의하면 피고는 원고에게 구두의 이용허락을 한 것이고 원고가 피고에게 지급한 금액은 그러한 이용허락계약의 결과 지급해야 할 이용료의 일부에 불과한 것이라고 판시되었다.³¹³⁾

(나) 日本

1) 關聯 規定

일본 저작권법 제15조 제1항에서는 ‘직무상 작성하는 저작물의 저작자’라는 표제 하에 ‘법인, 기타 사용자(이하 본조에서 ‘법인 등’이라 한다)의 발의에 의하여 그 법인 등의 업무에 종사하는 자가 직무상 작성하는 저작물(프로그램저작물은 제외한다)로서 그 법인 등이 자기의 저작 명의로 공표하는 것의 저작자는 그 작성시의 계약, 근무규칙, 기타 별도로 정하지 아니하는 한 그 법인 등으로 한다.’라고 하여 창작자원칙에 대한 예외를 규정하고 있다.

또한 제15조 제2항에서는 ‘법인 등의 발의에 따라 그 법인 등의 업무에

312) Id., 239면 참조.

313) Id.

종사하는 자가 직무상 작성하는 프로그램저작물의 저작자는 그 작성시의 계약, 근무규칙, 기타 별도로 정하지 아니하는 한 그 법인 등으로 한다.’(1985년 법 제62호에 의하여 제1항 일부 개정, 제2항 추가)라고 하여 프로그램저작물에 관하여는 일반 저작물에 요구되는 ‘법인 등의 명의로 공표할 것’이라는 요건을 삭제한 특칙을 규정하고 있다.

2) 判例

우선 東京地裁 昭和39年 12月 26日 判決³¹⁴⁾에서는, 제작자가 주문자로부터 의뢰받은 고속도로 파노라마 지도를 제작하면서, 주문자로부터 제공받은 자료와 답사의 결과에 근거하여 주문자의 지시와 주문한 바에 따라 그 의도에 부합되도록 노력하면서도 이것을 도형, 무늬로 구체적으로 표현함에 있어서는 그 화가로서의 예술적인 감각과 기술을 구사하여 스스로의 창의와 수법에 의하여 지도를 제작하였기 때문에 그 지도는 제작자의 창작에 의한 정신적 작품인 점을 알 수 있으므로 주문자가 아닌 제작자가 저작자라고 판시하였다.³¹⁵⁾

또한 仙台地裁 昭和54年 5月 7日 判決³¹⁶⁾에서, 피고는 원고로부터 캘린더의 기획·입안·제작을 포함한 프리젠테이션 업무를 목적으로 하는 프리젠테이션 업무계약을 체결하고 캘린더를 제작하였는데, 저작권법 제15조의 ‘법인 등의 직무에 종사하는 자가 직무상 작성한 저작물’에 해당하기 위해서는 사용자와 저작물을 작성한 피용자와의 사이에 실질적인 지도감독의 관계가 있을 것으로 해석되는 바, 원고와 피고와의 사이에는 직접 고용관계가 없고,

314) 昭和39年 第1089号.

315) 심창섭, “注文에 의해 應用美術作品(캐릭터)을 製作한 경우 著作権者”, 대법원판례해설 제19-2호(1993. 12.), 395면 참조.

316) 昭和50年 第393号·第1025号.

위 캘린더의 기획·입안·제작은 오로지 피고 혼자서 행하였으며, 원고회사 종업원의 협력은 없었던 점이 인정되므로 본건 캘린더의 저작자는 피고라고 봄이 상당하다고 판시하였다.³¹⁷⁾

반면 東京地裁 昭和54年 3月 30日 判決³¹⁸⁾에서는, 주문자가 지도의 작성에 있어서 기획을 하고, 여러 가지 조사와 자료 수집을 하며, 기재항목도 세부에 걸쳐서 취사선택을 한 후 지엽말단에 이르기까지 자세하고 구체적인 지시를 하고 있고, 주문자의 명의로 공표된 경우 통상의 편집지도에 지나지 아니한 이 사건 지도를 저작한 것은 주문자이고, 제작자는 단순히 제도가로서 제도작업에 종사한 것에 지나지 아니하다고 판시하였다.³¹⁹⁾

한편 大阪地裁 昭和60年 3月 29日 判決³²⁰⁾에서는, 원고가 광고업자에게 광고 제작을 위탁하였는데, 원고의 직원인 영업부장이 광고 디자이너에게 소재의 대부분을 제공하고, 環狀의 쇠사슬 디자인이나 파도 내지 해양을 나타내는 색상을 지시하였으며, 그 소재의 배치에 대하여도 영업부장의 의사가 강하게 반영되었다. 한편 광고 디자이너도 자신의 예술적 감각과 기술을 발휘하여 쇠사슬의 도안을 디자인하였고, 소재를 확대 또는 축소하였으며, 사람들의 시각에 호소할 수 있도록 소재를 효과적으로 배치하여 광고 디자인을 완성하였다. 이러한 사안에 대해 법원은 공동의 창작행위에 의하여 하나의 저작물을 완성한 것으로 위 양자의 기여부분이 완성된 저작물 속에 완전히 용해되어 있다고 전제한 다음 이 사건 광고는 원고와 디자이너의 공동 저작물로 인정하는 것이 타당하다고 판시하였다.³²¹⁾

317) 저작권에 관한 외국판례선[7] -일본편-, 저작권심의조정위원회(2003), 19-36면 참조.

318) 昭和47年 第3400号.

319) 심창섭, supra(주 315), 396면 참조.

320) 昭和58年 第1367号-第3087号.

321) 박성호, supra(주 6), 156면 참조.

3) 檢討

이상의 내용을 종합하면, 기본적으로 판례는 위탁개발의 경우 저작권법 제15조를 적용할 수 없다는 부정설의 입장에 서 있는 것으로 판단된다.³²²⁾ 다만, 구체적인 사안에서 주문자(위탁자)가 저작물(프로그램)의 창작에 있어 구체적인 창작적 기여를 하였다면 그 기여 정도에 따라 단독저작자 혹은 공동저작자가 될 수 있음을 밝히고 있다.

위 판결들에 의하여 저작물의 제작에 관한 도급계약에 있어서 제작자와 주문자 중에서 누가 저작자가 되는가에 관한 기준을 세워보면, ①저작물의 제작에 있어서 주문자가 기획을 하고, 비용부담이나 자료제공을 하는 범위를 넘어서는 경우에도 제작자가 자신의 예술적 감각과 기술을 구사하여 스스로의 창의와 수법에 의한 창작활동의 결과 저작물이 만들어졌다면 그 저작자는 제작자가 되고, ②주문자가 저작물에 답을 자료를 수집하고 그 배열이나 구도, 색채에 관하여 제작자와 함께 생각하고 그리는 경우에는 제작자와 주문자가 공동저작자가 될 것이며, ③저작물의 성격상 그다지 예술적인 창의성이 요구되지 아니하고, 제작에 있어서 주문자가 기획 및 자료수집뿐 아니라 기재항목의 선택과 지엽말단에 이르기까지 구체적인 지시를 하여 제작자의 지위가 주문자의 지시사항을 이행하는 정도에 지나지 아니하는 경우에는 저작물의 저작자는 주문자가 된다고 할 수 있을 것이다.³²³⁾

322) 컴퓨터프로그램의 위탁개발에 있어서도 하급심 판결(東京地裁 平成7年 10月 30日 判決)은 민법상의 도급계약에 해당하는 경우 개발자의 전문인력에 대하여 단지 개발상의 지휘·감독관계가 있었다는 사정만으로 위 직무규정에 있어서의 '직무'에 해당한다고 할 수 없다고 판시함으로써 부정설의 입장에 서 있다.[황찬현, supra(주 37), 906면 참조.]

323) 심창섭, supra(주 315), 397면 참조.

(3) 業務上 創作 規定의 適用 與否

(가) 法人 등의 業務에 從事하는 者

앞서 살펴보았듯 업무상 창작이 성립하기 위해서는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’가 프로그램을 창작할 것이 요구된다. 여기서 법인 등의 업무에 종사하는 자의 전형적인 예는 법인 등 사용자와 고용계약을 맺은 피용자를 의미한다고 할 것이지만, 반드시 이에 국한되어야 하는지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 특히 프로그램의 위탁개발의 경우에 있어 위탁을 받은 개발자가 위 ‘업무에 종사하는 자’에 해당하는 지 여부가 문제된다. 이는 결국 고용관계 내지 근로관계에 있지 않더라도 법인 등과 실질적인 지휘·감독관계가 있는 자는 법 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에 해당하는가의 문제로 귀결된다고 할 것이다.

(나) 學說

우선, 肯定說은 실질적인 지휘·감독관계가 인정된다면 고용관계에 있지 않더라도 법 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에 해당한다고 한다. 그 이유는, 오늘날 타인의 노무를 이용하는 계약형태가 다양화하고 있는 현실에 비추어 볼 때, 법 제5조에서 말하는 ‘업무에 종사하는 자’를 고용관계에 국한하는 것으로 해석할 필요는 없다는 것이다. 또한 법문에서 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’라고만 규정하고 있을 뿐 고용계약이 체결되어 있을 것을 요구하고 있지 않다는 점과, 만일 고용계약을 필수적으로 요구하게 된다면 거래 현실에 비추어 심히 부당한 결과가 발생할 수 있다는 점(예를 들어, 파견근무의 경우)을 근거로 한다. 이 견해에 따르면 위탁개발의 경우에도 위탁자와 개발자 사이에 당해 프로그램의 창작을 위하여 마지

고용관계에서 생기는 것과 같은 지휘·명령관계가 있다면 법 제5조가 적용될 수 있다고 본다.³²⁴⁾

반면, 否定說은 법 제5조의 업무상 창작이란 僱傭契約에 의하여 창작된 것만을 말하므로 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’는 법인 등과 고용계약을 맺고 그에 따라 사용자와 지휘·감독관계에 있는 자로 한정해야 한다고 한다. 즉, ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’는 사용자에 대응하는 개념이고, 법인 등 사용자에게 저작자의 지위를 부여하는 制度의 特異性에 비추어 볼 때 고용관계가 있지 아니한 자에게까지 적용범위를 확대하는 것은 타당하지 않다고 한다. 이 견해에 따르면 독립한 컴퓨터프로그램개발업자와는 고용계약이 체결된 바 없으므로 법 제5조가 적용될 수 없고, 이 경우 프로그램저작권은 개발자에게 귀속된다고 본다.³²⁵⁾

한편, 準用說은 법 제5조는 고용관계를 상정한 규정이므로 도급관계인 위탁개발의 경우에는 적용될 수 없으나, 위탁자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하여 개발자에게 개발을 위탁하고 개발자는 당해 프로그램을 오직 위탁자만을 위하여 개발·납품한 경우에는 법인의 종업원이 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 법 제5조를 준용하여 위탁자가 직접 저작자로 되며, 따라서 저작권뿐만 아니라 저작인격권까지 취득한다는 견해이다.³²⁶⁾

324) 김동진, *supra*(주 37), 120면; 오승종, *supra*(주 175), 285면; 황찬현, *supra*(주 16), 908면. 한편, 오늘날 노무공급형태가 다양화되면서 형식은 도급이나, 그 실질에 있어 고용과 유사한 위장도급의 계약형태가 증가하고 있다고 한다. 이에 관한 자세한 내용은 조임영, “위장도급과 법적 규제”, *민주법학* 제19호(2001. 2.), 55면 이하 참조.

325) 송영식 외 2인, *supra*(주 11), 512-513면.

326) 임준호, *supra*(주 132), 489면.

(다) 判例

1) 大法院 1992. 12. 24. 宣告 92다31309 判決³²⁷⁾

가) 事實關係

이 사건의 피신청인인 주식회사 갑은 산하 사업장의 개점에 앞서 주 고객층인 어린이의 관심을 끌기 위하여, 피신청인의 계열사인 광고대행사를 통해 마스코트 도안을 모집, 이 사건의 신청인이 너구리를 주제로 한 ‘롯데’라는 이름으로 출품한 작품을 당선작으로 선정하고, 당선료를 지급하였다.

그 후 위 도안을 수정하여 기본도안으로 하고 이를 기초로 한 응용도안 개발계약을 체결하면서 피신청인은 그에 따른 작품료를 지급하고, 신청인은 위 응용도안의 저작권 등 모든 권리를 피신청인측에 넘겨주기로 약정하였다.

신청인은 위 계약에 따라 수 차례의 수정을 거쳐 기본도안을 확정하고 이를 바탕으로 한 응용도안을 피신청인측에 제출하였으나 피신청인이 불만을 표시, 재차 수정을 요구하여 오자 이를 거부하였다.

이에 피신청인측은 만화영화 제작자 을에게 새로운 캐릭터 개발을 의뢰, 개발된 캐릭터에 롯데라는 이름을 붙여 이를 이용하면서 상표등록도 마쳤다.

이렇게 되자 신청인은 저작재산권이 양도되었다 하더라도 신청인이 여전히 보유하고 있는 저작인격권 중 동일성유지권을 침해한 것이므로 그 사용을 금하는 가처분을 서울민사지방법원에 신청하였다.³²⁸⁾

나) 原審의 判斷

327) 법원공보 제938호 598면 이하.

328) 송영식 외 2인, supra(주 11), 528-529면 참조.

