

컴퓨터 프로그램의 공동개발[†]

서울대학교 정상조

1. 머릿말

컴퓨터프로그램(이하에서는 “프로그램”이라고 약칭함)은 그 성질에 있어서나 그 창작방식에 있어서 소설이나 음악 또는 미술과 같은 문예저작물과는 다르다. 다시말해서, 프로그램은 일정한 결과를 얻기 위해서 컴퓨터 내에서 사용되는 일련의 지시 또는 명령을 말하는 것으로서, 일정한 결과를 얻는다고 하는 기능이 중요시 된다는 점에서 프로그램은 소위 機能的 著作物(functional works)에 해당되고, 이 점에서 사람을 대상으로 해서 감정의 전달을 주된 목적으로 하여 창작되는 소설·음악 등의 文藝著作物과는 그 성질을 달리한다. 따라서, 프로그램이 바로 그러한 기능적 저작물이기 때문에 문예저작물과는 달리 프로그램은 2인 이상이 공동으로 개발하는 것이 용이하고 공동개발이 빈번히 이루어지고 있는 실정이다. 예컨대, 2인 이상의 프로그래머들이 공동으로 하나의 프로그램을 창작하는 경우가 빈번하고, 다수의 프로그래머들이 특정 기업의 종업원으로서 서로 협력해서 하나의 프로그램을 개발하는 경우도 많은데, 이러한 경우에 개발에 참여한 다수의 창작자 사이의 관계는 어떻게 되고 프로그램의 저작권은 누구에게 귀속되는지가 어려운 문제로 등장하게 된다. 2인 이상의 프로그래머들이 공동으로 하나의 프로그램을 창작한 경우에 대해서 우리 컴퓨터프로그램보호법은 共同著作프로그램이라는 제목하에 그에 관한 규정을 두고 있는

데, 프로그래머들의 저작권 공동보유는 민법상 공유와 다소 다르게 되어 있어서 그 이유가 무엇이고 해석상 문제점이 무엇인지 검토해볼 필요가 있다. 또한, 프로그래머들이 특정 기업의 종업원으로서 하나의 프로그램을 개발하는 경우에 당해 프로그램의 저작자가 회사로 되는지 또는 그에 관한 저작권이 회사에 귀속하는지 여부의 문제에 대해서는 우리 법이 소위 職務著作(works for hire)에 관한 규정을 두어 해결하고자 하고 있는데, 그 해석상 문제되는 점을 살펴볼 필요가 있다.

2. 프로그램 著作權의 共同保有

2.1 共同著作프로그램의 概念

우리나라의 현행 컴퓨터프로그램보호법하에서 共同著作프로그램이라고 함은 2인 이상의 저작자가 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다.¹⁾ 따라서, 공동저작프로그램은 공동의 창작행위가 있고 각 기여부분의 분리가 불가능한 경우뿐만 아니라 각 기여부분이 분리할 수는 있지만 현실적으로 그 분리가 불가능한 경우에도 성립될 수 있다. 다만, 컴퓨터프로그램보호법은 분리가 불가능하다는 점을 근거로 해서 저작권행사와 지분처분 등을 제한하고 있기 때문에, 분리가 불가능하다는 것은 단순히 각자의 기여부분이 상호의존적인 정도를 넘어서 경제적으로 분리가 용하는 것이 불가능한 경우에 한정된다고 해석해

[†] 이 글은 (사)한국정보보호학회 1999년 심포지움에서 발표한 글을 수정한 것이다.

1) 컴퓨터프로그램보호법 제15조

야 할 것이다.²⁾

공동의 창작행위라고 함은 주관적으로 공동창작의 의사를 가지고 객관적으로 공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이 해야만 하는 것은 아니다. 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 하여 각 기여부분이 분리하여 이용할 수 없는 프로그램이 되면 족한 것이다. 다만, 상이한 시간에 창작이 이루어진 경우에 먼저 창작된 저작물이 창작될 당시에 공동창작의 의사가 없었다면 먼저 창작된 저작물이 독자적인 저작물로 이용될 수 있도록 창작될 가능성이 크기 때문에, 공동창작의 의사는 먼저 창작된 저작물의 창작당시에 존재해야 할 것이다.

객관적인 공동창작의 행위가 있어야 하기 때문에 공동저작자 모두 각각의 창작적 기여가 있어야 한다. 따라서, 단순히 프로그램의 소재나 모델의 제공,³⁾ 프로그램 기능의 설명,⁴⁾ 또는 프로

그램의 검사·유류발견⁵⁾ 등과 같이 단순히 아이디어만을 제공한 경우라거나 2차적저작물의 원저작자와 같은 경우에는⁶⁾ 공동저작자의 지위를 인정받을 수 없다. 다만, 공동저작자들의 창작적 기여가 상이한 종류일 수도 있고⁷⁾ 상이한 품질·정도일 수도 있으니⁸⁾ 그러한 차이는 지분의 비율에 영향을 미칠 수 있을 뿐이고 공동저작자로 되는데에는 차이가 없다. 아이디어를 제공하는자와 구체적인 표현을 창작하는 자와의 사이에 일정한 지분의 비율로 저작권을 공유하는 것으로 합의를 한 경우에는, 공동저작자가 아니지만 그러한 합의에 의해서 저작권의 공유자로 될 수는 있을 것이다. 마찬가지로 프로그램 창작에 필요한 자금을 제공한 자는 공동저작자로 될 수 없고 창작자가 취득한 저작권을 별도의 합의에 의해서 공유할 수 있을 뿐이다.

공동저작프로그램은 공동창작의 결과 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말하고 바로 그러한 분리불가능성의 특징을 인해서 그에 관한 별도의 저작권귀속·행사 등에 관한 특칙을 두게 된 것이다. 공동저작자가 각각 기여한 부분을 분리해서 이용할 수 있다면 각 기여부분을 독립한 프로그램으로 보아서 각각 저작권을 취득하는 것으로 취급하면 족하고 별도의 특칙을 둘 필요가 없기 때문이다. 이러한 의미에서 공동저작프로그램은, 다수의 프로그램을 수집해서 제작한 CD ROM의 경우처럼 단순히 다수의 단독 프로그램들이 모여져 있는 집합저작물이나 결합저작물과는 다르고 단순히 소재의 선택과 배열에 있

2) 미국 저작권법은 복수저작자의 기여부분을 분리할 수 없는 경우뿐만 아니라 단순히 상호의존적인 경우도 포함해서 비교적 넓은 범위의 공동저작물 개념을 인정하고 있다 따라서, 작사자와 작곡가가 공동으로 音樂著作物을 창작하기로 합의하고 공동으로 창작한 경우에, 미국판례는 그러한 유약저작물이 공동저작물에 해당되는 것으로 보고 있으나(Shapiro, Bernstein & Co v Jerry Vogel Music Co, 161 F.2d 406(2d Cir 1946), 우리 저작권법하에서는 歌詞와 樂曲이 분리할 수 있고 다소의 경제적 가치의 감소가 있더라도 가사와 악곡을 분리해서 이용할 수도 있는 한 두건의 단독저작물 즉 文庫저작물과 音樂저작물이 결합되어 있는 것으로 해석될 것이다

3) 참고로 미국 사례를 보면, Philip Ahn v Midway Manufacturing, et al., Civ. No 95C0719 (D Ill., May 28, 1997)에서 원고가 Mortal Kombat 게임의 모델을 제공해준 경우에도 원고의 퍼블리시티계의 침해여부가 문제될 수는 있어도 원고가 동 게임프로그램의 공동저작자로 될 수는 없다고 판시된 바 있다

4) 참고로 미국사례 가운데 Whelan Associates v Jaslow Dental Laboratory, Inc., 609 F Supp 1307사건에서 사업용프로그램의 개발을 부탁하면서 자신의 사업방식과 컴퓨터에 의해서 자동화되어야 할 업무 그리고 나아가서 컴퓨터화민상의 양식이나 용어 등에 대해서까지 조언을 해준 경우에도 문제된 프로그램의 코드 작성을 함께 수행한 것이 아닌한 창작적인 기여가 없는 것이기 때문에 공동저작자로서 저작권을 취득한 것이라고 볼 수 없다고 판시된 바 있다.

