

연구보고 2007-

콘텐츠산업법제지원사업(Ⅲ)

소프트웨어 관련법제의 개선방안

현 대 호

콘텐츠산업법제지원사업(Ⅲ)

소프트웨어 관련법제의 개선방안

A Study of the Improvement of Legal System Involving Software

연구자 : 현대호(부연구위원)

Hyeon, Dae-Ho

2007. 10. 31.

국문 요약

소프트웨어는 저작권법과 프로그램보호법에 의하여 저작권적으로 보호된다. 따라서 저작권법과 프로그램보호법이 상호 조화될 수 있도록 입법을 개선하는 것이 요구된다. 특히, 올해 한·미 FTA협정에 따라 저작권법과 프로그램보호법 모두 입법적인 개선이 향후 과제로 남아 있다. 다시 말해서 한·미 FTA협정에 따라 저작권법과 프로그램보호법의 개정이 요구될 수 있는 보호기간의 연장, 온라인 서비스 제공자의 정보제공의무 신설 및 법정손해배상제도의 도입 등에 관련하여 입법의 개선이 요구된다.

소프트웨어의 거래는 저작권법, 프로그램보호법, 게임산업진흥법 및 온디콘법 등에 의하여 규율되고 있지만 대부분 행정적 차원의 규정이고 순수한 거래법적인 차원에서 입법은 미흡하다. 따라서 온디콘법 등의 개별법을 개정을 통하여 규율하는 것도 생각할 수 있지만 근본적으로는 소프트웨어를 포함한 컴퓨터정보의 일반을 규율하는 특별법의 제정이 요구된다.

소프트웨어산업의 진흥은 소프트웨어산업진흥법이라는 독립된 입법을 통하여 규율되고 있는데, 최근 소프트웨어시장의 변화에 따라 공공분야의 소프트웨어사업의 발주체계, 소프트웨어개발, 소프트웨어사업의 공정한 경쟁 환경조성 및 인력의 체계적 관리 등에 대한 세부적인 입법이 요구된다.

※ 키워드 : 컴퓨터프로그램, 소프트웨어, 콘텐츠, 저작권법, 손해배상

Abstract

Software is currently within the subject matter protected under Copyright Act and Computer Program Protection Act in Korea. Thus, a request of harmonization between both laws is materialized by amending them. Especially, as provided in the Korea-US FTA(Free Trade Agreement) on the issues of FTA copyright term extension, Temporary reproduction, OSP secondary liability regime, statutory damages, and so on, the Korea will amend both Copyright Act and Computer Program Protection Act.

Software transaction is regulated by Copyright Act, Computer Program Protection Act, Game Industry Promotion Act, Online Digital Content Industry Development Act, and so on, most of which are administrative regulations, so insufficient for the pure transactional regulations. Therefore, it may consider, as a solution for the matter, an amendment of Online Digital Content Industry Development Act, but there is a need for a more essential way to resolve the problem by enacting a special law dealing with computer information including software.

Software industry promotion is regulated by an independent law, Software Industry Promotion Act. Recently, as software market has dramatically changed, the Act needs to be amended in order to adopt a SW separate tender system in public software projects and to foster software development, fair and competitive environment in the software transaction and systematic management for human resources.

※ Key words : computer program, software, content, remedy, copyright

목 차

국문 요약	3
Abstract	5
제 1 장 서 설	11
제 1 절 연구의 목적	11
제 2 절 연구의 범위	12
제 2 장 소프트웨어와 입법례	13
제 1 절 소프트웨어의 개념과 관련산업	13
I. 소프트웨어의 개념	13
II. 소프트웨어산업의 현황과 비전	15
제 2 절 유럽연합(EU)	17
I. 목 적	17
II. 프로그램 저작권의 인정	18
III. 프로그램 저작자	19
IV. 보호의 내용	19
V. 디컴파일의 허용	21
VI. 기술적 보호장치의 보호	21
제 3 절 독 일	21
I. 개 관	21
II. 독일 저작권법상의 프로그램 보호규정과 그 내용	23
제 4 절 미 국	29
I. 개 요	29

II. 컴퓨터소프트웨어대여법	33
III. 통일컴퓨터정보거래법	34
제 5 절 일 본	37
제 6 절 우리 나라	38
I. 저작권법	39
II. 프로그램보호법	41
III. 소프트웨어산업진흥법	49
IV. 온라인디지털콘텐츠산업발전법	54
V. 게임산업진흥법	58
VI. 소 결	59
제 3 장 소프트웨어의 보호	61
제 1 절 개 관	61
I. 한·미 FTA협정과 국내법(저작권법) 수용	61
II. 저작권법과 다른 법률과의 관계	66
제 2 절 저작권에 의한 보호	66
I. 프로그램의 보호방법 등	68
II. 프로그램 저작권의 인정	70
III. 프로그램 저작권의 귀속	75
IV. 프로그램의 등록	77
V. 프로그램 저작권의 내용과 제한	81
VI. 프로그램 저작권의 침해와 구제	88
VII. 소 결	93
제 3 절 특허에 의한 보호	95
I. 보호대상	97
II. 보호요건	97
III. 소 결	101

제 4 절 영업비밀에 의한 보호	102
I. 보호대상	102
II. 보호요건	104
III. 소 결	107
제 5 절 불법행위에 의한 보호	107
제 4 장 소프트웨어의 유통	109
제 1 절 개 관	109
I. 무형재산의 양도	109
II. 무형재산의 라이선스	111
제 2 절 소프트웨어 제작자와 라이선스 이용자간의 거래	113
I. 개 요	113
II. 저작권법의 라이선스	114
III. 프로그램보호법의 라이선스	120
IV. 소 결	121
제 3 절 소프트웨어 제작자와 소비자 간의 거래	122
I. 개 요	122
II. 소프트웨어의 이용계약과 입법	124
III. 소프트웨어의 이용자보호와 입법방향	128
제 5 장 소프트웨어산업의 진흥	135
제 1 절 개 관	135
제 2 절 소프트웨어산업진흥법의 개정논의	136
I. 소프트웨어사업 과업변경심의위원회 설치	137
II. 공공 소프트웨어사업의 하도급 제한	138
III. 공공 소프트웨어사업의 하자담보책임	139
IV. 소프트웨어프로세스 품질인증	139

V. 소프트웨어기술자 신고제도	140
제 3 절 소프트웨어산업의 활성화를 위한 새로운 방안	143
I. 소프트웨어분리발주	143
II. SaaS산업의 활성화 방안	146
III. GS인증제도	148
IV. SW Skill 표준	150
제 6 장 결 론	153
[부록1]	
미국의 1990년 개정 연방컴퓨터소프트웨어대여법	161
[부록 2]	
EU의 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 지침	167
[부록 3]	
독일의 저작권법 제1장 제8절 컴퓨터프로그램에 관한 특별규정	173
참 고 문 헌	177

제 1 장 서 설

제 1 절 연구의 목적

우리 나라는 최근 사회 각 분야가 정보화되고 있고 국가경제도 정보산업에 대한 의존도가 높아지고 있다. 이와 같은 변화는 인터넷 등의 정보통신기술과 컴퓨터 프로그램(이하 ‘프로그램’이라 한다) 등의 소프트웨어산업에 긴밀한 관련성을 가진다.

소프트웨어는 무형적인 지적재산 중의 하나에 해당되어 용이하게 복제하여 유통할 수 있어서 그 침해로 인한 피해는 더 이상 개인이나 기업에 국한되는 것이 아니라 사회적 문제로 심화되고 있다.

그러므로 소프트웨어의 보호는 개인이나 기업의 기술적 보호장치에만 맡겨둘 수는 없으며 법적 장치를 마련하여 소프트웨어의 불법유통 등으로부터 보호하는 것이 중요하다.

우리 나라에서는 소프트웨어와 관련하여 저작권법·컴퓨터프로그램보호법(이하 ‘프로그램보호법’이라 한다)·소프트웨어산업진흥법 및 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하 ‘온디콘법’이라 한다) 등 다양한 법률을 마련하고 있는데, 프로그램의 보호는 주로 저작권법과 프로그램보호법에 의하여 이루어지고 있다.

한편, 우리 나라의 소프트웨어산업도 꾸준히 발달하고 있고 관련시장도 확대되고 있다. 그렇지만 소프트웨어의 유통에 관련된 법률은 모호하고 거래와 관련해서는 관련법률이 결여되어 있다고 볼 수 있을 정도로 초보적인 단계에 머물고 있다.

소프트웨어산업의 진흥에 관련해서는 독립된 입법을 가지고 있지만 최근의 소프트웨어산업의 발달에 미흡하거나 산업발전을 저해하는 거래관행을 개선할 것이 나타나고 있다. 따라서 이 연구에서는 소프트

웨어의 보호에 관련된 법제의 문제점과 개선방안을 살펴보고, 아울러 소프트웨어의 유통을 건전화하기 위한 제도개선 그리고 소프트웨어산업의 활성화를 위한 방안을 고찰하고자 한다.

제 2 절 연구의 범위

연구의 범위는 소프트웨어의 보호, 소프트웨어의 유통 및 소프트웨어산업의 진흥이라는 3개의 영역에서 현행법제와 관련산업의 분석을 중심으로 한정하고자 한다(이 연구에서는 소프트웨어의 보호와 관련하여 주로 문제되는 저작, 특허 및 영업비밀에 의한 방법만을 중심으로 다루고, 디자인 보호방법에 기초한 논의는 그 관련성이 낮아 연구범위에서 제외한다).

구체적으로 제2장에서는 소프트웨어와 입법례라는 제목하에 소프트웨어의 개념과 산업의 현황을, 그리고 외국(미국, 독일, 일본)의 입법례와 그 입법현황을 살펴보고, 아울러 우리나라의 소프트웨어 관련 입법에 대한 연혁을 살펴보았다.

제3장에서는 소프트웨어의 보호와 관련하여 최근 한·미FTA협정과 현행법의 개정방안 그리고 저작권법에 의한 보호방법을 중심으로 한 프로그램보호법의 문제점과 개선방안을 살펴보았으며 또한 특허와 영업비밀 등에 의한 보호도 고찰하였다.

제4장에서는 소프트웨어의 유통과 관련하여 소프트웨어의 이전계약과 이용계약에 관련된 특성 및 문제점, 그리고 소비자의 보호에 관련한 입법개선을 살펴보았다. 제5장에서는 소프트웨어산업의 진흥이라는 제목하에 소프트웨어산업진흥법의 개선방안과 소프트웨어산업의 진흥을 위한 새로운 방안을 고찰하였다.

제 2 장 소프트웨어와 입법례

제 1 절 소프트웨어의 개념과 관련산업

I. 소프트웨어의 개념

우리나라의 현행법에서 소프트웨어와 프로그램이라는 용어는 구별되며 ‘소프트웨어’는 정보를 가공하는 모든 기능적 경로의 총체를 말한다. 즉 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 의미하고,¹⁾ 소프트웨어는 컴퓨터·통신·자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하도록 하게 하는 지시·명령의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료를 의미한다.²⁾ 따라서 소프트웨어라는 용어가 프로그램이라는 용어보다 넓은 의미로 사용되고, 프로그램은 그 하위의 개념에 해당된다.³⁾ 구체적으로 프로그램보호법 제2조제1호에서 명문화하고 있는 프로그램의 개념에 대하여 살펴보면, 다음과 같다.

-
- 1) 프로그램보호법 제2조제1호. 미국의 연방저작권법 제101조에서도 『어떤 결과를 가져오기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 진술이나 지시를 말한다』고 규정한 것과 차이가 없는데(이해완·오승중, 저작권법, 박영사, 2005. 629면), 개념정의가 너무 협소하다는 비판이 있다(Michael D. Scott, information technology law, Wolters Kluwer, 2007. §2.05[A] 참조). 독일의 저작권법 제69a조제1항에서도 『프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터를 비롯한 정보처리능력을 가진 장치 내에서 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다』고 하여 유사하다. 이와 같은 독일 저작권법의 프로그램 개념은 독일 구저작권법 제2조제1항제1호의 ‘데이터 개편을 위한 프로그램’ 개념보다 진일보한 것으로서 순수한 데이터에 가까운 소프트웨어와는 개념적으로 구분되고, 이 개념정의는 장차 기술진보에 의해서 개념의 포섭력이 떨어진다는 비판이 있다(Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl.(München 2000), § 69a, Rn. 2).
 - 2) 소프트웨어산업진흥법 제2조제1호
 - 3) 오승중/이해완, 저작권법, 박영사, 2005, 630면.

첫째, 정보처리능력을 가진 장치로 처리되어야 한다. 통상 컴퓨터가 갖고 있는 연산, 제어, 기억, 입력, 출력의 5종류의 기능 중 입력, 출력의 기능이 없어도 연산·제어·기억의 기능만 가지고 있으면 여기서 말하는 정보처리능력을 가진 장치라고 볼 수 있다.⁴⁾

둘째, 특정한 결과를 얻을 수 있어야 한다. 의도된 목적에 따라 일정한 결과를 생성해야 한다는 것을 의미한다. 이 경우 그 결과물의 가치는 문제되지 아니한다.

셋째, 직접·간접으로 사용되는 일련의 지시, 명령이어야 한다.⁵⁾ 프로그램은 일련의 지시·명령이다. 따라서 하나의 단계만으로는 프로그램으로 인정할 수 없다. 즉 지시나 명령의 조합이 프로그램의 본질적인 것이며 이러한 지시나 명령이 특정한 결과를 얻을 수 있도록 창작적으로 조합되어 있을 것이 필요하다. 또 프로그램은 컴퓨터 내에서 직접·간접으로 사용되는 것이어야 하므로 당해 지시나 명령이 컴퓨터에 대한 것이 아니면 안 된다.⁶⁾ 따라서 프로차트(flow chart) 등은 컴퓨터에 대한 지시, 명령이 아니므로 프로그램이 아니다. 또 ‘직접

4) 정 완, 컴퓨터프로그램의 법적 보호(법무자료 제185집), 법무부, 1994. 123면; 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법, 육법사, 2003. 667면.

5) 대법원은 「컴퓨터프로그램보호법상 컴퓨터프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것으로 정의되는바, 신청인들의 이 사건 서체파일의 소스코드는 ① 그것이 비록 다른 응용 프로그램의 도움 없이는 바로 실행되지 아니한다고 하여도 컴퓨터 내에서 특정한 모양의 서체의 윤곽선을 크기, 장평, 굵기, 기울기 등을 조절하여 반복적이고 편리하게 출력하도록 특정한 결과를 얻기 위하여 프로그래밍 언어의 일종인 포스트스크립트 언어로 제작된 표현물이고, ② 서체파일 제작 프로그램에서 마우스의 조작으로 서체의 모양을 가감하거나 수정하여 좌표값을 지정하고 이를 이동하거나 연결하여 저장함으로써, 제작자가 특정한 결과를 얻기 위하여 스스로의 알고리즘(algorithm)에 따라 프로그래밍 언어로 직접 코드를 작성하는 보통의 프로그램 제작과정과는 다르다 하여도, 포스트스크립트 언어로 작성되어 사람에게 이해될 수 있고 그 내용도 좌표값과 좌표값을 연결하는 일련의 지시, 명령으로 이루어져 있으므로 컴퓨터프로그램보호법상의 프로그램에 해당한다.」고 보았다(대판 2001. 6. 29. [99다23246]).

6) 대법원은 프로그램의 시리얼 번호가 프로그램의 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 기술적 보호조치에 불과하고 시리얼 번호의 복제나 배포 등 그 자체로서는 저작권의 복제 또는 배포 등에 해당하지 아니한다고 보았다(대판 2002. 6. 28. [2001도2900]).

또는 간접'이란 프로그램이 컴퓨터 내에서 사용되는 방법에 관계없다는 것을 의미한다.)⁷⁾

넷째, 외부에 표현된 것이어야 한다. 이것은 프로그램이 저작물인 한 당연한 규정임과 동시에 저작권적 보호가 아이디어에까지 미치지 않음을 분명히 한 것이다. 여기서 프로그램의 표현은 종이에 쓰여진 원시코드(Source code)⁸⁾와 같이 비교적 종래의 표현개념에 가까운 것에서부터 종이에 천공하거나 자기디스크 또는 테이프에 저장하거나 마이크로칩이나 기계장치에 기억시키는 것 등 수없이 많다.

II. 소프트웨어산업의 현황과 비전

1. 산업의 전망과 비전

전 세계 소프트웨어시장은 2010년까지 연평균 6.4% 성장해 9,172억 달러의 규모를 이룰 것으로 예측하고 있다. 국내 소프트웨어시장은 2010년까지 평균 8% 내외(IDC : 8.1%, Gartner: 7.7%)의 성장이 전망돼 같은 시기 세계 소프트웨어 시장의 성장률보다 높게 나타나고 있다. 이에 따르면 2010년 국내 소프트웨어시장은 98억 5,900만달러의 수준이 될 것으로 예측되고 있다.)⁹⁾

올해 5월 미국 소프트웨어산업의 향후 10년을 위한 국가전략보고서¹⁰⁾를 발표한 바가 있는데, 이 보고서는 “신뢰성 있는 소프트웨어제품 및 시스템 개발의 지속적인 능력 향상을 통해 미국 소프트웨어 산업의 경쟁력 확보”이라는 비전을 제시하고 이 비전을 달성하기 위한

7) 정 완, 위의 논문, 124면; 송영식·이상정·황종환, 위의 책, 668면 참조.

8) 원시코드는 기계어가 아닌 COBOL, FORTRAN, ASSEMBLY 등 인간이 인식할 수 있는 컴퓨터 언어로 작성된 프로그램을 말한다(임호준, 컴퓨터프로그램의 법적 보호, 지적소유권에 관한 제문제(하)(재판자료 제57집), 법원행정처, 1992. 464면).

9) IDC Black, 2006.6., IT서비스와 패키지 SW의 합계

10) SOEFTWARE 2015: A National Software Strategy to Ensure U.S. Security and Comprtiteness

4가지 전략프로그램으로 ①소프트웨어의 신뢰성 개선, ②소프트웨어 인력의 교육 및 공급강화 ③소프트웨어 연구개발의 재활성화 ④미국 소프트웨어 산업내 혁신 강화를 제시하고 있다.

2. 산업의 변화

2010년까지 소프트웨어시장의 변화는 새로운 이슈의 출현보다는 현재의 변화요소들(컨버전스, SOA, SaaS, 오픈소스, BPM, 웹 2.0등)의 융합에 의해 주도될 것으로 예상된다. 현재 많은 수의 오픈소스 기업들은 SaaS 모델 도입에 적극 나서고 있어서 오픈소스와 SaaS의 결합은 매우 빠르게 진행되고 있다.

또한 오픈소스 프로젝트에서도 SOA(서비스 기반 아키텍처)를 기반으로 한 개발이 이루어지고 있으며, 이러한 추세는 빠르게 증가하고 있다. 결국 향후 소프트웨어시장은 SOA가 기반이 된 오픈소스 프로젝트를 통해 소프트웨어의 개발이 이루어지고 이러한 소프트웨어는 SaaS 모델을 통해 인터넷을 통해 배포되는 형태도 나타날 것으로 보인다.

한편, 미디어와 콘텐츠, 기술이 통합·융합한다는 의미로 제기된 디지털 컨버전스(Digital Convergence)는 소프트웨어 산업을 포함한 IT산업의 새로운 돌파구자 대안이 되고 있다. 최근 들어서는 IT산업 내부의 컨버전스에서 산업간 컨버전스로, 궁극적으로는 인간과 IT가 컨버전스되는 방향으로 진화하고 있다. 이러한 추세에서 IT 및 가전 기업들은 더욱 다양하고 고등화되고 있는 소비자의 요구를 충족시키기 위해서는 혁신적인 형태의 컨버전스 기술을 선보이고 있으며, 이에 따라 컨버전스는 상품과 정보, 서비스가 결합되는 모습으로 급진전되고 있다. 소프트웨어시장에도 컨버전스의 열기는 기업경쟁력의 강화 및 고객 만족 극대화의 도구로 받아들여지고 있으며, 산업간 경계를 초월한 비즈니스 모델 간 경쟁 구도를 만들어가고 있다.¹¹⁾

11) [표 1] 소프트웨어 시장의 컨버전스 형태

제 2 절 유럽연합(EU)

I. 목 적

특허 및 상표법과는 달리 저작권법 영역에 대한 EU차원의 법통일을 위한 논의는 그리 오래되지 않았다. 이미 유럽위원회는 1985년에 역내 단일시장의 완성을 위한 백서에서 지적소유권이라는 개념을 사용하면서 새로운 기술개발영역에의 투자를 확대하기 위한 법적 기초를 제도화하고, 회원국의 상이한 법규정들을 조화하는 노력을 다할 것을 선언한 바 있다.

유럽위원회는 1989년 1월 5일에 프로그램보호를 위한 제1차 초안을 제출하였는데, 그 초안은 관련 이행당사자간에 격론을 초래하여 곧바로 수정되었다. 유럽의회는 초안의 내용에 대한 많은 변경을 요구하였고, 1991년 4월 17일에 변경된 지침의 초안을 승인하였고, 그 초안은 1994년 5월 14일에 정식으로 ‘프로그램의 법적 보호에 관한 EU지침(이하 ‘EU지침’이라 한다)’¹²⁾으로 채택되었다.

소프트웨어 시장	컨버전스 형태	비즈니스 관점
시스템 통합	패키지 기반의 시스템 통합 시장으로 확대	포털 솔루션의 역할과 중요도 증가
컨설팅	SI/SM업종 경험중심의 직무 컨버전스와 IT컨설팅과 비즈니스 컨설팅간의 컨버전스	솔루션 시장 발전을 가속화
아웃소싱	글로벌 대외 아웃소싱으로 확대	컨설팅, 보안 등으로 시장 확대
IDC	속도와 면적 중심의 가치에서 상품의 세분화와 다양화	시장의 대대적인 개편
ASP	서비스로서의 소프트웨어(SaaS)로 컨버전스	시장의 대대적인 개편
패키지 소프트웨어	패키지의 통합화와 기존 경계의 파괴	업체간 제휴 증대와 고객과의 공존서비스 인식 확대
B2B eCommerce	온라인과 오프라인의 컨버전스	고객 맞춤형 서비스 제공

12) Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs

프로그램의 법적 보호에 관한 EU지침 제10조에 따르면, 모든 EU 회원국들은 1993년 1월 1일까지 이 지침을 시행하는데 필요한 법률, 규칙 및 행정규정을 발효시킬 것과 이 지침을 국내법규로 수용한 내용을 EU에 보고할 의무를 부담하게 되었다.

이 지침을 제정할 당시 프로그램¹³⁾은 유럽연합 모든 회원국에서 입법에 의해서 보호되는 것은 아니며, 보호되는 경우에도 그 보호의 정도가 다르다. 이러한 보호의 차이는 공동체시장의 기능에 직접 부정적인 효과를 가져온다. 따라서 이 지침은 이러한 기존의 차이를 제거하는 동시에 새로운 차이의 발생을 막고자 하였으며, 회원국에게 이에 따라 국내법을 개선하도록 하였다(EU지침의 번역문은 [부록 1]을 참조).

II. 프로그램 저작권의 인정

EU지침은 프로그램을 “문학 및 예술저작물의 보호를 위한 베른협약”상의 문학저작물로서 보호받도록 하였다.¹⁴⁾ 이는 프로그램에 대해 저작권(프로그램 저작권)을 인정하는 것이다. 그러나 EU지침은 프로그램의 표현을 저작권으로 보호하나, 프로그램 인터페이스의 기초를 이루는 아이디어나 원리 등 프로그램의 구성요소의 기초를 이루는 아이디어나 원리에 대해서는 보호를 하지 아니한다.¹⁵⁾

또한 EU지침은 프로그램이 저작자의 지적창작물로서 “독창성”을 가지는 경우에 한하여 보호한다. 프로그램이 저작물인지의 여부를 결정함에 있어 프로그램의 질적 또는 미적 가치의 평가가 기준으로 적용되지 아니한다. 저작권 원칙에 따라 논리언어, 산법언어, 프로그밍언

13) 이 지침에서 “프로그램”이란 하드웨어에 탑재된 프로그램을 포함한 모든 형태의 프로그램을 말한다. 또한 이 용어는 프로그램 개발을 위한 예비도안 저작물을 포함한다. 다만, 특성상 프로그램이 최종단계에서 예비 도안저작물로부터 나오도록 되어 있는 경우에 한한다.

14) EU지침 제1조

15) EU지침 제2조

어가 아이디어나 원리를 포함하는 경우 동 아이디어나 원리는 이 지침하에서 저작권으로 보호받지 못한다.

보호기간은 저작자의 생존기간과 그의 사망 후 또는 마지막 생존 저작자의 사망 후 50년 동안이다. 프로그램이 익명 혹은 이명 저작물인 경우 또는 국내법에 의하여 법인이 저작자인 경우 보호기간은 프로그램이 합법적으로 공중의 이용에 최초 제공된 때부터 50년간이다.¹⁶⁾ 이 보호기간은 사유발생 다음 해의 1월 1일부터 시작된다.¹⁷⁾

III. 프로그램 저작자

프로그램의 저작자는 그 프로그램을 창작한 1인이나 일단의 자연인 또는 법인이다.¹⁸⁾ 공동으로 창작한 프로그램의 배타적 권리는 공동으로 소유한다. 편집저작물이 회원국의 법에 의해서 인정되는 경우 회원국의 법에 따라 저작물을 창작한 것으로 의제되는 자를 그 저작물의 저작자로 본다. 프로그램이 피고용인의 업무상 창작되거나 고용주의 지시에 따라 창작된 경우 특약이 없는 한 고용주가 그 프로그램에 대해 모든 경제적 권리를 행사할 배타적 권리를 가진다.¹⁹⁾

IV. 보호의 내용

1. 복제권

프로그램 저작자는 배타적 권리로서 복제권(영구적 복제인지 일시적 복제인지 묻지 아니한다)을 가진다. 따라서 (i) 그 방법과 형태를 묻지 않고 프로그램의 전부 또는 일부를 복제하고자 하는 경우나 (ii) 프로그램의 로딩, 현시, 실행, 전송 또는 저장하는데 복제가 요구되는 경

16) EU지침 제2조제1항

17) EU지침 제8조

18) EU지침 제2조제1항

19) EU지침 제2조 및 제3조

우 (iii) 프로그램의 번역, 개작, 배열 및 기타 변형과 프로그램을 변형한 자의 권리를 해치지 않는 범위 내에서 그 결과물의 복제를 하고자 하는 경우 프로그램저작권자의 허락을 받아야 한다.²⁰⁾

회원국은 권리를 침해하는 복제물이거나 그러하다고 믿을 만한 이유가 있는 프로그램의 복제물을 유통하거나 상업적 목적을 위해 소유하는 등의 행위에 대해 국내법으로 적절한 구제조치를 정할 수 있다. 프로그램의 권리침해적인 복제물은 관련 회원국의 입법에 따라 압류할 수 있다.²¹⁾

2. 복제권의 제한

그러나 합법적인 프로그램의 취득자가 오류의 정정 등 동 프로그램의 이용을 위해 복제가 필요한 경우에는 특약이 없는 한 저작권자의 허락이 요구되지 않는다. 프로그램 이용권자가 동 프로그램의 이용을 위하여 백업용 복제물의 제작이 필요한 경우에도 저작권자의 허락 없이 복제를 할 수 있으며 이러한 복제는 계약에 의하여 금지할 수도 없다. 또한 프로그램 복제물의 이용권자는 프로그램 구성요소의 기초를 이루는 아이디어나 원리를 확인하기 위하여 저작권자의 허락을 받지 않고서도 프로그램의 기능을 조사, 연구 또는 시험할 수 있다. 다만, 이는 조사, 연구 또는 시험할 수 있는 프로그램을 로딩, 현시, 실행, 전송 또는 저장하는 동안에 한한다.²²⁾

3. 대여권 및 배포권

프로그램 저작자는 원프로그램이나 그 복제물을 공중에 대여 및 배포할 권리를 가진다. 그러나 동 저작자에 의해서 또는 그의 동의로

20) EU지침 제4조

21) EU지침 제7조

22) EU지침 제5조

프로그램의 복제물이 최초 판매된 경우 배포권은 소진된다. 다만, 프로그램 또는 그 복제물의 대여권은 소진되지 아니한다.²³⁾

V. 디컴파일의 허용

프로그램간의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 코드의 복제나 그 형식의 번역이 불가피한 경우 동 복제나 번역이 (i)그 허락을 받은 자나 프로그램의 복제물을 이용할 권리를 가진 제3자에 의해 실행되는 경우 (ii)호환을 위해 필요한 정보가 앞의 (i)의 자에게 쉽게 이용할 수 없도록 된 경우 (iii)호환을 위해 필요한 원프로그램의 일부에 한정되는 경우에 한 하여는 프로그램저작자의 허락이 없이도 복제나 번역이 허용된다.²⁴⁾

VI. 기술적 보호장치의 보호

회원국은 프로그램을 보호하는데 적용될 수 있는 기술적 장치를 무력화하는 방법 또는 장치를 상업적 목적으로 유통하거나 소유하는 행위에 대해 국내법에 적절한 규제조치를 정할 수 있다. 이 규제조치는 기술적 장치를 무력화하는 방법 또는 장치의 압류를 포함한다.

제 3 절 독 일

I. 개 관

1. 1993년 이전의 독일에서의 프로그램 보호

유럽위원회는 1988년에 간행된 저작권에 관한 녹색(Green Paper on Copyright)에서 이미 그 당시 독일법상의 소프트웨어 보호수준을 매우

23) EU지침 제4조

24) EU지침 제5조 및 제6조

불만족스러운 것으로 평가하며, 그 상태를 지속하는 것은 EU의 역내 단일시장 완성에 위해를 가져올 것이라고 경고한 바 있다.²⁵⁾

EU지침이 발효되기 전인 1993년 이전까지 독일에서 소프트웨어의 보호문제는 아주 오랫동안 격론의 장이었다. 1985년 6월 24일의 저작권법 개정안에 의해 비로소 프로그램도 저작권성을 가진 다는 점에 대해 원칙적인 합의가 이루어졌지만, 그 법적 상태는 법원이 저작권 보호에 소극적인 태도를 보임으로써 큰 변화가 있었던 것은 아니다.

프로그램이 독일의 구저작권법 제2조제2항에서 규정하고 있는 인간의 정신적인 창작성을 갖는가에 대한 문제가 제기되었고,²⁶⁾ 독일연방 법원은 이 판결에서 프로그램이 창작성을 갖는가의 여부에 대해 아주 제한적이고, 협소한 기준을 적용하여 판단하였다. 그 후 이 기준을 고수하는 경우에 전체 프로그램의 5%정도만이 저작권법상의 보호를 받을 수 있게 된다는 연구결과가 발표²⁷⁾됨으로써 프로그램의 법적 보호는 계속적으로 독일 국내법에서 문제되었다.

2. EU지침의 독일 국내법으로의 수용과 그 해석

독일도 EU회원국으로서 프로그램에 관한 EU지침을 국내법으로 수용할 의무를 부담한다. EU지침은 총 11조로 구성되어 있는데, 실제로 국내법으로 수용하여야 하는 내용은 총 9개조이다. 독일의 입법자는 이상의 9개의 EU지침의 내용을 기존 저작권법 전반의 관련되는 부분마다 새롭게 규정을 마련하여 삽입하는 방식과 유럽지침을 저작권법의 제1장에 별도의 절을 새롭게 마련하여 EU지침을 통일적으로 규율하는 방식을 채택할 수 있었다.²⁸⁾ 여기에서 독일의 입법자는 후자를

25) Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology -Copyright Issues Requiring Immediate Action, COM (88), 172 final on 7. Juni 1988.

26) BGHZ 94, 279(Inkassoprogramm-Entscheidung)

27) Gamm, GRUR 1986, 731.

28) Dreier, GRUR 1993, 781.

선택하였고, 1993년 6월 9일의 저작권법 제2차 개정안을 통해 독일 저작권법 제1장에 ‘제8절 프로그램보호를 위한 특별규정’을 새롭게 마련하여 수용하였다.²⁹⁾ 본 개정법은 1993년 6월 24일부터 시행되고 있다.

독일 저작권법상의 프로그램과 관련된 조문의 해석은 그 내용이 유럽적 요소를 전제로 하고 있는 까닭에 EU지침에 적합한 해석이 요구된다.³⁰⁾

II. 독일 저작권법상의 프로그램 보호규정과 그 내용

1. 보호대상

EU지침 제1조의 내용을 국내법으로 수용하면서 저작권법상의 프로그램의 보호대상과 그 범위에 대해 규정하였다.³¹⁾ 이를 통해서 1993년 6월 24일까지 프로그램 보호와 관련하여 독일 구저작권법이 가지고 있던 문제점들이 해결되었다. 즉 독일 저작권법 제69a조는 보호저작물 가운데, 프로그램에 관한 내용을 구체적으로 규정하였다. 여기서 사용하고 있는 프로그램의 개념은 독일 구저작권법 제2조제1항제1호의 ‘데이터 개편을 위한 프로그램’ 개념보다 진일보한 것으로서 순수한 데이터에 가까운 소프트웨어와는 개념적으로 구분된다. 즉 소프트웨어는 전자문서, 그래픽, 음악파일 및 그 밖의 데이터 내지 데이터베이스를 포섭하는 개념인데 반해, 이 법에서 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터를 비롯한 정보처리능력을 가진 장치 내에서 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다.³²⁾ 그러므로 이 경우 프

29) Bundesgesetzblatt I vom 23. Juni 1993 S. 910.

30) Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl.(2006), Vor. §§69aff., Rn. 7.

31) UrhG §69a

32) 독일 정부는 이러한 개념정의는 곧 이은 기술진보에 의해 개념의 포섭력이 매우 떨어지는 것이 분명하기에 그 개념정의는 권할만한 것이 못되고, 그보다는 1978년 WIPO에서 작성한 컴퓨터소프트웨어의 보호에 관한 모델규정의 내용을 참고할 것을 권고한다. 대부분의 주해서(Kommentar)들도 WIPO 모델규정 § 1 (i)을 참조할 것

로그램 개념은 소프트웨어 보다 좁게 이해된다.³³⁾

한편, EU지침의 내용에 상응하게 프로그램의 모든 표현형식에 법적 보호를 인정한다. 그러므로 object code와 source code(원시코드)에 동일하게 저작권법상의 법적 보호가 적용된다. 그렇지만 프로그램에 기초가 되는 아이디어와 원칙들을 그 보호대상에서 배제한다. 프로그램에 적용된 기술적·학술적 이론도 보호대상이 아니다.³⁴⁾ 결국 독일의 경우도 프로그램이 법적인 보호를 받기 위해서는 그것이 저작자 자신의 독자적인 창작의 성과물로서 개별적인 저작물에 해당될 것을 요건으로 한다.

2. 근로 및 고용관계에서의 저작자

(1) 개 요

EU지침은 프로그램이 피용자가 직무를 수행하는 과정에서 창작되었거나, 사용자의 지시에 따라 창작된 경우에 그에 대한 저작권의 귀속문제에 대해 규정하고 있다.³⁵⁾ EU지침에 의해 확립되기 전까지 유럽대륙의 저작권법은 근로관계에서 개발된 저작물과 관련하여 쉽게 해결할 수 없는 많은 문제들을 가지고 있었다. 즉 프랑스 혁명 이래로 원본 저작물에 표현된 창작성은 양도할 수 없는 권리로서 이해된 까닭에, 설사 그러한 저작물이 고용주가 저작물을 완성할 것을 위임함으로써 개발된 경우라 할지라도 그 저작물에 대한 모든 권리는 고용주가 아닌, 그 저작물의 창작자에게 귀속하였다.

독일 저작권법은 법인의 저작권에 대한 권리능력을 인정하지 않았고, 그런 까닭에 피용자만이 저작권자가 될 수 있었고, 이러한 원칙을

을 지시한다(Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69a, Rn. 2).

33) Wandtke/Bullinger/Grützmaker, §69a, Rn. 1.

34) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69a, Rn. 9.

35) Wandtke/Bullinger/Grützmaker, §69b, Rn. 1.

제한하는 당사자간의 합의는 무효로서 다루어졌다.³⁶⁾ 나아가 사용자가 피용자를 새로운 소프트웨어 개발에 종사시켰다 하더라도 사용자는 그 저작물에 대해 어떠한 저작권도 취득할 수 없다. 그리고 사용자는 단지 계약에 의해 소프트웨어에 대한 배타적인 또는 단순한 이용권을 취득할 수 있었다. 그러나 이러한 권리는 설사 사용자가 계약에 의해 취득하지 않았다 하더라도, 그 개발된 소프트웨어가 저작권법의 개정이 시행되기 전인 1993년 6월 24일까지 피용자의 근로의무수행 과정에서 이루어졌고, 그 근로계약의 목적달성을 위해 필요하다고 인정되는 범위에서 목적달성을 위한 권리양도법리(Zweckübertragungsregel)에 따라 사용자에게 인정되었다.³⁷⁾

근로계약이 특히 달리 정함이 없는 한, 프로그램이 근로자 자신의 근로의무의 이행과정에서 또는 자신의 사용자의 지시에 의해 개발된 경우에 경제적으로 의미 있는 모든 재산법상의 배타적 권리는 사용자에게 귀속한다.³⁸⁾ 이상의 내용은 독일 구저작권법과 비교할 때 독일 저작권법에 아주 중대한 변화를 가져왔음을 시사한다.³⁹⁾

(2) 근로 및 고용관계의 의미

근로 및 고용관계에 있는 저작자에 대해 적용된다. 여기서 근로자(Arbeitsnehmer)는 노동법상의 근로자의 개념과 동일하게 이해될 수 있다.⁴⁰⁾ 그러므로 근로자는 근로관계에 서 있고, 사용자에 의해 지시를 받아 업무를 수행하는 종속적인 지위에 선 자를 말한다. 지시를 받고, 종속적인 지위에 있는가의 여부에 대해서는 노동법상의 기준에 따라 판단된다.⁴¹⁾ 고용관계(Dienstverhältnisse)는 공무원과 법관 등을 포함하

36) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 1.

37) OLG Frankfurt ECR 166; BAG GRUR 1984, 429, 431.

38) BT-Drucks. 12/4022, S. 10.

39) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 4.

40) BT-Drucks. 12/4022, S. 11.

41) Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 2. Aufl., 1999, Rdnr. 3.

여 모든 공법상의 고용관계를 포함한다.⁴²⁾ 그러나 ‘이용권한을 포함하는 저작권이 원칙적으로 고용된 프로그래머에게 잔존한다.’라는 내용에 비추어 통상의 근로계약 내지 고용관계와는 달리 그 해석에서 보다 좁게 해석되어야 한다. 그러므로 소프트웨어 개발회사에 소프트웨어개발을 위임하는 위임계약에는 적용되지 않는다. 이는 실제로 EU지침 초안에서는 이와 같은 내용이 위임관계에도 적용할 것을 제안하였지만, 최종안에서 그 적용을 배제하기로 결정하였다는 점에서도 그 근거를 찾을 수 있다.⁴³⁾ 이와 같은 법리는 근로관계와 유사한 관계에 선 자에게는 적용되지 않는다.

(3) ‘자신의 직무수행 중’ 또는 ‘지시에 따라’의 의미

근로자 또는 피용자는 자신의 직무 수행 중에 또는 사용자의 지시에 따라 개발하였을 것을 요건으로 한다. 즉 독일의 저작권법은 근로관계에서 개발된 것인가, 아니면 사적으로 저작된 것인가를 구분한다. 그러므로 문제되는 프로그램이 근로관계에서 개발되었다는 사실에 대해 사용자가 입증책임을 부담한다.⁴⁴⁾ 직무의 내용은 그것이 단체협약이나 근로계약에 의해 확정되듯이 일반적인 정의에 따라 정해질 수밖에 없다. 근로자가 프로그램개발을 자신의 근로계약상의 의무로 받아들였다면 그것은 직무의 범위에 속하게 되며, 사용자는 그로부터 개발된 프로그램의 상업적 이용에 관한 배타적인 권리를 취득하게 된다.

독일의 지배적인 견해는 직무의 개념을 넓게 해석하고,⁴⁵⁾ 근로장소와 근로환경의 개선까지도 직무에 해당하는 것으로 판단한다.⁴⁶⁾ 여기서 ‘사용자의 지시’란 업무 자체 및 업무수행상의 개별적인 지시를 말한다.

42) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 5; Sack, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121 (1993) 15, 22.

43) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 6.

44) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69b, Rn. 5.

45) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 9.

46) BAG DB 1984, 991.

문헌에서는 지시의 개념을 구체적인 지시를 비롯하여 일반적인 업무의 이관까지도 포함하는 것으로 이해할 것을 제안하기도 한다.⁴⁷⁾

(4) 근로시간 이외 자유시간에 개발한 소프트웨어

근로자는 근로시간 이외에 사용자의 지시와 독립적으로 개발한 소프트웨어를 자유롭게 사용하고 이용할 권리를 가진다.⁴⁸⁾ 이를 적용하기 위해서는 권리귀속여부에 대한 근로자와 사용자 또는 피용자와 고용주간에 상치하는 합의가 없어야 한다.⁴⁹⁾ 저작인격권은 배타적인 권리에 속하지 않는다.⁵⁰⁾

3. 권리보유자의 배타적 권리

독일의 저작권법은 전통적으로 저작물에 대한 권리를 복제권(제16조), 배포권(제17조) 및 그 저작물의 개작권(제23조)에 한하여 인정하였다. 그러나 개정된 저작권법은 EU지침 제4조처럼 저작자에게 프로그램의 복제, 개작, 배포할 권리를 보다 구체화하고 있는데, 이는 EU 내에서의 라이선스(Lizenz: 전용실시권)에 대한 통일적인 법적 기초를 마련하고자 하는 EU지침의 의도에 따라 독일의 입법자가 EU지침을 단순히 독일어화 한 결과이다.⁵¹⁾

독일의 저작권법은 권리보유자에게 배타적인 권리를 인정하는데, 그 권리는 적극적인 사용권을 비롯하여 금지청구권을 포함한다.⁵²⁾ 여기서 권리보유자(Rechtsinhaber)는 사용권의 보유자를 말하며, 원칙적으로 저작자와 창작자가 사용권의 보유자이다. 권리보유자는 프로그램을

47) Sack, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121 (1993) 15, 19 f.

48) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 13.

49) KG NJW-RR 1997, 1405.

50) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69b, Rn. 26.

51) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69c, Rn. 1.

52) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69c Rn. 2.

