소프트웨어와 법률

2006년 통권 제3호

Software & Law

2006. 6. 1

한국소프트웨어저작권협회

발 간 사

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

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

현재 우리나라에는 소프트웨어관련 법과 제도를 연구하는 전문가들이 그리 많지 않습니다. 이 분야가 새로운 과학기술의 발전에 의해 연구대상이 되고 있다는 측면도 있지만, 높은 기술적 전문성을 요하는 분야이기 때문에 더더욱 그러합니다. 이런 상황에서「소프트웨어와 법률 제3호」를 발간하게 된 것을 뜻 깊게 생각하며, 이를 토대로 소프트웨어 저작권 분야를 연구하는 연구자의 저변을 확대하고 재생산할 수 있도록 한국소프트웨어저작권협회가 초석의 역할을 담당하도록 하겠습니다.

김규성

차 례

발간사 ····· **김규성**

강기봉…기술적 보호조치의 보호범위 ····· 5

전성태…기술적 보호조치와 소비자 보호 ····· 33

유대종…미국에서의 저작권 남용의 법리에 관한 개괄적 검토 · 57

김윤명…퍼블릭도메인에 관한 소고 ····· 84

김형렬…프로그램저작권의 이전등록등 ····· …118

김지영…프로그램저작권의 침해와 보호범위 ····· …148

서재권…소프트웨어 라이선스 계약의 이전과 제한 ····· 178

김규성…소프트웨어의 일시적 저장에 관한 소고 ····· 210

손정달…컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단기준 ····· 242

김성원…지적재산권 분쟁에 있어 ADR의 활용과 과제 ····· 264

차 례

발간사 ..... **김규성**

1. 강기봉 기술적 보호조치의 보호범위

2. 전성태 기술적 보호조치와 소비자 보호

3. 유대종 미국에서의 저작권 남용의 법리에 관한 개괄적 검토

4. 김윤명 퍼블릭도메인(Public Domain)에 관한 소고

5. 김형렬 프로그램저작권의 이전등록등

6. 김지영 프로그램저작권의 침해와 보호범위

7. 서재권 소프트웨어 라이선스 계약의 이전과 제한

8. 김규성 소프트웨어의 일시적 저장에 대한 소고

9. 손정달 컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단기준

10. 김성원 지적재산권 분쟁에 있어 ADR의 활용과 과제

기술적 보호조치의 보호범위
- 대법원 2004도 2743판결을 중심으로 -

강 기 봉*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 사안의 개요
1. 사실관계
2. 주장의 요지 및 쟁점
3. 법원판결요지

Ⅲ. 사안의 검토 및 평석
1. 각국의 기술적 보호조치 관련 법률
2. 호주 법원 판례의 검토
3. 대법원 판례의 평석
4. 게임 소프트웨어 산업에 미치는 영향

Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

기술적 보호조치에 관하여 2006년 2월에 대법원 판결[2]이 있었다. 이 판결은 지금까지 논란이 되어 왔던 컴퓨터프로그램보호법상의 기술적 보호조치의 개념을 정리하면서 이것을 실제 사례에 적용한 최초의 대법원 판례라고 할 수 있다. 물론 2002년도에 시리얼 번호와 관련된 대법원 판결[3]이 있었으나, 이것은 컴퓨터프로그램보호법상에 기술적 보호조치에 대한 규정이 신설되기 이전의 법을 기준으로 판단한 것이었고, 기술적보호조치의 개념에 대해서는 언급이 없었다.

현재도 컴퓨터프로그램보호법의 제2조 제9호의 기술적 보호조치의 정의에 대해서 이것이 저작물에 대한 접근 통제를 포함하는 규정인지 아니면 저작물을 복제할 수 있는 권리, 즉 컴퓨터프로그램저작권만을 통제하는 이용 통제만 규정한 것인지에 대해 논란이 있다. 이에 대해

* 한국소프트웨어저작권협회 연구원

2) 대법원 2006. 2. 24. 선고, 2004도2743판결.

3) 대법원 2002. 6. 28. 선고, 2001도2900판결.

이용 통제만 규정하고 있다는 것이 통설인 것 같다. 또한 접근 통제와 이용 통제가 모두 정의 규정에 포함되어 있다는 견해들도 있다.

이번 대법원 판결은 이러한 기술적 보호조치의 정의 규정을 명확히 했다는 점에서 일차적인 의의가 있다. 그러나 이 판결의 이유에서 소니의 모드칩이 컴퓨터프로그램보호법상의 기술적 보호조치에 포함된다는 것은 논란이 일고 있고, 이러한 판결이 부당한 판결이라는 의견[4]이 있다. 특히 기술적 보호조치의 개념과 관련하여 실질적으로는 기술적 보호조치의 정의에 복제 통제 이외에 접근 통제가 포함되도록 해석한 것이 아니냐는 의견도 있다.

이하에서는 이 판례의 판결을 분석해 보고, 우리 컴퓨터프로그램보호법과 호주 1968년 저작권법(Copyright Act 1968[5], 이하 "호주 저작권법"이라 한다)의 비교를 포함하여 호주의 동일 사례를 비교 검토하면서 대법원의 판결의 법적 타당성에 대해서 논하도록 할 것이다.

Ⅱ. 사안의 개요

1. 사실관계

소니 엔터테인먼트사가 자사의 게임 기기인 플레이스테이션 2(Playstation 2, 이하 "PS2"라 한다)에 모드칩(Mode chip)을 장착하도록 한 자에 대해 대법원에 상고한 사건[6]이 있었다.

소니 엔터테인먼트사는 일본과 한국뿐만 아니라 전 세계적으로 PS2라는 비디오 게임기를 판매해 왔다. PS2는 기본적으로 CD-ROM이나 DVD-ROM(이하 "CD"라 한다) 저장 매체에 저장된 게임을 실행한다. 그런데 이 정품 게임 CD에는 게임프로그램 외에도 PS2에서 게임을 할 수 있도록 하는 엑세스 코드(Access Code)가 수록·저장되어 있다. 그리고 PS2에는 부트롬(BOOT ROM)이 내장되어 있어 PS2에 삽입되는 게임 CD에 엑세스 코드가 수록되어 있는지를 검색한 후 엑세스 코드 없

4) 정준모, "PS2 모드칩 설치의 기술적 보호조치 위반 여부", 저작권 문화 141호, 저작권심의조정위원회, 2006, 5, 18-19면.
5) Act No.63 of 1968 as amended
6) 대법원 2006. 2. 24. 선고, 2004도2743판결.

이 게임프로그램만 저장된 CD는 프로그램 실행이 되지 않도록 설계되어 있다. 그런데 CD에 저장된 게임의 경우에는 통상적인 CD-RW나 DVD-RW 등에 의해서 복제가 가능하지만 이 엑세스 코드는 복제가 되지 않고, 이에 따라 복제 CD는 PS2에서 실행이 되지 않는다. 그러나 본 사건에서의 모드칩(Mod Chip, 일명 '불루메시아칩')이라는 부품을 PS2에 장착하면 모드칩이 엑세스 코드가 수행하는 역할을 대신하고, 이에 따라 엑세스 코드 없이 게임프로그램만 복제·저장된 CD가 PS2에 삽입되더라도 PS2의 부트롬은 이 CD에 엑세스 코드가 수록되어 있는 것으로 인식하도록 한다.

이 사건의 사실관계는 하급심 판결[7]의 항소 이유의 요지와 판단을 통하여 보건데, 피고인은 고객들의 요구에 따라 복제 CD의 구동이 가능한 모드칩을 PS2에 장착하여 주고 PS2용 게임 CD의 복제 CD를 판매하였는바, 이에 검찰은 당해 업자를 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치를 무력화한 사실 및 음반·비디오물및게임물에관한법률의 위반을 이유로 기소하였다. 당해 하급심은 피고인에게 "원심이 적법하게 증거조사를 마쳐 채택한 여러 증거들을 종합하면, 피고인이 고객들의 요구에 따라 복제CD를 구동하기 위하여 모드칩을 장착해 준 사실을 넉넉히 인정할 수 있다."는 것과 "원심이 적법하게 증거조사를 마쳐 채택한 여러 증거들을 종합하면, 피고인이 복제된 게임CD 6장을 판매목적으로 진열, 보관하였다는 원심 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로, 피고인의 위 사실오인 주장도 이유 없다."는 것을 이유로 유죄를 선고했다.

이에 피고인은 "모드칩 장착행위가 기술적 보호조치의 무력화에 해당하는지 여부" 및 "법 제30조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부"에 관하여 대법원에 상고했다.

2. 주장의 요지 및 쟁점

가. 고소인 및 검찰과 피고인측 주장의 요지

---

7) 부산지방법원 2004. 4. 22. 선고, 2004노307판결.

(1) 고소인 및 검찰측 주장의 요지

하급심 판결문의 판단 부분에서 판단하건데, 검찰은 피고인이 고객들의 요구에 따라 복제 CD를 구동하기 위하여 모드칩을 장착해 주어 PS2 게임기에 설치된 기술적 보호조치를 무력화하였으므로 컴퓨터프로그램보호법을 위반하였고, 피고인이 복제된 게임 CD 6장을 판매목적으로 진열·보관하였으므로 음반·비디오물및게임물에관한법률을 위반하였다는 이유로 피고인을 기소하였다.

(2) 변호인(피고인)측 주장의 요지

① 기술적 보호조치 무력화 여부

하급심의 항소 이유를 통해 피고인측 주장의 요지를 살피건데, "피고인이 장착해 준 모드칩은 고객들의 요구에 따라 지역코드를 해제하기 위하여 장착해 준 것으로서 지역코드를 해제하기 위하여 모드칩을 장착하는 경우 복제CD도 구동되나, 피고인은 모드칩의 장착당시 지역코드를 해제하기 위한 의사로 장착한 것이지 복제CD를 구동하기 위한 의사로 장착한 것은 아니므로, 피고인에게는 기술적보호조치를 무력화시킨다는 인식이 없었고, 또한 플레이스테이션2 게임기의 엑세스 코드는 복제된 게임의 사용을 방지하지만 불법복제 그 자체를 방지하지는 않기 때문에 모드칩을 장착하여 위 엑세스코드를 해제하는 것이 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제2항에서 말하는 기술적보호조치를 무력화시키는 것으로 볼 수는 없으므로, 이 사건 컴퓨터프로그램보호법위반의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있거나 법리를 오해한 위법이 있다."라고 하여 모드칩을 장착하여 준 행위가 기술적 보호조치에 해당하지 않음을 주장하였는데, 대법원에 상고시에도 이와 같은 법리의 오해를 주장한 것으로 보인다.

② 헌법 위반 여부

대법원 판결에서 "법 제30조 제2항은 프로그램의 복제품을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자가 개인적으로 프로그램저작물을 이용

하는 행위를 제한하기 위한 것이 아니라, 다수의 사람이 프로그램저작물을 불법적으로 이용할 수 있도록 기술적 보호조치의 무력화장치를 전파하는 행위 등을 제한하고자 하는 것이고, 특정 프로그램저작물을 정당하게 구입한 자가 그 프로그램저작물의 원본을 보호할 목적으로 기술적 보호조치를 무력화하여 복제물을 생성하는 것은 법 제30조 제1항 제3호, 제14조에 의하여 허용되는 것이므로, 법 제30조 제2항이 프로그램저작물의 적법한 취득자의 원본 보호를 위한 복제행위를 부당하게 제한하는 것으로서 헌법 제23조, 제10조에 위반된다는 상고이유의 주장"을 명시하고 있다.

나. 이 사건의 쟁점

상기한 내용을 통해 알 수 있듯이 이 사건의 쟁점은 크게 두 가지로 나누어져 있다. 하나는 소니사의 PS2에 모드칩을 장착한 행위가 기술적 보호조치의 무력화에 해당하는지 여부이고, 또 다른 하나는 법 제30조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부이다. 전자의 경우는 기술적 보호조치의 보호범위와 관련된 것인데, 이에 대해서는 호주의 판례가 있고 이 판례의 내용이 우리나라의 판례와 유사하다.

3. 법원 판결 요지

가. 기술적 보호조치의 의미

컴퓨터프로그램 보호법 제30조 제1항 본문, 제2항은 누구든지 상당히 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니 되며, 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 같은 법 제46조 제1항 제3호는 위 규정을 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 같은 법 제2조 제9호, 제7조를 종합하면 위 '기술적 보호조치'란 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 및 기타 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여

프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치를 의미하는 것으로 봄이 상당하다.

나. PS2내 액세스코드의 기술적 보호조치 여부 및 회피 행위의 불법 여부

소니 엔터테인먼트사가 제작한 '플레이스테이션 2'라는 게임기 본체에 삽입되는 게임프로그램 저장매체에 내장된 엑세스 코드가 컴퓨터프로그램 보호법이 정한 '기술적 보호조치'에 해당한다고 보아, 엑세스 코드가 없는 불법 복제된 게임 CD도 '플레이스테이션 2'를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 것은 컴퓨터프로그램 보호법 제30조 제2항에서 정한 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 해당한다.

다. 기술적 보호조치 규정 제30조 제2항의 위헌 여부

컴퓨터프로그램 보호법 제30조 제2항은 프로그램의 복제품을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자가 개인적으로 프로그램저작물을 이용하는 행위를 제한하기 위한 것이 아니라, 다수의 사람이 프로그램저작물을 불법적으로 이용할 수 있도록 기술적 보호조치의 무력화장치를 전파하는 행위 등을 제한하고자 하는 것이고, 특정 프로그램저작물을 정당하게 구입한 자가 그 프로그램저작물의 원본을 보호할 목적으로 기술적 보호조치를 무력화하여 복제물을 생성하는 것은 같은 법 제30조 제1항 제3호, 제14조에 의하여 허용되는 것이므로, 같은 법 제30조 제2항은 헌법 제23조, 제10조에 위반되지 아니한다.

Ⅲ. 사안의 검토 및 평석

1. 각국의 기술적 보호조치 관련 법률

11 기술적 보호조치의 보호범위

가. 미국 저작권법상의 기술적 보호조치

기술적 보호조치는 허락받지 않은 저작물에 대한 접근을 방지하는 것(measures that prevent unauthorized access to a copyrighted work)과 허락받지 않은 저작물의 복제를 방지하는 것(measures that prevent unauthorized copying of a copyrighted work)의 두 가지가 있다.[8] 이것은 미국 저작권법(the U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 101 - 810)에 접근통제(access control, §1201(a)(1)&(2))와 이용통제(use control, §1201(b))[9]로 구분되어 규정되어 있다.[10]

그런데 미국 저작권법에서 특이한 점은 이용통제에 대한 침해를 법문에 포함시키지 않았다는 점이다. 1998년의 디지털밀레니엄저작권법(The Digital Millennium Copyright Act of 1998, 이하 "DMCA"라 한다) 미국 저작권청 개요(U.S. Copyright Office Summary)(이하 "DMCA 개요"라 한다)에 따르면, 이것은 적절한 환경에서의(under appropriate circumstances) 공정 이용(fair use)을 고려한 입법이다. 즉, 복제를 방지하는 조치에 대한 금지는 DMCA에 명시적으로 규정되지 않았다. 다만, 이러한 경우에 공정사용이 아닌 복제에 대해서는 복제권 침해를 이유로 이를 규제하면 될 것이므로, 미국법상 복제 통제 조치의 우회 행위를 별도로 규정하지 않는다고 해서 문제가 되지는 않을 것이고 DMCA 개요에도 이점이 명시되어 있다.[11] 그러나 이러한 공정이용은 접근통제를 우회하는 행위에 대해서는 인정되지 않는다.

Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc. 사건[12]에서 미국 법원은 미국 DMCA의 입법이 최근의 기술 발전에 비춘 "재균형(rebalancing)" 문제의 중요성이 반영된 것이라고 판단하면서, 이런 측면에서 저작권자와 사용자 사이의 균형이 고려된 것이라고 판단했다.

---

8) "The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary", U.S. Copyright Office, Dec 1998, 3-4면.

9) 이용통제에 대해서는 권리통제(권리통제, rights control) 또는 복제통제(copy control) 등의 용어가 사용되기도 한다.

10) 이대희, "디지털기술의 발전에 따른 S/W보호제도의 개선방향 - S/W 불법복제 방지 기술의 법적 대응", 프로그램심의조정위원회 세미나 자료, 2003.11., 3면.

11) "The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary", U.S. Copyright Office, Dec 1998, 3-4면.

12) 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

그리고 법원은 DMCA와 같은 상대적으로 최근의 입법에 분명히 나타난 국회의 의도가 법률 조문을 해석할 때 유용한 배경을 제공할 수 있다고 했고, 법원은 이것에 입각해서 기술적 보호조치에 대한 법률 해석을 했다.[13]

미국 법원은 이러한 법률 해석 하에서 §1201(a)(1), (a)(2) 및 (b)(1)은 새로운 저작권을 만드는 것이 아니라 책임(liabilities)에 대한 행위의 원인(cause)을 규정한 것이라고 판단했다. 즉, 이 법률 규정들을 위반하는 것은 저작권의 침해(infringement)가 아니라 책임의 성립이다. 이에 따라 입증책임도 저작권 위반과 다르게 된다. 저작권 침해 여부의 입증을 피고가 해야 하는 반면에, 기술적 보호조치의 우회 행위 여부에 대해서는 원고가 입증해야 한다. 그리고 법원은 Chamberlain Group, Inc.(이하 "Chamberlain 사"라 한다)는 Skylink Technologies, Inc.(이하 "Skylink 사"라 한다)의 저작권 침해를 주장하지 않았을 뿐만 아니라 판매하고 있는 기기에 의해 제공되는 접근의 방식이 어떻게 저작권법이 보호하는 어떤 권리의 침해를 용이하게 했는지 설명하지도 않았다고 설명하면서, 저작권의 침해나 §1201(a)(1) 우회의 주장의 부재에서 §1201(a)(2)에 대한 Skylink 사의 책임도 없다고 판단했다. 왜냐하면 법원은 법적 구조와 입법 연역에 따라 §1201은 보호되는 권리에 합리적으로 관련된 우회에만 적용된다고 판단했기 때문이다.[14]

나. 우리 컴퓨터프로그램보호법상의 기술적 보호조치

(1) 법률 규정

우리나라 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치에 관한 규정은 제2조 제9호 정의규정과 제30조이다.

제2조 제9호에는 "기술적보호조치라 함은 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치를

13) Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), 1194-1196면.

14) Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), 1192-1196면, 1203-1204면.

말한다."라고 정의가 규정되어 있다. 그리고 제30조에는 제1항에 기술적 보호조치 침해 금지 및 예외가 규정되어 있고 제2항에는 기술적 보호조치 무력화 장치, 프로그램, 기술의 거래 및 유통의 금지가 규정되어 있다.

(2) 기술적 보호조치의 보호범위

컴퓨터프로그램보호법의 정의규정을 살펴보면 기술적 보호조치의 범위가 추상적으로 규정되어 있다. 이에 따라 구체적인 기술적 보호조치의 보호범위는 법원의 판단에 맡겨져 있다. 그러나 기술적 보호조치의 일반적 구분에 따라서 컴퓨터프로그램보호법의 일반적인 보호범위를 구분할 수 있다.

우리나라의 컴퓨터프로그램보호법은 정의 규정의 해석상 복제 통제를 위한 기술적 보호조치를 규정하고 있다는 것이 다수설이다. 이에 대해 컴퓨터프로그램보호법은 접근 통제를 포함하고 있다고 하는 의견도 있다.

따라서 미국법과는 달리 접근 통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화는 법률에 규정되어 있지 않으며, 미국법상 규정되어 있지 않은 복제 통제를 위한 기술적 보호조치를 규정하고 있다.

그래서 미국 USTR(Office of the United States Trade Representative)은 "2006 Special 301 Report"에서 우리나라 기술적 보호조치 규정을 보다 강화할 것으로 요구하고 있는데, 이 보고서에 주요한 영향을 미치는 국제지적재산권연맹(International Intellectual Property Alliance, 이하 "IIPA"이라 한다)에서 발표한 "International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report South Korea"[15]에는 기술적 보호조치 규정에 접근통제를 포함할 것을 요구하고 있으며, 이는 지금까지 지속적으로 요구해 오던 사항이다.

그리고 미국은 한국의 무역장벽으로 지적재산권법 중 저작권을 들고 있는데 이 중 문제가 되는 것이 바로 기술적 보호조치 부분이다. 미국은 FTA 체결시에 기술적 보호조치에 접근통제를 규정할 것을 요구해

15) "International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report South Korea", International Intellectual Property Alliance, Feb 2006, 393면.

왔다. 따라서 “한국-미국 FTA”(이하 “한미 FTA”라 한다)에서도 이러한 요구가 있을 것으로 보인다.

다. 호주법상의 기술적 보호조치

호주법상 기술적 보호조치(technological protection measure)에 관한 규정은 우리나라 법에 비해 아주 상세히 규정되어 있다. 그리고 정의 규정에 기술적 보호조치의 정의가 우리나라의 규정보다 구체적으로 규정되어 있을 뿐만 아니라 우회 장치(circumvention device)에 대한 규정도 구체적으로 명시되어 있다. 그래서 우리나라는 기술적 보호조치의 규제 범위의 해석뿐만 아니라 우회 장치가 구체적으로 어떤 것인지에 대한 판단을 법원에 맡겨 두고 있다. 그리고 기술적 보호조치의 규정의 내용에 있어서도 우리 컴퓨터프로그램보호법의 그것과 다르다.

그러므로 호주법상의 기술적 보호조치 규정의 해석과 우리나라 컴퓨터프로그램법상의 기술적 보호조치 규정의 해석은 상이한 결과를 가져올 가능성이 높다.

호주 1968년 저작권법(COPYRIGHT ACT 1968) SECT 10 (1)에 기술적 보호조치에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> “기술적 보호조치”는 다음 방식들 모두 또는 하나에 의해서, 그것의 실행(operation)의 정상적인 과정(course) 내에서, 저작물 또는 다른 대상(subject-matter)의 저작권의 침해를 막거나(prevent) 억제하기(inhibit) 위해서 디자인된 장치 또는 물건, 즉 과정(process)에 결합된 구성요소(component)를 의미한다.
>
> (a) 저작권의 소유자 또는 배타적 라이선스 보유자의 권한을 가지고 저작물 또는 다른 대상에 대한 접근이 (저작물 또는 다른 대상의 암호해제, 스크램블해제 또는 다른 변환(transformation)을 포함하는) 접근 코드 또는 과정의 사용에 의해서만 가능하도록 보장하는 것에 의해;
> (b) 복제 제어 매커니즘을 통해.[16]

16) COPYRIGHT ACT 1968 SECT 10 Interpretation (1)

이에 대해 우리 컴퓨터프로그램보호법은 제2조 제9호에 “기술적 보호조치라 함은 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치를 말한다.”라고 간단하게 규정되어 있다.

그리고 호주 저작권법에는 우회 장치에 대해서 다음과 같이 규정되어 있다. 즉, 다음 규정에 따라 우회 장치에 대한 법률적 제한이 있다. 그러나 우리나라에는 우회 장치에 대한 규정이 없다.

> “우회 장치”는 기술적 보호조치의 우회 말고는 단지 상업적으로 제한된 상당한 목적 또는 사용만을 가지거나 그런 목적이나 사용이 없는 장치 또는 기술적 보호조치의 우회를 용이하게 하는 장치를 의미한다.[17]

그러므로 호주 저작권법에 의하면 기술적 보호조치에 적용범위가 비교적 구체적이고 좁게 해석될 수 있지만, 우리 법은 사회 및 기술 변화에 따라 법률 규정의 의미가 변경되어 또는 넓게 해석될 수 있도록 규정되어 있다.

"technological protection measure" means a device or product, or a component incorporated into a process, that is designed, in the ordinary course of its operation, to prevent or inhibit the infringement of copyright in a work or other subject-matter by either or both of the following means:
(a) by ensuring that access to the work or other subject matter is available solely by use of an access code or process (including decryption, unscrambling or other transformation of the work or other subject matter) with the authority of the owner or exclusive licensee of the copyright;
(b) through a copy control mechanism.

17) COPYRIGHT ACT 1968 SECT 10 Interpretation (1)
"circumvention device" means a device (including a computer program) having only a limited commercially significant purpose or use, or no such purpose or use, other than the circumvention, or facilitating the circumvention, of an technological protection measure.

2. 호주 법원 판례의 검토

가. 호주 판결 요지

우리나라의 대법원 판결과 관련하여 호주에서 동 기업에 의한 동일한 사유의 판결[18]이 있었다. 호주 판결은 다음의 세 가지 관점에서 검토 및 판결 되었다.

첫째, 기술적 보호조치 문제로써, 호주 저작권법 제10조(1)에 따라 소니의 보호 장치가 해당 조항의 기술적 보호조치 정의의 의미 내에서의 기술적 보호조치에 해당하는지 여부이다.

둘째, 물질 형태에서의 복제 문제로써, PS2 게임 CD-ROM의 PS2 콘솔에서의 실행이 호주 저작권법 제10조(1) 법률의 의미 내에서 컴퓨터 프로그램의 전체 또는 일부의 물질 형태의 복제에 관련된 것인지 여부이다.

셋째, 영화 필름 문제로써, PS2 콘솔상에서의 게임 실행이 호주 저작권법 제86조(a)의 의미 내에서의 영화 필름 전체 또는 일부의 복제(해당 법의 제10조(1)에서의 복제의 정의에 관련하여)를 만드는 것에 관련되는지 여부이다.

이들에 대해서 호주 대법원은 모두 무죄로 보았는데, 이중 기술적 보호조치 문제는 동일한 사안에 대해서 우리나라의 판결과 상반되는 판결이 내려졌다.

나. 판례 검토

호주에서도 소니사의 PS2와 모드칩에 대한 동일한 사건으로 Stevens v. Sony 사건[19]이 있었다. 그리고 이 사건에 대한 소니사와 피고인 사이의 논리도 우리나라의 사건과 비슷하다. 이 때문에 이 호주 법원의

---

18) Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58 (6 October 2005): <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2005/58.html>.

19) Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58 (6 October 2005): <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2005/58.html>.

판례가 공공연히 비교 대상이 되고 있다. 그러나 우리나라의 컴퓨터프로그램보호법과 호주 저작권법의 규정이 상이하다는 점에서 생각해 본다면 우리 대법원과 호주의 대법원의 견해가 다를 수 있다는 것은 쉽게 짐작할 수 있다.

호주 대법원은 우선 호주 저작권법 제10조(1)에 정의된 기술적 보호조치의 의미에 관하여 호주 중급 법원인 "the Full Court of the Federal Court of Australia"(이하 "Full Court"라 한다)의 판결[20]과 다른 판결을 내렸다.

호주 대법원은 이 조문을 해석함에 있어서 법률 본문, 언어, 문맥 및 구조의 세밀한 검토(by close examination of the statutory text, its language, context and structure), 그 본문에 의해 제안되는 목적들의 확인(by identification of the purposes suggested by that text) 및 그 본문의 의미를 알 수 있도록 하는 사용 가능한 배경이 되는 것들을 포함하는 법률 연역(history)의 사용(by the use of the statutory history, including available background materials that cast light on the meaning of the text)에 의해서 이 의미를 확인해야 한다고 하면서 법률 조문과 해당 사건의 내용을 보다 상세히 분석하고 해당 사건에 엄격하게 의미를 해석하여 적용하였고, 이에 따라 Full Court와 다른 판결을 한 것이다.

호주 대법원은 Full Court의 기술적 보호조치 정의 규정상의 기술적 보호조치의 보호 범위의 해석에 대해 호주 저작권법의 기술적 보호조치 정의 규정 및 우회 장치의 정의에 비추어 문제가 있다고 판단했다. 특히 Full Court 기술적 보호조치의 정의 규정을 넓게 해석한 것에 대한 문제를 지적했다.

호주 대법원은 모드칩의 사용과 관계없이 게임 CD의 저작권 침해가 CD 복제에 의해서 이미 발생한 것으로 보았다. 즉, 모드칩은 CD 복제를 하는 자가 그 과정에서 복제 행위를 하는 것을 직접적으로 방해한 것이 아닌데, 법문의 내용을 살펴봤을 때 법률상 기술적 보호조치는 복제를 직접적으로 방지하는 것이지 그것을 간접적으로 방지하는 장치들까지 모두 포함하는 것은 아니라는 것이다. 호주 대법원은 Full Court

20) Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v Stevens (2003) 132 FCR 31 (30 July 2003).

와 달리 정의 규정의 “기술적 보호조치는 ... 그것의 실행(operation)의 정상적인 과정(course) 내에서, 저작물 또는 다른 대상(subject-matter)의 저작권의 침해를 막거나 방지하기 위해서 디자인된 장치 또는 물건, 즉 과정(process)에 결합된 구성요소(component) ...”라고 규정된 것을 기술적 보호조치가 저작물의 복제 과정에 직접 연관되어 있어야 한다고 규정된 것으로 판단했다. 그래서 Full Court가 엑세스 코드와 부트롬을 통한 조치가 CD 복제를 방지하는(inhibit) 효과를 가진다는 소니의 의견을 받아들인 것과는 달리, 호주 대법원은 이것에 대해 법문의 해석상의 문제가 있고 사용자 및 권자의 균형을 중시하는 의회의 입법의도를 무시한 것이라고 판단했다. 또한 우회의 장치에 관하여서도 이것은 법률상의 기술적 보호조치를 우회하는 것에 대하여만 해당하는 것이라고 판단했다. 즉, 호주 대법원은 법률을 문언해석을 통해 아주 좁게 해석했고 이에 따라 법문을 넓게 해석한 소니의 의견은 받아들여지지 않았다.

호주 대법원의 경우에는 우리나라와 같은 정도로 법률을 확장해서 해석하지 않았다. 즉, 모드칩은 저작권의 침해를 유발하기는 하지만 그것이 직접 저작권 침해를 구성하지 않고 이로 인해 기술적 보호조치에 포함되지 않는다고 한 것이다.

3. 대법원 판례의 평석

가. 대법원 판결 이유 검토

법원은 판결에서 컴퓨터프로그램보호법에 정한 “기술적 보호조치”의 의미를 정의하였는데, 컴퓨터프로그램보호법 “제2조 제9호, 제7조를 종합하면 위 ‘기술적 보호조치’란 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 및 기타 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치를 의미하는 것으로 봄이 상당하다.”라고 하여 우리나라의 기술적 보호조치가 복제 통제만을 규정하고 있는 것으로 해석했다.

그리고 법원은 “엑세스 코드나 부트롬만으로 이 사건 게임프로그램의 물리적인 복제 자체를 막을 수는 없는 것이지만, 통상적인 장치나 프로그램만으로는 엑세스 코드의 복제가 불가능하여 설사 불법으로 게임프로그램을 복제한다 하더라도 PS2를 통한 프로그램의 실행은 할 수 없는 만큼, 엑세스 코드는 게임프로그램의 물리적인 복제를 막는 것과 동등한 효과가 있는 기술적 보호조치에 해당한다고 할 것이고, 따라서 피고인이 모드칩을 장착함으로써 엑세스 코드가 없는 복제 게임 CD도 PS2를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 행위는 법 제30조 제2항 소정의 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 해당한다고 봄이 상당하다.”라고 판결하면서 엑세스 코드를 복제 통제에 해당하는 기술적 보호조치로 보고 있다.

이것은 엑세스 코드가 없이도 프로그램 실행이 가능하도록 한 “모드칩(mode chip)”과 같은 도구도 기술적 보호조치를 무력화하는 장치에 해당한다고 인정한 것으로써 기존의 해석대로라면 저작물에 대한 접근통제로도 해석이 가능하였던 것을 복제 통제로 판결을 내린 것으로 보인다. 즉, 복제 통제의 개념을 보다 넓게 해석한 것이다.

또한 대법원은 컴퓨터프로그램 보호법 제30조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여는 “법 제30조 제2항은 ... 다수의 사람이 프로그램저작물을 불법적으로 이용할 수 있도록 기술적 보호조치의 무력화장치를 전파하는 행위 등을 제한하고자 하는 것이고, 특정 프로그램저작물을 정당하게 구입한 자가 그 프로그램저작물의 원본을 보호할 목적으로 기술적 보호조치를 무력화하여 복제물을 생성하는 것은 법 제30조 제1항 제3호, 제14조에 의하여 허용되는 것이므로, 법 제30조 제2항이 프로그램저작물의 적법한 취득자의 원본 보호를 위한 복제행위를 부당하게 제한하는 것으로서 헌법 제23조, 제10조에 위반된다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.”라고 하면서 헌법 위반을 부정하였다. 즉, 법원은 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항 제3호, 제14조에 의해 사용자의 권리가 어느 정도 이상 보장된다고 판단한 것이다.

나. 호주 판례 비교 검토

우리나라와 호주의 사건은 사건 경위와 고소이유 및 변론에 있어서 사실상 동일한 모습을 보이고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라와 호

주의 법률 규정의 차이와 해석의 차이로 인해서 두 나라의 견해가 상이했다(호주 또한 우리나라와 같이 복제 통제만 규정하고 있다). 즉, 우리 컴퓨터프로그램보호법의 정의 규정은 기술적 보호조치를 "이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치"로 규정하고 있는데 반하여, 호주법은 "그것의 실행(operation)의 정상적인 과정(course) 내에서, 저작물 또는 다른 대상(subject-matter)의 저작권의 침해를 막거나 방지하기 위해서 디자인된 장치 또는 물건, 즉 과정(process)에 결합된 구성요소(component)"[21]라고 다소 상세히 규정되어 있고 그 범위도 "과정에 결합된 구성요소"라고 규정함에 따라 침해 과정에 결합된 장치 또는 물건만을 기술적 보호조치로 보고 있다. 그러므로 각 법원에서 이것을 문언대로 해석하면 두 나라의 법원의 견해는 당연히 달라질 수 있게 된다.

그러므로 호주 판례의 의견을 그대로 수렴하여 법 규정을 지나치게 확장해석하는 부분의 문제를 들어 우리 대법원의 판결이 부당하다는 의견[22]이 있으나, 전술한 내용에 따르면 우리나라 판례가 호주의 판례와 다르다고 하더라도 단순히 사실상 동일한 사유의 사건과 유사한 변론에 대한 판결이 대동소위하지 않다는 이유만으로 대법원의 판결이 잘못되었다고 판단할 수는 없다고 생각된다.[23]

다. 호주 판례 준거법과 FTA

이와 관련하여 Stevens v. Sony 사건의 준거법은 "Copyright

---

21) "a device or product, or a component incorporated into a process, that is designed, in the ordinary course of its operation, to prevent or inhibit the infringement of copyright in a work or other subject-matter"

22) 정준모, 전게논문, 19면.

23) "호주에서는 위 대법원 판결에 대해서는 많은 비판이 제기되었고, 현행 기술적 보호조치에 관한 저작권법 규정을 개정하기에 이르렀다고 한다. 특히 우리 컴퓨터프로그램보호법은 호주 저작권법과 같이 기술적 보호조치를 저작물의 내에서 저작권 침해를 방지할 수 있는 수단 또는 기술로 제한하여 해석할 근거가 전혀 없다.": 김국현, "프로그램 저작물에 관한 기술적 보호조치의 무력화 행위에 대한 대법원 판결 -대법원 2006. 2. 24. 선고 2004도2743 판결 평석-", enter 제126호, 프로그램심의조정위원회, 2006.5., 27면.

Amendment (Digital Agenda) Act 2000″에 따른 개정법의 발효일인 2001년 3월 4일의 법률이다. 그리고 현재 이 개정법에 따른 조항들은 개정되지 않았다. 그러나 2004년 미국-호주 FTA(이하 “AUSFTA”라 한다)가 체결됨에 따라 호주의 “US Free Trade Agreement Implementation Act 2004″에 의해 이미 개정된 호주 저작권법이 앞으로 다시 개정될 것이고 이때 기술보호조치에 대한 조항이 개정될 것이고, 이것은 이 판례에는 반영되지 않았다.[24]

그러므로 이 판례는 현재의 호주 저작권법에서의 기술적 보호조치의 의미를 확인했다는 의의를 가지면서도 현재의 법규정을 좁게 해석함에 따라 앞으로 개정법에 의한 법률 규정의 변화로 인해 판례의 의미가 퇴색될 것으로 보인다. 왜냐하면 호주 저작권법과는 달리 AUSFTA의 기술적 보호조치 규정은 “효과적인 기술적 조치(effective technological measure)”와 같이 넓게 정의되어 있고, 이에 따라 현재 호주 저작권법이나 판례의 판결에 따르면 무죄인 사안에 대해서 유죄로 판결이 날 가능성이 많기 때문이다.[25]

그리고 “House of Representatives Standing Committ on Legal and Constitutional Affairs”의 검토 자료는 Stevens v. Sony 판결이 AUSFTA의 ″Article 17.4.7″에 의해 요구되는 “effective technological measure”(ETM)의 넓은 정의로 인해 어느 정도 뒤집힐 것이고, 호주 대법원이 분명히 기술적 보호조치에 관한 넓은 정의에 관한 그것의 우려를 표명했다는 사실을 밝히면서, 연방정부가 AUSFTA에 따라 기술적 보호조치의 넓은 정의를 채택해야 하더라도, 미래의 기술적 보호조치에 관한 법률이 정확성과 명확성을 가지고 입안되어야 한다는 대법원의 요구를 준수해야 하고 경쟁, 정보에 대한 접근, 기본적 자유에 대한 부정적 영향이 없도록 해야 한다는 의견이 있다고 했다.[26]

---

24) “Review of technological protection measures exceptions”, House of Representatives Standing Committ on Legal and Constitutional Affairs, Feb 2006, 11면.

25) “Review of technological protection measures exceptions”, op cit., 11-12면.

26) “The Committee notes that the Stevens v Sony decision has policy implications for the Government in terms of implementing Article 17.4.7. On the one hand, the decision will be superseded to some degree due to the broad definition of ‘effective technological measure’ (ETM) that is required by Article 17.4.7 of the AUSFTA. On the other hand, the High Court has

결국 호주 저작권법도 AUSFTA에 따라 다시 개정이 될 것이고 이 때에는 동일한 사건에 대한 판결이 뒤집어질 가능성이 더 많다. 이것은 AUSFTA 17.7 (a)(i)에 "그 사정을 알면서 혹은 그 사정을 알고 있다고 믿을 합리적인 사유가 있는 상황에서, 보호를 받고 있는 저작물, 실연, 음반 및 다른 대상에 접근하는 것을 통제하는 효과적인 기술적 조치를 허락 없이 피하는 자"[27]라고 규정되어 있고 17.7 (b)에 "효과적인 기술적 조치란, 통상적으로 기능하는 과정에서, 보호를 받고 있는 작품, 실연, 음반 및 다른 대상에 접근하는 것을 통제하거나 특정 저작권 및 저작 인접권을 보호하는 특정 기술, 장치 및 구성물을 의미한다."[28]라고 규정하고 있다는 사실에서 개정이 어떻게 진행될 것인지 예상할 수 있다.

그런데 호주에서 예상하는 법률 조항의 어구는 이미 우리 법률에 포함되어 있다. 우리 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법에는 이러한 기술적 보호조치의 정의규정에는 각각 "효과적으로 방지하기 위하여"와 "효과적으로 보호하는"이라는 표현을 사용하고 있기 때문이다. 따라서 호주 대법원이 Stevens v. Sony 사건에 관한 호주 저작권법의 좁은 해석과 비교했을 때, 우리 법원이 보다 넓은 해석을 내렸다는 것에 대해 그 자체로서 문제가 되는 것은 아니라고 생각된다.

---

clearly flagged its concerns regarding a broad construction of TPMs. One academic has observed that: The Federal Government… is in a right pickle. The Government has to adopt a broad definition of technological protection measures and narrow exceptions as part of the Australia-United States Free Trade Agreement 2004. However, the Federal Government will also have to comply with the High Court's demands that any future laws on technological protection measures be drafted with precision and clarity. The government will also need to take into account wider policy concerns that there are not inadvertent detrimental impacts for competition, access to information, and fundamental freedoms.": "Review of technological protection measures exceptions", op cit., 11면.

27) "knowingly, or having reasonable grounds to know, circumvents without authority any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram, or other subject matter; or"

28) "Effective technological measure means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other protected subject matter, or protects any copyright."

라. 접근 통제 문제

대법원은 판결문에서 “제2조 제9호, 제7조를 종합하면 위 ‘기술적 보호조치’란 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 및 기타 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치를 의미하는 것으로 봄이 상당하다.”라고 하여 기술적 보호조치에 관하여 보호 대상을 “프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권”으로 보았고, 기술적 보호조치의 범위를 “프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치”로 보고 있다. 즉, 우리나라 정의 규정상 기술적 보호조치는 복제 통제만을 의미하는 것이고 저작물에 대한 접근 통제를 하고 있지는 않다.

이것은 미국이 접근 통제를 규정하고 복제 통제를 따로이 규정하지 않은 것과는 다른 것인데, 두 규정을 모두 두고 있는 EU나 호주에 비해 미국 또한 특이한 형태의 규정을 두고 있는 셈이다. 이러한 규정의 구성에 대해서 DMCA 개요에 따르면 이러한 것은 공정 사용을 고려한 입법이고, 이렇게 복제 통제 규정이 없다고 하더라도 복제에 관련된 사항은 이미 저작권법의 규정이 존재하므로 따로 규정할 이유가 없다는 점을 분명히 했다. 그리고 공정 이용이 접근 통제를 우회하는 것에 대한 이유는 될 수 없음도 언급했다.[29] 즉, 복제 통제에 관한 규정은 사용자들의 정당한 권리의 보장 및 필요성 부재를 이유로 규정되지 않은 것이다. 그래서 기술적 보호조치에 관하여 복제 통제 부분이 저작권자의 권리를 중첩해서 보호한다는 논리의 의견은 미국 법률에 적용할 수 없다.

여하튼 우리나라 법률은 저작물에 대한 접근 통제를 규정하고 있지 않기 때문에 대법원의 판결이 접근 통제를 인정한 것이 아니냐는 의견

29) “The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary”, U.S. Copyright Office, Dec 1998, 3-4면.

이 있었다. 그러나 우리 대법원의 판결에는 접근 통제를 인정하기 보다는 엑세스 코드와 부트롬을 이용한 조치를 복제를 방지하는 차원의 통제로 인정하고 있다. 즉 호주 법보다 추상적인 법체계를 가지고 있기 때문에 법문의 해석이 보다 탄력적이라는 점에서 법문의 해석을 확장해서 해석할 가능성이 충분히 있고, 이런 점에서 해당 조치를 복제 통제로 해석할 수 있는 여지가 발생했다는 것이다.

이러한 법원의 해석은 호주 법원의 판결과 같이 통제 장치가 복제를 직접적으로 막는 것이 아니라 이미 복제가 일어난 후에 일어나는 프로그램의 실행 행위를 통제하는 것이라는 점에서 복제 통제라고 하기에는 어려운 부분이 분명 존재한다. 그리고 이 장치는 도리어 저작물에 대한 접근을 통제하는 접근 통제의 성격을 가지고 있다. 즉, 이 사건은 미국의 Davidson & Associates v. Jung 사건[30](이하 “Jung 사건”이라 한다)과 같이 CD-Key의 존재 여부에 의해서 배틀넷 서버에의 접근이 부정되는 것과 같은 맥락이다.

그럼에도 불구하고 이 사건이 Jung 사건과 다른 점은 해당 CD를 다른 방법으로 구동할 수 있는 방법이 없다는 점이다. 즉, PS2를 위한 CD는 PS2에서만 실행할 수 있고, PS2에서 실행할 수 없으면 해당 CD는 무용지물이라는 것이다. 이것은 실제로 PS2의 엑세스 코드가 복제 방지를 위한 지대한 영향을 주고 있다고 판단할 수 있고, 이런 측면에서 본다면 접근 통제 이외에 복제 통제의 기능을 충분히 가지고 있다고 생각할 수 있다. 이러한 논리를 그대로 적용시킬 수 있는 경우가 복제 방지를 한 게임 CD의 복제의 문제이다. 이 경우에 크랙 프로그램을 사용하지 않고서는 PC상에서 게임을 실행할 수 없다(해당 CD로도 PC에 정상적인 설치는 가능하다). 즉, 이렇게 내용이 복제는 되었어도 실제로 실행시에 문제가 발생하여 복제가 간접적으로 통제되는 경우에 해당 조치는 충분히 복제 통제라 할 수 있을 것이다.

이번 대법원 판결은 시대의 변화에 따르는 정의 규정의 자연스러운 확대 해석이라는 볼 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있는 것으로 보이고, 실제로 해당 사건의 경우에 복제 통제로 볼 수 있는 나름의 이유가 존재한다는 측면에서 보았을 때에도 논리의 구성에 있어서도 문제가 크지 않는 것으로 보인다. 다만, 이러한 확대 해석이 권리자의 권

30) Davidson & Associates v. Jung, 422 F.3d 630 (8th Cir.2005).

리 보호를 위한 법률 해석의 자의적 해석을 범람토록 해서는 안 될 것이다.

마. 종합 검토

흔히 보안 강화를 논의할 때 서버 또는 네트워크 시스템의 보안을 강화하면 이에 반비례로 사용자들의 불편이 가중된다는 사실 때문에 보안 정책에 있어서의 신중성 및 사용자의 편의를 고려대상에 둔다. 이것은 인터넷 서비스에 있어서 서비스 그 자체가 목적이 아니고 해당 서비스의 사용자들의 사용 또한 중요한 문제가 되기 때문이다.

그럼에도 불구하고 인터넷은 해커들과의 전쟁을 방불케 하는 전쟁터와 같고 이에 따라 다양한 보안 강화책이 마련되어 왔다. 물론, 그런 보안 강화의 화두에는 항상 사용자에 대한 고려가 있었던 것도 사실이다. 그럼에도 불구하고 인터넷의 일반화에 따라 보안에 대한 문제는 더욱 심각해졌고 사용자들의 불편을 어느 정도 감수하면서 보안을 강화하는 움직임 또한 있어 왔다. 예를 들어 예전에는 ID와 패스워드만으로도 이용이 가능했던 웹사이트의 기능들이 이제는 다양한 체계의 보안 장치들로 인해 그렇지 않도록 되었다.

이것은 저작권을 다루는 법률에도 그대로 적용된다. 법률은 저작권자들과 사용자들간의 균형을 고려해야 하고, 이러한 부분들이 충족된 법률이 합리적인 것이라고 생각한다.[31] 그럼에도 불구하고 인터넷 및 컴퓨터 기술의 발달은 예전에는 생각지도 못했던 저작권 문제를 발생시켰고 기술적 보호조치의 해킹 및 해당 저작물의 인터넷 배포로 인해 저작권자들의 권리를 심대하게 침해하는 결과를 초래했다. 예를 들어 MP3가 만연하면서 음반 판매량이 감소했고 PDF가 범람하면서 출판업계의 수익 구조도 약화되었다(출판업계의 문제는 PDF 때문만은 아닐 것이나 좋지 않은 영향을 미쳤음도 물론일 것이다). 영상 산업은 DVD의 동영상 파일이 인터넷에 유포되면서 문제가 되었다. 또한 소프

---

31) 미국 판례에서 저작권자의 권리가 지나치게 강화되었다는 비판을 받고 있는 DMCA(the Digital Millennium Copyright Act of 1998)도 최근의 기술적 발전에 비춘 재균형 문제의 중요성이 반영된 것으로 풀이하고 있다.: Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), 1196면.

트웨어도 예전에는 와레즈로 대변되는 웹사이트나 FTP 서버를 통해서 이루어지던 불법복제물들이 P2P 서비스를 통해 배포되고 있다. 이에 더해 스트리밍 서비스에 의한 소프트웨어의 사용은 이전과는 다른 법적 문제를 야기했다.

결국 저작권법 내지는 컴퓨터프로그램보호법의 규정 또한 보안 정책과 마찬가지로 사회 변하에 맞추어 변하되어야 한다고 생각된다. 왜냐하면 그것이 저작권자들을 보호하고 그로 인해 보다 양질의 저작물을 생산할 수 있도록 하는 유인동기가 되며, 이러한 효과들로 인해 해당 저작물들의 사용자들 또한 그에 걸 맞는 만족을 얻을 것이기 때문이다. 이러한 양질의 그리고 다양한 저작물들의 생산과 이것에 대한 만족은 사용자들이 저작물을 이용함에 있어서의 불편함이나 비용 못지않게 중요한 것이다. 따라서 법률은 이것이 보장될 수 있도록 법률 해석을 변화시키거나 법률을 개정할 필요가 있게 되는 것이다.

비록 법률 개정이 한미 FTA에 따르는 것이라고 할 수도 있겠으나, 미국 산업계의 요구가 비단 그들만의 문제는 아니라는 점을 생각해보면 이런 변화 또한 긍정적으로 수용할 수 있을 것이라고 생각한다. 다만, 한미 FTA에 따른 법률의 개정이 미국법과 모든 부분에서 동일한 법률을 만들 것을 요구하는 것이 아닐 것이라는 점을 상기해 봤을 때, 우리나라 실정에 맞게 미국이 요구하는 수준의 법률로 저작권법 내지는 컴퓨터프로그램보호법을 개정하면서도 어느 정도의 유연성을 둘 수 있을 것이라는 기대를 해본다. 즉, 미국과는 다른 우리나라의 상황을 고려하여 저작권자들의 권리를 보다 강하게 보장하면서도 사용자들의 불편함을 최소화할 수 있도록 법률을 조정하는 것이 어느 정도는 가능할 것이다.

4. 게임 소프트웨어 산업에 미치는 영향

특히 국내에서 이제 PC용 소프트웨어 개발에서 한발 더 나아가 소니 플레이스테이션이나 XBOX와 같은 콘솔용 소프트웨어 개발 산업이 이제 막 발전하기 시작했다는 점을 상기해 봤을 때에는, 장래 국내의 콘솔용 게임 소프트웨어 산업 발전에 대한 기초를 마련해 준다는 의미에서 이번 판례는 긍정적인 의미를 가진다고 판단된다.

한국에서는 이미 플레이스테이션 첫 번째 버전에서부터 불법 복제 CD가 용산 상가를 중심으로 거래되었고, 현재도 PS2를 위한 불법 복제 CD가 거래되고 있다. 이것은 정품 게임 CD가 일반 사용자들이 다량으로 구매하기에는 비싸다는 의식 때문이고, 이에 대하여 게임을 즐기기를 바라는 일반 대중의 욕구가 상승 작용을 한 것으로 생각된다. 즉, 여러 가지 좋은 게임을 해보고 싶지만 정품 게임 CD를 구입하여 사용하기에는 주요 게임 수요자층이었던 학생들에게는 부담이 되었을 것이다. 그래서 PS2의 오작동의 위험에도 불구하고 모드칩을 구매하여 설치하고 극히 저렴한 복제 CD를 구입하여 게임을 하는 것은 어제 오늘의 일이 아니다.

이렇게 한국은 PC 소프트웨어뿐만 아니라 콘솔용 게임에 있어서도 불법 복제가 만연해 있고, 소니의 PS2와 같은 하드웨어는 구입해도 게임 CD는 구입하지 않는 경우가 비일비재했다. 즉, 소니사나 마이크로소프트사의 게임기는 판매에 문제가 없어도 게임 개발사는 판매에 문제가 발생하는 상황이 되는 것이다.

이러한 상황에서 모드칩의 합법화는 국내 콘솔용 게임 소프트웨어 산업에 좋지 않은 영향을 줄 것으로 생각된다. 사실 대부분의 콘솔용 게임이 일본이나 미국을 중심으로 하는 국외 업체들에 의해 개발된 것들이기 때문에 이러한 논리에 반론을 제기할 수도 있을 것이나, 국내 게임 산업이 발전하고 있고 국내 업체들의 콘솔용 게임 개발이 진행되고 있다는 사실을 고려하면 국내 게임 산업의 육성 및 발전을 위해서 모드칩의 합법화는 결코 긍정적이라고 볼 수 없다. 예를 들어 국외 유명 게임의 경우에는 소장을 위해서 구입을 하는 사람들이 있는 반면에, 그것마저도 국산 게임이라는 이유 때문에 소장 가치를 인정받지 못하고 대부분의 사용자들이 정품 게임 CD를 구입하는 것을 외면하고 복제 CD를 잠시 가지고 있는 것만으로 만족할 수도 있다. 결국 국산 게임 업체는 국외 게임 업체들이 장악하고 있는 콘솔용 게임 시장에 진입하기가 무척 어려워지게 될 가능성이 크다.

오피스 소프트웨어의 경우 일반 기업을 대상으로 정품 소프트웨어의 판매를 촉진할 수 있는 반면에, 콘솔용 게임 소프트웨어의 경우는 거의 100% 일반 개인들이 기업들의 주요 판매 목표가 될 수밖에 없다는 점에서도 특이성을 가진다. 즉, 일반 사용자들이 게임 CD를 구입하지 않으면 실제 게임 CD의 수요는 거의 없게 된다. 이에 따라 국산 콘솔용

게임 소프트웨어 개발 업체는 온라인 게임인 리니지가 그랬던 것처럼 일본이나 미국 등의 큰 시장에서 성공하고 나서야 국내 시장으로 진입할 수 있게 되는 현상을 겪을 수도 있게 될 것이다.

Ⅳ. 결론

최근의 소니 PS2에 관한 대법원 판례는 호주의 판례와 내용에 있어서 사실상 동일한 내용인 것은 분명하지만, 호주의 법률의 내용과 우리의 법률의 내용은 기술적 보호조치의 적용범위에 있어서 차이가 있다. 즉, 호주의 법률상 기술적 보호조치의 정의규정은 상당히 좁게 해석될 수 있는 여지가 있는데 비해, 우리 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치의 정의규정은 추상적이어서 다소 넓게 해석될 수 있는 여지가 있다. 그러므로 우리 대법원의 판결이 호주 법원과 상이한 판결을 내린 것은 법률 해석의 측면에서는 충분히 합리적인 것이다. 특히 호주 법원의 판결문에서도 AUSFTA에 따른 저작권법 개정이 이루어진 후에는 해당 판결이 바뀔 수 있음을 시사하고 있는 바, 호주에서 예상하는 법률 조항의 어구는 이미 우리 법률에 포함되어 있다는 점에서 호주 법의 좁은 해석과 비교했을 때 우리 법원이 보다 넓은 해석을 내렸다는 것은 그 자체로서 문제가 되는 것은 아니라고 판단된다.

다만, 법률 해석의 측면이 아닌 다른 이유들에 있어서 소니의 기술적 보호조치가 사용자들의 권리를 제한하고 있는 것은 사실일 수 있다. 그럼에도 불구하고 P2P의 문제에서와 마찬가지로 새로운 기술의 출현에 따르는 모든 형태의 새로운 저작물 사용 행위를 합법적으로 볼 수 있는 것은 아니라고 생각된다. 그리고 모드칩의 문제는 개인적인 사적 복제의 문제를 떠나 국내 소프트웨어 산업에 상당한 영향을 미칠 수 있는 정도의 복제 행위에 기여하고 있는 점은 확실하다. 따라서 엑세스 코드를 기술적 보호조치의 범위에 포함한 법원의 판단은 적절한 판단이라고 생각된다.

인터넷 및 컴퓨터 기술은 나날이 발전해 가고 있으며, 그 속도 또한 날이 갈수록 빨라지고 있다. 그런 가운데 예전에는 생각도 하지 못했던 저작권과 관련된 법적 문제들이 생겨나고 있다. 그런데 이런 문제들을

사용자의 권익 측면에서 모두 합리화해 줄 수는 없는 것이다. 왜냐하면 그만큼 저작권자들은 피해를 보기 마련이기 때문이다. 그러므로 사용자들의 권익 못지않게 저작권자들의 권리가 제대로 보호될 수 있는 장치 또한 필요하다고 생각한다. 그것이 저작권자들의 창작 의욕을 북돋우고 그 결과물을 소비하는 사람들의 만족도 보장되기 때문이다.

[참고문헌]

1. 국내 문헌

김국현, “프로그램 저작물에 관한 기술적 보호조치의 무력화 행위에 대한 대법원 판결 -대법원 2006. 2. 24. 선고 2004도2743 판결 평석-”, enter 제126호, 프로그램심의조정위원회, 2006.

이대희, “디지털기술의 발전에 따른 S/W보호제도의 개선방향 - S/W 불법복제방지 기술의 법적 대응”, 프로그램심의조정위원회 세미나 자료, 2003.

정준모, “PS2 모드칩 설치의 기술적 보호조치 위반 여부”, 저작권 문화 141호, 저작권심의조정위원회, 2006.

2. 국외 문헌

"International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report South Korea", International Intellectual Property Alliance, Feb 2006.

“Review of technological protection measures exceptions”, House of Representatives Standing Committ on Legal and Constitutional Affairs, Feb 2006.

“The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary”, U.S. Copyright Office, Dec 1998.

3. 국내 판례

대법원 2006. 2. 24. 선고 2004도2743판결.

대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도2900판결.

부산지방법원 2004. 4. 22. 선고 2004노307판결.

