

# BASIC 해설서 저작권 침해사건(完)

PC-8001용 BASIC 인터프리터(Interpreter)의 소스 프로그램의 저작권  
東京地裁 昭和62年 1月 30日 判決, 昭和 57年(7) 第14001號 事件,  
認容(控訴) (判夕 631號 100면, 判時 1219號면 BASIC 解説書 著作權  
侵害 事件

이런 事例은 1990年 5月 13日부터 5  
月 14日에 걸쳐 일본 近畿大學本部에서  
개최되었던 아세아 知的所有權法會議의  
일부 發表內容을 본인이 發表者의 許諾  
를 얻어 번역 게재한 것임.

播磨良承 近畿大學教授  
中材明比古 近畿大學講師  
趙哲顯 韓國辨理士

〈前号에서 계속〉

#### 4. 本件 program의 著作物性

本件 判決에 있어서는 上記 判旨에 표시한  
것과 같이 本件 著作物은 program 言語에 관  
한 高度의 專門의 知識을 驅使하여 作成되어  
있으며, program 作成者의 學術的 思想이 표  
현되고, 個性의인 內容을 갖는 著作物이라고  
判示하고 있다. 然이나 컴퓨터 program은 game  
의 program이라도, application program 일지  
라도, operating program이라도, 著作權法上의  
著作物로서 보호된다고 말한다.

이점 詳細하게 檢討하고자 한다. 典型的으로  
는 컴퓨터라고하는 hardware(電子機器, 記憶  
裝置, monitor, digital 電子論理回路, printer  
등)를 作動시키기 위한 software에는 특히  
operating system(OS soft)과 入出力, access  
등에 필요한 응용 program(application soft-  
ware, Ap soft)이 있지만, 이것들 program의  
著作物에 관하여 우리 著作權法 10條1項9號에

著作物의 하나로 例示하여, 同法 2條1項10의  
2號에서 program과는 電子計算機를 機能시켜  
서 하나의 結果를 얻을 수 있도록 이것에 대한  
指令을 組合한 것으로 표현한 것을 말한다고  
정의하고 있다. 然이나 著作物이란 思想 또는  
感情을 創作的으로 표현한 것이며, 文藝, 學術,  
美術 또는 音樂의 範圍에 속하는 것을 말한다  
(同法 2條1項1號)고 定義되고 있으며 法適用  
上의 結果判例에서는 program은 學術的 著作  
物로 되고(判例後出), 獨創的 表現物과는 創作  
者의 個性의 表現物이면 좋고, 表現物 그것의  
目的, 性質, 價値와는 無關係로 되어있어 著作  
物에는 신규의 思想, 感情의 表現物일 必要도  
없고, 他人의 著作物을 전혀 무시하여 偶然同  
一形式을 갖인 著作物이 나타나도 각각 독립한  
著作權으로되는 (東京地裁 昭和 55年 6月 23  
日 判決, 審決取消訴訟 判決集 昭和 55年版 741  
面, 大阪地裁 昭和 54年 2月 23日 判決 前掲書  
昭和 54年版 621面, 東京地裁 昭和 37年 7月  
25日 判決, 下民集 13-7, 1517面, 東京地裁 昭  
和 43年 6月 13日 判決, 下民集 19-506, 257面,  
東京高裁 昭和 49年 12月 24日 판결, 無體裁集  
6-2, 340面, 東京地裁 昭和 47年 10月 11日 判  
決, 無體裁集 4-1, 538面 등).

program著作物의 著作權法上保護對象外로  
되는 것으로서 同法10條3項에 있어서 그 著作  
物을 作成하기위하여 사용되는 program言語  
(program을 표현하는 수단으로서의 文字其他  
의 기호 및 그 체제를 말한다.) 規約(특정의  
program 에 있어서의 program언어의 用法에

관하여 특별한 약속을 말한다.) 및 解法(program에 있어서의 電子計算機에 대한 指令의 組合의 방법을 말한다)에는 program의 著作物로서 著作權法の 보호는 미치지 않는다고 말한다.