제1심에서는 너구리의 특징이 나타나 있는 중요한 부분에 차이가 있으며, 다른 부분에 유사한 점이 있다 하더라도 이는 디자인에서 일반적으로 이용되고 있는 방식을 채택함에 기인한 것으로서 새로운 도안은 만화영화 제작자인 을의 창작이라고 인정, 신청인의 신청을 기각하였다.³²⁹⁾

이에 신청인은 항고를 제기하였고, 제2심에서는 ‘두 도안 사이에 미세한 차이가 있다 하더라도 이는 을이 ‘신청인의 도안을 보지 아니하고 독자적으로 개발하였다고 보기는 어렵고, 오히려 신청인의 도안을 바탕으로 하여 위에서 본 미세한 차이점이 있는 부분과 같이 임의로 변경·변형한 것으로 봄이 상당하다’고 하여 가처분신청을 인정하였다.³³⁰⁾

이에 피신청인이 가처분결정에 대한 이의신청을 하였고, 이에 대해 법원은 캐릭터는 인간과 똑같이 행동하고 활동하면서 기업의 상징이나 상품 등으로 사용되며, 그 제작방향이 기업의 의도에 부합되어야 하고, 시장상황에 따라 신속히 변형할 수 있어야 하므로 제작된 캐릭터 자체를 처음부터 기업의 소유로 하도록 계약을 체결하고, 제작과정에도 기업의 아이디어와 주문에 따르며, 그 후에도 기업의 요구대로 변형을 수용함으로써 제작자의 미술적 표현이나 사상의 독자적 가치를 굳이 표면에 내세우지 않는 경우에는 그 캐릭터의 저작권은 처음부터 도급인에게 귀속된다고 보아야 하는바, 이 사건에 있어서 신청인은 상당한 보수를 받고 너구리 도안을 납품하였고, 그 제작과정에 있어서도 피신청인측의 기업목적에 부합되도록 기업측이 제공하는 기본방향과 소재선정의 기준을 받아들였고, 수정변경요구도 수용하였으며, 너구리도안 및 그 사용에 관한 모든 법적 권리를 피신청인측에 원초적으로 귀

329) 서울민사지방법원 1989. 5. 2. 89카2956 결정; 한국저작권판례집, 저작권심의조정위원회(1996), 205면 이하 참조.

330) 서울고등법원 1990. 6. 25. 89라55 결정; Id., 196면 이하 참조.

속시키기로 약정하였으므로 이 사건 캐릭터의 제작, 납품계약은 저작재산권은 물론 저작인격권까지도 포함하는 저작권 자체를 피신청인측에 귀속시키기로 하는 것이고, 따라서 신청인은 저작권자가 아니라고 판시하였다. 따라서 저작인격권 침해 여부는 저작자가 피신청인인 이상 처음부터 문제될 수 없다고 판단하였다.³³¹⁾

다) 大法院의 判斷

대법원은 우선 위 너구리 도안의 저작권 귀속과 관련하여 ‘저작권법은 저작물을 창작한 자를 저작자로 하고(제2조 제2호), 저작권은 저작한 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니하고(제10조 제2항), 저작인격권은 이를 양도할 수 없는 일신전속적인 권리로(제14조 제1항) 규정하고 있고, 위 규정들은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이라고 할 것인바, 비록 신청인이 제작한 너구리도안과 같이 상업성이 강하고 주문자의 의도에 따라 상황에 맞도록 변형되어야 할 필요성이 큰 저작물의 경우에는 재산적 가치가 중요시되는 반면, 인격적 가치는 비교적 가볍게 평가될 것임은 원심이 판시한 바와 같지만, 이러한 저작물도 제작자의 인격이 표현된 것이고, 제작자가 저작물에 대하여 상당한 애착을 가질 것임은 다른 순수미술작품의 경우와 다르지 않을 것이다. 위 법 규정의 취지 또한 실제로 저작물을 창작한 자에게만 저작인격권을 인정하자는 것이라고 볼 수 있으므로 이 사건에 있어서와 같이 상업성이 강한 응용미술작품의 경우에도 당사자 사이의 계약에 의하여 실제로 제작하지 아니한 자를 저작자로 할 수는 없다고 할 것이다. 단체명의 저작물의 저작권에 관한

331) 서울고등법원 1992. 6. 26. 선고 91카98 판결; 심창섭, *supra*(주 315), 390면 이하 참조.

저작권법 제9조를 해석함에 있어서도 위 규정이 예외 규정인 만큼 이를 제한적으로 해석하여야 하고 확대 내지 유추해석하여 저작물의 제작에 관한 도급계약에까지 적용할 수는 없다.’라고 판시하여 신청인을 저작자로 판단하였다.

한편, 신청인의 저작인격권 특히 동일성유지권의 침해가 있다고 볼 수 있는 지 여부에 관하여서는 ‘신청인이 제작한 위 너구리도안은 순수미술작품과는 달리 그 성질상 주문자인 피신청인의 기업활동을 위하여 필요한 경우 변경되어야 할 필요성이 있었고, 위 캐릭터 제작 계약에 의하여 피신청인측에서 도안에 관한 소유권이나 저작권 등의 모든 권리는 물론 도안의 변경을 요구할 권리까지 유보하고 있었음을 알 수 있을 뿐 아니라 신청인이 피신청인측의 수정요구에 대하여 몇 차례 수정을 하다가 자기로서는 수정을 하여도 같은 도안 밖에 나오지 않는다면서 더 이상의 수정을 거절한 사실까지 보태어 보면, 신청인은 그의 의무인 위 도안의 수정을 거절함으로써 피신청인측이 위 도안을 변경하더라도 이의하지 아니하겠다는 취지의 묵시적인 동의를 하였다고 인정함이 상당하다 할 것이다. 따라서 피신청인측이 신청의 이행재로 하여금 신청인이 제작한 너구리도안을 일부 변경하게 한 다음 변경된 기본도안과 응용도안을 그 기업목적에 따라 사용하고 있다 하더라도 위 변경은 신청인의 묵시적인 동의에 의한 것이므로 저작권법 제13조 제1항에 규정된 동일성유지권의 침해에는 해당되지 아니한다 할 것이다.’라고 하여 동일성유지권의 침해에는 해당되지 않는다고 판시하였다.³³²⁾

라) 檢討

332) 이 판결에 대한 평석은 도두형, “著作物同一性維持權이 미치는 範圍”, 인권과 정의 제213호(1994. 5.), 84면 이하 참조.

이 판결은 컴퓨터프로그램에 관한 직접적인 판결은 아니고 단체명의저작물을 규정한 저작권법 제9조와 관련된 판결이기는 하나, 업무상 저작물의 저작권 귀속에 관한 중요한 판시를 하고 있다.

우선, 이 판결에서 중요한 점은 주문자의 의뢰에 따라 제작된 저작물의 저작자를 누구로 볼 것인가 하는 점이다. 이와 관련하여 ①단체명의저작물에 관한 저작권법 제9조는 예외 규정으로서 제한적으로 해석하여야 한다는 점, ②비록 응용미술작품이 상업성이 강하고 주문자의 의도에 따라 상황에 맞도록 변형되어야 할 필요성이 크다고 할지라도 이 역시 제작자의 인격이 표현된 것이고, 제작자가 저작물에 대하여 상당한 애착을 가질 것임은 다른 순수미술작품의 경우와 다르지 않을 것이라는 점, ③비록 당사자 사이에 위너구리 도안에 대한 저작권을 피신청인측에 귀속하기로 하는 합의가 있더라도 창작자원칙을 규정한 저작권법의 각 규정은 강행규정이므로 당사자 사이의 계약에 의하여 실제로 제작하지 아니한 자를 저작자로 할 수는 없다는 점 등을 종합할 때 저작권법 제9조를 도급계약에까지 확대하여 적용할 수 없으며 결국 실제로 도안을 제작한 신청인이 저작자라고 판시한 것이다.

한편, 동일성유지권 침해 여부와 관련하여서는 비록 저작자가 도안의 수정을 거절하였음에도 불구하고 주문자의 도안변경에 이의하지 않겠다는 취지의 묵시적 동의가 있었던 것으로 해석한 점은 다소 무리가 있는 듯한 느낌이 없지 않으나,³³³⁾³³⁴⁾ 생명주기(Life Cycle)가 짧고 산업재산재적 성격이

333) 이 부분과 관련하여 위 판결 이유에 문제가 있다고 보는 견해가 있다. 즉 대법원의 입장은 ‘도안의 수정을 거절함으로써 피신청인이 위 도안을 변경하더라도 이의하지 아니하겠다는 취지의 묵시적 동의를 하였다’는 것으로 요약할 수 있는데 이러한 해석은 그 자체로서도 받아들이기 힘들다는 것이다. 왜냐하면 수정을 거절하면 그것은 곧 제3자가 수정해도 좋다는 묵시적 동의가 있는 것으로 보므로 적어도 위탁저작물의 경우에는 동일성유지권을 사문화시키는 해석이기 때문이다. 저작자 본인이 ‘그의 저작물’의 수정을 명백히 거절했는데 그것이 어떻게 ‘그의 저작물’의 수정을 묵시적으로 동의한 것이 되는지 이해하기 힘들다는 지적이다. 더 나아가 동일성유지권의

매우 강하며 상업적 이용을 위한 지속적인 개변이 필수적인 응용미술작품의 경우³³⁵⁾ 저작자의 동일성유지권 행사를 제한적으로 해석할 필요성을 긍정하였다는 점에서 컴퓨터프로그램의 경우에도 유익한 시사점을 제공한다.³³⁶⁾

2) 서울高等法院 1996. 10. 11. 宣告 96나1353 判決³³⁷⁾

가) 事實關係

원고는 속기학원을 경영하는 자로 컴퓨터를 이용하여 속기하는 방법을 연구·개발하기로 하고 소외 갑에게 원고가 생각해 낸 컴퓨터속기방법을 참작하여 이에 따른 컴퓨터프로그램을 작성하여 줄 것을 위탁하였고, 이에 따라 소외 갑은 프로그램을 완성하여 원고에게 인도하였으며, 원고는 자신의 명의로 프로그램 등록을 마쳤다.

포기를 의미하는 修正의 同意가 묵시적으로 가능하지 여부도 재검토되어야 할 것이며, 미국 저작권법과 같이 서면동의만으로 가능하다는 규정이 없는 이상 명시·묵시의 포기 내지는 수정의 동의가 가능하다고 하더라도 그 인정에는 신중을 기할 필요가 있다고 한다.[송영식 외, supra(주 11), 530-531면.]

334) 또한 같은 견지에서, 동 판결이 그 결론에 있어서는 타당하나, 그 이론구성에 있어서는 도안변경의 '묵시적 동의'를 신청인의 주장을 배척하는 근거로 삼기보다는, 도안변경이 신청인의 인격적 이익을 침해하는 정도에 이르렀다고 보기 힘들기 때문에 결국 이러한 이익의 보호를 목적으로 하는 동일성유지권이 침해되었다고 볼 수 없다는 이유로 또는 신청인의 권리남용을 이유로 그 주장을 배척하는 편이 보다 논리적일 것이라는 견해가 있다.[도두형, supra(주 332), 92면.]

335) 이러한 점은 컴퓨터프로그램의 특성이기도 하다. 원심 판결에서도 이러한 점 때문에 응용미술작품에 대한 저작권을 도급인에게 원시적으로 귀속하는 결론에 이르게 되었다. 응용미술작품에 대한 저작권적 보호와 그에 따른 문제점에 관한 자세한 내용은 심재필, “응용미술작품의 지적재산권적 보호”, 대전지방변호사회지 창간호(2000), 206면 이하 참조.

336) 동일성유지권은 저작인격권의 중핵으로 원칙적으로 一字一句, 句讀點 등의 改變도 인정되지 아니하는 취지로 해석함이 상당할 것이다. 다만, 이러한 해석은 문학작품이나 미술품 등 순수예술저작물에는 그대로 합당하겠지만 컴퓨터프로그램이나 상업용 저작물 등에는 탄력적인 해석이 필요할 것이다.[송영식 외 2인, supra(주 11), 524면 참조.]

337) 컴퓨터프로그램보호법 주요판례집, 컴퓨터프로그램심의조정위원회(2004), 77면 이하 참조.

그 후 원고는 위 컴퓨터프로그램을 이용하여 강의를 하던 중 몇 가지 문제점이 발견되어 이를 보완하기로 하고 피고에게 위 프로그램을 개작하여 줄 것을 위탁하였고, 피고는 원고의 요구대로 원프로그램을 개작한 수정프로그램을 개발하여 원고에게 인도하였다.

원고는 이 수정프로그램을 이용하여 계속 강의를 하던 중 소외 을과 사이에 원고 명의로 등록된 원프로그램 및 위 수정프로그램을 포함하여 학원의 운영권 및 재산 일체를 양도하기로 하는 매매계약을 체결하였다. 한편, 원고와 피고는 수정프로그램에 대한 당사자간의 권리관계에 관하여 명확한 약정이 없어 권리관계가 모호한 점을 인정하고 위 수정프로그램에 대한 저작권을 반분하기로 약정하였다.

그러나, 그 이후에도 원고와 피고간에 위 수정프로그램의 저작권이 누구에게 귀속하는지를 둘러싸고 분쟁이 계속되자 원고는 피고를 상대로 저작권확인청구소송을 제기하였다.

나) 法院의 判斷

법원은 우선 프로그램을 위탁받아 개작한 경우 그 저작자를 누구로 볼 것인지와 관련하여 ‘컴퓨터프로그램보호법의 각 규정에 의하면 원프로그램의 저작권자에게 원프로그램을 개작할 수 있는 권리가 있으나, 원프로그램의 저작자가 타인에게 원프로그램의 개작을 위탁하여 타인이 개작한 프로그램에 창작성이 인정되는 경우에는 개작된 프로그램은 2차적 프로그램으로서 원프로그램과 별개의 저작권의 대상이 되고, 한편 원프로그램의 개작을 위탁한 위탁자와 개발자 사이에 다른 특별한 약정이 없는 한 그 개작된 프로그램의 저작권은 원칙적으로 개작된 프로그램을 창작한 개발자에게 속한

다.’고 판시하였다.³³⁸⁾³³⁹⁾

한편, 원고와 피고 사이에 수정프로그램의 저작권을 반분하기로 한 약정의 효력과 관련하여 ‘원래 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램에 대한 저작권은 프로그램을 창작한 저작자에게 속하도록 되어 있고 이는 당사자간의 약정으로도 변경할 수 없으므로 원고와 피고간의 위 약정은 피고가 가지고 있는 별지 제2목록 기재 컴퓨터프로그램에 대한 저작권 중 2분의 1지분을 원고에게 양도하기로 약정한 것이라고 볼 것이고, 한편 컴퓨터프로그램에 대한 저작권은 당사자간의 약정으로 양도할 수 있고 다만 제3자에 대한 관계에서 저작권에 대한 이전등록을 마쳐야만 양도사실을 대항할 수 있을 뿐이므로 원고와 피고 사이에서는 위 1992. 12. 12.자 컴퓨터프로그램 저작권 양도약정으로 인하여 별지 제2목록 기재 컴퓨터프로그램의 저작권 중 2분의 1지분은 원고에게 적법하게 이전되었다고 할 것이니 별지 제2목록 기재 컴

338) 원고는 컴퓨터프로그램보호법의 규정상 프로그램을 개작할 권리는 원프로그램의 저작권자에게 있으므로 개작된 프로그램의 저작권은 당연히 원프로그램의 저작권자에게 속한다는 취지의 주장을 하였으나, 법원은 ‘프로그램을 개작할 권리는 원프로그램의 저작자에게 속한다는 같은 법 제8조 제1항(현행 제7조 제1항)의 규정은 단지 프로그램을 개작할 권리가 원프로그램의 저작권자에게 있다는 것을 규정한 것에 불과하고, 타인이 원프로그램을 이용하여 2차적 프로그램을 창작한 경우 그 2차적 프로그램의 저작권이 원프로그램의 저작권자에게 속한다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이고 따라서 그 경우 원프로그램의 저작권자는 권한 없이 원프로그램을 이용한 타인에 대하여 원프로그램의 저작권침해를 원인으로 손해배상 등을 구할 수 있을지는 몰라도 창작성이 있는 2차적 프로그램의 저작권이 자신에게 있다고 주장할 수는 없으므로 원고의 위 주장부분은 이유 없다.’고 판시하였다.

