

2005년 통권 제2호

소프트웨어와 법

Software & Law



한국소프트웨어저작권위원회
KOREA SOFTWARE PROPERTY - RIGHT COUNCIL

발 간 사

우리는 이제 정보화사회를 넘어 유비쿼터스 또는 액세스시대로 전환하고 있습니다. 사람과 사람, 사물과 사람, 사물과 사물들이 접속만으로 연결되고 서로의 관계가 형성되고 있습니다. 이런 고도의 사회의 기초에는 소프트웨어가 있습니다. 소프트웨어는 특정한 단말기나 형식에 관계없이 생활속에서 존재하고 있습니다.

우리는 이제 소프트웨어라는 도구를 통해서 관계하고 사회적 연결통로가 되고 있으며, 새로운 시대적 키워드를 성장시켜 나가고 있습니다. 이러한 소프트웨어는 지역과 계층, 국가의 균형발전과 응집력을 높이는 촉매역할을 할 것입니다. 따라서 소프트웨어는 국가 경쟁력과 분배 및 성장의 논란을 동시에 해결해 줄 수 있는 작지만 큰 열쇠가 될 수 있습니다.

현재 우리나라에는 소프트웨어관련 법과 제도를 연구하는 전문가들이 그리 많지 않습니다. 이 분야가 새로운 과학기술의 발전에 의해 연구대상이 되고 있다는 측면도 있지만, 높은 기술적 전문성을 요하는 분야이기 때문에 더욱 그러합니다. 이런 상황에서 「소프트웨어와 법률」을 발간하게 된 것을 뜻 깊게 생각하며, 이를 토대로 소프트웨어 저작권 분야를 연구하는 연구자의 저변을 확대하고 재생산할 수 있도록 한국소프트웨어저작권협회가 초석의 역할을 담당하도록 하겠습니다.

김규성



차 례

발간사	김규성
최동영...소프트웨어의 법적 보호방법	1
김규성...컴퓨터프로그램 보호에 있어서 아이디어/표현 이분법	31
김지영...프로그램저작권의 귀속	67
김성원...컴퓨터프로그램보호법상 저작재산권	99
손정달...컴퓨터프로그램의 배타적발행권	141
김근우...컴퓨터프로그램의 저작인격권	171
전성태...프로그램저작권 제한에 관한 소고	191
김윤명...기술적보호조치와 권리관리정보에 관한 소고	225
김용섭...온라인서비스제공자(OSP) 책임	279
김형렬...컴퓨터프로그램보호법상의 등록제도에 관한 연구	317
정충원...컴퓨터프로그램저작권자 등의 권리구제	367
신재호...컴퓨터프로그램보호법의 위상	387

소프트웨어의 법적 보호방법

한양대학교 법과대학 석사수료
최 동 영

차 례

I. 서설

II. 소프트웨어의 법적 보호방법

III. 결론

I. 서설

컴퓨터와 인터넷의 발달은 인간의 생활을 혁신적으로 변화시켜 왔다. 이러한 변혁을 가능케 한 중요한 요인으로 소프트웨어¹⁾의 역할을 거론할 수 있다. 현재 소프트웨어 분야는 가장 급속하게 성장하고 있는 기술 분야이며 인간 생활의 모든 영역에서 뿐만 아니라 국가 경제에서도 핵심적인 역할을 차지해 가고 있다.²⁾

1) 우리 현행법체계에서는 소프트웨어와 컴퓨터프로그램을 엄격히 구분하고 있는데, 소프트웨어는 컴퓨터프로그램보다 포괄적인 의미를 가진다. 즉, 소프트웨어는 하드웨어와 대비되는 개념으로서 “컴퓨터프로그램은 물론, 이를 작성하기 위해 사용된 설계서, 기술 기타 관련 자료”를 의미하는 것으로서 알고리즘 및 명세서 등을 포함하는 개념이다. 따라서 소프트웨어는 컴퓨터프로그램 자체 외에 그것이 특정형태로 구체화된 수학적 과정 내지 알고리즘 및 흐름도와 프로그램 메뉴얼 등과 같은, 프로그램의 개발과 사용에 필요한 보조적인 문서를 포함하는 보다 넓은 개념이라고 할 수 있다. 그러나 이 글은 소프트웨어의 핵심인 컴퓨터프로그램에 관해 다루고 있으므로 소프트웨어를 컴퓨터프로그램으로 간주하여 전개한다.

2 소프트웨어와 법률 통권 제2호

컴퓨터 관련 기술이 고도로 발달하고 컴퓨터 하드웨어에 대한 투자보다 소프트웨어에 대한 투자가 증가하여 이제는 컴퓨터산업 투자액의 거의 80%가 소프트웨어에 대한 투자라고 한다.³⁾ 이렇듯 소프트웨어의 개발에는 많은 시간과 비용이 소요되는 데 비해 그것의 모방이나 복제는 손쉽고 비용이 거의 들지 않아 이에 대한 적절한 법적 보호방법이 필요하게 되었다.

초기에는 소프트웨어가 하드웨어의 부가물처럼 취급되거나 단순히 용역 계약에 의해 개발되던 단계에서는 그 법적 보호는 종래의 계약에 의한 규율만으로도 충분하였으나, 소프트웨어가 널리 보급되고 특히 대중의 수요를 미리 예측한 패키지 소프트웨어(package software)⁴⁾이 개발되어 대량으로 유통되기 시작하면서 종래의 기술적, 계약적 보호의 한계가 발생하고 특허권이나 저작권 같은 준물권적인 성격의 무체재산권에 의한 보호방법이 강구되게 되었다.

지금까지 컴퓨터 소프트웨어를 보호하는 법적 방법으로 논의되어 온 것으로는 영업비밀로서 부정경쟁방지법에 의한 보호, 상표법이나 의장법에 등에 의한 보호, 저작권법에 의한 보호, 특허법에 의한 보호 또는 민법상 계약 및 불법행위 규정 등에 의한 보호가 있으나, 현재 각국의 소프트웨어에 대한 보호 동향은 대부분의 국가들이 저작권법에 의한 어문저작물로 보호하고 있고, 국제적으로도 베른협약과 WIPO 저작권협약도 이를 어문저작물로 보호하고 있으며, 특히 우리나라는 컴퓨터프로그램을 별도의 특별법을 제정하여 보호하고 있다.⁵⁾

2) 소프트웨어산업은 성장속도가 가장 빠르고, 다른 산업에 파급효과가 큰 분야이다. 지난 5년간 매출성장률을 비교해 보면, 세계 10대 IT하드웨어 기업은 29%인 반면, 10대 소프트웨어 기업은 46%에 달한다. 최근 가전·방송·통신 등이 유무선 네트워크로 연결되고, Post-PC시대가 도래하면서 새로운 소프트웨어 시장이 형성되고 있다. 정부의 소프트웨어산업의 성장기반 확충 노력에 힘입어 국내 소프트웨어 산업은 내수, 생산, 수출 면에서 획기적으로 성장하였을 뿐만 아니라, 산업경쟁력도 크게 개선되었다. 2002년말 기준 국내 소프트웨어 시장규모는 15.6조원이며, 5년간 연평균 매출성장률은 34.9%로서 IT산업의 평균성장률인 21.5%보다 높은 수준을 기록하고 있다; 21세기 지식정보강국을 향하여, 정보통신부, 2003, 73-74면 참조.

3) 이상정, “컴퓨터프로그램보호법의 제정 경위와 우리의 현실”, 지적재산권법연구 제7집, 2003, 4면.

4) 이용도가 높은 프로그램이나 업종·업무에 적합한 프로그램들을 묶어서 상품으로 제공하고 있는 소프트웨어를 말한다(<http://www.empas.com> IT사전). 패키지 프로그램(packaged program)이라고도 하며 이것의 등장으로 컴퓨터 소프트웨어의 유통태양이 크게 달라지기 시작하였다.

근래에는 저작권법적인 보호만으로는 소프트웨어의 보호가 충분하지 않다고 하여 소프트웨어에 관련된 발명에 대해 특허권을 취득하는 경우가 증가하고 있다. 즉, 1980년대 이후 개인용 컴퓨터의 폭발적인 증가와 소프트웨어에 대한 기술개발투자가 확대됨에 따라 소프트웨어의 '기능적' 측면의 보호에 대한 관심이 높아지게 되었고, 소프트웨어의 기능적 측면을 보호하는 데에는 특허권에 의한 보호가 강력하다는 인식이 확산되면서 소프트웨어업체들의 특허출원이 증가하게 된 것이다.⁶⁷⁾

이 글에서는 소프트웨어 보호와 관련하여 환경 변화⁸⁾에 따라 소프트웨어의 법적 보호방법으로서 영업비밀로서 보호방법, 저작권법적 보호방법, 특허법적 보호 방법을 검토하고, 이러한 전통적 보호 방법에 이의를 제기하며 등장하고 있는 독자적 보호방법론을 살펴본 후 소견을 제시해보도록 한다.

-
- 5) 우리나라, 중국, 브라질과 같이 저작권법 원리에 따라 보호하되, 별도의 입법을 하여 보호하는 나라도 있지만, 대부분의 경우는 기존의 저작권법을 약간 개정하거나 아니면 관례이론에 의하여 저작권법을 컴퓨터프로그램에 대하여도 적용하는 방법을 채택하고 있다; 김병일, "컴퓨터프로그램의 새로운 보호체계 모색", 디지털재산법연구(2004.5, 제3권 제1호), 세창출판사, 117면.
 - 6) 김원준, "SW발명의 특허심사기준 개정(1)", 특허와 상표 제440호(1997. 12), 6면.
 - 7) 기술혁신과 IT산업의 폭넓은 변화와 함께 최근 지적재산권의 발전방향에 비추어 볼때 소프트웨어산업이 제3의 단계로 진입하고 있다는 관측도 제기되고 있다. 이러한 변화를 통해 개발자들은 특정한 형태의 복제행위로부터 보호할 수 없는 저작권의 한계를 느꼈고, 영업비밀 역시 IT회사와 고객들 모두에게 바람직한 해결책을 제시하지 못한다고 생각하게 되었으며, 대신 특허를 이 시대의 새로운 해결책으로 바라보기 시작하였다; 정재훈, "소프트웨어의 법적 보호", 창작과 권리 제35호(2004년 여름호), 25면.
 - 8) 소프트웨어 산업은 이제까지 기술형태나 시장구조의 측면에서 크게 두 단계의 발전단계로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 단계는 소프트웨어가 하드웨어에 수직적으로 밀접하게 결합된 것으로서 몇몇 안 되는 대규모 하드웨어업체가 직접 대부분의 소프트웨어를 개발하여 하드웨어, 소프트웨어 및 서비스를 일괄하여 고객에게 판매하였던 시대이며 1970년대까지가 이를 대변한다. 이 시대의 소프트웨어 개발자는 영업비밀과 계약법에 주로 의존하여 자신의 발명과 기술혁신을 보호하였다. 두 번째 단계는 1980년대 초부터 발생하여 현재까지 지속되는 것으로서 하드웨어로부터 소프트웨어가 독립하고 IT산업이 수평적으로 결합되는 것을 말하는데, 이로써 대량 생산시장의 사업모델을 기초로 다양하고 이질적인 IT환경이 형성되게 되었고, 소비자들이 다양한 유통채널을 통해 소프트웨어를 얻게 되었다. 이 시대에는 대부분의 개발자들이 과거보다는 저작권에 보다 의존하여 자신의 기술혁신을 보호하려고 하였다; 정재훈, 전계 논문, 23면.

II. 소프트웨어의 법적 보호방법

1. 영업비밀에 의한 보호

1950년대부터 1970년대 중반까지 소프트웨어의 개발은 대부분 극소수의 하드웨어 제조업체에 의존해왔다. 이들 제조업체가 제공하는 IT시스템은 전형적으로 특정 대용량 메인 프레임⁹⁾ 위에서 실행하기 위한 맞춤형 소프트웨어를 구동하고 있었으며, 이들은 해당 하드웨어제작자가 제공하였다. 따라서 고객과 사이에 직접적인 계약관계가 성립되었고, 이 때문에 대부분의 소프트웨어가 특정 과제 중심적이고 고객의 특수한 요구에 맞추기 위해 개발되었다. 따라서 하드웨어 제조업체는 다른 사람에게 제공하는 소프트웨어와 호환이 가능한 시스템을 제작할 이유가 없었으며, 이러한 시장구조 때문에 다른 경쟁업체가 보완적인 제품이나 서비스를 제공할 수 있는 기회는 거의 없었다. 이 시대의 IT회사로서는 혁신적인 새로운 아이디어가 있을 경우 자신의 제품에 관한 기술정보를 널리 공유하지 않고, '불법복제'로부터 소프트웨어를 보호하는 가장 좋은 수단이 비밀유지라고 보았으며, 따라서 고객과의 계약으로 뒷받침되는 영업비밀관련 법률에 널리 의존하였다.¹⁰⁾

영업비밀보호에 대한 법규가 확립되어 있는 국가에서는 이에 의하여 소프트웨어에 관한 영업비밀이 보호될 수 있으므로 제한된 범위 내에

9) 사용 목적을 한정하지 않고, 어떤 작업을 할 필요가 생겼을 때 그 일을 처리할 수 있는 프로그램을 새로 만들거나 이미 있는 프로그램을 응용하여 사용할 수 있게 한 대형 컴퓨터로서 범용컴퓨터(general purpose computer) 또는 다목적 컴퓨터라고 한다. 컴퓨터 운용에 필요한 기본 소프트웨어, 즉 오퍼레이팅시스템(OS)를 탑재하고 여러 가지 응용 소프트웨어가 준비되어 있어서 사무 처리나 과학기술 계산에도 사용할 수 있다. 범용컴퓨터는 사무 계산, 기술 계산 등의 업무 외에도 여러 가지 유형의 문제를 포괄적으로 처리할 수 있도록 제작된 컴퓨터로서, 전문적인 운용·보수 요원이 필요한 정도의 대규모 컴퓨터이다. 컴퓨터의 규모를 결정하는 기준이 되는 것은 주기억 용량이나 연산 속도, 여기 결합시킬 수 있는 단말기의 대수 등이다. 일반적인 상용컴퓨터는 범용 컴퓨터이다 (<http://www.naver.com> 사전검색 참조).

10) 정재훈, 전계 논문, 26면.

서 소프트웨어의 내용이 보호될 수 있다. 그러나 이것은 관련 당사자들만을 구속할 수 있기 때문에 컴퓨터프로그램 등 소프트웨어의 내용이 공중에 일단 공표되면 제3자는 누구나 그 내용을 알게 되므로 당사자가 아닌 제3자에 의한 실사행위를 규제할 수 없는 한계가 있다.

미국에서는 영업비밀의 보호가 판례법에 의하여 확립되었고 미국이 불법행위법도 영업비밀의 보호를 명문화하고 있으며¹¹⁾, 우리나라에서도 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 부정경쟁방지법)에 의하여 소프트웨어에 관한 미공개 정보가 일정한 요건 하에 영업비밀¹²⁾로서 보호될 수 있다. 영업비밀로서 보호되기 위해서는 비밀성이 유지되어야 하고, 경쟁상의 경제적 가치를 보유하고 있어야 한다.¹³⁾

따라서 미공개 소프트웨어에 대하여 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀로서의 보호와 컴퓨터프로그램보호법에 의한 보호가 경합하는 것으로 인정되고, 공개된 프로그램의 경우에도 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 원리에 따라 프로그램의 '표현'만을 보호하는 데 반하여 부정경쟁방지법은 아이디어도 보호하므로 프로그램의 아이디어에 해당하는 부분은 여전히 영업비밀로서 보호받을 수 있는 가능성이 있다.¹⁴⁾

그러나, 영업비밀에 의한 보호는 컴퓨터프로그램에 대한 폭넓은 보호를 부여하더라도, 우선 그 비밀이 일단 개시되어버리면 그 보호를 상실하고 만다. 컴퓨터프로그램의 경우 개시(disclosure)는 타인의 독립적인 발견이나 유출과 같은 전통적인 방법뿐만 아니라 역공정¹⁵⁾ 등을 통하

11) 영업상 사용하고 있는 모든 제법(Formula), 패턴(Pattern), 고안(Design) 또는 정보의 집적(Compilation of information)으로서 이것을 모르거나 사용하지 않는 경쟁자에 비해 유리한 지위를 부여하는 것을 말한다; 미 불법행위법 Restatement 제757조 Comment (b) VUTSA §1 (정의) (4).

12) 영업비밀이란 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제2호).

13) 특허는 발명을 공표하지 않으면 안된다. 반면 영업비밀은 비밀이 생명이므로 누구에 의해서건 간에 그 비밀이 공개되었다면 그의 영업비밀성은 소멸한다; 윤선희, 「지적소유권법」, 세창출판사, 2004, 529면.

14) 김병일, 전계 논문, 110면.

15) 역공정은 역분석, 역분해공학, reverse engineering, decompilation, disassembly 등으로 표현되기도 한다.

6 소프트웨어와 법률 통권 제2호

여 발생할 수 있다. 결국 기술적인 발달로 인해 컴퓨터프로그램을 판매하는 것만으로도 개시의 효과가 발생하게 되어 보호의 이익을 상실하게 될 것이다. 즉 컴퓨터프로그램은 판매시 실행코드나 목적코드의 형태로 배포되기 때문에 불가해독성을 가진다고 생각할 수도 있으나 역공정 등 해독을 위한 프로그램의 개발로 인해 일반적인 컴퓨터 언어로 작성된 컴퓨터프로그램의 경우에는 어떠한 경우에도 그 내용을 대략적으로 아는 것은 가능하게 되었다. 따라서 컴퓨터프로그램 개발자들은 판매보다는 라이선스 계약에 의해 배포를 하고, 이를 통해 비밀성 유지 목적으로 컴퓨터프로그램의 사용과 개시에 대한 많은 제한을 부과하고 있지만, 이마저도 효과적이지 않은 방법으로 판명되고 있다.¹⁶⁾

2. 저작권법적 보호 방법¹⁷⁾

가. 연혁

컴퓨터프로그램을 보호하기 위해 현재 세계 각국이 가장 많이 채택

16) 이정현, “컴퓨터프로그램 저작권 보호에 관한 연구”, 학위논문, 연세대학교, 2003, 32-33면.

17) 우리나라는 저작권법의 특별법으로서 컴퓨터프로그램보호법을 별도로 제정하여 컴퓨터프로그램을 보호하고 있다. 우리의 컴퓨터프로그램 보호법의 성립과 내용을 살펴보면 컴퓨터프로그램보호법은 기본적으로 우리의 최대의 교역대상국인 미국의 요청에 의한 것이다. 미국은 1983년 한미공업소유권회담에서 자국의 지적소유권보호를 우리에게 요구한 이래 각종 회의를 통해 지속적으로 보호를 요구함과 아울러 해적행위를 하는 국가에 대해서는 1984년의 미국 통상법 제301조를 근거로 수입규제·관세부과 등의 경고를 하면서 강력한 압력을 가해왔다. 그리하여 우리나라는 1985. 12. 9. 개최된 한미통상협상실무회의에서 미국측안을 대폭 수용하였고 1986년 7월 한미양국은 제301조 합의문안을 작성하였고, 그 중에는 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 내용도 포함되어 있었음은 물론이다. 이러한 합의에 따라 국회는 1986년 12월 31일 법률 제3920호로서 컴퓨터프로그램보호법을 통과시켰다. 우리가 일본과 같이 저작권법의 일부 개정에 의하지 아니하고 컴퓨터프로그램보호법이라는 별도의 단행법을 제정한 것은 이러한 대세 및 미국의 요청에 따르면서도 컴퓨터프로그램의 기술적 성격과 장래의 법 발전 등을 고려했기 때문이다; 이상정, “컴퓨터프로그램보호법의 제정 경위와 우리의 현실”, 지적재산권법연구 제7집, 2003, 7-9면 참조.

한 보편적인 보호방법은 저작권법에 의한 보호이다. 그러나 연혁적으로 보면, 1960년대 이전에는 미국 저작권청 조차도 기계를 통해 실행되는 코드의 저작물성에 대해서 의심을 가지고 있었다. 즉, 미연방대법원은 프로그램의 비가독성(unreadability)과 기능성(functionality)에 비추어 저작권적 보호가 어렵다는 판단이었다. 그렇지만 1960년대 중반 들어 미저작권청은 프로그램의 등록을 받아주기 시작하였다¹⁸⁾.

1970년대에는 WIPO나 일본 통산성 같은 여러 루트로부터 컴퓨터프로그램의 독자적 보호(sui generis)에 관한 연구결과가 제출되었다. 이는 컴퓨터프로그램의 독특한 성격에 적합한 보호를 제공하려는 노력의 일환이었다. 실로 당시만 해도 독자적 보호론이 국제적인 다수의견이었다고 말할 수 있다. 그런데 이러한 분위기를 역전시킨 것은 1980년에 미국 의회가 프로그램에 대한 저작권보호를 지지하는 CONTU(National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works)의 권고를 승인한 것이다.¹⁹⁾ 미국은 저작권에 의한 보호 쪽으로 입장을 정하고²⁰⁾²¹⁾ 다음에는 주요 교역상대국 들도 같은 방식을 채택하도록

18) 미국에서는 1964년부터 저작권청이 소프트웨어의 저작권 등록을 접수하겠다고 밝힌 바 있으나, 까다로운 등록요건 때문에 소프트웨어 개발자들이 그다지 호응하지 않았다. 즉, 프로그램이 충분한 창작성을 가지고 있고 저작권 등록 전에 출판되었어야 하는 요건을 갖추어야 저작권 등록이 되었는데, 이러한 어려움 때문에 1964년부터 1977년 1월 1일까지 사이에 1205개의 소프트웨어만이 저작권법에 따라 등록되었고, 그 중 80퍼센트를 IBM과 Burroughs라는 두 회사가 차지하였다; 정재훈, 전계 논문, 27면.

19) 손경한·정진근, “컴퓨터프로그램저작권의 보호”, 사이버지적재산권법, 법영사, 2004, 241면 참조.

20) 컴퓨터프로그램의 저작권등록이 이루어진 최초의 사례는 1961년 북미항공협회가 미국 저작권청에 등록신청을 하여 1964년경 저작권등록이 이루어진 것이며, 그 후 1976년 개정 저작권법에서 창작물이 디스크에 저장되어도 무방한 것으로 규정함으로써 법률상 길을 명확하게 열어놓게 되었다. 나아가 1980년 저작권법 일부 개정을 통해 컴퓨터프로그램을 저작권의 보호 대상에 명시하였다; 권영준, “컴퓨터프로그램저작권과 아이디어/표현 2분법”, 사이버지적재산권법, 법영사, 2004, 270면 각주 참조.

21) 1984년 Apple Computer v. Franklin Computer 사건에서 미국 연방 제3항소법원은 컴퓨터프로그램이 소스코드이건 오브젝트코드이건 저작권법 상의 ‘어문저작물(literary works)’에 해당된다고 판시하였다; Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer, Inc., 714 F.2d 1240(3d Cir.1983), cert. dismissed, 464 U.S. 1033(1984).

8 소프트웨어와 법률 통권 제2호

설득에 들어갔다. 먼저 일본이 설득되었고 1991년 유럽연합이 채택한 프로그램보호지침도 일부 독자적 요소가 있기는 하나 저작권적 보호를 근간으로 하고 있다. 결국 국제적으로도 WTO/TRIPs협정에서 역시 프로그램을 어문저작물로 보호하도록 규정함으로써 저작권적 보호는 전세계적인 원칙이 되었다.²²⁾ 그러나 이와 같이 컴퓨터프로그램을 저작권을 차용해 보호하는 방법이 대세를 이룬다고 해도 완벽한 법적 규율을 하는 데에는 미흡하였고, 그로 인해 상당한 비판도 제기되고 있다.

나. 저작권법의 기능

저작권법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.²³⁾ 즉 저작권법은 저작자와 저작인접권자의 권리보호라는 사익적 측면과 공공의 필요라는 공익적 측면의 조화를 통하여 문화의 향상발전을 도모한다. 저작권법이 보호하고자 하는 저작물이란 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물로서 저작권법의 보호대상인 저작물이 되기 위해서는 인간의 지적, 문화적 활동의 영역에 속하는 창작물로서 창작자의 사상 또는 감정이 표현되어야 한다.²⁴⁾

저작권법은 컴퓨터프로그램을 그 보호대상인 저작물에 포함시키고 있다.²⁵⁾ 그리고 동법 제2조 제12호는 컴퓨터프로그램을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다”라고 정의하고 있다. 그러나 저작권법은 단지 컴퓨터프로그램에 관한 정의만을 내리고 있으며 그 구체적인 내용은 따로 법률에 의하도록 하고 있고²⁶⁾ 이에 의해 컴퓨터프로그램보호법이 제정되었다.

컴퓨터프로그램보호법은 컴퓨터프로그램저작물을 “특정한 결과를 얻

22) 김원오, “컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회 연구보고서, 2003-12, 27-28면 참조.

23) 저작권법 제1조.

24) 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 세창출판사, 2000, 31-34면.

25) 저작권법 제4조 제1항 제9호.

26) 저작권법 제4조 제2항.

기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”이라고 정의하고 있는데²⁷⁾ 이에 따르면 컴퓨터프로그램이란 특정한 결과를 얻기 위하여, 정보처리능력을 가진 장치를 작동시켜야 하며, 이를 위한 직·간접적인 일련의 지시·명령으로서 창작성이 있는 것이어야 한다. 그런데 컴퓨터프로그램보호법은 순수프로그램만을 보호하며 프로그램을 작성하기 위하여 사용되는 프로그램언어, 규약 및 해법은 보호대상이 아니다.²⁸⁾ 그리고, 컴퓨터프로그램보호법이 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여서는 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다.²⁹⁾

다. 컴퓨터프로그램의 보호 범위

저작권법은 아이디어가 아닌 표현을 보호한다. 따라서 이러한 보호의 대상인 표현물이기 위해서 그 저작물은 문학·학술 또는 예술 등에 속하는 것이어야 하며, 창작성이 인정되어야 하고 어떤 방법이나 형태이든 대외적으로 표현된 것이어야 한다.

그러나 컴퓨터프로그램의 경우에는 아이디어와 표현의 경계를 확정 짓기가 어려운 특성이 있다.³⁰⁾ 컴퓨터프로그램의 소스코드와 목적코드는 어문적 요소이므로 저작권법적 보호에 문제가 없지만 컴퓨터프로그램의 비문자적 요소인 구조(Structure), 순서(Sequence) 및 배열(Organization)의 보호에 대해 논란이 있다.

27) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호.

28) 컴퓨터프로그램보호법 제3조 제1항.

29) 컴퓨터프로그램보호법 제45조.

30) 미국에서는 Whelan 판결(1987)을 통하여 컴퓨터프로그램에 대한 아이디어·표현 이분법 적용에 대한 예를 제시하고 있다. 이에 의하면 아이디어와 표현 사이의 경계는 문제가 된 창작물에 의해 성취하고자 하는 목적을 통하여 지워질 수 있다. 즉, 실용적인 창작물의 목적이나 기능은 아이디어이며 그러한 목적이나 기능을 위해 필수적인 요소가 아닌 모든 부분은 아이디어의 표현이 된다. 만약 특정 목적을 성취하기 위한 다양한 방법이 존재하는 경우에, 그러한 다양한 방법 중 선택된 특정 방법은 표현이며 아이디어가 아니다; 육소영, “컴퓨터 프로그램의 특허성”, 비교사법 제10권 2호(통권21호), 2003, 502면.

소프트웨어의 구조, 순서 및 배열이 저작권으로 보호되어야 한다는 주장은 모방하는 사람들이 비록 개발자의 프로그램을 라인 그대로 모방하지 않았더라도 프로그램이 서로 실질적으로 유사하면 침해가 성립하는 것으로 보아야 한다고 한다. 즉, 컴퓨터프로그램의 코드보다 그것의 구조, 순서 및 배열이 창조적인 측면이기 때문에 저작권의 보호 대상을 문자적 코드에 한정하는 것은 저작권법의 목적에 반한다는 것이다. 이에 대해서 저작권은 저작물의 표현을 보호하는 것이지 저작물에 내재하는 아이디어를 보호하는 것이 아니므로 컴퓨터프로그램의 구조, 순서 및 배열을 보호하는 것은 아이디어의 보호가 되므로 저작권의 보호대상이 될 수 없다는 반대주장이 있다.³¹⁾

한편, 컴퓨터프로그램의 저작권 보호에서의 커다란 변화는 소프트웨어 산업내의 경쟁을 촉진하는 방향으로 관련 저작권법이론의 변화이다. 과거에는 컴퓨터프로그램 보호의 중요성이 강조되어 보호강화에만 관심이 집중되어 왔고, 컴퓨터프로그램의 구조, 순서 및 배열의 보호범위를 아주 넓게 인정하는 것이 그 주류를 이루어 왔다. 그런데 최근에는 컴퓨터프로그램관련 산업내의 자유로운 경쟁의 중요성이 새롭게 인식되어 컴퓨터프로그램의 보호범위를 대폭 축소하고 리버스 엔지니어링³²⁾(reverse engineering)을 허용하여³³⁾ 경쟁적인 컴퓨터프로그램의 개발을 간접적으로 장려하고 있다.

라. 장점

31) 최근에는 컴퓨터소프트웨어의 보호범위를 축소해가는 경향을 보이고 있는데 컴퓨터프로그램의 구조, 순서 및 배열도 저작권 보호가 가능하다는 것을 정면으로 반대하는 것은 아니지만 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 범위와 대상을 점차 줄여 나가면 소프트웨어를 작성하였을 때 그에 편입되는 문자적 코드 외에는 저작권보호의 대상이 될 것이 없지 않을까 소프트웨어 산업계는 염려하고 있다; 김병일, 전계 논문, 118면.

32) 리버스 엔지니어링은 복제와 개편을 전제로 하고 있어서 저작권 침해여부가 문제된다. 이와 관련하여 대규모 프로그램업자나 선발프로그램업자는 기존프로그램의 무단복제의 용이와 창작의욕저하를 들어 우려하고 있으나, 소규모 프로그램업자나 후발프로그램업자는 산업내 경쟁강화를 근거로 저작권의 예외로서 허용되어야 한다고 주장한다.

33) 컴퓨터프로그램보호법 제12조의 2 참조.

컴퓨터프로그램을 어문저작물에 준하는 것으로 보아 저작권으로 보호할 경우 다음과 같은 몇 가지 장점이 있을 수 있다.

우선, 우리 저작권법은 저작물의 보호에 있어 무방식주의를 채택하고 있으므로 저작권은 저작한 때로부터 발생하며 절차나 형식을 필요로 하지 않는다. 저작권법의 특별법인 컴퓨터프로그램보호법도 프로그램이 창작된 때로부터 저작권이 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니하는 것으로 규정하고 한다. 이와 같이 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의하여 보호하는 경우에 권리의 행사에 시간적, 경제적 비용이 요구되지 않는다는 점에서 특허법보다 신속한 권리보호를 받을 수 있다.

둘째, 저작권의 보호요건으로는 창작성만을 요구하는데 여기서 요구되는 창작성은 특허에서 요구하는 신규성과는 달리 상대적인 개념이며, 진보성을 필요로 하지 않아 그만큼 저작권 취득을 용이하게 해주며 점진적 발전의 성격을 지니고 있는 소프트웨어산업에 적합한 형태가 될 수 있다.

셋째, 다른 지적재산권 보호형태에 비하여 상대적으로 적은 비용으로 권리의 취득과 관리를 가능하게 해 주며 국제적으로 확립된 보호체제를 이용할 수 있다는 점이다.

넷째, 마치 여러 가지 함축적 의미를 가지는 詩의 보호와 같이 어느 정도 프로그래머의 개성적 독창성이 보호받을 수 있는 여지가 있다.

다섯째, 사용자의 저작물에의 접근가능성을 증대시킨다.

저작권법의 접근방법은 독점적인 권리라는 재산권을 부여함으로써 저작자로 하여금 저작물을 많이 창작하도록 하는 동기를 제공하고 저작물을 능률적으로 배포하게 함으로써 저작물에 표현된 것에 접근하는 일반인의 복지수준을 최대화하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 뿐만 아니라 저작권은 그 보호범위와 존속기간이 제한되어 있어 표현과 아이디어는 결국 일반인의 공유영역(public domain)으로 들어가게 된다. 따라서 저작권의 존속기간동안에 그 비용을 지급할 수 없었던 소비자는 존속기간 후에는 자유로이 사용할 수 있다. 또한 존속기간동안에도 저

작물의 보호되지 않는 표현과 아이디어를 자유로이 이용할 수 있으며 정당사용은 언제든지 허용된다. 따라서 저작권법은 공익과 사익간의 균형을 피하여 저작권법이 존재하지 않는 경우보다 일반인에게 더 많이 저작물에 대한 접근을 허용하게 된다.³⁴⁾

마. 한계

첫째로, 저작권에 인정되는 저작물의 독점, 배타권은 특허권과는 달리 차단효가 있는 독점적 권리가 아니며 따라서 우연히 동일내용의 저작물이 다수 작성된 경우에 작성 선후에 관계없이 저작권 침해를 주장할 수 없다. 또한 저작권은 특허권과는 달리 포괄적인 권리가 아니라 법에 의해 인정되는 일정 권리의 집합에 불과하며, 따라서 저작권자가 자신의 저작물에 대하여 행사할 수 있는 권리가 법에 한정되어 있는 범위로 제한된다는 한계가 있다.³⁵⁾

둘째로, 저작권은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 보호하기 위한 것으로 그 대상은 어문저작물과 같은 전통적인 지적창작품이다. 그런데 컴퓨터프로그램은 생산과 기업 활동에 이용되는 생산재 또는 경제재로서 인문과학적 또는 예술적 창작물을 그 보호의 대상으로 하는 일반 저작권법의 보호대상이 되기에는 그 성격이 너무나 다르다. 또한 소프트웨어는 반복재생산에 의한 “사용”에 의하여 그 목적을 달성할 수 있으나 일반저작물은 창작 그 자체면 족하고 따로 사용에 대한 개념이 필수적으로 적용될 여지가 없다.

셋째로, 저작권은 아이디어는 보호하지 않고 표현만 보호한다는 아이디어·표현 2분법에 기초하고 있고, 아이디어와 표현의 한계가 모호한 이상 컴퓨터프로그램의 보호범위가 애매하다는 문제점이 있다. 아울러 저작권침해에 대한 입증책임은 권리자에게 있으므로 그대로 복제한 소위 “dead copy”라면 별론으로 하더라도 조금이라도 변경된 경우에는 그 입증이 쉽지 않다.³⁶⁾

34) 이대회, “S/W지적재산권의 권리남용방지과 공정이용활성화 방안에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회 연구보고서, 2002-14, 157-158면.

35) 육소영, 전계 논문, 505면.

넷째로, 컴퓨터프로그램을 저작권적 접근방법으로 보호하는 것은 프로그램의 가치를 창출하는 중심부분인 “유용한 작동” 부분을 소홀히 하는 문제점이 있다. 다른 표현 형태로 프로그램의 “유용한 작동”을 복제하는 것을 방지하지 못하는 것은 저작권법적 보호의 목적 자체에 반할 수 있다.

다섯째, 컴퓨터프로그램의 아이디어가 일상적인 경우가 많고, 같은 아이디어를 표현하는 언어형식이 비슷할 경우에, 이의 보호에서 유사성을 가지고 판단할 경우에는 결국 아이디어를 보호하는 것이 되어 새로운 창작활동에 장애가 된다. 더욱이 보호기간이 비교적 장기간이어서 일단 설립된 당해 소프트웨어의 실시를 장기간 독점하게 된다는 점도 컴퓨터산업의 발전 속도와 컴퓨터프로그램의 생명주기에 비추어 부적합하다. 또한 컴퓨터프로그램제작자는 하나의 컴퓨터프로그램을 개발한 후, 일정기간이 지나면 기존의 것에 기초한 새로운 버전(Version)을 개발하곤 하는데, 결국 이러한 관행은 영구적인 권리를 행사할 수 있는 기회를 제공할 우려가 있다.

여섯째, 소스코드는 실행프로그램과 독립하여 저작권법 체제에서 어문저작물로서 보호받을 수 있으며 전통적인 저작권법 체제에서 특별한 문제를 야기하지 않는다. 그러나 실행파일에 들어있는 프로그램을 보호함에 있어서는 일정한 문제점이 발생할 수 있다. 저작권법은 창조적인 표현을 장려하려고 하지만, 오브젝트 코드의 주된 가치는 표현에 있지 않으며 일정한 과제(task)를 효과적으로 수행하는데 있다. 곧 전통적인 저작물에서는 표현이나 아이디어를 포함하고 있으나 오브젝트 코드는 지각할 수 있는 표현을 가지고 있지 않다. 따라서 전통적인 저작물의 구입자는 표현을 당연히 인식할 수 있으나 소프트웨어는 표현과 아무런 관계를 가지고 있지 않다. 따라서 이와 같은 소프트웨어의 성격은 저작물의 표현을 광범위하게 배급하고자 하는 저작권법의 전제조건과 배치되는 결과에 이른다.³⁷⁾

36) 이상정, “인터넷 환경하에서의 특허법의 개정방안”, 정보통신정책연구원 정책보고서, 1999, 62-63면.

37) 이대희, 전계 보고서, 158면.

3. 특허법적 보호 방법

가. 연혁

컴퓨터프로그램에 대해 저작권법을 통한 보호가 보편화되었음에도 불구하고 컴퓨터프로그램이 갖는 기능적 창작성은 어느 정도 신규성이나 진보성의 측면도 겸유하는 것이므로 특허권에 의한 보호도 고려되어져 왔다. 이 경우 컴퓨터프로그램은 논리·연산법칙을 적용한 일련의 지시·명령의 집합이라는 점에서 종래부터 특허법에서 보호하고자 하는 '자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것'이라는 발명의 요건을 만족하는가가 문제된다.³⁸⁾

연혁적으로 살펴보면, 영국에서는 1977년 특허법의 개정³⁹⁾ 이전에는 컴퓨터관련 발명에 대해 특허가 부여되었지만, 1977년 특허법 개정에서 적격성을 부정하였다. 그러나 그 이후 영국 법원의 비교적 완화된 해석을 통해서 특허를 받을 수 있는 컴퓨터관련 발명의 범위가 확장되었다.⁴⁰⁾

미국에서도 1970년대까지 기본적으로 컴퓨터프로그램은 연산방식이고(algorithmic)이고 그것은 오랫동안 특허로 보호받지 못한다고 생각되어 1970년대 연방대법원에서는, *Gottschalk v. Benson*판결⁴¹⁾과 *Parker*

38) 오승중, "디지털 시대의 지적재산권 보호", 사이버스페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립, 정보통신정책연구원 연구보고서, 2001, 166면.

39) 1977년 영국은 유럽특허조약과의 조화를 위하여 특허법을 개정하였다. 이러한 개정을 통하여 컴퓨터 소프트웨어의 특허성을 제한하는 많은 규정이 도입되었다. 1977년 개정 특허법은 제1조 제1항에서 신규성(new), 독창성(inventive step), 산업상 응용가능성이 있는 발명에 대하여 특허를 인정함을 규정하고 있다. 그러나 동조 제2항에서 1) 발견, 과학적 이론 또는 수학적 방법, 2) 문학, 희곡, 음악적 또는 예술적 작품 또는 미적 창작물, 3) 정신작용을 위한 계획, 규칙 또는 방법, 게임이나 사업상의 행위, 컴퓨터프로그램, 4) 정보의 제시로 구성된 어떠한 것도 특허대상이 될 수 없음을 규정하고 있다; 1997 Patents Act, § 1(1), § 1(2) (UK).

40) 정상조, "디지털경제시대의 지적재산권", 저스티스 제33권 제2호(통권 제56호), 한국법학원, 55면.

41) 409 U.S. 63(1972); 이 사건은 미국대법원에서 "수학적 알고리즘은 특허의 대상

v. Flook판결⁴²⁾에서 컴퓨터프로그램은 특허될 수 없다고 판시하기도 하였다. 그러나 이러한 경향은 1981년 Diamond v. Diehr 판결⁴³⁾에서 바뀌기 시작했는데 법원은 “컴퓨터프로그램이 어떤 물리적 공정이나 물건에 응용되기만 하면 컴퓨터프로그램관련 발명은 특허될 수 있다”고 판시하였고 드디어 법원은 알고리즘이 특허를 받을 수 없는 것은 추상적인 아이디어에 불과하기 때문이므로 유용한(useful) 방법으로 응용되어 유용하고 구체적이며 실제적인 결과(useful, concrete and tangible result)를 가져오면 특허대상이 된다고 보기에 이르렀다.

그후 1994년 Alappat 판결에서 기계 또는 도구로서 특허청구된 컴퓨터 소프트웨어는 일반적으로 특허를 받을 수 있다는 결론을 도출하게 되고, 1995년 미국 특허상표청은 컴퓨터 관련 발명 심사기준을 발표하고 컴퓨터 소프트웨어의 특허권을 가능한 범위에서 수용하는 입장을 취하였다. 1996년 미사추세츠에서 컴퓨터프로그램 관련 발명의 특허권이 문제가 되었는데⁴⁴⁾, 이와 관련하여 연방항소법원은 특허청구항에서 청구대상을 기계 또는 방법으로 한정하는 것은 특허발명성을 판단하는데 있어 중요한 의미가 없다는 점을 밝혔으며 수학적 알고리즘을 포함하고 있는 것과는 무관하게 유용성이 있는 발명의 경우 특허대상이 될 수 있다고 판단하였다.⁴⁵⁾

일본은 발명에 관하여 우리 특허법과 같이 자연법칙을 이용한 기술

이 아니다”라고 판단한 최초의 사건이다. Benson 특허는 기차의 속도를 제어하기 위하여 범용 컴퓨터를 사용하며, 이진화 십진수에 포함되는 1의 소거와 소거된 1과 다른 위치의 1의 가산을 반복하는 동작을 적절히 조합하여 이진화 십진수를 이진수로 변환하는 방법에 관한 특허였다; 이상정, 전계 논문, 31면 각주 참조.

42) 437 U.S. 584(1978); Flook의 발명은 화학반응을 컴퓨터로 제어하는 기술에 관한 발명이다. 대법원의 9인의 판사 중 6인은 ‘정보한계치의 경신에 관한 Flook의 방법 중에서 신규성이 있는 것은 수식 부분 만이다’라고 인정한 후, ‘추상적으로 표현된 원리는 기본적 진리이거나 혹은 인과의 원천이거나 또는 사고의 원천이다. 이들은 특허 될 수 없다’고 판시하였다; 이상정, 상계 논문, 31면 각주 참조.

43) 450 U.S. 175(1981)

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

45) 더 자세한 내용은; 육소영 전계 논문, 495-498면 참조.

적 사상의 창작으로서 고도할 것을 요구하고 있다.⁴⁶⁾ 2000년 개정심사 기준에 따라 기록매체에 기록되지 않은 프로그램 자체를 물건의 발명으로 직접 특허청구 할 수 있게 되었고, 다만 프로그램언어와 프로그램 리스트는 특허발명에 해당하지 않음을 분명히 하고 있었다. 그러나 프로그램이 기록된 저장매체 또는 구성 데이터가 기록된 저장매체로서 청구된 발명은 특허발명에 해당된다고 규정함으로써,⁴⁷⁾ 정보의 단순한 제시라고 하여 특허발명 적격성 여부가 문제되었던 기록매체를 발명으로 인정하고 있었다. 그 후 2002년 7월 특허법을 개정하여 발명의 개념 속에 프로그램을 포함시켰다.⁴⁸⁾

이러한 경과에서 살펴볼 수 있듯이 컴퓨터프로그램은 반드시 저작권만을 통해 보호되어야 하는 것은 아니고 컴퓨터프로그램이 신규성과 진보성이라는 요건을 충족시킨다면 특허권을 통한 보호도 가능하다는 것이 현재의 경향이다. 즉, 컴퓨터프로그램은 기본적으로 저작권을 통해 보호하되, 특허권의 요건을 충족시키는 경우에는 특허권을 인정하는 이원적 보호 체제를 유지하고 있다.

우리나라 역시 컴퓨터프로그램의 특허적격성을 인정하여 이러한 흐름과 같이하고 있다. 특허청에서 1984년 ‘컴퓨터 관련 발명의 심사기준’을 제정하여 순수한 수학적 알고리즘에 불과한 컴퓨터프로그램은 특허적격성이 없지만, 컴퓨터프로그램이 비수학적 알고리즘으로 구성되었거나 기술적인 작용효과를 얻을 수 있는 경우에는 특허적격성이 있다고 판단하였다. 나아가 1998년 위 심사기준을 개정하여 특허보호의 범위를 확대하여 데이터 구조나 컴퓨터프로그램을 저장한 기록매체가 기술적 사상에 해당되는 물건발명이나 방법발명이라고 볼 수 있는 경우에 특허등록의 대상이 될 수 있도록 하였다.⁴⁹⁾

나. 특허 보호의 요건

46) 일본 특허법 제2조.

47) 일본 컴퓨터소프트웨어 관련 발명 심사기준, 1.1.1(2)(2000).

48) 일본 특허법 제2조 제3항.

49) 오승중, 전계 보고서, 166-167면.

특허법은 발명을 보호 장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전을 시키는데 그 목적이 있다.⁵⁰⁾ 특허법상 발명은 “자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것”이다.⁵¹⁾ 특허법상의 보호를 받기 위해서는 특허성이 있는 발명이 존재해야 하는데 이는 자연법칙의 이용, 기술적 사상의 창작, 고도성의 요건을 충족시켜야 한다. 자연법칙을 이용한 것이어야 하므로 자연법칙 자체 또는 자연법칙이 아닌 인간의 정신활동 또는 사람의 심리적, 생리적 작용을 이용한 것이나 논리법칙, 경제법칙을 이용한 것 및 자연법칙에 반하는 것도 발명이라 할 수 없다.⁵²⁾

자연법칙이란 자연에서 경험에 의해 발견되는 법칙으로 자연과학상의 학문적 법칙, 경험칙, 생리학상의 법칙 등을 말하며, 인간의 정신활동으로 안출된 법칙, 경제학상의 법칙, 심리법칙 등은 자연법칙이 아니다.⁵³⁾ 그리고 자연법칙을 이용한 기술적 사상으로서 발명의 개념에 해당하는 경우에도 이러한 발명이 특허를 받기 위해서는 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성의 적극적인 요건을 충족하여야만 한다.

신규성이란 발명의 내용이 종래의 기술적 지식, 선행기술에 비추어 알려져 있지 않은 새로운 것임을 의미하며, 진보성이란 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지공용, 간행물에 기재된 기술로부터 용이하게 발명할 수 없는 것을 말한다.

산업상 이용가능성이란 산업기술상 계속 반복적으로 실시할 수 있고 국가산업발전에 유용한 발명임을 요한다는 것이다. 산업상 이용은 장래 실시할 가능성이 있으면 족하며, 이는 경제성을 의미하지 않으므로 경제적 불이익을 초래하는 발명이라도 곧 발명의 특허성이 부정되지는 않는다.

또한, 특허법은 산업상 이용가능성과 신규성을 전제로 하여 신규의 발명일지라도 출원 시점에서 그 분야의 전문가가 용이하게 창작가능한 발명은 특허를 허락하지 않는다고 하여 진보성을 요구하고 있다.⁵⁴⁾

50) 특허법 제1조.

51) 특허법 제2조.

52) 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법」, 육법사, 2001, 184면.

53) 윤선희, 「산업재산권법원론」, 법문사, 2002, 84면.

54) 특허법 제29조 제2항 참조.

따라서 컴퓨터프로그램이 특허를 받을 수 있는지 여부는 단순히 새로운 컴퓨터프로그램의 탄생을 위한 투자에 대한 대가차원에서 평가될 수는 없으며, 컴퓨터프로그램이 특허의 보호대상인 발명으로서 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성을 충족함과 동시에 공익적, 산업정책적 차원에서 특허 불허의 소극적 요건에 해당하지 않아야 한다.

다. 장점

특허법의 목적은 발명의 보호를 통한 기술진보와 국가 산업발전에 기여하는 것이다. 컴퓨터프로그램 창작자는 컴퓨터프로그램 발명의 혁신적인 정보를 공개하는 대가로 일정기간 그것에 관하여 독점 배타적인 권리를 가지게 되고, 이를 바탕으로 지속적인 프로그램 창작의 노력을 통해 기술과 산업발전에 이바지하게 된다.

소프트웨어의 특허보호를 통해 기대되는 장점은 첫째, 권리보호측면에서 보면 무엇보다도 보호범위가 어느 정도 명백하고 두터우며 차단효 있는 독점권의 확보가 가능하다는 데에 있다. 즉, 특허청구 범위에 포함된 기술과 균등성이 있는 것은 모두 그 특허권의 효력 범위에 포함되고, 그 이용을 위해서는 스스로 창작한 경우에도 특허권자의 허락을 받아야 하므로 저작권에 비해 강력한 보호를 받을 수 있다.

둘째, 이용자측면에서는 명세서 기재요건과 의무적 출원공개제나 등록공고제도를 통하여 충분한 정보가 공개된다는 점이다. 특허권을 취득하기 위해서는 특허출원 등 특허 명세서 등 일정한 형식을 갖추어(요식성), 보호받고자 하는 나라에 특허출원 하면(속지성) 심사를 거쳐(심사주의) 특허등록 되면 공개의 대가로서 차단효있는 강력한 독점권으로 보호된다.

셋째, 이용자나 후발 개발자에게는 특허명세서의 “실시가능요건(Enablement requirement), 및 최적의 방식요건(Best mode requirement)”을 갖추어야 하므로 이것이 역분석이란 번거로운 절차 없이 실시가능하고 새로운 발명을 유도할 수 있는 기능을 수행가능 하도록 한다.⁵⁵⁾

55) 더 자세한 내용은; 김원오, 전계 보고서, 37-38면 참조.

라. 한계

소프트웨어를 특허권으로 보호할 경우 위와 같은 장점이 있는 반면 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 컴퓨터프로그램은 어문저작물이자 기계라는 이중적 성격으로 인하여 특허법에 의한 보호에 어려움이 있다. 특허법은 전통적으로 텍스트를 보호범위에서 제외하여 온 결과, 프로그램 코드는 기술적 과정임에도 불구하고 특허 받을 수 없는 것으로 여겨져 왔다. 또 계산, 관찰, 비교 등의 정보절차는 특허가 불가능하므로 추상적인 프로그램 알고리즘은 특허적격성이 없다는 데에도 이견이 거의 없다. 나아가 저작권법과의 충돌을 고려해서 특허법은 전통적으로 정보의 표현, 배치, 제시와 관련된 혁신은 산업상 이용가능성을 결하고 있다는 이유로 특허 부여를 거부해왔다.

둘째, 업무수행 방법과 관련하여 특허보호가 갖는 한계는 이러한 특허는 대개 특정 결과 자체보다는 그 결과를 얻는 특정한 방법에 대해 부여된다는 것이다. 그런데 방법 특허는 제3자가 당해 방법을 사용한 것인지에 대한 입증이 용이하지 아니하여 그 실효성에 문제가 있을 뿐만 아니라 다른 방법으로 같은 기능을 수행하는 프로그램에는 방법특허의 효력이 미치지 않는다. 그렇다고 결과에 대해서 특허를 부여한다면 당해 프로그램 개발자의 기여도를 훨씬 넘어서 과보호를 제공하는 것이 된다.

셋째, 특허제도는 기존의 기술 수준에 비하여 고도의 기술적 진보를 보이는 발명에 대해서 부여하는데 프로그램 관련 혁신은 대부분 점증적 개량에 불과하다. 즉, 소프트웨어의 개발이 혁신적(inventive) 이라기 보다는 점증적(incremental)인 특색을 가지므로 특허 요건상 '고도의 창작성' 등과는 성격상 맞지 않다.

넷째, 소프트웨어 개발자의 입장에서는 개발이후 최초 몇 년간의 보호가 가장 중요한데, 특허권 확보까지 심사기간이 오래 걸려서 특허보호의 실효성이 적고 특허제도의 비용(출원, 유지, 방어 등)도 많이 소요된다. 이는 컴퓨터프로그램의 특허성 요건과 컴퓨터프로그램의 복잡

성 때문이며 중소기업자에게는 특허출원 자체가 부담이 된다.

다섯째, 컴퓨터관련 발명에 특허를 부여하는 것은 타당한가를 두고 선행기술의 축적부재로 인한 검색의 부담 등 여러 가지 측면에서 비판적 시각이 존재하여 왔다. 다른 프로그램 개발자들은 그러한 특허를 찾아내기보다 프로그램을 개발하는 과정에서 그러한 특허기술을 다시 발명하는 경우가 더 많은데 이러한 경우라도 차단효과 있는 독점배타권인 특허권의 성격상 특허침해로 제소될 수 있기 때문이다.

여섯째, 소프트웨어는 문헌화하기도 어렵고 분류도 어려워, 관행상 제때에 발표되는 것도 아닌 컴퓨터관련 선행기술을 심사에서 정확히 파악하기는 매우 힘들다. 따라서 이미 공지된 프로그램임에도 데이터베이스가 구축되지 않아 신기술로 알고 잘못 특허되는 경우가 많다는 점에서 부실특허의 양산과 이로 인한 소모전적인 권리분쟁을 초래할 가능성도 다분하다는 점이 있다.

기타 문제점으로, 소프트웨어 특허는 실질적인 기술자식의 비밀을 증대시킬 수 있다. 즉, 소프트웨어 특허출원인이 소스코드를 발표하면 경쟁자가 특허침해를 쉽게 하거나 모방이 용이하기 때문에 공개를 꺼리며 법적으로 명세서의 기재요건 상으로도 소스코드까지 공개할 의무는 부과하고 있지 않다. 또한 소프트웨어 제도로 중소기업은 위협을 받는 반면 대기업은 간접적으로 이익을 보게 되고 이는 기술혁신과 경쟁을 저하시키는 등 중소기업의 보호에 소홀할 수 있다.⁵⁶⁾

이처럼 소프트웨어의 특허법적 보호의 경우에도 여러 가지 문제점으로 인해 과소보호나 과잉보호문제가 야기됨은 저작권적 보호의 경우와 마찬가지로이다. 현재 우리나라를 비롯해서 대부분의 선진제국들이 소프트웨어 특허를 인정하고 있다. 그러나 소프트웨어 특허성의 기준이 통일되어 있지 못하고 각국 특허청마다 다르다. 미국은 소프트웨어 관련 발명, 특히 영업방법 발명(business method inventions)에 대해 특허를 부여하는데 유럽특허청과 일본보다 더 관대해 보인다. 이러한 추세는 미국이 컴퓨터관련 특허를 독점하게 하고 국가 간의 논쟁과 복잡한 법적 문제들을 야기할 수 있다. 만약 모든 국가제도의 특허성이 조화되지

56) 구대환, "컴퓨터프로그램 및 그 시장의 발전특성과 특허 및 저작권보호의 장단점", 특허청수요아카데미 (2002. 12.11) 10-11면, 참조.

않는다면 이런 문제들은 악화될 수 있다.⁵⁷⁾

4. 새로운 보호 방법론

이상 살펴 본 바와 같이 전통적인 발명이나 저작물과 상이한 특성을 지닌 컴퓨터프로그램을 기존의 법체제로 보호하는 데에는 여러 가지 한계와 문제점이 있고 오히려 컴퓨터프로그램 기존체제로 보호하는 것은 후속 기술혁신을 방해하고 있다는 인식을 토대로 다양한 범주에서의 대안적 견해가 주장되고 있다.

이러한 문제점에 대한 해결 방안으로, 특허법을 개정하여 소프트웨어 특허를 금지하거나 단순히 컴퓨터에서 운용하는 것만으로는 프로그램 특허 침해가 되지 않는 것으로 개정할 것을 주장하기도 하며, 공개소프트웨어(open source software), 프리소프트웨어(free software) 운동 등의 정보공개 운동이 전개되고 있기도 하다. 또한 제도적 보완을 통한 점진적 해결론과 제3의 독자적 보호방법론이 대두되고 있다.⁵⁸⁾

가. 새로운 보호 방법론의 주된 논거

이러한 새로운 보호방법론이 공통된 논지는 소프트웨어라는 보호객체의 특성을 고려하여 볼 때 저작권적 보호가 부적절할 뿐 아니라 특허법에 의한 추가적 보호도 문제점이 많다는 인식을 바탕으로 다음의 문제점을 지적하고 있다.

첫째, 급변하는 소프트웨어산업을 고려하여 볼 때 양 체제에서 부여하는 보호기간이 너무 길고 특허의 경우 심사에 너무 장기간이 소요된다는 점이다.

둘째, 현재 부여되고 있는 중복보호는 특정프로그램에 어떤 권리가

57) 더 자세한 내용은; 김원오, 전계 보고서, 37-38면 참조.

58) 더 자세한 내용은; 김원오, “컴퓨터소프트웨어의 지적재산보호를 위한 새로운 접근방법론”, 지적재산권 제7호, 2005년 4월, 한국지적재산법제연구원, 52-58면 참조.

실재하는지가 명확하지 않아 시장을 교란하고, 창작 및 배포 인센티브를 왜곡한다는 것이다.

셋째, 이러한 문제를 해결하는 방법으로 소프트웨어의 특성을 고려하여 소프트웨어에 대해서만 추가적 예외를 설정하거나 특허권적 보호의 확대를 도모하더라도 이는 전통적인 아이디어·표현 이분법을 파괴하고, 과잉보호 혹은 과소보호를 야기하는 문제점을 여전히 갖고 있다.

넷째, 진보적 혁신의 보호를 전제한 특허권적 보호를 확대하는 것은 누적적·점진적 개발이라는 특성을 지닌 프로그램의 보호수단으로 근본적인 한계가 있고 과잉보호나 후속적 개발의 곤란 등 경쟁을 지나치게 억제함으로써 프로그램 산업의 기술혁신을 저해할 수 있는 더 큰 부작용이 따를 수 있다는 점이다.

따라서 소프트웨어의 가치 있는 부분을 보호하면서도 기존의 법제를 왜곡시키지 않기 위해서 소프트웨어 보호를 위한 독자적 법체가 필요하다는 주장을 하는 것이다.

나. 새로운 보호 방법론의 내용

(1) 공개소프트웨어의 확산

공개소프트웨어란 소스코드가 개방된 기술로서 사용자들은 누구나 개방된 소스코드를 자유롭게 사용할 수 있으며 사용허락의 방식에 의하여 배포되며 소스코드가 공개되어 있어 자유롭게 복사, 수정, 사용, 재배포가 가능한 소프트웨어를 말한다.

공개소프트웨어 개발은 공개소프트웨어를 개발하고 사용하는 공동체를 통해 이루어지며 사용자는 개발자가 될 수 있다는 점, 개발한 소프트웨어를 개발자가 독점적으로 소유하지 않고 그것을 사용자(곧 개발자)들의 공동체에 공개한다는 점, 개발에는 많은 개발자(동시에 사용자)들이 자발적으로 참여한다는 점 등의 특성을 지니고 있다. 이와 같이 공개소프트웨어와 그 개발과정의 독특한 특성은 사회과학 연구자들의 많은 관심을 끌고 있으며, “사용자 주도형 기술혁신모델(user-led innovation model)”로서 개념화하면서 인터넷 시대의 새로운 기술혁신 모델로서 본격적인 논의가 시작되고 있는 단계에 있다. 아직까지 공개

소프트웨어 기술혁신 모델의 전체적인 모습에 대해 명확한 밑그림이 그려져 있지는 않음에도 불구하고 공개소프트웨어 개발방식은 기존의 사적독점 소프트웨어 개발방식, 폐쇄적인 산업시대의 기술혁신 모델과는 구분되는 새로운 조직혁신·제도혁신의 모습을 지니고 있어 최근 공개소프트웨어의 법적 보호문제와 그 해석을 둘러싼 활발한 논의⁵⁹⁾가 이루어지고 있어 공개소프트웨어의 확산도 전통적 보호체제의 한계점을 보완할 수 있는 대안이 될 수 있을 것이다.

(2) 반도체칩보호법 체계에 따르자는 견해

소프트웨어와 반도체회로와 유사하여 반도체집적회로를 작동시키는 Micro Code는 컴퓨터프로그램에 해당한다고 볼 수 있으며, 반도체집적회로는 컴퓨터프로그램의 일종인 ROM저장프로그램(Firm ware)과 유사하고, 그 자체가 컴퓨터의 동작을 위한 것이라는 점에서 컴퓨터프로그램과 유사한 특성을 지니고 있으므로 이를 참조하자는 견해이다.

반도체칩보호법이 보호하는 배치설계권은 산업재산권의 일종으로 보호되며, 반도체 제품의 특성상 생명주기가 짧기 때문에 보호기간은 비교적 단기간인 10년으로 제한하고 있다. 또 권리발생요건으로 반드시 등록하여야 하는 등 법의 목적, 권리의 발생·행사 및 소멸은 특허권적 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다. 반면에 배치설계권의 일차적 보호대상은 일종의 설계도면이며 이에 대한 창작성 여부에 관한 실체심사는 하지 않고 등록함으로써 권리가 발생한다는 점에서는 저작권적 성격을 지니고 있다.

한편, 배치설계권은 특허권 및 저작권과 구별되는데, 배치설계권의 일차적인 보호대상은 배치설계이고 실질적인 보호대상은 배치설계를 이용하여 제조된 반도체칩, 반도체칩이 내장된 최종제품(컴퓨터, 통신기기 등)까지 확장되기 때문에 특허권적 성격이 강하나, 법령에 의한 권리발생요건인 배치설계의 창작에 대하여 신규성, 진보성 등의 특허요건을 판단하기는 불가능하므로 배치설계 그 자체에는 특허권이 성립한다고 보는 것이 어렵다.

59) 정진근, “공개소프트웨어의 법적해석에 관한 연구”, 2003. 12, 고려대 법학박사 논문 참조.

따라서 이러한 특성에 착안하여 독자적 보호방법론의 주창자들은 반도체칩보호법 체제로부터 프로그램의 독자적 보호방법론을 모색하고 있다.

(3) 다층적 특허체제(Multi-tiered system of patents)를 도입하자는 견해

독일, 일본, 우리나라 등 몇몇 국가들은 특허제도 운용 과정에 있어서 산업정책상 중소기업이나 개인발명가의 소발명을 보호, 장려하는 일이 필요함을 인식하고 소위 개량발명 또는 소발명(micro-invention)에 대하여 특허와는 별개로 선등록·후심사 체제하에서 비교적 단기간인 실용신안권을 부여하여 보호함으로써 특허제도를 보완하는 법제를 운영하고 있다. 이러한 실용신안권은 소발명의 보호체제에만 부합되는 것이 아니라 널리 확대 적용될 수 있는 제3의 지적재산권보호체제로 정립해 나갈 필요가 있다는 견해이다.

이러한 견해에는 프로그램의 기능적 개발을 보호하는 프로그램 고안권에 관한 후술 현행 컴퓨터프로그램보호법에 신설하여 프로그램의 구성요소 중 저작권법으로 보호되지 않는 기능적 요소인 프로그램 고안을 보호·장려하도록 하자는 견해,⁶⁰⁾ 기본적으로 현행 특허 보호기간이 너무 장기라는 인식하에 후술하는 소프트웨어의 요소에는 보호가치의 경중이 있으므로 그에 따라 보호기간의 차별화를 통해 다층적으로 보호하자는 견해, 특허법에 의해서도 여러 가지 전통적 법리에 따라 제대로 보호받지 못하는 알고리즘에 대해서 소프트웨어권(software right)이라는 별개 성격의 권리를 특허와는 다른 요건과 심사절차를 거쳐 보호하자는 견해 등이 있다.

(4) Manifesto상의 독자적 보호방법론

이 견해는 소프트웨어의 보호가치상의 특성에 착안하면서 소프트웨어 보호체제의 개혁을 위해 시장지향적 접근방식에 의거하여 부여된 법적권한을 한정, 변경하는 정부의 개입을 정당화하는 시장실패를 분석

60) 정찬모, “전자상거래시대의 컴퓨터프로그램의 보호”, 프로그램심의조정 위원회, 2001.

하고, 컴퓨터 기술이 지향하는 방향을 예측하면서, 소프트웨어보호체제의 개혁을 위한 잠재적 장애요소를 예상하여 해결책을 도모하자는 주장이다.

이 견해에 따르면 소프트웨어의 시장기반적인 독자적 법제정에 있어 고려해야 할 세 가지를 주요사항으로 들고 있다. 즉 모방된 소프트웨어 부분의 성질과 크기, 후속 개발자가 원소프트웨어에 접근한 수단 및 이에 의존 정도, 원저작물과 후속저작물의 유사성 및 시장경합의 정도를 고려하여 시장실패가 초래되지 않도록 다양한 법적 수단을 동원할 필요가 있음을 강조하고 있다.

(5) 기술혁신의 직접보호제도

이 견해는 발명 그 자체보다는 기술혁신의 직접보호를 위해 소프트웨어의 최초상용화 행위에 대해 기존의 특허와 구별되는 기술혁신특허(Innovation patents)나 기술혁신보증(Innovation warrants)을 부여하자는 주장이다. 즉 기술혁신특허에 의한 직접보호는 저작권법이 저작물 그 자체를 보호하듯이 기술혁신의 구체적 결과물을 직접 보호하자는 것이며, 보증에 의한 혁신의 직접보호는 아이디어를 구체적인 현실로 옮기는 투자에 의해 달성될 수 있다는 것이다. 이 견해는 점진적 누적적 진보의 성격을 지닌 소프트웨어의 보호에 적합한 해결책을 제시해 줄 수 있는 이론적 논거를 제공한다는 점에서 경청할 가치가 있다.

기술혁신에 의한 직접보호는 발명자체보다는 기술혁신의 보호를 겨냥한 것으로 이는 마치 저작권법이 아이디어에 대하여 보호를 하지 않고 창작적 표현물 그 자체를 보호대상으로 한다는 점과 등록요건으로 신규성과 진보성을 요구하지 않는다는 점에서 저작권 체제와 유사하다. 다만 기술혁신특허는 전통적 특허권보다 특허범위가 감소하였기 때문에 더 약한 권리로 보인다. 즉, 기술혁신특허는 복제행위와 기술적 균등물의 사용에 의한 복제에 대하여 보호를 하고 특허부여 전에 특허권자가 공개한 선택적 개념도 보호하지만 선택 클레임은 제3자의 보호대상물 사용을 저지할 수 없고 라이선스를 부여해야 하는 의무를 지기 때문이다.⁶¹⁾

61) 김원오, 전계 논문, 58면.

(6) WIPO 모델규정상의 보호체제

WIPO 사무국은 1974년부터 1977년까지 소프트웨어의 적절한 보호를 위해서 저작권법 및 특허법으로의 보호는 불충분하기 때문에 새로운 보호 체도를 마련하여 법적 보호체제를 확립하자는 취지로 모델규정을 마련하였다. 이는 소프트웨어의 범용화 및 국제적 네트워크의 창설에 의해 국제적으로 그 이용의 활성화를 촉진하고 기존의 법적 보호 방법에 대한 국제적 검토를 실시함으로써 소프트웨어에 대해 적용 가능한 각국의 국내법제를 보완하고 아울러 각국 국내법의 국제적 조화를 도모하기 위한 가이드라인을 제시하기 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 WIPO 모델규정 체제는 기탁 내지 등록에 기초한 저작권적 접근방식을 기본으로 하고 있으나 특허법 및 부정경쟁방지법체제를 혼합한 체제이어서 결국 독자적 보호 방법론의 범주에 속하는 것으로 볼 수 있다. 특히 프로그램 보호권의 내용은 저작권법에서는 일반적으로 규정하고 있지 아니하고 산업재산권법에서 채택하고 있는 “사용”이라는 개념을 소프트웨어의 본질적인 보호형태로 인정하고 있다. 또한 보호권의 제한에 있어서도 특허법 등에서 두고 있는 권리제한 방식을 택하고 있으며, 보호권의 발생에 있어서는 저작권체제와 같이 컴퓨터소프트웨어의 창작일로부터 자동 발생하는 체제로 하되 그 특성을 고려하여 보호권의 존속기간을 20년으로 축소하는 형태로 되어 있다. 그러나 국제적 합의 도출에 실패하였고 시일의 과대한 경과로 인해 그 동안 발전한 소프트웨어시장발전의 특성을 제대로 반영하고 있지 못하다는 문제점이 있다.⁶²⁾

III. 결론

이상으로 소프트웨어의 전통적인 보호방법과 새로운 보호방법론에 관하여 살펴보았으나 소프트웨어를 어떻게 보호해야 할 것인지의 문제

62) 김원오, 전계 논문, 59면.

는 단순한 법률규정과 그 해석, 적용의 문제뿐만 아니라 지적재산권 보호에 관한 산업·법률 정책적 측면과 밀접한 관계가 있다고 할 것이다.

소프트웨어를 효율적으로 보호할 수 있는 최적 방안은 기존체제의 보호의 한계와 문제점을 적절히 해소하면서 동시에 소프트웨어의 특성과 시장 발전적 특성 및 소프트웨어의 보호가치를 제대로 보호받게 함으로써 지속적인 소프트웨어 개발과 혁신이 가능한 체제이어야 함은 분명하다.

그런데 이미 소프트웨어는 주요 각국에서 저작권법에 의한 보호제도가 확립되어 있고 국제협약상으로도 어문저작물로 보호받고 있으며, 저작권법에 의한 보호의 미비한 부분은 특허법에 의해 보완되고 정착되어가고 있는 상황에서 새로운 보호방법론에 입각한 보호체제의 도입시도는 오히려 기존에 확립된 체제에 혼란을 가중시킬 뿐만 아니라, 이에 소모되는 노력과 비용, 시행착오를 감안할 때 크게 바람직해 보이지는 않는다. 또한 새로운 보호 방법론 자체도 전통적인 보호체제 보다 훌륭하게 소프트웨어 보호를 할 수 있을 만큼의 완벽하거나 구체적인 대안이 되지 못한다고 생각되고 국제적인 수용 여건도 성숙하지 않은 상황이다.

따라서 현 제도상으로 컴퓨터프로그램보호법에 의해 소프트웨어 그 자체를 보호하고 있어 권리자 보호가 이루어지고 있고, 발명으로서 보호받을 가치가 있는 소프트웨어는 특허법적으로 보호받을 수 있는 제도가 마련되어 있으므로 이를 최대한 활용하도록 하되, 해결되지 않는 문제점은 국내외적 사정과 산업 및 법률 정책적 고려를 신중히 하여 현 컴퓨터프로그램보호 체제를 유지 보완하는 차원에서 해결책을 마련해야 한다고 본다.

[참고문헌]

- 구대환, “컴퓨터프로그램 및 그 시장의 발전특성과 특허 및 저작권보호의 장단점”, 특허청수요아카데미, 2002.
- 권영준, “컴퓨터프로그램저작권과 아이디어/표현 2분법”, 사이버지적재산권법, 법영사, 2004.
- 김병일, “컴퓨터프로그램의 새로운 보호체계 모색”, 디지털재산법연구 5, 제3권 제1호, 세창출판사, 2004.
- 김원오, “컴퓨터소프트웨어의 지적재산보호를 위한 새로운 접근방법론”, 지적재산권 제7호, 한국지적재산법제연구원, 2005.
- , “컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회 연구보고서, 2003.
- 김원준, “SW발명의 특허심사기준 개정(1)”, 특허와 상표 제440호, 1997.
- 손경한·정진근, “컴퓨터프로그램저작권의 보호”, 「사이버지적재산권법」, 법영사, 2004.
- 송영식·이상정·황중환, 「지적소유권법」, 육법사, 2001.
- 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 세창출판사, 2000.
- 오승중, “디지털 시대의 지적재산권 보호”, 사이버스페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립, 정보통신정책연구원 연구보고서, 2001.
- 육소영, “컴퓨터프로그램의 특허성”, 비교사법 제10권 2호(통권21호), 2003.
- 윤선희, 「산업재산권법원론」, 법문사, 2002.
- , 「지적소유권법」, 세창출판사, 2004.
- 이대회, “S/W지적재산권의 권리남용방지와 공정이용활성화 방안에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회, 2002.
- 이상정, “컴퓨터프로그램보호법의 제정 경위와 우리의 현실”, 지적재산권법연구 제7집, 2003.
- , “컴퓨터프로그램보호법의 제정 경위와 우리의 현실”, 지적재산

- 권법연구 제7집, 2003.
- , “인터넷 환경하에서의 특허법의 개정방안”, 정보통신정책연구원 정책보고서, 1999.
- 이정현, “컴퓨터프로그램 저작권 보호에 관한 연구”, 학위논문, 연세대학교, 2003.
- 정보통신부, “21세기 지식정보강국을 향하여”, 2003.
- 정상조, “디지털경제시대의 지적재산권”, 저스티스 제33권 제2호(통권 제56호), 한국법학원.
- 정재훈, “소프트웨어의 법적 보호”, 창작과 권리 제35호 여름호, 2004.
- 정진근, “공개소프트웨어의 법적해석에 관한 연구”, 고려대학교박사논문, 2003.
- 정찬모, “전자상거래시대의 컴퓨터프로그램의 보호”, 프로그램심의조정위원회, 2001.

컴퓨터프로그램 보호에 있어서 아이디어/표현 이분법

한국소프트웨어저작권협회 부회장
한양대학교 법과대학 박사과정
김 규 성

차 례	
I. 서설	III. 컴퓨터프로그램에 있어 아이디어·표현 이분법
II. 저작권법에 있어 아이디어 ·표현 이분법	IV. 결론

I. 서설

컴퓨터프로그램의 보호형태와 관련하여 다양한 논의가 있어왔다. 특허법으로서의 보호와 저작권법으로서의 보호 및 영업비밀로서의 보호 등 다양한 보호 논의가 시도되어 왔다. 예컨대 미국의 경우 특허법으로서의 보호가 논의되다가 저작권법으로서의 보호로 귀결되는가 싶더니, 다시 오늘날에 있어서는 특허법으로서의 보호가 주목받고 있다.

지적활동의 산물을 보호하고자 하는 두 개의 축으로서 특허법과 저작권법의 관계를 고려하건데,¹⁾ idea의 보호는 특허법의 영역에 속하고, 그 expression의 보호는 저작권법의 영역에 속하는 것이다. 다만 이 경

1) 미국의 경우 헌법이 의회로 하여금 특허와 저작권을 부여할 수 있는 권한을 부여하는 규정의 기저에 깔려 있는 경제철학은 개인 소유로서 개인의 노력을 증진하는 것이 과학과 유용한 예술에 있어 작가와 발명가의 재능을 통하여 공중의 복지를 증진시키는 최선의 방법이라는 신념이다. 이러한 창조적인 활동에 제공된 희생적인 기간은 부여된 서비스에 상응하는 보상으로서 가치가 있다.

계의 구분은 쉬운 작업이 아니며, 또한 구체적 개별 상황에 따라 다르게 판단되는 정책적인 문제이기도 하다. 특히 컴퓨터프로그램에 대한 특허법의 보호가 인정되지 않는 상황에서는 저작권의 역할이 크다고 하겠지만, 거꾸로 특허법의 보호가 보장되는 상황에서 저작권법의 비대는 또한 문제가 될 수 있다. 이에 컴퓨터프로그램에 있어 저작권법의 역할을 구획지을 수 있는 작업이 아이디어·표현의 구분이 된다 하겠다. 이에 본고에서는 컴퓨터프로그램에 있어 아이디어·표현 이분법을 살펴보고자 한다.

컴퓨터프로그램에 있어서의 아이디어·표현 이분법을 살펴보기에 앞서 먼저 일반론으로서 저작권법에서의 아이디어·표현 이분법에 대하여 살펴보도록 한다. 아이디어·표현 이분법의 의의와 개념을 이해하고, 아이디어와 표현의 구분에 이용되는 이론을 소개한다. 그리고 침해 판단에 있어서의 활용을 소개한다. 이러한 이해를 전제로 컴퓨터프로그램에 있어서의 아이디어·표현 이분법을 살펴본다.

II. 저작권법에 있어 아이디어·표현 이분법

1. 의의

아이디어·표현 이분법이란 저작권 보호에 있어 저작자의 생각(idea)과 그 생각의 표현(the expression of idea)으로 나누어 전자에 대하여는 그 보호를 인정하지 않고 후자에 한정하여 보호를 인정한다는 원칙이다. 즉 저작자의 창작적 노력은 idea²⁾에 존재할 수도 있고, 그 표현에 존재할 수도 있다. 그러나 개인의 사상이나 관념 또는 무엇인지에 대한 방법은 원칙적으로 특허법이나 실용신안법의 보호대상이 될 수는 있을 지라도 저작권법의 보호대상은 아니라는 원칙이다. 따라서 저작권에 의

2) 견해에 따라서는 저작권법상의 '사상이나 감정'을 'idea'로 총칭하는 것에 대하여 부정적인 견해는 취하는 입장도 있다; 윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2003, 369면; 그러나 여기에서는 그에 대한 판단을 유보하고, 일단 아이디어·표현 이분법이라는 제목에 따라 idea라는 용어를 사용하도록 한다.

해서 보호되는 것은 저작물의 표현에 한정되고 그 idea까지는 미치지 아니하게 되며, 결과적으로 경쟁관계에 있는 잠재적 저작자를 포함한 일반 공중이 저작권자의 허락없이도 저작물의 idea를 이용할 수 있게 해주는 저작권법의 원칙이 '아이디어·표현 이분법'이다.

가. 이론적 근거³⁾

아이디어·표현 이분법은 ① 민주적 토론의 보장과 ② 문화의 확대 재생산을 그 이론적 근거로 들 수 있다. 민주사회의 초석은 자유로운 토론에 의한 의사결정에 있다 할 것이고, 이러한 민주적 토론은 수많은 사람들의 사상·감정·관념 등이 교환되는 일종의 '생각의 시장'을 그 요체로 할 것이다. 이러한 가운데 개인의 생각이 저작권으로 보호된다면 다른 사람의 생각을 '생각의 시장'에 끌어들이기 위해 일일이 허락을 받아야 하는 불편이 생긴다. 이에 '생각의 시장'은 위축될 것이며, 결국은 민주적 토론을 불가능하게 할 것이다. 이는 문화의 발전향상에 이바지한다는 저작권법의 목적에도 반하는 결과라고 할 것이다.

특허제도의 입장에서와 같이 개인의 독특한 '생각'을 다른 사람이 무단히 이용하는 행위를 규제하지 못하게 되면 저작자의 창작 의욕이 저하되고, 결국 학문과 예술의 발전이 지연된다고 의심할 수 있을 것이다. 그러나 아무리 뛰어난 창작자라 하더라도 선대 또는 다른 사람의 생각을 바탕으로 하지 않는 한 그의 창작은 매우 제한적일 수밖에 없다. 오히려 다른 사람의 '생각'을 자유롭게 이용하도록 허용하는 것이 저작자의 창작 의욕을 고취하는 것이며, 이를 통하여 문화의 재생산이 가능해진다고 할 것이다.⁴⁾ 물론 독특한 '생각'을 고안하기 위하여 기울인 노력에 대하여 경제적인 이득을 취득할 수 없다는 점에서 그 개인으로서는 손실이라 하지 않을 수 없으나, 이에 대한 보호는 특허법 등을 통하여 보호될 수 있으면 충분하며 저작권법이 관여할 일은 아니라 생각된다.

3) 정상기, "아이디어·표현 이분법에 대한 소고(1)", 「계간 저작권」, 1993년 여름호, 51-52면.

4) Melville B. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, vol. 1(New York: Mathew Bender, 1991), p.1-75; 재인용, 정상기, 상계서, 52면.

즉 저작권 제도는 저작자의 경제적·인격적 이익의 보호와 공정하면서 원활한 저작물의 이용의 양 측면에서 배려한 법제도로서의 구축하는 것이 요구되는데, 특정인에게 과도한 독점권을 부여하는 것으로 거꾸로 문화의 발전을 저해하지 않도록 하기 위하여, 원칙적으로 그 보호대상을 표현된 것에 한정하고, 표현의 원천이 된 사상·감정 기타의 것은 저작권의 보호대상에서 제외하고 있는 것이다.⁵⁾

이때 저작권법과 특허법과의 관계와 같이 개별 지적재산권 제도 사이의 관계가 항상 고정적인 것은 아니다.⁶⁾ 각 제도가 그 영역을 확장하고 중첩되고 있으며, 새로운 지적재산의 출현은 그러한 현상을 심화시키고 있다. 예컨대 컴퓨터 프로그램의 보호와 관련한 변화는 지적산물에 대한 보호가 항상 고정적이어 할 필요가 없음을 보여준다.⁷⁾

5) 化作文雄, 「詳解 著作權法」, きょうせい, 2000, 80면.

6) Baker v. Selden 사건(101 US 99(1879))에서는 특허권과 저작권의 차이를 그 보호대상에서 찾고 있다. 이 사건에서 미연방 대법원은 다음과 같이 말하고 저작권이 보호하는 것은 idea의 표현으로, 표현된 idea 자체는 특허권의 대상 밖에 되지 않음을 명백히 하였다. 약을 예로 들어보자. 어떤 조제 방법에 치료방법으로서 큰 가치가 인정된다고 하자. 발견자는(의사가 통상) 거기에 대하여 책을 썼다고 하더라도, 그 약의 제조, 판매에 대한 독점권을 취득하는 것은 아니다. 그는 이것을 공중에 준 것이다. 만일 그가 이러한 독점권을 취득하고자 한다면 신규의 기술, 창조물, 또는 합성물로서 특허를 취득하여야 한다. 그가 만족한다면 이 책에 저작권을 취득할 수 있으며, 그 책의 인쇄 판매의 독점권을 취득할 수 있을 뿐이다. 이것은 다른 종류의 발명이나 발견에 대해서도 같다.

원근법에 대해서 쓰여진 책의 저작권은 아무리 많은 도표나 일러스트를 포함하고 있다고 해도, 그때까지 알려져 있지도 사용되지도 않은 도표 그리기 방법이라 하더라도, 도표 그리기 방법에 대하여 독점적 권리를 주는 것은 아니다. 그 기법에 대하여 특허권을 취득하지 않으면 그 책의 출판에 의하여 기법은 공중의 재산에 귀속한다. 그 책이 그 기법을 선이나 수치를 사용한 일러스트로 나타내고 있다고 해도, 그 사실에 의해 결론에 차이가 생기지는 않는다. 이러한 일러스트는 저작물이 자신의 idea를 보다 명확하게 전달하기 위하여 사용한 언어에 지나지 않는다. 저작자가 도표 대신에 단어에 의한 설명을 사용하고 있다면, 타인이 그 기법을 실시하여 저작자가 의도적으로 책에 단어로 나타낸 곳의 선이나 도형을 그려내더라도 위법이 아니라는 것은 더욱 명백할 것이다.

7) 프로그램은 컴퓨터라는 하드웨어에 끼워서 팔리는 부품에 불과했다. 그러나 1969년 미국에서 IBM이 컴퓨터와 프로그램을 따로 판매하는 가격분리정책(unbundling policy)을 채택하여 프로그램에 별도의 가격을 매기기 시작하면서 독자적인 상품으로 인식되었고, 소프트웨어의 법적 보호에 대한 논의가 활발하게 전개되었다. 컴퓨터 산업 초창기에 프로그램은 주로 기술적인 방법이나 계약 또는 영업비밀(trade secret)로 보호되었는데, 70년대 후반 들어 컴퓨터의 보

법경제학적인 측면에서도 아이디어·표현 이분법의 근거를 인정할 수 있을 것이다. 즉 저작물 이용자가 다수이고 따라서 저작물의 창작과 이용에 필요한 거래비용이 상당히 높은 대부분의 경우에는, 저작권이 잠재적 저작자로 하여금 저작물의 창작에 자신의 노력과 자본을 투입하도록 유인하는 현재로서는 가장 효율적인 경제적 인센티브로서 역할 하고 있다고 볼 수 있다. 함께 나라 전체의 문학과 예술 및 과학 등의 문화가 발전하기 위해서는 수준 높은 저작물이 많이 창작될 뿐만 아니라, 그러한 저작물들이 독자와 같은 소비자들과 다른 잠재적 저작자들에게 되도록 널리 배포되고 이용되어야 할 것이다. 이에 저작권에 의해서 보호되는 것이 저작물의 표현에 한정되고 그 아이디어에까지는 미치지 아니한다는 것으로서, 경쟁관계에 있는 잠재적 저작자를 포함한 일반 공중이 저작권자의 허락 없이도 저작물의 아이디어를 이용할 수 있게 해주는 아이디어·표현 이분법은 저작물이 되도록 널리 배포되어 이용될 수 있도록 작용한다 하겠다.⁸⁾

나. 이론적 특색

미국의 법학자들은 아이디어·표현 이분법이 다음과 같은 네 가지 특색을 갖고 있다고 설명하고 있다.⁹⁾

첫째, 모든 저작물은 많은 적든 아이디어와 표현을 내포하고 있으며, 이를 구분하는 것은 정도의 문제이지 절대적인 기준이 있는 것은 아니다. 예컨대 희곡에 있어 스토리를 구성하는 구체적인 사건들을 계속적으로 제거시켜 나가면 점차 패턴은 일반화되어가고 결국은 그 희곡의 주제에 관한 가장 일반적인 기술만이 남게 되는데, 이와 같은 추상화의

급이 확대되고 프로그램 시장이 커지면서, 점차 저작권에 의해 보호에 의존하기 시작했다. 80년대초 미국을 중심으로 프로그램의 특허성을 인정하기 시작했고, 90년대 후반 들어 프로그램의 특허권 보호가 강화되고 세계적으로 확산되면서 프로그램 보호의 중심은 특허로 옮겨가고 있다.

8) 정상조, “법경제학의 동향과 쟁점”, 「법과 사회 6호(92.07)」, 창작과 비평사, 230면.

9) Paul Goldstein, *Copyright*, vol. I, 2nd ed., sec. 2.2.1, p.2:24.; 오승중, 「저작권법(제4판)」, 박영사, 2005, 49면 이하 재인용 정리.

과정 중에서 어느 지점에 이르면 표현은 제거되고 아이디어만 남게 되는 것이다.

둘째, 아이디어·표현 이분법은 이론적인 것보다는 저작권침해소송과 관련하여 실무적으로 발달되어 왔다. 따라서 법원으로서의 구체적인 사건에 있어서 보호받는 표현과 보호받지 못 하는 아이디어 사이에 절대적인 구분을 할 필요가 없었고, 다만 침해소송의 결론을 도출하기 위한 부분에 대하여만 판단하였다. 이에 판례의 사안과 반대되는 사안이라 해서 반드시 판례의 결론 역시 반대되는 결론에 이른다고는 예측할 수 없다는 것이다.

셋째, 많은 경우에 있어서 저작물의 기본 소재가 된 아이디어 그 자체는 저작자 자신에게 기원을 두고 있지 않기 때문에, 표현 요건을 판단하는 것과 창작성 요건을 판단하는 것은 서로 겹치는 경향이 있다. 그러나 저작물의 창작성은 아이디어와 표현 어느 곳에도 있을 수 있으나, 그 중 저작권의 보호를 받는 것은 창작성이 있는 표현만이다.

넷째, 아이디어·표현 이분법의 적용은 저작물의 성격에 따라 달라질 수 있다. 예컨대 문학작품에 있어서의 아이디어와 미술작품에 있어서의 아이디어는 서로 다르며, 그 판단은 정책적인 요소를 담고 있다.

결론적으로 아이디어와 표현의 구분은 최종적으로 소송을 담당하는 법원의 판단에 따르며, 이는 어떤 법리적인 판단보다는 정책적인 판단에 좌우되는 경향이 있다. 즉 아이디어와 표현에 대한 전제적인 구분이 없이, 저작권의 보호를 통하여 창작의욕을 고취할 필요가 요구되는 경우에는 표현이라고 하고, 만인공유의 영역에 두어 누구라도 그것을 자유롭게 사용할 수 있도록 해야 한다고 생각되는 부분에 대하여는 아이디어라고 하여 저작권의 보호를 부인하곤 한다.

다. 입법적 반영

아이디어·표현 이분법은 “저작권법상의 신성한 원칙”으로 소개되기도 하며,¹⁰⁾ Nimmer 교수는 이를 “저작권법의 공리”로 평가한 바 있

10) Atari Games Corp. v. Oman, 693 F.Supp. 1204, 1207(D.D.C. 1988), rev'd on other grounds, 888 F.2d 878(D.C.Cir. 1989).

다.11) 그리고 대부분의 입법에서는 이러한 아이디어·표현 이분법은 명문으로 규정하고 있거나, 이를 전제로 한 규정들을 마련하고 있다. 보다 구체적으로 아이디어·표현 이분법이 반영된 입법례를 살펴보면 다음과 같은 것들이 있다.

TRIPs 협정 제9조 제2항(저작권의 보호범위)에서는 “저작권 보호는 표현에 적용되나 사고, 운용방법 또는 수직 개념 그 자체에는 적용되지 아니한다”12)라고 규정하고 있으며, WIPO의 저작권조약13) 제2조(저작권 보호범위) 역시 이를 원용하여 “저작권 보호는 표현에 미치지만 아이디어, 절차, 운용 방법 또는 수학적 개념에는 미치지 아니한다”14) 규정하였다. 미국의 연방 저작권법 역시 “어떠한 경우에도, 독창적인 저작물에 대한 저작권 보호는 그것이 당해 저작물에 기술, 설명, 예시 또는 수록되는 방법에 관계없이 관념, 절차, 공정, 체제, 조작 방법, 개념, 원칙 또는 발견에는 미치지 아니한다”15)라고 규정함으로써 이러한 idea의 비보호 원칙을 명시적으로 선언하고 있다.16)

우리나라 저작권법은 직접적으로 아이디어·표현 이분법을 언급하고 있지 않으나, 개정 발의안17) 중에서는 종전의 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라는 저작물의 개념을 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”로 개정함으로써 명시적으로 저작권의 보호대상이 표현임을 밝히고 있는 것도 있다.

우리의 판례 역시 명문의 규정은 없어도 아이디어·표현 이분법을 인정하여, 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상·감정을 말·문자·음

11) M. Nimmer & D. Nimmer, Nimmer on Copyright §13.03[E], at 13-51 to 13-52.

12) Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

13) Copyright Treaty. 1996. 12. 26.

14) Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

15) (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

16) 미국 연방 저작권법 제102(b).

17) 저작권법 전부개정법률안(이광철의원대표발의) 2005.6.13. 의안번호 172032.

· 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 idea나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성·신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물일 수 없다고 밝히고 있다.¹⁸⁾

2. 아이디어(idea)와 표현(expression)의 개념

가. idea의 개념

구체적으로 idea가 무엇을 의미하는지에 대하여 정의하기는 쉽지 않다. 저작물의 종류에 따라 그 의미가 달라질 수 있으며, 실제 idea와 expression을 구분하는데 있어 미국 법원 역시 구체적인 정의를 내리기 보다는 보호할 것인지 아니면 말 것인지를 먼저 결정하고, 그에 따른 정책적 판단에 기하여 idea와 expression을 구분하고 있다. 다만 일반적인 개념 정립의 시도와 관련하여 비교적 합리적인 것으로 평가되는 미국 Stanford 대학 Goldstein 교수의 제안을 살펴보도록 한다.¹⁹⁾

Goldstein 교수는 저작권의 보호를 받을 수 없는 idea를 개념(concept), 문제의 해결(solution) 및 창작의 도구(building blocks)라는 세 가지 범주로 나누어 설명하고 있다.

첫째, 작품창작의 원동력이 되는 개념(concept)은 저작권의 보호를 받지 않는다. 특히 시장성있는 개념은, 예컨대 각종 콘테스트나 퀴즈게임, 게임 쇼 등의 진행방식, 할인쿠폰을 모아 놓은 책의 구성 등과 같이 소비자의 구매의욕을 자극하기 위한 개념들은 부정경쟁방지법과 같은 다른 법의 보호에 해당은 될 수 있을지라도 저작권법의 보호를 받을 수 없다.²⁰⁾

둘째, 기능적 작품에 있어 문제의 해결방법, 작동원리나 조작방법과

18) 대법원 1996. 6. 14 선고, 96다6264판결; 대법원 1993. 6. 8. 선고, 93다3073, 3080판결 등.

19) Paul Goldstein, Copyright, vol. I, 2nd ed., sec. 2.2., Little Brown and Company, 2 면; 오승중, 전게서(주9), 51-52면 재인용.

20) 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2003, 41면.

같은 것에는 또한 저작권의 보호가 미치지 않는다. 문예적 저작물에 비하여 기능적 저작물의 보호범위를 결정하는 것에는 어려움이 있다. 기능적 저작물의 expression을 보호하게 되면 그와 밀접하게 연관되어 있는 idea까지를 보호하는 결과가 되며, 그 보호를 인정하지 않으면 기능적 저작물에 대한 창작의욕을 꺾는 결과를 낳을 수 있기 때문이다. 여하튼 문제의 해결방법, 작동원리나 조작 방법과 같은 것은 idea에 해당하여 저작권의 보호대상에서 제외된다.

셋째, 저작물의 작성에 필요한 도구(building blocks)는 저작권의 보호가 미치지 않는다. 저작권은 창작적 표현만을 보호하는 것이지, 그 창작적 표현을 위하여 필요한 도구에까지 미치는 것은 아니다. 만약 이러한 도구들에 대하여 저작권에 의한 독점적 보호를 인정하게 된다면 다른 제3자의 창작을 방해하고, 그 결과로써 문화 창달에 기여하고자 하는 저작권의 목적에까지 위배된다는 이유이다. 이때 무엇이 표현을 위한 도구에 해당하는가는 저작물의 종류에 따라 다른데, 예컨대 문학작품의 경우에는 작품의 주제, 구성(plot), 주인공의 표준적인 캐릭터(character), 배경 등의 것이 해당하며, 미술저작물에 있어서는 개개의 색상, 형상 등이 이에 해당한다.

나. expression의 개념

idea와 마찬가지로 expression의 개념역시 일반적으로 정의할 수는 없는 것이다. 다만 expression이라 함은 idea를 객관적으로 표출 또는 고정하는 것, 즉 idea가 인간의 감성 또는 오성에 의하여 인식되는 형식을 갖추도록 하는 것이다. 어떠한 개념을 작품 속에서 구체화하고자 하는 저작자의 노력은 expression(표현)이라는 형태로 발현되는데, 이러한 표현에 착안하여 보호하게 되는 것이다. 이러한 표현은 그 작품의 외부에 나타나 있는 그대로의 표현(literal expression)과 그 저변에 존재하고 있는 idea 사이의 중간층을 형성하는 요소들(non-literal expression)로 나누어진다.

3. idea와 expression의 구분

이러한 아이디어·표현 이분법은 미국 Baker v. Selden 사건²¹⁾에서 유래하며, 오늘날 저작권으로 보호되는 범위를 결정하는 일반론으로 널리 지지를 얻고 있다. 그러나 idea가 구체화되면 표현이 되고, 표현이 추상화되면 idea가 되는데, 그것이 연결되어 있으므로 어느 부분을 idea로 보아야 하며, 또 어디서부터 표현으로 보아야 할 것인가는 매우 어려운 문제이다. 결국 이 경우에도 저작권법 존재 이유나 다른 지적재산 제도를 감안하여 개별적 사례마다 구체적으로 판단하게 된다. 이에 그 대표적인 방법론은 소개하면 다음과 같다.

가. Abstraction Test(추상화 기준)

1930년 Learned Hand 판사는 Nichols 판결²²⁾에서 “저작물, 특히 희곡에 있어서 그 저작물의 구성인자를 하나씩 제거(abstract)하여 나가다 보면, 일반성이 증가되어 서로 비슷한 경향(pattern)을 띠게 될 것이며, 궁극적으로는 그 저작물의 주제에 관한 가장 일반적인 이야기에 불과하게 될 것이다. 때로는 제목만 남게 될 수도 있을 것이다. 이러한 일

21) 101 US 99(1879). Baker 사건 이전에 대법원은 저작권 보호범위와 관련한 사건은 거의 없다. 초기 사건으로 Perris v. Hexamer 사건(99 U.S. 674(1878))에서, 대법원은 보험회사가 사용하는 지도에서 건물과 지역의 특징을 시각적으로 식별하기 위한 단서로 사용된 색깔과 기호표에 대하여 저작권의 보호를 부정하였다(Id. at 675. 그전에 법원은 “아이디어 그 자체는 특허를 받을 수 없으나, 이를 통하여 실질적으로 유용하게 사용될 수 있는 새로운 도구는 특허를 받을 수 있다”; Rubber-Tip Pencil Co. v. Howard, 87 U.S. 498, 507(1874)). 그러나 Perris 사건은 판결을 지지하는 어떤 선례도 인용하지 않고 있다(Perris, 99 U.S. at 676).

22) Nichols v. Universal Pictures Co., 45 F. 2d 19(2nd Cir. 1930). Nichols 판결에서 Learned Hand 판사는 희곡에 있어서 그 저작물이 구성 인자를 하나씩 제거(abstract)해 시간이 가면 일반화의 경향(pattern)이 되어 가고, 점차 비슷한 경향이 되어 결국 주제(theme)에 대한 일반적인 기술만 남게 될 수도 있다. 이와 같이 추상화(abstractions)의 과정 중 어느 시점에서는 더 이상 아이디어의 표현이라 할 수 없다고 아이디어와 아이디어의 표현을 구분하기 위한 기준을 제시하였다. 이는 어느 시점에 대한 결정을 하기가 매우 어렵다 하겠다.

련의 제거 과정의 어느 한 지점에 이르면, 더 이상 '생각의 표현'이라고 할 수 없기 때문에 보호받을 수 없게 된다. 그러하지 아니하면 저작자에게 '생각'의 독점을 허용하는 결과를 초래하기 때문이다"라고 판시하여, '생각'과 '생각의 표현'을 구분하기 위한 기준을 제시한 바 있다.

그러나 이 견해는 오늘날 보편적 기준이 되었다 할 수 있으나, 어느 시점부터 '생각'이 아닌 '생각의 표현'을 차용한 것이냐에 대한 분명한 원칙을 제시하지 못 하고 있다는 비판을 받고 있다. 구체적인 사정에 따라 달라질 수밖에 없다는 점에서 문제의 개념화에는 도움이 될 수 있어도 명확한 분석기준을 제시하지는 못 하는 것이라 하겠다.

나. Pattern Test

L. Hand 판사에 의하여 제시된 구분기준이 너무 추상적인 것임에 비하여, Zechariah Chafee 교수는 "저작자의 생각과 그 생각의 구체적인 표현 사이의 어딘가에 경계선이 있는 것임은 틀림이 없다. 저작권법은 저작물의 경향…… 사건의 진행, 등장인물들의 상호작용의 진전을 보호한다"고 역설함으로써 사건의 진행과 주요 등장인물의 상호작용에 의한 표현이 보호된다는 어느 정도 구체적인 기준을 제시하고 있다.²³⁾

대부분의 미국 판결은 이 이론을 실질적 유사성 판단에서 수용하고 있다. 예컨대 Grove Press 사건²⁴⁾에서는 "소설에 있어서 저작권은 사용된 대화의 형식이나 구조뿐만 아니라 이야기의 패턴(the pattern of story)에도 미친다"고 하여 본 이론을 명시적으로 언급하고 있다. 우리 하급심²⁵⁾ 중에도 "어떤 저작물이 원저작물에 대한 2차적 저작물이 되기 위하여는 단순히 사상(idea), 주제(theme) 또는 소재가 동일하거나 비슷한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 실질적 유사성(substantkal similarity), 즉 사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 있어 공통점이 있어야 할 것"이라고 판시함으로써 위 이

23) Zechariah Chafee, "Reflection on the Law of Copyright", Coum. L. Rev., vol. 45(1945), 513면; 정상기(주3), 54면에서 재인용.

24) Grove Press, Inc. v. Greenleaf Publishing Co., 247 F. Supp. 518(E.D.N.Y. 1965).

25) 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고, 89가합62247판결.

론을 수용한 것도 있다.

다. 구체적인 예

(1) Blank Form

무엇인가를 기록하기 위한 공란의 양식은 그 자체로써는 '생각'에 불과한 것이기 때문에 저작물성이 인정되지 아니하며, 다만 그 양식에 일정한 정보가 담겨져 있을 경우(the conveyance of information) 그 범위 내에서만 저작물성이 인정된다.²⁶⁾ 따라서 수리한 내용과 비용을 기입할 수 있도록 한 TV 수리명세서,²⁷⁾ 온도계에 쓰이는 눈금표,²⁸⁾ 의료검진표²⁹⁾ 등에 대해서는 저작물성이 인정되지 아니하지만, 생활계획서에 계획서 작성요령·업무추진 방법 등이 일정한 제목과 함께 체계적으로 설명된 때에는 그 양식과 설명문은 결합저작물로서 보호받을 수 있으며,³⁰⁾ 일정한 양식과 함께 기재요령, 이용방법과 이용례 등이 첨부된 답안지를 작성하기 위해서는 개인적인 판단과 분석은 물론 전문적인 기술이나 경험이 요구되기 때문에 저작물성이 인정된다.³¹⁾

(2) merger 이론

merger 이론은 비록 창작적인 표현일지라도 하나의 저작물에 포함된 idea와 expression이 분리할 수 없을 때에는 전체 저작물은 보호받을 수 없다는 이론이다. 즉 idea가 오직 그 표현 방법외에는 달리 효과적으로 표현할 방법이 없는 경우에는 그 표현에 대하여는 저작권의 보호가 주어지지 않는다는 원칙이다. 어떤 생각을 표현하는 방법이 유

26) 이른바, 'Blank Form Rule'이라 한다.

27) M.M. Business Forms Corp. v. Uarco, Inc., 472 F. 2d 1137(6th Cir. 1973).

28) Taylor Instruments Companies v. Fawley-Brist Co., 139 F. 2d 98(7th Cir. 1943), *cert. denied* U.S. 785(1944)

29) Bibbero System Inc. v. Colwell System Inc., 731 F.Supp. 403, 404(N.D.Calif. 1988), *aff'd*, 893 F.2d 1004(9th Cir. 1990).

30) Edwin K. Williams & Co. v. Edwin K. Williams, 542 F. 2d 1053, 1060-61(9th Cir. 1976), *cert denied*, 433 U.S. 908(1977).

31) Harcourt, Brace & World Inc. v. Graphic Controls Corp., 329 F. Supp. 517(S.D.N.Y. 1971).

일하거나 매우 한정적이기 때문에 그 표현을 보호하게 되면 결국 idea까지 보호하게 되는 경우에는 표현의 보호를 통해 idea의 독점을 허용하는 꼴이 된다. 이러한 결과는 아이디어·표현 이분법에 따라 idea는 보호하지 않는다는 원칙에 반하게 된다. 따라서 이처럼 idea와 expression이 합일(合一)된 경우에는 그러한 표현은 보호하지 않게 된다. 통상의 저작물에도 이러한 경우가 없지 않을 것이나, 경제성이나 효율성, 호환성이나 프로그램 작성법칙 등의 제약을 받는 컴퓨터프로그램 저작물에는 이러한 경우가 많다.

merger 이론은 처음 게임과 관련한 사건에서 표명되었다. 그 주요한 예가 *Morrissey v. Proctor & Gamble Co.* 사건³²⁾으로 소비자 상품을 거의 그대로 복제한 것에 대하여 저작권 침해가 아니라고 판단한 사건이다. 아이디어·표현 이분법을 활용함에 있어 처음 고려하여야 할 것은 idea와 expression이 분리할 수 없는가를 판단하는 것이나, 궁극적으로 이 작업은 법원의 결정을 합리화하는 idea와 expression 사이의 형이상학적 경계 긋기의 한 부분일 뿐이며, 재판 진행을 효과적으로 진행시키는 것은 아니다.

Kern River Gas Transmission Co. v. Coastal Corp. 사건³³⁾은 merger 이론의 다양한 형태 중에 현대적인 예를 보여준다. 제5순회 법원은 예상 천연가스 파이프 라인을 내용으로 하는 지도³⁴⁾에 대하여, 그 지도는 특정한 파이프 라인에 대하여 유일하게 효과적인 경로를 보여주기 때문에 merger 이론에 의해 저작권 보호로부터 배제된다고 판단

32) 379 F.2d 675(1st Cir. 1967).

원고 *Morrissey*는 사회보장번호를 가지고 하는 판촉용 경품게임을 창안하여 그 규칙집을 발간하였다. 피고 *Proctor & Gamble* 역시 유사한 내용의 경품 게임을 만들면서 그 규칙집을 만들었는데, 그 규칙집 중 제1번 규칙이 원고의 제1번 규칙과 약간의 문구상의 차이를 제외하고는 실질적으로 동일하였다. 이에 원고는 저작권침해소송을 제기하였다.

법원은 다음과 같이 판단하였다. 목적물이 매우 한정되어 있어, 설령 오직 하나의 형태로서는 아닐지라도 최대한이라도 몇 개의 제한된 수의 형태만을 필요로 하는 것에, 저작권의 형태로 배타적인 권리를 부여하는 것은 단순히 작은 양의 형태에 대한 저작권의 형태로 일부가 자산의 장래적 사용의 가능성을 소진할 수 있음을 의미한다.

33) 899 F.2d 1458(5th Cir. 1990).

34) 대체로 지도는 저작권으로 보호받을 수 있다.

하였다. 예상 위치에 대한 저작권은 결과적으로 선택된 지역에서 예상 파이프 라인을 배치하는 아이디어에 대하여 독점을 부여하게 되는 것이며, 이는 저작권법에 의하여 의회가 제재하고자 하지 않았던 경쟁의 상실이 초래하게 된다고 하였다.³⁵⁾

제2순회 법원은 나아가 언제 merger 이론을 적용하고 언제 억제할 것인지를 평가하는 수단을 보다 정교하게 만들었다.³⁶⁾ CCC Information Services 사건은 침해를 판단하는 상황에서 merger 이론 활용의 중요성을 강조하였다. 피고의 복제를 면책시키는 merger 이론의 활용을 통하여, 저작물에 대한 저작권 보호를 부정하는 수준을 효과적으로 조정하는 이러한 접근은 저작권 보호에 있어 기초를 이루는 정책의 일반 원칙으로서 발전하고 있다.

우리나라 역시 한자옥편과 관련하여 저작물로 성립될 수 있다 하더라도 한자옥편과 같이 저작물의 성질상 거의 비슷한 저서들을 모태로 할 수밖에 없는 경우에는 결과적으로 그 표현방식에 있어서도 제한을 받게 되는데, 이와 같은 경우에는 설사 일정 부분에서 동일성이 인정되더라도 침해를 인정할 수 없다고 한다.³⁷⁾

35) 이 Kern 사건은 캘리포니아주 Kern 카운티(county) 지역에서 천연가스건설공사를 하기 위한 Kern River Gas Transmission Co(이하 “Kern”이라한다)가 제작한 대축적지도(1:250,000)를 연방에너지규제위원회에 제출하였고, Wyoming-California Pipeline Company(이하 “Wyoming”이라 한다)는 그 보다 작은 지도(1: 24,000)를 위 위원회에 Kern의 지도를 일부 베껴 제출하였는데, 이에 대하여 Kern은 Wyoming이 저작권을 침해하였다고 주장하였으나, 가스 배관의 노선은 아이디어를 나타낸 것이고 그 아이디어는 표현과 분리할 수 없음으로 저작권의 대상이 되지 않는다고 하였다.

이 판결에서 Clark 판사는 지도는 회화, 도면 및 조각 저작물에 포함된다. 저작권의 보호는 유형매체에 고정된 아이디어의 표현에만 미치고 고정된 형태에 관계없이 아이디어 그 자체에는 미치지 않는다. 가스관에 대한 선을 저작권으로 보호하는 것은 선택된 통로에 가스관을 배치시키는 아이디어에 독점권을 Kern에게 부여할 것이라고 하였다.

36) CCC Info. Services, 44 F.3d at 72(citing Kregos, 937 F.2d at 700).

37) 서울고등법원 1962. 5. 18. 선고, 61나1243판결(고등법원 판결집, 1962, 265면).
원·피고간의 두 옥편의 내용은 그 한자수만 해서 1할 2분이 틀리고, 그 해설에 있어서도 상당한 곳이 서로 다르게 되어 있는 것으로 인정되는데, 증인 000은 우리나라의 국한문옥편은 약 200여년의 옛적에 저자 미상의 “전운옥편”을 비롯하여 융희 3년 5월에 간행된 지석영 선생의 “국한문 자전석요”와 1915.11.1.에 최남선 선생의 “신자전” 등의 간행에 전후하여 지금에 이르기까지

(3) Scene a faire

Scene a faire란 1949년 미국의 Schwartz v. Universal Pictures Co. 사건에서 사용된 말로, 어떤 주제를 다루면서 필수불가결한 사건·구성 인물·배경 등을 일컫는 용어이다. merger 이론이 대체로 기능적인 저작물에 적용되는 원칙이라고 하면, Scene a faire 원칙은 그와 비슷한 역할을 하면서 주로 소설이나 희곡과 같은 ‘가공적인 저작물(fictional works)’에 적용되는 것이다. 예컨대, 나치 독일을 다루는 영화에서 “Heil Hitler”라고 외치는 장면 등이 이에 해당한다 하겠으며, 이러한 장면은 기존 장면(stock scene) 또는 일반화된 문학적 수법을 이용하지 아니하고는 특정한 시대상황이나 주제를 표현할 수 없기 때문에 이러한 경우까지도 저작권으로 보호하게 되면 그 이면에 숨어있는 ‘생각’의 독점을 허용하는 결과를 초래한다는 점³⁸⁾에서 저작권이 미치지 않는다는 것이다. 이 이론은 1980년 Hoehling v. Universal City Studios, Inc. 판결³⁹⁾등에서도 명시적으로 채택되었다.

4. 이분법의 활용: 저작권 침해 판단에 있어 아이디어·표현

아이디어·표현 이분법은 저작권 침해의 판단에 있어서도 유효하다. 즉 저작권의 보호는 창작적인 표현 형식에 있지 학술적인 내용에 있는

픽 많은 그런 류의 옥편이 나왔으나, 이것들의 내용은 대개 대동소이할뿐더러 그 모태는 위의 지식영·최남선 두 선생의 간행물과 중국의 “강희자전”에 두었다고 하는 사실과 또 옥편은 그 성질이 그렇게 할 수밖에 별다른 방법이 없는 것이라고 하는 요지의 말을 하고 있음에 비추어, 두 옥편의 나머지 부분이 설혹 원고의 말과 같이 똑같다손 치더라도 그와 같은 정도는 우리의 사회관념이나 생활감정상 피고의 그것이 원고의 그것을 그대로 모방한 것이라고는 인정할 수가 없을 것 같다. 그런즉 피고의 위 옥편간행 행위가 원고의 그 저작권을 침해한 것이라고 할 수가 없을 것이다.

38) Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc. 736 F. 2d 485(9th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1037(1984)

39) Hoehling v. Universal City Studios, Inc., 618 F.2d 972, 979, 205 U.S.P.Q. 681, 685(2d Cir. 1980).

것은 아니다. 결국 저작권의 보호대상은 idea가 아닌 표현에 해당하고, 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분에 한하므로 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 할 것이다.⁴⁰⁾ 또한 저작권법의 보호대상은 idea가 아니라 표현이므로 양 저작물의 추상적 idea가 아닌 그 표현에 있어서의 유사성이 실질적 유사성이라는 것이다.

다만, idea와 표현의 구별도 쉬운 일은 아니다. 양 저작물 사이의 실질적 유사성을 인정하기 위하여는 단순히 사상(idea), 주제(theme)가 같다는 것만으로는 부족하고 사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다는 취지로 판시한 하급심⁴¹⁾은 특히 소

40) 대법원 1993. 6. 8. 선고, 93다3073판결에서 저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하는 것이고, 따라서 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물은 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작권격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니한다.

특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고, 누구에 대하여도 그 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니라 할 것이다. 결국 저작권의 보호대상은 아이디어가 아닌 표현에 해당하고, 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분에 한하므로 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 할 것이다.

