

영국 저작권법상 ‘창작성(originality)’ 개념의 역사적 기원

윤 권 순*

- I. 서 론
- II. ‘originality’ 용어의 의미
 - 1. 사전적 의미
 - 2. 저작권법상의 의미
- III. 시대적 · 문화적 환경
 - 1. 창조성 개념의 등장
 - 2. ‘originality’의 일상적 의미의 변화
 - 3. 낭만적 독창성 개념의 등장
 - 4. 낭만적 독창성 개념의 영향
- IV. 영국 저작권법상 ‘originality’ 개념의
형성
 - 1. 개 요
 - 2. 존 로크의 노동 기반 재산권 이론
(1690)
 - 3. 1710년 앤법에서의 독창성
 - 4. 18세기 판례에서의 ‘독창성’ 개념
- V. 결 론

* 지식재산역사연구소 소장, 법학박사.

초 록

영국 저작권법상 독창성 개념의 기원은 1710년 제정된 앤법까지 거슬러 올라간다. 동법은 독창성에 대한 언급 없이, 저자 등에게 권리를 부여하고 있다. 독창성 개념은 1911년 저작권법이 명시적으로 독창성을 요구하기 전까지, ‘저자’ 개념을 법원에서 해석하는 과정에서 발전하였다. *Burnett v. Chetwood*(1720) 판결과 *Gyles v. Wilcox*(1740) 판결은 노동을 중시하여, 각각 번역본과 축약본을 새로운 작품으로 볼 수 있다고 판시하였다. 이로써 천재의 독창성, 특허법상의 신규성이 아니라, ‘베끼지 않음’을 의미하는 ‘독창성’ 개념이 싹트게 된다. 또한 *Tonson v. Collins*(1760) 등의 판례를 거치면서 ‘표현의 독창성’이라는 개념이 형성된다. 이같이 18세기 영국 사법부는 ‘베끼지 않은, 표현에 존재하는’이라는 ‘독창성’ 개념을 만들었고, 이는 지금까지 이어져 오고 있다. 한편, 18세기 문학계에서의 ‘독창적 천재’ 논의와 18세기 후반 낭만주의 시대 도입에 따른 ‘미적 독창성’ 개념은 영국 법조계에 거의 영향을 주지 못했다. 이는 근대적 저작권법의 입법이 늦은 유럽대륙(프랑스, 독일)과 다른 점이다.

주제어

창작성, 독창성, 저작물성, 영국, 역사적 기원, 앤법

I. 서론

저작권법에서 ‘창작성’ 개념은 저작권법 전체에서 가장 중요한 개념이라고 해도 과장된 말이 아니다. 대다수 한국 대법원 판례는¹⁾ “창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음”이라고 정의하고 있다. 이 글에서는 이러한 한국 저작권법상 ‘창작성’ 개념의 역사적 기원이, 일부분은 영국에서 기원함을 보여 주고자 한다. 또한 영미법상의 전통적 독창성 개념과 유럽대륙법상의 관련 개념의 분기점을 보여 주고자 한다.²⁾

II. ‘originality’ 용어의 의미

1. 사전적 의미

현재 시점에서, ‘originality’ 관련 용어의 몇 가지 의미를 살펴보면 다음과 같다.³⁾ 가장 널리 사용되는 용례로는, ‘처음 만들어진’, ‘새로운’이라는 의미로서 ‘새로운 것을 만들어 낼 수 있는’이라는 뜻을 담은 ‘creative’와 관련된 것이 있다. 이는 특허법 맥락에서 사용되는 신규성(novelty)이라는 의미와 유

1) 대법원 2015.12.10. 선고 2015도11550 판결; 대법원 1995.11.14. 선고 94도2238 판결 등

2) 이 논문에서는 편의상 ‘originality’와 ‘creativity’에 대응하는 한국어 단어로서, 각각 ‘독창성’과 ‘창조성’을 사용하고자 한다. 한국어 ‘창작성’, ‘독창성’, ‘창조성’ 용어의 저작권법상 의미를 엄밀하게 구분하는 것은 또 다른 분석을 필요로 하는 작업이다. 또한 영국 저작권법상의 ‘독창성’이라는 개념을 설명하는 데 있어서 ‘original’과 ‘originality’라는 용어를, 특별한 언급이 없을 경우 같은 의미로 사용하고자 한다.

3) 용어의 의미에 대해서는 주로 Merriam-Webster 사전을 참조: 〈<http://www.merriam-webster.com/dictionary/original>〉, 〈<http://www.merriam-webster.com/dictionary/creative>〉 검색일: 2017.7.1.

사하다. 사전에서도 ‘originality’, ‘novelty’, ‘newness’를 유사어로 보고 있다.⁴⁾ 한국 대법원 판례도 ‘저작물성’의 요건 가운데 하나인 ‘창작성’을 정의하면서, ‘완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며’⁵⁾라는 문구를 통상 사용하고 있는데, 여기서 독창성의 용어는 같은 맥락으로 사용되었다고 보인다.⁶⁾ 다음으로, ‘모방하지 않은’, ‘원저작자로부터 비롯된’이라는 의미가 있다. 이 의미는 앞서의 의미보다 먼저 사용된 ‘original’의 의미이다.

2. 저작권법상의 의미

영국은 전통적으로 저작권법상의 맥락에서 ‘original’의 의미를 ‘복제하지 않은’이라는 의미로 좁혀서 해석해 왔다. 예컨대, 영국의 피터슨 판사는 저작권법상 originality는 original이 아니라, 다른 작품을 복제하지 않는다는 의미라고 하여,⁷⁾ 얼핏 보면 모순된 진술을 하는 것처럼 보인다. 엄밀하게 말하면 여기서 originality란 용어는 법적 맥락에서, original이란 용어는 문학 적 맥락에서 사용된 것이다. 영국 저작권법상 ‘original’의 개념은 창조성, 신규성과는 거리가 있는 개념으로 사용되고 있다.

저작권법상 저작물성과 관련한 ‘original’의 의미와 개념을 어떻게 채택하느냐에 따라 저작권법 전체의 모습이 달라진다. 왜 영국이 ‘신규성’이 아닌 ‘베끼지 않음’을 법적 의미로 선택을 하게 되었는지가 본 논문이 탐구해야 할 주요 과제라고 하겠다.

4) [merriam-webster dictionary] something new or unusual, sym freshness, newness, originality

5) 대법원 2015.12.10. 선고 2015도11550 판결; 대법원 1995.11.14. 선고 94도2238 판결 등

6) 이에 따르면 우리 대법원은 ‘독창성’이라는 용어를 ‘original’이 가지는 의미 가운데 ‘새로움’의 의미로 사용한 것으로 보이며, ‘창작성’이라는 용어를 저작권법상의 저작물성의 한 요건을 표현하는 단어로 사용하고 있음을 알 수 있다. 이에 대해 영국의 경우 ‘original’이라는 용어 하나만을 사용해서, 그 가운데 특정 의미만을 저작권의 저작물성을 나타낸다고 보고 있다.

7) Univ. of London Press, Ltd. v. Univ. Tutorial Press, Ltd., (1916) 2 Ch. 601, 608 (U.K.).

III. 시대적 · 문화적 환경

최초의 영국 저작권법 제정이 1710년에 이루어졌고, 이와 관련된 판례가 나타나면서 영국 저작권법상의 ‘독창성’ 개념이 형성되게 된다. 이 시기는 18 세기의 계몽주의에서 18세기 말의 낭만주의로 문화적 시대정신의 전환기가 이루어진 시기이고, ‘original’이라는 용어의 의미가 다양화된 시기라는 점에 유의해야 할 것이다.

1. 창조성 개념의 등장

“저자(author)는 독창적 작품(original work)을 만드는 사람이다”라는 법적이 아닌, 일상적 문장에서, ‘original’의 의미가 ‘새로운’이라는 의미를 가지게 된 원인을 알기 위해서는 먼저 ‘창조성(creativity)’이라는 개념의 등장을 이해할 필요가 있다. 왜냐하면 위 문장을 이렇게 이해하기 위해서는 “저자는 창조성을 가진다”라는 것을 전제로 하는 문장이기 때문이다. 신만이 무에서 유를 창조할 수 있고, 인간은 자연을 모방하거나 신의 계시를 받아 전할 뿐이라는 사고가 오랜 기간 인류 역사를 지배해 왔기 때문에 이러한 인식의 변화 없이는 저자는 창조자가 아닌 모방자일 뿐이며, 모방자는 새로운 것을 만들어 낼 수 없다.

고대에는 창조성 개념이 채택되지 않았으며, 그 개념이 다른 명칭 하에서 쓰이지도 않았다.⁸⁾ 그리스인들에게는 ‘창조하다’라는 말에 해당할 만한 용어들이 없었고, ‘만들다(포이에닌 *ποιέω*)’라는 말로 충분했다.⁹⁾ 그들은 화가, 조각가들과 같은 예술가들이 새로운 사물을 제작하는 것이 아니라, 자연에 존재하는 의미 있는 사물들을 모방하는 데 불과했기 때문에, 이 표현을 이들에게 확대하지 않았고, 단 하나의 예외로서 시인 즉 포이에테스는 만드는 사람

8) W. 타타르키비츠, 『미학의 기본개념사』, 손효주(역), 미술문화, 1999, 306면.

9) 상게서, 297면.