339) 원저작자의 동의 없이 원프로그램을 임의로 개작하여 2차적 프로그램을 작성한 자도 2차적 프로그램에 대한 저작권을 취득하는가와 관련하여 ①원프로그램 저작자의 동의 없이 개작한 경우에는 2차적 프로그램에 대한 저작권을 취득하지 못한다는 견해[송상현 외 2인, supra(주 14), 121면.]와 ②이러한 경우에도 2차적 프로그램의 저작권은 그 작성자가 취득하고 다만 원프로그램 저작권의 침해로 인한 책임을 부담한다고 보는 견해[임준호, supra(주 132), 502면.]가 대립한다. 생각건대, 개작된 프로그램은 독자적인 프로그램으로 보호된다고 한 법 제3조 제2항의 규정 취지에 미루어 볼 때 후자의 견해가 타당하다고 생각한다. 이는 판례의 입장(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다13757 판결 등)이기도 하다.

퓨터프로그램 중 2분의 1지분은 원고에게 속한다고 할 것이다.’라고 판시하였다.

다) 檢討

이 판결은 프로그램을 위탁하여 개작한 경우 그 저작자를 누구로 볼 것인가와 관련하여 위탁자와 개발자 사이에 다른 특별한 약정이 없는 한 그 개작된 프로그램의 저작권은 원칙적으로 개작된 프로그램을 창작한 개발자에게 속한다고 판시하고 있다. 순수한 창작과 개작이라는 점만이 다를 뿐 위탁개발된 프로그램의 저작자가 위탁자가 아닌 개발자라는 큰 틀에서는 앞서 살펴본 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결과 그 결론을 같이 한다.³⁴⁰⁾

한편, 수정프로그램의 저작권을 반분하기로 한 당사자간의 약정의 의미와 관련하여 원래 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램에 대한 저작권은 프로그램을 창작한 저작자에게 속하도록 되어 있고 이는 당사자간의 약정으로도 변경할 수 없으므로 위 약정의 의미도 개발자가 가지는 프로그램저작권 중 2분의 1지분을 위탁자에게 양도하는 것으로 해석하여야 한다고 판시하였다. 이 역시 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결에서 확인된 법리이다.

3) 大法院 2000. 11. 10. 宣告 98다60590 判決³⁴¹⁾

340) 판결의 전체적인 취지에 비추어 볼 때 여기서의 ‘다른 특별한 약정’이란 저작권을 위탁자에게 양도한다는 내용의 약정을 말하며, 그러한 약정이 있는 경우에도 저작자는 위탁자가 아닌 개발자이며 개발자에게 일단 귀속된 프로그램저작권이 위탁자에게 양도되는 것으로 해석하여야 한다.

341) 저작권심의조정위원회, supra(주 337), 131-139면 참조.

가) 事實關係

A회사는 전압기록계를 제조하여 한전에 공급하는 업체이고, 피고는 A회사의 상무였던 자인바, 피고는 사건의 갑에게 전압기록계의 관리프로그램을, 사건의 을에게 전압기록계의 분석프로그램을 개발위탁하여 갑·을로부터 각기 해당 프로그램을 인도받았다.

그런데, 관리프로그램과 분석프로그램은 개발자가 달라서 상호 연결되지 않는 문제가 생겼고, 이에 피고는 자신의 친구로서 프로그래머인 병에게 위두 프로그램에 대한 수정프로그램의 개발을 요청하였고, 이에 따라 병으로부터 수정프로그램을 인도받았다.

그 후, A회사의 경영이 악화되기에 이르자 A회사는 경영권 일체와 동 회사가 보유하던 프로그램저작권 일체를 원고 회사에게 양도하였고, 이에 원고 회사는 갑·을 창작의 관리프로그램 및 분석프로그램에 대한 저작권 명의를 자신 앞으로 경료하였다.

그런데, 피고는 수정프로그램의 저작권 명의를 원고 회사 앞으로 경료되어 있지 아니함을 기화로, 당초의 개발자인 병으로 하여금 수정프로그램에 대한 저작권이 병으로부터 피고에게로 이전되었다는 취지의 문서를 작성하게 한 다음, 수정프로그램에 관하여 피고 명의의 저작권등록절차를 마쳤다.

원고 회사는 피고를 상대로 수정프로그램에 관한 등록말소청구소송 및 손해배상청구소송을 제기하였다.

나) 法院의 判斷

이에 대해 대법원은 ‘업무상 창작한 프로그램의 저작자에 관한 구 컴퓨터 프로그램보호법(1994. 1. 5. 법률 제4712호로 개정되기 전의 것) 제7조(현

행 제5조)의 규정은 프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 않는 것이 원칙이나, 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 그에게 개발을 위탁하고 이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품하여 결국 주문자의 명의로 공표하는 것과 같은 예외적인 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 같은 법 제7조를 준용하여 주문자를 프로그램저작자로 볼 수 있다.’고 판시하고, 이 사건 수정프로그램은 A회사의 기획과 투자에 의한 프로그램 개발업무의 일환으로 그 당시 A회사의 상무이사이었던 피고에 의하여 병에게 위탁되어 그 인력을 빌어 창작된 것이므로 그 프로그램저작자는 병이 아니라 주문자인 A회사라고 판단한 원심 판결³⁴²⁾을 유지하였다.

다) 檢討

이 판결은 위탁개발된 컴퓨터프로그램의 저작권 귀속을 직접적으로 언급한 최초의 대법원 판결이라고 평가된다. 이 판결은 우선 업무상 창작에 관한 법 제5조의 규정은 프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 않는 것이 원칙임을 밝히고, 한편 ①주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 ②자금을 투자하면서 ③개발업자의 인력만을 빌어 그에게 개발을 위탁하고 ④이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품하여 ⑤결국 주문자의 명의로 공표하는 것과 같은 예외적인 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 같은 법 제5조를 준용하여 주문자를 프로그램저작자로 볼 수

342) 서울고등법원 1998. 11. 10. 선고 98나4844 판결.

있다고 판시하였다. 즉, 위탁개발의 경우 원칙적으로 법 제5조가 적용되지 않으나, ① 내지 ⑤의 각 요소를 갖춘 예외적인 경우에는 법 제5조를 ‘준용’하여 주문자를 프로그램저작자로 볼 수 있다는 취지이다.³⁴³⁾

생각건대, 이 판결이 예외적인 경우 위탁자를 프로그램저작자로 볼 수 있다는 취지의 판시를 한 점은 긍정적으로 평가할 수 있으나, 그 준용의 근거로 제시된 요소들에는 적지 않은 문제가 있다고 생각한다. 즉, 이 판결은 당해 사안이 통상의 프로그램위탁계약과는 구별되는 예외적인 것에 해당한다고 보면서, 그에 대한 근거로서 ①주문자의 전적인 기획, ②주문자의 자금 투자, ③개발업자의 인력만을 빌린 위탁, ④개발업자가 오직 주문자만을 위해서 개발·납품하기로 한 합의, ⑤주문자 명의로 공표를 들고 있는 바, 이 중 ①요소는 프로그램의 업무상 창작에 있어 ‘사용관계의 존재’와는 별도로 요구되는 요건이므로 이를 사용관계의 존재에 대한 근거로 삼는 것은 부적절하고, ② 및 ④요소는 프로그램 위탁계약에서 주문자와 개발업자 사이의 특약에 의하여 흔히 추가되는 내용이므로 이러한 요소를 준용의 근거로 삼게 되면 거의 대부분의 위탁개발의 경우에 법 제5조를 준용할 수 있게 되므로 부적절하며, ⑤요소는 누구의 명의로 공표되었는지는 프로그램 저작권 귀속에 있어 중요한 요소가 아니고 그러한 이유로 인해 법 제5조에서 공표요건이 삭제된 점에 비추어 이 역시 준용의 근거로 삼기에는 부적절하다고 할 것이다.

한편, 위 판결에 대해 그 결론은 타당하나 그 근거를 법 제5조를 준용하는

343) 광윤직, 민법총칙, 박영사(1995), 83면에서는 準用에 관하여 비슷한 사항에 관하여 법규를 제정할 때에, 법률을 간결하게 할 목적으로, 다른 유사한 법규를 類推 適用할 것을 규정하는 것이라고 하면서, 類推는 법해석의 한 방법이지만, 準用은 입법 기술상의 한 방법이라고 설명하고 있다. 이러한 설명이 옳다면, 본 사안에 대해 판례가 법 제5조를 ‘準用’할 수 있다고 판시한 것은 적절치 않고, 법 제5조를 ‘類推’하여 適用한다고 판시함이 보다 정확한 표현이 아닌가 한다.

데서 찾을 것이 아니라 수정프로그램의 개발위탁 당시 A회사와 병 사이에 있었던 의사표시에서 찾는 것이 바람직하다는 견해가 있다.³⁴⁴⁾

즉, 위 판결의 사실관계를 살펴보면, ①통상 주문자와 개발업자 사이에 프로그램위탁계약을 체결할 때에는 프로그램의 내용 및 개발방법, 대금의 액수 및 지급방법, 저작권의 귀속 등에 관하여 구체적인 내용을 정한 가운데 약정서를 작성하는 것이 보통인데, A회사의 상무이사인 피고가 병에 대하여 수정프로그램의 개발을 위탁할 때에는 그와 같은 약정서가 전혀 작성되지 아니한 점, ②위와 같은 정황은 피고와 병이 친구였기 때문에 가능하였던 것으로 보이는 점, ③A회사는 1991. 10.경 병이 개발한 수정프로그램을 아무런 대가를 지급하지 아니한 채 인도받아 그 무렵부터 1994. 6.경까지 사용하였는데, 병은 약 2년 8개월의 기간 동안 A회사에게 프로그램 개발대금의 지급을 요구하거나 저작권 침해를 주장한 적이 단 한 번도 없는 점, ④그 후 A회사가 원고에게 일체의 영업을 양도함과 아울러 대상사건의 원프로그램과 수정프로그램에 관한 저작권을 양도하기에 이르자, 그때서야 비로소 병이 자신이 수정프로그램의 저작자 및 저작권 보유자라고 주장하면서 그에 관한 권리를 모두 자신의 친구인 피고에게 양도하였다는 취지로 진술하는 점 등의 사정이 엇보이는바, 그와 같은 사정을 종합하여, 당초 A회사와 병 사이에 체결된 수정프로그램의 개발위탁계약은 병이 무상으로 노무를 제공하여 수정프로그램을 개발하고 그에 대한 저작권을 A회사에게 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 포함되어 있었던 것으로 사실을 인정함으로써 구체적 타당성을 달성할 수 있었다는 것이다.³⁴⁵⁾

344) 김동진, supra(주 37), 124-125면.

345) 한편, 위의 견해에 대하여는 다음과 같은 점도 고려하여야 한다고 본다. 프로그램의 개발위탁 당시 A회사와 병 사이에 개발된 프로그램의 저작권을 A회사에 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 포함되어 있었다고 볼 여지는 충분히 있으

(라) 小結

1) 學說의 檢討

위 학설 중 긍정설과 부정설 모두 고용관계에 대하여 업무상 창작의 규정을 적용하는 것에는 다툼이 없고, 위탁개발의 경우에 있어서도 개발자가 독자적인 입장에서 개발을 하는 경우와 같이 그 법적 성격이 순수한 도급에 해당하는 경우에는 업무상 창작의 규정을 적용할 수 없다는 것에도 역시 다툼이 없다. 다만, 그 계약형태가 고용관계가 아닌 각종의 노무공급계약, 특히 위탁개발의 경우 그 개발자에 대하여 실질적으로 지휘·감독하는 경우는 위 업무상 창작에 관한 규정에서의 ‘업무에 종사하는 자’에 해당하는지 여부 대하여 기본적으로 다툼이 있는 것이다.³⁴⁶⁾

업무상 창작에 관한 법 제5조가 기본적으로 고용관계를 상정하여 마련된 규정이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 또한 법 제5조가 창작자원칙의 중대한 예외규정으로서 우리 법제가 업무상 창작에 대해 단순히 사용자에게 프로그램저작재산권만을 양도할 수 있게 한 것이 아니라 사용자가 저작자의 지위에 서서 저작재산권 및 저작인격권 모두를 원시적으로 취득할 수 있도록 한 반면 피용자에게는 아무런 권리가 주어지지 않도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 법 제5조의 적용 범위를 확대하는 것에는 신중한 접근이

나, 그 합의의 의미는 앞서 검토한 바와 같이 병에게 귀속된 프로그램저작권을 A회사에 양도하는 취지로 이해되어야 할 것이고, 그 경우 A회사 및 원고가 프로그램저작권의 이전을 등록하지 않고 있는 한 제3자에게 대항할 수 없을 것이다(법 제26조 제1항). 물론 병과 피고가 친구 사이인 점, 피고가 개발위탁 당시 A회사의 상무이사로서 개발된 프로그램의 권리 귀속에 관하여 상세히 알고 있었던 점 등을 고려하면 병과 피고 사이에 저작권을 이전하기로 한 합의가 반사회적 법률행위(민법 제103조)에 해당하여 무효로 평가될 수 있고 이 경우 피고는 등록의 흠결을 주장하는 데 정당한 이익을 가진 제3자에 해당되지 않을 것으로 판단된다.[송상현 외 인, supra(주 14), 180면 참조.]