41) 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고, 89가합62247판결에서 어떤 저작물이 원저작물에 대한 2차적 저작물이 되기 위하여는 단순히 사상(idea), 주제(theme) 또는 소재가 동일하거나 비슷한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 실질적 유사성(substantial similarity) 즉 사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 있어 공통점이 있어야 할 것인바, “행복은 성적순이 아니잖아요”라는 동일한 제목의 이 사건 무용극과 영화가 우리나라 청소년교육의 문제점과 경쟁위주의 사회현실을 고발하고 그 해결책을 모색한다는 내용의 주제에 있어 공통점이 있고 소재에 있어서도 유사한 점이 있으나 위 무용극은 3장에 걸쳐 각 장별로 공부하다 벌서고 시험치기를 되풀이 하는 학생들의 일상생활과 경쟁사회 속에서 시험공부에 시달려온 한 여학생이 “난 1등 같은 거 싫은데... 난 남을 사랑하며 친구와 살고 싶은데... 행복은 성적순이 아니잖아”라는 독백 끝

설, 연극 등의 스토리 있는 저작물에 관하여 idea와 표현의 구별기준을 제시해 주고 있다. 연극, 영화, 소설 등의 등장인물이 매우 특징적으로 묘사되어 있을 경우에 그 등장인물 자체, 즉 캐릭터의 도용이 저작권침해가 될 수 있다.

아이디어·표현 이분법을 잘못 이해할 경우에는 소설에서의 사건의 구성이나 전개과정, 등장인물의 성격부여 등도 작가의 idea에 속하는 것이고 구체적인 문장 표현만을 표현이라고 생각할 수도 있으나, 사건의 구성 등도 저작자의 사상의 표현에 해당할 뿐만 아니라 진부한 문장표현에 비하여 오히려 실질적인 부분이 될 수 있다.

일본의 일부 견해는 표현형식을 내면적 형식과 외면적 형식으로 나누고 내면적 형식을 더 중요시하는 견해가 통설이라고 한다. 그 견해에 의하면, 저작물의 외면적 형식은 저작물의 사상을 문자, 색, 음 등 타인에 의해 지각될 수 있는 매개물을 통하여 객관적 존재로 되게 하는 외부적 구성을 의미하고, 내면적 형식은 외면적 형식에 대응해서 저작자의 내심에 일정한 질서로써 형성되는 사상체계를 말한다고 하며, 외면적 형식에 동일성이 있더라도 내면적 형식에 동일성이 없으면 저작권 침해를 인정할 수 없다고 한다.⁴²⁾ 다만 소설 등의 추상적 기법, 어떤 주제를 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건이나 배경 및 추상적인 인물유형은 idea의 영역에 속하는 것들이므로 보호받을 수 없다. 사건이나 배경, 등장인물 등이 보호대상인 표현에 속하느냐 하는 것은 결국 어느 정도 추상성을 탈피하여 구체적이고 특징적인가 하는 데 의존하는 것이다.⁴³⁾

에 쓰러지는 모습 및 기진맥진하여 쓰러졌던 청소년들이 고향의 봄을 부르며 소생하듯 일어나 우리나라 어린이들이 즐기던 놀이를 벌이는 모습 등을 무용과 배경음악, 효과 등을 통하여 상징적으로 표현하고 있는 반면 위 영화는 특정된 고교 2년생들의 삶이 구체적인 스토리별로 전개되어 가면서 그들의 욕구, 갈등, 희열, 좌절 등이 학교 성적과 맞물리며 투영되는 등 그 등장인물과 사건 전개 등 실질적 구성면에서 현저한 차이가 있어 무용극과 영화 사이에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현기법의 차이를 감안한다 하더라도 양자 사이에 원 저작물과 2차적 저작물의 관계를 인정할 만한 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다.

42) 오승종·이해완 (주20), 42면 참조.

43) 이를 추상성 테스트(abstraction test)라고 한다; William F. Patry, Latman's The Copyright Law(six edition), 198면 참조.

또한 사건 및 전개과정 자체에 허구성이 없는 역사물이나 논픽션 저작물의 경우에 있어서는 사건 및 전개과정이 저작자에게 고유한 표현의 영역이 아니므로 보호받을 수 없고, 이 경우 저작권침해가 성립되기 위하여는 원저작물이 거의 그대로 복제되어야 한다. 다만, 역사소설이 많은 허구적인 부분을 포함하고 있을 경우에 그 허구적인 부분의 사건들은 보호 가능한 영역에 포함될 것이다. 학술이론이나 사실정보에 관한 저작의 경우에도 그 속의 독창적인 이론이나 학설 또는 예컨대 인기연예인에 대한 ‘극비정보’ 등은 모두 저작권의 보호대상인 표현의 영역이 아니라 비보호대상인 idea의 영역에 속하는 것이므로 비록 그 이론, 정보 등을 이용하더라도 그 구체적인 표현까지 베끼지 않는 한 저작권 침해로는 인정되지 아니한다.⁴⁴⁾ 예컨대 원고가 만든 인형과 피고가 만든 인형이 흡사하더라도 그 유사성이 특정한 종류의 인형이 가지는 특성이나 속성 또는 보편적 제작기법에 기한 것으로 인정되면 그 경우 원고의 저작물의 표현이 도용된 것이 아니므로 저작권 침해를 구성하지 아니한다. 이러한 이치는 다른 미술저작물, 건축저작물, 사진저작물, 도형저작물에도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다.

III. 컴퓨터프로그램에 있어 아이디어·표현 이분법

1. 의의

컴퓨터프로그램에 대하여도 저작권법상의 일반 원칙인 아이디어·표현 이분법이 적용되며, 따라서 프로그램 중 idea에 해당하는 부분은 보호를 받을 수 없다는 것에는 이론이 없다. 그렇다면 컴퓨터프로그램에 있어서 어떤 부분이 보호받을 수 없는 idea에 해당하는지가 문제된다. 이 문제에 대하여 아직 명확한 해결법이 제시되지는 않았다. 다만 우리나라의 경우에 있어서는 컴퓨터프로그램보호법 제3조 제1항의 규정이 프로그램을 작성하기 위하여 사용되는 프로그램 언어·규약·해법에

44) 물론 이러한 idea의 ‘부정이용’의 경우에 불법행위나 부당이득의 법리가 적용될 여지는 있다.

대하여 동법이 적용이 없다고 하면서, 이 규정이 아이디어·표현 이분법을 성문화한 것으로 평가되고는 있다.

그러나 이 규정을 평가함에 있어서도 견해가 나누어지고 있다. 즉 일반적으로 규약은 인터페이스로, 해법은 알고리즘으로 이해되는 상황에서, 구체적인 코드로 표현된 알고리즘은 보호되지 않을지라도, 그 알고리즘이 구체화되어 표현된 코드는 보호의 여지가 있지 않은가에 대하여 견해가 나뉜다. 일부 견해⁴⁵⁾는 법이 명문의 규정으로 그 보호대상을 정하고 있고, 따라서 인터페이스와 알고리즘에 대한 보호는 인정되지 않는다고 한다. 그러나 법에서 알고리즘을 제외한 것은 프로그램에 있어 순수한 idea에 해당하는 것을 제외한 것을 주의적으로 규정한 것이며, 비문언적 표현(expression)도 idea가 아닌 표현(expression)에 해당한다고 하면, 비록 순수한 idea인 알고리즘은 보호대상에서 제외되더라도 알고리즘의 문언적 표현, 나아가서는 비문언적 표현까지도 보호되어야 한다는 견해⁴⁶⁾도 있다.

특히 미국의 경우 인터페이스와 알고리즘의 보호 여부와 관련하여 여러 논의가 있고, 그러한 외국의 경향을 비추어 보건데, 우리 컴퓨터프로그램보호법의 운영에 있어서도 중요한 의의를 갖는다고 한다. 이에 아래에서는 컴퓨터프로그램에 있어 아이디어·표현 이분법의 적용을 살펴보도록 한다.

2. 입법례

저작권의 한 영역으로서 컴퓨터프로그램과 관련하여서도 아이디어·표현 이분법을 규정하고 있는 입법례 역시 많다. 예컨대 TRIPs 협정 제10조 제1항에서 “프로그램은 그것이 원시코드(source code)의 형태이든 또는 목적코드(object code)의 형태이든 베른협약(1971년)에 따라 어문저작물로 보호된다”고 규정하고 있으며, 저작권 조약 제4조 역시 “프로그램은 베른협약 제2조에서의 어문저작물로서 보호된다. 이러한 보호

45) 이철, 「컴퓨터범죄와 소프트웨어보호」, 박영사, 1995, 266면.

46) 오승중(주9), 655면.

는 그 표현의 방식이나 형태에 관계없이 모든 프로그램에 적용된다”고 규정하고 있다.

EU지침⁴⁷⁾ 제1조(보호의 객체) 제2항에서도 역시 “이 지침에 따른 보호는 어떤 형태든 컴퓨터 프로그램의 표현에 적용한다. 이 지침에서 컴퓨터 프로그램의 인터페이스(interface)⁴⁸⁾의 기초를 이루는 아이디어 및 원리뿐만 아니라 컴퓨터 프로그램의 구성요소의 기초를 이루는 아이디어 및 원리는 저작권 보호를 받지 못한다”고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

우리의 컴퓨터프로그램보호법역시 저작권법과는 달리 직접 아이디어·표현 이분법을 명문으로 규정하고 있다. 즉 동법 제3조 제1항에서는 “프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 다음 각 호의 사항에는 적용하지 아니한다”고 규정한 가운데 각호에서 ‘프로그램 언어, 규약, 해법’을 규정하고 있어 아이디어·표현 이분법을 표현하고 있다 하겠다. 또한 우리의 하급심 판결⁵⁰⁾ 중에서도 이를 인정하고 있다.

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

48) 규약은 인터페이스와 프로토콜(protocol)로 나누고, 인터페이스는 둘 이상의 기계장치를 연결시켜 작동하게 하는 경우, 이 작동을 위해 상호간에 전달은 필요한데 이를 위해 정보의 신호·배열·타이밍 등을 정확히 연결시켜주는 것이며 프로토콜은 통신규약을 말한다. 인터페이스는 특정한 프로그램에 있어서 특정한 약속이므로 한 프로그램이 다른 프로그램이나 하드웨어 또는 이용자와 정확히 연결시켜주는 것이다.

49) Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.

50) 서울고등법원 1999. 4. 4. 선고, 98나23616판결에서 저작권이란 특정 저작물의 사상이나 아이디어를 보호하는 것이 아니라 그 표현을 보호하는 것이고 사상이나 아이디어가 동일하다고 하여도 표현방식이 다를 경우에는 저작권 침해의 문제는 생기지 않으며, 이 점은 프로그램저작권에 있어서도 마찬가지인데, 특히 글꼴파일의 프로그램저작권에 있어서는 특정한 서체를 구현한다는 아이디어가 글꼴파일의 형태로 표현되어 저작물이 된다 하여도 이렇게 표현하는 데 있어 동일한 운영체제나 공개된 응용프로그램을 똑같이 이용하게 되어 다른 방식으로 표현하는 것이 불가능한 경우에는 그 표현이 동일하다고 하여 저작권 침해를 인정한다면 이는 곧 아이디어 또는 서체도안 자체를 보호하는 결과가 되므로, 적어도 여러 표현방식이 가능하고 그 표현된 방식이 다른 방식들에 비하여 독창성이 있는 경우에만 프로그램으로서 보호된다.

3. 컴퓨터프로그램의 작성과정에서의 아이디어·표현

일반 저작권에 있어서 아이디어와 표현을 구분하는 작업과 같이 컴퓨터 프로그램에 있어서도 그 제작과정에서 아이디어와 표현의 구분을 시도할 수 있다. 먼저 프로그램을 개발하는 과정을 살펴보면, 일반적으로 먼저 제품의 사양을 결정(system planning)하고, 시스템을 설계(design)하며, 시스템을 구성(architecture)한다. 그리고 알고리즘(algorithm) 또는 논리단계를 거쳐 1차 완성된 후 프로그램 구조설계를 일정한 기호로 나타낸 순서도(flowchart)를 작성한다. 이 순서도를 기초로 코딩(coding)작업을 하여 하나의 프로그램이 완성된다.

이 경우 어느 단계까지가 아이디어이고, 어느 단계부터가 표현으로 보호를 받을 수 있는가, 각 단계를 구별없이 모두를 하나의 프로그램으로 이해하여 일반 저작권처럼 아이디어와 표현을 융합으로 볼 것인가 등이 문제가 된다. 특히 프로그램은 아이디어·표현 이분법을 구체적으로 적용함에 있어서는 일반 저작물과는 다른 특성을 갖고 있다. 먼저 프로그램의 algorithm은 일정한 요건을 갖추면 특허법에 의하여도 보호된다. 따라서 프로그램의 아이디어는 특허법에 의하여, 그 표현은 저작권법에 의하여 보호될 가능성이 열려 있다. 그러나 특허법과 저작권법은 그 보호 원리를 달리 하는 것인데, 일용 저작권으로 표현이 아닌 아이디어까지 보호하게 되어 프로그램에 대한 특허제도를 유명무실하게 만들 가능성이 있다는 것이다. 특히 2차적 저작물의 작성이 인정되는 경우 저작권의 보호는 사실상 연장될 수 있으며, 지나치게 용이한 독점권 취득이 오히려 산업발전을 저해할 수 있다는 문제점을 갖고 있다.

또한, 프로그램은 대단히 기능적이고 논리적인 저작물이다. 이러한 논리성으로 인하여 소설과 같은 전통적인 저작물에 비하여 표현의 다양성이 제한될 수 있다. 어떠한 경우에는 특정한 아이디어를 표현하는 방법이 논리적으로 한 가지밖에 없는 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 논리적 제약뿐만 아니라 표준화와 호환성이라는 외부적 요소도 표현의 다양성을 제한한다. 따라서 프로그램과 관련하여 아이디어·표현 원리를 적용함에 있어서는 이론적, 사실적 제약 요소들에 대한 충분한 고려

가 수반되어야 한다.

4. 아이디어·표현의 활용

가. 인터페이스에 있어 아이디어·표현

컴퓨터프로그램보호법은 제3조 제1항에서 프로그램 언어⁵¹⁾와 규약 및 해법은 보호대상에서 제외된다고 한다. 이때 규약이라 함은 특정의 프로그램에 있어서 프로그램 언어의 용법에 관한 특별한 약속으로, 구체적으로는 인터페이스(interface)와 프로토콜(protocol)⁵²⁾로 나타난다. 본래 ‘인터페이스’는 둘 이상의 기계장치를 연결시켜 작동하게 하는 경우에 상호간에 정확히 정보가 전달되도록 정보의 신호·배열·타이밍 등을 연결시켜 주는 것을 의미한다. 이에 컴퓨터프로그램에 있어 인터페이스는 어떤 특정한 프로그램의 다른 프로그램이나 하드웨어 또는 이용자와의 인터페이스를 의미한다.

이러한 인터페이스나 프로토콜은 사용설명서 등에 글로 설명되어 있는 경우와 구체적인 프로그램으로 기술되어 있는 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자의 경우에는 저작권법에 의한 보호대상으로서 ‘어문저작물’이 될 수 있고, 따라서 그를 배경으로 한 idea를 이용하여 프로그램을 작성하는 것은 저작권 침해가 되지 않음이 명백하다. 반면, 후자의 경우에는 프로그램보호법상의 보호여부가 문제된다. 즉 어문적 표현 또는 심미적 표현을 수반하는 프로그램에 있어 그 보호를 인정할 것인가 하는 문제가 발생한다. 이에 법이 인터페이스를 보호대상에서 제외한 것은 idea로서의 인터페이스를 제외하고자 하는 취지이며, 그것이 구체적인 프로그램으로 표현되어 있다면 보호대상에 포함되어야 한다고 하는 견해⁵³⁾와, 반대로 합체이론(merger doctrine)에 근거하여, 형식적으로는

51) 프로그램을 표현하는 수단으로서의 문자·기호 및 그 체계.

52) 통신규약이라고도 하며, 원격지의 서로 다른 컴퓨터, 기타 기기 사이에 정보를 교환할 수 있도록 하기 위하여 정한 일정한 규칙 또는 약속.

53) 윤선희(주2), 416면.

표현을 보호하는 것이라고 하여도 실질적으로 idea까지를 보호하게 될 우려가 있다는 점에서 어떤 형태의 프로그램 규약에 대하여도 보호를 인정하여서는 아니 된다는 견해⁵⁴⁾로 나뉜다. 후자의 견해는 컴퓨터의 호환성을 촉진하고자 하는데 그 의도가 있다고 할 수 있으나, 프로그램의 형태로 표현되었다면 그 보호를 부정할 수는 없다 하겠다. 물론 그 보호의 범위는 인터페이스 프로그램이 어떤 규칙을 전제로 한다는 점에서 제한적일 수는 있으나, 그 자체로 보호대상에서 제외되는 것은 타당하지 않다.

인터페이스에 대한 저작권으로서의 보호가 문제되는 것은 대체로 사용자 인터페이스⁵⁵⁾를 중심으로 논의된다. 이 사용자인터페이스는 사람과의 상호작용을 목적으로 하기 때문에 사람이 사용하기 쉽도록 어문적 표현 또는 심미적 표현을 갖게 된다. 이에 일반적인 프로그램과는 달리 어문저작물 또는 미술저작물로서의 성격을 함께 갖는다. 함께 사용자인터페이스는 기능적인 것으로 변하는 특징을 갖는다. 즉 가능한 사용자가 용이하고 효율적으로 사용할 수 있는 인터페이스를 만들기 위해 노력하기 때문에 인터페이스는 기능적인 성격을 가질뿐더러, 설령 그러한 효율성과 관계없이 임의로 채택된 경우에도 프로그램의 보급에 따라 광범위하게 채택됨으로써 기능적으로 변하는 특징을 갖는다. 특히 종전에 널리 사용되는 인터페이스와 비교하여 그 효율성이 큰 차이가 없다면, 사용자로서는 노력과 시간을 들여 새로운 인터페이스의 사용방법을 익히려 하지 않을 것이며, 이러한 상황에서 다시 후발 인터페이스 개발자로 하여금 단순히 상이할 것을 위해 상이점을 삽입하도록 강요할 수 없는 것이다. 그리고 이와 같은 현상을 사실상의 표준(de facto standards)에 의한 아이디어·표현의 합체(merger)라 한다. 이러한 인터페이스의 특징을 비추어 보건데, 인터페이스의 보호 정도는 그 문언적 또는 심미적 표현의 창작성 정도와 비례하며, 사실상의 표준화 정도와는 반비례 관계에 있다고 하겠다.⁵⁶⁾

54) 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조해설」, 서울대학교출판부, 1989, 117면; 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(제8판(하))」, 육법사, 2003, 561면 참조.

55) 하드웨어 또는 소프트웨어와 사용자 사이의 인터페이스.

56) 오승중(주9), 673면.

이러한 인터페이스의 보호범위와 관련하여 미국 법원의 태도는 약간의 변화를 겪어왔다. 이에 다음에서 그 태도를 확인하도록 한다.

- Lotus Development Corporation v. Paperback Software International⁵⁷⁾ -

사용자인터페이스의 저작권 침해를 인정한 판결로, 이 사건 원고 Lotus 사는 'Lotus 1-2-3'라는 스프레드시트 프로그램을 개발하였다. 이 프로그램은 '2줄의 명령메뉴(two-line menu command)', '사용자 정의 기능키(user-defined function keys)', '매크로 명령 기능(macro instruction feature)' 등 종래의 프로그램보다 강력한 사용자 인터페이스를 갖고 있었다. 반면 피고는 VisualCalc를 개량하여 Lotus 1-2-3과 호환성을 갖는 "VP-Planner"라는 스프레드시트 프로그램을 개발하면서 호환성을 위하여 원고의 사용자인터페이스와 동일한 명령어(command language)를 사용하였다.

이 사건에서 법원은 '다른 메뉴방식이 있을 수 있는지 여부'에 의하여 저작권을 판정하였다. 즉 메뉴방식의 인터페이스는 유일한 것이 아니라 three-line menu 또는 pull down menu 등에 의하여서도 가능한데, 피고가 원고 방식의 'two line moving cursor menu' 방식을 채택한 것을 이유로 당해 부분에 대하여 저작권 침해를 인정하였다. 비록 나머지 사용자인터페이스 요소에 대한 원고의 저작권을 부정하긴 하였으나, 본 판결은 표준화 및 호환성 요건을 보호 범위의 제한근거로 수용하기를 거부한 점에서 비판의 대상이 되고 있다.⁵⁸⁾ 또한, 표현하는 방법이 한 가지가 아니라고 하여 무조건 idea가 아니고 expression이라는 결론에는 문제가 있다는 점에서, '다른 메뉴방식이 있을 수 있는지 여부'라는 기준을 절대적으로 적용하는 것의 타당성은 의심스럽다.

- Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc.⁵⁹⁾ -

원고 Lotus는 피고 Borland사의 Quatro Pro 프로그램이 Lotus 1-2-3

57) 740 F.Supp. 39(ma. D.C. 1990).

58) Dennis S. Karjala(민병일 역), "미국 및 일본에서의 컴퓨터 소프트웨어 저작권 보호(하)," 계간 저작권, 1992년 여름호, 71면 참조.

59) 49 F.3d 807(1st Cir. 1995).

와 거의 동일한 메뉴구조로 구성된 것을 이유로 저작권 침해를 주장하였다. 프로그램의 기초가 되는 코드 자체는 독립하여 작성된 것이 인정되었으나, 명령어의 선택이나 배열구조 등이 그대로 차용된 것에 대하여, Borland사는 메뉴구조는 저작권법의 보호대상이 아닌 조작방법(method of operation)⁶⁰⁾에 불과하다고 주장한다.

피고의 주장은 1심 법원에서는 받아들여지지 않으나, 2심 법원인 연방 제1고등법원에 의하여 받아들여지고, 또한 연방대법원에서 유지된다. 먼저 법원은 프로그램 명령어의 선택과 배열에 있어서 약간의 표현적 선택(expressive choice)이 있었던 것은 인정하나, 이는 프로그램 조작방법의 일부분이기 때문에 저작권의 보호대상이 될 수 없다고 밝히고 있다. 그리고 사실상의 표준화에 의한 호환성의 요구를 적극적으로 참작하여, '원고의 주장에 따른다면 사용자는 여러 프로그램을 사용할 때 각 프로그램마다 동일한 기능에 대하여 다르게 정하여진 사용방법을 배워야 하는데, 이는 매우 불합리하다'고 하면서 원고의 메뉴가 조작방법에 해당함을 밝히고 있다. 특히 원고 메뉴구조가 스크린 디스플레이의 요소가 없다는 점을 강조하였다.⁶¹⁾

- Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation and
Hewlett-Packard Co.⁶²⁾ -

이 사건은 그래픽 사용자 인터페이스(Graphic User Interface)와 관련한 사건으로 Windows 프로그램의 초기 버전이 Apple사의 GUI에 대한 저작권을 침해하였는지를 다룬 사건이다. 피고 MS사 및 HP사는 원고

60) 차가 되었든, 음식 가공업자가 되었든 또는 컴퓨터가 되었든, 어떤 사람이 그에 의하여 뭔가를 작용할 수 있는 도구를 고려하라. 따라서 어떤 것이 어떻게 작동하는지를 기술하는 텍스트는 저작권의 보호를 조작방법(the method of operation) 자체로 확장시키지는 않는다. 다른 사람들은 자유로이 그 도구를 이용하고, 그들의 용어로 이를 묘사한다. 마찬가지로 만약 새로운 수단이나 작용이 기술되기보다는 사용된다면, 다른 사람들은 여전히 자유로이 그 수단을 사용하거나 기술할 수 있다.

61) 스크린 디스플레이(영상표현)는 프로그램 자체와는 별개의 저작물로서 보호되며, 따라서 스크린 디스플레이의 영상적 요소가 있을 경우에는 저작권 보호범위에 있을 수 있겠다.

62) 35 F.3d 1435(9th Cir. 994).

Apple사로부터 Windows 1.0 및 Multiplan 등의 프로그램에 사용되는 스크린 디스플레이에 대하여 라이선스를 받았고 있었다. 그 후 피고가 새로운 버전의 프로그램을 출시하였는데, 이 프로그램에 포함된 스크린 디스플레이가 원고와의 협의에서 정한 범위를 넘는 것을 이유로 저작권 침해를 주장하였다.

이에 대하여 법원은 피고들이 각 프로그램에 사용한 GUI는 1985년 협의에서 사용허락을 받은 부분이 90%이상에 이르고 있다는 전제아래, 피고들의 각 프로그램에서 사용된 GUI가 원고의 그것과 실질적으로 동일하지 않은 이상 피고들에 의한 저작권 침해를 인정할 수 없다고 결론을 내리고 원고의 청구를 기각하였다. 이 판결은 먼저 GUI가 사용자와 컴퓨터 사이의 커뮤니케이션이 원활하게 이루어지도록 하기 위한 도구라는 점에서 예술적이며, 기능적이라 판단하였다. 그리고 기능적·사실적 저작물에 대하여 전체 저작물에 대한 유사성 비교의 기준을 한 층 엄격히 적용하여 실질적으로 동일한 정도일 것을 요구하였다. 그리고 GUI 중 보호되지 않는 idea 부분 등을 여과하기 위하여 컴퓨터 프로그램의 비문언적 요소의 보호범위에 관한 연속여과이론을 원용하였다.

나. 프로그램 해법(algorithm)에 있어서의 아이디어·표현

프로그램 해법이란 '프로그램에 있어서의 지시·명령이 조합방법'을 말한다. 즉 컴퓨터가 작동하는 순서 또는 일정한 결과를 얻기 위한 문제처리의 논리적 수순을 말하며, 일반적으로 알고리즘이라 불린다. 프로그램은 이 알고리즘을 컴퓨터 언어로 표현한 것이라 할 수 있다. 오히려 프로그램을 작성하기 전에 반드시 문제에 대한 특정한 해법인 알고리즘을 찾아야 하고, 알고리즘이 정립만 되면, 오히려 프로그램 작성(coding) 작업은 그다지 어려운 작업이 아니라고 한다. 따라서 프로그램을 보호하는 법에서 오히려 알고리즘을 보호하지 않는다고 하는 것은 모순적인 면이 있으며, 이에 법이 알고리즘의 불 보호를 규정한 것은 idea로서의 알고리즘을 보호하지 않겠다는 주의적인 판단으로 이해하여야 할 것이다.

다만 문제는 컴퓨터프로그램에 있어 어떤 것이 idea로서의 ‘알고리즘’이고, 어떤 것이 그 알고리즘의 ‘expression’인가 하는 것이다. 이는 컴퓨터 프로그램의 저작권 보호에 관한 미국의 이른바 ‘제2세대(second generation)’ 논쟁⁶³⁾으로 코드화되지 않은 프로그램의 ‘비문언적 부분(non-literal aspects of computer program)’의 어디까지를 저작권으로 보호할 것인가 하는 것이다.⁶⁴⁾

1985년 미 법원은 E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp. of America 사건⁶⁵⁾에서 프로그램 사이의 실질적 유사성이 인정되기 위하여는 프로그램에 대한 ‘문언적 복사(literal copying)’ 또는 ‘직접적 번역(direct translating)’이 있을 것을 요한다고 보았다. 즉 피고의 프로그램이 원고 프로그램의 저작권을 침해하였다고 하기 위하여는 먼저 피고가 문제의 프로그램을 작성하는데 있어 원고의 프로그램을 사용하였으며, 피고의 프로그램이 원고의 프로그램 중 본질적 부분에 대한 반복적이거나 정확한 복사(iterative or exact duplication of substantial portions) 또는 번역에 의하여 이루어졌을 것을 요한다.⁶⁶⁾ 그러나 이 판결은 지나치게 컴퓨터 프로그램의 저작권적 보호범위를 제한하여 비문언적 표현의 보호를 인정하지 않았다는 점에서 비판을 받고 있다.

컴퓨터프로그램의 보호범위와 관련한 분석적 접근이 시도된 것은 Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. 사건⁶⁷⁾이라

63) 제1세대 논쟁은 컴퓨터 프로그램을 저작권으로 보호할 것인지 여부의 논의로 1970-80년대의 논의를 말한다. 이 시기에 있어 논의는 컴퓨터 프로그램의 원시 코드와 함께 목적코드도 보호대상이 되고, ROM에 저장된 프로그램, 운영체제 프로그램 등도 보호대상이 된다는 것이 정립되었다.

64) 이 문제는 컴퓨터 프로그램의 보호범위와 관련하여 아이디어·표현 이분법의 구체적인 의미를 파악하는 문제이기도 하며, 동시에 프로그램의 저작권 침해소송에서 ‘실질적 유사성’ 여부를 판단하는 기준에 관한 문제이기도 하다.

65) 623 F.Supp. 1485.

66) 따라서 이를 반복이론(iterative test)이라 한다.

67) 797 F.2d 1222(3d Cir. 198).

피고 Jaslow사는 치과재료상의 장부 등의 기록을 정리하는 프로그램을 개발하다가 소외 S사에게 개발을 의뢰하여 Detallab이라는 프로그램을 완성하였다. 이 Detallab 프로그램의 저작권은 S사에 귀속되었는데, 이 프로그램의 개발에 실질적으로 참여하였던 Whelan이 독립하여 Whelan사를 설립하면서, 프로그램에 대한 권리도 승계하였다. 그 후 피고 Jaslow사는 스스로 Detallab과 동일한 기능을 갖는 Dentalcom 프로그램을 개발하여 판매하기 시작하였고, 이에 원고

할 수 있다. 이 사건에서 법원은 ‘컴퓨터 프로그램의 저작권 보호는 프로그램의 문자적 코드를 넘어 상업적으로 중요한 사용자 인터페이스에 대하여 저작권을 제공하기 위해 집합적으로 작용하는 구조(structure), 배열(sequence), 구성(organization) 등에 미친다’고 하였다. 나아가 이 판결에서는 ‘유용한 저작물의 목적이나 작용은 저작물의 idea이며, 목적이나 작용을 위해 필요하지 않은 모든 것은 idea의 표현의 부분이 된다’고 하여 Baker 사건의 선행적 중요성의 속박에서 벗어났다. 결국 컴퓨터프로그램의 목적은 idea가 표현될 수 있는 다양한 프로그램의 구조를 통하여 성취할 수 있는 치과 연구소의 작용으로 간주되었다.

그러나 이 SSO 이론은 지나치게 저작권의 보호 범위를 넓게 인정하는 것으로서, 저작권자에게 ‘특허심사’나 ‘보상적 공개(quid pro quo of disclosure)’라는 안전장치 없이 특허권에 비견되는 권리를 부여하였다는 비판을 받게 된다.⁶⁸⁾ 즉 이 Whelan 사건은 Baker 사건을 컴퓨터프로그램이라고 하는 익숙하지 않은 영역에서 이해하고자 한 불완전한 것이라 하겠다.⁶⁹⁾

Plain Cotton Coop, Ass'n v. Goodpasture Computer Serv., inc. 사건⁷⁰⁾에서 제5항소 법원은 Whelan 사건에 비해 보호 범위를 유형화하

가 소를 제기한 사건이다.

두 프로그램 사이에 문언적 유사성이 없다는 점은 당사자들 사이에 다툼이 없었으나, 단순한 번역은 아니나, 파일 구조·출력화면 및 5개의 서브루틴에서 유사성이 인정된다는 감정인의 증언이 있었다. 이 사건에서 법원은 “저작물의 목적 또는 기능은 그 작품의 아이디어에 해당하고, 목적이나 기능에 필요하지 않은 나머지 모든 것들은 아이디어의 표현이다”고 하여, 컴퓨터프로그램의 저작권 보호는 프로그램 코드의 문자에 의한 표현을 넘어 그 구조(structure), 처리의 흐름(sequence) 및 구성(organization)에까지 미친다고 하였다.

68) Melvil B. Nimmer, David Nimmer, *Nimmer on Copyright III*, 13-41면 참조.

69) Dale P. Olson, *THE UNEASY LEGACY OF BAKER*. SELDEN, South Dakota Law Review, 1998, 612면.

70) 807 F.2d 1256, 1262(5th Cir. 1987).

Altai사는 Computer Associates International(이하 “CAI”라 한다)의 인가품인 어댑터(adapter)를 이용하여 오스카(OSCAR) 3,4라는 프로그램을 작성·판매하였다. 이러한 도용은 개발자에 의한 것이었고 이 사실을 안 Altai사는 도용부분을 제거하고 오스카 3,4에 관여한 자들을 모두 제외하고 오스카 3,5를 개발하여 판매하였다. CAI사는 Altai사가 CAI사의 프로그램저작권을 침해하였다고 주장한 사건에 대하여 제2순회 법원은 이를 인정하지 않았다. 즉 프로그램저작물이

였다. 같은 목적물을 처리하는 프로그램들이 구체화시키는 공통 요소를 강조함으로써, 저작 프로그램의 문언적 복제로부터 경쟁 프로그램은 제외된다고 하였다. 즉 시장 요소들이 당해 프로그램의 배열과 구성의 결정에 있어 중요한 역할을 한다는 결론을 뒷받침하며, 법원으로서 이러한 유형(patterns)이 컴퓨터 환경에서 'ideas'를 구성할 수 없다고 판단할 수 없다고 하였다. 이러한 접근 방식은 보다 광범위한 형태로 프로그램의 다른 요소에 대한 보호에까지 미치기에는 한계가 있다.

보다 최근 판결인 Computer Assoc. Int'l v. Altai, Inc. 사건⁷¹⁾에서 제2항소 법원은 프로그램의 목적은 프로그램의 idea라고 하는 Whelan 등식이 기술적으로 부적절하다는 의견과 함께 복잡한 접근을 유형화하였다. 즉 Whelan 사건에서 법원이 기본적으로 컴퓨터프로그램의 비문언적 표현이 저작권에 의해 보호될 수 있다고 판단한 것에는 동의한다는 전제하에, Whelan 사건 판결에서 구조·순서·조직이라는 말을 사용한 것은 컴퓨터의 조작방법에 대한 잘못된 이해를 보여주는 것이라고 비판하였다. 그리고 Baker 사건을 기능적 저작물에 대한 분석의 학문적 시발점으로 평가하고, 제2항소 법원은 Baker 사건의 회계 규칙과 컴퓨터 프로그램이 대략 같다고 판단하였다. 전자의 사건에서 절차는 궁극적으로 일반 대리인에 의하여 이행되나, 후자의 경우에는 전자적인 방법에 의한다. 나아가 Selden 회계 방식에서 사용된 회계장이 회계 방식의 실행에 있어 필수적이라는 이유로 보호받을 수 없던 것과 같이 제2순회 법원은 '그 작용에 부수하여 필요한 컴퓨터 프로그램의 이러한 요소는 같이 보호받을 수 없다'라고 결론내렸다.

제2순회 법원은 또한 Baker 사건의 한계를 인식하고 다음과 같이 언급하였다. 비록 Baker v. Selden 사건이 좋은 분석적 기초를 제공하나, idea와 표현으로부터 절차를 어떻게 분리할 것인가에 대하여는 빈약한 지침을 제공하며, 특히 나아가 저작물의 기초가 되는 개념에 부수하여 반드시 필요적으로 사용되는 표현과 보호받을 수 있는 표현을 어떻게

오리책과 같이 실용적 저작물이라는 점을 고려하여, 먼저 컴퓨터의 프로세스 그 자체는 프로그램의 아이디어에 해당하므로 저작권의 보호 대상이 아니며, 프로그램의 기능에 필수적으로 부수되는 요소들 또한 저작권의 보호대상이 될 수 없다고 판시하였다.

71) 982 F.2d 693(2n Cir. 1992).

구분할 것인가에는 더욱 그러하다. 이러한 한계는 그 이후의 침해 문제를 다루는 지방법원에서 분명하게 드러났다(Lotus 사건⁷²⁾). 이 사건에서는 유사 명령어의 사용을 허용하기 위하여 저작권이 있는 프로그램에서 명령어 구조의 결합 부분을 다루었다. 이 지방법원은 여러 다양한 선례를 평가한 후, Baker 사건이 결과물을 억제한다는 피고의 주장을 받아들이지 않았으며, 제2순회 법원은 선결례에 대한 충실이라는 그의 무뿐만 아니라 Baker 사건이 판결된 이후 출현한 의회의 위임에 대한 충실 의무에도 충실하였다고 판결하였다.⁷³⁾

대신, Altai 사건에서 제2항소 법원의 Pratt 판사는 저작권 원칙으로서 익숙한 ‘merger, scenes a faire 그리고 공중 영역’ 등을 정리하여, ‘추상화 - 여과 - 비교’라는 테스트를 정리하였다.⁷⁴⁾ 이러한 3단계 테스트에서, 저작권의 보호를 받는 프로그램은 아이디어·표현 이분법, merger, 그리고 공중 영역에 있어 보호로부터 제외되는 보호받을 수 없는 재료를 제거한 구성요소로 분리된다. 보호받을 수 있는 대상의 이러한 핵으로부터 침해의 평가가 이루어진다. 즉 Altai 사건에서는 다음의 같은 3단계의 논리적 과정을 통하여 비문언적 표현의 보호범위를 결정한다.

① 추상화(abstraction): Learned Hand 판사가 주장한 추상화 이론을 컴퓨터 프로그램에 적용한 것으로, 프로그램의 작성과정을 문언적 코드(literal code)에서부터 프로그램의 궁극적 기능까지 작성과정의 역순으로 ‘추상화의 단계’를 분석하는 것을 말한다. 즉 법원은 침해당했다고 주장하는 원고의 프로그램의 구조를 먼저 리버스 엔지니어링(reverse engineering)과 같은 방법으로 분해하여 그 구조 내에 있는 각 단계의 추상적 요소를 분리시켜 이를 확인하는 과정을 거친다. 즉 이 과정은 마치 프로그램 디자이너의 각 창작과정을 소급하여 추적하는 것과 같다. 이 과정을 거쳐 요소마다, 단계마다 프로그램을 여러 모듈의 구조, 조직을 일련의 명령어들의 집합으로 추상화시킨다. 다음 그 모듈과 명령어들에 대응하는 기능을 부여하고, 마지막으로 당해 프로그램의

72) Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc., 799 F.Supp. 203, 215(D.Mass. 1992), rev'd, 49 F.3d 807(1st Cir. 1995), aff'g 516 U.S. 233(1996).

73) *Id.*

74) Altai, 982 F.2d at 706.

최종목적과 기능을 정의한다. 이렇게 단계별로 추상화해서 얻어진 각각의 프로그램구조를 가지고 이후 여과 및 비교테스트를 거친다.

일반적으로 이 단계는 ① 목적코드, ② 원시코드, ③ 알고리즘과 데이터구조, ④ 모듈, ⑤ 프로그램의 구조 또는 설계, ⑥ 해당 프로그램의 주요 목적의 단계 등으로 나누어진다.

② 여과(filteration): 이 단계에서 법원은 보호받을 수 없는 요소들을 하나씩 제거하여야 한다. 즉 ① 추상적인 아이디어에 해당하는 요소들(merger), ② 효율성의 고려에 의하여 지배되는 요소들(merger의 수정·보완),⁷⁵⁾ ③ 외적인 요인(external factors)에 의하여 지배되는 요소들,⁷⁶⁾ ④ 공유에 속하는 요소⁷⁷⁾를 제거하게 된다.

③ 비교(comparison): 보호될 수 없는 요소들이 모두 제외되고 나면 보호되는 표현의 핵이 남게 될 것인데, 이것을 피고의 작품과 비교하여야 한다.

본 판결은 문자적 요소를 넘어서도 저작권이 미침을 선언한 것으로 일응 그 합리성이 인정된다. 그러나 구체적으로 그 보호의 범위를 설정

75) 프로그램의 효율성을 위하여 필요한 아이디어에 필수적으로 부수되는 방법이나 표현은 필연적으로 그 구조 자체가 유사할 수밖에 없다. 극단적으로 특정한 목적을 달성하는 수단은 하나밖에 없는데, 이 경우에는 아이디어와 표현이 융합되어 저작권의 보호밖에 있게 된다. 설령 이러한 경우가 아닐지라도 기능제품인 프로그램에서는 효율성을 고려해서 제품을 제작하지 않을 수 없으므로 이 경우 양 프로그램이 유사한 것은 저작권 침해의 증거가 될 수 없으며, 따라서 이러한 부분은 비교의 대상에서 제외되어야 한다.

76) 외부요인에 의해 규정되는 요소는 비교 대상이 되지 않는다. 어떠한 역사적, 과학적 또는 가공적인 저작물에서 주어진 주제를 나아가려면 없어서는 아니 되는 객체로서의 사건, 인물 또는 배경이 있는데 이러한 표현을 사용하지 아니할 수 없는 경우가 있다. 이를 일명 표준적 삽화원칙(scenes a fair doctrine)이라고 하고 이러한 경우 표현의 범위는 실질적으로 저작권으로 보호를 받는 것에 제한을 받는다. 예컨대 i) 특정한 프로그램이 실행되는 컴퓨터의 기계적인 특성, ii) 어떤 프로그램이 상호결합하여 사용될 것으로 예정하고 있는 다른 프로그램과 사이의 호환성 요구, iii) 컴퓨터제조업자들의 디자인 표준들, iv) 그 프로그램이 제공되는 산업계의 요구, v) 컴퓨터산업 내에서 널리 받아들여지는 프로그래밍관행 등이 이에 해당한다.

77) 자유로이 입수 가능한 프로그램의 교환이나 기타의 방법으로 공지의 영역에 들어오게 된 프로그램의 요소는 한 저작자의 독점물이 될 수 없다. 설령 이러한 요소가 어느 저작물에 포함되어 있다 하여도 그것은 당연히 저작권의 보호대상이 될 수 없다.

함에 있어서는 특별한 답을 제시하지 못하고 있다는 단점을 갖는다. 즉 동 판결이 사용한 구조, 배열, 구성은 구체적으로 무엇을 의미하는지, 보호범위라고 선언한 구조 등의 개념이 모호하며, 결국 그 보호범위도 모호할 수밖에 없고, 이는 경계를 명백히 하지 않고 “경계내에는 들어가지 말라”고 한 것과 같다는 비판을 받고 있다.⁷⁸⁾ 또한 비문언적 표현의 보호범위와 관련하여 저작권 침해여부를 추상화(abstraction)테스트, 여과(filtration)테스트, 비교(comparison)테스트의 3단계 과정을 거쳤더라도 프로그램 비교테스트 후 몇 %를 복제한 경우(예: 50% 또는 90% 등)를 복제로 볼 것인가 등의 문제에는 기준을 제시하지 못하고 있다.

결국 이는 법원이 판단해야 할 것이다. 궁극적으로 아이디어·표현의 구분은 어떤 단언적인 판단이 아니라 구체적인 상황에 따라 개별적으로 판단되어지는 문제라는 점에서 어떠한 판단 기준이든지 한계가 있다고 생각된다. 이러한 점에서 Altai 사건의 원칙은 가장 유력하고 보편화된 이론이 아닌가 생각된다.

IV. 결론

프로그램의 보호 범위는 프로그램의 유형에 따라 어떤 형태의 프로그램이 보호 대상이 되느냐에 관한 1세대 논의에서부터, 저작권이 보호하는 것은 어디까지나 ‘표현(expression)’이지 ‘idea(idea)’가 아니라는 소위, ‘idea-표현 이분법’이란 원칙을 프로그램에 대해 어디까지 적용하여 프로그램을 보호할 것인가 하는 2세대 논의가 이루어져 왔다. 소위 기능적 저작물은 그것이 목적으로 하는 기능을 수행하기 위하여 표준적인 용어와 개념을 사용하여야 한다. 따라서 그 표현방식은 상당히 제한될 수밖에 없고, 그에 내재된 보호받지 못하는 요소들, 예컨대 개념이나 방법, 해법, 작업과정 등 idea와 expression 이 밀접하게 연관되기 마련이다. 그 결과 보호받아서가 아니라 되는 idea가 보호되는 일이 없도록

78) 송영식의 2인(주 54), 682면.

저작권의 보호범위를 제한적으로 해석할 수밖에 없게 된다.⁷⁹⁾

한편 프로그램을 개발하는 과정은 일반적으로 제품사양(system planning)의 결정, 시스템설계(design), 시스템 구성(architecture) 등을 시작하여, 알고리즘(algorithm) 또는 논리단계를 거쳐 1차 완성된 후 프로그램 구조설계를 일정한 기호로 나타낸 순서도(flowchart)를 작성하게 되고, 이 순서도를 기초로 코딩(coding) 작업을 하여 하나의 프로그램이 완성된다.

이때 어느 단계까지가 idea이고, 어느 단계부터가 표현으로 보호를 받을 수 있는가를 판단하는 것은 쉽지 않다. 저작권법의 보호가 마지막 단계인 coding 작업에 의하여 표현된 것에 한정된다면, 저작권법의 보호가 극도로 제한되는 한계가 있다. 또한 각 단계를 구별 없이 모두를, 하나의 프로그램을 일반 저작권처럼 아이디어와 표현을 융합으로 볼 것인가 등도 역시 문제가 된다. 특히 이러한 논의는 컴퓨터 프로그램에 대한 특허적격 논의와도 관련되어 발전한다. 그러나 판례의 적용 사례에서 판단되는 아이디어·표현 이분법의 적용이 확정된 기준에 의하여 작용되기보다는 구체적인 사례에 따라 정책적으로 활용된다는 측면에서 컴퓨터프로그램에 대한 저작권법과 특허법의 보호 역시 이해할 수 있다 하겠다. 즉 컴퓨터프로그램에 대하여 아이디어·표현 이분법에 의한 저작권의 보호를 부정하기보다는 그 보호의 필요성이 인정되는 한정적인 판단 역시 가능하다 생각된다.

우리 법원은 저작물의 보호범위에 관하여 아이디어·표현의 2분법에 따라 아이디어는 보호하지 않고 있다. 우리 법에 미국 법과 같은 명문의 규정은 없으나, 저작물이란 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”을 말하고, 여기서 창작물이라 함은 사상이나 감정을 독창적으로 표현한 것이라는 의미이므로 저작권법이 사상과 감정의 ‘표현’을 보호하는 것은 타당하다 할 것이다. 그리고 이 점은 WTO/TRIPs 제9조 제2항의 적용이라는 측면에서도 타당하다.

다만, 아이디어와 표현은 일도양단적으로 구분될 수 있는 것이 아니

79) 반면 이에 대하여 동일한 기준을 적용함에 있어서는 저작물의 특성을 따른 고려를 하는 것일 뿐 저작물의 종류에 따라 서로 다른 이중의 기준을 적요하고 있다고 보기는 어렵다는 견해도 있다; *Nec Co. v. Intel Co.*, 10 U.S.P.Q. 2d(BNA) 1177 판결 등.

64 소프트웨어와 법률 통권 제2호

므로, 구체적인 사건에서 이 원칙을 적용하는 것은 매우 어려운 일임에는 틀림없다. 이를 해결하기 위한 수많은 이론들이 주장되고 있으나 궁극적으로는 창작자의 권리를 보호함으로써 창작에 대한 인센티브를 부여하려는 私益的 측면과 제3자의 표현의 자유 보장 또는 문화의 전파라는 公益 사이에서 그 조화점을 찾아야 할 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2003.
오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2005.
윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2003.
이 철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어보호, 박영사, 1995.
정상기, “아이디어·표현 이분법에 대한 소고(1)”, 계간 저작권(여름호), 1993.
정상조, “법경제학의 동향과 쟁점”, 법과 사회 6호, 창작과 비평사, 1992.
Dennis S. Karjala(민병일 역), “미국 및 일본에서의 컴퓨터 소프트웨어 저작권보호(하)”, 계간 저작권 여름호, 1992.

2. 외국문헌

- Dale P. Olson, THE UNEASY LEGACY OF BAKER. SELDEN,
South Dakota Law Reiew, 1998.
M. Nimmer & D. Nimmer, Nimmer on Copyright
Melvil B. Nimmer, David Nimmer, Nimmer on Coptright III.
William F. Patry, Latman's The Copyright Law(six edition)
Zechariah Chafee, “Reflection on the Law of Copyright”, Coum. L.
Rev., vol. 45(1945).
化作文雄, 詳解 著作権法, ぎょうせい, 2000.

프로그램저작권의 귀속

한양대학교 법과대학 박사과정

김지영

차 례	
I. 서설	IV. 위탁 제작된 프로그램의 저작자
II. 프로그램저작자	V. 결론
III. 업무상 창작한 프로그램의 저작자	

I. 서설

프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때부터 발생된다. 이는 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는 것이며(컴퓨터프로그램보호법 제7조 제2항 후문), 저작권법의 태도이기도 하다(저작권법 제10조). 이러한 프로그램저작권은 프로그램 저작자가 갖는다(컴퓨터프로그램보호법 제7조 제1항). 프로그램저작자는 저작물의 창작자가 저작자인 것과 같이 컴퓨터프로그램저작물을 창작한 자를 말한다.

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작자와 관련하여서는 프로그램저작자의 추정 규정(법 제4조), 업무상 창작한 프로그램의 저작자(법 제5조) 및 외국인의 프로그램(법 제6조) 등의 여러 규정을 마련하고 있다. 이 규정에서는 컴퓨터프로그램보호법이 창작보호법이면서도 다분히 창작자 보호보다는 투자자 보호에 주안을 두고 있음을 확인케 한다. 예컨

대 제5조 업무상 창작한 프로그램의 저작자 규정은 기명저작물을 제외하며, 공표를 요건으로 하는 저작권법 제9조의 규정과 비교할 수 있겠다. 즉 컴퓨터프로그램보호법의 태도는 컴퓨터프로그램 제작과정에서의 현실을 배경으로 보다 적극적으로 투자자를 보호하려는 규정으로 이해할 수 있다.

이와 같이 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법을 일반법으로 하면서도 그 특유의 방식으로 저작자를 대하고 있다. 이에 아래에서는 저작자를 중심으로 컴퓨터프로그램저작권의 귀속과 관련하여 여러 주제를 살펴보고자 한다.

II. 프로그램저작자

1. 의의

저작자는 저작물을 창작한 자로 자신의 창작행위에 의한 저작물에 대한 저작권을 원시적으로 취득한다(창작자 원칙: Schöpferprinzip). 즉 저작권법 제2조 제2호에서는 저작자를 “저작물을 창작한 자”로 정의한 가운데, 제10조에서는 이 저작권자는 저작인격권과 저작재산권을 가지며, 나아가 이러한 저작권은 저작한 때부터 발생하며, 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다고 규정하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법 역시 제2조 제2호에서 프로그램저작자를 “컴퓨터프로그램저작물을 창작한 자”로 정의하고, 동법 제7조에서는 저작권법 제10조와 같은 내용을 규정하고 있다.

창작행위는 정신적·신체적 활동에 의하여 프로그램을 만들어 내는 행위이다. 따라서 프로그램의 제작행위에 관련하였다고 하여 무조건 창작행위로 인정되어 프로그램저작권자로서 인정되는 것은 아니다. 즉 프로그램 창작과정에서 힌트, 아이디어 등의 동인을 제공한 것에 불과하거나 프로그램저작자의 지휘 감독하에 이루어지는 보조 활동이나 기계적인 작업 역시 창작행위로서 인정되지 않으며, 이러한 행위를 한 자 역시 저작자로 인정되지 아니 한다. 물론 위탁개발계약 등에 의한 개발

의뢰자 역시 원칙적으로는 프로그램저작자에 해당할 수 없다.

저작자로서 인정되기 위한 프로그램 창작 행위에는 창작성이 인정되어야 한다. 즉 다른 프로그램의 단순한 모방이나 원프로그램의 근소한 변경, 창작성 없이 아이디어와 표현이 일치하거나 아이디어의 평범한 표현에 불과한 경우에는 당해 프로그램의 개발자는 프로그램 저작자라 할 수 없다. 이때 '창작'의 의미를 정확히 정의하기는 힘들지만, 일반적으로 타인의 저작물을 베끼지 않고 독자적으로 만들었다는 것을 의미한다.¹⁾ 따라서 저작자의 개성이 저작물 중에 어떠한 형태로든 나타나 있다면 그것으로 충분하며, 그 구체적인 창작성 여부는 저작물의 유형에 따라 차이를 보인다.

이러한 창작행위는 법률요건을 구성하는 개개의 법률사실 중 '사실행위'에 해당하는 것으로, 자연인만이 할 수 있다. 언제나 당해 저작물을 실제로 창작한 자연인만이 저작권을 원시적으로 취득하며, 민법상의 대리가 성립할 여지가 없다. 다만 저작권법 제9조에서는 일정한 요건을 갖춘 경우 창작자를 고용한 법인이나 그 사용자등이 저작자가 된다는 규정을 마련함으로써 실제의 창작자가 아닌 법인이나 사용자를 저작자로 간주한다는 법적 의제 규정을 두고 있다. 컴퓨터프로그램보호법역시 이러한 저작권법의 태도와 같이 제5조에서 "업무상 창작한 프로그램의 저작자"라는 제하에서 "국가·법인·단체 그 밖의 사용자의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인등을 당해 프로그램의 저작자로 한다"는 창작자 원칙의 예외 규정을 두고 있다.

가. 프로그램 저작자와 프로그램 저작권자

위에서 언급한 바와 같이 프로그램 저작자는 프로그램의 창작과 함께 발생하는 프로그램저작권을 원시적으로 취득하므로, 원칙적으로 프로그램 저작자가 프로그램 저작권자가 된다. 그러나 프로그램 저작자와 프로그램 저작권자가 반드시 일치하는 것은 아니다. 프로그램 저작권자는 프로그램 저작권의 귀속주체를 말하며, 이는 프로그램의 직접적인

1) 광경직, "창작성의 개념", 「계간 저작권」, 1995년 여름호, 5면.

창작 행위와는 별개로 이해되는 것이다. 예컨대 프로그램 저작권이 양도나 상속 등에 의하여 이전한 경우 그 권리 승계자가 프로그램 저작권자가 된다. 즉 프로그램저작자는 프로그램의 창작과 함께 인정되는 지위인데 반하여, 프로그램 저작권자는 프로그램저작권의 귀속 여부에 따라 인정되는 지위라 하겠다.

영국저작권법이나 독일 등 대륙법계 저작권법은 ‘업무상 창작’과 관련하여 실제로 그 창작행위를 수행한 자연인을 창작자로 하고, 법인이나 사용자 등은 그 결과로 만들어진 저작물에 대한 저작권을 취득하게 하는 구조를 취하고 있다.²⁾ 반면 우리의 컴퓨터프로그램보호법은 ‘업무상 창작’과 관련하여 그 사용자를 프로그램저작자로 간주함으로써 프로그램저작권자와 프로그램저작자를 일치시키고자 하고 있다. 이러한 우리의 입법은 저작재산권의 이전에 상관없이 저작자에게 귀속되는 저작인격권의 문제를 해결하기 위한 노력이라 이해되긴 하나, 반드시 프로그램 저작권과 저작권을 동일하게 이해할 것인가에 대한 입장에 따라 달리 이해될 수 있는 것이 아닌가 한다. 특히 컴퓨터프로그램보호법³⁾은 프로그램저작권의 양도와 관련하여 “프로그램저작권의 전부를 양도한 경우에는 특약이 없는 한 당해 프로그램을 개작할 권리도 함께 양도한 것으로 추정한다”는 입법을 통하여 저작권과는 다른 취급을 밝히고 있다. 즉 종전 컴퓨터프로그램보호법⁴⁾은 “프로그램저작권은 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있다”고만 규정하고 있어 프로그램의 전부를 양도한 경우 개작권도 함께 양도되는가에 대하여 논란이 있었다.

이러한 논란은 “컴퓨터프로그램보호법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 규정하고 있는 컴퓨터프로그램보호법의 태도와 함께, 저작권법이 “저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제2차적 저작물 작성권은 양도되지 아니한 것으로 추정한다”고 규정한 것에서 비롯된 것이다. 즉 프로그램의 경우에도 저작권법 제41조제2항을 적용하여 특약이 없는 한 개작권이 양도되지 않는 것으로 해석할 수 있는 여

2) 정상조, “컴퓨터프로그램보호법 축조해설 및 분쟁사례에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회, 1999, 76면 참조.

3) 법 제15조 제2항.

4) 2001.1.16 일부 개정법(법률 6357호) 이전의 법 제15조.

지가 발생하면서 이러한 논란이 있게 된 것이다. 이와 관련하여 컴퓨터 프로그램보호법 제7조에 프로그램저작권의 일부로 개작권을 들고 있으므로 프로그램저작권이 전부 양도되는 경우에는 당연히 그 일부인 개작권도 양도되는 것이라는 견해⁵⁾도 있다. 그러나 이는 저작권법에서 역시 2차적저작물등의 작성권을 저작재산권의 한 형태로 명시하고 있다는 점에서 논거가 될 수 없는 설명이다.

이는 저작재산권의 전부 양도에 있어 2차적저작물 작성권의 불포함을 추정한 동법 제41조 제2항 규정의 성질을 어떻게 이해할 것인가에 따른 문제이다. 즉 저작재산권이 양도된다고 하여도 2차적저작물의 작성권은 여전히 저작권자에게 남는다고 하는 것을 확인하는 규정인지 아니면 예외적으로 저작권자에게 남기겠다는 규정인지에 대한 입장의 차이에 따라 달리 접근할 수 있는 여지의 문제이지, 단순히 프로그램저작권에 개작권이 포함되어 있으므로, 프로그램저작권이 전부 양도된 경우에는 당연히 그 일부인 개작권도 양도된다는 위 견해의 설명은 옳지 않다.

한편 ‘업무상 창작’에 있어 종업원에 대한 보상 여부와 지적재산권의 귀속 여부의 문제가 반드시 관련지어져 이해될 문제가 아니라는 점에서, 창작자 원칙에 예외로서 ‘업무상 창작’을 이해할 이유가 있었는가는 의문이다.

나. 외국인

사실행위로서의 프로그램창작행위의 인정 여부는 행위능력이나 권리능력을 요구하지 않는다. 그러나 프로그램 저작자로서 인정될지라도 그자에게 프로그램 저작권을 인정할 것인가는 별개의 문제이다. 즉 그 자가 외국인인 경우라면 국내법으로 그에게 프로그램 저작권을 인정할 것인가는 입법적 판단 사항이다.

이에 대하여 컴퓨터프로그램보호법은 “외국인의 프로그램저작권은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호를 받는다”고 규정하고 있

5) 프로그램심의회, 효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상), 2004, 13면.

으며, “대한민국에 주된 사무소가 있는 외국법인이 창작한 프로그램과 맨 처음 대한민국 안에서 발행된 외국인의 프로그램”을 보호하고 있다. 즉 우리가 가입 또는 체결한 조약에 따른 외국인의 프로그램저작권을 보호하고 있으며, 국내에서 창작 또는 맨 처음 발행된 외국인의 프로그램을 국내인의 프로그램과 같이 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 보호하고 있다. 다만 컴퓨터프로그램보호법 제6조 제3항에서는 그 외국에서 대한민국 국민의 프로그램을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하는 보호의 제한을 인정하고 있다.

3. 공동저작프로그램과 저작자

가. 의의

기능적 저작물로서 컴퓨터프로그램은 2인 이상이 공동으로 개발하는 것이 용이하며, 실제로도 다수인에 의한 공동개발이 일반적인 모습이다. 예컨대 2인 이상의 프로그래머들이 공동으로 하나의 프로그램을 창작하거나, 다수의 프로그래머들이 특정 기업의 종업원으로서 서로 협력해서 하나의 컴퓨터프로그램을 개발하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법은 이러한 창작행위에 대하여 공동저작프로그램이라는 표제의 규정을 두어 규율하고 있다. 즉 동법 제11조 제1항에서는 “2인 이상이 공동으로 창작하고 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 프로그램의 저작권은 공동으로 창작한 자의 공유로 하며, 그들의 공유지분은 공동저작자간에 특약이 없는 한 균등한 것으로 본다”는 규정을 두고 있다.

나. 공동저작프로그램의 요건

(가) 공동의 창작

공동저작프로그램은 2인 이상의 공동행위에 의하여 창작되어야 한다. 공동의 창작행위란 주관적으로 공동창작의 의사를 가지고 객관적으로

공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미한다. 다만 이는 시간과 장소의 동일을 요구하는 것은 아니다.⁶⁾ 즉 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 한 경우라면 공동의 창작이 인정된다.

공동저작자로서 인정되기 위하여는 창작에 대한 객관적 기여가 있어야 한다. 따라서 단순히 프로그램의 소재나 모델의 제공, 프로그램 기능의 설명, 또는 프로그램의 검사·오류 발견 등과 같이 단순히 아이디어만을 제공한 경우라든지 2차적 저작물의 원저작자와 같은 경우에는 공동저작자의 지위를 인정받을 수 없다. 따라서 아이디어를 제공하는 자와 프로그램저작자와의 사이에서 일정한 지분으로 저작권의 공유를 합의한 경우에도, 이는 프로그램저작권에 대한 합의일 뿐 프로그램저작자로서의 지위를 갖는 것은 아니다.

(나) 분리하여 이용할 수 없을 것

공동저작프로그램은 공동창작의 결과 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 것이어야 한다. 즉 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 있는 경우에는 각 기여부분을 분리하여 독립한 프로그램으로 보호하게 된다. 따라서 다수의 프로그램이 모여져 있는 집합저작물이나 결합저작물과 구별되며, 단순히 소재의 선택과 배열에 있어서의 창작성만이 보호되는 편집저작물과도 구별된다.

다. 프로그램저작권의 공유

(1) 공유의 법적 성질

프로그램저작권은 여러 사람에게 의하여 보유될 수 있다. 예컨대 공동창작에 의하여 여러 프로그램 저작자에 의하여 그 권리가 공유될 수 있으며, 창작자가 특정인에게 프로그램저작권에 대한 일정 지분을 승계한 경우에도 프로그램저작권의 공유가 발생한다. 특허법의 경우에는 공동 발명의 경우(특허법 제33조 제2항)와 특허권의 공유(특허법 제99조)

6) 정상조, “컴퓨터프로그램의 공동개발”, 한국정보법학회 세미나 자료, 1999, 3면.

를 각기 명문의 규정으로 다루고 있다. 그러나 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법은 공동 창작에 의한 권리 공유에 대하여만 규정하고 있다.⁷⁾ 이에 공동저작자에 의한 저작권 공유이외의 저작권 공유에 있어 공동저작프로그램의 법리가 적용될 것인지 아니면 민법상의 공유 규정이 준용되는지 여부가 불분명하다.

특허법을 비롯한 지적재산 분야에 있어 공유는 민법상의 공유와는 달리 이해하여야 할 것이다. 즉 민법에서는 공동소유의 형태로 공유, 합유, 총유를 각각 분리하여 규정하고 있으나, 이러한 지적재산 분야에 있어서의 공유는 민법상의 공유를 의미하기보다는 공동 소유를 의미하는 것으로 이해하여야 할 것이다.⁸⁾ 즉 지적재산의 공유는 민법상의 공유와도 합유와도 구분되며, 양자의 성격이 혼합된 형태라 보아야 할 것이다. 이에 대하여 공동저작자들은 하나의 프로그램을 개발한다는 공동목적 을 위하여 결합된 단체로서 민법상 조합(동법 703조)에 해당하고, 권리의 공동소유관계도 공유가 아니라 합유(민법 제271조 이하)에 해당한다고 보아야 한다고 한다.⁹⁾ 이 견해에 의하면 “공동저작프로그램의 저작권은 공동저작권자의 전원합의에 의하지 아니하고는 이를 행할 수 없으며, 다른 공동저작권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다”고 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제11조 제2항의 규정이 설명된다.

이러한 설명은 컴퓨터프로그램보호법이 “공동으로 창작한 자의 공유로 하며”라고 규정하면서도, 그 권리의 처분에 있어서는 공동저작자 전원의 동의를 요구한 것에서 비롯한 것이다. 그러나 이 규정은 그 창작부분의 불가분성과 공유자의 변동으로 인한 지분의 실질적 경제가치의 변화를 고려하여 지분 처분에 대하여 다른 공유자의 동의를 요구하게 된 것으로 보인다. 한편 공동저작자사이의 공동소유관계를 민법상의 합유 관계로 이해하기에는 무리가 있다. 예컨대 프로그램저작권의 행사에

7) 이러한 차이점이 입법자가 의도적으로 만든 것인지 아니면 입법상의 미비 내지는 실수로 인한 것인지는 알 수 없으나, 비교법적 고찰의 결과와 저작권 공유제도의 취지를 토대로 한 해석론을 제시할 수는 있을 것이다; 정상조(주6) 8면.

8) 同擘 윤선희, 특허법, 법문사, 2003, 562면.

9) 안효질, 「컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원회, 2000, 71면.

있어 공동저작권자 전원의 합의를 요구하는 것은 민법상 합유목적물의 관리라고 하는 조합의 업무집행이 조합원의 과반수로 결정되어야 하는 것과는 다른 태도이다. 나아가 프로그램저작권이 침해되어 그에 대한 손해배상청구권을 행사하려 한다면, 공동저작권자로서는 전원이 합의하여 그 권리를 행사하여야 하는데, 컴퓨터프로그램보호법은 공동저작프로그램의 권리침해가 발생한 경우 다른 공동보유자의 동의없이 각자 자신의 지분에 따라 손해배상의 청구를 할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 공동프로그램의 저작재산권자가 '상속인 없이' 사망한 경우에 그 지분이 다른 저작재산권자에게 그 지분의 비율에 따라 배분된다고 규정하고 있는데, 이는 조합원의 사망이 탈퇴사유로 되어 있는 민법상의 합유 관계와 다른 점이기도 하다. 따라서 공동저작자의 상호관계는 민법상의 공유관계나 합유관계에 준하는 것이라고 단정하기보다는 앞에서 설명한 바와 같이 양자의 성격이 혼합된 형태의 것으로 보아야 할 것이다.

다만 공동저작프로그램의 경우가 아닌 단독저작프로그램에 대한 권리 공유에 있어서는 공동 소유자 상호간의 특약이 없는 한 민법상의 유형화된 공동 소유 즉 공유, 합유, 총유의 관계 중에서 가장 가까운 인적결합관계에 준해서 해석하여야 할 것이며, 그 판단이 분명하지 않은 경우에는 원칙적인 형태인 공유관계에 준하여 해석하여야 할 것이다.¹⁰⁾

(2) 공유 지분

공유지분의 비율은 공유자의 의사 또는 법률의 규정에 의하여 정하여진다. 컴퓨터프로그램보호법 역시 공동저작자 사이의 공유지분은 공동저작자간의 특약이 없는 한 균등한 것으로 본다고 규정하고 있다. 이러한 컴퓨터프로그램보호법상의 규정은 저작권법상의 규정과는 차이가 있다. 즉 저작권법에서는 직접 지분과 관련한 규정을 두고 있지 않으나, 공동저작물의 이용에 따른 이익과 관련하여 특약이 없는 한 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 분배되며, 이 때 각자의 이바지한 정도가 명확하지 아니한 때에는 균등한 것으로 추정한다는 규정을 마련하고 있다(동법 제45조 제2항). 이는 공유지분의 비율은 공

10) 정상조(주6) 9면.

동저작자들의 의사에 따라 결정하는 것이 원칙이나, 그 합의가 없는 경우에는 창작에의 기여율을 지분율로 한다는 사고에 따른 것이라 하겠다. 그러나 창작에의 기여율을 판단하는 것은 용이한 작업이 아니라는 점에서 컴퓨터프로그램보호법은 기여율이라는 요소에 상관없이 균등한 것으로 본 것이라 하겠다. 이와 함께 저작권법이 균등한 것으로 본다고 추정한 것에 반하여 컴퓨터프로그램보호법은 균등한 것으로 본다는 간주 규정으로 둔 것도 비교된다.

라. 공동저작프로그램의 이용과 권리 행사

(1) 프로그램 저작권의 행사

공동저작권자는 공동저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 그 권리를 행사할 수 없으며, 공동저작권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 때 각공동저작권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다(컴퓨터프로그램보호법 제11조 제2항). 또한 저작권법에서는 공동저작자는 그들 중에서 대표를 정할 수 있으며, 대표하여 행사하는 자의 대표권에 가하여진 제한이 있을 때에 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있다(동법 제15조 제2항·제3항, 제45조 제4항). 따라서 공동프로그램저작권자들 역시 대표를 정하여 권리를 행사할 수 있다.

(2) 컴퓨터프로그램의 이용

컴퓨터프로그램보호법은 공동저작자가 프로그램을 자유롭게 이용할 수 있는지 여부에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 특허법의 경우에는 특허권이 공유인 경우 각 공유자는 계약으로 특별히 약정한 경우를 제외하고는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하고 그 특허발명을 자신이 실시할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 민법상의 공유 관계에서는 그 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있도록 하고 있다. 따라서 컴퓨터프로그램의 이용과 관련하여서는 다양한 해석이 가능하겠다. 예컨대 프로그램의 이용행위가 권리의 행사에 해당할 수 있다는 점에서 컴퓨터프로그램보호법 제11조 제2항 제1문에 의하여 공동저작권자 전원의 합

의가 요구된다고 해석할 수 있겠다. 그러나 이러한 해석이나 나아가 권리의 행사에 있어 저작권자 전원의 합의를 요구하는 것이 얼마나 타당한 입법인가에 대하여 의문을 제기하는 견해¹¹⁾도 있다.

한편 저작권법은 공동저작물의 이용에 따른 이익은 공동저작자간에 특약이 없는 때에는 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 분배되도록 규정하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법에서는 이에 해당하는 규정을 두고 있지 않아 의문이다. 컴퓨터프로그램보호법 제45조의 규정에 따라 저작권법에 따라 규율할 수도 있지만, 컴퓨터프로그램보호법은 지분에 있어 저작권법과는 다른 규정을 마련하고 있다는 점에서 당사자간의 특약이 없는 한 공동저작물의 이용에 따른 이익은 균등하게 분배된다 하겠다.

4. 저작자 추정

가. 의의

지적재산권은 원칙적으로 그 창작자에게 권리가 귀속된다. 컴퓨터프로그램에 있어서도 그 권리는 원칙적으로 당해 프로그램을 창작한 자에게 있다. 그러나 누가 프로그램을 창작하였는지 알 수 없을 때, 특히 프로그램저작권에 대한 분쟁이 발생하였을 때 그 권리 귀속여부를 입증하는 것이 용이한 작업만은 아니다. 이에 컴퓨터프로그램보호법에서는 일정한 경우에 있어 프로그램저작권자로서 추정하는 규정을 두고 있다. 즉 누가 진정한 저작자인가에 대해서 분쟁이 생긴 경우에 제3자로서는 이를 용이하게 판단하기 힘들고, 또 저작자 본인에게는 자명한 것이지만 제3자에게 이를 입증한다는 것도 그리 쉬운 일은 아니다. 여기에서 법은 입증을 용이하게 하기 위하여 저작자 추정 규정을 두고 있다.

11) 예컨대 입법론으로서 저작재산권의 행사 및 지분의 처분 등에 대하여 저작재산권자 전원의 합의가 필요한 것이 입법론적으로 타당한 것인가 의문을 제기하는 견해도 있다; 정상조(주6) 22면.

나. 추정의 요건

프로그램보호법 제4조 제1항에서는 “원프로그램이나 그 복제물에 또는 프로그램을 공포함에 있어서 실명 또는 널리 알려진 이명이 일반적인 방법으로 표시된 자는 프로그램저작권자로 추정한다”고 규정하고 있다. 따라서 추정이 인정되기 위하여는 ① 실명 또는 널리 알려진 이명이 ② 일반적인 방법으로 표시되어야 한다.

(1) 실명이나 널리 알려진 이명

여기서 실명이란 창작자의 호적상 본인 이름을 말한다. 이명은 아호 또는 약칭 등을 말하며, 이는 반드시 널리 알려져 있는 것이어야 한다. 만약 아호나 약칭이 널리 알려져 있지 않다면 추정의 효과를 주장할 수 없다.

(2) 일반적 방법으로 표시

추정의 효과는 원프로그램이나 그 복제물에 또는 프로그램을 공포함에 있어서 실명 또는 널리 알려진 이명이 일반적인 방법으로 표시되어야 인정된다. 이때 ‘일반적인 방법으로의 표시’라 함은 예컨대 프로그램을 저장한 디스켓이나 CD-ROM의 표면에 표시하는 것을 말하며, 해당 프로그램의 실행 초기나 끝 부분의 화면에 실명 또는 이명을 표시한 것 등을 포함한다.¹²⁾

프로그램사용설명서에 성명을 표시하는 것도 ‘일반적 방법으로의 표시’에 해당하여 프로그램저작권자로 추정받는가에 대하여 이견이 있다.¹³⁾ 그러나 일반인이 그 표시를 통하여 누군가의 프로그램인지를 알 수 있는 표시라면 프로그램의 설명서에의 표시 역시 일반적 방법으로의 표시에 해당한다고 할 것이다. 그러나 프로그램의 소스코드에 프로그램저작자명을 표시하는 것은 일반적인 방법이 아니다. 소스코드는 일

12) 안효질(주9) 31면.

13) 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적보호”, 「지적소유권에 관한 제문제」, 법원행정처, 1992, 483면.

반적 방법으로 외부에서 볼 수 없기 때문에, 이에 추정 효과를 부여하는 것은 타당하지 아니하다.¹⁴⁾

다. 추정의 효과

저작자 또는 공표자 내지 발행자로 표시된 자는 반대 사실의 입증이 없는 한 저작자 또는 저작권자로서의 법률효과를 주장할 수 있다. 이때의 추정 효과는 저작자, 저작권자의 이익을 위해서만이 아니고 그 불이익의 경우에도 인정되며 프로그램의 보호기간 산정에까지도 미친다. 추정의 효과는 소급하므로 저작명의인은 저작물의 창작시부터 그 저작물의 저작자, 저작권자인 것으로 추정된다. 한편 반증에 의하여 이 추정이 깨어지는 경우에는 창작시부터 그 저작물의 저작자, 저작권자가 아닌 것으로 취급된다.

III. 업무상 창작한 프로그램의 저작자

컴퓨터프로그램을 창작하는 경우에는 프로그램저작자가 어떤 단체에도 소속되어 있지 않은 경우도 있지만, 현대 사회에 있어서는 일정한 단체에 고용되어 저작물을 창작하는 경우가 대부분이다. 이 경우 저작물을 직접 창작한 자와 그가 속하여 있는 단체가 저작물에 대하여 서로 어떠한 법률관계를 갖는가가 문제되는데, 이와 관련하여 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법은 각기 다른 법률의 규정을 두고 있다.

1. 용어의 정리

가. 직무저작과 업무상 창작

14) 안효질(주9) 31-32면.

컴퓨터프로그램보호법 제5조는 법인 등 사용자의 업무에 종사하는 자, 즉 종업원이 업무상 작성한 저작물의 저작권 귀속을 규정하고 있는 ‘업무상 창작한 프로그램’에 관한 규정을 두고 있다. 강학상 ‘직무저작’이나 ‘직무상 저작’이라는 용어도 사용되고 있지만, 이는 일본 저작권법(제15조)상의 용어이지 우리 법문상의 용어는 아니라 하겠다. 따라서 본고에서는 법문에 따라 ‘업무상 창작’이란 용어를 사용하고자 한다.

나. 단체명의 저작물과 업무상 창작

저작권법 제9조의 표제와 법문에는 ‘단체명의 저작물’이 법률용어로서 사용되고 있다. 그러나 법인·단체만이 아니라 자연인인 사용자의 경우도 포함되어야 한다는 점에서 이들을 포괄하는 표현으로서 ‘단체명의 저작물’이라는 저작권법상의 표현을 부적절하다. 이러한 점에서 ‘업무상 창작’이라는 표현을 사용하고 있는 컴퓨터프로그램보호법 제5조의 입법 태도는 보다 합리적인 것이라 생각된다.

한편 저작권법상의 ‘단체명의 저작물’과 컴퓨터프로그램보호법상의 ‘업무상 창작’은 그 성립요건을 달리한다. 즉 컴퓨터프로그램보호법의 업무상 창작한 프로그램의 저작권과 관련하여 저작권법의 업무상 저작물의 성립요건 중 “법인등의 명의로 공표될 것”의 요건을 삭제하고 있다. 이는 기업비밀로서의 프로그램의 저작자도 사용자가 되는 것을 명확히 한 것으로 일응 타당성과 필요성이 인정된다고 하겠다.¹⁵⁾

특히 일반 저작권법에서는 공표의 범위와 관련한 논의가 대립된다는 점에서 컴퓨터프로그램보호법은 그와 같은 분쟁의 필요성이 없다는 장점이 있다. 즉 일반 단체명의 저작물의 성립요건으로서의 공표의 범위와 관련하여서는 실제 공표된 것뿐만 아니라 공표가 예정된 것도 포함되어야 한다는 포함설과 법인, 단체 그 밖의 사용자 명의로 공표된 것에 한하고, 공표가 예정된 경우는 포함하지 않는다는 설이 대립하고 있다. 특히 포함설은 일본의 다수설과 같은 주장으로, 공표가 예정된 것을 포함하지 않는다면 저작물은 작성되었거나 공표가 되지 않은 경우에 저

15) 오승중, “컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속”, 『성균관법학(제13권 제1호)』, 성균관대 비교법연구소, 2001, 288면.

작자가 누구인지를 결정하기 어렵다거나 실제의 창작자에서 법인 등으로 저작자가 변경되는 불합리한 점을 없애기 위하여 등장한 이론이나, 일본의 저작권법 규정과 다른 우리 저작권법 규정을 간과한 주장이라 할 수 있다. 물론 불포합설은 단체명의 저작물로서의 다른 요건을 모두 갖춘 상태에서 공표의 요건만이 충족되지 않은 경우에 저작자를 결정할 수 없다는 유동적 상태를 설명할 수 없다는 측면이 있으나, 컴퓨터 프로그램보호법은 입법적으로 공표 요건을 삭제함으로써 문제를 해결하고 있다.

이와 같이 컴퓨터프로그램보호법이 “공표”요건을 필요로 하지 않은 것은 미공표 프로그램, 즉 개발진행 중에 있는 프로그램도 법인 등에게 저작권이 귀속되도록 하기 위한 것이라 한다. 개발 진행 중에 법인의 종업원이 미공표 프로그램의 소스를 빼내어 자기가 먼저 개방완료하고 제품을 만들고 이를 공표함으로써 오히려 법인등에 대하여 저작권침해 주장을 하는 것을 막기 위한 것이다.¹⁶⁾ 특히 영업비밀로서의 프로그램의 저작자도 사용자가 되는 것을 명확히 한 것이라는 점에서 타당하며 필요성 있는 입법이라 할 수 있다.¹⁷⁾

다. 법인 저작과 업무상 창작

‘법인 저작’이라는 용어는 ‘법인의 저작능력’을 인정하는 의미에서와 ‘저작권법 제9조에 의해 법인등의 사용자가 저작자로 의제된다’는 의미의 두 가지에서 사용된다. 그러나 우리 저작권법은 법인의 저작행위를 의제하지 않는다. 즉 저작행위와 동시에 저작권이 발생하고 저작자도 결정되어야 하지만, 저작권법은 법인의 명의로 공표되어야 할 것으로 요건으로 하기 때문에 저작과 저작자의 결정 사이에는 시간상의 차이가 발생한다. 이로써 법률의 태도는 법인의 저작행위를 의제하는 것이 아니라 할 수 있으며, ‘법인의 저작능력’은 무용한 것이다. 물론 컴퓨터 프로그램보호법은 법인 명의의 공표를 요구하지 않는다는 점에서 저작

16) 한국컴퓨터프로그램보호회, “소프트웨어저작권보호와 침해 대응책” 1998, 116면.

17) 오승중(주15) 288면.

권법의 논리가 그대로 적용될 수 없다고 반박할 수도 있으나, 공표 요건을 필요로 하지 않는 것은 개발 진행 중의 컴퓨터프로그램에 대한 사용자를 보호하기 위한 입법 판단이지 그 자체가 법인의 저작능력을 인정함을 의미하지는 않는다.

한편 ‘법인등의 사용자에 대한 저작자로서의 의제’라는 의미와 관련하여서는 법인등의 사용자 명의로 공표된 저작물에 대한 사회적 책임 내지 대외적 신뢰보호를 위하여,¹⁸⁾ 법인등에게 저작권을 원시적으로 귀속 시킴으로써 해당저작물에 대한 권리관계를 명확히 하여 제3자의 신뢰를 보호하고자 인정한 것이라고 하거나,¹⁹⁾ 거래의 편의²⁰⁾ 등을 그 이유로 설명하고 있다. 다만 단체명의 저작물의 경우와 마찬가지로 ‘법인’만이 아니라 “법인·단체 그밖의 사용자”도 저작자로 의제된다는 점에서 ‘법인 저작’이라는 표현은 옳지 않다.

2. 업무상 창작의 요건

국가·법인·단체 그밖의 사용자의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인등을 당해 프로그램의 저작자로 한다. 따라서 업무상 창작은 ① 사용자의 기획하에 ② 업무에 종사하는 자에 의한 ③ 업무상의 창작이어야 하며, ④ 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없음 등을 요건으로 한다.

가. 사용자의 기획

업무상 창작이 인정되기 위하여는 사용자의 기획에 의하여 창작이 이루어져야 한다. 이때 컴퓨터프로그램은 법인의 기획이라는 표현을 쓰

18) 허희성, 신저작권법측조개설(상), 저작권아카데미, 2000, 67면.

19) 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작자 지위에 관한 연구”, 서울대 법대 석사 학위논문, 110면.

20) 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001, 210면.

고 있으나, 법인 저작에서 지적인 바와 같이 개인 사용자를 포함할 수 있는 개념으로는 부적절하다는 의미에서 사용자의 기획이라는 표현을 쓴다. 컴퓨터프로그램보호법은 업무상 창작과 관련하여 “국가·법인·단체 그 밖의 사용자”로 그 사용자를 정하고 있다. 즉 법인격의 유무를 묻지 않고 국가나 지방공공단체, 회사, 학교 기타 모든 단체가 사용자라 될 수 있다. 다만 개인인 사용자도 포함하는가에 관하여 의문이 있지만 법문상 이를 특별히 제한하여 규정하고 있지 않으므로 포함된다고 해석하여야 할 것이다.²¹⁾

“기획”이라 함은 사용자의 발의나 구상 하에 프로그램의 개발 계획을 검토·준비하고 그에 따라 개발·제작 작업에 착수하는 것을 의미한다. 즉 업무상 창작이 인정되기 위하여는 법인등 사용자가 일정한 의도에 기초하여 저작물의 작성을 구상하고, 그 구체적인 제작을 종업원들에게 명하게 된다. 그러나 사용자가 법인이나 단체인 경우 그 스스로의 기획이란 존재할 수 없으므로 법인의 의사결정기관, 집행기관 등이 기획하는 경우는 물론 종업원에 대하여 지휘·감독의 권한을 갖는 상사의 기획이나 동료들 사이의 의견교환의 결과 확정된 기획도 포함된다고 해석할 것이다. 프로그램 작성에 관한 종업원 등의 능력에 비추어 법인 등의 기획하에 프로그램이 작성되어야 하는데, 이것은 프로그램 작성에 관한 종업원 등의 능력에 비추어 법인 등이 프로그램 작성의 방법과 수단을 통제할 수 있는 지위에 있고 현실적으로 그러한 통제가 이루어진 것을 의미한다.²²⁾

한편 이러한 사용자의 기획 요건의 해석과 관련하여서는 엄격하게 해석하여야 한다는 견해와 넓게 해석하여야 한다는 견해가 나뉜다. 즉 사용자에게 의하여 사후승낙을 얻은 경우라든지 나아가서는 널리 사용자의 의사에 반하지 않는 경우에는 이 요건을 충족하는 것으로 해석하여야 한다는 견해²³⁾가 있는 반면, 이와 같이 넓게 해석할 경우 “기획”을 독립한 요건으로 둔 저작권법의 취지가 몰각된다는 이유에서 엄격하게 해석하여 법인등 사용자의 기획은 그 저작물 작성의 전단계에 이미 준

21) 오승종(주15) 289면.

22) 정상조(주2) 77면.

23) 박성호, “업무상 작성상 저작물의 저작권 귀속”, 『한국저작권논문선집(I)』, 저작권심의조정위원회(1992), 125면.

재하고 있어야 한다는 견해²⁴⁾가 있다. 나아가 창작자를 저작자로 하는 저작권법의 대원칙에 있어 업무상 창작 규정의 예외성을 판단컨대 가급적 이 제한 규정을 적용함에 있어서는 축소 해석하여야 하며, 따라서 제한된 범위에서 해석하여야 한다는 견해²⁵⁾ 등이 있다.

나. 업무에 종사하는 자의 창작

‘업무상 창작’은 ‘법인등의 업무에 종사하는 자’에 의한 것이어야 한다. 프로그램 작성자와 법인 사이에 고용 내지 사용관계에 있어야 한다. 이는 노동법상의 고용관계에만 한정되는 것은 아니며, 민법상의 “고용”, “노무자”, 노동법상의 “근로자”, 공법상의 공무원 기타 종속적 노무제공 관계에 있는 모든 개념을 참고할 필요가 있을 것이다.²⁶⁾ 계약의 내용, 임금 수령 여부, 일정기간의 계속적 고용 여부 등을 고려하여 판단하며, 법인 등의 인사규정 또는 직무규정에 따라 해당 프로그램작성에 참여하고 상사에 의해 통제가 이루어진 상태에서 상당한 기간 그 프로그램 작성에 기여한 자에 대하여 종합적인 것을 살펴 종업원여부를 결정하여야 할 것이다. 따라서 상근종업원 뿐만 아니라 임시직원, 파견 중인 종업원 및 이사·감사 등의 임원도 포함된다.

한편 사용관계의 의미와 관련하여서는 사용관계를 넓게 해석하여 사용자와 피용자사이에 실질적인 지휘·감독관계가 있는 것을 말하며, 이러한 관계는 법률적으로는 고용계약에 발생하는 경우가 많을 것이지만 결코 거기에 한정되지는 않고 위임계약이나 조합계약에 기초한 경우라도 사용자의 지휘 감독에 복종하는 관계에 있다면 사용관계가 있다고 보는 견해²⁷⁾와 실질적인 지휘·감독관계에 있어야 하는 것은 물론 법인등과 고용관계에 있는 경우에만 사용관계가 있는 것으로 보는 견해²⁸⁾가 나뉜다.

24) 齊藤博, “職務著作” 裁判實務大系 - 知的財産關係訴訟法, 杏林書院(1997), 236면.

25) 오승중(주15) 289-290면.

26) 허희성(주18) 157면; 정상조(주2) 78면.

27) 오승중외 1인(주20) 212면.

28) 齊藤博(주24) 237면.

불과하다. 즉 사용자가 업무상 창작한 저작물에 대하여 저작권을 원시 취득하느냐 아니면 그 전부 또는 일부를 창작자인 종업원으로부터 승계취득하느냐는 각국의 법정정책적 판단에 따른 것이자, 어떤 논리적 필연성이 있는 것은 아니다. 다만 자본과 노동력을 각각 제공한 사용자와 종업원의 이익을 조정하기 위한 입법적 판단에 불과한 것이다. 종업원에 대한 보상 역시도 이러한 차원에서 접근하여야 할 것이다. 즉 업무상 창작에 따른 권리귀속과 그에 따른 승계 차원에서 종업원에 대한 보상이 논의될 이유는 없다. 예컨대 종업원에 대한 보상을 규정하고 있는 특허법에 있어서도 종업원이 갖는 보상청구권은 권리 승계에 대한 대가라기보다는 종업원의 발명 의욕을 제고하고 종업원과 사용자간의 이익을 조화시키기 위한 제도적 장치로서 이해되고 있다. 이러한 점에서 적극적으로 업무상 창작된 컴퓨터프로그램에 있어 그 창작에 참여한 종업원에 대한 보상 제도를 마련하도록 할 것이다.

5. 기타 문제

가. 저작인격권의 귀속 문제에 대한 검토

현행법상 업무상 창작한 프로그램의 저작재산권은 물론 저작인격권까지 사용자에게 귀속하게 된다. 그러나 개인적·정신적 활동이라는 창작행위의 성질상 이에 직접적으로 전혀 아무런 관여를 하지 않은 사용자에게 인격적 권한까지도 귀속시키는 입법태도는 바람직하지 않다는 지적이 있다.³³⁾ 이에 대하여 우리법의 해석으로는 저작인격권도 처음부터 사용자에게 귀속되는 것으로 보는 것이 타당하다는 반대 의견³⁴⁾도 있다. 이 견해는 저작인격권을 일신전속권으로 볼 것인가 여부에 따라서 결론의 차이가 나타난다고 보고 있다. 이에 우리 컴퓨터프로그램보

33) 안효질, “소프트웨어의 개발 및 양도에 있어서의 저작권문제”, 디지털재산법연구(제1권 제2호), 2002, 179면 참조.

34) 프로그램심의조정위원회(주5) 152면. 다만 이 견해는 그 논거로서 정상조 교수의 글을 인용하고 있으나, 인용 글의 출처를 확인할 수 없다.

호법은 저작인격권의 성질을 특별히 일신전속적으로 본다는 규정을 두지 않고 있어서 저작인격권도 저작재산권과 함께 양도할 수 있는 것으로 해석되고 있고, 기본적으로 저작재산권 및 저작인격권은 권리의 다발로 볼 수 있어서 권리의 일부 또는 전부를 양도할 수 있는 것이기 때문이라고 한다.

먼저 컴퓨터프로그램보호법 제정시안 제11조에서는 저작인격권을 일신전속권으로 규정하고 있었으나, 최종안에서 이를 삭제하고 있다. 즉 저작권법에서는 저작인격권을 일신전속적인 것으로 보고 양도할 수 없는 것으로 해석하고 있지만, 프로그램저작권에 있어서는 프로그램의 특성을 이유로 비일신전속적인 것으로 보고 있다. 그리고 이러한 입법적 판단에 의하여 저작권법 제14조와 같은 저작인격권의 일신전속성을 컴퓨터프로그램보호법에서는 규정하고 있지 않은 것이다. 그런데 이러한 입법적 판단에 따른 입법적 침묵이 컴퓨터프로그램보호법 제45조에 의해 저작권법의 적용을 가져온다는 오해를 낳고 있는 것이다. 그러나 컴퓨터프로그램의 보호에 있어서는 일반 저작물과의 보호와는 다른 법리가 적용될 것임을 입법자들이 예정하고 있었고, 그러한 입법적 판단의 하나임에도 불구하고 이를 무시한 해석론은 옳지 않다. 또한 컴퓨터프로그램은 문학 및 예술작품 등에 비하여 저작자의 인격적 이익과의 관련성이 약하며, 잦은 개량을 필요로 하는 프로그램의 특성을 고려한다면 프로그램저작인격권의 일신전속성을 인정할 필요도 없다. 따라서 업무상 창작이라 하여 저작인격권을 별도로 이해하고, 또한 그에 대한 일신전속성을 주장하는 것은 아니다.

나. 전직 또는 퇴사한 종업원의 프로그램 개발 문제에 대한 검토

‘업무상 창작’과 관련하여 저작권법은 법인명의로의 공표를 요건으로 하고 있다. 반면 컴퓨터프로그램보호법에서는 공표를 요건으로 하고 있지 않으며, 사용자의 기획아래 업무상 창작된 컴퓨터프로그램에 대한 사용자 귀속을 규정하고 있다. 이에 규정은 퇴사 또는 전직한 종업원이 기존의 프로그램 개발경험이나 노하우를 바탕으로 새로이 별개의 프로그램을 창작한 경우, 그에 대한 권리 귀속 내지 권리 침해에 문제될 수

있다. 즉 컴퓨터프로그램보호법 제5조 및 제7조에 따르면 원프로그램 저작자, 즉 종전의 사용자가 개작권을 비롯한 모든 프로그램 저작권을 소유하게 되며, 종업원은 어떠한 권리도 갖지 못 한다. 따라서 전직 또는 퇴사한 종업원으로서도 종전의 근무과정에서 축적한 개인적인 경험을 활용할 수 없으며, 전혀 새로운 프로그램을 창작하지 않는 한 종전 사용자의 프로그램저작권을 침해하게 된다.

그러나 종업원은 종전 사용자 아래에서 축적된 특정의 인적자본뿐만 아니라 일반적인 인적자본까지를 갖는다. 특정 기업에서 축적된 인적자본은 일정 기간의 경업피지의무나 비밀유지계약을 통하여 보호될 수 있지만, 종업원의 것이라 할 수 있는 일반적인 인적자본까지도 제한하는 것은 옳지 않다. 이는 종업원의 신체적 자유와 직업선택의 자유를 침해하는 것일 수 있으며, 사회적 비용 관점에 있어서도 바람직한 상황은 아니라 할 수 있다. 이와 관련하여 하급심³⁵⁾도 일반적인 사항에까지 종업원의 활동을 제한할 수 없다는 취지의 결정을 하고 있다. 즉 재판부는 워드프로세서 프로그램의 중요 부분에 대한 소스코드는 이미 공개돼 다른 업체들도 이를 바탕으로 자신의 독창적인 제품을 개발하고 있으며, 훈민정음도 기본적으로 이런 과정에서 개발된 것으로 표준화된 프로그램 부분이나 프로그램 작성규칙까지 저작권 보호대상으로 볼 수는 없다고 결정함으로써 단순히 프로그램의 유사성이 발견된다고 하여 곧바로 컴퓨터프로그램 저작권의 침해가 인정되는 것은 아니며, 공개·표준화된 프로그램을 사용한 전직 종업원의 행위는 프로그램저작권을 침해한 것이 아니라고 한 것이다.

35) 2001년 7월 11일 서울지방법원 민사50부. <전자신문 홈페이지; <http://www.etnews.co.kr/news/detail.html?id=200107110208&keyword=>>에서 인용. 이 사건은 한글과컴퓨터가 2000년 2월 훈민정음 개발에 참여했던 삼성전자 퇴직 종업원들이 설립한 보라테크에 워드프로세서 프로그램 개발을 의뢰, 2000년 8월부터 한글과컴퓨터의 넷피스 사이트를 통해 유료로 제공한 것에 대하여, 보라테크가 한글과컴퓨터에 납품한 프로그램은 훈민정음 개발에 참가하면서 습득한 소스코드를 이용, 제작한 것으로 삼성전자의 저작권과 특허권을 침해한 것이라며 2000년 12월 삼성전자가 한글과컴퓨터와 보라테크를 상대로 프로그램저작권 침해금지등 가처분을 신청한 것이다.

IV. 위탁 제작된 프로그램의 저작자

1. 의의

일반적으로 프로그램의 개발·제작 과정에는 많은 사람이 관여하게 된다. 위에서 언급한 바와 같이 프로그램을 개발하고자 하는 자는 자신의 다수 종업원으로 하여금 자체적으로 제작하는 경우도 있으며, 프로그램의 일부 또는 전부를 타사로 하여금 개발하게 하는 경우도 있다. 전자의 경우는 업무상 창작으로서의 취급할 수 있으며, 컴퓨터프로그램 보호법은 이에 대한 규율을 명문으로 밝히고 있다. 그러나 후자에 있어서는 법률상 그 입장이 확인되고 있지 않아 그에 대한 규율의 필요성이 요구된다. 즉 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법은 “업무상 저작”에 관한 규정되는 달리 위탁저작물이나 촉탁 저작물에 대한 별도의 규정³⁶⁾을 마련하고 있지 않으며, 이에 그 권리 귀속 여부에 대한 논란의 여지가 있다.

먼저 위탁저작물의 저작자는 실제로 창작행위를 한 수탁자이고, 따라서 저작권은 저작자인 수탁자에게 원시적으로 귀속되어야 한다. 요컨대 ‘창작자 원칙’이라는 저작권법의 일반 원칙이 적용될 것이다. 이때 저작자의 지위 및 저작권 귀속의 원칙은 민법상의 가공이나 도급에 있어서 소유권의 귀속 문제와 비교하여 볼 수 있을 것이다.

촉탁 즉 위임이나 도급계약 등에 있어서 수임인이나 수급인은 위임인이나 도급인에 대하여 독립된 지위에 서고 자신의 재량에 의하여 활동하는 것이 원칙이므로, 통상 위임인이나 도급인은 업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 사용자에게 해당하지 않는다. 뿐만 아니라 저작물의 작성에 대하여 도급인이 계획을 하고 수급인이 도급인으로부터 자료를 제

36) 물론 제정 저작권법(제정 1957.1.28 법률 제00432호) 제13조는 “타인의 촉탁에 의하여 저작된 사진·초상의 저작권은 그 촉탁자에게 속한다”고 규정하여 사진과 초상에 한정하여 저작권의 귀속에 관한 명문 규정을 두고 있었다. 그러나 이 규정의 주된 목적은 초상본인의 인격권 문제를 저작권 귀속의 특례를 통하여 해결하고자 한 것에 불과하다.

공받고 도급인의 지시 또는 주문사항을 작품 중에 나타내었다 하더라도 작성자인 수급인이 예술적 감각과 기술을 구사하고 스스로의 창의와 수법에 의하여 저작물을 작성하였다면 도급인이 아닌 수급인이 저작자가 된다. 하급심³⁷⁾에서 역시 소프트웨어 개발업자에게 프로그램개발을 위탁하여 그 개발업자가 프로그램을 개발하여 주문자에게 납품한 경우 일반적으로 이는 업무상 창작된 프로그램이라고 볼 수 없으므로 그 프로그램의 저작자는 개별업자인 것으로 볼 것이라 판단한 바 있다.

다만 위탁자의 창작적 기여가 인정되는 경우라면 위탁자와 수탁자가 해당 저작물의 공동저작자가 될 것이다.³⁸⁾ 그런데 일부 견해 중에서는 컴퓨터프로그램보호법 제7조의 해석과 관련하여 민법상 도급에 있어서 수급인의 보수지급에 대해 민법상의 고용규정을 준용하므로 동법의 “업무에 종사하는자”의 범위에 수급인이 포함되는 것으로 유추해석하여야 한다는 주장³⁹⁾이나 주문자가 모든 기획과 투자를 하고 개발자로부터 납품받아 주문자의 이름으로 공표한 경우에는 동조를 준용하여 주문자를 저작자로 볼 수 있다⁴⁰⁾

입법례에 있어서도 제한적으로 위탁자에게 위탁저작물에 대한 권리의 원시 귀속을 인정하는 것도 있다. 예컨대 미국 저작권법 제101조에서는 특별한 주문을 받거나 저작물로 간주한다고 서면에 의하여 명시적으로 합의한 경우의 저작물을 직무저작물에 포함시키고 있어 위탁자

37) 서울 고등법원 1996. 10. 11. 선고, 96나135판결.

38) 日本大阪地裁 昭和 60.3.29. 昭和58년(7)제1367호·제3087호 : 동 사건은 원고가 광고업자에게 광고제작을 위탁하였는데, 원고의 직원인 영업부장이 광고 디자이너에게 소재의 대부분을 제공하고, 環狀의 쇠사슬의 디자인이나 파도 내지 해양을 나타내는 畵色을 지시하였으며, 그 소재의 배치에 대해서도 위 영업부장의 의사가 크게 반영되었다. 한편 광고 디자이너도 자신의 예술적 감각과 기술을 구사하여 쇠사슬의 도안을 디자인하고 소재를 확대 또는 축소하였고 사람들의 시각에 호소할 수 있도록 소재를 효과적으로 배치하여 광고 디자인을 완성하였다. 이에 대하여 법원은 “공동의 창작행위에 의하여 하나의 저작물이 만들어지고 더욱이 위 양자의 기여부분이 완성된 저작물 속에 완전히 통합·일체화되었다”고 판시한 다음, 이 사건 광고는 원고와 광고 디자이너의 공동저작물로 인정하는 것이 타당하다고 하였다.

39) 송상현·김문환, 양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대출판부, 1989, 128면.

40) 임준호(주13) 489면. 판례(2000.11.10, 98다60590) 중에서도 이러한 견해를 받아들인 것도 있다.

에게 그 권리를 인정하고 있으며, 중국 컴퓨터소프트웨어보호조례 제11조에서는 “위탁 개발한 프로그램에 대한 저작권 귀속은 위탁인과 수탁인이 서면으로 체결한 계약에 의하여 정하여 지나, 서면으로 계약을 체결하지 않았거나 계약이 불분명할 경우 저작권은 프로그램을 개발한 자(수탁인)에게 귀속된다”라고 규정하고 있다.

2. 위탁개발계약의 설정과 해석

최근에 들어 판례⁴¹⁾에 의해 일정한 위탁개발의 유형에 따라 프로그램저작권 귀속에 관한 원칙이 마련되고는 있으나, 성문법주의를 따르고 있는 우리의 법체계상 이에 대한 명문규정을 두어 프로그램저작권의 권리귀속에 대해 분쟁의 소지를 사전에 제거해야 할 것이라는 견해⁴²⁾가 제기되고 있다. 이러한 분란의 여지를 방지하기 위하여서는 먼저 위탁저작물에 대하여 그 이용할 수 있는 범위라든지 혹은 저작권이 위탁한 자에게 이전되는가의 여부를 미리 계약으로 명백하게 정해 둘 필요가 있다. 이에 아래에서는 프로그램 위탁개발 계약의 법적 성질을 살펴보고 그에 대한 해석방법을 검토한다.

가. 위탁개발의 의의

소프트웨어 위탁개발이란 법인등(위탁인)이 소프트웨어 개발업자(수탁인)에게 소프트웨어의 개발을 목적으로 계약을 체결하고, 소프트웨어가 개발되면 미리 확정된 용역의 대가를 지급받는 민법상의 도급에 해당한다. 여기에서 도급이란 당사자 일방(수급인)이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방(도급인)은 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조). 판례에서는 프로그램의 위탁개발계약은 통상 도급계약의 형태로 이루어지고 있으

41) 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 주요 판례집, 2004, 127면 이하 참조.

42) 프로그램심의조정위원회(주5), 156면.

나, 계약내용과 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 해석하여야 한다고 판시하고 있다.⁴³⁾ 즉 프로그램 위탁개발계약에 있어 계약상 프로그램저작권의 귀속을 명시적으로 규정하고 있지 않는 한 도급의 법리가 적용되지 않고 컴퓨터프로그램보호법 고유 영역의 법리가 우선 적용된다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

나. 위탁개발계약의 해석의 방법

프로그램 개발·공급 계약에 있어서 그 계약내용을 해석하는데 있어 우리 판례에 의하면 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 한다고 판시하고 있다. 그리고 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석되어야 한다고 하고 있다.⁴⁵⁾

3. 위탁개발의 유형에 따른 저작권 귀속

원칙적으로 위탁 개발된 프로그램의 저작권은 수탁자에게 있다. 그러나 위탁자의 창작적 기여를 인정할 수 있는 경우에는 공동저작자로서의 지위를 인정할 수 있으며, 수탁자와 위탁자의 관계는 계약을 통하여 명백화될 수 있다. 다만 위탁자의 창작적 기여를 판단하는 작업이나, 계약을 해석하는 작업은 쉬운 작업은 아니다. 이에 프로그램을 개발하는 유형을 나누어 그에 따른 프로그램저작권 귀속을 판단하려는 견해⁴⁶⁾가

43) 대법원 1998. 3. 13. 선고, 97다45259판결.

44) 대법원 2000. 11. 10. 선고, 98다60590판결.

45) 대법원 1998. 3. 13. 선고, 97다45259 판결.

46) 프로그램심의조정위원회(주5) 157-158면.

있다.

이 견해는 먼저 프로그램 개발 유형은 크게 외주개발, 공동개발, 단순 개발로 나누고 그에 따라 프로그램저작권의 귀속을 판단하고 있다. 즉 ① 법인들이 개발사양서와 같은 소프트웨어 개발에 필요한 기본적 사항을 제공하고 발주하는 외주개발 방식에 있어서는 고용관계가 없기 때문에 법인에게 종사하는 자로 볼 수 없고,⁴⁷⁾ 따라서 수탁자가 프로그램저작권을 원시적으로 취득하게 되고, 위탁자는 해당 프로그램에 대한 사용권한을 가진다고 볼 수 있다고 본다. ② 법인등에서 개발계획수립, 기본설계 등을 작성하고 법인 등의 자체 종업원의 감독하에 또는 공동 참여로 외부 소프트웨어개발업체로부터 프로그래머를 파견받는 등의 형식을 취하는 공동개발에 있어서는 그 프로그램 저작권은 양자의 공동저작물이 되고, 양자의 관계는 공유로 되기 때문에 컴퓨터프로그램보호법 제11조가 적용된다고 본다. 또한 공동개발의 형태를 취하는 경우에도 수탁한 회사의 종업원이 위탁한 회사에 파견되어 위탁회사의 지휘감독 아래에서 프로그램을 개발할 경우 컴퓨터프로그램보호법 제5조가 적용되어 위탁회사가 저작자로 된다고 본다. 한편 ③ 법인 등의 계획으로 설계서, 상세한 흐름도 등을 작성하고 단순한 기계적 코딩작업만 외부에 발주하는 형태의 단순개발에 있어서는 위탁회사의 직접적인 지휘감독 아래에서 행하는 단순한 기계적인 코딩은 창작으로 볼 수 없다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법 제5조가 적용되어 위탁회사가 저작자로 된다고 본다. 판례에서도 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 개발을 위탁하고 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품한 경우, 그 주문자를 프로그램저작자로 보고 있다.⁴⁸⁾

이러한 유형화는 명목적으로 프로그램 위탁 개발이 있던 경우에도 각 당사자의 창작적 기여를 판단함으로써 각기 달리 규율할 수 있음을 보여주는 것이라 생각된다. 그러나 실제에 있어 이러한 유형화가 쉬운 작업은 아니라 생각된다. 즉 구체적인 계약과 프로그램 개발에의 기여를 판단하여야 할 것이다.

47) 대법원 2000. 11. 10. 선고, 98다60590판결.

48) 대법원 2000. 11. 10. 선고, 98다60590판결.

한편 이러한 유형화에 의한다고 하여도 여전히 저작자로서의 지위와 그에 따른 저작인격권의 이전 문제는 해결되지 못 한다. 예컨대 위탁자와 소프트웨어 개발업자 사이에 당해 프로그램의 저작권을 위탁자가 원시취득하는 것으로 약정하는 경우 그 효력이 어떻게 되는가 하는 점이다. 이에 대하여 특약이 있는 경우라 할지라도 수탁자가 프로그램의 저작권을 원시취득하고, 위탁자가 이를 양도받는 것으로 보아야 한다는 견해⁴⁹⁾가 있는가 하면, 하급심 판결 중에서는 그 특약의 효력을 부정할 이유가 없으며, 따라서 주문자와 위탁개발업자 사이의 저작권 귀속에 관한 약정의 효력을 그대로 인정하는 결론을 내린 것⁵⁰⁾도 있다.

수탁자를 프로그램 저작자로 인정하고, 당해 위탁저작물에 대한 프로그램저작권의 양도가 있던 경우에도 여전히 저작인격권 문제는 남는다. 즉 저작인격권의 일신전속성에 따라 위탁창작된 프로그램의 저작권 일체를 특약에 따라 위탁자에게 양도하는 경우에도 저작인격권을 수탁자에게 남는다. 만약 이렇다면 위탁자는 후일 수탁자가 가지는 프로그램의 동일성유지권 때문에 그의 동의없이 프로그램을 업그레이드할 수도 없다는 문제가 있다. 이에 대하여 해석론으로 프로그램 저작권의 경우에는 저작인격권도 함께 양도할 수 있는 것으로 보거나, 컴퓨터프로그램보호법 제11조 제3호를 확장 해석하여 동일성 유지권을 대폭 제한하자는 견해 또는 컴퓨터프로그램보호법 제7조 소정의 업무상 창작의 범위에 위탁개발의 경우도 포함하자는 견해 등이 있다.⁵¹⁾

프로그램 저작자로서의 인정과 프로그램 저작권에 있어 저작인격권의 일신전속성은 별개의 문제로 접근하여야 한다. 프로그램 저작자는 창작 행위를 한 자로 한정할 것이며, 저작권법상 일신전속적인 저작인격권과는 달리 프로그램저작권상의 인격권적 요소는 달리 취급할 여지가 있다 생각된다.

49) 오승중(주15) 294면.

50) 서울고등법원 1998. 11. 10. 선고, 98나4776판결.

51) 송상현의 2인(주39) 128면 참조.

V. 결론

이상에서 프로그램저작권의 귀속과 관련한 문제를 살펴보았다. 창작자 원칙 아래 컴퓨터프로그램을 창작한 자가 프로그램 저작자로 인정되며, 이러한 프로그램 저작자는 프로그램 저작권을 원시적으로 갖는다. 기능적 저작물로서 컴퓨터프로그램은 다수 당사자에 의한 창작이 일반적인 모습이다. 다수인에 의한 공동창작이나 종업원에 의한 업무상 창작 또는 위탁 개발 등 그 모양은 다양하며, 본 연구에서는 이들을 살펴보았다.

컴퓨터프로그램보호법은 창작보호법이면서도 창작자 보호보다는 투자자 보호에 주안을 두고 있다. 이는 업무상 창작과 관련한 규정에서 확인할 수 있었으며, 이를 해석하고 규율하는데 있어서도 반영하여야 할 것이다. 특히 프로그램저작권에 있어 인격권적 권리를 해석함에 있어서도 저작권법보다는 유연한 입장을 취할 필요가 있다. 즉 창작자 원칙을 충실히 하면서도 프로그램 저작권자로서의 권리 인정과 그 승계 등에 있어서는 보다 유연한 입장을 취할 필요가 있다. 예컨대 저작권법에서는 저작인격권의 일신전속성을 규정하고 있지만, 컴퓨터프로그램보호법에서는 그러한 규정을 두고 있지 않다. 이에 컴퓨터프로그램보호법 제45조를 이유로 프로그램저작권에 있어 인격적 권리역시 일신전속적인 것으로 해석하려는 견해가 많다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법의 제정 과정에서 보면 당해 규정은 시안에서 삭제된 규정으로 굳이 새삼스럽게 저작권법을 가져올 이유가 없다. 오히려 지속적인 개량을 요구하는 컴퓨터프로그램에 있어서는 문학 및 예술작품 등에 비하여 저작자의 인격적 이익과의 관련성이 약하며, 잦은 개량을 필요로 하는 프로그램의 특성을 고려한다면 프로그램저작인격권의 일신전속성을 인정할 필요도 없다. 나아가 오늘날에 있어 컴퓨터프로그램 개발은 표준적인 기술을 배경으로 법인등에 의하여 이루어지는 경우가 많다. 따라서 컴퓨터프로그램에 있어 프로그램저작권 운영은 저작권법상의 저작권 운영과는 달리 접근하여야 할 것이다. 이로써 창작자 원칙의 예외를 두어 창작행위가 인정되지 않는 자를 프로그램 저작자로 인정하여 프로그램 저작자와 프로그램저작권자를 일치시키려는 무리를 피할 수 있을 것이다.

[참고문헌]

- 곽경직, “창작성의 개념”, 계간 저작권 여름호, 저작권심의조정위원회, 1995.
- 박성호, “업무상 작성상 저작물의 저작권 귀속”, 「한국저작권논문선집 (I)」, 저작권심의조정위원회, 1992.
- , “업무상 작성한 저작물의 저작자 지위에 관한 연구”, 서울대 법대 석사학위논문.
- 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대출판부, 1989.
- 안효질, 「컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원회, 2000.
- , “소프트웨어의 개발 및 양도에 있어서의 저작권문제”, 「디지털재산법연구(제1권 제2호)」, 2002.
- 오승중, “컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속”, 「성균관법학(제13권 제1호)」, 성균관대비교법연구소.
- 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001.
- 윤선희, 「특허법」, 법문사, 2003.
- 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적보호”, 「지적소유권에 관한 제문제」, 법원행정처, 1992.
- 정상조, 「컴퓨터프로그램보호법 축조해설 및 분쟁사례에 관한 연구」, 프로그램심의조정위원회, 1999.
- , “컴퓨터프로그램의 공동개발”, 한국정보법학회 세미나 자료, 1999.
- 프로그램심의조정위원회, “컴퓨터프로그램보호법 주요 판례집”, 2004.
- 프로그램심의조정위원회, “효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상)”, 2004.
- 한국컴퓨터프로그램보호회, “소프트웨어저작권보호와 침해 대응책” 1998.
- 허희성, “신저작권법축조개설(상)”, 저작권아카데미, 2000.
- 齊藤博, “職務著作” 裁判實務大系 - 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997.