이었다.¹⁰⁾ 라틴어는 그리스어보다 풍성하여, 파케레(facere)와 크레아레(creare)라는 두 가지 표현을 사용하였다.¹¹⁾ 근본적인 변화는 기독교 시대에 일어났다. 창조(creatio)라는 표현이 무로부터 창조하는 신의 행위(creatio ex nihilo)를 가리키게 된 것이다. 이런 해석 하에 창조가 파케레(to make)와는 다른 의미를 띠었지만, 동시에 인간의 역할에 적용되지 않았다. 예컨대 6세기의 카시오도로스는 “제작된 것과 창조된 것 사이에는 차이가 있다. 말하자면 우리는 창조할 능력이 없고 제작할 수 있을 뿐이다”라고 말했다. 창조자는 신과 동의어였다. 심지어 계몽주의 시대까지도 이 용어는 그러한 의미로 사용되었다.

근대에 와서 큰 변화가 이루어진다. 르네상스 시대의 사람들은 그들 나름의 독립심과 창조성에 대한 감각을 갖고 있었다. 이를 적절한 용어로 표현하고자 했으나, ‘창조성’이라는 표현에는 미치지 못했고, 예컨대 미켈란젤로는 예술가가 자연을 모방하기 보다는 자신의 상상력을 실현시키는 것이라고 말하였다. 창조성이라는 표현은 17세기 사르비예브스키가 시인이 “새롭게 창조한다(de novo creat)”라고 말하면서 시작되었다.

18세기에 이르러 창조성 개념은 예술이론에서, 상상력 개념과 연결되어 한층 빈번하게 등장하게 된다.¹²⁾ 볼테르는(1740년 엘베티우스에게 보낸 편지에서) “진정한 시인은 창조적이다”라고 명백히 밝히고 있다. 반면에 디드로는 상상력이 아무것도 창조하지 못하고 단순히 결합·과장·축소시킬 뿐이라고 생각했다. 19세기 되어서야 비로소 이 용어가 예술의 언어 속으로 들어와, 창조자는 예술가와 동의어가 되었다. 이에 따라, 형용사 ‘창조적인(creative)’과 명사 ‘창조성(creativity)’ 등과 같은 새로운 표현이 만들어졌다.

10) 상계서, 98면.

11) 상계서, 300-305면.

12) 상계서, 302-305면.

2. ‘originality’의 일상적 의미의 변화

영국사회에서 ‘originality’는 ‘creativity’에 앞서서 사용되었다. 즉 original의 경우 14세기, origin의 경우 15세기, originality의 경우 1742년에 처음 사용한 것으로 알려진 반면에,¹³⁾¹⁴⁾ create의 경우 14세기, creative의 경우 1678년, creativity의 경우 1875년에 처음 사용한 것으로 나타나고 있다.

original이라는 단어의 원래의 의미는 ‘원천에서 유래한(deriving from the origin)’이다.¹⁵⁾ ‘original’이라는 단어의 의미는 17세기 중반과 18세기 중반과 비교할 때 차이점을 나타내고 있다.¹⁶⁾ 옥스퍼드 영어 사전이 17세기 중반에 사용한 의미는 단어의 초기 감각으로서, “사람에 의해서 직접적으로 만들어 지거나, 작곡되거나, 행해진 것; 직접 손으로 제작한 것; 다른 것에서 모방하거나 복제하지 않은 것”이라는 의미로 사용된다.¹⁷⁾ 대조적으로, 옥스퍼드 영어사전이 ‘독창적(original)’의 의미를 “특징 또는 스타일에 있어서의 신규(novel) 또는 신선한(fresh)”의 의미로 사용한 것은 1750년대로 거슬러 올라간다.¹⁸⁾ originality는 1776년 “진본(authenticity)”라는 의미로 처음 나타나서, 1787년에 와서야 “특징 또는 스타일의 신규성 또는 신선함(novelty of freshness of style or character)”이라는 의미나, 개인의 특질로서 “새롭거나 참신한 아이디어 또는 방식을 만들어 내는 능력(the power of originating new or

13) <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/origin>> 검색일: 2017.7.1. Origin and Etymology of origin: Middle English origine, from Latin origin-, origo, from oriri to rise — more at orient First Known Use: 15th century

14) 독창성과 관련된 용어인 ‘original’, ‘origin’, ‘originality’은 이 순서로 도입되었으며, origin은 명백히 프랑스에서 도입되었다.: Gregory, Elizabeth, *Quotation and Modern American Poetry: “Imaginary Gardens With Real Toads”*, Rice University Press, 1996, pp.189-190.

15) Ibid.

16) Stern, Simon, “Copyright, Originality, and the Public Domain in Eighteenth-Century England”, Reginald McGinnis, ed., *Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightenment*, Routledge, 2009, p.70.

17) Ibid.

18) Ibid.; 구개념은 Oxford English Ditionary에서 1650년까지, 신개념은 1756년까지 사용례가 추적된다.

flesh ideas or methods)”이라는 의미로 처음 나타난다.¹⁹⁾ 이는 original의 전통적인 의미가 “저자로부터 기원한, 다른 것에서 복제하지 않은”이라는 의미에서 “새로운(novel, new)”이라는 의미까지 담아내게 되었다는 것을 의미한다.

이와 같이 새로운 것을 만든다는 의미의 ‘창조성’ 개념은 18세기에 들어오기 시작하고, 18세기 중반 이후 original의 개념에 신규성 내지 창조성이라는 의미가 부가된 것을 감안하면, ‘창조성’ 개념의 형성이, 독창성 개념의 의미 확장에 영향을 미쳤다고 볼 수 있다.

3. 낭만적 독창성 개념의 등장

현재 우리가 알고 있는 독창성에 대한 개념은, 종종 낭만주의 독창성이라고 불리는 개념과 함께 낭만주의에 의해 만들어졌다.²⁰⁾ 유럽 낭만주의 철학에서는, 인간의 정신을 이미 창조된 세계를 반영하는 거울에 불과한 것으로 여겼던 18세기 중심적인 개념이 거부되고, 인간의 정신 자체를 그것이 지각하는 세계의 창조자라고 보는 새로운 개념이 대두되었다.²¹⁾ 낭만주의는 18세기 말부터 19세기 중반에 걸친 서구의 문명화에서의 문학, 미술, 음악, 건축, 비평, 역사서와 같은 많은 저작물을 특징짓는 지적 경향을 말한다.²²⁾ 낭만주의는 계몽주의와 18세기 합리주의에 대한 반발이었다. 유럽대륙에 낭만주의라는 새로운 시대정신의 도입에는, 1776년 미국 혁명과 1789년 프랑스 혁명이 큰 영향을 준 것으로 알려져 있다.²³⁾²⁴⁾

19) Gregory, Elizabeth, op.cit., pp.189-190.

20) Ibid., p.12.

21) M. H. 에이브럼즈 · E. T. 도날드슨 · H. 스미스 · R. M. 애덤스 · S. H. 몽크 · L. 리프킨 · G. H. 포트 · D. 테이서스, 『노튼 영문학 개관 II: 낭만주의 시대—20세기』, 김재환(역), 까치, 1984, p.130.

22) The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Romanticism”, britannica, <<https://www.britannica.com/art/Romanticism>>, 검색일: 2017.7.1.

23) 덩컨 히스 · 주디 보럼, 『낭만주의』, 이수명(역), 김영사, 2002, 10면.

24) 낭만주의는 프랑스 대혁명의 산물이다.: 마리 클로드 쇼도느레 외, 『프랑스 낭만주의』, 김윤진(역), 창해, 2000, 11면.

고전주의 시대와는 달리 낭만주의는 독창적이고 개인적인 표현을 중시에 두고 있다.²⁵⁾ 18세기 말 민주주의에 대한 공감기 높아짐에 따라 형성된 ‘평등한 시민’이라는 개념의 홍수 속에서 ‘개인적 차이(individual difference)’라는 개념은 작아져 가는 자아 존중을 세우기 위해 필요했다.²⁶⁾ 프랑스 혁명에 의한, 전통과의 단절의 순간을 낭만주의는 표현한다. 이러한 파열로 인한 사회 구조 변화는 전통에 의한 속박으로부터의 해방을 가져오기도 하면서 동시에, 안정의 상실로 인한 불안감을 가져오기도 한다. 이러한 결핍을 채우기 위해, 개성(individual)이라는 개념은 자아(its own)의 새로운 안전감과 자아의 권위를 포함하는 것으로 변화하게 된다. 개인 내부로부터 우러나오는 권위에 대한 새로운 개념을 위해서, 새로운 단어 ‘독창성(originality)’이 만들어졌다. 독창성은 낭만주의 시대에 현저한 가치를 가진 것으로 떠올랐고, 개별적 자아(individual self)라는 근대적 개념의 발달과 일치한다. 이 낭만주의 시대에 self(자아) 그 자체의 발명이나, 독창성 originality의 발명이 이루어진 것은 아니며, 전통 내에서 존재해 왔던 이러한 개념에 대한 새로운 재개념화가 이루어진 것이다.²⁷⁾ 여기서 독창성은 창조되거나 발명된 작품이 새롭다는(new or novel) 개념이다.

4. 낭만적 독창성 개념의 영향

(1) 영 국

낭만적 독창성의 개념, 즉 저자의 창조력, 개성의 발현과 같은 의미가 포함된 ‘독창성’의 개념이 저작권법에 미친 영향은 영국과 유럽대륙(프랑스, 독일)의 상황이 다르다.