346) 황찬현, supra(주 16), 906면 참조.

필요할 것이다. 이러한 점에서 부정설은 그 타당성을 찾을 수 있을 것이다. 다만, 어느 견해가 타당할 지 결정함에 있어 다음과 같은 점이 충분히 고려되어야 할 것이다.

우선, 컴퓨터프로그램의 성질에 관하여 본다. 일반 저작물의 경우는 재산적 요소 뿐만 아니라 인격적 요소의 결합이 강한 것임에 반하여, 컴퓨터프로그램은 재산적 요소가 아주 강하고 인격적 요소는 희소하여 그 결합이 희박하여 산업재산재적 성격이 강하다. 또한 대부분의 프로그램은 한번 완성된 후에도 부단한 버전업이 필수적인 이른바 ‘繼續的 改良性’을 본질적인 특성으로 하고 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 위탁자로서는 당해 컴퓨터프로그램의 개발을 위하여 다액의 자본을 투자하고 전체적인 기획을 한 후 개발된 컴퓨터프로그램의 자유로운 補修·改善을 위하여 그 컴퓨터프로그램에 대한 모든 권리를 원시적으로 취득하여야 할 필요성이 크다고 할 수 있다. 반면, 문예저작물의 저작자가 자신의 저작물에 대해 갖는 정신적 애착과 비교할 때 인격적 요소가 희박한 컴퓨터프로그램의 개발자로서는 당해 컴퓨터프로그램에 대하여 갖는 정신적 애착은 매우 적을 것이다. 또한 위탁개발된 프로그램의 대부분이 위탁자의 개인적 사용을 위한 개별 소프트웨어에 해당하기 때문에 개발자로서는 위탁받은 프로그램을 개발하여 납품한 후 그로 인한 보수를 지급받는 외³⁴⁷⁾에 별도로 그 저작권을 보유하여 상업적으로 이용할 가능성이 상대적으로 적을 것이어서 개발자에게 프로그램저작권을 원시적으로 박탈한다고 하여 그가 입을 재산적 손해는 상대적으로 적다고 할 것이다. 이와 같은 컴퓨터프로그램의 특성과 그에 따른 위탁자와 개발자 사이의 이익교량의 측면을 비교하여 볼 때 컴퓨터프로그램에 대하여

347) Id., 907면 참조.

는 법 제5조의 적용 범위를 엄격한 의미의 고용관계에 국한할 수는 없다고 본다.

또한, 프로그램 창작의 현실에 관하여 본다. 오늘날 타인의 노무를 이용하는 계약 형태가 다양화되고 있으며, 이는 컴퓨터프로그램의 창작에 있어서 두드러지게 나타난다. 규모가 큰 기업이나 혹은 프로그램 개발을 전문하는 기업의 경우에는 전문 프로그래머와 정식으로 고용계약을 맺고 프로그램을 개발할 수 있으나, 그 이외의 대부분의 기업에서는 비용 및 인력 등의 문제로 전문 프로그래머를 상시적으로 고용할 수는 없고 프로젝트 건별로 전문 프로그램개발업자에게 프로그램 개발을 위탁하는 일종의 ‘外注開發’ 형태를 취하는 것이 일반적이다.³⁴⁸⁾ 이와 같은 현실을 고려할 때 업무상 창작의 성립에 있어 고용계약 또는 근로계약의 존재를 필수적으로 요구하게 된다면, 해당 프로그램의 이용에 대하여 중대한 이해관계를 가지고 있는 사용자의 이익을 부당히 침해하는 결과를 낳을 수 있다.

사용자가 업무상 창작한 프로그램의 저작자로 될 필요성은 지극히 형식적인 고용관계로부터 생기는 것이 아니고, 당해 프로그램의 창작을 위하여 고용관계에서 생기는 것과 같은 실질적인 지휘·명령관계에 있다면 그것으로 충분하다고 할 것이다. 법 제5조에서 창작자원칙의 예외를 인정하여 사용자에게 저작권이 귀속되도록 한 근거는, 형식적인 고용계약의 존재 자체가 아니라 그 실질에 있어 사용자의 지휘·감독을 받아 창작에 종사하였다는 피용자의 종속적인 지위에서 찾아야 할 것이다. 이러한 점에서 긍정설이 타당하다고 생각한다.³⁴⁹⁾

348) 신각철, supra(주 181), 44면 참조.

349) 물론, 이와 같이 해석할 경우 문제점도 적지 않다. 우선, 법 제5조가 창작자원칙의 예외로 가급적 엄격히 해석해야 할 필요성이 있는데, 위와 같이 해석할 경우 적용범위가 확장되게 된다는 문제가 있다. 특히 프로그램위탁개발에 있어서는 위탁자

한편, 주문자가 전적으로 컴퓨터프로그램에 대한 기획을 하여 개발업자에게 개발을 위탁하고, 개발업자는 당해 프로그램을 오직 주문자만을 위하여 개발·납품한 경우 업무상 창작에 관한 규정을 준용한다는 견해에 대하여 살펴보면, 위 견해에서 준용의 근거로 제시된 요소들을 살펴보면 통상적인 프로그램 위탁개발계약에서 일반적으로 나타나는 요소들로서 이를 준용의 근거로 삼을 경우 실질적 의미의 도급에 있어서도 업무상 창작 규정을 준용할 수 있다는 결론에 이르게 되어 지나치게 위탁자측의 이익에 치우쳐 있다는 비판을 면하기 어렵다.

2) 具體的인 範圍

공정설에 따를 경우 고용관계에 준할 정도의 실질적 지휘·명령관계의 인정 여부가 중요한 문제로 부각될 것이다. 이 점에 관하여 미국 판례의 기준은 참고할 만하다. 미국 연방대법원의 Community for Creative

와 개발자 사이에 사전에 저작권 양도 합의를 하는 것이 일반적인데, 후술하는 프로그램저작인격권의 양도가능성 논의에서 공정설을 취할 경우 위탁자는 프로그램저작권(인격권 포함)을 승계취득할 수 있게 되어 프로그램 이용에 필수적인 개편을 제한 없이 할 수 있게 되므로 굳이 이와 같이 적용범위를 확장할 필요가 없다는 지적이 있을 수 있다. 또한 앞서 본 미국 판례에서 적절히 지적된 바와 같이 실질적인 지휘·감독이라는 접근방법을 채택할 경우 업무상 창작의 요건에 대한 분석이 매 사건에 있어서 너무 사실 면에 치중해 버리게 되어 거래당사자로서는 법률적 결론을 예측하기 어렵게 된다는 점이다.

하지만, 위탁저작물에 대하여 일정한 요건 하에 고용저작물로 볼 수 있도록 별도의 규정을 마련한 미국 저작권법(제101조 제2항)과 법률관계를 한정하지 않고 포괄적으로 ‘법인 등의 업무 등에 종사하는 자’라고 규정한 우리 법을 동일선상에 놓고 비교할 수는 없다고 본다. 한편 적용범위를 엄격히 해석할 필요성이 있는 것은 사실이지만, 그것은 실질적인 지휘·명령관계의 의미를 고용관계의 그것에 준할 정도로 엄격히 해석함으로써 충분히 달성될 수 있을 것이다. 또한 프로그램위탁개발에 있어서도 구체적인 저작권 합의가 이루어지지 않은 경우도 있고, 설령 그러한 합의가 있다 할지라도 저작권 이전 사실을 등록하지 않는 한 제3자에게 대항할 수 없어(법 제26조) 이러한 이전 사실을 모르고 개발자로부터 프로그램을 양도받아 먼저 등록한 제3자에게 대항할 수 없다는 문제가 발생할 수도 있을 것이어서 위탁자가 일정한 요건 하에 저작권을 원시취득하도록 해석하는 것은 여전히 실익이 있다고 생각한다.

Non-Violence v. Reid 판결을 통해 피용자와 독립계약자를 구별하는 기준으로 ①요구되는 기술 수준, ②사용되는 기구 및 설비의 조달 주체, ③작업장의 위치, ④당사자 사이의 거래관계가 지속적인지 일회적인지 여부, ⑤고용자 측이 추가적으로 일을 맡길 수 있는 권리의 보유 여부, ⑥피용자 측이 작업 시간 및 기간을 결정할 수 범위, ⑦보수의 지급방식, ⑧작업보조자의 채용 및 보수 지급에 있어 고용자 측의 역할, ⑨그 작업이 고용자 측의 통상 업무 범위에 속하는지 여부, ⑩고용자 측이 영업 중인지 여부, ⑪복리후생의 제공, ⑫고용에 따른 세금 처리 등을 열거하고 있다.³⁵⁰⁾ 이후 Aymes v. Bonelli 판결은 위 요소들 모두가 동일한 가치를 갖는다는 것은 아니라고 전제하면서 보다 중요한 요소로 ①고용자측의 창작의 방법 및 수단에 대한 통제권, ②요구되는 기술 수준, ③복리후생의 제공, ④고용에 따른 세금 처리, ⑤고용자 측이 추가적으로 일을 맡기는 권리의 보유 여부를 제시하였다. 이러한 요소들은 고용관계의 진정한 성격을 고도로 증명하는 것이기 때문에 다른 요소들에 비해 보다 중요하게 평가되어야 한다고 하였다.³⁵¹⁾

우리 법의 해석에 있어 고용관계에 준하는 실질적 지휘·명령관계의 범위를 정함에 있어 미국 판례의 기준을 그대로 원용하는 것은 타당하지 않다. 미국 저작권법의 경우는 고용저작물이 성립하는 두 가지 형태 즉, 피용자(employee)에 의한 방식과 독립계약자(independent contractor)에 의한 방식을 준별하여 그 요건을 달리 규정하여 있고 판례 역시 이러한 규정 태도를 충실하게 해석하고 있는 반면, 우리 법은 업무상 창작에 관하여 단순히 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’가 창작한 프로그램이라고 규정함으로써 위탁개발된 프로그램의 경우의 저작권 귀속에 대하여는 침묵하고 있기 때문이

350) Michael D. Scott, *supra*(주 82), §3.15[A] 76면 참조.

351) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra*(주 74), §5.03[B] 30면 참조.

다. 다만, 구체적인 사안에서 고용관계의 실질 즉 종속적인 지위에서 프로그램을 창작한 것인지 여부를 판단함에 있어 미국 판례에서 제시된 기준을 일응의 기준으로 참고할 수는 있을 것으로 본다.³⁵²⁾ 미국 판례에서 제시된 기준을 참고하여 고용관계의 실질을 판단할 때 중요하게 고려되어야 할 요소들에는 다음과 같은 것들이 있다.

①프로그램의 제작에 요구되는 기술적인 숙련도 및 재량이 발휘될 여지가 높으면 촉탁관계에 가깝고, 그것이 적으면 고용관계에 가깝다. ②작업시간(출퇴근시간 등)이나 작업장소(재택근무 등)를 제작자 스스로 정하면 촉탁관계에 가깝고, 그것을 제작의뢰자가 정하면 고용관계에 가깝다. ③도구의 재료 및 작업보조자의 조달주체가 제작자 자신이면 촉탁관계인 경우가 많고, 위와 같은 도구 등을 제작의뢰자가 조달하여 공급하면 고용관계에 가깝다. ④제작의뢰가 1회에 한하여 끝나면 촉탁관계에 가깝고, 그것이 계속적으로 이루어진다거나 수정작업이 당연히 전제되는 등의 경우에는 고용관계에 가깝다. ⑤보수의 지급방식이 제작을 완료한 후 일괄하여 지급하는 형태이면

352) 이 점과 직접적으로 연관된 것은 아니나, 판례는 근로자가 종속적인 지위에서 노무를 제공하였는 지 여부를 판단할 수 있는 요소들로 다음과 같은 요소를 열거하고 있다. 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결은 ‘근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무 시간과 근무 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.’고 판시하고 있다. 이들 요소들은 상당 부분 미국 판례에서 제시된 것과 일치한다.

촉탁관계에 가깝고, 보수의 지급방식이 원급, 수당 등 정기적인 지급형태를 띠고 있으면 고용관계에 가깝다.

3) 創作的 寄與

프로그램을 창작함에 있어 고용관계에 준할 정도의 실질적인 지휘·명령관계에 해당하지 아니하는 통상적인 위탁개발의 경우, 법 제5조를 적용할 수 없어 그 저작권이 창작자인 개발자에게 속한다고 봄이 상당하다는 것은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 이 경우 위탁자로서는 개발된 프로그램에 대한 저작권을 원시적으로 취득할 수 있는 방안은 전혀 없는 것인가?

컴퓨터프로그램보호법 제2조 제2호는 프로그램저작자에 대해 ‘컴퓨터프로그램을 창작한 자’를 말한다고 정의하고 있다. 이것은 저작권법 제2조 제2호에서 ‘저작자란 저작물을 창작한 자를 말한다.’라고 규정하고 있는 것을 그대로 받은 것이다. 저작물을 창작한 자는 저작물을 실지로 제작한 자 즉 특정한 사상을 창작성 있는 표현으로 구체화한 자를 의미하며, 단순히 저작물의 창작에 동기를 제공한 데 불과한 자나 저작자의 지휘감독에 따라 그의 손발이 되어 작업에 종사하는 보조자는 모두 저작자가 아니다.³⁵³⁾

그런데, 통상적인 프로그램 위탁개발에 있어 위탁자는 프로그램 창작에 있어 동기를 제공한 데 불과하며 이를 창작성 있는 표현으로 구체화한 것은 이를 위탁받은 개발자일 것이다. 다만, 위탁자가 통상적인 위탁의 범위를 넘어서 컴퓨터프로그램 전체에 대한 企劃을 하고, 개발자에 대하여 제작상의 提案·指示를 하고 또한 그러한 기획·제안·지시가 創作的 寄與에 해당할 경우에는 그 정도에 따라 단독으로 창작자가 되거나 혹은 개발자와 공동창작

353) 사법연수원, supra(주 231), 144면; 송영식 외 2인, supra(주 11), 510면 각 참조.