컴퓨터프로그램보호법상 저작권

- 각 권리의 내용과 침해판단을 중심으로 -

인하대학교 법과대학 석사수료
김성원

차 례	
I. 컴퓨터프로그램 저작권의 일반	III. 컴퓨터프로그램 저작권의 침해판단
II. 컴퓨터프로그램 저작권의 내용	IV. 맺음말

I. 서설

컴퓨터프로그램보호법은 저작권법, 특허법, 의장법 등 다른 개별지적 소유권법과 마찬가지로 인간의 정신활동의 산물을 보호함을 목적으로 하고 있으며, 그 구체적인 방법으로 그 프로그램의 창작자에게 일정한 권리를 부여하고 있다. 다만, 다른 지적소유권법과의 차이는 보호의 대상이 발명이나 일반저작물이 아니라 컴퓨터프로그램이라는 점이다. 특허법이나 일반저작권법과 마찬가지로 창작자, 즉 프로그램저작자에게 프로그램저작권이라는 배타권¹⁾을 부여함으로써 프로그램창작²⁾에 대한

1) 특허나 의장디자인에서의 독점적 권리와 비교한다면, 정신적 사상의 창작적 표현인 저작물과 컴퓨터프로그램 등은 상대적 모방금지권이라고 할 것이다.
 2) 실제의 문제에 있어 컴퓨터프로그램의 창작성을 따지기란 문언처럼 쉬운 것은 아닐 수 있다. 우리나라의 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램의 창작성에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법 이론에 기초하고 있고 저작권법에서도 저작물을 정의하면서 창작물이라는 표현을 사용한

동기를 부여하고 해당프로그램에 대한 독점적 경제적 이용을 보장하고 있다. 법이 일정한 정신활동의 산물에 대하여 독점권을 부여하는 것은 그러나 그 창작자에게 경제적 보상을 보장하기 위해서만은 아니다. 특허법은 발명자에게 특허권을 부여하여 한편으로는 발명을 보호·장려하고, 다른 한편으로는 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다. 저작권법도 저작자의 권리뿐만 아니라 궁극적으로는 문화의 향상발전을 꾀하고 있다. 이와 비슷한 이유로 법이 프로그램저작자에 대하여 프로그램저작권을 인정하는 것도 해당프로그램의 이용으로 인하여 결국 프로그램산업 및 국민경제 전체의 발전을 이루기 위함이다. 이는 지적소유권법 전체의 목적에도 상응하는 규정이다.

요컨대, 지적소유권법은 지적소유권이라는 권리를 부여함으로써 그 창작자에게 경제적 및 정신적 보상을 함과 동시에 문화 및 산업발전을 꾀하고 있는 것이다.

현행 컴퓨터프로그램보호법에 따르면, 컴퓨터프로그램 저작자는 프로그램 저작재산권과 프로그램 저작인격권(공표권, 성명표시권, 동일성유지권)을 가진다. 프로그램 저작재산권은 복제권(프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작할 권리), 개작·번역권(원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당한 부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작할 권리), 배포권(원프로그램 또는 그 복제물을 공중에 양도 또는 대여할 권리), 발행권(공중의 수요에 응하기 위하여 프로그램을 복제·배포할 권리), 전송권(공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선 통신의 방법으로 프로그램을 송신하거나 이용에 제공할 권리) 등을 그 내용으로 하며, 동

점에서, 한국에서도 프로그램의 창작성이 프로그램 저작권성립의 하나의 요건임은 분명하다. 문제는 한국에서의 프로그램 창작성 요건이 영미에서와 같은 낮은 수준의 창작성으로 해석될 것인지 아니면 독일에서와 같은 높은 수준의 창작성으로 해석될 것인지 여부일 것이다. 컴퓨터 프로그램의 창작성이 어떻게 판단될지는 아직도 분명히 판시된 바가 없으나 이 문제는 프로그램 보호에서의 다른 문제들과 마찬가지로, 선발업자가 프로그램 개발에 투입한 노동력과 자본에 대한 보상을 중시할 것인가 아니면 소비자와 경쟁업자들의 프로그램 이용을 증진시킬 것인가 하는 문제와 직결되는 것으로서, 법원이 구체적인 사건에서 프로그램 산업과 기술의 발전을 도모할 수 있는 적절한 수준의 독창성 기준을 찾아내야 할 것이다.

법 제19조 제2항에 규정된 대여권도 컴퓨터프로그램 저작권재산권의 일종으로 볼 수 있다. 또한, 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제2항의 「기술적보호조치의 침해 등의 금지」에서 컴퓨터프로그램 저작권자는 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 대해서도 권리를 행사할 수 있는데, 무력화 행위뿐만 아니라, 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하는 행위와, 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하는 행위도 금지하고 있다.

현행 컴퓨터프로그램보호법은 총7장에 걸쳐 구성되어 있으나, 현행 저작권법과 차이가 있는 것은, 제1조의 목적에서 '관련산업과 기술을 진흥함으로써 국민경제의 건전한 발전'이 삽입되었고, 제7조의 프로그램저작권에서 '저작인격권'이란 용어를 사용하지 않은 것, 제14조에서 프로그램 사용자에게 의한 복제를 인정한 것, 제16조에서 프로그램저작권 외에 '프로그램 배타적발행권'을 프로그램 저작권자에게 인정한 것 및 제23조에서 프로그램 등록 등에 있어서 관할관청을 정보통신부장관으로 한 것 등을 제외하고는 대부분 저작권법과 유사하거나 동일하다.

이하에서는 저작권법의 특별법인 컴퓨터프로그램보호법(이하 '컴퓨터프로그램보호법'이라 함)의 저작권재산권에 대한 구체적인 내용과 요건 및 복제와 개작에 있어서 적용될 침해판단기준에 대해 살펴보도록 하겠다.

II. 컴퓨터프로그램 저작권재산권 일반

1. 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 관계

대부분의 국가들이 컴퓨터프로그램을 저작권법 내에 포섭하여 보호하고 있는 입법태도를 취하고 있는데 비하여, 언급했듯 우리의 현행 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 특별법으로서 별도로 입법되어 있다. 기술환경의 급속한 변화를 반영하기 위한 총 8차의 외부 및

자발적 개정을 거쳐 왔다.

저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 관계를 살펴봄에 있어 저작권법은 제2조 제12호에서 “컴퓨터프로그램이란 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다”고 하는 정의 규정을 두고 있으며, 동법 제4조 제9호에서는 컴퓨터프로그램을 저작물의 대상으로 예시하고 있다. 그러면서 한편으로 동법 제4조 2항에서는, 프로그램 저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다고 규정함으로써 프로그램에 대하여는 컴퓨터프로그램보호법이 적용될 것을 예정하고 있다.

저작권법과 체제상의 기본적 공통점에도 불구하고 컴퓨터프로그램보호법은 지금까지, 일반 저작물에 비해 프로그램이 갖는 제반특성과 보호가치의 차이를 고려하여 저작권의 규율체제와 차이를 두고자 하는 방향으로 개정이 이루어져 왔다. 예컨대, 프로그램보호기간은 공표된 다음 연도부터 50년, 창작 후 1년 이내에 등록하여야 한다는 점, 프로그램코드역분석을 제한적으로나마 허용한다는 점, 전체양도시 프로그램저작권 동시양도 추정, 동일성유지권의 예외인정범위가 넓다는 점, 프로그램 임치제도 등을 들 수 있을 것이다.

그런데 컴퓨터프로그램보호법은 제45조에서 “이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법에 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 하여 다시 프로그램저작물에 관하여 저작권법을 적용하도록 규정하고 있다 여기서 이 두 법의 관계를 어떻게 볼 것인지가 문제된다. 저작권법은 컴퓨터프로그램의 저작물성을 인정하는 원칙적 입장을 밝히면서, 그 구체적인 보호방법 등에 관하여는 컴퓨터프로그램보호법만을 적용하도록 하는 취지로 규정한 것으로 보여질 여지도 있다. 그러나 저작권법이 프로그램의 보호에 관하여 별도의 법률로 정하도록 한 것은 반드시 저작권법을 적용하지 않겠다는 취기가 아니라 프로그램이 일반저작물과 다른 특수한 성질을 가지는 것이므로 그 통일적, 효율적 규율을 위하여 저작권법의 특별법으로서 프로그램보호법을 제정하도록 한 데 지나지 않는 것이며, 프로그램보호법에서 그 법에 규정이 없는 경우 저작권법을 적용하도록 하고 있

는 것은 이러한 취지를 명백히 한 것으로 해석하는 것이 타당하기에³⁾ 따라서 컴퓨터프로그램보호법을 저작권법의 특별법으로 보아, 특별법인 컴퓨터프로그램보호법에 규정이 없는 사항은 일반법인 저작권법을 적용하여야 하는 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁾

2. 컴퓨터프로그램 저작권의 발생

컴퓨터프로그램 저작권은 저작재산권과 저작인격권으로 대별될 수 있는데, 재산권은 저작자의 재산적 이익을 보호하고자 하는 권리로서 주로 저작물을 제3자가 이용하는 것을 허락하고 대가를 받을 수 있는 권리이다. 저작권법상 저작재산권은 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 전시권, 배포권 등이 포함되며 컴퓨터프로그램보호법은 제7조 제1항에서 프로그램저작권의 내용으로 “프로그램저작자는 제8조 내지 제10조의 규정에 의한 권리와 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 그 중 제8조 내지 제10조는 저작인격권에 관한 규정이고 복제, 개작, 번역, 배포, 발행, 전송권은 저작재산권에 관한 규정이다. 이는 또한 개별적인 권능으로 구분되는데 일반 저작권과 유사한 것이 있는가 하면 프로그램 특유의 것이 존재하며 그러한 권리 등은 몇몇 사유에 의해 보호에서 제한되기도 한다.⁵⁾

위와 같이 2종류의 권리상호관계 및 이들의 권리와 저작권과의 관계여하를 둘러싸고 종래 다음과 같은 2가지 견해가 대립되고 있다. 제1설은 저작재산권과 저작인격권과는 대립, 병존하는 것이라고 보는 견해이다. 이 설에 의하면 저작권은 저작재산권과 저작인격권이라고 하는 성질인 서로 다른 二種 권리의 복합권(droit double)이라고 보며, 저작재산권과 저작인격권의 상호독립을 인정하기 때문에 이원적

3) 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적보호”, 「지적소유권에 관한 제문제(下)」, 법원행정처(1992년), 471면; 사법연수원, 저작권법Ⅱ, 2004, 111면.

4) 오승종·이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2004, 633면.

5) 컴퓨터프로그램보호법 제12조(프로그램저작권의 제한) 및 제12조의2(프로그램코드역분석) 참조.

구성론이라고 부르기도 한다. 프랑스 일본 등 대다수의 국가가 이 입장을 취하고 있다. 제2설은 저작권으로부터 저작재산권과 저작인격권이 도출되는 것은 인정하나, 저작재산권과 저작인격권과는 서류밀접한 관계가 있고 분리하는 것이 불가능하다는 견해로서 저작권이란 저작재산권과 저작인격권이 혼연일체로 된 단일의 권리라고 보는 저작권 일원론이다. 독일이 이 입장에 입각하여 입법을 하고 있다.⁶⁾ 우리나라 현행법상의 저작권의 개념 및 그 권리변동에 관한 규정들을 종합해 보면, 저작인격권의 일신전속성을 감안하여 저작인격권은 그 양도를 인정하지 아니하며 상속 또한 인정하지 않는 등 저작재산권과는 별개로 규정하고 있는 점에 비추어 우리 저작권법의 구성은 이 원론에 기초하고 있으며 저작권법의 특별법으로서 유사한 구조를 갖는 컴퓨터프로그램보호법도 이와 같다고 할 수 있다.

한편, 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제2항에 의하면, 프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행이 필요로 하지 않는 무방식주의를 표명하고 있다. 이러한 입법주의는 우리나라를 비롯한 일본, 독일, 프랑스 등과 베른 조약이 취하는 바이다. 저작권은 인간의 저작행위 즉 저작자의 지적·정신적 노력으로 독창적인 창작행위에 의하여 발생되므로 프로그램저작권도 일반 저작물과 같이 프로그램 저작물의 성립과 동시에 발생하며 어떠한 형식이나 절차 등 즉, 등록·신청·복제물제출 등의 절차를 필요로 하지 아니한다. 이에 반해 미국의 구법과 라틴아메리카의 여러나라는 저작권의 발생에 저작물의 납본이나 등록을 등을 필요로 하는 방식주의를 취하기도 한다.

3. 컴퓨터프로그램 저작권의 보호기간

WTO/TRIPs 협정 제12조는 “프로그램이 공표된 연도의 말부터 50년간” 보호하도록 규정하였다. 이에 따라 개정된 프로그램법도 제7조

6) 송영식·이상정·황종환 공저, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005년, 574-575면.

7) 대법원 1996. 8. 23. 선고, 95도2785판결.

제3항에서 공표시 기산주의를 채택하여 이 조항과의 균형을 유지하기 위하여 “공표된 다음 연도부터 50년간”, 창작 후 50년 이내에 공표되지 아니한 경우는 “창작된 다음 연도부터 50년간” 보호된다고 규정하였다. 표현에 있어 이렇게 약간의 변형을 한 이유는 기간의 계산에 있어서의 편의를 위한 것이다.⁸⁾ 다만, TRIPs 협정 제12조는 자연인의 수명을 기준으로 그것을 계산하지 아니하는 경우에는(즉, 자연인의 사망시 기산주의를 채택하고 있지 않을 때는) 언제나 저작물이 최초로 발행된 연도의 말일로부터, 그리고 만약 저작물이 그 제작 후 50년 내에 발행되지 아니한 경우에는 그 제작연도의 말일로부터 50년으로 규정하면서, 사진저작물과 응용미술저작물만 예외로 규정하고, 자연인의 수명을 기준으로 계산할 수 있는 경우는 베른조약의 보호기간을 그대로 준용하도록 하고 있기 때문에 컴퓨터프로그램보호법상의 위 규정은 엄밀하게 보면 TRIPs협정과 정확하게 부합되지는 않는다. 프로그램저작자가 자연인인 경우에는 ‘생전 및 사후 50년’으로 규정하는 것이 TRIPs의 규정에 부합된다.⁹⁾

50년간이라는 보호기간은 다른 지적재산권과 비교하여 매우 긴 기간이다. 사실상 프로그램의 수명은 최장 5년 정도이며, 업그레이드라고 하는 개작의 방법을 통하여 2차적 저작물을 만들어 무한히 그 보호기간을 연장할 수 있으므로, 이러한 장기간의 보호는 자칫 프로그램 보호의 영구화를 초래하여 연관산업에 악영향을 끼칠 우려도 있다. 50년의 보호기간은 WTO/TRIPs 협정이 프로그램을 어문저작물로서 보호하려 했기 때문에 정해진 것이다. 그러나 일반 어문저작물의 경우, 동 협정상 베른협약의 보호기간을 준용하도록 하고 있어 저작자 사후 50년이므로 프로그램과는 차이가 있게 되었다.

이와 관련하여 프로그램의 개량에 의한 이른바 ‘버전업’이나 ‘업그레이드’가 빈번히 이루어지는 경우에 저작권의 존속기간을 산정함에 있어서 그 기준시기를 언제로 할 것인가가 문제될 수 있다. 원칙적으로 그러한 버전업(version-up)이나 업그레이드(upgrade)가 원버전의 프로그램에 비하여 ‘새로운 창작성’이 있어 2차적 프로그램으로 인정

8) 윤선희, 「지적재산권법(제7정판)」, 세창출판사, 2005, 490면.

9) 오승종·이해완, 전거서, 678면.

될 수 있는 경우에는 그 공표시점으로부터 다시 50년의 존속기간이 인정되어야 할 것이고, 다소의 수정·변경이 있었지만 그러한 정도의 창작성이 인정되지 않는 경우이면 원버전의 공표시점으로부터 50년의 존속기간을 계산하여야 할 것이다.¹⁰⁾

보호기간이 적용되지 않고 저작권 전체가 소멸되는 경우가 있는데, 컴퓨터프로그램보호법 제22조에 의해 프로그램저작권자가 상속인 없이 사망하여 그 권리가 국가에 귀속되는 경우, 프로그램저작권자인 법인 또는 단체가 해산되어 그 권리가 국가에 귀속되는 경우가 그것이다. 보호기간 이후 프로그램은 공유프로그램(Public Domain Program)이 되어 자유로이 사용할 수 있게 된다.

Ⅲ. 컴퓨터프로그램 저작재산권의 내용

저작권법 제16조에서 제21조까지는 저작권의 재산적 또는 경제적 권능인 저작물의 이용에 대한 저작재산권을 규정한 것이며, 저작재산권에 포함되는 권리의 종류는 저작물의 이용형태별로 분류하여 권리의 다발(bundle of rights)을 표명하고 있다. 이와 비교하여 컴퓨터프로그램보호법의 경우는 제8조 내지 제10에서 프로그램저작인격권에 해당하는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 규정하고 있으며, 그 앞의 제7조에서 프로그램저작권을 규정하여 이 인격권과 저작권을 '제2장 프로그램저작권'으로 명명하여 구성하고 있다. 이처럼 컴퓨터프로그램보호법은 저작재산권과 저작권을 혼용하여 사용하고 있어, 그 개념의 혼동 여지가 있으나, 문맥이나 저작권법의 일반적 원리상 그 내용을 이해할 수 있는 경우가 대부분이기에 이에 대한 논의실익은 적다고 보여진다.¹¹⁾

10) 오승종·이해완, 전거서, 678면. 하지만 이 경우, 예컨대 한글97버전에서 한글 2002버전으로 프로그램이 업그레이드 된 경우 이를 '새로운 창작성이 있어 2차적 프로그램'으로 보느냐, 버전업(업그레이드)라고는 하지만 인터페이스나 매뉴얼, 기능 등이 크게 바뀌어 별도의 프로그램으로 보느냐에 따라 침해판단 및 권리에 대한 문제는 확연히 달라질 수 있다고 보인다.

11) 그렇다 하더라도 차후 개정시에는 이의 체계를 바로잡아야 할 것이다.

1. 프로그램저작권과 배타적 권리

컴퓨터프로그램보호법 제7조에서 법문상 “……프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리를 가진다”라고 표현하고 있는데 이를 살펴보면, “…할 권리를 가진다”라고 하는 법문과 베른협약의 ‘(복제)를 허락하는 배타적권리를 가진다’¹²⁾라는 문언과의 차이를 발견할 수 있다. 우리 저작권법도 베른협약상 내용으로 해석해야 하는 것으로 보이는바 왜냐하면, 오늘날에는 저작자가 저작물을 직접 이용하거나 복제하는 것은 거의 없으며 대부분의 경우에는 다른 사람에게 저작물을 이용 또는 복제를 할 수 있게 하는 것이고, 또한 저작자가 직접 이용하는 경우에는 저작권 문제도 있을 수 없으며 다른 사람이 이용할 경우에만 저작권 문제가 있는 것이다. 그러므로 저작권은 저작자 내지 저작권자가 가지는 것이지만 그 권리의 내용은 다른 사람이 합법적으로 그 저작물을 이용할 수 있게 허락하는 권리에 불과한 것이다. 그리고 우리법에는 배타적 권리(exclusive right)라는 용어를 사용하지 않았으며, 그 이유는 그것이 학문상의 용어일 뿐이고 법령의 용어로는 어울리지 않으며, 또한 실정법상 이러한 용어를 사용한 곳도 없기 때문이다. 구법(1957)에서는 단지 ‘권리가 있다’고 하였으나, 현행법에서 ‘권리를 가진다’고 한 것은 베른협약에서와 같이 저작자만이 저작물의 복제에 대한 배타적인 지배권을 가지며, 또한 저작자만이 저작물의 복제에 의한 이익을 향유한다는 취지로서, 물권적인 성질이 있는 권리를 가지는 것을 말하는 것이다.¹³⁾

2. 컴퓨터프로그램보호법 제7조의 저작재산권

12) 베른협약 §9.① Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

13) 허희성, 2000 신저작권법 축조해설, 저작권아카데미, 2000, 215-217면.

가. 복제권

(1) 내용

저작권법상 복제권이란 저작권자가 프로그램을 스스로 복제하거나 또는 타인에게 복제를 할 수 있도록 허락을 하거나 이를 금지할 수 있는 배타적인 권리를 말한다. 저작권법상 복제란 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다. 컴퓨터프로그램보호법 역시 제2조 제3호에서 '복제'라 함은 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 것을 말한다고 정의하고 있다. 어떤 프로그램을 배끼면서 이를 약간 수정, 증감하여 배긴 경우에도 그 수정, 증감이 지엽적인 부분에 그쳐서 전체적으로 원프로그램과 동일성이 있다고 볼 수 있는 경우에는 '복제'에 해당한다. 그렇지 않고 수정, 증감 등의 행위에 창작성이 있을 경우에는 이를 다시 두 가지로 나누어 보아, 그 창작성의 정도가 매우 커서 완전히 별개의 다른 프로그램을 작성한 것으로 인정되는 경우에는 '복제'는 물론 '개작'에도 해당되지 않지만, 그 창작성이 그러한 정도에 이르지 아니하는 경우에는 이차적 프로그램 작성행위인 '개작'에 해당하는 것으로 본다.¹⁴⁾

프로그램을 자기테이프에서 자기디스크로, 자기디스크에서 플로피디스크로, 자기테이프에서 인쇄물¹⁵⁾ 등으로 기록매체를 변환시키는 행위 및 어떤 프로그램 언어로 쓰여진 프로그램을 '기계적으로' 다른 프로그램 언어로 바꾸는 행위 등도 '복제'에 해당하는 것으로 본다. 이의 요건으로 주의할 점은, '유형물에 고정'시키는 것만이 복제에 해당한다는 것이며 예컨대, 화면에 단순히 띄워 보는 것만으로는 복제에 해당한다고 할 수 없다.¹⁶⁾

컴퓨터프로그램에서도 복제권은 핵심을 이루는 권리로서, 복제

14) 어떤 프로그램이 다른 프로그램의 복제나 개작에 해당한다고 하기 위해서는 두 프로그램 사이에 '실질적 유사성'이 있어야 한다.

15) 프로그램을 인쇄물로 출력하는 것은 원시코드를 인쇄하는 경우를 의미하는 것이다.

16) 윤선희, 전거서, 491면.

(reproduction)는 그 자체가 아주 용이한 생산의 성격까지도 가지고 있다. 컴퓨터를 소유한다는 것은 고성능의 아주 용이한 생산의 성격까지도 가지고 있다. 컴퓨터를 소유한다는 것은 고성능의 복제기구를 소유한다고 할 수 있을 만큼 복제는 가장 손쉽게 이루어진다.

통신망을 통한 업로드(upload)나 다운로드(download)의 경우도 복제에 해당한다. 이는 또한 업로드하는 쪽에서 보면 배포행위라고 할 수 있고, 다운로드하는 쪽에서는 복제행위라고 할 수 있다. 그러나 새로이 개정법에서 규정한 전송권으로 인하여 복제권과의 적용범위에 대한 논란이 있을 수 있으며, 이 경우 공연권·방송권과의 관계도 문제가 될 수 있다. 일본의 경우, 공중송신권이라는 상위개념하에 관련 지분권의 범위를 정하는 개정이 최근에 이루어졌다.¹⁷⁾

(2) 원시코드의 목적코드로의 변환한 경우

원시코드(source code)를 변환(compile)하여 목적코드(object code)로 만드는 것은 원시코드의 복제인지 아니면 원시코드를 번역하여 2차적 프로그램을 만드는 것인지 문제된다. 우리 법상 번역권이 별도로 규정되어 있는 이상 '번역'에 해당하는 것으로 보아야 한다는 견해¹⁸⁾도 있으나, 이러한 변환은 컴파일러 프로그램에 의하여 기계적으로 이루어지므로 저작자의 창작성이 포함될 여지가 없으므로, 2차적 저작물 작성행위의 일종인 '번역'에 해당하는 것으로 볼 수 없고, '복제'에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다.¹⁹⁾ 프로그램의 역변환(decompile, disassemble)의 경우 목적코드는 컴퓨터만이 인식할 수 있는 기계어(machine language)로 되어 있으므로 인간이 쉽게 이해할 수 없다. 이러한 목적코드를 인간이 쉽게 인식할 수 있는 프로그램 언어로 다시 변환시키는 프로그램을 기계어 번역프로그램(decompiler, disassembler)이라고 한다. 기계어번역프로그램에 의해 인간이 인식할 수 있는 프로그램 언어로 변환된 코드를 cousin

17) 윤선희, 전게서, 491면; 근래 유형물에 대한 복제로서 일시적 복제와, 인터넷서비스제공자에 대한 상당히 활발한 논의가 있다.

18) 이철, 「컴퓨터범죄와 소프트웨어 보호」, 박영사, 1995, 345면.

19) 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법축조연구」, 서울대학교 출판부, 1989년, 106면; 임준호, 전게서, 501면; 오승중·이해완, 전게서, 680면 재인용.

source code 라고 한다. 역변환이 순수하게 기계적인 과정만으로 이루어지지 않고, 인간의 창의적인 노력이 반영되는 경우에는 '번역'에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.²⁰⁾

(3) 프로그램의 실행의 경우

프로그램을 실행하기 위하여 컴퓨터의 주기억장치인 RAM에 저장(load)하는 것이 복제에 해당하는지 여부가 문제된다.

이에 대하여는 프로그램을 컴퓨터에 기능시켜 이용하는 것도 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 것이므로 프로그램의 복제에 해당한다고 하는 견해²¹⁾와 이러한 경우에는 유형물에 고정시켰다고 할 만한 정도의 영속성이 있다고 할 수 없으므로 복제에 해당한다고 볼 수 없다는 견해²²⁾가 대립한다.

이에 대해 ① 프로그램을 단순히 주기억장치인 RAM에 올려 실행하는 것은 반도체 메모리칩인 RAM의 특성상 전기가 끊어지면 기억된 프로그램이 모두 지어지게 되어 임시적 저장에 불과하므로 유형물에 '고정'되었다고 볼 만한 영속성이 있다고 할 수 없고, ② 프로그램의 실행까지 복제에 해당하다고 보면, 결국 프로그램 저작권자에게 프로그램에 대한 독점적 사용권(right of use)을 인정하는 것과 마찬가지로 되는데, 이는 저작권의 통상적인 권리 범위를 넘어서서 특허권과 유사한 정도로 확대되는 결과를 초래하므로 부당하다는 의견이 있다.²³⁾

위와 같이 프로그램 언어를 바꾸거나 기록매체를 변경하는 행위도 유형적 복제에 해당되므로 再製된 프로그램은 원프로그램과 원칙적으로 동일할 것이 요구된다. 요컨대 일정한 규칙에 의하여 원프로그램을 기계적으로 일부수정한 행위는 복제에 해당할 것이다. 다만, 특정프로그램을 다소 수정·추가하여 별도의 다른 프로그램을 작성하는 행위는 창작성의 추가여부에 따라 改變 또는 改作은 될지언정 단

20) 사법연수원, 전게서, 164면.

21) 송상현 외 2인, 전게서, 105면.

22) 임준호, 전게서, 501면.

23) 임준호, 전게서, 501면.

순한 유형적 복제에는 해당되지 않는다고 봄이 타당하다는 의견이다.²⁴⁾

나. 개작권

컴퓨터프로그램보호법은 제7조 제1항에서 저작권재산권의 내용으로서 개작과 별도로 번역권을 인정하고 있으나, 번역에 대한 용어의 정의규정을 두고 있지 않다. 저작권법상으로는 컴퓨터프로그램보호법상의 '개작'에 해당하는 '2차적 저작물 작성행위'에 번역이 포함되어있다.²⁵⁾ 컴퓨터프로그램보호법 제2조 4호에서 개작이란 "원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위"로 정의된다. 즉, 개작프로그램은 어떤 특징의 원프로그램의 저작물을 근거로 하여 새로운 기능을 추가하는 등 창작적으로 제작하는 프로그램을 말하며, 이를 종전에는 '2차적 프로그램'이라고 하였다.

또한 개작프로그램도 원프로그램과 다름없이 독자적인 프로그램으로 보호되며(컴법 §3②), 원프로그램 저작자도 프로그램을 개작·번역할 권리를 갖는다(컴법 §7). 그러므로 개작은 원프로그램의 전부 또는 상당부분(핵심이 되는 중요 모듈 등)을 채용하고 여기서 새로운 창작성을 더하여 업무처리기법이나 프로그램생산성의 향상, 새로운 논리체계형성 등을 추가하거나 수정·증감함으로써 새로운 프로그램(2차적 프로그램)을 작성하는 행위를 말한다. 프로그램저작권의 전부를 양도한 경우에는 특약이 없는 한 당해 프로그램을 개작할 권리도 함께 양도한 것으로 추정되며(컴법 §15②).²⁶⁾ 일반적으로 하위버전에

24) 송상현, "컴퓨터소프트웨어의 법적보호방안에 관한 연구", 36면; 송영식·이상정·황중환, 전거서, 722면 재인용.

25) 저작권법 제5조(2차적저작물) ①원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 "2차적저작물"이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다.

② 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

26) 2003년 개정으로 입법적으로 해결하였다. 종전에는 특약이 없는 한 유보된다는 견해(송상현 외, 축조연구 107면)와 복제, 배포권 등 지분권 일부만 양도된 경

서 상위버전으로 업그레이드하는 것이 이러한 개작에 해당한다.

다른 일반저작물과는 달리 프로그램저작물은 끊임없이 점진적 기술개량을 통하여 수명이 연장되는 특성이 있으므로 개작에 의한 2차적 프로그램의 창작이 중요한 의미를 가지게 된다. 즉 개작이나 번역 행위 자체를 허락하거나 금지하는 권리는 프로그램 저작권자에게 있어 원저작자의 동의 없이 원프로그램을 개작·번역한 자는 그 프로그램이 창작성을 인정받는 새로운 프로그램이라 하여도 원저작자의 개작권 침해가 된다. 그러나 개작자가 독자적으로 개작한 부분에 대하여는 저작권이 인정된다.²⁷⁾

프로그램법에서의 개작은 공동저작 프로그램의 경우와 저작자와 저작권자가 다른 경우에 문제의 여지가 있다. 이 권리는 프로그램의 특성상 꼭 필요한 권리이며 동일성유지권과 일면 배치되는 것이 될 수도 있다.²⁸⁾

개작된 프로그램에 해당하는지에 대하여는 원저작물과 2차적 저작물의 구별기준을 원용할 수 있다고 보여지며 ① 시장적 경쟁관계가 있는가, ② 후저작물에 의하여 전저작물의 존재를 추지할 수 있는가, ③ 후저작물로부터 그의 기초되는 저작물의 표현형식에 있어서의 본질적 특징을 직접 감득할 수 있는가, ④ 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가 등에서 구별기준을 찾을 수 있다. ①의 견해는 기준이 비교적 객관적이며, 저작권법적 기본원리²⁹⁾에 충실하다는 장점이 있는 반면 그 밖의 견해는 기준이 불명확한 난점이 있어 보인다.

2차적 프로그램이 1차적 프로그램의 저작권을 침해하였는지는 기본적으로 1차적 프로그램 저작자의 동의가 있었는가에 달려있다. 따라서 원프로그램 저작자가 2차적 프로그램 작성을 허락하면서 기간

우가 아닌 저작권재산권 전부를 양도한 경우에는 자유로운 개량(upgrade)을 허용하는 취지라 해석함이 상당하므로 개작권까지 양도한 것으로 보아야 한다는 견해(임준호, 전게서, 504면)가 있었다.

27) 대법원 2002. 12. 26. 선고, 2000다13757판결; 대법원 2004. 9. 24. 선고, 2002다45895판결.

28) 윤선희, 전게서, 492면.

29) 2차적 저작물은 원저작물의 시장적 수요를 잠재적으로 잠식하므로 저작권법은 원저작물의 저작권자에게 2차적 저작물작성권을 부여하여 원저작자가 이를 스스로 통제할 수 있게 함으로써 원저작자를 보호하고 있다고 한다.

이나 이용범위에 제한을 가한 때에는 그러한 제한은 유효하고 제한을 위반하게 되면 계약위반 또는 저작권 침해가 될 것이며 제 3자가 2차적 프로그램을 개작하기 위해서는 1, 2차 프로그램 저작권자 모두의 동의를 획득해야 한다.

여기서 한 가지 문제는, 원저작자의 동의 없이 원프로그램을 임의로 개작하여 2차적 프로그램을 작성한 자도 2차적 프로그램에 대한 저작권을 취득하는가 하는 점이다. 이에 대해 원프로그램 저작자의 동의 없이 개작한 경우에는 2차적 프로그램에 대한 저작권을 취득하지 못한다는 견해와³⁰⁾ 이러한 경우에도 2차적 프로그램의 저작권은 그 작성자가 취득하고 다만 원프로그램 저작권의 침해로 인한 책임을 부담한다고 보는 견해가³¹⁾ 있다. 살펴보면, 우리 컴퓨터프로그램보호법 제5조는 “2차적 프로그램은 독자적인 프로그램으로서 보호된다.”고 규정하고 있고, 저작권법 제5조 제2항은 “2차적 저작물의 보호는 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하고 있는 바, 이러한 규정의 취지를 종합해 보면, 우리법상 2차적 프로그램 작성자에게 귀속하는 것으로 보는 것이 타당하다. 단지, 원프로그램 저작권자의 동의가 없을 경우에는 그 개작권을 침해한 것이 되므로, 그에 따른 책임을 부담하여야 한다. 그리고 어떤 경우이든지, 제3자가 2차적 프로그램을 이용하고자 할 경우에는 저작권법 제5조 2항의 규정취지에 따라 2차적 프로그램의 저작권자는 물론 원프로그램 저작권자의 허락도 얻어야 한다. 이는 저작자의 동의가 개작된 프로그램의 성립요건인가 혹은 적법요건인가에 대하여 국제협약과 각국의 입법례에서도 동의를 필요로 하지 않으므로³²⁾ 이에 따른 것이다. 그렇다고 하여 원프로그램 저작자의 권리가 침해되어도 좋다는 것은 아니다. 왜냐하면 2차적 저작물은 원저작물의 복제물이므로 원저작자의 동의 없이 작성한 개작프로그램은 그것이 개작프로그램으로 성립하는 것과는 관계없이 원프로그램의 저작권자에게는 저작권재산권의 침해가 되는 것이므로 이를 이유로 고소하거나 손해배상의 청구로

30) 송상현 외 2인, 전거서, 121면.

31) 임준호, 전거서, 502, 503면.

32) 베른협약 §2.5항 : 미국 저작권법 §103 ; 독일 저작권법 §4 ; 일본 저작권법 제 12조.

구제 받을 수 있기 때문이다.³³⁾

한편, 프로그램의 개작이 성립하기 위해서는 원프로그램의 변경에 독창성이 있어야 하는데 프로그램의 이용 내지 변경을 단계별로 보면 다음과 같다: ① 전혀 변경을 가하지 않고 타인의 프로그램을 이용하는 것은 복제에 해당한다. ② 프로그램에 변경을 가하였으나 그 변경이 아직 창작성을 나타내지 않는 경우에도 아직 복제의 범위를 벗어나지 못한다. ③ 그러나 프로그램의 변경이 더 나아가서 변경자의 개성, 즉 독창성을 반영하는 경우에는 프로그램의 전술한 개작으로 보아야 한다. ④ 마지막으로 타인의 프로그램을 이용하였으나, 그 이용이 프로그램을 변경한 것으로 볼 수 없는 경우가 있다. 즉 타인의 프로그램에서 어떤 영감을 받아 이를 기초로 하여 전혀 새로운 프로그램을 창작하는 경우이다. 이 경우에는 원프로그램저작자의 개성은 완전히 뒷전으로 물러서게 되며, 오히려 신프로그램저작자의 개성만이 전면에서 등장하게 된다. 이를 강학상 ‘자유이용’(free Benutzung)이라고 한다. 이 경우에는 원프로그램과 신프로그램은 더 이상 원프로그램과 개작프로그램의 관계에 있지 않으며, 각각 전혀 별개의 프로그램으로 보아야 한다. 따라서 신프로그램의 저작자는 그 프로그램의 이용시에 원프로그램의 저작자의 동의를 얻을 필요가 전혀 없다.³⁴⁾

다. 번역권

번역권은 저작권법과는 달리 컴퓨터프로그램보호법에서만 개작권에서 분리 정의되어 있다. 원래 저작권법상 개작에는 번역도 포함됨을 볼 때³⁵⁾ 결국 컴퓨터프로그램보호법체제에 맞추어 해석해 본다면

33) 허희성, 전제서, 123면.

34) 안효질, 「개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원회, 2000년, 63면.

35) 저작권법 제5조(2차적저작물) ①원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 “2차적저작물”이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다.

※ 미국 저작권법 제101조(정의) ‘2차적저작물’이란 번역물, 편곡물, 극화물, 소설화물, 영화화물, 녹음물, 미술복제물, 축약물, 요약물, 또는 기타 어느 저작물을 개작, 변형, 또는 각색한 형태와 같이, 기존의 하나 이상의 저작물을 기초로

어떤 언어로 쓰여진 프로그램을 거의 일대일의 대응으로 다른 프로그램 언어로 바꾸는 행위를 생각할 수 있다.³⁶⁾ 그러나 프로그램언어는 자연언어와 달리 그 각각이 엄격한 문법체계하에 쓰여져 있다. 그러므로 언어를 바꾸면서 일대일의 대응이란 거의 생각할 수 없다. 결국 구조가 다른 언어간의 변환은 하나의 프로그램으로부터 알고리즘을 추출하여 이것을 별도의 프로그램의 문법체계에 맞도록 구성하여 그로부터 프로그래밍하지 않으면 안된다. 이와 같이 알고리즘으로까지 되돌아가 새로운 프로그램으로 변환하는 행위를 어떻게 평가할 것인가에 대해서는 논란이 있다. 유력설은 이미 번역이나 개작은 아니며, 별개의 저작물이라고 보나 반대설도 있다. 즉 그러한 행위는 번역이나 개작의 범위내이며, 허락없이 하는 것은 저작권침해라는 것이다.³⁷⁾ 번역의 범위는, 예를 들어 BASIC 언어로 작성된 프로그램을 C언어로 번역하였을 경우나 어셈블리어로 작성된 프로그램을 어셈블리과정을 거쳐 기계어로 번역한 경우를 포함하지 않는다.³⁸⁾ 그 경우는 복제에 해당한다. 번역은 UNIX용 프로그램을 MS-DOS용 프로그램으로 번역하는 경우와 같이 OS 프로그램을 달리하는 경우나, 호환성 없는 정보처리장치 사이의 경우에만 발생한다.

이처럼 규정형식에 있어서는 다르나, 프로그램보호법상의 번역권 역시 넓은 의미의 개작권에 포함되는 것으로서 원프로그램에 새로운 창작성을 부가하여 다른 언어로 변환하는 등의 행위를 말하는 것으로 보는 것이 타당하다. 원프로그램을 '번역'한 새로운 프로그램도 그것이 완전히 다른 별개의 프로그램으로 인정되는 경우가 아닌 한, "2차적 프로그램"에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다 어떤 프로그램 언어로 쓰여진 프로그램을 프로그래머의 노력을 다른 프로그램 언어로 바꾸는 경우, 그 과정에 새로운 창작성이 포함되어 있고, 원프로그

하여 작성된 저작물을 의미한다. 전체로서 원저작물을 나타내는 편집적 수정물, 주석물, 퇴고물, 또는 기타 수정물로 구성된 저작물은 '2차적저작물'이다.

36) 송영식 외 2인, 전게서, 722면.

37) 송영식 외 2인, 전게서, 723면.

38) 임준호, 전게서, 505면에서는 BASIC 언어로 작성된 프로그램을 COBOL 로 변환하는 경우를 번역으로 규정해, 같은 OS상의 프로그램언어를 번역한 경우를 번역권의 범주에 넣고 있다.

램의 보호되는 비문언적 표현을 차용하고 있는 경우에는 여기서 말하는 '번역'에 해당하는 것으로 본다. 그러나 그 번역이 보호되지 않는 아이디어로서의 알고리즘만 차용한 것으로 인정된다면, 여기서 말하는 '번역'에는 해당하지 않고, 따라서, 원프로그램 저작권자의 동의를 받지 않고 행해진 경우에도 저작권 침해가 성립하지 아니한다.³⁹⁾

라. 배포권

(1) 의의

배포권이란 저작권자가 프로그램을 스스로 배포하거나 타인에 배포를 할 수 있도록 허락하거나 이를 금지할 수 있는 배타적인 권리를 말한다.

컴퓨터프로그램보호법 제2조 5의2에서 '배포'란 원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말한다. 양도는 유상·무상을 불문한다. 여기서 '배포'의 개념에 포함되어 있는 '대여'는 저작권자가 최초의 배포방법(first method of distribution)으로 선택할 수 있는 수단 중의 하나로 규정되어 있다는 점에서, 저작권자가 프로그램을 양도한 후 적법하게 양수한 자가 저작권자의 허락없이 이를 다시 대여할 수 있는가 하는 문제와 관련하여 논의되는 후술의 '대여권' 문제와는 구별되는 것이다.⁴⁰⁾

여기서 배포란 양도와 대여를 모두 포함하고 있는 개념이다. 이 경우 다음에 나오는 대여권과의 구별이 문제되는데 배포권의 경우 양도와 대여는 유상·무상·영업 여부를 불문하는 넓은 의미의 것을 의미하고 독립된 대여권은 영리목적의 대여권만을 의미하는 한정된 개념으로 이해하여야 할 것이다.⁴¹⁾

(2) 권리소진의 원칙(exhaustion doctrine / first sale doctrine)

만약 저작권자의 배타적인 권리로서의 배포권을 당해 프로그램을

39) 사법연수원, 전게서, 166면-168면.

40) 사법연수원, 전게서, 168면.

41) 오승중·이해완, 전게서, 461면.

적법하게 판매한 후에도 계속 인정한다면, 프로그램의 거래나 이용에 있어서 그때마다 다시 저작권자의 허락을 받아야 하는 불편함이 있게 된다. 이러한 불편을 제거하기 위하여 프로그램보호법은 제19조 제1항에서 저작권법 제43조 제1항과 같은 취지로 “프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자의 허락을 받아 원프로그램 또는 복제물을 판매의 방법으로 곁에 제공한 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이는 저작권자의 배포권이 1회의 판매로써 소진된다는 원칙이라고 하여 권리소진의 원칙 또는 최초판매의 원칙으로 불리며, 미국, EU를 비롯한 각국의 입법이 이를 인정하고 있다. 이러한 권리소진의 원칙에 대한 예외가 대여권인데 이에 대해서는 후술한다.⁴²⁾

마. 발행권

현행법은 제16조에서 프로그램배타적발행권의 내용에 대하여 규정하고, 제26조 제1항에서 프로그램배타적발행권의 설정, 이전 및 이에 대한 질권설정의 등록가능성을 규정하며, 제31조 및 조32조에서는 배타적프로그램발행권자가 직접 침해행위의 금지청구 및 손해배상을 청구할 수 있음을 규정하고 마지막으로 제48조에서는 배타적발행권의 침해시 그 발행권자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있음을 규정하고 있다.

발행권이란 저작권자가 프로그램을 스스로 발행하거나 또는 타인에게 프로그램의 발행을 허락하거나 이를 금지할 수 있는 배타적 권리를 말한다.

컴퓨터프로그램보호법 제2조 제6호에서 발행은 “공중의 수요에 응하기 위하여 프로그램을 복제·배포하는 행위”를 말한다. 이 발행의 개념에는 정식본의 경우만 포함되고 시험용 프로그램(베타버전)의 경우는 발행한 프로그램이 아니라고 보아야 한다.⁴³⁾ 발행의 정의는 배

42) 사법연수원, 전거서, 169면.

43) 배타본의 경우 배포대상자의 수가 극히 제한되었을 경우에만 발행에서 제외하고 있다; 최영호 「컴퓨터와 범죄현상」, 컴퓨터출판, 1995년, 460-461면

포를 포함하고 있으나 발행과 배포를 구별할 필요가 있는데, 발행은 관념적 용어로 배포는 프로그램의 구체적인 이전을 의미하는 용어로 구별하기도 한다.⁴⁴⁾ 특히 외국인의 프로그램에 대한 보호요건과 관련하여서는 ‘발행’에 해당하는지 여부가 보호여부를 좌우하는 중요한 문제가 될 수 있다.⁴⁵⁾

그렇다면, 얼마만큼의 수량을 배포하여야 ‘발행’의 요건을 충족할 수 있을 것인가? 이것은 일률적으로 말할 수는 없고, 구체적인 사건에서 제반정황을 고려하여 공중의 수요를 충족할 수 있을 정도로 복제하여 공중에게 배포하였는지 여부를 판단하여야 할 것이고, 앞으로 판례의 축적에 의하여 보다 구체적인 윤곽이 드러날 것이다.⁴⁶⁾

바. 전송권

PC 통신과 인터넷을 비롯한 통신인구의 비약적인 성장과 초고속 정보통신망의 확충으로, 이들 통신망을 통한 컴퓨터 프로그램저작권의 침해가 날로 증대되는 추세에 있다. 특히 통신망을 이용한 침해는 그 영향이 매우 신속하게 확산되어 저작권자에게 미치는 피해의 정도 또한 매우 크다. 인터넷을 이용하면 전세계의 어디라도 침해대상을 전송할 수 있으므로 침해의 범위는 가히 전세계적이라고 할 수 있다. 이러한 배경 하에 우선 1994. 1. 5. 의 개정으로 구 컴퓨터프로그램보호법 제26조 제3호에 “프로그램저작권자의 허락없이 그 프로그램을 통신망을 통하여 전송하거나 배포하는 행위”를 저작권의 침해로 보는 규정을 신설한 바 있다. 당시에 처음 제출된 개정안에는 방조행위까지 처벌하는 규정을 두어, 저작권침해행위를 막은 내지 방조하는 통신망 사업자도 처벌할 수 있는 근거를 확보하고자 하였으나, 최종적으로 그러한 규정은 누락되고 위와 같은 직접적인 전송·배포

44) 최영호, 전게서, 460-461면.

45) 컴퓨터프로그램보호법 제3조 2항 : 대한민국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인이 창작한 프로그램과 맨 처음 대한민국내에서 발행된 외국인의 프로그램(외국에서 발행한 날로부터 30일 이내에 대한민국내에서 발행된 프로그램을 포함한다)은 이 법에 의하여 보호된다.

46) 사법연수원, 전게서, 171면.

행위만 침해로 간주하는 규정을 두었다고 한다.⁴⁷⁾ 그러다가 이제는 정면으로 프로그램저작권재산권의 내용의 하나로 ‘전송권’을 인정하게 되었고, 그만큼 네트워크 시대의 프로그램저작권자의 권리가 더욱 신장되었다고 볼 수 있게 되었다.

법상 전송이란 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제7호에서 “공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위”라고 규정하여, 저작물의 전송권 인정 문제에 대한 논의의 일단락을 짓고, 모법인 저작권법보다 앞서 1998년 12월 개정에서 전송권을 인정하였다. 전송권의 설치로서 저작권자에게 전송권을 부여하여 프로그램 저작권자의 허락 없이 컴퓨터 프로그램을 통신망을 통하여 전달하는 경우 전송권의 침해로 처벌할 수 있도록 근거규정을 마련하였다. 전송권의 도입전까지 컴퓨터프로그램보호법은 전송권을 별도의 저작권으로 인정하지 않고, 통신망을 통한 저작권 침해를 침해간주 행위로만 규정하여 프로그램을 저작권자의 허락 없이 공동서버에 올리지만 할 때에는 해석상 어려움이 따랐으나 전송권을 별도의 저작권으로 인정하게 이를 해소하게 된 것이다. 이러한 의미의 전송권을 인정한 것은 이른바 ‘디지털 송신’을 어떻게 규율할 것인가 하는 문제에 관하여 국제적으로 논의되어 온 결과를 정면으로 수용한 것이라고 할 수 있고, 오늘날 가장 빈번하게 이루어지는 프로그램의 유통형태인 온라인 전송에 대하여 프로그램 저작권자에게 배타적인 저작권재산권을 명시적으로 인정한 것에 큰 의미가 있다.

위와 같은 통신망을 통한 전송 및 배포행위에 대하여 ‘복제권’이나 ‘배포권’에 의한 규율에 맡겨 두지 아니하고 ‘전송권’이라는 별도의 권리를 신설한 것은 ‘디지털송신’이라는 저작물의 무형적 전달행위가 가지는 특성을 염두에 두고 저작권자의 권리 범위를 보다 명확히 하기 위한 취지라 볼 수 있는 것이다. 이러한 ‘디지털송신’의 문제는 비단 컴퓨터프로그램에 국한된 문제는 아니고, 디지털화될 수 있는 모든 저작물(이에는 미술, 음악, 사진, 영상, 문학 등의 영역이 모두 망라될 것이다)이 같은 문제를 안고 있다.

47) 윤선희, 전계서, 435면.

이 문제에 관하여 WIPO 저작권조약 제8조는 베른협약상의 공중전달권과는 별도로, “.....모든 문학, 예술 저작물의 저작자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다.”고 규정하고 있다. 일본의 저작권법도 종래의 방송권에 갈음하여 주문형 또는 쌍방향 송신을 포함하여 모든 형태의 전송에 대하여 ‘공중송신권’을 인정하는 규정을 두고 있다. 우리 컴퓨터프로그램보호법에 신설된 ‘전송권’은 일본의 ‘공중송신권’과 거의 같다고 볼 수 있다. 2000년 1월의 개정에 의하여 저작권법도 전송권에 대한 규정이 신설되었고 그 입법취지도 동일하나, 다만 그 개념범위에 있어서 쌍방향적·이시적 송신행위만 포함하고 있다는 점에서 차이가 있다.

위에서 본 ‘전송’의 정의에 따라 전송의 수단은 유선통신과 무선통신을 불문하고, 공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 프로그램을 송신하거나 ‘이용에 제공’하는 행위이며 전송에 해당하므로 프로그램을 원격지간에 직접 송신하는 행위 외에 통신망의 전자게시판이나 인터넷 홈페이지 등에 올려놓아 공중이 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 행위도 전송권의 권리범위에 포함된다.

우리의 ‘전송권’은 WIPO 저작권조약의 ‘공중전달권’이나 일본의 ‘공중송신권’과 마찬가지로 ‘공중’을 대상으로 한 프로그램을 전달을 의미하는 것이기 때문에 개인 사이의 프로그램 전달은 그 권리대상에 포함되지 아니한다. 또한 전송권이 종래의 배포권과는 별개의 권리로 신설된 이상, 전송권에는 최초발행의 원칙이 적용되지 아니하는 것으로 보아야 한다. 즉 전송권자가 온라인 판매의 방법으로 자신의 프로그램을 공중에게 전송하여 저작물의 전자적(electromagnetic) 또는 광신호(optical) 복제물이 수신자에게 전달되더라도 수신자는 저작권자의 허락없이 그 복제물을 다시 제3자에게 전달할 수는 없다.⁴⁸⁾

48) 컴퓨터프로그램보호회, 컴퓨터프로그램보호법 축조해설 참조.

(<http://www.cpf.or.kr/content/study/aaa1.htm>); 사법연수원, 전게서 172-174면.

3. 컴퓨터프로그램보호법 제7조 이외의 프로그램저작권

가. 대여권

저작권법 제20조에서는 저작자는 저작물의 원작품이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다며 배포권을 규정하고 있으며 동법 제2조 15호에서 정의한 바와 같이 유상 또는 무상을 불문하고 저작물의 원작품이나 그 복제물을 일반공중에게 양도하거나 대여하는 것을 가리키며, 권리의 성질에 있어서는 복제권과 같은 배타적권리인 것이다.

앞서 본 바와 같이 일단 최초판매가 이루어지면 저작권자의 배포권은 소진되기 때문에 적법한 양수인은 이를 재판매하거나 대여할 수도 있게 되는데, 컴퓨터 프로그램 또는 그 복제물의 상업적 대여는 결과적으로 저작권자가 프로그램판매로 얻을 수 있는 수익을 감소시키는 결과를 가져오는 문제가 있다. 즉, 프로그램복제는 극히 손쉬운 일이므로 한부의 대여는 한부이상의 판매의 감소를 가져오기 쉽다. 이를 시정하기 위하여 권리소진의 원칙에 대한 예외로 저작권자에게 인정하는 것이 바로 대여권이다. 즉, 대여권은 최초판매이후에 저작권자가 프로그램의 적법한 양수인에게 프로그램을 상업적으로 대여할 수 있도록 허락하거나 이를 금지할 수 있는 권리를 말한다.

입법적으로 배포의 개념속에 대여까지도 정의하고 있으므로 대여권은 배포권의 일부로서 생각되어 왔다. 그러나 1994년법(컴법 §16의 2②)에서 영리목적의 대여에는 별도의 허락이 필요하다고 함으로써 대여권을 명백히 규정하였으며, 2000년 개정 제19조 제2항에서 “판매용 프로그램을 영리 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램 저작권자 또는 프로그램 배타적 발행권자의 허락을 받아야 한다”고 명시하고 있다. 이는 프로그램저작권 위탁관리제도와 대리·중개업 제도에 대한 규정에서 대여업의 활성화를 위한 규정으로 영리를 목적으로 하는 대여권은 리스산업을 포함한 전문대여업의 출현으로 말미암아 그 보호의 의의는 크다고 하겠다.⁴⁹⁾

미국 저작권법은 1990년 법개정을 통하여 제109조 (b)항에 컴퓨터

49) 윤선희, 전게서, 493면.

프로그램의 대여권을 인정하는 규정을 두고 있다.⁵⁰⁾ 다만, 미국 저작권법은 대여권을 제한하는 규정에 다음과 같은 예외조항을 두고 있다. 즉, ① 어떤 기계나 제작물에 구체화된 컴퓨터 프로그램이 그러한 기계나 제작물을 통상적으로 작동하거나 이용하는 동안에 복제될 수 없는 경우 또는 ② 컴퓨터 프로그램이 비디오게임용 또는 기타 특정의 목적을 위하여 설계된 제한된 용도의 컴퓨터와 결합되어 있는 경우에는 대여권을 인정하지 아니하는 것으로 규정하고 있다.⁵¹⁾

앞서 살펴본 바와 같이 TRIPs 협정에서도 저작재산권의 하나로 이러한 의미의 대여권을 인정할 것인지 여부가 쟁점이 되었는데, 결국 프로그램에 관하여 일정한 요건하에 대여권을 인정하는 것으로 규정하였다. 즉 TRIPs 협정 제11조에서 컴퓨터프로그램의 저작자와 그 승계인에게 상업적 대여에 대한 허가·금지권을 부여하고, 단지 프로그램이 대여의 본질적 대상이 아닌 경우에는 대여권을 인정하지 않는 예외를 규정하고 있다.⁵²⁾

우리 컴퓨터프로그램보호법도 1994. 1. 5. 개정을 하면서 제16조의 2 제2항에 대여권에 관한 규정을 신설하여, “제1항의 규정에도 불구하고

50) 미국 저작권법 제109조 (b)항 : 녹음물의 저작권자 또는 컴퓨터프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이러한 프로그램을 수록한 매체를 포함)의 저작권자, 그리고 녹음물의 경우에는 그것에 수록된 음악저작물의 저작권자로부터 권한을 부여받지 않은 한, 특정 음반의 소유자 또는 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 그와 같은 프로그램을 수록한 매체를 포함)의 특정 복제물을 소유한 자는 직접 또는 간접적인 상업적 영리를 목적으로 소유하고 있는 음반이나 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이러한 프로그램을 수록한 매체를 포함)을 대여, 리스나 대출, 또는 대여, 리스나 대출의 성질을 가진 기타 행위나 관행에 의하여 처분하거나 처분을 허락할 수 없다; 출처: 저작권심의조정위원회 홈페이지(<http://www.copyright.or.kr>)

51) 17 U.S.C 109(b) (1)(B)

52) TRIPs 11조 제11조 (대여권) 적어도 컴퓨터 프로그램과 영상저작물에 관하여, 회원국은 저작자나 권리승계인에게 그들이 저작권 보호 저작물의 원본 또는 복제물의 공중에 대한 상업적 대여를 허락 또는 금지할 수 있는 권리를 부여한다. 회원국은 영상저작물에 관하여서는 그러한 대여가 자기나라 저작자와 권리승계인에게 부여된 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하는 저작물의 광범위한 복제를 초래하지 아니하는 경우, 이러한 의무에서 면제된다. 컴퓨터 프로그램과 관련하여 이러한 의무는 프로그램 자체가 대여의 본질적인 대상이 아닌 경우에는 적용되지 아니한다.

하고 판매용 프로그램을 영리의 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램 저작권자의 허락을 받아야 한다”고 규정하여 위 TRIPs 협정의 규정과 같은 취지의 대여권을 인정하고 있으며 위 조항은 현행 프로그램보호법 제19조 제2항에 그대로 반영되었다. 한편 우리 법상으로는 TRIPs 규정과 같은 예외조항이 없으나, 해석론 상으로도 위 예외조항과 같이 해석하는 것이 가능할 것이다.⁵³⁾

나. 공연·방송권

공연권이란 프로그램 저작권자가 스스로 프로그램을 공연하거나 또는 타인에게 공연을 하도록 허락하거나 이를 금지할 수 있는 배타적 권리를 말한다.

본 권리에 대해 컴퓨터프로그램보호법에서는 명문의 규정이 없으나, 저작권법 제17조(공연권)·제18조(방송권)의 규정을 프로그램법 제45조의 규정에 의거하여 적용할 수 있는가가 문제되는데,⁵⁴⁾ 프로그램은 독자적으로 TV 등의 매체나 영화(애니메이션)의 형태로 방송이나, 공연의 기회가 많아지는 것이 사실이고 그에 관계되는 권리의 인정이 시급한 실정이고 보면 공연권이나 방송권은 독자적 권리로서의 보호가 필요하고 이의 인정은 법리상의 하자가 없다고 할 것이다.⁵⁵⁾ 그러나 이제는 방송의 개념을 포함하는 전송권을 인정하는 규정이 있는 이상 방송권을 별도로 인정할 필요는 사라졌다고 봐야한다는 주장도 있다.⁵⁶⁾

다. 사용권

저작권산권을 열거하고 있는 프로그램보호법 제7조에서 직접적으로 규정하고 있지는 않지만, 그 저작권산권의 제한에 대하여 규정하

53) 오승종·이해완, 전게서, 685면; 사법연수원, 전게서, 169-171면. 재인용.

54) 이를 긍정하는 견해로는 임준호, 전게서, 513-514면이 있으며, 부정하는 견해로는 송상현 외 2인, 전게서, 221면이 있다.

55) 윤선희, 전게서, 494면.

56) 오승종·이해완, 전게서, 688면.

고 있는 제12조의 규정이 복제권과 사용권의 제한을 그 내용으로 하고 있고, 제17조에 사용허락을 규정하고 있음을 볼 때, 사용권이란 프로그램 저작권의 본질적 내용 중의 하나라고 주장하는 견해⁵⁷⁾가 있다. 그러나 프로그램보호법 제7조에서 저작재산권의 내용에 사용권을 포함하지 않은 것은, 사용권을 인정할 경우 복제, 배포 등을 수반하지 않은 단순한 사용도 그 때마다 일일이 저작권자의 허락을 받아야 하는 것으로 보게 되어 사용자에게 과중한 부담을 주고 프로그램의 유통을 저해할 수 있는 소지가 있다는 점을 고려한 때문이라고 보이고, 미국, 일본 등을 포함한 각국의 입법례도 이 점에서 대체로 일치하고 있다. 다만, 1991년 5월에 채택된 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 EU지침에서 사용권을 프로그램 저작권의 일부로 규정하면서, 프로그램복제물에 대한 정당한 권원을 가지고 있는 자는 저작권자의 허락 없이도 프로그램을 사용할 수 있다는 예외를 규정하고 있을 뿐이다.

저작재산권의 제한에 관한 규정 등에서 '사용'이라는 용어를 사용하고 있어도 이는 단순한 '컴퓨터에의 사용', 즉 RAM을 이용한 실행행위를 말하는 것이 아니라 저작재산권의 내용에 포함되는 여러 종류의 다른 이용행위를 의미하는 것이라고 보아야 할 것이므로, 그러한 규정만으로 사용권을 인정하는 근거로 삼기도 어렵다고 볼 수 있다.

그리고 현행 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제4항에서 '침해로 보는 행위'의 하나로 '프로그램저작권을 침해하는 행위에 의하여 만들어진 그 프로그램의 복제물(제1호의 수입프로그램을 포함한다)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 컴퓨터에 업무상 사용하는 행위'를 포함시킨 것은 사용권을 알면서 취득한 자가 이를 컴퓨터에 업무상 사용하는 행위'를 포함시킨 것은 사용권을 인정하는 것에 같음하여 개정법에서 규정한 것으로서⁵⁸⁾ 그러한 제한적인 규정자체가 일반적으로 사용권을 저작재산권으로 인정하지 않는다는 것을 분명히 말해주고 있다.⁵⁹⁾

57) 윤선희, 전거서, 421면.

58) 김문환, "컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 의견", 「저작권」 1993년 봄호, 9면 참조.

59) 사법연수원, 전거서, 163면.

라. 기술적 보호조치권

프로그램저작권자는 저작권침해에 대비하기 위하여 여러 가지 기술적 보호조치를 마련하기도 한다. 개정 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호는 기술적 보호조치란 ‘프로그램에 관한 식별번호⁶⁰⁾·고유번호 입력, 암호화⁶¹⁾ 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치’라고 개념정의하고 있다. 이러한 기술적 보호조치는 하드웨어적으로(예컨대 ‘하드락’(Hardlock) 또는 ‘동글’(Dongle)이라 불리는 복사방지장치), 소프트웨어적으로(복사방지 루틴(routine)을 직접 프로그램에 삽입함으로써) 또는 양자의 혼합방식으로(엄격히 말하면 언급한 Hardlock은 양자를 혼합한 방식임) 구현할 수도 있다. 동 규정의 취지는 이러한 사실적 보호수단을 변경하거나 그 기능을 무력화하는 행위를 법적으로 보호함으로써 권리자의 이익을 최대한 보장하려는 것이다. 이는 1996년 12월의 WIPO의 저작권조약(WCT) 제11조 및 실연음반조약(WPPT) 제18조의 의무를 이행하기 위한 규정이라고 볼 수 있다.

우리 컴퓨터프로그램보호법은 이미 2000년의 입법과 그 이후의 개정을 통하여 기술적 보호조치에 관한 입법체제를 갖추고 있었으며, 저작권법도 2003년 4월 29일 개정을 통해 기술적 보호조치에 관한 규정을 신설하였다. 저작권법의 경우 제2조 제20호에서 “저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치”라고 정의하고 있다. 이러한 개념규정에 의하면 한국의 저작권법 체제는 다소 모호한 측면이 있으나, 모두 권리통제(right control)를 위한 기술적 보호조치만을 보호대상으로 하며 접근통제(access control)를⁶²⁾ 위한 기술적 보호조치는 그 보호대상에서 제외

60) 식별번호란 비밀번호를 위하여 프로그램 데이터에 접근할 수 있는 권한을 부여받은 번호(ID)라고 볼 수 있다. 즉, 정당한 권원에 의하여 ID번호를 부여받은 자만이 해당 프로그램을 복제 또는 사용할 수 있다.

61) 암호화란 프로그램에 특정문자, 숫자, 기호 등으로 암호코드화 함으로써 코드의 내용을 알지 못하게 하고 대외비밀로 하여 정당한 권원을 가진자 이외는 그 내용을 알 수 없도록 비밀유지하는 방법을 말한다.

62) 기술적 보호조치에 의한 접근통제는 사실상 저작자에게 접근권을 인정하는 것을 의미하므로 기술적 보호조치와 관련하여 가장 많은 논란을 야기하고 있다.

하고 있다고 할 수 있다.⁶³⁾ 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항에서는 “누구든지 정당한 권원없이 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하여서는 아니된다”라고 금지규정을 두었다.

여기서, 기술적 보호조치의 무력화 행위라 함은 기술적 보호조치를 회피하는 행위, 해제·제거·삭제 등의 행위로 프로그램에 대한 기술적 보호조치의 효과를 쓸모없게 하는 것을 말한다. 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법이나 기술적 보호조치를 무력화하는 등을 목적으로 하는 기기나 도구 등의 거래를 금지시킴으로써 모두 예비적 행위를 규제하고 있다.

프로그램저작권(즉, 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송권과 저작인격권)을 침해하는 경우에는 법 제29조에⁶⁴⁾ 의해 금지할 수 있지만, 기술적 보호조치의 무력화 행위에 대한 법 제29조에 의해 금지할 수 있지만, 기술적 보호조치의 무력화 행위에 대한 금지규정은 법 제30조 제1항에 기술적보호조치의 침해 등의 금지를 별도로 규정하고 있다. 그 외에도 정지와 예방청구는 제31조, 손해배상은 제32조 규정에 의한다. 형사적 제재규정은 법 제46조에 두고 있다.

살펴보면, 컴퓨터프로그램보호법은 기존의 프로그램저작권 이외에 새로운 배타적인 권리를 부여함으로써, 곧 기존의 저작권법체제의 영역에 속하는 것을 기술적 보호조치와 관련하여 또다시 규정함으로써 이러한 사실에 배치되는 모습을 지니게 되었다. 컴퓨터프로그램보호법이 규정과 같이 새로이 배타적 권리를 인정하는 방식은 프로그램 저작자의 권리를 확대하는 결과를 초래할 수 있다. 권리통제를 위한

우리 법체제는 미국이나 유럽의 저작권과 달리 접근통제를 위한 기술적 보호조치를 좌절시키는 행위자체가 금지되지도 않으며 이러한 기술적 보호조치를 좌절시키도록 하는 도구의 거래행위도 규제하지 않고 있다. 그러나 문제점은 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치의 사용이 점점 더 증가하고 있으며, 특히 권리통제를 위한 기술적 보호조치와 함께 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 사용이 증가하고 있다는 점이다.

63) 이대희, 「S/W 불법복제방지 기술의 법적 대응」, 디지털기술발전에 따른 소프트웨어 보호제도 개선방안 세미나, 프로그램심의조정위원회, 2003. 11. 62면.

64) 컴퓨터프로그램보호법 제29조(프로그램저작권 침해행위 등) ①누구든지 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해하거나 다른 사람의 프로그램배타적발행권 등을 복제·배포 및 전송의 방법으로 침해하여서는 아니된다.

기술적 보호조치를 적용시킨 저작권자는 기존의 프로그램저작권 이외에 기술적 보호조치의 규정에 의하여서도 권리를 행사할 수 있을 것이다.⁶⁵⁾ 따라서 저작권자는 기존의 저작권 외에도 기술적 보호조치 자체에 의한 보호와 새로운 배타적인 권리를 부여한 효과를 가지는 기술적 보호조치의 무력화금지규정에 의하여서도 보호받을 수 있으므로 3중의 효과를 받는 결과가 된다.

마. 프로그램 배타적발행권

(1) 배타적발행권의 도입배경

배타적발행권은 2000년 1월 28일(법률 제6233호) 컴퓨터프로그램보호법이 개정되면서 신설된 권리이다. 전에는 프로그램저작권자가 자신의 프로그램을 복제·판매하려는 경우 제3자인 프로그램유통업자 또는 프로그램발행권자에 그에 상응하는 사용권을 부여하고, 그 제3자가 해당 프로그램을 판매하는 방식을 취하였다. 그러나 프로그램발행권자의 권리는 채권적인 권리로서 침해자에 대하여 직접적으로 대항할 수 있는 성질의 것이 아니었다. 프로그램발행권자의 권리가 대세적인 성격을 갖지 못하고 단순히 채권적인 성격만 갖고 있다는 점은 그들이 안심하고 프로그램발행업에 투자할 수 있는 여건을 마련 해주지 못하였다. 즉 프로그램발행권자에게는 그 권리가 설정된 프로그램을 독점적으로 발행·판매할 수 있는 지위가 보장되어야만 그가 투자자로서 프로그램개발자에게 안심하고 투자할 수 있게 되며, 이는 결국 소프트웨어산업의 활성화에 기여할 것으로 기대된다. 뿐만 아니라 프로그램발행권자들에게는 저작권법 제54조 및 제60조 제3항에서 일반저작물의 설정출판권자들에게 인정되어 있는 등록제도도 마련되어 있지 않아 프로그램저작권자가 이중으로 프로그램발행권을 부여하는 위험도 있었다. 이에 현행법은 저작권법 제54조의 준물권적인 설정출판권에 상응하는 프로그램 배타적발행권을 인정하고, 등록된

65) 물론 구제수단에 있어, 프로그램저작권에 대해서는 민형사적 구제수단이 모두 제공되지만 기술적 보호조치에 대해서는 형사적인 구제수단만이 제공되는 결과가 된다.

프로그램 배타적발행권자에게는 제3자대항력을 부여함으로써 유통질서의 확립과 소프트웨어벤처기업에게 유통업자들이 안심하고 개발자금을 지원할 수 있는 법적인 장치의 마련하였다. 요컨대 현행컴퓨터 프로그램보호법 제16조는 구법상 채권적 권리로만 보호되고 있는 프로그램발행권을 등록하도록 함으로써 이에 배타적 성질을 부여하고, 프로그램배타적발행권자 자신이 그 권리를 양도, 질권설정 등을 통하여 투자자금을 회수할 수 있는 기회를 제공함으로써 궁극적으로는 프로그램유통의 원활화를 기하고자하는 데에 그 목적이 있다.

(2) 프로그램의 '발행'

“발행”이라 함은 공중의 수요에 응하기 위하여 프로그램을 복제·배포하는 행위를 말한다. 우선 프로그램의 공표와 발행을 구별하여 보자. 프로그램의 공표는 프로그램을 특정인 또는 불특정다수인에게 제시하는 것도 포함한다. 따라서 공표는 특정인에게 단 한번만 프로그램을 전송한 경우에도 존재하는 것으로 보아야 한다. 그러나 발행은 ‘공중의 수요에 응하기 위하여’하여야 하며, 따라서 논리적으로 단 하나의 프로그램복제물을 특정인에게 제공하는 것만으로는 아직 프로그램의 발행으로 볼 수 없다. 프로그램이 공중의 수요에 응하기 위한 정도의 수량이 구체적으로 어느 정도인지는 확실히 말할 수 없으나, 단지 몇십 부만으로는 아직 공중의 수용에 응한다고는 볼 수 없다. 물론 프로그램의 종류나 그 성질에 따라서 판단하여야 할 것이다. 예컨대 일반소비자들을 위한 문서편집용 프로그램의 경우에는 그 수량이 많아야 할 것이며, 소수의 전문가들만을 위한 프로그램, 예컨대 고가의 그래픽편집용 프로그램의 경우에는 상대적으로 그 수량이 적어도 될 것이다.

프로그램의 공표와 발행은 그밖에 다른 점에서도 차이를 나타낸다. 즉 프로그램의 발행은 ‘복제·배포’행위를 말하며, 공표는 이러한 발행 이외에 프로그램을 특정인 또는 불특정다수인에게 제시하는 행위, 즉 전송행위를 포함한다. 따라서 프로그램을 무형적인 방법으로 판매하는 것은 적어도 범문상으로는 프로그램의 발행으로 볼 수 없다. 그러나 현재 다수의 프로그램이 무형적인 방법으로 판매되고 있기 때

문에, 무형적인 방법으로 공중의 수요에 응하기 위하여 판매되는 경우에는, 입법론적으로 이를 프로그램의 발행으로 볼 필요성이 있다. 이 문제는 다시 컴퓨터프로그램보호법 제16조의 프로그램배타적발행권과 관련하여서 생각해 보아야 한다. 프로그램배타적발행권이 저작권법 제54조이하의 규정에 따른 설정출판권규정과 마찬가지로 그 발행권자에게 준물권적인 지위를 인정하여 그 자를 보호하기 위한 규정으로 본다면, 이를 유형적 복제·배포권자에게 한정할 정당한 이유는 없다. 즉 무형적인 방법으로 공중의 수요에 응하기 위하여 프로그램을 판매하는 자에 대해서도 준물권적인 권리를 부여하여 그 자의 지위를 강화할 필요는 있다. 따라서 앞으로 법개정시에 이에 대한 검토가 필요하다고 본다.⁶⁶⁾

(3) 배타적발행권의 내용

컴퓨터프로그램보호법 제16조에서 도출될 수 있는 프로그램 배타적발행권이란 프로그램 저작물에 대하여 복제하여 배포 또는 전송할 수 있도록 하는 배타적 권리를 프로그램 저작자로부터 독점적으로 허락받은 권리를 말한다. 이러한 경우 프로그램 배타적발행권자는 그 설정행위로 인한 범위 안에서 프로그램 배타적 발행권 등을 행사할 수 있다.(동조②). 단, 프로그램 저작권자는 그 프로그램의 복제권을 목적으로 하는 질권이 설정되어 있는 경우에는 그 질권자의 동의가 있어야 프로그램 배타적발행권 등을 설정할 수 있으며(동조③), 프로그램 배타적발행권자 등은 프로그램저작자의 동의 없이 프로그램 배타적발행권 등을 목적으로 하는 질권을 설정하거나 제3자에게 프로그램 배타적발행권 등을 양도 할 수 없다(동조④). 그리고 이 프로그램 배타적발행권 등은 그 설정행위시에 특약이 없는 때에는 3년간 존속한다(동조⑤).

IV. 컴퓨터프로그램 저작권의 침해판단

66) 안효질, 전게서, 64면.

컴퓨터프로그램저작권의 침해시 그 판단방법은 일반적으로 저작권의 침해판단과 유사한 기준을 적용하기도 하겠으나, 프로그램 복제권 및 개작권의 침해에 있어서는 기능적 저작물인 컴퓨터프로그램에 대한 특징이 반영된 판단기준을 도출해야 할 필요가 있다. 저작권재산권의 침해판단을 위해 그 동안 개발되어온 여러 가지 방법론이 있는데, 이들 방법론들은 주로 미국의 판례를 통하여 나타난 것들이기 때문에 구체적인 사건에서 문제될 개개의 저작물의 종류 및 그 성질에 적합한 판단방법으로 개발된 것이다. 예컨대 추상화 테스트는 어문저작물, 그 중에서도 희곡 저작물에 대한 침해사건에서 개발된 것이며, 외판이론은 시각적·사실적 저작물, 추상화-여과-비교의 3단계 테스트는 컴퓨터프로그램 저작물에 대한 침해사건⁶⁷⁾에서 개발된 것이다. 따라서 이들 방법론들은 그 어느 것이나 일반적인 저작물에 공동적으로 적합할 수 있는 범용성을 가지는 것이라고는 보기 어려우나 아래에서는 저작물침해 판단에 있어 일반적 내용과 컴퓨터프로그램저작물과 같은 기능적 저작물의 침해판단과 관련하여 중요하게 취급되고 있는 3단계 테스트에 대해 살펴본다.

1. 저작물 복제의 침해판단

저작물의 일부분이라도 실질적 부분의 복제를, 복제의 개념에 포함하고 있으므로, 저작물의 실질적 부분을 복제하면서 다소 개변을 가하는 경우에도 그 복제물이 원저작물과 실질적인 유사성(substantial similarity)이 있으면 원저작물의 복제물이 되며, 실질적 유사성이 없으면 별개 독립의 저작물이 되는 것이므로 복제권의 침해 여부와 2차적저작물의 성립 여부에 중요한 기준이 된다. 실질적 유사성은 미국에서 소송절차상 확립된 관행으로서, 저작권의 침해 여부를 판정함에 있어서는 침해자가 원저작물에 접근(access)할 수 있는 기회와 양

67) *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 23 U.S.P.Q.2d 1241(2d Cir. 1992).

저작물 간의 실질적 유사성이 있으면 저작권의 침해로 보았다.⁶⁸⁾

실질적 유사성과 관련하여 여러 가지 문제가 있는데, 첫 번째 문제는 원저작물을 재제하면서 똑같이 작성할 필요는 없고 다소의 수정증감이 있어도 저작물의 동일성이 변하지 않는 한 동일물의 복제이므로 복제권의 침해가 되는 것이다.⁶⁹⁾ 그리고 이러한 경우에는 복제권의 침해만이 아니라 동일성유지권의 침해도 된다. 다만 수정증감을 하지 않는 경우에는 복제권의 침해만 성립된다.

두 번째 문제는 다소의 폭이 있는 개념이지만, 복제를 하면서 동일하게 하지는 않았으나 실질적으로 유사하게 작성하여 실질적 유사성이 있다면 복제권의 침해가 되는 것이다. 우리 판례도 “비록 일부라고 할지라도 그 본질적인 부분과 실질적 유사성이 있고, 이른바 통상적인 아이디어의 영역을 넘어 구체적, 경험적 표현을 무단으로 이용한 것은 저작권(복제권)의 침해”라고 하였다.⁷⁰⁾ 이러한 판례에 의하면 저작권(복제권)의 보호범위가 문제인데, 저작권은 특허와 같은 심사나 명세서의 첨부도 없으므로 저작권이 미치는 범위가 처음부터 불명확하여 어디서부터 저작권(복제권)의 침해가 성립될 것인가 하는 것이 문제이다. 더욱이 이 문제를 더 어렵게 하는 것은 표절, 모방, 도용의 범위와 심지어는 동일한 저작물이 창작되어도 거기에 새로운 저작권이 발생하기 때문이다.⁷¹⁾

세 번째의 문제는 실질적으로 유사하다면, 복제가 된다고 하여도 그 내용의 성질상 누가 작성하여도 어느 정도 유사할 수밖에 없는 것에 대하여는, 유사하다고 하여 바로 복제가 성립되는 것이 아니다. 또한 기본적인 속성이 같은 경우 이를 보고 바로 복제가 성립되는 것이 아니다. 그러므로 결과적으로는 독자성이 희박한 것에 대하여는 복제의 보호범위가 좁아질 수밖에 없다.

68) 허희성, 전게서, 218-220면.

69) 대법원 1989. 10. 24. 선고, 89다카12824판결.

70) 서울지방법원 1996. 9. 6. 선고, 95가합72771판결.

71) 서울지방법원 1997. 11. 5. 선고, 97카합2072판결.

2. 컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단

컴퓨터프로그램 침해사안에서 유사판단에 대한 방법론은 기능성 저작물의 성격이 강한 프로그램저작물의 특성상 여타의 저작물과는 다른 기준에 의거해야 한다.⁷²⁾ 이 새로운 방법론은 어문저작물(희곡)에 관한 사건에서 Learned Hand 판사에 의하여 처음으로 제시된 ‘추상화이론’(추상화테스트)를 그 출발점으로 하여, ‘여과’ 및 ‘비교’의 과정을 거치는 3단계로 구성된다. 즉, 먼저 원고의 프로그램을 그것을 구성하는 구조적 부분들로 분해한다(추상화 단계). 그리고 각각의 분해된 부분들을 검토하여 그에 내재된 아이디어, 그 아이디어를 나타내는 데 반드시 필요한 표현들, 공중의 영역으로부터 가져온 요소들에 해당하는 것들을 가려냄으로써 모든 보호받지 못하는 요소들을 여과하게 된다(여과단계). 이와 같은 여과과정을 거쳐 창작적 표현의 핵심이 남게 되고, 마지막 단계는 남아있는 이들 요소들을 피고 프로그램의 구조와 비교하는 것이다(비교단계).

이를 다른 각도에서 살펴보면, 전통적인 보호받는 표현 테스트에서와 마찬가지로, 추상화 및 여과단계에서는 보호받는 표현을 보호받지 못하는 아이디어로부터 분리하는 작업이 진행된다. 이러한 분리 및 여과작업이 완성되면, 위에서 언급한 실질적 유사성에 관한 심리로 들어가는데, 이 과정에서는 앞의 두 단계에서 추출된 보호받는 표현들 중 어느 부분을 피고가 복제하였는가, 그리고 그 복제된 부분이 원고의 전체 프로그램과 관련하여 볼 때 상대적으로 어느 정도의 비중(중요성)을 가지고 있는가를 평가하는 작업이 중심을 이루게 된다.⁷³⁾

가. 1단계 : 추상화(abstraction)

72) 저작권 침해판단에 대한 다양한 기준에 대해서는; 오승중, 「저작재산권침해의 판단기준에 관한 연구」, 서강대학교 박사학위논문, 2005년 참조.

73) Paul Goldstein, Copyright(2d ed.), Little Brown and Company, pp.7:39-40; 오승중, 전제 논문 57-63면 재인용.

추상화 테스트는 원래 어문저작물과 관련하여 개발된 것이지만 컴퓨터프로그램에도 적용될 수 있다.

그 방법은 프로그램을 ‘역분석’(reverse engineering)하는 것과 같은 방식으로 진행되는데, 즉 침해되었다는 원고 프로그램의 구조를 분해하고 이를 추상화의 단계에 따라 구분하는데, 이과정은 프로그램 코드(code)로부터 시작하여 프로그램의 궁극적 기능을 명확히 하는 것으로 끝난다. 결국 원고 프로그램의 개발자가 그 개발과정에서 거쳤던 수순을 거꾸로 밟아나가는 것이라고 할 수 있다. 이처럼 추상화의 낮은 단계에서의 모듈과 명령들을 그보다 상위 단계의 모듈이 가지는 기능으로 점차 추상화 시켜 나가는 과정을 거쳐 점점 더 높은 추상화의 단계로 나아가게 되면, 결국 그 프로그램이 달성하고자 하는 최종적이고 궁극적인 기능만이 남게 된다.

나. 2단계 : 여과(filtration)

이 단계에서는 추상화의 각 단계에 나타나 있는 구조적 요소들 검토하여 해당 단계에서 그러한 요소들이 ‘아이디어’에 해당하는지, 효율성의 고려에 의하여 어쩔 수 없이 포함되게 된 것인지, 또는 프로그램 자체의 외부적인 요인에 의해 요구된 것인지를 걸러낸다. 즉, 컴퓨터 프로그래머는 가장 효율적인 방법으로 사용자의 요구를 충족시키는 프로그램을 개발하고자 하는데, 특정한 기능을 수행하기 위한 구체적인 지시나 명령을 작성하는 방법이 다수 존재한다고 하더라도 효율성의 고려 때문에 현실적으로 채택할 수 있는 방법은 극히 제한되는 경우가 있다.⁷⁴⁾ 따라서 실질적 유사성을 판단함에 있어서 특정한 모듈이나 모듈 세트를 채택하는 것이 해당 프로그램의 원하는 작업을 효율적으로 수행하기 위하여 필수적인 것인지 여부를 심리하여 필수적인 경우 그 표현은 당해 프로그램의 아이디어에 합체되어 보호를 받을 수 없다고 보는 것이다.⁷⁵⁾

74) 물론 모든 프로그램에서 효율성의 고려가 반드시 요구되는 것은 아니다. 그러나 효율성 외에 ‘단순성(simplicity) 역시 프로그래머들이 개발과정에서 중요하게 고려하는 요소의 하나이다; 오승중, 전제논문, 59면.

다음으로 외부적 요인에 지배되는 요소인 필수장면의 원칙(scenes a fair) 역시 합체의 원칙과 마찬가지로 어문저작물에 있어서 필수장면의 원칙에 따라 저작권 보호가 제한되는 것처럼, 프로그래머는 프로그램 개발을 할 때 여러 가지 외부요인을 고려할 수 밖에 없기에 고려되는 요소이다. 이런 외부적인 요인들로서는, 그 프로그램이 구동되는 컴퓨터의 기계적인 규격, 그 프로그램과 연계되어 함께 작동하도록 되어 있는 다른 프로그램들과의 호환성, 컴퓨터 제조자들이 사용하는 디자인 표준, 관련 산업계의 요구사항, 컴퓨터 업계에서 널리 받아들여지고 있는 프로그램 제작관행 등을 들 수 있다. 76) 또한 공중의 영역(public domain)으로부터 가져온 요소들은 특정인만이 독점적으로 사용하여서는 아니되는 요소들이므로 이들도 여과 대상이 된다.

다. 3단계 : 비교(comparison)

앞의 단계에서 프로그램의 모든 요소들 가운데 아이디어, 효율성 또는 외부적 용인에 의하여 지배되거나 공중의 영역으로부터 가져온 요소들을 제외하면 비로소 보호받을 수 있는 표현만이 남게된다. 3단계 비교과정에서는 피고가 이러한 보호받는 표현중 어떤 부분을 복제하였는지, 그리고 복제한 부분이 있을 경우 그 부분이 원고의 전체 저작물과 관련하여 볼 때 상대적으로 어느 정도의 중요성을 가지고 있는지, 즉 실질적인 정도에 이르렀는지 아니면 사소한 정도에 그치고 있는지를 평가하게 된다.

이 때 두 저작물 사이의 유사성이 보호받지 못하는 표현에 기인하는 것인지 여부를 판단하기 위하여 유사성에 대한 '분석적 분해'(analytic dissection)가 수행되어야 할 수도 있다. 만약 두 저작물 사이에 존재하는 유사성이 전적으로 공통된 아이디어의 사용에 기인하는 것이라고 판단된다면 저작권침해가 성립되기 위한 요건으로서

75) 오승중, 전계논문, 59면.

76) Mark A. Lemley et. al., Software and Internet Law, 2d Aspen Publishers(2003), p.50; 오승중, 전계논문, 60면 재인용.

의 '실질적 유사성'은 존재하지 않는다고 보게 된다.

3. 정리

3단계 테스트의 특징은 여과의 대상에 효율성의 고려에 지배되는 요소와 외적인 요인에 의하여 지배되는 요소들을 비교적 넓게 포함하고 있는 점이다. 만약 이러한 기능성과 효율성, 하드웨어적인 요인, 호환성의 요구 등에 관련된 부분에 대하여 저작권을 인정한다면, 기술·기능의 독점을 허용하는 것이 되고 특허권보다도 강한 장기간의 보호를 함으로써 컴퓨터프로그램산업의 발전을 크게 제약하게 될 것이다. 따라서 비문언적 표현을 보호하는 원칙을 견지하면서도 이러한 기능적 요소들을 정확하게 분별하여 여과한다는 점에서 이 이론은 상당히 중립적이고 합리적인 이론이라고 할 수 있다. 현재 이 이론은 미국에서 가장 유력하고 보편화된 이론으로 자리 잡아 최근까지의 많은 판례가 이 이론을 실질적 유사성 판정기준으로 채택하고 있다.⁷⁷⁾

V. 맺음말

컴퓨터프로그램보호법은 입법목적과 개정취지를 보더라도 기존 저작권법에서 컴퓨터프로그램만의 독특한 특징과 필요성에 근거하여 변천되어온 바이고, 이에는 법적 논리와 함께 컴퓨터프로그램산업이라는 정책적 고려가 상당히 많이 배어 있다고 볼 수 있다. 국제기구 및 조약이나 WTO 체제의 운영 등에서 보는 바와 같이 세계적인 법규범화 추세에 있기에 급속히 변화하는 기술환경과 국제동향에 적절히 대응하면서도 국내 프로그램 소프트웨어산업에 대한 영향, 일반 유저들의 원활한 이용 등 여러 가지 면을 고려할 수 밖에 없다고 본

77) 황희철, 컴퓨터프로그램보호법, 「지적재산권법강의」(정상조 편, 홍문사, 1997), 362-363면; 오승중, 전계논문, 148면.

다. 특히 인터넷네트워크나 정보기기 사용이 활발한 우리나라의 경우 자리잡은 인프라에 대한 영향력을 배제할 수는 없을 것이다. 현재 실무와 학계를 가리지 않고 왕성한 논의를 보이는 일시적 복제개념의 도입, 친고죄 규정의 개정, 접근권과 기술적 보호조치, 민사적 구제조치의 다양화, 업무상 창작 규정, 위탁개발 프로그램의 권리귀속, 역분석 규정, 벌칙조항의 강화, 사적보상금제도의 도입, 프로그램라이선스 규정의 신설, P2P서비스의 저작권 침해책임 등의 사안들은 향후에도 법적·제도적 변화 가능성을 쉽게 짐작케 한다. 현행 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제1항에 규정된 프로그램저작권은 저작권법 제10조에서 일반저작물에 대하여 규정하고 있는 것과 마찬가지로 제한적으로 해석하여야 한다. 따라서 기술의 발전으로 새로운 프로그램이용방법이 등장할 경우 이것이 기존의 각 프로그램저작권개념에 포함시킬수 없는 경우, 프로그램저작자에게 귀속시킬 수 없다. 전송권과 관련하여 전술한 바와 같이, 입법론적으로는 프로그램저작권을 제한적으로 규정할 것이 아니라 예시적으로 규정함으로써, 프로그램저작자가 자신의 프로그램을 정신적 및 경제적으로 이용할 수 있는 모든 권리를 인정하는 것이 바람직하다고 본다.⁷⁸⁾ 아울러 권리자들의 권리에만 치우쳐 유저들의 이용과 향유의 벽을 높게만 하고 법과 정책이 견지해야 할 존재의 근본목적은 상실해서는 안될 것이다.

8차에 이르는 개정을 통해 대외적 흐름과, 국내적 특수함을 반영해가고는 있으나 설세없이 맞춰나가고자 하는 새로운 법문, 권리, 제한, 예외, 의무, 제도 등은 관계자들 조차도 혼란스러울 정도로 법제의 변화가 심한편이다.

컴퓨터프로그램의 저작권적 보호 대상성에 관한 1세대 논의⁷⁹⁾에서

78) 안효질, 전계보고서, 110면.

79) 1970년대와 1980년 초반에 주로 이러한 논의들이 전개되었다. 사람이 읽을 수 있는 형태 즉, 원시코드로 된 프로그램은 보통의 어문저작물과 유사하기 때문에, 저작권 보호 대상이 된다는 점에는 큰 논란이 없었지만, 기계만 읽을 수 있는 목적 코드의 보호 문제는 약간의 논란이 있었다. 이 논의는, 목적 코드란 원시 코드를 단지 기계적인 과정에 의하여 번역한 것에 불과하여 원시 코드와 동일성을 가지는 복제물로 보아, 원시 코드에 대해 저작권을 인정하는 이상 목적 코드에 대해서도 저작권을 인정하는 것이 타당하다는 쪽으로 결론이 났다. TRIPs 협정에서도 목적 코드도 프로그램으로서 보호를 받아야 한다고 규정하

부터, 저작권이 보호하는 것은 어디까지나 '표현(expression)'이지 '아이디어(idea)'가 아니라는 소위, '아이디어-표현 이분법'이란 원칙을 프로그램에 대해 어디까지 적용하여 프로그램을 보호할 것인가의 2세대 논의는 현재도 진행 중인 듯 하다. 그런 중에도 3세대 4세대 논의가 그리 멀지 않았음은 어렵지 않게 짐작할 수 있으며, 지금까지 권리자측이든 이용자측이든 현실반영의 미흡함에 대한 항변 논리가 치열하게 대립해왔던 만큼 학계와 실무의 충분한 논의는 더욱 필요하다고 보여진다. 법제역시 현실과 거시의 양면, 권리자와 이용자측의 양면, 인센티브부여와 이용을 통한 산업발전이라는 두축을 공고히 도모하여야 할 것이며, 변화사항에 발맞춘 적응을 기대한다.

고 있다. 운영체제도 그것이 응용 프로그램과 달리 오로지 컴퓨터의 작동을 통제하기 위한 기능을 한다는 점과 관계없이 아이디어의 표현에 해당하는 한 저작권법의 보호 대상이 된다고 본다.

[참고문헌]

- 김문환, “컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 의견”, 「한국저작권논문선집(II) 18집」, 저작권심의조정위원회, 1995.
- , “컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 의견”, 「저작권 보호」 1993.
- 송영식·이상정·황중환 공저, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005.
- 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법측조연구」, 서울대학교출판부, 1989.
- 안효질, 「개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원회 연구보고서 00-08, 2000.
- 오승중, 「저작권재산권침해의 판단기준에 관한 연구」, 서강대학교 박사학위논문, 2005.
- 오승중·이해완, 「저작권법(제3판)」, 박영사, 2004.
- 윤선희, 「지적재산권법(제7정판)」, 세창출판사, 2005.
- 이대희, “S/W 불법복제방지 기술의 법적 대응”, 「디지털기술발전에 따른 소프트웨어 보호제도 개선방안 세미나」, 프로그램심의조정위원회, 2003.
- 이 철, 「컴퓨터범죄와 소프트웨어 보호」, 박영사, 1995.
- 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적보호”, 「지적소유권에 관한 제문제(下)」, 법원행정처(1992), 사법연수원, 「저작권법Ⅱ」, 2004.
- 정상조, 「소프트웨어산업과 저작권법」, 「지적재산」, 1993.
- 정 완, “프로그램저작권의 형사적 보호”, 「형사정책연구소식 71호」, 한국형사정책연구원, 2002.
- , “컴퓨터프로그램의 법적보호 4”, 「법무사 통권334호」, 대한법무사협회, 1995.
- 최영호, 「컴퓨터와 범죄현상」, 컴퓨터출판, 1995.
- 허희성, 「2000 신저작권법 축조해설」, 저작권아카데미, 2000.
- 황희철, 컴퓨터프로그램보호법, 「지적재산권법강의」, 정상조 편, 홍문사, 1997.

컴퓨터프로그램의 배타적 발행권등

한국소프트웨어저작권협회 책임연구원
손 정 달

차 례	
I. 서설	V. 프로그램배타적발행권등의 권리
II. 프로그램배타적발행권등제도의 의의	VI. 저작권법에서의 배타적이용권
III. 프로그램배타적발행권등의 설정계약	VII. 맺음말
IV. 프로그램저작권등록부에의 등록	

I. 서설

프로그램 유통의 활성화를 위하여 2000년 컴퓨터프로그램보호법에서는 준물권적인 성격을 갖는 프로그램배타적발행권을 도입하였다. 이는 저작권법상의 출판권에 해당하는 것으로, “복제·배포”에 대한 배타적 권리를 인정함으로써 프로그램발행업에 투자할 수 있는 여건을 마련하고자 하는 것이다. 판매조직의 구성이나 판매망 확보에는 많은 시간과 비용이 든다는 점에서 그러한 기반을 갖고 있지 않은 프로그램저작권 자로서는 직접 자신의 프로그램저작물에서 경제적 수익을 거두는 것은 쉬운 일이 아니다. 반면 경제적 수익이 예상되는 프로그램이 있어도 유통업자로서는 단순히 채권적 지위에 머무르는 사용허락을 통하여 사업

을 진행하기에는 어려움이 있었다. 이러한 문제점을 극복하기 위하여 프로그램배타적발행권이 도입된 것이며, 2002년 개정법에서는 전송권이 추가되었다.

아래에서는 이러한 프로그램배타적발행권등 제도와 관련하여 그 의의와, 권리 발생을 위한 설정계약, 구체적 권리 내용 등에 대하여 살펴 보도록 한다. 그리고 이러한 프로그램보호법상의 제도 운영이 저작권에 미친 영향으로서 저작권법상 ‘배타적 이용권’ 제도 도입과 관련한 논의를 소개하도록 한다.

II. 프로그램배타적발행권등제도의 의의

1. 프로그램배타적발행권등 제도의 도입 배경

가. 프로그램배타적발행권의 도입

현행 컴퓨터프로그램보호법 제16조에 규정되어 있는 “프로그램배타적 발행권”은 프로그램 유통의 활성화를 목적으로 2000년 1월 개정법¹⁾에서 도입된 권리이다. 이 제도의 도입과 관련한 입법자들은 다음과 같이 그 취지를 논의하고 있다. 즉 “현재 채권적 권리로만 보호되고 있는 프로그램배타적발행권을 정보통신부장관에게 등록하도록 함으로써 발행권의 권리보호를 강화하고, 프로그램배타적발행권자에게는 양도, 질권 설정 등을 통한 투자자금회수의 기회를 제공하여 프로그램유통의 원활화를 기하고자 하는 것”을 그 취지로 밝히고 있으며, 이 규정에 따라 배타적발행권자는 그 권리가 설정된 프로그램을 독점적으로 발행·판매할 수 있게 되어 투자자가 프로그램 개발자에게 안심하고 투자할 수 있게 됨으로써 소프트웨어산업의 활성화에 기여할 것으로 기대하고 있다.²⁾

1) 전문개정 2000.1.28 법률 6233호.

2) 컴퓨터프로그램보호법개정법률안 심사 보고서, 과학기술정보통신위원회, 1999, 6면.

프로그램을 창작한 자가 그의 프로그램으로부터 경제적 수익을 얻고자 하는 경우에는 여러 방법이 있을 수 있다. 예컨대 창작자 스스로 프로그램을 복제하여 판매하는 방법이 있으며, 제3자에 프로그램의 대량 생산·판매에 대한 권한을 주어 그 사업을 대행케 하는 방법 또는 직접 제3자에게 프로그램저작권을 양도하는 방법 등이 있다. 일반적인 경우 판매조직의 구성이나 판매망의 확보에는 많은 비용과 시간이 든다는 점에서, 창작자로서는 제3자에게 사용을 허락함으로써 그를 통하여 경제적 수익을 얻고자 한다. 그런데 창작자나 프로그램저작권자로부터 사용허락을 받은 자로서는 그 지위에 불안을 느끼지 않을 수 없다. 즉 저작물에 대한 출판업자와 같이 프로그램을 배포·발행하고자 하는 자(예컨대 프로그램 유통업자)는 저작권자로부터 프로그램의 배포·발행 등에 관한 사용허락을 받을 수 있다. 그러나 이러한 사용허락은 채권적인 권리에 불과하여 프로그램 유통업자로서는 제3자의 권리 침해에 대항할 수 없다는 한계를 갖고 있다. 예컨대 프로그램저작권자 甲으로부터 프로그램 사용허락을 받은 후, 다시 그 프로그램저작권자가 다른 이(乙)에게 프로그램 저작권을 양도하였다면, 사용허락을 받았던 자로서는 甲과의 사용허락계약을 들어 乙에게 대항할 수 없다.³⁾ 이 때문에 프로그램 유통업자로서는 독점적인 사업 전개를 위해서는 프로그램 저작권자로부터 프로그램 저작권을 양수하거나 대세적 효력을 인정되지 않는 프로그램저작권자와의 사용허락으로 만족하여야 했다.

또한 종전의 프로그램저작권 등록에서는 프로그램저작권의 이전 또는 처분 제한, 질권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한 등만을 대항력을 인정하는 등록 사항으로 규정하고 있었다. 이에 프로그램저작권자가 타인에게 사용권을 부여할 경우에도 이를 적절히 공시할 방법이 없어서, 프로그램저작권 중 일부의 권한만을 부여받은 사용권자로서는 그 보호를 받기가 어려웠다.⁴⁾

이러한 상황은 프로그램 저작권자의 프로그램 저작물 활용의 가능성

3) 이러한 사용허락계약자의 지위 보장을 위하여 독일과 유럽의 입법례를 들어 저작권 양도 이전에 설정된 라이선스에 대해서 승계적 효력을 인정하는 것이 바람직하다는 견해도 있다; 안효질, "소프트웨어 개발 및 양도에 있어서의 저작권 문제", 「디지털재산법연구」 제1권 2호, 2002, 173면.

4) 컴퓨터프로그램보호법개정법률안 심사 보고서(주2), 5-6면 참조.

을 제한하고, 프로그램 유통업자들의 지위를 불안하게 하는 요인으로 결국 프로그램 유통의 활성화를 저해하는 것으로 지적되었다. 이에 2000년 컴퓨터프로그램보호법 전면 개정과 함께 “프로그램배타적발행권”이 도입되었다. 즉 프로그램저작권자가 다른 사람에게 그 저작권에 대하여 독점적으로 복제·배포할 수 있도록 하는 배타적 권리(프로그램 배타적발행권)를 설정할 수 있도록 하고, 양도하거나 질권을 설정할 수 있도록 하며, 이를 등록함으로써 제3자에게 대항할 수 있도록 하였다(동법 제16조, 제26조).

또한 프로그램배타적 발행권을 프로그램저작권의 이전등록 사항 중에 하나로 명시하였다. 즉 동법 제26조에서는 종전의 등록 사항에 프로그램배타적발행권의 설정, 프로그램배타적발행권의 이전 또는 처분제한, 프로그램배타적발행권을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한 등을 추가하였다. 동법 제31조 및 제32조에서는 배타적프로그램발행권자가 직접 침해행위의 금지 및 손해배상을 청구할 수 있도록 하였으며, 제48조에서는 프로그램배타적발행권의 침해시 그 프로그램배타적발행권자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 규정하였다.

나. 프로그램 배타적 전송권의 추가

2002년 개정된 현행 컴퓨터프로그램보호법⁵⁾에서는 기존의 배타적 발행권에 추가하여 배타적 전송권이 도입되었다. 2000년 개정법에서 도입된 프로그램배타적발행권은 발행의 해석상 그 방법이 유형의 복제·배포를 의미하는 것이었다. 그러나 프로그램의 유통 활성화를 목적으로 부응하기 위해서는 이를 유형적 방법에만 한정할 것이 아니고 무형적인 방법으로 공중에 판매하는 자에 대하여도 준물권적 권리를 부여할 필요성이 강하게 요구되었다.⁶⁾ 즉 급속한 발전을 보이고 있는 인터넷등 정보통신망의 발전은 전송에 의한 프로그램의 판매를 요구하게 되었고, 이러한 요구에 대응하여 현행법에서는 ‘독점적으로 복제하여 전송할 수 있는’ 권리인 ‘프로그램배타적전송권’을 신설하여 추가하였다.⁷⁾

5) 일부개정 2002.12.30 법률 6843호.

6) 안효질(주3), 168면.

2. 프로그램배타적발행권등의 개념

프로그램배타적발행권등이라 함은 프로그램배타적발행권과 프로그램 배타적 전송권을 포함하는 개념이다. 프로그램배타적발행권은 프로그램 저작권자가 다른 사람으로 하여금 그 프로그램저작물을 독점적으로 복제하여 배포할 수 있도록 설정하는 배타적 권리를 의미하며, 프로그램 배타적 전송권은 전송할 수 있도록 설정하는 배타적 권리이다.

프로그램배타적발행권은 독점적으로 복제하여 배포할 수 있는 권리이다. 이때 '복제'라 함은 "프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위"를 의미한다. 출판권에 있어서 "그 출판권의 목적인 저작물을 원작 그대로 출판할 권리"를 가진다는 규정은 마련하고 있지 않으나, "새로운 창작성을 더하지 아니하는 행위"라면 복제로서 인정될 것이다. 또한 그러한 의미에서 단순히 프로그램의 오류를 수정하여 다시 제작하는 행위역시 복제로서 인정된다.

'배포'란 "원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 행위"를 의미한다. 양도는 유상·무상을 불문한다. 여기에서 '배포'의 개념에 포함되어 있는 '대여'는 저작권자가 최초의 배포방법으로 선택할 수 있는 수단 중의 하나로 규정되어 있다는 점에서, 프로그램 저작권자로부터 프로그램배타적발행권을 설정받은 자가 저작권자의 허락없이 이를 다시 대여할 수 있는가 하는 문제이다.

- 7) 이와 같은 배타적 전송권의 추가와 함께 문구상 약간의 수정을 가한다. 즉 2000년 개정법에서는 "프로그램배타적발행권등의 설정을 받은 자는 그 설정행위로 인한 범위안에서(밑줄 저자 주) 프로그램배타적발행권등을 행사할 권리를 가진다"라는 표현을 쓰고 있었으나, '그 설정행위로 인한 범위'가 어디까지인지, 설정행위로 인한 범위가 법령상 별도로 정해지는 것인지 등에 관한 의문이 들 뿐만 아니라 설정행위를 부연하기 위한 지시대명사의 쓰임은 불필요하다는 등의 이유를 들어 보다 짧고 명확한 표현인 '설정한 범위'로 변경하고 있다. 또한 "프로그램배타적발행권등은 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 3년간 존속한다"이라는 규정에 대하여서도 '그 설정행위에 특약이 없는 때에는'이라는 표현의 의미는 '권리를 설정해 줄 때 별도의 약속이 없는 경우'를 상정하고 있는 것으로 보므로, '해당 권리를 설정할 때 특약이 없다면'으로 간략하게 그 표현을 변경하였다.

프로그램배타적발행권자들은 프로그램저작권자의 동의없이 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권을 설정하거나 제3자에게 프로그램배타적발행권등을 양도할 수 없도록 하고 있다. 따라서 대여권만을 양도하고자 하는 경우에는 프로그램저작권자의 동의를 받아야 할 것이다. 그러나 프로그램배타적발행권자들이 제3자로 하여금 대여를 사용 허락하고자 하는 경우에는 원칙적으로 프로그램 저작권자의 동의를 필요로 하지 않는다.

‘전송’이란 “공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위”를 의미한다. 전송을 공중⁸⁾을 대상으로 한 행위이며, 배포행위와 같이 그 유상·무상을 묻지 않는다. 프로그램배타적발행권은 ‘독점적으로’ 복제하여 배포 또는 전송할 수 있도록 하는 배타적 권리이다. ‘독점적’이라는 ‘동일한 권리’의 양립을 인정하지 않음을 의미한다.

가. 프로그램배타적발행권과 발행

프로그램저작권자는 다른 사람에게 그 저작물에 대하여 독점적으로 복제하여 배포할 수 있도록 하는 배타적 권리를 설정할 수 있다. 이에 프로그램배타적발행권은 프로그램 저작물을 독점적으로 복제하여 배포할 수 있도록 프로그램 저작권자에 의하여 설정된 권리이다. 이때 프로그램배타적발행권의 “복제하여 배포하는 것”이 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제6호의 ‘발행’을 의미하는지 살펴보아야 할 것이다.

먼저 2000년 개정법에서는 “다른 사람에게 그 저작권에 대하여 독점적으로 복제·배포할 수 있도록 하는 배타적 권리”를 새로운 권리로 도입하면서 이를 ‘프로그램배타적발행권’이라 하였다. 이 법문에 의하면 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제6호 소정의 발행에 있어 ‘공중의 수요에 응하기 위하여’라는 요건은 없다. 만약 동법 제2조 제6호 소정의 발행권을 다른 사람으로 하여금 배타적으로 허락하기 위한 것이었다면, “다른 사람에게 그 저작권에 대하여 독점적으로 발행할 수 있도록 하는 배타적 권리”로 규정함으로써 충분하였을 것이다. 그렇지만 법은 그와 같은

8) 공중의 의미와 관련하여서는 후술한다.

간명한 입법이 있었음에도 불구하고, ‘복제·배포’라고 하고 이를 ‘프로그램배타적발행권’이라고 하고 있다.

물론 컴퓨터프로그램보호법상의 ‘발행’은 ‘복제’와 ‘배포’를 포함하는 개념이라는 점에서 ‘복제’와 ‘배포’를 포괄하는 개념으로 ‘발행’이라는 표현을 사용한 것으로 이해된다. 그러나 ‘발행’이라는 개념은 단순히 ‘복제’와 ‘배포’를 포함하는 개념이 아니라, ‘공중의 수요에 응하기 위하여’라는 요건을 요구하게 된다. 그리고 이와 같이 해석하게 된다면 프로그램배타적발행권에 있어 ‘복제·배포’는 ‘공중의 수요에 응하기 위한 복제’와 배포를 의미하게 된다.⁹⁾ 그러나 이는 법에서 요구하지 않는 요건을 세삼스레 요구하는 것이며, 아래에서 다시 살펴보겠지만 그러한 요건을 특별히 요구할 이유도 없어 보인다. 저작권법상의 출판 개념은 따라서 ‘프로그램배타적발행권’의 ‘복제·배포’는 컴퓨터프로그램보호법 제 2조 제6호 소정의 ‘발행’을 의미한다고는 할 수 없다고 해석하여야 하겠다.¹⁰⁾

더군다나 현행 프로그램보호법에서는 배타적 전송권을 도입하면서, 종전의 입법 형식을 바꾸어 “복제하여 배포할 수 있도록 하는 배타적 권리”라고 정의하고 있다. 즉 “프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하여 공중에게 양도 또는 대여하는 행위”를 의미한다. 이러한 입법의 변화가 어떤 정책적 판단아래 이루어진 것인가는 확인할 수 없다. 다만 법문에 충분한다면 종전의 해석론이 더욱 그 근거를 유지하기 힘들다고 하지 않을 수 없다.

물론 바뀐 법문에 의한다면 프로그램에 대한 배타적 복제권은 인정되지 않는다. 즉 배타적 권리는 배포 행위에 한정되며, 그 배포행위를 위한 복제만이 인정된다. 따라서 2000년 개정법에서 도입된 프로그램배타적발행권에서와는 달리 배타적 복제권은 인정되지 않게 된다. 일응 복제만을 목적으로 한 배타적 권리를 인정할 이유가 없다는 면에서 본다면 배타적 복제권을 인정하지 않는다고 하여 큰 문제는 없다고 생각된다.

9) 오병철, 「디지털정보계약법」, 법문사, 2005, 175면.

10) ‘공중의 수요에 응하기 위하여’라는 요건에 대하여서는 아래에서 다시 상세히 살펴보도록 한다.

나. 프로그램 배타적 전송권과 공중

현행법에서는 종전의 프로그램배타적발행권에 추가하여 프로그램저작권자에게 다른 사람에게 그 프로그램저작물을 전송할 수 있도록 하는 배타적 권리를 설정할 수 있도록 하고 있다. '전송'이라 함은 '공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위'를 의미한다. 법문의 해석에 있어 '복제하여'라는 부분이 '배포'만을 한정하는 것인지, '전송'까지를 포함하는 것인지는 의문이다. 이 문제는 일시적 복제를 어떻게 해석하는가에 따라 달리 해석할 여지가 있는 문제이다. 다만 본고에서는 이러한 판단에 구애됨이 없이 '전송'행위만을 언급하도록 한다.

한편 프로그램 배타적 전송권의 도입과 관련하여 '발행'의 개념 정의에도 불구하고 발행권에는 복제행위와 배포행위 뿐만 아니라 전송행위를 할 권리까지 포함되는 것으로 보아야 한다는 견해¹¹⁾가 있으며, 나아가 비록 규정의 취지는 동일하지만 프로그램배타적발행권과 프로그램배타적 전송권은 그 내용이 명백히 다르다는 점에서 하나의 조문에 동시에 규정되어 있는 프로그램배타적발행권과 프로그램 배타적 전송권을 분리하여 구별된 조문으로 규정하는 것이 법적 명확성과 본 조문을 이해하는데 도움이 될 것이라는 입법론¹²⁾도 있다. 그러나 프로그램배타적발행권이 복제하여 배포하는 행위뿐만 아니라 전송행위까지를 포함하는 것으로 해석할 이유는 없다. 만약 그와 같이 해석하려 했다면 굳이 "프로그램배타적발행권"이라는 표제를 "프로그램배타적발행권등"이라는 표현으로 바꿔 쓸 이유가 없다. 더군다나 입법론¹³⁾에서는 별 차이가 없는 내용을 각기 다른 조문으로 두고, 프로그램 배타적 전송권에 대해서는 프로그램배타적발행권을 준용하도록 하고 있는데, 이는 경제적이지만 주장에 불과하다.

11) 오병철(주9), 176면.

12) 프로그램심의조정위원회, 효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상), 2004, 241면.

13) 입법 방식은 프로그램심의조정위원회(주12), 241면을 참조.

‘배포’와 ‘전송’은 ‘공중’을 대상으로 한다. 이때 ‘공중’의 의미와 관련하여 종전의 컴퓨터프로그램보호법¹⁴⁾에서는 “특정인 또는 불특정 다수인”을 의미한다고 규정하고 있었다. 그러나 현행법에서는 이 개념정의 를 삭제하고 학설이나 판례의 해석론에 맡기고 있다. 이는 공중의 개념에 특정인을 일률적으로 포함한 것이 국내의 입법에서 유사사례를 찾을 수 없는 이례적인 입법이라는 점에서 비판의 소지가 있었다는 점에 대한 반성적 고려에 기한 것이라는 평가를 받는다.¹⁵⁾

사전적 의미에서 ‘공중’이란 ‘사회의 여러 사람’ 내지 ‘일반 사람들’을 의미한다. 따라서 그 특정 여부에 구애받지 않고 다수인이라면 공중에 해당할 것이다.¹⁶⁾ 또한 행위자 입장에서 보아 상대방이 불특정인인 경우라면 당해 불특정인을 ‘공중’이라고 하고, 결과적으로 다수인인 때가 많다는 점에서 불특정인을 포함한다. 즉 ‘공중’이라 함은 불특정인이나 다수의 특정인을 의미한다. 나아가 저작권법에서는 ‘일반 공중’이라는 개념을 사용하고 있는데, 이역시도 프로그램보호법상의 ‘공중’ 개념과는 차이가 없다 생각된다.