먼저 영국의 경우 1710년 저작권법이 제정되었고, 영문학에서 낭만주의 시대는 통상 1798년에서 1832년 사이라고 보고 있다.²⁸⁾ 18세기 유럽의 문화

25) 덩컨 히스 · 주디 보럼, 전거서, 10면.

26) Gregory, Elizabeth, op.cit., p.12.

27) Ibid., p.13.

생활은 계몽주의적 이상에 뿌리를 두고 있었으며, 지식의 증진이 완전한 삶을 보장해 줄 것이라는 믿음이 있었다.²⁹⁾ 아이작 뉴턴과 존 로크가 활약하였던 영국은 계몽주의의 영향을 강하게 받았다고 할 수 있고,³⁰⁾ 이는 앤 여왕 법에, 동법의 목적이 학습의 장려에 있음을 명시하고 있음과 같은 맥락이다.³¹⁾ 따라서 영국에서의 18세기 판례는 주로 낭만주의가 아닌 계몽주의의 영향 하에 이루어졌다고 볼 수 있다.

다만, 당대의 문화가였던 Joseph Addison의 글(1711)이나³²⁾ Edward Young의 저서(1759)³³⁾에서 작가와 천재를 연관 짓고, 특히 후자의 경우 작가의 창조성을 강조했다라는 점에서³⁴⁾ 낭만적 독창성 개념의 형성 이전에 그

28) 영문학사를 기술하는 사람들의 일반적인 관례에 따르면, 1798년에서 1832년에 걸치는 짧은 기간을 흔히 '낭만주의 시대'라고 명명한다. 1798년은 워즈워스(William Wordsworth)와 코올리지(Samuel Taylor Coleridge)가 '서정담시집(Lyrical Ballads)'을 출판한 해였다. 당시 작가들은 에너지의 방출, 실험적인 대담성, 창조적인 힘 같은 것을 느꼈고, 이를 시대정신에 기인한 것으로 보았다. 이러한 문학정신을 정치적 사회적 혁명의 부산물로 보았다.: M. H. 에이브럼스 · E. T. 도날드슨 · H. 스미스 · R. M. 애덤즈 · S. H. 몽크 · L. 리프킨 · G. H. 포드 · D. 데이서스, 전게서, p.11.

29) 덩컨 히스 · 주디 보럼, 전게서, 11면.

30) "계몽주의는 17세기 후반에서 18세기에 걸쳐 서구 사회 대부분에 영향을 주었다. 이 시기에 과학 · 철학 · 정치에서 중대한 진보가 이루어졌다. 아이작 뉴턴은 우주의 질서정연한 본질을 확증했다. 존 로크는 오직 감각과 경험, 관찰에서 얻은 정보만이 외부 세계에 대한 진정한 이해를 줄 수 있다고 주장했다. 과학지식이 미신을 추방할 수 있다는 것이다.", 상게서.

31) The Statute of Anne(An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.), 1710.

32) 문화가 Joseph Addison은 1711년에는 타고난 천재들(natural geniuses)과 그들의 재능을 기술의 훈련(the discipline of art)에 예속시킨 사람들을 구별했다. Addison은 "최고의 작가를 모방한 것은 좋은 원본과 비교되지 않는다."("An Imitation of the best Authors, is not to compare with a good Original,")라고 말했다. "작가 중 극소수만이 세계에서 특별한 모습을 보여 줄 수 있으며, ... 전적으로 그들 자신의 특질을 표현했다.": Rose, Mark, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993, p.114; Joseph Addison, *The Spectator*, No. 160, Monday, September 3, 1711.

33) Edward Young의 저작인 "독창적 작품에 대한 추측"(1759)은 "독창성"의 개념을 설명한 최초의 논문이라고는 할 수 없으나 당대의 대표적인 논문 중의 하나라고 할 수 있다.: Morley, Edith J.(editor), *Edward Young's Conjectures on Original Composition*, Manchester at The University Press, 1918, p.xii.

선구적 사고를 했다고 볼 수 있다.³⁵⁾ 그러나 정작 저작권법의 판례에는 영향을 거의 주지 못한 것으로 나타나고 있다.³⁶⁾ Edward Young의 저서는 영국보다는 오히려 독일에 일정한 영향을 주었다고 알려지고 있다.

에드워드 영의 저술은 ‘18세기 문학 비평에서의 미적 독창성(aesthetic originality)’이라는 개념이라는 점을 이해할 필요가 있다. ‘미학적 독창성(aesthetic originality)’이라는 개념은 독창성의 사전적 의미 가운데, 창조적이며 새롭다는 의미와 연계된 개념이다.³⁷⁾ 당대의 법 사상가들은 미적 독창성 개념에 대해 그렇게 쉽게 끌리지 않았다.³⁸⁾ ‘독창성’의 문학적 및 법적 의미 사이의 광범위한 차이가 있다. 문학 개념으로서의 ‘originality’는 Young과 같은 작가에 의해, ‘풍부한 창작성(exuberant creativity)’과 같은 어휘로 정교해졌지만, 이 용어를 사용하는 법률가는 모방 복제 금지에 대한 법률의 기준에 관심을 가졌다. ‘창의력의 미학 이론(aesthetic theories of creativity)’과 ‘문학 재산 이론’ 사이의 연결에 대한 증거를 찾으려고 할 때, 18세기 저작권 논쟁 중에서, ‘미적 독창성’의 개념을 언급한 사람이 거의 없다.³⁹⁾ 저작물성과 관련하여 대부분 아이디어의 신규성이 아닌 표현의 독창성이라는 의미가 타당하다는 주장이 대다수이다.

후술하는 바와 같이, 18세기 영국 판례는 ‘독창적 작품’의 개념을 로크의 노동 기반 재산권에 근거하여 ‘독립적으로 제작된 작품’ 또는 ‘작가 자신의 노동이 투입된 작품’으로 인식하였다. 결론적으로, 영국에서의 18세기 ‘독창성’ 개념은 문학계와 법조계의 영역에서 분화되어 발전했다고 볼 수 있고, 이

34) “천재는 창조력(creative power)을 가졌고, 남의 작품을 모방하지 않고 독창적 작품을 만든다.”: Ibid., p.18.

35) “‘독창적 천재(original genius)’라는 18세기 담론은 창조성의 낭만주의 이론(romantic doctrines of creativity)의 예견이라고 이해할 수 있다.” Mark Rose, op.cit., p.131.

36) 영은 저자의 독창성을 그의 저작물에 있어서의 재산권을 인정하는 근거로 보았을 수도 있다. 다양한 소설가, 시인, 비평가들이 영의 견해를 공유했을 수 있으나, 영의 견해는 저작권의 법적 근거와 범위를 논의하는 영국 내의 법조계에는 거의 영향을 미치지 못했고, 오히려 독일에 영향을 주었다.: Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.70.

37) Ibid., p.84.

38) Ibid., p.70.

39) Ibid., p.84.

러한 현상은 현대에 이르기까지 지속되었다.

(2) 유럽대륙(프랑스 및 독일)

프랑스에서 저작자에 대한 첫 번째 법적 인정은 1777년 서적사업에 대한 왕실 칙령(Royal Decree)이다.⁴⁰⁾ 프랑스 혁명 후 1791년은 의회 법률에 의해 극작가의 공연권이 인정되었다. 1793년에는 모든 저작자에게 확대된 보편적 출판통제권이 저작자에게 부여되었다. 프랑스에서는 낭만주의가 비교적 늦게 시작되었다.⁴¹⁾ 프랑스 문학평론가 스탈 부인의 1813년 ‘독일에 관하여’는 프랑스에 낭만주의를 소개한 초기의 저작으로 알려져 있으며, 파리에 낭만주의를 확산시키는 주된 계기가 되었다.⁴²⁾

독일에서 저작재산권과 저작인격권으로서의 저작권에 대한 이론은 17세기 초와 18세기에 발전되었으나, 현대적 의미(modern sense)의 독일 저작권법은 1837년 제정된 프러시아 저작권법이다.⁴³⁾ 즉 출판업자가 아닌 저작자 보호의 중심이고, 보호대상은 특정 물리적 상품이 아닌 추상적 저작물이다. 통일 독일제국 시기에 입법화된 1870년 저작권법 입법 전에는, 프러시아 저작권법이 19세기 독일지역에서 가장 영향력이 컸던 저작권법이다. 독일의 경우 낭만주의를 보통 세 개의 시기, 즉 1797년부터 1802년까지 예나를 중심으로 형성된 초기 낭만주의, 하이델베르크와 베를린을 중심으로 한 1815년까지의 절정기 낭만주의, 마지막으로 1830년까지의 후기 낭만주의로 나뉜다.⁴⁴⁾

이를 종합해 보면, 앞서 살펴본 영국과는 달리, 프랑스와 독일의 경우 근대적 저작권법의 제정 시기와 낭만주의 도래 시기가 큰 차이를 보이지 않고,

40) Hesse, Carla, “Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793”, *Representations*, 30(1990), p.111.

41) 덩컨 히스·주디 보럼, 전계서, 146면.

42) 데이비드 블레이니 브라운, 『낭만주의』, 강주현(역), 한길아트, 2004, 12면.

43) Möller, Margret, *Copyright in the Federal Republic of Germany*, INTER NATIONES, e.V., 1998, p.6.

44) 프레더릭 바이저, 『낭만주의 명령, 세계를 낭만화하라: 초기 독일 낭만주의 연구』, 김주휘(역), 그린비, 2011, 4면.