어떤 방법 내지 어떤 형식에 의해서 일시적 또는 계속적, 그리고 일부분 내지 전체를 복제할 수 있는 권리를 가진다. 이 경우 복제는 프로그램 사본을 디스켓, CD-Rom 및 하드디스크에 작성하는 행위를 말하며,⁵³⁾ 일시적인 중간과정에서의 저장행위도 복제행위에 속하는 것으로 본다.⁵⁴⁾ 지배설에 따르면, 일정한 프로그램데이터를 일련의 표현 방식을 통해 일반에 의해 인식 가능하도록 하는 경우에 복제는 성립한다.⁵⁵⁾ 또한 프로그램을 불법으로 모사하거나 그 구조를 불법으로 차용하는 행위는 복제행위에 해당한다.⁵⁶⁾ 그 경우에 모사 등에 대한 주장 및 입증책임은 권리보유자가 부담한다.⁵⁷⁾

독일 저작권법 제23조는 소프트웨어가 저작자의 동의 없이 편집 또는 변경될 수 있다고 규정한다. 그러나 저작자는 변경된 프로그램 버전의 사용 또는 일반에 공표를 막을 수 있다. 이러한 사실들은 종래 역컴파일링, 즉 object code를 가지고 원시코드를 재구성하는 경우에 다소의 문제점을 가져왔는데, 특히 이러한 과정이 저작자의 동의없이 허용될 수 있는가의 여부가 매우 다투어졌다. 이러한 논쟁은 EU지침 제4조에 의해 종결되었고, 프로그램의 저작자는 그의 저작의 번역, 편집, 각색 및 개변행위에 대해 배타적인 권리를 가진다. 그러므로 편집 자유의 원칙을 소프트웨어에 한하여 포기하고 있는 것이다.⁵⁸⁾ 여기서 편집 개념은 넓게 이해될 수 있는데, 새로운 하드웨어 환경에 맞추기 위한 원시코드의 변형(Portierung)을 비롯한 원시코드 및 object code의 변형을 포함한다.⁵⁹⁾ 대여(Vermietung)를 포함하여 프로그램의 원본 및

53) BGH GRUR 1994, 363; Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 3.

54) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Grütmacher, §69c, Rn. 5; OLG Celle CR 1994, 16.

55) Wandtke/Bullinger/Grütmacher, §69c, Rn. 4.

56) Wandtke/Bullinger/Grütmacher, §69c, Rn. 9.

57) Wandtke/Bullinger/Grütmacher, §69c, Rn. 11.

58) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 7.

59) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 8.

복제물을 배포할 권리에 대해 규정한다. 여기에서 대여라 함은 일정 기간 동안 영리를 목적으로 프로그램을 공중의 이용에 제공하는 것을 포함한다.

한편, 독일의 경우 어문저작권의 규정은 프로그램의 경우에 적용된다. 그러므로 저작권격권에 대하여 특별히 언급하고 있지는 않지만 저작권격권은 프로그래머에게 귀속한다. 프로그램이 근로자의 직무수행 또는 사용자의 지시에 따라 개발된 경우에도 마찬가지이며,⁶⁰⁾ 위임의 경우에도 동일하다.⁶¹⁾

제 4 절 미 국

I. 개 요

미국의 경우 프로그램은 저작권법의 어문저작물로 보호된다. 또한 프로그램은 특허나 영업비밀에 해당하는 경우 특허나 영업비밀로 보호된다. 그렇지만 통상의 경우에는 저작권법의 어문저작물에 해당되는 요건을 갖추었느냐가 우선적으로 논의된다.

종래 미국에서도 소프트웨어는 종종 하드웨어와 함께 일괄적으로 판매하였다. 소프트웨어의 저작권 보호는 그 긴 보호기간과 등록에 따른 과다비용이 들지 않는다는 점에서 가장 바람직한 것으로 인식되었다. 1964년 저작권 사무국은 프로그램에 대한 저작권 등록을 인정하기 시작하였으나 이때 인정된 등록은 “의심의 원칙(rule of doubt)”에 따라 창작물이 저작물로서 실제로 보호될 수 있는지에 대한 궁극적 판단은 법원에 맡겨졌다. White-Smith Music Co. v. Apollo사건⁶²⁾에서 연방대법원은 자동피아노에 사용되는 피아노롤(Piano Rolle)에 대하

60) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 23.

61) Fromm/Nordemann/Vinck Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz usw., 9. Aufl., 1998, § 69 b Bem. 3.

62) White-Smith Music Co. v. Apollo., 209 U.S. 1(1908)

여 피아노롤은 기계장치의 일부분일 뿐이기 때문에 음악저작권을 침해하지 않는다는 결정을 내렸다. 프로그램은 책과 같이 문서로 되어 있는 반면 White사건의 피아노롤과 같이 기계장치의 일부분이다. 그러나 저작권 사무국의 이와 같은 입장에도 불구하고 매우 적은 회사만이 프로그램에 부여되는 보호를 누릴 수 있었다. 그 이유로는 당시만 해도 프로그램에 대한 대량생산이 이루어지지 않고 있었으며 저작권 사무국이 소스코드에 대한 납본을 요구한 것이 프로그램을 영업비밀로 보호하고자 하는 창작자의 의사에 반하였기 때문이다.

그러나 프로그램이 저작물로 인정될 수 있는지는 여전히 명확하지 않다가 1976년 저작권법에 따라 어문저작물에 포함되는 것으로 해석되었다. 더욱이 1976년 저작권법에 관한 입법자료에서 의회는 아이디어와 구별되는 표현으로서 어문저작물에 프로그램과 데이터베이스가 포함됨을 분명히 하였다. 이후 1980년 저작권법의 개정을 통하여 프로그램에 대한 정의규정이 만들어졌다. 1980년 저작권법은 저작물의 신기술적 사용에 관한 위원회(Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, CONTU)의 입장을 받아들여 프로그램에 대한 저작물성을 인정하고 프로그램 저작물의 소유자는 저작권침해를 주장하지 않고 프로그램의 효율적 사용을 위하여 필요한 범위에서 프로그램에 대한 복제를 허용할 것을 요구하였다. CONTU의 입장을 수용한 1980년 저작권법이 제정된 이후에는 소프트웨어가 저작권법에 의하여 보호된다는 점에 있어서는 논란이 없었으나 이때 보호되는 소프트웨어의 범위에 응용프로그램 이외에 운영체제도 포함되는지에 대하여 논란이 야기되었다.

이와 관련하여 Apple Computer v. Franklin Computer Corp.사건⁶³⁾에서 피고는 Apple 컴퓨터를 위해 만들어진 소프트웨어로 작동하는 Apple 컴퓨터와 호환성이 있는 컴퓨터를 만들고자 하였다. 이를 위해서는

63) 714 F. 2d 1240 (3rd Cir. 1983).

Apple 컴퓨터에 포함된 칩에서 Apple의 운영시스템 소프트웨어의 목적코드를 복제해야 한다. 운영체제는 순서, 체제 또는 운영방법으로 볼 수 있으며 이는 저작물로 보호되는 프로그램으로 볼 수 없다는 피고의 주장에 대하여 항소법원은 저작권법상의 프로그램의 정의규정은 응용프로그램과 운영체제를 구별하지 않고 있으며 따라서 운영체제도 저작물로 보호될 수 있다는 입장을 취하였다. 다만, Apple 판결은 어문저작물적 요소와는 달리 비어문저작물적 요소에 인정되는 보호의 정도를 명확하게 고려하지 않았다는 문제점이 있다. 그러나 모든 프로그램에 대하여 반드시 저작권이 인정되는 것은 아니며 독창성이 없거나 특정결과를 완수하는 방법으로서 프로그램이 사상에 대한 표현이라기보다 그러한 사상을 구체화하고 있다고 보여지는 경우에는 저작권이 인정되지 않는다. 현재 프로그램의 보호와 관련된 가장 큰 문제는 보호범위이며, 특히 프로그램의 어문저작물적 요소와 그렇지 않은 요소사이의 구별과 통합원리가 그러하다. 현행 프로그램의 정의규정 하에서는 프로그램의 어문저작물적 요소와 그렇지 않은 부분 양자 모두에 대하여 보호가 인정되어야 할 것이다. 이중 어문저작물적 요소로는 소스코드, 목적코드와 마이크로코드⁶⁴⁾가 있으며, 일반적으로 소스코드와 목적코드는 어문저작물과 유사하기 때문에 저작권 보호가 인정된다.

반면 비어문저작물적 요소에는 순서(sequence), 구조, 프로그램의 구성과 스크린의 출력과 사용자 인터페이스(interface) 등이 있다. 어문저작물적 요소와는 달리 법원은 이들 비어문저작물적 요소들의 보호에 매우 신중을 기해왔는데 그 이유로는 비어문저작물적 요소들이 표현이라기 보다는 프로그램의 아이디어에 가깝다고 볼 수 있기 때문이다. 더욱이 이들 비어문저작물적 요소들은 미연방저작권법의 전통적

64) 마이크로코드는 마이크로프로세서에게 그 어휘력을 부여하는 마이크로프로세서에 내장된 지시어를 말한다.

인 고정성을 만족시키기도 어려웠다. 이에 법원은 구조, 순서, 구성, 인터페이스와 같은 비어문저작물적 요소들은 문제의 요소들이 사상 그 자체인지 아니면 사상의 표현으로 볼 수 있는지에 따라 그 보호여부가 달라질 수 있다고 보았다.⁶⁵⁾ 그러나 스크린 상에 표현된 것이 사용자와의 상호작용에 의해 달라질 때 그 표현은 사용자의 일시적인 선택에 따라 전적으로 달라지게 되고 화면을 위한 유형의 고정성의 부족은 화면상의 이미지에 대한 저작권 인정을 불가능하게 할 것이다. 따라서 이는 사용자와의 결과적 상호작용이 유형적으로 고정되었는지에 따라 그 보호여부가 달라지게 된다는 것을 의미한다. 그러나 프로그램에 대한 완전한 보호인정에 가장 큰 장애가 되는 것은 통로(routine)와 규칙(convention) 사용의 필요성이다. 예를 들어 텔레비전의 버튼이나 손잡이와 같이 표준화된 특징들은 아이디어에 너무나 가깝다고 볼 수 있어서 저작권이 인정되지 않는다. 그러므로 다양한 아이콘과 컴퓨터 상의 표현을 사용하는 윈도우와 같은 프로그램은 아이디어이기 때문에 그 범위에서는 저작권이 인정되지 않는다. 유사하게 Lotus1-2-3 메뉴의 명령체계는 운영방법에 해당하여 저작권보호가 인정되지 않는다.

또한 프로그램의 어문적 요소라 하여 언제나 보호가 인정되는 것은 아니다. 즉 프로그램이 통로나 규칙의 단계에 종속되면 비록 원칙적으로 그 프로그램에 대하여 저작권이 인정되어야 한다 하여도 융합 및 유사한 원칙들에 의하여 그러한 프로그램에 대한 저작권이 부정되게 된다. 프로그램 중 보호되는 부분과 보호될 수 없는 부분을 구별하기 위한 기준을 판단한 Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.사건⁶⁶⁾이 있다. 이 사건에서 법원은 추출(abstraction)-여과(filtration)의 2

65) Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Systems, Inc., 886 F. 2d 1173 (9th Cir. 1989).

66) Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F. 2d 693 (2d Cir. 1992).

단계 테스트를 적용하였다. 추출-여과의 2단계 테스트에서는 먼저 침해물이라고 주장되는 프로그램을 구성구조부분으로 분해하고 그런 구성부분들에 포함되어 있는 사상을 검토한 후 표현이 이들 사상에 필수적으로 부수되는 부분인지 그리고 문제의 부분들이 공유부분에서 가져온 것인지를 판단한다. 이러한 과정을 통하여 법원은 모든 보호되지 못하는 부분을 걸러내고 핵심적인 부분만을 남길 수 있게 된다. 마지막 단계로 법원은 이들 남겨진 요소들을 문제가 된 저작물과 비교하면 된다.

추가적으로 현행 저작권법에서 인정되고 있는 기술적 보호조치를 회피하는 수단의 금지도 프로그램에 대한 저작권적 보호를 위한 한 방법이 될 수 있을 것이다.⁶⁷⁾ 그러나 기술적 보호조치에 관한 규정은 합법적인 프로그램의 역공정에는 적용되지 않는다. 더 나아가 프로그램을 저작권으로 보호하는 것이 기타 방법에 의한 보호 특히, 특허법에 의한 보호에 영향을 미칠지는 분명하지 않다. 다만, 두 방법 사이에 일정한 관계가 있을 것으로 예상되며 두 보호방법사이의 관계에 대해서는 정확한 예측을 하기 어렵다.

II. 컴퓨터소프트웨어대여법

연방컴퓨터소프트웨어대여법은 1990년 7월 19일에 하원의원 Jack B. Brooks가 기초하였으며, 1990년 1월 1일자로 법률로 확정되었다. 동법은 프로그램을 소유한 개인이 저작권자로부터 허락받은 경우가 아니라면 직접적 또는 간접적인 상업이익을 위해 대여, 리스하는 것을 저지할 목적으로 제정되어 연방저작권법에 포함된 것이다. 즉 이 법은 연방저작권법을 개정하여 프로그램을 소유한 자가 저작권자의 허락을 받지 않고 이를 직·간접적인 상업적 이익을 목적으로 임대, 리스, 대

67) 17 U.S.C.A. sec. 1201.

여하는 것을 금지한다. 그리고 동법을 위반하는 경우 저작권 침해 구제책을 원용하도록 하였다. 이 법의 주요내용은 다음과 같다(연방컴퓨터소프트웨어대여법의 번역문은 [부록 1] 참조).

첫째, 이 법은 특정한 종류의 홈비디오게임 소프트웨어(기계 또는 제품에 내장되어 그 기계 또는 제품의 통상적인 작동이나 사용중에 복사될 수 없는 프로그램을 포함)를 금지의 대상에서 제외하였다.

둘째, 이 법은 저작권에 관한 경고가 당해 프로그램의 포장에 부착된 경우에는 비영리적 도서관이 프로그램을 대여하는 것을 허락하였다.

셋째, 저작권등록소는 의회에 이 법의 실효성에 대해 보고하도록 하였다.

넷째, 이 법을 위반한 저작권 침해가 있는 경우 구제수단을 규정하였다.

다섯째, 주화투입작동 장치를 위한 전자시청각게임의 적법한 사본을 소유한 자에게는 저작권자의 허락 없이도 그 게임을 공연하게 하고 전시할 권리를 부여하였다. 그렇지만 이 법에 따르면 이 규정은 당해 저작권자가 그 시청각게임의 내용으로 체화된 작품의 저작권자와 동일인이 아닐 경우에는 적용되지 않는다.

여섯째, 이 법은 저작권등록소에게 컴퓨터 셔어웨어를 기록하고 기록을 보관할 권한을 부여하였다. 또한 셔어웨어의 사본을 의회도서관의 전산기판독물서고 열람실에 비치할 권한도 부여하였다.

Ⅲ. 통일컴퓨터정보거래법

1. 통일컴퓨터정보거래법의 제정

미국의 경제는 오늘날 정보상품과 정보서비스에 의하여 높은 생산성과 성장이 주도되고 있고 또 다른 근본적인 변화를 경험하고 있다.

이러한 변화에 따라 시장에서는 소프트웨어의 배포와 창작에 관한 방법이 다양화되고 있고 소프트웨어거래가 급격히 증가하고 있다. 소프트웨어의 창작과 배포는 모두 계약에 기초를 두고 있는데, 현행 미국의 법규범은 이들 계약에 관한 상업적인 관행과 관련이 없거나 또는 불분명하다. 따라서 이러한 근본적인 경제변화에 편승하여 소프트웨어를 포함한 컴퓨터정보의 일반에 관한 통일컴퓨터정보거래법⁶⁸⁾이 입안되었다.⁶⁹⁾

소프트웨어 거래는 상품의 거래와는 상이한 전제, 상이한 상업관행 및 상이한 정책에 기초를 두고 있다. 예컨대, 상품의 매매에서 매수인은 목적물에 대하여 배타적 권리를 가진다. 이에 반하여, 소프트웨어의 경우는 복제물을 소유할 수 있는 경우와 그렇지 못한 경우로 나누어지는데, 어떤 경우든 소프트웨어에 관련된 모든 권리를 취득하는 경우는 드물다.⁷⁰⁾ 즉 어떠한 권리를 가지느냐의 문제는 어떠한 계약을 체결하느냐의 문제에 달려있다. 이와 같이 소프트웨어를 정보시장에서 이용이나 배포하게 하는 방법 중의 하나가 라이선스계약이다. 결국 미국의 통일컴퓨터정보거래법은 21세기의 정보경제의 규모와 시장의 특성에 맞는 새로운 입법의 필요성에서 나타난 것이고, 이 법에서는 전자환경에서 새로운 계약법의 법리를 도입하고 있는 경우도 있지만, 대부분의 경우는 현행 계약법을 전자환경에 맞게 입법의 방식

68) 지난 몇 년간 미국법협회(American Law Institute)와 통일주법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)는 컴퓨터정보거래에 관한 법전화 작업을 수행하여 왔는데, 미국법협회와 통일주법위원회는 1999년 4월 7일에 컴퓨터정보거래를 커버하는 통일상법전에 새로운 제2B편을 삽입하는 시도를 포기함을 선언했다. 그 이유는 이 분야가 현상황에서 통일상법전에 기술하여 법전화하는 것이 적합하지 않다는 것이 명백해졌기 때문이고, 그 대신에 통일주법위원회가 ‘통일컴퓨터정보거래법’이라는 새로운 명칭하에 독자적으로 계속 절차를 진행하기로 하였고, 1999년 7월에 최종안이 채택되었으며, 2000년과 2001년에 일부의 개정이 이루어졌다.

69) UCITA Prefatory Note.

70) DSC Communications Corp. v. Pulse Communications, Inc., 170F. 3d1354(Fed.Cir.1999).

으로 구체화 한 것으로 볼 수 있다.

2. 통일컴퓨터정보거래법의 내용

통일컴퓨터정보거래법은 정보상품과 서비스의 거래를 위한 표준적인 모델법으로 구상되었으며,⁷¹⁾ 그 적용대상의 주요한 것 중의 하나가 소프트웨어이다. 이 법에서 컴퓨터정보거래는 컴퓨터정보의 생성, 변경, 접근, 이용, 이전, 또는 배포에 관한 계약, 내지는 컴퓨터정보의 정보권에 대한 거래를 의미하고, 이 용어는 지원계약도 포함한다. 따라서 이 법을 통해서 소프트웨어의 거래도 규율되며, 컴퓨터정보 형태로 체결되는 각종의 소프트웨어계약도 적용된다. 예컨대, 다음의 계약이 포함된다.

- (i) 컴퓨터정보의 제작계약 또는 개발계약: 컴퓨터 데이터베이스와 같은 소프트웨어나 기타 컴퓨터 프로그램의 개발, 변경, 또는 제작에 관한 계약이 여기에 해당된다.
- (ii) 컴퓨터프로그램계약: 이 법은 프로그램복제물의 라이선스이든 또는 무제한적인 판매에 관련된 것이든 컴퓨터프로그램의 배

71) 정보거래의 통일된 모델법을 만드는 데에는 많은 어려움이 있었다. 첫째 정보거래에 참여하는 많은 산업의 다양한 욕구를 맞추는 데에 어려움이 있었다. 즉 통일컴퓨터정보거래법은 소프트웨어와 영업비밀의 라이선스계약, 저작자와 출판자사이의 계약 및 데이터 베이스의 접근계약 등과 같은 다양한 산업에 영향을 미친다. 이들 거래유형에 있어서 당사자들은 역사적으로 상이한 라이선스계약에 의존하고 있다. 예컨대, 영업비밀의 라이선스허락자는 주로 라이선스이용자의 정보누설을 엄격하게 통제하는 것에 관심을 두고 있는 반면에, 저작자는 저작물의 신용과 2차적 시장분할로 저작물을 다시 라이선스하는 데에 관심을 두고 있다. 둘째 통일컴퓨터정보거래법의 기초자들은 시장에 대하여 많은 전제를 하고서 정보시대의 거래에 관한 위험한 예견에 의존하고 있다. 즉 통일컴퓨터정보거래법은 성숙한 시장에서 발생하는 거래뿐만 아니라 아직 미성숙하거나 개발되고 있는 전자거래에도 적용된다. 예컨대, 통일컴퓨터정보거래법은 가상공간에서 정보의 라이선스허락자와 라이선스이용자를 대신할 전자대리인(electronic agent)과 전자메시지(electronic message)에 의한 계약이 유효하다는 것을 전제하고 있다. 셋째 통일컴퓨터정보거래법은 지적재산권법을 포함하여 정보거래의 많은 면을 규제하는 복합적인 법이다. 특히 통일컴퓨터정보거래법은 계약법상의 문제로 ‘쉬링크랩 라이선스계약(Shrink-Wrap License Agreements)’을 유효하다고 보았다.

포나 이용권의 허여에 관한 계약에 적용된다.

- (iii) 접근계약이나 인터넷계약 : 이 법은 접근계약에 적용되고, 여기에는 원격시스템에 있는 소프트웨어에 접근이나 이용을 위한 인터넷 또는 유사 시스템을 포함한다.
- (iv) 디지털 멀티미디어 저작물 : 이 법은 멀티미디어 저작물의 제작이나 배포에 관한 계약에 적용된다.
- (v) 데이터처리계약 : 이 법은 컴퓨터정보의 데이터 처리나 데이터 분석을 위한 계약을 포함한다.

제 5 절 일 본

일본은 프로그램에 대하여 저작권법에서 명시적인 조항을 통하여 보호하고 있는데, 일본의 저작권법에서는 프로그램이란 전자계산기를 기능시켜 하나의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 지령을 조합시킨 것으로 표현한 것을 말한다고 규정하고 있으며,⁷²⁾ 프로그램저작물을 저작물과 독립된 보호대상으로 열거하고 있다.⁷³⁾ 그렇다고 프로그램을 별도로 보호하는 법리를 도입하는 것은 아니며, 프로그램의 복제와 등록 및 침해행위에 대한 규정만을 두고 있다.

또한 일본의 저작권법에서는 “프로그램저작물 복제물의 소유자는 스스로 당해 저작물을 전자계산기에서 이용하기 위해 필요하다고 인정되는 한도에서 당해 저작물의 복제 또는 번안(이에 의해 창작한 2차적 저작물의 복제를 포함한다)을 할 수 있다. 다만, 당해 이용과 관계된 복제물의 사용에 대해 제113조제2항의 규정이 적용되는 경우는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있으며,⁷⁴⁾ 이 경우 복제물의 소유자가 당해 복제물(동항의 규정에 의해 작성된 복제물을 포함한다)의 어느

72) 일본 저작권법 제2조제1항 제10의2호

73) 일본 저작권법 제10조제1항 제9호

74) 일본 저작권법 제47조의2 제1항

것에 대해서 멸실 이외의 사유에 의해 소유권이 없게 된 후에는 그 자는 당해 저작권자의 특별한 의사표시가 없는 한 기타의 복제물을 보존해서는 안된다.⁷⁵⁾ 한편, 프로그램저작물의 등록에 관한 특례와 관련하여 “프로그램저작물에 관계된 등록에 대해서는 이 절의 규정에 의한 것 외에 별도로 법률로 정하는 바에 의한다”⁷⁶⁾고 규정하고 있다. 프로그램저작물의 저작권을 침해하는 행위에 의하여 작성된 복제물을 업무상 전자계산기에서 사용하는 행위는 이들 복제물을 사용하는 권원을 취득한 때에 정을 알고 있었던 경우에 한하여 당해 저작권을 침해하는 행위로 본다⁷⁷⁾고 의제하고 있다.

제 6 절 우리 나라

우리나라의 경우 소프트웨어에 관련된 법령은 그 규율하고 있는 내용에 따라 소프트웨어의 보호, 소프트웨어의 유통 및 소프트웨어산업의 진흥으로 구분할 수 있다(이와 같은 구분은 강학적인 차원의 분류이고 체계상 반드시 적합한 것은 아니다). 먼저, 소프트웨어의 보호와 관련된 입법은 저작권법, 프로그램보호법 등이 있다. 저작권법은 제4조제1항제9호에서 저작물로 프로그램저작물을 포함하고 있으나, 동조제2항에서 프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였고 이에 프로그램보호법이 제정되었다. 저작권법과 프로그램보호법은 일반법과 특별법의 관계를 가지며 저작권법은 프로그램보호법의 흠결에 대하여 보완하는 위치에 있다. 다음으로, 소프트웨어의 거래에 관한 입법은 온디콘법, 프로그램보호법 등이 관련되어 있다. 마지막으로, 소프트웨어산업의 진흥에 관련된 입법은 소프트웨어산업진흥법, 게임산업진흥법 등이 있다.

75) 일본 저작권법 제47조의2 제2항

76) 일본 저작권법 제78조의2

77) 일본 저작권법 제113조제2항

위에서 살펴본 것처럼 다른 외국과 비교해서 우리 나라는 소프트웨어에 관해서 소프트웨어의 보호, 유통 및 산업진흥에 대하여 비교적 상세히 입법을 하고 있다는 점에서 독일이나 일본처럼 프로그램의 보호에 관한 저작권법만을 가지고 있는 국가와 차별화된다. 미국의 경우에는 소프트웨어의 대여와 거래에 관련하여 입법을 구체적으로 하고 있는 점에서 구별되는데, 미국의 경우 세계에 가장 선진적인 IT산업을 가지고 있는 것과 무관하지 않다. 여하튼 우리 나라는 소프트웨어와 관해서 저작권법, 프로그램보호법, 소프트웨어산업진흥법, 온디콘법 등 다양한 법률을 두고 있다는 점에서 IT산업의 발달을 실감할 수 있다. 아래에서는 이들 법률의 연혁과 주요내용을 간략히 살펴본다.

I. 저작권법

저작권법은 2006년에 개정이 있었는데, 그 이유로 “저작권 보호를 위한 일정한 침해 방지 및 저작물 등의 공정한 이용을 도모하기 위한 사항을 규정하여 문화발전의 향상을 도모하고, 문화관광부장관에게 저작권 인증과 권리관리정보 및 기술적 보호조치에 관한 정책을 수립·시행할 수 있도록 하여 우리 저작물의 국외 진출을 돕고 저작물의 원활한 이용을 도모하여 문화산업의 발전을 촉진하려는 것임”이라고 하여 대폭적인 개정을 하였다. 그 주요내용을 살펴보면, 아래와 같다.

첫째, 저작권 인증제도를 도입하였다.⁷⁸⁾ 즉 저작물 등의 안전한 유통을 보장하여 건전한 저작권 질서를 유지하기 위하여 저작권 인증제도를 도입하였다.

둘째, 학교수업을 위한 저작물의 전송을 허용하였다.⁷⁹⁾ 즉 고등학교 이하의 학교 수업을 위하여 저작물의 전송이 이루어지는 경우에는 보상

78) 저작권법 제2조제33호 및 제56조

79) 저작권법 제25조제4항 및 제10항

금을 지급하지 않도록 하되, 복제방지장치 등의 조치를 하도록 하였다.

셋째, 온라인서비스제공자의 특수한 유형의 의무를 신설하였다.⁸⁰⁾ 즉 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하도록 하였다.

넷째, 저작권심의조정위원회의 명칭을 저작권위원회로 개칭하고, 저작권위원회의 업무에 저작물의 공정 이용 업무, 저작권 연구·교육 및 홍보, 저작권 정책수립 지원 기능, 기술적 보호 조치 및 권리관리 정보에 관한 정책 수립 지원, 저작권 정보제공을 위한 정보관리시스템 구축 및 운영 등을 추가하였다.

다섯째, 불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제 등에 관한 조항을 신설하였다.⁸¹⁾ 즉 문화관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 불법 복제물 등을 수거·폐기할 수 있고, 온라인상 불법 복제물의 삭제를 명령할 수 있으며, 동 삭제명령을 이행하지 않는 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

여섯째, 건전한 저작물 이용환경을 조성하는 조항을 마련하였다.⁸²⁾ 즉 문화관광부장관은 저작물 등의 권리관리정보 및 기술적 보호조치에 관한 정책을 수립·시행할 수 있도록 하였다.

일곱째, 친고죄의 예외를 허용하였다.⁸³⁾ 즉 영리를 위하여 상습적으로 저작재산권 등을 침해한 행위 등을 친고죄에서 제외하여 권리자의 고소가 없어도 형사처벌이 가능하도록 하였다.

80) 저작권법 제104조제1항

81) 저작권법 제133조 및 제142조

82) 저작권법 제134조

83) 저작권법 제140조

II. 프로그램보호법

1. 제정과 내용

프로그램보호법은 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 사용되는 프로그램을 저작물로 인정하여 프로그램을 창작한 자의 권리를 보호하고, 창작된 프로그램의 유통·활용을 촉진함으로써 새로운 프로그램의 창작을 유도하는 한편, 국내외 프로그램의 적절한 활용을 통하여 산업의 발전과 기술수준의 향상에 이바지하려는 것임”을 목적으로 1986년에 제정되었다. 그 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 외국인의 프로그램은 우리 나라가 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되며, 상호주의원칙에 입각하여 우리나라의 프로그램을 보호하지 아니하는 국가의 프로그램에 대하여는 그에 상응하게 보호를 제한할 수 있도록 하였다.

둘째, 법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 그 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램의 저작자는 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 때에는 법인·단체 그 밖의 사용자가 되도록 하였다.

셋째, 프로그램저작자는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램의 복제·개작·번역·배포 및 발행권을 가지도록 하고, 프로그램저작자의 권리는 프로그램이 창작된 때로부터 50년간 존속하도록 보호기간을 정하도록 하였다.

넷째, 재판을 위하여 필요한 경우, 고등학교이하의 교과용도서에서 게재하는 경우 등에는 공표된 프로그램을 사용 또는 복제할 수 있도록 하였다.

다섯째, 프로그램을 사용하고자 하는 자가 프로그램저작권자나 그의 거소를 알 수 없어 프로그램사용에 관하여 협의를 할 수 없는 때에는 과학기술처장관의 승인을 얻고, 과학기술처장관이 고시한 보상금을 프

로그램저작권자를 위하여 공탁한 후 이를 사용할 수 있도록 하였다.

여섯째, 프로그램저작자는 프로그램의 창작 년 월 일 등을 프로그램의 창작 후 1년 이내에 등록할 수 있도록 하고, 프로그램저작권의 이전 등은 등록하지 아니하면 제삼자에게 대항할 수 없도록 하였다.

일곱째, 프로그램저작자가 창작 년 월 일 등을 등록하는 때에는 프로그램의 복제물을 과학기술처장관에게 제출하도록 하고, 프로그램의 복제물의 제출이 있는 때에는 등록된 프로그램의 창작 년 월 일에 당해 프로그램의 창작이 있는 것으로 추정하도록 하였다.

여덟째, 프로그램저작권자는 그의 권리를 침해하거나 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있도록 하였다.

아홉째, 프로그램저작권에 관한 중요한 사항과 프로그램의 이용·유통 등에 관한 사항을 심의하기 위하여 프로그램심의위원회를 두도록 하였다.

열 번째, 프로그램저작권을 공표 등의 방법으로 침해한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만 원이하의 벌금에 처하도록 하는 등 벌칙에 관한 사항을 정하도록 하였다.

2. 개정과 내용

(1) 1994년의 개정

프로그램보호법은 1994년에 개정되었는데, 그 이유로 “프로그램저작권의 침해에 대한 형량이 낮아 벌칙의 실효성이 낮고 프로그램분쟁에 대한 조정기구가 없어 신속한 해결이 어려운 점등의 문제점이 나타남에 따라 이를 현실에 맞게 개선함으로써, 국내외적으로 강화되고 있는 저작권의 보호추세에 능동적으로 대응하여 나가려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 법인 등의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 법인 등의 명의로 공표되지 아니하더라도 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 인정하였다.

둘째, 원프로그램 또는 그 복제물이 저작권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에도 저작권자는 당해 프로그램 또는 그 복제물을 영리의 목적으로 대여하는 것을 허락하는 권리를 가지도록 하였다.

셋째, 프로그램저작권을 침해하는 행위에 의하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 컴퓨터에 업무상 사용하는 행위도 당해 프로그램의 침해행위로 보도록 하였다.

넷째, “프로그램심의위원회”를 “프로그램심의조정위원회”로 개편하여 프로그램저작권 등의 분쟁에 관한 사전조정제도를 도입하였다.

다섯째, 프로그램저작권 침해행위에 대한 벌금을 “300만 원이하”에서 “3천만원이하”로 상향조정함과 동시에 체형과 벌금을 병과 할 수 있도록 하고, 비밀유지의무에 위반한 공무원 등에 대한 벌칙을 “1년 이하의 징역 또는 100만 원이하의 벌금”에서 “2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금”으로 상향조정하며, 프로그램을 허위로 등록한 자등에 대한 벌금을 “100만 원이하”에서 “1천만원이하”로 상향조정하였다.

(2) 1995년의 개정

1995년의 개정이유는 “WTO체제에 맞추어 우리나라도 프로그램저작권 관련제도를 무역관련지적소유권에 관한 협정에 맞도록 정비하고 프로그램의 이용촉진과 관련산업을 육성하기 위하여 저작권위탁관리제도를 도입하는 등 현행규정상의 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 개정이유는 다음과 같다.

첫째, 프로그램저작권의 보호기간을 지금까지는 프로그램이 창작된 때로부터 50년간이었던 것을 앞으로는 프로그램이 공표된 다음연도부터 50년간으로 변경하였다.

둘째, 프로그램저작권자의 허락없이 프로그램을 통신망 등을 통하여 일반인에게 전송하거나 배포하는 행위도 프로그램저작권을 침해하는 것으로 보아 처벌하도록 하였다.

셋째, 프로그램의 이용촉진과 프로그램 관련산업을 육성하기 위하여 프로그램저작권을 신탁관리하는 위탁관리기관을 정보통신부장관이 지정할 수 있도록 하고 프로그램저작권의 대리·중개를 업으로 하고자 하는 자는 신고하도록 하였다.

넷째, 1987년 7월 1일전에 창작된 프로그램은 이 법을 적용하지 아니하던 것을 앞으로는 우리나라가 가입한 세계무역기구무역관련지적 소유권에 관한 협정이 정하는 바에 따라 적용하도록 하였다.

(3) 1998년의 개정

1998년의 개정에서는 “정보통신사회의 도래로 프로그램저작권에 대한 침해가 다양하고 광범위하게 이루어짐에 따라 그에 대비하기 위하여 프로그램저작권의 하나로 전송권을 신설하고 교과용 도서에 프로그램을 게재하는 경우에는 보상금을 지급하도록 하는 등 프로그램저작권자의 권리를 보호함으로써 소프트웨어산업의 발전기반을 조성하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 주요개정의 내용은 다음과 같다.

첫째, 프로그램저작권의 침해에 대비하기 위하여 프로그램저작권자가 유·무선통신의 방법으로 프로그램을 송신할 수 있는 권리인 전송권을 신설하고, 프로그램 및 프로그램저작자 등에 관한 정보인 저작권관리정보에 대한 보호규정을 신설하였다.

둘째, 종전에는 프로그램을 교과용 도서에 게재하는 경우 이를 무상으로 하였으나, 앞으로는 일반저작물과 같이 일정한 보상금을 지급하

거나 공탁하도록 하여 프로그램저작권자의 권익을 보호하였다.

셋째, 프로그램저작권의 침해로 인하여 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 산정하기 어려운 경우에는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하여 프로그램저작권자의 손해액에 대한 입증부담을 경감하였다.

넷째, 프로그램저작권에 대한 보호를 강화하기 위하여 프로그램저작권을 침해한 자에 대한 벌금을 3천만원이하에서 5천만원이하로 상향 조정하였다.

(4) 2000년의 개정

2000년의 개정에서는 “최근 정보기술의 발달로 인하여 프로그램저작권의 침해가 다양하고 광범위하게 이루어짐에 따라 프로그램저작권자의 권리를 보호하고, 프로그램저작권보호제도의 수준을 신저작권조약의 내용을 반영하여 국제적 수준으로 높임으로써 프로그램산업발전의 기반을 조성하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 주요 개정사항은 다음과 같다.

첫째, 프로그램저작권자의 권리보호를 강화하기 위하여 프로그램불법복제 방지를 위한 기술적보호조치를 제거·회피 등의 방법으로 무력화하는 행위를 금지하였다.

둘째, 프로그램기술개발의 활성화를 위하여 연구 등의 목적으로 타인의 프로그램을 역분석할 수 있는 제도적 장치를 신설하였다.

셋째, 프로그램불법복제에 대한 지속적인 단속과 그 효율성을 제고하기 위하여 정보통신부 관계공무원에게 단속권을 부여하였다.

(5) 2001년의 개정

2001년의 개정에서는 “프로그램코드의 역분석을 일정한 범위에 한하여 제한적으로 허용하도록 하고, 프로그램의 등록 등에 관한 업무

를 프로그램심의조정위원회에 위탁하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 주요 개정내용은 다음과 같다.

첫째, 프로그램코드역분석에 관한 사항을 보다 구체화하여 이 법에서 직접 규정하였다.

둘째, 정보통신부장관은 프로그램의 등록, 프로그램복제물의 접수 및 프로그램저작권의 이전등록 등에 관한 업무를 프로그램심의조정위원회에 위탁할 수 있도록 하였다.

셋째, 프로그램심의조정위원회의 조정조서에 대하여 재판상의 화해와 동일한 효력이 있도록 하였다.

(6) 2002년의 개정

2002년 개정에서는 “온라인상에서 프로그램 유통의 활성화를 위하여 프로그램저작권자는 프로그램배타적발행권 등을 설정할 수 있도록 하고, 정보통신망을 통하여 프로그램저작권이 침해되는 경우 이에 대한 책임범위를 정함으로써 온라인서비스제공자의 안정적인 영업활동을 위한 제도적 기반을 마련하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 주요 개정내용은 다음과 같다.

첫째, 프로그램은 기능적 저작물로서 그 특성상 변경 또는 개작이 필수불가결하므로 프로그램저작권의 전부를 양도한 경우 특약이 없는 한 개작권도 함께 양도한 것으로 추정하도록 하였다.

둘째, 온라인상에서 프로그램 유통의 활성화를 위하여 프로그램저작권자는 다른 사람에게 프로그램을 독점적으로 복제하여 전송할 수 있도록 하는 배타적 권리를 설정할 수 있도록 하였다.

셋째, 프로그램 사용허락을 받은 자의 안정적인 프로그램사용을 보장하기 위하여 프로그램저작권자는 프로그램의 원시코드 및 기술정보

등을 임치하여 필요시 프로그램 사용허락을 받은 자에게 이를 제공할 수 있도록 하는 프로그램의 임치제도를 도입하였다.

넷째, 불법복제물 등의 수거조치에 협조하는 단체의 협조범위를 기술적 자문 등의 행위로 정하고, 수거 등의 처분을 하는 관계공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 소지하고 관계인에게 내보여야 하며, 불법복제물 등에 대한 정당한 권원여부의 판단을 위하여 정보통신부장관의 온라인서비스제공자에 대한 시정명령전에 프로그램심의조정위원회의 사전심의를 받도록 하였다.

다섯째, 온라인서비스제공자가 온라인서비스이용자에 의한 프로그램의 복제·전송이 프로그램저작권자들의 권리를 침해함을 알고서 당해 복제·전송을 중단시킨 경우에는 온라인서비스이용자에 의한 권리침해와 관련하여 그 책임을 감경 또는 면제하도록 하는 등 온라인서비스제공자의 면책요건 등을 정함으로써 온라인서비스제공자가 보다 안정적인 영업활동을 영위할 수 있도록 하였다.

여섯째, 프로그램저작권 그밖에 프로그램과 관련된 사항에 관한 분쟁을 효과적으로 해결하기 위하여 분쟁당사자가 프로그램심의조정위원회에 분쟁해결을 위한 알선을 신청한 때에 위원장이 위원중에서 알선위원을 지명하여 알선을 하도록 하는 분쟁알선제도를 도입하였다.

(7) 2006년 개정이유

프로그램보호법은 저작권법과 별도의 특별법으로 제정되었는데, 그 제정이유⁸⁴⁾에서도 밝히고 있듯이 프로그램을 저작물로 보호하고자 하는 법률이다. 이 법은 2006년 10월에 개정되었는데, 그 개정이유로

84) 이 법은 제정이유로 “컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치에 사용되는 프로그램을 저작물로 인정하여 프로그램을 창작한 자의 권리를 보호하고, 창작된 프로그램의 유통·활용을 촉진함으로써 새로운 프로그램의 창작을 유도하는 한편, 국내외프로그램의 적절한 활용을 통하여 산업의 발전과 기술수준의 향상에 이바지하려는 것임”이라고 밝히고 있다.

“정보통신망을 통한 부정복제물의 유통을 신속하게 차단하기 위하여 프로그램보호위원회가 온라인서비스제공자에게 해당프로그램 삭제 등의 시정권고를 할 수 있도록 하고, 『저작권법』 등 그 밖의 지적재산권법과의 형평을 고려하여 프로그램저작권 침해행위에 대한 벌칙을 상향 조정하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 그 주요개정 내용은 다음과 같다.

첫째, 등록 및 공보 관련규정이 정비되었다. 즉 종전에는 프로그램저작권 자체에 관하여는 프로그램등록부 및 프로그램공보에, 프로그램저작권의 이전·제한 등에 관하여는 프로그램저작권등록부 및 프로그램저작권공보에 각각 등재하도록 하여 이원적으로 관리하였으나, 앞으로는 용어의 혼동을 막고 관리의 효율성을 높이기 위하여 프로그램등록부 및 프로그램공보로 일원화하는 등 등록 및 공보 관련규정을 체계적으로 정비하였다.

둘째, 창작 후 1년이 경과한 프로그램의 경우 등록을 허용하였다. 즉 각종 경제활동에서 프로그램등록증의 필요성이 높아짐에 따라 프로그램 등록의 기회를 확대하려는 의도가 있고, 프로그램 창작 후 1년이 경과하더라도 프로그램 등록을 할 수 있도록 하되, 이 경우 창작연월일의 추정력은 발생하지 아니하도록 하며, 프로그램 등록기간의 제한이 없어짐에 따라 조달청과의 계약체결 또는 중소기업청의 자금지원신청을 위한 평가 등의 경제활동에서 프로그램등록이 늦게 이루어졌다는 이유로 불이익을 받게 되는 일이 없어질 것으로 예상하였다.

셋째, 정보통신망을 통하여 부정복제물을 유통시키는 온라인서비스제공자에 대한 시정권고제도를 신설하였다. 즉 정보통신망을 통한 부정복제물 유통에 대하여 신속하고 효과적으로 대응하기 위한 제도를 마련하려는 의도가 있고, 프로그램보호위원회는 온라인서비스제공자에 대하여 부정복제물의 유통을 차단하기 위하여 필요한 시정권고를 할 수 있도록 하고, 프로그램보호위원회 내에 프로그램 부정복제물

신고센터를 설치·운영하도록 하였으며, 프로그램보호위원회가 사전적으로 온라인서비스제공자에 대하여 시정권고를 할 수 있게 됨에 따라 정보통신망을 통한 부정복제물 유통이 줄어들 것으로 기대된다.

넷째, 프로그램심의조정위원회의 명칭변경 및 기능을 강화하였다. 프로그램저작권의 보호 및 공정이용을 위하여 필요한 사업을 수행하고 이와 관련된 정책의 수립·시행을 보다 효과적으로 지원하기 위하여 프로그램심의조정위원회의 명칭을 프로그램보호위원회로 변경하고, 동 위원회의 업무에 새로이 온라인서비스제공자에 대한 시정권고를 추가하는 등 그 기능을 강화하였다.

다섯째, 프로그램저작권 침해에 대한 벌칙을 강화하였다. 즉 프로그램저작물 창작에 대한 동기를 부여하고, 『저작권법』 등 그 밖의 지적재산권법과의 형평을 고려하여 프로그램저작물의 불법복제·배포 등 위반행위에 대한 벌칙을 현행 3년 이하의 징역에서 5년 이하의 징역으로 강화하는 등 프로그램저작권 침해행위에 대한 벌칙을 상향 조정하였다.

