

콘텐츠산업법제지원사업(III)

디지털콘텐츠 관련산업의 활성화와 입법과제

2007. 6. 15.



워크숍 일정

- ◆ 주 제 : 디지털콘텐츠 관련산업의 활성화와 입법과제
- ◆ 일 시 : 2007년 6월 15일(금요일) 15:00 ~ 18:00
- ◆ 장 소 : 한국법제연구원 대회의실

◆ 구 성

◇ 사 회

윤선희 (한양대학교 교수)

◇ 주 제 발 표

제 1 주제 : 문화콘텐츠 관련산업 동향과 입법 - EU법을 중심으로 -

발 표 자 : 정연덕 (건국대학교 교수)

토 론 자 : 신은향 (문화관광부 서기관)

토 론 자 : 김인숙 (경기대학교 교수)

제 2 주제 : 미국의 소프트웨어 관련산업 동향과 입법

발 표 자 : 옥소영 (충남대학교 교수)

토 론 자 : 손승우 (단국대학교 교수)

토 론 자 : 한정미 (한국법제연구원 초청연구원)

제 3 주제 : 소프트웨어 관련법제의 현황과 과제

발 표 자 : 현대호 (한국법제연구원 부연구위원)

토 론 자 : 조정아 (정보통신부 사무관)

토 론 자 : 이현정 (국회 입법조사관)

◇ 종합토론

목 차

개 회 사.....	9
◆화콘텐츠 관련 산업 동향과 입법 - EU법을 중심으로 - (정연덕)	
◆서 론.....	13
. 유럽의 온라인 콘텐츠 산업의 전망.....	14
. EU의 i2010 정책.....	15
1. I2010 정책의 제안.....	15
2. II요 내용.....	15
3. III추진 경과.....	16
III	
. “국경없는 오디오 비주얼(AWF, Audiovisual without Frontiers)” 신규 지침 통합개정안.....	16
1. EU 지침의 법적 성격.....	16
2. 유럽연합위원회의 방송영상 소프트웨어 정책(audiovisual policy)에 대한 기본원칙과 지침.....	17
3. IV국경 없는 텔레비전(TWF, Television Without Frontiers) 지침... 20	20
4. 국경없는 오디오 비주얼(AWF, Audiovisual without Frontiers) 서비스 지침 개정.....	22
. 유럽 디지털도서관 프로젝트.....	26
토 론 문 (신은향).....	29
토 론 문 (김인숙).....	31

미국의 소프트웨어 관련산업 동향과 입법 (육소영)

. 서 론.....◆.....	37
. 소프트웨어 관련산업의 사회적 영향력.....	39
. 미국의 소프트웨어 관련산업의 동향.....	39
. 소프트웨어 산업의 I직면 과제.....	41
. 지적재산권법에 의한 III소프트웨어의 보호.....	44
1. 특허법.....	44
IV	
2. 저작권법.....	49
V	
. 영업비밀보호법에 의한 소프트웨어의 보호.....	53
. 기타 방법.....	54
. 결 론.....	55
토 론 문 (손승우).....VI.....	59
토 론 문 (한정미).....VII.....	63
VIII	
소프트웨어 관련법제의 문제점과 개선방안 (현대호)	
◎	
. 서 설.....	71
. 관련법제의 현황.....◎.....	72
1. 개 관.....	72
2. 저작권법.....	74
3. 컴퓨터프로그램보호법.....◆.....	75
4. 소프트웨어산업진흥법.....	77
I	
II	

5. 게임산업진흥법	79
6. 온디콘법	80
7. 소 결	80
. 소프트웨어의 보호	81
1. 개 관	81
2. ㉠작권에 기초한 보호	82
3. 특허에 기초한 보호	83
4. 영업비밀에 기초한 보호	84
. 소프트웨어의 유통	85
. 소프트웨어의 산업진흥	87
. 결 론	88
IV 토 론 문 (조정아)	91
V 토 론 문 (이현정)	95
VI	
◎	
◎	

개 회 사

디지털콘텐츠 관련산업의 활성화와 입법과제

윤 선 희
(한양대학교 법과대학 교수)

최근 우리나라는 컴퓨터와 인터넷의 보급률 세계 1위를 자랑하는 IT(정보기술)기반이 매우 튼튼한 나라가 되었고, 남녀노소를 불문하고 인터넷을 통해 콘텐츠를 주고받는 경우도 상당히 늘어나고 있다. 이러한 콘텐츠의 전달은 기본적으로 디지털의 형태로 전달되기 때문에 새롭게 생겨나는 디지털 콘텐츠는 물론이고 기존의 아날로그 콘텐츠도 디지털화하여 전송할 수 있게 되었다. 때문에 디지털 형태를 띤 콘텐츠가 하나의 재화나 서비스로 인정받게 되었으며 콘텐츠 그 자체가 가치 있는 거래의 대상으로 취급된다. 하지만 이렇게 변화하는 환경에도 불구하고 국민들의 지적재산에 대한 인식 부족과 더불어 새로운 문제가 발생하여도 기존법제로는 모든 문제를 해결할 수 없는 문제점이 생겨나고 있다.

그 예를 들자면, BM의 발명의 성립성 문제, 키워드 광고문제, 도메인네임과 상표법과의 충돌 문제, 온라인 게임을 둘러싸고 발생되고 있는 문제, 미디어의 융합에 따른 디지털 콘텐츠와 관련된 문제들이 우후죽순 격으로 발생하고 있다.

한편 이러한 디지털 콘텐츠 등에 대한 정의를 관련법규에서 통일하고 이를 어떤 기관에서 담당하여야 할 것인가에 대해서도 이제 더는

미를 수 없는 시기에 와 있으므로 폭넓은 논의가 이루어져야 한다. 최근에는 거의 모든 정보와 자료들이 디지털 형식으로 제작, 판매되고 있기 때문에 디지털 콘텐츠에 대한 일반적인 관심은 지대하며, 그 보호에 있어서도 정부는 많은 노력을 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 디지털 콘텐츠 등의 기본적인 용어들조차도 법률에 따라 달리 정의하고 있어 혼선을 일으킬 우려가 있는 상황이며, 관련부처간의 중복보호 내지 관련부처간의 업무영역 다툼으로 이어져 예산의 낭비를 가져오게 된다.

따라서, 해외의 디지털콘텐츠 관련산업과 입법 동향 등을 통하여 디지털 콘텐츠에 연관된 문제들의 대처방법을 살펴보고 우리나라의 과제를 해결하는데 있어 참고할 필요성이 있는지 살펴야 하겠다.

제 1 주제

문화콘텐츠 관련산업 동향과 입법

- EU 법을 중심으로 -

발 표 자 : 정연덕 (건국대학)

토 론 자 : 신은향 (문화관광)

토 론 자 : 김인숙 (경기대학)

문화콘텐츠 관련 산업 동향과 입법 - EU법을 중심으로 -

정 연 덕
(건국대학교 법과대학 조교수)

서 론

디지털 기술의 진전과 네트워크의 확산 등 콘텐츠 산업의 중요성이 부각되면서 각국은 콘텐츠 산업을 국가전략산업으로 육성하기 위한 다양한 전략들을 추진하고 있다, 유럽의 경우 e-Europe 프로젝트의 한 부분으로 “e-Content Project” 시행을 위하여 EIF(Euroean Internet Foundation)를 설립하고 EU회원국 대상으로 디지털 콘텐츠 생산과 유통을 장려하는 사업을 추진하였다. e-Europe 프로젝트가 종료됨에 따라 EU는 2005년 6월 정보화 사회 및 미디어 산업에서의 고용과 성장을 촉진시키기 위하여 “i2010 : Europe Information Society 2010”전략을 채택하였다. 이는 디지털 경제의 발전을 촉진하기 위한 포괄적인 현대화 전략으로 유럽에서 풍부하고 다양한 콘텐츠를 제공하는 브로드밴드 촉진에 중점을 두고 있다.¹⁾ i2010이 유럽의 정보화 관련 산업의 총괄적인 사업의 계획을 수립하고 있다.

이하에서는 유럽의 온라인 콘텐츠 산업의 전망을 살펴보고, 유럽의 i2010 정책과 국경 없는 텔레비전지침(TWF)을 수정한 국경 없는 오디오 비주얼지침(AWF)에 대해 살펴본다.

1) 박정수, 문화콘텐츠산업 기초분석, 산업연구원, http://www.kiet.re.kr/kiet/portal/portal04_19.jsp, 9-10면.

유럽의 온라인 콘텐츠 산업의 전망

유럽연합 집행위원회는 2007년 1월 25일^{II} “Interactive Content and Convergence : Implications for the information Society(양방향 콘텐츠와 융합 : 정보사회의 함의)”라는 제목의 논문을 발표했다.²⁾ 연구에 따르면 유럽지역 내 온라인 콘텐츠 매출이 2010년 83억 유로에 달할 것으로 예상된다. 이는 5년간 400% 이상이 증가한다는 것을 의미한다.

전체 시장을 음악, 영화, TV, 게임, 라디오, 출판 분야로 나누어 분석한 연구에 따르면 유럽 온라인 음악 시장은 2005년 1억 2천만 유로에서 2010년 11억 유로로 성장하여 유럽 전체 음악 시장의 20%를 차지할 것으로 전망되고, 유럽 모바일 음악 서비스 수익은 2005년 7,600만 유로에서 2010년 6억 8,700만 유로로 성장이 예상되었다. 유럽 디지털 온디맨드 영화 시장 규모는 2005년 3천만 유로에서 2010년 13억 유로로 성장하여 전체 유럽 영화 수익의 7%를 차지할 전망이다. 2005년 디지털 온디맨드 영화 시장에서 월드가든(walled garden)³⁾ VOD 시스템은 2,800만 유로, 온라인 영화가 200만 유로를 구성하였으나, 2010년에는 월드가든 VOD 시스템이 2억 4천만 유로, 온라인 영화가 10억 3천만 유로로 성장할 것으로 전망되었다. 유럽의 온라인 TV 및 TV 부문내 월드가든 VOD 매출은 2005년 500만 유로에서 2010년 6억9천만 유로로 성장, 전체 유료 TV 시장의 2%를 차지할 전망이다. 유럽의 2005년 디지털 게임 시장은 7억 유로에서 2010년 23억 유로로 성장, 전체게임 시장의 33%를 차지하게 될 것으로 예상되었다. 2005년 전체 디지털 게임 시장에서 모바일 부문이 차지하는 비중이 48%로 미국에

2) Interactive content. and convergence: Implications for the. information society. A Study for the European Commission. (DG Information Society and Media). http://ec.europa.eu/information_society/europe/i2010/docs/studies/interactive_content_ec2006_final_report.pdf.

3) 월드가든 VOD : 셋톱박스 기반의 폐쇄형 디지털 TV 망을 통해 제공되는 VOD 서비스.

비해 앞서 있는 것으로 나타났다. 온라인 콘텐츠 유통 시장 - 특히, 음악 및 비디오 게임 - 이 광대역 인터넷 접속과 모바일 네트워크의 개발, 디지털 상품의 증가와 확산 등으로 실현되고 있다. 그러나 이러한 예측을 현실화하기 위해서는 전체 네트워크 연결 가능성, 지적재산권 침해 행위, 콘텐츠 제공자와 소비자를 위한 법적 확실성의 문제와 같은 장애 요인들이 제거될 필요성이 지적되고 있다.

. EU의 i2010 정책

1. i2010 정책의 제안

III

2005년 3월 9일 독일 하노버에서 개최된 CeBit에서 EU 정보사회 위원 비비안 레딩은 Technology Industry Summit에서의 연설을 통해 2005년 봄 이행에 들어갈 i2010(A European Information Society for growth and employment) 계획을 소개하였다.⁴⁾ 만일 유럽이 지금 이러한 계획을 이행하지 않을 경우 유럽외의 국가가 앞서갈 것이며, 정보화 사회는 유럽과 함께 또는 유럽이 제외되어 진행될 것이므로 유럽은 IT의 혜택을 반드시 누려야 한다고 주장하였다. i2010은 2005년 6월 1일에 시작되어 2010년까지 디지털 경제의 발전에 따른 유럽인의 삶의 질을 향상시키기 위한 정보사회와 미디어의 발전에 대한 프레임워크로 작용한다.

2. 주요 내용

i2010⁵⁾은 세계 최고수준의 정보통신 및 미디어 산업을 육성하는 동시, 경제 및 사회전반에 걸친 정보통신기술의 혜택 확산을 주요 골자로 하고 있다. 3개 주요 분야 (3 'i's)로는 정보 공간(Information space) 규제 간소화 및 합리화를 통해 유럽의 정보 통신 기기 및 서비스 시장

4) 한국전산원, EU의 i2010 전략의 추진성과, IT issues Weekly, 2005.06.03.
5) http://ec.europa.eu/information_society/europe/i2010/index_en.htm.

을 지속적으로 창출하고, 정보통신기술 혁신(Innovation in ICT) 정보통신 분야 및 R&D에 대한 투자 확대를 통해 향후 유럽의²⁾ 기술 분야에서 주도권을 강화하여 모든 국민에게 보다 나은 서비스 제공 (Inclusion and better services for citizens) 모든 사람들의 접근과 참여가 가능한 유럽 정보 사회의 구현하는 것을 주된 목표로 구성된다.³⁾

3. 추진 경과

EU는 매년 i2010 전략의 추진성과에 대한 연차보고서를 발표하고 있다.⁶⁾ i2010 연차보고서는 매년 EU 회원국들의 ICT 정책 실행 노력에 대한 경제적 효과를 평가하고, ICT의 지속적인 경제성장을 구축하기 위한 위원회 정책의 효과를 판단하는 기준을 제공하고 있다. 2005년 이후 ICT 부문은 전자통신 분야보다는 소프트웨어 시장이 확대되고 있으며, 2006년~2007년 동안 소프트웨어 및 IT서비스 분야는 5.9% 성장률을 나타내고 있으며, 위원회는 네트워크 및 인터넷의 신규 동향에 대한 정책적 영향 고려, ICT 혁신에 대한 사용자 전망 강화, 프레임워크 환경 및 구조 개선을 향상시킬 것을 권고 하였다.

. 국경 없는 오디오 비주얼(AWF, Audiovisual without Frontiers)” 신규 지침 개정안

①
②

1. EU 지침의 법적 성격

EU의 입법 형태는 규칙(regulation), 지침(directive), 결정(decision), 권고(recommendation) 및 의견(opinions)으로 나뉜다(유럽공동체설립조약 제249조).

6) i2010-Annual Information Society Report 2007, 2007.3.
[http://www.itglobal.or.kr/v1/_file/ITissue/20070410\(20070410\)IT%EC%9D%B4%EC%8A%88%EB%B6%84%EC%84%9D-i2010.pdf](http://www.itglobal.or.kr/v1/_file/ITissue/20070410(20070410)IT%EC%9D%B4%EC%8A%88%EB%B6%84%EC%84%9D-i2010.pdf).

규칙은 모든 요소에 대해 완전한 구속력을 가지며, 모든 회원국들에 직접 적용된다. 규칙은 EU회원국내에서 직접 법률적 효력을 가지므로 회원국내에서 별도로 국내입법절차를 밟을 필요가 없다. 반면에 지침은 도달할 결과에 대해서만 구속력이 있으므로 그 결과를 이행하는 방법 및 형태에 대해서는 각 회원국들이 자유로이 선택할 수 있다. 따라서 지침의 경우에는 일반적으로 그 지침을 국내 입법화하는데 필요한 시한을 규정하고 있다.⁷⁾ 어떤 국제기구도 지침과 같은 성격을 지닌 규정은 없으며, 이는 유럽연합에 있어서 특징적인 입법 장치이다. 지침은 이사회에 의해, 위원회에 의해, 의회와 이사회와의 협력으로 채택된다. 이러한 지침은 EC 조약 제249조에는 단지 그 기능만 언급하여 제249조는 일단 이사회와 위원회에 지침을 채택할 수 있는 권한을 부여할 뿐이다. 지침에 있어서 주의할 점은 제249조 규정상 지침은 직접적용성이 없으며 그 수범자도 회원국에 한정되어 있다는 것이다. 따라서 실제 모든 회원국들은 항상 지침을 이행해야 할 직접적 의무는 없다. 따라서 중요문제는 규칙의 형태로 규정하고 그 밖의 것은 지침의 형태를 취한다.⁸⁾

2. 유럽연합위원회의 방송영상 소프트웨어 정책 (audiovisual policy)에 대한 기본원칙과 지침

(1) 규제정책의 필요성

1999년 12월 14일에 발표된 유럽연합위원회의 방송영상 소프트웨어 정책(audiovisual policy)에 대한 기본원칙과 지침⁹⁾에 따르면 유럽연합

7) 프로그래밍의조정위원회, EU및 주요 회원국의 IT법제자료연구 및 IT 판례번역평석연구, 2002년 12월.

8) 김두수, EU법론, 한국학술정보, 2007년, p.124.

9) 이우승, 유럽, 디지털 시대의 영상 소프트웨어 정책 원칙 및 지침, 동향과 분석, 2000년 06월 15일 통권 110호, 한국방송영상산업진흥원.

위원회에서는 방송영상 소프트웨어가 가지고 있는 사회적 문화적 교육적 영향력과 함께 산업적 잠재력에 주목하고 있다. 또한 디지털 기술의 발달에 의해 새로운 서비스가 등장함에 따라 유럽연합위원회는 디지털 시대에 맞는 새로운 방송영상 소프트웨어 정책에 대한 규제원칙과 지침을 마련하였다.

(2) 커뮤니케이션과 콘텐츠의 분리 규제

통신과 미디어 분야에 대해서 유럽연합(EU)은 최소한의 공통된 규제 틀을 갖고 있다. 특히 EU는 융합서비스 분야에서 소비자 권익 보호라는 최우선 명제를 내세운다. 융합 서비스에 대한 EU의 기본 규제 방향은 특정한 기술을 사용한다 해서 다른 기술과 차별을 두지 않는 ‘기술 중립성’이 중심이다. 이를 바탕으로 소비자 권익을 최대한 보장하는데 초점을 맞추고 있다.