따라서 낭만적 독창성의 개념이 저작권법상 독창성의 개념에 직접적 영향을 미쳤을 가능성이 있다고 하겠다. 실제로 프랑스와 독일은 낭만주의 시대에 중요시되던 ‘개성’을 독창성이라는 개념의 핵심에 위치시키고 있다. 즉 ‘개성의 각인’을 저작권 보호의 요건으로 삼게 된다. 이는 영미계 저작권법과 대륙계 저작권법의 분기점이 될 수도 있다는 점에서 현대 저작권법 형성의 역사에 있어서 중요한 논점이라고 하겠다. 프랑스와 독일의 경우에는, 소유자로서의 작가라는 초기 개념은 18세기 후반기에 등장한 문학과 예술에서의 낭만주의 운동에 의해 촉진되었다.⁴⁵⁾ 낭만주의는 개인(individuals)이 자신의 삶의 저작자가 될 수 있고, 따라서 그들이 제작한 모든 예술 작품에 대해서도 저자가 될 수 있다는 개념을 합체하기 시작했다. 그들은 독창적 창조물(original creations)에 대한 소유권을 주장한다는 것은 자신의 자아와 자신의 유일한 개성(unique personality)을 주장하는 것과 같다고 하였다.

IV. 영국 저작권법상 ‘originality’ 개념의 형성

1. 개 요

18세기 영국 저작권법상의 ‘독창적 작품’이라는 용어는 “타인의 작품을 모방하지 않고, 자신의 노동이 투입된 작품으로서, 표현에 있어서 다른 작품과 구분되는 작품”이라는 개념으로 형성되게 된다. 즉 창조성(creativity)과 관련이 있는 독창성(originality)에 대해 일부 문학가들 사이에서 논의되고 있었지만, 법조계의 독창성에 대한 인식은 이와 달랐다고 하겠다. 이러한 개념은, 약간의 변화를 겪기도 하지만, 오늘날까지도 근본적인 변함없이 이어져 오고 있다.

45) Haveman, Heather A. & Klutts, Daniel N., “Property in Print: Copyright Law, Cultural Conceptions of Authorship, and the American Magazine Industry”, IRLE, 2014, p.15.

아래에서 보는 바와 같이 18세기 영국에서의 독창성 개념이 ‘저작의 독특함’을 언급하고 있지만, 이는 독립적 저작의 결과로 나온다는 맥락이 강하고, 주요 강조점은 ‘노동의 투입’에 있다고 하겠다. ‘저작의 독특함’이라는 개념은 19세기 유럽 대륙에서 발전하게 된다.

2. 존 로크의 노동 기반 재산권 이론(1690)

존 로크의 저서로 1690년 출판된 「두 정부론」은 재산권을 정당화시키는 중요한 역할을 하였으며, 재산권 정당화의 근거로서 투입된 노동을 들고 있다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 이에 따르면, 모든 인간은 자신에 대한 재산권을 가지고 있고, 그의 몸에 의한 노동과 그의 손에 의한 생산물은 자신의 것이다. 자연에 속하는 재료를 분리하고, 이것에 자신의 노동을 섞는 것에 의해, 사유 재산권이 발생한다.⁴⁸⁾ 또한 로크는 당시 존재했던 검열법의 문제점에 대한 비판적 견해를 1694년 작성하여,⁴⁹⁾ 의회 의원(Edward Clarke)에게 전달했고, 이는 1710

46) Locke, John, *Two Treatises of Government*, p.116 [from The Works of John Locke. A New Edition, Corrected. In Ten Volumes. Vol. V. London: Printed for Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co.: Also R. Griffin and Co. Glasgow; and J. Gunning, Dublin. 1823.] “26. Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a “property” in his own “person.” This nobody has any right to but himself. The “labour” of his body and the “work” of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this “labour” being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others.”

47) 노동은 사유재산권의 근본적 근원이며, 더 나아가 사유 재산권은 모든 인간의 자연권이라는 개념은 존 로크의 1690년 두 정부론에서 처음 나타났다. Kawohl, F., Commentary on Kant's essay on the injustice of reprinting Books(1785), in Primary Sources on Copyright(1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>.

48) Rose, Mark, op.cit., p.114.

49) Lord King, *The life of John Locke*, Henry Colburn and Richard Bentley, 1830,

년 제정된 앤법의 탄생에도 일정한 기여를 한 것으로 평가받고 있다.⁵⁰⁾ 이 메모랜덤에서 존 로크는 고전에 대해 누군가에게 독점권을 부여하는 것을 비판했고, 저자에게 일정기간 재산권을 부여하는 것이 타당하다고 주장했다. 이와 같이 존 로크는 철학자로서 ‘노동’에 기반을 둔 사유재산권의 근거를 제시함과 동시에, 저작권법의 제정에도 일정한 기여를 했다는 점에서 그의 이론이 저작권 담론에 영향을 주었으리라고 추정할 수 있다. 후술하는 바와 같이 실제로 18세기 저작권을 물권과 같은 재산권으로 인정하는 것이 타당한가에 대한 논쟁에서 ‘정신 노동의 산물’로서의 저작물이라는 개념이 큰 역할을 하게 된다. 이는 저작권법상 ‘original work’라는 의미가 노동의 투입 내지 독립적 제작이라는 개념으로 진화해 가는 데 중요한 초석이 되었다.

3. 1710년 앤법에서의 독창성

1710년 제정된 앤법은 저자 등에게 책에 대한 통제 권리를 부여하고 있으나, 저작물성(독창성)에 대해서는 구체적으로 서술하고 있지 않다.⁵¹⁾ 동법의

pp.375-387. 존 로크의 유산상속자인 Lord King에 의해 비공개 원고가 존 로크 사후 발간되었다. 여기에는 다음과 같은 내용이 담겨져 있다.: 옛날 저자의 책을 출판하는 데 어떤 사람이 독점적 권리를 가지는 것은 불합리하고 어리석은 일이다. Ibid., p.386. 현재 살아있는 저자의 경우 그들의 재산권을 저자 사후 일정기간 또는 출판 후 50년 또는 70년 기간 동안으로 제한하는 것이 합리적이다.

50) 윤권순, “구텐베르크 활판인쇄기술 발명에 대한 영국사회의 법적 대응: 영국의 검열법과 저작권법의 역사적 기원”, 『과학기술과 법』, 제6권 제2호(2015), 193-195면.

51) The Statute of Anne(An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.) … Whereas Printers, Booksellers, and other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books … the Author of any Book or Books already Printed, who hath not Transferred to any other the Copy or Copies of such Book or Books, Share or Shares thereof, or the Bookseller or Booksellers, Printer or Printers, or other Person or Persons, who hath or have Purchased or Acquired the Copy or

조항에 따르면, 저작물의 내용이나 수준은 언급하지 않고, ‘저자’라는 요구 조건만 있다. 따라서, 저자의 개념은 저작물성(독창성)과 직접적 관계를 가진다.⁵²⁾ 독창성의 개념은 ‘저자의 지위(authorship)’ 개념과 불가피한 관계를 가진다.⁵³⁾⁵⁴⁾ 독창성 요구조건의 이해는, 독창성에 대한 법률상의 요구조건이 없었을 당시, ‘저자의 지위’의 개념을 사법적으로 해석하는 과정에서 발전되었다.⁵⁵⁾ 이러한 상황은 1911년 저작권법이 명시적으로 독창성(original)을 요구 조건으로 포함할 때까지 계속된다.

그렇다면 앤법에서 저자는 누구인가? 앤법은 복제(copy) 했느냐 여부를 책의 출판통제권을 논하는 데 있어서 기준으로 삼고 있다.⁵⁶⁾ 동법이 저작권의 보호요건을 언급하지 않고, 저자 등에게 복제권이 주어진다고 했을 때, 그 의미는 ‘저자’는 ‘복제자’가 아니라는 것을 의미하며, 따라서 보호요건은 ‘복제하지 않은, 독립적으로 만들어진’이라고 할 수 있다. 이는 로크의 노동

Copies of any Book or Books, in order to Print or Reprint the same, shall have the sole Right and Liberty of Printing such Book and Books for the Term of One and twenty Years, to Commence from the said Tenth Day of April, and no longer; and that the Author of any Book or Books already Composed and not Printed and Published, or that shall hereafter be Composed, and his Assignee, or Assigns, shall have the sole Liberty of Printing and Reprinting such Book and Books for the Term of fourteen Years ...

52) Gravells, Nigel P., “Authorship and originality: the persistent influence of Walter v. Lane”, *I.P.Q.*, no.3(2007), p.267.

53) 다음 논문에서는 1900년 Lane 판결 당시를 특정하여 지칭하고 있으나, 이러한 상황은 1710년 저작권법이 제정된 이후 1911년 독창성 요구조건이 명시되기까지 계속된 상황이라고 하겠다. Ibid.

54) Bently & Sherman도 다음과 같이 독창성이 저자(창작자)와 저작물의 관계에 관련되어 있다고 주장한다.: “Originality”는 저자 또는 창작자와 작품의 관계에 관한 것이다. 즉 독창성은 그 작품이 inventive, novel or unique의 속성을 가졌느냐와 관련이 없다. 특허법에서 신규성 요구조건은 발명과 선행기술과의 관계에 초점이 맞추어져 있다면, 저작권법에서 독창적이라고 하는 의미는, 그 작품을 생산하는 데 필요한 ‘지적 질(intellectual qualities)’을 저자가 행사했다는 것을 의미한다. 특히 저작권법은 작품이 독창적이냐를 따질 때, 저자가 작품에 공헌한 투입에 초점을 맞춘다. 독창성 개념이 저자 또는 창작자와 저작물 사이의 관계에 관련되었다는 점은 전통적 영국과 유럽이 가지는 공통점이다.” Bently & Sherman, *Intellectual Property Law*, 4th ed., Oxford, 2014, p.93.