上記의 program언어에 관해서는 文字, 記號 등의 독점은 인정하지 않는 당연한 결론을 들은 것에 지나지 않는다. 規約이나 解法에 관해서는, 著作權法은 創作的表現物의 보호이며, idea 그 자체는 보호하지 않는다는 것도 당연한 결론을 들은 것이라고 생각된다. 그러나 사실, 실제상의 문제로 되어 있는 上記의 判斷을 구하게 된 경우에 곤란한 문제가 생기는 결과로 된다. program 자체가 특정한 결과를 得하기 위한 step의 조합을 가진 algorithm이며, 解法이라고 말할 수 있기 때문이다. 이점 데니스. S. 카잘 씨의 新說에 의하면 「改正著作權法에서는 program이라고 하는 것은 電子計算機를 機能시켜서 하나의 결과를 달성하는 指令의 조합이라고 하고 있지만, 이 定義에서 말하는 電子計算機라는 것은 도대체 어떠한 것인가. 電子計算機를 hardware로 만하면 os soft가 program인 것은 명백하다. 그러나, 統計處理 등과 같은 특정한 결과를 달성하는데에는 허용 program을 컴퓨터에서 사용하므로, 이경우의 컴퓨터라는 것은 hardware 뿐만 아니라, hardware, plus, os soft이다. 이와 같이 解釋하면, os soft는 컴퓨터의 일부에 지나지 않으며, 컴퓨터를 기능시키지 않으므로 program으로는 되지 않는다. 라고 말하게 된다...」라고 말하고 「os soft를 컴퓨터라고 단정한다고 하여, …… 改正著作權法10條3項에서 말하는 예외에 os soft가 포함되는지 아니되는지 하는 것이다…… program 언어라는 것은 basic이나 FORTRAN과 같은 언어를 意味하는 것이다. 그러나 이와 같은 언어자체는 컴퓨터를 기능시키는 것은 아닌 것이므로, program이 아니라는 것은 명백하다. …… 따라서, program 언어라는 法の 예외의 合理的解決方法으로서, os soft는 보호되고 있는 program이지만 다른 soft로 같은 program 언어를 설정하기 위하여, 즉, 응용 program에 대한 互換性을 갖게 하는 것을 필요로 하는 한,

그 os soft를 copy 하여도 좋다고 하는 것이다. 이 解釋은 互換性 이 있는 컴퓨터를 提供하려는 競爭者는 자기의 os soft를 작성하는데에 최초의 maker가 원 so soft의 개발에 쓴 투자나 勞苦와 같은 費用을 들이지 않으면 아니된다는 것을 의미한다. 따라서 os soft를 copy 하였다 고 被訴된 보고에는 實質的 類似性(substantial similarity)에 있는 한 그것은 互換性을 달성할 필요가 있었다고하는 증명을, os soft를 개발할 즈음에 반듯이 隨伴하는 「紙의 跡」(papertrail)에 의거시켜야 할 것이다」라고 일컬어지는(데니스. S. 카잘 「改正著作權法에 있어서의 program 著作物보호의 예외」 著作權研究 14.1面以下參 照)

다른 한편, 응용 program의 著作物性에 관하여, 上記의 데니스. S. 카잘 씨의 新說에 의하면 「특정한 program의 一般構造나 정보의 흐름 방식은 program설계의 단계에서 만들어진 Flowchart 등에서 설정된다. software 기술이 발전하여가고 있는 것과 아울러 어떤 一般構造는 다른 것보다도 効率的으로 발전할 수 있는 것은 必然的이다. 이러한 program의 一般構造가 표현으로서 보호되면 그것을 최초로 발견한 programmer가 効率が 높은 기술의 一部에 대하여 대단히 오랜 獨占權을 소유하게 된다. 傳統的 著作權法은 기술 그 자체를 보호하지 않지만 program의 一般構造를 보호한다면 그것은 特許法의 면에서 보면, program의 一般構造나 構成은 표현이 아니고 Idea라고 고려하여야 한다. 改正著作權法에서는 解法이라고 하는 예외가 있으므로, 社會政策을 묻지 않고 자연히 이와같은 결과로 된다. 왜냐하면 解法은 program 중에 들어있는 컴퓨터에 대한 指令의 조합의 방법이기 때문이다.

Flowchart의 단계에서 설정되는 一般構造는 어떤 특정한 指令을 설정하는 것은 아니고, 指令을 어떻게 조합하는가를 programmer에게 가르치는 것이다. 그래서 program의 一般構造나 구성은 指令의 조합방법이기 때문에 解法에 포함되어 있다. 그러므로 著作權은 program의 一般構造에까지 波及되지 않을 것이다.」(前揭

書, 18面 以下)라고 말하고있다.