EU는 융합 서비스에 대해 커뮤니케이션과 콘텐츠를 분리해 규제하고 있다. 이중 커뮤니케이션 규제가 시장 경제 원칙에 따른 법적 기준에 따른다면, 콘텐츠 규제는 사회적, 윤리적 측면 등을 고려해 공익적인 차원에서 규제 기준을 부과할 것을 권고한다. EU는 특히 융합서비스 등장에 따른 콘텐츠 규제와 관련 시청각 규제의 중요성을 강조한다. EU는 ‘새로운 규제완화조치는 오직 시청각 미디어 서비스에 관한 규정을 포함하며 사회기반시설이나 네트워크 규제를 위한 새로운 규정을 만들지 않는다’고 정의한다. 이는 ‘특별한 시청각 미디어 서비스’에 대한 규제를 포함하면서도 그것들이 어떻게 전송되느냐에 관계없다(인터넷을 경유하든 어떤 다른 플랫폼을 통하든 간에)는 것을 의미한다.

http://www.kbi.re.kr/report/trendview.jsp?book_seq=1578&book_no=110&menucode=3/1/1.

콘텐츠 규제는 전송플랫폼과 전혀 관계가 없는 개념이다.¹⁰⁾ 커뮤니케이션 규제는 전송 플랫폼¹¹⁾에 대한 서비스인 전자커뮤니케이션서비스와 전자커뮤니케이션 네트워크는 규제프레임워크 지침¹²⁾에서 규제하고 있다. 콘텐츠와 관련된 정보사회서비스는 전자상거래 지침¹³⁾에서 규제하고, 시청각미디어 서비스는 국경 없는 TV지침에서 규제한다.

전자상거래 지침은 법적 불투명성 때문에 전자상거래를 꺼리고 있는 유럽의 소비자들과 서비스 제공업체들의 신뢰감을 높이려는 목적으로 승인되었다. 주요 내용으로는 서비스 운영업체가 설립되는 장소에 대한 정의, 운영자에 대한 투명성 의무, 상업적 통신에 대한 투명성 요구, 전자계약에 대한 체결 및 유효성, 인터넷 중간상의 책임, 온라인 분쟁 해결 및 국가의 역할을 명시하고 있다. 이 지침은 전자상거래 관련 서비스 일체를 적용대상으로 하면서, 온라인 뉴스서비스, 온라인 데이터베이스, 온라인 금융서비스, 온라인 전문서비스(예를 들어 변호사, 의사, 회계사 등), Video On Demand 와 같은 온라인 엔터테인먼트 서비스, 온라인 직접 마케팅 및 광고 서비스 등도 포함된다.

콘텐츠 규제는 국경 없는 TV 지침을 규제 프레임워크로 삼고 있다. 콘텐츠에 대한 규제는 표현의 자유와 반론권 다원주의 등을 인정하고,

10) 이상우, 통신방송융합시대의 수평적 규제체계, 유럽연합과 OECD의 전송과 콘텐츠의 분리 규제, KISDI 이슈 리포트, 정보통신정책연구원, 2006.4.24, 17면.
11) 플랫폼의 개념에서 OECD의 경우, 케이블, 위성, IPTV 사업자들을 가리켜 전송플랫폼 운영자(operators of delivery platform)라는 용어를 사용하고 있다. 전송플랫폼 운영자라는 의미는 콘텐츠 계층으로부터 다양한 콘텐츠를 제공받아 가입자들에게 전송해 주는 기능을 담당하는 사업자를 의미한다.
12) Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002. on a common regulatory framework for electronic communications networks and services. (Framework Directive).
13) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

저작자와 저작물을 보호하고, 청소년 등 사회적 약자를 보호하며, 문화와 언어적 다양성을 인정하고, 소비자를 보호한다는 기본적인 사회가치를 실현하기 위한 원칙이라고 할 수 있다. 이에 따라 유럽연합의 ‘국경 없는 텔레비전(The Television without Frontiers)’에서는 지침(directive)을 통해 텔레비전 방송 서비스 제공하는 데 자유를 보장하기 위하여 법적 인 틀을 마련하였다.

3. 국경 없는 텔레비전(TWF, Television Without Frontiers) 지침

(1) TWF 지침의 규제

1989년 이후 유럽의 서비스 분야는 “국경 없는 TV 프로그램에 대한 자유화 조치에 대한 공동체 지침(Television Without Frontiers directive, TWFD)”에 따라 규제를 받아 왔다. 1989년 채택된 이 지침은 기술과 시장의 발전에 따라 1997년 수정되었다. 국경 없는 TV 지침서는 일종의 방송 콘텐츠에 관련된 회원국의 가이드라인으로 이 가이드라인을 준수하면 EU 회원국가 어디로든 방송 서비스가 가능하다. 이 경우 방송 허가는 유럽 전체가 아닌 소속 국가로부터 받으면 된다. 원산지 ‘country of origin’ 원칙 규제가 적용되고 있다. 서비스가 다른 유럽국가에 제공된다고 하더라도 서비스 제공업자는 추가적인 규제 없이(다른 유럽국가에서 적용되는 규제를 모두 일일이 받을 필요 없이) 서비스를 제공할 수 있으므로 규제의 불확실성이 제거된다.

이 지침은 유럽공동체의 방송 서비스를 위한 안정되고 신뢰할만한 법적 틀을 제공하고 있다. 2000년 말과 2002년에 나온 보고서에서는 방송영상 부문의 기술적 발전과 함께 청소년 보호와 청소년을 대상으로 한 광고에 대한 보호를 포함하고 있다. 미성년자 보호와 관련하여

미성년자에게 강한 영향력을 끼칠 수 있는 포르노나 폭력 장면이 지나친 프로그램은 방송을 금지하되 그 외 폭력물이나 에로물은 시간대 편성 등으로 조절 가능하도록 하고 있다. 이 지침은 텔레비전 서비스 제공을 위한 단일 시장을 형성하였고 미성년자 보호 및 광고 등의 분야에 대해 최소 콘텐츠 규정을 포함한다.

(2) TWF의 관련 주요 내용

‘국경 없는 텔레비전’의 지침은 광고와 관련된 소비자 보호와 방송 영상물의 완성도 및 편집의 독립성 등에 대한 규정을 포함하고 있다.

텔레비전 방송사에 대한 법 적용에 있어 텔레비전 방송사는 전적으로 해당 회원국이 관장하면 방송사의 본사의 위치와 편성권 소유여부에 따라 결정된다고 한다.

텔레비전 방송의 수신 자유와 재송신의 경우 회원국들은 텔레비전 방송의 수신 자유를 보장해야 하며 회원국 내에서 텔레비전 방송이 재송신 되는 것은 금지하여서는 안 된다(제3조).

주요 이벤트의 중계권의 공유와 관련하여 회원국들은 유료 텔레비전 방송사가 스포츠 중계권에 대해 독점권을 가지고 있더라도 사회적 중요도가 높은 이벤트(월드컵이나 올림픽)의 경우 이를 원하는 회원국에게 전체 또는 일부를 제공할 의무를 지도록 한다(제3조 a).

또한 유럽작품의 제작 분배의 활성화를 촉진하기 위하여 회원국들은 유럽작품의 보존을 위해 방송시간의 대부분을 유럽작품(단, 뉴스, 스포츠경기, 게임, 광고 텔레쇼핑은 제외)으로 방영하도록 하며(제4조), 회원국들은 방송사가 방송시간의 최소 10%를 유럽작품으로 방영하도록 하며(제5조), 광고와 관련해서는 담배 광고는 금지되며 알코올 혹은

약품 등은 정해진 광고시간이나 형식을 따라야 한다. 시간당 광고비율은 특정 유형의 프로그램에 따라서 제한되며, 광고에 의해 프로그램이 방해받지 않도록 권고하고 있다(제18조).

(3) 평 가

이러한 노력들은 TV 활동과 TV 광고, 시청각 프로그램에 있어 유럽 시장의 발전을 촉진하는 역할을 하고 있다. 예를 들어, 1987년 56%였던 미국 영화 산업의 유럽 시장 점유율이 1996년 이후에는 90% 이상으로 증가했는데, 이에 유럽연합은 ‘국경 없는 텔레비전’의 방침을 고수하여 미국의 공세로부터 유럽의 정체성을 지킬 수 있게 되었고, 이런 노력으로 유럽의 영화 시장은 재생하게 되었다.

4. 국경 없는 오디오 비주얼(AWF, Audiovisual without Frontiers) 서비스 지침 개정

(1) 개정의 배경

기존의 국경 없는 텔레비전 지침은 1989년에 만들어져 기술의 진보와 시장의 변화에 적합하지 않았다. 기존의 지침은 텔레비전 방송에 한정하고 있어서 새로운 형태의 서비스에 적용되는 규제는 국가들마다 달라 국경간 원활한 서비스 공급이 어려워지고, 국가 간 규제차이가 발생하게 되었다. 이에 따라 새로운 서비스의 경우 텔레비전에 한정된 지침에 대한 수정이 필요하게 되었다.

유럽연합이 이러한 새 지침이 필요했던 이유가 기존 지침이 전통적인 텔레비전 방송서비스만을 그 대상으로 하고 있고, 새로운 기술방식에 의해 제공되는 콘텐츠 서비스의 경우 근거조항이 없어 ‘country of origin’ 원칙에 문제가 발생했기 때문이다.

새로운 국경 없는 텔레비전 지침이 필요하였던 이유는 기존의 국경 없는 텔레비전 지침이 전통적인 텔레비전 방송서비스만을 그 대상으로 하고 있었기 때문이다. 즉 새로운 기술방식에 의해 제공되는 콘텐츠 서비스의 경우, 기존의 국경 없는 텔레비전 지침에는 그 근거조항이 없기 때문에 “country of origin”원칙의 적용을 받을 수 없게 되는 문제가 발생한다. 따라서 새로운 기술을 통해 제공되는 새로운 형태의 콘텐츠 서비스에 대해서도 국경 간 원활한 서비스 공급이 가능하게 해 줌으로써 유럽연합 내 콘텐츠 서비스에 대한 경쟁을 활성화시키고 문화다양성의 증진에 기여할 수 있는 규제체계 도입의 필요성이 제기되다.

(2) 개정의 경과

유럽위원회는 시청각 서비스의 기술의 발달과 시장변화에 대처하기 위해 2005년 12월 13일 국경 없는 텔레비전(TWF, Television Without Frontiers) 지침을 개정할 것을 제안하였다. 2005년 12월, 유럽위원회는 TWFD 개정안을 발표하였다. 유럽이사회와 유럽의회가 초안을 검토하여¹⁴⁾ 2006년 5월 제 1차 검토 이후 이사회는 2006년 11월 13일 오디오비주얼 서비스 지침 개정 초안에 관한 포괄적인 접근방식에 동의했으며, 2006년 12월 13일 유럽의회는 동 지침에 대한 첫 번째 검토를 완료하였다.

유럽위원회(EC)는 2007년 3월 9일 “국경 없는 텔레비전(TWF)” 지침을 개정한 “국경 없는 오디오 비주얼(AWF, Audiovisual without Frontiers)”이라는 신규 지침의 통합안¹⁵⁾을 발표하였다.¹⁶⁾ 이는 사용되는 전송기술

14) <http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/706&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

15) http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/proposal_2005/avmsd_cons_amend_0307_en.pdf.

16) <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/311&format=HTML&aged=>

에 관계없이 모든 오디오비주얼 미디어 서비스가 유럽 내부시장에서 수익을 창출할 수 있도록 허가함으로써 유럽의 오디오비주얼산업의 경쟁력을 높이기 위한 것이다.

유럽의회와 이사회는 2007년 5월 24일 새로운 지침에 대해 검토를 실시하여 이를 정치적으로 합의하였다.¹⁷⁾ 이 지침은 2007년 말까지는 적용이 되도록하기로 하였다. 유럽의 회원국들은 24개월 이내에 자국의 법 규제 내로 이를 편입시키도록 되어 있으므로 2009년 말까지는 이러한 프레임 워크를 오디오비주얼 서비스 공급자와 소비자들에게 적용시킬 예정이다.

지침과 관련하여 이해당사자들은 회원국 국내의 입법으로 도입되기까지 몇 년이 걸리므로 기술의 발전 속도를 가로막지 않으면서 이러한 지침을 도입할 수 있는 수단을 찾는 것이 중요하다고 지적하기도 한다. 지침이 기술의 진보를 따라잡기 위해 개정되었으나 이를 시행하는데 너무 오랜 시간이 걸리기 때문이다.

(3) 개정의 주요 내용

신규지침은 TWF에서도 명시하고 있는 원산지(country of origin) 원칙을 강조하고 있다. 이는 향후 방송사를 제외한 오디오비주얼 미디어 서비스 제공업자(VOD, 주문형 뉴스, 주문형 스포츠, 다운로드가 가능한 모바일 오디오비주얼 콘텐츠 등)는 유럽 27개국의 상이한 법률체계를 따를 필요가 없이 사업자의 해당국 법만 준수하면 된다.

유럽연합 집행위원회의 개정안은 유럽텔레비전지침의 핵심인 ‘영상매체 서비스’ 개념을 ‘전자커뮤니케이션 수단을 통해 동영상을 공중에

[0&language=EN&guiLanguage=en](http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/tvwf/modernisation/proposal_2005/index_en.htm).

17) http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/tvwf/modernisation/proposal_2005/index_en.htm.

전달하는 서비스' 개념으로 확장한 것이다. 이는 미디어 융합현상에 따라 핵심 개념의 확장이 불가피했다는 지적이다. 개정안은 '영상매체 서비스' 개념을 'linear service'와 'non-linear service'로 구분했다.

linear 서비스는 시간별로 편성되어 있는 서비스가 이용자들의 의사에 상관없이 일방적으로 제공되는 시청각 서비스로 기존의 텔레비전 방송과 마찬가지로 방송사가 편성권을 갖는 형태의 서비스를 의미한다.

non-linear 서비스는 VOD/인터넷 정보 서비스와 같은 시청자/사용자에게 선택권이 주어지는 형태로 시간별 편성이 되어 있지 않은 시청각 서비스를(예, VOD) 말한다. 지금까지 유럽텔레비전지침의 '단선형 영상콘텐츠 서비스' 개념이 '비단선형 서비스'로 확장된 것이다. 이용자의 통제 능력에 따라 분류되는 linear 서비스와 non-linear 서비스에 대해서는 차별적인 규제체계가 적용되는 것이 바람직하다는 것이다. non-linear 서비스는 새로운 국경 없는 텔레비전 지침의 Article 3c-3h에 해당하는 기본적 규제만을 적용받는데, 기본적인 규제란 소수자의 보호, 인종에 대한 증오 금지, 은밀한 광고(surreptitious advertising)의 금지 등을 의미한다. 반면, non-linear 서비스에 대해서는 어떠한 쿼터규제도 적용되지 않고, 자율규제가 권고되고 있다.

또, 대형 행사는 Free-TV를 통해 무료 송출되어야 한다는 규정과 각 회원국이 주요 행사의 리스트를 자율적으로 작성하도록 한 규정은 현행대로 유지된 것으로 알려졌다. 다만, 개정안은 주요 행사의 기준에 관한구체적인 근거를 더욱 명확히 제시할 것으로 권고했다.

또한 전 유럽에서 생산되는 TV 콘텐츠 및 주문형 오디오비주얼 콘텐츠를 다양하게 제공하도록 유도함으로써 27개 유럽 회원국의 미디어 다원주의를 촉진할 것으로 예상된다.

신규 지침에서는 TV 광고에 관한 규제를 완화할 예정이다. 이에 따라 지상파 TV 프로그램에 광고를 언제, 어떻게 삽입할 것인지에 대한 결정은 방송사와 영화제작업자가 결정하도록 하였으며, 총 광고 분량은 한 시간당 12분으로 제한되고, 어린이 프로그램, 시사 프로그램 및 뉴스는 광고를 위해 30분당 1회 이상 중단하는 것을 금지한다.

기타로 신규지침은 1989년 이후 유럽의 오디오비주얼 정책의 핵심이 되어온 공동 정책 목표를 재천명하였다. 즉 회원국들에게 소수를 보호하고 유럽 내 작업과 독립적인 오디오비주얼 생산을 장려하고 종교적 또는 인종적 증오를 선동하는 콘텐츠를 금지할 것을 요구하고 있다. 또한 업계 자율규제 및 국가와 비국가간의 공동규제를 명백히 장려하고 있다.

(4) 평 가

유럽의회가 지속적으로 요구해 온 이번 신규 지침은 기술의 발달에 대한 대응책이며, 주문형 비디오, 모바일 텔레비전, 디지털 TV 등 오디오비주얼 미디어 서비스 분야에 대해 유럽에서 공정한 경쟁의 새로운 장을 마련해 줄 것으로 예상되며, 이에 따라 유럽의 텔레비전 및 영화제작자들은 보다 자유롭게 디지털 콘텐츠 제작이 가능하며, 광고를 통해 소비자들에게 자유롭게 이러한 콘텐츠를 제공할 수 있을 것으로 전망된다.

· 유럽 디지털도서관 프로젝트

유럽디지털도서관 프로젝트는 EU의 디지털 경제를 부흥시키기 위해 2005년에 발표된 i2010의 핵심내용 중 하나로 유럽의 문화 및 과학 유산을 디지털화하여 접근성을 높이겠다는 취지로 추진되었다. 이

에 2006년 여름 프랑스 국립도서관(BNF, Bibliothèque Nationale de France)은 유러피아나(Europeana)로 알려진 모델을 만드는 작업을 시작했으며, 현재 저작권이 없는 자료들에 대해서는 모두 무료로 제공할 계획이다. 또한 유럽디지털도서관 프로젝트에 참여를 원하는 많은 기업들이 프랑스 국립도서관에 문의를 했으며, 그러한 논의결과 2007년 1월 9일 프랑스 텔레콤과의 양해각서가 체결되었다. 이 협력으로 인해 대중이 디지털 기록(화상 및 텍스트 형태)을 쉽게 이용할 수 있을 것이다.¹⁸⁾

디지털도서관 전문가들이 제시할 저작권 관련 보고서는 도서관과 저작권 소유자간의 자발적 합의를 위한 것으로 보이며 이는 디지털 보존, 작자 미상본, 절판본에 대한 작업을 가능하게 할 것으로 예상된다. 예를 들어 작자 미상 본에 있어 저작권 소유자를 알 수 없거나 찾을 수 없을 때 합의안에 따라 도서관, 박물관, 문서보관소들이 정보 기술을 활용하여 보존과 보급의 임무를 수행하게 될 것이다.

18) <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/508&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

토 론 문

신 은 향
(문화관광부 저작권산업팀 서기관)

문화관광부는 최근 몇 년사이에 문화산업진흥기본법을 개정하였으며, (구)음반 비디오물및게임물에관한법률(음비게법)을 분법화하여 영화및비디오물의진흥에관한법률((구)영화진흥법을 폐지), 음악산업의진흥에관한법률, 게임산업의진흥에관한법률(이하 ‘게임산업진흥법’이라 한다)을 제정하였다. 2006년에는 저작권을 대폭적으로 개정한 바가 있다.

차후엔 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 가지고 있다.