다. ‘공중의 수요에 응하기 위하여’

해석론 중에는 프로그램배타적발행권이 일반적인 복제·배포·전송권과 구별되는 것은 우선 복제와 배포 그리고 전송 중 ‘공중의 수요에 응하기 위한’ 프로그램 복제와 배포 및 전송을 의미한다는 것이라고 하는 견해¹⁷⁾가 있다. 이 견해에 의하면 프로그램배타적발행권에 있어 ‘복제·배포’는 ‘공중의 수요에 응하기 위한’ 복제와 배포를 의미하게 된다. 위 견해는 ‘공중의 수요에 응하기 위한’이라는 요건에 해당되기 위해서는 얼마나 많은 수량의 복제본을 배포하거나 전송하여야 하는가에 대해서는 일률적으로 그 기준을 정하기 어렵다고 지적한 후, 일 견해에 의하면 구체적인 사건에서 제반 상황을 고려하여 공중의 수요를 충족

14) 2001년 개정법(일부개정 2001.1.16 법률 6357호)을 포함한 이전의 법률.

15) 오승중, 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2004, 687면.

16) 예컨대 일본 저작권법 역시 ‘공중’ 개념에는 ‘특정 다수인’을 포함한다고 정의하고 있다(동법 제2조 제5항).

17) 오병철(주9), 176-177면.

할 수 있을 정도로 복제하여 공중에게 배포하였는지의 여부를 판단하여야 한다는 견해를 언급한 후, 배타적 발행권 여부를 판단하기 위한 ‘공중의 수요에 응하기 위한’이라는 요건은 얼마나 많은 수량의 복제본을 배포하였는가의 객관적 사실로 판단하여서는 곤란하다고 하는 지적을 한다.¹⁸⁾

먼저 위 견해는 프로그램배타적발행권이 ‘공중의 수요에 응하기 위한’ 것이라는 점에서 일반적인 복제·배포·전송권과 구별된다고 지적하였다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 프로그램배타적발행권등에 있어서의 권리 설정 내용은 ‘복제하여 배포·전송’할 수 있는 권리에 대한 내용이지, 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제6호 소정의 ‘발행’에 대한 권리 설정을 규정한 것이 아니다. 따라서 프로그램배타적발행권의 해석에 있어서 법문이 요구하지 않는 요건인 ‘공중의 수요에 응하기 위하여’라는 요건을 새삼스레 요구할 필요는 없다. 따라서 위 견해가 언급하는 ‘구체적인 사건에서 제반정황을 고려하여 공중의 수요를 충족할 수 있을 정도로 복제하여 공중에게 배포하였는지의 여부를 판단하여야 한다는 견해’에 대한 비판은 필요가 없는 것이다.

나아가 위에서 지적되는 견해는 프로그램배타적발행권에서의 발행에 대한 설명이 아니고, 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제6호정의 발행 및 이의 해석에 따른 동법 제6조 ‘외국인의 프로그램’에 대한 보호 요건에서 필요한 설명임에 주의하여야 할 것이다.

물론 위 견해는 프로그램배타적발행권 여부를 판단하기 위한 공중의 수요에 응하기 위한 복제·배포·전송권을 부여하였는가의 요건 심사는 철저히 당사자간의 주관적인 의사에 따라 평가되어야 할 것이며, 명확한 의사가 표시되어 있지 않다면 법률행위의 해석을 통해 확정되어야 할 문제라고 언급하고 있다. 이는 ‘공중의 수요에 응하기 위하여’란 개념 요소를 크게 고려하지 않겠다는 해석론으로 이해된다.

당사자의 의사해석을 통하여 프로그램배타적발행권 여부를 판단한다는 결론에는 찬동한다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법 제16조 소정의 프로그램배타적발행권은 동법 제2조 제6호 소정의 ‘발행’에 대한 권리 설정을 내용으로 한 것이 아니라는 점에서 ‘공중’ 개념에 착안한 논거 제

18) 오병철(주9), 177면 참조.

시는 부적절하다고 생각된다. 프로그램배타적발행권 제도 도입의 요체는 대항력을 갖게 권리를 인정하고 이를 공시제도를 통하여 보완하겠다는 것이다. 즉 프로그램저작권자와 배포·전송업자와의 사이에서 이루어지는 사용허락에 대하여 당사자들이 대항력을 갖는 지위를 누리겠다는 의사가 중요한 것이지, 그들 사이에 이루어지는 계약에 대하여 어떤 형식이나 실질을 요구하는 것이 아니다. 따라서 프로그램배타적발행권 설정은 프로그램배타적발행권자와 설정자간의 권리 설정 의사의 합치만으로 충분하며, 그 판단은 당사자간 의사해석의 문제로 귀결된다 하겠다.

3. 프로그램배타적발행권과 배포·전송권

프로그램배타적발행권은 프로그램을 독점적으로 복제하여 배포 또는 전송할 수 있는 권리이다. 이는 프로그램보호법 제17조상의 사용허락에 의한 배포·전송권과는 구분된다. 후자의 권리가 채권적인 권리에 불과하다면 전자의 권리는 민법상 용익물권과 같은 배타적·독점적 권리이다. 즉 제3자에 의한 권리침해가 있는 경우 프로그램배타적발행권자는 직접 그 침해에 대응할 수 있지만, 배포·전송 행위의 금지뿐만 아니라 손해배상도 구할 수 있다. 그러나 사용허락을 받은 자는 비배타적 사용허락의 경우에는 배타성이 없기 때문에 제3자의 침해 행위를 금지하거나 저작권자에게 채무불이행 책임을 물을 수도 없으며, 배타적 사용허락의 경우에는 저작권자에게 채무불이행 책임을 물을 수 있을 뿐이다.

사용허락에 의한 배포·전송권은 채권적인 성질에 불과하므로, 대항력내지 승계적 효력은 인정되지 않는다. 이에 채권적 성질을 갖는 비배타적 라이선스에 대해서도 승계적 효력을 인정하는 입법을 갖는 독일의 예를 들어, 저작권 양도 이전에 설정된 라이선스에 대해서도 승계적 효력을 인정하는 것이 바람직하며, 입법론적으로 저작권 라이선스에 대하여 등록을 통한 적절한 공시가능성을 제공하고 등록된 라이선스에 대해서는 승계적 효력을 인정하는 것이 이 문제를 해결하기 위한 현실적인 방안이라는 비판도 있다.¹⁹⁾

프로그램배타적발행권과 사용허락에 의한 배포·전송권은 모두 프로그램저작권자와의 계약에 의하여 발생한다. 다만 이 프로그램배타적발행권등은 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락에 의한 채권적 권리와 달리 민법상 용익권은 같이 배타적·독점적인 권리이므로, 복제·전송의 침해가 있는 경우에는 그 침해자에게 권리를 주장할 수 있다.

III. 프로그램배타적발행권등의 설정 계약

1. 의의

프로그램배타적발행권이 설정되면, 프로그램 저작권자나 제3자는 배타적 설정 계약에서 정한 범위 내에서는 더 이상 프로그램을 배포하거나 전송할 수 없게 된다. 즉 프로그램 저작권자로서도 프로그램배타적발행권이 설정된 범위 내에서는 그 권리가 제한된다. 따라서 이러한 프로그램배타적발행권의 설정은 법률에 의한 것은 인정되지 않으며,²⁰⁾ 프로그램 저작권자(프로그램배타적발행권등 설정자)와 프로그램배타적발행권자등과의 사이에서 계약에 의하여 이루어진다.

계약의 성립과 관련하여 컴퓨터프로그램보호법에서는 특별한 규정을 마련하고 있지는 않다. 따라서 서면에 의하여든 구두에 의하여든, 당사자의 의사합치만 있으면 계약은 성립한다. 이 계약은 대리인에 의하여 체결될 수 있으며, 소위 중개계약을 통하여 이루어지기도 한다.

19) 안효질(주3), 173면.

20) 예컨대 프로그램보호법 제18조에서는 “상당한 노력을 기울였어도 프로그램저작권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 프로그램저작권자의 사용허락을 받을 수 없는 경우”에는 정보통신부장관의 승인을 얻고, 프로그램심의조정위원회의 심의를 거쳐 프로그램을 사용할 수 있도록 규정하고, 동법 시행령 제3조에서는 “법 제18조 제1항 규정에 의한 프로그램 사용의 범위는 프로그램의 복제·제작·번역·배포 및 전송에 의한 사용을 말한다”고 규정하고 있는 바 프로그램배타적발행권에 의한 사용은 제외된다고 하겠다.

또한, 우리 컴퓨터프로그램보호법은 미국 저작권법상의 강제이용허락(compulsory license)과 같은 제도는 인정되지 않는다는 점에서, 당사자간에 협의가 이루어지지 않는다면 그 협의가 강제되는 것도 아니다.

2. 계약의 법적 성질

프로그램배타적발행권의 설정은 프로그램저작권자와 상대방간의 설정계약만으로 이루어진다. 프로그램배타적발행권은 설정 범위내에서는 그 용어 개념에서 볼 수 있는 바와 같이 배타적인 성질의 것이다. 따라서 설정 범위내에서 다른 지분적·개별적 프로그램 저작권과는 양립하지 않으며, 이외 프로그램저작권에 우선한다. 이에 프로그램배타적발행권은 준물권으로서 법적 성질을 가지며, 이에 프로그램배타적발행권 설정계약도 준물권 계약으로서의 성질을 갖는다고 설명된다.²¹⁾

3. 배포·전송허락계약과 프로그램배타적발행권 설정 계약

배포·전송허락계약이라 함은 프로그램저작권자가 제3자로 하여금 배포·전송 등을 허락하고, 이에 대하여 배포·전송업자는 자기의 계산으로 배포·전송할 권리와 의무를 부담하는 계약을 이른다. 이는 컴퓨터프로그램보호법 제17조가 규정하는 프로그램의 사용허락에 해당한다. 여기에는 단순히 프로그램 저작물을 이용하여 출판할 수 있도록 허락을 얻은 비배타적 배포·전송허락계약과 그 프로그램을 이용하여 허락을 받은 자만이 배포·전송하고, 프로그램 저작권자의 입장에서 동일한 내용의 허락을 다른 사람에게 해 줄 수 없는 의무를 부담하는 배타적 배포·전송허락계약이 있다. 전자는 배타성이 없으므로 제3자의 배포·전송 행위가 있을 경우 이를 금지하거나 프로그램저작권자의 채무불이행 책임을 물을 수 없다. 반면 후자의 경우에는 배타성이 있으므로 제3자의 배포·전송행위가 있을 경우 프로그램저작권자에게 채무불이행 책임을 물을 수 있으나, 배타성에 관한 약정은 프로그램 저작자와 배포·전송업자 사이의 관계에 불과하므로 배포·전송업자가 직접 제3

21) 오병철(주9), 178면.

자의 행위를 금지할 수는 없다. 설사 그 제3자의 배포·설정 행위가 저작권자의 허락을 받지 아니한 경우라도 프로그램저작권자로 하여금 당해 행위를 금지시키도록 요청할 수 있을 뿐 직접 스스로 배포·전송 금지를 구할 권능은 없다.

이 프로그램배타적발행권은 사용허락에 의한 채권적 권리와는 달리 민법상 용익물권과 같이 배타적·독점적인 권리이다. 따라서 프로그램 배타적발행권 설정 계약은 프로그램 저작자와 배포·전송업자 사이에 체결되는 프로그램배타적발행권의 설정을 목적으로 하는 준물권계약이다. 이는 저작권법상의 출판권설정계약에 상응하는 것이라 할 수 있다. 이와 같이 프로그램배타적발행권 설정계약에 의하여 프로그램배타적발행권이 설정된 경우 제3자의 배포·전송 행위가 있을 경우에는 설정 프로그램배타적발행권자는 그 배포·전송 행위의 금지뿐만 아니라 손해배상도 구할 수 있다. 다만 프로그램배타적발행권을 설정하는 설정계약과 복제·배포의 허락을 의미하는 사용허락계약과의 구별이 쉬운 것은 아니다.

프로그램의 사용허락 계약을 체결하면서 프로그램저작권자와 프로그램을 사용하고자 하는 자 사이에 프로그램저작권자가 당해 프로그램 저작물을 동일한 방법으로 제3자에게 사용허락해주는 것을 금지하는 특약을 하는 배타적 사용허락계약을 할 수 있다. UCITA에서는 배타적 사용허락계약(exclusive license)을 명문으로 인정하고 있으며, 미국 저작권법에서는 배타적 사용허락의 체결은 엄격한 서면계약주의를 채택하고 있다.²²⁾ 그러나 우리나라의 사용허락계약은 채권계약으로서의 성질을 가지므로, 배타성이나 절대성을 부여하는 것은 법리론적으로 불가능하다고 함이 원칙이다. 즉 학설은 배타적 사용허락의 경우에도 이를 제3자에게 대항할 수 없고, 단지 저작권자에게 주장할 수 있을 뿐이라는 견해가 일반적이다.²³⁾

하지만 배타적 사용허락계약과 프로그램배타적발행권 설정 계약을 구분하는 것은 용이한 작업이 아니다. 단순히 제3자에게 사용허락해주는 것을 금지하는 특약 조항을 둔 것만으로는 양자가 구분되지 않기

22) 國生一彦, 「米國の電子情報取引法」, 商事法務研究會, 2001, 70면.

23) 오승중외 1인(주15), 705면; 안효질(주3), 169면; 오병철(주9), 206면.

때문이다. 이는 저작권법상의 출판권 설정 계약과 복제·배포이용허락 계약을 구분하는 방식에 따를 것이며,²⁴⁾ 결국 당사자간 의사해석의 문제로 귀착된다. 즉 저작권법의 출판권설정계약 판단에 있어서와, 단순히 계약서의 제목만으로 결정할 것은 아니며, 구체적인 계약목적 등을 고려하여 판단하여야 한다.

IV. 프로그램저작권등록부에의 등록

1. 등록의 의의

프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다(컴퓨터프로그램보호법 제7조 제2항). 하지만 등록 제도를 두어 프로그램저작권의 이전 또는 처분제한 등 컴퓨터프로그램보호법상의 일정 사항을 프로그램저작권등록부에 기재하도록 하고 있다. 프로그램배타적발행권과 관련하여서도 이를 등록할 수 있도록 하고 있다. 다만 우리 법은 무방식주의를 채택하고 있으므로 프로그램저작권의 등록은 효력발생의 요건이 아님은 물론 이전 등에 있어서도 효력발생요건이 아니라 대항요건으로 하고 있다(컴퓨터프로그램보호법 제26조 제1항).

우리 컴퓨터프로그램보호법은 등록과 관련하여 동법 제23조의 프로그램등록부와 동법 제26조의 프로그램저작권등록부를 규정하고 있는데,²⁵⁾ 프로그램배타적발행권은 후자에 등록하게 된다.

24) 오승중외 1인(주15), 408면 참조.

25) 등록부와 관련하여서는 부동산등기부와 같이 하나의 등록부로 일원화하자는 논의도 있다. 즉 등록부를 이원화하는 것은 프로그램저작자에게 이중의 부담을 주게 하고, 등리기관의 사무도 복잡해지게 될 뿐만 아니라, 두 등록부 사이에 창작자의 기재가 다른 경우 어떤 등록부의 기재를 믿을 것인가 하는 등의 어려운 문제를 야기한다는 점에서(이철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어보호, 박영사, 1995, 383면 참조) 일원화하자는 논의들이 있다. 많은 견해가 이를 찬동하지만, 실제 이를 위한 개정이 따르지 않은 것은, 이미 이원화된 체제가 정착된 상황에서 이를 변경하는 것에 따른 혼란과 같은 비용 등이 문제된 것은 아닌가 한다.

2. 등록사항

컴퓨터프로그램보호법 제26조 제1항에서는 다음과 같은 등록사항을 정하고 있다.

- ① 프로그램배타적발행권등의 설정(동항 제1호)
- ② 프로그램배타적발행권등의 이전 또는 처분제한(동항 제2호)
- ③ 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한(동항 제3호)

프로그램배타적발행권등의 이전이란 당사자 사이의 계약에 의하여 권리의 귀속주체가 변경되는 것을 말한다. 전부양도뿐만 아니라 ‘일부’의 양도도 포함되므로, 프로그램배타적발행권과 프로그램배타적전송권을 함께 갖는 경우에는 각각 분리하여 이전 등록할 수 있다.

다만 ‘상속 기타 일반승계’의 경우에는 이를 등록하지 않더라도 제3자에게 대항할 수 있음을 명문으로 규정하고 있다. “일반승계”란 통상 포괄승계라고 불리는 것으로 단일의 원인에 의하여 전주의 모든 권리의무가 전체로서 일괄하여 이전되는 것을 말한다. 법문에는 명시되어 있지 않으나, ‘상속’이외에 회사의 합병, 포괄유증 등도 이에 포함된다.²⁶⁾

‘처분제한’이란 권리변동을 일으키는 법률행위, 즉 처분행위를 제한하는 것을 말한다. ‘제한’은 일정한 범위에 있어서 또는 전적으로 하지 못하도록 하거나 일정한 요건을 충족하도록 하는 것이다. 일반적인 형태의 처분제한은 공권력의 발동에 의한 것과 당사자사이의 특약에 의한 것이 있으나, 본항에서 말하는 후자에 한한다.

프로그램배타적발행권등을 목적으로 질권을 설정한 경우 이는 등록사항이다. 이미 설정된 질권의 내용을 변경·소멸시키거나 처분을 제한하는 경우 역시 등록사항이다.

26) 同답 오승종의 1인(주15), 718면 참조.

3. 등록 절차

프로그램배타적발행권등의 설정은 프로그램저작권등록부에 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다. 이때 등록은 정보통신부장관이 프로그램저작권등록부에 기재하여 행한다. 다만 컴퓨터프로그램보호법 제27조에서는 업무를 위탁할 수 있도록 하고 있어 프로그램배타적발행권등의 설정 및 이전은 프로그램심의조정위원회에서 그 절차를 밟을 수 있다.

가. 당사자 신청주의

저작권의 등록과 관련하여서는 당사자 신청주의를 원칙으로 규정하고 있으나(저작권법 시행령 제15조), 컴퓨터프로그램보호법 시행령 제11에서도 “프로그램을 등록하고자 하는 자는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 프로그램등록신청서를 정보통신부장관에게 제출하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐이다. 프로그램등록신청서에는 ① 프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류, ② 대리인에 의하여 등록을 신청하는 경우에는 신청인의 위임장 또는 대표자선정승낙서, ③ 등록세납부영수증, ④ 프로그램복제물, ⑤ 등록세납부영수증, ⑥ 프로그램의 개요를 첨부하여야 한다(동법 시행규칙 제14조 제2항).

저작권법에서의 등록은 공동신청주의를 원칙으로 하고 있다. 즉 저작권법 시행령 제17조에서는 “등록신청은 법령에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 등록권리자 및 등록의무자가 공동으로 이를 행한다”고 규정하고 있으며, 다만 신청서에 등록의무자의 승낙서를 첨부하였을 때에는 등록권리자만으로 이를 신청할 수 있고, 판결·상속 기타 일반승계 또는 촉탁에 의한 등록신청은 등록권리자만으로 이를 할 수 있다. 비록 명문의 규정을 두고 있지 않지만 컴퓨터프로그램보호법상의 등록에 있어서도 이러한 공동신청주의 원칙이 적용될 것이다.

나. 등록증의 교부

등록부예의 기재가 끝난 후에는 신청인에게 등록증을 교부한다. 즉 정보통신부장관은 프로그램의 등록을 한 자에 대하여 프로그램등록증을 교부하여야 하며, 등록사항의 변경 또는 프로그램등록증의 분실·훼손 등이 있는 때에는 이를 재교부하여야 한다(컴퓨터프로그램보호법 시행령 제15조).

4. 등록의 효과

프로그램배타적발행권자등을 프로그램저작권등록부에 등록한 후에는 제3자에게 대항할 수 있다. 이 때 제3자이란 권리변동의 당사자를 제외한 모든 사람을 의미하는 것이 아니라, 등록의 흠결을 주장하는 데 정당한 이익을 가지는 자, 즉 권리변동에 관계한 당사자의 법률상 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 갖는 자로 해석할 수 있다. 예컨대 판례는 저작권과 관련하여 “저작권재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작권재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 정당한 이익을 가지는 자 한한다”고 판시²⁷⁾한 바 있다.

등록을 하지 않으면 대항할 수 없는 ‘제3자’를 위와 같이 등록의 흠결을 주장하는 데 정당한 이익을 가진 자로 한정한다면, 그러한 범위에 속하지 아니하는 자에 대하여는 등록 여부에 상관없이 권리를 주장할 수 있다. 즉 프로그램배타적발행권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자가 아니므로 프로그램배타적발행권자는 그 권리 설정의 등록 여부에 관계없이 그 권리를 침해한 자에게 금지청구나 손해배상 등의 구제를 요구할 수 있다.²⁸⁾

27) 대법원 2002. 11. 26. 선고, 2002도4849판결.

28) 대법원 2002. 12. 26. 선고, 2000다13757판결; 프로그램저작권은 당사자 사이의 계약만으로 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있고, 프로그램저작권을 양수한 자는 프로그램저작권을 침해한 자에 대하여 특별한 사정이 없는 한 프로그램의 이전을 등록하지 않더라도 프로그램저작권자로서의 권한을 행사할 수 있는 것

V. 프로그램배타적발행권등의 권리

1. 배타적 권리 행사

프로그램배타적발행권자들은 프로그램저작권자와의 설정 계약에서 정한 범위내에서 그 권리를 행사할 수 있다. 따라서 프로그램을 배포·전송할 수 있으며, 이 권리가 침해된 경우에는 그 침해자에 대하여 직접 권리를 주장할 수 있다. 또한 설정 계약에서 정한 범위 내에서는 프로그램저작권자에 대해서도 자신의 권리를 주장할 수 있다. 즉 프로그램배타적발행권 설정자들은 프로그램배타적발행권자들이 프로그램배타적발행권등을 행사하는데 협력하여야 할 의무를 부담한다. 이에 프로그램배타적발행권자들의 권리 범위 내에서는 스스로 배포·전송할 수 없으며, 타인과 중첩적인 프로그램배타적발행권을 설정하여서도 아니 된다. 다만 등록 이전 상태의 프로그램배타적발행권등은 대항력을 갖고 있지 않다는 점에서, 대항력을 갖춘 또 다른 프로그램배타적발행권등이 있다면 프로그램 저작권자에 의한 침해는 계약 불이행 이상의 효력을 갖지 않는다.

프로그램배타적발행권자들을 프로그램저작권등록부에 등록한 후에는 제3자에게 대항할 수 있다. 이 때 제3자이란 “저작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주자함에 정당한 이익을 가지는 자”에 한한다.²⁹⁾ 따라서 프로그램배타적발행권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자가 아니므로 프로그램배타적발행권자는 그 권리 설정의 등록 여부에 관계없이 그 권리의 침해에 대응할 수 있다.

이며, 원프로그램을 개작한 2차적 프로그램의 저작권은 원 프로그램저작권자의 동의 여부를 불문하고 2차적 프로그램 작성자에게 귀속된다.

29) 대법원 2002. 11. 26. 선고, 9002도4849판결.

2. 양도와 질권의 설정

프로그램배타적발행권자등은 프로그램배타적발행권등을 목적으로 한 질권을 설정하거나 제3자에게 양도할 수 있다. 이는 프로그램배타적발행권제도의 입법취지에서 밝힌 바³⁰⁾와 같이 프로그램배타적발행권자에게 투자자금 회수의 기회를 제공하는 것이다. 다만 프로그램배타적발행권등은 다른 지분적·개별적 프로그램 저작권보다 강한 권리이다. 그러나 프로그램배타적발행권자등이 프로그램 저작권자의 통제를 완전히 벗어나는 것은 프로그램 저작권의 실효성을 약화시킬 위험이 있으므로 프로그램배타적발행권자등에게 프로그램 저작권자와 완전히 독립된 권리를 부여하는 것은 바람직하지 않다.³¹⁾ 따라서 컴퓨터프로그램보호법 제16조 제4항에서는 배타적 발행권자등의 권리 행사를 제한하고 있다. 즉 “프로그램배타적발행권자등은 프로그램저작권자의 동의없이 프로그램배타적발행권을 목적으로 하는 질권을 설정하거나 제3자에게 프로그램배타적발행권을 양도할 수 없다”고 명시하고 있다. 프로그램 저작권 등록부에 등록할 수 있는 프로그램배타적발행권의 이전을 위해서는 반드시 프로그램저작권자의 동의를 요한다.

프로그램배타적발행권등을 목적으로 한 질권의 설정·이전·변경·소멸은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다. 따라서 질권이 설정된 프로그램배타적발행권등을 양수한 자는 질권자가 그 대항요건을 갖추기 이전에 먼저 대항요건을 갖추면 질권의 부담이 없는 완전한 프로그램배타적발행권등을 갖게 되며, 반대로 질권 설정 이전에 프로그램배타적발행권을 양수한 자라도 대항요건을 먼저 갖추지 못하면 그 질권자에게 대항할 수 없다.

질권을 설정한 자는 질권자의 동의없이 질권의 목적인 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다(민법 제352조). 컴퓨터프로그램보호법 제21조 제1항에서는 “질권의 목적으로 된 프로그램저작권은 질권설정행위에 특약이 없는 한 프로그램저작권자가 이를

30) 컴퓨터프로그램보호법개정법률안 심사 보고서(주2), 5-6면.

31) 오병철(주9), 179면.

행사한다”고 규정하고 있는 바, 프로그램배타적발행권자가 이를 양도할 수 있다. 다만 지나치게 낮은 금액으로 프로그램저작권을 양도하여 그 양도가액이 피담보채권액에 미치지 못하게 하는 행위는 질권 침해를 구성하는 것을 보아야 한다는 지적³²⁾도 있다.

질권의 효력이 미치는 범위와 관련하여 컴퓨터프로그램보호법 제21조 제2항에서는 “프로그램저작권을 목적으로 하는 질권은 그 프로그램 저작권의 양도, 프로그램의 양도 또는 대여나 제17조의 규정에 의한 사용허락에 따라 프로그램저작권자가 받을 금전 그 밖의 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 프로그램배타적발행권등을 목적으로 한 질권자는 그 프로그램배타적발행권등이 양도된 경우 프로그램배타적발행권자가 받을 금전 그 밖의 물건에 대하여 권리를 주장할 수 있다.³³⁾ 다만 다른 제3자와의 사이에 우선변제권의 존부를 다룰 수 있다는 점에서, 질권자는 위와 같은 금전 또는 물건에 권리를 행사하려 한다면 그 금전의 지급 또는 물건의 인도전에 지급될 금전이나 물건을 압류하여야 한다(컴퓨터프로그램보호법 제21조 제2항 단서).

3. 권리존속기간

프로그램배타적발행권의 존속기간은 원칙적으로 그 설정행위에서 정하여지지만, 그에 관하여 약정이 없는 경우에는 컴퓨터프로그램보호법 제16조 제5항에 따라 3년간의 존속기간으로 정하여 진다. 이는 저작권법의 출판권 관련 규정에 영향받은 규정이라 생각된다. 즉 저작권법 제57조 제1항에서는 “출판은 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 맨 처음 출판한 날로부터 3년간 존속한다”는 규정을 두고 있는데, 이 규정에 영향을 받아 “3년”의 권리존속기간을 설정해주고 있다. 다만 출판권에 있

32) 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적 보호”, 「지적소유권에 관한 제문제(하)」, 법원행정처, 1992, 523면 참조.

33) 이 규정은 민법 제342조의 ‘물상대위’에 관한 규정을 프로그램저작권에 대하여는 ‘양도의 경우에도 확장하여 적용한 것으로 볼 수 있다고 이해된다; 오승종의 1인(주15), 705면 참조.

어서는 ‘맨 처음 출판한 날’이란 규정을 두고 있어 출판권의 보호시기에 관련한 논란이 있었으나,³⁴⁾ 컴퓨터프로그램보호법은 입법적으로 이러한 논란을 회피하였다. 따라서 프로그램배타적발행권은 이를 설정하고자 하는 당사자의 의사 합치에서부터 그 권리가 인정되며, 그 존속기간의 기산점도 이로 보아야 할 것이다.

프로그램배타적발행권의 존속기간에 대하여 프로그램배타적발행권자의 경제적 지위 보장을 위하여 최소한의 존속기간을 보장하여야 한다는 견해³⁵⁾가 있다. 즉 프로그램배타적발행권의 존속기간에 대하여 이를 지나치게 짧거나 길게 약정한 경우에 대한 상황을 상정하면서, 너무 짧게 한 경우에는 공중의 수요를 충족할 수 있을 정도로 복제하여 배포하기 이해서는 많은 금전적 투자가 요구되지만, 프로그램배타적발행권이 단기에 불과하다면 프로그램배타적발행권자의 지위는 불안하게 되므로, 일정한 정도의 존속기간을 보장하는 것이 요구된다고 지적하고 있다.

프로그램배타적발행권의 설정은 프로그램을 창작한 자나 프로그램 저작권자가 직접 스스로 배포·전송을 하기에는 사업적 역량이 부족한 경우에 이루어진다. 이에 반하여 배포업자 내지 전송업자로서는 충분히 그 사업적 고려를 이루어지고 난 다음에 설정 계약을 맺으려 한다. 따라서 설정 계약에서 이루어지는 당사자간의 형평은 굳이 법이 고려할 사항은 아니다. 다만 설정 계약당시의 계약기간이 만료한 이후에 계약을 갱신하고자 하는 경우에 있어서는 문제가 될 수 있다. 이 경우에는 독점규제법상의 법리에 따라 특별한 사유가 없는 한 프로그램 저작권자로서는 계약의 연장을 인정하여야 할 것이다. 즉 합리성이 결여된 프로그램 저작권자의 거래 정지나 갱신 거절은 위법할 수 있다.

권리존속기간에 대한 판단은 지나치게 짧은 경우뿐만 아니라 지나치게 긴 경우에도 다름은 없다. 위 견해는 라이프 사이클이 짧은 프로그램의 특성상 배타적 발행권을 길게 하더라도 프로그램배타적발행권자들에게 불리한 바는 없다고 한다. 그러나 그 반대로 프로그램 저작권자의 지위가 지나치게 길어 불리할 수도 있으며, 프로그램배타적발행권자

34) 황적인·정순희, 최현호, 「저작권법」, 법문사, 1988, 345-346면 참조.

35) 오병철(주9), 182면.

등에 의하여 프로그램저작권자의 이익이 차단될 수 있음을 간과하여서는 아니될 것이다. 예컨대 저작권법은 출판권자의 의무와 관련하여 “출판권자는 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 출판권의 목적인 저작물을 복제하기 위하여 필요한 원고 또는 이에 상당하는 물건을 받은 날로부터 9월 이내에 이를 출판하여야 한다”고 규정하고 있으며, “그 설정행위에 특약이 없는 때에는 관행에 따라 그 저작물을 계속하여 출판하여야 한다”고 규정하고 있음에 주의하여야 할 것이다. 즉 프로그램저작권자로부터 프로그램배타적발행권등의 권리를 받은 후 적절한 사업활동을 하지 않음으로써 프로그램저작권자의 이익이 차단될 수 있다는 점에서 프로그램배타적발행권자등은 적절한 프로그램 사용행위를 하여야 한다.

4. 침해와 구제

프로그램배타적발행권등이 설정된 경우 그 설정 범위내에서 프로그램배타적발행권자등은 프로그램저작권자와 같은 권리를 갖는다. 따라서 그 설정 범위내의 침해가 있으면 프로그램배타적발행권자등은 컴퓨터프로그램보호법상의 ‘침해의 정지등 청구(동법 제31조)’, ‘손해방청구(동법 제32조)’ 등의 권리를 행사할 수 있다. 또한 형사벌에 있어서 고소권자로서의 지위를 갖는다(동법 제48조).

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권등록부에 등록된 후에 프로그램배타적발행권자등은 제3자에게 대항할 수 있다고 규정하고 있는데(동법 제26조), 이 때 제3자이란 “저작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주자함에 정당한 이익을 가지는 자”에 한한다.³⁶⁾ 따라서 프로그램배타적발행권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자가 아니므로 프로그램배타적발행권자는 그 권리 설정의 등록 여부에 관계없이 그 권리의 침해에 대응할 수 있다.

36) 대법원 2002. 11. 26. 선고, 9002도4849판결.

VI. 저작권법에서의 ‘배타적 이용권’

1. 출판권

프로그램배타적발행권 설정 계약은 프로그램 저작자와 배포·전송업자 사이에 체결되는 프로그램배타적발행권의 설정을 목적으로 하는 준물권계약이다. 이는 저작권법상의 출판권설정계약에 상응하는 것이라 할 수 있다. 이에 출판권을 살펴보면, 일반적으로 출판이라 함은 저작물을 원작 그대로 인쇄술에 의하여 문서 또는 도화로 복제·배포하는 것을 말한다. 따라서 출판에는 저작재산권의 하나인 복제·배포권이 작용하게 되므로 저작권자만이 행사할 수 있다. 그러나 저작권자가 직접 그 출판까지 하는 경우보다는 이러한 출판 권능을 출판사와 같은 제3자에게 맡기는 경우가 많다. 이에 저작권법 제54조에서는 “저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자는 그 저작물을 인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행하고자 하는 자에 대하여 이를 출판할 권리를 설정할 수 있다”고 규정함으로써 출판권을 인정하고 있다.

특히 이 출판권은 일반적인 이용허락에 의한 채권적 권리와 달리 민법상 용익물권과 같은 배타적·독점적인 권리이다. 즉 출판권이 설정된 경우 제3자의 출판행위가 있을 경우에는 출판권자는 그 출판행위의 금지뿐만 아니라 손해배상을 구할 수 있으며, 이러한 권리 내용은 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램배타적발행권등의 모델이 되었다. 이에 프로그램배타적발행권등과 관련한 규정은 저작권법상의 출판권 규정과 흡사하다. 그 권리내용이 흡사할 뿐더러 권리존속기간 규정 등 프로그램배타적발행권등은 출판권에 영향 받은 것이라 하겠다. 다만 출판권은 복제·배포행위 중 인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행하는 행위에 한정된다는 점에서 배포·전송행위에 제한을 두고 있지 않은 컴퓨터프로그램보호법상의 태도와 다르다.

저작권법은 출판권 설정계약에 의하여 출판업자가 출판의무(동법 제55조)를 부담하며, 이를 위반한 경우 복제권자는 권리의 소멸을 통지

(동법 제57조)할 수 있도록 규정하고 있는데 반하여, 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램배타적발행권자는 그러한 의무를 규정하고 있지는 않다. 이는 계약의 이행 문제로 다루겠다는 입법 태도가 아닌가 하나, 프로그램저작권자의 경제적 이익 실현을 위한다면 저작권법의 태도를 입법으로 반영하는 것도 고려할 필요가 있다. 또한 출판권자는 정당한 범위내에서 그 저작물의 내용을 수정하거나 증보할 수 있는데(저작권법 제56조), 컴퓨터프로그램보호법상에서는 그러한 규정을 두고 있지 않다. 컴퓨터프로그램은 기능적인 것으로 잦은 업그레이드와 수정이 요구된다는 점에서 동일성이 유지되고, 저작권법 제56조에서의 '정당한 범위'와 같은 정당성이 인정되는 경우라면 프로그램배타적발행권등의 권리 내용에도 포함된다 할 것이다.

2. '배타적 이용권'의 도입 논의

컴퓨터프로그램보호법의 예를 들어 저작권법에서도 배타적 이용권 설정 제도를 마련하려는 논의가 있었다. 예컨대 2005년 저작권법 전문 개정을 위한 공청회³⁷⁾에서는 종전의 '출판권' 설정 규정을 개정하여 배타적 이용권의 설정 규정을 마련하는 시안이 제시된 바 있다. 즉 출판뿐만 아니라 모든 형태의 저작물 이용에 대하여 저작재산권자가 준제한물권인 배타적 이용권을 설정할 수 있도록 하고 있다. 이는 저작물 이용양태가 늘어남에 따라 출판 이외의 이용형태에 대해서도 저작물 이용자가 준물권적 지위를 확보하여 보다 안정적으로 그 권리를 이용하고 자신의 영업이익을 방어할 수 있도록 하기 위하여 설정 출판권제도를 배타적 이용권 제도로 확대 개편하려 하고 있다.

37) 저작권법 전문 개정을 위한 공청회, 국회 문화관광위원회·문화관광부, 2005.3.18, 20-25면.

VII. 맺음말

이상에서 프로그램배타적발행권등 제도와 관련한 논의를 살펴보았다. 프로그램 유통의 활성화를 목적으로 도입된 본 제도는 프로그램 유통업자에게 배타적인 권리를 인정하면서 침해에 대한 침해금지 및 손해배상 등의 구제를 인정하였으며, 고소권을 부여하였다. 또한 프로그램 배타적발행권에 대한 질권 설정과 양도를 가능하게 함으로써 투자자본의 회수를 보장하여 주었다. 기존의 사용허락제도에 비교하여 강력한 지위를 보장하고자 하는 이러한 노력은 나름대로 프로그램 유통의 활성화라는 그 입법취지에 상응한 것이라 이해된다.

다만 컴퓨터프로그램보호법 제17조상의 배포·전송에 관한 사용허락계약과 동법 제16조상의 프로그램배타적발행권 설정 계약에 관한 명료한 구분이 쉽지 않다는 점에서 프로그램배타적발행권의 활용여부는 실증적으로 그 확인되어야 할 사항이라 생각된다. 또한 작은 입법상의 아쉬움이나 배포·전송이라는 표현으로 충분하였을 용어를 발행·전송이라는 표현함으로써 오해를 낳고 있음을 지적하지 않을 수 없다. 이러한 오해는 프로그램배타적전송권의 도입과 관련하여 프로그램배타적발행권과 프로그램배타적전송권을 구분하자는 견해로 나타나나, 그 실제 입법상의 문제나 오해는 '복제하여 배포'한다는 문구 부분이며, '배포'를 위한 복제의 인정이라는 점에서 오히려 프로그램배타적발행권이 아니라 프로그램배타적배포권이라는 표현으로의 수정이 옳지 않은가 한다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 오병철, 「디지털정보계약법」, 법문사, 2005.
- 오승종·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2004.
- 안효질, “소프트웨어 개발 및 양도에 있어서의 저작권 문제”, 「디지털 재산법연구」 제1권 2호, 2002.
- 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적 보호”, 「지적소유권에 관한 제문제 (하)」, 법원행정처, 1992.
- 문화관광부, 저작권법 전문 개정을 위한 공청회, 국회 문화관광위원회, 2005.
- 컴퓨터프로그램보호법개정법률안 심사 보고서, 과학기술정보통신위원회, 1999.
- 프로그램심의조정위원회, 효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구 (상), 2004.
- 황적인·정순희, 최현호, 「저작권법」, 법문사, 1988.

2. 외국문헌

- 國生 一彦, 「米國の電子情報取引法」, 商事法務研究會, 2001.

컴퓨터프로그램의 저작권권

경희대학교 법과대학 박사과정

김근우

차 례	
I. 서설	IV. 컴퓨터프로그램의 저작권
II. 일반인격권	V. 저작권권의 문제점
III. 저작권법상의 저작권	VI. 결론

I. 서설

최근의 저작권 환경은 많은 변화를 겪고 있다. 저작권이 발생한 18세기 초의 저작권은 기본적으로 복제할 권리를 부여한 것이다. 이러한 Copyright라는 복제권은 기술의 발달로 저작자와 저작물을 둘러싼 새로운 권리자들(저작인접권자)이 생겨났고, 새로운 저작물들이 탄생하게 되어 현재의 여러 가지 권리를 가지게 되었다. 우리는 기술발달을 예상했지만 그 기술의 발달은 상상을 초월하고 있고, 다른 법과는 달리 기술의 발달과 밀접한 관련을 가지지고 있는 지적소유권은 어쩌면 그 변화를 태생적으로 가지고 있다고 할 것이다. 이러한 상황에서 지적소유권법의 목적인 저작권과 저작자 보호를 통한 문화발전과 저작자와 이용자 간의 이익균형은 어려운 문제이다. 그러므로 전통적인 저작권법의 근간을 유지하는 것도 중요하지만 이에 못지않게 탄력적인 입법적 대응을 통한 이용자와 저작자의 이익균형이 중요하다.

위와 같은 사정으로 인해 논란이 되고 있는 것이 컴퓨터프로그램법상의 저작인격권 문제이다. 그 중에서도 저작인격권양도 문제와 동일성 유지권에 대한 논의가 있어왔다. 이에 본고에서는 이에 대한 문제점과 해결방안을 논해보고자 한다.

II. 일반인격권

19세기 이후에 확립된 인격권은 대륙법계 국가들을 중심으로 천부인권의 자연법을 근거로 하여 성립하였다. 우리 법제에서의 인격권은 하나의 권리로 규정되어 있지 않다. 이러한 연유로 인해 인격권을 권리로 인정할 수 있을 것인지, 어떤 범위에서 권리로 인정할 것인지도 명확하지 않다. 다만 민법 제751조¹⁾와 헌법 제10조²⁾에서 간접적으로 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 인격권의 보호법익으로는 생명·신체·건강·자유와 같이 유형적인 신체와 관련되어 있는 신체적 인격권과 명예·성명·초상·초상·프라이버시·저작자의 인격 등과 같이 정신적 인격가치로 나눌 수 있다. 전자는 민법과 형법 등 다른 법영역에서 이미 문제시되어, 이론적으로도 어느 정도 안정화 되었다. 그러나 우리가 일반적으로 ‘인격권’이라고 하는 것은 후자인 정신적 인격가치인데, 이는 학설과 판례³⁾가 후자의 인격적 가치를 보호하기 위해서 사용한 것이다.⁴⁾

일반인격권의 개념은 첫째 인격권은 권리의 주체와 분리할 수 없는 인격적 이익을 누리는 것을 내용으로 하며, 구체적으로는 생명·신체·정신의 자유에 대한 권리를 가리키며, 정신적 자유의 권리는 명예·신

1) 민법 제751조(재산이외의 손해의 배상): ①타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다. ②범원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

2) 헌법 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장): 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

3) 우리나라에서 최초로 ‘인격권’이라는 말을 처음 사용한 판례; 대법원 1980. 1. 15. 선고, 79다1883판결.

4) 한용길, “인격권의 보호”, 동아대학교 동아법학 제26호(1999), 109-110면.

용·정조·성명·초상·학문이나 예술에 의한 창작·프라이버시 등의 보호를 포함한다.⁵⁾ 둘째 인격권은 인격의 주체로서 개인이 갖는 권리이다. 인격권은 인격과 결합되어 있으므로 이와 분리하여 양도할 수 없는 특질을 가진다고 하며 법인이나 권리능력 없는 사단·재단도 名稱權· 명예권·인격권을 갖는다고 한다.⁶⁾ 이렇듯 일반인격권은 권리주체로서 개인이 갖는 권리이며 분리하거나 양도할 수 없는 권리이다.

III. 저작권법상의 저작인격권(moral right, droit moral)

1. 개념과 특징

저작인격권이란 저작자가 자기의 저작물에 대해서 인격적 이익의 보호를 목적으로 하는 권리이며, 저작재산권과는 달리 그 성질상 身專 屬權이다.⁷⁾ 독일과 불란서와 같은 대륙법계통은 자연적정의의 원칙에 기초하여 저작권은 저작자의 권리이며 재산적 성질뿐만 아니라 인격적 성질도 저작권 속에 포함시키고 있다. 또한 1928년 베른협약의 저작인격권의 명문규정으로 인해 영국에서는 1988년 저작권, 디자인법과 특허법에 성명표시권과 동일성유지권을 규정하고 있다. 미국은 1990년 시청각저작물의 보호에 한정하였지만 또한 저작인격권의 보호를 인정하고 있다.⁸⁾ 다만 공표권은 규정하고 있지 않다. 그러므로 오늘날의 대다수

5) 광운직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2004, 51면.

6) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 43-44면.

7) 저작권법 제14조 1항: 저작인격권은 저작자 一身에 專屬한다.

8) 그러나 Goldstein교수는 시청각저작물의 보호는 베른협약 6조의 규정에 부합하지만 1976년의 미국저작권법에 있어서 두 가지의 퇴보를 가져왔다고 한다. 첫 번째의 퇴보는 베른협약 제5조 2의 저작권 보호가 무방식인데 미국저작권법 제 106조 A에 따른 101조의 시청각저작물의 방식주의 보호요건으로 인해 보호 범위가 축소되었다는 것, 두 번째 퇴보는 베른협약 제6조 2의 저작권보호는 사후 50년인데 반해 미국저작권법 제6조 A는 저작자가 생존한 동안에만 한정하여 저작권을 보호한다고 하여 이 또한 저작권 보호범위의 축소하고 하여, 시청각저작물의 보호의 입법을 역설적으로 표현하기도 하였다; Paul Goldstein, *Copyright(second edition)*, vol. 1, 2003, Aspen New York, p 5:226면.

의 국가는 저작인격권을 수용하고 있다.⁹⁾¹⁰⁾

또한 저작인격권은 일반인격권과 비교하여 다음과 같은 특질을 가지고 있다. 우선은 권리주체적인 측면에서, 일반적인 인격권이 인간인 이상 당연히 모든 개인에게 보장되는 권리인데 비하여, 저작인격권은 저작자에게만 인정되는 권리라는 점에서 차이가 있다. 둘째는 권리객체의 측면에서, 일반적인 인격권의 보호대상이 인격 그 자체인 데 대하여, 저작인격권의 보호대상은 저작자의 인격으로부터 독립한 저작물이라는 데 차이가 있다. 셋째 일반적인 인격권은 권리주체의 인격에 대한 관계가 보호되는 권리임에 대하여, 저작인격권은 저작자의 저작물에 대한 관계가 보호되는 권리라는 점에서 차이가 있다. 그러므로 성명표시권에 있어서 저작자의 명예 그 자체가 보호되는 것이 아니라 저작물의 창작자로서의 지위가 보호되는 것이고, 공표권이나 동일성유지권의 경우에도 저작물 그 자체가 보호를 받는 것이지 저작자의 인격이 보호를 받는 것이 아니라고 한다. 결국 저작자의 인격은 저작물의 보호를 통해 간접적으로 보호를 받는 것이라 한다.¹¹⁾

2. 저작인격권의 성질

저작인격권은 저작자와 저작물 그리고 저작자와 저작물 사이에 있어서의 관계의 질적인 측면을 토대로 하고 있으며, 그 권리는 인격적, 지적, 정신적 침해의 결과에 따른 저작자를 보호하기 위한 것이다.¹²⁾

저작권은 저작재산권과 저작인격권의 두 가지의 권리로 대별할 수

9) 베른조약 6의 2는 성명표시권과 동일성유지권을 인정하고 있으며, 독일은 공표권(동법 12), 성명표시권(동법 13), 동일성유지권(동법 14), 철회권(동법 42)을, 일본은 공표권(동법 18), 氏名表示權(동법 19), 동일성유지권(동법 20), 철회권(동법 84③)을 인정하고 있다.

10) 송영식·이상정·황중환, 「지적소유권법(제9판) 하권」, 육법사, 2005, 578면.

11) 半田正夫, 「著作權法概說(제7판)」, 一粒社, 1994, 126면; 오승중·이해완, 「저작권법(제4판)」, 2005, 248면에서 재인용.

12) Mira T. Sundara Rajan, *Moral Right in Information Technology*, International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, 2004, p 2면.

있다. 그런데 이 두 가지의 권리가 하나의 권리에서 출현하여 유기적으로 결합한 단일의 권리인가와 독립한 두 개의 권리가 저작물의 창작시에 독립적으로 존재하는가에 대한 견해의 대립이 있다. 어느 이론을 취하느냐에 따라 저작권권의 양도와 상속의 법률적 효과에서 상당한 차이가 있다.

가. 著作權一元論

저작권일원론은 하나의 저작권에서 저작재산권과 저작인격권이 파생하는 것으로서 저작권은 이들의 양 권리가 유기적으로 결합한 하나의 권리라는 것이다.¹³⁾ 즉 재산적 권리인 동시에 인격적권리이기도 한 특성을 가지고 있는 저작권을 저작권법은 저작재산권과 저작인격권의 두 가지로 나누어 규정하는 것이라고 한다.¹⁴⁾ 따라서 저작재산권과 저작인격권은 상호 유기적으로 결합하여 상속도 함께 행하여지고, 저작인격권의 권능인 공표권, 성명표시권, 동일성유지권도 양도가 가능하다고 하는 견해이다. 그러므로 저작물에 대한 권리의 발생뿐만 아니라 권리의 소멸에서도 저작재산권과 저작인격권이 동일하게 보호기간(사후 50년)이 경과하면 모두 소멸한다고 하나, 저작물은 영구히 원형 그대로 유지되어야 한다고 본다.¹⁵⁾

나. 著作權二元論

저작권이원론은 저작재산권과 저작인격권은 별개의 독립된 권리로서 그 성격과 보호요건을 달리한다고 하는 견해이다. 즉 저작권 양도에 있어서 두 개의 권리가 독립된 것으로 보아 저작인격권은一身專屬性에 의하여 양도가 불가능하나, 저작재산권은 양도할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

13) 윤방현, “저작인격권에 관한 비교법적 고찰”, 대불대학교논문집 제7집, 2001, 201면.

14) 장인숙, 「저작권법원론」, 寶筭齋, 1996, 65면; 고명식, “우리나라 저작권법상 저작인격권의 보호”, 국제지역연구 제2권 제1호, 1998, 10면.

15) Eugen Ulmer, a.a.O., S.100(윤방현 전제논문 201면에서 재인용).

16) 윤방현, 상개논문, 202면.

즉 제3자가 저작자의 동의 없이 저작물을 변경한 경우에 저작재산권에 속하는 이차적저작물의 작성권에 대한 침해와 저작인격권에 속하는 동일성유지권에 대한 침해가 문제가 될 수 있는데, 이러한 침해행위가 하나로서의 전체적인 저작권을 침해하는 것인가 아니면 각각 따로 저작재산권침해와 저작인격권침해로 인정될 수 있는가 하는 것에 관해, 저작권일원론에 의하면 하나의 권리로서의 전체적인 저작권을 침해하는 것으로 되고, 저작권이원론에 의하면 각각 독립적으로 저작재산권과 저작인격권의 침해를 주장할 수 있게 된다.¹⁷⁾ 그러나 결론적으로 우리 저작권법은 저작재산권(저작권법 제16조 내지 제21조)과 저작인격권(저작권법 제11조 내지 제15조)을 구별하여 독립적으로 규정하고 있고 그 존속기간과 양도성에 있어서 취급을 달리하고 있기에 저작권이원론의 입장이라고 할 것이다.

IV. 컴퓨터프로그램의 저작인격권

컴퓨터프로그램을 저작권 혹은 특허권으로 보호할 것인가에 대한 1세대 논의는 컴퓨터프로그램의 저작권보호로 일단락되었다. 그러나 디지털 시대의 전형적 특징을 가지고 있는 컴퓨터프로그램의 저작인격권을 인정하여야하는가는 국제 저작권발전에 있어서 크게 논의 된 적은 없으나, 오늘날 대다수의 국가들은 저작자의 저작인격권을 보호¹⁸⁾하고 있으며 베른협약도 1928년 로마개정회의에서 명문으로 규정하였다.¹⁹⁾

17) 고명식, 전계논문, 11면.

18) 그러나 영국은 1988년의 저작, 디자인 그리고 특허법은 컴퓨터 프로그램에 있어서는 성명표시권과 동일성유지권을 적용하지 않는다고 적용하지 않는다고 명시하고 있다(본조 제79조 2(a) 및 81조 2)고 규정함으로써 컴퓨터프로그램의 저작인격권을 부정한다; 또한 미국도 마찬가지로 컴퓨터프로그램의 저작인격권을 부정하고 있으나 컴퓨터프로그램의 저작인격권 인정을 찬성하는 견해가 등장하고 있다; Mira T. Sundara Rajan, 전계논문, p 8면.

19) 베른조약 6의 2에서는 성명표시권과 동일성유지권을, 독일은 공표권(동법 12조), 성명표시권(동법 13조), 동일성유지권(동법 14조), 철회권(동법 42조)을 인정하고 있고, 프랑스는 공표권(동법 19조), 귀속권과 성명표시권(동법 6조), 철회권(동법 32조)을, 일본은 공표권(동법 18조), 氏名表示權(동법 19조), 동일성

우리 저작권법 체계상 컴퓨터프로그램도 다른 저작물과 마찬가지로 저작물로 보호되기 때문에 저작권재산권과 저작권격권을 갖는 것은 당연한 이치이다. 그러나 컴퓨터프로그램의 기능적저작물의 특성으로 인한 잦은 upgrade와 다른 기종의 컴퓨터와의 호환성 문제로 인해 컴퓨터프로그램의 저작권재산권 양도 당연히 저작권격권도 양도되는지, 저작권격권은 저작권과 저작자의 일신전속권이므로 양도가 불가능한지에 대한 논의와 저작권법상의 인격권 중에 하나인 동일성유지권이 컴퓨터프로그램에도 적용되는데 있어서 그 제한규정의 범위에 대해서 여러 견해가 대두되고 있다. 그러므로 이하에서는 이에 논의를 살펴보고자 한다.

1. 컴퓨터프로그램의 저작권격권의 의의

컴퓨터프로그램의 저작권격권보호는 문화적인 차이, 기술적 불가능 그리고 프로그램저작자들이 이미 양도한 재산적(경제적)권리에 대해 저작권격권을 이용한 재차의 양수인과의 경제적 협상의 요구, 이로 인한 기술시장의 발전과 투자의 저해로 인해 프로그램의 저작권격권보호를 인정하는데 있어서 소극적이라는 견해²⁰⁾도 있으나 우리 저작권법의 체계상 컴퓨터프로그램의 저작권격권을 인정하는 것은 당연하다.

그러므로 우리 컴퓨터프로그램보호법도 저작권법상에 저작권격권으로 인정되는 공표권(컴퓨터프로그램보호법 제8조), 성명표시권(동법 제9조), 동일성유지권(동법 제10조)의 권리를 저작자에게 부여하고 있다.

2. 컴퓨터프로그램의 저작권격권의 성질

유지권(동법 20조), 철회권(동법 84조 3)을 인정하고 있다. 또한 영미법계는 저작자의 인격적 이익은 일반법규와 판례에서 보호하여 왔으나 최근 국제적 추세에 따라 입법화 하였다(1988년 영국법 및 1990년 미국의 시각미술가의 권리에 관한 법률); 송영식, 이상경, 황종환, 전계서, 578면.

20) Ian Eagles, Louise Longdin, *Technological Creativity and Moral Rights*, International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, 2004, p 1면.

앞에서도 언급하였듯이 우리의 저작권법은 저작권이원론의 입장²¹⁾을 취하고 있으므로 저작권의 양도에 있어서 저작재산권은 양도가 가능하지만, 저작인격권은 일신전속권²²⁾이므로 양도할 수 없다고 하였다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법에서는 저작인격권에 대한 일신전속권에 대한 규정을 두고 있지 않기 때문에 컴퓨터프로그램의 저작인격권에 대한 일신전속권이 문제되어 견해의 대립이 있다.

프로그램저작인격권도 저작권법에서 저작인격권의 일신전속권을 인정한다는 것과의 연장선상에서 일신전속권을 인정하는 견해²³⁾의 근거로는, 첫째 프로그램도 저작물로 보호하는 것이 우리법의 입장인 이상 저작물을 저작재산권·저작인격권으로 파악하는 기본구조를 프로그램의 경우에도 적용하지 않을 수 없다는 점, 둘째 프로그램보호법은 저작권법의 특별법이므로 프로그램의 경우 저작인격권의 일신전속성을 배제하는 특별규정을 두지 않은 이상 일반적인 저작권법이 적용된다고 봄이 타당하고, 셋째 프로그램보호법(동법 제31조)²⁴⁾도 프로그램의 보호에 관하여 저작권법에 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다고 하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 프로그램의 경우에도 저작인격권은 저작자의 일신전속권의 성질을 갖는다고 한다. 그러므로 컴퓨터프로그램법상의 저작인격권의 양도·상속이 불가능하다고 한다.

이에 반해 저작인격권을 비일신전속권으로 보는 견해²⁵⁾는, 첫째 컴퓨터프로그램은 문학 및 예술작품 등에 비하여 저작자의 인격적 이익과의 관련성이 약하다는 점, 둘째 동일성유지권을 포함한 저작인격권에

21) 송영식, 이상정, 황중환, 전계서, 575면.

22) 저작권법 제14조.

23) 임준호, "컴퓨터프로그램의 법적보호", 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992, 491-492면.

24) 컴퓨터프로그램보호법: 제31조(침해의 정지 등 청구): ①프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 그의 권리를 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다. ②프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등이 제1항의 규정에 의한 청구를 하는 경우에는 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기와 침해행위에 제공된 도구등의 폐기나 기타 침해를 예방하는 데 필요한 조치를 할 것을 함께 청구할 수 있다.

25) 송상현외 2인, 「컴퓨터프로그램보호법 축조해설」, 서울대학교출판부 1989, 130-131면.

대하여 저작자의 일신전속성을 인정하는 것은 잦은 개량(upgrade)을 필요로 하는 프로그램의 특성과 맞지 않다는 점, 셋째 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법에 규정된 사항도 다시 중복하여 자세히 규정하는 방식을 취하면서 특별히 저작권격권의 일신전속성에 관한 규정만 제외한 것은 입법자의 의사도 프로그램 저작권격권의 일신전속성을 배제하려는 취지였던 것으로 보인다는 점, 넷째 저작권법상의 저작권양도에 대한 조항(저작권법 제41조)²⁶⁾은 법문에서 ‘저작재산권’으로 분명히 제한하고 있음에 반하여 컴퓨터프로그램보호법에서는 ‘프로그램저작권’이라는 용어를 사용하여 서로 다른 규정을 하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 프로그램 저작권격권은 일신전속성을 가지지 않고, 따라서 이를 다른 제3자에게 양도할 수 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 하는 견해도 있다.²⁷⁾ 다만, 성명표시권은 이를 양도한다고 하더라도 저작자가 아닌 양수인이 자신의 성명을 저작자로 표시하는 것은 허용되지 않는 것으로 보아야 하는 것은 당연하므로, 그러한 양도가 있을 때에는 그 권리를 포기한 것과 마찬가지로 보아야 한다고 한다.²⁸⁾

3. 컴퓨터프로그램의 저작권격권의 내용

가. 공표권(right of release, right of dissemination, right to publish or not to publish)

(1) 의의

공표권(제8조)²⁹⁾이란 저작자가 미공표저작물에 대해서 공표여부를 결

26) 저작권법 제41조(저작재산권의 양도): ①저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ②저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제21조의 규정에 의한 2차적저작물 또는 편집저작물을 작성할 권리는 포함되지 아니한 것으로 규정한다.

27) 사법연수원, 「저작권법 II」 2001, 171면.

28) 오승종·이해완, 「개정판 저작권법」, 박영사, 2001, 664면.

29) 컴퓨터프로그램보호법 제8조(공표권): ①프로그램저작자는 그 프로그램을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다. ②프로그램저작자가 공표되지 아니한 프로그램을 양도 또는 대여하거나 제17조의 규정에 의한 사용허

정할 권리이다. 즉 저작물을 공표할 것인가 말 것인가, 공표한다면 언제 어떠한 방법으로 할 것인가를 결정할 권리이다.³⁰⁾ 그러므로 이 권리는 저작자가 적극적으로 행사하기 위한 권리라기보다는 타인의 무단공표를 금지하는데 주목적이 있는 소극적인 권리이다.³¹⁾

(2) 적용범위

공표의 경우에 저작자와 저작권자가 동일인인 경우에는 크게 문제가 없으나 저작자와 저작재산권자 내지는 저작물소유자가 분리되어 있는 경우에는 저작자가 갖는 공표권과 저작재산권 이나 소유권행사와의 사이에 조정이 필요하므로 저작권법과 마찬가지로 컴퓨터프로그램보호법도 다음과 같은 추정·간주규정을 두고 있다.

가) 프로그램저작자가 공표되지 아니한 프로그램을 양도 또는 대여하거나 제17조의 규정에 의한 사용허락을 한 경우에는 특약이 없는 한 프로그램저작자가 그 상대방에게 프로그램의 공표를 동의한 것으로 본다(컴퓨터프로그램보호법제8조 2항). 이는 저작권법 제11조 2항에 상응하는 규정이다. 그러나 저작권법 제11조 2항은 추정규정으로 되어 있고 컴퓨터프로그램보호법의 제8조 2항은 간주규정으로 되어있다. 추정은 반증에 의해서 깨어질 수 있다는 특성과 간주는 의제로서 반증에 의해서 깨어지지 않는다는 것을 고려할 때, 그 구별실익은 없는 것 같다.

나) 프로그램이 공표되지 아니한 경우에 原프로그램저작자의 동의를 얻어 창작된 개작프로그램이 공표된 경우에는 개작에 원용된 原프로그램의 부분에 한하여 공표된 것으로 본다(동법 제8조 3항). 이는 저작권법 제11조 4항에 상응하는 규정이다. 이 규정에 대해 부정적인 입장을 가진 견해³²⁾가 있다. 왜냐하면 “改作”은 프로그램의 일련의 지시, 명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 創作하는 행위

락을 한 경우에는 특약이 없는 한 프로그램저작자가 그 상대방에게 공표를 동의한 것으로 본다. ③프로그램이 공표되지 아니한 경우에 原프로그램저작자의 동의를 얻어 창작된 개작프로그램이 공표된 때에는 개작에 원용된 原프로그램의 부분에 한하여 공표된 것으로 본다.

30) 송영식, 이상정, 황중환, 전계서, 562면.

31) 안효질, 「컴퓨터프로그램보호법 축조해설」, 프로그램심의조정위원회, 2000, 38면.

32) 안효질, 상계서, 39면.

를 말하므로, 제작된 프로그램은 전혀 새로운 저작물이므로 제작할 권리를 양수받았다면 거기에는 공표권이 포함되어 있기 때문이라는 것이다.

나. 성명표시권(right of paternity, right to respect for one's name, right of attribution)

(1) 의의

프로그램저작자는 그 저작물에 창작자인 것을 주장할 수 있는 공표를 함에 있어서 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지며, 프로그램을 사용하는 자는 그 프로그램을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다(제9조)³³⁾. 성명표시권에 의하여 프로그램저작자는 자신의 프로그램에 대하여 저작자명을 표시하여야 할 것인지 및 표시한다면 이를 어떻게 표시하여야 할 것인지를 결정할 수 있고, 법문에 명시되지 않았지만, 프로그램저작자는 자신의 프로그램저작물에 대하여 자신이 저작자임을 주장할 수 있으며, 제3자가 이를 다투거나 오히려 자신의 저작물인 것으로 주장하는 것에 대하여 대항할 수 있다.³⁴⁾

(2) 적용범위

저작권법의 성명표시권은 특허법에 있어서 발명자계재권(특허법 제42조 1항 V)과 같은 기능을 가지고 있다. 이러한 성명표시권은 공표권과는 달리 최초의 공표 때만이 아니고 이미 공표되어 있는 저작물의 이용이 있는 때에는 언제라도 주장할 수 있는 권리이나, 저작물이용자는 이용시마다 저작자에게 어떠한 표시를 할 것인지를 물어 볼 필요는 없고 저작자의 특별한 의사표시가 없는 한 이미 저작자 그이 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 그대로 표시하면 된다(컴퓨터프로그램보

33) 컴퓨터프로그램보호법 제9조(성명표시권): ①프로그램저작권자는 프로그램이나 그 복제물 또는 프로그램의 공표를 함에 있어서 實名 또는 異名을 표시할 권리를 가진다. ②프로그램을 사용하는 자는 프로그램저작권자의 특별한 의사표시가 없는 한 프로그램저작자가 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다.

34) 안효질, 전게서, 40면.

호법 제9조 1항 및 2항).³⁵⁾

한편 음악저작물이 배경음악으로 사용되는 경우처럼 저작물이용의 관행상 성명표시권을 관철할 수 없는 예외적인 경우³⁶⁾나 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송, 사적이용을 위한 복제, 도서관 등에서의 복제, 시험문제로서의 복제, 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 등의 경우 저작물의 출처를 명시하지 않을 수 있도록 하여(저작권법 제34조 1항 단서), 실질적으로 성명표시권을 제한하는 경우³⁷⁾ 컴퓨터프로그램보호법 제12조 단서에 따라서 성명표시권을 제한할 수 있다.

다. 동일성유지권(right of integrity, right to respect for the work, right to inviolability of the work)

(1) 의의

저작권자는 프로그램의 제호·내용 및 형식의 동일성을 유지할 권리를 가진다(제10조). 아무리 고쳐진 제호·형식·내용이 원래의 것보다 좋게 되더라도 저작자의 동의가 없는 개변은 인정되지 아니한다. 이는 저작물이란 저작자의 사상·감정을 표현한 것으로 저작물의 수정 및 개변은 저작자만이 할 수 있는 것이기 때문이다.³⁸⁾ 그러나 컴퓨터프로그램과 같은 기능적저작물은 다소 탄력적인 동일권유지권의 해석이 필요하다. 특히 문제되는 것은 동일성유지권의 제한의 범위와 이러한 제한의 범위를 특약으로 제한할 수 있는가이다.

(2) 적용범위

컴퓨터프로그램은 순수학문과 예술작품과는 달리 기술발달에 따라 끊임없이 개량(upgrade)되는 특성이 있으므로 원칙적으로 컴퓨터프로그램법상의 동일성유지권은 산업발전과 문화발전에 적합한 권리라고 인정하는 것이 타당하지 않을 수 있기 때문에, 컴퓨터프로그램보호법은

35) 송영식, 이상정, 황종환, 전게서, 579면.

36) 송영식, 이상정, 황종환, 상게서, 563-564면.

37) 사법연수원, 전게서, 173-174면.

38) 송영식, 이상정, 황종환, 전게서, 582면.

제10조 3항에서 제한사유를 두고 있다.

프로그램보호법 제10조에서 말하는 변경이라 함은 개작(동법 제2조 4호)에 이르지 아니하는, 프로그램의 수정, 보완, 개변 등을 의미하고 제10조 1호의 변경은 주로 컴퓨터를 다른 종류의 것으로 교체했을 때 신기종에 이용이 가능하도록 하기 위한 변경을 말하며, 동조 2호의 변경은 동일한 컴퓨터에 이용하는 경우에 그 사용상의 효율성을 제고한 변경을 말한다. 동조 3호는 프로그램의 성질 또는 그 사용목적에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경을 허용함으로써 일정한 범위에서 동일성유지권을 제한하고 있다. 이것은 프로그램은 컴퓨터에 효율적으로 이용하기 위하여 빈번히 수정, 보완이 요구되며 사회의 변천이나 새로운 기계, 기구 등의 출현 즉 물리적 변동에 따라 유동적으로 변환, 보완되어야 하는 특수성이 필요하기 때문이다. 즉 동일성유지권을 다소 제한하여 이미 개발된 고가의 프로그램을 산업정책적인 면에서 효율적으로 이용할 수 있도록 하려는 취지이다.³⁹⁾ 이에 대해 저작권격권의 일신전속성의 입장을 긍정하는 견해이면서도 불구하고 저작권격권의 하나인 동일성유지권에 포기가능성에 대한 긍정적인 입장을 취하는 견해⁴⁰⁾에 따르면, 프로그램은 특정한 기능을 수행하는 데 그 의미가 있는 기능저작물이므로 기술발달에 따라 끊임없이 개량(upgrade)되는 본질적 특성으로 인해 순수학문과 예술작품과 같이 인격적 이익을 엄격하게 보호할 필요가 없다는 저작권격권의 일신전속권을 부정하는 견해와 결론을 같이하여 동일성유지권을 포기한 것으로 해석하기도 한다.

4. 공동저작물의 저작권격권

컴퓨터프로그램의 공동저작물의 경우에, 공동저작물의 공동으로 창작하고 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 프로그램의 저작권은 공동으로 창작한 자의 공유로 하며, 그들의 공유지분은 공동저

39) 송영식, 이상정, 황종환, 전계서, 670면.

40) 임준호, 전계논문, 497면.

작자간에 특약이 없는 한 균등한 것으로 보며(컴퓨터프로그램보호법 제 11조 1항), 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 공동저작자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 공동저작권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다(동법 제11조 2항), 공동저작권자가 사망하거나 그 지분을 포기한 때에는 그 지분은 다른 공동저작권자에게 각 지분비율에 따라 분배된다(동법 제3조)고 하여 저작권법의 제15조의 ‘공동저작물의 저작인격권’과 같은 규정은 없으나 컴퓨터프로그램보호법 제45조에 따라 저작권법 제15조가 컴퓨터프로그램의 공동저작자에 대한 저작인격권의 적용이 그대로 미친다 할 것이다.

V. 저작인격권의 문제점

1. 저작인격권의 양도

앞에서도 언급하였지만 저작인격권의 양도가능성에 대한 견해의 대립이 있다. 저작권법상 저작인격권은 양도할 수 없다는 것이 통설적 견해이다. 이것은 저작권의 이원론의 입장인데 저작인격권의 일신전속성은 우리 저작권법 제14조 1항과 저작권법 제41조로부터 추론이 가능하며, 또한 이규정을 강행규정으로 보아 당사자간의 약정에 의하여 변경할 수 없다고 한다.⁴¹⁾

이와는 반대로 프로그램의 특성상 인격적 이익이 약하고, 잦은 upgrade를 필요로 하는 프로그램의 특성과 맞지 않고, 저작인격권의 일신전속성에 대한 명문규정이 없다는 점과 저작권 양도의 조항(저작권법 제41조)은 “저작재산권”으로 규정하고 있는데, 컴퓨터프로그램(컴퓨터프로그램보호법 제15조 1항)에서는 “프로그램저작권”이라고 규정하였다는 점 등을 들어 일신전속성을 부정하여 저작재산권과 같이 양도를 긍정하는 견해⁴²⁾도 있다.

41) 허희성의, 「2000 신저작권법 축조해설」, 저작권아카데미, 2001, 204면.

42) 송상현 외 2인, 전게서, 131면; 오승중·이해완, 전게서, 664면.

외국의 경우에, 미국은 저작권법상 컴퓨터프로그램을 어문저작물로서 보호하는데(미국저작권법 제102조(a), 저작권법에 일반적인 인격권에 관한 규정이 없고 오직 시청각저작물에 한하여 성명표시권과 동일성유지권 등을 인정하면서 저작자만이 행사할 수 있게 하였고⁴³⁾, 영국은 컴퓨터프로그램을 저작권법상 문예저작물에 포함하여 보호하며(영국저작권법 제3조), 저작권법에 인격권에 관한 규정을 두고 있으나(동법 제4장), 저작인격권을 양도할 수 없게 하였고⁴⁴⁾, 독일은 컴퓨터프로그램을 어문저작물로 보호하고(동 저작권법 제2조), 저작인격권과 저작물을 이용할 수 있는 이용권을 포함하고 있으므로(동법 제4절), 저작권자체를 저작자의 사망으로 인한 처분행위의 이행이나 유산분할에 의한 공동상속인에게 양도하는 외에는 양도 자체를 할 수 없게 하였으며(동법 제29조), 오직 이용권만이 양도를 할 수 있게 하였다.⁴⁶⁾ 일본은 프로그램저작물을 저작권법상 저작물로 예시하고(동법 제10조), 저작자의 권리에 는 저작인격권과 저작물을 경제적으로 이용할 수 있는 저작재산권을 포함하고 있으나(동법 제17조), 동법 제61조에서 저작권은 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있다고 규정하고 있으나 이것은 인격권이 제외된 저작인격권만을 양도할 수 있다고 한 것이라 한다⁴⁷⁾.

저작자의 저작인격권은 개인적 권리이다. 즉 저작인격권은 그 사람, 개성 혹은 그 저작자 자신에게서 기원하는 것이다. 그러므로 저작자는 그의 저작인격권으로부터 분리될 수 없을 것이다. 예를 들어 미술저작물의 경우에 그의 저작물을 판매하여 경제적인 권리가 없어지더라도 그의 저작인격권은 그에게서 양도될 수가 없다. 본시 저작인격권은 원칙적으로 저작물의 이전·판매 하더라도 저작인격권은 양도될 수 없다. 프랑스의 한 학자는 저작인격권의 이러한 측면을 오만하며, 저작자의 품위를 떨어뜨리는 것으로 까지 보기도 하였었다.⁴⁸⁾ 그러므로 컴퓨터프

43) 미국저작권법 제106조 A.

44) 1988년의 저작권, 의장 및 특허법 제94조.

45) Mira T. Sundara Rajan, *MORAL RIGHTS IN INFORMATION TECHNOLOGY*, International Journal of Law and Information Technology, 2004, p 8.

46) 개정(1997) 독일저작권법 제34조.

47) 허희성, “현행 컴퓨터프로그램보호법의 문제점과 개선방안”, 저작권연구 3호, 저작권법학회, 2004, 2-3면.

로그래ムの 특수성 때문에 저작자와 저작물 사이에 인격적 측면을 외부 적상황(프로그램의 판매·재산적 권리이전)만으로 저작인격권이 양도되었고 잘라서 말하는 것은 성급한 판단이 아닌가 한다.

2. 동일성유지권

컴퓨터프로그램보호법의 저작인격권 중에서도 특히 문제시 되고 있는 것은 동법 제10조 동일성유지권의 문제이다. 동법 제10조의 1,2,3호의 입법취지는 컴퓨터프로그램의 특성상, 프로그램은 컴퓨터에 효율적으로 이용하기 위하여 자주 수정, 보완이 요구되며 사회의 변천이나 새로운 기계, 기구 등의 출현 즉 물리적 변동에 따라 유동적으로 변환·보완되어야 하는 특수성이 있으므로 이에 효과적으로 대처할 수 있도록 동일성유지권을 제한할 필요성을 위한 규정이다.⁴⁹⁾ 그러나 이러한 제한규정에 대한 견해의 대립이 있다.

우선 컴퓨터의 호환성으로 인해 특정한 컴퓨터에 효과적으로 사용되도록 변경된다면 그 컴퓨터와 같은 기종 그리고 그 컴퓨터와 호환성 있는 모든 컴퓨터에서 효과적으로 사용될 수 있을 것이므로, 동법 제10조의 1,2,3호의 제한은 실제로 동일성유지권의 제한이라기보다는 그 포기과 다를 바 없다고 하여 동일성유지권을 인정할 필요가 있는가 하는 근본적인 의문을 제시하는 견해⁵⁰⁾가 있다.

둘째, 동일성유지권 제한규정은 저작자와 저작물이용자의 이익을 고려하여야 한다는 관점에서 보면, 이는 동일성유지권의 예외가 아니고, 원칙적으로 동일성유지권의 한계라고 한다. 또한 동법 제10조의 예외규정을 해석함에 있어서는 그 변경이 사적영역이나 사적 목적에만 국한되어 허용되는 것은 아니라는 점을 강조한다. 따라서 어떤 기업이 정당

48) P Recht, *Le Droit d'Auter, une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie*, Editions J Duculot, Gembloux, 1969, p 278; Mira T. Sundara Rajan, *전계논문*, 4면 재인용.

49) 송영식·이상정·황중환, *전계서*, 728면.

50) 오승중, "컴퓨터프로그램보호법의 독자성", *비교사법 제6권 2호(통권11호)*, 1999, 801-802면.

하게 구입한 프로그램을 그 기업의 영업필요에 따라 영업목적으로 변경하는 것도, 그 변경이 동법 제10조의 1,2,3호에 해당하기만 하면 허용된다는 우려의 견해⁵¹⁾가 있다.

셋째, 동일성유지권은 인격권의 일종으로 포기할 수 없는 권리라고 하면서, 프로그램은 특정한 기능을 수행하는데 그 의미가 있는 기능저작물이므로 기술발달에 따라 끊임없이 개량(upgrade)되는 특성을 가지고 있으며, 이러한 개량은 프로그램의 본질적 속성이라고 보아 순수학문과 예술작품등과는 같이 인격적 이익을 적용할 필요는 없다는 입장에서, 프로그램의 동일성유지권은 프로그램저작자의 의사에 반하는 변경을 금지하기 위한 권리에 불과하며 프로그램저작자는 명시 또는 묵시적으로 동일성유지권을 포기할 수 있고, 프로그램저작자가 저작재산권을 전부 타인에게 양도하는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 양수인이 프로그램을 자유로이 개량할 수 있도록 허용하는 취지라고 해석함이 상당하고, 이러한 경우 프로그램저작자는 동일성유지권을 묵시적으로 포기하였다고 본다는 견해⁵²⁾이다.

넷째, 이 견해⁵³⁾는 컴퓨터프로그램보호법 제10조의 1,2,3호는 강행규정이 아닌 임의규정으로 보아, 본조의 규정을 배제하는 특약도 가능하다는 견해이다. 즉 동일성유지권의 제한을 프로그램이 양수되어 저작재산권과 저작권격권이 분리된 경우에, 이를 저작재산권자와 저작권격권자의 계약을 통해서 동일성유지권을 배제할 수 있다는 것이다. 이처럼 저작재산권과 저작권격권이 분리된 경우에 프로그램저작물을 변경시마다 사전에 승낙을 받는다는 것은 가능할 수도 있으나, 이러한 번거로움 없이 특약에 의하여 저작재산권 양도시 포괄적으로 변경허락을 한 경우, 즉 동일성유지권을 행사하지 않는다는 특약을 한 경우 이 특약의 효력을 인정하는 것이다. 독일의 경우⁵⁴⁾에는 저작물의 개변 내용이 개별 구체적으로 표시되어 있고, 그것이 사전에 인식되고 있는 경우,

51) 안효질, 전게서, 62면.

52) 임준호, 전게서, 496-497면.

53) 송영식, 이상정, 황종환, 전게서, 591-593면.

54) Gerhart Schriker, *Die Einwilligung des Urhebers in entstellende Änderungen des Werks*, Fest-Schrift Für Heinrich Hubman zum 70. Geburtstag, 1985, 417면; 송영식·이상정·황종환, 전게서, 592면 재인용.

그 동의는 허용되나 역으로 그 개변의 범위를 예상할 수 없는 포괄적 동의는 허용될 수 없다고 하며, 일본의 경우⁵⁵⁾ 대가의 내용이나 力關係에 비추어 저작자에게 현저히 가혹한 내용의 특약은 공서양속 위반이며, 무효이나 그렇지 않은 한 원칙적으로 유효하다고 한다.

또한 그러한 특약이 없는 경우에는 저작재산권을 양수한 자가 개량(upgrade)이 특단의 사유가 없는 한 저작물이 이용에 있어 부득이하다고 인정되는 범위이고, 저작재산권을 양도함에 있어 양도인이 양수인의 양수목적울 알 수 있었다면 그 후의 양수목적 범위 내에서의 양수인의 변경에 대해 합리적인 이유 없이 변경불가를 주장하는 것은 일종의 동일성유지권에 대한 권리남용으로 허용되지 않는다고 한다.

VI. 결론

디지털시대의 특징적인 새로운 기술의 저작물에 있어서도 저작인격권을 보호하여야 하는가라는 문제에는 국제조약이나 각국에 저작권입법에서 많은 관심이 있어온 부분은 아닌 듯싶다. 그러나 디지털시대의 예상하지 못했던 저작물들에 대해서도 아날로그 시대의 저작물과 같은 기준으로 저작인격권을 무리가 있는 것도 사실이므로 컴퓨터프로그램 보호법은 이에 대한 제한을 규정하고 있다. 하지만 우리는 엄연히 저작재산권과 저작인격권을 구분하여 저작권과 저작자를 보호하고 있는 법체계를 가지고 있기 때문에 저작인격권 보호에 필연성은 당연하다. 또한 앞에서도 언급하였듯이 미국에서도 컴퓨터프로그램에 대해서 저작인격권을 부여하여야 한다는 주장이 제기되기도 한다.

기본적으로 컴퓨터프로그램의 저작인격권의 양도와 동일성유지권의 제한문제를 해결하려는 출발점은 저작인격권은 일반인격권과는 달리 저작물과 저작자 사이의 관계에서 비롯되어야 한다는 것이다. 그러므로 디지털시대에 탄력적으로 적용가능한 입법적 해결이 필요할 것이다.

55) 金井重彦 외, 著作権法コンメンタル(上卷), 東京布井出版, 2000, 307면.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 고명식, “저작인격권”, 국제지역연구, Vol.2, No.1, 국제지역학회, 1998.
- 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2004.
- 사법연수원, 「저작권법 Ⅱ」, 2001.
- 송상현외 2인, 「컴퓨터프로그램보호법 축조해설」, 서울대학교출판부, 1989.
- 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(제9판)하권」, 육법사, 2005.
- 안효질, “컴퓨터프로그램보호법 축조해설”, 프로그램심의조정위원회, 2001.
- 오승종·이해완, 「저작권법(제4판)」, 박영사, 2005.
- 오승종, “컴퓨터프로그램보호법의 독자성”, 비교사법 제6권2호(통권11호), 1999.
- 윤방현, “저작인격권에 관한 비교법적 고찰”, 대불대학교논문집 제7집, 2001.
- 이영준, “민법총칙”, 박영사, 2005.
- 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적보호”, 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992.
- 장인숙, 「저작권법원론」, 寶晉齋, 1996.
- 고명식, “우리나라 저작권법상 저작인격권의 보호”, 국제지역연구 제2권 제1호, 1998.
- 한응길, “인격권의 보호”, 동아대학교 동아법학 제26호, 1999.
- 허희성외, 「2000 신저작권법 축조해설」, 저작권아카데미, 2001.
- 허희성, “현행 컴퓨터프로그램보호법의 문제점과 개선방안”, 저작권법연구 제3호, 2004.

2. 국외문헌

Gerhart Schriker, *Die Einwilligung des Urhebers in entstellende Änderungen des Werks*, Fest-Schrift Für Heinrich Hubman zum 70, Geburtstag, 1985.

Paul Goldstein, *Copyright(second edition)*, vol. 1, Aspen New York, 2003.

Mira T. Sundara Rajan, *MORAL RIGHTS IN INFORMATION TECHNOLOGY*, International Journal of Law and Information Technology, 2004.

P Recht, *Le Droit d'Auter, une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie*, Editions J Duculot, Gembloux, 1969, p 278; Mira T. Sundara Rajan.

Ian Eagles, Louise Longdin, *Technological Creativity and Moral Rights*, International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, 2004.

金井重彦 외, *著作権法コンメンタル(上卷)*, 東京布井出版, 2000.

컴퓨터프로그램저작권 제한에 관한 소고

- 역분석을 중심으로 -

경희대학교 법과대학 박사과정

전 성 태

차 례	
I. 서설	IV. 역분석과 관련된 법적문제
II. 프로그램코드역분석에 관한 외국의 동향	V. 결론
III. 프로그램저작권의 특수한 제한 으로서 프로그램코드역분석	

I. 서설

현대 경제활동의 주축이 되는, 고도의 시장가치를 지닌 디지털 장치와 시스템 기술의 발전은 이러한 기술의 개발자와 판매자들에게 권리의 한계와 보호에 관련된 많은 이해관계를 발생 시키고 있다. 이러한 이유로 인하여 영업비밀보호에 대한 국제적인 통일성 부족에 대한 기업들의 우려는 영업비밀과 관련된 정보의 권한 없는 이용과 습득을 저지하도록 하는 국제적인 규모의 입법을 촉진하고 있다.

그럼에도 불구하고 '역분석'(reverse engineering)은 개방형 시장에서 물품의 구입과 같이 공정하고 정직한 수단에 의한 영업비밀을 획득하기 위한 합법적인 방법으로 인식되어 왔다.¹⁾ 또한 역분석은 실제로 산

업계에서 기술수준의 향상을 위하여 널리 행해지는 현상으로서 특허법·실용신안법·반도체집적회로배치설계에 관한 법률에서도 이를 허용하고 있다.²⁾ 그러나 지식정보화사회의 필수불가결한 요소인 컴퓨터와 일체로 작동되는 컴퓨터프로그램에 관해서는 많은 논란이 있어왔다. 이는 컴퓨터프로그램의 특성에서 기인하는데, 일반적으로 컴퓨터 프로그램은 이를 모방하거나 복제하기는 용이하나 이를 개발하기 위해서는 많은 수고와 비용이 들기 때문이다.

컴퓨터프로그램은 개인의 창작적 요소가 가미된 저작물이다.³⁾ 그러므로 컴퓨터프로그램은 프로그램저작자의 사적재산이며 사회정의의 관점에서 그 보호가 타당하다는 이유로 세계 각국은 컴퓨터프로그램을 보호하고 있다. 그러나 컴퓨터프로그램을 어느 정도의 수준으로 보호하느냐가 문제이다. 이러한 관점에서 논의되는 것이 바로 ‘프로그램코드역분석’이다. 결국 핵심은 역분석을 허용할 경우, 많은 수고와 비용을 들여 개발한 프로그램저작자에게 저작자에게 합리적인 (투자 및 창작에 대한) 보상을 주어 새로운 창작의 동인을 부여하고자하는 컴퓨터프로그램의 목적을 달성치 못하게 할 것이다. 반면에 역분석을 금지할 경우, 저작권보호의 대상 밖인 아이디어의 독점을 사실상 인정하는 경우가 있을 수 있고, 동종의 기능을 가진 경쟁 프로그램의 발전이 크게 저해될 수 있으며, 다른 프로그램이나 장치에서 작동되도록 하는 호환성있는 프로그램이나 장치의 개발이 차단될 수 있는 문제가 있다.

결국 미국, 유럽연합 등의 세계 주요나라는 역분석을 일정범위에서

- 1) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, "The Law and Economics of Reverse Engineering," *111 Yale L.J.* 1575 (2002), p. 1583.
- 2) ‘특허법’ 제96조 제1항 제1호에서 “연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시에는 미치지 아니한다”라고 규정하고 있으며, ‘실용신안법’ 제38조제1항 제1호에서도 같은 취지로 규정하고 있다. 또한 ‘반도체집적회로배치설계에 관한 법률’ 제9조제1항 제1호 및 제2호에서도 회로배치설계권의 효력은 “교육·연구·분석 또는 평가 등의 목적이나 개인이 비영리적으로 사용하기 위한 배치설계의 복제 또는 그 복제의 대행 및 연구·분석·평가 등의 결과에 의하여 제작된 것으로서 창작성이 있는 배치설계에 대해서는 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다.
- 3) 외국의 경우처럼 저작권법에 의해 규율될 터이지만 우리나라의 경우에는 일반 저작물과 다른 컴퓨터프로그램의 특성과 그 발전을 고려해 독자적인 컴퓨터프로그램보호법을 통하여 보호하고 있다; 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대학교 출판부, 1989, 3면.

허용하도록 하는 합의에 이르렀다. 우리나라에서도 컴퓨터프로그램보호법 제12조의 2를 규정함으로써 역분석을 허용하는 규정을 도입하였다. 그럼에도 불구하고 현행 컴퓨터프로그램보호법상의 역분석 규정과 관련된 다양한 법률문제가 남아있다. 프리웨어·웨어어나 오류수정을 위한 프로그램코드역분석의 문제, 당사자 사이의 특약 또는 쉬링크랩·클릭랩라이선스로 프로그램코드역분석을 배제한 경우의 계약법적 효력 문제, 특허권이 부여된 컴퓨터프로그램에서의 역분석의 문제 등을 들 수 있다. 따라서 본고에서는 프로그램코드역분석에 관한 외국의 동향을 입법 및 판례를 중심으로 살펴보고 프로그램저작물의 특수성에 기인한 제한으로서 프로그램코드역분석규정의 법적지위 및 방법 등과 허용요건과 금지행위에 대하여 일반적으로 고찰한다. 이러한 검토를 통하여 프로그램코드역분석과 관련하여 당면한 법률문제와 그 개선책을 입법 및 법률해석을 중심으로 도출하고 결론을 맺고자 한다.

II. 프로그램코드역분석에 관한 외국의 동향

- 입법 및 판례를 중심으로 -

1. 미국

미국은 컴퓨터프로그램의 역분석을 ‘공정이용’(fair use)⁴⁾의 일종으로

4) 미국 저작권법 제107조 (배타적 권리에 대한 제한 : 공정이용)

제106조 및 제106조의 A의 규정에도 불구하고, 비평, 논평, 시사보도, 교수(학급용으로 다수 복 제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권이 있는 저작물을 복제물이나 음반으로 제작하거나 또는 기타 제106조 및 제106조의 A에서 규정한 방법으로 사용하는 경우를 포함하여 공정사용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서 다음의 사항을 참작하여야 한다.

- (1) 이러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지의 여부를 포함한, 그 사용의 목적 및 성격;
- (2) 저작권이 있는 저작물의 성격;
- (3) 저작권이 있는 저작물 전체에서 사용된 부분이 차지하는 양과 상당성; 및
- (4) 이러한 사용이 저작권이 있는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향. 위의 모든 사항을 참작하는 공정사용의 결정이라면, 저작물이 미발행되었

취급하면서 그 요건을 판례의 형성을 통하여 구체화하여 왔다.⁵⁾ 즉 역분석에 관하여 별 다른 입법 없이 “공정 이용”이라는 포괄적 제한 규정을 이용하여 규율한 것이다. 그러나 1998년에 ‘디지털밀레니엄 저작권법’(The Digital Millenium Copyright Act: 이하 DMCA)을 제정하면서 그 동법의 제1201(f)항에서 역분석을 기술적 보호조치를 회피할 수 있는 예외의 하나로서 규정하기에 이르렀다. 본고에서는 DMCA 제정 이전에 역분석에 관한 지도적 선례인 *Sega Enterprise Ltd. v. Accolade, Inc.* 사건과 DMCA의 제정 후에 DMCA 제1201조 (f)를 적용한 *Davidson & Associates, Vivendi Universal v. Tim Jung, Rob Crittenden, Internet Gateway* 사건의 고찰을 통해 역분석에 관한 미국의 입장을 살펴보기로 한다.⁶⁾⁷⁾

더라도 그 사실 자체만으로는 그러한 결정을 방해하지 못한다.

- 5) 안효질, 「컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의회조정위원회, 2001, 83면.
- 6) 이혜광, “개정 컴퓨터프로그램보호법과 프로그램코드 역분석”, 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망」(심당 송상현선생화갑기념논문집), 2002, 955-957면.
- 7) *Sega Enterprise Ltd v. Accolade Inc.* 사건에 대한 제9항소법원의 판결이 있기에 앞서 발표된 보고서에서, 컴퓨터법에 대한 뉴욕시 변호사협회는 미국저작권법 제107조의 4가지 요소에 대한 역분석의 몇 가지 사례를 조사하였다. 두 예가 실례가 된다. ① 전체적 실행의 일부로서 프로그램의 구조, 조직, 알고리즘을 파악하기 위한 역분석 ② 원 프로그램의 보호받지 못하는 특징(저작권이나 특허권의 대상이 되지 않는 아이디어)을 이용하여 경쟁적인 호환성 있는 프로그램을 개발하기 위하여 상업적인 목적으로 행하는 역분석이 있다. 이 보고서는 미국저작권법 107조의 첫 번째 요소(사용의 취지 및 성질)는 학술적 이용에는 찬성하지만 상업적 이용에는 반대하는 것으로 평가한다. 두 번째 요소(저작물의 본질)는 다음 두 경우가 인정될 경우 ‘공정이용’(fair use)이 되는데 찬성한다. 하나는 아이디어가 읽음으로써 발견될 수 있는 책과 달리, 목적코드로 배포되는 컴퓨터 프로그램의 본질은, 역분석 없이는 인간이 연구하거나 이해할 수 없는 방식으로 표현된 아이디어와 같은 특성이 있다는 점이다. 그러므로 역분석을 금지하는 것은 저작권자에게 그 저작물의 표현뿐만 아니라 아이디어까지 보호하는 독점권을 부여하여 컴퓨터프로그램에 포함되어 있는 아이디어를 개선하거나 원리를 파악함으로써 얻을 수 있는 중요한 사회적 이익을 좌절시킨다. 이러한 두 가지에는 전체프로그램의 복제와 관련이 있다. 세 번째 요소(전체로서 저작물에 관련하여 사용된 부분의 양과 상당성)는 공정이용으로 평가된다. 그러므로 완전한 ‘문자 그대로의 복제’(verbatim copy)조차도 저작권의 침해에 해당하지 않을 수 있다. 이 보고서의 관점에서 네 번째 요소(잠재적 시장에서의 이용의 결과 또는 저작물의 가치)는, 이용의 결과가 경쟁 프로그램의 창작에 있기 때문에 최초 이용에 대해서는 찬성한다. 그러나 두 번째 이용부터는 그렇지 않다고 하였다; Committee on computer Law of the Association of the Bar of the City New

가. Sega Enterprise Ltd. v. Accolade, Inc⁸⁾

(1) 사실관계

원고 Sega社는 제어판과 비디오게임 카트리지로 구성된 Genesis를 판매하고 있었으며, 피고 Accolade社는 자사의 비디오게임이 Genesis 제어판에서 사용될 수 있도록 Sega社의 비디오 게임을 역분석하는 방법으로 분해하여 여기서 발견한 정보를 이용하여 비디오 게임을 생산하여 판매하였다. 이에 Sega社는 Accolade社의 행위가 저작권법에 위반됨을 이유로 소송을 제기하였다.

(2) 지방법원의 판단

지방법원은 ‘중간복제’(intermediate copying)도 복제인 이상 허가 없는 복제는 그것이 역분석을 위한 경우라도 저작권법 제106조 (1)항 소정의 저작권자의 배타적 권리를 침해하는 것이라고 판단하였다. 1심법원은 공정이용에 관한 저작권법 제107조 (1)항 소정의 ‘저작물 사용의 목적이 상업적인지 여부’는 그와 같은 저작물 사용의 유일한 목적이 금전적인 수익을 얻는 것인지 여부에 달려 있지 않고, 적절한 가격을 지불하지 아니하고 저작물을 이용하는 것 자체가 상업적인 이용으로 평가될 수 있다고 판단하였다.

(3) 항소법원의 판단

연방 ‘제9항소법원’(9th circuit)은 컴퓨터 프로그램은 일반 저작물과 성질을 달리한다는 점에 착안하여 역분석이 프로그램에 내재된 ‘사상’(idea)이나 ‘기능적 요소’(functional elements)에 접근할 수 있는 유일한 방법이고, 이러한 접근을 하는 데 대한 ‘정당한 이유’(legitimate reason)가 있는 경우에는 역분석은 저작물의 공정이용에 해당한다고 판시하였다.

York, “Reverse Engineering and Intellectual Property Law”, 44 *The Record* 132, 135(1989), pp. 140-141.

8) 977 F. 2d 1510(9th Cir. 1992).

첫째 미국저작권법 제107조(1)항 소정의 “이용의 목적 및 성질”(the purpose and character of the use)에 관하여는, 상업적인 목적의 복제는 공정이용이 아니라고 추정된다. 즉 이 사안에서와 같은 중간복제, 그 자체는 상업적인 중요성이 최소한도에 그치고, 피고 Accolade社가 달성한 ‘기능적 호환성’(functional compatibility)으로 인하여 독자적으로 만든 게임 프로그램의 이용증대라는 일반 공중의 이익을 감안하며 이와 같은 추정은 깨진다고 판단하였다.

둘째 저작권법 제107조(4)항 소정의 “저작물의 이용이 잠재적인 시장이나 가치에 미치는 영향”(the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)에 관하여는, 피고 Accolade社가 독자적으로 만든 게임 프로그램을 시장에서 판매하려고 한 것은 Genesis에 사용될 수 있는 다른 프로그램에 대한 게임시장에 영향을 줄 수 있으나 Accolade社의 게임이 게임시장에서 Sega社의 게임을 대체할 정도로 유사하지는 않고, 저작권에 의한 보호가 경쟁을 불가능하게 하는 것은 독창적 표현을 증진시키려는 저작권 본래의 취지에 어긋나기 때문에 시장에 미치는 다소의 잠재적 영향만으로는 공정이용의 주장을 배척하는 근거가 될 수 없다고 판단하였다.

셋째 저작권법 제107조(2)항 소정의 “저작물의 성질”(the nature of the copyrighted work)에 관하여는, 저작물의 다양한 형태에 따라 보호의 정도를 달리 해온 것이 확립된 판례인 만큼, 이러한 관점에서 컴퓨터프로그램을 보아야 한다고 전제한 후, 목적코드는 사용자가 인식할 수 없고 역분석에 의한 분해만이 이를 읽는 방법이므로 필연적으로 복제를 수반할 수밖에 없는 것이고, 만약 목적코드를 분해하는 것이 공정이용이 아니라고 한다면 그 저작권자는 자신의 저작물에 포함되어 있는 기능적인 면에 대하여 사실상의 독점권을 행사하는 결과를 초래하게 되어 저작권법의 취지에 어긋나며, 또한 저작물의 기초가 되는 아이디어나 기능적인 원리에 대하여 합법적인 독점권을 얻기 위해서는 특허법이 요구하는 엄격한 요건을 충족시켜야 한다고 판단하였다.

마지막으로 저작권법 제107조(3)항 소정의 “저작물의 양과 상당성”(the amount and substantiality of the portion)에 관하여는, 전체를 그대로 복제한 것이므로 이 항목은 공정이용으로 보는 데 장애가 되는

것은 사실이나, 이 사안에서와 같이 Accolade社의 최종적인 사용이 제한되어 있는 경우에 이 항목은 중요하지 않다고 판단하였다.

나. Davidson & Associates, Vivendi Universal v. Tim Jung, Rob Crittenden, Internet Gateway 사건⁹⁾

(1) 사실관계

캘리포니아 기업이며 Vivendi사의 자회사인 Blizzard사는 개인용 컴퓨터를 위한 소프트웨어를 판매하는 회사이다. 이 사건은 Blizzard사의 게임인 'StarCraft', 'StarCraft: Brood War', 'WarCraft II:Battle.net Edition', 'Diablo'와 'Diablo II'와 관련이 있다. Ross Comb(이하 Comb)과 Rob Crittenden(이하 Crittenden)는 컴퓨터프로그래머이며, Jim Jung(이하 Jung)은 시스템 관리자이다. Internet Gateway사는 '미주리'(Missouri)주의 St. Peter에 사무소를 두고 있는 인터넷 서비스 제공자이다. Jung은 Internet Gateway사의 공동 대표이자 운영자이다.

Blizzard사는 'Diablo'등의 온라인 게임을 제작하여 공식 사이트인 'Battle.net'에서만 이용할 수 있도록 하였으나, Comb, Crittenden 등의 컴퓨터 프로그래머들은 역분석을 통해 Blizzard사의 프로토콜 언어를 해독하여 'bnetd.org'라는 웹사이트에서도 Blizzard사의 게임을 이용할 수 있도록 하였다. 이에 컴퓨터 게임 소프트웨어와 온라인 게임 서비스 소프트웨어의 저작권자인 Blizzard Entertainment사와 거래를 하고 있는 Dvidson & Associates사와 Vivendi Universal사는 Comb, Crittenden, Jung 및 Internet Gateway에게 계약위반, '저작권보호시스템우회'(circumvention of copyright system)위반, '우회기술 불법거래'(trafficking in circumvention technology)위반으로 소송을 제기하였다. 양 당사자 모두 약식판결에 찬성하였다. 이하에서는 미국 저작권법 제1201조 (f)에 해당하는 판결문만 살펴보기로 한다.

(2) 지방법원 판단

지방법원은 Blizzard사와 Vivendi사의 찬성으로 약식판결을 행하였다.

9) 422 F.3d 630(8th Cir. 2005).

그 판결은 다음과 같다. 피고는 디지털밀레니엄저작권법의 회피기술금지 및 불법거래 금지 조항을 위반하였다고 판시하였다.¹⁰⁾

(3) 항소법원 판단

'역분석'(reverse engineering)을 통하여 컴퓨터 프로그램의 '호환성'(interoperability)을 위한 목적으로 우회기술을 이용하는 것을 포함하여, DMCA는 몇 가지 예외규정을 포함하고 있다.¹¹⁾ 특히 미국저작권법 제1201조 (f)(4)는 본 항의 목적상 '호환성'이란 정보를 교환하고, 교환된 정보를 상호 이용할 수 있는 컴퓨터 프로그램의 능력으로서 호환성을 정의한다. 따라서 항소인은 호환성 예외 조항이 Blizzard 게임 및 Battle.net의 어떠한 주장된 침해도 구성하지 않는다고 주장한다. 저작권법 제1201조(f)에 따른 호환성 항변을 성공적으로 주장하기 위해서는, (1) 항소인이 컴퓨터프로그램의 복제를 이용하기 위한 권리를 획득했다는 점, (2) 역분석을 통해 획득된 정보는 우회기술 분야에 종사하는 자

-
- 10) 이외에 Blizzard사의 소프트웨어 최종 사용자 라이선스와 이용계약의 조건은 구속력 있는 계약이고, 피고는 공정이용의 항변을 포기 했으며, 그 계약은 저작권 남용을 구성하지 않는다고 판시하였다.
- 11) 미국저작권법 제1201조 (f) 역분석: (1) (a)항 (1)호 (A)의 규정에도 불구하고, 합법적으로 컴퓨터 프로그램의 복제물을 이용할 권리를 취득한 자는 오로지 독자적으로 창작된 프로그램의 다른 프로그램과의 호환성을 확보하기 위하여 필요한, 그렇지만 이전에는 그에게 쉽게 알려지지 아니한 프로그램의 요소를 확인하고 분석하기 위한 목적을 위하여, 그러한 확인과 분석 행위가 본 편 법전상 침해를 구성하지 아니하는 한 그 프로그램의 특정한 부분의 접근을 효과적으로 통제하는 기술적 조치를 우회할 수 있다.
- (2) (a)항 (2)호 및 (b)항의 규정에도 불구하고 (1)호 상의 확인과 분석을 가능케 할 목적상, 즉 독자적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 다른 프로그램과의 호환성을 확보하기 위한 목적상, 기술조치를 우회하기 위하여 또는 기술조치에 의하여 제공된 보호를 우회하기 위하여, 그러한 수단이 그러한 호환성을 확보하기 위하여 필요한 경우에, 그리고 그러한 행위가 본 편 법전상 침해를 구성하지 아니하는 한, 기술적 수단을 개발하고 사용할 수 있다.
- (3) (1)호상 허용되어진 행위를 통하여 습득된 정보와 (2)호상 허용되어진 수단들은 각각 (1)호와 (2)호에 언급된 자가 그러한 정보와 수단을 오로지 독자적으로 창작된 프로그램의 다른 프로그램과의 호환성을 확보하기 위하여 필요한 목적을 위하여 제공하는 경우에, 그리고 그렇게 하는 것이 본 편 법전의 침해를 구성하거나 본 조 이외의 다른 법률을 위반하지 아니하는 한 다른 사람들의 이용에 제공될 수 있다.
- (4) 본 항의 목적상 '호환성'이란 정보를 교환하고, 교환된 정보를 상호 이용할 수 있는 컴퓨터 프로그램의 능력을 의미한다.

에게 사전에 해독 가능한 형태로 이용하도록 하지 않았다는 점, (3) 역 분석의 유일한 목적이 다른 프로그램과 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램과의 호환성을 달성하기에 필요한 프로그램의 요소들을 분석하거나 식별하기 위한 것이었다는 점, 및 (4) 주장된 '우회'(circumvention)가 침해를 구성하지 않는다는 점을 입증하여야 한다.

본 사건에서 항소인의 우회는 침해를 구성한다. Blizzard 게임들과 Battle.net 사이의 Blizzard사의 '비밀응답확인방식'(secret handshake)은 이 게임에서 Battle.net 형태의 접근을 효율적으로 통제했다. bnetd.org 프로젝트의 목적은 Battle.net의 이용 없이, 멀티플레이 환경에서 게임하기를 원했던 Blizzard 게임들의 이용자를 위한 '시합제공'(matchmaking) 서비스이었다. bnetd.org '에뮬레이터'(emulator)¹²⁾는 Blizzard 게임들의 이용자들에게 Battle.net에 접속하기 위한 유효하며 타당한 CD key없이 Battle.net 모드로 접근하는 것을 가능하게 하였다. bnetd.org 에뮬레이터는 CD key가 다른 게임 이용자에 의해 유효하거나 현재 이용 상태에 있는 지 여부를 결정하는 것이 아니었다. 그 결과로서 Blizzard game의 허락 받지 않은 복제는 bnetd.org 서버에서 자유롭게 행해졌다. 항소인은 호환성 예외의 적용 가능성에 관하여 구성사실의 진정한 문제를 입증하지 못하였다. 지방법원은 호환성 예외에 관하여 Blizzard사와 Vivendi사의 찬성으로 약식판결을 적절하게 수여하였다고 판시하면서 지방법원의 판결을 확인하였다.

다. 검토

공정이용의 항변의 경우 미국법원은 프로그램코드역분석에 관한 컴퓨터 프로그램은 일반 저작물과 성질이 다른 특수성을 고려하여 역분석을 통해 그 내재된 사상이나 기능적 요소에 접근하는데 있어 대체적인 방법이 없고 그 접근에 정당한 이유가 있는 경우에는 역분석을 허용하는 것으로 보인다. 또한 미국저작권법 제1201조 (f), 즉 호환성 예

12) 에뮬레이터(emulator)란 모방 시스템이 피모방 시스템과 같은 데이터를 받아들여, 같은 컴퓨터 프로그램을 실행하고 같은 결과를 얻을 수 있도록, 어떤 시스템이 다른 시스템을 모방하는 장치 또는 컴퓨터프로그램을 의미한다.

외의 항변을 하기 위해서는 (1) 컴퓨터프로그램의 복제를 이용하기 위한 권리를 획득했다는 점, (2) 역분석을 통해 획득된 정보는 우회기술 분야에 종사하는 자에게 사전에 해독 가능한 형태로 이용하도록 하지 않았다는 점, (3) 역분석의 유일한 목적이 다른 프로그램과 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램과의 호환성을 달성하기에 필요한 프로그램의 요소들을 분석하거나 식별하기 위한 것이었다는 점, 및 (4) 주장된 ‘우회’(circumvention)가 침해 를 구성하지 않는 다는 점을 입증할 경우에 인정되는 것이며, 이것이 입증 되지 않는 경우에는 미국저작권법 제1201조 (a)(1),(2)의 위반인 ‘저작권보호시스템우회’(circumvention of copyright system)위반, ‘우회기술 불법거래’(trafficking in circumvention technology)위반에 해당될 수 있다.

2. 유럽연합

‘유럽연합’(European union: 이하 EU)은 1991. 5. 14. ‘컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 ‘EU지침’(European Communities Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs)에 역분석에 관한 규정을 두었다. 동 지침의 제정 과정에서 역분석에 관한 규정이 중요한 쟁점으로 다루어졌다. 수년 동안 여러 이익단체들의 논쟁이 있어왔고, 미국의 IBM, Microsoft 등으로 구성된 ‘SAGE’(Software Action Group for Europe)는 역분석의 허용을 반대하였고, 유럽과 일본의 기업들로 구성된 ‘ECIS’(European Committee for Interoperable System)는 역분석의 허용에 찬성하는 입장이었다.¹³⁾ 결국 일정한 요건 아래 역분석을 허용하기로 하면서 다음과 같은 규정을 두게 되었다. 또한 역분석의 내용을 제한하는 계약은 무효로 본다는 규정도 포함되었다.¹⁴⁾

13) Thomas Vinje, *The Legislative History of the EC Software Directive, A Handbook of European Software Law*(1993), p. 39; 김동진, “컴퓨터프로그램 코드의 역분석”, 『사이버지적재산권법(손경환 편저)』, 법영사, 2004, 306면 재인용.

14) EU지침 제6조(역분석)

1. 독립적으로 창작된 프로그램과 다른 프로그램 사이의 호환(interoperability)에

실제로 역분석을 살펴보면, 프로그램의 단순한 일시적 복제와 저장만으로는 완전한 역분석은 이루어질 수 없고, 원시코드(source codes) 형태로 변환해서 구체적인 프로그램을 보아야 하기 때문에 일시적 복제와 저장을 허용하는 것은 커다란 도움이 되지 않는 것이다.

그러나 프로그램지침은 프로그램의 호환성(interoperability)을 확보하기 위해서 필요한 정보를 파악하는데 필요한 한도에서는 완전한 역분석을 허용하고 있다. 즉 호환성 있는 프로그램을 제작하기 위해서는 기존 컴퓨터의 하드웨어와 소프트웨어의 인터페이스에 관한 정보를 파악해야 하는데, 그러한 정보 파악을 위해서 필요한 프로그램의 복제와 변환(원시 코드로의 변환)을 프로그램 저작권자의 동의 없이도 할 수 있다고 프로그램지침은 규정하고 있다.¹⁵⁾

프로그램이 목적 코드(object codes)의 형태로 되어 있고, 그의 호환성에 관한 정보가 프로그램 사용자에게 알려져 있지 아니한 경우에는, 당해 프로그램을 복제하고 원시 코드로 변환해서 분석 연구해 보아야 호환성에 관한 정보를 파악할 수 있기 때문에, 그러한 한도에서 저작권의 제한이 인정된 것이다. 호환성에 관한 정보를 파악한 자는 기존의

필요한 정보를 얻기 위하여 EU지침 제4조(a) 및 (b) 소정의 코드의 복제 및 그 형식의 번역이 불가피한 경우에는 다음과 같은 조건을 충족하는 경우에 한하여 저작권자의 승낙을 필요로 하지 아니한다.

- (a) 이러한 복제나 번역은 프로그램 실시권자(licensee), 프로그램 복제물의 이용자, 또는 그들을 대신할 수 있는 자에 의하여 이루어져야 한다.
 - (b) 위(a)항 소정의 자가 호환성 획득에 필요한 정보를 용이하게 얻을 수 없어야 한다.
 - (c) 이러한 복제나 번역은 호환성 획득이 필요한 원 프로그램의 일부분에 한정되어야 한다.
2. 제1항의 규정에 불구하고 역분석을 통하여 얻어진 정보는 다음 각 호의 1의 제한을 받는다.
- (a) 당해 정보는 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 호환성을 획득하기 위한 목적 이외의 목적으로 이용될 수 없다.
 - (b) 당해 정보는 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 호환성을 위하여 필요한 경우 외에는 제3자에게 제공될 수 없다.
 - (c) 당해 정보는 그 표현에 있어서 원 프로그램과 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하기 위하여 이용될 수 없고, 그 밖의 저작권 침해 행위에 이용될 수 없다.

15) 정상조, "Reverse Engineering의 법적 문제점", 「인권과 정의 254호」, 대한변호사협회, 1997, 10면; <<http://plaza.snu.ac.kr/~sjjong> (검색 2005. 9. 22)>.

프로그램의 “표현”과 상당한 유사성을 가진 프로그램이 아닌 한 기존의 프로그램과 경쟁적인 프로그램을 제작해서 판매할 수 있기 때문에, 역분석을 위해서 프로그램지침에 인정된 저작권 제한은 획기적인 규정으로 평가된다. 그러나 이 경우의 저작권 제한은 역분석의 방법에 의하지 아니하고는 프로그램 사용자가 호환성에 관한 정보를 알 수 없기 때문에 인정된 것이어서, 하드웨어 및 소프트웨어 제작자들이 이미 그들의 인터페이스 등과 같이 호환성에 관한 정보를 사용 안내서 등을 통해서 사용자들에게 알린 경우에는, 사용자에 의한 프로그램의 복제와 변환과 같은 역분석은 허용되지 아니한다.¹⁶⁾

3. 우리나라

우리나라는 2001. 1. 16. 법률 제6357호로 컴퓨터프로그램보호법을 전문개정하면서 EU지침을 근간으로 하여 다음과 같이 컴퓨터 프로그램 코드의 역분석에 관한 규정을 다음과 같이 신설하였다.

‘컴퓨터프로그램보호법’ 제2조 10호(정의) 프로그램코드역분석이라 함은 독립적으로 창작된 프로그램과 다른 프로그램과의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램코드를 복제 또는 변환하는 것을 말한다.