Ⅲ. 소프트웨어산업진흥법

소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어개발촉진법이라는 명칭으로 제정되어 경쟁과 협동의 원리에 따라 개발자가 자율적으로 소프트웨어의 개발을 추진할 수 있도록 하기 위한 정부의 여건조성이 필요하고 이를 위한 기본적인 사항을 입법화하였다. 소프트웨어산업진흥법이라는 명칭은 2000년 1월의 개정에서 변경되었는데, 이 개정에서는 “지식과 정보가 고부가가치를 창출하는 21세기 지식정보화사회에서 국가의 경쟁력을 가늠하는 핵심산업인 소프트웨어산업을 종합적으로 육성·발전시키려는 것임”이었고, 2003년 7월의 개정에서 개정이유 및 주요 골자는 “국가기관 등이 발주하는 정보시스템 구축사업에 중소소프트

웨어사업자의 참여기회를 확대하기 위하여 정보통신부장관은 대기업인 소프트웨어사업자가 참여할 수 있는 사업금액의 하한을 정할 수 있도록 하고, 소프트웨어사업에 관한 분쟁을 효율적으로 조정하기 위하여 소프트웨어사업분쟁조정위원회를 설치하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임"이었다.

1. 제정과 내용

소프트웨어의 개발은 개발자가 자율적으로 경쟁과 협동의 원리에 따라 추진하도록 하되, 정부는 이에 필요한 여건조성에 주력하기 위하여 소프트웨어산업진흥법이 제정되었다. 제정 당시의 그 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 소프트웨어의 기술개발과 이용촉진 등 소프트웨어진흥에 관한 사항을 협의하기 위하여 과학기술처장관 소속하에 소프트웨어진흥협의회를 설치한다.

둘째, 정부는 관련기관으로 하여금 소프트웨어기술개발사업을 실시하게 하고 필요한 지원을 할 수 있도록 하였다.

셋째, 정부는 소프트웨어기술정보의 체계적인 관리 및 보급을 위한 필요한 조치를 강구하도록 하고 이의 추진을 위해 전문기관을 지정하여 수행할 수 있도록 하였다.

넷째, 과학기술처장관은 프로그램의 품질보증기준을 제정, 시행할 수 있도록 하고 소프트웨어개발비를 산정할 수 있는 기준을 마련하도록 하였다.

다섯째, 정부는 소프트웨어개발자가 공동으로 소프트웨어관련기관, 설비 및 각종 정보 등을 일정한 지역내로 집중화시켜 소프트웨어의 개발효율을 높이고 생산성을 제고하고자 하는 경우에 이를 효과적으로 지원하기 위한 필요한 시책을 강구하도록 하였다.

여섯째, 소프트웨어진흥을 도모하기 위하여 대통령령으로 정한 기관 또는 단체로 하여금 채무보증사업, 자금지원사업, 공제사업 등 각종 진흥사업을 할 수 있도록 하였다.

일곱째, 정부는 소프트웨어 및 시스템의 진흥기반조성을 위하여 세제, 금융, 행정상의 필요한 지원을 강구하도록 하고 관련단체를 지원, 육성할 수 있도록 하였다.

2. 개정과 내용

(1) 1995년의 개정

소프트웨어산업진흥법은 1995년에 개정되었는데, 이 개정은 소프트웨어에 관한 정책을 기술개발중심에서 전반적인 소프트웨어산업의 진흥으로 전환하고, 산업환경의 변화에 개선·보완하려는 것을 의도하였다. 그 주요개정 사항은 다음과 같다.

첫째, 정보통신부장관은 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 소프트웨어와 시스템의 개발 및 유통촉진환경 조성, 전문인력 양성지원등 소프트웨어산업의 진흥시책을 강구하도록 하였다.

둘째, 정보통신부장관은 소프트웨어 및 시스템을 구매 또는 용역계약을 체결하는 경우에 적용할 수 있는 기술성평가기준을 정하고 이를 고시할 수 있도록 하였다.

셋째, 지금까지는 소프트웨어 개발비 산정기준만을 정하여 사용을 권장하고 있었으나 앞으로는 다양한 형태의 소프트웨어사업에 대한 적정한 대가기준을 정하여 국가 또는 공공기관에서 소프트웨어용역계약을 체결하는 경우 원가계산 업무에 활용할 수 있도록 하였다.

넷째, 소프트웨어산업의 건전한 발전과 소프트웨어의 이용촉진을 위하여 한국소프트웨어산업협회를 설립할 수 있도록 하였다.

(2) 1997년의 개정

소프트웨어산업진흥법은 1997년 개정에서 소프트웨어공제조합을 설립하고, 동 조합에서 공제사업을 수행하도록 함으로써 소프트웨어의 개발촉진 및 소프트웨어업체의 경영안정 등 공제사업의 효과를 향상시키려는 것을 의도하였다. 그 주요개정 사항은 다음과 같다.

첫째, 소프트웨어사업자는 소프트웨어산업의 진흥을 위한 공제사업을 운영하기 위하여 정보통신부장관의 인가를 받아 소프트웨어공제조합을 설립할 수 있도록 하였다.

둘째, 공제조합은 소프트웨어개발 및 기술향상과 경영안정에 필요한 자금의 대여 및 투자, 채무에 대한 보증, 의무이행보증 등의 사업을 수행하도록 하였다.

셋째, 공제조합의 기본재산은 조합원의 출자금·공제부금 등으로 조성하도록 하고, 정부는 예산의 범위 안에서 필요한 자금을 출연 또는 보조할 수 있도록 하였다.

넷째, 민간기업의 공제조합에 대한 출자를 촉진하기 위하여 출자한 지분의 양도와 공제조합의 지분취득이 가능하도록 하였다.

(3) 1998년의 개정

소프트웨어산업진흥법은 1998년 개정에서 소프트웨어산업의 진흥을 위하여 지방자치단체가 소프트웨어진흥구역의 지정을 받고자 하는 자에 대하여 출자 또는 출연할 수 있도록 하고, 한국소프트웨어산업협회의 회원자격에 관한 사항을 폐지하는 등을 의도하였다. 그 주요개정 사항은 다음과 같다.

첫째, 종전에는 정부가 소프트웨어개발사업을 수행하게 할 수 있는 대상에 고등학교이하의 학교가 포함되어 있지 아니하였으나, 앞으로는 이들도 소프트웨어개발사업을 수행할 수 있게 함으로써 교육현장

의 수요에 부합하는 교육용 소프트웨어개발을 촉진하도록 하였다.

둘째, 정보통신부장관이 소프트웨어진흥구역을 지정할 때 조건을 붙이는 경우 그 조건은 공공의 이익증진을 위하여 최소한으로 하고, 부당한 의무를 부과하지 못하도록 하였다.

셋째, 지방자치단체는 소프트웨어진흥구역의 지정을 받고자 하는 자에 대하여 출자 또는 출연할 수 있도록 함으로써 지역 소프트웨어산업의 활성화를 도모하였다.

넷째, 우체국 등 국유재산을 소프트웨어창업 지원사업에 효율적으로 사용할 수 있도록 하고, 지방자치단체는 소프트웨어산업의 진흥을 위하여 소프트웨어창업 지원사업을 직접 수행하거나 동 사업을 수행하는 공공단체에 대하여 출자 또는 출연할 수 있도록 하였다.

(4) 2000년의 개정

소프트웨어산업진흥법은 2000년 개정에서 지식과 정보가 고부가가치를 창출하는 21세기 지식정보화사회에서 국가의 경쟁력을 가늠하는 핵심산업인 소프트웨어산업을 종합적으로 육성·발전시키려는 것을 의도하였다. 그 주요개정 사항은 다음과 같다.

첫째, 제명을 소프트웨어 개발촉진법에서 소프트웨어산업진흥법으로 변경하였다.

둘째, 정보통신부장관은 소프트웨어산업의 진흥을 위하여 소프트웨어산업의 진흥정책의 기본방향 등이 포함된 소프트웨어산업진흥중·장기기본계획을 수립하도록 하였다.

셋째, 종전에는 일정한 조건을 갖춘 건물단위로 소프트웨어 진흥구역을 지정하던 것을 앞으로는 시설위주의 소프트웨어진흥시설과 지역위주의 소프트웨어 진흥단지로 구분하여 지정하고, 소프트웨어진흥시설의 경우에는 벤처기업육성에관한특별조치법상의 벤처기업집적시설로 지정된 것으로 보아 세계상의 혜택을 받을 수 있도록 하였다.

넷째, 정보통신부장관은 소프트웨어의 효율적 개발 및 품질향상과 호환성 확보 등을 위하여 소프트웨어의 표준화를 추진하고 소프트웨어사업자에게 이를 권고할 수 있도록 하였다.

다섯째, 국가기관의 장은 소프트웨어사업의 입찰시 낙찰자로 결정되지 아니한 자중 제안서 평가에서 우수한 평가를 받은 자에 대하여 예산의 범위 안에서 제안서 작성비의 일부를 보상할 수 있는 근거규정을 신설하였다.

(5) 2003년의 개정

소프트웨어산업진흥법은 2003년 개정에서 국가기관 등이 발주하는 정보시스템 구축사업에 중소소프트웨어사업자의 참여기회를 확대하기 위하여 정보통신부장관은 대기업인 소프트웨어사업자가 참여할 수 있는 사업금액의 하한을 정할 수 있도록 하고, 소프트웨어사업에 관한 분쟁을 효율적으로 조정하기 위하여 소프트웨어사업분쟁조정위원회를 설치하도록 하는 등을 의도하였다.

IV. 온라인디지털콘텐츠산업발전법

1. 개 요

온디콘법은 그 명칭에서 알 수 있듯이 이 법은 관련산업의 발전에 관한 입법에 해당되고, 그 규율하고 있는 내용도 제2장에서 산업발전 추진체계, 제3장에서 산업의 기반조성, 제4장에서 콘텐츠제작자의 보호 및 제5장에서 벌칙으로 구성되어 있다(제4장은 법명과 차이가 있음). 따라서 이 법은 본래 지원법(육성법)의 성격으로 제정된 입법이고, 여기에 온라인디지털정보의 보호에 관한 조항을 포함시키는 법이었다. 그렇지만 2003년 5월에 공포된 개정 저작권법은 제4장의2에서 “데이터베이스제작자의 보호”라는 새로운 장을 만들어서 데이터베이

스 보호를 저작권법 내에서 특별하게 보호를 받도록 하여 온디콘법의 실효성을 감소시킨 바가 있다.

온디콘법은 2005년 12월에 개정되었는데, 그 성격을 본질적으로 변화시킬 수 있는 내용(거래법)을 입법화하고 있다는 점에서 중요한 의미가 있다. 즉 개정된 온디콘법은 소프트웨어처럼 복제가 가능한 재화의 경우 온라인소프트웨어제작자는 사전에 청약철회 등이 제한되는 사실을 명시하거나 시용상품을 제공하는 등의 방법으로 소프트웨어를 이용하는 이용자가 불이익을 받지 않도록 조치를 취하도록 하는 한편, 정보통신부장관은 소프트웨어의 건전한 거래질서의 확립 및 소비자의 보호를 위하여 사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야 당사자의 의견을 들어 정할 수 있도록 하려는 의도를 가지고 있어서 거래법적인 요소가 편입되었다.

2. 제정과 내용

온디콘법은 제정당시 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 온라인디지털콘텐츠산업을 정보통신망법에 의한 정보통신망에서 사용되는 디지털콘텐츠를 수집·가공·제작·저장·검색·송신 등과 이와 관련된 서비스를 행하는 산업으로 정의하였다.

둘째, 정부는 온라인디지털콘텐츠산업발전을 위한 시책의 기본방향, 동산업의 기반조성에 관한 사항 등이 포함된 온라인디지털콘텐츠산업의 발전에 관한 중·장기 기본계획을 수립하도록 하였다.

셋째, 정부는 온라인콘텐츠사업의 창업촉진과 창업자의 성장·발전을 위하여 창업지원계획을 수립하고 시행하도록 하였다.

넷째, 정부는 온라인디지털콘텐츠에 관한 전문인력을 양성하기 위하여 대학·연구소 등을 전문인력양성기관으로 지정하여 교육 및 훈련을 실시하게 할 수 있으며 이에 필요한 예산을 지원할 수 있도록 하였다.

다섯째, 정부는 온라인디지털콘텐츠산업의 국제협력 및 해외시장 진출을 촉진하기 위하여 온라인콘텐츠관련 기술 및 인력의 국제교류.국제표준화 활동 또는 국제공동연구개발 등에 관한 사업을 지원할 수 있도록 하였다.

여섯째, 누구든지 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제나 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하지 못하도록 하였다.

3. 2005년의 개정과 내용

이 법의 개정이유는 “디지털콘텐츠처럼 복제가 가능한 재화의 경우 온라인디지털콘텐츠제작자는 사전에 청약철회 등이 제한되는 사실을 명시하거나 시용상품을 제공하는 등의 방법으로 디지털콘텐츠를 이용하는 이용자가 불이익을 받지 않도록 조치를 취하도록 하는 한편, 정보통신부장관은 디지털콘텐츠의 건전한 거래질서의 확립 및 소비자의 보호를 위하여 사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야 당사자의 의견을 들어 정할 수 있도록 하려는 것임”이라고 밝히고 있다. 이 법의 개정내용은 다음과 같다.

첫째, 온라인컴퓨터정보제작자가 전자상거래소비자보호법에 따라 청약철회 등이 불가능한 온라인콘텐츠의 경우 그 사실을 표시사항에 포함시키거나 시용상품의 제공, 한시적 또는 일부 이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하게 하였고, 그 조치를 하지 아니한 경우에 소비자의 청약철회는 제한되지 아니한다.⁸⁵⁾ 따라서 전자상거래소비자보호법에 의하여 청약철회를 할 수 없는 컴퓨터정보의 거래라고 하여도 청약을 포기할 실질적인 기회가 주어지지 아니하는 한 청약철회를 할 수 있도록 하였다.

85) 온디콘법 제16조의2

둘째, 정보통신부장관에게 콘텐츠거래 표준약관 및 표준계약서를 제정하여 그 시행을 권고할 수 있도록 하였다. 표준약관에서는 온라인 콘텐츠사업자에게 온라인콘텐츠 거래시 이용자 보호를 위하여 약관에서 과오금의 환불, 콘텐츠이용계약의 해지·해제의 권리, 콘텐츠 하자 등으로 발생하는 이용자 피해보상 등의 내용을 포함하도록 하였다.⁸⁶⁾ 또한 온라인콘텐츠사업자가 온라인콘텐츠 거래시 이용자 보호를 위한 약관을 정하려는 때에는 (i) 온라인콘텐츠 이용에 필요한 기술 사양 (ii) 과오금의 환불방법 및 절차 (iii) 온라인콘텐츠 이용 계약의 해지·해제의 방법 및 그 효과와 위약금의 범위 (iv) 온라인콘텐츠 하자 등에 의한 이용자 피해보상의 기준·범위·방법 및 절차 (v) 전자상거래소비자보호법 및 약관의규제에관한법률이 이용자 보호를 위하여 정하는 사항 등을 포함하도록 하였다.⁸⁷⁾

셋째, 정보통신부장관이 온라인콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자의 보호를 위하여 온라인콘텐츠사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야의 제작자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있도록 하였다.⁸⁸⁾

넷째, 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 한 이용자 보호 교육의 실시 및 이용자 피해구제를 위한 제반 조치를 마련하여 시행하도록 하였다.⁸⁹⁾ 이 경우 이용자 피해구제를 위한 제반조치에는 (i) 온라인콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해실태 조사 (ii) 온라인콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해상담 및 예방활동 (iii) 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 하는 이용자 보호교육 등이 포함된다.⁹⁰⁾

86) 온디콘법 제16조의3

87) 온디콘법 시행령 제21조의2

88) 온디콘법 제16조의3 제1항

89) 온디콘법 제16조의3 제3항

90) 온디콘법 시행령 제21조의3 제1항

이상과 같이 2005년 온디콘법에서 편입된 내용은 소프트웨어의 거래에 지대한 영향을 미칠 것은 분명하고 이용자의 보호에도 중요한 역할을 할 것으로 사료된다. 특히, 2005년 온디콘법의 개정은 이용자 보호를 위한 몇개의 조항을 마련하였다는 의미보다는 소프트웨어 거래에 관한 입법화가 이루어지는 출발점을 제공하였다는 것이 보다 중요한 의미가 있다.

V. 게임산업진흥법

게임저작물은 영상저작물로 저작권법내에서 보호되고 있는데, 게임저작물의 유통 및 산업진흥에 관련해서는 영화나 비디오물, 음악, 출판·인쇄물 등의 문화콘텐츠와 유사하게 독립된 입법으로 분법화되어 있다. 게임산업진흥법은 기존의 ‘음반·비디오물및게임물에관한법률’에서 분법화되어 독자적인 입법으로 제정되었는데, 그 제정이유로 “게임산업은 차세대 핵심문화산업으로서 부가가치가 높은 산업이므로 변화하고 있는 게임산업환경에 적극적으로 대처하고 게임산업의 진흥을 위한 다양하고 체계적인 정책을 추진할 수 있도록 기반을 조성하는 한편, 게임물이 음반, 비디오물과 함께 『음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률』에 규정되어 있어 게임물만의 고유한 특성이 반영되지 못하고 게임이용문화가 제대로 정착되지 못하고 있으므로 게임물에 관한 법체계를 대폭적으로 개편하여 게임이용자의 권익향상과 건전한 게임문화를 확립하려는 것임”이라고 밝히고 있다.

게임저작물의 경우에는 저작권법에 의하여 저작물로 보호되지만 컴퓨터로 운영되는 게임프로그램의 경우에는 저작권법 외에 프로그램보호법, 소프트웨어산업진흥법 및 온디콘법 등이 적용되어 다소 복잡한 구조를 가지고 있다. 그렇지만 게임산업진흥법의 제정으로 이들 법률 중에서 게임저작물의 유통이나 산업진흥에 관련해서 상호 유사하거나

중복되는 조항을 배제하거나 우선하는 관계가 성립한다.

VI. 소 결

각국의 입법에서는 프로그램의 보호에만 관심을 두고 있으며, 관련 입법도 저작권법에 의한 저작물로 보호하고 있다.

즉 미국은 어문저작물의 보호와 유사한 내용으로 프로그램을 저작권법으로 보호하고 있으며, 독일의 경우에도 저작권법 내에서 독립된 장을 마련하여 프로그램을 보호하고 있지만 그 규율하고 있는 내용을 일반저작물과 구별하여 보호하는 것은 아니다.

일본의 경우에도 저작권법에서 프로그램을 명문화하여 보호하고 있지만 내용상으로는 일반저작물과 보호를 달리하는 것은 아니다.

한편, 우리 나라의 경우 소프트웨어 관련입법이 나름대로 세분화되어 있으며 그 동안 수차의 개정이 있었다.

첫째, 저작권법은 올해 정부의 개정안에서 알 수 있듯이(다음 장에서 구체적으로 다룬다) 한·미FTA협정을 적극 반영하고 있으며 관련 개정 사항 중에서는 앞으로 보다 상세한 논의가 필요한 부분도 있지만(특히, 법정손해배상제도의 도입에 대하여는 아래에서 다룬다) 현실적인 필요성도 반영한 것으로 사료된다.

올해 저작권법의 개정안 내용 중 프로그램보호법과 직접적으로 연계되어 있는 것도 있어서 향후 프로그램보호법의 개정에 반영하는 것이 필요하다.

둘째, 프로그램보호법은 그 개정 연혁을 통하여 프로그램의 보호를 보다 강화하고(형사처벌 및 민사손해배상의 강화 등) 국제적인 조약이나 협약 등의 수준에 맞추기 위하여 부단히 노력하여 왔다.

또한 프로그램의 보호를 위한 관리적 차원에서 프로그램보호위원회의 역할과 임무도 변화하여 온 것을 볼 수 있다. 물론 이와 같은 프

로그램보호법의 변화는 국제화에 따른 영향도 있었지만 우리 나라 소프트웨어산업의 발달과도 긴밀한 관련성이 있다.

셋째, 소프트웨어산업진흥법은 프로그램의 보호를 넘어서 국가차원에서 관련산업의 진흥을 위한 지원시책과 시장의 건전한 발달(조성)을 위한 정부의 역할을 구체화하는 법률이다.

이 법은 수차의 개정을 통하여 소프트웨어산업의 진흥을 위한 각종의 지원시책(예컨대, 유통구조의 개선, 인력양성의 지원, 소프트웨어사업자에 대한 지원 등)을 세분화하고 구체화하여 실질적인 산업진흥에 노력하여 왔으며, 특히 소프트웨어산업환경의 변화에 따라 소프트웨어산업의 종합적인 육성·발전을 위한 소프트웨어산업진흥 중·장기 기본계획의 수립, 소프트웨어의 표준화 추진, 소프트웨어사업의 하도급 제한, 소프트웨어분쟁조정제도 등을 도입하여 왔다.

넷째, 온디콘법은 그 제정 당시와 비교하여 법률의 실효성은 상당히 떨어진 것이 사실이다(예컨대, 저작권법에서 데이터 베이스를 보호함). 그렇지만 최근 개정을 통하여 디지털콘텐츠의 거래법적인 요소가 이 법에 편입되었고 이는 이 법의 성격을 근본적으로 변경할 수 있는 이례적인 입법내용에 해당된다.

다섯째, 게임산업진흥법은 소프트웨어와 관련된 행정규제와 산업진흥 등에 대하여 상세히 규율하고 있다는 점에서 독특하다. 이 법은 기존에 『음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률』에서 분법화 된 것으로 최근 게임산업의 급격한 발달에 따른 것이고, 아울러 정부의 역할이 강조된 입법에 해당된다.

제 3 장 소프트웨어의 보호

제 1 절 개 관

I. 한·미 FTA협정과 국내법(저작권법) 수용

1. 한·미 FTA협정의 주요내용

올해 한·미 FTA협정은 저작권법, 프로그램보호법, 상표법, 영화및 비디오물의진흥에관한법률, 게임산업진흥법, 온디콘법 등에 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 내용들이 포함되어 있다. 이와 관련된 내용을 간략히 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 예외 없는 70년 + 유예기간 2년을 조건으로 보호기간을 연장하였다. 즉 한·미 FTA에서는 자연인, 비자연인을 불문하고 보호기간을 70년으로 합의하였으며, 유예기간(2년)은 국내 추가 로열티 부담을 저감할 수 있도록 하였다.

둘째, 일시적 저장에 대한 복제권 인정 및 예외 규정을 설정하였다. 보통 컴퓨터의 RAM(전원을 끄면 기억되어 있던 모든 데이터가 지워지는 메모리)에서 행하여지는 일시적 복제에 저작자에게 권리(복제권)를 주되 시사보도, 교육, 연구 등 공익적 목적을 위한 공정한 이용의 경우에는 저작권을 침해하지 아니하는 것으로 하여 이용자 보호를 위한 근거를 마련하였으며 인터넷상의 웹서핑, 웹브라우징 등은 한·미 FTA협정 체결 이후에도 저작권법에 저촉되지 않고 자유롭게 허용하였다.

셋째, 접근통제에 대한 기술적 보호조치를 마련하였다. 저작물에 접근하는 것을 막는 (접근통제 : 암호와 ID가 있어야 저작물을 이용할 수 있게 하는 것이 대표적인 예) 기술적 보호조치를 우회(‘뚫거나 깨는’)하는 것을 금지하게 하였으며, 앞으로 접근 통제 조항으로 인해

이용자의 저작물 접근 및 이용 제한이 있을 경우 우리 저작권법에 이를 방지하는 적절한 예외 규정을 추가할 수 있도록 하였다. 다만, 접근통제 기술보호조치를 위반하더라도 고의·과실이 있는 경우에 한해 저작권 침해가 되도록 규정하였다.

넷째, 온라인 서비스 제공자가 저작권 침해자의 개인 정보를 저작권자에게 제공하는 조항을 도입하였다.

다섯째, 저작권 침해시 비친고죄의 적용범위를 확대하였다. 즉 개정 저작권법('07.6 발효) 제140조에서는 영리·상습적으로 저작권 침해시 비친고죄의 적용으로 규정되어 있다.

여섯째, 저작권 침해시 손해배상의 하한액을 명시토록 하였다. 즉 현재 저작권 침해와 관련하여 기본적으로 '실손해배상' 원칙을 적용하였다. 단, 문화관광부는 이전 저작권법에 '법정손해배상' 제도와 유사한 성격의 조항(출판물 5000부 음반 10,000장)이 존재하여 법정손해배상제도가 도입되어도 큰 혼란은 없을 것으로 예상된다고 한다.⁹¹⁾

2. 저작권법의 개정과 한·미 FTA협정의 수용방안

(1) 정부의 저작권법 개정안

문화관광부는 2007년 9월 저작권법의 개정안을 입법예고하였는데, 그 이유는 한·미 FTA 협정이 타결('07.4.2)됨에 따라 '일시적 복제권의 인정', '저작권 보호기간의 연장', '법정손해배상제도 도입' 및 '비친고죄 적용 대상의 변경' 등 동 협정의 이행에 필요한 관련 규정을 개정하여, 저작자의 권리 보호와 저작물의 공정한 이용을 도모하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완

91) 문화관광부는 저작권법 및 관련 법령의 통합과 구성 요소를 기준으로 4개의 법((가칭)저작권기본법, 저작권 관리사업법, 저작권산업활성화법, 저작권 계약법)으로 분법을 추진하여 중장기적 저작권 산업발전을 위한 토대를 마련하고자 하는 계획을 밝히고 있다.

하려는 것이다. 그 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 일시적 저장의 복제 인정하기 위하여 복제라는 개념을 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여, 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것으로 정의를 변경하였다.⁹²⁾ 또한 컴퓨터 등을 통하여 정당하게 저작물을 이용하는 기술적 과정의 일부로서 복제물이 만들어지는 것이 필수적으로 요청되는 경우에는 일시적 복제가 면책될 수 있도록 예외를 마련하였다.⁹³⁾

둘째, 공정이용조항을 신설하였는데, 저작물의 통상적인 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있도록 하고, 공정이용의 판단기준을 제시하였다.⁹⁴⁾

셋째, 보호기간 연장을 위하여 ①외국인의 보호기간에 대하여는 상호주의 명시하였고,⁹⁵⁾ ②저작권 및 저작인접권(방송 제외) 보호기간을 저작자의 사후 또는 공표 후 50년에서 70년으로 연장하였으며,⁹⁶⁾ ③한·미 FTA 협정문에 따라 2년의 유예기간을 두었다.⁹⁷⁾

넷째, 배타적 이용권을 신설하였다. 기존에 출판 분야에서만 인정되던 배타적 이용권 제도를 저작물 전 분야에 걸쳐 인정, 저작물을 이용하는 사업자가 계약기간 동안 저작권자와 유사한 지위를 갖게 되어 원활한 사업의 수행이 가능하도록 하였다.⁹⁸⁾

다섯째, 암호화된 방송 신호의 보호를 신설하였다. 즉 위성방송신호 등 암호화된 위성 신호를 무단으로 해독하는 기기의 제조뿐만 아니라

92) 저작권법 개정안 제2조제22호

93) 저작권법 개정안 제35조의2

94) 저작권법 개정안 제35조의3

95) 저작권법 개정안 제3조제4항

96) 저작권법 개정안 제39조 내지 제42조, 제86조

97) 저작권법 개정안 부칙 제1조

98) 저작권법 개정안 제57조 내지 제63조

복호화된 방송 신호를 배포 또는 시청하는 경우도 형사처벌 대상에 포함시켰다.⁹⁹⁾

여섯째, 온라인서비스제공자의 면책규정 등 정비하였다. 즉 온라인서비스제공자의 책임제한 규정을 ①온라인상에서 이루어지는 저작물 등을 송신하고 그 과정에서 이를 일시적으로 저장하는 행위, ②자동적인 처리를 통하여 수행되는 캐싱, ③서비스이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 온라인서비스제공자의 시스템에 저장하거나 정보검색도구에 의하여 온라인상의 위치를 연결하는 행위로 유형을 세분화하고 각 요건을 명확히 제시하였다.¹⁰⁰⁾ 또한 권리자의 이용자 정보제공 청구시 저작권위원회의 심의를 거쳐 문화관광부장관이 정보제공을 명할 수 있도록 하였다.¹⁰¹⁾

일곱째, 기술적 보호조치에 대한 의무를 강화하였다. 즉 접근통제적 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화행위를 금지하되, 지나친 접근통제 조치는 공정하게 저작물을 이용하려는 사람들까지 접근을 제한하게 되어 저작물의 공정한 이용을 저해할 우려가 있는바, 예외조항을 구체적으로 열거하였다.¹⁰²⁾

여덟째, 법정손해배상제도를 도입하였다. 실손해를 입증하기 어려운 경우 또는 소송에서 손해가 실손해에 미치지 못한다고 생각하는 경우 권리자가 선택할 수 있고, 법원은 법정손해의 범위 내에서 적정한 손해액을 인정하도록 하되, 법정손해액의 상한(저작물당 1천만원/최고 5천만원)만을 정하도록 하였다.¹⁰³⁾

아홉째, 정보제공 및 비밀유지명령제도를 도입하였다. 즉 법원이 권리 침해에 관한 소송에서 증거 수집을 위하여 필요하다고 인정한 때

99) 저작권법 개정안 제85조의2

100) 저작권법 개정안 제102조

101) 저작권법 개정안 제103조의2

102) 저작권법 개정안 제104조의2

103) 저작권법 개정안 제104조의2

에는 당사자의 신청에 따라 타당사자에 대하여 해당 정보의 제공을 명할 수 있도록 하였다.¹⁰⁴⁾ 또한 법원은 당해 영업비밀을 소송수행 이외의 목적으로 사용하거나 또는 당해 영업비밀유지에 관하여 소송관계자등 이외의 자에게 개시하지 아니하도록 명할 수 있으며, 비밀유지명령을 신청한 자 또는 명령을 받은 자는 해당 법원에 비밀유지명령의 취소를 요구할 수 있도록 하였다.¹⁰⁵⁾

열 번째, 위조 라벨 거래, 홀로그램, 인증서 등을 제작·거래하는 행위도 형사 처벌 대상에 포함시켰다.¹⁰⁶⁾

열한번째, 영상저작물을 상영 중인 영화상영관에서 저작권자의 허락 없이 아날로그 또는 디지털 녹화기기를 이용하여 영상저작물을 녹화하는 행위를 형사 처벌 대상에 포함시켰다.¹⁰⁷⁾

열두번째, 비친고죄의 대상을 확대하였다. 즉 중대한 침해시 권리자의 고소없이, 검사가 직권으로 침해자를 기소할 수 있게 하였고,¹⁰⁸⁾ 중대한 침해에 대한 판단 기준을 설정하였다.¹⁰⁹⁾

(2) 저작권법안의 개선

올해 입법예고된 저작권법의 개정안은 제125조의2를 신설하여 실손해를 증명하기 어려운 경우 또는 소송에서 손해가 실손해에 미치지 못한다고 생각하는 경우 권리자가 선택할 수 있고, 법원은 법정손해의 범위 내에서 적정한 손해액을 인정하도록 하되, 법정손해액의 상한(저작물당 1천만원/최고 5천만원)만을 두도록 규정하고 있다. 이와 같은 개정안은 온라인이라는 새로운 저작권 침해상황이 나타났고 또

104) 저작권법 개정안 제129조의2

105) 저작권법 개정안 제129조의3 내지 제129조의5

106) 저작권법 개정안 제104조의2

107) 저작권법 개정안 제138조의4

108) 저작권법 개정안 제140조

109) 저작권법 개정안 제140조의2

한 우리 나라의 경우 법정손해배상제도가 빈번히 법원에서 인용될 수 있는 여지가 있어서 정부의 개정안처럼 도입하는 경우에 실손해의 배상이 아닌 형태로 저작권의 침해시에 손해배상이 빈번하게 이루어지는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 법정손해배상을 도입한다고 하여도 그 적용을 위한 요건을 엄격하게 규정하는 것이 타당하고 소송실무에서도 마지막 수단으로 도입될 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

II. 저작권법과 다른 법률과의 관계

저작권법은 프로그램저작물을 저작물로 규정하고 있으나¹¹⁰⁾, 프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였으며¹¹¹⁾ 이에 프로그램보호법이 제정되었다. 저작권법과 프로그램보호법은 매우 유사하고, 근본적으로 저작권법과 프로그램보호법은 일반법과 특별법의 관계를 가지며, 저작권법은 프로그램보호법의 흠결에 대하여 보완하는 위치에 있다.

프로그램보호법은 저작권자 등의 보호를 중심으로 하는 입법이라고 한다면, 소프트웨어산업진흥법은 산업의 진흥을 중심으로 하는 입법이고 관련산업의 유통 활성화(유통의 기반조성)에 대하여는 미흡한 점이 있다.

제 2 절 저작권에 의한 보호

프로그램을 어떠한 방법으로 보호받을 것인가라는 보호방법의 선택은 프로그램의 상업화에 중요한 작용을 한다. 예컨대, 정보와 기타 산업상 노하우의 형태인 프로그램 발명은 그 내용물에 따라서 특허법이나 부정경쟁방지법에 의하여 소유의 대상이 될 수 있다.

110) 저작권 제4조제1항제9호

111) 저작권 제4조제2항

통상 특허가 영업비밀에 비하여 보호방식에서 보다 강력한 것으로 볼 수 있으므로 특허에 의한 소유와 영업비밀에 의한 소유라는 선택에 직면한 자는 후자보다는 전자를 선호하는 경향이 있고 법적으로도 전자가 보다 강한 보호에 해당된다.

대부분의 경우 프로그램은 저작물에 해당되어 저작권법과 프로그램보호법이 적용된다. 따라서 저작물로 보호받기 위해서는 보호요건을 충족해야 하고, 프로그램에 해당하는 경우에는 프로그램보호법에서 정하는 법리에 따라 그 보호여부와 보호범위 등이 결정된다.

여하튼 프로그램의 보호도 저작물의 보호처럼 기본적인 목적은 저작자의 노동에 대해 보상하려는 것이 아니라 과학과 실용예술의 발달을 촉진시키려는 것이다. 이러한 목적에서 저작권은 저작자에게 독창적인 표현에 대한 권리를 보장하는 대신 타인이 저작물에 담긴 아이디어와 정보를 자유롭게 이용할 수 있도록 한다.¹¹²⁾

우리 나라는 저작권법의 보호대상 저작물로 ①어문저작물 ②음악저작물 ③연극저작물 ④미술저작물 ⑤건축저작물 ⑥사진저작물 ⑦영상저작물 ⑧도형저작물 ⑨프로그램저작물을 예시하고 있는데,¹¹³⁾ 프로그램은 별도의 입법인 ‘프로그램보호법’으로 보호된다.

여기서는 프로그램의 보호방법 중에서 저작권에 기초한 보호¹¹⁴⁾를 중심으로 저작권법과 프로그램보호법에서 규정하고 있는 프로그램 저작권의 보호대상 및 보호범위, 저작권의 귀속, 저작권의 유형 및 제한, 그리고 그 구제수단 등을 살펴보고자 하며 아울러 그 개선방안도 제안하고자 한다.

112) Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 346 (1991).

113) 저작권법 제4조제1항

114) 프로그램의 새로운 보호경향에 대한 자세한 것은 송상현, 컴퓨터소프트웨어의 법적 보호에 관한 새로운 경향, 민법학논총 제2(후암 관운직선생고회기념논문집), 1995. 704~711면 참조.

I. 프로그램의 보호방법 등

1. 보호방법

프로그램은 특허권, 저작권, 영업비밀 또는 상표권 등 해당 법률에서 규정하고 있는 요건을 갖춘 경우에 다양한 방법으로 보호받을 수 있다. 그렇지만 프로그램은 통상적으로 일정한 형태로 표현되므로 저작권에 의한 보호가 문제된다.¹¹⁵⁾ 이와 관련하여 세계무역기구(World Trade Organization; WTO)의 ‘무역관련 지적재산권 협약’¹¹⁶⁾에서는 프로그램을 베른협약상의 어문저작물로 보호한다.¹¹⁷⁾ 미국의 경우도 종래 프로그램이 저작물로 인정될 수 있는지는 여전히 명확하지 않다가 1976년 저작권법의 개정에서 어문저작물에 포함되는 것으로 해석되어 왔는데, 1980년 저작권법의 개정에서 프로그램에 대한 정의규정을 마련하여 입법적으로 분명히 하였다.¹¹⁸⁾ 독일의 저작권법¹¹⁹⁾은 제1장 제8절 ‘프로그램 보호를 위한 특별규정’에서 저작권으로 보호하고 있으며,¹²⁰⁾ 일본도 저작권법에서 프로그램의 보호를 명문화하고 있다.

115) 프로그램을 저작권으로 보호하는 주된 이유는 다음과 같다. 첫째, 프로그램은 어문저작물과 유사한 특성을 가지고 있어서 문자부호에 의하여 특정한 내용을 표현하는 일종의 ‘창작’에 해당되고, 프로그램의 개발은 신규성이 아니라 창작성이라는 요건에 부합한다. 둘째, 저작권 성립의 무방식주의가 특허권보다 더 용이하고 보다 긴 보호기간이 주어진다. 셋째, 국제적으로도 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)과 세계저작권조약(Universal Copyright Convention; UCC)이라는 저작권의 보호체계가 마련되어 있어서 이에 프로그램만을 추가하는 용이성이 있다(이해완·오승중, 위의 책, 642면).

116) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPS

117) TRIPS § 10 (1)

118) 1980년 저작권법은 ‘저작물의 신기술적 사용에 관한 위원회(Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works; CONTU)’의 프로그램에 대한 입장을 받아들여 프로그램에 대한 저작물성을 인정하여 1980년 연방저작권법 이후 프로그램이 저작권법에 의하여 보호된다는 점에 있어서는 논란이 없다(CONTU, final report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works. 1978).

119) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte; UrhG

120) Bundesgesetzblatt I vom 23. Juni 1993 S. 910

2. 저작권법과의 관계

프로그램은 사상과 아이디어를 표현한 창작물에 해당된다. 따라서 프로그램보호법은 프로그램을 저작권에 기초하여 보호하고 있으며 그 내용은 저작권법의 어문저작물에 관련된 조항과 유사하다. 프로그램보호법은 저작권법을 전제하고서 제정된 법률이고 저작권법과는 특별법 관계에 있으며, 저작권법과 프로그램보호법은 보호방법에 있어서도 모두 저작권에 기초한 입법에 해당된다. 따라서 저작권법은 제4조 제1항제9호에서 프로그램을 저작물의 하나로 예시하는 규정을 두고 있지만 동조 제2항에서 프로그램의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였다. 이와 관련해서 프로그램보호법은 제45조에서 「이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다.」고 하여 다시 저작권법을 적용하도록 하였다. 그러므로 저작권법과 프로그램보호법은 프로그램 저작물을 일반저작물과 구별하여 통일적·효율적으로 규율하고 있으며 프로그램보호법의 흠결이 있는 경우에 저작권법을 적용하도록 한 것에 해당된다.¹²¹⁾

결국 저작권법의 개정은 프로그램보호법의 개정을 수반하거나 또는 수반해야 하는 경우가 종종 발생한다. 예컨대, 2006년에 개정된 저작권법은 제48조에서 영리목적에 의한 침해에 대하여 비친고죄로 개정하였는데, 프로그램보호법은 친고죄로 되어 있어서 입법의 형평성에 맞지 아니한다. 따라서 프로그램보호법 제48조를 개정하여 영리목적에 의한 침해행위를 비친고죄로 하는 것이 타당하고 올해 한미 FTA 협정과도 부합한다. 따라서 프로그램보호법 제48조를 개정하여 영리

121) 임준호, 컴퓨터 프로그램의 법적 보호, 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992. 471면 참조.

목적에 의한 침해행위를 비친고죄로 하는 것도 생각할 수 있다. 또한 올해 한미 FTA협정과 관련해서도 프로그램보호법의 개정이 문제될 수 있는데, 한·미 FTA협정의 내용 중에서 프로그램보호법의 개정을 수반할 수 있는 것은 다음과 같다. 첫째, 자연인, 비자연인을 불문하고 저작물의 보호기간을 70년으로 한 사항(그렇지만 프로그램의 짧은 생명주기를 고려한다면 현행법을 그대로 유지한다고 하여도 특별한 문제가 없다고 사료된다)¹²²⁾, 둘째 온라인 서비스 제공자가 저작권 침해자의 개인정보를 저작권자에게 제공하는 조항을 도입한 사항¹²³⁾, 셋째 영리목적으로 저작권을 침해하는 범죄를 비친고죄로 한 사항¹²⁴⁾, 그리고 넷째 저작권 침해시 법정손해배상제도를 도입하도록 한 사항¹²⁵⁾ 등이다.

II. 프로그램 저작권의 인정

1. 보호대상 및 보호범위

(1) 보호대상

프로그램은 저작권법에서 열거하는 저작물이고 프로그램보호법에 의하여 저작권으로 보호된다. 따라서 프로그램 저작권은 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.¹²⁶⁾ 프로그램보호법 제2조제1항의 프로그램에는 프로그램을 개발하기 위하여 필요한 설계서, 기술서 기타 자료를 포함한 모든 형태의 프로그램을 포함한다. 즉 프로그램에는 데이터 보관장치, 예를 들면 CD-Rom·하드디스크·디스켓 등

122) 한·미FTA협정문 제18.4조

123) 한·미FTA협정문 제18.10조 30.

124) 한·미FTA협정문 제18.10조 27.

125) 한·미FTA협정문 제18.10조 6.

126) 프로그램보호법 제7조제2항 참조.

에 저장된 프로그램을 비롯하여 하드웨어에 연동된 프로그램이 포함된다. 그러나 프로그램에 대한 안내서·사용설명서는 포함되지 아니하고, 이들은 저작권법 제4조제1항제1호의 어문저작물로 저작권법에 의하여 보호된다.¹²⁷⁾ 이와 관련해서 저작권법도 표현과 아이디어(idea)라는 이분법에 의하여 표현만을 보호한다. 즉 저작물에 담겨 있는 아이디어 내지 정보는 전혀 보호를 받을 수 없고, 사실이나 원리도 저작권으로 보호받지 못한다.¹²⁸⁾ 우리 나라의 관례도 「저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하므로 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물이 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작인격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니하고, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니라 할 것이다」¹²⁹⁾고 하여 표현과 아이디어라는 이분법의 논리를 도입하고 있다. 마찬가지로 저작물의 제목이나 짧은 문구 등도 저작권으로 보호받을 수 없다.¹³⁰⁾

127) 송상현 외 2인, 위의 책, 87면 참조.

128) 17 U.S.C. §102(a)

129) 대판 1993. 6. 8, [93다3073, 93다3080]; 대판 1997. 9. 29, [97마330].

130) 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 함은 문학, 학술 또는 예술에 속하는 것으로서 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것을 말하므로, 어문 저작물인 서적 중 저작자의 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 부분이라고 볼 수 없는 단순한 서적의 제호나 저작자 또는 출판사의 상호 등은 저작물로서 보호받을 수 없다(대판 1996. 8. 23, [96다273]).

프로그램보호법은 제2조제1항의 개념정의에서 유형적인 형태로 표현된 것을 보호대상으로 한다.¹³¹⁾ 따라서 일정한 형태로 표현된 프로그램만을 저작권으로 보호하고, 프로그램 구성요소의 기초를 이루는 아이디어나 원리는 보호를 받지 못한다. 즉 프로그램 인터페이스(interface)¹³²⁾의 기초가 되는 아이디어 및 원리는 저작권법이나 프로그램보호법의 보호대상이 아니다.¹³³⁾

(2) 보호범위

프로그램은 어느 범위까지 보호할 것인가도 문제된다.¹³⁴⁾ 즉 프로그램의 구성요소 중에서 어문저작물적 요소와 그렇지 않은 요소사이의

131) UrhG §68a (1) und (2)

132) 인터페이스는 소프트웨어와 하드웨어의 요소가 상호 연동·작용하도록 제공되는 프로그램의 요소들을 말한다.