또한 올해 한 미 FTA협정은 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 영화및비디오물의진흥에관한법률, 게임산업진흥법, 온디콘법 등에 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 내용들이 포함되어 있으며 다음과 같은 사항과 관련하여 개정이 이루어질 것으로 예상된다.

첫째, 예외 없는 70년 + 유예기간 2년을 조건으로 보호기간을 연장된다.

둘째, 일시적 저장에 대한 복제권 인정 및 예외 규정을 설정하였다.

셋째, 접근통제 기술적 보호조치와 관련하여 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 저

작물 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 침해 시 비친고죄의 적용범위를 확대하였다. 즉 개정 저작권법('07.6 발효) 제140조에서는 영리 상승적으로 저작권 침해시 비친고죄 적용으로 규정 되어 있다.

여섯째, 저작권 침해 시 손해배상의 하한액을 명시하도록 하였다.이전 저작권법에 ‘법정손해배상’ 제도와 유사한 성격의 조항(출판물 5000부 음반 10,000장)이 존재하여 법정 손해배상 제도가 도입되어도 큰 혼란은 없을 것으로 예상된다.

토 론 문

김 인 숙
(경기대학교 법과대학 교수)

유럽연합(European Union: EU)의 공동체 형성을 위한 노력은 자원 및 자본의 자유로운 이동과 더불어 방송 분야에서도 지속적으로 이루어지고 있는데, 1989년에 제정된 ‘국경 없는 텔레비전(TWF) 지침’은 이를 잘 보여 주고 있다. 이를 토대로 유럽연합 회원국들은 단일 방송시장의 형성에 주력하고 있는데, 유럽연합 내 텔레비전 서비스의 자유로운 왕래가 그 핵심이다. ‘국경없는 텔레비전 지침’은 아래의 2 가지 사항을 목표로 하고 있다.

- * 텔레비전 서비스 공동시장 형성
- * 유럽연합 회원국의 프로그램 산업의 발전 도모

위 방침은 TV 방송에만 해당되고 라디오 및 그 외의 분야는 제외된다. ‘국경없는 텔레비전 지침’은 유럽연합 내 각 회원국마다 독자적으로 보유하고 있는 법을 조화롭게 조정하고자 하는데 이에 해당하는 기본 원칙은 다음과 같다.:

- * 미성년자 보호: 미성년자에게 강한 영향력을 끼칠 수 있는 포르노나 폭력 장면이 지나친 프로그램은 방송을 금지하되 그 외 폭력물이나 에로물은 시간대 편성 등으로 조절 가능함.
- * 방송 쿼터 실시: TV 프로그램 편성의 많은 비중을 유럽에서 제작된 프로그램으로 방송해야 함.

- * 사회적으로 중요한 비중을 차지하는 사건이나 이벤트 등은 약어나 암호를 쓰지 않는, 즉 방해 전파가 없는 무료 채널에서 방송되어야 하며, 스포츠 프로그램 등이 이에 해당함.
- * 광고와 관련해서는 담배 광고는 금지되며 알코올 혹은 약품 등은 정해진 광고시간이나 형식을 따라야 함.
- * 회원국들은 다른 유럽 내 국가에서 제작된 프로그램 방송을 거부할 수 없음. 단, 자국 내 국민에게 심각한 영향을 미쳐 선동을 불러일으킬 수 있거나 미성년자 보호 목적의 경우는 거부 가능함.

그러나 EU의 방송정책이 전통적 방식의 텔레비전 송수신 기술에 기초하여 성립되어 있기 때문에 인터넷을 통해 이루어지는 유사 방송 서비스에 대한 규제문제가 대두되었다.

EU는 새롭게 마련한 ‘오디오비주얼 미디어서비스 지침(directive)안’에서 ‘오디오비주얼 미디어서비스’라는 용어로 방송개념을 확대했다. 이는 방송통신 융합환경에서는 기술중립성 원칙하에 주문형 방식을 포함해 공중을 대상으로 하는 동영상 서비스를 ‘오디오비주얼 미디어 서비스’로 지칭하면서 통신망을 통해 제공되는 시청각서비스에도 적용하고자 한 것이다. 새로운 지침은 EU가 지난 1989년 제정한 ‘국경 없는 미디어’를 디지털 시대에 맞게 개선한 것이다. 따라서 기존 미디어인 TV뿐만 아니라 양방향TV, 디맨드온비디오(VoD), IPTV, 휴대이동방송 등이 모두 이 지침의 적용대상이 된다. 새로운 지침은 광고 규제를 대폭 완화하고 온라인 미디어를 활성화하는 정책을 강화한 것이 특징이다.

새로운 지침에서는 광고주가 TV프로그램에 자사의 제품을 노출시키는 간접광고를 뉴스와 어린이 채널을 제외하고 전면 허용하기로 했

다. 다만 시청자들에게 프로그램의 시작과 끝 부분에 간접광고임을 분명히 알리도록 했다. 지금까지 EU는 미국과 달리 간접광고를 공식적으로 금지해 왔다. 간접광고는 영화, 시리즈, 스포츠, 가벼운 오락 등의 프로그램에만 허용되며 뉴스와 시사 및 어린이용 프로그램에는 금지된다. 또 간접광고에 주류는 제한이 없으나 담배와 처방약은 허용되지 않는다. 또한 하루 3시간으로 엄격히 제한돼 온 TV광고 시간 한도도 폐지됐으나 광고허용시간이 시간당 12분을 넘어선 안 된다는 조항은 유지키로 했다.

새로운 지침에서는 TWF에서의 원산지원칙(country of origin)을 받아들이고 있다. 예를 들어 독일에서 제공받는 프랑스산 시청각 콘텐츠 서비스는 독일이 아닌 프랑스의 관련 법령의 적용을 받는다. 이 지침에 따르면 원산지원칙(country of origin)을 회원국들에 공통적으로 적용함으로써 다양한 형태의 시청각콘텐츠 서비스에 대해 동일한 규제 환경에서 경쟁할 수 있는 환경을 구축하고 있다는 점에서 시청각콘텐츠 서비스의 자유로운 유통환경이 마련되고 있는 것으로 평가된다.

새로운 지침이 갖는 의의는 다음과 같다.

첫째, 지침의 적용범위가 텔레비전에서 시청각 미디어서비스로 확대되어 새로운 디지털 환경에 적응하고 있다는 점이다.

둘째, 새로운 형태의 콘텐츠가 유럽연합내에서 자유롭게 이동할 수 있는 법적 근거를 마련하였다는 점이다.

셋째, 새로운 형태의 콘텐츠 서비스에 대해서도 원산지원칙(country of origin)을 적용하여 동일 콘텐츠 서비스에 대해 국가마다 서로 다른 규제를 적용하는 비효율적 규제방식을 지양하고 서비스제공자를 중심으로 하는 동일한 규제환경을 제공함으로써 서비스에 대한 경쟁이 활성화되고 문화다양성 증진에 기여할 수 있는 규제체계가 도입되었다는 점이다.

한편 EU의 문화콘텐츠 활성화 정책의 일환으로 개정된 새로운 지침은 방송 통신의 융합현상에 따른 국내법적 규제체계의 변화가능성에 대한 논란과 관련해서도 큰 시사점을 제공한다. 새로운 형태의 콘텐츠 서비스가 제공됨에 따라 발생하는 기존의 방송 통신규제의 공백 혹은 중첩문제의 해결에 있어 EU의 새로운 지침은 의미가 있을 것으로 보인다.

또한 EU위원회가 디지털시대 방송영상 소프트웨어에 대한 규제원칙에서 운송과 콘텐츠의 규제분리원칙을 확립하고 이를 새로운 지침에서 실행하고 있음도 눈여겨보아야할 대목이다. 새로운 지침은 규율대상을 디지털 콘텐츠에까지 확대하되 규제의 대상을 운송이 아닌 콘텐츠 자체에 대한 규제에 둬으로써 전송역할만을 담당하는 인터넷서비스제공자들에게는 동 지침의 적용을 배제하여 방송규제의 지나친 확대를 막음으로써 새로운 형태의 콘텐츠서비스가 원활하게 이루어지는 환경을 제공하고 있다.

마지막으로 EU가 시행하고 있는 문화콘텐츠 관련 입법 특히 새로운 지침의 마련으로 향후 우리나라가 체결하고자 하는 한-EU FTA에서 방송서비스 분야 혹은 지적재산권 분야 협상에서 제기될 이슈들에 대한 검토가 있어야 할 것이다.

제 2 주제

미국의 소프트웨어 관련산업 동향과 입법

발 표 자 : 육소영 (충남대학교 교

토 론 자 : 손승우 (단국대학교 교

토 론 자 : 한정미 (한국법제연구

미국의 소프트웨어 관련산업 동향과 입법

육 소 영
(충남대학교 법과대학 교수)

I. 서 론

인터넷과 컴퓨터는 현대 사회를 움직이는 불가결한 요소들 중의 하나이다. 이들 인터넷과 컴퓨터에 대한 연구는 두 대상물 자체에 대한 연구와 이들이 인간의 사회생활에 미치는 영향력에 대한 연구라는 두 가지 형태를 취하게 된다. 이러한 연구형태에서 알 수 있는 바와 같이 인터넷과 컴퓨터는 새로운 인간의 행위유형을 창출할 뿐만 아니라 기존의 행위들에 대한 재해석과 인터넷 및 컴퓨터 관련 연구의 보호가능성에 대한 검토를 요구하고 있다.

이처럼 사회를 움직이는 근간이 되고 있는 인터넷과 컴퓨터가 작동하도록 하는 것이 소프트웨어이다. 소프트웨어는 “컴퓨터가 정보를 처리하고 정보의 흐름을 조정할 수 있도록 하는 것”이라고 정의된다. 소프트웨어의 핵심은 컴퓨터프로그램으로서 프로그램은 컴퓨터의 CPU, 메모리, 기타 내적 특징들의 사용에 대한 명령을 통하여 특정 결과를 가져오게 한다.

한국 소프트웨어산업을 살펴보면 2005년 기준 전체 IT서비스 부문이 2.1% 성장한 반면 패키지 소프트웨어 부문은 2년간의 하락세에서 벗어나 2004년 대비 32.6% 성장한 5.1조원 규모를 기록하였다고 한다. 반면 2006년 상반기에는 패키지 소프트웨어 부문이 글로벌 기업들의 적극적인 공세로 인한 경쟁의 심화로 전년 동기 대비 10.9% 감소하는

모습을 보였다. 이처럼 소프트웨어산업은 우리나라의 입장에서는 안정적인 모습을 보이고 있지 않은데 그 원인은 다른 산업과 비교한 소프트웨어산업의 특징에서 찾을 수 있을 것 같다.

소프트웨어산업은 첫째, 독립된 개별재화로서의 가치를 지니기 보다는 시스템을 이루는 다른 소프트웨어들과 결합되어 사용될 때 높은 가치를 가지는 이른바 시스템재화로 볼 수 있다. 둘째, 시스템을 이루는 소프트웨어 내에서는 전체 사용자의 수가 증가할수록 각 사용자의 효용이 증가하게 되는 네트워크 효과가 발생한다. 셋째, 이외에도 소프트웨어산업은 초기 개발비용이 크고 복제와 배포비용은 매우 낮기 때문에 평균비용에 비하여 한계비용이 현저히 낮게 나타나며 이는 진입장벽이 되어 시장이 집중되는 경향을 가져오게 된다. 넷째, 소프트웨어는 기술변화나 계획적 퇴화가 아니면 가치가 하락하지 않는 매우 강한 내구적 특성을 갖는다. 다섯째, 소프트웨어산업은 매우 급격한 기술변화에 의해 주도되어 왔으며 점차 서비스화되는 경향을 가지고 있다. 마지막으로 소프트웨어산업은 기본적으로 인적자원을 기반으로 하는 지식 집약적인 산업으로서 제품개발에 소요되는 자본비용이 적기 때문에 대규모 자본 동원 능력보다는 기술력을 가진 인력수급이 매우 중요하다.

한국 소프트웨어산업은 1980년대 중반 이후에 본격적으로 산업으로서 대두되기 시작하여 매우 짧은 역사를 가지고 있다. 그러므로 매우 빠른 성장률을 보이고 있음에도 불구하고 전체 세계시장에서 한자리수 이하의 매우 낮은 비율을 차지하고 있다. 반면 미국은 세계수요시장에서 35%를 차지하고 있어서 30%를 차지하고 있는 유럽보다도 높은 비율을 나타내고 있다. 따라서 IT강국인 우리나라의 소프트웨어산업에 대한 이해와 미래를 이야기하기 위해서는 이 분야에서 선두를 점하고 있는 미국 소프트웨어산업의 현황과 그 보호 법률을 검토하는

것이 중요한 의미를 가질 수 있다. 이하에서는 미국 소프트웨어산업의 현황과 그 보호 법률을 살펴보고자 한다.

II. 소프트웨어 관련산업의 사회적 영향력

소프트웨어산업은 컴퓨터나 통신서비스산업은 물론 다른 전통산업과도 연계되어 있는 IT 산업의 핵심이며 정보화사회, 지식기반사회로의 전환을 위한 필수산업이라고 할 수 있다. 컴퓨터소프트웨어에 의한 주문 생산 유통 연계 시스템은 조달비용, 재고비용과 생산원가를 절감하여 가격경쟁력 향상을 가져왔고 효율적인 생산설비 운영과 투자 절감 효과를 실현하였다. 소프트웨어산업의 성장은 정보화 내지 소프트화된 사회체제 구축을 통하여 경제적 생산성 향상과 더불어 직접적 경제성장에도 기여할 것으로 전망된다.

2002년 OECD에 발표에 의하면 소프트웨어산업은 OECD 국가들 내에서 부가가치와 고용 측면에서 가장 빠르게 성장해온 분야이며, 각국의 소프트웨어산업에 대한 투자도 1990년 3~8%에서 1999년 5~15%로 꾸준히 증가해오고 있다. 미국의 경우에도 소프트웨어가 전체 부가가치와 고용에서 차지하는 비중이 3.1%(1999)와 1.9%(2001)를 각각 차지하였다.¹⁾

III. 미국의 소프트웨어 관련산업의 동향

미국 소프트웨어 및 정보 산업협회가 2004년 발표한 통계를 바탕으로 미국 소프트웨어산업의 동향을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 소프트웨어 디자인, 개발, 제조에 종사하는 회사 수는 23,311이며 소프트웨어산업에 종사하는 자의 수는 905,340명이라고 한다. 소프트웨어산

III

1) 홍동표 & 홍종호, 산업연관표를 이용한 한 미 일 소프트웨어 산업 분석, 정보통신정책연구 제9권 제2호, 2002년, 248면.

업의 연매출액은 1031억달러이며 각 회사당 평균 고용된 종업원의 수는 39명이고 각 회사당 평균 매출액은 1300만달러이다. 각 주별 통계를 살펴보면 소프트웨어산업이 발달한 상위 5개주는 캘리포니아, 텍사스, 뉴욕, 플로리다, 일리노이 순이며, 이들 상위 5개주가 전체 소프트웨어산업의 42%를 차지하며 이들을 포함한 상위 10개주가 전체 산업의 60%를 차지하고 있다.²⁾

미국에서 소프트웨어산업은 PC응용 패키지(PC packaged applications, 일명 플라스틱 수축포장 소프트웨어(shrink-wrapped software)), 대기업의 생산 판매 정보시스템의 효과적 운영을 가능하게 하는 기업 소프트웨어, 서비스로서의 소프트웨어(웹 전달 응용 소프트웨어), 단독 및 네트워크 시스템을 위한 운영체제, 네트워크를 위한 운영수단, 본체 컴퓨터를 위한 응용 소프트웨어와, 운영체제와 특정산업운영을 위한 주문 소프트웨어의 일곱 개 분야로 이루어져 있다.

패키지 소프트웨어는 특정 사용자의 특별한 필요를 위한 것이 아니라 대량배포를 위하여 만들어지며 전자적 다운로드, 디스크나 CD와 같은 물리적 매체, 웹에 기초한 서비스 등 모든 형태로 배포된다. 광범위한 범위에서 응용 패키지에는 운영체제, 유틸리티, 응용프로그램, 프로그램 언어를 포함한다. 이중 운영체제는 컴퓨터 또는 네트워크의 기본적 기능을 조정하고 유틸리티는 백업이나 바이러스 방지장치와 같은 지원기능을 행한다. 프로그램소프트웨어는 다른 유형의 소프트웨어를 만들기 위한 일련의 지시들을 개발하기 위하여 사용된다. 그러나 컴퓨터사용자의 대다수에게 가장 친근한 유형의 소프트웨어는 응용소프트웨어이다. 응용소프트웨어로서 널리 알려진 것으로 사업장에서 사용되는 워드프로세서, 스프레드시트와 이메일 패키지와 게임 등이 있으며 참조 소프트웨어(reference software)는 가정에서 사용되며 주제별 또는 기술기반 소프트웨어는 학교에서 사용된다.

