

# 소프트웨어와 법률

2007년 통권 제4호

S  
o  
f  
t  
w  
a  
r  
e  
&  
L  
a  
w

2007. 12.

한국소프트웨어저작권협회



## 발 간 사

인터넷·위성 통신 및 교통의 발달과 함께 세계는 점차 가까워지고 있으며, 경제적인 의존도도 점점 높아지고 있습니다. 인터넷은 단순한 정보제공의 수준을 넘어서 상호 교류의 장이 되었고, 이메일, 채팅 및 화상통신 기술의 발달에 따라 교섭이 더욱 간편해졌습니다. 또한 미래에는 유비쿼터스 시대가 열리면서 세계는 더욱 가까워질 것으로 보입니다.

이러한 시대에 즈음하여 우리나라는 WTO에 가입하여 국제시대에 걸맞게 국제경제의 한 축이 되어 있으며, 미국과 한·미 FTA를 체결한 것을 비롯하여 EU, 캐나다, 중국 등과 FTA를 추진하여 세계의 주요 국가들과 경제 교류를 보다 자유롭게 할 수 있는 기틀을 마련하면서 아시아의 중심이자 세계 무역의 핵심 국가로 발돋움하고 있습니다.

그렇지만 이러한 변화에는 항상 그 기반이 되는 법률의 정비가 수반되어야 함은 물론입니다. 2007년의 한·미 FTA의 중요한 화두 중의 하나는 지적재산권 관련 법률이 많은 변화가 있을 것이라는 점이었습니다. 그리고 지적재산권 관련 법률 중 가장 중요한 것 중의 하나가 바로 컴퓨터프로그램을 포함하는 저작권법입니다. 지적재산권이 하나의 장을 이루고 저작권 관련 규정이 상당히 많은 비중으로 다뤄지고 있다는 점은 저작권이 상호 국가의 교류에 있어서 얼마나 중요한 것인지 보여주는 단적인 예라 할 것입니다.

금번 소프트웨어와 법률 제4호에서는 이러한 시대적 배경 하에 한·미 FTA의 저작권 분야에서 다루어졌던 중요한 이슈를 주제로 다루면서, 공정이용, 민사구제제도, 온라인서비스제공자의 책임, 저작물의 배타적 이용권 등을 수록하였습니다. 그리고 이외에도 최근의 소프트웨어 업계의 가장 중요한 이슈 중의 하나인 오픈소스

소프트웨어에 관한 논문과 기업의 소프트웨어 관리에 관한 SAM 국제 동향을 함께 실었습니다.

무엇보다 바쁘신 와중에도 소프트웨어와 법률의 발간을 위해 소중한 논문을 작성하여 주신 교수님 및 연구원님에게 감사의 말씀을 드립니다.

우리나라는 소프트웨어 저작권에 대한 인식이 그다지 높지 못하고, 관련 전문가들도 그리 많지 않습니다. 이 분야가 새로운 과학 기술의 발전에 의해 연구대상이 되고 있다는 측면도 있지만, 높은 기술적 전문성을 요하는 분야이기 때문에 더욱 그러합니다. 이러한 상황에서 소프트웨어와 법률 제4호를 발간하게 된 점을 뜻 깊게 생각하며, 우리 한국소프트웨어저작권협회는 앞으로도 소프트웨어 산업의 발전을 위해 항상 최선의 노력을 경주하도록 하겠습니다.

한국소프트웨어저작권협회  
상근부회장 김 지 욱

## 차 례

발간사 ..... 김지욱

### [특집]

박익환 공정이용조항의 도입논의 ..... 1

이규호 한미 FTA의 지적재산권집행분야에 있어 민사적 구제 ... 31

이대희 한미 FTA와 온라인서비스제공자의 책임제한 ..... 93

황적인·서달주 저작물의 배타적 이용권 -미국과 체결한 FTA  
와 관련하여- ..... 131

### [일반]

김지영 Open Source 운동과 지적재산 ..... 171

유재현·고광용 SAM 국제 동향 연구 ..... 215

### [부록]

한미 FTA 제18장 중 저작권 관련 협정문 ..... 267



# 공정이용조항의 도입논의

박익환

(경희대학교 법과대학 교수)

## 차 례

- I. 공정이용법리 일반
- II. 우리나라에서의 개정논의
- III. 도입여부에 관한 견해들
- IV. 현행법상 공정이용법리가 반영된 모습들
- V. 결론적 고찰

## I. 공정이용법리 일반

### 1. 저작권법상 공정이용법리

저작권법에서 공정이용의 법리는 저작권법의 목적조항에서 “저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지한다”라고 언급되는 것에서 알 수 있는 것처럼 저작자 등의 적절한 보호와 아울러

저작권제도의 2대축중 하나로 이해되기도 한다. 이런 의미에서 공정이용의 법리를 가리킨다면 공정이용의 법리는 구체적으로 정도의 차이는 있을 것이나 저작권법의 모든 조항, 제도에서 저작자 등의 보호와 균형을 맞추어야 하는 개념으로 이해될 수 있다. 저작권법은 첫째로 저작자 및 저작인접권자의 이익을 보호하지만, 그 보호는 무제한적인 것이 아니고 일정한 범위 내로 제한되며, 그 범위 내에서는 저작자의 권리를 제한함으로써 공중의 저작물에 대한 공정한 이용을 도모한다<sup>1)</sup>.

그러나 저작권법상 공정이용의 법리는 나아가 저작권의 제한에 해당되는 일반원칙의 의미로 보통 사용된다. 각국의 저작권법이 앞에서 논한 공정이용의 법리가 특히 강조된 가운데 저작권의 제한을 규정하는 방식은 크게 두 가지로 분류된다. 하나는 대륙법계 국가에서 보이는 개별규정적인 규율방식이며, 다른 하나는 영미법계 국가들에서 찾아 볼 수 있는 일반규정적인 규율방식이다<sup>2)</sup>. 미국의 경우에는 *fair use*라는 이름으로 발달하였지만, 영국 및 영국 법계의 국가에서는 *fair dealing*이라는 이름으로 규율되고 있으며, 기타 다른 대륙법계 국가에서는 저작권에 대한 제한 또는 예외의 항목에서 개별적으로 규율되고 있는데 통칭하여 자유사용(*free use*)이라고 불리운다<sup>3)</sup>. 자유사용을 특정한 경우 일반공중이 저작권자의 허락을 받지 않고 저작물을 자유로이 사용할 수 있는 것으로

---

1) 오승중, 저작권법, 박영사, 2007, 21면. 여기에서는 우리 법상 저작물의 공정한 이용을 위한 구체적인 규정으로 저작재산권의 제한, 법정허락, 존속기간의 제한을 언급한다.  
2) Schricker/Schricker, Urheberrecht., Kommentar, 2 A. C.H.Beck, 1999, § 51 R n. 3.  
3) S. Stewart, International Copyright and Neighbouring Rights, 2 ed. Butterworths, 1989, p. 80.



정의하기도 한다<sup>4)</sup>. 본 연구에서 논하는 공정이용조항이란 해당초판례에서 형성, 발전되어 미국 저작권법 제107조로 성문법조문화한 저작권제한의 일반조항으로서 fair use clause를 일컫는다.

## 2. 미국 저작권법상 공정이용법리

1976년법 이전까지 미국 저작권법은 저작물의 어떠한 이용이 fair use로서 합리적인 범위에서 허용되는지 규정하지 않았다. 저작권법에 의하여 보장되는 권리를 규정하고, 저작권침해의 경우 일정한 민사책임과 저작권침해가 영리를 위하여 고의적으로 행해졌을 경우 형사책임을 과한다고 규정하였으나 저작권침해의 설명도 달리 실질적으로 규정하지 않았다. 따라서 저작권침해가 무엇으로 인정되며, 다른 한편 fair use로서 인정되는 저작물이용의 허용이 어떻게 인정되는지 여부는 법원의 판단에 맡겨졌으며 이러한 법원의 역할이 미국 저작권법의 발전과정이기도 하다. fair use의 법리는 영국과 미국의 법원에서 판례이론이 적용되어 온 결과이다. fair use 또는 fair use doctrine이라고 판례속에서 표현되는데 물론 법원의 판결에서 생겨난 개념이지만 처음부터 그렇게 불리운 것은 아니었으며 처음에는 표절(plagiat)은 아니고 부분이용하는 권리라고 불리웠다. 19세기 초기의 영국판례에서 "used fairly", "fair quotation" 혹은 "legitimate use"라는 용어가 사용되었으며, 미국의 연방하급심법원들이 다른 법분야에서와 마찬가지로 위와 같은 영국의 선판례(precedent)에 의지하여 영국에서의 "fair dealing"이라는 개념의 미국에서의 대응어인 "fair use"라는 개념이 발전하게 된다<sup>5)</sup>.

4) 송영식, 이상정, 저작권법개설, 제4판, 세창출판사, 2007, 175면.

미국법상 fair use(이하 “공정이용”이라 한다)란 원고의 저작물과 실질적 유사성의 범주에서 피고의 저작물이용이 인정되었음에도 불구하고 저작권침해로부터 면책되는 것으로 이해된다. 미국의 판결에서 공정이용법리의 효시라고 할 수 있는 1841년의 Folsom v. Marsh사건<sup>6)</sup>에서 Folsom은 출판업자로서 George Washington의 저술물이라는 12권짜리 미국 초대대통령의 私簡文全集(the letters of President George Washington)을 발행하였는데, 이후에 위전집으로부터 도합 약 350페이지가 이용된 2권짜리 Washington의 傳記가 Marsh 등에 의해 출판된 것이 Folsom의 저작권침해임을 주장하는 사안에서 피고인 Marsh측은 저작자는 본래 저작물을 지어냄에 있어서 다른 저작물에서 인용할, 발췌할, 간추릴 혹은 요약할 수 있는 권리가 있다고 방어하였다. 동 사건에서 Story판사는 비평가가 공정하고도 이치에 맞는 비평을 하기 위하여 어떤 저작물로부터 발췌, 인용할 수 있다는 데에 동의하였지만 원저작물을 무가치하도록 하는 정도에 달하는 저작물이용행위는 정당화될 수 있는 이용일 수 없다고 판시하면서, 어떤 저작물이용이 공정한지의 여부를 판단함에 있어서 법원은 사용된 발췌부분의 성질 및 목적, 이용된 저작물의 분량 및 가치 그리고 문제의 이용이 원저작물의 판매에 해를 끼치는 정도, 원저작물을 대체하여 그 이익을 감경시키는 정도 등에 유의하여야 하는데, Marsh측의 저작물이용은 너무 광범위하며 원저작물의 가치에 핵심적인 내용의 이용이어서 공정하지 않다는 결론을 지었다. Story판사에 의한 공정이용의 법리는 어떤 저작자든 그 이전의 다른 저작자의 저작물에 의존할

---

5) Note, copyright fair use - case law and legislation, 1969 Vol. Duke L. J. 73, 76 (1969)

6) 9 Fed. Cas. 342 (1841)

수 있으나 그 저작물이 갖는 시장성을 해칠 수 없다는 것인 바, 그 표현은 지금으로부터 약 170년전이지만 오늘날에도 적용된다고 할 수 있으며 현재 미국 저작권법 제107조에서도 그대로 재확인되고 있다.

공정이용이란 용어는 종종 저작물내에서 저작권이 보호될 수 없는 부분을 이용할 수 있는 권리라고도 표현되며, 저작물을 저작권자의 명시적 허락없이 이용할 수 있는 내용으로도 표현된다. 대체적으로 저작권침해로 되지 않는 저작물이용을 의미하나 공정이용이란 원래 저작권의 비침해행위가 되는 것이 아니라, 저작권침해가 됨에도 불구하고 공익적 고려에 의하여 저작물이용이 허용되는 경우를 일컫는다. 미국 저작권법상 공정이용이란 저작권자이외의 제3자가 갖는 특권으로 저작권자의 허락없이도 합리적인 한도에서 저작물을 이용할 수 있는 저작권자의 권리에 대한 제한이라고 판례에서 설명되어 왔다<sup>7)</sup>. 공정이용의 방어방법은 문예비평, 평론과 관련하여 가장 널리 인정되었는데, 비평 등은 이용되는 작품의 기능을 대체하지 않으며 보완한다는 이유에서 공정이용으로 판단되었지만, 어떤 저작물의 처음에 나타나 있는 경고문구(이 책의 어떤 부분도 저작권자의 명시적 서면에 의한 허락없이 복제할 수 없음)가 있음에도 불구하고 비평을 하기 위하여 책의 일부를 인용하는 권리로, 저작권자에 의하여도 저작권에 내재하는 한계로서 용인되는 경우라고 할 수 있었다<sup>8)</sup>.

미국 법원이 계속하여 공정이용을 고려하여 판결을 내리고 있었지만 확정적인 정의는 행해지지 않았다. 그러나 확정적인 것은 아

7) Drechsler, Extent of doctrine of fair use under federal copyright act, 23 ALR 3d, 139, 163 (1969)

8) Yankwich, What is fair use, 22 U. Chi. L. Rev. 203, 205 (1954)

니었으나 형평을 기하는데 도움이 될 수 있는 일련을 기준을 발전시켜 왔고 이들 기준은 장기간에 걸친 논의과정을 거쳐 1976년의 미국 저작권법 전면개정시 제107조로 성문화하게 된다. 제107조는 다음과 같다:

제106조<sup>9)</sup>의 규정에 불구하고 비평, 해설, 뉴스보도, 교육(수업에서 사용하기 위한 여러 복제본이 수반됨), 학문 또는 연구와 같은 목적으로 복제본 또는 음반으로의 복제 혹은 제106조에서 규정된 여타 다른 수단에 의한 이용을 포함하는 저작물로부터의 공정이용은 저작권침해가 아니다. 개별적인 경우에 저작물의 이용이 공정이용이 되는가를 결정함에 있어서 고려될 요소는

- (1) 이용의 목적과 성격, 그런 이용이 상업적 성질인지 비영리교육 목적을 위한 것인지의 여부를 포함한다.
- (2) 이용되는 저작물의 성질
- (3) 이용되는 저작물의 전체와 비교하여 이용되는 부분의 분량과 상당성
- (4) 이용되는 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 저작물이용이 미치는 영향이다.

어떤 저작물이 아직 공표되지 않았다는 사실 그 자체는, 앞에서의 요소들 모두를 고려하여 판단이 이루어진다면, 공정이용을 인정하지 못하도록 금하지 않는다.

제107조는 공정이용이 저작권침해가 아니라는 결론적 표현을 하고 있고, 공정이용에 포함될 수 있는 이용목적의 열거 그리고 공

---

9) 복제권 등 저작권을 구성하는 개개의 지분적 권리들을 규정하는 조항이다.

정이용인지의 판단을 내림에 있어 고려될 수 있는 기준을 제시한다. 공정이용이란 존재를 성문법에서 인정하였지만 실질적인 정의는 하지 않았고, 기존 판례를 통하여 공정이용으로 인정되어 왔던 이용목적을 열거하고, 개별사안에서 공정이용을 인정하기 위한 기준을 정해 놓았다. 첫째 기준인 이용이 목적 및 성격에 관하여 그 이용이 영리적인 경우보다, 비영리 교육목적을 위한 것일 경우에는 보다 느슨한 기준을 적용하며, 둘째 기준인 보호되는 저작물의 성격과 관련하여 순수하게 창작적인 저작물인 경우는 보다 엄격한 기준이 적용되고 편집저작물과 같이 창작성이 낮은 경우에는 느슨한 기준을 적용하며, 셋째 기준인 이용된 부분이 보호되는 저작물에서 차지하는 양과 그 상당성과 관련하여 이용된 부분이 양적으로 또는 질적으로 그 보호되는 저작물에서 차지하는 분량이 크면 클수록 공정이용일 가능성은 낮아지고, 넷째 기준인 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향에 관하여 보호되는 저작물과 시장에서 경쟁적인 관계에 있거나 그 시장에 부정적인 영향을 미친다면 보다 엄격한 기준을 적용한다<sup>10)</sup>. 공정이용이 인정되지 않는다면 저작권침해가 될 복제, 각색, 배포, 공연, 전시 등 저작물이용행위이지만, 그 이용자가 전달하고자 하는 저작물에 접근하려는 공익을 제107조에서의 저작물이용행위가 증진시키며, 그러한 저작물이용이 저작권자가 갖는 실제적인, 잠재적인 경제적 이익을 해치지 않는다는 이유에서, 면책되는 것으로 이해될 수 있다. 1976년 개정당시 미국연방하원의 보고서에서 나타난 바와 같이 제107조는 판례법상 이론으로서의 공정이용을 재확인하려는 것이지, 기존이론을 변화시키거나, 축소시키거나 확장시키려는 의도

10) 임원선, 실무자를 위한 저작권법, 저작권심의조정위원회, 2006, 182-183면 참조.

가 없었다<sup>11)</sup>. 제107조에서 예시되는 공정이용의 예나 공정이용을 판단하기 위한 기준은 모두 한정적인 것이 아니며 단지 예시에 해당되는 것이고, 특정 저작물이용이 대부분 공정이용을 인정하게 되지 않을 수 있으나 절대적으로 공정이용의 인정가능성을 배제하지 않으며, 공정이용이 제107조제2문에서 언급되지 않은 요소를 포함하여 관계되는 모든 기준이 어떤 사건의 특정 사실에 적용되는 것으로 어떤 한 기준의 유무가 결정적인 기준으로 모든 사안에 적용될 수 없다<sup>12)</sup>. 마찬가지로 특정 저작물이용이 절대적으로 공정이용에 해당된다고 할 수 없고 구체적인 사안에 의하여 예외가 생겨날 수 있다.

### 3. 미국 저작권법상 공정이용조항의 적용

제107조는 미국법 제108조이하에서 규정된 저작권에 관한 면제조항(Exemption)에서 요구되는 개별요건을 구비하지 않아도 적용될 수 있다. 즉 108조이하에서는 공공정책 등을 이유로 공정이용이라는 저작권의 제한과는 별개의 개별적인 저작권제한이 가해지는데, 그런 면제조항에 해당되지 않아도 제107조는 이와는 독립적으로 판단될 수 있다<sup>13)</sup>. 제107조에 규정된 기준은 한정된 열거가 아니고 예시라는 점이 강조되어, 상황에 따라 형평을 기하기 위해 다른 기준이 이용될 수 있는 것이었지만 실제에 있어서는 조문에

---

11) House committee report on the 1976 copyright bill H.R. Rep. No. 94-146.

12) Marsh, Fair use and new technology, 5 Cardozo L. Rev. 635, 679 (1984)

13) 이 점과 관련하여 도서관복제면제조항인 제108조의 (f)(4)에서는 제108조의 어느 규정도 제107조에서 부여되는 공정이용에의 권리에 영향을 끼치지 않는다고 규정한다.

나타난 네 개의 기준에 의해 주로 다루어지고 있으며, 다른 요소가 고려될 때에도 법규정상 네 개의 기준과 관련하여 다루어진다. 이러한 기준이 늘 엄격하게 적용되는 것이 아니라 상황에 따라 특정기준의 적용이 배제되거나 특정기준이 더욱 엄격히 적용되기도 한다<sup>14)</sup>. 공정이용조항이 논의된 연방대법원에서의 판결들을 살펴본다.

가정용비디오테이프녹음기(VTR)를 제작 판매한 업체를 상대로 동 기기를 이용하여 전파를 통하여 방송되는 텔레비전프로그램이 일반공중에 의해 무단으로 녹화이용되는 저작권침해침해에 대한 책임을 간접적 침해자(contributory infringement)로서 위 업체가 부담해야 된다는 사안<sup>15)</sup>에서, 미연방대법원은 간접침해를 인정하였던 항소심(9th Cir. 1981)과는 달리 일반대중이 텔레비전방송물을 VTR을 통해 나중에 볼 목적으로 녹화하여 보고 난 뒤에 녹화내용을 지우는 time-shifting은 비상업적인 저작물이용으로 공정이용에 해당되어 저작권침해가 되지 않는다고 보았다. 즉 여기에서 VTR의 기능은 저작권침해가 되지 않는 많은 용도가 있으며, 개인용, 가정용으로 time shifting하는 VTR이용은 비영리, 비상업적인 것으로 공정이용으로 추측될 수 있는데 time shifting은 단지 시청자로 하여금 별도의 요금없이 정규시간에 보려 하였던 TV프로그램을 나중에 보게 해 줌으로써 전작품을 복제하는 것이 공정이용을 인정함에 있어서 방해가 되지 않으며 시청자를 늘리게 되고 저

14) 임원선, 압의 책, 183면. 여기에서는 페러디향변의 경우 기준이 그대로 적용되기 힘든 예로 소개한다.

15) Sony corporation of America v. Universal city studio 464 U.S. 417 (S. Ct. 1984) 동 판결은 이태희, 저작권의 침해와 보호, 사법행정, 1985년3월호, 89면에서 번역소개된 바 있다.

작권자들은 오히려 이를 환영할 수 있다는 근거에서 다수의견은 저작권침해를 인정하지 않았다<sup>16)</sup>. 동 판결에 대하여는 저작물의 이용이 사회에 이롭지만 저작권자에게 뚜렷한 손해를 끼쳤다고 입증되지 않은 상황에서, 공정이용이 인정되지 않아 일반공중에 의한 저작물への 접근이 거절된다면 저작권자의 단지 심술쟁이상태 (dog in the manger)를 용인해주는 비생산적이라는 평석도 있었다<sup>17)</sup>.

미국의 전대통령인 Ford의 회고록에 관한 발췌출판권을 포함한 배타적인 권리가 부여된 원고출판사가, Ford에 의한 미발행原稿가 피고측에 유출되어 가장 핵심적인 내용을 골라 모아 피고가 출판한 행위가, 원고에게 넘겨진 저작권침해라고 주장된 사안에서<sup>18)</sup>, 하급심들에서는 결론의 번복이 되풀이되었는데 미연방대법원판결의 다수의견은 피고측의 출판행위는 공정이용에 해당되지 않아 원고의 최초발췌출판행위에 관한 권리를 침해한다고 보았다. 문제의 저작물이 아직 미발행이라는 상태를 공정이용이 인정될 수 없는 핵심적인 요소로 보았고, 제107조에서의 네 기준을 논함에 있어서도 최초발행에 중점을 두어 미발행저작물로부터의 경제적 가치가 표현의 자유에 우선된다는 것이었다. 동 판결의 소수의견은 항소심판결에서와 같이 기사의 내용이 뉴스보도에 해당되며 그 대상이 정치적으로 중요하여 저작물의 내용이 사실성을 갖아 비사실적인

---

16) 동 판결의 소수의견은 항소심판결과 마찬가지로 공정이용을 인정하지 않았는데, 저작물전체를 그대로 복제하여 본래의 목적대로 이용하는 행위는 공정이용이 될 수 없으며, time shifting이라는 VTR이용은 녹화된 프로그램이 재방송될 때 시청자를 줄어든게 하여 이로부터 저작권자는 사용료이득이 감소되어 손해의 잠재적 가능성이 있다는 근거에서였다.

17) Sinclair, Fair use old and new, 33 Buffalo L. Rev. 269, 294 (1984)

18) Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985)



저작물보다 더 넓게 공정이용이 인정되어야 한다는 근거를 내세웠다. 미발행저작물에 대한 보통법상의 저작권보호가 절대적이었던 것에 비추어 그 저작물의 여하한 무단사용도 저작권침해로 공정이용의 항변이 인정되지 않았던 점이 다수의견에 반영될 수 있다<sup>19</sup>). 미발행저작물에 관하여 공정이용으로 저작물이용을 허용하는 것으로부터 저작권자가 입게 되는 부담과 그 이용을 저작권침해로 인정하는 것으로부터 일반 공중이 입게 되는 부담사이에 균형을 맞추어야 하는데, 다수의견이 공적인 문제에 대한 공공인물에 의한 표현에 대해 독점적인 소유를 인정하였다는 비판도 가해졌다<sup>20</sup>).

우리에게도 알려진 "Oh, Pretty Woman"란 노래의 전부분을 패러디하여 상업적으로 발매된 행위가 공정이용에 해당되는 여부를 문제시한 사안에서 하급심들에서는 역시 번복을 되풀이하였지만 미연방대법원은 위 노래가 상업적으로 패러디되었다는 것은 공정이용을 인정하기 위해 형량되어야 할 여러 기준중의 하나로서 패러디의 경우 이용의 정도를 논함에 있어서도 패러디의 본질을 고려하여 원작을 떠올리기에 충분한 분량이 이용되기 위하여 어디까지의 이용이 적절한지의 문제는 패러디의 목적과 성격에 따라 달라진다는 취지로 항소심의 판지를 다시 번복한 사례도 있었다<sup>21</sup>). 저작물을 그대로 이용하지 않고 변형적 이용을 하게 되는 패러디의 경우 공정이용을 판단하기 위하여 상업적인 성격으로 전체 저작물이 이용된다고 하여도 공정이용에 해당될 수 있음을 보여준다.

---

19) Melville & David Nimmer, 2 Nimmer on Copyright 13-175, Matthew Bender, 2000.

20) Feingold, When fair is foul, 72 Cornell L. Rev. 218, 243 (1986)

21) Campbell v. Acuff-Rose Music 510 U.S.569 (1994)

## 4. 논의의 요약과 시사점

미국 저작권법상 공정이용의 법리는 1841년 이래 판례를 통해 전개된 저작권에 대한 제한의 일반원칙으로 이해된다. 공정이용이란 저작권자이외의 자가 합리적인 범위에서 저작권자의 허락없이 저작물을 이용할 수 있는 형평에 입각한 특권이다. 그러한 합리적인 범위를 개별적인 사안에 따라 저작권을 둘러싼 저작권자와 이용자와의 대립적 이해관계를 구체, 개별적으로 형량하여 판단되는 것이므로 어떤 행위자체가 그대로 공정이용으로 인정되지 않는다. 공정이용을 결정하게 되는 어떠한 공익관계가 저작권자의 권리에 우선하는 여부는 다양한 기준을 통하여 판단되어 왔지만 그 전반적인 기준은 저작물의 이용으로 학문·예술의 진보를 증진시켜 사회에 이익을 가져와야 했고 그러한 이용으로 저작자의 창작을 고양시키는 자극에 실질적인 해를 끼쳐서는 안되는 것으로 요약할 수 있다. 1976년 미국 저작권법은 공정이용의 판례이론을 조문화하였다. 공정이용을 인정할 수 있는 예를 들고 있고 공정이용을 결정하는데 고려할 수 있는 기준을 규정한다. 판례이론의 법문화는 기존의 공정이용법리를 재확인하려는 것이므로 제107조가 규정하는 공정이용의 예와 기준은 한정적인 것이 아니며 판례법에서처럼 구체적인 상황에 따라 다른 요소도 고려될 수 있다.

저작물의 창작 및 이용과정에서 많은 영향을 끼치게 되는 신기술의 출현은 일반공중에게 신기술의 발달로 인한 문화에 대한 혜택이 적절히 부여되면서도 저작자에게 창작의욕을 고취시키기 위한 경제적인 동기부여의 측면도 유지되어야 한다는 한계영역을 어

떻게 설정할 것인가의 문제를 제기하였다. 나날이 고도화되는 디지털 기술은 저작권제도에 의하여 보호될 수 있는 법률관계를 무한히 확대시키는 한편, 일반 공중에 의한 공정한 이용을 고려해야 할 경우도 마찬가지로 확장시켜 놓았다. 기술의 끊임없는 발전에 따라 저작권법상 새로운 배타적인 권리를 인정하거나 기존 저작권의 범위를 확대하는 것이 필요하지만, 이에 대한 제한 및 예외가 마찬가지로 배려되어야 하는 것도 필수적이다. 저작권의 디지털 기술시대에서 저작자와 이용자 사이에서의 이해관계를 구체적인 경우마다 개별적으로 결정하기 위하여 저작권 제한의 일반조항을 저작권법에 조문화하는 문제를 생각할 수 있다. 공정이용의 법리는 융통성있게 적용됨으로써 저작권법이 새로운 기술의 개발이나 환경에서 그때마다 별도의 법조문작업없이도 권리와 이용자사이의 균형추역할이 기대된다는 크나큰 장점이 기대되는 한편, 특정 저작물이용이 공정이용에 해당되는지 선불리 예측할 수 없어 법률관계가 불안하다는 단점을 생각할 수 있다. 최근 미국과의 FTA협상 등과 관련된 논의에서 저작자 등 권리자의 입장은 강력하게 대변되는 것과는 상대적으로 이용자들의 저작물에의 접근권 등 저작물의 공정한 이용을 배려하는 측면이 도외시된 것과 관련하여 우리 법에서도 저작권제한의 일반 원칙으로 공정이용이 법리가 법조문화해야 한다는 논의가 진행되어 왔고 법개정안에 반영된 바 있다. 이들 논의를 다루기로 한다.

## II. 우리나라에서의 개정논의

## 1. 개정안의 배경

우리 저작권법상 공정이용조항 도입논의는 그 이전에도 제기되어 왔지만 본격적인 것은 미국과의 사이에 FTA협상과정에서 저작권자의 입장이 더 강력히 보호되어야 한다는 기류에 대하여 미국 저작권법이 저작권제한에 대해 일반원칙조항인 공정이용조항을 가지고 있음을 감안하여 저작권제도의 또 하나의 축인 일반 공중의 저작물에 대한 공정한 이용이 보장되어야 한다는 반론과 관련된다. 미국과의 FTA 협정문의 관련조항<sup>22)</sup>은 다음과 같다:

각 당사국은 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한 또는 예외를 그 저작물·실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고, 그 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 아니하는 특정한 경우로 한정한다. 보다 명확히 하기 위하여, 각 당사국은 공정이용을 위하여 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한과 예외를 채택하거나 유지할 수 있다.

이 같은 표현은 저작권의 제한과 관련하여 관련 국제조약인 베른협약 등에서 이른바 "3단계 기준"(three step test)이라고 언급되는 내용이기도 하다. 베른협약 제9조제2항은 복제권의 제한과 관련하여 "특별한 경우에 있어서 저작물의 복제를 허용하는 것은 동맹국의 입법에 맡긴다. 다만, 그러한 복제는 저작물의 통상 이용과 충돌하지 아니하여야 하며, 저작자의 적법한 이익을 부당하게 해

---

22) FTA § 18.4.10.(a) : With respect to this Article 18.5 and 18.6, each party shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work, performance, or phonogram, and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

치지 아니하여야 한다"라고 규정한다<sup>23)</sup>. 이후 TRIPS 협정문 제13조에서는 WTO회원국들로 하여금 복제권 뿐만 아니라 저작권법상 배타적 권리일반에 관하여 위 베른협약상의 규정과 같은 내용의 3단계 기준에 입각한 저작권제한규정을 두고 있다. 나아가 1996년 WIPO의 저작권조약(WCT) 제10조 및 실연·음반조약(WPPT) 제16조에도 같은 내용으로 반영되어 저작권과 저작인접권에 있어서 3단계 기준은 공히 권리의 제한 혹은 예외를 규정하는 국제규범이 되었다고 할 수 있다.

위 3단계 기준은 각국의 저작권법으로 하여금 저작재산권이 제한되는 경우들을 규정하는 하나의 보편적인 기준으로 생각될 수 있다. "특별한 경우"(certain special cases)란 문제의 이용이 특별한 목적을 가진 것으로 폭넓은 부류의 면제는 정당화될 수 없으며, 공공정책이나 그 밖의 예외적인 상황과 같은 명백한 이유에 의하여 정당화될 수 있어야 한다<sup>24)</sup>. "저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 않아야 한다"는 기준은 저작권자가 일상에서 저작물의 이용을 합리적으로 기대할 수 있는 방법을 의미하여 저작권자가 보통 저작권사용료의 수익을 기대할 수 있는 어떤 종류의 이용에 해당되지 않아야 할 것이다<sup>25)</sup>. "저작자의 적법한 이익을 부당하게 해치지

---

23) Article 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. (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

24) S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1986, p. 482.

25) *Ibid* at 483.

않아야 한다"란 기준은 바로 앞 기준과 중첩된다고도 볼 수 있으나, 두 번째 기준을 충족시킨다고 하여도 추가적으로 구비되어야 할 요건일 것이다. 어떤 예외 혹은 제한으로 저작권자에게 소득을 합당치 않도록 상실시키건 그럴 염려가 있다면 저작권자의 적법한 이익을 부당하게 해친다는 견해이다<sup>26)</sup>. 사안마다 구체, 개별적으로 결정될 수 있을 것이지만, 저작재산권이 제한된다고 하여도 그 본질적인 내용은 제한할 수 없는 것으로 자유사용의 경우에 해당하나 상당한 보상금이 지급되어야 한다는 경우들이 그 예가 될 수 있을 것이다<sup>27)</sup>.

## 2. 저작권법개정안에서

아직 각 국가의회의 비준절차를 남겨놓고 있으나 2007년 4월 2일 한국과 미국정부사이에 FTA협정이 체결됨에 따라 동 협정의 이행에 필요한 관련 규정을 개정하여 저작자의 권리보호와 저작물의 공정한 이용을 도모하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 의도로 정부에 의한 저작권법개정안 제35조의3은 다음과 같이 규정한다:

① 제23조 내지 제35조의2에 규정된 경우외에도 저작물의 통상적인 이용방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

---

26) G. Davies, Copyright and the Public Interest, Sweet & Maxwell, 2002. par a. 10-017.

27) Richtson, supra at 484.

② 저작물 이용행위가 제1항의 공정이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 영리 또는 비영리 등 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 분량 및 비중
4. 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향

위 정부안의 제안설명에 의하면 한미 FTA로 저작권 보호가 더욱 강화됨을 고려하여 이용자의 편에서 저작물의 이용활성화 도모를 위해 공정이용조항을 신설한다는 것이다<sup>28)</sup>.

### 3. 컴퓨터프로그램개정법안에서

위 저작권법개정안과 동일한 배경아래 우리 정부는 컴퓨터프로그램보호법도 개정안을 내놓았다. 컴퓨터프로그램 보호법은 제1조에서 프로그램저작권을 효과적으로 보호하는 동시에 공정한 이용환경을 조성하여 관련 산업의 육성에 이바지함을 목적으로 하고 있음을 규정하는데,

- 한-미 FTA 협상의 결과로 프로그램저작권자의 권리가 실질적인 측면과 집행절차적인 측면 모두에서 대폭 강화됨에 대응하여,
- 기존에 제한적으로 열거되어 있는 저작권 제한사유 이외에도 법원의 판단으로 향후 기술적 환경의 변화 등을 반영하여 저작

---

28) 저작권법일부개정(안)공청회자료, 문화관광부, 2007. 9. 12. 7면.

권자의 이익에 부당한 해가 되지 않는 정당한 사용을 일정한 기준에 따라 인정할 수 있도록 할 필요가 있음을 인정하여 저작권법개정안과 유사한 내용의 공정이용조항을 신설한다는 내용이다<sup>29)</sup>. 동개정안 제12조의4는 다음과 같이 규정한다:

(프로그램의 공정한 사용)

① 제12조 내지 제12조의3에서 규정한 경우 외에도 프로그램을 정당한 범위 안에서 공정하게 사용하는 행위는 프로그램저작권 침해가 되지 아니한다.(이후 국회에 제출한 개정안에는 "제12조, 제12조2 및 제12조의3에서 규정한 경우외에 프로그램의 정상적인 이용방법과 충돌하지 아니하고 프로그램저작권자의 합법적인 이익을 해치지 아니하는 특정한 경우에는 프로그램을 사용할 수 있다"로 되어 있다)

② 법원은 제1항의 공정하게 사용하는 행위를 판단함에 있어서 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 상업성 또는 비영리성 등 사용의 목적 및 성격
2. 프로그램의 종류 및 용도
3. 사용된 부분이 프로그램 전체에서 차지하는 양 및 중요성
4. 프로그램의 사용이 그 프로그램의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향

#### 4. 개정안에 대한 간략한 평가

저작권법개정안, 컴퓨터프로그램보호법개정안은 양자 공히 개정안의 개정이유에서 각각 밝히고 있는 바와 같이, 한미 FTA 협상

---

29) 컴퓨터프로그램보호법일부개정(안)공청회자료, 정보통신부, 2007. 9. 13. 8면.



의 결과로 저작자 등 권리자의 권리가 실질적인 측면과 집행절차적인 측면 모두에서 대폭 강화됨에 대응하여 기존에 제한적으로 열거되어 있는 저작권 제한사유 이외에도 향후 기술적 환경의 변화 등을 반영하여 저작권 등 권리자의 이익에 부당한 해가 되지 않는 정당한 사용을 일정한 기준에 따라 인정할 수 있도록 할 필요에서 공정이용조항을 도입한다는 것이다. 이 같은 입법취지는 이미 앞에서 언급한 바처럼 디지털기술환경에서 별도의 입법조치가 수반될 필요없이 융통성있는 기준으로 이용자의 이익을 배려할 수 있는 법리로서 그 기본적인 법개정의 필요성은 충분히 이해된다.

그러나 양 개정안 모두에서 이해될 수 없는 것은 저작권제한의 일반조항으로 공정이용조항을 규정하면서 미국법에서와는 달리 공정이용이 인정되는 경우를 "특정한 경우"로 한정하는 점이다. 먼저 특정한 경우가 의미하는 바가 분명하지 않다. 이 같은 개정안의 표현은 베른협약 등 관련 국제조약이나 FTA협정문에서 저작권의 제한이나 예외가 인정되기 위한 기준에서의 표현(certain special case)과 저촉되지 않으려는 노력일 것이다. 그러나 공정이용이 인정되는 범위가 특정 경우로 한정되는 뜻이라면 융통성있는 제한규정으로서 일반규정적인 장점은 대폭 축소되거나 이 같은 공정이용규정의 취지가 무색하게 될 수 있다. 현행 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상 제한 규정들이 베른협약 등에서의 "3단계 기준"중 첫 번째 기준인 특정한 경우에 해당되는 개별적인 경우로 국내법상 입법화되었다고 보아야 한다. 굳이 공정이용조항을 도입하는 것이었다면 그 취지를 배려하여 아예 미국 저작권법에서와 같이 특정한 경우로 한정하지 않아야 한다. 이하 아래에서는 공정이용

조항도입에 관한 몇몇 견해들을 소개하고 이를 비판하여 본다.

### Ⅲ. 도입여부에 관한 견해들

#### 1. 찬성론

공정이용의 원리는 저작권제한에 관한 일반적 원리로서 매우 융통성있게 적용될 수 있음으로써 저작권법이 새롭게 개발된 기술이나 환경에서 용이하게 적용될 수 있도록 하며, 저작물의 이용에 관한 거래비용을 상당히 감소시키며, 저작물이용에 관한 혼란을 해결하고 성문법의 흠결을 보완할 수 있는 융통성을 법원에게 제공할 수 있다는 장점을 지적하여 공정이용조항의 도입에 찬성하는 견해가 있다<sup>30)</sup>. 물론 이 견해도 공정이용 여부를 판단하기 위한 요소들은 매우 추상적인 것으로써 이를 적용하는데 있어 혼란을 야기할 수 있는 단점은 인정하나, 공정이용의 원리가 한국 저작권 법체계에 도입되는 경우의 관건은 한국의 법원이 이 원리를 얼마나 활용하고 적용할 능력이 있는가의 문제이나 한국법원도 어느 정도 충분한 능력이 있다는 것이다.

#### 2. 반대론

판례를 통해 축적되어 온 공정이용 판단의 요건을 정해 놓음으

---

30) 이대희, 한국 저작권법 체제에서의 공정이용의 도입, 저작권문화, 2007. 11, 9면.

로써 공정이용의 항변에 대한 판단시 반드시 고려하도록 되어 있는 미국 저작권법과 저작재산권의 제한을 제한적 열거방식에 의한 우리의 법제형식이 다르다는 점에서 공정이용조항은 우리 법제와 일관되지 않는다는 시각에서, 배타적 권리로서 물권에 유사한 권리로 이해되는 저작권자의 저작재산권이 해석에 의해 얼마든지 새로운 이유로 권리가 제한될 수 있다면 저작권자의 지위를 약화시키며, 법적 안정성을 해한다는 점에서 공정이용조항의 도입을 반대하는 견해가 있다<sup>31)</sup>. 동 견해는 나아가 개정안상의 중요개념인 “통상적인 이용방법”, “저작자의 합법적 이익” 등의 불확정 개념은 법의 운용과정에서 최종적으로 사법판단에 귀착될 수밖에 없으며, 우리의 실무 및 판례도 현행법상의 저작재산권 제한 조항을 해석함에 있어서 사실상 개정안에서 제시한 요건들을 판단기준으로 삼고 있다는 점에서 이 같은 내용의 조항을 두는 것은 선언적인 의미 외에 문제해결을 위한 별다른 의미를 갖지 못한다는 점에서 입법의 낭비라는 의견을 추가한다.

한편 디지털네트워크 환경은 우리가 예측하기 어려운 많은 새로운 이용형태를 유발하고 또 사라지게 하므로 이런 환경에서 고정적이고 세부적인 기준은 그 적용에 한계가 있어 보다 탄력적으로 적용될 수 있는 저작권보호의 예외에 대한 일반원칙의 필요성은 인정하면서도, 우리의 경우 판례를 통한 확립된 법원칙이 존재하지 않는 상황에서 이러한 일반원칙의 선부른 도입은 오히려 무규범의 상황을 초래할 수 있으며, 특정한 제한 규정이 필요한 경우 추상적인 일반원칙에 의존하기 보다는 오히려 신속하게 규범을 개정하여 대처하는 것이 현명할 수 있다는 부정적 견해도 있다<sup>32)</sup>.

31) 앞의 저작권법일부개정안공청회자료(남형두 토론부문), 18면.

### 3. 절충론

일반조항은 유연성을 그 특징으로 하므로 구체적인 타당성을 확보할 수 있고, 한미 FTA로 저작권이 20년 더 연장되고 일시적 복제에 대한 부분적 통제권이 저작권자에게 부여되며 저작물에 접근하거나 저작물 이용을 통제할 기술적 보호조치가 확대되는 등 저작자의 권리가 강화되므로 개방형 공정이용 조항을 도입하여 저작물 이용자와의 균형을 도모할 수 있는 측면을 인정하나, 일반조항의 범위와 한계를 법원의 판결이 있기 전까지는 알 수 없어 법적 안정성이 떨어져서 오히려 혼란이 야기될 수 있고 현행 법체계상 저작권을 제한하는 포괄적 공정이용조항을 도입하는 것은 저작권자 등의 강한 반대에 봉착할 우려가 있을 뿐만 아니라 일반조항이라는 것에 친하지 않은 우리나라의 법문화 환경을 고려한다면 제한적인 공정이용규정의 도입이 적합하다는 견해도 있다<sup>32)</sup>. 동 견해는 특정목적, 예컨대 비상업용 목적의 연구 등과 같이 적용 분야를 제한하여 구체화하는 다음과 같은 방안을 제시한다:

*(대안1, 저작물의 공정이용) 제23조 내지 제35조의2에 열거된 경우가 아니라 하더라도 비상업용 목적으로 타인의 저작물을 이용하는 것이 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해치지 아니하는 경우에는 저작권침해로 되지 아니한다.*

*(대안2. 연구목적 등의 공정이용)*

32) 임원선, 앞의 책, 183-184면.

33) 앞의 저작권법일부개정안공청회자료(김병일 토론부분), 60면.

- ① 비상업용 목적의 연구를 목적으로 하는 어문, 연극, 음악 및 미술저작물의 공정이용은 충분한 출처명시가 수반되었을 경우에는, 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 않는다.
- ② 제1항의 규정에 따른 출처표시는 실용적 이유 또는 기타 이유로 출처표시가 불가능한 경우에는 필요하지 아니하다.
- ③ 사적 학습을 목적으로 하는 어문, 연극, 음악 및 미술저작물의 공정이용은 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.

(대안3. 비평 또는 평론 목적 등의 공정이용)

- ① 당해 저작물이나 다른 저작물 혹은 저작물의 실연에 대한 비평 또는 평론을 위한 저작물의 공정이용은 충분한 출처 명시가 수반되고 당해 저작물이 공표되었을 경우에는, 그 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.
- ② 시사보도를 위한 저작물(사진은 제외)의 공정이용은 충분한 출처명시가 수반되었을 경우에는 그 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.
- ③ 음반(녹음물), 영화, 방송 및 유선프로그램을 통한 시사보도에 관하여는 출처명시가 요구되지 아니한다.

#### 4. 소결론

찬성론이 내세우는, 공정이용의 범리는 융통성있는 제한 기준으로 저작권이 제한되어야 할 경우 그를 위한 별도의 입법조치가 수반되지 않은 채 문제해결에 이를 수 있으며, 이런 필요성이 점증한다는 점은 분명한 것이다. 또한 반대론이 반박하는 아직 저작권에 관한 뚜렷한 보호도 이론상, 실무상 공히 확립되어 있지 않은

우리의 상황에서 공정이용법리의 도입은 저작권보호의 혼동을 가져 오고 법률관계를 불안정하게 만든다는 지적도 또한 무시될 수 없다. 찬성론과 반대론이 절충된 견해가 이론상 합당하나 실제로 전향에서 절충론이 내세우는 대안1은 사실상 찬성론이나 다름없으며, 대안2나 대안3은 기존의 제한규정(28조의 공표된 저작물의 인용규정)에 이미 반영되어 있거나 요건이 너무 특정되어 있어 기존의 개별적 제한규정이 구체화되거나 추가된 것으로 보인다. 개인적으로는 반대론을, 앞에서의 반대론의 입장과 상당히 중첩되는 이유이나, 다음의 이유로 지지한다.

우리 저작권법은 기본적으로 대륙법계를 따른다. 대륙법계의 저작권법들은 보호되는 저작물의 보호요건(저작물성) 자체는 상대적으로 엄격하게 판단하는 반면, 저작재산권의 제한은 개별적인 제한만을 허용하여 권리자와 이용자간의 이해관계를 균형시킨다. 이에 반하여 영미법계, 특히 미국법에서는 저작물성을 상대적으로 폭넓게 인정하는 한편 저작재산권의 제한도 넓게 인정하고 있다. 대륙법계 및 영미법계 모두 저작권의 보호와 저작물의 이용에 있어서 나름대로 균형을 유지하고 있다고 할 수 있는데, 저작재산권 제한의 측면에서만 영미법계의 일반조항을 도입하는 경우에는 저작권자에게 불리한 쪽으로 저작권법의 균형이 기울어질 수 있다. 게다가 저작권자의 입장에서, 이용자의 입장에서, 아날로그 기술환경에서의 전통적인 맥락에서도, 디지털 기술환경에서의 신기술의 적용과 관련하여서도 저작권제한과 관련된 판례가 축적되어 있지 않은 가운데 공정이용의 법리가 도입된다면 법적 안정성이라는 측면에서도 혼란이 예상된다. 미국의 경우도 150년 이상에 걸친 판례이론의 결과 공정이용법리가 형성, 발전되었음을 생각할

때, 우리 저작권법상 법조문에 공정이용규정을 신설하는 것만으로도 법리의 장점을 크게 기대할 수 없다. 게다가 저작권법개정안 등에서 공정이용조항은 저작권제한의 일반규정으로서는 이해하기 힘든 “특정한 경우”로 국한하여 그 해석을 아리송하게 만든다. 특정 경우로 국한된 공정이용이라면 그 실익이 심히 의문시된다. 굳이 공정이용조항을 저작권법 등에 도입한다면 앞에서의 절충설의 대안1에 따른 모습이 더 좋을 것이다. 그러나 일반 조항으로서의 공정이용조항이 국제규범에서 인정하는 저작권제한의 일반원칙으로서 “3단계 기준”에 부합되는지 의문이다. 우리나라와 미국사이에서만 생각된다면 미국측에서 우리가 공정이용조항을 도입한다고 의의할 것으로 보이지 않는다. 그러나 공정이용조항을 갖지 않는 대부분 국가들의 입장에서도 “3단계 기준”에 부합된다고 볼 수 있는지의 여부는 회의적이다. 무엇보다도 문리해석상 저작권제한이 법에서 규정된 개별적인 경우이외에도 보충적으로 허용될 수 있다는 것은 제한이 특정 경우로 제한되어야 한다는 것과는 양립할 수 없는 까닭이다. 현행 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법에 의하면 아직 공정이용조항이 도입되어 있지 않지만, 판례에 의한 논의가 다음의 범주에서 일부 가능한 것으로 보인다.

## IV. 현행법상 공정이용법리가 반영된 모습들

### 1. 저작권법

우리 저작권법이 제1조의 목적조항에서 저작물의 공정한 이용을

도모함을 저작권법이 목적으로 한다고 명정하고 있다. 저작권제한의 일반원칙으로서의 공정이용의 법리와 동일하게 볼 수는 없을 것이나 저작권법 전체가 저작물의 공정한 이용이라는 측면은 반영된 모습이라 할 수 있으며 개별적인 사안에서 각 조문을 구체적으로 적용함에 있어서 해석의 원리일 것이다. 이 같은 일반적 해석원칙으로서 공정이용의 측면은 저작재산권의 제한항목에서 특히 의미가 있다. 제1조가 곧바로 공정이용의 법리에 관한 일반적 근거조항이 될 수는 없다고 할지라도, 저작재산권 제한에 관한 각 규정들을 해석하는 일반적 지도원리로서의 역할은 충분히 수행할 수 있다<sup>34)</sup>. 제23조 재판절차 등에서의 복제조항에서의 “--- 저작권자의 이익을 부당하게 침해하는 ---”, 제26조 시사보도를 위한 이용조항에서의 “--- 정당한 범위안에서 ---”, 제28조 공표된 저작물의 인용조항에서 “--- 정당한 범위안에서 ---” 등 불확정개념을 규정하는 경우 결국 구체적인 판단은 공정이용의 법리에 따라 판단되어야 할 것이며 판례도 미국의 공정이용의 법리상 기준을 참조하는 것으로 보인다.

논자에 따라서는 우리 저작권법상의 공정이용은 미국법상 공정이용과 동일한 의미가 아니며, 공정이용을 포함하는 더 넓은 개념으로 보아 우리 저작권법상 저작재산권의 제한에 관한 규정중 미국 저작권법상의 공정이용에 해당하는 경우는 제23조, 제26조, 제28조 등이고 나머지 제한 규정 등은 면책규정으로 아예 분류하기도 한다<sup>35)</sup>. 위 조항들은 불확정인 개념을 포함하는 바로 앞에서의 규

34) 오승중, 앞의 책, 716면.

35) 윤경, 저작권법, 육법사, 2005, 452면. 여기에서는 미국법상의 fair use를 공정사용으로 표현하나 본고에서의 일관적인 표현을 위해 공정이용으로 표현하였으며, 법개정에 따른 변화를 반영하여 인용한 것임을 밝혀 둔다.



정들이다. 대법원도 공표된 저작물의 인용에 관한 제28조를 해석함에 있어서 “정당한 범위안에서 공정한 관행에 합치되는 인용이란 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용 저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다”고 하여 사실상 미국법상의 공정이용의 법리가 원용된 것으로 보여 진다<sup>36)</sup>.

## 2. 컴퓨터프로그램보호법

컴퓨터프로그램보호법 제12조에서는 프로그램저작권이 제한되는 사유를 제1호 내지 제6호에서 정하며, 그 개별적인 판단의 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있되, 구체적인 판단을 위하여 프로그램의 종류, 용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램 저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우는 허용되지 않는다고 규정한다. 즉, 프로그램저작권이 제한되는 개별적인 경우의 판단을 위하여 미국 저작권법상 공정이용을 판단하기 위한 기준들이 우리의 법에서 원용되고 있다. 아직 우리의 판례에서 법에서 규정된 기준들이 적용된 사례는 발견하기 힘들다, 동 기준들이 적용되는 가운데 프로그램저작권이 제한되거나, 그 제한이 허용되지 않는 해석은 가능하다. 저작권법상 저작재산권의 제한규정을 해석하는 가운데 미국법상 공정이용의 법리가 참조될 수 있는 것에서 나아가 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권의 일반적인 제한규정

---

36) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227판결 등.

에 해당되지 않으나 그 개별적인 제한조항을 해석하는 가운데 위 공정이용의 법리가 적용될 수 있음을 적극적으로 규정한다.

## V. 결론적 고찰

본고에서는 최근 저작권제한의 일반원칙으로서 공정이용조항의 도입논의를 다루어 보았다. 먼저 미국법상의 공정이용의 법리를 간단히 살펴보았으며, 우리의 개정법안에서 공정이용조항을 살펴보고 이에 대한 견해들을 소개하였으며 필자의 견해를 피력하였다. 개인적으로 현재의 상황에서 공정이용의 법리를 저작권제한의 일반조항으로 당장 도입한다는 것은 동 법리의 이론적인 장점에도 불구하고 법체계적으로나, 법률관계의 명확을 기한다는 점에서나, 관련 국제조약상 3단계 기준과 관련하여 문제시될 수 있다는 점 등에 비추어 바람직하지 않다고 보았다. 전세계적으로 미국 저작권법과 같이 저작권제한의 일반원칙이 도입된 나라는 발견하기 힘들며, 아마도 대만 저작권법의 경우가 그러한 법제를 취하고 있었다. 대만 저작권법의 경험은 주시되어야 할 것이지만, 그 이외의 국가에서도 저작권제한의 일반원칙을 도입하지 않고 있다는 사실 자체가 그로 인한 문제점을 직시하고 있다는 역력한, 간접적인 증거일 수 있다.

물론 공정이용조항이 성문화되기 이전에도 미국법상 공정이용의 법리는 우리 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상 권리의 제한규정을 해석하는 가운데 직, 간접적으로 적용될 수 있음을 확인할 수 있었다. 나아가 우리 민법 제2조에서 신의성실의 원칙이나 권

리남용의 법리 및 저작권제도의 목적·취지에 따라 저작권제한의 일반원칙을 내용으로 하는 위법성판단을 중심으로 판례이론이 선행될 것을 기대한다. 이 같은 판례이론은 저작권제한의 일반원칙이 존재하지 않는 상황에서 만일 그러한 일반원칙의 법리가 적용되면 구체적 타당성을 기대할 수 있는 많은 경우들에 적용될 수 있을 것이다. 그러나 여러 정책적 판단에 의하여 굳이 공정이용조항이 도입된다면, 그 구체적인 내용은, 실익을 고려할 때, 미국 저작권법 제107조와 같은 모습이 권장되며, 이 경우 가급적 혼돈의 기간이 극소화되는 가운데 제도가 정착되기를 희망한다. 미국 저작권법에서 공정이용의 법리는 형평에 입각한 합리적인 규칙으로서 신기술이 야기시키는 다양하고도 복잡한 문제의 균형추로서 그 역할이 기대되어 진다. 미국법에서 공정이용법리의 향배는 우리나라에서도 주시되어야 하는 것은 공정이용의 법리가 도입되는 경우는 말할 나위도 없겠지만, 도입되지 않는다고 하여도, 현재의 우리 법을 해석하는 과정에서 도움이 되는 까닭이다.



# 한미 FTA의 저작권집행분야에 있어 민사적 구제

이규호

(중앙대학교 법과대학 교수)

## 차 례

- I. 서론
- II. 손해배상 또는 침해자의 이익을 지급하도록 명할 법원의 권한
- III. 법정손해배상액제도의 도입
- IV. 소송비용부담원칙
- V. 침해물품 등의 압류
- VI. 침해물품 등의 폐기
- VII. 행정절차에 의한 민사적 구제명령
- VIII. 결론

## I. 서론

한미 FTA에 있어 지적재산권집행분야<sup>1)</sup>는 (i) 일반적 의무(한미 F

TA 제18.10조 제1항 내지 제3항), (ii) 민사 및 행정절차와 구제(동 협정 제18.10조 제4항 내지 제15항), (iii) 대체적 분쟁해결(동 협정 제18.10조 제16항), (iv) 잠정조치(동 협정 제18.10조 제17항 내지 제18항), (v) 국경조치와 관련된 특별요건(동 협정 제18.10조 제19항 내지 제25항), (vi) 형사절차와 구제(동 협정 제18.10조 제26항 내지 제29항), (vii) 서비스제공자의 책임 및 책임제한(동 협정 제18.10조 제30항)으로 규정되어 있다.

본고는 이 가운데 한미 FTA 제18.10조 제4항 내지 제15항에 규정되어 있는 조문 중 민사적 구제책인 (i) 손해배상 또는 침해자의 이익을 지급하도록 명할 법원의 권한(동 협정 제18.10조 제5항), (i) 법정손해배상액제도(동 협정 제18.10조 제6항), (iii) 소송비용부담(동 협정 제18.10조 제7항), (iv) 침해물품 등의 압류 (동 협정 제18.10조 제8항), (v) 침해물의 폐기 등 (동 협정 제18.10조 제9항), (vi) 행정절차에 의한 민사적 구제명령(동 협정 제18.10조 제10항)에 초점을 두어 설명하기로 한다. 한미 FTA 제18.10조 제10항 (침해자에 대한 법원의 정보제공명령 등)<sup>2)</sup> 및 제18.10조 제11항(법원

---

1) 한미 FTA의 제18.10조은 그 표제를 “지적재산권의 집행”으로 정하고 있는데, 이는 적절한 표현은 아니다. “집행”이란 용어는 민사집행법상 민사집행을 연상 시킨다는 점에서 “구제와 절차”로 번역하는 것이 타당하다(줄고, “한미 FTA상 저작권 집행과 우리법의 대응(상)”, 「법조」 제612호, 2007년 9월, 281면 각주 1). 하지만 박성수, “한미자유무역협정과 지적재산권집행-저작권을 중심으로”, 「FTA와 지적재산법: 집행 및 구제를 중심으로」, 2007년 추계 한국디지털재산법학회·한국산업재산권법학회 공동학술대회, 2007년 10월 4일, 43면에서는 “한미 FTA의 제18.10조에서 규정하고 있는 내용은 엄밀하게 말하면 지적재산권의 침해에 대한 구제에 관한 실체적 규정과 절차적 규정의 범위를 넘어서고 있는 내용을 다수 포함하고 있어서 이를 가리키는 적절한 용어를 찾기 어렵다. 이러한 이유로 ‘구제와 절차’라는 용어도 적절하다고는 생각되지 않는다”고 주장한다.

2) 이에 대한 상세한 내용은 김병일, “한미 FTA의 저작권 집행분야 주요 쟁점 및

의 유효한 명령을 위반한 자에 대한 제재)은 민사적 절차 내지 형사적 제재에 해당하기 때문에 본고의 논의에서 제외한다.

## II. 손해배상 또는 침해자의 이익을 지급하도록 명할 법원의 권한

### 1. 한미 FTA의 경우

한미 FTA 제18.10조 제5항에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

“각 당사국은 다음을 규정한다.

가. 민사 사법절차에서, 사법당국은 침해자가 권리자에게 다음을 지급하도록 명령할 권한을 가진다.

1) 침해의 결과로 권리자가 입은 피해를 보상할 수 있는 충분한 손해배상<sup>28)</sup>, 또는

2) 최소한 저작권 또는 저작인접권 침해 상표위조의 경우, 침해로 인하여 얻은 침해자의 이익. 이는 1목에 언급된 손해배상액으로 추정될 수 있다. 그리고

나. 지적재산권 침해로 인한 손해배상을 결정함에 있어서 사법당국은 특히 시장가격, 권장소비자가격 또는 권리자가 제시한 그 밖의 정당한 가치추정에 의하여 산정된 침해된 상품

---

그 이행에 관한 고찰”, 「계간 저작권」, 제78호(2007년 여름호), 2007년, 24면 이하 참조.

또는 서비스의 가치를 고려한다.

각주 28) 특허침해의 경우, 침해를 보상하기에 충분한 손해배상은 합리적인 로열티보다 적어서는 아니된다.”

이 협정문에 의거하면, 실손해액과 침해자의 이익을 누적적으로 인정하는 이익의 부가적 배상제도를 도입할 필요는 없다. 미국과의 FTA협상시에 이익의 부가적 배상제도를 도입한 국가도 있다. 예컨대 미국-호주간 FTA에 따르면, 원칙적으로 (i) 저작권자가 침해로 입은 피해액에 (ii) 침해자가 침해로 인하여 얻은 이익으로서 권리자의 피해를 산정할 때 포함되지 않은 이익을 더하여 배상하도록 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 다만 호주는 부속서한(side letter)을 통해 권리자의 선택에 좇아 위의 (i)과 (ii) 중 하나만 배상할 수 있도록 본문을 변경하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 미국의 경우

미국 연방저작권법 제504조b에 따르면, 저작권자는 (i) 침해로 인하여 발생한 실제의 손해액과 (ii) 침해로 인한 것이면서 이러한 손해를 계산하는데 고려하지 않은 침해자의 이익을 배상받을 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제504조c(1)에 따르면 실손해액 및

---

3) 미국-호주 FTA 제17.11.6조(a).

4) 호주는 부속서한을 통해 본문의 내용을 변경하는데 실패하였다. 왜냐 하면 부속서한에 따르면 결론적으로는 침해자의 이익과 저작권자의 손해 중에서 큰 금액으로 배상이 가능하게 되어 미국의 의도대로 되었기 때문이다(박성수, 앞의 발표문, 48면).



이익 대신에 법정손해배상액을 선택할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 미국 저작권법 제504조 제b항에서 인정하는 손해배상의 방법은 기본적으로 (i) 저작권자의 실손해액 및 침해자의 이익액, 또는 (ii) 법정손해배상액이다. 저작권자의 실손해액, 침해자의 이익액, 법정손해배상액 등 3 가지 유형의 손해배상방법과 관련하여 종래에는 판례 사이에 혼란이 있었으나, 1976년 개정 저작권법에 의하여 이를 명확하게 하였으며, 기본적으로는 실손해액과 침해자의 이익액 사이에는 누적적으로 인용을 해주되 이중으로 계산하는 것은 금지된다고 한다.<sup>5)</sup>

### 3. 우리나라의 경우

#### 가. 민법상 불법행위에 관한 손해배상제도와 관련하여

(1) 타인의 저작물을 무단으로 이용하거나 허락범위를 벗어나 이용하는 행위 등의 저작권침해행위는 불법행위의 일 유형에 불과하므로 우리나라의 경우 민법 제750조의 불법행위에 관한 규정이 적용된다.<sup>6)</sup>

저작권자가 저작권침해자를 손해배상청구를 하기 위해서는 (i) 침해자의 행위가 고의 또는 과실에 의한 것이어야 하고, (ii) 그 행위가 위법한 것이어야 하며, (iii) 침해자는 책임능력이 있어야 하고, (iv) 권리자에게 손해가 발생하여야 하고, (v) 침해자의 행위와

---

5) 100. A.L.R. Fed. 258 (위의 발표논문, 47-48면을 재인용).

6) 박성수, “저작권침해와 법정손해배상제도”, 『계간 저작권』, 제78호(2007년 여름호), 39면.

권리자에 대한 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 한다.

(2) 이와 관련하여 손해란 법익에 대한 모든 비자발적 손실을 말한다.<sup>7)</sup>

손해의 개념과 관련해서 차액설과 구체적 손해설이 있다.

차액설은 우리나라의 통설이자 원칙적인 판례의 입장이다. 이 견해에 따르면, 불법행위로 인한 손해는 불법행위가 없었더라면 존재하였을 상태와 현재의 상태를 비교함으로써 규명된다고 주장한다. 다시 말하면 차액설의 경우에, 손해는 불법행위가 없었더라면 피해자가 받았을 이익과 불법행위로 인하여 피해자가 현재 받고 있는 이익과의 차, 특히 그 금전평가상의 차를 의미한다. 이 설은 법익에 대한 사실상의 변화보다는 재산의 금전적 평가상의 감소를 손해로 본다.<sup>8)</sup>

구체적 손해설은 피해자의 재산을 구성하는 개개의 권리 또는 법익이 입은 불이익(손실)을 손해라고 한다. 즉 손해를 채무불이행으로 인하여 구체적·현실적인 법익의 침해로 인하여 채권자가 입은 구체적인 불이익을 손해라고 본다.<sup>9)</sup>

우리나라의 통설과 판례는 차액설을 취하면서도 경우에 따라서는 규범적인 손해의 개념을 채택하고 있다. 다시 말하면 경우에 따라서는 손해를 재산상 차이의 존부에 관계없이 규범적 가치판단에 의할 것을 주장하는 견해<sup>10)</sup>가 나타나고, 우리나라 판례도 이를 긍정하는 태도를 가지고 있다.

---

7) 위의 논문, 39면.

8) 지원립 집필부분, 「민법주해[IX](곽윤직 편)」, 박영사, 1995년, 465면.

9) 위의 책, 466면.

10) 박동진, “독일손해배상법상 손해의 인식과 산정방법”, 「연세법학연구」 제4집, 연세법학연구회, 1997년, 204면; 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 「비교사법」, 제11권 제4호, 2004년 12월, 291면 이하.

특히 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22857판결에서는 장애아의 출생과 관련하여 “인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함에 비추어 볼 때, 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기 어렵고, 장애를 갖고 출생한 것 자체를 인공임신중절로 출생하지 않은 것과 비교해서 법률적으로 손해라고 단정할 수도 없으며, 그로 인하여 치료비 등 여러 가지 비용이 정상인에 비하여 더 소요된다고 하더라도 그 장애 자체가 의사나 다른 누구의 과실로 말미암은 것이 아닌 이상 이를 선천적으로 장애를 지닌 채 태어난 아이 자신이 청구할 수 있는 손해라고 할 수는 없다.”라고 판시하여 손해의 유무는 단순히 과실있는 위법행위 전후의 재산상태를 비교하여 이루어지는 것이 아님을 밝혔다. 그 밖에 판례는 인신사고로 인하여 노동능력의 일부를 상실하였으나 사고 전의 직장에 그대로 다니고 있고 소득의 변화도 없는 경우에 대해서도 가동능력상실률에 의한 일실이익이 산정을 긍정하고 있다.<sup>11)</sup>

(3) 그리고 손해배상의 범위와 관련하여 민법 제393조는 제1항에서 “채무불이행으로 인한 손해는 통상의 손해를 한도로 한다”고 규정하고, 이어 제2항에서는 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상의 책임이 있다”라고 규정하고 있다. 한편 이 조문은 불법행위로 인한 손해배상에 그대로 준용되고 있다(같은 법 제763조). 우리나라의 통설은 불법행위의 경우에 같은 법 제763조에 따라 준용되는 같은 법 제393조는 가해행위와 손해 사이의 상당인과관계를 규정한 것

11) 대법원 1990. 2. 27. 선고 88다카11220판결; 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022판결; 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다13277판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다6991판결.