133) 미국의 경우 보호되는 프로그램의 범위에 응용프로그램 이외에 운영체제도 포함되는지가 문제되었다. *Apple Computer v. Franklin Computer Corp.* 사건에서 피고는 Apple 컴퓨터를 위해 만들어진 소프트웨어로 작동하는 Apple 컴퓨터와 호환성이 있는 컴퓨터를 만들고자 하였다. 이를 위해서는 Apple 컴퓨터에 포함된 칩에서 Apple의 운영시스템 소프트웨어의 목적코드를 복제했다. 운영체제는 순서, 체제 또는 운영방법으로 볼 수 있으며 이는 저작물로 보호되는 프로그램으로 볼 수 없다는 피고의 주장에 대하여 항소법원은 저작권법상 프로그램의 정의규정은 응용프로그램과 운영체제를 구별하지 않고 있으며 운영체제도 저작물로 보호될 수 있다는 입장을 취하였다(*Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*, 714 F. 2d 1240 (3rd Cir. 1983)).

134) 미국의 경우 1980년 연방저작권법의 개정 이전에 프로그램의 원시코드가 유형물에 일체화되어 있느냐에 관계없이 저작물에 해당되는 것은 의문이 없었지만 (*Digital Communications Assocs., Inc. v. Softlone Distrib. Corp.* 659 F. Supp. 449, 454(N.D. Ga. 1987); *Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*, 714 F. 2d 1240 (3rd Cir. 1983)), 목적코드는 저작물의 특성이 희박하여 의문이 제기되었고, 법원은 프로그램이 원시코드이든 목적코드가든 간에 저작권의 보호대상으로 보았다(*Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*, 714 F. 2d 1240 (3rd Cir. 1983)). 또한 응용프로그램과 운영프로그램이 저작권에 의한 보호를 받을 수 있는가도 문제되는데, 응용프로그램은 통상적으로 고급수준의 언어로 쓰여지고 표현되기 때문에 저작권의 보호를 받는 것은 분명하고 운영프로그램이 저작물성을 가지느냐는 의문에 대하여서도 저작권으로 보호될 수도 있다고 보았다(*In Williams Electronics, Inc. v. Artic Internqional, Inc.*, 685 F. 2d 870(3d Cir. 1982)).

구별이 문제된다. 어문저작물적 요소에는 원시코드, 목적코드(object code)¹³⁵⁾와 마이크로코드¹³⁶⁾가 포함되고 이들은 저작권에 의한 보호가 인정된다. 비어문저작물적 요소에는 순서, 구조, 프로그램의 구성 및 스크린의 출력과 사용자 인터페이스 등이 있으며, 이들은 표현이라기 보다는 프로그램의 아이디어에 가깝다고 볼 수 있고 또한 고정성이라는 요건도 충족하기가 어려워서 저작권에 의한 보호를 받을 수 없다.¹³⁷⁾

2. 보호요건

프로그램은 저작권으로 보호를 받기 위해서 프로그램보호법 제2조 제1항의 프로그램에 해당되어야 하며, 또한 창작성이라는 요건과 고정성이라는 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 창작성은 복제하지 아니하는 한 우연히 타인의 저작물과 유사성을 지니고 있고 심지어 동일하다고 하여도 인정된다.¹³⁸⁾ 프로그램보호법은 저작권법처럼 저작물의 신규성(novel)이 아니라 창작성을 요구하

135) 목적코드는 사람이 이해할 수는 없으나 컴퓨터에 의해 직접 실행가능한 기계어로 원시코드를 전환하여 만들어진 형태의 프로그램을 말한다.

136) 마이크로코드는 마이크로프로세서에게 그 어휘력을 부여하는 마이크로프로세서에 내장된 지시어를 말한다.

137) 미국의 연방항소법원은 순서, 구조, 구성, 인터페이스와 같은 비어문저작물적 요소들은 사상 그 자체인지 아니면 사상의 표현으로 볼 수 있는지에 따라 그 보호여부가 달라질 수 있다고 보았다(Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Systems, Inc., 886 F. 2d 1173 (9th Cir. 1989)). 그러나 스크린 상에 표현된 것이 사용자와의 상호작용에 의해 달라질 때 그 표현은 사용자의 일시적인 선택에 따라 전적으로 달라지게 되어 고정성의 결여는 저작권 인정을 불가능하게 하는데, 이는 사용자와의 결과적 상호작용이 유형적으로 고정되었는지에 따라 그 보호여부가 달라지게 된다는 것을 의미한다.

138) 독일은 구저작권법 제2조제2항에서 규정하고 있는 인간의 정신적인 창작성을 갖는가에 관련하여 ‘창작성 정도’가 문제되었고(Dreier, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 782), 독일연방방법원은 이 프로그램이 창작성을 갖는가의 여부에 대해 아주 제한적이고 협소한 기준을 적용하여 판단하였고(BGHZ 94, 279) 프로그램의 법적 보호는 1993년 이전까지 계속적으로 독일 국내법에서 문제되었다(Gamm, GRUR 1986, 731).

기 때문이다. 따라서 프로그램은 약간의 창의성을 가미함으로써 보호된다.¹³⁹⁾ 프로그램이 저작물인지의 여부를 결정함에 있어 프로그램의 질적 또는 미적 가치의 평가가 기준으로 적용되지 아니한다.¹⁴⁰⁾ 우리나라의 판례도 「창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다」라고 보았다.¹⁴¹⁾

둘째, 프로그램 저작물은 유형적인 매체에 고정(fixation)되어야 한다. 즉 프로그램 저작물은 유형적인 매체에 적절히 고정되는 순간부터 저작권으로 보호된다. 유형적 매체는 시각·청각 등의 감각적 수단에 의하여 항구적인 형태로 고정될 수 있는 것이면 충분하다. 이와 관련하여 프로그램보호법 제2조제1항은 ‘표현된 창작물’이라는 문구를 사용하여 고정성이라는 요건을 간접적으로 밝히고 있지만 외부적으로 표현되기 위해서는 유형적인 매체에 고정되어야 한다.

3. 보호기간

프로그램 저작권은 저작권법 제39조의 일반저작물에 대한 보호기간¹⁴²⁾과 달리 공표된 다음 연도부터 50년간 존속한다.¹⁴³⁾ 다만, 창작 후 50년이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작된 다음 연도부터 50년

139) Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 346 (1991).

140) UrhG §69a (3)

141) 대판 1995. 11. 14, [94도2238]

142) 일반저작물의 저작재산권은 저작자가 생존하는 동안과 사망 후 50년간 존속하나, 저작자가 사망 후 40년이 경과하고 50년이 되기 전에 공표된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 10년간 존속한다(저작권법 제39조제1항). 다만, 공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 50년간 존속한다(저작권법 제39조제2항).

143) 프로그램보호법 제7조제3항 전단

간 존속한다.¹⁴⁴⁾ 이와 같은 프로그램보호법의 보호기간은 프로그램 저작권재산권에만 적용된다.

III. 프로그램 저작권의 귀속

프로그램 저작자라 함은 프로그램을 창작한 자를 말한다.¹⁴⁵⁾ 따라서 프로그램 창작자는 실질적으로 모두 자연인이지만 프로그램보호법 제 5조에 의하여 법인도 저작자가 될 수 있다. 즉 프로그램보호법은 제 53조에서 「국가·법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다」고 규정하고 있다.¹⁴⁶⁾ 독일의 경우는 자연인만을 저작자로 다루어 왔다가 EU지침에 따라 사용자에게 저작권재산을 귀속시키는 중대한 변화가 이루어졌다.¹⁴⁷⁾ 즉 EU지침 제2조제3호에서는 「프로그램이 피용자가 업무상 창작하거나 사용자의 지시에 따라 창작된 경우 특약이 없는 한 사용자가 그 프로그램에 대해 모든 경제적 권리를 행사할

144) 프로그램보호법 제7조제3항 후단

145) 프로그램보호법 제2조제2호

146) 프로그램보호법 제5조

147) EU지침이 마련되기 전까지 유럽대륙의 저작권법은 근로관계에서 개발된 저작물과 관련하여 많은 문제들을 가지고 있었다. 프랑스 혁명 이래로 원저작물에 표현된 창작성은 양도할 수 없는 권리로 파악하여 고용주가 저작물을 완성할 것을 위임하여 개발된 경우라 할지라도 그 창작물에 대한 모든 권리는 고용주가 아닌 창작자에게 귀속하였다. 마찬가지로 종래 독일의 저작권법도 법인의 저작권에 대한 권리능력을 인정하지 않았고 그런 까닭에 피용자만이 저작권자가 될 수 있었으며, 이 원칙을 제한하는 당사자간의 합의는 무효로 다루어졌다(Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 1.) 나아가 사용자가 피용자를 새로운 프로그램 개발에 종사시켰다 하더라도 사용자는 그 저작물에 대해 어떠한 저작권도 취득할 수 없다. 사용자는 단지 계약에 의해 프로그램에 대한 이용권을 취득할 수 있었다. 그러나 이러한 권리는 실사 사용자가 계약에 의해 취득하지 않았다 하더라도 개발된 프로그램이 1993년 6월 24일까지 피용자의 근로의무 수행과정에서 이루어졌고 그 근로계약의 목적달성을 위해 필요하다고 인정되는 범위에서 권리양도법리에 따라 사용자에게 인정되었다(OLG Frankfurt ECR OLG 166; BAG GRUR 1984, 429, 431).

배타적 권리를 가진다.』고 규정하였으며, 독일의 저작권법에서도 프로그램이 피용자가 직무를 수행하는 과정에서 또는 사용자의 지시를 받아 피용자에 의해 창작된 경우에 특약이 없는 한 당해 프로그램에 관한 재산법상의 모든 권한행사를 위한 배타적 권리는 사용자에게만 인정된다고 규정하였다.¹⁴⁸⁾ 구체적으로 프로그램보호법 제53조에서 요구하는 요건을 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 국가·법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 프로그램이 창작되어야 한다. 여기서 ‘사용자의 기획 하에’라는 문구는 독일 저작권법의 ‘사용자의 지시에 따라’라는 문구와 비교하여 다소 포괄적이지만 그 의미는 유사하고, 오히려 ‘사용자의 지시에 따라’라는 문구가 개념상으로 더 명확하다. 또 사용자의 지시란 업무 자체 및 업무수행상의 개별적인 지시를 의미하지만, 일부 문헌에서는 지시의 개념을 구체적인 지시를 비롯하여 일반적인 업무의 이관까지도 포함하는 것으로 이해하고 있다.¹⁴⁹⁾

둘째, 법인 등의 업무에 종사하는 자이어야 한다. 여기서 ‘법인 등의 업무에 종사하는 자’에는 종업원뿐만 아니라 임시직원도 포함되고 직원뿐만 아니라 이사나 감사 등의 임원도 포함될 수 있다. 다시 말해서 프로그램보호법 제52조가 적용되기 위해서는 고용계약이 체결되어 있어야 하므로 전혀 고용관계가 없는 독립한 개인에게 개별적인 계약에 의하여 프로그램 창작을 맡긴 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자라고 볼 수 없다. 이와 같은 원리는 근로관계에 있는 저작자에 대해서도 적용된다. 여기서 근로자(Arbeitsnehmer)는 노동법상의 근로자의 개념과 동일하게 이해될 수 있다.¹⁵⁰⁾ 그러므로 근로자는 근로관계에 서 있고, 사용자에 의해 지시를 받아 업무를 수행하는 종속

148) UrhG §69b

149) Sack, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121 (1993) 15, 19 f.

150) BT-Drucks. 12/4022, S. 11.

적인 지위에 선 자를 말한다. 지시를 받아 종속적인 지위에 있는가의 여부에 대해서는 노동법상의 기준에 따라 판단된다.¹⁵¹⁾ 고용관계에는 공무원과 법관 등을 포함하여 모든 공법상의 고용관계가 포함된다.¹⁵²⁾

셋째, 업무상 창작한 것이어야 한다. 프로그램이 근로관계에서 개발된 것인가, 아니면 사적으로 개발된 것인가에 대하여는 사용자가 입증책임을 부담한다.¹⁵³⁾ 여기서 업무의 내용은 단체협약이나 근로계약에 의해 확정되듯이 일반적인 정의에 따라 정해질 수밖에 없다. 근로자가 프로그램 개발을 자신의 근로계약상의 의무로 받아들였다면, 그것은 업무의 범위에 속하게 되며 사용자는 그로부터 개발된 프로그램의 상업적 이용에 관한 배타적인 권리를 취득하게 된다. 독일의 지배적인 견해는 업무의 개념을 넓게 해석하고,¹⁵⁴⁾ 근로장소와 근로환경의 개선까지도 업무에 해당하는 것으로 판단하고 있다.¹⁵⁵⁾

넷째, 사용자와 피용자사이에 특약이 없어야 한다. 프로그램 저작권의 귀속여부에 대한 사용자와 피용자, 또는 고용주와 근로자사이에 상반되는 약정(합의)이 없어야 한다.¹⁵⁶⁾ 따라서 이들 사이에 프로그램 저작권의 귀속에 대하여 특약이 있는 경우 그 약정에 따라 좌우된다.

IV. 프로그램의 등록

프로그램저작자는 프로그램보호법 제23조에 따라 프로그램을 정보통신부장관에게 등록할 수 있는데, 프로그램의 등록과 관련하여 발생하고 있는 문제점을 살펴보고 이를 해결하기 위한 방안을 살펴본다.

151) Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 2. Aufl., 1999, Rdnr. 3.

152) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 5; Sack, 15, 22.

153) Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl.(2006), Vor. §69b, Rn. 5.

154) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69b, Rn. 9.

155) BAG DB 1984, 991.

156) KG NJW-RR 1997, 1405.

첫째, 현행 프로그램보호법 시행령 제10조의4 제2항에서는 프로그램 등록 시 프로그램내용의 전부를 제출하도록 규정하고 있다. 프로그램 저작자가 등록 시에 제출하게 되는 프로그램복제물의 형태로서는 소스프로그램, 목적프로그램, 실행프로그램 중 어느 하나를 선택하게 된다. 그런데 현행 등록제도는 실질적인 심사뿐만 아니라 프로그램복제물의 형태나 용량 등에 대해서도 심사하지 않고 있어 등록제도의 신뢰도에 대한 문제가 발생하고 있다.¹⁵⁷⁾ 따라서 일부에서는 이 등록제도의 신뢰도를 높이기 위하여 제출하는 프로그램의 형태를 소스프로그램으로 제한하는 방법이 제시되고 있다. 그러나 등록 시 프로그램의 형태를 소스프로그램으로 한정시킬 경우 소프트웨어개발에 있어 가장 중요한 정보인 소스프로그램의 부정유출(영업비밀로서 간직하고 있는 경우가 많음)을 우려하여 등록을 꺼려할 가능성이 높다. 또한 등록의 형태를 소스프로그램으로 한정시키고자 하는 이유 중의 하나로 소프트웨어감정 시에 등록된 복제물을 활용하고자 함인데, 감정과 등록은 제도의 취지가 각각 다르며, 또 실제 소프트웨어감정에 사용되는 소스코드는 일정시기에 확정된 프로그램의 소스코드로서 분쟁당사자 일방이 제출하게 되며 등록된 복제물을 사용하는 경우는 많지 않다. 또한 소스프로그램으로 한정시킬 경우 소프트웨어임치제도의 기능이 형해화(形骸化)될 가능성도 배제할 수 없다.

물론 등록 시 소스프로그램만을 제출하게 하는 경우라도 보안의 문제를 기술적으로 해결(e.g., fingerprinting 기술)할 수 있다면 가능하겠으나 소프트웨어사업자의 불안을 완전히 해소시키기는 쉽지 않을 것이다. 또한 프로그램보호법 시행령 제10조의4 제2항 단서에서 프로그램의 일부만으로도 프로그램의 창작사실을 입증할 수 있는 경우에는 그 일부를 발췌하여 등록할 수 있도록 하고 있다. 따라서 복제물의

157) 컴퓨터프로그램보호위원회, SW 등록제도 개선을 위한 전문가 회의 안건, 2007.9.20.

형태가 소스·목적·실행프로그램임을 불문하고 그 일부를 가지고 창작사실을 입증할 수 있다면 복제물의 형태는 문제가 되지 않는다. 다만 등록제도의 신뢰성을 확보하기 위해서는 최소한 제출된 프로그램에 대한 형태, 용량 등에 대한 확인절차는 마련되어야 할 것이다. 또한 만일 신청서의 내용과 형식심사의 내용이 일치하지 않을 경우에는 당해 등록신청을 반려할 수 있는데 이에 대한 근거규정도 마련할 필요가 있다.

둘째, 한미 FTA 협상 타결로 프로그램저작권의 보호기간이 프로그램저작자의 생애동안과 사후 70년으로 연장될 경우 등록된 복제물의 장기보관의 문제가 발생한다. 일반 어문저작물과 달리 프로그램의 라이프사이클은 평균 5-7년 정도로 매우 짧으므로 장기의 보호기간을 설정하는 것에도 문제가 있지만 등록복제물의 장기보관으로 인한 수수료와 보관장치의 수명의 문제도 발생한다. 그러므로 프로그램복제물의 보관기간에 따라 수수료에 차등을 두는 것을 고려해 볼 수 있다. 미국의 경우에도 최초 등록 수수료와 장기보관시 수수료에 차등을 두고 있다. 한편, 가치가 소멸된 저작물에 대해서는 저작권을 포기하게 하여 신속히 공중(public domain)에게 환원시켜 공중이 자유롭게 활용할 수 있도록 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그러나 이 방법은 현행 프로그램보호법상 권리발생의 무방식주의를 취하고 있는 것에 반하며 다른 국가들이 이를 도입하고 있지 않다는 점에서 제한이 있다.¹⁵⁸⁾

셋째, 현재 실무상 프로그램복제물은 등록 시 1회만 받고 있으며, 이후의 추가제출은 허용하지 않고 있으나 동일성을 해치지 않는 범위 내에서의 보정은 가능하도록 개정할 필요가 있다.¹⁵⁹⁾ 그리고 추가 제

158) 손승우, 한미FTA와 지적재산권의 미래, 국제거래법연구 제15집 제2호, 2006, 87면.

159) 현행 프로그램보호법 시행령 제15조의2에서 등록기관의 착오·누락에 관해서만 규정하고 있다.

출 시 형태의 변경, 예컨대 목적프로그램을 소스프로그램으로 변경하여 등록할 수 있을 것이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 프로그램 복제물의 일부만을 제출할 수 있는데 이후 악의적인 목적으로 프로그램 전체를 추가 등록할 경우 창작 년 월 일에 대한 남용의 소지가 발생할 수 있으므로 이에 대해 주의할 필요가 있다.

넷째, 방문 또는 우편을 통해 접수되어 등록된 프로그램복제물은 광디스크 등에 저장·봉인 되어 복제물실에 보관하고 있으나 광디스크의 경우 장기보관에 어려움이 있으므로 등록된 프로그램을 복제하여 서버에 저장하는 방안이 제기되고 있다. 그런데 광디스크에 저장·봉인되어 보관 중인 프로그램을 개봉·복제하여 서버에 저장하고자 할 경우 반드시 저작권자의 동의를 얻어야 하나 수없이 많은 저작권자로부터 일일이 동의를 받아내는 것은 현실적으로 쉬운 일이 아니다. 따라서 이를 해결하기 위해서는 반드시 법적 근거를 마련하여 일괄 처리할 필요가 있다.

마지막으로, 프로그램저작권의 이전, 질권, 배타적발행권 등과 관련된 계약이 제3자 대항효를 갖기 위해서는 반드시 ‘프로그램저작권 이전등록’을 완료해야 하는데,¹⁶⁰⁾ 이때의 신청은 일반적으로 쌍방이 공동 신청하여야 한다. 그런데 당사자의 등록신청 협조에 대해 달리 정해진 규정이 없고 당사자 일방이 등록신청에 협조하지 않아도 이를 규제할 방안이 마련되어 있지 않아 그 상대방이 제3자 대항효를 얻지 못하는 사례가 발생하고 있다. 이 경우에는 정당하게 권리를 이전 또는 설정 받은 자가 이전등록을 하고자 할 경우에 상대방이 신의에 반하여 등록을 방해하거나 동의를 거부할 수 없도록 협조의무를 규정할 필요가 있다.

160) 프로그램보호법 제26조

V. 프로그램 저작권의 내용과 제한

1. 프로그램 저작권의 유형과 내용

(1) 저작인격권

프로그램 저작권은 프로그램을 창작한 자가 가지는 권리이다. 이 경우 저작권은 저작재산권과 저작인격권으로 구분되며, 프로그램 저작자는 프로그램에 대한 저작인격권(공표권, 성명표시권 및 동일성 유지권¹⁶¹⁾)을 가진다.¹⁶²⁾ 프로그램보호법은 저작인격권에 대하여 제8조 내지 제10조에서 규정하고 있지만 저작권법 제14조의 저작인격권 일신전속성에 대하여는 침묵하고 있는데, 저작권법 제14조가 적용된다고 보아야 한다. 즉 프로그램 저작권의 경우에도 저작권법 제14조가 적용되어 프로그램 저작인격권은 프로그램 저작자에게 전속되며, 프로그램이 이전되어도 저작인격권은 프로그램 저작자가 가진다.¹⁶³⁾

그런데, 프로그램이 사용자(자연인 또는 법인)의 기획 하에 창작된 경우에 프로그램보호법 제53조의 요건을 갖추고 있는 한 저작재산권은 사용자에게 귀속한다. 그렇다면 프로그램 저작인격권도 사용자에게 귀속하는지는 의문이 아닐 수 없다(저작권법의 경우에도 동일하다). 독일의 경우 저작권법의 ‘프로그램 보호에 관한 특별규정’은 저작재산

161) 프로그램의 경우 일반저작물과 달리 다음의 경우에 프로그램의 동일성 유지권은 제한된다(프로그램보호법 제10조 참조). 첫째, 특정한 컴퓨터외에는 사용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위안에서의 변경하는 경우 둘째, 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위안에서의 변경하는 경우 셋째, 프로그램의 성질 또는 그 사용목적에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위안에서의 변경하는 경우이다.

162) 프로그램보호법 제8조 내지 제10조 참조.

163) 임준호, 위의 논문, 492면 참조. 프로그램 저작인격권의 일신전속성 여부와 관련하여 프로그램의 특성상 잦은 개량이 필요하여 일신전속성을 부정하는 견해도 있다(송상현·김문환·양창수, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구, 서울대학교 출판부, 1989. 135면, 144면 참조).

권에만 적용되고 저작인격권에 대하여는 적용을 배제하고 있다. 따라서 독일의 경우 사용자의 지시에 따라 개발된 경우¹⁶⁴⁾나 위임의 경우에도 피용자에게 저작인격권은 귀속한다.¹⁶⁵⁾ 우리 나라의 경우에도 프로그램 저작인격권은 피용자에게 귀속시키는 내용으로 명문화하는 것도 고려할 수 있다.

(2) 저작재산권

프로그램보호법은 저작재산권에 관하여 구체적으로 규정하지 아니하고 제7조제1항에서 『프로그램 저작자는 제8조 내지 제10조의 규정에 의한 권리와 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리를 가진다』라는 형태로 입법하였다.

(가) 복제권

프로그램 저작권의 보유자(통상 저작권자)는 프로그램의 방식이나 형태를 묻지 아니하고 프로그램의 전부나 일부를 복제하는 경우, 또는 프로그램의 로딩·현시·작동·전송이나 저장하는 데에 복제가 수반되는 경우에 동의할 권한을 가진다. 여기서 “복제”라 함은 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위를 말한다.¹⁶⁶⁾ 다시 말해서 복제는 디스켓, CD-Rom 및 하드디스크 등에 프로그램 사본을 만드는 행위를 말하며,¹⁶⁷⁾ 일시적인 저장행위도 복제행위에 속하는 것으로 본다.¹⁶⁸⁾ 독일의 지배설에 따르면, 일정한 프로그램을 일련의 표현방식을 통해 일반에 의해 인식 가능하도록

164) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 23.

165) Fromm/Nordemann/Vinck Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz usw., 9. Aufl., 1998, § 69 b Bem. 3.

166) 프로그램보호법 제2조제3호

167) BGH GRUR 1994, 363; Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 3.

168) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Grützmaker, §69c, Rn. 5; OLG Celle CR 1994, 16.

하는 경우에 복제는 성립한다.¹⁶⁹⁾ 프로그램을 불법으로 복사하거나 그 구조를 불법으로 이용하는 행위도 복제행위에 해당하는데,¹⁷⁰⁾ 이 경우 불법복제에 대한 주장 및 입증책임은 권리보유자가 부담한다.¹⁷¹⁾

(나) 개작권

프로그램 저작권의 보유자는 프로그램을 개작할 권리를 가진다. 여기서 개작이란 원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위를 말한다.¹⁷²⁾ 따라서 저작권의 보유자는 번역·편집·각색 및 개변행위에 대한 배타적인 권리를 가진다. 개작권에는 새로운 하드웨어 환경에 맞추기 위한 원시코드의 변형을 비롯한 원시코드 및 목적코드를 변형하는 것을 포함한다.¹⁷³⁾

(다) 배포권

프로그램 저작권의 보유자는 프로그램의 대여를 포함하여 배포할 배타적 권리를 가진다. 즉 프로그램 저작권의 보유자는 원프로그램이나 그 복제물을 공중에 대여 및 배포할 권리를 가진다. 그러나 프로그램의 복제물이 최초 판매된 경우에 당해 복제물에 한하여 배포권은 소진되지만 프로그램 그 자체 또는 그 복제물의 대여권은 소진되지 아니한다.¹⁷⁴⁾ 여기서 배포라 함은 원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 행위를 말한다.¹⁷⁵⁾

169) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69c, Rn. 4.

170) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69c, Rn. 9.

171) Wandtke/Bullinger/Grützmacher, §69c, Rn. 11.

172) 프로그램보호법 제2조제4호

173) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 8.

174) 프로그램보호법 제19조제1항 및 제2항 참조.

175) 프로그램보호법 제2조제5의2호

이와 같은 배포라는 개념 속에는 대여가 포함되는데, 대여의 의미는 일정기간 동안 영리를 목적으로 프로그램을 공중의 이용에 제공하는 것을 의미한다. 따라서 대여권이라 함은 최초판매 이후에 저작자가 프로그램의 적법한 양수인에게 프로그램을 상업적으로 대여할 수 있도록 허락하거나 이를 금지할 수 있는 권리를 말한다. 프로그램보호법은 제19조제2항에서 『판매용프로그램을 영리를 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 허락을 받아야 한다.』라고 대여권을 인정하고 있다.¹⁷⁶⁾

(라) 발행권

프로그램보호법은 발행권이라는 형태의 배타적 권리를 두고 있는데, 여기서 발행이라 함은 공중의 수요에 응하기 위하여 프로그램을 복제·배포하는 행위를 말한다.¹⁷⁷⁾ 프로그램보호법은 제16조에서 배타적 권리의 형태로 배타적 발행권을 규정하고 있으며 저작권자의 동의를 얻어 질권의 설정이나 권리의 양도를 할 수 있고 특약이 없는 한 3년간 존속한다.

(마) 전송권

프로그램 저작권의 보유자는 공중이 선택한 장소나 시간에 프로그램을 사용할 수 있도록 공중에 제공하는 것을 포함하여 유선 또는 무선으로 공중에게 재생시키는 행위에 대하여 동의할 배타적 권리를 가진다. 즉 프로그램 저작권의 보유자는 전송권을 가지는데, 여기서 전송이라 함은 공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보

176) 미국의 연방저작권법은 1990년 법 개정을 통하여 프로그램의 대여권을 인정하는 규정을 두고 있는데, ①어떤 기계나 제작물에 구체화된 프로그램이 그 기계나 제작물을 통상적으로 작동하거나 이용하는 동안에 복제될 수 없는 경우, 또는 ②프로그램이 비디오 게임용 또는 기타 특정의 목적을 위하여 설계된 제한된 용도의 컴퓨터와 결합되어 있는 경우에 대여권은 인정되지 아니하는 것으로 규정하고 있다.

177) 프로그램보호법 제2조제6호

통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위를 말한다.¹⁷⁸⁾ 이 경우 전송은 배포라는 개념의 하위개념으로 정보통신망을 이용하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 것을 의미한다.

2. 프로그램 저작권의 양도성

프로그램 저작권은 일반저작물처럼 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.¹⁷⁹⁾ 그런데 프로그램보호법은 저작권법의 일반저작물과 달리 프로그램 저작권 전부를 양도한 경우에 특약이 없는 한 개작권도 양도되는 법리를 도입하였다. 즉 프로그램 저작권의 전부를 양도한 경우에는 특약이 없는 한 당해 프로그램을 개작할 권리도 함께 양도한 것으로 추정된다.¹⁸⁰⁾ 이와 같은 프로그램보호법의 태도는 저작권법 제45조 제2항『저작권재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조의 규정에 따른 2차적 저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다.』라는 내용과는 상반된다. 따라서 일반저작물과 달리 프로그램에 한하여 편집자유는 제한된다.¹⁸¹⁾

3. 프로그램 저작권의 제한

프로그램 저작권은 저작권법과 프로그램보호법에 의하여 형성된 권리이므로 그 성립목적에 따라 제한된다. 이와 관련하여 프로그램보호법은 제12조에서 프로그램저작권이 제한되는 대상과 범위를 규정하고 있는데, 이들 예외 이외에도 프로그램 저작권재산권은 프로그램보호법에 따라 당사자간의 약정에 반하지 아니하는 한 프로그램 저작자의 허락을 받지 아니하고서 다음과 같은 예외적인 경우에 프로그램의 복제·개작 등의 행위를 할 수 있다. 이 경우 상충하는 약정의 존재여

178) 프로그램보호법 제2조제7호

179) 프로그램보호법 제15조제1항 참조.

180) 프로그램보호법 제15조제2항

181) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69c, Rn. 7.

부에 대한 주장과 입증책임은 저작자 및 사용권양도자가 진다.¹⁸²⁾ 어떤 경우이든 간에 제한되는 권리는 프로그램 저작권이고 프로그램 저작인격권에 대하여는 영향을 미치지 아니한다.¹⁸³⁾

첫째, 합법적인 프로그램의 취득자가 일정한 의도된 목적에 따라 하자의 정정 등 그 프로그램의 이용을 위해 복제, 번역, 개작 등의 행위가 필요한 경우 특약이 없는 한 그 행위는 저작자의 허락을 필요로 하지 않는다. 여기서 하자의 정정행위는 일정한 목적에 필요한 행위의 예시라 할 수 있다. 하자의 정정행위는 사용자가 프로그램 저작자를 통해 프로그램 자체 및 사용상의 장애를 제거하는 행위를 말하며, 버그 등을 제거하는 행위가 이에 해당한다.¹⁸⁴⁾ 하자는 민법상의 하자(Mangel) 개념과 동일하게 이해된다.¹⁸⁵⁾ 또 여기서 일정한 목적에 사용하는데 필요한 행위는 계약에서 프로그램의 양도 목적을 정확하게 기술할 것이 요구된다. 계약에 담겨져 있는 양도목적은 프로그램 양도계약의 목적달성에 상응하는 것인지, 반하는 것인지를 판단하는데 매우 중요하다.¹⁸⁶⁾ 그러므로 일정한 목적의 개념은 가능한 넓게 해석하는 것이 바람직하다.¹⁸⁷⁾

둘째, 프로그램 이용권자가 프로그램의 이용을 위하여 백업용 복제물의 제작이 필요한 경우에도 저작권자의 허락이 없이 복제를 할 수 있다.¹⁸⁸⁾ 여기서 ‘행위의 필요성’을 판단함에 있어서 독일의 판례와 대부분 학설들은 저작자 보호라는 측면에서 엄격하게 해석할 것을 요구한다.¹⁸⁹⁾ 따라서 사용자가 프로그램의 장래 사용 확보를 위해 1개의

182) OLG Düsseldorf CR 2002, 97; Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d, Rn. 19.

183) 저작권법 제38조 및 프로그램보호법 제12조 참조.

184) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d, Rn. 9.

185) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d, Rn. 11.

186) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d, Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Grützmaker, §69d, Rn. 6.

187) Wandtke/Bullinger/Grützmaker, §69d, Rn. 6; .Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d, Rn. 2.

188) 프로그램보호법 제14조제1항 참조.

189) Dreier/Schulze/Dreier Urheberrechtsgesetz Kommentar, München 2004 § 69d Rn. 11; Fromm/Nordemann/ Vinck § 69d Rn. 3; wohl auch Lehmann, Der neue Europäische

사본제작만을 허용한다는 의미로 이해되어야 하고, 소프트웨어패키지를 하드웨어에 가지고 있으면서 소프트웨어 정본을 소장하고 있는 경우에는 이미 사본제작이 행하여진 것으로 해석된다.¹⁹⁰⁾

이와 같은 보존용 복사본의 제작에 관한 사항을 위반하는 계약은 무효이다.¹⁹¹⁾

셋째, 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램 저작자의 허락을 받지 아니하고 프로그램 코드의 역분석¹⁹²⁾을 할 수 있다.¹⁹³⁾

그렇지만 이 경우 프로그램 코드의 역분석을 통하여 얻은 정보는 ①호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우 ②프로그램 코드의 역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램 저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우 이를 사용할 수 없다.¹⁹⁴⁾ 여기서 프로그램 코드의 역분석이라 함은 독립적으로 창작된 프로그램과 다른 프로그램과의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램 코드를 복제 또는 변환하는 것을 말한다.¹⁹⁵⁾ 역분석에 관한 사항에 위반되는 계약은 무효이다.¹⁹⁶⁾

Rechtsschutz von Computerprogrammen, NJW 1991, 2115; Wandtke/Bullinger/Grützmaier, §69d, Rn. 23.

190) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d, Rn. 18.

191) UrhG § 69 (3)

192) 프로그램의 분석을 위해서는 목적코드가 아닌 원시코드가 필요하고, 원래의 원시코드를 재구성하기 위해서는 다시금 하나의 특별한 프로그램, 즉 기계어번역프로그램을 통한 작업이 이루어진다. 이러한 과정을 역분석이라 하며, 이를 통해 얻어진 정보는 순수한 원시코드가 아닌 목적코드와 원시코드의 중간형태를 띤다.

193) 프로그램보호법 제12조의2 제1항

194) 프로그램보호법 제12조의2 제2항

195) 프로그램보호법 제2조제10호

196) UrhG §69g (3)

VI. 프로그램 저작권의 침해와 구제

1. 침해의 제거 및 폐기청구 등

(1) 침해의 제거 및 예방

프로그램 저작권의 보유자가 가지는 배타적 권리에는 프로그램 저작권을 적극적으로 행사하고 프로그램 사용권을 허락하는 권리뿐만 아니라 권리침해에 대한 금지청구도 포함한다.¹⁹⁷⁾ 프로그램 저작권의 보유자는 불법적으로 프로그램 저작권을 침해하는 자에 대하여 침해의 제거 및 예방을 청구할 수 있다.¹⁹⁸⁾ 복제물에는 위법하게 제작되어 배포되었거나 배포될 목적으로 제작된 복제물이 포함된다. 이 경우에 프로그램 자체 및 지침서와 설계도 등을 포함하는 것으로 넓게 해석하여야 할 것인가에 대해 여전히 논의 중인데, 프로그램보호법의 목적과 헌법상의 소유권 보호라는 측면에서 제한해석을 하는 것이 보다 설득력을 가진다.¹⁹⁹⁾ 여기에서 ‘위법한’ 경우는 프로그램 저작권 침해의 경우에 인정되고, 프로그램 저작권의 보유자에게는 방해배제 청구권의 한 유형으로 폐기청구권도 인정된다.

(2) 침해물의 폐기 및 보상청구

프로그램 저작권의 보유자는 불법복제물의 폐기를 청구할 수 있는 권리가 있다. 이 경우 폐기청구권은 복제물이 침해자의 소유물인지 또는 점유물인지의 여부는 문제되지 않는다.²⁰⁰⁾ 청구권자는 저작권 보유자이고, 그 상대방은 복제물의 소유자 및 점유자이다.²⁰¹⁾

197) Wandtke/Bullinger/Grützmaier, §69c Rn. 2.

198) 프로그램보호법 제31조제1항 참조.

199) Wandtke/Bullinger/Grützmaier, §69f, Rn. 6.

200) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69f, Rn. 1.

201) Wandtke/Bullinger/Grützmaier, §69f, Rn. 5.

그런데, 불법복제물에 대한 폐기청구는 자원의 낭비를 초래한다. 따라서 불법복제물을 폐기하지 아니하고 프로그램 저작권자가 필요비용을 지급하여 그 양도를 청구할 수 있는 방법이 없는 것인가? 독일의 경우에 프로그램 저작권의 보유자는 폐기청구권을 행사하는 대신에 일정한 보상을 하고 그 복제물의 양도를 청구할 수 있는데, 그 보상액은 복제물의 제작비용을 초과할 수 없다.²⁰²⁾

(3) 기술적 보호조치의 침해금지

프로그램보호법은 프로그램 저작물의 보호를 위한 또 다른 방법으로 기술적 보호조치를 회피하는 행위를 금지시키고 있다. 즉 누구든지 정당한 권원없이 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하여서는 아니된다.²⁰³⁾ 또한 누구든지 기술적 보호조치를 상당히 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서도 아니된다.²⁰⁴⁾ 여기서 기술적 보호조치는 프로그램에 관한 식별번호·고유번호의 입력, 암호화 기타 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램 저작권을 보호하는 장치를 의미한다.²⁰⁵⁾ 그러나 기술적 보호조치에 관한 규정은 합법적인 프로그램의 역분석에는 적용되지 않는다.

프로그램보호법은 오직 기술적 보호장치를 불법하게 제거 또는 회피를 쉽게 하는 수단에 대하여도 금지청구가 인정된다. 따라서 프로그램의 기술적 보호장치를 제거 또는 회피하는 수단 및 도구에 대하여 권리보유자는 그 폐기를 청구할 수 있으며, 그 상대방은 수단 및

202) UrhG §69f

203) 프로그램보호법 제30조제1항

204) 프로그램보호법 제30조제2항

205) 프로그램보호법 제2조제9호 참조.

도구의 소유자 및 점유자이다.²⁰⁶⁾

2. 손해배상청구

프로그램 저작권도 지적재산권의 하나이고, 그 침해에 대해서는 재산권의 침해에 관한 불법행위이론이 적용된다. 프로그램보호법의 손해배상제도는 민법전의 손해배상과 다른 고유한 손해배상제도를 가지고 있는 것이 아니라 민법 제750조의 손해배상책임을 보완 내지는 보충하는 차원에서 일실이익(loss of profits) 손해의 배상근거와 산정방법을 마련한 것이다. 즉 프로그램보호법은 무형자산인 프로그램 저작권에 관련하여 ‘순수한 일실이익액에 의한 산정방법’·‘통상의 일실이익액에 의한 산정방법’·‘일실이익 상당액에 의한 산정방법’·‘일실이익액 추정에 의한 산정방법’이라는 손해배상의 산정방법을 도입하였다.²⁰⁷⁾

(1) 순수한 일실이익액에 의한 산정방법

프로그램보호법은 제32조제1항에서 「프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 고의 또는 과실로 그의 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다」라고 규정하고 있다. 이 경우 일실이익의 배상은 통상 침해물의 판매량을 기준으로 산정하고 있지만²⁰⁸⁾

206) Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69f, Rn. 15.

207) 프로그램보호법 제32조에서 두고 있는 일실이익에 대한 4가지의 산정방법은 선택적인 관계에 있는 것으로 해석된다. 그렇지만 논리상으로 프로그램 저작권 침해 시 일실이익의 산정방법은 제32조제1항의 방법이 우선적으로 검토되고, 이에 대한 입증에 실패하는 경우 제32조제3항의 방법과 제32조제4항의 방법이 고려되며, 이 또한 입증에 실패하면 최종적으로 제32조제5항의 방법에 의하여 법원이 재량으로 일실이익을 정할 수 있다.

208) 특허법 제128조제1항, 상표법 제67조제1항, 실용신안법 제30조, 디자인법 제64조제1항, 부정경쟁방지법 제14조의2제1항에서는 불법복제물의 판매량을 기준으로 한 일실이익에 대한 손해를 산정하는 내용을 두고 있는데, 이들 조항은 오직 판매이익 상실에 기초한 손해만을 파악하고 있어서 타당하지 아니하고 프로그램보호법 제32조제1항처럼 일실이익 배상에 관한 포괄적인 근거를 마련하는 조항으로 개정함이 바람직하다(자세한 것은 현대호, 지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안 연구,

이 방법만이 유일한 것은 아니며 오직 이 방법에 의한 일실이익 산정으로 제한할 이유도 없다. 이와 같은 판매이익의 상실에 기초한 손해만을 파악하는 경우에 부수적인 상품의 판매상실로 인한 손해, 불법복제물의 판매에 의한 가격침식으로 인한 손해 및 가속화된 시장진입으로 인한 손해 등에 기초한 손해도 발생할 수 있어서 이들에 대한 배상이 고려되지 못한다. 또한 판매량에 기초한 일실이익 손해의 산정방법과 별개로 시장점유율에 기초한 일실이익의 산정방법도 가능하다.

(2) 통상의 일실이익액에 의한 산정방법

프로그램보호법 제32조제1항에 의한 손해산정의 방법이 불가능한 경우에 그 다음으로 프로그램보호법 제32조제4항 「프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 제3항의 규정에 의한 손해액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다」에 의한 통상의 사용료상당액을 고려할 수 있다. 여기서 사용료상당액이라 함은 사용계약체결을 가상적으로 전제하여 양당사자가 합의하였을 것으로 판단된 손해배상액을 의미한다. 따라서 사용료상당액에 의해 전보되는 손해배상액은 일반적으로 프로그램보호법 제32조제1항의 일실이익에 의한 배상액보다 높지 않다. 이는 가상적 사용계약을 유추하여 얻어진 사용료의 적정액이므로 통상적인 사용계약에 따른 사용료와 크게 다르지 않다.

(3) 일실이익 상당액에 의한 산정방법

프로그램보호법은 제32조제5항에서 「법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다」라고 하여 새로운 일실이익의 산정방법을 도입하고

연구보고서, 한국법제연구원, 2002. 68~142면 참조).

있는데, 이를 어떻게 이해할 것인가가 문제된다. 왜냐하면 대법원은 민법 제750조에 기초한 손해배상청구에서 명목적 손해배상(nominal damages)을 부인하고 실질적 손해배상만을 원칙으로 하고 있고²⁰⁹⁾ 민법 제750조의 손해배상제도에서도 이와 같은 원리는 발견하기가 어렵다. 결국 프로그램보호법 제32조제5항은 프로그램 저작권의 침해에 있어서 손해산정의 어려움을 고려하여 ‘손해발생의 사실’과 ‘손해액의 입증의 어려움’이라는 사실에 근거한 경우에만 법관의 재량적인 일실이 이익의 배상액을 허용하는 제도를 도입한 것이고, 이 경우에도 손해액의 산정은 변론전취지와 증거조사결과로 그 재량범위가 제한된다. 따라서 프로그램보호법 제32조제5항은 순수한 명목적 손해배상을 도입한 것으로 보기는 어려우나, 유사한 법리를 도입하여 프로그램 저작권의 보호를 강화하려고 한 것이다.