2) 소프트웨어 및 정보 산업협회, 2004년 6월 소프트웨어 산업 개략, www.siia.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

전세계의 패키지 소프트웨어산업은 2005년도에는 2200억달러로서 2004년과 비교하여 6%이상의 성장률을 기록하였다. 이중 미국은 전세계 시장의 50%정도를 차지하고 있는 것으로 평가된다. 특히 미국기업들은 기업, 가정, 학교를 위한 독창적이고 효과적이며 효율적인 제품의 개발 생산에서 세계를 주도하고 있다. 미국 패키지 소프트웨어 시장은 약 900억달러 정도로 평가되며 이중 820억달러는 기업 소프트웨어, 55억달러는 가정용 소프트웨어, 6억달러는 학교용 소프트웨어가 차지한다. 패키지 소프트웨어산업의 성장률은 1990년대를 통하여 연간 평균 12%의 급상승세를 보였다. 과거에는 소프트웨어의 성장률은 새로운 컴퓨터의 배치와 밀접하게 연계되어 있었다. 이러한 관계는 2000년에서 2002년을 통하여 유지되었으나 2002년도에 급속한 하강세를 보였다. PC와 소프트웨어의 판매는 일반경제보다 기술적 후퇴 이후에 회복에 더 많은 시간이 요구된다. 종합적으로 평가할 때 비록 패키지 소프트웨어산업이 미국 총생산(GDP)에서 차지하는 비중이 약 1%에 불과하다고 하지만 이는 경제성장을 위한 주요 동력 중의 하나로 평가되고 있다.³⁾

· 소프트웨어산업의 직면 과제

미국에서 소프트웨어산업은 고정된 생명주기를 가진 상품을 생산하고 이를 업그레이드 하는 것에 주력하던 산업에서 서비스로서 소프트웨어를 창조하고, 보다 큰 기반시설을 연결하고 통합하는 상품으로서 소프트웨어를 제작하며 전자산업에서 생산하는 상품에 추가되는 코드를 생산하는 등의 산업으로 변형되고 있다. 특히 인터넷과 네트워크는 중앙정보처리기술로서의 컴퓨터에 협력하고 대화하는 수단을 제공

3) 소프트웨어 및 정보 산업협회, 소프트웨어부분, 패키지소프트웨어 소득과 성장, www.siia.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

하고 있어서, 컴퓨터산업도 정보와 계산을 위한 단독의 저장고에서 보다 종합적인 건축물로서 그 안에서 정보와 계산을 위한 자료들과 그 응용물들이 상호 연계작용을 하도록 변화하고 있다. 이러한 상호 연계작용은 소프트웨어에 대한 더 많은 접근성을 요구하게 되고 그 결과 공개체제와 네트워크에 의한 이익을 제공하기 위한 공통기준을 개발하는 것이 불가피하게 되었다. 이는 곧 소비자들이 하나의 판매자의 상품만을 고집하는 것이 아니라 쉽게 다른 판매자로 그 구매선을 변경할 수 있게 한다. 결과적으로 소프트웨어 회사들은 더 이상 판매에만 주력할 수 없고 판매에 따른 서비스와 지원을 계속적으로 제공하여야 한다. 그러나 이들 서비스와 지원은 비용이라기 보다는 기업의 중요한 수입원이 되고 있다.⁴⁾

이처럼 많은 수익원이 존재함에 따라 소프트웨어 시장에 새로이 진입하는 수가 점차 늘어나고 있으며 이는 마케팅의 중요성에 대한 인식을 변화시켰다. 현재 마케팅은 미국 소프트웨어 회사들이 가장 많은 지출을 하고 있는 분야라고 한다. 이는 일반인들의 예상과는 달리 제품개발, 의사소통기반확립, IT 지원보다도 더 상위에 위치해 있다. 미국 회사들은 수익의 약14%를 마케팅에 소비한다고 하며 마케팅을 통하여 그들이 가장 심각하게 대처하고자 하는 것은 인터넷의 등장으로 변화하고 있는 사회 환경이라고 한다. 미국 소프트웨어 회사들은 이처럼 마케팅에 많은 비용을 소비하고 있는데 비용 대비 이들 마케팅 행위들이 얼마나 많은 효율성을 창조하고 있는지에 대한 연구결과를 살펴보면 마케팅 방법에 따라 차이를 보이고 있다.

우선 소프트웨어산업은 여전히 무역전시에 의한 사업성향을 강하게 보이고 있는 분야 중에 하나이다. 3/4이상의 기업들이 무역전시에 참

4) Fred Hoch, Brave New World: Yesterday's Industrial Revolution is Today's Software Revolution, Upgrade, August-September 2003, www.siia.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

여하고 있으며 마케팅 비용의 10%를 이들 무역전시에 참여하는데 소비하고 있다. 그러나 무역전시에 의한 마케팅전략은 소프트웨어산업에서 점차 그 매력을 잃어가고 있다. 과거에는 산업계의 흐름을 선도하는 장소로서 무역전시가 중요한 역할을 하였으나 이제는 1/3정도의 회사들이 무역전시에 참여하는데 드는 비용을 감소하려는 생각을 가지고 있다. 더욱이 최근에는 인터넷이라고 하는 보다 효율적인 수단이 등장함에 따라 다른 마케팅 수단은 그 호소력을 상실하고 있다. 소프트웨어산업에서 인터넷은 마케팅을 위하여 두가지 형태로 사용된다. 하나는 이미 물리적 형태로 이루어지고 있던 마케팅들을 온라인화하는 방법이고, 다른 하나는 인터넷을 기초로 한 광범위한 범위의 새로운 마케팅을 하는 방법이다. 2/3 이상의 회사들이 2004년 현재 이미 인터넷광고를 하고 있는 상태라고 한다.

그러나 무역전시나 인터넷이 소프트웨어산업에서 사용되는 마케팅 전략의 전부는 아니다. 이외에도 일반공중과 시스템 분석가들과의 관계 역시 중요한 마케팅 방법의 하나이다. 이들의 관계 증진이 소프트웨어에 대한 인지도를 확대 강화하는 것은 사실이나 이런 관계가 마케팅에 미치는 정확한 영향력은 파악하기 어렵다. 그러나 실질적 판단의 어려움에도 불구하고 44%의 회사들이 일반공중과 시스템분석가들과의 관계 증진에 더 많은 비용을 소비할 계획을 가지고 있는 것으로 알려져 있다. 다음으로 인쇄물에 의한 광고는 다른 마케팅 수단에 비하여 덜 효과적인 것으로 판단된다. 그러나 이러한 낮은 효용성에도 불구하고 20%의 회사들이 인쇄물에 의한 광고를 증가시킬 계획을 갖고 있다. 이외에도 10개 중 4개의 회사들이 텔레마케팅을 이용하고 있으며 그 낮은 만족도에도 불구하고 텔레마케팅을 실시하고 있는 기업의 44%가 이 분야에 대한 투자를 확대할 계획을 가지고 있다.⁵⁾

5) Leary Gates, Market Tactics: A Recent Survey Shows the Internet is Where the Money

특허법과 저작권법에 의한 소프트웨어의 보호

V

1. 특허법

미국 특허법 제101조에서는 특허의 대상을 방법, 기계, 물건, 합성물에 한정하고 있으며 단순한 아이디어에 대해서는 특허를 인정하지 않는다. 그러므로 수학적 표현을 포함한 아이디어, 즉 자연법칙은 특허를 받을 수 없으며⁶⁾, 수학적 표현물이라고 할 수 있는 컴퓨터프로그램도 오랫동안 아이디어로서 보호가 인정되지 않았다. 그러나 컴퓨터 프로그램이 발달하면서 컴퓨터프로그램의 특허가능성 여부가 문제되기 시작하였다. 1972년의 *Gottschalk v. Benson* 사건은 컴퓨터 관련 발명에 관한 최초의 결정으로 알려져 있는데 이 사건에서 대법원은 0과 1의 이진법으로 코딩된 십진수를 순수 이진수로 전환하는 방법, 즉 컴퓨터프로그램의 일반적인 방법은 특허를 받을 수 없다고 결정하였다. 법원은 이러한 과정이 일종의 알고리즘이라는 점에 주목하며 이러한 공식에 대한 특허를 인정하는 것은 과학적 진실에 대한 독점을 허용하는 것이 된다고 선언하였다. 결과적으로 이는 모든 컴퓨터프로그램에 대한 특허를 거부하게 된다.⁷⁾ 이후 *Parker v. Flook* 사건에서 대법원은 과학적 원리를 이용한 방법의 경우에 방법 그 자체가 단순히 수학적 알고리즘이 아니며 신규성과 유용성이 있는 경우에는 특허를 받을 수 있다고 판단하였다.⁸⁾

미국 대법원은 1981년 *Diamond v. Diehr* 사건을 통하여 본격적으로 컴퓨터 관련 발명에 대한 진전된 입장을 취하기 시작하였다. 이 사건

is, Upgrade, August-September 2004, www.sii.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

6) Robert P. Merges et al., Intellectual Property in the New Technological Age 151~153 (1997).

7) 409 U.S. 63 (1972).

8) 437 U.S. 584 (1978).

에서 문제된 발명은 컴퓨터를 통해 반복적으로 산출된 공식을 사용하여 합성고무를 경화시키는 방법이다. 법원은 출원인이 수학적 공식을 특허받고자 하는 것이 아니라 컴퓨터를 필요로 하지 않는 합성고무를 경화시키는 방법을 특허받고자 한다고 판단하였다. 비록 컴퓨터프로그램 자체에 관하여 특허를 인정하는지 여부는 분명하지 않지만 적어도 대법원은 컴퓨터프로그램에 대한 특허를 거부할 수 없음을 인정하고 있다. 더욱이 특허의 대상은 발명의 구조나 방법이지 발명과 연계된 자연현상, 추상적 아이디어 또는 과학원리는 아니라는 점을 분명히 하였다.⁹⁾

Benson, Flook, Diehr 판결을 통해 발달된 컴퓨터프로그램 관련발명에 대한 법원리는 *In re Freeman* 판결을 비롯한 일련의 항소법원 판례들을 통하여 일명 2단계 테스트(two part test)라고 하는 *Freeman-Walter-Abele* 테스트(일명 *Freeman* 테스트)를 확립시키게 되었다. *Freeman* 테스트에 따르면 우선 특허청구항이 알고리즘을 직접 또는 간접으로 서술하고 있는지를 결정해야 한다. 만약 알고리즘의 기술과 관계가 있다면 다음으로 청구된 발명이 전체로서 알고리즘 자체에 불과한지 아니면 그 이상인지 여부를 판단한다. 만약 단순한 알고리즘에 불과하다면 특허법 제101조에 의하여 특허가 거절된다.¹⁰⁾ *Benson, Flook, Diehr* 판결이 추상적 아이디어, 자연현상, 과학적 이론들의 응용문제를 다루고 있다면 *Freeman* 테스트는 발명이 특허 대상이 아닌 수학적 알고리즘인지 아니면 수학적 알고리즘의 응용인지를 판단하기 위하여 적용된다는 점이 특징이다. *Freeman* 테스트의 문제점은 무엇이 수학적 알고리즘인지 그 정의의 모호함에 있다. 적어도 컴퓨터프로그램은 수학적 알고리즘을 포함하고 있으며, 따라서 *Freeman* 테스트의 적용을 받을 수 있다. 그러나 추상적 아이디어나 과학적 이론에

9) 450 U.S. 175 (1981).

10) *In re Freeman*, 573 F.2d 1237(C.C.P.A. 1978); *In re Walter*, 618 F. 2d 758(C.C.P.A. 1980); *In re Abele*, 684 F. 2d 902 (C.C.P.A. 1982).

대해서는 *Freeman* 테스트의 적용을 받는 것으로 추정하는 것에 무리가 있을 수 있다.

Benson, Flook, Diehr 판결과 *Freeman* 테스트 이후에도 컴퓨터프로그램의 특허문제를 다룬 많은 사건들이 출현하여 이들 견해를 적용하고 그 문제점을 지적하고 있다. 1994년 *Alappat* 사건에서 연방순회항소법원(CAFC)은 수학적 특허발명과 관련하여, 연방대법원은 제4의 광범위한 특허대상제외범위를 창조하려고 의도하지 않았다는 결론을 내렸다. 핵심적 논점은 문제가 된 특허청구대상물이 전체로서 수학적 개념을 구체화하고 있는지 여부이다. 만약 이러한 구체화가 이루어지지 않았다면, 그 청구물은 단순히 자연법칙, 자연현상 또는 추상적 아이디어로서 특허를 받을 수 없다.¹¹⁾ 특히 수학적 계산을 행하는 전자회로가 일반적으로 사용되는 요소라 하여도 전체로서 특허청구대상은 특정 기계를 형성하기 위하여 결합된 상관적 요소들의 결합으로서 특허대상이 될 수 있다고 보았다.

1996년 매사추세츠에서도 컴퓨터프로그램 관련발명의 특허권이 문제가 되었다. *Signature Financial*라는 회사는 1993년 뮤추얼 펀드의 관리인과 회계사를 위한 데이터처리시스템에 관한 특허를 받은 바 있다. 이 시스템은 차바퀴의 살과 그 중추와 같은 구조로 되어 있으며 살에 해당하는 뮤추얼 펀드들이 중추에 해당하는 투자증권회사에 자신의 자산을 공동출자하도록 되어있다. *Street Financial*은 *Signature*사와 특허시스템의 사용계약을 추진하였으나 결렬되었고, 그 후 문제의 특허가 특허대상이 되지 않으므로 무효라는 소송을 제기하였다. 매사추세츠 지방법원은 *Street*사의 청구를 받아들여 *Signature*사의 특허가 무효임을 선언했다.¹²⁾ 그러나 *Signature*의 항소에 대하여 연방항소법원은

11) *In re Alappat*, United States Court of Appeal for the Federal Circuit, 33 F. 3d 1526 (Fed. Cir. 1994)(en banc).

12) *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 927 F. Supp. 502 (D. Mass, 1996).

원심을 뒤엎고 Signature사의 승소판결을 내렸다. 이러한 결론을 내리면서 항소법원은 *Alappat* 판결에 따르면 Signature사의 특허는 명세서에서 특정구조를 가진 기능으로 표현된 장치로서 특허대상에 해당한다는 결론을 내렸다.¹³⁾

항소법원은 특허청구항에서 청구대상을 기계 또는 방법으로 한정하는 것은 특허발명성을 판단하는데 있어 중요한 의미가 없다는 점을 밝히고 있다. 판례에 의하여 특허대상이 아닌 것으로 인정되는 세 가지 유형은 자연법칙, 자연현상, 추상적 아이디어며, 수학적 알고리즘은 단지 추상적 아이디어만을 구체화하고 있는 경우에 추상적 아이디어로서 특허대상에서 제외된다. 따라서 수학적 알고리즘을 포함하고 있는 것과는 무관하게 유용성이 있는 발명의 경우에는 특허대상이 될 수 있다고 판단되었다.¹⁴⁾

1999년 미국 항소법원은 *Signature* 판결을 확인하고 이를 확대하는 *AT & T Corp. v. Excel Communications, Inc.*¹⁵⁾ 판결을 내렸다. 동 사건은 전화시스템을 위한 통화 메시지 기록에 관한 것으로 이 시스템은 1차적 상호교환 통신업자(Primary Interexchange Carrier, PIC)의 표시기를 추가함으로써 향상된 장거리 전화 통화를 위한 메시지 기록으로 설명될 수 있다. 이 표시기를 통하여 장거리 전화 서비스 제공자들은 이용자들이 동일한 서비스 제공자를 이용하는 자에게 전화를 거는 지 여부를 판단하여 다른 요금체계를 적용할 수 있었다. 그러나 문제의 발명은 표준 메시지 기록에 통화가 특정 PIC를 사용하고 있는지를 알아내기 위한 데이터 부분을 첨가한 것으로, 서비스 사용 신청자와 수신자의 PIC를 데이터로 받아들여 Boolean(불논리) 대수를 이들 데이터에 적용하여 PIC 표시기의 평가를 결정하고 이 평가를 스위치와 기록

13) 149 F. 3d 1368; 47 U.S.P.Q. 2d 1596 (Fed. Cir. Mass. 1998).

14) *Id.*

15) 172 F. 3d 1352 (C.A.Fed. Del. 1999).

장치를 통하여 청구서 발급 목적을 위해 필요한 기호를 만들기 위하여 적용하였다. 법원은 특허청구된 방법이 불논리 대수를 유용하고 구체적이며 유형의 결과를 얻기 위하여 적용하였으므로 특허청구대상에 해당한다고 판단하였다. 즉 특허권자의 시스템은 불연속적인 금액으로 구성된 데이터를 받아들여 수학적 계산을 통하여 최종적인 공유 금액이라는 유용하고 구체적 결과를 생산하였으므로 특허청구대상이 될 수 있다고 판단하였다. 그러므로 *AT&T* 판례는 수학적 알고리즘이 실질적으로 적용되어 유용한 결과물을 산출했는지에 중점을 두며 물질적 변형이나 한 상태에서 다른 상태로의 대상물의 전환(Freeman 테스트에서 요구하는)은 반드시 중요한 요소가 아님을 밝히고 있다.¹⁶⁾

1996년 미국 특허상표청도 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 해당 청구항에 기술성이 없는 경우에 등록을 거절하도록 하고 있다. 이후 무수히 많은 컴퓨터 관련발명이 기술성 부족으로 등록이 거절되었다. 기술성을 요구하는 심사편람의 문제점은 2005년 특허발명성을 위한 특허출원 임시 심사편람 제2106조에서 기술성을 요구하던 이전 기준을 삭제함으로써 해결되었다. 대신 심사편람에서는 심사관에게 청구발명이 제101조의 특허발명의 예외(자연현상, 추상적 아이디어, 자연법칙)에 해당하는 요소들을 실질적 실용성을 갖도록 구체화하였는가를 판단하도록 하고 있다. 실질적 실용성은 물건이나 물리적 대상물을 다른 물건이나 상태로 전환하였는가 또는 실용적이고 구체적이며 유형의 결과를 만들었는가에 의해 결정된다.

16) *Id.*

2. 저작권법

최초에 소프트웨어는 교수들과 연구원들에 의해 그 법적보호에 대한 많은 고려없이 창작되었고 컴퓨터 제작자들은 종종 하드웨어와 함께 소프트웨어를 일괄적으로 판매하였다. 1960년대에는 긴 보호기간과 등록에 따른 과다비용이 들지 않는다는 점에서 소프트웨어를 저작권으로 보호하는 것이 가장 바람직한 것으로 인식되었다. 1964년 저작권 사무국은 컴퓨터프로그램에 대한 저작권 등록을 인정하기 시작하였으나 이때 인정된 등록은 “의심의 원칙(rule of doubt)”에 따른 것이어서 창작물이 저작물로서 실제로 보호될 수 있는지에 대한 궁극적 판단은 법원에 맡겨졌다. 사무국의 이러한 결정은 *White-Smith Music Co. v. Apollo*에¹⁷⁾ 그 근거를 두고 있는데, 동 사건에서 대법원은 자동 피아노에 사용되는 피아노롤(Piano Roll)에 대하여 피아노롤은 기계장치 일부뿐이기 때문에 음악저작권을 침해하지 않는다는 결정을 내렸다. 컴퓨터프로그램은 책과 같이 문서로 되어 있는 반면 *White* 사건의 피아노롤과 같이 기계장치의 일부분이다. 그러나 저작권 사무국의 이러한 입장에도 불구하고 매우 적은 회사만이 컴퓨터프로그램에 부여되는 저작권적 보호를 누릴 수 있었다. 그 이유로는 당시만 해도 컴퓨터프로그램에 대한 대량생산이 이루어지지 않고 있었으며 저작권 사무국이 소스코드에 대한 납본을 요구한 것이 프로그램을 영업비밀로 보호하고자 하는 창작자의 의사에 반하였기 때문이다.

그러나 컴퓨터프로그램이 저작물로 인정될 수 있는지는 여전히 명확하지 않다가 1976년 저작권법에 따라 어문저작물에 포함되는 것으로 해석되었다. 더욱이 의회는 1976년 저작권법에 관한 입법자료에서 아이디어와 구별되는 표현으로서 어문저작물에 컴퓨터프로그램과 컴

17) 209 U. S. 1(1908).