55) Gravells, Nigel P., op.cit., p.268.

56) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.69.

기반 재산권 이론과 일치한다. 동 법조문에 ‘original’이라는 용어는 나타나지 않지만, 저작물의 보호요건으로서 ‘독립적 저술’을 제시했다고 보면, ‘original’ 개념은 당시에 존재했다고 보아야 한다. 다만, 많은 법률 전문가들이 동법과 관련하여 독창성에 대해 말하지 않고 있는데, 이는 동법이 독창성에 대해서 아무것도 말하고 있지 않은 것과 관련이 있다.⁵⁷⁾

4. 18세기 판례에서의 ‘독창성’ 개념

(1) 노동의 투입

1) 18세기 전반기

문학가 Joseph Addison은 저작자의 재산권을 보호하기 위한 법령을 요구한 최초의 저자 중 한 명이었다.⁵⁸⁾ 그는 1709년 작성된 글에서 출판업자의 불법복제에 대해 분개하면서, 그들이 “자신의 **노동**의 결과물(all the labours of my long life)”을 훔쳐가는 것이라고 비난하고 있다.⁵⁹⁾

앤법 초기의 판례를 보면, 저자의 노동에 초점이 맞추어져 있다.⁶⁰⁾ Burnet v. Chetwood(1720)와 Gyles v. Wilcox(1740)는 저자에 대해서 논하고 있다. Burnet v. Chetwood(1720) 사건은 Archaeologia Philosophica라는 라틴어로 된 작품을 저자의 동의 없이, 일부 발췌하여 영어로 번역된 책을 출판한 사실에 대한 저작권 침해 소송이다.⁶¹⁾ 이에 대해 피고 측은 번역 책은 별개의 책(different book)이라고 할 수 있고, 번역자는 저자라고 할 수 있다고 주장했다.⁶²⁾ 판사인 Lord Chancellor Macclesfield는, 번역자가 ‘주의와 수고(care and pains)’를 투입했기 때문에 번역물이 원본을 재인쇄한 것과 다른 것일 수 있다고 언급하고 있다. 이는 동 판사가 번역자는 저자가 될 수 있다는 견해

57) Ibid., p.70.

58) Rose, op.cit., p114.

59) Joseph Addison, *The Tatler*, No. 101, December 1, 1709, p.40.

60) Rose, Mark, op.cit., p.133.

61) Ibid., p.49.

62) Ibid., p.50.

를 가진 것을 암시한다.⁶³⁾ Gyles v. Wilcox(1740)에서는 기존 책의 축약(abridgement)을 새로운 작품으로 볼 수 있고, 축약자를 저자로 볼 수 있느냐를 주요 쟁점으로 다루고 있다. 이에 대해 Lord Chancellor Hardwocke의 판결은 다음과 같다.: 범망을 피하기 위해 함께 취합한 단지 명목상의 축약이 아니라, 진정한 축약은 새로운 책이라고 할 수 있고, 축약자의 ‘노력’에는 발명(invention)과 학식(learning)과 판단(judgement)이 요구된다는 맥락에서 저자라고 할 수 있다.⁶⁴⁾ 18세기 초·중반의 두 사건은 저자를 정의하는 데 있어서, 투입된 수고와 노력을 기준으로 판단하고 있으며, 저자의 창작성이나 작품의 예술적 가치를 기준으로 하고 있지 않음이 명백하다. 18세기 말 등장하기 시작한 낭만적 독창성의 개념인 천재의 창작성 및 상상력은 축약이나 번역에서 찾아보기 어렵기 때문이다.

2) 18세기 후반기

18세기 후반은 ‘어문 재산권(literary property)’가 성립 가능하다는 논쟁이 벌어진 시기이다. 18세기 영국의 저작권 소송에서 저작권이 코먼로상의 영원한 저작권이 있다는 기득권 출판업자의 주장과 앤법에 의해 주어진 법률상의 저작권만 있으므로, 보호기간이 지난 후에는 누구나 출판할 수 있다는 신생 출판업자의 주장이 핵심 쟁점으로 다루어지게 된다. 이는 Tonson v. Collins(1761), Millar v. Taylor(1769) 등을 거쳐, 결국 Donaldson v. Beckett(1774)에서 결말지어진다. 이러한 사건에는 18세기 영국법의 거장이라고 할 수 있는 Mansfield와 Blackstone이 깊숙이 참여하게 된다. 동 판례에 참여한 판사 및 변호사 가운데 코먼로 저작권을 주장하는 진영의 기본적인 논리는 로크의 노동에 기반한 재산권이론이었다.⁶⁵⁾ 즉 저작물은 정신적 노동의 결과물이며, 따라서 재산권이라고 볼 수 있고, 동 권리는 저자에게 부여된다는 논거이다.

63) Ibid., p.51.

64) Ibid., p.51 [26 ER 489-491, 957].

65) Ibid., p.85.

이러한 논리는, 저작권으로 보호받기 위해서는 다른 사람의 작품을 모방하지 않고, 독립적으로 자신의 노동과 재능을 투입해야 한다는 논리와 이어지고 있다. 이러한 저작물성에 대한 접근은 작품의 결과물에 대해서가 아니라, 작품의 형성 과정에 초점을 맞추고 있는 접근법으로, ‘original work’라는 개념도 이러한 논리의 기반 하에 그 의미가 형성되게 되었다. 이는 결과가 아닌 과정, 결과물이 아닌 저자를 중심에 두는 접근방식이며, 저작물성에 대한 이러한 접근 방식은 오늘날까지 전 세계적으로 이어져 오고 있다.

Tonson v. Collins 판결에서⁶⁶⁾ 영구적 저작권을 주장한 원고의 변호사의 입장에서 Blackstone은 동 작품이 ‘original composition’ 이라고 하면서, original은 발명(invention)을 composition은 부지런함(industry)과 노동(labour)을 의미한다고 주장하였다.⁶⁷⁾ 재산권은 육체적 노동뿐만 아니라 정신노동에 의해서도 취득할 수 있다고 하면서, 존 로크의 두 정부론을 인용하고 있다.⁶⁸⁾ 이는 철학자의 이론이 판결문에 직접 인용된 보기 드문 사례라고 하겠고, 존 로크의 사상이 18세기 저작권 논쟁에 영향을 주었음을 보여 준다고 하겠다. 이후 1766년 저서(Commentaries on the laws of England)에서 블랙스톤은 처음으로 ‘copyright’를 언급한 것으로 여겨지는데, 저작권의 기본 원리를 다음과 같이 설명하였다.⁶⁹⁾ “한 사람이 이성적인 힘을 사용하여, 독창적 작품을 만들었을 때 그는 동일한 저작물을 그 마음대로 처분할 권리를 명백히 가진다 (When a man, by the exertion of his rational powers, has produced an original work, he seems to have clearly a right to dispose of that identical work as he pleases, ...) … 그 작품을 그에게서 빼앗으려 하거나, 그가 만든 특성을 변화시

66) Tonson v. Collins, London (1761), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

67) Tonson v. Collins (1761), Mich. Term 2 Geo.3. K.B. p.321.

68) Tonson v. Collins (1762), Mich. Term 2 Geo.3. K.B. p.321; “The Right of Occupancy is referred to this Original, of bodily Labour. Locke on Government, part.2,c.5.”

69) Richard Rogers Bowker, *Copyright its history and its law: Being a summary of the principle and practise of copyright with special reference to the American code of 1909 and the British act of 1911*, Houghton Mifflin Company, 1912, p.2.

키려는 시도는 그의 소유권의 침해(invasion of his right of property)이다.”⁷⁰⁾

(2) 표현의 독창성

앞서 언급한 바와 같이 18세기 후반기의 어문 재산권 논쟁과 관련 소송에서, 영구적 저작권자 옹호론자가 로크의 노동 기반 재산권론에 주로 기댄 반면에, 코먼로 저작권을 부정하는 진영의 논리 가운데 하나는, 보호의 대상은 결국 작가의 정서(sentiment) 또는 이론(doctrine)이며, 이러한 추상적 아이디어는 구분가능하지도 않고, 강을 사유화하는 것과 마찬가지로 공공의 이익에도 반하기 때문에 재산권으로 취급하기가 부적절하다는 것이다. 이에 대응하여 Blackstone 등 법률가들은 저작권 보호의 대상은 구체적 표현에 있다는 이론으로 대응하게 된다. 이러한 논쟁으로 인해, 18세기 후반기 저작권 논쟁의 판결 결과와는 관련 없이 이 시기에 ‘독창적 작품’의 개념이 형성되게 된다. 즉 독창적 작품(original composition)이란 첫째 저자의 노동이 투입된 작품이며 둘째, 표현에서의 독창성을 담고 있는 작품이라는 개념이 법률가들에게 받아들여지게 된다.