으로 해석하면서, 같은 법 제393조 제1항은 상당인과관계의 기본 원칙을 선언한 것이고, 같은 법 제393조 제2항은 절충설의 입장에서 고려의 대상으로 삼는 사정의 범위를 규정한 것이라고 한다.<sup>12)</sup>

이에 따르면, 같은 조 제1항의 통상의 손해라는 것은 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 불법행위가 있으면 사회일반관념에 비추어 통상 발생하는 손해를 말한다고 한다. 한편 통상손해에 속하지 아니한 손해라고 하더라도 채권자 측의 특별한 사정으로 인하여 발생하는 손해가 있는 경우에는 가해자가 그 특별한 사정에 대하여 알았거나 알 수 있었을 경우에는 같은 조 제2항의 특별손해로서 이를 배상하여야 한다. 다시 말하면 통상손해는 불법행위에 의하여 일반적으로 발생하는 손해이므로 예견가능성을 요건으로 하지 않음에 반하여 특별손해에 경우 손해의 공평부담의 견지에서 가해자가 이를 알 수 있었던 경우에 한하여 이를 배상하도록 하고 있다.<sup>13)</sup>

저작권자가 저작물의 불법복제 등으로 인하여 침해를 받은 경우에 그 손해배상의 범위는 고의 또는 과실에 의한 침해와 상당인과관계가 있는 일체의 손해를 말한다.<sup>14)</sup> 이에선 저작권침해로 인하여 저작권자가 입은 재산적 손해는 물론이고 정신적 손해도 포함되며, 재산적 손해에 있어서는 적극적 손해와 소극적 손해를 포함한다.<sup>15)</sup>

적극적 손해는 침해행위로 인하여 입은 저작권자의 재산상태의

12) 광윤직, 「채권총론」, 박영사, 2004년, 112-114면.

13) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다60257판결.

14) 이종구, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, 「산업재산권」, 제23호, 2007년 8월, 622면.

15) 위의 논문, 622면.

감소를 의미하며, 이에 는 침해사실에 대한 조사비용, 불법복제물의 유통으로 인하여 판매되지 못한 재고, 침해방지를 위하여 지출한 광고비 등이 포함된다.<sup>16)</sup>

소극적 손해 즉 일실이익은 저작권침해행위로 인하여 저작권자가 얻을 수 있었던 이익을 상실한 손해로 저작권의 침해행위가 없었더라면 저작권자가 얻을 수 있었던 것으로 합리적으로 인정되는 이익을 의미한다.<sup>17)</sup> 소극적 손해의 산정방법으로는 모조품총판매액설, 모조품총판매이익설, 이득비교설 등이 있다. 이와 관련하여 논리적으로는 모조품총판매이익설이 타당하지만 현실적으로 증명하기 곤란한 점을 감안하여 저작권자가 모조품총판매액을 증명하면 이를 손해로 추정하고, 침해자가 소극적 요소인 비용 등 공제항목을 반증에 의하여 입증하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>18)</sup> 이 견해가 타당하다.

하지만 저작권침해로 인하여 손해를 입은 저작권자가 손해배상을 청구하기 위해서는 손해액을 입증하여야 하지만, 손해액을 증명하기 위한 자료는 대부분 가해자의 수중에 있기 때문에 구체적인 손해액을 증명하기란 대단히 어렵다. 특히 소극적 손해의 경우 시장여건의 변화, 소비자의 기호변화, 광고비의 투입여부 및 침해자의 영업적 능력 등 다양한 변수가 내재되어 있어 침해자의 이익과 손해 사이의 인과관계를 증명하기란 곤란하다.<sup>19)</sup>

---

16) 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2007년, 1279-1280면.

17) 광윤직, 앞의 책, 107면.

18) 이상경, 「지적재산권소송법」, 육법사, 1999년, 747면; 이종구, 앞의 논문, 623면.

19) 이종구, 앞의 논문, 623면.

## 나. 저작권법상 손해배상액 산정기준

우리나라 저작권법은 저작권 침해를 이유로 제기된 손해배상청구소송에서 손해액 산정의 곤란을 극복하기 위하여 다음과 같은 규정을 두고 있다. 현행 저작권법 제125조<sup>20)</sup>는 제1항에서 저작재산권 등을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 받은 이익의 액을 저작재산권자 등의 손해의 액으로 추정하고, 제2항(통상사용료)에서 저작재산권 등의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당한 금액을 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있음을 규정하며, 제3항에서는 손해액이 통상사용료를 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 같은 법 제126조에서는 손해액의 입증이 극히 곤란한 경우에는 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 한편, 현행 저작권법 제125조 제4항은 등록된 저작권 등을 침해한 경우에는 침해자에게 과실이 있음을 추정하고 있다.

실제로 저작권침해소송에서 손해배상청구의 중심이 되는 것은 소극적 손해의 배상이며, 정신적 손해의 배상이 그 보조적인 역할을 한다.<sup>21)</sup> 2000년 이후 선고된 저작권침해소송관련 판결을 분석해 보면, 과반수 이상의 사안이 통상사용료에 입각하여 판결을 선고한 사례이고, 위자료의 증액이 없이는 실손해액에 근접하지 못하는 어려움이 있었다. 이런 경우를 보완하는 성격으로 법정손해

20) 저작권법 개정안 제125조는 일부 개정하고 있지만, 그 내용은 손해배상과 관련하여 상관없으므로 여기에서는 개정된 부분에 대한 논의는 생략한다.

21) 오승중, 앞의 책, 1280면.

액제도가 활용될 여지가 있다고 본다.

### III. 법정손해배상액제도의 도입

#### 1. 법정손해배상액제도의 의의

(1) 법정손해배상제도가 함은 민사소송에서 원고가 실손해를 입증하지 않은 경우에도 사전에 법령에서 규정한 일정한 금액 또는 일정한 범위의 금액을 법원이 원고의 선택에 따라 손해액으로 인정할 수 있는 제도다. 법정손해배상은 저작권의 침해를 방지하기 위한 억지효과와 더불어 실손해액 입증이 곤란한 경우에 권리자 보호의 효과를 가져온다는 점에 그 특징이 있다.

(2) 미국이 체결한 여러 FTA협정문에는 미리 확정된 손해배상제도(pre-established damages)라는 용어를 사용하고 있다. 예컨대 미국이 호주, 싱가포르 등과 체결한 FTA 협정에 따르면, 저작권침해에 대한 민사적 구제수단의 하나로 각 당사자는 미리 확정된 손해액 제도를 의무적으로 신설하거나 유지하도록 하고 있다. 그 의미는 미국 연방저작권법 제504조(c)에서 정하고 있는 법정손해배상액제도(statutory damages)를 지칭한다.<sup>22)</sup>

(3) 법정손해배상액제도는 부가적 손해배상액제도(additional damages)와 구별된다. 즉 부가적 손해배상액제도는 저작권침해가 있

---

22) 김원오, “상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입”, 2007년 추계 한국디지털재산법학회·한국산업재산권법학회 공동학술대회(주제: 「FTA와 지적재산법: 집행 및 구제를 중심으로」) 발표논문, 2007년 10월 4일, 1면.

는 경우에 실손해 외에 법원이 적당하다고 인정하는 상당한 손해액을 부가적으로 인정하는 제도이므로 법정손해배상액과는 상이하다.

## 2. 한미 FTA의 경우

한미 FTA 제18.10조 제6항에 따르면, 다음과 같이 규정하여 법정손해배상액의 도입이 불가피하다.

“제6항 민사 사법절차에서, 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호되는 저작물·음반 및 실연에 대하여, 그리고 상표위조의 경우에, 권리자의 선택에 따라 이용 가능한 법정손해배상액을 수립하거나 유지한다. 법정손해배상액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다.”<sup>29)</sup>

각주 29) 어떠한 당사국도 제6항을 당사국 또는 당사국의 승인이나 동의 하에 행동한 제3자에 대한 침해행위에 적용하도록 요구되지 아니한다.”

## 3. 미국의 경우

### 가. 의의



미국 연방저작권법(이하 “연방저작권법”으로 표시) 제504조<sup>23)</sup>

23) 미국의 연방저작권법은 연방법률 제17편에 규정되어 있는데, 이 법 제504조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“제504조 침해에 대한 구제 : 손해 및 이익

(a) 총칙

본 편 법전에 달리 규정된 경우를 제외하고, 저작권을 침해한 자는 다음의 어느 하나에 대한 책임을 진다.

- (1) (b)항에 규정된 저작권자의 실제 손해 및 침해자의 추가이익이나, 또는
- (2) (c)항에 규정된 법정손해.

(b) 실제 손해 및 이익

저작권자는 침해로 인하여 입은 실제 손해와 이러한 침해행위로부터 발생한 이익으로서, 실제 손해액의 계산에 있어서 참작하지 아니한 침해자의 이익을 회복할 수 있다. 침해자의 이익을 산정함에 있어서, 저작권자는 침해자의 총수입의 증거서류만을 제출하고, 침해자는 공제받을 수 있는 비용과 저작권으로 보호되는 저작물 이외의 요인으로부터 발생한 수익 부분을 증명하여야 한다.

(c) 법정 손해

- (1) 본 항 (2)호에 규정된 경우를 제외하고, 저작권자는 최종판결이 있기 전에는 언제든지 그 선택에 따라 실제 손해와 이익에 갈음하여, 저작물 1개에 관한 소송에 관련된 모든 침해로서 침해자 1인이 단독으로 책임을 지거나 2인 이상이 연대하여 책임을 지는 행위에 대하여 750달러 이상 30,000달러 이하의 금액 중 법원이 정당하다고 인정하는 법정손해의 판정액을 회복할 수 있다.
- (2) 저작권자가 입증 책임을 다하고 법원이 침해행위가 고의로 행하여졌다고 판단하는 때에는, 법원은 그 재량에 의하여 법정 손해의 판정액을 150,000달러까지 인상할 수 있다. 침해자가 입증 책임을 지는 경우, 침해자가 자신의 행위가 저작권 침해를 구성한다는 사실을 알지 못했고 이를 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 법원이 판단하는 때에는, 법원은 그 재량에 의하여 법정 손해의 판정액을 200달러까지 인상할 수 있다. 침해자가 저작권으로 보호되는 저작물을 사용한 것이 제107조의 규정에 의한 공정사용이라는 믿음에 의한 결과이고 이를 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에, 침해자가 다음인 경우에는 법원은 법정 손해액을 감면하여야 한다. (i) 비영리적 교육기관, 도서관, 또는 기록보존소의 직원으로서, 그 직무의 범위 안에서 당해 저작물을 복제물이나 음반으로 복제함에 의하여 침해를 하였거나 이러한 교육기관, 도서관, 또는 기록보존소 그 자체, 또는 (ii) (제118조 (g)항에 규정된) 공영방송국의 비영리적 활동의 일부로서, 발행된 비연극적 어문저작물을 실연하거나 이러한 저작물의 실연을 수록한 송신 프로그램을 복제함에 의하여 침해한 자 또는 공영방송국.

제c항 제1호에 따르면, 저작권자는 실손해 및 침해자의 이익 대신에 법정손해배상을 선택하여 청구할 수 있다. 그 범위는 하나의 저작물과 관련하여 당해소송에 관련된 모든 침해에 대해 750달러 내지 3만 달러에 해당한다. 편집물 또는 2차적 저작물의 모든 부분은 하나의 저작물에 해당한다. 상한은 고의의 침해의 경우에 15만 달러까지 인상될 수 있다. 또는 그 상한은 선의의 침해의 경우에는 2백 달러까지 인하될 수 있다.<sup>24)</sup>

법정손해배상은 (i) 등록이 발효된 일자 이전의 공표되지 않은 저작물의 침해 또는 (ii) 등록이 공표된 지 3개월 이내에 행해지지 아니하는 한, 등록의 발효일 이전의 공표된 저작물의 침해에 대해서는 이용불가능하다.<sup>25)</sup> 이러한 등록요건은 1909년 연방저작권법에는 존재하지 아니하였다. 따라서 1978년 1월 1일 이전에 발생한 소송원인에 관하여 등록이 소제기 이전에 행해졌다면 등록이 침해 행위시에 존재하지 아니하더라도 법정손해배상을 선고할 수 있었다.<sup>26)</sup>

## 나. 법정손해배상액의 판단기준

미국 연방저작권법 제504조c(1)에 따르면, 하나의 저작물에 대하여

---

(d) 특정한 경우에 있어서의 추가적인 손해 : 법원이 자신의 행위가 제110조 (5)상 면책된다는 항변을 주장하는 시설의 피고 사업자가 그의 보호되는 저작물의 이용이 그 조항 상 면책된다고 믿을 만한 합리적인 근거가 없다고 판시한 경우에는 언제나 원고는 본 조 상의 손해액 보상에 더하여 관련 시설의 사업자가 최장 3년까지의 절차가 진행되는 동안의 그러한 이용에 대하여 원고에게 지급했어야 할 사용료의 두 배의 보상을 받을 권한이 있다.”

24) 17 U.S.C. § 504(c)(2).

25) 17 U.S.C. § 412.

26) 17 U.S.C., Trans. Supp. Prov., Sec. 112.

여 한 사람에게 의하여 수개의 침해행위가 있더라도 하나의 법정손해배상을 인정하고 있다. 즉 침해자의 침해행위의 횟수나 침해행위가 동시에 행해졌는지, 별도로 행해진 것인지, 또는 계속적으로 야기된 것인지 여부에 상관없이 침해된 저작물마다 법정손해배상을 인정하고 있다.<sup>27)</sup>

27) *Venegas-Hernandez v. Sonolux Records*, 370 F.3d 183 (1st Cir. 2004) (푸에르토리코인인 작곡가의 상속인은 저작권침해를 이유로 음반회사 2곳을 상대로 제소하였다. 원고들은 16개 앨범에 수록된 두 곡을 침해한 것을 이유로 백 6십만 달러의 법정손해배상판결을 받았다. 피고는 연방지방법원이 침해된 두 곡 보다는 16개의 침해하는 앨범에 법정손해배상액의 비율을 적용함으로써 손해배상의 산정을 함에 있어 오류를 범하였다고 주장하였다. 연방지방법원은 침해된 두 곡을 반영하기 위하여 손해배상액을 경감하였고 원고들은 항소하였다. 제1순회구 연방항소법원은 피고 1인에 대하여 당해 소송에서 원고가 회복할 수 있는 법정손해배상의 총액은 침해된 저작물의 수와 침해자의 수에 따라 달라지고 그러한 저작물의 침해행위의 수에 의해 영향을 받지 아니한다고 하는 여러 순회구의 지배적인 견해를 취하면서 인용하였다. 이러한 해석은 저작권법의 전체적 맥락에서 납득이 되고 법문으로부터 자연스러운 해석이고 입법경과과정에 의하여 뒷받침된다.); *Lee Middleton Original Dolls, Inc. v. Seymour Mann Inc.* 299 F.Supp. 2d 892 (E.D. Wis. 2004)(원고는 수집품으로서 비닐로 된 인형조각상 9개(인형몸체의 일부분)에 대해 등록된 저작권을 가지고 있다. 피고는 이러한 조각상으로부터 만들어진 그 인형의 복제품인 인형 1개를 홍보한 혐의로 기소되었다. 법원은 원고가 저작권침해소송에서 승소한다면 단지 하나의 법정손해배상을 청구할 수 있다고 판시하였다. 왜냐 하면 그 인형은 하나의 완성된 인형(9개의 조각상에 반하여)으로 생명력이 있는 경제생활을 영위하기 때문이다.); *Coogan v. Avnet*, No. CV 04-0621, 2005 W L 2789311(D. Ariz. Oct. 24, 2005)(원고는 당사자가 가지고 있는 종전의 이용허락 2개의 범위를 초과하는 피고가 소지하는 최고경영인의 사진을 피고가 반복하여 사용할 것을 이유로 제소하였다. 법정손해액을 산정함에 있어 법원은 한번에 찍은 복수의 최고경영인 사진이 연방저작권법 제504조(c)(1)에 따른 하나의 저작물에 해당한다고 판시하였다. 이 법원은 그 사진들이 하나의 이용허락계약의 일부분이고 한 곳에서 찍은 단일의 대상과 관련이 있다고 설명하였다. 더욱이 법원은 연방행정명령집(C.F.R.) 제27편 제202.3조에 따라 연방저작권청에 수집물로서 사진을 원고가 성공적으로 등록하였다는 사실만으로는 각 사진이 연방저작권법 제504조(c)(1)에 따라 자동적으로 별개의 저작물로 되는 것은 아니라고 판시하였다.); *U2 Home Entertainment, Inc. v. Chi*

법원은 법정손해배상액을 결정함에 있어 (i) 저작물의 사용료와 같은 침해자가 절약한 비용, (ii) 침해행위로 취득한 이익, (iii) 저작권의 가치, (iv) 저작권자 이외의 사람들에 대한 저작권침해행위에 관한 억제효과, (v) 피고의 침해행위가 고의에 기한 것인지, 선의에 기한 것인지 여부, (vi) 침해된 저작물의 가치를 평가함에 있어서 피고가 자료제출하면서 협력하였는지 여부, 및 (vii) 피고로 하여금 침해행위를 억제할 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하고 있다.<sup>28)</sup>

## 다. 연방저작권법상 복수의 침해행위에 대한 법정손해배상

### (1) 원고의 둘 이상의 저작물이 침해된 경우

피고의 침해물이 원고의 여러 상이한 저작물을 복제한 것이라면 총 법정손해액은 적어도 {법정손해액 × 침해된 저작권의 수}가 될

---

na Video, Inc., No. 04-6139, 2006 U.S. District LEXIS 2788 (S.D.N.Y. Jan. 23, 2006)(특정 아시아언어로 된 영화 및 TV 프로그램의 독점적인 유통업자인 원고는 몇몇 TV 에피소드를 비롯하여 원고 저작물의 무단수입 및 복제를 이유로 비디오소매점을 상대로 소를 제기하였다. 치안판사는 법정손해액을 산정하는 목적상 개별 TV 에피소드가 독자적인 저작물로 각각 간주될 수 있다고 판단하였다. 뉴욕 주 남지구 소재 연방지방법원은 TV시리즈의 개별 에피소드가 독자적인 저작권등록번호를 가지고 있는지 여부에 상관없이 법정손해액을 산정함에 있어 독자적인 저작물로 평가될 수 있다고 판시한 Gamma Audio & Video, Inc. 대 Ean Chea 사건판결<sup>1)</sup>을 인용하면서 이에 동의하였다. 미국의 드라마에 유사한 원고 측 TV프로그램은 하나의 시리즈 포맷으로 방영되는 수백 편의 개별 에피소드와 관련이 있기 때문에 뉴욕주 남지구 소재 연방지방법원은 각 에피소드가 법정손해배상액을 판단함에 있어 독자적인 저작물로 간주되어야 한다고 판시하였다.),

28) Nintendo of America Inc. v. Dragon Pacific Int'l, 40 F.3d 1007 (9th Cir. 1994).

수 있다.<sup>29)</sup>

이에 반해 피고의 저작물이 원고 저작물의 여러 분리된 부분 또는 일부를 복제하지만 하나의 저작권으로 그 모든 부분이 보호되는 경우에는 법정손해액 하한의 합계는 분리하여 복제된 여러 부분을 이유로 {법정손해액의 하한 × 침해된 저작물 부분의 수}가 아니다.<sup>30)</sup> 하지만 원고가 상이한 다수의 저작물을 가지고 있고, 각각 저작물들은 개별적으로 저작권의 보호를 받는다고 가정하여 보자. 피고의 저작물이 개별 저작권에 의하여 보호되는 자료를 합쳐한 것인 경우에 미국의 현행저작권법은 단일의 법정손해배상을 인정하고 있다.<sup>31)</sup> 즉 둘 이상의 저작물이 침해되면 복수의 법정손해배상을 인정하게 되는데, 둘 이상의 저작물이 침해되었는지 여부를 판단함에 있어 "단일의 편집저작물 또는 2차적 저작물의 모든 부분(all the parts of a compilation or derivative work)"은 하나의 저작물에 해당한다.<sup>32)</sup> 그런데 그러한 편집저작물 또는 2차적 저작물의 일부에 대한 권리가 상이한 저작권자에게 귀속되는 경우 이를 하나의 저작물로 보아 단일의 법정손해배상을 인정할 것인지 여부가 문제된다. 연방하급심판례에 따르면, 연방저작권법 제504조 (c)(1)는 단일의 편집저작물 내지 단일의 2차적 저작물이 동일한 저작권자에 속하는 것을 전제로 한 규정이라고 한다.<sup>33)</sup>

---

29) 17 U.S.C. § 504(c)(1).

30) *Alter v. Borden*, 121 F.Supp. 941(D. Mass. 1954); *Journal of Commerce v. Boston Transcript Co.*, 294 F. 311 (D. Mass. 1923).

31) *Melville B. Nimmer & David Nimmer*, 4 *Nimmer on Copyright* § 14.04[E][1] (2006).

32) 17 U.S.C. § 504(c)(1).

33) *Teevee Toons, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 134 F.Supp.2d 546, 548 (S.D.N.Y. 2001); *Country Road Music, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 279 F.Supp.2d 325, 332 (S.D.N.Y. 2003).

이에 대해 연방의회 하원보고서에 의거할 때, 복수의 저작권자가 단일의 소를 제기한 경우에도 단일의 법정손해배상이 인정될 수 있다는 것을 시사한다는 반론이 제기될 수 있다. 저작권의 가분성(divisibility)으로 인하여 하나의 저작물에 대하여 복수의 저작권자가 존재하는 경우에는 단일의 법정손해배상을 인정하려는 취지가 미국 연방의회 하원보고서에 언급되어 있다. 예를 들어 A가 특정소설의 저작권자이고, B는 A의 배타적 이용권자(exclusive licensee)로서 A의 소설을 토대로 한 영화의 저작권자이며, C는 B의 영화로부터 B 영화의 창작적인 요소뿐만 아니라 A 소설의 창작적 요소를 복제한 연극저작물을 저작한 자인 경우를 가정해 보자. A가 B에게 영상저작물에 대한 배타적 이용권을 허락한 이후 시점부터 B가 사실상 A의 소설을 토대로 한 영화를 제작하기 이전 시점까지는 여러 저작권자에게 단일의 저작물이 존재하는 상태가 된다.<sup>34)</sup> C가 TV로 방영되는 영상저작물의 형태로 A의 소설을 복제하였고 A와 B 양자가 그러한 상황에서 저작권침해를 주장하였다면 단일의 법정손해배상이 인정될 것이다.

현행 연방저작권법은 저작권의 가분성개념을 인정하고 있으므로 B가 저작권자임을 주장할 수 있다는 사실만으로는 법정손해배상액의 개념을 확대하지 못한다. 따라서 이 경우 여전히 하나의 저작물이 존재하고 단일의 법정손해배상이 인정될 것이다. 하지만 B가 자신의 배타적인 이용권 하에서 영상저작물을 제작하는 경우에는 위 연방저작권법의 법조문은 침해된 각 저작물에 대해 별개의 법정손해배상을 인정하는 것을 명백히 배제하는 것은 아니며 법정손해배상의 취지는 침해된 각 저작물에 대해 별개의 법정손해배상을

---

34) Nimmer & Nimmer, *supra* note 31, at § 14.04[E][1].

인정하는 것으로 보인다.<sup>35)</sup>

그러한 결론이 수용되지 아니한다면 A와 B는 별개의 저작권침해소송을 제기할 것이고 그 소에 의하여 각각 별도의 법정손해배상을 청구할 수 있다. 하나의 절차에서 진행된다면 법원의 부담은 증대할 수 있겠지만 하나의 소송절차에서 처리할 수 있다는 점에서 소송경제에 부합한다.

## **(2) 둘 이상의 침해행위로 인하여 단일 저작물의 침해가 있는 경우**

### **1) 침해자 1인이 하나의 소송절차에서 저작권침해책임을 지는 경우**

하나의 소송에서 침해자 1인이 행한 복수의 침해행위에 의하여 동일한 저작물이 침해된 것으로 법원이 인정한 경우에 750달러의 법정손해배상액 하한을 가진 하나의 법정손해배상만을 인정할 것인지 여부가 문제된다. 현행 연방저작권법에 따르면, 저작물 1개에 관한 소송에 관련된 모든 침해로서 침해자 1인이 단독으로 책임을 지는 행위에 대하여 단일의 법정손해배상액 하한이 붙은 단일의 법정손해배상이 인정된다.<sup>36)</sup>

### **2) 침해자 1인이 둘 이상의 소송절차에서 저작권침해책임을 지는 경우**

---

35) L.A. Westermann Co. v. Dispatch Printing Co., 249 U.S. 100, 105 (1919).

36) 17 U.S.C. § 504(c)(1).

미국에 있어 현행 연방저작권법에 따르면, 침해자 1인이 하나의 특정저작물에 대하여 수차례 침해한 경우에 그러한 모든 침해행위로 인하여 하나의 저작권침해소송이 제기되는 때에는 침해자의 법정손해액 하한은 그 소송에 연관된 모든 침해행위에 대하여 750달러다. 즉 전술한 경우에 법정손해액은 {750달러 × 침해행위의 수} 또는 {750달러 × 침해거래행위(infringing transaction)의 수}가 아니다.<sup>37)</sup> 원고 1인이 다수의 별소에서 개별적인 침해행위를 이유로 동일한 침해자를 상대로 적어도 법정손해액의 하한을 청구함으로써 이러한 제한을 회피하는 것이 가능한지 여부가 문제될 수 있다. 연방저작권법의 어떠한 조문도 원고가 법정손해배상의 수를 곱하게 하는 이러한 수단의 활용을 막지 아니한다.<sup>38)</sup> 그러한 수단을 활용할 원고의 능력에 대한 제한이 존재한다면 이는 기판력(res judicata)에서 찾을 수 있을 것이다.<sup>39)</sup>

기판력에 따르면, 전소에서 종국판결이 존재한 경우에 전소에서 고려되었거나 고려되었을 것은 후소의 기초를 삼을 수 없다.<sup>40)</sup> 여기에서 애로사항은 전소에서 사실상 제출되지 아니하였지만 전소에서 고려되었어야 하는 것을 정의하는 것이다. 법원들은 이 곤란한 쟁점에 대하여 통일한 견해를 보이지 못했다.<sup>41)</sup>

보다 형식적인 용어로 이 쟁점은 소송원인(cause of action)의 분할을 금지하는 것과 관련이 있다. 따라서 원고의 청구를 각각하

---

37) Nimmer & Nimmer, supra note 31, at § 14.04[E][2][b].

38) Id.

39) Id.

40) Developments in the Law—Res Judicata, 65 Harv. L. Rev. 818, 824 (1952).

41) Nimmer & Nimmer, supra note 31, § 14.04[E][2][b].



든지 아니면 인용하든지 간에 상관없이 원고가 최초의 소송원인에 기하여 소송을 유지하지 못하도록 배제하는 판결이 선고된 경우에 원고는 최초의 소송원인의 일부가 전소에서 제기되지 아니하더라도 최초의 소송원인의 일부에 기하여 소송을 유지할 수 없다.<sup>42)</sup>

이러한 법리에 따르면, 중요한 쟁점은 어떠한 행위가 단일의 소송원인<sup>43)</sup>의 일부에 해당하는지 여부에 관한 것이다. 현재의 견해에 따르면, 단일의 청구는 소송을 제기하게 된 원인인 거래의 전부 또는 일부 또는 일련의 연속적인 거래와 관련하여 피고에 대하여 원고가 구제받을 모든 권리를 포함한다.<sup>44)</sup> 따라서 이러한 정의는 무엇이 “거래(transaction)”에 해당하는지 여부에 대한 쟁점을 야기한다. “거래”란 용어는 실용적인 관점에서 결정되는데, 사실들이 시간, 공간, 출처 또는 동기 면에서 서로 관련성이 있는지 여부, 그러한 사실들이 편리한 재판단위로 이루어져 있는지 여부 및 하나의 재판단위로 취급하는 것이 당사자의 예상 또는 실무적인 이해(understanding) 내지 관행에 합치하는지 여부와 같은 고려요인에 비중을 두어 판단된다. 이 경우에 1909년 연방저작권법에서 사용된 “침해거래(infringing transaction)”란 개념 중 “거래”란 용어는 기관력의 목적상 사용되는 “거래”란 용어와 근본적으로 동일하다는 점을 상기할 필요가 있다.<sup>45)</sup> 1909년 연방저작권법에 따르면 각 침해거래행위에 대해 그러한 침해행위의 전체를 하나의 소송에 병합하더라도 별개의 법정손해배상하한을 청구할 권리가 인정되었기 때문에 현행 연방저작권법에 따르면 상이한 침해거래행

---

42) Id.

43) 이 용어는 최근에 “청구(claim)”란 용어로 대체되었다.

44) Nimmer & Nimmer, supra note 31, at § 14.04[E][2][b].

45) Id.

위에 기하여 별소가 제기된 경우에 적어도 별도로 별도의 법정손해액 하한을 회복할 권리를 가진다고 해석할 수도 있다.<sup>46)</sup>

이 경우에 법원은 복수의 법정손해액을 달성하기 위하여 별개의 침해거래행위를 토대로 원고가 별소를 제기하는 속임수를 취하게 할 것인지 여부는 의심스럽다.<sup>47)</sup> 하지만 법원들은 소송경제를 이유로 그러한 상황에서 침해거래행위가 별개의 것이라면 하나의 소송절차에서 복수의 법정손해액 하한을 인정할 수 있다고 판시할 듯싶다.

연방의회의 하원보고서는 위 입장과 배치되는 측면이 존재하지만<sup>48)</sup> "소송에 관련된 모든 침해(all infringements involved in the action)"<sup>49)</sup>의 조문에서 "소송(action)"이란 용어는 "침해거래"를 의미하려고 한 것으로 법원들은 판시하였다,<sup>50)</sup>

하지만 제1순회구 연방항소법원의 Venegas-Hernandez 대 Sonolux Records 사건판결에 따르면, 단일의 피고를 상대로 제기된 당해 소송에서 원고가 회복할 수 있는 법정손해배상의 수는 침해된 저작물의 수 및 개별적인 저작권책임을 질 침해자의 수에 좌우되고 그러한 저작물의 침해의 수에 의하여 영향을 받지 아니한다고 판

46) Id.

47) Id. at § 14.04[E][2][c].

48) "하나의 저작물에 대한 1인의 저작권침해자는 얼마나 많은 침해행위가 소송에 연관되어 있는지 여부 및 그 행위가 별개의 것인지, 일회적인 행위인지 아니면 관련된 연속적 사건 속에서 발생한 것인지 여부에 상관없이 250달러 내지 10,000달러 사이의 단수의 금액에 대해 책임을 진다." (H. R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess., p. 162 (1976))

49) 17 U.S.C. § 504(c)(1).

50) United Feature Syndicate, Inc. v. Rheingold, 209 U.S.P.Q. 317 (S.D.Fla. 1979)(침해당 별개의 법정손해배상을 인정한 사례); Harris v. Emus Records Co rp., 734 F.2d 1329, 1335 (9th Cir. 1984)(침해행위당 법정손해배상을 인정한 사례).

시하였다.<sup>51)</sup>

### 3) 복수의 침해자가 하나의 소송절차에서 저작권침해책임을 지는 경우

둘 이상의 침해자가 단일의 저작권을 침해하는 단수의 침해행위에 관여하거나 기여한 경우에 그들은 모두 부진정연대책임(joint and several liability)을 지고<sup>52)</sup> 그러한 상황 하에서 하나의 저작권 침해소송에서 그 모든 사람은 하나의 법정손해액 하한을 가진 하나의 법정손해배상책임을 질 따름이다.<sup>53)</sup> 침해행위가 고의적인 것이더라도 부진정연대책임이 여전히 적용된다.<sup>54)</sup>

각 피고가 소송의 객체인 여러 침해행위의 하나에 대해서만 책임을 지는 경우에는 각 피고는 별개의 법정손해배상에 대해 책임을 질 것이다.

### 4) 복수의 침해자가 별소에서 저작권침해책임을 지는 경우

둘 이상의 사람이 하나 이상의 침해행위에 부진정연대책임을 지

---

51) Venegas-Hernandez v. Sonolux Records, 370 F.3d 183, 194 (1st Cir. 2004).

52) Salton, Inc. v. Philips Domestic Appliances & Pers. Care B. V., 391 F.3d 871, 877 (7th Cir. 2004), cert. dismissed, 125 S.Ct. 2992 (2005); Fitzgerald Pub. Co. v. Baylor Pub. Co., 807 F.2d 1110, 1116 (2d Cir. 1986), on remand, 670 F.Supp. 1133 (S.D.N.Y. 1987).

53) Sparaco v. Lawler, Matusky, Skelly Engineers LLP, 313 F.Supp.2d 247, 255-56 (S.D.N.Y. 2004); Warner Bros. Inc. v. Dae Rim Trading, Inc., 677 F.Supp. 740, 769 (S.D.N.Y. 1988), aff'd in part, rev'd on other grounds, 877 F.2d 1120 (2d Cir. 1989).

54) Fitzgerald Pub. Co. v. Baylor Pub. Co., 807 F.2d 1110, 1117 (2d Cir. 1986).

는 경우에 단지 하나의 저작물이 침해되었는지 여부에 상관없이 그러한 사람들에 대해 별도로 제소되더라도 전소에서 판결채무의 변제는 후소에서 방어방법에 해당할 것이다.<sup>55)</sup> 둘 이상의 사람이 동일한 저작물의 개별적인 침해행위에 대하여 개별적으로 책임을 지고 그러한 사람들이 개별적인 침해행위로 인하여 부진정연대책임을 지지 아니하는 경우에는 각 침해자는 독자적으로 책임을 진다. 그리고 한 사람에 대한 판결채무의 변제는 타인의 책임을 면제하지 못한다.<sup>56)</sup>

## 4. 우리나라의 경우

### 가. 저작권법 개정안의 내용

저작권법에 법정손해배상액제도를 도입하더라도 현행 민법의 손해배상제도에 배치하는 것은 아니므로 우리나라 민법에 부합하도록 해석할 필요가 있다.

위 협정문에 의거하여 2007년 9월 13일 입법예고된 저작권법 일부개정안 제125조의2에서는 실손해를 증명하기 어려운 경우 또는 소송에서 손해가 실손해에 미치지 못한다고 생각하는 경우 권리자가 선택할 수 있고, 법원은 법정손해의 범위 내에서 적정한 손해액을 인정하도록 하되, 법정손해액의 상한(저작물당 1천만원/최고 5천만원)만을 두도록 규정하고 있다.<sup>57)</sup>

---

55) Nimmer & Nimmer, *supra* note 31, at § 14.04[E][2][e].

56) *Id.*

57) 문화관광부 홈페이지 입법예고 부분에서 저작권법개정안 주요내용 참조.

다시 말하면, 저작권법 개정안<sup>58)</sup>은 제125조에서는 “손해배상의 청구”라는 표제하에 “① 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권 및 실연자의 인격권을 제외한다)를 가진 자(이하 “저작재산권자등”이라 한다)가 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자 및 제85조의2 제1호 내지 제3호·제104조의2제1항 및 제3항과 제104조의3제1항의 규정을 위반한 자에 대하여 그 침해행위 및 위반행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.

② 저작재산권자등이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 저작재산권자등이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다.

④ 등록되어 있는 저작권·배타적 이용권·저작인접권 또는 데이터베이스제작자의 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다.”라고 규정하고 있고, 같은 법안 제125조의2에서는 “법정손해액의 청구”라는 표제하에 “① 저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자 및 제85조의2제1호 내지 제3

---

58) 저작권법 개정안이 현행 저작권법과 상이한 규정내용은 본문에서 밑줄 처리하였다.

호·제104조의2제1항 및 제3항·제104조의3제1항의 규정을 위반한 자에 대하여 판결이 확정되기 전에는 실제 손해액(제125조의 규정에 따라 정해지는 손해액을 포함한다)에 같음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원 이하의 범위 내에서 상당한 금액(이하 “법정손해액”이라 한다)의 배상을 청구할 수 있다. 다만, 영리를 목적으로 고의로 권리를 침해하였다고 인정한 경우에는 그 상한을 5천만원으로 증액한다.

② 2개 이상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적저작물은 제1항의 규정의 적용에 있어서 하나의 저작물로 본다.

③ 법원은 제1항의 법정손해액의 청구가 있는 경우에 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 제1항의 범위 내에서 상당한 손해액을 인정하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

## 나. 저작권법상 법정손해액제도의 도입방안

### (1) 검토사항

법정손해액제도의 도입과 관련하여 생각할 수 있는 쟁점으로는 (i) 법정손해액의 하한과 상한을 같이 둘 것인지 아니면 상한만 둘 것인지 여부, (ii) 구체적으로 법정손해액의 한도액을 얼마로 정할 것인지 여부, (iii) 하나의 소송절차에서 청구할 수 있는 총액을 정할 것인지 여부, (iv) 법정손해액을 청구할 수 있는 요건사실은 무엇인지 여부, (v) 법정손해액을 경감하거나 가중하는 경우에 그 요건사실 및 구체적인 금액을 어떻게 정할 것인지 여부, (vi) 저작권법 개정안 제125조의2(법정손해액)에 따라 소를 제기하는 경우에

청구원인에 어떻게 기재할 것인지 여부, (vii) 저작권법 개정안 제125조의2에 따라 법정손해액을 청구하는 경우에 이는 실손해액을 청구하는 사건과 소송물이 다른지 여부, (viii) 양자가 소송물을 달리 한다면 소장에서 양자를 동시에 청구하는 경우에 법원은 어떻게 처리할지 여부 등이 있다고 생각한다.

## (2) 손해발생사실이 인정된 경우로 한정할지 여부

저작권법 개정안 제125조의2(법정손해액의 청구) 제1항은 증명책임의 전환을 가져오는 효과가 있다. 개정안 제125조의2 제1항이 적용되려면 손해발생사실이 인정된 경우로 한정하여야 한다. 그런데 개정안 제125조의2 제1항의 법문은 그러한 의미로 해석될 수 있는지 여부가 불분명하다. “고의 또는 과실로 권리를 침해한 자 및 제85조의2제1호 내지 제3호·제104조의2 제1항의 규정을 위반한 자”란 표현으로 “손해발생사실”의 증명 내지 인정과 동의어로 쓸 수 있는지 의문이다. 만약 이를 동의어로 사용한다면, 손해액산정에 규범적 가치판단을 투영한 대법원판결을 전적으로 따른 입법이라는 오해를 받을 수 있다.

## (3) 법정손해액이란 용어와 관련하여

개정안 제125조의2의 표제는 “법정손해액의 청구”다. 이는 “법정손해액”이란 용어를 “법정손해배상”과 구별하여 사용한 점에서 쉽게 동의할 수 있는 부분이다. 현행 저작권법 제125조도 이에 보조를 맞출 필요가 있다.

#### (4) 법정손해액의 범위 및 법정손해액의 상·하한을 들 것인지 여부

1) 저작권법상 법정손해배상의 범위를 정함에 있어서 다른 나라의 선례를 보되, 우리나라의 경제규모를 감안하여야 한다.

2) 미국 저작권법상 법정손해배상의 범위는 원칙상 최소한 750달러에서 최대한 30,000달러다. 원화환율이 1:943.50(2007년 8월 16일 현재)임을 감안하여 우리나라 원화로 환산하면, 대략 그 범위는 707,625원 ~ 28,305,000원이다. 그리고 경우에 따라서는 200달러까지 인하할 수 있고, 150,000달러까지 인상할 수 있다. 이를 우리나라 원화로 환산하면, 188,700원까지 인하할 수 있고 141,525,000원까지 인상할 수 있다.

2005년 현재 미국의 일인당 국민소득이 43,560달러이고 한국의 그것이 15,840달러임을 감안하여 우리 경제규모에 대입시켜보면, 미국 저작권법상 법정손해액의 범위는 기본적으로 257,318원 ~ 10,292,727원에 상당하는 것이라고 생각한다. 그리고 그 법정손해액의 범위는 예외적인 경우에 한국의 경제규모에 대입시켜보면, 68,618원까지 인하될 수 있고 51,463,636원까지 인상될 수 있는 것이다.

3) 싱가포르 저작권법 제119조 제2항(d)에 따르면, 싱가포르를 법정손해배상액의 범위를 저작물 기준으로 각 저작물당 1만 싱가포르 달러, 소송기준으로 20만 싱가포르 달러를 상한으로 정하고 있다. 원화환율이 1: 613.26 (2007년 8월 16일 현재) 임을 감안하여 우리나라 원화로 환산하면, 대략 그 범위는 저작물 기준으로 각 저작물당 6,132,600원, 소송기준으로 122,652,000원을 그 상한으로



정하고 있다.

법정손해배상액의 하한을 두고 있다는 점에서 싱가포르 저작권법은 우리 저작권법 개정안과 궤를 같이 한다. 그러한 측면에서 싱가포르 저작권법의 법정손해배상제도와 관련하여 사례가 있는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

2007년 9월 30일 현재까지 싱가포르에 있어 저작권침해소송에서 법정손해배상을 청구한 소송사건에 대하여 판결이 선고된 적은 없는 것으로 파악된다. 싱가포르에서 법정손해배상을 언급한 지적재산권관련사건 판결은 *Caterpillar Inc. v. Ong Eng Peng* [2006] 2 SLR 669, para 1이 유일하다. 이 사건은 상표권침해 소송사건이나 궁극적으로 실손해에 입각하여 배상판결을 선고하였다.

2005년 현재 싱가포르의 일인당 국민소득이 27,580 달러이고 한국의 그것이 15,840달러임을 감안하여 우리 경제규모에 대입시켜 보면, 싱가포르 저작권법상 법정손해액의 범위는 각 저작물당 3,522,131원, 소송기준으로 70,442,628원을 그 상한으로 정하고 있는 것으로 생각한다.

4) 저작권법 개정안 제125조의2에 있어 법정손해액의 범위는 미국 저작권법과 싱가포르 저작권법을 조합하여 반영한 결과인 것으로 판단된다. 법정손해액과 관련하여 원칙적인 상한 및 예외적인 경우의 상한은 우리나라 경제규모를 반영하여 미국 법제를 거의 따른 것으로 보인다. 그리고 법정손해액의 하한을 두지 않은 것은 싱가포르 저작권법의 예를 따른 것으로 보인다. 법정손해액의 하한을 두지 않고 법원의 재량을 충분히 인정한 점은 법원의 역할이 미국에 비해 상대적으로 큰 우리나라에서는 타당한 것으로 판단된다.

미국에 있어 이러한 법정손해배상(statutory damages)은 징벌적 손해배상(punitive damages)과는 다음과 같은 차이점이 있다. 즉 배심이 내리는 징벌적 손해배상과는 달리 법정손해배상액의 하한은 이미 연방의회가 법률에 의해 법정되어 있다는 점에서 두 제도의 차이점이 있다. 징벌적 손해배상이 현저히 과도한 경우에는 미국 연방헌법의 적법절차를 위반할 수 있다고 판시한 미국 연방대법원의 사례에서 볼 수 있듯이, 법정손해배상도 현저히 과도한 경우에는 미국 연방헌법의 적법절차를 위반할 가능성이 있다. 따라서 후자의 제도도 신중하게 접근할 필요가 있다. Napster와 관련된 저작권침해소송사건 판결인 Limber 대 Bertelsmann 사건판결<sup>59)</sup>에서 피고 Bertelsmann은 저작권법이 법정손해배상을 규정하고 있고 대표당사자소송에서 법정손해배상판결은 현저히 과도할 수 있기 때문에 음악출판업자의 대표당사자소송 인가신청을 반대하였다.<sup>60)</sup> 법원은 “특정한 상황 하에서 거액의 법정손해배상액은 적법절차상 우려를 제기한다”고 판시하였다.<sup>61)</sup> 이런 점을 감안하면, 법정손해배상의 하한을 두지 않은 우리 저작권법 개정안은 현명한 선택을 한 것으로 보인다. 따라서 법정손해액의 범위와 관련해서는 액수를 제외하고는 전반적으로 이의가 없다. 이에 대하여 법정손해액제도를 도입하는 경우에 법정손해액의 상한뿐만 아니라 하한도 같이 둘 것을 제안할 견해가 있다.<sup>62)</sup>

이 견해는 법정손해액을 두지 않은 저작권법 개정안에 대해 다

---

59) No. C MDL-00-1369 MHP, C 04-1671 MHP, 2005 WL 1287611 (N.D.Cal. June 1, 2005).

60) Id. at 10-11.

61) Id. at 10.

62) 박성수, 앞의 발표논문, 60면.

음과 같이 비판한다.

첫째, 이 견해에 따르면, 한미 FTA 협정에서 법정손해액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다고 규정하고 있는데 손해배상의 상한선만을 정하고 하한을 두지 않는 것이 법정손해액제도를 통하여 권리자에게 무슨 도움이 될지 지극히 의심스럽다고 주장한다.

둘째, 권리자로서는 현행 저작권법 제126조에 의해서도 변론 전체의 취지 등에 의하여 정확한 손해액의 산정이 불가능한 경우에도 적당한 손해배상액을 인정받을 수 있으므로 법정손해액의 상한선만을 정한 개정안은 오로지 권리자를 불리하게 할 따름이라고 주장한다.

셋째, 저작권법 개정안 제125조의2는 어의적인 측면에서 범으로 미리 정한 손해액이라는 의미의 법정손해배상액(영어로는 Pre-established damages)이라는 개념에서는 전혀 부합하지 않는 규정이라고 주장한다.

넷째, 국가 사이의 협상으로 만든 협정문을 국내입법으로 완전히 무력화시키는 것이 과연 국제사회에서 승인될 수 있는 것인지 알 수 없다고 하면서 법정손해액의 하한을 두지 않은 것에 대해 회의적인 입장을 취하고 있다.

다섯째, 저작물의 일부만을 무단 이용하고 있는 경우에 대법원은 소위 기여율 고려설을 명시적으로 채택하고 있고,<sup>63)</sup> 하급심판결의 태세도 거의 기계적으로 무단이용 부분이 전체에서 차지하는 비율을 곱하여 손해배상액을 산정하는 것인데, 법정손해배상액을

---

63) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다18244판결.

인정하는 경우 이를 어떻게 고려할 것인지 여부가 문제된다고 한다.

여섯째, 저작권재산권의 침해자가 수인인 경우에 하한을 두지 않은 법정손해액 제도에서는 어떻게 접근하여야 하는지 알 수 없다고 주장한다.

이 견해의 비판에 대해 다음과 같은 반론을 제시할 수 있다.

첫째, 저작권법 개정안의 주요내용에서 언급된 바와 같이 법정손해배상액제도의 핵심은 실손해를 입증하기 어려운 경우 등에 있어 활용하는 것이므로 실손해액의 입증 부담을 덜어주는 것이라고 본다. 그렇다면 하한을 두지 않는 것과는 상관없이 이 제도는 분명히 권리자에게 실익이 있는 제도다.

둘째, 실손해액을 청구하는 경우에는 여전히 현행 저작권법 제126조에 따라 변론 전체의 취지 등에 의하여 정확한 손해액의 산정이 불가능한 경우에도 적당한 손해배상액을 인정받을 수 있다. 그리고 법정손해액의 상한과 하한을 모두 두는 제도하에서는 당사자가 하한선에 따라 당사자가 법정손해액을 청구하는 경우에 법원이 기계적으로 판단하면 충분하므로, 하한선만을 두지 않은 법정손해배상제도는 법원의 재량권을 확대하는 측면에서 법원의 업무부담이 늘어날 가능성은 있으나 이것이 권리자에게 불리한 것은 아니다.

셋째, Pre-established damages는 명백히 미국식 statutory damages를 전제로 한 규정이다. 따라서 법률로 미리 손해액을 정해 두면 되는 것이지, 상하한 모두를 둘 필요까지 상정한 것이 아니다.

넷째, 국가 사이의 협상으로 만든 협정문을 국내입법으로 완전

히 무력화시키는 것이 과연 국제사회에서 승인될 수 있을지 의문이라고 하나, 법정손해액의 상한만 두고 있는 미국-싱가포르간 FTA 협정이 이미 존재하므로 그 주장은 설득력이 없다.

다섯째, 저작물의 일부만을 무단 이용하고 있는 경우에 법정손해액의 하한을 두면 침해자에 대해 과잉 대응하는 문제가 발생할 수 있다. 예컨대 저작물당 법정손해액의 하한을 6만원으로, 상한을 1000만원으로 정하였다고 가정해 보자. 저작물 1개당 법정손해액을 10만원으로 하여 청구하였는데, 기여율이 30%라고 하면 기존 판례에 의거하는 경우 저작물 1개당 실손해액은 3만원이나 전술한 예에서는 6만원으로 확정되는 문제가 발생한다. 저작물의 일부만을 무단 이용하고 있는 경우에 그 산정의 문제는 법원의 역할수행과 관련된 것일 뿐이고, 법정손해액의 하한을 반드시 두어야 하는 논거로 언급되는 것은 부적절하다.

여섯째, 저작재산권의 침해자가 수인인 경우에 하한을 두지 않은 법정손해액제도는 법원의 업무에 부담이 될 수 있을 지언정 하한을 두지 않은 법정손해액 제도 자체를 부정하는 논거로는 취약하다.

다만, 하한을 두지 않는 법정손해배상액 제도로 인하여 법원의 부담이 지나치게 가중된다면 이 또한 문제로 될 수 있다. 하한을 두지 않는 법정손해배상액제도는 법원이 기계적으로 법정손해액을 산정하는 것을 막는다는 측면에서 당사자가 제소할 유인을 약하게 하는 면이 존재한다. 그렇다면 하한을 두지 않는 법정손해배상액 제도가 마냥 법원의 부담을 늘이는 것은 아니라고 생각한다. 또한 인터넷상 저작권침해는 대량으로 이루어지므로 이 경우에 헌법상 과잉금지원칙에 위반할 소지가 있다. 이를 감안하더라도 하한을

두지 않는 것이 오히려 이 제도의 남용을 방지하고 법원의 적극적인 역할을 강조하는 것이라고 본다.

### **(5) 선택 시점과 관련하여**

판결의 확정이전으로 선택 시점을 정한 것은 개정안의 오류라고 생각한다. 사실심의 변론종결시 이전으로 선택 시점을 정할 필요가 있다.<sup>64)</sup>

### **(6) 저작물당 상한의 설정 및 하나의 소송절차에서 청구할 수 있는 총액과 관련하여**

저작물당 상한 및 하나의 소송절차로서 청구할 수 있는 총액을 묶어 둘 필요가 있다. 싱가포르 저작권법이 그 한 예가 된다. 법정 손해배상제도는 손해액의 증명책임을 상대방에게 전환하는 제도이므로 이러한 편의를 상대방에게 제공하는 한, 공평의 관점에서도 하나의 소송절차에서 청구할 수 있는 총액을 정할 필요가 있다.

### **(7) 주요사실 및 소장의 기재사항과 관련하여**

1) 싱가포르에서는 법정손해배상을 청구하는 소장에서 통상적으로 다음과 같이 기재한다고 한다.

---

64) 박성수, 앞의 발표논문, 60면.

“원고는 원고의 선택에 따라 실손해, 부가적 손해 및(또는) 이익 또는 법정손해배상을 청구한다.”

미국에 있어서도 원고는 소장에서 실손해, 이익 및 법정손해액을 동시에 청구하는 경우가 대부분이다. 우리나라에서 이와 같은 현상이 나타날 것으로 예상된다. 실손해와 법정손해액이 별도의 소송물인 경우에는 이는 청구의 예비적 병합에 해당하는 것으로 볼 수밖에 없다.

2) 만약 지적재산권자 등이 침해자 등을 상대로 소를 제기하는 경우에 청구원인에 당사자 및 손해배상액만을 기재하고 그 손해액이 저작권법개정안 제125조의2에 따른 것임을 밝히지 않았다면 어떻게 처리될 것인지를 검토할 필요가 있다.

특히 지적재산권등이 침해자등을 상대로 손해배상청구의 소를 제기할 때, 실손해액을 증명하려는 노력을 기울이지 않고 손해액을 기재한 경우에 이 저작권침해청구의 소에서 법원은 실손해액을 증명하지 못했다는 이유로 그 청구를 기각할 것인지 아니면 법정손해액으로 인정하여 판단할 것인지 여부가 문제된다. 미국의 예를 보면, 소장의 청구원인란에 실손해액인지 아니면 법정손해액인지 여부를 분명히 밝히도록 되어 있다. 따라서 “개정안 제125조의2에 따라 법정손해액의 배상을 청구하고 있다는 사실”을 기재하게 할 필요가 있다. 그렇지 아니하면 석명권의 범위와 관련하여 복잡한 문제가 발생할 것으로 예상된다.

## **(8) 편집저작물 및 2차적 저작물을 하나의 저작물로 볼**

## 것인지 여부 및 그 의미

미국 연방저작권법에 관한 사례 및 이론을 보더라도 저작권자 1인이 원저작물 및 편집저작물(내지 2차적 저작물)을 가지고 있는 경우에 하나의 저작물로 보는 것은 당연하다. 하지만 원저작물의 저작권자와 편집저작물(내지 2차적 저작물)의 저작권자가 상이한 경우에는 하나의 저작물로 볼 수 없다. 따라서 이를 반영한 조문의 개정이 필요하다.

### **(9) 소송계속중 사실심 변론종결전까지 실손해액을 증명한 경우**

법정손해배상을 청구한 소송의 계속중 사실심 변론종결 전에 원고가 실손해액을 증명한 경우에는 청구의 변경절차(민사소송법 제262조)를 거쳐 법정손해배상을 청구한 소송을 실손해액을 청구한 소송으로 변경할 수 있다.

## IV. 소송비용부담원칙

### 1. 한미 FTA의 경우

한미 FTA 제18.10조 제7항은 소송비용의 부담원칙과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.



“각 당사국은, 예외적인 상황을 제외하고, 사법 당국이 저작권 또는 저작인접권의 침해, 특히 침해 또는 상표 침해에 관한 민사 사법절차의 종결시 패소자로 하여금 승소자에게 소송비용 및 수수료를 지급하도록 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정하고, 최소한 저작권 또는 저작인접권 침해 또는 고의적인 상표 위조에 관한 절차에서는 합리적인 변호사 보수의 지급도 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다. 더 나아가, 각 당사국은, 최소한 예외적인 상황에서는, 사법 당국이 특히 침해에 관한 민사 사법절차의 종결시 패소자로 하여금 합리적인 변호사 보수를 승소자에게 지급하도록 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.”

## 2. 미국의 경우

### 가. 소송비용의 개념정의

특정의 소송비용의 부담 또는 분배를 명하는 미국 연방지방법원의 권한은 미국 연방민사소송규칙 제54조제d항에 규정되어 있다.<sup>65)</sup> 이 권한에 따르면 “당사자에게 부담시킬 수 있는 비용(taxable costs)”을 정의한 법률과 규칙을 엄격히 적용하여야 한다. 하지

---

65) 연방민사소송규칙 제54조제d항에 따르면 다음과 같이 규정하고 있다.

“연방법률 또는 규칙에 명문으로 규정한 경우를 제외하고, 법원이 달리 명하지 아니하는 한 승소한 당사자는 비용을 당연히 상환받을 수 있다(Except when express provision therefor is made either in a statute of the United States or in these rules, costs shall be allowed as of course to the prevailing party unless the court otherwise directs).”

만 이 규칙은 승소당사자 개개의 필요에 소요된 비용의 상환을 명하는 형평법상 재량권도 법원에게 부여하고 있다.<sup>66)</sup> 이러한 소송 비용은 다음과 같이 세 가지 범주로 분류된다.

가장 광범위한 범주는 “경비(expenses)”다. 이는 소송과 관련하여 당사자가 지출한 모든 비용을 포괄하는 개념이다.<sup>67)</sup> 우리 법제의 관점에서 볼 때 광의의 소송비용에 상응하는 개념이다.

경비의 일부인 “비용(costs)”은 상대방당사자가 소송수행을 위하여 지출한 비용으로서 법원의 명령에 의하여 상대방 당사자로부터 상환받을 수 있는 것이다.<sup>68)</sup> 우리 법제에서 협의의 소송비용 중 당사자비용에 상응하는 개념으로 볼 수 있다.

“수수료(fees)”는 법원 또는 법원직원이 당사자의 소송수행을 위하여 제공한 서비스에 대하여 소송당사자가 지출하여야 하는 특정 비용이다. 일반적으로 수수료는 법률에 규정되어 있으며 정액변호사보수 (docket fees), 법원서기·치안판사의 비용 및 일정한 증인 수수료와 같은 항목을 포함한다.<sup>69)</sup>

“비용”과 “수수료”가 상이한 개념이더라도 이 양자는 당사자에게 부담시킬 수 있는 비용에 속하는 것으로서 상호관련성이 있다. “당사자에게 부담시킬 수 있는 비용(taxable costs; 이하 “부담비용”으로 표시)”은 당해사건에서 법원이 소송당사자에게 부담시키는 비용이다. 부담비용에는 법률이나 규칙이 규정한 바대로 상대방당사자로부터 상환받을 수 있는 비용과 수수료를 포함한다.<sup>70)</sup>

66) Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, & Mary Kay Kane, 10 Fed. Prac. & Proc. Civ. 3d § 2665 (1998).

67) Id. at § 2666.

68) Richard C. Peck, Taxation of Costs in United States District Courts, 37 F. R.D. 481, 483-84(1965).

69) Wright et al., supra note 66, at § 2666.

그 밖의 비용이 특별법이나 법원의 재량권행사에 의하여 부담시킬 수 있는 비용에 포함되지 아니하는 경우에 상환받을 수 있는 비용이나 수수료에 해당하지 아니하는 경비는 비용을 초래한 소송당사자가 부담하여야 한다.

## 나. 소송비용의 재판

비용부담을 규율하는 절차는 연방법전주해 제28편 제1920조(28 U.S.C.A. section 1920) 및 법원법(Judicial Code)의 기타 부수규정에 규정된 6가지 유형의 “부담비용(taxable costs)”과 관련하여 연방민사소송규칙 제54조제d항에 규정되어 있다.<sup>71)</sup> 일반원칙으로서 승소한 당사자<sup>72)</sup>는 소송종결시에 소송비용액의 확정신청 및 비용지급청구의 소를 제기한다.<sup>73)</sup> 소송비용지급을 청구하는 당사자가 상대방에게 하루 동안 통지한 후, 법원서기는 그 비용을 상대방당사자에게 부담시킬 수 있다.<sup>74)</sup> 역으로 상대방당사자는 법원서기의 집행 이후 5일 이내에 그 결과의 재심사를 법원에 신청할 수 있다. 이 재심사 시에 연방지방법원의 판사는 그 비용에 대하여 재판한다.<sup>75)</sup> 이 재판은 다시 하는 것이고 연방지방법원 판사의 재량권행사로 간주된다.<sup>76)</sup> 그 재량권행사에 대하여 일정한 경우에만

---

70) Id.

71) Id. at § 2670.

72) 28 U.S.C. § 1920.

73) Michael D. Green, From Here to Attorney's Fees: Certainty, Efficiency and Fairness in the Journey to the Appellate Courts, 69 Cornell L. Rev. 207, 224-26 (1984).

74) 28 U.S.C. § 1924.

75) Fed. R. Civ. P. 54 (d).

76) Farmer v. Arabian Am. Oil Co., 379 U.S. 227, 232-33 (1964).

불복할 수 있다. 연방지방법원은 법률에 규정된 비용과 수수료를 확정하는 것 이외에 법률이나 규칙에서 부담비용으로 규정하지 아니한 소송비용을 확정할 형평법상 재량권을 가진다. 이 재량권의 행사는 연방민사소송규칙 제54조제d항의 법문에 따라 허용된다.<sup>77)</sup> 부담비용을 판단할 법원의 재량권은 형평법상 비용을 부담시키는 영국의 방식에서 비롯되었고 미국에서 연방법원의 발전을 통하여 유지되었다.<sup>78)</sup> 오늘날, 연방법원이 이 재량권을 실제로 사용하는 경우는 매우 제한되어 있다.<sup>79)</sup>

## 다. 각자부담원칙

### (1) 원칙

미국에 있어서 일반적으로 승소당사자는 상대방으로부터 비용(costs)으로 분류된 것을 상환받을 수 있다. 이 비용에는 소송절차개시수수료(court filing fees; 우리나라의 인지대에 해당한다), 소송절차기록자보수(court reporter charges), 법정 증인비용(statutory witness fees), 특정 복사비용 등이 포함된다.<sup>80)</sup> 종종 법원서기(court clerk)는 승소당사자의 서면요구에 근거하여 그 비용들을 승소자에게 상환하여 준다.<sup>81)</sup> 판사는 승소자<sup>82)</sup>에게 비용상환하는 것을 거

77) Fed. R. Civ. P. 54(d).

78) See, e.g., Sprague v. Ticonic Nat'l Bank, 307 U.S. 161, 166 (1939); Trustees v. Greenough, 105 U.S. 527, 535 (1881).

79) See, e.g., Marek v. Chesney, 105 S.Ct. 3012, 3016 (1985).

80) 예컨대 28 U.S.C. § 1920을 참조.

81) Fleming James, Jr. et al., Civil Procedure 42 (4th ed. 1992).

82) 승소당사자의 개념에 대해서는 David Berger, Prevailing Party Concepts in

부하거나 일부 승소자에게 비용을 분담시킬 재량권을 가지고 있다.<sup>83)</sup> 訴訟救助節次(*in forma pauperis*)와 관련하여 구조신청을 한 無資力者는 그러한 비용을 지불하지 않아도 된다.<sup>84)</sup>

또한 승소한 원고는 소송으로 배상이 지연된다는 점을 감안하여 손해배상액의 이자를 받는다. 이 경우에 승소피고는 포함되지 않는다. 판결등록(*entry of judgment*)후 발생하는 이자는 사실상 자동적으로 받는다. 피고의 가해행위가 발생한 날 이후 판결전에 생긴 이자에 대해서 원고는 지급받지 못할 가능성이 커진다. 판결 전 이자(*prejudgment interest*)에 대한 규정은 주마다 상이하나 소송당사자가 이에 대하여 約定하거나 總額이 確定되어 있는 경우에는 판결전에 발생한 이자를 받을 수 있다.<sup>85)</sup>

하지만 미국에 있어 각자부담원칙<sup>86)</sup>에 따르면 승소원고는 전술한 비용과 이자로 분류되는 것 이외의 소송비용에 대해서는 패소자로부터 일반적으로 상환받을 수 없다.<sup>87)</sup> 따라서 변호사보수에 대해서도 소송당사자는 각자 부담하는 것이 원칙이다.<sup>88)</sup> 즉, 이 원칙에 그대로 따르자면 변호사는 그를 선임한 소송당사자로부터 변

---

Court Awards of Attorneys' Fees, 324 PLI/Lit 41 (1987)을 참조하기 바란다.

83) *Id.* at 43.

84) 예컨대 28 U.S.C. § 1915.

85) James et al., *supra* note 81, at 43.

86) Thomas D. Rowe, Jr. & David A. Anderson, One-Way Fee Shifting Statutes and Offer of Judgment Rules: An Experiment, 36 *Jurimetrics J.* 255, 257 (1996).

87) James et al., *supra* note 81, at 43. 감정인과 수사관을 고용하는 비용은 승소자가 부담하여야 한다. 또한 승소자는 소송추행을 위해 투여한 시간에 대해 배상받을 수 없다[*Id.*].

88) Dan B. Dobbs, *Law of Remedies* 276 (2d ed. 1993). 소송비용 중 가장 큰 비중을 차지하는 것이 변호사보수다(James et al., *supra* note 81, at 43).

호사보수지급을 청구할 수 있을 따름이다.<sup>89)</sup> 위에서 설명한 바와 같이 미국에 있어 변호사보수의 각자부담원칙은 역사적인 산물에 불과하다. 다시 말하면 변호사보수상환을 제한하려는 연방의회와 高率의 변호사보수를 고객으로부터 받고자 하는 변호사측의 입장을 역사 속에서 반영한 것이다. 따라서 American Rule을 작금의 상황에서도 유지하여야 하는 이론적 근거는 다른 데서 찾아야 할 것이다. 아래에서는 이 American Rule을 찬성하는 이들의 논거를 제시한다.

첫째, 청구나 방어에 대해 법원의 판단을 구하는 자는 패소하더라도 소송수행 그 자체를 불법행위(wrongful act)로 볼 수 없기 때문에 이 소송수행으로 인해 초래된 상대방당사자의 변호사보수를 부담할 필요가 없다.<sup>90)</sup> 즉 변호사보수를 패소자가 부담하도록 하면 경제적으로 자력이 빈약한 이들은 패소하는 경우 상대방당사자의 변호사보수를 부담하여야 할 지 모른다는 우려 속에 제소를 꺼릴 것이다.

둘째, 변호사보수가 고액인데다 이를 법률에 의해 일반적으로 규율하지 않는 미국법체계하에서는 패소자부담원칙에 의하면 상대방으로부터 상환받을 수 있는 상당한 변호사보수(reasonable attorney's fees)란 무엇인지에 대한 문제가 소송상 제기되지 않을 수 없게 된다. 이러한 문제를 판단함에 있어서는 시간과 비용이 들 뿐만 아니라 입증도 곤란하므로 이를 방지하는 측면에서 American Rule을 찬성할 수도 있을 것이다.<sup>91)</sup>

89) 캘리포니아 주에서는 American Rule이 캘리포니아 주 민사소송법전 제1021조에 규정되어 있다[Cal. Civ. Proc. Code §1021 (West Supp. 1995)].

90) Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co., 386 U.S. 714, 718 (1967).

91) Id.

셋째, 상대방당사자로부터 변호사보수를 상환받을 수 있다고 하면 각 당사자의 소송비용이 증가할 수도 있기 때문이다. 다시 말하면, 그러한 경우에는 패소하면 상대방당사자의 변호사보수까지 부담하여야 하므로 서로 승소하려고 보다 노력할 것이어서 양당사자는 보다 많은 자원을 각 소송사건에 투자할 것이기 때문이다.<sup>92)</sup>

넷째, 변호사보수의 패소자부담원칙<sup>93)</sup>을 취한다면 변호사보수에만 관련된 분쟁을 해결하는 부수소송절차로 인하여 법원의 업무는 가중되고 소송비용은 증가할 것이기 때문에 American Rule를 취하여야 한다는 것이다.<sup>94)</sup>

마지막으로, 변호사보수의 패소자부담원칙은 화해의 가능성을 감소시킬 수 있기 때문이다. 즉, 화해함에 있어 상환받을 수 있는 변호사보수를 화해금에 포함시키게 되면 화해가 이루어질 가능성이 줄어드는 것이다.

---

92) Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 574 (4th ed. 1992); Ronald Braeutigam et al., *An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems*, 47 *Law & Contemp. Probs.* 173 (1984); John C. Hause, *Indemnity, Settlement, and Litigation, or I'll Be Suing You*, 18 *J. Legal Stud.* 157 (1989); Avery Katz, *Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?*, 3 *J.L. Econ. & Org.* 143 (1987); Philip J. Mause, *Winner Takes All: A Re-Examination of The Indemnity System*, 55 *Iowa L. Rev.* 26, 37 (1969); Edward A. Snyder & James W. Hughes, *The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory*, 6 *J.L. Econ. & Org.* 345, 370-75 (1990)[이하 Snyder & Hughes, *The English Rule* 이라 표시함].

93) 영미법계의 법학자들은 이러한 원칙을 Indemnity Rule, British Rule 또는 English Rule이라고 명명한다[Mause, *supra* note 92, at 26; Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing, 386 U.S. at 717; Herbert M. Kritzer, *Searching for Winners in A Loser Pays System*, 54 *A.B.A.J.* 55, 56-58 (1992)].

94) Posner, *supra* note 92, at 572; Robert S. Miller, *Attorneys' Fees for Contractual Non-Signatories Under California Civil Code Section 1717: A Remedy in Search of a Rationale*, 32 *San Diego L. Rev.* 535 (1995).