퓨터데이터베이스가 포함됨을 분명히 하였다. 이후 1980년 개정 저작권법에는 컴퓨터프로그램에 대한 명문의 정의규정이 추가되었다. 1980년 저작권법은 저작물의 신기술적 사용에 관한 위원회(Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, CONTU)의 컴퓨터프로그램에 대한 입장을 받아들여 프로그램에 대한 저작물성을 인정하고 프로그램저작물의 권리자가 저작권침해를 주장하지 못하도록 프로그램의 효율적 사용을 위하여 필요한 범위에서 프로그램에 대한 복제를 허용하였다. CONTU의 입장을 수용한 1980년 저작권법이 제정된 이후에는 컴퓨터프로그램이 저작권법에 의하여 보호된다는 점에 있어서는 논란이 없어졌으나 이때 보호되는 소프트웨어의 범위에 응용프로그램 이외에 운영체제도 포함되는지에 대하여는 여전히 논란이 야기되었다. 이와 관련된 사건으로 *Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*이 있다.¹⁸⁾ 이 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 복제해야 한다. 운영체제는 순서, 체제 또는 운영방법으로 볼 수 있으며 이는 저작물로 보호되는 프로그램으로 볼 수 없다는 피고의 주장에 대하여 항소법원은 저작권법상의 컴퓨터프로그램의 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 보여

18) 714 F. 2d 1240 (3rd Cir. 1983).

지는 경우에는 저작권이 인정되지 않는다. 현재 컴퓨터프로그램의 보호와 관련된 가장 큰 문제는 보호범위이며 특히 프로그램의 어문저작물적 요소와 그렇지 않은 요소사이의 구별과 통합원리가 그러하다. 현행 컴퓨터프로그램의 정의규정 하에서는 프로그램의 어문저작물적 요소와 그렇지 않은 부분 양자 모두에 대하여 보호가 인정되어야 할 것이다. 이 중 어문저작물적 요소로는 소스코드, 목적코드와 마이크로 코드¹⁹⁾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 이들 비어문저작물적 요소들이 표현이라기 보다는 프로그램의 아이디어에 가깝다고 볼 수 있기 때문이다. 더욱이 이들 비어문저작물적 요소들은 미국저작권법에서 전통적으로 요구해 왔던 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.²⁰⁾ 그러나 스크린상에 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 의

19) 마이크로코드란 마이크로프로세서에게 그 어휘력을 부여하는 마이크로프로세서에 내장된 지시어를 말한다.

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

미한다. 하지만 컴퓨터프로그램에 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 컴퓨터프로그램이 통로나 규칙의 단계에 종속되면 비록 원칙적으로 그 컴퓨터프로그램에 대하여 저작권이 인정되어야 한다 하여도 융합 및 유사한 원칙들에 의하여 그러한 프로그램에 대한 저작권이 부정되게 된다. 컴퓨터프로그램 중 보호되는 부분과 보호될 수 없는 부분을 구별하기 위한 기준을 판단한 것으로 *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*²¹⁾ 사건이 있다. 동 판결에서 법원은 추출(abstraction) - 여과(filtration)의 이단계 테스트를 적용하였다. 추출 - 여과의 이단계 테스트에서는 먼저 침해물이라고 주장되는 프로그램을 구성 구조부분으로 분해하고 그런 구조부분들에 포함되어 있는 사상을 검토한 후 표현이 이들 사상에 필수적으로 부수되는 부분인지 및 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 비교하게 된다. 따라서 이 추출-여과의 이단계 테스트는 컴퓨터프로그램 저작권의 침해여부를 판단하는 경우에도 기준이 된다.

21) 982 F. 2d 693 (2d Cir. 1992).

미국 저작권법에서는 우리 저작권법과는 달리 컴퓨터프로그램의 보호기간에 대한 특별규정을 두고 있지 않다. 따라서 컴퓨터프로그램의 경우에도 다른 저작물과 동일한 저작권 보호기간이 인정된다. 다만 컴퓨터프로그램은 업무상 저작물로 인정될 가능성이 높으며 업무상 저작물에 대해서는 공표일로부터 95년 또는 창작일로부터 120년 중 먼저 종료되는 시기까지 권리가 인정된다는 점이 다르다.²²⁾

추가적으로 현행 저작권법에서 인정되고 있는 기술적 보호조치를 회피하는 수단의 금지도 컴퓨터프로그램에 대한 저작권적 보호를 위한 한 방법이 될 수 있을 것이다.²³⁾ 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 미치는지는 분명하지 않다. 다만 두 방법 사이에 일정한 관계가 있을 것으로 예상되며 두 보호방법 사이의 정확한 관계에 대해서는 정확한 예측을 하기 어렵다.

· 영업비밀보호법에 의한 소프트웨어의 보호

주 영업비밀보호법도 제한적이기는 하지만 컴퓨터프로그램에 대하여 보호를 인정하고 있다. 영업비밀은 비밀성이 그 보호요건으로서 일반적으로 공개되지 않는 경우에만 보호가 인정된다. 따라서 제3자가 부당한 수단이나 VI 밀유지의무를 위반하여 영업비밀을 획득하게 되는 경우에 영업비밀에 대한 침해가 인정된다. 비밀관계이론에 따르면 전 고용인의 경우에 전 직장에서 신뢰와 비밀유지 의무 하에서 영업비밀을 알게 된 경우에 이직 시에도 이를 공개하는 것이 금지된다. 따라서 영업비밀보호법은 공개되지 않고 기업 내에서만 사용되던 소

22) 17 U.S.C.A. sec. 302.

23) 17 U.S.C.A. sec. 1201.

프트웨어의 보호에 있어 매우 중요한 역할을 한다. 그러나 일단 소프트웨어가 일반인들에게 배포된 경우에는 영업비밀로서 보호되기가 매우 어렵다. 제3자가 정당한 방법 즉 시험이나 역공정에 의해 알게 된 것은 자유로운 이용이 가능하다. 결론적으로 일단 일반인에게 소프트웨어가 공개된 경우에는 영업비밀로서 보호되기는 매우 어렵다고 할 수 있다.

· 기타 방법

소프트웨어 개발자의 입장에서는 저작권법이나 특허법, 영업비밀보호법에 의해 보호받을 수 없다고 인정되는 VII 경우에 계약법에 의해 보호받는 방법을 취하게 된다. 구체적으로는 공개나 역공정을 금지하는 제한적 라이선스를 체결하는 것을 말하는데 이처럼 계약법은 저작권법 등에 대한 매우 효과적인 대체수단을 제공하게 된다. 다만 한가지 문제점은 계약법이 계약을 체결한 당사자 사이에만 효과가 있고 대세적 효력은 없다는 점이다. 그럼에도 불구하고 계약법은 대용량 컴퓨터체제에서 사용되기 위해 고안된 맞춤형 소프트웨어를 위해서는 매우 효과적인 대체수단이 될 것이다. 소프트웨어와 관련하여 많이 이용되고 있는 계약유형인 Shrink-wrap 계약도 그 유효성 여부는 별론으로 하고 소프트웨어보호를 위한 하나의 수단이 될 수 있을 것이다.

이외에도 컴퓨터프로그램의 사용자 인터페이스 등은 상표법에 의해 일종의 입체표장(trade dress)으로 보호받을 수 있으며, 컴퓨터 운영체제를 설명하기 위하여 경쟁자의 상표를 사용하는 경우에도 상표권의 침해문제가 발생한다. 또한 이미 설명된 법들에 의한 보호가 모호한 반도체칩에 대해서는 반도체칩보호법이라는 특별법에 의해 보호가 인정된다.²⁴⁾

24) Robert P. Merges et al., *supra* note 6, at 1020-1021.

. 결 론

소프트웨어에 대한 법적보호 가능성을 판단하기 위해서 전제가 되는 것은 소프트웨어가 컴퓨터프로그램과 동의어라고 할 수 있는가 하는 점이다. 일반적으로 컴퓨터프로그램은 소프트웨어의 매우 중요한 부분 중의 하나이지만 두 개념이 반드시 동일하다고는 할 수 없을 것이다. 이런 전제에서 출발할 때 미국에서 컴퓨터소프트웨어는 특허, 저작, 상표, 영업비밀보호법과 같은 지적재산권법만이 아니라 특별법, 계약법에 의해서도 보호가 인정된다.

소프트웨어에 대한 이와 같은 다양한 보호인정은 중복보호의 문제와 법간의 충돌문제를 불가피하게 수반하게 된다. 특히 성문법주의 국가로서 법간의 충돌문제를 법률 규정에서 적극적으로 규정하고 있는 우리법과는 달리 불문법주의를 취하고 있는 미국에서는 관례에 의하여 이러한 충돌문제를 해결해야 할 것으로 보여지는데 이의 해결은 결코 용이하지 않은 것으로 판단된다. 특히 특허법과 저작권법과의 충돌문제에 있어 (우리법에서도 동일한 문제가 발생하지만) 등록주의를 취하고 있는 특허법과 무방식주의를 취하고 있는 저작권법 사이의 충돌을 조정하는 것이 매우 중요한 관건으로 생각된다.

물론 과거와는 달리 미국 저작권사무국이 특허권 등록이 인정된 발명에 대하여 저작물로서의 요건을 갖춘 경우에 굳이 등록을 거부하지 않는 입장을 취하고 있어서 동일인에게 특허권과 저작권의 이중 보호가 인정될 가능성이 있지만, 등록되지 않은 프로그램저작물과 특허된 프로그램이 각각 서로 다른 자에게 그 권리가 인정되어 있는 경우에는 이의 조정이 문제가 될 수 있을 것이다. 이외에도 shrink-wrap 계약 등 소프트웨어와 관련된 다양한 유형의 문제가 제기되고 있는데 미국에서 이처럼 소프트웨어를 둘러싼 다양한 법률문제가 야기되고 있는

것은 소프트웨어를 둘러싼 사회환경의 변화와 소프트웨어 자체의 속성의 변화에 그 주요 원인이 있는 것으로 보인다. 상품 생산업에서 서비스 제공업으로의 소프트웨어산업의 성격변화와 온라인 네트워크를 통해 상호 밀접하게 연계된 사회환경은 이후에도 소프트웨어의 법적성격 및 법률문제에 계속적 변화를 야기할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

홍동표 & 홍종호, 산업연관표를 이용한 한 미 일 소프트웨어 산업 분석, 정보통신정책연구 제9권 제2호, 2002년.

소프트웨어 및 정보 산업협회, 2004년 6월 소프트웨어 산업 개략, www.siiia.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

Fred Hoch, *Brave New World: Yesterday's Industrial Revolution is Today's Software Revolution*, Upgrade, August-September 2003, www.siiia.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

Leary Gates, *Market Tactics: A Recent Survey Shows the Internet is Where the Money is*, Upgrade, August-September 2004, www.siiia.net (2007년 6월9일 마지막 방문).

Robert P. Merges et al., *Intellectual Property in the New Technological Age* (1997).

Roger E. Schechter & John R. Thomas, *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks* (2003).

□□미국의 소프트웨어 관련산업 동향과 입법□□에 관한 토론문

손 승 우
(단국대학교 법정대학 교수)

미국의 소프트웨어산업의 동향 및 과제와 다양한 지적재산권법에 의한 소프트웨어 보호의 문제를 논리정연하고 자세하게 설명해 주신 육소영 교수님께 감사드립니다. 토론은 육 교수님의 발표문 중에서 몇 가지 이슈에 대해 보충적 코멘트와 질문을 하는 것으로 같음하도록 하겠습니다.

첫째, 미국정부의 소프트웨어 산업보호와 관련하여, 미국 무역대표부(USTR)의 중요한 역할을 살펴볼 필요가 있습니다. 주지하는 바와 같이, USTR은 무역상대국들의 무역장벽과 지적재산권 이행상황을 매년 조사해서 3월에 ‘국가별무역장벽(NTE) 보고서’를, 그리고 4월에 ‘지적재산권 보호에 관한 스페셜301조 보고서’를 의회에 제출하고 있습니다. 특히, 후자를 위해서 USTR은 년초에 외국에서 활동하고 있는 자국 기업들로부터 의견을 직접 수렴할 뿐만 아니라 현지의 무역장벽과 기업의 애로사항에 대해 외국주재 미국대사관과 미국상업회의소의 보고를 받고 있습니다. 이러한 자료를 토대로 미국 정부는 무역 상대국의 지적재산권 정책이나 불공정 관행에 대하여 통상협상을 통하여 시정요구와 압력을 행사하고 있습니다. 또한 일정한 경우 수시로 접수되는 기업의 애로사항을 다양한 채널을 통해서 무역 상대국에 건의하고 그 개선을 요구하고 있습니다. 이와 관련하여 미 정부는 올 4월

에 중국의 지적재산권 침해 및 무역장벽의 문제로는 처음으로 세계무역기구(WTO)에 제소한 바 있습니다.

우리나라도 매년 외국의 무역장벽을 조사하여 발표하고는 있으나 USTR과 같이 산업과의 유기적 관계를 형성하여 기업의 애로사항이나 침해현황을 파악하여 통상협상에 활용하거나 정책결정에 영향을 미치는 등의 실질적이고 적극적인 메커니즘과 전문기구를 마련하고 있지는 못하고 있습니다. 따라서 우리나라 소프트웨어 산업을 보호하기 위해서는 미국 무역대표부와 같은 세계적인 대응시스템을 갖춘 전문기구가 필요하다고 생각합니다.

둘째, 소프트웨어의 다양한 보호방법에 관한 논의와 관련하여, 컴퓨터프로그램은 통상 저작권, 영업비밀, 계약에 의해 보호받아 왔는데 최근에는 기술에 의한 보호에 덧붙여 특허에 의한 보호까지 논의되고 있습니다. 컴퓨터프로그램이 실질적으로 저작권보호를 받기 시작한 것은 1980년대에 이르러서인데, 그 이전에는 영업비밀이 최고의 보호수단이었습니다. 그런데 영업비밀에 의한 보호는 그 성질상 자력구제적 수단이고, 또한 역분석(reverse engineering)과 같은 정당한 방법에 의해 알게 된 영업비밀은 더 이상 보호받을 수 없는 한계가 있습니다. 그리고 과거 프로그램이 맞춤형에서 범용화로 발전되면서 영업비밀에 의한 보호로는 충분하지 못했습니다.

한편, 1980년대까지 컴퓨터프로그램을 특허로써 보호받기도 쉽지 않았습니다. 당시 컴퓨터 제조사들은 프로그램을 특허로서 보호하는 것에 반대하였고, 법원도 SW특허에 관하여 비관적 시각을 가지고 있었고, 또한 명확한 판단기준을 제시해 주지 못했습니다. 따라서 저작권에 의한 컴퓨터프로그램 보호가 비록 제한적이고 불명확하였지만 80년대 이후에는 저작권이 이를 보호하는 주요한 도구로서 활용되고 있습니다. 그러나 저작권법은 표현은 보호하고 아이디어는 보호하지 않

기 때문에 프로그램에서 가장 중요한 알고리즘(algorithm)은 그 보호영역에서 배제되는 문제점이 있습니다. 또한 장기간의 보호기간을 가지고 있는 저작권과 소프트웨어의 짧은 라이프사이클과는 서로 맞지 않는 부분이 존재하기도 합니다.

그런데 발표문에서 소개된 관례에서 보듯이, 미국은 유용하고 구체적인 유형의 결과를 가져오는 소프트웨어에 대해서 특허보호를 하고 있으며, 우리나라에서도 최근 특허청에서 이러한 입장을 수용하고 있습니다. 그러나 특허 성립요건에 관한 현행 규정에 대한 지나친 확대 해석에는 한계가 있으며, 또한 소프트웨어를 특허로써 보호할 경우에 국내 SW산업의 대부분을 차지하고 있는 중소벤처기업들이 외국계 대기업에게 상당한 로열티를 지급해야 하며, 특허소송으로 인한 비용증가가 예상되므로 특허에 의한 소프트웨어보호는 시기상조라는 우려의 목소리도 있습니다.

한편, 발표문에서 소프트웨어에 대한 기타 보호수단으로써 계약과 기술에 의한 보호를 간단히 소개해 주셨습니다. 계약에 의한 보호는 특성상 계약 당사자에게만 그 효력이 미치는 한계가 있으며, 또한 당사자 간의 협상력의 차이로 불공정한 계약이 이루어질 가능성이 높습니다. 이와 관련하여 최근에는 지적재산권자의 독점력이 점차로 강화되고 집중되면서 정당한 권리를 가진 자에 의한 남용행위 및 불공정거래행위가 증가하고 있습니다. 미국은 대내적으로 이를 방지하기 위한 법리와 입법을 가장 발전시킨 대표적인 국가라고 할 수 있습니다.

이 밖에 워터마크, DRM, 암호화 등과 같은 기술적 보호조치에 의한 보호는 권리자 스스로 자신의 지적재산을 보호하려는 노력이므로 역시 일정한 한계라 존재합니다. 이에 미국은 DMCA를 제정하여 이러한 기술적 보호조치를 무력화하는 행위를 금지함으로써 소프트웨어 저작권자에게 아이디어에 대한 접근통제를 할 수 있는 제3의 권리를 부여하여 혼란을 초래하고 있습니다.

마지막으로, 발표문 결론에서 소프트웨어에 대한 지적재산권법 이외의 특별법에 의한 보호를 언급하고 있는데, 미국에서 SW보호 및 관련 산업보호를 위한 특별법으로 어떤 것들이 존재하는지 몇 가지만 소개해 주시면 감사하겠습니다.

토 론 문

한 정 미
(한국법제연구원 초청연구원)

I. 개념의 정립과 관련하여

소프트웨어와 프로그램의 개념에 대하여 산업계 기술계에서는 일반적으로 두 개념을 구분하지 않고 혼용하여 사용하고 있는 반면, 법 개념상으로는 양자를 구별하여 사용하고 있다.

이는 WIPO(세계지적재산권기구, World Intellectual Property Organization)가 이들 양자의 개념을 구분하고 있는 결과로서, 이러한 의미구분에 대하여 대부분의 국가도 따르고 있다.

미국 저작권법 제101조에서 “컴퓨터프로그램”은 일정한 결과를 산출하기 위하여 직접 또는 간접적으로 컴퓨터에서 사용되는 일련의 지시나 명령을 의미한다고 규정하고 있으며, “소프트웨어”의 개념에 대한 별도의 정의는 내리고 있지 않다.

그러나 제109조(b)(2)(B)에서 언급된 “Computer Software Rental Act of 1990(컴퓨터소프트웨어 대여에 관한 법)”의 요약문에서, “컴퓨터프로그램”보다 넓은 의미인 “소프트웨어”라는 단어를 사용하고 있다.