5) Fyffe Microsystems Ltd v Key Radio Systems Ltd, [1998] FSR 449 (Ch D)

6) 예컨대 원저작물을 극본화한 경우에 원저작물의 저작자는 극본의 공동저작자라고 볼 수 없다 東京地裁 第四九(ワ) 民事訴訟 昭和五〇年三月一日判決

7) 예컨대 영화제작에 있어서 음악감독과 미술감독 등과 같이 상이한 종류의 창작적 기여를 분담한 경우에도 이들 감독이 공동저작자로 될 수 있다

8) 내국인이 외국인과 협력해서 내국의 원작품을 외국어로 번역하는 경우에, 외국인이 외국어에는 능통하지만 원작품은 독해할 수 없는 경우에도 당해 외국인이 단순한 교정 차원의 협력이 아니라 내국인의 협력하여 원작품을 이해한 후에 그에 적절한 외국어 표현을 제시·수정하는 등의 적극적인 협력을 한 경우에는 당해 외국인도 번역물의 공동저작자로 될 수 있을 것이다 大阪高裁 昭五五・六・二六, 無題裁集 一・二卷 二六六頁

어서의 창작성만이 보호되는 編輯著作物과도 구별되어야 할 개념이다.

2인 이상의 저작자가 공동으로 프로그램을 창작해서 하나의 공동저작프로그램에 관한 저작권을 공동으로 보유하게 되는 것은, 1인의 저작자가 그 일부 지분을 타인에게 양도함으로써 하나의 저작권이 2인 이상에 의해서 공동으로 보유하게 되는 경우와 구별되어야 한다. 후자의 경우에도 동일한 종류의 저작권이 지분으로 나뉘어 2인 이상에 의해서 보유되는 경우에 한해서 저작권의 공유관계가 성립되는 것이지, 상이한 종류의 저작권이 각각 다른 사람에 의해서 보유되는 경우에는 성립되지 않는다. 예컨대, 저작권자가 그 저작권의 내용 가운데 방송권만을 분리해서 방송사업자에게 양도한 경우에는 방송권은 방송사업자의 단독보유로 되고 나머지 저작권은 기존의 저작권자의 보유로 남아있는 것일 뿐이고 저작권의 공유관계는 문제될 여지가 없다. 이러한 두 가지의 공유관계 성립원인 가운데, 우리 컴퓨터프로그램보호법은 공동저작프로그램의 개념과 공동저작프로그램에 관한 저작권 공동보유의 문제에 관해서는 상세한 규정을 두고 있는데 반해서 후자의 경우 즉 저작권의 일부지분의 양도에 의한 저작권공유에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 우선, 공동저작프로그램의 개념에 대해서 살펴본다.

2.2 共有持分の比率

공유지분의 비율은 공유자의 의사 또는 법률의 규정에 의하여 정하여진다. 컴퓨터프로그램보호법도 공동저작자의 공유지분은 그들 간에 특약이 없는 한 균등한 것으로 추정한다고 규정하고 있다. 여기에서 주목할 것은 저작권법의 관련 규정은 약간 상이하다는 점이다. 저작권법은 공유지분에 관한 명시적인 규정을 두고 있지는 않지만, 공동저작물의 저작권행사에 관한 규정에서 공동저작물의 이용에 따른 이익은 공동저작자간에 특약이 없는 때에는 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 배분된다고 규정하고 있어서,⁹⁾ 공유지분의 비율은 공동저작자들의 의사에 따라서 결정되는 것이 원칙이지만 지분에 관한

합의가 없는 경우에는 창작에 기여한 비율을 지분의 비율로 한다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석된다. 이점에서 공동저작자의 공유지분에 관한 규정은 물건의 공유자의 지분이 균등한 것으로 추정하는 민법 제262조에 대한 특칙으로 볼 수 있고, 보다 정확히 말하자면 균등추정을 깨뜨리는 사유의 하나로 창작에 기여한 비율이 명백한 경우를 규정하고 있는 것이라고 해석된다. 다만, 공동저작자가 공동저작물의 창작에 기여한 정도를 어떻게 판단할 것인지 문제되는 경우가 많을 것이다. 공동저작자가 시간과 노동 및 자본을 투입해서 창작에 기여한 경우에 그러한 투입요소의 분량적 비율만으로 창작에 기여한 정도를 판단하는 것이 언제나 합리적이라고 볼 수도 없지만 다른 한편 각자의 창작능력이나 품질을 수량화하는 것도 곤란하거나 당사자들의 시각에 따라서 상이하기 때문이다. 저작권법은 창작에 기여한 비율이 명확하지 아니한 경우에 공동저작자들의 공유지분은 균등한 것으로 추정한다고 규정하고 있으므로, 공동저작자의 창작기여도를 객관적으로 판단하기 곤란한 경우에도 마찬가지로 공동저작자들의 공유지분은 균등한 것으로 추정된다고 해석된다.¹⁰⁾ 물론, 공동저작자들이 지분에 관한 별도의 합의를 한 바가 있으면 합의된 지분비율이 우선한다. 예컨대, 저작물의 이용에 따른 이익의 배분은 공동저작자들의 지분의 비율에 따르도록 되어 있는데, 공동저작자 1인에 의한 저작물의 이용은 다른 공동저작자들의 동의를 있어야만 가능한 것이기 때문에, 저작물이용에 관한 동의 또는 합의에 있어서 지분의 비율 즉 분배의 비율에 관한 동의 또는 합의도 이루어질 것이고, 이러한 경우에 합의된 지분비율 또는 분배비율이 창작기여도의 비율에 우선한다.