(4) 일실이이익액 추정에 의한 산정방법

프로그램보호법 제32조제3항 「프로그램저작권 또는 프로그램배타적 발행권 등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램 저작권자가 입은 손해액으로 추정한다.」은 손해액 추정의 방법으로 침해자의 이득액을 피해자의 손해로 추정하고 있다. 이 조항은 민법 제750조 이하의 불법행위에 기초한 손해배상청구의 손해액에 관한 원칙으로서 의미를 가지는 규정이지만 피고의 얻은 이익을 모두 반환하게 하려는 제재적인 성질을 가진 규정은 아니다. 또한 이 조항은 침해자의 이익액을 ‘프로그램 저작권자의 상실한 손해액’으로 추정하는 것인데, 이 규정은 손해가 발생한 경우에 ‘침해자의 얻은 이익’을 ‘침해행위와 인과관계가 있는 프로그램 저작권자의 손해액’으로 추정하는 것이고 손해의 발생까지 추정하는 것은 아니다.

209) 대판 1985.10.22, [85다카689]

그렇다고 하여도 프로그램보호법 제32조제3항은 법문의 내용상 민법 제750조의 손해배상제도를 근본적으로 벗어난 제도이어서 그 타당성에 의문이 제기된다. 왜냐하면 침해자의 이익을 피해자의 손해로 추정하는 방법론은 손해배상제도로 잘못된 것이고, 당사자의 형평에도 전혀 부합하지 아니한다.²¹⁰⁾ 특히, 프로그램 저작권이 침해상품의 일부에 불과한 경우 침해상품의 판매로 인한 침해자의 모든 판매이익을 프로그램 저작권자의 일실이익으로 보는 것과 같은 손해배상제도는 부당하다(물론 침해자의 침해상품의 판매이익은 프로그램 저작권자의 일실이익을 산정함에 있어서 실무상으로 중요한 역할을 할 수 있음은 사실이다). 이와 같은 제도를 도입하는 의도는 침해자의 부당이득을 방지하고 프로그램 저작권 보유자의 권리보호를 강화하고자 하는 것에 있다. 그렇다고 하여도 프로그램보호법 제32조제3항은 손해배상제도로 타당하지 아니하므로 이를 삭제하고 대신에 부당이득을 반환하는 내용으로 일실이익을 반환하도록 하는 조항을 신설함이 타당하다.

VII. 소 결

저작권법은 한·미 FTA협정이 비준되는 경우에 상호 일치하도록 개선하는 것이 요구되고, 2006년 개정된 사항은 다른 법률(프로그램보호법, 영화및비디오물의진흥에관한법률, 음악산업의진흥에관한법률, 게임산업진흥법 및 온디콘법 등)과의 상호 중복되거나 관계가 모호한 영역에 대하여 저작권법이 일반법적인 지위에 있으므로 상호관계를 명확히하는 것 등이 요구된다. 이상에서 살펴본 내용 중에서 입법의

210) 종래 미국의 특허법에서는 1946년 이전에 특허권자는 침해자가 침해행위에 의해서 얻은 이익을 손해로 청구하는 것이 형평법상의 구제로 인정되고 있었는데, 이 제도는 동년 입법에 의하여 폐지되어 현행법하에서는 존재하지 아니한다.

개선이 요구되는 사항만을 요약 정리하면, 다음과 같다.

첫째, 저작권법과 프로그램보호법은 일반법과 특별법의 관계가 성립하며, 프로그램보호법의 흠결이 있는 경우에 저작권법이 적용된다. 따라서 저작권법의 개정에서 프로그램보호법의 개정이 필요한 경우가 있는데, 영리목적으로 프로그램을 침해한 경우에 2006년의 저작권법처럼 프로그램보호법도 비친고죄로 하는 것이 타당하고, 한·미 FTA협정과도 부합한다. 즉 한·미 FTA협정에 따라 저작권법의 개정을 가져오는 보호기간의 연장, 온라인 서비스 제공자의 정보제공의무 신설 및 법정손해배상제도의 도입 등에 관한 입법도 고려할 수 있다.

둘째, 프로그램보호법은 프로그램 저작권의 일신전속성에 대한 명문 규정을 두고 있지 아니한데, 향후 입법으로 명문화하는 것이 바람직하다. 또한 법인 등의 사용자에게 의한 지시로 창작된 프로그램의 경우에 저작인격권은 창작자인 피용자에게 귀속하는 것이 타당하다고 판단되며, 이를 명문화하는 것도 고려할 수 있다.

셋째, 프로그램 등록과 관련하여 제출된 복제물의 진정성을 확인하기 위한 최소한의 형식심사가 필요하며, 또한 한·미 FTA 타결로 인해 프로그램저작권의 존속기간이 연장되면서 등록물의 장기보관에 따른 수수료의 차등부과를 고려해 볼 필요가 있으며, 또한 등록 시 복제물에 대한 추가 제출 및 이전등기에 있어서 당사자의 협조의무의 부과에 관한 사항을 개정할 필요가 있다.

넷째, 프로그램 저작재산권에 관련해서도 법률관계를 규정했어야 하는 경우가 있는데, 침묵을 하고 있어서 이에 대한 보완이 요구된다. 예컨대, 백업용 복제물을 제작하는 것을 제한하는 계약의 효력, 역분석을 제한하는 계약의 효력 등에 대하여 법적 효력을 무효화시키는 명시적인 조항이 필요하다.

다섯째, 프로그램보호법은 프로그램 저작권자의 침해자에 대하여 침해물의 폐기청구를 인정하고 있지만 침해자에게 필요비용을 지급하고 그 복제물을 양도할 수 있는 것을 고려하지 아니하고 있는데, 이를 명문화하는 것이 요구된다. 이 경우 그 보상액은 제작비용을 초과할 수 없도록 규정할 수 있다.

여섯째, 프로그램보호법 제32조의 손해배상제도는 민법 제750조의 손해배상책임제도에 기초하고 있는데, 프로그램보호법 제32조제3항은 민법 제750조의 손해배상제도에서 벗어난 제도이고 침해자의 이익을 손해로 추정하는 제도는 불합리하다. 따라서 이를 삭제하고 대신에 침해자의 이익을 반환하는 부당이득에 기초한 손해의 산정방법을 도입하는 것이 타당하다. 한편, 올해 정부의 저작권법의 개정안에서 법정손해배상제도를 도입하고 있는데 이는 한·미FTA협정을 이행하는 것에 관련되어 있다. 앞서서도 지적했듯이 프로그램보호법에 법정손해배상제도를 도입한다면, 저작권법에서처럼 법정손해배상제도가 남용될 여지가 높아 이를 제한할 수 있는 제도적 장치도 고려함이 타당하고, 이렇게 하는 것이 실질적 손해만을 배상원칙으로 하는 민사법의 원칙과 부합한다.

제 3 절 특허에 의한 보호

특허법은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다. 여기서 ‘발명’이라는 단어의 문언적인 의미는 전에 없었던 것을 처음으로 만들어 내는 일을 의미하는데, 특허법 제1조는 기술발전을 촉진하여 산업발전에 이바지할 수 있는 발명만을 보호대상으로 하고 있으므로 특허대상인 발명의 개념을 이해하는 것이 중요하며, 프로그램이 여기에 포함되는 것인가도 직접 관련되어 있다.

그렇다고 하여도 특허법에서 보호대상이 되는 발명의 개념을 특정하는 것은 사실 용이하지 아니한데, 우리 나라의 특허법은 제2조제1호에서 「“발명”이라 함은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말한다.」라고 정의하고 있다. 최근 컴퓨터프로그램에 대해 BM특허가 다수 출원되어 특허등록이 이루어지고 있을 뿐만 아니라 프로그램 자체에 대한 특허성 인정여부가 문제되고 있다.

앞서 설명한 바와 같이 소프트웨어는 주로 저작권법에 의해 보호받고 있으며, 저작권법은 표현을 보호하고 아이디어를 보호하지 않기 때문에 프로그램에서 가장 중요한 알고리즘(algorithm)은 그 보호영역에서 배제되는 문제점이 있다. 또한 장기간의 보호기간은 소프트웨어의 짧은 라이프사이클과는 부합하지 않을 뿐만 아니라 이용의 활성화에도 제한을 받는 문제점이 존재하였다. 미국을 중심으로 한 선진국에서는 이러한 문제를 해결하고 유용하고 구체적인 유형의 결과를 가져오는 소프트웨어에 대해서도 특허보호가 필요함을 인식하고, 또 다수의 판례에 의해서도 이를 확인하였다.²¹¹⁾ 소프트웨어에 대한 특허보호의 세계적 추세에 부응하고자 최근 우리나라 특허청에서도 이에 관한 논의와 함께 심사지침서를 마련하는 등 노력을 경주하고 있다.

211) 1996년 미국 특허상표청은 컴퓨터 관련발명을 위한 심사기준을 발표하였는데, 그 기준에 따르면 심사관들은 컴퓨터 관련발명이 실질적 실용성이 있는지와 기술성이(technology arts) 있는지를 판단하여야 했다. 이후 동 심사기준은 MPEP(Manual of Patent Examining Procedure, 심사편람)로 통합되었는데 MPEP 제2106조에서는 청구항이 기술적으로 기술성(practical application)이 없는 경우에 등록이 거절되도록 하고 있다. 이후 무수히 많은 컴퓨터 관련발명이 기술성 부족으로 등록이 거절되었다. 기술성을 요구하는 심사편람의 문제점은 2005년 특허발명성을 위한 특허출원 임시 심사편람 제2106조에서 미국 특허상표청이 기술성을 요구하는 이전 기준을 삭제함으로써 해결되었다. 대신 심사편람에서는 심사관이 청구발명이 제101조의 특허발명의 예외(자연현상, 추상적 아이디어, 자연법칙)에 해당하는 요소들의 실질적으로 응용성을 구체화하였는가를 판단하도록 하고 있다. 실질적 응용성은 물건이나 물리적 대상물을 다른 물건이나 상태로 전환하였는가 또는 실용적이고 구체적이며 유형의 결과를 만들었는가에 의해 결정된다.

I. 보호대상

특허법은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.²¹²⁾ 여기서 ‘발명’이라는 단어의 문언적인 의미는 전에 없었던 것을 처음으로 만들어내는 일을 의미하는데, 특허법 제1조는 기술발전을 촉진하여 산업발전에 이바지할 수 있는 발명만을 보호대상으로 하고 있으므로 특허대상인 발명의 개념을 이해하는 것이 중요하다. 그렇다고 하여도 특허법에서 보호대상이 되는 발명의 개념을 특정하는 것은 사실 용이하지 않다. 예컨대, 미국의 특허법은 “발명이란 발명 또는 발견을 의미한다(The term “invention” means invention or discovery)”²¹³⁾고 정의하고 있는데, 미연방헌법 제8조에서 “저작자 및 발명자에 대하여 일정기간 저작 및 발견에 관한 독점적 권리를 보장한다”는 취지를 규정하고 있어서 선택발명을 의식하여 발견이라는 용어를 포함시켰다.

II. 보호요건

특허법은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.²¹⁴⁾ 따라서 특

212) 특허법 제1조

213) 35 U.S.C 100(a)

214) 특허권을 인정하는 이유에 대하여 인센티브이론(incentive or reward theory)과 기대이론(prospect theory)이 주장되고 있다. 인센티브이론은 특허제도가 없는 경우 사회는 발명가가 혁신에 대한 투자(발명자의 투자로 인한 경쟁이익에 대하여 경쟁자의 무임편승)와 혁신의 공개(발명자의 발명에 대한 모방)할 인센티브가 없기 때문에 최적의 상태를 달성할 수 없다는 것이다. 따라서 발명자의 발명에 대한 사회적 가치에 대한 일정한 몫을 발명자에게 귀속시키는 동시에 그 혁신에 관련된 중요정보를 공개할 유인을 형성시켜서 잠재적 시장실패를 극복하자는 이론이다. 기대이론은 발명자가 그의 발명을 공개할 수 있도록 상업적으로 충분한 기간 경제적 효율성을 증진시킬 수 있게 넓은 소유권을 부여하고, 이를 통하여 최초발명을 넘어선

허보호의 목적을 달성하기 위해서 특허법은 제29조의 요건(산업상 이용가능성, 신규성, 진보성)과 제87조제1항 「특허권은 설정등록에 의하여 발생한다.」의 설정등록이라는 성립요건을 부과함과 동시에 특허신청자에게 특허등록신청서의 내용에 대하여 상이한 3개의 정보공개의무를 지우고 있다. 즉 첫째, 등록신청서에는 그 분야에서 기술자가 발명을 용이하게 실시나 이용할 수 있을 정도로 발명을 서면으로 기술해야 한다. 둘째, 특허청구서에 발명자가 발명의 최적의 모형이나 실시물을 공개해야만 한다. 셋째, 특허청구서는 발명에 관한 응용되는 대상을 특별히 표시하여 하나 또는 그 이상의 청구에 도달해야만 한다. 특허가 허여되면 특허권자는 특허청구서부터 20년간 한국내에서 발명의 제작, 이용 또는 판매 등에서 배타적 권리를 가지는데, 특허법은 제94조 전단에서 「특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다.」라고 하여 특허권을 독점권으로 규정하고 있다. 특허법 제94조의 독점력은 특허물품의 생산·판매에 있어서 경제적인 특권의 형태로 구현되고, 이 독점적 지위는 시장에서 특허권의 효력이 미치는 특허물품의 경제적 수익확보와 특허침해시 손해배상의 형태로 구체화된다. 사유재산에 대한 대부분의 소유권이 적극적 권리인데 반하여, 특허권은 특허된 발명의 제작, 이용 또는 판매로부터 타인을 배제하는 소극적 권리이고²¹⁵⁾, 그 보호범위에 대하여 특허법 제97조에서 「특허발명의 보호범위는 특허청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여 진다」라고 하여 특허청구범위를 정하고 있다. 이와 같이 특허에 의한 보호는 20년간 지속된다.

제3자의 제2차적 발명에 대한 투자를 이끌어낸다는 주장이다. 이 견해에 의하면 특허는 기존의 기술을 이용하는데 불필요한 중복투자를 방지하여 사회전체의 기회를 증대하는 것에 기여한다는 것이다.

215) David A. Burge, Patent and Trademark Tactics and Practice, New York: John Wiley & Sons, 1984, p.27.

1. 자연법칙을 이용한 기술

특허법상 발명은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작이어야 한다. 여기서 자연법칙이란 자연계에 존재하는 물리적·화학적·생물학적 원칙을 말한다.²¹⁶⁾ 경험칙상 일정의 원인에 의하여 일정의 결과를 얻을 수 있는 것이면 인정된다. 따라서 자연법칙 등의 원리의 발견이나 단순한 아이디어에 대해서는 특허를 인정하지 않는다. 즉 자연법칙 자체 또는 자연법칙 아닌 인간의 정신활동 또는 사람의 심리적, 생리적 작용을 이용한 것(예컨대, 최면술, 피로퇴치법, 상품의 진열법, 암기기억법, 진료법 등)이나 윤리법칙, 경제법칙을 이용한 것(예컨대, 암호의 작성방법, 보험제도, 광고방법 등)은 물론 자연법칙에 반하는 것(예컨대, 영구운동의 기계장치나 영구발동기 등)은 특허법상 발명이라 할 수 없다.²¹⁷⁾

또한 수학적 표현물이라고 할 수 있는 프로그램도 특허의 대상이 되지 못한다. 수학적 방법이나 알고리즘 그 자체는 수를 어떻게 처리하는가를 나타내는 단순한 추상적 개념에 불과하고 자연력의 인과적 이용이 아니다.²¹⁸⁾ 그러나 발명의 기초에 있는 사상이 수학적 방법을 포함하고 있더라도 그것이 기술적 과정에서 사용되고 기술적 효과발생에 기여하는 경우 발명개념에 속하여 특허성을 취득할 수 있다.²¹⁹⁾

216) 土肥一史, 知的財産權法入門, 中央經濟社, 2001, 118頁.

217) 송영식·이상정·황종환, 지적소유권(상), 육법사, 1998, 183~184면.

218) 유럽특허조약 제52조제1항에서도 발명개념에 해당하지 아니한 것으로 첫째 발견이나 과학적 이론 또는 수학적 방법, 둘째 미적 창작물, 셋째 정신적 활동을 수행하거나, 게임을 하거나 또는 영업을 하기 위한 계획·법칙·방법 및 컴퓨터를 위한 프로그램, 넷째 정보의 표현을 열거하고 있다.

219) 저작권법의 보호대상인 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이다. 여기서 창작은 다른 것을 베끼지 아니하고 스스로 새로운 것을 만든 것을 의미한다. 그러므로 우연히 기존의 것과 똑 같다 하더라도 그것을 베낀 것이 아니고 저작자가 스스로 만들었다는 것이 증명되면 저작물로 보호된다. 또 특허법은 기술적 창작(사상, 기술이론)을 무단으로부터 보호하려는 제도인데, 저작권법은 창작물 즉 사상이 표현되어 만들어진 것(소설, 그림 등) 그 자체를 보호하는 제도인 점에서 차이가 있다.

미국 AT & T Corp. v. Excel Communications, Inc. 사건(9172 F. 3d 1352 (C.A.Fed. Del. 1999))에서, 법원은 특허청구된 방법이 불연속적인 금액으로 구성된 데이터를 받아들여 수학적 계산을 통하여 최종적인 공유 금액이라는 유용하고 구체적 결과를 생산하였으므로 특허청구대상이 될 수 있다고 판단하였다. 즉 수학적 알고리즘이 실질적인 방법으로 적용되어 유용한 결과물을 산출할 경우 특허의 대상이 되며, 그것이 반드시 물질적 변형이나 한 상태에서 다른 상태로의 대상물의 전환을 요하는 것은 아니라고 하였다.

한편 여기서 말하는 기술은 과제해결을 위한 합리적 수단이고 실시가능성 내지는 반복가능성을 가지지 않으면 안 된다. 영구운동장치는 실시가능성이 없으므로 기술성을 결여한다. 기술이기에 일정의 구체성을 가질 것이 필요하고 그 구체성은 객관적 지식으로 제3자에 전달되고 실현되는 것이어야 한다. 기술은 일정한 과제를 해결하기 위한 구체적 수단이므로 기술적 사상에 의하여 재생이 가능한 것이고 그것을 반복하여 실시할 수 있는 보편성과 반복성 및 객관성을 가지는 것이 아니면 안되고 소기의 성과, 즉 기술적 효과를 발생한 것이 아니면 안된다. 이 점에서 기술적 효과와 관련이 없는 의장이나 저작물과 다르다. 또 기술과 관계없는 판매방법, 제품의 진열방법, 장부시스템, 인쇄물 등도 특허대상이 될 수 없다. 발명의 실시가능성, 사용가능성은 모두 넓은 의미에서는 기술개념에 포함된다고 볼 수 있다. 자연법칙의 이용과 기술적 사상이라는 요건은 사실상 분리 불가능하고 양자 일체로서 발명의 개념요소를 이룬다고 하여야 할 것이다.

2. 신규성

발명은 기술적 사상의 창작이고 사상 자체에 독창성을 가질 필요가 있다. 즉 새롭게 만들 것을 필요로 한다. 신규성이란 출원시를 기준으로 볼 때 출원발명이 기존에 공지된 발명과 동일성이 없어야 한다는 것이다. 즉 특허법 제29조 제1항에서, i) 출원 전에 국내에서 공지되

었거나 공연히 실시된 발명, 또는 ii) 출원 전에 국내외에서 반포된 간행물에 게재되었거나 인터넷 등에서 공표된 발명의 경우에는 신규성이 없다고 규정하고 있다.

3. 고도성

실용신안법에서 보호하는 고안과 특허법이 보호하는 발명이 동질화되어 있어서 이들을 구별하기 위하여 고도성이 요구된다. 실용신안법은 실용적인 고안을 보호하는 법으로 여기서 고안은 발명보다 수준이 낮은 소발명을 의미한다.²²⁰⁾ 판례도 「실용신안법이 정하는 실용적 고안이라 함은 물품의 형상, 구조 또는 조합에 관한 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 특허법이 정하는 자연을 정복하고 자연력을 이용하여 일정한 효과를 창출하고 이에 따라 인간의 수요를 충족하는 기술적 사상의 고도의 창작인 발명과 그 성질에서 같으나, 다만 고도의 것이 아닌 점에서 다를 뿐이므로 실용신안법에 의하여 장려·보호·육성되는 실용신안은 물품의 특수한 형태에 그치는 것이 아니라 그 실용성, 즉 실용적 가치 나아가 그 기술적 고안이 그 대상이 되는 것이며 기술적 사상의 창작으로서 그 작용효과가 등록의 적부를 가리는 주요기준이 된다.」²²¹⁾라고 하여 발명과 고안을 동질적인 것으로 파악하나, 고도성에서 구별하는 입장이다.

III. 소 결

위에서 살펴본 것처럼 소프트웨어는 특허로 보호받기 위해서는 발명에 해당되고 또한 특허법이 요구하는 해당요건을 갖추어야 한다. 따라서 특허요건을 모두 갖춘 경우에는 소프트웨어는 발명으로 보호되고, 다른 특허발명과 동일한 보호를 받을 수 있다. 우리 나라의 특허청에서는 소프트웨어에 대한 특허권을 인정하고자 하는 실무상의 움직임이

220) 실용신안법 제2조제1호

221) 대판 1996. 7. 30, [95후1715]

나타나고 있으며, 이 경우 소프트웨어를 특허로 보호한다고 한다면 저작권으로 보호를 받을 수 없는 아이디어(예컨대, 알고리즘 등)를 보호할 수 있는 장점이 있다. 그러나 이와 같이 소프트웨어에 대한 특허보호의 필요성을 인식하면서도 소프트웨어 자체에 대한 특허성을 인정할 법적 근거가 미비한 점과 이를 현재 인정할 경우 국내 SW산업에 미칠 악영향 등을 지적하는 비판적 견해도 있다. 따라서 소프트웨어의 보호는 현 시점에서는 저작권과 영업비밀로 보호하고 있다고 볼 수 있다.

제 4 절 영업비밀에 의한 보호

I. 보호대상

부정경쟁방지법은 타인의 영업비밀²²²⁾을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하는데,²²³⁾ 영업비밀은 보호방

222) 영업비밀의 특성은 첫째, 영업비밀의 보호에 대해서 국가의 수여와 같은 행정절차가 요구되지 아니한다. 둘째, 경제적 이익을 가진 자에게 제공된 정보는 비밀로 유지되고 있는 한 영업비밀로 잠재적 보호를 받을 수 있다. 영업비밀로 보호받는 경우 영업비밀은 비밀로 유지되는 한 영구적으로 경제적 이익을 향유할 수 있다. 그렇지만 영업비밀이 공개되는 순간부터 경쟁자는 동일한 기술을 이용할 수 있고 경쟁적 이점은 사라진다. 그러므로 특허법의 진보성과 같은 엄격한 조건의 적용을 받지 아니한다. 셋째, 특허법은 특허를 받기 위한 조건으로 일반에 어떠한 정보가 공개될 것을 요구하고 있지만, 부정경쟁방지법은 영업비밀로 보호되는 정보를 일반에 공개하는 경우 보호받을 지위를 상실하기 때문에 공개가 억제된다. 즉 합법적인 수단으로 영업비밀을 취득한 자는 비밀준수의무가 있는 경우를 제외하고는 아무런 책임없이 정보를 자유롭게 이용 또는 공개할 수 있다. 즉 특허와는 달리 영업비밀은 독자적으로 알아낸 자에 대하여 원칙적으로 소송을 제기할 수 없다. 유사하게 영업비밀이 상품에 이용된 경우 그 상품을 누구나 분석할 자유가 있고, 소위 ‘reverse engineering’과 같은 방법으로 취득한 정보는 정당하게 이용할 수 있다. 넷째, 영업비밀로의 보호는 불확정기간이고, 특허에 의한 보호는 20년간이어서 모방하기에 용이하다. 영업비밀의 소유자는 절도와 같은 부정한 수단을 사용하여 비밀을 취득한 경우 계속 존속하나, 특허권자와는 달리 독립된 발명자 또는 영업비밀을 이용하여 만들어진 객체를 분석하여 알아내는 행위를 하는 자를 배제시킬 수 없다. 이와 같이 영업비밀에 의한 프로그램 발명의 보호는 발명한 장치의 제작, 이용 또는 판매를 배제할 수 있는 특허와는 달리 그 보호의 필요성이 낮다. 그렇지만 영업비밀에 의한 보호의 경우 비밀성이 유지되는 한 보호기간은 제한이 없다.

223) 부정경쟁방지법 제1조

식에 있어서 저작권이나 특허권이 일반에 이용을 제공하는 대신 소유자에게 발명 또는 저작의 인센티브를 보장하는 측면에서 배타적 권리로 보호되지만, 영업비밀은 단지 아이디어나 사실을 부당한 방법으로 알아내는 것으로부터 보호한다는 데에서 차이가 있다. 여기서 영업비밀(trade secret, undisclosed information)이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보로 정의된다.²²⁴⁾ 이와 같은 개념정의는 영업비밀의 보호를 입법화하였다는 점과 그 보호요건을 명문화하였다는 점에서 중요한 의미가 있다.

그렇지만 부정경쟁방지법은 제2조제2호의 개념정의에서 알 수 있듯이 영업비밀의 보호대상 및 보호범위를 상당히 제한을 하고 있다. 즉 부정경쟁방지법 제2조제2호에 의하여 영업비밀로 보호받기 위해서는 (i) 공연히 알려져 있지 않을 것(비공지성) (ii) 독립된 경제적 가치를 가질 것(경제성) (iii) 비밀로서 관리되고 있을 것(비밀관리) (iv) 생산방법, 판매방법 기타 영업상 유용한 기술상 또는 경영상의 정보일 것(유용성)을 요건으로 하며 프로그램 발명의 경우에도 동일하다.²²⁵⁾ 이 경우 프로그램을 영업비밀로 보호받기 위해서는 프로그램 제작자가 정보의 비밀을 유지하기 위해 어느 정도의 조치를 취했는가 하는 점과 타인이 그 정보를 취득 또는 복제하는 것이 쉬운가 어려운가 하는 점도 중요한 기준이 된다.²²⁶⁾

224) 부정경쟁방지법 제2조 제2목

225) 구체적으로 어떠한 정보가 영업비밀로 보호를 받을 수 있는지 여부의 판단기준은 다음과 같다(Restatement of Torts(first), § 575). 즉 (i) 정보가 영업 이외에 알려진 정도 (ii) 피용자 및 기타 영업관계자에게 알려진 정도 (iii) 정보의 비밀성을 유지하기 위한 조치의 정도 (iv) 정보의 가치(고유한 또는 절대적인 가치가 아니라 적어도 경쟁자에 어느 정도 가치가 있으면 된다) (v) 정보의 개발에 소모된 노력과 비용의 정도 (vi) 정보의 취득 또는 복제의 용이성

226) 영업비밀의 보호요건은 ‘유용성’과 ‘비밀성’이라는 요건만을 요구하게 된다. 따라서 영업비밀의 보호는 1993년에 제정된 미국의 ‘부정경쟁방지법에 관한 세 번째의

II. 보호요건

1. 비공지성

부정경쟁방지법 제2조제2호에서 영업비밀은 누구나 알고 있는 일반적인 정보가 아니라고 하는 비공지성을 필요로 한다. 이와 같은 비공지성이라는 요건은 ‘공연히 알려져 있지 않을 것’이라는 문구로 표현되어 있는데, 과연 이 요건이 필요한 것인가에 대하여는 의문이다. 왜냐하면 아래에서 살펴본 ‘비밀관리(또는 비밀성)’라는 요건의 문구해석에 의하여 도출되는 것이고 특별히 법문으로 명시할 실익도 적다고 판단되기 때문이다.

2. 경제성

부정경쟁방지법 제2조제2호에서 ‘독립된 경제적 가치를 가지는 것’이라는 문구에 의하여 ‘경제성’이라는 요건은 도출되는 것인데, 이 요건은 종래 완화된 형태로 해석되어 왔다(이 문구를 엄격하게 해석하면, 영업비밀이 그 자체로서 독립된 경제적 가치를 가져야만 한다). 즉 영업비밀은 비밀보유자의 의사만으로는 부족하고 비밀로 소유관리할 정당한 이익 즉, 경제적 가치를 가지고 있는 것이어야 한다는 주

리스테이먼트’처럼 유용성과 비밀성이라는 요건에 집중되고 비공지성, 경제성 및 비밀관리라는 요건은 삭제된다. 이와 같은 새로운 개념정의에 의할 경우 가장 중요한 요건은 정보의 비밀성인데, 여기서 비밀성은 절대적인 것이 아니라 상대적인 것으로 충분하다(대판 1999.3.12, [98도4704]). 즉 이 세상에서 자기만이 알고 있고 자기 이외의 어느 누구도 모른다고 할 수 있을 만큼 절대적 비밀성은 요구되지 아니하고, 보유자 이외의 자가 당해 정보를 가지고 있다고 하더라도 그들에게 비밀유지의무가 있는 경우라면 비밀성은 그대로 지켜지고 있으며, 또 제3자가 우연히 동일한 정보를 개발하였다 하더라도 당해 제3자가 그 정보를 비밀로서 관리하고 있는 경우에는 일반적으로 입수가 불가능하므로 여전히 비밀성을 가지고 있다. 비밀보유자가 그 정보를 모르고 있는 경쟁상대방보다도 우월한 입장에 설 수 있고 타인은 합법적으로 그 정보를 입수하기 곤란한 정도만으로 수비요건을 충족시킬 수 있다.

장이 일반적으로 수용되어 왔는데,²²⁷⁾ 여기서 경제적 가치는 원칙적으로 비밀성으로부터 유래하는 것으로 그 공개 또는 사용에 의해 경제적 가치를 얻을 수 있는 자에게 일반적으로 알려져 있지 않고 또 정당한 수단에 의해서는 쉽게 알 수 없기 때문에 현실적이건 잠재적이건 경제적 가치를 가지게 되며 법률상 정당한 이익을 가져야 한다는 의미이고 정보 그 자체가 거래의 대상이 되는 독자적·금전적 가치를 가져야 한다는 의미는 아니라고 한다.

이와 같은 해석은 동조에서 규정한 “생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라는 문구의 해석(‘유용성’)과 실질적으로 구별하기가 어렵고 또한 양자의 범문사이에서도 구별하여 명문화해야 할 이유도 찾기가 어렵다. 원래 이 문구는 입법당시 다른 외국의 입법례를 모방한 것으로 일본의 부정경쟁방지법처럼 이 문구를 삭제하는 것이 타당하고, 이 문구가 없다고 하여도 ‘유용성’이라는 요건을 통하여 충분히 한정될 것으로 사료된다.²²⁸⁾

3. 유용성

영업비밀은 부정경쟁방지법 제2조제2호에 의하여 ‘생산방법, 판매방법 기타의 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보’이어야 한다. 여기서 유용성이란 구체적이고 실질적이며 신뢰할 수 있는 이용가능성을 의미한다. 즉 현실적으로 사용하지 않는 정보라 하더라도 장래 경제적 가치를 발휘할 잠재적 유용성이 있으면 족하다. 그러나 실현가능성이 없는 정보는 일반적으로 유용성이 없으며 나아가 구체적으로 완성되지 아니한 추상적 정보는 적어도 잠재적으로 유용할 정

227) 송영식·이상정·황종환, 위의 책, 93면.

228) 부정경쟁방지법 제2조제2호 “...독립된 경제적 가치를 지니며(경제성)...생산방법 또는 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 혹은 경영상의 정보(유용성)...”이라는 문구의 해석과 관련해서 유용성과 경제성을 하나로 통합해서 설명하는 견해도 있다(정연호, 부정경쟁방지법, 삼지원, 1993, 252면).

도의 구체성을 가지지 않는 한 유용성이 없다. 예컨대, 유용성에는 당해 정보 자체가 사업활동에 이용되는 것에 의한 비용의 절약, 경영효율의 개선 등에 유용한 것을 의미한다.

그렇지만 이와 같은 정보에 해당한다면 당해 정보가 현실적으로 사업활동에 기여하는 것이고 이것을 장래 또는 잠재적으로 유용성의 가능성이 객관적으로 인식된다면 영업비밀을 획득한다. 유용성은 당해 정보의 객관적 유용성을 의미하는 것이기에 보유자가 주관적으로 유용성을 판단하는 것도 객관적으로 당해 사업에 유용한 정보가 아닌 것으로 제한되고 그 침해로부터 보유자를 보호할 필요는 없다.

4. 비밀관리

부정경쟁방지법은 제2조제2호에서 ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된’이라는 문구를 통하여 ‘비밀관리’라는 요건을 요구한다. 즉 부정경쟁방지법은 비공지인 특정정보가 영업비밀로서 보호받기 위해서는 단순히 당해 정보가 공연히 알려져 있지 않다는 것 이외에 보유자가 당해 정보를 비밀로서 관리하고 있음을 요구한다. 이 요건을 필요로 하는 이유는 영업비밀에 관한 부정한 행위는 비밀로서 관리되고 있는 타인의 정보를 부정한 수단으로 취득하여 경쟁상 유리한 지위를 차지하려는 행위이고, 이러한 부정한 수단이 필요한 것은 당해 정보가 비밀로서 관리되고 있기 때문이므로 객관적으로 비밀로서 관리되고 있지 않은 정보는 그 정보에 접근하는 사람에게 당해 정보가 누구에게나 공개되어 자유로이 사용할 수 있는 정보라는 개연성이 높아 그러한 정보까지 보호하면 정보거래의 안정성을 해치기 때문이다.

또 제3자 보호를 위하여 정보에 접근하는 자가 무엇이 영업비밀인가를 명확히 인식할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다. 어느 경우에 비밀로서 관리되고 있다고 인정될 수 있는가는 구체적인 상황에

따라서 개별적으로 판단되어야 할 문제이나 대략 다음과 같은 경우에는 비밀로서 관리된다고 볼 수 있다. 예컨대, (i) 당해 정보에 접근할 수 있는 자를 제한하고 있는 경우, (ii) 당해 정보에 접근한 자에게 당해 정보를 권한없이 사용하거나 공개해서는 안된다는 의무가 과하여져 있는 경우, (iii) 당해 정보에 접근한 자에게 당해 정보가 영업비밀인 것을 알 수 있도록 하고 있는 경우를 들 수 있다.²²⁹⁾

III. 소 결

위에서 살펴본 것처럼 소프트웨어는 영업비밀로서의 요건을 모두 갖춘 경우에 부정경쟁방지법에서 보호하는 영업비밀로 보호받을 수 있다. 소프트웨어가 영업비밀로 보호받는 경우에 다른 영업비밀과 마찬가지로 그 비밀성이 공개되면 보호는 사라진다.

제 5 절 불법행위에 의한 보호

프로그램은 불법행위에 기초해서도 보호될 여지가 있다. 즉 민법 제 750조 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다」는 불법행위에 대한 일반조항을 마련하여 다양한 불법행위에 대응하고 있는데, 우리나라의 판례는 타인의 재산권을 무단으로 이용하는 행위를 불법행위로 다루고 있다.

프로그램의 보호는 프로그램보호법에 의하여 무형재산권으로 보호되므로 민법 제750조에 기초하여 보호받을 수 있는 여지는 낮다. 그렇지만 앞에서 살펴본 부정경쟁방지법에 의한 부정경쟁으로부터의 보호와 비슷한 법리구성이 가능할 수 있다. 즉 프로그램을 재산권으로 본다면, 이를 침해하는 행위는 타인의 재산권에 대한 부당한 이용에 해당되고 소위 ‘부당이용’이라는 불법행위가 성립할 여지가 있다. 이

229) 千野直邦, 위의 책, 153-154면 참조.

와 관련하여 미국의 커먼로상에서는 상세히 법리구성을 하고 있는데, 소위 부당이용(misappropriation)이라는 불법행위가 여기에 해당된다. 프로그램 발명에 대하여도 적용될 수 있다.

부당이용이라는 불법행위는 일찍부터 커먼로에 의하여 개발되어 왔고 초기의 사례에서는 타인에 의하여 생산된 상품의 사칭(palming off)으로부터 경쟁자를 배제하는 데에서 출발하였다. 이 불법행위는 정보에 대한 보호에도 적용되고 있는데, 1913년 *International News Service, v. Associated Press* 사건²³⁰⁾에서 부당이용이라는 커먼로상의 불법행위에 의하여 재산적 가치있는 정보를 보호하였다. 초기에 부당이용은 ‘소비자의 혼동’의 경우에만 적용하는 제한적인 원리로 특징지워졌으나, 점차 소비자의 혼동가능성에 관계없이 타인의 표어나 상징에 무임 편승하는 경우 표어나 상징의 재산적 이익에까지 미치는 것으로 넓혀왔다.

이러한 경향에 대하여 최근 연방항소법원은 *National Basketball Association, v. Motorola, Inc.*, 사건²³¹⁾에서 다음의 요건을 갖추어야 한다고 보았다. 즉 (i) 원고가 정보의 수집에 비용을 지출하고 (ii) 정보가 시간적으로 민감하고 (iii) 피고의 정보이용이 원고의 노력에 무임 편승하고 (iv) 피고는 원고에 의하여 제공된 상품 또는 서비스와 직접적인 경쟁관계에 있어야 하고 (v) 원고와 기타 자의 노력에 무임 편승으로 정보의 존재 또는 질을 위협하여 생산에 대한 인센티브를 감소시킬 수 있어야 한다.

230) 이 사건에서 법원은 『당시에 INS구독자가 뉴스를 얻기 위해서는 게시관이나 신문이 필요했고, INS는 AP사의 피용자와 구성원을 매수하여 AP사의 뉴스를 자사의 게시관과 신문에 게재했다. 원고 AP는 뉴스의 수집이나 배포에 독점권을 가지고 있지도 뉴스기사의 복제를 막을 저작권도 가지고 있지 아니하지만, 원고의 경쟁자 INS가 수집하지 아니한 뉴스의 배포와 복제의 과정에 참여하는 것을 지연시키고 원고 AP의 노력과 비용으로 산출된 산물로부터 경쟁자 INS를 배제하는 한도에서 원고 AP의 부분적인 배제권이 있다.』고 밝히고 있다(*International News Service, v. Associated Press*, 248 U.S. 215).

231) *National Basketball Association, v. Motorola, Inc.*, 96-7975(2th Cir. 1997).

제 4 장 소프트웨어의 유통

제 1 절 개 관

I. 무형재산의 양도

우리 민법은 제98조에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.』고 규정하고 있는데, 여기에 열거된 ‘유체물’과 ‘전기’ 및 ‘기타의 관리할 수 있는 자연력’을 제외한 ‘무체물’이나 ‘정보’ 또는 ‘지적재산’에 대하여는 언급하지 아니하고 있다. 그 이유는 민법의 제정시 그 모법인 19세기 유럽사회에 있어서 특허권이 나 저작권이라는 일부의 지적재산을 제외한 무체물이나 정보의 경제적 가치가 충분히 인식되지 못했고 독립된 거래의 대상이나 법적 보호의 객체로서 논하여지는 데에 이르지 않은 것에서 유래한 것으로 사료된다.²³²⁾ 여기서 다루고자 하는 소프트웨어도 무형재산에 해당되고 다른 지적재산과 유사한 형태의 계약(라이선스계약)을 통하여 유통되고 있다. 따라서 현행법의 현황과 그 내용 및 특성 등을 살펴볼 필요가 있다.

민법은 물건을 중심으로 양도계약과 이용계약을 입법화하여 왔고 사람의 사용에 관련해서는 고용계약을 중심으로 한 위임계약과 도급계약이라는 전형계약을 마련하여 시장의 수요를 충족시켜 왔다.²³³⁾ 그렇지만 우리 나라의 민법은 다른 외국(독일 및 일본)의 민법과 유사하

232) 松本恒雄, “情報の保護”, *ジュリスト*(No.1126), 1998.1. 193頁 참조.

233) 우리나라의 민법은 사람의 ‘노무’에 대하여 인적 특성을 고려하여 계약의 목적으로 하였지만 상업적인 거래의 대상으로는 다루지 않았으며, 제655조에서 『고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.』고 규정하여 사람의 노무 이용계약에 대한 전형계약을 마련하였다. 또한 민법은 제680조의 위임계약과 제664조의 도급계약 등에서도 ‘일’ 또는 ‘사무의 처리’에 관련하여 사람의 노무를 이용하는 전형계약을 고려하였다.

게 그 제정 이후 민사특별법에 의하여 많은 변화를 경험하여 왔다. 예컨대, 소비자와 사업자라는 개념을 도입하는 입법이 다수 나타난 것을 들 수 있고, 또한 상업적인 목적으로 거래의 대상이 되는 ‘상품(동산)’과 상품처럼 상업적인 거래의 객체가 되는 ‘용역(서비스)’을 거래대상으로 하는 입법화가 이루어진 것이 주목된다. 이와 같이 물건의 거래를 중심으로 하는 민법에 대응하여 우리나라에서는 강학상으로 지적재산권법에 해당하는 특허법, 저작권법, 상표법, 실용신안법, 의장법 등이 제정되어 지적재산권을 보호하여 왔고 이들 법률에서는 독자적으로 지적재산권의 거래에 관한 양도계약과 라이선스계약을 입법화하였다.

지적재산의 양도는 지적재산의 권능으로 배타적인 제조·사용·판매의 3가지 권능을 포함하는 권리의 이전을 의미하고,²³⁴⁾ 지적재산의 양도계약은 민법의 물건에 관한 양도계약과 구별된다. 왜냐하면 물건의 양도가 모든 처분권을 이전하는 것과 달리, 지적재산은 양도하여도 지적재산권자의 처분권을 완전히 소멸시키지는 아니하기 때문이다. 예컨대, 저작권의 양도는 저작자의 저작인격권의 이전을 수반하지 아니하고, 또한 저작재산권을 양도한 경우에 특약이 없는 한 2차적 저작물이나 편집저작물을 작성할 권리를 수반하지 아니한다.²³⁵⁾ 실무상에서는 지적재산권의 양도계약과 라이선스계약의 구별이 문제되고 있는데, 그 구분은 계약상의 표시나 용어에 의하여 정하여지는 것이 아니라 법적 효과(당사자의 의사)에 의하여 정하여진다. 이와 관련해서 우리나라의 대법원은 당사자의 의사표시가 어느 쪽에 해당하는지가 모호한 경우 양도계약보다는 라이선스계약이나 출판권설정계약으로 해석해야 한다는 입장이다.²³⁶⁾

234) 川口博也, *アメリカ特許法概説*, 發明協會, 1990, 139頁 참조.

235) 저작권법 제21조제2항

236) 대판 1996, 7, 30, [95다29130]

II. 무형재산의 라이선스

1. 라이선스계약의 성립과 방식

라이선스계약은 정보나 지적재산 등을 대상으로 하므로 본질적으로 무수히 많은 라이선스이용자에게 다양한 내용의 라이선스를 줄 수 있다. 즉 배타적으로 소프트웨어를 이용하고자 하는 자는 계약내용에 이를 포함시켜야 한다.²³⁷⁾ 예컨대, 배타적 라이선스를 할 것인가 또는 비배타적 라이선스를 할 것인가를 선택할 수 있고, 더 나아가 라이선스를 복제물의 제작만을 허용할 것인가 아니면 배포까지 허용할 것인가 또는 복제물의 이용장소와 시간을 제한할 것인가를 정할 수 있다.