제12조의2(프로그램코드역분석) ① 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그 허락을 받은 자가 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피할 경우 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램저작권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램코드역분석을 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이를 사용할 수 없다.

1. 호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우

2. 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을

16) 정상조, 앞의 논문, 10면.

침해하는 행위에 이용하는 경우.

이렇게 규정하게 된 이유는 컴퓨터프로그램보호법 제12조 제6호에 프로그램저작권이 제한되는 사유로 “프로그램의 해법 기타 특정 요소를 확인하고 분석·연구·교육하기 위하여 필요한 경우” 그 목적에 필요한 범위내에서 공표된 프로그램을 복제 또는 사용할 수 있도록 하는 규정을 두어 제12조 제6호의 규정이 역분석에 관한 정의인지가 불명확하고 프로그램저작권자의 권리를 지나치게 제한하여 컴퓨터프로그램의 목적에 위반될 소지가 있다는 것이었다. 따라서 제12조의 2가 규정됨으로써 제12조의 제6호와의 관계가 명확해 졌다고 볼 수 있다. 즉 제12조의 6호는 공표된 프로그램을 복제 또는 사용할 수 있는 경우의 유형으로 “프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 조사·연구·시험하는 경우(정당한 권원에 의하여 당해 프로그램을 사용하는 자가 당해 프로그램을 사용 중인 때에 한한다)”로 한정되고, 역분석에 관한 것은 제12조의 2가 적용되는 것이다.

III 프로그램저작권의 특수한 제한으로서 프로그램코드역분석

1. 프로그램저작권의 제한

가. 제한규정의 입법취지

컴퓨터프로그램을 이용하고자 하는 경우에는 원칙적으로 프로그램저작권자의 허락을 얻어야 한다. 그러나 ‘문화적 소산’의 ‘공정한 이용’이라는 관점으로 보면, 공익적인 이유로 혹은 해당 프로그램저작물의 특성이나 이용형태의 측면에서는 프로그램저작권자에게 미치는 영향이 적고, 프로그램저작물의 원활한 이용을 도모할 필요가 있는 경우에는 프로그램저작권자의 권리행사가 타당하지 않은 경우도 있다. 이러한 이유로 인하여 우리 ‘컴퓨터프로그램보호법’ 제12조 각호에서는 프로그램저작권제한에 관하여 규정하고 있다.

이러한 제한규정들의 입법취지는 i) 저작물의 성격상 권리행사가 타

당하지 않은 경우, ii) 공익적 이유인 경우, iii) 다른 권리와 의 조정을 위해 제한하는 경우 등 매우 다양하지만, 각 규정마다 다른 입법배경을 가지고 있기 때문에 획일적으로 분류하는 것이 타당하다고 볼 수 없으나, 각 규정들의 특성에 근거하여 다음과 같이 분류할 수 있다.

첫째 사적영역에서의 교양·오락·문화 활동을 원활하게 수행할 수 있도록 하기 위하여 사적이용을 위한 복제의 경우에는 저작권재산권의 행사를 제한하는 것, 둘째 학교 교육목적 등에서의 복제, 시험문제로서의 복제, 도서관 등에서의 복제와 같이 일반 공중의 교육·학습활동을 보장하기 위하여 일정한 목적 하에서 제한하는 것, 셋째 공표된 저작물의 이용, '역분석'(reverse engineering) 등 시민사회의 기초가 되는 정보의 유통과 학문 및 예술의 자유, 표현활동을 위해 제한하는 것, 넷째 재판절차에서의 복제, 시사보도를 위한 이용 등 공익적 측면에서 수행되는 업무의 원활한 수행을 위해 제한하는 것 등을 들 수 있다.¹⁷⁾

나. 일반적 제한

컴퓨터 프로그램보호법 제12조는 다음의 경우에는 그 목적상 필요한 범위 안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 사용할 수 있다. 다만 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램 저작권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하여 저작권법과 마찬가지로 프로그램 저작권의 제한 규정을 두고 있다.

(1) 재판 또는 수사를 위하여 복제하는 경우

(2) 초·중등교육법, 고등교육법에 의한 학교 및 다른 법률의 규정에 의하여 설립된 교육기관(상급학교 입학에 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에서 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우

(3) 초·중등교육법에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 교육목적을 위한 교과용 도서에 게재하기 위하여 복제하는 경우: 이 경우에는 컴퓨터프로그램보호법 제25조의 규정에 의한 프로그램심의조정위원회의 심

17) 作花文雄, 「著作権法(第3版)」, きょうせい, 2004, 309-310면.

의를 거쳐 정보통신부 장관이 정한 보상금을 그 금액을 정한 날로부터 30일 이내에 프로그램저작권자에게 지급하거나 공탁하여야 한다.¹⁸⁾

(4) 가정과 같은 한정된 장소에서의 개인적인 목적(영리를 위한 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우

(5) 초·중등교육법, 고등교육법에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 입학시험 그 밖의 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제 또는 배포하는 경우

(6) 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험하는 경우(정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자가 당해 프로그램을 사용 중인 때에 한한다)

이러한 제한 규정들은 프로그램저작권이 무제한적으로 보호를 받는 것이 아니라 공익이나 프로그램의 특수성으로 인하여 일정한 제한을 받게 된다. 따라서 본 조는 비영리 교육목적의 공정이용을 명문화한 점에서 중요한 의미를 가진다고 한다. 또한 공정이용제도 즉 프로그램저작권 제한은 프로그램이용자, 즉 국민일반의 지식과 기술에 대한 수요와 저작권자에 대한 합리적 보상을 통해 창장의욕유지의 양자를 조화시키는 관점에서 판단되어야 한다.¹⁹⁾

다. 특수성에 기인한 제한

(1) 프로그램저작물의 특수성

컴퓨터 프로그램은 다른 어문 저작물과는 다른 특성을 가진다. 첫째 컴퓨터 프로그램은 직접적으로 기계공정이 이루어질 수 있도록 하는 기능적인 저작물이라는 특징을 지녔다. 그러므로 대부분의 저작물이 없을 목적을 가진 반면에, 컴퓨터 프로그램은 컴퓨터나 다른 하드웨어에서 사용될 목적으로 계획되었다는 점에서 차이가 있다. 기능성이 너무 강한 프로그램을 보호할 경우에는 저작권자에게 프로그램의 저작권으로 보호되는 부분과 그렇지 않은 아이디어와 방법에 까지, 특허권과 유

18) 컴퓨터프로그램보호법 제13조.

19) 송상현·김문환·양창수, 앞의 책, 136-137면.

사한 독점권이 부여될 수 있는 위험이 있다. 둘째 컴퓨터 프로그램은 일반 대중에게 유통되는 형태의 면에서 특이하다. 즉 대중들에게 유통되는 컴퓨터 프로그램은 목적코드 형태로서 인간이 관독하기 불가능하기 때문이다. 이는 책과 같은 다른 어문 저작물의 표현 형태와는 달리, 컴퓨터프로그램은 공개되거나 해독하거나 조사될 수 없다는 점이다. 그리하여 컴퓨터 프로그램이 인간의 지능적인 형태로 검토되거나 번역될 수 없다면, 최종이용자는 그 프로그램을 연구하거나 조사하는 것은 불가능하며, 심지어 그 프로그램의 아이디어, 처리공정, 구조 및 작동방법 까지도 알 수 없게 된다.²⁰⁾

(2) 특수성에 기인한 제한

프로그램저작권의 특수성에 기인한 제한규정은 본고에서 논의의 핵심이 되는 ‘프로그램코드역분석’과 ‘보존용 복제’(backup copying) 규정이 있다. 프로그램코드역분석에 관해서는 다음 절에서 자세히 논의하기로 하고, 여기서는 보존용 복제규정에 대해서만 살펴보기로 한다.

컴퓨터프로그램 보호법은 “프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위 안에서 당해 복제물을 복제할 수 있다”고 규정한다.²¹⁾ 이는 일반 저작물과 다른, 프로그램 고유의 제한 사유를 명문화하고 있는 것²²⁾으로서 정당한 권원의 프로그램 이용자가 자신의 프로그램을 단지 보존용으로만 복제할 수 있음을 의미한다. 그러므로 원저작물을 계속사용하면서 동시에 다른 컴퓨터에 보존용 복제물을 이용한다거나 보존용 복제물을 타인에게 판매나 대여 등을 할 수는 없다.²³⁾

결국 허용되는 복제의 부수가 문제로 되는데, 특단의 사정이 없는 한 1부로 족하다는 견해²⁴⁾와 보존목적인 한 그 부수에는 제한이 없다는

20) Seungwoo Son, “Can Black Dot(Shrinkwrap)Licenses Override Federal Reverse Engineering Rights?: the Relationship Between Copyright, Contract, and antitrust Laws”, *6 Tul. j. Tech & Intell.Prop.* 63(2004), p. 91.

21) 컴퓨터프로그램보호법 제14조.

22) 윤선희, 「지적재산권법(제6정판)」, 세창출판사, 2004, 359면.

23) 송영식·이상정·황중환, 「지적소유권법(하) 제8판」, 육법사, 2003, 688면.

견해²⁵⁾²⁶⁾가 있다. 생각건대 컴퓨터프로그램은 그 기록매체의 특성상 일반저작물의 경우보다 쉽게 멸실·훼손될 가능성이 높긴 하지만 현재의 발전된 기술을 고려하면 그러한 위험성은 극히 적다고 할 수 있을 것이다. 따라서 특단의 사정이 없는 한 1부의 복제로 족할 것이다. 다만 프로그램의 복제물을 소지·사용하는 자는 멸실 이외의 사유 등으로 당해 프로그램의 복제물을 소지·사용할 권리를 상실한 경우에는 모든 보존용 복제물을 파괴하여야 한다. 이와 같이 프로그램저작물의 특수성에 따른 저작권제한 규정을 두고 있는 입법례로는 일본 저작권법 제47조의 2²⁷⁾와 미국연방저작권법 제117조²⁸⁾가 있다.²⁹⁾

2. 프로그램코드역분석 개념, 방법 및 과정

24) 송영식 외 2인, 위의 책, 688면.

25) 윤선희, 위의 책, 360면.

26) 이해완·오승중, 「저작권법(개정판)」, 2001, 673면.

27) 일본저작권법 제47조의 2: ① 프로그램저작물의 복제물 소유자는 스스로 당해 저작물을 전자계산기에서 이용하기 위하여 필요하다고 인정되는 한도에서 당해 저작물의 복제 또는 번안(이에 의하여 창작한 2차적 저작물의 복제를 포함한다)을 할 수 있다. 다만, 당해 이용에 관계되는 복제물의 사용에 대하여 제 113조 제2항의 규정이 적용되는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 전 항의 복제물소유자가 당해 복제물(동 항의 규정에 의하여 작성된 복제물을 포함한다)의 어느 것에 대하여 소멸 이외의 사유로 소유권을 가지지 못하게 된 후에 그 자는 당해 저작권자의 별도의 의사표사가 없는 한 기타 복제물을 보존할 수 없다.

28) 미국 저작권법 제117조(배타적 권리에 대한 제한: 컴퓨터 프로그램)

제106조의 규정에도 불구하고 컴퓨터프로그램복제물의 소유자가 그 컴퓨터 프로그램의 다른 복제물이나 번안물을 복제하거나 제작하도록 허락하는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다. 다만, ①이러한 컴퓨터프로그램의 새로운 복제물이나 번안물이 기계에 접속하여 이용하는 데 있어서 필요불가결하게 창작되고, 다른 방법으로 사용되지 않아야 하거나, 또는 ②이러한 새로운 복제물이나 번안물은 단지 기록보존의 목적으로만 존재하여야 하고, 컴퓨터 프로그램의 계속적인 점유가 정당하지 아니한 경우에 모든 기록보존용 복제물은 파괴되어야 한다. 본 조의 규정에 따라 작성된 복제물은 그것의 원복제물과 함께 프로그램에 대한 모든 권리의 대여, 판매 또는 기타 이전의 일부로서만 대여, 판매 또는 이전될 수 없다. 그와 같이 작성된 번안물은 저작권자의 허락이 있어야만 이전될 수 있다.

29) 이해완·오승중, 앞의 책, 672면.

가. 개념

‘역분석’(reverse engineering)이란 ‘인간이 생산한 공업제품’³⁰⁾ (human-made artifacts)으로부터 그 ‘노하우’(Know-how)나 지식을 추출하는 공정으로 정의된다.³¹⁾ 즉 타인(타사)의 제품을 분해 및 분석하여 그 제품에 구현되어 있는 제조방법, 기술수준, 노하우 등의 제품에 관한 정보를 추출하여 자신(자사)의 제품이나 기술의 향상에 기여하려는 행위라고 할 수 있다. 이는 전통적으로 특허권 및 영업비밀에 의하여 제조된 타인의 최종제품을 구매하여 분석함으로써 그 제품에 담겨 있는 기술적 정보를 탐지하는 행위를 의미하는 것이다.³²⁾

컴퓨터 프로그램에 있어서 ‘프로그램코드역분석’이란 기계어 형태로 존재하는 어떤 컴퓨터프로그램으로부터 그의 내적인 구조내지 작업과정 또는 그 제조방법을 도출하기 위하여 사용되는 모든 방법 내지 수단을 의미한다.³³⁾

나. 방법 및 과정

가능성이 있는 프로그램의 ‘원시코드’(source code)는 일반적으로 이용이 불가하기 때문에, 프로그램 개발자들은 어느 특정 프로그램이 어떻게 작동하는지에 관한 지식을 획득하기 위해 역분석을 하게 된다. 프로그래머는 원 프로그램의 기술명세와 기능을 파악하여 호환성이 있거나 경쟁적인 프로그램을 개발하기 위해 역분석을 이용하게 된다. 결국 프로그램 개발자의 궁극적인 목적은 기존의 프로그램과 호환하는 새로운 프로그램을 개발하거나 기존의 프로그램을 개선하여 새로운 프로그램을 생산함으로써 동일한 이용자와 경쟁하는 것이다. 이러한 역분석에는 다양한 방법들이 존재한다. 따라서 이러한 방법들을 간단히 소개하고자 한다.

30) 여기서 ‘인간이 생산한 공업제품’이란 타인에 의해 이미 발견된 노하우나 지식을 구체화할 수 있는 대상물을 의미한다.

31) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *Supra note 1*, p. 1577.

32) 이해광, 앞의 논문, 947면 주3 참조.

33) 안효질, 앞의 책, 85면.

(1) 방법

(가) 블랙박스 분석

‘블랙박스 분석’(Black Box Analysis)이란 프로그램 개발자가 광범위한 관찰을 통하여 프로그램의 기능을 발견하는 것을 허용하는 역분석의 고전적인 방법이다. 어떤 장치의 기능을 파악하기 위하여 필요한 정보는 그 장치에 데이터를 입력하고 그 결과를 관찰함으로써 획득될 수 있다.³⁴⁾ 즉 데이터의 계속적인 변경과 동시에 입력을 반복함으로써 얻어진 결과의 관찰을 통해, 원 장치가 어떻게 기능하는지를 확인하는 것이 가능하게 된다. 이러한 방식으로 최종 이용자는 그 소프트웨어의 원시코드나 목적코드를 관찰하지 않고도 그와 동일한 기능을 달성할 수 있는 방법을 파악할 수 있다. 그러나 이 방법이 위법행위는 아니라고 하더라도, 블랙박스 분석은 실용적이지 못할 정도로 단순한 방법이다. 따라서 오늘날 컴퓨터 프로그램의 복잡성과 프로그램의 양적인 측면에 비추어보면, 주로 관찰에 의해 프로그램의 기능을 파악한다는 것은 현실적이지 못하거나 불가능하다고 볼 수 있다.³⁵⁾

(나) 분해

‘분해’(disassembly)란 컴퓨터 소프트웨어를 역분석하기 위한 보편화되고 효과적인 방법으로 기계의 어셈블리 코드를 목적코드로 변환하는 공정이다. 디셈블리 기술은 1980년대와 1990년대에 사용된 기술로서 컴퓨터 바이러스를 이해하고 치료하는데 도움을 주었다. 적절한 예로는 1988에 대학이나 군사시설 및 의료연구시설 등을 포함하여 인터넷과 연결되는 수 천개의 컴퓨터를 감염시켰던 ‘인터넷 웜 프로그램(internet worm program)’을 들 수 있다. 디셈블리 기술은 웜이 어떻게 작동하는

34) Barbara J. Vining, “The Future of Computer Software in the Reverse Engineering War: Excessive Protection v. Innovation”, *67 Brook. L. Rev.* 567(2001), p. 572.

35) Betsy E. Bayha, “Reverse Engineering of Computer Software in the United States, the European Union, and Japan,” *CI37 ALL_ABA 175*(1995), p. 179(Ibid, p. 572에서 재인용).

지 이해하기 위해 캘리포니아 공과대학과 메사추세츠 공과대학에서에서 이용했던 기술이다. 또한 디셈블리는 하드웨어와 소프트웨어간의 인터페이스를 결정하는데 이용된다. 예를 들어, 이렇게 추출된 정보는 일반 대중들이 이용할 수 없고, 단지 프로그램간의 '호환성(interoperability)'을 목적으로 하는 경우이다. 여기에 더하여, 어셈블리는 프로그램의 에러를 수정할 목적으로 이용되기도 한다.³⁶⁾

(다) 역변환

'역변환'(decompilation)³⁷⁾이란 컴퓨터 프로그램의 목적코드를 소스코드로 변환시키는 공정이다. 일반적으로 '디컴파일러'(decompiler)는 목적코드를 어셈블리 코드로 분해하고 어셈블리 코드를 분석하며, 어셈블리 코드로부터 고도의 정보를 회복하여 소스코드를 생성해내는 과정을 포함한다. 그러나 역변환은 불완전한 공정이다. 왜냐하면 목적코드로부터 소스코드로 변환시킬 때, 컴파일러에 의해 상당량의 정보가 손실되기 때문이다. 그러므로 인간의 개입은 소스코드를 회복하는데 도움을 줄 수 있다. 이러한 과정을 통해 생성된 코드는 원프로그램의 소스코드보다 질적인 면에서 열악하다. 그 이유는 원 소스코드 내에 삽입되어 있던 의미 있는 변수의 명칭과 설명(주석)들까지 추출되지 않기 때문이다.

역변환 기술은, D-Neliac 컴파일러가 '미해군 전자연구소'(Navy Electronic Labs)에서 제작된 Neliac 컴파일러를 생성했던 때인 1960년대에 개발되었다. 역변환 기술은 1970년대에는 상용화기 시작하여, 1980년대에는 프로그램을 '디버깅'(debugging)³⁸⁾하고 '다큐멘테이션'(documentation)³⁹⁾하는데 주로 이용된 기술이다.

36) Brian Fitzgerald & Michael Lehmann, "Innovation, Software, and Reverse Engineering", *18 Santa Clara Computer & High Tech L.J* 121(2001), p. 126.

37) 혹은 '역분석'(disassembly)이라고 하기도 한다. 약간의 차이는 있으나 본고에서는 같은 개념으로 사용하기로 한다.

38) '디버깅'(debugging)이란 정보통신용어로서 '결함수정'으로 번역된다. 즉 밝혀진 결함을 분리시켜 정정하는 과정. 결함 분리 수정을 성공적으로 하려면 고도로 숙련된 문제 해결 기술이 필요하다. 통상적으로 사용되는 결함 분리 수정 방법에는 귀납법, 연역법, 역행법이 있다; 엠파스 정보통신용어사전 www.empas.com(검색: 2005. 9. 22).

39) 정보통신용어로서 '다큐멘테이션'(documentation)이란 ① 시스템을 제작할 때,

(2) 과정

프로그램의 역분석은 일반적으로 다음과 같은 과정을 거쳐서 행해진다.

- i) 매뉴얼에 대한 연구
- ii) 프로그램의 시험적 작동(test-run)
- iii) 타 프로그램과의 접속시험(connectivity test)
- iv) 명령문 라인별 실행 추적(line trace)
- v) 메모리 덤프(memory dump)
- vi) 역컴파일(reverse compile, reverse assemble)

위의 행위 중에서 일반적으로 정당한 프로그램 사용자가 하는 행위로써 i)에서 iv)까지의 행위에는 프로그램의 복제 행위가 일어나지 않으므로 저작권 침해는 발생하지 않는다. 그러나 v)의 행위는 프로그램의 복제가 일어나는 행위에 해당된다. 따라서 프로그램 저작권자가 허락하지 않는 경우에는 침해가 될 수 있다. 또한 vi)의 행위는 메모리 덤프된 '목적코드'(object code)를 인간이 이해할 수 있는 코드로 변환하는 행위로 '디컴파일'(decompile)이라고도 하며, 프로그램코드의 역분석의 핵심과정이다. 이 행위도 역시 저작권자가 허용하지 않는 한 저작권 침해행위가 될 수 있다.⁴⁰⁾

3. 프로그램코드역분석 허용요건과 금지행위

가. 허용요건

(1) 이용의 주체

시스템을 분석한 시점부터 프로그램 작성을 완료할 때까지 분석한내용, 프로그램의 기능, 이후의 수정 사항 등을 기록하는 일, ② 시스템에 달려 오는 설명서, 사용 안내서 등의 문헌류를 가리키는 말로 사용된다(위 검색사이트).

40) 이원형, "컴퓨터 프로그램의 법적 보호방법에 관한 연구", 국민대학교 박사학위 논문, 1998, 105-106면.

현행법상 역분석의 주체는 “정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은자”이다. 따라서 해커나 불법복제물의 소지인은 가시 그 목적이 정당하다고 할지라도 역분석이 허용되지 않는다.⁴¹⁾

(2) 목적 및 범위

현행법은 그 범위를 “프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여” 이를 허용한다. 이는 미국과 유럽연합지침과 그 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다. 여기서 문제는 호환을 위하여 역분석을 하고자 하는 자의 프로그램이 완성 단계에 있어야 하는지, 혹은 장래에 완성될 고도의 개연성이 있는 것으로 충분한 지에 관해서이다. 역분석 당시 현존해야 한다는 견해⁴²⁾와 고도의 개연성으로 족하다는 견해⁴³⁾가 있다. 전자의 견해는 프로그램코드역분석을 그 규정취지에 맞게 제한하는 입장으로 보이고, 후자의 견해는 ‘EU소프트웨어지침 제1조 제1호’⁴⁴⁾의 규정의 취지에 맞추어 조화로운 해석의 차원인 듯하다. 생각건대 우리 컴퓨터프로그램 보호법에서는 EU소프트웨어지침과 같은 규정은 없고 프로그램코드역분석 규정이 프로그램저작권자를 보호하기 위하여 그 허용범위를 제한하기 위해 규정한 취지에 따라 전자의 견해를 따르는 것이 타당할 것으로 보인다.

(3) 보충성

보충성에 관한 문제에 있어서는 “호환에 필요한 정보를 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우”에만 역분석을 허용함으로써 다른 수단이 없을 때 택할 수 있는 보충적인 것임을 명시하고 있다. 따라서 사용자 매뉴얼이나 기타의 방법을 통하여 당해 정보의 획득이 가능할 경우에는 역분석이 허용되지 않을 것이다.

41) 이해광, 앞의 논문, 971면.

42) 이철, 앞의 책, 318면.

43) 김동진, 앞의 논문, 308면.

44) EU소프트웨어지침 제1조 1호에서 컴퓨터프로그램은 예비설계 단계의 작품을 포함한다.

나. 금지행위

역분석을 통하여 얻은 정보는 호환목적 외에는 사용할 수 없으며, 그 정보를 이용하여 원프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을 침해하는 행위에 이용할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 역분석을 통하여 얻은 정보를 이용하여 원 프로그램의 창작성 있는 부분까지 모방하여 프로그램을 제작하는 등의 행위는 허용되지 아니한다.

IV. 역분석과 관련된 법적문제

1. 프리웨어, 쉐어웨어의 프로그램코드역분석의 경우

법 제12조의 2 소정의 역분석이 제한되는 대상은 저작권이 유지되고 있는 컴퓨터 프로그램에 한한다. 따라서 저작권자가 아예 모든 권리를 포기하거나 기타의 사유로 저작권을 완전히 상실하여 공유의 영역에 들어간 이른바 'PDS'(Public Domain Software)에 대해서는 아무런 제한 없이 누구나 역분석이 가능하다.

한편, 무명저작자의 경우에는 초기의 프로그램을 '프리웨어'(freeware)⁴⁵⁾로 시작하여 점차 지명도를 얻어가면서 '쉐어웨어'(shareware)⁴⁶⁾로 전환하여 유료사용자와 무료사용자를 구분하는 일종의 가격차별정책을 견지하다가 완전한 정식프로그램으로 바꾸는 과정을 거치는 경우가 많다. 이때 프로그램 개발자는 자신의 저작권을 완전히 포기한 것이 아니

45) 아무런 대가없이 제공되는 프로그램을 말한다. 그러나 저작권은 개발자에게 남아 있기 때문에 사용자는 당해 프로그램을 상업적으로 이용할 수 없는 제한을 받는다.

46) 사용자가 시험삼아 일단 써 본 다음 필요한 경우에 돈을 지불하고 구입할 것을 전제로 하여 무료 배포되는 소프트웨어를 말한다. 그러나 저작권은 개발자에게 남아 있기 때문에 사용자는 당해 프로그램을 상업적으로 이용할 수 없는 제한을 받고, 사용자가 대금을 지불한 후 정식 사용자로 등록되면 종전에 못 받는 새로운 여러 가지 부가서비스를 받게 된다.

고, 무상복제와 사용을 일시적으로 허락하였다고 하더라도 원시코드까지 공개하였다고 볼 수 없으므로, 프리웨어, 셰어웨어에 대하여는 법 제 12조의 2 소정의 역분석의 제한받는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

2. ‘오류수정’을 위한 프로그램코드역분석의 경우

컴퓨터프로그램의 적법한 사용자가 프로그램의 ‘오류수정’(error correction)을 위하여 ‘리버스엔지니어’(reverser engineer)에게 역분석을 행하게 할 수 있는지가 문제이다. 특히 그 역분석을 행하는 자가 컴퓨터 수리서비스업체인 경우에 컴퓨터의 유지보수를 위하여 소비자의 컴퓨터에 내장된 ‘램’(random access memory)에 있는 컴퓨터프로그램을 복제한 경우에 복제권 침해가 문제로 된다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 이러한 문제로 인하여 컴퓨터프로그램 사용자에게 프로그램의 오류를 수정할 수 있도록 해야 한다는 논의가 제기되었다.⁴⁹⁾ 이에 대한 반영으로 유럽연합은 1991년에 ‘컴퓨터프로그램의 법적보호에 관한 유럽 이사회 지침’에 오류수정에 대해 규정하였다.

EU지침 제5조 제1호는, “별도의 약정이 없는 이상 제4조(a), (b)항에서 열거한 행위들은(영구적 또는 일시적인 복제, 개작, 번역 등 프로그램의 변경 및 변경된 프로그램의 복제행위) 프로그램을 적법하게 취득한 자가 결함의 시정을 포함하여 당초 의도한 목적하여 프로그램을 사용하는 데 필요한 것이면 저작권자의 허락을 요하지 아니한다.”라고 규

47) Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*, 1999, p. 891.

48) 이 과정에서 ‘동일성유지권’의 침해도 문제로 되는데, 컴퓨터프로그램보호법 제10조 제3호는 “프로그램의 성질 또는 그 사용목적에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서 프로그램의 제호, 내용 및 형식의 동일성을 변경하는 경우에는 동일성유지권이 적용되지 않는다”라고 규정하고 있다. 따라서 적법하게 구입한 프로그램의 운영에 있어서 자구 결함이 발생한다면 프로그램이 정상적인 사용을 위하여 그와 같은 결함을 시정하는 일은 부득이하다고 여겨지므로, 이를 동일성유지권의 침해로 볼 수도 없다고 생각된다.

49) Brian Fitzgerald & Michael Lehmann, *Innovation, Software, and Reverse Engineering*, 18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 121(2001), p. 147.

정하고 있다. 결국 EU소프트웨어지침은 오류수정을 위한 역분석을 전면적으로 인정하고 있다. 따라서 우리나라의 현행 컴퓨터프로그램보호법 하에서 오류수정을 위한 역분석이 허용될 것이냐가 문제이다.

컴퓨터프로그램보호법 제12조 제6호는 “프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험 목적으로 복제하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위 안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러므로 프로그램의 결함을 시정하기 위한 조사·연구 목적의 당해 코드의 복제는 프로그램저작권제한 규정에 해당되어 복제권의 침해가 될 수 없다는 견해가 있다.⁵⁰⁾ 그러나 컴퓨터프로그램보호법 제12조 6호는 프로그램 사용의 주체를 ‘정당한 권원 있는 자’로 한정하고 사용의 방법을 ‘프로그램사용중인 때’로 제한하여 역분석에 의해 프로그램 저작권자의 지나친 권리침해를 막는 것을 목적으로 하여 규정한 것이다. 또한 동법 제12조의 2는 프로그램코드역분석을 정당한 권원이 있는 자가 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없거나 획득이 불가능한 경우 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램코드역분석을 허용하도록 하고, 역분석을 통해 얻어진 정보를 호환이외의 목적에 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우 또는 유사프로그램의 개발, 판매 및 기타 프로그램 저작권 침해 행위에 이용하지 못하도록 한 것이 그 입법취지이다.⁵¹⁾ 그러므로 제12조 제6호는 제12조의 2의 관계를 고려하여 제한적으로 해석하는 것이 타당할 것으로 보인다. 컴퓨터 수리를 전문으로 하는 수리업체가 행하는 역분석은 제12조 6호의 조사·연구 시험 목적으로 행하는 것에 해당하지 아니하며 상업적인 목적에 해당한다. 따라서 오류수정을 위해 정당한 권원의 프로그램 사용자가 직접행하는 경우는 정당한 행위이나 컴퓨터수리업체에 의해 행하는 오류수정행위는 현행법상으로 타당하지 않은 것으로 해석된다.

50) 김동진, 앞의 논문, 317-318면.

51) 또한 프로그램코드역분석 규정의 검토의견서에 의하면 “EU지침을 우리 실정에 맞게 반영한 것으로 실질적으로 저작권침해행위가 수반되는 프로그램코드 역분석을 합리적으로 제한하도록 하여 프로그램저작권의 보호와 관련 산업의 육성에 기여하는 것”이라고 하고 있다(과학기술정보통신위원회 수석전문위원, 컴퓨터프로그램보호법중개정법률안 검토보고서, 2002, 3-4면).

이상 살펴보건대, 일반적인 프로그램 이용자들이 오류수정을 위해 스스로 역분석을 할 수 있는 능력을 구비한 경우는 드물 것이다. 또한 사회적 이익의 고려나 형평의 관점에서도 컴퓨터프로그램에 오류가 발생했을 경우에 전문적인 수리 업자에게 그 오류를 수정하게 하여 적법하게 구입한 프로그램을 사용할 수 있도록 하는 것이 바람직한 것으로 보이며, 그렇게 한다고 하더라도 프로그램저작권자에게 경제적으로 특히 불리한 점은 없다고 보여 진다. 따라서 현행 컴퓨터프로그램보호법에 EU소프트웨어지침 제5조 제1호의 규정을 도입하는 것이 타당할 것이다.

3. 역분석을 금지하는 계약의 효력문제

가. 우선검토사항: 프로그램코드역분석의 법적성질

프로그램보호법의 제한규정이 강행규정인지, 임의규정인지의 여부에 관하여 국내에 실질적 논의가 없는 실정이다. 일본의 경우에는 프로그램저작권의 제한에 관한 규정을 임의규정으로 보는 것이 통설에 가깝다고 한다. 이는 저작권법 제정 당시 입법자의 의사를 임의규정으로 본 것에 연유된다고 한다. 그러나 임의규정으로 보는 견해에 의문을 제시하는 경우도 있다고 한다.⁵²⁾

문제는 민법학에서 강행규정과 임의 규정의 구별 표준 내지 기준에 관한 일반원칙이 확립되지 않았다는 점이다. 따라서 구체적으로 각 법규마다 그의 종류·성질·입법목적 등을 고려하여 결정하여야 한다. 다만, 그 구별기준으로 i) 가족관계 질서의 유지에 관한 규정, ii) 사회의 기본적인 윤리관을 반영하는 규정, iii) 법률질서의 기본구조에 관한 규정, iv) 제3자, 혹은 사회 일반의 이해에 직접 중요한 영향을 미치는 것, v) 거래의 안전을 위한 규정, vi) 경제적 약자를 보호하기 위한 사회 정책적 규정 등을 들 수 있다. 이러한 강행규정과 임의규정을 구별

52) 김병일, “소프트웨어 라이선싱에 관한 법적 고찰”, 「지적재산권법의 제문제」 (메산 송영식선생화갑기념논문집), 2004, 761면.

하는 실익은 당사자의 사적자치가 인정되는 분야에서 당사자사이의 특약(계약)의 유효·무효를 판단하는데 있어 특히 중요하게 된다.⁵³⁾

여기서 컴퓨터프로그램 제한규정들이 강행규정에 해당하는지, 임의규정에 해당하는가 문제이다. 컴퓨터프로그램보호법은 준물권적인 권리를 부여함으로써 각 조항은 강행규정으로 파악하는 견해도 있을 수 있다. 그러나 이미 III장에서 살펴보았듯이, 컴퓨터프로그램보호법상의 제한 규정들을 입법목적에 따라 판단할 경우, 공익적 목적을 위해여 제한한 규정들, 즉 재판절차 등에의 복제, 학교교육 목적 등에의 이용, 도서관등에서의 복제, 시험목적으로서의 복제 등은 강행규정으로 보아 이러한 이용행위를 제한하는 계약은 무효로 보는 것이 타당할 것이다. 반면에 그 이외의 규정들은 특단의 사정이 없는 한 임의규정으로 볼 수 있다고 한다.⁵⁴⁾ 그럼에도 불구하고 임의규정으로 볼 수 있는 제한규정들의 경우에도 경제적인 역학관계로 인해 부당하게 불이익을 강요하는 경우, 공서양속에 반하는 경우에는 당해 계약은 무효가 되며, 임의규정으로 해석되는 제한규정과 다른 내용의 계약을 체결한 경우에도 구체적인 사정에 따라 사회일반의 공공질서에 반하는 계약법상의 문제로 인하여 무효가 되는 경우가 있을 수 있다.

따라서 프로그램저작물의 특수성에 기인한 제한규정에 속하는 '프로그램코드역분석'규정은 임의규정에 해당한다고 보여 진다.

나. 당사자사이의 특약의 경우

당사자사이에 구체적인 사항에 관한 협의를 거쳐 원 프로그램의 사용계약을 체결하면서 역분석 금지의 특약을 둔 경우에 그 특약의 효력이 문제로 된다. 이에 대하여 i) 역분석에 관한 법 제12조의2는 컴퓨터 산업발전의 생명이라고 할 수 있는 호환성 있는 프로그램의 개발을 제도적으로 보장하는 강행규정에 속하므로, 이 규정에 반하는 약정은 효력이 없다고 보아야 하는 견해, ii) 독점규제및공정거래에 관한 법률(이하 독점규제법이라 칭함) 제23조 제5호는 “당사자는 거래 상대방의

53) 박윤직 대표편집(박영식집필부분, 총칙2), 「민법주해(II)」, 박영사, 2002, 258면.

54) 作花文雄,, 앞의 책, 313면.

사업 활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 따라서 역분석 금지 약정은 위 법 소정의 구속조건부 계약에 해당하여 위업의 소지가 있다는 견해가 있다.⁵⁵⁾

그러나 위 i)의 견해의 경우에는, 어떤 법률규정이 강행규정이 되기 위해서는 이 점을 법률에 명시하는 것이 통례인데 우리 법에서는 이에 대해 규정하지 않고 있는 점, 역분석에 관한 법 제12조의2 규정은 자연법사상이나 지적재산권법의 기본원리에 의해 당연히 도출되는 규정이라기보다는 저작권자의 보호와 프로그램 개발 사이에서 호환성확보의 필요성이라는 대립되는 이해관계 속에서 적정한 균형점을 모색하는 실정법상의 선택의 문제로 본다면, 이 규정을 강행규정이라고 판단하기에는 무리가 있다.⁵⁶⁾ 또한 강행규정이라고 본다면 민법 103조에서 규정하고 있는 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 행위”라고 보기도 어렵다.

한편 위 ii)의 견해에 대해서는, 독점규제법 제59조의 “이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다”라는 규정을 든다. 그러므로 역분석 금지 약정에 관하여 구속조건부 계약에 관한 독점규제법 제23조 제5호를 적용하기 어렵다는 견해가 있다. 그러나 지적재산권법과 독점규제법사이의 관계는, ‘독점을 통한 산업발전 내지 문화발전’을 목적으로 하는 지적재산권법과 ‘독점 배제 및 공정경쟁’이라고 하는 독점규제법의 목적에 비추어, 표리의 관계에 있다고 할 수 있다. 현행 컴퓨터프로그램보호법이 일정한 요건 하에 역분석을 인정하고 있기 때문에 독점규제법을 적용하는 것이 이론상 타당하지 않은 측면도 있다. 결국 당사자사이의 특약을 통한 역분석의 금지는 당연 무효는 아닐 것이며, 당사자 간의 구체적인 약정내용, 역분석 금지에 대한 대가관계, 당해 계약을 축으로 한 전체적인 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 그 계약의 무효여부를 판단하여야 할 것이다.⁵⁷⁾

55) 이원형, 앞의논문, 116면.

56) 김동진, 앞의논문, 319면.

다. 쉬링크랩, 클릭랩 라이선스

‘쉬링크랩 라이선스’(shrink wrap)라 함은 프로그램을 구입할 때 동봉되는 공급자 작성의 라이선스 조항으로서 비닐포장지와 봉투를 개봉함으로써 조항내용대로 라이선스계약이 성립한 것으로 보는 업계의 관행이다. ‘클릭랩 라이선스’(click wrap licence)란 인터넷 등 통신망을 통한 프로그램의 전자거래에 있어서 일반적으로 화면상에 위와 같은 사용허락에 관한 약관을 제시하고 그것에 동의하면 그러한 취지를 나타내는 버튼을 마우스로 ‘클릭’하도록 되어야 있는데, 이러한 방식의 사용허락을 말한다.

이러한 쉬링크랩 라이선스 등은 일반적으로 ‘약관’에 해당되고 약관규제법의 적용을 받는다. 쉬링크랩, 클릭랩 라이선스에 프로그램 코드 역분석을 금지하는 조항이 있는 경우에 그것이 약관의 내용통제와 관련하여 어떠한 의미를 갖는지 살펴보면, 약관규제법 제6조 제1항은 “신의 성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이다”라고 규정하고 있고, 제2항 제1호는 “고객에 대하여 부당하게 불리한 조항을 약관의 내용으로 정한 경우에는 당해 약관조항은 공정을 잃은 것으로 추정된다”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘약관 내용의 부당성’이라 함은 사업자의 이익과 고객의 이익을 종합적으로 비교 형량하여 판단해야 할 문제이다. 이는 강행규정 및 임의규정에 위반한 경우에도 인정될 수 있는 것이고, 나아가 컴퓨터프로그램보호법에서 최소한의 범위에서 허용한 프로그램 코드 역분석을 사업자가 약관으로 금지하는 것은 그와 같은 금지의 대가로 고객에게 특별한 대가를 부여하는 등 특단의 사정이 없는 한 ‘고객에게 부당하게 불리한 약관조항’이라고 해석될 것이다.⁵⁷⁾

57) 김동진, 위의논문, 320면.

58) 영국 저작권법(CDPA)는 이러한 역분석에 관한 예외를 금지 또는 제한하는 조항은 무효라고 규정하고 있다; 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005, 727면.

4. 특허권이 부여된 컴퓨터프로그램의 역분석

현재 컴퓨터프로그램이 특허법상의 특허요건을 충족하는 경우에는 특허권을 부여받을 수 있는 가능성이 있다. 이러한 컴퓨터프로그램에 관한 특허를 소위 '소프트웨어특허'라고 부른다. 이렇게 컴퓨터프로그램이 특허권으로 보호될 경우에 특허법상의 기술명세서의 공개제도에 의해 그 컴퓨터프로그램은 일반 공중에게 공개된다. 이미 살펴본 바와 같이, 특허법, 실용신안법 및 반도체칩법에서는 역분석이 허용되기 때문에 원칙적으로 소프트웨어특허를 역분석한 경우에는 특허권 침해를 구성하지는 않는다. 여기서 특허법과 컴퓨터프로그램보호법사이의 충돌이나 형평의 문제 등 양 법의 보호법익의 차이에서 오는 문제점이 발생한다.

Chisum 교수는 실험적인 이용과 관련된 임시적인 복제는 허용되어야 하고 그 범위에서 소프트웨어의 역분석은 문제가 되지 않는다고 설명하면서, 특허법체계에서의 공개제도는 저작권법보다 더 소프트웨어의 혁신을 가져올 수 있다고 말한다.⁵⁹⁾ Cohen 교수 및 Lemly 교수는 리버스엔지니어들에게 컴퓨터프로그램의 보호되지 않는 요소의 복제와 컴퓨터프로그램의 연구를 위해서는 소프트웨어특허를 역분석 할 수 있는 제한된 권리를 부여하자고 한다. 이를 위해 소프트웨어특허의 보호범위를 적절히 제한하고 특허의 공개제도를 강화하여 생산품의 경쟁과 호환을 유지하고자 한다.⁶⁰⁾ 결국 컴퓨터프로그램(소프트웨어)의 보호방식에 대한 문제로 귀결되며, 어느 방법이 컴퓨터프로그램저작권을 적절히 보호하며 관련 산업의 발전을 가져오느냐 하는 점에 있다.

생각건대 특허법에 의한 컴퓨터소프트웨어의 보호는 그다지 적절한 보호방법은 아닌 것으로 생각된다.⁶¹⁾ 또한 컴퓨터프로그램을 발전가능성을 고려하여, 우리법제가 '컴퓨터프로그램보호법'이라는 독자적인 입법을 통하여, 컴퓨터프로그램을 취급하고 있다는 점을 들 수 있다. 그럼

59) Brian Fitzgerald & Michael Lehmann, *Supra note 43*), p. 152.

60) Cohen & Mark A. Lemley, "Patent Scope and Innovation in the Software Industry," *89 Calif L.Rev.1*(2000), p. 6.

61) 그 이유 및 자세한 사항에 관해서는; 이상정, "컴퓨터소프트웨어 관련 특허의 인정 범위와 한계", 「지적재산권법의 제문제」(메산 송영식선생화갑기념논문집), 2004, 46-70면 참조.

에도 불구하고 특허법에 의한 컴퓨터프로그램역분석의 취급의 경우에는, 특허법적인 요소에 가장 근접한 컴퓨터프로그램만을 특허법을 통하여 보호하고 보호기간은 단기로 하는 것을 전제로 컴퓨터프로그램보호법과의 형평성과 조화 및 컴퓨터프로그램의 특성을 고려하여 소스코드는 원칙적으로 공개하지 않는 것이 바람직한 것으로 보인다.

V. 결론

지금까지 컴퓨터프로그램저작권의 특수한 제한규정인 프로그램코드 역분석을 둘러싸고 제기되는 제반문제에 대하여 살펴보았다. 결국 논의의 본질은 프로그램저작권을 엄격하게 보호해야 한다는 이념과 컴퓨터 프로그램 관련 산업의 육성을 위해 호환성에 필요한 정보를 자유롭게 사용해야 한다는 이념이 충돌하여 생긴 것이라고 할 수 있다. 이상 검토한 내용을 요약하고 결론을 맺고자 한다.

첫째 프리웨어·웨어웨어의 역분석의 경우에는 원칙적으로 소스코드까지 공개한 것으로 볼 수 없기 때문에 법 제12조의 2 소정의 역분석의 제한받는 것으로 해석하는 것이 타당하며, 둘째 오류수정을 위한 역분석의 경우에는 현행법상으로 컴퓨터수리업자에 의한 역분석이 허용되지 않는 것으로 해석되기 때문에 현행 컴퓨터프로그램보호법에 EU 소프트웨어지침 제5조 제1호의 규정을 도입하여 프로그램사용자의 이용권을 보장하도록 해야 할 것이다. 셋째 역분석을 금지하는 계약의 효력에 관해서는 현행법상 프로그램코드역분석의 규정이 임의규정으로 해석되어 당사자의 특약으로 배제될 여지가 있다. 따라서 당사자 간의 구체적인 약정내용, 역분석 금지에 대한 대가관계, 당해 계약을 축으로 한 전체적인 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 그 계약의 무효여부를 판단하여야 할 것이다. 마지막으로 특허권이 부여된 컴퓨터프로그램의 역분석의 경우에는 컴퓨터프로그램보호법으로 규율되는 것이 바람직하지만, 특허법에 의한 컴퓨터프로그램역분석의 취급의 경우에는 특허법적인 요소에 가장 근접한 컴퓨터프로그램만을 특허법을 통하여 보호하고 보호기간은 단기로 하는 것을 전제로 컴퓨터프로그램보호법과의

형평성과 조화 및 컴퓨터프로그램의 특성을 고려하여 소스코드는 원칙적으로 공개하지 않는 것을 정책적으로 고려할 필요가 있다고 할 것이다.

결론적으로 프로그램코드역분석과 관련된 법률문제는 판례를 통하여 구체화될 것이지만 프로그램저작권자에게 일정기간 독점·배타권을 부여하여 창작의 노고와 동안을 제공함과 동시에 지나친 독점을 제한하여 공공의 이익을 보호하고 산업발전(문화발전)을 이루고자하는 컴퓨터 프로그램보호법의 목적달성을 위해서는 탄력적인 법해석과 입법적인 해결책이 요청된다고 할 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 곽윤직, 「민법주해(Ⅱ)」, 박영사, 2002.
- 과학기술정보통신위원회 수석전문위원, 컴퓨터프로그램보호법중개정법
률안 검토보고서, 2002.
- 매산송영식선생화갑기념논문집 간행위원회, 「지적재산권법의 제문제」,
세창출판사, 2004.
- 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대학교
출판부, 1989.
- 손경한 편저, “컴퓨터프로그램 코드의 역분석”, 「사이버지적재산권
법」, 법영사, 2004.
- 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005.
- 이 철, “컴퓨터 범죄와 소프트웨어의 보호”, 박영사, 1995.
- 안효질, 「컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원
회, 2001.
- 윤선희, 「지적재산권법(제6정판)」, 세창출판사, 2004.
- 이원형, 「컴퓨터 프로그램의 법적 보호방법에 관한 연구」, 국민대학교
박사학위 논문, 1998.
- 이혜광, “개정 컴퓨터프로그램보호법과 프로그램코드 역분석”, 「21세기
한국민사법학의 과제와 전망」(심당 송상현선생화갑기념논문
집), 2002.
- 이해완·오승중, 「저작권법(개정판)」, 2001.
- 정상조, “Reverse Engineering의 법적 문제점”, 「인권과 정의 254호」,
대한변호사협회, 1997.

2. 국외문헌

- 作花文雄, 「著作権法(第3版)」, きょうせい, 2004.

- 田村善之, 「著作権法概説(第2版)」, 有斐閣, 2001.
- Barbara J. Vining, "The Future of Computer Software in the Reverse Engineering War: Excessive Protection v. Innovation", *67 Brook. L. Rev.* 567(2001).
- Brian Fitzgerald & Michael Lehmann, "Innovation, Software, and Reverse Engineering", *18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 121(2001).
- Cohen & Mark A. Lemley, "Patent Scope and Innovation in the Software Industry," *89 Calif L.Rev.*1(2000).
- Committee on computer Law of the Association of the Bar of the City New York, "Reverse Engineering and Intellectual Property Law", *44 The Record* 132, 135(1989).
- James Pooley, *Trade Secret Law*, 1997.
- Seungwoo Son, "Can Black Dot(Shrinkwrap)Licenses Override Federal Reverse Engineering Rights?: the Relationship Between Copyright, Contract, and antitrust Laws", *6 Tul.j. Tech. & Intell.Prop.* 63(2004).
- Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, "The Law and Economics of Reverse Engineering", *111 Yale L.J.* 1575 (2002).
- Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*, 1999.
- Thomas Vinje, "The Legislative History of the EC Software Directive," *A Handbook of European Software Law*(1993).

기술적보호조치와 권리관리정보에 관한 소고

경희대학교 법과대학 박사수료
김 윤 명

차 례	
제1절 서언	제3절 컴퓨터프로그램의 권리 관리정보
제2절 컴퓨터프로그램의 기술 적보호조치	제4절 결론

제1절 서언

저작권법의 발전은 기술의 발전에 따른 필연적인 과정이었다고 볼 수 있다. 가장 기술에 민감한 법이 또한 저작권법이라고도 할 수 있다는 점에서 정보기술과 떼어놓고 생각할 수 없을 것이다. 물론, 저작권법은 저작권자의 권리보호를 통한 기술의 보호 및 이로 인한 기술의 발전에 중요한 역할을 하고 있음은 부인할 수 없지만, 저작권자의 과도한 보호는 이용자의 이용권 내지 접근권을 제한할 수 있다는 점에서 비판적이라고 본다.

물론, 인터넷 등 디지털환경에서 복제·배포 및 전송 등이 용이하기 때문에 기술을 통한 보호는 어쩌면 당연한 것인지도 모른다. 저작권법의 역사는 문화와 기술의 타협을 통하여 어느 정도 긴장관계를 형성해 왔다는 점에서 권리자와 이용자간의 균형점을 명문화하였다. 그러나 기술적인 프로그램을 통하여 권리자의 보호측면에 많은 관심을 가짐으로

써 이러한 정치한 균형관계가 어긋나게 될 수 있다는 점에서 우려를 표하는 것이다.

이러한 정점에서 기술적인 방법으로 저작권을 보호하고자하는 노력이 지속되고 있고, 다시금 기술적인 방법에 대한 법적 보호를 주장하고 있다. 실제, WIPO 저작권조약 등에서는 이미 기술적인 방법의 법적 보호를 천명하고 있다. 그러나 이러한 것이 현실적인 측면에서 인정을 받는 것이라고 하더라도 그것이 궁극적인 방법론인지는 의문이라고 하겠다. 이에, 기술적보호조치와 권리관리정보에 대해 개략적으로 살펴보고자 한다.

통상적으로 기술적보호조치(technical measures)라는 것을 통하여 사적인 구제를 진행하고 있는 것이다. 또한, 저작물의 이용 활성화라는 측면에서 저작권자의 입장에서 제시되는 권리관리정보 또한 저작권자가 자신의 저작물에 부가하는 저작물에 대한 2차정보 및 이를 저작물에 표시한 것을 말한다. 이러한 권리관리정보는 기술적보호조치를 포함하며, 아울러 이용자에게 또는 이용허락을 통하여 사업을 영위하고자 하는 자에게 저작권자가 자신 및 저작물에 대한 정보를 제공함으로써 보다 활성화된 이용을 이끌어 내고자하는 기술적 매커니즘이라고 할 수 있다.

권리관리정보는 기술적보호조치의 상위개념으로 보는 견해도 있으며,¹⁾ 기술적보호조치의 하위 개념으로 보는 견해도 있다.²⁾ 물론 실질적인 응용매커니즘에서 본다면 동일하지만 개별적인 기능에서 본다면 다른 개념이라고 할 수 있다. 따라서 제2절에서는 기술적보호조치로 한정하며, 권리관리정보에 대해서는 제3절에서 살펴보기로 한다.

이상과 같이 기술적보호조치와 권리관리정보는 저작물의 보호와 이용이라는 측면에서 상호 보완적인 기술임에는 틀림이 없으나 당해 저작물을 이용하고자하는 이용자의 입장에서는 상당히 제한적이고 통제적인 수단으로써 활용될 수 있다는 점에서 논란이 있다. 즉, 법에 의한

1) 임원선, DRM의 저작권법적 보호, LAW&TECHNOLOGY, 제1권 제1호, 2005. 7. 16면.

2) 기술조치는 권리관리정보의 개념까지 포괄하는 넓은 개념으로 쓰이는 경우도 있다고 한다; 이영록, "기술조치의 보호입법에 관한 연구", 저작권연구자료 38, 저작권심의조정위원회, 2001, 11면.

보호 및 기술에 의한 보호의 증첩적 보호를 통하여 저작권법이 도모하고 있는 합리적인 이용관계를 제한할 수 있다는 점이다. 이하에서는 각각의 내용에 대한 비교법적 측면에서 살펴보고자 한다.

제2절 컴퓨터프로그램의 기술적 보호조치

I. 서

디지털의제(digital agenda)를 통하여 구체화된 기술적보호조치는 저작권에 대해서 법적인 보호와 더불어 권리자가 자신의 권리를 스스로 보호하고자하는 의지에서 도출된 개념이라고 할 것이다. 기술적보호조치는 이미 EU컴퓨터프로그램지침에서 1991년도에 규정된 사항이지만 구체적으로 논의된 것은 WIPO의 디지털의제를 논의하면서 부터라고 하겠다. 그 결과 WIPO 저작권조약과 WIPO 실연·음반조약이 체결되었고, 양 조약에 기술적보호조치가 구체적으로 규정되었다. 그 결과, 각국은 조약의 비준을 위하여 기술적보호조치에 대한 규정을 입법화하였다. 우리나라도 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법에서 구체적으로 규정하기에 이르렀다.

디지털환경에 있어서 저작권자는 자신의 저작권의 보호를 위한 다양한 시도가 이루어지고 있다. 저작권법의 강화를 위한 로비를 진행하거나 자신의 저작물에 대해 기술적인 조치를 통하여 이용자가 임의로 접근하거나 이용할 수 없도록 이용제한 또는 접근제한을 하고 있는 것이다.

II. 기술적보호조치의 의의

1. 기술적보호조치의 정의

컴퓨터프로그램보호법상 기술적보호조치라 함은 “프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”를 말한다. 물론, 저작권법에서도 기술적보호조치를 규정하고 있는 바, 동법에서는 “저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치”를 말한다.

이와 같이 기술적보호조치에 대해 저작권 법제에서는 규정을 하고 있는 바, 동 사항은 WIPO 저작권조약에서 규정하고 있는 사항을 관련 법에 반영한 것이라고 하겠다. WIPO 저작권조약은 디지털의제를 각국의 관련 법제에 반영시킬 것을 목적으로 제정되었으며, 동 조약에서 기술적 보호조치에 대한 정의규정을 별도로 두고 있지는 아니하며, 다만 제11조 ‘기술조치에 관한 의무’조항에서 “체약당사자는 이 조약 또는 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여 저작자가 이용하는 효과적인 기술조치로서 자신의 저작권에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술조치를 우회하는 것에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제조치에 관하여 규정하여야 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 이러한 규정을 기반으로 우리나라의 저작권 법제는 구체적으로 입법화한 것이라고 하겠다.

기술적보호조치는 저작권자에 의한 자구적 구제수단으로 볼 수 있다. 기술조치가 적용된 저작물의 경우, 기술조치를 무력화하기 전에는 저작자로부터 허락받은 이외의 이용을 할 수 없다. 기술조치는 이러한 소극적 효력만을 가지게되는 것으로서 정당방위와 유사하다고 할 것이다. 따라서 기술조치는 저작자가 자신의 저작물을 보호하기 위하여 소극적·수세적 자력구제 수단이라는 의의가 있다³⁾고 한다. 결국, 기술적보호조치는 사실적 보호수단을 변경하거나 그 기능을 무력화하는 행위를 법적으로 보호함으로써 권리자의 이익을 최대한 보장하려는 취지라고 할 것이다.⁴⁾

3) 이영록, 전계 보고서, 17면.

4) 안효질, “개정컴퓨터프로그램보호법 축조해설”, 프로그램심의조정위원회, 2000, 63면.

2. 기술적보호조치의 유형

가. 서

기본적으로 기술적보호조치는 당해 저작물에 대한 단순한 이용이나 접근을 제한하는 방법으로써 접근통제, 이용이나 접근은 가능하나 당해 저작물을 복제하거나 하는 등의 적극적인 이용을 제한하는 방법으로써 복제통제의 방식 등 크게 두가지의 방법으로 나누어볼 수 있다.⁵⁾ 현행 법제하에서 기술적보호조치가 입법화된 유형을 보면, 저작권법은 복제통제 형이며, 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 경쟁업자에게는 복제통제의 방식이자 동시에 경쟁업자를 포함한 이용자에게는 접근통제방식이라고 할 수 있다.⁶⁾ 반면, 컴퓨터프로그램보호법은 사실상 접근통제 방식이지만 법문에서 복제통제를 표명하고 있다는 점에서 명확하게 정의할 필요가 있다.⁷⁾ 이는 2000년도 개정 컴퓨터프로그램보호법에서는 “이 법에 의한 권리”라는 배른협약상의 권리가 구체적으로 규정된 바가 아닌 기술적보호조치로써 보호가 가능한 모든 유형의 것을 포함하는 개념에서 배른협약상의 권리를 보호하는 기술조치로 제한함으로써 접근통제에서 복제통제의 방식으로 구체화한 것으로 그것을 추단할 수 있을 것이다.

나. 복제통제

-
- 5) 다양한 기술적보호조치의 유형에 대해서는; 이상정의, 기술조치 및 권리관리정보의 보호연구, 문화관광부, 1999.12; 김형렬, “컴퓨터프로그램보호법의 문제점과 개선방안”, 개간저작권 2000년 겨울호, 72면 이하 참조.
 - 6) 다만, 온라인디지털콘텐츠산업발전법에서의 기술조치가 접근통제를 의미한다는 주장도 있다. 즉, 제1차 공청회안에서 접근통제형 기술적보호조치를 명시적으로 보호대상으로 포함시킨 바 있으며, 결국 온라인상의 콘텐츠를 이용함에 있어 경쟁사업자의 부정경쟁행위를 규제하기는 하지만 접근자체로도 중요한 법익을 침해할 수 있기 때문이다.
 - 7) 컴퓨터프로그램보호법에 의해 복제통제만 금지되는 것인지 접근통제도 금지되는 것인지는 분명하지 않다고 한다; 이영록, 전개 보고서, 73면.

복제통제 등의 기술은 기술방식 뿐만아니라 서비스방식에서도 적용되는 기술도 포함된다. MP3 파일의 스트리밍서비스의 경우는 그 자체를 기술적보호조치로 보기는 어렵지만 결국 복제통제가 가능하기 때문에 서비스기술을 통한 복제통제를 가능하게 하는 조치로서 그 의미를 갖는다고 하겠다.

컴퓨터프로그램보호법상의 복제통제는 프로그램을 복제하여 이용하거나 이용에 제공하는 것을 금지하는 것이라고 하겠다. 따라서 단순히 인스톨된 상태의 프로그램을 이용하는 것은 복제통제로써 금지할 수 없다. 다만, 문제가 되는 것은 인스톨시에 시리얼번호를 입력하도록 요구하는 것이 과연 어떠한 것인지에 대한 의문이라고 하겠다.

법원은 시리얼넘버는 컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는 가를 확인하는 수단인 기술적 보호조치로 인정하고 있으나 당해 시리얼넘버 자체는 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램이 아닌 컴퓨터프로그램에 특정한 포맷으로 된 시리얼넘버가 입력되면 인스톨을 진행하도록 하는 등의 지시, 명령이 표현된 프로그램에서 받아 처리하는 데이터에 불과하기 때문에 당해 시리얼넘버 자체를 공개하는 것은 저작권권을 침해한 것은 아니라고 판시한 바 있다.⁸⁾ 즉, 시리얼넘버는 기술적 보호조치이기기는 하나 이를 공개하는 것은 컴퓨터프로그램보호법상 타인의 저작권을 침해하는 것이 아니라고 판시한 것이다.⁹⁾ 그러나 시리얼넘버를 공표함으로써 인하여 저작권자의 권리가 침해될 수 있도록 방조하는 경우로 볼 수 있기 때문에 공소를 제기할 때에 이 부분을 포함시켰다고 한다면 방조범으로써 처벌이 되었을 것으로 판단된다.

시리얼넘버가 입력되지 아니한 경우에는 사용할 수 없다는 점에서 접근통제의 한 방법이라고 할 것이다. 즉, 시리얼넘버가 입력되지 아니한 경우에는 인스톨이 되지않기 때문에 접근자체가 불가능하다는 점에서

8) 그러나 시리얼번호는 단순한 데이터에 불과하여 그 자체가 프로그램도 아니고 어떠한 장치도 아니므로 이를 공개한 것이 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램 또는 기기, 장치, 부품에 해당한다고 보기는 어려운 점에서 처벌은 죄형법정주의상 곤란하다는 견해가 있다; 이규홍, "P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점"에 대하여, 사법논집 제36집, 법원도서관, 265면.

9) 대법원 2002. 6. 28. 선고, 2001도2900판결.

컴퓨터프로그램보호법은 접근통제 방식이라고 생각된다. 그러나 정의규정에 의한 제한으로써 저작권을 보호하기 위한 기술적보호조치에 한정하고 있으며, DMCA와 같이 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적보호조치를 규율하고 있지는 않기 때문에 복제통제고 보는 견해가 일반적이라고 생각된다.¹⁰⁾

다. 접근통제

통상적으로 기술적보호조치는 컴퓨터프로그램에 대해서는 복제통제적 매커니즘으로 운영되어야 할 것이다. 인스톨되어있는 프로그램을 실행하여 이용하는 것은 접근이라는 점에서 허용될 수 있다는 점에서 접근통제는 허용되어야 할 것이다. 다만, 최근의 ASP 방식으로 제시되고 있는 프로그램의 경우에는 접근통제가 선행되고 있다는 점에서 온라인 상에서 다운로드 형태가 아닌 ASP 방식의 이용형태는 접근통제형이라고 볼 수밖에 없는 것이 아닌가 생각한다.

컴퓨터프로그램보호법이 접근통제인지 복제통제인지는 명확하게 구별이 되지 않고 실제, 기술적보호조치의 정의를 보더라도 개념적으로 명확한 정의규정이라고 보기는 어렵다고 하겠다. 다만, 개인적으로 컴퓨터프로그램보호법은 접근통제이지 복제통제라고 보기는 어렵다.

접근이라 함은 특정한 프로그램에 이용자가 접근하여 이용하는 것을 말하는데, 프로그램의 경우 이미 복제된 프로그램에 대한 원칙적인 허용이 있었다고 하면 그 이용을 위한 접근은 허용된 것이라고 볼 수 있기 때문에 접근통제를 통하여 제한할 필요가 없다고 본다. 또한, 허용되지 아니한 복제의 경우는 접근통제 이전에 이미 복제통제를 통하여 제한할 수 있기 때문에 이를 통하여 규제할 수 있기 때문에 굳이 새로운 권리의 창설과 같은 효과를 가져올 수 있는 접근통제를 제한하는 것은 컴퓨터프로그램보호법에 있어서 큰 의미가 있다고 보기는 어렵다고 하겠다.

더욱이 접근통제를 인정하는 것은 기본적으로 이용할 수 있는 이용

10) 프로그램심의조정위원회, “효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상)”, 정보통신부, 2004. 7, 128면.

자의 저작물향유권¹¹⁾을 제한할 수 있기 때문에 신중할 필요가 있다. 또한 이용자는 당해 저작물에 대한 내용과 경험을 통하여 구입여부를 결정할 수 있겠지만 그러한 이용자체가 금지된 상황하에서는 어떠한 결정을 할 수도 없다는 점에서 접근통제는 권리자측면에서도 그리 바람직한 것은 아니라고 본다.

DeCSS사건¹²⁾에서도 이러한 것은 잘 나타난다. 본 사건에서 윈도우 환경에서만 이용할 수 있었던 콘텐츠를 리눅스 운영체제 하에서도 이용할 수 있도록 암호화를 해제한 경우에 있어서 DMCA를 위반하였다는 판결은 결국 이러한 접근권에 대한 통제를 권리자에게 넘긴 것이라고 하겠다. 더욱이 다양한 논의와 경험의 결과인 저작권법에서 규정하고 있는 제한규정을 형해화시키는 것은 결코 바람직하지 않다고 본다.

라. 정리

이상과 같이 복제통제와 접근통제에 대해서 살펴보았지만 컴퓨터프로그램이 인스톨이라는 필수적 절차를 요건을 하는 경우, 시리얼번호를 요구함으로써 원천적으로 이용 및 접근을 제한하기 때문에 복제통제 이전에 접근통제가 이루어질 수 있다는 점에서 현행 컴퓨터프로그램보호법은 법규상으로는 복제통제라고 하더라도 실질적으로 접근통제가 이루어지고 있다는 점은 부인할 수 없을 것이다.

저작물이 디지털화됨으로써 이용 및 유통에 있어서 보다 접근이 쉽고 하더라도 저작권자가 과거에 누리지 못하였던 권리를 추가로 향유토록 하는 것은 비판적으로 재고할 필요가 있다.¹³⁾

3. 기술적보호조치에 대한 평가

11) 안효질, 전게서, 307면.

12) 본 사건에 대한 판례평석은; 윤선희, "DVD영화의 기술적 보호수단의 회피코드와 DMCA의 합헌성", 소프트웨어와 법률 제1호, 한국소프트웨어저작권협회, 2002 참조.

13) 안효질, 전게서, 308면.

“기술적보호조치가 적용된 저작물의 경우, 기술조치를 무력화하기 전에는 저작자로부터 허락받은 이외의 이용을 할 수 없다. 기술조치는 이러한 소극적 효력만을 가지게 되는 것으로서 정당방위와 유사하다고 할 것이다. 따라서 기술조치는 저작자가 자신의 저작물을 보호하기 위해 적용하는 소극적·수세적 자력구제 수단이라는 의의가 있다고 본다.”¹⁴⁾

그러나 기술적보호조치는 이러한 자력구제의 소극적 역할로써 이해될 수 있지만 결국 기술의 발전에 따른 기술적보호조치는 무력화될 수 있을 것이다. 그렇기 때문에 무력화를 방지할 수 있는 새로운 기술의 발전을 가져오게 된다. 이러한 기술의 선순환적 발전은 기술의 진보를 이끌어내는 명제라고 할 수 있다. 물론, 무력화가 없다는 가정하에서 새로운 기술의 발전을 보호기술에 치중하는 것보다는 저작물의 개발이나 이를 이용할 수 있는 기술의 개발에 투자하는 것이 바람직하다는 주장을 제기할 수 있다. 그러나 기술이라는 것의 범위에 대한 범용성은 확일적으로 정할 수 없는 사안이기 때문에 그 달성할 수 없거나 또는 전제가 잘못된 주장은 무의미하다고 본다.

따라서 기술적보호조치는 기술의 발전과정에서 이루어질 수밖에 없는 필연적인 사회현상이라고 보는 것이 바람직하다고 하겠다.

III. 기술적보호조치의 역할 및 한계

1. 필요성

기술적보호조치는 저작권자에 의한 자구적 보호수단이라고 할 수 있다. 즉, 불법적 이용에 대한 사적구제의 한 방법으로써 강구된 것이라고 할 수 있다. 디지털환경에 있어서 저작물의 복제, 배포 및 전송은 인터넷과 같은 네트워크를 통하여 실시간으로 배포가 가능하기 때문에 이에 대한 자구책으로써 기술적보호조치는 사전적인 보호방법으로써 그 필

14) 이영록, 전계 보고서, 17면.

요성이 있다고 하겠다. 그리고 기술적보호조치는 자구적인 수단이라는 점에서 원론적인 한계를 지닌 방식이다. 따라서 누군가가 당해 기술을 파괴함으로써 저작물의 이용을 무제한적으로 허용하게 된다면 저작권자의 권리는 침해되게 된다. 따라서 이러한 침해로부터 저작권법이 구제를 해주도록 할 필요성이 제기된다.

2. 역할 및 한계

기술적보호조치는 기본적으로 저작권자가 자신의 저작물에 대해 기술적으로 접근이나 이용을 제한하기 위하여 기술적인 방법을 사용하는 것을 말한다. 기술적보호조치를 통하여 무단으로 이용되는 저작물을 제한할 수 있으며, 이로 인하여 저작권자의 권리보호에 어느 정도 실효성을 강구할 수 있다는 점에서 저작권자의 자구수단으로써 역할을 하게 된다. 그러나 기술의 발전은 선순환적인 측면에서 의미를 가지지만, 당해 보호기술은 또 다른 기술을 통하여 해체될 수 있다. 즉, 파괴적인 발전이 기술 발전의 역사라고 한다면 저작권보호기술은 이와 같이 파괴적인 발전을 통하여 이루어지고 있다는 점은 부인할 수 없을 것이다. 기술적보호조치도 마찬가지라고 하겠다. DeCSS와 같이 DVD를 해킹하는 방식의 코드를 개발하는 것은 기술의 파괴적인 발전의 한 사례를 보여주는 것이라고 생각된다.

정리해보면, 기술이라는 것은 하나의 매커니즘으로써 사회적, 경제적, 산업적 역할을 하게 되지만 그것이 궁극적인 것은 아니라는 점이다. 기술이 보호의 역할을 하게 되지만 그 보호의 역할을 하는 기술을 상반된 역할을 하게 만드는 것도 기술이라는 점에서 기술은 피비우스의 띠와 같은 역할을 함을 부인할 수 없을 것이다. 다만, 기술적보호조치가 완전한 이상적인 방식으로 운영된다면 지금과 같이 저작권의 침해와 같은 문제는 발생할 수 없다고 본다. 즉, 완벽한 통제사회에서의 저작권은 그 것이 저작권자에 의하여 통제가 되기 때문이다. 그러나 그러한 이상은 완벽한 정보기술을 통한다고 하더라도 이루어질 수 없는 이상의 것이라고 하겠다. 왜냐하면 기술은 또 다른 기술의 범위에 종속될

수 있기 때문이다.

따라서, 기술적보호조치의 방향은 이러한 실현가능성이 작은 기술매커니즘에 의존하는 것이 아닌 이용자의 이익과 기술의 조화를 꾀하는데 있다고 본다.¹⁵⁾

IV. 비교법적 고찰

1. 각국의 현황

가. WIPO

(1) 의의

기술적보호조치를 규정한 것은 WIPO 저작권조약 및 실연음반조약이라고 할 수 있다. 양 조약에서는 기술적 보호조치를 “이 조약 또는 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여 저작자가 이용하는 효과적인 기술조치로서 자신의 저작권에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술조치”로 정의하고 있다.

(2) 요건

기본적인 요건으로는 첫째, 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여 저작자에 의해 이용되는 기술조치일 것, 둘째, 자신의 저작물에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니한 행위를 제한하는 기술조치일 것, 셋째, 실효성을 담보할 수 있는 효과적인 기술조치일 것을 그 요건으로 하고 있다.

보호되는 기술적보호조치는 WCT 또는 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여 저작자에 의해 이용되는 기술적보호조치이어야 한다. 따라서 저작물이 아닌 데이터나 공유영역에 있는 저작물은 그 적용을 받을 수 없다. 또한, 저작자가 이용한 것이 아닌 경우에는 이의 적용을 받을 수

15) 이영록, 전계 보고서, 23면.

없음은 당연하다고 할 것이다.¹⁶⁾ 아울러, 기술적보호조치를 무력화하는 경우에는 충분한 법적 보호와 실효적인 법적 구제를 하도록 하고 있다. 효과적인 기술적보호조치가 아닌 경우는 그 보호대상이 되지 않는다고 할 것이다. 단순하게 침해에 대한 경고 또는 경각심을 일깨우기 위한 장치와 같이 양심에 호소하여 침해를 방지하고자 하는 방식은 기술적보호조치에 포함되기 힘들다고 할 것이다.¹⁷⁾

(3) 법적 구제

구체적으로 WCT의 제규정을 어느 법령에서 어떠한 정도로 규정할 것인지에 대해서는 각국의 재량이라고 할 것이다. 이러한 규정에 근거하여 각국은 입법화 하거나 하고 있다. 다만, 조약은 다양한 국가의 의견이 반영되고 조율된 결과물이기 때문에 최소한의 규정이라고 할 수 있으나 충분한 법적 보호, 또는 실효적 법적 구제에 있어서 충분한 또는 실효적이라는 개념을 명확하게 해석하기가 어렵다는 점이다. 그럼에도 불구하고 각국은 개별적으로 입법화하고 있으나 그것이 충분하고, 실효적인 지는 단정하기 어렵다.

나. EU

(1) EU컴퓨터프로그램 지침

EU컴퓨터프로그램 지침은 컴퓨터프로그램을 보호하기 위해 적용되었을 기술조치의 허락없는 제거 또는 우회를 가능하게 하는 것을 유일한 목적으로 하는 수단을 상업적 목적으로 유통하는 행위 또는 그러한 방법을 소유하는 행위를 한 자에 대하여, 제4조 내지 제6조에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 국내법으로 적절하게 규제조치를 규정하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁸⁾

16) 이영록, 전계 보고서, 26면.

17) 이상정, “기술조치 및 권리관리정보의 보호”, 국제법무연구 제5호, 2000.12, 225면.

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

(2) EU저작권 지침

EU저작권 지침은 기술조치를 법률에 의하여 규정된 저작권이나 저작권과 관계된 권리의 소유자 또는 96/6/EC 지침 제3장에서 규정된 독자적 권리의 소유자가 저작물 또는 그 밖의 대상물과 관련하여 허용하지 않는 행위를 금지하거나 제한할 목적으로 설계한 것으로서 정상적인 작동과정에 있는 모든 기술, 장치 또는 부품으로 정의하고 있다(제6조(기술조치에 관한 의무) 제3항).

아울러, 회원국들은 관련자가 알면서 수행하거나 알만한 합리적인 이유를 가지고 수행하는 효과적인 기술 조치의 우회에 대하여 적절한 법률적 보호를 하도록 하고 있으며(제1항), 또한 회원국들은 어떤 효과적인 기술 조치에 대한 다음 각호에 해당하는 장치, 제조물 또는 부품의 제조, 수입, 배포, 판매, 대여, 판매나 대여를 위한 선전, 또는 상업적 목적을 위한 소유나, 또는 다음 각호에 해당하는 서비스의 제공에 대하여 적절한 법률적 보호를 하여야 한다;

- (a) 우회의 목적을 위하여 조성, 선전 또는 거래되는 것, 또는
- (b) 우회 목적 이외에 상업적으로 중요한 목적 또는 이용에만 한정되어 있는 것, 또는
- (c) 우회를 방조하거나 조장할 목적으로 주로 설계, 제작, 개조 또는 실행되는 것,

기술 조치는 권리자들이 저작물 또는 그 밖의 대상물에 대한 암호화, 변환(scrambling)이나 기타 변형, 또는 복사통제장치와 같은 보호 목적을 달성하려는 접근 통제 또는 보호 조치(protection process)의 적용을 통하여 보호받는 저작물 또는 그 밖의 대상물의 이용을 통제하는 경우에 '실효적인' 것으로 본다.

다. DMCA

(1) 서언

기술적보호조치란 저작권법상 보호받는 저작물에서의 접근을 효과적으로 통제하거나 저작권을 효과적으로 보호하기 위한 조치를 말한다. 접

근을 통제하거나 또는 보호하기 위한 조치를 각각 접근통제 또는 복제 통제라고 한다. DMCA는 복제통제를 무력화하는 장치의 보호와 접근통제를 무력화하는 행위 및 장치에 대한 보호를 담고있으며, 이는 복제통제를 무력화하는 행위는 저작권 침해에 의한 구제가 가능하기 때문에 기술적보호조치의 보호범위에서 제외하였다고 한다.¹⁹⁾

(2) 복제통제

제1201조 (b)(추가적인 위반)(1) 누구든지 다음의 기술, 제품, 서비스, 장치, 구성품, 또는 그의 부품을 제조, 수입, 공개 제의, 또는 기타 불법 거래하여서는 아니 된다고 규정하고 있으며, (A) 일차적으로, 저작물 또는 그의 일부에 대한 본 편 법전 상의 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 기술조치에 의하여 제공된 보호를 우회하는 것을 목적으로 고안되거나 제조된 것, (B) 저작물 또는 그의 일부에 대한 본 편 법전 상의 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 기술조치에 의하여 제공된 보호를 우회하는 것 이외에는 단지 제한적인 상업적으로 의미 있는 목적이나 용도를 가진 것, 또는 (C) 저작물 또는 그의 일부에 대한 본 편 법전 상의 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 기술조치에 의하여 제공된 보호를 우회하는 데에 사용될 것을 알면서 그에 의하여, 또는 그와의 공조 하에 움직이는 다른 사람에 의하여 판매되는 것 등과 같은 복제방지 기술적보호조치를 무력화하는 기술의 유통을 금지하고 있다.

그렇지만 DMCA는 복제행위 자체를 금지하고 있는 규정을 두고 있지 않다. 이는 복제행위 자체가 저작권법을 위반하는 행위이기 때문에 기술적보호조치의 무력화규정에 포함시킬 필요성이 없어서라고 할 것이다. 즉, 복제방지 기술적보호조치를 무력화하는 것이 허용되기 때문은 아니다.²⁰⁾

(3) 접근통제

19) 이영록, 전계 보고서, 31면.

20) 오병철, “기술적 보호조치의 무력화에 따른 불법행위책임”, 인터넷법률 제27호, 2005.1, 4면.

제1201조 (a)(기술조치의 우회와 관련한 위반) (1) (A) 누구든지 본 편 법전상 보호되는 저작물에의 접근을 효과적으로 통제하는 기술조치를 우회하여서는 아니된다라고 규정함으로써 접근통제 기술적보호조치의 무력화 행위를 금지하고 있으며, (2) 누구든지 다음의 기술, 제품, 서비스, 장치, 구성품, 또는 그의 부품을 제조, 수입, 공개 제의, 또는 기타 불법 거래하여서는 아니된다라고 규정함으로써 접근통제 기술적보호조치를 무력화하는 기술 등의 유통을 금지하고 있다. 이러한 유통을 금지하는 기술에는 (A) 일차적으로, 본 편 법전상 보호되는 저작물에의 접근을 효과적으로 통제하는 기술조치를 우회하기 위한 목적으로 디자인되거나 생산되는 것, (B) 본 편 법전상 보호되는 저작물에의 접근을 효과적으로 통제하는 기술조치를 우회하는 것 이외에는 단지 제한적인 상업적으로 의미 있는 목적이나 용도를 가지는 것, 또는(C) 본 편 법전상 보호되는 저작물에의 접근을 효과적으로 통제하는 기술조치를 우회하는 데에 사용될 것을 알면서 그에 의하여, 또는 그와의 공조 하에 움직이는 다른 사람에 의하여 판매되는 것 등으로 한정하고 있다.

(4) 예외규정

DMCA는 접근행위에 대해서까지 통제하는 것은 새로운 권리라고 할 수 있는 소위 접근권(the right of access or access right)을 부여하는 것이 되는 결과를 가져오기 때문에 많은 논란이 되고 있다. 따라서 DMCA는 ① 비영리 도서관, 기록보존소 및 교육기관을 위한 예외, ② 법집행, 정보수집 및 기타 정부활동, ③ 리버스 엔지니어링, ④ 암호 연구, ⑤ 미성년자와 관련한 예외, ⑥ 보안 검사, ⑦ 특정한 아날로그 장치와 특정한 기술조치 등의 경우에 예외를 인정하고 있다.

다. 일본

(1) 저작권법

일본저작권법은 기술적보호수단을 전자적 방법, 자기적 방법 기타 인간의 지각에 의하여 인식할 수 있는 방법에 의해 제17조 제1항에서 규정하는 저작인격권이나 저작재산권 또는 제89조에서 규정하는 저작인

접권을 침해하는 행위의 방지 또는 역지를 하는 수단에서 저작물, 실연, 음반, 반송 또는 유선방송의 이용시에 이것에 사용되는 기기가 특정한 반응을 하는 신호를 저작물, 실연, 음반 또는 방송이나 유선방송에 관계되는 음이나 영상과 함께 기억매체에 기록 또는 송신하는 방식에 의한 것으로 정의하고 있다.²¹⁾

일본의 기술적보호조치에 있어서 특이한 점은 우회행위자를 규제하면서 사적사용을 위한 복제규정을 개정하고 있다는 점이다. 사적사용을 위한 복제에서도 기술적 보호수단의 회피에 의하여 가능해진 복제에 대하여는 공중의 사용에 제공되는 자동복제기기를 사용한 복제와 동일하게 사적사용의 권리제한으로부터 제외하여 저작권의 대상으로 하여 금지청구 등 민사적 구제대상이 되도록 한 것이다.²²⁾ 다만, 이와 같은 개개인의 행위에 대하여 형사벌을 과할정도의 위법성이 없다고 보아 형사벌은 과해지지 않도록 하였으며, 이는 기술적 보호수단을 회피하여 행해지는 복제는 기술적보호수단에 의하여 복제가 제한된다는 당해 저작물의 제공에 대한 전제를 뒤집는 행위이므로 그 같은 복제는 사적복제 규정이 상정하는 것이 아닌 저작권자의 이익을 부당하게 해칠 우려가 있어서라고 한다.²³⁾

다만, 기술적 보호수단의 회피를 행하는 것을 “오직” 그 기능으로 하는 장치 또는 기술적 보호수단의 회피를 행하는 것을 오직 그 기능으로 하는 프로그램의 복제물을 공중에 양도, 대여하거나 또는 공중에의 양도나 대여를 목적으로 제조, 수입, 소지, 공중사용제공 또는 당해 프로그램을 공중송신하거나 송신가능화한 자 및 업으로서 공중의 요구에 응하여 기술적보호수단의 회피를 행한자는 형사책임을 진다.²⁴⁾ 이러한 행위가 저작권 등을 현저히 손상하는 것이기는 하지만 권리침해 행위 그 자체가 아니고 침해의 예비적 행위에 해당되는 점, 또 저작권 침해를 폭넓게 발생시킬 수 있는 행위라는 점을 고려하여 비친고죄화 하였다고 한다.²⁵⁾

21) 일본저작권법 제2조 제20호.

22) 일본저작권법 제30조.

23) 이영록, 전계 보고서, 36면.

24) 일본저작권법 제120조 2.

25) 이영록, 전계 보고서, 36면.

(2) 부정경쟁방지법

일본 부정경쟁방지법은 1999년 개정되어 부정경쟁행위의 새로운 유형으로써 디지털정보의 복제금지장치 등의 기술적 제한수단의 무력화에 관한 금지규정을 추가한 바 있다. 동법은 기술조치의 제한수단에 대해 “전자적 방법(전자적 방법, 자기적 방법 기타 사람의 지각에 의하여 인식할 수 없는 방법을 말한다)에 의하여 영상이나 음의 시청 또는 프로그램의 실행이나 영상·음 또는 프로그램의 기록을 제한한 수단으로서 시청 등 기기가 특정한 반응을 한 신호를 영상·음 또는 프로그램과 동시에 기록 매체에 기록하거나 송신 방식 또는 시청등 기기가 특정한 변환을 필요로 하도록 영상, 음 또는 프로그램을 변환하여 기록 매체에 기록하거나 송신 방식에 의한 것” (제2조 제5항)으로 정의하고 있다. 이러한 제한이라는 표현으로 보건데, 부정경쟁방지법은 접근 제한을 포함한 개념적 정의라고 판단된다. 즉, 동법은 기술적보호조치으로써 복제방지기술 뿐만아니라 접근통제기술을 도입하여 이러한 기술적보호조치를 우회하는 장치의 제조, 판매에 대한 금지청구, 손해배상청구권을 인정하고 있는 것이다.²⁶⁾

2. 우리나라

현행 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법에서는 기술적 보호조치와 권리관리정보에 대해서 규정하고 있으나 그 개념과 범위에 있어서 약간의 차이가 있는 것은 사실이다. 또한, 2001년도에 제정된 온라인디지털콘텐츠산업발전법에서도 양자를 정의하고 있다는 점에서 기술적 보호조치에 대한 법적 고찰은 유의미하다고 할 것이다. 다만, 본고에서는 컴퓨터프로그램보호법상의 개념을 중심으로 하고자 한다.

가. 온라인디지털콘텐츠산업발전법

26) 윤선희 외, “디지털콘텐츠의 기술보호조치 보호방안에 관한 연구”, 한국소프트웨어진흥원, 2001, 120면.

온라인디지털콘텐츠산업발전법은 온라인상에서 유통되는 디지털콘텐츠의 보호를 위하여 기술적보호조치를 규정하고 있다. 동법에서는 기술적보호조치를 온라인디지털콘텐츠제작자가 이 법에 의하여 보호되는 이익의 침해를 효과적으로 방지하기 위하여 적용하는 기술 또는 장치로 정의하고 있다.

동법은 제18조 제2항에서 “누구든지 정당한 권한없이 제1항 본문의 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 온라인콘텐츠제작자나 그로부터 허락을 받은 자가 디지털콘텐츠에 적용한 기술적보호조치의 회피·제거 또는 변경(이하 “무력화”라 한다)을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 주요부품을 제공·수입·제조·양도·대여 또는 전송하거나 양도·대여를 위하여 전시하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 기술적보호조치의 연구·개발을 위하여 기술적보호조치를 무력화하는 장치 또는 부품을 제조하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

만약 이와 같이 기술적보호조치를 회피·제거 또는 변경을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 주요 부품을 제공·수입·제조·양도·대여 또는 전송하거나 양도·대여를 위하여 전시하는 행위를 하는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.²⁷⁾

온라인디지털콘텐츠산업발전법에서의 기술적보호조치의 성격은 기본적으로 복제통제라고 할 수 있다. 경업자의 부정경쟁 행위로부터 디지털콘텐츠를 보호하는 것을 목적으로 하기 때문에 접근하는 것 자체는 허용되는 것이기 때문이다. 즉, 온라인콘텐츠에 접근하는 것은 단순한 이용의 형태이기 때문에 경업자의 부정경쟁행위라고 보기는 어렵고, 이를 복제하여 전송하는 경우에 부정경쟁행위가 발생한 것으로 보기 때

27) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제22조(온라인콘텐츠의 복제 등의 죄) ①제18조제1항 본문의 규정을 위반하여 온라인콘텐츠제작자의 영업에 관한 이익을 현저하게 침해한 자 또는 동조 제2항 본문의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

②제1항의 죄는 제19조의 규정에 의한 손해배상청구 등을 할 수 있는 자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

문이다. 따라서 현행 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 기술적보호조치의 기본적인 성격은 복제통제이고 다만, 회원제로 운영되는 온라인콘텐츠의 경우는 접근자체가 통제되기 때문에 복제통제 및 접근통제가 혼용된 형태라고 할 것이다.

나. 저작권법

저작권법 제2조 제20호에서는 기술적 보호조치라 함은 “저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치”로 정의하고 있다. 정의규정에서 볼 수 있는 바와 같이 “저작권 그 밖의 이법에 의하여 보호되는 권리”로 제한함으로써 저작권법상의 기술적보호조치의 성격은 복제통제라고 할 수 있다.

기술적보호조치의 침해는 간접침해로 보고 있다. 즉, 저작권법 제92조 제2항은 정당한 권리없이 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다라고 규정하고 있기 때문이다.

또한, 업으로 또는 영리를 목적으로 제92조제2항의 규정에 의하여 침해행위로 보는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하고 있다.²⁸⁾

28) 저작권법 제98조 (권리의 침해죄) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 1994.1.7, 2003.5.27>

1. 삭제<2000.1.12>
2. 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 자
3. 제51조 및 제52조(제60조제3항 또는 제73조의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 등록을 허위로 한 자
4. 제73조의4의 규정에 의하여 보호되는 데이터베이스제작자의 권리를 복제·배포·방송 또는 전송의 방법으로 침해한 자
5. 업으로 또는 영리를 목적으로 제92조제2항의 규정에 의하여 침해행위로 보는 행위를 한 자

이는 피해자가 특정되기 어렵고, 저작물 유통질서를 어지럽게 하는 등의 성격을 감안하여 친고죄의 대상에서 제외한 것이다. 또한, 접근통제 조치로써 저작물에 대한 접근은 저작권 그 밖에 이법에 의하여 보호되는 권리가 아니기 때문에 접근통제에 대한 기술적보호조치는 보호되지 않는다고 할 것이다.²⁹⁾

그러나 온라인상의 콘텐츠를 이용한다는 것은 사실상 접근이 제한된 다라는 점에서 법적 성질은 복제통제라고 하겠지만 사실상의 성질은 접근통제의 효과를 가져오는 것임을 부인할 수 없다고 하겠다.

다. 컴퓨터프로그램보호법

동법에서는 기술적보호조치를 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치로 규정하고 있으며, 이를 무력화하는 것을 금지하고 있다. 또한, 이를 위반할 경우 형사처벌토록 하고 있다. 이미 2000년도 개정법에서는 기술적보호조치를 “프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”로 정의하고 있다. 그렇지만 2001년 개정법에서는 기술적보호조치를 “프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”로 정의하면서 정의하고 있다. 크게 달라진 점은 “이 법에 의한 권리”라는 한정이 포함됨으로써 접근통제인지와 복제통제인지에 대한 명확성을 기하도록 하고 있다는 점이다.

현행법에서는 “효과적으로” 보호하는 기술 또는 장치를 통하여 보호하는 조치로 규정함으로써 WIPO 저작권조약에서 요구하고 있는 효과성을 추가한 것이라고 하겠다. 컴퓨터프로그램보호법상 기술적보호조치에 대해서는 후술하고자 한다.

6. 업으로 또는 영리를 목적으로 제92조제3항의 규정에 의하여 침해행위로 보는 행위를 한 자. 다만, 과실로 저작권 또는 이 법에 의하여 보호되는 권리 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알지 못한 자를 제외한다.

29) 임원선, “개정 저작권법 해설”, 계간저작권 제63호, 2003.9, 7면.

VI. 기술적보호조치의 침해 및 구제

1. 서

기술적보호조치를 침해하거나 우회하는 경우에 대해서 각국에서는 다양하게 규정하고 있으며, 우리나라의 경우에도 이에 대해서 규정하고 있다. 특히, 컴퓨터프로그램보호법에서는 기술적보호조치에 대해서 무력화를 금지하고 있으며, 열거적으로 몇 가지 예외적인 사항을 규정하고 있다.

2. 무력화 금지 및 예외

가. 무력화 금지

컴퓨터프로그램보호법 제30조(기술적보호조치의 침해 등의 금지) 제1항에서는 누구든지 정당한 권원없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화를 금지하고 있다. 또한, 동법 제2항에서는 누구든지 상당히 기술적보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

정당한 권원없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 경우는 친고죄로 규정하여, 프로그램저작권자의 고소가 있어야만이 그 죄를 논할 수 있도록 규정하고 있다.³⁰⁾ 그러나 기술적보호조치를 상당히 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통을 금지하고 있으나 법에서 규정하고 있는 '상당히'의 개념과 범주에 대한 불명확성 때문에 실질적으로 상당히

30) 컴퓨터프로그램보호법 제48조.

를 해석하는 것이 쉽지 않다고 본다.³¹⁾ 결국은 법원에서 상당히에 대한 스펙트럼을 판단하겠지만 원래의 취지와 목적이 있는 프로그램의 용도가 원래의 의도와 상당히 다른 목적으로 기술조치의 무력화에 이용되는 것이 위법한가에 대한 판단에 있어서 그 다툼의 여지가 있다고 할 것이다.

또한, 저작권자가 접근통제 기술적보호조치를 취한다면 그것은 사실상의 이익보호수단에 불과한 것이지 그 자체가 법적으로 보호받아야할 권리보호 수단은 아니다.³²⁾ 그러나 이러한 사실상의 이익보호수단으로써 접근통제가 이루어지고 있는 컴퓨터프로그램은 접근자체가 원천적으로 통제되는 경우가 상당하다고 보며, 실령 그러한 통제장치를 무력화하였다고 하더라도 실질적인 복제통제를 무력화하는 결과와 같기 때문에 이는 프로그램저작권을 침해하는 행위와 다를 바가 없기 때문에 사실상의 접근통제가 이루어지고 있다고 본다.

나. 예외 및 제한

컴퓨터프로그램보호법은 무력화의 금지에도 불구하고 몇 가지 경우에 있어서 예외로 하고 있다.

1. 제10조의 규정에 의한 프로그램의 동일성을 변경하는 경우
2. 제12조 각호의 1에 해당되어 복제 사용하는 경우
3. 제14조의 규정에 의한 프로그램 사용자가 필요한 범위안에서 복제하는 경우
4. 정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 다른 프로그램과 호환성을 유지하기 위하여 필요한 경우
5. 정당한 권원에 의한 최종사용자로부터 프로그램의 수정·보완을 요청받은 경우
6. 정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 연구·교육 등의 목적으로

31) 기술적보호조치를 무력화하는 수단을 유통하거나 전송한다고 해도 그것이 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 경우에만 금지될 뿐이며, 경미한 위반의 경우에는 금지되지 않는다고 한다. 오병철, 전계논문, 8면.

32) 오병철, 전계논문, 8면.

프로그램과 관련된 암호화 분석을 하기 위하여 필요한 경우³³⁾

이와 같은 예외조항은 기술적보호조치의 무력화행위를 확일적으로 모두 규제한다면 컴퓨터프로그램보호법의 권리제한 규정에 관한 입법 취지와 법체계상의 모순이 있다고 보기 때문에 저작권자의 권익을 크게 해치지 아니한 범위안에서 제한적으로 제외시킨 것이라고 한다.³⁴⁾

컴퓨터프로그램보호법에서는 기술적보호조치에 대해서 민형사는 물론 행정적인 구체조치를 규정하고 있다. 그렇지만 컴퓨터프로그램보호법의 목적을 볼 때, 당연히 기술적보호조치에 대한 예외적인 해석이 가능하며, 기술적보호조치가 가지는 컴퓨터프로그램보호법 자체의 제한은 허용되어서는 아니될 것이다. 따라서, 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항의 정당한 권원없이라 함은 권리자가 허락하지 않았고 법률의 규정에 의하여 저작권이 제한되지도 않은 경우로 해석되어야 할 한다.³⁵⁾ 만약 이와 같이 법률상 규정된 제한규정에 대해 기술적보호조치라고 예외를 두어 허용되지 않는다고 한다면 이용자의 권리를 과도하게 제한하게 되며, 제한규정의 취지를 몰각시키는 결과를 가져오게 될 것이다.

문제는 기술적보호조치의 적용예외에 대해 기술적으로 확인하거나 또는 예외적용을 위한 기술조치를 별도로 권리자가 강구할 수 없다는 점이다. 따라서, 포괄적으로 기술적보호조치를 법적으로 보호하고, 예외적인 사항을 입법할 수밖에 없다고 할 것이다.

3. 규제

가. 민사적 규제

기술적보호조치를 무력화하여 저작권자의 손해를 발생시키는 경우에는 컴퓨터프로그램보호법 제32조를 통하여 손해배상청구권을 발생시킬

33) 암호화분석을 위하여 필요한 경우는 2001년 개정법에서 포함된 바 있다.

34) 신각철, 「최신 컴퓨터프로그램보호법」, 법영사, 2001, 111면.

35) 안효질, 전계서, 319면.

수 있을 것이다.³⁶⁾ 물론, 일반적으로 손해가 발생한 경우에는 손해배상 청구가 가능하기 때문에 당연한 규정을 컴퓨터프로그램보호법에서는 두고 있다. 다만, 손해액의 입증이 어렵기 때문에 손해액의 추정이나 상당한 손해액을 법원이 결정하도록 하고 있다는 것이다.

기술적보호조치를 무력화하는 것이 직접적인 손해를 가하는 것은 아니라고 하더라도, 당해 무력화 행위나 프로그램을 통하여 제3자가 저작권자의 권리를 침해함으로써 손해가 발생하는 경우에는 무력화한자는 방조에 대한 책임을 질 수 있다. 다만, 그에 대한 인과관계에 대해서는 권리자가 입증하여야하는 어려움이 있으나 과실책임의 원칙하에서는 다른 방법을 강구하기가 어렵다고 할 것이다.

더욱이, 기술적보호조치의 일종인 시리얼넘버를 홈페이지 등 공개된 인터넷상에 공표함으로써 인하여 저작권자의 손해를 발생시켰다고 한다면, 이는 방조범으로써 그 책임을 물을 수 있을 것이다. 다만, 그 손해액의 구체적인 산정이 어려운 경우에 법원은 변론의 전취지나 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있을 것이다.

나. 형사적 제재

민사적 구제이외에 컴퓨터프로그램보호법은 제46조 제1항 벌칙규정을 통하여 제30조의 규정을 위반하여 기술적보호조치를 무력화한 자에 대해서는 3년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하거나 이를

36) 컴퓨터프로그램보호법 제32조 (손해배상청구) ①프로그램저작권자 또는 프로그램메타적발행권자등은 그의 또는 과실로 그의 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. <개정 2002.12.30>

②다른 사람의 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램메타적발행권등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정한다. <개정 2002.12.30>

③프로그램저작권 또는 프로그램메타적발행권등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램저작권자가 입은 손해액으로 추정한다. <개정 2002.12.30>

④프로그램저작권자 또는 프로그램메타적발행권자등은 제3항의 규정에 의한 손해액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다. <개정 2002.12.30>

⑤법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

병과 할 수 있도록 하고 있다. 더욱이 이러한 무력화를 상습적으로 하는 경우에는 제47조 (상습범) 규정을 통하여 상습으로 제46조 제1항의 규정에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 7천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과 할 수 있도록 하고 있다. 따라서 기술적보호조치를 위반한 자가 동일한 사항을 위반한 경우에는 가중처벌을 받게된다.

다만, 제30조 제2항에서와 같이 “누구든지 상당히 기술적보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공하는 경우에는 비친고죄로 규정하여 권리자의 고소없이도 공소가 제기될 수 있도록 하고 있다.³⁷⁾ 그러나 실질적으로 형사적 구제는 사권으로서 프로그램저작권의 침해에 대한 제재라기보다는, 오히려 기술조치의 무력화가 반사회적인 행위로서 이를 처벌하는 것이 사회질서를 확립한다는 공공의 이익에 부합하기 때문에 마련된 것으로 보아야할 것이다.³⁸⁾

이와 같이 현행 기술조치에 대한 제재의 대상이 되는 행위는 직접 기술적보호조치를 무력화하는 행위와 무력화기기를 공중에 양도, 대여, 유통 또는 기술조치무력화프로그램을 전송 및 배포하는 것이다. 특히, 기술적보호조치의 제조행위를 금지하고 있지 않다는 점에서 미국이나 일본의 관련규정보다는 그 적용범위가 협소하다고 한다.³⁹⁾

4. 수거 등의 조치

컴퓨터프로그램보호법은 민형사적 구제이외에 기술조치를 무력하게 하는 프로그램, 정보, 기기 등에 대해서 관계 공무원을 통하여 수거, 삭제 또는 폐기할 수 있도록 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 즉, 정보통신망을 통하여

37) 컴퓨터프로그램보호법 제48조(고소) 제46조제1항(제3호의 경우중 제30조제2항의 규정을 위반한 경우를 제외한다) 및 동조 제3항제2호·제4호의 죄는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. <개정 2002.12.30>

38) 신각철, “컴퓨터프로그램저작권소식”, 2000.3, 26-32면.

39) 안효질, 전게서, 314면.

40) 컴퓨터프로그램보호법 제34조(부정복제물등의 수거조치등) ①정보통신부장관은 다음

전송하는 기술적보호조치를 무력하게 하는 정보나, 기술적보호조치 무력화를 행하기 위하여 제작된 기기, 장치, 부품, 프로그램 등이 이에 포함된다.

그러나 실질적으로 관계공무원이 현장에서 당해 무력화 기기 등을 발견한다고 하더라도 당해 기기 등이 실질적으로 컴퓨터프로그램보호법에서 금지하고 있는 “상당히” 기술적보호조치를 무력화하는 것인지를 확인할 수 있는 지는 의문이라고 할 것이다.

VII. 결어 : 비판적 제언

이상과 같이 기술적보호조치에 대한 고찰을 통하여 다음과 같은 몇 가지의 사항에 대해 더 깊은 연구가 필요함을 알게 되었다.

1. 중층적 보호구조의 타당성 검토 : 중복보호는 어떠한가?

현행 저작권법체계는 저작권의 보호를 위하여 다양한 입법정책적 결단이 내려진 조항이 많다. 대표적인 예가 기술적 보호조치와 간접침해 및 이에 대한 법적 가벌 규정이다. 저작권자의 저작물에 기술적인 보호구를 부여하여 이를 통하여 보다 엄격한 보호를 강구하고 있는 것이다. 그렇다면 이러한 것은 자경단을 스스로 만들어 자신의 권리를 보호는 것과 마찬가지로 이다. 더욱이 이러한 자경단을 국가의 경찰력을 통하여 보호해주고 있다.

이와 같이 기술적 보호조치를 다양한 형태의 기술의 발전에 따른 보

각호의 1에 해당하는 프로그램, 정보 또는 기기 등을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거·삭제·폐기하게 할 수 있다. <개정 2002.12.30>

1. 정당한 권원을 가지지 아니한 자가 유통 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 복제한 프로그램
2. 정당한 권원을 가지지 아니한 자가 정보통신망을 통하여 판매 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 전송하는 프로그램
3. 프로그램저작권을 침해하는 방법으로 제작된 프로그램을 그 사정을 알면서 취득한 자가 업무상 사용하는 프로그램
4. 정보통신망을 통하여 전송하는 기술적보호조치를 무력하게 하는 정보
5. 기술적보호조치 무력화를 행하기 위하여 제작된 기기, 장치, 부품, 프로그램 등

호와 침해의 양단에서 대두된 보호방법론이라고 할 것이다. 보호방법의 효용에 대해서는 의문을 가지는 경우도 있을 것이며, 법에서 허용해 왔던 다양한 공정이용 또는 권리제한 규정을 형해화 하는 경우도 발생하게 된다. 그러나 문제는 이러한 권리자의 권리가 미치지 아니하거나 법에서 미치지 않도록 규정해왔던 부분에 까지 부수적인 형태로 인하여 관할하게 되는 문제가 발생하는 것이다. 이것이 법이 의도했던 바는 아니라고 하더라도 기술은 그러한 형태로까지 진보해가고 있는 것이다.

그렇다면 법이 나아가야 할 방향은 무엇이며, 법이 기술에 대해서 어떠한 입장을 취하여야 할 것인지에 대해 심각한 고려를 해야 할 시점이다. 우리는 하나의 현상에 대해서 그 현상이 전부 인양하여 당해 현상만을 대응하는 것을 주된 것으로 삼는다. 그러나 그 이면과 그로 인하여 발생할 수 있는 사항에 대해서는 예측하려고 하지 않는다.

권리자의 권리만을 위하는 법은 아닌지, 이용자의 권리가 형해화 되고 있는 것은 아닌지하는 의문을 갖게되는 것이 기술적 매커니즘을 법에서 도입하는 것이다. 물론, 저작권법제의 발전에 기술의 발전에 따른 결과물이라는 점에 변하지 않는 법이론이란 있을 수 없음은 반문할 수 없으나 최초의 기술적 발견이 새로운 비즈니스모델로 인하여 문제의 중심에 서게 되는 우를 범하고 있으며, 기술의 본질이 아닌 그 기술이 이용된 현상에 대한 문제이어야 하지 그 기술의 본질이 문제인 것처럼 호도하는 것은 기술의 발전에 결코 도움이 되지 않을 것이다.

2. 접근권 : 이용자권의 측면에서

최근 접근권에 대한 논의가 제기되고 있다. 기술적보호조치는 앞서 살펴본 바와 같이 법에서 허용하고 있는 이용자의 권리 내지는 공정이용에 대한 부분을 제한할 여지가 크다는 점에서 문제라고 할 것이다. 물론, 어문저작물이나 디지털콘텐츠의 경우는 저작권법 또는 온라인디지털콘텐츠산업발전법에 근거하여 어느 정도 제한이 가능하다고 할 것이나 컴퓨터프로그램의 경우에는 제한규정 자체가 어떠한 의미를 가질 수 있을지 의문이기 때문이다. 또한, 컴퓨터프로그램은 그 자체가 인스

틀되어서 실행가능한 파일이나 이의 부속 파일을 체계에 맞게 배열되거나 복제된 상태에서만 실행(execution)이 가능하기 때문에 그 전단계에서의 사용은 어렵기 때문이다.

기술적보호조치를 통하여 이용자가 아닌 권리자에게 접근권을 부여하게 된다면 기존의 저작권제도와 충돌하게되는 것은 피할 수 없다고 본다. 저작권제도는 저작권자에게 저작물의 한정된 부분에 한하여 독점사용권을 인정하면서도 일정한 범위내에서 일반공중에게 무상이용을 허락하였는데, 접근차체가 봉쇄되면 저작물의 모든 부분에 대하여 예외 없이 독점사용권이 인정되는 결과가 되기 때문이라고 하겠다.⁴¹⁾

그리고, 기술적보호조치가 제한규정에 따라 제거되거나 이용에 용이하게 될 수 있는 성질의 것이 아니기 때문에 이러한 경우를 대비하여 기술적보호조치를 해제할 수 있는 정보를 에스크로우 할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다. 현행 컴퓨터프로그램보호법에서도 컴퓨터프로그램 자체에 대해서는 에스크로우 할 수 있는 임치제도를 두고 있기 때문에 이러한 유사형태의 제도를 도입함으로써 제한규정에 대한 합리성을 담보할 수 있을 것이다.

제3절 컴퓨터프로그램의 권리관리정보

I. 서

권리관리정보는 실질적으로 저작권에 대한 정보를 당해 저작물이나 저작물과 불가분의 관계에 있는 상태에 표시함으로써 이용자가 당해 저작물에 대한 접근을 쉽게 하도록 해주는 기술적 메커니즘이라고 할 수 있다. 즉, 디지털환경 하에서 저작물의 이용과 과금을 용이하게 함으로써 거래비용을 절감하기 위해 저작물 등에 권리관리정보를 부가하게 되는데 이를 제거하거나 변경하는 경우에 저작물 이용질서를 크게 해치기 쉽기 때문에 WIPO 저작권 조약 및 WIPO 실연·음반조약에서도

41) 이규홍, 전계 논문, 267면.

이의 보호를 의무화하고 있는 것이다.⁴²⁾

아날로그형태의 저작물의 경우에는 당해 저작물에 대한 권리정보를 확인할 수 있는 방법이 제한되었기 때문에 기술의 발전에 따른 권리정보를 함께 제공함으로써 이용의 활성화를 도모할 수 있는 방법이라고 하겠다. 그러나 권리관리정보는 저작물에 대한 정보이기 때문에 당해 정보에 대한 진정성이 담보되어야 한다. 그렇지 아니할 경우, 저작물의 유통시장에 있어서 혼란을 가져오기 때문에 이에 대해서는 법적인 규제 또는 보호가 필요하다는 점이다. 권리관리정보는 일종의 집중관리의 과도기적 형태의 매커니즘이라고도 볼 수 있다.

이러한 권리관리정보를 가능하게 해주는 기술을 통칭하는 개념으로써 Digital Rights Management라고 하는 DRM이 권리관리정보의 대표적인 기술로써 대두되고 있으며 실제 저작권보호방법으로써 활용되고 있다. 물론, DRM은 기본적으로 기술적보호조치로써의 역할을 하기 때문에 권리관리정보에 대한 부분과 보호에 대한 부분을 담고 있다.

그러나 컴퓨터프로그램보호법상 권리관리정보의 효용성을 그렇게 크게 볼 수 있는 것인지는 의문이다. 즉, 패키지로 판매되거나 유통되는 프로그램은 이미 권리관리정보의 파악을 위한 것이 아닌 그 사실관계의 확인을 위한 것이기 때문에 큰 의미를 갖는다고 볼 수 없을 것이다. 대신, GPL 이나 셰어웨어 등 사용을 전제로 배포되는 프로그램에 있어서 잠재적 이용자나 개발자를 대상으로 하는 경우에 그 의미를 갖게 된다. 물론, 주문형 프로그램의 개발에 있어서도 중요한 역할을 할 수 있으나 이 경우에는 개발자와 실 수요자간의 계약관계를 통하여 권리관리정보에 대한 처리가 이루어질 수 있기 때문에 그 적용가능성은 다른 콘텐츠와는 차이가 있다. 이하에서는 기본적으로 컴퓨터프로그램보호법상 규정되어있는 권리관리정보에 대해서 고찰해보고자 한다. 그러나 원론적으로 권리관리정보는 기술적보호조치와 통합되는 형태로 상품화되고 있기 때문에 독립된 형태의 매커니즘으로 작용될 수 있는 가능성은 그리 크지 않다고 판단된다.

42) 임원선, 개정저작권법 해설, 계간저작권 제63호, 2003.9, 7면.

II. 권리관리정보의 의의

1. 정의

컴퓨터프로그램보호법상 권리관리정보라 함은 프로그램저작물에 관한 정보, 프로그램저작물의 저작자 및 권리자를 식별하기 위한 정보, 프로그램저작물의 사용방법 및 조건에 관한 정보에 해당하는 정보 또는 그 정보를 나타내는 숫자나 부호로서 원프로그램 또는 그 복제물에 부착되거나 그 실행 또는 전송에 수반되는 것을 말한다.⁴³⁾

권리관리정보에 대한 논의의 시발은 미국 NII보고서에서 시작한다.⁴⁴⁾ 그리고 구체화된 개념으로서 등장한 것이 WIPO 저작권조약과 실연음반조약에서 법률로서 구체화된 것이라고 하겠다. 동 조약 제12조 제2항에서 정의하고 있는 권리관리정보란 “저작물, 저작물의 저작자 및 저작물의 권리자를 식별하는 정보 또는 저작물의 이용조건에 관한 정보 및 그러한 정보를 나타내는 숫자나 부호로서, 이들 정보의 어느 항목이 저작물의 복제물에 부착되거나 저작물의 공중전달과 관련하여 나타나는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

또한 우리나라 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제8호에서는 저작권관리정보를 “원프로그램 또는 그 복제물에 포함되거나 전송과 관련하여 나타나는 것으로서 프로그램, 프로그램의 저작자의 권리 및 이에 관하여 독점적으로 복제·배포할 수 있는 배타적 권리와 그 보유자, 프로그램의 사용방법 및 조건에 관한 정보 또는 당해 정보는 나타내는 숫자나 부호”로 정의하고 있다.

2. 기능

권리관리정보의 기능은 저작물이나 콘텐츠의 위법한 이용으로부터

43) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제8호.

44) 임원선 역, “초고속통신망과 저작권, 한울아카데미”, 1996, 176-178면 참조.

권리자나 사업자를 보호하는 기능과 또는 이용자에게 관련된 정보를 제공함으로써 이용활성화를 꾀할 수 있는 기능을 가진다. 전자를 보통 소극적 기능이라고 하며, 후자를 적극적 기능이라고 한다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 이하에서 구체적으로 그 기능에 대해 살펴보고자 한다.

가. 소극적 기능

권리관리정보의 소극적 기능으로서 위법한 이용의 발견·입증 기능을 들 수 있다. 위법 이용의 발견·입증 기능이란 예를 들면, 콘텐츠 등이 위법 복제되어도 권리관리정보도 함께 복제되기 때문에, 콘텐츠 제작자 등은 컴퓨터 등을 이용하여 그 권리관리정보를 간파하는 것에 의하여, 위법 이용의 발견·입증이 용이해졌다. 특히, 컴퓨터·네트워크를 통하여 위법 복제물의 탐색을 하는 시스템도 실용화되어 있고, 한층 더 위법 이용을 발견하기 쉬워지고 있다. 이에 따라, 콘텐츠 제작자 등은 안심하고 시장에 콘텐츠 등을 제공할 수 있게 되고, 이용자도 다양한 콘텐츠 등을 향수하는 것이 가능해진다.

나. 적극적 기능

권리관리정보의 적극적 기능이란 권리관리정보를 사용하는 것에 의해 콘텐츠 등의 이용자는 권리에 관계하는 정보를 용이하게 입수할 수 있게 되는 것에 머무르지 않고, 권리처리의 일련의 과정을 컴퓨터·네트워크 등을 통하여 용이하게 하는 것이 가능해지고 있다. 이에 따라 콘텐츠 등의 정당한 허락에 근거하는 이용이 촉구되고, 콘텐츠 제작자 등의 권리의 실효성이 확보됨과 아울러, 콘텐츠 등의 이용자에게 있어서도 권리처리에 따르는 곤란이나 부담이 크게 감소하여 콘텐츠 등을

45) 이상정, “기술조치 및 권리관리정보의 보호”, 국제법무연구 제5호, 2000.12, 234면.