## (2) 예외

American Rule이 모든 영역에서 적용되는 것은 아니다. 예외 없는 원칙은 없다는 말도 있듯이 이 American Rule에 따르지 않아도 되는 예외적인 경우가 있다. 이러한 예외를 허용하는 근거로는 법률의 규정, 계약, 그리고 판례법상 인정된 법리를 들 수 있다.<sup>95)</sup> 이 예외에 해당하는 대표적인 법규정이 연방저작권법 제505조다. 이 법 제505조는 “본 편에 따른 민사소송에 있어서 법원은 미국 정부 또는 공무원 이외의 당사자에 의하여 또는 그 당사자에 대하여 비용 전액을 지급하도록 명할 수 있다. 본 편에 달리 규정하고 있는 경우를 제외하고 법원은 패소자가 승소당사자에게 비용의 일부로서 합리적인 변호사보수를 지급하도록 명할 수 있다.”고 규정하고 있다.

## 3. 우리나라

### 가. 소송비용의 개념정의

현행법상 소송비용의 개념은 광의의 소송비용과 협의의 소송비용으로 나누어 정의할 수 있다. 광의의 소송비용이라 함은 소송구조부여의 기준으로서 사용되는 것으로서 소송을 실제로 수행하는

---

95) A.G. Ship Maintenance Corp. v. Lezak, 69 N.Y.2d 1, 3-6, 511 N.Y.S.2d 216, 217-19, 503 N.E.2d 681, 682-84(1986); Kenneth H. York et. al., Cases and Materials on Remedies 136 (5th ed. 1992).



데 드는 비용을 의미한다.<sup>96)</sup> 반면에 협의의 소송비용은 소송을 수행하거나 재판을 하기 위하여 당사자 및 법원이 지출하는 비용 가운데 民事訴訟費用法에서 정하고 있는 범위의 비용을 뜻한다.<sup>97)</sup> 즉 이는 재판비용과 당사자비용을 포함한다. 재판비용은 재판수수료인 인지액 및 법원의 심리 및 재판 등을 위한 법원의 소송행위에 필요한 비용이고 당사자비용은 당사자가 소송수행을 하는데 필요한 비용으로서 소송서류의 작성비(민사소송비용법 제2조 및 제6조), 당사자 또는 대리인이 기일에 출석하는데 드는 여비·일당·숙박료(민사소송비용법 제4조) 등을 포함한다.

변호사비용은 변호사보수의소송비용산입에관한규칙에 따라 그 일정액만이 소송비용에 산입된다.

## 나. 수정된 패소자부담원칙

민사소송법 제98조에 따르면, 소송비용은 패소자가 부담한 것으로 원칙으로 되어 있고, 같은 법 제109조에서는 변호사에게 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 소송비용으로 인정한다고 규정하고 있다.

그런데 우리나라의 변호사보수의소송비용산입에관한규칙에 의하면 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송물의 가액에 따라 별정기준에 의하여 산정하도록 되어 있다(변호사보수의소송비용산입에관한규칙 제

---

96) 김홍규, 「民事訴訟法」, 三英社, 2005년, 905-906면; 전술한 내용은 拙稿, “소송당사자의 소송비용부담에 관한 법경제학적 분석-변호사비용을 중심으로”, 「민사소송」, 제7권 제2호, 2003년 8월, 178-215면 참조.

97) 김홍규, 앞의 책, 905면; 李時潤, 「新民事訴訟法」, 博英社, 2006년, 603면.

3조). 따라서 우리 법제는 수정된 패소자부담원칙을 채택하고 있다고 생각한다.

대법원 2005.5.27. 선고 2004다60584판결은 수차에 걸쳐 상표권 침해 등의 행위를 하지 않겠다는 각서나 사과문을 작성·교부한 이후에도 계속되는 침해행위에 대하여 제기한 상표권침해금지가처분 신청사건에 관하여 지출한 변호사비용은 위 침해행위로 인한 피해의 확대를 방지하기 위하여 부득이하게 지출한 비용으로서, 그 지출 경위 및 지급내역, 소송물의 가액 및 위임업무의 성격과 그 난이도 등을 고려하여 위 비용 중 일부를 상표권침해 및 부정경쟁행위와 상당인과관계에 있는 손해라고 한 원심의 판단을 긍정하였다. 이 판결은 승소한 당사자의 변호사비용을 적극적 손해의 일부로 청구할 수 있다고 판시한 드문 판결이기 때문에 지적재산권 관련 소송에 일반적으로 적용할 수 있는 사례로 보이지는 아니한다.<sup>98)</sup>

## 다. 소결

전술한 바와 같이 우리나라 민사소송법 제98조, 제109조 및 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제3조 제2항 등은 협정문 제18.10조 제7항을 충족하고 있으므로 별도의 개정이 불필요하다.<sup>99)</sup> 다만, 최근 대법원규칙은 변호사보수의 상한을 높이는 방향으로 개정이 논의되고 있다.

---

98) 박성수, 앞의 발표논문, 54-55면.

99) 위의 발표논문, 54면에서는 소송비용부담원칙과 관련하여 “한미 FTA에서 장래 침해를 억제할 적절한 금액의 결정을 유보하고 있으므로 그 결정을 위해 서라도 국내법의 개정은 불가피할 것으로 보인다.”라고 주장한다.

## V. 침해물품 등의 압류

### 1. 한미 FTA의 경우

한미 FTA 제18.10조 제8항에 따르면, 다음과 같이 규정하고 있다.

“저작권 또는 저작권접권 침해와 위조에 관한 민사 사법절차에서, 각 당사국은 사법당국이 침해행위와 관련된 침해혐의가 있는 상품·재료 및 도구의 압류 그리고 최소한 상표 위조에 대하여는 침해와 관련된 증거서류의 압류를 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.”

### 2. 미국의 경우

1937년에 채택된 연방민사소송규칙 제81조 제a항 제1호에 따르면, 이 규칙은 미국 연방대법원이 공포한 규칙에 달리 규정된 경우를 제외하고는 저작권에 관한 절차에 적용되지 아니하였다. 연방대법원은 1909년 이래 저작권침해소송에 대해 대법원규칙을 제정하였다. 이것이 연방저작권법시행규칙(Supreme Court Rules for Practice and Procedure Under the Copyright Act; 이하 “저작권법시행규칙”이라고 표시함)이다. 이 규칙은 원래 1909년 저작권법

제25조 제e항에 따라 연방대법원에 부여된 제한된 입법권한에 따라 제정된 것이다.<sup>100)</sup> 1947년에 1909년 저작권법 제25조 제e항은 저작권법이 미국 연방법전 제17편으로 되었을 때 제101조 제f항으로 개정되었다. 하지만 동법 제101조 제f항은 1948년에 폐지되었다.<sup>101)</sup> 왜냐 하면 연방대법원에게 연방지방법원의 모든 민사소송에 대한 광범위한 입법권을 부여한 1934년 연방대법원규칙제정위임법(Rules Enabling Act of 1934)의 관점에서 볼 때 위 조문은 불필요한 것으로 생각되었기 때문이다.<sup>102)</sup>

1939년 이전에 저작권법시행규칙 제1조<sup>103)</sup>는 형평법규칙이 적용 가능한 한 침해절차에서 실무관행을 규율한다고 규정하였다.<sup>104)</sup> 그 해에 저작권법시행규칙 제1조는 개정되어 침해소송의 절차가 민사소송규칙에 부합하는 한 민사소송규칙에 의하여 규율된다고 규정하였다.<sup>105)</sup> 저작권법시행규칙의 기타 규정들은 단지 두 가지 유형의 저작권관행만을 다루었다. 저작권법시행규칙 제2조는 몇몇 예외를 제외하고는 침해물의 사본과 침해된 저작물의 사본을 소장에 첨부하도록 요구하였다. 이것은 기타 모든 소송에 적용할 수 있는 소달절차규칙에 대한 불필요한 변형으로서 부당하고 장애물로서 여겨졌다.<sup>106)</sup> 저작권법시행규칙 제3조 내지 제13조는 저작권을 침

---

100) The Late Charles Alan Wright and Arthur R. Miller, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. 3d § 1018 (2006).

101) Act of June 25, 1948, 62 Stat. 869.

102) 28 U.S.C.A. § 2072.

103) 17 U.S.C.A. § 501.

104) Wright & Miller, supra note 100, at § 1018.

105) Kouf v. Walt Disney Pictures & Television, 16 F.3d 1042(9th Cir. 1994); Nintendo of America, Inc. v. Lewis Galoob Toys, Inc., 16 F.3d 1032 (9th Cir. 1994), cert. denied, 513 U.S. 822, 115 S.Ct. 85, 130 L.Ed.2d 37.

106) Benjamin Kaplan, Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendm

해한 것으로 의심되는 자료의 현존 복제물에 대한 담보를 제공한 후 압수하는 자동적인 절차 및 반대담보의 제공 하에 그 자료의 압수해제를 규율하는 자동적인 절차를 규정하였다. 이러한 규칙들은 연방민사소송규칙에 이미 규정된 것 이외의 추가적인 요건을 부과하는 것으로 보이고 자문위원회에 의하여 부당한 것으로 간주되었다. 왜냐 하면 압수절차는 통지 없이 그리고 회복할 수 없는 손해가 구제의 선행조건으로 입증되어야 한다는 요건 없이 진행되기 때문이다.

1964년 3월의 민사소송규칙개정예비초안은 모든 저작권법시행규칙의 폐지 및 제65조 제f항의 신설을 제안하였다. 이 예비초안 제65조 제f항에 따르면, 제65조에 규정된 잠정가처분 및 가처분은 침해소송의 압수절차에 준용된다.<sup>107)</sup> 저작권전문 변호사의 반대 때문에 보다 완화된 형태의 개정안이 1966년에 채택되었다. 이에 따라 단지 저작권법시행규칙 제2조만 폐지되었다.<sup>108)</sup>

자문위원회의 해설에 따르면, 이 자문위원회는 저작권법시행규칙의 기타 규정을 개정하지 아니하는 것이 바람직한지 여부에 대해 심각하게 의문을 표시하였으나 연방의회가 그 당시에 저작권법의 개정을 고려하고 있었으므로 향후 그 문제를 지속적으로 연구할 것이라고 언급하였다.<sup>109)</sup> 하지만 1909년 저작권법이 1978년 1월 1일부터 시행된 1976년 저작권법으로 개정되었을 때, 저작권법시행규칙 제3조 내지 제13조의 존치에 대한 자문위원회의 반대 입장

---

ents of the Federal Rules of Civil Procedure (II), 81 Harv. L. Rev. 591, 618 (1968).

107) 34 F.R.D. 325, 407 (1964).

108) Kaplan, *supra* note 106, at 617-20.

109) Wright & Miller, *supra* note 100, at § 1018 n. 9.

은 간과되었고 그 규칙들은 개정된 저작권법에 포함되어 계속 시행되었다.

따라서 2001년 연방민사소송규칙이 개정되기 전까지만 하더라도 미국 저작권법에 따를 때 압수명령을 내릴 수 있는 두 가지 법적 근거규정이 존재하였다. 하나는 1976년에 신설된 저작권법 제503조제a항[이하 “1976년 저작권법 제503조제a항”이라고 표시함]이고 다른 하나는 저작권법 제501조에서 언급된 저작권법시행규칙이었다. 저작권법 제503조제a항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“법원은 본 편 법전의 규정에 의한 소송의 계속 중 언제든지 합리적이라고 인정되는 조건에 따라 저작권자의 배타적 권리를 침해하여 제작 또는 사용되었다고 주장되는 모든 복제물이나 음반, 그리고 이러한 복제물이나 음반의 복제수단인 모든 플레이트, 주형, 모형, 원형, 테이프, 필름 원판, 또는 기타 물건의 압수를 명할 수 있다(At any time while an action under this title is pending, the court may order the impounding, on such terms as it may deem reasonable, of all copies or phonorecords claimed to have been made or used in violation of the copyright owner's exclusive rights, and of all plates, molds, matrices, masters, tapes, film negatives, or other articles by means of which such copies may be reproduces).”

이 규정은 법원이 일방당사자의 주장만을 심리하여 압수명령을 발부하는 일방적 압수명령(ex parte impoundment order)을 금지하지 아니하기 때문에 이 법조문에 따를 때 저작권침해소송과 관련하여 침해자에게 특정자료를 압수할 것이라는 통지를 해줄 필요가 없다. 게다가 이 법문은 신청인이 본안사건의 주요사실을 입증

할 증거를 충분히 가지고 있다는 사실을 일방적 압수명령을 내릴 법원에 진술하도록 요구하지 아니한다. 이 법조문은 압수를 명함에 있어서 연방지방법원의 재량권을 존중하는 것을 최우선적으로 강조하였다. 그 결과, 일방적인 압수를 명함에 있어서 신청인이 부담하는 증명책임 또는 그 명령에 따라 압수할 수 있는 대상의 범위에 관하여 연방법원 사이에 통일성이 두드러지게 결여되어 있었다. 몇몇 연방법원은 그러한 구제책을 신청하는 저작권자가 잠정가처분(temporary restraining order)의 성립요건을 규정한 연방민사소송규칙 제65조제b항의 요건을 충족하여야 한다고 판시하였으나 그 밖의 법원들은 저작권법시행규칙이 정한 압수절차가 여전히 유효하고 1976년 저작권법에 제503조제a항을 신설하였기 때문에 그 규칙이 실제에 있어서 폐지된 것은 아니라고 판시하였다. 하지만 저작권법 제503조와의 저촉을 피하기 위하여 변호사들은 저작권법시행규칙의 위헌성을 의식하여 연방민사소송규칙에 따라 법원에 압수명령을 신청하였다.<sup>110)</sup>

이러한 혼란을 정리하기 위하여 2001년에 연방민사소송규칙 제65조 제f항이 신설되었다.<sup>111)</sup> 신설된 연방민사소송규칙 제65조 제f항은 별로 활용되지 아니하는 저작권법시행규칙 대신에 연방민사소송규칙 제65조의 가처분절차를 적용하였던 통상적인 실무관행을 추인하는 성격을 띠고 있다.<sup>112)</sup> 또한 연방민사소송규칙 제65조에 따른 절차는 저작권법시행규칙이 헌법상 적법절차의 요건을 보다

---

110) Harvey Shapiro, Ex Parte Application for the Seizure of Counterfeit Goods under the Copyright Act, 720 PLI/Pat 513 (2002).

111) 200 F.R.D. 52 (2001); The Late Charles Alan Wright et al., 12A Fed. Prac. & Proc. Civ. 2d App. C (2006).

112) Id.

더 많이 충족하는지 여부에 대하여 제기된 의문을 누그러뜨렸다.<sup>113)</sup> 그리고 연방민사소송규칙 제81조 제a항 제1호는 사문화되어 가는 저작권법시행규칙에 대한 인용부분을 삭제하였다.<sup>114)</sup>

침해자가 압수제안서의 통지를 받게 되면 법원이 실효성 있는 구제책을 부여할 수 없다는 는 경험으로부터 통상적인 문제가 발생하였다.<sup>115)</sup> 신청인이 피신청인에 대한 통지가 효과적인 구제를 불가능할 개연성이 있다는 이유를 소명한 경우에는 법원은 연방민사소송규칙 제65조 제b항에 따라 일방적 압수명령을 내릴 수 있다.<sup>116)</sup> 그러한 무통지 절차는 후술하는 바와 같이 연방상표법에 따라 상표위조로 인한 일방적 압수신청절차에서 허용된다.<sup>117)</sup> 이러한 상표권침해절차에서 법원은 일방적 구제를 뒷받침하는 입증방법의 유형을 명백하게 제시하였다.<sup>118)</sup> 일방적 구제책을 허용함에 있어 법원은 압수가 필요한지 여부 또는 잠정적 가처분처럼 일방적 압수명령보다는 완화된 유형의 구제책으로 적절히 보호될 수 있는지 여부를 고려하여야 한다.<sup>119)</sup>

연방민사소송규칙 제65조 제f항은 상표권과 저작권에 대한 청구가 함께 결부된 사건에서 상표권에 관한 절차의 활용을 제한하지

---

113) See, e.g., *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication s, Servs., Inc.*, 923 F.Supp. 1231, 1260-1265(N.D.Cal. 1995); *Paramount Pictures Corp. v. Doe*, 821 F.Supp. 82 (E.D.N.Y. 1993); *WPOW, Inc. v. MRLJ Enterprises*, 584 F.Supp. 132 (D.D.C. 1984).

114) House Document 107-61, 107th Cong., 1st Sess. (2001).

115) Wright et al., *supra* note 111, at App. C.

116) *Id.*

117) 15 U.S.C. § 1116 (d).

118) See *In re Vuitton et Fils S.A.*, 606 F.2d at 1; *Vuitton v. White*, 945 F.2d 569 (3d Cir. 1991).

119) Wright et al., *supra* note 111, at App. C.



아니한다. 혹자는 모든 저작권관련사례에서 상표권에 관한 절차를 채택하여야 한다고 생각한다. 하지만 이는 어디까지나 판례법 보다는 연방의회의 입법과정에서 고려될 개선안이라고 볼 수 있다.<sup>120)</sup>

### 3. 우리나라의 경우

(1) 우리나라 저작권법 제123조 제3항에 따르면, (i) 저작권 등의 침해정지청구, 저작권 등의 침해예방 또는 손해배상담보청구(저작권법 제123조 제1항), (ii) 저작권 등의 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기 등 청구 (같은 법 제123조 제2항)가 제기된 경우에 법원은 원고의 신청에 의하여 보증을 세우거나 세우지 않고 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 압류 기타 필요한 조치를 명할 수 있다. 그리고 위 경우에 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해가 없다는 뜻의 판결이 확정된 때에는 신청자는 그 신청으로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다(같은 법 제91조 제4항).

(2) 저작권법 제123조 제3항에 “그 밖의 필요한 조치”란 문구가 존재하므로 이 협정문 제18.10조 제8항의 내용을 충족시킬 수 있다. 따라서 별도의 개정은 불필요하다.<sup>121)</sup> 하지만 향후 법원은 같

---

120) Id.

121) 박성수, 위의 발표논문, 55면에서는 “가처분 단계에서도 침해행위에 의하여 만들어진 것으로 ‘인정’되어야 이를 압류할 수 있는 것이다. 가처분단계에서도 증명은 아니지만 ‘침해행위에 의하여 만들어진’ 물건이라는 점에 대한 대안 소명이 필요한 것이다. 다만 압류라는 용어는 민사집행법상 강제환가 방법의 첫 단계에서 사용되는 용어라는 점에서 ‘침해자의 점유 해제 및 집행관 보관’ 등과 같이 우리 법체계와 조화될 수 있는 용어를 선택함이 적절하다고 본다.”고 주장한다.

은 법 제123조 제3항에 “그 밖의 필요한 조치”에 침해행위와 관련된 침해혐의가 있는 상품·재료 및 도구의 압류가 포함되는 것으로 해석하여야 한다는 부담이 생기게 된다. 만약 이 조항과 관련하여 법원이 그렇게 해석하지 않는다면 언제든지 미국 측에서 문제를 제기하여 저작권법의 개정을 요구할 것이 분명하다.

## VI. 침해물품 등의 폐기

### 1. 한미 FTA의 경우

한미 FTA 제18.10조 제9항은 침해물품 등의 폐기와 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“각 당사국은 다음을 규정한다.

가. 민사 사법절차에서, 권리자의 요청이 있는 경우, 불법복제되거나 위조된 것으로 판정된 상품은 예외적인 상황을 제외하고 폐기된다.

나. 사법당국은 불법복제되거나 위조된 상품의 제조 또는 생성에 사용된 재료 또는 도구가 어떠한 종류의 보상도 없이 신속하게 폐기되거나, 예외적인 상황에서는 어떠한 종류의 보상도 없이, 추가 침해에 대한 위협을 최소화하는 방식으로 상거래 밖에서 처분되도록 명령할 수 있는 권한을 가진다.  
그리고

다. 위조된 상표 상품에 관하여는, 불법적으로 부착된 상표를 단

순히 제거하는 것으로는 상품이 상거래로 반출되는 것을 허용하기에 충분하지 아니하다.”

## 2. 미국의 경우

미국 연방저작권법 제503조 제b항에서는 “법원은 중국판결 주문의 일부로서, 저작권자의 배타적 권리를 침해하여 제작 또는 사용되었다고 인정되는 모든 복제물이나 음반, 그리고 이러한 복제물이나 음반의 복제수단인 플레이트, 주형, 모형, 원형, 테이프, 필름 원판, 또는 기타 물건의 폐기 또는 기타 합리적인 처분을 명할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

## 3. 우리나라의 경우

우리나라 저작권법 제123조 제2항에 따르면, 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 동법 제123조 제3항에 의하면, 저작권 등의 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기 등 청구 (같은 법 제123조 제2항)가 제기된 경우에 법원은 원고의 신청에 의하여 보증을 세우거나 세우지 않고 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 압류 기타 필요한 조치를 명할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 한미 FTA 제18.10조 제9항에 따르면, 침해행위에 의하여 만들어진 물건 뿐만 아니라 불법복제된 물품의 제조 등에 사용된 재료나 도구의 폐기도 할 수 있어야 한다. 현행 규정 제123조 제2항이 이를 포함하고 있다고 볼 수도 있겠으나,

개정을 통하여 해석을 자연스럽게 할 필요는 있다.

## VII. 행정절차에 의한 민사적 구제명령

### 1. 의의

TRIPs 협정 제49조 (행정 절차)는 다음과 같이 규정하고 있다.

“어떤 사안은 본안에 관한 행정 절차의 결과로 민사 구제 조치가 명령될 수 있는 범위 내에서 이러한 절차는 이 절에서 규정된 것과 실질적으로 동등한 원칙에 합치하도록 한다.”<sup>122)</sup>

### 2. 한미 FTA의 경우

한미 FTA 제18.10조 제12항에 따르면, 다음과 같이 규정하고 있다.

“사건의 본안에 관한 행정적인 절차의 결과로 민사구제가 명령될 수 있는 범위에서, 각 당사국은 그러한 절차가 이 장의 규정과 실질적으로 동등한 원칙에 부합하도록 규정한다.”

---

#### 122) Article 49 Administrative Procedures

To the extent that any civil remedy can be ordered as a result of administrative procedures on the merits of a case, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section.

### 3. 우리나라의 경우

저작권법 제112조 내지 제113조에 따르면, 저작권위원회는 저작권에 관한 분쟁을 조정의 방법으로 해결할 수 있다. 당사자가 분쟁에 관하여 조정신청을 하고 조정부에서 조정을 하여 당사자 사이에 합의가 성립하는 경우, 재판상 화해와 같은 효력을 인정하고 있다(저작권법 제117조). 컴퓨터프로그램보호법 제40조도 조정성립시 재판상 화해와 동일한 효력을 인정하고 있다.

현행법에 따르면, 우리나라 행정기관은 침해예방중지, 손해배상 청구, 신용회복청구 등 지적재산권에 관한 민사적 구제조치를 명명할 수 없다. 전술한 조정부에 의한 조정의 경우에 조정부를 행정기관이라 하기 어렵고, 조정을 민사적 구제조치로 보기도 어렵다. 따라서 우리법제상 사건의 본안에 관한 행정절차의 결과로 민사구제를 명할 수 있는 제도가 없다. 요컨대 우리 법제는 이 협정문 제18.10조 제12항에 배치될 가능성이 없다. 따라서 별도의 입법 내지 개정이 불필요하다.

## VIII. 결론

(1) 본고는 전술한 바와 같이 한미 FTA 제18.10조 가운데 민사적 구제책인 (i) 손해배상 또는 침해자의 이익을 지급하도록 명할 법원의 권한(동 협정 제18.10조 제5항), (ii) 법정손해배상액제도(동 협정 제18.10조 제6항), (iii) 소송비용부담(동 협정 제18.10조 제7

항), (iv) 침해물품 등의 압류 (동 협정 제18.10조 제8항), (v) 침해물의 폐기 등 (동 협정 제18.10조 제9항), (vi) 행정절차에 의한 민사적 구제명령(동 협정 제18.10조 제10항)에 초점을 두어 설명하였다. 본문에서 언급한 한미 FTA 저작권집행분야의 민사적 구제와 관련된 줄건을 아래에서 정리하면 다음과 같다.

(2) 손해배상 또는 침해자의 이익을 지급하도록 명할 법원의 권한과 관련하여: 실손해액과 침해자의 이익을 누적적으로 인정하는 이익의 부가적 배상제도를 도입할 필요는 없다.

(3) 법정손해액제도의 도입방안과 관련하여:

(i) 손해발생사실이 인정된 경우로 한정할지 여부: 저작권법 개정안 제125조의2(법정손해액의 청구) 제1항은 증명책임의 전환을 가져오는 효과가 있다. 개정안 제125조의2 제1항이 적용되려면 손해발생사실이 인정된 경우로 한정하여야 한다.

(ii) 법정손해액이란 용어와 관련하여: 개정안 제125조의2의 표제는 “법정손해액의 청구”다. 이는 “법정손해액”이란 용어를 “법정손해배상”과 구별하여 사용한 점에서 쉽게 동의할 수 있는 부분이다. 현행 저작권법 제125조도 이에 보조를 맞출 필요가 있다.

(iii) 법정손해액의 범위 및 법정손해액의 상·하한을 둘 것인지 여부: 저작권법 개정안 제125조의2에 있어 법정손해액의 범위는 미국 저작권법과 싱가포르 저작권법을 조합하여 반영한 결과인 것으로 판단된다. 법정손해액과 관련하여 원칙적인 상한 및 예외적인 경우의 상한은 우리나라 경제규모를 반영하여 미국 법제를 거의 따른 것으로 보인다. 그리고 법정손해액의 하한을 두지 않은 것은 싱가포르 저작권법의 예를 따른 것으로 보인다. 법정손해액의 하한을 두지 않고 법원의 재량을 충분히 인정한 점은 법원의

역할이 미국에 비해 상대적으로 큰 우리나라에서는 타당한 것으로 판단된다.

(iv) 선택 시점과 관련하여: 판결의 확정 이전으로 선택 시점을 정한 것은 개정안의 오류라고 생각한다. 사실심의 변론종결시 이전으로 선택 시점을 정할 필요가 있다.<sup>123)</sup>

(v) 저작물당 상한의 설정 및 하나의 소송절차에서 청구할 수 있는 총액과 관련하여: 저작물당 상한 및 하나의 소송절차로서 청구할 수 있는 총액을 묶어 둘 필요가 있다. 싱가포르 저작권법이 그 한 예가 된다.

(vi) 주요사실 및 소장의 기재사항과 관련하여: 미국에 있어서도 원고는 소장에서 실손해, 이익 및 법정손해액을 동시에 청구하는 경우가 대부분이다. 우리나라에서 이와 같은 현상이 나타날 것으로 예상된다. 실손해와 법정손해액이 별도의 소송물인 경우에는 이는 청구의 예비적 병합에 해당하는 것으로 볼 수밖에 없다. 만약 지적재산권자 등이 침해자 등을 상대로 소를 제기하는 경우에 청구원인에 당사자 및 손해배상액만을 기재하고 그 손해액이 저작권법개정안 제125조의2에 따른 것임을 밝히지 않았다면 어떻게 처리될 것인지를 검토할 필요가 있다. 특히 지적재산권등이 침해자 등을 상대로 손해배상청구의 소를 제기할 때, 실손해액을 증명하려는 노력을 기울이지 않고 손해액을 기재한 경우에 이 저작권침해청구의 소에서 법원은 실손해액을 증명하지 못했다는 이유로 그 청구를 기각할 것인지 아니면 법정손해액으로 인정하여 판단할 것인지 여부가 문제된다. 미국의 예를 보면, 소장의 청구원인란에 실손해액인지 아니면 법정손해액인지 여부를 분명히 밝히도록 되어

---

123) 박성수, 앞의 발표논문, 60면.

있다. 따라서 “개정안 제125조의2에 따라 법정손해액의 배상을 청구하고 있다는 사실”을 기재하게 할 필요가 있다. 그렇지 아니면 석명권의 범위와 관련하여 복잡한 문제가 발생할 것으로 예상된다.

(vii) 편집저작물 및 2차적 저작물을 하나의 저작물로 볼 것인지 여부 및 그 의미: 미국 연방저작권법에 관한 사례 및 이론을 보더라도 저작권자 1인이 원저작물 및 편집저작물(내지 2차적 저작물)을 가지고 있는 경우에 하나의 저작물로 보는 것은 당연하다. 하지만 원저작물의 저작권자와 편집저작물(내지 2차적 저작물)의 저작권자가 상이한 경우에는 하나의 저작물로 볼 수 없다. 따라서 이를 반영한 조문의 개정이 필요하다.

(viii) 소송계속중 사실심 변론종결전까지 실손해액을 증명한 경우: 법정손해배상을 청구한 소송의 계속중 사실심 변론종결 전에 원고가 실손해액을 증명한 경우에는 청구의 변경절차(민사소송법 제262조)를 거쳐 법정손해배상을 청구한 소송을 실손해액을 청구한 소송으로 변경할 수 있다.

(4) 우리나라 민사소송법 제98조, 제109조 및 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제3조 제2항 등은 협정문 제18.10조 제7항을 충족하고 있으므로 별도의 개정이 불필요하다. 다만, 최근 대법원규칙은 변호사보수의 상한을 높이는 방향으로 개정이 논의되고 있다.

(5) 저작권법 제123조 제3항에 “그 밖의 필요한 조치”란 문구가 존재하므로 이 협정문 제18.10조 제8항의 내용을 충족시킬 수 있다. 따라서 별도의 개정은 불필요하다.<sup>124)</sup> 하지만 향후 법원은 같

---

124) 위의 발표논문, 55면에서는 “가처분 단계에서도 침해행위에 의하여 만들어진



은 법 제123조 제3항에 “그 밖의 필요한 조치”에 침해행위와 관련된 침해혐의가 있는 상품·재료 및 도구의 압류가 포함되는 것으로 해석하여야 한다는 부담이 생기게 된다. 만약 이 조항과 관련하여 법원이 그렇게 해석하지 않는다면 언제든지 미국 측에서 문제를 제기하여 저작권법의 개정을 요구할 것이 분명하다.

(6) 한미 FTA 제18.10조 제9항에 따르면, 침해행위에 의하여 만들어진 물건 뿐만 아니라 불법복제된 물품의 제조 등에 사용된 재료나 도구의 폐기도 할 수 있어야 한다. 현행 규정 제123조 제2항이 이를 포함하고 있다고 볼 수 있어 별도의 개정이 불필요하다. 하지만 해석상 불법복제된 물품의 제조 등에 사용된 재료 등의 폐기는 불가하다면 개정을 통하여 무리한 해석을 피할 수 있을 것이다.

(7) 현행법에 따르면, 우리나라 행정기관은 침해예방중지, 손해배상청구, 신용회복청구 등 지적재산권에 관한 민사적 구제조치를 명령할 수 없다. 전술한 조정부에 의한 조정의 경우에 조정부를 행정기관이라 하기 어렵고, 조정을 민사적 구제조치로 보기도 어렵다. 따라서 우리법제상 사건의 본안에 관한 행정절차의 결과로 민사구제를 명할 수 있는 제도가 없다. 요컨대 우리 법제는 이 협정문 제18.10조 제12항에 배치될 가능성이 없다.

---

것으로 ‘인정’되어야 이를 압류할 수 있는 것이다. 가치분단계에서도 증명은 아니지만 ‘침해행위에 의하여 만들어진’ 물건이라는 점에 대한 소명이 필요한 것이다. 다만 압류라는 용어는 민사집행법상 강제환가 방법의 첫 단계에서 사용되는 용어라는 점에서 ‘침해자의 점유 해제 및 집행관 보관’ 등과 같이 우리 법체계와 조화될 수 있는 용어를 선택함이 적절하다고 본다.”고 주장한다.



# 한미 FTA와 온라인서비스제공자의 책임제한

이대회

(고려대학교 법과대학 교수)

## 차 례

- I. 서론
- II. DMCA, EU 및 KORUS FTA
- III. OSP에 대한 현행 저작권법 체제와 개정안
- IV. OSP 면책규정의 평가
- V. 결어

## I. 서론

2007년 4월 2일 협상이 타결된 한미자유무역협정(이하 KORUS FTA)은 저작권과 관련하여 실로 많은 내용을 포함하고 있는데, 저작권과 관련되는 내용으로서 (1) ① 일시적 복제(temporary copy) 개념의 인정, ② 접근통제(access control)를 위한 기술적 보호조치

의 보호, ③ 저작권 존속기간의 연장, ④ 온라인서비스제공자(online service provider, 이하 OSP)에 의한 침해자의 신원제공과 각 유형별 면책규정의 마련, ⑤ 저작자의 권리와 실연자·음반제작자의 권리의 상호 독립성, ⑥ 저작권의 소급적 보호, ⑦ 저작재산권 양도의 자유 및 행사의 보장, ⑧ 권리관리정보, ⑨ 저작권 제한에 관한 3단계 원칙, ⑩ 실연자 및 음반제작자들의 권리보호 및 행사에 대한 무방식주의 등 실체법적인 내용, (2) ① 일방 당사자에 의한 구제수단(*inaudita altera parte*)의 제공, ② 법정손해배상(*statutory damage*)의 인정 및 손해배상 산정을 위한 상세규정, ③ 저작자 추정, ④ 승소 당사자에 대한 변호사비용의 지급, ⑤ 침해물품의 압수, ⑥ 영화나 기타 시청각 저작물의 도촬(盜撮) 금지, ⑦ 침해물품의 폐기, ⑧ 국경조치, ⑨ 비친고죄, ⑩ 위조·불법 레이블 등의 거래행위 처벌, ⑪ 배타적 이용권자의 당사자 적격인정 등 집행과 관련된 내용 등이 규정되어 있다.

KORUS FTA의 OSP 책임면책규정은 매우 복잡하게 규정하고 있는데 다음의 내용을 그 특징으로 하고 있다. 첫째, OSP의 책임이 감면되는 것을 네 가지의 개별적인 사유, 곧 (i) 콘텐츠를 수정하지 않고 자료를 전송(*transmitting*), 전송연결(*routing*), 연결제공하거나, 이러한 전송 등의 과정에서 자료를 중간적이고 일시적으로 저장하는 경우, (ii) 자동적인 과정으로 이루어지는 캐싱(*caching*), (ii) OSP가 통제하거나 운영하는 시스템에 존재하는 자료를 이용자의 지시에 따라 저장하는 경우, (iv) 정보검색도구를 이용하여 온라인상의 일정한 위치에 이용자를 전송시키거나 연결시키는 경우 등으로 유형화하고 있다 [§18.10.30(b)(i)]. 책임감면사유를 이러한 개별적인 사유로 유형화시키는 것은 미국의 저작권법 규정과 동일한 것이며(미 저 §512), 유럽연합

의 전자상거래지침과도 동일한 것이다.<sup>1)</sup> 현행 한국의 저작권법 체제는 이러한 개별적인 예외가 아니라 전반적으로 책임을 감면하는 규정을 두고 있는 상태이다(저 §§102, 103, 컴 §§34의 2, 34의 3). 따라서 한국의 현행 저작권법 체제는 OSP의 책임을 감면해주기 위하여 전반적으로 규정하고 있음에 반하여 한미 FTA는 개별적으로 규정하고 있는 점에서 차이가 있게 된다.

둘째, 저작권자가 OSP로부터 침해자의 신원에 관한 정보를 확보할 수 있는 절차를 그 내용으로 하고 있다[§18.10.30(b)(xi)]. 이러한 규정은 저작권자가 OSP의 가입자들을 상대로 책임을 묻기 위하여 가입자들에 관한 정보를 필요로 하므로 이러한 정보를 가지고 있는 OSP로부터 정보를 획득하도록 하기 위한 것이다. 미국 저작권법은 저작권자가 저작권을 침해하였다고 믿어지는 OSP 가입자에 관한 정보를 획득하기 위하여 OSP에게 일종의 문서제출장[subpoena, 증인 등에게 법원에 소환하도록 하거나(소환장), 일정한 서류나 기록을 제출하도록 명령하는 법원의 서류]을 법원서기(clerk)에게 청구할 수 있도록 하고 있으며, 이러한 문서제출장을 발하는 요건이 충족된 경우 법원 서기는 이를 신속하게 발하도록 하고 있다[미저 §512(h)].

셋째, 한미 FTA는 저작물을 불법적으로 저장하고 송신하는 것을 억제함에 있어서 OSP가 저작권자와 협력할 수 있도록 하기 위한 법적 동기를 제공할 것을 규정하고 있다[§18.10.30(a)]. 미국 저

---

1) 다만 미국 저작권법은 한미 FTA와 동일한 규정을 하고 있음에 반하여, 유럽 연합의 경우에는 단순한 도구로서의 역할만 하는 경우, 캐싱, 서버의 제공 등 세 가지로 한정되고 있으며(Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce § §12, 13, 14) 저작권 침해뿐만 아니라 명예훼손 등에 대해서도 적용된다.

작권법은 이러한 동기를 제공하기 위하여, OSP의 책임이 면제되기 위한 일반적인 요건으로서 (i) 반복적으로 저작권을 침해하는 가입자에 대해서는 서비스를 종료시킨다는 OSP의 방침(policy)을 채택하고 합리적으로 시행하며 가입자에게 통지하여야 하며, (ii) OSP는 저작권자의 표준적인 기술적 보호조치(standard technical measures)를 수용하고 이를 방해하여서는 안 되도록 하고 있다[§512(i)(1)].

KORUS FTA의 OSP 책임면책과 관련된 규정은 현행 한국 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법과 내용을 달리하는 것으로서, 포털 등 OSP의 운영에 있어서 일정한 영향을 줄 것으로 보인다. KORUS FTA의 OSP 면책규정은 미국의 DMCA(Digital Millenium Copy right Act)에 의하여 개정된 미국 저작권법 제512조 및 유럽연합의 전자상거래지침 제12조 내지 제15조와 그 궤를 같이하는 것으로서, KORUS FTA가 비준된다면 우리의 저작권법 체제도 미국이나 유럽연합과 동일한 형태로 OSP 책임면책을 규정하게 될 것이다. 특히 KORUS FTA의 OSP 규정은 사실상 미국의 DMCA와 그 내용이 동일한 것으로서 OSP 책임면책에 관한 DMCA 규정을 고찰하는 것은 KORUS FTA를 이해하는데 도움이 될 것이다. 지난 9월 KORUS FTA가 국회의 비준을 받기 위하여 국회에 제출된 이후 KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 개정안이 나와 있는 상태이다. KORUS FTA의 OSP 책임면책규정에 대한 쟁점으로서 면책사유를 4가지로 유형화하는 것이 현행 저작권법 체제와 어떻게 다른가, 이러한 4가지의 유형화된 면책사유 하에서도 현행 저작권법 규정이 유지될 수 있는가, 현행 저작권법에는 존재하지 않는 OSP의 정보제공의무를 한국법상 어

떻게 이행할 것인가 등을 들 수 있다. 미국의 DMCA와 KORUS FTA 및 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 개정안은 일정한 연관 관계를 가질 수밖에 없으므로, 이 글은 OSP의 책임면책과 관련된 쟁점들을 살펴보는 것을 목적으로 한다.

## II. DMCA, EU 및 KORUS FTA

### 1. OSP 면책에 대한 DMCA의 기본구도

미국 저작권법 제512조는 기본적으로 OSP가 OSP의 정의 규정에 해당하고 저작권자가 저작물을 보호하기 위한 일정한 법적 요건을 충족하는 한도에서 OSP의 책임을 면제해 주고 있다. 따라서 DMCA는 디지털 네트워크 환경에서 OSP와 저작권자가 협력하여 저작권 침해를 탐지하여 이에 대하여 대처하도록 하는 동기를 제공하려는 것이다. OSP의 입장에서 본다면 OSP가 자신의 시스템에서 행하여지는 저작권의 침해를 방지하고 침해파일을 제거할 동기를 제공한다. 이 규정은 OSP의 네트워크에 올려져 있는 자료에 대한 OSP의 직접, 기여, 대위책임과 관련하여 통신산업과 콘텐츠 제공산업간의 타협을 반영하는 것이다. 전술한 바와 KORUS FTA의 규정은 기본적으로 DMCA와 동일하므로, DMCA의 이해는 KORUS FTA의 이해에도 도움이 될 것이다.

#### (1) 면책사유의 유형화

제512조는 OSP의 침해책임이 면제되는 네 가지 경우(safe harbor)를 규정하고 있는데, 책임이 면제되는 경우는 (i) 네트워크상에서의 수동적인 디지털통신, (ii) 네트워크상에서의 임시적이며 중간과정의 저장, (iii) 이용자에 의한 자료의 저장 및 (iv) 정보검색의 제공에 대한 면제 등이다[§512 (a), (b), (c), (d)]. 면제되는 책임의 내용은 저작권 침해에 대하여 ① ‘손해배상책임, 소송비용, 변호사비용, 기타의 형태의 금전적인 지급’의 면제와, ② 원칙적으로 ‘금지명령(injunction) 등 기타 공평법상의 구제수단(equitable relief)’의 면제이다.

OSP는 이 규정에 의하여 1차적으로 침해에 대한 방어를 할 수 있으며, 이에 해당하지 않는 경우 공정이용 등과 같은 일반적인 저작권법상의 방어수단을 이용할 수 있다. 또한 네 가지 면제조항에 해당하지 않는 경우에도 OSP가 침해책임을 지기 위해서는 저작권법상의 침해요건을 갖추어야 한다. OSP가 네 가지 중의 면제조항에 해당하면 직접, 기여, 대위침해에 기인한 금전적인 손해배상책임을 지지 않으며, 원칙적으로 금지명령도 제한된다[512(j)]. OSP가 이러한 보호를 받기 위해서는 OSP의 정의에 해당하여야 하며[512(k)] 보호를 받기 위한 요건에 해당하여야 한다[512(i)].

## (2) 면책요건

면책되는 네 가지 유형마다 각기 다른 면책요건이 충족되어야 한다. 첫째, (i) OSP의 시스템이나 네트워크(법문상으로는 OSP에 의하여 통제·운영되거나 OSP를 위하여 통제·운영되는 시스템이나 네트워크)를 통하여 자료를 전송(transmitting), 전송연결(routin



g), 연결시켜 주거나, (ii) 이러한 전송, 전송연결, 연결 과정에서 자료를 즉각적이며 일시적으로(immediate and transient) 저장하는 것에 대해서는 책임이 면제된다[네트워크상에서의 수동적인 디지털통신, §512 (a)]. 이러한 책임이 면제되기 위해서는 ① 자료의 전송이 OSP 이외의 자에 의하여 시작되거나 지시에 의하여야 시작되어야 하며, ② 전송·전송연결·연결·저장 등이 OSP가 선택하지 않고서 자동적이며 기계적인 과정에 의하여 행하여져야 하며, ③ 타인의 요청에 의하여 자동적으로 응답하는 것을 제외하고는, OSP가 자료의 수령자를 선택하지 않아야 하며, ④ 즉각적이며 일시적으로 저장하는 과정 중에 OSP가 자료의 복제물(copy)이 자료의 수령자로 기대되는 자(anticipated recipient) 이외의 자가 접근할 수 있는 방법으로 OSP의 네트워크나 시스템에 계속 남아있어서는 안되고, 자료의 수령자로 기대되는 자에 대해서도 전송 등을 위하여 합리적으로 필요한 이상의 기간동안 계속 남아있어서는 안되며, ⑤ 자료의 내용이 변경되지 않고 시스템이나 네트워크를 통하여 전송되어야 한다. 이러한 전제요건의 골자는 전화회사와 같이 OSP가 자료의 내용이나 수령자의 신원에 대한 통제를 하지 않는 역할만 할 것을 요구하는 것이다.

둘째, 이용자가 자료에 신속하게 접근할 수 있도록 하기 위하여 시스템을 운용하는 서버가 웹사이트 자료의 복제물을 이용할 수 있게 하는 관행인 시스템 캐싱(system caching)으로 인한 저작권 침해책임은 면제된다[네트워크상에서의 임시적이며 중간과정의 저장, §512 (a)]. 이러한 면제에 해당하기 위하여 서비스 제공자는 ① 자신의 시스템이나 네트워크에 저장되어 있는 자료를 수정해서는 안 되며, ② 일반적으로 채택된 산업계의 데이터 통신규약에 따라

자료를 타인에게 이용하도록 하는 자가 특정한 경우에는 자료를 다시 올리거나 기타 최신화하는 것에 관한 규칙을 준수하여야 하며, ③ 자료를 온라인상 이용하도록 한 자가 자료를 다시 회수하는 기술의 능력에 개입하여서는 안 되며, ④ 자료를 제공하는 자가 그 자료에 대하여 접속의 조건으로서 사용료나 비밀번호 등을 부과한 경우, 그러한 조건을 충족한 자에게만 접속을 허용할 수 있어야 하며, ⑤ OSP의 가입자가 저작권자의 허락 없이 자료를 온라인상 이용가능하게 한 경우, 저작권 침해에 대한 통지를 받는 즉시 저작권을 침해하는 것으로 주장된 자료를 신속하게 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 한다.

셋째, OSP의 시스템이나 네트워크에 이용자의 웹사이트가 저작권을 침해하는 자료를 담고 있는 경우, 서비스 제공자가 이를 알고 있지 않은 경우, 곧 OSP의 네트워크에 있는 자료를 이용자의 지시에 의하여 저장하는 것에 대하여 책임이 면제된다[이용자의 지시에 의한 자료의 저장, §512(c)]. 이러한 면제규정이 적용되기 위해서는 ① OSP의 시스템이나 네트워크에 있는 자료나 자료를 사용하는 행위가 저작권을 침해한다는 것을 실제로 알고 있어서는 안 되거나, ② 실제로 알고 있지 않은 경우에는 침해행위를 명확하게 나타내는 사실이나 상황을 알고 있어서는 안 되거나, ③ ① 및 ②에 해당하는 것을 알게 되는 즉시, 신속하게 자료를 제거하거나 그 자료에 대한 접속을 불가능하게 하여야 한다. 또한 OSP가 침해행위를 통제할 수 있는 권리와 능력을 가지는 경우, 침해행위에 직접 기인하는 금전적인 이익을 받아서는 안 된다. 마지막으로 저작권자에 의한 침해통지를 받으면 침해자료를 제거 또는 접속불능토록 하기 위하여 즉시 대처하여야 한다[512(c)(1)].

넷째, OSP가 ‘정보발견도구(information location tool)’를 사용하여 저작물을 침해하는 자료나 침해하는 행위를 포함하고 있는 온라인상의 위치로 이용자를 전송시키거나 연결시키는 것에 대한 책임이 면제된다[정보검색의 제공, §512 (d)]. 정보발견도구에는 목록(directory), 색인(index), 포인터(pointer) 또는 하이퍼텍스트 링크(hypertext link) 등이 포함되므로, 링크뿐만 아니라 검색엔진(search engines), 목록나열(directory listings) 등도 포함된다. 책임이 면제되기 위해서는 침해에 대한 인지, 침해자료의 즉시 제거, 금전적인 이익 등 제512조 (c)항과 동일하다[512(d)(1)(2)].

### (3) OSP의 정의

DMCA는 책임이 면제되는 유형에 따라 OSP를 2가지로 정의하고 있다. 곧 첫째, 제512조 (a)항의 네트워크상에서의 수동적인 디지털통신에 있어서의 OSP에 대하여 “이용자가 지정한 지점간에, 송신 또는 수신되는 자료의 내용을 수정하지 않고서, 이용자가 선택하는 자료를 송신하고(transmission), 송신을 연결하며(routing), 디지털 온라인상으로 자료를 전달하는 등의 서비스를 제공하는 실체”라고 정의하고 있는데[§512(k)(1)(B)], 이것은 사실상 통신회사 내지 전화회사에 해당하는 것이다. 둘째, 제512조 (a)항 이외에서 언급되는 OSP는 “온라인상의 서비스나 네트워크 서비스를 제공하거나 이러한 서비스를 위한 시설을 운영하는 자이며, (a)항에서의 OSP를 포함한다”고 정의하고 있다[§512(k)(1)(B)].

### (4) OSP의 책임면제 자격

DMCA는 온라인상의 행위로 인한 OSP의 저작권 침해책임을 면제시키기 위하여 각 행위유형에 해당하는 요건의 충족을 요구하는 것 외에, OSP 전반에 대하여 일정한 요건충족을 요구하고 있다. 곧 제512조에 의하여 책임이 면제되기 위하여 OSP는, 첫째 반복적으로 저작권을 침해하는 가입자에 대한 서비스를 종료시킨다는 OSP의 방침(policy)을 채택하고 합리적으로 시행하며 가입자에게 통지하여야 한다. 둘째, OSP는 저작권자의 표준적인 기술적 보호조치(standard technical measures)를 수용하고 이를 방해하여서는 안 된다[§512(i)(1)]. 표준적인 기술적 보호조치는 저작권관리정보 및 기술적 보호조치와 대략 일치하는 것으로서, 저작권자가 저작물을 표시하고 보호하기 위하여 사용되는 기술적 보호조치이다. 이러한 기술적 보호조치는 저작권자 및 OSP의 전반적인 합의에 따라 개발되고, 누구든지 합리적이며 비차별적인 조건으로 이용할 수 있으며, OSP에게 상당한 비용을 부담하거나 OSP의 시스템이나 네트워크에 상당한 부담을 과해서는 안 된다[§512(i)(2)].

## 2. EU 전자상거래지침의 기본구조

### (1) 면책사유의 유형화

유럽연합의 전자상거래지침은 OSP의 설비에 제3자의 자료(곧 컴퓨터프로그램 등 저작물)를 올려놓은 OSP 이용자(가입자)의 행위에 대하여, 그 책임을 면제하기 위하여 세 가지 유형에 따라 그 기준을 설정하고 있다. 첫째, OSP가 단순한 도구(mere conduit)로

서의 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 위하여서는 OSP가 (i) 전송을 시작하지 않아야 하며, (ii) 송신의 수령자를 선택하지 않아야 하며, (iii) 전송에 포함되어 있는 정보를 선택하거나 수정해서는 안 된다. 이것은 미국 DMCA의 첫째 유형과 동일한 것이다.

둘째, 수요가 매우 많은 원격지의 정보를 OSP의 서버에 저장하는 것, 곧 네트워크 서버에 의한 캐싱(proxy caching)으로 인한 저작권 침해책임은 면제된다. 책임이 면제되기 위하여서는 이러한 전송행위가 정보를 수령자의 요청에 의하여 수령자에게 더 능률적으로 전송하기 위한 목적을 위하여서만 수행되어야 한다(제13조 제1항). 또한 OSP가 (i) 정보를 수정하지 않아야 하며, (ii) 정보에 접근하기 위한 요건을 준수하여야 하며, (iii) 산업계에서 광범위하게 인정되어 있고 사용되고 있는 방식으로 상세하기 규정된, 정보를 최신화하기 위한 규칙을 준수하여야 하며, (iv) 정보의 이용에 관한 데이터를 획득하기 위하여, 산업계에서 광범위하게 인정되어 있고 사용되고 있는 기술을 합법적으로 사용하는 것을 방해하지 않아야 하며, (v) ① 전송이 행하여진 지점으로부터 정보가 네트워크상에서 제거되었거나 그 정보에 대한 접속이 불가능하게 되었거나 ② 법원이나 행정당국이 정보의 제거 또는 접속불능을 명령하였다는 사실을 실제로 알게 된 경우, 저장되어 있는 정보를 신속하게 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 하는 등의

요건을 충족하여야 한다(제13조 제1항).

셋째, 서비스 수령자의 요청에 의하여 제공된 정보에 대하여 책임을 지지 않는다[§14 I, 서버의 제공(hosting)]. 책임이 면제되기 위하여서는, OSP가 (i) 불법적인 행위나 정보를 실제로 알지 못하였고 손해에 대한 주장과 관련하여 불법적인 행위나 정보가 명백하게 나타나는 사실관계나 정황을 알고 있지 않았어야 하며, (ii) 이에 대하여 알게 되는 경우에는 신속하게 그 정보를 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 한다(제1항).

## (2) 감시의무의 부정

전자상거래지침은 미국의 DMCA와 같이 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 제1항).

## (3) 이용자 정보의 제공

전자상거래지침은 불법적이라고 주장된 행위나 정보를 '관계당국'에게 즉시 보고할 의무나 '관계당국'의 요청에 의하여 서비스의 수령자의 신원파악을 가능하게 하는 정보를 관계당국에게 제공할 의무를 부과할 수 있도록 하고 있다(제15조 제2항). 저작권 침해에 대한 구제수단을 강구하기 위하여 저작권자가 이용자에 대한 정보를 요구하는 것이 아니라 해당 당국에게 정보를 제공하도록 하는

측면에서, DMCA나 KORUS FTA와는 그 성격을 달리하는 것이라 할 수 있다.

### 3. KORUS FTA

한미 FTA는 OSP와 관련하여 매우 복잡하게 규정하고 있는데, (i) 면책을 위한 일반요건, (ii) 면책을 받는 사유 4가지 유형 및 각 유형에 대한 요건, (iii) 감시의무의 부과 배제, (iv) OSP에 대한 제재의 제한, (v) 통지 및 복제·전송의 금지(notice and takedown) 절차의 마련, (vi) 이용자에 대한 정보의 제공절차 마련, (vii) 서비스제공자의 정의 등으로 구성되어 있다. KORUS FTA의 OSP 규정은 다음의 내용을 그 특징으로 하고 있다고 할 수 있다. 첫째, OSP의 책임이 감면되는 것을 네 가지의 개별적인 사유, 곧 (i) 콘텐츠를 수정하지 않고 자료를 전송, 전송연결, 연결제공하거나, 이러한 전송 등의 과정에서 자료를 중간적이고 일시적으로 저장하는 경우, (ii) 자동적인 과정으로 이루어지는 캐싱, (ii) OSP가 통제하거나 운영하는 시스템에 존재하는 자료를 이용자의 지시에 따라 저장하는 경우, (iv) 정보검색도구를 이용하여 온라인상의 일정한 위치에 이용자를 전송시키거나 연결시키는 경우 등으로 유형화하고 있다[§18.10.30(b)(i)]. 책임감면사유를 이러한 개별적인 사유로 유형화시키는 것은 미국의 저작권법 규정과 동일한 것이며(미 저작권법 §512), 유럽연합의 전자상거래지침과도 동일한 것이다.<sup>2)</sup> 현행 한국

2) 다만 미국 저작권법은 한미 FTA와 동일한 규정을 하고 있음에 반하여, 유럽연합의 경우에는 단순한 도구로서의 역할만 하는 경우, 캐싱, 서버의 제공 등 세 가지로 한정되고 있으며 저작권 침해뿐만 아니라 명예훼손 등에 대해서도 적용된다.

의 저작권법 체제는 이러한 개별적인 예외가 아니라 전반적으로 책임을 감면하는 규정을 두고 있는 상태이다(저 §§102, 103, 컴 §§34의 2, 34의 3). 따라서 한국의 현행 저작권법 체제는 OSP의 책임을 감면해주기 위하여 전반적으로 규정하고 있음에 반하여 한미 FTA는 개별적으로 규정하고 있는 점에서 차이가 있게 된다.

둘째, 저작권자가 OSP로부터 침해자의 신원에 관한 정보를 확보할 수 있는 절차를 그 내용으로 하고 있다[§18.10.30(b)(xi)]. 이러한 규정은 저작권자가 OSP의 가입자들을 상대로 책임을 묻기 위하여 가입자들에 관한 정보를 필요로 하므로 이러한 정보를 가지고 있는 OSP로부터 정보를 획득하도록 하기 위한 것이다. 미국 저작권법은 저작권자가 저작권을 침해하였다고 믿어지는 OSP 가입자에 관한 정보를 획득하기 위하여 OSP에게 일종의 문서제출장 [subpoena, 증인 등에게 법원에 소환하도록 하거나(소환장), 일정한 서류나 기록을 제출하도록 명령하는 법원의 서류]을 법원서기 (clerk)에게 청구할 수 있도록 하고 있으며, 이러한 문서제출장을 발하는 요건이 충족된 경우 법원 서기는 이를 신속하게 발하도록 하고 있다[미 저 §512(h)].

셋째, 한미 FTA는 저작물을 불법적으로 저장하고 송신하는 것을 억제함에 있어서 OSP가 저작권자와 협력할 수 있도록 하기 위한 법적 동기를 제공할 것을 규정하고 있다[§18.10.30(a)]. OSP가 자신의 시스템이나 네트워크에 존재하거나 이를 통하여 전송되는 저작권 침해자료를 모두 감시한다는 것은 불가능한 일이다. 그러나 OSP는 저작권 침해를 예방하거나 침해를 정지시킬 수 있는 가장 가까운 위치에 있다. 따라서 일정한 요건을 충족한 경우에 OSP의 책임을 면제시켜 주는 것도 필요하지만, 저작권의 침해예방



및 방지를 위한 동기를 가지게 할 필요성이 있다. 미국 저작권법은 이러한 동기를 제공하기 위하여, OSP의 책임이 면제되기 위한 일반적인 요건으로서 (i) 반복적으로 저작권을 침해하는 가입자에 대해서는 서비스를 종료시킨다는 OSP의 방침(policy)을 채택하고 합리적으로 시행하며 가입자에게 통지하여야 하며, (ii) OSP는 저작권자의 표준적인 기술적 보호조치(standard technical measures)를 수용하고 이를 방해하여서는 안 되도록 하고 있다[§512(i)(1)].

### III. OSP에 대한 현행 저작권법 체제와 개정안

#### 1. 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법

OSP에 대한 저작권법의 규정은 기본적으로 다음과 같은 세 가지로 구성되어 있다. 첫째, OSP가 저작권 침해사실을 알고 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 책임이 감경 또는 면제되며, 방지·중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 책임이 면제된다(저 §102).

둘째, 저작권자의 침해통지에 대하여 복제·전송을 중단하고, 이를 이용자에게 통지하고, 이용자가 복제·전송의 재개를 요청한 경우에는 이를 재개한 후 다시 이를 저작권자에게 통지한 경우, 복제·전송의 중단 및 재개에 따라 발생할 수 있는 손해에 대하여 이용자 및 저작권자에 대하여 책임을 지지 않는다(저 §103). 이러한 두 가지 내용은 컴퓨터프로그램보호법의 내용과도 일치한다(컴 §§34의 2, 34조의 3).

셋째, 저작권법은 P2P에 의한 불법 파일교환을 억제하기 위하여 지난 2006년의 개정에 따라 P2P 서비스업자, 곧 소위 '특수한 유형의 OSP'에 대하여 권리자의 요청이 있는 경우에는 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하도록 규정하고 있다(저 §104). 기존의 입법이 행위의 주체에 대하여 일정한 행위를 금지하는 소극적 의무를 부과시키고 이를 위반한 경우에 제재를 가하는 형식이었던 것에 반하여, 이 규정은 특수한 유형의 OSP에 대하여 일정한 조치를 적극적으로 취할 것을 요구하는 매우 특이한 것이고,<sup>3)</sup> 컴퓨터프로그램보호법에는 존재하지 않는 규정이다.

3) 이 규정의 이론적 기초는 모두 필터링(filtering)에 대하여 논의하고 있는 미국의 Grokster 케이스[MGM Studios v. Grokster, 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764 (2005)]와 한국의 소리바다 3 판결(서울중앙지법 2004카합3491 음반복제금지사처분)에 두고 있다. Grokster 케이스에서 연방대법원은 유인이론을 적용하는데 있어서 타인에 의한 저작권 침해의 야기를 위한 의도를 판단할 수 있는 특별한 기준의 하나로써 '필터링 등 침해를 감소시키기 위한 조치의 개발 결여'를 제시하였다. 필터링은 P2P에 의한 파일교환을 억제하거나 금지시키기 위하여 적용되는 일종의 기능 내지 기술적 보호조치라고 할 수 있다. 연방대법원은 Grokster 및 StreamCast가 소프트웨어를 이용한 침해행위를 감소시키기 위하여 필터링 등의 조치를 개발하려고 시도하지 않았다는 것을 지적하고 이것은 불법적인 목적에 대한 증거가 된다고 판시하였다. 항소법원은 Grokster 및 StreamCast가 사용자들의 행위를 감시할 의무가 없기 때문에 침해를 감소시키고자 하는 조치를 취하지 않았다는 것이 아무런 관계가 없다고 하였지만, 연방대법원은 의도적으로 이용자들의 침해를 용이하게 한 증거가 된다고 판단하였다. 소리바다3에 대한 판단에 있어서도, 비록 OSP와 관련된 판단에 한정되고 피신청인의 주장에 대한 판단이었지만, 법원은 "간단한 형태의 검색어 제한방법 이외에도 음성인식기술을 비롯한 다양한 형태의 DRM 기술의 발달로 P2P 방식의 파일교환 서비스에 대한 저작권보호 기술의 적용"이 가능할 수 있으며, 피신청인이 침해를 억제하기 위한 취지의 기술구성을 신청인에게 제안하였던 것을 지적하였다. 따라서 프로그램에 P2P 파일교환을 억제하거나 방지할 수 있는 필터링 기능을 장착하거나 기타 침해를 억제하기 위한 기술적 조치를 적용시킨 경우에는 침해책임을 부정하는데 영향을 줄 가능성이 있다는 것을 인정한 것이라고 평가할 수 있다. 다만 필터링에 관련된 소리바다3 결정에서의 논의는 OSP의 책임감면 규정(저 §77 II)에 근거한 것이며, P2P 파일교환과 관련된 책임인정여부의 판단기준으로 논의한 것이 아니었다.

## 2. 저작권법 개정안

### (1) 개정안의 내용

한미 FTA를 반영하는 저작권법 개정안은 (i) OSP의 책임을 면책하는 사유를 4가지로 유형화하고 면책되기 위한 요건을 개별적으로 규정하고(개정안 §102 I), (ii) OSP의 서비스를 감시하거나 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 부담하지 않도록 하고 있으며(§102 II), (iii) 권리주장자(저작권자)가 OSP에게 민·형사상의 소제기를 위하여 뉴스와 같은 콘텐츠를 올린 자(복제·전송자)에 관한 정보의 제공을 청구할 수 있도록 하고(개정안 §103의 2), (iv) 캐싱을 “OSP의 요청에 의하여 송신된 저작물 등을 후속이용자들이 다시 효과적으로 접근하거나 수신할 수 있도록 온라인서비스제공자의 컴퓨터 등에 그 저작물 등을 자동적·일시적으로 저장하는 행위”라고 정의하고 있다(§2 xxx의 2).

### (2) 4가지 유형의 면책사유 및 면책요건

저작권법 개정안 미국의 DMCA나 유럽연합의 저작권지침과 마찬가지로 OSP의 책임이 면책되는 유형을 (i) 온라인상에서 이루어지는 저작물등을 송신하고 그 과정에서 이를 일시적으로 저장하는 행위, (ii) 자동적인 처리를 통하여 수행되는 캐싱, (iii) 서비스 이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 온라인서비스제공자의 컴퓨터 등에 저장하는 경우, (iv) 정보검색도구에 의하여 온라인상의 위치

를 연결하는 행위로 규정하고 있다(안 §102 I). 개정안은 각 면책 사유의 요건에 대해서도 다음과 같이 KORUS FTA를 그대로 반영하고 있다.

	면책유형	면책요건
1	온라인상에서 이루어지는 저작물 등을 송신하고 그 과정에서 이를 일시적으로 저장하는 행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>● OSP가 저작물 등의 송신을 개시하지 아니하는 경우</li> <li>● OSP가 저작물 등이나 그 수신자를 결정하지 아니하는 경우</li> <li>● 반복 침해자의 계정을 해지하도록 하는 방침을 채택하고 이를 합리적으로 이행하는 경우</li> <li>● 저작물 등을 식별하고 보호하는 표준적인 기술조치를 수용하고 이를 방해하지 아니하는 경우</li> </ul>
2	자동적인 처리를 통하여 수행되는 캐싱	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 1의 각 요건을 충족하는 경우</li> <li>● 제공되는 저작물에 접근하기 위한 요건이 있는 경우 이러한 요건을 준수한 이용자에 대하여만 캐싱된 저작물의 상당부분에 대하여 접근을 허용하는 경우</li> <li>● 저작물 등의 이용제공자가 컴퓨터 또는 정보통신망 표준 통신규약에 따라 정한 저작물 등의 현행화에 관한 규칙을 OSP가 준수하는 경우</li> <li>● OSP가 자료의 사용에 대한 정보를 획득하기 위하여 본래의 사이트에서 사용하는 산업표준에 합치하는 기술을 방해하지 아니하고, 그 내용을 후속 이용자에게 송신시 수정하지 아니하는 경우</li> <li>● OSP가 침해 주장에 대한 유효한 통보를 수령하여, 본래의 사이트에서 삭제되었거나 접근이 무력화된 캐싱된 자료를 신속하게 제거하거나 접근을 무력화한 경우</li> </ul>

3	서비스 이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 OSP의 컴퓨터 등에 저장하는 경우	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 1의 각 요건을 충족하는 경우</li> <li>● OSP 자신이 통제할 수 있는 침해행위로부터 직접적인 금전적 이익을 받지 아니하는 경우</li> <li>● OSP가 침해행위를 알거나, ... 침해 통지 등을 통하여 알게 된 때에, 저작물 등을 지체없이 삭제하거나 이에 대한 접근을 차단하는 경우</li> <li>● 위를 위하여 지정된 수령인을 공개하는 경우</li> </ul>
4	정보검색도구에 의하여 온라인상의 위치를 연결하는 행위	3과 동일

## IV. OSP 면책규정의 평가

### 1. 면책사유의 4가지 유형화

#### (1) 네트워크상에서의 송신 및 일시적 저장(전송망에서의 통신기능)

KORUS FTA와 저작권법 개정안은 미국의 DMCA와 마찬가지로 이용자의 행위로 인한 저작권 침해행위에 대하여 면책될 수 있는 사유를 4가지로 한정하고 이에 대한 요건을 정하고 있다. 이에 반하여 현행 저작권법은 OSP가 침해행위를 방지하거나 방지하고자

하였으나 기술적으로 불가능하였을 경우에는 책임을 감면하고 있다. 그렇다면 이러한 면책사유의 유형화가 현행 저작권법 규정과 어떠한 차이가 있고 OSP가 어떠한 영향을 받을 것인가가 문제된다. 첫째의 면책사유에 대하여 KORUS FTA는 제목을 정하고 있지 않으나, 미국 저작권법은 네트워크상의 일시적 디지털 통신(Transitory Digital Network Communications)이라는 제목을 사용하고 있고, 저작권법 개정안은 '온라인상에서 이루어지는 저작물등을 송신하고 그 과정에서 이를 일시적으로 저장하는 행위'라고 하고 있다. 이 규정은 기본적으로 OSP가 타인의 통신을 위한 도구(conduit)로서 사용되는 역할을 하는 경우에 OSP의 책임을 면책하기 위한 것이다. KORUS FTA도 서비스제공자는 자료의 이용자가 지정하는 지점 간에서, 자료의 내용을 수정하지 않고, 송신, 라우팅 또는 디지털 온라인 통신을 위하여 연결하는 자라고 정의하고 있고[§18.10.30(b)(xi)], 미국 저작권법도 이와 동일하게 규정하고 있다[§512(k)(1)(A)]. 따라서 여기에서의 OSP는 우리가 포털과 같이 일상적으로 접하는 OSP가 아니라 사실상 통신회사나 전화회사를 의미하는 것이라 할 수 있다. 따라서 이러한 OSP의 네트워크상에서 이루어지는 저장행위는 일시적 저장이며<sup>4)</sup> 사실상 일반인들이 인식할 수 없는 저장이라 할 수 있다. 특히 OSP 책임 문제는 저작권자들이 이용자들의 저작권 침해행위에 대하여 OSP에게 책임을 묻고자 하는 것과 관계되는데, 타인의 통신을 위한 도구로서 OSP가 저장을 하는 경우에는 이용자나 저작권자가 이를 인식하기도 어렵고 따라서 저작권자가 문제를 제기할 여지가 거의 존재하

4) 호주의 저작권법은 이러한 일시적 복제에 대하여 침해에 대한 예외를 규정하고 있는데(§ 44A, 111A), OSP의 면책규정에 의하여 이러한 예외규정은 불필요하게 된다.