자³⁵⁴⁾로서 원시적으로 컴퓨터프로그램을 취득할 여지가 있을 것이다.³⁵⁵⁾

구체적으로 검토하면 개발비의 부담, 아이디어의 제공,³⁵⁶⁾ 프로그램의 소재·모델의 제공,³⁵⁷⁾ 프로그램 기능의 설명,³⁵⁸⁾ 프로그램의 검사·오류의 발

354) 컴퓨터프로그램보호법 제11조는 ‘2인 이상이 공동으로 창작하고 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 프로그램’을 ‘공동저작프로그램’이라고 하고 그 저작권을 공동으로 창작한 자의 共有로 규정하고 있다. 따라서 공동저작프로그램은 공동의 창작행위가 있고 각 기여부분의 분리가 불가능한 경우 뿐만 아니라 각 기여부분이 분리 할 수는 있지만 현실적으로 그 분리이용이 불가능한 경우에도 성립될 수 있다. 다만, 컴퓨터프로그램보호법은 분리이용이 불가능하다는 점을 근거로 해서 저작권행사와 지분처분 등을 제한하고 있기 때문에, 분리이용이 불가능하다는 것은 단순히 각자의 기여부분이 상호의존적인 정도를 넘어서 경제적으로 분리이용하는 것이 불가능한 경우에 한정된다고 해석해야 할 것이다.[정상조, supra(주 2), 207면 참조.]

355) 엄밀히 볼 때 이는 법 제5조의 적용 문제가 아니라 법 제2조 제2호의 창작자원칙에 대한 해석론이라고 할 수 있다. 즉, 법 제5조는 프로그램을 창작한 자가 고용관계 혹은 고용관계에 준할 정도의 종속적 지위에서 창작을 하였다는 점이 중요할 뿐 고용자 혹은 위탁자가 실제로 프로그램 창작에 있어 창작적 기여를 하였는지 여부는 따지지 않는다. 앞서 검토한 일본 하급심 판례에서 위탁자에게 일정한 경우 단독저작자 혹은 공동저작자를 인정하게 된 것도 위탁자에게 창작적 기여를 인정하였기 때문으로 이해할 수 있다. 또한 Community for Creative Non-Violence v. Reid 사건에서 자신이 위 조각상의 배타적 저작권자라는 취지의 피고 Reid의 주장에 대하여 ①조각상에 대한 CCNV의 착상은 독창적이었고, ②CCNV의 회원들이 단지 Reid의 창작활동을 승인한 것에 그치지 않고 그의 표현을 지도하고 작업의 진척과정을 구체적으로 감시하였던 점을 들어 이 조각상은 CCNV와 Reid의 공동저작물로 볼 여지가 있다고 판단하였던 점도 위와 같은 맥락에서 이해될 수 있다.[Michael D. Scott, supra(주 82), §3.16 81면 참조.]

356) Ashton-Tate Corp. v. Ross, 916 F. 2d 516, 521 (9th Cir. 1990) 판결에서는 저작물의 창작에 있어 단지 아이디어만을 제공하였을 뿐, 그 아이디어를 표현으로 구체화하지 않았다면, 그 저작물에 대한 저작자가 아니라고 판시하였다.(Id., 80면 참조.)

357) Philip Ahn v. Midway Manufacturing 판결에서는 원고가 Mortal Kombat 게임의 모델을 제공해준 경우 원고의 퍼블리시티權의 침해 여부가 문제될 수는 있어도 원고가 동 게임프로그램의 공동저작자로 될 수는 없다고 판시한 바 있다.[정상조, supra(주 2), 208면 참조.]

358) Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., 609 F. Supp. 1307, 1318-19 (E.D.Pa. 1985), aff'd, 797 F. 2d 1222 (3d Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1031 (1987) 판결에서, ‘저작자의 정보 축적에 기여하고 일반적인 조언을 하였다는 사실만으로 그가 공동저작자가 되는 것은 아니다. 이는 마치 건물주가 건축가에게 건물의 모양과 기능을 설명하는 것과 같다. 아무리 건물주의 설명이 상세하였다 하더라도, 건축설계도는 건물주에 의해 공동창작된 것이 아니다.’라고 판시하였다.[Michael D. Scott, supra(주 82), §3.16 80면 참조.] 동 사안은 사업용 프로

견³⁵⁹⁾ 등은 컴퓨터프로그램보호법상의 창작적 기여에 해당한다고 보기 어렵다고 할 것이다.

다만, 위탁자가 구체적인 제품사양을 정하고, 제작과정에 있어서도 수차 생기는 기능상의 문제에 대처하며, 필요한 지시 및 결정을 행하여 프로그램의 완성을 유도한 경우에 있어서는 그 구체적인 내용이 창작적 기여에 해당하는 경우가 있을 수 있으며,³⁶⁰⁾ 이 때는 그 기여의 정도에 따라 단독창작자 혹은 공동창작자가 될 수 있을 것이다.³⁶¹⁾

다. 컴퓨터프로그램著作權의 承繼取得

(1) 序言

위탁자가 개발자에게 개발을 위탁하여 완성된 컴퓨터프로그램에 대하여 그 저작권을 원시적으로 취득할 수 없다면, 개발자가 그 저작권을 원시적으로 취득한 다음 위탁자가 이를 讓受받는 方案을 강구할 수 있다. 여기서 다음의 두 가지 점이 문제된다.

첫째, 위탁자와 개발자 사이에 프로그램 위탁개발계약을 체결함에 있어 당해 프로그램의 저작권을 위탁자가 ‘原始取得’하는 것으로 약정한 경우의 효력은 어떠한가 하는 점이다. 둘째, 저작인격권에 관한 문제이다. 즉, 컴퓨터

그램의 개발을 부탁하면서 자신의 사업방식과 컴퓨터에 의해서 자동화되어야 할 업무 그리고 나아가서 컴퓨터 화면상의 양식이나 용어 등에 대해서까지 조언을 해준 경우에도 문제된 프로그램의 코드 작성을 함께 수행한 것이 아닌 한 창작적인 기여가 없는 것이기 때문에 공동저작자로서 저작권을 취득한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 동 사안은 프로그램저작권 침해에 관한 ‘실질적인 유사성’ 여부를 판단하는 기준에 관하여서도 중요한 판시를 하고 있다. 자세한 내용은 사법연수원, *supra* (주 231), 139-140면 참조.

359) 정상조, *supra*(주 2), 208면 참조.

360) *Geshwind v. Garrick*, 734 F. Supp. 644, 650-51 (S.D.N.Y. 1990).

361) 공동저작프로그램에 관한 자세한 내용은 정상조, *supra*(주 2), 206-233면 참조.

프로그램보호법은 저작자의 저작인격권을 인정하고 있고, 저작권법은 저작인격권의 일신전속성을 규정하고 있으므로 위탁창작된 프로그램의 저작권 일체를 특약에 따라 위탁자에게 양도하는 경우에도 저작인격권은 수탁자에게 남아있다고 주장할 여지가 있고, 이러한 경우 위탁자로서는 수탁자가 가지는 프로그램의 동일성유지권 때문에 그의 동의 없이는 프로그램을 개량할 수 없다는 문제가 발생하게 된다.³⁶²⁾³⁶³⁾

(2) ‘原始取得’ 約定의 效力

컴퓨터프로그램의 위탁개발의 경우 그 계약서상 ‘著作權은 甲의 所有로 한다.’로 정하여진 경우를 자주 발견할 수 있다.³⁶⁴⁾ 이러한 계약에 있어서 당사자들의 의사표시의 목적은 위탁개발계약과정에서 생기는 컴퓨터프로그램에 대한 모든 권리를 위탁자인 甲에게 所有者에 準하는 정도의 지위를 귀속시키고자 하는 것으로 보인다. 다시 말하면 위탁자에게 위탁개발된 컴퓨터프로그램에 관한 저작권을 원시적 또는 승계적으로 귀속시키겠다는 의미로 보인다.

이에 대하여 미국 저작권법 제101조 제2항은 ‘집합저작물에의 기여분, 영화 기타 시청각 저작물의 일부, 번역, 보조적 저작물, 편집물, 교과서, 시험,

362) 오승중·이혜완, supra(주 8), 648-649면 참조.

363) 위탁개발된 컴퓨터프로그램의 저작인격권에 관한 이러한 문제점을 해결할 수 있는 해석론으로는 크게 ①프로그램보호법 제5조 소정의 ‘업무상 창작’의 범위에 위탁개발의 경우도 포함하는 방법[이러한 방법론으로 송상현 외 2인, supra(주 14), 128면에서는 위탁창작의 법적 성격은 도급으로서 민법상 도급규정이 적용되는데 수급인의 보수지급에 관하여서는 민법상 고용규정을 준용하고 있는 점(제665조 제2항)에 비추어 프로그램보호법 제5조의 ‘업무에 종사하는 자’의 범위에 수급인이 포함되는 것으로 유추해석할 수 있다는 견해를 제시하고 있다.], ②프로그램보호법 제14조의 프로그램저작권의 양도 시에 인격권도 한꺼번에 양도된다고 보는 방법, ③프로그램보호법 제10조 제3호를 확장해석하여 동일성유지권을 대폭 제한하는 방법이 있다.

364) 여기서 ‘甲’은 통상 위탁자를 지칭하며, 개발자를 ‘乙’이라고 칭하는 것이 일반적인 관례이다.[황찬현, supra(주 16), 909면 참조.]

시험의 해답자료 또는 도표집으로 사용되도록 특별히 주문(order)이나 위탁(commission)을 받은 것으로서, 당사자들이 그 저작물을 고용저작물로 간주한다고 문서에 의하여 명시적으로 합의한 경우의 저작물(제2항)'을 고용저작물의 범주에 포함하면서 그 경우 저작자는 주문자(위탁자)가 된다고 명시하고 있다.(제201조)

이와 같은 명시적인 특칙규정이 없는 우리 법의 해석상으로는 법 제5조가 적용되는 경우나 위탁자에게 창작적 기여가 인정되어 그를 창작자로 볼 수 있는 특수한 경우를 제외하고는 창작자원칙에 따라 개발자에게 저작권이 원시적으로 귀속되는 것이고, 당사자 사이의 약정으로 그 저작권을 원시적으로 창작자가 아닌 위탁자에게 귀속시키는 약정은 그 효력이 없으며, 다만 개발자에게 원시적으로 귀속된 저작권이 위탁자에게 양도된다는 의미의 약정으로 해석함이 상당하다 할 것이다.³⁶⁵⁾

판례 역시 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결³⁶⁶⁾에서 창작자원칙을 규정한 저작권법 제2조 제2호는 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이라고 할 것이므로 당사자 사이의 계약에 의하여 실제로 제작하지 아니한 자를 저작자로 할 수는 없다고 판시하였고, 서울고등법원 1996. 10. 11. 선고 96나1353 판결³⁶⁷⁾ 역시 위탁개발된 컴퓨터프로그램의 저작권을 반분하기로 한 당사자 사이의 약정에 대하여 '원래 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램에 대한 저작권은 프로그램을 창작한 저작자에게 속하도록 되어 있고 이는 당사자간의 약정으로도 변경할 수 없으므로 원고와 피고간의 위 약정은 피고가 가지고 있는 컴퓨터프로그램에 대한 저작권 중 2

365) 송상현 외 2인, supra(주 14), 127면; 황찬현, supra(주 16), 910면.

366) 법원공보 제938호 598면 이하. <http://www.pdmc.or.kr> 참조.

367) 컴퓨터프로그램심의조정위원회, supra(주 337), 77-88면 참조.

분의 1지분을 원고에게 양도하기로 약정한 것이라고 볼 것'이라고 판시하였다.

(3) 컴퓨터프로그램著作人格權의 讓渡

(가) 問題의 所在

컴퓨터프로그램저작권은 컴퓨터프로그램저작재산권과 컴퓨터프로그램저작인격권으로 나눌 수 있다. 이 중 컴퓨터프로그램저작재산권은 일반적인 재산권의 일종으로서 양도의 대상이 됨에는 의문의 여지가 없다. 반면 전통적인 견해³⁶⁸⁾에 의할 때 컴퓨터프로그램저작인격권³⁶⁹⁾은 창작자의 一身에 專屬하며 양도의 대상이 되지 않는다. 따라서 컴퓨터프로그램의 위탁개발에 있어 원칙적으로 컴퓨터프로그램의 창작자는 개발자이며, 그 컴퓨터프로그램의 저작인격권은 원시적으로 창작자인 개발자에게 귀속된다고 함이 논리적인 귀결이 될 것이다.

이렇게 되면 위탁자가 개발자로부터 프로그램저작권을 양수받더라도 프로그램의 동일성유지권 때문에 위탁자는 개발자의 동의 없이 프로그램을 개량할 수 없게 되며, 개발자가 동의하지 않거나 그의 소재가 불명인 경우 곤란한 처지에 빠지게 된다.³⁷⁰⁾ 따라서 컴퓨터프로그램저작인격권에 대하여 일신전속성을 부인할 수 있을 것인지를 검토할 필요가 있다.

(나) 學說

368) 이상정, “同一性維持權에 관한 一考”, 저스티스 제34권 제2호(2001. 4.), 86면 참조.

369) 우리 법이 인정하는 프로그램저작인격권에는 공표권(제8조), 성명표시권(제9조), 동일성유지권(제10조)이 있다.

370) 송상현 외 2인, supra(주 14), 127면 참조.

컴퓨터프로그램저작인격권에 관하여 일신전속성을 인정할 것인지에 대하여 견해의 대립이 있다.

1) 肯定說

컴퓨터프로그램저작인격권은 프로그램저작자의 일신에 전속하는 것으로서 양도의 대상이 되지 않으며, 설사 개발자와 위탁자 사이에 프로그램저작권을 양도한다고 합의하더라도 저작인격권은 창작자에게 계속 남게 된다는 입장이다.