이는 대여에 있어서는 CD-ROM과 같은 매체가 반드시 수반되기 때문에 프로그램이라는 용어를 사용하는 것보다 소프트웨어라는 용어를 사용하는 것이 적절하기 때문이다.

즉, 미국의 경우 저작권법상 “소프트웨어”에 대한 정의규정은 두고 있지 않으나 법문 중 컴퓨터소프트웨어 대여에 관한 법률의 준용규정

을 두고 간접적으로 소프트웨어의 개념을 수용함으로써 보다 정확하고 실질적으로 입법하고 있는 것이다.

· 침해의 민사상 구제와 관련하여

소프트웨어 침해와 관련한 민사상 구제와 관련하여 크게 법정손해 배상의 문제와 징벌적 손해배상의 문제에 대하여 질문을 드리고자 합니다.

정보통신망 또는 컴퓨터 네트워크를 통해 이루어지는 침해를 성격 상 그 피해정도를 추정하거나 입증하기가 어렵다.

또한 침해행위가 장소적으로 제한을 받지 않고 이루어지고 있어 침해행위를 발견하기가 곤란하기 때문에 사전적 구제수단을 침해금지를 청구하기에는 실효성이 적을 수밖에 없고 침해행위로 인한 사후적 구제수단인 손해배상의 비중이 높아질 수밖에 없다.

그러나 실제 침해소송에서도 법원에서 컴퓨터프로그램의 침해로 인해 입은 실제손해액을 입증하기란 쉬운 일이 아니어서 권리자는 민사적 구제수단을 쉽게 포기하고 형사고소에만 매달리게 되거나 만족스럽지 못한 금액으로 형사상 합의에 동의하게 되는 경우가 생길 수 있다.

이와 관련하여 우리나라의 컴퓨터프로그램과 관련한 손해배상 청구에 대하여는 『컴퓨터프로그램보호법』 제32조에서 규정하고 손해배상액을 산정하는 여러 가지 방법을 규정하고 있지만 그것은 입증의 부담에 대한 경감을 위한 민법의 특칙일 뿐이므로 권리자는 이를 원용하지 않고 민법의 원리에 따라 권리침해로 인한 손해액을 산정하여 청구할 수도 있도록 하고 있다.

미국의 경우는 연방 저작권법 제504조에서 법정손해배상액을 규정하고 있는데, 내용을 보면, 침해에 대한 구제수단으로서 침해로 인하여 저작권자가 입은 실제의 손해(actual damages), 침해에 기인하

여 저작권자가 입은 이익(profit), 법정손해(statutory damages)를 규정하고 있다. 저작권자는 실제의 손해 및 이익을 배상 받거나 법정손해를 배상 받는 것 중에서 선택할 수 있다.

그런데 미국의 경우 법정손해에 있어 우리나라보다 상세한 설명을 하고 있는 것을 볼 수 있다.

즉, 저작권자가 입증책임을 다하고 법원이 침해행위가 고의로 행하여졌다고 판단하는 때에는 침해자가 그 재량에 의하여 법정 손해의 판정액을 150,000달러까지 인상할 수 있다. 침해자가 입증책임을 지는 경우, 침해자가 자신의 행위가 저작권 침해를 구성한다는 사실을 알지 못했고 이를 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 법원이 판단하는 때에는 법원은 그 재량에 의하여 법정손해의 판정액을 200달러까지 인하할 수 있다.

이와 같은 경우에 해당하는 사안을 제외하고, 저작권자는 최종판결이 있기 전에는 언제든지 그 선택에 따라 실제손해와 이익에 갈음하여 저작물 1개에 관한 소송에 관련된 모든 침해로서 침해자 1인이 단독으로 책임을 지거나 2인 이상이 연대하여 책임을 지는 행위에 대하여 750달러 이상 30,000달러 이하의 금액 중 법원이 정당하다고 인정하는 법정손해의 판정액을 회복할 수 있다.

이와 같이 미국의 연방저작권법은 실제의 손해와 이익 대신에 최저액 및 최고액으로 정해진 한도 내에서의 법정손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.

법정손해배상액이 인정되는 이유는 실제의 손해를 입증하기 어려우며, 법정손해를 인정함으로써 저작권자는 저작권자가 투자를 하여 저작권을 집행토록 하는 유인을 제공하며, 법정손해에 의한 위협에 의하여 침해자의 부당이익을 방지함으로써 침해를 억제할 수 있다는데 근거하고 있다.

따라서 법정손해배상도입과 관련하여 가장 고려하여야 할 사항은 최저 및 최고 배상액수와 관련하여 과연 어느 정도의 금액을, 법원이 어떠한 사항을 고려하여 정하여야 하는가일 것이다. 미국에서도 가장 문제되는 부분이 바로 이러한 사항이다.

발표자께서는 이에 대한 의견이 있으시면 추가적인 설명을 해 주시기를 부탁드립니다.

또한, 발표문에서도 언급된 바와 같이 법정손해를 산정하는 데 있어서 여러 개의 저작물로 구성된 저작물과 여러 번에 걸친 침해에 관한 문제를 어떻게 처리하여 법정손해배상액을 산정하여야 할지도 문제될 것이다.

징벌적 손해배상제도의 도입과 관련하여 우리나라의 다른 법 특히 공정거래법 분야에서도 도입을 신중히 검토하고 있는 것으로 알고 있다.

미국의 특허법 및 저작권법에서 채용하고 있는 징벌적 손해배상제도에 관해 미국의 징벌적손해배상모델법(Model Punitive Damages Act)에서는 “전보적 손해배상은 법적침해를 전보하기 위한 금전적 배상을 의미하지만, 징벌적 손해배상은 단지 처벌 또는 억제하기 위해서 원고에게 주어지는 금전적 배상”이라고 하며, 불법행위자를 처벌하고 억제하는 기능으로써의 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있는 것으로 볼 수 있다.

우리나라에서도 이 제도를 도입하는 것에 대한 찬반론이 있는데, 발표자께서는 미국 징벌적손해배상모델법에서와 같이 우리나라의 저작권법이나 특허법상에 징벌적 손해배상제도를 도입한다면 그 본래적 성격에 부합하는 형태로 불법행위자를 처벌하는 데 역할을 다 할 수 있을 것인지, 소프트웨어를 비롯한 각종 저작권자를 보호하는데 도움이 될 것이라 생각하시는지 의견이 있으시면 설명 부탁드립니다.

· 침해의 형사상 구제와 관련하여

컴퓨터프로그램보호법은 소프트웨어 지적재산권의 침해에 대하여 민사상의 구제와 함께 형사상의 벌칙에 대하여 규정하고 있고, 상습적으로 침해행위를 하는 자에 대한 처벌규정도 마련하였으며, 이 외에도 특허법, 실용신안법, 상표법, 저작권법 등에서도 벌칙조항을 두고 있다.

미국의 경우도 저작권법 제506조에서 형사적 침해 규정을 두고 있는데, 그 내용을 보면, 상업적인 이익이나 개인의 금전적인 이득을 위하여 또는 전자적 수단에 의한 것을 포함하며, 특정한 180일 기간 내, 그 이상의 저작물의 하나 또는 그 이상의 1,000달러 이상의 총 소매가치를 가지는 복제물 또는 음반을 복제 및 배포에 연하여 고의로 저작권을 침해한자는 법전 제18편 제2319조에서 규정한 바에 따라 처벌된다고 하였다. 즉, 초범의 경우 5년 이하의 징역에 처할 수 있고, 누범인 경우 10년 이하의 징역에 처할 수 있다.

법원은 이와 같은 규정을 위반한 자에 대하여 유죄판결을 하는 때에는 소정의 형에 부가하여 모든 침해 복제물 또는 음반과 이러한 복제물 또는 음반을 제작하는데 사용된 모든 기구, 장치, 또는 장비의 몰수, 파괴 또는 기타의 처분을 명할 수 있다.

이러한 미국의 규정은 TRIPs협정 제41조 및 제61조의 요구치에 맞춘 것으로 볼 수 있는데, 제41조(침해구제)에서는 “회원국은 적어도 고의로 상표 또는 저작권을 상업적 규모로 침해한 경우에 적용될 형사절차와 처벌을 규정한다. 이용가능한 구제는 이와 상응하는 정도의 범죄에 적용되는 처벌 수준과 일치하고 억제를 제공하기에 충분한 구금 및 벌금을 포함한다. 적절한 경우에 이용 가능한 구제에는 침해상품과 주로 범죄행위에 사용된 재료 또는 기구에 대한 압수, 몰수 및

토 론 문

폐기를 포함한다. 회원국은 그 밖의 다른 지적재산권 침해의 경우, 특히 그 침해행위가 고의적으로 상업적 규모로 행해지는 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정할 수 있다”고 하였다.

발제문에서 지적한 바와 같이 소프트웨어를 보호하기 위한 이와 같은 다양한 법률간의 중복보호 문제와 법간의 충돌문제 등에서 벌칙간의 문제는 없는지 설명을 부탁드립니다.

제 3 주제

소프트웨어 관련법제의 현황과 과제

발 표 자 : 현대호 (한국법제연구)

토 론 자 : 조정아 (정보통신부 사)

토 론 자 : 이현정 (국회 입법조사)

소프트웨어 관련법제의 문제점과 개선방안

현 대 호

(한국법제연구원 부연구위원, 법학박사)

· 서 설

우리 나라에서는 최근 디지털콘텐츠(영화, 비디오물, 음악, 게임물, 인쇄 출판물, 컴퓨터프로그램 등) 산업이 비약적으로 발달하고 있지만, 컴퓨터프로그램)을 포함한 소프트웨어산업은 그 발달이 침체되어 있으며 외국산 소프트웨어가 국내시장에 상당부분을 잠식하고 있다. 이와 같은 현상은 정보선진국으로 알려진 우리나라에 중대한 위협이 아닐 수 없다. 따라서 소프트웨어)의 보호 유통 및 산업진흥에 대한 분석을 통하여 관련된 법제도의 문제점을 개선하여 건전한 산업환경을 마련하는 것이 필요하다.

소프트웨어와 관련해서 논의하는 대상은 다음이 포함될 수 있다. 첫째, 소프트웨어의 보호 및 유통에 관한 법령 등을 분석하고 그 개선방안의 분석이 요구된다. 둘째, 소프트웨어산업의 낙후된 원인을 분석하여 그 개선방안을 마련하고, 소프트웨어산업의 지원 육성할 정부시책의 개선방안을 살펴볼 수 있다. 셋째, 소프트웨어 시장의 건전화

1) “컴퓨터프로그램저작물”이라 함은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다)안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시 명령으로 표현된 창작물을 말한다(컴퓨터프로그램보호법 제2조제1호).
2) 소프트웨어라 함은 컴퓨터 통신 자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령 제어 입력 처리 저장 출력 상호작용이 가능하도록 하게 하는 지시 명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료를 말한다(소프트웨어산업진흥법 제2조제1호).

와 관련 상품의 유통을 활성화하기 위하여 현행 법제의 문제점을 분석하고, 소프트웨어 거래에 관련한 소비자의 보호에 대한 문제점과 개선방안을 다룰 수 있다. 여기서는 관련법률을 중심으로 문제점과 개선방안을 간략히 살펴보고자 한다.

· 관련법제의 현황

1. 개 관

Ⅱ

(1) 입법체계

소프트웨어는 관련법령에서 규율하고 있는 내용에 따라 소프트웨어의 보호, 소프트웨어의 유통 및 소프트웨어산업의 진흥으로 구분할 수 있다(그렇지만 이와 같은 구분이 반드시 적합한 것은 아니며, 사실 소프트웨어의 유통과 소프트웨어산업의 진흥은 현행 법체계상으로 그 구분이 명확하지 아니고 강학상의 구분에 가깝다).

첫째, 소프트웨어의 보호와 관련된 입법은 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법 등이 있다. 저작권법은 제4조제1항제9호에서 저작물로 컴퓨터프로그램저작물을 포함하나, 동조제2항에서 컴퓨터프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였고 이에 컴퓨터프로그램보호법이 제정되었다. 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 흠결에 대하여 보완하는 위치에 있다.

둘째, 소프트웨어의 유통에 관한 입법은 온라인디지털콘텐츠산업진흥법(이하 ‘온디콘법’이라 한다), 게임산업진흥에관한법률(이하 ‘게임산업진흥법’이라 한다) 등이 관련되어 있다.

셋째, 소프트웨어산업의 진흥에 관련된 입법은 소프트웨어산업진흥법, 게임산업진흥법, 온디콘법 등이 있다.

(2) 한 미 FTA협정과 국내법 수용

올해 한 미 FTA협정은 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 영화및비디오물의진흥에관한법률, 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 한미 FTA에서는 자연인, 비자연인은 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 않은 것으로 하여 이용자 보호를 위한 근거를 마련하였으며 인터넷상의 웹서핑, 웹브라우징 등은 한 미 FTA협정 체결 이후에도 저작권법에 저촉되지 않고 자유롭게 허용하였다.

셋째, 접근통제 기술적 보호조치를 신설하였다. 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.

넷째, 저작권 침해 시 비친고죄의 적용범위를 확대하였다. 즉 개정 저작권법('07.6 발효) 제140조에서는 영리 상승적으로 저작권 침해시 비친고죄 적용으로 규정 되어 있다.

다섯째, 저작권 침해 시 손해배상의 하한액을 명시하도록 하였다. 즉 현재 저작권 침해와 관련, 기본적으로 ‘실손해배상’ 원칙이 적용하였다. 단, 이전 저작권법에 ‘법정손해배상’ 제도와 유사한 성격의 조항(출판물 5000부 음반 10,000장)이 존재하여 법정 손해배상 제도가 도입되어도 큰 혼란은 없을 것으로 예상된다.³⁾

2. 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(법 제2조제33호 및 제56조). 즉 저작물 등의 안전한 유통을 보장하여 건전한 저작권 질서를 유지하기 위하여 저작권 인증제도를 도입하였다.

둘째, 학교수업을 위한 저작물의 전송을 허용하였다(법 제25조제4항 및 제10항). 즉 고등학교 이하의 학교 수업을 위하여 저작물의 전송이 이루어지는 경우에는 보상금을 지급하지 않도록 하되, 복제방지장치 등의 조치를 하도록 하였다.

3) 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.

셋째, 특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무를 신설하였다(법 제104조제1항). 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 취하도록 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 권리관리정보에 관한 정책 수립 지원, 저작권 정보제공을 위한 정보관리시스템 구축 및 운영 등을 추가하였다.

다섯째, 불법 복제물의 수거 폐기 및 삭제 등에 관한 조항을 신설하였다(법 제133조 및 제142조). 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, 권전한 저작물 이용환경을 조성하는 조항을 마련하였다(법 제134조). 즉 문화관광부장관은 저작물 등의 권리관리정보 및 기술적 보호조치에 관한 정책을 수립 시행할 수 있도록 하였다.

일곱째, 친고죄의 예외를 허용하였다(법 제140조). 즉 영리를 위하여 상습적으로 저작재산권 등을 침해한 행위등을 친고죄에서 제외하여 권리자의 고소가 없어도 형사처벌이 가능하도록 하였다.

3. 컴퓨터프로그램보호법

컴퓨터프로그램보호법은 저작권법과 별도의 특별법으로 제정되었는데, 그 제정이유⁴⁾에서도 밝히고 있듯이 컴퓨터프로그램을 저작물로

4) 이 법은 제정이유로 “컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치에 사용되는 프로그램을

보호하고자 하는 법률이다. 컴퓨터프로그램보호법은 2006년 10월에 개정되었는데, 그 개정이유로 “정보통신망을 통한 부정복제물의 유통을 신속하게 차단하기 위하여 컴퓨터프로그램보호위원회가 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. 주요개정 내용은 다음과 같다.

첫째, 등록 및 공보 관련규정이 정비(법 제23조 제26조 및 제26조의2)되었다. 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(법 제24조). 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.

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.

셋째, 정보통신망을 통하여 부정복제물을 유통시키는 온라인서비스 제공자에 대한 시정권고제도를 신설하였다(법 제34조의3 신설, 법 제 36조제4호). 즉 정보통신망을 통한 부정복제물 유통에 대하여 신속하고 효과적으로 대응하기 위한 제도를 마련하려는 의도가 있고, 컴퓨터프로그램보호위원회는 온라인서비스제공자에 대하여 부정복제물의 유통을 차단하기 위하여 필요한 시정권고를 할 수 있도록 하고, 컴퓨터프로그램보호위원회 내에 프로그램 부정복제물 신고센터를 설치 운영하도록 하였으며, 컴퓨터프로그램보호위원회가 사전적으로 온라인서비스제공자에 대하여 시정권고를 할 수 있게 됨에 따라 정보통신망을 통한 부정복제물 유통이 줄어들 것으로 기대된다.

넷째, 프로그램심의조정위원회의 명칭변경 및 기능을 강화하였다(법 제35조). 프로그램저작권의 보호 및 공정이용을 위하여 필요한 사업을 수행하고 이와 관련된 정책의 수립 시행을 보다 효과적으로 지원하기 위하여 프로그램심의조정위원회의 명칭을 컴퓨터프로그램보호위원회로 변경하고, 동 위원회의 업무에 새로이 온라인서비스제공자에 대한 시정권고를 추가하는 등 그 기능을 강화하였다.

다섯째, 프로그램저작권 침해에 대한 벌칙을 강화하였다(법 제46조 및 제47조). 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.

4. 소프트웨어산업진흥법

소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어개발촉진법이라는 명칭으로 제정되어 경쟁과 협동의 원리에 따라 개발자가 자율적으로 소프트웨어

의 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 가능하는 핵심산업인 소프트웨어산업을 종합적으로 육성·발전시키려는 것임”이었고, 2003년 7월의 개정에서 개정이유 및 주요골자는 “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 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 보완하려는 것임”이었다.