지 않는다. 미국 저작권법이나 KORUS FTA가 이러한 첫 책임면제 유형에 대하여 그 요건을 가장 단순하게 요구하고 있는 것도 바로 이러한 사실에 기인하는 것이다.

이것은 온라인상에서 이루어지는 송신이 패킷스위칭(packet switching)에 의하여 이루어지는 것을 이해한다면 역시 쉽게 이해할 수 있다. 곧 패킷스위칭은 우선 네트워크를 통하여 전달되는 데이터는 그 순서를 표시해주기 위한 레이블을 포함하고 있는 작은 단위(unit)나 다발(packet)로 나누어지고, 각 다발들은 네트워크를 통하여 전송되는데 여러 경로를 통하여 전송되거나 각각 다른 시점에 전송되기도 한다. 다발이 네트워크를 통하여 전송되는 과정에서 다발을 전송하는 개별적인 라우터는 다발을 '일시적으로 복제'한 다음, 최종적인 목적지에 도달할 때까지 그 순간에 이용될 수 있는 최상의 경로를 통하여 다발을 다음의 루터로 전송한다. 패킷스위칭에 있어서는 패킷, 곧 송부되는 자료의 일부분만이 일정한 시점에 있어서 루터 컴퓨터의 RAM을 통과하면서 일시적으로 복제되고, 정보를 수령하는 컴퓨터가 원래의 순서대로 다발들을 다시 결합시켜 이용할 수 있도록 한다.<sup>5)</sup> 네트워크상에서의 송신 및 일시적 저장은 '중간과정·일시적 저장(intermediate and transient storage)'으로서 송신이 개시되거나 수신되는 지점에서 저장되거나 행하여지는 복제물을 의미하는 것이 아니라, 정보의 패킷이 송신이 개시되는 지점으로부터 수신되는 지점까지의 사이에서 행하여지는 저장이나 복제물을 의미한다. 따라서 정보의 송수신되는 중간과정에 존재하는 모든 주체의 책임이 면책되어야 할 것이다. 이러한 패킷스위칭에 의하여 인터넷의 속도는 빨라지고

---

5) 이 대해, 인터넷과 지적재산권법.

인터넷을 효율적으로 사용할 수 있게 된다. 따라서 패킷스위칭은 인터넷을 운용하는데 필수적인 방법이라 할 수 있고 이 과정에서 이루어지는 복제는 저작권자에게 피해를 줄 수도 없으므로, 사실상 당연이 침해에 대한 책임이 면제되어야 할 것이다.

## (2) 시스템 캐싱

두 번째 면책유형은 시스템 캐싱(system caching)으로 인한 저장에 대한 것으로서, '네트워크상에서의 송신 및 일시적 저장'과 마찬가지로 사실상 일시적 저장에 해당하지만 이와는 형태가 다른 일시적 저장에 관한 것이다. 캐싱은 자주 이용되는 디지털정보를 인터넷이라는 네트워크상의 여러 전송지점에 캐쉬(cache)라 불리는 저장공간에 일시적으로 저장함으로써 후에 이를 다시 이용하고자 하는 경우 그 정보의 원래의 출처로 다시 갈 필요성이 없도록 하는 기술을 일컫는다. 일반적으로 캐싱은 어느 웹사이트를 후에 다시 방문하는 경우에 이용하기 위하여 그 웹사이트의 자료를 복제하여 일시적으로 저장하는 것을 의미한다. 곧 웹 페이지나 사이트를 보고자하는 이용자에게 전송하기 위하여 컴퓨터가 이를 전자적으로 저장하는 일종의 인터넷 기술이다.

캐싱의 목적은 어떠한 데이터에 대한 반복적인 접속의 속도를 빠르게 하는 동시에 데이터의 반복적인 다운로드로 인하여 발생하는 네트워크의 혼잡을 감소시키기 위한 것이다. 예컨대 대륙간의 케이블을 사용하기 위한 비용이 고가 많은 수요에 따른 병목현상으로 인한 지연으로 인하여 정보가 어느 국가의 서버에 일시적으로 저장된다. 따라서 국내 이용자가 후에 다시 이 자료를 검색하



는 경우 한국의 국내 서버가 원래의 미국의 서버에 자료를 요청하지 않고 국내 서버의 캐시로부터 자료를 직접 전송하는 것이다. 이와 같이 캐싱에 의하여 정보가 전송되는 거리를 단축시키게 되며 이에 따라 병목현상으로 인한 지연을 방지할 수 있다. 캐시 서버(cache server)는 저장된 정보를 일시적으로, 예컨대 몇 초, 몇 일, 몇 주일 또는 그 이상의 기간이 경과하면 저장한 정보를 제거하게 된다.

캐싱은 온라인상 제공되는 저작물이 서비스 이용자의 요청에 의하여 송신되고 후속 이용자들의 요청으로 다시 그 저작물에 효과적으로 접근할 수 있도록 서비스 제공자의 시스템이나 통신망에 그 저작물을 자동적이고 일시적으로 저장하는 것으로서, 인터넷의 핵심적인 가치, 곧 저렴하고 신속한 정보의 검색을 향상시키게 된다. 이러한 과정에서 이루어지는 저장행위에 대한 침해책임을 면제할 필요성은 당연하다. 따라서 캐싱에 대한 면책요건은 비교적 엄격하지 않다. 예컨대 ‘저작물 등의 이용제공자가 컴퓨터 또는 정보통신망 표준 통신규약에 따라 정한 저작물 등의 현행화에 관한 규칙을 온라인서비스제공자가 준수’하는 요건이 요구되는데(개정안 §101 I 2호 다목), 이것은 정보 이용제공자가 정보를 변경하거나 추가하였는데 OSP가 변경이나 추가 전의 정보를 시스템 캐싱에 의하여 그대로 제공하는 경우, OSP를 통하여 자동적·일시적으로 저장된 과거의 정보나 추가되지 않은 정보를 이용하는 자뿐만 아니라 정보 이용제공자 모두에게 손해가 발생할 수 있다는 것을 고려한 것이다. 곧 시스템 캐싱이라는 것은 유한적인 인터넷 자원을 효율적으로 사용하기 위하여 중요한 기능을 수행함에도 불구하고, 인터넷상 이용제공되는 정보를 일시적(보통 10일 내지 15일 정도)

으로 저장된 정보를 후속 이용자에게 그대로 제공하므로, 정보 이용자는 최신화된 정보를 이용하지 못하는 문제점이 있을 수 있고, 정보 이용자도 최신의 정보를 제공하지 못하거나 자신의 웹사이트에서 이미 변경된 광고 등도 제공하지 못하게 되는 손해를 입을 수 있다. 따라서 정보 이용제공자가 자신이 제공하는 정보의 최신화에 관한 규칙을 채택하였을 경우, OSP가 시스템 캐싱으로 인한 책임을 면제받기 위하여서는 이러한 규칙을 준수하여야 할 것이다. 다만 이에 대해서는 “정보 이용제공자가 서비스제공자의 일시적 저장을 방지하거나 부당하게 손상하기 위하여 이러한 규칙을 사용한 경우”에는 예외가 인정된다(개정안 §101 I 2호 다목 단서). 이것은 KORUS FTA에는 존재하지 않고 미국 저작권법에 존재하는 규정으로서[§512(b)(2)(B)], 캐싱의 목적과 관계되는 것이다. 곧 시스템 캐싱에 대하여 OSP에게 면책을 인정하는 것은 정보 이용제공자가 자신이 제공하는 정보의 최신화에 관한 규칙을 채택하였을 경우, 이러한 최신화 규칙을 OSP가 준수하였을 경우에 한정한다. 그런데 정보 이용제공자가 이러한 규칙을 자신이 제공하는 정보를 최신화하기 위한 목적이 아니라 OSP가 인터넷이 운용되는데 있어서 매우 중요한 기능인 시스템 캐싱을 위하여 자동적·일시적 저장을 방지하거나 부당하게 손상시키기 위하여 사용하는 경우, 정보 이용제공자가 오히려 인터넷의 효율적인 이용을 방지하는 역할을 하는 것이기 때문에 OSP의 규칙준수에 대한 예외를 인정하는 것이다.

캐싱도 인터넷을 효율적으로 이용하기 위한 것이고, 네트워크상에서의 송신 및 일시적 저장과 마찬가지로 저작권자에게 피해를 주는 것이라고 하기 어려우며 일반인이 이러한 저장행위를 인식하

는 것도 사실상 불가능한 것이다. 캐싱에 대하여 세 번째 및 네 번째 면책규정보다 면책요건이 완화되어 요구되는 것도 바로 이러한 사실에 기인하는 것이다.

### (3) 이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 OSP의 시스템이나 네트워크에 저장하는 경우

예컨대 대화방과 같이 ‘이용자’의 지시에 따라서 OSP의 서버 공간에 저작물이 게시(탑재)되는 경우와 같이 이용자의 행위로 인한 OSP의 책임을 면제하여야 하는 전형적인 경우에 해당한다. 저작권법 개정안은 KORUS FTA를 이행하여 ‘온라인서비스제공자 자신이 통제할 수 있는 침해행위로부터 직접적인 금전적 이익을 받지 아니하는 경우’를 면책의 요건으로 규정하고 있는데, 직접적인 금전적 이익이 무엇인가가 문제된다. DMCA에 대한 미국의 상원 보고서는 침해자가 저작권을 침해하지 않는 OSP 서비스 이용자와 동일하게 (이용료를) 지급하는 경우, 적절한 영업을 운영하는 OSP는 침해행위로부터 직접 발생하는 금전적 이익을 받지 않는다고 설명하고 있다.<sup>6)</sup> 따라서 침해행위를 하는 자로부터 1회 설치비를 받거나 정기적인 정액요금을 징수하는 경우, OSP는 침해행위로부터 직접 발생하는 금전적 이익을 받는 것이 되지 않는다. 또한 정량제에 기초한 요금을 징수하는 것도 받는 것이 되지 않지만, 그러나 침해자료의 접근제공에 대한 서비스에 대하여 요금을 받는 경우에는 금전적 이익을 받는 것에 해당한다.

6) S. REP. 105-190, S. Rep. No. 190, 105TH Cong., 2ND Sess. 1998, 1998 WL 239623 (Leg.Hist.)(May 11, 1998).

저작권법 개정안은 KORUS FTA와 마찬가지로 “온라인서비스제공자가 침해행위를 알거나, 제103조에 따른 침해 통지 등을 통하여 알게 된 때에, 저작물 등을 지체없이 삭제하거나 이에 대한 접근을 차단”할 것을 요건으로 하고 있다. 이것은 침해를 명확하게 하는 사실관계나 정황의 인지를 요구하는 것으로서, 미국 저작권법상 ‘red flag’ test라고 불리는 것이다. 미국 저작권법이나 KORUS FTA에도 면책요건으로서 OSP에게 침해행위를 감시할 의무는 존재하지 않으나[기술적 조치라는 일정한 예외 존재, 미 저 §512(1), KORUS FTA 30 vii], OSP가 침해가 명확하다는(apparent) 사실관계나 정황증거를 인지하게 된 경우에는, 자료삭제나 접근차단을 위한 신속한 조치를 취하여야 면책될 수 있도록 하고 있다. 요컨대 OSP가 면책을 받기 위하여 저작권 침해행위를 항상 감시할 필요는 없지만, 침해행위를 명확하게 하는 사실관계나 정황을 인식하였다면 자료삭제 및 접근차단이라는 신속한 조치를 취하여야 한다. DMCA에 대한 미국 상원보고서에 의하면, ‘사실관계나 정황(red flag)’의 인식 여부는 ‘주관 및 객관적 요건’을 모두 충족하여야 한다. 곧 OSP가 사실관계나 정황을 주관적으로 인지하였느냐가 결정되어야 하지만, 침해를 명확하게 하는 사실관계나 정황이 되는가 여부는, 침해행위가 해당 사실관계나 정황과 유사한 사실관계나 정황하에서 합리적인 자(reasonable person)에게 명확하였느냐 여부, 곧 객관적 기준이 사용되어야 한다는 것이다.

KORUS FTA는 두 번째, 세 번째 및 네 번째 면책행위에 대한 요건으로서 ‘신속하게(expeditiously)’ 침해 저작물 등을 제거하는 것 등을 요구하고 있다[§18.10.30(b)(iv)(D), (v)(B)]. 그렇다면 신속하다는 것이 무엇을 의미하는지가 문제인데, 미국 상원보고서<sup>7)</sup>는

사실관계나 기술적인 요소들이 경우에 따라 다를 수 있으므로 신속한 조치(expeditious action)에 대한 확실적인 시간을 정하는 것은 불가능하다고 설명하고 있다. 현재 한국의 저작권법은 2006년 개정에 의하여 '지체없이'로부터 '즉시'로 개정이 이루어졌는데, 즉시는 보통 2-3일로 해석되고 있다. 따라서 면책요건으로서 '신속하게'는 즉시의 개념으로 규정되어서는 안 될 것이고, 오히려 영어단어 그대로 '신속하게' 또는 '지체없이'의 개념이 되어야 할 필요성이 있다. 저작권법 개정안이 두 번째 유형에 대해서는 신속하게라는 용어를 사용하고, 세 번째 면책유형에 대해서는 지체없이라는 용어를 사용한 것은 바로 이러한 사실에 기인한다.

#### (4) 정보검색도구에 의하여 인터넷상의 위치로 연계시키는 행위

이 면책유형은 분산화되어 있고(decentralized) 동적인 인터넷상에서 정보검색도구가 인터넷이 운용되는데 있어서 필수적이고 이용자들이 정보를 찾는데 도움을 주는 검색목록을 제공하는 것으로부터 OSP를 면책시키려는 것이다. 정보검색도구를 이용할 수 없으면 인터넷 이용자들은 자신들이 원하는 정보를 찾을 수 없다. OSP는 정보검색도구를 이용하여 이용자들이 검색하는 사이트나 정보의 위치를 제공하는데, 이용자가 희망하는 정보와 관계없거나 좋지 않은 정보를 차단함으로써 일정한 편집기능까지 하게 된다. 따라서 이 항목은 OSP가, 일정한 요건을 준수하는 경우에는, 정보검색도구를 제공하는 것과 관련된 저작권 침해책임을 면제함으로

---

7) Id.

써 정보검색도구의 발전을 증진시키기 위한 것이다.

KORUS FTA는 정보검색도구로서 ① ‘하이퍼링크(hyperlink)’와 ② ‘검색목록(directory)’을 포함한 정보검색도구(information location tool)를 이용하여 이용자들이 온라인상의 위치를 조회할(refer) 수 있게 하거나 온라인상의 위치로 연결시키는(link) 행위로 규정하고 있다. 이것은 미국 저작권법과 같이 ① 검색목록, ② 색인(index), ③ 온라인 자료에 대한 참조(reference), ④ 포인터(pointer), ⑤ 하이퍼텍스트 링크 등을 ‘예시’하면서(including이라는 표현을 사용) 정보검색도구를 규정하는 것이다. 미국 상원보고서<sup>8)</sup>는 정보검색도구로서 ① 특정의 기준에 의하여 페이지를 표시해주는 ‘검색색인’과 같이 온라인상의 사이트나 자료에 대한 검색목록이나 검색색인, ② ‘추천하고자 하는 사이트 목록(list of recommended sites)’과 같이 온라인상의 자료에 대한 ‘검색자료 참조(reference)’<sup>9)</sup> ③ 인터넷상의 위치나 주소를 나타내는 포인터(pointer), ④ 주소를 넣지 않고서도 자료에 접근할 수 있도록 하는 하이퍼텍스트 링크 등으로 설명하고 있다. 이와 같이 정보검색도구로서 FTA는 2개의 예만 언급하고 있으나, 미국 저작권법은 5개를 규정하고 있다. 2개인가 아니면 5개인가는 특별한 의미가 없으며, 결국 정보검색도구라고 하는 것은 이용자의 검색행위에 의하여 이용자가 저작권을 침해하는 온라인상의 자료나 사이트로 연결하거나 이에 접근할 수 있는 기초적인 정보를 제공하는 도구라 할 수 있다.

---

8) Id.

9) 컴퓨터과학에서 ‘참조(reference)’는 다른 곳에 저장되어 있는 데이터를 나타내는 정보를 포함하고 있는 대상을 지칭하는 용어이다. 참조는 집의 주소에 비교될 수 있는 것으로서, 더욱 큰 대상을 찾을 수 있도록 하는 작은 식별자(identifier)이다.

OSP가 '정보검색도구'에 의하여 온라인상의 위치를 연결하는 행위도 캐싱 등과 마찬가지로 포털과 같은 OSP의 본질적인 업무내용일 뿐만 아니라 인터넷 이용의 본질에도 해당한다. 이러한 검색기능이 존재하지 않으면 인터넷상에서 정보를 찾아내는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 OSP가 검색엔진에 의하여 이용자의 검색요청에 따라 저작권을 침해하는 사이트 등으로 이동시켜주는 것에 대해서는 책임을 면제시켜 주어야 할 것이다.

#### (5) 4가지 면책규정과 현행 저작권법

면책유형을 4가지로 제한하는 것과 이러한 제한과 관계없이 침해행위를 방지하거나 방지하고자 하였으나 기술적으로 불가능하였을 경우에 책임을 감면하는 것은 형식적인 측면에서 본다면 상당히 큰 차이점을 나타내는 것이다. 이러한 차이점에 기초하여 OSP가 이러한 4가지 유형 이외에 책임이 면제되어야 하는 행위를 하는 경우에 새로이 입법을 하여야 하는 문제점이 있다고 비판될 수 있다.

그러나 실질적으로 양자의 차이점을 고찰해보자면 큰 차이점이 존재한다고 하기 어렵다. 앞서 상세히 논의한 바와 같이 KORUS FTA가 규정하고 있는 4가지 면책유형 중에서 저작권자가 이해관계를 가지고 있는 것은 세 번째 유형의 '이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 OSP의 시스템이나 네트워크에 저장하는 경우'에 해당한다. 왜냐하면 나머지 면책유형은 저작권자에게 피해를 주는 것이라 할 수 없고 저작권자들이 이를 인식하지 않는 것이 일반적이기 때문이다. OSP의 책임구조는 (i) OSP, (ii) OSP 네트워크나

시스템의 이용자, (iii) OSP 가입자(이용자)라는 3자의 구조이고, 가입자의 저작권 침해행위에 대하여 OSP가 어떤 책임을 부담할 것인가가 문제되는 것이다. 세 번째 유형인 ‘이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 OSP의 시스템이나 네트워크에 저장하는 경우’를 제외하고는 일반 이용자들이나 저작권자에게 영향을 미치지 않는다. 따라서 KORUS FTA가 규정하는 면책행위의 4가지 유형화와 현행 저작권법간 실질적인 차이는 유형화 여부의 차이가 아니라 KORUS FTA가 면책되기 위하여 OSP에게 요구하는 것이 현행 저작권법과 어떻게 다른가 여부가 될 것이다. 이러한 요건으로서 (i) OSP가 저작물 등이나 그 수신자를 결정하지 아니하거나, (ii) 반복 침해자의 계정을 해지하도록 하는 방침을 채택하고 이를 합리적으로 이행하거나, (iii) 저작물 등을 식별하고 보호하는 표준적인 기술조치를 수용하고 이를 방해하지 아니하거나 OSP가 자료의 사용에 대한 정보를 획득하기 위하여 본래의 사이트에서 사용하는 산업표준에 합치하는 기술을 방해하지 아니하고, 그 내용을 후속 이용자에게 송신시 수정하지 아니하는 경우 등을 들 수 있다. 침해의 통지 및 복제·전송의 중단(notice and take down)에 대한 기존의 절차는 동일하다. 요컨대 유형화 자체가 문제가 아니라 면책을 받기 위한 요건이 현행 저작권법보다 강화된 점에서 차이가 있는 것이라 할 수 있다. 따라서 OSP의 책임감면 사유를 개별적으로 규정하는 것은 책임을 감면하는 사유를 보다 더 상세하게 규정하는 의미이지 OSP에게 부담으로 작용할 것은 아니다.

## 2. 이용자정보의 제공



KORUS FTA는 저작권자가 OSP로부터 침해자의 신원에 관한 정보를 확보할 수 있는 절차를 마련하도록 하고 있다[§18.10.30(b)(xi)].<sup>10)</sup> 이러한 규정은 저작권자가 OSP의 가입자들을 상대로 책임을 묻기 위하여 가입자들에 관한 정보를 필요로 하므로 이러한 정보를 가지고 있는 OSP로부터 정보를 획득하도록 하기 위한 것이다. 따라서 뉴스와 같은 콘텐츠 내지 저작물의 경우, 무단사용의 금지표시에도 불구하고 블로그나 카페 등을 통하여 많이 복제되고 전송되고 있는 상태라 할 수 있는데, OSP에 대한 이용자 정보제공 청구 허용으로 인하여 뉴스 저작권자들은 그동안 신원이 불명확하였던 저작권 침해자를 상대로 소송을 제기하는 것이 용이해지게 된 셈이다.

미국의 저작권법은 저작권자가, 저작권을 침해하였다고 믿어지는 OSP 가입자에 관한 정보를 획득하기 위하여, OSP에게 가입자에 관한 정보를 제출하도록 하는 일종의 문서제출장[subpoena, 증인 등에게 법원에 소환하도록 하거나(소환장), 일정한 서류나 기록을 제출하도록 명령하는 법원의 서류]을 법원서기(clerk)에게 청구할 수 있도록 하고 있으며, 이러한 문서제출장을 발하는 요건이 충족된 경우 법원 서기는 이를 신속하게 발하도록 하고 있다[§512(h)]. 저작권자가 OSP로부터 침해자에 관한 정보를 획득하기 위하여 법원이 문서제출장을 발행하게 하기 위하여서는 첫째, 자신이 권리자임을 소명하여야 하며, 둘째, 획득된 정보사용에 관한 제한을 밝혀야 한다. 첫째, 권리자임을 밝히기 위하여 저작권자는 (i) 저작물, (ii) 저작권을 침해하고 따라서 제거되어야 하는 자료, (iii)

---

10) 컴퓨터프로그램보호법 개정안도 OSP에 대하여 저작권법 개정안과 사실상 동일하게 규정하고 있다. 개정안 § 34조의 4 - 34조의 8.

권리자를 접촉하기 위한 정보, (iv) 사용되고 있는 자료가 저작권자가 허락하지 않았다고 진정으로 믿는다는 선언, (v) OSP에게 통지하는 내용이 정확하고 자신이 권리자이며 그렇지 않을 경우 위증죄의 처벌을 받는다는 것 등을 통지받아야 한다. 둘째, 문서제출장의 목적은 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하고 이러한 정보는 자신의 권리를 보호하기 위한 목적만을 위하여 사용될 것이라는 것을 선서식으로 선언하여야 한다. 따라서 OSP의 가입자에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 자는 자신이 권리자임을 밝혀야 할 뿐만 아니라, 자신의 주장이 진실이 아닌 경우 위증죄나 범원모독죄 등의 처벌을 각오하고 OSP 가입자의 신원에 관한 정보를 획득하기 위한 문서제출장을 청구하여야 한다.

우선 판사가 아닌 법원 서기로 하여금 문서제출장을 발하도록 하는 미국의 제도는 우리 법제상 수용하기 어려운 것이다. KORUS FTA도 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하도록 하기 위한 사법·행정적인 절차를 마련토록 하는 것도 바로 이러한 사실에 기인한다. 대부분 저작권 침해가 민사적으로 해결되는 미국에서는 권리자가 침해자의 신원을 확인하는 것이 긴요할 수 있지만, 형사적인 구제수단이 주어지고 있는 한국에서는 권리자의 고소에 의하여 침해자의 신원이 확인될 수 있기 때문에 신원을 확인할 필요성이 미국보다는 약하다고 할 수 있다. 저작권자가 침해자를 형사적으로 고소를 하기 전에 경고장을 보내기 위한 경우와 같이 일정한 경우에는 침해자의 신원에 관한 정보를 필요로 하는 경우가 있을 수 있는데, 한국에서도 권리주장자의 허위주장에 대하여 미국과 같은 형사적 제재가 가하여진다면 진정한 권리주장만이 이루어질 것이다. 또한 OSP에 의한 침해자의 신원에 관한 정보의 제공은

사생활 내지 비밀의 자유나 표현의 자유가 침해될 수 있는 문제점이 발생하는데, 신원에 관한 정보를 제공하면서 정보제공을 엄격하게 제한하면 해결될 수 있을 것이다.

대부분 저작권 침해가 민사적으로 해결되는 미국에서는 권리자가 침해자의 신원을 확인하는 것이 필요할 수 있지만, 형사적인 구제수단이 주어지고 있는 한국에서는 권리자의 고소에 의하여 침해자의 신원이 확인될 수 있기 때문에 신원을 확인할 필요성이 미국보다는 약하다고 할 수 있다. 저작권자가 침해자를 형사적으로 고소를 하기 전에 경고장을 보내기 위한 경우와 같이 일정한 경우에는 침해자의 신원에 관한 정보를 필요로 하는 경우가 있을 수 있다. 다만 이러한 제도를 운영하는 경우, 우선 허위의 권리주장을 막아야 할 것이다. 미국의 경우에 권리주장자가 허위주장을 하여 정보를 획득하고자 하는 경우에는 강력한 제재수단이 가하여지고 있다. 또한 OSP에 의한 침해자의 신원에 관한 정보의 제공은 사생활 내지 비밀의 자유나 표현의 자유가 침해될 수 있는 문제점이 발생하는데, 신원에 관한 정보를 제공하면서 정보제공이나 이용조건을 위한 엄격한 요건을 규정할 필요성이 있다.

이러한 사항을 고려하여 저작권법 개정안은, 첫째, 권리주장자는 자신의 권리를 보호하기 위하여 통지사실을 소명하여 문화관광부장관에게 민·형사상의 소제기를 위한 복제·전송자에 관한 정보(성명, 주소 등 최소한의 정보를 말한다)의 제공을 청구할 수 있도록 하고 있다(§103조의2 I). 둘째, 이러한 청구가 있는 경우 문화관광부장관으로 하여금 '저작권위원회의 심의'를 거쳐 온라인서비스 제공자에게 해당 이용자의 정보를 제공하도록 명할 수 있도록 하고 있다(II). 셋째, 해당 이용자의 정보를 제공받은 자는 해당 이용

자의 정보를 자신의 권리를 보호하기 위한 목적 외로 사용하는 것을 금지하고 있다(III).

### 3. 감시의무의 배제

KORUS FTA는, 서비스제공자 책임제한에 대한 해당여부가, 기술조치에 일치하는 정도를 제외하고는, 서비스를 감독하거나 침해행위를 나타내는 사실관계를 적극적으로(affirmatively) 찾아내는 것을 조건으로 할 수 없다고 규정하고 있다[§18.10.30(vii)]. 미국 저작권법도 '프라이버시의 보호'라는 항의 제목하에 (i) OSP가 서비스를 모니터하거나 (ii) 법에 의하여 자료에 접근하는 것 등이 금지된 경우, OSP가 자료에 접근하거나 자료를 제거하거나 자료에 대한 접근을 차단하는 것에 책임제한을 조건지위서는 안 된다고 규정하고 있다[§512(m)(1)]. OSP에게 자신의 서비스를 감시하거나 침해행위를 적극적으로 찾아낼 의무를 부과시키지 않는 것은 첫째, OSP가 자신의 시스템이나 네트워크에 존재하거나 이를 통하여 송신되는 저작권 침해자료를 모두 감시한다는 것은 불가능하다는 것을 인정한 것이다. 특히 OSP가 패킷 스위칭에 의하여 디지털방식에 의한 개별적인 파일의 다발(digital packet)이 통과하는 모든 경로를 감시하는 것은 사실상 불가능하다. 또한 OSP의 시스템에서 수많은 전송이 이루어지는데 이를 OSP가 감시한다는 것은 비현실적이며, 저작권을 침해하는 자료를 파악해내는 것이 항상 가능한 것은 아니라는 사실을 고려한 것이다.

둘째, OSP의 이러한 행위로 인하여 이용자(OSP 가입자)들의 프라이버시가 침해될 가능성이 있다는 것을 인정한 것이다. 미국 저

작권법이 프라이버시의 보호라는 제목으로 OSP의 감시의무를 면제한 것도 이러한 사실에 기인한다. 감시의무배제는 OSP의 측면에서 감시라는 현실적 어려움 내지 불가능에 기초한 것으로 많이 이해되어 왔으나, OSP 자체가 이용자에 관한 정보를 수집함으로써 프라이버시가 침해될 수 있는 것을 고려한 것이다.

저작권법 개정안은 “온라인서비스제공자는 표준적인 기술조치를 준수하는 경우, 자신의 서비스를 감시하거나 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 부담하지 아니한다”고 규정하여 감시의무를 배제하고 있다(§102 II).

#### 4. Notice and Takedown 절차의 필요성

KORUS FTA는 책임제한 사유의 3, 4번째 사유인 (i) 이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 OSP의 시스템이나 네트워크에 저장하는 경우와 (ii) 정보검색도구에 의하여 인터넷상의 위치로 연계시키는 행위와 관련하여 침해주장의 효과적인 통지를 규정하고 있고 [§18.10.30(b)(v)(B)], 이를 위한 적절한 통지 및 반대통지 절차를 규정하도록 하고[§18.10.30(b)(ix)], 허위의 통지나 반대통지에 의하여 피해를 입은 이해관계자에게 금전적인 구제수단을 제공토록 하고 있으며[§18.10.30(b)(ix)], 침해가 주장되거나 침해가 명백한 것에 기초하여 선의로 자료를 제거하거나 접근을 차단한 경우, OSP의 책임을 면제할 것을 규정하고 있다[§18.10.30(b)(x)]. KORUS FTA의 이러한 절차(notice and takedown procedure)는 현행 저작권법 제 103조의 내용과 사실상 일치하는 것이다. 따라서 이 규정을 존속시키는 것이 필요하고, OSP의 책임이 제한되는 3, 4번째 사유에서

적용하면 타당하다. 이에 따라 저작권법 개정안은 현행법의 이러한 절차를 그대로 유지하고 있다(§103).

## 5. 현행법 제102조 및 제104의 존속 여부

현행 저작권법 제102조는 침해를 인지하고 침해행위를 중단시킨 경우에 침해책임을 감면하고, 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 책임을 면제시켜주고 있다. 사실상 제102조는 4가지 개별적인 책임제한사유가 존재하지 않는 경우에도 적용될 수 있어서 제102조는 OSP에게 상당히 유리하게 작용할 수도 있으며, 이와 마찬가지로 새로운 기술이 등장하여 OSP의 책임을 면제시킬 필요성이 있는 경우에도 적용될 수 있는 훌륭한 규정이라 할 수 있다. 그렇다면 제102조가 KORUS FTA 체제하에서도 존속할 수 있는가 여부가 문제된다.

KORUS FTA는 OSP의 책임제한에 대하여 일정한 사유를 규정하고 이러한 책임사유가 제한되기 위한 요건을 규정하고 있다. 제102조는 침해사실을 인지하여 침해를 중단시키거나 기술적으로 침해를 중단시킬 수 있는지 여부를 따지는 것으로서, KORUS FTA는 이보다 훨씬 더 협소한 범위의 것이다. 따라서 KORUS FTA 체제하에서 제102조를 유지시키는 것은 FTA와 저촉될 수도 있을 것으로 보인다. 저작권법 개정안은 현행법 제102조의 존속시키지 않고 있다.

제104조는 특수한 유형의 OSP, 곧 P2P 파일교환서비스업체에게 기술적 조치를 적극적으로 장착할 것을 요구하는 규정으로서 OSP의 책임제한과는 아무런 상관이 없는 것이다. 따라서 KORUS FT

A와 관련하여서는 존속여부가 아무런 상관이 없는 것이고, 그 존속여부는 FTA와 관계없이 결정되어야 할 것이다.

## V. 결어

OSP의 책임제한은 한국의 입법에 의하여서도 인정되는 것이지만, KORUS FTA는 OSP의 책임이 제한되는 유형을 4가지로 축소하고, 각 제한유형이 적용되기 위한 개별적인 요건을 규정하며, 저작권자가 요구하는 경우 OSP가 이용자(가입자)의 신원을 제공할 것을 규정하고 있다. OSP의 책임제한 내지 면제는 인터넷 운영의 필수 주체로서 OSP를 위하여 반드시 인정되어야 하는 것이며, 다른 한편으로는 인터넷상에서의 저작권 침해의 예방이나 방지를 위하여 일정한 의무를 면제하는 것과 관련된다. KORUS FTA가 규정하고 있는 4가지 책임제한 유형은 너무 협소하지 않는가라는 우려가 제기될 수 있으나, 이러한 4가지 유형은 OSP가 수행하고 있는 모든 행위를 포괄하는 것으로 보이며, 심지어 전송망에서의 통신기능이나 캐싱과 같이 현행법이 미처 생각하지 않는 것까지도 포함하는 것이다. 어떠한 방식으로 입법되는가에 관계없이 인터넷 상에서 필수적인 기능을 수행하는 OSP가 부당하게 책임을 부담해서는 안 될 것이며, OSP가 인터넷 운영의 필수주체로서 역할을 할 수 있도록 운영되어야 할 것이다. 또한 저작권법 개정안은 OSP가 저작권자의 요구에 의하여 저작권위원회의 심의를 거쳐 문화관광부 장관이 이용자의 신원정보를 제공하도록 규정하고 있다. 이러한 제도는 저작권 침해를 방지하기 위한 것이지, 개인의 프라

이버시를 침해하거나 OSP에게 영업상 부담이 되는 방향으로 운영되어서는 안 될 것이다. 요컨대 OSP에 관한 규정은 OSP 자체, 저작권자, OSP 시스템 이용자 등 3 주체의 관계를 효율적으로 규율함으로써 한편으로는 저작권 침해를 방지하거나 예방하고, 다른 한편으로는 이들 모두의 이익을 증진하는 방향으로 운영되어야 할 것이다.



# 저작물의 배타적 이용권

## - 미국과 체결한 FTA와 관련하여 -

황적인

(서울대학교 법과대학 명예교수)

서달주

(저작권위원회 책임연구원, 법학박사)

### 차 례

- I. 서 설
- II. 저작권의 이용방법
- III. 이용권의 양도
- IV. 배타적 이용권
- V. 이용권 상호간의 효력관계
- VI. 맺으면서

## I. 서 설

2007년도에 한·미간에 체결하여 성립한 자유무역협정(FTA)의 협정문 제18.10.4조에 의하면 「각 당사국은 모든 지적재산권 집행에

관한 민사 사법절차를 권리자에게 이용가능하도록 한다」는 규정을 포함하고 있다. 국내에서는 이 규정과 관련하여 모든 종류의 저작권에 대하여 설정할 수 있는 일반적 총론적 의미에서 배타적 이용권제도의 신설을 검토중에 있다.

미국인의 저작권이 한국에서 무단 침해당한 경우에 미국의 저작권자가 사건마다 그 한국에서 직접 법적 구제조치를 해야 한다면 불편한 문제가 따를 것이다.

그러나 미국인으로부터 이용허락을 얻은 한국의 이용자 자신이 국내에서 법적 조치를 취할 수만 있어도 그러한 문제는 쉽게 해결될 수 있을 것이다.

그러나 미국의 저작권자로부터 국내의 이용권자가 채권적 이용권을 취득하고 있는 경우에 국내의 이용권자가 직접 그 침해자를 고소하거나 그를 상대로 민사소송을 제기하여 손해배상을 청구할 수 있느냐는 현행법에 의하면 명확한 것은 아니다.

채권자대위권(민법 제404조)을 근거로 국내의 이용권자가 미국의 저작권자를 대위하여 금지권을 행사할 수 있는 것까지는 의문의 여지가 없지만<sup>1)</sup> 사법경찰서에 고소를 제기한다거나 법원에 민사소송을 제기할 수 있는 적법한 당사자 능력이 있는가에 관해서는 학설이 대립하고 있다.

배타적 이용권 제도를 신설하는 한 이 점을 명료하게 해결할 수

---

1) 서울민사지방법원 제51부 1993. 12. 29. 판결, 93카합9920 가처분이의: 「· · · · · <개요>1. 독점적인 번역, 출판허락계약상의 권리는 채권적 권리이므로 신청인은 원자작자에 대하여 피신청인의 원저작권(그 중 2차적 저작물 작성권) 침해행위를 금지하도록 청구할 권리가 있다 할 것이어서, 신청인은 이와 같은 독점적 이용권이라는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채권자대위권에 기하여 원저작자의 피신청인에 대한 저작권 침해청구사건을 대위행사할 수 있다고 할 것이다. · · · · · 」

있다. 미국측에서는 자국민의 저작권이 한국에서 침해당한 경우에 한국내에서 이용자가 스스로 소송을 제기하여 해결할 수 있도록 배타적 이용권 제도를 한국 저작권법에서 신설하도록 요구해 왔던 것으로 생각된다.

배타적 이용권 신설을 위한 입법의 참고자료로서는 독일의 저작권법 제35조가 적당하리라고 생각한다. 대부분의 법전은 저작물의 배타적 이용을 당사자 자치에 맡기고 명시적 규정을 두고 있지 아니하지만 독일 저작권법은 그에 관해서 비교적 상세한 규정을 두고 있기 때문에 입법의 내용을 쉽게 이해할 수 있는 장점이 있다.

2007년 미국과 체결한 FTA 협정서에 따라 검토중에 있는 저작물의 배타적 이용권에 관해서는 저작물 이용계약을 카테고리별로 살펴보고 배타적 이용권 제도의 특성, 필요성 및 입법적으로 고려해야 할 사항을 언급하는 것이 적당할 것 같다.

다만 독일에는 저작권 등록제도라는 것이 없다. 이 점을 충분히 염두에 두고 독일의 제도를 고찰하였다. 이하에서는 독일 저작권법의 저작물 이용계약(채권적 이용계약, 배타적 이용계약)에 관한 해석규정(Auslegungsregeln)인 제33조~제35조와 해석학을 고찰하고 그것을 토대로 배타적 이용권 신설을 위한 ‘입법시안’을 제안하였다.

## ※ 용어의 정리

독일 저작권법상 이용권 제도를 소개하기 위해서는 먼저 독일 저작권법상의 개념이 우리 저작권법과 상통할 수 있도록 관련용어

가 정리되어야 할 것이다. 특히 독일 저작권법에서 사용되고 있는 ‘Verwertungsrecht’와 ‘Nutzungsrecht’는 사전적으로는 두 개 모두 ‘이용권’으로 번역되지만, 독일 저작권법에서는 그 두 개의 용어를 다른 의미로 구분하여 사용하고 있기 때문에 서로 의미가 상통하는 마땅한 용어를 사용하지 아니하면 개념상의 혼란을 초래할 수 있다.

독일의 주석서나 해석서 등에 의하면 독일에서 ‘Verwertungsrecht’는 우리 저작권법상 복제권, 공연권, 배포권……등 저작권의 일부를 구성하는 개개의 지분권에 해당된다. 즉 타인에게 자기의 저작물의 이용을 허락 또는 금지할 수 있는 저작권자의 ‘배타적 권리’(ausschließlicher Recht)를 말한다.<sup>2)</sup> 이러한 개개의 권리를 우리나라에서는 복제권, 공연권, 방송권 등 구체적 명칭으로 부르고 이용권이라고 부르는 일은 없다. 따라서 이러한 권리를 이용권이라고 부르게 되면 저작권자가 다른 사람에게 허락한 이용권 개념으로 오인할 우려가 있다.

‘Nutzungsrecht’는 ‘Verwertungsrecht’로부터 파생한 것으로서 타인이 저작물을 허락된 범위에서 이용하는 것을 정당화하는 ‘법적 지위’(Rechtsposition)를 말하며 이용허락이나 이용권 설정 등의 행위를 통해서 그 지위가 발생한다.<sup>3)</sup>

우리 저작권법에 ‘Verwertungsrecht’와 대응시킬 수 있는 적절한 용어는 없지만 우리 저작권법에서 사용되는 이용권이 바로 ‘Nutzungsrecht’와 대응하고 있는 것은 확실하다.

여기서 ‘Nutzungsrecht’을 ‘이용권’으로 번역하되, ‘Verwertungs-

2) Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, Verlag C.H.Beck, 2003. §24 RdNr. 3.

3) Loewenheim, a. a. O, §24 RdNr. 4.

echt'은 저작권으로 번역하는 것이 무방할 것으로 생각된다.

## II. 저작권의 이용방법

### 1. 개 설

다른 사람의 저작물을 법률적으로 이용할 수 있는 권리를 취득하는 방법은 2가지 방법으로 대별된다.

그 하나는 이용자가 권리자로부터 직접 이용허락을 얻어서 저작물을 이용하는 방법이다. 이것을 '이용허락'(Rechtseinräumung)이라고 한다.

그 둘은 이용자가 직접 저작권자로부터 이용허락을 얻지 아니하고 그로부터 이용허락을 얻거나 또는 이용권을 설정받은 자(이하에서는 이용권 처분자라고 한다)로부터 이용권을 양수·취득하여 저작권을 이용하는 방법(이하에서는 이러한 방법으로 이용권을 양수한 자를 이용권 취득자라고 한다)이 있다. 후자를 '이용권 양도'(Nutzungsrechtübertragung)라고 한다.

채권적 이용허락(통상적 이용권, 독점적 이용권)과 배타적 이용권 설정은 전자의 카테고리에 속한다. 이용권 양도는 특히 단순 이용권의 경우 제3자에게 이용을 다시 허락할 수 없다. 그러나 현실적으로는 제3자에게 그 저작물의 이용을 다시 허용해야 할 경우는 있다. 그런 경우를 위해서 별도로 이용권 양도제도라는 것을 두고 있다.

전자는 우리 저작권법 제46조 제1항, 제2항(독일 저작권법 제31

조, 제35조)에서 규정하고 있고, 후자는 우리 저작권법 제46조 제3항(독일 저작권법 제34조)에서 규정하고 있다.

## 2. 이용허락

여기에는 단순 이용권 허락과 배타적 이용권 설정이 있다. '단순 이용권'(Einfacher Nutzungsrecht)에는 통상적 이용권과 독점적 이용권이 포함된다. 단순 이용권자는 권리자에 대하여 상대적 효력을 갖는 '채권적 지위'를 취득하는데 불과하다.

통상적 이용권을 허락한 후에도 권리자(저작권자, 인접권자)는 직접 그 저작물 등을 이용할 수도 있고 그는 다른 제3자에게 동일 내용의 이용을 허락할 수도 있다.

제3자가 저작물을 무단 이용하더라도 그 자에게 금지를 청구하거나 손해배상을 청구하거나, 특별한 경우(상습적 침해자의 경우)를 제외하고는 고소·고발을 제기할 수는 없다. 이용권자는 권리자와 체결한 이용조건과 범위에서 저작권을 이용하는 권리만 취득한다(우리 저작권법 제46조 제2항).

독점적 이용권자도 채권적 지위만 취득하는데 불과하기 때문에 대외적으로 저작권을 침해한 자에 대하여 손해배상청구소송을 제기하거나 금지청구를 하거나 특별한 경우를 제외하고는 경찰서에 고소·고발할 수 있는 자격은 없다.

다만 특정인에 대하여 '독점적'으로 저작물의 이용을 허락한 것이므로 권리자는 그 독점적 이용권자에 대하여 동일 저작물에 대한 동일한 내용의 이용권을 제3자에게 재차 허락하지 아니할 의무를 진다. 물론 권리자 본인도 이용권자에 대하여 동일내용의 이용

권을 행사하지 아니할 의무(권리불행사의무)를 지게 됨은 물론이다.

채권적 이용권자는 제3자에 대하여 제차 이용을 허락할 수 없고 다만 저작권자의 허락을 얻어서 이용권자의 법적 지위를 제3자에게 양도하는 것은 가능하다.

‘배타적 이용권’(Ausschließlicher Nutzungsrecht, Droit exclusif d'exploitation)을 설정하면 이용권자는 대세적 물권적 지위를 취득하게 된다.<sup>4)</sup> 즉 배타적 이용권자는 저작권자와 독립한 지위에서 각종의 법적 조치를 취할 수 있다. 즉 제3자에 대하여 직접 침해금지권을 청구할 수 있고, 손해배상 청구소송을 제기할 수도 있으며 침해자를 고소하는 것도 가능하다.<sup>5)</sup>

저작권자도 그 이용방법으로 저작권을 행사해서는 아니되며 그 밖에 어느 누구도 동일한 이용방법으로 저작권을 행사하지 아니할 의무를 진다. 독일 저작권법에 의하면 등록제도라는 것이 없기 때문에 등록하지 아니하고도 배타적 이용권이 성립할 수 있다.

그러나 한국, 일본 등의 경우 공시방법(등록)을 배타적 이용권의 대항요건으로 규정하고 있다. 설사 배타적 이용권을 설정하기로 합의하더라도 등록부에 그 사실을 등록하지 아니하면 대외적으로 대항력이 발생하지 아니한다. 다만 독점적 이용권으로서의 효력은 존재하는 것으로 해석할 수 있다.

채권적 이용권은 법전에 구체적으로 명시하지 아니하더라도 당사자들이 임의로 계약을 체결할 수는 있지만 한국, 일본의 경우 배타적 이용권 설정은 입법적으로 등록근거규정을 둠으로서 비로

4) Schricker, a. a. O, § 34. RdNr. 7

5) Manfred Rehbinder, Urheberrecht, 9. Aufl. C. H. Beck, 1996. p. 226.

소 설정이 가능하게 되어 있다.

### 3. 이용권 양도

이용권 양도행위는 이용권자(처분자)가 자기의 이용권 자체를 타인(취득자)에게 이전하는 '물권적 처분행위'이다. 저작물의 이용을 허락하는 것과는 다르다. 이용권을 양도하면 이용권 처분자의 '법적 지위'(Rechtsposition)가 전반적으로 이용권 취득자에게 이전된다.<sup>6)</sup> 채권적 이용권과 물권적 이용권 모두 양도의 대상에 포함된다.

채권적 이용권 가운데 통상적 이용권은 재차 저작권자로부터 허락을 받을 수 있다. 따라서 재차 저작권자로부터 이용허락을 얻을 수 없는 독점적 이용권의 경우에만 이용권 양도제도의 실익이 있다고 볼 수 있다.

이용허락을 얻어 저작물을 이용하는 경우에는 저작권자와 이용권자간의 관계에서만 법률적 문제를 처리하면 되지만, 이용권 양도의 경우에는 저작권자, 이용권 처분자 및 이용권 취득자 등 3자의 관계에서 법률적 문제를 처리해야 한다.

다만 배타적 이용권을 양도하는 경우에는 대세적 효력이 있는 물권적 처분행위에 해당되는 것이므로 우리나라의 경우에는 그를 위한 공시방법이 갖추어져야 한다는 것도 유의해야 한다. 배타적 이용권이 신설되면 현행법 제54조 권리변동 등록 대상 가운데 '배타적 이용권 설정' 외에 배타적 이용권 양도'를 삽입하면 된다.

---

6) Dreier/Schulze, *UrhG, Komm.* 2. Aufl. C, H. Beck München. 2006. §34. RdNr. 27.



이 논문의 주제와 관련하여 이용허락의 범주에 속하는 것들 가운데 통상적 독점적 이용계약은 어느 나라나 동일하기 때문에 그러한 이용권 제도까지 자세히 언급할 필요는 없고, 독일의 이용권 관련제도 가운데 이용권 양도(제34조)와 배타적 이용권 제도(제35조)에 관해서 서술하는 것으로도 족하리라고 생각된다.

### III. 이용권의 양도

#### 1. 서 설

이용허락이 인정됨에도 불구하고 별도로 이용권 양도라는 것이 필요한 것은 다음과 같이 설명하면 이해할 것이다.

가령 저작권자 甲이 乙에게 출판권에 대하여 독점적 이용을 허락하였는데, 이 때 丙이 당해 출판물의 특정한 부분을 독점적으로 복제 배포하고 싶다고 하자. 만일 갑이 병의 요구에 따라 - 독점적이든 비독점적이든 - 특정 부분을 복제 배포하도록 허락한다면 갑은 독점적 이용권자인 을과의 계약을 위반한 것으로 된다.

만일 갑이 을에게 배타적 이용권을 허락하였는데 병이 동일 저작물의 특정부분에 대하여 을의 배타적 이용권과 동일 내용의 배타적 이용권 또는 통상적 이용권을 취득하고 싶은 경우에 병의 요구대로 갑이 그에게 - 배타적인 것이든 통상적인 것이든 - 이용권을 허락해 주고 싶어도 이는 배타적 이용권의 성질상 법률적으로

---

7) 독일의 채권적 계약 일반에 대해서는 Fromm/Nordeman/Hertin, *Urheberrecht, Kommentar*; 9. Aufl. W. Kohlhammer, Stuttgart, 1998, vor § 31. 참조.

불가능하고 설사 허락한다고 하더라도 이는 을의 배타적 이용권을 침해하는 행위이다.

병이 동일 저작물의 특정부분에 대하여 갑으로부터 이용허락을 얻어서 복제·배포하는 것은 법률상 불가능하지만 이용권자인 을로부터 이용권을 양도받거나 이용허락을 얻어서 복제·배포하는 것은 가능하다.

따라서 병은 을로부터 이용권을 양도받아서 당해 저작물의 필요한 부분을 이용하는 수 밖에 없다. 을이 배타적 이용권자인 경우에는 그로부터 이용허락을 얻어서 이용하는 것도 물론 가능하다.

그러나 갑의 감정이나 이익을 무시하고 아무에게나 이용권을 양도하거나 허락하는 것은 저작물의 인격성에 비추어 불합리한 문제가 제기될 수 있다. 이러한 사정을 감안하면 을이 제3자에게 이용권을 양도하거나 허락을 하는 경우에는 저작권자의 동의를 얻어야 할 것이다.

이와같이 이용권자가 저작권자의 동의를 얻어 제3자에게 이용권의 전부 또는 일부를 양도하는 것을 이용권 양도라고 한다.

그에 대한 구체적 예로서 회사합병이나 영업양도의 경우를 들 수 있다. 회사합병의 경우에는 합병되는 회사의 재산이 합병하는 회사에 포괄적으로 이전된다. 그럼에도 불구하고 채권적 이용권자는 제3자에 대하여 저작물의 이용을 다시 허락할 수 없음을 이유로 그 회사재산에 포함된 특정한 저작물의 이용권이 회사재산의 포괄적 양도를 근거로 저작권을 취득한 그 타회사(합병회사)에 대하여 이용권 취득을 부인할 수 있다면 기업재산 양도의 경우 복잡한 문제가 제기될 수 있다.

이런 경우에 저작물의 이용권 양도를 제도적으로 인정할 필요가

있는 것이다. 회사합병의 경우 뿐만 아니라 가령 소프트웨어를 주로 이용하여 인터넷상에서 영업을 하는 업체를 다른 업체가 인수하는 경우에도 그 인수되는 업체가 당해 소프트웨어에 대하여 이용권만 취득하고 있었던 경우에도 채권적 이용권의 양도 가능성에 대한 법률적 근거가 없다면 그 업체의 인수 자체를 불가능하게 만들 수 있기 때문에 이용권 양도제도가 필요할 수 있다.

또 하나의 구체적 예로서 특정한 사업자가 그 사업과 관련성이 있는 특정한 전문서적으로 독점적으로 판매하는 경우를 볼 수 있다. 예를 들면 어느 웨딩홀을 운영하는 업자가 특정 출판사가 발행한 어느 학자의 결혼관련 도서를 그 사업과 관련하여 여러 부를 고객들에게 배포하는 경우를 그 예로 들 수 있다.

이런 경우에도 그 웨딩홀 사업자가 그 도서에 대한 독점판매권이나 배포권 취득을 설명하기 위해서는 이용권을 그 출판권자로부터 양도받는 수 밖에 없다. 출판권은 대부분 독점적이거나 배타적인 경우가 많기 때문이다.

이 때 그 사업자(이용권 취득자)가 당해 출판물에 대하여 복제권 배포권을 취득하려면 출판사(이용권 처분자)와 그에 대한 이용권 양도계약을 체결하고 당해 출판물의 저작자로부터 동의를 구하면 된다. 사전적으로 동의를 얻은 사실이 없는 경우에는 사후적으로 승인을 얻어도 된다.

그러나 출판자가 통상 도서의 복제를 인쇄업자에게 의뢰하거나 도서의 배송을 위해서 배송창고업자에게 의뢰하는 일이 있는데 이것을 이용권 양도로 오해해서는 아니된다. 이 때 인쇄업자나 배송창고업자는 출판자로부터 출판권(이용권)의 전부 또는 일부(복제권 또는 배포권)를 취득한 자는 아니고 다만 출판자를 위한 이행보조

자(우리 민법 제391조)에 불과하다.

이와같이 이용권 양도란 일종의 ‘물권적 처분행위’(Verfügungsgeschäft)로서 그의 효과로 처분권자의 ‘법적 지위’(Rechtsposition)가 전반적으로 이용권 취득자에게 이전되는 것을 말한다.

앞에서 서술했듯이, 현행법에 의하면 공시방법을 대항요건으로 규정하고 있고(제54조) 또한 제46조에 따라 양도되는 이용권이 배타적 이용권인 경우에는 대세적 효력을 위해서는 등록부에 등록해야 하나 현재 배타적 이용권을 인정하지 아니하고 있고 설정출판권의 양도에 관해서 저작권법 제63조 제3항에서 출판권 양도등록을 규정하고 있다.

## 2. 독일 저작권법 제34조의 분석

우리 저작권법도 이용권 양도를 에서 규정하고 있지만(저작권법 제46조 제3항), 독일 저작권법 제34조만큼 그 내용이 구체적으로 규정되어 있는 것은 아니다.

※ 우리 저작권법 제46조 제3항

「③ 제1항의 규정에 의한 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다」

※ 독일 저작권법 제34조

- 이용권은 저작자의 동의를 얻어서만 이전(양도)할 수 있다. 저작자가 신의칙에 반해서 동의를 거절할 수 없다(제1항).

- 편집저작물에 대한 이용권과 함께 그 편집저작물에 수록된 개개의 저작물에 대한 이용권이 이전되는 경우에는 편집저작물의 저작자의 동의만 얻으면 된다(제2항).

- 이용권이 기업재산의 전부 또는 일부와 함께 포괄적으로 처분되는 경우에는 저작자의 동의가 없어도 이용권은 기업재산과 함께 이전될 수 있다. 저작자는 이용권의 취득자가 이용권을 신의성실의 원칙에 따라 행사하리라고 기대할 수 없는 경우에는 이용권을 철회할 수 있다. 이용권자가 기업에 대한 지분관계(Beteiligungsverhältnisse)에 중대한 변동이 생긴 경우에도 제2문이 적용된다(제2문에 따라 이용권을 철회할 수 있다)(제3항).

- 저작자가 이용권의 이전에 대하여 구체적 명시적으로 동의해주지 아니한 경우, 이용권의 취득자는 저작자와 체결한 계약으로 발생한 처분자의 의무의 이행에 대하여 이용권의 처분자와 연대책임을 진다(제4항).

- 저작자는 철회권 및 이용자의 책임을 사전적으로 포기할 수 없다. 그러나 이용권자와 저작자가 그와 다르게 합의하는 것은 가능하다(제5항).

## (1) 동의권의 근거 및 성질

독일의 해석학에 의하면 이용권을 양도(이전)할 때에는 통상 저작자의 '동의'를 얻도록 규정한 것은 '저작권자의 의사존중에 그의

근거를 두고 있다.<sup>8)</sup> 저작자의 동의는 이용권 양도의 효력요건이다. 특히 배타적 이용권 양도의 경우 취득자는 적극적으로는 '이용권'(Nutzungsrecht)을 취득하고 소극적으로는 침해적 행위에 대한 '금지청구권'(Verbotsrecht)을 취득한다. 그러나 이용권의 선의취득이라는 것은 없다.<sup>9)</sup> 저작자가 금지청구권을 행사하지 아니하리라고 생각되는 경우에도 그 이용권 취득자는 금지청구권을 행사할 수 있다.

여기서 '동의'(Zustimmung)는 사전적 합의는 물론 사후적 승인으로도 가능하다. 사후적 승인으로 소급적으로 양도행위가 처음에 소급하여 '치유'(Heilung)되므로<sup>10)</sup> 이용권 양도에 대하여 사전적 동의가 없더라도 당해 양도행위를 실무적으로는 '불확정적 무효'(Schwebende Unwirksamkeit)로 해석하고 있다.

사전에 동의한 사실이 없는 경우에도 뒤에 승인하면 그 양도계약은 효력을 발생한다. 제1문에 의하면 동의거절의 자유가 인정되지만 이는 무제약적인 것은 아니다. 제2문에 의하면 저작자는 '신의칙'(Treu und Glauben)에 반하여 동의를 거절할 수 없다.

신의칙에 반하여 저작자가 동의를 거절하고 있는 동안에는 그의 동의가 있을 때까지 그 이용권 양도행위의 효력은 불확정적 상태에 놓이며(浮動無效) 사후적 동의가 있을 때 '소급적으로'(Rückwirkend) 그 법률행위는 치유된다. 그러나 신의칙에 반함에도 불구하고 저작자가 동의를 거절하고 있는 동안에는 그 이용권 취득자의

8) Schricker, *Urheberrecht. Komm.* 12. Aufl. C. H. Beck, München, § 34. RdNr. 1.

9) Manfred Reh binder, a. a. O., p. 225.; BGHZ 5, 119.; Dreier/Schulze, a. a. O., § 31. RdNr. 24.; Schricker, a. a. O., Vor §§ 28. RdNr. 63.

10) Dreier/Schulze, a. a. O., §34. RdNr. 23. ; Fromm/Nordemann/Hertin, a. a. O., §34. RdNr. 9.

이용행위는 침해적 행위로 되고 제4항에 따라 이용권자와 이용권 취득자가 연대하여 책임을 져야한다.

그 책임을 면제받으려면 이용권 처분자가 저작자를 상대로 동의를 대체하는 판결을 구하는 소송을 제기하여야 한다<sup>11)</sup>. 이용권 취득자는 자신의 지위에서 소송을 제기할 수 있는 자격은 없다. 이용권의 처분자로부터 권한을 위임받아서 소송을 제기하는 것은 가능하다.<sup>12)</sup>

또한 동의를 범위는 이용권의 범위내에서만 효력을 발생한다<sup>13)</sup>. 즉 이용권 처분자는 시간적, 장소적, 내용적 범위에서 자신이 가지고 있는 권리 이상으로는 이용권을 양도할 수 없다. 이용권 양도행위는 준물권적 처분행위로서 원인행위(채권적 계약)에 의하여 구속되기 때문이다(유인행위).

구체적 예로서 어느 처분자가 출판계약을 근거로 1000부의 발행에 대하여 권리·의무를 취득한 경우에 이미 600부를 인쇄하고 출판권을 양도하였다면, 그 출판권의 취득자는 400부의 범위에서만 출판권을 취득하게 된다.

또한 논문집에 대한 아나로그 출판권만 취득자한 자는 저작자의 동의가 없는 한 CD-ROM으로 출판하거나 온라인상에서 이용하는 권리(전자출판권)는 취득할 수 없다.

가령 저작자가 처음에 처분자에게 이용권을 10년간 허락하였다면 그 10년간은 이용권을 양도한 시점에서 새로 개시되는 것은 아니고 이용권을 취득한 자에 대하여는 저작자가 처분자에게 최초로 이용권을 허락한 날로부터 10년이 만료되는 시점에서 소멸하게 된다.

11) Dreier/Schulze, a. a. O., § 34. RdNr. 20.

12) Dreier/Schulze, a. a. O., § 34. RdNr. 20.

13) Dreier/Schulze, a. a. O., § 34. RdNr. 24.

이용권 처분자가 저작권자로부터 국내적 범위에서만 출판할 것을 조건으로 출판권을 계약을 체결한 경우에 그 이용권 처분자가 그 출판물을 외국에서도 출판할 것을 조건으로 출판권을 이용권 취득자에게 양도한 경우에도 그 이용권 취득자의 출판권의 장소적 이용범위는 국내로 제한된다. 이와같이 취득자의 이용권 범위는 저작자와 처분자간의 이용계약에 붙인 시간적, 장소적, 내용적 조건에 따라 제한된다<sup>14)</sup>.

이용권의 양도시 저작자의 '동의'를 이용권의 양도(이전)를 위한 '물권적 처분행위'(Dingliche Verfügungsgeschäft)로 해석하고 있다. 양도대상이 '배타적 이용권'이든 '단순 이용권'이든 그 이용권 양도 행위 그 자체는 일종의 물권적 처분행위에 해당된다고 본다.<sup>15)</sup> 여기서 단순 이용권 양도는 채권양도의 법리를 적용할 수 밖에 없다. 배타적 이용권 양도의 경우에는 우리 저작권법이 제54조에서 권리변동의 대항요건으로서 등록을 규정하고 있는 이상 등록이 필요하다.

또한 매체의 소유권을 양도하는 경우라든가, 저작권자와 이용자 간에 계약으로 발생하는 보상금청구권의 양도의 경우에는 적용되지 아니한다는 것을 주의해야 한다. 이 규정은 물권적인 것이든 채권적인 것이든 '이용권 자체의 양도'에 관해서만 적용된다. 동의의 범위가 저작권자에 대해서나 이용권자에 대해서나 모두 명확하지 아니한 때에는 독일 저작권법 제31조 제5항의 소위 '목적양도 규정'(Zweckübertragungsregel)이 적용된다.<sup>16)</sup>

제34조 제1항은 이용권 양도에 대한 기본원칙을 규정한 것이고,

14) Dreier/Schulze, a. a. O, § 34. RdNr. 42.

15) Schricker, a. a. O, § 34. RdNr. 5.

16) Dreier/Schulze, a. a. O, § 34. RdNr. 16.



제2항 이하는 제1항에 대한 특칙을 규정한 것이다.

## (2) 특별규정

### ① 편집저작물의 이용권 양도

'편집저작물'(Sammelwerk)에 대한 이용권을 양도하는 경우에는 그 편집물을 구성하고 있는 각 소재의 저작권에 대한 이용권도 양도되는 것이므로 두 가지 저작물의 이용권 양도 모두에 대하여 각 저작권자의 동의를 구해야 할 것인가 하는 문제가 발생한다.

제2항에 의하면 편집저작물에 대한 이용권 양도의 경우 그에 수록된 각 소재에 대한 이용권 양도에 관해서는 동의를 얻을 필요가 없다. 즉 이용권 처분자는 편집저작물의 저작권자로부터만 동의를 얻으면 제3자에 대한 편집저작물의 이용권 양도는 유효하다.

이것은 법률적으로 편집저작물에 대한 이용권 양도의 부담을 덜어 양도를 용이하게 하려는 의도이지만 각 소재의 저작권자의 이용권 처분자에 대한 동의는 그의 편집저작물의 저작자의 동의에 의하여 대체될 수 있는 사정을 고려한 것이다.<sup>17)</sup>

그러나 편집저작물의 저작권자의 동의에 의하여 편집물에 수록된 각 저작물의 저작권자의 동의를 대체할 수 있는 것은 편집저작물의 저작권자가 각 소재의 저작권자들로부터 사전에 동의를 얻은 경우에만 가능하다.

또한 여기서 말하는 편집저작물은 소재의 선택, 배열, 구성에 창작적 성과가 나타나 있는 보호받는 편집물(독일 저작권법 제4조,

---

17) Dreier/Schulze, a. a. O., § 34. RdNr. 25.

우리 저작권법 제6조)일 것을 조건으로 한다.<sup>18)</sup>

## ② 회사합병의 경우 등

회사의 합병(상법 제230조 이하)이나 영업양도(상법 제257조) 등으로 기업재산의 전부 또는 일부를 포괄적으로 양도하는 경우에는 저작자로부터 그에 대하여 동의를 얻을 필요는 없다(제3항).

우리 상법 제235조에 의하면 회사의 합병으로 인하여 설립된 회사는 합병으로 소멸된 회사의 권리의무를 포괄적으로 승계하게 되어 있음에도 불구하고 회사의 재산의 개개의 재산이나 권리의 주체에게 그 권리이전에 대하여 각각 동의를 구해야 한다면 회사의 포괄적 이전과 법적 충돌문제가 제기될 수 있다.

그래서 독일 저작권법 제34조 제3항에서 기업의 전부 또는 일부를 포괄적으로 양도하는 경우에는 저작자의 동의가 없어도 합병되는 회사의 저작물 이용권이 합병하는 회사에게 이전될 수 있도록 한 것이다.

어느 회사 전부를 타회사에 합병시키는 경우는 물론 어느 출판사의 특정부서만 다른 출판사와 합병하는 경우와 같이 회사의 특정한 부서만 이전하는 경우에도 마찬가지로 저작자의 동의없이 이용권이 이전될 수 있다.

또한 꼭 기업재산의 '포괄적 처분'(Gesamtveräußerung)를 전제하는 것은 아니다. 기업의 승계가 개개의 권리를 이전하는 방식으로 이루어지는 경우도 있는 등 다양한 방법으로 승계될 수 있기

---

18) Fromm/Nordeman/Hertin, a. a. O., § 34. RdNr. 11; Dreier/Schulze, a. a. O., § 34. RdNr. 27.

때문이다. 기업의 승계에 관해서 중요한 것은 기업의 본질적 기초 부분이 완전히 이전되느냐에 달려 있다.<sup>19)</sup>

해석론에 의하면 실질적으로 기업의 본질적 기초가 이전되는 한 회사의 합병방식이 포괄적이든 개별적이든 이용권 양도에 대하여 저작자의 동의를 얻을 필요는 없는 것으로 이해하고 있다.

그러나 해석론에 의하면 모든 경우에 대하여 그렇게 해석하고 있는 것은 아니다. 저작자는 이용권의 취득자(합병회사)가 저작물을 이용하는 것을 감수해야 할 특별한 사정이 없고 그러한 사정으로 인하여 저작자의 이익이 침해된 것으로 볼 수 있는 경우에는 저작자는 기업의 양도에 수반된 이용권 양도에 대하여 이의를 제기할 수 있고 처분자는 그 이의에 대하여 항변할 수 없다.<sup>20)</sup> 이런 경우에 저작자는 무기한 중대한 사정을 이유로 계약을 '해지'(Kündigung)할 수 있다.

기업양도의 효과로 이용권이 양도되는 경우에도 해석론에 의하면 당사자간에 제3항과 다르게 합의하는 것은 가능하다. 저작자와 이용권자는 이용권 양도의 효력을 배제하거나 제한할 수 있고 저작자의 '철회권'(Rücktrittsrecht)을 합의할 수도 있다.