4. 국외 판례

Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

Davidson & Associates v. Jung, 422 F.3d 630 (8th Cir.2005).

Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58 (6 October 2005).

Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v Stevens (2003) 132 FCR 31 (30 July 2003).

기술적 보호조치에 관한 소고
- 유럽연합의 최근 동향을 중심으로 -

전 성 태*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서설

Ⅱ. 기술적 보호조치와 소비자
1. 기술적 보호조치의 의의
2. 기술적 보호조치, 소비자 및 저작권법

Ⅲ. 기술적보호조치로 나타난 소비자보호의 문제점
1. 소비자보호의 필요성
2. 소비자보호의 문제점
3. 소결

Ⅳ. TPM과 관련한 소비자 보호의 새로운 접근
1. 시장이냐 법이냐
2. 소비자보호의 책임
3. 저작권법과 소비자보호법
4. 일반 또는 특별 소비자보호법

Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서설

'기술적 보호조치'(Technical Protection Measures: 이하 'TPM')란 디지털 콘텐츠의 판매와 관리를 촉진하기 위해 설계된 전자적 시스템을 묘사하는데 사용되는 용어이다. TPM 기술은 오프라인과 온라인 모두에서 이용될 수 있다. 예컨대, 복제방지장치가 부착된 CD나 DVD 등을 들 수 있다. TPM 시스템은 종종 콘텐츠에 대하여 권한 없는 접근을 차단하기 설계된 것으로서 콘텐츠의 암호화의 일형식으로 사용되기도 한다. 상징적으로 말하면, TPM 시스템은 저작권자가 자신의 저작물에 무단으로 접근하는 자를 금지하고 허용된 자만을 접근하도록 하는 전자적 방호벽이라고 할 수 있다. 그러므로 TPM 기술 이용자들로 하여금 소비자들이 어떠한 조건하에 어떠한 콘텐츠에 접근이 가능한지를

* 경희대학교 법과대학 박사과정

세부적으로 결정할 수 있도록 지불 정보를 포함하여 고객관리의 기본 구조를 창설하게 하는 것이 필요하다.

본 논문은 디지털 콘텐츠의 이용가능성과 소비자의 접근성 그리고 디지털 콘텐츠의 이용에 관해서 TPM이 미치는 영향을 검토하기로 한다. 이를 위해 소비자나 이용자의 개념을 사용하기로 한다. '정보경제'(information economy)의 출현 후, 디지털콘텐츠에 대한 접근은 콘텐츠 제공자와 이용자 간의 상업적 거래의 객체로서 점차적으로 증가하고 있다. 따라서 본 논문은 권리보호를 위해 TPM을 이용하고 있는 미디어 산업의 경제적 이익과 디지털콘텐츠를 이용하는 소비자의 기대(욕구) 사이의 충돌범위를 양자의 이익을 고려하여 다루고자 한다.

TPM 시스템의 하나의 장점은 특정부분에 있어서의 소비자의 이익과 기대에 맞추는 방법으로 디지털콘텐츠를 이용할 수 있도록 만든다는 점이다. 몇 년 전만해도, 음악 애호가들은 특정 가수의 앨범 전체를 CD로 구입해야만 했다. 그러나 요즘에는 그들이 원하는 음악을 온라인을 통해서 단위별로 구입하고 있다. 그럼에도 불구하고, 일부 콘텐츠 제공자, 음반 출판사와 영화사들은 온라인상의 '해적행위'(piracy)로부터 디지털콘텐츠를 보호할 기술이 제공되지 않는다면 온라인으로 그들의 콘텐츠를 판매하는 것을 고려조차 하지 않으려고 하고 있다. 따라서 TPM은 전혀 현실적이지 못하거나 허용될 수 없는 더욱 새롭고 정교한 비즈니스 모델의 고안을 가능하게 만들고 있다.

이러한 통제와 통제능력의 증가는 특히 디지털콘텐츠 소비자들에게 장애요소가 될 수 있다. 특히 디지털콘텐츠의 엄격한 통제는 소비자의 측면에서 살펴보면, 다양한 법률문제를 야기한다. 이하에서는 TPM으로 제기되는 소비자 보호의 문제점과 그 대안을 유럽연합의 최근 동향을 중심으로 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 기술적 보호조치와 소비자

1. 기술적 보호조치의 정의

기술발전으로 복제가 용이해졌음에도 불구하고 저작권 침해를 발견

하기는 더욱 어려워지고 있다. 그러므로 저작권자 등은 저작물 등의 복제물에 복사·복제를 금지 또는 제한하는 기술적 보호조치를 고안하여 장착하게 되었다.[1] 저작권자 등의 자구책은 우리 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법에도 반영되어 입법화되었다.[2]

저작권법상의 기술적 보호조치란 "저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치"를 말하는 것이다.[3] 또한 컴퓨터프로그램보호법상의 기술적 보호조치란 "프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치[4]"라고 규정하고 있다. 최근 대법원 판결[5]도 "컴퓨터

---

1) 송영식·이상정·황종환,「지적소유권법(하)」(제9판), 육법사, 2005. 8, 748면.

2) 디지털시대에 종래의 저작권제도를 그대로 고집하는 것은 점차 진보하는 기술의 발전에 비추어 볼 때 그 실효성이 의문이다. 특히 P2P기술이나 복제기술의 발전은 기존의 저작권법의 체제만으로는 디지털시대의 저작권 문제를 해결하기 어렵다. 그러므로 저작권제도도 기술 친화적으로 변화하여야 저작권과 기술이 살아남을 수 있는 길을 마련하는 것이다(송영식 외 2, 위의 책, 749면 참조).

3) 저작권법 제2조 20호.

4) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 9호.

5) 소니 엔터테인먼트사가 제작한 플레이스테이션 2라는 게임기 본체(이하 'PS2'라고만 한다)에서만 실행되는 이 사건 게임프로그램은 CD-ROM이나 DVD-ROM과 같은 저장매체(이하 'CD'라고만 한다)에 저장되어 판매되고 있는데, 그 정품 게임 CD에는 게임프로그램 외에도 엑세스 코드(Access Code)가 수록·저장되어 있고, PS2에는 부트롬(BOOT ROM)이 내장되어 있어 PS2에 삽입되는 게임 CD에 엑세스 코드가 수록되어 있는지를 검색한 후 엑세스 코드 없이 게임프로그램만 저장된 CD는 프로그램 실행이 되지 않도록 설계되어 있는 사실, 한편, 통상적인 장치나 프로그램에 의해서도 이 사건 게임프로그램의 복제는 가능하지만 엑세스 코드의 복제는 불가능하기 때문에 불법으로 복제된 게임 CD로는 PS2에서 프로그램을 실행할 수 없는 사실, 피고인이 PS2에 장착하여 준 모드칩(Mod Chip, 일명 '불루메시아칩')이라는 부품은 엑세스 코드가 수행하는 역할을 대신하는 것으로서, 엑세스 코드 없이 게임프로그램만 복제·저장된 CD가 PS2에 삽입되더라도 PS2의 부트롬으로 하여금 엑세스 코드가 수록되어 있는 정품 CD인 것으로 인식하게 함으로써 불법으로 복제된 게임 CD도 프로그램 실행이 가능하도록 하는 장치인 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실과 같이, 엑세스 코드나 부트롬만으로 이 사건 게임프로그램의 물리적인 복제 자체를 막을 수는 없는 것이지만, 통상적인 장치나 프로그램만으로는 엑세스 코드의 복제가 불가능하여 설사 불법으로 게임프로그램을 복제한다 하더라도 PS2를 통한 프로그램의 실행은 할 수 없는 만큼, 엑세스 코드는 게임프로그램의 물리적인 복제를 막

프로그램 보호법 제30조 제1항 본문, 제2항은 누구든지 상당히 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니된다고 규정하고 있고, 법 제46조 제1항 제3호는 위 규정을 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 법 제2조 제9호, 제7조를 종합하면 위 "기술적보호조치"란 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 및 기타 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치를 의미하는 것으로 봄이 상당하다."라고 판시한 바 있다.

2. 기술적 보호조치, 소비자 및 저작권법

저작권법은 기본적으로 저작물성을 가진 콘텐츠를 이용하는 이용자들보다 창작자의 권리보호를 중점으로 하지만, 창작성을 가진 콘텐츠의 일반적인 이용 형태를 구분하고 이의 배포를 자극하고 있다. 창작성, 교육 및 과학 심지어 사적이용 등도 장려한다. 즉 저작권법은 사익적 요소와 공익적 요소를 모두 고려한다. 이렇게 부분적으로 충돌하는 이익 간의 균형을 유지하려는 시도가 '저작권법 상의 제한 내지는 예외'(copyright limitation or exception)와 '저작권의 유효기간의 제한 규정'이다.

그러나 TPM분야에 있어서 저작자와 소비자 이익의 문제는 여전히

는 것과 동등한 효과가 있는 기술적보호조치에 해당한다고 할 것이고, 따라서 피고인이 모드칩을 장착함으로써 엑세스 코드가 없는 복제 게임 CD도 PS2를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 행위는 법 제30조 제2항 소정의 상당히 기술적보호조치를 무력화하는 행위에 해당한다고 봄이 상당하다. 같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 기술적보호조치에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 2004도2743 판결).

해결되지 않은 채 논쟁거리로 남아있다. TPM은 공익을 위하여 의도적으로 규정된 저작권의 제한 규정을 존중하지 않고 있다. 콘텐츠의 암호화는 이러한 콘텐츠의 접근과 이용을 다소 불가능하게 만든다. 적어도 TPM 기술 이용자의 의지에 따라 콘텐츠의 접근과 이용은 통제된다. 이러한 콘텐츠에 대한 통제는 독점권에 대한 시적제한의 만료 여부와 소비자가 저작권 제한 규정의 이익을 향유할 자격이 있는지의 여부와 관계없이 이루어진다.[6] 이 점은 소비자들이 자신들의 이익 범위에 있는 기존의 저작권 예외와 제한을 어떻게 이용할 수 있는지에 관한 문제를 제기한다. 프랑스와 벨기에 법원의 판결은 이 문제에 관한 견해들이 어떻게 다른 지를 증명한다. 이 사건들에서 소비자 단체의 대표로 구성된 소비자들은 '사적이용을 위한 복제'(copy for private use)와 같은 기존의 저작권 예외 조항으로 기술적 보호조치에 관한 문제를 방어책으로 내세웠다. 그러나 몇몇 법원은 저작권 예외 조항은 권리가 아니라 단지 면책특권일 뿐이라는 점을 근거로 하여 소비자의 고소를 기각하였다.[7] 반면에 최근 프랑스 판결은 그러한 '면책특권을 행사할 권리'(right to exercise such privileges)는 보호되어야 한다고 판시하였다.[8]

현행 유럽저작권 지침은 이러한 상황을 명백하게 규정하고 있지 않다. 이와 대조적으로, 동 지침은 TPM 이용에 관한 법적 상황을 권리자 중심으로 규정한 것으로 보인다. 유럽저작권지침 제6조는 TPM과 같은 '기술

---

6) Editions Larcier, *Collection Creation Information Communication, Brussels*, 2005; P. Samuelson, "Intellectual Property and the digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised," *Berkeley Technology Law Journal* Volume 14 Number 2, 1999, p. 519; J. Cohen 1998, "Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management," *Michigan Law Review*, Vol. 97, Num 2, 1998.

7) Tribunal de premiére instance de Bruxelles, L'ASBL Association Belge des Consommateurs TestAchats/SE EMI Recorded Music Belgium, Sony Music Entertainment(Belgium), SA Universal Music, SA Bertelsmann Music Group Belgium, SA IFPI Belgium, Decision of 25 May 2004, No 2004/46/A du rôle des rèfères; Tribunal de grand instance de Paris 3^{e} chambre, 2^{e} section, Stéphane P., UFC Que Choisir/Société Films Alain Sardeet, decision of 30 April 2004(http://www.legalis.net)참조.

8) Cour d'appel de paris, decision of 22 April 2005, M. Stephane P., UFC Que-Chisir c/Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain Sarde, Studio Canal(Http://www.juriscom.net/documents/caparis20050422.pdf 참조).

적 보호조치의 회피'(circumvention of technological protection measures)를 금지한다. 이 조항은 TPM 이용자에게 디지털 콘텐츠의 이용과 접근에 관한 법적·사실적 통제권을 상당히 부여한다. 이와 유사한 규정들이 WIPO 저작권 조약 11조[9]와 WIPO 실연·음반 조약 제18조[10]에서도 존재한다. 이 두 국제조약은 유럽저작권 지침에 기술적보호조치 회피규정을 신설하게 한 계기가 되었다. '유럽이사회'(Council of Europe)도 기술적 보호조치에 관한 규정이 어떻게 이용될 수 있는 것인지 또는 저작권법의 제한 규정과 양립할 수 있는 것인지에 관한 어떠한 조건도 부가하지 아니하고 기술적 보호조치의 이용을 장려하고 있다.[11] WIPO 회원국으로 지원한 코스타리카의 경우도 WIPO 조약의 기술적 보호조치 조항을 그들의 국내법으로 구체화시켰다. 그러므로 코스타리카에서 TPM 이용자들은 소비자들에게 디지털콘텐츠의 이용과 접근을 금지시킬 수 있는 무제한적인 자유를 향유할 수 있게 되었다. 그 결과 기술적 보호조치가 마치 그들의 '경제적 권리'(economic right)로 주장될 수 있는 가능성이 있게 되었다. 그러나 디지털콘텐츠나 정보에 대한 접근은 경제적인 문제만이 아니고 문화적·사회적·정치적 문제라는 점도 간과해서는 아니 된다. 유럽 연합의 수준에서 저작권지침 제6.4조는 "권리자가 기술적 보호조치를 취하지 않을 경우, 회원국들은 소비자들이 저작권법의 개별 제한 규정의 이익을 향유할 수 있도록 의무화 할 수

---

9) WIPO 저작권 조약 제11조 (기술 조치에 관한 의무)
체약 당사자는 이 조약 또는 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여 저작자가 이용하는 효과적인 기술 조치로서 자신의 저작물에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술 조치를 우회하는 것에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제 조치에 관하여 규정하여야 한다.(저작권심의조정위원회 홈페이지<http://www.copyright.or.kr> 법령·조약 편 참조).

10) WIPO 실연·음반 조약 제18조 (기술 조치에 관한 의무)
체약 당사자는 이 조약 또는 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여, 실연자나 음반제작자가 이용하는 효과적인 기술 조치로서 자신의 실연이나 음반에 관하여 실연자나 음반제작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술 조치를 우회하는 것에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제 조치에 관하여 규정하여야 한다(위 사이트 참조).

11) Council of Europe, Recommendation No. R(2001)7 of the Committee of Ministers to Member states on Measures to Protect Copyright and Neighbouring Rights and Combat Piracy, Especially in the Digital Environment, Strasbourg, 5 September 2001, Paragraphs 12 and 13.

있다."[12]라고 규정하고 있다. 이 규정은 적어도 '기술적 통제'(technical control)와 디지털콘텐츠를 방해 없이 접근 및 이용할 제3자의 권리(소비자)와 균형을 이루기 위한 시도로 볼 수 있다. 즉 유럽 저작권 지침이 TPM 기술의 이용자들에게 기존의 저작권법의 예외를 준수하도록 강제하지 않는다는 점을 발견할 수 있다. 대신에, 이 규정은 저작권 제한 규정이 미래 사회에 이익을 줄 수 있도록 보장하기 위하여 회원국들이 적절한 조치를 취할 필요가 있다는 것을 의미하는 것이다. 그러나 이 조항의 이행에 관한 초기 보고서는 회원국들이 이 규정에 응답하는 것과 실제 반영하는 것이 얼마나 어려운가하는 점을 보여주고 있다.[13] 게다가 유럽저작권지침 제6.4조는 TPM 이용자들이 소비자와의 상호 거래 관계나 계약 조건하에서 법적으로 규정된 제한의 일탈을 분명하게 허용한다는 점이다. 대체로 유럽지침에서 조차도, 콘텐츠의 접근이나 전자적 정보를 접근할 평등한 기회, 개인 창작의 다양성 증진 그리고 인간의 권리보호와 같이 중대한 소비자 보호와 정보 정책적 목적들이 달성되도록 보장하지 않는다는 점이다.

Ⅲ. 기술적 보호조치로 나타난 소비자 보호의 문제점

1. 소비자 보호의 필요성

TPM은 종종 허가받지 않은 이용으로부터 콘텐츠를 보호하는 기능, 그 이상의 역할을 수행한다. TPM은 시장의 도구이며 대개 그렇게 이용된다. 비록 TPM이 저작권이라는 비교적 적은 영역에서 논의된다고 해도, TPM에 관한 논쟁이 단지 저작권법에만 국한되는 것을 의미하지는 않는다. 그러므로 보다 폭넓은 관점에서 TPM을 TPM 이용자와 소비자 사이의 관계를 고려할 필요가 있다. 디지털콘텐츠와 관련한 많은 소비자의 기대는 저작권으로는 적절하지 않으며 저작권 체제하에서 법

12) 유럽 저작권 지침 제6.4조.

13) U. Gasser and M. Girsberger, *Transposing the copyright directive: Legal protection of technological measures in EU Member States*. Cambridge, MA: Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series(no 2004-10), 2004(http://cyber.law.harvard.edu/publications).

적 보호를 받기 어렵다는 점이다. 음악 파일이 컴퓨터, CD플레이어, 자동차 오디오, MP3 플레이어와 같은 서로 다른 장치에서 작동할 가능성이 있는지도 문제시 된다. 그래서 음악파일을 구입한 소비자가 그 음악을 친구나 가족에게 줄 수 있는지, 언제 어디서나 들을 수 있는지 그리고 서로 다른 형식(format)으로 저장할 수 있는가 하는 문제이다. 이러한 문제로 인해, 최근 법률 전문가들은 저작권법에서 다루고 있지 않은 적법한 소비자의 이익에 관하여 TPM의 충격을 고려하기 시작하고 있다.[14]

학자들은 'TPM 사용과 이로 인한 소비자 행동의 감시'와 '소비자의 프라이버시 보호'사이의 충돌 문제를 인식하기 시작하였다.[15] 2004년 이래로 프랑스와 벨기에의 소비자 단체들은 'TPM 보호'(TPM protected) CD나 DVD의 구매자를 대신하여 소를 제기하는 방법을 통해 일반 공중의 관심을 야기했다. 소비자들은 CD나 DVD의 복제나 자신들의 자동차 라디오에서 그것들을 작동할 수 없다는 이유로 소송을 제기했다. 이 사건에서는 무엇보다도 소비자 단체들은 제품결함에 대한 보증(warranty)에 관한 법인 소비자보호법을 인용하였다. 그 결과, TPM 사용과 소비자보호 및 소비자 권리에 대한 TPM 사용의 영향 간의 관계가 주목받게 되었다. 이 논문에서의 소비자 보호는 일반적으로 상거래의 파트너로서 소비자의 지위를 개선하고 보호하는 것을 목적으로 하는 법률을 의미한다. 이하에서는 저작권법의 범위 밖의 중요한 소비자의 이익을 검토하고자 한다.

2. 소비자 보호의 문제점

가. 콘텐츠의 접근과 이용

---

14) D. Mulligan and A. Burstein, *Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages*, Proceedings of 2002 ACM TPM Workshop(http://www.law.berkeley.edu/cenpro/samuelson/papers/other/ACM2002_Paper_111802.pdf> 참조.

15) C. Cohen 2002, "Overcoming Property: Does Copyright Trump Privacy?," *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy,* Vol 2 Num 2, 2002, p. 375 이하.

디지털 콘텐츠의 접근과 이용에 관한 문제는 TPM과 저작권법상의 예외 사이의 관계에 관한 문제와 밀접한 관련이 있다. 그러나 콘텐츠의 접근과 이용은 저작권법 영역 밖의 것이다. 이는 지적재산권의 객체가 아닌 것으로 우선 콘텐츠의 통제와 관련한 사례이다. 소위 '공중 영역'(Public domain)에 속한 저작물들은 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 콘텐츠나 저작권의 보호기간이 만료된 콘텐츠(가령, 쇼팽의 작곡들, 알렉산드리아 듀마스의 저작물) 등도 기술적 보호조치에 의해 통제될 수 있다. 즉 오늘날의 데이터베이스에 저장된 것을 제외하고, 저작권법으로는 결코 보호되지 않는 콘텐츠들도 이에 포함된다. 이러한 예들에는 단지 사실적인 정보, 판결문 등도 포함될 수 있다. 그러나 이러한 저작물들은 공중영역에 있는 것으로 누구나 자유롭게, 방해받지 않고 접근 가능할 필요가 있다. 표현의 자유를 증진하고 수호하는데 헌신하고 있는 조직인 영국의 'ARTICLE 19'라는 단체는 그 전문에 "정보는 민주주의의 산소와 같은 것이다."라는 문구를 삽입하여 정보의 접근에 대한 공익성을 강조하고 있다.[16] 저작권법과는 별도로, 개인적, 사회적, 정치적 그리고 문화적인 삶의 척도로서 정보에 대한, 콘텐츠에 대한 접근은 극히 중요하다. '알려진다는 것'(to be informed)은 우리와 같은 "정보사회"(information society)의 시민들을 위해서 반드시 필요한 것이며 콘텐츠의 폭넓은 이용가능성은 필수불가결하며 보호의 가치가 충분한 것이다. 따라서 인터넷상의 통신의 자유에 관한 유럽 이사회 초안 선언문에 설립된 두 번째 원칙은 "회원국들은 적정한 가격과 활동적인 공중의 참여에 의해 비차별적인 원칙에 기초하여 인터넷 통신과 정보 서비스의 접근을 모든 이들을 위해 고양하고 장려하여야 한다."라고 설명하고 있다.

이러한 측면에서 볼 때, TPM 이용은 저작권법에서 보호하지 않는 것을 포함한 정보의 자유를 방해할 수 있다.

나. 호환성

'호환성'(Interoperability)은 현행 EC 법이 제시한 것보다 콘텐츠의

16) <www.article19.org> 참조.

접근과 더욱 밀접하게 관련되어 있다.[17] 콘텐츠에 대한 접근 여부는 소비자의 하드웨어가 어떠한 TPM 표준을 지원하느냐에 의존한다. 애플사의 TPM 표준(FairPlay)만을 지원하는 애플의 iPod가 가장 전형적인 예이다. 그러므로 iPod 소유자는 Real-Network 표준(Harmony)을 사용하여 암호화된 음악 파일을 들을 수 없다. 호환성은 다른 콘텐츠 제공자 간에 경쟁의 문제와 사회적 다원성 내지는 다양성 문제에 간접적으로 영향을 미친다. 시장지배적인 소프트웨어나 하드웨어가 이용자들에게 특정한 콘텐츠(특히 경쟁자의 콘텐츠)는 수용할 수 없도록 설계될 경우 후발 경쟁과 소비자의 선택의 자유를 위태롭게 할 수 있다. 예를 들어, 유럽 위원회에 의해 특별히 설립된 전문가 그룹인 '디지털권리관리에 관한 최고 그룹'(High Level Group on Digital Rights Management)은 TPM 분야에서 호환성 문제의 중요성에 가장 관심을 두고 있다.[18]

다. 프라이버시 보호

저작권법과는 별개로, 프라이버시 보호는 아마도 여전히 TPM과 관련하여 가장 집중적으로 논의되는 문제일 것이다.[19] '유럽소비자연합'(Europe Consumer's Organisation: BEUC)[20]는 TPM 기술은 그 이용자들이 디지털콘텐츠가 어떻게 이용되며, 소비자의 프로필(개인정보)이 어떻게 작성되는지 명확히 관찰할 수 있도록 해야 한다고 제안하였다. 소비자들은 종종 이러한 사실을 인식하지 못한다.[21] 소비자의 행동양식

---

17) 유럽에서 호환성 문제는 통신법과 관련하여 먼저 다루어졌다. 그리고 이는 콘텐츠 관련 문제와 관련이 없음을 명백히 하고 있다(Recital 5 of the Framework Directive, Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common requlatory framework for electronic communications networks and services(Framework Directive), Oj L 108, 24 April 2002, p. 33).

18) High Level Group on Digital Rights Management, Final Report, p.5.(http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/040709_hlg_TPM_final_report.doc> 참조.

19) Cohen 2002, op.cit.

20) Bureau Européen des Unions de Consommateurs(BEUC).

21) M.de Cock Bunning et al., Consumer@protection.EU. "An Analysis of European Consumer Legislation in the Information society," *Journal of Consumer Policy*, Vol. 24, 2001, pp. 287, 311.

에 관한 정보 수집문제는 단지 잠재적인 저작권 위반에 대항하려는 도구의 문제만이 아니다. 소비자의 개인정보(data)는 경제적 가치를 가지고 있으며 마케팅의 목적으로 판매되거나 이용될 수 있다.

소비자 행동에 대한 집중적인 감시는 프라이버시 보호와 충돌할 수 있다. 유럽 이사회는 "회원국들은 인터넷 이용자의 신원이 노출되지 않도록 인터넷 이용자의 권리를 보장해야 한다."라고 선언함으로써, 프라이버시를 특히 표현의 자유와 관련해서 가치 있고, 법적으로 보호되는 권리로서 간주하고 있다.[22]

법적인 관점으로부터, 프라이버시는 이미 TPM 이용에 적용되는 많은 규제에 의해 이미 보호받고 있는 권리이다.[23] 이러한 프라이버시 보호문제는 '유럽 데이터 보호 지침'(European Data Protection Directive) 및 '인간의 권리에 관한 유럽 협약'(European convention on Human Rights) 제8조에 포함되어 있다. 부수적으로, 프라이버시 보호의 예는 TPM 이용자와 소비자들의 이익 간의 충돌이 비법적 수단에 의해 해결될 수 있다는 점은 매우 흥미롭다. 실로 이러한 프라이버시 문제는 소위 Privacy Enhancing Technologies(PETs)을 이용해서 다루어져야만 한다.

라. 투명성

투명성(Transparency) 문제는 전술한 프랑스와 벨기에에서의 법원의 판결에서는 매우 중요한 것이었다. 법원은 소비자들이 구입한 제품이 어떠한 특성을 가진 것인지에 관한 정보를 알 수 있어야 한다는 점을 고려해야만 했다. 음악 출판자들이 어떤 CD가 복제될 수 없고, 어떤 CD 플레이어에서 재생되지 않는지를 소비자들에게 설명하지 않았다는 사실은 소비자의 보호 이익을 위반한 정도에 이르렀다고 할 수 있겠는가. 프랑스 법원은 소비자들이 어떤 CD가 구축된 복제 방지 수단으로 인해 자동차 오디오에서 작동되지 않는지를 통지받을 자격이 있다고 판결했다. 이러한 정보의 제공에 대한 해태(failure)는 제품의 결함에 대한 보증에 관한 법(소비자보호법)하에서는 법적인 중요성을 가진다. 이

22) Council of Europe, Draft Declaration on Freedom of Communication on the Internet, Principle 5(Anonymity).
23) 유럽저작권지침, Recital 57.

와 같은 특별한 사건에서, 판사는 소비자는 환불을 요구할 수 있고, 음악출판자는 향후에 전자적 보호조치와 그 결과를 소비자에게 고지해야 한다고 판결하였다.

이러한 판결은 매우 일반적이기는 하나 '오인행위'(misleading actions)와 '특정한 정보를 제공의무'(duty to provide certain information)를 다루는 '부정상관행지침'(Unfair Commercial Practices Directive)[24] 제6조를 통해 유럽입법에서 간접적으로 입증된 것으로 보인다. 또한 이와 유사한 규정이 독일 저작권법 제95조(d)에 규정된 것으로 보인다.[25] 이 규정은 기술적 보호조치가 취해진 저작물과 기타 품목은 기술적 보호조치의 이용자 성명 및 주소를 비롯하여, 그 기술적 보호조치에 관한 세부사항을 부착하도록 하고 있다.

마. 공정한 계약 조건

소비자보호, 경쟁 그리고 정보의 자유의 관점에서 중요한 우선순위는 소비자들이 자유롭게 그들이 선호하는 TPM 통제 서비스를 선택할 수 있는 상황을 설정하는 것이다. 소비자의 선택이 계약 조건 또는 호환성과 투명성 부족으로 인해 부당히 제한을 받을 경우, 소비자들의 이 같은 상황은 충족되지 않을 것이다.[26] 그러므로 법은 어떤 시장 왜곡을 수정할 필요가 있으며, 필요할 경우 소비자의 법적 지위를 강화할 필요가 있다. 이러한 입법의 예를 유럽 통신법에서 찾을 수 있다. '유럽 보편적 서비스 지침'(European Universal Service Directive)은 소비자 보호에 관한 특별 규정과 국가 규제 당사자가 취해야하는 범위를 포함한다. 그러므로 이 지침은 공정한 계약 조건과 합리적인 가격 구조의 보장을 목적으로 한다.[27] 유럽 통신법내의 소비자보호 규정이 흥미로운

---

24) Directive/2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation(EC) NO 2006/2004 of the European Parliament and of the Council(Unfair commercial Practices Directive), OJ L 149, 11 June 2005, p. 22.

25) 독일저작권법 제10조 1G.

26) Helberger 2005, Controlling Access to Content Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting, Kluwer International, The Hague, 2005, p.36.

이유 중에 하나는 공정한 계약 조건이야말로 건전한 경제적 행위의 문제이며 중요한 정보전달을 위한 당면과제이다.[28] 제공된 서비스에 접근하기 위한 조건은 소비자들의 일반적인 접근성과 이용가능성을 결정한다. 다시 말하면 과도한 가격이나 수용할 수 없는 접근이나 이용의 조건은 전 분야의 소비자들에게 콘텐츠에 접근하기를 꺼리게 만들 수도 있다.

바. 특별한 욕구를 가진 이용자

중요한 사항임에도 불구하고, 지금까지 조사된 적이 거의 없는 TPM 분야로는 특정한 욕구를 가진 이용자의 입장이다.[29] 여기에는 복잡한 서비스나 장치를 이용하기 곤란한 사람들이나 제한된 시력과 청력을 지닌 이용자 등과 노약자들을 포함한다.[30] 가장 우려되는 문제는 콘텐츠를 이와 같은 사람들도 접근할 수 있고 사용할 수 있도록 하기 위하여 콘텐츠의 조작능력과 적절한 형식의 측면에서 콘텐츠의 접근성이다. 이러한 이유로 인해, 유럽저작권지침 제5조(3)(b)는 "회원국들은 저작물의 이용이 장애와 직접적으로 관련될 경우 장애(disability)를 가진 사람들의 이익과 비상업적 성질을 위해서, 특수한 장애로 인해 필요한 범위에서, 저작권을 제한하거나 예외로 할 수 있다."라고 규정하고 있다. 그러나 실제로 이규정은 TPM 이용분야에서는 실시되지 않고 있다.[31]

---

27) Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and user's rights relating to electronic communications networks and services(Universal Service Directive), OJ L 108, 24 April 2002, p. 51, Article 20 to 31.

28) Universal Service Directive, Recital 26.

29) 현재 두 가지 적절한 연구가 진행 중에 있다. 첫째 '영국 국립 맹인 기구'(British Royal National Institute of the Blind: RNID)는 TPM의 이용이 맹인이나 한쪽 시력만 가진 사람들에게 콘텐츠의 접근을 어떻게 방해하고 있는지에 관하여 검토하고 있다 (http://www.rnib.org.uk/xpedio/groups/public/documents/PublicWebsite/public_rnib003590.hcsp#P50_4874) 두 번째 연구는 '유럽의 접근 가능한 정보 네트워크'(European Accessible Information Network: EUAIN)에 의해 수행되고 있다. 이 기구는 유럽 위원회 6차 프레임워크 프로그램을 통해 기금을 조달받고 있으며 특히 읽지 못하는 사람들과 같이 특별한 사람들에 초점을 맞추고 있다(http://www.euain.org/modules/wfsection/index/php?category=215).

30) Ulrich Riehm, Digital Rights Management and Consumer Acceptability, May 2005, http://indicare.org/, p. 6, with further references.

31) J. Clark, Accessibility implications of digital rights management, Media Access,

사. 안전성과 소유자 측면

이 문제에 관해서는 깊은 성찰 없이 TPM과 관련하여 약간의 고려를 하였다. TPM은 이용자의 재산권에 대한 안전성과 보전(保全)의 측면에서 심각한 영향을 줄 수 있다는 점이 지적되었다. 소비자가 CD를 구입하기는 하였으나 자신들이 원하는 방식으로 이용할 수 없다면 CD 소유권자로서 소비자들은 자신들의 권리를 충분히 행사하지 못하게 된다. 그러나 이용자의 장치에서 TPM의 이용으로 인해 야기되는 기술적 문제나 손해배상 조차도 이 범주에 포함된다. 예를 들면, 비호환(incompatibility), 시스템 다운(system breakdown) 및 관련 데이터의 손실 또는 바이러스에 대한 증가된 감염성 때문에 이용자의 장치가 오작동하거나 손상될 수 있다.[32]

바. 콘텐츠의 접근을 주목적으로 하는 기관의 TPM 이용의 결과

본고에서 추가적으로 검토될 수 없을지라도, 중대한 문제는 공공기관(단체)에서 TPM을 이용할 경우 발생할 수 있는 문제이다. 가령 콘텐츠의 접근이나 이용을 담당하는 도서관을 들 수 있다. 도서관은 특히 콘텐츠의 접근성이 높아야 한다. 이러한 도서관의 범주에는 대학도서관, 연구기관 및 학교 등이 포함된다. TPM 시스템은 분명 저작권 보호를 위한 유용한 도구가 될 수 있다. 그러나 이러한 조직을 위해서는 제한적일 필요가 있다.

3. 소결

상기의 검토는 TPM 이용이 디지털 콘텐츠의 생산자, 이용자 및 국가의 이익과 충돌을 일으킬 수 있는 매우 광범위하고, 때론 다양한 영

---

4 September 2003; (http://joeclark.org/access/recources/TPM.html).

32) Helberger and Guibault, "Copyright and consumer protection," *academic researchers at the Institute for Information Law,* University of Amsterdam, February 2005, p. 18.

역에 영향을 미칠 수 있다는 것을 보여준다. 이러한 이익은 종종 저작권과는 관련이 적거나 없다. 차라리 디지털콘텐츠의 접근이나 이용을 희망하는 소비자의 입장과 관련이 크다. 일반적인 차이점은 첫째 '개인의 개별적 상황과 관련한 문제들(예를 들면 합리적인 가격, 이용자 편의적 TPM 설계, 재산권과 프라이버시 보호, 저작권법상의 제한과 예외를 향유할 자격 등)과, 둘째 '정보 전달(흐름)의 목적과 문제'라는 측면에서 찾을 수 있다. 후자의 예들로는, 가령 창작 활동이나 교육, 연구조사, 민주적 강연(democratic discourse) 및 의견의 자유로운 교환과 같은 공중의 접근성, 콘텐츠의 광범위한 배포 그리고 콘텐츠의 제한적 이용 가능성 등을 들 수 있다. 그럼에도 불구하고, 저작권과 관련한 문제들도 있다. 또 다른 중요한 요소는 기능적이며 효율적인 경쟁과 관련한 문제를 포함한 시장 사업자 마켓플레이어(market player)의 일반적인 균형에 있다. 개별 소비자보호 측면과 정보전달 목표의 달성도 '보편적 서비스지침'(Universal Service Directive)에 의해 증명된 바와 같이 서로 밀접히 관련되어 있다. 현재에는 저작권법을 대상으로 한 것은 거의 없는 실정이다.

우리는 다른 영역의 입법이 이 주제와 관련이 있는지를 검토해 볼 필요가 있다. 법이 이러한 문제를 다루어야만 하는지, 소비자와 사회의 이익을 보호할 필요가 있는지 등에 관해서도 고려하여야 한다. 일반 소비자보호법과 특정 섹터의 소비자보호법과 구별할 필요가 있겠지만 소비자 보호법은 이러한 문제에 관하여 핵심적인 역할을 할 수 있다. 일반 소비자호보법은 제품의 결함, 계약 법 혹은 부정경쟁에 관한 특정 법규를 포함한다. 특정 섹터의 소비자보호법은 보편적 서비스 지침 내에 소비자 관련 규정, 환경 보호법 혹은 호화식품과 담배에 관한 법률을 포함한다. 심지어 저작권법 내에서도 소비자 보호 규정이 포함될 수도 있다. TPM 이용과 관련해서 소비자 보호 콘텐츠가 이용될 수 있는 조건은 점차적으로 TPM 이용자와 소비자들 간에 직접적으로 협상되고 이행되고 있다고 본다. 그러므로 제공자와 소비자 간의 법적 관련성은 각 당사자 간의 합리적인 계약조건과 균형된 협상력을 보장하는 것이 전제조건이 되어야 한다. 그러므로 소비자 보호조치들은 점차적으로 상호적이며 상업화되고 있는 정보 사회에서 개인적이며 정보전달의 이익을 보호하고 이행함에 있어 중요한 역할을 한다.

TPM과 관련하여 소비자 보호의 형태와 실질적 이행을 위한 문제는

법적 범주(circles)에 서 크게 탐색되지 않은 채 남아있다.

Ⅵ. TPM과 관련한 소비자 보호의 새로운 접근

우리는 소비자 이익이 지금까지는 TPM 규제와 관련해서 '부차적 역할'(secondary role)을 해왔음을 알 수 있다. 이 장에서는 소비자와 TPM 이용자의 이익이 어떻게 조화될 수 있는지 약간의 의견을 제시하고자 한다. 특히 저작권 분야 안팎에서 소비자의 법적 지위를 강화할 수 있는 방법을 제시하고자 한다.

1. 시장이냐 법이냐

추가적인 규제가 필요한지 결정하기에 전에, 우리는 TPM과 소비자 사이의 관계가 소비자 보호와 그들의 이익에 관한 구속력 있는 규범과 같이 시장의 힘이나 법에 의해 규제될 수 있을 것인지를 분명히 하여야 한다. 이러한 조치는 입법적 규정이나 자율규제 혹은 둘 다가 될 수도 있다.

그 형식이 무엇이 되든지 간에, 규제는 당사자들이 스스로 이 문제의 해결책을 발견하지 못할 경우에 고려되어야 한다. 비록 기술적 보호조치의 규제가 필요한지의 문제에 관해 상세히 답하는 것이 불가능 할지라도 훗날을 위하여 그러한 생각을 고려해 두어야 한다. 경쟁이 완전할 정도로 실현되고, 모든 당사자들이 평등한 협상력을 획득한 상황이 되어야 시장의 힘에 의한 규제가 성공적으로 수행될 수 있다. 그러나 경쟁이 기술적·계약적으로 구속된 상황이나 투명성의 부족, 소비자의 선택의 자유를 제한하는 결과로 인해 전혀 기능하지 않거나 제한적 방법으로 기능할 경우 자유로운 시장은 모든 당사자의 이익이나 "공정성"(fair)을 고려한 해결책을 마련하는 것을 기대하기란 어렵다.[33] 기업가들이 TPM 시스템을 통해 제공한 콘텐츠로 자신들의 이익을 조절하

33) IRIS Special: Media Co-Requlation in Europe, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2003.

도록 하기 위하여 적절한 시장의 경쟁적 기능을 위한 올바른 조건을 형성할 필요가 있다. 경쟁법은 이러한 측면에서 훌륭한 역할을 할 수 있을 것이다.

2. 소비자 보호의 책임

또 다른 중요한 측면으로는 소비자보호의 책임이 누구에게 있느냐하는 점이다. 이러한 책임을 지는 자가 TPM 이용자인지 국가인지 소비자인지의 여부를 따져볼 필요가 있다. 첫 번째 해답은 - TPM 이용자가 책임져야만 한다 - 정책법으로부터 주지된 관념과 관계된다.[34] 예를 들면, TPM 이용자들은 소비자들의 재산권 또는 프라이버시 보호나 저작권법 상의 예외를 향유할 권리와 상충되지 않는 방법으로 TPM 기술의 이용을 강요할 수 있다.

두 번째 해결책은 국가가 책임을 지는 것이다. 국가는 어떠한 법적으로 보호받는 권리를 보호할 국가의 의무와 관계된다. 이러한 의무는, 예를 들면 헌법은 프라이버시, 재산권 및 표현의 자유를 보장할 것을 규정하고 있다. 가령 자율규제(self-requlation)와 같은 방법도 좋은 해결책이 될 수 있다.

소비자 자율규제의 개념은 새로운 관념은 아니다. 이는 소비자들이 그들 스스로를 보호할 주된 책임을 가져야한다는 관념에 기초한다. 입법자의 책무는 소비자들이 자신들을 보호할 수 있는 조건을 창설하는 것이다. 무엇보다도, 이것은 TPM과 관련한 더 높은 '투명성에 대한 요구'(demanding greater transparency)나 보다 확실한 '라벨 부착 의무'(labelling obligations)의 도입을 의미한다. 즉 TPM 시스템을 이용한 제품이 소비자들에게 어떠한 영향과 결과를 야기할 것인지를 사전에 식별할 수 있도록 해야만 한다. 이러한 측면에서 투명성이란 매우 중요한 문제이다. 따라서 TPM 기술에 대한 향상된 투명성 보장과 소비자의 자기 보호에 대한 관념은 TPM 문제에 대한 가장 실행가능한 해결책이 될 수 있다. 이렇게 될 경우 소비자들은 다른 상품과 비교할 수

34) 즉 "누구든지 법적으로 보호받는 권리를 위협한 자는 자신의 비용과 책임으로 그러한 위협을 제거하여야할 의무를 부여하여야 한다."라는 개념과 일맥상통한다.

있고, 그들이 수용할 수 없는 제품은 배제시킬 수 있다. 그러나 투명성 해결의 장애요소 중에 하나는 이용자 우호적인 TPM 시스템에 대한 책임이 소비자들에게 이동할 것이라는 사실이다. 그러므로 소비자들은 TPM에 관한 유용한 정보를 수집·이용하고 적절한 제품을 선별하는데 그들의 힘을 기울려야할 것이다.

3. 저작권법과 소비자보호법

소비자 보호를 위하여 추가적인 법적 조치가 유용하다고 판단될 경우, 기존에 이들 규정의 존재여부에 불문하고, 다음에 제기할 문제는 과연 어느 법영역에 TPM 관련 소비자 보호 규정을 도입할 것이냐이다. 특히, 저작권법과 소비자보호법(가능할 경우 둘 다) 간의 선택의 문제가 남아있다. 저작권법을 선택하고 이 법영역에 소비자-지향적인 규정의 도입을 고려해야할 이유는 TPM 관련 규정이 저작권법에 원칙적으로 규정되어 있다는 사실이다. 특히, 저작권법은 기술적보호조치의 회피로부터 TPM을 보호하는 규정을 두고 있다. 이미 알려진 바와 같이, 이들 규정은 현재 TPM 이용자의 이익을 위한 것이다. 그러므로 저작권법은 소비자의 권리가 적절하게 존중될 수 있도록 보완될 필요가 있다. 예를 들면, TPM 환경이 소비자들에게 불리하게 남용되는 경우를 금지하는 규정이나 TPM 이용자들에게 소비자 보호를 위한 일정한 의무를 부과하도록 하는 것이다.[35] 즉 소비자 보호의 새로운 양상을 저작권법에 반영하는 것이다.

저작권법이 보호저작물의 이용자들에게 영향을 끼치는 문제를 취급하는 가장 적절한 수단이라고 뜨겁게 논의되고 있다. 저작권법 체계는 소비자의 권리보다 저작권자(저작자)의 권리 보호를 목적으로 하는 법률이다.[36] 그러나 사뮤엘슨(Samuelson) 교수는 단지 약간에 불과하지만, 현행 미국저작권법이 다소의 소비자 보호 규정을 포함하고 있다고 지적하면서 저작권법이 반드시 그러한 규정을 포함할 필요는 없다는

35) 이를 테면, 소비자들이 법적 제한의 이익을 향유할 수 있도록 하고 공중 영역에 속한 저작물들에 기술적 보호조치를 행하는 것을 금지하도록 하는 것을 들 수 있다.

36) 저작권법 제1조.

것을 보여주었다.[37] 또 다른 문제는 소비자 보호 문제를 저작권법에 포함하기 위하여 저작권법을 확장하는 것이 국제 저작권법 조항들과 일치할 것이냐 하는 점이다. 소비자보호 문제를 저작권법에서 처리하기 위한 한 가지 논점은 TPM 시스템이 실질적으로 권한 없는 복제에 대항하기 위하여 저작물을 보호하기 위한 수단, 그 이상으로 이용된다는 사실을 들 수 있다. 이미 언급했듯이, TPM 기술은 종종 특히 온라인 분야에서 디지털 콘텐츠의 관리와 판매를 촉진하기 위하여 설계된 다용도 해법이다. 그러므로 소비자와 관련되는 한 TPM 이용에 영향을 받는 이익은 배타적으로 저작권에 관련된 것이 아니라 일반적으로 소비자 보호와 관련된 것이다. 하나의 장치로부터 다른 장치로의 디지털 콘텐츠의 '이식성'(portability)과 관련된 표준화 문제는 '콘텐츠의 시청과 청취에 관한 시적한계' 혹은 '프라이버시 또는 사유 재산권 보호'의 측면에서는 저작권법과 거의 관련이 없다고 볼 수 있다. 접근통제는 저작권법이 해답이 될 수 없는 또 다른 이유이다. 저작권법 하에서는 심사숙고하여 배타적 접근통제권은 없다는 점을 분명히 하였다. 그러나 기술적으로 통제된 콘텐츠에 대한 접근은 아마 주요한 문제들 중에 하나이다. 그러한 중요한 문제들이 저작권법에 규정될 경우 저작권법의 적용범위를 확대할 위험이 있다. 또한 저작권은 법원에서 소비자의 이익 보호를 위한 '절차상의 프레임 워크'(procedural framework)를 제공하기 쉽지는 않다.

그러므로 TPM과 관련해서 소비자의 법적 지위는 저작권법하에서 보호되어야 하는 것이 아니라 일반 소비자 보호 문제에 더 가깝다고 볼 수 있을 것이다. 이것은 일반적인 소비자보호법의 적용이 이미 적절한 해결책을 제공할 것인지 혹은 특정 소비자 규정이 필요한지를 검토해 볼 필요가 있다.

4. 일반 또는 특별 소비자보호법

일반 국내 소비자 보호법은 이미 언급한 TPM과 관련된 문제들의 일부를 취급하는 데 이용될 수 있는 수단이 될 수 있다. 소비자보호법에

37) Samuelson, Amsterdam Workshop report, to be published, op.cit.

서 특별히 언급할 수 있는 규정은 정보제공의무, 결함의 보증, 오인 행위에 대한 책임, 소비자들이나 그 대표자들의 절차상의 권리 등에 관하여 논의 될 수 있다. 소비자 보호의 이행을 위한 핵심 개념은 정당한 소비자의 기대에 대한 관념이다. 소비자가 제품이나 서비스로부터 일반적으로 기대하는 것은 만약 그들의 기대가 충족되지 않을 경우 실행가능한 법적 조치의 수준을 결정하는 것이다. 그러므로 TPM과 관련한 문제점들 중에 하나는 소비자가 기대하는 것에 관하여 실제적인 지식의 부족이다. 왜냐하면 이 분야에서는 거의 사례가 없을 뿐만 아니라 소비자들은 디지털 콘텐츠를 어떻게 이용해야 하는지, TPM이 그러한 이용에 어떠한 영향을 미칠 것인지 잘 알지 못하는 것도 하나의 이유이다.

콘텐츠 제공자는 소비자가 제품을 구입하기 전에 그 제품을 소유하는데 있어 합리적으로 기대할 수 있는 어떠한 특성의 결함을 고지하지 않을 경우 결함(하자)에 대한 보증에 관한 법 하에 특별한 책임을 지게 된다. 즉 제공자는 쉽고 분명하게 적절한 경고 문구를 포함하여 소비자에게 설명할 경우 소비자 보호법 상의 책임을 면할 수 있다. 이점은 TPM분야에서 더 높은 투명성과 더 많은 정보의 요구를 위해 소비자 보호법을 적용하는데 일반적인 한계가 있다는 문제가 있다. 유럽 7개국에서 수행했던 최근 조사는, 설문에 참여한 디지털 음악 이용자의 72%는 자신들이 구입한 CD나 데이터 파일로부터 기술적 복제방지장치를 제거하는 것이 불법이라는 사실을 알고 있다고 응답했다.[38] 이러한 비교적 높은 수치는 법적 인식과 소비자들의 기대에 있어 음악 산업의 영향이 어느 정도인지를 보여준다. 이것이 반드시 어떠한 문제가 있다는 것은 아니다. 예를 들면, 미디어 산업계가 소비자들이 구입한 CD가 복제금지가 되었다는 사실이나 그 밖에 기술적 보호조치로 인해 일정한 제품에서는 작동되지 않는다는 사실을 소비자에게 고지 않을 경우 소비자들은 조만간 그들이 구입한 CD로 기대할 수 있는 것은 거의 없을 것이다. 결과적으로 소비자들은 일반적인 CD의 기능을 보장받기 위한 법적절차를 취하기 위하여 소비자보호법을 원용할 수 없게 된다.

TPM 사례에 대한 일반 소비자보호법의 적용과 관계된 또 다른 문제

38) Duft2005, in N.Dufft(Lead analyst), A.Stiehler, D. Vogeley, T.Wichmann, Digital Music Usage and TPM, Results from an European consumer Survey, INDICARE Survey, May 2005, pp. 42. <http:www.indicare.org> 참조.

는 모든 가능한 제품과 서비스에 적용할 수 있을 것인가 하는 점이다. 일반소비자보호법은 정보전달(informational)이나 문화 콘텐츠(cultural content)를 위해서는 구체적으로 입법되지는 않았다. 그럼에도 불구하고, 근래에는 사회·문화·정치적 삶에 대한 가치로 인하여 법에 특별한 관심을 기울이고 있다. 다시 말하면 미디어 서비스와 제품에 대한 소비자의 개인적 권리뿐만 아니라, 미디어콘텐츠의 공공의 이익 내지는 이에 대한 일반적인 이용가능성과 접근성에 관해서도 관심을 두고 있다.

특정 분야 법률은 대개 그 분야에 속하는 객체(대상)의 특정한 특성을 고려하여 설계된다. 이미 언급한 일례로서 통신법을 들 수 있다. 다른 예는 저작권법이다. 이 법은 콘텐츠에 대한 배타적 권리의 이행과 공공의 이익을 위한 배타적 권리의 제한을 구체적으로 다룬다. 또한 이 법은 콘텐츠의 보편적인 이용의 증진을 목적으로 한다. 일반 소비자 보호법은 대체로 고려하지 않거나 고려할 수 없는 측면이 있다. 왜냐하면 TPM 이용은 현행 저작권법의 체제를 확대할 우려가 있고, 저작권법에서 보호하지 않는 디지털콘텐츠가 이용되는데 영향을 미칠 수도 있다. 또한 저작권법의 기본목적을 해할 우려가 있다.

Ⅴ. 결론

저작권법이나 일반 소비자 보호법 모두 전자적으로 보호되는 콘텐츠의 이용자들을 위한 보편적이며, 포괄적인 보호의 수준을 제공하지는 않는 것 같다. 기술적 보호조치는 기존의 저작권이나 인접권을 강화시키는데 이용될 수 있다. 그러나 기술적 보호조치의 적용이 저작권 보호를 위한 보조수단을 의미하는 것은 아니다. 기술적 보호조치를 통제하는 자는 원칙적으로 자유롭게 저작물의 기간이나 조건을 정할 수 있다. 또한 지적재산권 법제하에서 보호받을 수 없는 저작물(예를 들면, 공중도메인, 사실, 수학적 공식 등)을 기술적 보호조치를 통해서 보호하거나, 저작권법에서 정상적으로 허용되는 이용에 대해서도 제한을 가할 수 있다. 또한 TPM는 기술적 보호조치의 통제자로 하여금 저작권법의 규정을 능가하는 수준으로 까지 그 용법을 제한시킬 수 있는 여지를

주고 있다. 기술적 발전은 콘텐츠 통제자에게 저작물과 콘텐츠 이용에 대한 전자적 통제권(electronic control)을 실행할 수 있는 권한을 부여한다. TPM는 권리자에게 복제의 수, 재배포의 가능 여부, 이용자의 이용기간 등 다양한 조건으로 저작물의 접근과 이용을 통제할 수 있도록 한다.

유럽저작권지침(European Copyright Directive)에 따라, TPM가 지적재산권을 강화하고 보호하기 위한 합법적인 수단일지라도, 이는 어떠한 대가를 치르고서라도 발생해서는 안 된다. 이러한 TPM의 문제는 확실히 소비자를 희생시키는 수단이 되고, 전통적인 저작권법의 목적(연구, 인용, 사적이용 등)을 좌절시킬 수 있기 때문에 결코 발생해서는 안 되는 일이다. 입법자들은 어떤 일이 있더라도 지적재산권의 강화가 콘텐츠 배포자의 이익이나 소비자의 수용성을 높이는 것은 아니라는 점을 인식해야만 한다. 그러므로 소비자의 수용성은 TPM의 성공적인 발전의 핵심요소가 될 것이다. 게다가 완벽한 강제라는 것은 정보정책적인 관점에서 봤을 때 항상 바람직한 것은 아니다. 완벽한 강제는 창작의 동기를 실추시킬 뿐만 아니라 보호저작물의 이용을 감소시킬 수 있다. 또한 창작의 경쟁, 의견과 아이디어의 자유로운 흐름을 저해할 수도 있다. TPM가 이용자가 받아들이기를 거절하는, 이용자의 편의를 고려하지 않은 방식으로 고안될 경우, 소비자들은 보호저작물(protected copyright)의 이용을 주저할 것이다. 또한 TPM의 이용은 다른 권리나 소비자의 합법적인 이익(예를 들면, 프라이버시나 재산권)과도 관련이 있다. 소비자들이 TPM에 의해 설정된 규칙(이용자의 인터넷 연결이 끊기거나 이용자의 컴퓨터에 특정한 기능이 없는 경우)들의 범위를 넘은 경우, TPM는 소비자에게 철저한 “제재조치”(sanctions)를 가할 수 있는 능력이 있다.

TPM는 소비자 편의 중심으로 고안되어야 한다. 특히 소비자 대표, 산업 종사자 및 정책입안자의 공동협력으로 개발되어야 하는 자율규제나 공동규제도 검토할 필요가 있다. 또한 ‘창작의 공동화’(creative commons)와 같은 ‘디지털권리관리의 대안적 형태’(digital rights management)인 소비자 편의의 실행가능성은 또 다른 기술적 조치뿐만 아니라 비즈니스적 해결을 모색해야 한다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

송상현・김문환・양창수,「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, 서울대학교 출판부, 1989.

송영식・이상정・황종환,「지적소유권법(하)」, 육법사, 2005.

이 철,「컴퓨터 범죄와 소프트웨어의 보호」, 박영사, 1995.

안효질,「컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 프로그램심의조정위원회, 2001.

윤선희,「지적재산권법(제6정판)」, 세창출판사, 2004.

이해완・오승종,「저작권법(개정판)」, 2001.

2. 국외문헌

作花文雄,「著作權法(第3版)」, きょうせい, 2004.

C. Cohen 2002, "Overcoming Property: Does Copyright Trump Privacy?," *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy,* Vol 2 Num 2, 2002.

Cour d'appel de paris, decision of 22 April 2005, M. Stephane P., UFC Que-Chisir c/Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain 6 StudioCanal(Http://www.juriscom.net/documents/caparis20050422.pdf).

D. Mulligan and A. Burstein, *Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages*, Proceedings of 2002.

Duft2005, in N.Dufft(Lead analyst), A.Stiehler, D. Vogeley, T.Wichmann, Digital Music Usage and TPM, Results from an European consumer Survey, INDICARE Survey, May 2005.

Editions Larcier, *Collection Creation Information Communication, Brussels*, 2005.

Helberger 2005, "Controlling Access to Content Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting," *Kluwer*

International, The Hague, 2005.

Helberger and Guibault, "Copyright and consumer protection," *academic researchers at the Institute forInformation Law*, University of Amsterdam, February 2005.

High Level Group on Digital Rights Management, Final Report, (http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/040709_hlg_TPM_final_report.doc>.

IRIS Special: Media Co-Requlation in Europe, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2003.

J. Cohen 1998, "Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management," *Michigan Law Review*, Vol. 97, Num 2, 1998.

M.de Cock Bunning et al., Consumer@protection.EU. "An Analysis of European Consumer Legislation in the Information society," *Journal of Consumer Policy*, Vol.24, 2001.

P. Samuelson, "Intellectual Property and the digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised," *Berkeley Technology Law Journal* Volume 14 Number 2, 1999.