2.3 共有關係의主張

공유관계 가운데 共有者 相互間의 관계는 결국

10) 미국 판례도 저작물창작의 정도를 분량적으로 판단하기 어렵다는 측면에서 저작권공유지분의 비율은 창작 정도와 무관하게 균등한 것으로 보고, 다만 공동저작자들이 창작정도의 비율에 특별한 의미를 부여하기 위해서 특약으로 상이한 지분비율을 정한 경우에는 그러한 특약의 지분비율에 의할 뿐이라고 보고 있다. Paul Goldstein, Copyright I (Boston, Little, Brown and Co., 1996) §422

9) 저작권법 제45조 제2항

持分의 문제로 귀착되고 지분의 내용과 처분 등에 대해서는 후술하는 바와 같이 컴퓨터프로그램 보호법에 상세한 규정이 있으므로, 공유관계의 주장이 특히 문제되는 것은 공유관계의 제3자에 대한 對外的 主張일 것이다 민법상 공유관계의 주장은 그 이익과 부담을 포함한 모든 효력이 공유자 전원에게 미치는 것이기 때문에 공유자 전원이 공동으로만 주장할 수 있다고 해석되고 있다.¹¹⁾ 저작권의 공유관계를 대외적으로 주장하는 것도 마찬가지로 공유자 전원이 공동으로만 주장할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이런 맥락에서 특허법 제139조도 특허권의 공유자가 무효심판 등을 청구하거나 피청구인으로 되는 경우에는 공유자 전원이 청구인 또는 피청구인으로 되어야 한다고 규정하고 있다.¹²⁾ 따라서, 저작권 공유자가 공유관계에 기한 저작권침해의 금지청구를 함에 있어서는 공유자 전원이 공동으로만 해야 하겠지만, 침해금지청구는 공유자 1인이 자신의 지분을 근거로 해서도 할 수 있는 것이므로, 굳이 공유관계에 기한 침해금지청구를 할 실익은 없을 것이다. 컴퓨터프로그램보호법 제28조도 공유자 1인이 자신의 지분의 침해를 근거로 해서 다른 공유자의 동의없이 침해의 정지를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 것이다.

3. 著作權共有制度의 개요: 민법상 공유제도와 비교

3.1 著作權의 共有

우리 컴퓨터프로그램보호법은 저작권공유에 관한 일반규정을 두지 않고 공동저작프로그램의 저작자 즉 공동저작자에 의한 저작권공유에 관해서만 규정을 두고 있다 컴퓨터프로그램보호법상

공동저작프로그램이라고 함은 2인 이상의 저작자가 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다.¹³⁾ 공동저작프로그램의 저작권적권 또는 저작재산권은 공동저작자 전원 또는 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없고, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다.¹⁴⁾ 다만, 공동저작프로그램에 대한 저작권이 침해된 경우에는, 각 저작자 또는 각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 다른 저작재산권자의 동의없이 침해정지의 청구를 할 수 있고 또한 자신의 지분에 관한 손해배상의 청구를 할 수 있다.¹⁵⁾

여기에서, 특허권 등 산업재산권의 공유에 대해서도¹⁶⁾ 공동저작프로그램의 범리와 유사한 법리가 적용된다는 점을 주목할 필요가 있다. 예컨대, 特許받을 권리가 共有인 경우에는 공유자 전원이 공동으로 특허출원을 해야 하고, 특허권의 공유자는 특허권의 존속기간의 연장등록출원이나 무효심판 등의 청구를 공동으로 해야 하며, 특허받을 권리 또는 特許權의 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 처분하거나 실시허락을 할 수 없고, 전용실시권 및 통상실시권의 공유에 대해서도 마찬가지로 제한이 따른다.¹⁷⁾ 다만, 특허권의 공유자는 다른 공유자의 동의를 구할 필요없이 자유롭게 그 특허발명을 스스로 實施할 수 있다는 점에서, 프로그램의 이용에 관한 아무런 규정을 두고 있지 아니한 컴퓨터프로그램보호법과 커다란 차이가 있다. 그리고, 특허법 등 산업재산권법은 공동발명에 의한 특허권의 공유이든 기타의 사유로 인한 특허권의 공

11) 郭潤南, 물권법, 박영사, 1992, 375면
 12) 이와같이 심판의 청구에 있어서 공유자 전원이 공동으로만 청구인 또는 피청구인이 된다고 규정한 것은 공유관계에 관한 판단이 공유자간에 상이할 수 없다고 하는 공유관계 자체의 속성으로 인한 것이지, 공유자 상호간의 관계가 합유에 준하는 것이기 때문이라고 단언할 수는 없는 것이다. 따라서, 특허권 공유자 상호간의 관계가 합유에 준하는 관계이기 때문에 합일적 확정 필요에서 필요적 공동소송관계에 있다고 보는 대법원 1987. 12. 8. 선고 87후111 판결은 그 이론구성에 설득력이 없다

13) 컴퓨터프로그램보호법 제15조
 14) 컴퓨터프로그램보호법 제15조
 15) 컴퓨터프로그램보호법 제28조
 16) 意匠法 제3조, 제10조, 제23조의 4, 제46조, 제47조, 제49조, 제72조는 特許法 제33조, 제37조, 제44조, 제99조, 제100조, 제102조, 제139조와 동일하고, 實用新案法도 특허권의 공유에 관한 特許法 제33조, 제37조, 제44조, 제99조, 제100조, 제102조, 제139조 모두를 준용하고 있으며, 商標法 제12조, 제43조, 제54조, 제55조, 제57조, 제77조는 특허발명의 자유실시에 관한 特許法 제99조 제3항을 제외하고 特許法 제37조, 제90조, 제99조, 제100조, 제102조, 제139조와 동일하다
 17) 特許法 제37조, 제44조, 제90조, 제99조, 제100조, 제102조, 제139조

유이는 구별하지 않고 특허권 등의 공유에 관한 일반적인 규정을 두고 있는데 반해서, 컴퓨터프로그램보호법은 공동저작자에 의한 저작권공유에 대해서만 규정을 두고 있기 때문에, 공동저작자에 의한 저작권공유 이외의 저작권공유에 대해서 공동저작프로그램의 법리가 그대로 적용되는지 아니면 민법상 공유규정이 준용되는지 여부가 불분명하다는 점에 있어서도 차이점이 발견된다. 이러한 차이점이 입법자가 의도적으로 만든 것인지 아니면 입법상의 미비 내지는 실수로 인한 것인지는 알수 없으나, 비교법적 고찰의 결과와 저작권 공유제도의 취지를 토대로 한 해석론을 제시할 수는 있을 것이다.

3.2 民法상 物件의 共有

우리 민법은 공동소유자 상호간의 인적결합의 정도에 따라서 共有·所有·繼有 세 가지의 공동소유형태를 규정하고 있다. 민법상 공유의 경우에는 공동소유자 상호간에 아무런 인적결합관계가 없기 때문에 각 공동소유자가 공동소유목적물의 사용수익뿐만 아니라 관리처분까지 할 수 있는 권한을 가지고 있는데 반해서, 총유의 경우에는 공동소유자들이 하나의 비법인사단을 구성하는 결합관계 하에 있기 때문에 각 공동소유자는 공동소유목적물을 사용수익할 수 있는 권한만을 가질 뿐이고 그러한 권한은 비법인사단의 구성원으로서의 자격과 운명을 같이 한다. 합유는 이러한 공유와 총유의 중간적인 결합관계 즉 조합체의 소유형태이기 때문에 각 공동소유자는 지분을 가지되 그 지분의 처분이 제한된다는 점에서 공유와 총유의 중간적인 소유형태라고 볼 수 있다. 우리 민법은 공동소유자의 인적결합관계를 전무하거나 조합계약하에 있거나 비법인사단의 구성원이라고 하는 세 가지 유형으로 구별하고 있지만, 현실적으로는 훨씬 더 다양한 인적결합관계가 존재하고, 민법상 인정되고 있는 세 가지 유형의 인적결합관계와 상이한 관계를 위한 특약이 존재하면 그러한 특약이 민법규정에 우선한다. 따라서, 민법의 공동소유규정은 공동소유자 상호간에 명시적인 약정이 없는 경우에 공동소유자의 인적결합관계를 합리적으로 추정해서 유형화해놓은 것이라고 볼 수 있다. 이러한 의미에서 저작권법이 규정하고 있는 공동저작자의 상호관계는