### ③ 집중관리단체에 대한 신탁설정

우리나라에서는 저작자가 신탁관리업체와 저작권 신탁을 설정하면 신탁설정의 효과로 저작권이 신탁관리업체에 이전되거나 저작권 양도제도가 없는 독일의 경우 저작권 신탁설정은 신탁관리업체에

19) Dreier/Schulze, a. a. O., § 34. RdNr. 29.

20) Schricker, a. a. O., § 34. RdNr. 20.

게 배타적 이용권을 허락한 것으로 된다.

신탁관리업체가 제3자에게 저작권 이용을 허락하거나 이용권을 양도하는 경우에 일일이 저작권자에게 동의를 구해야 한다면 신탁관리제도는 그의 목적을 충분히 달성할 수 없기 때문에 어느 나라나 저작권을 위탁한 저작자 또는 저작권자의 동의를 얻지 아니하고 집중관리단체는 이용자에게 저작권의 이용을 허락하거나 양도를 할 수 있도록 허용하고 있다.

### (3) 이용권 처분자와 취득자의 저작자에 대한 연대책임

이용권의 양도만으로 저작자와 이용권 처분자간의 계약관계에 변동이 생기는 것도 아니고<sup>21)</sup> 또한 저작자와 이용권 취득자간에는 계약관계가 성립하는 것도 아니기 때문에<sup>22)</sup> 이용권 양도 후에도 저작자와 처분자 사이에는 계약관계가 존속하고 처분자는 계약상의 의무를 진다. 예를 들면 보상금지급의무는 이용권 양도와 관계없이 이행해야 한다. 즉 제34조는 법률행위의 물권적 측면 뿐만 아니라 채권적 측면에도 적용된다.<sup>23)</sup>

그러나 이용권 양도 후에는 이용권이 취득자에게 양도되어 더 이상 처분자에게 이용권이 없기 때문에, 처분자가 계약상 저작자에 대하여 부담하고 있는 여러 가지 의무를 처분자가 직접 저작자에 대하여 이행할 수 없다.

더욱이 민법 제391조에서 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하

---

21) Dreier/Schulze, a. a. O, § 34 RdNr. 40.

22) Dreier/Schulze, a. a. O, § 34 RdNr .41.

23) Fromm/Nordeman/Hertin, a. a. O, § 34. RdNr. 14.

여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 그 법정대리인 또는 그 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다고 규정하고 있는데 이용권 취득자는 자기의 이름으로 이용권을 행사하므로 그가 처분자의 '이행보조자'(Erfüllungsgehilfe)로 되는 것도 아니다.

가령 그 처분자가 출판권인 자인 경우 그 출판권에 따라 그는 저작자에 대하여 저작물의 복제·배포 의무를 진다. 양도한 후에도 마찬가지로 그만 출판자에 대하여 그 의무를 진다. 그러나 그가 이 권리를 취득자에게 양도한 후에는 이용권을 행사할 수 없기 때문에 처분자는 취득자로 하여금 복제·배포의무를 이행하도록 독촉하는 방법으로만 가능하게 된다.

이용권 취득자가 의무를 임의로 이행하지 아니하고 또한 그에 대하여 처분자에게 유책성이 인정되면 처분자는 저작자에 대하여 그로 인한 손해를 배상해야 한다. 다만 취득자는 '보충적으로'(Zusätzlich)만 책임을 진다.<sup>24)</sup>

만일 이용권 처분자가 저작자로부터 그러한 의무를 면제받으려면 이용권 양도를 합의할 때 처분자와 취득자가 저작자의 동의를 얻어서 '병존적 채무인수'(kumulative Schuldübernahme)를 합의하거나 또는 '이행인수'(Erfüllungsübernahme)를 합의하는 방법으로 가능하다.

또한 취득자에 의한 저작자와 처분자간의 이용계약의 인수를 병행하여 합의하는 방법으로도 가능하다. 즉 계약인수를 위해서 이용권의 양도와 채무인수를 결합시킬 수 있다. 또는 3당사자가 합의하여 이용권과 함께 저작자와 처분자간의 계약 전부를 '포괄적

24) Fromm/Nordeman/Hertin, a. a. O., § 33. RdNr. 14.

으로'(Pauschal) 취득자에게 이전하는 방법으로도 가능하다.

반대로 취득자가 그 '연대책임'(Gesamtschuldnerische Haftung)을 면제받으려면 저작자가 이용권의 양도에 대하여 '구체적이고 명시적인 동의'를 얻으면 된다. 이 연대책임은 규정상 저작자가 이용권 양도에 대하여 명시적이고 구체적인 동의를 하지 아니한 때에만 이용권 취득자가 처분자의 의무에 대하여 책임을 지기 때문이다(제4항).

구체적이고 명시적 동의가 존재하고 있다는 사실은 취득자가 주장하고 증명해야 한다.

만일 신의칙에 반해서 저작자가 이용권 양도에 대하여 동의를 거절하고 있는 경우에는 취득자가 연대책임을 면하기 위해서는 '이용권 처분자'가 저작자를 상대로 동意的 의사표시를 대체하는 판결을 구하는 소송을 제기해야 한다.<sup>25)</sup>

또한 저작자의 구체적이고 명시적인 동의가 전제되므로 저작자의 동의를 얻을 필요가 없는 경우에는 제4항의 적용이 없다.<sup>26)</sup> 우리 저작권법 제46조 제3항의 동의에 대한 해석도 이와 대차는 없으리라고 생각된다.

#### (4) 강제적 계약규정

제4항의 이용자의 연대책임은 사전에 임의로 포기할 수는 없다. '강제적으로'(zwingend) 적용된다.<sup>27)</sup> 제1항에서 저작자의 동의를

---

25) Schricker, a. a. O, § 34 RdNr. 17.

26) Dreier/Schulze, a. a. O, § 34 RdNr. 41.

27) Fromm/Nordeman/Hertin, a. a. O, § 34. RdNr. 14.

얻지 아니하고 이용권을 양도한 경우든, 제2항에서 저작자의 동의를 얻지 아니하고 편집저작물에 대한 이용권을 양도한 경우든, 제3항에서 포괄적 처분의 효과로 이용권이 양도되나 저작자의 동의를 얻어야 할 사정이 있음에도 불구하고 저작자의 동의를 얻지 아니한 경우 등이 있다.

이런 경우에 사전적으로 이용권 취득자가 연대책임을 지지 않기로 저작자와 합의하더라도 효력이 없다. 이는 저작자를 보호하기 위해서 둔 규정이다.

## IV. 배타적 이용권

### 1. 서 설

자기의 저작권에 대하여 어떤 내용의 이용권을 허락하거나 설정할 것인가는 당사자들의 처분의 자유에 속하는 사항이다. 서구 여러 나라의 저작권법에 의하면 설정하거나 허락할 수 있는 이용권의 유형을 법으로 정하고 있는 것은 없다.

그러나 한국, 일본의 저작권법은 배타적 이용권의 경우 권리자와 그의 상대방간의 각종의 권리변등 사실로 제3자에게 대항하기 위해서는 반드시 등록할 것을 전제하고 있다. 그로 인하여 등록할 수 없는 배타적 이용권은 설정할 수 없다.

이러한 사정으로 인하여 우리나라에서는 마치 각종의 이용권에 관해서 법정주의를 취하고 있는 듯한 느낌을 주고 있지만 이용권의 종류와 내용에 관해서 법정주의를 취하고 있는 것은 결코 아니다.

현재는 저작권법 제63조 제3항에서 배타적 이용권 가운데 출판권 설정만 권리변동의 등록사항으로 규정하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법 제16조에 의하면 컴퓨터프로그램의 복제, 배포 및 전송에 대한 배타적 발행권의 설정을 규정하고 있다.

그밖에 배타적 이용권 설정에 관해서는 등록근거와 등록부가 마련되어 있는 것은 아니다. 일반적으로 모든 이용권에 대하여 설정할 수 있는 배타적 이용권의 설정은 한·미 자유무역협정에 따라 아직 검토중에 있다.

여기서 출판권 설정(우리 저작권법 제57조이하)이나 컴퓨터프로그램에 대한 배타적 발행권(우리 컴퓨터프로그램보호법 제16조) 등은 특정한 이용관계에서만 설정되는 배타적 이용권이다. 반대로 일반적 의미에서 배타적 이용권은 복제권, 배포권, 공연권, 전송권, 전시권 등등 모든 종류의 저작권과 모든 이용방법에 대하여 설정 가능한 배타적 이용권을 말한다.

입법론적으로 중요한 것은 그 배타적 이용권을 어떻게 구성할 것인가 하는 문제이다. 일반적으로 설정할 수 있는 배타적 이용권의 경우 내용, 조건 등은 당사자들의 자율에 맡겨진 사항들이기 때문에 그에 관해서 세세한 규정을 둘 필요는 없다.

특별한 이용계약에서만 설정할 수 있는 배타적 이용권, 구체적 예를 들면 저작권법 제57조 이하에서 규정하고 있는 출판권설계약이나 컴퓨터프로그램 저작권자의 배타적 발행권 등과 같이 특별한 이용관계에서만 설정할 수 있는 배타적 이용권의 경우에는 그의 내용, 조건 등에 관해서 상세한 규정을 두고 있다.

독일 저작권법은 등록제도라는 것이 없기 때문에 당사자간의 합의만으로 배타적 이용권을 자유로이 설정하는 것이 가능하다. 독



일 저작권법 제35조에서 배타적 이용권 규정을 두고 있다. 이 규정은 배타적 이용권 설정의 근거규정도 아니고 이 규정의 제정으로 비로소 배타적 이용권 설정이 가능하게 되는 것도 아니다. 배타적 이용권 설정의 자유는 당연한 것으로 전제되어 있다.

다만 배타적 이용권과 관련하여 분쟁의 여지가 있는 특정한 사항을 규정하고 있다. 제3자에게 단순 이용권을 다시 허락하는 경우 저작자의 '동의권'(Zustimmungsrecht), 신의칙에 위반된 동의거절의 금지 및 몇 개의 특칙(편집저작물, 신탁관리의 경우)을 규정하고 있다.

우리 제도의 특수성과 독일 저작권법 제35조에 의하면 우리 저작권법에서 일반적으로 적용되는 배타적 이용권을 신설할 경우 고려해야 할 사항은 최소한 다음 몇 가지의 사항이다.

- (i) 배타적 이용권 설정근거규정
- (ii) 배타적 이용권 등록근거 규정
- (iii) 배타적 이용권을 근거로 제3자에게 이용허락을 한 경우 저작자·배타적 이용권 설정자·제3자 등 당사자들 상호간에 발생할 수 있는 법률적 문제 등

첫 번째와 두 번째에 관해서는 특별히 신경쓸 것은 없다. 첫 번째 문제는 저작권법 제46조 등에서 배타적 이용을 허락할 수 있다는 취지를 명시하고 등록으로 제3자에게 대항할 수 있다는 취지를 명시하면 된다. 두 번째 문제는 우리 저작권법 제54조에서 '배타적 이용권의 설정 및 양도'라는 문구를 삽입하면 될 것이다. 세 번째의 문제에 관한 한 독일 저작권법 제35조의 내용을 참고할 필요가 있다.

※ 독일 저작권법 제35조

- (1) 배타적 이용권의 소지자는 저작자의 동의를 얻어서만 이용권을 허락할 수 있다. 배타적 이용권이 저작자를 위하여 위탁관리를 위해서만 허락한 경우에는 동의가 필요하지 아니하다.
- (2) 이용권의 양도에 관한 제34조 제1항 제2문, 제2항 및 제5항이 적용된다.

## 2. 재허락에 대한 저작자의 동의권

### (1) 적용범위

이용권 양도의 경우에는 처분자의 '법적 지위'(Rechtsposition)가 변동하고, 배타적 이용허락의 경우에는 처분자의 법적 지위에 변동이 없다. 다만 배타적 이용권이 설정되면 저작권자는 설정의 조건과 범위에서 동일한 방법으로 동일 저작물을 이용하지 아니할 '의무'(Bindung)를 질 뿐이다. 저작자의 지위가 이용권자에게 이전되는 것은 아니다.

또한 이용권 양도는 연속적 반복적으로 일어날 수 없지만 이용권의 재허락은 연속적 반복적으로 일어날 수 있다. 그 관점에서 이용권 양도와 배타적 이용권은 구분된다.

통상적 채권적 이용권의 소지자와 배타적 이용권의 소지자 가운데 배타적 이용권의 소지자만 재차 통상적 이용권을 제3자에게 허락할 수 있다. 채권적 이용권의 소지자는 자기의 이용권을 제3자

에게 양도할 수는 있어도 제3자에게 재차 이용을 허락할 수는 없다는 것이 지배적이다.<sup>28)</sup>

즉 이 규정은 배타적 이용권자가 제3자에 대하여 이용권을 허락하는 경우에만 적용된다.<sup>29)</sup>

## (2) 적용대상

배타적 이용권자가 재차 제3자에게 이용권을 허락하는 경우 통상적 이용권만 허락할 수 있는 것인가 아니면 배타적 이용권도 설정할 수 있는가에 관해는 학설상의 논란이 제기될 수 있지만 독일 저작권법 제35조 제1항 후단에 의하면 배타적 이용권의 허락도 가능함을 전제하고 있다.

배타적 이용권자는 그에게 포괄적으로 설정된 이용권을 부분적 개별적으로 구분하여 제3자에게 이용을 재차 허락하는 것도 가능하다.

## (3) 이용허락의 동의

### ① 동의권

이용권 양도의 경우와 같이 이용권을 제3자에게 다시 허락하는 경우에도 통상 ‘저작권자의 동의’(Zustimmung des Urhebers)를 얻

---

28) Dreier/Schulze, a. a. O, § 35 RdNr. 5.; § 34. RdNr. 11.; Schricker, a. a. O, § 35. RdNr. 1.

29) Schricker, a. a. O, § 35. RdNr. ; Dreier/Schulze, a. a. O, § 35. RdNr. 8.

어야 한다. 저작권자의 동의가 없는 한 그 이용허락은 효력이 없다(unwirksam)(제35조 제1항 제1문). 저작권자의 동의권을 이러한 관점에서 저작물을 제3자로 하여금 이용하게 할 수 있는 저작권자의 별도의 이용권이라고도 한다.<sup>30)</sup>

‘권리승계인’(Rechtsnachfolger)도 저작자의 지위에서 동의권을 행사할 수 있다. 또한 배타적 이용권을 제3자에게 허락하더라도 전단계의 배타적 이용권이 소멸하는 것은 아니기 때문에 하나의 배타적 이용권에 기하여 다수의 배타적 이용권이 연쇄적으로 존재하는 경우도 생각할 수 있다.

## ② 동의의무

저작자는 특별한 경우(동의로 저작자 자신에게 불이익이 발생하는 경우)를 제외하고는 동의를 거절해서는 아니된다(제35조 제2항, 제34조 제1항 2문). 명확하지 아니한 경우에는 ‘동의의무’(Zustimmungspflicht)는 없는 것으로 해석하고 있다.<sup>31)</sup>

제3자에 의하여 자신의 저작물이 활용되는 것이 저작자 자신의 정신적 물질적으로 불이익을 줄 가능성을 알고 있는 때에도 저작자는 동의할 수 있다. 그러나 그 제3자의 저작물 이용으로 인하여 저작권자에게 손해가 발생한 경우에는 배타적 이용권자와 그로부터 다시 저작물의 이용을 허락받은 자가 저작권자에 대하여 연대책임을 져야 한다. 동의를 얻었다고 해서 발생한 손해에 대한 책임이 면제된다는 취지는 아니다.

30) Dreier/Schulze, a. a. O., § 35 RdNr. 10.

31) Dreier/Schulze, a. a. O., § 35 RdNr. 12.; ZUM 2003, 73, 76(Pumuckl 사건)

만일 저작권자가 동의를 거절한 경우 배타적 이용권자의 제3자에 대한 이용허락의 효력은 불확정적 상태에 놓이게 된다. 경우에 따라서는 배타적 이용권자로부터 허락을 얻고 저작물을 이용하는 자의 행위가 저작권을 침해하는 위법 행위로 될 수 있다. 만일 그 거절이 신의칙에 반하는 경우에는 배타적 이용권자는 저작권자에 대하여 동意的 의사표시에 갈음하는 판결을 얻기 위해서 법원에 소송을 제기할 수 있다.

### ③ 위탁관리의 경우 특칙

독일에서는 저작권 양도제도가 없기 때문에 저작권자와 신탁관리업체가 저작권 신탁설정계약을 체결하면 '신탁관리업체'(Verwertungsgesellschaft)에게 '배타적 이용권'이 이전된다. 또한 독일 '신탁관리법'(Wahrnehmungsgesetz) 제11조에 의하면 그 업체에 대한 '계약강제의무'(Kontrahierungszwang)를 규정하고 있다.<sup>32)</sup>

따라서 위탁관리업체는 이용자에 대하여 그들이 이용계약의 체결을 요청하면 적당한 조건으로 이용을 허락해줄 의무를 지고 있다. 이 계약강제 규정을 근거로 신탁관리계약으로 설정된 배타적 이용권에 관한 한 제35조의 저작권자의 동의권 규정은 적용되지 아니하는 것으로 해석하고 있다.<sup>33)</sup> 물론 신탁관리업체는 단순 이용권만 허락할 수 있다.<sup>34)</sup>

우리나라의 경우 저작권 신탁설정으로 저작권이 신탁관리업체에

32) Delp, Ludwig, *Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft*, 2. Aufl. C. H. Beck, München, 2003, p. 417ff.

33) Dreier/Schulze, a. a. O., § 35 RdNr. 14.

34) ZUM 1998, 168, 169.

양도되므로 신탁관리업체가 저작권 이용자와 이용계약을 체결할 때 저작권자의 동의 문제가 논의될 여지는 없다.

그러나 우리나라의 신탁관리업체도 특정한 이용자에게 배타적 이용권이나 독점적 이용권을 허락하게 되면 저작물을 독점하게 되므로 단순 이용권만 허락하고 있다

#### (4) 법률효과

최초의 배타적 이용권자로부터 이용권을 허락받은 자는 그 배타적 이용권자가 취득한 권리의 범위에서만 이용권을 취득할 수 있다. 최초의 배타적 이용권에 대한 제한(시간적, 장소적, 내용적 제한)은 그 배타적 이용권자로부터 이용권을 취득한 자에 대해서도 영향이 있다.

또한 최초의 배타적 이용권이 존속할 것을 전제로 다음 단계의 이용권 관계도 존속한다. 만일 최초의 배타적 이용권이 이용계약의 해지 또는 존속기간의 만료로 소멸하면 그 다음 단계의 이용권도 소멸하고 모든 이용권은 다시 저작권자에게 복귀한다.

그러나 당사자자들은 비록 전단계의 배타적 이용권이 소멸하더라도 그 다음 단계의 이용권은 그와 관계없이 존속시키기로 합의하는 것은 가능하다.<sup>35)</sup>

#### (5) 제2항의 내용

---

35) BGH ZUM 1986, 278, 279ff.-「Alexis Sorba」 사건: Fromm/Nordeman/Hertin, a. a. O, § 34. RdNr. 15.

제35조 제2항에 의하면 제34조 제1항 제2문, 제2항 및 제5항이 배타적 이용권을 다른 사람에게 다시 허락하는 경우에 준용된다. 즉 저작권자는 배타적 이용권자가 다시 제3자에게 이용권을 허락하는 경우에 신의칙에 반해서 거절할 수 없다. 편집저작물에 대한 배타적 이용권자가 다시 제3자에게 이용허락을 하는 경우에는 편집물에 대한 저작권자의 동의만 구하면 된다.

## V. 이용권 상호간의 효력관계

※ 독일 저작권법 제33조(이용권의 계속적 효력)

「배타적 이용권이든 단순 이용권이든 권리자가 그 보다 뒤에 허락한 이용권에 대하여 유효히 존속한다. 이용권을 허락한 권리자가 변경되거나 그가 그의 권리를 포기한 경우에도 동일하다」

이 규정은 이용권 취득자를 위한 이용권의 ‘존속보호’(Bestandsschutz) 또는 ‘계속보호’(Sukzessionsschutz) 규정이다. 이용자는 자기가 취득한 이용권은 허락을 얻은 범위에서 뒤에 발생한 이용권과 관계없이 지속적으로 존속하리라는 신뢰를 보호받아야 한다는 취지를 규정한 것이다.

여기서 이용권자는 저작권자로부터 직접 이용권을 취득한 자는 물론 배타적 이용권의 소지자로부터 이용권을 취득한 자를 포함한다.<sup>36)</sup> 가령 저작권자가 배타적 이용권을 설정해준 후에 다른 사람

36) Fromm/Nordeman/Hertin, a. a. O, § 33. RdNr. 2.

에게 단순 이용권(채권적 이용권)을 허락해준 경우에는 배타적 이용권이 존속하고 뒤에 허락한 단순 이용권은 유효히 존속하지 못한다는 것에 대하여는 의문의 여지가 없다.

만일 단순 이용권을 설정해주고 이어서 다른 사람에게 배타적 이용권을 설정해준 경우에도 마찬가지로 그 단순 이용권자는 배타적 이용권자와의 관계에서 그 이용권이 존속할 수 없다. 이런 경우에는 다만 저작권자가 그 단순 이용권자에게 손해배상책임을 질 뿐이다. 이용권을 허락 또는 설정한 후에 권리자가 변경된 경우 구체적 예로서 배타적 이용권이 양도되면 그 이용권자가 다른 사람에게 허락한 단순 이용권자에 대한 채무는 그 배타적 이용권의 양수인에게 이전되는 것은 아니고 소멸된다. 즉 그 단순 이용권은 그 양수인에 대하여 유효히 존속할 수 없다. 또는 권리자가 권리를 포기하면 그 권리를 기초로 발생한 단순 이용권도 덩달아 소멸하게 된다.<sup>37)</sup>

독일 저작권법 제33조는 이런 경우에 대응한 것으로서 그 규정에 따라 이용권의 기초로 된 권리에 무슨 변화가 일어나더라도 그 이용권은 계속 유효하게 존속하게 된다.

## VI. 맺으면서

1. 우리 저작권법도 독일 저작권법과 같이 타인의 저작권 이용방법으로서 채권적 이용허락, 이용권의 양도를 규정하고 있지만 독일 저작권법과 같이 그 요건을 좀더 구체적으로 명시할 필요가 있다.

---

37) Schricker, a. a. O, § 33 RdNr.10.



2. 또한 ‘이용허락’과 ‘이용권 양도’는 성질이 전혀 다른 점을 고려하여 이용권 양도를 규정한 제46조 제3항은 그의 1항, 2항과 별도로 독립시킬 필요가 있다. 또한 이용권 양도는 일종의 권리변동 사항에 포함되고 우리나라에서는 등록제도를 시행하고 있기 때문에 이용권 양도의 대외적 효력을 위한 등록근거규정이 필요하다. 제46조 제3항의 이용권 양도는 현재로서는 유명무실한 제도라 할 수 있다.

3. 저작권에 대하여 채권적 이용허락을 할 것인가, 배타적 이용권을 설정할 것인가 하는 문제는 본래 권리자의 자유처분 사항에 속하는 문제이다. 그럼에도 불구하고 특별히 입법을 필요로 하는 것은 현행법이 ‘공시방법’을 배타적 이용권의 ‘대항요건’으로 규정하고 있어(제63조) 등록부가 마련되어야 그 설정이 가능하기 때문이다.<sup>38)</sup>

배타적 이용권을 설정하기 위해서는 일단 ‘물권적 합의’(Einigung)인 설정합의를 하고 그것을 공부에 등록해야 한다. 유럽에서는 공시방법을 필요로 하지 아니하기 때문에 배타적 이용권을 당사자들이 임의적으로 설정하는 것이 가능하다. 배타적 이용권의 설정도 성질상 제46조 1,2항의 ‘이용허락’의 범주에 들어가는 제도이다.

4. 영상물특례규정 제100조에 의하면 영상제작자에 대한 저작권 양도(제1항)와 실연자의 권리(제69조의 복제권, 제70조의 배포권,

---

38) 일본 저작권법 제88조 제1항에 의하면 출판권 설정에 필요한 사항을 등록하지 아니하면 ‘제3자에게 대항할 수 없다’고 규정하고 있다.

제73조의 방송권 및 제74조의 전송권) 양도를 추정하고 있다(제3항).

저작권 또는 실연자의 권리가 양도되기 때문에 권리자들의 지위는 공허해지며 투자자나 배급사가 영상제작자와 권리양도 또는 독점적 이용권의 허락을 합의할 수 있다. 이는 최근 영화제작자나 영화인력들을 경제적으로 곤궁하게 만드는 제도적 원인으로 작용하고 있다.

배타적 이용권 제도가 신설되면 그 각권리에 대한 '배타적 이용권 허락'을 추정하는 것으로 개정하는 것이 가능하고 영화인력과 투자자간에 그러한 불합리한 문제가 제기되는 것을 막을 수 있다. 또한 제101조는 배타적 이용권 허락을 추정하는 경우를 전제하고 있으며 저작권 양도를 추정하는 한 전혀 필요하지 않는 규정이다.

## 5. '입법서안'

위의 여러 관점에서 배타적 이용권 관련 규정을 다음과 같이 수정 또는 신설한다.

(1) 현행 저작권법 제46조 제3항을 삭제한다.

### 제46조(이용허락)

- ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.
- ③ 삭제

<해설>

‘저작권 이용허락’과 ‘이용권 양도’는 법적 성질이 전혀 상이하여 ‘이용허락’이라는 타이틀로 한데 묶는 것은 합리적이지 못하기 때문에 제3항의 이용권 양도만 제46조의 2에서 별도로 분리하여 규정할 것을 전제로 이 규정에서는 삭제한 것이다.

(2) 배타적 이용권 규정을 다음과 같이 신설한다.

제46조의 1(배타적이용권)
① 배타적 이용권자는 특별한 경우를 제외하고 저작권자의 동의를 얻어 이용권의 범위에서 제3자에게 저작물의 이용을 허락할 수 있다. 저작권자는 신의칙에 반하여 동의를 거절할 수 없다.
② 배타적 이용권자는 편집저작물의 경우 편집저작권자의 동의만으로 제3자에게 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
③ 제53조 내지 제55조의 규정은 배타적이용권의 등록(배타적이용권의 설정등록을 포함한다)에 관하여 준용한다. 이 경우 제55조 중 저작권등록부는 배타적이용권등록부로 본다.

<해설>

① 제46조의 1에서 규정한 이유

제57조 이하의 출판권 설정규정과는 달리, 제46조의 1에서 신설된 배타적 이용권은 모든 저작권(복제권, 배포권 뿐만 아니라 공중송신권, 전시권, 2차적저작물 작성권 전반)에 대하여 설정될 수 있

는 이용권으로서 일반규정에 해당된다.

제46조 이하에서 이용권 일반을 규정하고 있는 부분이므로 배타적 이용권은 46조의 1에서 규정하는 것이 적당하다. 제46조~제46조의 2의 규정과 제57조 이하의 설정출판권 규정은 총론과 각론의 관계로 이해하면 된다.

## ② 개정의 취지

현행법 제46조의 이용허락은 채권적 이용권의 허락만 의미하고 배타적 이용권은 물권적 대세적 효력을 갖는 이용권이므로 별도로 규정하게 된 것이다.

배타적 이용권자가 다른 사람에게 이용권을 허락한 결과 저작권자에게 불리하게 되는 경우를 예상하여 저작권자의 동의를 규정 한 것이다. 여기서 '특별한 경우'라 함은 기업재산의 포괄적 양도의 경우와 같이 특별히 저작권자의 동의를 필요로 하지 아니한 경우를 말한다.

동의를 거절해야 할 필요가 없는 경우에 저작권자가 동의를 거절하면 동의를 하기까지 배타적 이용권자로부터 이용허락을 얻은 자의 이용은 위법한 것으로 되어 배타적 이용권자는 저작권자에게 법적 책임을 지게 되는 등 불공정한 문제가 발생할 수 있으므로 신의칙에 반하여 동의를 거절할 수 없도록 한 것이다.

편집저작물에 대하여 배타적 이용권을 설정하는 경우 각 소재의 저작권자들의 동의까지 얻을 필요는 없고 편집저작권자가 편집물을 작성할 때 각 소재의 저작권자들로부터 얻은 동의로 대체해도 될 것이다.

배타적 이용권 설정 및 효력요건은 나라에 따라 다소 차이가 있다. 일본, 한국 법전은 등록을 권리변동의 대항요건으로 규정하고 있다. 따라서 배타적 이용권 설정의 경우 등록이 필요하므로 제3항은 그 등록을 규정한 것이다.

제54조 권리변동 등록 사항 가운데 ‘배타적 이용권의 양도 및 설정’을 삽입하고 그 대신 제3항을 두지 않는 방법도 있다. 아래의 제46조의 2, 제3항의 경우도 동일하다.

(3) 현행 저작권법 제46조의 제3항은 ‘제46조의 2’로 독립시키고 그 내용을 아래와 같이 수정한다.

제46조의 2(이용권 양도)

① 제46조에 따라 저작권자의 허락을 얻어 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다. 저작권자가 이용권자에 대하여 양도를 동의하지 아니한 경우에는 그 양도인은 양수인과 저작권자에게 연대책임을 진다.

② 기업재산의 포괄적 양도의 경우에는 저작권자의 동의를 얻지 아니한 때에도 이용권은 그 기업재산의 양수인에게 양도된다.

③ 제46조의 1 제1항 제2문, 제2항 및 제3항은 이용권 양도에 준용한다.

<해설>

통상적 이용권의 경우 동일 저작물에 대하여 동일내용의 이용권을 무수히 허락할 수 있다. 그러나 ‘독점적 이용권’을 허락하거나

‘배타적 이용권’을 설정한 경우에는 동일 저작물에 대하여 동일 내용의 이용권을 중복해서 허락해주거나 설정해주는 것은 불가능하기 때문에 제3자가 동일 저작물에 대하여 동일 내용의 이용권을 - 독점적이든 비독점적이든, 채권적이든 배타적이든 - 취득하고자 하는 경우에는 이용권 양도제도라는 것이 별도로 필요하게 된다.

이용권 양도로 이용권자의 ‘법적 지위’만 이전된다. 이용권자인 양도인은 더 이상 저작물을 이용할 수 없게 되나 보상금청구권 등 저작권자에 대한 채권채무관계는 존속하며 또한 이용권 양수인과 저작권자 사이에 어떤 법적 관계가 성립하는 것은 아니다.

따라서 이용권 양수인이 임의로 저작권자에 대하여 채무를 이행하지 아니한 경우에는 이용권 양도인이 저작권자에게 책임을 져야 하나 양수인에게도 그에 관해서 간접적으로는 책임이 존재하기 때문에 양도인이 저작권자에 대하여 채무를 이행하지 아니한 때에는 양수인도 연대하여 책임을 지도록 한 것이다(제1항 2문).

제2항은 이용권이 기업재산과 함께 포괄적으로 양도되는 경우에 재산마다 권리관계를 그와 다르게 정할 수 있다면 기업양도제도의 목적을 달성할 수 없기 때문에 둔 규정이다.

제3항에 의한 제46조의 1, 제2항의 준용은 편집저작물에 대하여 배타적 이용권을 설정하는 경우와 그에 대한 배타적 이용권을 양도하는 경우는 실질적으로 동일하여 편집저작권자의 동의만으로 이용권을 양도할 수 있도록 하기 위한 것이다.

우리 저작권법의 경우 권리변동은 반드시 등록을 함으로서 대항력이 발생하므로 이용권 양도도 공시방법을 갖추어야 한다. 채권적 이용권 양도의 경우에는 이용권 취득자의 저작권자에 대한 대항문제만 생기며 저작권자의 동의를 근거로 이용권 취득자는 저작

권자에게 대항할 수 있으나 특히 배타적 이용권 양도의 경우에는 권리변동 등록이 필요하다(제46조의 1 제3항의 준용).





# Open Source 운동과 지적재산

김지영

(한국지식재산연구원 선임 연구원)

## 차 례

- I. 서론
- II. Open source의 의의
- III. 지적재산권법에 대한 개관
- IV. OSS와 지적재산과의 잠재적 갈등
- V. 결론

## I. 서론

소프트웨어의 보호와 관련하여서는 아직도 다양한 논란이 있다. 예컨대 저작권에 의한 소프트웨어의 보호, 특허권에 의한 소프트웨어의 보호 또는 제3의 형태에 의한 보호론 등 그 보호방식에 대하여 지속적인 논의가 있는가 하면, 본고에서 다룰 바의 문제인 open source 운동과 같이 독점적(proprietary) 보호 제도 자체에 회의론을 표명하는 논의가 있다.

현재의 컴퓨터 산업이 거둔 급속한 발전과 함께 관심을 모으는 쟁점 중의 하나가 open source<sup>1)</sup> 문제이다. "open source"란 용어는 "source code"를 개인 사용자가 원하는 대로 수정 또는 개량할 수 있도록 허용된 컴퓨터 프로그램을 의미하는 것으로,<sup>2)</sup> 빠른 속도로 변화하는 시장 환경에 대처하기 위한 방안으로 등장하게 되었다. 특히 개방적이며 공유를 지향하던 초기 소프트웨어 사용 환경이 독점적이며 폐쇄적으로 변화하는 것에 대하여 반기를 든 Richard Stallman은 GNU Project를 진행하면서, 지속적으로 open source 운동을 전개하게 된다. 그가 1985년 설립한 Free Software Foundation(FSF: 자유 소프트웨어 재단)은 현재에도 open source 운동을 주도하고 있다.<sup>3)</sup> 올해 6월 29일에는 GPL(General Public License) v.3을 발표하고, 이의 보급을 위하여 지속적으로 노력을 하고 있으며,<sup>4)</sup> 소프트웨어에 대한 기술특허에 대하여 상당한 거부감을 갖고 있는 FSF은 Ben Klemens가 이끄는 End Software Patents(ESP)의 소프트웨어 특허 폐지 운동에도 참여하고 있다.<sup>5)</sup>

이러한 Open Source Community에 대항하여 MS의 경우에는 UNIX 진영에 대항하기 위하여 면책보증프로그램 제공대상을 확대

- 
- 1) 본고에서는 open source이나 free software와 같은 국문으로 바꾸지 않고 영문 형태로 그대로 사용하도록 한다.
  - 2) 반대로 "closed source" 소프트웨어는 독점적인 것으로, 공중 배포가 금지되며, 소프트웨어 제작자에 의한 개작만이 허용된다.
  - 3) 문서에 따라서는 FSF이 1984년에 설립된 것으로 소개되기도 하나, 여기에서는 FSF 홈페이지에 게재된 대로 1985년을 그 설립년도로 본다.
  - 4) 2007년 11월 8일에는 GPL v3에 대한 가이드를 공개하였다 또한 2007년 8월 14일 GNU AGPL(GNU Affero Geeral Public License) 초안을 발표하고, 다시 11월 19일에는 GNU AGPL v3를 발표하였다.
  - 5) open source community 진영은 계속 그 세력을 넓혀가고 있다. 예컨대 Red Hat은 Java의 open source화를 추진하는 Sun Microsystems에 새로이 참가하여 적극적으로 활동할 것을 표명한 바 있다.

하는가 하면, Novell과의 제휴를 통하여 자사가 보유하는 특허에 관한 Novell의 제품에 대하여는 특허 침해를 주장하지 않겠다고 한 바 있다. 반면 이러한 움직임과 동시에 Red Hat 사용자를 상대로 한 특허료 징수를 시사한 바 있으며, 특허를 통한 소프트웨어 보호의 필요성을 지속적으로 세계 각국에서 호소하고 있다.

소프트웨어의 보호와 관련한 이러한 외국의 논의와 관련하여 우리의 정부역시 지속적인 관심을 두고 있다. 예컨대 FSF가 GPL v3를 발표하자 특허청은 소프트웨어의 특허권은 여전히 유효하며, 보다 적극적으로 특허권을 확보해야 한다는 입장을 표명한 바 있으며,<sup>6)</sup> 정보통신부와 컴퓨터프로그램보호위원회는 「오픈소스SW 라이선스 가이드」를 발표하였다.<sup>7)</sup>

OSS(open source software)를 지지하는 측은 open source 시스템이 컴퓨터 사용자의 자유를 유지하며, 일상적인 독점 모형에 비하여 보다 우월한 발전 모델을 제공한다고 주장한다.<sup>8)</sup> 반면 이를 반대하는 측은 OSS의 보안성에 대한 우려와 함께 다른 프로그램

6) 특허청, GPL3 대비, 소프트웨어 관련 특허 강화해야, 2007.8.30 보도자료.

7) 정보통신부, 오픈소스SW 라이선스 가이드 발표, 2007.11.6 보도자료.

8) Shawn W. Potter, "Opening Up to Open Source", 6 *Richmond Journal of Law and Technology*(2000), 1, 20. 여기에서는 open source에 대한 여러 비판을 반박하고 있다. 예컨대 비전속적 기여자의 노력으로 우연히 제품을 만드는 일관성 없는 개발 과정에 의해서는 좋은 소프트웨어가 만들어질 수 없다는 주장에 대하여 Linux의 예를 들어 반박한다. 또한 독점적 소프트웨어 판매자가 없다면 open source는 존재할 수 없다는 주장에 대하여 비록 open source에 있어서 소프트웨어를 작성할 재정적 인센티브는 다르게 구성되지만, 여전히 창작을 자극하기에는 충분하다는 증거를 제시하고 있다. open source는 어쩔 수 없이 작은 시스템이며, 이 운동의 성장은 한계를 가질 것이라는 주장에 대하여서는 일부 그 현실을 인정하면서도 이 문제가 조직 자체를 파괴할 것이라는 주장은 부당하다고 말하고 있다. 인터넷처럼 open source 역시 그 자유성을 상실할 것이라는 주장에 대하여, 실령 미래에는 덜 자유로워질지라도 그러한 이유만으로 현재에 봉착되어서는 안 된다고 반박하고 있다.

과 양립할 수 있는 형태로 운용될 수 있는가에 대한 의구심을 제기한다.

이러한 기술적·경제적 논란이외에도 OSS는 법률적 문제를 함께 내포하고 있다. 즉 저작권, 특허 및 영업비밀을 포함한 지적재산권은 OSS와 관련하여 또 다른 문제가 발생할 가능성이 있다. 설령 어떤 컴퓨터 프로그램이 open source로 의도된 것이라도 당해 권리자는 언제든지 OSS 개발자나 사용자를 상대로 자신의 권리를 주장할 수 있다. 더 나아가 OSS는 일반적으로 사용자로 하여금 이를 open source로 유지하도록 하는 라이선스를 동반하게 되는데,<sup>9)</sup> 라이선스는 프로그램의 일부만이 open source에서 얻어진 경우라도 독점적 프로그램을 OSS로 만들 수 있다는 점에서 과도하다는 지적을 하는 견해<sup>10)</sup>도 있다. 나아가 우리의 판결에서와 같이 open source를 규약한 GPL의 법적 구속력을 인정하지 않거나, 미국에서와 같이 그 집행 가능성을 의심하는 견해<sup>11)</sup>도 있다.

이와 같이 OSS와 관련하여서는 다양한 법률 문제가 있다. 이에 본고에서는 무시할 수 없을 만큼 성장하고 있는 open source 운동에 대하여 살펴보고, 이러한 움직임이 지적재산권과의 관계에서 직면할 수 있는 갈등 관계를 살펴보도록 한다.<sup>12)</sup> 이를 위하여 개

9) Natasha T. Horne, "Open Source Software Licensing: Using Copyright Law to Encourage Free Use," 17 *George State University Law Review*(2001), 86 3.

10) Christian H. Nadan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?," 10 *Texas Intellectual Property Law Journal*(2002), 394.

11) Dennis M. Kennedy, "A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and the Future," 20 *St. Louis University Public Law Review*(2001), 345.

12) 이러한 갈등의 명확한 해답은 쉽게 찾을 수 없으며, 그 이유를 open source 운동이 저작권법적 접근 방법을 차용하지만, open source 소프트웨어 라이선

괄적으로 open source 운동의 전개 과정과 현황을 살펴본다. 또한 이와 갈등관계에 설 수 있는 지적재산권법을 개괄하고, 양자의 갈등 상황을 살펴본다. 특히 이를 다른 미국의 재판례와 우리 법원의 태도를 확인하도록 한다.<sup>13)</sup>

## II. Open source의 의의

### 1. Open Source의 정의

먼저 open source의 의미와 open source 운동을 이해하는데 있어서는 컴퓨터 프로그램 기술의 기초를 이해하는 것이 도움이 될 것이다. 일반적으로 소프트웨어 프로그래머는 Basic, C++, Java와 같은 고급 프로그램 언어를 사용하여 소프트웨어 프로그램을 기술하게 된다. 이들 고급 프로그램 언어를 구성하는 단어, 기호 및 수를 사용하여 프로그래머는 컴퓨터의 작업 사항을 작성하게 된다. 예컨대 "ADD (X,Y)"란 명령은 컴퓨터로 하여금 변수 X의 값을 변수 Y에 더하도록 한다. 이러한 고급 언어로 기술된 컴퓨터 프로그램은 "source code" 형태라고 말하게 된다. 하지만 컴퓨터는 source code의 이러한 고차원적 명령을 읽지 못 한다. 그 대신 컴퓨터

---

싱은 전통적인 저작권 라이선싱과는 근본적으로 다르다고 설명하는 견해도 있다; 김병일, "오픈소스" 소프트웨어 라이선싱, 창작과 권리, 2004년 봄호(제34호), 34-35면.

13) 본고는 국내 SW 산업의 현황과 open source 운영 상황 등과 같은 실태적 조사 분석은 하지 못 하였다. 안타깝게도 이를 참고할 만한 국내 조사 보고서역시 찾기 힘들었다.

는 "0 또는 1"과 같은 이진법적 신호에 반응한다. 예컨대 "01001101"과 같은 수가 컴퓨터에게는 두 개의 값을 더하여 그 결과를 도출하도록 하는 명령어일 수 있다. 따라서 source code 형태로 프로그램을 작성한 후, 컴퓨터가 이를 읽을 수 있도록 프로그래머들은 compiler 프로그램을 사용하게 된다. 이에 따라 0과 1로 변환된 것은 "object code"라고 부르게 된다.

오늘날 많은 컴퓨터 프로그램은 object code 형태로 배포된다. 이러한 배포 시스템은 "독점적 소프트웨어" 모델이라고 언급된다. 예컨대 아래 한글이나 MS word 프로그램과 같은 제품을 구매하는 소비자는 이와 같이 0과 1로 코드화된 CD를 접하게 된다. 이와 같이 소프트웨어 개발업자가 source code가 아닌 object code 형태로 제품을 판매하는 이유는 컴퓨터가 보다 쉽게 인식할 수 있다는 편의성에 따른 것이다.

또한 이는 source code가 공개되는 것을 방지한다. 숙련된 프로그래머라면 쉽게 source code를 읽어낼 수 있기 때문에, 경쟁사로서는 당해 프로그램이 작용하는 원리를 쉽게 분석할 수 있다. 그 결과 만약 소프트웨어가 source code 형태로 배포되면, 경쟁사로서는 쉽게 경쟁 제품에서 사용되는 프로그램을 파악할 수 있다. 아래에서 언급하는 바와 같이, 이러한 행위는 지적재산권법을 침해하는 행위가 될 수 있다. 그러나 그러한 침해 행위는 발견하는 것도 또한 이를 금지시키는 것도 쉽지는 않다. object code 형태로 소프트웨어를 배포하는 것은 이러한 침해를 방지할 수 있는 효과적이며 비용도 적게 되는 수단이다.

일부 컴퓨터 사용자는 이러한 독점적 소프트웨어 모델에 대하여 불만을 표시하고 있다. 코드상의 오류를 수정하거나 추가적인 요

소를 개발하고 싶어도 일반적으로 독점적 소프트웨어의 엔드 유저로서는 소프트웨어 퍼블리셔에 의지해야만 한다. 이와 같은 상황에 대하여 FSF의 대표인 Richard Stallman은 독점적 소프트웨어 제도는 사용자로 하여금 서로에게 도움이 될 수 없으며, 고립되도록 하는 것이라고 설명하였다.<sup>14)</sup> 나아가 Stallman은 다른 사람을 돕는 것은 사회의 근간이라는 이유에서 컴퓨터 사용자는 자신의 필요에 따라 자유로이 프로그램을 변경할 수 있어야 한다고 주장하고 있다.<sup>15)</sup>

독점적 소프트웨어 개발에 대한 반응으로 보다 느슨한 형태의 OSS 공동체(community)가 발생하였다. 독점 소프트웨어와는 달리 "open source" 소프트웨어의 소스 코드는 공중이 사용할 수 있다. 따라서 컴퓨터 사용자는 소프트웨어를 만들기 위하여 프로그래머가 작성한 사람이 읽을 수 있는 지침서를 검토할 수 있게 된다.<sup>16)</sup>

## 2. Open Source Software License

그러나 "open source"라는 표현은 단순히 object code가 아닌 source code 형태로 배포하는 것만을 의미하지는 않는다. 이러한 환

---

14) <http://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>

15) *Ibid.*

16) 실제 많은 영역에서 OSS가 사용되고 있다. 예컨대 널리 사용되고 있는 인터넷 서버 프로그램인 Apache나 가장 대중적인 인터넷 프로그래밍 언어인 Perl, 월드 와이드 이메일 메시지의 80% 이상을 발송하는 Sendmail, 도메인 네임 시스템의 기초가 되는 프로그램인 Bind, 운영 시스템 중 가장 빠른 성장세를 보이는 Linux와 같이 일반적인 프로그램의 많은 것이 OSS이다. 이들 프로그램이 open source인 덕분에 많은 이들이 그들이 원하는 대로 이들 source code를 참고하고 있다.

경에서도 퍼블리셔는 소프트웨어에 대한 자신의 지적재산권을 주장하고, 프로그램의 개작이나 재배포를 제한할 수 있다. 설령 공중에 대하여 프로그램이 공개된 경우라도 source code는 퍼블리셔의 통제아래 놓일 수 있다. 그 결과 OSS 퍼블리셔들은 컴퓨터 프로그램을 공중에 배포하는 경우 단순히 source code와 object code의 복제본을 제공하는 것에 머물지 않고, 함께 라이선스 형태<sup>17)</sup>로 소프트웨어의 사용 조건을 설정한다. 예컨대 라이선스는 소프트웨어를 재배포하고자 하는 자에 대하여 당해 소프트웨어의 source code를 공중이 사용할 수 있도록 요구하는 내용을 포함할 수 있다. 사용자로 하여금 소프트웨어의 source code에 대한 접근 및 변경권을 부여하도록 하는 계약은 "open source license(OSL)"로 취급된다.

라이선스 조항을 통하여 소프트웨어 사용자에게 대한 권리를 인정하는 관행은 종종 "copylefting"이라고 불린다.<sup>18)</sup> 이 시스템 아래에서는 저작권자는 소프트웨어 복제본을 수령한 측에게 사용권을 허여하게 된다. 라이선스는 동일한 라이선스를 따르도록 하는 것을 조건으로 당해 복제본을 재배포할 수 있도록 허용한다. 이러한 법적 구조는 라이선스된 것을 근거로 한 파생물이 다시 open된 상태로 유지되도록 한다. 만약 라이선서가 동일한 내용의 라이선스로 파생물을 배포하지 않는다면, 그는 법적 책임을 직면하게 된다. 특히 라이선서는 라이선스를 종료할 수 있으며, 이로서 라이선서는 당해 소프트웨어를 복제, 배포 또는 개작할 수 없다.

비록 소프트웨어 라이선스를 OSL로 분류하는 공식적인 개념 요

17) 라이선스는 특정한 조건을 따르도록 하는 가운데, 퍼블리셔가 구매자에게 소프트웨어를 사용·수정할 수 있도록 하는 계약이다.

18) 이 용어는 "copyright"에 대한 상대어로 만들어진 것이다.



소는 없지만, "Open Source Initiative(OSI)"란 조직체에서 표준안을 만들어 보급하고 있다. OSI는 자신들이 운영하는 인증 프로그램을 통하여 "Open Source Definition(OSD)의 운영과 개발에 기여하는 비영리 조직"이라고 자신을 소개하고 있다.<sup>19)</sup> OSD을 충족하기 위하여서 라이선스는 다음의 일정 요건을 충족하여야 한다.<sup>20)</sup>

- ① 자유로운 재배포(Free Redistribution)<sup>21)</sup>
- ② Source Code<sup>22)</sup>
- ③ 2차적 저작물(Derived Works)<sup>23)</sup>
- ④ 창작자 source code의 완전성(Integrity of the Author's Source Code)<sup>24)</sup>

---

19) <http://www.opensource.org>

20) 영문에 대한 해석은 김병일, 전게서, 43-44면 참조.

21) The license shall not restrict any party from selling or giving away the software as a component of an aggregate software distribution containing programs from several different sources. The license shall not require a royalty or other fee for such sale.

22) The program must include source code, and must allow distribution in source code as well as compiled form. Where some form of a product is not distributed with source code, there must be a well-publicized means of obtaining the source code for no more than a reasonable reproduction cost preferably, downloading via the Internet without charge. The source code must be the preferred form in which a programmer would modify the program. Deliberately obfuscated source code is not allowed. Intermediate forms such as the output of a preprocessor or translator are not allowed.

23) The license must allow modifications and derived works, and must allow them to be distributed under the same terms as the license of the original software.

24) The license may restrict source-code from being distributed in modified form only if the license allows the distribution of "patch files" with the source code for the purpose of modifying the program at build time. The license must explicitly permit distribution of software built from modified source

- ⑤ 사람에 대한 비차별(No Discrimination Against Persons or Groups)<sup>25)</sup>
- ⑥ 노력 분야에 대한 비차별(No Discrimination Against Fields of Endeavor)<sup>26)</sup>
- ⑦ 라이선스의 배포(Distribution of License)<sup>27)</sup>
- ⑧ 특정 제품에 한정되지 않는 라이선스(License Must Not Be Specific to a Product)<sup>28)</sup>
- ⑨ 다른 소프트웨어를 제한하지 않는 라이선스(License Must Not Restrict Other Software)<sup>29)</sup>
- ⑩ 기술 중립적인 라이선스(License Must Be Technology-Neutral)<sup>30)</sup>

---

e code. The license may require derived works to carry a different name or version number from the original software.

- 25) The license must not discriminate against any person or group of persons.
- 26) The license must not restrict anyone from making use of the program in a specific field of endeavor. For example, it may not restrict the program from being used in a business, or from being used for genetic research.
- 27) The rights attached to the program must apply to all to whom the program is redistributed without the need for execution of an additional license by those parties.
- 28) The rights attached to the program must not depend on the program's being part of a particular software distribution. If the program is extracted from that distribution and used or distributed within the terms of the program's license, all parties to whom the program is redistributed should have the same rights as those that are granted in conjunction with the original software distribution.
- 29) The license must not place restrictions on other software that is distributed along with the licensed software. For example, the license must not insist that all other programs distributed on the same medium must be open-source software.
- 30) No provision of the license may be predicated on any individual technology or style of interface.

### 3. OSL의 대표례

OSI가 OSD에 따른다고 인증한 다양한 형태의 OSL이 많은 다양한 단체에 의하여 발표되었다.<sup>31)</sup> 아래에서는 그 대표적인 예를 몇 개 소개하도록 한다.

#### (1) GPL(General Public License)

Richard Stallman의 GNU/GPL은 라이선스뿐만 아니라 선언문적인 요소를 갖고 있다. 이는 모든 2차적 저작물도 역시 자유롭게 유지되어야 한다는 점에서 가장 강력하게 소프트웨어의 자유와 copyleft적 요건을 포함하고 있다. 때문에 GPL과 관련 라이선스群은 open source 진영 및 상업적 개발자 모두에게 논란의 대상이 되고 있으며, 특히 자신의 2차적 저작물을 개인적인 또는 일반 상업적 라이선스의 대상으로 하려는 자에게는 더욱 논란이 되고 있다.

OSD와 비교할 때, GPL은 소프트웨어 퍼블리셔에게 부가적인 제한을 부과하고 있다. 그 결과 OSD을 충족하는 라이선스라고 할 지라도 GPL에는 해당하지 않을 수 있다. 그 후원인 Free Source Foundation에 따를 때, GPL은 컴퓨터 사용자로 하여금 다음의 4개 자유를 보장한다.<sup>32)</sup>

---

31) 2007년 11월 22일 현재 65개의 OSL이 소개되어 있다. 정보통신부, 컴퓨터프로그램보호위원회, 오픈소스 SW 라이선스 가이드에서는 open source 프로젝트 개발 포털사이트인 Freshment에 등록되어 있는 프로젝트 중 43,722개가 open source로 분류되며, 이중 72%가 GPL과 LGPL를 사용하고 있다고 소개하고 있다.

- 어떠한 목적에서든 프로그램을 운영할 자유
- 프로그램의 작동 원리를 연구하여, 자신의 필요에 따라 개작할 자유
- 이웃을 도울 수 있도록 복제본을 재배포할 자유
- 프로그램을 개선하고 이를 공중에 배포하여 전체 공동체가 이익을 볼 수 있도록 할 자유

이때 "자유"란 용어가 소프트웨어가 무상으로 판매되어야 하는 것을 의미하지 않는 것에 주의하여야 한다. 이는 허용되는 사용자의 행위와 소프트웨어는 이를 연구하거나 이를 통하여 이익을 얻고자 하는 모든 자에 대하여 모든 형태로 공개적으로 사용될 수 있는 것이어야 한다는 원칙을 언급하는 것이다.

OSD와 GPL사이의 주된 차이점은 OSD은 사용자로 하여금 자신이 한 개작에 대하여 개인적으로 사용하는 것을 허용하는 것이다.<sup>32)</sup> 즉 GPL의 경우에는 사용자가 GPL이외의 어떤 라이선스라도 object code를 개작하는 것을 허용하지 않는다. 반면 OSD의 경우에는 자신이 개작한 것에 대하여 사용자가 추가적인 제한을 부과하여 라이선싱하는 행위를 금지하지 않는다. 따라서 OSD에 의할 때 사용자는 자신의 개작을 포함하여 일체의 프로그램에 대한 source code의 공개를 거절할 수 있다. 라이선싱은 소프트웨어에

---

32) See The Free Software Foundation, "The Free Software Definition", 2004, <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>

33) Daniel B. Ravicher, "Facilitating Collaborative Software Development: The Enforceability of Mass-Market Public Software Licenses," 5 *Virginia Journal of Law and Technology*(2000), 11, 72.

포함된 일체의 개작에 대하여 지적재산권의 침해를 주장할 수 있다. 물론 그러한 경우 라이선시의 소프트웨어는 open source로 분류되지 않을 것이다. 그 반대로 GPL은 소프트웨어 수령인이 개작을 한 경우에도 계속 당해 source code가 공중에게 공개되도록 요구한다.

또한 GPL에 의할 때 라이선시는 자신이 만든 개작에 대하여 타인이 또 다른 개작을 하는 것에 대하여 어떠한 제한을 할 수 없다. 예컨대 컴퓨터 프로그래머는 최소한 OSD를 충족하는 라이선스에 따라 소프트웨어를 사용할 수 있다. 프로그래머가 소프트웨어를 개작하고, 라이선시는 개작된 형태의 object code를 복제할 수 없다는 제한을 포함하는 라이선스를 한다면, 이러한 행위는 OSD에는 허용되나 Free Software Foundation의 GPL에는 해당하지 않는다.

## (2) BSD Licenses

BSD 라이선스는 일반적으로 OSL 중 가장 덜 제한적인 것으로 여겨진다.<sup>34)</sup> BSD 라이선스는 source code의 배포를 허용하나 2차적 저작물에 대하여는 어떠한 요구도 하고 있지 않다. 그 결과 BSD 라이선스에 의한 프로그램은 독점적 소프트웨어와 결합된 경우도 있다. Windows NT나 매킨토시 운영 시스템인 OS X와 같은 독점적 소프트웨어와 결합된 것들도 일반적이다. BSD 라이선스群

---

34) Dennis M. Kennedy, "A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture", *St Louis University Public Law Review* w(2001), 345, 363.

에는 MIT X 라이선스가 포함되는데, 때로는 BSD 라이선스는 MIT X 라이선스 내지 X 라이선스, MIT 라이선스로 불리기도 한다.

BSD의 내용은 법률가가 만든 일반 라이선스와는 달리 매우 단순하다. source code의 배포가 필수 저작권과 기타 고지, 면책, 책임 제한 조항 등을 포함하는 한, 개작여부에 상관없이 source code와 object code의 사용 및 재배포가 허용된다. 과거 버전에서는 강제적 귀속과 code를 사용하는 소프트웨어의 광고에 기여자로 이름을 넣을 것을 포함하는 내용의 일정 귀속 요건을 두고 있었다. 최근 수정본에서는 이들 요건을 삭제하여 번거로움을 없앴으나, 여전히 라이선스로서는 구 버전의 BSD 라이선스도 함께 확인하여야 한다. 운영 시스템에 사용되는 BSD 라이선스는 FreeBSD, OpenBSD 기타 이와 유사한 이름으로 불린다.<sup>35)</sup>

GPL과는 달리 설령 원 code에 적용되는 BSD 라이선스와 다른 내용일지라도 개발자는 2차적 저작물에 대하여 자신이 원하는 방식의 라이선스를 적용할 수 있기 때문에 오히려 많은 이들은 BSD 라이선스를 GPL보다 더욱 자유로운 것으로 인식하고 있다. 즉 BSD 라이선스는 copyleft 조항을 두고 있지 않아, 상업용 개발업자들은 GPL보다는 보다 선호한다. 특정한 라이선스 요건만 충족한다면 BSD 라이선스는 라이선스로 하여금 source code와 관련한 일체의 행위를 허용한다. 부분적으로 이는 X와 BSD 라이선스에 따른 소프트웨어가 미국 정부의 재정적 지원으로 형성된 점에서 그 이유를 찾을 수 있다. 또한 BSD 라이선스는 OSD의 중요한 한 면을 보여준다. 즉 copyleft는 OSD의 요건이 아니며, copyleft적 제

---

35) 인터넷 서버의 대부분을 차지하는 Apache 서버 소프트웨어는 Apache License에 의하여 배포되는데, 이 내용은 BSD 라이선스에 유사하다.

한은 오직 GPL 유형의 라이선스에서만 볼 수 있다.

### (3) MPL(Mozilla Public License) 및 관련 상용 라이선스<sup>36)</sup>

1998년 Netscape 브라우저가 OSL에 따라 배포되면서, Netscape 브라우저에 대한 적절한 OSL 개발을 위한 노력이 이루어졌다. 특히 이 작업에는 많은 어려움이 있었는데, 이는 브라우저 source code가 다양한 형태의 상업용 라이선스에 따른 code를 포함하고 있었으며, 이를 특히 GPL에 따라 배포하기 위해서는 당해 code에 대한 허용과 재라이선스가 필요했기 때문이다. 또한 Netscape로서는 자신들의 독점적 제품을 위한 라이선스에 따라 개발된 source code를 사용할 수 있을지, Netscape의 이익을 위하여 Mozilla Open Source 프로젝트에 따라 개발된 소프트웨어 제품을 자신의 독점적 라이선스에 따르도록 할 수 있을지 의심하였다.

라이선스 개발을 위한 오랜 논의 결과, Netscape는 Netscape Public License와 Mozilla Public License라는 2개의 라이선스를 만든다. 전자는 Netscape 브라우저에 code를 라이선스한 제3자와 관련한 쟁점과 현재 code의 전환에 관련한 우려를 그 주된 내용으로 한다. 반면 후자는 GPL이나 BSD 라이선스보다는 일반 상용 소프트웨어 라이선스와 유사한 형태를 취하고 있어서, 많은 점에서 상용 소프트웨어 업체를 위한 OSL 모델이 되고 있다.

MPL에 의하면 2차 저작물을 상업적으로 라이선스하는 행위는 허용된다. 해당 프로그램 source code에 대한 변경은 누구에게나

---

36) Ibid, 364.

인정되어야 한다. 보다 중요하게, 개작과는 달리, 해당 프로그램 source code에 대한 추가는 별도로 라이선스되거나 퍼블리쉬될 수 있으며 심지어 퍼블리쉬되지 않아도 된다. 이러한 점에서 Mizilla Public License는 GPL보다는 BSD에 가깝다.

특히 미래에 상용 프로그램이 Open Source가 되는 경우에 있어 모델이 될 수 있다는 점에서 Mozilla Public License는 매우 중요하다. 상용 개발업자들이 Mozilla Public License로 시작해, 이를 자신의 상황에 맞게 수정하려는 경향이 있었다. 그러나 본질적으로 이 라이선스는 Netscape와 관련한 특정한 쟁점을 해결하기 위한 것이었다. 비록 Open Source 공동체 소속원들은 OSS가 GPL이나 BSD에 의해 라이선스되길 바라지만, 최근 Mozilla Public License 계열의 일련의 상용 OSL이 개발되고 있다.

#### (4) 기타 OSL

위에 어떤 범주에도 속하지 않은 다양한 형태의 OSL이 존재한다. IBM, Sun Microsystems, 기타 대형 상용 소프트웨어 회사들이 다양한 변형의 OSL을 개발하였다. 이들 라이선스는 일반 GPL이나 BSD 라이선스를 기본으로 대체로 하나 또는 그 이상의 변형 규정을 두고 있다. 일부는 큰 차이를 갖는 경우도 있으나, 대부분은 GPL 스타일의 라이선스를 두면서 법률의 선택 규정을 두거나, 일반 상용 라이선스에서 볼 수 있는 기타 계약적 조항을 포함시켜 GPL을 보다 개선하거나, GPL이 다루지 않는 사항을 다루기도 한다. 이러한 유형의 변형은 OSD 범주에는 벗어나지 않으나, GPL과 조화를 이루지 못 하면서 논란을 일으킬 수 있다. 따라서 OSD에 해



당하는가에 대하여 항상 주의를 기울여야 하는 어려움이 있다.

## 4. Open Source 운동의 전개와 현황

### (1) Open Source 운동에 대한 전개

open source 공동체는 사실 "open source" 진영과 "free source" 진영으로 나뉜다.<sup>37)</sup> 본질적으로 OSL 개념은 동일하나 open source 라이선싱에 대한 동기는 다르다. 다만 본고에서는 양 진영을 모두 아우르는 개념으로 open source란 표현을 사용하도록 한다.

open source 운동은 처음에는 "free software" 운동에 그 근거를 두고 있다. 독점적 소프트웨어 모델 방식에 대한 대응으로, 1984년 자유 소프트웨어 운동(free software movement)이 제기되었다. source code가 소프트웨어로 전환되어야 하는데, 위에서 본 바와 같이 독점적 소프트웨어 회사는 이를 object code 형태로만 판매하고, 그 결과 개인 사용자로서는 버그의 수정이나 업그레이드를 전적으로 소프트웨어 회사에 의존하여야 했다. 이러한 상황에 대한 거부감에서 "공중은 자신이 사용하거나 갖고 있는 소프트웨어를 연구하고, 변화시킬 수 있으며, 이를 재배포할 수 있는 자유"를 가져야 한다는 생각을 지향하는 자유 소프트웨어 운동이 시작된다. 이들 자유 소프트웨어 공동체는 GNU 프로젝트라고 하여 독립한 운영 시스템을 만드는 작업을 시작한다. 특히 Linus Torvalds가 Linux Kernel 문제를 해결하면서, GNU/Linux 운영 시스템이 완성된다.

---

37) Christian H. Nandan, Open Source Licensing: Virus or Virtue?, Texas Intellectual Property Law Journal, 2002(Spring), p.353.

"free"란 표현에 대응하여 "open" source 운동은 1998년초 Netscape가 자신의 브라우저 source code를 공개할 것을 발표하면서 이에 대한 반응으로 제기되었다. Netscape의 발표를 공개적인 연구 개발 과정의 우월성을 소개할 수 있는 중요한 창구로 인식한 많은 소프트웨어 개발자들이 모임을 갖고, 소프트웨어는 독점적인 것이어서는 안 된다는 free software 운동을 대신하여 "open source"운동을 추구하게 된다. 즉 "과거의 'free software'와 관련한 대결 구도적 사고에서 벗어나, 엄연히 실용적이며 사업적인 상황에 근거하여 아이디어를 판매하여야 할" 시기임을 인식하고, 이를 종전의 "free software" 운동에 구별하여 "open source" 운동이라 부르게 된다. 그리고 이들은 OSI(Open Source Initiative)라는 기구를 조직하게 된다.<sup>38)</sup>

OSI는 자유 소프트웨어 운동보다는 보다 실용적인 태도를 취하고 있다. 양자는 모두 open source 라이선싱이 보다 확대되길 바라지만, 이를 상용 소프트웨어 산업을 위협하는 대체재로 이해하기 보다는 OSI는 OSL 사용의 확대를 위하여 상용 소프트웨어 산업과 제휴를 시작하였다.

## (2) Open Source에 대한 각국의 태도

많은 정부가 상당한 양의 컴퓨터 소프트웨어를 사용하고 있다. 예컨대 미국 정부의 경우는 2000년 prepackaged<sup>39)</sup> 소프트웨어 구

38) OSI의 전개 과정은 <http://www.opensource.org/history> 참조.

39) 일반적인 사용을 목적으로 한 소프트웨어로 정형화된 형태로 판매 또는 라이선스되는 소프트웨어. 여기에서는 소프트웨어를 prepackaged software, custom software 및 own-account software의 세 범주로 나누고 있다.

매에 37억 달러를 사용하였다.<sup>40)</sup> 정부 차원에서도 이익을 극대화한다는 측면에서, 독점적 소프트웨어와 OSS 사이에서 그 사용 여부를 결정하고 있다. 때로는 비용이나 기술적인 측면에서 OSS를 채택하기도 하고, 그 반대의 경우도 있다. 특히 유럽이나 중미, 중국이나 싱가포르와 같은 국가에서 비교적 적극적으로 open source를 공공 행정 분야에서 채택하고 있다. 이에 아래에서는 공공영역에서 open source를 적극적으로 채택하고 있는 국가를 중심으로 open source에 대한 국가별 태도를 살펴보도록 한다.<sup>41)</sup>

### 가. EU 집행위원회와 의회(European Commission and European Parliament)

EU 집행위원회와 의회는 open source와 관련한 많은 연구를 해왔다. 많은 연구 보고서에서는 open source의 장점을 소개하고, 집행위원회나 의회 차원에서 open source의 사용을 적극적으로 확대할 것을 권고하였다. 그러나 위원회와 의회에서는 독점적 소프트웨어를 대신하여 open source를 확대하고자 하는 계획에는 소극적인 자세이다. 예컨대 2001년 6월에 발표된 EU 집행위원회의 IDA (Interchange of Data between Administrations) 프로그램에서는 비록 현재 대부분의 회원국에서 개인 사무용으로서 뿐만 아니라 일반 공무 행정을 위한 서버로서 open source가 널리 사용되는 것

---

40) Brent R. Moulton, Recognition of Business and Government Expenditures for Software as Investment, BEA working paper(2000),

41) David S. Evans, Bernard J. Reddy, "Government Preferences for Promoting Open-Source Software: A Solution in Search of a Problem," Michigan Telecommunications and Technology Law Review(2003), 313의 내용을 정리.