미국에서의 저작권 행사의 제한에 관한 개괄적 검토
- 판례를 중심으로 -

유 대 종*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 저작권 남용의 원칙의 형성과 전개
1. Lasercomb 판결 이전
2. Lasercomb 판결 이후

Ⅲ. 저작권 남용의 원칙의 기능
1. 교정기능
2. 통합기능
3. 공익보호기능

Ⅳ. 저작권 남용의 판단에 관한 접근방법
1. 독점규제법적 접근방법
2. 공공정책적 접근방법
3. 절충적 접근방법

Ⅴ. 저작권 남용의 법리의 장·단점
1. 장 점
2. 단 점

Ⅵ. 저작권 남용에 관한 판례법
1. 저작권 남용을 인정한 판례
2. 저작권 남용을 부정한 판례

Ⅶ. 결 론

Ⅰ. 서 론

국가 전체의 문학과 예술 및 과학 등의 문화가 발전하기 위해서는 수준 높은 저작물이 많이 창작되어야 할 뿐만 아니라 그러한 저작물들이 잠재적 저작자인 공중에게 널리 전파되고 이용될 수 있어야 한다. 저작권법은 이러한 목적을 실현시키기 위하여 제1조에서 '저작자 및 저작인접권자의 권리를 보호'하고 '저작물의 공정한 이용을 도모'하여 궁극적으로 '문화의 향상발전'이라는 입법목적을 밝히고 있다. 저작권법은 이러한 입법목적에 따라 저작자 및 저작인접권자에게 저작권 및 저작

* 엠파스 법무팀장, 법학박사

인접권을 부여하면서도 저작재산권의 제한, 저작물의 보호기간의 한정, 법정이용허락 등을 통해 저작물의 공정한 이용을 실현시켜 궁극적 목적인 문화발전을 꾀하고 있다.

따라서 저작자의 권리행사 또는 저작자에 대한 법률상의 보호가 국가의 학문·예술 또는 지식전달, 교육의 발전을 방해하거나 정보의 전달을 차단하는 형태가 되어서는 안 된다. 또한 저작권도 다른 재산권들과 같이 권리 그 자체에 내재하는 한계가 있을 뿐만 아니라 그 권리는 공공복리에 적합하게 행사되어야 한다.[1)]

지적재산권법을 구성하는 한 축인 특허권, 상표권 등 산업재산권에서는 민법상 권리남용금지의 법리를 원용하여 특허권자 또는 상표권자의 권리행사를 제한하고 있다.[2)] 그러나 권리성격에 있어서 특허권 또는 상표권보다 공공성이 더 강한 저작권에서는 저작권자의 권리행사가 저작권법의 입법목적 내지 취지에 반하는 형태로 행사되는 경우 권리남용이 성립될 수 있는지에 대해서는 학술적 논의나 판례를 찾아볼 수 없다. 반면에 미국에서는 1990년대부터 저작권 남용에 대한 판례와 학술적 논의가 전개되고 있다. 본 논문에서는 미국에서 전개되고 있는 저작권 남용에 대한 논의를 판례법을 중심으로 개괄적으로 살펴봄으로써 우리나라에서 저작권 남용의 법리에 대한 논의의 장을 제공하고자 한다.

Ⅱ. 저작권 남용의 원칙의 형성과 전개

1. Lasercomb 판결 이전

미국에서 저작권자의 저작권 행사가 권리남용에 해당된다고 본 최초의 판례는 1948년 Witmark & Sons v. Jensen 사건[3)]이다. 본 사건에서

---

1) 송영식·이상정·황종환 공저, 지적소유권법(제9판-하권), 육법사, 2005, 613면.

2) 특허권 남용에 관한 판례로는 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2000다69194 판결이 있으며, 상표권 남용에 관한 판례로는 대법원 1989. 4. 24. 선고 89다카2988 판결과 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결이 있다.

3) 80 F. Supp. 843(D. Minn. 1948), *appeal dismissed sub nom.* M.

미국음악저작자협회(American Society of Composers, Authors & Publishers : 이하 "ASCAP"이라 한다)는 회원들로부터 음악저작물에 대한 배타적 이용허락을 받은 후 극장주들에게 영화에 포함된 음악외에 ASCAP이 관리하는 음악 전체에 대해 일괄이용허락(blanket licenses)계약 체결을 요구하였다. ASCAP은 극장주들이 이러한 요구에 응하지 않자 저작권 침해 소송을 제기하였고, 극장주들은 ASCAP의 이러한 행위는 저작권 남용이라고 항변하였다. 미네소타주 연방지방법원은 "ASCAP의 일괄이용허락 관행은 영화음악에 대한 독점을 창설하기 때문에 허용 불가능한 저작권 행사에 해당된다."라고 판시하면서 ASCAP의 청구를 기각하였다.[4)]

본 사건 이후 1990년 연방제4항소법원이 Lasercomb America v. Reynolds 사건[5)]에서 특허권 남용의 원칙 및 오염된 손의 법리(Doctrine of Unclean hands)[6)]에 기초하여 저작권 제도의 공공정책 위반으로 저작권 남용을 인정하기 이전까지 저작권 남용에 관한 판례는 거의 없다.[7)]

연방대법원이 저작권 남용에 대해 어떠한 입장인지는 명확하지는 않으나, United States v. Paramount Pictures 사건[8)]에서 묵시적으로 저

Witmark & Sons v. Berger Amusement Co., 177 F2d. 515(8th Cir. 1949).

4) 미국에서의 저작권 남용의 원칙의 형성과정에 관한 자세한 사항은 ABA Section of Antitrust Law, *Intellectual Property Misuse : Licensing and Litigation*, American Bar Association(2000), pp.165~170 및 이문지, "저작권 남용에 관한 미국의 판례법", 『경영법률(13권)』, 2003, 211~243면 참조.

5) 911 F.2d 970(1990).

6) "Unclean hands"란 법원에 구제를 요청하는 자는 그 손이 오염되지 않아야 한다는 법격언으로 표현되는 원칙으로서 법원은 양심에 따라 당해 사안에 관하여 원고측에 대해 양심에 반하는 행위, 신의칙에 반하는 행위, 기타 형평의 원리에 해당되지 않는 행위를 하는 경우, 원고의 주장이 정당성이 인정된다 하더라도 그 구제를 거절해야 한다는 원칙을 말한다(田中英夫, 『英米法事典』, 東京大學出版會, 1991) ; 이 이론은 원고의 행위가 소송 당사자의 이해관계에 직접적으로 연관되지 않을 경우에는 적용되지 않으며, 그 부정행위가 소송사건과 연관하여 어느 정도 상호 영향을 미칠 때만 적용이 된다(Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, Matthew Bender and Company(1999), §13.09[B]).

7) ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, p.167.

8) 334. U. S. 131(1948).

작권 남용의 원칙을 인정하고 있는 것으로 파악되고 있다.[9] 본 사건에서 연방대법원은 “장편영화의 포괄판매(Block-booking)방식은 개별 영화가 가지고 있는 독자적인 장·단점에 대한 판단에 따라 경쟁사업자들이 상영권을 취득하기 위한 입찰을 차단하게 된다. 연방지방법원은 영화 한편이 가지고 있는 독점력은 당해 영화의 상영권을 확보하기 위해서 취득하고 상영해야 하는 다른 영화에 대한 독점력을 증가시키게 된다.…저작권의 독점의 확대를 금지하는 것은 특허실시허여의 조건으로 특허를 받았거나 받지 않은 제품의 사용 또는 구매를 금지하는 원칙에 근거한 것이다. 연방지방법원은 피고들이 영화를 상영하기 위해 하나 이상의 다른 영화 상영권까지 취득해야 하는 거래방식의 실시 또는 채택을 금지시킨 것이다.”라고 판시하면서 연방지방법원의 판결을 인용하였다.

본 판결 이후 연방대법원은 United States v. Loew's 사건[10]에서 “Paramount Pictures판결의 근거가 되는 원칙은 저작물과 관련된 끼워팔기 계약(tying arrangements)에도 일반적으로 적용된다.”라고 판시하였다.

Paramount Pictures 및 Loew's 사건은 저작권 침해사건이 아닌 독점규제법 위반으로 제소된 사건으로서 끼워팔기에 대한 전통적인 법리에 충실하게 따른 판결이라고 볼 수 있다. 이러한 이유로 저작권 침해소송에서 원고의 행위에 대하여 저작권 남용을 구성한다는 주장 및 증거가 제출될 경우, 연방대법원이 저작권 남용의 원칙을 인정할 것인지 여부는 불명확하다고 할 수 있다.

2. Lasercomb 판결 이후

1990년 연방제4항소법원은 Lasercomb의 CAD/CAM 소프트웨어 라이센시인 Holiday Steel이 Lasercomb의 CAD/CAM 소프트웨어와 거의 동일한 소프트웨어를 개발·판매하자, Lasercomb가 청구한 소프트웨어 판매금지명령청구에서 “특허법과 저작권법을 보호하는 배경이라고 할

9) ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, p.168.
10) United States v. Loew's, Inc., 371 U.S. 38(1962).

수 있는 공공정책이 매우 유사함으로 권리남용 항변이 특허법뿐만 아니라 저작권법에도 적용되어질 수 있다.…어떠한 행위가 반드시 독점규제법 위반이어야만 저작권 남용이 성립되는 것은 아니며, 원고가 자신의 저작권을 이용하는 방법이 저작권을 인정하는 배경이 되는 공공정책에 반하는지 여부를 그 성립요건으로 할 수 있다."라고 설시하면서, "Lasercomb는 자신의 프로그램을 타인이 복제하는 것을 금지시킬 수는 있지만, 소프트웨어 이용자가 어떠한 종류의 컴퓨터 기반 형판 제조 소프트웨어를 만들 수 없도록 한 행위는 새로운 창작적 표현을 억제하는 것이 사실이며, 이와 같이 창조적 표현을 억제하는 것은 저작권법의 궁극적 목적에 반하는 것이므로 저작권의 범위를 벗어난 것이며, 이러한 저작권 행사는 저작권법에 내재된 공공정책에 반하는 것으로서 저작권 남용에 해당된다."라고 하여 Lasercomb의 저작권 남용을 인정하였다.

Lasercomb 판결은 항소법원으로서는 처음으로 저작권 침해에 대한 방어수단으로서 저작권 남용을 인정한 최초의 판례이다. 본 판결은 저작권자의 권리행사가 반드시 독점규제법 위반이어야만 저작권 남용이 성립되는 것은 아니며, 저작권자가 자신의 저작권을 이용하는 방법이 저작권법이 추구하는 목적인 과학·학문의 증진이라는 공공정책에 반하는지 여부를 기준으로 저작권 남용 여부를 판단함으로써 미국에서의 저작권 남용의 원칙의 인정 여부에 대한 논의의 시발점이 되었다.

Lasercomb 판결 이후 1997년 연방제9항소법원은 질료절차를 확인하기 위해 의사들이 이용하는 의료부호체계의 이용허락과 관련된 Pratice Management Information 사건[11]에서 저작권 침해에 대한 항변으로서 저작권 남용을 인정함에 있어서는 독점규제법 위반을 증명할 필요가 없다고 하는 Lasercomb 판결에 동의하면서 저작권 남용을 인정하였다. 또한 1999년 연방제5항소법원은 장거리 전화 교환기에 사용되는 용량확대 카드 제조와 관련된 Alcatel U.S.A 사건[12]에서 원고가 피고에게 자신들의 장거리 전화교환기 운영체계 소프트웨어와 호환가능한 용량확대카드의 제조를 금지시킨 행위는 원고의 저작권의 범위를 넘는 행위로서 저작권 남용에 해당된다고 판시하였다. 본 사건에서 연방제5항

11) Practice Management Information v. American Medical Association, 121 F.3d 516(9th Cir. 1997).

12) Alcatel U.S.A v. DGI Technologies, 166 F.3d 772(5th Cir. 1999).

소법원은 독점규제법상의 원고의 시장지배력 또는 경쟁에 대한 실질적인 효과 등을 고려하지 않고 소프트웨어 이용허락계약에 근거하여 저작권 남용 여부를 판단하였다. 이후 연방제3항소법원의 Video Pipeline 사건[13] 및 연방지방법원들의 저작권 침해 사건[14]에서 저작권 남용의 원칙에 근거한 항변과 이에 대한 심리들이 진행되면서 독자적인 저작권 남용의 법리가 형성되어져 가고 있다.

Ⅲ. 저작권 남용의 원칙의 기능

1. 교정기능(corrective function)

저작권 남용의 원칙은 성문법의 입법취지 및 법률 해석, 흠결보충과 밀접한 관련이 있다. 법원은 저작권법, 특허법 및 독점규제법에 근거하여 합리적인 재량권 내에서 이러한 기능을 수행하게 된다.[15] 또한 법원은 성문법이 지니고 있는 모호성을 수정하는 역할을 한다. 특히 소프트웨어에 저작권 남용의 원칙을 적용함에 있어서는 저작권법의 흠결 또는 모호성을 수정하는 도구가 될 수도 있을 것이다.[16] 저작권 남용의 원칙은 성문법의 흠결을 법원이 보완할 수 있도록 하고 저작권에 의하여 보호되는 표현에 일반인이 접근할 수 있도록 한다. 즉, 저작권 남용

---

13) Video Pipeline v. Buena Vista Home Entertainment, 342 F.3d 191(3rd Cir. 2003).

14) 연방지방법원들의 판례로는 *In Re* Napster, 191 F. Supp. 2d 1087(N.D. Cal. 2002) ; Microsoft Corporation v. Jesse's Computers & Repair, 211 F.R.D. 681(M.D. Fla. 2002) ; Bourne v. Walt Disney, No. 02 Civ. 6400 LTSDFE, 2003 WL 721405(S.D.N.Y. 2003) ; Lexmark International v. Static Control Components, 253 F. Supp. 2d 943(E.D. Ky. 2003). ; Qad v. ALN Associates 770. F. Supp.1261(N.D.Ill. 1991), *aff'd in part, reversed in part*, 974 F.2 834(7th Cir. 1992) 사건들이 있다.

15) Brett Frischmann & Dan Moylan, "*The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse : A Unified Theory & Its Application to Software*", Berkeley Technology Law Journal, Fall 2000, p.872.

16) *ibdi*, p.873.

의 원칙은 저작권으로 보호를 받는 표현에 대한 일반 공중의 접근과 저작권법의 흠결을 보완하는 기능을 수행한다고 볼 수 있을 것이다.[17]

2. 통합기능(coordination function)

저작권 남용의 원칙은 저작권법, 특허법 및 독점규제법 등 상호의존적이면서도 독립된 법체계간의 관계를 조화 및 조정하는 기능을 수행한다. 통합기능에는 교정기능(corrective function)과 유사한 성문법의 해석과 흠결 보충기능이 포함되어 있지만, 외적으로는 통일적이며 단일화된 법체계를 만드는 기능을 수행한다. 보통법상의 저작권 남용의 원칙은 법원으로 하여금 매우 역동적인 규범을 발전시킬 수 있도록 한다. 또한 저작권 남용의 원칙은 저작권법과 독점규제법간의 조정뿐만 아니라 저작권법과 특허법간의 조정까지도 담당할 수 있다. 저작권법과 독점규제법간의 충돌은 특허법과 독점규제법간의 관계와 유사하게 논의되어 질 수 있으나, 저작권법과 특허법간의 충돌은 양법이 서로 다른 형태로 발전을 추구하기 있기 때문에 매우 복잡한 성격을 가질 수 있다. 그러나 저작권 남용의 원칙이 저작권법, 특허법 및 독점규제법간의 관계를 조화 및 조정시킬 수 있다는 것은 부정할 수는 없을 것이다.[18]

3. 공익보호기능(safeguarding function)

권리남용의 원칙은 "오염된 손을 가진 권리자는 법원으로부터 구제를 받을 수 없다"라고 하는 형평법적인 관념에서 유래한 것이다. 법원은 소송당사자들이 공평하게 소송을 진행할 수 있도록 할 뿐만 아니라 권리남용의 원칙에 의하여 법률이 추구하고자 하는 공공정책을 보호하는 역할을 수행한다.[19] 예를 들어 저작권 이용허락계약을 이용하여 자

---

17) *ibdi*, p.874.

18) James A.D. White, *"Misuse or Fair Use : That is the Software Copyright Question"*, 12 Berkeley Technology Law Journal 251(1997), pp.260~263.

19) Brett Frischmann & Dan Moylan, *op. cit.*, p.877 ; Kathryn Judge,

신의 저작권을 확장하고자 하는 경우 이러한 저작권자의 권리행사가 독점규제법을 위반할 정도는 아니라 하더라도 저작권 남용에 해당될 수도 있다. 저작권 남용의 원칙은 저작권법이 추구하고자 하는 공익적인 목적 즉, 창의적인 저작물을 일반인에게 배포하는 것을 장려하고, 아이디어 또는 보호받지 못하는 표현은 무제한적으로 이용할 수 있게 하며, 소프트웨어의 개발에 있어서 진보와 경쟁을 자극하는 등의 공익과 관련된 이해관계를 보호하는 역할을 한다.

Ⅳ. 저작권 남용의 판단에 관한 접근방법

1. 독점규제법적 접근방법

독점규제법적 접근방법(Antitrust-Based Copyright Misuse)은 일정한 행위(당연위법행위)에 대해서는 그 자체가 저작권 남용이라고 보며, 그 이외의 행위에 대해서는 독점규제법상의 합리성의 원칙을 적용하여 저작권 남용 여부를 판단하는 접근방법이다.[20] 저작권자의 권리행사를 합리성의 원칙에 따라 판단하여야 하는 경우, 먼저 어떠한 행위가 저작권의 권리범위에 포함되는지 여부를 분석한다. 만약 권리범위에 포함된다면 당해 행위는 그 자체로서 적법한 행위가 되며, 권리범위에 포함되지 않는 행위라고 한다면 그러한 행위가 전체적으로 경쟁을 촉진하는지 아니면 제한하는지 여부를 분석한다. 이와 같은 분석에 따라 당해 행위 예컨대 이용허락계약의 특정내용이 경쟁을 제한한다면 저작권 남용에 해당된다. 법원은 이러한 분석을 함에 있어서 이용허락계약 내용과 같은 특정행위의 반·친경쟁적 효과에 대한 균형을 유지하고 순

"*Rethinking Copyright Misuse*", Stanford Law Review, December 2004, p.947.

20) Brett Frischmann & Dan Moylan, *ibid*, p.898 ; Neal Hartzog, "*Gaining Momentum : A Review of Recent Developments Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine & Analysis of the Doctrine in its Current Form*", Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Spring 2004, p.400.

수한 경쟁적 효과를 결정하여야 한다.[21]

저작권 남용의 항변을 배척한 대부분의 판례는 저작권자의 권리행사를 독점규제법적 접근방법에 따라 분석하였다. 연방제7항소[22] 및 제8항소법원[23]은 저작권 남용의 반경쟁적 효과를 평가함에 있어서 합리성 원칙을 채택하여 왔다. 일부 학자들은 이러한 판례는 저작권 남용의 원칙이 가지고 있는 형평법적 성질에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 비판한다.[24] 그러나 Posner 판사는 저작권 남용을 평가함에 있어 동일하게 평가되는 또는 적용가능한 대안의 부재를 지적하면서 독점규제법상의 원칙에 따른 접근법이 타당하다고 한다.[25]

독점규제법적 접근방법의 이론적 근거는 독점규제법은 비합리적인 경쟁제한을 금지하는 것을 목적으로 하기 때문에 지적재산권의 다양한 이용에 적용될 수 있다는 것이다.[26] 독점규제법적 접근방법을 주장하는 학자들은 독점규제법과 저작권법은 자유로운 경쟁과 혁신을 통한 소비자 후생 증진을 목적으로 하며, 독점규제법은 공공정책보다는 명확한 특정 원칙에 근거하고 있다고 주장한다.[27] 그러나 독점규제법적 접근방법에 대한 비판론자들은 이러한 접근방법은 독점규제법과 저작권법의 목적의 혼동에서 초래된 것이라고 비판한다. 즉, 저작권법은 창작물의 창작과 배포의 촉진을 목적으로 하기 때문에 시장의 경쟁촉진이라고 하는 독점규제법의 목적과는 다르며, 독점규제법 위반 여부만을 조사하는 경우에는 공중에게 손해를 입히는 모든 저작권 남용 행위를 금지할 수는 없다고 비판하고 있다.[28]

---

21) Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc., 976 F.2d 700(Fed. Cir. 1992).
22) Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press Inc., 816 F.2d. 1191(7th Cir. 1987).
23) United Telephone v. Johnson Publishing, 855 F.2d 604(8th Cir. 1988).
24) 이러한 비판에 관한 자세한 내용은 James A.D. White, *op. cit.,* pp.260～263 참조.
25) Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc., 816 F.2d 1191(7th Cir. 1987)
26) James A.D. White, *op. cit.*, p.272.
27) *ibid*, p.268 ; Dennis S. Karjala, *"Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust"*, 9 Cornell Journal of Law & Public Policy 161(1999), p.164.
28) James A. D. White, *ibid*, p.268.

2. 공공정책적 접근방법

공공정책적 접근방법(Public Policy-Based Copyright Misuse)은 저작권자가 저작권의 권리범위에 포함되지 않는 영역에 대한 통제권을 얻기 위하여 저작권을 행사한 경우 저작권 남용이 성립된다는 접근방법이다.[29] 공공정책적 접근방법에 있어서 저작권 남용 여부에 대한 판단기준은 저작권자의 권리행사가 저작권에 내재된 공공정책적 목표를 위반하였는지 여부이며, 저작권 행사가 독점규제법상의 반경쟁적인 행위인지 여부는 고려하지 않는다는 것이다. 또한, 저작물 이용허락 계약조항을 정밀하게 분석하여 저작권 남용 여부를 판단하는 방식을 취하며, 저작권자에 의한 불공정한 행위는 저작권에 내재된 공공정책을 위반하는 행위로서 저작권 남용의 항변을 유발한다고 파악한다. 저작권 남용의 항변을 인정한 Lasercomb, Alcatel, Practice Management 및 Video Pipeline 판결은 모두 공공정책적 접근방법에 근거하고 있다.

공공정책적 접근방법은 저작권자가 저작권에 채화되어 있는 공공정책을 위반하면서 자신의 저작권을 행사한 것인지 여부에 중점을 두지만, 이러한 기준은 종종 그 적용이 어려우며 필연적으로 법원이 일정한 단계에서 반경쟁적인 저작권 행사에 초점을 두는 독점규제법상의 원칙 또는 표현에 의존하도록 만든다.[30] 이러한 이유로 모든 저작권 행사는 일정부분 반경쟁적 효과를 가지고 저작권 제도에 내재된 공공정책은 혁신에 대한 투자, 생산 및 배포에서 얻게 되는 장기간의 효율성과 단기간의 독점비용간의 교환을 전제한 것이다. 따라서 공공정책적 접근방법에 있어서의 적정한 조사는 어떠한 행위가 공공정책 또는 독점규제법을 위반했느냐가 아니라, 저작권 행사로부터 발생하는 사회적 비용이 저작권 부여시의 단기간의 사회적 비용을 초과하였는지에 중점을 두어야 한다는 주장이 제기되고 있다.[31]

---

29) Brett Frischmann & Dan Moylan, *op. cit.*, p.877 ; Kathryn Judge, *op. cit.*, p.947 ; Neal Hartzog, *op. cit.*, p.401.

30) Neal Hartzog, *op. cit.*, p.401.

31) Brett Frischmann & Dan Moylan, *op. cit.*, pp.865~867 ; Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832(Fed. Cir. 1992).

3. 절충적 접근방법

저작권 남용을 평가하는 많은 법원은 저작권 남용의 항변이 가지고 있는 형평법상의 성질과 그 범위제한기능을 인정하였다. 그러나 어떠한 법원도 반경쟁적 효과의 범위에 영향을 미치지 않는 공공정책의 남용(public policy misuse)의 형태를 명백히 기술하고 있지는 않다. 법원들의 이러한 경향은 저작권 행사가 일정 정도 반경쟁적 효과를 가지고 있기 때문에 그 성질상 당연한 것일 수도 있다는 것이다.[32]

공공정책적 접근방법은 Lasercomb 및 Practice Management 판결에서 볼 수 있는 바와 같이 합리성 원칙[33]의 1단계에 중점을 두고 있고, 제2단계인 실질적인 효과는 고려하지 않는다. 연방제4·5·9항소법원 중 어떠한 법원도 문제가 된 이용허락계약 조항의 잠재적인 긍정적 효과를 고려하지 않았다. 비록 법원들이 특정한 이용허락 관행이 명백히 당연위법에 해당된다고 판시한 바는 없으나, 추가지침의 부족은 당연위법과 합리성의 원칙을 구별할 수 있는 여지를 남기고 있다. 그러므로 이용허락계약상 저작물 이용자의 창의력을 제한하거나 저작물에 비저작물 또는 다른 저작물을 끼워파는 행위는 당연위법과 유사하다고 할 수 있다. 실질적으로 저작권 남용은 독점규제법상의 원칙에 근거한 당연위법을 보완하고, 저작권 제도에 내재된 공공정책에 근거해서 당연위법과의 통합을 통하여 특허권 남용으로부터 이끌어 낼 수 있을 것이다.[34]

Ⅴ. 저작권 남용의 법리의 장·단점

---

32) Brett Frischmann & Dan Moylan, *op. cit.*, p.901.

33) 합리성의 원칙은 1단계로 심사대상이 되는 거래제한을 정한 후, 2단계에서는 그러한 거래제한이 관련시장이나 지역에서 반경쟁적 효과를 가지는지를 분석하고, 3단계에서는 이러한 반경쟁 효과에 대해 피고가 경쟁촉진효과를 있음을 입증하는 단계를 거치게 된다.

34) Brett Frischmann & Dan Moylan, *op. cit.*, p.902.

1. 장 점

저작권 남용의 원칙은 복잡한 저작권 침해 사건을 적절하게 해결할 수 있는 많은 특성을 가지고 있다. 첫째, 형평법상의 근거, 적용형식, 입증방법 등을 고려할 경우 독점규제법에 근거한 저작물 이용자의 구제방법보다 바람직하다고 할 수 있을 것이다. 둘째, 흠결보충자(gap filler)로서의 역할을 수행하면서 독점규제법 및 공정이용을 적용할 수 없는 영역의 문제를 해결할 수 있도록 하고 있다.[35] 셋째, 독점규제법, 저작권법 및 특허법을 상호연결하고, 기능을 조정하며, 공공의 이익을 총체적으로 보호하는데 도움이 된다. 넷째, 저작권 남용의 원칙은 법률생성(judicial creation)의 하나이기 때문에 기술혁신에서의 급속한 진보에 기인하여 나타날 수 있는 새로운 갈등을 해결하는데 용이하게 적용될 수 있을 것이다. 이러한 저작권 남용의 원칙의 특성과 적용의 용이성은 법률 개정의 곤란성, 이익집단에 의한 영향, 국제조약에 의한 제한, 개별사건에서의 해결방안 도출의 어려움 등이 있는 성문법 체계를 고려할 경우 저작권자의 부당한 권리행사를 해결하기 위한 좀 더 바람직한 문제해결방법이라고도 볼 수 있을 것이다.[36]

단순한 저작권 침해 사건을 복잡하게 만드는 많은 소송을 고려한다면, 저작권 남용의 원칙의 적용은 독점규제소송의 반소(counterclaim)보다 바람직하다고 할 수 있을 것이다. 독점규제소송은 당연위법 사항인 경우를 제외하고는 반경쟁성, 시장지배력 등에 대한 상세한 조사와 실증적 분석을 요하기 때문에 많은 시간과 비용이 소요된다. 이와 같은 독점규제소송의 단점을 고려한다면, 피고에게 반경쟁적 행위와 관련된 많은 증거 제출을 요구하지 않는 저작권 남용의 원칙은 가치 있는 항변으로서 도움이 될 수 있을 것이다.

2. 단 점

---

35) 흠결보충기능에 관한 자세한 내용은 Dan Burk, *"Anticircumvention Misuse"*, 50 UCLA Law Review 1095(2003), p.1127 참조.

36) Dennis S. Karjala, *op. cit.*, p.178.

저작권 남용의 원칙은 여전히 단지 항변으로서만 가능할 뿐 적극적 항변으로서는 불가능하다. 저작권 남용의 원칙은 저작권 남용의 기간동안 저작권자의 권리행사를 금지되는 원칙이다. 따라서 저작권 남용이 소멸한(purged) 이후에는 訴제기가 가능하기 때문에 항변이 얼마나 효율적인지에 대한 문제가 존재하고 있다. 또한, 저작권 남용의 항변은 너무나 주관적이라는 비판을 받고 있다. 즉, 저작권 남용 여부에 대한 판단은 특허권 및 저작권의 본래적 이용을 구성하는 선험적 개념을 전제로 하기 때문에 적법행위의 경계를 획정할 수 있는 어떠한 법률적 원칙이나 기준을 결정할 수 없다.[37]

또한, 저작권 남용의 원칙에 대한 비판론자들은 저작권 남용의 원칙이 법원들에게 부정적인 사회적 위험이 누적되도록 하는 불명확한 근거를 제공하고 있다고 주장한다. 특히 이러한 비평은 저작권 남용이 특정한 사실에 확고하게 적용할 수 있는 선험적 지식과 원리적 구속력(doctrinal cohesion)부족에 근거하고 있다.[38]

Ⅵ. 저작권 남용에 관한 판례법

1. 저작권 남용을 인정한 판례

가. Lasercomb v. Reynolds 판결[39]

연방제4항소법원은 본 사건에서 저작권 침해행위에 대한 연방지방법원의 금지명령 및 손해배상결정을 파기·환송하면서 프로그램저작권 침해 주장에 대한 항변으로서 저작권 남용의 원칙을 인정하였다. 본 판

---

37) Scher, David Scher, *"The Viability of the Copyright Misuse Defense"*, 20 Fordham Urban Law Journal 89, 95(1992~1993), p.106.

38) J. H. Richman & Jonathan A. Franklin, *"Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with the Public Good Uses of Information"*, 147 University of Pennsylvania Law Review 875(1999), p.919.

39) 911 F.2d 970(1990).

결은 항소법원으로서는 처음으로 저작권 침해에 대한 방어수단으로서 공공정책 위반에 근거한 저작권 남용을 인정한 최초의 판례이다.

피고 Holiday Steel은 판지상자의 생산을 위한 강철 룰 형판 생산분야에서 Lasercomb와 경쟁관계에 있는 회사였다. Lasercomb는 CAD/CAM소프트웨어(소프트웨어명 : Interact)를 본격적으로 판매하기에 앞서 4개의 CAD/CAM 소프트웨어를 Holiday Steel에게 이용허락하였다. Holiday Steel은 Lasercomb의 소프트웨어에 대한 기술적 보호장치를 무력화하여 3개의 불법복제물을 만든 후 Lasercomb의 Interact와 유사한 소프트웨어(제품명:PDS-1000)를 개발·판매하였다. 이에 Lasercomb는 Holiday Steel의 이러한 행위가 저작권 침해, 계약위반, 영업비밀 침해, 부정경쟁, 사기, 성명표시권 등의 위반을 주장하면서 PDS-1000의 판매금지명령을 청구하였고, 연방지방법원은 Lasercomb의 청구를 인용하였다.

이에 피고 Holiday Steel은 비록 자신이 Interact를 복제하였으나, Lasercomb의 표준이용허락 계약서에서는 컴퓨터 기반의 강철 룰 형판 제조용 소프트웨어의 개발을 원천적으로 금지하고 있는데 이러한 행위는 저작권 남용에 해당된다고 주장하였다. Lasercomb의 표준이용허락 계약서에서는 Lasercomb와 이용허락계약을 체결한 회사의 임원 및 종업원은 계약기간과 계약기간 종료 후 1년 동안 즉, 99년간 저작권자의 서면에 의한 동의없이 강철 룰 형판 제조용 소프트웨어를 설계, 개발, 생산 및 판매할 수 없도록 규정되어 있었다.

Holiday Steel은 이러한 표준이용허락 계약에 서명한 바 없으므로 이러한 이용조건에 구속되지 않는다고 주장하였으나, 연방지방법원은 피고의 주장을 인정하지 않았다. 연방지방법원은 이러한 조항의 반경쟁성 여부를 판단함에 있어서는 독점규제법상의 합리성의 원칙에 근거하여 판단하여야 하고 소프트웨어 분야의 복잡하고 난해한 특징을 감안할 때, 문제의 계약내용은 적법하다고 판시하였다.

연방제4항소법원은 Holiday Steel이 Lasercomb의 기술적보호조치를 무력화하여 Interact를 복제한 행위는 Lasercomb의 저작권을 침해하는 행위이며, 이를 변형하여 PSD-1000과 Interact간의 차별을 시도한 행위는 위법한 행위라고 보았다. 그러나 연방제4항소법원은 특허법 및 저작권법의 기원과 변천, 판례법의 발전을 검토한 후, 특허법과 저작권법을 보호하는 배경이라고 할 수 있는 공공정책이 매우 유사함으로 권리남

용 항변이 특허법뿐만 아니라 저작권법에도 적용될 수 있다고 보았다. 따라서 어떠한 행위가 반드시 독점규제법 위반이어야만 저작권 남용이 성립되는 것은 아니며, 저작권 남용은 원고가 자신의 저작권을 이용하는 방법이 저작권을 부여하는 배경이라고 할 수 있는 공공정책에 반하는지 여부를 그 성립요건으로 하여야 한다고 판시하였다.

또한, 연방제4항소법원은 Lasercomb는 타인이 Interact를 복제하는 것을 금지시킬 수는 있지만, 소프트웨어 이용자가 어떠한 종류의 컴퓨터 기반 강철 룰 형판 제조용 소프트웨어를 만들 수 없도록 한 행위는 새로운 창조적 표현을 억제하는 것이 사실이다. 따라서 이와 같이 창조적 표현을 억제하는 것은 저작권법의 궁극적 목적에 반하는 것이므로 저작권의 범위를 벗어난 것이며 이러한 저작권 행사는 저작권법에 내재된 공공정책에 반하는 것이라고 판시하였다. 나아가 연방제4항소법원은 Lasercomb는 기술적보호조치 및 저작권을 이용하여 성문법에서 인정하는 정당한 권리범위밖에 존재하는 경쟁을 제한하고자 하였다고 판단하였다. 즉, 표준이용허락 계약서상의 계약조건은 컴퓨터 기반의 강철 룰 형판 제조용 소프트웨어의 개발에 필요한 아이디어에 대한 접근과 이용을 제한하는 결과를 초래하였고 보았다. 또한, Holiday Steel이 Lasercomb의 표준이용허락 계약서에 서명하지 않았기 때문에 Holiday Steel은 본 계약의 당사자라고 볼 수 없으며 저작권 남용으로 인한 손해가 발생하지 않았다 하더라도 저작권 남용의 원칙은 적용될 수 있다고 판시하였다.

본 사건에서 연방제4항소법원은 경쟁이나 원고의 시장지배력에 대한 효과보다는 표준이용허락 계약서에서 사용되는 문구에 특별한 관심을 기울였다. 전자의 요소들은 모두 독점규제법적 분석을 위하여 행하여지는 것이므로 법원은 그만큼 독점규제법적인 분석과는 별도로 저작권 남용의 원칙을 분석한 것으로 보인다.

나. Practice Management Information v. American Medical Association 판결[40]

---

40) 121 F.3d 516(9th Cir. 1997) ; 연방제9항소법원은 본 사건 이전에 1986년 Supermarket of Homes Inc. v. San Fernando Valley Bd. of Realtors, 786 F.2d 1400(9th Cir. 1986)사건과 1995년 Triad System Corp. v. S. E Express Co., 64 F.3d 1330(9th Cir. 1995)사건에서 저작권침해 소송에서의 저작권 남용의 항변이

진료절차를 확인하기 위해 의사들이 이용하는 의료부호체계인 CPT(Physician's Current Procedural Terminology)[41]에 대한 저작권자인 미국의료협회(American Medical Association, 이하 "AMA"라 한다)는 보건금융협회(Health Care Financing Administration, 이하 "HCFA"라 한다)와 CPT를 이용, 복제, 배포할 수 있는 비배타적이고 무료이며 해지 가능한 이용허락계약을 체결하였다. 이 이용허락에는 HCFA가 CPT만을 사용하고, 언제든지 HCFA 및 그 대리인이나 기타 대리인이 관리하는 프로그램에 따라 사용하여야 한다는 내용이 포함되어져 있었다. AMA는 의료서적 출판 및 재판매자업체인 Practice Management에게 CPT의 복제본의 재판매를 허락하면서 CPT의 권당 할인 조건을 금지하자 하자, Practice Management는 AMA를 상대로 CPT에 대한 저작권 무효의 소를 제기하였다.

본 사건에서 AMA는 HCFA에게 CPT만을 사용하라고 강제하지 않았으며 오히려 HCFA가 업무의 효율성(efficiencies)을 위해서 단일부호를 이용하기로 결정했었다고 항변하였다. 나아가 AMA는 HCFA가 다른 부호체계를 선택하였다면, 언제든지 90일 이전에 계약해지를 통지하고 손해배상 없이 계약을 해지할 수 있었다고 주장하였다.

연방제9항소법원은 AMA의 이러한 주장이 "라이센스 계약의 부정적 효과를 상쇄시킬 만큼 충분하지 않다.…저작권 남용의 원칙에 반하는 것은 AMA의 부호체계만 이용한다는 HCFA의 결정이 아니라 다른 부호체계를 함께 사용할 것인지 여부를 결정하는 HCFA의 권리에 대해 AMA가 라이센스 계약을 통하여 부과한 제한이다.…AMA가 HCFA에게 부과한 CPT 이용조건은 AMA가 다른 경쟁업자들보다 실질적이며 불공정한 이익을 얻을 수 있도록 하는 것이다. 따라서 AMA는 공공정책에 반하는 방법으로 저작권을 행사한 것이다"라고 판시하였다.

유용한 항변일 수 있음을 인정했으나 소송의 사실관계에서는 적절하지 않다고 하여 항변을 배척하였다.

41) CPT는 6천여 이상의 의료절차를 제공하며 각 절차마다 5자리 숫자의 코드와 간략한 설명을 제공하고 있다. CPT는 평가, 마취, 수술, 방사선, 병리, 제약의 여섯 가지 영역으로 나뉘어져 있으며 모든 절차는 고유 코드번호를 쉽게 찾아갈 수 있도록 배열돼 있다. 예를 들어 마취 영역에서의 절차는 마취를 받는 신체부위에 따라 분류 되어있고 수술 영역에서는 수술을 필요로 하는 신체부위 즉, 소화기관이나 배뇨기관에 따라 분류 되어있다.

본 사건에서 주목할 점은 연방제9항소법원이 AMA와 HCFA간의 이용허락계약이 사실상 비배타적 거래약정으로서 독점규제법상의 당연위법이 아님에도 불구하고, 합리성의 원칙에 따른 위법성 분석 대신 "피고는 저작권 침해소송에서 원고의 행위가 저작권 남용이라는 항변을 성립시키기 위해서 독점규제법 위반임을 입증할 필요가 없다"라는 Lasercomb 판결을 인용하였다는 것이다. 즉 연방제9항소법원도 연방제4항소법원과 동일하게 저작권 남용 여부를 공공정책적 접근방법에 근거하여 판단하였다는 것이다.

다. Alcatel U.S.A v. DGI Technologies 판결[42)]

Alcatel은 장거리 전화와 관련된 전화교환기를 생산하면서 자신들이 개발한 운영체계 소프트웨어에 통해 전화교환기를 운영을 통제할 수 있도록 하였다. Alcatel은 운영체계 소프트웨어를 이용허락하면서 이용약관에 "전화교환기 통제용 운영체계 소프트웨어가 Alcatel의 자산이며, 고객은 전화교환기를 작동하기 위해서만 소프트웨어를 사용할 권리를 가진다. 또한 고객이 전화교환기 운영체계 소프트웨어를 복제하거나 제3자에게 공개하는 것은 금지되며, 전화교환기와 연계하여서만 운영체계 소프트웨어를 사용할 수 있다"라고 규정하였다.

DGI는 Alcatel의 전화교환기에 사용되는 전화교환기 용량확대 카드를 생산하는 회사였다. 용량확대 카드는 전화교환기를 통제하는 운영체계와 호환가능한 것이어야 했으므로 DGI가 자신들의 용량확대 카드를 시험을 하고 개발을 하기 위해서는 Alcatel의 운영체계 소프트웨어를 복제할 수밖에 없었다. Alcatel은 저작권 침해를 비롯한 여러 訴因에 기초하여 DGI에 대하여 소송을 제기하였고, 연방제5항소법원은 연방지방법원의 판단을 일부 인용하였으나, Alcatel이 저작권을 남용하였기 때문에 DGI의 저작권 침해에 기초하여 인정한 금지명령에 대해서는 파기・환송하였다.

연방제5항소법원은 Alcatel이 DGI의 제품 개발을 사실상 금지하였고, 이러한 행위는 저작권이 없는 전화교환기 용량확대 카드에 대하여 Alcatel이 제한적인 독점을 획득하기 위한 것으로서 Alcatel의 이용약관

42) 166 F.3d. 772(5th Cir. 1999).

은 Alcatel에게 전화교환기 용량확대 카드에 대한 사실상의 독점을 부여하는 것이라고 보았다. 또한, Alcatel의 이용허락의 조건은 Alcatel과 경쟁하는 카드 제조회사들이 Alcatel의 운영체계와 호환될 수 있는 제품을 개발하는 것을 금지시킨 것이다. 따라서 Alcatel은 자신들이 저작권을 가지고 있지 않은 제품에 대하여 간접적인 상업적 통제를 하기 위해 저작권을 이용하였고, 이러한 저작권 행사는 저작권 남용에 해당된다고 판시하였다.

본 사건에서 연방제5항소법원은 저작권 남용이 형평법에 기초한 방어수단이라는 것을 명확히 하였고, Alcatel의 이용약관만으로도 DGI의 저작권 침해에 기초한 구제수단을 억제할 수 있다고 보았다. 또한, 연방제5항소법원은 Lasercomb 및 Practice Management 판결에서와 같이 저작권 남용 여부를 판단함에 있어서 독점규제소송에서 이루어지는 전화교환기 용량확대 카드시장에서의 시장지배력이나 경쟁에 대한 실질적인 효과를 고려하지 않았으며 이용약관만으로 저작권 남용 여부를 판단하였다.

라. Video Pipeline v. Buena Vista Home Entertainment 판결[43]

Video Pipeline은 비디오점 전시용 영화예고편 제작 사업을 하면서 편집물에 이용될 영화예고편 배포권을 취득하기 위해 엔터테인먼트회사들과 라이센스 계약을 체결하였다. 1997년 Video Pipeline은 디즈니의 영화예고편을 포함하여 그 동안 자신들이 편집한 영화예고편을 스트리밍 방식으로 이용할 수 있는 2개의 웹사이트를 운영하였다. 2개의 웹사이트 중 www.videopipeline.net에서는 스트리밍 방식으로 유료 영화예고편을 서비스를 제공하였으며, www.videodetective.com에서는 영화예고편 검색서비스와 스트리밍 방식의 영화예고편 미리보기 서비스를 제공하면서 영화를 구매할 수 있도록 운영하였다. 그러나 Video Pipeline과 Buena[44]간의 라이센스 계약에는 영화예고편을 온라인상으로 이용할 수 있는 권한이 포함되어 있지 않았다. Video Pipeline은 Buena의 요청에 따라 웹사이트에서 디즈니의 영화예고편을 모두 삭제한 후 Buena를

43) 342 F.3d 191(3rd Cir. 2003).
44) Buena Vista Home Entertainment는 월트 디지니의 자회사이다.

상대로 영화예고편을 온라인상으로 이용하는 것이 저작권법을 위반하는 것은 아니라고 하는 확인판결(declaratory judgment)의 소를 제기하였다.

소송이 제기된 이후 Buena는 Video Pipeline과의 라이센스 계약을 해지하였고, Video Pipeline은 웹사이트에서 이용할 영화예고편을 만들기 위해서 62개의 디즈니 영화를 개별적으로 수분 정도의 분량을 복제하였다. 이후 Video Pipeline은 이미 만들어진 영화예고편의 이용허락을 하여야 한다고 추가로 주장하였다.

연방지방법원은 Video Pipeline의 웹사이트에서 디즈니의 영화예고편의 전시를 금지하는 예비명령(preliminary injunction)을 내렸고, 연방제3항소법원은 연방지방법원의 예비명령을 재심리하였다. Video Pipeline은 "인터넷에서 영화예고편을 이용하는 것은 공정이용에 해당된다. 또한, '영화예고편을 이용하는 웹사이트는 디즈니사가 제작·배포하는 모든 영화와 이러한 영화의 감독, 배우, 기획자 등을 비평할 수 없다. 만약 이를 위반하는 경우에는 라이센스 계약은 무효이며, 라이센시는 계약위반 및 저작권 침해와 명예훼손에 대한 모든 책임을 부담한다.'라는 계약조항은 Video Pipeline이 영화예고편에 대한 비평을 억압한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 Buena는 자신들의 저작권을 남용하였다고 볼 수 있어 저작권 보호 이익을 주장할 수 없다"라고 항변하였다.

연방제3항소법원은 일차적으로 Video Pipeline의 공정이용 주장에 대한 심리 후 Video Pipeline의 영화예고편 전시는 공정이용에 해당되지 않는다고 판시하였다. 또한, Buena가 저작권을 남용하였는지 여부를 Buena와 소외 3개 회사와 체결한 라인센스 계약내용을 심리하였다.

연방제3항소법원은 Morton Salt, Lasercomb 및 Practice Management 사건에서 채용한 원칙들을 채택하면서 저작권 남용의 원칙은 형평의 원칙에 근거한다는 것을 인정하였다. 즉, 저작권 남용의 원칙은 저작권을 무효화시키는 것이 아니라 남용의 기간동안 저작권의 행사를 금지하는 것은 아니다. 침해혐의자는 자신이 주장하는 저작권 남용에 대한 증거를 제출할 필요는 없으며 저작권 남용에 기초하여 항변할 수 있다는 원칙을 재확인하였다.

나아가 연방제3항소법원은 반경경적 라이센스 계약이 잠재적 경쟁자의 창작성의 공표를 차단함으로써 저작권 보호에 내재된 목적과 충돌할 수 있는지를 검토하였다. 연방제3항소법원은 저작권법이 공정이용을

인정하고 저작권의 보호범위를 사실과 아이디어까지 확대하지 않는 것은 궁극적으로 저작권의 헌법적 목적과 충돌할 수 있는 저작권자의 행위를 금지시킬 수 있는 효과적인 도구로서 도움이 된다는 것을 지적하였다. 또한, 저작권자는 자신의 저작권을 이용하여 반경쟁적인 행위나 공정이용 또는 아이디어·표현이분법을 위반하지 않으면서 타인의 창작적 표현을 제한하는 것이 가능하다. 법원은 이와 같은 사건의 예로 저작권자는 정보의 배포를 제한하기 위하여 자신의 저작권을 행사할 수 있기 때문에 잠재적 침해자에 대한 예비금지명령을 기각한 Rosemont Enterprises v. Random House 판결[45]을 인용하였다. Rosemont Enterprises 사건이 전형적인 저작권 남용과 반경쟁적 라이센스 사건이라고는 볼 수 없지만, 법원은 저작권자의 행위가 공익(public good)을 위한 창조적 표현의 축척을 증가시키는 저작권의 목적을 왜곡하려고 하였기 때문에 구제를 부정하였다는 사실을 고려하였다. 연방제3항소법원은 저작권 남용의 원칙에 새로운 이론을 적용함에 있어서 "저작권자가 저작권의 핵심인 표현을 제한하려고 하는 것은 창조적 활동의 공표를 통해 창조와 배포를 촉진하려고 하는 저작권의 정책목표를 반경쟁적 제한을 통해서 파괴할 수도 있다"라고 판시하였다.

그러나 연방제3항소법원은 궁극적으로 Buena의 라이센스 계약이 저작권에 내재된 공공정책을 왜곡할 정도로 창조적 표현을 금지하고 있다고 볼 수 없기 때문에 디즈니의 저작권 남용을 인정하지 않았다.

마. 소 결

저작권 남용을 인정한 항소법원 판례들은 기본적으로 공공정책적 접근방법에 근거하여 저작권자의 권리남용 여부를 판단하고 있다. 또한, 저작권 남용 여부를 판단함에 있어서는 저작권자의 행위가 반경쟁적인지 여부 즉, 독점규제법 위반 여부가 아니라 저작권법이 추구하는 공공정책을 위반하였는지에 근거하여 판단하였다는 것이다. 또한 Video Pipeline 사건에서는 저작권 남용이 인정되지는 않았으나, 저작권 남용은 전통적인 반경쟁적 상황 이외에서 적용될 수 있고 저작권 남용의 이론이 창조적 표현을 통제하는 반경쟁적 상황 이외로 확대될 수 있음

45) 366 F.2d 303(2nd Cir. 1966).

을 보여주고 있다는 것이다.

상기 검토한 항소법원들이 저작권 남용으로 인정한 행위유형들은 저작권자의 권리행사가 저작권법이 추구하는 아이디어의 확산 또는 창작적 표현을 억제하는 경우[46], 저작권자가 저작물 이용계약을 통하여 라이센시의 선택권을 제한하여 부당한 이득을 취하는 경우[47], 저작권자가 저작물 이용계약을 통하여 저작물과 직접적인 관련이 없는 제품에 대하여 간접적인 통제를 부과하는 경우[48]등이다.

2. 저작권 남용을 부정한 판례

가. Saturday Evening Post v. Rumbleseat Press 판결[49]

Saturday Evening Post는 Rumbleseat에게 자신들의 잡지에 게재되어 있는 삽화를 자기인형(porcelain dolls)으로 제작·판매하는 것을 허락하였다. 이 이용허락계약에는 Rumbleseat가 "계약기간 동안 또는 그 이후에도…Saturday Evening Post가 직·간접적으로 취득하게 되는…저작권의 유효성에 대하여 이의(dispute or contest)를 제기할 수 없다."라는 비경쟁조항(no-contest clause)을 두고 있었다. Saturday Evening Post는 이용허락기간 만료에 따라 계약종료를 통지하였으나, Rumbleseat는 계속하여 자기인형을 제작·판매하였다. 이에 Saturday Evening Post는 Rumbleseat와의 이용허락계약사항 중 조정조항에 따라 조정을 신청하여 쌍방 합의를 하였으나, Rumbleseat가 조정이행을 거부하자 저작권 침해 및 예비금지명령(preliminary injunction)의 소를 제기하였다. 이에 인디애나주 남부지방법원은 Saturday Evening Post의 청구를 인용하였으나, Rumbleseat는 항소하였다.

---

46) Lasercomb v. Reynolds, 911 F.2d 970(1990) ; PRC Realty Systems v. National Association of Realtors, 1992 U.S. App. LEXIS 18017(4th Cir. Aug. 4, 1992).

47) Practice Management Information v. American Medical Association, 121 F.3d 516(9th Cir. 1997).

48) Alcatel USA v. DGI Technologies, 166 F.3d. 772(5th Cir. 1999).

49) 816 F.2d 1191(7th Cir. 1987).

연방제7항소법원은 “개별사건에서 계약조항은 친·반경쟁성에 대한 비교형량이 필요하며, 이러한 비교형량은 독점규제법에 따라 판단하는 것이 가장 바람직하다. 셔먼법 제1조는 거래를 제한하는 계약을 금지하고 있고 만약 Rumbleseat가 필요하였다면 셔먼법 제1조에 근거하여 비경쟁조항에 이의를 제기하였을 것이나, Rumbleseat는 이러한 주장을 하지 않았다.…법원은 셔먼법과 상충될(uncomfortably) 소지가 있는 연방판례법상의 원칙을 창조할 수는 없다”라고 설시하면서, “ ‘만약 권리남용을 전통적인 독점규제법 원칙에 따라 평가하지 않는다면, 어떠한 원칙에 근거하여 평가하여야 하는가. 우리법은 독점적 남용에 대한 대안이 부족하다’라는 USM v. SPS Technologies 사건[50]을 인용하면서, 이러한 점은 독점의 위험이 낮은 저작권 남용에 좀 더 해당될 수 있다. 따라서 저작권 이용허락계약에서의 비경쟁조항은 독점규제법을 위반하지 않는 한 유효하다”라고 판시하면서 Rumbleseat의 저작권 남용이 항변을 배척하였다.

나. United Telephone v. Johnson Publishing 판결[51]

본 사건의 쟁점은 Johnson社가 United Telephone社의 전화번호부에 등재된 신규 전화가입자의 성명, 주소 및 전화번호를 자신들의 전화번호부에 이용하는 것이 저작권 침해에 해당되는지 여부였다.

United Telephone社의 전화번호부에는 신규 전화가입자의 성명이 알파벳순으로 구성된 ‘white pages’가 별도로 구성되어져 있었다. Johnson社가 발행하는 전화번호부의 ‘white pages’에는 United Telephone社의 ‘white pages’에는 포함되어 있지 않은 Jefferson시의 거주인 및 업종별 전화번호가 포함되어 발행되었다. Johnson社는 1986년 전화번호부를 발행하면서 United Telephone社의 전화번호부의 ‘white pages’를 참조하여 Jefferson시에서 누락된 시민 및 업종별 신규가입자 정보를 추가하였다. 이 추가 과정에서 Johnson社는 United Telephone社의 ‘white pages’에서 대략 5천개(United Telephone社의 ‘white

50) 694 F.2d 505(7th Cir.1982).

51) 855 F.2d 604(8th Cir. 1988) ; United Telephone사는 Missouri주에서 전화번호부를 발행하는 업체이고, Johnson사는 Missouri주의 Jefferson시의 전화번호부를 발행하는 업체이다.

pages'의 20%정도)를 추가하였다.

United Telephone社는 1985년 3월 전화번호부 발행 후 'white pages'의 목록별 이용료를 10센트에서 49센트로 조정하였고 Johnson社에게 'White pages'의 신규전화가입자 전체 목록에 대한 이용허락을 받을 것을 요구하였다. United Telephone社는 Johnson社가 이러한 제안을 거절하고 1986년 전화번호부를 발행하자, 저작권 침해로 금지명령(injunctive relief) 및 손해배상소송을 제기하였다.

Johnson社는 "United Telephone社의 전화번호부의 표현은 보호되지 않는다. 가사 보호된다 하더라도, 자신들이 이용한 신규 전화가입자의 정보량은 저작권 침해를 구성하지 않으며, 이러한 이용은 공정이용에 해당된다. 또한, United Telephone社는 신규 전화가입자의 정보(성명, 주소 및 전화번호)에 대한 독점을 창설함으로써 저작권을 남용하였다… 특히 United Telephone社는 잠재적 라이센시에게 비합리적인 이용허락 정책을 강제하였다. 그러므로 특허침해소송에서의 권리남용항변은 저작권 침해사건에 확대 적용될 수 있다"라고 주장하였다.

연방제8항소법원은 Johnson社의 이러한 저작권 남용의 주장에 대하여 Morton Salt, Paramount Pictures, and Loew's 판례를 포함하여 특허권 남용으로부터 저작권 남용으로의 확대 지지하는 관련 판례법을 검토하였다. 법원은 "사법적 선례(judicial authority)가 특허권 남용의 원칙을 저작권 침해에 대한 항변으로서 주장되거나 응용될 수 있음을 가르쳐 준다는 것을 고려한다면, 본 사건의 사실관계상 United Telephone社가 저작권을 남용하였다는 주장은 타당하지 않다. 1985년 3월 전화번호부 발행 후 Johnson社가 United Telephone社의 'white pages'를 목록당 10센트에 이용허락을 받을 수 있었음에도 불구하고, 500%의 가격인상이 경쟁을 제한하는 것이라고 주장할 수는 없다.…또한, Johnson社는 United Telephone社와 가격협상을 진행한 바도 없다. 그러므로 United Telephone社가 Johnson社에게 제안한 이용료만으로는 전화번호부 시장에서의 경쟁을 제한하는 행위라고는 볼 수 없다"라고 하여 Johnson社의 저작권 남용의 항변을 배척하였다.

다. Data General v. Grumman Systems 판결[52]

52) 36 F.3d. 1147(1st Cir. 1994).

본 사건은 컴퓨터 제조업체인 Data General이 컴퓨터 유지보수 시장에서 경쟁관계에 있는 Grumman Systems을 저작권 침해 및 영업비밀보호법 위반으로 제소하자, 이에 Grumman Systems은 Data General을 독점규제법 위반으로 반소한 사건이다.

Grumman은 Data General이 독점규제법을 위반하는 반경쟁적 행위에 관여함으로써 자신들의 권리를 남용하였기 때문에 州영업비밀보호법상의 권리 및 저작권을 행사할 권한이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 Data General은 Lasercomb 판결에서의 저작권 남용이 본 사건에서 주장된 저작권 남용과 동일하다고 볼 수 없으며, Lasercomb의 논리를 반경쟁적 행위로 주장된 특별한 유형에 반영하여 결정할 수 있는 것은 아니다. 저작권 남용의 정책적 근거는 특허권 남용에 있어서보다 더 낮다고 볼 수 있다. 왜냐하면, 특별한 방법으로 아이디어의 표현에 대한 배타적 권리는 아이디어 그 자체를 이용할 수 있는 배타적 권리보다 경쟁에 덜 위협적이기 때문이라고 주장하였다. 이러한 주장에 대하여 연방제1항소법원은 “소송이 저작권과 관련된 시장지배력에 의존하는 경우 독점규제법 위반을 입증하는 것이 대단히 어렵지만, 피고의 입증책임을 전환시킬 필요는 없으며 입증이 부족한 경우에는 저작권 남용의 항변을 인정하지 않을 수 있다”라고 판시하면서 증거불충분으로 저작권 남용 항변을 배척하였다.