1) Tonson v. Collins(1761)

무형 재산권인 저작권도 물건과 같이 현실에서 잘 작동하기 위해서는 그 결과물이 서로 구분되어야 한다. 이를 정당화하기 위해, 독립 노동의 결과물은 결국은 다르게 나타날 수 없다는 점이 강조되고, 그 다른 점은 ‘아이디어나 사상’이 아니라 ‘표현’에 있다는 주장이 제기된다. 이러한 맥락에서 ‘참신하고 새로운 아이디어(new, novelty, fresh)’라는 개념과 ‘저자의 노동으로부터 만들어진, 표현물’이라는 맥락에서의 ‘original’이라는 개념이 분화되게 된다.

영구적 저작권의 반대자들은 어문 재산권이 관념적(ideal)이라고 비판하였다.⁷¹⁾ 블랙스톤은 처음에는 Tonson v. Collins에서 이를 받아들인 것처럼 보였다. 즉 모든 재산권의 대상에 요구되는 것은 가치를 가져야 한다는 것이고,

70) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.80.

71) Rose, Mark, op.cit., p.89.

어문재산권에서 가치는 정서(sentiment)에 있다.⁷²⁾ Warburton의 경우 어문저작물의 핵심은 비물질적인 것이고, 그 핵심을 독트린(doctrine)이라고 표현했는데, 이는 Blackstone의 ‘sentiment’에 해당한다. Blackstone은 이로부터 몇 년 후인 1766년 발간된 법률 주석서에서 어문 작문(literary composition)이 정서와 언어로 구성되어 있다고 변화된 입장을 선보이고 있다.⁷³⁾⁷⁴⁾ 즉 ‘같은 단어를 입은 같은 개념’은 필연적으로 같은 작문이라는 것이다.

Tonson v. Collins 사건이 진행되는 와중에, 이와 관련된 두 개의 소책자가 발표되었다.⁷⁵⁾ 동 사건에 대한 일종의 장외 공방이라고 할 수 있다.

먼저, 1762년 익명의 Enquiry into the Nature and Origin of Literary Property가 발표되었다. 이 팸플릿은 ‘미학적 독창성’을 저작권의 법적 토론에 유일하게 도입하였다는 점에서 주목할 만한데, ‘미학적 독창성’을 도입했을 경우 어문재산권의 개념이 어색하고 모순된 것으로 된다고 비판하고 있다.⁷⁶⁾ 아이디어가 왜 재산권이 될 수 없는지, 독창성의 의미를 ‘미학적 독창성’ 또는 ‘아이디어의 신규성’으로 할 경우의 불합리함에 대해서 다음과 같이 논하고 있다. 첫째, 재산으로 인정받기 위해서는, 그렇게 하는 것이 대중에 의한 공유보다 공공의 이익에 부합해야 한다.⁷⁷⁾ 바다, 호수, 강 등은 모든 생물의 생존에 필수적이어서 재산권으로 인정하지 않아야 한다. 만약에 저작

72) Rose, Mark, op.cit., p.89 [96 ER 180, 181].

73) Rose, Mark, op.cit., p.89.

74) “독창적인 작품”의 본질을 명확히 하기 위해, 블랙스톤은 “문학 작품의 정체성은 정서와 언어에서 정교하게 구성되어 있으며, 같은 단어로 묶인 같은 개념은 필연적으로 같은 작품일 수밖에 없다”라고 설명한다. 두 번째 작가가 이 말을 되풀이한다면, “그것은 항상 전달된 최초 저자의 동일한 저작이며, 다른 사람은 그것을 전달하거나 전달할 권리를 가질 수 없다.” 동일한 개념을 다른 단어로 표현하는 사람은, 이 정의에 따라 “독창적(original)” 저작물을 만든 것이고, 저작권 보호를 받을 권리가 있다.: Simon Stern (Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.80.; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols. (Oxford: Clarendon Press, 1765-69), 2, pp.405-406.

75) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.87.

76) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.84.

77) *An Enquiry into Literary Property*, London (1762), p.11, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>, 검색일: 2017.7.1.

물에 대해 재산권을 인정하는 것이 학문의 발전에 방해가 된다면 재산권으로 인정하기 적합하지 않다.⁷⁸⁾ 둘째, 저작물의 보호범위를 특정하기 어렵다면, 재산권으로 인정하는 것에 적합하지 않다. 시의 경우, 용어의 우아함(elegances of dictions) 등에 소설의 경우 등장인물의 진실성, 유머의 결(vein of humour) 등에 재산이 존재한다.⁷⁹⁾ 어문 재산권은 명확히 하기 어렵다.⁸⁰⁾ 셋째, 실질적으로 소송을 통해 배상받기 어렵다. 기존의 나온 책자와 비교해서 저자의 책에서 sentiment 가운데, 새롭거나 original한 것을 찾기가 쉽지 않다. 침해를 주장하기 위해서는 자신의 감정의 originality를 입증해야 한다. 이를 배심원이 판단하는 것은 곤란할 것이다. 특히 책의 내용이 추상적 과학인 경우 더욱 그렇다. 일화의 도둑질에 대해 배심원이 얼마큼 배상을 해야 하는지도 어려운 문제다.⁸¹⁾ 여기서 마침내 ‘심미적 고려’가 문학적 재산의 적절한 기반으로 강하게 부각되었음을 볼 수 있으나, 이는 글쓴이가 이를 조롱하기 위해서였다.⁸²⁾

동 팸플릿에 대한 대응으로서, 같은 해인 1762년 A Vindication of the Exclusive Right of Authors가 발간된다.⁸³⁾ 강력한 저작권 보호를 주장하는 익명의 동 팸플릿에서, 저자는 저작권 보호를 위해 필요한 요건으로서, “아이디어가 독창적일 필요는 없다. 알려진 아이디어의 새로운 조합에 의해 저자는 다른 작품을 만들어 내는 것으로 충분하다.(it is not necessary that the ideas be original. It is sufficient, that by a new combination of known ideas, the author has produced a different composition.)”라고 하였다.⁸⁴⁾ 여기에는 신규성(참신함)과 천재성(novelty and genius)에 관심이 없는 저작권 보호에 대한

78) Ibid., p.12.

79) Ibid., p.13.

80) Ibid., p.12.

81) Ibid., p.13.

82) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.84.

83) Rose, Mark, op.cit., p.87.

84) A Vindication of the Rights of Authors, London (1762), p.9. Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>, 검색일: 2017.7.1.

지지가 있다.⁸⁵⁾

2) Millar v. Taylor(1769)

1769년 Millar v. Taylor 판결에서 원고는 1710년 제정된 성문법에서 부여한 저작권과는 별개로 코먼로상의 영원한 저작권을 갖는다는 것을 주장하였고, 법원은 이를 받아들였다.⁸⁶⁾ 동 판결문에는 ‘original’이라는 단어가 여러 맥락에서 언급되었다. ‘original composition’, ‘original author’, ‘original property’, ‘the original right’, ‘original bill’ 등이 그것이다.⁸⁷⁾ 문맥상 그 의미는 ‘원래의, 원본의’라는 기원을 나타내고 있었고, ‘신규의, 창조적인’이라는 의미로 사용되고 있지 않다. 특히, ‘original composition’이라는 단어는 James Thomson이라는 특정 작가에 의해 만들어진 작품이라는 맥락에서 사용되었고, 그 작품의 미적, 예술적 품질을 지칭하지 않고 있는 것은 명확하다.⁸⁸⁾ 동 판결의 주임 재판관은 ‘톤슨 대 콜린스’ 재판 때와 같이 맨스필드 경이었다.⁸⁹⁾ 재판관은 Mr. Justice Willes, Mr. Justice Aston, Mr. Justice Yates로 이루어졌으며, Willes와 Aston는 원고를 Yates는 피고를 지지하였다.

Mr. Justice Willes는 다른 사람이 일한 결과물에 대해 금전적 이익을 취하는 것은 부당하다는 입장에서 저작권을 정당화하였다.⁹⁰⁾ 특히 선의의 모방, 번역 및 축약은 원저작물과 다르면, 재산권이라는 관점에서 새로운 저작물로 볼 수 있다고 하여 ‘저작물성’ 내지 ‘독창성’의 기준을 ‘미적 독창성’ 또는 ‘천재의 창의성’과는 별개의 개념으로 보고 있다.⁹¹⁾

85) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.79.

86) Millar v. Taylor (1769), 98 ER 201.

87) Millar v. Taylor(1769), 98 ER; ‘original composition’ 203; ‘an original author’, 202; ‘original property’, 219; ‘original bill’, 217. ‘the original right’, 221.

88) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 203: And, upon the trial, the jury found a special verdict, as follows, that the said work entitled “The Seasons” is an original composition in one volume, composed by James Thomson.

89) 야마다 쇼지, 『해적판 스캔들: 저작권과 해적판의 문화사』, 송태욱(역), 사계절, 2011, 125면.

90) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 218.

91) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 205.