민법상의 공유관계나 합유관계에 준하는 것으로 단정하기보다는 공동저작자간의 독특한 필요에 의해서 형성된 특수한 공동보유관계라고 보는 것이 타당하다. 저작권법상의 공동저작자간의 관계는 민법상 공유관계와도 다르고 합유관계와도 다르기 때문이다. 우리나라 저작권법상의 공동저작자간의 관계는 오히려 습性의 원리에 충실한 독일민법상의 합유관계에 유사하다고는 말할 수 있어도 우리나라 민법상의 합유관계와 유사하다고 말하기는 어렵다.¹⁸⁾ 그러나, 공동저작물의 법리가 당연히 적용된다고 말할 수 없는 저작권공동보유관계 즉 단독저작물에 관한 저작권의 공동보유라거나 저작인접권의 공동보유 등의 경우에는, 공동보유자 상호간의 특약이 없는 한, 그 인적결합관계가 민법상 유형화된 공동보유관계 즉 공유, 합유, 총유의 관계 가운데 가장 가까운 인적결합관계에 준해서 해석될 수 밖에 없다 합유 또는 총유관계에 해당된다고 볼 수 없거나 불분명한 경우에는 공동소유관계의 원칙적인 형태라고 볼 수 있는 공유관계에 준해서 해석될 것이다.

4. 著作人格權

컴퓨터프로그램보호법은 공동저작프로그램의 저작인격권에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않고, 후술하다시피 저작권일반의 행사제한에 관한 규정만을 두고 있다. 저작권의 행사에 관한 규정은 저작인격권을 포함한 것으로 해석되므로, 공동저작프로그램에 관한 저작인격권은 후술하는 바와 같이 공동저작자 전원의 합의에 의해서만 행사할 수 있는 것이다. 본래, 공동저작프로그램의 불가분성으로 인하여 각 공동저작자의 인격이 프로그램 전체에 미치기 때문에 그 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의해서만 행사할 수 있다. 민법 제278조에 의하면 소유권 이외의 재산권에 대해서도 민법상 공동소유에 관한 규정이 준용되는 것으로 원칙으로 하면서도 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 그에 따르도록 되어 있는 바, 컴퓨터프로그램보호법 제15조의 규정은 바로 그러한 특칙에 해당되는 것인가? 저작인격권은 그

18) 후술하는 “VII 2 共同著作者の 人的結合關係” 및 “VII 3. 立法論的 의문점” 참조

성질상 재산권과는 달라서 민법상 공동소유의 규정이 준용될 수 없는 것이고, 민법규정의 특칙이라고 볼 필요도 없다. 다시말해서, 공동저작프로그램은 그 불가분성으로 인해서 지분의 비율로 공표하거나 변경을 가하는 행위는 필연적으로 다른 공동저작자의 인격권을 침해하게 되기 때문에, 컴퓨터프로그램보호법은 저작자 전원의 합의에 의해서만 저작인격권을 행사할 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 본래 저작인격권은 一身專屬의 권리로써 단독으로 보유하는 것이고 단독으로 행사할 수 있는 것이지만, 자신의 인격권의 행사로 인해서 타인의 인격권을 침해할 수는 없는 것이기 때문에 결과적으로 공동저작자 전원의 합의에 의해서 저작인격권을 행사하는 것으로 규정된 것이다.

공동저작프로그램의 경우에 각 공동저작자의 인격이 프로그램 전체에 미치기 때문에 저작자 전원의 합의에 의해서만 그 저작인격권을 행사할 수 있는 것으로 규정한 것이기 때문에, 공동저작자가 아닌 저작권자의 합의는 필요하지 않다. 예컨대, 프로그램에 관한 저작권의 일부지분이 양도되어 저작자와 양수인과 공동으로 보유하게 된 경우에도 양수인은 저작인격권까지 양도받은 것은 아니기 때문에 저작자의 인격권행사에 합의를 할 수 있는 권한이 없는 것이다. 또한, 공동저작자 가운데 사망한 저작자가 있으면 당해 사망저작자의 인격권은 사망과 동시에 소멸하고 그 유족은 오직 재산권만을 상속받는 것이므로, 저작권을 상속받은 유족도 생존한 공동저작자의 인격권행사에 합의를 할 수 있는 권한은 없다.

공동저작자 전원의 합의의 합의를 요하는 저작인격권의 행사라고 함은 저작인격권의 내용을 구체적으로 실현하는 것을 의미하는 것으로 예컨대 미공표프로그램을 공표하거나 저작자성명을 달리 표시하거나 또는 프로그램에 변경을 가하는 경우 등이 그것이다. 다른 한편 저작인격권으로부터 파생되는 청구권은 합의에 의하지 않고 자유롭게 행사하도록 하는 것이 저작인격권의 보호에 충실한 것이고 그러한 파생적 청구권의 행사는 소극적으로 권리를 보전하는 보전행위에 불과한 것이기 때문에, 컴퓨터프로그램보호법 제28조는 인격권의 침해의 경우에 다른 공동저작자의 동의없이도 자유롭게 침해정치의 청구를 할 수 있다고 규

정하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법에는 명시적인 규정이 없지만, 마찬가지로의 논리에 따라서 인격권침해의 경우에 각 공동저작자가 다른 공동저작자의 동의없이 자유롭게 정신적 손해의 배상청구 및 형사고소를 할 수 있는 것으로 해석된다.¹⁹⁾

저작인격권의 행사에는 공동저작자 전원의 합의가 요구되지만, 각 저작자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다. 저작인격권의 행사는 지극히 주관적인 판단에 입각한 것이기 때문에 무엇이 신의에 반하여 합의의 성립을 방해한 것에 해당되는 것인가의 판단기준을 일률적으로 정하는 것이 쉽지 않을 것이다. 다만, 저작재산권의 행사에 있어서는 재산적 가치의 객관적 판단이 중요시되는데 반해서 저작인격권의 행사에 있어서는 저작자의 주관적인 판단이 보다 중요시되기 때문에, 저작재산권의 행사에 있어서 요구되는 저작권자들의 신의보다는 저작인격권의 행사에서 요구되는 저작자들의 신의판단에 저작자들의 주관적인 판단이 보다 존중될 필요는 있다고 생각된다. 예컨대, 공동저작물이 제작완료된 단계에서 그 출판과 배포를 금지하고자 하는 것은 신의칙에 반하는 것으로 허용될 수 없다고 판시된 사례가 있는데,²⁰⁾ 그 사실관계를 자세히 알 수 없으나 미공표저작물의 출판과 배포에 반대하는 경우와 공표에는 합의가 이루어져 있으나 출판과 배포의 시기나 방법 등에만 반대하는 경우는 각각 인격권의 행사 또는 재산권의 행사에 해당되어 그 의미가 다르기 때문에 신의에 반하는지 여부도 다소 상이한 기준에 따라서 판단해야 하는 것이 아닌가 생각된다. 그리고, 저작자 전원의 합의가 성립되지 아니하면 저작인격권을 행사할 수 없지만, 공동저작자 가운데 신의에 반해서 합의의 성립을 저지한 자가 있다고 판단되는 경우에는 그를 상대로 해서 소송을 제기하여 합의에 반대하는 것이 신의에 반한다는 판결이나 합의의 의사표시를 명하는 판결이 내려지면 동 판결에 따라서 합의가 이루어진 것으로 보고(民訴 §695) 저작인격권을 행사할 수 있게 된다고 해석된다. 또한, 공동저작자로서는 신의에 반해서 합의의 성립을 저지한 자에 대해서, 신의에 반하여 합의가 이루어지지 못함으로 인해서 발생한

19) 저작권법 제96조

20) 서울민사지법 1995.4.28. 선고 94가합50354 판결

손해의 배상을 청구할 수도 있을 것이다.