한편, 지적재산은 특별법으로 그 보호대상과 보호범위가 특정되어 있고 통상 지적재산권법의 라이선스계약은 지적재산권자와 라이선스이용자사이에 업(業)²³⁸⁾을 전제로 하고 있는데²³⁹⁾, 계약의 체결여부와 그 내용의 결정은 원칙적으로 당사자의 의사에 따른다. 따라서 해당 법률이 특별히 라이선스계약의 방식(예컨대, 등록)을 요건으로 하지 아니하는 한 구두계약으로 체결할 수 있으며 제3자에게 라이선스를 이전하는 경우에도 그러하다. 다만, 라이선스의 이전이나 재라이선스는 인적 특성으로 저작권법과 특허법에서 라이선스허락자의 동의를 요건으로 한다. 소프트웨어의 라이선스도 소프트웨어가 저작물로 보호되는 정보인지, 특허로 보호되는 정보인지 또는 영업비밀로 보호되는 정보인지 등에 따라서 해당 법률에서 정한 요건을 갖추어서 라이

237) 물건에 대한 이용계약은 하나의 거래객체로 독립된 물건을 대상으로 하며 그 물건의 이용에 있어서 배타성이 제한되는 경우(예컨대, 부동산의 지역권은 동시에 여러 사람이 이용할 수 있다는 점에서 그 이용의 배타성은 축소된다)를 제외하고 통상의 경우 물건의 이용은 타인의 이용을 배제한다.

238) 여기서 업(業)으로서의 실시라 함은 개인적·가정적 실시가 아닌 사업 또는 산업적인 의미에서의 실시라는 의미로 넓게 해석되고 영리목적의 유무, 계속 반복성의 여부는 묻지 아니한다(송영식·이상정·황종환, 지적소유권법(상), 육법사, 2003, 349면 참조).

239) 특허법 제100조·제102조, 의장법 제49조, 실용신안법 제42조 참조

선스를 체결할 수 있고 라이선스의 이전에 대하여 특별히 정한 방식이 없다면 구두계약으로 할 수 있다.

2. 라이선스계약의 특성

(1) 사적 자치의 존중

지적재산권법의 라이선스계약은 저작권자와 라이선스이용자(통상 사업자)사이에서 업을 위하여 체결되고 소비자는 라이선스이용자의 실시물이나 복제물을 구매하여 소유한다. 따라서 지적재산권법은 라이선스계약에 대하여 최소한의 조항만을 마련하였고 관련조항도 대부분 임의규정으로 하였다. 즉 지적재산권법의 라이선스계약은 계약조항(특약)이 없는 경우와 계약조항에 애매한 표현이 사용되고 있는 경우에 보충규범이나 해석규범으로 적용된다. 이 경우 라이선스계약에 대한 조항은 대부분 당사자가 사적 자치의 원칙에 기초하여 자유롭게 내용합의를 할 수 있는 임의법규의 성격을 가진다. 다만, 강행법규의 성격을 가진 사항은 양도와 라이선스의 성립방식(예컨대, 등록), 권리의 제3자에 대한 대항요건, 소송의 원고적격, 지적재산의 존속기간 등 일정한 내용에 관한 사항으로 한정된다. 따라서 재라이선스(sub-licence)의 가부, 라이선스의 양도성 유무라는 중요사항도 임의법규에 지나지 않는다. 그러므로 특약으로 배타적 라이선스에서 재라이선스를 인정하는 것도 가능하고 비배타적 라이선스에서 재라이선스를 부여하는 권리를 수여하는 것도 가능하다. 더 나아가서, 대인적이라고 취급되는 라이선스에 있어서도 특약으로 제3자에의 양도성을 인정하는 것이 가능하다.²⁴⁰⁾

(2) 임대차계약과의 관계

지적재산의 라이선스계약을 임대차계약 유사의 계약이라고 이해하고서 임대차계약에 따라(유추하여) 해석하고자 하는 주장이 있는데,

240) 村上政博, 特許ライセンスの日本比較(第3版), 弘文堂, 2000, 130頁.

실질적으로 임대차계약을 유추 적용할 수 있는 경우는 희박하다. 즉 라이선스계약은 임대차계약과의 성격의 차이가 있어서 무명계약(비전형계약)²⁴¹⁾이라고 해석하는 것이 유력한 견해이다.²⁴²⁾ 라이선스계약이 임대차계약과 구별되는 근본적인 원인은 라이선스의 대상이 되는 정보나 지적재산이 무형재산이라는 데에 있다. 즉 정보나 지적재산은, 첫째 물건과 달리 상이한 장소에서 다양한 사람이 이용할 수 있다는 점, 둘째 물건과 달리 소비재가 아니어서 그 가치를 손상하지 아니하고 이용할 수 있다는 점, 셋째 물건의 양도와 달리 정보나 지적자산을 이전했다고 하여도 해당 권리자의 처분권이 완전히 소멸하지 아니한다는 점, 넷째 정보나 지적재산은 무형물에 해당되어 원래 누구나 이용할 수 있는 공유의 상태에 있다는 점 등에 의하여 다양한 라이선스가 가능하고 라이선스의 독자적인 특성이 나타난다.

제 2 절 소프트웨어 제작자와 라이선스 이용자간의 거래

I. 개 요

최근 정보통신기술의 발달은 인터넷 등을 통하여 소프트웨어를 양도하거나 라이선스하는 방식의 거래를 야기하고 있으며, 소프트웨어

241) 유사한 견해로 송영식·이상정·황종환, 상계서, 338면 참조. 독일에서는 온라인 계약의 경우 임대차계약과 매매계약의 요소를 가지고 있어서 일종의 결합계약(Typenkombinationsvertrag)으로 보는 견해도 있다(Mehrings, Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online-und CD-ROM-Datenbanken, NJW 1993, 3105ff).

242) 일본에서도 이 견해가 유력설인데, 이 견해에 의하면 임대차계약의 대상인 유체물과 비교하여 특허나 저작권은 ①다수의 사람에 의해 각기 다른 곳에서 동시에 라이선스될 수 있다. ②특허권이나 저작권은 유한의 존속기간을 가지고 또한 무효심판, 포기 등에 의해 존속기간 내에서도 소멸한다. ③특허권이나 저작권은 지역적으로 분할하여 실시나 이용허락이 가능하다는 점 등의 특질이 있어 임대차계약을 유추하여 라이선스계약을 해석하는 것은 거의 실질적인 의미가 없다고 한다(村上政博, 上掲書, 135頁).

의 라이선스는 위에서 살펴본 지적재산권법처럼 지적재산권자(라이선스허락자)와 라이선스이용자사이에 업을 전제로 하여 체결되는 경우도 있고 라이선스권자(라이선스허락자 또는 라이선스이용자)와 소비자사이에 체결되는 경우도 있다. 따라서 소프트웨어의 라이선스는 관련 입법의 라이선스에 대한 개정론과 소프트웨어의 거래에 대한 새로운 입법문제를 가져오고 있다. 먼저, 저작권법의 라이선스계약(실시계약 또는 이용허락계약)은 통상 저작권자와 라이선스이용자사이에 개별적인 계약의 형태로 체결되기에 당사자가 계약에서 명시하지 않았거나 불분명한 내용에 대하여 어떻게 보충 내지는 보완하여야 하는가가 문제된다. 다음으로, 라이선스계약은 전자약관 등을 이용하여 체결되는데, 이 경우 라이선스계약이 유효한 것인지와 그 계약의 해석이 문제되고 또한 단순한 이용자에 불과한 소비자의 약화된 법적 지위를 어떻게 입법적으로 보완해야 할 것인가와 관련해서도 문제된다.

따라서 소프트웨어의 라이선스와 관련된 저작권법과 프로그램보호법에서 규정하고 있는 라이선스계약의 문제점과 그 개선방안을 살펴보고, 아울러 소프트웨어의 라이선스계약에서 발생하는 소비자 보호의 문제점과 그 해석 등에 대하여 고찰하고자 한다.

II. 저작권법의 라이선스

저작권법은 제46조에서 배타적 이용허락과 비배타적 이용허락을 구분하지 아니하고서 규정하고 있으며, 법정허락에 대한 규정²⁴³⁾도 마련하고 있다. 미국의 경우 저작권에 대한 라이선스는 주법에 따르고 통상은 배타적 라이선스와 비배타적 라이선스로 나누어지며 특허의 경우와 유사하다. 독일의 경우는 저작권법 제31조에서 제37조까지 구체적인 조항을 마련하여 규정하고 있는데,²⁴⁴⁾ 이 법에서는 배타적 이용

243) 저작권법 제50조 내지 제52조

244) 독일의 저작권법에 있어서 저작자는 타인에게 저작물의 일부나 전부의 이용유

허락과 비배타적 이용허락으로 나누고 이용허락의 이전이나 재이용허락을 하고자 하는 경우 저작권자의 동의를 요건으로 하고 있으며 저작권자가 신의성실에 반하여 라이선스의 이전을 거부해서는 안된다는 등의 제한을 하고 있다. 일본의 경우 우리나라의 저작권법과 유사한 조항을 마련하고 있다.

1. 라이선스의 유형

저작권법은 저작권의 이용허락에 관한 일반조항만을 두고 있으며 이용허락의 유형에 대하여 명문화하지 아니하는 입법을 하였다. 즉 저작권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있고 허락

형을 허락할 수 있고, 이용권은 비배타적 이용권(einfache Recht)과 배타적 이용권(ausschließliche Recht)으로 나누어서 허락할 수 있다(독일의 저작권법 제31조제1항). 배타적 이용권자는 저작권자를 포함하여 다른 모든 자를 배제하여 저작물의 허락된 유형을 이용할 권한이 있으며(독일의 저작권법 제31조제3항), 배타적 이용권자는 저작권자의 동의가 있는 경우에 한하여 비배타적 이용권을 허락할 수 있다(독일의 저작권법 제35조제1항). 비배타적 이용권자는 저작자 또는 기타 권리자와 동시에 저작물의 허락된 유형을 이용할 권한이 있고(독일의 저작권법 제31조제2항), 저작자가 배타적 이용권을 허락하기 전에 허락한 비배타적 이용권은 저작자와 비배타적 이용권자사이에 다른 합의가 없는 한 배타적 이용권자에 대하여 효력이 있다(독일의 저작권법 제33조). 이용권의 허락은 당시에 알려지지 아니한 이용유형 및 의무에 대해서는 효력이 없고(독일의 저작권법 제31조제4항), 이용권의 허락에 있어서 이용유형은 구체적으로 표시하지 아니한 경우 허락으로 추구하는 목적에 따라 이용권의 범위로 한다(독일의 저작권법 제31조제5항). 또한 이용권은 장소적, 시간적 또는 사항적으로 제한할 수 있고(독일의 저작권법 제32조), 저작권자의 동의가 있는 경우에만 양도할 수 있으며 이 경우 저작권자는 신의성실에 반하여 동의를 거절해서는 안 된다(독일의 저작권법 제34조제1항). 이용권은 저작권자의 동의없이 양도할 수 없지만 이용권자와 저작자사이에 다른 합의는 할 수 있고(독일의 저작권법 제34조제3항 및 제4항), 저작권자와 이용자사이에 계약으로 제3자에게 이용권을 이전하는 경우 연대책임을 진다(독일의 저작권법 제34조제5항). 저작자가 타인에게 저작물의 이용권을 허락한 경우 저작물의 출판 또는 가공한 저작물의 이용에 대한 권리에 의문이 있는 때에는 유보되고(독일의 저작권법 제37조제1항), 저작권자가 타인에게 저작물을 복제할 이용권을 허락한 경우 저작물을 영상사업자 또는 음반사업자에게 양도할 권리에 의문이 있는 때에도 유보되며(독일의 저작권법 제37조제2항), 저작권자가 타인에게 저작물의 배포할 권리를 허락한 경우 영상, 음반 또는 기타 일반적으로 인지할 수 있는 유사한 장치로 배포할 권리가 없다(독일의 저작권법 제37조제3항).

을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.²⁴⁵⁾ 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.²⁴⁶⁾ 다만, 음반저작물의 경우는 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우 계속하여 배포할 수 있지만 영리목적으로 대여하는 경우에는 허락을 받아야 한다.²⁴⁷⁾ 이와 같은 저작권법의 라이선스는 당사자의 합의조건에 따라서 비배타적 라이선스가 될 수도 있고 배타적 라이선스도 가능하다.²⁴⁸⁾ 이들 경우 라이선스는 특허의 비배타적 실시나 배타적 실시와 유사하고, 특허의 전용실시권과 같은 물권이 저작권법에서는 인정되지 아니한다는 점에서 차이가 있다.

(가) 라이선스의 유형 및 범위

저작권의 라이선스는 배타적 라이선스와 비배타적 라이선스로 나누어 지는데, 저작권법은 비배타적 라이선스에 대해서만 명시적인 조항을 마련하고 있다. 즉 저작권법 제46조제1항과 제2항에서 저작재산권자는 타인에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있고 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다. 즉 라이선스권은 저작재산권자의 동의없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.²⁴⁹⁾

(나) 비배타적 라이선스

비배타적 라이선스(nonexclusive license)란 라이선스허락자가 동일한 범위에서 동일한 정보, 정보권 또는 계약상의 권리를 제3의 라이선스이

245) 저작권법 제46조제1항 및 제2항

246) 저작권법 제46조제3항

247) 저작권법 제47조제2항

248) 우리나라에서 저작권의 라이선스 유형에 대하여 배타적 이용허락과 비배타적 이용허락으로 나누고 이들 라이선스가 채권이라는 데에는 거의 일치하는 견해라고 볼 수 있다(오승중·이해완, 저작권법, 박영사, 2001, 299면; 허희성, 신저작권법 축조개설(상), 저작권아카데미, 2000, 389면 등).

249) 저작권법 제46조제3항

용자에게 이전하는 것을 배제하지 아니한 라이선스를 의미하고,²⁵⁰⁾ 다른 표현으로는 라이선스이용자가 제3자에게 독자적으로 라이선스를 수여할 수 없는 것을 의미한다.²⁵¹⁾ 여기서 비배타적 라이선스에는 저작권법이나 특허법에서 통상이용권 또는 통상실시권이라는 것이 여기에 해당된다. 비배타적 라이선스의 이용범위는 그 계약에서 정한 조건에 의하여 결정된다. 비배타적 라이선스는 라이선스 허락자의 동의 없이는 양도할 수 없는 것을 원칙으로 하고 있다.²⁵²⁾

한편, 비배타적 라이선스이용자는 원고로서 침해소송을 제기할 수 없고 라이선스허락자의 계약위반의 경우 단지 손해배상청구권을 가지는 것에 그친다. 무효심판에 있어서도 라이선스허락자만이 피청구인이고 라이선스이용자는 피청구인에 해당되지 아니한다.

(다) 배타적 라이선스

배타적 라이선스란 라이선스허락자가 라이선스이용자 이외의 제3자에 라이선스를 하지 아니한다는 약정을 하는 것을 말한다.²⁵³⁾ 배타적 라이선스는 유일의 라이선스를 의미하는 것은 아니다. 기존의 비배타적 라이선스(복수도 가능하다)의 존속을 전제로 배타적 라이선스를 허용할 수 있다. 다만, 당사자사이에 배타적 라이선스계약을 체결한 경우 명시적 합의가 없는 한 과거의 라이선스에 대하여 라이선스허락자가 침묵하고 라이선스이용자가 이를 알지 못한 상태에서 체결된 배타적 라이선스계약은 유효한 배타적 라이선스를 허용한 것이 아니다.

250) UCITA §201(a)(47)

251) 村上政博, 特許ライセンスの日米比較(第3版), 弘文堂, 2000. 128頁.

252) 특허권자와 전용실시권자 사이에는 강한 신뢰관계가 있는 경우가 보통이고, 그 특허권이 어떻게 누구에 의해서 실시되느냐의 여부가 당해 특허권의 가치에 큰 영향을 미치며, 특히 전용실시권을 이전한 다음에도 특허실시료를 계속적으로 지급받을 수 있는지의 여부가 특허권자에게는 큰 이해관계를 가지므로 특허권자의 동의를 얻도록 규정한 것으로 보는 견해도 있다(송영식·이상정·황종환, 지적소유권법(상), 육법사, 1998. 314면).

253) 村上政博, 前掲書, 127頁.

배타적 라이선스는 비배타적 라이선스와 마찬가지로 채권계약에 불과하고 등록을 하지 아니하는 한 당사자사이에에서만 배타적 효력이 있다. 배타적 라이선스에 대해서는 현행 지적재산권은 전혀 아무런 조항을 마련하고 있지 아니하나, 계약자유의 원칙에 따라 당사자는 얼마든지 이러한 계약을 체결할 수 있으며 이 경우 계약의 성립이나 효력은 계약법에 의하여 결정된다.

(라) 물권적 라이선스

앞에서 살펴본 비배타적 라이선스와 배타적 라이선스는 민사적 차원에서 보면, 당사자사이의 채권계약에 불과하다. 따라서 당사자사이에만 법적 효력이 발생하고 제3자에게는 효력이 미치지 아니한다. 이에 비하여, 일본과 우리나라의 특허법이나 상표법 등에서 규정된 소위 ‘전용실시권’이라는 권리는 물권에 해당된다.²⁵⁴⁾ 즉 현행 특허법 제101조 제1항에서 전용실시권은 그 성립요건으로 등록을 요구하고 있고, 제100조 이하에서 전용실시권자에게 단독으로 침해의 정지 또는 예방의 청구 등을 행하는 권리를 부여하고 있는데, 이는 물권의 전형적인 특성에 해당된다.²⁵⁵⁾

(2) 라이선스의 범위

지적재산권의 라이선스계약이 주로 지적재산권자와 사업자사이에 체결되어 왔고, 일반소비자보다는 양당사자가 합리적이고 이성적인

254) 전용실시권은 설정행위에서 정한 범위내에서 특허발명을 독점적 배타적으로 행사할 수 있고 그 성질은 물권적이라는 점에 이론이 없다(방극성, 특허의 실시권-약정실시권을 중심으로-, 지적소유권에 관한 제문제(上), 법제자료제56집(법원행정처), 1992. 196면).

255) 전용실시권을 물권으로 보고서 일관된 해석을 한다면, 특허권과 상표권 등의 전용실시권은 모든 채권적 라이선스에 우선한다. 또한 전용실시권과 병존할 수 없는 채권적 라이선스는 그 효력을 중단시키거나 방해의 배제를 청구할 수 있다. 과연 이러한 법적 결과를 허용할 것인가는 의문이 아닐 수 없다. 결국 일본과 우리나라의 전용실시권은 그 타당성에 의문이 제기되고, 차후에는 관련조항을 정비하여 전용실시권을 삭제해야 할 것으로 사료된다.

지위에 있는 자들이므로 현행 지적재산권법은 라이선스에 관하여 최소한의 조항만을 두고서 당사자의 자치에 따라 자유롭게 계약을 설정할 수 있게 하였다. 즉 지적재산권의 라이선스 당사자는 라이선스의 유형과 그 이용범위를 사항적, 장소적 및 시간적으로 정할 수 있다. 예컨대, 배타적 라이선스를 할 것인가, 비배타적 라이선스를 할 것인가를 선택할 수 있고, 더 나아가서 라이선스를 복제물의 제작만을 허용할 것인가, 배포까지 허용할 것인가, 또는 복제물의 이용장소와 시간을 제한할 것인가를 정할 수 있다. 이와 같이 지적재산권의 라이선스의 특성은 민법의 물건의 이용계약 보다도 훨씬 복잡하고 다양한 특성을 지니고 있다.

2. 라이선스당사자의 권리의무

저작권법은 저작권의 라이선스와 관련하여 대부분 당사자의 자치에 맡겨두고 있어서 계약에서 이를 명확히 하지 아니하는 경우에 문제될 수 있는 사항을 살펴보면, 아래와 같다.

첫째, 이용허락자의 담보책임은 특허권과 마찬가지로 특약이 없는 한 이용허락된 저작권이 제3자의 저작권을 침해하지 않는다는 묵시적인 보증의무에 대하여 이용허락자는 책임이 없다.

둘째, 저작권의 라이선스 경우 특허법처럼 물건에 해당하는 전용실시권을 두고 있지 아니하므로 이용허락자의 침해배제의무는 없다고 할 수 있다. 그렇지만 저작권의 배타적 이용허락의 경우 이용자는 스스로 침해배제를 청구할 수 없다고 하여도 저작권자와 공동으로 저작권침해소송을 제기할 수 있다고 해석된다.

셋째, 라이선스계약에서 이용허락자가 저작물을 업그레이드하여 이를 제공할 것을 정하지 아니한 경우 이용허락자의 개량물제공의무는 없다.

넷째, 이용자는 이용허락자의 저작권에 대하여 부쟁의무(不爭義務)를 부담하지 아니한다.

다섯째, 이용자가 이용허락자와 저작물의 이용허락계약을 체결하였다고 하여도 저작물을 이용할 의무(성실의무)는 원칙적으로 없다. 따라서 계약에서 이용자의 출판의무나 배포의무를 명시적으로 정하여야 한다. 그런데, 저작권의 배타적 이용자의 경우에 이용할 의무가 있는가는 개별적인 계약에 따라서 차이가 있을 수 있지만 특허의 경우처럼 이용의무가 있다고 해석되고, 저작권을 복제·배포할 권리를 가진자의 경우에는 저작권법에 의하여 독자적인 출판권²⁵⁶⁾을 가지는 대신에 출판의무를 부담한다.²⁵⁷⁾

3. 라이선스의 종료

저작권의 라이선스는 저작권의 존속기간 또는 계약기간의 만료 등으로 라이선스는 종료한다.

Ⅲ. 프로그램보호법의 라이선스

위에서 살펴본 저작권법의 라이선스와 프로그램보호법에서 규정하고 있는 라이선스는 별반 차이가 없다. 따라서 라이선스의 종류, 범위, 내용 등은 당사자가 계약을 통하여 정할 수 있다. 이와 관련하여 프로그램보호법은 프로그램의 경우 프로그램저작권자의 동의를 받아서 양도할 수 있고 허락된 사용방법 및 조건의 범위 안에서 당해 프로그램을 사용할 수 있다고 규정하고 있다.²⁵⁸⁾ 다만, 프로그램보호법은 음반저작물과 프로그램의 경우 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우 계속하여 배포할 수 있으나, 영리목적으로 대여하는 경우에는 허

256) 복제 및 배포할 권리를 받은 자는 출판권이라는 독자적 물권을 가지고(동법 제 54조제1항) 이를 근거로 금지청구와 손해배상청구를 할 수 있다(동법 제91조 및 제 93조 참조). 따라서 출판권은 최초의 출판권이 생성된 이후에 나타날 수 있는 제3의 출판권을 배제하는 결과를 가져와서 독점권에 해당된다.

257) 저작권법 제58조

258) 프로그램보호법 제17조제1항 및 제2항

락을 받도록 규정하고 있다.²⁵⁹⁾ 즉 프로그램저작권자 등의 허락을 받아 원프로그램 또는 그 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있으며, 판매용프로그램을 영리를 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램저작권자 등의 허락을 받아야 한다.

IV. 소 결

이상에 살펴본 내용 중에서 입법론에 관련된 것을 요약 정리하면, 다음과 같다.

지적재산의 라이선스는 지적재산권자와 라이선스이용자사이에 업을 전제로 이용되어 왔으며, 지적재산권법에서는 최소한의 조항만을 마련하여 당사자의 자치를 광범위하게 인정하였다. 그렇지만 최근 소프트웨어를 비롯한 저작권의 활발한 라이선스는 관련법제를 보다 구체화하는 것을 요구하고 있다. 특히, 저작권자와 소비자사이에 체결되는 라이선스의 등장은 더욱 입법의 개선을 요구하고 있다. 즉 저작권법의 라이선스는 저작권이 다양한 권리²⁶⁰⁾로 구성되어 있고 또한 저작권의 활발한 라이선스는 보다 구체적인 입법을 통하여 당사자의 권리의무를 명시하는 것을 요구하고 있다. 독일의 저작권법에서도 라이선스의 유형을 구분하여 그 효력을 명시한 점, 배타적 라이선스의 설정에 앞서서 비배타적 라이선스가 설정된 경우 영향을 미치지 아니하는 것으로 한 점, 저작권자와 라이선스이용자사이에 제3자에게 라이선스를 이전하는 경우 연대책임을 인정한 점 및 라이선스가 종료 후 다시

259) 프로그램보호법 제19조 제1항 및 제2항

260) 저작권은 하나의 권리가 아니라 다양한 권리로 구성되어 있고, 그 각각은 독자적으로 금지청구와 손해배상청구를 할 수 있는 물권적 특성을 지니고 있다. 즉 저작권법은 저작자에게 저작인격권(공표권, 성명표시권, 동일성유지권)과 저작재산권(복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 전시권, 배포권, 2차적 저작물 등의 저작권)을 허여하고 있다.

라이선스를 하는 경우 저작권자는 신의성실에 반할 수 없다는 점을 명문화하고 있다. 결국 이와 같은 저작권법의 라이선스에 대한 개선은 소프트웨어의 라이선스를 규율하고 있는 프로그램보호법의 라이선스계약에 관련된 조항에도 사실상 그대로 적용된다. 따라서 저작권법의 라이선스가 개정되면 이를 준용하거나 아니면 유사한 내용으로 프로그램보호법에도 반영하여 개정하는 것이 요구된다.

제 3 절 소프트웨어 제작자와 소비자 간의 거래

I. 개 요

1. 입법의 현황

(1) 전자계약입법

소프트웨어의 라이선스는 상품의 인도나 전자적 방식 등 다양한 형태로 허용될 수 있지만, 많은 경우 전자계약에 의존하고 있어서 전자계약의 법적 효력이 문제된다. 이와 관련해서 우리 나라의 전자거래기본법은 전자계약의 유효성을 인정하고 있다. 그렇지만 이 법은 제4조 전자문서의 효력, 제5조 전자문서의 보관, 제6조 송신·수신의 시기 및 장소, 제7조 작성자가 송신한 것으로 보는 경우, 제8조 수신한 전자문서의 독립성, 제9조 수신확인 등 전자계약에 관한 최소한의 조항만을 마련하고 있다. 따라서 소프트웨어의 라이선스계약에 관련해서는 전자적 방식의 계약이 유효하다는 것 외에는 적용될 가능성은 낮다.

(2) 소비자보호입법

앞에서도 간략히 지적한 것처럼 우리 나라는 민법시행 후 당초 예상과는 달리 사인간의 대등한 거래보다는 사업자와 소비자사이에서 상품이나 상품처럼 거래되는 용역을 대량적이고 규격화하여 판매하는

행위가 증가하였고, 사업자와 소비자사이의 특수한 판매행위(예컨대, 방문판매·할부거래·다단계판매·통신판매 등)를 중심으로 하여 대등한 당사자에 기초를 둔 민법의 계약을 적용하는 것이 부당함이 나타났다. 이러한 특수한 판매행위는 최근 전화권유판매·계속거래·사업권유거래 및 전자상거래 등으로 더욱 더 넓혀지고 있고, 그 결과 ‘방문판매등에관한법률’·‘할부거래에관한법률’ 및 ‘전자상거래등에서 소비자보호에관한법률(이하 ‘전자상거래소비자보호법’이라 한다)’ 등의 제정이 나타났다. 또한 사업자가 상품이나 용역의 거래에 있어서 미리 인쇄된 약관을 이용함에 따라 소비자 보호를 위한 ‘약관규제등에관한법률(이하 ‘약관규제법’이라 한다)’을 제정하게 되었다. 이러한 소비자보호의 경향은 오늘날 특수한 판매행위나 약관에 한정되지 아니하고 사업자가 상업적 목적으로 판매하는 모든 상품이나 용역에 대하여 소비자 보호를 강화하는 것까지 넓혀지는 경향이 있다.

이와 같은 소비자 보호는 소프트웨어 저작권자와 소비자사이에 체결되고 있는 라이선스에서도 나타난다. 이 경우에 적용될 수 있는 현행법은 주로 전자상거래소비자보호법과 약관규제법 등이 있다. 전자상거래소비자보호법은 소프트웨어의 라이선스에 관련해서 긴밀한 관련성이 있는 입법이지만, 이 법은 여전히 상품과 용역을 그 적용대상으로 한다는 점에서 근본적인 한계가 있다.²⁶¹⁾ 약관규제법은 매스마켓 라이선스와 같은 방법으로 체결되는 라이선스계약에 적용될 수 있는데, 이 법도 약관과 관련된 계약의 효력을 정하는 것에 한정되는 한계가 있다. 결국 소프트웨어 저작권자와 소비자사이에 체결되는 라이선스에 직접적으로 적용될 수 있는 입법은 없다. 그렇지만 소프트웨어의 라이선스와 관련된 소비자 보호는 다양한 영역에서 문제되고 있다. 예컨대, 계약의 체결방식·전자적 오류에 대한 책임·정보제공이

261) 이 법의 문제점과 개선방안에 대하여는 현대호, 전자거래입법의 문제점과 개선방안(연구보고서), 한국법제연구원, 2002, 42-56면 참조.

나 부실표시·손해배상·계약의 철회방식 또는 자력구제의 행사 등 다양하다. 이들 중에는 전자거래기본법, 약관규제법 또는 전자상거래 소비자보호법으로 해소될 수 있는 것도 있지만 대부분은 새로운 입법을 통하여 강행규정으로 다루어져야 할 사항에 해당된다.

II. 소프트웨어의 이용계약과 입법

소프트웨어의 거래는 유체물과 달리 소유권을 이전하는 방식(매매계약)이 아니라 대부분 이용권을 허여하는 방식(라이선스계약)을 이용한다. 이 경우 라이선스계약은 프로그램보호법의 라이선스계약(프로그램 저작자와 라이선스이용자사이에 상업적인 업을 전제로 하는 계약)과 달리 사업자와 이용자(소비자)사이에 소프트웨어의 이용을 위하여 체결된다. 이와 같은 거래현상에도 불구하고 우리 나라에서는 소프트웨어의 거래를 포괄적으로 규율하는 법률이 존재하지 아니한다. 다만, 소프트웨어의 이용자보호와 관련해서는 2002년에 제정된 전자상거래 소비자보호법과 2005년에 개정된 온디콘법 등이 마련되어 있다.

소프트웨어의 거래와 관련된 법률은 전자거래기본법, 전자상거래 소비자보호법, 온디콘법 외에도 전자서명법 및 약관규제에 관한 법률 등 다양하다. 그렇지만 여기서 소프트웨어의 거래에 따른 소비자보호는 전자거래기본법, 전자상거래 소비자보호법 및 온디콘법에서 주로 규율하고 있다.

1. 전자거래기본법

전자거래기본법은 구두나 서면 외의 전자적 수단에 의한 계약(전자계약)도 유효하다는 것을 인정하는 혁명적인 입법에 해당된다. 그렇지만 전자거래에서 발생하는 대부분의 계약법적인 문제는 여전히 입법의 공백으로 남겨두었다. 즉 이 법은 전자적 수단을 이용한 거래행위

에 필요한 최소한의 법적 기반을 마련한 것에 불과하다. 왜냐하면 이 법은 제4조 전자문서의 효력, 제5조 전자문서의 보관, 제6조 송신·수신의 시기 및 장소, 제7조 작성자가 송신한 것으로 보는 경우, 제8조 수신한 전자문서의 독립성, 제9조 수신확인 등 전자계약에 관한 기본적인 사항만을 두고 있다.

2. 전자상거래소비자보호법

전자상거래소비자보호법은 2002년 2월에 제정되었는데, 인터넷의 발달로 전자상거래 비중이 증가하고 이로 인한 소비자의 피해 가능성이 높아짐에 따라 방문판매등에관한법률에 규정되어 있는 종전의 통신판매제도만으로는 이에 대처하기에 한계가 있어 통신판매에 관한 사항을 별도로 분리하여 이 법의 적용대상으로 하였다. 이 법에서는 상품과 용역에 대한 거래를 그 적용대상으로 하고 있으며, 재화 등의 구매계약을 체결한 소비자가 조건없이 당해 계약을 철회할 수 있는 기간을 계약내용에 관한 서면의 교부일(재화 등의 공급이 계약내용에 관한 서면의 교부일보다 늦은 경우에는 재화의 공급일)부터 7일간으로 하였다.²⁶²⁾ 또한 전자상거래에 있어서 소비자의 조작실수에 따른 의사표시의 착오 등으로 발생하는 피해를 예방할 수 있도록 청약이나 거래대금이 부과되기 전에 그 내용의 확인 및 정정에 필요한 절차를 사업자에게 마련하도록 하였다.²⁶³⁾ 이외에도 전자상거래에 상품의 판매에 따른 관련내용과 통신판매중개에 관한 내용도 마련하고 있다. 그렇지만 전자상거래소비자보호법은 인터넷을 통하여 거래되는 상품을 그 주된 대상으로 하는 소비자의 보호에 관한 입법이고, 소프트웨어의 거래에 따른 소비자보호를 직접적으로 규율하고자 하는 것은 아니다.

262) 전자상거래소비자보호법 제17조제1항

263) 전자상거래소비자보호법 제7조

3. 온디콘법

온디콘법은 그 명칭에서 알 수 있듯이 이 법은 관련산업의 발전에 관한 입법에 해당되고, 그 규율하고 있는 내용도 제2장에서 산업발전 추진체계, 제3장에서 산업의 기반조성, 제4장에서 콘텐츠제작자의 보호 및 제5장에서 벌칙으로 구성되어 있다(제4장은 범명과 차이가 있음). 따라서 이 법은 본래 지원법(육성법)의 성격으로 제정된 입법이고, 여기에 온라인디지털콘텐츠의 보호에 관한 조항을 포함시키는 법이었다. 그렇지만 2003년 5월에 공포된 개정 저작권법은 제4장의 2에서 “데이터베이스제작자의 보호”라는 새로운 장을 만들어서 데이터베이스 보호를 저작권법 내에서 특별하게 보호를 받도록 하여 온디콘법의 실효성을 감소시킨 바가 있다.

온디콘법은 2005년 12월에 개정되었는데, 그 성격을 본질적으로 변화시킬 수 있는 내용(거래법)을 입법화하고 있다는 점에서 중요한 의미가 있다. 즉 개정된 온디콘법은 소프트웨어처럼 복제가 가능한 재화의 경우 온라인디지털콘텐츠제작자는 사전에 청약철회 등이 제한되는 사실을 명시하거나 시용상품을 제공하는 등의 방법으로 디지털콘텐츠를 이용하는 이용자가 불이익을 받지 않도록 조치를 취하도록 하는 한편, 정보통신부장관은 디지털콘텐츠의 건전한 거래질서의 확립 및 소비자의 보호를 위하여 사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야 당사자의 의견을 들어 정할 수 있도록 하려는 의도를 가지고 있어서 거래법적인 요소가 편입되었다.

이 법의 개정내용은 첫째, 온라인디지털콘텐츠제작자가 전자상거래 소비자보호법에 따라 청약철회 등이 불가능한 온라인콘텐츠의 경우 그 사실을 표시사항에 포함시키거나 시용상품의 제공, 한시적 또는 일부 이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니

하도록 조치하게 하였고, 그 조치를 하지 아니한 경우에 소비자의 청약철회는 제한되지 아니한다.²⁶⁴⁾ 따라서 전자상거래소비자보호법에 의하여 청약철회를 할 수 없는 디지털콘텐츠의 거래라고 하여도 청약을 포기할 실질적인 기회가 주어지지 아니하는 한 청약철회를 할 수 있도록 하였다.

둘째, 정보통신부장관에게 콘텐츠거래 표준약관 및 표준계약서를 제정하여 그 시행을 권고할 수 있도록 하였다. 표준약관에서는 온라인 콘텐츠사업자에게 온라인콘텐츠 거래시 이용자 보호를 위하여 약관에서 과오금의 환불, 콘텐츠이용계약의 해지·해제의 권리, 콘텐츠 하자 등으로 발생하는 이용자 피해보상 등의 내용을 포함하도록 하였다.²⁶⁵⁾ 또한 온라인콘텐츠사업자가 온라인콘텐츠 거래시 이용자 보호를 위한 약관을 정하려는 때에는 (i)온라인콘텐츠 이용에 필요한 기술 사양 (ii)과오금의 환불방법 및 절차 (iii)온라인콘텐츠 이용 계약의 해지·해제의 방법 및 그 효과와 위약금의 범위 (iv)온라인콘텐츠 하자 등에 의한 이용자 피해보상의 기준·범위·방법 및 절차 (v)전자상거래소비자보호법 및 약관의규제에관한법률이 이용자 보호를 위하여 정하는 사항 등을 포함하도록 하였다.²⁶⁶⁾

셋째, 정보통신부장관이 온라인콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자의 보호를 위하여 온라인콘텐츠사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야의 제작자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있도록 하였다.²⁶⁷⁾

넷째, 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 한 이용자 보호 교육의 실시 및 이용자 피해구제를 위한 제반 조치를 마련하여 시행하도록 하였

264) 온디콘법 제16조의2

265) 온디콘법 제16조의3 제2항

266) 온디콘법 시행령 제21조의2

267) 온디콘법 제16조의3 제1항

다.²⁶⁸⁾ 이 경우 이용자 피해구제를 위한 제반조치에는 (i)온라인콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해실태 조사 (ii)온라인콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해상담 및 예방활동 (iii)온라인콘텐츠사업자를 대상으로 하는 이용자 보호교육 등이 포함된다.²⁶⁹⁾

이상과 같이 2005년 온디콘법에서 편입된 내용은 디지털콘텐츠의 거래에 지대한 영향을 미칠 것은 분명하고 이용자의 보호에도 중요한 역할을 할 것으로 사료된다. 특히, 2005년 온디콘법의 개정은 이용자 보호를 위한 몇 개의 조항을 마련하였다는 의미보다는 디지털콘텐츠 거래에 관한 입법화가 이루어지는 출발점을 제공하였다는 것이 보다 중요한 의미가 있다.

Ⅲ. 소프트웨어의 이용자보호와 입법방향

위에서 살펴본 전자거래기본법과 전자상거래소비자보호법은 비록 소비자의 보호에 관한 내용을 포함하고 있지만 상품과 상품처럼 거래되는 용역에 한정된 것이고 소프트웨어에 관한 내용을 직접적으로 규율하고 있다고 보기는 어렵다. 따라서 소프트웨어의 거래와 관련하여 그나마 소비자보호를 다루고 있는 것은 온디콘법이라고 할 수 있다.

1. 온디콘법과 이용자보호

우리나라 입법현상을 고려할 때 소프트웨어의 거래는 디지털정보(콘텐츠)의 거래일반을 규율하는 법률이 아니라 개별법의 개정을 통하여 규율할 것이 예상되므로 향후 온디콘법을 개정하여 거래법의 특성을 강화하는 방안도 생각할 수 있다. 즉 현행 온디콘법은 디지털콘텐츠의 거래에 따른 소비자보호를 규율하는 청약철회 및 표준약관 등을 규율하고 있는데, 이와 관련해서 금번의 개정에서 누락된 전자적 자

268) 온디콘법 제16조의3 제3항

269) 온디콘법 시행령 제21조의3 제1항

구행위 등과 같은 이용자보호에 관련된 입법사항도 향후에 편입하도록 하여야 할 것으로 생각된다.

2. (가칭)컴퓨터정보거래법의 제정여부와 의미

한편, 온디콘법 등 개별법에서 다루어 온 라이선스계약에 관련된 이용자보호의 문제는 보다 광범위하게 디지털콘텐츠의 거래일반에서 문제된다. 따라서 이들 모두를 포섭하는 새로운 특별법을 제정하는 방법도 생각할 수 있는데, 이와 같은 방식으로 입법화 된 것이 미국의 통일컴퓨터정보거래법이다.

미국은 커먼로상에서 정보나 지적재산의 거래와 관련된 원칙을 집약하고 이에 소프트웨어 거래에 관련된 특수한 상황을 고려하여 통일컴퓨터정보거래법을 제정하였다. 이 법의 제정은 21세기의 정보경제의 규모와 시장의 특성에 맞는 새로운 입법의 필요성에서 나타난 것이고, 전자환경에서 새로운 계약법의 법리를 도입하고 있는 경우도 있지만 대부분의 경우는 통일상법전(Uniform Commercial Code; UCC) 제2편과 제2A편 및 전통적인 커먼로를 입법의 방식으로 구체화 한 것으로 평가된다.²⁷⁰⁾

우리나라에서도 정보시장의 근본적인 틀을 형성하는 단계에서 입법적인 기준(임의법규)을 마련하여 소프트웨어와 관련된 라이선스허락자, 라이선스이용자 및 소비자사이의 법률관계를 명확히하여 시장의 건전한 발전을 도모하는 것을 고려할 수 있다. 즉 소프트웨어의 거래에 대한 문제를 새로운 입법으로 해결하고자 하는 경우에 민법을 전자적 환경에 맞게 업그레이드하는 작업이 입법화의 출발점이 될 수 있고 다음과 같은 기준을 고려할 수 있다. 즉 첫째, 이 법은 민법처럼 원칙

270) 이 법의 제정은 시기상의 문제점, 불확실성의 증대, 매스마켓 라이선스의 특성 및 공익 등에 대한 배려에서 많은 비판이 제기되고 있다(현대호, 인터넷상의 라이선스계약에 관한 법제연구(연구보고서), 한국법제연구원, 2001, 38-40면 참조).

적으로 임의법규에 해당되므로 당사자의 명시적인 합의가 없는 경우 보충적으로 적용되는 입법이어야 한다. 둘째, 소비자와 사업자(업무상 또는 직업상으로 소프트웨어를 취급하는 자)를 구별하는 법리를 도입하여야 하고, 전자환경에서 소비자의 불균등한 역학관계를 조정하는 입법이어야 한다. 즉 소비자계약을 도입하는 입법이어야 한다.²⁷¹⁾ 셋째, 전자환경과 기술적 중립성을 고려하여 입법은 탄력적이고 유연성을 가져야 한다.

(1) 라이선스계약의 유형

미국의 통일컴퓨터정보거래법에 의하면, 컴퓨터정보의 라이선스계약에는 첫째, 컴퓨터정보의 제작계약 또는 개발계약으로 데이터베이스와 같은 소프트웨어나 기타 프로그램의 개발, 변경, 또는 제작에 관한 계약이 여기에 해당된다. 둘째, 컴퓨터프로그램계약으로 프로그램복제물의 라이선스이든 또는 무제한적인 판매에 관련된 것이든 간에 프로그램의 배포나 이용권의 허여에 관한 계약에 적용된다. 셋째, 접근계약이나 인터넷계약이 해당된다. 넷째, 디지털 멀티미디어 저작물의 제작이나 배포에 관한 계약이 여기에 해당된다. 다섯째, 데이터처리계약으로 컴퓨터정보의 데이터 처리나 데이터 분석을 위한 계약이 포함된다. 따라서 소프트웨어가 주된 규율대상에 해당됨을 알 수 있다.