46) 권리관리정보의 소극적, 적극적 기능에 대하여 권리처리 촉진 기능이나 불법 이용 추적 기능으로 표현하기도 한다; 김현철, 권리관리정보 보호를 위한 저작권법 개정 방향에 관한 연구(저작권연구자료 37), 저작권심의조정위원회, 2001, 19-20면.

간단하게 이용할 수 있는 상황을 낳는 결과도 가져오게 되었다. 더욱이 권리관리정보가 표준화·집중화되면 저작권관리시스템으로 연결되고, 콘텐츠의 전자상거래에 결정적 역할을 하게 된다.

더욱이 선의의 이용자에게는 권리정보를 확인할 수 있음으로 인하여 권리침해에 대한 위험부담이 감소하게 되며, 소재를 쉽게 확인할 수 있기 때문에 권리자는 물론 이용자에게도 이익이 될 것이다.⁴⁷⁾

3. 권리관리정보의 보호의 필요성⁴⁸⁾

이상과 같은 유용성이 있는 권리관리정보가 개변 등에 의하여 내용이 부진정하게 되면 여러 가지 지장을 가져온다. 먼저 위법 이용의 발견·입증의 측면에 있어서는, 부진정한 내용의 권리관리정보로는 위법 이용이 행해지는 경우에도 권리관리정보를 찾아냄으로써 위법 이용을 발견하고 이를 입증하는 것이 곤란하게 되고, 타인의 이름으로 콘텐츠 제작자명이 개변되는 경우에는 자기의 콘텐츠라는 것의 입증이 어렵게 되는 것도 생각할 수 있다. 또, 컴퓨터·네트워크를 통한 위법 이용의 탐색에 의해서도 발견할 수 없게 되고, 위법한 이용의 발견이 한층 더 곤란하게 된다. 다음에 권리 처리의 측면에 있어서는, 부진정한 내용의 권리관리정보는 잘못된 권리처리를 발생시켜 버릴 가능성이 있다.

예를 들어, 이용 조건의 정보가 개변되면 본래라면 콘텐츠 제작자 등이 허락하지 않을 이용 조건으로 승낙 처리가 행해질 가능성이 있고, 콘텐츠 제작자명이 개변되면 무권리자와의 사이에서 권리처리가 행해질 가능성이 있다. 이처럼 권리관리정보가 부진정한 것으로 되면 콘텐츠 제작자 등의 권리를 침해하거나, 이용자에 있어서도 선의의 위법 이용을 발생하게 할 경우가 생긴다. 특히, 컴퓨터 등을 이용한 자동적인 권리처리에서는 한번 권리관리정보의 개변 등이 잘못된 처리를 발생시킨 경우 그 발견은 용이하지 않고, 자동처리의 고속성·대량성을 아울

47) 최경수, WIPO 저작권조약 및 실연·음반조약 해설(하), 계간저작권 제38호, 12면.

48) 일본 워킹그룹 보고서, 3장 제1절.

러 생각하면 발견할 때까지 막대한 피해를 입는 경우가 다수 발생할 수 있다. 이처럼 권리관리정보의 개변 등에 의해 그 내용이 부진정한 것으로 되면 위법 이용의 발견·입증이 곤란하게 되거나, 잘못된 권리 처리가 발생하는 것 등에 의하여 콘텐츠 제작자 등의 권리의 실효성이 잃게 되고, 콘텐츠 제작자 등이 콘텐츠 등을 시장에 두는 것을 주저하여 그 결과, 소프트가 공급되지 않게 되거나, 컴퓨터·네트워크 등을 통하여 콘텐츠 등을 활용하는 사업 등에서도 영향을 초래하며, 보다 좋은 다양한 콘텐츠 등의 향수도 할 수 없게 될 우려가 있다. 이 때문에 권리관리정보의 내용을 부진정한 것으로 하는 개변 등의 행위를 규제할 필요가 있다고 생각된다.⁴⁹⁾

4. 권리관리정보의 유형

가. 기능별 분류

(1) 정보 제공형

이용자에게 콘텐츠 제작자와 이용조건 등에 관한 정보를 제공함으로써 사전에 적절한 권리처리를 통한 이용을 유도하고 불법 행위시의 처벌 사항 등을 고지함으로써 경고적·예방적 기능도 갖는 권리관리정보를 말한다.⁵⁰⁾ 넓게는 개개의 콘텐츠상의 저작권 표시 등도 이에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 권리 처리 지원형

49) 이와 같은 규제에 관하여는 현시점에서는 관련 기술의 개발, 보급이 불충분하고, 금후의 기술 발전, 시장의 실패를 지켜본 후에 신중히 검토해야 하다는 의견도 있다.

50) 예를 들어 세어웨어 프로그램의 경우 사용할 때마다 혹은 일정 기간 또는 횟수가 경과했을 때 당해 프로그램의 업그레이드 정품 사용, 등록을 화면상에 권고 또는 경고하는 기능을 포함하고 있으며, 특정 에디터 또는 워드, 저작도구 등의 경우 작성 콘텐츠내에 이용 프로그램의 콘텐츠 제작자나 제조회사 등의 정보가 자동적으로 삽입, 표시되도록 하고 있다.

컴퓨터·네트워크 시스템을 통해 자동적으로 권리 처리가 이루어짐으로써 이용허락 등의 절차가 용이하게 되고 권리자와 이용자의 불필요한 시간과 노력, 비용 등이 감소하게 된다. 이로 인해 콘텐츠의 유통이 활성화되고 이용자는 보다 신속하게 다양한 콘텐츠 등을 향수하게 될 것이다.

(3) 이용 등 확인형

콘텐츠에 삽입 또는 부착된 권리관리정보는 불법적인 콘텐츠 등의 이용이나 변경시에도 그 흔적을 남김으로써 사후에 디코더 등을 통해 불법 이용의 발견과 입증 가능하다. 이로 인해 콘텐츠 제작자는 안심하고 콘텐츠를 유통시킬 수 있으며 이용자의 적법한 콘텐츠 이용을 활성화시킨다.

(4) 기술적 보호 수단형

일정한 경우 권리관리정보는 부분적 또는 전체적으로 기술적 보호조치로서의 기능을 갖게 되는 때가 있는데 예를 들어 저작권 표시등의 경우는 경고형 기술적 보호조치로서의 기능, SCMS, CGMS나 MP3, MPEG4 등의 압축, 전송 포맷에 삽입되는 저작권 정보는 복제통제 기술적 보호조치로서의 기능, 내장된 정보를 비교함으로써 사용 또는 접근을 통제되는 사용·접근통제 기술적 보호조치로서의 기능을 가지고 있을 수 있다.

나. 시기별 분류

(1) 사전 고지형

콘텐츠 등의 이용 전에 출처 등에 관한 정보를 제시함으로써 이용자에게 콘텐츠 등의 불법 이용을 경고하고 정당한 절차에 의한 이용을 권고한다.

(2) 이용시 경고형

콘텐츠 등을 이용할 때 적법 절차에 의한 이용 또는 구입을 요구하고

경우에 따라서는 기술적 보호조치와 연결되어 이용 또는 접근 자체가 불가능하도록 실행 중지 등의 조치를 할 수 있도록 하는 형태이다.

(3) 사후 확인형

콘텐츠 등의 이용 후 불법 이용·변경 여부를 발견하고 입증함으로써 과금 또는 구제의 근거로 삼고 권리자에 대하여 저작권 보호의 실효성을 보장함으로써 창작의욕 고취와 콘텐츠 등을 안심하고 시장에 제공할 수 있도록 한다.

다. 가능성 여부에 따른 분류

(1) 인식 가능형

이용자가 특별한 장치나 절차 없이도 그 존재를 파악할 수 있는 경우를 말하며 이것은 다시 내용의 판독·이해 가능 여부에 따라 ①가해형과 ②불가해형으로 구분해 볼 수 있다. 일반적인 저작권 표시나 정보형 식별자(Intelligent Identifier)는 전자의 예라고 할 수 있으며 비정보형 식별자(Dumb/mute/unintelligent Identifier)의 경우는 가독형 이기는 하나 그 자체만으로는 이용자가 저작권 관련 정보를 알 수 없으므로 불가해형에 해당한다고 하겠다.

(2) 인식 불가형

권리관리정보의 내용을 이용자 등이 특별한 절차나 장치 없이는 가시적으로 인지할 수 없는 형태를 말한다. 즉, 워터마크형 권리관리정보는 대부분의 경우 이용자가 그 내용을 알 수 없도록 콘텐츠 내에 감추어져 있다.

라. 종속성 여부에 따른 분류

(1) 독립형

콘텐츠와는 분리되어 독립적으로 존재, 이용되는 형태이며 이에는 개별적인 이용 형태와 집합(집중)적인 이용 형태가 있을 수 있으며 후자

의 대표적인 예로 권리관리정보의 데이터베이스(저작권 정보 관리 시스템)가 있다.

(2) 종속형

저작물에 포함(삽입, 부착)되어 있는 권리관리정보로서 저작물과 불가분의 일체 관계가 성립하는 경우이다. 그러나 전송(또는 송신, 공중전달)과 관련하여 나타나는 경우는 독립형의 가능성도 생각해 볼 수 있다

마. 방식별 분류

(1) 삽입형

콘텐츠에 삽입되어 일체화함으로써 특수 복구 장치가 없이는 이의 변경이나 제거 또는 콘텐츠와의 구분, 분리가 불가능한 방식을 말하며 워터마크가 대표적인 예이다.

(2) 부착형

콘텐츠에 단순히 부가되어 있어 특별한 장치 없이도 이의 제거나 변경, 분리가 가능한 권리관리정보이다. 이에 대한 예로는 저작권 표시나 식별자(Identifier) 등이 있으며 일반적으로 프로그래밍에 의해 부가되어진다. 후자(보통 dumb ID)는 저작권 등에 관련된 정보를 바로 콘텐츠에 부착하는 전자(Intelligent ID 포함)의 방식에 비해 데이터의 갱신 등에 보다 유연하게 대처할 수 있다는 점에서 유리하다. 경우에 따라선 식별자 등도 워터마킹에 의한 삽입방식의 권리관리정보화가 가능할 것이다.

바. 존재 형태별 분류

(1) 전자적·자기적·광학적 형태

미국을 제외한 WIPO 및 대부분의 국가는 “전자적인”형태의 권리관리정보를 채택하고 있다.

(2) 아날로그·디지털 형태

독특하게도 미국은 DMCA에서 권리관리정보를 “아날로그” 형태를 포함하는 것으로 정의하고 있다. 물론 WIPO 등에서도 최소한의 보호 원칙을 유지하는 경우에는 문제가 되지 않는다는 입장이기 때문에 미국에서 아날로그 형태의 권리관리정보에 대해서 보호한다는 것은 국제 법적 측면에서도 문제될 것은 없다고 하겠다.

III. 비교법적 고찰

1. 각국의 입법 현황

가. WIPO

WCT는 권리관리정보라는 표현을 쓰고 있는데, “저작물, 저작물의 저작자, 저작물에 대한 저작권자 또는 저작물의 이용에 대한 조건에 관한 정보와 그러한 정보를 나타내는 숫자나 코드로서, 이러한 정보가 저작물의 복제에 부착되거나 저작물을 일반인에게 전달하는 과정에서 나타나는 경우”라고 정의하고 있다(제12조 제2항).

제12조 제1항에서는 계약 당사자는 다음의 행위가 이 조약 또는 베른협약상의 권리의 침해를 유인, 방조, 조장 또는 은닉한다는 사실을 알거나, 또는 민사 구제에 관하여는 이를 알만한 상당한 이유가 있는 경우에 이를 고의로 행하는 자에 대하여 충분하고 효과적인 법적 구제 조치에 관하여 규정하여야 한다.

(i) 전자적인 권리관리정보를 권한 없이 제거하거나 변경하는 것

(ii) 전자적인 권리관리정보가 권한 없이 제거되거나 변경된 것을 알면서 저작물이나 복제물을 권한 없이 배포하거나 배포하기 위하여 수입하거나, 방송하거나, 또는 공중에 전달하는 것

나. EU

‘정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정(조정)에 관한 EC 지침’⁵¹⁾ 제7조에서는 권리관리정보에 대해서 규정하고 있다. 그 내용은 WIPO저작권조약 제12조 및 WIPO실연·음반조약 제19조와 본질적으로 동일한 내용을 담고 있다.

지침에서는 권리관리정보를 “본 지침에서 규정하거나 96/9/EC 지침 제3장에서 규정하는 독자적인 권리의 대상이 되는 저작물이나 그 밖의 대상물, 저작자 또는 그 밖의 권리자를 확인하는 정보, 또는 저작물이나 그 밖의 대상물의 이용 조건에 대한 정보 및 그러한 정보를 나타내는 숫자나 부호로서 권리자가 제공하는 것”으로 정의하고 있다.

회원국이 규제해야 할 행위는 제7조 권리관리정보에 관한 의무 제1항에서 규정하고 있다. 즉, 회원국들은 권한 없이 다음 각호의 행위를 고의로 행하는 자에 대하여 적절한 법률적 보호를 규정하여야 한다. 다만, 그와 같은 자가 그러한 행위를 함으로써 저작권, 법률에 의하여 규정된 저작권 관련 권리, 또는 96/9/EC 지침 제3장에서 규정한 독자적인 권리에 대한 침해를 유인, 방조, 조장 또는 은닉한다는 사실을 알거나 또는 그것을 알만한 합리적인 이유가 있는 경우에 그러하다:

- (a) 전자적 권리관리정보를 제거하거나 변경하는 행위,
- (b) 본 지침 또는 96/9/EC 지침 제3장에 따라 보호되는 저작물이나 그 밖의 대상물로서 전자적 권리관리정보가 권한 없이 제거되거나 변경된 것을 배포, 배포를 위한 수입, 방송, 공중 전달 또는 공중의 이용에 제공하는 행위.

다. 미국

(1) 권리관리정보의 정의

DMCA 제1202조(c) 상 저작권관리정보라 함은 저작물의 복제물이나 음반, 또는 저작물의 실연이나 전시와 관련하여 전달되는, 디지털 형식으로 된 것을 포함한 다음 각 호의 정보들을 말한다. 다만, 이 용어는

51) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

저작물이나 저작물의 복제물, 음반, 실연 또는 전시의 이용자에 관한 개인적 확인 정보를 포함하지 아니한다.

(가) 저작권 표시에 나타난 정보를 포함하여, 저작물을 확인하기 위한 제목 및 기타 정보.

(나) 저작자의 이름 및 기타 그에 관한 확인 정보.

(다) 저작권 표시에 나타난 정보를 포함하여, 저작권자의 이름 및 기타 그에 관한 확인 정보.

(라) 라디오와 텔레비전 방송국에 의한 저작물의 공연의 경우를 제외하고는, 시청각저작물 이외의 저작물에 고정된 실연의 실연자의 이름 및 기타 그에 관한 확인 정보.

(마) 라디오와 텔레비전 방송국에 의한 공연의 경우를 제외하고는, 시청각 저작물의 경우에 그 시청각 저작물에 거명된 작가, 실연자 또는 감독의 이름 및 기타 그에 관한 확인 정보.

(바) 저작물의 이용을 위한 조건.

(사) 이러한 정보를 나타내는 식별 번호나 상징 또는 그러한 정보에로의 링크.

(아) 기타 저작권청장이 규칙으로 정하는 정보.

(2) 권리관리정보의 침해등의 금지

DMCA 제1202조는 (a)침해를 조장하거나 은닉할 의도를 가지고 이를 알면서 허위의 저작권 관리정보를 제공하는 것(허위의 저작권 관리정보)⁵²⁾, (b)변경이나 제거가 침해를 조장하거나 은닉할 것이라는 점을 알면서 또는 알만한 상당한 이유가 있음에도, 고의로 또는 이를 알면서 저작권 관리정보를 변경 또는 제거하는 것(저작권 관리정보의 제거 또는 변경)⁵³⁾을 금지하고 있다.

52) DMCA 제1202조 (a) 거짓 저작권 관리 정보 : 누구든지 고의로 그리고 침해를 유인, 허용, 조장 또는 은닉할 목적으로 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

(1) 거짓인 저작권 관리 정보를 제공, 또는

(2) 거짓인 저작권 관리 정보를 배포 또는 배포를 위한 수입

53) DMCA 제1202조 (b) 저작권 관리 정보의 제거 또는 변경 : 누구든지 저작권자나 법의 허락 없이 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

(1) 의도적으로 저작권 관리 정보를 제거 또는 변경

(3) 손해배상 및 금지명령

DMCA 제1203조(c)는 권리관리정보의 침해로 인하여 손해가 발생한 경우 실제 손해액과 위반자의 추가 이익, 또는 법정 손해액 등에 대해 손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

실제 손해액에 대해서 법원은 최종판결이 내려지기 전에 언제든지 원고가 그러한 손해액을 입증하는 경우에는 위반의 결과로서 당사자가 입은 실제 손해액과, 위반에 기인한 것으로 추정되고 실제 손해액을 계산하는 데 고려되지 아니한 위반자의 이익을 원고에게 부여하여야 한다.

법정 손해액에 대해서 원고는 최종판결이 있기 전에는 언제든지, 제 1201조의 각각의 위반에 대하여 우회, 장치, 제품, 구성품, 재의, 또는 서비스의 실연의 행위당 총액으로 최저 200달러에서 최고 2,500달러 내에서 법원이 정당하다고 간주하는 바에 따라 법정 손해액의 보상을 회복할 것을 선택할 수 있다. 또한, 원고는 최종판결이 있기 전에는 언제든지, 제1202조의 각각의 위반에 대하여 총액으로 최저 2,500달러에서 최고 25,000달러 내에서 법정 손해액의 보상을 회복할 것을 선택할 수 있다.

반복적 위반의 경우에, 피해 당사자가 어떤 사람이 제1201조 및 제 1202조를 위반하였다는 최종판결이 내려진 지 3년 이내에 그가 그러한 위반을 했다는 것을 입증하고 법원이 이를 확인한 경우에, 법원은 법원이 정당하다고 간주하는 바에 따라 그렇지 않았더라면 부여되었을 금액의 3배까지 손해액의 배상을 증액할 수 있다.

법원은 제기된 소송에서, 위반을 방지하거나 억제하기 위해, 합리적이라고 간주되는 조건에 따른, 임시적이거나 영구적인 금지명령을 부여할

-
- (2) 저작권 관리 정보가 저작권자나 법의 허락 없이 제거 또는 변경된 것을 알면서 저작권 관리 정보를 배포 또는 배포를 위하여 수입, 또는
 - (3) 저작권 관리 정보가 저작권자나 법의 허락 없이 제거 또는 변경된 것을 알면서, 그리고 그것이 본 편 법전 상의 권리의 침해를 유인, 허용, 조장 또는 은닉할 것을 알면서, 또는 제1203조 상의 민사적 구제와 관련하여서는 알 만한 합리적인 근거가 있으면서, 저작물, 저작물의 복제물, 또는 음반을 배포, 배포를 위하여 수입 또는 공연.

수 있다. 그러나 어떠한 경우에도 제1차 수정헌법상 보호되는 언론과 출판의 자유에 대하여 사전적인 제한을 부과하여서는 아니 된다. 또한, 소송이 계류중인 동안에는 언제든지 위반 피의자가 보관하고 있거나 그의 통제하에 있는, 그리고 법원이 그러한 위반에 관여되었다고 믿을 만한 합리적인 이유를 가지고 있는 어떠한 장치나 제품에 대한, 합리적이라고 간주되는 조건에 따른, 압류를 명할 수 있다.

(4) 형사책임

권리관리정보의 침해의 경우 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있다. DMCA 제1204조(형사적 침해와 처벌)에서는 누구든지 고의로 그리고 상업적 이익이나 개인의 경제적 이득을 목적으로 제1201조나 제1202조를 위반한 자는 (1) 초범인 경우에는 50만 달러 이하의 벌금이나 5년 이하의 징역, 또는 이를 병과할 수 있으며, (2) 누범의 경우에는 100만 달러 이하의 벌금이나 10년 이하의 징역, 또는 이를 병과할 수 있도록 하고 있다. 다만, 소인이 발생한 지 5년 이내에 형사소송이 제기되지 않았다면, 그러한 소송은 제기될 수 없도록 하고 있다.

라. 일본

(1) 정의

일본 저작권법은 권리관리정보를 저작인격권, 저작재산권 또는 저작인접권에 관한 정보로써, ① 저작권 등을 갖는 자 기타 정령으로 정하는 사항을 특정하는 정보, ② 저작물 등의 이용을 허락하는 경우의 이용방법 및 조건에 관한 정보, 또는 다른 정보와 대조함으로써 ① 또는 ②에 기재된 사항을 특정할 수 있는 정보의 어느 하나에 해당하고 전자적 방법에 의해 저작물, 실연, 음반 또는 방송, 유선방송에 관련된 음 또는 영상과 함께 기록매체에 기록되거나 송신되는 것으로서 저작물 등의 이용상황의 파악, 저작물 등의 이용허락에 관계되는 사무처리 기타 저작권 등의 관리에 이용될 수 있는 것으로 정의하고 있다.

(2) 금지행위 유형

금지행위의 유형으로는 권리관리정보로서 허위의 정보를 고의로 부가하는 경우, 권리관리정보를 고의로 제거하거나 또는 변경하는 행위 및 앞의 행위가 이루어진 저작물 또는 실연 등의 복제물을 그 정을 알고 반포하거나 또는 반포의 목적으로 수입, 소지하거나 또는 당해 저작물 또는 실연 등을 정을 알고 공중송신하거나 또는 송신가능화하는 행위 등이다.

(3) 벌칙

이와 같은 금지행위를 위반하는 경우, 독립된 권리관리정보 자체의 침해로 보지 않고 침해간주로 보아 저작권 침해와 동일한 구제가 가능토록 하고 있다.⁵⁴⁾ 또한, 권리관리정보의 침해에 대한 형사책임은 침해자가 영리를 목적으로 하는 경우에만 지도록 하였으며, 친고죄로 규정하여 권리자의 고소가 있는 경우에만 공소를 제기할 수 있도록 하고 있다.⁵⁵⁾

2. 우리나라의 현황

가. 온라인디지털콘텐츠산업발전법

온라인디지털콘텐츠산업발전법은 명시적으로 권리관리정보라는 표현을 쓰고 있지 않지만 권리관리정보와 유사한 역할을 하는 표시라는 제도를 도입하고 있다. 동법에서 표시라 함은 “온라인디지털콘텐츠제작자가 온라인디지털콘텐츠의 제작 및 표시 연월일 등 이 법에서 정하는 사항을 이용자가 쉽게 알 수 있게 하기 위하여 당해 온라인디지털콘텐츠 또는 그 포장에 전자적 형태로 부가하는 것”으로 정의하고 있는 바, 이는 컴퓨터프로그램보호법상의 권리관리정보와 다를 바가 없다고 하겠다.

다만, 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 표시를 효력발생의 요건으로

54) 김현철, 전계 보고서, 74면.

55) 김현철, 전계 보고서, 75면.

한다는 점에서 일반적인 권리관리정보와 차이가 있다. 즉, 동법 제17조(표시) 제1항은 온라인콘텐츠제작자는 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일, 온라인콘텐츠 제작자의 성명(법인인 경우에는 법인의 명칭), 온라인콘텐츠의 이용조건 등을 온라인콘텐츠 또는 그 포장에 표시하도록 하고 있으며, 제2항에서 그 밖에 표시사항, 표시방법 등 표시에 관하여 필요한 사항 등 그 구체적인 방법은 대통령령으로 정하도록 하고 있다.

그러나 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 표시가 효력발생의 요건임에도 이에 대해 구체적으로 규정되지 않고 있는 점은 문제라고 볼 수 있으며, 더욱이 임의적인 변경이나 허위표시의 경우에 처벌할 수 있는 근거가 없다는 점에서 법개정이 필요하다고 본다. 물론, 다른 법령과의 관계에서 볼 때, 저작권법으로 보호가 가능한 온라인콘텐츠라고 한다면 저작권법상 권리관리정보의 규정을 통하여 적용할 수 있겠지만 온라인 디지털콘텐츠산업발전법을 통한 보호대상이 되는 콘텐츠의 경우에는 적용될 수 없기 때문에 이에 대한 보완이 필요하다고 판단된다.

나. 저작권법

저작권법은 보다 상세하게 권리관리정보를 규정하고 있다. 즉, 동법 제2조 제21호에서 규정하고 있는 권리관리정보라 함은 여기에는 (가) 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 식별하기 위한 정보, (나) 저작자·저작재산권자·출판권자·저작인접권자 또는 데이터베이스제작자를 식별하기 위한 정보, (다) 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 이용방법 및 조건에 관한 정보나 그 정보를 나타내는 숫자 또는 부호로서 각 정보가 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 원작품이나 그 복제물에 부착되거나 그 공연·방송 또는 전송에 수반되는 것을 말한다.

동법에서는 권리관리정보가 전자적 형태인지 비전자적 형태인지에 대한 기준을 두지 않고 있다. 따라서 권리관리정보는 반드시 전자적인 형태의 것에만 국한되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 일반적인 저작물에 부착된 정보도 권리관리정보로써 보호되어야 할 것이다.

저작권법은 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해를

유발 또는 은닉한다는 사실을 알거나 과실로 알지 못하고 정당한 권리 없이 하는 행위로서 ① 전자적 형태의 권리관리정보를 고의로 제거 또는 변경하는 행위, ② 전자적 형태의 권리관리정보가 제거 또는 변경된 사실을 알고 당해 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 원작품이나 그 복제물을 배포·공연·방송 또는 전송하거나 배포의 목적으로 수입하는 행위에 해당하는 경우에 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다. 다만, 기술적으로 불가피하거나 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그렇지 않다.⁵⁶⁾

이와 같이 업으로 또는 영리를 목적으로 제92조제3항의 규정에 의하여 침해행위로 보는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하고 있다.⁵⁷⁾ 다만, 과실로 저작권 또는 이 법에 의하여 보호되는 권리 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알지 못한 자를 제외하도록 하고 있다.

다. 컴퓨터프로그램보호법

(1) 2000년도 법

2000년 개정 컴퓨터프로그램보호법에서 권리관리정보에 대한 개념을 도입하였다. 2000년도 법에서는 저작권관리정보라 함은 원프로그램 또는 그 복제물에 포함되거나 전송과 관련하여 나타나는 것으로서 프로그램, 프로그램의 저작자의 권리(이하 “프로그램저작권”이라 한다) 및 이에 관하여 독점적으로 복제·배포할 수 있는 배타적 권리(이하 “프로그램배타적발행권”이라 한다)와 그 보유자, 프로그램의 사용방법 및 조건에 관한 정보 또는 당해 정보를 나타내는 숫자나 부호로 정의하고 있다. 또한 제29조 제4항 제3호에서는 정당한 권한 없이 고의로 저작권관리정보를 제거하는 등의 행위를 프로그램저작권 침해행위로 간주하는 규정을 두고 있다.⁵⁸⁾

56) 저작권법 제92조(침해로 보는 행위).

57) 저작권법 제98조(권리의 침해죄).

(2) 현행법

현행 컴퓨터프로그램보호법은 권리관리정보에 대해 “원프로그램 또는 그 복제물에 포함되거나 전송과 관련하여 나타나는 것으로서 프로그램, 프로그램의 저작자의 권리 및 이에 관하여 독점적으로 복제·배포할 수 있는 배타적 권리와 그 보유자, 프로그램의 사용방법 및 조건에 관한 정보 또는 당해 정보는 나타내는 숫자나 부호”라고 정의하고 있다(제2조 제8호). 또한, 제29조 제4항 제3호에서는 정당한 권한없이 고의로 저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위의 경우 해당 프로그램저작권을 침해하는 것으로 보아, 직접적으로 저작권은 침해한 것은 아니지만 침해할 수 있는 개연성이 높은 경우를 열거적으로 규정하여 침해의 범주에 포함하고 있다.

V. 권리관리정보의 침해 및 구제

1. 침해

프로그램이 온라인 또는 디지털형태로 유통되는 것이 대부분이기 때문에 권리관리정보를 부착하거나 거래에 이용할 수 있도록 제시함으로써 보다 활성화 시킬 수 있기 때문에 이를 침해하는 것은 권리자의 상당한 이익을 침해할 수 있다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법은 WIPO 저작권조약에 따라, 구체적인 조치를 강구하고 있다. 즉, 컴퓨터프로그램보호법 제29조(프로그램저작권 침해행위 등) 제4항은 직접적인 침해에 대한 구제가 아닌 간접침해에 대해 규정함으로써 이를 금지하고 있다. 즉, 제3호는 “정당한 권한없이 고의로 권리관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위”에 대해서 간접침해의 일유

58) 정상조, “디지털 경제시대의 지적재산권”, 『저스티스』(제33권 제2호), 한국법학원, 2000.6, 39-40면.

형으로 규정함으로써 권리관리정보를 손상시키는 행위와 손상된 프로그램을 배포하거나 수입 또는 전송을 금하도록 하고 있는 것이다.

2. 구제

더욱이 권리관리정보를 제거하거나 변경하는 경우는 공공성을 해하는 것으로 볼 수 있기 때문에 그 사실을 알면서 배포하거나 수입, 전송하는 행위를 저작권침해행위로 보고 이를 규제하려는 것이다.

컴퓨터프로그램보호법은 “정당한 권한없이 고의로 권리관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위”에 대해서 컴퓨터프로그램보호법 제46조 (벌칙)제3항에서는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

권리관리정보는 또한 저작자의 성명 등에 관한 정보를 포함하기 때문에 저작인격권에 대한 사항도 담고 있다. 따라서 일정한 경우에는 성명표시권의 침해에 대한 구제가 이루어져야할 것이다.

컴퓨터프로그램보호법은 정당한 권원없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경하지 못하도록 금하고 있다.⁵⁹⁾ 만약 금지행위를 하는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.⁶⁰⁾

3. 제한규정

권리관리정보는 그 자체로써 타인의 법익을 침해하는 것이라기보다는 잘못된 정보를 통하여 발생할 수 있는 문제 때문에 규제를 하는 것이기 때문에 제한규정의 적용이 곤란한 것으로 볼 수 있다. 그러나 권리관리정보가 DRM과 같이 기술적보호조치와 통합되는 측면이 있기 때

59) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제2항.

60) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 제2호.

문에 제한규정의 적용은 의미가 있다고 본다. 다만, 기술적보호조치에 대한 예외규정을 통하여 충분히 권리관리정보에 대한 접근제한이나 이용제한을 차단시킬 수 있기 때문에 해석상 문제는 없을 것으로 판단된다.

저작권법은 제92조 제3항 단서규정에서 “기술적으로 불가피하거나 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 함으로써 예외적인 이용에 있어서 권리관리정보에 대한 예외규정을 두고 있다. 이는 “저작권자 등이 권리관리정보를 부가하면서 사용한 기술이나 형식이 산업계의 표준기술이나 형식에 맞지 않는 경우 또는 이용하려는 저작물 등의 분량에 비추어 권리관리정보를 표시하기 위하여 사용한 디지털용량이 지나치게 큰 경우 등과 같이 기술적인 이유나 이용형태 등에 비추어 불가피한 경우를 고려한 것”이라고 한다.⁶¹⁾

이와 같이 컴법에서도 일정부분 완화시키는 단서규정의 마련이 필요하다고 보나 구체적으로 컴퓨터프로그램에서 적용될 수 있는 사례를 확인할 수 있는 지는 좀더 고찰할 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 권리관리정보를 변경하는 것 자체가 저작물의 공정한 이용을 저해할 수 있는 부분이 있기 때문에 제한규정을 적용할 수 있을 지는 의문이기 때문이다.

VI. 정리 : 권리관리정보의 실효성 확보 방안

1. 권리관리정보와 DRM

DRM(Digital Rights Management)은 전자적 형태의 정보제공자가 정보의 이용을 통제하고 자기가 특정하는 일정한 방식으로만 정보의 이용을 제한할 수 있도록 하는 관리기술을 말한다. 즉, DRM 기술은 디

61) 임원선, 전계서, 33면.

디지털콘텐츠의 유통과정에서 불법적인 사용을 막고 사용자의 사용권한을 관리하는 기술로써, 콘텐츠를 암호화하여 서비스하고 암호화를 풀기 위한 암호화키는 라이선스로 분리하여 관리함으로써 정당한 사용자로 인증된 경우에만 허가된 사용권한 하에서 암호화키를 획득하여 콘텐츠를 이용할 수 있게 하는 기술을 말한다.⁶²⁾ 더욱이 DRM과 같은 권리관리정보 기술은 기술적보호조치와 통합되기 때문에 그 적용가능성은 넓어지고 있기 때문에 저작권의 보호 및 관리를 위한 종합시스템이라고 할 수 있다.⁶³⁾ 따라서, DRM과 권리관리정보의 관계 및 이에 대한 법적 적용에 대한 연구가 진행되어야 할 것이다.

2. 개인정보의 보호 문제

권리관리정보의 특성중의 하나는 추적기능을 가지고 있다는 점이다. 따라서 그 추적이 가능하기 때문에 이용자에 대한 프라이버시의 침해가 이루어질 수 있을 것이다. 그리고 온라인상으로 집중관리가 이루어진다면, 결국 당해 프로그램을 이용하는 이용자의 개인정보가 사업자 또는 위탁관리자에게 넘어가기 때문에 개인정보의 보호에 대한 문제도 발생할 수 있다. 특히, 권리관리정보는 개인의 사적영역까지 접근하기 때문에 컴퓨터프로그램보호법이 허용하고 있는 사적복제에 대한 부분까지 제어가 가능할 수 있다는 점에서 과도한 법적용이 될 수 있으며, 디지털기술의 문제의 한 단면을 보여주는 예가 될 수 있기 때문에 이에 대한 연구가 필요하다고 판단된다.

3. 전자적 집중관리제도

집중관리제도에 대한 여러 가지 효용성을 인정하고 있지만 아날로그

62) 최혁, “DRM 기술과 산업의 현황과 과제”, LAW & TECHNOLOGY 제1권 제1호, 2005.7, 8면.

63) 임원선, 전개서, 16면.

형태의 집중관리형태만 논의되어왔기 때문에 온라인상으로 B2C나 B2B 방식의 집중관리에 대해서 논의된 바가 없다고 하겠다. 따라서 권리관리정보를 통하여 집중관리의 집중관리제도를 활성화시킬 수 있다고 본다. 다만, 컴퓨터프로그램과 같은 경우는 집중관리제도가 운영될 수 있을 지는 의문이라고 하겠다. 패키지 소프트웨어와 같은 경우는 일반적으로 다른 저작물과 달리 그 소재의 파악이 쉽고, 용역계약 등과 같이 라이선스를 통하여 개발된 프로그램은 이미 권리관계의 파악을 전제로 이루어지기 때문에 콘텐츠형 저작물의 경우에는 권리관리정보의 실효성이 크겠지만 컴퓨터프로그램과 같은 경우는 비교적 제도적 운영이 크지 않다고 하겠다. 다만, 오픈소스와 같은 GPL 형태의 프로그램이나 웨어웨어와 같이 그 자체가 이용에 제공되어있는 경우에는 권리관계의 파악이 필요하기 때문에 그 필요성은 부인할 수 없으나 전반적인 컴퓨터프로그램에 동일하게 적용되지 않는다는 점에서 기술적보호조치와는 커버리지에서 차이가 있는 것이 아닌가 생각한다.

4. 복제보상금청구권

디지털기술은 전자적집중관리를 통하여 사적인 영역에 대해서까지 통제가 가능토록 발전하고 있다. 저작권의 경우, 사적복제의 형태로 이용된다고 하더라도 그 추적인 사적영역에까지 이루어지기 때문이다. 앞서 살펴보았지만 사적영역의 프라이버시와 개인정보의 보호문제는 디지털기술의 딜레마의 한 유형이라고 할 수 있다.

이처럼 사적복제를 전제하여 제도화되거나 논의 중에 있는 복제보상금청구권제도는 디지털기술의 발달로 말미암아 그 의미를 상실할 수도 있다고 본다. 즉, 사적복제 자체가 의미를 상실하기 때문에 이를 전제로 하는 제도의 필요성이 상실된 것이라는 점이다. 그러나 디지털기술이 다양하기 때문에 확일적으로 그 적용의 가능성 유무에 대한 판단의 도출은 쉽지 않다고 보나 그러한 주장의 가능성은 커질 것으로 판단된다.

제4절 결론

이상과 같이 컴퓨터프로그램보호법상 기술적보호조치와 권리관리정보에 대해서 살펴보았다. 양 매커니즘의 목적이 달랐다고 하겠지만 기술적보호조치와 권리관리정보가 통합되고 있는 경향을 보이고 있다. 일례로 DRM과 같은 기술은 디지털콘텐츠 자체를 보호하는 기술적보호조치와 당해 콘텐츠의 이용에 관한 정보를 담고 있는 권리관리정보가 혼합된 개념이라고 할 것이다. 다만, 콘텐츠와 같은 경우에 그 통합의 가능성을 볼 수 있지만 컴퓨터프로그램과 같은 경우에는 그 통합의 가능성을 그리 크지 않다고 하겠다.

기술적보호조치 자체는 복제통제와 접근통제를 구분하여 각국이 입법하고 있으나 실질적인 운용에 있어서 구분이 될 수 있는 것인지도 의문이다. 컴퓨터프로그램을 이용하기 위해서는 설치가 되어야하는데, 설치가 되지 않는 상태에서의 접근은 불가능하기 때문이다. 이러한 측면에서 볼 때, 컴퓨터프로그램보호법상의 통제방식은 복제통제와 같은 규정이지만 실질적으로는 접근통제형의 방식이라고 할 것이다. 물론 입법자의 입법의도가 복제통제를 전제한 것으로 보이지만 그렇다고 하더라도 법의 해석은 접근통제도 가능한 것처럼 보인다고 하겠다. 결국 이러한 기술의 통합화 경향에 따라 새로운 접근권이라는 권리에 대한 개념이 논란의 대상이 되고 있다. 즉, 권리자의 권리로서 접근권을 보장해야 하는 것인지, 아니면 이용자가 정보에 대한 접근을 허용하고 있는 것으로서 접근권을 보장해야 하는 것인지가 문제라고 할 것이다. 그러나 권리자에게 접근권을 부여하게 된다면 일반적인 형태의 이용에 까지 통제가 이루어질 수 있으며, 일시적 복제의 경우에도 권리자의 통제하에 놓이게 되는 문제가 발생한다. 따라서 접근권에 대한 논의는 이용자의 이용권에 대한 측면에서 이루어지는 것이 타당하다고 본다.

기술은 어떻게 진보할 것인지를 예측하기 어렵기 때문에 저작권법제는 기술중립적 견지에서 입법화가 이루어져야 할 것이다. 그렇지 않고서 특정기술이나 매커니즘을 전제로 입법화된다면 기술발전을 저해할 소지가 크기 때문이다.

[참고문헌]

- 이영록, “기술조치의 보호입법에 관한 연구”, 저작권연구자료 38, 저작권심의조정위원회, 2001.
- 김현철, “권리관리정보 보호를 위한 저작권법 개정 방향에 관한 연구”, 저작권연구자료 37, 저작권심의조정위원회, 2001.
- 김형렬, 컴퓨터프로그램보호법의 문제점과 개선방안, 계간저작권 겨울호, 2000.
- 신각철, 「최신 컴퓨터프로그램보호법」, 법영사, 2001.
- , 「컴퓨터프로그램저작권소식」, 2000.
- 안효질, 개정컴퓨터프로그램보호법 축조해설, 프로그램심의조정위원회, 2000.
- 오병철, “기술적 보호조치의 무력화에 따른 불법행위책임”, 인터넷법률 제27호, 2005.
- 윤선희 외, “디지털콘텐츠의 기술보호조치 보호방안에 관한 연구”, 한국소프트웨어진흥원, 2001.
- , “DVD영화의 기술적 보호수단의 회피코드와 DMCA의 합헌성”, 소프트웨어와 법률 제1호, 한국소프트웨어저작권협회, 2002.
- 이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 사법논집 제36집, 법원도서관, 2003.
- 이상정, “기술조치 및 권리관리정보의 보호”, 국제법무연구 제5호, 2000.
- 이상정 외, “기술조치 및 권리관리정보의 보호연구”, 문화관광부, 1999.
- 임원선, “초고속통신망과 저작권”, 한울아카데미, 1996.
- , “개정 저작권법 해설”, 계간저작권 제63호, 2003.
- , “DRM의 저작권법적 보호, LAW&TECHNOLOGY”, 제1권 제1호, 2005.
- 정상조, “디지털 경제시대의 지적재산권”, 「저스티스」(제33권 제2호), 한국법학원, 2000.

최경수, “WIPO 저작권조약 및 실연·음반조약 해설(하)”, 계간저작권
제38호, 1997.

최 혁, “DRM 기술과 산업의 현황과 과제”, LAW & TECHNOLOGY
제1권 제1호, 2005.

프로그램심의조정위원회, “효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구
(상)”, 정보통신부, 2004.

온라인서비스제공자(OSP)의 책임

성균관대학교 법과대학 박사수료
김용섭

차 례	
<p>I. 서설</p> <p>II. OSP의 개념</p> <p>III. 외국의 판례 및 입법동향</p>	<p>IV. OSP의 책임과 제한</p> <p>V. 결어</p>

I. 서설

컴퓨터와 네트워크 기술의 발전, 특히 인터넷 산업의 놀라운 발전은 수많은 새로운 사회현상들을 몰고 왔으며, 이는 불가피하게 새로운 여러 법률적 문제들을 제기하고 있다. 그중에 하나가 온라인상에서 이루어지는 권리침해(저작권 침해 또는 명예훼손 등)의 문제이다. 디지털 환경으로의 급속한 변화는 정보의 신속한 교류라는 순기능도 있으나, 누구나 손쉽게 컴퓨터프로그램 기타 저작물을 불법 복제 제작하고 배포할 수 있어 저작권자들에게 심각한 위협으로 여겨지고 있다. 이러한 문제들에 있어서 편의를 제공한 위치에 있는 OSP의 책임문제는 그 역할의 다양성과 간접성으로 인하여 불투명한 상황에 있다고 할 수 있다.

OSP는 인터넷의 발달 및 정보화 사회를 주도하는 존재인 동시에 인터넷을 통한 저작권침해의 매개 통로역할을 한다는 사실과 저작권보호와 산업정책상 문제도 함께 고려되어야 한다는 점에서, 침해 당사자가 책임을 지는 것과 별도로 OSP도 책임을 져야 하는지가 문제된다. 그리

고 어떠한 경우에 OSP가 면책될 수 있는지에 대해서 국내·외의 중요한 쟁점으로 대두되고 있는 것도 이러한 이유에서 기인한다.

일반적으로 인터넷상의 게시판 등에 저작권자의 허락 없이 프로그램 저작물을 올리는 등 직접적인 침해행위를 한 사람은 고액의 손해배상을 할 자력이 없는 개인인 경우가 많으므로, 침해로 인하여 손해를 입은 저작권자는 배상능력이 있는 서비스제공자를 상대로 손해배상청구를 하는 경우가 많은데,¹⁾ 이는 저작권자들이 통신네트워크를 통해서 방대하게 이루어지는 불특정 다수인의 저작권침해행위에 대하여 OSP가 책임을 부담하도록 하는 것이 실효성 있는 구제 수단이라는 점에 주목하고 있다는 것을 의미 한다.²⁾

저작권자들로서는 공정이용이나 기타 저작권에 대한 제한이 적용되지 않는 경우 저작권자들은 인터넷에서 컴퓨터프로그램저작물이나 기타 저작물의 배포를 금지시키고 저작물의 이용에 대한 합리적인 이익을 얻어야 하며, OSP는 저작권 침해 행위를 예방하거나 중지시킬 수 있는 입장에 있고, 책임을 부담하더라도 온라인상 이용될 수 있는 정보에 대하여 부정적인 영향을 주지 않는다고 주장한다. 또한 OSP는 인터넷 성장의 수혜자이고 따라서 이용자(가입자)의 침해행위에 대하여 책임을 부담하여야 한다고 한다.

반면, OSP는 컴퓨터프로그램보호법상의 책임과 관련하여 이용자의 침해행위로 인하여 책임을 부담하지 않거나 부담하더라도 제한적이어야 한다고 주장 한다.³⁾ 곧 침해가 의도적이며 반복되는 경우 또는 침해행위를 실제로 알고 있었고 그러한 행위를 중지 시킬 수 있는 능력과 권한을 가지는 경우에만 책임을 부담하여야 한다고 주장한다. 온라인서비스제공자들은 인터넷을 통한 정보의 유통을 일일이 감시하는 것은 힘들며,⁴⁾ 그들에게 과도한 책임을 묻는 것은 정보사회 발전을 저해하게 되므로, 그들의 책임은 제한 또는 면제되어야 한다고 주장한다.

이하에서는 온라인서비스제공자의 법적 책임에 관한 외국의 입법례와 판례를 살펴보고, 우리나라의 현행법에서는 어떻게 규정되어 있고

1) 이해완, "콘텐츠 프로바이더의 저작권 침해 사례", 지적소유권학회, 2001, 301면.

2) 박근우, 「지적재산권의 침해 및 구제」, 박영사, 2005, 586면.

3) 이대회, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002, 527면.

4) 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001, 479면.

문제점은 무엇인지에 대하여 살펴보기로 한다.

II. OSP의 개념

1. 정의

온라인서비스제공자(Online Service Provider, 이하 OSP)라 함은 다른 사람이 정보통신망(정보통신망이용촉진 및 정보보호등에관한법률' 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망을 말한다)을 통하여 프로그램을 복제하거나 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다.⁵⁾

OSP는 전기통신기본법과 전기통신사업법에서 규정한 전기통신사업 중 부가통신사업자에 속한다. OSP와 유사한 성질을 가지는 PC통신 사업자에 대하여도 판례⁶⁾는 전기통신사업법상의 전기통신사업자로 보고 있다. 이러한 전기통신사업자는 전기통신법 제53조 제1항 제1호내지 제9호에서 정한 불법통신을 하여서는 아니되며, 정보통신부장관은 이러한 불법통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있게되어 있다.

2. 유형

일반적으로 OSP란 온라인서비스이용자를 인터넷에 접속시켜 주는 자를 의미하는 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, ISP)와 인터넷상에서 텍스트, 데이터, 프로그램, 이미지 등의 콘텐츠를 송신하고 서비스이용자가 이를 이용할 수 있도록 해 주는 콘텐츠제공자(Content Provider, CP)를 포함하는 개념으로 이해되고 있다. 즉, OSP

5) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제11호.

6) 대법원 1998. 2. 13. 선고, 97다37210판결.

는 인터넷에 대한 접속 및 전자우편, 검색엔진, 대화방, 콘텐츠 등의 서비스를 제공하는 자를 의미한다고 볼 수 있다.⁷⁾

또한 OSP는 통신시설의 네트워크를 만들어 운영하거나, 네트워크가 운영될 수 있는 소프트웨어를 작동시키거나, 가입자에게 인터넷에 접근을 시켜 주는 등 체계상의 기능(System function)을 수행하고 있는 자라고도 정의 될 수도 있는데, 이러한 역할이나 기능과 관련하여 OSP가 어떤 책임을 질 것인가가 문제가 되는 것이다.⁸⁾

가. 인터넷접속서비스제공자(Internet Access Provider)

인터넷서비스 사업자는 인터넷 이용자들이 인터넷에 접속할 수 있도록 관련 기능을 제공하는 회사와 기관을 말한다. 일부 이용자들은 학교, 도서관 또는 회사에서 인터넷에 접속할 수 있지만, 대부분의 이용자들은 가정에서 온라인서비스 또는 인터넷접속서비스제공자라는 상업적인 서비스제공자를 통하여 인터넷에 접속한다.

인터넷접속제공자에 연결하는 것은 전자게시판에 연결하는 것과 매우 유사하며, 위 서비스에 접속을 하는 사람은 그의 컴퓨터로 인터넷접속서비스제공자의 원격 주컴퓨터에 전화를 걸고 그의 사용자이름과 비밀번호를 입력하여 접속한다. 인터넷접속서비스제공자는 그 자체의 다른 서비스는 아무 것도 제공하는 것이 없고, 단지 인터넷으로 통하는 관문을 제공할 뿐이지만, 그 대신에 이 관문을 통하여 이용자는 많은 서비스들을 제공하는 무수한 다른 인터넷서버에 무제한으로 접근할 수 있다.

나. 전자게시판 운용자(Bulletin board system operator, 이하 BBS)

전자게시판은 통신망에서 불특정 다수의 통신망 가입자를 대상으로

7) OSP는 동시에 ISP 및 CP가 되는 것이 일반적이므로, 본 글에서는 ISP 및 CP를 포함하는 개념인 OSP를 사용하기로 한다.

8) 이대희, 전개서, 525면.

메시지를 써 넣을 수가 있으며, 또 다른 가입자의 메시지를 자유롭게 꺼내볼 수도 있는 시스템을 말한다. 전자게시판은 전자메시지센터로 작동하는 중앙컴퓨터인데, 이용자들은 직접 BBS의 주 컴퓨터나 서버컴퓨터에 전화를 거는 방법으로 이에 접근하게 되고, 이것은 인터넷이 대중적으로 활발하게 이용되기 전에 인기가 있던 기본적인 형태의 온라인 서비스이다. 대부분의 전자게시판이 사적이거나 영리적인 기업체이기 때문에, 전자게시판 운영자 또는 시삽(sysop)이 일반적으로 전자게시판에 접속을 함에 있어 사용자 이름(ID)과 비밀번호(Password)를 입력할 것을 요구하는 방법으로 그 접속을 통제하였고 이 서비스는 그 이용료를 지불하는 사람이나 시삽에 의하여 승인받은 사람만이 이용할 수 있었다.

다. 콘텐츠프로바이더(Content Provider, CP)

콘텐츠 제공자는 인터넷상에서 텍스트, 데이터, 사운드, 프로그램, 이미지 등의 콘텐츠를 송신하고 타인이 이용할 수 있도록 하는 자로서 콘텐츠 제공자는 전자우편, 뉴스그룹, 대화방 등을 이용함으로써 인터넷에 접속할 수 있는 자라면 누구든지 콘텐츠프로바이더가 될 수 있다. 또한 CP는 자신의 서버를 운영할 필요도 없으며 타인의 서버 공간을 빌리거나 온라인 서비스를 이용하여 홈페이지를 만듦으로써 CP가 될 수 있다. 그러나 저작권법과 관련하여 논의되는 CP는 주로 자신의 서버를 운영하면서 콘텐츠를 타인이 검색하여 이용할 수 있도록 하기 위하여 콘텐츠를 인터넷에서 이용가능하게 하는 자, 특히 인터넷상에서 상업적으로 콘텐츠를 판매하는 자를 의미한다.⁹⁾

III. 외국의 판례 및 입법동향

1. 미국

9) 이대희, 전게서, 524면.

가. 기초이론

미국 저작권법상 저작권 침해시 손해배상책임을 지을 수 있는 법적 근거는 다음과 같은 세 가지이다.

① 직접책임(direct liability): 직접책임의 성립요건은 원고가 저작물의 권리자일 것과 피고가 저작권의 침해행위를 한 경우일 것이다. 직접책임은 미국 저작권법의 규정에 의한 것으로서 고의, 과실을 요건으로 하지 아니라는 엄격책임의 일종으로 이점에서 행위자의 고의, 과실을 요건으로 하는 우리 저작권법의 태도(제93조 제1항)와는 구별된다.

② 기여책임(contributory liability): 기여책임의 성립요건은 피고가 i) 침해행위에 대한 인식을 가지고(침해행위를 인식할 이유가 있었을 경우 포함), ii) 다른 사람의 침해행위를 유인, 야기하거나 또는 침해행위에 실질적으로 관여한 경우에 인정 된다.¹⁰⁾ 기여책임은 후술하는 대위책임과 함께 직접 저작권을 침해하지 아니한 자에 대하여도 일정한 경우에 책임을 지우는 간접책임의 일종이다. 우리나라 법상 공동불법행위책임(민법 제760조)의 경우와 유사하다.

③ 대위책임(vicarious liability): 대위책임의 성립요건은 피고가 그 침해행위를 감독할 권리와 능력(right and ability to control)을 가지고 있을 것과 피고가 그 침해행위로부터 직접적인 경제적인 이익을 받고 있는 경우일 것이다. 우리나라 법상 사용자책임(민법 제756조)의 경우와 유사하나, 사용자책임은 경제적 이익을 요건으로 하지 아니하고 대위책임이 엄격책임의 일종인 데 반하여 사용자책임은 사용자의 선임, 감독에 관한 과실책임인 점에 차이가 있다.

나. 판례

미국에서는, 당초 네트워크의 관리자를 직접 저작권침해자라고 구성하는 판례가 계속되었는데(Playboy Enterprises, Inc. v. Frena 사건과 Sega Enterprises Ltd. v. Maphia 가처분판결), 후술하는 Netcom판결이

10) 오승중·이해완, 전게서, 480면.

그 책임을 부정한 판례 (Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication service, Inc)¹¹⁾ Netcom판결은 인터넷의 접속업자나 네트워크의 관리자는 기여침해(contributory infringement) 자로서의 책임을 지는데 그친다고 판시한 이후 흐름이 바뀌어(Sega 최종적 금지명령 판결), 현재에 이르고 있다.¹²⁾

(1) 당초의 판례

OSP에게 엄격책임을 물은 초기의 판례로서 큰 의미를 갖는 초기의 판례로서 Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F.Supp, 1552(M.D. Fla. 1993)와 Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 857 F. Supp. 679(N.D.Cal. 1994)가 있다.¹³⁾

① Playboy 사건

Playboy 사건의 피고 Frena는 BBS[=Bulletin board service(전자게시판)]¹⁴⁾ 운영자였는데, 그가 운영하는 BBS에서는 이용자(user)가 상호간에 원고의 허락 없이 원고가 출판한 잡지에 실려 있는 사진을 디지털화하여 BBS에 업로드하거나 다운로드하고 있었다. 피고는 선서진술서에서 피고 자신은 이러한 사진을 BBS에 업로드한 일이 없고, 또한 피고는 원고로부터의 소장 송달로 침해의 사실을 알게 된 것으로서 그 후에 바로 BBS로부터 원고의 사진을 삭제하고 이후에는 그러한 일이 일어나지 않도록 BBS를 모니터링하고 있다는 취지로 주장하였다. 이러한 사안에 대하여 연방 플로리다 중부지방법원은, 피고는 원고의 허락 없이 BBS 상에서 원고의 저작물을 공중에 배포(distribute)하고 또한

11) 안기순, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 정보법학 제6권 제2호, 2002, 27면.

12) 인터넷에 관한 미국저작권법의 규율에 대하여는, William O. Ferron Jr., Christopher J. Aley-watson & Michael L. Kikdis, On-Line Copyright Issues, Recent case law and Legislative changes affecting Internet and Other on-line publishers(Part 1), 79 JPTOS 5, 7-26 (1997)참조.

13) 프로그램심의조정위원회, “미국에서의 프로그램보호법”, 1998, 12, 342면.

14) BBS의 실태에 대하여는, Kelly Tickle, the Vicarios Liability of Electronic Bulletin Board Operators for the Copyright Infringement Occurring on their Bulletin Boards, 80 Iowa L. REV. 391, 394-398(1995)에 간결한 설명이 있다.

이를 전사(display)하였으므로 원고의 저작권을 직접 침해하였다고 판시하였다. 침해의 인식이 없다고 하는 피고의 주장에 대하여는, 피고의 인식은 침해의 성립과는 전연 무관하다고 하여 피고가 이용자에 의한 침해해위를 인식하고 있었는지에 대한 여부를 일체 검토하지 아니하고 엄격책임을 피고에게 부과하였다. 법원은 Frena가 원고의 복제권을 직접 또는 기여적으로 침해하였는지에 대하여는 언급하지 않았다. 즉, 본 사건에서 법원이 판시한 내용은 온라인 서비스제공자에게 배포권(저작권법 106조3항)과 전시권(동 106조5항)에 저촉되는 직접 저작권침해를 인정하며, 피고가 침해 사실을 알지 못했을 수도 있다는 것은 책임의 성립에 영향을 미치지 않는다고 요약할 수 있는데, 이러한 논리 전개는 이후 온라인 서비스제공자에게 엄격한 책임을 부과하고 있다는 점에서 비판의 대상이 되고 있다.¹⁵⁾

② Sega사건

마찬가지로 BBS관리자의 법적 책임이 문제된 사건으로, *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*, 857 F. Supp. 679(N.D.Cal. 1994)가 있다.

원고가 저작권을 갖는 게임 프로그램이, 피고가 관리하는 BBS상에서 그 유저에 의하여 무권한으로 업로드되거나, 다운로드되거나 하는 사건으로, 복제권의 직접침해와 기여침해를 긍정하고, 원고로부터의 가처분 명령(preliminary injunction)의 신청을 인용한 판결인데, 피고는 유저에 의하여 BBS에 원고의 프로그램이 업로드되고 있는 것을 알고 있으며, 뿐만아니라 BBS상에서의 광고를 이용하여 적극적으로 업로드를 장려하고, 다운로드로부터 댓가를 수수하고 있었다는 사정이 있었다. 앞서 살펴본 Playboy사건과의 공통점은 온라인서비스제공자가 직접 업로드하지 않았다는 점에서 같으나, 피고 자신이 BBS를 통하여 게임 프로그램의 교환을 이용자에게 장려하고 이용자로부터 이로 인한 댓가를 받았다는 점에서는 다르다.

위와 같은 사안에서 법원은 BBS에 원고의 게임프로그램이 이용자로부터 업로드될 당시 BBS를 통해 위법한 복제가 행해졌다고 하면서 이러한 복제에 대하여 직접적인 책임을 진다고 하였다. 다만, Playboy사

15) 이해완, 전계논문, 303면.

건에서는 법원은 직접침해는 엄격책임이라고 하는 법리를 충실하게 적용하여 피고의 인식 여부를 일체 문제 삼지 않았던 것에 비하여, 이 판결은 직접침해를 인정한다고 하면서도 피고가 침해에 대하여 인식이 있었음을 동시에 지적하고 있다. 이 점을 들어서, 동 판결은 실질적으로는 기여책임의 법리에 기하여 내려진 것이라고 지적하는 논자도 있다.¹⁶⁾

(2) Netcom 판결에 의한 전환

Playboy 판결도 Sega 가처분 명령판결도, BBS의 관리자를 직접침해자로 보고 저작권침해의 엄격책임을 묻는 판결인데, 그 흐름을 바꾼 것이, Religious tech. Center v. netcom On-line Comm., 907 F. Supp. 1361(N.D. Cal. 1995)이다.

이 사안은 신흥종교단체인 원고와 그 단체 소속의 목사 개인 사이의 논쟁에 관련한 것으로서, 위의 목사가 원고가 저작권을 가지고 있는 위 단체 교조의 교전 등을 유즈넷(뉴스그룹)에 원고의 허락 없이 업로드한 것이 문제가 된 것이다. 위 목사는 일개인이 운영하는 소규모의 BBS에 원고의 저작물을 업로드한 것이지만, 이 BBS가 Netcom사를 통하여 인터넷과 접속되어 있는 관계로 문제의 저작물이 인터넷상의 다른 유즈넷에 순차적으로 송신되게 있었다. 이 후 원고는 BBS운영자와 Netcom사에게 위 목사를 네트워크로부터의 배제와 업로드된 내용의 사전 삭제 등을 주장하였으나, 받아들여지지 않자 이에 원고는 위 목사와 함께 BBS와 Netcom사를 공동피고로 하여 저작권침해 소송을 제기한 사안.

① 직접침해에 관한 판단: 법원은 Sega사건과 같이 복제권에 주목하여 위 목사에 의한 업로드에 의하여 BBS와 Netcom사의 각 시스템 속에 원고의 저작물이 복제되었다고 인정하였다. 그러나 Netcom사가 그에 의해 바로 직접적인 책임을 지는 것으로 판단하지 않고, “저작권법은 엄격책임을 정하고 있지만, 의사 또는 인과관계라고 하는 일정한 요소가 필요한데 피고 Netcom사의 시스템이 단순히 제3자가 복제를 행하기 위하여 사용되었을 뿐인 이 사건에서는 이러한 요소가 흠결 되어

16) 오승종·이해완, 전거서, 481면.

있으며”, “동일한 행위에 대하여 이용자가 분명히 직접침해의 책임을 지는 경우에는 인터넷을 기능시키기 위해 필요한 시스템을 설정하여 운영하는 역할을 수행하는 데 불과한 무수한 자가 책임을 부담하지 않으면 안 되도록 하는 것을 채택하는 것은 합리성이 인정되지 않는다고”고 판시하였다.

즉, Netcom사는 이용자가 정보를 업로드하면 이것을 자동적으로 유즈넷에 송신한다고 하는 시스템을 미리 설정해 놓은 데 불과하고 그 과정에서 Netcom사의 시스템에 일시적으로 복제가 생기는 것은 불가피하며, 이러한 복제는 이용자가 유즈넷에 업로드함으로써 생기는 것으로 이용자가 복제를 하였다고는 할 수 있어도 Netcom사가 직접 복제를 한 것은 아니라고 하였다.¹⁷⁾ 이는 공중에 카페 기계를 제공하는 복사기의 소유자와 다름없으며, 직접침해가 아니라, 기여침해의 법리 하에서 책임을 지는 것에 지나지 않는다는 것이다.

또한 이 사건과 같은 경우에 직접침해를 인정하는 것은 위 목사가 업로드한 저작물이 송신되는 모든 유즈넷이 직접침해의 책임을 지는 것을 의미하므로 불합리한 결과를 초래한다고 하였다.

② 기여침해에 대한 판단: 기여침해의 첫 번째 요건이 침해행위의 인식에 대하여 법원은 Netcom사가 원고로부터 통지를 수령한 후에 Netcom사의 시스템을 통하여 유즈넷에 재송신된 원고의 저작물에 관하여 침해의 인식을 가졌는지가 문제된다고 하고, 피고사는 위 목사의 침해행위가 계속되고 있는 사이에 통지를 수령하였으므로 피고의 인식의 유무에 대하여는 사실심리를 해하여 검토할 사항이라고 판시.

두 번째 요건인 ‘실질적 관여’의 점에 대하여는 법원은 피고사의 서비스는 모든 유즈넷에의 송신을 가능하게 하는 것이고 나아가 Netcom사는 통지 수령 후에는 피해가 확대되지 않도록 하는 조치를 간단하게 할 수 있었다고 하면 위 목사의 침해행위를 방조하였다고 할 수 있으므로 이 점에 대해서도 사실심리가 필요하다고 판시하였다.

③ 대위책임에 대한 판단: 대위 책임의 두 요건과 관련하여 첫째, 지휘·감독할 권리 및 능력에 관하여는 Netcom사가 어떤 조치를 취할 수 있는 권리를 유보하고 있는 점, 특정의 개인이나 특정의 파일로부터

17) 이해완, 전계논문, 305면.

의 업로드를 스크린 할 수 있는 소프트웨어를 사용할 수 있다는 점, 실제로도 지금까지 특정한 이용자의 메시지를 삭제한다거나 하는 권리를 해 오고 있었으므로 침해행위를 통제할 권리 및 능력은 인정된다고 하였다. 둘째, 직접적 경제적 이익에 대하여 위 목사의 침해행위에 의하여 서비스의 가치가 증대한다거나 신규계약자를 획득하고 있는 것은 아니므로 Netcom은 경제적 이익을 얻고 있지 않다고 하였다.

Netcom판결은 직접침해를 긍정한 Palyboy 판결이나 Sega가처분명령판결과의 관계에 대하여도 언급하고 있다. Playboy 판결에 대하여는, 공공의 배포권과 전시권 침해가 주장된 사안인 바, 피고가 실제로 침해품 이었다는 것을 알고 있었다는 것을 나타내는 증거도 있었다(문제의 사진에 “Playboy”라든가 “Playmate”라는 표시가 부착되어 있었다)는 사정에 영향을 받았을 가능성이 있다고 지적한다.

다음으로, Sega가처분 명령판결에 관해서는, 피고의 인식(요건)을 언급하고 있다는 점에서 기여침해에 무게가 실려 있다는 것을 의미하며, 유저의 업로드에 관해서 BBS관리자의 직접침해를 긍정하는 점에는 찬성할 수 없다고 하더라도, Sega 가처분명령사건과 같이, 피고가 업로드를 장려하고 있는 케이스에서는 어쨌든 기여침해가 긍정되게 되므로, 직접침해에 관한 설시는 추상론에 지나지 않는다고 설명하고 있다.

결론적으로, Netcom판결은, 전 목사와 같은 클라이언트가 직접침해의 책임을 진다고 하더라도,¹⁸⁾ 그렇다고 하여 시스템을 개설하고 관리하는 인터넷을 기능하게 하기 위하여 필수적인 행위를 하고 있는데 지나지 않는 무수한 관계자에게 책임을 지우는 법리를 채용할 수는 없다고 판시한다.

다. DMCA(Digital Millennium Copyright Act)

미국 법원은 저작권침해와 관련하여 직접침해, 기여침해, 대위침해라는 법리를 통하여 구체적인 사안에 대한 결론을 내려 왔으나, 이에 대한 확실한 기준 정립의 필요성이 대두되었고, 그 산물로서 DMCA¹⁹⁾가

18) 실제, 원 목사에 대하여는, 원고의 가처분명령의 신청이 인용되었다.

제정되었다. OSP의 책임에 관한 법률인 DMCA 제2편(제202조)은 일정한 조건하에서 OSP를 면책시켜주는 것을 주된 내용으로 하고 있는 데 동법에서 정한 OSP의 일반적인 면책요건은 ① 일시적인 전송·저장의 경우 ② 시스템케싱의 경우 ③ 이용자의 지시에 의해 시스템 또는 네트워크 상에 개설된 웹사이트 등에 존재하게 된 저장정보로 인한 침해 ④ 디렉토리, 인덱스, 레퍼런스, 포인터, 하이퍼텍스트링크 등 ‘정보경로 도구’에의 사용으로 인한 침해로 크게 네가지로 구분된다.

이러한 요건이 충족되는 경우에는 서비스제공자는 면책되는데, 이 법의 목적은 서비스 이용자의 저작권 침해행위와 관련된 서비스제공자의 행위가 직접당사자로서의 행위가 아니고 간접당사자로서의 행위임을 인정하고, 법에서 정한 간접당사자로서의 요건에 해당하지 않는 경우 저작권 침해 책임으로부터 면책하는 것이다. 또한 DMCA는 “고지에 의한 삭제”를 가능하게 하여 서비스제공자가 침해물을 제거할 수 있는 근거를 마련하였고, 서비스제공자가 이 제도를 남용하지 못하도록 함으로써 균형을 이루고자 하였다.²⁰⁾

OSP가 면책되기 위해서는 i) 저작권침해방지를 위한 일반적인 조치 의무의 이행(반복적 침해자에 대한 서비스제공종료 및 저작권침해방지 기술조치의 수용 ii) 구체적 상황에 따른 저작권침해방지를 위한 조치(저작권침해고지에 따른 신속하고 적절한 조치)의 이행 및 통제, 관리가 불가능한 상황적 조건들 등으로 정리 할 수 있다.

2. 독일

19) DMCA에서는 ‘서비스제공자(service provider)’라는 용어를 사용하면서 그 개념을 ‘이용자가 선택한 내용물에 대하여 송·수신 과정에서 아무런 내용수정도 가하지 않은 채, 이용자에 의하여 특정된 양 지점간, 또는 여러 지점 사이의 디지털 온라인통신을 위하여 송신, 라우팅 또는 접속을 제공하는 실체’ 및 ‘위에서 설명된 실체를 포함하여, 온라인서비스나 네트워크 접근의 제공자 및 이를 위한 설비 운영자’로 정의 하고 있다. 위 용어는 위 법 제2조편 ‘온라인 저작권 침해 책임제한’이라는 표제아래 규정되어 있어 온라인서비스제공자를 의미함을 알 수 있다; 이인석, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임”, 한국법학원, 저스티스 67호, 2002, 179면.

20) 안기순, 전개논문, 29면.

독일에서는 OSP의 책임 문제에 대해 일찍이 입법화를 시도하여, 1997년 제정된 연방정보통신사업법의 제1장 통신사업법 편에 온라인서비스제공자의 책임요건을 규정한 조항을 두고 있다. 이 규정에 의하면 OSP는 제3자 제공의 내용물을 인식하고, 그 이용을 기술적으로 차단할 수 있으며 그와 같은 조치를 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 한하여 책임을 지도록 하고 있다.

위의 법 제5조에서 명시한 서비스제공자의 책임을 살펴보면, 제5조 1항은 서비스제공자는 그들이 이용가능하게 스스로 제공한 내용물에 관하여 일반법에 따라 책임을 진다고 규정하여 자기제작물에 대한 책임을 명확히 하고 있다. 따라서 정보제공자는 이 법률에 의하여 서비스제공자로서의 면책대상에 해당되지 않는다.

2항에서는 서비스제공자는 그들이 이용가능하게 한 제3자 제공의 내용물에 대하여는 그와 같은 내용을 인식하고, 또 그와 같은 내용물에 대한 이용을 기술적으로 차단할 수 있으며 그와 같은 조치를 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 한하여 책임을 진다. 3항에서는 서비스제공자는 단순히 이용을 가능하게 한 접속매개사실만으로는 제3자의 내용물에 대하여 책임을 지지 않는다. 이용자의 요청에 따른 제3자의 내용물의 자동적이며 일시적인 저장은 접속매개로 간주된다. 제4항에서는 서비스제공자가 연방통신법 제85조의 통신비밀보호법규정에 따라 그와 같은 내용물을 인지하고, 그 내용물을 차단하는 것이 기술적으로 가능하며 또 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 불법적인 내용물의 이용을 차단하기 위한 일반법에 따른 의무를 부담한다고 규정하고 있다.

즉, 독일법에서도 서비스제공자의 책임범위를 불법행위에 관한 일반원칙을 근간으로 하되 온라인서비스제공자의 사업의 특수성을 감안하여 일정한 범위내 즉, 불법물에 대한 인식가능성과 내용물의 이용차단이 합리적으로 기대 가능한 기술적인 범위내로 제한하여 규정하고 있다.²¹⁾

21) 이수진, "ISP책임제한법에 대한 검토", 창작과 권리 34호, 2004, 78면.

3. 일본

가. 학설

OSP에게 명예훼손이나 저작권침해와 같은 행위를 방지하거나 그로 인한 손해확대를 막아야 할 주의의무가 있는가의 점에 그 논의가 집중되고 있다. 그러한 주의의무를 인정하기 위해서는 우선 위와 같은 내용을 삭제할 일반적인 주의의무가 있는가의 점부터 살펴보아야 하는데, OSP가 사실상 모니터링 및 불법저작물의 삭제가 가능한 유일한 주체인 점, 아울러 당해 통신망의 정보유통을 통하여 어느 정도 경제적 이익을 향유하고 있는 점 등에 비추어 볼 때에 적어도 조리상의 작위의무는 인정가능하다고 설명하는 것이 대체적 입장이다.

구체적으로 언제 주의의무위반, 즉 과실이 있다고 인정할 것인가의 점은 결국 그 불법행위를 예견하거나 회피할 가능성이 있는가의 점에 귀착된다. 이 점에 대하여는 주로 OSP의 법적 지위 및 성격, 권리침해의 현저성 또는 명백성 여부, 자신의 법익을 침해당한 자가 OSP에게 그 침해사실을 고지하였는가의 여부, 직접침해자가 이전에도 유사한 침해행위로 인하여 문제를 일으킨 전력이 있는 사람인가의 여부, 회원규약 등에 의거하여 임의로 게시물을 삭제할 수 있는 권한이 OSP에게 주어져 있는가의 여부 등을 종합적으로 판단하여야 할 것이라고 한다.

나. 법령

일본의 경우 1997년 PC통신망상에서 이루어진 명예훼손과 관련하여 PC통신사업자와 당해 토론 방의 시삽이 행위자와 공동으로 불법행위책임을 질 것인가와 관련한 하급심판례²²⁾가 나온 후 OSP책임에 관한 논

22) 동경지재 평성 9년 5월 26일 판결로서 이른바, nifty사건으로 본 사안은 pc통신 네트워크상의 발언에 의한 명예훼손여부, 명예훼손 등이 되는 발언에 대한 시스템오퍼레이터의 삭제의무, pc통신주재자의 법적책임 등을 둘러싼 손해배상청구사건으로, 원심에서는 시스템오퍼레이터가 명예훼손 등의 발언을 삭제할 의무를 태만 한 것을 불법행위에 해당하며, 주재자인 nifty사에 대하여 사용자책임 또는 회원계약에 부수되는 안전배려의무위반의 채무불이행으로 인한 손해

의가 활발히 이루어지다, 2001년 법률 제137호로 제정된 “특정정기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률”이 2002. 4. 1일부터 시행중이다.

동법은 특정정기통신에 의하여 유통된 정보로 인하여 권리가 침해된 경우, 이러한 특정정기통신의 서비스제공자의 손해배상책임을 명확히 함과 동시에 당해 정보의 유통에 의하여 권리를 침해당하였다고 주장하는 자가 발신자정보의 개시를 요구할 수 있는 청구권 등을 규정하고 있다. 동법 제2조에서 이 법의 적용 대상인 특정정기통신서비스제공자를 특정하기 위하여 특정정기통신, 특정정기통신설비, 특정정기통신서비스제공자 및 발신자에 대한 정의를 하고 있다.

배상 및 위자료 지불을 명하였으나, 항소심에서 시스템오퍼레이터의 삭제의무가 인정되지 않으므로 nifty역시 사용자책임을 지지 않는다고 판결하였다.

동경지재 평성 14년 4월 9일 판결로서 일명 file rogue 사건은 저작권침해에 대한 OSP의 책임에 관한 것인데, 사건의 개요는 일본의 file rogue 시스템은 이용자들끼리 자신의 컴퓨터 공유폴더에 있는 파일들을 서로 주고받을 수 있고 이 과정에서 file rogue 서버는 접속하고 있는 이용자의 컴퓨터로부터 송신된 정보를 바탕으로 다운로드 할 수 있는 파일의 데이터베이스를 작성하고 이를 이용하여 이용자의 검색지시에 따른 목록을 제공하는 역할을 수행하는 것으로서 냅스터와 유사하다. 일본의 19개 음반제작업체는 2002. 2. 자신들의 복제권 및 송신화가능권(우리나라의 전송권과 유사) 등 저작권접권이 침해되었음을 이유로 ‘file rogue는 각 음반업체가 저작권접권을 보유하고 있는 음반에 대하여 MP3파일을 송수신하여서는 아니된다’라는 가처분 신청을 하였고, 이에 동경지방법지판소는 2002. 4. 9. 담보제공을 조건으로 ‘file rogue 서비스에 있어서 MP3 방식에 의해 복제되고 송수신가능한 상태로 전자파일의 존재 및 내용을 나타내는 이용자를 위한 파일중 파일명 치 폴더명에 신청회사들이 저작권접권을 가지는 음반상의 타이틀명, 실연자명이 표기된 파일정보를 이용자에게 송신하여서는 아니된다’라는 가처분결정을 내렸다. i) file rogue 서비스는 시중의 음반을 복제한 파일이 대다수인 MP3 파일을 송신가능화 상태로 하기위한 서비스로서 file rogue로서도 서비스 개시 당시부터 위 서비스를 통하여 송수신되는 MP3 파일의 대부분이 불법복제에 관련되는 상태에 이르게 되는 것을 충분히 예상할 수 있다는 점. ii) 이용자가 자동공중송신행위 또는 수신행위를 함에 있어서 클라이언트 소프트웨어가 필요할 뿐만 아니라 file rogue 서버에의 접속이 필수적이므로 이용자의 송신가능화 행위는 file rogue의 관리 하에서 행해지고 있다는 점. iii) file rogue가 배너광고에 의한 수입을 얻고 향후 유료화로 전환하려는 계획을 세고 있다는 점 등에 미루어 보아 file rogue가 이용자들을 자사의 웹사이트에 접속시켜서 MP3 파일의 공중송신화 행위를 하게 하는 것은 자신의 영업상 이익을 증대시키는 행위라는 점 등을 논거로 제시하고 있다.

(1) 특정전기통신

제2조 제1호는 특정전기통신을 정의하고 있는데, 불특정인에 의하여 수신되는 것을 목적으로 하는 전기통신송신 중에서 인터넷상의 웹페이지, 전자게시판 등과 같은 전기통신을 통신개념으로부터 떼어내어 '특정전기통신'이라 규정하였다. 그러므로 전자메일 등의 1대1의 통신은 '특정전기통신'에 해당되지 않는다.

(2) 특정전기통신서비스제공자

제2조 제3호에서 특정전기통신설비를 이용하여 전기통신서비스를 제공하는 자를 '특정전기통신서비스제공자'라고 하고 있다. 서비스제공자는 스스로가 설치하고 있는 특정전기통신설비를 이용한 특정전기통신에 의하여 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되고 있는 경우에, i) 당해 정보의 송신을 방지하기 위한 조치를 취하고, ii) 발신자를 특정하는 데에 기여할 수 있는 정보(발신자정보)를 게시하는 등의 대응을 할 수 있는 경우가 있기 때문에, 이 법률에서는, 이러한 Provider를 대상으로 하여, 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 권리가 침해된 경우 i) 적절하고 신속한 대응을 촉진하기 위한 손해배상책임의 제한 ii) 권리를 침해당한자가 당해 정보의 발신자정보를 게시 받을 수 있기 위한 권리를 규정하고 있다.

(3) 발신자

제2조 4호에서 발신자를 특정전기통신상에 정보를 유통과정에 둔자로 규정하고 있다. 당해 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해된 경우 그 책임을 지게 되는 자는 당해 정보를 유통과정에 둔 자이며, 특정전기통신에 있어서는 특정전기통신서비스제공자의 특정전기통신설비의 기록매체에 정보를 기록한 자, 또는 당해 특정전기통신설비의 송신장치에 정보를 입력한 자가 이에 해당하므로 이러한 자를 '발신자'로 정의한 것이다.

(4) 손해배상책임의 제한

① 서비스제공자의 부작위로 인한 손해배상책임

정보의 유통에 관한 인식과 정보가 권리침해에 해당하는가에 대한 인식이라는 두 가지 관점에서 규정하고 있다. i) 관계서비스제공자가 당해전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해되고 있음을 알고 있었을 경우 ii) 당해전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해되고 있음을 알 수 있었다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우.

부작위책임을 지는 경우를 명확화 함으로써 서비스제공자가 문제가 될 정보의 송신을 방지하는 조치를 강구하지 않음으로써 부작위책임을 물어질 것을 염려한 나머지, 과도하게 송신을 방지하는 조치를 행하여 발신자의 표현의 자유를 부당하게 침해하는 것을 억제하는 효과도 있을 것으로 생각된다.

② 서비스제공자의 작위로 인한 손해배상책임

제3조 제2항은 특정통신서비스제공자가 강구한 조치로 인하여 발신자에게 손해가 발생한 경우에 배상의 책임이 없음을 명시하고 있다. i) 특정전기통신에 의한 정보의 유통으로 인하여 타인의 권리가 부당하게 침해되고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우 ii) 자기의 권리를 침해받았다고 주장하는 자로부터, 당해 권리가 침해되었다는 침해정보의 제시 및 송신방지조치를 강구하도록 하는 요청이 있었을 때, 서비스제공자가 침해정보의 발신자에게 당해 침해정보 등을 제시하고 송신방지조치를 강구하는 데에 동의 할지 여부를 조회하였으나 당해 발신자가 조회를 받은 날로부터 7일을 경과하여도 당해 발신자로부터 당해 송신방지조치를 강구하는 데에 동의하지 아니한다는 취지의 요청이 없을 때.²³⁾

4. EU 전자상거래지침

미국 DMCA의 온라인 저작권침해제한법과 유사한 동 지침에 인터넷 중개업자의 면책조항이 규정되어 있는데, 회원국들간 기존의 법적 불확

23) 이수진, 전계논문, 87-89면.

실성 및 다양한 견해 차이를 제거하기 위해 인터넷 중개업자가 수동적인 중개역할만 할 경우 책임 면제를 규정하는 한편, 정보저장과 같은 중개행위에 대한 전자상거래업자의 책임도 제한적으로 부과하고 있다.²⁴⁾ EU지침은 전자상거래 기업의 소재지, 사업자의 투명성 의무, 상업통신 요건, 전자계약, 인터넷 중개업자의 책임, On-line 분쟁해결, 회원국 관련당국의 역할 등에 관한 사항을 명확히 규정함으로써, 전자상거래의 법적 불확실성을 제거하였다.

EU의 전자상거래지침은 OSP의 설비에 제3자의 컴퓨터프로그램 등 기타 저작물을 올려놓은 OSP의 이용자의 행위에 대하여, 그 책임을 면제하기 위하여 다음과 같은 세 가지 유형에 따라 그 기준을 설정하고 있다.

가. 단순한 도구로서의 역할만 하는 경우

OSP가 단순한 도구(mere conduit)로서의 역할만 한 경우, 곧 케이블이나 라우터(router, 정보를 전송함에 있어 중간과정에 있는 컴퓨터) 등을 제공하는 것과 같이 정보를 전송하는 역할을 하거나 인터넷과 같은 통신 네트워크에 대하여 접속하게 해 주는 역할을 하는 경우, 그렇게 전송된 정보에 대한 책임을 면제하고 있다(제12조 제1항). 책임이 면제되기 위해서는 OSP가 i) 전송을 시작하지 않아야 하며, ii) 송신의 수령자를 선택하지 않아야 하며, iii) 전송에 포함되어 있는 정보를 선택하거나 수정해서는 안 된다.

책임이 면제되는 전송행위에 접속서비스의 제공행위에는 전송되는 정보를 자동적으로 중간과정에서 일시적으로 저장하는 행위도 포함된다(제12조 제2항). 이러한 행위들이 면책되기 위해서는 i) 통신 네트워크에서의 전송을 수행하기 위한 목적으로만 행하여져야 하며, ii) 전송을 위하여 합리적으로 필요한 기간을 초과하여 정보가 저장되어서는

24) 산업자원부, 전자상거래 정책, <http://www.ecommerce.go.kr/viewfolder/54.htm>
EU 전자상거래에 관한 지침(2000.5.5). 참조.

안된다.

나. 캐싱

네트워크 서버에 의한 캐싱으로서 수요가 매우 많은 원격지의 정보를 OSP의 서버에 저장하는 것에 대한 책임면제이다. 네트워크 서버에 의한 캐싱은 OSP의 시스템과 같이 이용자에게 인터넷에 접속할 수 있도록 하는 네트워크 서버 자신의 네트워크에 원격지에 있는 정보를 일시적으로 저장하는 것이다. 정보가 통신네트워크를 통하여 전송되어 수령자에게 제공됨에 있어서 OSP가 정보를 자동적으로, 즉각적으로, 일시적으로 저장하는 행위에 대해서는 책임이 면제된다. 다만 책임이 면제되기 위하여서는 이러한 전송행위가 정보를 수령자의 요청에 의하여 수령자에게 더 능률적으로 전송하기 위한 목적을 위해서만 수행되어야 한다.

다. 서버의 제공

OSP가 웹페이지를 위한 공간을 제공하는 것과 일정한 공간을 제공하는 것, 곧 서버의 제공(hosting)을 규정하고 있다(제14조). 곧 서비스 수령자의 요청에 의하여 제공된 정보에 대하여 책임을 지지 않는다. 책임이 면제되기 위해서는 OSP가 i) 불법적인 행위나 정보를 실제로 알지 못하였고 손해에 대한 주장과 관련하여 불법적인 행위나 정보가 명백하게 나타나는 사실관계나 정황을 알고 있지 않았어야 하며(제1항), ii) 이에 대하여 알게되는 경우에는 신속하게 그 정보를 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 한다. 서비스의 수령자가 OSP의 승낙을 받았거나 OSP의 통제하에 있는 경우에는 위의 책임면제에 관한 규정이 적용되지 않는다(제2항).

라. OSP에 대한 침해의 종료 또는 예방의 요구

OSP로 하여금 침해를 종료시키거나 예방하기 위한 행위를 요구할

수 있도록 하고 있는데, 앞서 살펴본 세 가지 행위에 대한 책임이 면책되는 경우에도, 유럽연합 회원국들의 법원이나 행정당국이 자국의 법체제에 따라서 OSP로 하여금 침해를 종료시키거나 예방할 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있다(제12조 제3항, 제13조 제2항, 제14조 제3항). 본문에는 규정하지 않았으나, OSP에 대한 책임이 면제되더라도 법원이나 행정당국은 OSP로 하여금 불법적인 정보를 제거하거나 불법적인 정보에 대한 접근을 불가능하게 하는 등 침해를 종료시키거나 예방할 것을 요구하는 명령을 발할 수 있는데, 이는 OSP에 대한 명령을 발할 수 있는 주체를 법원에 한정시키고 있는 미국의 DMCA와 비교된다.

마. 감시의무

OSP가 면책되는 세 가지 유형의 행위를 수행함에 있어서 전송하고 있거나 저장하고 있는 정보를 감시하거나 불법적인 행위임을 지적하는 사실관계나 정황을 적극적으로 찾아내도록 하는 일반적인 의무를 부과하지 못하도록 하고 있다(제15조). 이것은 이러한 행위를 요구하는 것이 현실적으로 불가능 하다는 것을 인정한 것이다. 그러나 불법적이라고 주장된 행위나 정보를 관계당국에 즉시 보고할 의무나, 관계당국의 요청에 의하여 서비스의 수령자의 신원파악을 가능하게 하는 정보를 관계당국에 제공할 의무를 부과할 수 있도록 하고 있다(제15조 제2항).²⁵⁾

IV. OSP의 책임과 제한

1. OSP의 책임에 관한 논거

OSP의 책임을 크게 분류한다면 민사상 책임과 형사상책임으로 분류할 수 있을 것이고, 민사상 책임은 다시 침해배제책임과 손해배상책임 그리고 일반 민법에 의하여 규율되는 공동불법행위에 의한 손해배상책

25) 이대희, 전게서, 536-538면.

임과 사용자책임 및 부당이득반환책임으로 분류할 수 있다.

OSP가 프로그램저작권 침해에 관여하는 정도에 따라서 i) OSP가 직접 침해에 가담하거나 이를 적극적으로 권유, 야기하는 경우 ii) OSP가 타인의 직접적인 침해행위에 대하여 통제, 관리의 가능성이 있는 경우 iii) OSP가 타인의 침해행위에 있어서 단순한 도구로서만 기능하는 경우가 있다. 이러한 유형에 따라서 침해에 관여한 정도나 통제, 관리가 능한 상태였는지의 여부에 의해 OSP의 책임의 정도가 좌우된다.

가. 침해배제책임

컴퓨터프로그램보호법 제31조에서 '침해의 정지 등 청구'라 하여 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 그의 권리를 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구 할 수 있다고 규정. 이러한 권리청구에 대응하여 권리침해자는 침해결과와 제거에 필요한 조치를 취하여야 할 의무나 책임을 부담하게 되는데, 이와 같은 책임을 '침해배제책임'이라고 한다.

침해배제책임의 주체에 관하여 직접적인 침해행위를 하지 않은 OSP가 침해배제책임의 주체가 될 수 있는지 여부가 문제된다. OSP는 침해자가 아니므로 그 상대방이 될 수 없고 오로지 직접침해자만이 그 청구에 따른 책임을 부담한다고 보는 견해도 있으나, OSP가 그 침해상태를 직접야기 하지 않았다고 하더라도 그 권리침해상태를 지배하는 지위에 있다고 인정된다면, 컴퓨터프로그램보호법 제31조 1항에서 규정하고 있는 권리를 침해하는 자에 해당한다고 볼 수도 있다.²⁶⁾

침해배제책임이 성립하기 위한 전제요건으로 i) 권리침해상태의 존재 또는 권리를 침해할 우려가 있는 상태의 존재 ii) 권리침해상태를 지배하는 지위에 있을 것 등이 요한다.

나. 공동불법행위 책임

OSP에 대한 손해배상책임의 성립 및 그 범위에 관하여 가장 핵심적

26) 오승중·이해완, 전제서, 492면.

이고 기본적인 조항은 ‘공동불법행위’에 관한 민법 제760조의 규정이다. 민법 제760조 1항은 ‘수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다’고 규정하고, 제3항에서는 ‘교사자나 방조자는 공동행위자로 본다’라고 규정하고 있다.

컴퓨터프로그램보호법 제32조에서는 프로그램저작권을 직접 침해한 자에 대한 손해배상청구권에 관하여 근거규정을 두고 있을 뿐이므로, OSP가 직접 프로그램저작권을 침해하지 않은 경우에 민법 제760조의 요건에 비추어 볼 때에 직접침해자와 공동으로 불법행위를 한 것으로 해석되는가하는 점이다.

공동불법행위가 성립하기 위하여서는 i) 가담자의 각자 행위가 독립하여 일반불법행위의 요건인 고의 또는 과실, 책임능력, 인과관계, 위법성, 손해의 발생을 각각 충족하여야 하며, ii) 각 행위 간에 행위의 관련공동성이 존재하여야 한다.

공동불법행위에 특수한 요건으로서의 관련공동성의 경우, 민법 제760조의 ‘공동’을 어떻게 해석할 것인가 하는 점이 주요한 쟁점인데, 객관적 공동설을 취할 경우 가해자들 사이에 공무나 공도의 인식은 필요 없으며, 단지 가해행위가 객관적으로 관련공동하고 있으면 충분하다고 보기 때문에 OSP가 침해행위를 가능할 수 있도록 가상공간에의 접속을 매개하였거나 또는 침해행위가 일어나는 공간을 관리, 운용하여 이를 제공하는 등의 방법으로 프로그램저작권 침해행위의 수단을 제공하였고 이것이 침해행위의 원인으로 경합했기 때문에 공동불법행위 책임을 물을 수 있다고 하나, 논란이 있다. 역시 사안에 따라서 다르겠지만, 서비스제공자가 적극적으로 교사자로 행위하는 경우는 많지 않을 것이며, 오히려 방조의 경우가 많을 것으로 생각되어진다.

다. 사용자 책임

타인을 사용하여 어떤 사무에 종사하게 한 자 및 그 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는, 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 준 때에는 그 피용자의 선임 및 사무감독을 게을리하지 않았음을 입증하지 못하면 손해를 배상할 책임을 부담하게 되는데(민법

제756조) 이를 사용자책임이라고 한다.

그러나, OSP와 서비스이용자 간에 사용자와 피용자의 관계를 인정하기 어려운 경우가 많을 것이므로 사용자 책임을 적용하는 것은 어려울 것이라고 생각되어진다.

2. OSP 책임에 관한 관련법규

가. 정보통신망이용촉진 및 정보보호등에관한법률의 관련 규정

정보통신망이용촉진 및 정보보호등에관한법률 제44조에서는 ① 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다. ② 정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 의한 당해 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지하여야한다. 위 조항은 그 보호대상을 '법률상 이익이 침해된 자'로 폭넓게 규정하고 있어 명예훼손이나 저작권침해의 경우에 모두 적용될 수 있을 것이다.

나. 전기통신사업법의 규정

전기통신사업법 제53조에서는 전기통신을 이용하는 자는 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 통신을 하여서는 아니되고(제1항 제2호), 이 경우 정보통신부장관은 정보통신윤리위원회의 심의를 거쳐 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다고 규정하고 있고, 제71조 제8호에서는 그 명령을 이행하지 아니할 경우 처벌대상이 된다고 규정하고 있다.

다. 컴퓨터프로그램보호법상의 규정

컴퓨터프로그램보호법은 2002년 12월(저작권법은 2003년) 개정에 의하여 OSP의 개념과 책임의 감면에 관한 규정을 신설하였는데, 컴퓨터 프로그램보호법이나, 저작권법은 체제는 미국의 DMCA나 EU의 전자상거래지침과 같이 책임이 면책되는 개별적인 사유를 규정하지 않고 책임이 면책될 수 있는 일반적인 절차를 규정하고 있다.²⁷⁾

현행 우리나라법상에서 OSP의 책임에 관한 규정은 후술하는 바와 같이 두 가지의 내용으로 크게 나뉘 볼 수 있다.

i) 동법 제34조3의 제1항은 OSP가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 프로그램의 복제·전송으로 인하여 그 프로그램저작권 등이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 프로그램저작권 등 침해에 관한 OSP의 책임을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고 있으며, ii) 더 나아가 제34조3의 제2항에서는 프로그램저작권 등이 침해된 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 OSP의 책임을 면제시키고 있다.

동법 제34조의2에서는 OSP의 의무 등을 규정하고 있다. 제34조2의 제1항은 OSP의 서비스를 이용한 프로그램 등의 복제·전송에 의하여 프로그램저작권 등이 침해됨을 주장하는 자는 그 사실을 소명하여 OSP에게 그 프로그램 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있으며, 제2항에서 이러한 중단요구가 있는 경우 OSP는 지체 없이 그 프로그램 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 프로그램 등을 복제·전송하는 자에게 그 사실을 통보하여야 하고, 제3항은 위 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 OSP는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송 재개시켜야 하며, 제4항 OSP는 이러한 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자를 지정하여 자신의 서비스를 이용하는 자들이 쉽

27) 이대회, 「사이버지적재산권법」, 'WIPO 저작권협약과 사이버저작권' 법영사, 2004, 154면.

게 알 수 있도록 공지하여야 한다.

라. 저작권법상의 규정

저작권법상에서도 컴퓨터프로그램보호법과 동일한 취지의 OSP의 면책조항을 두고 있다.

저작권법 제77조와 제77조2에서 OSP의 면책조항을 규정하고 있다. 동법 제77조에는 저작물의 복제, 전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 침해된 사실을 알고 당해 복제, 전송을 방지하거나 중단시킨 경우에 OSP의 책임을 감경 또는 면제할 수 있고, 침해된다는 사실을 알고 당해 복제, 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 OSP의 책임은 면제되는 것으로 규정하고 있다. 이 부분은 DMCA의 제512(C)(1)(A)(iii) 및 제512(D)(1)(C)와 제512(I), (J)조항을 포괄적으로 반영하고 있는 것으로 보인다.

제77조의 2는 '복제·전송의 중단' 조항을 신설하여 저작권자 자신의 저작물이 침해됨을 주장하는 자는 OSP에게 그 사실을 소명하여 해당 저작물의 복제·전송을 중단할 것을 요구할 수 있도록 하고 그 경우 OSP는 해당 저작물의 복제·전송을 중단시키고 그 사실을 지체 없이 복제·전송하는 자에게 통보하여야 한다고 규정하고 있다. 통보 받은 복제·전송자가 자신의 정당한 권리를 소명하여 복제·전송을 요구하는 경우에는 OSP는 그 사실을 권리주장 자에게 지체 없이 통보하고 복제·전송을 재개시켜야 한다. OSP는 권리 주장자 및 복제·전송자의 통보를 접수하기 위한 수령인을 지정하여 공지하도록 되어있다. 상기한 모든 사항을 준수한 경우에 OSP는 다른 사람의 저작권 침해에 대한 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 책임에 대하여 경감 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 정당한 권리 없이 복제·전송 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로인해 발생하는 손해를 배상하도록 되어 있다. 이 부분은 DMCA의 2편에서 개정 신설한 제512(C), (G), (F)항에서 규정하는 침해통지 및 대응통지, 삭제, 접근봉쇄 정책과 거의 동일한 내용으로 되어 있다.²⁸⁾

28) 손경환, "인터넷 정보중개자의 법적책임", 「사이버지적재산권법」, 법영사,

동법은 인터넷이 프로그램저작권과 저작권의 침해의 수단으로 변질되고 있는 상황에서는 OSP가 민법 등 일반법리에 의거 그 방조 내지 기여행위에 대한 일정 부분 책임을 부담하지 않을 수 없겠으나, 이와 같은 OSP의 책임을 엄격히 물을 경우 온라인서비스제공자의 사업기반을 침체시킬 수 있는 절대적 요인이 될 수 있다는 점을 감안하여 입법된 조항이라 할 수 있다.

3. 현행 OSP 책임제한에 관한 법률검토

가. 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서의 정보통신서비스제공자의 손해배상 요건

법은 정보통신망을 통하여 유통되는 정보내용물과 정보통신망을 활용하여 업무를 효율화하는 정보통신망응용서비스의 개발을 촉진하기 위하여 자금 및 기술 등을 지원할 수 있도록 함으로써 정보통신망 이용의 활성화를 도모하고, 정보통신서비스제공자가 정보통신서비스이용자의 개인정보를 수집하는 경우에는 그 이용자의 동의를 받도록 하고, 수집된 개인정보의 목적외 이용 및 제3자에의 제공을 제한하며, 정보통신서비스이용자에게 자신의 개인정보에 대한 열람 및 오류 정정권을 부여함으로써 개인의 사생활을 보호하도록 하고 있다. 또 무분별한 광고성 정보의 유통을 방지하기 위하여 수신자의 의사에 반하여 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 행위를 금지하는 등 이용자의 권익을 보호하는 규정을 두고 있다.

이와 관련하여 이 법 제32조는 정보통신 서비스제공자에 대한 손해배상청구조항을 두고 있는데, 정보통신서비스제공자에 대한 손해배상청구조항을 두고 있는데 정보통신 제공자 등이 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다고 규정하고 있다.

다만 이 법에서 규정하고 있는 정보통신제공자의 책임은 이용자와

정보통신서비스 제공자간의 개인정보이용에 있어서의 이용 및 관리에 대한 책임을 규정한 것으로, 일본법이나 우리 컴퓨터프로그램보호법에서 규정하는 OSP책임과는 차이가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 OSP의 책임제한은 다른 사람이 OSP의 서비스 상에 입력한 정보의 유통으로 인하여 권리의 침해가 발생하는 경우에 대한 OSP의 책임에 대한 면책 규정인 데 반하여, 이 법에서는 정보통신서비스제공자가 관리하는 이용자의 권익보호에 대한 책임을 규정하고 있는 것이므로 그 책임을 OSP 책임제한법과 같이 면제하고 있지는 않으며, 일반원칙에 따라 불법행위 여부를 가리는 것에 불과하다.

나. 컴퓨터프로그램보호법상의 OSP에 대한 책임제한 규정

컴퓨터프로그램보호법상에는 OSP의 의무(제34조의2)와 OSP의 책임감면(제34조의3)에 대해서만 규정되어 있을 뿐, 정작 OSP의 책임에 대해서는 구체적인 언급이 없다. OSP의 의무조항이나 책임감면조항을 들으로써 OSP의 책임을 어느정도 유추할 수는 있겠으나, 먼저 OSP의 책임감면을 논하기 전에 먼저 언급되어야 할 부분이 OSP의 책임이라고 생각되어진다.

OSP의 책임에 대해서 명확하게 입법으로 명시하지 못한 사정은, 아직까지 국내·외적으로 OSP의 책임의 범위가 명확하게 정리되지 않았기 때문이라고 생각되어지지만, 다른 사안에 앞서 이런 본질적인 문제에 대한 보다 많은 연구와 사회적 합의를 도출해야 하지 않을까 생각되어진다.

제34조의2에서는 'OSP의 의무'라고는 규정하고 있는데, 이것을 위반했을때, OSP에 대한 구체적인 처벌이나 제재조항이 언급되어 있지 않다. 그리고 동조항에서 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 프로그램이 정당한 권원 없이 정보통신망을 통하여 복제·전송됨으로써 권리가 침해되는 경우에 그 권리자임을 소명하여 온라인서비스 제공자에게 당해 프로그램의 복제·전송의 중단을 요구할 수 있다고 규정하면서도, 침해되는 권리가 어떤 권리인지에 대한 언급이 없다. 프로그램의 복제·전송으로 인하여 발생할 수 있는 권리침해가 한정적이

므로, 저작권법상의 규정과 마찬가지로 이 법에서 규정된 프로그램저작권 및 프로그램배타적발행권으로 이해할 수 있겠으나, 좀더 명확히 표현하는 것이 어떨까 생각되어진다.

동법은 복제 또는 전송의 중단을 일반적으로 인정한 점 및 침해물에 대한 복제 또는 전송의 중단을 인정하고 있는데, 게시물자체로서 그 위법성이 인정되는 경우 이에 대한 중단조치는 적합하고 바람직 한 것이나, 게시물자체가 위법한 것이 아니라 단지 권리귀속만이 문제되는 사례에 있어서 권리소명만으로 복제, 전송의 중단을 가능케 한다면 OSP로 하여금 불필요한 권리분쟁에 휘말리게 하는 것이므로 신중하여야 한다는 비판이 제기되고 있다.²⁹⁾

다. 저작권법상의 OSP에 대한 책임제한조항

OSP는 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 지체 없이 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자에게 그 사실을 통보하도록 하고 있는데, 일본법에서 송신중단조치 이전에 발신자에게 사실을 미리 통보하여 발신자의 권리침해를 배려하고 있는 점과는 대조적이다. 그리고 OSP의 책임 제한과 관련하여 OSP 책임을 완화하려는 미국에서의 경향은 지나치게 엄격한 책임을 지우고 있다는 지난날에 대한 반성에서부터 출발한 것이기 때문에, 이전에도 과실책임의 원칙에 기초하여 사건을 처리하여 왔던 우리법 하에서 굳이 이런 규정을 두어야 할 필요성이 있는가 하는가에 대하여 의문을 제기하는 측도 있으나, 법률로서 책임범위를 규정해서 책임소재가 분명하여 분쟁의 소지를 줄일 수 있다면 그 책임범위를 규정하는 입법태도가 바람직하다고 생각되어진다.

4. 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법상 OSP책임제한 규정 비교

컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 특별법의 성격을 가지고 있으며

29) 손경한, 전제서, 580면.

로 OSP의무와 책임제한에 관한 규정도 별다른 차이점을 보이지 않고 있다. 저작권법 제77조2와 컴퓨터프로그램보호법 제34조의2는 다같이 OSP의 의무와 책임제한에 대해 규정하고 있는데, 다만 저작권법 제77조2의 5항³⁰⁾내용과 같은 취지의 조문인 컴퓨터프로그램보호법 제34조2의 5항³¹⁾에는 저작권법상에 있는 단서 규정이 보이지 않는다.

저작권법 제77조2의 5항의 단서 규정은 ‘..... 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안때부터 제1항의 규정에 의한 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다’고 규정하고 있는데, 이 단서 조항을 문리대로 해석해 보면, OSP가 이용자의 침해행위를 알고 있는 상태에서 권리자로부터 저작물등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구받은 때까지는 면책규정이 적용되지 않고 그 이후에는 면책규정이 적용될 수 있다고 해석되어진다.

그러나 책임면책규정은 원칙적으로 OSP가 저작권침해여부를 OSP가 정확히 알 수 없는 사정을 감안해서 마련된 규정이기 때문에 저작권법과 같은 단서 규정이 없다고 하더라도 OSP가 저작권침해를 알고 있었다면, 이러한 단서 규정이 없는 컴퓨터프로그램보호법상에서도 책임면책규정은 적용될 여지가 없다고 생각되어진다. 다만 저작권법에서는 면책규정을 배제하는 기간을 침해사실을 안때부터 권리자가 중단을 요구

-
- 30) 저작권법 제77조2의 5항은 ‘온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 의한 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정에 의한 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다.
- 31) 컴퓨터프로그램보호법 제34조2의 5항은 ‘온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 의한 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 프로그램 등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 프로그램의 복제·전송으로 인하여 프로그램저작권자 또는 프로그램비타적배행권자 등의 권리의 침해에 대한 책임 및 복제·전송하는 자에게 발생하는 손해에 대한 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

한 때까지 한정하고 있는데, 저작권침해사실을 알고 있는 OSP가 일정한 절차를 취하였다는 이유로 통지 받은 이후의 침해에 대해서 책임을 감경 또는 면책해 주는 것이 타당한지는 생각해 볼 문제이다.

5. P2P 네트워크 운영자의 책임문제

가. P2P 네트워크 운영자의 저작권 침해 여부

인터넷상에서 저작권침해는 매우 다양한 형태로 발생하는데, 그 중의 하나가 P2P서비스에 의한 침해이다. 특수한 형태의 OSP라 할 수 있는 P2P 네트워크운영자의 책임문제에 대해서 어떻게 다루어야 할 것인지에 대한 논의가 활발히 진행되고 있다.

P2P 네트워크에서 실제 파일의 교환은 말 그대로 peer 대 peer 즉 개인과 개인 사이³²⁾에서 이루어진다. 이는 P2P 네트워크의 특성에서 비롯되는데, P2P 방식으로 정보가 교류되고 저작권이 침해되는 경우에는 P2P의 특성에서 알 수 있듯이 네트워크 운영자의 관여 없이 개인대 개인간에 침해물이 교류된다는 것이다.

P2P 서비스 이용자가 저작권을 침해하였다면 이러한 서비스를 제공한 P2P 네트워크 운영자는 이에 대하여 어떤 책임을 져야 하는가가 문제로 남는다. P2P 문제의 대표적인 사건인 소리바다사건의 법원의 판시 내용을 살펴보면 소리바다 이용자들의 침해행위에 대하여 소리바다 운영자의 책임을 인정하기 위해서는, i) 여러 상황들을 종합적으로 고려하여 소리바다 운영자들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, ii) 침해행위를 인식하고도 이를 방치하면서 실질적으로 침해행위에 기여하였는지, iii) 소리바다 운영자들이 침해행위를 관리·지배하고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상의 이익을 얻었는지 등을 따져 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 한다고 밝히고 있다.

32) 보다 정확히 표현하면 네트워크로 연결된 개인의 컴퓨터와 개인의 컴퓨터 사이가 될 것이다.

이러한 판단 기준은 미국에서의 기여책임(Contributory Liability) 및 대위책임(Vicarious Liability)의 법리와 유사하다. 저작권에 대한 기여 책임이 인정되기 위해서는 두 가지 요건을 충족해야 하는데, 침해행위에 대한 인식(knowledge)과 침해행위에의 실질적 기여이다. 대위책임은 침해행위를 통제할 수 있는 권리와 능력을 가질 것과 침해행위로부터 직접적인 금전적 혜택을 받았는지를 요건으로 한다.³³⁾

이와 같은 간접침해에 관한 미국의 법리에 대하여 우리법상으로는 민법 제760조에 의한 공동불법행위 중 제3항의 교사·방조에 의한 불법행위가 적용될 수 있다.³⁴⁾ 교사란 타인으로 하여금 불법행위의 의사 결정을 하게 하는 것으로 고의가 필요하며, 방조란 불법행위의 보조적 행위를 하는 것으로 과실에 의한 방조도 인정된다.³⁵⁾ 판결은 소리바다 운영자 책임의 법적 근거에 대하여 구체적으로 언급하지 않았지만, '직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 사정이 있는 경우'에 인정되는 책임은 공동불법행위를 의미하는 것으로 이해하는 것이 적절하다고 본다. 이 경우 소리바다 운영자가 자신의 서비스를 통하여 불법 복제가 이루어진다는 사실을 알고도 저작물이 침해되지 않도록 적절한 조치를 취할 의무를 다하지 않은 것으로 보아 방조가 있다고 볼 수 있는 여지가 있다고 할 것이다.

나. OSP 책임제한 규정의 적용 여부

컴퓨터프로그램보호법은 2002년 12월 개정시에 OSP에 대한 책임제한 규정을 신설하였다. 마찬가지로 2003년 5월에 개정된 저작권법도 동일한 취지의 규정을 신설하였다. P2P 서비스가 온라인서비스로서 이러한 책임제한에 해당할 수 있는지의 여부를 검토해본다.

우선 P2P 서비스 제공자가 법이 규정하고 있는 “온라인서비스제공자”에 해당하는지의 여부를 판단해야 할 것이다. P2P서비스의 유형별로

33) 권영준, “저작권 침해에 대한 온라인서비스 제공자의 책임”, 「인터넷과 법률」(정상조 위음), 현암사, 2000, 70-73면.

34) 권영준, 전제논문, 94면.

35) 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, 220면.

보면 서버가 존재하는 방식의 경우에는, 검색 또는 로그인 서비스를 P2P가 제공하므로 이를 OSP로 볼 수 있는 여지가 있다. 그러나 서버가 존재하지 않는 방식의 P2P의 경우에는 일정한 사람이 제공하는 서비스가 없기 때문에 이를 OSP로 보기 어려운 점이 있다.

소리바다와 같이 서버가 존재하는 P2P 운영자가 OSP에 해당한다고 할 때, 기술적 특성상 복제·전송의 중단에 따르는 면책을 받기는 어렵다고 하겠다. 개별적인 복제·전송에 대하여 일일이 방지하거나 중단시키는 것이 어렵기 때문이다. 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법은 OSP가 '복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우'에 책임을 면제하는 것으로 규정하고 있다.³⁶⁾ P2P 서비스 자체의 폐쇄라는 가능성이 있으므로 이 규정의 적용이 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

한편 이 규정은 보다 명확하게 규정될 필요가 있다고 본다. 개발사에 많은 노력을 기울여 일부나마 통제가 가능하도록 한 서비스는 면책을 받을 수 없는 반면, 처음부터 그러한 기술적 통제수단을 두지 않은 서비스는 기술적 불가능성을 이유로 면책을 받을 수도 있기 때문이다.³⁷⁾

다. P2P 네트워크에 대한 효과적 대응 방안 모색

우리나라는 세계최고수준의 초고속 인터넷망을 가지고 있으며, 이를 이용한 P2P 네트워크 불법 파일공유도 매우 심각하다. 이러한 파일공유는 앞서 검토했던 바와 같이 또 여러 판례들이 밝히고 있는 바와 같이 현행 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 해석으로도 저작권 침해에 해당한다. 문제는 우리 주변에서 너무나 손쉽게 P2P 네트워크에 접근할 수 있어 이것이 불법이라는 점을 인식하면서도 이용이 차단되지 않고 있다는 점에 있다.

따라서 향후 이에 대한 보다 명확한 입법의 필요성이 요구되지만, 그러나 현실적인 집행가능성과 실효성 그리고 공정한 이용의 현저한

36) 컴퓨터프로그램보호법 제34조의3, 저작권법 제77조.

37) 프로그램심의조정위원회, "효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구 (상)", 2004, 228-230면 재인용.

제한이라는 측면을 고려하여, 저작권을 둘러싼 여러 주체 간의 합의를 통한 해결 모색이 바람직하다고 하겠다.³⁸⁾

6. OSP의 저작권침해에 관한 판례

가. 각테일 프로그램 사건³⁹⁾

(1) 사실관계

소프트웨어 벤처기업인 (주)각테일에서 개발한 멀티미디어 제작용 소프트웨어인 '각테일98'이 특정인에 의하여 중앙대 홈페이지의 자료게시판에 업로드되었으며, 한 달 이상 공개된 상태로 다수인이 다운로드받아왔고, 중앙대측은 위 회사의 항의를 받고 즉시 자료실 게시판을 폐쇄하였다. 회사측은 중앙대측이 등록자료의 저작권침해여부를 수시로 확인하여야 할 주의의무를 게을리 함으로써 불법복제를 방치하였다고 주장하면서 3억원의 손해배상을 청구한 사건

(2) 판결요지

가상공간에서 저작권침해의 결과를 발생시키는 자료의 전송 등이 이루어지는 경우 직접침해자가 아닌 제3자가 그 장소와 시설을 제공하고 이용자의 요구에 의하여 이용자의 행위를 매개하여 주는 것만으로 침해에 따른 책임을 지는 것이 아니고, 다만 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 침해행위를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해로부터 직접적인 재산상의 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을만한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 책임을 인정할 수 있다고 판시.

38) 물론 이러한 합의를 통한 해결에도 합의에 도달하는 방법과 절차, 합의된 사항의 이행의 담보 등이 계속하여 문제로 남게 된다.

39) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고, 98가합111554판결.