5. 共同著作프로그램의 利用

5.1 프로그램 利用의 自由?

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램의 이용에 대해서 아무런 규정도 두고 있지 않는 반면에, 특허법은 특허권의 공유자가 다른 공유자의 동의를 받을 필요없이 자유롭게 특허발명을 스스로 실시할 수 있다고 규정하고 있다. 특허법이 특허권의 공유자로 하여금 자유롭게 특허발명을 스스로 실시할 수 있도록 허용한 것은, 특허권의 목적물인 발명의 속성상 발명의 실시에 따라서 발명이 마모되거나 다른 공유자의 실시에 방해가 되는 것은 아니고 특허발명의 실시가 자유롭게 이루어질 수 있도록 함으로써 기술의 발전이라고 하는 특허법의 법목적이 보다 효율적으로 달성될 수 있기 때문이다. 본래, 민법상 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용할 수 있다고 규정되어 있지만 공유자 1인이 공유물 전부를 임의로 사용하면 대부분의 경우에 다른 공유자의 지분에 따른 사용을 방해하게 되기 때문에 결과적으로 공유자 1인이 공유물 전부를 임의로 사용할 수는 없을 것이다. 그러나, 민법상 공유목적물인 물건의 경우와는 달리, 특허발명의 경우에는 공유자 1인의 실시에 의해서 다른 공유자의 지분에 따른 사용이 방해받는 경우는 거의 없기 때문에, 특허발명의 경우에는 지분에 따른 실시라고 하는 제한적 개념이 불필요하고 공유자의 자유로운 실시가 허용된 것이라고 생각된다. 다만, 공유자 1인이 특허발명제품을 제조·판매하게 되면 다른 공유자의 시장진입이 어렵게 되거나 기존의 판매량이 줄어든다는 점에서 당해 공유자가 가진 공유지분의 경제적 가치가 영향을 받을 수 있다는 점도 부인할 수 없다. 바로 그러한 이유 때문에 특허권의 공유에 대해서는 민법상 공유규정과는 다른 특칙을 규정해서 특허권의 행사나 지분의 처분에 다른 공유자들의 동의를 필요로 한다고 설명하기도 한다.²¹⁾

컴퓨터프로그램보호법은 공동저작자가 프로그램을 자유롭게 이용할 수 있는지 여부에 대해서

아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 해석상 논란이 있을 수 있다. 한편으로는, 전술한 특허법규정의 취지에 비추어볼 때 공동저작자도 프로그램을 자유롭게 이용할 수 있다고 해석할 수도 있을 것이고, 다른 한편으로는, 공동저작자의 저작권권의 행사가 제한되어 있고 프로그램의 이용도 권리의 행사에 해당된다고 본다면 다른 공동저작자의 동의가 없이는 프로그램을 이용할 수 없다고 해석할 수도 있다. 전자의 견해가 입법론으로서서는 타당하고 입법에 의해서 그러한 점을 명백히 하는 것이 바람직하겠지만, 해석론으로서서는 후자의 견해가 타당하다고 생각된다. 프로그램을 작동시키는 행위와 같은 이용이라면 굳이 권리행사라고 말할 필요가 없지만, 공동저작자가 프로그램을 복제 및 배포하는 등의 방법으로 이용하는 행위는 명백히 복제권 및 배포권의 행사에 해당되기 때문에, 해석론상 프로그램의 이용은 권리행사로서 공동저작자 전원의 합의에 의해야 한다고 보는 것이 타당하다. 설사, 전자의 견해에 따라서 공동저작자 또는 저작권공유자가 프로그램을 자유롭게 이용할 수 있다고 하더라도, 프로그램의 이용의 결과 타인의 저작권적권을 침해할 수는 없다. 따라서, 저작권공유의 대상이 된 프로그램이 아직 공표되지 아니한 저작물인 경우에, 공동저작자 또는 저작권공유자가 당해 未公表 프로그램을 출판 등의 방법으로 이용하고자 하는 경우에는 필연적으로 공표행위가 수반되기 때문에 공표권자 즉 저작권권자인 저작자 또는 공동저작자들의 동의를 받아야 한다. 이와같이 미공표프로그램의 이용에 있어서는 어떠한 해석론을 취하는가에 관계없이 프로그램의 이용을 위해서 다른 공동저작자들의 동의를 받아야 한다. 또한, 공표프로그램의 경우에도 그 복제, 배포 등의 방법으로 이용하는 것은 일종의 저작재산권 행사에 해당된다고 볼 수 있기 때문에, 공표프로그램의 이용에 있어서도 다른 공동저작자의 동의가 요구된다고 해석된다.

단독저작프로그램에 관한 저작권공유의 경우에는 어떠한가? 공동저작프로그램이 아니지만 저작권의 공유관계가 성립하게 된 경우에 관해서는 컴퓨터프로그램보호법이 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문에 민법상 공유규정이 준용된다. 공유자는 공유목적물을 지분에 따라 사용·수익

21) 송영식 등 공저, 지적소유권법(상), (유법사, 1999), 238면

할 수 있는데, 특허발명의 경우에서 마찬가지로 공유자 1인에 의한 프로그램의 이용이 다른 공유자의 지분에 따른 이용을 방해할 위험이나 마모의 가능성이 없다면, 공동저작자는 자유롭게 프로그램을 이용할 수 있다고 해석할 수 있을 것이다.

5.2. 利用에 따른 收益

우리 컴퓨터프로그램보호법은 공동저작자들이 프로그램의 이용을 자유롭게 할 수 있는지 여부 뿐만 아니라 그 이용에 따른 이익의 분배비율에 대해서도 아무런 규정을 하지 않고 있다 생각건대, 이익의 분배비율에 대해서는 프로그램의 이용 또는 저작권의 행사에 관한 합의에 포함되는 경우가 많을 것이지만, 그러한 합의가 없다면 민법상 공유규정 및 저작권법상 공동저작프로그램 규정을 유추적용해서 프로그램의 이용에 따른 이익은 각 공동저작자의 지분의 비율에 비례해서 배분된다고 해석된다. 특히, 물건의 공유의 경우에는 공유자 1인이 공유물을 스스로 사용함으로써 얻게 된 이익을 금전적 가치로 산정해서 그 이익을 배분한다는 것이 현실적으로 어렵지만, 프로그램의 경우에는 그 이용으로 인한 이익을 산정하기가 용이하다는 점에서 지분의 비율로 그 수익을 배분한다고 해석하는 것이 타당하다.²²⁾ 여기에서 프로그램의 이용에 따른 이익이라고 함은 공동저작자가 스스로 프로그램을 이용하는 경우 뿐만 아니라 타인으로 하여금 프로그램을 이용하도록 허락한 경우 (즉 이용허락)의 대가도 법정과실로서 지분의 비율로 분배해야 한다는 것으로 해석된다.