그 근거로 ①우리 저작권법은 기본적으로 저작권 이원론의 입장을 취하여 저작권의 양도에 있어 저작재산권은 양도할 수 있지만 저작인격권은 일신전속적인 권리로 양도할 수 없다고 하여 구별하고 있다는 점,³⁷¹⁾ ②저작권법 제14조에서는 ‘저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.’고 규정하고 있다는 점, ③컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 특별법으로서 프로그램도 기본적으로 저작권법상의 저작물로 보아 저작권적 보호를 하고 있으므로 컴퓨터프로그램보호법에 명문으로 적용을 배제하지 않는 이상 저작권법의 규정이 적용되어야 한다는 점, ④컴퓨터프로그램보호법 제45조에서도 ‘이 법에 규정하고 있는 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다.’고 규정하고 있는 점에 비추어 프로그램에 관하여 저작권법 제14조가 적용되어야 한다는 점 등을 들고 있다.³⁷²⁾

그런데, 프로그램저작인격권의 양도가능성에 대하여 부정적인 입장을 취하

371) 저작인격권과 저작재산권을 일체의 권리로 볼 것인가, 독립한 권리로 볼 것인가에 따라 저작권 일원론과 저작권 이원론을 나눌 때, 우리 저작권법은 기본적으로 저작권 이원론의 입장을 취하고 있다. 저작권 일원론과 저작권 이원론에 관한 자세한 내용은 송영식 외 2인, supra(주 11), 516-517면 참조.

372) 임준호, supra(주 132), 491-492면.

는 견해 중에도, 그 내용의 하나인 동일성유지권의 포기가능성에 대하여는 긍정적인 입장을 취하는 견해가 있다. 이 견해는 프로그램은 특정한 기능을 수행하는 데 그 의미가 있는 기능적 저작물이므로³⁷³⁾ 기술발달에 따라 끊임없이 개량되는 특성을 가지고 있어 개량은 프로그램의 본질적 속성이라고 볼 수 있고, 또 프로그램의 경우는 학문적, 예술적 작품과 같이 인격적 이익을 엄격하게 보호할 필요가 없다고 한다. 따라서 위탁개발프로그램의 경우 업무상 창작에 해당하는 경우를 제외하고는 원칙적으로 개발자가 프로그램저작권을 원시취득한 후 이를 위탁자에게 전부 양도하는 구조를 취하게 되는데, 그러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위탁자가 자유로이 프로그램을 개량할 수 있도록 허락한 것이며 따라서 프로그램의 동일성유지권을 포기한 것으로 해석하여야 한다는 주장이다.³⁷⁴⁾

2) 否定說

373) 저작물은 그것이 목적으로 하고 있는 바에 따라 文藝的 著作物과 機能的 著作物로 분류할 수 있다. 양자를 구별하는 실익은, 기능적 저작물의 경우 그 창작성이 요구되는 부분, 즉 보호범위가 일반적인 문예저작물과 다르다는 데 있다. 기능적 저작물은 그것이 목적으로 하는 기능을 수행하기 위하여 표준적인 용어와 개념을 사용하여야 하고 아울러 다른 사람들이 쉽게 알 수 있는 해설방식을 사용하여야 한다. 따라서 그 표현방식은 상당히 제한될 수 밖에 없고, 그에 내재된 보호받지 못하는 요소들, 예컨대 개념이나 방법·해법, 작업과정 등 아이디어와 표현이 밀접하게 연관되기 마련이다. 그 결과 보호받아서 안 되는 아이디어가 보호되는 일이 없도록 저작권의 보호범위를 제한적으로 해석할 수 밖에 없다. 이러한 측면에서 아이디어·표현이분법은 문예저작물에 있어서 저작권 침해 여부를 판정하는 데에서 확립된 원리인데, 이를 컴퓨터프로그램에 직접적으로 적용하는 것은 부당하다는 견해가 있다. [Dennis S. Karjara, "Copyright, Computer Software and the New Protection", 28 Jurimetrics Journal of Law(1987), 33면.] 한편, 기능적 저작물의 특성 및 창작성 인정 범위와 관련한 자세한 내용은 사법연수원, supra(주 231), 94-100면; 오승중, supra(주 239), 785-792면; 이원형, "컴퓨터 프로그램의 '非文字的 要素'의 法的 保護問題에 관한 考察", 창작과 권리 제17호(1999. 겨울호), 36면 이하 각 참조.

374) 임준호, supra(주 132), 496-497면.

컴퓨터프로그램저작인격권은 프로그램저작자의 일신에 전속하지 않고 양도의 대상이 되며, 개발자와 위탁자 사이에 프로그램저작권을 양도한다고 합의하는 경우 저작권재산권 뿐 아니라 저작인격권도 위탁자에게 양도된다는 입장이다.

그 근거로 ①프로그램은 문학 및 예술작품 등에 비하여 인격적 이익과 관련성이 약하다는 점, ②동일성유지권을 포함한 저작인격권에 대하여 저작자의 일신전속성을 인정하는 것은 잦은 개량을 필요로 하는 프로그램의 특성과 맞지 않다는 점, ③컴퓨터프로그램보호법이 저작권법에 규정된 사항도 중복하여 자세히 규정하는 방식을 취하면서도 특별히 저작인격권의 일신전속성만 제외한 것은 입법자의 의사도 프로그램저작인격권의 일신전속성을 배제하려는 취지였던 것으로 보이고, 그것은 실제로 컴퓨터프로그램보호법의 시안에 일신전속성에 관한 규정이 들어있었다가 최종안에서 삭제된 사실³⁷⁵⁾에 있어서도 뒷받침되고 있는 점, ④저작권법상 저작권양도에 관한 조항은 법문에서 ‘저작권재산권’으로 분명히 제한하고 있음(제41조 제1항)에 반하여 컴퓨터프로그램보호법에서는 ‘프로그램저작권’이라는 용어를 사용(제15조 제1항)하여 서로 다른 규정을 하고 있다는 점을 들고 있다.³⁷⁶⁾

(다) 檢討

컴퓨터프로그램저작인격권에 대하여 일신전속성을 인정할 것인가 하는 문제를 논함에 있어 다음과 같은 점이 충분히 고려되어야 할 것이다.

첫째, 컴퓨터프로그램의 성질과 관련하여 본다. 컴퓨터프로그램이 기본적

375) 황찬현, supra(주 16), 912면 참조.

376) 김문환, supra(주 15), 8면; 송상현 외 2인, supra(주 14), 131면; 오승종·이혜완, supra(주 8), 642면.

으로 저작권법 보호의 사정범위 내에 위치하고 있으나, 그 성질상 산업재산권적 측면이 강하다고 할 것이다.³⁷⁷⁾ 그런데 산업재산권에 해당하는 특허권 등은 완전한 의미의 양도성이 인정되고 있다.³⁷⁸⁾ 따라서 컴퓨터프로그램이 인격적 요소를 가지고 있으나, 이는 재산적 요소에 비하여 희박하며, 근본적으로 산업재산권적 성격이 강하므로 인격적 요소를 고려하여 저작인격권을 인정하더라도 본질적인 요소인 재산적 요소를 감안하여 양도가능성을 인정할 수 있도록 컴퓨터프로그램저작인격권에 대하여 일신전속성을 부인한다고 하여도 컴퓨터프로그램의 특성에 어긋난다고 볼 수 없다.³⁷⁹⁾

둘째, 입법정책과 관련하여 본다. 컴퓨터프로그램저작인격권에 대하여 어떠한 범위까지 보호할 것인가 하는 문제는 논리필연적인 것이 아니라 입법정책의 문제라고 할 수 있다.³⁸⁰⁾ 부정설에서 적절히 지적한 바와 같이 일신

377) 오승중, *supra*(주 239), 792면에서는 이러한 점을 들어 컴퓨터프로그램은 ‘準産業財産權’적 성격을 갖고 있다고 하여 특허권으로 대표되는 산업재산권과 저작권법으로 대표되는 비산업재산권의 중간 지대에 위치하고 있다고 기술하고 있다.

378) 특허법 제99조 등.

379) 컴퓨터프로그램에 대하여 저작권법적 보호를 인정한 것은 기존의 법제 중 다른 법보다 비교우위에 있어 이를 택한 데 불과하고 결코 최선의 보호 방법은 아니라고 생각한다. 따라서 컴퓨터프로그램의 특성을 제대로 반영하지 않고 일반 저작물에 적용되는 저작권법상의 원리를 거의 대부분 컴퓨터프로그램에 대하여 적용하는 현행법의 태도는 재고되어야 할 것이다. 저작권법이 산업재산권법에 대하여 갖는 특징은 크게 보아 ①저작권은 아이디어가 아닌 표현을 보호한다는 점, ②창작성의 인정이 산업재산권에 비해 아주 낮은 수준으로 인정된다는 점, ③권리의 보호가 아주 쉽고 간편하게 이루어진다는 점, ④권리의 보호범위가 아주 광범위하다는 점 등을 들 수 있다.[오승중, *supra*(주 239), 794면] 궁극적으로 컴퓨터프로그램에 관하여는 산업재산권적 성격을 감안하여 창작성의 인정 여부를 좀 더 엄격히 심사하고, 등록 등 공시절차를 강화하며, 보호 기간을 좀 더 단축하는 방향으로 보호 방식을 바꾸어 나아가야 한다고 생각한다.

380) 저작인격권에 대한 보호는 각 나라마다 상이하다. 영미법계 국가의 경우 종래에 저작인격권의 개념을 인정하지 않았으나, 최근 국제적 추세에 따라 입법화(1988년 영국 저작권법, 1990년 미국 저작권법 등)하고 있다. 다만, 그 대상 저작물이 제한적(미국 저작권법 제106조의 A)일 뿐 아니라 서면에 의한 저작인격권의 포기(영국 저작권법 제87조)를 인정하고 컴퓨터프로그램에 관하여는 적용이 제외(영국 저작권법 제82조)되는 등 그 보호 범위가 제한적이다. 한편, 대륙법계 국가의 경우도 영미법계 국가에 비해 상대적으로 저작인격권의 보호 범위가 넓으나, 구체적인 보호 범위는

전속성에 관한 규정이 삭제된 점과 저작권법과 달리 컴퓨터프로그램저작권의 양도에 관하여 그 재산권과 인격권을 구별하고 있지 아니하는 점을 놓고 보면 입법자의 의도는 일반 저작물과는 달리 컴퓨터프로그램저작권에 관하여 일신전속성을 부인하고자 하는 취지라고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.³⁸¹⁾

셋째, 이익교량의 측면에서 본다. 위탁자가 컴퓨터프로그램저작재산권을 위탁개발하여 인수받아 개발자인 수급인이 아닌 자로 하여금 컴퓨터프로그램을 유지·보수하고자 하는 경우에 그 때마다 개발자인 수급인으로부터 개변에 대한 허락을 받아야 한다고 하면 위탁자인 도급인인 이를 위하여 수급인에게 별도의 금원을 지급하는 등 추가적인 비용이 발생하게 될 것이고, 만일 수급인의 소재가 불명인 경우는 곤란한 처지에 빠지게 된다. 반면, 개발자인 수급인이 당해 프로그램에 관하여 갖는 인격적 이익은 프로그램의 속성상 희박하다고 할 것이다. 이러한 이해관계의 상황 하에서 보면, 컴퓨터프로그램저작권에 관하여 일신전속성을 인정하지 아니하는 것이 도리어 위탁자와 개발자 사이의 이익교량에 합당하다고 생각된다.³⁸²⁾

결론적으로 컴퓨터프로그램의 경우는 일반 저작물과 달리 저작권의 일신전속성을 부인하는 것이 타당하며, 결국 개발자가 위탁개발된 컴퓨터프로그램에 대한 저작권권을 원시취득한 경우 개발계약체결 당시나 개발 이후의 약정에 의하여 이를 위탁자에게 유효하게 양도할 수 있다고 할 것이다.

각 나라마다 상이하다.[송영식 외 2인, supra(주 11), 519면 참조.]

381) 황찬현, supra(주 16), 913면 참조.

382) Id., 914면 참조.

第6章 結論

1. 立法論

지금까지 업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작권 귀속을 둘러싼 여러 가지 문제에 대해 살펴보았다. 글을 마무리하면서 종래 법 제5조와 관련하여 제기되어 온 입법론을 소개하고 이에 관하여 검토하고자 한다.

첫째, 요건 면에서 법 제5조는 ‘사용자의 기획 하에’ 그리고 ‘업무상 창작한 프로그램’이라고 규정하고 있는데, 이는 오히려 ‘사용자의 기획 하에’ 또는 ‘업무상 창작한 프로그램’이라고 표현하는 것이 타당하다는 입법론이 있다. 즉, ‘사용자의 기획’을 고용관계에서 발생하는 사용자의 지시권에 기인하는 것으로 본다면, 종업원은 원래 그의 업무범위에 속하지 않는 것이라 하더라도 일정한 범위를 벗어나지 않는 사용자의 지시, 예컨대 원래 고용관계에서 정해져 있지 않은 다른 저작물을 창작하라는 사용자의 지시에 따라야 하며, 이 경우 그의 업무범위는 그의 창작행위와 동시에 묵시적으로 확대된 것으로 보아야 한다는 것이다. 이 견해는 ‘컴퓨터프로그램이 근로자(Arbeitnehmer)에 의하여 자신의 임무를 이행하기 위하여 또는 사용주의 지시를 받아 어떤 컴퓨터프로그램을 작성한 경우 사용주는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 해당 프로그램에 대한 모든 재산권적 권한을 배타적으로 행사할 수 있다.’고 한 독일 저작권법 제69조의 b 규정을 참고한 것으로 판단된다.³⁸³⁾

둘째, 효과 면에서 법 제5조는 업무상 창작이 성립되는 경우 사용자가 저작자의 지위에 서서 저작재산권 및 저작인격권을 원시적으로 취득하도록 규

383) 안효질, *supra*(주 60), 35면.