Mr. Justice Aston에 따르면, 저작물은 정신적 노동의 결과물로서, 노동의 결과물은 저자의 개인 재산권이다.⁹²⁾ 감성(sentiments)과 이론(doctrine)은 관념적이라고 할 수 있으나, 인쇄라는 매체로 각각의 사람에게 전달될 때 구분할 수 있는 재산권의 대상이 될 수 있어서, 구분할 수 있는 표지를 가지고 있다고 말할 수 있다. 어문저작물보다 더 저자 자신의 것으로서, 확실한 재산권은 없다.⁹³⁾ 이러한 언급에 대해, Aston 판사의 의도가, 어문 저작물이 개인에게 귀속되는 이유는, 어문저작물이 결국은 개성의 화신이라고 보기 때문이라고 Mark Rose는 주장한다.⁹⁴⁾ 따라서 어문재산권의 기반은 단지 노동(labor)이 아니라, 개성(personality)이며, 이는 ‘독창성(originality)’으로 표출된다는 것이다. 그러나 필자가 판단하기에 Mark Rose의 해석과는 달리 Mr. Justice Aston의 언급은 노동에 기반하여 어문 저작물의 재산권으로서의 정당성을 설명하고 있으며, 다만 어문 재산권이 구별 가능하여 재산권으로 작동하는 데 문제가 없다는 입장이라고 보인다.

앞서 언급한 두 판사와는 대조적으로 Mr. Justice Yates는 코먼로상의 저작권은 없으며, 앤법에 의한 실정법에 근거한 저작권만이 존재한다고 판단하였고, 3시간 동안 이를 자세히 설명하였다.⁹⁵⁾ Yates는 다음과 같이 이를 설명하고 있다.: 피고는 자신이 구입한 책을 복제했을 뿐이기 때문에, 원고의 주장이 정당화되기 위해서는, 책에 내재한 스타일과 정서(style and sentiments)가 저자의 것임을 입증해야 한다.⁹⁶⁾ 즉 저자가 그의 책에 있는 스타일과 아이디어에 영원한 재산권이 존재함을 입증해야 한다. 어문 작품(literary compositions)이 저자의 유일한 수고와 노동 결과물이어서 저자의 재산권이라는 것이라고 원고가 주장하는데, 그 재산권이 원고(the manuscript)에만 국한된다면 맞는 이론이지만, 저자의 아이디어에까지 권리가 확장되는 것은 옳지 않다. 경계도 없고 표시도 없는 일련의 아이디어에 재산권이 존재

92) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 221, 222.

93) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 224.

94) Rose, op.cit., p.114.

95) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 229.

96) Millar v. Taylor(1769), 98 ER 230.

할 수 없다.⁹⁷⁾ Pufendorf(The law of nature and nations, 1672)가 말한 것처럼, 하나의 사물은 한 사람에게 속하는 것이 재산권이며, 같은 방식으로 만들어진 사물이 다른 사람의 재산권이 될 수는 없다.⁹⁸⁾ 정서(Sentiments)는 누구에게나 자유롭고 공개된 것이다. 많은 사람들이 같은 주제에 대해 같은 아이디어를 가질 수도 있다. 이런 경우 각자가 독자적으로 생각해 낸 아이디어에 대해 같은 권리를 부여해야 할 것이다. 그렇다면 한 개인이 그 아이디어에 대해 유일하고 배타적인 권리를 가질 수 있는가? 저자의 노동에 상을 받을 권리가 있다는 것은 확실하다.⁹⁹⁾ 그러나 그 보상은 무한정이어서는 안 된다. 법률은 그 재산권의 한계를 28년으로 고정했다.

3) Donaldson v. Beckett(1774)

‘Original’이라는 단어가 44회나 등장하는 *Millar v. Taylor* 판결과는 달리, *Donaldson v. Beckett* 사건(1774)에서는 ‘original author’라는 단어가 2회 등장할 뿐이다. 따라서 동 판결은 독창성 개념에 대한 형성에 큰 영향을 주었다고 보기 어렵다. 다만 당시 피청구인의 변호를 Chancery 법정 및 대법원에서 담당했던 Francis Hargrave의¹⁰⁰⁾ 1774년 저술은 참고할 만하다고 하겠다.

변호사이자 법사학자인 Hargrave가 1774년에 출판한 ‘문학적 재산 보호에 대한 논쟁(An Argument in Defense of Literary Property)’에서 ‘Original Work’에 대해서 논하고 있다.¹⁰¹⁾ 이 책에서는 그는 먼저 어문 재산권의 근거를 노동에 두고 있음을 명확히 하고 있다.: “인쇄 독점권을 저자가 가져야 하는 근거를 찾기 위해서는, 가장 먼저 작품을 만들기 위해 그가 투입한 노동을 고려해야 한다.¹⁰²⁾ 그렇다고 나는 모든 노동의 결과물이 그의 것이라고 일반화

97) *Millar v. Taylor*(1769), 98 ER 234.

98) *Millar v. Taylor*(1769), 98 ER 231.

99) *Millar v. Taylor*(1769), 98 ER 232.

100) Rose, Mark, op.cit., p.124.

101) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.81.

102) Francis Hargrave, *An Argument in Defence of Literary Property*, London (1774), p.21. Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer,

하는 것은 아니다. 예컨대 그의 작품에 담긴 지식을 독점하는 것은 너무 이기적이고 말도 안 되는 것이다.¹⁰³⁾ 내가 말하고 싶은 것은, 적절한 조건하에서, 그 자신의 노력의 과실을 그 자신이 이용할 권리를 가진다는 것이다. 여기서 적절한 조건은 권리대상의 성격상 실질적으로 작동가능하며, 남의 권리를 해치지 않고, 그가 살고 있는 국가의 법에 저촉되지 않는 환경을 말한다. 저자가 가지는 절대적이 제한받지 않는 독점적 권리는 그가 자발적으로 인쇄하기 전에, 복제품을 복제할 권리이며, 그 근거는 그 작품을 만드는데 저자가 투입한 ‘노동’에 있다.”¹⁰⁴⁾

이어서 Hargrave는 저작자의 권리가 아이디어에 있는 것이 아니라고 하고 있다.: “저자가 요구하는 권리는 저작물이 담고 있는 아이디어나 지식이 아니다.¹⁰⁵⁾ 그렇다면 재산권으로 인정하는 것은 어처구니없는 일일 것이다. 저자가 요구하는 것은 단지 자기 자신의 작품을 인쇄할 수 있는 권리를 가지는 것이다. 하나의 문학 작품은 다른 문학작품과 구분된다.¹⁰⁶⁾ 각각의 문학 작품은 그것을 분별할 수 있는 표시(mark)와 경계(boundary)를 가지고 있어서, 별도의 인쇄권리를 누릴 수 있다.”

또한 Hargrave는 작품의 표현은 구별 가능하여 재산권의 대상이 될 수 있음을 설명하고 있다.: “문학적 재산(literary property)의 주제는 기록된 작품이며, 한 작품은 다른 것으로 구별될 수 있다는 것은 너무도 분명해 논쟁의 여지가 없다.¹⁰⁷⁾ 모든 사람은 자신의 독특한 생각을 결합하고 표현할 수 있는 방식을 가지고 있다. 똑같은 교리, 동일한 의견이 두 사람에게서 나올 수 없으며 심지어 다른 시간에 같은 사람에게서 왔을 때도, 완전히 같은 언어로 외장을 입을 수 없다. 감정, 계획, 배치 및 성향의 강한 유사성이 자주 발견될 것이다. 그러나 단어의 사용과 배열 및 아이디어의 범위와 연결에 따라,

〈www.copyrighthistory.org〉, 검색일: 2017.7.1.

103) Ibid., p.22.

104) Ibid., p.23.

105) Ibid., p.16.

106) Ibid., p.18.

107) Ibid., pp.6-7.

사고와 글쓰기의 방식에는 무한한 다양성이 있어서, 어문 저작물은 인간의 얼굴과 같이 진짜로 original하다. 어문저작물은 original 하여, 그것을 특징 짓고, 고정시키고, 그 정체성을 확립할 수 있는 특정한 유일함, 특정한 문단, 특정한 특징을 가질 것이다.”

Hargrave의 글에 대해 Mark Rose의 평가는 다음과 같다.: “Hargrave가 ‘original’을 단순히 베끼지 않은 것을 의미하는지, 아니면 ‘novel’한 것을 의미하는지가 불분명하다.¹⁰⁸⁾ 어문재산권 담론에 있어서, 재산권(Property), 독창성(originality), 개성(personality)은 서로 간에 얽혀있는 개념이다. 구별되는 재산은 ‘같은 단어, 같은 개념’이라는 어구에 존재하며 이는 독창성이라는 개념으로 나타났고, 이는 다음 차례로 개성이라는 개념으로 보증된다.¹⁰⁹⁾ 이에 대해, Simon Stern은 Hargrave가 독창적인 작품이라고 할 때 그 의미는 현저하게 독창적인 작품을 의미하는 것이 아니고, 원작의 복제물 아니라는 의미에서의 ‘독창적인’ 뜻이라고 단정적으로 해석하고 있다.”¹¹⁰⁾

Hargrave는 저작권을 재산권으로 인정해야 하는 근본적 요인을 ‘노동’에 두고 있으면서, 그 보호범위가 ‘아이디어’가 아닌 ‘표현’에 있음을 분명히 하고 있다. 그래야만 저자에게 공익에 반하는 권리를 부여하지 않고, 각각의 문학 작품이 표시와 경계를 가진다는 것이다. 또한 저자의 독립적 노동에 의해 만들어진 문학 작품의 표현은 마치 인간의 얼굴과 같이 특유하고, 구별 가능한 ‘독창적(original)’인 것이라고 주장하고 있다. 필자가 판단하기에 Hargrave는 노동의 투입의 결과물이 물권과 같이 잘 작동한다는 것을 보여주기 위해, 저작물은 아이디어가 아닌 표현이고, 그 표현은 얼굴과 같이 구별가능하다는 것을 설명하는 맥락에서 자신의 견해를 풀어 나간다는 면에서 그의 강조점은 ‘노동의 투입’이지, ‘개성의 각인’에 있지는 않다. 왜냐하면, 기존 출판업계의 편에 선 Hargrave는 Donaldson v. Beckett 변론의 연장선에서 동 캄플릿을 발간했을 것이고, 출판업자의 전쟁 와중에서 영구적 저작권

108) Rose, Mark, op.cit., p.126.