나. 뮤직월드 사건⁴⁰⁾

(1) 사실관계

원고는 각 음반제작사로서 유명 그룹들과 전속계약을 체결하고 그 뮤직비디오를 기획, 제작한 회사들이고, 피고는 음악관련 파일의 무상공유를 목적으로 하는 웹사이트를 개설, 운영하고 있는 회사인데, 피고의 웹사이트 자료실게시판에서는 인터넷 이용자들이 의하여 원고의 허락 없이 위 뮤직비디오 동영상 파일들이 유통된 사건

(2) 판결요지

i) 피고는 처음부터 이용자들 사이에 음악관련 파일을 무상으로 공유하게 할 목적으로 웹사이트를 개설한 점 ii) 이러한 웹사이트의 특성상 이용자들이 동영상 파일을 비롯한 각종 음악관련 파일들을 빈번하게 업로드하거나 다운로드받게 되는데, 통상적으로 이러한 과정에서 저작권자의 허락을 받지 않은 불법적인 유통의 개연성이 높다는 점 iii) 장시간동안 이러한 행위가 이루어진 사실 iv) 이러한 행위가 저작권법에 위반되는가의 여부에 대한 피고의 노력과 그 검토결과에 따른 필요한 조치를 하지 않은 점 등을 고려하여 볼 때, 비록 피고가 직접 위 동영상 파일들을 복제, 전송하여 원고의 저작권을 침해하지는 않았다고 하더라도, 위 웹사이트를 운영, 관리함에 있어서 이용자들의 저작권침해행위를 알거나 알 수 있었고, 그 동영상 파일들을 삭제하는 등의 필요한 조치를 취할 수 있었음에도 불구하고, 상당기간 동안 이러한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 이용을 용이하게 한 점을 고려 할 때, 이용자들의 저작권침해행위에 대하여 온라인서비스제공자로서 책임을 지게 된다고 판시하였다.

40) 서울지방법원 2001. 8. 24. 선고, 2000가합83171판결.

V. 결어

정보통신망 발달의 결과로 나타나는 부작용(권리침해)을 억제하는 방안으로 무엇보다도 먼저, 국민 개개인의 의식이 개선되어야 하겠지만 모든 사안을 윤리의식만으로 해결될 수 있는 것은 아니다. 그렇기 때문에 정보통신망상에서 정보의 교류가 가능하도록 매개해주는 OSP의 역할의 중요성도 부인할 수 없다고 하겠다. 즉, 정보통신망에서 정보교류의 장을 제공하고 이를 매개해 주는 OSP에게는 그 책임의 성격이 무엇인지는 별론으로 하더라도 자신의 서비스에서 발생하고 있는 불법의 발생을 저지하고 방지하는 노력이 요구되는데, 이는 OSP가 정보통신망에서의 불법복제와 가장 근접한 위치에 있어 이를 가장 효과적으로 차단할 수 있다는 현실적 측면에서도 그러하다.

그러나 OSP의 지위는 불법복제의 방지를 위한 측면에서도, 정보통신산업의 발전을 위한 측면에서도, 그 중요성이 크기 때문에, 이 중 어느 한 측면만을 강조할 수 없다는 데에서 문제 해결에 어려움이 있다. 그렇다 하여 언제까지 미룰 수도 없는 문제이다.

OSP의 법적책임 문제에 대해서 컴퓨터프로그램보호법상의 규정이 없더라도, 해결이 완전히 불가능한 것만은 아니다. 즉, 아직까지 충분한 이론의 정립이나 판례가 축적되어 있다고는 볼 수 없지만 민법상으로는 민법 제760조의 공동불법행위자의 책임에서 3항에 명시하고 있는 방조자를 공동행위자로 보는 것으로 책임을 물을 수 있을 것이며, 형법상으로는 방조범으로 처벌할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

다만, OSP의 개념과 책임의 감면에 관한 규정을 컴퓨터프로그램보호법에 신설하였다는 점은 보다 좀더 명확하게 OSP의 면책되는 사유를 제시했다는 점에서 즉, 법률적 불확실성을 어느 정도 해결하여 주었다는 점에서 그 의의가 있다고 생각된다.

그리고 앞서서도 언급한 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법상에는 OSP의 의무(제34조의2)와 OSP의 책임감면(제34조의3)에 대해서만 규정되어 있을 뿐, 정작 OSP의 책임에 대해서는 구체적인 언급이 없다. OSP의 책임범위에 대해서 아직까지 사회적 합의가 이뤄지지 않아 명확히 규정하기는 어렵지만, 다른 사안에 앞서 프로그램저작권자와 이용

자, 그리고 OSP 등의 이익을 고려한 균형 잡힌 합의를 도출해 나가는
보다 깊은 연구와 노력이 필요할 것으로 생각되어진다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997.
- 박근우, “지적재산권의 침해 및 구제”, 박영사, 2005.
- 손경한, 「사이버지적재산권법」, 법영사, 2004.
- 안기순, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 정보법학 제 6권제2호, 2002.
- 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001.
- 이대희, 「사이버지적재산권법」, ‘WIPO 저작권협약과 사이버저작권’ 법영사, 2004.
- , 「인터넷과 지적재산권법」, 박영사, 2002.
- 이수진, “ISP책임제한법에 대한 검토”, 창작과 권리, 2004.
- 이인석, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임” 한국법학원, 저스티스 67호, 2002.
- 이해완, “콘텐츠 프로바이더의 저작권 침해 사례”, 지적소유권학회, 2001.
- 정상조, 「인터넷과법률」, 현암사, 2000.
- 프로그램심의조정위원회, “미국에서의 프로그램보호법”, 1998.
- 프로그램심의조정위원회, “효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상)”, 2004.

2. 국외문헌

- Kelly Tickle, the Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board Operators for the Copyright Infringement Occurring on their Bulletin Boards, 80 Iowa L. REV. 391, 394-398(1995).
- William O. Ferron Jr., Christopher J. Aley-watson & Michael L.

Kiklis, On-Line Copyright Issues, Recent case law and Legislative changes affecting Internet and Other on-line publishers(Part 1), 79 JPTOS 5, 7-26(1997).

컴퓨터프로그램보호법상의 등록제도에 관한 연구 - 프로그램의 등록을 중심으로 -

디지털법연구소 책임연구원
김형렬

차 례	
I. 서론	IV. 업무의 위탁
II. 프로그램의 등록	V. 기타
III. 비밀유자의무	VI. 결론

I. 서론

컴퓨터프로그램보호법은 저작권법과 마찬가지로 저작권 발생에 있어 무방식주의를 취하고 있다. 따라서 프로그램저작권의 발생에 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다(컴퓨터프로그램보호법¹⁾ 제7조 제2항). 즉, 등록이나 납본 등은 프로그램저작권의 성립 또는 효력발생 요건이 아니다.

그러나 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램(저작권) 공시를 위해 등록 제도를 두고 있는 바, 이는 저작권법의 그것과는 별개의 규정이며, (i) 창작사실의 명확화, (ii) 거래안전의 보호(프로그램저작권 변동에 관한 법률관계를 명백히 함), (iii) 프로그램 이용의 활성화 등을 도모하기 위해 마련된 것이다.²⁾

1) 이하 “법”이라 칭한다.

2) 신각철, 「최신 컴퓨터프로그램보호법(제2개정)」, 법영사, 2001, 198면;
송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대학

이러한 이유로 저작권의 발생에 대하여 무방식주의를 취하는 국가에서도 대부분 저작권등록제도를 규정하고 있다. 다만, 그 법적 효과는 나라마다 조금씩 상이하다고 하겠다.³⁾

우리나라는 컴퓨터프로그램보호법 제3장(법 제23조 내지 제28조)에 등록에 관한 규정을 두고 있으며, 크게 프로그램 등록과 프로그램저작권 이전등록등의 두 종류의 등록이 있다. 그 효과로서는 프로그램 등록의 경우, 프로그램 복제물의 제출이 있는 때에는 등록된 프로그램은 그 등록된 창작연월일에 당해 프로그램이 창작된 것으로 추정된다(법 제24조제2항: 창작연월일 추정효). 프로그램저작권 이전등록등의 경우, 그 변동사항을 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없도록 하였다(법 제26조제1항: 제3자 대항효). 그리고 다른 사람의 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정된다(법 제32조제2항: 과실추정효).

이하에서는 프로그램(저작권)등록 제도 중 '프로그램의 등록'을 중심으로 그 개요와 문제점, 대안 등을 살펴보도록 한다.

II. 프로그램의 등록

1. 의의

등록이란 일반적으로 일정한 사실이나 법률관계를 행정청등에 비치되어 있는 공부에 기재하는 것을 말한다. 그 주된 역할이 당해 사실 또는 법률관계의 존부를 공중에 표시하거나 증명하는데 있다는 점에서는 일면 '등기'와 그 성질이 같이 한다고도 볼 수 있을 것이다. 그러나 등록이 광의로는 등기를 포함하는 개념이라는 점, 등기가 주로 등기소에 비치된 등기부에 기재하는 것을 의미하는 반면 등록은 등기소이외의

교출판부, 1989, 155면; 이철, 「컴퓨터범죄와 소프트웨어보호」, 박영사, 1995, 373면.

3) 오승중, 이해완, 「저작권법(제3판)」, 박영사, 2004, 713면; 이철, 전거서, 374면.

일반 행정청등에 비치된 장부에 기재하는 것을 의미한다는 점 등에서 다르다. 이외에 권리의 성립요건 또는 효력발생 요건, 대항요건 등의 면에서 양자는 다소의 차이가 있다.

따라서 프로그램저작물에 있어 등록이란 당사자의 신청에 의해 컴퓨터프로그램보호법상 소정의 사항에 관하여 정보통신부장관이 관련 프로그램등록부등에 그 사실을 기재하는 것 또는 그 기재된 내용 자체를 말한다고 하겠다.

프로그램의 등록에 대해 컴퓨터프로그램보호법 제23조는 프로그램저작자가 (i)프로그램의 명칭 또는 제호, (ii)프로그램저작자의 국적·실명 및 소재, (iii)프로그램의 창작 연월일, (iv)프로그램의 개요를 정보통신부장관에게 등록할 수 있다고 규정하고 있다. 이 등록은 프로그램의 동일성을 인식하도록 하고, 그 저작자를 분명히 하는 데 주된 목적이 있다.⁴⁾

2. 등록(신청)할 수 있는 자

프로그램저작자는 정보통신부장관에게 프로그램의 명칭 또는 제호, 그의 실명 및 소재, 프로그램의 창작연월일 등을 등록할 수 있다(법 제 23조제1항). 그리고 프로그램저작자가 사망한 경우에는 프로그램저작자의 특별한 의사표시가 없는 한 그의 유언으로 지정한 자 또는 상속인이 등록을 할 수 있다(동조 제2항).

실명 등록등은 성명표시권⁵⁾이라고 하는 인격적요소도 있기 때문에, 등록할 수 있는 자는 저작자와 저작자의 유언으로 지정한 자에 한하는 것이다.⁶⁾

가. 프로그램저작자

4) 오승중·이해완, 전개서, 713면.

5) 일본 저작권법은 '氏名'표시권이라는 용어를 사용한다. 본고에서는 우리 법의 예에 따라 성명표시권이라 번역한다.

6) 中山信弘, ソフトウェアの法的保護(新版), 有斐閣, 昭和63年, 91면.

프로그램저작자는 프로그램을 등록할 수 있다. 프로그램저작자는 당연히 그 프로그램을 창작한 자가 되는 것이 원칙(법제2조제2호)이다. 그러나 예외적으로 컴퓨터프로그램보호법은 법인등(국가·법인·단체 그 밖의 사용자)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램의 경우에는 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인등을 당해 프로그램의 저작자로 한다고 규정하고 있다(법제5조). 따라서 이 경우에는 법인등이 등록할 수 있는 자가 된다. 다만, 법인등의 명의로 등록하더라도 그 신청행위 자체는 법인등의 대표자등이 하게 될 것이다.

프로그램저작자 여부에 대해 일차적으로는 원프로그램이나 그 복제물에 또는 프로그램을 공표함에 있어서 프로그램저작자의 성명(“실명”) 또는 널리 알려진 아호·약칭등(“이명”)이 일반적인 방법으로 표시된 자를 프로그램저작자로 추정한다(제4조제1항). 따라서 미등록 프로그램이라고 하더라도 그 저작자의 실명등이 표시된 자는 프로그램저작자로 추정되며, 이를 뒤집을 반증이 없다면 그는 프로그램을 등록할 수 있는 권리를 가진다고 보아야 할 것이다.

한편, 프로그램저작권 양도 후에도 프로그램저작자가 여전히 등록 가능한지에 대해서는 법문상 분명하지 아니하다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법 제23조가 (i)등록신청자를 프로그램저작권자가 아닌 프로그램저작자로 명정하고 있다는 점(동조제1항본문), (ii)프로그램저작자의 실명은 저작인격적 요소(보다 구체적으로는 성명표시권적 요소)가 내포되어 있어, 프로그램저작권의 양도 여부를 떠나 이를 프로그램저작자 계속 등록할 수 있도록 하는 것이 그 성질상 타당하다는 점, (iii)프로그램저작자의 실명, 프로그램의 창작연월일, 소재 등은 프로그램저작자가 가장 정확히 알 수 있는 개인적인 사실들에 해당하므로 이는 프로그램저작자가 등록하는 것이 적절하다고 이해되는 점(동조제1항각호), (iv)프로그램저작자가 사망한 경우에 대해서만 별도의 등록신청자를 정하고 있다는 점(동조제2항) (v)1997년 개정 저작권법(제51조)에는 “무명 또는 이명이 표시된 저작물의 저작자는 현재 그 저작재산권의 소유에 관계 없이 그 실명을 등록할 수 있다”고 규정하고 있었다는 점⁷⁾ 등을 고려

하건대, 프로그램저작자는 프로그램저작권의 양도 여부를 불문하고 프로그램등록을 할 수 있다고 보여진다.

일본 저작권법은 무명·이명⁸⁾저작물에 대해 저작자가 현재 그 저작권을 가지고 있는지의 여부에 관계없이 실명 등록을 받을 수 있다고 규정하고 있다(일본 저작권법 제75조제1항). 따라서 저작자와 유언지정자는 저작권을 양도한 후에도 등록을 받을 수 있다.⁹⁾ 제1창작연월일 또는 제1공표연월일에 대해서는 저작권자 또는 무명 혹은 이명 저작물의 발행자가 등록 받을 수 있다(동법 제76조제1항)고 규정하고 있다. 프로그램저작물에 대해서는 저작자가 그 창작연월일을 등록 받을 수 있다(동법 제76조의2제1항).

한편, 프로그램저작권자도 프로그램 등록을 할 수 있는지에 대해서는 명확한 규정이 없어 보인다. 다만, 저작권법이 제51조(저작권의 등록)에서 저작재산권자도 창작연월일등을 등록할 수 있도록 하고 있어 이를 프로그램저작물에 원용할 수 있을지에 대한 검토가 필요하다.

이에 대해 프로그램저작물의 등록은 원칙적으로 프로그램저작자가 등록하도록 규정되었으나 저작권자도 등록할 수 있다¹⁰⁾는 견해가 있다. 물론 프로그램저작권자가 프로그램저작자인 경우에는 당연히 인정된다고 볼 것이나, 권리이전을 통해 양자가 동일인이 아니게 된 경우에 문제된다. (i)프로그램저작권이 프로그램저작자로부터 분리 이전된 경우와 (ii)프로그램저작권이 프로그램저작인격권과 프로그램저작재산권으로 분리되어 그 권리의 주체가 각기 따로 존재하는 경우이다. 전자의 대표적인 예는 상속이나 합병에 의해 포괄승계하는 경우와 프로그램저작권을 전부 양도하는 경우일 것이다.

업무상 작성한 프로그램 같이 법인등이 저작자인 경우에 법인등이 설립허가를 취소, 파산 등으로 해산되는 때에는 정관으로 정하는 바에 의하여 그 귀속권리자가 등록할 수 있다고 한다.¹¹⁾

7) 저작자는 저작재산권자가 아니더라도 실명등록 할 수 있으나 저작자가 아닌 저작재산권자는 실명등록을 할 수 없다.

8) 일본 저작권법은 이를 '실명'이라고 쓰고 있으나, 본고에서는 우리 법에 맞춰 '이명'으로 번역한다. 이하 혼용한다.

9) 中山信弘, 전게서, 91면.

10) 신각철, 전게서, 201면.

나. 프로그램저작자의 유언으로 지정한 자 또는 상속인

프로그램저작자가 사망한 경우에는 프로그램저작자의 특별한 의사표시가 없는 한 그의 유언으로 지정한 자 또는 상속인이 등록할 수 있다(법제23조제2항). 그러므로 프로그램저작자가 사망 전에 특별한 의사표시를 하였다면, 예를 들어 등록을 하지 못하도록 한 경우에는 그 의사에 따라 프로그램저작자의 유언으로 지정한 자 또는 상속인이라 하더라도 등록할 수 없다고 할 것이다.

(1) 유언으로 지정한 자

프로그램저작자의 “유언으로 지정한 자”는 등록할 수 있다. 그러나 그 의미가 명확하지 않다. 프로그램저작자가 유언으로 법정상속과는 다른 내용의 유증을 한 경우 그 유증을 받은 자가 자기명의의 등록을 신청할 수 있다는 의미인지, 아니면 단지 등록을 신청할 수 있는 자격이 유언에 의하여 부여되었다는 의미인지가 문제된다. 전자로 이해를 한다면 프로그램저작권의 귀속과 프로그램등록 신청자격과의 분리가 발생하지 않으나, 후자의 경우라면 프로그램저작권의 상속인 또는 수증자에게 속함에도 불구하고 프로그램 등록신청은 제3자, 즉 프로그램저작자가 유언으로 지정한 자가 할 수 있어 양자의 분리가 발생한다. 그러나 양자의 분리를 인정하는 것은 법률관계를 매우 복잡하게 하므로 전자의 의미로 해석하는 것이 타당할 것이다. 따라서 이때의 유증이란 프로그램저작권 자체를 유증하는 경우만을 의미한다고 보아야 할 것이다.¹²⁾ 그러므로 “유언으로 지정한 자”라 함은 프로그램저작권의 유증을 받은 자(수증자)를 의미하는 것으로 해석된다.¹³⁾

한편, 프로그램 등록은 기본적으로 저작인격적 요소를 내재하고 있는

11) 신각철, 전게서, 201면.

12) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 163면; 안효질, “개정 컴퓨터프로그램 보호법의 축조해설, 프로그램심의조정위원회”, 2000, 280면; 오승중·이해완, 전게서, 714면.

13) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 162-163면; 안효질, 전게서, 279-280면.

것이어서 그 등록자와 프로그램저작자간에 인격적 유대관계가 중요시 된다고 볼 수 있다. 그런데 유언으로 지정한 자의 경우는 상속인에 비해 그러한 관계를 인정하기 어려운 경우가 많을 것이다. 따라서 유언으로 지정한 자의 범위가 어디까지 인정될 수 있는지에 대한 의문이 제기될 수도 있을 것이다.

(2) 상속인

프로그램저작자의 유언으로 지정한 자 외에 상속인도 등록할 수 있다. 프로그램저작권은 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있을 뿐만 아니라(법제15조제1항), 상속이 가능한 재산이므로 프로그램저작자가 사망한 경우에는 상속인에게 상속된다. 따라서 프로그램저작권을 상속한 자는 자기의 이름으로 등록을 신청할 수 있다.¹⁴⁾ 그러나 상속인이 원하지 않는다면 등록을 하지 않을 수도 있다고 본다. 물론 그로 인한 불이익은 상속인 본인이 감수해야 할 것이다. 유언으로 지정한 자와 상속인이 경합하는 경우에는 누가 등록신청자가 되는지가 문제될 수 있을 것이다.

다. 등록(신청)의 대리

전술한 바와 같이 프로그램의 등록은 프로그램저작자나 그의 유언으로 지정한 자 또는 상속인이 할 수 있는 것이지만 반드시 그들이 직접 신청하여야 하는 것은 아니고, 대리에 의한 등록신청도 허용된다고 본다.¹⁵⁾ 이는 법 시행규칙이 대리인에 의해 프로그램(저작권)등록을 신청하는 경우에 프로그램(저작권)등록신청서에 프로그램저작자의 위임장(신청인의 위임장 또는 대표자선정승낙서)을 첨부토록 한 것을 통해서도 유추할 수 있다(법 시행규칙 제5조제2항제3호, 제14조제2항제2호). 따라서 프로그램저작자를 대리하여 제3자가 등록신청할 수 있으며,¹⁶⁾ 공동저작프로그램의 경우에는 그 대표자에 의한 등록신청 대리도 가능

14) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 162면.

15) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 163면; 오승종·이해완, 전게서, 714면; 신각철, 전게서, 201면, 안효질, 전게서, 280면.

16) 안효질, 전게서, 280면; 신각철, 전게서, 201면.

하다고 할 것이다.

신고한 프로그램저작권 대리·중개업자(법제20조제2항)¹⁷⁾도 그 업무의 성격상 포함된다고 본다.¹⁸⁾ 다만, 등록의 대리가 프로그램저작권 대리·중개업자에게만 허용되는 것인가라는 문제의 제기가 있을 수 있다. 즉, 업으로서의 대리가 아닌 경우에도 대리·중개업자로 신고하지 아니하면 등록(신청)의 대리가 허용되지 않는가이다. 그러나 등록 대리를 업으로 하는 경우가 아니어서 본법에 의한 신고대상이 아니라면, 변호사법에 어긋나지 않는 한 일반적으로 허용된다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

한편, 지정받은 위탁관리기관²⁰⁾에게도 등록의 대리가 허용되는지에 대해서는 역시 명문의 규정이 없어 의문의 여지가 있으나 허용되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 신탁받은 프로그램(저작권)에 한해서는 달리 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이 역시 업으로 등록대리를 하는 경우일 것이므로 별도의 대리업자 신고가 전적으로 배제될 수 있을지는 의문이다. 더욱이 프로그램(저작권)을 신탁관리하는 마당에 이를 굳이 대리할 필요가 있는지를 고려하면 이를 논할 실익이 거의 없어 보인다. 신탁관리란 수탁자인 위탁관리기관이 대외적으로 권리자가 되어 자신의 명의로 프로그램(저작권)을 관리하는 것이므로 당해 프로그램(저작권)을 자신의 명의로 등록하면 된다고 볼 수 있기 때문이다.

그러나 여기에도 문제는 있다. 일반적으로 신탁관리의 대상은 저작권재산권에 한하며 일신전속적인 성격의 저작인격권은 제외된다고 보고 있으므로,²¹⁾ 그 경우에 저작인격적 요소를 가지고 있는 프로그램저작자의

17) 프로그램저작권의 대리 또는 중개를 업으로 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관에게 신고하여야 한다(컴퓨터프로그램보호법 제20조제2항)

18) 오승중·이해완, 전거서, 714면.

19) 송상현·김문환·양창수, 전거서, 163면; 이철, 전거서, 380면.

20) 저작권법은 “저작권위탁관리업”에 저작권신탁관리업과 저작권대리중개업을 포함시키고 있으나(동법 제78조제2항) 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권의 신탁관리 전문기관을 “위탁관리기관”이라 칭함으로써 위탁관리업을 신탁관리업과 동일한 것으로 볼 뿐만 아니라 대리·중개업과도 포함관계가 아닌 별개인 것으로 다루고 있다.

21) 저작권법 제14조 제1항은 “저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.”라고 규정하고 있어 저작인격권은 저작권재산권과는 달리 양도할 수 없을 뿐 아니라, 신탁법상으로도 특정의 재산권만이 신탁의 대상이 되도록 되

실명등의 등록은 허용될 수 없다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법과 달리 프로그램저작권의 전부를 양도할 수 있다고 규정하고 있고(법 제15조제1항), 여기에 저작인격권도 포함된다고 보면, 그 권리를 모두 신탁·양도받은 자가 당해 권리에 근거해 법 제23조제1항의 ‘프로그램의 등록’을 할 수도 있는지가 문제된다. 그리고 프로그램저작권을 전부 신탁·양도한 프로그램저작자는 더 이상 등록할 수 없는가? 법 제23조제1항및제2항이 프로그램저작자와 그와 특별한 인격적 관계를 맺은 자에게만 프로그램 등록을 허락하고 있다는 점에서,²²⁾ 프로그램저작인격권을 포함하여 모든 프로그램저작권을 신탁·양도받은 경우라 하더라도 수탁자·양수자는 프로그램등록을 할 수 없으며, 프로그램저작권 전부를 신탁·양도한 경우라도 프로그램저작자는 프로그램 등록을 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 저작인격권까지도 신탁·양도된 상태에서 유독 프로그램 등록을 할 수 있는 자격만은 프로그램저작자에게 유보되어 있는 것이 양자간의 신탁·양도 계약의 취지에 부합하는 것인지도 살펴보아야 할 것이다.

참고로 위탁관리기관인 프로그램심의조정위원회의 위탁관리신청서상의 위탁신청 구분 유형에는 신탁관리외에 대리와 중개도 포함하고 있으며, 대리 업무의 성격을 “프로그램저작권자를 대리하여 사용허락 등 거래의 대리를 하는 행위”(이하 “거래대리”)로 규정하고 있다.²³⁾ 그러나 위탁관리기관은 프로그램저작권을 ‘신탁관리’하는 것을 그 업무로 하고 있다는 점에서 구체적으로 어떠한 근거로 당해 대리·중개 업무를 하고 있는지 궁금하다. 그리고 이때의 대리·중개가 신탁관리를 의뢰받은

어 있어 재산권이 아닌 권리는 신탁법상 신탁의 대상이 될 수 없는 점 등에 비추어 볼 때 저작권 중 저작인격권은 성질상 저작권신탁계약에 의하여 수탁자에게 이전될 수 없다 할 것이므로 저작권법 제78조에 의하여 신탁관리 될 수 있는 권리는 저작재산권에 한하고 저작인격권은 신탁관리 될 수 없다 할 것이다; 서울고법 1996. 7. 12. 선고, 95나 41279판결.

22) ‘유언으로 지정한 자’는 ‘상속인’ 보다는 프로그램저작자와 인격적 결합 관계가 약하다고 할 수 있다. 경우에 따라서는 인격적 결합관계와 거의 무관한 자가 될 수도 있을 것이다.

23) 프로그램심의조정위원회, <<http://www.pdmc.or.kr/affairs/trust/from.js>> 참조.

프로그램(저작권)에만 한정되는 것인지, 신탁 의뢰받지 아니한 다른 프로그램(저작권)에 대해서도 대리·중개가 가능한 것이냐가 분명하지 아니하다. 또한 당해 대리가 ‘거래대리’만을 의미하는지 아니면 ‘등록대리’도 포함하는지도 명확하지 아니하다. 그러나 앞서 논한 바와 같이 신탁 관리 대상의 프로그램(저작권)이라고 하더라도 거래대리는 물론 등록대리 역시 별도의 신고없이 허용되지 않거나 거의 현실성이 없다고 보여진다. 그렇다고 한다면 위 프로그램심의조정위원회는 대리·중개업자로서의 신고도 되어 있어야 할 것이다.

3. 등록 사항

프로그램저작자는 정보통신부장관에게 (i)프로그램의 명칭 또는 제호, (ii)프로그램저작자의 국적·실명 및 소재, (iii)프로그램의 창작 연월일, (iv)프로그램의 개요를 등록할 수 있다(법제23조제1항각호). 따라서 프로그램의 등록은 강제사항이 아니다.²⁴⁾ 그리고 우리법이 취하고 있는 무방식주의에 따라 프로그램저작권 발생 요건으로서의 등록을 요하지도 않는다.

가. 프로그램의 명칭 또는 제호

등록은 기본적으로 그 대상의 특징을 요한다. 따라서 프로그램을 특정하기 위해서는 프로그램의 동일성을 식별할 수 있는 핵심 정보가 등록사항으로 포함되어야 할 것이다. 그러한 이유에서 컴퓨터프로그램보

24) 일부 문헌에서는 “소재를 등록하여야 한다”거나 “창작연월일을 등록하여야 한다”는 표현을 사용하고 있으나 이는 엄밀히 살펴보면 적절한 표현이 아니라고 생각된다. 즉, 등록은 ‘할 수 있는’ 선택적 사항이지 ‘하여야 하는’ 강제 사항이 아니기 때문이다. 만약 ‘하여야 한다’는 의미를 담는다면 이는 등록시에 당해 등록사항을 ‘기재하여야 한다’는 의미로 세겨야 할 것이다. 따라서 보다 정확한 표현을 쓰자면 “등록시에 소재를 기재하여야 한다”거나 “등록시에 창작연월일을 기재하여야 한다”로 수정하는 것이 더 올바른 표현이 될 것이다. 그렇지 않으면 마치 우리법상에서 등록이 강제되고 있는 것으로 오해될 소지가 있기 때문이다.

호법은 프로그램의 명칭 또는 제호를 등록사항의 하나로 규정하고 있다. 이는 프로그램저작자의 동일성유지권의 내용 중 하나가 ‘프로그램의 제호’의 동일성 유지라는 점에서도 그 필요성이 인정된다. 명칭 또는 제호는 가급적 해당 프로그램의 특성을 명확하게 파악할 수 있는 용어로 표현하는 것이 바람직할 것이다. 예를 들어 프로그램의 기능이나 그 실행으로 얻고자 하는 “특정한 결과”²⁵⁾를 간명하게 표시하되, 단순히 프로그램의 내용을 일반적으로 나타내는 보통명칭만의 형태가 아닌 고유명칭 또는 그와 결합된 형태의 명칭 또는 제호가 되어야 할 것이다.²⁶⁾

한편, 등록된 명칭 또는 제호가 무단 변경되는 경우에 어떠한 침해를 구성하는지가 문제될 수 있다. 이에 대해 “만일 제3자가 등록된 프로그램의 명칭을 함부로 변경하는 경우에 이는 법 제10조에 의하여 프로그램저작자가 갖는 동일성유지권의 침해를 구성하게 될 것”²⁷⁾이라는 견해가 있다. 그러나 제호등의 무단 변경에 의한 동일성유지권의 침해는 당해 프로그램의 등록 여부와 무관하다는 점에서 굳이 ‘등록된’ 프로그램의 명칭일 것을 요하여야 하는가에 대해서는 동 견해에 의문이 있으며, ‘등록된 프로그램의 명칭’을 ‘프로그램등록부에 기재되어 있는 명칭 그 자체’라는 의미로 해석하는 경우에도 프로그램과 분리되어 있는 명칭 그 자체만의 변경으로 동일성유지권이 침해되었다고 볼 수 있는지도 의문이다.²⁸⁾ 동일성유지권이 문제되는 경우는 당해 저작물과 제호등이 일체적으로 연결되어 있는 경우로 한정하여야 할 것이다.²⁹⁾ 따라서

25) 컴퓨터프로그램보호법 제2조제1호는 컴퓨터프로그램저작물을 “특정한 결과”를 얻기 위하여 컴퓨터안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물로 정의하고 있다.

26) 따라서 “회계관리프로그램”이나 “게임” 등은 여기서 말하는 명칭이 아니다. 등록가능한 명칭이란 예컨대 “게임삼국지”, “원클릭 회계관리” 등이 될 것이다(안효질, 전계서, 280면). 또한 ‘급여관리시스템’ 또는 ‘인사관리시스템’ 등 일반적인 보통명칭이 아니라 고유명사(개인·회사명) 등이 접합된 ‘SK급여관리 5호시스템’ 등으로 명칭과 제호 등을 병행 사용하여 특정시키는 것이 저작자의 권익보호와 이용자들의 편의제공 등 등록제도의 실효를 더욱 증가시킬 수 있다; 신각철, 전계서, 201면; 이철, 전계서, 380면.

27) 안효질, 전계서, 281면.

28) 이에 대해서는 동 견해도 후술하는 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법이나 저작권법에 의한 보호가 어렵다고 밝히고 있다.

등록부상의 명칭 또는 제호의 변경은 동일성유지권 침해의 문제는 아니라고 본다. 또 프로그램의 명칭 또는 제호가 '프로그램저작물에 관한 정보'에 해당하므로 이를 '권리관리정보'로 보아 간접침해의 대상이 되는지도 다투어 볼 수 있으나 이 역시 부적절하다. 왜냐하면, 권리관리정보란 프로그램저작물등에 관한 정보 또는 그 정보를 나타내는 숫자 또는 부호로서 원프로그램 또는 그 복제물에 '부착'되거나 그 실행 또는 전송에 '수반'되는 것(법제2조제8호)을 말하므로, 원프로그램 또는 그 복제물로부터 분리되어 있는 것은 권리관리정보에 해당하지 않는다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 해석에 따라서는 '정보등이 부착 또는 수반되는 것'이 아닌 '부착 또는 수반되는 정보등'³⁰⁾으로도 이해될 수 있으므로 그 경우에는 원프로그램 또는 그 복제물로부터 분리되어 있는 제호 등이라 하더라도 권리관리정보의 무단변경에 따른 간접침해의 문제로 다룰 수 있을 것이다. 결국 명칭 또는 제호의 변경 문제는 프로그램과의 일체적 연결(결합) 관계 여부에 따라 각기 다른 보호방법을 모색해야 할 것으로 생각된다.

현재 컴퓨터프로그램보호법은 정당한 권원없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경한 자에 대해서는 징역 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있다(법제29조제2항, 법제46조제3항제2호). 이는 프로그램저작인격권 중 성명표시권과 동일성유지권을 형사적으로 보호하기 위한 규정이라고 할 수 있다.³¹⁾ 그런데 문제는 당해 규정이 과연 법제10조상의 동일성유지권의 침해만을 그 대상으로 하고 있는지가 분명하지 않다는 점이다. 즉, 프로

29) 제호에 대한 보호는 '내적 보호'와 '외적 보호'로 구분할 수 있고, 전자가 현재 우리 저작권법이 인정하는 보호방법이다. 후자는 타인의 무단 이용으로부터의 보호를 말하는 것으로, 제3자의 서로 다른 저작물이라 하더라도 마음대로 동일한 제호를 붙일 수 없도록 하는 경우가 이에 해당한다. 그러나 양자 모두 저작물과의 일체적 결합(연결)관계를 전제로 한다는 점에서 저작물과 분리된 제호의 보호 문제와는 차이가 있다고 할 것이다.

30) 즉, 부착 또는 수반되어 있는 '정보등'의 그 자체에 보다 큰 의미를 둔 해석이다.

31) 여기에 규정되지 아니한 공표권이나 성명표시권·동일성유지권의 일부에 대한 침해는 민사상의 구제를 받을 수 있을 것이다.

그림과 분리된 명칭 또는 제호, 권리관리정보 등의 경우에도 당해 규정의 적용이 있는가이다. 동일성유지권이 '제호·내용 및 형식'의 동일성유지를 그 내용으로 하고 있음에도 불구하고 법제29조제2항은 '명칭 또는 제호'를 변경 금지대상으로 하고 있을 뿐만 아니라 오히려 법제23조제1항제1호상의 등록사항과 그 내용이 일치하고 있어 등록부상의 프로그램의 명칭 또는 제호의 변경에 대한 금지규정으로도 해석될 여지가 있다는 점에서 이에 대한 재검토가 있어야 할 것으로 생각한다.

이상 살펴본 바와 같이, 프로그램의 명칭이나 제호 그 자체가 적극적으로 컴퓨터프로그램보호법이나 저작권법에 의하여 보호되기는 원칙적으로 어렵다. 다만 어떤 자가 타인의 저명한 프로그램의 명칭과 동일 또는 유사한 명칭을 사용함으로써 혼동을 가져올 염려가 있는 경우에는 부정경쟁방지법및영업비밀보호에관한법률 제2조제1호가목에 해당하여 부정경쟁행위가 될 수 있다.³²⁾ 따라서 고의적으로 타인이 권리를 가지고 있는 프로그램과 혼동을 야기할 우려가 있는 명칭 등을 사용하는 것은 허용되어서는 아니된다³³⁾고 하겠다.

나. 프로그램저작자의 국적·실명 및 소재

당해 등록 사항은 프로그램저작자의 동일성을 인식하도록 하는 데 주안을 둔 규정이다. 또한 프로그램저작권을 양도받거나 사용허락을 얻는 등으로 그에 관하여 이해관계를 맺으려고 하는 자는 이 등록을 통하여 프로그램저작자에의 접근이 가능하게 된다. 그와 같은 프로그램저작자에의 접근이 불가능한 경우에 대하여는 법 제18조가 적용된다고 하겠다.³⁴⁾

(1) 국적

프로그램저작자는 등록시 그의 국적을 기재하여야 한다. 국적은 당해 프로그램저작자가 우리 컴퓨터프로그램보호법상의 보호를 받을 수 있

32) 안효질, 전게서, 281면.

33) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 164면.

34) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 164면.

는 권리능력(권리의 주체가 될 수 있는 법률상의 지위 또는 자격)을 가진자인지를 판별하는 중요한 기준이 된다. 특히 동법 제6조상의 보호받는 외국인의 프로그램에 해당하는지의 여부와 관련하여 그 의의를 가질 수 있다.

그러나 다음과 같은 이유에서 그 의미는 반감된다고 하겠다. 첫째, 국적의 등록이 배른협약상의 외국인 저작물의 보호³⁵⁾를 위한 것이라면 이는 공시적인 의미는 가질 수 있으나 등록여부에 따라 외국인 저작물의 보호가 결정되는 것은 아니므로 이 경우에 그 의의가 크다고 하기는 어려워 보인다. 둘째, 국적을 등록하였어도 창작연월일과 같은 추정력을 인정받지 못하므로 그 효용성 여부가 문제될 수 있다. 셋째, 최근 국가간 이민등이 증가해 국적 변경의 사례가 많아졌고, 이 경우 소재의 변경도 수반하는 바, 국적과 더불어 소재도 변경등록하여야 하는데 그것이 그리 용이한 일이 아니다. 또한 변경등록을 하지 않거나 지체하는 경우, 일부 하자 있는 내용의 등록을 한 경우 등의 처리나 그로 인한 프로그램저작자 또는 이용자 등 이해 관계자의 불이익 등이 문제될 수 있다는 점에서, 국적(또는 소재등)을 등록사항으로 하는 것은 오히려 혼란만 가중할 뿐 아무런 실익이 없다고 주장되어질 수도 있다. 따라서 차라리 이를 등록사항으로 규정할 것이 아니라 단순히 등록시 별도로 기재되는 사항으로만 하여 이를 공시하면 그것으로 족하다고도 볼 수 있는 문제인 것이다. 이에 대해 좀 더 검토되어야 할 것이다.

35) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works
Article 3

(1) The protection of this Convention shall apply to :

(a) authors who are nationals of one the countries of the Union, for their works, whether published or not ;

(b) authors who are not nationals of one of the countries of the Union, for their works first published in one of those countries, or simultaneously in a country outside the Union and in a country of the Union.

(2) Authors who are not nationals of one of the countries of the Union but who have their habitual residence in one of them shall, for the purposes of this Convention, be assimilated to nationals of that country.

(2) 실명

프로그램저작자는 등록시 그의 실명을 기재하여야 한다. 이때 '실명'이란 '성명(또는 이름)³⁶⁾과 동일한 의미가 아니다. 즉, 프로그램저작자는 프로그램이나 그 복제물 또는 프로그램의 공표를 함에 있어서 실명 또는 이명을 표시할 권리인 성명표시권을 가지는데(법제9조제1항), 여기서 성명(또는 이름)은 실명 또는 이명을 모두 포함하는 의미로 쓰이고 있으므로, 실명과 성명은 다르다고 하겠다. 따라서 등록할 수 있는 것은 실명만 해당하며 이명은 등록사항이 아니다.

그러나 저작권법 제51조(저작권의 등록)제1항제1호는 “저작자 또는 저작재산권자의 성명·이명(공표 당시에 이명을 사용한 경우에 한한다)·국적·주소 또는 거소”를 등록사항으로 규정하고 있어, 실명이 아닌 '성명' 또는 이명을 등록할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 1997년법(법률 5453호)에서 '실명'만을 등록할 수 있도록 하였던 것³⁷⁾ 2000년에 현행 규정으로 개정(법률 6134호)한 것이다. 그런데 문제는 동규정에서의 '성명'이 종전의 '실명'을 의미하는 것인지, 만약 '이름'의 의미라면 이명과 의 관계는 어떻게 되는지, 법문 그대로 '성명'으로 받아들이는 경우에 동법 제37조제2항제2호상의 '실명등록'은 그 근거를 어디에서 찾아야 하는지 등이 분명하지 않다는 점이다. 그러나 저작권법도 제12조(성명표시권)에서 성명을 실명과 이명을 포괄하는 의미로 사용하고 있고, 전술한 문제점들을 살피건대, 논리상 저작권법 제51조제1항제1호의 '성명'은 '실명'으로 새기거나 이를 입법적인 차원에서 개정하는 것이 적절해 보인다. 최근 발표된 저작권법 개정안에서도 이를 '실명'으로 수정하고 있다.³⁸⁾ 정리하면, 성명(이름)은 실명만을 의미하는 것은 아니고 이명도 포함하나, 이를 등록할 때에는 반드시 실명으로만 등록하여야 할 것이다.

36) 일부 문헌에서는 성명표시권을 '이름'을 표시할 권리라고 하여 '이름'이라는 용어를 사용하고 있지만, 법문이 '성명'이라는 용어를 쓰고 있으므로 이하 '성명'을 우선하여 사용하도록 하되, '이름'과 혼용한다.

37) 제51조(실명의 등록등) ①무명 또는 이명이 표시된 저작물의 저작자는 현재 그 저작재산권의 소유에 관계없이 그 실명을 등록할 수 있다.

38) 문화관광부, 「저작권법 전문 개정을 위한 공청회 자료집」, (2005.3.8), 58면.

이와 같이 실명을 등록하도록 하고 있는 것은 주민등록 등에 의한 저작자 거소확인 등에 필요하며, 저작권의 변동이나 상속 등과도 밀접한 관계가 있기 때문이며,³⁹⁾ 등록범위를 실명으로만 그 범위를 제한하고 있는 것은 프로그램의 등록이 그 저작자의 이익만을 위한 것이 아니고, 프로그램의 원활한 유통 및 이용을 촉진하기 위한 제도이고, 그것이 본래의 목적을 달성하기 위해서는 특정 프로그램의 동일성을 확인할 수 있는 기준이 필요하기 때문이다.⁴⁰⁾

업무상 창작한 직무 프로그램의 경우에는 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인등이 저작자이므로, 등록 실명은 법인등의 명의로 하여야 하며, 대표자나 개발책임자 또는 개발자 개인(또는 공동)의 명의로 하여서는 아니될 것이다.⁴¹⁾

(3) 소재

프로그램저작자는 그의 소재도 등록시 기재하여야 한다. 그 이유는 이용자가 당해 프로그램을 사용하기 위해서는 프로그램저작자와 접촉하여 프로그램저작권의 양도나 프로그램배타적발행권등의 설정, 프로그램사용허락 등의 계약을 하여야 할 텐데, 이때 그의 소재를 파악하는 것이 필요하기 때문이다. 또한 만약 소재를 알 수 없다고 한다면, 이 경우에 컴퓨터프로그램보호법 제18조제1항상의 프로그램저작권자(프로그램저작자와 프로그램저작권자가 동일인인 경우)의 거소가 불명인 프로그램이 될 가능성이 높고, 그렇다면 프로그램을 사용하고자 하는 자는 프로그램저작권자의 허락없이도 당해 프로그램의 사용이 가능해지므로⁴²⁾ 프로그램저작(권)자의 입장에서는 무단사용 방지나 이용의 활성화, 충실한 권익보호 등을 위해서도 소재를 등록하는 것이 나름의 의의를 갖는다고 할 것이다.

39) 신각철, 전게서, 202면.

40) 안효질, 전게서, 281면.

41) 신각철, 전게서, 202면; 이철, 전게서, 380면.

42) 프로그램저작권자의 사용허락을 받을 수 없는 경우라 하더라도 아무런 절차없이 당해 프로그램을 마음대로 사용할 수 있는 것이 아니라, 정보통신부장관의 승인, 프로그램심의조정위원회의 심의를 거쳐 프로그램저작권자를 위해 보상금의 공탁을 한 후에야 비로서 프로그램을 사용할 수 있다(컴퓨터프로그램보호법 제18조제1항 참조).

여기서 ‘소재’라 함은 민법상의 ‘주소’와 일치되는 개념은 아니며, 프로그램저작권에 관하여 이해관계를 맺으려고 하는 자들이 접근할 수 있는 곳을 의미한다고 하겠다.⁴³⁾ 따라서 프로그램이용자가 프로그램제작자와 실제로 접촉할 수 있는 장소라면 그것으로 족하다고 하겠다.⁴⁴⁾

그러나 몇 가지 의문이 가는 것은, (i) 예를 들어, 법인의 경우에 그 ‘소재’를 법인등록부상의 사무소 소재지만으로 해야하는지, 아니면 실제로 ‘접근’ 또는 ‘접촉’할 수 있는 곳이면 어디든 무방한지이다. 이에 대해 “법인의 경우에는 법인등록부상의 사무소 소재지(민법 제40조제1호)를 의미하는 것”이라는 견해가 있다.⁴⁵⁾

(ii) 그리고 제23조제1항제2호상의 ‘소재’와 제18조제2항상의 ‘거소’의 개념이 어떻게 다른가이다. 이에 대해 입법자는 그의 해설서에서 ‘소재’와 ‘거소’를 혼용하여 쓰고 있다.⁴⁶⁾ 동 해설서에 의한다면 소재와 거소는 차이가 없는 것처럼 보이며, 그렇다면 동일한 개념을 같은 법에서 다른 용어로 규정할 필요가 없을 것으로 생각된다. 참고로 저작권법은 제47조(저작권재산권자 불명인 저작물의 이용)제1항과 제51조(저작권의 등록)제1항제1호 모두 ‘거소’라는 용어를 사용하고 있다. 다만, 후자의 경우에 “주소 또는 거소”를 등록할 수 있도록 하고 있어 ‘거소’와 ‘주소’가 다른 개념임은 분명히 하고 있다. 민법상 ‘거소’란 주소와 같이 생활의 근거가 되는 곳은 아니지만 일정 기간동안 계속하여 사람이 살고 있는 곳으로, 사람과 장소의 밀접한 정도가 주소에 못 미치는 곳을 의미하며, 주소를 알 수 없는 경우에는 거소를 주소로 보고(민법 제19조), 국내에 주소가 없는 자에 대해서는 국내에 있는 거소를 주소로 보고 있다(민법 제20조). 따라서 저작권법은 주소를 알 수 없거나 국내에 주소가 없는 경우 등을 대비해 거소에 관한 규정을 두고 있는 것으로 생각된다. 만약 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법의 취지에 따른다면 컴퓨터프로그램보호법상의 ‘소재’는 “주소 또는 거소”의 의미로 해석될 수

43) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 164면; 오승중·이혜완, 전게서, 714면; 안효질, 전게서, 282면; 이철, 전게서, 380면.

44) 안효질, 전게서, 282면.

45) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 164면

46) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 148면

있을 것이나, 컴퓨터프로그램보호법이 굳이 '소재'라고 표현한 것을 보면 '소재'가 "주소 또는 거소"와 구분되는 개념일 수 있다는 해석도 가능할 것이다.

컴퓨터프로그램보호법상의 '소재'가 전술한 바와 같이 민법상의 '주소'와 일치되는 개념이 아니라고 한다면, 이는 '주소'는 아니지만 유사한 개념이라는 의미인지, '주소'를 제외한 다른 어떤 장소라는 의미인지(예를 들면, 소재=거소), 아니면 '주소'를 포함하는 보다 포괄적인 개념이라는 뜻인지(예를 들면, 소재=주소+거소등), 더 나아가 '접근' 또는 '접촉'할 수 있는 곳이라면 어디든 무방하다는 의미인지, 용어의 통일과 더불어 그 의미를 분명히 할 필요가 있다고 보여진다. 만약 소재를 잘못 이해하여 다른 장소를 기재하게 된다면 이는 허위등록 내지는 부실등록이 되어 불의의 피해를 입을 수도 있기 때문이다. 이에 대한 검토가 있어야 할 것이다.

한편, 소재를 등록사항으로 규정하는 것이 과연 적절한가에 대한 의문이 있을 수 있다. 이는 저작권법이 "국적·주소 또는 거소"를 등록할 수 있도록 한 것에 대해서도 마찬가지이다.⁴⁷⁾ 첫째, 지구촌 시대에 있어 국적이 바뀌는 것은 과거에 비해 빈번한 일이며, 하물며 소재의 경우는 더욱 그러하다. 따라서 등록 후 그 변화가 있을 때마다 변경등록을 하여야 한다면 이는 절차의 번잡성은 물론 계속적인 추가비용의 발생, 변경등록의 해태나 실수 등으로 인한 불이익을 감수해야 한다는 점에서 등록(을 하려는)자에게 그리 매력적인 일이라고는 할 수 없을 것이다. 둘째, 소재를 등록하였어도 법 제24조제2항의 추정력을 인정받지 못하므로 국적과 마찬가지로 그 효용성 여부가 문제될 수 있을 것이다. 이러한 문제점은 저작권법상의 저작권 등록에 있어서도 대동소이하다고 할 수 있을 것이다. 추후 이에 대한 검토도 있어야 할 것이다.

다. 프로그램의 창작 연월일

우리나라는 저작권발생에 있어 무방식주의를 취하고 있으므로, 프로

47) 이에 관해 자세한 것은 허희성, 2000 신저작권법 축조개설(상), 저작권 아카데미, 2000, 457-458면 참조.

그램이 창작된 때부터 프로그램저작권은 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다(법제7조제2항) 그리고 프로그램저작권은 그 프로그램이 공표된 다음 연도부터 50년간 존속하며, 다만 창작후 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작된 다음 연도부터 50년간 존속한다(법제7조제3항). 따라서 창작연월일은 프로그램저작권의 발생시기와 그 존속기간 산정(이 경우 공표시기도 포함)에 있어 기준이 된다. 그런 점에서 당해 프로그램이 언제 창작되었지를 확인하는 것은 매우 중요한 일이다. 이는 창작시기를 둘러싼 분쟁발생시 더욱 그러하다. 그러나 일반적으로 창작이란 매우 개인적이고 비공개적일 수 있어 이를 외부에 객관적으로 입증하기 곤란한 경우가 많을 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 컴퓨터프로그램보호법은 창작연월일등의 등록시에 프로그램 복제물의 제출이 있는 경우에 그 등록된 창작연월일에 당해 프로그램이 창작된 것으로 추정하는 규정을 두고 있다(법제24조제1항, 제2항). 이는 결국 프로그램저작자를 위해 창작시기의 입증책임을 전환한 것이라는 점에서 그 의의가 있다고 하겠다.

일본의 경우는 프로그램에 대해서만 창작연월일의 등록을 받을 수 있도록 하고 있는데, 이는 신규로 인정된 등록제도이다. 프로그램은 공표하지 않는 것이 많고 이 경우에는 제1발행년월일의 등록을 할 수 없기 때문에 특별히 프로그램에 대해서 새롭게 마련된 것이다.⁴⁸⁾

라. 프로그램의 개요

프로그램을 등록하는 자는 등록시에 당해 프로그램의 복제물을 제출하여야 한다(법제24조). 그러나 공중(이용자, 개발자 등)이 당해 복제물 자체를 수시로 복제하여 그 내용이나 특징, 기능 등을 직접 확인할 수 있는 것은 아니다. 따라서 일반 이용자나 개발자 등이 제출된 프로그램의 특징등을 확인할 수 있는 방법은 프로그램등록부상의 등록사항을 통해서이며, 특히 '프로그램의 개요'가 중요한 역할을 담당하게 된다.

등록제도는 창작사실이나 권리변동 사항을 명확히 하고 추정력 또는 대항력을 부여함으로써 프로그램저작자의 보호와 거래안전에 기여하는

48) 中山信弘, 전계서, 92면.

외에 프로그램을 널리 주지시켜 이용을 촉진하거나 동일한 프로그램의 중복개발로 인한 불필요한 경제적 낭비등을 예방하는 기능도 가지고 있다. 프로그램 등록제도가 이러한 기능(특히 이용촉진, 중복개발 방지 기능)을 다하기 위해서는 프로그램의 명칭 또는 제호등의 등록사항만으로는 부족하고 공중으로 하여금 프로그램의 개략적인 특징등을 쉽게 파악할 수 있도록 할 필요가 있다. 이로써 이용자에게는 당해 프로그램의 사용 여부를 결정할 수 있는 보다 구체적인 정보를 주게 되고, 개발자에게는 중복개발로 인한 비용 낭비의 시행착오를 줄일 수 있는 기회를 제공하게 되는 것이다. 또한 신속·용이하게 프로그램의 동일성을 확인하는 데에도 일정한 도움을 줄 수 있을 것이다. 이러한 목적을 위해 마련된 등록사항이 바로 ‘프로그램의 개요’이며, 그 구체적인 내용은 법시행규칙 제6조 별지제4호서식(별첨1)에서 정하고 있다.

프로그램의 개요에는 프로그램종류코드를 비롯해 적용분야, 주요기능(당해 프로그램의 특징, 주요기능, 사용방법, 판매구분-사업용·비사업용), 사용기종, 사용OS, 사용언어, 필요한 프로그램(사용 유틸리티 프로그램등), 규모(line, byte), 기타 사항(상기 사항 이외에 추가적으로 참고 또는 유의해야 할 사항 등을 기재하거나 ‘해당없음’이라고 기재하면 될 것이다)을 기재하여야 한다.

4. 등록 절차

가. 등록(신청) 기간

(1) 의의

프로그램저작자는 프로그램을 등록할 수 있다. 그러나 언제나 등록할 수 있는 것은 아니고 일정한 기간내에 등록을 하여야 한다. 즉, 프로그램의 창작후 1년이 경과한 때에는 프로그램을 등록할 수 없다.(법 제23조제1항단서). 이와 같이 등록기간에 제한을 두고 있는 것은 창작 후 오랜 시간이 경과한 후에 프로그램 등록을 하는 경우에 그 진정성이 문제될 수 있으므로, 창작 후 1년이내에만 등록을 허용함으로써 프로그

램 등록의 신빙성을 확보하고, 추정의 효과를 보다 실효성있게 하기 위함이다.⁴⁹⁾ 즉, 창작 후 시간이 경과될수록 다른 사람에게 도용되거나 무단복제에 의한 무권리자의 부정등록의 위협이 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 조기등록을 유도하기 위한 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 또한 창작은 보호기간 확정의 기초가 되는 것이므로, 창작년월일의 등록을 언제든 할 수 있다고 하는 것은 권리의 안정성을 해하는 것이 되기 때문이기도 하다.⁵¹⁾

(2) 입법례

저작권법상의 저작권등록에는 이러한 기간의 제한이 없다.⁵²⁾ 일본의 경우도 프로그램저작물의 창작년월일에 대해서만 창작 후 6개월이 경과한 경우에 등록받을 수 없도록 하고 있을 뿐(일본 저작권법 제76조의 2), 프로그램의 등록 자체에 대해 이를 제한하고 있지는 아니하다. 다만, 창작연월일에 대해 6개월의 등록기간을 두고 있는 것은, 제1발행이나 제1공표에 대해서는, 저작물의 제공·제시를 받은 자로부터 증명서를 확보하는 등, 그 연월일의 입증이 비교적 용이하지만, 창작연월일을 입증하는 것은 곤란하기 때문에 등록 신청기간을 단기간으로 제한함으로써 신청에 관계된 연월일의 진실성을 높이도록 한 것이라고 한다.⁵³⁾ 미국 역시 등록기간에 대한 제한이 없다. 다만 저작물의 최초 발행 후 5년 이내에 등록증서를 교부받은 경우에만 일응의 추정을 일으키는 증거(*prima facie evidence*)로서의 효력을 인정하고 있다.⁵⁴⁾

49) 김문환, “컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 의견”, 계간 저작권, 저작권심의조정위원회, 1993년 봄호, 13면; 오승종·이해완, 전게서, 715-716면; 안효질, 전게서, 283면.

50) 이철, 전게서, 383면.

51) 中山信弘, 전게서, 94면(각주4).

52) 안효질, 전게서, 283면; 김형렬, 컴퓨터프로그램보호법 해설(저작권 문화학교 교재), 저작권심의조정위원회, 30면.

53) 加戸守行, 저작권법축조강의(제3정신판), 사단법인 저작권정보센터, 평성12년, 406면.

54) 오승종·이해완, 전게서, 716면(각주4); 송상현·김문환·양창수, 전게서, 167면; 이철, 전게서, 375면, 382면; 17 U.S.C. §410(c).

410. Registration of claim and issuance of certificate

(c) In any judicial proceedings the certificate of a registration made

따라서 국내의 입법례만을 참고하더라도, '창작 후 1년'이 경과한 경우에 더 이상 등록할 수 없도록 한 것은 문제가 있어 보인다. 최근 입법예고된 컴퓨터프로그램보호법 일부개정안⁵⁵⁾에 따르면, 창작 후 1년이 경과하여도 프로그램 등록을 할 수 있도록 하되 이 경우 창작연월일의 추정은 미치지 않는 것으로 하는 등 등록 관련 규정을 정비하고 있다.

(3) 학설

학설은 예를 들어 (i)일반저작물에 대한 저작권등록에 대해서는 시간적인 제한이 없는데, 프로그램저작물의 경우는 등록기간을 제한하고 있어 일반저작물과 프로그램저작물간에 부당한 차별을 가하고 있다는 점,⁵⁶⁾ (ii)등록기간의 기준이 되는 창작시기를 프로그램이 작성된 때로 보게 된다면, 이후 오류검사에만 1년이상 걸릴 가능성이 있기 때문에, 그 경우에는 프로그램등록 자체가 사실상 불가능하게 될 것이라는 점,⁽ⁱⁱⁱ⁾제한기간이 짧아 저작자의 등록기회를 불합리하게 제한하고 있다는 점,⁵⁷⁾ (iv)프로그램의 도용이나 무단복제는 짧은 순간에 이루어질 수 있으므로 그와 같은 등록시한의 제한이 실효가 있을지 의문이라는 점, (v)프로그램에 따라서는 창작을 완료한 후에도 시판하기까지 기능의 보완이나 실험운용 등의 과정을 거치거나 비밀유지 등을 위하여 등록을 잠시 유예하는 경우를 예상할 수 있는데 이러한 경우 등록시한의 제한 설정은 등록을 통한 창작정보의 공개기회를 오히려 박탈하는 결과를 초래할 수 있다는 점, (vi)창작 후 1년이라는 기간의 기산점이 되는 창작일에 대하여 등록관청이 실질적 심사권한을 가지고 있지 않는 한 창작 후 1년이란 기간은 신청자에 의하여 자의로 조작될 수 있기 때문에 그 실효성에 의문이 가는 점 등에서 우리나라 프로그램보호법상의 등록기간제한 규정은 입법론적으로 재검토를 요한다고 한다.⁵⁸⁾

before or within five years after first publication of the work shall constitute prima facie evidence of the validity of the copyright and of the facts stated in the certificate. The evidentiary weight to be accorded the certificate of a registration made thereafter shall be within the discretion of the court.

55) 정보통신부 공고 제2005-51호(2005년9월30일).

56) 안효질, 전게서, 283면.

57) 오승중·이해완, 전게서, 716면.

따라서 (i)과연 등록기간을 제한하는 것이 타당한지(등록기간 규정 삭제여부),⁵⁹⁾ (ii)그 경우에 1년이라는 제한 기간이 적절한 것인지, (iii)기간제한 대상이 되는 등록사항을 전체로 할 것인지 일부에 한정할 것인지, (iv)그리고 등록기간을 도과한 경우와 각 등록사항에 대한 추정력 부여 여부 등이 논의되어야 할 것이다.

(4) 기타 검토사항

컴퓨터프로그램호법 제23조제1항단서 규정에 의하면 프로그램은 창작후 1년이 경과한 때에는 등록을 할 수 없다. 따라서 등록기간의 기산점이 되는 창작시기를 결정하는 것이 중요하다. 그런데 문제는 '창작'의 개념이 법문상으로는 명확하지 않다는 점이다. 프로그램을 작성한 단계인지, 테스트를 마친 단계인지, 아니면 상품화한 단계인지 어느 시기를 프로그램을 창작한 때로 볼 것인지를 문제가 있는 것이다. 프로그램을 작성한 때로부터 상품화까지의 기간은 1년이상 걸릴 수도 있으며, 모듈 레벨에서의 등록을 인정하는 경우에 각 모듈의 창작시기와 그 프로그램 전체의 창작시기 간에는 상당한 시간적 차이가 발생할 수도 있을 것이다. 따라서 '창작'의 개념이 중요한 의미를 갖기는 하지만, 그 명확화의 문제는 여전히 숙제로 남아 있다고 하겠다.⁶⁰⁾

이에 대해 학설은 대체적으로 작성된 프로그램의 오류검사를 위한 테스트를 마친 단계를 '창작'한 때로 해석하고 있는 것으로 보인다.⁶¹⁾ 그리고 프로그램저작권의 발생시점의 기준이 되는 창작과 법 제23조에서 말하는 창작을 동일하게 판단하여야 하는가에 대해서는 그렇게 해석할 필요는 없다고 한다. 즉, 프로그램저작권의 발생시점이 되는 창작은 해당 프로그램에 프로그램저작자의 독창성이 나타나 있는 상태면 족하므로, 프로그램이 테스트 과정을 아직 거치지 않았거나 기타 최종 상품화를 위한 단계를 거치지 않았다 하더라도 프로그램저작권은 발생

58) 이철, 전게서, 383면.

59) 이에 대해 앞으로 등록기간의 제한은 입법론적으로 삭제되어야 할 것이라는 견해; 안효질, 전게서, 283면.

60) 中山信弘, 전게서, 92면.

61) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 167면; 이철, 전게서, 382면; 오승중·이해완, 전게서, 716면; 안효질, 전게서, 284면.

하는 반면, 법 제23조에서 말하는 창작은 그 보다는 프로그램이 판매될 수 있을 정도로 완성된 단계인 오류검사 등의 단계를 완전히 거친 단계를 의미하는 것으로 보아야 한다고 한다. 왜냐하면 프로그램은 일반 저작물과 달리 오류검사의 기간이 짧게는 6개월에서 길게는 1년이상 걸리며, 따라서 프로그램의 창작을 오류검사를 거치기 이전 단계로 볼 경우에 프로그램등록은 사실상 불가능하게 될 것이기 때문이다.⁶²⁾

한편, 제23조제1항단서의 등록기간 제한규정이 제26조 프로그램저작권의 이전등록 등에도 그대로 적용될 수 있는지가 의문이다. 법 제26조제2항은 법 제23조를 프로그램저작권 이전등록 등에 준용한다고 규정하고 있어 법문상으로는 등록기간 제한 규정이 프로그램저작권 이전등록 등에도 적용된다고 볼 수 있다. 그럴 경우 (i)프로그램배타적발행권 등의 설정, (ii)프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 이전 또는 처분제한, (iii)프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권을 목적으로 하는 질권의 설정등은 '프로그램의 창작 후 1년' 또는 '해당 사유의 발생 후 1년'이 경과한 때에는 등록할 수 없게 되는 것이다. 그리고 등록하지 못했으므로 당연히 제3자에게도 대항할 수 없게 된다. 이러한 준용이 과연 인정되는 것인지 또는 타당한 것인지에 대한 검토가 있어야 할 것이다.

나. 등록기관

프로그램의 등록은 원칙적으로 정보통신부장관에게 하여야 한다(법 제23조제1항). 즉, 프로그램을 등록하는 자는 프로그램등록신청서(법 시행령제11조)와 더불어 프로그램의 복제물을 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법 제24조제1항). 그러나 정보통신부장관은 법 제27조 및 시행령 제23조 업무(권한)의 위탁 규정에 따라 프로그램의 등록등을 프로그램심의조정위원회에 위탁하고 있다. 또한 프로그램심의조정위원회는 분쟁에 관한 알선·조정을 하는 외에 프로그램저작권 그 밖에 프로그램과 관련된 법 제36조 각호의 사항을 심의하는 기능을 갖는데, 동조제4호 "기타 대통령령이 정하는 사항"이 바로 프로그램의 등록에 관한

62) 안효질, 전게서, 284면.

사항이다(법시행령 제24조제4호). 따라서 프로그램의 등록은 실무적으로는 프로그램심의조정위원회가 전담하고 있다고 하겠다.

다. 프로그램(복제물)의 제출

프로그램 등록을 하는 자는 등록시에 당해 프로그램의 복제물을 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법제24조). 이때 제출하는 프로그램의 복제물은 프로그램을 수록한 시디롬·마이크로필름등의 유형물 1부로 하며, 프로그램내용의 전부를 제출하여야 한다. 다만, 프로그램의 일부만으로도 프로그램의 창작사실을 입증할 수 있을 때에는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 프로그램의 일부를 발췌하여 제출할 수 있다(동법시행령 제18조제1항, 제2항).

여기서 ‘등록시’란 ‘등록 신청시’를 의미한다고 해석된다. 이는 등록이란 권한 있는 자에 의하여 프로그램등록부에 일정사항이 기재되는 것 자체를 의미하는 것이므로, 이때 프로그램의 복제물을 제출하도록 하는 것은 사실상 불가능하기 때문이다.⁶³⁾

이와 같은 절차는 미국 저작권법상의 ‘기탁(deposit)제도’와 일면 유사하다고 할 수 있다. 즉, 미국 저작권법상의 기탁제도에는 강제적 기탁제도(미국 저작권법 제407조)와 임의적 기탁제도(미국 저작권법 제408조)의 두 종류가 있는 바, 전자는 발행저작물(그리고 의회도서관의 사용 또는 관리를 위하여 요구되는 복제물이나 음반)에 대해 납본의무를 부과하고 있을 뿐만 아니라 저작권청장의 납본요구를 이행하지 아니하는 경우에는 벌금등이 부과된다.⁶⁴⁾ 반면, 후자는 발행여부를 묻지 아니하고(즉, 발행 또는 미발행저작물을 대하여) 저작권 등록의 전제조건으로서만 납본을 의무화하고 있다.⁶⁵⁾ 따라서 후자의 경우가 우리나라의 등록제도와 유사한 측면이 있다고 하겠다.

63) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 172면.

64) 17 U.S.C.407(Deposit of copies or phonorecords for Library of Congress) (a), (b), (d).

65) 17 U.S.C.408(Copyright registration in general) (a).

그러나 이에 대해 미국저작권법에서 인정되는 기탁제도와 같은 것이라는 견해와⁶⁶⁾ 미국법은 저작권자 또는 배타적 발행권자의 기탁의무를 규정하여 벌금으로 이를 강제하고 있는 점에서 임의적인 등록시에만 제출을 요구하고 벌금 등으로 강제하는 제도를 가지고 있지 않은 우리나라와 다르다는 견해⁶⁷⁾도 있다. 그리고 우리나라에도 미국과 같은 기탁제도를 도입해야 한다는 논의가 있다고 한다.⁶⁸⁾ 반면, 우리법상의 프로그램(복제물) 제출 규정이 외국입법례에서 발견되는 기탁제도를 도입한 것이라는 견해도 있다.⁶⁹⁾

프로그램(복제물)의 제출과 관련해 문제되는 것은 법 제24조가 프로그램 등록(법 제23조제1항 및 제2항)에 대해서만 프로그램 복제물의 제출을 의무화하고 있고, 창작 후 1년이 경과한 때에 등록되지 아니한 프로그램의 프로그램저작권 이전등록의 경우에는 프로그램 복제물의 제출을 요구하고 있지 아니하다는 점이다.

따라서 프로그램이 등록된 후 그 저작권에 관한 등록을 하는 경우에는 이미 제출된 복제물을 토대로 권리의 객체를 명확히 할 수 있으나 프로그램저작권만을 원시등록하는 경우에 복제물과 같이 창작사실을 증명하는 자료가 없으면 허위의 서류를 작성하여 등록신청하는 경우에는 실질적 심사권한이 없는 등록 공무원이 부실의 등록을 하게 되어 등록의 실효를 거둘 수 없는 우려가 생길 수 있다. 더구나 우리 프로그램보호법이 프로그램등록은 창작 후 1년 이내에 등록하도록 제한하고 있음에 반하여 프로그램저작권의 등록은 그와 같은 기간제한이 없어 창작한 날부터 1년 후 프로그램저작권을 원시등록하는 경우가 많을 것으로 보이는데 이 경우 복제물을 제출하도록 의무규정을 두지 않은 것은 입법의 불비라고 한다.⁷⁰⁾

라. 프로그램 공보, 등록부의 열람, 수수료 등

66) 이철, 전계서, 383면.

67) 오승종·이해완, 전계서, 716면.

68) 오승종·이해완, 전계서, 716면(각주4).

69) 송상현·김문환·양창수, 전계서, 170면.

70) 이철, 전계서, 387-388면.

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램의 등록, 프로그램 공보, 프로그램 등록부의 열람 및 사본교부청구 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다(법 제23조제6항).

우선 프로그램 등록은 정보통신부장관이 프로그램등록부에 기재하여 행하며(법제23조제3항), 서식은 정보통신부령이 정한 서식에 의한다(시행규칙 제6조 별지 제4호 서식).

정보통신부장관은 등록된 프로그램에 대하여 프로그램공보를 발행하여 그 등록사실을 공시하여야 한다(법제23조제4항). 프로그램공보는 2월에 1회이상 발행하되, 프로그램공보를 발행한 후 2월이내에 공고할 사항이 없는 경우에는 그러하지 아니하다(법시행령제13조).

프로그램등록부를 열람하거나 그 사본을 교부받고자 하는 자는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 신청서(열람신청서, 사본교부신청서)를 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법 시행령 제14조, 시행규칙 제7조제1항).

프로그램의 등록을 한 자가 등록사항을 변경 또는 말소하고자 하는 때에는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 신청서를 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법 시행령 제15조). 프로그램등록사항 및 프로그램저작권등록사항의 변경신청서 및 말소신청서는 별지 제6호서식에 의하며, (i)프로그램등록증 또는 프로그램저작권등록증, (ii)등록사항변경의 발생원인을 증명하는 서류 또는 등록사항말소의 원인을 증명하는 서류, (iii)대리인에 의하여 신청하는 경우에는 신청인의 위임장의 서류를 첨부하여야 한다(법시행규칙 제8조제1항 및 제2항각호).

정보통신부장관은 프로그램의 등록을 한 자에 대하여 프로그램등록증을 교부하여야 하며 등록사항의 변경 또는 분실·훼손 등이 있는 때에는 이를 재교부하여야 한다(법 시행령 제16조, 시행규칙 제8조제2항 및 제9조).

프로그램저작권자는 법 제23조의 규정에 의하여 등록한 프로그램의 복제물에 등록사실을 표시할 수 있다(법 시행령 제17조).

프로그램저작권자는 제출된 프로그램복제물의 복제를 정보통신부장관에게 요구할 수 있다(법시행령 제20조, 시행규칙 제12조). 따라서 제출되어 보관중인 마이크로필름 또는 시디롬의 복제는 프로그램저작권자

만이 신청할 수 있다고 할 것이다.

프로그램의 등록, 프로그램등록부의 열람 및 사본교부를 청구하고자 하는 자는 수수료를 납부하여야 한다(법제23조제5항). 다만, 수수료는 정보통신부령으로 정하며 다음(<표> 참조)과 같다(법제23조제6항단서, 법시행규칙 제16조 별표).

<표> 수수료

항 목	수수료
1. 영 제11조의 규정에 의한 프로그램의 등록	1건당: 60,000원
2. 영 제14조의 규정에 의한 프로그램등록부의 열람 (제22조제3항의 규정에 의한 프로그램저작권등록부의 열람을 포함한다)	1회당: 1,500원
3. 영 제14조의 규정에 의한 프로그램등록부의 사본교부(제22조제3항의 규정에 의한 프로그램저작권등록부의 사본교부를 포함한다)	1매당: 1,500원
4. 영 제15조의 규정에 의한 프로그램등록사항의 변경 또는 말소등록(제22조제3항의 규정에 의한 프로그램저작권 등록사항의 변경등록을 포함한다)	1건당: 20,000원
5. 영 제20조의 규정에 의한 프로그램복제물의 복제	1매당: 1,500원
6. 영 제22조제1항의 규정에 의한 프로그램저작권의 등록	1건당: 70,000원

5. 등록의 효과

프로그램이 등록되는 경우에 컴퓨터프로그램보호법은 두 가지의 추정력을 부여하고 있다. 그 하나는 창작연월일(창작사실)의 추정이고 다른 하나는 과실의 추정이다.

가. 창작연월일의 추정

우선, 프로그램을 등록하는 경우에는 프로그램 복제물의 제출이 있어야 하며(법 제24조제1항), 그 제출이 있는 때에 등록된 프로그램은 그 등록된 창작연월일에 당해 프로그램이 창작된 것으로 추정한다(법 제24

조제2항). 그러므로 프로그램의 제출은 등록의 전제조건이 되며, 이를 제출하여야 등록과 더불어 창작연월일의 추정을 받게 되는 것이다. 즉, 등록시에 프로그램 복제물의 제출여부는 등록신청자의 선택사항이 아니며, 프로그램 복제물을 제출한 경우라야 비로서 그 등록된 창작연월일이 추정된다고 할 것이다.

그러나 창작연월일의 추정과 프로그램복제물의 제출의 관계에 대해서는 약간의 혼란이 있는 바, 이에 대해 “창작연월일의 추정을 받기 위해서 프로그램복제물의 제출이 요구되는 것은 아니(다)”라는 견해가 있다.⁷¹⁾ 그러나 동 견해도 그 의미가 명확하지 않아 해석상 난해함이 존재한다. 즉, 보기에 따라서는 ‘프로그램복제물의 제출이 없어도 창작연월일의 추정을 받을 수 있다’거나 ‘프로그램복제물의 제출이 요구되는 것은 창작연월일의 추정을 받기 위한 것이 아니다’ 등으로 이해될 수 있기 때문이다. 전자의 경우라면 법문의 문리해석과 많은 차이가 있어 보인다. 당해 조문은 분명 “그 제출이 있는 때에…추정된다”고 규정하고 있으므로 이를 그렇게 해석하는 것은 무리라고 생각한다. 후자의 경우는 프로그램 복제물의 제출이 창작연월일의 추정을 받기 위해서라기 보다는 등록을 하고자 하는 경우에 강제되는 절차이고, 창작연월일의 추정은 그로부터 발생하는 부수적 효과에 불과하다는 의미로 이해될 수 있다. 그렇다면 동 견해는 창작연월일의 추정이 프로그램 복제물 제출에 의한 직접적인 결과라기보다는 그에 따른 프로그램 등록으로부터 발생하는 효과이므로,⁷²⁾ 엄밀하게는 프로그램 복제물의 제출은 창작연월일의 추정을 받기 위해서가 아니라 등록을 받기 위한 것이라고 말하고 있는 것은 아닐까 한다.

이는 추정력, 대항력 등의 부여가 기본적으로는 등록의 결과 즉, 그 효과로부터 나오는 것이고 프로그램 복제물의 제출은 등록 사항에 진정성을 더함으로써 등록제도를 보다 실효성있게 운영하기 위해 강구되어지는 하나의 수단이라는 점에서는 창작연월일의 추정이 반드시 프로그램복제물 제출의 목적이라고 하기는 어려울 것으로 생각된다. 따라서

71) 안효질, 전계서, 289면.

72) 창작연월일의 추정효과는 엄격하게 말하면, 프로그램제출의 효과라기보다는 프로그램의 등록 자체의 효과로 보아야 할 것이다; 안효질, 전계서, 289면.

법 제24조제2항의 프로그램 복제물의 “제출이 있는 때에는 … 추정한다”는 프로그램 복제물의 제출이 창작연월일의 추정을 받기 위한 ‘요건’으로서 요구된다는 의미로 이해될 수는 있겠으나, 이를 계속하여 등록은 물론 창작연월일 추정효 발생의 직접적인 요건으로까지 두는 것은 다소 번잡스러운 일이라고 생각된다. 프로그램 복제물의 제출은 등록요건으로만 한정하고 창작연월일의 추정효는 등록만을 전제조건으로 발생하도록 단순화 시킬 필요가 있다고 생각한다. 결국 양자 모두 등록제도의 실효성에 기여한다는 점에서는 동일할 것이나, 창작연월일의 추정효는 등록의 활성화를 위한 유인책으로서, 프로그램 복제물의 제출은 등록의 신빙성 확보를 위한 강제수단으로서 그 역할을 다하도록 하는 것이 타당할 것이다. 그것이 등록제도의 취지나 기본적인 틀과도 부합한다고 생각된다.

나. 과실의 추정

프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 고의 또는 과실로 그의 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(법 제32조제1항). 그러나 프로그램저작권자등이 고의 또는 과실을 입증하여 구제받기란 쉬운 일이 아니다. 이에 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권자등에 대한 보호를 좀 더 두텁게 하고자 과실에 대한 입증책임을 전환시키는 규정을 두었다. 즉, 다른 사람의 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정한다(법 제32조제2항). 과실 추정의 효력이 발생하기 위해서는 침해 당시에 이미 프로그램저작권이 등록되어 있어야 한다. 침해가 있는 후에 등록하는 경우(달리 말하면, 등록전에 그 침해가 종료한 경우)에는 그 적용이 없다 할 것이다.

따라서 프로그램(복제물)을 적법하게 취득하여 사용하고 있다고 하더라도 당해 프로그램(복제물)이 다른 사람의 프로그램저작권등을 침해한 것이고 그 전에 이미 등록되어 있었다고 한다면 당해 침해에 있어 과실의 추정을 받게 된다고 하겠다. 그러므로 과실(없음)의 입증의 책임은 피해자(프로그램저작권자등)가 아닌 침해자(프로그램사용자)에게 있

게 된다.

그러므로 과실 추정 규정은 권리자의 입장에서 보면 매력적 요소가 아닐 수 없으며, 결국 프로그램저작자등으로 하여금 프로그램(저작권) 등록을 하도록 하는 유효한 권장 수단이 된다고 하겠다.

여기서 한 가지 의문이 가는 것은 과실 추정 규정이 법 제26조제1항 프로그램저작권이전등의 등록에만 해당되는 것인지 아니면 법 제23조제1항 프로그램의 등록도 포함하여 적용되는 것인지가 분명하지 않다는 점이다. 대부분의 문헌이 '프로그램저작권 등록'이라는 용어로 과실 추정을 설명하고 있으나, 정작 '프로그램 등록' 또는 '프로그램저작권이전등 등록'과는 어떠한 관계인지등 당해 용어의 개념에 대해서는 구체적인 언급이 없다. 컴퓨터프로그램보호법에도 '프로그램저작권 등록'에 대한 명문의 규정은 없다. 저작권법의 경우는 '저작권의 등록' 규정(저작권법 제51조)을 두고 있을 뿐만 아니라 저작재산권자도 저작권의 등록을 할 수 있다.

법문은 "등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등"이라 하였으므로 이를 문리적으로 새긴다면, (i)등 규정은 '프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 등록'의 의미가 될 것이고, 이는 마치 법 제23조제1항의 '프로그램의 등록'은 제외되는 것처럼 보인다. '프로그램배타적발행권등의 등록'은 법 제26조제1항제1호및제2호의 '프로그램배타적발행권등의 설정·이전등록'으로 보는데 큰 무리가 없을 것으로 생각되나 '프로그램저작권의 등록'은 컴퓨터프로그램보호법이 명확히 규정하고 있지 않아 이를 어떻게 이해해야 할지가 문제된다. 우선 법 제26조제1항제2호의 '프로그램저작권 이전등록'을 포함하는 것으로는 볼 수 있을 것이다. 그러나 만약 '프로그램저작권의 이전등록'만을 의미하는 것으로 본다면 원시적으로 발생한 프로그램저작자의 프로그램저작권에 대해서는 등록제도가 공백상태에 놓이게 될 뿐만 아니라 과실 추정의 보호도 미치지 못하게 되므로, 이러한 것들은 등록제도나 과실 추정 규정이 취하고자 하는 바가 아닐 것이다. 따라서 '프로그램저작권의 등록'은 기본적으로 법 제26조제1항 '프로그램저작권의 이전등록등'을 포함하는 것으로 이해된다. 따라서 문제는 '저작물의 등록'과의 관계이다. 이미 전술한 바와 같이 원시적으로 발생한 프로그램저작자의 프로그램저작

권은 법 제26조제1항의 등록 대상에 포함되지 아니하므로 법 제23조제1항의 프로그램 등록에 의하지 아니하면 이를 등록할 방법이 없다. 이 경우의 '프로그램 등록'은 '프로그램저작권 등록'으로 보아야 할 것이다.

그러나 더 나아가 아무런 프로그램저작권을 가지지 아니한 프로그램저작자의 '프로그램 등록'에까지 과실 추정 규정을 적용할 수 있을지는 의문이다. 법 제32조제2항이 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 침해한 경우에만 과실 추정을 하고 있기 때문이다. 예를 들어 프로그램저작권은 일반 저작물의 저작권과는 달리 프로그램저작인격권을 포함한 프로그램저작권 전부를 양도할 수 있으므로 모든 프로그램저작권을 양도한 프로그램저작자에게는 보호대상이 될 아무런 권리도 남아 있지 않기 때문이다. 다만, 프로그램저작권의 경우에도 저작인격권은 양도할 수 없다는 견해에 의한다면 그 경우에는 달리 보아야 할 것이다.

(ii) 다른 한편, 법 제32조제2항의 “등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등” 중 ‘등록’을 ‘프로그램의 등록’과 ‘프로그램저작권의 이전등록등’ 모두를 포함하는 것으로 해석한다면, ‘프로그램저작권의 등록’은 모든 유형의 등록을 의미한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 과실 추정을 받기 위해선 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등이 등록되어 있어야 할 것이다. 따라서 ‘프로그램 등록’을 어떻게 볼 것인가가 또 다시 문제된다. 이에 대해서는 앞에서 설명하였다.

다. 제3자 대항력

프로그램저작권의 이전등은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(법 제26조제1항). 그러나 한 가지 유의하여야 할 것은 저작권에 관한 사항은 이를 모두 등록하여야 제3자에 대하여 대항할 수 있는 것은 아니라는 점이다. 법에 정하여진 저작재산권의 양도·처분 제한이나 질권의 설정·이전 등은 등록하여야 대항력이 발생하지만, 저작권의 원시취득은 등록에 의하여 대외적으로 공시하는 것이 바람직하나, 등록하지 않아도 제3자에 대한 대항력이 있으며, 법령에서 정하지 않은 사항에 대하여는 등록하고자 해도 등록할 방법이 없다.⁷³⁾

6. 등록사항 변경등 등록

프로그램의 등록을 한 자가 등록사항을 변경 또는 말소하고자 하는 때에는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 신청서를 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법시행령 제15조). 프로그램등록사항의 변경등 등록 규정은 프로그램저작권등록부의 프로그램저작권등록사항변경신청등에 관하여 이를 준용한다(법시행령제22조제3항). 프로그램등록사항 및 프로그램저작권등록사항의 변경신청서 및 말소신청서는 별지 제6호 서식에 의한다(법시행규칙제8조제1항). 변경신청서 및 말소신청서에는 (i)프로그램등록증 또는 프로그램저작권등록증, (ii)등록사항변경의 발생 원인을 증명하는 서류 또는 등록사항말소의 원인을 증명하는 서류, (iii) 대리인에 의하여 신청하는 경우에는 신청인의 위임장의 서류를 첨부하여야 한다(법시행규칙 제8조제2항 및 동항각호). 정보통신부장관은 등록사항의 변경이 있는 때에는 이를 재교부하여야 한다(법시행령제16조).

프로그램 또는 프로그램저작권 등록사항의 변경 또는 말소에 대해서는 법률에 명문의 규정이 없다. 다만, 시행령과 시행규칙에 그 근거규정을 두고 있을 뿐이다. 동 규정들을 법률의 근거없이 둘 수 있는지는 의문이다. 그리고 프로그램(저작권) 등록사항 변경 또는 말소 등록의 경우에도 법제23조제1항단서의 등록기간 제한이 준용되는지도 분명하지 아니하다. 준용하는 경우에도 '창작 후 1년'을 '창작 후 1년' 그대로 새겨야 하는지, 아니면 '변경 또는 말소 사유 발생 후 1년'등으로 새겨야 하는지 검토되어야 할 것이다. 그러나 '창작 후 1년'으로 하기에는 부적절한 면이 많아 보인다. 또한 변경등의 등록을 허위로 하는 경우에 법제29조제3항의 적용이 있는지도 명확하지 아니하다. 이에 대한 처벌 규정도 역시 두고 있지 아니하다. 따라서 일단 적법한 등록을 한 후에 이를 허위로 변경등록한다면 과연 이를 어떻게 제재할 수 있는지 의문이다. 다만, 법제29조제3항제3호가 '프로그램저작권의 이전등록등'이라고 규정하고 있어 '등'을 해석함에 있어 변경등 등록을 이에 포함하는 것으로 볼 여지는 있어 보인다. 그러나 이 역시 법제26조와 비교하건대 한

73) 오승중·이해완, 전게서, 444면.

정 열거적인 의미로 규정된 것이고, 형사처벌의 대상이 되는 만큼 죄형 법정주의의 원칙상 이를 예시적 의미로 해석하기 곤란한 측면이 있다고 하겠다. 프로그램(저작권) 등록사항의 변경 또는 말소 등록에 대한 규정을 재정비해야 할 것으로 생각한다.

Ⅲ. 비밀유지의무

1. 의의

법 제24조의 규정에 의하여 제출된 프로그램의 복제물을 관리하는 업무에 종사하는 공무원 및 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 비밀을 다른 사람에게 누설하여서는 아니된다(법제25조). 이는 등록시에 제출된 프로그램 복제물이 부정 유출·도용되는 것을 막기 위해 관리업무에 종사하는 자들에게 비밀유지의무를 부과하고 그 위반에 대해서는 형사상의 처벌을 가할 수 있도록 마련된 규정이다. 그러므로 동규정은 프로그램 복제물 관리자로 하여금 비밀유지의무를 다하도록 유도하고 프로그램저작자가 가질지 모르는 등록으로 인한 불이익의 우려를 제거함으로써 등록제도를 활성화함은 물론 그 실효성을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다.

2. 비밀유지의무

가. '그 직에 있었던 자'의 범위

비밀유지의무를 지는 자는 프로그램의 복제물을 관리하는 업무에 종사하는 공무원 또는 그 직에 있었던 자이다. 그런데 여기서 '그 직에 있었던 자'의 범위가 불분명하다. 즉, 복제물 관리 업무에 종사하였던 자가 과거의 당해 업무를 그만두고 현재는 다른 업무를 맡아 수행하고

있는 경우만을 의미하는 것인지, 아니면 퇴직한 경우까지도 이에 포함되는지가 의문이다. 그리고 각 경우에(예를 들어 퇴직의 경우도 포함한다면, 퇴직 후) 얼마의 기간동안 이러한 의무를 부담하여야 하는지도 명확하지 아니하다. 이미 당해 프로그램의 내용 등이 공개되었거나 상당기간이 경과되어 관련 기술·정보가 보편화 또는 낙후되어 비밀유지의 필요성을 상실된 경우에도 그러한 의무를 계속 저야 하는가의 문제이다. 만약 비밀유지 의무기간을 둔다면 그 기간은 어느정도가 적절하며 그 기준은 누가 판단하고 설정하는지에 대한 검토도 있어야 할 것이다.

나. '직무상 알게 된 비밀'의 범위

비밀 누설의 책임을 묻기 위해서는 '직무상 알게 된 비밀'의 범위가 정해져야 할 것이다. 그러나 현재의 법문만으로는 어디까지를 비밀유지 의무 범위로 보아야 할 것인지가 분명하지 아니하다. 대부분의 문헌은 이 문제를 구체적으로 다루고 있지 아니하며,⁷⁴⁾ 이를 다룬다고 해도 소스코드 형태의 복제물 유출 금지만을 주로 언급하고 있다.⁷⁵⁾ 그러나 과연 비밀유지의무가 당해 소스코드의 누설에만 한정되는 것인지는 의문이다. 컴퓨터프로그램보호법 제25조가 '제출된 프로그램복제물의 소스코드'가 아닌 '직무상 알게 된 비밀'이라고 명정하고 있고, 소스코드의 유출 외에도 기타 관련 정보의 누설로 인해 프로그램저작자에게 손실이 발생할 요인들은 얼마든지 존재할 수 있으므로 '직무상 알게 된 비밀'의 범위를 협소하게 생각할 것은 아니라고 본다.

참고로 판례는 "수뢰죄에 있어 '직무'라는 것은 공무원의 법령상 관장하는 직무행위 뿐만 아니라 그 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다."⁷⁶⁾거나 "뇌물죄에서 말하는 '직무'에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아

74) 송상현·김문환·양창수, 전계서, 174-175면; 신각철, 전계서, 204면; 오승중·이해완, 전계서, 740면.

75) 안효질, 전계서, 289-290면.

76) 대법원 1996. 6. 14. 선고, 96도865판결.

나라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 포함”⁷⁷⁾한다고 판시한 바 있다.

결국 구체적인 사안에 따라 종합적으로 판단할 문제이겠으나, 실제로 있어 중대한 비밀유지의무 위반은 소스코드의 누설이 될 것으로 짐작이 된다. 따라서 본고에서도 소스코드를 중심으로 비밀유지의무를 다루고자 한다.

다. 형태별 비밀누설의 양태

앞서 살펴본 바와 같이 프로그램의 등록을 하는 자가 프로그램의 복제물을 제출할 때에는 프로그램 내용의 전부 또는 일부(프로그램의 일부만으로도 프로그램의 창작사실을 입증할 수 있을 때, 즉 소스코드의 형태인 경우가 이에 해당할 수 있을 것이다)를 발췌하여 제출하여야 한다. 오브젝트 코드 형태로 복제물을 제출하는 경우에는 당해 복제물의 프로그램이 이미 공표되었거나 공표가 예정되어 있어, 누구나 일정한 대가를 지불함으로써 시중에서 얼마든지 구입·사용할 수 있다는 점에서 실제로 당해 복제물 자체를 복제등에 의해 비밀누설하는 사례는 거의 발생하지 않을 것으로 보인다(그렇다고 해도 제출된 복제물에 대한 비밀유지의무는 다해야 할 것이다. 다만, 이 경우에도 그 범위를 어디까지로 볼 것인가가 문제이다). 그러나 당해 복제물(프로그램)이 범용의 패키지형으로 판매되는 것이 아닌 (i)주문형(또는 위탁개발형) 프로그램이거나 (ii)온라인으로 서비스되는 프로그램인 경우(예를 들어, 스트리밍 방식의 소프트웨어 사용 서비스를 제공하는 경우), (iii)프로그램저작자가 계속하여 당해 프로그램을 미공표상태로 두고자 하는 경우 등이라면, 오브젝트 코드 형태로 제출되었다고 하더라도 이는 일반적인 경우와 그 사정에 있어 다소 차이가 있어 보인다. 따라서 이 경우에 비밀유지의무의 의의가 더 크다고도 할 수 있을 것이다.

문제는 소스코드의 형태로 복제물을 제출하는 경우이다. 프로그램 내

77) 대법원 1996. 1. 23. 선고, 94도3022판결.

용의 전부는 물론 그 일부라 하더라도 소스코드가 유출된다면 프로그램의 핵심적인 노하우 내지는 영업비밀적 요소들이 타인에 의해 직접적이고도 용이하게 파악될 수 있어 도용의 우려가 있고, 결국에는 이것이 프로그램저작자에게 막대한 피해를 줄 수 있다는 점에서 소스 프로그램의 안전한 관리가 요구되는 것이다. 그러나 아무리 소스코드 보안에 만전을 기한다고 하더라도 오히려 이를 관리하는 자들에 의해 누설된다고 하면 프로그램 등록제도는 그 신뢰성을 잃고 유명무실해 질 수도 있을 것이다. 이에 컴퓨터프로그램보호법은 비밀유지의무와 공무원의제 규정을 두고, 프로그램 복제물 관리업무에 종사하거나 종사하였던 자에게 공무원에 준하는 의무와 책임을 부과함으로써 비밀이 보다 철저히 유지될 수 있도록 하였다. 그러므로 비밀유지의무는 등록제도의 실효성을 확보하기 위한 수단이라고 할 수 있을 것이다.

라. 프로그램복제물의 관리

정보통신부장관은 컴퓨터프로그램보호법 제24조(프로그램 제출)제1항의 규정에 의하여 제출된 프로그램의 복제물을 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 비밀이 유지될 수 있도록 보관하고 필요한 보안조치를 강구하여야 한다(법시행령제19조). 즉, 프로그램복제물은 봉투에 넣어 봉합하여 보관하여야 하며, 전용보관장소를 지정하여 프로그램복제물보관업무취급자의 출입을 통제하여야 한다(법시행규칙제11조).

3. 비밀유지의무자

비밀유지의무를 지는 자는 프로그램의 복제물을 관리하는 업무에 종사하는 공무원 및 그 직에 있었던 자이다. 그리고 프로그램 등록업무는 원칙적으로 정보통신부장관의 소관사항이므로, 프로그램 복제물 관리등을 포함해 당해 업무에 종사하거나 종사하였던 전현직 정보통신부 공무원이 그 비밀유지의무자가 된다고 하겠다. 그러나 현재 정보통신부장관은 법제27조 및 동법시행령 제23조에 의거 당해 등록업무(권한)를 프

로그램심의조정위원회에 위탁하고 있어, 실질적으로는 프로그램심의조정위원회의 직원이 등록 프로그램의 복제물을 관리하고 있다고 하겠다. 따라서 동위원회 직원의 비밀유지의무 위반 제재를 위한 근거규정을 마련할 필요가 있는 바, 컴퓨터프로그램보호법은 제49조 ‘별칙적용에 있어서의 공무원 의제’ 규정을 두어 프로그램심의조정위원회의 위원 및 직원도 제25조와 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 공무원으로 본다고 하였다(법제49조). 그러므로 프로그램심의조정위원회의 위원 및 직원도 비밀유지의무를 위반하는 경우에 2년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처하는 형사적 처벌(법제46조제2항)을 받게 된다. 친고죄가 아니므로 프로그램저작권자나 프로그램배타적발행권자등의 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있으며(제48조), 양벌규정의 적용을 받는다(제50조). 또한 형법 제129조 내지 제132조의 적용도 있으므로, 그 직원등이 공무원이 아니라도 그 직무에 관하여 뇌물 수수등을 한 경우에는 형법상 뇌물죄에 대한 처벌을 받는다고 하겠다.

IV. 업무의 위탁

1. 개요

프로그램등의 등록 업무는 정보통신부장관이 행한다. 그러나 일정한 경우 정보통신부장관은 당해 업무를 위탁할 수 있다. 이에 관해 컴퓨터 프로그램보호법 제27조는 (i)제23조의 규정에 의한 프로그램의 등록, (ii)제24조의 규정에 의한 프로그램복제물의 접수, (iii)제26조의 규정에 의한 프로그램저작권의 이전등록등의 업무를 대통령령이 정하는 바에 따라 프로그램심의조정위원회에 위탁할 수 있도록 규정하고 있다.

이는 종래 등록업무 위탁에 대해 아무런 규정을 두고 있지 아니하던 것을 2000년 전문개정시 프로그램의 등록·접수 및 저작권 이전등록 등에 관한 권한을 대통령령이 정하는 단체에 위탁할 수 있도록 신설한 것으로부터 연유하며,⁷⁸⁾ 이때 “대통령령이 정하는 단체”라 함은 정보통신부장관이 지정·고시하는 프로그램저작권의 분쟁조정업무와 관련된 단

체를 말하였다.⁷⁹⁾ 따라서 당시에도 프로그램심의조정위원회가 등록 업무를 전적으로 수행하고는 있었으나 현행과 달리 정보통신부장관의 지정·고시의 대상이 되는 선택적 수탁단체의 지위로서 그 업무를 행한 것에 불과하였다. 그러나 이후(2001년 개정법) 프로그램심의조정위원회의 역할과 기능을 강화하고 경영의 안정화를 꾀하는 과정에서 당해 등록 업무를 보다 지속적·체계적·효율적으로 수행할 수 있도록 “대통령령이 정하는 단체에 위탁할 수 있다”를 현행법과 같이 “프로그램심의조정위원회에 위탁할 수 있다”로 개정함과 동시에 시행령(제23조) 역시 “정보통신부장관은 … 다음 각호의 권한을 프로그램심의조정위원회에 위탁한다”로 규정하였다. 이로써 적어도 프로그램등의 등록 업무에 관한 한 프로그램심의조정위원회가 실질적인 전담기관이 되었다고 할 수 있다.

이와 같이 등록업무를 사실상 프로그램심의조정위원회로 일원화한 것은 전술한 이유외에도 등록업무의 특성상 상당한 정도의 전문 지식과 등록행정 경험, 기술 노하우, 인력, 시설(전산실, 자료 보관소 등) 등이 필요하고 이를 충족시킬 수 있는 기관 또는 단체도 현실적으로는 프로그램심의조정위원회가 가장 적절하였기 때문인 것으로 보인다.

2. 위탁업무의 범위

프로그램심의조정위원회에 위탁되는 업무의 범위는 (i)프로그램의 등록, (ii)프로그램복제물의 접수, (iii)프로그램저작권의 이전등록등이다. 여기에 법 제28조 전산정보처리조직에 의한 프로그램등록과 법시행령 제15조 및 제22조제3항에 의한 프로그램(저작권) 등록사항 변경 또는 말소 등록이 포함되는지가 문제된다.

우선 전산정보처리조직에 의한 프로그램등록에 대해서는 법 제27조에 명문의 언급이 없으나 해석 논리상 당연히 포함된다고 보아야 할 것이다. 프로그램등록 사무를 단지 전산정보처리조직에 의해 처리하는 것에

78) 컴퓨터프로그램보호법(전문개정 2000.1.28 법률 6233호) 제27조.

79) 동법 시행령 제23조.

대한 규정이므로 이를 법 제27조각호상의 업무와 별개의 것으로 볼 것은 아니고 당해 업무의 내용에 당연히 내포되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 다만, 법 제28조가 프로그램 등록(프로그램 등록부, 프로그램 공보 포함)에 대해서만 규정하고 있어 프로그램저작권의 이전등록 등 특히, 프로그램저작권 등록부, 프로그램저작권 공보에 대해서도 그 적용이 가능한지가 모호하다. 그러나 이 역시 포함된다고 보아야 할 것이다.

프로그램(저작권) 등록사항 변경 또는 말소 등록에 대해서도 이를 위탁 업무의 범위로 한다는 규정이 없다. 더욱이 관련 내용이 법률이 아닌 시행령에 그 근거를 두고 있어 이 또한 문제된다. 결론적으로는 이 역시 법 제27조의 취지상 포함된다고 보아야 할 것이나, 이후 프로그램 등록기간, 허위 등록 및 그 처벌 등의 규정과 더불어 보다 체계적인 검토가 있어야 할 것으로 생각한다.

3. 용어의 검토

가. 업무(권한)의 위탁: 컴퓨터프로그램보호법상

한편, 법조문과 관련해 현행법은 그 제목을 “업무의 위탁”이라고 하고 있는 바, 이는 동법 시행령이 “권한의 위탁”이라고 하고 있는 것과 차이가 있다. 법령의 개정 연혁을 보건대,⁸⁰⁾ 법률은 2001년 개정시 “권한의 위탁”에서 “업무의 위탁”으로 수정되었음에도 불구하고 시행령은 여전히 “권한의 위탁”이라고 하고 있다. 법률이 굳이 그 제목을 바꾸었다면 나름의 이유가 있을 것이고, 나아가 상위법령의 개정 취지와 형식·내용에 부합되게 하위법령도 적절히 수정되어야 함에도 이를 변경하지 않는 것은 입법상의 실수인지 달리 다루어야 할 특별한 목적이 있는 것인지 분명하지 않다(용어 그 자체만을 놓고 보아도 ‘권한’과 ‘업무’는 다른 의미를 가지며, 어느 정도의 연관성을 인정하더라도 동일하

80) 자세한 것은 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 연혁집 I, 2003, 45면 참조.

다고까지는 할 수 없다). 별다른 이유가 없다면 가급적 용어를 통일하여 다루는 것이 법해석상의 불필요한 혼란등을 방지하기 위해 바람직할 것이다. 그러므로 현행 시행령 제23조의 제목은 법률과 마찬가지로 ‘업무의 위탁’으로 수정하는 것이 일응 적절해 보인다. 다만, 보다 신중을 기하기 위해 행정기관의 소관사무 또는 행정권한의 위임 또는 위탁에 관한 내용을 규정하고 있는 「정부조직법」과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(대통령령)」을 참고할 필요가 있을 것이다. 이에 관해 자세한 것은 후술한다.

나. 행정권한의 위임 또는 위탁: 정부조직법, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정상

행정능률의 향상, 행정사무의 간소화, 행정기관의 권한 및 책임의 일치, 행정 간여 범위의 축소와 그에 따른 민간의 자율적인 행정참여의 기회 확대 등을 위해서는 각종 행정기관의 권한이나 소관사무중 일부를 다른 행정기관 또는 민간에 위임 또는 위탁하는 것이 필요하다. 이를 위하여 「정부조직법」과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(대통령령)」 등이 관련 규정을 두고 있다.

먼저, 「정부조직법(일부개정 2005.7.22 법률 7613호)」에 따르면, 행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다.⁸¹⁾ 또한 그 소관사무중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.⁸²⁾ 그러므로 동법에 의한다면 ‘소관사무의 위임 또는 위탁’ 중 ‘소관사무’를 ‘업무’로 이해하여 이를 다른 법령에서 원용하여도 큰 하자는 없을 것으로 생각된다. 그럴 경우에 프로그램심의조정위원회의 행정기관성 여부를 별론으로 한다면(이에 대해서는 후술) 컴퓨터프로그램보호법상의 “업무의 위탁”이라는 용어의 사용이 부적절하다고만은 할 수 없

81) 정부조직법 제6조제1항제1문.

82) 정부조직법 제6조제3항.

을 것이다.

다음으로 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(일부개정 2005.7.27 대통령령 18966호)」에 따르면, “위임”은 “각종 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임하에 행사하도록 하는 것”을 말하며, “위탁”은 “각종 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임하에 행사하도록 하는 것”을 말한다. 따라서 동규정에 의한다면 컴퓨터프로그램보호법상의 “업무의 위탁”은 오히려 기존의 “권한의 위탁”이 더 타당한 제목인 것으로 보여진다. 그러나 여기에는 몇 가지 해결해야 할 문제점이 있다.

첫째, 프로그램심의조정위원회가 동규정상의 행정기관에 해당하는가이다. 일반적으로 행정기관은 국가 또는 공공단체의 행정사무를 담당하는 기관을 말하며, 그 권한·기능·지위 등에 의하여 행정관청·의결기관·보조기관·자문기관·집행기관·감사기관 등으로 구별된다. 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 따르면 행정기관의 장은 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무와 일상적으로 반복되는 상규적 사무로서 그가 직접 시행하여야 할 사무를 제외하고는 그 권한의 일부(이를 동규정에서는 “행정권한”이라고 칭한다)를 그 보조기관이나 하급행정기관의 장, 다른 행정기관의 장, 지방자치단체의 장에게 위임 또는 위탁하도록 하고 있다.⁸³⁾ 따라서 프로그램심의조정위원회가 행정기관에 해당한다면 ‘행정기관간 위임·위탁’의 대상이 되겠지만 그렇지 않다면 “민간위탁” 여부를 따져 보아야 할 것이다.

둘째, 행정기관이라면 어떤 행정기관인지가 문제된다. 즉, 위임의 대상이 되는 “하급행정기관”인지 아니면 위탁의 대상이 되는 “다른 행정기관”인지가 가려져야 할 것이다. 만약 위임의 대상인 행정기관이라면 컴퓨터프로그램보호법상의 ‘위탁’이라는 용어는 ‘위임’으로 수정하는 것이 적절할 것이다. 일부 문헌에서는 “권한의 위임”이라는 용어를 사용하고 있기도 하다.⁸⁴⁾ 그러나 같은 문단에서 다시 ‘위탁’이라는 용어를 혼용하고 있어 ‘위임’과 그 개념을 명확히 구분하여 사용하고 있는 것

83) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조.

84) 송상현·김문환·양창수, 전게서, 169면, 225면.

같지는 않다.

셋째, 행정기관이 아니라면 민간위탁의 대상이 되는 “지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인”에 해당하는지도 살펴보아야 할 것이다. 민간위탁이란 “각종 법률에 규정된 행정기관의 사무중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 책임하에 행사하도록 하는 것”을 말하며,⁸⁵⁾ 행정기관은 법령이 정하는 바에 따라 그 소관사무중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 (i)단순사실행위인 행정작용, (ii)공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, (iii)특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무, (iv)기타 국민생활과 직결된 단순행정사무를 민간위탁 할 수 있다. 그리고 당해 사무에 대하여 행정기관은 민간위탁의 필요성 및 타당성 등을 정기적·종합적으로 판단하여 필요한 때에 민간위탁을 하여야 한다.⁸⁶⁾ 그러나 민간위탁사무에 관하여는 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한 동규정이 정하는 바에 의하도록 하고 있다.⁸⁷⁾ 그러므로 프로그램의 등록업무가 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 상기의 사무에 해당되는지 여부를 별론으로 한다면, 프로그램심의 조정위원회가 민간법인·단체등에 해당한다고 해도 컴퓨터프로그램보호법에 그 업무 또는 권한의 위탁에 관해 별도로 정하고 있으므로 동규정의 직접적인 적용은 배제될 것으로 보인다.

V. 기타

1. 전산정보처리조직에 의한 프로그램 등록

종래 프로그램 등록업무는 서류에 의한 수작업이 대부분이거나 간접적으로 전산처리에 의한 도움을 받는 것이 일반적이었다. 그러나 프로그램 등록건수가 증가하고 그에 따라 보관·관리·처리되어야 할 자료

85) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제2조제3호.

86) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제11조제1항, 제2항.

87) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제10조.

가 계속 누적됨으로 인해 아날로그적 방식에만 의존해서는 등록 정보의 효율적인 기록·검색·분석·정리 등을 더 이상 기대하기 어렵게 되었다. 이는 결국 등록업무의 비효율성과 더불어 비용의 증가라는 문제를 가져오게 된다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 등록 정보를 보다 신속·정확하게 처리할 수 있는 컴퓨터나 전자적 매체에 의한 업무처리가 요구되었고, 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램등록 사무의 전부 또는 일부를 전산정보처리조직에 의하여 처리할 수 있도록 하는 규정을 두었다(법제28조제1항).

프로그램 등록부 및 프로그램 공보는 전자적 매체로 발행할 수 있으며, 이 경우 “전자적 매체”는 읽기전용 광디스크(예를 들어, CD-ROM) 또는 정보통신망(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조제1항제1호의 규정에 의한 정보통신망을 말한다) 등을 의미한다(법제28조제2항, 동법시행규칙제17조). 정보통신부장관은 전자적 매체로 프로그램 공보를 발행하는 경우에 그 내용을 정보통신망을 이용하여 널리 알려야 한다(법제28조제3항). 전산정보처리조직에 의하여 처리되는 복제물은 전자적 매체를 통하여 보관할 수 있다(동법시행령 제23조의2). 기타 프로그램등록 사무의 처리절차는 정보통신부령으로 정하도록 하고 있으나(법제28조제4항), 아직 이에 대한 구체적인 규정을 두고 있지는 아니하다.

2. 허위등록에 대한 제재

프로그램의 등록은 공시력의 효과로서 등록된 사실은 일단 진실된 것으로서 추정을 받고 있기 때문에 프로그램의 유통의 원활화 등 거래 안전을 위해 매우 중요한 제도이다.⁸⁸⁾

만약 허위의 등록으로 인해 타인이 손해를 입게 되고 이를 제재할 방법이 없다면 등록제도의 실효성에 의문을 갖게 될 것이고 결국 존재의의 자체가 없어지게 될 것이다. 이에 컴퓨터프로그램보호법은 (i)제23조의 규정에 의한 프로그램의 등록, (ii)제24조의 규정에 의한 프로그램

88) 신각철, 전계서, 208면.

의 복제물의 제출, (iii)제26조의 규정에 의한 프로그램저작권의 이전등록 등을 허위로 하여서는 아니된다(법제29조제3항)고 규정하고 이를 위반한 경우에는 1년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

그러나 프로그램저작권 침해의 경우와는 달리 당해 벌칙은 병과대상이 아니다. 또한 친고죄도 아니므로 프로그램저작권자들의 고소가 없이도 공소를 제기할 수 있다. 동 벌칙은 양벌규정에 해당하므로 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 당해 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 벌금형을 과할 수 있다.

허위등록과 관련하여 문제될 수 있는 것은 프로그램(저작권) 등록사항의 변경 또는 말소 등록에 대한 명문의 규정이 없어 이를 허위로 한 경우에 그 제재가 가능한가와 법 제29조제3항제3호의 ‘프로그램저작권의 이전등록등’의 ‘등’을 어떻게 해석할 것인가, 또한 허위등록과 프로그램(저작권) 등록사항의 변경 또는 말소 등록을 현실적으로 어떻게(어떠한 기준으로) 구분하여 처벌할 수 있는가 등이다. 이에 대해서도 검토가 필요하다.

3. 부실등록

‘부실등록’에 대해서는, 저작권의 등록이 대항요건에 불과하고 권리의 발생요건 또는 효력요건은 아니므로 등록이 이루어져도 그것이 실체관계에 합치되지 않을 때에는 그 등록은 그 한도 내에서 무효로 되며, 등록에 공신력도 인정되지 아니하므로 등록을 신뢰하여 저작권의 양도를 받아도 그 저작권을 취득할 수 없는 것으로 해석된다⁸⁹⁾고 한다.

89) 오승종·이해완, 전거서, 449면.

VI. 결론

이상 저작물의 등록에 대해 살펴보았다.⁹⁰⁾ 마지막으로 결론을 대신하여 향후 좀 더 검토되어야 할 몇 가지 문제점을 다루고자 한다.

첫째, 등록부의 이원화 문제이다. 현재 컴퓨터프로그램보호법상의 등록부는 프로그램등록부(법 제23조제3항), 프로그램저작권등록부(법 제26조제2항) 2가지가 존재한다. 이와 같이 등록부가 이원화 되어 있는 경우에는 여러 가지 문제점이 발생할 수 있다.

예를 들어 프로그램권리자에게 이중의 부담을 주게 되고 등록기관의 사무도 복잡해질 뿐만 아니라, 두 등록부 사이에 창작자의 기제가 서로 다른 경우에 어떤 등록부의 기제를 믿을 것인가 하는 등의 법률상의 문제 또는 분쟁이 발생할 소지가 있다.⁹¹⁾

따라서 차라리 프로그램에 관하여는 입법론적으로 하나의 등록부를 두고, 부동산등기와 마찬가지로 그 사항란을 나누어 (i)프로그램의 동일성을 인식하기 위한 '표제부', (ii)프로그램저작권의 이전 또는 처분제한에 관한 '갑구', (iii)프로그램저작권을 목적으로 하는 질권에 관한 '을구'를 두는 방식으로 등록부를 일원화하는 것이 바람직하다는 견해가 제시되었다.⁹²⁾

반면, 이미 등록부가 이원화된 체제로 지속되어 온 상황에서 새로 일원화하는데 따르는 비용을 생각하면, 반드시 개정입법을 하여야 할지에 대하여 숙고해 볼 필요는 있다는 견해도 있다.⁹³⁾

참고로 일본의 경우는 등록부가 일원화되어 있어 프로그램등록과 프로그램저작권등록이 동일한 절차와 방법에 의하여 행하여지고 있다.⁹⁴⁾ 즉, 실명의 등록, 제1발행연월일등의 등록, 창작연월일의 등록, 저작권의 등록을 모두 저작권등록원부에 기재하도록 규정하고 있다(일본 저작권법 제78조제1항).⁹⁵⁾

90) 프로그램저작권의 이전등록등에 대해서는 다른 기회에 다루도록 한다.

91) 이철, 전계서, 385면; 오승중·이해완, 전계서, 717-718면.

92) 송상현·김문환·양창수, 전계서, 176면; 이철, 전계서, 386면; 오승중·이해완, 전계서, 718면.

93) 오승중·이해완, 전계서, 718면(각주2).

94) 이철, 전계서, 387면.