정하고 있는데, 저작권권은 실제의 창작자에게 남아 있는 것으로 하는 것이 타당하다는 입법론이 있다. 즉, 프로그램저작물과 인격적 관계가 없는 법인 등에게 저작권권을 귀속시키는 것은 법인 등으로 하여금 현실적으로 창작한 창작자의 의사와 달리 저작물의 동일성을 해하도록 내용을 변경할 수 있도록 허용하는 것이 되므로 타당하지 않다는 것이다. 1991년 유럽공동체 각료 이사회의 ‘컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 이사회 지침’ 제2조 제3항에 의하면 ‘종업원이 컴퓨터프로그램을 사용자의 지시에 따르거나 자신의 의무를 수행함에 따라 창작한 경우에는 계약상 달리 정하지 않는 한 사용자에게 프로그램에 관한 저작재산권이 배타적으로 귀속된다.’고 규정하고 있는 바 위 견해는 위 지침과 같이 저작재산권만이 사용자에게 귀속하도록 하는 것이 입법론적으로 타당하다고 한다.³⁸⁴⁾³⁸⁵⁾

셋째, 법 제5조는 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’가 프로그램을 창작할 경우 업무상 창작이 성립한다고 규정하고 있을 뿐 위탁개발된 프로그램의 저작권 귀속에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않는 바, 위탁개발된 프로그램의 경우도 일정한 요건 하에 위탁자가 저작자가 된다는 취지의 규정을 두는 것이 바람직하다는 입법론이 있다. 미국 저작권법의 경우 고용관계 외에도 위탁관계에서 개발된 프로그램의 경우에도 일정한 요건 하에 고용저작물이 될 수 있도록 명시하고 있다는 점³⁸⁶⁾을 본받아 위탁자와 개발자 사이

384) 오승중·이해완, supra(주 8), 646면.

385) 사실 이 입법론은 컴퓨터프로그램보호법 제5조보다는 일반 저작물에 관한 저작권법 제9조와 관련되어 강하게 제기되는 입법론이다. 즉, ‘법인은 스스로의 목적을 위해서는 작성자의 의사에 반하여 저작물의 동일성을 해하도록 내용을 바꿀 수 있으며 경우에 따라서는 이러한 변경은 작성자의 인격에 큰 손상을 줄 수도 있다. 그러므로 저작재산권은 법인 등이 취득할 수 있으나 저작권권은 실제로 창작한 자에게 귀속하도록 하여 법인 등이 임의로 개변할 수 없도록 하여야 할 것이다.’라는 견해이다. [황적인·정순희·최현호, 저작권법, 법문사(1990), 261면.] 외국의 입법례 역시 일본의 경우를 제외하면 저작권권이 실제 창작을 담당한 피용자에게 원시적으로 귀속되도록 하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.

에 이해관계가 침해하게 대립하는 위탁개발된 컴퓨터프로그램저작권의 귀속에 대하여 해석론에 맡겨 둘 것이 아니고, 입법적으로 명문화할 필요가 있다는 것이다.³⁸⁷⁾

2. 立法論에 대한 檢討

첫째, ‘사용자의 기획 하에’ 또는 ‘업무상 창작한 프로그램’이라고 규정하는 것이 타당하다는 입법론에 관하여 본다. 이 견해는 앞서 지적한 바와 같이 우리 법 제5조에 대응하는 독일 저작권법 제69조의 b 규정을 참고로 한 것이며, ‘사용자의 기획’이라는 요건을 업무상 창작의 독립된 요건으로 보기 보다는 ‘업무상 창작’의 요건에 포함된 하나의 요소로 보는 것이다. 이 입법론은 다음과 같은 점에서 타당하지 않다.

먼저, 우리 법은 독일의 입법례와는 달리 업무상 창작한 컴퓨터프로그램에 관하여 사용자에게 단순히 저작재산권만을 귀속³⁸⁸⁾하도록 한 것이 아니라 사용자에게 저작재산권 뿐 아니라 저작인격권까지 원시적으로 귀속하도록 한 점을 고려할 때 법 제5조의 적용범위를 함부로 확장하는 것은 바람직하지 않다. 법 제5조의 적용범위를 확장하게 될 경우 실제로 창작을 담당한 종업원의 이익을 과도하게 침해하는 결과가 될 것이기 때문이다. 법에서 사용자의 기획이라는 요건을 명시한 이유도 창작자원칙의 예외규정인 법 제5조의 적용범위를 한정하기 위함이라고 풀이하여야 할 것이다.

또한, 창작자원칙에 입각한 우리 컴퓨터프로그램보호법에서 업무상 창작의

386) 미국 저작권법 제101조 제2항.

387) 황찬현, *supra*(주 16), 916면.

388) 엄밀히 보자면, 저작재산권이 아닌 이로부터 파생된 이용권만이 귀속되도록 하고 있다.

경우는 이에 대한 예외를 인정하여 사용자를 저작자로 보게 한 것도 바로 사용자의 기획이라는 요건과 관련되어 있지 않나 생각한다. 즉, 우리 법은 사용자에게 단순히 프로그램저작권만을 귀속하게 한 것이 아니라 사용자를 저작자로 본다고 규정하고 있는데, 이는 사용자가 기획이라는 요소를 통해 프로그램 창작의 의사형성에 주도적으로 관여하였고 따라서 창작의 일부를 담당하였다고 해석할 여지가 있다고 생각한다.³⁸⁹⁾ 따라서 사용자의 기획이라는 요소를 단지 업무상 창작할 것이라는 요건 안에 포함된 요소로 볼 것이 아니라 독자적인 의미를 갖는 요건으로 보는 것이 타당하다고 생각하며, 결국 현행 규정대로 사용자의 기획이라는 요건을 업무상 창작이라는 요건과 중첩적으로 규정하는 것이 타당하다고 본다.

둘째, 업무상 창작이 성립되는 경우에도 저작인격권은 실제의 창작자에게 귀속되도록 규정하는 것이 타당하다는 입법론에 관하여 본다. 이 입법론은 다음과 같은 점에서 타당하지 않다.

먼저, 주지하다시피 컴퓨터프로그램은 일반 저작물에 비해 재산적 요소가 매우 강하고 인격적 요소는 희박하여 프로그램의 창작자가 가지는 인격적 이익은 문예저작물의 창작자가 가지는 그것에 비해 상대적으로 미미하다고 할 것이다. 또한 오늘날 개발되는 대부분의 프로그램은 복수의 프로그래머의 공동작업에 의한 공장생산물로서의 성격이 강한데, 만일 저작인격권이 종업원에게 귀속된다면 일부 종업원의 퇴직, 전출 등의 사유가 발생할 경우 저작인격권의 문제로 프로그램 사용에 필수적인 유지·개선을 할 수 없는 경우가 발생할 가능성이 높다. 이러한 컴퓨터프로그램의 특성과 창작 현실에 비추어 볼 때 저작자의 인격적 이익의 보호가 중요시되는 저작권법과는

389) 박성호, *supra*(주 6), 118면 참조.

달리 프로그램의 경우에는 사용자에게 저작권권을 원시적으로 귀속하는 현행 입법 태도가 타당하다고 본다.³⁹⁰⁾

또한 굳이 컴퓨터프로그램의 특성을 고려하지 않더라도 사용자에게 저작권권을 원시적으로 귀속하는 것을 반드시 부정적으로만 볼 것은 아니라고 생각한다. 즉, 오늘날 저작물의 디지털화 및 네트워크화에 따라 저작물의 창작·유통이 점차 활발해지고 있는 현실에서,³⁹¹⁾ 종업원의 저작권 행사로 말미암는 거래·유통의 장애를 제거한다는 측면에서 보면 사용자에게 저작권권의 귀속을 인정하는 현행 업무상 창작 제도에는 ‘저작물 이용의 편리성’이라는 일정한 합리적 기능이 있다고 할 수 있을 것이다.³⁹²⁾³⁹³⁾

셋째, 위탁개발된 프로그램의 저작권 귀속에 관한 명문의 규정을 두어야 한다는 입법론에 관하여 본다. 이 입법론에 따라 위탁개발된 프로그램의 저작권 귀속에 관한 명문의 규정을 둘 필요성은 다음과 같은 점에서 찾을 수 있다.

위와 같은 규정이 없는 현행 법에서는 위탁개발의 경우에 법 제5조를 적용할 수 있는지 여부 혹은 적용할 수 있더라도 어떠한 요건 하에 적용할 수 있을 지를 둘러싸고 견해가 대립하게 되는 바, 이를 입법적으로 해결할 수 있게 된다. 그리고 앞서 본 바와 같이 위탁개발계약에서 프로그램에 대한 모든 저작권을 위탁자가 가진다고 합의하더라도 이는 개발자가 취득하는 프로그램저작권을 위탁자가 승계취득한 것으로 보아야 할 것인 바, 전통적인 견해에 따르면 저작권권은 일신전속성이 인정되어 양도의 대상이 되지 않

390) 컴퓨터프로그램은 일반 저작물과는 달리 창작자의 저작권권 제한의 문제가 중요하게 다루어지는 점도 이러한 맥락에서 이해되어야 한다.

391) 박성호, *supra*(주 77), 53면 이하 참조.

392) 박성호, *supra*(주 6), 170면 참조.

393) 특히, 준산업재산권적 성격이 강한 컴퓨터프로그램의 경우에는 이러한 점이 더욱 강조되어야 할 것이다.

고 따라서 개발자에게 저작권권이 남아 있게 되며 이러한 경우 개발자가 가지는 저작권권 특히 동일성유지권 때문에 위탁자는 프로그램 이용에 필수적인 개량을 할 수 없게 될 경우가 발생하게 되는데, 위탁자가 저작자가 된다는 취지의 명문의 규정을 두게 되면 이러한 문제를 입법적으로 해결할 수 있게 된다. 또한, 저작권 양도의 합의의 효력을 인정하여 저작권이 양도 된다고 해석하더라도 저작권의 양도는 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없으므로(제26조 제1항) 위탁자의 입장에서는 등록을 하여 두지 않으면 안심할 수 없다는 문제³⁹⁴⁾가 있는 바, 이 점에서 법상 위탁개발된 프로그램에 대하여 위탁자를 처음부터 저작자로 인정하는 조항을 둘 필요설이 있다고 할 것이다.³⁹⁵⁾

하지만, 다음과 같은 점에서 위탁개발된 프로그램의 저작자를 위탁자로 본다는 취지의 규정을 두는 것에는 신중을 기하여야 할 것으로 본다. 우선, 모든 위탁개발된 프로그램의 저작자를 위탁자로 본다는 취지의 규정을 두는 것은 저작자의 개념을 희석시키는 결과를 낳고, 순수한 도급의 경우까지 위탁자를 저작자로 할 수 없다는 점에서 타당하지 않다. 일정한 요건 하에 위탁개발된 프로그램의 저작자를 위탁자로 본다는 취지의 규정을 두는 것 또한 위탁개발된 프로그램 중 업무상 창작으로 볼 수 있는 것과 그렇지 않은 것의 경계를 입법적으로 구체화하기는 쉽지 않으며,³⁹⁶⁾ 이는 기본적으로 학

394) 즉, 위탁자가 자신의 저작권(창작자로부터의 저작권 양도 사실)을 등록하고 있지 아니한 동안에 제3자가 창작자로부터 저작권을 2중으로 양도받아 먼저 저작권 등록을 마치게 되면 위탁자에게 우선할게 되어 위탁자는 저작권을 상실하고 말게 된다.

395) 김문환, *supra*(주 15), 8면 참조.

396) 이 점에 관하여 미국 저작권법은 특별히 주문이나 위탁을 받은 저작물 중 일정한 용도(9가지)로 사용되는 것이 고용저작물의 범주에 포함될 수 있으며, 당사자 사이에 고용저작물로 간주한다는 내용의 문서에 의한 명시적인 합의가 있을 것을 요건으로 하고 있다. 하지만, 오늘날 컴퓨터프로그램의 용도가 다양화되고 있는 현실에서 이처럼 용도를 한정하여 인정하는 것은 구체적 타당성의 측면에서 문제가 있을 것으로 판단된다. 한편 입법론에서는 고용관계에 준하는 실질적 지휘·감독관계가 있을 것을

설과 판례의 축적을 통한 해석론으로 해결해야 할 문제라는 점에서 타당하지 않다고 본다. 또한, 프로그래머저작인격권의 문제와 관련하여서는 앞서 본 바와 같이 컴퓨터프로그램의 경우는 일반 저작물과 달리 저작인격권의 일신전속성을 부인할 수 있는 해석이 가능하도록 법상 규정되어 있고 프로그램의 특성을 고려할 때 일신전속성을 부인하는 것이 타당하기 때문에 굳이 별도의 입법을 하지 않더라도 해석론으로 해결이 가능하다고 본다. 마지막으로 프로그램 등록의 문제와 관련하여 위탁자로서는 프로그램의 등록을 통하여 자신의 권리를 완전히 양도받을 수 있고, 자신의 과실로 등록을 게을리한 위탁자를 보호할 이유가 없다는 점을 고려할 때 이러한 문제에 대처하기 위해 별도의 입법을 마련하는 것은 불필요하다고 본다.³⁹⁷⁾ 결국 위탁개발된 프로그램의 저작권 귀속은 기본적으로 판례와 학설의 축적을 통한 해석론으로 해결하여야 할 것으로 본다.

정보화·과학화 사회가 진행될수록 컴퓨터프로그램의 가치와 효용은 날로 증대하고 있으며, 이에 따라 컴퓨터프로그램의 저작권 귀속을 둘러싼 다양한 문제들이 새롭게 제기되어 오고 있으나, 아직까지 이에 관한 우리 판례와 학설의 축적은 미미한 실정이다. 따라서 법률가로서는 컴퓨터프로그램의 속성에 대하여 깊이 있는 연구를 하고, 컴퓨터프로그램보호법이 구현하고자 하는 입법목적과 다양한 지적재산권법이 추구하는 가치의 충돌 등을 고려하여 지적재산권의 보유자들을 적절하게 보호하면서도 우리 사회의 기술발달이 위축되지 않도록 합리적이고 적절한 법체계를 구축해 나가는데 보다 힘써야 할 것으로 생각된다.

요건으로 명문화할 것을 주장하지만, 이는 입법적으로 구체화하기 어려운 부분이라 할 것이다.

397) 김문환, *supra*(주 15), 9면 참조.