라. 소 결

Saturday Evening Post 판결에서는 문제가 된 비경쟁조항이 가지고 있는 잠재적 친·반경쟁성 분석에 기초하여 저작권 남용 여부를 평가하였고, United Telephone 판결에서는 United Telephone의 가격정책이 관련시장에서 경쟁을 제한하였는지 여부를 분석하였다. Data General 판결에서도 저작권자의 권리행사가 독점규제법을 위반하였는지 여부에 대해 피고에게 그 입증책임을 부담하게 하였다. 따라서 저작권 남용의 항변을 배척한 이러한 판례들은 기본적으로 독점규제법적 접근방법을 채용하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 즉, 저작권자의 권리행사가 독점규제법을 위반하지 않는 이상 저작권 남용은 인정될 수 없다는 것이다. 또한, 저작권 남용 여부를 판단함에 있어서는 독점규제법상의 합리성의

원칙에 따라 당해 행위가 지니고 있는 친·반경쟁성 분석하여 남용 여부를 판단하여야 한다는 것이다.

Ⅵ. 결 론

저작권법과 저작권 제도는 저작자 보호와 저작물의 자유이용 영역의 보장하는 상호 대립하는 가치를 설정하고 이러한 두개의 가치의 경계선으로 저작재산권 제한규정, 저작권 보호기간의 한정 및 법정이용허락 등을 두고 사익과 공익을 조정·조화시켜왔다. 그러나 통신기술과 디지털 기술의 발전은 저작권자가 이러한 경계선을 넘을 수 있는 단초를 제공하였고, 저작권자는 저작물 이용계약을 통하여 이러한 유형화된 경계선을 넘어 권리를 행사함으로써 저작권법이 추구하는 공·사익간의 균형을 흐트러뜨리고 있다. 또한, 과거 사회구성원이면 누구나 자유롭게 이용할 수 있었던 많은 정보들이 저작권법의 영역으로 편입되고 있으며, 저작물 유통방식의 변화로 저작물의 이용을 좀 더 효과적으로 통제할 수 있게 되었다.[53]

이러한 저작권 보호범위의 확대에 따른 공유영역의 축소, 저작물에 대한 접근 및 이용통제의 강화 등은 새로운 지적창조를 자극하기 위한 보상으로서 사회발전을 위해 필요한 것이라는 논리로 정당화되어 가고 있는 듯하다. 그러나 이러한 논리가 저작물의 권리자와 이용자라고 하는 두 개의 수레바퀴의 균형을 유지할 수 있게 하는 논리인지, 저작권법의 궁극적 목적인 문화의 향상·발전에 부합되는 것인지는 의문이다.

저작권자가 권리범위를 넘어 권리를 확장하는 것은 저작권법이 보장하는 이용자의 권리 내지 반사적 이익 또는 저작물의 자유로운 이용을 통한 공공의 이익을 침해하는 문제와 결부되어 있다. 따라서 이러한 권리행사에 대해서는 저작권법의 공공성과 저작물의 공공재적 성격에 비

53) 과거 저작물에 대한 접근 그 자체는 통제를 받지 않았으나, 통신기술의 발달로 인하여 저작권자들은 공중이 저작물에 접근하는 것 자체를 통제할 수 있게 되었다. ; 정상조, “인터넷콘텐츠의 보호”,『인터넷 법률(제2호)』, 2000년 9월호, 13면에서는 “계약을 통한 정보보호는 저작권 등에 대한 배타적 지배가 불가능한 경우에 차선책으로 의존할 수 있는 대안이 될 수 있다”고 한다.

추어 제한적으로 그 유효성을 인정하는 것이 바람직하다. 이러한 의미에서 미국에서 전개되고 있는 저작권 남용의 법리에 관한 논쟁은 우리나라에서 전개되고 있는 저작권자와 이용자간의 첨예한 대립을 당사자의 의사를 충분히 존중하면서도 공공의 이익과 저작권법이 추구하는 이념에 비추어 저작권의 본질적인 이념을 실현하기 위한 원리가 될 수도 있을 것이다.

[참고문헌]

ABA Section of Antitrust Law, *Intellectual Property Misuse : Licensing and Litigation*, American Bar Association(2000).

Brett Frischmann & Dan Moylan, "*The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse : A Unified Theory & Its Application to Software*", Berkeley Technology Law Journal, Fall 2000.

James A.D. White, *"Misuse or Fair Use : That is the Software Copyright Question"*, 12 Berkeley Technology Law Journal 251(1997).

Kathryn Judge, "*Rethinking Copyright Misuse*", Stanford Law Review, December 2004.

Neal Hartzog, "*Gaining Momentum : A Review of Recent Developments Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine & Analysis of the Doctrine in its Current Form*", Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Spring 2004.

Dennis S. Karjala, *"Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust"*, 9 Cornell Journal of Law & Public Policy 161(1999).

Dan Burk, *"Anticircumvention Misuse"*, 50 UCLA Law Review 1095(2003).

Scher, David Scher, *"The Viability of the Copyright Misuse Defense"*, 20 Fordham Urban Law Journal 89, 95(1992~1993).

J. H. Richman & Jonathan A. Franklin, *"Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with the Public Good Uses of Information"*, 147 University of Pennsylvania Law Review 875(1999).

퍼블릭도메인(Public Domain)에 관한 소고

김 윤 명*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서론
1. 저작권법의 이념
2. 퍼블릭도메인에 관한 연구의 필요성

Ⅱ. 퍼블릭도메인의 사적고찰
1. private property와 앤여왕법
2. private property의 강화와 public domain의 대두

Ⅲ. 퍼블릭도메인의 의의
1. 개념 정의
2. 유사 개념

Ⅳ. 퍼블릭도메인의 이념
1. 퍼블릭도메인의 기본적인 이념
2. 퍼블릭도메인의 근거

Ⅴ. 퍼블릭도메인의 유형
1. 서
2. 저작권법상 제 유형

Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서론

1. 저작권법의 이념

저작권법이 추구하는 이념은 무엇일까? 인터넷 등 디지털기술의 발전과 같은 상황하에서는 일반적으로 저작권법은 저작권이라는 권리를 저작자에게 부여하고, 부여된 권리를 향유할 수 있도록 규정한 법률이라고 보는 것이 어쩌면 당연할 생각일지도 모른다. 그러나, 저작권법은 저작자만을 보호하는 법률은 아니다. 왜냐하면, 저작권이라는 권리가 천부인권의 성격을 가지는 것이 아닌 법·정책적 결단의 결과물로써 창출된 개념이기 때문에 이를 무한정 보호하고, 저작자에게 저작권을 그 보호기간의 제한 없이 설정해줄 수 있는 것은 아니기 때문이다.

입법자는 저작권법이 추구하는 이념을 선언적으로 저작권법 제1조의

* 경희대학교 대학원 법학과 박사 수료

목적조항에 규정하고 있다. 즉, 저작권법 제1조는 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 저작권법이 추구하는 이념이 저작자 및 이와 인접하는 권리자인 저작인접권자 및 데이터베이스제작자를 보호하는 것을 그 목적으로 하고 있음을 선언하고 있는 것이며, 또한 저작물의 공정한 이용을 도모함을 그 목적으로 하고 있다. 이러한 점에서 ‘공정한 형태의 이용’을 저작권법의 또 다른 이념으로써 규정하고 있는 것이다. 이와같이 저작권법은 저작권의 내재적 한계로써 공정한 이용을 선언함으로써 오로지 저작자만을 위한 법이 아님을 알 수 있다.

저작권법의 기본적인 이념인 저작권자의 보호와 저작물의 공정한 이용은 문화의 향상 발전을 그 목적으로 한다. 결국, 저작권법은 어느 일방에 치중하지 않는 균형잡힌 권리 및 이용관계를 형성하여, 정반합의 결과로써 저작행위를 유도하고, 저작물의 이용을 통하여 문화발전을 추구하는 선순환적 고리를 제도적으로 시스템화 시켜놓은 것이다.[2)]

이를 위해 저작권법은 저작권자와 이용자의 영역을 설정하고 있으며, 이용자의 영역에 있어서는 면책적 요건을 부여하여, 침해의 책임을 묻지 않고 있다. 그러나 디지털기술의 발전에 따른 저작권의 이용이나 유통과정에서 다른 여타의 기술 기반과는 다른 문제가 대두되고 있다. 즉, 디지털환경은 정보이용이 저작권자가 통제할 수 있는 영역에서 그 통제를 일반공중에게 넘겨질 수 있는 상황으로 이동해가고 있다는 점에서 저작권의 보호가 강화되고 있는 것이다.[3)] 이는 저작권자 입장에

---

2) 저작권법은 저작권법이 추구하는 이념인 저작권자의 보호 규정 및 공정한 이용을 위한 규정을 구체화시켜 놓고 있다. 즉, 저작자에게는 저작재산권을 부여하고 있으며, 이를 제3자가 허락없이 사용하는 경우에 손해배상 및 형사처벌의 대상이 되도록 함으로써 저작행위에 투여된 비용의 회수를 안정적으로 할 수 있도록 하고있다. 반면, 이용자에게는 저작권의 보호기간을 설정하여 만료된 경우에 자유롭게 이용할 수 있도록 규정하고 있으며, 비보호저작물을 규정하여, 저작권법의 영역에서 벗어나도록 하고 있다. 또한, 저작재산권 제한규정을 통하여, 일정 요건을 충족하는 경우에 저작자의 허락없이 저작물을 이용할 수 있도록 하고있으며, 법정허락제도를 통하여 법률이 정하는 절차에 따라서 저작자의 허락없이 저작물을 이용할 수 있도록 규정하고 있다.

3) 저작재산권은 그 권리자에게 정보유통의 통제권을 부여함으로써 자유로운 정보유통에 일정한 제한을 가하는 시스템으로, 오늘날과 같은 정보사회에서 정보의 유통과 통제 수준을 결정하는 중요한 매커니즘으로 급부상하고 있다. 김승옥, 디지털시대 지적재산권 보호의 헌법상 한계에 관한 연구, 중앙대학교 석사학위

서 자신의 저작물이 아무런 통제없이 디지털환경에서 유통되고 이용되기 때문에 자신의 창작에 대한 투자의 회수가 어렵다는 주장을 하게 된 것이라고 본다. 물론, 이용자의 입장에서는 디지털기술의 발전에 따라, 이용자의 이용권[4]을 저작자가 임의로 제한하게 된다는 점에서 저작권법의 정치한 이념이 붕괴될 수 있다고 우려하고 있는 것이다.

저작권법은 다른 지적재산권법제와 마찬가지로 저작권자의 이익과 이용자의 이익을 어떻게 조화롭게 유지시킬 것인지를 규제한다. 그러므로 저작권법을 다룸에 있어서는 창작자의 권리 뿐만아니라 이용자의 권리에 대해서도 관심을 가져야 한다.[5] 이것이 저작권법이 추구하는 이념에 균형잡힌 접근이라고 본다.

2. 퍼블릭도메인에 관한 연구의 필요성

디지털화 등 과학기술의 진보에 따라 더욱 통제되는 저작권자의 기술적·법적 통제는 저작권법의 정치한 균형관계에도 영향을 미치고 있다. 그 결과 저작권자의 권리영역은 보다 확대되고 이용자의 영역은 축소되고 있다. 제도권에서는 더욱이 p2p나 인터넷상의 유통 등에 대해 음성적인 이용형태로 그 태양을 변질시키고 있다. 그러나 지적재산권법이 추구하는 이념은 물론 저작권법의 이념은 지적 창작행위에 대한 권리 부여, 그리고 그 권리를 이용하도록 환경을 조성하는 것에 있다면 이는 기술에 대해 법률이 의도적으로 배타적인 입장을 견지하는 것이라고 하겠다. 지적재산권법은 지적재산의 창작자에게 독점적인 권리를 부여하여 창작자에게 경제적 이익을 보장하기 위한 것이며, 그러한 동기부여를 통해 인류의 지적재산의 총량이 지속적으로 증가할 수 있게 된다. 그러나 이는 절대적인 것이라고 볼 수 없다. 왜냐하면, 인류의 지적재산의 총량이 증대된다 해도 정보재의 특성상 그것이 널리 전파되

논문, 2003, 3면.

4) 이용권에 대해 명확한 개념을 설정하기는 쉽지 않다. 저작권법상 공정한 이용의 형태로 나타난 것일 뿐 그 자체가 독립된 권리가 아니라는 주장이 다수적 견해라고 보나, 최근 이용자권이라는 적극적인 권리형태로 이해될 수 있다는 주장도 제기되고 있다.

5) 오승종·이해완, 『저작권법』, 박영사, 2005, 12면.

고 수용되는 확산과정이 없다면 무의미하기 때문이다. 따라서, 저작권법은 저작물에 대한 지배권을 인정하여 저작권자의 이익을 도모하는 한편, 일정한 경우에는 일반인의 저작물의 자유이용을 법적으로 허용함으로써 일반 공중의 이익을 도모하는 방법으로 양자의 균형을 맞추고 있는 것이다.[6]

이러한 균형관계의 유지를 위하여 저작권법은 저작권자의 권리를 제한하여, 누구나 이용할 수 있는 공적영역 또는 공유 영역으로써 다양한 형태의 퍼블릭도메인을 규정하고 있다. 그러나 퍼블릭도메인 자체에 대한 개념도 생소할 뿐만 아니라 저작권의 제한에 대한 내용도 일반적이라고 보기는 어렵다. 따라서, 본 연구는 퍼블릭도메인에 대한 일반론에서부터, 저작권법상의 개념과 유형들을 통해 퍼블릭도메인에 대해 재구성해보고자 한다. 구체적으로는 퍼블릭도메인은 저작권법에 규정된 저작자의 권리는 물론, 저작물의 공정한 이용에 대한 구체적인 표현이기 때문에 현행 저작권법에 다양하게 규정되어있거나 또는 해석을 통하여 도출시킬 수 있는 유형 하나하나에 대해 살펴볼 필요가 있다.

그러나 실무상 저작권법상의 퍼블릭도메인 규정에도 불구하고, 최근의 기술적보호조치나 계약자유의 원칙에 따른 제한이 발생할 수 있으며, 또한 권리의 남용을 통하여 저작권자가 이용자의 정당한 이용행위를 제한하는 문제가 발생할 수 있다. 권리남용은 저작권법이 추구하는 이념을 훼손하는 결과를 가져오기 때문에 다양한 연구가 행해지고 있음을 알 수 있다.[7]

권리남용과 더불어, 입법자의 입법론을 통하여 퍼블릭도메인이 제한되는 경우도 있다. 쉬링크랩라이선스, 기술적보호보치 등 기술을 통하여, 저작권자가 당해 저작물에 대해 이용이나 접근을 제한함으로써 사실상의 이용을 배제시킴으로써 '技術的 權利濫用(기술적 권리남용)'을 가할 수 있다는 점이다. 이는 기존의 권리남용과는 달리, 저작권법이 권리남용을 간접적으로 허용하고 있다는 점에서 기술적 보호조치에 대한 입법론적 결단이 요구된다고 하겠다.

---

6) 오병철, 『디지털정보계약법』, 법문사, 2005, 99면.

7) 유대종, 저작권법상 권리남용에 관한 연구, 경희대학교 박사학위논문, 2006; 백형기, 라이센스의 남용과 그 규제에 관한 법적 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2006 등 참조.

Ⅱ. 퍼블릭도메인의 사적고찰

1. private property와 앤여왕법

가. private property의 대두

지적재산이 하나의 권리로써 형성된 것에 대해서 명확한 기록을 확인할 수 없으나 인류의 역사에서 유사한 개념에 대한 기록은 남겨져 있어 그로부터 어느정도 유추해볼 수 있을 것이다.[8] 1710년 영국의 앤여왕법을 근대적 저작권법의 시초라고 하겠지만, 저작권법이 아닌 private property 또는 명예로써 저작물에 대한 권리를 주장한 사건을 통하여 저작권에 대한 관념의 시발을 유추할 수 있는 것이다. 이는 최초의 저작권 분쟁사로 원용되고 있는 '수도승 콜롬바 사건'이라고 한다.[9] 동 사건은 567년 아일랜드 수도승이었던 콜롬바가 인접 수도원을 방문했다가 애보트라는 수도승의 시집을 허락없이 복제하였는데 애보트가 이를 알고 그 복제물을 자신에게 돌려달라고 했지만 콜롬바가 이를 거절하자 왕에게 청구하여, 왕이 이를 애보트에게 반화할 것을 명하였고, 콜롬바가 이를 따랐다는 사건이다. 이러한 역사적 사건은 저작권에 대한 소유권적 관념이었다고 본다.[10]

그러나 15세기 경, 인쇄술의 발명이 인간의 정신활동을 극대화 시키고, 그로 인하여 문화의 발전을 가져온 것은 일종의 지적 변혁이었다고 본다. 소수의 필사에 의한 저작물의 제작과 이에 대한 유통은 그만큼

---

8) 인류의 역사는 재화의 희소성에 따른 경쟁의 역사라고 한다. 이러한 경쟁의 역사에서 인류는 개인의 소유권에 대한 개념을 확립하여왔다고 본다. 소유권의 역사를 확인할 수 있는 기본적인 자료는 성서에 기록된 역사관을 통하여 확인할 수 있을 것이다. 인류의 역사에서 기록은 그 자체가 역사라고 할 수 있으며, 성서는 대표적인 역사서라고 볼 수 있기 때문이다.

9) 이영록, 저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 : 미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로, 연세대학교 박사학위논문, 2004, 5면.

10) 그리스와 로마에서도 표절행위를 비열한 것이라 비난하였고, 그리스인들은 문학작품의 해적행위를 강력히 금지하였다고 한다. 또한, 당시에는 약간의 금전적 이익도 얻은 것은 사실이나 주로 인격적 이익에 관심이 있었다고 한다. 송영식・이상정・황종환, 『지적소유권법(상)』, 육법사, 2005, 94면; 유대종, 박사학위논문, 7면.

이용자의 수요에 적절하게 대응할 수 없었기 때문에 대량 제작 및 유통이 가능하게된 인쇄술의 발명은 인류의 최대 문화유산이라고 볼 수 있는 것이다. 이와 같이 인쇄술은 결과론적으로 인쇄물의 대량생산이 가능하게 되었고, 저작물에 대한 지적향유를 보다 넓게 하였다.[11]

나. 인쇄술의 발명과 인쇄특권제도

1) 서

기본적으로 인류의 지적재산은 퍼블릭도메인의 영역이며, 지적재산이 지적재산권법제에 보호범위에 포함되는 경우에 예외적으로 프라이빗도메인(private domain)화되는 것이라고 하겠다. 인류사에 있어서 지적재산권이라는 개념은 소유권의 역사에서 존재하였을 것으로 생각되나 그 개념이 오늘날과 같은 개념인지는 명확하게 확인할 수 있는 것은 아니다. 다만, 현재와 같이 지적재산으로써 저작권의 개념이 구체화된 시기는 인쇄술의 발명과 연관성이 크다고 본다. 따라서, 인쇄술의 발전에 따른 저작권법제의 변화과정에 대해서 살펴볼 필요성이 크다고 본다. 그 주된 중심은 영국의 앤여왕법으로 한다. 이는 최초의 저작권법이라는 일반적인 견해는 물론, 현재의 저작권법제와 유사한 규정이 있으며, 어떤 면에서는 현대적인 저작권법제에서도 필요한 규정을 담고있기 때문이다.

2) 인쇄술의 발명

15세기 경, 인쇄술의 발명이 인간의 정신활동을 극대화시키고, 그로 인하여 문화의 발전을 가져온 것은 일종의 지적 변혁이었다고 본다.[12] 소수의 필사에 의한 저작물의 제작과 이의 유통은 그만큼 이용자의 수

---

11) 인쇄술은 그 파급효과를 예측하지 못한 기술의 도입으로 인하여 저작권제도에 영향을 끼치게된 최초의 기술이 아닐까 생각한다.

12) 물론, 고려시대의 인쇄술의 발명은 구텐베르그보다 앞섰으나 우리나라에서 저작권에 대한 관념이 싹트지 못한 것은 인쇄술은 물론 책자발간은 국가에서 관장하였기 때문에 사적 재산으로써 저작권에 대한 관념이 형성될 수 있는 환경이 되지 않았기 때문이라고 한다.

요에 적절하게 대응할 수 없었기 때문에 대량 제작 및 유통이 가능하게된 인쇄술의 발명은 인류의 최대 문화유산이라고 볼 수 있는 것이다.

이와 같이 인쇄술은 결과적으로 인쇄물의 대량생산이 가능하게 되었고, 저작물에 대한 지적향유를 보다 넓게 하였다.[13] 베니스에서는 인쇄술의 등장과 함께 서적출판을 새롭게 인식하여, 1517년 저작권법을 제정하였다고도 한다.[14] 그러나 베니스 저작권법은 저작권의 보호기간을 법률에 규정하지 않고 단기간의 보호만을 인정하였고, 권리취득은 새로운 책에 한정하였다고 한다. 베니스의 저작권법은 실제 다른 나라에 영향을 미치지 못하였는데, 이는 베니스자체가 상업 및 기술을 중심으로 하는 사회였기 때문에 저술보다는 장인의 보호에 우선한 것이라고 생각된다.[15]

3) 인쇄특권제도

인쇄술은 처음의 의도와는 달리 타인의 인쇄물을 무단 복제하여 배포함으로써 15세기 말경부터는 저작물에 대한 해적행위가 발생하게 된다.[16] 이는 최초의 저작권 침해유형은 아니더라도, 권리자에게 경제적인 영향을 미칠 수 있는 최초의 대량 침해행위가 이루어진 것이라고 하겠다. 또한, 유럽의 성직자 및 통치자들은 인쇄술의 발전에 따라 새롭고 강력한 정치적・사회적 영향력에 의하여 자신들의 권력이 위협받을 것으로 생각하게 되었고, 이러한 문제들을 해결하기 위하여 인쇄특권제도(또는 출판특권 제도)를 도입하게 된 것이다.[17] 인쇄특권제도는 16세기 이후 여러 나라로 확대되었는데, 이 제도 하에서 저작자는 그의 저작물에 대하여 권리를 가지지 못하고 다만 특허를 받은 출판권자의 독점적 영업권을 통하여 그 이익을 엷게 보호받는 데 지나지 않았다.[18] 인쇄특권제도는 왕실과 특권층은 자신의 권력을 유지하기 위한 통제와

---

13) 인쇄술은 그 파급효과를 예측하지 못한 기술의 도입으로 인하여 저작권제도에 영향을 끼치게된 최초의 기술이 아닐까 생각한다.
14) 전영표, 情報社會와 著作權, 법경사, 1993.
15) 배대헌, “지적재산권 개념의 형성・발전”, 지적소유권법연구 제2집, 271면.
16) 송영식・이상정,『저작권법개설』, 세창출판사, 2004, 13면.
17) 송영식・이상정, 전게서, 13면.
18) 오승종・이해완, 전게서, 13면.

검열이었으며 한편, 출판업자에게 왕의 특혜를 내림으로써 누구나 인쇄하여 배포할 수 있었던 공공재(public goods)였던 서적에 대한 권리가 저작자에게서 출판업자에게 넘어가는 결과를 가져오게 된 것이기도 하다.[19] 이로써 사실상의 private domain[20]이 구체화되었다고 볼 수 있다. 그러나, 여전히 저작권자의 권리는 부재하였으며, 출판권자가 지적권리에 대해서 독점하게 되었다. 이러한 인쇄특권제도에 따른 출판독점권은 새로운 사회에 대한 열망으로 폐지되게 되었다.

이로써 정신적 산물에 대한 퍼블릭도메인 및 private domain에 대한 논의가 본격적으로 이루어졌으며, 대표적인 내용이 앤여왕법의 제정이라고 할 수 있다. 이로써 근대적인 형태의 저작권법제가 출현하게 되었으며, 이는 각국의 저작권법제에 반영되었다.

다. 앤여왕법: 最初 저작권법의 의의

1) 배경

인쇄업자와 왕실의 이해와 맞물려 도입된 사실상의 private property인 인쇄특권은 구질서의 파괴라는 시대적 요청에 의하여 변화될 수밖에 없었다. 이러한 과정하에서 인쇄특권제도는 폐지되었으나 출판업자들은 경제적인 이익과 인쇄물에 대한 무제한의 이용의 문제를 의회에 호소하였고, 의회는 이러한 요청에 의하여 1709년 1월 11일 학문을 장려하며 법정기간동안 인쇄된 복제물에 대한 권리를 그 정당한 권리자에게 보장하는 법안이 하원에 제출되었다.[21] 동 법안은 1710년 4월 10

19) 즉, 인쇄출판자가 인쇄·출판의 독점권을 행사함으로써 저작자의 저작물에 관한 법적 지위를 열악한 사정으로 만들었고, 저작권이란 실질적으로 출판자에게 주어진 복제권을 의미할 뿐이었기 때문이다. 배대헌, 전게논문, 272면.

20) 지적재산권법제 하에서 프라이빗도메인은 퍼블릭도메인과 대비되는 개념이라고 볼 수 있으며, 이는 지적재산권법으로부터 보호받는 영역이라고 할 수 있다. 따라서, 프라이빗도메인은 지적재산권과 동일한 개념으로 이해될 수 있으며, 이는 지적재산권의 제반 유형을 포함한다고 하겠다. 지적재산권의 대두는 지적재산권법의 제정으로부터 시발된다. 물론, 프라이빗도메인이 퍼블릭도메인과 대비되기 위해서는 지적재산권법상 퍼블릭도메인의 영역에 대한 것이어야 하지만 실질적으로 프라이빗도메인의 영역은 개인정보, 프라이버시 등 인격권적 측면의 권리도 포함되는 개념이 될 수 있기 때문에 지적재산권의 영역의 권리만을 프라이빗프라퍼티로 표현한다.

21) 17세기에 개인주의 사상이 표출되고 의회제도가 절대군주제도를 대신함으로써

일 그 효력이 발생되었고, 이것이 앤여왕법으로 알려진 1709년 저작권법이다.[22] 이로써, 왕의 칙령이 아닌 구체화된 법령으로써 저작권법이 제정되었고, 이로써 private property가 저작권법제사에 있어서 공식적인 인정을 받게 된 것이다.

2) 앤 여왕법의 의의

저작권법제사에 있어서 앤여왕법은 다양한 의미를 갖는다. 최초의 저작권법제라는 점은 주지의 사실이며[23], 앤여왕법은 또한 저작권을 모든 사람이 이용가능한 것으로 함으로써 출판업자조합의 독점권을 제거하였고 영구적 저작권 대신 21년[24]의 저작권으로 대체함으로써 서적판매상의 권리를 제한하였다. 다만, 향후 출판될 경우에 앤여왕법은 저작자에게 14년간 및 이 기간 종료시 14년간의 갱신기간 동안 자신의 저작물을 복제할 배타적 권리를 부여하였다.[25]

그러나 앤여왕법은 저작자의 노력의 결과물이 아닌 출판업자의 영업독점을 유지하기 위한 노력의 결과물 이었다. 따라서, 명목상 1710년법의 목적은 첫째, 서적업계의 거래질서 유지, 둘째, 독점의 배제, 셋째, 저작자의 보호였기 때문에 세 번째 목적에 착안하는 경우 앤여왕법은 최초의 근대적 성문 저작권법이라고 할 수 있지만 실제로 1620년경부터 형성된 상관습을 제정법으로 정리하고 또 출판업계의 인쇄특권을

인쇄술에 대한 규제는 약화되었다. 또한 의회제도가 군주제도를 대신함에 따라 기존의 재산권 등에 대한 권리의 부인에 대해 지식인의 반론이 제기되었다. 즉, 존로크는 저작자의 시간과 노력이 투입된 저작물에 대해 저작권자에게 저작권이 부여되어야함을 역설하였고, 이러한 노력이 앤여왕법의 제정을 유도하였다고 볼 수 있다.

22) 앤여왕법은 정식 명칭은 “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned” 이다.

23) 그러나 앤여왕법이 사실상의 최초의 저작권법이라는 견해도 있다. 즉, 이탈리아의 경우에 그보다 앞선 저작권법제가 제정되었다는 것이다. 이러한 견해에 대해 1469년 베네치아가 우선이라고 하나 이는 저작권법이 아닌 출판특허제도의 효시라고 한다(박성호, “한국에 있어서 저작권법제의 도입과 전개”, 계간저작권, 1999 겨울호, 2면).

24) 앤여왕법이 보호하는 21년의 경우는 이미 출간된 서적만을 한정한다.

25) 이영록, 박사학위논문, 20면.

배제하는 것이 주된 목적이었으므로 오히려 산업통제법으로 보기도 한다.[26] 물론, 산업통제법으로써 역할을 하였다는 것은 여전히 인쇄특권으로써 저작자와 저작물의 내용을 통제하였던 관행을 유지하였다는 것을 의미한다. 다만, 앤여왕법은 구체적으로 보호기간을 설정하여, 권리를 저작자에게 부여하였고 엄격하게 그 보호기간을 집행하였다는 점에서 또다른 의미를 갖는 법이라고 본다. 왜냐하면, 앤여왕법을 통하여 출판권자는 자신들의 권리를 행사할 수 있었으나 그 기간이 만료됨으로써 경쟁자가 임의로 복제하는 경우에 있어서 이를 통제할 권한이 없었기 때문이다. 이에 따라 출판권자는 기간을 연장해달라는 청원을 하였으나 의회에서 무산되었고, 보통법(common law) 상의 영구적인 보호가 가능하다는 주장으로 임의로 복제한 자에 대해 법원의 판결을 구하였으나 법원은 이를 인용하지 않았다는 점에서 또한, 타당한 법집행을 한 사례로 볼 수 있다.

2. private property의 강화와 public domain의 대두

가. private property의 강화

앤여왕법에 의한 보호기간이 종료된 출판권의 보호를 위하여 새로운 법체계의 필요성이 대두되었다. 앤여왕법은 그 대상이 책에만 한정되었고, 저작자에게는 자신의 저작물을 인쇄·반포할 수 있는 권리만을 부여하고 있었기 때문이다. 이로 인하여 1734년 및 1767년 판화저작권법, 1777년 인쇄물저작권법, 1814년 조각저작권법이 제정되게 된 것이다.[27] 이로써, 저작자의 권리는 그 범위가 확장되게 된 것이다. 그럼으로써 private property로써 저작권자의 권리는 강화되었고, 반면 이용자의 권리는 약화될 수밖에 없었다. 또한, 19세기와 20세기를 거치면서 다양한 과학기술이 발전하게 되었고, 과학기술은 저작권법제에 많은 영향을 끼치게 되었다. 물론, 새로운 권리가 발생하게 되었고, 반면 그러한 권리는 이용자의 이용권에 대해서 제한을 가져오게 된 것임을 두말 할 나

26) 白田秀彰, 『コピーライトの史的展開』, 信山社出版, 1998, 151-152頁.
27) 송영식·이상정, 전게서, 14-15면.

위없다.

또한, private property로써 저작권이외에 발명이나 고안 등에 대해 독점권을 부여하는 산업재산권법제가 제정되었다. 이로써 private property는 급속하게 확장되고 있다. 이와 같이 private property로써 지적재산권 인간의 지적창작물에 관한 권리와 표지에 관한 권리를 총칭하는 말이다. WIPO 설립조약 제2조 제8항은 "지적재산권이라 함은 문학·예술 및 과학적 저작물, 실연자의 실연, 음반 및 방송, 인간 노력에 의한 모든 분야에서의 발명, 과학적 발견, 의장, 상표, 서비스표, 상호 및 기타의 명칭, 부정경쟁으로부터의 보호 등에 관련된 권리와 그 밖에 산업, 과학, 문학 또는 예술분야의 지적활동에서 발생하는 모든 권리를 포함한다"라고 규정하고 있다.[28] WIPO 설립조약에서 규정한 바와 같이 지적재산권의 범위는 매우 광범위하게 규정되어있음을 알 수 있다.

이와 같은 광범위한 지적재산권의 영역은 사실상 모든 지적 영역을 포함하는 것으로 이해될 수 있으며, private property로써 지적재산은 그 보호범위가 더욱 확대되고 있는 것이다. 디지털환경에서는 다양한 기술이 개발되고 실용화됨으로써 새로운 권리가 생성됨과 아울러, 그 권리를 침해하는 현상이 발생하기도 한다. 이를 반대로 보면 새로운 침해유형이 나타나게 되어 그에 대한 권리를 부여하고 그로써 이용자의 자유로운 이용 형태를 제한하는 결과를 가져오게 된다. 최근 저작권법의 개정을 통하여 도입한 전송권이 대표적인 예라고 할 수 있다.

나. public domain의 대두

퍼블릭도메인이 정보의 자유로운 이용이라는 측면에서 국내 법제에서 사용되는 것은 확인할 수 없으며, 지적재산권법제에서는 베른협약(Beren Convention)[29]을 그 시원으로 볼 수 있을 것이다. 베른협약 제18조에서는 public domain이라는 어휘를 사용하고 있으나 구체적으로 public domain에 대한 개념을 정의한 것이 아니라 저작권의 보호기간이 소멸된 형태의 저작물로써 public domain을 개념지우고 있다.[30]

---

28) 송영식·이상정, 전게서, 5면.

29) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

30) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works §18 (1)

물론, 퍼블릭도메인은 저작권법이 생성되기 이전, 저작권이라는 개념조차도 없었던 경우부터 존재했던 개념이라고 할 것이다. 다만, 이를 퍼블릭도메인으로 개념화시킨 것은 최근의 일이다. 이러한 역사적 측면에서 볼 때, 퍼블릭도메인은 누구나 이용이 가능하고, 이의 이용에 대해서 규제하지 아니하였던 법적 이외의 사회적 함의였다고 할 것이다.

퍼블릭도메인은 private property 이외의 영역으로서 생겨난 것이라고 볼 수 없다. 최초 인류가 지식 또는 정보라는 개념없이 자신들이 가지고있는 경험을 공유하기 시작했을 때부터 그 경험의 공유는 오로지 퍼블릭도메인 영역이었다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 private property의 영역이 대두되었고, 그 영역은 계약과 지적재산권법으로써 보호받게 됨으로써 퍼블릭도메인의 영역은 인간의 경쟁의 결과에 따른 정보의 독점이나 경험의 공유가 제한됨으로 더욱 좁아지고 있는 것이다.

저작권법제사에 있어서 퍼블릭도메인에 대한 표현은 없었다고 하더라도, 그 개념은 앤여왕법에서 출판권자에게 독점권을 형성하면서 이미 지적재산권법제에 포함된 것이라고 볼 수 있다. 다만, 역사적인 과정에서 퍼블릭도메인은 적극적이고 능동적인 개념이 아닌 독점권과 상충되는 소극적 개념으로 발전해 오고있는 것이다.

그러나 문제는 디지털기술의 발전에 따라, 기존의 퍼블릭도메인의 영역이 private property의 영역에 의해 잠식당하고, 그 잠식은 법적인 지원을 통화여 광범위하게 이루어지고 있다는 점이다. 가장 극명한 예는 저작자의 권리를 보호한다는 명목하에 기술적보호조치가 법제화 되었고, 다시 이를 해제한 경우에는 저작권법을 위반한 것으로 보고있는 WCT 및 이를 각국에 수용한 저작권법제라고 할 것이다. 즉, WIPO 저작권조약 제19조 “기술적보호조치 의무” 조항에서는 기술적보호조치를 각국에서는 입법화하도록 하고있으며, DMCA와 우리나라 저작권법에서는 기술적보호조치 규정을 도입하고 있다.

The Convention shall apply to all works which, at the moment of its coming into force, have not yet fallen into the public domain in the country of origin through expiry of the term of protection.

(2) If, however, through the expiry of the term of protection which was previously granted, a work has fallen into the public domain of the country where protection is claimed, that work shall not be protected anew.

물론, 기술적보호조치는 권리자의 권리가 디지털환경에서 아날로그 환경에서 보다 침해가 광범위하게 이루어질 수 있다는 점에서 문제라고 주장한다면 이를 적극적으로 부인할 수는 없다고 본다. 다만, 어느 시대에라도 저작권의 보호는 완벽하게 이루어질 수 없었다는 점, 그것이 바로 저작자의 권리를 침해하는 것으로 연결되는 것은 아니라는 점에서 오로지 디지털환경에서 저작권의 보호를 강화하는 것은 또다른 문제를 가져올 수 있다는 점을 지적하는 것이다.

기술적보호조치 및 권리관리정보는 디지털환경에서 저작권자가 자신의 저작권을 통제하기 위하여 만들어낸 기술적 개념을 WCT 등 국제조약을 통하여 구체화시킨 개념이라고 할 것이다. 그리고, 다시금 이를 회원국이 법적으로 규정하도록 의무지움으로써 각국은 저작권법의 개정을 통하여 이를 구체화하고 있는 것이다.

이러한 법적 강화에 반발하여 퍼블릭도메인을 적극적인 개념으로 위치를 가지게 하려는 시도가 이루어지고 있는 것이다. 주로 SW 분야에서 이루어지고 있는 GPL이나 free software 운동이 그 예이며, creative commons나 Free content 운동 및 copyleft 운동이 콘텐츠 분야에서 이루어지고 있는 퍼블릭 도메인의 적극적인 개념이 이용을 의도하는 행태라고 할 수 있다.

결국, 역사적으로 보면 완전한 퍼블릭도메인에서 private property의 영역이 출현하였고, private property의 영역은 퍼블릭도메인의 영역을 위축시켜왔고, 최근에는 그 영역에 대한 기술적 조치를 통하여 강화하려는 경향을 지니고 있다. 이에 반발하여, 다양한 형태의 퍼블릭도메인의 유형이 대두되고 있는 것이다. 지금에 있어서, 퍼블릭도메인은 지적재산권의 강화에 대한 반발의 형태에서 출발한 것이라고 하겠지만, 원래적인 형태나 지적재산권법제의 장래에 있어서 권리와 이용관계 또는 창작과 이용의 보호라는 기본적인 법이념에 대한 최소한의 확인의 형태로 이해될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 퍼블릭도메인의 의의

1. 개념 정의

가. 서

현행 저작권법상 퍼블릭도메인에 대해 구체적으로 정의하고 있는 규정은 없다. 저작권법을 전체적으로 분석하여 퍼블릭도메인에 포함될 수 있는 규정을 통하여, 그 개념을 유출할 수 있을 뿐이다. 따라서, 개념에 따라 저작권법에서 적용가능한 사항을 재구성하여 퍼블릭도메인에 대한 정의를 연혁적으로 살펴보고자 한다.

저작권법에서 퍼블릭도메인이 구체적으로 무엇을 의미하는 지에 대한 정의 또는 논의를 찾아볼 수 없다고도 하나,[31] 실제 많은 문헌에서 공유, 퍼블릭도메인이라는 용어를 사용하고 있음을 알 수 있다. 즉, 국내에서는 판례 및 문헌을 보면, 퍼블릭도메인이라는 표현 대신, 공유, 만인의 공유 등이라는 용어를 사용함으로써 퍼블릭도메인이라는 직접적인 표현이 아닌, 퍼블릭도메인이 내포된 개념화된 용어로써 쓰여지고 있는 것임을 알 수 있다.

나. 산업재산권법상 개념정의

1) 특허법상 퍼블릭도메인

특허법의 보호대상은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것이다. 즉, 기술적 사상이라는 아이디어를 보호하는 것이라는 점에서 아이디어의 독점을 인정하는 것이라고 볼 수 있다. 다만, 그 아이디어는 구체적으로 명세서에 표현되어야 하며, 그 표현이 기존의 발명과 비교하였을 때, 신규성 및 진보성을 갖출 것을 요구한다. 그러한 요건이 충족된다면 아이디어는 독점권으로써 보호되는 것이다. 물론, 저작권법과는 다른 엄격한 심사주의를 취하기 때문에 模倣禁止權(모방금지권)인 저작권과는 다른 독점권인 특허권을 부여하는 것이다. 그러나 당해 발명에 대한 특허권은 오로지 특허권자만이 행사할 수 있는 것이기 때문에 저작권법과는 다른 보호기간을 규정하고 있는 것이다. 또한, 특허권은 사유재산의 형태이지만, 일정한 경우에는 특허권자의

31) 유대종, 박사학위논문, 201면.

허락없이도 이를 실시할 수 있도록 규정하고 있다.
또한, 보호기간이 만료된 특허는 누구나 실시가 가능하기 때문에 창작물을 이용한다는 면에서 보면 저작권법과는 다르게 퍼블릭도메인의 이념을 충실히 따르고 있는 것이다. 즉, 기간이 만료됨으로서 공지공용의 기술이 되기 때문에 이는 명확하게 퍼블릭도메인화되는 시점이나 그 범위를 등록원부 및 명세서를 통하여 확인할 수 있기 때문에 퍼블릭도메인에 대한 시스템으로써 연구할 가치가 충분하다고 본다.

또한, 특허법은 일정한 경우에는 당해 특허를 취소할 수 있도록 규정하고 있다. 물론, 취소라는 개념이 본래적인 특허의 취소라기 보다는 잘못 부여된, 즉 퍼블릭도메인에 있을 특허를 프라이빗프라퍼티의 영역인 특허권으로 보호한 것이라고 하다면, 이는 퍼블릭도메인의 영역에 대한 재확인이라는 점에서 그 제도적 가치를 찾을 수 있다고 본다.

아울러, 특허권자의 포기를 통하여 퍼블릭도메인화 할 수도 있다. 이는 재산권에 대한 포기이기 때문에 다른 여타의 권리행사의 경우에도 동일하게 적용될 수 있는 방법이라고 본다. 즉, 특허권의 포기는 그 절차적인 규정은 없지만, 재산권의 일종이기 때문에 포기가 가능하다고 보아야 한다. 다만, 특허는 등록원부가 존재하기 때문에 포기등록을 통하여 권리관계를 공시를 통하여 명확히 하는 것이 이후 권리관계에 따른 분쟁에 있어서 논란이 없을 것이다. 또한, 특허권에 대한 상속권자가 없을 경우, 당해 특허는 국유화되고 소멸된다.[32] 따라서, 퍼블릭도메인의 영역에 포함되게 된다.

이상과 같이 특허법상 퍼블릭도메인이 가질 수 있는 의의는 무엇보다도 특허권이 만료되거나 특허법상 보호대상으로 포섭되지 아니한 공지 및 공용의 기술이라는 점이다. 이러한 공지공용의 기술인 선행기술은 만인의 공유 영역에 있는 것이기 때문에 누구나 이용이 가능하며, 이로써 새로운 권리를 부여하는 심사과정에서 실질적인 권리에 대한 제한으로써 역할을 하게된다. 더욱이 특허권의 보호대상이었던 기술도 그 보호기간이 만료되면 퍼블릭도메인의 영역으로 귀속된다. 동일한 기술에 대해서는 어떠한 권리가 존재하지 않게 되며, 이에 대해 보상체계가 성립되지 아니한다.

---

32) 특허법 제124조(상속인이 없는 경우의 특허권의 소멸) 특허권은 상속이 개시된 때 상속인이 없는 경우에는 소멸된다.

지적재산권법의 본질적 이념이며, 자유로운 사상과 이념의 전파 및 기술의 발전이라는 인간의 본래적인 습성을 가장 잘 대변해줄 수 있는 것이 바로 특허제도라고 본다. 그중 특허법의 보호대상이라고 볼 수 없는 공지공용의 선행기술이라고 하겠다. 따라서, 실질적인 퍼블릭도메인으로써의 모델은 특허법에서 찾을 수 있을 것이다.

2) 영업비밀보호법상 퍼블릭도메인

「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하「영업비밀보호법」이라 칭함)은 영업비밀을 규정하고 있으며, 영업비밀은 오로지 영업비밀로써 보호가 될 경우에 한하여 private property로써 보호된다. 이는 특허제도와 저작권제도와는 다른 보호형태를 취하고 있다. 즉, 일반적인 지적재산권법제와는 달리 영업비밀보호법은 영업비밀이 보호적격을 갖춘 경우에는 영구적인 보호를 원칙으로 하고있는 것이다. 영구독점이라는 면에서는 특허권보다 강화된 형태인 것이다. 다만, 보호적격을 상실한 경우에는 어떠한 법적 보호를 받을 수 없다는 점에서 그 한계는 있다고 하겠지만 예외적인 사유를 규정하고있지 않기 때문에 영업비밀의 경우에는 퍼블릭도메인의 영역이 그만큼 좁다. 다만, 영업비밀 그 자체에 대한 범위를 알 수 없는 것이기 때문에 접근가능성이 없었다고 한다면 저작권과 마찬가지의 모방금지권과 유사한 형태의 권리와 같은 효력만을 가지게 된다. 그러나 영업비밀보호법은 저작권법이나 특허법과 달리 퍼블릭도메인의 영역에 있어서 자발적이지 아니한 이상 법적 제한을 벗어나기는 어렵다. 침해의 일유형이나 권리자의 공개와 같은 결과로 영업비밀의 요건을 벗어나게 된 경우가 아니라면 영업비밀은 어떠한 경우라도 퍼블릭도메인의 영역에 포함될 수 없기 때문이다.

영업비밀보호법은 어떤 면에서 있어서 특허법보다 강력한 권리보호가 가능하게 하는 법률이며, 극단적인 면에서 본다면 전혀 퍼블릭도메인을 형성할 수도 없으며, 기술의 발전이나 진보에 기여할 수 있는 제도라고 보기는 어렵다고 하겠다. 이러한 이유로 영업비밀은 영구적인 보호를 받을 수 있다는 점에서 private property의 절대적인 위치에 있다고 할 것이다.

다. 저작권법상 퍼블릭도메인의 개념

앞에서 살펴본 바와 같이 퍼블릭도메인은 영미문화권에서 사용하는 어휘를 도입하여, 사용하고 있는 개념이다. 이는 public domain의 '공공의 영역'으로 이해될 수 있으나 공공의 영역은 공익이라는 포괄적 개념으로 이해되기 때문에 퍼블릭도메인은 public interest와는 다른 개념이나 공익의 한 영역이라고 볼 수 있다.

현행, 저작권법상 퍼블릭도메인은 저작권법이 규제하는 범위가 아닌 영역의 저작물 또는 그 영역을 의미한다고 하겠다. "전통적인 지적재산권분야에 있어서 public domain은 지적재산권제도의 당위성을 설명하기 위하여 필요한 개념정도로 소극적으로 정의되어 왔으며, 이는 public domain이 지적재산권 창조자에게 정해진 기간동안 독점적 권리를 인정해주는 대가로 대중들이 궁극적으로 그 재산을 자유로이 이용할 수 있는 정도로 이해하였다."[33] 이는 이미 지적재산권의 영역에 있어서 기간에 대한 독점권이 소멸한 경우를 의미하는 것으로, 시적 제한의 예라고 할 수 있다. 이러한 시적 제한 이외에 저작권법은 퍼블릭도메인에 대한 명문의 규정은 아니지만 다양한 유형의 규정을 두고 있다. 먼저 아이디어·표현 이분법을 통한 창작성있는 표현물을 보호토록 하고있으며, 둘째, 저작재산권 제한규정을 두고 있으며, 셋째, 보호기간을 설정하고 있으며, 넷째, 법정허락제도를 두고 있으며, 다섯째, 비보호저작물을 규정하여 저작권법의 보호범위밖에 두고있으며, 여섯째, 저작권 소멸 규정을 두고있으며, 기타 저작권자의 저작재산권 포기에 대한 해석이 가능하도록 하고있으며, 배포권의 제한과 ISP 책임 제한규정을 통하여 저작물의 퍼블릭도메인화를 가능하게 하고 있다.

그러나, 제한규정 및 법정허락제도 등이 퍼블릭도메인의 범주에 포함될 수 있는 지에 대해서는 논란이 있을 수 있으나[34], 저작권법의 취지에서 볼 때, 새로운 창작활동의 원재료 내지 자극으로써 자유로운 이용보장의 필요성이 인정되고 또한 제한적 요건이지만 누구나 자유로운 저작물의 이용이 가능하다는 측면에서 퍼블릭도메인에 포함된다고 본다.

---

33) 최정환, "Public Domain의 새로운 이해", 계간저작권 제69호, 2005.3, 6-7면.
34) 최정환, 전게 논문, 12면; 유대종, 박사학위논문, 202면.

이와 같이 저작권법상 퍼블릭도메인에 대한 명확한 정의를 내리기는 쉽지 않지만, 본 연구에서는 정의개념보다는 그 유형에 따른 접근 개념을 염두에 두고자 한다.

라. 본 논문에서의 개념 정의

본 논문은 연구목적에서 밝힌 바와 같이 저작권법상의 퍼블릭도메인에 대한 법적인 고찰을 목적으로 하기 때문에 저작권법상의 개념을 우선적으로 차용하여 이용하고자 한다. 물론, 지적재산권 전 분야에서 퍼블릭도메인의 개념은 동일하게 적용될 수 있다는 점은 이론의 여지가 없다. 즉, 권리자 또는 관련 법의 저촉됨이 없이 당해 지적재산권을 이용할 수 있는 것이라는 점에서 포괄적인 개념으로 볼 수 있는 것이다. 지적재산권법이 보호하는 대상과 그렇지 아니한 대상의 2분법적 구분에서 본다면, private property의 영역과 public domain의 영역은 쉽게 구분되어질 수 있는 것처럼 보인다. 그러나, 그 중간적 영역은 항상 명확하게 구분되는 것은 아니기 때문에 구체적인 사안에 따라서, 양 영역의 교차에 대한 판단은 법원에서 이루질 수밖에 없다고 하겠다. 실무적인 측면에서의 개념적 정의는 절차적 정의에서 찾아볼 수밖에 없겠으나 퍼블릭도메인에 대한 정의는 특허법, 영업비밀보호법 및 저작권법에서 유추할 수 있는 공유의 개념에서 정리할 수 있다고 생각된다.

다만, 포괄적인 개념은 지적재산권법이 추구하는 이념의 달성이 아닌 헌법 또는 국제조약상의 이념을 지적재산권법에서 일반화시켜 규정한 것이고, 저작물의 경우에 저작권법에서 이를 구체화시켜놓고 있는 것이다. 이러한 측면에서 본 논문에서의 퍼블릭도메인에 대한 개념 정의는 아래와 같이 하고자 한다.

퍼블릭도메인이라 함은 “저작권법상 본래적으로 보호대상에 포함되지 아니하는 아이디어와 그 보호범위에 있지 아니한 저작물 및 저작권자의 이용허락 또는 법적 저촉 없이 저작물을 이용할 수 있는 상태의 것”을 말한다.

2. 유사 개념

퍼블릭도메인은 그 스펙트럼이 상당히 넓은 개념임을 알 수 있다. 즉, 저작권법상의 권리제한영역이라는 점, 권리가 소멸된 영역, 또는 보호받지 못하는 영역의 정보 또는 아이디어를 누구의 허락 없이도 이용할 수 있는 개념이기 때문이다. 현행 저작권법 또는 하나의 문화 내지 운동으로서 퍼블릭도메인이나 퍼블릭도메인을 구체화하는 개념이 공정이용, 자유이용, 카피레프트, 오픈소스 및 공개소프트웨어 등이라고 하겠다. 즉, 구체화된 개념을 통하여 퍼블릭도메인의 영역은 보다 명확해지고, 저작물 등 정보의 자유로운 이용이 가능해진다고 하겠다. 아래에는 퍼블릭도메인의 적용에 있어서 상관있는 개념들에 대해 간략하게 살펴보고자 한다.

가. 공정이용(fair use)

공정이용은 영미법상의 fair use 또는 fair dealing의 개념을 도입한 것이다. 즉, 법률이 규정한 권리에 대한 권리자의 이용허락이 없이도 당해 권리를 이용할 수 있는 제도적 개념이라고 하겠다. 특히, 저작권법은 미국 저작권법의 공정이용법리나 자유이용에 대한 규정을 두고 있다.

공정이용은 미국 판례법상 발전된 개념이 1978년 개정법을 통하여 구체화된 개념이라고 하겠다. 즉, 타인의 저작물을 이용할 때, 일정한 요건을 갖춘 경우라고 한다면, 당해 저작물을 저작권자의 허락없이도 이용할 수 있다는 법이론이다.

따라서, 저작권법이 추구하는 공정한 이용의 이념을 달성할 수 있다는 점에서 자유이용은 퍼블릭도메인과의 관계에 있어서, 일정한 절차적 요건으로써 볼 수 있을 것이다. 다만, 자유이용규정은 공정이용과는 달리, 일반적인 요건을 규정하고 있기 때문에 동일하게 볼 수 있는 것은 아니다. 즉, 공정이용은 일정한 요건에 해당하는 경우[35], 모든 이용의

35) 미국저작권법 제107조 배타적 권리에 대한 제한 : 공정사용
제106조 및 제106조의 A의 규정에도 불구하고 비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권으로 보호되는 저작물을 복제물이나 음반으로 제작하거나 또는 기타 제106조 및 제106조의 A에서 규정한 방법으로 사용하는 경우를 포함하여 공정사용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서 다음을 참작하여야 한다.

형태에 적용될 수 있지만, 자유이용은 일정한 경우 및 당해 경우라고 하더라도 일정한 요건을 충족하여야 만이 자유이용의 효과를 가질 수 있다는 점에서 그 차이가 있다고 하겠다.

나. 자유이용(free use)

자유이용이라 함은 특정한 경우 일반공중이 저작권자의 허락을 받지 아니하고 저작물을 자유롭게 이용하는 것을 말한다.[36] 즉, 공정이용이 일반적인 저작권의 제한에 대한 기준이라고 하다면, 자유이용은 저작권의 제한규정을 포함하여 저작권자의 허락없이 자유로이 이용할 수 있는 상태를 의미한다고 하겠다.[37] 공정이용은 자유이용이 전제하고 있는 특정한 경우에 대한 판단을 위해 판례법상 축적된 기준이라고 할 수 있다. 따라서, 공정이용에 해당하는 기준을 통하여 자유이용에 대한 개별적이고 구체적인 판단을 하게되는 것이다.

또한, 자유이용은 저작권자의 허락없이 저작물을 이용할 수 있다는 점에서 퍼블릭도메인의 영역과도 상당부분 중복될 수 있는 개념이라고 할 수 있다. 왜냐하면 자유이용은 광의의 저작권제한과 같기 때문이다.

---

(1) 그러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등 그 사용의 목적 및 성격
(2) 저작권으로 보호되는 저작물의 성격
(3) 사용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성, 그리고
(4) 이러한 사용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향. 위의 모든 사항을 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 미발행되었다는 사실 자체는 공정사용의 결정을 방해하지 못한다. (개정 : 1990. 12. 1. P.L. 101－650 ; 1992. 10. 24. P.L. 102－492)

36) 오승종・이해완, 전게서, 330면; 하용득, 『저작권법』, 법령편찬보급회, 1988, 172면.

37) 저작권법은 아니지만 이러닝산업발전법에서는 '자유이용정보'에 대한 정의를 두고 있다. 즉, 동법 제2조 제5호에서는 자유이용정보를 저작권법 제10조의 규정에 의한 저작권이 소멸되어 무상으로 이용할 수 있는 교육・학술・문화・산업・과학기술 등에 관한 지식이나 정보로 정의하고 있다. 최초 제안시에는 '저작권법 제10조의 규정'이라는 단서를 두지 않았지만, 단서를 둠으로써 저작인격권이 소멸되는 것까지 염두에 둔 규정이라고 보나 이는 저작인격권에 대해 이해하지 못한 결과라고 하겠다. 그렇지만, 자유이용정보는 저작권법상 규제를 받는 대상이라고 할 것이다.

그러나, 퍼블릭도메인은 자유이용이라는 저작권법상의 구체적인 제한규정을 의미하기 때문에 저작권자의 허락없이 저작물의 영역은 물론 영역이외에 있는 상태의 것을 이용할 수 있는 것이기 때문에 그 차별성을 갖는 것이라고 하겠다.

결국, 자유이용은 공정이용이라는 해석기준을 통하여 당해 저작물의 이용형태에 대해 구체적으로 적용하는 방법론적 접근이라고 하겠다. 따라서, 자유이용은 저작권법상의 광의의 제한규정이라고 할 수 있는 법정허락제도까지 포함되는 개념이라고 본다.