향후 등록부의 일원화 필요성 여부에 대한 검토가 있어야 할 것이다. 둘째, 과실추정의 타당성 문제이다. 법 제32조제1항 및 제2항은 손해 배상청구(요건)와 관련해 등록된 프로그램저작권등을 침해할 경우에 과실 추정을 해 주고 있다. 이는 프로그램저작권자의 보호 강화와 등록제도의 활성화 등을 위해 유용한 수단이 된다고 할 수 있다. 그러나 특허권과 같이 실제적 심사와 등록을 거쳐 권리가 발생하고 이를 공시함으로써 당해 권리에 대한 유효성이 간주(또는 추정)되는 경우라면 과실추정에 의한 입증책임 전환이 나름의 의의가 있다고 보여지나,⁹⁶⁾ 무방식주의 하에서 당해 권리의 유효성 여부를 가릴 아무런 절차도 없이 발생한 상대적 독점권(또는 모방금지권)⁹⁷⁾에 불과한 프로그램저작권에 대하여 과실추정의 규정을 두는 것이 과연 적절한가에 대한 의문이다. 이에 대한 논의도 있어야 할 것이다.

셋째, 등록의 강제화 문제이다. 우리나라는 프로그램저작권에 대해서도 무방식주의를 취하고 있으므로 등록을 강제하고 있지 아니하다. 만약 권리발생요건으로 등록등을 강제한다면 이는 우리나라가 가입하고 있는 배른협약에 위반하는 것이 된다. 그러나 권리관계의 명확화와 거래의 안전을 위해 프로그램저작권의 이전등록등을 강제한다면, 예를 들어 프로그램배타적발행권등을 경우에 이를 설정등록하지 아니하면 효력이 발생하지 않는 것으로 규정한다면 과연 이것이 무방식주의와 배른협약에 위배되는 것인지가 의문이다. 이에 대해 등록제도의 장래 개선책으로서 프로그램의 기술적 성격을 중시하여 등록과 제출을 의무화를 고려해 볼 필요가 있다는 견해가 있다.⁹⁸⁾ 이에 대한 검토도 있어야 할 것이다.

넷째, 등록제도의 실효성 여부의 문제이다. 이것은 기본적으로 등록제도가 실효를 거둘 수 있는가에 대한 우려에서 시작된다. 즉, 등록에는

95) 이철, 전계서, 385면; 오승종·이해완, 전계서, 718면(각주1).

96) 이에 관해 자세한 것은; 신재호, “지적재산의 보호방법론에 관한 연구-특허법적 보호방법과 저작권법적 보호방법을 중심으로”, 한양대학교 박사학위논문, 2004, 71-73면, 93-94면; 오승종·이해완, 전계서, 520-521면; 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004, 202면 참조.

97) 이에 대한 것은; 송영식·이상정, 「저작권법(제3판)」, 세창출판사, 2003, 118-119면; 오승종·이해완, 전계서, 520면(각주1) 참조.

98) 송상현·김문환·양창수, 전계서, 157-158면.

비용과 노력이 드는 데다가, 등록을 하지 않는다고 하더라도 그로 인하여 불이익이 별로 발생하지 않기 때문이다. 특히 프로그램의 경우에는 그 무단복제등의 부정사용이 극히 용이하므로 이를 제3자에게 공개한다는 것 자체가 이미 그와 같은 부정사용을 당할 가능성을 높이게 된다. 따라서 프로그램의 경우에는 등록을 더욱 기피하게 될 것⁹⁹⁾이라는 점에서 등록제도의 실효성 여부에 의문이 제기되는 것이다. 만약 현행 등록제도에 중대한 문제점이 존재한다면 이를 개선하기 위해 적극개편¹⁰⁰⁾하는 방안도 고려될 수 있을 것이다. 그러나 신중을 기하여야 할 것이다.

99) 半田正夫, 저작권법 개설(제10판), 一粒社, 평성13년. 284면; 송상현·김문환·양창수, 전게서, 160면.

100) 등록제도 개편과 관련해 일본에서는 폐지여부까지도 논한 사례가 있다; 半田正夫, 전게서, 285면 참조.

[참고문헌]

1. 국내문헌

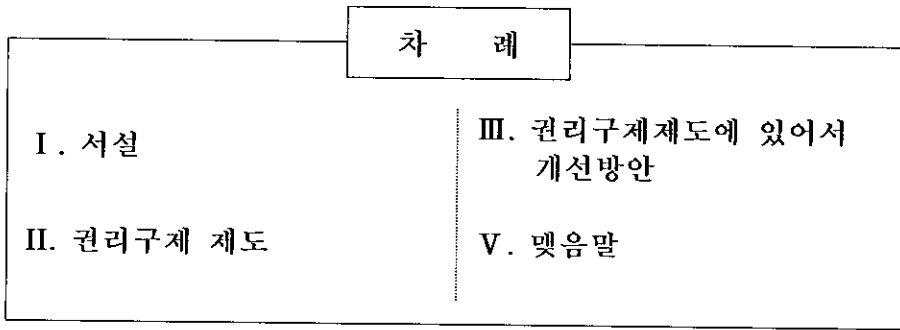
- 김문환, “컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 의견”, 계간 저작권 보호, 저작권심의조정위원회, 1993.
- 김형렬, 컴퓨터프로그램보호법 해설(저작권 문화학교 교재), 저작권심의조정위원회, 2003.
- 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법축조연구」, 서울대학교출판부, 1989.
- 송영식·이상정, 「저작권법(제3판)」, 세창출판사, 2003.
- 신각철, 「최신 컴퓨터프로그램보호법(제2개정)」, 법영사, 2001.
- 신재호, “지적재산의 보호방법론에 관한 연구-특허법적 보호방법과 저작권법적 보호방법을 중심으로”, 한양대학교 박사학위논문, 2004.
- 안효질, 개정 컴퓨터프로그램보호법의 축조해설, 프로그램심의조정위원회, 2000.
- 오승중, 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2004.
- 이철, 「컴퓨터범죄와 소프트웨어보호」, 박영사, 1995.
- 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004.
- 허희성, 2000 신저작권법 축조개설(상), 저작권아카데미, 2000.
- 문화관광부, “저작권법 전문 개정을 위한 공청회 자료집”, 2005.
- 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 연혁집 I, 2003.

2. 국외문헌

- 半田正夫, 저작권법 개설(제10판), 一粒社, 평성13년.
- 中山信弘, ソフトウェアの法的保護(新版), 有斐閣, 昭和63年.
- 加戸守行, 저작권법축조강의(제3정신판), 사단법인 저작권정보센터, 평성12년.

컴퓨터프로그램저작권자 등¹⁾의 권리구제

경희대학교 법과대학 박사수료
정충원



I. 서설

1986년 컴퓨터프로그램보호법 제정 이후 컴퓨터프로그램의 보호가 커다란 사회적 이슈가 되어 왔으며 외국의 통상압력에 의하여 여러차례 보호를 강화하는 방향으로 컴퓨터프로그램보호법이 개정되어왔다.²⁾ 특히나 우리나라는 다른 나라의 입법례가 컴퓨터프로그램을 저작물의 하나로 보아 저작권법에서 이를 보호하고 있음과는 달리 컴퓨터프로그램보호법이라는 별도 입법을 제정하여 컴퓨터프로그램을 보호하고 있다.³⁾

- 1) 컴퓨터프로그램보호법 제4장 권리의 침해에 대한 구제편에서는 침해의 상대방과 침해구제의 주체로서 '컴퓨터프로그램저작권자'와 '컴퓨터프로그램배타적발행권자 등'을 규정하고 있다. 따라서 본고에서는 '컴퓨터프로그램저작권자'와 '컴퓨터프로그램배타적발행권자 등'을 합하여 '컴퓨터프로그램저작권자 등'이라고 칭하기로 한다.
- 2) 제정 이후 일부개정(1989,1993,1994,1995,1998,2001,2002)과 전문개정(2000)등 총8차례의 개정을 하였으며, 현재 2005. 9. 30일 9차 개정법률안이 정보통신부에 의해 입법예고 되어 있는 상황이다.

컴퓨터프로그램저작권은 컴퓨터프로그램을 창작한 자에게 주어지는 독점적, 배타적 권리인데 그 구체적인 권리의 내용은 저작인격권의 성질을 가지는 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권과 저작재산권의 성격을 가지는 복제, 개작, 번역, 배포, 발행 및 전송할 권리 등으로 구성되어 있다.⁴⁾ 또한 컴퓨터프로그램배타적발행권 등이라 함은 컴퓨터프로그램 저작권자가 다른 사람에게 그 저작물에 대하여 독점적으로 복제하여 배포 또는 전송 할 수 있도록 설정한 배타적 권리를 뜻한다.⁵⁾⁶⁾

이러한 내용의 컴퓨터프로그램저작권 등⁷⁾의 침해는 유체물을 객체로 하는 소유권 등의 침해와는 달리 침해행위가 언제 어디에서든지 실행 가능한 반면 저작권자는 침해에 대해서 물리적인 방어책을 쉽게 마련할 수가 없어서 권리침해가 비교적 이루어지기 쉽다고 할 수 있다. 따라서 이곳에서는 현행법상 컴퓨터프로그램저작권자 등의 권리침해에 대한 구제 방법과 그 개선 방안들에 대해서 살펴보고자 한다.

II. 권리구제 제도

1. 민사적 구제

컴퓨터프로그램저작권 등의 침해에 대한 민사적 구제방법으로는 크게 침해정지청구⁸⁾ 및 예방청구권과 손해배상청구권으로 나눌 수 있다.

- 3) 한국, 중국, 브라질과 같이 저작권법 원리에 따라 보호하되 별도의 입법을 하여 보호하는 나라도 있지만 대부분의 경우는 기존의 저작권법을 약간 개정하거나 아니면 판례이론에 의하여 저작권법을 컴퓨터프로그램에 대하여도 적용하는 방법을 채택하고 있다.
- 4) 컴퓨터프로그램보호법 제7조.
- 5) 컴퓨터프로그램보호법 제16조.
- 6) 이것은 2000년도 개정 이전의 컴퓨터프로그램보호법에는 없었다가 2000년의 개정법에서 '컴퓨터프로그램배타적발행권'만 신설규정으로 도입되었고 그 후 2002년 개정에서 배타적 전송권을 포함하여 '컴퓨터프로그램배타적발행권 등'에 관한 규정으로 개정된 것이다.
- 7) 본고에서는 컴퓨터프로그램저작권과 컴퓨터프로그램배타적발행권 등을 합하여 컴퓨터프로그램저작권 등이라고 칭하기로 한다.
- 8) 특허법 등 산업재산권법에서는 금지청구권으로 되어 있으나 저작권법, 컴퓨터프

전자는 현실의 침해가 존재하는 경우와 침해의 우려가 존재하는 경우에 인정되고 후자는 가해자에게 고의 또는 과실이 있을 것을 요건으로 한다.

가. 침해 정지 및 예방 청구권

(1) 의의

컴퓨터프로그램보호법은 “프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 그의 권리를 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다.”라고 규정⁹⁾하여 컴퓨터프로그램저작권자 등에게 침해정지청구권과 침해예방청구권을 인정하고 있다. 컴퓨터프로그램저작권 또는 컴퓨터프로그램배타적발행권 등은 물권과 유사한 절대권이어서 컴퓨터프로그램을 배타적으로 지배할 수 있는 권리로서 그 원활한 지배 상태가 침해될 때에는 그 침해행위를 정지시킬 수 있도록 하기 위하여 컴퓨터프로그램저작권자 또는 컴퓨터프로그램배타적발행권자 등에게 물권적 청구권에 상응하는 권리를 부여한 것이다.¹⁰⁾

이러한 침해정지 및 예방청구권은 권리침해자의 책임추궁을 목적으로 하기보다는 현재 발생하고 있거나 또는 발생할 위험이 있는 권리침해의 상태 그 자체를 제거하도록 하는 성격의 것이다.¹¹⁾

(2) 청구권자

컴퓨터프로그램보호법상 침해정지 및 예방청구권자는 컴퓨터프로그램저작권자와 컴퓨터프로그램배타적발행권자 등이다. 그런데 컴퓨터프로그램저작권자가 컴퓨터프로그램배타적발행권 등을 설정한 때에는

로그그램보호법 및 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률에서는 정지청구권으로 되어 있다. 양자 사이에 권리내용에 차이가 있는 것은 아닌 듯 하고 일반적으로 금지청구권으로 부르고 있기도 하나 본고에서는 법문에 충실하기 위하여 그대로 정지청구권이라 하기로 한다.

9) 컴퓨터프로그램보호법 제31조 제1항.

10) 안효질, 「개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원회, 2001, 145면.

11) 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2005, 533면에서 재인용.

그 범위안에서 스스로 프로그램저작권을 실시할 수 없는데, 제3자가 그 배타적발행권 등을 침해하였으나 배타적발행권자 등이 정지청구권 등을 행사하지 않고 있는 경우에 저작권자가 정지청구권 등을 행사할 수 있는가에 대해서 의문이 있을 수 있다. 독일에서는 독점적 라이선스와 관련하여 이 문제를 논하고 있는데 그 중 일부견해에 의하면 독점적 라이선스를 설정하였다 하더라도 저작권자는 항상 모권의 소유자로서 스스로의 침해정지 및 손해배상청구권을 갖는다고 한다. 물론 그 전제 조건은 저작권자가 청구권의 행사에 대하여 자신의 고유한 경제적 또는 정신적 이익을 갖고 있어야 한다. 그러나 반대의 견해에 따르면 저작권자가 독점적 라이선스를 설정한 이상 그 범위내에서는 저작권자의 침해정지청구권 및 손해배상청구권은 인정되지 않는다고 한다. 이 견해에 따르면 이 경우 저작권자의 고유한 경제적 또는 정신적 이익은 아예 존재할 수 없다고 한다.¹²⁾ 사견으로는 전자의 견해가 타당하다고 생각한다.

(3) 청구의 상대방

현실적으로 침해를 하고 있는 자 또는 침해할 우려가 있는 자이다. 법인이나 단체에 의한 침해의 경우에는 원칙으로 대표자가 침해상대방이 되며 침해행위가 수인에 의하여 공동으로 행하여지고 있는 경우 또는 침해행위가 서로 다른 형태의 과정으로 세분되어 행하여지고 있는 경우에는 그 모두가 상대방이 될 수 있다.¹³⁾

(4) 요건

침해정지청구권은 현재 권리를 침해하고 있는 자에 대해 침해의 정지를 구하는 것을 내용으로 하는 것이므로 권리침해가 현존하고 있을 것을 요한다고 하겠다.¹⁴⁾

침해예방청구권은 권리침해가 아직 발생하고 있지는 않지만 가까운

12) 안효길, 앞의 책, 146면.

13) 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005, 688면.

14) 따라서 프로그램을 무단복제하여 판매가 이미 종료된 경우에는 이 권리를 행사할 수 없게 된다.

장래에 발생할 우려가 있는 경우에 그 예방조치 등을 구할 수 있음을 내용으로 한다. 법문의 “침해할 우려”라고 하는 것은 침해될지도 모르겠다는 가능성이 존재한다는 것만으로는 족하지 않고 침해행위가 이루어질 가능성이 비정상적으로 높은 경우여야 한다고 해석되고 있다.¹⁵⁾ 예를 들면 프로그램을 무단복제하기 위하여 준비(CD복제기 등을 갖추고 있는 경우)가 실제로 이루어지고 있는 경우 등이 ‘침해할 우려’에 해당한다고 하겠다. 침해예방청구권은 특히 폐기청구권과 함께 하는 경우 그 상대방에게 미치는 영향이 매우 크기 때문에 침해의 위험은 지나치게 쉽게 인정하여서는 안된다.¹⁶⁾

또한 침해예방청구권은 반드시 그 전에 침해행위가 있었음을 그 요건으로 하지는 않으나 과거에 있어서 침해행위가 여러 번 반복되어 왔다면 ‘침해의 우려’가 있다고 인정해도 좋은 경우가 많다고 할 수 있겠다.

침해의 정지 및 예방청구권에 대하여는 손해배상청구권과는 달리 주관적 책임요건으로서의 침해자의 권리침해에 대한 고의나 과실을 요하지 않는다는 점이 특징이다. 예를 들어 프로그램저작권이 아직 소멸하지 않았는데 소멸된 것으로 믿고 프로그램을 이용하는 경우에도 침해정지 청구권을 행사할 수 있다.

한편, 저작권법은 장래의 침해위험에 대하여 침해의 예방 이외에 손해배상의 담보를 청구할 수 있음을 규정¹⁷⁾하고 있는데 컴퓨터프로그램보호법에는 이에 대한 언급이 없다. 그러나 프로그램저작권의 침해위험이 존재하는 경우에도 컴퓨터프로그램보호법 제45조¹⁸⁾에 따라 손해배상의 담보청구가 가능하리라고 보여 진다. 침해의 예방과 손해배상의 담보는 중첩적으로 청구할 수는 없으며 어느 하나만을 선택하여 청구할 수 있을 뿐이다.¹⁹⁾

15) 오승종·이해완, 앞의 책, 534면에서 재인용.

16) 안효질, 앞의 책, 147면.

17) 저작권법 제91조 제1항.

18) 제45조(다른 법률과의 관계) 이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다.

19) 안효질, 앞의 책, 148면.

나. 폐기청구권

컴퓨터프로그램저작권자 등은 정지 및 예방청구권을 행사하는 경우에는 침해행위에 의해 만들어진 물건의 폐기와 침해행위에 제공된 도구 등의 폐기나 기타 침해를 예방하는데 필요한 조치를 할 것을 함께 청구할 수 있다.²⁰⁾ 위와 같은 물건이나 도구를 소지하는 것은 프로그램 저작권자의 침해는 아니지만 침해의 가능성이 극히 높으므로 정지청구권 등의 실효성을 확보하기 위하여 인정된 것이다.

폐기청구권은 독자적인 청구권은 아니고²¹⁾ 침해정지 또는 침해예방 청구권에 수반하여 인정되는 권리이므로 침해정지청구소송의 제기와 동시 또는 그 이후에 하여야 한다.

주의할 것은 우리 저작권법에서는 침해행위에 의하여 만들어진 물건만을 폐기청구의 대상으로 규정²²⁾하였기 때문에 침해행위에 제공된 물건의 폐기청구 가능여부가 논란²³⁾이 되어왔다.

그러나 컴퓨터프로그램보호법에서는 이를 명문으로 규정화²⁴⁾ 하여 입법론적으로 문제를 해결하고 있다. 하지만 침해행위에 제공된 도구²⁵⁾의 폐기청구의 경우에는 신중을 기하여야 한다. 왜냐하면 이러한 도구들은 일반적으로 불법 목적 뿐만 아니라 적법하게 사용될 수도 있고 이러한 다목적 도구를 침해행위에 한 번 제공되었다 하여 모두 폐기청구의 대상으로 하는 것은 침해자에게 가혹할 수 있기 때문이다. 폐기청구권은 '침해를 예방하는데 필요한 조치'로서 인정되는 것이므로 물건

20) 컴퓨터프로그램보호법 제91조 제2항.

21) 독일 저작권법은 폐기청구권을 제98조에서 독자적인 청구권으로 규정하고 있다.

22) 일본저작권법 제112조 제2항은 권리침해에 사용된 기계 등도 폐기청구의 대상으로 규정하고 있다.

23) 원칙적으로 이를 긍정하는 견해(송영식의 2인공저, 앞의 책, 689면)와 침해행위에 의해 만들어진 것이 아니고 침해행위를 위한 것에 불과하다는 이유로 원칙적으로 부정하는 견해(오승종·이해완, 앞의 책, 534면)가 있다. 단 긍정하는 견해도 해적판을 만들기 위한 인쇄기나 복사기, 무단상영에 사용된 영사기 등은 일반적으로는 폐기청구의 대상이 되는 것은 아니고 정상영업을 아니하고 상습적, 직업적 해적출판업자 등의 것만이 대상이 되어야 한다고 한다.

24) 컴퓨터프로그램보호법 제91조 제2항.

25) 예를 들면 CD복제기나 컴퓨터 전체를 들 수 있다.

이나 도구의 폐기의 범위도 필요한 범위내로만 국한되어야 한다. 구체적인 사안에서는 항상 비례의 원칙에 따라 판단하여야 할 것이다.²⁶⁾

다. 가처분

일반적으로 저작권 침해행위 정지청구의 본안 소송을 제기하기 전에 침해행위의 신속한 정지를 위하여 가처분이 많이 활용되고 있다. 저작권법은 저작권 침해정지 가처분 사건에서 저작권자의 경제적 형편이 넉넉지 못함을 이유로 보증금의 공탁없이 가처분 결정을 내릴 수 있도록 규정²⁷⁾하고 부당가처분의 경우에는 무과실 손해배상책임을 규정²⁸⁾하고 있다. 이러한 규정들은 컴퓨터프로그램보호법상으로는 명문의 규정이 없다 하더라도 컴퓨터프로그램보호법 제45조에 의하여 컴퓨터프로그램저작권 등의 침해의 경우에도 그대로 적용된다고 볼 수 있다.

현재 우리 법원은 저작권 침해정지 가처분에 있어서 미국식의 일방적 가처분제도는 시행치 아니하고 당사자를 신문하는 절차를 거침이 일반적인데 명백한 침해행위임이 충분히 소명될 때에는 일방적 가처분 제도에 의함도 고려해 볼 만 하다 하겠다.²⁹⁾³⁰⁾

라. 손해배상청구권

(1) 의의

손해배상청구권이란 고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자에게 그 손해로 입은 손해의 배상을 청구할 수 있는 권리로 컴퓨터프로그램보호법 제32조 제1항에서 규정하고 있다. 저작재산권과 저작인

26) 안효질, 앞의 책, 150면.

27) 저작권법 제91조 제3항.

28) 저작권법 제91조 제4항.

29) 송영식외 2인, 앞의 책, 690면.

30) 저작권법에만 위 제도를 도입하여야 할 절대적인 필요성이 입증되지 않는한 민사소송법에 조차 도입하지 아니하고 있는 제도를 법의 기본체계를 무너뜨리면서까지 도입하기는 어렵다는 반대의 견해도 있다; 정재훈, “저작권 권리구제의 실효성 및 개선방안”, 개간 저작권, 2004년 가을호, 제67호, 저작권심의조정위원회, 57면.

격권의 침해에 대하여 구분하여 따로 규정하고 있는 저작권법³¹⁾과는 달리 컴퓨터프로그램보호법은 컴퓨터프로그램저작권 등의 침해라고만 규정하고 있으나 컴퓨터프로그램보호법 제45조에 의하여 컴퓨터프로그램저작물의 경우에도 그 저작재산권의 침해에 대하여는 컴퓨터프로그램보호법 제32조가 적용되고 저작인격권의 침해에 대해서는 저작권법 제95조 및 제96조가 적용되는 것으로 해석하여야 한다.³²⁾

(2) 요건

일반적으로 불법행위에 의한 손해배상청구권의 성립에는 i)침해자의 고의 또는 과실, ii)위법성, iii)손해의 발생, iv)권리침해 행위와 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재 등 4가지 요건을 갖출 것을 요하는데 컴퓨터프로그램보호법상의 권리 침해자에 대한 손해배상청구의 경우에도 이들 요건을 갖추어야 한다. 그리고 이들 모두는 권리침해를 주장하는 저작권자 등이 입증하여야 한다. 하지만 이러한 저작권의 손해배상청구권은 그 침해의 완전한 회복의 불가능이라는 특징 때문에 저작권자 등이 이를 입증하기가 매우 어려운 형편이다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법에서는 민법상의 일반불법행위에서와는 별도로 컴퓨터프로그램저작권자 등의 입증의 곤란을 구제하기 위하여 과실의 추정(법 제32조 제2항)과 손해액의 추정(법 제32조 제3항) 및 최소배상금의 보장(법 제32조 제4항), 상당한 손해액 인정(법 제32조 제5항)규정 등을 두어 권리보호에 상당한 배려를 하고 있다.

(3) 과실의 추정

컴퓨터프로그램보호법 제32조 제2항은 “다른 사람의 등록된 프로그램 저작권 또는 프로그램배타적발행권 등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정한다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 등록된 프로그램저작권 등의 경우 과실에 대한 입증 책임을 전환시킴으로써³³⁾ 프로그램저작권자 등에 대한 보호를 두텁게 함과 동시에 프

31) 저작재산권(제93조 제94조 제97조), 저작인격권(제95조, 제96조).

32) 안효길, 앞의 책, 151면.

33) 예를 들어 어떤 개인 사용자가 적법한 방법으로 프로그램을 취득하여 사용하

로그래머저작권등록을 권장하고자 하는 취지가 내포되어 있는 규정이다.³⁴⁾ 과실의 추정이 되기 위해서는 침해행위 당시 해당 프로그램저작권이 이미 등록되어 있어야 한다.

(4) 손해액의 추정

컴퓨터프로그램보호법 제32조 제3항은 “프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권 등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램저작권자가 입은 손해액으로 추정한다”라고 규정하고 있다.

위 규정은 추정규정이므로 권리자가 권리침해로 인하여 입은 손해가 침해자의 이익에 비하여 적다는 것을 입증하면 추정이 번복될 수도 있는데 이 경우 침해자는 자신이 얻은 이익 중 일부만을 반환하고 나머지 이익은 그대로 취할 수 있게 된다. 따라서 이 경우 침해자가 침해행위를 통해 얻은 이익을 권리자가 입은 손해액과 관계없이 전액 반환하게 하는 입법의 필요성을 제기하는 견해³⁵⁾도 있는데 긍정적으로 고려해 볼 만 하다고 생각한다.

(5) 최소 배상금의 보장

컴퓨터프로그램보호법 제32조 제4항은 “프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 제3항의 규정에 의한 손해액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 침해자가 당초에 권리자의 허락을 받았다면 그 때에 지급했을 통상적인 대가에 상당하는 액을 손해배상으로 청구할 수 있다는 취지이다.³⁶⁾ 따라서 권리자는 자기의 손해를 입증하지 않고 또는 손해가 없더라도 통상의 사용료 상당액은 배상 받을 수 있는 것이다.³⁷⁾

고 있는데 이것이 타인의 저작권을 침해하는 프로그램복제물이고 해당 프로그램저작권이 등록되어 있다면 그 개인사용자가 그 프로그램복제물을 적법한 것이었다고 믿었다 하더라도 과실이 추정되고 개인사용자는 반대증거를 제시하여 추정의 효력을 뒤집을 수 있다.

34) 오승중, 이해완, 앞의 책, 755면.

35) 정재훈, “저작권 침해에 대한 손해배상-입법론을 중심으로”, 「법조」, 통권제 486호(1997), 99면; 오승중, 이해완, 앞의 책, 539면 참조.

36) 대법원 2001. 6. 26. 선고, 99다50552판결.

(6) 상당한 손해액의 인정

1998년 12월 30일에 개정된 컴퓨터프로그램보호법에서는 상당한 손해액의 인정에 관한 규정을 신설하였다. 즉 제32조 제5항에서 “법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 전 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”라고 규정한 것이다. 이 규정은 신설당시 합리적인 손해액인정을 위해 법원의 재량의 폭을 확대한 획기적인 규정이었으나 지금은 2003년의 저작권법의 개정³⁷⁾에 의해 저작권법도 기존의 부수추정 규정을 삭제하고 동일한 규정을 신설 하였다.³⁸⁾

이 규정의 도입 전에는 프로그램저작권자가 손해배상 청구소송을 제기 하기 위해서는 손해액을 산정하고 이를 입증하여야 하며 이 경우의 손해액은 프로그램저작권자가 입은 손해액 및 저작권의 행사로 통상적으로 얻을 수 있는 금액을 기준으로 산정하고 있었다. 그러나 통신망을 통한 저작권 침해의 경우와 같이 프로그램저작권자가 손해액을 산정, 입증하기 어려운 경우에는 손해배상청구소송을 제기하기가 사실상 어렵게 되어 손해배상제도의 실효성에 어려움이 있었다.

마. 부당이득반환청구권

현행법은 저작권법에서와 마찬가지로 부당이득반환청구권에 관한 규정을 두고 있지 아니하나 부당이득반환청구권을 부정하는 것이 아님은 물론이다. 민법의 부당이득반환청구권에 관한 규정에 의하여 동 권리를 행사할 수 있음은 당연하다 하겠다.³⁹⁾ 부당이득반환청구권의 경우 손해

37) 고영수, “컴퓨터프로그램보호법의 손해배상책임제도에 대한 과제와 전망”, 한국 법제연구원 전문가 워크샵 보고서(2002.11), 113면.

38) 미국의 저작권법에서도 법정 손해액에 관한 규정을 두고 있으며(동법 제504조), 일본의 민사소송법도 법원의 재량으로 손해액 입증 부담을 경감할 수 있도록 하여 손해액 산정이 어려울 때 법원이 재량으로 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하고 있다(동법 제248조).

39) 송영식의 2인, 앞의 책, 687면.

배상청구권과 달리 고의, 과실의 입증을 요하지 않는 것은 당연하므로 부당이득반환청구권이 손해배상청구권과 별도의 존재의의를 갖는 것은 침해행위에 고의 또는 과실이 없는 경우나 손해배상청구권이 3년의 단기소멸시효에 걸린 경우라 할 수 있다.⁴⁰⁾

2. 형사적 구제

컴퓨터프로그램저작권 등의 침해에 대하여 컴퓨터프로그램보호법은 위에서 설명한 민사적 구제제도와 함께 형사상의 벌칙도 함께 규정하고 있다. 민사상 권리침해의 경우에는 침해자의 행위에 대해 고의나 과실을 불문하지만 형사상 벌칙을 가하기 위해서는 원칙적으로 행위자에게 고의가 있을 것이 요구된다.

가. 프로그램저작권재산권침해죄⁴¹⁾⁴²⁾

다음에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과 할 수 있다.

(1) 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해하거나 다른 사람의 프로그램

40) 오승종·이해완, 앞의 책, 545면.

41) 컴퓨터프로그램보호법은 저작재산권과 저작인격권을 구별하지 않고 법문에서 '프로그램저작권'의 침해라고 명기하고 있다. 한편 저작권법은 일반저작물에 대하여 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 자에 대하여 권리침해죄를 인정하고 있는 바(저작권법 제98조 제2호) 프로그램저작자가 일반적인 저작물의 저작자보다 더 큰 인격적 이익의 보호를 받을 수는 없으며 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 제2호가 성명표시권 및 동일성 유지권 중 일부에 대해서만 형사 벌칙을 규정하고 있음을 고려해 프로그램저작물의 경우 그 밖의 저작인격권침해에 대해서는 형사책임을 부담하지 않는다고 해석하는 견해가 있다.(안효질, 앞의 책, 172면) 이 견해에 동조하여 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항을 컴퓨터프로그램 저작재산권 침해죄로 설명하기로 한다.

42) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항

배타적발행권 등을 복제·배포 및 전송의 방법으로 침해한자

(2) 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위나 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위로 프로그램저작권을 침해한 자

(3) 컴퓨터프로그램보호법 제30조의 기술적 보호조치의 침해 등의 금지 규정을 위반한 자

나. 비밀유지의무위반죄⁴³⁾

컴퓨터프로그램보호법 제25조의 프로그램등록과 동시에 제출된 프로그램의 복제물을 관리하는 업무에 종사하는 공무원 및 그 직에 있었던 자가 직무상 알게 된 비밀을 다른 사람에게 누설하게 되면 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 위원회의 위원 및 직원은 공무원으로 의제된다.⁴⁴⁾

다. 프로그램 저작인격권 침해죄 등⁴⁵⁾

다음에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

(1) 정보통신부장관의 지정을 받지 아니하고 프로그램저작권 위탁관리업무를 한 자.

(2) 정당한 권원 없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 제호를 변경하는 행위를 한 자. - 위에서 설명한 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법은 성명표시권 및 동일성유지권 중 일부에 대해서만 형사 벌칙을 규정하고 있으므로 그 밖의 저작인격권 침해의 경우에는 형사책임을 부담하지 않는 것으로 보아야 한다는 견

43) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제2항.

44) 컴퓨터프로그램보호법 제49조.

45) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 및 제4항.

해46)가 있다.

(3) 프로그램의 등록(컴퓨터프로그램보호법 제23조), 프로그램의 복제물의 재출(컴퓨터프로그램보호법 제24조), 또는 프로그램저작권의 이전 등록 등(컴퓨터프로그램보호법 제26조)을 허위로 한 자.

(4) 정당한 권한없이 고의로 권리관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위를 한 자.

(5) 그 밖에 정보통신부장관에게 신고를 하지 아니하고 프로그램저작권의 대리 또는 중개를 업으로 한 자는 5백만원 이하의 벌금에 처한다.

라. 상습범47)

상습으로 제46조 제1항의 규정에 해당하는 자48)는 5년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 이는 2001년 개정에서 처음으로 도입된 규정으로 상습으로 프로그램저작재산권을 침해하는 자에 대해 형벌을 가중함으로써 상습적 침해를 억제하기 위한 목적에서 이루어졌다.

마. 친고죄49)

위의 프로그램저작재산권 침해죄(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항. 다만 제30조 제2항의 규정을 위반한 경우 즉 기술적 보호조치무력화장치 등의 제조 등 금지위반의 경우는 제외) 및 저작권격권 침해죄(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 제2호)와 저작권관리정보제거에 관한 죄(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 제4호)에 대한 공소는 프로그램저작권자 또는 프로그램 배타적발행권자의 고소가 있어야 논한다. 이와 같이 친고죄로 한 이유는 컴퓨터프로그램보호법이 원칙적으로

46) 안효질, 앞의 책, 173면.

47) 컴퓨터프로그램보호법 제47조.

48) 위에서 설명한 프로그램저작재산권 침해죄에 해당하는 자.

49) 컴퓨터프로그램보호법 제48조.

사권을 보호하는 법이므로 그 침해에 대해서 형사책임을 물을 것인지의 여부를 판단하는 것도 원칙적으로 그 피해자의 결정에 일임하여야 한다는 점을 고려하였기 때문이다.⁵⁰⁾ 친고죄인 프로그램저작권 침해죄 등에 관하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월 이내에 고소를 하여야 하는 기간의 제한이 있다.⁵¹⁾

3. 행정적 구제-부정복제물의 수거

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램불법복제에 대한 지속적인 단속과 그 효율성을 제고하기 위하여 법 제34조에서 정보통신부 관계공무원에게 부정복제물의 수거조치 등 단속권을 부여하고 있다. 이 규정은 2000년 개정법에서 처음 신설되었고 2002년에 일부 개정된 것이다.⁵²⁾ 그러나 사법기관이 아닌 관계공무원에게 불법복제물의 수거, 폐기, 삭제와 같은 강력한 단속권을 부여할 경우 그 권한의 남용으로 인한 기본권 침해의 우려가 없지 않고 더군다나 친고죄의 형태로 되어 있는 현행법 체제에서 정보통신부장관의 판단에 의하여 법원의 명령이나 확정판결이 있어야 가능하다고 여겨지는 폐기 또는 삭제가 가능한지에 대해서는(수거는 별론으로 하더라도) 고려해 볼 여지가 있다 하겠다. 즉 궁극적으로 권리자가 고소를 하지 않거나 고소를 취하하면 더 이상 형사처벌을 할 수 없는데, 형 또는 판결의 집행과 동일한 폐기, 삭제의 행위를 어떻게 법원의 판결이나 명령 없이 가능하게 할 것인가에 대해 논란의 여지가 있을 수 있다.

4. 기타 - 온라인서비스제공자의 책임

컴퓨터프로그램보호법은 2002년 개정을 통하여 온라인서비스제공자의 의무 등(법 제34조의 2)과 책임감면(법 제34조의 3)에 관한 규정을

50) 안효질, 앞의 책, 175면.

51) 형사소송법 제230조.

52) 오승종·이해완, 앞의 책, 756면.

신설하였다.⁵³⁾

이에 의하면 프로그램저작권자는 프로그램이 정당한 권원 없이 정보통신망을 통하여 복제·전송됨으로써 권리가 침해되는 경우에 그 권리자임을 소명하여 온라인서비스제공자에게 당해 프로그램의 복제·전송의 중단을 요구할 수 있으며 이 경우에 온라인서비스제공자는 지체없이 복제·전송을 중단시키고 당해 프로그램을 복제·전송하는 자에게 그 사실을 통보하여야 한다. 또한 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 프로그램의 복제·전송행위로 인하여 프로그램저작권자의 권리가 침해됨을 알고 이를 방지하거나 중단시킨 경우에는 그 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 이 외에도 신설 규정에서는 온라인서비스제공자의 책임에 대해서 자세한 규정을 두고 있다. 그러나 실제로 온라인서비스제공자가 프로그램저작권침해에 대한 책임을 지는지 여부가 문제될 경우 신설된 위 규정을 적용하는 것만으로 모든 문제가 해결된다고 볼 수는 없으며 민법과 컴퓨터프로그램보호법상의 프로그램저작권침해에 대한 기본법리가 대전제로서 먼저 적용되고 신설된 위 규정이 보충적으로 적용된다고 보아야 할 것이다.⁵⁴⁾

III. 권리구제제도에 있어서 개선방안

1. 법정손해배상제도의 도입 여부 검토

위에서 살펴 본 컴퓨터프로그램보호법상의 컴퓨터프로그램저작권 등의 침해에 따른 손해배상액 산정 규정들은 컴퓨터프로그램저작권자에게 실제 손해의 입증부담을 완화시키는 기능을 담당하고 있다고 볼 수 있으나 현실적으로 권리자에게 충분한 권리구제 수단으로 작용하고 있는 것 같지는 않다. 또한 침해에 대한 권리구제가 충분하지 못하다는 것은 침해자에게는 침해를 하더라도 그에 따른 책임이 크지 않으리라는 예상과 함께 침해를 유발할 가능성이 더욱 높아진다고 볼 수 있다.

53) 저작권법은 2003년5월 개정에서 이와 거의 동일한 규정을 신설하였다.

54) 오승중·이해완, 앞의 책, 519면 참조.

따라서 현행 손해배상액 산정방법을 개선, 보완 하는 취지로 저작권법에서 논의되고 있는 법정손해배상제도의 도입 여부를 검토해 볼 수 있겠다.⁵⁵⁾

법정손해배상제도는 미국에서 처음 시행한 제도로서⁵⁶⁾ 사전에 관련 법규에서 미리 정해 놓은 일정액 또는 일정범위의 금액으로서 법원이 민사 침해소송 사건에서 손해배상액으로서 부과하도록 수권해 놓은 것을 말한다. 이와 같은 미국의 법정손해배상제도는 손해배상액 결정에 대한 저작권자의 입증책임을 대폭 완화하고 법원의 재량범위를 대폭 확대함으로써 권리자가 입은 손해를 적절히 보상하고 동시에 침해행위를 억제하고자 한 데 그 취지가 있는 것이다. 한편 침해 억지효과는 권리자가 피해로부터 완전히 보상을 받을 수 있고 침해자가 적법하게 행위를 했을 경우보다 침해행위를 하였을 경우에 더 이익을 얻지 못하며 침해행위로 인해 얻은 이익을 전혀 누릴 수 없게 하는 구제제도를 통해서만 이룩될 수 있다. 따라서 권리자가 실제손해액이나 침해자 이익을 입증할 수 없으면 침해사실만 입증토록 하고 손해액에 대해서는 법원이 재량에 따라 결정한 금액을 받도록 하는 방법을 선택함과 동시에 고의에 의한 침해행위에 대해서는 무거운 법정손해배상을 명할 수 있게 함으로써 권리자의 입증부담 완화와 침해 억지 기능을 높일 수 있는 미국과 같은 법정손해배상제도의 도입에 대해서 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다 하겠다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

2. 친고죄 폐지 논의관련

55) 정재훈, "저작권 권리구제의 실효성 및 개선방안", 「계간 저작권」, 제67호(2004년 가을호), 40-41면 참조.

56) 미국 연방저작권법 제504조는 침해에 대한 구제수단으로서 ①침해로 인하여 저작권자가 입은 실제의 손해 ②침해에 기인하여 저작권자가 얻은 이익 ③법정손해를 규정하고 있다. 저작권자는 실제의 손해 및 이익을 배상 받거나 법정손해를 배상 받는 것 중에서 선택을 할 수 있다.

57) 정재훈, 앞의 논문, 48-49면 참조.

58) 한편 이러한 제도에 관해서 반대의 견해도 제시되고 있는바 자세한 것은: 허희성, 「신저작권법축조해설」, 범우사, 1988, 416면 참조.

현재 우리나라 지적재산권 보호법 체계에서는 상표법과 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률을 제외하고는 지적재산권에 대한 권리구제를 원칙적으로 친고죄로 규정하고 있으며 컴퓨터프로그램보호법도 위에서 설명한 것처럼 친고죄를 원칙으로 하고 있다. 그런데 최근 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법의 개정 논의 과정에서 영리를 위하여 반복적으로 저작권 등을 침해한 경우 등에는 권리자의 고소 없이도 형사처벌이 가능하도록 비친고죄로의 변경에 대한 논의가 진행된 바 있다.

이는 지식산업사회로의 발전에 따라 지적재산권을 개인의 인격적 산물이나 순수한 사적재산으로만 볼 수는 없고 일종의 공공재적 성격을 지닌다는 측면과 침해행위가 영리를 위한 반복적인 경우에는 그 위법성이 현저하고 저작물의 이용질서 및 산업질서를 현저히 위태롭게 하므로 다른 침해행위와 달리 비친고죄로 규정하여 신속하게 형사 책임을 물으려는 필요에서 일용 타당한 부분도 있어 보인다.

그러나 기본적으로 저작권은 재산적 요소 뿐만 아니라 인격적인 요소를 포함하는 사권이므로 그 소추 여부를 당사자에게 일임하는 것이 옳고 형사범과는 달리 사익적 측면이 강하므로 권리자가 그 침해에 대한 합당한 손해배상을 받는다면 침해자에 대한 형사적 처벌의 실익을 생각해 볼 여지가 있다.

또한 같은 저작권 침해죄가 일정부분은 친고죄로 또 일정 부분은 비친고죄로 되어 있다면 권리자로서도 과연 고소를 해야 하는지 아니면 안해도 되는지를 알 수 없어 혼란만을 가중 시킬 것이다. 더구나 아무리 수사하여 기소하여도 권리자가 사후 승낙을 하게 되면 더 이상 침해행위를 범죄로 보기 어려운 이치에 따라 비친고죄로 하더라도 그 한계에 부딪힐 수 밖에 없게 된다.⁵⁹⁾

따라서 현행과 같이 친고죄를 유지하는 것이 바람직하다 할 것이나 비친고죄로 변경을 하는 경우에는 죄형법정주의 원칙상 처벌 범위나 개념의 해석 및 적용제한 등에 관한 사항이 구체적으로 명확하게 규정되어야 할 것이다.

59) 이상정, “저작권침해죄를 비친고죄로 개정하는 것의 당부”, 한국디지털재산법학회 학술대회 자료집, 2005, 24-25면 참조.

다만 저작권자의 입장에서 그의 저작물에 대한 침해의 여부를 판단하고 침해자와의 민사적 합의 모색의 지연으로 고소기간의 도과여지가 있으므로 고소 기간의 다소 연장여부에 대해서는 검토해 볼 필요가 있다 하겠다.⁶⁰⁾

IV. 맺음말

이상에서 컴퓨터프로그램저작권자 등의 권리구제 제도와 그 개선방안을 간략하게 살펴본 바 컴퓨터프로그램은 기능성저작물로서 침해의 용이성, 침해의 광범위성, 침해 발견의 어려움, 침해 액 산정의 어려움, 침해 회복의 불가능성 등의 특성으로 새로운 기술의 발달과 더불어 그 구제의 불완전성이 갈수록 심화되어 가고 있다.

무엇보다도 현재의 구제제도로는 침해자에 대한 억제효과가 만족스럽게 작용하지 못하고 있으며 그에 따라 오히려 침해자로 하여금 침해를 조장하는 역설적인 면이 없지 않으므로 법정손해배상제도나 일방적가처분제 도입 및 형사벌 강화의 필요성 여부 등에 대한 충분한 검토를 통해서 효과적인 구제제도의 보완이 이루어져야 한다고 생각한다.

60) 同註, 이상정, 앞의 글, 208-209면 참조.

[참고문헌]

- 고영수, “컴퓨터프로그램보호법의 손해배상제도에 대한 과제와 전망”
「지적재산권법의 손해배상책임제도에 대한 과제와 전망」, 한국
국법제연구원, 2002.
- 송상현·김문환·양창수, 「컴퓨터프로그램보호법축조연구」, 서울대학
교출판부, 1989.
- 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 세창출판사, 2003.
- 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법(상)(하)」, 육법사, 2005.
- 안호질, 「개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정
위원회, 2001.
- 오승종·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2005.
- 이상정, “저작권침해죄를 비친고죄로 개정하는 것의 당부” 「한국지
적재산법학회학술대회자료집」, 2005.
- 저작권심의조정위원회, 「미국저작권법」, 2000.
- 정재훈, “저작권 침해에 대한 손해배상-입법론을 중심으로”, 「법조」,
통권 제486호, 1997.
- , “저작권 권리구제의 실효성 및 개선방안”, 「계간 저작권」, 제
67호 가을호, 2004.
- 현대호, “지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구”, 한국법
제연구원, 2002.

컴퓨터프로그램보호법의 위상 - 저작권법과의 관계를 중심으로 -

한국사이버대학 겸임교수, 법학박사
신재호

차 례	
I. 서설	IV. 프로그램저작권 중 인격적 권리의 취급
II. 문제의 제기	V. 저작권법 적용범위
III. 프로그램저작권의 본질	VI. 결어

I. 서설

지적재산권 분야에서 컴퓨터프로그램보호에 관한 논의는 많은 변천을 거쳐 왔다. 우선 컴퓨터프로그램이 저작물에 해당되는 것인가에 관한 1세대 논의와 보호되는 컴퓨터프로그램의 범위 및 효력범위에 대한 2세대 논의를 거치면서¹⁾ 1970년대부터는 보호방법론에 관한 문제가 논쟁의 대상이 되었으며, 지금까지 컴퓨터프로그램의 적절한 보호방법론을 둘러싸고 논의가 계속되고 있다. 컴퓨터프로그램을 저작권법이나 특허법에 의해 적절히 보호할 수 있을 것인가 아니면 제3의 특별법에 의하여 보호해야 할 것인가 하는 논쟁은 어문저작물의 성격과 첨단산업

1) 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 제1세대 논의에 대해서는; 송영식·이상정·황중환, 지적소유권법(하), 육법사, 2005, 708-711면; 제2세대 논의에 대해서는 714-720면 참조.

기술의 성격을 동시에 지닌 컴퓨터프로그램의 이중성(dual character)으로 인하여 불가피하였던 것이다.²⁾

한편, 컴퓨터프로그램을 보호하기 위해 현재 세계 각국이 가장 많이 채택한 보편적인 보호방법은 저작권법 또는 저작권적 접근방법에 의한 보호이다.³⁾ 우리나라도 1986년 저작권적 접근방법에 의하여 “컴퓨터프로그램보호법”이라는 법률을 제정하여 시행하고 있다. 그러나 주요 외국의 입법례와 달리 저작권법이 아닌 별도의 법률로서 컴퓨터프로그램을 보호하고 있는 입법체제로 인하여 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 관계가 불명확한 면이 있으며, 때론 법해석상 논란의 여지가 없지 않다. 본 논문에서는 컴퓨터프로그램보호법의 위상에 대한 검토를 통하여 이러한 문제의 해결에 실마리를 제공하고자 한다.

II. 문제의 제기

- 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 충돌 -

- 2) 컴퓨터프로그램의 특허보호와 저작권 보호의 장단점에 대해서는; 구대환, “현행 컴퓨터프로그램보호제도의 경제적 검토,” 현행 컴퓨터프로그램의 법적 보호체계에 대한 재고찰(정보통신의 날 기념 학술세미나 자료집), 프로그램심의조정위원회, 2004, 48-55면 참조.
- 3) 연혁적으로 보면, 1960년대 이전에는 미국 저작권청 및 미연방대법원의 판례도 프로그램의 비가독성(unreadability)과 기능성(functionality)에 비추어 저작권적 보호가 어렵다는 판단이었지만, 1960년대 중반 들어 미국 저작권청은 컴퓨터프로그램의 등록을 받아주기 시작하였다(George D. Cary, Copyright Registration and Computer Programs, 11 Bull. Copyright Soc’y 362, (1964), pp. 364-365). 1970년대에는 WIPO나 일본통산성 같은 여러 루트로부터 컴퓨터프로그램의 독자적 보호(sui generis)에 관한 연구결과가 제출되어 독자적 보호론이 국제적인 다수의견이었지만 1980년에 미국 의회가 프로그램에 대한 저작권보호를 지지하는 CONTU의 권고(Nat’l Comm’n on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report 9 10 (1978))를 승인하면서 분위기가 역전되어 미국이 저작권에 의한 보호 쪽으로 입장을 정하였다. 그 후 미국의 주요 교역상대국들도 같은 방식을 채택하도록 설득에 들어가 마침내 일본, 유럽연합 등이 저작권식 방식을 채택하였고, 국제적으로도 WTO/TRIPs협정에서 프로그램을 어문저작물로 보호하도록 규정함으로써 저작권적 보호는 전세계적인 원칙이 되었다; 김원오, 컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 2003, 5-6면.

컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 관계에 대해서는 상호조정 규정이 마련되어 있다. 즉 현행 저작권법 제4조 제2항에서는 “컴퓨터프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다”고 규정하는 한편, 현행 컴퓨터프로그램보호법 제45조(다른 법률과의 관계)에서는 “이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 규정하고 있다. 그러나 이러한 상호조정 규정에는 몇 가지 문제점이 있다.

먼저, 이러한 조정규정을 근거로 컴퓨터프로그램보호법을 일반적으로 저작권법의 특별법으로 이해하고 있으나,⁴⁾ 컴퓨터프로그램보호법에 의한 권리가 순수한 저작권인지 대해서 논의할 필요가 있다. 일용 프로그램저작권의 본질을 저작권으로 이해한다 하여도, 컴퓨터프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다고 하면서 다시 “이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제45조의 해석에도 논란의 소지가 있다. 구체적으로는 저작권법상 관련 조항이 컴퓨터프로그램보호법에 규정되어 있지 않은 경우 어느 범위까지 적용 가능한 것인지 의문이다.

이하 프로그램저작권의 본질과 인격적 권리의 취급 및 저작권법의 적용범위를 검토하면서 컴퓨터프로그램보호법의 위상을 살펴보기로 한다.

III. 프로그램저작권의 본질

프로그램저작권의 본질에 대한 논의는 저작권법상 저작물에 대하여 부여되는 협의의 저작권과 본질적으로 동일한 것인지 아니면, 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 별도로 부여되는 저작권 유사의 권리인지에 대한 논쟁으로 요약할 수 있다.⁵⁾

4) 송영식·이상정·황중환, 전거서, 700면; 오승중·이해완, 저작권법, 박영사, 2005, 649-650면; 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적 보호,” 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992, 471면.

저작권과 본질적으로 동일한 것으로 보는 견해에서는 저작권법 제4조 제1항에서 컴퓨터프로그램저작물을 저작물의 하나로써 예시하고 있고, 프로그램의 특성을 반영한 실질적 보호를 위하여 동조 제2항에서 별도의 법률로써 보호를 규정할 뿐, 컴퓨터프로그램보호법 제45조에서 “이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 규정하는 바와 같이 프로그램저작권의 본질은 협의의 저작권과 다를 바 없다고 생각한다. 이러한 주장의 근거에는 프로그램저작권이 일반 저작권 보다 약화될 수 없다는 생각을 가지고 있으며, 따라서 가능한 한 저작권법상 모든 규정이 프로그램저작권에도 적용되어야 한다고 생각한다.

한편, 저작권과 별개의 권리로 이해하는 견해에서는 컴퓨터프로그램보호법 제45조는 미국의 통상압력에 의하여 불가피하게 규정된 입법자가 의도하지 않은 결과이며, 저작권법 제4조 제2항의 취지는 저작권법의 적용을 배제하고 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 저작권과 별개의 권리를 부여하고자 한 것으로 해석한다.⁵⁾ 이러한 주장은 컴퓨터프로그램산업의 특성상 프로그램저작권은 일반 저작권 보다 상당히 축소되어야 한다는 기본적 사고를 가지고 있으며, 인격적 권리의 취급 등에 있어서도 이용자들의 입장을 배려하여야 한다고 생각한다. 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 추가적으로 적용되는 저작권법 규정도 컴퓨터프로그램보호법의 취지에 반하지 않는 최소한도로 적용되어야 할 것이라 해석한다. 또한, 현행 컴퓨터프로그램보호법 체계하에서는 저작권과 별개의 권리로 이해한다 하여도 저작권법상 저작인접권이나 데이터베이스제작자의 권리와 같이 저작권 유사의 권리임을 부정할 수는 없으나 향후 입법론을 통하여 저작권과 전혀 별개의 권리로 변신할 가능성을 염두하고 있다.

5) 이러한 권리의 본질에 대한 논의로써 영상제작자의 권리(저작권법 제76조)가 저작권인지 여부에 대한 전통적인 논쟁이 있으며, 최근에는 데이터베이스제작자의 권리(저작권법 제73조의 4)가 저작인접권인지 여부에 대한 논란이 있다.

6) 오승종·이해완, 전거서, 649면에서는 이러한 해석의 가능성을 언급하면서도 “별도의 법률로서 정하도록 한 것은 반드시 저작권법을 적용하지 않겠다는 취지가 아니라 프로그램이 일반 저작물과 다른 특수한 성질을 가지는 것이므로 그 통일적·효율적 규율을 위하여 저작권법의 특별법으로서 컴퓨터프로그램보호법을 제정하도록 한 데 지나지 않는 것”이라 설명하고 있다.

생각건대, 컴퓨터프로그램보호법 제1조에서 “관련 산업과 기술을 진흥함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정함으로써 법 목적 부분에서 저작권법이 궁극적으로 추구하고 있는 문화발전과의 차이를 밝히고 있고, 1986년 제정당시 입법 예고된 컴퓨터프로그램보호법안에 취지⁷⁾를 고려하여 저작권 유사의 권리로 이해하는 것이 보다 실익이 있지 않나 생각한다. 실제 별도의 단행법을 제정한 취지 중의 하나는 컴퓨터프로그램의 기술적 성격과 장래의 법 발전을 고려했기 때문이고,⁸⁾ 최근 일부 연구보고서에서는 컴퓨터프로그램보호법의 일부 개정을 통해 저작권과 별개의 독자적인 권리로 컴퓨터프로그램을 보호하는 방법을 논의하고 있다.⁹⁾ 결국 향후 입법방향에 따라 컴퓨터프로그램보호법에 의한 권리가 해석론에 의하여 저작권과 별개의 권리로서 변신할 가능성을 완전히 배제할 수 없으며, 이러한 가능성을 미리 차단할 논리적 근거도 빈약하다 생각된다.

다만, 검토하여야 할 과제는 저작권이 아닌 저작권 유사의 권리로 프로그램을 보호하여도 현재 우리가 가입 또는 체결한 조약상 문제가 되는지 여부이다. 무역관련지적재산권협정(TRIPs) 제10조 제1항에서는 “컴퓨터프로그램은 그것이 원시코드 또는 목적코드의 형태이든 베른협약(1971)에 따라 어문저작물로서 보호된다”고 규정하고 있기 때문이다.

7) 미국 정부는 보호기간이 부당하게 짧다는 이유 등과 함께 프로그램을 저작권으로 보호하지 않고 저작권법도 특허법도 아닌 별도의 법으로 보호하는 것은 부당하다는 내용의 공식 질의서를 전달한 바 있다. 우리 정부는 저작권보호의 문제에 관한 한미통상협상 타결 과정에서 별도 입법 형식을 취하지만 그 본질에 있어서는 저작권에 의한 보호를 인정하는 것이라 해명하면서 보호기간도 창작 후 50년으로 조정하여(1986년 제정 컴퓨터프로그램보호법 제8조 제3항) 컴퓨터프로그램보호법을 제정 공포하였다. 미국 정부의 공식 질의서 내용과 당시 한미통상협상 과정에 대해서는 오승중·이해완, 전게서, 647-649면 참조.

8) 송영식·이상정·황중환, 전게서, 700면.

9) 정보통신정책연구원, 디지털 지적재산권 보호를 위한 법제도 연구, 한국전산원, 2002, 147면 이하에서는 컴퓨터프로그램보호법의 개정안을 제시하면서 독자적인 보호방법을 시도하고 있으며, 김원오, “컴퓨터프로그램의 독자적 보호방법론에 관한 소고”, 창작과 권리(제29호), 세창출판사, 2002, 171면에서도 “다행히도 우리는 미국이나 일본과 달리 법형식이나 저작권법과 별개인 컴퓨터프로그램보호법을 갖고 있어 정책적 선택의 여지가 넓다고 볼 수 있다. 이러한 상황에서 저작권법의 특별법으로 컴퓨터프로그램보호법의 독자성을 강화하는 방안을 고려해 볼 수 있다”고 하고 있다.

즉, 배른협약에 의하여 어문저작물에 대하여 요구되는 최소한의 보호가 우리 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 충족되는지 아니면, 컴퓨터프로그램보호법 제45조에 의하여 저작권법을 추가적으로 적용하여야만 배른협약의 최소 보호요건을 충족할 수 있는지의 문제이다.

IV. 프로그램저작권 중 인격적 권리의 취급

1. 서설

컴퓨터프로그램보호법 제7조에서는 “프로그램저작권”이라는 제목하에 제1항에서 “프로그램저작자는 제8조 내지 제10조의 규정에 의한 권리¹⁰⁾와 프로그램을 복제·제작·번역·배포·발행 및 전송할 권리를 가진다”고 규정하고, 이하 범조문에서 저작인격권과 저작재산권을 구분하지 않고 “프로그램저작권”이라는 용어로 일관하고 있다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법 제8조 내지 제10조의 규정에 의한 권리는 저작권법상 “공표권,” “성명표시권,” “동일성유지권”에 해당하는 저작인격권이며, 저작권법에서는 저작재산권에만 한정하여 규정하고 있는 저작권의 보호기간(컴퓨터프로그램보호법 제7조 제3항), 저작권의 제한(컴퓨터프로그램보호법 제12조), 저작권의 양도(컴퓨터프로그램보호법 제15조) 등에서 저작인격권과 저작재산권을 구분하지 않는 “프로그램저작권”이라는 용어를 사용하고 있어 이러한 인격적 권리의 취급이 문제된다.

프로그램저작권의 본질을 저작권으로 보는 견해에서는 이러한 규정을 입법미스로 보아 저작인격권에는 적용되지 않는 것으로 해석한다. 즉, 원칙적으로 공표 후 50년 후 만료된다는 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제3항의 규정에 불구하고 동법 제8조 내지 제10조의 규정에 의한 공표권, 성명표시권 및 동일성유지권은 저작권법 제14조 제1항에 의하여 일신전속하고, 저작자 사망 후에는 저작권법 제14조 제2항과 제96조에 의하여 인격적 이익이 보호되는 것으로 해석하며, 일정한 경우 프로

10) 제8조의 공표권, 제9조의 성명표시권 및 제10조의 동일성유지권을 말하며, 저작권법에서는 이를 저작인격권으로 규정하여(제2장 제3절) 별도로 취급하고 있다.

그램저작권의 제한을 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제12조의 규정에 불구하고 동법 제8조 내지 제10조의 규정에 의한 권리는 제한되지 않으며, 프로그램저작권의 양도를 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제15조의 규정에 불구하고 인격적 권리는 양도될 수 없다고 해석한다.

그러나 이러한 해석은 타당치 않다고 본다. “프로그램저작권”의 별도의 정의규정을 통해 인격적 권리도 포함한 것임을 분명히 하고 있지는 않지만, 인격적 권리의 일신전속성을 규정한 최초 시안¹¹⁾ 내용을 최종안에서 의도적으로 삭제한 점¹²⁾을 고려할 때 저작인격권과 저작재산권을 구별하지 못하였다는 입법 미스를 전제로 한 법해석에 동의할 수 없으며, 이미 개정할 수 있는 충분한 시간이 경과하였음에도 불구하고 입법미스를 근거로 해석하기엔 너무 오래된 논쟁이다.

이러한 관점에서 프로그램저작권 중 인격적 권리의 취급을 정리하면, 먼저 저작인격권의 일신전속성을 규정한 저작권법 제14조 제1항의 규정의 적용은 배제되고 컴퓨터프로그램보호법 제15조에 의하여 인격적 권리도 양도할 수 있다. 다만, 인격적 권리의 양도에 의하여 프로그램저작자에게 부당한 결과가 초래하지 않는지 검토할 필요가 있다.

2. 인격적 권리의 양도가능성

먼저 공표권의 경우에는 프로그램저작권 양수인에게 프로그램의 공표를 동의한 것으로 간주할 수 있으며, 공표권을 양도한 이상 프로그램

11) 프로그램보호법 시안 제11조(저작인격권의 일신전속성) 프로그램저작자의 저작인격권은 프로그램저작권 보호기간 동안 그의 일신에 전속한다(송상현·김문환·양창수, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구, 서울대학교 출판부, 1989, 47면 참조).

12) i) 프로그램은 문학 및 예술작품 등에 비하여 저작자의 인격적 이익과의 관련성이 약하다는 점, ii) 동일성유지권을 포함한 저작인격권에 대하여 저작자의 일신전속성을 인정하는 것은 잦은 개량(업그레이드)을 필요로 하는 프로그램의 특성상 맞지 않는다는 점 등을 고려할 때 컴퓨터프로그램보호법에서 저작권법상 저작인격권의 일신전속성에 관한 규정을 제외한 것은 입법자의 의도도 프로그램저작인격권의 일신전속성을 배제하려는 취지였던 것으로 보인다(오승중·이해완, 전거서, 706면 참조).

저작자도 공표권자의 의사에 반하여 공표하여서는 아니될 것이다. 저작권법하에서도 저작재산권을 양도하거나 이용허락한 경우 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정하는 규정이 있고(저작권법 제11조 제2항), 미술저작물 등의 원작품을 양도한 경우에도 공표권은 제한된다(저작권법 제11조 제3항). 즉, 공표권의 양도에 의한 프로그램의 공표가 프로그램 저작자의 의사에 반하여 또는 비자발적으로 행해지는 것이 아니며, 따라서 공표권의 양도에 의하여 프로그램저작자에게 인격적으로 부당한 결과가 초래하는 것이라 볼 수 없다.

성명표시권이란 “프로그램이나 그 복제물 또는 프로그램의 공표를 함에 있어 실명 또는 이명을 표시할 수 있는 권리”이며, 당해 권리를 양도하였다 하여도 양수인이 자신의 성명을 창작자로서 표시할 수 있는지 의문이다. 먼저 이를 용납할 수 없으며, 성명표시권의 양도가 있는 경우 그 권리를 포기한 것으로 해석하여야 한다는 견해가 있다.¹³⁾ 또 양수인의 이름으로 저작자 표시를 금지시키는 방안으로 현행 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제2항을 보완하는 입법론적 검토가 가능하다.¹⁴⁾

그러나 다른 한편으로 아직 공표되지 아니한 프로그램의 저작자가 자발적으로 성명표시권을 양도하는 경우 굳이 양수인 명의의 저작자 표시를 금지할 필요가 있는지 의문이며,¹⁵⁾ 양수인 명의의 저작자 표시가 용납할 수 없을 만큼 프로그램저작자에게 부당한 것이라 생각되지도 않는다. 다만, 이미 저작자 명의로 공표된 프로그램의 경우에는 현실적으로는 성명표시권을 양수받을 필요도 없겠지만, 양도하였다면 저작자의 성명표시권 행사를 포기한 것으로 해석함이 타당할 듯하다.

13) 오승중·이해완, 전거서, 706면.

14) 현행 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제2항에서는 “정당한 권원 없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경하여서는 아니된다”고 규정하면서 이를 위반하는 경우 프로그램저작권자의 고소에 의하여 형사처벌할 수 있도록 규정하고 있다(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 제2호, 동법 제48조). 다만, 성명표시권 양수인이 정당한 권원이 없는지의 문제와 프로그램저작자가 아닌 저작권자의 고소가 있어야 처벌할 수 있다는 점에서 성명표시권 양수권자 저작자 명의를 변경하는 행위에 대해서는 현실적으로 처벌이 불가능하다.

15) 예컨대 代作의 경우 당사자간의 계약에 의하여 저작자의 명의로 실제 창작자가 아닌 의뢰자의 명의로 공표된다.

마지막으로 동일성유지권의 경우를 살펴본다. 저작권법과 달리 현행 컴퓨터프로그램보호법 제15조 제2항에서 “프로그램저작권의 전부를 양도한 경우에는 특약이 없는 한 당해 프로그램을 개작할 권리도 함께 양도한 것으로 추정한다”는 규정을 마련하고 있으며, 이와 같은 취지로 동일성유지권은 그 양도의 필요성이 가장 큰 권리이다. 동일성유지권이 저작자에게 계속 유보된다면 계속되는 업그레이드(개작)가 필요한 프로그램의 발전에 큰 장애가 될 수 있기 때문이다.

한편 업그레이드를 통하여 동일성이 변경되는 경우 컴퓨터프로그램 업계에서는 일반적으로 버전(version)을 표시하여 이를 구별하고 있으며, 저작권법하에서도 동일성을 변경한 저작물을 원저작물인 것처럼 이용하지 않는 이상 동일성유지권은 적용될 여지가 없다는 것이 최근의 유력한 견해이다.¹⁶⁾ 또한, 컴퓨터프로그램의 경우에는 일반 저작물보다도 동일성유지권의 적용범위가 보다 제한적이어야 한다는 점에는 異論이 없다. 인격적 권리의 양도를 부정하는 입장에서조차 개작권을 포함한 프로그램저작권자가 동일성을 훼손하여 사용하는 경우 프로그램저작자의 동일성유지권의 행사는 부당하다고 보는 것이 일반적이며, 이러한 점을 고려할 때 동일성유지권의 양도를 인정하는 것이 프로그램저작자에게 부당한 결과가 초래할 우려는 없다 할 것이다.

이밖에 컴퓨터프로그램보호법 제21조 제1항에서는 “질권의 목적으로 된 프로그램저작권”이라 표현하고 있어 인격적 권리까지 질권의 목적으로 할 수 있는지 논란의 여지가 있지만, 인격적 권리의 양도가능성을 인정할 이상 질권설정에 있어 이를 달리 취급한 이유는 없다 생각된다.

16) 예컨대, 2차적저작물작성권(컴퓨터프로그램보호법상 개작권)에 대한 양도 내지 이용허락에 의하여 정당한 권한을 가지고 원저작물의 동일성을 변경하면서, 원저작자와 함께 편곡 내지 각색자를 밝히고 있는 경우까지 동일성유지권이 미치는 것으로 해석할 수 없으며, 이에 대하여 2차적저작물작성권에 대한 이용허락으로 동일성 훼손이 불가피한 경우로 이해하거나 묵시적으로 저작자의 허락이 있는 경우로 취급하여 동일성유지권이 제한되는 것으로 해석하는 논의도 있지만, 원저작물로서 이용하는 것이 아닌 경우에는 애초 동일성유지권은 적용 여지가 없는 것이며, 개인적으로도 이 견해에 동의한다. 이러한 견해에 의하면 버전(version) 표시 등에 의하여 원 프로그램으로부터 변경된 것임을 밝히고 있다면 이는 개작권 등 프로그램저작재산권의 침해의 문제이지, 동일성유지권의 침해여부는 더 이상 거론할 여지가 없다.

3. 인격적 권리의 제한가능성

공정이용(Fair Use)에 의하여 프로그램저작권이 제한되는 경우 인격적 권리까지 제한될 수 있는지의 문제도 논란의 여지가 있다. 저작권법에서는 저작재산권의 제한(제2장 제6절)으로 공정이용의 법리를 규정하고 있고, 동법 제35조에서 저작재산권의 제한 규정이 저작인격권에 영향을 미치는 것이 아님을 분명히 하고 있기 때문이다. 그렇지만 미국 저작권법상 Fair Use의 법리는 원칙적으로 인격적 권리까지 제한하는 원칙이며, 프로그램저작권의 제한을 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제12조, 제12조의 2 및 제14조 규정에서 프로그램저작권의 제한대상이 공표된 프로그램이거나 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 경우로 한정되므로 프로그램저작자의 공표권을 침해할 우려는 원칙적으로 존재하지 않는다.

프로그램저작권이 제한되는 경우 프로그램저작자의 표시를 생략하고 사용할 수 있는지, 즉, 성명표시권이 제한될 수 있는지는 의문의 여지가 없지 않지만, 일반인의 관심은 프로그램저작권자(프로그램제작사)에 한정되고, 프로그램저작자가 누구인지에 대해서는 무관심한 것이 현실이다. 즉 당해 프로그램이 어느 회사의 제품인지만을 고려할 뿐 누가 창작한 프로그램인지 여부는 관심 밖이다. 그 만큼 프로그램 창작에 의하여 내재되는 저작자의 인격적 요소는 극히 제한적이다. 다만, 프로그램저작자는 프로그램 등록(현행 프로그램보호법 제23조)을 통하여 저작자임을 밝힐 수 있으며, 현행법상 프로그램의 등록은 프로그램저작권자가 아닌 프로그램저작자만이 행할 수 있다.¹⁷⁾

17) 컴퓨터프로그램보호법 제23조(프로그램의 등록)

제1항 프로그램저작자는 정보통신부장관에게 다음 사항을 등록할 수 있다. 다만, 프로그램의 창작 후 1년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 프로그램의 명칭 또는 제호
2. 프로그램저작자의 국적·실명 및 주소
3. 프로그램의 창작연월일
4. 프로그램의 개요

다음으로 프로그램저작권이 제한되는 경우 프로그램의 동일성을 훼손하면서 사용할 수 있는지 여부이다. 생각건대 프로그램저작권을 제한하는 개별 취지에 부합하는 한도 내에서는 동일성을 변경하는 사용도 허용될 수 있다고 본다. 다만, 현행 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램 저작권을 제한하는 대부분의 규정이 복제와 배포만을 허용할 뿐 개작하여 사용하는 것을 인정하고 있지 않기 때문에 동일성유지권이 문제되는 경우는 거의 발생하지 않는다.

문제의 소지가 있는 경우는 현행 컴퓨터프로그램보호법 제12조의 2에 의하여 프로그램코드를 역분석하거나 역분석을 통하여 얻은 정보를 사용하면서 프로그램의 동일성을 훼손하는 경우이다. 다만 동 규정에서는 호환 등 그 목적을 엄격히 제한함으로써 프로그램저작권자의 피해를 최소화하고 있으며, 프로그램의 동일성을 훼손하지 아니하고 이러한 목적을 달성할 수 없는 경우가 있다면 동일성유지권의 제한 또한 불가피할 것이다.

4. 인격적 권리의 보호기간

마지막으로 인격적 권리의 일신전속성을 부정함에 따라 이들 권리의 보호기간에 대하여 검토할 필요가 있다. 프로그램저작권의 보호기간과 마찬가지로 인격적 권리도 원칙적으로 공표 후 50년까지 보호되는지 여부이다.

본 논문에서는 컴퓨터프로그램의 특수성을 감안하여 일반 저작권보다 상당부분 제한된 권리만을 부여하여야 한다는 전제하에 프로그램저작권의 본질을 일반 저작물로서의 저작권을 부정하는 대신에 컴퓨터프로그램보호법이라는 별도의 법률에 의하여 부여하는 저작권 유사 권리로 이해하면서 논의를 전개하였다. 특히 프로그램저작권 중 프로그램저작자의 인격적 권리만큼은 보다 제한하기 위하여 일신전속성을 부정

제2항 프로그램저작자가 사망한 경우에는 프로그램저작자의 특별한 의사표시가 없는 한 그의 유언으로 지정한 자 또는 상속인이 제1항의 규정에 의한 등록을 할 수 있다.(이하 생략)

하고 인격적 권리의 양도성을 인정하였다. 그러나 일신전속성을 부정하는 이러한 논리적 전개가 저작자 사망으로 소멸하는 일반 저작인격권보다 보호기간을 연장시키고, 오히려 인격적 권리를 강화하는 것처럼 보일 수 있다.

생각건대, 보호기간을 연장시킬 수 있다는 우려 때문에 보호기간의 적용에 있어서만큼은 인격적 권리의 일신전속성을 인정하여, 저작권법상 저작인격권과 같이 프로그램저작자 생존기간 동안만 보호되는 것으로 해석하는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 컴퓨터프로그램보호법 제정 당시 저작권법상 저작인격권은 영구히 존속하는 것이었고,¹⁸⁾ 제정 컴퓨터프로그램보호법에서 인격적 권리와 재산적 권리를 구분하지 않고 프로그램저작권의 보호기간을 “창작된 때부터 50년간 존속”하는 것으로 규정(제정 컴퓨터프로그램보호법(법률 제3920호) 제8조 제3항)한 취지는 분명 인격적 권리를 제한하고자 한 것이었다.

한편, 1987년 전면 개정된 저작권법에서 저작인격권의 일신전속성이 규정되면서(제14조 제1항), 구법상 저작인격권의 보호기간에 관한 규정이 삭제되고, 1995년 개정 컴퓨터프로그램보호법에서 다시 프로그램저작권의 보호기간이 공표 후 50년으로 개정되면서¹⁹⁾ 프로그램저작권이 인격적 권리를 포함하는 것으로 해석할 경우 오히려 저작권법상 저작인격권보다 장기간 보호되는 결과를 초래하게 되었다. 그러나 저작권법상 저작인격권의 일신전속성이 규정되면서 함께 저작자 사망 후 인격적 이익의 보호규정이 신설되었고,²⁰⁾ 컴퓨터프로그램에 대한 인격적 권

18) 제정 저작권법(법률 제432호) 제29조[저작권의 존속기간]

제14조 내지 제17조의 권리는 영구히 존속한다.

19) 1995년 개정 컴퓨터프로그램보호법(법률 제4996호) 제8조 제3항

프로그램저작권은 그 프로그램이 공표된 다음 연도부터 50년간 존속한다. 다만, 창작후 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작된 다음 연도부터 50년간 존속한다. <1995. 12. 6. 개정>

20) 1986년 전면 개정 저작권법(법률 제3916호)

제14조 (저작인격권의 일신전속성)

① 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.

② 저작자의 사망후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

리도 프로그램저작권으로서 원칙적으로 공표 후 50년간 보호될 경우 저작권법상 저작자 사망 후 인격적 이익의 보호규정이 논리적으로 적용될 여지가 없다는 점을 감안하면²¹⁾ 컴퓨터프로그램보호법에서 인격적 권리를 공표 후 50년간 보호하는 것이 반드시 저작권법보다 보호를 강화하는 것으로 평가할 수 없다.

요약하면, 인격적 권리의 보호기간에 있어서도 당해 권리의 일신전속성은 부정되어야 하며, 프로그램저작자의 사망으로 인격적 권리가 소멸하지 않는다는 해석이 오히려 저작권법상 저작자 사망 후 인격적 이익의 보호규정의 유추 적용을 금지할 수 있는 근거가 될 수 있다는 점에서 재산적 권리와 마찬가지로 원칙적으로 공표 후 50년간 보호되는 것으로 해석함이 타당하다 생각한다.

V. 저작권법 적용범위

1. 서설

프로그램저작권의 본질을 저작권으로 이해한다 하여도, 컴퓨터프로그램저작물의 보호등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다(저작권법 제4조 제2항)고 하면서 다시 “이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제45조의 규정은 해석상 논란의 소지가 있다. 저작권법 규정에 상응하는 컴퓨터프로그램보호법상 규정이 존

제96조 (저작자의 사망후 저작인격권의 보호)

저작자가 사망한 후에 그 유족(사망한 저작자의 배우자·자·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다)이나 유언집행자는 당해 저작물에 대하여 제14조제2항의 규정에 위반하거나 위반할 우려가 있는 자에 대하여는 제91조의 규정에 의한 청구를 할 수 있으며, 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해하거나 제14조제2항의 규정에 위반한 자에 대하여는 제95조의 규정에 의한 명예회복등의 청구를 할 수 있다.

- 21) 보호기간에 있어 공표시 기산주의를 취하면서 저작자 사망 후 인격적 이익 보호규정을 적용한다면 저작자가 사망하였으나 보호기간이 만료하지 않은 경우 당해 규정에 의하여 오히려 권리를 제한하는 의도하지 않은 결과가 초래한다.

재하는 경우 (저작권법 규정이 배제되고) 컴퓨터프로그램보호법이 적용될 것이지만, 저작권법 규정에 상응하는 컴퓨터프로그램보호법상 규정이 존재하지 않을 경우 프로그램의 특성상 저작권법상 규정을 배제하기 위하여 의도적으로 규정하지 않은 것인지, 아니면 저작권법 적용으로 해결할 수 있으므로 중복적으로 규정하지 않은 것인지 입법자의 의도를 파악하는 것은 쉽지 않은 판단이기 때문이다. 결국 명확한 판단기준(예컨대 특정 조문을 명시할 수 있다)을 제시하지 않으면서 컴퓨터프로그램 보호 전반에 관하여 저작권법의 규정이 적용 가능하도록 저작권법과의 관계를 규정한 당해 조문은 양법의 관계를 조정하기에 충분하다 할 수 없으며, 오히려 관계설정을 곤란하게 하는 문제만을 야기하고 있다.

이하 저작권법상의 규정을 총칙, 권리의 내용, 권리의 구제 및 기타 규정으로 나누어 각각에 대하여 컴퓨터프로그램에 대하여 추가적으로 적용할 필요성이 있는 규정이 무엇인지 검토해 보기로 한다.

2. 총칙

목적(저작권법 제1조), 정의규정(저작권법 제2조) 및 외국인의 저작물(저작권법 제3조)로 구성된 저작권법 제1장 총칙 부분은 컴퓨터프로그램보호법에서도 별도로 규정되어 있고, 저작권법의 적용범위가 문제될 수 부분은 저작권법 제2장 저작자의 권리부터 시작된다.

먼저 제1절 저작물 부분에서 제4조 저작물의 예시 규정은 컴퓨터프로그램만을 대상으로 하는 컴퓨터프로그램보호법에 필요 없는 규정이며, 제5조 2차적 저작물은 컴퓨터프로그램에서 “개작”이라는 개념으로 포섭하고 있고, 이러한 개작된 프로그램이 독자적 프로그램으로 보호됨은 컴퓨터프로그램보호법에서도 별도로 규정하고 있다(컴퓨터프로그램보호법 제3조 제2항). 다만, 이러한 보호가 원저작물의 보호에 영향을 미치지 않는다는 취지의 저작권법 제5조 제2항에 해당하는 규정이 컴퓨터프로그램보호법에 존재하지 않지만, 당해 규정은 당연한 사실을 확인한 것에 불과하다는 것이 일반적이다.

저작권법 제6조 편집저작물 규정은 컴퓨터프로그램보호법상 존재하지 않지만, 개별 컴퓨터프로그램의 “집합”에 의하여 특정 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 안에서 직접 또는 간접적으로 사용되는 “일련의 지시·명령”으로 정의된 새로운 컴퓨터프로그램저작물이 창작되는 경우를 상정할 수 없고, 저작권법상 편집저작물의 개념은 컴퓨터프로그램에 있어 적용할 여지가 없다고 생각된다.

저작권법 제7조 보호받지 못하는 저작물 규정에서도 각호의 1에 규정되어 있는 법률, 판결, 시사보도, 연설 등에 컴퓨터프로그램이 해당될 여지는 없어 보이며, 당해 규정이 컴퓨터프로그램에 있어 적용될 여지도 없다 할 것이다.

제2절 저작자 부분에서도 저작자 추정(저작권법 제8조), 단체명의 저작물(저작권법 제9조) 및 저작권(저작권법 제10조) 규정은 컴퓨터프로그램보호법 제4조, 제5조 및 제7조에서 별도로 규정하고 있다.

3. 권리의 내용

가. 저작인격권

저작권법 제2장 제3절 저작인격권 규정은 컴퓨터프로그램보호법 제8조 내지 제10조에서 규정하고 있어 저작권법이 별도로 적용될 필요가 없다. 제4절 저작인격권의 성질은 컴퓨터프로그램보호법상 해당 규정이 없으나, 전술한 바와 같이 인격적 권리의 일신전속성(저작권법 제14조 제1항)은 컴퓨터프로그램보호법에서 의도적 배제한 것으로 해석하였으며, 저작자 사망 후 인격적 이익의 보호규정(저작권법 제14조 제2항) 규정도 적용될 수 없음을 이미 검토하였다.

나. 저작재산권

제5절 저작재산권 규정은 보다 세심하게 검토할 필요가 있다. 먼저 복제권, 배포권, 전송권은 컴퓨터프로그램보호법에서도 별도로 규정하고

있고, 2차적 저작물 작성권은 언급한 바와 같이 “개작”이라는 개념으로 변경하여 컴퓨터프로그램보호법에 반영하고 있으므로 추가적으로 적용할 필요는 없을 것이다. 전시권의 경우에도 미술저작물 등에 한정하여 부여하는 권리이므로 컴퓨터프로그램보호법에 있어 적용 여지는 없다 할 것이다.

문제는 공연권과 방송권이며, 이에 대하여는 학설상 논란이 있다.²²⁾ 그러나 사건으로는 컴퓨터프로그램에 있어 공연권과 방송권은 인정될 수 없다고 본다. 컴퓨터프로그램은 그 특성상 이용자의 적극적 의사 없이 수동적으로 사용될 수 없다. 즉, 일반 저작물처럼 보여지거나 들릴 수 없으며, 수동적으로 수신 받아 향유할 수 있는 성질의 것이 아니다. 컴퓨터프로그램을 사용하기 위해서는 클릭과 같은 적극적인 사용의사가 수반되어야 하며, 따라서 사용자가 시간과 장소를 선택하여 수신하는 프로그램의 전송은 가능하지만, 정해진 시간과 장소로 일률적으로 송신함으로써 컴퓨터프로그램을 향유할 수 있는 방송의 개념은 컴퓨터프로그램보호법상 인정될 수 없다.²³⁾

한편 컴퓨터프로그램을 대형 화면에 실행시켜 보여주는 행위를 컴퓨터프로그램의 공연으로 이해하는 것은²⁴⁾ 화면에 현시되는 저작물(영상 저작물 내지 미술저작물)과 컴퓨터프로그램저작물의 혼동에서 비롯된 것이다. 컴퓨터프로그램과 스크린 디스플레이가 별도의 저작물으로써 보호받지 못한다면 동일한 디스플레이를 생성하면서도 독자적인 다른 형태로 개발된 컴퓨터프로그램에 대해서는 권리행사 할 수 없다는 점을 생각하면, 컴퓨터프로그램과 화면에 현시되는 디스플레이가 별개의 저작물으로써 보호되어야 함을 이해할 수 있다. 따라서 컴퓨터프로그램의 실행에 의하여 디스플레이를 공연하거나 방송하는 행위는 컴퓨터프로그램의 공연 내지 방송이라 할 수 없으며, 화면에 현시되는 별개 저작

22) 프로그램저작권으로 인정할 수 없다는 견해로는 송상현·김문환·양창수, 전게서, 222면; 인정하여야 한다는 견해로는 임준호, 전게 논문, 514면.

23) 그 구분이 불명확한 경우가 발생할 여지는 없지 않으나 그 경우도 충분히 전송권으로 해결할 수 있으리라 생각되며, 오승종·이해완, 전게서, 705면에서도 “방송의 개념을 포함하는 전송권을 인정하는 규정이 신설된 이상 방송권을 별도로 인정할 필요는 사라졌다고 할 수 있을 것”이라 하고 있다.

24) 오승종·이해완, 전게서, 704면.

물에 대한 공연 내지 방송으로 취급함이 타당하다. 또한 이러한 해석이 저작권재산권의 내용 중 일부만을 선택하여 컴퓨터프로그램보호법에 규정하고 있는 입법자의 의도와 부합하는 것이라 믿는다.

다. 권리의 제한

저작권법 제2장 제6절 저작권재산권의 제한 부분은 컴퓨터프로그램보호법에 비하여 상당히 자세히 규정되어 있지만, 전술한 바와 같이 컴퓨터프로그램의 공연과 방송을 인정하지 않는다면 논의의 대상이 규정은 상당히 제한된다. 먼저 재판절차에서의 복제(저작권법 제22조), 교육목적의 이용(저작권법 제23조), 사적이용을 위한 복제(저작권법 제27조) 및 시험문제로서의 복제(저작권법 제29) 규정은 별도로 컴퓨터프로그램보호법에도 규정되어 있으므로 저작권법이 적용될 여지가 없다.

이 밖에 시사보도를 위한 이용(저작권법 제24조) 규정은 시사보도 과정에서 보이거나 들리는 컴퓨터프로그램을 상정할 수 없고, 인용(저작권법 제25조) 규정은 역분석 관련 규정(컴퓨터프로그램보호법 제12조 제6호 및 제12조의 2)이 그 취지를 대신할 수 있으리라 생각된다. 비영리 공연·방송(저작권법 제26조) 규정도 공연·방송 자체가 인정되지 않는 컴퓨터프로그램에 있어서는 적용의 여지가 없고, 도서·문서·기록, 그 밖의 자료로 정의된 도서를 대상으로 규정된 도서관에서의 복제를 규정한 저작권법 제28조도 컴퓨터프로그램과는 무관하다. 시각장애인을 위하여 컴퓨터프로그램을 점자화하거나 녹음하는 것(저작권법 제30조)도 상정하기 힘든 경우이며, 방송할 수 없는 컴퓨터프로그램에 대해 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 규정(저작권법 제31조)이 적용될 수도 없을 것이고, 미술저작물을 대상으로 하는 저작권법 제32조도 컴퓨터프로그램에 대하여 적용의 여지가 없다.

한편, 번역 등 개작에 의한 이용(저작권법 제33조), 출처의 명시(저작권법 제34조) 및 저작인격권과의 관계(저작권법 제35조)에 대해서는 논란의 소지가 있음을 이미 논의하였다. 그러나 검토한 바와 같이 프로그램저작권을 제한하는 취지에 부합하는 범위 내에서는 인격적 권리도

제한될 수 있는 것으로 해석하는 경우 저작권법 제33조 내지 제35조의 규정은 컴퓨터프로그램보호법에 있어서 별도로 적용될 여지가 없다.

라. 법정허락

법정허락을 규정한 제47조 내지 제50조의 규정도 프로그램저작권자 불명인 경우에는 컴퓨터프로그램보호법 제18조에 규정되어 있으며, 컴퓨터프로그램의 방송이 인정되지 않는 이상 공표된 저작물의 방송(저작권법 제48조) 규정은 적용될 여지가 없고, 판매용 음반에 한정된 저작권법 제50조 규정도 컴퓨터프로그램보호법과 관련이 없다.

마. 보호기간

프로그램저작권에 대해서는 별도로 공표시 기산주의에 의하여 보호기간이 규정되어 있고, 때문에 무명 또는 이명 저작물이나 단체명의 저작물에 대하여 공표시 기산주의로 전환하는 저작권법 제37조 및 제38조는 그 적용의 실익이 없고, 영상저작물에 대한 저작권법 제38조의 2 규정이나 일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 순차저작물에 특칙(저작권법 제39조) 규정은 컴퓨터프로그램에 있어 적용의 여지가 없다. 역년주의를 규정한 저작권법 제40조도 이미 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제3항에 언급되어 있다.

바. 권리의 행사

저작권법은 저작권 행사에 있어 저작인격권과 저작재산권으로 구분하여 각각 제15조와 제2장 제8절 제41조에서 이를 규정하고 있는 반면 인격적 권리와 재산권 권리를 구분하고 있지 않고 있다.

먼저, 저작인격권의 권리행사에 관한 규정인 저작권법 제15조 공동저작물의 저작인격권의 행사에 관한 규정의 적용가능성을 검토하면, 컴퓨

터프로그램보호법에서 제11조 공동저작프로그램에서 이에 상응하는 규정을 두고 있다. 프로그램저작권이 인격적 권리를 포함하는 것으로 해석할 때, 저작권법과 같이 저작인격권에 대하여 별도로 규정할 필요는 없어 보이나, 저작권법 제15조 제2항 및 제3항, 또 저작재산권의 행사에 있어서는 이들 규정을 준용하고 저작권법 제45조 제4항에 규정하고 있는 대표자 지정에 의한 권리행사에 대하여 컴퓨터프로그램보호법은 규정하고 있지 않다. 이 규정은 권리관계를 단순화하여 권리처리를 용이하게 하고 저작물의 이용 활성화 측면에서도 긍정적 역할을 기대할 수 있다. 컴퓨터프로그램에 있어서도 이러한 규정의 적용을 배제할 이유는 찾을 수 없을 것이다. 저작재산권의 재산권의 행사에 있어서는 저작재산권의 양도(저작권법 제41조), 저작물의 이용허락(저작권법 제42조) 저작물의 거래제공 및 대여허락(저작권법 제43조), 저작재산권을 목적으로 하는 질권의 행사(저작권법 44조), 공동저작물의 저작재산권의 행사(저작권법 제45조) 및 저작재산권의 소멸(저작권법 제46조) 규정이 각각 컴퓨터프로그램보호법 제15조, 제17조 내지 제19조, 제21조 및 제22조에 별도로 규정되어 있다.

4. 권리의 구제

민사적 구제에 있어서 컴퓨터프로그램보호법에 상응하는 규정이 없는 저작권법에 내용은 다음과 같다. 즉, i) 권리침해의 우려가 있는 자에게 손해배상의 담보를 청구할 수 있는 저작권법 제91조 제1항²⁵⁾ 후단의 규정과 ii) 침해정지 등의 청구나 형사의 고소가 있는 때 법원으로 하여금 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위로 만들어진 물건의 압류 기타 필요한 조치를 명할 수 있도록 한 제91조 제3항 및 제4항,²⁶⁾

25) 제91조(침해의 정지등 청구) ① 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리(제65조 및 제68조의 규정에 의한 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

26) 제91조(침해의 정지등 청구) ③ 제1항 및 제2항의 경우 또는 이 법에 의한 형

iii) 저작자 명예를 훼손하는 방법으로 저작물을 이용하는 경우 저작인격권의 침해로 간주하는 제92조 제4항,²⁷⁾ iv) 로얄티 상당액을 손해액으로 손해배상청구시 초과 손해액에 대해 손해배상을 청구할 수 있다는 제93조 제3항,²⁸⁾ v) 고의·과실로 저작인격권을 침해한 경우 손해배상에 갈음하거나 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다는 제95조²⁹⁾ 및 vi) 저작자 사망 후 인격적 이익의 보호를 규정한 제96조³⁰⁾ 규정이 컴퓨터프로그램보호법에는 언급이 없다.

저작권법의 적용가능성을 검토함에 있어 먼저 저작인격권과 관련된 내용을 살펴보면, 컴퓨터프로그램보호법에 의한 인격적 권리의 일신전속성을 부정하면서 사망 후 인격적 이익을 규정한 저작권법 제96조도 배제되어야 함은 이미 검토하였다. 프로그램저작권이 인격적 권리를 포함하는 것으로 해석할 경우 인격적 권리의 침해로 인한 손해배상의 청구는 저작권법 제95조에 근거할 필요 없이 직접 컴퓨터프로그램보호법 제32조에 의하여 가능하다 할 것이다.

한편, 인격적 권리를 약화시키고자 하는 취지에서 보면 명예훼손적 이용행위를 인격적 권리의 침해로 간주할 규정의 필요성도 없다고 본

사의 기소가 있는 때에는 법원은 원고 또는 고소인의 신청에 의하여 보증을 세우거나 세우지 않게 하고, 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 압류 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

④ 제3항의 경우에 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해가 없다는 뜻의 판결이 확정된 때에는 신청자는 그 신청으로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.

- 27) 제92조(침해로 보는 행위) ④ 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 본다.
- 28) 제93조(손해배상의 청구) ③ 제2항의 규정에 불구하고 저작재산권자들이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 의한 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다.
- 29) 제95조(명예회복등의 청구) 저작자는 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다.
- 30) 제96조(저작자의 사망후 인격적 이익의 보호) 저작자가 사망한 후에 그 유족(사망한 저작자의 배우자·자·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다)이나 유인 집행자는 당해 저작물에 대하여 제14조제2항의 규정에 위반하거나 위반할 우려가 있는 자에 대하여는 제91조의 규정에 의한 청구를 할 수 있으며, 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해하거나 제14조제2항의 규정에 위반한 자에 대하여는 제95조의 규정에 의한 명예회복등의 청구를 할 수 있다.

다. 사실 컴퓨터프로그램을 어떻게 명예를 훼손하는 방법으로 이용할 수 있을지도 쉽게 짐작되지 않는다. 나아가 인격적 권리의 침해로 인하여 실추된 명예를 회복하기 위한 조치가 무엇인지도 의문이다.³¹⁾ 요약하면, 인격적 권리에 관한 저작권법 규정들은 컴퓨터프로그램보호법상 보충적으로 적용되지 않는다 하여도 크게 문제시되거나, 프로그램저작자에게 부당한 결과를 초래하리라 생각되지 않는다.

그 밖에 민사적 구제 관련 조항은 컴퓨터프로그램보호법에서도 적용될 필요성이 있어 보인다. 먼저, 저작권 침해의 우려가 있는 경우 “손해배상의 담보”를 청구할 수 있다는 규정은 프로그램저작권의 침해에도 그 적용의 실익이 있다. 침해정지청구권을 인정하고 있는 컴퓨터프로그램보호법 제31조도 일종의 물권적 청구권으로 이해되며, 민법 제214조 후단에서도 “소유권을 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구”할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 프로그램저작권이 일정한 이익의 배타적 지배를 애용으로 하는 것이라 이해되는 이상 비록 제31조 제1항의 후단에 이러한 규정이 없더라도 민법 규정과 같은 권리가 부여될 필요가 있기 때문이다.³²⁾ 또한 프로그램저작권의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액을 초과하여 손해가 발생한 경우 그 초과액에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다는 저작권법 제93조 제3항의 규정의 프로그램저작권의 손해배상청구에 있어서도 당연히 적용되어야 할 규정이다.

다음으로 형사처벌에 관한 규정에 있어서는 대부분 컴퓨터프로그램보호법도 저작권법 규정에 상응하는 규정이 마련되어 있고, 죄형법정주의 원칙상 저작권법의 추가 적용도 엄격히 제한되어야 할 것이다. 다만, 인격적 권리와 관련하여 문제의 소지가 있는데, 저작권법에서는 저작인격권의 저작자의 명예를 훼손한 경우에 한정하여 저작재산권 침해보다

31) 송상현·김문환·양창수, 전계서, 223면에서는 인격적 이익이 침해된 경우 비단 금전적인 손해배상뿐만 아니라 그 인격적 이익의 손상을 회복할 수 있는 조치를 청구할 수 있다는 것은 소위 ‘인격권’(moral right, Persönlichkeitsrecht)의 이론에 의하여 일반적으로 인정되고 있는 바이며, 민법에서도 명예 훼손의 경우에 대하여 이를 명문으로 인정하고 있기 때문에(민법 제764조) 저작권법 제95조도 이러한 일반적인 법리를 명문으로 인정한 것에 불과하다고 보고 있다.

32) 송상현·김문환·양창수, 전계서, 225면.

감량된 형사처벌을 규정하고 있지만(저작권법 제98조 제2호), 컴퓨터프로그램보호법상 형사처벌 규정에서는 인격적 권리의 취급에 대하여 별도로 언급하고 있지 않기 때문이다. 생각건대, 컴퓨터프로그램의 경우에는 인격적 권리의 침해에 의하여 프로그램저작자의 명예훼손을 유발하는 경우가 거의 없기 때문에 인격적 권리의 침해에 대하여 형사처벌하지 않고자 하는 의도에서 이를 언급하지 않은 것으로 해석할 수 있으며, 반대로 인격적 권리를 포함한 프로그램저작권의 침해에 대하여 이미 형사처벌을 규정(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항 제1호)하고 있기 때문에 중복하여 이를 규정할 필요성이 없기 때문인 것으로도 해석할 수 있다. 그러나 후자의 견해는 옳지 않다. 형사처벌 관련 규정이 제정법 이후 많이 개정되었지만, 현행법에 이르기까지 형사처벌의 대상은 프로그램저작권을 “복제·개적·번역·배포·발행 및 전송의 방법”으로 침해하는 경우로 한정하고 있기 때문이다. 명예훼손의 방법으로 저작인격권을 침해한 경우 형사처벌하는 저작권법 규정 대신에 컴퓨터프로그램보호법은 정당한 권한 없이 “프로그램저작자”의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 “명칭 또는 제호”³³⁾를 변경하는 행위에 대하여 프로그램저작권 침해보다 감량된 형사처벌을 규정하고 있다(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항 제2호). 다만, 당해 규정도 “프로그램저작권자”의 친고죄로 규정되어 있어(컴퓨터프로그램보호법 제48조) 인격적 권리를 포함한 프로그램저작권이 양도된 경우 프로그램저작권자에 의한 개변행위에 대해서는 프로그램저작자가 보호받을 수 없다는 점을 이미 지적한 바 있고, 때문에 저작권법상 인격권 침해에 대한 형사처벌 규정을 완전하게 반영할 수 없는 문제가 있지만, 이러한 이유에 인격적 권리를 양도하는 경우 일정한 한도 내에서 인격적 권리를 포기하는 효과가 발생한다는 점도 이미 언급하였다.

5. 기타

33) 저작권법과 달리 저작물의 내용의 변경에 대해서는 의도적으로 제외하고 있다는 점에 주목하여야 하며, 의미 있는 규정이라 할 것이다.

이 밖에 저작권 등록제도(저작권법 제51조 내지 제53조) 부분은 컴퓨터프로그램보호법에서도 제3장(제23조 내지 제28조)에서 별도로 상세히 규정하고 있어 저작권법을 적용할 여지는 없어 보이고, 저작권법 제3장 출판권에 대한 규정(저작권법 제54조 내지 제60조)도 “저작물을 인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도서로 발행”하는 출판에 대한 규정이므로 컴퓨터프로그램과는 원칙적으로 관계가 없으나, 유사한 자위에 있는 자를 고려하며 컴퓨터프로그램보호법 제16조에 프로그램 배타적발행권을 규정하고 있다.

한편, 제4장 저작인접권(저작권법 제61조 내지 제73조)이나 제4장의 2 데이터베이스제작자의 보호(저작권법 제73조의 2 내지 제73조의 9) 규정, 제5장 영상저작물에 관한 특례(저작권법 제74조 내지 76조) 규정은 애초부터 저작권법 적용 가능성의 검토대상에서 제외되어야 할 부분이다. 또한 제5장의 온라인서비스제공자의 책임제한(저작권법 제77조 및 제77조의 2)과 제7장 저작권에 관한 심의 및 분쟁의 조정(저작권법 제81조 내지 제90조) 부분은 컴퓨터프로그램보호법 제34조의 2 및 제34조의 3와 제5장 프로그램조정위원회(제35조 내지 제43조) 부분에 같은 취지로 규정되어 있다. 다만, 저작권법 제77조의 2 제5항³⁴⁾ 단서에 해당하는 규정이 컴퓨터프로그램보호법에는 규정되어 있지 않아 저작권법이 보충적으로 적용되어야 할지 의문이나, 당해 규정이 온라인서비스제공자가 저작권자의 복제·전송 중단 요구가 있기 전부터 저작권침해 사실을 알고 있는 경우까지 책임을 감경 또는 면제하고자 하는 취지의 규정이 아니라는 점을 고려할 때 당해 단서규정은 당연한 사실을 확인하는 것을 뿐 이러한 단서 규정이 없더라도 같은 해석이 가능하지 않나 생각된다. 오히려 이러한 단서 규정의 반대해석으로 온라인서비스제

34) 저작권법 제34조의 2 제5항

온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 의한 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정에 의한 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다.

공자가 저작권 침해사실을 알고 있던 경우라 하여도 중단 요구 이후에는 일정한 절차에 따라 책임경감 내지 면제가 가능하다는 의도하지 않은 결과를 초래할 우려도 없지 않다.

저작권법 제6장의 저작권위탁관리업(저작권법 제78조 내지 제80조의 2) 부분도 컴퓨터프로그램보호법에서는 제20조 규정에서 간략히 규정하고 있지만, 동법 시행령 제9조 및 제10조의 규정을 살펴보면, 저작권법을 추가적으로 적용할 필요성은 없다고 판단된다.

VI. 결어

저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 관계설정은 간단한 문제가 아니다. 연혁적 측면에서 1986년 최초 입안된 컴퓨터프로그램보호법³⁵⁾이 저작권법으로부터 독립된 독자적 형식의 입법을 시도한 점을 고려하여야 할 것이나,³⁶⁾ 실제 제정법은 미국의 통상 압력³⁷⁾으로 인하여 저작권법과 보호기간을 일치시키고³⁸⁾ 저작권법과의 관계를 신설(제정 컴퓨터프로그램보호법 31조³⁹⁾)하는 등 저작권적 접근방법을 강화하는 형식으로 성립되었다. 하지만 컴퓨터소프트웨어는 기능적 저작물로서 전통적

35) 동 법안은 과학기술처의 의뢰로 한국지적소유권학회에서 입안된 것으로 법안 전문은 송상현·김문환·양창수, 전게서, 44-54면에 소개되어 있다.

36) 컴퓨터프로그램보호법 제정과 함께 1986년 12월 31일 전면 개정된 저작권법 제4조 제2항은 “컴퓨터프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다”고 규정하고 있고, 이는 프로그램 보호에 대하여는 저작권법이 개입하지 않을 것을 예정하였다 할 것이다, 본 법의 초안에서도 저작권법을 추가로 적용한다는 재정법 31조와 같은 규정을 두지 않아 이러한 취지를 반영하고 있다고 한다(송상현·김문환·양창수, 전게서, 220면 이하 참조).

37) 동법안에 대하여 1986년 5월에 미국정부의 반대질의서가 있었으며, 그 내용에 대해서는 송상현·김문환·양창수, 전게서, 33면 이하 참조.

38) 법안 제15조에서 “프로그램저작권의 존속기간은 프로그램이 창작된 해의 다음 해로부터 30년간 존속한다”고 규정하고 있었으나, 컴퓨터프로그램보호법 제정법(법률 제392호) 제8조 제3항에서는 “프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때로부터 50년간 존속한다”고 규정되었다.

39) 제31조(다른 법률과의 관계)

이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법에 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다.

인 보호방법의 어느 경우도 최적의 보호방법이라고는 볼 수 없으며, 이러한 전통적 보호방법의 문제점과 한계에 대해서는 저작권 보호 옹호론자들도 공통적으로 인식하고 있는 상황이다.⁴⁰⁾ 따라서 전통적 보호방법의 한계와 문제점이 보다 심각하게 대두되고 기존법제의 개정이나 법원의 법해석을 통한 해결이 한계상황에 도달하게 되면 아마도 장차 세계 각국의 입법이 제3의 대안적 보호방법으로 이행될 가능성은 충분히 있다.⁴¹⁾ 때문에 우리나라와 같이 저작권법과 별개인 컴퓨터프로그램보호법을 갖고 있는 입법체계에서는 컴퓨터프로그램보호법의 독자성을 강화하는 방법으로 저작권법으로부터 독립된 새로운 보호방법을 시도할 가능성도 완전히 배제할 수도 없다.⁴²⁾ 다만, 지적재산제도의 통

40) 김원오, 앞의 보고서, 85면.

41) 이상정, “인터넷 환경하에서의 특허법의 개정방안”, 정보통신정책연구원 정책보고서, 1999, 66면 참조.

42) 구체적인 예로서 정보통신정책연구원, 앞의 보고서, 128면 이하 제4장 제4절 컴퓨터프로그램의 발전방향에서는 실용신안법을 기초로 모델법안을 제시하면서 현행 컴퓨터프로그램보호법에 프로그램고안권에 관한 장을 신설하고 관련규정을 개정할 것을 제안하고 있다. 모델법안을 소개하면 다음과 같다.

제0장 프로그램고안권

제1조 [목적] 이 장은 프로그램의 구성요소 중 저작권 법적으로 보호되지 않는 기능적 요소인 프로그램 고안을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 산업 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조 [정의] 이 장에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “프로그램고안”이라 함은 프로그램의 기능과 관련하여 진보성을 갖는 창작을 말한다.

2. “기능”이라 함은 프로그램의 노하우, 설계, 디자인 등 작동과 관련한 부분을 말한다.

제3조 [프로그램고안권의 발생] 프로그램고안권은 창작성이 있는 프로그램 고안을 제00조제0항의 규정에 의하여 등록함으로써 발생한다.

제4조 [프로그램고안권의 존속기간] 프로그램고안권의 존속기간은 등록일로부터 5년으로 하며 5년의 기간으로 1차 연장할 수 있다.

제5조 [프로그램고안권의 효력] 프로그램고안권자는 타인이 등록된 프로그램고안을 영리를 목적으로 이용하는 것을 금지할 권리를 가진다.

제6조 [프로그램저작권의 준용] 본 법 제15조(프로그램저작권의 양도), 제22조(프로그램저작권의 소멸)의 규정은 프로그램고안권에 대하여도 이를 준용한다.

제7조 [전용실시권 및 통상실시권] ① 프로그램고안권자는 타인에게 그 고안을 독점적으로 이용할 수 있는 권리(이하 “전용실시권”이라 한다)를 설정할 수 있다.

② 프로그램고안권자는 타인에게 통상실시권을 실시하는 경우에 통상실시권자

는 설정행위로 정한 범위 안에서 그 프로그램고안을 이용할 수 있는 권리를 가진다.

제8조 [법정 이용허락] 등록후 3년을 경과한 프로그램 고안을 이용하고자 하는 자가 그 프로그램고안권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 프로그램심의조정위원회가 결정한 보상금을 지급하거나 공탁하고 이를 통상 실시 할 수 있다.

제9조 [프로그램고안의 등록] ① 프로그램고안의 등록을 받고자 하는 자는 컴퓨터프로그램심의조정위원회에 본 법 제23조제1항 각호에서 정하는 이외에 다음 사항을 기재하여 등록을 신청하여야 한다.

1. 프로그램고안의 상세한 설명
2. 프로그램고안등록청구범위

② 제1항제1호의 규정에 의한 고안의 상세한 설명에는 통상의 프로그래머들이 용이하게 실시할 수 있을 정도로 그 고안의 목적·구성 및 효과를 기재하여야 한다.

③ 프로그램고안등록청구범위의 기재방법에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 본 법 제3장(등록)은 프로그램고안의 등록과 관련하여 이를 준용한다.

제10조(유지결정등본의 제시) 프로그램고안권자 또는 전용실시권자는 제11조제2항의 규정에 의한 유지결정의 등본을 제시하여 경고한 후가 아니면 자기의 프로그램고안권 또는 전용실시권의 침해자 등에 대하여 그 권리를 행사할 수 없다.

제11조(프로그램고안 기술평가) ① 프로그램고안등록출원 또는 프로그램고안등록에 대하여 누구든지 컴퓨터프로그램심의조정위원회에 그 프로그램고안에 관한 기술평가를 청구할 수 있다.

② 컴퓨터프로그램심의조정위원회는 기술평가 결과 진보성을 갖는 기능적 창작이라는 보호의 요건을 충족하는 경우에는 프로그램고안등록을 유지한다는 취지의 결정을 하여야 하며 갖추지 못한 경우에는 취소의 결정을 하여야 한다.

제12조(프로그램고안권의 등록공고) ① 컴퓨터프로그램심의조정위원회는 등록공고가 있는 날부터 3월간 출원서류 및 프로그램을 공중의 열람에 제공하여야 한다.

② 등록공고가 있는 때에는 누구든지 당해 고안이 등록요건을 갖추지 못하였다는 취지의 정보를 증거와 함께 컴퓨터프로그램심의조정위원회에 제공할 수 있다.

제13조(프로그램고안권자등의 책임) 프로그램고안권자 또는 전용실시권자는 자기의 프로그램고안권 또는 전용실시권의 침해자 등에 대하여 그 권리를 행사하거나 경고를 한 후에 그 프로그램고안등록에 대하여 취소결정 또는 무효로 한다는 판결이 확정된 때에는 그 권리의 행사 또는 경고에 의하여 상대방에게 입힌 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제10조의 규정에 의한 유지결정에 근거하거나 기타 상당한 주의를 하여 그 권리를 행사하거나 경고를 한 때에는 그러하지 아니하다.

제14조(사위행위의 죄) 사위 기타 부정한 행위로써 프로그램고안등록, 기술평

일화가 진행되고 있는 오늘날 새로운 제도를 창출하기 위해서는 국제적 합의가 전제가 되어야 하고, TRIPs 협정에서 어문저작물로서의 보호를 의무화하고 있기 때문에 독자적 입법의 시도는 큰 어려움이 있다.⁴³⁾ 이러한 상황을 종합적으로 고려하면 현행법하에서 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 관계설정을 어떻게 이해하여야 할 것인지는 합목적적 해석이 필요한 사안인 것이다.

본 논문에서는 프로그램저작권은 저작권법상 저작권의 부여를 배제하는 것을 조건으로 컴퓨터프로그램보호법 제정을 통하여 부여하는 저작권 유사권으로 그 본질을 파악하고 있다. 즉, 인격적 권리는 일신전속성이 인정되지 아니하며, 공연권과 방송권 등은 부여되지 아니하는 등 저작권접권이나 데이터베이스제작자의 권리처럼 그 권리는 저작권보다 제한적이다. 또한, 이러한 관점에서 컴퓨터프로그램보호법 제45조에 의하여 적용될 수 있는 저작권법 규정에 무엇인가 구체적으로 검토하였는바 인격적 권리의 취급에 있어 일신전속성을 부정하는 입장으로 정리할 경우 프로그램저작권의 내용과 그 제한에 있어서 저작권법을 적용할 필요성이 있는 규정은 그리 많지 않음을 확인하였으며, 또 권리의 구체 부분 등에서 적용될 수 있는 규정도 일반법 원칙에 따라 해석론에 의하여 동일한 결과를 도출시킬 수 있는 것이 대부분이었다.

이제 컴퓨터프로그램보호법의 역사도 그리 짧지만은 않다. 저작권법과의 관계를 분명히 하여야 할 시점이며, 이를 위해서는 저작권법의 적용범위를 컴퓨터프로그램보호법 제45조에서 분명히 하여야 한다. 더 이

가의 청구에 대한 결정을 받은 자는 3년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

- 43) 실제로 독자적 보호방법은 잠시 프랑스에서 유사한 입법이 있었던 것을 제외하고는 채택되어 시행된 바도 없다. 1985년 프랑스는 저작권법(an attachment to the Copyright Law of 1985)은 비록 형식적으로 프로그램을 저작물로서 인정하고 들어갔지만 i) 프로그램은 배른협약상 응용미술작품의 일환으로 보아 그 창작일로부터 25년간만 보호하고 ii) 창작자의 저작인격권을 대폭 제한하였으며 iii) 복제, 공연권뿐만 아니라 특허권에 준하여 모든 불법적 사용을 통제할 수 있는 독점배타권을 부여하고 iv) 이러한 보호의 요건으로 신규성과 등록을 요구하지 않았다는 점에서 기존의 지적재산권체제와는 별개의 독자적 보호체제(a sui generis regime)였다고 평가되고 있다(J. H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 Colum. L. Rev. 2432 (1994) pp. 2481-2482 참조).

상 이를 방치할 명분도 찾을 수 없다.

[참고문헌]

- 구대환, “현행 컴퓨터프로그램보호제도의 경제적 검토,” 현행 컴퓨터프로그램의 법적 보호체계에 대한 재고찰(정보통신의 날 기념 학술세미나 자료집), 프로그램심의조정위원회, 2004.
- 김원오, “컴퓨터프로그램의 독자적 보호방법론에 관한 소고,” 창작과 권리(제29호), 세창출판사, 2002.
- 김원오, “컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회, 2003.
- 송상현 · 김문환 · 양창수, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대학교 출판부, 1989.
- 송영식 · 이상정 · 황종환, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005.
- 오승종 · 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2005.
- 이규정 · 정찬모, “디지털 지적재산권 보호를 위한 법제도 연구”, 한국전산원, 2002.
- 이상정, “인터넷 환경하에서의 특허법의 개정방안”, 정보통신정책연구원 정책보고서, 1999.
- 임준호, “컴퓨터프로그램의 법적 보호,” 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992.
- 정보통신정책연구원, “디지털 지적재산권 보호를 위한 법제도 연구,” 한국전산원, 2002.

소프트웨어와 법률 통권 제2호

2005년 11월 25일 인쇄

2005년 12월 1일 발행

편저 : 김규성

발행 : 한국소프트웨어저작권협회

서울시 강남구 대치동 904-14

소프트웨어발전센터 빌딩 6-7층

전화) 567-2567 팩스) 567-2944