6. 著作財産權

컴퓨터프로그램보호법은 공동저작프로그램의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하

지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다고 규정하고 있다.²³⁾ 공동저작물의 저작재산권은 공동저작자들 사이에 공동으로 보유하게 되는 것인데, 민법 제 278조에 의하면 소유권 이외의 재산권에 대해서도 민법상 공동소유에 관한 규정이 준용되는 것을 원칙으로 하면서도 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 그에 따르도록 되어 있는 바, 저작권법상 공동저작물의 저작재산권 행사의 제한이나 공동보유지분 처분의 제한 등에 관한 규정은 바로 그러한 특칙에 해당되는 것이다. 그러면, 공동저작물의 저작재산권 행사를 제한하거나 그 공동보유지분의 처분을 제한하는 특칙이 왜 필요한 것인가? 공동저작물은 그 불가분성으로 인하여 현물분할도 불가능하고 그 시장가치를 객관적으로 산정하기도 어렵기 때문에 대금분할이나 가격배상도 어렵다는 점에서 민법상의 공유 물건과는 상이하고, 공동저작자들의 공동창작으로 인한 밀접한 인적결합관계가 민법상 물건의 공유자간의 관계와는 상이하기 때문에, 민법상 공유와는 달리 공동저작물의 저작재산권은 저작재산권자 전원의 합의에 의해서만 행사할 수 있도록 한 것이라고 보인다. 다시말해서, 분리가 불가능한 공동저작물의 특성에 비추어 공동저작자 1인이 자신의 창작 부분에 관하여만 복제 등의 이용을 허용한다는 것이 불가능하고 공동저작자 1인에 의한 공동저작물 전부의 이용이 당해 저작물의 경제적 가치를 완전히 소멸하게 하기 때문에 다른 공동저작자의 저작권을 사실상 침해하는 결과로 될 수도 있고 따라서, 저작재산권의 행사에 다른 공동저작자의 동의를 필요로 하는 것이라고 이해할 수 있다.²⁴⁾ 예컨대, 특정의 원작품의 공동저작자 1인이 당해 원작품을 소재로 한 영화의 제작·배포를 허락해 준 경우에 동일한 원작품을 소재로 해서 또 다른 영화를 제작한다는 것은 현실적으로 거의 불가능한 것이기 때문에 영화로 제작하는 2차적저작물 작성권은 경제적으로 소진된다고 볼 수 있고, 따라서 그러한 영화제작의 허락에 있어서는 다른

22) 참고로 미국 판례에 의하면 부동산의 공유자 1인이 부동산을 점유한 경우에 그 점유자는 다른 공유자에게 점유료 인한 이익의 일부를 배분해주어야 할 의무가 없다고 보면서도 저작물의 공유자는 저작물의 이용으로 인한 이익의 일부를 지분비율에 따라서 다른 공유자에게 배분해주어야 할 의무가 있다고 판시하고 있다 Shapiro, Bernstein & Co. v. Jerry Vogel Music Co., 73 F Supp. 165 (S.D.N.Y. 1947), p.168

23) 컴퓨터프로그램보호법 제15조

24) Notes, *Accountability Among Co-Owners Of Statutory Copyright*, 72 Harv L. Rev 1550 (1959), p.1559

공동저작자들의 동의를 얻도록 요구할 필요가 있을 것이다.²⁵⁾ 또한, 공동저작자 사이에는 그 저작물의 활용 내지 상업화에 관해서도 공동의 목적 내지 합의가 존재한다고 추정할 수 있고 이러한 공동저작자의 상호관계가 공유자 상호간의 인적결합관계보다는 밀접한 관계 속에 있다고 볼 수도 있다. 예컨대, 미완성의 저작물을 공동저작자들의 합의없이 출판하려고 하는 것은 공동저작자들의 본래의 창작목적에 반하는 것이기 때문에 허용되어서는 곤란한 것으로 보인다.²⁶⁾

저작권법은 공동저작물에 관한 저작재산권의 행사 및 지분의 처분 등에 있어서 저작재산권자 전원의 합의가 요구된다고 규정하고 있기 때문에 공동저작자 1인이 그 지분을 제3자에게 양도한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 해석된다. 공동저작자 1인에 의한 지분의 양도의 경우에도 공동저작물의 성질에는 변화가 없고 또한 저작권법은 공동저작자 전원의 합의를 요구하는 것이 아니라 저작재산권자 전원의 합의를 요구하고 있기 때문이다. 또한, 현행 저작권법은 공동저작자들 사이에 물건의 공유자들의 관계보다는 더욱 밀접한 인적결합관계가 있다고 전제하고 있고, 그러한 공동저작자 1인이 자신의 지분을 제3자에게 양도한 경우에는 그러한 제3자도 공동저작자의 인적결합관계까지 승계한 것으로 볼 수 있는 것이다. 공동저작자 1인에 의한 지분의 처분에 있어서 다른 공동저작자 전원의 동의를 요구하는 이유도 다른 공동저작자들로 하여금 새로운 저작권 공동보유자가 그러한 인적결합관계를 충실히 승계할 만한 자인지 여부에 대해서 확인할 수 있는 기회를 가질 수 있도록 하기 위한 것으로 보인다. 따라서, 공동저작자는 아니지만 공동저작자로부터 지분을 양도받은 자도 공동저작자와 동일한 인적결합관계 하에 놓이게 되고 저작권법상 저작권행사 및 지분처분에 관한 제한이 그대로 적용된다.

25) 특허권 공동보유자가 그 특허발명의 실시허락이나 지분의 처분에 있어서 다른 공동보유자들과의 합의를 필요로 하는 이유도 새로운 공동보유자 또는 실시권자가 된 자의 신용력, 기술력, 자본력 여하에 따라서 다른 공동보유자의 지분의 실질적 경제가치가 현저하게 변화할 수 있기 때문이라고 설명되고 있다 송영식 등 공저, 지적소유권법(상), (육법사, 1999), 298면