다. 카피레프트

카피레프트(copyleft)는 저작권(copyright)이 갖는 어휘적 특성을 통하여 저작권의 범주에 포함되지 않는 영역을 패러디한 개념이다. 즉, 저작권이 만료되거나 충족되지 아니한 영역을 확대하고자 하는 일종의 운동(movement)의 형태라고 볼 수 있다. 따라서, 카피레프트는 저작권법에서 인정될 수 있는 영역이라기 보다는 저작권법의 관계에 있어서 저작권법이나 제도의 개선을 추구하는 것으로 이해될 수 있다.[38]

따라서, 카피레프트는 퍼블릭도메인을 추구하는 방법론적 접근이라고 할 수 있다. 그 방법론에는 자발적으로 저작권을 포기하거나, 포기된 저작물을 자유로이 이용할 수 있는 환경을 마련하거나 제도적인 개선방안을 정부에 제안하는 방법 등이 있다. 이러한 방법론을 통하여 저작권법이나 저작권자가 권리를 강화해나가는 것을 제지하기도 한다.
이와같이 카피레프트가 추구하는 이념이 저작권법의 공정한 이용과 맞물린 부분이 있기 때문에 저작권법의 목적과 이념에 대한 고려에 있어서 카피레프트의 주장을 반영할 필요성도 크다고 본다.

라. 유상공유제도(domaine public payant)

유상공유제도라 함은 이미 퍼블릭도메인의 영역에 포함된 저작물 등에 대해 이용의 대가로써 비용을 지불하는 제도를 말한다. 이 제도를

38) 박성호, "'카피레프트(Copyleft)'와 정보공유운동의 방향", 디지털재산법연구 제1권 제1호, 2001.1 참조.

인정하려는 근본적인 이유는 일정 기간만으로는 저작자를 충분히 보호하지 못하는데 있다.[39] 예를 들면, 월북작가의 작품이나 또는 금서로 지정된 경우의 저작물에 대해서는 저작권법상 보호기간이 만료된 경우에 있어서 이를 보상해주기 위하여 유상공유제도를 도입하는 것이다.

또한, 유상공유제도는 저작권법의 취지에 위배된다고 하겠지만, 정보의 이용에 있어서 선행될 것은 가공되어야 한다는 점이다. 가공의 과정에서 소요되는 비용이 절대적인 것이라면 이용자는 일종의 정보이용 대가로서 비용을 지불하는 것은 퍼블릭도메인의 이용의 대가가 아닌 그것을 이용할 수 있도록 해준 것에 대한 대가를 지불하는 것으로 볼 수 있다.

유상공유제도의 취지는 이미 공유로 된 저작물로부터의 수입으로 생존하는 저작자 등을 도와주기 위한 회전체계이며,[40] 사용료는 일종의 문화세라고 한다. 프랑스에서는 재정법에서 규정하고 있으며, 튀니지모델법 제17장은 이의 모델을 보여주고 있다.[41] 본 제도에 대해서 법정허락제도와 대비하여 설명하기도 하지만,[42] 추급권과 비교할 수 있는 성질도 있다. 즉, 미술저작물을 판매의 형태로 양도한 후에 재판매되는 과정에서 발생하는 이익의 일부를 원저작권자에게 보상해주는 취지에서 볼 때, 유상공유제도는 추급권과 비교된다고 본다. 그러나, 추급권의 목적상 이해할 수 있으나 민속저작물(folklore)[43]의 보호도 같은 성질의 것으로 볼 수 있는지는 의문이다. 이미 퍼블릭도메인이 되어버린 저작

---

39) 김문환, "저작권법의 문제점과 개선방안", 계간저작권 제7호, 1989.9, 7면.

40) 즉, 유상공유제도를 통하여 얻은 수익의 일부를 자격있는 저작자의 이익이나 사회적 혹은 문화적 목적을 위하여 배정되는 것이 본 제도의 취지라고 할 것이다. 박원순・방선희, 『저작권법: 비교법적 측면을 중심으로』, 법경출판사, 1986, 238면.

41) "이용자는 국가 민속저작물을 포함한 공유상태(domaine publique)의 저작물을 이용하거나 번안함으로써 발생하는 수익의 ( )%를 주무관청에 지급하여야 한다. 징수된 금액은 다음의 목적을 위하여 쓰여 진다. ① 저작자협회나 협동조합, 길드 등과 같은 저작자(및 실연가)의 이익을 위한 단체의 조성 장려, ② 민속저작물의 보호 및 보급." 송영식・이상정, 전게서, 217면.

42) 하상익, 저작권법상 법정허락제도에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문, 2003, 53면.

43) 민속저작물에 대한 구체적인 연구는 이호홍, 포크로의 법적 보호에 관한 연구: 이론적 검토를 중심으로, 저작권연구자료 33, 저작권심의조정위원회, 2000.12 참조.

물에 대해서 법적 보호를 꾀하는 것이 저작권법의 취지에 위배될 수 있다고 보기 때문이다. 다만, 그 자체가 투자를 통하여 발생하는 결과물이 아닌 그 투자에 대한 보호라고 한다면, 특별법의 제정을 통하여 투자에 대한 보호는 용인될 수 있을 것이다.[44]

Ⅳ. 퍼블릭도메인의 이념

1. 퍼블릭도메인의 기본적인 이념

퍼블릭도메인은 특정국의 문화정책이나 교육정책 등과 밀접한 관련을 맺고 있으며, 저작물의 이용기술이 발전하고 있어 저작물의 자유이용에 관한 타당한 법리의 탐구가 저작권법의 과제이기도 하다.[45]퍼블릭도메인의 개념은 사적고찰에서 살펴본 바와같이, 저작권제도의 강화에 따른 일종의 대응책으로 대두된 개념으로 볼 수 있다. 그러나, 퍼블릭도메인을 구체화함에 있어서 필요한 이념은 다양하다. 저작권법상의 이념은 물론, 헌법상의 이념에 있어서도 퍼블릭도메인의 필요성은 명확하다고 할 수 있다. 특히, 저작권법은 헌법이념을 구체화한 법률이기 때문에 헌법상의 이념적 적용을 받는 것은 당연하다고 하겠다.

그러나 퍼블릭도메인의 이념이 헌법상의 것이라고 하더라도 헌법이 추구하는 이념이 균형의 원리라고 한다면, 이를 구체화한 저작권법에서도 당연히 균형과 조화에 근거한 정책방향을 설정하여야할 것이다. 즉, 퍼블릭도메인을 구성하는 저작권제한이나 자유이용을 광범위하게 인정하게 되면 저작권 제도는 공동화하게 되고 따라서 저작자의 창작의욕은 저하되고 문화는 고갈하게 되기 때문이다.[46] 물론, 퍼블릭도메인을 극도로 억제하여 저작자의 배타적 권리를 과도하게 보호하게 되면 저작물의 다양하고 공정한 이용이 불가능하게 되어 문화적인 윤택함은 상실되고 교육에도 많은 문제점이 노출되기 때문에 저작자의 이익과

---

44) 예를들면, 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 저작권법의 보호영역에 있는 저작물이나 공유화된 퍼블릭도메인에 대한 투자에 대한 보호를 목적으로 제정된 법이라고 할 것이다.
45) 하용득, 전게서, 173면.
46) 하용득, 전게서, 173면.

저작자의 문화적 기여를 향유할 일반공중인 이용자의 이익은 저작권법에 의해 적절하게 조화되고 조정되어야 하는 것이다.[47] 따라서, 저작권자는 저작권법이 규정한 제한 규정을 포함한 퍼블릭도메인의 영역에 있어서 제한을 수인하여야 한다. 물론, 지금과 같은 디지털기술의 발전에 따른 새로운 권리침해 태양에 따라 기술적 권리남용이나 계약 또는 저작권법의 강화를 통하여 자신의 권리를 지키려는 노력은 이해할 수 있으나 너무 과도하게 이용자의 권리가 제한되는 면이 있기 때문에 저작권법이 추구하는 이념이 훼손될 수 있음은 주지의 사실이다. 따라서, 퍼블릭도메인은 저작권제도의 이념은 물론, 저작권자와 이용자와의 이용관계에 대해 그 이념을 구체화하고 이에 따라 해석하고 적용할 필요가 있다.

2. 퍼블릭도메인의 근거

가. 헌법상 창작 등 공익규정

헌법은 창작자의 보호는 물론, 정보의 자유로운 이용관계를 정립시켜 놓고 있으며, 개별 법률을 통하여 구체화하고 있다. 퍼블릭도메인의 이념적 체계는 헌법상의 알권리와 표현의 자유에서 출발한다고 하겠다. 이를 위하여 창작자의 권리를 보호하지만 보호의 결과 저작자로 대별되는 창작자의 권리가 강화되면 다시 재산권의 제한규정을 통하여 저작권을 제한할 수 있도록 규정함으로써 저작권에 있어서 헌법이념은 선순환적인 견지에서 이루어지고 있음을 알 수 있다. 이러한 헌법의 선순환적 견지에서 바라보는 퍼블릭도메인이 추구하는 이념은 아래와 같이 헌법에 근거한다고 볼 수 있다.

1) 지적재산권 규정

헌법은 재산권의 일반적 규정과 창작자의 보호규정을 통하여 저작자를 보호하도록 규정하고 있다. 즉, 동법 제22조 제2항은 “저작자・발명

47) 하용득, 전게서, 173면.

가・과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”라고 규정하고 있다. 다만, 타인의 재산권을 제한하기 위해서는 법률을 통하여 하도록 규정함으로써 타인의 재산권을 제한하는 경우에는 명확히 하도록 하고 있다.

이와 같이, 헌법은 타인의 재산권의 일종인 저작권을 제한할 수 있도록 근거하고 있으며, 이를 통하여 저작권법은 목적조항과 저작권 제한에 관한 제규정을 통하여 이를 이념화 하고있는 것이다.

2) 알권리 및 표현의 자유 규정

퍼블릭도메인이 갖는 정치적인 이념중의 하나는 저작물의 이용관계에서 제한되는 정보의 집중화를 해소하고자하는 것이다. 정보의 집중화나 접근제한은 정보에 대한 편중의 결과를 가져오기 때문에 이에 대한 사회정책적 제한이 필요하다는 측면에서 이해될 수 있다. 따라서, 정보격차의 해소는 자본과 정보력을 기반으로 지적재산권의 영역에서 정보를 독점함에 반발하여 대두된 개념이라고 할 수 있다.

알권리(right to know)라 함은 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 보고, 듣고, 읽을 자유와 권리일 뿐만 아니라 정보의 공개도 청구할 수 있는 권리이다.[48] 알권리가 국민이 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 정보를 수집하고 언론기관이 취재활동을 할 수 있는 권리를 의미할 경우에는 헌법과 법률에 의하지 아니하고는 제한받지 아니하는 자유권적 성격을 가지며, 알권리가 공공기관의 정보에 대한 공개청구권을 의미할 경우에는 청구권적 성격을 가진다.[49] 즉, 정보공개와 관련된 알권리의 법적 성격은 정보공개법이 제정되기 전에 정보공개청구는 자유권이었으나 정보공개법의 제정으로 인하여 청구권적 성격도 아울러 갖게 되었다.

물론, 정보격차가 가지는 사회적, 정치적 의미는 단순하게 정보라는 접근성을 확대시키거나 완화시키는 것이라고 하겠지만, 구체적으로는 저작권이라는 권리로써 제한되고 있는 보다 가치있는 저작물에 대한 보편적 이용이 가능하도록 제한할 필요가 있다는 점이다.

---

48) 김중량,『정보공개법』, 법문사, 2000, 6면.
49) 권영성,『헌법학원론』, 법문사, 2003, 470면.

다만, 알권리라고 하더라도 일정한 경우에는 제한될 필요성이 있다. 국가안위와 개인의 프라이버시 보호를 위한 경우에는 비례의 원칙이나 利益衡量(이익형량)을 통하여 알권리에 대한 사항과 판단을 하여야할 것이다.[50]

3) 교육목적 규정

교육목적 규정은 헌법에서 규정하고 있는 근거로는 헌법 제22조 제1항을 들 수 있다. 즉, "모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다"라고 규정함으로써 학문적인 목적을 위하여 타인의 저작물을 이용할 수 있는 근거로 볼 수 있는 것이다. 그리고, 이러한 헌법의 이념은 저작권법 제23조, 제25조 및 제28조 등 수많은 조항을 통하여 구체화되고 있음을 알 수 있다.

4) 재산권 제한 규정

헌법은 재산권의 제한에 관한 규정을 두고 있다. 헌법은 앞서 살펴본 바와같이 사유재산권제도를 인정하면서도 일정 부분에 있어서 법률적인 한계설정을 인정하고 있다. 아울러, 사유재산권제도 또한 헌법적 측면에서 그 제한을 규정하고 있는 것이 헌법 제23조 제2항의 내용이라고 할 것이다. 즉, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다는 점이다. 이때 논의되어지는 것은 공공복리의 적합성에 대한 것이다. 이는 재산권의 사회적 구속성을 명시한 개별적 헌법유보라고도 한다.[51] 따라서, 저작권의 경우도 구체적인 제한의 근거로써 헌법적 근거를 가질 수밖에 없다고 본다.

나. 국제인권협약상 지적재산 향유원칙[52]

50) 동지; 프라이버시와 정보의 공개의 비교교량에 있어서 예외적으로 정보의 공개를 우선시켜야 할 명백한 사유의 입증이 없는 한 원칙적으로 프라이버시를 우선 보호해야 한다. 김중량, 전게서, 16면.

51) 권영성, 전게서, 518면.

52) 박성호 집필분,『과학기술과 인권』, 당대, 2001; 이상정·이재길·김형렬·김윤명, 디지털시대의 지적재산권과 정보공유의 국가전략적 의미(미공간), 정보통신정책연구원, 2002, 13면.

세계인권선언 제27조는 “인간은 공동체의 문화에 자유롭게 참여할 수 있는 권리와 자신이 창작한 모든 형태의 저작물로부터 발생하는 인격적·물질적 이익을 보호받을 수 있는 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 인간이 공동체 문화에 자유롭게 참여할 수 있는 권리라 함은 저작물에 대한 이용을 의미한다고 하겠다. 물론, 자유롭게라는 의미가 저작권법상의 공정한 이용을 의미한다면, 부정한 이용이 아닌 모든 형태의 이용으로 보아야할 것이다.

따라서, 세계인권선언의 규정은 인권선언의 이념과 같이 저작물에 대한 접근이 실제, 저작권자의 과보호를 통하여 제한되어서는 않된다는 선언적 의미를 가진다고 하겠다. 그렇다고 하더라도, 인권선언의 체약국은 이를 당해 저작권법 등 지적재산권법제에 구체화하여야 의무를 부담한다는 측면에서 인권선언 자체에서는 선언적 의미이나 개별국가에서는 구체화된 퍼블릭도메인의 근거로 보아야할 것이다.

다. 민법상 신의성실 및 권리남용의 원칙[53]

민법상의 신의성실 및 권리남용의 원칙에 따라 저작재산권자의 권리행사를 제한함으로써 얻을 수 있는 반사적 이익으로서 제한규정을 통하여 퍼블릭도메인에 대해 구체적인 범위의 설정이 가능하다고 할 것이다. 즉, 저작권자 또는 권리자라고 주장하는 자가 주장하는 내용이 헌법, 민법 또는 저작권법상의 권한없는 것이라고 한다면 이는 권리남용으로 판단하여 적용을 배제시킬 수 있을 것이다.

라. 저작권법 목적규정

저작권법은 공정한 이용을 위하여 그 근거를 마련하고 있다. 저작권법은 제1조 목적조항을 통하여 세계인권선언이나 헌법상의 제반 이념을 구체화하고 있는 것이다. 공정한 이용을 통하여 이용자는 당해 저작물을 공정한 형태로 이용하도록 저작권법의 諸 조항을 통하여 제안하

53) 박익환, “디지털 환경에서의 저작권 제한제도에 관한 고찰”, 계간저작권 1999년 가을호, 제47호; 유대종, 박사학위논문 참조.

고 있는 것이다. 또한, 저작권법의 특별법이라고 할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법에서도 이러한 이념을 담고 있음은 당연한 것이다.

컴퓨터프로그램보호법 제1조 목적조항에서는 “이 법은 컴퓨터프로그램저작물의 저작자의 권리 그 밖에 컴퓨터프로그램저작물과 관련된 권리를 보호하고 그 공정한 이용을 도모하여 당해 관련산업과 기술을 진흥함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정함으로써 컴퓨터프로그램과 같은 저작물의 경우에도 공정한 이용을 도모하도록 하고 있는 것이다.

저작권법은 입법자가 예측하지 못한 새로운 사실의 출현으로 법규정의 적용이 어려워지는 때에는 저작권법의 목적조항의 정신으로 해석되고 인식되어야하며, 이로써 목적조항의 중요한 기능을 발견하게된다.[54] 저작권이 강화되는 측면에서 본다면, 목적조항은 권리만을 확장해 나가고자 하는 저작권보호경향에 대해 제한적 역할을 하게된다.

이상과 같이 퍼블릭도메인의 구체적인 실현 형태라고 할 수 있는 공정한 이용이나 그 제한의 근거를 헌법상 이념에서 규정하고 있으며, 실체법이라고 할 수 있는 저작권법제에서 구체화하고 있는 것이다.

Ⅴ. 저작권법상 퍼블릭도메인의 유형

1. 서

현행 저작권법은 저작자의 이용허락이 없이도 저작물을 이용하거나 또는 저작행위를 할 수 있도록 규정하고 있다. 아이디어와 같이 누구나 가질 수 있는 형이상학적인 관념의 경우에는 아이디어·표현 이분법이라는 經驗則(경험칙)을 통하여 저작권법을 배제하고 있으며, 일정한 경우에는 저작자의 이용허락 없이도 당해 저작물을 사용할 수 있도록 하는 제한규정을 두고 있다. 물론, 저작권은 법정책적 결단을 통하여 부여된 권리이기 때문에 보호기간을 두고, 그 보호기간이 만료된 저작물에 대한 이용이 가능하도록 하고 있으며, 법정허락제도나 원칙적으로 저작권법의 보호를 벗어나도록 하는 규정을 운용하기도 한다.

---

54) 하용득, 전게서, 19면.

본 장에서는 저작권법상 퍼블릭도메인을 구체적으로 규정하거나 분류할 수 있는 규정이나 이론을 유형화시키고자 한다. 즉, 앞에서 살펴보았던 퍼블릭도메인의 개념 및 헌법 등의 근거규정에 따라 그 이념을 현행 저작권법에서 규정하고 있는 저작권법이 보호하고자 하는 본질을 저작재산권에 적용하여 그 유형을 도출하고자 한다.

본 연구에서는 퍼블릭도메인에 대해 6가지 유형으로 분류하였다. 이는 절대적인 분류라기 보다는 본 연구에 있어서 시도하는 저작권법상의 이용권에 대한 적극적인 해석의 한 형태로 이해할 수 있을 것이다. 기준의 설정은 퍼블릭도메인이 추구하는 이념에 부합하고, 저작권법제에서 허용하고 있는 목적과 이용의 형태 등을 통하여 그 기준을 정하였다.

2. 저작권법상 제 유형

가. 제1유형 : 아이디어 영역

아이디어 영역은 저작권법이 보호하고자하는 표현의 범위에 포함되는 것이 아니기 때문에 아이디어 영역을 본래적인 퍼블릭도메인의 영역으로 보았다. 이는 미국의 판례법상 유래된 개념으로, 아이디어 영역은 누구나 생각할 수 있으면서도 그것을 실질적으로 구현해 내지 않는 이상 보호를 받을 수 없는 영역이기 때문에 퍼블릭도메인의 영역으로 보는 것이다.

나. 제2유형 : 비보호저작물

비보호저작물[55]은 기본적으로 저작권법상의 저작물이기는 하지만, 저

55) 제7조 (보호받지 못하는 저작물등) 다음 각호의 1에 해당하는 것은 이 법에 의한 보호를 받지 못한다.<개정 2000.1.12>
1. 헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙
2. 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖의 이와 유사한 것
3. 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그 밖의 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정등

작재산권을 제한함으로써 얻는 사회적인 이익이 크기 때문에 이를 저작권법의 보호에서 제외시키는 정책적인 결단에 의하여 규정된 영역이라고 하겠다.[56] 이로써 저작권법은 공공의 이익을 추구하는 법임을 간접적으로 선언한 것이라고 본다. 따라서, 비보호저작물은 저작권법의 공정한 이용의 한 유형으로 볼 수 있어, 퍼블릭도메인의 영역에 포함시켰다.

다. 제3유형 : 저작재산권 제한 규정

저작권법상의 공정한 이용을 도모하기 위해서 이를 저작재산권을 제한하는 일정한 경우를 규정함으로써 퍼블릭도메인의 일유형을 구체화한 것으로 볼 수 있다. 다만, 저작재산권의 제한은 그 기준이 명확하지 못하기 때문에 다툼이 있는 경우, 궁극적인 해석은 법원의 판결에 따라 이루어질 수밖에 없다고 본다. 구 저작권법에서는 비침해행위로 규정하고 있었고[57], 개정법에서는 구법상의 비침해행위 규정을 제한규정으로

---

4. 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 제1호 내지 제3호에 규정된 것의 편집물 또는 번역물
5. 사실의 전달에 불과한 시사보도
6. 공개한 법정·국회 또는 지방의회에서의 연술

56) 저작물로서의 요건을 충족시키고 있다 하더라도, 사회공공의 이익이라는 견지에서 정책적으로 특정한 저작물을 저작권법의 보호범위 밖에 두고 있다. 국민에게 널리 알려져야 할 성질을 갖는 국가기관 등의 공문서 등은 누구라도 자유로이 이용할 수 없으면 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 이상정·이재길·김형렬·김윤명, 전게 보고서, 23면.

57) 구 저작권법 제64조 (비침해행위) 이미 발행된 저작물을 다음 방법에 의하여 복제하는 것은 이를 저작권침해로 보지않는다.
1. 발행할 의사없이 기계적 또는 화학적방법에 의하지 아니하고 복제하는 것
2. 자기의 저작물중에 정당한 범위내에 있어서 절록인용하는 것
3. 교과용도서의 목적을 위하여 정당한 범위내에서 발췌수집하는 것
4. 학문적 또는 예술적저작물의 문구를 자기가 저작한 각본에 삽입하거나 악보에 충용하는 것
5. 학문적 또는 예술적저작물을 설명하는 자료로써 학문적 또는 예술적저작물을 삽입한 것
6. 회화를 조각물모형으로 제작하고 또는 조각물모형을 회화로 제작하는 것
7. 각본 또는 악보를 교육을 목적으로 하여 공연하거나 또는 공연을 방송하는 것
8. 음반, 녹음필림등을 공연 또는 방송의 용에 공하는것

성질을 변화시킴과 동시에 일 유형을 좀더 구체적으로 규정한 것이다.

저작권의 제한은 여러 가지 규정으로, 첫째 저작물이용의 성질로부터 저작권이 미치는 것이라고 보기에는 타당하지 않는 경우, 둘째, 공익상의 이유로부터 저작권을 제한하는 것이 필요하다고 인식되는 경우, 셋째, 다른 권리와의 조화를 위하여 저작권을 제한할 필요가 있는 경우, 넷째, 사회관행으로써 행하고 있는 것으로써 저작권을 제한하는 것이 저작권자의 경제적 이익을 부당하게 해하지 않는 것으로 이해되는 경우 등으로 문화적 소산의 공정한 이용이라는 점을 배려한 것이라고 한다.[58] 아직 국내에서는 저작권제한 규정을 일정한 목적 등으로 분류시킨 글을 없다. 현행 제한 규정은 다양한 제한 유형을 열거적으로 나열하고있기 때문에 공통적인 사항으로 분류하는 것이 필요하다고 본다. 왜냐하면, 제한사유가 어느 일유형에만 해당하는 것이 아닌 여러 유형에 해당될 수 있기도 하기 때문이다. 따라서, 향후 구체적인 논의시에 체계화된 분류 유형에 대해 연구하고자 한다.

라. 제4유형 : 법정허락제도

법정허락제도는 저작권자의 허락없이 일정한 경우, 보상금을 공탁하는 형태로 저작물을 사용하는 개념으로써 광위의 저작재산권 제한으로 볼 수 있다. 다만, 법정허락제도도 저작재산권의 제한과 같이 퍼블릭도메인의 유형에 포함시킬 수 있는 지에 대해 의문을 가질 수 있을 것이다. 그러나, 퍼블릭도메인이 추구하는 이념은 저작권법의 공정한 이용의 구체적인 형태이기 때문에 비록 제한된 경우라고는 하지만 법정허락의 경우도 가능하다고 본다.

마. 제5유형 : 보호기간이 만료된 저작물

보호기간이 만료된 저작물은 가장 전형적인 퍼블릭도메인의 유형이라고 하겠다. 따라서, 저작물이 발간된 시점을 명확히 확인할 수 있다면, 가장 확실한 형태의 퍼블릭도메인이 될 것이다. 그러나, 시점을 확인할 수 없는 경우에는 이를 해석하기에 어려움이 따는 것은 사실이다. 따라서, 저작권법은 다양한 경

본조의 경우에 있어서는 그 출소를 명시하여야 한다. 단 전항제3호의 경우에는 예외로 한다.

58) 加戸守行, 『著作權法逐條講義(三訂新版)』, 著作權情報サンター, 2000, 213頁.

우의 저작권보호기간에 대한 해석규정을 두고 있다.

바. 제6유형 : 저작재산권이 소멸된 저작물

저작권법 제46조[59] '저작재산권의 소멸' 규정상의 저작물은 국가가 상속자 없이 사망한 저작권자의 저작권을 귀속받고, 이때 귀속받은 저작권은 소멸시키도록 하고 있다. 따라서, 이 경우에도 그 사실이 확인되는 경우라면, 비교적 명확하게 퍼블릭도메인화 되었다고 볼 수 있을 것이다. 이외에도 저작권자가 저작권을 포기하는 경우도 저작재산권의 소멸의 형태로써 퍼블릭도메인화 되었다고 볼 수 있다.

Ⅶ. 결론

퍼블릭도메인이 우리가 일상적으로 사용하고 있는 공유의 개념과 그리 다르지 않는 개념이라고 볼 수 있다. 또한 다의적으로 사용되고 있는 개념이기도 하다. 그러나, 퍼브릭도메인에 대한 명확한 이해 내지 기준을 가지고 사용하는 개념이 아닌 일반적으로 사용되는 개념을 여과없이 사용하는 경우가 많기 때문에 이에 대해 개략적으로 살펴볼 필요성이 있다고 본다. 저작권법을 포함한 지적재산권법은 퍼블릭도메인의 영역에 있는 것을 지적재산의 영역으로 포함시켜서 보호하는 정책적 내지 한정적으로 이루어져왔다. 그러나 최근에는 지적재산권법이 큰 혜택을 이용자에게 부여하는 것처럼 권리자들의 행태가 변화하고 있음을 알 수 있다. 따라서, 자연적인 권리로써 이미 존재하고 있는 퍼블릭도메인에 대한 이해 및 그 영역에 대해서 살펴볼 필요가 있는 것이다.

본 논문에서는 특정한 논의를 진행하는 것이라기보다는 퍼블릭도메인의 이해 및 저작권법상 어떠한 형태로 유형화될 수 있는 지에 대해 간략하게 살펴보았다. 향후, 퍼블릭도메인의 구체적이고 실증적인 연구를 통하여 저작권법이

---

59) 제46조 (저작재산권의 소멸) 저작재산권이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 소멸한다.
1. 저작재산권자가 상속인 없이 사망한 경우에 그 권리가 민법 기타 법률의 규정에 의하여 국가에 귀속되는 경우
2. 저작재산권자인 법인 또는 단체가 해산되어 그 권리가 민법 기타 법률의 규정에 의하여 국가에 귀속되는 경우

추구하는 권리 보호 및 공정한 이용의 도모에 대한 합일점을 찾는 데 도움이 될 수 있기를 바란다.

[참고문헌]

권영성,『헌법학원론』, 법문사, 2003.

김중량,『정보공개법』, 법문사, 2000.

박성호, "'카피레프트(Copyleft)'와 정보공유운동의 방향", 디지털재산법연구 제1권 제1호, 2001.

박성호, "한국에 있어서 저작권법제의 도입과 전개", 계간저작권, 1999 겨울호.

박익환, "디지털 환경에서의 저작권 제한제도에 관한 검토", 계간저작권, 1999.

배대헌, "지적재산권 개념의 형성 발전",지적소유권법연구(제2호), 1998.

백형기, 라이센스의 남용과 그 규제에 관한 법적 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2006.

송상현・양창수・김문환,『컴퓨터프로그램보호법 축조연구』, 서울대학교출판부, 1989.

송영식・이상정, 『저작권법개설』, 세창출판사, 2004.

송영식・이상정・황종환, 『지적소유권법(상)』, 육법사, 2005.

신재호, 지적재산의 보호방법론에 관한 연구 : 특허법적 보호방법과 저작권법적 보호방법을 중심으로, 한양대학교 박사학위논문, 2004.

오승종, 저작재산권침해의 판단 기준에 관한 연구 , 서강대학교 박사학위논문, 2004.

오승종・이해완,『저작권법』, 박영사, 2005.

유대종, 저작권 남용의 법리에 관한 연구, 경희대학교 박사학위논문, 2006.

윤 경,『저작권법』, 육법사, 2005.

이상정・이재길・김형렬・김윤명, 디지털시대의 지적재산권과 정보공유의 국가전략적 의미(미공간), 정보통신정책연구원, 2002.

이영록, 저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 : 미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로, 연세대학교 박사학위논

문, 2004.
채명기, 저작권법상 저작물 이용의 한계, 저작권연구자료 23, 저작권심의조정위원회, 1995.
하용득,『저작권법』, 법령출판보급회, 1989.
Fishman, *The Public Domain*, NOLO, 2005.
Jessica Litman, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001.
Martin Senftleben, *COPYRIGHT, LIMITATIONS AND THE THREE-STEP TEST*, Kluwer Law International, 2004.
Paul Goldstein, *Copyright Highway : Form Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, 2003.
加戸守行,『著作權法逐條講義(三訂新版)』, 著作權情報サンター, 2000.
內田 晋,『問答式 入門 著作權法』, 新日本法規出版株式會社, 2000.
白田秀彰,『コピーライトの史的展開』, 信山社, 1998.
中山信弘,『マルチメディアと著作權』, 岩波新書, 1996.

프로그램저작권의 이전등록등

김 형 렬*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서설

Ⅱ. 등록사항
1. 프로그램배타적발행권등의 설정
2. 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 이전 또는 처분제한
3. 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한

Ⅲ. 등록절차
1. 프로그램저작권 이전등록등의 신청
2. 프로그램저작권등록부의 열람등

Ⅳ. 등록효과
1. 제3자 대항력
2. 과실 추정력

Ⅴ. 기타 검토사항
1. 권리변동의 등록강제
2. 등록청구권의 소멸시효
3. 프로그램저작인격권의 이전등록
4. 등록신청기간

Ⅵ. 결어

Ⅰ. 서설

프로그램저작권자는 프로그램저작권의 전부 또는 일부를 양도할 수 있을 뿐만 아니라(법 제15조제1항), 그의 저작물에 대하여 프로그램배타적발행권등(독점적으로 복제하여 배포 또는 전송할 수 있는 배타적인 권리)을 다른 사람에게 설정할 수도 있다(법 제16조제1항). 또한 프로그램배타적발행권자등은 프로그램저작권자의 동의를 얻는 경우에 당해 권리를 제3자에게 양도가능하다(법 제16조제4항). 따라서 프로그램저작권등은 그 양도, 설정 등을 통하여 권리의 변동이 발생하게 된다.

그런데 이러한 권리들은 배타적·대세적 효력을 지니고 있을 뿐만

* 디지털법연구소 연구원

아니라 당사자간에 양도의 의사표시만으로도 당연히 그 효력이 발생하는 것이어서, 그 변동 사항을 제3자가 알 수 없다고 한다면 2중양도 등으로 인한 불측의 손해를 입을 수 있고 결국 거래의 안전에 큰 위협이 될 수 있다. 나아가 프로그램 이용의 활성화도 기대하기 힘들어질 수 있을 것이다.[2)]

그러므로 권리의 귀속관계 또는 그 변동사항에 대해 프로그램을 이용하거나 당해 권리를 취득하고자 하는 자가 쉽고 명확하게 확인할 수 있도록 공시할 필요가 있다. 이에 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권등에 관한 일정한 사항을 '프로그램저작권등록부'와 같은 공부에 등록하여 이를 공개·열람토록 하는 공시제도를 두고 있다. 등록에 대해서는 제3자 대항력과 과실 추정의 효과를 부여할 뿐이고 권리의 발생요건으로 되는 것은 아니다. 공시적 기능만을 가지고 공신력까지 인정하는 것은 아니므로 등록사항이 실체관계에 부합하지 않는 경우(예를 들어 권리자 아닌 자가 권리자로 등록된 경우 등)에 이를 신뢰하여 거래하였어도 그로써 당해 권리에 대한 취득이 유효한 것으로 인정되는 것은 아니다.

컴퓨터프로그램보호법은 (i)프로그램배타적발행권등의 설정, (ii)프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 이전(상속 기타 일반승계의 경우 제외) 또는 처분제한, (iii)프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한 사항은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없도록 규정(법 제26조제1항)하고 있는 바, 동 조항이 권리의 변동에 대한 등록 규정이라는 점에서 프로그램의 명칭, 프로그램저작자의 실명, 프로그램의 창작연월일 등 프로그램의 창작사실에 대한 등록 규정인 법 제23조제1항과 차이가 있다.

본 규정과 관련해 특히 문제되는 것은 원시등록하는 경우에 '프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류'의 범위와 프로그램복제물의 제출여부이다. 등록효과에서는 제3자 대항 효과 중 '제3자'의 범위가 문제된다. 즉, '제3자'가 '선의의 제3자'에만 한정되는지의 여부가 쟁점이다. 또한 악의의 제3자로부터 프로그램저작권을 양수받은 전득자의 지

2) 등록제도를 두는 목적 내지는 이유는 (i)창작사실의 명확화, (ii)거래안전의 도모(권리변동에 따른 법률관계의 명확화), (iii)프로그램의 이용촉진 도모 등이라고 할 수 있다.

위 역시 더불어 살펴볼 필요가 있을 것이다. 그 밖에 권리변동의 등록강제, 등록청구권의 소멸시효, 프로그램저작인격권의 이전등록, 등록신청기간 등도 검토를 요하는 사안들이라 할 것이다.

이하에서는 등록사항의 내용과 등록절차, 등록효과, 기타 검토되어야 할 사항의 순으로 각각에 대해 살펴본다.

Ⅱ. 등록 사항

컴퓨터프로그램보호법상 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없는 사항은 (i)프로그램배타적발행권등의 설정, (ii)프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 이전(상속 기타 일반승계의 경우를 제외한다) 또는 처분제한, (iii)프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한이다(법 제26조제1항).

1. 프로그램배타적발행권등의 설정

프로그램저작권자는 다른 사람에게 그 저작물에 대하여 독점적으로 복제하여 배포 또는 전송할 수 있도록 하는 배타적 권리인 “프로그램배타적발행권등”을 설정할 수 있다(법 제16조제1항). 다만, 그 프로그램의 복제권을 목적으로 하는 질권이 설정되어 있는 경우에는 그 질권자의 동의가 있어야 프로그램배타적발행권등을 설정할 수 있다(법 제16조제3항). 프로그램배타적발행권등의 설정을 받은 자 즉, “프로그램배타적발행권자등”은 그 설정행위로 인한 범위안에서 프로그램배타적발행권등을 행사할 권리를 가지며(법 제16조제2항), 프로그램배타적발행권등은 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 3년간 존속한다(법 제16조제5항). 그리고 프로그램배타적발행권등의 설정에 대한 사항은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(법 제26조제1항본문 및 동항 제1호).

이것은 2000년 개정법에서 신설된 것으로,[3] 개정전에는 프로그램저

작권등록 이외에 프로그램저작권자가 자신의 저작물의 사용권 등을 부여할 경우 적절한 공시방법이 없어 저작권 중 일부의 권한만을 부여받은 사용권자의 보호가 어려웠으나, 현행법에서는 이를 등록함으로써 제3자에게 대항할 수 있도록 하였다. 개정법이 프로그램배타적발행권등을 인정하고 등록된 프로그램배타적발행권등에 대해서 제3자 대항력을 부여한 것은 프로그램의 유통질서를 확립하고 소프트웨어개발자에게 유통업자들이 안심하고 개발자금을 지원할 수 있는 법적 장치를 마련하여 주었다는 점에서 의미가 있다[4]고 한다.

2. 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 이전 또는 처분제한

프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 이전(상속 기타 일반승계의 경우를 제외한다) 또는 처분제한에 대한 사항은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(법 제26조제1항본문 및 동항 제1호).

가. 이전

프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 '이전'이란 당사자 사이의 계약 또는 법률의 규정에 의하여 그 권리의 귀속주체가 변경되는 것을 말한다.[5] 그러므로 '이전'은 이전계약, 가령 프로그램저작권의 매매, 증여, 교환 등 법률행위에 의하여 일어날 수 있음은 물론, 강제집행이나 공용징수, 법률상 대위 등 당사자의 의사에 의하지 아니하고도 발생할 수 있다.[6]

프로그램저작권은 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있다(법 제15조제1항). 따라서 지분권인 복제권, 배포권 등을 분리하여 '일부 이전'하는

---

3) 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 연혁집 I , 2003, 43-44면 참조.
4) 안효질, 개정 컴퓨터프로그램보호법의 축조해설, 프로그램심의조정위원회, 2000, 292면.
5) 오승종 · 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2004, 718면; 송상현 · 김문환 · 양창수, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구, 서울대학교출판부, 1989, 178면.
6) 송상현 · 김문환 · 양창수, 전게서, 178면.

것도 가능하다. 또한 프로그램배타적발행권자등은 프로그램저작권자의 동의를 조건으로 제3자에게 프로그램배타적발행권등을 양도할 수 있다(법 제16조제4항). 따라서 컴퓨터프로그램보호법상의 '이전등록'이란 프로그램저작권의 전부 또는 일부의 양도 또는 프로그램배타적발행권등의 설정 등에 의해 다른 사람에게 그 권리가 이전되었을 때 당해 변동사실을 등록하는 것을 말한다고 하겠다. 이로써 제3자에게 대항할 수 있는 것이다.

다만, '상속 기타 일반승계'의 경우에는 이를 등록하지 않더라도 제3자에게 대항할 수 있다. 여기서 '일반승계'란 통상 '포괄승계'라고 불리는 것으로서 단일의 원인에 의하여 전주의 모든 권리의무가 전체로서 일괄하여 이전되는 것을 말한다. 상속 이외에 포괄유증이나[7] 회사의 합병 등이 이에 해당한다.[8] 그러므로 등록이 요구되는 것은 개개의 권리가 개개의 원인(예컨대 저작권양도계약)에 의해 취득되는 경우인 '특별승계'에 한한다고 하겠다.[9]

프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권의 적법한 양수인은 정당한 원인없이 양도등록을 받은 자에 대하여도 그 권리를 가지고 대항할 수 있다.

나. 처분제한

프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등의 처분제한도 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다. 이때 '처분제한'이란 권리의 변동(권리의 이전, 소멸, 내용변경 등)을 일으키는 법률행위, 즉 처분행위의 제한을 말한다.[10] 그리고 '제한'이란 일정한 범위에 있어서 또는 전적으로 하지 못하도록 하거나 일정한 요건에 걸리도록 하는 것이다. 이러한 처분제한은 가령 법원의 압류명령 등과 같이 공권력의 발동에 기하여 부과될 수도 있고 당사자 사이의 약정에 기하여 부과될 수도 있다. 그

---

7) 안효질, 전게서, 293면.
8) 송상현・김문환・양창수, 전게서, 178면; 이철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어보호, 박영사, 1995, 386면; 오승종・이해완, 전게서, 718면.
9) 안효질, 전게서, 293면.
10) 송상현・김문환・양창수, 전게서, 179면; 이철, 전게서, 386면; 오승종・이해완, 전게서, 718-719면; 안효질, 상게서, 293면.

러나 압류명령과 같은 경우에는 그에 관한 법령에 의하여 그 효력이 정하여지므로, 여기서 '처분제한'이라고 하면 당사자 사이의 약정에 의한 경우만을 가리킨다고 보는 것이 타당할 것이다.[11]

처분제한은, 예를 들어 신탁양도한 프로그램저작권을 신탁양수인이 다시 제3자게 양도하는 경우를 예상할 수 있는 바, 미리 그 처분의 제한을 등록해 놓는다면 자신의 이익을 보장할 수 있고, 제3자의 입장에서도 등록된 처분제한에 대해서만 고려하면 될 것이기 때문에 동시에 거래의 안전도 기할 수 있게 된다고 하겠다.[12]

3. 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한

가. 질권의 설정

질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다(민법 제345조). 따라서 재산권으로서의 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등도 질권의 설정대상이 될 수 있다고 할 것이다. 권리질권의 설정은 법률에 다른 규정이 없으면 그 권리의 양도에 관한 방법에 의하여야 한다(민법 제346조). 그러므로 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권의 설정은 당해 권리의 양도와 마찬가지로 등록등의 별도의 형식이나 절차없이 당사자간의 합의만으로도 그 효력이 발생한다고 볼 수 있다. 다만, 제3자에게 대항하기 위해서는 질권설정의 등록을 요한다고 하겠다. 한편, 프로그램배타적발행권자등은 프로그램저작권자의 동의없이 프로그램배타적발행권등을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없다(법 제16조제4항).

나. 질권의 변경등

이미 설정된 질권의 내용을 변경하는 경우, 또는 질권을 소멸시키거

11) 송상현·김문환·양창수, 상게서, 179면; 오승종·이해완, 상게서, 718-719면.
12) 안효질, 전게서, 294면.

나 그 처분을 제한하는 경우에도 이를 제3자에게 대항하기 위해서는 등록하여야 한다. 여기서 질권의 내용을 '변경'하는 경우란 질권에 의해 담보되는 피담보채권의 변경 등을 의미한다.[13] 질권의 처분제한은 예를 들어, 프로그램저작권자가 다른 사람에게 프로그램저작권을 목적으로 하는 질권을 설정하여 주면서 그 질권의 양도를 금지하는 특약을 맺은 경우 등을 말하며, 이를 등록하지 아니하면 역시 제3자에게 대항할 수 없다.

2000년 개정법 전까지는 질권의 '이전'도 포함되어 있었으나 이후 현행법에선 이를 삭제하였다. 그 이유가 명확하지 아니하다. 우리나라와 일본 저작권법의 경우엔 포함하고 있다(저작권법 제52조제2호. 일본 저작권법 제77조제2호).

Ⅲ. 등록 절차

'프로그램의 등록' 규정(법 제23조)은 '프로그램저작권의 이전등록등'에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 "프로그램"은 "프로그램저작권"으로, "프로그램등록부"는 "프로그램저작권등록부"로, "프로그램 공보"는 "프로그램저작권 공보"로 본다(법 제26조제2항). 그리고 프로그램저작권등록부의 서식은 정보통신부령으로 정한 바(동 시행령 시행규칙 제13조 별지 제9호 서식)에 의한다(법 시행령 제21조).

1. 프로그램저작권 이전등록등의 신청

가. 등록의 신청

'프로그램저작권 이전등록등'은 프로그램저작자등이 단독으로 등록하는 '프로그램의 등록'과 달리 '등록권리자'와 '등록의무자'가 공동으로 신청하는 것을 원칙으로 하며(이를 '공동신청주의'라 한다),[14] 이는 당

13) 송상현・김문환・양창수, 전게서, 179면; 오승종・이해완, 전게서, 719면; 안효질, 상게서, 295면.

해 등록의 성질상 당연히 요구되어지는 것으로 등록의 진정성을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다. 등록권리자(양수인)는 등록에 의해 실체적 권리관계에 있어서 이익을 받는 것이 등록부상 형식적으로 표시되는 자를 말하며,[15] 예를 들어 프로그램배타적발행권을 설정 받는 자, 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 이전 받는 자, 질권을 설정 받는 자(질권자) 등이 이에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 등록의무자(양도인)는 등록에 의해 실체적 권리관계에 있어서 불이익을 받는 것이 등록부상 형식적으로 표시되는 자를 말하며,[16] 등록권리자의 상대방이 이에 해당된다고 할 것이다. 등록 실무에 있어서도 '프로그램저작권신청서'에 등록권리자와 등록의무자를 기재하도록 하고 있다.

그러나 등록의무자가 스스로 불이익을 감수하거나, 등록의 기초가 되는 실체법상 권리관계의 증명이 완전하게 주어지고 등록신청이 실체관계에 일치하는 것이 분명하다면[17] 공동신청주의 원칙에도 불구하고 예외적으로 등록권리자 단독으로 신청할 수 있을 것이다. 이와 관련해 저작권법은 시행령 제17조제1항단서에서 신청서에 등록의무자의 승낙서를 첨부하였을 때에는 등록권리자만으로 이를 신청할 수 있다(저작권법 시행령 제17조제1항단서)고 규정하고 있다. 또한 판결·상속 기타 일반승계 또는 촉탁에 의한 등록신청의 경우에도 등록권리자만으로 이를 할 수 있다(저작권법 시행령 제17조제2항). 컴퓨터프로그램보호법은 이에 대한 명문의 규정이 없어 이를 적용할 수 있을지가 문제된다.

나. 신청서 및 첨부 서류

---

14) 저작권법의 경우에 권리변동등의 등록신청은 법령에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 등록권리자 및 등록의무자가 공동으로 이를 행하도록 규정하고 있으나(저작권법 시행령 제17조제1항), 컴퓨터프로그램보호법에는 이에 대한 명문의 규정이 없다. 따라서 당해 규정을 컴퓨터프로그램보호법에도 적용가능한지 살펴볼 필요가 있다. 다만, 동법 시행규칙 제14조에 의한 별지 제10호 서식 [프로그램저작권등록신청서]의 신청인 항목에 등록권리자와 등록의무자란을 두고 있을 뿐이다.

15) 半田正夫, 著作權法 槪說(第10版), 一粒社, 平成13年, 280면; 송영식 · 이상정 · 황종환, 전게서, 658면.

16) 半田正夫, 상게서, 280면; 송영식 · 이상정 · 황종환, 전게서, 658면.

17) 半田正夫, 상게서, 281면.

(1) 의의

프로그램저작권등록부에 등록을 하고자 하는 자는 프로그램저작권등록신청서에 정보통신부령이 정하는 서류를 첨부하여 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(신청서 제출주의). 등록되지 아니한 프로그램의 경우에는 법 시행령 제18조의 규정에 의한 프로그램복제물을 포함한다(법 시행령 제22조제1항). 프로그램저작권등록신청서(법 시행규칙 제14조제1항 별지 제10호서식)에 첨부되는 서류는 (i)프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류, (ii)대리인에 의하여 프로그램저작권등록을 신청하는 경우에는 신청인의 위임장 또는 대표자선정승낙서(공동으로 개발한 프로그램에 대한 저작권등록신청의 경우에 한한다), (iii)등록세 납부영수증, (iv)프로그램복제물(등록되지 아니한 프로그램에 한한다), (v)등록의무자 인감증명서(외국인의 경우에는 이에 갈음하는 증명서를 말한다), (vi)프로그램의 개요(등록되지 아니한 프로그램에 대한 저작권등록신청의 경우에 한한다)이다(법 시행규칙 제14조제2항).

(2) 프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류

그런데 여기서 '프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류'의 범위가 문제되는 바, '프로그램저작권등록의 원인'에는 프로그램배타적 발행권등의 설정·이전·처분제한을 위한 계약, 프로그램저작권 이전·처분제한을 위한 계약, 질권설정등을 위한 계약 등이 있을 수 있으므로, 각 등록사항의 원인발생을 증명하는 매매·설정계약서 등이 이에 해당한다고 하겠다. 다만, 프로그램저작권등록을 처음으로 하는 경우(원시등록의 경우)에는 프로그램의 창작사실을 증명하는 서류도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

보다 구체적으로는 프로그램저작권의 원시등록을 프로그램저작자가 하는 경우와 프로그램저작권 양수인등이 하는 경우의 두 가지 형태로 나누어 살피는 견해에 따르면, (i)프로그램저작자가 스스로 프로그램저작권 등록을 처음으로 하는 경우에는, 마치 부동산 등기부에 소유권보존등기를 하는 경우와 마찬가지로, 프로그램의 창작사실을 증명하는 서면이 제출되어야 할 것이고, 프로그램저작자가 프로그램을 창작해서 프로그램등록을 한 사실 또는 그 프로그램등록증서가 제출되면 충분하며,

(ii)프로그램저작자가 프로그램저작권등록을 하지 아니한 채 저작권양수인 또는 질권자등이 처음으로 저작권등록을 하고자 하는 경우에도 마찬가지로 매매계약서 뿐만 아니라 등록의무자(즉 저작권양도인 또는 질권설정자등)가 프로그램등록을 한 저작자이거나 기타의 원인으로 등록의무자가 저작권자임을 증명하는 서류가 첨부되어야 할 것이라고 한다.[18] 그러나 법 제26조는 프로그램저작권의 원시등록에 관한 명문의 규정이 없고 법 제23조에 의한 '프로그램의 등록'과 달리 프로그램저작권에 대한 법률관계의 변동사항을 등록하기 위한 규정이라는 점(따라서 동조의 절차는 기본적으로 등록권리자와 등록의무자의 양자를 전제로 한다는 점)에서, 상기 (i)의 경우와 같이 프로그램저작자 단독으로 프로그램저작권을 원시등록하는 것이 법 제26조 규정의 해석상 허용되는 절차인지는 의문이다.[19][20] 법령에서 정하지 않은 사항을 따로 등록할 방법은 없기 때문이다. 다만, 법 제23조의 '프로그램의 등록'을 프로그램저작권의 원시등록으로 보는 경우를 고려해 볼 수는 있을 것이다.[21] 나아가 (i)의 원시등록이 제3자 대항력을 위한 것이라면 굳이 법

---

18) 정상조, 컴퓨터프로그램보호법 축조해설 및 분쟁사례에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 1999, 161면.

19) 프로그램등록은 저작자가 단독으로 하는 것이지만 프로그램저작권등록은 등록권리자와 등록의무자가 협동행위로 이루어진다(신각철, 최신 컴퓨터프로그램보호법(제2개정), 법영사, 2001, 205면).

20) 동 견해는 "프로그램저작자가 스스로 프로그램저작권 등록을 처음으로 하는 경우에는, 마치 부동산 등기부에 소유권보존등기를 하는 경우와 마찬가지"라고 하면서도 "프로그램등록을 한 사실 또는 그 프로그램등록증서가 제출되면 충분하다"고 언급하고 있어 원시등록의 개념에 혼선이 있어 보인다. 우선 프로그램저작자가 "스스로" 하는 등록이라 하였으므로 이는 프로그램저작자가 등록권리자로서 행하는 단독 등록을 의미한다고 보고, "프로그램저작권 등록을 처음으로 하는 경우"를 원시등록으로 새긴다면 당연히 프로그램등록이 없었음을 전제로 할 것인데 "프로그램등록을 한 사실 또는 그 프로그램등록증서"의 제출을 요하고 있어 "프로그램저작자가 스스로 프로그램저작권 등록을 처음으로 하는 경우"의 의미가 분명하지 아니하다. 단순히 프로그램저작자에 의한 '최초의 프로그램저작권등록'을 의도한 것이라면 동 견해는 프로그램저작권의 원시적 취득에 관하여 '프로그램등록'과 '프로그램저작권등록'을 별개로 보고 있는 것이 아닌가 한다. 즉, 프로그램 등록이 되어 있음에도 불구하고 프로그램저작권의 원시적 취득에 대해서는 별도의 프로그램저작권 등록을 하여야 하는 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그러나 법 제26조(프로그램저작권의 이전등록등)에는 프로그램저작권의 원시적 취득을 등록사항으로 열거하고 있지 아니하다. 이를 어떻게 해석하여야 할 지가 문제된다.

제26조에 의한 등록을 해야 할 이유도 없어 보인다. 왜냐하면 프로그램저작권의 성립 내지 원시취득에는 등록을 요하지 아니하며[22] 그 등록이 없어도 제3자에 대한 대항력을 갖는다고 할 것이고, 법 제26조제1항이 "다음 각호의 사항은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다"고 규정하고 있고 이를 다시 해석하면 동항 각호에서 정한 사항에 대해서만 제3자 대항효를 부여하는 것이므로 그 외의 사항 즉, 프로그램저작권의 원시취득에 대해서는 등록이 없어도 제3자에 대한 대항력이 있다고 해석될 수 있기 때문이다.[23] 다만, 등록하는 경우 제32조제2항 규정에 의한 과실 추정을 받을 수 있다는 점에서는 나름의 의의가 있다고 할 것이다. 그러나 '프로그램의 프로그램저작권의 원시등록으로 보는 경우에도 마찬가지의 효과를 얻을 수 있다는 점에서 법 제26조의 규정을 원용해 프로그램저작권의 원시등록을 설명할 필요는 없어 보인다. 하지만 여기에도 문제는 있다. 법 제23조에 의한 '프로그램의 등록'은 프로그램의 창작후 1년이 경과한 때에는 등록할 수 없다는 점이다. 이 경우 등록할 수 있는 방법은 법 제26조에 의한 등록뿐인데 이 역시 전술한 바와 같이 프로그램저작권의 원시적 취득의 등록에 대해서는 명문의 규정이 없다.[24] 프로그램저작자에 의한 당해 등록을 실무적으로 허용하는 방안도 고려해 볼 수 있겠으나 여전히 해석상으로는 적절해 보이지 않으며 그 경우 실질적으로 법 제23조가 등록신청기간 제한규정을 둔 취지를 몰각하게 될 것이라는 점에서 한계가 있다. 결국 프로그램저작권 원시취득에 대한 원시등록은 법 제23조에 의한 프로그램등록에 의하고 미등록프로그램의 프로그램저작권 이전등록시에 행해지는 원시등록은 '프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류(프로그램의 창작사실을 증명하는 서류 포함)'의 제출에 의하면 될 것으로 생각

---

21) 이에 관해 자세한 것은 김형렬, "컴퓨터프로그램보호법상의 등록제도에 관한 연구-프로그램의 등록을 중심으로", 소프트웨어와 법률(제2호), 한국소프트웨어저작권협회, 2005, 347-348면.

22) 프로그램저작권의 원시취득 즉 원저작자에 의한 저작권등록은 필요하지 아니하며, 승계취득에 있어서 상속이나 회사의 합병 또는 포괄유증인 일반승계에 있어서도 등록할 필요가 없다(신각철, 전게서, 205면)

23) 프로그램저작권의 성립 내지 원시취득에는 등록을 요하지 아니하며, 등록이 없어도 그 자체로서 제3자에 대한 대항력을 갖는다고 할 것이다.

24) 결국 프로그램등록(신청)기간을 경과한 프로그램에 대해서는 적어도 창작연월일의 추정효는 없게 된다.

한다. 다만, '프로그램의 창작사실을 증명하는 서류'의 제출은 프로그램저작자로부터 직접 프로그램저작권을 양수받아 등록하는 경우에는 타당할 것이나 프로그램저작자가 아닌 프로그램저작권자로부터 프로그램저작권을 양수받아 등록하는 경우에는 당해 서류를 구비하는 것에 다소의 문제가 있어 보인다. 여러 차례의 권리의 이전이 발생한 후라면 더욱 그러할 것이다.

이와 같이 원시등록의 경우 '프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류'에 프로그램의 창작사실을 증명하는 서류를 포함한다고 해석하지 아니하고, 가령 프로그램저작권자라고 칭하는 자로부터의 매매계약서만을 제출하여도 족하다고 하면, 아무런 원인 없이 자기 이름으로 프로그램저작권등록을 하는 것이 용이하게 되고, 또 그에 기하여 등록에 따른 여러 가지 법률 효과를 주장할 수 있게 된다. 왜냐하면 虛無人을 원래의 프로그램저작자로 내세우거나 또는 프로그램창작자가 아닌 제3자와 통모하여 권리를 양수한 양 허위의 서류를 작성하여 등록신청을 하면 형식적 심사권한밖에 가지지 못하는 등록공무원으로서는 그러한 내용의 등록을 하지 않을 수 없기 때문이다.[25] 원시등록의 경우만을 언급하는 것은 이미 프로그램등록이 이루어진 경우에는 프로그램등록시에 복제물의 제출이 이루어지므로 어느 정도 실체관계에 부합되는 등록이 이루어지도록 하는 통제장치가 있다고 보기 때문이다.[26] 이러한 문제도 입법적으로는 등록부의 이원화를 지양하고 일원화를 이룸으로써 해결될 수 있을 것이다.[27]

다. 프로그램복제물의 제출

법 제23조의 규정에 의하여 프로그램 등록을 하는 자는 등록시에 당해 프로그램의 복제물을 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법 제24조제1항). 그러나 프로그램저작권의 이전등록 등에 관하여는 명시적인 법률의 규정이 없다. 이는 아직 등록되지 아니한 프로그램의 경우에 특히 문제된다. 즉, 프로그램저작권의 원시등록시에 당해 프로그램의 복제물을 제출하여야 하는가이다. 법 제26조제2항이 프로그램저작권의 이

25) 송상현 · 김문환 · 양창수, 전게서, 177면.
26) 오승종 · 이해완, 전게서, 720면; 송상현 · 김문환 · 양창수, 상게서, 177면.
27) 오승종 · 이해완, 상게서, 719-720면.