여기에서 말하는 「一般構造」라는 「一般」과 「特定」과의 구별이 명확하지 않는 것과, 一般構造 이외에 特別構造가 있는가, 있었을 경우 著作權이 미치지 않는지의 점이 명확하지 않다. 만일 一般構造라는 것이 著作權法에서 말하는 「解法」이라고하면 특정한 指令의 조합에 관해서는 이것을 解法이라고 말하지 않게되어 著作權의 對象으로되지만 逆說의으로 말하면, 解法과 解法이 아닌 것과의 峻別을 어디에서 구하는가에 歸着한다. 그러나, 통상, 解法은 컴퓨터에 대한 指令의 조합 방법이기 때문에, 여기서는 더욱이 조합방법에 역점이 있다고 생각된다. 컴퓨터 자체는 발명에 의거하여 기술사상 그 자체이며, 發明物 또는 발명한 방법에 의하여 구성되어 있기 때문에, 컴퓨터에 대한 지령의 조합방법은, 발명한 물건 또는 방법의 構成體를 어떻게 작동시키는가의 방법이며 발명이라기 보다는 발명에 속하는 경우가 많고, 예를들면 一般構造를 사용하였다고 하여도, 거기에 구성된 形成物(명령, 정보의 조합을 記述한 program 에 學術的 著作物性이 있다)은, 단지 解法에만 머물러 있을뿐만 아니라고 생각되는 것은 아닐까?

이점, 본건 판결의 제4점에 있어서 지적하고 있는 바와 같이 「一般的으로 컴퓨터 program 에 관해서는 일정한 목적에 달하기 위한 解法手段 은 유일한 것이 아니고 여러가지 解決手段의 選擇이 가능하다. ... 작성에 있어서는, 目的達成을 위하여 여러가지 문제를 細分化하여 分析하여 각각에 관하여 해결을 발견하고 上記 발견된 解法에 따라서 Assemble 언어에 의하여, 명령 및 기타의 情報의 組合을 記述하여 program 을 완성시킨 것이며 그 모든 과정은 일정한 것은 아니고 作成者의 개성이나 사상을 반영시키는 것에 의하여 다를뿐만 아니라 더욱이 그 個別性에서 개치를 발견할 수가 있다」라고 判旨 한쪽이 著作權法의 근본에서는 타당한 생각이라고 사과하는 것이 어떨지?

이러한 것은 美國 著作權法 改訂에 관한 1978년 7월 31일의 大統領에게의 最終報告書에 설명된 「著作權이 있는 著作物의 新技術에 의한

사용에 관한 安全委員會(CONTU)에서의 反對意見(하시 委員에 의함)에 있어서 컴퓨터 프로그램의 CAM機構論에 있어서 제시된 operating system을 著作物로서의 보호대상으로부터 제외하여야 한다고 하는 議論」(土井輝生·America 新著作權法의 해설, 164面)과 上記 데니스.S.카잘 氏의 所說과 일치한 생각이라고 사료된다.

operating system이 著作權인지 아닌지의 紛爭에서, Leading case로된 것은 apple computer Inc. V. Franklin computer Co.,(1983. 8. 30. US Court of Appeals) 사건이 최측이며, ROM에 기억된 operating system도 著作物性을 가진다고 判示하고 있다(詳細하게는 播磨良承·New Major와 著作權 205面).

그 외에, 우리나라에서는, game의 program 을 ROM에 수납된 object code의 複製가 本件 program의 複製의 해당한다고 所謂 space in vader part II 사건(東京地裁 昭和 57年 12月 6日 판결, 無體集 14-3, 796面, 이것과 관련이 있는 橫濱地裁 昭和 58年 3月 30日 判決, 判時 1081號 125面, 大阪地裁 昭和 59年 1月 26日 判決, 無體集 16-1, 26面, 東京地裁 昭和 60年 3月 8日 判決, 判時 561-169面)에 있어서도 명백하게 되어있다.

5. 本件 判決에서 말하는 「違法性」의 根據 本件에서의 著作權 侵害하고 하는 違法性的의 論據는 다음의 二點에서 구하여진다.

(i) ROM에 收納된 object program을 ROM으로부터 判讀하여, 16進 code로 置換出版하는 행위는 複製에 해당한다는 것.