2006년 소프트웨어산업진흥법의 정부 개정안 이유에서 볼수 있듯이 “국가기관 등이 소프트웨어사업을 추진함에 있어 그 과업내용 변경의 적절성 등을 심의하기 위하여 소프트웨어사업과업변경심의위원회를 설치 운영하도록 하고, 소프트웨어사업자가 국가기관 등으로부터 도급을 받은 사업 중 일부를 예외적으로 다른 사업자에게 하도급하려는 때에는 국가기관 등의 장의 서면승낙을 받도록 하는 등 소프트웨어산업 진흥기반을 강화하며, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 보완하려는 것임”이라고 하여 소프트웨어산업진흥법의 문제점을 지적하고 있다. 구체적으로 첫째, 소프트웨어사업과업변경심의위원회의 설치 운영(안 제20조의2 신설)이 문제된다. 즉 소프트웨어사업 수행의 비효율성을 개선하기 위하여 과업내용 변경의 적절성과 과업변경에 따른 계약금액 조정을 전문적으로 심의하는 소프트웨어사업과업변경심의위원회 등을 설치 운영할 필요성이 있다. 둘째, 공공 소프트웨어사업의 하도급을 제한(안 제20조의3 신설)하는 것이 문제된다. 즉 소프트웨어사업 분야에서 여러 단계에 걸쳐 하도급

하는 등의 사례에 따른 계약이행의 부실화나 그 밖의 불합리한 하도급 계약관행을 방지하기 위하여 소프트웨어사업의 하도급을 제한하고 엄격하게 관리할 필요성이 제기되고 있다. 셋째, 공공 소프트웨어사업의 하자담보책임(안 제20조의4 신설) 신설이 요구된다. 즉 소프트웨어사업의 경우 하자담보책임에 관한 직접적인 규정이 없기 때문에 소프트웨어사업 발주기관이 유리한 하자보수 기간을 설정하고 있어 수주기업이 과도한 하자담보책임을 부담하게 되는 등의 문제점이 있으므로 이를 개선할 필요성이 있다. 넷째, 소프트웨어프로세스 품질인증 도입이 요구된다. 즉 소프트웨어사업의 부실방지와 국내 소프트웨어기업의 국제경쟁력 제고 등을 위하여 소프트웨어프로세스에 대한 품질인증 제도를 도입할 필요성이 있다. 다섯째, 소프트웨어기술자 신고제도 도입이 요구된다. 즉 공공 소프트웨어사업의 부실방지 및 소프트웨어기술자의 권익보호 등을 위하여 소프트웨어기술자에 대한 신고 및 경력관리 제도를 도입할 필요성이 있다.

5. 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 못

하고 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 컴퓨터프로그램보호법, 소프트웨어산업진흥법 및 온디콘법 등이 적용되어 다소 복잡한 구조를 가지고 있다. 그렇지만 게임산업진흥법의 제정으로 이들 법률중에서 게임저작물의 유통이나 산업진흥에 관련해서 상호 유사하거나 중복되는 조항을 배제하거나 우선하는 관계가 성립한다.

6. 온디콘법

온디콘법은 그 명칭에서 알 수 있듯이 관련산업의 발전에 관한 입법(디지털콘텐츠의 보호 및 유통에 관련된 내용도 포함하고 있음)에 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 입법이지만 온라인상으로 거래되는 콘텐츠의 보호에 관한 조항도 포함하고 있는 법률이다. 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.

7. 소 결

위에서 살펴본 최근 입법동향 중에서 개선이 요구될 수 있는 중요한 사항을 예시하면, 다음과 같다.

첫째, 저작권법은 한 미 FTA협정이 비준되는 경우에 상호 일치하도록 개선하는 것이 요구되고, 2006년 개정된 사항은 다른 법률(컴퓨터프로그램보호법, 영화및비디오물의진흥에관한법률, 음악산업진흥에관한법률, 게임산업진흥법 및 온디콘법 등)과의 상호 중복되거나 관계가 모호한 영역에 대하여 저작권법이 일반법적인 지위에 있고 상호관계를 명확히하는 것 등이 요구된다.

둘째, 컴퓨터프로그램보호법은 한 미 FTA협정과 2006년 개정된 저작권법을 적극적으로 수용하여 관련된 내용(예컨대, 보호기간, 온라인 서비스제공자의 책임, 친고죄 등)을 개선하는 것이 필요하다.

셋째, 소프트웨어산업진흥법은 2006년 정부개정안에서 제시하고 있는 주요 개정사항에 대한 반영이 요구된다. 향후에는 소프트웨어산업의 발달을 위하여 민간분야의 소프트웨어 관련시장을 진흥하는 시장형성적 지원에 대한 연구와 지원시책도 요구된다.

넷째, 온디콘법은 아래에서 별도로 다루겠지만 최근 개정을 통하여 산업육성법의 요소는 점차 퇴색되고 유통법(거래법)으로의 지위가 강화되고 있다. 따라서 향후에는 범명은 물론 실효성이 낮은 조항에 대한 과감한 개선이 요구된다.

소프트웨어의 보호

1. 개 관

소프트웨어를 어떠한 방법으로 보호받을 것인가라는 보호방법의 선택은 소프트웨어의 상업화에 중요한 작용을 한다. 예컨대, 정보와 기타 산업상 노하우의 ^④타인 소프트웨어 발명은 그 내용물에 따라서 특허법이나 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)에 의하여 소유의 대상이 될 수 있다. 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 소프트웨어는 저작물에 해당되어 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법이 적용된다. 따라서 저작물로 보호받기 위해서는 보호요건을 충족해야 하고, 컴퓨터프로그램에 해당하는 경우에는 컴퓨터프로그램보호법에서 정하는 법리에 따라 그 보호여부와 보호범위 등이 결정된다.

2. 저작권에 기초한 보호

소프트웨어에 대한 일반적인 보호방법은 저작권에 의한 보호이고, 이에 관련된 법이 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법이다. 어느 법률이 적용되든 간에 저작물로 보호받는다.

저작권의 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 하고 있다.⁵⁾ 우리 나라는 저작권법의 보호대상 저작물로 어문 저작물 음악저작물 연극저작물 미술저작물 건축저작물 사진저작물 영상저작물 도형저작물 컴퓨터프로그램저작물을 예시하고 있는데(저작권법 제4조제1항), 컴퓨터프로그램은 별도의 입법인 ‘컴퓨터프로그램보호법’으로 보호된다.

소프트웨어의 경우에도 저작권법에서 요구하는 저작권의 성립요건을 갖추어야 한다. 즉 첫째, 위에서 열거한 저작물에 ^②해당되어야 한다. 둘째, 독창성(originality)을 지녀야 ^③한다.⁶⁾ 즉 독창성은 복제하지 아 ^④
^⑤
^⑥
^⑦
^⑧
^⑨

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

6) 미국에 있어서 독창성과 창작성(creativity)의 요건은 ‘저작자의 독창적 저작물’에

니하는 한 우연히 타인의 소프트웨어와 유사성을 지니고 있고 심지어 동일하다고 하여도 창작성은 인정될 수 있다. 셋째, 유형적인 매체에 고정(fixation)되어야 한다. 즉 소프트웨어는 유형적인 매체에 적절히 고정되는 순간부터 저작권으로 보호된다.⁷⁾ 유형적 매체는 시각 청각의 감각적 수단에 의하여 항구적인 형태로 고정될 수 있는 것이면 족하다. 다만, 소프트웨어의 경우에도 일반저작물과 마찬가지로 저작자의 사고(아이디어)나 사실의 형태는 보호대상이 아니다.

3. 특허에 기초한 보호

특허법은 발명을 보호 장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조). 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.

우리 나라의 특허법은 동일하게 발명에 대한 개념을 정의하고 있는데, 특허법 제2조제1호에서 『“발명”이라 함은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말한다』라고 정의하고 있다. 이와 같이 특허법은 발명의 개념을 정의하고 있지만 순수한 특허법의 관점에서 보면, 새로운 형태의 발명(발견)과 관련된 특허법 제2조제1호의 발명개념에 대한 논의는 적고, 소프트웨어(통상 컴퓨터프로그램)에 대

한정한다는 법문에 의한 것으로 많은 판례는 창작성을 독창성의 한 요건으로 파악하고 있다.

7) 예컨대, 저작권은 사실상 잉크가 종이위에서 마르는 순간 시작된다. 저작권 보호를 획득하고 향유하기 위한 어떠한 선결요건(등록이나 저작권 표시와 같은)도 필요 없다.

한 특허(BM특허)는 최근에 다수 출원되어 특허등록이 이루어지고 있으며, 산업상 이용가능성, 신규성 및 독창성이라는 요건을 갖추어야 한다.

4. 영업비밀에 기초한 보호

부정경쟁방지법은 타인의 영업비밀⁸⁾을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하는데(동법 제1조), 영업비밀은 보호방식에 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 공언히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상

8) 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 소프트웨어 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.

당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보로 정의된다(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제2목). 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 ()공연히 알려져 있지 않을 것(비공지성) ()독립된 경제적 가치를 가질 것(경제성) ()비밀로서 관리되고 있을 것(비밀관리) ()생산방법, 판매방법 기타 영업상 유용한 기술상 또는 경영상의 정보일 것(유용성)을 요건으로 한다.

위의 개념 정의에서 보듯이 영업비밀은 비밀성 유용성 비공개성을 갖추어야 하는데, 소프트웨어 발명의 경우에도 동일하다. 이 경우 소프트웨어를 영업비밀로 보호받기 위해서는 소프트웨어 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.

· 소프트웨어의 유통

소프트웨어의 유통에 관련해서 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 게임산업진흥법 등과 관련성을 지니고 있지만 무엇보다도 2005년에 개정된 온디콘법이 직접적인 관련성을 가지고 있다. 종래에는 사실상 소프트웨어의 거래(라이선스를 포함)에 관한 거래법은 존재하지 않았다고 할 정도로 관련법규는 미흡하였다.

온디콘법은 2005년 12월 개정을 통하여 비록 범명은 산업진흥법이라고 칭하고 있지만 내용상으로는 소프트웨어를 포함한 디지털콘텐츠의 거래를 포함하는 방향으로 입법화가 이루어졌다. 2005년 12월의

온디콘법 개정에서는 그 성격을 본질적으로 변화시킬 수 있는 내용(거래법)을 입법화하고 있다는 점에서 중요한 의미가 있다. 즉 개정된 온디콘법은 디지털콘텐츠처럼 복제가 가능한 재화의 경우 디지털콘텐츠제작자가 사전에 청약철회 등이 제한되는 사실을 명시하거나 사용상품을 제공하는 등의 방법으로 디지털콘텐츠를 이용하는 이용자에게 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.

구체적으로 이 법의 주요 개정내용은 첫째, 디지털콘텐츠제작자가 전자상거래소비자보호법에 따라 청약철회 등이 불가능한 디지털콘텐츠의 경우 그 사실을 표시사항에 포함시키거나 사용상품의 제공, 한시적 또는 일부 이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하게 하였고, 그 조치를 하지 아니한 경우에 소비자의 청약철회는 제한되지 아니한다(동법 제16조의2). 따라서 전자상거래소비자보호법에 의하여 청약철회를 할 수 없는 디지털콘텐츠의 거래라고 하여도 청약을 포기할 실질적인 기회가 주어지면 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(동법 제16조의3 제2항). 또한 온라인콘텐츠사업자가 온라인콘텐츠 거래시 이용자 보호를 위한 약관을 정하려는 때에는 ()온라인콘텐츠 이용에 필요한 기술 사양 ()과오금의 환불방법 및 절차 ()온라인콘

텐츠 이용 계약의 해지 해제의 방법 및 그 효과와 위약금의 범위 () 온라인콘텐츠 하자 등에 의한 이용자 피해보상의 기준 범위 방법 및 절차 () 전자상거래소비자보호법 및 약관의규제에관한법률이 이용자^{IV} 보호를 위하여 정하는 사항 등을 포함하도록 하였다(동법 시행령 제21조의2).^V

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(동법 제16조의3 제1항).

넷째, 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 한 이용자 보호 교육의 실시 및 이용자 피해구제를 위한 제반 조치를 마련하여 시행하도록 하였다(동법 제16조의3 제3항). 이 경우 이용자 피해구제를 위한 제반조치에는 () 온라인콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해실태 조사 () 온라인콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해상담 및 예방활동 () 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 하는 이용자 보호교육 등이 포함된다(동법 시행령 제 21조의3 제1항).

이상과 같이 2005년 온디콘법에서 편입된 내용은 디지털콘텐츠의 거래(소프트웨어 거래를 포함)에 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.

소프트웨어의 산업진흥

소프트웨어의 산업진흥은 소프트웨어산업진흥법과 게임산업진흥법이 적용될 수 있는데, 주요한 적용은 역시 소프트웨어산업진흥법이

다. 여기서 소프트웨어산업은 소프트웨어의 개발 제작 생산 유통 등과 이에 관련된 서비스에 관련된 산업 및 정보시스템의 구축 운영 등과 관련된 산업을 포함하고(소프트웨어산업진흥법 제2조제2호), 아울러 이 법은 소프트웨어사업(소프트웨어산업과 관련된 경제활동)까지도 적용대상으로 한다. 따라서 이 법의 적용대상은 순수한 소프트웨어의 창작 개발 등에 관한 진흥법에 한정되지 아니하고 정보시스템의 구축 운영 등에 관한 소프트웨어 관련산업도 포함한다.

소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어산업의 기반조성, 소프트웨어사업의 활성화, 소프트웨어공제조합, 소프트웨어사업분쟁조정위원회 등에 대하여 구체적으로 규율하고 있으며 순수한 소프트웨어산업의 진흥법에 해당된다. 이 법의 내용에서 특별히 공공분야와 민간분야를 구별하고 있지 아니하지만 공공기관 등의 공공분야에서 소프트웨어사업을 추진함에 있어서 중요한 적용법률이다.

결 론

이상에서 살펴본 내용을 요약하면, 다음과 같다.

첫째, 소프트웨어는 저작권법이 일반법으로 적용되어 보호되지만 소프트웨어중 컴퓨터프로그램에 해당하는 경우에는 컴퓨터프로그램보호법이라는 특별법이 적용된다. 따라서 2006년^{VI}에 개정된 저작권법의 내용과 현행 컴퓨터프로그램보호법의 내용이 불일치하는 경우가 있는데, 해당 내용과 관련해서 컴퓨터프로그램보호법이 독자적 특성을 지니지 아니하는 한 개정이 이루어져야 한다. 아울러 올해 한 미 FTA 협정(향후 국회의 비준이 남아 있음) 체결에 따라 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법 중 관련된 입법사항을 정비해야 하는 문제도 향후 과제도 남아 있다.

둘째, 소프트웨어의 유통은 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 게임산업진흥법 및 온디콘법 등에 의하여 규율되고 있지만 대부분 행정적

ii

차원의 규정이고 순수한 거래법적인 차원의 유통조항은 빈약하다. 다시 말해서 우리 나라의 현행법에서는 소프트웨어를 포함한 디지털콘텐츠의 거래에 관한 독립된 법률은 존재하지 아니한다. 그렇지만 현행 온디콘법은 컴퓨터정보의 거래에 따른 소비자보호를 규율하는 청약철회 및 표준약관 등을 규율하고 있는데, 이와 관련해서 금번의 개정에서 누락된 전자적 자구행위 등과 같은 이용자보호에 관련된 입법사항도 향후에 편입하도록 하여야 할 것으로 생각된다. 차후에 온디콘법을 개정하여 거래법의 특성을 보다 강화하는 방안도 생각할 수 있는데, 이를 위하여 차후의 개정에서는 육성법에서 거래법으로 전환하는 보다 적극적인 입법이 요구된다(최근 우리 나라에서는 콘텐츠산업의 지원을 위하여 문화산업진흥기본법, 음악산업진흥에관한법률, 영화및비디오물의진흥에관한법률 및 게임산업진흥법 등 다양한 지원법이 마련되고 있지만 콘텐츠의 거래에 관한 입법은 미흡하다).

셋째, 소프트웨어산업의 진흥은 소프트웨어산업진흥법이라는 독립된 입법을 통하여 규율되고 있는데, 이 법률은 최근에 공공분야의 소프트웨어사업 및 관련계약 등에서 공정한 경쟁과 하자담보책임 등을 중심으로 개정이 논의되고 있다.

‘SW관련 법제의 문제점과 개선방안’에 대한 의견 및 향후 계획

조 정 아
(정보통신부 사무관)

I. 컴퓨터프로그램 보호법 관련

(1) 한미 FTA 주요 합의내용에 대해

한 미 FTA에 의해 저작권법에 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 내용은 다음과 같이 각각 명확하게 표현할 필요가 있다.

첫째, 프로그램저작권 보호기간을 수명을 기준으로 하는 경우(자연인) ‘저작자 생존기간 및 사후70년’으로 연장하고, 수명을 기준으로 하지 않는 경우(법인 등) ‘공표 후 70년 또는 창작 후 50년간 공표하지 않은 경우 창작 후 70년’으로 연장하고 시행 시기에 대해 유예기간을 2년 적용하기로 하였다.

둘째, 저작권자가 온라인서비스제공자로부터 침해가입자의 신원을 확인할 수 있는 정보를 획득할 수 있도록 하는 사법적 또는 행정적인 절차를 마련하기로 하였다.

셋째, 프로그램저작권 침해행위에 대해 권리자의 선택에 따라 실손해액의 배상 대신 법으로 정한 손해배상을 받을 수 있도록 하는 법정 손해배상제도를 마련하기로 하였다.

넷째, 상업적 규모의 프로그램저작권 침해 범죄에 대하여 권리자의 고소 없이도 사법당국이 기소할 수 있도록 변경하였다.

(2) 기 타

SW관련 법제의 현황에 대한 서술에서 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법 관계에 대해 “저작권법은 컴퓨터프로그램보호법의 흠결에 대하여 보완하는 위치에 있다”라고 기술하고 있지만, 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 적용대상이 서로 다르므로 컴퓨터프로그램보호법에 흠결이 있어도 저작권법이 이를 당연히 보완하는 것은 아니다.

(3) 향후 계획

올해 한 미 FTA협정(향후 국회의 비준이 남아 있음) 체결에 따라 컴퓨터프로그램보호법 중 관련된 입법사항의 정비를 추진할 예정이다.

· SW산업 진흥법 관련

(1) 서 설

SW산업은 각종산업의 경쟁력을 좌우하는 핵심인프라이며 그 자체로도 고용창출효과가 큰 고부가가치 산업으로 국가 전략적으로 육성할 필요가 있고, SW는 납품실적이 제품에 대한 국내외 시장의 신뢰를 확보하는 핵심요소로 작용하고 있어 공공부문의 선도적 구매 중요함에 따라 2005년 12월 대통령 주재 소프트웨어산업발전전략보고회 후속조치로, 2006년 3월 ‘소프트웨어공공구매혁신방안’을 수립하여 국내 소프트웨어산업의 건전한 시장구조 형성 및 중소 소프트웨어 기업의 성장환경 조성을 위한 각종 제도적 개선을 추진하고 있다.

(2) 주요 성과

SW 공공구매 단계별 혁신 방안 이행을 위해 개정되거나 신설된 제도는 구체적으로 다음과 같다.