26) 예컨대, 大阪地裁 平2 (ワ) 2177號 平成4年4月27日 判決 참조

그렇다면, 공동저작물에 관한 저작재산권의 행사 및 지분의 처분에 관한 규정이 單獨著作物の共同保有者 즉 著作權의共同保有의 경우에도 그대로 적용될 수 있는가?²⁷⁾ 단독저작물에 대해서 공동저작물의 법리를 적용할 필요가 없음을 물론이고, 설사 단독저작물에 관한 저작권의 일부 지분이 양도되어 그 저작권이 2인이상에 의해서 공동으로 보유되게 된 경우에도 그러한 공동보유자들 사이에 공동저작자들의 인적결합관계와 동일한 인적결합관계를 인정할 필연적인 이유가 없기 때문에, 단독저작물의 공동보유자 즉 저작권의 공동보유에 대해서는 저작권법상 공동저작물의 법리가 적용되지 않고 공동보유자 상호간의 인적결합관계에 따라서 민법상의 공유 또는 합유규정이 준용된다고 해석된다. 따라서, 단독저작물에 관한 저작권의 일부 지분을 양도받는 자와 기존의 저작권자와의 사이에 또는 단독저작물에 관한 저작권을 공동의 사업을 위해서 매입한 저작권공동보유자 사이에 조합계약을 체결한 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있으면 그러한 조합계약에 따르고, 그러한 조합계약이 존재하지 않는 단순 공동보유관계의 경우에도 저작권법의 공동저작물 규정이 아니라 민법상의 공유규정이 준용된다. 저작권의 공동보유자 사이에 조합계약이 존재하면 그러한 조합계약의 구체적인 내용에 따라서 저작물의 이용 및 저작재산권의 행사 등이 이루어지게 되고, 그러한 계약상의 구체적인 약정이 없으면 민법상 조합규정과 합유규정이 준용된다.

7. 프로그램의 職務著作

7.1 職務著作의 개념

職務著作이라고 함은 종업원 등이 프로그램을 업무상 창작한 것을 의미하고, 우리 컴퓨터프로그램보호법에 의하면, ①법인·단체 그 밖의 사용자의 기획하에 ②위 법인이나 단체 등의 업무에 종사하는 자가 ③업무상 작성하는 프로그램으

27) "II. 1. 著作權의共同保有"에서 전술한 바와 같이, 특허권 등의 산업재산권의 경우에는 공동발명자에 의한 특허권 공동보유와 단독발명에 대한 특허권의 공동보유를 구별하지 아니하고 동일한 법리에 의한다는 점을 분명히 하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다

로서, ④계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에, 당해 창작자인 종업원이 저작자로서 저작권을 취득하는 것이 아니라 그 법인 등의 사용자가 저작자로 되고 최초의 저작권 귀속 주체로 된다는 것을 의미한다(컴퓨터프로그램보호법 제7조). 따라서, 職務著作은 업무상의 창작 또는 團體名義著作物(works made for hire)이라고도 불리운다. 따라서, 직무저작의 경우에는, 종업원이 기업에서 근무하는 동안에 직무상 창작한 프로그램을 그가 자유로이 처분하거나 복제물을 만들거나 퇴직 후에 다른 프로그램저작물에 삽입하는 행위 등은 할 수 없다. 본래, 컴퓨터프로그램보호법은 특정 프로그램을 창작한 著作자가 당해 프로그램에 관한 최초의 저작권을 취득하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에, 업무상 창작한 프로그램에 대해서 법인 등의 사용자가 저작자로 되는 것은 예외적인 것으로서 그 요건을 엄격하게 해석할 필요가 있다. 다만, 컴퓨터프로그램의 상당수가 특정 기업의 투자에 의해서 다수의 종업원들의 참여에 의해서 창작되는 경우가 많기 때문에 현실적으로는 업무상 창작한 프로그램 또는 창작위탁에 의한 프로그램이나 공동저작프로그램이 많이 나오고 있다.²⁸⁾ 업무상 창작한 프로그램의 경우에는 창작자가 아닌 사용자가 저작자의 지위를 차지하는 예외적인 현상이 나타나지만, 그 이외의 경우 즉 창작위탁에 의한 경우나 공동저작프로그램의 경우에는 창작자가 저작자로 된다는 원칙은 그대로 유지된다. 다만, 후술하는 바와 같이 창작위탁에 의한 경우에는 위탁자가 수탁자인 창작자로부터 저작권을 양도받기로 미리 합의한 경우가 많고 공동저작프로그램의 경우에는 그 지분에 관한 합의나 저작권의 귀속에 관한 별도의 합의가 있을 수 있다.

우리 나라 컴퓨터프로그램보호법은 업무상 창작한 프로그램의 경우에 단체 또는 법인이나 사용자가 저작자로 되어서 저작권을 취득하게 된다고 규정하고 있으나, 兪氏저작권법이나 獨逸 등 대륙법계 저작권법은 직무저작의 경우에도 그 저작자는 실제로 창작행위를 수행한 자연인인 창작자이고 법인이나 사용자 등은 그 결과로 만들어진 저작물에 대한 저작권을 취득하게 될 뿐이라

고 규정하고 있다는 점에서 커다란 차이가 있다. 또한, 영국저작권법은 배른협약에 따라서 저작권격권의 개념을 저작권법에 도입하면서도, 우리나라 컴퓨터프로그램보호법과는 달리 저작권격권은 저작자에게 귀속되지만 서면에 의한 약정에 의하여 포기될 수 있는 것으로 규정하고 있기 때문에, 職務著作 또는 委託著作의 경우에 종업원 등의 창작자가 저작자이면서도 자신의 저작권격을 포기하는 약정을 할 수 있게 된다.

7.2 職務著作의 要件

직무저작의 요건으로는, 첫째, 법인 등의 기획하에 프로그램이 작성되어야 하는데, 이것은 프로그램 작성에 관한 종업원 등의 능력에 비추어 법인 등이 프로그램 작성의 방법과 수단을 통제할 수 있는 지위에 있고 현실적으로 그러한 통제가 이루어진 것을 의미하며 필요에 따라서는 프로그램 작성과정에 수정이나 보완 등을 요구하는 경우에 성립될 것이다. 둘째로, 법인 등의 업무에 종사하는 자에 의해서 프로그램이 작성되어야 한다는 요건이 있는데, 여기에서 법인 등의 업무에 종사하는 자 가운데 계속적인 고용관계에 있는 종업원이외에 시간제 종업원이나 임시로 고용된 자 또는 특정 과제의 수행을 담당한 자 등도 포함되는지 문제된다. 특히 프로그램제작회사에서는 그 종업원들의 전직이 빈번하고 그 근무조건과 방식이 다양하기 때문에 판단하기 어려운 경우가 많다. 그 판단에 있어서는, 프로그램 작성에 필요한 도구와 장비 등이 법인에 귀속된 것인지 여부, 구체적인 프로그램작성의 작업이 이루어진 장소가 법인 내에 있는지 여부, 고용계약관계가 계속적인 관계인지 아니면 임시적인 관계인지 여부, 법인 등이 추가적인 프로그램작성의 업무를 부과할 수 있는 지위에 있는지 여부, 종업원 등에게 프로그램작성업무의 시기와 기간을 자유롭게 결정할 권한이 있는지 여부, 임금 또는 대가 지급방법, 프로그램 작성과정에 필요한 보조인력의 고용 및 그에 대한 수당을 법인이 지급하는지 아니면 종업원 등이 지급하는지, 종업원 등의 세금을 누가 납부하며 종업원 등에게 수당이나 기타의 후생차원의 보조가 주어지는지 여부 등을 종합적으로 고려해서 판단할 수 있을 것이다.²⁹⁾ 예컨대, 영상저작물의 저작자가 누구인지에 대해