271) 미국의 통일컴퓨터정보거래법에서 “소비자계약”이란 사업자(merchante)인 라이선스허락자와 소비자사이의 계약을 의미한다(UCITA §102(a)(16)). 여기서 “소비자”라 함은 계약당시 주로 사적·가족적 또는 가사적 목적으로 이용할 의도를 가진 정보나 정보권의 라이선스이용자인 개인을 의미하고, 이 용어는 사적 또는 가족적인 투자관리 이외에 농업, 경영관리 및 투자관리를 포함하여 주로 직업적, 상업적 목적을 위한 라이선스이용자인 개인을 포함하지 아니한다(UCITA §102(a)(15)). 소비자인지의 여부는 계약당시와 그 당시 정보의 의도된 이용이라는 점에 비추어 결정한다(UCITA §102 official comment 13). 사업자는 (i) 당해 거래에 관련하여 정보나 정보권을 취급하는 자, (ii) 당해 거래의 영업관행이나 정보와 관련된 부분에 특별한 지식이나 기술을 보유하고 직업으로 하는 자, 또는 (iii) 지식이나 기술을 보유하고 있는 대리인, 중개인, 기타 매개인을 고용함으로써 당해 거래에 관련하여 영업관행이나 정보에 특별한 지식이나 기술을 보유하게 된 자를 의미한다(UCITA §102(a)(46)).

(2) 라이선스계약의 해석

소프트웨어의 라이선스계약은 다른 지적재산권법의 라이선스에 의한 경우 외에도 라이선스권자(사업자)와 소비자사이에 이용권을 허여하는 방법으로 체결된다. 즉 소비자는 소프트웨어의 복제물에 대한 소유권을 취득하는 경우는 드물고, 대부분은 소프트웨어에 대한 이용권을 취득한다.

(가) 라이선스의 허여

소프트웨어의 이용허락 유형과 범위는 다른 지적재산권법의 라이선스와 마찬가지로 당사자가 정한 명시적 합의조건과 묵시적 합의조건에 따라서 결정된다. 이 경우 라이선스의 허여는 명시적으로 정한 계약상의 권리와 명시적으로 정한 권리의 통상적인 행사과정에서 계약체결시 요구되는 라이선스허락자의 통제 내에 있었던 정보권을 이용할 계약상의 권리를 허여하는 것이다.²⁷²⁾ 즉 명시적 합의에 따라서 라이선스의 유형과 범위가 결정되는데, 그러한 명시적 합의가 없는 경우 라이선스에 의한 묵시적 권리는 계약당시에 라이선스허락자의 통제 내에 있는 권리에만 적용된다.²⁷³⁾

라이선스의 범위에 관한 조건은 정보권과 상거래의 맥락에 비추어 계약해석의 일반적인 원칙에 따라 해석하여야 한다.²⁷⁴⁾ 여기서 배타적 라이선스의 허여 또는 유사한 조건의 허여는 라이선스허락자가 라이

272) UCITA §307(a)

273) 이에 대한 대표적인 사례가 *Tasini v. The New Times Co., Inc.* 사건인데, 이 사건에 있어서 프리랜스 작가와 출판사사이의 라이선스계약은 저작물의 이용에 대하여 모호하였고, 하급법원에서는 온라인 출판권을 포함하는 것으로 보았다. 이에 반하여 항소법원은 전자적 형태로 저작물을 재생산하는 것은 편집물의 단순한 개작이 아니라고 보았고, 따라서 출판사는 프리랜스 작가와 예술가에게 이용료를 지불하거나 데이터 베이스를 삭제할 의무가 있다고 보았다(*Tasini v. The New Times Co., Inc.*, 192F3d (2d Cir. 1999)).

274) UCITA §307(f)

선스의 존속기간 중에 배타적 허여의 범위 내에서 정보나 정보권을 행사하지 아니하고 또한 제3자에게 허여하지 아니한다는 것과 라이선스이용자가 권리를 행사하는 경우 계약상의 배타적 권리를 사전에 허여하지 않았더라는 라이선스허락자의 확인을 의미한다.²⁷⁵⁾

(나) 라이선스의 조건

소프트웨어의 라이선스계약에서 당사자가 정할 수 있는 계약조건은 여러 가지가 있을 수 있고 그 중에서 주된 것을 살펴보면, 아래와 같다.

첫째, 명시적 조건과 묵시적 조건에 대한 해석이 문제된다. 즉 라이선스가 소프트웨어의 이용을 명시적으로 제한하는 경우 다른 방법의 이용은 계약위반이 된다.²⁷⁶⁾

둘째, 이용자의 숫자와 관련해서 다툼이 발생할 수 있다. 라이선스는 허용된 이용자의 수, 일정한 이용자에 의한 이용방법, 또는 일정한 장소나 사이트에서 이용하는 것으로 제한할 수 있다. 또한 라이선스는 이용자나 이용을 할 수 있는 회수를 정할 수 있다. 당사자가 이용자의 수를 특정하지 아니한 경우에는 관련된 정보권과 합의당시에 존재하는 거래상황에 비추어 합리적인 이용자의 수에 한정된다.²⁷⁷⁾ 예컨대, 매스마켓 라이선스(mass market licence)와 같은 경우에는 프로그램에 대하여 한 명에 의한 사용만이 전제된 것이고, 네트워크에 의한 이용과 같은 경우에는 다수인에 의한 이용이 더 적절한 것으로 해석할 수 있는 경우도 있다.

셋째, 새로운 버전의 소프트웨어, 개량된 소프트웨어, 또는 변경된 소프트웨어의 무상제공에 관련해서도 문제된다. 즉 새로운 버전의 소프트웨어, 개량된 소프트웨어, 또는 변경된 소프트웨어에 대하여 제공

275) UCITA §307(f)(2)

276) UCITA §307(b)

277) UCITA §307(b)

하기로 명시적으로 합의한 경우에는 그 합의에 따른다. 이와 같은 합의가 없는 경우 일방당사자에 의해 만들어진 새로운 버전의 소프트웨어, 개량된 소프트웨어, 또는 변경된 소프트웨어에 대하여 타방당사자는 어떠한 권한도 없다.²⁷⁸⁾

넷째, 담보책임이 문제되는데, 소프트웨어가 통상적인 거래대상이고 이용허락자가 영업의 통상적인 과정에서 제공된 경우에만 사업자는 담보책임을 부담한다.²⁷⁹⁾ 사업자는 소프트웨어의 통상적인 목적에 맞게 사용한 소프트웨어의 최종이용자인 경우 계약의 요건에 적합하게 포장 또는 라벨된 소프트웨어 및 계약에서 허락된 변경의 범위내에서 생산된 복제물, 그리고 포장위의 표시에 적합한 소프트웨어 배포자의 경우에 담보책임을 인정한다.²⁸⁰⁾

(다) 라이선스의 기간

당사자가 라이선스의 기간을 약정한 경우 그 기간 동안에 라이선스는 존속한다. 당사자가 라이선스의 기간을 정하지 아니한 경우 라이선스된 객체와 상거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 동안에 존속한다.²⁸¹⁾ 라이선스계약은 라이선스된 객체와 상거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 동안에 존속하나, 장래의 이행에 대하여 일방당사자는 타방당사자에게 적절한 통지로 언제든지 종료하게 할 수 있다.²⁸²⁾ 예컨대, 라이선스를 하고 불명확한 기간 동안에 지원서비스를 제공한다고 약정하는 계약은 그 지원서비스에 대하여 임의로 종료하게 할 수 있다.

278) UCITA §307 (d)

279) UCITA §401(a)

280) UCITA §403

281) UCITA §308(1)

282) UCITA §308(1)

제 5 장 소프트웨어산업의 진흥

제 1 절 개 관

소프트웨어산업은 소프트웨어의 개발·제작·생산·유통 등과 이와 관련된 서비스산업 및 정보시스템의 구축·운영 등과 관련된 산업을 말한다.²⁸³⁾ 따라서 소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어산업의 진흥에 필요한 사항과 소프트웨어산업 발전의 기반조성 및 소프트웨어산업의 경쟁력 강화를 위하여 제정된 법률이다. 이 법은 소프트웨어산업의 전반적인 발전을 도모하기 위하여 공공분야의 소프트웨어사업을 추진할 수 있는 근거법률로서 역할을 수행해오고 있다.

이 법률이 제정된 이후 국내 소프트웨어산업은 상당한 발전과 변화의 성과를 거두었다. 즉 소프트웨어산업을 21세기 지식정보화사회에서 국가경쟁력을 선도할 수 있는 핵심 산업으로서 인식하고 그 중요성에 따라 정책적 측면에서 여러 가지 성과를 도출했다. 특히 지난해 소프트웨어공공구매혁신방안과 GS품질인증 등을 통한 건전한 시장구조와 중소 소프트웨어기업의 성장환경을 조성하기 위한 제도적 기반의 개선을 추진하였고, 정보화 과정에서 소프트웨어가 사회 전반의 인프라이자 서비스로 자리 잡게 되었다.

그러나 그간의 소프트웨어산업정책은 소프트웨어산업별 구조와 특성에 대한 분석을 통하여 소프트웨어시장의 구조개선에 관한 정책적 접근이 다소 부족하였다. 따라서 향후 글로벌 소프트웨어강국으로 도약하기 위해서는 소프트웨어시장의 구조 및 특성에 관한 분석을 통하여 경쟁력 있는 전략 분야를 발굴하고 집중적으로 육성할 수 있는 지원체계가 요구되며 이를 위해서는 법·제도를 비롯한 자금, 인력 그

²⁸³⁾ 소프트웨어산업진흥법 제2조제2호

리고 기술기반을 개선하는 등 산업기반을 조성하는데 더 큰 노력을 모아야 한다.

최근 정보통신부는 웹2.0시대를 맞이하여 소프트웨어가 서비스로서 제공되는 시장변화에 대응하기 위하여 새로운 소프트웨어사업 모델인 SaaS(Software as a Service) 산업에 대한 활성화 방안을 모색하고 있다. 또한 소프트웨어제품 자체의 품질뿐만 아니라 개발 프로세스 품질에 대한 경쟁력을 향상시키기 위하여 GS(Good SW)인증제도와 함께 공공부문의 GS인증제품 우선구매제도를 함께 추진해 오고 있다. 또한 세계 소프트웨어기술변화에 대응하고 소프트웨어산업에 대한 분석과 설계를 주도할 아키텍트(architect) 수준의 소프트웨어전문인력을 양성하기 위한 SW Skill 표준도 마련할 계획이다. 또 정부는 소프트웨어사업자의 권익보호를 강화하고, 공정한 거래환경을 조성하는 등 소프트웨어산업의 전반적인 발전을 도모하고자 공공 소프트웨어사업의 하도급을 원칙적으로 제한하고 소프트웨어사업자의 하자담보책임의 범위를 명확히 하며, 소프트웨어기술자 신고제도를 도입하는 등 소프트웨어사업의 발주체계와 소프트웨어개발 및 인력의 체계적 관리 등에 관한 전반적인 개정안을 국회에 제출하고 현재 입법을 기다리고 있다.

이하에서는 소프트웨어산업진흥법의 최근 개정안과 소프트웨어산업의 활성화를 위한 새로운 법제도 방안 등에 관하여 자세하게 살펴보도록 한다.

제 2 절 소프트웨어산업진흥법의 개정논의

소프트웨어산업의 활성화 방안을 담은 소프트웨어산업진흥법 개정안²⁸⁴⁾이 2006년 12월 15일 국회에 제출되었다. 동 개정안의 주요 골자

284) 소프트웨어산업진흥법 일부개정법률안, 의안번호 5710, 2006. 12. 15.

로서, ①소프트웨어사업 과업변경심의위원회 설치, ②공공 소프트웨어 사업의 하도급 제한, ③공공 소프트웨어사업의 하자담보책임, ④소프트웨어프로세스 품질인증제도, ⑤소프트웨어기술자 신고제도 도입 등을 담고 있다. 2007년 9월 19일 국회 과학기술정보통신위원회는 법안 심사 소위원회를 열어 동 개정안의 자구를 일부 수정한 뒤 원안대로 가결함으로써 동 개정안의 연내 국회통과 가능성이 높아졌다.

I. 소프트웨어사업 과업변경심의위원회 설치

먼저 소프트웨어산업진흥법 개정안은 소프트웨어사업수행의 비효율성을 줄이고, 과업 변경에 따른 적절한 대가를 지급하도록 함으로써 공공부문이 앞장서서 소프트웨어 제값주기 환경을 조성하는 등 소프트웨어 산업의 발전에 기여하기 위하여 소프트웨어사업과업변경심의위원회의 설치·운영을 제안하고 있다. 즉 개정안에 따르면, 국가기관 등의 장은 소프트웨어산업진흥법 제20조상의 소프트웨어사업을 추진하는 경우 과업내용 변경의 적절성과 과업변경에 따른 계약금액 조정에 관한 사항을 전문적으로 심의하기 위하여 소프트웨어사업과업변경심의위원회를 둘 수 있다.

그런데 현행 예규에서 과업변경심의위원회에 관한 규정이 이미 존재하고 있음에도 불구하고 개정안에서 이 위원회의 설치를 다시 담고 있다. 예규에서는 과업내용 변경에 따른 계약금액의 조정액이 당초 계약금액의 100분의 10이상으로 추정될 경우에는 위원회를 반드시 설치하도록 하고 있어 강제사항으로 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 실제 위원회가 활성화 되지 못하고 있는 것이 현실이다. 그런데 개정안에서는 과업변경심의위원회의 설치를 국가기관 등의 장의 재량사항으로만 규정하고 있어 동 위원회가 활성화될지가 의문이다.

II. 공공 소프트웨어사업의 하도급 제한

공공 소프트웨어사업에서 과도한 하도급에 따른 계약이행의 부실화 그 밖의 불합리한 하도급 계약관행을 방지하고, 소프트웨어 대기업과 중소기업 간의 건전한 상생·협력관계를 확립하며, 소프트웨어산업의 발전을 촉진하기 위하여 소프트웨어산업진흥법 개정안에 공공 소프트웨어사업의 하도급제한에 관한 규정을 신설하였다.

원칙적으로 공공 소프트웨어사업에서의 하도급 및 재하도급을 금지하되, 발주기관인 공공기관 등이 사업의 품질이나 시스템 구축상의 능률을 제고하기 위하여 사업의 일부 하도급 및 재하도급에 관하여 서면으로 승낙하는 경우에는 예외적으로 이를 허용하도록 하고 있다.

그러나 현실적으로 소프트웨어사업은 수주자가 독립적으로 사업을 수행하기보다는 다양한 소프트웨어와 하드웨어 및 네트워크 기술 등이 종합적으로 결합된 형태로 진행되는 경우가 대부분이므로 하도급은 불가피한 상황이라고 할 수 있다. 따라서 하도급을 원칙적으로 금지하는 것은 현실을 반영하지 못하는 문제점이 발생할 수 있으므로 개정의 방향을 불공정한 하도급 관행을 규제하는 방식으로 이루어지는 것이 바람직 할 것이다.²⁸⁵⁾ 다만, 입법 기술적으로 불합리한 하도급 계약관행을 방지하기 위하여 필요하다면 서면에 의한 하도급 승낙을 원칙으로 정할 수 있을 것이다.

285) 불공정한 하도급 관행을 규율하는 법률로서, 『하도급거래공정화에관한법률』 및 『대·중소기업상생협력촉진에관한법률』이 있다. 전자는 대기업과 중소기업간 하도급거래, 중소기업과 중소기업간 하도급거래에 적용되며 원사업자의 직전사업년도 연간매출액(건설 : 당해년도 시공능력 평가액) 또는 상시고용종업원수가 위탁받은 중소기업의 2배 초과하는 경우이어야 한다. 또한 원사업자의 매출액이 제조의 경우 20억미만, 건설의 경우(시공능력평가액) 30억미만, 용역의 경우(소프트웨어사업, 건축설계) 10억 미만인 때에는 이 법의 적용에서 제외된다. 후자는 전자가 규율하지 못하는 위탁기업과 수탁기업간의 불공정 하도급 관행을 규율하고 있다.

Ⅲ. 공공 소프트웨어사업의 하자담보책임

소프트웨어사업자의 권익보호를 강화하고, 수주자와 발주자 간의 공정한 거래관행을 정착시키기 위해 공공 소프트웨어사업자의 하자담보책임 기간을 1년으로 정하고 발주자가 제공한 물품의 품질이나 규격 등의 기준 미달로 발생한 하자 등에 대하여는 하자담보책임을 부담하지 않도록 하였다. 즉 국가기관 등의 공공기관과 소프트웨어사업계약을 체결하는 사업자는 자신이 개발한 소프트웨어에 대해 사업이 끝난 날로부터 1년 범위에서 그 발생한 하자에 대해 담보책임을 지게 된다. 그러나 소프트웨어사업자는 발주자가 제공한 물품의 품질이나 규격 등의 기준 미달로 인한 경우, 그리고 발주자의 지시에 따라 정보시스템을 구축한 경우에는 하자담보책임을 예외로서 발생한 하자에 대해 담보책임을 지지 않는다. 다만, 개발자인 소프트웨어사업자는 발주자의 지시가 적당하지 않다는 것을 알고도 이를 발주자에게 고지하지 아니한 경우에 책임을 져야할 것이다.

Ⅳ. 소프트웨어프로세스 품질인증

2007년 정부개정안은 정보통신부장관으로 하여금 소프트웨어 및 정보시스템 개발프로세스의 품질향상과 신뢰성 확보 등을 위하여 품질인증제도를 운영할 수 있도록 하고, 소프트웨어프로세스 품질인증기관을 지정하여 동 품질인증업무를 수행하도록 하고 있다. 동 개정안은 현재 소프트웨어제품 자체에 대해서만 실시하고 있는 GS인증제도의 대상을 소프트웨어프로세스까지 확대하려는 것이다. 즉 현행 소프트웨어산업진흥법에서 정보통신부장관이 소프트웨어품질보증기준을 제시하고 이를 소프트웨어사업자들에게 권장하는 차원에서²⁸⁶⁾ 한 걸음 더

286) 현행 소프트웨어산업진흥법 제23조 제1항에서 “정보통신부장관은 소프트웨어 및

나아가 현실적으로 소프트웨어에 대한 품질향상과 소프트웨어사업자의 경쟁력 강화에 기여할 수 있도록 개정한 것이다. 소프트웨어프로세스 품질인증제도를 도입할 경우 소프트웨어사업자들은 소프트웨어 및 개발프로세스의 품질향상을 위해 노력하게 될 것이고 이는 소프트웨어기업의 경쟁력 강화로 이어질 뿐만 아니라 품질에 대한 신뢰성을 확보할 수 있게 되므로 소비자보호의 기능도 갖게 될 것이다.

그런데 현행 GS인증제도가 일정한 요건만 만족되면 인증이 부여되는 체계를 두고 있어서 제품의 우수성에 대한 인증과는 다소 거리가 먼 방향으로 운영되고 있다. 그리하여 소프트웨어이용자와 공급자간에 GS인증에 대한 인식의 차이가 크며 인증을 받더라도 이용자의 구매의사에 큰 영향을 미치지 못하는 문제점이 나타나고 있다. 따라서 소프트웨어프로세스 품질인증제도를 도입할 경우 이러한 GS인증제도의 운영상 문제점을 개선할 수 있도록 인증기준의 수위를 높일 필요가 있다고 생각한다.²⁸⁷⁾

한편 이러한 품질인증제도를 시행하기 위해서는 이를 관장할 인증기관이 필요하며, 지정된 인증기관은 소프트웨어프로세스 품질인증신청을 받으면 일정한 기준에 따라 심사하여 품질인증을 하여야 할 것이다.

V. 소프트웨어기술자 신고제도

동 개정안에서 소프트웨어기술자로 하여금 자신의 근무처·경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 정보통신부장관에게 신고

정보시스템의 품질향상과 신뢰성 확보 및 유통촉진 등을 위하여 소프트웨어 및 정보시스템의 품질보증기준을 정하여 고시하고 그 기준에 의하여 시행할 것을 권장할 수 있다.”고 규정하고 있다.

287) 이현정, 소프트웨어 관련법제의 현황과 과제 -국회에서의 소프트웨어 관련 입법도향 소개-, 디지털콘텐츠 관련산업의 활성화와 입법과제 워크숍, 한국법제연구원, 2007.6.15, 99면.

또는 변경신고할 수 있도록 하고, 정보통신부장관은 그 신고 또는 변경신고된 기록을 유지·관리하여야 하며, 소프트웨어기술자가 자신의 근무처 및 경력 등에 관한 증명서 발급을 신청한 경우에는 그 증명서를 발급하도록 규정하고 있다. 소프트웨어기술자 신고제도는 공공기관이 소프트웨어사업자를 선정할 때에 소프트웨어사업자가 채용한 기술인력에 대한 공신력 있는 검증을 가능하게 하고, 소프트웨어기술자의 국내·외 취업 시에 객관적인 경력증명이 용이하도록 하는데 도입의 목적이 있다.

동 제도를 구체적으로 시행함에 있어서 소프트웨어기술자의 범위가 어디까지인지를 명확히 할 필요가 있을 것이다. 예컨대, 일정한 국가자격증을 보유하고 있는 자로 한정할 것인지, 아니면 소프트웨어 관련 직무에 종사하는 모든 기술자들이 자유롭게 신고할 수 있도록 할 것인지를 정할 필요가 있다.

이와 관련하여 『건설기술관리법』 제6조의2 제1항에 의하면 건설관련 업체에 소속되어 건설공사 또는 건설기술용역업무에 종사하는 건설기술자는 동 법 시행령 제61조에 의하여 근무처·경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관의 권한을 위탁받은 한국건설기술인협회장에게 신고할 수 있도록 하고 있다.²⁸⁸⁾

288) 건설기술관리법 제 6 조의2 (건설기술자의 신고) ① 다음 각호의 1에 해당하는 건설관련업체에 소속되어 건설공사 또는 건설기술용역업무에 종사하는 건설기술자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 근무처·경력·학력 및 자격 등(이하 “근무처 및 경력등”이라 한다)의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관에게 신고할 수 있다. 신고사항의 변경이 있을 때에도 또한 같다.

1. 건설업자
2. 주택법 제9조의 규정에 의하여 주택건설사업자의 등록을 한 자(이하 “주택건설 등록업자”라 한다)
3. 감리전문회사
4. 기타 대통령령이 정하는 건설관련업체

② 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 신고를 받은 때에는 건설기술자의 근무처 및 경력등에 관한 기록을 유지·관리하여야 하며, 건설기술자의 신청이 있는

또한 동 법 제6조의2 제3항에 의하면 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 신고를 받은 내용의 확인을 위하여 필요한 경우에는 중앙행정기관, 지방자치단체, 학교, 신고한 건설기술자가 소속된 건설관련업체 등 관련기관의 장에 대하여 관계자료의 제출을 요청할 수 있으며, 요청을 받은 기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하고 있다.

동 개정안 제24조의3 제3항에서 정보통신부장관은 신고를 받은 내용의 확인을 위하여 필요하면 국가기관 등의 장이나 신고한 소프트웨어기술자가 소속된 관련 업체 및 기관의 장에게 필요한 자료의 제출을 요청할 수 있도록 하고 있다. 또한 동조 제4항에서 소프트웨어기술자가 신고 또는 변경신고를 함에 있어서 자신의 경력 등을 거짓으로 신고하지 않도록 의무사항을 규정하고 있다. 그런데 동 법에는 이 의무사항을 어긴 경우에 대한 벌칙규정을 마련하고 있지 않아 허위신고 등에 대한 제도의 실효성을 확보할 수 있을지 의문이다. 또한 동 조항은 소프트웨어기술자에 대한 의무만을 규정하고 있으며 당해 기술자가 속한 업체 또는 기관에 대한 책임은 규정하고 있지 않아 역시 실효성의 문제가 남아 있다고 본다.

경우에는 건설기술자의 근무처 및 경력등에 관한 증명서(이하 “건설기술경력증”이라 한다)를 발급할 수 있다.

③ 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 신고를 받은 내용의 확인을 위하여 필요한 경우에는 중앙행정기관, 지방자치단체, 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교, 신고한 건설기술자가 소속된 건설관련업체 등 관련기관의 장에 대하여 관계자료의 제출을 요청할 수 있다. 이 경우 그 요청을 받은 기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

④ 건설산업기본법등 관계법률에 의하여 인가·허가·등록·면허등을 하고자 하는 행정기관의 장은 건설기술자의 근무처 및 경력등의 확인이 필요한 경우에는 건설교통부장관의 확인을 받아야 한다.

⑤ 건설기술자가 제1항의 규정에 의한 신고 또는 변경신고를 함에 있어서 근무처 및 경력등을 거짓으로 신고하여서는 아니된다.

⑥ 제1항 내지 제4항의 규정에 의한 건설기술자의 신고 및 건설기술경력증의 발급·관리등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다.

제 3 절 소프트웨어산업의 활성화를 위한 새로운 방안

I. 소프트웨어분리발주

1. 소프트웨어분리발주의 필요성

정보통신부는 중소소프트웨어기업에 대한 육성과 기술개발 및 국제 경쟁력 제고를 위하여 올 5월부터 소프트웨어 분리발주를 본격적으로 시행하고 있다. 소프트웨어분리발주는 패키지소프트웨어구매, 소프트웨어개발용역, HW구매 등을 하나로 묶어 일괄적으로 발주하던 것을 패키지소프트웨어만 별도로 분리하여 각각 발주하는 것을 말한다.²⁸⁹⁾ 그 동안 대부분의 공공 소프트웨어사업은 분리발주가 원칙임에도 불구하고,²⁹⁰⁾ 분리발주에 따른 행정부담 증가 및 안정적 하자·유지보수의 어려움 등을 이유로 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령』 제16조제1항에 의거²⁹¹⁾ 소프트웨어분리발주원칙의 예외로서 일괄발주의 관행을 지속해 왔었다.

일괄발주시 발주자인 공공기관은 SI업체 의존도가 높으므로 최적의 소프트웨어선택과 시스템의 품질평가가 어려운 경우가 많고, SI업체의 소프트웨어선택시 가격을 가장 중요한 요소를 정하고 있어서 하도급

289) 민병수, “SW분리발주의 성과와 전망”, 『Enter』 10월호, 프로그램심의조정위원회. 2007.10., 16면.

290) 이미 국방부에서는 국방군수통합정보체계 사업에서 웹서버, WAS, 서버보안툴킷을 대상으로 분리발주를 시행했으며, 식품의약품안전청도 식품의약품 정보서비스 2단계 사업에서 WAS, 웹메일, 문서암호화모듈 등에서 시행해 왔다. 또한 민간에서는 농협이 2000년 정보화조직 개편을 계기로 분리발주를 도입하여 시행해 오고 있다.

291) 국가를당사자로하는계약에관한법률 시행령 제16조제2항에서 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 『소프트웨어산업 진흥법』 제2조제3호의 규정에 의한 소프트웨어사업시 계약의 특성상 필요하다고 인정되는 경우에는 물품과 용역을 일괄하여 입찰에 부칠 수 있다.”고 규정하고 있다.

업체의 소프트웨어제값받기에 어려움이 많다. 그리하여 중소 패키지 소프트웨어기업은 IT대기업의 의한 하도급 형태를 통해서 소프트웨어를 납품하게 되는데 SI업체간 과당 경쟁으로 인하여 가격을 덩핑하여 수주하고 적정이윤 확보를 위해 하도급업체에게 비용을 전가하는 경우가 많다. 이 과정에서 중소기업은 원도급가의 50~60% 밖에 받지 못하고 기술개발에 대한 재투자가 어렵게 되었다. 원사업자는 가장 낮은 가격의 소프트웨어공급자를 수급사업자로 선택함에 따라 공공기관에 납품되는 소프트웨어의 품질마저도 좋지 않게 되었다.

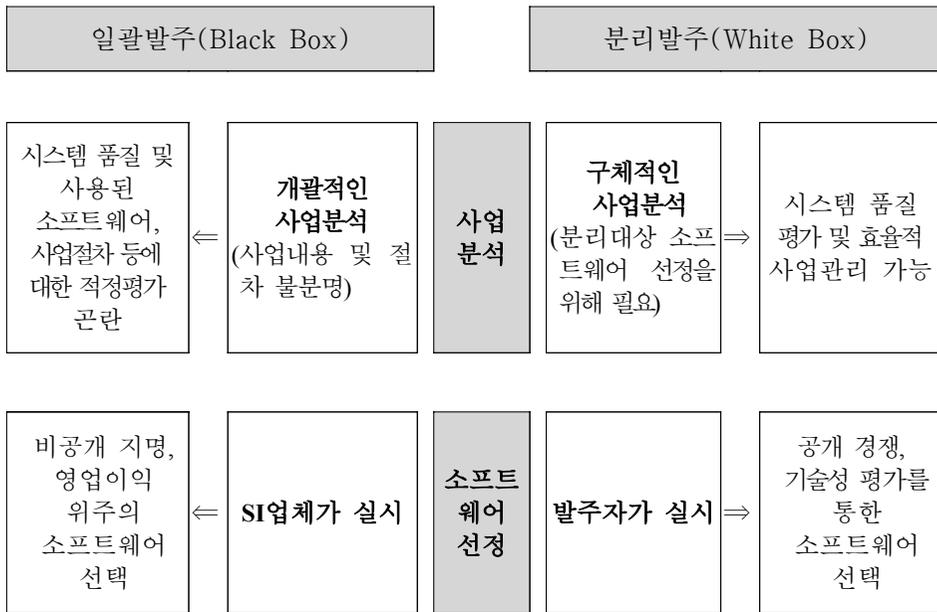
정보통신부는 다양한 소프트웨어기술개발과 표준화, 시스템 상호운용성 및 통합기술 등 기술적 여건이 성숙되고 정보시스템의 대형화, 고도화로 인해 시스템의 품질확보가 중요한 요소가 되고, 또한 정보화사업의 경험이 축적되어 발주자 역량도 향상됨에 따라 분리발주의 본격적 시행을 더 이상 늦출 수 없게 되었다. 이에 정보통신부는 솔루션, IT서비스업체, 발주자 등 소프트웨어분리발주 이해관계자의 의견을 수렴하여 가이드라인과 매뉴얼을 제정하고 업계·전문가 등의 의견수렴을 통해 작성한 분리발주 가능한 소프트웨어목록을 제공하고, 또한 정부통합전산센터 PMO(Project Management Office) 기능을 활성화하여 공공 소프트웨어분리발주를 지원토록 했다.²⁹²⁾ 그 결과 일괄발주시 SI업체가 비공개 지명, 영업이익을 우선하여 소프트웨어를 선택하는 것과는 달리 분리발주시에는 발주자가 공개경쟁과 기술성 평가를 통해 소프트웨어를 선택함으로써 소프트웨어의 품질에 따른 적정한 가격 지불이 가능하게 되었다.

일본의 경우 일괄발주로 인한 대기업 과점 방지와 비용절감, 시스템 유연성 확보 등을 위해 분리발주 원칙과 세부절차를 마련했으며, 경

292) 정보통신부, '정통부, SW분리발주 활성화에 박차', 정보통신부 홈페이지, 2007.4.30. 대부분의 선진국에서는 소프트웨어의 품질향상을 위해 소프트웨어분리발주를 원칙으로 하고 있으며, 나아가 HW에 대해서도 분리발주를 실시하고 있다.

제산업성이 중소기업을 위한 계약방침을 마련하여 분리발주 추진을 권고하고 있다. 미국도 1996년에 제정한 클링거코헨법에 근거로 최신 기술수용성, 시스템 확장성을 위해 대규모 정보시스템 구축은 기본단위(모듈) 계약을 원칙으로 하고 있으며, 연방조달지침에는 일괄발주시 중소기업에 대한 영향을 감안하여 그 필요성 및 정당성을 구체적으로 제시하도록 하고 있다.²⁹³⁾

<소프트웨어분리발주와 일괄발주의 비교>



자료 : 정보통신부 보도자료, “정통부, SW분리발주 활성화에 박차”, 2007.4.30.

2. 소프트웨어분리발주의 활성화를 위한 제도정비

정보통신부가 마련한 소프트웨어분리발주 가이드라인에서는 분리발주의 효과 및 발주자의 업무부담 등을 고려하여 10억 원 이상의 공공

293) “SW생태계 분석 통해 7월말까지 산업발전전략 수립할 것”, 컴퓨터월드(<http://www.com-world.co.kr>) 게재일자 2007. 5. 7.

기관 정보화사업 중 5천만원 이상인 소프트웨어에 대하여 분리발주하도록 하였다.²⁹⁴⁾ 그러나 총사업규모가 10억원 미만 또는 단일 소프트웨어가액이 5천만원 미만으로 소프트웨어분리발주 대상이 아닌 경우에도 GS 인증 등 품질인증을 받은 패키지소프트웨어는 분리발주하도록 권장하고 있다.

한국소프트웨어진흥원은 분리발주 소프트웨어에 대한 종합정보제공 사이트의 운영과 소프트웨어 기술성 평가 지원을 위한 BMT(benchmark test: 성능비교평가)의 실시를 확대하기로 하였다. 그리고 소프트웨어 업체의 도산 등으로부터 시스템의 안정적인 사용 및 지속적 유지보수를 보장하기 위하여 프로그램보호법상의 소프트웨어 임치제도를 의무화하고, 소프트웨어개발자의 실명등록제 등을 실시하고 있다.²⁹⁵⁾ 그러나 공공기관에 의해 분리발주된 소프트웨어의 소스코드 및 기술정보를 임치함으로써 소프트웨어의 안전한 사용과 유지보수를 보호하려는 정부의 취지에도 불구하고 이를 일괄적으로 의무화할 경우에는 대기업 및 외국계 기업의 반발이 거셀 것으로 예상된다.²⁹⁶⁾

II. SaaS산업의 활성화 방안

SaaS(Software as a Service)는 제3자가 호스팅하는 소프트웨어에 대해 사용자가 인터넷을 이용해 원격 접속하는 소프트웨어 아웃소싱 모델을 말하며, 소프트웨어시장의 새로운 비즈니스 모델로서 웹2.0과 결합하여 CRM 뿐만 아니라 애플리케이션 영역으로 빠르게 확대되고 있다. SaaS는 기존의 ASP보다 진화된 형태로서 고품질의 응용 소프트웨어를 저렴하게 서비스하려는 시도에서 시작되었다. SaaS 비즈니스 모

294) 공공기관 SW사업 중 10억원 이상 사업은 건수기준 5%(기관당 평균 2건 정도), 금액기준 59%. 전체 SW중 5천만원 이상 SW건수비중은 55%임. 정보통신부, '정통부, SW분리발주 활성화에 박차', 정보통신부 홈페이지, 2007.4.30.

295) 정보통신부, 소프트웨어분리발주 매뉴얼, 2007.5., 8면.

296) 손승우, 기술임치제도에 관한 고찰, 중앙법학 제9집 제2호, 2007. 740면.

델은 초기 투자비용이 거의 들지 않고, 또한 월정액 등 서비스 사용 기간에 따라 정해진 일정액을 지불하거나 사용량만큼 가격을 지불하는 종량제 등의 과금방식을 가지고 있다.²⁹⁷⁾

정보통신부는 이러한 SaaS 비즈니스 모델의 개발과 관련 산업의 육성을 위하여 다양한 논의를 전개하고 있는데, 여기서는 SaaS 산업의 활성화를 위하여 요구되는 법제도적 장치를 간단히 제안하고자 한다.

첫째, SaaS의 정부조달을 위한 공공구매 제도의 개선이 필요하다. 패키지화된 서비스가 정부조달물품으로서 등록될 수 있도록 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령』 등에 따라 세부기준을 마련할 필요가 있다. 현재 조달청의 물품조달계약은 소유권의 이전을 전제로 하고 있기 때문에 서비스를 기반으로 하는 SaaS에 대한 물품조달계약의 형태는 존재하지 않는다. 따라서 SaaS라는 신개념의 소프트웨어 사용을 공공영역에서 가능토록 하기 위해서는 회계처리 규정의 마련, 저작권 문제, 관리비용의 효율성 등에 관한 철저한 연구가 선행되어야 할 것이다.

둘째, SaaS 모델의 가장 중요한 요소로서 서비스의 안정적 제공과 관련 소프트웨어 기타 관련 기술의 보호를 위하여 “SaaS Escrow 제도”의 도입을 고려할 수 있다. SaaS는 온디맨드(on-demand) 방식에 의한 프로그램 및 데이터 사용을 가능하게 하는 대표적인 서비스로서 지속적이고 안정적인 서비스 제공이 매우 중요한 요소이다.²⁹⁸⁾ 만일 사업자가 폐업, 파산 기타의 사유로 SaaS 서비스를 더 이상 제공하지 못한다면 이용자들은 갑작스런 서비스 중단으로 인하여 큰 피해를 입게 될 것이다. 따라서 예상치 못한 SaaS 서비스의 중단에 대비하여 임치기관이 이용자를 위해 당해 서비스를 일정기간 유지해주고, 또한 임치기관이 실시간으로 이용데이터를 백업하며, SaaS 소프트웨어의

297) 자세한 내용은, 한국소프트웨어진흥원, SaaS 모델의 국내외 도입 현황, SW동향, 2007.8.27. 참조.

298) 손승우, 위의 논문, 727면.

소스코드와 관련 자료를 임치기관에 예치해 둬으로써 이용자는 지속적으로 안정적인 서비스를 보장받을 수 있다.

현재 프로그램보호위원회에서는 소프트웨어임치제도를 운영하고 있는데, SaaS Escrow 제도는 소프트웨어임치와 같이 관련 기술자료의 임치뿐만 아니라 서비스의 지속적인 제공을 보장할 수 있는 방안을 포함하고 있다는 점에서 차이가 있다. 따라서 이러한 “SaaS Escrow 제도”의 도입을 위해서는 관련 법률에 근거규정을 마련할 필요가 있을 것이다.²⁹⁹⁾

셋째, 기존의 소프트웨어사용이 서비스 중심의 소프트웨어유통환경으로 변화하면서 SaaS 거래에서 발생할 수 있는 사용자의 정보유출에 대한 기술적·법제도적 방지장치를 마련하여야 할 것이다. 그리고 다양한 SaaS 애플리케이션과 새로운 서비스의 출현에 따른 라이선스 정책이 마련되지 못해 저작권사와 애플리케이션 개발자간에 분쟁이 발생할 수 있으므로 SaaS 서비스별로 요금정책과 라이선스 정책에 대한 문제점과 방안을 모색할 필요가 있다.

III. GS인증제도

국산 소프트웨어의 해외경쟁에서 있어서 가장 큰 취약점으로 낮은 수준의 품질을 들 수 있다. 그 동안 해외에서 검증이 되지 않는 소프트웨어제품들이 판매되고 업체는 사려져 버리는 일들이 반복되면서 국산 소프트웨어에 대한 불신이 커져왔다. 이에 정보통신부는 소프트웨어제품 자체의 품질과 개발 프로세스 품질에 대해 경쟁력을 향상시키기 위해 “GS(Good SW)인증제도”와 “공공부문의 GS인증제품 우선구매제도”를 추진해 오고 있다.

299) 미국의 Iron Mountain사는 웹기반의 소프트웨어 실시간 서비스인 SaaS의 안정적인 사용을 보장하기 위하여 2007년부터 ‘SaaSProtect Escrow Service’를 제공하고 있음.<<http://www.ironmountain.com>>

GS인증제도란 우수 국산소프트웨어를 발굴하여 제품에 대한 홍보 및 마케팅 활성화를 지원하고, 국산 소프트웨어제품의 품질향상을 시키고자 일정 수준 이상의 품질을 갖춘 소프트웨어제품에 국가가 인증을 부여하는 제도이다. 현재 실시하고 있는 GS인증은 소프트웨어제품 자체의 품질에 한정되어 있으며, 앞서 언급한 바와 같이 소프트웨어 산업진흥법 개정안에서는 품질인증을 소프트웨어프로세스에 대해서도 확대하고자 하고 있다.

현행 소프트웨어산업진흥법 제13조와 동법 시행령 제10조 및 소프트웨어 품질인증 기준(정통부 고시 제 2000-81호, 2000. 10. 31)에 따라 시행되어 오고 있다. 현재는 한국정보통신기술협회(TTA)가 소프트웨어산업진흥법 시행령 제9조에 따라 소프트웨어품질인증기관으로 지정을 받아 제품의 시험 및 인증업무를 수행하고 있다.³⁰⁰⁾ 그런데 동법 제13조제2항에서 정보통신부장관은 품질인증을 실시하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 인증기관을 지정할 수 있도록 하면서 시행령 제9조제1항에서 한국전자통신연구원, 한국소프트웨어진흥원, 소프트웨어산업과 관련된 업무를 수행하는 비영리법인을 인증기관으로 지정받을 수 있는 기관으로 정하고 있다. 그러나 동법에서 시행령으로 위임한 것은 인증기관으로 지정받을 수 있는 요건이지 특정 인증기관의 명시라고 보기 어려우므로, 시행령 제9조제1항에서와 같이 특정기관을 열거하는 입법방식은 위임입법의 취지에 부합하지 않다고 보며 행정입법 정비시 시행령을 정비할 필요가 있다.³⁰¹⁾

한편, 정보통신부는 GS인증제도와 공공기관의 우선구매제도를 연계하여 우수한 중소 소프트웨어기업의 판매 활로를 넓혀주고 있다. 이 제도는 한국정보통신기술협회(TTA)에서 시행하고 있는 엄격한 기술 검증절차를 거쳐 필터링된 우수제품을 공공기관에서 우선적으로 구매

300) GS인증제도, 한국소프트웨어진흥원 홈페이지 <<http://www.software.or.kr/>>

301) 이현정, 전계 자료, 97면.

하도록 하여 기술력 없는 제품에 대한 필터링뿐만 아니라 기술력 있는 중소기업의 경쟁력을 높일 수 있는 제도라고 할 수 있다.

IV. SW Skill 표준

국내 소프트웨어산업의 국제경쟁력을 확보하기 위해서는 무엇보다도 전문화된 인력을 지속적으로 양성하는 것이 중요할 것이다. 소프트웨어 산업진흥법 제10조에서 정보통신부장관은 소프트웨어 전문인력을 양성하기 위하여 대통령령이 정하는 연구소·대학 기타 기관 및 단체를 전문인력 양성기관으로 지정하고 필요한 예산을 지원할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 현재 국내 소프트웨어분야에서 세계의 소프트웨어기술변화에 대응하고 소프트웨어산업에 대한 분석과 설계를 주도할 아키텍트(architect) 수준의 소프트웨어전문인력의 수는 턱없이 부족하며, 또한 중소 소프트웨어기업의 중·고급인력의 부족 현상도 지속되고 있어 향후 소프트웨어산업의 발전에 큰 문제로 대두되고 있다. 이에 정보통신부는 실수요자인 소프트웨어산업 종사자, 기업 등이 주체가 되어 교육과목·기간·장소, 강사 등 교육수요를 제기하면 평가를 통해 교육대상기관을 선정하여 정부가 교육비용을 지원하는 ‘맞춤형 소프트웨어개발자 교육사업’뿐만 아니라, 소프트웨어분야에서 전문직종별로 갖추어야 할 지식, 기능, 능력 등을 수준별로 체계화한 SW Skill 표준도 마련할 계획이다.³⁰²⁾ 또한 한국소프트웨어기술진흥협회는 소프트웨어개발 프로젝트 기술분야의 의사 결정자이자 최고 기술전문가인 아키텍트의 모임인 ‘소프트웨어 아키텍트 포럼’을 창립했다.³⁰³⁾ 이와 관련된 해외 SW기술인력 양성을 위한 제도를 살펴보면 다음과 같다.³⁰⁴⁾

302) “SW생태계 분석 통해 7월말까지 산업발전전략 수립할 것”, 컴퓨터월드(<http://www.com-world.co.kr>) 게재일자 2007. 5. 7.

303) 문보경기자, KOSTA, 소프트웨어 아키텍트 포럼 창립, 전자신문홈페이지, 게재일자 2007. 6. 25.