은 아니지만, Microsoft사 제품을 대체할 수 있는 가장 현실적이며, 또한 일부에 있어서는 유일한 기술적·경제적인 방안이라고 언급하고 있다.<sup>42)</sup> 또한 다음과 같은 사항을 주장하고 있다.<sup>43)</sup>

- open source software(OSS)의 사용 요건이 EC조약(European Community Treaty) 제81조 제3항에 의하여 정당화되어야 할 것.
- 소프트웨어 특허는 근본적인 자유에 있어 심각한 문제를 초래한다.
- OSS는 보다 우호적인 기준으로 고려되어야 한다.
- 일반적으로 OSS는 특히 GPL은 보다 효율적으로 보다 큰 혁신을 허용한다.
- OSS는 소프트웨어에 숨겨져 있는 부정적 수단(backdoor)나 전자적 스파이(spy)를 없애거나 감소시킬 것이다.

2001년 9월 5일 유럽 의회는 집행위원회와 회원국은 유럽 암호 기술 및 소프트웨어를 증진하여야 하며, 특히 open source 암호 소프트웨어 개발을 위한 정책을 지원할 것을 요구하는 결의안을 채택하였다. 또한 집행위원회와 회원국은 소스 텍스트를 공중이 사용할 수 있도록 하는 소프트웨어 프로젝트를 증진하여야 하며,

---

42) Patrice-Emmanuel Schmitz, Part 4: The Open Source Market Structure 7, in Study into the Use of Open Source Software in the Public Sector, Interchange of Data between Administrations, June, 2001, available at <http://ec.europa.eu/idabc/en/document/2623#study> (2007.11.27 최종 방문)

43) 비록 위원회는 open source에 대하여 우호적인 입장을 취하는 것으로 보이나, 이러한 판단에 따른 조치를 취하지는 않았다. 이는 경제적인 요소와 이념적인 요소에 따른 것으로 보인다.

e-mail 소프트웨어 패키지의 보안 수준을 설정하며, 비공중 소스로 구성된 이들 패키지를 '최소 신뢰 범주(least reliable category)'에 포함시키도록 요구하였다. 의회의 권고는 이것뿐이었으며, 현재까지 이를 위원회가 채택하지는 않았다.

## 나. 독일

그러나 독일 정부는 open source의 증진을 증진하기 위한 구체적인 활동을 하고 있다. 2002년 3월 14일 하원의 내무를 담당하고 있는 원로회의(Council of Elders)는 새로운 하원 IT 환경에 대한 결정을 내리면서, 대략 150개의 서버에 Linux를, 5,000개의 데스크탑에 Windows XP를 설치하도록 한 luK44)의 권고를 따르기로 했다. 정부로서도 비용·투자 등의 문제를 결정하여야 한다는 점에서, 이러한 판단이 곧 open source에 대한 정부 차원의 개입을 의미하지는 않는다. 그러나 이행과 관련한 하원에서의 논의 과정에서 open source를 옹호하는 수많은 논의가 이루어졌다. 이러한 논의는 open source에 대한 논의가 기술적이며 경제적 고려에만 근거하지 않는 것을 보여준다.

그 전에 2001년 11월 9일 독일은 명시적으로 연방 정부에서 open source 소프트웨어를 증진하기로 하는 내용의 "정보 사회의 독일경제"에 대한 결의안을 통과하였다. 시민당과 녹색당의 지지 아래, 결의안에서는 open source를 소프트웨어 시장에서 국내 활동가들의 경쟁을 보장하기 위한 도구로 기술하였다. 안정성, 사용자의 필요에 보다 적극적으로 대응할 수 있는 점 및 높은 보안성을

---

44) 11개 주요 정당 대표로 구성된 위원회.

open source의 장점으로 열거하였다. 정부가 연방 정부에 open source를 도입하도록 요구하면서 결의안은 비용을 줄일 수 있는 상황이라면 open source가 언제든지 사용되어야 한다고 진술하였다. 행정적 쟁점에 대한 입법적 개입은 어떤 기술적/정치적 결정이 있어야 하는가에 대한 정치적 고려를 보여주는 것이라 할 수 있다.

#### 다. 프랑스

프랑스 공공 영역에서는 1999년초부터 open source를 널리 채용하고 있으며, 완벽한 open-source 기반 시설을 지향해 가고 있다. 실제로 2005년까지 완벽한 open-source 기반을 구축할 것을 목표로 설정한 바 있으며, 실제로 몇몇 정부 기관은 open source 소프트웨어로 이미 전환하였다.<sup>45)</sup> 또한 올해 프랑스 정부는 open source가 탑재된 175,000개의 메모리 스틱을 파리 소재 고등학교에 보급할 것을 결정하였다.

프랑스에서는 특히 공적 목표를 이루기 위해서 open source가 채용되어야 한다는 견해가 지속적으로 제기되었다. 비록 입법화되지는 않았지만, 2개의 법안은 open source에 대한 프랑스의 입장을 보여준다. 1999년 12월에 제출된 입법안에서는 정부가 사용하는 모든 소프트웨어는 open code이어야 하며, 전환 절차를 파악하는 open source 기구체를 만들도록 하였다. 2000년 5월에 제출된

---

45) 2007년 9월 프랑스 교육부는 30개 지방 교육청의 2,500개 서버를 Unix에서 GNU/Linux로 전환하였으며, 문화통신부역시 Microsoft Office 97을 OpenOffice로 거의 전환하였다. 2006년 저작권법(Loi relative au Droit d'Auteur et aux Droits Voisins dans la Société de l'Information)을 개정하면서는 Apple사의 DRM 기술이 Open Source가 되도록 하였다.

안건에서는 소프트웨어와 관련하여 다음과 같은 많은 쟁점을 다루고 있었다. i) 소프트웨어는 하나의 시장에서 구입하여서는 안 되며, 따라서 다른 시장에서의 것과 양립할 수 있도록 open code여야 한다. ii) 미래의 소프트웨어 사용은 제작자의 선의에 의존하여서는 안 되며, 따라서 source code를 사용할 수 있어야 한다. iii) open code 소프트웨어는 사용자로 하여금 자신에 대한 감시 기도를 감지할 수 있도록 허용되어야 하며, iv) 호환성, 소프트웨어의 경쟁, 사생활의 존중 및 자유에 대한 원칙이 정립되어야 한다.

### 라. 이탈리아·스페인

이탈리아의 경우, Florence 시정부는 독점적 소프트웨어의 사용은 이탈리아의 컴퓨터 과학이 Microsoft에 종속되도록 할 수 있다는 결의안을 채택하였으며, 2002년 5월 Pescara는 공공 분야에서 OSS의 도입 및 개발을 요구하는 조치를 승인하였다. 스페인의 경우 카나리아 군도 정부 의회는 지방 정부가 훈련 과정 및 OSS의 활용성에 대한 공중의 인식을 제고하여 OSS의 사용을 촉진하도록 하는 요구안을 승인하였다.

### 마. 기타

브라질의 경우에는 몇 개의 지방자치단체가 정부로 하여금 open source를 사용하도록 요구하였다. 201년 6월 상 파울로주의 Amparo시는 지방의회는 자유롭고 제한없는 open source의 사용을 선호하도록 요구하였다. Recife 지방정부는 2000년 4월 명령에 따

라 open source를 채택하였으며, 2001년 12월 Porto Algre는 지방 정부가 open source 사용 환경을 설정하도록 하는 프로젝트를 승인하였다.

중국 정부는 모든 정부 서버 및 PCs에서 Windows와 Unix를 대체할 독자적인 Linux 버전을 개발할 것을 발표했다. 사무용 소프트웨어를 포함하여 정부가 사용할 수 있는 완벽한 desktop 환경을 open source 기술로 개발한다는 것이 중국의 입장이다.

### III. 지적재산권법에 대한 개관

위에서 본 바와 같이, 독점적 퍼블리셔나 OSS 퍼블리셔도 모두 자신이 선택한 개발 모델을 유지하기 위하여 지적재산권법에 의지한다. 가장 직접적으로는 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법이 있으며, 특허법이나 영업비밀보호법<sup>46)</sup> 등을 통하여 보호를 받게 된다. 나아가 라이선스가 계약이라는 점에서 민법이 또한 적용된다.

#### 1. 지적재산 정책

자신이 창작한 제품이나 공정에 대하여 독점적인 권리를 개인에게 부여함으로써, 지적재산권법은 저작자와 발명자가 자신의 노력에 따른 경제적 이익을 보장하기 위한 것이다. 지적재산제도가 없다면 경쟁자는 쉽게 혁신자의 연구와 개발 노력에 따른 혜택을 해

---

46) 정식 법률명은 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률이나 본고에서는 영업비밀보호법으로 칭한다.



칠 수 있다. 이러한 잠재적 "무임승차(free riders)"를 염두하고 기업으로서의 어떠한 재원도 이노베이션에 투자하지 않을 수 있다. 저작권, 특허 및 영업비밀은 개인과 기업이 연구와 개발에 참여할 수 있도록 경제적 인센티브를 제공하여 이러한 시장 실패문제를 해결한다.<sup>47)</sup>

또한 지적재산권은 쉽게 경제적 교환제가 될 수 있는 개별화되고, 정교한 독점 이익을 창출함으로써 시장 기능이 작동하도록 한다.<sup>48)</sup> 예컨대 특허권이 없다면 발명자는 판매하거나 라이선스할 어떤 유형적 자산도 갖지 않게 된다. 나아가 발명자는 계약 상대방을 통제할 수도 없게 된다. 장래의 구매자에게 공개된 기술이나 노하우는 발명자에게 어떠한 보상도 이루어지지 않은 채 침해될 수 있다. 특허 보호의 활용성은 계약 당사자의 기회주의적 행동 가능성을 줄여준다. 이러한 거래 비용을 줄여줌으로써, 특허제도는 기술기반 거래를 보다 실현 가능하도록 한다.

일부 학자는 지적재산권을 특히 저작권에 있어서 자연권적 성질의 것으로 파악한다. 이러한 관점에서 개인은 자신의 노동을 통하여 창작한 산물에 대하여 자연권적 권리를 지며, 지적재산권법은 윤리적이며 효율적인 시장 행위를 장려하게 된다. 이 견해에 의할 때, 공평과 정의의 문제로서 타인의 노동과 신의로부터 이익을 얻어서는 안 된다.<sup>49)</sup> 경제적 관점에서도 지적재산권법은 혁신을 포함하여 부를 창조하는 사회적으로 바람직한 행동을 자극하며, 산

---

47) Simone Rose, "Patent 'Monopolphobia': A Means of Extinguishing the Fountainhead?," 49 *Casr Western Reserve Law Review*(1999), 509.

48) Jonathan Eaton & Samuel J. Kortum, "Trade in Ideas: Patenting and Productivity in the OECD," 40 *Journal of International Economics*(1996), 251.

49) See Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property," 77 *Gerogetown Law Journal*(1988), 287.

업 스파이와 같이 현존하는 부를 단순히 재분배하는 비용 행위를 단념케 한다.<sup>50)</sup>

그러나, 오랫동안 지적재산 제도는 비판을 받아 왔다. 지적재산권은 산업 집중을 확대하며, 시장 진입을 막는다고 지적되었다.<sup>51)</sup> 또한 지적재산권은 경쟁자가 독점적 이익을 발생하는 특정한 연구 방식을 따르지 못 하도록 함으로써 실제로는 혁신의 속도를 저해한다는 견해도 있다.<sup>52)</sup> 더군다나 디지털 정보가 순식간에 전세계로 퍼져가는 상황에서 혁신은 소유권의 대상이라는 사고에 의문이 제기되고 있다.

지적재산에 대한 이와 같은 비판적인 시각에 가장 노출되어 있는 분야가 컴퓨터 소프트웨어 분야이다. 이는 그 보호의 필요성에서부터 그 보호 형태에까지 논란이 없는 분야가 없을 정도이다. 그러나 엄연히 컴퓨터 소프트웨어는 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법, 특허법 및 영업비밀법 등 다양한 형태의 지적재산법에 의하여 보호되고 있다. 이에 아래에서는 컴퓨터 소프트웨어를 보호하는 일련의 지적재산법을 간단히 설명하도록 한다.

## 2. 컴퓨터프로그램 보호법 및 저작권법

미국의 경우는 1976년 연방 저작권법에서 컴퓨터 소프트웨어 프

---

50) David D. Friedman, et all, "Some Economics of Trade Secret Law," 5 Journal of Economic Perspectives(1991), 61.

51) John R. Thomas, "Collusion and Collective Action in the Patent System: A Proposal for Patent Bounties," University of Illinois Law Review(2001), 305.

52) Mark A. Haynes, "Commentary: Black Holes of Innovation in the Software Arts," 14 Berkeley Technology Law Journal(1999), 567.

로그랩을 저작물의 한 형태로 이해하고 이에 대한 저작권을 인정하였다. 우리의 경우도 1986년 개정 저작권법에서 컴퓨터프로그램 저작물을 저작물의 한 형태로 예시하고, 1986년 컴퓨터프로그램보호법을 제정하면서 특별법으로 컴퓨터프로그램 내지 소프트웨어를 보호하고 있다.

주지하는 바와 같이, 특허권과는 달리 저작권은 당해 권리자가 어떠한 공식적 조치를 취하지 않아도 자동적으로 발생한다. 다만 미국 저작권법의 경우에는 자신의 저작물을 저작권청(U.S. Copyright Office)에 등록을 하고, 자신의 저작물에 고지하여야 권리를 집행할 수 있다는 특징을 갖는다. 또한 다른 지적재산권과 같이, 저작권은 그 자체로 집행되는 것은 아니다. 저작권 보유자는 자신의 경쟁자가 침해를 하고 있는가를 감시하여야 할 책임을 진다. 타인이 자신의 저작권을 지키도록 하고자 하는 저작권자는 일반적으로 법원에서 침해 소송을 제기하여야 한다.

### 3. 특허

1990년대 이전에는 컴퓨터 프로그램을 저작권으로 보호하는 것이 적절하다고 하던 생각은, 1990년대 연방법원이 그 보호범위를 좁게 해석하는 경향을 보이면서 변화를 갖는다. 특히 1994년 Alapat 사건<sup>53)</sup>에서 CAFC가 컴퓨터 소프트웨어도 특허 대상이 됨을 인정하면서, 소프트웨어 관련 발명에 대한 특허출원이 급증한다. 또한 1996년 2월 미 특허청은 컴퓨터 관련 발명의 새로운 심사기준<sup>54)</sup>을 발표하면서 플로피 디스크와 같은 저장매체에 저장된 프로

---

53) 33 F.3d 1526, 63 USLW 2088, 31 U.S.P.Q.2d 1545.

그램도 특허법상 보호받을 수 있다는 태도를 보인다.

그러나 컴퓨터 프로그램은 단순한 계산식에 불과하다는 비판이 있기 때문에, 컴퓨터 프로그램 그 자체를 특허로 보호하기에는 무리가 없지 않다. 이에 일본 특허법의 경우에는 법률의 규정에서 物의 개념내에 컴퓨터 프로그램을 포함하여 입법적인 해결을 보았다. 반면 우리의 경우에는 컴퓨터 관련 발명이란 이름으로 심사기준을 두어 컴퓨터 프로그램에 대한 특허를 인정하고 있다. 즉 특허청은 1984년 컴퓨터 관련발명의 심사기준을 제정하였으며, 2005년까지 세 차례의 개정을 거쳐 현재의 컴퓨터 관련 발명 심사기준을 운영하고 있다.

#### 4. 영업비밀

미국의 경우 1970년대까지 컴퓨터 프로그램은 영업비밀로서 보호되었다. 즉 그 비밀성을 보호할 만한 대상이 되는 가치있고, 상업적으로 유용한 정보라는 점에서 보통법에 의하여 영업비밀을 보호하였다. 즉 영업비밀성을 유지하기 위하여 당해 기밀 정보에 대한 접근을 제한하고, 관련자에게 당해 정보를 공개하지 않도록 요구하거나 기타 주의 조치를 취하도록 하는 한 컴퓨터 소프트웨어는 영업비밀로 보호될 수 있었다.

이러한 법 원리는 우리의 경우에도 적용된다. 즉 어떤 컴퓨터 프로그램이 ① 비밀로서 관리되고 있는 것(비밀관리성), ② 생산방법, 판매방법 그리고 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 경영상

---

54) PTO, Guidelines for Computer Software-related Inventions, 1184 OG 97(1996).

의 정보를 가진 것(유용성), 및 ③ 공공연히 알려지지 않은 것(비공지성) 등의 세 요건을 갖춘다면, 당해 정보는 영업비밀보호법상의 영업비밀에 해당하여 보호될 수 있다.

## IV. OSS와 지적재산과의 잠재적 갈등

Open Source 기준과 지적재산 사이에는 잠재적으로 갈등이 발생할 가능성이 높다.<sup>55)</sup> 일부 학자는 만약 OSS가 기타 독점적 프로그램에 포함되면 OSL 조건은 모든 프로그램에 대하여 적용되며, 따라서 지적재산권이 없어지게 된다고 지적하고 있다. 또한 OSL에 따르지 않는 당사자로서는 open source라고 믿은 소프트웨어를 사용하는 행위에 대하여 지적재산 침해 소송을 제기할 수 있다. 마지막으로 OSS의 유효성과 집행 가능성에 대한 의문이 제기되고 있다. 본고는 이들 쟁점을 다루도록 한다.

### 1. OSS의 감염성(viral)

일정 OSL는 종종 그 성질상 감염성을 갖는다고 설명된다. 몇 개의 개별 OSL는 그 계약 조건이 자동적으로 모든 개작 버전 및 복제본에 대하여 적용되도록 요구한다. 일부 견해는 프로그래머가 일부 open source code를 대형 소프트웨어 패키지에 포함시키는 경우에 대하여 우려를 표하고 있다. 이 경우 소프트웨어에 있어 o

---

55) Stephen M. McJohn, "The Paradoxes of Free Software," 9 George Mason Law Review(2000), 25.

open source의 비중은 전체 프로그램에 영향을 미칠 수 있다. 그 결과 퍼블리셔가 당해 프로그램을 독점적으로 사용하고자 하는 경우에도, OSL가 규정한 대로 배포될 수 있다. 이런 식으로 OSS는 퍼블리셔가 주장하고자 하는 모든 지적재산권을 압도할 수 있다.<sup>56)</sup>

어떤 OSS가 잠재적으로 '감염성(viral)'을 갖는가는 관련 OSL의 개별 조항에 따르게 된다. FSF의 GPL은 잠재적으로 감염성을 갖는 라이선스의 대표적인 예라고 하겠다. GPL에 의할 때 소프트웨어를 사용하거나 개작하는 자는 소프트웨어를 재배포하거나 개작할 때 어떤 독점적 이익도 포기한 채 공중이 당해 source code를 사용할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 제한은 GPL에 의하여 작성되거나 배포된 소프트웨어가 지적재산권 대상이 되는 것을 막는다. 그 결과, 사용자가 소프트웨어를 사용하고 재배포할 수 있도록 허용하지만, 그러한 개작은 GPL에 따른 모든 자가 이용할 수 있도록 함으로써, GPL은 open source code가 공개적인 성질을 유지하도록 한다.

특히 일정 조건에서 GPL은 사용자가 컴퓨터 프로그램에서 추출한 open source를 독점적 소프트웨어 패키지에 포함시키는 것을 허용한다. Free Software Foundation에 의할 때, 프로그램 전체에 대하여 GPL를 부과하는 것을 피하기 위해서는 소프트웨어 퍼블리셔는 free 프로그램과 non-free 프로그램을 분리하여야 하며, 효과적으로 단일한 프로그램이 되도록 양자를 결합해서는 안 된다.<sup>57)</sup>

---

56) Christian H. Nandan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?", 10 Texas Intellectual Property Law Journal(2002), 394.

57) Free Software Foundation, Frequently Asked Questions about the GNU GPL 참조. <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html#GPLInPropertySystem> FS

이와 같은 독점적 소프트웨어와 OSS의 기능적 분리는 OSL의 광범위한 적용이 소프트웨어 제품 전체에 적용되는 것을 피하는 또 다른 방법을 제공한다. 그러나 이러한 예외에 대한 순응은 실제적 승낙 책임을 부과한다.

일부 OSL이 갖는 감염성에 대하여는 다양한 견해가 있다. 독점적 소프트웨어 회사는 "open source는 지적재산 파괴자"라는 우려는 표명하고 있으며, 보도를 통하여 open source software를 "암적 존재" 내지 "비미국적인(un-American)"이라고 비판하고 있다.<sup>58)</sup> 반면 OSS가 공중에게 공개될 수 있도록, open source에서 추출한 모든 프로그램은 역시나 open source로 취급되어야 한다는 반대의 의견도 있다.<sup>59)</sup> 위에서 언급한 바와 같이 일부 open source 라이선스는 중간적 지위를 취하고 있다. 비록 이들 라이선스는 라이선스에 따라 배포된 원 소프트웨어는 open source 상태로 남는 것을 요구하나, 또한 이들 코드에 대하여 이루어진 개작이나 업그레이드는 사적으로 독점적 소프트웨어 취급되도록 한다.

---

F은 편집 프로그램과 shell 프로그램의 결합을 예로 제시한다. 편집 프로그램이 사용자가 기술한 텍스트 명령을 수행하는 것을 가정하자. 사용자 인터페이스 프로그램인 shell은 그래픽, 메뉴 주도 인터페이스를 제공하므로 사용자로서는 텍스트 명령을 기억할 필요가 없다. 이때 편집 프로그램은 독점적 프로그램일 수 있다. shell은 텍스트 명령을 배우고자 하지 않는 개인을 위하여 개발되어 왔으며, GPL 아래 배포되었다. 이 경우 편집자는 shell 없이도 독립하여 프로그램을 구동할 수 있으므로, shell이 비록 GPL의 대상일지라도 편집 프로그램의 독점적 성격은 유지된다.

58) Jonathan Krim, "Open-Source Fight Flares at the Pentagon; Microsoft Lobbies Hard Against Free Software," Washington Post(May 23, 2002), E1.

59) Daniel B. Ravicher, "Facilitating Collaborative Software Development: The Enforceability of Mass-Market Public Software Licenses," 5 Virginia Journal of Law and Technology(2000), 11, 72.

## 2. 제3자 침해 소송

GPL과 같이 일부 OSL는 효과적으로 개인이 OSS에 대하여 지적재산권을 주장하는 것을 방지하고 있다. 그러나 이러한 제한은 이들 라이선스에 동의한 자에게 적용된다. 따라서 라이선스에 따르지 않는 자라면 소프트웨어를 사용하는 개인에 대하여 지적재산권을 행사하는 것이 금지되는 것은 아니다. 그 결과 비록 어느 개인이 open source로 기획된 소프트웨어를 배포할지라도, 다른 회사로서는 당해 소프트웨어가 지적재산권을 침해한다고 주장할 수 있다. 이러한 주장은 지적재산권자와 당해 소프트웨어는 공중에 공개되었다고 믿은 개인사이의 잠재적인 갈등으로 연결된다.

예컨대 컴퓨터 과학자 A가 컴퓨터 프로그램에서 사용할 수 있는 데이터 분류 기법을 발명하였다고 하자. A는 USPTO에 당해 기법의 보호를 주장하는 특허를 출원한다. 그 이후 A가 아직 등록을 받지 않은 상태에서 프로그래머 B가 독립적으로 동일 데이터 분류 기법을 사용하는 소프트웨어 프로그램을 작성하였다고 하자. 만약 USPO가 A의 출원을 받아들인다면, A는 B의 소프트웨어를 사용하는 모든 자에 대하여 특허 침해를 주장할 수 있다. 비록 이 소프트웨어를 open source라고 믿었다고 하여도, 심지어 아무도 특허 침해 사실을 모르고 있다고 하여도, 이들 사용자는 법적 침해 책임을 지게 된다.

이러한 상황은 OSS뿐만 아니라 독점적 소프트웨어에 있어서도 가능한 것이다. 소프트웨어를 퍼블리싱하는 회사는 자신의 제품이 특허나 다른 지적재산권을 침해하고 있다는 것을 발견할 수 있다. 그러나 상업적 기업들은 보다 광범위한 형태를 지니고 있는 open



source community보다는 자신이 퍼블리시한 제품의 지적재산권 상태에 대하여 잘 알 수 있는 상황이다. 이러한 기업들은 종종 자신의 제품에서 타인의 소프트웨어를 사용하는 것을 피하기 위한 감사나 절차를 시행한다. 반면 보다 느슨한 형태로 조직된 open source 공동체의 경우에는 이러한 종류의 노력에 관여할 능력이 부족하다.

open source 공동체 회원 중 몇몇이 OSS에 대하여 가능한 특허 문제를 언급하였다. Linux라는 주지의 open source 운영 시스템 프로그램의 배포자인 Red Hat Inc.는 다음과 같은 "patent promise"를 발표한 바 있다.<sup>60)</sup>

여기에서 기술한 일체의 조건이나 제한에 따라, Red Hat이 갖고 있는 일체의 특허에 근거한 Open Source/Free Software에 대하여 특허권을 행사하는 당사자에 있어서, Red Hat은 당해 당사자의 행위에 대하여 특허권 침해 집행을 반대하도록 동의한다.<sup>61)</sup>

이 발표는 OSS 사용자로 하여금 일정한 조건에 따라 Red Hat

---

60) Red Hat, Inc., Statement of Position and Our Promise on Software Patents, [http://www.redhat.com/legal/patent\\_policy.html](http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html) (2004).

61) Subject to any qualifications or limitations stated herein, to the extent any party exercises a Patent Right with respect to Open Source/Free Software which reads on any claim of any patent held by Red Hat, Red Hat agrees to refrain from enforcing the infringed patent against such party for such exercise ("Our Promise"). Our Promise does not extend to any software which is not Open Source/Free Software, and any party exercising a Patent Right with respect to non-Open Source/Free Software which reads on any claims of any patent held by Red Hat must obtain a license for the exercise of such rights from Red Hat. Our Promise does not extend to any party who institutes patent litigation against Red Hat with respect to a patent applicable to software (including a cross-claim or counterclaim to a lawsuit). No hardware per se is licensed hereunder.

에 대한 특허권 침해를 면책하는 것으로 보이나, Red Hat의 약속은 타인이 소유한 특허를 명시적으로 다루고 있지는 않다. 그 결과 OSS 사용자는 이론적으로는 다른 관련 특허권자의 침해 주장에 직면할 가능성을 갖고 있다.

한편 최근 SCO 그룹<sup>62)</sup>과 IBM사 간에 벌어졌던 침해소송은 제3자 침해 소송의 예를 보여준다. 2003년 3월 6일, SCO는 IBM을 상대로 IBM이 SCO의 영업비밀을 침해하였다는 소송을 제기한다.<sup>63)</sup> 즉 SCO는 IBM이 SCO 및 그 승계인으로부터 UNIX 소프트웨어의 라이선스를 받으면서 SCO의 독점적 정보에 접근하였다고 주장하였다.<sup>64)</sup> 나아가 자사의 독점적 UNIX 코드를 IBM이 그들의 운영 시스템인 AIX에 도입하였다고 SCO는 주장한다. 반면 IBM은 이러한 사실을 부인하고, 반대로 SCO 제품이 IBM의 저작권과 특허를 침해하였다고 주장한다. 2004년초 이외의 2개 OSS 판매사인 Novell과 Red Hat는 이 소송 및 관련 소송에 참여하게 된다.<sup>65)</sup>

---

62) SCO는 UNIX라 알려진 컴퓨터 프로그램과 관련하여 source code와 함께 지적재산권을 갖고 있었다. 한편 일정 버전의 UNIX에 대하여 퍼블리셔가 이를 OSS로 선언한 바 있다.

63) IBM을 상대로 한 침해 소송을 시작하는 것과 동시에, SCO는 이외 회사에 1,500여건의 경고장을 보낸다. 이 경고장은 Linux 사용은 법적 침해 책임을 지며, 라이선스를 받도록 제안하는 것을 내용으로 하였다. 요구된 금액은 Linux code를 사용하는 컴퓨터당 700 달러였다. 이러한 요구는 Electronic Frontier Foundation과 같이 SCO를 상대로 한 거부 움직임을 야기하였다. 또한 IBM과 Intel을 포함한 기술 회사 컨소시엄은 "Linux Legal Defense Fund"에 상당한 금액을 기부하였다. 기부자들은 지적재산 침해 책임을 직면한 OSS 사용자의 법률 비용을 지불하기 위하여 당해 금액이 사용되도록 요구하였다.

64) 최초에는 영업비밀 침해, 부당 경쟁, 업무방해(interference with contract), IBM 소프트웨어 계약 위반 등을 주장하였으나, 이후 영업비밀 침해 주장을 빼고 대신하여 저작권 침해를 주장하였다.

65) Novell은 SCO가 주장하는 Unix 권리는 자신이 갖고 있다고 주장하였으며, Red Hat은 SCO가 IBM과의 소송이 끝나면 자사를 상대로 저작권 및 특허권

결국 진정한 저작권자는 SCO가 아니라 Novell이라는 결론이 나면서 종결되었지만, 여전히 open source가 갖는 법률적 쟁점은 풀지 못한 문제로 남아 있다. 이 사건에서 다루어진 바와 같이, 연방 저작권법과 일치하지 않는 OSL의 법적 유효성 내지 집행가능성의 문제라든지, 우리의 시각에 의한다면 OSL 자체를 계약으로서 그 효력을 인정할 것인가의 문제까지 다양한 문제가 잔존한다.

### 3. Open Source License의 유효성

OSL의 유효성은 두 가지 측면에서 접근할 수 있다. 그 하나는 연방법 우선원칙이라는 미국적 상황에서 비롯하는 문제이고, 또 하나는 open source와 관련하여 GPL 자체의 법적 효력을 다룬 국내 지방법원 판결에서 다루어진 문제이다. 이에 아래에서는 먼저 GPL 자체의 법적 효력 문제를 다룬 후, 다시 연방법 우선원칙에 따른 집행 가능성이라는 문제를 살펴보도록 한다.

아직 미국에서는 OSL의 집행가능성 내지 그 유효성에 대하여 다룬 사건은 없다. 반면 국내에서는 비록 하급심 판결이긴 하나, "자유소프트웨어재단의 GPL 라이선스 규칙이 ... 어떠한 법적 구속력이 있다 할 수 없으므로"라고 하는 표현을 통하여 GPL의 법적 구속력을 부정한 판결<sup>66)</sup>이 있다. 비록 "이 사건에 있어서"라는 제한적 표현을 두고는 있으나, "GPL 라이선스 규칙은 어떠한 법적

---

침해를 주장할 것을 예상하여, 권리 확인 소송을 제기한다. 특히 Rde Hat은 이 소송에서 SCO는 Linux에 불법적으로 복제된 부분을 특정하지 못하고 있다고 주장한다.

66) 2005년 9월 8일 2005고단2806. 본 사건은 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한 법률위반 및 절도가 쟁점이 된 형사사건이었다.

구속력을 갖지 않는다"고 언급하고 있다. 이러한 법원의 진술은 GPL이 당해 사건에서는 쟁점 사항이 아니라는 표현인지 아니면 GPL 자체의 법적 구속력을 인정할 수 없다는 표현인지는 정확하지 않다. 만약 후자의 해석과 같이 GPL 자체의 법적 구속력을 인정하는 것이라면 이 판결은 심각하게 GPL을 오해한 판결이라고 말하지 않을 수 없다. 만약 GPL이 계약으로서 계약 당사자를 구속하는 법적 효력을 갖지 않는다면, 이와 유사한 형태를 갖는 모든 소프트웨어 관련 약관 내지 라이선스가 그 법적 효력을 갖지 않는다는 결론에 이를 수 있다. 이러한 위험한 결론은 단순히 open source 영역에 한정되는 것이 아니라, 독점적 소프트웨어 영역에도 마찬가지로 적용된다. 비록 GPL은 일반 라이선스와는 달리 선언문적 요소를 갖고 있다. 이러한 성질 때문에 하급심에서는 "GPL 라이선스 규칙"이라는 표현을 사용할 것으로 보인다.<sup>67)</sup>

또한 이 하급심은 OSS가 개작되었을 때는 영업비밀이 될 수 있다는 것을 인정했다는 점에서 매우 흥미롭다. 즉 "공개된 소프트웨어인 VTUND를 기반으로 개발된 것이라 하더라도 엘림넷에 의하여 중요한 기능이 개량 내지 향상되었을 뿐 아니라, 비밀로 유지, 관리되고 있는 기술상의 정보로서 일반적으로 알려져 있지 아니한 것임이 분명하고, 영업비밀로 보호받을 독립된 경제적 가치 또한 충분히 인정된다"고 언급하고 있다. 즉 비록 GPL에 의하여 취득한 OSS를 기반으로 하지만, GPL에 반하여 이를 비밀로 한 것에 대하여, 그 영업비밀성을 인정하였다는 점이다. 이와 같이 사고할 수 있는 것은 GPL 자체의 법적 구속력을 인정하지 않았기 때문에 가

---

67) 더군다나 GPL 자체가 라이선스라는 표현인데도 불구하고, 다시 중언하여 라이선스 규칙이라는 표현을 사용한 것을 보면, 법원이 GPL 자체를 이해하지 못하고 있는 것이 아닌가 의심스럽다.

능한 것이다. 거꾸로 이 사건에서 GPL의 법적 효력을 인정한다면, GPL에 반하여 이를 비밀로 관리한 엘립넷은 VTUND 소프트웨어 저작권자의 저작권을 침해하고 있는 상황이다. 즉 불법한 정보에 대하여 영업비밀성을 인정한 상황이 된 것이다.<sup>68)</sup> 물론 법원으로서는 피고인들의 행위가 갖는 비난가능성에 보다 주목하였을 수 있다. 그러나 일반적인 영업비밀 침해 소송에서는 보호 정보의 영업비밀성과 침해 행위의 비난가능성이 동시에 판단되어야 하는 것이지, 침해행위의 비난가능성이 영업비밀성까지 정당화시키는 것은 아니다.<sup>69)</sup> 피고인의 행위에 대한 비난가능성은 충분히 다른 법률로서도 규율할 수 있는 상황이었으며, 영업비밀법에 의한 규율은 온당하지 못하다.

한편 미국적 상황을 검토한다는 아래와 같다. 아직 미국에서 OS L의 집행가능성을 다룬 판결은 없다. 이에 OS L의 집행 가능성에 대한 법원의 판단을 기다린 채 많은 논의가 있다.<sup>70)</sup> 일부 견해는 주 계약법을 통하여 강제되는 OS L은 연방 저작권법에 저촉되며, 연방 우선원칙<sup>71)</sup>에 따라 당해 계약은 무효라고 주장한다.<sup>72)</sup> SCO

---

68) 본 사건의 양형 이유를 보면, "자유소프트웨어재단이라는 단체로 하여금 법원의 재판에 압력을 행사하도록 하였다"는 점에서 엄벌에 처하여야 마땅하다는 기술을 볼 수 있다. 이는 상당히 법원이 SFS에 대하여 적대적인 감정을 갖고 있음을 보여주는 것이다.

69) 결국 이와 같이 결론이 났다면, SFS측으로서는 거꾸로 엘립넷을 상대로 저작권 침해 소송을 제기하여야 할 것이다. GPL 자체가 저작권의 양도를 의미하는 것은 아니며, 최근 주장되는 바와 같이 라이선스는 침해 주장을 유보하겠다는 의미에 불과하기 때문이다.

70) 이에 SCO vs IBM 사건에 상당한 관심이 쏠렸으며, 이러한 쟁점에 대한 법원의 태도를 파악할 수 있는 좋은 기회가 될 뻔 했다.

71) U.S. Constitution, Article VI. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be

vs IBM 사건에서도 IBM은 GPL 조항을 이유로 SCO는 Linux와 관련한 어떠한 지적재산권도 집행할 수 없으며, 따라서 그 사용에 대한 비용의 지급을 요구할 수도 없다고 주장하였다. 이에 대하여 SCO는 "프로그램을 복제, 개작, 서브라이선스 또는 배포하고자 하는 이외의 시도는 무효이며, 자동적으로 이 라이선스상의 권리를 종료시킨다"고 규정한 GPL 조항은 연방 저작권법과 충돌하며, 연방법이 우선하는 바 GPL은 집행할 수 없다는 반박하였다.

저작권자는 2차적 저작물을 작성할 권리를 갖는다.<sup>73)</sup> 즉 저작권자는 자신의 저작물이 개작되는 것을 저작권에 근거하여 통제할 수 있다. 따라서 GPL가 원저작물을 개작하는 행위에 대하여 다시 그 개작한 것을 동일한 조건에 따르도록 하는 제한을 두는 것 자체가 저작권에 반한다고는 말할 수 없다. 따라서 적어도 SCO vs IBM 사건에서 SCO가 GPL이 연방 저작권법에 반하며, 이에 무효라는 주장은 옳지 않다.

## V. 결론

본고는 혁신을 위한 인센티브 부여에 있어 독점적 권리 부여가

---

the supreme Law of the land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

72) Paul Heald, "Federal Intellectual Property Law and the Economics of Preemption," 76 Iowa Law Review(1991), 959; William M. Bulkeley, "Linux Lawsuit Could Undercut Other 'Freedom'," 76 The Wall Street Journal(Aug. 14, 2003), B1.

73) 저작권법 22조, 미국 저작권법 제106조.

유일한 수단은 아니라는 사고를 배경으로 하였다. 지난 20년간 미국은 소위 pro-patent 정책을 통하여 자국의 산업 경쟁력을 제고하고자 하였다. 발명자나 창작자에게 보다 강력한 권리를 부여함으로써 혁신에 대한 인센티브를 제공하고, 특히 외국과의 경쟁력에 있어서 활용하고자 한 측면이 있다. 그러나 모든 현상이 그러한 것처럼 그 부작용도 적지 않았다. 그 대표적인 예 중의 하나가 patent troll과 같은 현상이다. 그리고 이러한 반작용으로서 최근에 있어서 미국에서는 반특허법적 기류가 조성되고 있으며, 미 최고 법원역시 특허를 제한적인 범위에서 적용하려는 입장을 취하고 있다. 내년으로 예상된 미국 특허법 개혁(patent reform)도 이러한 현상의 반영이라 이해할 수 있다.

그러나 여전히 특허법은 그 보호 대상범위를 확대하려 하고 있으며, 특허법 개혁안에서도 소프트웨어 특허에 대한 언급은 없는 것으로 보면, 특허를 통한 소프트웨어의 보호는 이제 일반화된 상황이 아닌가 한다. 이에 본고에서는 소프트웨어의 보호 형태에 대한 때 지난 논의보다는 open source software라고 하는 현상을 다루어 보았다. 저작권을 기반으로 한 OSL의 경우 그 자체로는 큰 문제는 없는 것으로 보인다. 오히려 OSL에 주의를 기울이지 않고 독점적 소프트웨어 활용 방식을 이용하려고 한다고 낭패를 볼 수도 있으며, 이러한 개발업자를 위해서는 OSD에 충족하면서도 상업적 이용이 가능한 라이선스도 활용할 수 있었다.

한편 모든 OSS가 무상의 것을 요구하는 것은 아니었다. OSS는 말 그대로 source code를 open한다는 개념이며, 이러한 상황은 저작권법이 요구하는 공개에도 상응하는 행위일 수 있다. 또한 OSL가 저작권을 포기하는 행위가 아님에 주의하여야 할 것이다. OSL

은 다만 일정한 조건에 따를 것을 전제로 한 저작권 행사의 유보 행위임에 주의하여야 한다. 굳이 open source가 반자본적이거나 copyleft적이기 때문에 이에 적대감을 가질 필요도 없다. 많은 국가가 독점적 소프트웨어와 OSS를 각자의 정책적 판단에 따라 사용하고 있다. 국가 행정 업무가 단일한 독점적 소프트웨어에 의존할 수 없다는 이유에서라든지, 보안이나 안정성을 이유로 OSS를 채택하기도 하고, 또 그 반대로 독점적 소프트웨어를 채택하기도 한다. 또한 source code를 공개하는 것은 독점적 소프트웨어 개발업체에게서도 이젠 볼 수 있는 모습이다. 예컨대 MS는 2004년 3월 마이크로소프트 소스 공유 정책(Shared Source Initiative)을 공표한 바 있으며, 2006년 9월 Microsoft Open Specification Promise<sup>74)</sup>를 발표하여 일정 특허에 대하여서는 특허 주장을 하지 않겠다고 한 바 있다.

지금까지 우리는 독점적 권리의 부여가 혁신을 제고할 수 있는 금과옥조인 것처럼 설명해왔다. 그러나 Eric Raymond<sup>75)</sup>가 지적한 바와 같이, 개발 모형에 독점적 권리 부여 유형만이 있는 것은 아니다. 오히려 우리는 독점적 권리 부여에 집착하고 있는 동안, 그러한 권리 부여의 목적이었던 혁신의 자극이라는 명분을 도외시되

74) <http://www.microsoft.com/interop/osp/default.mspx>

75) Eric S. Raymond, *The Cathedral and the Bazaar* (O'Reilly & Associates 1999). available at <http://wiki.kldp.org/wiki.php/DocbookSgml/Cathedral-Bazaar-TRANS> (2007년 11월 29일 최종 방문). 여기에서 Eric Raymond은 Linux의 개발 과정에 주목한다. 원래 그는 가장 중요한 소프트웨어 (운영체제나 Emacs 같이 대단히 커다란 도구들)는 성당을 건축하듯이, 즉 찬란한 고독 속에서 일하는 몇 명의 도사 프로그래머나 작은 그룹의 뛰어난 프로그래머들에 의해 조심스럽게 만들어지고 때가 되기 전에 발표되는 베타버전도 없어야 한다고 생각했었지만, 소란스러운 시장과 같은 Linux Torvalds의 개발 스타일이 기적과도 같이 조리있고 안정적인 시스템을 만들어 내고 있다고 평가한다.



기도 한다. 강력해진 권리를 배경으로 침해소송이 남발되고 있으며, 기업은 엄청난 소송비용을 치루고 있다.

공격적 지적재산권 행사에서 크로스 라이선스를 통한 기술협력으로 변화하고 있는 현재 기업의 태도나, Patent Reform에서 손해배상액을 감소하자는 요구는 이러한 문제점을 극복하기 위한 노력들이라 하겠다. SCO가 IBM을 상대로 소모적인 소송을 진행하면서, 결국은 파산에 이른 것은 저작권이라는 황금알을 놓고 탐욕을 부린 결과이라고도 할 수 있다. SCO가 쓸데없는 소송에 시간을 낭비하고 있는 동안, Red Hat과 같은 기업은 open source를 바탕으로 이익을 발생시키고 있었다는 것은 그 좋은 반대 예일 것이다.

우리는 기실 독점적 권리 부여라고 하는 지적재산권이 혁신에 얼마만큼 영향을 주는지에 대한 정확한 방법론을 갖고 있지 않다. 예컨대 저작권 보호 기간을 50년에서 70년으로 연장하였을 때 저작권자에게, 산업계에 얼마나 큰 이익을 발생하는지를 정확히 산출할 수 있는 방법론을 갖고 있지 않다. 다만 그저 독점적 권리 부여 형태의 지적재산권 제도가 혁신에 기여할 것이라는 막연한 환상을 갖고 있다. 오히려 일부 보고서에서는 산업 주체에 따라서는 지적재산 활동과 생산성은 전혀 관련이 없다는 주장도 있다. 이러한 점에서 우리는 보다 넓은 사고에서 보다 효율적으로 혁신을 낳을 수 있는 제도가 무엇인가에 대한 끊임없는 연구를 해야 할 것이다.

## - 참고문헌 -

### 1. 국내문헌

김병일, "오픈소스" 소프트웨어 라이선싱, 창작과 권리, 2004년 봄호(제34호), 34-35면.

정보통신부, 오픈소스SW 라이선스 가이드 발표, 2007.11.6 보도자료.

특허청, GPL3 대비, 소프트웨어 관련 특허 강화해야, 2007.8.30 보도자료.

### 2. 외국문헌

Christian H. Nadan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?", 10 Texas Intellectual Property Law Journal(2002)

Daniel B. Ravicher, "Facilitating Collaborative Software Development: The Enforceability of Mass-Market Public Software Licenses," 5 Virginia Journal of Law and Technology(2000)

David D. Friedman, et all, "Some Economics of Trade Secret Law," 5 Journal of Economic Perspectives(1991)

David S. Evans, Bernard J. Reddy, "Government Preferences for Promoting Open-Source Software: A Solution in Search of a Problem," Michigan Telecommunications and Technol

ogy Law Review(2003)

Dennis M. Kennedy, "A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and the Future," 20 St. Louis University Public Law Review(2001)

Eric S. Raymond, The Cathedral and the Bazaar

John R. Thomas, "Collusion and Collective Action in the Patent System: A Proposal for Patent Bounties," University of Illinois Law Review(2001)

Jonathan Eaton & Samuel J. Kortum, "Trade in Ideas: Patenting and Productivity in the OECD," 40 Journal of International Economics(1996)

Jonathan Krim, "Open-Source Fight Flares at the Pentagon; Microsoft Lobbies Hard Against Free Software," Washington Post(May 23, 2002)

Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property," 77 Georgetown Law Journal(1988), 287

Mark A. Haynes, "Commentary: Black Holes of Innovation in the Software Arts," 14 Berkeley Technology Law Journal(1999)

Natasha T. Horne, "Open Source Software Licensing: Using Copyright Law to Encourage Free Use," 17 George State University Law Review(2001)

Patrice-Emmaunuel Schmitz, Part 4: The Open Source Market Structure 7, in Study into the Use of Open Source Software in the Public Sector, Interchange of Data between Adm

instrations, June. 2001

Paul Heald, "Federal Intellectual Property Law and the Economics of Preemption," 76 Iowa Law Review(1991), 959

PTO, Guidelines for Computer Software-related Inventions, 1184 OG 97(1996)

Shawn W. Potter, "Opening Up to Open Source", 6 Richmond Journal of Law and Technology(2000)

Simone Rose, "Patent 'Monopolyphobia': A Means of Extinguishing the Fountainhead?," 49 Casr Western Reserve Law Review(1999), 509.

Stephen M. McJohn, "The Paradoxes of Free Software," 9 George Mason Law Review(2000)

William M. Bulkeley, "Linux Lawsuit Could Undercut Other 'Freedom'," 76 The Wall Street Journal(Aug. 14, 2003), B1.

### 3. 웹문서

<http://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>

<http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html#GPLInPropertySystem>

<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>

<http://www.microsoft.com/interop/osp/default.msp>

[http://www.redhat.com/legal/patent\\_policy.html](http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html)

<http://www.opensource.org>

# SAM 국제 동향

유재현

(딜로이트 안진회계법인 차장)

고광용

(한국소프트웨어저작권협회 팀장)

## 차 례

- I. 서론
- II. SAM의 국제 표준 동향
- III. SAM 관련 국제단체 동향
- IV. SAM의 현황 및 전망
- V. 결론

## I. 서론

2000년도 말 무렵부터 기업 활동에 대한 효율적이고 투명한 관리를 목적으로 하는 IT 거버넌스(Governance)<sup>1)</sup>, ITSM(IT Service Management)<sup>2)</sup> 등의 IT 업무 전반에 걸쳐 통제에 관한 개념들이

---

1) (IT)자원과 정보, 조직을 기업의 및 목표와 연계해 를 확보할 수 있도록 하는 및 책임에 관한 프레임워크이다.

등장하였으며, 이러한 통제 개념의 확립을 바탕으로 다국적 소프트웨어 회사들은 소프트웨어 라이선스 계약에 따른 사용 동의 조항 또는 계약 문구에 기반한 라이선스 이행 준수(License Compliance) 여부를 점검하는 활동들을 본격적으로 활성화하기 시작하였다. 이에 따라 전 세계적으로 소프트웨어 라이선스 관리에 대한 인식이 확산되기 시작하였으며, 주요 국제단체 및 기관들이 제시하고 있는 소프트웨어 자산관리(Software Asset Management, SAM)의 체계 및 표준화에 대한 관심은 점차 높아지고 있다.

세계적인 연구기관 Gartner는 2006년도 소프트웨어 라이선스 이행준수(Software License Compliance)에 대한 연구자료에서 향후 10년간 소프트웨어 라이선스 이행준수가 지속적으로 확대될 것으로 전망하고 있다.<sup>3)</sup> 그러나 이러한 전망과 관심에도 불구하고 현재 국제적으로 ISO/IEC 및 기타 민간 국제 단체들이 제시하고 있는 각종 소프트웨어 자산관리 기준 및 방법론에 대하여 국내에서는 적극적인 수용에 대한 노력이 아직까지 미흡할 뿐만 아니라 소프트웨어 자산관리에 대한 내부평가 및 분석 그리고 그에 따른 개선의 필요성을 인식하고 적절하게 수행하고 있는 기업들은 극소수에 불과한 실정이다.

수많은 소프트웨어의 개발 및 사용이 급격히 확산되고 있는 현 상황에서 앞서 말한 바와 같이 국내외에서 소프트웨어 자산에 대한 관리 및 규제(Compliance)에 대해 많은 관심이 쏠리고 있다. 그러나 소프트웨어 비즈니스에 대한 온통 낙관적인 전망에도 불구하고 소프트웨어 관련 비즈니스의 현실은 그리 밝기만 한 것은 아니다. 그 이유는 소프트웨어 사용자 및 공급자들의 소프트웨어에 대한 자산관리 측면의 인식 부족과 세계적으로 등장하고 있는 각

---

2) 사용자가 만족할 수 있는 서비스를 제공하고 지속적인 관리를 통해 서비스의 품질을 유지, 증진시키기 위한 일련의 활동이며 기업 내부의 기존 (IT)관리 역할을 서비스 관점으로 바꿔 고객 중심의 IT 서비스를 구현하는 기법이다.

3) Andy Himes, Gartner, Increase In Software License Audit, 2006, 2면.

종 규제안들에 대한 준비가 없어도 문제될 것이 없다는 오해에서 기인한다고 할 수 있다. 이러한 오해를 뛰어넘어 기업이 소프트웨어가 가지고 있는 잠재력을 충분히 활용하기 위해서는 소프트웨어의 본질을 정확하게 이해하고 효과적으로 이용할 수 있는 새로운 관리 프레임워크의 적용이 필요하다.

본 연구의 주목적은 ISO/IEC, ITIL 등의 표준기구 및 미국, 영국을 중심으로 한 BSA, FAST, SIIA 등과 같은 단체들의 소프트웨어 자산관리 활동 현황 및 향후 방향을 비교 분석하고 국내기업들에 대하여 소프트웨어 자산관리에 대한 적용방안을 제시함으로써 개선기회를 파악하는데 있다.

## II. 소프트웨어 자산관리 국제 표준 동향

### 1. ITIL의 SAM

#### 가. ITIL<sup>4)</sup>의 개념

IT Infrastructure Library를 의미하는 ITIL은 IT 서비스 관리(ITS M: IT Service Management)에 대한 프레임워크 구현을 돕기 위한 문서들의 집합이라고 할 수 있다. ITIL 프레임워크는, 특정 기업 내의 복잡한 IT 환경에 대해 비즈니스와 서비스 중심의 최적의 프레임워크를 제시한다.

---

4) ITIL은 영국의 정부기관인 OGC(Office of Government Commerce)에서 태동한 정보 기술(IT) 서비스를 지원, 구축, 관리하는 프레임워크이다. 효과적인 IT 서비스 관리를 위한 일종의 교본으로, ITIL에서 제시하는 서비스 관리 수준(SLA) 프로세스는 사전 준비, SLA 개발, 운영 및 개선 단계의 생명 주기를 거치며 반복된다. 현재 국제적으로 IT 업무 프로세스 전반에 대한 사실표준(De facto)으로 인식 되어 가고 있는 추세이다.

[그림2-1] ITIL 서비스 관리 개념도



자료 : Deloitte Knowledge Resource, 2006

ITIL은 어떤 종류의 조직에도, 어떤 규모의 기업에도 활용 가능하고, 어떤 벤더에도 종속적이지 않은 포괄적이면서도 공개적인 표준 가이드로서, 1986년 영국 정부(CCTA: Central Computer and Telecommunications Agency)에 의해 개발되어 현재 업계 선두 10000개 기업들로부터 그 유효성과 효율성을 검증받아 표준 IT 서비스 관리 프레임워크로 사용되고 있으며 고객에게 고품질의 IT 서비스를 제공할 수 있는 기반으로 부각되고 있다.

IT 프로세스 관리 프레임워크 Best Practice를 기반으로 만들어진 ITIL은, 제공하는 프로세스 및 서비스에 따라 다음의 다섯 가지 영역으로 구성되며 서로 밀접한 관계와 인터페이스를 갖고 있다.

- 서비스 딜리버리(Service Delivery): IT 서비스 제공자가 비즈니스 고객에게 충족한 지원을 제공하기 위해 필요한 서비스



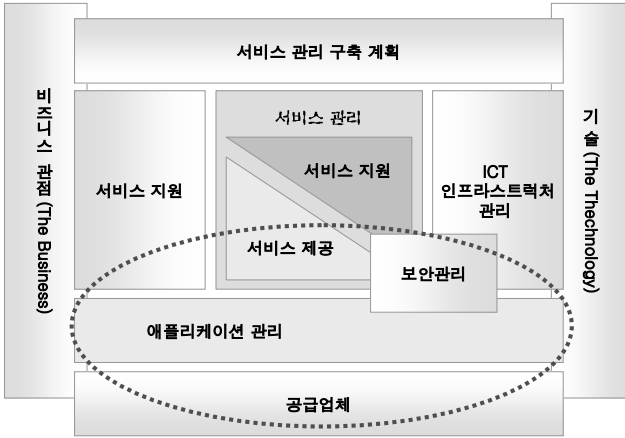
및 프로세스를 정의하고 있다.

- 서비스 서포트(Service Support): IT 서비스 사용자가 비즈니스 관련 IT 서비스를 항상 받을 수 있도록 보장하는 데에 필요한 관련 프로세스를 포함하고 있다.
- 어플리케이션 관리(Applications Management): 소프트웨어 개발 라이프 사이클을 포함하고 있으며 소프트웨어 라이프 사이클 지원 및 IT Service Testing까지 확장하여 다루고 있다.
- ICT 인프라 관리(ICT Infrastructure Management): IT Infrastructure를 운영 관리하기 위해 필요한 주요 프로세스를 포함하고 있다.
- 비즈니스 관점(The Business Perspective): 전체 비즈니스의 중요 부분으로서의 IT 서비스 제공 품질의 개선 및 이해를 다루고 있다.

ITIL은 IT 서비스를 고객의 비즈니스 요구사항과 연계하여 보다 나은 서비스를 제공할 수 있도록 IT 조직에 Best Practice를 제공한다. 즉, ITIL은 방법론이 아니라 IT 조직이 IT 서비스 관리를 할 수 있도록 제공되는 실천 모델이라고 할 수 있다.

ITIL 모듈과 SAM 사이의 관계를 정리하면 [그림 2-2]와 같다

[그림2-2]SAM과 ITIL 프레임워크 사이의 관계



..... 소프트웨어 자산 관리(SAM)의 범위

자료 : Best Practice For Software Asset Management, OGC, 2003

각각의 영역을 간략하게 설명하면 다음과 같다.

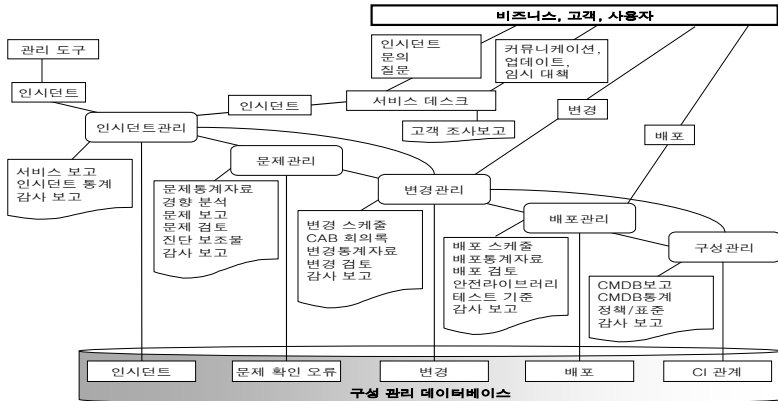
- 서비스 관리 구축 계획은 조직 및 ICT 문화 개발과 함께, 서비스 관리 프로세스의 계획을 대상으로 한다.
- 서비스 관리는 다음 두 영역으로 구성된다.
  - 서비스 제공은 비즈니스 부문에 제공되는 ICT 서비스의 개발과 품질 개선 관련 프로세스로서, 서비스 레벨 관리(SLM), 재무 관리, 용량 관리, IT 서비스 연속성 관리, 가용성 관리로 구성된다.
  - 서비스 지원은 일상적인 ICT 서비스의 지원과 유지에 관련된 기능과 프로세스를 의미하며, 인시던트 관리, 문제 관리, 구성 관리, 변경 관리, 배포 관리, 서비스 데스크 기능으로 구성된다.

- ICT 인프라스트럭처 관리는 ICT 인프라스트럭처의 관리와 관련된 모든 프로세스를 의미하며, 전반적인 관리, 디자인 및 계획, 배치, 운영 및 기술 지원을 포함한다.
- 애플리케이션 관리는 소프트웨어 라이프사이클과 애플리케이션의 개발 및 관리와 관련된 모든 프로세스와 이슈를 포함한다.
- 보안 관리는 ICT 서비스 및 시스템의 보안 관련 모든 프로세스와 이슈를 포함한다.
- 비즈니스 관점은 ICT 시스템 및 서비스와 관련하여 비즈니스 부문과의 조정과 커뮤니케이션 프로세스에 중점을 둔다.

SAM 프로세스의 운영에 관련된 ITIL 영역은 서비스 관리, 보안 관리, 애플리케이션 관리에 대한 ITIL 가이드에 포함되어 있다. ICT 인프라스트럭처 관리 및 비즈니스 관점 영역 또한 관련성이 있지만, 그 정도는 미약하다고 할 수 있다. 소프트웨어의 관리 업무 특성상 계약 및 공급업체 관리 또한 SAM과 ITIL 모두에 매우 중요한 부분이다.

자산 및 구성 정보의 관리는 서비스 지원 및 서비스 제공의 서비스 관리 영역에 속하는 역할의 한 부분이다. 서비스 지원 프로세스의 역할은 서비스 제공보다 SAM 프로세스 측면에서 더 중요한 의미를 갖는다. 이들 지원 프로세스의 관계를 [그림 2-3]에 정리해 놓았다.

[그림 2-3] ITIL의 서비스 서포트 프로세스



자료 : Best Practice For Software Asset Management, OGC, 2003

구성 관리는 주요 서비스 지원 프로세스이며 SAM에도 매우 중요하다. 구성 관리는 자산과 관련 라이프사이클뿐만 아니라, 자산 사이의 관계와 링크도 관리한다. 또한 이들 자산과 다른 서비스 관리 관련 이슈(예, 인시던트, 문제, 변경, 서비스, SLA) 사이의 관계도 관리한다.

물리적 소프트웨어 자산 관리는 ITIL의 배포 관리 프로세스에 속하는 핵심 역할 가운데 하나이다. 그러므로 미디어, 라이선스, 인증 문서의 관리도 이 프로세스의 영역에 속한다.

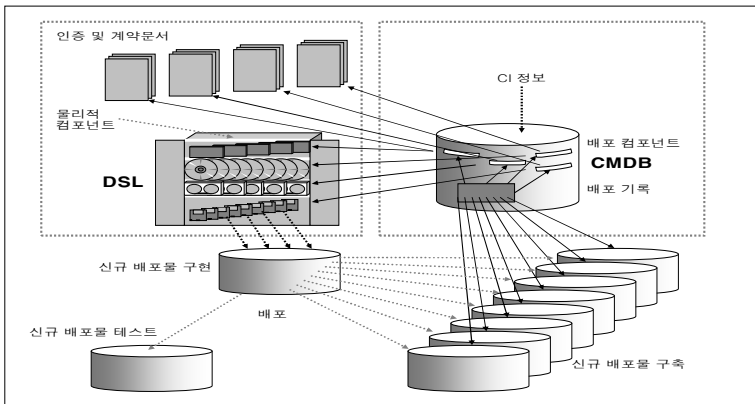
SAM의 자산 관리는 이 모든 요소를 합한 것이다. 하지만 자산 관리는 효과적인 SAM 시스템의 토대를 형성하며, 관계 데이터베이스를 활용해야 한다. SAM의 전반적인 자산 관리 프로세스는 다음을 포함한다.

- 소프트웨어 자산의 모든 부분 관리
- 관련 하드웨어 자산의 관리(SAM에 필요한 범위까지)

- 소프트웨어 컴포넌트의 관리 및 통제(라이프사이클 전체에 걸쳐)
- 소프트웨어 인증 문서 및 라이선스의 관리
- 구매 및 소프트웨어 계약 문서의 관리
- 모든 마스터 소프트웨어 미디어의 보관 및 관리
- 설치된 모든 소프트웨어 카피의 관리 및 통제
- 위에 언급한 모든 활동 사이의 관계 관리
- 실제 라이브 환경에서 사용 중인 것과 DSL(Definitive Software Library) 및 CMDB(Configuration Management Database) 정보의 주기적 점검

ITIL 구성 관리와 배포 관리 프로세스는 위의 모든 SAM 활동을 책임진다. ITIL은 소프트웨어 자산 관리에 DSL과 CMDB를 활용하도록 권고한다. 자산 관리 프로세스에서 이들의 관련성을 정리하면 [그림 2-4]와 같다.

[그림 2-4] ITIL의 DSL과 CMDB



자료 : Best Practice For Software Asset Management, OGC, 2003

[그림 2-4]에서 점선은 물리적 컴포넌트의 이동과 배치를 의미하며, 실선은 CMDB에서의 논리적 링크와 관계를 의미한다. 효율적인 소프트웨어 자산 관리 프로세스 운영을 위해서는 이런 부분의 디자인, 개발, 구축이 매우 중요하다. ITIL에서 CMDB의 컴포넌트 각각은 CI(Configuration Item)라 부른다. CMDB의 각 CI 기록은 소프트웨어, 하드웨어, 계약 등 각각의 관리에 필요한 컴포넌트 관련 정보와 특성 항목 모두를 포함하고 있다. DSL은 사용 중이거나 사용할 예정인 모든 소프트웨어 마스터 카피의 논리적 저장소 역할을 한다. 모든 관련 품질 보증 점검을 성공리에 통과한 소프트웨어만 등록하여 DSL에 저장한다. 인증 및 라이선스 관련 문서도 DSL에 저장한다. 이들 문서를 스캔한 것은 CMDB에 보관할 수 있다. ITIL은 DSL의 관리 책임을 배포 관리 프로세스에 두고 있다. 이 부분은 SAM 프로세스의 기본 요건이기도 하다. 일반적으로 자체 개발 소프트웨어의 소스 코드 버전은 DSL에 보관하고, 구매한 소프트웨어는 실행 버전을 보관한다.

이외에도 SAM 프로세스와 관련이 있는 다른 ITIL 서비스 지원 영역은 다음과 같다.

- 서비스 데스크 및 인시던트 관리: 이들 프로세스는 ICT 서비스 및 시스템을 사용하는 모든 사용자의 단일 접촉 창구 역할을 한다. 모든 장애, 이슈, 문의, 요청, 질의를 처리하고, 소프트웨어 자산, 라이선스, 이들의 활용에 관한 모든 사항을 SAM 프로세스에 즉시 보고하여 해결하거나 시정 또는 에스컬레이션 조치를 강구한다.
- 문제 관리: 인시던트와 문제의 근본 원인을 분석하고 예방한다. SAM은 문제 관리와 협력하여 모든 SAM 위반 사항을 분석해 재발을 방지한다.

- 변경 관리: ICT 환경의 모든 변경을 관리하고 통제한다. 소프트웨어 관련 모든 변경 사항을 분석하여 SAM 프로세스에 미칠 파급 효과를 파악한다. SAM 프로세스의 모든 요구 조건을 충족시킬 수 있도록, 특히 라이선스 기준 준수 및 CM DB 업데이트와 관련된 기준을 충족시킬 수 있도록, 라이프 사이클 전체에 걸쳐 관리한다. 성공적인 SAM 프로세스를 위해서는 효과적인 변경 관리 프로세스가 필수적이다.

또한 서비스 관리의 서비스 딜리버리 프로세스도 SAM 프로세스에 중요한 역할을 한다. 이들 프로세스의 역할은 서포트 프로세스만큼 크지는 않지만, 많은 점에서 중요하다고 할 수 있다.

서비스 딜리버리 프로세스 가운데 가장 중요한 것이 재무 관리 프로세스이다. ITIL 재무 관리 프로세스는 모든 ICT 관련 자금 및 비용의 관리와 통제를 책임진다. 모든 소프트웨어 구매 및 실제 지출 관련 세부 정보를 재무 관리가 수집하고 분석한다. 지원 및 유지관리 계약, 재무 비용 모델과의 통합 역시 재무 관리의 몫이다. 재무 관리는 또한 라이선스 계약, 지원 계약, 공급업체의 선정 및 협상에 관여하여, 가장 적절한 계약을 체결하고 가능하면 회사의 투자금액을 절약할 수 있도록 한다.

SAM 프로세스에 관여하는 다른 서비스 제공 프로세스는 다음과 같다.

- 서비스레벨관리(SLM): 모든 고객과 사용자의 역할 및 책임을 규정하고 SLA에 명시한다. ICT 시스템을 사용하고 ICT 시스템에 접근하기에 앞서, ICT 시스템 사용자 모두가 수용하고 서명하고 준수해야 할 소프트웨어, 보안, 인터넷 사용 관련 정책을 구체적으로 기술한 사항도 SLA에 포함시킨다.
- 가용성관리: 서비스 또는 컴포넌트 가용성 또는 불가용성 문

제의 발생과 관련된 부분을 책임진다.

- IT서비스연속성관리(IT SCM): 사용 중인 모든 소프트웨어의 복구 및 연속성 계획을 구축하는 것이다. 그러므로 SAM 프로세스는 모든 신규 또는 변경 소프트웨어 정보를 IT SCM에 통보해야 한다. 또한 IT SCM도 모든 예비 및 복구 사이트와 시스템에서 SAM 이슈도 다루도록 해야 한다.
- 보안관리: 리스크 평가 및 경감 대책의 추진을 지원한다. 보안 관리는 또한 모든 소프트웨어 위반 사항과 미준수 사항의 감지, 경고, 에스컬레이션을 지원한다.

#### 다. ITIL SAM의 기대효과

ITIL SAM의 기대효과는 ITIL의 도입을 전제로 하여 예측할 수 있다. 이미 유럽의 대다수 기업에서 1990년대 말에 ITIL을 적용했고 미국에서도 ITIL의 도입이 꾸준히 늘고 있다. 그렇다면 전세계적으로 많은 기업들과 정부기관이 ITIL을 적용하는 이유가 무엇이며 투자비용 대비 이득 측면에서도 그 이점을 살펴보면 다음과 같다.

첫 번째로, 기업 내에서 얻는 효과로는 다음과 같다.