전등록 등에 관하여 법 제23조의 규정을 준용하도록 하고 있어 이를 다시 법 제24조제1항에서 받아 프로그램저작권의 이전등록 등의 경우에도 프로그램의 복제물을 제출하는 것으로 해석해 볼 수도 있겠으나 이는 아무래도 무리인 것 같다. 따라서 법률의 규정만으로는 프로그램저작권 이전 등의 경우에 프로그램 복제물을 제출하여야 하는지의 여부가 명확하지 아니하다.

그러나 이에 대해서는 하위법령에서 그 근거 규정을 두고 있는 바, 시행령 제22조제1항이 "프로그램저작권등록부에 등록을 하고자 하는 자는 프로그램저작권등록신청서에 정보통신부령이 정하는 서류(등록되지 아니한 프로그램의 경우에는 제18조의 규정에 의한 프로그램 복제물을 포함한다)를 첨부하여 정보통신부장관에게 제출하여야 한다"고 규정하고 있고, 시행규칙 제14조제2항본문 및 동항제4호도 프로그램저작권등록신청서에 프로그램복제물(등록되지 아니한 프로그램에 한한다)을 첨부하도록 규정하고 있다. 그러므로 프로그램저작권 이전등록 등의 경우에도 아직 등록되지 아니한 프로그램에 대해서는(즉, 프로그램저작권을 원시등록하는 경우) 그 복제물을 제출하여야 한다. 당연히 이미 등록되어 있는 프로그램에 대해서는 그 적용이 없음은 물론이다. 프로그램복제물의 제출을 미등록 프로그램에 한하도록 한 것은 이미 등록된 프로그램의 경우에는 '프로그램의 등록'시 그 복제물을 제출하였을 것이고 후에 프로그램저작권 이전등을 등록하는 때에는 이미 제출된 복제물에 근거하여 그 객체를 명확히 할 수 있을 것이므로 이를 다시 제출할 필요가 없기 때문이다.

종전 법은 '프로그램의 등록'의 경우에만 복제물 제출을 의무화하고 있었고 '프로그램저작권이전등의 등록'시에는 이를 규정하고 있지 아니하였다.[28] 따라서 '프로그램의 등록'없이 프로그램저작권만을 원시등록하는 경우에는 창작사실 내지는 권리의 실체관계를 증명할 만한 자료가 없어 허위 또는 부실 등록의 우려가 높았다. 이는 결국 등록의 실효성을 떨어뜨리는 것으로 입법적 개선이 요구되었고, 2000년 시행령·시행규칙을 개정하여 프로그램저작권 등록신청시에 미등록프로그램의 경우에 그 복제물을 제출토록 하는 규정을 새로 마련한 것이다.[29]

---

28) 창작한 날부터 1년이 경과한 후 프로그램저작권을 원시등록하는 경우에 대해 복제물 제출 의무 규정을 두지 않은 것은 입법 불비라는 견해도 있었다(이철, 전게서, 388면).

2. 프로그램저작권등록부의 열람등

프로그램등록부의 열람등, 프로그램등록사항의 변경, 프로그램등록증의 교부 규정(법 시행령 제14조 내지 제16조)은 프로그램저작권등록부의 열람신청과 사본교부신청, 프로그램저작권등록사항변경신청 및 프로그램저작권등록증의 교부에 관하여, 프로그램복제물의 관리, 프로그램복제물의 복제(법 시행령 제19조 및 제20조)의 규정은 법 시행령 제22조 제1항의 규정에 의한 프로그램 복제물의 관리 및 복제에 관하여 각각 이를 준용한다(법 시행령 제22조제3항).

따라서 프로그램저작권등록부를 열람하거나 그 사본을 교부받고자 하는 자는 신청서를 정보통신부장관에게 제출하여야 한다(법 시행령 제14조). 프로그램저작권의 등록을 한 자가 등록사항을 변경 또는 말소하고자 하는 때에도 마찬가지이다(법 시행령 제15조). 정보통신부장관은 프로그램저작권의 등록을 한 자에 대하여 프로그램저작권등록증을 교부하여야 하며, 등록사항의 변경 또는 프로그램저작권등록증의 분

---

29) 개정 내용은 다음과 같다.

o 시행령 제22조 (프로그램저작권등록의 신청) ①제21조의 규정에 의한 프로그램저작권등록부에 등록을 하고자 하는 자는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 프로그램저작권등록신청서를 정보통신부장관에게 제출하여야 한다.

→ 시행령 제22조 (프로그램저작권등록의 신청) ①제21조의 규정에 의한 프로그램저작권등록부에 등록을 하고자 하는 자는 프로그램저작권등록신청서에 정보통신부령이 정하는 서류(등록되지 아니한 프로그램의 경우에는 제18조의 규정에 의한 프로그램 복제물을 포함한다)를 첨부하여 정보통신부장관에게 제출하여야 한다.

o 시행규칙 제14조 (프로그램저작권등록신청서) ① <생략>
②제1항의 프로그램저작권등록신청서에는 다음 각호의 서류를 첨부하여야 한다.
1. 프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류
2. 대리인에 의하여 등록을 신청하는 경우에는 신청인의 위임장
3. 등록세납부영수증

→ 시행규칙 제14조 (프로그램저작권등록신청서) ① <생략>
②제1항의 프로그램저작권등록신청서에는 다음 각호의 서류를 첨부하여야 한다.
1. ~ 3. <생략: 구법 시행규칙과 동일>
4. 프로그램복제물(등록되지 아니한 프로그램에 한한다)
5. ~ 6. <생략>

실·훼손 등이 있는 때에는 이를 재교부하여야 한다(법 시행령 제14조 내지 제16조).

정보통신부장관은 제출된 프로그램의 복제물을 비밀이 유지될 수 있도록 보관하고 필요한 보안조치를 강구하여야 하며(법 시행령 제19조), 프로그램저작권자는 제출된 프로그램복제물의 복제를 정보통신부장관에게 요구할 수 있다(법 시행령 제20조).

Ⅳ. 등록 효과

프로그램저작권의 이전등은 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없으며, 다른 사람의 등록된 프로그램저작권등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정된다.

1. 제3자 대항력

가. 의의

프로그램저작권의 이전등록등은 당해 권리의 성립이나 발생을 위한 요건이 아니다. 따라서 프로그램저작권의 양도나 프로그램배타적발행권의 설정 등은 양자간의 계약만으로도 그 효력이 발생하며, 비록 등록을 하지 않았어도 당해 권리를 취득하는데 아무런 문제가 되지 않는다. 다만, 그 권리변동을 제3자에게 주장하기 위해서는 당해 사실을 등록하여야 하는 바, 이때의 등록은 대항요건에 불과한 것이라고 하겠다. 즉, 프로그램저작권의 이전등록등을 하는 경우에 발생하는 효과는 제3자 대항력이다.

여기서 특히 유의할 점은 프로그램저작권 이전등을 등록한다고 해서 복제·배포·개작 등의 프로그램저작권 침해행위 전부에 대한 보호를 받는 것이 아니라, 단지 법에서 정하고 있는 일정한 권리 변동사항에 한해서만 제3자 대항효를 가진다는 점이다.[30]

---

30) 신각철, 전게서, 210면.

나. '제3자'의 범위

여기서 '제3자'는 등록의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 가지는 제3자 내지는 권리변동 당사자의 법률상 지위와 충돌하여 양립이 불가한 제3자를 의미한다.

구체적으로 (i)동일한 프로그램저작권을 다시 다른 사람에게 양도한 경우의 제2양수인, (ii)프로그램저작권을 양도한 후에 별도로 다른 사람에게 질권을 설정한 경우의 질권자, (iii)프로그램저작권을 양도한 이후 그 권리를 압류한 채권자,[31] (iv)프로그램저작권을 양도한 후 동일한 프로그램에 대해 다른 사람에게 이용허락을 한 경우의 이용허락을 받은 자[32] 등이 제3자에 해당할 수 있을 것이다.

그러나 아직 등록하지 않은 경우에 프로그램저작권 침해자나 불법행위자, 이중양도 받은 자 등도 정당한 이익을 가지는 '제3자'에 포함되는지가 문제될 수 있다. 이하에서 살펴본다.

(1) 프로그램저작권 침해자 또는 불법행위자

'제3자'라 함은 당사자 및 그의 포괄승계인 이외의 자로서,[33] "당해 저작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 정당한 이익을 가지는 제3자"에 한하므로,[34] 프로그램저작권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자가 아니며, 프로그램저작권을 양도받은 사람은 그 양도에 관한 등록 여부에 관계없이 그 프로그램저작권을

---

31) 송상현 · 김문환 · 양창수, 전게서, 180면; 오승종 · 이해완, 전게서, 720면 참고.

32) 예를 들어 저작권자 A가 X에게 저작재산권을 양도하고 그 등록을 하지 않고 있는 사이에 Y가 A로부터 그 저작권의 객체인 저작물의 이용허락을 받았을 경우에 X는 등록을 하지 않은 한 제3자인 Y에 대하여 자신이 X로부터 저작재산권을 양도받았다는 주장을 할 수 없고, 따라서 Y가 A로부터 받은 저작물 이용허락의 효력을 다툴 수 없다(오승종 · 이해완, 상게서, 448면).

33) 서울지법 1998.12.18, 선고 97가합92489 판결은 "저작재산권의 양수로 대항할 수 없는 제3자란 당사자 및 그의 포괄승계인 이외의 자로서 등록의 흠결을 주장하는 데 대하여 정당한 이익을 가진 자에 한하는 것"이라고 하였다.

34) 대법원 2002.11.26 선고 2002도 4849 판결.

침해한 사람에게 대항할 수 있다.[35] 즉, 프로그램저작권은 당사자 사이의 계약만으로 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있고 프로그램저작권을 양수한 자는 프로그램저작권을 침해한 자에 대하여 특별한 사정이 없는 한 프로그램저작권의 이전을 등록하지 않더라도 프로그램저작권자로서의 권한을 행사할 수 있는 것이다.[36] 따라서 침해 정지청구권 및 손해배상청구권 등의 권리를 행사하는 데에는 아무런 지장이 없다.[37] 즉, 등록을 하지 아니하면 불이익을 받게 되는 범위는 그 제3자가 그와 같은 등록의 흠결을 주장할 수 있는 정당한 이익을 가지는 경우에 한정된다고 해석되어야 할 것이므로, 프로그램저작권을 권한 없이 침해한 자에 대하여 손해배상이나 침해의 금지를 청구하는 경우에 대하여까지 등록이 이루어지지 않았음을 이유로 그 청구를 물리칠 수는 없다고 할 것이다.[38]

한편, 불법행위자는 "정당한 이익"이 있는 자가 아니며, 이들에 대해서는 등록유무를 불문하고 대항할 수 있다는 견해에 따르면, 직접적으로 불법행위를 한 자 뿐만 아니라 불법행위관계에 있는 제3자 및 아무런 정당한 원인없이 등록을 받은 제3자도 여기서 말하는 제3자에 포함되지 않는다고 한다.[39] 참고로 판례도 "제3자라함은 그 등록의 흠결을 주장함에 법률상 정당한 이익을 갖는 자에 한하고 정당한 원인없이 등록을 받은 제3자 또는 불법행위관계에 있는 제3자는 이에 포함되지 아니한다고 볼 것"이라고 하였다.[40]

(2) 이중양도 받은 자

프로그램저작권의 이전 등에 관하여는 등록하지 아니하면 제3자에게

35) 일본의 경우도 일본 저작권법 제77조(저작권의 등록)상의 '제3자'는 당사자이외의 모든 제3자를 포함하는 것이 아니라, '등록의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 가지는 제3자'로 해석된다. 따라서 불법행위자나 실질적 무권리자로부터 양도를 받은 자에게는 등록을 하지 않았어도 대항할 수 있다(社團法人 著作權情報センター 編著, 新版 著作權辭典, 出版ニュース社, 평성11년, 241면).
36) 대법원 2002.12.26. 선고 2000다13757 판결 참고.
37) 정상조, 전게 보고서, 163-164면.
38) 송상현・김문환・양창수, 전게서, 180면; 오승종・이해완, 전게서, 721면.
39) 안효질, 전게서, 296면.
40) 서울민사지법 1989.5.23. 선고 88가합51561.

대항할 수 없다. 즉, 프로그램저작권을 양수한 자는 프로그램저작권의 이전등록을 하지 아니하면 제3자에게 프로그램저작권의 양수 사실을 주장할 수 없다. 따라서 원프로그램저작권자가 갑과 을에게 프로그램저작권을 이중양도하였으나 아직 갑이 프로그램저작권 이전등록을 하고 있지 않는 동안에 을이 먼저 등록을 한 경우에는 을이 프로그램저작권자로 된다고 하겠다. 갑이든 을이든 아직 프로그램저작권이전등록을 하지 아니하였다면 프로그램저작권 양도계약의 선후를 불문하고 상대방에 대해 정당한 양수인임을 주장할 수 없다. 따라서 먼저 등록하는 자가 프로그램저작권의 양수인이 되고 다른 상대방은 원프로그램저작권자에 대해 계약위반(즉 채무불이행)에 따른 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이라고 하겠다.

법원도 "외국 작가의 저작물의 번역을 완성함으로써 그 2차적 저작물에 대한 저작권을 원시적으로 취득한 자가 그 2차적 저작물에 대한 저작재산권을 갑에게 양도하였으나 갑이 이에 대한 등록을 하지 아니한 사이에, 그 저작재산권 양도 사실을 모르는 을이 그 2차적 저작물의 저작권자와 저작물을 일부 수정, 가필하여 다시 출판하기로 하는 출판권 설정계약을 체결하고 그 등록까지 마쳤다면, 갑은 그 저작권의 양수로써 을에게 대항할 수 없다"[41]고 판시한 바 있다.

그러나 양도인이 양수인 갑이 이전등록을 하고 있지 아니함을 기화로 그 사실을 명백히 알고 있는 양수인 을에게 이중양도하는 행위는 형사상 처벌되는 배임행위임이 명백하고 양수인 을의 양수행위는 양도인의 배임행위에 적극 가담한 행위라고 볼 것이므로 이러한 양도행위는 사회정의관념에 위배되는 반사회적 법률행위로서 무효라 할 것이고, 무효인 양도계약에 터잡아 이루어진 프로그램저작권이전등록 역시 무효가 된다고 할 것이다. 그리고 프로그램저작권 양도인의 배임행위에 적극 가담하여 프로그램저작권을 이중으로 양도받은 자는 설사 자기명의로 프로그램저작권의 이전등록을 마쳤다 하더라도 원양수인의 프로그램저작권이전등록의 흠결을 주장할 수 있는 법률상 정당한 이익을 가진 제3자에 해당하지 아니한다고 하겠다.[42]

한편 저작권의 양도는 양도인과 양수인의 의사표시만으로 이루어지

41) 대법원 1995.9.26. 선고 95다3381 판결.
42) 서울민사지법 1989.5.23. 선고 88가합51561.

는 것이기 때문에 원양수인은 저작권이전 등록을 하지 않았더라도 새로운 저작권자로 되는 것이고 악의의 2중양수인은 무권리자에 불과하기 때문에, 원양수인은 악의의 2중양수인에 대해서 이전 등록을 말소해 줄 것을 청구할 수 있을 것이라고 하면서, 현행 저작권법하에서는 원양수인이 문화관광부를 상대로 해서 이전 등록처분취소의 소송을 제기해도 동 처분의 위법성을 주장하기 어렵다면, 결국 원양수인은 악의의 2중양수인을 상대로 한 이전 등록말소청구의 소송을 제기하는 것이 현실적인 구제수단이 될 것이라는 견해가 있다.[43]

(3) '선의'의 제3자와 '악의'의 제3자

제3자에 '선의'의 제3자만 해당하는가에 대해서 견해의 대립이 있다.

먼저 긍정설(선의의 제3자 한정설)에 따르면, 컴퓨터프로그램보호법이 저작권에 관한 등록을 대항요건으로 규정한 것은 등록의 흠결을 주장함에 있어서 정당한 이익을 가지는 선의의 제3자를 보호하기 위한 것이라고 한다.[44] 저작권법의 경우 단순히 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있을 뿐이지만 그 해석상 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 제한적으로 해석하고 있으며, 입법론적으로는 이전등록의 효과를 보다 명확히 하기 위해서 등록하지 아니하면 '선의의' 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하는 것이 바람직하다고 한다.[45] 그리고 미국연방 저작권법 제205(d)조는 '선의의(in good faith and without notice of the earlier transfer)' 제3자가 유상으로(for valuable consideration) 저작권을 양수받은 경우에만 적법한 양수인으로 보호받을 수 있음을 명백히 규정하고 있고, 더 나아가 원양수인에게 이전등록의 유예기간으로 1개월을 허용해 주고 있는 점도 주목된다고 한다.[46] 판례[47]는 긍정설의 입장에 있는 것 같다.

부정설(악의의 제3자 포함설)은 등록을 하지 않은 자는 제3자의 선

43) 정상조, 전게서, 162면.
44) 정상조, 전게 보고서, 163-164면.
45) 정상조, "저작권 이전등록-'안현필' 사건", 한국 저작권 판례 평석집[1], 저작권심의조정위원회, 1998, 128-129면.
46) 정상조, "저작권 이전등록-'안현필' 사건", 상게서, 129면(각주7).
47) 대법원 1995.9.26. 선고 95다3381 판결 참조.

의·악의를 묻지 않고 대항할 수 없다고 해석하는 것이 기본적으로 타당하다고 한다. 왜냐하면, 악의의 제3자에게는 등록을 하지 않고도 대항할 수 있다고 하면 제3자가 저작권 양도 등의 사실을 알았는지 몰랐는지 하는 것이 관계자 사이에 늘 문제가 되어 저작권 거래와 관련하여 끝없는 분쟁에 휘말리게 될 우려가 있고, 그렇게 되면 저작권이전사실을 공시하게 하여 저작권거래의 안전을 도모하고자 하는 등록제도의 의의를 상실하게 될 것이기 때문이라고 하며,[48] 일본에서의 다수설이라고 한다.[49] 그러나 동 견해도 민법상 부동산의 이중양도에 대한 법리와 마찬가지로 저작재산권양도인의 배임행위에 적극가담하여 저작재산권을 이중으로 양도받은 경우에 한하여 반사회적 법률행위로서 무효라고 보는 것이 타당할 것[50]이라고 한 점에서는 긍정설과 마찬가지이다. 한편 일부 학자의 '배신적 악의자'는 제외하여야 한다는 견해에 대해 그 개념 또는 법리적 근거 자체가 명확하지 아니한 문제가 있다고 지적하고 있는 바,[51] 여기서 '배신적'이라는 용어를 사용한 이유는 아마도 형법상 배임죄의 본질에 관한 학설 중 배신설의 입장에서 서 있기 때문이 아닌가 한다. 결국 '배신적 악의자'는 배임행위에 적극가담한 악의의 이중양수인을 의미한다고 보여진다.

다. 전득자의 지위

악의의 2중양수인이 프로그램저작권을 취득하지 못한다고 해석하는 경우에, 당해 악의의 2중양수인으로부터 선의로 프로그램저작권을 다시 양도받은 제3자의 지위와 관련해 다음과 같은 견해가 있다.

---

48) 오승종, 이해완, 전게서, 448-449면.
49) 오승종·이해완, 상게서, 449면(각주1).
50) 오승종·이해완, 상게서, 449면.
51) 그러나 이와 관련해 다소의 혼란이 있다. 즉, '배신적 악의자'를 언급한 원 문헌의 표현에 따르면 "본조의 제3자에는 불법행위자 외에 배신적인 악의자도 포함되어야 하지만"이라고 하고 있어 마치 제3자에 '배신적 악의자'를 포함하는 견해처럼 보이나(허희성, 신저작권축조개설, 범우사, 1988, 234면; 허희성, 2000 신저작권법 축조개설(상), 저작권아카데미, 2000, 469면), 이를 비판한 문헌에 따르면 "일부 학자들 가운데 '배신적 악의자'의 경우는 제외하여야 한다는 견해가 있으나"로 표현하고 있어 이를 반대로 설명하고 있다(오승종·이해완, 전게서, 449면). 그러나 원 문헌의 전체적 취지를 살피건대 결과적으로는 후자의 설명이 맞는 것 같다. 따라서 원 문헌상의 표현이 잘못된 것이 아닌가 한다.

즉, 저작권을 양도받은 선의의 전득자가 저작권이전 등록을 먼저 했다면, 저작권이전 등록을 하지 아니한 원양수인이 대항할 수 없기 때문에 당해 선의의 전득자가 저작권을 취득한다고 해석하는 것이 일응 타당한 것으로 보이나, 다른 한편 부동산의 2중양도에 관한 우리 대법원판결을 볼 때, 악의의 2중양도가 저작권자의 배임에 해당된다고 볼 수 있는 경우에는 당해 2중양도계약은 선량한 사회풍속 기타 사회질서에 위반되는 행위로서 절대적인 무효이고 따라서 그 이후의 전득자는 선의인 경우에도 아무런 권리를 취득할 수 없다고 해석될 여지도 있다고 한다. 다시 말해서, 우리 대법원은 부동산의 소유권자가 2중양수인과 공모하는 등의 방법으로 악의의 2중양수인에게 소유권이전등기를 해준 경우에 그러한 2중양도계약은 배임에 해당되기 때문에 절대적으로 무효에 해당되고 따라서 그러한 악의의 2중양수인으로부터 권리를 전득한 자들은 그 누구도 소유권을 취득할 수 없다고 해석하고 있다고 한다. 따라서, 저작권의 2중양도가 배임에 해당되는 경우에는 2중양도계약이 반사회적인 계약으로 절대적인 무효로 되고 따라서 그 이후의 전득자는 선의일지라도 저작권을 취득할 수 없는 것이라고 해석될 수 있는 여지가 있다는 것이다. 그러나, 부동산의 악의적인 2중양도를 반사회적 거래로 보아서 선의의 전득자라도 소유권을 취득할 수 없다고 보는 대법원판례에 대해서는 거래의 안전을 크게 해친다고 하는 문제점이 지적되고 있어서, 저작권의 2중양도가 악의인 경우에도 사회질서에 반하는 절대적 무효라고 볼 것이 아니라 그러한 악의의 양수인은 저작권이전 등록을 미쳐하지 못한 원양수인이 대항할 수 없는 제3자에 해당되지 않기 때문에 그러한 악의의 양수인은 저작권을 취득할 수 없는 것이라고 보는 것이 오히려 타당하고, 전득자도 악의라면 마찬가지로 저작권의 취득을 원양수인에 대해서 주장할 수 없지만 전득자가 선의라면 원양수인보다 먼저 등록함으로써 원양수인에 대해서도 저작권 취득을 주장할 수 없고[52] 원양수인은 그러한 선의의 전득자에 대해서는 대항할 수 없다고 보는 것이 거래의 안전을 도모할 수 있는 타당한 해석이라고 한다.[53]

---

52) 원문에서는 “주장할 수 없고”라고 하였으나 ‘주장할 수 있고’의 오기가 아닌가 한다.

53) 정상조, 전게 보고서, 162-163면.

2. 과실 추정력

다른 사람의 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정한다(법 제32조제2항). 따라서 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등이 등록되어 있는 것이라면 침해 자체만으로도 과실이 있는 것으로 추정된다.[54] 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자는 고의 또는 과실로 그의 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으므로(법 제32조제1항), 과실의 추정은 그 입증책임을 전환시켜 줌으로써 프로그램저작권자등에 대한 보호를 보다 두텁게 하는 것이다. 이것이 권리자가 프로그램저작권등을 등록하는 가장 큰 이유라 할 것이다. 결국 당해 규정은 프로그램저작권등록의 활성화를 유도하기 위함이다.

과실의 추정을 받기 위해서는 침해행위 당시에 이미 등록되어 있어야 하며, 침해행위 후에 등록을 한 경우에는 당해 규정의 적용은 없다 할 것이다.

또한 당해 규정은 프로그램의 개인사용자이든 영리목적의 프로그램 판매자이든 구분하지 않고 적용된다. 어떤 개인사용자가 적법한 방법으로 프로그램을 취득하여 사용하고 있는데, 이것이 타인의 저작권을 침해하는 프로그램복제물이고 해당 프로그램저작권이 등록되어 있다면, 그 개인사용자가 그 프로그램복제물은 적법한 것이라고 믿었다 하더라도 과실은 추정된다. 물론 추정규정이기 때문에 개인사용자는 이 경우 반대증거를 제시하여 추정의 효력을 뒤집을 수 있다.[55]

한편 과실추정규정이 적어도 개인사용자에게는 조금 지나친 면이 있다는 견해가 있다.[56] 그 이유에 대해서는 구체적인 언급이 없으나, (i) 우선 생각해 볼 수 있는 것은, 아마도 개인사용자의 대부분이 등록제도에 대한 이해가 부족한 것이 보통이고, 과실추정 규정이 실질적으로는 개인사용자에게 모든 프로그램에 대한 적법성 여부를 등록부상 사전확인할 것을 사실상 강제하는 효과를 가질 뿐만 아니라, 과실추정의 번복을 위해서도 그 입증 능력이나 여건상의 차이로 말미암아 업자나 법

54) 송상현 · 김문환 · 양창수, 전게서, 208면.
55) 안효질, 전게서, 338면.
56) 안효질, 상게서, 338면.

인 등에 비해 상대적으로 불리한 위치에 놓일 수밖에 없을 것이라는 점에서 개인 사용자의 입장에서는 다소 무거운 책임을 지는 면이 없지 않다는 것으로 이해될 수 있을 것이다. 실제로 일반 개인사용자가 프로그램을 사용할 때마다 일일이 그 등록사항과 불법여부를 확인하는 경우는 드물며, 그렇게 한다고 하여도 개인사용자로서는 여간 부담스러운 일이 아닐 것이다. (ii) 다음으로 생각해 볼 수 있는 것은 과실추정규정 자체의 타당성 문제와 관련된 것이다.[57] 즉, 무방식주의하에서 권리의 유효성에 대한 판단도 없이 당해 프로그램저작권에 과실추정의 효과를 부여하고 입증책임을 개인사용자에게 전환하는 것이 과연 적절한가에 대한 의문에 따른 것이다.

Ⅴ. 기타 검토사항

1. 권리변동의 등록강제

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권의 발생에 관하여 무방식주의를 취하고 있다. 이는 우리나라가 가입하고 있는 베른협약에 부합하는 것이며, 세계적인 추세이기도 하다. 그런데 무방식주의에 따라 이미 발생한 권리에 대해 (i)그 이전 또는 (ii)당해 권리로부터 파생되는 권리의 설정(예를 들어, 프로그램배타적발행권의 설정) 등의 효력발생요건으로 등록을 강제[58]하는 것이 베른협약상의 무방식주의(권리의 향유와 행사는 어떠한 방식에 따를 것을 요하지 않는다)[59]에 위배되는지가 의

57) 이에 관해 자세한 것은 김형렬, “컴퓨터프로그램보호법상의 등록제도에 관한 연구-프로그램의 등록을 중심으로”, 소프트웨어와 법률(제2호), 한국소프트웨어저작권협회, 2005, 363면 참조.

58) 등록을 강제하는 이유는 (i)기존의 모든 프로그램을 파악함으로써 선후간에 권리관계를 명확하게 하고 나아가 거래안전과 이용활성화, 중복투자로 인한 낭비의 사전예방 등을 도모하기 위함이다. 따라서 등록의 실효성 확보를 위해서는 선행 프로그램의 완전한 파악이 관건이 될 것이다. (ii)다른 한편으로는 권리의 유효성을 담보함으로써 궁극적으로는 역시 거래안전과 이용활성화에 기여하기 위해서이다. 즉, 등록을 권리발생의 요건으로 부과하고 실체적 심사를 통해 등록을 받게 함으로써 권리의 유효성을 확인받고 부실권리의 발생을 차단하기 위한 것이다.

문이다. 프로그램저작권의 발생에는 아무런 형식이나 절차를 전제하지 않고 다만, 이후 당해 권리의 변동등에 대해서만 효력발생요건으로 등록을 요하고 있기 때문에 문제된다.

이에 대해서는 문헌의 언급이나 논의가 많지 않으나 대체적으로 긍정과 부정의 견해가 대립하고 있는 것으로 보인다. 긍정론은 첫째, 프로그램저작권의 발생에는 아무런 방식을 요하지 아니하였으므로 베른협약에 반하였다고 볼 수 없고, 둘째, 동협약이 프로그램저작권의 이전과 그 설정권리의 발생에 대해서까지 적용되는 것은 아니라고 한다. 셋째, 권리변동에 대한 등록을 강제함으로써 등록제도의 실효성을 높일 수 있을 뿐만 아니라 궁극적으로 거래의 안전과 저작물의 이용활성화에 기여하는 바가 크다는 점을 지적한다. 넷째, 프로그램이 기능저작물로서의 특성을 가진다는 점에서도 더욱 등록강제의 필요성이 요구된다고 한다. 반면 부정론은 첫째, 프로그램저작권의 발생에만 무방식을 요하고 있을 뿐이고 그 이전과 권리설정의 효력발생에 등록을 요함으로써 실질적으로는 권리의 향유와 행사(The enjoyment and exercise of these rights)를 제한하는 것이고 사실상 방식주의를 채택한 것과 다를 바 없으므로 베른협약에 반하는 것이라고 본다. 둘째, 등록을 강제하는 경우에 적어도 종전보다는 권리의 유효성 내지는 진정성에 대한 확인이 강화되어야 할 필요가 있을 것이고 그러기 위해서는 어느 정도의 실체적 심사가 요구될 것인데 이는 결국 방식주의를 의미한다는 점에서 베른협약에 반하는 것이라고 한다. 셋째, 프로그램저작권 자체에 대

---

59) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Article 5

(1) Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention,in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention.

(2) The enjoyment and exercise of these rights shall not be subject to any formality ; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.

한 유효성이 담보되지 않은 상황에서[60] 그 이전과 설정권리에 대해서만 등록을 강제한다면 등록제도의 실효성은 희석될 것이고 결국 거래의 안전이나 프로그램의 이용활성화에도 기여하는 바가 그렇게 크지는 않을 것이라고 한다.

2. 등록청구권의 소멸시효

프로그램저작권 양수인의 프로그램저작권 이전 등록청구권이 소멸시효에 걸리는지 여부에 관하여는, "저작권은 물권과 같은 배타적 효력을 갖는 대세적 권리임에 비추어 그 자체의 효력으로서 스스로 대항요건인 등록을 구비할 권한을 포함한다고 할 것인바, 이러한 사정은 원저작자로부터 저작재산권을 적법히 양도받은 자의 저작권의 경우에도 다를 바 없다 할 것이므로 그 경우에도 양수인의 저작권에 관하여는 저작권법이 규정하는 존속기간을 경과하여 소멸되지 않는 한 민법상의 소멸시효규정이 적용될 여지는 없다"[61]고 한 판례에 비추어 보아, 적법한 양도계약에 따라 프로그램저작권을 양수한 자의 프로그램저작권 이전 등록청구권은 그 프로그램저작권이 컴퓨터프로그램보호법상의 존속기간을 경과하여 소멸되지 아니하는 한 소멸시효에 걸리지 아니한다고 보아야 할 것이다.

한편, 프로그램저작권의 2중양도와 관련해, 적법한 양도계약에 따라 저작권을 양수한 자의 악의의 2중양수인에 대한 등록말소청구권 그리고 양도인에 대한 저작권이전 등록청구권 역시 저작권이 그 존속 기간을 경과하여 소멸되지 아니하는 한 소멸시효에 걸리지 아니한다는 견해[62]가 있다.

---

60) 등록부의 이원화는 당해 문제를 더욱 어렵게 할 것이다.

61) 서울민사지법 1989.5.23. 선고 88가합51561판결.

62) 동 견해는 저작권양수인이 저작권 등록말소의 청구 또는 저작권이전 등록을 청구할 수 있는 권리는 저작권양도의 효력이 아니라 저작권자체의 효력으로 저작권법이 규정하고 있는 것이기 때문에 소멸시효의 대상이 되지 않는다고 한다(정상조, 전게 보고서, 164면).

3. 프로그램저작인격권의 이전등록

프로그램저작권은 그 전부 뿐만 아니라 일부도 양도가능하므로, 지분권인 복제권·배포권 등을 분리하여 이전등록할 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그런데 법 제7조제1항이 프로그램저작권에 공표권, 성명표시권, 동일성유지권(즉, 프로그램저작인격권)을 포함되는 것으로 규정하고 있고, 문리해석상 이들 개별 권리도 프로그램저작권의 일부에 해당할 것이므로 법 제15조제1항의 규정에 따라 그 각각을 분리하여 이전등록 가능한지가 문제될 수 있다.[63] 이는 결국 프로그램저작인격권의 법적성질 즉, 일신전속성 여부에 대한 판단이 주요 관건이 될 것이다.[64] 그러나 프로그램저작인격권의 일신전속성을 부정하여 당해 권리가 양도가능하다는 입장에 의한다고 하더라도 그 전부가 일체로서 양도되는 경우는 몰라도 각각의 권리가 분리 양도되는 것이 현실적으로 무슨 실익이 있을지 의문이다.[65] 현행 등록제도가 그러한 경우까지 상정하여 규정을 마련하고 있는 것 같지는 않다.

4. 등록신청기간

프로그램저작자는 프로그램 등록을 할 수 있다. 다만, 프로그램의 창작후 1년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다(법 제23조제1항). 이와 같이 프로그램등록 신청기간에 제한을 두고 있는 이유는 프로그램 창작 후 장기간이 경과한 경우에 당해 사실을 등록함에 있어 그 신빙성 내지는 진정성이 문제될 수 있기 때문이며, 프로그램등록이 가지는 추

63) 프로그램저작재산권에 대해서는 각 지분권의 분리 이전등록이 가능하다고 언급하는 일부 문헌이 있으나 프로그램저작인격권의 분리 이전등록에 대해서는 말이 없다. 법 해석상 당연히 인정되는 것인지 아니면 그 적용이 없다고 보아 언급을 하지 않은 것인지는 불분명하다.

64) 넓게는 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 관계(예를 들어 저작권법의 특별법으로서의 컴퓨터프로그램보호법의 성격 내지는 지위, 법 제45조에 의한 저작권법 규정의 적용 가능 여부 및 그 범위 등)를 어떻게 파악하느냐의 문제이기도 하다.

65) 예를 들어 공표권이나 성명표시권만의 양도가 제도적으로 무슨 의의를 지닐 수 있을지 의문하다.

정의 효과를 보다 실효성 있기 하기 위함이다. 그러나 프로그램등록을 적극적으로 유도하기 위한 측면도 있다고 생각된다. 그런데 이러한 등록기간의 제한을 프로그램저작권의 이전등록 등에 관하여도 준용할 수 있는지가 문제된다. 즉, 법 제26조제2항이 “제23조의 규정은 제1항의 규정에 의한 프로그램저작권의 이전등록 등에 관하여 이를 준용한다”고 규정하고 있어, 프로그램저작권의 이전등록 등도 신청기간의 제한을 하여야 하는지, 그 경우 “창작 후 1년 이내”로 한정되는지의 문제이다. 이에 대해 프로그램저작권등록은 프로그램등록과 같은 기간제한이 없다고 하는 견해도 있으나,[66] 일단 준용할 수 있다고 하더라도 프로그램등록의 경우를 그대로 적용하는 것은 부적절하다고 보여진다. 예를 들어 프로그램저작권의 이전등록을 창작 후 1년 이내로만 제한한다면 이는 거래 현실에 전혀 부합하지 않을 뿐만 아니라 지나치게 프로그램저작권자의 권리를 침해하는 것일 수 있다. 따라서 만약 법 제23조제1항을 준용한다면, ‘창작 후 1년 이내’가 아니라 ‘법 제26조제1항각호 소정의 등록사항에 해당하는 사실이 발생한 후 1년 이내’로 새기는 것이 적절할 것이다. 그러나 이전등록등에 대하여 기간제한을 두는 것이 어떠한 실익이 있을지에 대해서는 단언할 수 없으나 적어도 프로그램 등록의 경우와 마찬가지의 이유를 생각해 볼 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결어

컴퓨터프로그램보호법이 프로그램저작권등의 권리변동에 대하여 부동산등기와 유사한 공시제도를 두고 있는 것은 거래의 안전을 도모하기 위한 것이라고 할 수 있다.[67] 그러나 민법의 경우엔 등기가 물권변동의 효력발생요건이 되지만, 프로그램저작권등의 변동은 등록을 효력발생요건으로 하지 아니하고 단지 대항요건으로 하고 있다는 점에서 크게 다르다.[68] 즉, 우리 저작권제도가 베른협약의 무방식주의를 취하고 있어 저작권의 향유와 행사에 어떠한 방식의 이행도 요구할 수 없

66) 이철, 전게서, 387-388면.
67) 안효질, 전게서, 292면; 허희성, 전게서, 447면; 오승종・이해완, 전게서, 446면; 송영식・이상정・황종환, 지적소유권법(제9판)(하), 육법사, 2005, 657면.
68) 송영식・이상정・황종환, 상게서, 657면; 오승종・이해완, 상게서, 447면.

으므로(동 협약 제5조) 등록을 저작권의 향유와 행사의 효력요건으로는 할 수 없고, 단지 대항요건으로만 가능한 것이다.[69] 따라서 프로그램저작권의 이전등을 등록하지 아니하였더라도 그 효력은 발생하며 다만, 이를 가지고 제3자에게 대항할 수 없을 따름인 것이다.[70]

여기서 저작권을 침해하는 자 또는 불법행위자는 '정당한 이익'을 가지는 자라고 볼 수 없으므로 '제3자'에 해당하지 않는다. 더 나아가 불법행위관계에 있는 제3자 또는 정당한 원인 없이 등록을 받은 제3자도 이에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 경우에는 프로그램저작권이전등의 등록여부와 무관하게 침해자등에게 침해정지청구나 손해배상청구등을 할 수 있다고 하겠다. 제3자에 '선의'의 제3자만 해당하는가에 대해서는 긍정설과 부정설이 있다. 전자는 '제3자'가 '선의'의 제3자에 한정된다는 견해이고 후자는 '선의' 뿐만 아니라 '악의'의 제3자도 포함된다는 견해이다.

프로그램저작권자가 2중양도를 하는 경우에 등록하지 아니한 양수인은 먼저 등록한 양수인에게 대항할 수 없다. 다만 양수인이 양도인의 2중양도의 배임행위에 적극적으로 가담한 경우에는 신의칙에 반하는 불법행위로 무효가 되므로 등록을 하더라도 권리가 주어지지 않는다. 이 경우에는 등록하지 않은 양수인의 경우라도 적법한 저작권 양수인이 되어 저작권 자체의 효력에 의하여 저작권이전 등록말소, 침해의 정지, 손해배상 등을 청구할 수 있다. 특히 저작권이전 등록 말소청구권은 저작권 자체의 효력에 기한 물권적 청구권과 같은 것이므로 저작권을 보유하기만 하면 언제든지 청구할 수 있는 것이어서 소멸시효에 걸리지 않는다.[71]

한편, 악의의 2중양수인이 프로그램저작권을 취득하지 못한다는 해석을 전제로, 악의의 2중양수인으로부터 다시 양수받은 선의의 전득자가 다른 전득자보다 우선적으로 등록한 경우에, 당해 전득자의 등록도 무효로 해석하는 견해와 거래의 안전 등을 고려하여 유효하다는 견해가 있다.

프로그램저작권 이전등록 절차에 따라 프로그램저작권을 원시등록하

---

69) 허희성, 전게서, 467면.
70) 송영식・이상정・황종환, 전게서, 657면; 허희성, 상게서, 467면; 오승종・이해완, 전게서, 447면.
71) 정상조, 전게보고서, 159면.

는 경우에는 프로그램저작권등록의 원인발생을 증명하는 서류에 프로그램의 창작사실을 증명하는 서류도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 아직 등록되지 아니한 프로그램에 대해서는 그 복제물을 제출하여야 한다.

프로그램저작권의 이전이나 그 설정 권리의 등록강제가 베른협약(무방식주의)의 위반인지에 대해서는 긍정론과 부정론이 있다. 향후 보다 종합적이면서도 구체적인 검토를 요하는 사안이다. 등록청구권의 소멸시효와 관련해 적법한 양도계약에 따라 프로그램저작권을 양수한 자의 프로그램저작권 이전등록 청구권은 당해 프로그램저작권이 컴퓨터프로그램보호법상의 존속기간의 만료로 소멸되지 아니하는 한 소멸시효에 걸리지 아니한다고 보아야 할 것이다. 프로그램저작인격권의 이전등록에 대한 검토도 있어야 할 것이다. 등록신청기간에 대해서는 프로그램등록상의 등록기간제한 규정이 프로그램저작권이전등록등에도 준용되는지가 문제되는 바, 긍정하는 견해에 따른다고 하더라도 '창작 후 1년'은 '프로그램저작권이전등의 권리변동이 발생한 후 1년'으로 하여야 할 것이다.

[참고문헌]

김형렬, “컴퓨터프로그램보호법상의 등록제도에 관한 연구-프로그램의 등록을 중심으로”, 소프트웨어와 법률(제2호), 한국소프트웨어저작권협회, 2005.

송상현・김문환・양창수, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구, 서울대학교 출판부, 1989.

송영식・이상정, 저작권법(제3판), 세창출판사, 2003.

송영식・이상정・황종환, 지적소유권법(제9판)(하), 육법사, 2005.

신각철, 최신 컴퓨터프로그램보호법(제2개정), 법영사, 2001.

안효질, 개정 컴퓨터프로그램보호법의 축조해설, 프로그램심의조정위원회, 2000.

오승종, 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2004.

이 철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어보호, 박영사, 1995.

정상조, “저작권 이전등록-‘안현필’ 사건”, 한국 저작권 판례 평석집[1], 저작권심의조정위원회, 1998.

-----, 컴퓨터프로그램보호법 축조해설 및 분쟁사례에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 1999.

허희성, 2000 신저작권법 축조개설(상), 저작권아카데미, 2000.

-----, 신저작권축조개설, 범우사, 1988.

프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 연혁집Ⅰ, 2003.

半田正夫, 著作權法 槪說(第10版), 一粒社, 平成13年.

社團法人 著作權情報センター 編著, 新版 著作權辭典, 出版ニュース社, 平成11年.弼

프로그램저작권의 침해와 보호범위

김 지 영*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서설

Ⅱ. 컴퓨터프로그램의 의의
1. 컴퓨터프로그램의 의의와 발달
2. 프로그램의 제형태
3. 프로그램 언어
4. interpreter 방식과 compiler 방식
5. compiler와 종합개발환경

Ⅲ. 저작물로서의 컴퓨터프로그램
1. 컴퓨터프로그램보호법상의 컴퓨터 프로그램
2. 기술적 창작물로서의 컴퓨터 프로그램

Ⅳ. 프로그램저작권의 보호범위
1. 저작권의 보호범위
2. 프로그램 저작권의 보호범위
3. 프로그램에 있어「창작성」내지「개별성」
4. 컴퓨터프로그램저작물의 보호범위에 대한 문제점

Ⅴ. 프로그램저작권의 침해의 판단
1. 프로그램 저작권 침해의 주장
2. 프로그램 저작권 침해의 판단

Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서설

컴퓨터프로그램과 이를 보호하고자 한 컴퓨터프로그램보호법의 발전과정을 살펴보면,「기술」이라는 대상을「법률」이 규율하는 것이 얼마나 어려운 일인가를 알게 된다. 즉 컴퓨터프로그램은「기술」의 한 영역으로, 마치 생명체와도 같이 그 자체로 성장하고 발전하는 모습을 띤다. 한편 이를 다루어야 하는 법률은「사회적 안정성」내지「사회질서」의 유지라는 경직된 특성을 갖고 있다. 이와 같이 서로 상이한「기술」과「법률」의 본성 때문에 종종 양자는 유리되는 경향을 갖는다. 이러한 상황에서「법률」은「기술」의 변화에 상응한 지속적인 개정이라는 노력을 통하여 양자의 간극을 메우려고 한다. 컴퓨터프로그램보호법의 제정 및 수차례 이루어진 개정 과정에서도 역시 기술과 법률의 간극을 메우려하는 노력을 확인할 수 있다.[1] 특히 컴퓨터프로그램

* 한양대학교 법과대학 박사과정

은 저작권법적 보호와 특허법적 보호 및 영업비밀로서의 보호라고 하여 그 보호 방식에 대하여 다양한 논의가 이루어져 왔고, 실제로 컴퓨터프로그램이 갖는 특징에 대한 각기 다른 접근 방식을 통한 보호가 각각 인정되고 있다.

한편 지적재산법이라는 법 영역은 비록 법률 분야에 있어서는 비교적 새로운 것이라 할 수 있지만, 이는 나름대로의 특성을 형성하고 있다. 즉 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법이라는 4개의 산업재산권법 분야와 저작권법이라는 두 개의 큰 축을 중심으로, 영업비밀을 보호하는 부정경쟁방지법이나 새로운 식물 품종을 보호하는 종자산업법이나 반도체집적회로의배치설계에관한법률 등 지적재산법은 그 외연을 확대해가고 있다. 그런데 이들 개별 실정법은 대체로 각 개별 법률 분야별로 다루어지고, 지적재산법 전체에 공통하는 법 이념에 대한 고찰은 드문 것이 현실이다. 컴퓨터프로그램의 보호에 있어서도 영업비밀로서의 보호 방식은 차치하더라도, 아이디어는 보호하지 않고 오로지 표현만을 보호한다는 저작권법적 보호방식과 아이디어를 보호한다는 특허법적 보호방식은 마치 그 보호대상이 비연속적으로 분리되는 것처럼 설명되곤 한다. 그러나 설령 저작권법적 보호방식과 특허법적 보호방식이 그 근거법을 달리 하는 개별 실정법이라 할지라도, 그 대상인 사실관계는 서로 연속되거나 중복됨을 부정할 수 없다. 즉 컴퓨터프로그램에 대한 법적 보호는 저작권법 내지 그 특별법이라 할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 이루어지고 있으나, 기술에 대한 창작물이라는 특성에서 특허법에 의한 보호 논의 역시 무시할 수 없다.

물론 저작권법에 의한 보호와 특허법에 의한 보호를 전개하는 과정에서, 양자의 식별성, 비연속성만이 강조되면서 양자의 관계가 문제되지 않는 것처럼 기술되기도 한다. 비록 법의 해석이란 실정법에 의한 규범을 전제로 하는 것이나, 그 규범의 범주 내에서 모든 논의가 이루어져야 하는 것은 아니다. 오히려 그 실정법에 한정하여 접근하려고 하는 시도는 전체적인 맥락에 있어 법 해석의 방향을 혼란케 하는 결과

---

1) 컴퓨터프로그램보호법은 1986년 제정된 이래 현재까지 9차례의 개정이 이루어져 왔으며, 현재에도 개정안이 제기된 상태이다. 가장 최근에는 2005년 12월 29일자의 개정이 있으며, 현재 국회에 계류 중인 컴퓨터프로그램보호법 개정안으로서는 2004년 9월 4일 정성호의원 대표발의안과 2006년 2월 10일 정부가 제안한 개정안 등이 있다.

를 낳을 수 있을 뿐이다. 즉 지적재산법의 해석에 있어서는 사람의 지적 창작활동이라는 것의 과정을 음미한 가운데, 실정법이 의도한 바를 알고, 그 위에 실정법이 의도하는 바에 충실한 해석과정을 밟아 가야겠다.

이에 본고에서는 특허법과 저작권법이 중첩되는 영역으로서의 컴퓨터프로그램에 착안하면서, 특히 저작권법의 보호범위의 중심개념이 되는 표현형식이라는 개념을 통하여 프로그램저작권을 살펴보고, 이를 통하여 프로그램저작권의 보호 및 그 침해를 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 컴퓨터프로그램의 의의

1. 컴퓨터프로그램의 의의와 발달

저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법은 각 개별 법률에서 컴퓨터프로그램을 정의하고 있으며, 그 의미는 표현상의 작은 차이에도 불구하고, 동일한 것으로 이해할 수 있겠다. 그러나 이러한 법적인 의미에 있어서의 컴퓨터 프로그램에 앞서 일반적으로 이용되는 컴퓨터 프로그램의 의미와 그 발달과정을 살펴보고자 한다.

일반적인 의미에서의 프로그램이라 함은 요컨대 정보처리장치에 대한 지령을 조합한 것이다.[2] 정보처리장치 내부에서 이루어지는 처리는 최종적으로는 어느 회로에 전압이 걸린 상태(1)인가 전압이 걸리지 않은 상태(0)인가의 변환 작업으로 집약된다고 할 수 있다. 따라서 컴퓨터가 직접 이해하는 상태의 프로그램은 모두 이 0과 1의 조합만으로 기술된다. 기본적으로는 이 2진수를 사용하여, 사칙연산을 하면서, 조건에 따른 결과를 추출하면서(논리연산)[3], 데이터를 메모리상의 일정 위

---

2) 기술적인 의미에서의 개념이다. 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상의「프로그램」에 해당하기 위한 요건에 대하여는 개별 법률을 참조할 것.

3) 논리연산이라 함은 논리곱, 논리합, 배타적 논리합의 3종류와, 각각의 역인 논리부정의 합인 6종류의 조합만으로, 일정 조건의 경우에 일정 결과를 출력하는 것이며, 이론상 이들 조합에 의하여 모든 조건의 설정이 가능하게 된다.
「논리곱」→ a, b의 양자가 「1」이면, z에 「1」을 출력.
「논리합」→ a, b의 어느 것이 「1」이면, z에 「1」을 출력.

치[4]로부터 일정 위치에 이동 또는 복제한다고 하는 단순한 동작을 조합한 것이 프로그램이라고 하는 것이다.

초기 프로그램은 종이테이프에 구멍을 뚫어 이 2진수의 내용을 기억케 한 것도 있었지만, 나중에는 직접 컴퓨터에 2진수를 기억하게 할 수 있도록 했다. 그리고 이러한 프로그램은 보다 많은 정보를 보다 빠르고, 보다 널리고 그리고 또한 보다 다양한 형태로 제공한다는 요청에 따른 정보처리장치(컴퓨터)의 발달과 함께 발전하고 있다.[5]

2. 프로그램의 제형태

프로그램은 소스 프로그램(source program)과 목적 프로그램(object program)으로 나뉜다. 먼저 컴퓨터가 직접 이해하고 실행할 수 있는 프로그램은 binary[6] dump 형식, 즉 binary code로 기술된 프로그램이다.[7] 이 상태에서 프로그램을 본 인간이 그 동작내용을 이해하는 것은 매우 곤란하며, 적어도 실용적인 의미에서는 불가능하다고 해도 좋다. 따라서 인간이 프로그램을 기술하는 경우에는 binary dump 형식이 아니라 인간이 이해할 수 있는 형식으로 기술하게 된다. 즉 C언어로 기술하게 되며, 이는 컴퓨터가 이해할 수 있는 형태로 치환되게 된다.

이와 같이, 인간이 직접 이해하여 기술할 수 있는 프로그램을 소스 프로그램이라고 하고, 이를 컴퓨터가 이해할 수 있는 상태로 변화하는 것을 컴파일(compile), 컴파일된 결과 제작된 프로그램을 목적 프로그램(object program)이라고 한다. 즉 컴파일이라 함은 인간의 언어를 컴퓨터가 이해할 수 있는 언어로 번역하는 작업이라고도 할 수 있다. 또한 컴파일은 이를 위한 전용 프로그램(compiler)에 의하여 이루어지는

「배타적 논리합」→ a, b의 어느 하나만이 「1」이면, z에 「1」을 출력.

4) 데이터를 기억하는 메모리내의 영역은 「레지스터(register)」라고 불린다.

5) 프로그램이 이진법에 의한 법칙으로서 인간이 생각해 낸 약속에 불과하다면, 후자의 정보처리장치는 자연법칙을 이용한 것으로 특허법의 보호대상이 될 수 있다는 점에서 양자는 차이가 난다.

6) 2진수의

7) 다만 정확히는 인간의 인식가능성을 높이기 위하여, 2집법이 아닌 16진수로 기술되어 있기에 컴퓨터가 이해하기 위하여는 이를 다시 2진수로 치환할 필요가 있다.

것으로, 인간이 외국어를 번역하는 것과 같은 「번역」을 하는 것은 아니다. 통상 프로그램이 제품으로 출시되는 경우에는 이와 같이 하여 제작된 목적 프로그램이 판매되고, 소스 프로그램 그 자체는 공개되지 않고, 영업비밀로 엄격히 보관된다.

3. 프로그램 언어

컴퓨터가 직접 이해하고 실행할 수 있는 프로그램은 이진법 형태의 것이다. 따라서 예컨대 「01000010011」이란 숫자의 나열로 되어 있는데, 이를 인간이 신속하고 또한 정확하게 이해하면서 입력한다고 하는 것은 극히 곤란하다. 이에 이러한 프로그램을 인간의 개변이나 창작상의 편의를 위하여 인간이 용이하게 인식할 수 있는 형태로 변환할 필요가 있다. 이와 같이 하여, 인간이 해독할 수 있는 형태으로 기술된 정보처리장치에 대한 지령의 조합을 일정의 법칙에 따라 2진수로 기술된 컴퓨터에 이해되는 형태의 프로그램으로 변환하기 위한 개발된 시스템이 프로그램 언어라고 불리는 것이다.

이러한 프로그램 언어에는 컴퓨터가 이해하기 쉽도록 전자계산기의 처리과정에 비교적 충실하게 처리내용을 기술하는 형식의 언어(저급언어)와 인간이 이해하기 쉽도록 의미가 있는 동작 단위로 명령을 기술하는 형식의 언어(고급언어)가 있다. 고급언어의 예로는 C언어가 있으며, 저급언어의 대표적인 예로서는 어셈블리어가 있다. 예컨대 어셈블리어는 데이터의 동작을 하나 하나 지시하는 형태로 되어 있다. 이러한 형태는 컴퓨터가 이해하는 처리명령의 흐름에 충실하지만, 인간으로서는 전체로서 어느 처리를 하고 있는가를 이해하기는 쉽지 않다. 반면 고급언어는 인간이 이해하기 쉬운 일련의 동작을 나타내는 명령문으로 기술되어 있다. 이러한 형태는 인간이 이해하기는 쉽지만, 컴퓨터가 이해할 수 있는 형태로 변환하는 경우에 이를 단순한 데이터의 이동이나 연산으로 나눈 다음에, 이를 컴파일하는 것으로, 대폭적인 변환 내지 의역이 이루어지게 된다. 따라서 고급언어로 기술하는 경우는 인간이 기술한 것과 실제로 컴퓨터에 지령을 내리는 프로그램과의 사이가 클수록 컴파일러에 의한 번역이 개입될 여지가 크게 된다.

4. interpreter 방식과 compiler 방식

위와 같이 인간이 프로그램을 기술하는 경우, 통상은 고급언어를 사용하여 기술하게 되지만, 최종적으로 이 프로그램에 기술된 지령이 컴퓨터에 도달하기 위하여는「번역」작업이 필요하게 된다. 실제 프로그램을 정보처리장치에서 동작시키기 전에 미리 사전에 이 변환작업을 한 가운데 binary dump 상태로 제품화한 것이 compiler 방식의 언어이고, source program 그대로의 상태로 제품화하고, 프로그램이 실제로 정보처리장치 내에서 작동하는 경우에 순차적으로「번역」작업을 하는 것이 interpreter 방식의 언어이다. 전자는 미리 번역하여 두는 것인데 반하여, 후자는 동시에 통역방식이라고 하여도 좋다.

양자의 결정적인 차이점은 출하되는 경우에 컴파일러 방식의 언어에서는 소스 프로그램은 공개되지 않고, 실제로 출하되는 것은 컴퓨터가 직접 이해하는(즉 인간이 직접 의미 내용을 알기 어렵다) binary dump 형식의 프로그램인데 반하여, interpreter 방식에서는 소스 프로그램이 출하된다고 하는 점이다.

실제 재판의 경우에 있어서는 interpreter 방식의 언어라면, 권리자가 프로그램의 기술과 침해자의 프로그램의 기술을 용이하게 비교 검토할 수 있다. 반면 compiler 방식의 언어인 경우에는, binary dump만의 비교로는 침해 유무의 판단은 곤란하고, 따라서 침해의 입증을 위하여는 침해자의 소스 프로그램을 입수하여 권리자의 소스 프로그램과 대비할 필요가 있다. 다만 이를 위한 침해자의 소스 프로그램의 입수는 매우 곤란하며, 입증의 곤란을 수반한다고 하는 점에서 양자의 차이점은 표면화된다.