參 考 文 獻

單行本

- 곽윤직, 민법총칙(신정판), 박영사(1995)
- 곽윤직, 채권각론(신정판), 박영사(1995)
- 김형배, 민법학강의(제2판), 신조사(2001)
- 대한변리사회, 컴퓨터프로그램보호제도(1987)
- 사법연수원, 저작권법(Ⅰ)(2001)
- 사법연수원, 저작권법(Ⅱ)(2001)
- 사법연수원, 특허법(2003)
- 송상현·김문환·양창수, 컴퓨터프로그램보호법측조연구, 서울대학교 출판부(1989)
- 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법(제7전정판), 육법사(2001)
- 신각철, 최신컴퓨터프로그램보호법, 법영사(1999)
- 오승종·이해완, 저작권법, 박영사(2000)
- 이철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어 보호, 박영사(1995)
- 저작권심의조정위원회, 프랑스·캐나다 저작권법(1993)
- 저작권심의조정위원회, 저작권실무편람(1996)
- 저작권심의조정위원회, 저작권에 관한 외국판례선[7]-일본편-(2003)
- 저작권심의조정위원회, 한국저작권판례집(1996)
- 전석진·정상조, 컴퓨터와 법률, 정보시대(1995)
- 정상조, 지적재산권법강의, 홍문사(1997)

정상조, 지적재산권법, 홍문사(2004)

최덕규, 특허법, 세창출판사(1996)

컴퓨터프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 주요판례집(2004)

특허청, 컴퓨터 관련 발명의 심사 기준(1998)

한국소프트웨어저작권협회, 소프트웨어저작권 관리·운영지침서(2000)

황적인·정순희·최현호, 저작권법, 법문사(1990)

Bernard C. Dietz, Copyright Registration Practice(2d ed.)

Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, New York, Mattew Bender(1995)

Michael D. Scott, Scott on Computer Law(Vol. 1, 2d ed.), Aspen law & Business(1996)

Paul Goldstein, Copyright I, Boston, Little, Brown and Co.(1996)

Raymond T. Nimmer, The Law of Computer Technology(1998)

Sack, Computerprogramme und Arbeitnehmer-Urheberrecht(1991)

William R. Cornish, Intellectual Property(3rd ed.), Sweet & Maxwell, London(1996)

半田正夫, 著作権法概説, 一粒社(1994)

齊藤博·牧野利秋 編, 裁判實務大系-知的財産關係訴訟(第27卷), 青林書院 (1997)

論文 기타 資料

- 강기탁, “근로기준법상의 근로자의 범위 : 생산수단을 소유한 노무공급자와 회사의 임원의 경우”, 노동관계 비평(2001. 8.)
- 강동세, “건축설계계약의 법적 성질과 건축설계도서의 양도에 따른 저작권 법상의 문제”, 대법원판례해설 제34호(2000)
- 강성태, “구조조정과 고용법제의 변화 : 파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제”, 노동법률 제85호(1998. 6.)
- 김대영, “컴퓨터 프로그램의 法的 保護에 관한 EC 指針”, 계간 저작권 (1995. 겨울호)
- 김동진, “업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작자”, 저스티스 제34권 제6호 (한국법학원, 2001.)
- 김동훈, “최근 판례상의 몇가지 특수한 도급계약 : 소프트웨어공급계약, 영상물제작공급계약, 자동화설비공사계약”, 고향법학 제2권(1997)
- 김문환, “컴퓨터프로그램保護法の 改正에 관한 意見”, 계간 저작권(1993. 봄 호)
- 김병일, “직무발명제도와 종업원과 사용자간의 법률문제”, 지적소유권법연구 4집(2000. 6.)
- 김상호, “직무관련 저작권과 단체협약(상)”, 계간 저작권 제40호(1997. 겨울호)
- 김상호, “학술·예술·정보 분야에 종사하는 근로자의 저작권 보호문제”, 계간 저작권(2000. 봄호)
- 도두형, “著作物同一性維持權이 미치는 範圍”, 인권과 정의 제213호(1994. 5.)
- 박삼봉, “고용저작물의 저작권에 관한 미국 연방법원 판례 소개”, 저스티

- 스 제26권 제2호(한국법학원, 1993.)
- 박성호, “半導體칩의 配置設計에 관한 法的 保護”, 국제법률경영 제19호 (1994. 3.)
- 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작자 지위에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문(1997)
- 박성호, “인터넷 환경에서의 저작물의 이용과 저작인격권”, 인권과 정의 제 278호(1999. 10.)
- 박성호, “저작권법 제9조의 업무상 창작의 요건”, 계간 저작권(1998. 여름호)
- 박영식, “美國法에 있어서의 Shop Right의 原則과 우리 特許法에 있어서의 職務發明制度의 比較法的 研究”, 사법논집 2집(1972)
- 박익환, “독일저작권법 개요(1)”, 계간 저작권(1994. 여름호)
- 송상현, “컴퓨터 소프트웨어의 開發者와 利用者間의 法律關係”, 서울대 법학 제28권 제3호(1987)
- 송영식, “특허발명의 개념”, 지적재산권법강의(정상조 편), 홍문사(1997)
- 심재필, “응용미술작품의 지적재산권적 보호”, 대전지방변호사회지 창간호 (2000)
- 심창섭, “注文에 의해 應用美術作品(캐릭터)을 製作한 경우 著作權者”, 대법원판례해설 제19-2호(1993. 12.)
- 안효질, “독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터프로그램에 대한 권리관계 (상)”, 계간 저작권(1996. 가을호)
- 안효질, “독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터프로그램에 대한 권리관계 (하)”, 계간 저작권(1996. 가을호)
- 안효질, “업무상 창작자의 저작권법상 보상청구권 및 노동법상의 보수청구권”, 계간 저작권(2000. 봄호)
- 오승중, “컴퓨터프로그램보호법의 독자성”, 비교사법 제11호(한국비교사법

- 학회, 1999.)
- 오승중, “컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속”, 성균관법학 13권 1호
(2001. 4.)
- 윤선희, “비즈니스모델(BM) 특허의 보호 동향”, 창작과 권리 제19호
(2000)
- 이상정, “同一性維持權에 관한 一考”, 저스티스 제34권 제2호(2001. 4.)
- 이상정, “半導體칩의 配置設計法에 관한 小考”, 계간 저작권(1993. 봄호)
- 이상정, “스위스 저작권법의 개요”, 계간 저작권(1995. 가을호)
- 이상정, “컴퓨터소프트웨어 관련 특허의 인정 범위와 한계”, 지적소유권법
연구 3집(1999. 1.)
- 이상정, “컴퓨터프로그램보호법개관: 입법경과 및 주요내용(상)”, 법률신문
제1762호(1988. 6.)
- 이상정, “컴퓨터프로그램보호법의 성립 경위와 전망 : 타법과의 관계를 고
려하여”, 정보법학 제3호(한국정보법학회, 1999.)
- 이상태, “都給契約에 관한 判例의 動向”, 민사법학 15호(1997. 4.)
- 이상훈, “미국 저작권법상 2차적 저작물 보호”, 재판자료 89집(2000. 12.)
- 이원형, “컴퓨터 프로그램의 '非文字的 要素'의 法的 保護問題에 관한 考
察”, 창작과 권리 제17호(1999. 겨울호)
- 임종률·이원희·이상희, “고용유형의 다양화에 따른 법적 대응에 관한 연
구”, 민주법학 17호
- 임준호, “컴퓨터 프로그램의 법적 보호”, 지적소유권에 관한 제 문제(하)
(법원행정처, 1992.)
- 전원열, “캐릭터의 법적 보호 : 저작권법을 중심으로”, 사법논집 30집
(1999. 12.)
- 정상조, “대학교수의 특허권 : 자유발명인가 직무발명인가”, 법조 제49권
제5호(법조협회, 2000.)

- 정상조, “영국에서의 저작자 : 저작권의 귀속 주체”, 계간 저작권(1996. 봄호)
- 정상조, “창작위탁계약의 해석”, 민사판례연구 제18권(1996. 5.)
- 정상조, “컴퓨터프로그램의 공동개발”, 정보법학 제3호(한국정보법학회, 1999.)
- 조성민, “都給契約法の 問題點과 그 改正方向”, 민사법학 15호(1997. 4.)
- 조임영, “위장도급과 법적 규제”, 민주법학 제19호(2001. 2.)
- 홍승규, “컴퓨터 관련발명에 대한 미국의 심사 가이드라인”, 경영법무 (1997. 5.)
- 황찬현, “위탁개발된 컴퓨터프로그램저작권의 귀속에 관한 고찰”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망 - 심당 송상현교수화갑기념논문집 (2001)
- 황희철, “컴퓨터프로그램保護法”, 지적재산권법강의(정상조 편), 홍문사 (1997)
- 허희성, “일본저작권법의 개요”, 계간 저작권(1996. 가을호)
- Dennis S. Karjara, "Copyright, Computer Software and the New Protection", 28 Jurismetrics Journal of Law(1987)
- Dreyfuss, “The Creative Employee and Copyright Act of 1976”, 54 U. Chi. L. Rev. 590(1987)
- European Intellectual Property Review, “European Intellectual Property Rights”(1995)
- Jean Martin, "Le droit d'auteur Applicable au logiciel", Le droit d'auteur aujourd'hui, Editions du CNRS(1991)
- Jochen Dieselhorst, "Germany : Computers-Copyright", Computer and Telecommunications Law Review(1998)
- Klaus Sommerland, “Intellectual Property Protection For Software In

Germany”, Computer and Telecommunications Law Review(1997)

Mota, Sue Ganske, “Work for hire Revisited : Aymes v. Bonelli”, Computer/law Journal(v.12 no.1)

Philippe Gaudrat, "Le point de vue d'un auteur sur la titularité", Le droit d'auteur aujourd'hui, Editions du CNRS(1991)

Scott K. Zesch, "Application of 'Work for hire' doctrine under Copyright Act of 1976", American Law Report(132 Fed. 301)

永野秀雄, “職務著作(法人著作)と使用従属関係論-日光比較法の視点から-”, 日本労働法學會誌 90(1997)

Internet, <http://www.copyright.or.kr>

Internet, <http://www.legifrance.gouv.fr>

Internet, <http://www.pdmc.or.kr>

Abstract

A Study on the Authorship of a Computer Program Made by an Employee in the Course of his Duties

HEON LEE

Graduate School of Law

Seoul National University, Seoul, Korea

With the rapid growth of the software industry, an aspect of the computer program development is increasingly changing. The problem that computer programs must solve becomes more difficult and complex. In the early software industry an individual created the software for his own duty or his own computer, but nowadays it is general that on the initiative of a software house a lot of programmer create the software jointly because making softwares recently needs the division of labor and great expense. Therefore, most computer programs that are developed nowadays can be called 'work made for hire'.

Who is the author of a program produced in the course of performing his duties by an employee of a legal entity? Article 2(ii)

of the Korean Computer Program Protection Act('the Act') stipulates that 'program author' is 'a person who creates a computer program work'. Pursuant to the Act, authors own the moral right as well as the copyright to their programs and these rights attach immediately the creation of such program. This is 'principle of origin'. There is, however, an important exception to this principle, namely programs made for hire. Article 5 of the Act recognizes the exception and provides:

Article 5[Author of Program Made for Hire] The author of a program which, on the initiative of a nation-legal entity-organization or other employer(hereinafter in this Article referred to as 'legal entity, etc.')

is made by his employee in the course of his duties shall be attributed to that legal entity, etc., unless otherwise stipulated in a contract, work regulation or the like in force at the time of the making of the program.

The Act clearly stipulates that an employer is deemed to be the author of a program made by his employee in the course of performing his duties. Considering that Article 5 is an important exception to the 'principle of origin' and a conflict of interest between employers and employees occurs in the applying Article 5, determining the scope of Article 5 requires a considered judgement.

The objective of this thesis is to examine the legal structure of programs made for hire by evaluating the existing arguments. The paper will also review the laws pertaining to programs for hire of other countries.

In the manner of developing computer programs, there are a manner of committing program development to an independent programmer as well as a manner of obtaining by employees. It is a principle that programs created by an independent programmer are not 'works made for hire'. But in the light of actual contract's ambiguity, determining the author of a program is sometimes difficult. Although this problem is solved, it is still posed the question of moral right(for instance, the attribution of initial authorship, the conveyability of the right). Therefore, these problems is also examined in this paper.

Key Words : Work Made for Hire, Principle of Origin, Computer
Program Copyright, Commissioned Work, Moral Rights

Student Number : 2000-22143

감 사 의 글

여호와는 나의 목자시니 내가 부족함이 없으리로다(시23:1)

사법시험 합격과 함께 시작된 저의 대학원 생활은 처음부터 순탄하지 않았습니다. 사법연수원 공부와 병행하면서 대학원 수업을 들어야 했고, 강원도에 있는 직장에 다니면서 논문을 써야 했기 때문에 자료 수집에 여러 가지 제약이 있었습니다. 하지만, 그 때마다 주님께서는 선한 목자로서 제 삶을 인도하여 주셨고 주님의 도우심으로 무사히 졸업에 이르게 되었습니다. 베푸신 모든 은혜에 감사드립니다.

논문을 쓸 수 있도록 제게 용기를 북돋아 주시고 세심한 배려로 논문을 지도해 주신 정상조 교수님에게 감사드립니다. 아울러 논문 심사를 맡아 주신 이창희 교수님과 구대환 교수님에게도 감사의 말씀을 전합니다.

논문 작업을 위해 서울을 오고가느라 제대로 된 휴가 한 번 가지 못했음에도 불평 한 번 하지 않고 옆에서 묵묵히 도와준 사랑하는 아내, 늘 제게 웃음을 주는 사랑하는 아들 건이와 이 기쁨을 함께 나누고 싶습니다. 그리고 부족한 저를 위해 날마다 기도하시는 할머니님과 부모님께 감사드리고, 늘 아낌없이 후원하여 주시는 장인·장모님께도 감사의 말씀을 전합니다. 사랑하는 율, 동현, 동우와도 이 기쁨을 함께 하고자 합니다.

참된 신앙인으로 살아갈 수 있도록 이끌어주신 손정옥 목사님께 감사드리며, 같은 사무실에서 근무하며 동고동락하는 김영주 법무참모님, 송백현 검찰관님, 한의현 검찰서기님과 김태우, 박진형 일병과도 이 기쁨을 함께 나누고 싶습니다.