- IT 변경 사항에 대한 관리, 통제권의 향상
- IT 비용 관리 프로세스를 통한 IT 비용의 절감
- IT와 비즈니스를 연계 관리
- IT 관리도구의 적용을 위한 프로세스 Setup
- 아웃소싱에 대한 결정을 위한 프레임워크 준비
- 상호 대화를 위한 단일화된 참조모델
- 체계적/명확한 IT 조직체계
- 프로세스 표준화



- 일의 중복 감소
- ISO/IEC 9000 인증 가능

추가적으로는 향후 ISO/IEC 19770 Part I 프로세스 부분이 ITIL의 대다수 프로세스를 준용하였으므로 향후 19770 Part I이 표준으로 자리잡고 인증심사화가 된다면 ISO/IEC 19770 Part I 부분의 인증도 가능하다고 할 수 있다.

두 번째로, IT 고객은 다음과 같은 효과를 기대할 수 있다.

- 문서로 상세하게 잘 정리된 IT 서비스
- 보다 안정적인 IT 운영환경
- 제공 서비스에 대한 품질 보증에 따라 신뢰성 증가
- 명확한 대화 통로 제공
- 신속한 신규 IT 서비스 제공

세 번째로, 신속한 ROI를 기대할 수 있다.

미국 내의 ITIL 컨설팅 회사인 Interprom<sup>5)</sup> 사에 의하면 ITIL을 적용한 고객사의 경우 IT 중단시간을 65% 줄임으로써 100명의 사용자 당 연간 197,000 달러의 절감 효과를 보았으며 7백만 달러의 수입 손실의 감소, 그리고 22일의 투자회수 기간이 산정되었다. 이는 고객이 직접 ITIL을 지원하는 관리도구를 적용한 경우이다. 또 다른 고객의 경우, 서비스 콜의 해결 시간을 50% 감소시켰으며 1주일에 처리 가능한 콜 량도 450건에서 2000건으로 증대함으로써 생산성을 향상시켰다.

결론적으로 ITIL이 전 세계적으로 주목 받고 있는 상황에서, 소

---

5) 2001년 EDS의 IT 운영서비스 담당자들이 나와서 설립하였으며 ITIL의 제시하는 IT 서비스 프레임워크를 기반으로 컨설팅을 수행하고 있다. 2005년에 발표한 What You Need For Your Business라는 연구주제를 통하여 ITIL이 실질적으로 기업에 어떠한 이익을 가져다 주는지를 정량화하였다.

소프트웨어 자산 관리 또한 이러한 ITIL의 지배적인 추세를 따르지 않을 수 없을 것이다. 현재 국내에서도 ITIL 도입을 위한 활발한 활동이 전개되고 있으며 각 기업들은 ITSM관련 시스템의 도입을 통하여 ITIL 프로세스를 IT 거버넌스의 초석으로 삼으려 하고 있다. 우리나라에서도 정책 당국 및 관련 협회들이 기업의 IT 자산 관리 조직이 세계적으로 검증된 표준이 될 만한 프로세스 모델인 ITIL의 SAM을 충족시킬 수 있도록 도와주고, ITIL 과 더불어 CM M 등의 다른 프로세스 모델을 통합적으로 적용하는 방안에 대해서도 검토할 수 있어야 하겠다.

## 2. ISO/ IEC의 SAM

### 가. ISO/ IEC와 JTC

ISO(International Organization for Standardization)<sup>6)</sup>와 IEC(International Electrotechnical Commission)<sup>7)</sup>는 공히 국제 표준화 시스템을 주도하고 있는 기관이다. ISO는 상품 및 용역의 국제적 교환을 촉진하고 학문적, 기술적, 경제적 활동 분야에서의 협력증진을 위해 세계표준화 및 관련활동의 발전에 그 목적을 두고 있다. ISO의 주요 사업으로는 규격의 제정, 발행, 표준화 및 인증제도에 관한 연구와 출판물의 발행 등이 있으며 IEC는 ISO의 자매기관으로

---

6) ISO는 나라마다 다른 공업규격을 조정하고 통일하여 국제 산업 교류를 원활히 하기 위해 만들어진 국제기구로서 148개국의 국가표준화기관이 가입한 비정부 기구(NGO)이며 본부는 스위스 제네바에 있다. 회원가입은 한 국가에 1개 단체를 원칙으로 하고 있으며 우리나라는 현재 산업자원부 산하 '기술표준원(KATS)'이 회원기관으로 되어 있다. 여기서 'ISO'는 약어가 아니고, 그리스어의 isos에 근원을 두고 파생된 말로서 Equal을 의미한다.

7) 1906년에 발족하여 각국의 전기기술에 관한 용어의 조정과 통일을 목적으로 하는 국제기구이다.

서 전기·전자분야만의 규격 제정을 담당하고 있다. ISO와 IEC 멤버들은 각 회원국의 정부 관련 부처 산하에 귀속되어, 특정 기술 분야를 다루는 각 '기술위원회'를 통해 국제표준개발 작업에 참여하고 있다. ISO와 IEC 기술위원들은 상호 관심 분야에서 협력하고 있으며 정보기술 분야에서는 공동으로 ISO/IEC JTC(Joint Technical Committee)라는 위원회를 만들어 국제표준을 준비하고 있다. JTC에 의해 채택된 국제표준 초안은 각 회원국 위원회의 위원들에게 보내져 표결에 부쳐진다. 이 초안이 ISO/IEC에 의한 규칙에 따라 만들어지는 것은 물론이며, 국제표준으로 발표하려면 적어도 투표권이 있는 회원국 가운데 75% 이상의 동의를 얻어야 한다.

## 나. ISO/IEC 19770 Part I

2006년 5월, ISO/IEC JTC1은 SAM(Software Asset Management)을 위한 첫 번째 국제표준인 ISO/IEC 19770 파트 1을 발표했다. SAM에 따라 기업 통제가 가능하도록 개발된 이 표준은 27개 프로세스 영역을 커버할 수 있도록 설계되었다.

ISO/IEC 19770-1에 대한 업계의 수용은 발 빠르다. 주요 IT 자산관리 및 소프트웨어 자산관리 툴은 ISO/IEC 19770-1을 받아들였다. 주요 ITAM 솔루션 전문 업체들은 물론이고 소프트웨어 자산관리에 전문화된 도구를 개발하는 업체들 역시 발 빠르게 ISO/IEC 19770-1이 제시한 프로세스를 반영한 도구를 속속 선보이고 있다.

ISO/IEC 19770는 두 가지 파트로 구성되어 있다. 첫 번째 파트에는 프로세스가 기술되어 있으며, 두 번째 파트에는 도구적 관점에서 SAM을 기술하기 위해 태그(Tag)에 대한 내용이 주를 언급된다.

첫 번째 파트인 ISO/IEC 19770-1에 정의된 SAM 프로세스 프레임워크는 그림 4-8과 같다. ISO/IEC는 조직 내 소프트웨어 자산을

효과적으로 관리, 통제, 보호하기 위한 방안으로 소프트웨어 자산 관리를 보고 있으며, 이를 기초로 프로세스를 3 단계로 구분하고 있다.

첫 번째는 소프트웨어 조직 관리 프로세스이다. 이는 소프트웨어 자산관리에 있어 누락된 핵심 사안 중 하나인 사람과 정책에 대한 내용이 담겨 있다. 어떤 지배 구조와 정책 하에서 어떤 담당자가 책임과 권한을 가지고 소프트웨어 자산 관리를 실행할 것인지를 정하는 것을 ISO/IEC는 첫 번째 과정으로 정의하고 있다. 두 번째는 핵심 SAM 프로세스이다. 이 단계는 소프트웨어 자산관리의 실무 가이드적인 성격의 단계이다. 소프트웨어 자산 현황을 파악하는 것에서부터 지속적인 변경 사항 관리, 그리고 라이선스 및 재무적 이슈 등에 관한 운영까지 설명되고 있다. 세 번째는 '주요 프로세스 인터페이스'이다. 이 부분은 ISO/IEC의 다른 IT 관리 표준들과 소프트웨어 자산관리 표준간 연계를 어떻게 할 것인가에 대한 지침을 담고 있다. 참고로 ISO/IEC는 소프트웨어 자산관리 외에도 IT 서비스 관리에 관한 표준인 ISO/IEC 20000 그리고 IT 보안 관리 표준인 ISO/IEC 12207 등을 제정한 바 있다.

<b>SAM 조직 관리 프로세스 / Organizational Management Process for SAM</b>			
<b>SAM 통제환경 / Control Environment for SAM</b>			
SAM 기업 지배구조 Corporate Governance Process for SAM	SAM 역할과 책임 Roles and Responsibilities for SAM	SAM 정책, 프로세스, 절차 Policies Process and Procedures for SAM	SAM 역량 Competence in SAM
<b>SAM 계획 및 구현 프로세스 / Planning and Implementation Process for SAM</b>			
SAM 계획 Planning for SAM	SAM 구현 Implementation of SAM	SAM 모니터링, 검토 Monitoring and Review of SAM	SAM의 지속적인 개선 Continual Improvement of SAM
<b>핵심 SAM 프로세스 / Core SAM Process</b>			
<b>SAM 인벤토리 프로세스 / Inventory Process for SAM</b>			
SW 자산 확인 Software Asset Identification	SW 자산 인벤토리 관리 Software Asset Inventory Mgmt	SW 자산 통제 Software Asset Control	
<b>SAM 검증 및 기준 준수 프로세스 / Verification and Compliance Process for SAM</b>			
SW 자산 기록 검증 Software Asset Record Verification	SW 라이선스 기준 준수 Software Licensing Compliance	SW 자산 보안 기준 준수 Software Asset Security Compliance	SAM 적합성 검증 Conformance Verification for SAM
<b>SAM 운영관리 프로세스 및 인터페이스 / Operations Management Process and Interface for SAM</b>			
SAM 관계 및 계약관리 Relationship and Contract Mgmt for SAM	SAM 재무관리 Financial Mgmt for SAM	SAM 서비스레벨관리 Service Level Mgmt for SAM	SAM 보안관리 Security Mgmt for SAM
<b>SAM 주요 프로세스 인터페이스 / Primary Process Interface for SAM</b>			
<b>SAM 라이프사이클 프로세스 인터페이스 / Life Cycle Process Interface for SAM</b>			
변경관리 프로세스 Change Mgmt Process	SW 개발 프로세스 Software Development Process	SW 배포 프로세스 Software Deployment Process	문제관리 프로세스 Problem Mgmt Process
취득 프로세스 Acquisition Process	SW 배포관리 프로세스 Software Release Mgmt Process	인시던트 관리 프로세스 Incident Mgmt Process	폐기 프로세스 Retirement Process

[그림 2-5] ISO/IEC 19770 Part I Process Framework

## 나. ISO/IEC 19770 파트 II

ISO/IEC 19770 파트 1은 2005년 12월 15일 공표된 IT 서비스 관리 프로세스를 위한 새로운 표준인 ISO/IEC 20000과 밀접하게 관련(제휴)되어 있다. ISO/IEC 20000은 영국 표준기관(BSI)에 의해 개발된 BS15000을 대체 할 표준이었지만, ISO/IEC 20000은 물론 이거니와 ISO/IEC 19770 파트 1에서도 소프트웨어 Tagging에 대한 주제는 다루고 있지 않다.

2006년 초, 일단의 전문가 그룹은 소프트웨어 Tagging을 커버하는 19770 파트 2의 제정 작업을 시작했다. 같은 해 7월 이 전문가 그룹(소프트웨어 자산 관리를 위한 ISO/IEC/JTC1/SC7 Working Group 21)은 이 프로젝트 정의 단계를 감독하기 위해 International Business Software Managers Association (IBSMA)라는 전문가 조직<sup>8)</sup>을 지정했으며, Working Group 21은 계속해서 파트 2에 대한 초안 작업을 IBSMA에 요청했고, 마침내 그 노력의 대가로 대중에게 검토받기 위한 ISO/IEC 19770-2 최종 초안이 2006년 12월 발표 되었다.<sup>9)</sup> 다수 전문가의 의견이 반영된 ISO/IEC 19770-2는 몇 번의 회의를 거쳐 2008년 10월경에 정식 공표될 예정이다.<sup>10)</sup>

ISO/IEC SAM의 두 번째 파트인 ISO/IEC 19770 Part 2는 소프트웨어 태그(Tag) 표준에 대하여 정의하고 있다. 소프트웨어 태그는 말 그대로 소프트웨어의 꼬리표라고 표현할 수 있다. 소프트웨어의 버전, 라이선스 번호, 패키지 제작자, 언어, 제품명 등 개별 소프트웨어의 정보를 총괄하여 담아낸 표식인 것이다. ISO/IEC에

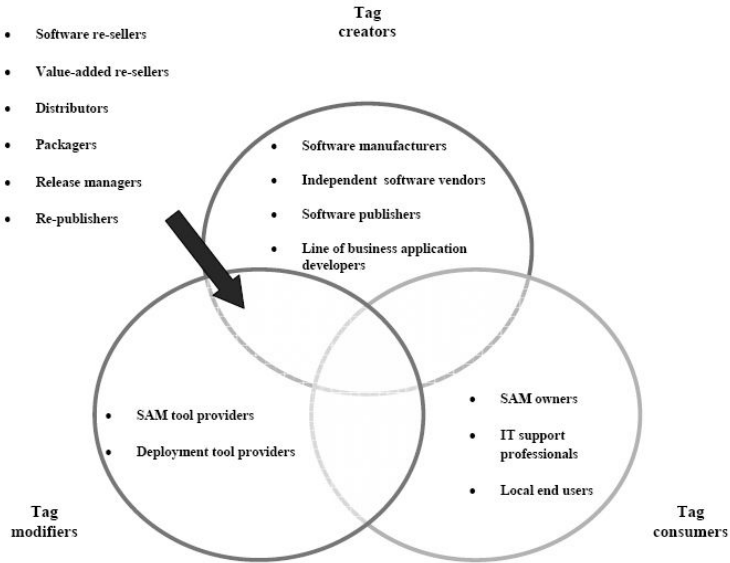
8) IBSMA의 기업멤버로는 Adobe, Microsoft, Symantec, Novell, Oracle 등이 있다.

9) 이 초안은 2007년 3월 16일까지 공개적으로 공표되어 검토와 의견 접수를 받았다.

10) 고광용, NE@소프트웨어저작권, 한국소프트웨어저작권협회, 2007. 5, 38면.

서는 이러한 소프트웨어 태그 또한 소프트웨어 그 자체와 마찬가지로 생명주기(Lifecycle) 단계에 근거하여 관리되어야 한다고 주장하고 있다. 소프트웨어 태그의 생명주기에 관련되는 참여주체들은 태그 생성자(Tag Creator), 태그 변경자(Tag Modifiers) 그리고 태그 소비자(Tag Consumers)로 나뉠 수 있으며 정의는 다음과 같다.

[그림 2-6]소프트웨어 태그의 3가지 주체<sup>11)</sup>



· 태그 생성자(Tag Creator)

소프트웨어 개발기업, 독립적인 소프트웨어 벤더, 소프트웨어 유통기업 및 기업 어플리케이션 개발기업들이 이 범주에 속한다.

· 태그 변경자(Tag Modifiers)

11) ISO/IEC 19770-2 Standard Final, IBSMA.

소프트웨어 자산관리 도구 및 시스템 제공기업, 소프트웨어 설치 도구 및 시스템 제공 기업, 소프트웨어 리셀러, 소프트웨어 재판매기업 및 소프트웨어 패키징 기업들이 이 범주에 속한다.

· 태그 소비자(Tag Consumers)

소프트웨어 자산 관리 담당자, IT 지원 전문가 및 소프트웨어의 최종사용자가 이 범주에 속하게 된다.

기업들이 효율적으로 소프트웨어 자산관리를 위해서는 소프트웨어 인식 정보를 필요로 한다. 그러나 현재 나와 있는 자동화된 도구들조차도 시장에 나와 있는 모든 소프트웨어를 인식하지 못하는 실정이며 더군다나 대부분의 상용 도구들이 Microsoft의 Window OS 기반에서만 작동하도록 되어 있다. 이에 비해 실제로 기업들이 사용하고 있는 소프트웨어 중에는 특히 고가의 소프트웨어들의 경우에는 Unix, Linux 등의 비윈도우 운영 체제에서 작동하는 경우가 많다. 기업들의 이런 고충을 해결하기 위해서 ISO/IEC에서 다양한 컴퓨터 운영체제 또는 플랫폼에 상관없이 소프트웨어 인식정보를 추출하는 것을 지원하기 위한 표준을 만들고자 하는 것이 ISO/IEC 19770-2의 목표라고 할 수 있다.

2006년 12월 최종 예비안에서 정의된 소프트웨어 태그 정보 요소는 3개의 범주로 분류될 수 있다. 통제(Control), 관계(Relationship) 및 기술(Descriptor)이 그것이다. 통제 정보요소는 다른 데이터들과의 참조를 위한 요소이다. 예를 들면 라이선스 번호, 구매번호 또는 계약정보 등을 의미한다. 관계 정보요소는 해당 소프트웨어가 연관된 다른 정보들에 대한 내용을 담고 있다. 예를 들면 업그레이드 정보, 해당 소프트웨어가 속한 제품군 정보 및 추가 모듈을 통해 사용할 수 있는 기능정보 등이 그것이다. 마지막으로 기술요소는 말 그대로 소프트웨어를 표현 및 서술하는 정보를 담은

요소이다. 즉 누가 개발하고 생산하였으며 어떤 언어를 지원하는지 등의 정보가 포함된다.

이러한 소프트웨어 태그 정보들은 SAM 구현을 통해 기업이 소프트웨어 자산 관리를 수행하는데 있어 자산의 보유 현황뿐 아니라 수요 예측 및 투자 타당성 분석 등의 정보 분석 활동을 용이하게 함으로써 소프트웨어에 대한 효율적인 투자를 가능하게 해 줄 것이다. 또한 기업이 소프트웨어 투자에 대한 정보 분석 활동을 용이하게 해줌으로써 SAM의 구현이 기업의 이익과 직결된다는 것을 부각시켜 SAM의 활성화에 중요한 동인이 될 수 있을 것이다.

### III. SAM관련 국제단체 동향

#### 1. SIIA의 SAM

##### 가. 설립 목적 및 배경

SIIA(Software & Information Industry Association)는 기업의 모든 업무에 전산화를 적용할 때 가장 기본적으로 이루어져야 하는 규칙 또는 규정에 관한 업무를 담당하고 있는 단체라고 할 수 있다. SIIA는 정부의 규정, 비즈니스적인 도약, 관련된 교육, 지적 자산 보호 등에 이르기까지 국제적으로 서비스를 제공하고 있다. SIIA는 모든 기업의 관심사인 소프트웨어와 기업의 전산화에 대하여 광범위하게 홍보하고 있으며, 지적 자산에 대한 법적인 규정과 보호를 위한 활동을 함으로써 모든 기업이 상부상조할 수 있는 사회를 이끌어 나가는 것을 목표로 하고 있다. 또한 그에 따르는 다양한 정보들을 기업에게 제공하여 모든 기업들이 SIIA에서 제공하는 서비스에 대하여 인식을 하고 수용하도록 노력하기도 한다.



SAM에 대하여 SIIA는 다양한 지식을 보유하고 있으며, 소프트웨어 불법사용건과 현재 기업의 소프트웨어 사용인식에 대한 다양한 조사 활동을 통하여, 소프트웨어 사용자들의 인식 구조 향상에 도움이 되는 많은 연구를 수행하고 있다. SIIA에서는 SAM에 있어서 시스템 적인측면 보다는 프로세스적인 측면을 강조하고 있다. SIIA는 기업에서 자체적으로 SAM을 구축하고 관리한다고 하더라도 기업구성원 개개인의 PC에 대해서는 잘 관리하지 못하고 있다고 판단하고 있다. 설령 기업에서 SAM을 시스템적으로 구축하였어도, 기업구성원이 개인 업무용 PC 사용으로 인하여 인터넷에서 불법복제 소프트웨어를 다운로드 받아 업무에 사용하고 있다면, 기업의 입장에서는 위험요소이며 이를 방지하기 위해서는 시스템 뿐만 아니라 적절한 프로세스도 갖추고 있어야 한다는 측면을 강하게 부각시키고 있다.

## 나. SIIA의 SAM

SIIA에서 판단하고 있는 가장 이상적이고 합리적인 SAM 모델 형식은 마이크로소프트에서 주창하고 있는 SAM 모델이며 이는 앞서 언급했던 바와 같이 시스템적인 측면보다는 관리절차에 중점을 두고 있다.

마이크로소프트에서 제시하는 SAM 절차는 아래와 같이 4가지로 나뉘어 진다.

- Step 1 : 소프트웨어 품목에 대한 조사

SAM을 도입하기 위하여 제일 먼저 이루어져야 할 부분은 기업의 현재 소프트웨어 품목에 대한 현황조사이다. 기업에서 사용하고 있는 모든 PC와 노트북에 저장되어 있는 소프트웨어에는 어떤

종류이며 그 수량은 어느 정도인지에 대하여 인식이 요구된다.

위 작업을 위해서는 크게 다음의 두 가지 방법이 있으며 기업의 규모에 따라서 어느 효율적인 방법을 채택하여 소프트웨어의 현황 조사를 할 수 있다.

### 수동 작업

제3자가 개입을 하여 일일이 PC속에 저장되어 있는 소프트웨어를 체크한다. 간단히 “프로그램 추가/제거”에 기록되어 있는 소프트웨어들이 검토하고 있는 PC에 저장되어 있는 소프트웨어를 말한다. 중소 규모의 기업은 별도의 자동화된 도구 및 시스템없이 수동으로 하는 것이 비용대비 효과적일 수 있다. 기업의 규모상 또는 다른 사유로 인하여 해당 업무를 상시적 업무화할 수 없는 경우 외부 전문 업체, 즉 독립적인 제3의 업체에 위탁하는 경우가 점차 늘고 있는 추세이다.

### 자산관리 도구 및 시스템(Tool and System) 사용

현재 컴퓨터에 어떤 소프트웨어가 저장되어 사용되고 있는지에 대해서는 간단한 tool을 사용하여 알 수 있다. “software inventory tool and system(소프트웨어 품목 조사 도구)”라는 일종의 소프트웨어를 PC에 설치하여 현재 저장되어 있는 소프트웨어 목록을 추출할 수 있다. 소프트웨어 인벤토리 도구들은 인터넷상에서 공개 소프트웨어로 다운로드도 가능하며 상업적으로 판매되는 툴도 있다. 또한 IT 자산관리 도구에 소프트웨어 인벤토리 도구들이 포함되어 있는 경우도 있다.

· Step 2 : 소프트웨어의 라이선스와 사용되고 있는 라이선스의 일치성 검토

지금 현재 사용하고 있는 소프트웨어의 라이선스를 찾아 확인한다. 소프트웨어 라이선스는 크게 두 가지 형태로 나뉜다. 소프트웨어를 설치하면서 전산상으로 보관하는 라이선스의 형태와, 문서로 보관하는 라이선스의 형태이다. 해당 소프트웨어에 대한 라이선스를 추출한다.

추출한 라이선스와 사용되고 있는 소프트웨어가 일치되는지 검토를 하여 일치되지 않는 항목에 대하여 별도로 정리한다. 일치되지 않는 항목을 통하여 소프트웨어 라이선스의 사용이 초과되고 있는지 라이선스의 구매가 불충분 여부에 대하여 상황 파악을 할 수 있게 된다. 또한 라이선스 구매없이 불법으로 사용되고 있는 소프트웨어에 대해서도 파악이 쉽게 된다.

#### · Step 3: 기업의 절차와 규정에 대한 검토

소프트웨어와 라이선스에 대한 평가가 끝난 후, 계약 기간이 지난 라이선스 수량 및 기업 안에 설치되어 있는 소프트웨어와 보유되어 있는 라이선스 수량이 일치하지 않는다면, 소프트웨어 라이선스에 관한 기업의 절차와 규정에 대한 검토가 요구된다. 아래와 같이 가장 기본적인 규정의 존재 여부와 내용에 대하여 검토하는 것이 체계적인 소프트웨어 자산관리에 도움을 준다.

#### **소프트웨어 취득 규정(Software Acquisition Policy)**

기업의 구성원들이 특정 소프트웨어가 필요할 때, 소프트웨어 취득을 위한 기업 내의 자체적인 프로세스 및 절차를 구축한다.

#### **새로운 소프트웨어 체크 리스트(New software Check-in List)**

기업이 새로운 소프트웨어를 받게 되었을 때, 소프트웨어가 주문을 한 해당 부서에서 먼저 사용을 하게 되는지, IT 부서를 통하

여 소프트웨어에 대한 관리 대장에 기록하고 해당 소프트웨어 라이선스 기록 여부를 관리한다.

### **소프트웨어 사용 지침(Software Use Policy)**

소프트웨어 사용 지침서의 내용 중, 기업이 소프트웨어 다운로드 규칙, 소프트웨어 사용 방법에 대하여 언급되어 있어야 한다. 기업의 소프트웨어 사용지침에 대하여 체계적으로 구축하고 있다면, 컴퓨터 시스템이 안정적으로 운영된다.

### **재해 복구 계획 (Disaster Recovery Plan)**

미래에 대하여 예측하는 것은 불가능 한 일이지만, 앞으로 다가올 수 있는 재앙 수준의 문제에 대해서는 해결책을 세워 준비하는 것도 위험을 감소할 수 있다. 가장 자주 일어나는 재앙에 대하여 등급을 비교 분석하여 그에 맞는 소프트웨어 자산에 대한 복구방침을 수립하는 것도 소프트웨어 자산관리의 중요한 한 부분이라고 볼 수 있다. 시스템에 저장되어 있는 정보 혹은 시스템을 보호하는 역할도 포함되어 있어야 한다.

#### **· Step 4: SAM 계획 수립**

현재 구축되어 있는 소프트웨어 자산관리에 대하여 검토를 하여 소프트웨어 관리체제와 라이선스 문서화 및 관리 체제에 대한 규정 에 대하여 이해를 한 다음 기업에 맞는 소프트웨어 자산관리 계획을 구축해야 한다.

### **기초작업(Create a baseline)**

SAM을 구축하기 전에 SAM의 계획에 대하여 체계적으로 기초적인 가이드라인을 세운다. 기본적으로 소프트웨어를 사용하여 모

든 PC와 노트북, 서버들 소프트웨어를 사용하고 있는 기계에 대하여 표준화를 공지한다. 표준화를 통하여, 기업은 소프트웨어 도입 과정의 표준화로 인하여 시간을 절약하게 된다.

### **스케줄 일람표 (Schedule inventories)**

기초적인 SAM 수행 계획 중 하나는 통상적인 소프트웨어 목록들이다. 기업의 규모에 따라, 소프트웨어 도입 절차에 따라, 소프트웨어에 대한 스케줄의 변경이 가능하다.

### **소프트웨어 자산 체크 (Inventory spot checks)**

소프트웨어 자산에 대하여 정기적으로 검사가 요구된다. 소프트웨어 자산의 오염에 대한 검사로써, PC에 저장되어 있는 소프트웨어에 대하여 실시하게 된다. 현재 저장되어 있는 소프트웨어 자산 문서와 소프트웨어 자산 체크 실시 결과가 일치되어야 한다.

## **2. BSA의 SAM**

### **가. BSA의 설립 목적 및 배경**

BSA는 사무용 소프트웨어 연합(Business Software Alliance)라는 국제적인 단체로써 불법 소프트웨어 사용과, 소프트웨어 라이선스의 필요성, SAM의 효과에 대하여 많은 홍보를 하고 있다. 사무용 소프트웨어연합(Business Software Alliance, 이하 BSA)은 '안전하고 합법적인 디지털 세상'의 슬로건 아래 전 세계 85개 국가에서 소프트웨어 산업의 균형 발전과 올바른 디지털 환경을 조성하기 위해 노력하는 글로벌 비영리 단체로서 첨단 IT 산업을 대표하는 기업들로 구성되어, 각국 정부와 세계 시장에서 소프트웨어 산업의 목소리를 대변하고 있다. BSA는 한국에서 지난 1991년부터 활

동을 시작해 왔으며 국내 지적재산권 보호 시스템의 효율성을 높이기 위한 기술적 아이디어를 정부에 제공하는 한편, 매년 발표되는 IDC 보고서를 통해 소프트웨어 불법복제 현황을 파악하고 이를 줄이기 위한 교육적 목적의 다양한 홍보 활동을 펼쳐오고 있다. 특히 지난 2001년 이후 '소프트웨어자산관리 세미나'의 지속적인 개최를 통해 기업 차원에서 소프트웨어 자산 관리의 중요성과 관리 방법 등을 소개해 오고 있다.

## 나. BSA의 Best SAM Practice

SAM은 가장 기본적인 자산관리 구축 방법이며, 인력구조, 프로세스, 기술적인 3가지 요소를 합성하여 소프트웨어 라이선스와 사용조항에 대하여 지속적인 관리를 하고 모든 기업이 원하는 재무적인 이득과 효율적인 자산관리를 제공함으로써 부가적으로 요구되는 소프트웨어 자산관리 및 소프트웨어에 대한 서비스 수준 향상에 대한 모든 문제를 해결할 수 있게 된다. BSA는 기업이 SAM을 도입함으로써 얻게 되는 장점 4가지를 다음과 같이 제시하고 있다.

- IT 자산과 관련된 TCO(Total Cost of Ownership) 이득

수동으로 실시하게 될 감사 혹은 기업의 소프트웨어 라이선스 사용현황에 대한 조사를 생각해 본다면, SAM 프로그램 도입으로 인한 첫 단계에서는 많은 자본이 투자되었지만, 장기적인 입장에서 본다면 기업에겐 효율적으로 소프트웨어 자산을 관리할 수 있게 된다.

## 기술의 변화 측정

현재 소프트웨어 보유 현황을 알 수 있는 모델을 도입하여 미래

에 요구되는 소프트웨어를 쉽게 알 수 있으며 소프트웨어의 업그레이드 상태 및 업그레이드가 요구되는 시기까지도 분석이 가능하다.

### **최소한의 안전 보안 위협**

불법 소프트웨어의 사용이 힘들어 지게 되면서 모든 기업의 사용자들은 정품 소프트웨어를 사용하게 된다. 이것으로 인하여 정보보안에 대하여 내부적으로 보안 감시가 가능하게 된다.

### **최소한의 컴플라이언스(Compliance) 위협**

불법 소프트웨어 사용의 추적이 가능해 지면서 불법 소프트웨어 사용에 대한 감사가 실시 될 경우 발생할 수 있는 벌금 및 법적으로 불리한 입장에 놓일 수 있는 위험이 감소하게 된다.

많은 기업들은 성공적인 SAM 프로그램의 구축을 위해서는 전문가적인 기술이 필요하다고 생각하는 경우가 많다. 여기서 말하고 있는 기술이란 시스템적으로 정보만을 모으는 데이터 수집을 말하고 있다. 현재 기업에서 가지고 있는 소프트웨어의 수준, 소프트웨어 라이선스 유효 기간 등에 대한 정보 수집의 구축을 성공적인 SAM의 도입의 기준이라고 보는 것이다. 하지만 성공적인 SAM의 도입은 단순한 현재의 정보 수집이 아니라 기업의 소프트웨어 도입 절차가 이루어지기 전의 기업의 IT 환경에 대한 전반적인 인식의 수준이 결정된다고 볼 수 있다. 예를 들어 특정 운영 소프트웨어가 도입된다고 가정해 볼 때, SAM이 도입된 기업의 현재 IT 운영 환경에 대하여 인식을 하고 있어야 하며, 운영 소프트웨어와 현재 IT 운영 환경의 호환성 여부와 예러 수준까지도 분석할 수 있어야 하는 것이다. SAM 프로그램은 단순한 라이선스 관리를 넘어 소프트웨어의 질적 수준 관리 및 유지 보수까지 관리해

야 한다.

또한 BSA에서는 SAM의 기업 적용을 위해 다음과 같은 절차를 제시하고 있다.

· Step 1: 인벤토리(Inventory) 조사 실시

처음 실시하는 단계는 SAM을 도입하여 기업내의 모든 컴퓨터에 저장되어 있는 소프트웨어 자산검색의 가능성에 대하여 테스트를 실시하는 것으로 다음과 같은 항목을 확인한다.

- 소프트웨어 라이선스의 정합성에 대하여 검색이 가능한가?
- 불법 소프트웨어 검색이 가능한가?
- PC/컴퓨터 마다 할당되어 있는 소프트웨어 라이선스 번호와 실제 저장되어 있는 소프트웨어의 라이선스 번호의 일치성 검색이 가능한가?
- 시스템적으로 실시간 헬프데스크(Helpdesk) 기능이 이루어지고 있는가?
- 소프트웨어 저장 시 하드웨어 및 컴퓨터의 조건 검색 및 가이드라인을 제시하는가?

· Step2: 소프트웨어 사용권 검토

소프트웨어 사용을 정확하게 검토하기 위해서는 30-60일 정도의 기간이 소요되며, 이 기간 동안 사용되는 모든 소프트웨어는 컴퓨터 사용자에게 필요하다고 볼 수 있다. 하지만 이 기간에 사용되지 않은 소프트웨어에 대해서는 그 필요성에 대하여 한 번 생각해 보아야 한다. 물론 기업마다 소프트웨어 사용 주기가 다르기 때문에 위에서 언급한 주기는 기업에 맞추어 조정할 필요가 있다.



· Step 3: 소프트웨어 인벤토리와 라이선스의 정합성

소프트웨어 사용과 라이선스의 검토가 끝나고 나면, 구매한 라이선스와 사용되고 있는 소프트웨어가 일치성에 대하여 조사를 할 필요성이 있다. 기업에서는 구매한 라이선스와 사용되고 있는 소프트웨어가 일치하지 않는 경우도 흔히 생기기도 한다. 대표적인 예는 소프트웨어 라이선스를 소량으로 구매하였으나 해당 소프트웨어 사용이 너무 많아 감당하지 못하는 경우, 불법 라이선스를 사용하는 경우 혹은 같은 라이선스로 많은 PC에 저장하여 소프트웨어를 사용하는 경우 등이다. 기업의 경영자와 운영적인 측면에서 기업의 자산이 어떻게 활용되고 있으며 관리적인 측면에서도 소프트웨어 사용과 라이선스의 일치성에 관한 조사는 필요하다.

소프트웨어 사용과 라이선스 일치성을 위하여 BSA가 추구하는 방식은 중앙집중적인 구매 정보 체계이다. 즉, 모든 소프트웨어 라이선스 구매 내역을 한 데이터베이스에 관리하는 형식으로써, 모든 소프트웨어 라이선스 구매 내역에 대하여 쉽게 알 수 있어야 한다. 또한 이 데이터베이스는 소프트웨어 라이선스에 관한 내역으로만 구성되어야 하며 그 독립성이 유지되어야 한다고 말하고 있다.

· Step 4: 검토, 문서화, 절차와 규정

4번째 단계는 소프트웨어 라이선스와 사용 소프트웨어에 대한 일치성을 검토한 다음 이루어지는 소프트웨어 도입에 관한 기업 절차와 규정 검토이다. 이 단계에서는 현재 기업이 가지고 있는 소프트웨어 도입 절차와 규정이 효율적이며 많은 시간 및 인력을 낭비하지 않고 진행할 수 있는지에 대한 검토를 실시한다. 대부분

의 기업은 규정 및 절차에 대하여 체계적으로 계정 및 관리를 해주지 않기 때문에, 기존의 규정 및 절차가 구식이거나 기업의 문화에 맞지 않을 가능성도 있다. 하지만 SAM의 도입과 함께, 소프트웨어 도입 규정 및 절차에 대하여 다음과 같은 재조정이 필요하다.

- 승인 심사가 난 소프트웨어 벤더(vendor)의 리스트를 작성한다.
- 새로운 소프트웨어 도입에 관하여 가격 절충 및 관리 유지 보수 담당자의 역할을 분담하며 인력 구조를 재편성 한다.
- 소프트웨어 구입은 개개인이 할 수 있을지, 기업에서 모든 것을 총괄 할 것인지에 대하여 확실히 정하며, 이 문제에 대한 가이드 라인 및 규정과 절차를 구축한다.

· Step 5: 지속적인 SAM 프로세스의 보완

SAM의 도입은 단순히 도입 자체로써 끝나는 프로젝트가 아니다. SAM의 도입은 향후에도 체계적으로 요구되는 관리의 의미까지 포함하고 있다. SAM의 시스템을 지속적으로 보완해 주며, 계속 변하는 기업의 체계와 함께, SAM의 시스템도 변화해야 한다. 한 번 도입된 SAM은 영구적이라는 의미 보다는 계속적으로 기업에 맞추어 효율적인 자산관리를 해주는 서비스의 개념으로 생각해야 한다. 도입된 SAM은 자주 변형될 가능성이 있으므로 시스템 자체가 융통성이 있어야 한다. 지속적인 SAM 프로세스의 보완을 효과적으로 수행하기 위해서 SAM의 관리자는 현재의 인벤토리(inventory)와 라이선스에 대하여 일치하는지에 대하여 지속적으로 관리를 해 주어야 한다. 쉽게 기존의 도구 및 시스템(Tool)을 사용하여 소프트웨어 사용권과 사용 집계/통계 및 라이선스와의 일치

에 대한 보고서를 작성한다. 항상 소프트웨어 자산에 대하여 관리하며, 관리자는 소프트웨어 사용 패턴 및 유형을 분석하며 기본적인 IT 지식을 활용하여, 소프트웨어 사용에 대하여 기업에 재무적인 효과를 줄 수 있는 자세가 필요하다. SAM관리자는 단순히 SAM이 아무런 이상없이 작동 여부에 대하여 관리하는 것이 아니라, 소프트웨어 자산에 대하여 재무적인 측면에서 기업에게 이득을 줄 수 있어야 한다.

### 3. Gartner의 SAM

#### 가. 설립 목적 및 배경

가트너 그룹은 설립 당시 펀드 매니저 출신들이 모여서 만든 합자 컨설팅 회사로 시작하였다. 초기에 가트너 그룹이 했던 일은 IBM의 주가 변동과 관련해서 주식을 사고파는 중개인들에게 IBM의 주가와 관련한 정보를 제공하는 일이었으며 이러한 업무수행을 위하여 정보통신기술업종의 트렌드 및 수익성 예측에 대한 분석을 수행하게 되었다. 그 이후에는 여러 가지 컨설팅 업무를 하게 되었는데 가장 대표적인 일은 어떤 대기업에서 새로운 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어를 구입해야 할 때 어떤 하드웨어 또는 소프트웨어가 가장 적은 비용으로 가장 큰 효과를 낼 것이며 이로 인해 어떤 이익을 얻을 수 있는지 등을 자문하는 컨설팅 서비스를 기업들에 제공하고 있다. 기업의 입장에서 자신들이 손수 자료를 분석하고 비용, 이익을 예측하는 것보다 전문기업에게 컨설팅을 의뢰하는 것이 더 유익하기 때문에 가트너 그룹에 자문을 요청하고 있으며 현재 국제적으로 가트너에서 발표하는 여러 가지 연구 결과 및 산술적 수치들이 표준적인 정보로써 인식되고 있다.

## 나. Gartner에서 제시하는 SAM 동향

정보기술 분야의 세계적인 연구조사기관인 가트너에서는 적절한 전략, 명확한 요구사항 정의 및 결과에 대한 인내가 SAM을 성공적으로 도입하는 열쇠라고 주창한다.<sup>12)</sup> 설명하자면 소프트웨어 자산관리를 도입할 때 명확한 기업의 목적을 반영하고 그에 따른 요구사항들이 무엇인지 정의한 뒤 적용한다는 것을 의미한다. 그리고 인내는 소프트웨어 자산관리 라이프사이클이 진행될 수 있도록 단순히 한 사이클 또는 단기간 내에 성과를 기대하지 말고 지속적으로 운영할 수 있도록 하는 기업의 시간적 투자를 의미한다고 할 수 있다. SAM의 도입을 통해 일시에 투자효과를 볼 수는 없다. SAM은 지속적으로 증가되는 과정과 단계를 거쳐 시간이 지남에 따라 성과가 쌓이기 때문이다.

Gartner사의 조사에 의하면 일반적으로, SAM을 통해 얻을 수 있는 효과는 다음 다섯 가지 정도를 꼽을 수 있다

- 소프트웨어 총소유비용(TCO)의 감소
- 규모의 경제
- 지원/헬프 데스크의 효율 향상
- 역량 비축 및 최고 수준의 실행력 배양.

또한 계량적인 효과로써 체계적인 IT 자산에 대해 라이프사이클을 관리하는 기업은 개별자산(소프트웨어, 하드웨어 등)에 대하여 적용 당해 년도에 30%의 비용 절감효과를 얻을 수 있으며, 향후 5년간 매년 5~10%사이의 비용절감 효과를 누릴 수 있다는 조사결과를 발표하였다.<sup>13)</sup>

---

12) Gartner, IT Asset Management Stages from the stairway to success, 2006, 3면.

가트너에서는 소프트웨어 자산 관리를 IT 자산 관리의 하부영역으로 명확히 정의하고 있으며 전체 IT 자산의 관리 프로그램을 기업의 업무 성숙도를 기준으로 다음과 같은 5개의 단계로써 구분하고 있다.

- 1단계 : 혼란 (Chaotic) -통제가 전혀 없는 수준
- 2단계 : 반응 (Reactive) - 제한된 신뢰 수준
- 3단계 : 선도 (Proactive) - 라이프사이클 관리 수준
- 4단계 : 서비스 중심 (Service Oriented) - 서비스 수준 관리
- 5단계 : 가치 창출 (Value Creation) - 비용 회수

가트너의 조사결과에 따르면 대부분의 기업들(약 75%이상)이 SAM 적용 성숙도에 있어서 1단계 및 2단계에 머물고 있는 것으로 조사되었다.<sup>14)</sup> 그러나 소프트웨어가 기업의 운영에 절대적인 영향을 미치고 있는 기업은 최소한 3 단계의 라이프사이클 관리 수준에는 도달해 있어야만 한다. 3 단계 수준의 SAM 성숙도에 도달해야만 컴플라이언스 이슈 등의 위험 요소에 대하여 대응할 수 있는 능력을 갖추게 된다고 한다.

## 4. IBSMA의 SAM

### 가. 설립 목적 및 배경

IBSMA(International Business Software Managers Association)

---

13) Patricia Adams, Management Update: IT Asset Management Stages Form the Stairway to Success, 2003, 9면.

14) Patricia Adams, Management Update: IT Asset Management Stages Form the Stairway to Success, 2003, 10면.

는 세계적인 소프트웨어 자산 관리 전문가들로 구성된 공동 단체로써, 소프트웨어 자산관리(SAM)에 관한 문제점 및 공동 이슈에 대하여 해결 방안을 찾아 더욱 더 체계적인 자산관리를 기업이 구축할 수 있도록 여러 활동을 하고 있다. IBSMA는 ECPweb이라는 단체와 함께 활동하고 있으며 ISO/IEC 19770 Part 1 SAM 프로세스 및 Part 2의 Tag(태그)에 관한 마지막 문서화 작업에 많은 공헌을 하였다.

## 나. IBSMA의 자산관리 실무지침

IBSMA에서 말하는 소프트웨어 자산관리에 대한 실무지침은 다음과 같은 관리 체제로 세분화된다. 셰리 어윈(Sherry Irwin)은 “New Options of Asset Management Practices”라는 명제로 2003년 7월 Technology Asset Manager라는 ECPweb에서 발간하는 보고서에 다음과 같이 말하고 있다. “IT 계약 관리, 사용 관리, 변경 관리, 인보이스 검증은 자산관리 체제의 가장 핵심 업무이다”. 즉 SAM 시스템에서도 앞서 언급하고 있는 관리 체계가 중요하다고 할 수 있다. 유지보수 측면에서 소프트웨어 자산관리는 기업에게 높은 투자대비 이익(ROI)을 가져다 줄 수 있기 때문이다.

### 1) IT 계약관리

IT 계약관리는 소프트웨어를 포함한 모든 IT 자산 입수 및 계약에 관한 업무를 체계적으로 관리한다. 전문적으로 계약에 대해서 관리를 하기 때문에, 전반적인 소프트웨어 자산 라이선싱의 비용 및 기업에게 이윤을 줄 수 있는 계약을 성사시킬 가능성이 높다. 또한 계약체결이 끝난 이후에도, 지속적인 계약관리를 활용한다면, 일정 수준의 서비스를 소프트웨어 공급업체로부터 받을 수 있다.

(예, 소프트웨어 업그레이드 및 패치 업그레이드) 이미 체결된 계약의 경우에는 추후의 계약에 관한 할인 정보 및 협상 조건에 대하여 기재할 수도 있다. 사전에 맺은 계약을 잘 활용한다면, 앞으로 체결될 여러 소프트웨어에 대해서도 좋은 조건으로 계약을 체결할 수 있기 때문에 체계적인 관리 제도가 기업에겐 많은 이익을 가져 온다.

## 2) 사용관리(Usage Management)

사용관리는 소프트웨어 자산관리 측면에서 핵심 관리중의 하나라고 IBSMA에서는 말하고 있다.

대부분의 기업들은 소프트웨어 구입 후 소프트웨어 라이선스 역시 같이 구입하게 되는 경우가 대부분이다. 하지만 소프트웨어 라이선스 관리를 하지 않았을 경우 라이선스 만기가 지났음에도 불구하고 사용자는 계속 사용 하게 되는 경우가 빈번히 발생한다. 소프트웨어 라이선스에 대한 지속적인 관리가 부족하기 때문이다. 대부분의 소프트웨어가 지속적으로 개발이 이루어지고 이에 따라 업그레이드된 소프트웨어가 상품화가 되기 때문에 영구적인 라이선스를 구매하는 것보다 단기적인 소프트웨어 라이선스를 구입하게 될 경우, 일정 사용기간이 지난 후에도 사용자는 그 사실을 모르는 경우가 많다. 이런 경우, 소프트웨어 감사자가 저작권 및 소프트웨어 라이선스에 관한 감사를 실시 하게 될 경우, 기업으로써는 고의가 아니지만 관리 부족으로 인하여 기업에게 재무적인 측면의 손실뿐만 아니라 기업의 이미지에 이르기까지 나쁜 영향을 주게 된다.

## 3) 변경관리(Change Management)

IBSMA에서는 변경관리를 소프트웨어 자산 관리 중 가장 중요한 관리로 취급하고 있다. 변경관리는 소프트웨어 자산에 대한 새로운 업데이트 및 기업의 구조/시스템의 변화가 생길 경우 소프트웨어 역시 변형 되어야 하는 모든 변경에 대하여 관리를 하게 된다. 많은 기업은 소프트웨어를 구입 하게 되는 경우, 단순한 기술적인 문제는 서비스적인 차원에서 무료로 제공하여 주지만, 소프트웨어 자체의 변경을 요구 하게 되는 경우는 소프트웨어 개발 업체에서 유지 보수 비용을 요구하는 것이 대부분의 공통적인 케이스이다. 하지만 시스템 및 소프트웨어의 변경 시점과 필요성에 대한 관리는 반드시 필요하다.

#### 다. IBSMA의 ISO/IEC 19770 속성평가프로그램

IBSMA에서는 추후 ISO/IEC의 표준안을 기업에 효과적으로 적용하기 위하여 ISO/IEC 19770의 프로세스 준용을 평가하기 위한 속성평가프로그램(RAP: Rapid Assessment Program)을 개발하였다. 이는 기업의 SAM프로세스의 벤치마킹을 통하여 시기 적절한 평가를 제공하기 위하여 만들어졌다. 이 평가는 SAM 프로세스를 위한 국제표준인 ISO/IEC 19770 Part I에 표현된 베이스라인의 준용을 검토하기 위한 것이며 27개의 프로세스 영역에서 200개 이상의 관련된 평가 정보를 산출할 수 있다고 한다. IBSMA에 따르면 조직의 규모가 클수록 해당 프로그램의 혜택을 많이 볼 수 있다고 하며 ISO/IEC 19770에 대한 인증을 기업이 준비하는 경우 RAP을 통하여 기업은 사전에 기업이 이미 운영하고 있는 프로세스와 운영하고 있지 않은 프로세스 그리고 기업의 업무 프로세스와 SAM 프로세스와의 차이점등에 대한 정보를 미리 얻을 수 있다고 한다.



ISO/IEC 19770 인증을 위한 벤치마킹 시에는 IBSMA에서 인정하는 컨설턴트 및 기업이 인터뷰 및 세분화된 조사를 복합적으로 사용하여 ISO/IEC 19770-1에서 정의된 6가지 프로세스영역(환경 통제, 계획과 이행, 목록화, 검증, 컴플라이언스, 관리와 조정, 라이프 사이클 관리)으로 나누어 등급을 매기게 된다. 각 영역은 1에서 5까지의 점수로 등급화 되거나 등급 내에 해당되지 않는 경우에는 별도로 처리되게 된다. 벤치마킹 평가 뒤 평가자는 보고서를 작성하게 되며 각 프로세스영역에서 결과물들의 등급과 격차와 개선영역에 대한 정보를 제공하게 된다. 또한 IBSMA에서는 공인된 평가자 없이 스스로 체크할 수 있는 셀프 평가를 유료로 제공하고 있다. 현재까지 해당 RAP을 적용하여 ISO/IEC 19770 Part I을 평가한 기업은 세계적으로 없으며 추후 Part II안의 내용이 최종 발표되고 인증에 대한 기업들의 필요가 생기게 되면 상당히 유용한 도구로써 널리 쓰여질 전망이다.

## 5. FAST의 SAM

### 가. FAST의 설립 목적 및 배경

FAST는 1992년 영국에서 민간 개발 소프트웨어에 대한 불법 사용에 대한 단속을 목적으로 하는 비영리 민간단체로써 설립되었다. 설립 초기 Microsoft사의 제품에 대한 영국 내 불법적 사용에 대한 대대적 컴플라이언스 활동을 이끌면서 영국 내 주요한 소프트웨어 불법 복제 방지 및 올바른 소프트웨어 자산 관리 활동의 중심 단체로 부각되었다. BSI와 공동으로 개발한 표준 소프트웨어 컴플라이언스 방안인 FSSC를 보유하고 있으며 이를 통하여 개별

기업들에게 소프트웨어 자산관리 수준 평가 및 컴플라이언스 규제 준수 활동을 수행하고 있다.

## 나. FAST의 SAM

FAST에서는 소프트웨어에 대하여 “소프트웨어는 사용하는 기업에게 가치를 제공할 수 있는 다른 비즈니스 자산과 같은 자산”이라고 정의하고 있다. 따라서 기업에게 가치를 제공해줄 수 있는 자산으로써 소프트웨어는 효과적으로 관리되어야 하며 소프트웨어 관리는 기업에 도입되는 방법부터 시작하여 그것이 사용되고 라이선스 되는 방법을 통제하는 것과 제거하고 처분하는 문서화된 방법에 이르기까지 전체적인 라이프사이클적인 측면의 관리임을 FAST에서는 강조하고 있다. FAST에서 1995년에 설정한 FSSC(FAST Standard For Software Compliance)에 따르면 소프트웨어 라이선스 관리는 한 조직이 기업 지배를 성취하도록 이끄는 전반적인 IT관리 전략의 한 부분으로 이행해야 하는 하나의 핵심 통제 항목이며 라이선스를 받지 않은 소프트웨어의 사용은 법률적 재무적 위험을 가지게 되며 이것은 기업의 평판 및 이익에 지대한 손실을 가져오게 될 수 있다고 주장하고 있다. FSSC에 따르면 상업적으로 생산된 모든 소프트웨어는 소프트웨어의 생산자와 사용자 사이에 법적으로 구속력이 있는 라이선스 계약과 함께 판매 및 배포되며 라이선스는 소프트웨어가 사용될 수 있는 틀을 제공한다. 라이선스를 구매한다는 것은 소프트웨어의 소유권이 아니라 소프트웨어 사용권을 부여하는 것이며 소프트웨어 저작권사들은 라이선스 계약 내에 사용자가 소프트웨어를 적법하게 사용하고 있는지 감사를 통한 판단을 할 수 있는 근거를 계약에 포함시킬 권한이 있다고 명시되어 있다.

FAST에서 정의하는 소프트웨어관리요건은 크게 4가지로 나누어지며 다음과 같다.

- 권한이 없거나, 부적절한 소프트웨어의 불법적인 사용으로부터 기업에게 일어날 수 있는 잠재적 위험의 평가 즉, 위험요소, 취약점의 발생 가능성을 평가하고 그것들의 잠재적인 영향을 평가하는 것
- 기업과 관련된 파트너들, 계약자들과 서비스 제공자가 소프트웨어를 사용 할 때 만족을 위해 요구되는 법적, 규범적인 계약상의 요구사항
- 미흡한 소프트웨어 관리에서 비롯되는 과다 투자 비용
- 개선된 서비스가 사용자에게 주는 여러 가지 잠재적인 사업의 기회

소프트웨어 관리 요건에서 언급된 기업에 대한 위험은 다음과 같은 사항을 포함한다.

- 기업 평판의 손실
- 기업 직원들에 대한 형사적인 책임
- 기업에 대한 재무적 손실
- 주요 업무 프로세스의 중단 등 비즈니스 기회의 손실
- 자산의 압류와 같이 정상적인 기업 운영에 대한 피해

이러한 위험요소들을 최소화하기 위하여 기업은 조직적으로 위험에 대한 인식, 분석, 평가, 감시 및 보완 업무를 수행해야 한다. 기업은 이러한 업무를 효과적으로 수행하기 위하여 다음 사항에 대하여 스스로 확신을 갖도록 필요한 위험평가와 관리를 이행해야 한다.

- 기업이 노출되어 있는 위험을 이해하고 있는가
- 위험을 최소화하기 위한 적절한 통제가 수행되고 있는가

- 위험수준의 변화를 효과적으로 예상할 수 있는가

다음 차례로 일단 소프트웨어 사용과 연관된 위험이 확인되면, 해당 위험을 명확하게 경감시킬 수 있도록 통제할 필요가 있다. 통제의 수준은 위험관리에 대한 비즈니스적 접근방법에 따라 달리 하게 된다. 통제수단들은 ITIL, COSO Framework 등의 민간표준에서 제시된 통제활동들을 활용할 수 있으며 기업의 특정 필요를 충족하기 위해 내부적인 개발을 통한 새로운 통제수단을 고려할 수도 있다. FSSC에서는 기업에 대한 위험을 효과적으로 통제할 수 있는 소프트웨어 자산관리의 주요 성공요인들을 다음과 같이 언급하고 있다.

- 소프트웨어 관리 정책, 목적 및 활동이 기업의 사업 목적을 반영
- 통제 및 위험에 대한 대응방안과 기업 문화의 일치
- 경영진으로부터의 가시적이고 지속적인 지원에 대한 의지
- 소프트웨어 관리의 필요성, 위험평가와 위험관리에 대한 전사적인 이해
- 지위를 막론하고 모든 직원들과 목표와 목적에 맞는 효과적인 의사소통
- 적절한 훈련교육의 제공을 포함하여 모든 사용자가 소프트웨어 관리 정책과 절차를 이해하고 그에 대한 보증
- 사용자들의 소프트웨어 관리 절차 수행과 준수여부를 평가하기 위해 사용하는 종합적이고 균형잡힌 모니터링 시스템

상기의 내용 중에서 소프트웨어 관리를 수행할 때 가장 중요한 고려 요소 중의 하나는 조직문화이다. 이것은 다음과 같은 많은 요소들에 의하여 영향을 받음으로써 객관적이고 정량적으로 접근

하기가 매우 어렵다고 할 수 있다.

- 종업원들에 대한 관리자들의 태도
- 관리자들에 대한 종업원들의 인식
- 전 직원들의 사기
- 모든 사원들에 대한 대우 수준
- 기업의 성과
- 기업의 사업 환경

FSSC에서는 만일 조직의 문화가 종업원들 사이에 책임과 통제를 장려하지 않는다면 비록 소프트웨어 관리를 위한 절차가 있더라도 실행되지 않을 가능성이 있다고 강조하고 있으며 효과적인 소프트웨어 자산관리를 위하여 다음과 같은 사항에 대한 이행을 권장하고 있다.

- 경영진이 소프트웨어 관리 접근법을 옹호하는 활동을 장려
- 조직의 종업원 또는 계약자이건 모든 관리자와 사용자들에게 동등하게 적용하는 통제의 실행
- 효과적인 기업운영을 위해 규칙적인 검토 및 수정

#### 다. FAST의 기업인증 프로그램

FAST에서 제공하는 기업인증 프로그램은 크게 4가지 절차로 나누어진다. 4가지 절차를 단계별로 인증하기 위해서는 다음의 세부적인 사항을 만족해야 한다.

- 브론즈(Bronze)
  - FAST에서 실시하고 있는 소프트웨어 매니지먼트 워크샵과

관련 인증테스트를 통과해야 한다. 인증테스트를 통과한 기업의 해당 업무 담당자는 FAST에서 인증하는 소프트웨어 매니저 자격을 부여 받은 사람이 수행해야 한다.

- 소프트웨어 관한 라이선스 및 인보이스에 대한 데이터를 수집한다.
- FAST에서 실시하고 있는 소프트웨어자산관리에 대한 발표 및 지식들에 대하여 인지하고 있다.
- 실버(Silver)
  - 소프트웨어 자산관리에 대한 지침을 수립하고 직원들에게 교육시킨다.
  - “FAST 소프트웨어 감사의 날”의 리뷰를 통과하여 합법적인 소프트웨어 사용을 FAST에서 인증을 받는다.
  - 기업에서는 FAST가 인증하는 소프트웨어 매니저들 중에서 감사인을 선출하여 소프트웨어 자산관리에 대하여 관리한다.
- 골드(Gold)
  - 감사 도구를 이용하여 독립성을 유지하는 소프트웨어 감사를 진행한다.
  - 대사를 통하여 발견된 소프트웨어 불법사용에 대하여 대처방안이 수립되어 있어야 한다.
  - FAST 어플리케이션 폼을 작성하여 FAST에 보고한다.
  - 상기의 내용에 대한 실사 평가는 FAST에 의하여 이루어진다
  - 기업은 FAST에서 인정하는 소프트웨어 매니저를 선출하여 소프트웨어 자산관리를 진행한다.
- 플래티넘(Platinum)
  - 매년 주기적으로 감사가 실시되어야 한다.
  - 방문실사 컴플라이언스 평가 역시 매년 실시되어야 한다. 또한 3년을 주기로 FAST 소프트웨어 컴플라이언스 표준에 등록을 하고 절차를 준수함을 인증 받아야 한다.

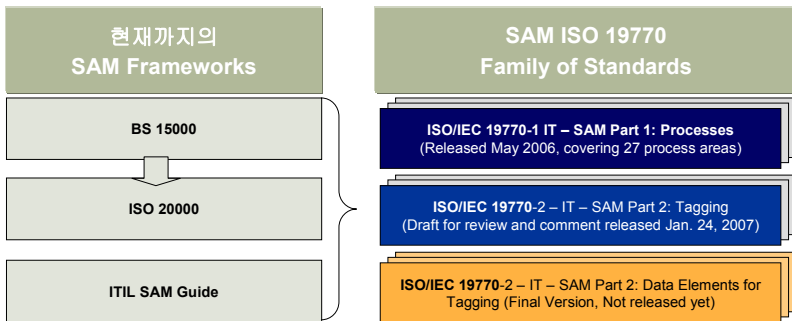
- 기업에서는 FAST에서 인증 받은 소프트웨어 매니저가 소프트웨어 자산관리를 실행해야 한다.

현재 FAST는 영국 내에 약 8000개의 회원사들을 대상으로 실사 및 인증 서비스를 제공하고 있으며 가장 활발한 소프트웨어 컴플라이언스 활동을 수행하고 있는 것으로 알려져 있다.

#### IV. SAM의 현황 및 전망

앞서 우리는 ISO/IEC 및 기타 국제 단체 및 기관들의 SAM에 대한 활동과 그들이 제시하는 SAM 체계에 대하여 분석해 보았다. 대부분의 SAM의 프로세스 및 체계는 유사성을 보이고 있는데 이는 기본적인 출발이 ITIL 및 BS 15000에 시작되었기 때문이라는 사실을 반증한다. ISO/IEC 19770을 기준으로 SAM의 시간적 변화를 정리해 보면 그림 4-1과 같다.

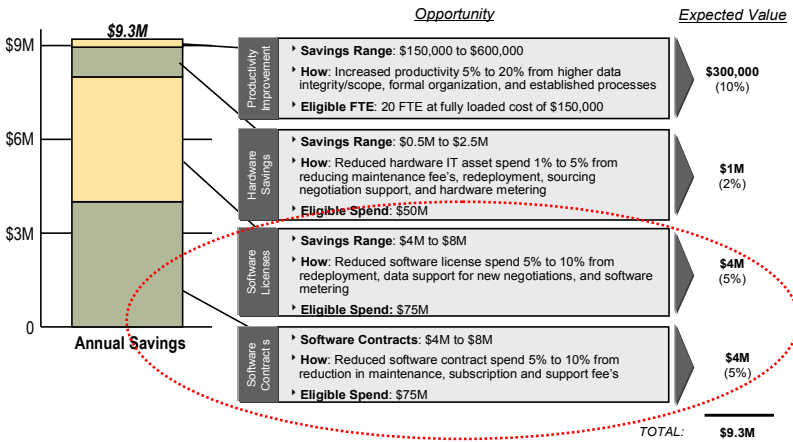
[그림 4-1] SAM Frameworks의 변천



자료: SAM Trends, Deloitte Canada, 2006

즉 BS 15000 및 ISO/IEC 20000의 표준 규정과 ITIL의 SAM 프로세스에 근거하여 ISO/IEC 19770 I과 II의 국제표준이 등장하게 된 것이다. 국제표준의 등장뿐 아니라 SAM이 가지고 있는 자체적인 이점을 발견함으로써 도입이 활성화되기도 한다. 미국의 Deloitte 컨설팅은 북미 지역의 기업들이 ITAM 도입(SAM이 포함된 경우) 이후 재무적으로 어떠한 효과를 거두었는지에 대한 분석을 실시하였고 결과는 그림 4-2에 나타나 있다.

[그림 4-2] SAM 도입으로 인한 재무적 효과 : 북미지역 기업대상



자료 : ITAM Report, Deloitte Consulting, 2006

이 조사결과를 보면 하단의 두 가지 범주가 소프트웨어 자산관리 영역에 속하며 이를 통한 재무적인 효과가 기업별로 평균 \$8,000,000이며 비율로 따지면 종전보다 약 10%의 비용 절감 효과를 얻은 것으로 나타나고 있다.

본문의 5단원에서 분석하였던 각 국제 단체별 활동에 대한 표 4-1과 같이 비교를 해보면 SAM관련 업무프로세스는 ITIL 및 ISO/IEC 19770 Part I에서 제시한 바를 준용하고 있는 것을 알 수 있



다. SAM관련 컨설팅 사업의 경우 대부분의 국제단체들은 별도로 컨설팅 사업을 수행하고 있지 않으며 영국의 FAST의 경우에만 기업의 SAM 프로세스 구축과 관련된 컨설팅 서비스를 제공하고 있는 것으로 나타났다. 하지만 FAST조차도 SAM 프로세스의 시스템적 구축에 대한 컨설팅은 수행하고 있지 않으며 이는 표에 나타나 있지 않은 글로벌 컨설팅사 및 시스템 통합 업체 또는 솔루션 회사들에 의하여 수행되고 있다. 참고로 국내의 한국소프트웨어저작권협회의 현황을 비교한 결과 가장 특징적인 결과는 전자적 도구의 보유여부에서 타 기관들은 자체 도구 개발 및 보유 현황이 없으나 국내에서는 보유하고 있다는 점이다

국제 표준의 제정에 있어 가장 영향력 있는 ISO/IEC의 SAM 표준의 등장으로 인하여 각 기업들의 SAM 도입은 한층 가속을 받을 것이며 또한 이러한 국제표준의 존재는 소프트웨어와 관련된 컴플라이언스 활동에 대한 정당성을 부여하여 향후 개별 기업별로 더욱 활발한 컴플라이언스 활동이 예상된다. 실제로 앞서 언급한 가트너의 조사결과<sup>15)</sup>에서 보면 향후 2012년까지 소프트웨어 컴플라이언스 및 감사 활동은 매년 지속적으로 확대 될 것으로 예상하고 있다. 소프트웨어에 대한 이러한 컴플라이언스 요구들은 사용자 입장에서 보면 법적 또는 계약적인 요구사항을 기본적으로 만족시키기 위한 자발적인 활동들이지만 소프트웨어 공급자(저작권사) 입장에서 보면 자사의 매출 역량을 높일 수 있는 기회가 될 수 있다. 전 세계적으로 소프트웨어 시장규모는 꾸준히 증가하고 있지만 경쟁의 격화, 소프트웨어의 불법 복제 및 불법 유통시장 등 여러 가지 복합적인 요인으로 소프트웨어 회사들의 경영환경이 악화되고 있으므로 소프트웨어 회사들의 내부 컴플라이언스 활동을 강화하는 것은 당연한 추세라고 볼 수 있다. 최근 들어 컴플라이언스 활동 자체가 소프트웨어 회사들의 내부적인 매출 증대를

---

15) Gartner Survey: Increase In Software License Audit, 2006, 3면.

위한 또 하나의 영업활동으로 자리매김하고 있으며 소프트웨어 컴플라이언스 활동의 형태도 초기에는 영업 및 마케팅 부서에서 소규모로 실시하던 것이 BSA(Business Software Alliance), SIIA(Software and Information Industry Association), AGMA(Anti-Grey Market Alliance), FAST(Federation Against Software Theft) 등과 같은 민간 단체나 협회를 중심으로 협력적, 지속적으로 이루어지고 있으며, 최근에는 더 나아가 회계법인, 법무법인 등과 같은 독립적인 제 3자에의 한 검토 및 감사의 형태로 발전하여 더욱 체계적으로 이루어지고 있다. 이러한 소프트웨어 회사들의 SAM에 대한 컴플라이언스 활동은 아래와 같이 크게 3가지로 분류될 수 있다.

- Semi-Hard 타입: SAM과 아울러 라이선스에 대한 적정성 검토 수행
- Medium 타입: Semi-Hard 타입에 일부 SAM 적용 컨설팅을 추가로 수행
- Semi-Soft 타입: SAM 적용 컨설팅을 위주로 수행

그러나 가장 활성화되어 있는 컴플라이언스 타입은 Semi-Hard 이며 이중에서도 라이선스에 대한 적정성 검토만을 수행하는 경우가 대부분이다. 이는 소프트웨어 저작권을 보유한 기업들이 추가적인 매출을 위한 컴플라이언스 활동에 초점을 두고 있다는 판단을 뒷받침하고 있으며 이러한 활동은 소프트웨어를 사용하는 기업에 중대한 위협이라고 말할 수 있다.

컴플라이언스 활동과 더불어 SAM의 인증 활동도 관심의 대상이 되고 있다. 이는 ISO/IEC SAM 표준의 등장으로 더욱 더 가속화 될 것으로 전망된다. SAM 인증을 형태별로 나누어 보면 소프트웨어 사용 회사의 자체인증, 소프트웨어 저작권사에 의한 인증

그리고 마지막으로 독립적인 제3자에 의한 인증으로 나눌 수가 있다. 각 형태의 인증에 대한 소프트웨어 저작권사의 인식을 조사한 설문결과를 보면 우선 회사가 자체적으로 수행한 SAM 인증에 대해서는 72%가 다시 내부적으로 컴플라이언스를 수행하겠다고 응답하여 자체 인증에 대해서는 부정적인 시각을 보였다. 반면 독립적인 제3자에 의한 인증에 대해서는 43%가 인증의 결과에 대해서 받아들이고 53%가 제한적으로 검토하겠다고 응답하여, 독립적인 제3자에 의한 인증에 대해서는 상당히 긍정적인 반응을 보이고 있는 실정이다.