5. compiler와 종합개발환경

앞서 말한 바와 같이, 인간이 고급언어로 기술한 프로그램은 compiler에 의하여 binary dump 형식으로 변환되지만, 그 과정에서는 하나의 단순한 명령을 방대한 수의 상세한 데이터의 이동등에 관한 명

령으로 세분화된다. 그리하여, 이와 같은 이른바「의역」이 이루어진 결과, 원래의 소스 프로그램과 제작된 binary dump 형식의 프로그램(목적 프로그램)은 일대일 대응관계가 없다고 하는 현상이 발생한다. 또한 실제로는 프로그래밍 시점에서는 각각의 처리를 하는 하나의 solution 별로 하나의 프로그램(module[8])을 제작하고, 목적 프로그램을 제작하는 단계에서, 이 복수의 프로그램(module)을 결합하고 일체화하여(link[9]), 하나의 목적 프로그램을 제작하게 된다.

실제 이러한 링크나 컴파일을 하는 기능을 갖는, 나아가, 자주 사용되는 정형적인 모듈 다수를 작은 형태로 설치한 「종합개발환경(IDE: Integrated Development Environment)[10]」이라는 시스템이 미리 제공되고 있다. 따라서 실제 프로그래밍에 있어서는 이와 같은 IDE를 이용하고, 작은 형태로 준비되어 있는 모듈은 이를 이용하고, 이외의 창작성이 있는 당해 프로그램에 필요한 부분만을 프로그래머가 기술한 다음에, 이 IDE 환경 설정에 따라 compile되고, 링크된 것이 목적 프로그램으로서 완성되는 것이다. 특히 실제 프로그래밍 작업에서는 전체를 하나부터 작업하는 것은 오히려 드물고, 통상은 IDE에 준비되어 있는 작은 형태의 모듈과 프로그래머 자신이나 개발 회사가 갖고 있는 자주 사용되는 모듈군에서 사용할 것을 선택한 것들을 이용하고, 여기에서도 부족한 부분, 즉, 당해 프로그램 독자의 개발부분만을 새로이 프로그램하는 것이라 할 수 있다. 그 위에, 이들 복수의 모듈을 IDE에 의하여 컴파일, 링크하고, 하나의 목적 프로그램을 제작하게 된다.[11]

또한 동일한 소스 프로그램을 기반으로 동일한 IDE를 이용하여 목적 프로그램을 제작하는 경우라도, compile을 할 때의 설정 여하에 따라서는 전혀 다른 목적 프로그램이 제작되게 된다. 이러한 의미에서 실제로

---

8) 하나의 큰 프로그램을 분담 작업이나 개정 등의 편의를 위하여, 복수의 solution으로 분할하고, subroutine(main program으로부터 필요한 때마다 호출되어 일정의 처리를 하는 단위)화한 것을 모듈이라 한다.

9) 특히 링크를 하는 프로그램을 「linker」라 한다.

10) 이와 같이 작성된 것을 executive file이라고도 한다.

11) 이 때, 프로그래머나 개발회사가 자신의 프로그램이 대상으로 하는 업종 등을 고려하여, 정형적으로 자주 사용되는 모듈을 몇 개라도 축적하여 두는 것이 일반적인데, 이와 같이 축적되는 모듈군은 라이브러리(library)라고 한다. 이들 라이브러리에 속하는 개개의 모듈에 대하여도 각 모듈이 창작성을 갖는 것이라면, 프로그램저작권이 미친다고 할 것이다.

목적 프로그램이 제작될 때, 소스 프로그램의 표현에 대하여 IDE가 기여하는 영향은 상당히 크다고 할 수 있다.

Ⅲ. 저작물로서의 컴퓨터 프로그램

1. 컴퓨터프로그램보호법상의 컴퓨터프로그램

법은 컴퓨터프로그램을 하나의 저작물로 이해하고 있으며, 이를 컴퓨터프로그램보호법이라는 개별 법률을 통하여 보호하고 있다. 즉 저작권법[12] 제4조 제1항 제9호에서는 저작물의 한 예로서 컴퓨터프로그램저작물을 들고 있으며, 이때 컴퓨터프로그램이라 함은「특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것」임을 밝히고 있다(저작권법 제2조 제12호). 다만 저작권법 제4조 제2항에서는 「컴퓨터프로그램저작물의 보호등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다」고 함으로써 소설이나 음악과 같은 전형적인 저작물과는 다른 컴퓨터프로그램의 저작물성을 이해하고, 컴퓨터프로그램보호법이라는 별도의 법률을 통하여 이를 보호하게 된다. 그리고 컴퓨터프로그램보호법[13] 제2조 제1항에서는 다시 컴퓨터프로그램을「특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터"라 한다)안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물」이라고 정의하고 있다.[14]

우리의 경우는 컴퓨터프로그램의 저작물성을 인정하면서도, 저작권법과는 별도로 컴퓨터프로그램보호법이라는 별도의 법률을 통하여 이를 보호하고 있다. 이에 보다 직접적으로 컴퓨터프로그램의 저작물성을 인정하고 저작권법 내에서 보호하는 일본의 예를 살펴본다면, 컴퓨터프로그램의 저작물성을 다음과 같이 밝힌 일본의 재판례[15]가 있다.

---

12) 법률 제07233호.
13) 법률 제07796호.
14) 이러한 법적 정의가 갖는 내용에 대한 설명은 이미 다른 글에서 충분히 논의되고 있는 바, 본고에서는 이에 대한 詳述을 피하도록 한다.
15) 東京地裁 昭和 57년 12월 6일 판결(無体集 14권 3호 796면). 일본의 입법이 컴

「본건 프로그램은 본건 게임의 내용을 본건 기계의 수상기면상에 영출하는 것을 목적으로, 그 목적 달성을 위하여 필요한 여러 종류의 문제를 세분화하여 분석하고, 그 각각에 대하여 해법을 발견한 다음에, 그 발견된 해법에 따라 작성된 플로우 챠트에 근거하여, 전문적 지식을 갖는 제3자에게 전달가능한 기호어(어셈블리어)에 의하여 다양한 명령 및 기타 정보의 조합으로서 표현된 것이며, 당연 위 해석의 발견 및 명령의 조합 방법에 있어 프로그램 작성자의 논리적 사고가 필요하고, 또한 최종적으로 완성된 프로그램은 그 작성자에 의하여 개성적인 차이가 발생하는 것이라는 것은 명백하기에, 본건 프로그램은 그 작성자 독자의 학술적 사상의 창작적 표현이며, 저작권법상 보호되는 저작물에 해당한다고 인정된다」고 하고 있다.

즉 일반화하여 말하면, 상기 판시는 컴퓨터 프로그램의 작성에 이른 창작 과정으로서,

① 달성하고자 하는 목적

② 해법의 발견

③ 해법에 따른 프로그램의 작성

④ 위 프로차트에 근거하여 기호어에 의하여 표현된, 명령 및 기타 정보의 조합

상기 ① 내지 ④를 정의함과 동시에, 특히 이 창작과정에 의하여 프로그램에는 작성자의 개성적 차이가 발생하는 것을 저작물성을 요건으로 판시하고 있다. 그리고 원고가 갖는 소스 프로그램(상기 ④)을 기계어인 오브젝트 프로그램으로 전환하고, ROM에 탑재한 피고 행위는 프로그램의 유형적인 再製이며, 복제에 해당한다고 하였다. 이 판결에서 지적하는 개성이란 저작물성 및 보호범위를 정하는 핵심이 되는 표현형식으로서의 창작이라 할 수 있다.

2. 기술적 창작물로서의 컴퓨터프로그램

컴퓨터프로그램은 기술적 창작물이다. 따라서 작품으로서의 가치는

퓨터프로그램을 저작물로서 보호하는 미국의 저작권법에 영향받을 것이긴 하나, 이 재판례는 일본이 저작권법을 개정하여 컴퓨터프로그램을 보호하기 이전의 것임에 주목할 만하다.

달성되는 기술적 효과, 결과에 요구되고, 또한 작품 완성에 이르는 창작 과정도 문학, 음악, 조형 미술 등의 고유 저작물과는 본질적으로 다른 양상을 갖고 있다. 그 작성 단계에 있어서도, 분업 또는 다수자에 의한 공동작업, 나아가서는 컴퓨터에 의하여 프로그램을 작성하는 것 등 전형적인 저작물과는 다른 특징을 보인다. 또한 컴퓨터 프로그램은 기술적 창작인 것이란 특성에 더하여, 범용성, 호환성을 갖는 것이 요청된다고 하는 점에서도 고유의 저작물과는 대략 대조적으로 다른 저작물이다.

Ⅳ. 프로그램 저작권의 보호범위

1. 저작권의 보호범위

저작권의 보호범위를 정함에 있어서는 우선 저작권법의 보호대상에 대하여 고찰하는 것을 요한다. 특허법이 기술의 진보에 함께 그 보호대상을 확장하고, 그 확장된 영역에 대한 보호범위의 문제가 특허법 전체의 이상형을 기본에서 재검토하는 계기가 되고 있는 것과 같이 저작권의 보호범위 역시 새로운 접근이 필요하다.

지금까지 저작물의 보호범위[16]에 대하여는「표현」과「아이디어」를 이분하고, 저작권의 보호범위는 표현」에만 한정되고「아이디어」에는 미치지 않는다고 하는 소위, 아이디어 표현 이분론이 널리 알려져 있다.[17]

이때 아이디어・표현 이분법의 구체적인 적용은 저작물의 유형과 특

16) 저작권법의 경우, 보호범위라 함은 권리가 미치는 효력범위라고 하는 특허법에서의 보호범위란 의미와는 별도로, 저작권법이 저작권으로서의 적격성을 부여하는 그 법의 대상으로 하는 범위라고 하는 의미에서도 종종 사용되고 있지만, 본고에서는 전적으로 특허법에서 사용되는 것과 같은 의미로서 보호범위를 이용하도록 한다.

17) idea/expression 이분법은 “저작권법상의 신성한 원칙”으로 소개되기도 하며(Atari Games Corp. v. Oman, 693 F.Supp. 1204, 1207(D.D.C. 1988), rev'd on other grounds, 888 F.2d 878(D.C.Cir. 1989).), Nimmer 교수는 이를 “저작권법의 공리”로 평가한 바 있다(M. Nimmer & D. Nimmer, Nimmer on Copyright §13.03[E], at 13-51 to 13-52.).

성에 따라 달라져야 한다. 예컨대 미국 기술평가국(Office of Technology Assessment) 보고서는 저작물을 a) 예술적 작품[18], b)기술적 작품[19], c) 사실적 작품[20]으로 구분하고 있다.[21] 이에 저작권의 보호범위는 각각의 대하여 창작성의 실체와 합치하도록 획정되어야 한다. 즉 a)에 대하여는 예술적인 평가를, b)에 대하여는 기술적 진보성의 평가를, c)에 대하여는 그 정보로서의 사회적인 영향성 정도를 각각 창작권의 기초로서 받아들이고, 이 점을 기초로 하여 보호범위의 획정이 이루어져야 한다.

가. 표현형식

저작권에 있어 표현형식이란 개념은 저작물이 갖는 사상, 아이디어에 대비되는 개념으로, 저작물로서의 성립 적격성은 사상, 아이디어가 아니라 저작물의 표현형식에 있다고 하는 저작물성을 정하기 위한 개념으로 사용되는 동시에 저작권이 갖는 보호범위는 그 표현형식에 있다고 하는 것을 정하기 위한 개념으로서 사용된다. 비록 우리의 저작권법에서는 저작물을 단순히 “문학・학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라고만 정의하고 있지만, 여전히 저작물은 표현된 것이어야 한다는 것은 학설과 판례에서 인정되는 바이다. 즉 우리나라 저작권법은 직접적으로 idea/expression 이분법을 언급하고 있지 않으나[22], 컴퓨터프로그램보호법 제3조 제1항에서 “프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 다음 각 호의 사항에는 적용하지 아니한다”고 규정한 가운데 각 호에서 ‘프로그램 언어, 규약, 해법’을 규정하고 있어 idea/expression

---

18) 전형적인 저작물로서 문예, 예술, 미술, 음악의 범주에 속하는 저작물로서, 예술적인 점에서 창작성을 갖는 저작물이다.

19) 이는 컴퓨터프로그램이 저작물로서 가입된 경우에 발생한 새로운 분야로, 그 창작성이 기술적, 기능적인 점에서 요구되는 저작물이다.

20) 사실적 사실의 정보, 기록, 데이터베이스 등의 집적, 수집에 창작성이 인정되는 때, 성립하는 저작물이다.

21) 椙山敬士 「データベースの法的保護」半田正夫教授還歷記念論集『民法と著作權法の諸問題』(1993), 642면 참조.

22) 개정안에서는 종전의 “문학・학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라는 저작물의 개념을 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”로 개정함으로써 명시적으로 저작권의 보호대상이 표현임을 밝히고 있다.

이분법을 표현하고 있다 하겠다. 판례에서도 이를 확인하고 있어 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상・감정을 말・문자・음・색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 idea나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성・신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물일 수 없다고 밝히고 있다[23].

나. 창작과 표현형식

지적창작활동의 성과로서 형성된 저작물의 보호는 이를 창작하는 행위에 대한 이해를 필요로 하며, 사상과 표현양식 내지 아이디어와 표현이라는 개념역시 이러한 저작물의 창작 활동과 관련하는 고찰할 때 보다 정확한 의미를 파악할 수 있겠다.

창작에 의하여 형성된 지적재산은 형태화(Formgbung)에 의하여 비로소 권리가 된다고 하는 논리는 독일법에서 예전부터 존재하는 바이다. 따라서 지적창작에 대하여 형식(Form)과 내용(Inhalt)을 구별하고, 저작권법에 의한 보호의 적격성을 형식에 한하고, 내용은 만인의 자유이용의 영역으로 하는 것이 독일 저작권법이 얘기하는 바이다.[24]

형식과 내용을 나누는 이론은 저작권법에서 뿐만 아니라, 미학이나 미술 분야에서도 예전에 논의된 바 있다. 예컨대 미학에 있어서는 그 형식이나 내용 중 어느 하나에 가치를 인정한다고 하는 설도 있었다. 그러나 오늘날 미학에 있어서는 미술의 통일적인 파악이라고 하는 입장에서「형식」의 요소와「내용」의 요소와는 본래 서로 분리할 수 없는 것이기에, 이를 추상적으로 분리하여 그 어느 하나에만 가치를 인정하고자 한다는 방식은 더 이상 채용되고 있지 않다.

이러한 창작 과정이나 창작물에 대한 태도를 저작권법 역시 무시할 수 없을 듯하다. 즉 저작권법은 형식과 내용이라는 법의 해석기준을 도입하였고, 이 개념을 정립하여 왔지만, 그는 또한 그 근본이 되는 저작권법의 이념과 목적에 벗어나서는 안 될 것이다. 이에 문학, 회화, 음악, 사진, 조각 등 미의 완성을 테마로 하는 작품의 경우, 이들 작품에

---

23) 대법원 1996.6.14 선고, 96다6264; 대법원 1993.6.8 선고, 93다3073, 3080 판결 등

24) 松本重敏,「特許權の本質とその限界」, 有斐閣, 2005, 206면 이하 참조.

있어서는 형식과 내용은 불가분으로 연결되어 있다. 그러나 지금까지 저작권법은 권리성의 유무나 보호의 한계를 정함에 있어 형식과 내용 내지 아이디어와 표현이라는 개념을 정확히 이분하여 왔다. 그러나 이는 다분히 저작권법이 갖는 인위적인 시점에 불과할 수 있으며, 따라서 본래 내용과 형식은 하나의 작품 속에서 하나로서 존재한다고 하는 성질을 잃어서는 아니 될 것이다. 즉 법은 표현형식과 사상 내지 아이디어와 표현의 이분이라는 대전제 아래, 사상은 무엇인지, 표현형식은 무엇인가를 정하고, 사상과 표현형식을 엄격하게 분리하여 판단하여 왔지만, 반드시 양자가 분리되는 것은 아니다. 그리고 이 때문에 표현형식의 대비라고는 말하지만, 표현형식에 화체되고 있는 사상, 아이디어에 대하여서도 대비하여 고찰하게 되며, 이 사상의 대비는 표현형식의 대비를 위하여 필요한 작업인 것이다. 즉 표현형식만이 보호범위를 결정한다고 하기 때문이라고 하여, 오로지 표현형식만을 대비해야 하는 것은 아니라는 것이다.

다. 표현형식의 판단과 번안의 보호

저작권이 보호범위의 결정기준으로 하는 표현형식을 판단함에 있어 고려하여야 하는 것이 번안의 보호이다. 저작권법 제21조는 번역, 편곡, 변형, 각색, 영화화 기타 번안하는 권리는 원저작자에게 귀속하는 취지를 정하고 있다. 여기에서 보호되는 표현형식이라 함은 단순히 원저작물로부터 직접 감지되는 표현형식과 전적으로 동일한 표현형식뿐만 아니라, 그 표현형식의 변형도 또한 저작권법상 원저작물의 표현형식과 동일성을 갖는 것을 포함하게 된다. 독일 저작권법에서 보호범위는 이 원저작물이 개변 이용되는 때, 어느 정도까지 원저작권의 배타권의 행사가 인정되는가라고 하는 상황에서 논의된다.[25] 따라서 독일 저작권에서는 보호범위는 원저작물의 본질적 특질을 이용하고 있는가를 판단기준으로 한다.

미국 저작권법에 있어 아이디어 표현 이분법은 저작권 침해를 인정하기 위한 법리로서 이해되고 있지만, 이 역시도 독일과 같이 저작권성의 적격을 표현형식에서만 찾고, 아이디어는 저작권으로서의 보호적격

25) 그 의미에서 특허발명의 보호범위와 동일하다.

을 인정하지 않음을 의미하는 것이기도 한다.[26]

이상과 같이 표현형식의 개념은 창작물의 창작 과정의 결과로서 형성되는 구체화된 창작 자체를 나타내게 된다. 따라서 그 작품이 갖는 창작성의 특성에 따라 표현형식을 판단하여야 한다. 미의 표현을 목적으로 하는 저작권 고유의 저작물과 전적으로 실용적인 성질이 농후한 실용 저작물을 구별하는 것을 필요로 하지만, 나아가, 기술적 창작을 본질로 하는 컴퓨터프로그램은 기술의 창작이며, 그 특질에 따라 보호범위가 정하여져야 한다.

2. 프로그램 저작권의 보호범위

가. 컴퓨터프로그램의 특수성

컴퓨터프로그램은 저작물의 한 형태로서 보호된다. 따라서「아이디어」는 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상의 보호를 받는 컴퓨터프로그램에 해당하지 않으며, 오로지 구체적으로 표현된 표현내용만이 보호대상이 된다.[27] 이와 같은 기본적인 이해 구조는 그 자체로는 좋아도, 실제 이「아이디어」와 표현」을 구별하는 것은 그다지 명료하지 않은 경우가 있다고 생각된다. 예컨대, 소설의 줄거리를 생각해봐도, 이는 저작권법의 보호대상에는 해당하지 않음은 의문의 여지가 없다. 왜냐하면 동일한 줄거리일지라도 저자가 다르면 전혀 다른 저작물이 나오는 것이 일반적이며, 그 줄거리를 구체적으로 표현한 부분이 저작권법의 보호대상이 되게 된다. 그러나 줄거리를 구체적으로 구성하고, 특히 상세한 등장인물의 동작에 이르기까지 구체적인 사건(plot)을 조합하는 경우, 그 세분화된 각 사건을 前提로 하여 실제 선택할 수 있는 표현의 폭은 작게 되고, 저자의 창작성이 발휘되는 정도가 한정되게 된

---

26) 즉 특정 작품과 대비되는 침해소송의 경우에 있어, 원고 저작물과 피고 작품이 공통하는 표현형식을 인정하고, 표현형식과 실질적 유사성(substantial similarity)이 인정되는 때는 침해가 인정되는 것이다.

27) 이와 같은 아이디어 표현이분법은 저작권법 해석에 있어 대원칙이라고도 소개되고 있으며, 컴퓨터프로그램보호법이「해법」을 보호대상에서 제외하고 있는 것을 이를 명확히 한 것이라고도 이해할 수 있겠다.

다. 그래도 수사기법의 사용방법 등을 포함하여, 최종적인 구체적 표현 내용에는 사건과는 별개로 저자의 창작성이 반영된다고 할 수 있겠다.

그렇지만 프로그램의 경우에는 이와 같이 이해할 수는 없다.[28] 왜냐하면 프로그램 언어는 수사적 표현이나 정서적인 표현을 갖고 있지 않으며, 단순히 정보처리장치에 대하여 일정 처리를 하도록 명령을 기술하는 것에 불과하기 때문이다. 예컨대 소설에서는 등장인물이 이웃집에 이동한다고 하는 세분화된 하나의 사건을 표현하는 경우에도 수사기법이나 정서적 묘사도 포함하여, 몇 개의 표현방법이 있지만, 어셈블리어에 있어서는 %esp라는 레지스터에 기억되어 있는 데이터를 %ebp라고 하는 레지스터에 복사한다고 하는 명령을 기술하는 경우, 특별히 비효율적인 표현을 선택하지 않는 한 통상은 「mov %esp, %ebp」라고 하는 기술방법만이 있을 수밖에 없다.

이와 같이 프로그램에 있어서는 프로그램의 설계를 상세히 하고, 극히 구체화된 상세한 동작의 조합까지 검토하는 경우, 그 각 개별의 세분화된 동작 하나 하나를 다루면, 통상 프로그램이라면 누가 써도 그 개별 동작에 대한 프로그램의 표현은 동일하게 되는 사태가 발생한다. 그렇지만 이와 같은 경우에, 각 개별의 동작에 대응하는 표현은 창작성이 없다고 하고, 그 전제가 되는 극히 구체화된 상세한 프로그램의 설계는「아이디어」에 불과한 것이므로 저작물이 아니라고 하여 전체로서 저작권법이나 컴퓨터프로그램의 보호가 미치지 않는다고 하는 것을 타당하지 않다. 왜냐하면, 이와 같이 이해하면, 무릇 모든 프로그램에

---

28) 현실 프로그래밍 작업은 이하와 같은 흐름을 따르는 것이 일반적이다. 우선, ① 프로그램에 의하여 표현하고자 하는 기능, 성능 등을 명확화한 가운데, 이를 기반으로 화면의 개요를 설계하거나 데이터베이스 논리를 설계하게 된다. 이와 함께 동시에 컴퓨터가 할 처리 순서나 방법(알고리즘)을 순서도등에 의하여 명확히 하게 된다. 그 다음, ② 당해 알고리즘을 프로그램에 표현하기 위하여, 필요한 모듈에 있어 각 모듈마다의 알고리즘과 모듈 상호간의 결합 형태를 설계한다. 그리고, ③ 이들에 근거하여, 각 모듈내의 상세한 설계나 표현을 검토하고, 이들을 실제로 기술하여 가게 된다.
이상의 순서 중 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상의 보호가 미치는 것은 ③만이며, ①이나 ②는 해법으로서 보호가 인정되지 않는다. 다만 ②와 ③의 구별을 어떻게 하는가라고 하는 판단은 매우 어려운 작업으로, 현실적으로도 이 점이 문제가 된다. 상기 순서에 따라 각 모듈의 소스 프로그램이 기술된 후는 IDE를 이용하여 컴파일되고, 다시 각 모듈이 링크되어, 목적 프로그램이 제작되게 된다.

저작물성이 인정되지 않게 되고, 저작권법이 프로그램을 보호대상으로 규정한 법의 취지에 반하게 되며, 프로그램에 대한 법적 보호라고 하는 현실의 요청에도 반하게 되어, 법이 갖는 사회적 기능을 상실하게 되기 때문이다.

따라서, 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법에 의한 프로그램의 보호를 현실적으로 의미가 있는 것으로 하기 위하여서도, 프로그램저작물에 있어「아이디어」와 「표현」의 준별을 어떻게 이해할 것인가를 전술한 바와 같은 프로그램 언어의 특수성을 감안하여 신중하게 검토할 필요가 있다. 특히 표현형식의 요건으로서 인간의 오감에 의한 인식가능성을 요구한다면, 기계장치에 대한 제어수단에 불과한 컴퓨터 프로그램에는 저작물성을 인정할 수 없다는데 주의하여야 할 것이다.[29]

나. 프로그램 저작권의 보호범위

(1) 프로그램 저작권의 보호대상으로서의 컴퓨터프로그램

다양한 형태의 컴퓨터 프로그램이 존재한다. 컴퓨터에 대한 제어 방식의 차에 따라 다양한 종류의 프로그램이 있다. 언어의 유형에 따라 소스 프로그램과 목적 프로그램이 있으며, 기능면에서도 게임 소프트웨어 등의 어플리케이션 프로그램, 기능의 작동 그것을 제어하는 프로그램으로서 하드 기계자체의 동작을 제어하는 것을 목적으로 하는 OS(operation system), 사용자 인터페이스, 기타 인터페이스로 구분되는 다양한 것이 있다. 또한 반도체내에 고정되어 있고, 오히려, 하드로서 보는게 좋은 마이크로 코드도 미국에서는 저작권의 대상이 되는 프로그램이 된다.

이와 같이 프로그램 저작권으로서 보호받을 수 있는 프로그램의 대상은 기술의 확산에 따라 확산하고 있다. 특히 이 추세는 미국 판결을 보아도, 일관된 것은 아닐지라도, 그 실제에 적합하도록 각각의 프로그램이 갖는 목적, 성격에 따라 제한, 한정이 추가되는 해석이 이루어지고 있다.

---

29) 이와 같은 오감에 의한 인식 가능성은 단순히 저작물성뿐만 아니라 침해 여부에 대한 판단에까지 영향을 미침은 재론의 필요가 없을 것이다.

(2) 프로그램저작권에 있어 보호되는「표현」

프로그램을 법으로 보호하는 것은 그 개발에 있어 투하된 지적 노력과 투자 등을 감안하면, 프로그램도 어떤 법적 보호를 할 가치가 있다고 하는 가치판단이 근저에 있는 것이다.[30] 그리고 프로그램의 제작과정에 대하여 말하면, 그 설계를 세분화하여 구체화하고, 개개의 처리단위(unit: subroutine, module 및 함수[31] 등이 이에 해당한다)의 구체적인 처리내용과 복수의 이들 unit 상호의 조합 내지 논리적인 흐름을 확정하는 것까지가 매우 중요한 작업이며, 지적 노력과 투자의 대상이 되는 부분이다. 그리고 당해 작업이 완전하게 이루어지면, 평균적인 능력을 갖는 프로그래머라면 그 표현내용에 큰 차이가 없게 된다. 따라서 프로그램 언어의 특수성을 전제로 하면, 저작권법상 보호되어야 하는 프로그램에 있어「표현」이라 함은 프로그램의 추상적인 설계를 구체화한 개개의 처리 unit의 선택과 해결 수단의 선택, 및 이들의 조합이라고 하는「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계 자체」를 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 또한, 여기에서 말하는「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계」라 함은 통상의 능력을 갖는 평균적인 프로그래머라면, 당해 설계로부터 극히 한정된 표현밖에 선택할 수 없는 정도로 구체화된 것을 말한다.

이와 같이 해석한다고 하여도「해법」을 보호하지 않는다고 하는 컴퓨터프로그램보호법의 취지에 반하는 것은 아니라고 생각된다. 왜냐하면 이미 서술한 바와 같이「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계」에 근거한다면, 프로그램 언어의 문법에 따르는 한 프로그래머의 개성이 표현내용으로 의미를 갖고 영향을 미칠 수 있는 것이 없기 때문에, 이

30) WIPO의 자문부회인 「컴퓨터프로그램의 보호에 관한 정부 전문가자문부회(1971년 개최)」보고

31)「함수」라 함은 인수라 불리는 데이터를 받아 정하여진 바의 처리를 실행하는 결과를 도출하는 일련의 명령군을 의미한다. 많은 프로그램언어에서는 함수가 프로그램을 구성하는 요소가 된다. 많은 언어와 처리계에서는 개발자의 부담을 경감하기 위하여, 자주 사용하는 기능이 함수로 미리 준비되어 있다. 예컨대「두개의 수를 받아, 이를 합계한 결과를 도출한다」고 하는 명령은 함수이다. 이 함수를 f라 칭하면 「함수 f에 인수 1과 2를 두면 3이라고 하는 결과를 도출한다」고 하게 된다.

정도까지 구체화된 설계는 수사적 표현이나 정서적 표현이 존재하지 않는다고 하는 프로그램 언어의 특수성을 감안한다면, 이미 그 자체가 아이디어를 구체적으로「표현」한 것이라고도 할 수 있기 때문이다.

3. 프로그램에 있어「창작성」내지「개별성」

프로그램에 대한「표현」을 이와 같이 다룬다고 하여도, 프로그램저작자에게 과도한 보호가 부여하게 되는 것은 아니라고 생각된다. 왜냐하면 어디까지나 상술의 논의는 「저작물성」을 판단함에 있어서「창작적으로『표현』」한 것이라고 말할 수 있기 위하여는 어떠한 요소가 필요한가라고 하는 논의이며, 이 점이 긍정된다고 하여도, 이와는 별도로 창작성」내지「개별성」의 문제가 판단되어야 하기 때문이다.

이에 어느 명제를 달성하기 위하여「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계」를 제작하였다고 하여도, 당해 명제를 달성하기 위하여는 그와 같은 설계를 하는 것이 일반적이고, 특히 작업자의 개성이 표현되었다고 말할 수 없는 단순한 프로그램인 경우에는 또한 「창작성」을 결여하여 컴퓨터프로그램보호법상의 보호가 미치지 않게 된다. 또한 창작성이 인정되는 경우라도, 창작성이 극히 경미한 경우에는 이들과 유사한 프로그램이 원저작물에 의거하지 않고, 독립적으로 창작된 개연성도 높은 것이기 때문에, 창작성이 낮은 것은 그 자체가 개별성을 부정하는 하나의 요소가 된다고 이해된다.[32]

이와 같이 프로그램에 있어서는 단순히 소스 프로그램으로 표기된 명령문 자체의 구체적인 표현뿐만 아니라, 명령문의 하나의 결론인 모듈의 선택이나 조합방법, 나아가서는, 그 배경에 있는 통신방식, 해결수단의 선택이란「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계」전체가「표현」으로서 컴퓨터프로그램보호법상의 보호대상이 된다.

이러한 의미에서 정서적 내지 수사적 표현을 허용하는 소설이나 각

32) 개별성의 입증에 대하여, 田村善之 『著作權法槪說(제3판)』(有斐閣)은 접근(access)의 유무는 원고에게, 개별 독립으로 창작된 것은 원고가 부담하여야 한다고 하고 있다. 이와 같이 한다면, 원고로서는 원저작물의 창작성이 낮은 것을 입증하고, 독립 창작의 항변을 위한 중요한 간접사실로 하는 구조가 될 수 있다(393면 이하).

본 등의「어문 저작물」과 프로그램 저작물은「아이디어」와「표현」의 경계선에는 약간의 차이가 있다고 하여야 할 것이다. 특히 이와 같은 이해는 프로그램 저작물에 관한 창작성의 정도에 대하여, 다른 저작물과는 달리 이해하는 것 없이, 단순히 저작물성을 고려함에 있어 어디까지를「표현물」로 다룰 것인가라는 문제뿐만 아니라, 이와 같은「표현물성」이 긍정된다고 하여도, 또한 창작성의 유무는 별도 검토하여야 하는 것이다. 따라서, 여기에서 말하는「창작성」의 정도에 관하여는 다른 저작물과 다르게 취급하여야 하는 합리적 이유는 없다.

4. 컴퓨터프로그램저작물의 보호범위에 대한 문제점

가. 프로그램의 창작성과 표현형식의 유사

저작권법 제2조 제1항 1호에서 말하는 창작의 요건에 대하여는 originality, 즉 다른 저작물에 의거하지 않은 것으로 족하고, 창작성의 정도, 질은 묻지 않는다고 하는 것이 지금까지의 통설이었다. 그리고 이 논리는 오늘날에도 역시 저작권법상 창작성을 해석함에 있어 그 의미는 기본적으로 변함이 없다. 다만 저작물의 종류에 의하여, 특히 실용성이 높은 저작물에 있어서는 창작성에 대하여 일정의 수준을 넘을 것을 필요로 한다고 해석하게 되었다. 즉 기술적 창작물인 프로그램에 대하여는 그 창작성의 정도, 질이 보호범위를 결정하는 중요한 요인으로서 집중되고 있다. 그리고 이는 컴퓨터 프로그램이 갖는 기술적 특성에 따른 법해석이 채용되고 있음을 나타낸다. 예컨대 일본 판결례[33] 중에서는「어느 프로그램이 프로그램 저작물의 저작권을 침해하는 것으로 판단할 수 있기 위하여는 프로그램 저작물의 지령의 조합에 창작성을 인정할 수 있는 부분이 있고 또한 후에 작성된 프로그램의 지령의 조합이 프로그램저작물의 창작성을 인정할 수 있는 부분에 유사하다고 하는 것이 필요하다」고 판시하고, 창작성 정도 여하를 복제를 인정하기 위한 요건으로 하고 있다[34]. 프로그램 저작권의 침해 요건으로서,

33) 東京高裁 平成 元年 6월 20일 判決(判例時報 1322號 138면).
34) 다만 이 사건에서는 창작성의 정도 자체에 대하여는 특별히 언급되고 있지는 않다.

프로그램 창작성의 질을 요구하고, 특허요건으로서의 진보성에 가깝다고 생각되는 판단을 요구하고 있는 것은 독일 판례이다.[35]

프로그램의 창작성 문제는 저작권성의 문제인 동시에 저작권의 보호범위와도 깊게 관련되어 있다. 프로그램은 특정 기기에 대한 제어 명령이기에, 당연 제어의 대상인 반도체등, 하드로서의 기기 자체에 의하여 명령의 창작, 선택에 대하여 제약을 받게 된다. 따라서 표현형식이 한정되는 것에 따른 아디이어와의 합체(merger), 定形的 情況(sceine á faire), 퍼블릭 도메인 등 표현형식 및 그의 유사범위에 대한 제한의 법리는 프로그램의 보호범위에 대한 제한으로서도 그대로 받아들여진다.

나. 대비 방법

저작물인 프로그램의 보호범위를 확정하기 위하여는 우선, 원저작물의 저작권으로서의 적격을 갖는 표현양식이 어느 것인가를 특정하고, 그 다음에 피고작품과 비교하여, 양자에 공통하는 표현양식을 특정할 필요가 있다. 그 위에 이 공통하는 표현형식이 원저작물에 의하여 어떠한 가치를 갖는지, 또한 피고 작품에 있어서의 위치를 분석하고, 본질적 특징에 대한 유사성이 인정되는가 아닌가를 판단한다. 이 저작물의 피고 작품과의 대비 방법으로서 미국법에서 사용되고 있는 바가 추상화 테스트(abstract test)라 불리는 방법이다.

이는 표현형식과 아이디어 경계를 묻는 법해석 작업이다. 컴퓨터프로그램의 경우, 이 대비 방법은 극히 곤란하다. 여기에서 주의하여야 하는 것은 표현형식 및 그 유사성 판단은 표현형식만을 뽑아 대비한다고 하는 것이 아니라, 추상화의 레벨에 따라 그 레벨별로 아이디어와 아이디어, 표현형식과 표현형식과의 대비가 이루어지고, 그 종합된 결과로서 판단이 이루어진다고 하는 것이다. 이것은 표현형식이라 함은 아이디어의 표현형식이고, 표현형식의 보다 근저에는 늘 아이디어가 존재하고 있다고 하는 이념의 표현이다. 아이디어와 표현형식을 이분하였다고 하여 아이디어의 대비없이, 표현형식의 유부가 대비판단 될 수 있다고 하는 것은 아니기 때문이다.[36]

---

35) 독일 컴퓨터프로그램의 보호범위에 관하여는, Josef Prexel, What is protected in a Computer Program? - Copyright Protection in the United States and Europe, 11C Studies col 15 참조.

추상화와 직접관련하는 법리가 프로그램 침해사건에서 clean room 법리이다. 이 clean room 법리라 함은 원저작물을 reverse engineering에 의하여 해석하여 그 프로그램의 아이디어인 해법을 찾고, 그 후에 당해 해법으로부터 출발하여 독자적으로 프로그램을 개발한다고 하는 것으로, 아이디어와 표현형식의 이분이라고 하는 원칙을 프로그램 개발 방법에 응용하고, 저작권 침해의 책임을 면제된다고 하는 것이다.[37]
즉 이 경우는

① 원저작물인 프로그램
② clean room 프로그램으로서의 해법(아이디어)
③ ②의 clean room 프로그램으로부터 독자적으로 개발된 피고 프로그램

위 ①②③의 3 프로그램을 대비한 가운데, ①과 ③의 저작물의 동일성을 판단하는 것이다. 이는 전적으로 언어저작물을 대상으로 한 때, 그 개발 과정에 따라 표현형식, 아이디어 이분의 법리를 적용하는 것이다.

다. 표현형식의 범위

컴퓨터프로그램의 표현형식의 유사범위에 대하여, 미국법에서는 표현형식의 보호가 미치는 범위에 대하여 차이를 두고, 프로그램의 성질, 분쟁의 발생한 배경 등에 따라, 표현형식인 것을 인정한 가운데, 또한 그 보호범위를 좁게 한정하고, 제한하는 해석이 이루어지고 있다. 이는 프로그램에 대하여, 그 저작물성을 인정하는 것에 의하여 발생하는 폐해를 제거하기 위하여, 보호범위의 해석에 의하여 타당한 결론을 도출하기 위한 해석론이다.

표현형식과 표현형식을 대비하여, 그 실질적 유사(substantial similarity)를 침해의 판단기준으로 하는 것은 이미 서술한 바와 같고,

---

36) 미국 판결 중에서는 프로그램의 보호범위를 결정하는 경우에 있어서의 대비 방법으로서 two-part-test라고 하는 분석법을 판시한 것도 있다. 즉 아이디어는 아이디어와, 아이디어의 표현으로서 채용되고 있는 표현형식에 대하여는 표현형식을 각각 대비하고, 그 유부를 물어야 한다는 것도 있다(Sid & Marty Krofft Television Productions Inc. v. McDonald's Corp. et al. 196 USPQ 97, 102(9th Cir. 1977)).

37) NEC Corp. v. Interl Corp., 10 USPQ 2d 1177 (N.D.Cal. D.C. 1989).

미국 저작권의 법리로서 영구히 정착된 것이지만, 컴퓨터 프로그램 저작물에 대하여는 프로그램의 성질에 따라 사실상의 동일 복제(virtual identical copy)[38]에 한정된다고 판결이 이루어지고 있다.[39] 즉 실질적 유사보다도 더 원저작물에 근사한 경우에만 침해를 인용한다고 하는 취지이며, 실질적 유사는 저작권 침해에 해당하지 않는다고 하는 결론을 도출할 때 사용되는 법리이다. 이는 보호범위에 대하여 아이디어의 표현형식 범위(range of expression of idea)라고 불리우며, 특허권의 보호범위에 대하여 이용되는 균등범위(range of equivalent)와 공통하는 사고방식이다.

라. 컴퓨터 프로그램의 표현형식으로서의 유사성

특허권의 경우에는 보호범위는 특허명세서에 기재되어 있는「청구항」과「발명의 상세한 설명」에 근거하여 정하여지며, 또한 특허청에 의한 심사를 거치는 것이지만, 저작권으로서의 컴퓨터 프로그램의 경우에는 저작권성의 소재와 함께 침해소송의 경우에 사법기관이 보호범위를 정하게 되기 때문에, 창작성의 정도와 함께 보호범위의 획정은 한없이 곤란하다. 컴퓨터 프로그램의 보호범위 획정을 고유의 저작물의 보호범위를 정하기 위하여 만들어진「아이디어・표현 이분법」이라는 판단아래 할 때에는 그 곤란함을 더욱 더해진다.

환언하면, 컴퓨터프로그램의 보호범위를 정함에 있어서는, 고유 저작물의 보호범위 획정의 법칙인 아이디어・표현 이분법의 적용에 있어, 기술적 창작의 보호범위 획정인 법칙인 특허법에 의한 침해판단 기준과 어떻게 조화를 이룰 것인지, 또한 그렇게 하여야 하는 것이 합리적인가라고 하는 문제이다.

마. 어문 프로그램 저작물과 시청각 저작물

프로그램 코드로서 작성된 어문 저작물과 그 효과로서 표시되는 시

---

38) 사실 그대로서는 모두 동일한 복제는 아니지만, 동일 복제와 동일시 할 수 있을 정도로 근사한 복제.

39) Apple Computer Inc. v. MicroSoft Corp., 32 USPQ 2d 1086 (9th Cir 1994); NEC Corp. v. Interl Corp., 10 USPQ 2d 1177 (N.D.Cal. D.C. 1989).

청각 저작물의 상호 관계를 어떻게 이해할 것인가는 프로그램 저작권의 보호범위를 정하는 가운데 있어 기본적인 문제의 하나이다. 미국에서는 1980년대 후반 이래, user interface를 둘러싼 분쟁이 잇달았다. look and feel이라는 용어는 user interface 프로그램의 효과이지만, user interface 그 자체를 가리키는 의미도 갖는다.

「look and feel」 보호의 문제점은 평소 익숙한 컴퓨터 스크린에 있어 아이콘, 숫자 등의 명령, 지표 등의 메뉴의 배열, 표시, key board의 조작 등을 실현하는 프로그램에 대하여, 어느 한도로 저작권법상의 보호가 미치는가라고 하는 문제이며, 선발 컴퓨터가 갖는 시장에서의 경쟁력을 배려하면서, 동시에 소비자, 후발 메이커의 보호를 위한, 호환성을 어느 한도로 허용하여야 하는가, 그 조화점을 찾아야 하는 것이 문제로서 집약할 수 있겠다. 어문 저작물로서 갖는 가치와 시청각 저작물로서 갖는 가치가 함께 이 경우의 보호범위를 정하는 요인이 되는 것이며, 결코 부분적, 국부적인 시점에서 결론을 내려야 하는 것은 아니다.

V. 프로그램 저작권의 침해와 판단

1. 프로그램 저작권 침해의 주장

가. 침해(복제 또는 번안) 주장에 있어 비교 대상

프로그램의 복제 또는 번안이 문제되는 경우에, 비교하여야 하는 것은 원저작물의 소스 프로그램과 침해자의 소스 프로그램이다. 왜냐하면 인간의 표현행위는 소스 프로그램상에 이루어진 것이고, 목적 프로그램은 이에 「의역」을 추가하여 제작된, 인간에는 이해가 곤란한, 2진수 내지 16진수로 표현된 기계어에 불과하기 때문이다. 즉 목적 프로그램을 직접 비교한 것이라도, 판단자인 인간으로서는 도저히 그 표현내용을 이해하고 정확히 이를 비교하는 것은 곤란하며, 실효성도 없는 것이다.[40]

---

40) 물론 완전한 dead copy의 경우라면 2진수 내지 16진수로 표현된 기계어 그대로 비교하는 것으로 동일성을 이해할 수 있겠다.

나. 역 어셈블리와 그 중요성

현실의 재판의 경우에는 compiler 방식의 프로그램에 대하여는 그 소스 프로그램은 개발자가 영업비밀로 관리하고 있는 것이 통상이기 때문에, 권리자측이 소스 프로그램을 입수하는 것은 매우 곤란하다. 그래서 권리자측으로서는 침해자에게 소스 프로그램을 제출하도록 하는 문서제출명령을 신청하지만, 실무상 법원이 침해에 대한 어느 정도의 증명이 없는 한 당해 소스 프로그램이 중요한 「비밀」인 것등을 감안하여, 당해 명령을 발하지 것은 적다.

이「증명」에 대하여는 권리자측에서 침해자의 경력, 원저작물에의 접근 가능성의 유무, 당해 프로그램이 동작된 상태에서 동작 내용 내지 화면 표시내용의 유사성, 시스템상 오류(프로그램상의 오류에 의하여 처리과정에서 발생하는 오류)의 발생 형태의 유사성, 파일의 크기 등 다양한 요소를 주장, 입증하게 된다.

이 경우, 소위「역 어셈블리」의 결과를 어떻게 이해할 것인가가 실무상 자주 문제가 된다.「역 어셈블리」라 함은 기계어(2진수 내지 16진수) 상태로 존재하는 목적 프로그램을 어셈블리어의 소스 프로그램으로 변환하는 것을 말한다. 어셈블리어는 저급언어이고, 기계어의 프로그램을 어느 정도 충실히 인간이 이해할 수 있는 표현으로 변환할 수 있다. 이때 이 기계어인 16진수와 어셈블리어의 comment와의 일대일 대응은 CPU에 의하여 미리 규정되어 있다. 따라서 동일한 CPU를 사용하는 한, 16진수의 일정 값이 일정한 CPU상의 데이터 보관장소(레지스터)에 기억되어 있는 데이터를, 데이터 일시 보관장소인 stock momery에 복제한다고 하는 명령이라는 것은 미리 정하여져 있기 때문에, 이에 대응하는 어셈블리어의 소스 프로그램의 명령어로 표현을 변환하는 것은 용이하다.

이와 같이 변환된 어셈블리어의 소스 프로그램은 기계어의 목적 프로그램과 일대일로 대응하여, 개개의 명령문으로 보이는 처리 내용을 인간이 이해할 수 있는 형태로 치환하는 결과로서, 이들에 의하여, 당해 기계어에서 기억된 목적 프로그램이 개략 어떻게 처리하고 있는가를 해석할 수 있다.

그렇지만, 이미 서술한 바와 같이, 고급언어의 소스 프로그램으로부

터 기계어로 변환(compile)하는 과정에서는, IDE(compiler)에 의한 어느 정도의「의역」이 추가되어 있는 것에서, 이와 같이 하여 변환된 어셈블리어의 소스 프로그램(이 자체는 기계어의 목적 프로그램을 정확히 인간이 이해할 수 있는 형태로 변환하고 있는 것이지만)으로부터, 실제로 프로그래머가 기술한 고급언어로서의 소스 프로그램의 개개 구체적인 명령문의 표현내용 그대로를 정확히 특정할 수 있다고 하는 관계에는 없다는 것이다.

이상의 실정을 전제로 하여도, 프로그램의 저작물로서의「표현」이라 함은 단순한 개개 명령문의 구체적인 기술에 한하지 않고, 프로그램의 추상적인 설계를 구체화한 개개 처리 unit의 선택이나 해결수단의 선택 및 이들의 조합이라고 하는「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계 자체」를 포함하는 것으로 이해하여야 하는 바, 어셈블리어에 의하여 인간이 이해할 수 있는 형태로 변환된 역 어셈브리후의 소스 프로그램에는 이와 같은 극히 구체화된 상세 프로그램 설계 자체가 표현되어 있기 때문에, 그 동일성 내지 실질적 유사성을 갖고, 복제 내지 번안을 입증할 수 있다고 생각된다. 따라서 역 어셈블리 후의 소스 프로그램을 비교하여도, 충분히 프로그램 표현의 유사성을 판단할 수 있다.

또한 프로그램의「표현」을 어떻게 이해하는가에 상관없이, 모두 별개로 제작된 프로그램의 창작성이 있는 부분이, 일단 기계어로 compile되고, 그 후 역 어셈블리된 경우에, 상호 유사한 표현이 된 것은 고려되지 않기 때문에, 어느 것에 대하여도, 역 어셈블리 결과가 극히 유사하다고 하는 사실은, 적어도 문서제출명령의 전제가 되는「침해의 증명」에는 충분하다고 생각된다. 따라서 원고측으로서는 역 어셈블리후의 소스 프로그램이 유사한 것을 근거로, 실제로 피고가 있고 있는 (고급언어의) 소스 프로그램의 공개를 요구하여 가는 것이 입증 활동으로서는 중요하다고 생각된다.

2. 프로그램 저작권 침해의 판단

어느 일정한 프로그램이 타인의 프로그램을 복제한 것이라 말하기 위해서는 당해 저작물가 동일 레벨에서의 소스 프로그램에 의하여 대비하고, 실질적 동일성을 논증하여야 한다. 그러나 대상 제품에 탑재되

어 있는 프로그램(개인 컴퓨터 안의 프로그램은 베이식 프로그램, 하드디스크 드라이브 중의 프로그램은 BIOS 프로그램(기본입출력 프로그램)의 소스 프로그램을 확인하기 위하여는 저작자가 저작물과 역방향의 조작에 의하여 얻는 프로그램과 대비할 필요가 있다. 따라서 저작물 프로그램 침해의 경우 대비는 다음과 같다.

가. 프로그램 대비에 의한 실질적 동일성 판단

저작권이나 특허권 모두 그 보호 대상이 창작성이 있는 것을 요구한다. 즉 저작물은 originality라는 창작성을 요구하는가 하면, 특허 발명 역시 신규성과 진보성이라는 발명성(inventive step)을 요구한다. 다만 저작물에 있어서의 창작성이 개별성을 의미하는 주관적인 것임에 반하여, 특허발명의 발명성은 객관적인 창작성을 의미한다. 이와 같이 보호요건으로서의 창작성을 판단함에 있어 컴퓨터프로그램은 학술, 문예, 음악 등의 전형적인 저작물과는 달리 특허에 가까운 창작성을 요구하게 된다.

그러나 저작물이라 하는 법의 틀 속에 있는 이상, originality를 갖는 다른 저작물을 저작권 침해의 이유에서 배제할 수 없다. 요컨대 저작권 프로그램 침해의 성립에는 대상 저작물이 원고 저작물에 의거한 사실의 증명을 요한다. 즉 저작물인 프로그램 침해 주장에서는 창작성의 정도 및 접근성이라는 중요한 증명을 요하게 된다.

원고 저작물에 의거하지 않았다고 하는 방어를 위하여 개발 방법이 「clean room」에 의하여 작성된 것을 증명할 수 있으며, 이를 증명하면 설령 프로그램으로서 실질적으로 동일하여도 액세스의 요건을 원고로서 증명할 수 없어 비침해가 된다. 그러나 저작물인 프로그램의 창작성 문제는 동시에 의거성을 추인하게 하는 유력한 간접 사실로서 역할하게 된다.

저작물인 프로그램의 보호범위는 프로그램의 실질적 동일성에서 요구되지만, 이 실질적 동일성의 판단방법은 프로그램 안에서 “일련의 결과”를 얻는 최소단위로서, 특정 routine을 선출하고, 이 특정 routine이 갖는 창작성과 그 routine이 저작물 안에서 불가결한 routine인 것을 증명하는 것을 요한다.

창작성의 정도는 아이디어와 표현형식의 이분 방식을 적용하는 때,

표현형식의 선택 폭이 넓은 것, 그리고, 그 표현형식에서 원고 저작물이 갖는 프로그램으로서의 기능 우수성, 창작에 있어서의 곤란성 등에 의하여 그 창작성의 소재를 증명하게 된다. 만약 표현양식과 아이디어가 혼동(merger)되는 경우, 저작권에 의한 보호는 성립하지 않는다.

이는 아이디어 - 표현이분이라는 저작권 보호범위 확정 룰에서 도출되는 법률 해석방법이다. 이와 같이 프로그램 저작권의 침해는 프로그램의 양의 문제가 아니라, 질의 문제이다. 프로그램 전체로서 수만 킬로바이트에 이르고 그 중에서 선택된 특정 routine는 양으로서는 매우 하찮은 것이라도 이 특정 routine에 대하여 프로그램으로서 실질적 동일성이 인정되는 이상, 프로그램 전체로서 침해가 된다.

나. 유사판단의 요소

유사판단의 요소로서는, 상기와 같은 역 어셈블리 결과의 비교뿐만 아니라, ① 프로그램의 구체적인 기술 내용, ② 오류의 발생 방식, ③ 유사한 부분의 비율, ④ 파일 크기나 갱신일, ⑤ 프로그램 내용 및 복수 프로그램 상호의 관련 구조 및 ⑥ 프로그램의 기능이라고 하는 것이 재판례로서 언급되고 있다.[41] 따라서, 현실의 입증과정에서는 상기와 같은 요소를 고려하면서, 원고 프로그램과 피고 프로그램의 표현, 기능, 구조 및 동작된 경우의 입출력의 내용, 동작 내용 등을 종합적으로 비교검토하게 된다.

그렇지만, 현실적으로는 특히 dead copy가 아니라, 약간의 개변 등이 추가된 사안에 있어서, 피고 프로그램의 소스 프로그램을 입수하여 비교하지 않은 채 침해가 인정된 사례가 적고, 그 의미에서는 역 어셈블리의 결과 자체의 의한 침해 주장과 나아가 이를 근거로 하는 문서제출 명령 등의 신청은 입증한 중요한 지위를 차지한다고 할 수 있다.

Ⅵ. 결론

41) 大阪辯護士會知的財産法實務研究會編 「デジタルコンテンツ法(下卷)」206면 이하 참조.

이상에서 프로그램 저작권의 보호범위에 대하여 살펴보았다. 기존의 저작권 보호범위와 관련한 논의는 아이디어·표현이분법 내지 표현형식과 사상이라는 논의에 한정되었다. 그러나 아이디어와 표현 내지 표현형식과 사상이란 그리 명확하게 구별되는 것도 아니고 실제 지적 창조활동 과정에서 양자의 구분이 요구되고 있는 것도 아니다. 이에 저작권법상의 공리처럼 이해되는 이 원칙을 접근함에 있어 아이디어와 표현이 각기 개별적으로 이해되어야 하는 것이 아니며, 양자가 혼재된다고 하는 현상을 감안한 가운데 보호범위를 판단하여야 함을 살펴보았다.

그리고 컴퓨터 프로그램은 다른 전형적인 저작물에 비하여 아이디어와 표현 내지 표현형식과 사상의 구분이 용이하지 않다는 특징을 갖는다. 특히 기술적 창작물로서 실용적인 기능을 발휘하고 있는 컴퓨터 프로그램에 있어 컴퓨터 프로그램의 보호 대상을 찾아가는 것은 쉬운 일이 아니다. 지나치게 제한적으로 접근하게 된다면, 아이디어와 표현은 혼재되면서(merger) 저작권의 보호 범위밖에 놓일 수도 있으며, 결국 컴퓨터 프로그램을 보호하고자 했던 법의 취지가 몰각될 수 있다. 반면 표현이라고 하는 부분을 지나치게 넓게 인정하게 된다면, 과도하게 저작권자를 보호하게 됨으로써 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법이 갖는 목적, 취지를 또한 잃게 된다는 문제점도 갖고 있다.

이러한 컴퓨터 프로그램 보호상의 문제는 표현을 널리 인정한 가운데, 보호범위를 획정함에 있어 제한적으로 해석하는 방법이 있을 수 있다. 또한 실제 컴퓨터 프로그램의 제작 과정에 있어 지적 노력과 비용이 투자되는 분야가 무엇인가에 착안하여, 표현을 프로그램의 추상적인 설계를 구체화한 개개의 처리 unit의 선택과 해결 수단의 선택, 및 이들의 조합이라고 하는「극히 구체화된 상세 프로그램의 설계 자체」로 이해하는 방법이 있을 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

송영식, 이상정, 황종환,「지적소유권(하)」, 육법사, 2003.
윤선희,「지적재산권법」, 세창출판사, 2005.

2. 외국문헌

椙山敬士,「データベースの法的保護」半田正夫教授還歷記念論集『民法と著作權法の諸問題』,1993.
松本重敏,「特許權の本質とその限界」, 有斐閣, 2005.
苗村憲司, 小宮山宏之, 「現代社會と著作權法」, 慶應義塾大學出版會, 2005.
田村善之,『著作權法槪說(제3판)』, 有斐閣, 2003.
Josef Prexel, What is protected in a Computer Program? - Copyright Protection in the United States and Europe, 11C Studies vol 15
大阪辯護士會知的財産法實務硏究會編 「デジタルコンテンツ法(下卷)」

소프트웨어 라이선스 계약의 이전과 제한
- 미국 파산법상 라이선스 계약의 이전가능성 판단을 중심으로 -

서 재 권*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서 론

Ⅱ. 미국파산법 및 미이행계약의 판단
1. 미국 파산법의 개요
2. 미이행계약의 의미
3. 미이행계약의 판단
4. 미이행계약의 처리

Ⅲ. 라이선스 계약의 이전가능성 판단
1. 라이선스 계약의 양도
2. 라이선스 계약의 인수
3. 라이선스 계약의 거절

Ⅳ. 우리나라의 현황과 문제점
1. 통합도산법의 개요
2. 쌍방미이행 쌍무계약의 처리
3. 통합도산법 하에서 발생될 수 있는 문제점

Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

소프트웨어 저작권자는 일정한 기간 동안 배타적으로 그 권리를 행사한다. 권리자 자신이 직접 소프트웨어를 판매하는 경우도 있으나, 소프트웨어의 수익성 판단이나 시장진입이 쉽지 않고 소유권을 계속 보유하고자 하는 견지에서 라이선스 계약을 통한 권리행사를 선호하기도 한다. 그러나 라이선스 계약 체결시 라이센서는 권리행사에 대한 선택의 폭이 넓은 반면, 라이센시는 계약기간이나 사용료 및 기타 조건 등에 대해 열등한 위치에 있게 된다. 특히, 라이센서가 도산한 경우에는 도산법제의 목적에 기인하는 채권자 권리보장으로 인하여 라이센시는 더욱 불리한 입장에 처하게 된다. 라이센서의 재산이 파산재단 등에 속하게 되면 라이센시는 계약기간이 남아 있다 할지라도 해당 소프트웨

* 저작권심의조정위원회 연구원

어를 더 이상 사용할 수 없게 되는 경우도 있다. 또한 라이센시가 파산한 경우에는, 라이센서의 권리가 제3자에게 이전되어 소프트웨어에 대한 지적재산권이 제한받을 가능성도 있다.