109) Ibid., p.128.

110) Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), op.cit., p.83.

의 옹호론자들이 ‘original work’가 신규성이나 아이디어일 경우의 문제점에 대한 상대 진영의 신랄한 비판에 직면했기 때문이다.

V. 결 론

저작권법상 전통적 ‘독창성’ 개념은 영미법계와 대륙법계로 이원화되어 있다고 이해된다. 영국의 경우 1710년 앤법에서 나타난 ‘저자’의 의미를 18세기 사법부가 해석하면서 ‘독창성’의 개념을 형성하게 되었다. 즉 독창성의 개념을 ‘베끼지 않은’, ‘아이디어가 아닌 표현에 내재하는’이라는 의미로 발전시켰다. 이는 앤법이 복제여부를 중심으로 침해판단을 하도록 되어 있는 것과 당시 법조계가 로크의 노동에 기인한 재산권 이론의 영향에 있다는 것과 관련이 있다. 특기할 만한 사실은 영국에서 ‘독창성’ 개념의 형성 시기가 계몽주의 영향 하에 있었던 반면에, 유럽대륙(프랑스, 독일)의 관련 개념 형성 시기가 낭만주의 영향 하에 있었던 점이다. 이는 저작권법의 개념이 당대의 철학적, 문화적 배경에 큰 영향을 받는다는 점을 말해 준다고 하겠다. 또한 영국에서 ‘독창성’이라는 개념이 ‘문화계’와 ‘법조계’로 이원화되어 발전해 왔다는 점은, 법률 해석에 있어서 용어의 역사적 배경의 중요성을 시사해 주고 있다.

이러한 맥락에서 영국과는 역사적·철학적·문화적 배경이 다른 한국에서, 사법부가 “창작성이란 … 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고”라는 전통적 영국의 독창성 개념을 일부 받아들이고 있는 것이 타당한가라는 의문이 제기될 수밖에 없다. 노동의 투입을 저작권 보호요건의 중심에 두는 개념은 로크의 사상, 18세기 계몽주의라는 영국 특유의 시대적 배경에 기반한 것으로, 인공지능에 의해 저작물이 생성될 수 있는 우리 시대에 적용가능한지 의심스럽다. 한국 판례에서, 이어서 나오는 또 다른 창작성 개념인 “… 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음 …”이 상대적으로는 더 적절한 정의로 보인다. 후자의 개념이 전자를 전제로 하는 개

념이라는 점에서 두 개념을 동시에 나열하는 것은 의미가 없으므로, “어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고”라는 문구는 불필요하다고 판단된다. 전통의 부재는 ‘맥락과 분리된 지식’을 강요받을 가능성을 높인다는 점에서 아쉽지만, 동시에 사고의 자유를 준다는 점에서 희망적이다. 이런 점에서 한국 학계에서 저작권의 창작성 개념에 대한 근본적이고 창의적 제안이 나올 토양은 갖추고 있다고 하겠다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- 덩컨 히스 · 주디 보럼, 『낭만주의』, 이수명(역), 김영사, 2002.
- 데이비드 블레이니 브라운, 『낭만주의』, 강주현(역), 한길아트, 2004.
- 마리 클로드 쇼도느레 외, 『프랑스 낭만주의』, 김윤진(역), 창해, 2000.
- M. H. 에이브럼즈 · E. T. 도날드슨 · H. 스미스 · R. M. 애덤즈 · S. H. 몽크 · L. 리프
킹 · G. H. 포트 · D. 데이서스, 『노튼 영문학 개관 II: 낭만주의 시대—20세기』, 김
재환(역), 까치, 1984.
- 야마다 쇼지, 『해적판 스캔들: 저작권과 해적판의 문화사』, 송태욱(역), 사계절, 2011.
- 프레더릭 바이저, 『낭만주의 명령, 세계를 낭만화하라: 초기 독일 낭만주의 연구』, 김
주휘(역), 그린비, 2011.
- W. 타타르키비츠, 『미학의 기본개념사』, 손효주(역), 미술문화, 1999.

〈단행본(서양)〉

- Bently & Sherman, *Intellectual Property Law*, 4nd edn, Oxford, 2014.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols. (Oxford:
Clarendon Press, 1765-69), 2.
- Gregory, Elizabeth, *Quotation and Modern American Poetry: "Imaginary Gardens
With Real Toads"*, Rice University Press, 1996.
- Haveman, Heather A. & Kluttz, Daniel N., *Property in Print: Copyright Law,
Cultural Conceptions of Authorship, and the American Magazine Industry*, IRLE,
2014.
- King, Lord, *The life of John Locke*, Henry Colburn and Richard Bentley, 1830.
- Locke, John, *Two Treatises of Government*, [from The Works of John Locke. A
New Edition, Corrected. In Ten Volumes. Vol. V. London: Printed for Thomas
Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co.: Also
R. Griffin and Co. Glasgow; and J. Gumming, Dublin. 1823.]
- Möller, Margret, *Copyright in the Federal Republic of Germany*, INTER NATIONES,
e.V., 1998.
- Morley, Edith J.(editor), *Edword Young's Conjectures on Original Composition*,
Manchester at The University Press, 1918.
- Richard Rogers Bowker, *Copyright its history and its law: Being a summary of the*

principle and practise of copyright with special reference to the American code of 1909 and the British act of 1911, Houghton Mifflin Company, 1912.

Rose, Mark, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993.

Stern, Simon(Reginald McGinnis, ed.), *Copyright, Originality, and the Public Domain in Eighteenth-Century England, Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightenment*, Routledge, 2009.

〈학술지(국내 및 동양)〉

윤권순, “구텐베르크 활판인쇄기술 발명에 대한 영국사회의 법적 대응: 영국의 검열법과 저작권법의 역사적 기원”, 『과학기술과 법』, 제6권 제2호(2015).

〈학술지(서양)〉

Hesse, Carla, “Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793”, *Representations*, 30(1990).

Gravells, Nigel P., “Authorship and originality: the persistent influence of Walter v. Lane”, *I.P.Q.*, no.3(2007).

〈판례〉

대법원 2015.12.10. 선고 2015도11550 판결.

대법원 1995.11.14. 선고 94도2238 판결.

Donaldson v. Beckett, London (1774), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

Millar v. Taylor, London (1769), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

Tonson v. Collins(1761), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

Univ. of London Press, Ltd. v. Univ. Tutorial Press, Ltd., (1916) 2 Ch. 601 (U.K.).

〈신문기사〉

Joseph Addison, The Tatler, No101. December 1, 1709.

Joseph Addison, The Spectator, No.160, September 3, 1711.

〈인터넷 자료〉

An Enquiry into Literary Property, London (1762), in Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, 〈www.copyrighthistory.org〉, 검색일: 2017.7.1.

A Vindication of the Rights of Authors, London (1762), in Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, 〈www.copyrighthistory.org〉, 검색일: 2017.7.1.

Deazley, R. (2008), 'Commentary on Warburton's Letter from an Author (1747)', in Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, 〈www.copyrighthistory.org〉, 검색일: 2017.7.1.

Francis Hargrave, An Argument in Defence of Literary Property, London (1774), in Primary Sources on Copyright(1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, 〈www.copyrighthistory.org〉, 검색일: 2017.7.1.

Kawohl, F., Commentary on Kant's essay on the injustice of reprinting Books (1785), in Primary Sources on Copyright(1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, 〈www.copyrighthistory.org〉, 검색일: 2017.7.1.

〈<https://www.merriam-webster.com/dictionary/origin>〉, 검색일: 2017.7.1.

〈<http://www.merriam-webster.com/dictionary/original>〉, 검색일: 2017.7.1.

〈<http://www.merriam-webster.com/dictionary/creative>〉, 검색일: 2017.7.1.

〈<https://www.britannica.com/art/Romanticism>〉, 검색일: 2017.7.1.

The historical origin of the concept of ‘originality’ under the U.K. Copyright Act

Yoon Kwonsoon

Under the U.K. Copyright Act, the origin of the originality concept dates back to the Ann Act(1710). The Act grants rights to authors and others without mentioning originality. The concept of originality developed in the process of interpretation of the concept of ‘author’ in the court until the copyright law explicitly required originality in 1911. *Burnett v Chetwood* (1720) and *Gyles v Wilcox* (1740) ruled that labor was important, and that translations and abbreviations could be viewed as new works, respectively. In this way, the concept of ‘originality’, which means ‘not copied’, is born, different from the creativity of genius or novelty in patent law. In addition, through the judgments of the late 18th century, the notion of ‘originality of expression’ is formed. Thus, in the 18th century, the British judiciary created the concept of ‘originality’, which is ‘not copied’ and ‘original in expression.’ The concept of ‘creative genius’ in literature in the 18th century and the concept of ‘aesthetic originality’ in the late 18th century romanticism had little impact on the British legal system. This is different from European continent(France, Germany) which enacted modern copyright Act in the late 18th century or early 19th century.

Keyword

Originality, Original, Creativity, Copyright, Historical Origin, Ann Act