## V. 결론

SAM의 현황 및 전망 분석에서 나왔다시피 기업위험 감소 및 효과적인 비즈니스 운영을 위해서 SAM의 도입은 이미 필수불가결한 것으로 인식되기 시작하였다. 그러나 본 연구 분석을 수행하면서 실제로 각 국제 기관 및 단체들이 제시하는 SAM을 도입한 기업들은 아직까지도 극소수에 불과했다. 이러한 사실은 기업들에 대한 IBSMA에서 실시한 SAM 인식 설문조사결과<sup>16)</sup>와는 사뭇 대조적인 사실이다. 이는 중요성에 대해 인식은 하고 있으나 SAM의 도입은 보류하거나 꺼리고 있다는 것으로 해석될 수 있다. 그렇다면 무엇이 SAM의 활성화를 가로막고 있는 것일까?

첫째, 국제표준으로 제시되고 있는 SAM의 영역이 너무나 광범위하다는 것이다. ITIL의 SAM 및 ISO/IEC 19770에서 제시하고 있는 프로세스 및 관련 조직은 대규모의 기업이 아니고서는 운영은 물론 도입 자체를 감당하기 어려운 것이 현실이다. 이러한 광

---

16) IBSMA Survey: SAM Pros See High Demand for ISO/IEC 19770 Standard, IBSMA, 2006.

범위한 기준을 모든 기업에 적용하는 것은 사실상 불가능하며 실제 적용이 된다고 하더라도 아무런 효과도 얻지 못할 것이다. SAM의 활성화를 위해서는 좀 더 상세한 Best Practice의 개발이 필요하다. 다시 말하면 업종별, 규모별, 사용하는 소프트웨어 라이선스별 등으로 구분하여 선택적인 SAM의 구축을 실제적으로 지원하고 설명할 수 있는 가이드 라인이 필요한 것이다.

둘째, SAM 도입 뒤 상호 인증이 이루어지지 않고 있다. 앞서 소프트웨어 저작권사들을 대상으로 조사한 결과에서 보여지듯이 실제 소프트웨어 사용기업이 SAM을 도입하여 운영하고 있다고 하더라도 컴플라이언스 또는 그에 준하는 검토 활동을 수행하겠다고 응답한 소프트웨어 저작권사들이 70%를 넘었다. 기업들이 SAM을 도입하는 가장 큰 이유 중에 하나는 컴플라이언스 위협으로부터 벗어나기 위함이다. 물론 SAM을 도입함으로써 컴플라이언스의 결과를 좋은 방향으로 끌어낼 수 있다. 그러나 기업들이 컴플라이언스 수행 자체를 통한 업무 시간 방해 및 기업 이미지 실추를 더 큰 위협으로 받아들이고 있는 실정이다. 이러한 기업들의 SAM에 대한 필요성을 충족시키는 것이 SAM 활성화에 반드시 필요하다. 유관 단체 및 소프트웨어 저작권사들이 자발적으로 공통된 합의점을 끌어내는 것은 기업이윤의 추구라는 기본적인 목표로 인하여 힘들 것으로 예상된다. 그러므로 이 문제에 있어서는 소프트웨어 사용자와 개발기업 그리고 정책당국에 의한 모범기준제정 등 정책적 연구지원이 요청된다.

셋째, SAM을 완전하게 지원할 수 있는 도구 및 시스템의 부재이다. 현재 활용되고 있는 ITAM 및 소프트웨어 관리 또는 디스커버리 도구들이 현존하는 소프트웨어들의 정보를 완벽하게 찾아내고 관리할 수 있도록 지원하지 못하고 있는 것이 현실이다. 이 문제는 시스템 개발의 부족이라는 데 기인하기보다는 소프트웨어 개발 및 유통사들의 통일된 표준이 없었기 때문이다. 이 부분은 현

재 ISO/IEC 19770 Part II 소프트웨어 태그 표준안이 제정되면 상당부분 해소될 것으로 생각된다. 그러나 이러한 태그 표준안도 소프트웨어 저작권사 및 유통사들이 참여하지 않는다면 아무런 효과가 없게 된다. 각 이해관계자들의 자발적인 참여는 물론 정책당국의 소프트웨어 태그와 관련된 소프트웨어 저작권사들에 대한 지원을 통한 효과적인 참여 방안을 이끌어 낼 수 있어야 하겠다.

현재 소프트웨어 자산관리는 기업의 투명성을 확보하고 비즈니스 전략과 목표를 실현하기 위한 기본적인 시발점으로 인식되고 있으며 근래에 들어 대부분의 다국적 소프트웨어 기업들의 소프트웨어 라이선스 컴플라이언스가 점차 확대되고 있는 추세이다. 또한 우리나라는 중국 및 동남아시아 지역에 속하고 있으며 이러한 컴플라이언스 활동의 중요 대상국가 중의 하나로 꼽히고 있다. 이러한 환경 속에서 앞서 언급한 바와 같이 더 많은 라이선스 컴플라이언스 전문 기업들이 국내에서 컴플라이언스 활동을 할 것으로 관측되고 있다. 그러므로 소프트웨어 자산 관리는 통제 가능하고 예측 가능한 소프트웨어 자산 운영능력을 갖추고 예기치 못한 재무적 손실의 리스크를 줄이고 기업의 비즈니스 목표를 지원하며 차별화된 조직의 경쟁력을 갖추기 위한 필수적인 관리체계라고 할 수 있다. 그러나 소프트웨어 자산관리는 정책 및 관련 체계만을 갖추었다고 그것으로 끝나는 것이 아니며 거시적인 목표를 기반으로 지속적으로 경영층의 책임하에 진행이 되어야 한다. 본 연구에서 소프트웨어 자산관리를 위한 ITIL, ISO/IEC 및 각 기관 및 기업들에서 제시된 모델들과 이를 기업에 효과적으로 구현할 수 있는 관련 프로세스들을 분석 및 정리하였다. 또한 소프트웨어 자산관리와 관련되어 진행되고 있는 국제적 현황을 분석함으로써 앞으로의 국내 소프트웨어자산관리 영역의 전망을 제시하고자 하였다.

“인식되지 않으면 측정할 수 없고 측정할 수 없으면 관리할 수 없다”라는 가트너 그룹의 표현처럼 소프트웨어 사용을 정확히 인

식하고 효과적으로 관리하기 위해서는 소프트웨어 자산관리 체계 정립은 물론 이를 지속적으로 관리하고자 하는 의지가 기업 및 사용자들에게 전반적으로 형성이 되는 것이 효과적인 소프트웨어 자산관리에 가장 필수적 요소라고 할 수 있다.

마지막으로 SAM, 소프트웨어 자산관리에 있어서 한국 기업들이 직면한 도전과 기회는 어떻게 하면 SAM에 대한 투자로부터 최대 가치와 효과를 도출해 내느냐 하는 문제다. 이런 기업들의 문제를 해결하고 SAM을 활성화시키기 위해서는 이상에서 제안한 대응방안에 대하여 각 참여주체들이 고민하고 충실히 이행함으로써 다른 나라 기업들이 SAM 투자 및 가치 도출과 관련해 겪었던 시행착오를 피해갈 수 있을 것이다. 우리가 제안한 대응방안들이 SAM 관련 인력들의 역량 개발 및 변화에 대한 관련주체들의 공감대 형성에 도움이 되기를 기대한다. 더불어 이러한 대응 방안들이 점진적으로 구체화 되고 실행될 때 SAM의 직간접적인 효익을 가져올 것이다.







- 부록 -  
**한미 FTA 제18장 중 저작권 관련 협정문**

**제 18 장\***  
**지적재산권**

**제 18.1 조**  
**일반 규정**

1. 각 당사국은 최소한 이 장에 효력을 부여한다.

**국제 협정**

2. 제1.2조(다른 협정과의 관계)에 더하여, 양 당사국은 무역관련 지적재산권에 관한 협정상 서로에 대한 자국의 권리 및 의무를 확인한다.

3. 각 당사국은 이 협정의 발효일까지 다음의 협정을 비준하거나 가입한다.

가. 1979년에 개정된 특허협력 조약(1970년)

나. 산업재산권의 보호에 관한 파리 협약(1967년)(파리협약)

다. 문학·예술 저작물의 보호를 위한 베른 협약(1971년)(베른협약)

라. 위성에 의하여 송신되는 프로그램 전달 신호의 배포에 관한 협약(1974년)

마. 표장의 국제 등록에 관한 마드리드 협정에 대한 의정서(1989년)

바. 1980년에 개정된 특허절차상 미생물 기탁의 국제적 승인에 관한 부다페스트 조약(1977년)

- 사. 식물 신품종 보호를 위한 국제 협약(1991년)
- 아. 상표법 조약(1994년)<sup>1)</sup>
- 자. 세계지적재산권기구 저작권 조약(1996년), 그리고
- 카. 세계지적재산권기구 실연·음반 조약(1996년)

4. 각 당사국은 다음 협정을 비준하거나 가입하기 위하여 모든 합리적인 노력을 한다.

- 가. 특허법 조약(2000년)
- 나. 산업디자인의 국제 등록에 관한 헤이그 협정(1999년), 그리고
- 다. 상표법에 관한 싱가포르 조약(2006년)

### **강화된 보호 및 집행**

5. 당사국은 지적재산권에 대하여 이 장이 요구하는 것보다 더 강화된 보호 및 집행을 자국법으로 규정할 수 있다. 다만, 그러한 강화된 보호는 이 장에 저촉되지 아니하여야 한다.

### **내국민 대우**

6. 이 장의 적용대상이 되는 모든 범주의 지적재산에 관하여, 각 당사국은 그러한 지적재산권과 그러한 권리로부터 파생되는 모든 혜택의 보호<sup>2)</sup> 및 향유에 대하여 자국의 국민<sup>3)</sup>에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한

---

\* 출처 : 외교통상부 <<http://www.mofat.go.kr/>>

- 1) 당사국은 상표법에 관한 싱가포르 조약(2006년)을 비준하거나 가입함으로써 제 18.1조제3항아호의 의무를 충족할 수 있다. 다만, 이는 그 조약이 발효된 경우에 한한다.
- 2) 제6항의 목적상, “보호”는 다음을 포함한다. (1) 구체적으로 이 장의 적용대상이 되는 지적재산권의 사용에 영향을 미치는 사안뿐만 아니라 지적재산권의 이용가능성·취득·범위·유지 및 집행에 영향을 미치는 사안, 그리고, (2) 제18.4조제7항에 규정된 효과적인 기술조치의 우회 금지와 제18.4조제8항에 규정된 권리관리정보에 관한 권리 및 의무
- 3) 제6항, 제7항, 제18.2조제14항가호 및 제18.6조제1항의 목적상, 당사국의 “국민”

대우를 다른 쪽 당사국의 국민에게 부여한다. 다만, 아날로그 통신, 아날로그 무료 공중파 라디오 방송, 그리고 아날로그 무료 공중파 텔레비전 방송의 수단에 의한 음반의 이차적인 사용에 대하여는, 당사국은 다른 쪽 당사국의 실연자와 음반제작자의 권리를 다른 쪽 당사국의 영역에서 자국의 인에게 부여되는 권리로 제한할 수 있다.

7. 당사국은 자국 영역에서 이루어지는 송달을 위한 주소지를 지정하거나 자국 영역에서 대리인을 임명하도록 다른 쪽 당사국의 국민에게 요구하는 것을 포함하여, 자국의 사법 및 행정 절차와 관련하여 제6항으로부터 이탈할 수 있다. 다만, 그러한 이탈은

가. 이 장에 불합치하지 아니하는 법 및 규정의 준수를 확보하기 위하여 필요하여야 한다. 그리고

나. 무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니하여야 한다.

8. 제6항은 지적재산권의 획득 또는 유지와 관련하여 세계지적재산권기구의 주관 하에 체결된 어느 한 쪽 당사국이 당사국인 다자 협정에 규정된 절차에는 적용되지 아니한다.

### **기존의 대상물 및 이전의 행위에 대한 협정의 적용**

9. 제18.4조제5항을 포함하여 이 장에 달리 규정된 경우를 제외하고, 이 장이 협정의 발효일에 이미 존재하여, 보호가 주장되는 당사국의 영역에서 보호되고 있거나, 이 장에 따른 보호 기준을 충족하거나 이후에 충족하게 되는 모든 대상물에 대하여 의무를 발생시킨다.

10. 제18.4조제5항을 포함하여 이 장에 달리 규정된 경우를 제외하고, 당사국은 보호가 주장되는 당사국의 영역에서 이 협정의 발효일에 이미 공

---

은 관련 권리에 관하여 제3항에 열거된 협정 및 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 규정된 보호의 자격 요건 기준을 충족하는 제1.4조(정의)에서 정의된 그 당사국의 모든 인을 포함한다.

공의 영역에 속하게 된 대상물에 관한 보호를 회복하도록 요구되지 아니한다.

11. 이 장은 이 협정의 발효일 이전에 발생한 행위에 대하여 의무를 발생시키지 아니한다.

### **투명성**

12. 제21.1조(공표)에 더하여, 그리고 지적재산권의 보호 및 집행을 투명하게 하기 위한 목적으로, 각 당사국은 지적재산권의 보호 또는 집행에 관한 모든 법·규정 및 절차가 명문화되고 공표<sup>4)</sup>되거나, 공표가 실행가능하지 아니한 경우에는 정부 및 권리자가 그 내용을 인지할 수 있도록 자국의 언어로 공개하도록 보장한다.

### **- 중 략 -**

---

4) 보다 명확히 하기 위하여, 당사국은 법·규정 및 절차를 인터넷에 공개함으로써 제12항의 공표 요건을 충족할 수 있다.

## 제 18.4 조 저작권 및 저작인접권

1. 각 당사국은, 저작자·실연자 및 음반제작자<sup>7)</sup>가 어떠한 방식이나 형태로, 영구적 또는 일시적으로(전자적 형태의 일시적 저장을 포함한다), 그의 저작물·실연 및 음반<sup>8)</sup>의 모든 복제를 허락하거나 금지할 권리<sup>9)</sup>를 가지도록 규정<sup>10)</sup>한다.

2. 각 당사국은 저작자·실연자 및 음반제작자에게 판매 또는 그 밖의 소유권의 이전을 통하여, 그의 저작물·실연 및 음반의 원본과 복제물<sup>12)</sup>을 공중에게 이용가능하도록 하는 것을 허락하거나 금지할 수 있는 권리를 제공한다.

3. 한편으로는 저작자의 권리, 또 다른 편으로는 실연자 및 음반제작자의 권리간에 서열관계가 성립되지 아니하도록 보장하기 위하여, 각 당사국은 음반에 체화된 저작물의 저작자와 그 음반에 대한 권리를 가지는 실연자 또는 음반제작자의 허락이 모두 필요한 경우에, 실연자 또는 음반제작자의 허락이 필요하다는 것이 저작자의 허락을 받을 필요가 없어진다는 것

---

7) 이 장의 “저작자”, “실연자” 및 “음반제작자”는 권리승계인도 지칭한다.

8) 저작권 및 저작인접권에 대하여, 달리 명시되지 아니하는 한, 이 장의 목적상 실연이라 함은 음반에 고정된 실연을 말한다.

9) 저작권 및 저작인접권에 대하여, 이 장의 목적상 “허락하거나 금지할 권리”는 배타적 권리를 지칭한다.

10) 양 당사국은 저작물과 음반이 어떠한 유형의 형태로 고정되지 아니하는 한, 저작권에 의하여 보호되지 아니한다고 규정하는 것은 각 당사국 법의 사안임을 재확인한다.

11) 각 당사국은 제1항에서 기술된 권리에 대한 제한 또는 예외를 그 저작물·실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고, 그 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 아니하는 특정한 경우로 한정한다. 보다 명확히 하기 위하여, 각 당사국은 공정이용을 위하여 제1항에서 기술된 권리에 대한 제한과 예외를 채택하거나 유지할 수 있다. 다만, 그러한 제한 또는 예외는 이전 문장에서 규정된 대로 한정된다.

12) 제2항에서 사용된 대로, 이 항의 배포권의 적용대상인 “복제물”과 “원본과 복제물”은 유형물로 유포될 수 있는 고정된 복제물만을 지칭한다.

은 아님을 규정한다. 마찬가지로, 각 당사국은 음반에 체화된 저작물의 저작자의 허락과 그 음반에 대한 권리를 가지는 실연자 또는 음반제작자의 허락이 모두 필요한 경우에, 저작자의 허락이 필요하다는 것이 실연자 또는 음반제작자의 허락을 받을 필요가 없어진다는 것은 아님을 규정한다.

4. 각 당사국은 저작물(사진 저작물을 포함한다)·실연 또는 음반의 보호기간을 산정하는 경우, 다음을 규정한다.

가. 자연인의 수명에 기초하는 경우, 그 기간은 저작자의 생존기간과 저작자의 사후 70년 이상이다. 그리고

나. 자연인의 수명 이외의 것에 기초하는 경우, 그 기간은

- 1) 저작물·실연 또는 음반이 최초로 허락되어 발행한 연도 말로부터 70년 이상이다. 또는
- 2) 저작물·실연 또는 음반의 창작으로부터 25년 이내에 승인된 발행을 하지 못한 경우, 저작물·실연 또는 음반이 창작된 연도 말로부터 70년 이상이다.

5. 각 당사국은 베른협약 제18조 및 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제14조제6항을 이 조, 제18.5조 및 제18.6조상의 대상물·권리 및 의무에 준용한다.

6. 각 당사국은 저작권 및 저작인접권에 대하여, 저작물·실연 또는 음반에 대한 어떠한 경제적 권리를 취득하거나 보유한 인이 다음을 하도록 규정한다.

가. 그 권리를 계약에 의하여 자유롭고 개별적으로 양도할 수 있다. 그리고

나. 저작물·실연 및 음반의 창작의 바탕이 되는 고용계약을 포함한 계약에 의하여, 그 권리를 자신의 이름으로 행사할 수 있고 그 권리로부터 파생되는 혜택을 충분히 향유할 수 있다.

7. 가. 저작자·실연자 및 음반제작자가 자신의 권리 행사와 관련하여 사용하고 그의 저작물·실연 및 음반과 관련한 허락받지 아니한 행

위를 제한하는 효과적인 기술조치의 우회에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제를 제공하기 위하여, 각 당사국은 다음의 인이 제18.10조제13항에 규정된 구제<sup>13)</sup>에 대하여 책임이 있고 그 적용대상이 되도록 규정한다.

- 1) 보호되는 저작물·실연·음반 또는 그 밖의 대상물에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치를 허락 없이, 알면서 또는 알만한 합리적인 근거를 가지고 우회하는 인, 또는
- 2) 다음의 장치·상품 또는 부품을 제조·수입·배포·공중에게 제의·제공 또는 달리 밀거래하거나, 다음의 서비스를 공중에게 제의 또는 제공하는 인
  - 가) 효과적인 기술조치의 우회를 목적으로, 그 인이, 또는 그 인과 함께 그리고 그 인이 이를 알고 있는 상태에서 행동하는 다른 인이 홍보·광고 또는 판매하는 것
  - 나) 효과적인 기술조치를 우회하는 것 이외에는 제한적인 상업적 의미가 있는 목적 또는 용도만 있는 것
  - 다) 효과적인 기술조치를 우회하는 것을 가능하게 하거나 또는 용이하게 하는 것을 주목적으로 고안·제작되거나 기능하는 것

각 당사국은, 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관 또는 비상업적 공공방송국 이외의, 어떠한 인이 고의로 그리고 상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 얻을 목적으로 위의 행위 중의 어느 하나에 관여된 것으로 판명되는 때에 적용될 형사 절차 및 처벌을 규정한다. 그러한 형사 절차 및 처벌은, 침해에 대하여 적용가능한 대로 제18.10조제27항의 가호 나호 및 마호에 열거된 구제 및 권한을 그러한 행위에 준용하는 것을 포함한다.

- 나. 가호를 이행함에 있어, 어떠한 당사국도, 소비자 가전·통신 또는 컴퓨터 제품이 가호를 이행하는 조치를 달리 위반하지 아니하는

---

13) 이에 더하여, 각 당사국은 보호되는 저작물·실연·음반 또는 그 밖의 대상물에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치를 허락 없이 알지 못하고 또는 알만한 합리적인 근거 없이 우회하는 인은 최소한 제18.10조제13항가호, 다호 및 라호에 규정된 구제에 대하여 책임이 있고 그 적용대상이 되도록 규정한다.

한, 이들 제품의 고안 또는 이들 제품의 부품 및 구성품의 고안 및 선정이 어떠한 특정한 기술조치에 반응하도록 요구할 의무를 지지 아니한다.

다. 각 당사국은 이 항을 이행하는 조치의 위반이 저작권 및 저작권 접권에 관한 당사국의 법에 따라 발생할 수 있는 어떠한 침해로부터도 독립적인 별개의 소송 원인을 규정한다.

라. 각 당사국은 가호를 이행하는 조치에 대한 예외 및 제한을 다음 행위로 한정하되, 그 행위는 마호에 따라 관련 조치에 적용된다.<sup>14)</sup>

- 1) 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 다른 프로그램과의 호환성을 얻는 것을 목적으로만 비침해 리버스 엔지니어링 행위에 관여한 인에게 쉽게 이용가능하지 아니하였던 컴퓨터 프로그램의 특정요소에 대하여 선의로 수행된, 적법하게 획득된 컴퓨터프로그램에 대한 비침해 리버스 엔지니어링 행위
- 2) 복제물, 고정되지 아니한 실연, 또는 저작물·실연 또는 음반의 현시물을 적법하게 획득하였고 선의의 비침해 행위에 대한 허락을 얻기 위하여 선의의 노력을 하였고, 적절한 자격을 갖춘 연구자에 의하여 정보의 스크램블 및 디스크램블을 위한 기술의 흠결 및 취약성을 확인하고 분석하는 것으로 구성된 연구 목적을 위하여서만 필요한 한도에서 수행된 선의의 비침해 행위
- 3) 부적절한 온라인 콘텐츠에 미성년자가 접근하는 것을 방지하는 것을 유일한 목적으로, 가호2목을 이행하는 조치 하에서 그 자체로 금지되지 아니하는 기술·상품·서비스 또는 장치에 구성요소나 부품을 포함하는 것
- 4) 컴퓨터, 컴퓨터 시스템 또는 컴퓨터 네트워크의 보안성을 검사·조사 또는 보정하는 것을 유일한 목적으로 컴퓨터, 컴퓨터 시스템 또는 컴퓨터 네트워크의 소유자에 의하여 승인된

---

14) 어느 한 쪽 당사국도 이 협정의 발효 후 당사국이 확인하는 유사한 성격의 활동을 라호에서 어떻게 다룰지를 검토하기 위하여 다른 쪽 당사국과 협의를 요청할 수 있다.



선의의 비침해 행위

- 5) 저작물에 접근할 수 있는 인의 능력에 그 밖의 영향을 미치지 아니하는 방법으로, 자연인의 온라인 행위를 반영하는 개인 식별 정보를 비공개적으로 수집하거나 유포할 수 있는 능력을 확인하고 이를 무력화하는 것을 유일한 목적으로 하는 비침해 행위
  - 6) 정부의 고용인, 대리인 또는 계약업자가 법 집행·정보 활동·필수적 안보 또는 이와 유사한 정부 목적을 위하여 수행하는 적법하게 승인된 행위
  - 7) 구입 여부를 결정하기 위한 목적으로만 비영리 도서관, 기록보존소, 또는 교육기관이 자신에게 달리 이용가능하지 아니한 저작물·실연 또는 음반에 접근하는 행위, 그리고
  - 8) 비침해 이용에 미치는 실제적 또는 개인적인 부정적 영향이 입법 또는 행정 절차에서 실질적 증거에 의하여 확인된 경우, 특정 종류의 저작물·실연 또는 음반에 있어서 저작물·실연 또는 음반의 비침해 이용. 다만, 이 목에 근거하여 채택되는 제한이나 예외는 그러한 절차의 종결일로부터 갱신가능한 3년 이하의 기간 동안 효력을 가져야 한다.
- 마. 가호를 이행하는 조치에 대한 예외 및 제한은 라호에 규정된 행위에 대하여 다음과 같이만 적용되며 그러한 예외와 제한이 효과적인 기술조치의 우회에 대한 법적 보호의 적정성 또는 법적 구제의 유효성을 손상시키지 아니하는 한도에서만 적용될 수 있다.
- 1) 가호1목을 이행하는 조치는 라호에 규정된 각 행위에 대하여 예외 및 제한의 적용대상이 될 수 있다.
  - 2) 가호2목을 이행하는 조치는, 그러한 조치가 저작물·실연 또는 음반에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치에 적용되는 경우에 라호 1목·2목·3목·4목 및 6목에 규정된 행위에 대하여 예외 및 제한의 적용대상이 될 수 있다.
  - 3) 가호2목을 이행하는 조치는, 그러한 조치가 저작권 또는 저작인접권을 보호하는 효과적인 기술조치에 적용되는 경우에는,

라호1목 및 6목에 규정된 행위에 대하여 예외 및 제한의 적용 대상이 될 수 있다.

바. 효과적인 기술조치라 함은 보호되는 저작물·실연·음반 또는 그 밖의 보호되는 대상물への 접근을 통상적인 운영과정에서 통제하거나 저작권 또는 저작권접권을 통상적인 운영과정에서 보호하는 기술·장치 또는 부품을 말한다.

8. 권리관리정보를 보호하기 위한 충분하고 효과적인 법적 구제를 제공하기 위하여

가. 각 당사국은, 권한 없이, 그리고 저작권 또는 저작권접권의 침해를 유인·가능·용이 또는 은폐할 것을 알면서 또는 민사구제에 대하여는 이를 알만한 합리적인 근거가 있으면서, 다음을 하는 인은 제18.10조제13항에 규정된 구제에 대하여 책임이 있고, 그 적용대상이 되도록 규정한다.

- 1) 고의로 권리관리정보를 제거하거나 변경하는 것
- 2) 권리관리정보가 권한 없이 제거되었거나 변경되었다는 것을 알면서 그 권리관리정보를 배포하거나 배포를 위하여 수입하는 것, 또는
- 3) 권리관리정보가 권한 없이 제거되었거나 변경되었다는 것을 알면서 저작물·실연 또는 음반의 복제물을 배포하거나, 배포를 위하여 수입·방송·공중전달하거나 공중이 이용가능하게 하는 것

각 당사국은, 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관 또는 비상업적 공중 방송국 이외의 어떠한 인이라도 고의로 그리고 상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 목적으로 위의 행위 중의 어느 하나에 관여한 것으로 판명되는 때에 적용될 형사 절차 및 처벌을 규정한다. 이러한 형사절차 및 처벌은 침해에 대하여 적용가능한 대로 제18.10조제27항의 가호·나호 및 마호에 열거된 구제 및 권한을 그러한 행위에 준용하는 것을 포함한다.

나. 각 당사국은 가호를 이행하는 조치에 대한 예외 및 제한을 정부 피고용인, 대리인 또는 계약업자가 법 집행·정보 활동·필수적

안보 또는 이와 유사한 정부 목적을 위하여 수행하는 적법하게 승인된 행위로 제한한다.

다. 권리관리정보라 함은 다음 중의 어느 하나가 저작물·실연 또는 음반의 복제물에 부착되거나, 저작물·실연 또는 음반의 공중전달 또는 공중에게 이용가능하게 하는 것과 관련하여 나타나는 때에, 다음을 말한다.

- 1) 저작물·실연 또는 음반 저작자·실연자 또는 음반제작자, 또는 저작물·실연 또는 음반에 관한 권리자를 식별하는 정보
- 2) 저작물·실연 또는 음반의 이용 조건에 관한 정보, 또는
- 3) 그러한 정보를 나타내는 어떠한 숫자 또는 코드

라. 보다 명확히 하기 위하여, 이 항의 어떠한 규정도 당사국이 저작물·실연 또는 음반의 권리자에게, 권리관리정보를 저작물·실연 또는 음반에 부착하게 하거나, 저작물·실연 또는 음반의 공중전달과 관련하여 권리관리정보가 나타나도록 요구할 것을 의무화하는 것으로 해석되지 아니한다.

9. 각 당사국은, 자국의 중앙 정부기관이 저작권 및 저작인접권으로 보호되는 컴퓨터 소프트웨어 및 그 밖의 대상물을 침해하여 사용하지 아니하며, 오로지 관련 사용권에 의하여 허락된 대로 저작권 및 저작인접권으로 보호되는 컴퓨터 소프트웨어 및 그 밖의 대상물을 사용하도록 규정하는 적절한 법·명령·규정·정부지침이나 행정 또는 집행 포고령을 제공한다. 이러한 조치는 저작권 및 저작인접권에 의하여 보호되는 그러한 정부 사용을 위한 소프트웨어 및 그 밖의 대상물의 취득 및 관리에 대한 규칙을 제공한다.

10. 가. 이 조, 제18.5조 및 제18.6조에 대하여, 각 당사국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물·실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 아니하는 특정한 경우로 한정한다.

나. 가호와 제18.6조제3항나호에도 불구하고, 어떠한 당사국도 텔레비전 신호(지상파, 케이블 또는 위성을 불문한다)를, 신호 내용의 권

리자, 그리고 신호 그 자체에 대하여 권리자가 있는 경우 그 권리자의 허락없이, 인터넷상에서 그 신호의 재송신을 허용할 수 없다.<sup>15)</sup>

### 제 18.5 조 저 작 권

베른협약 제11조제1항2호, 제11조의2 제1항1호 및 2호, 제11조의3제1항 제2호, 제14조제1항2호, 그리고 제14조의2를 침해함이 없이, 각 당사국은, 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용가능하게 하는 것을 포함하여, 저작자에게 그의 저작물을 유선 또는 무선의 수단에 의하여 공중에게 전달하는 것을 허락하거나 금지할 수 있는 배타적 권리를 제공한다.

### 제 18.6 조 저작인접권

1. 실연자와 음반제작자에게 이장에서 부여되는 권리에 대하여, 각 당사국은

- 가. 다른 쪽 당사국의 국민인 그 실연자와 음반제작자에게 그러한 권리를 부여하고
- 나. 다른 쪽 당사국의 영역에서 최초로 발행되거나 최초로 고정된<sup>16)</sup> 실연과 음반 모두에게 그러한 권리를 부여한다.<sup>17)</sup>

---

15) 나호의 목적상 그리고 보다 명확히 하기 위하여, 당사국의 영역 밖으로부터 접근 불가능한 폐쇄적이고 한정된 가입자망을 통한 그 당사국 영역 내에서의 재송신은 인터넷상에서 재송신을 구성하지 아니한다.

16) 제18.6조의 목적상, “고정”은 마스터 테이프의 완성 또는 이에 상당하는 것을 포함한다.

17) 음반의 보호에 대하여, 당사국은 발행 기준 대신에 고정 기준을 적용할 수 있다.

2. 각 당사국은 실연자에게 다음을 허락하거나 금지할 권리를 제공한다.
  - 가. 실연이 이미 방송된 실연인 경우를 제외하고, 자신의 고정되지 아니한 실연을 방송하거나 공중에 전달하는 것, 그리고
  - 나. 자신의 고정되지 아니한 실연을 고정하는 것
  
3. 가. 각 당사국은, 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 실연이나 음반에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용가능하게 하는 것을 포함하여, 실연자 및 음반제작자에게 그의 실연 또는 음반을 유선 또는 무선의 수단에 의하여 방송하거나 공중에게 전달하는 것을 허락하거나 금지할 권리를 제공한다.
  - 나. 가호 및 제18.4조제10항에도 불구하고, 이러한 권리의 아날로그 송신 및 무료 공중과 방송에 대한 적용과 그러한 행위를 위한 권리에 대한 예외 또는 제한은 각 당사국 법의 문제가 된다.
  - 다. 각 당사국은 제18.4조제10항에 따라 그 밖의 비쌍방향적 송신에 대하여 이러한 권리에 대한 제한을 채택할 수 있다. 다만, 그 제한은 공평한 보상을 획득할 수 있는 실연자 또는 음반제작자의 권리를 저해하지 아니하여야 한다.
  
4. 어떠한 당사국도 이 장에 규정된 실연자 및 음반제작자의 권리의 향유와 행사에 있어 어떤 형식에 따를 것을 조건으로 할 수 없다.
  
5. 이 조 및 제18.4조의 목적상, 실연자 및 음반제작자에 대하여 다음의 정의를 적용된다.
  - 가. **방송**이라 함은 무선수단 또는 위성에 의하여 소리, 소리와 이미지, 또는 그의 표현물을 공중에게 송신하는 것을 말하며, 복호화수단이 방송기관에 의하여 또는 방송기관의 동의를 받아 공중에게 제공된 경우에 암호화된 신호의 무선송신을 포함한다. 방송은 컴퓨터 네트워크를 통한 송신 또는 공중의 구성원이 수신 시간과 장소를 개별적으로 선택할 수 있는 송신은 포함하지 아니한다.
  - 나. 실연 또는 음반의 **공중전달**이라 함은 방송 이외의 모든 매체에

의하여 실연의 소리, 음반에 고정된 소리 또는 소리의 표현물을 공중에 송신하는 것을 말한다.

- 다. **고정**이라 함은 소리 또는 소리의 표현물의 체화로서, 장치를 통하여 소리 또는 소리의 표현물이 인지·복제 또는 전달될 수 있는 것을 말한다.
- 라. **실연자**라 함은 배우·가수·연주자·무용가와 그 밖의 문학 또는 예술저작물 또는 민속물의 표현을 연기·가창·전달·표현·연주·해석 또는 달리 실연하는 자를 말한다.
- 마. **음반**이라 함은 영화 또는 그 밖의 영상저작물에 수록된 고정물의 형태 이외의 실연의 소리, 그 밖의 소리 또는 소리의 표현물의 고정물을 말한다.
- 바. **음반제작자**라 함은 실연의 소리, 그 밖의 소리 또는 소리의 표현물을 최초로 고정하는 것을 기획하고 이를 책임지는 자연인 또는 법인을 말한다. 그리고
- 사. 실연 또는 음반의 **발행**이라 함은 실연 또는 음반의 복제물을 권리자의 동의를 받아 공중에 제공하는 것을 말한다. 다만, 복제물은 합리적인 수량으로 공중에 제공되어야 한다.

### 제 18.7 조

#### 암호화된 프로그램 전달 위성 및 케이블 신호의 보호

- 1. 각 당사국은 다음을 형사 범죄로 한다.
  - 가. 유형 또는 무형의 장치 또는 시스템이 암호화된 프로그램 전달 위성 또는 케이블 신호를 그러한 신호의 적법한 배포자의 허락없이 해독하는데 주로 도움이 될 것을 알거나 알만한 이유가 있으면서, 그 장치 또는 시스템을 제조·조립·변경·수입·수출·판매·리스 또는 달리 배포하는 것, 그리고
  - 나. 암호화된 위성 또는 케이블 신호로 고안된 프로그램 전달 신호를 그 신호의 적법한 배포자의 허락없이 해독되었다는 것을 알면서, 고의로 수신하여 사용<sup>18)</sup>하거나 재배포하는 것, 또는 신호의 적법

한 배포자의 허락을 얻어 신호가 해독된 경우에는, 그러한 신호가 암호화된 프로그램 전달 신호로 고안되었다는 것과, 그러한 신호를 재배포하는 행위에 대하여 적법한 신호 배포자의 허락이 없었다는 것을 알면서, 상업적 이익을 목적으로 그 신호를 고의적으로 재배포하는 것

2. 각 당사국은 암호화된 프로그램 신호 또는 그 내용에 이해관계를 가진 인을 포함하여, 제1항에 기술된 행위에 의하여 피해를 입은 모든 자를 위하여 손해배상을 포함한 민사 구제를 제공한다.

- 중 략 -

---

18) 보다 명확히 하기 위하여, “사용하다”라 함은 사적 또는 상업적 여부에 관계 없이 신호를 시청하는 것을 포함한다.

## 제 18.10 조 지적재산권 집행

### 일반적 의무

1. 각 당사국은 지적재산권의 집행과 관련하여 일반적으로 적용되는 사항에 관한 최종 사법결정과 행정판정은 서면으로 이루어지고 관련 조사결과 및 그 결정과 판정이 기초로 하는 사유 또는 법적 근거를 명시하도록 규정한다. 각 당사국은 또한 그러한 결정과 판정이 공표<sup>25)</sup>되거나, 공표가 실행가능하지 아니한 경우에는 정부와 권리자가 이들을 인지하게 될 수 있는 방식으로 공중에게 자국의 언어로 달리 이용가능하도록 규정한다.

2. 각 당사국은 자국의 민사·행정 및 형사 제도에서 지적재산권의 효과적인 집행을 제공하려는 자국의 노력에 대한 정보를 공개하며,<sup>26)</sup> 여기에는 그러한 목적으로 당사국이 수집하는 통계적 정보를 포함한다.

3. 저작권 또는 저작인접권에 관련되는 민사·행정 및 형사절차에서, 각 당사국은, 반대되는 증거가 없는 한, 저작물·실연 또는 음반의 저작자·제작자·실연자 또는 출판자로 통상적인 방식으로 그 성명이 표시되는 인을 그러한 저작물·실연 또는 음반의 지정된 권리자로 추정하도록 규정한다. 각 당사국은 또한, 반대되는 증거가 없는 한, 그러한 대상물에 저작권 또는 저작인접권이 존재하는 것으로 추정하도록 규정한다. 상표에 관련되는 민사·행정 및 형사절차에서 각 당사국은 등록된 상표가 유효하다는 반증가능한 추정을 규정한다. 특허에 관련되는 민사와 행정절차에서 각 당사국은 특허가 유효하다는 반증가능한 추정을 규정하고, 그러한 각각의 특허 청구항은 그 밖의 청구항의 유효성과는 독립적으로 유효한 것으로 추정함을 규정한다.

---

25) 각 당사국은 결정 또는 판정을 인터넷상 공개함으로써 제1항의 공표요건을 충족시킬 수 있다.

26) 보다 명확히 하기 위하여, 제2항의 어떠한 것도 당사국이 공표하여야 하는 정보의 공표 형태, 형식 또는 방법을 규정하는 것으로 의도되지 아니한다.



### 민사 및 행정 절차와 구제

4. 각 당사국은 모든 지적재산권 집행에 관한 민사 사법절차를 권리자<sup>27)</sup>에게 이용가능하도록 한다.

5. 각 당사국은 다음을 규정한다.

가. 민사 사법절차에서, 사법당국은 침해자가 권리자에게 다음을 지급하도록 명령할 권한을 가진다.

- 1) 침해의 결과로 권리자가 입은 피해를 보상할 수 있는 충분한 손해배상<sup>28)</sup>, 또는
- 2) 최소한 저작권 또는 저작권접권 침해 및 상표위조의 경우, 침해로 인하여 얻은 침해자의 이익. 이는 1목에 언급된 손해배상액으로 추정될 수 있다. 그리고

나. 지적재산권 침해로 인한 손해배상을 결정함에 있어서 사법 당국은 특히 시장가격, 권장소비자가격 또는 권리자가 제시한 그 밖의 정당한 가치추정에 의하여 산정된 침해된 상품 또는 서비스의 가치를 고려한다.

6. 민사 사법절차에서, 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작권접권에 의하여 보호되는 저작물·음반 및 실연에 대하여, 그리고 상표위조의 경우에, 권리자의 선택에 따라 이용가능한 법정손해배상액을 수립하거나 유지한다. 법정손해배상액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다.<sup>29)</sup>

---

27) 제18.10조의 목적상, “권리자”는 그러한 권리를 주장할 수 있는 법적 지위와 권한을 가진 협회 또는 조합을 포함하고, 지적재산에 포함된 하나 이상의 지적재산권을 배타적으로 가지고 있는 인을 포함한다.

28) 특허침해의 경우, 침해를 보상하기에 충분한 손해배상은 합리적인 로열티보다 적어서는 아니된다.

29) 어떠한 당사국도 제6항을 당사국 또는 당사국의 승인이나 동의 하에 행동한 제3자에 대한 침해행위에 적용하도록 요구되지 아니한다.

7. 각 당사국은, 예외적인 상황을 제외하고, 사법 당국이 저작권 또는 저작인접권의 침해, 특히 침해 또는 상표 침해에 관한 민사 사법절차의 종결시 패소자로 하여금 승소자에게 소송비용 및 수수료를 지급하도록 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정하고, 최소한 저작권 또는 저작인접권 침해 또는 고의적인 상표 위조에 관한 절차에서는 합리적인 변호사 보수의 지급도 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다. 더 나아가, 각 당사국은, 최소한 예외적인 상황에서는, 사법 당국이 특히 침해에 관한 민사 사법절차의 종결시 패소자로 하여금 합리적인 변호사 보수를 승소자에게 지급하도록 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.

8. 저작권 또는 저작인접권 침해와 상표 위조에 관한 민사 사법절차에서, 각 당사국은 사법당국이 침해행위와 관련된 침해혐의가 있는 상품·재료 및 도구의 압류 그리고 최소한 상표 위조에 대하여는 침해와 관련된 증거서류의 압류를 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.

9. 각 당사국은 다음을 규정한다.

가. 민사 사법절차에서, 권리자의 요청이 있는 경우, 불법복제되거나 위조된 것으로 판정된 상품은 예외적인 상황을 제외하고 폐기된다.

나. 사법당국은 불법복제되거나 위조된 상품의 제조 또는 생성에 사용된 재료 또는 도구가 어떠한 종류의 보상도 없이 신속하게 폐기되거나, 예외적인 상황에서는 어떠한 종류의 보상도 없이, 추가 침해에 대한 위험을 최소화하는 방식으로 상거래 밖에서 처분되도록 명령할 수 있는 권한을 가진다. 그리고

다. 위조된 상표 상품에 관하여는, 불법적으로 부착된 상표를 단순히 제거하는 것으로는 상품이 상거래로 반출되는 것을 허용하기에 충분하지 아니하다.

10. 각 당사국은 지적재산권 집행에 관한 민사 사법절차에서 사법 당국이 증거 수집의 목적상 침해된 상품 또는 서비스의 생산과 유통 또는 그 유통경로에 연루된 제3자의 신원을 포함하여 침해의 어떠한 측면으로든

연루된 인과 그러한 상품과 서비스의 생산 수단 또는 유통 경로에 관하여 침해자가 소유하거나 통제하는 모든 정보를 제공하고 그 정보를 권리자 또는 사법당국에게 제공하도록 침해자에게 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.

11. 각 당사국은 사법 당국이 다음의 권한을 가지도록 규정한다.

- 가. 적절한 경우, 사법 당국이 내린 유효한 명령을 지키지 못한 민사 사법절차의 당사자에게 벌금·구류 또는 구금을 명령할 수 있는 권한, 그리고
- 나. 소송절차에서 생산되거나 교환된 비밀정보의 보호에 관한 사법명령의 위반에 대하여 민사 사법절차의 당사자, 변호인, 전문가 또는 법원의 관할권이 미치는 그 밖의 인에게 제재를 부과할 수 있는 권한

12. 사건의 본안에 관한 행정적인 절차의 결과로 민사구제가 명령될 수 있는 범위에서, 각 당사국은 그러한 절차가 이 장의 규정과 실질적으로 동등한 원칙에 부합하도록 규정한다.

13. 제18.4조제7항 및 제18.4조제8항에 규정된 행위에 관한 민사 사법절차에서, 각 당사국은 사법당국이 최소한 다음의 권한을 가지도록 규정한다.

- 가. 금지된 행위에 관련된 것으로 의심되는 기기 및 제품의 압류를 포함한 잠정조치를 부과할 수 있는 권한
- 나. 권리자가 입은 실제 손해배상액과 법정손해배상액 중에서 권리자가 선택할 수 있는 기회를 제공할 수 있는 권한
- 다. 민사 사법절차의 종결시 금지된 행위에 관여한 당사자가 승소자에게 소송비용과 수수료 및 합리적인 변호사 보수를 지급하도록 명령할 수 있는 권한, 그리고
- 라. 금지된 행위에 연루된 것으로 판정된 기기 및 제품의 폐기를 명령할 수 있는 권한

어떠한 당사국도 그 행위가 금지된 행위를 구성한다는 것을 인지하지 아니하였고, 그렇게 믿었을 만한 사유가 없었음을 증명한 비영리 도서관·기록보관소·교육기관 또는 공공의 비상업적 방송기관에 대하여는 이 항에 따른 손해배상을 이용가능하게 할 수 없다.

14. 지적재산권 집행에 관한 민사 사법절차에서, 각 당사국은 사법당국이 특히 침해 수입품의 상거래로의 반출과 그 수출을 금지하기 위하여 당사자에게 침해를 중지하도록 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.

15. 당사국의 사법 또는 그 밖의 권한 있는 당국이 지적재산권의 집행에 관한 민사 사법절차에서 기술전문가 또는 그 밖의 전문가를 임명하고 소송 당사자로 하여금 그러한 전문가 비용을 부담할 것을 요구하는 경우, 그 당사국은 특히 그러한 비용이 수행된 업무의 양 및 성격에 밀접하게 관련되고 그러한 절차의 이용을 불합리하게 억제하지 아니하도록 보장하기 위하여 노력하여야 할 것이다.

### **대체적 분쟁해결**

16. 각 당사국은 지적재산권에 관한 민사 분쟁을 해결할 수 있는 대체적 분쟁해결절차의 사용을 허용할 수 있다.

### **잠정조치**

17. 각 당사국은 일방적 잠정조치의 신청에 대하여 신속하게 대응한다.

18. 각 당사국은 잠정조치에 대하여 사법당국이 원고의 권리가 침해되고 있거나 그러한 침해가 임박하였다고 충분한 정도의 확실성으로 사법당국을 납득시킬 수 있도록, 합리적으로 이용가능한 모든 증거를 제공하도록 원고에게 요구할 권한을 가지도록 규정한다. 그리고 각 당사국은 피고를 보호하고 권리남용을 방지하는데 충분하며 그러한 절차에 대한 이용을 불합리하게 억제하지 아니하는 수준에서 정해진 합리적인 담보 또는 이에

상당하는 보증을 제공하도록 원고에게 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다.

### **국경조치와 관련된 특별 요건**

19. 각 당사국은 자국의 권한있는 당국이 상표위조 의심상품, 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품, 또는 불법복제된 저작권 상품<sup>30)</sup>이 자유로운 유통에 반출되는 것을 정지시키는 절차를 개시하는 권리자는 수입국의 법상 권리자의 지적재산권에 대한 침해가 일단 성립된다고 권한있는 당국이 납득할 만한 충분한 증거를 제공하도록, 그리고 권한있는 당국이 의심상품을 합리적으로 인지할 수 있도록 권리가 알고 있을 것으로 합리적으로 기대되는 충분한 정보를 제공하도록 요구되는 것으로 규정한다. 충분한 정보를 제공하라는 요건은 이러한 절차의 이용을 불합리하게 억제하지 아니하도록 한다. 각 당사국은 상품의 반출을 정지하는 신청이 전국적인 효력을 가지며, 신청일로부터 1년 이상의 기간 또는 그 상품이 저작권에 의하여 보호되는 기간 또는 관련 상표 등록이 유효한 기간 중 짧은 기간 동안 적용가능하도록 규정한다.

20. 각 당사국은 자국의 권한있는 당국이 상표위조 의심상품, 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품, 또는 불법복제된 저작권 상품의 반출을 정지시키는 절차를 개시하는 권리가, 피고 및 권한있는 당국을 보호하고 남용을 방지하기에 충분한 합리적인 담보 또는 이에 상당하는 보증을 제공하도록 요구할 수 있는 권한을 가지도록 규정한다. 각 당사국은 담보

---

30) 제19항 내지 제25항의 목적상,

- 가) **위조된 상표 상품**이라 함은 포장을 포함하여 상품에 대하여 유효하게 등록된 상표와 동일하거나, 본질적인 측면에서 그러한 상표와 식별되지 아니하고, 이로 인하여 수입국의 법에 따라 해당 상표권자의 권리를 침해하는 상표를 승인 없이 지닌 상품을 말한다. 그리고
- 나) **불법복제된 저작권 상품**이라 함은 권리자 또는 제작 국가에서 권리자가 정당하게 승인한 자의 동의 없이 이루어진 복제물로, 그 복제가 수입국 법에 따라 저작권 또는 저작권접권의 침해를 구성할 물품으로부터 직접적으로 또는 간접적으로 제작된 모든 상품을 말한다.

또는 이에 상당하는 보증이 그 절차의 이용을 불합리하게 억제하지 아니하도록 규정한다. 각 당사국은 권한있는 당국이 그 물품이 침해상품이 아니라고 결정한 경우, 담보가 수입자 또는 수입된 물품의 소유자가 상품의 반출 정지로 인한 손실 또는 손해로부터 피해를 보지 아니한다는 조건부 증서의 형태가 될 수 있도록 규정할 수 있다. 어떠한 경우에도 수입자가 상표 위조 의심 상품, 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품, 또는 불법 복제된 저작권 상품의 점유를 취득하기 위하여 증서 또는 그 밖의 담보를 기탁하도록 허용되어서는 아니된다.

21. 권한있는 당국이 위조된 또는 불법복제된 상품을 압수한 경우, 당사국은 압수일로부터 30일 이내에 권리자에게 탁송인·수출자 및 수탁인의 이름과 주소를 알리고, 그 물품의 명세, 그 물품의 수량, 알려진 경우 그 물품의 원산지국을 권리자에게 제공한다.

22. 각 당사국은 권한있는 당국이 위조되거나 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품 또는 불법복제된 저작권 상품으로 의심되는 수입·수출 또는 환적물품<sup>31)</sup> 또는 자유무역지역의 물품에 대하여 직권으로<sup>32)</sup> 국경조치를 개시할 수 있도록 규정한다.

23. 각 당사국은 통관당국에 의하여 반출이 정지되고 불법복제되거나 위조된 것으로 몰수된 상품은 예외적인 상황을 제외하고는 폐기되도록 규정한다. 위조된 상표 상품에 대하여는, 불법적으로 부착된 상표를 단순히 제거하는 것으로는 그 상품의 상거래로의 반출을 허용하기에 충분하지 아니하다. 예외적인 상황을 제외하고, 어떠한 경우에도 권한있는 당국이 위조된 상표 상품 또는 불법복제된 저작권 상품의 수출을 허용하거나 또는 그러한 상품이 그 밖의 통관절차의 적용대상이 되도록 허용할 권한을 가져서는 아니된다.

31) 제22항의 목적상, **환적물품**이라 함은 통관절차의 간소화 및 조화에 관한 국제협약(고토협약)에 정의된 “보세운송상의” 상품 및 “환적된” 상품을 말한다.

32) 보다 명확히 하기 위하여, 양 당사국은, 직권조치가 사인이나 권리자로부터 공식적인 고소를 요구하지 아니하는 것으로 양해한다.

24. 지적재산권을 집행하기 위한 국경조치와 관련하여 신청수수료 또는 물품보관수수료가 산정되는 경우, 각 당사국은 그 수수료를 이러한 조치의 이용을 불합리하게 억제하는 금액으로 정하지 아니하도록 규정한다.

25. 각 당사국은 상호 합의한 조건에 따라 다른 쪽 당사국에게 지적재산권에 관한 국경조치의 집행에 관한 기술적 자문을 제공하고, 양 당사국은 이러한 사안에 대한 양자적 및 지역적 협력을 증진한다.

### **형사절차와 구제**

26. 가. 각 당사국은 최소한 상업적 규모의 고의적인 상표 위조나 저작권 또는 저작인접권 침해의 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정한다. 상업적 규모의 고의적인 저작권 또는 저작인접권 침해는 다음을 포함한다.

- 1) 직접적 또는 간접적인 금전적 이익의 동기가 없는 중대한 고의적인 저작권 또는 저작인접권의 침해, 그리고
- 2) 상업적 이익 또는 사적인 금전적 이익을 목적으로 하는 고의적인 침해<sup>33)</sup>

나. 각 당사국은 위조되거나 불법복제된 상품의 고의적인 수입 또는 수출을 형사처벌의 적용대상이 되는 불법 행위로 다룬다.<sup>34)</sup>

27. 제26항에 더하여, 각 당사국은 다음을 규정한다.

가. 침해자의 금전적인 동기를 제거하려는 정책에 합치되게, 장래의 침해를 억제하기에 충분한 벌금형뿐만 아니라 징역형 선고를 포함하는 형벌. 각 당사국은 나아가 사법당국이 형사적 침해가 상업적 이익이나 사적인 금전적 이익을 목적으로 발생하는 때에,

---

33) 제26항·제18.4조제7항가호·제18.4조제8항가호와 제18.10조제27항의 목적상 그리고, 보다 명확히 하기 위하여, “금전적 이익”은 가치를 지닌 그 어떤 것의 수령 또는 기대를 포함한다.

34) 당사국은 저작권 침해 물품의 수출에 관한 제26항의 의무를 배포에 관한 자국의 조치를 통하여 준수할 수 있다.

실형을 포함하여 장래의 침해를 억제하기에 충분한 수준에서 형벌을 부과하도록 권장한다.

나. 사법당국은 위조 또는 불법복제 의심상품과, 위법행위를 행하는데 사용된 모든 관련 재료와 도구, 위법행위에 관련된 증거 서류, 그리고 침해 행위에 기인한 모든 자산의 압수를 명령할 수 있는 권한을 가진다. 각 당사국은 압수의 대상이 되는 품목이 그 명령에 규정된 일반적인 범주에 해당하는 한, 개별적으로 그 품목을 적시할 필요는 없는 것으로 규정한다.

다. 사법당국은 특히 침해행위에 기인한 모든 자산의 몰수를 명령할 권한을 가지도록 규정한다.

라. 사법당국은 예외적인 경우를 제외하고, 다음을 명령한다.

- 1) 모든 위조되거나 불법복제된 상품과 위조 포장으로 구성된 모든 물품의 몰수 및 폐기, 그리고
- 2) 위조되거나 불법복제된 상품의 제작에 사용되었던 재료와 도구의 몰수 및/또는 폐기

각 당사국은 나아가 피고인에 대한 어떠한 종류의 보상도 없이 이 호와 다호에 따른 몰수 및 폐기가 이루어지도록 규정한다.

마. 형사사건에서, 사법 또는 그 밖의 권한있는 당국은 폐기 예정인 상품과 그 밖의 재료의 목록을 유지하고, 손해배상을 위하여 민사 또는 행정 소송의 제기를 희망한다는 권리자의 통보가 있는 경우, 증거 보전을 용이하게 하기 위하여 이러한 재료를 폐기 명령으로부터 일시적으로 면제할 수 있는 권한을 가진다. 그리고

바. 자국의 권한있는 당국은 이 장에 기술된 위법행위에 대하여 사인이나 권리자의 공식적인 고소없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다.

28. 각 당사국은, 최소한 다음의 고의적인 거래의 경우, 고의적인 상표 위조 또는 저작권 불법복제에 해당하지 아니한 경우라도 형사절차 및 형벌이 적용되도록 규정한다.

가. 음반, 컴퓨터 프로그램 또는 다른 문학 저작물, 영화 또는 다른 음향영상물, 또는 그러한 품목을 위한 서류 또는 포장에 부착 ·



동봉 또는 첨부되거나 부착·동봉 또는 첨부되도록 고안된 위조 라벨 또는 불법 라벨, 그리고

나. 그러한 품목에 대한 위조 서류 또는 포장

29. 각 당사국은 공공 영화상영 시설에서 영화 또는 그 밖의 영상저작물의 실연으로부터 그러한 저작물 또는 그 일부를 전송하거나 복사하기 위하여 그러한 영화 또는 그 밖의 영상저작물의 저작권자 또는 저작인접권자의 허락 없이, 고의로 녹화장치를 사용하거나 사용하려고 시도하는 인에 대하여 형사절차가 적용되도록 규정한다.

### **서비스 제공자의 책임 및 책임제한**

30. 침해를 방지하기 위한 신속한 구제와 추가 침해를 억제하는 형사 및 민사구제를 포함하여, 이 장의 적용대상이 되는 모든 저작권 침해행위에 대한 효과적인 조치를 허용하는 집행 절차를 제공할 목적으로, 각 당사국은 이 조에 규정된 틀에 합치되게 다음을 규정한다.

가. 저작권이 있는 자료의 무단 저장 및 전송을 억제하는 데 있어 서비스제공자가 저작권<sup>35)</sup>자와 협력하도록 하는 법적 유인책, 그리고  
나. 이 호에서 규정된 대로, 서비스 제공자가 통제, 개시 또는 지시하지 아니한 저작권 침해이면서, 서비스 제공자가 또는 서비스 제공자를 대신하여 통제하거나 운영하는 시스템 또는 네트워크를 통하여 일어나는 저작권 침해에 대하여, 서비스 제공자를 대상으로 이용가능한 구제의 범위에 대한 자국법상의 제한<sup>36)</sup>

1) 이러한 책임제한은 금전적 구제를 배제하며, 다음의 기능과 관련하여 특정 행위를 강제 또는 제지하는 법원의 구제명령에 대하여 합리적인 제약을 부과하고, 다음의 기능에 한정된다.<sup>37)</sup>

---

35) 제30항의 목적상, “저작권”은 저작인접권을 포함한다.

36) 나호는 저작권침해에 대한 일반적으로 적용가능한 대응의 이용가능성과는 무관하다.

37) 어느 한 쪽 당사국은 이 협정의 발효 후 당사국이 발견한 유사한 본질의 기능을 나호에서 어떻게 다룰지에 대하여 검토하기 위하여 다른 쪽 당사국과의 협의를 요청할 수 있다.

- 가) 내용의 수정 없이 자료를 전송, 라우팅 또는 접속을 제공하거나, 그 과정에서 그러한 자료를 중간에 저장하거나 일시적으로 저장하는 기능
  - 나) 자동적인 처리를 통하여 수행되는 캐싱
  - 다) 서비스 제공자에 의하여 또는 서비스 제공자를 위하여 통제되거나 운영되는 시스템 또는 네트워크에 존재하는 자료의 이용자의 지시에 따른 저장, 그리고
  - 라) 하이퍼링크 및 디렉토리를 포함한 정보검색도구를 이용함으로써 이용자를 온라인상의 장소에 소개하거나 연결
- 2) 이러한 책임제한은 서비스 제공자가 그 자료의 전송 체인을 개시하지 아니하고, 그 자료 또는 그 자료의 수신자를 선택하지 아니한 경우에만 적용된다. (다만, 1목라에 기술된 기능이 그 자체로서 어떤 형태의 선택을 수반하는 경우는 제외한다.)
- 3) 1목가 내지 1목라의 각 기능에 대한 책임제한을 받는 서비스 제공자의 자격은, 4목 내지 7목에 규정된 자격 조건에 따라, 각 다른 기능에 대한 책임제한을 받는 자격과는 별도로 고려된다.
- 4) 1목나에 규정된 기능에 대하여, 그 책임제한은 다음을 조건으로 한다.
- 가) 서비스 제공자가, 캐싱된 자료에 대한 사용자 접근에 대한 조건을 충족한 시스템 또는 네트워크의 사용자에게만 상당부분 캐싱된 자료에 대한 접근을 허용할 것
  - 나) 서비스 제공자가, 온라인상 자료를 이용가능하게 하는 인이 자료를 이용가능하게 하는 시스템 또는 네트워크에 대하여 일반적으로 인정되는 산업표준 정보통신규약에 따라 명시한 때에, 캐싱된 자료의 재생, 재저장 또는 그 밖의 갱신에 관한 규칙을 준수할 것
  - 다) 서비스 제공자가, 자료의 사용에 대한 정보를 획득하기 위하여 원 사이트에서 사용된 그 당사국의 영역에서 인정된 산업 표준에 합치하는 기술을 방해하지 아니하고 그 내용을 후속 사용자에게 전송시 수정하지 아니할 것, 그리고

- 라) 서비스 제공자가, 침해 주장에 대한 유효한 통보를 수령하는 경우, 원 사이트에서 삭제되었거나 접근이 무력화된 캐싱된 자료를 신속하게 제거하거나 접근을 무력화할 것
- 5) 1)목다 및 라에 규정된 기능에 대하여, 그 책임제한은 다음을 조건으로 한다.
  - 가) 서비스 제공자가, 침해행위를 통제할 권리 및 능력이 있는 상황에서, 그러한 행위에 직접적으로 기인하는 금전적 혜택을 받지 아니할 것
  - 나) 서비스 제공자가, 9)목에 따라 침해를 실제로 알게 되거나 침해 주장에 대한 유효한 통보를 통해서와 같이 침해가 명백하다는 사실 또는 정황을 인지하게 되는 경우, 서비스 제공자의 시스템 또는 네트워크에 존재하는 자료를 신속하게 제거하거나 접근을 무력화할 것, 그리고
  - 다) 서비스 제공자가, 그러한 통보를 접수하는 대표자를 공개적으로 지칭할 것
- 6) 이 호의 책임제한을 받을 자격은 다음을 조건으로 한다.
  - 가) 서비스 제공자가, 적절한 상황에서 상습 침해자의 계정을 해지하도록 규정하는 정책을 채택하고 합리적으로 이행할 것, 그리고
  - 나) 서비스 제공자가, 저작권이 있는 자료를 보호하고 확인하며, 저작권자와 서비스 제공자의 광범위한 컨센서스에 의하여 개방되고 자발적인 과정을 통하여 개발되고, 합리적이고 비차별적인 조건으로 이용가능하며, 그리고 서비스 제공자에게 상당한 비용을 부과하거나 그들의 시스템 또는 네트워크에 실질적인 부담을 주지 아니하는, 당사국의 영역에서 채택된 표준 기술 조치를 수용하고 이를 방해하지 아니할 것
- 7) 이 호의 책임제한을 받는 자격은, 그러한 기술 조치와 합치되는 경우를 제외하고, 서비스 제공자가 자신의 서비스를 감시하거나, 침해행위를 나타내는 사실을 능동적으로 찾아야 하는 것을 조건으로 할 수 없다.

- 8) 서비스 제공자가 1목가에 규정된 기능에 대한 책임제한을 받을 자격이 있는 경우, 특정행위를 강제하거나 제지하는 법원 명령 구제는 특정한 계정을 해지시키거나 특정한 국외 온라인 상의 장소에 대한 접근을 막기 위한 합리적인 조치를 취하는 것으로 제한된다. 서비스 제공자가 1목에 규정된 그 밖의 기능에 대한 책임제한을 받을 자격이 있는 경우, 특정행위를 강제하거나 제지하는 법원의 구제명령은, 침해 자료의 제거 또는 이에 대한 접근의 무력화, 특정 계정의 해지, 그리고 법원이 필요하다고 판단하는 그 밖의 구제로 제한된다. 다만, 그러한 그 밖의 구제는 비슷하게 효과적인 구제 형태 중에서 서비스 제공자에게 가장 부담이 적은 조치이어야 한다. 각 당사국은, 그러한 구제가 서비스 제공자에 대한 상대적인 부담과 저작권자에 대한 피해, 기술적 실행가능성과 구제의 실효성, 그리고 부담이 보다 적고 비슷하게 효과적인 집행 방법이 이용 가능한지 여부를 적절히 고려하여 그러한 구제명령을 내리도록 규정한다. 증거보전을 보장하는 명령이나 서비스 제공자의 통신 네트워크의 운영에 중요한 부정적 효과가 없는 그 밖의 명령을 제외하고, 각 당사국은 서비스 제공자가 이 호에 규정된 법원 명령절차의 통보를 받고 사법당국에 출두할 기회를 가진 경우에만 그러한 구제가 이용가능하도록 규정한다.
- 9) 1목다 및 1목라에 규정되어 있는 기능에 대한 통보와 중단 절차의 목적상, 각 당사국은 침해주장의 효과적인 통보를 위하여, 그리고 실수 또는 오인을 통하여 자료가 제거되거나 접근이 무력화된 자에 의한 효과적인 반대 통보를 위하여 자국 법 또는 규정에 적절한 절차를 수립한다. 각 당사국은 또한, 통보 또는 반대 통보에서 고의로 중요한 허위 표기를 하여 서비스 제공자가 그 허위 표기에 의존한 결과로 이해당사자에게 피해를 야기한 인에 대한 금전적 구제를 규정한다.
- 10) 서비스 제공자가 침해주장 또는 의견상 명백한 침해에 기초하여 선의로 자료를 제거하거나 접근을 무력화한 경우, 각 당사국은 이로 인한 청구에 대한 책임으로부터 서비스 제공자가

면책되도록 규정한다. 다만, 이는 자료가 서비스 제공자의 시스템 또는 네트워크상에 존재하는 경우, 서비스 제공자가 그의 시스템 혹은 네트워크상에 자료를 이용가능하게 한 인에게 서비스 제공자가 그렇게 하였다는 것을 신속하게 통보하는 합리적 조치를 취하고, 그 인이 효과적인 반대 통보를 하고 침해소송에서 관할권의 적용대상이 되는 경우, 유효한 일차 통보를 한 인이 합리적인 시간 이내에 법적 구제를 구하지 아니하는 한, 온라인상 자료를 복구하기 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다.

- 11) 각 당사국은 침해주장에 대한 유효한 통보를 한 저작권자가 서비스제공자가 보유하고 있는 침해 혐의자를 확인하는 정보를 신속하게 획득할 수 있도록 하는 행정 또는 사법절차를 수립한다.
- 12) 1목가에 규정된 기능의 목적상, **서비스 제공자**라 함은 이용자가 선택한 자료를, 그 내용의 수정 없이 이용자가 명시하는 지점 사이에 디지털온라인 통신을 위하여 전송, 라우팅 또는 접속시키는 제공자를 말하고, 1목나 내지 1목라에 규정된 기능의 목적상, **서비스 제공자**라 함은 온라인 서비스 또는 네트워크 접근을 위한 설비의 제공자 또는 운영자를 말한다.

- 중 략 -

**제 18.11 조**  
**경과 규정**

1. 각 당사국은 이 협정의 발효일에 이 장에 효력을 부여한다.
2. 제1항에도 불구하고, 대한민국은 이 협정의 발효일로부터 2년 이내에 제18.4조제4항의 의무를 완전하게 이행한다.

## 소프트웨어와 법률 통권 제4호

---

2007년 12월 27일 초판 인쇄

2007년 12월 28일 초판 발행

저 자 김지영, 박익환, 서달주, 유재현,  
이규호, 이대희, 황적인

발행인 최 현 규

편집인 김 지 욱

발행처 한국소프트웨어저작권협회

서울시 강남구 대치4동 904-14 SW발전센터빌딩 7층

전 화 02-567-2567      팩스 02-567-2944

이메일 gbkang@spc.or.kr

홈페이지 www.spc.or.kr

등 록 2007. 07. 06 제16-4241호

인 쇄 현진문화      전화 485-5998

---

과본은 바꿔 드립니다. 본서의 무단복제행위를 금합니다.

정가 15,000원

ISBN 978-89-960099-1-7 93360