(ii) 이것을 assemble하여 해독하고 Label 과 comment를 붙쳐서 출판하는 행위는 object program의 複製에 해당한다는 것의 2점이다. (i)에 있어서는 著作權法 2條1項15號의 규정대로 ROM에 固定的으로 기억시킨 정보의 내용을 16進 code로 표시하여 그 memory address 와 공히 再製作하는 것은 法에서 말하는 「기타의 방법에 의하여 有形的으로 再製作하는」행위에 해당된다.

이것은 memory의 내용을 address를 지정하

여, 통상의 컴퓨터 메모리 내용의 판독과 마찬가지로 판독하는 것은 컴퓨터의 基本機能에 포함되기 때문이며, 그 메모리 내용의 8비트를 4비트를 나누어서 16진수로 뽑아쓰고 또 印刷하는 것도 컴퓨터 조작을 通常取扱하는 자에 있어서 늘 하는수단이기 때문이다. (ii)의 역 assemble이란 비트표현 또는 16진 code 표시의 機械語로 이루어지는 program을 source언어로 변환하는 언어이며, 통상 컴퓨터 프로그램에 대응하는 機械語 code의 bit 표현으로 置換하는 것과 대비된다. 즉 명령 code를 mnemonic code(mnemonic assemble의 命令記述에 사용되는 符號)로 變更하여, address(address: computer 자체가 變數文字를 數値로 고쳐서, 그 番地에 入出力이 行하여지는 記憶番地)는 Label(名札, 標識)로 變更하는 행위이다.

이경우 assembler가 명령 code의 語數를 세어서 Label의 수치를 산출하도록, 逆 assembler는 건너뛴 address에 Label을 붙여서 읽기 쉬운 형으로 정리한다. 따라서 逆 assembler의 종류에 의하여 Label을 붙이는 방법, 명령의 mnemonic code가 다소 틀릴 경우가 있지만 逆 assemble은 컴퓨터와 逆 assemble program에 의한 機械語 code 수치의 機械적인 처리이며, 여기에 著作權法에서 말하는 「기타의 방법에 의한 複製」에 해당한다고 생각된다.

Y<sub>1</sub>이 말하는 comment의 体與는 機械的 행위가 아니고, program 逆 assemble 者의 創作 행위라고 할 수 있다. 根本적으로 著作物을 無

斷사용하고 있는 한 著作權 侵害에 影響을 주는 것은 아니라고 하는 판지는 타당할 것이다.

결국에 있어서 本件 판결은 「他社의 software의 내용을 해설하여 해명하였다」라고 하는 것에 違法性이 있다라고 한 사례이다. 만일 출판의 목적이 정말로 퍼스컴 利用者에게 그 사용하는 Basic program의 내용을 이해시킬려면 本件과 같은 複製를 하지않고 같은 구조, 구성을 갖는 program sub routine을 독자로 창작하여, 설명하면 끝날지도 모른다. 그러기 위하여, 설명하면 끝날지도 모른다. 그러기 위하여 本件 著作物의 basic program의 일부를 정당하게 이용하면 좋지만, 일부분만의 인용, 本件 著作物과 유사한 program을 창작한 것으로는 특히 本件 program과 같은 BIOS부의 지능에 적합한 해설은 할 수 없게된다. 그것은 program은 그 routine중 1Bit라도 틀리면, 기능의 再現이 방해되기 때문이다. 따라서 上記의 참 목적을 달성하기 위하여, 本件 著作權者에 대하여 使用許諾을 받아서 하는 이외에는 없다. 이러한 것은 著作權이 創作的 사상, 감정의 表現物 전체를 하나의 著作權으로서 보호하고 있는 著作權法의 本旨에서 당연한 결론이라고 말하지 않을 수 없다(또한 本件과는 逆의 現象이지만 美國에서 商品價格의 時勢表가 컴퓨터, 프로그램화된 사건에 관하여 佐野稔 씨의 논설(日經 컴퓨터 1986年 5月 12日 p.167의 기사가 있다).

(原稿受領日 昭和 1962年 7月 28日)

## 소련 총람

북방권연구회 편

규격:A5신 318면 가격:5,000원

## 新商標法解説

江口俊夫 著 규격:A5신·352면

鄭完燮 譯 가격:10,000원

판매: 한국발명특허협회 자료판매센터(전화 (02) 551-5571~2)