28) 공동저작프로그램에 대해서는 컴퓨터프로그램소식 1999년도 제3월호 (통권 제41호) 참조

서는 많은 논란이 있을 수 있겠지만, 만화영화와 같이 영상제작자가 그 기획하여 그 종업원 등을 동원하여 제작한 영상저작물의 경우에는 저작권 법상 영상저작물에 관한 특칙에도 불구하고 영상 제작자가 직무저작에 의한 저작자로서의 지위도 가지게 될 수 있을 것이다.³⁰⁾ 그러나, 방송국의 주문에 따라서 극본을 제작한 극본작가³¹⁾나 프리랜서 프로그래머의 경우와 같은 독립적인 주문제작을 하는 자는 종업원으로 보기 어렵다. 종업원에 의한 창작과 제3자에 의한 창작의 위탁을 구별하기 어려운 경우가 많지만, 창작위탁의 경우에는 창작자가 저작자로 되는 것이다.³²⁾

셋째, 종업원 등이 업무상 작성하는 프로그램이어야 하고, 넷째, 계약 또는 근무규칙 등에 저작권의 귀속에 관한 별도의 규정이 있으면 그러한 계약규정이 우선한다. 저작권법은 법인 등의 명의로 공표되어야 한다는 요건을 규정하고 있어서 미공표저작물의 경우에는 여전히 그 창작을 한 종업원이 저작자로서의 지위를 가진다. 그러나, 컴퓨터프로그램의 경우에는 법인 내부에서 사용할 목적으로 개발되는 경우도 많기 때문에, 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법과는 달리 법인 명의공표의 요건을 규정하고 있지 않고, 따라서 프로그램의 공표여부에 관계없이 직무저작의 다른 요건만 충족되면 법인 등이 그 저작자로 된다.

7.3 委託創作된 프로그램과의 비교

프로그램의 창작·개발을 이른바 메이커나 소프트웨어하우스에 위탁(도급)한 경우 그 프로그램은 누구에게 귀속되는가? 프로그램의 창작위탁계약은 민법상 도급계약에 유사한 측면이 있으나,³³⁾ 저작권의 귀속에 관해서는 컴퓨터프로그램보호법이 우선 적용되고 그러한 한도에서는 민법상 도급계약의 법리에 구속되지 않는다. 이러한 경우

에는 수탁자를 법인등의 업무에 종사하는 자라고 볼 수 없고, 고용관계가 있는 것이 아니므로 업무상 창작한 프로그램의 법리가 적용되지 아니한다. 따라서 수탁자에게 저작권이 원시적으로 귀속한다. 다만 계약에 의하여 저작권을 위탁자에게 양도할 수 있음은 물론이다 통상은 계약으로 위탁자가 그 저작권을 원시적으로 취득한다는 규정을 들 것이다. 그럴 경우 이론적으로는 그러한 경우 프로그램의 저작권을 원시적으로 취득하는 자는 수탁자이고, 위탁자는 그러한 저작권을 양도받을 뿐일 것이다.

창작위탁과 직무저작은 구별되는 개념이지만 그 판단이 어려운 경우가 많다. 최근의 미국사례 Richard E. Graham v. Larry D. James³⁴⁾를 보면, 원고 Graham과 Night Owl Computer Service는 5천개 내지 1만개 가량의 셰어웨어(Shareware)³⁵⁾와 프리웨어(Freeware)³⁶⁾를 담은 CD-ROM을 제작해서 판매하는 업자인데, 피고 James로 하여금 파일출력프로그램을 제작해줄 것을 의뢰하면서 요구하는 프로그램의 상세한 기능을 설명했다. 피고는 "Borland's C++" 언어를 이용해서 출력프로그램을 창작하고 동 프로그램 속에 자신이 저작자임과 저작권보유자임을 명백히 표기해두었다. 원고는 그러한 저작권표시에 대해서 다투었고 피고와의 다툼은 소송으로 발전하게 된 것이다. 지방법원의 증거조사에 의하면 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 업무상 프로그램을 개

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

30) 그러나, 만화작가 즉 만화영화의 원저작자가 2차저작물인 만화영화의 저작자로 된다고 본 하급심판결도 있다: 서울형사지법 1994.11.29 선고 94노3573 판결

31) 서울고법 1984.11.28. 선고 83나4449 판결

32) 후술하는 Richard E. Graham v. Larry D. James, 141 F.3d 229, 46 U.S.P.Q.2d 1760 (2nd Cir., 1998) 참조

33) 대법원 1998.3.13. 선고 97다45259 판결

34) 141 F.3d 229, 46 USPQ2d 1760 (2nd Cir., 1998)

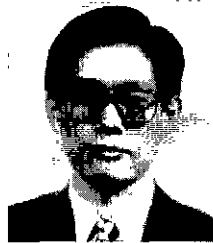
35) 셰어웨어라고 함은 소비자들에게 프로그램의 성능을 시험해볼 수 있도록 제공된 프로그램으로서 그 프로그램의 계속적 사용을 위해서는 저작권자에게 대가를 지급할 것이 요구되는 프로그램이다

36) 프리웨어라고 함은 무료로 사용할 수 있도록 배포된 프로그램을 말하지만 그에 대한 저작권을 모두 포기한 것은 아니기 때문에 그 상업적 사용 등이 제한된 공개 프로그램은 밀한다

발했기 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. 연방지방법원과 연방항소법원은 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 지위에서 개발한 것인지를 판단하는 것이다. 이 사건을 담당한 지방법원과 항소법원은 피고가 상당한 능력과 기술을 보유하고 있는 프로그래머이고 원고로부터 어떠한 수당도 지급받은 바 없고 소득세의 원천징수도 없었으며 원고와의 관계가 지속적인 것이 아니라 개발프로그램 건별로 개별적으로 이루어진 점 등을 중시하면서, 피고가 창작한 프로그램은 원고의 종업원으로서가 아니고 창작위탁계약의 독립한 계약당사자의 지위에서 개발한

것이라고 결론지우게 되었다. 또한, 원고는 피고에게 지급한 금액이 종업원에 대한 급료로 지급한 것이라고 주장했지만, 증거조사의 결과에 의하면 피고는 원고에게 구두의 이용허락을 한 것이고 원고가 피고에게 지급한 금액은 그러한 이용허락계약의 결과 지급해야 할 이용료의 일부에 불과한 것이라고 판시되었다.

정 상 조



1978.3~1982.2 서울대학교 法大
 法學士
 1982.3~1984.2 서울대학교 大法院
 法學科 法學碩士
 1986.10~1987.9 London School
 of Economics, LL. M
 1988.1~1991.6 London School of
 Economics, Ph. D
 1991.3~1991.9 독일 MAX-
 PLANCK 研究所 招請研究
 員
 1992.6~1994.2 韓國法制研究院 白
 鹿研究員
 1994.3~현재 서울대학교 법과대학 조교수
 1994.11~현재 정보통신부 컴퓨터프로그램심의조정위원회 심의
 조정위원
 1998.6~현재 서울대학교 법과대학 학생담당 부학장
 E mail:sjong@plaza.snu.ac.kr

• 16th IFIP World Computer Congress 2000 •

- 일 자 : 2000년 8월 21~25일
- 장 소 : 중국 북경
- 주 최 : International Federation for Information Processing(IFIP)
- 참 고 : <http://www.wcc2000.org>
<http://kiss.or.kr>