첫째, 기획예산처와 함께 패키지 소프트웨어 분리구매 확대를 위한 세출예산 집행지침을 개정(2006년 1월)하여 우수패키지 소프트웨어에 대한 분리발주 확대를 위해 GS인증 등 품질인증 소프트웨어 및 기타 하드웨어의 분리발주 가능성 사전 검토하도록 하고 일괄발주를 하는 경우에는 중소기업의 콘소시엄 참여여부 및 GS인증제품 채택여부를 제안서 평가시 신설하여 반영하도록 하였다(2006. 4.).

둘째, 2006년 5월 소프트웨어 사업대가기준 개정시 기능점수 단가를 10.4% 상향 조정하고, 조달청을 통해 최저가 위주로 산정되고 있는 조달가격을 최빈가 가중평균가 등을 활용하여 산정토록 개선하였고, 2007년 6월 기능점수 단가를 다시 4.8% 상향 조정하여 국가기관 등이 수행하는 SW사업의 비용이 적정하게 산정될 수 있도록 하였다.

셋째, 2006년 10월 공공SW사업 수행시 수 발주자가 따라야할 표준화된 업무지침으로써 소프트웨어 공공구매 과정의 일반 절차와 기준인 SW사업 관리감독에 관한 일반기준을 제정하여 국가기관 등이 SW사업 추진시 체계적인 사업관리를 통해 SW사업의 품질향상을 도모할 수 있게 하였다.

넷째, IT서비스기업의 정보시스템 설계 컨설팅 능력 제고를 통한 글로벌 경쟁력 강화를 위해 공공SW사업 수주에서 탈락하였지만 우수한 제안서를 제출한 기업에게 보상할 수 있도록 SW사업 제안서 보상 기준을 제정(2006년 11월)하였다.

그리고, 국가기관등의 SW사업 추진시 과업변경에 대한 적정 대가 지급 미흡, 불공정 하도급에 대한 관리 미흡한 점 등을 개선하여 SW에 대한 제값 주는 환경을 조성하기 위하여 SW사업 과업 변경 내용에 대한 적정대가 지급을 위해 SW사업과업변경심의위원회 설치 운영을 위한 근거 규정 마련, 공공SW사업의 하도급은 발주기관의 사전 승인을 통해 가능하게 하고, SW사업의 부실방지와 국내 SW기업의 국제 경쟁력 제고 및 SW기술자 권익보 등을 위한 SW프로세스 품질인증제

도 및 SW기술자 신고제도 등을 도입하는 SW산업진흥법 개정(안)을 '06년 12월 국회에 제출하고 개정을 추진 중이다.

(3) 향후 계획

정보통신부는 SW공공구매혁신방안의 우수패키지 소프트웨어에 대한 분리발주 확대를 위해 SW분리발주 가이드라인, 발주기관 업무 지원 체계 구축 등을 주요 내용으로 하는 'SW분리발주 활성화방안'을 마련하였다(2007년 4월). SW분리발주가 실시되면 발주자의 철저한 시스템 분석을 통해 공정하고 투명한 절차에 의해 우수 SW를 선정하므로써 공공SW시스템의 품질 향상과 비용 절감이 가능해 지고, IT서비스기업에 의해 SW가 선정되는 일괄발주와 달리 SW업체에 독자적인 입찰기회를 제공하여 품질위주의 경쟁을 촉진함으로써 SW산업발전에 도 크게 기여할 것으로 전망된다.

SW분리발주 활성화방안의 조기정착을 위한 후속조치로서 공공기관의 발주담당자가 업무에서 직접 활용할 수 있는 SW분리발주 매뉴얼을 제정하여 보급하고(2007년 5월), 발주담당자에 대한 SW분리발주 전문화 교육, SW정보 제공 등 SW분리발주 활성화를 위한 후속조치를 적극적으로 실행하고 있으며, SW분리발주 모범사례를 창출하기 위한 시범사업을 동시에 추진하고 있다.

그리고, 우수한 중소 SW기업 육성을 위해 도입된 GS(Good SW)인증제품이 점차 확대됨에 따라 인증제도를 정비하고 GS인증제품의 SW사업 참여를 확대하는 방향으로 SW기술성평가기준 개정을 추진할 계획이다.

소프트웨어 관련법제의 현황과 과제
- 국회에서의 소프트웨어 관련 입법동향 소개 -

이 현 정
(국회 입법조사관)

입법동향 개관

소프트웨어 관련 법제로는 과학기술정보통신위원회 소관의 법률로 소프트웨어산업진흥법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법, 컴퓨터프로그램보호법 등이 있고, 문화관광위원회 소관의 저작권법, 게임산업진흥법, 음반 비디오물 게임물에 관한 법률 등이 있음. 이 들 법률들은 특히 디지털콘텐츠를 중심으로 부처간 영역이 불분명해지는 경향을 보임에 따라 긴장의 경계를 형성하고 있음.

소프트웨어 관련 법제의 입법과 관련하여서는 다음과 같은 특징적인 경향을 발견할 수 있음.

첫째, 정보통신부 소관 법률에 대한 개정안 발의 빈도수를 볼 때, 전기통신사업법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 등과 비교하면 소프트웨어산업진흥법 등 소프트웨어관련 법률에 대한 개정안 발의 빈도수가 그간 낮은 경향을 보이고 있음. 이는 소프트웨어 산업의 활성화에 대한 사회적 정당성이 입법의 단계에까지 구체화되지 못한 측면에서 기인한다고 하겠음.

둘째, 최근 디지털 콘텐츠를 중심으로 정보통신부와 문화관광부의 업무영역의 경계가 모호해짐에 따라 관련 법률의 개정시 부처 간의

이건과 갈등이 국회라는 입법의 최종 단계에까지도 해소되지 못하여 결국 관련 법률이 해당 상임위원회에 계류되는 등 부처간 법률 이기주의가 점점 심각해지는 경향을 보이고 있음.

이하에서는 정보통신부를 소관부서로 하는 국회 과학기술정보통신위원회를 중심으로 최근 2년간의 소프트웨어 관련 입법현황을 간략히 소개하겠음.

소프트웨어산업진흥법 개정안에 대한 심사 현황

2005년 1월 1일 이후 국회 상임위원회에 회부된 소프트웨어 산업진흥법은 2건임.¹⁾ 2006년 12월 13일 정부에서 제출한 개정안과 2006년 12월 20일 유승희의원이 대표발의한 개정안이 국회 상임위원회에 상정되어 대체토론을 거친 뒤 2007년 6월 15일 현재 상임위원회 내의 법안심사소위원회에 계류되어 있음.

1. 정부 제출 소프트웨어산업진흥법

가. 주요 내용

동 개정안은 소프트웨어과업변경심의위원회의 설치 운용, 공공 소프트웨어사업의 하도급 제한, 소프트웨어프로세스 품질인증 도입, 소프트웨어기술자 신고제도 도입 등을 주요 골자로 하고 있음.

소프트웨어산업진흥법이 소프트웨어 산업의 전반적인 발전을 도모하고자 제정된 법률인 만큼 금번에 제출된 정부 개정안은 소프트웨어

1) 2005년 이전에 회부되어 국회 상임위원회에 계류되어 있는 법률로는 1건의 컴퓨터프로그램보호법 개정안(정성호의원, '04.9.2), 2건의 온라인디지털콘텐츠산업발전법 개정안(정성호의원, '04.9.2, 김석준의원, '04.11.16), 1건의 소프트웨어산업진흥법 개정안(황우여의원, '04.11.30)이 심사중에 있음.

사업의 발주체계, 소프트웨어의 개발, 소프트웨어 인력의 체계적 관리라는 전 분야를 망라하여 손질을 하고 있음.

다만, 다음과 같은 사항들을 중심으로 향후 국회에서 보완 수정될 전망이다.

나. 주요 검토 사항

첫째, 품질인증과 관련하여 현행법 제13조제2항에 따르면 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 열거하고 있음. 그러나 법에서 시행령으로 위임한 것은 특정 인증기관의 명시보다는 인증기관으로 지정받을 수 있는 요건이라고 보는 것이 타당하다는 점에서 시행령 제9조제1항과 같이 특정기관을 열거하는 입법방식은 위임입법의 취지에 충실히 부합한다고 보기 어려움. 따라서 향후 행정입법 정비시 이를 반영하여 시행령을 정비할 필요가 있음.

둘째, 개정안은 소프트웨어산업 종합정보관리체계를 구축하도록 되어 있는데 종합관리체계의 하부 시스템으로 사업자신고시스템과 기술자신고시스템이 구축되고 이를 관리할 전담기관이 별도로 지정²⁾된다 는 점에서 기관과 시스템 간의 연계성 확보 및 표준화가 종합관리체계를 성공적으로 운영하는 데 필수 요건이 될 것으로 예상됨. 따라서 향후 하위법령 정비시 안 제14조제5항에 따른 정보전문관리기관이 각 관리 전담기관과 시스템 간의 연계성을 확보할 수 있도록 기술적 관

2) 현재 소프트웨어관련 정보관리전문기관으로 한국소프트웨어진흥원이 지정 고시되어 있고, 사업자 신고기관으로 소프트웨어산업협회가 지정 고시되어 있음.

리적 원칙과 지침들을 마련하는 등 총괄 관리기관으로서의 기능³⁾을 수행하도록 규정할 필요가 있음.

셋째, 개정안은 과업변경심의위원회를 두도록 하고 있으나 현재 예규에 과업변경심의위원회의 규정이 있음에도 불구하고 실제로 과업변경심의위원회가 활성화되지 않고 있고 개정안은 동 위원회의 구성 운영 여부를 각 국가기관의 장의 재량에 맡겨두고 있어 개정안이 통과된다 하더라도 과업변경심의위원회가 활성화될지 여부는 의문이라고 하겠음.⁴⁾ 따라서 과업변경심의위원회를 활성화하는 차원에서 국가기관 등의 장과 계약을 맺은 사업자 또는 하도급 사업자에게 과업변경심의위원회의 개최를 요청할 수 있도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것임.

넷째, 개정안은 하도급을 원칙적으로 금지하고 예외적인 하도급을 서면승인을 통해서 할 수 있도록 그 절차를 엄격히 하고 있음. 그러나 현실적으로 소프트웨어산업은 하드웨어, 소프트웨어, 네트워크 등 다양한 정보기술 요소들을 결합하여 고객에게 유용한 정보시스템을 제공하는 종합산업의 성격을 보유하고 있어 수주기업(주계약자)이 독립적으로 사업을 수행하기 보다는 다수의 전문요소기술 보유기업과의 협력(하도급 또는 공동도급 형태)을 통해 이루어지는 경우가 대부분임. 이처럼 구조적으로 일괄발주 및 하도급 관행이 불가피하게 발생하는 상황에서 원칙적으로 하도급을 금지한다는 규정이 얼마만큼의 규범력 및 집행가능성을 보장할 수 있을지는 의문이라 할 것임. 즉,

3) 종합관리체계 구축사업의 계획수립과 관리, 운영실적 점검 및 개선방안 수립, 정보의 공동활용을 위한 유관기관과의 연계 체계 구축, 관련 시스템 운영 표준화, DB의 공동활용, 보안성 등의 총괄 기능.
4) 현행 예규에서는 과업내용 변경에 따른 계약금액의 조정액이 당초 계약금액의 100분의 10이상으로 추정될 경우에는 위원회를 반드시 설치하도록 하고 있는 바, 이러한 부분 강제규정을 개정안은 반영하고 있지 않아 과업변경심의위원회의 활성화와 관련하여 동 개정안이 예규보다 더 나은 집행적 구속력을 보장하고 있다고 보기 어려움.

개정안과 같이 하도급을 원칙적으로 할 수 없도록 규정하고 예외적으로 하도급이 가능하도록 규정할 경우 본문규정은 형해화되고 예외규정이 오히려 일반적으로 적용되는 기형적인 상황이 발생할 것으로 예상됨. 개정안의 입법취지가 하도급 그 자체를 전면적으로 금지하기 보다는 불합리한 하도급 관행을 방지하고 서면승낙이라는 절차를 도입하여 그 절차를 엄격히 하는데 있다는 점을 고려할 때, 원칙적으로 하도급 자체를 금지한다는 선언적 규정을 두는 것은 적절하지 않다고 보여짐. 따라서 하도급 가능 여부에 대한 규정은 삭제하되, 하도급하는 경우에 국가기관등의 장에게 사전승낙을 받아야 한다는 절차규정으로 정리할 필요가 있음.

다섯째, 개정안은 소프트웨어프로세스 품질인증제도를 도입하고자 하는데, 이때 인증기준의 수준을 조절하는 문제가 중요하다고 봄. 현재 실시하고 있는 GS인증제도의 경우 실제 확산에 어려움을 겪고 있는 요인 가운데 대표적인 것이 GS인증을 받은 제품에 대한 사용자와 공급자 간의 인식의 차이라고 할 것임. 즉, GS인증의 경우 제품의 탁월한 우수성을 보장해준다기 보다는 일정한 요건을 충족하면 인증이 부여됨에 따라 GS인증을 받은 제품이 많아질수록 제품간 차별화가 어려운 문제가 있음. 이에 따라 사용자의 구매의사결정에 동 인증의 유무 여부가 큰 영향을 미치지 못하고 그에 따라 기업도 GS인증을 받고자 하는 유인이 떨어지는 문제가 있음.

이러한 선례를 살펴볼 때, 프로세스인증기준을 어느 정도의 수준으로 설정할 것인가에 대한 명확한 사전 검토가 선행되지 않는다면 GS인증과 동일한 문제점을 초래할 소지가 있음. 따라서 인증의 등급을 나누고 유효기간을 두는 등의 방법을 통해 인증을 받은 업체와 그렇지 못한 업체 간의 차별성을 보장하고 인증의 품질을 지속적으로 관리할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있음.

2. 유승희의원 발의 소프트웨어산업진흥법

가. 주요 내용

개정안은 만성적인 고용불안 및 저임금 등으로 고통을 받고 있는 소프트웨어 업계 종사자들을 위하여 사회안전망 구축차원으로 공제제도를 도입하려는 것임. 국내 소프트웨어기업은 대기업을 중심으로 다단계의 수직구조로 이루어져 있고 대부분 경영기반의 영세성을 벗어나지 못하여 종사자들이 항시적인 고용불안에 시달리면서 숙련된 고급 인력으로 성장하지 못하는 문제가 있음. 이는 소프트웨어기업의 인력수급 불일치 문제를 유발하여 소프트웨어산업의 육성 자체에 큰 걸림돌이 되고 있음. 따라서 소프트웨어종사자들을 위한 공제사업이 성공적으로 운영된다면 소프트웨어종사자들의 직업안정성 및 생활안정성을 제고하고 사기를 진작함으로써 우수 인력의 양성에 기여할 수 있을 것으로 기대됨.

나. 주요 검토 사항

그간에 정부에서 소프트웨어강국을 표방하면서도 실질적으로 소프트웨어인력에 대한 정책적 배려는 부족하였다는 점에서 동 개정안과

5) 소프트웨어분야별 중소기업 비중

구 분	기업수	자본금 50억, 직원 50명 이하 업체 비율
IT 서비스	2,157	81.3%
디지털콘텐츠	1,927	88.3%
패키지 소프트웨어	2,246	86.5%

(자료 : 소프트웨어공제조합)

6) 소프트웨어인력 향후 수급 전망('05 ~ '10)

(단위 : 명)

구 분	초 급	중 급	고 급
IT서비스	1,800	-800	-200
내장형 SW	-5,200	-4,300	-2,500
패키지 SW	300	5,400	-1,800
디지털콘텐츠	4,300	-2,300	-1,000

(자료 : 직업능력개발원, '05)

같이 보다 구체적이고 실질적인 소프트웨어인력에 대한 정책적 지원이 필요하다고 봄.

그러나 문제는 공제사업의 도입이 단순히 상징적인 차원에서 소프트웨어종사자들의 사기진작에 머무르는 것이 아니라 종사자들에게 오히려 금전적인 피해를 유발할 수도 있다는 점에서 실질적으로 소프트웨어종사자들의 삶의 질을 제고하는데 효과적으로 기여할 수 있는가를 판단하기 위해서는 현행 공제조합의 사업수행역량에 대한 체계적인 검토가 먼저 이루어져야 함.

공제급여사업은 공제조합이 수행하던 기존의 보증 업무와 달리 수익률이 관건이므로 전략적이고 전문적인 자산운용능력과 보험요율 산정 및 인수능력(underwriting)이 중요한 바, 현 공제조합의 현재 인력과 인력운용시스템으로는 그 한계가 있다고 할 것임.

내실있는 공제급여사업의 운영을 위한 수익모델의 발굴 및 공제조합운영인력의 보장 필요성 등에 대하여 주무관청인 정보통신부의 책임감 있고 체계적인 계획수립이 먼저 이루어지고 관련부처와의 의견 조율을 거치는 등 사전준비과정에 필요한 시간을 충분히 두고 신중하게 접근할 필요가 있음.

소 결

소프트웨어 제값받기 캠페인이 시행된지 오래지만 여전히 하도급업체인 소프트웨어사업자에게 그 비용이 전가되는 불공정한 사업 발주 관행이 개선되지 않고 있음. 이러한 구조적인 문제와 관련하여 살펴볼 때 정부에서 제출한 개정안이 불공정한 사업 발주 관행을 근본적으로 개선하고 나아가 정보화사업 생태계를 개선할 수 있을지는 의문임.

한편, 지난 2007년 4월 30일 정보통신부가 10억이상의 공공 소프트웨어사업에서 단일 소프트웨어가액이 5천만원 이상인 소프트웨어를 분리발주한다는 “소프트웨어 분리발주 가이드 라인”을 전격 발표함에 따라 이에 대한 발주자, SI사업자, SW사업자 진영에서 긴장과 환영의 반응이 제각각으로 나타나고 있음.

정부 제출안의 하도급 제한 규정 신설 취지의 연장선상에서 살펴볼 때, 소프트웨어 분리발주가 성공적으로 정착된다면 정부 제출안의 입법 취지인 불공정한 하도급 제한도 어느정도 달성될 수 있을 것으로 보임. 그러나 분리발주라는 새로운 발주체계의 도입에 따라 사업관리상 위험요인이 증대되어 그 책임을 둘러싼 갈등의 제도적 해결이 결코 쉽지는 않을 것으로 전망됨.

또한 소프트웨어 강국을 향한 절대적 견인차가 소프트웨어기술자 및 관련 종사자들이라고 한다면, 이들의 근로환경을 개선하고 사기를 진작하는 일이 무엇보다 중요하다고 할 것임. 이런 점에서 유승희 의원이 대표발의한 개정안에 대하여도 주무부서인 정보통신부의 책임 있는 검토와 후속조치가 따르길 기대함.