304) 손영수 외, 국내 SW 기술 인력 분류 및 성장 전략에 관한 연구, 한국통신학회는

미국은 1994년 National Skill Standard 법에 의해서 15개 산업 부분별 국가직무능력 표준을 개발하고, 이 노력의 일환으로 ICT(Information & Communication Technology: 국가직무능력 표준위원회) Skill Standard가 National Center for Telecommunications Technologies에 의해서 작성되었다. ICT Skill Standard에서 정의된 68개의 기술은 항목들로 기술된 간단한 설명을 제시하며, 이러한 기술들은 이후 중점직무분류에 대한 매핑을 통해서 공통기술과 특수기술로 구분된다. ICT Skill Standard에서 정의된 7가지 중점직무분류에 대해서는 중요 작업 기능들이 정의되고, 각 중요 작업 기능에 대해서는 작업활동과 이에 대한 성과 지표들이 설명되고 있다.

일본의 경우 IT 관련 서비스의 제공에 필요한 능력을 체계화하는 프레임워크(skill framework)를 IPA(Information-technology Promotion Agency)의 IT Skill Standard Center에서 개발하였다. IT Skill Standard는 각종 IT 서비스의 제공에 필요한 기술들을 객관적으로 관찰할 수 있고 교육훈련에 활용될 수 있도록 필요 요소들을 분할하여 구성한다. 일본 ITSS의 기술 프레임워크는 11개의 직업에서 세분화된 38개의 전문 영역에 대해서 요구되는 기술 역량을 7레벨로 정의한다. 5~7레벨은 고급, 3~4레벨은 중급, 1~2레벨은 초급으로 구분된다.³⁰⁵⁾ IT Skill Standard는 현재 일본지적재산교육협회에서 실시하고 있는 지적재산기술검증 제도로 구현되고 있는데, 이 제도는 지적재산과 관련된 실무지식을 중심으로 2단계로 구분된 검증시험을 실시하고 있다. 이 제도는 2004

문지 제31권, 2006. 240~245면.

305) 5~7레벨(고급)은 기술, 방법론, 사내의 직업 분류 및 특정분야에 관련된 업무를 주도하는 수준이다. 특히, 7레벨은 시장에서 첨단 수준의 서비스를 선도할 수 있는 리더십을 제공한다. 또한 기술 개발에 대한 사내 전략의 설계 및 수행에 대해서도 기여할 수 있다. 3~4레벨(중급)은 주요한 이슈를 식별하고 해결하는 과정에서 역량을 활용하여 주도적인 역할을 수행할 수 있다. 1~2레벨(초급) 수준은 해당분야의 전문성을 완전히 익히지는 못했지만, 중급 혹은 고급 기술자의 지도하에서 주요한 이슈를 발견하고 해결할 수 있는 역량을 가지고 있다.

년부터 시행되어 오고 있는데 주로 대기업을 비롯한 IT기업들이 활용하고 있으며 2008년부터 국가공인검증시험으로 시행될 예정이다.

영국 SFIA는 2003년 7월, e-skills uk, BCS(British Computer Society), IEE(Institution of Electrical Engineers)에 의해서 설립된 SFIA 협회에 의해서 개발되었다. 이를 통해서 기업과 정부 등 관련 단체가 현재 요구하는 Skill을 확인하고, 이에 따라서 구체적인 IT 인력 교육 훈련 목표를 설정할 수 있도록 지원하며, 나아가 개인의 경력관리에 활용될 수 있도록 설계되었다.

제 6 장 결 론

이상에서 살펴본 내용을 입법개선과 관련된 내용을 중심으로 요약하면, 다음과 같다.

I. 소프트웨어는 저작권법이 일반법으로 적용되어 보호되지만 소프트웨어 중 법적 보호를 받는 프로그램에 해당하는 경우에는 프로그램보호법이라는 특별법이 적용된다. 2006년에 개정된 저작권법의 내용과 현행 프로그램보호법의 내용이 불일치하는 경우가 있는데, 해당 내용과 관련해서 프로그램보호법이 독자적 특성을 지니지 아니하는 한 개정되는 것이 필요하다. 아울러 올해 한·미 FTA협정(향후 국회의 비준이 남아 있음) 체결에 따라 저작권법과 프로그램보호법 중 관련된 입법사항을 정비해야 하는 문제도 향후 과제로 남아 있다. 구체적으로 개선방안을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 저작권법과 프로그램보호법은 일반법과 특별법의 관계가 성립하며, 프로그램보호법의 흠결이 있는 경우에 저작권법이 적용된다. 따라서 저작권법의 개정에 따라 프로그램보호법의 개정이 필요한 경우가 있는데, 영리목적으로 프로그램을 침해한 경우에 2006년의 저작권법처럼 프로그램보호법도 비친고죄로 하는 것이 바람직하다(한·미 FTA협정과도 부합한다). 또한 한·미 FTA협정에 따라 저작권법의 개정을 가져오는 온라인 서비스 제공자의 정보제공의무 신설 및 법정손해배상제도의 도입 등에 관한 입법도 고려할 수 있다. 올해 정부의 저작권법의 개정안에서 법정손해배상제도를 도입하고 있는데 프로그램보호법에 법정손해배상제도를 도입할 상황에 있다. 그렇지만 저작권법에서처럼 법정손해배상제도가 남용될 여지가 높아 이를 예외적인 경우에만 허용될 수 있도록 요건을 강화함이 타당하고, 이렇게 하는 것이 실질적 손해만을 배상원칙으로 하는 민사법의 원칙과 부합한다.

둘째, 프로그램보호법은 프로그램 저작권의 일신전속성에 대한 명문 규정을 두고 있지 아니한데, 향후 입법으로 명문화하는 것이 바람직하다. 또한 법인 등의 사용자에 의한 지시로 창작된 프로그램의 경우에 저작인격권은 창작자인 피용자에게 귀속하는 것으로 명문화하는 것도 고려할 수 있다.

셋째, 프로그램 등록과 관련하여 제출된 복제물의 진정성을 확인하기 위한 최소한의 형식심사가 필요하며, 또한 한·미 FTA협정 타결로 인해 프로그램저작권의 존속기간이 연장되면서 등록물의 장기보관에 따른 수수료의 차등부과를 고려해 볼 필요가 있으며, 또한 등록 시 복제물에 대한 추가 제출 및 이전등기에 있어서 당사자의 협조의무의 부과에 관한 사항을 개정할 필요가 있다.

넷째, 프로그램 저작재산권에 관해서도 예컨대, 백업용 복제물을 제작하는 것을 제한하는 계약의 효력, 역분석을 제한하는 계약의 효력 등에 대하여 법적 효력을 무효화시키는 명시적인 조항이 필요하다.

다섯째, 프로그램보호법은 프로그램 저작재산권의 침해자에 대하여 침해물의 폐기청구를 인정하고 있지만 침해자에게 필요비용을 지급하고 그 복제물을 양도할 수 있는 것을 고려하지 아니하고 있는데, 이를 명문화하는 것이 요구된다. 이 경우 그 보상액은 제작비용을 초과할 수 없도록 규정할 수 있다.

여섯째, 프로그램보호법 제32조의 손해배상제도는 민법 제750조의 손해배상책임제도에 기초하고 있는데, 프로그램보호법 제32조제3항은 민법 제750조의 손해배상제도에서 벗어난 제도이고 침해자의 이익을 손해로 추정하는 제도는 불합리하다. 따라서 이를 삭제하고 대신에 침해자의 이익을 반환하는 부당이득에 기초한 손해의 산정방법을 도입하는 것이 타당하다.

Ⅱ. 소프트웨어의 거래는 저작권법, 프로그램보호법, 게임산업진흥법 및 온디콘법 등에 의하여 규율되고 있다. 소프트웨어와 관련된 거래방식은 크게 2가지의 방식(라이선스계약과 매매계약)으로 나눌 수 있다.

우선, 소프트웨어의 라이선스와 관련해서는 프로그램보호법 제17조만을 두고 있어서 보다 구체적으로 관련조항을 마련하는 것이 필요하다. 즉 최근까지 저작권의 라이선스는 저작권자와 라이선스 이용자(통상 사업자)사이에 업을 전제로 이용되어서 최소한의 조항만을 마련하여 당사자의 자치를 광범위하게 인정하였다. 그렇지만 소프트웨어를 비롯한 저작권의 활발한 라이선스는 관련법제를 보다 구체화하는 것을 요구하고 있다. 따라서 구체적인 입법을 통하여 당사자의 권리의무를 명시하는 것이 요구되는데, 이와 관련해서 독일의 저작권법은 라이선스의 유형을 구분하여 그 효력을 명시한 점, 배타적 라이선스의 설정에 앞서서 비배타적 라이선스가 설정된 경우 영향을 미치지 아니하는 것으로 한 점, 저작권자와 라이선스이용자사이에 제3자에게 라이선스를 이전하는 경우 연대책임을 인정한 점 및 라이선스가 종료 후 다시 라이선스를 하는 경우 저작권자는 신의성실에 반할 수 없다는 점 등을 명문화하고 있다. 결국 우리 나라 저작권법의 라이선스도 저작권의 활발한 라이선스에 따라서 그 개선이 요구된다. 특히, 소프트웨어의 라이선스를 규율하고 있는 프로그램보호법은 더욱 그러하다. 따라서 저작권법의 라이선스가 개정되면 이를 준용하거나, 아니면 유사한 내용으로 프로그램보호법에 반영하는 개정이 요구된다.

다음으로, 소프트웨어는 상품처럼 소프트웨어 저작자와 소비자사이에 매매하는 방식으로 거래된다. 이와 관련해서는 온디콘법이 부분적으로 적용된다. 즉 온디콘법은 대부분 행정적 차원의 규정을 두고 있고 순수한 거래법적인 차원의 유통조항은 빈약하다. 그럼에도 불구하고

고 2005년 온디콘법에서 편입된 청약철회와 표준약관 등은 소프트웨어의 거래에 지대한 영향을 미칠 것은 분명하고 이용자의 보호에도 중요한 역할을 할 수 있다(2005년 온디콘법의 개정은 이용자 보호를 위한 몇 개의 조항을 마련하였다는 의미보다는 소프트웨어를 포함한 디지털콘텐츠 거래에 관한 입법화가 이루어지는 출발점을 제공하였다는 것이 보다 중요한 의미가 있다). 따라서 2005년 개정에서 누락된 전자적 자구행위 등과 같이 소프트웨어 이용자의 보호에 관련된 입법 사항도 향후에 편입하는 것을 고려할 수 있다. 그렇지만 중국적으로는 온디콘법과 같은 개별법에서 분야별(예컨대, 소프트웨어, 영화, 음악, 게임물 등)로 입법화하기 보다는 하나의 통일법(예컨대, 미국의 통일컴퓨터정보거래법 등)에서 라이선스계약에 관련된 이용자 보호의 문제를 규율하는 것이 더 바람직할 것으로 사료된다.

Ⅲ. 소프트웨어산업의 진흥은 소프트웨어산업진흥법이라는 독립된 입법을 통하여 규율되고 있는데, 이 법률은 최근에 공공분야의 소프트웨어사업의 발주체계, 소프트웨어개발, 소프트웨어사업의 공정한 경쟁 환경조성 및 인력의 체계적 관리 등을 위하여 전 분야에 걸친 개정 법률안이 국회에 제출되었다. 개정안의 주요골자로서 소프트웨어사업 과업변경심의위원회 설치, 공공 소프트웨어사업의 하도급 제한, 공공 소프트웨어사업의 하자담보책임, 소프트웨어프로세스 품질인증제도, 소프트웨어기술자의 신고제도 도입 등을 담고 있다. 이 중 소프트웨어사업과업변경심의위원회의 활성화를 위해서는 어느 정도의 강제적 조항이 필요하며, 또한 공공 소프트웨어사업의 하도급 현실을 반영하여 하도급을 원칙적으로 제한하기 보다는 서면에 의한 하도급 승낙을 의무사항으로 둘 필요가 있다. 그리고 소프트웨어프로세스 품질인증제도를 도입함에 있어서 인증기준의 수위를 높여 품질인증에 대한 신뢰도를 회복할 것이 요구된다. 한편 소프트웨어산업의 활성화

를 위한 새로운 방안으로서 소프트웨어분리발주와 SaaS산업의 활성화 방안, GS인증제도 등에 관한 모색은 중소기업의 기술개발과 국제경쟁력 확보 및 새로운 소프트웨어시장의 개척이라는 측면에서 매우 바람직한 접근이라고 평가된다.

부 록

[부 록 1]

미국의 1990년 개정 연방컴퓨터소프트웨어대여법

제정: 1990. 12. 1 (Public Law No. 101-650, H.R.5316)

제801조 명칭

본장은 ‘1990년 개정 컴퓨터 소프트웨어 대여법’이라 한다.

제802조 컴퓨터 프로그램의 대여

연방법전 제17장 제109(b)를 다음과 같이 개정한다.

(1)(2),(3)목을 각각 (3),(4)목으로 재지정하고;

(2)(1)목을 삭제하고 다음을 삽입한다:

(b)(1)(A) 위(a)항에 불구하고 녹음에 대한 저작권자 또는 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 기타 그러한 프로그램을 저장한 매체를 포함)의 저작권자, 녹음의 경우에는 그 안에 체화된 음악작품에 대한 저작권자의 허락없이 특정 음반의 소유자도 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 기타 그러한 프로그램을 저장한 매체를 포함)의 특정 사본의 소유자도 직접 또는 간접적인 상업적인 이용의 목적으로 그 음반이나 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 기타 그러한 프로그램을 저장한 매체를 포함)을 임대, 리스, 대여 또는 기타 임대, 리스, 대여와 같은 성질을 가진 행위에 의해 처분하거나 처분을 허락할 수 없다. 전절의 어떤 조문도 비영리적인 도서관 또는 비영리적 교육기관이 비영리적 목적을

위해 음반을 임대, 리스, 대여하는 데 적용되지 않는다. 비영리적 교육기관이 적법하게 제작한 사본을 다른 비영리적 교육기관 또는 교수, 직원, 학생들에게 양도하는 것은 본 항하에서 직접 또는 간접적인 상업적 목적으로 임대, 리스, 대여하는 행위에 해당하지 않는다.

(B) 본 항은 다음에 대해서 적용되지 않는다.

(i) 기계 또는 제품에 내장된 컴퓨터 프로그램으로써 그 기계 또는 제품의 통상적인 작동 또는 이용중에 복사될 수 없는 컴퓨터 프로그램; 또는

(ii) 비디오게임용 기타 목적으로 디자인된, 용도가 제한된 컴퓨터와 결합되어 내장된 컴퓨터 프로그램

(C) 본 항의 어떤 조문도 본편 제9장의 규정에 영향을 미치지 않는다.

(2)(A) 본 항의 어떤 조문도 비영리적 도서관이 당해 컴퓨터 프로그램의 각 사본의 포장에 저작권등록소가 규칙으로 정하는 의무에 따라 저작권에 관한 경고문구를 부착한 경우에는 그 비영리적 도서관이 비영리적 목적으로 프로그램을 대여하는 행위에 적용되지 않는다.

(B) 1990년 개정 컴퓨터 소프트웨어 대여법의 제정일로부터 3년 내에 그리고 그 이후 저작권등록소가 적절하다고 판단하는 시점마다, 저작권등록소는 저작권자등 및 도서관사서들의 대표자들과 협의한 후 의회에 본 목이 저작권시스템의 완전성 유지와 더불어 비영리적 도서관에 그 기능수행에 필요한 권한제공이라는 의도된 목적을 달성하였는지 여부에 대한 보고서를 제출하여야 한다. 그러한 보고서는 의회에 저작권등록소가 본 항의 목적 수행을 위해 필요하다고

판단하는 모든 정보 또는 권고사항에 대해 조언하여야 한다; 그리고

(3) 본조 (1)목에 의해 재지정된 바와 같이 (4)목을 삭제하고, 다음을 삽입한다:

(4) 위 (1)목에 위반하여 음반 또는 컴퓨터 프로그램의 사본(테이프, 디스크, 기타 그러한 프로그램을 저장한 매체를 포함)을 배포한 자는 본편 제501조하의 저작권 침해자이고, 제502조·제503조·제504조·제505조·제509조에 규정된 구제수단에 의한 책임을 진다. 그러한 위반은 제506조하의 형사범죄에 해당하지 않고 그 자는 제18장 제2319조에 규정된 형벌의 적용을 받지 않는다.

제803조 전자비디오게임의 공공전시

연방법전 제17장 제19조는 그 끝에 다음을 추가하여 개정한다:

‘(e) 제106조(4), 제106조(5)의 규정에 불구하고 주화투입시 작동되는 장치로 이용하고자 하는 전자시청각게임의 경우에 본편하에서 적법하게 제작된 그러한 게임의 특정사본의 소유자는 그 게임의 저작권자의 허락없이도 주화작동장치에서 그 게임을 공연하게 행하거나 전시할 권리가 있다. 다만, 본조는 당해 전자시청각게임의 저작권자가 그 내용에 대한 저작권자와 동일인이 아닐 경우에 그 시청각게임에 체화된 내용적 저작물에 대해서는 적용되지 않는다.’

제804조 효력발생일

(a) 총칙

아래 (b)항에 적용을 받으면, 본편과 제802조에 의한 개정법률은 본법 제정일에 효력을 발생한다. 제803조에 의한 개정법률은 그 제정일로부터 1년 후에 효력을 발생한다.

(b) 장래를 향한 적용

제17장 제109조(b)는 컴퓨터 프로그램의 특정사본을 본법 제정일 이전에 취득하여 소유한 자가 그 법제정일 이전에 효력이 인정되었던 제17장 제109조에 의해 허용된 방법으로 그 법제정일 이후에 그 사본의 소유권을 처분하는 데 영향을 미치지 않는다.

(c) 종료

제802조에 의한 개정법률은 1997. 10.1 이후에 임대, 리스, 대여 행위(또는 기타 임대, 리스, 대여와 같은 성질을 가진 행위)에는 적용되지 않는다. 제803조에 의한 개정법률은 1995.10.1 이후에 발생한 공중 앞에서의 이용 또는 전시에 적용되지 않는다.

제805조 공동사용프로그램(Shareware)의 기록

(a) 총칙

저작권등록소는 제17장 제708조에 의해 규정된 컴퓨터 세어웨어와 사용료에 관한 것으로 지정된 문서를 받으면 그 문서를 기록하고 이를 등록확인서와 함께 돌려줄 권한이 있다.

(b) 기록의 관리; 정보의 공표

저작권등록소는 위 (a)항에 의한 문서의 등록에 관한 현재의, 별도의 기록을 보관할 권한이 있고, 그러한 기록에 대한 자료를 수집하여 주기적으로 공표할 권한이 있다. 그러한 공표는 복사 및 배포비용에 기초한 가격으로 판매에 제공되어야 한다.

(c) 의회도서관에 사본의 비치

공공영역에 속하는 컴퓨터 소프트웨어의 경우에 위 (a)항 하의 문서기록자를 선정하면 전산기관독이 가능한 형태로 저장된 컴퓨터 소프트웨어의 가장 좋은 편집판(U.S.C. 제17편 제101조)의 전체 사본2부를 의회도서관의 전산기록관독물서고 열람실을 위해 비치할 수 있다.

(d) 규칙

저작권등록소는 본조에 의한 등록소의 기능을 수행하기 위해 법에 위배되지 않는 범위내에서 규칙을 수립할 권한이 있다. 등록소가 정한 모든 규칙은 의회도서관장의 승인을 받아야 한다.

[부록 2]

EU의 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 지침

제 1 조 보호의 객체

1. 이 지침의 규정에 따라 회원국은 컴퓨터프로그램을 문학 및 예술 저작물의 보호를 위한 베른협약상의 문학저작물로서 저작권으로 보호해야 한다. 이 지침에서 “컴퓨터프로그램”은 그것의 예비도안저작물을 포함한다.
2. 이 지침에 따른 보호는 모든 형식의 컴퓨터프로그램의 표현에 적용한다. 이 지침에서 컴퓨터프로그램 인터페이스의 기초를 이루는 아이디어와 원리를 포함하여 컴퓨터프로그램의 구성요소의 기초를 이루는 아이디어와 원리는 저작권의 보호를 받지 못한다.
3. 컴퓨터프로그램은 저작자 자신의 지적창작물로서 독창성을 가지는 경우에 보호한다. 법적 보호 여부의 결정을 위하여 이 외의 다른 어떠한 기준이 적용되어서는 아니된다.

제 2 조 컴퓨터프로그램의 저작자

1. 컴퓨터프로그램의 저작자는 그 프로그램을 창작한 1인의 자연인 혹은 일단의 자연인이며, 회원국 입법이 허락하는 경우에 법인도 저작자가 될 수 있다. 편집저작물이 회원국의 법률에 의해서 인정되는 경우 회원국의 법률상 저작물을 창작한 것으로 의제되는 자를 그 저작물의 저작자로 본다.
2. 일단의 자연인이 공동으로 창작한 컴퓨터프로그램의 배타적 권리는 공동으로 소유한다.
3. 피고용인이 컴퓨터프로그램을 업무상 창작하거나 고용주의 지

시에 따라 창작한 경우 특약이 없는 한 고용주가 그 컴퓨터프로그램에 대해 모든 경제적 권리를 행사할 배타적 권리를 가진다.

제 3 조 보호의 수혜자

보호는 회원국의 저작권법 하에서 어문저작물에 적용되는 바에 따라 인정되는 모든 자연인 또는 법인에게 부여된다.

제 4 조 행위의 제한

제5조 및 제6조에 따라 제2조상의 저작자의 배타적 권리는 다음 각 호를 행하거나 허락할 권리를 포함한다:

- (a) 컴퓨터프로그램의 전부 또는 일부에 대한 모든 방법에 의한 모든 형태의 영구적인 혹은 일시적인 복제, 컴퓨터프로그램의 로딩, 현시, 실행, 전송 또는 저장하는 데 복제가 요구되는 경우 동 복제는 저작권자의 허락을 받아야 한다.
- (b) 컴퓨터프로그램의 번역, 개작, 배열 및 기타 변형과 프로그램을 변형한 자의 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 그 결과물의 복제
- (c) 원컴퓨터프로그램이나 그 복제물의 공중에의 대여 기타 모든 형태의 배포, 저작권자에 의해서 또는 그의 동의로 컴퓨터프로그램의 복제물이 공동체 내에서 최초판매된 경우 공동체 내에서 그 복제물의 배포권은 소진된다. 다만, 컴퓨터프로그램 혹은 그 복제물의 대여를 규제할 권리는 소진되지 않는다.

제 5 조 행위제한의 예외

1. 합법적인 컴퓨터프로그램의 취득자가 의도된 목적에 따라 오류의 정정 등 그 프로그램의 이용을 위해 제4조(a)호나 (b)호의 행위가 필요한 경우 특약이 없는 한 그 행위는 저작권자의 허락을 필요로 하지 않는다.

2. 컴퓨터프로그램 이용권자가 그 프로그램의 이용을 위하여 백업용 복제물을 제작할 필요가 있는 경우 그 백업용 복제물의 제작은 계약에 의하여 금지할 수 없다.
3. 컴퓨터프로그램 복제물의 이용권자는 프로그램 구성요소의 기초를 이루는 아이디어와 원리를 확인하기 위하여 저작권자의 허락을 받지 않고서도 프로그램의 기능을 조사, 연구, 또는 시험할 수 있다. 다만, 그 이용권자가 조사, 연구 또는 시험할 수 있는 프로그램을 로딩, 현시, 실행, 전송 또는 저장하는 동안에 한한다.

제 6 조 변형

1. 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램과 다른 프로그램과의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 제4조(a)호나 (b)호의 코드의 복제나 그 형식의 번역이 불가피한 경우 동 복제나 번역은 다음의 조건을 충족하는 경우에 한하여 저작권자의 허락을 필요로 하지 않는다.
 - (a) 이러한 행위가 라이선스이용자나 프로그램의 복제물을 이용할 권리를 가진 자 또는 이들을 대리하여 그렇게 하도록 허락받은 자에 의해 행하여지는 경우
 - (b) 호환을 위해 필요한 정보가 미리 (a)호 소정의 자에게 쉽게 이용할 수 없도록 된 경우
 - (c) 이러한 행위가 호환을 위해 필요한 원프로그램의 일부에 한정되는 경우
2. 제1항의 규정은 동 제1항의 적용을 통해 얻어진 정보가 다음의 각 호의 경우에 이용되는 것은 허락하지 않는다:
 - (a) 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램의 호환성을 이를 목적이외의 다른 목적을 위해 이용되는 경우
 - (b) 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램의 호환성을 이를 목적을 위해 필요한 경우를 제외하고 이외를 타인에게 주는 경우

- (c) 표현상 실질적으로 유사한 컴퓨터프로그램의 개발, 생산 또는 마케팅을 위해 이용되거나 혹은 기타 저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우
- 3. 문학 및 예술저작물의 보호를 위해 베른협약 규정에 따라 이 조항의 규정은 저작권자의 합법적인 이익을 해하거나 또는 컴퓨터프로그램의 통상적인 이용과 충돌하는 방법으로 이용되는 것을 허락한 것으로 해석될 수 없다.

제 7 조 특별보호조치

1. 제4조, 제5조 및 제6조에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 회원국은 아래 (a), (b) 및 (c)호의 행위를 범한 자에 대하여 국내법에 적절한 구제조치를 정할 수 있다:
 - (a) 권리를 침해하는 복제물이거나 그러하다고 믿을 만한 이유가 있는 컴퓨터프로그램의 복제물을 유통하는 행위
 - (b) 권리를 침해하는 복제물이거나 그러하다고 믿을 만한 이유가 있는 컴퓨터프로그램의 복제물을, 상업적 목적을 위해 소유 또는 점유하는 행위
 - (c) 컴퓨터프로그램을 보호하는데 적용될 수 있는 기술적 장치를 무단으로 제거·무력화하는 방법이나 수단을 상업적 목적으로 유통하는 행위 또는 그 방법이나 수단을 소유·점유하는 행위
2. 권리를 침해하는 컴퓨터프로그램의 복제물은 관련 회원국의 입법에 따라 압류할 수 있다.
3. 회원국은 제1항(c)호 소정의 방법 또는 수단의 압류를 정할 수 있다.

제 8 조 보호기간

1. 보호는 저작자 생존기간과 그의 사망 후 또는 마지막 생존 저

작자의 사망 후 50년 동안 부여된다. 컴퓨터프로그램이 익명 혹은 이명의 저작물인 경우 또는 제2조제1항에 따라 공중의 이용에 최초 제공된 때부터 50년간이다. 보호기간은 이러한 사유가 발생한 익년 1월 1일부터 시작되는 것으로 본다.

2. 제1항에서 정한 보호기간 보다 더 긴 보호기간을 이미 두고 있는 회원국은 저작권있는 저작물의 보호기간이 공동체법에 의해서 보다 일반적인 방법으로 조정될 때까지는 현재의 보호기간을 유지할 수 있다.

제 9 조 다른 법 규정의 계속적인 적용

1. 이 지침의 규정은 특허, 상표, 불공정 경쟁, 영업비밀, 반도체 칩의 보호 등을 포함한 다른 법 규정 또는 계약법에 영향을 미치지 않는다. 제6조 혹은 제5조제2항 및 제3항의 예외규정에 반하는 모든 약정은 무효이다.
2. 또한 이 지침의 규정은 1993년 1월 1일 이전에 행해진 행위 및 그 날 이전에 취득된 권리에겐 적용되지 않지만 그 날짜 이전에 창작된 프로그램에는 적용된다.

제10조 종결조항

1. 회원국은 1993년 1월 1일까지 이 지침을 준수하는데 필요한 제 법령과 법규를 발효시켜야 한다. 회원국이 이러한 조치를 채택하는 경우 동 조치에 이 지침에 따른 것임을 표시하거나 혹은 공표 시에 이와 같은 표시를 첨부해야 한다. 그러한 표시방법은 회원국이 정한다.
2. 회원국은 이 지침과 관련하여 채택한 국내법규를 공동체에 전달해야 한다.

제11조 이 지침은 회원국을 대상으로 한다.

[부록 3]

독일의 저작권법³⁰⁶⁾ 제1장 제8절 컴퓨터프로그램에 관한 특별규정

제69a조 (보호대상)

- ① 본법에서 컴퓨터프로그램이란 사양서 자료(Entwurfsmaterials)를 포함한 모든 형태의 프로그램이다.³⁰⁷⁾
- ② 본법이 인정하는 법적 보호는 컴퓨터프로그램의 모든 표현형식에 적용된다. 인터페이스의 기초를 이루는 아이디어 및 원칙을 포함하여 컴퓨터프로그램의 구성요소에 기초가 되는 아이디어 및 원칙은 보호되지 않는다.
- ③ 컴퓨터프로그램은 저작자 자신의 독자적인 정신적 창작의 성과물이라는 의미에서 그 자체로 개별적인 저작물에 해당하는 경우 보호받는다. 컴퓨터프로그램의 보호능력을 결정하기 위한 다른 기준, 특히 질적 혹은 미적기준은 적용될 수 없다.
- ④ 본절에서 달리 규정하지 않는 한, 어문저작물(Sprachwerke)에 적용되는 규정은 컴퓨터프로그램에도 적용된다.
- ⑤ 제95a조 내지 제95d조의 규정은 컴퓨터프로그램에 적용되지 않는다.

306) 독일저작권법(Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte)은 ‘Urheberrechtsgesetz’ 또는 ‘UrhG’로 표기되는데, 본절은 컴퓨터프로그램 보호를 위한 EU 지침(Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs)의 내용이 독일 국내법에 수용된 것이다.

307) 독일 저작권법 제8절 입법에 영향을 준 EU 지침(Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs)에서는 Entwurfsmaterials를 the nature of the preparatory work로 표기하고 있는데, 지침의 설명에 따르면 이는 추후의 프로그램개발을 위한 준비작업상의 초안 또는 예비도안을 포함하는 개념이다.

제69b조 (근로 및 고용관계에서의 저작자)

- ① 컴퓨터프로그램이 근로자 스스로가 직무를 수행하는 과정에서 또는 사용자의 지시를 받아 근로자에 의해 창작된 경우에 특약이 없는 한, 당해 컴퓨터프로그램에 관한 재산법상의 모든 권한행사를 위한 배타적 권한은 사용자에게만 인정된다.
- ② 제1항은 고용관계에 준용된다.

제69c조 (동의를 필요로 하는 행위)

권리보유자는 다음 각 호의 행위를 하거나 허락할 배타적 권리를 갖는다:

1. 어떤 방법에 의하여 그리고 어떤 형식으로 컴퓨터프로그램의 전부 또는 일부를 계속적 또는 일시적으로 복제하는 행위. 컴퓨터프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송 또는 저장을 위하여 복제가 요구되는 경우에 그와 같은 복제행위는 권리보유자의 동의를 필요로 한다.
2. 컴퓨터프로그램의 번역, 편집, 각색 기타 개변 행위 및 목적되어진 개별 성과물들의 복제행위.
프로그램을 편집한 자의 권리는 이로 인하여 영향 받지 않는다.
3. 대여를 포함하여 컴퓨터프로그램의 원작품 또는 복제물의 형식을 불문하고 배포하는 행위.
컴퓨터프로그램의 복제물이 권리보유자의 동의를 얻어 유럽연합의 역내 또는 유럽경제영역에 관한 조약의 회원국의 역내에서 판매의 형식으로 거래에 제공되는 경우에 그 복제물에 관한 배포권은 임대권(Vermietrecht)의 경우를 제외하고는 소멸한다.
4. 공중이 선택한 장소 및 시간에 컴퓨터프로그램을 사용할 수 있도록 공중에 제공하는 것을 포함하여 컴퓨터프로그램을 유선 또는 무선으로 공중에 재생시키는 행위

제69d조 (동의를 필요로 하는 행위의 예외)

- ① 계약상 특약이 없고, 제69c조 제1호 및 제2호의 행위가 프로그램 복제물 이용권자가 그 오류를 보정하는 행위(Fehlerberichtigung)를 포함하여 컴퓨터프로그램을 소정의 목적에 사용하는데 필요한 경우에 이들 행위에 대한 권리보유자의 동의를 요하지 않는다.
- ② 프로그램 이용권자의 보존용 복사본(Sicherungskopie) 제작은 그것이 장래의 이용을 확보하는데 필요하다면 계약으로 그 제작을 금지할 수 없다.
- ③ 프로그램의 복제물 이용권자는 프로그램 구성요소의 기초가 되는 아이디어 및 원칙을 조사할 목적으로 권리보유자의 동의 없이 프로그램의 기능을 관찰, 조사 혹은 시험할 수 있다. 단, 그 조사는 프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송 및 저장을 위한 행위를 할 권한이 있는 자의 행위에 한한다.

제69e조 (역컴파일링)

- ① 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램이 다른 프로그램과 호환되도록 하는데 필요한 정보를 얻기 위해 제69c조 제1호 및 제2호에서의 코드복제 또는 코드형식의 번역행위가 필요한 경우 다음 각 호의 조건을 충족하면 권리보유자의 동의를 요하지 않는다:
 - 1. 그 행위가 사용허락을 받은 자(Lizenznehmer), 프로그램의 복제물 사용에 관한 권한을 가진 자, 또는 이들 행위에 대한 대리권을 가진 자에 의해 진행되는 경우;
 - 2. 호환성 확립에 필요한 정보가 제1호에 열거된 자들에게 쉽게 이용할 수 없도록 한 경우;
 - 3. 그 행위가 원래의 프로그램상의 부분에서 호환성 확립에 필요한 것으로 한정되는 경우.
- ② 제1항에 따라 얻어진 정보는 다음 각 호의 행위의 대상이 될 수 없다:

1. 독립적으로 창작된 프로그램의 호환성 확립 이외의 목적으로 이용되는 행위
 2. 제3자에게 재교부되는 행위. 단, 독립적으로 창작된 프로그램의 호환을 위하여 필요한 경우는 예외이다.
 3. 본질적으로 유사한 표현형식인 프로그램을 개발, 제작 또는 상품화할 목적으로, 또는 기타 저작권을 침해하는 행위를 목적으로 사용하는 행위.
- ③ 제1항 및 제2항은 저작물의 통상적인 이용을 침해하거나 권리보유자의 적법한 이익을 부당하게 침해하지 않도록 해석되어야 한다.

제69f조 (권리침해)

- ① 권리보유자는 소유권자 또는 점유자를 상대로 하여 위법하게 제작되거나 배포된, 또는 위법하게 배포될 목적으로 제작된 모든 복제물의 폐기를 청구할 수 있다. 이 경우에 제98조 제2항 및 제3항은 준용된다.
- ② 제1항은 단지 기술적인 프로그램 보호 메카니즘의 불법제거 또는 회피를 용이하게 하는 수단에 준용된다.

제69g조 (기타 법규의 적용: 계약법)

- ① 본절의 조항은 컴퓨터 프로그램에 관하여 특히 발명, 반도체제품의 집적회로의 배치설계, 상표 및 영업비밀과 기업비밀의 보호를 포함한 부정경쟁으로부터 보호에 관한 기타 법규의 적용 및 계약법상의 약정에 영향을 미치지 않는다.
- ② 제69d조 제2항과 제3항 및 제69e조에 위반되는 계약조항은 무효이다.

참 고 문 헌

〈국내문헌〉

- 김기태, 저작권법의 해석과 적용, 삼진기획, 2001.
- 민병수, SW분리발주의 성과와 전망, Enter 10월호, 프로그램심의조정 위원회. 2007.10.
- 문화관광부, 디지털시대의 주요 외국저작권 제도의 도입에 관한 연구, 문화관광부, 2002.
- 박문석, 멀티미디어와 현대저작권법, 지식산업사, 1997.
- 방극성, 특허의 실시권-약정실시권을 중심으로-, 지적소유권에 관한 제문제(上), 법제자료제56집(법원행정처), 1992.
- 송상현, 컴퓨터소프트웨어의 개발자와 이용자간의 법률관계, 법학 (서울대) 제28권 제3·4호, 1987. 12.
- _____, 컴퓨터소프트웨어의 법적 보호에 관한 새로운 경향, 민법학 논총 제2(후암 관운직선생고회기념논문집), 1995.
- 송상현·김문환·양창수, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구, 서울대학교 출판부, 1989.
- 손승우, 한미FTA와 지적재산권의 미래, 국제거래법연구 제15집 제2호, 2006.
- 송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2005.
- 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법, 육법사, 2003.
- _____, 지적소유권법(상), 육법사, 1998.

참고문헌

- 신각철, 최신 컴퓨터프로그램보호법, 법영사, 2003.
- 손경한 편역, 소프트웨어개발계약, 기술과 법 연구소, 2004.
- 이상정, 지적재산권소송법, 육법사, 1998.
- 오승중/이해완, 저작권법, 박영사, 2005.
- 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004.
- 정진섭·황희철, 국제지적재산권법, 육법사, 1995.
- 정보통신부, 소프트웨어분리발주 매뉴얼, 2007.
- 이현정, 소프트웨어 관련법제의 현황과 과제 - 국회에서의 소프트웨어 관련 입법도향 소개-, 디지털콘텐츠 관련산업의 활성화와 입법과제 워크샵, 한국법제연구원, 2007.6.15.
- 손승우, 기술임치제도에 관한 고찰, 중앙법학 제9집 제2호, 2007.
- _____, 한미FTA와 지적재산권의 미래, 국제거래법연구 제15집 제2호, 2006.
- 손영수 외, 국내 SW 기술 인력 분류 및 성장 전략에 관한 연구, 한국통신학회논문지 제31권, 2006.
- 송상현, 컴퓨터소프트웨어의 개발자와 이용자간의 법률관계, 법학(서울대) 제28권 제3·4호, 1987. 12.
- 안효질, 소프트웨어양도계약과 그 한계, 경영법률 제12집, 2001.
- _____, 소프트웨어의 개발 및 양도에 있어서의 저작권문제, 디지털재산법연구』 제1권 제2호, 2002.
- 오승중, 컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속, 성균관법학 제13권 제1호, 2001. 12.
- 이대회, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002.

- 이상정 · 김규성, 컴퓨터프로그램보호법, 세창출판사, 2007.
- 이현정, 소프트웨어 관련법제의 현황과 과제 -국회에서의 소프트웨어 관련 입법도향 소개-, 디지털콘텐츠 관련산업의 활성화와 입법과제 워크샵, 한국법제연구원, 2007.6.15
- 이해완 · 오승중, 저작권법, 박영사, 2005.
- 임호준, 컴퓨터프로그램의 법적 보호, 지적소유권에 관한 제문제 (하)(재판자료 제57집), 법원행정처, 1992.
- 장인숙, 저작권법원론, 보진제, 1996.
- 정 완, 컴퓨터프로그램의 법적 보호(법무자료 제185집), 법무부, 1994.
- 정상조, 컴퓨터 프로그램의 공동개발, 정보법학 제3호, 1999. 12.
- _____, 지적재산권법강의, 홍문사, 1997.
- _____, 저작권법상 출판권의 문제점과 개선방향, 한국비블리아 제5집, 2005. 11.
- 정연호, 부정경쟁방지법, 삼지원, 1993
- 정진섭 · 황희철, 국제지적재산권법, 육법사, 1995.
- 허희성, 신저작권법 축조개설(상)(하), 저작권아카데미, 2000.
- 현대호, 지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안 연구, 연구 보고서, 한국법제연구원, 2002.
- _____, 전자거래입법의 문제점과 개선방안(연구보고서), 한국법제연구원, 2002.
- _____, 인터넷상의 라이선스계약에 관한 법제연구(연구보고서), 한국법제연구원, 2001.

참 고 문 헌

황찬현, 위탁개발된 컴퓨터프로그램저작권의 귀속에 관한 고찰, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당 송상현교수화갑기념 논문집), 2002.

〈영·미, 독일문헌〉

Chris Reed, Computer Law, 3ed, Blackstone Press Limited, 1996.

Chris Reed, Computer Law, 3ed, Blackstone Press Limited, 1996.

CONTU, final report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works. 1978.

Dreier/Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz Kommentar, München 2004.

Dreier, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993.

Delta, Matsuura, Law of the Internet, Aspen Law, 1999.

Fromm/Nordemann/Vinck Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz usw., 9. Aufl., 1998.

Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl., 2006.

Kent D. Stuckey, Internet and Law, Law Journal Seminar-Press, 2000.

Graf von Westphalen, “Der Software-Entwicklungsvertrag”, CR 2000.

Karger, “Rechtseinräumung bei der Software-Erstellung”, CR 2001.

_____, “Electronische Verträge und Softwareverträge”, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 2002.

- Köhler/Fritzsche, “Herstellung und Überlassung von Software”, in: Lehmann (Hrsg), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., 1993.
- Fiona Macmillan, New Directions in Copyright Law, Edward Elgar Publishing, Inc. 2006.
- Ernst, “Internet and Recht”, JuS 1997, 776ff..
- Forkel, “Grundfälle zu den Immaterialgüterrechten”, JuS 1988, 869ff..
- Hoeren, “Internet und Recht -Neue Paradigmen des Informationsrechts”, NJW 1998, 2849ff..
- Junker/Benecke, Computerricht, 2. Aufl. 2000.
- Hoeren · Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, C.H.BECK'SCHE VERLANGS-
BUCHHANDLUNG, 1999.
- Lehmann, Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen, NJW 1991.
- Michael D. Scott, information technology law, Wolters Kluwer, 2007.
- Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., München 2000.
- Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. III, 1993.
- Moritz/Tybusseck, Computersoftware, 2. Aufl. 1992,
- Moritz, “Mängelsansprüche bei Hardware- und Softwareverträgen”, in: Kilian/
Heussen, Computerrechts-Handbuch, 2002
- Müller-Hengstenberg/Krcmar, “Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei
IT-Projekten”, CR 2002

참 고 문 헌

- Pres, “Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge”, CR 1994
- Sack, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121, 1993
- Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 2. Aufl., 1999.
- Schneider, “Ablieferung bei Softwareüberlassungsverträgen”, CR 1994
- Schack, “Neue Techniken und Geistiges Eigentum”, JZ 1998, 753ff..
- Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999
- The American Law Institute, First Restatement of Torts, American Law Institute Publishers, 1934.
- _____, Second Restatement of Torts, American Law Institute Publishers, 1965-1977.
- _____, Third Restatement of Products Liability, American Law Institute Publishers, 1997.
- Thewalt, “Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag”, CR 2002.
- Thomas Heide, Copyright in the EU and U.S. : What "Access-Right?", 48J. COPY. SOC'Y 363, 365, 2001.
- WIPO, Collective Management of Copyright and Related Rights, 2006.

〈일본문헌〉

- 岡本 薫,誰でも分かる著作権,全日本社會教育連合會,2005.
- 三好 豊,著作権法,中央經濟社,2005.
- 三山裕三,著作権法詳説,2005.

- 作花 文雄, 著作権法, 發明協會, 2005.
- 澁谷達紀, 知的財産法講義III, 有斐閣, 2005.
- 吉田邦彦, “情報の利用, 流通の民事法的規制”, *ジュリスト*(No. 1126), 1998. 1.
- 松本恒雄, “情報の保護”, *ジュリスト*(No.1126), 1998. 1.
- 水谷直樹, “情報のデジタル化・ネットワークと著作権法制の対応”, *ジュリスト*(No. 1132), 1984.
- 土肥一史, 知的財産権法入門, 中央経済社, 2001.
- 川口博也, アメリカ特許法概説, 發明協會, 1990.
- 村上政博, 特許ライセンスの日米比較(第3版), 弘文堂, 2000.