2005년 3월 31일 '채무자회생및파산에관한법률'(이하 '통합도산법'이라 한다)이 제정됨에 따라 채무자의 재산 훼손을 막기 위한 제도적 장치가 다소 개선되었다. 그러나 해당 소프트웨어에 대한 의존도가 높은 라이센시의 입장을 완전히 반영하지 못하였고, 관리인의 권한 및 제한에 대한 범위가 명확히 규정되지 않아 라이센서의 권리도 제한받을 여지를 남겨두게 되었다.

미국의 경우, 계약 일방이 파산하여 타방 당사자의 이행이 불가능하게 된 미이행계약의 처리에 대하여는 파산법 제365조에서 규율하고 있으며, 판례를 통하여 라이선스 계약의 이전가능성에 대한 판단기준을 정립해 왔다.

이 글에서는 회사 회생절차시 소프트웨어 라이선스 계약의 이전문제를 해결하는데 있어서 미국 파산법 제365조가 제시하고 있는 판단기준을 살펴보고, 우리 통합도산법에서 발생할 수 있는 문제점들과 이에 대한 해결방안을 모색해 본다.

Ⅱ. 미국 파산법 및 미이행계약의 판단

1. 미국 파산법의 개요

경제 불황에 따른 광범위한 파탄을 다루기 위해 개정한 1898년 파산법을 80년간 유지해 오다가 1970년대 현재의 기술·재정 및 상업 활동의 요구에 적절히 부응할 수 있도록 1978년에 파산법을 전면 개정(Bankruptcy Reform Act of 1978, Bankruptcy Code)하였다. 이는 1968년 상원법사위원회가 파산법을 검토하기 위한 위원회를 설치할 것인지의 여부를 논의하는 데에서 시작하여, 구법에서 발전된 이론을 법으로써 규정하는 동시에 선례가 없는 새로운 조항을 규정하기도 하였다. 특히, 파산법원의 관할권과 파산법관의 역할, 제11장 재건절차의 통합, 경영을 계속하는 채무자와 관리인의 권한 및 재건계획시에 상위의 권리

자의 권리에 대해 그 권리의 전액을 보상할 때까지 후순위 권리자의 보상계획을 부여할 수 없도록 하는 절대적 우선원칙의 완화 등이 그 특징으로 나타난다.[1)]

1898년 구법에서는 파산심판관(Bankruptcy Referee)을 두어 핵심적인 파산사건만 심리하도록 하였는데, 파산심판관의 권한은 상대적으로 미약하였다. 1973년에 의회는 파산심판관을 파산법관(Bankruptcy Judge)로 명명하였고, 1978년에 제28편(28 U.S.C., Judiciary and Judicial Procedure) 제6장(Chapter 6, Bankruptcy Judges)에 이를 규정함으로써 파산법관은 연방항소법원에 의해 임명되고 연방지방법원의 한 단위로 구성되게 되었다. 따라서 파산사건의 관할권은 기본적으로 연방지방법원이 가지며 연방지방법원 법관이 이를 파산법관에게 이양하는 것으로 이해된다.[2)]

미국 파산법은 청산을 목적으로 하고 있는 제7장(Chapter 7, Liquidation), 화의 및 회사 회생을 포괄하는 단일한 재건절차를 규정하고 있는 제11장(Chapter 11, Reorganization), 정기수입이 있는 개인의 화의를 목적으로 한 제13장(Chapter 13, Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income)으로 구성되어 있다.[3)]

2. 미이행계약의 의미

미이행계약(executory contract)은 파산법에 의해서만 나타나는 독특한 성격의 계약으로 1973년 Vern Countryman 교수에 의해 분석된 개념이다. 이 때 이후로 지적재산권은 연예 및 기술산업 분야의 핵심으로써 파산재단의 가장 가치있는 자산 중 하나로 여겨지게 되었다.[4)] 라이

---

1) 임치용,「파산법연구」, 박영사 (2004), 213-226면.

2) David G. Epstein, Bankruptcy and Other Debtor-Creditor Laws, West Publishing (1995), pp. 136-137.

3) 미국 파산법 제7장, 제11장, 제13장은 각각 우리나라의 파산절차, 회사정리절차, 개인채무자회생절차에 해당하는 것이다. 이하에서 사용되는 '갱생', '회생', '재건'의 용어는 한국의 회사정리법, 통합도산법, 미국의 파산법에 각각 근거하여 사용하며, '도산', '파산'의 용어는 원칙적으로 한국의 경우에는 도산을, 미국의 경우에는 파산을 사용한다.

4) Ronald L. Leibow, *Transfer of Intellectual Property Rights in Bankruptcy*,

선스 계약이 미이행계약인지의 판단이 중요한 이유는, 파산 신청시 해당 라이선스 계약이 미이행계약이 아닌 것으로 판단되면 관리인은 계속해서 계약상 권리를 향유하여 제365조(c)항[5]의 제한요건에 구애받지 아니하고 계약상 권리를 제3자에게 양도할 수 있기 때문이다.

파산법은 미이행계약에 대한 정의를 다루고 있지 않다. 그러나 의회는 1978년 파산법 제정 당시에, Countryman 교수에 의해 제안된 미이행계약의 정의를 적극 반영하였다.[6] Countryman 교수는 미이행계약을 "이행을 완료하지 못한 일방 당사자에 의한 중대한 계약위반으로(material breach) 인하여 타방 당사자가 이행을 할 수 없게 된 계약"으로 보고 있으며, 이 정의가 20여년간 미이행계약을 판단하는 기준으로 적용되었다.[7]

그러나 다른 학자들 뿐만 아니라, 법원들 또한 파산사건에 적용되는 미이행계약에 대한 보다 정확한 의미를 정의하고자 하였다. 이런 와중에 1980년대 후반에 Westbrook은 Countryman 교수의 '중대한 위반 판

---

877 PLI/Comm 137, 141 (March-April, 2005).

5) 11 U.S.C. §365(c)는 다음과 같다.

(c) 채무자의 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약이 권리의 양도 또는 의무의 인수를 금지하거나 제한하는가의 여부를 불문하고 관리인은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 계약 또는 임대차를 인수하거나 양도하지 못한다.

(1)(A) 그 계약 또는 임대차가 권리의 양도 또는 의무의 인수를 금지하거나 제한하는가의 여부를 불문하고 관계법규에 의하여 채무자 이외에 그 계약 또는 임대차의 당사자가 채무자 또는 점유하는 채무자 이외의 자(광의)에게 이행을 하거나 이행을 받는 것을 거절할 수 있는 경우

(B) 그 계약당사자가 그 인수 또는 양도에 동의하지 아니하는 경우

(2) 그 계약이 채무자에게 또는 채무자를 위하여 대출을 하거나 기타의 금융 또는 융자를 제공하거나, 채무자의 증권을 발행하기 위한 계약인 경우

(3) 그 임대차가 비거주용 부동산에 관한 것으로서 파산법 이외의 관계법규에 의하여 구제명령 전에 종료된 경우

(4) 그 임대차가 비거주용 부동산에 관한 것으로서 그 임대차계약에 의하여 그 채무자가 항공기 터미널 또는 항공기 탑승구의 임차인이고, 관리인은 공항운영자의 서면동의에 의하여 그 임대차중의 일부에 한하여 인수하거나 양도할 수 있는 경우를 제외하고 그 임대차 전부를 인수하거나 동일인에게 그 임대차 전부를 인수 및 양도하지 아니하는 경우

6) Leibow, supra note 4, at 146.

7) Sharon R. Barner, *Treatment of Intellectual Property Licenses under the Bankruptcy Code*, 806 PLI/Pat 695, 700 (October, 2004).

단기준(material breach test)'을 적용하여 미이행계약을 판단하는 것은 너무 엄격하므로 파산사건에 적용하는 것이 부적합하다고 비판하면서, 대신 관리인이 해당 계약에 부담을 느끼거나 이롭지 않다는 이유로 이를 거절할 수 있다고 판단되는 경우에는 미이행계약이 아니라고 하는 '기능적 판단기준(functional test)'을 적용하여야 한다고 주장하였다.[8] 이 이론은 최근 Wechsler v. Hunt health Systems, Ltd. 사건[9]에 적용되었다. 또한 Michael T. Andrew는 Countryman 교수의 '중대한 위반 판단기준'은 미이행계약의 인수시에는 적절하나 다른 조건하에 적용될 때에는 여전히 문제를 가지므로, 이 이론은 다소 변형되어 적용되어야 한다는 주장을 제기하였다. 특히, 관리인이 미이행계약을 거절할 경우에는 채무자가 아닌 당사자에게는 일반 파산소송상 채권자의 지위만이 주어지기 때문에 해당 라이선스 계약이 미이행계약인지의 여부는 중요하지 않다고 하면서, 미이행계약의 요건을 1) 채무자와 채무자가 아닌 당사자가 서로에 대해 이행하지 않은 의무가 있을 것 2) 장래의 이행이 그치게 된 경우에 채무자가 타방 당사자의 이행을 요구할 수 없을 것으로 정해야 한다고 주장하였다.[10]

법원들은 수년에 걸쳐 Countryman 교수의 이론을 채택하여 왔으나, 몇몇 법원들은 파산법의 입법배경을 고려하여 문리적 해석을 기초로 한 '잔존 이행의무 판단기준(some performance standard test)'을 적용하기도 하였다. 그러나 '잔존 이행의무 판단기준'은 다른 이론과 비교하여 특징이 없고, 적용결과에 대해서 다른 판단기준을 적용한 결과와 차이점이 없다는 이유로 많은 비판을 받고 있다. 제2항소법원에서는 Ionosphere Clubs, Inc. 판결[11]에서 '잔존 이행의무 판단기준'을 적용하여 양 당사자에게 이행의무가 남아 있는 계약(a contract on which performance remains due to some extent on both sides)을 미이행계약으로 정의하고 있다. 그러나 Chase Manhattan Bank v. Iridium

---

8) Jay Lawrence Westbrook, *A Functional Analysis of Executory Contracts*, 74 Minn. L. Rev. 227, 236-247 (December, 1989).

9) Wechsler v. Hunt Health Systems, Ltd., 330 F.Supp.2d 383, 429-430 (S.D.N.Y. 2004).

10) Michael T. Andrew, *Executory Contracts in Bankruptcy: Unerstanding 'Rejection'*, 59 U. Colo. L. Rev. 845, 889-895 (1988).

11) Estern Air Lines, Inc. v. The Insurance Company of The State of Pennsylvania, 85 F. 3d 992, 998-999 (2nd Cir. 1996).

Africa Corp. 판결[12]에서는 Countryman 교수의 '중대한 위반 판단기준'과 제2항소법원에서 채택한 '잔존 이행의무 판단기준'을 모두 언급하면서 '잔존 이행의무 판단기준'은 제2항소법원에서만 적용된다고 밝히고 있다.

3. 미이행계약의 판단

가. 라이선스 계약의 성격

미국의 판례를 살펴보면 특정 예외를 제외하고 소프트웨어 라이선스 계약을 포함한 지적재산권 라이선스 계약을 미이행계약이라고 하고 있으며, 미이행계약을 일반적으로 쌍방 당사자에게 이행의무가 남아 있는 계약이라고 하고 있다.[13] 비배타적 특허권 라이선스 계약의 성격을 판단한 CFLC 판결[14]에서는 Countryman 교수의 이론을 적용하여 "계약상 문맥으로 판단하여 볼 때 양 당사자 사이에 일방 당사자의 불이행으로 인하여 타방 당사자의 이행을 면제시키는 결과를 가져옴으로써 해당 계약은 미이행계약이 된다"고 판시한바 있다. 이러한 미이행계약의 성격에 대해서 라이센서는 라이센시에게 계약대상의 사용을 허락함으로써 침해를 이유로 한 소를 제기하지 않을 의무와 이를 이용할 수 있도록 적절한 보증을 제공할 의무가 있고, 라이센시는 사용료 지급의무와 시간적·지역적 제한의 준수의무 및 기타 보고의무 등을 지고 있다고 하고 있다.[15]

이와 같이 일반적으로는 양 당사자에게 지속적으로 이행의무가 있다

---

12) Chase Manhattan Bank v. Iridium Africa Corp., 197 F.Supp.2d 120, 134 (D. Del. 2002).

13) William C. Griffel v. Gregory G. Murphy, 839 F.2d 533, 536 (9th Cir. 1988); RCI Technology Croporation v. Sunterra Corp., 361 F.3d 257, 263 (4th Cir. 2004) 등을 참조.

14) Everex Sys., Inc. v. Cadtrack Corp., 89 F.3d 673, 677 (9th Cir. 1996).

15) De Forest Radio Telephone & Telegraph CO. v. United States., 273 U.S. 236, 368 (U.S. 1927); Spindelfabrik Suessen-Schurr, Stahlecker & Grill GmbH v. Schubert & Salzer Maschinenfabrik Aktiengesellschaft, 829 F.2d 1075, 1081 (Fed. Cir. 1987) 등을 참조.

는 점에 비추어 라이선스 계약은 파산법상 의미에서 미이행계약으로 판단되고 법원이 이행의무의 존부를 판단하는 데에도 큰 어려움은 없어 보인다. 그러나 사안에 따라서 라이선스 계약이 미이행계약이 아닌 계약 또는 판매로써 판단되는 경우가 있다. 이는 재산권에 대한 지배력의 귀속여부에 따라 판단되는 경우로써 지적재산권에 기한 이익의 일부를 라이센서로부터 독립적으로 분리시켜 라이센시에게로 이전하는 효과를 가져오기 때문이다. 법원이 이러한 판단을 내릴 수 있는 기준은 해당 라이선스 계약이 배타적인지의 여부에 따라 나뉘는데, 일반적으로 비배타적 라이선스 계약일 경우 라이센시에게는 지적재산의 사용권만이 허락될 뿐이고 재산권에 대한 지배력은 여전히 라이센서에게 남아 미이행계약으로 판단된다. 그러나 배타적 라이선스 계약일 경우에는 재산권에 대한 지배력 자체가 라이센시에게 이전되는 효과를 가져오기 때문에 이는 판매계약 또는 미이행계약이 아닌 계약으로 판단될 수 있다.

나. DAK Industries, Inc. 판결[16)]

1991년 4월에 Microsoft는 DAK Industries와 DAK Inustries가 판매하는 컴퓨터에 Microsoft의 Window 소프트웨어에 운용될 수 있는 Microsoft Word Program(이하 'Word 프로그램'이라 한다)을 설치할 수 있는 조건으로 비배타적 라이선스 계약을 체결하였다. 계약조건에 따르면, DAK Industries는 Word 프로그램을 설치할 수 있는 권리 이외에 저작권 있는 사용설명서를 배포할 수 있는 권리를 포함하여 해당 프로그램에 대한 유지·보수를 받을 수 있는 조건으로 최저사용료 $2,750,000를 5회에 걸쳐 지불하기로 하였다. 1991년 7월과 12월 사이에 양 당사자는 Word 프로그램 1회 설치비용을 $55에서 $45로 조정하였고, DAK Industries는 동년 12월 30일에 3회분의 사용료 $1,354,167를 Microsoft에 지불하였다. DAK Industries는 Word 프로그램 13,224장을 설치하여 판매하고 1992년 6월 11일 파산을 신청하였다. 이에 Microsoft는 1992년 12월 1일 채무자가 해당 계약을 인수 또는 거절해야 한다고 주장하였고, 1993년 1월 21일에 DAK Industries의 파산 신

16) Microsoft Corp. v. DAK Industries, Inc., 66 F.3d 1091 (9th Cir. 1995).

청일 익일인 1992년 6월 12일부터 1993년 1월 21일까지 DAK Industries가 설치해 판매한 Word 프로그램 7,600장에 대하여, DAK Industries가 파산 후에도 해당 Word 프로그램을 계속해서 사용하고 있다는 점을 주장하며 이에 대한 관리비를 청구하는 소를 제기하였다.

제9항소법원은 본 사건의 계약이 지적재산권을 사용할 수 있도록 허락하는 라이선스 계약이라기 보다는 가장 정형화된 소프트웨어의 일괄 판매 계약(lump sum contract)이라고 판시하였다. 그 이유로 법원은 1) DAK Industries는 Word 프로그램 한 장만을 판매하여도 Microsoft에 $2,750,000를 지불해야 한다는 점 2) 지불가격과 그 시기가 리스계약이나 라이선스 계약의 성격과는 달리 판매에 가깝다는 점 3) 계약 초기에 재산권에 대한 지배력이 채무자에게 귀속되었다는 점 4) 계약조건에 따르면 채무자가 그 기술을 사용할 수 있도록 허락한 것이 아니라 DAK Industries가 판매하는 제품의 일부로써 판매할 수 있도록 허락했다는 점을 들었다.

이 판결은 비배타적 라이선스 계약이 미이행계약이라는 일반적인 해석에 대해 Microsoft와 DAK Industries가 맺은 소프트웨어 설치 및 유지·보수계약이 미이행계약이 아닌 전형적인 판매계약의 형식이라고 언급하면서, 라이선스 계약이 미이행계약인지의 판단기준이 배타적인지의 여부가 전적으로 적용되지 않고 계약상 각 당사자의 실체적 법률관계를 분석하여 판단한 것으로 보인다.[17]

4. 미이행계약의 처리

미국파산법 제11장 제365조는 미이행계약 및 기간만료전의 임대차에 대한 관리인(Trustee)의 권한을 설명하고 있다. 제11장 사건에서 관리인은 미이행계약이 영업에 미치는 득실을 판단하여 이를 인수·양도·거절·보유할 수 있는 선택권을 지니게 된다. 먼저, 관리인은 제365조(a)항[18]에 의하여 미이행계약을 인수함으로써 해당 계약하의 이행의무

17) In re Kmart Corp. 사건에서는 라이선스된 소프트웨어를 유지 및 보수하는 서비스를 제공해야하는 라이센서의 계속되는 의무에 바탕을 두고 해당 계약을 미이행계약이라고 판시한 바 있다. In re Kmart Corp., 209 B.R. 614, 617-622 (N.D. Illinois 2003).

와 이에 대한 이익을 받아들이게 된다. 관리인이 미이행계약을 인수하기 위해서는 제365조(b)항(1)[19]에 의하여 현존하고 있는 채무불이행을 치유하거나 이에 관한 적절한 보증을 제공해야 할 뿐만 아니라, 채무불이행으로 제3자에게 발생한 금전적 손해를 배상하거나 배상에 대한 보증을 제공해야 하며 장래 이행에 관하여도 보증을 제공하여야 한다.

미이행계약을 인수 또는 양도하기 위해서는 기본적으로 제365조(c)항의 요건에 해당하지 않아야 하지만, 미이행계약상에 해당 계약의 양도가 금지되어 있는 경우에는 채무자가 미이행계약을 인수할 수 있는지에 대해, 법원은 적용하는 판단기준에 따라 각기 다른 태도를 보이고 있으며 양도와 관련하여서는 제365조(f)항[20]과의 관계도 매끄럽게 정리

---

18) 11 U.S.C. §365(a)는 다음과 같다.
(a) 이 법 제765조 및 제766조와 이 조 (b)항, (c)항, 및(d)항의 규정에 의한 경우를 제외하고 관리인은 법원의 허가를 얻어 채무자의 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차를 인수하거나 거절할 수 있다.

19) 11 U.S.C. §365(b)(1)은 다음과 같다.
(b)(1) 채무자의 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차에 관하여 채무불이행이 있는 때에는 관리인은 그 계약 또는 임대차의 인수시에 다음에 정하는 행위를 하지 아니하면 그 계약 또는 임대차를 인수하지 못한다.
(A) 관리인이 그 채무불이행을 치유하거나 치유에 관한 적절한 보증을 제공하는 행위
(B) 그 채무불이행으로 인하여 채무자 이외의 그 계약 또는 임대차의 당사자가 실제로 입은 금전적인 손해를 관리인이 배상하거나 지체 없이 배상함에 관한 적절한 보증을 제공하는 행위
(C) 그 계약 또는 임대차의 장래의 이해에 관한 적절한 보증을 제공하는 행위

20) 11 U.S.C. §365(f)는 다음과 같다.
(f)(1) 이 조 (c)항의 규정에 의한 경우를 제외하고 채무자의 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차의 양도를 금지/제한하거나 조건을 붙이는 계약, 임대차계약 또는 관계법규의 조항에 불구하고 관리인은 이 항 (2)호의 규정에 의하여 그 계약 또는 임대차를 양도할 수 있으나, 항공운송인인 채무자가 항공기 터미널 또는 항공기 탑승구의 임차인인 경우에 종료사유가 있었던 대에는 관리인은 비거주용 부동산에 관한 기간만료전의임대차를 양도하지 못한다.
(2) 관리인은 다음 (A) 및 (B)의 경우에 한하여 채무자의 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차를 양도할 수 있다.
(A) 관리인이 이 조의 규정에 의하여 그 계약 또는 임대차를 인수하는 경우
(B) 그 계약 또는 임대차에 관하여 채무불이행이 있었는가의 여부를 불문하고 그 계약 또는 임대차의 양수인에 의한 장래의 이행에 관하여 적절한 보증이 제공되는 경우
(3) 채무자의 미이행계약, 기간만료전의 임대차 또는 그 계약/임대차계약에

되어 있지 않다. 제365조(f)항은 라이선스 계약 내에 양도금지조항이 있거나 관계법규가 해당 계약의 양도를 금지하고 있다 할지라도 1) 관리인이 제365조의 규정에 반하지 아니하고 미이행계약을 인수하는 경우 2) 미이행계약에 관하여 채무불이행이 있었는가의 여부를 불문하고 미이행계약의 양수인에게 장래의 이행에 관하여 적절한 보증을 제공하는 경우에는 제3자에게 해당 미이행계약을 양도할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 관리인은 파산법원의 승인을 얻어 제365조(a)항 하에서 미이행계약을 거절할 수 있다. 관리인이 미이행계약을 거절하는 경우에 타방 당사자는 파산재산에 대하여 제한적인 보상청구권만을 갖게 되는데, 이러할 경우에 채무자가 아닌 계약 당사자는 해당 계약을 근거로 더 이상의 이익을 추구할 수 없는 불합리함이 발생한다. 이는 파산법 제365조에 (n)항[21]을 신설하는 "지적재산파산보호법(Intellectual Property

---

의한 권리·의무를 그 계약 또는 임대차의 양도로 인하여 종료 또는 변경시키거나 채무자 이외의 당사자가 종료 또는 변경시킬 수 있도록 정하는 그 계약, 임대차계약 또는 관계법규의 조항에 불구하고 그 계약, 임대차, 권리 또는 의무는 그 조항에 의하여 관리인에 의한 그 계약 또는 임대차의 인수 또는 양도를 원인으로 하여 종료되거나 변경되니 아니한다.

21) 11 U.S.C. §365(n)은 다음과 같다.

(n)(1) 채무자가 지저재산권의 지위에 있는 미이행계약을 관리인이 거절한 경우에 그 계약에 의한 사용권자는 (A) 또는 (B)를 선택할 수 있다.

(A) 그 계약조건, 파산법 이외의 관계법규 또는 사용권자와 다른 제3자(광의)와의 계약에 의하여 관리인의 거절이 사용권자에게 계약을 종료시킬 권리를 인정하는 불이행에 해당하는 경우에는 그 계약을 종료된 것으로 처리하는 것

(B) 그 사건이 개시되기 직전의 권리와 같은 지적재산권(파산법 이외의 관계법규에 의하여 보호되는 한도에서 그 지적재산권의 실시를 포함한다)상의 권리(그 계약상의 전용권에 관한 조항을 실행할 권리를 포함하나, 파산법 이외의 관계법규에 의하여 특정한 그 계약의 이행에 관한 기타의 권리를 제외한다)를 그 계약 또는 보충계약에 의하여 다음에 정하는 기간 동안 계속 유지하는 것

(i) 그 계약기간

(ii) 사용권자가 파산법 이외의 관계법규에 의한 권리의 행사로써 그 계약을 연장할 수 있는 기간

(2) 사용권자가 이 항 (1)(B)의 규정에 의하여 그 계약상의 권리를 계속 유지하는 때에는 다음에 의한다.

(A) 관리인은 그 사용권자로 하여금 그 권리를 행사하도록 허용하여야 한다.

(B) 사용권자는 그 계약기간 및 이 항 (1)(B)의 규정에 의하여 계약을 연장

Bankruptcy Protection Act; IPBPA 1988)"의 입법 근거가 된다.

제365조(n)항에 따르면 관리인이 미이행계약을 거절하는 경우에 라이센시는 1) 해당 계약을 종료된 것으로 처리할 수 있고 2) 파산사건이 개시되기 직전의 권리와 같은 지적재산권상의 권리를 계약기간 동안 또는 사용권자가 관계법규에 의하여 그 계약을 연장할 수 있는 기간 동안 유지할 수 있다. 이러한 경우에, 관리인은 라이센시가 해당 권리를 행사하도록 허용해야 하고 라이센시는 계약기간 동안 또는 연장된 기간 동안의 사용료를 모두 지급해야 하며 상계권을 포기한 것으로 간주된다.

그러나 지적재산파산보호법의 입법으로 인한 라이센시의 보호방안이 충분히 마련된 것만은 아닌데, 이는 제365조(n)항에서 다루고 있는 지적재산의 범주가 제101조에 규정되어 있는 지적재산권의 유형에만 한정하여 적용되기 때문이다. 따라서, 영업비밀・특허・저작・반도체칩집

한 기간 동안 그 계약에 의하여 지급할 모든 사용료를 지급하여야 한다.

(C) 사용권자는 다음의 권리를 포기한 것으로 간주한다.

(i) 그 계약에 관하여 이 법 또는 파산법 이외의 관계법규에 의하여 가질 수 있는 상계권

(ii) 그 계약의 이행에서 발생하는 이법 제503조 (b)항의 규정에 의하여 인정되는 채권

(3) 사용권자가 이 항 (1)(B)의 규정에 의하여 그 권리를 계속 유지하기로 한 때에는 관리인은 사용권자의 서면에 의한 청구에 의하여 다음의 행위를 하여야 한다.

(A) 그 계약 또는 보충계약에 의하여 정한 한도에서 관리인이 보유하는 지적재산권(그 실시를 포함한다)을 사용권자에게 제공하여야 한다.

(B) 다른 자(광의)에게서 지적재산권(또는 그 실시권)을 취득할 권리를 포함하여 그 계약 도는 보충계약에서 정한 지적재산권(그 실시를 포함한다)에 대한 사용권자의 권리를 방해하지 못한다.

(4) 관리인은 그 계약을 거절할 때까지 또는 그 계약을 거절하지 아니하는 때에는 사용권자의 서면에 의한 청구에 의하여 다음의 행위를 하여야한다.

(A) 그 계약 또는 보충계약에 의하여 정한 한도에서 다음 (i) 또는 (ii)의 행위를 하여야 한다.

(i) 그 계약의 이행

(ii) 관리인이 보유하는 지적재산권(파산법 이외의 관계법규에 의하여 보호되는 한도에서 지적재산권의 실시를 포함한다)을 사용권자에게 제공하는 행위

(B) 다른 자(광의)에게서 지적재산권(또는 그 실시권)을 취득할 권리를 포함하여 그 계약 또는 보충계약에서 정한 지적재산권(그 실시를 포함한다)에 대한 사용권자의 권리를 방해하지 못한다.

적회로배치설계는 포함되지만, 상표·상호·서비스표에는 적용되지 않으므로 이들 권리는 제365조(n)항하의 보호를 받을 수 없다.[22]

지적재산파산보호법의 입법은 라이센서의 파산시 상대적으로 법적지위의 열세에 있는 라이센시가 보호받을 수 있는 근거조항이 되었으나, 이 법으로 인하여 법원의 판단에 혼선을 가져왔으며 지적재산권 라이선스 계약의 특성상 라이센서와 라이센시 사이의 복잡한 법률관계를 해결하기에는 너무 간단하다는 비판도 있다.[23]

Ⅲ. 라이선스 계약의 이전가능성 판단

1. 라이선스 계약의 양도

라이선스 계약의 양도가능성을 판단할 때 기준이 되는 것은 해당 라이선스 계약이 배타적 성격을 띄는 계약인지의 여부이다. 연방 저작권법은 배타적 라이선스 계약과 비배타적 라이선스 계약을 명확히 구분하고 있어서, 판결이나 논문(some authorities) 등에 따라서는 비배타적 저작권 라이선스 계약에 대해서는 양도가능성 여부를 판단할 필요가 없고 배타적 저작권 라이선스 계약만이 논의의 대상이 된다고 하고 있다.[24] 대부분의 판례에서는 비배타적 라이선스 계약은 재산권에 대한 지배력이 없으므로 라이센서의 의사에 반하여 양도할 수 없다고 하고 있다.[25]

---

22) 11 U.S.C. §101(35A)는 다음과 같다.
(35A) "지적재산"이라 함은 다음에 해당하는 사항을 말한다.
(A) 영업비밀
(B) 합중국법전 제35편의 규정에 의하여 보호되는 발명, 방법, 의장 또는 식물
(C) 특허출원
(D) 식물변종
(E) 합중국법전 제17편의 규정에 의하여 보호되는 저작물
(F) 합중국법전 제17편 제9장의 규정에 의하여 보호되는 반도체집적회로배치설계로서 파산법 이외의 관계법규에 의하여 보호되는 정도에 한한다.

23) J. Michael Strickland, *Nonexecutive Patent Licensees Unite: Use Bankruptcy Committees to Sue for Patent Infringement*, 48 Duke L.J. 571, 587-591 (December, 1998).

24) Leibow, supra note 4, at 156.

가. Patient Education Media, Inc. 사건[26]

Patient Education Media, Inc.(이하 'PEMI'라 한다)는 1994년에 'TIME-LIFE MEDICAL TM.'이라는 상표를 가지고 환자들이 사용할 수 있는 교육용 제품을 제조 판매하기 시작했다. 미국 공중위생국장(Surgeon General) C. Everett Koop, M.D.는 PEMI의 이사가 되었으나, 재판 시점에는 퇴역하였다. PEMI의 초기 제품은 30개의 '진료시에(At Time of Diagnosis)'라는 환자교육용 키트(kit)를 포함하고 있었는데, 각 키트는 책자가 포함된 30분 분량의 비디오 테이프와 환자의 상태 및 진료방법과 관련된 내용을 담고 있었다. 1996년 10월 PEMI는 4개의 시리즈로 된 'RX-Exercise'라는 비디오 테이프를 출시하였는데, 이는 관절염·심장병·불안감 및 요통을 호소하는 환자들을 위한 특별한 운동법을 소개하는 것이었다.

1995년에 PEMI는 비디오 테이프에 사용될 수 있는 사진을 촬영하기 위해서 전문 사진작가 David Katzenstein을 고용하였다. Katzenstein의 사진은 비디오 테이프에 녹화된 무대디자인의 한 부분을 차지하는 것이었다. 양 당사자는 Katzenstein이 PEMI와 시간적 제한 없는 비배타적인 라이선스 계약을 체결하고 있다는 점과, PEMI가 현 시점에서 비배타적 라이선스 계약상 권리를 보유하고 있다는 점에 대해서는 이견이 없었다. 1996년 초에 PEMI는 1995년에 Katzenstein과 맺은 계약에서 부여된 권리 이외에, 1,995장의 사진을 추가로 사용할 수 있도록 하는 계약을 체결하였다. 1996년 3월 27일자로 작성된 이 계약서에 따르면, PEMI는 1년간 지역적 제한 없이 해당 사진을 사용할 수 있고 이를 패키지로 판매할 경우 시간적으로 제한받지 않는 조건으로, Katzenstein에게 1996년 4월 5일 까지 $4,500를 지급하고 동년 동월 22일 까지 $40,500를 추가로 지급하기로 되어 있었다. 또한 저작권은 Katzenstein에게 있고 PEMI가 제한된 기간에(1년) 한하여 저작권에 기

---

25) In re Patient Education Media, Inc., 210 B.R. 237 (Bankr. S.D.N.Y. 1997); In re Golden Books Family Entertainment, Inc., 269 B.R. 311 (Bankr. D. Del. 2001); Leicester v. Warner Brothers Corp., 232 F.3d 1212 (9th Cir. 2000)을 참조.

26) In re Patient Education Media, Inc., 210 B.R. 237 (Bankr. S.D.N.Y. 1997).

한 모든 권리를 향유할 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없었고, 해당 기한은 만료되었다. 계약서에는 또다른 조건이 부가되어 있었는데, PEMI는 라이선스 계약이 만료되었다 할지라도 $20,000를 지급함으로써 해당 계약을 양도하지 않는 한 시간적·지역적 제한 없이 해당 사진을 사용할 수 있도록 하는 것이었다.

PEMI는 1997년 3월 14일 파산을 신청한 후, Glaxo Wellcome, Inc.(이하 'Glaxo'라 한다)에 PEMI의 모든 자산을 매각하고 이와 더불어 Katzenstein과 맺은 라이선스 계약을 인수하여 양도하고자 하였다. 매각자산에는 Katzenstein의 사진이 사용된 34종류의 비디오 테이프를 포함하고 있었다. Katzenstein은 PEMI가 비배타적 라이선스 계약의 라이센시이기 때문에 라이센서의 동의 없이 해당 계약을 양도할 수 없고, 시간적·지역적 제한 없이 해당 사진을 사용할 수 있는 조건으로 해당 계약을 양도하지 않기로 했다는 이유로 이의를 제기하였다.

채무자인 라이센시가 라이센서의 의사에 반하여 비배타적인 라이선스 계약을 이전할 수 있는가에 대해 법원은, 소유권은 권리의 이전에 필수적인(sine qua non)요소이고 저작권법은 배타적 라이센시와 비배타적 라이센시를 엄격히 구분하고 있다고 언급하면서, '소유권의 이전'은 비배타적 라이선스 계약이 아닌 배타적 라이선스 계약하에서만 논의된다는 Nimmer 교수의 이론을 언급하였다. 따라서, 법원은 비배타적 라이센시는 재산권에 대한 지배력이 없으므로 침해소송을 제기할 수 있는 권한이 없고 라이센서의 동의 없이 제3자에게 해당 계약을 양도할 수도 없다고 판시하였다.

이 판결은 저작권 라이선스 계약의 양도가능성을 판단할 때, 해당 라이선스 계약이 배타적 성격을 띄는 계약인지를 기준으로 삼은 대표적인 사건이다.

2. 라이선스 계약의 인수

라이센서의 동의 없이 비배타적 라이선스 계약의 양도가 불가능하기 때문에, 비배타적 라이선스 계약의 인수문제가 논의된다. 채무자가 라이선스 계약을 인수한 후, 채무자가 아닌자는 채무자에 의한 인수의 목적 이면에 해당 라이선스 계약을 인수하여 이를 바로 제3자에게 양도

할 의도가 있는지 알 수 없다. 라이선스 계약을 양도하기 위해서는 인수의 과정을 거치는 것은 필수적이나, 양도의 의도가 없이 인수만은 가능한지의 여부에 대해 법원의 입장은 많은 차이를 보이고 있다.

비배타적 라이선스 계약의 인수가능성을 판단하기 위해서, 법원은 '사실적 판단기준(actual test)'과 '가설적 판단기준(hypothetical test)' 중 어느 것을 근거로 제365조(c)항(1)을 해석할지에 대해 고민해왔다. 관리인은 채무자가 아닌 라이센서의 반대로 미이행계약을 양도하지 못하는 것은 당연한 결과이나 문제는 관리인이 해당 미이행계약을 양도하지 않고 인수할 수 있다는 것이다. 라이선스 계약의 인수가능성 판단은 각 법원마다 제365조(c)항(1)의 해석에 적용하는 판단기준이 다르고 사례가 많지 않아서 이를 양도문제와 함께 다루는 경향이 있다.

먼저, '가설적 판단기준'은 제3·4·5·9·11항소법원에서 채택하고 있는 것으로, 파산법령이 아닌 관계법규가 라이센서의 동의 없이 라이선스 계약을 양도할 수 없다고 규정하고 있는 경우에 법원은 제365조(c)항(1)을 문리적으로 해석하여 채무자인 라이센시가 라이선스 계약을 양도할 의도가 없다 할지라도, 관리인은 라이선스 계약을 양도하지 못하는 것은 물론 인수하지도 못하도록 하고 있다.

반면, '사실적 판단기준'은 제1항소법원에서 채택하고 있는 것으로, 지적재산권 라이선스 계약을 제3자에게 양도할 의도에 초점을 맞추어 이를 인수한 후 양도할 의도가 없는 한, 관리인은 채무자가 아닌 라이센서의 반대에도 불구하고 라이선스 계약을 인수할 수 있도록 하고 있으며 이와 같은 접근방법이 제11장의 입법목적상 합치한다고 하고 있다.

제6항소법원은 Weaver v. Nizny 판결[27]에서 관리인과 채무자의 파트너에 대한 법적지위를 구분하여 판단하면서 '사실적 판단기준'을 적용한 바 있다. 그러나 In re Magness 판결[28]에서는 관리인이 채무자의 컨트리 클럽 골프 멤버쉽을 미이행계약으로써 인수하여 양도하고자 하였으나 1) 컨트리 클럽은 이에 대한 양도나 매각에 대하여 동의한 바 없고, 오하이오 법률에 의하면 클럽이 채무자 이외의 자에게 이행을 하거나 이행을 받는 것을 거절할 수 있다는 점 2) 관리인이 이를 양도할

27) Harrison H. Weaver v. Martin H. Nizny, 175 B.R. 934, 937 (S.D. Ohio 1994).
28) In re Magness, 972 F.2d 689, 689 (C.A.6 1992).

경우 골프 멤버쉽을 얻기 위해 돈을 지불하며 대기자 명단에 올라있는 자들의 이익을 해칠 수 있다는 점을 이유로 하여 이를 금지한다고 판시하였으나 특정 판단기준을 언급하고 있지는 않다. 실제로 제2·7·8·10·DC항소법원은 이 문제에 대한 구체적 언급을 피하고 있다.[29]

가. Sunterra 사건[30]

이 사건의 원심에서 채무자인 Sunterra는 RCC Technology Corporation(이하 'RCI'라 한다)와 소프트웨어 라이선스 계약을 체결하고 파산한 후, 해당 라이선스 계약을 인수하고자 하였으나 라이센서가 이에 대해 반대하였다.[31]

지방법원은, 제365조(c)항(1)을 '가설적 판단기준'을 적용하여 문리적으로 해석하면 Sunterra는 소프트웨어 라이선스 계약을 인수할 수 없다고 하고 있다. 그러나 법원은 제1항소법원에서 '사실적 판단기준'을 적용하고 있고 이는 해당 계약을 인수하여 양도하고자 하는 채무자의 의도에 초점을 맞추어 적용하는 것이라는 점을 강조한 후, '사실적 판단기준'이 '인수 또는 양도(assume or assign)'를 '인수 후 양도(assume and assign)'라고 해석하는 오류를 범하고는 있으나, 제365조(c)항(1)에 '사실적 판단기준'을 적용하여 라이선스 계약을 인수할 수 있도록 하는 것이 채무자의 자산을 극대화하려는 파산법 제11장의 목적에는 합치한다고 하고 있다. 이어 법원은 제4항소법원에서는 '가설적 판단기준'을 적용할 것이라는 예측을 하고 있음에도 불구하고 '사실적 판단기준'을 적용하면서, 라이선스 계약상 채무자가 해당 라이선스 계약을 인수 또는 양도하지 못하도록 하고 있고 연방 저작권법 하에서 그러한 양도가 금지된다 할지라도, 채무자는 미이행계약으로써 해당 소프트웨어 라이선스 계약을 인수할 수 있다고 판시하였다. 이에 라이센서는 항소하였다.

제4항소법원은 제365조(c)항(1)의 문리적 해석에 대해 "판사는 법문을 통상의 평이하고 자연적인 의미(ordinary, plain and natural meaning)에 따라 해석해야 한다"는 일반론을 강조하면서, 지방법원이

29) Leibow, supra note 4, at 169.
30) In re Sunterra Corp., 361 F.3d 257 (4th Cir. 2004).
31) RCC Technology Corp. v. Sunterra Corp., 287 B.R. 864 (D.Md. 2003).

파산법 제11장의 입법목적과 조화시키기 위해서는 '사실적 판단기준'이 적용되어야 한다고 판시한데 대해, 의회의 입법의도가 정확히 표현되어 있지 않는 한 제365조(c)항(1)을 '가설적 판단기준'을 적용하여 해석해야 한다고 하고 있다. 또한 법원은 제365조를 문리적으로 해석하는데 대해 1984년 법의 입법배경이 나타내는 바는 없고, '가설적 판단기준'을 적용하는 것이 의회의 입법목적과 상충된다는 증거도 없으므로 채무자인 라이센시는 제3자에게 해당 라이선스 계약을 양도하려는 의도가 없다고 할지라도 소프트웨어 라이선스 계약의 인수는 불가능하다고 판시하고 있다.

이 사건에서 법원은 비배타적 소프트웨어 라이선스 계약의 인수가능성에 대하여 의회의 입법목적에 맞추어 '사실적 판단기준'을 적용한다는 이론을 비판하면서, '가설적 판단기준'을 적용하는 것이 의회의 입법목적과 상충되지 않을 뿐만 아니라 제365조(c)항을 해석하는데 더욱 합리적이라는 논리를 내세우고 있다.

3. 라이선스 계약의 거절

1998년 제365조(n)항 입법 전에는, 채무자가 지적재산권 라이선스 계약을 거절하는 경우 채무자는 장래의 이행을 면제받게 되고 채무자가 아닌 당사자는 계약위반에 기한 비우선 파산채권만을 보유할 수 있었다. 일반적으로 법원은 채무자인 라이센서의 경영판단원칙(business judgement rule)[32]에 우호적인 입장을 보이면서, 채무자가 아닌 라이센서는 라이선스 계약에 의한 지적재산권의 사용권한이 상당히 제한되는 불이익을 감수할 수 밖에 없었다. 이러한 불합리함을 제거하기 위해서 의회는 지적재산파산보호법을 입법하여 라이센시의 법적지위를 다소

32) 경영판단원칙이란, 회사의 이사가 충분한 정보에 근거하여, 이해관계 없이 그리고 성실히 회사의 이익에 합치한다는 마음을 갖고 회사의 경영에 관한 판단을 한 경우에는, 비록 그 판단이 적절치 못하여 결과적으로 회사에 손해를 가져왔다 할지라도 그러한 판단을 한 이사에 대하여 책임을 묻지 않는다는 원칙을 말한다. 기업소송연구회 엮음, 「기업소송연구 2003」(서석호 집필부분), 자유기업센터 (2004), 60-64면; 최병규, "경영판단원칙과 그의 수용방안 -최근 독일의 입법 내용을 중심으로-", 기업법연구 제19집 제2호 (2005년), 108면 참조.

보장할 수 있도록 하였다. 그러나, 이 입법으로 라이센시에 대한 완전한 보호방안이 마련된 것은 아니었다[33].

가. Lubrizol 사건[34]

Richmond Metal Finishers, Inc.(이하 'Richmond'라 한다)는 Lubrizol Enters, Inc(이하 'Lubrizol'이라 한다)과 1982년 7월에 Richmond가 보유하고 있는 금속코팅공정기술을 Lubrizol이 사용할 수 있도록 하는 비배타적 특허권 라이선스 계약을 체결하였다. 해당 라이선스 계약을 살펴보면, Richmond는 제3자의 특허침해시 이를 Lubrizol에 통지하고 보호할 것, Lubrizol이 아닌 제3자와 라이선스 계약을 체결시 이를 통지하고, 특히 제3자와 더 호의적인 조건으로 계약을 체결할 때에는 Lubrizol의 사용료를 낮출 것, Richmond의 보증범위 내에 손해가 발생시 이를 보상할 것에 대한 의무를 지고 있었다. 반면 Lubrizol은 Richmond에 대해 현존하는 부채를 탕감하고 지속적으로 사용료를 지불할 의무를 지고 있었다. 또한 해당 기술에 대한 실시는 1983년 5월 1일부터 개시되는 조건이 있었으나 Lubrizol은 이 기술을 전혀 사용하지 않았다. 1983년 8월 16일 Richmond는 파산을 신청하고 해당 기술에 대한 라이선스 계약 또는 판매로 인한 이익을 위하여 파산법 제365조(a)항에 의하여 해당 계약에 대한 인수를 거절하는 청구를 구하였다.

이에 파산법원은 1) 해당 계약이 미이행계약인지의 여부 2) 만약 해당 계약이 미이행계약일 경우 인수의 거절이 채무자에게 유리하게 작용할 수 있는지를 판단하여, 두 가지 요건을 모두 만족한다는 결론으로 Richmond의 계약인수에 대한 거절을 승인하였다.[35] 그러나 지방법원에서 이를 번복하여 Richmond는 즉각 항소하였다.

항소법원은 먼저, 해당 계약이 미이행계약인지의 여부를 판단함에 있어 쌍방에 대한 미이행계약이 아니라면 제365조(a)항에서 의미하는 미이행계약이 될 수 없으므로 양 당사자가 서로에 대해 미이행 의무가

---

33) Strickland, supra note 25, at 587-591.

34) Lubrizol Enters, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc., 756 F.2d 1043 (4th Cir. 1985).

35) In re Richmond Metal Finishers, Inc., 34 B.R. 521, 523-526 (Bankr. Va. 1983).

존재하는지를 각각 판단해야 한다고 언급 한 후, Richmond에게는 제3자의 침해에 대한 통지 및 보호의무 및 보증범위 내의 손실에 대한 보상의무 등이, Lubrizol에게는 계약기간 동안의 사용료 지급의무와 분기별 판매보고서 통지의무, 독립된 공인회계사에 의해 장부의 검토를 받을 의무 등이 있음을 밝히면서 해당 계약은 Countryman 교수 이론에 바탕을 둔 미이행계약이라고 판단하였다. 또한 법원은, 금속코팅공정기술이 Richmond의 주요 자산이고 이를 이용하여 회사 재건 가능성이 있고, Lubrizol은 해당 계약의 인수가 거절될 경우 제365조(g)항에 의해 손해배상의 청구가 가능하며, 이는 단지 기술에 의존도가 높은 라이센시의 입장을 입법시 반영하지 못하였을 뿐 제365조(g)항의 입법배경에 합치하므로 경영판단원칙의 적용을 배제한 지방법원의 판단을 파기하여 환송하였다.

이 판결은 비배타적 특허권 라이선스 계약의 인수를 거절한 관리인의 경영판단 원칙에 우호적인 입장을 취하여, 특정 기술에 대한 의존도가 높은 라이센시에게는 이익불균형을 야기하는 잠재적 위험을 갖고 있는 것으로써 논쟁의 대상이 되었다.[36] 그러나, 라이센서의 파산시 상대적으로 취약한 라이센시의 법적지위를 역설하면서 지적재산파산보호법의 입법에 영향을 미쳤다는데 그 의의가 있다.

나. 거절의 효과

라이센서가 파산을 신청하고 일방적으로 해당 라이선스 계약을 거절하는 경우에 지적재산파산보호법 입법 전의 라이센시는 비우선 파산채권만을 보유할 수 있었다. 그러나 라이센시는 라이선스 계약대상으로 영업을 유지하고자 하는 것이 라이센시의 기본적인 목적이라는 점을 감안하면 지적재산파산보호법 입법 전 라이센시의 법적보호는 상당히 불안정한 상태였다. Lubrizol 판결을 통해 나타난 라이센시 보호의 필요성이 파산법 제365조(n)항에 반영되면서 채무자가 아닌 라이센시는 해당 계약을 종료시키거나, 계약기간 또는 권리의 행사가 연장된 기간 동안 파산사건이 개시되기 직전의 권리와 같은 지적재산권상의 권리를

36) Teresa L. Johnson, *The Treatment of Intellectual Property Licenses in Bankruptcy and Secured Transactions*, 831 PLI/Pat 447, 461 (June, 2005).

유지할 수 있게 되었다. 그러나 지적재산권상의 권리를 누릴 수 있는 기간 동안의 사용료를 모두 지급하여야 하고, 상계권과 제503조(b)항에 의해 인정되는 채권을 포기한 것으로 간주되어 라이센시의 불리함을 완전히 해소하지는 못하였다.

Ⅳ. 우리나라의 현황과 문제점

1. 통합도산법의 개요

통합도산법 제정 전까지 우리나라 도산법체계의 문제점은 회사정리법, 회의법, 파산법 및 개인채무자회생법의 각 적용대상이 다르고, 특히 회생절차의 경우 회사정리절차와 화의절차로 이원화되어 있어서 그 효율성이 떨어지므로 상시적인 기업의 회생, 퇴출체계로의 미흡함이 지적되어 왔다. 통합도산법의 제정을 통해, 회사정리법, 화의법 및 파산법을 하나의 법률로 통합하여 채무자의 회생 및 파산에 관한 법률의 체계를 일원화 시키고, 기존의 회생절차 중 화의절차를 폐지하여 회사정리절차를 개선 보완하게 되었다. 또한 정기적 수입이 있는 개인채무자에 대해서는 파산에 의하지 아니하고도 채무를 조정할 수 있는 개인회생제도를 도입하여 파산선고로 인한 사회적 경제적 불이익을 줄이고, 국제도산절차에 관한 규정을 신설하여 국가신인도를 높이고 외국기업의 투자유치 환경을 조성하고자 하였다.

통합도산법의 주요내용은 다음과 같다.[37]

먼저 파산절차에 관해서는, 채무자 및 그 피부양자의 생활에 필요한 6개월간의 생계비에 사용할 재산 등을 파산재단에 속하지 않도록 함으로써 파산자의 기본적 생존권을 보장하고(법 제383조), 간이파산절차에 의할 수 있는 재단채권액을 사회 경제구조의 변화 및 화폐가치의 변동에 맞추어 기존 2억원 미만에서 5억원 미만으로 상향조정하였으며(법

37) 2005년 2월 28일 제안되고 2005년 3월 2일 가결 된 “채무자회생및파산에관한법률안(대안)”의 주요골자를 요약 정리한 것이다.

제549조), 파산 신청시 면책신청을 할 수 있게 하고(법 제556조) 면책신청금지기간 또한 단축하였다(법 제564조).

개인회생절차에 있어서는, 종전 개인회생제도의 최장 8년간의 변제계획 기간을 5년으로 단축하여 채무자의 부담을 덜었으며(법 제611조), 대신 총 채무 중 일정비율을 반드시 변제하도록 하여 채무자의 도덕적 해이를 방지하는 한편(법 제614조), 개인회생절차에 의하여 최장 5년간 변제계획을 이행하여 면책을 받은 사람이 다시 개인회생절차에 의한 면책을 받기 위한 기간을 10년에서 5년으로 단축하여 개인회생절차개시 신청의 금지사유를 다소 완화하였고(법 제595조), 변제계획인가결정 후에 제공된 노무로 인한 부분에 대해 전부명령의 효력을 상실시켜 전부채권자는 개인회생채권자로서 변제받을 수 있도록 함과 동시에 채무자는 계속해서 같은 직장에서 근무할 수 있도록 하였다(법 제616조).

또한 국제도산절차를 신설하여 외국도산절차의 대표자도 국내도산절차를 신청하거나 진행중인 국내도산절차에 참가할 수 있도록 하였고(법 제628조 내지 법 제629조), 외국도산절차의 승인이 있을 경우 법원이 채무자의 재산 및 채권자의 이익을 보호하기 위한 지원결정을 할 수 있도록 하였으며(법 제636조), 수개의 외국도산 절차의 승인신청이 있는 경우 채무자의 영업소 소재지 및 채권자보호조치의 정도 등을 고려하여 외국도산절차를 결정할 수 있도록 하였고(법 제639조), 국내도산절차의 관리인이나 파산관재인은 외국법이 허용하는 범위 내에서 국내도산절차를 위하여 외국에서 활동할 수 있도록 하고 책임재산보전을 통한 국내도산기업의 채권자 구제에 충실을 기할 수 있도록 하였다(법 제640조).

마지막으로 회생절차에 대해서는, 기존의 화의제도가 회사정리절차보다 간이하고 비용이 저렴하여 채무자 입장에서 법원의 감독을 덜 받고 채권자와 자주적으로 절차를 운용하는 정점이 있는 반면에, 도산상태를 일시적으로 회피하고 경영권을 유지할 목적으로 화의제도가 악용되어 온 사례가 적지 아니하고, 대기업이 회사정리가 아닌 화의를 신청함으로써 화의인가를 받았음에도 불구하고 회생에 실패하여 채권자들의 권리행사가 유보되고 절차비용만 증가하는 등의 부작용이 발생하여 화의절차를 폐지하고 회사정리절차를 개선하는 방향으로 회생절차를 일원화 하였다(법 제34조). 따라서 개별절차의 중지명령에 의하여도 회생절차의 목적을 충분히 달성하지 못할 경우 회생채무자의 재산에 대한 강

제집행 등의 금지를 명할 수 있도록 하고(법 제45조 내지 법 제47조), 회생계획인가 전이라도 법원의 허가를 얻어 영업 또는 사업을 양도할 수 있도록 인수 및 합병을 활성화시켰으며(법 제63조), 미국과 같이 원칙적으로 현재의 법인대표자를 관리인으로 선임할 수 있도록 하였다(법 제74조). 이 외에도, 채무자와 특수관계에 있는 자에게 담보의 제공이나 채무소멸 행위 등 채권자를 해하는 행위를 한 경우에 지급정지가 있은 후 60일 이내에 한 행위에 대해서 부인할 수 있도록 하던 것에 대해 그 기간을 1년으로 확대하였고(법 제101조), 지급결제제도 및 청산결제제도의 완결성을 위한 특칙을 두었으며(법 제120조, 법 제336조), 관리인이 채권을 조사하여 채권자목록을 제출하고 이해관계인에게 이를 검토할 기회를 부여하였으며, 이의가 있을 경우 간결한 채권조사확정재판 절차를 통해 이를 확정할 수 있도록 하였다(법 제147조 내지 법 제 178조). 또한 회생계획에 의한 채권자에 대한 변제방법이 채무자의 사업을 청산할 때보다 불리하지 않도록 명시하여 소액채권자의 권익을 보호하고 채권자의 이익을 강화할 수 있도록 청산가치의 보장에 관한 규정을 신설하였다(법 제243조).

2. 쌍방미이행 쌍무계약의 처리

가. 쌍무계약의 의미

기존 파산법 제50조[38]와 회사정리법 제103조[39]에서 정하고 있는 쌍

---

38) 파산법 제50조 (쌍무계약의 해제 또는 이행)
① 쌍무계약에 관하여 파산자 및 그 상대방이 모두 파산선고당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 그 선택에 따라 계약을 해제하거나 파산자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다.
② 전항의 경우에 상대방은 파산관재인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 기간내에 계약의 해제를 하겠는가 또는 채무이행의 청구를 하겠는가를 확답할 것을 최고할 수 있다. 파산관재인이 그 기간내에 확답을 하지 아니한 때에는 계약을 해제한 것으로 본다.

39) 회사정리법 제103조 (쌍무계약)
① 쌍무계약에 관하여 회사와 그 상대방이 모두 정리절차개시당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 회사의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다.

무계약의 정의에 대해서는 학설에 따라 다소 차이가 있으나, 통설은 계약 당사자의 의무가 서로 대립하여 양 당사자가 서로 동시이행의 항변권을 가지고 있는 것이라고 본다.[40] 우리 대법원은 아파트 수분양자가 중도금과 잔금 납부를 지연할 때에는 소정의 가산금을 납부하고 분양자가 입주예정기일에 입주를 시키지 못할 때에는 소정의 지체상금을 지급하기로 하는 내용의 아파트 분양계약은 회사정리법 제103조 소정의 쌍무계약에 해당한다고 판결함으로써 이에 대한 의미를 다음과 같이 판시한 바 있다.[41]

> 회사정리법 제103조 제1항에서 "쌍무계약에 관하여 회사와 그 상대방이 모두 정리절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 회사의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다."고 규정하고, 한편 회사정리법 208조 제7호에서 '제103조 제1항의 규정에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 경우에 상대방이 가진 청구권'을 공액채권으로 규정하고 있는바, 이는 쌍방 미이행의 쌍무계약에서 당사자 일방인 회사에 대하여 회사정리절차가 개시된 경우, 관리인에게 계약을 해제할 것인가 또는 상대방 채무의 이행을 청구할 것인가의 선택권을 부여함으로써 정리절차의 원활한 진행을 도모함과 아울러, 관리인이 상대방의 채무이행을 선택한 경우 이에 상응한 회사의 채무도 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이에 형평을 유지하고자 한 것이고, 이러한 규정 취지에 정리회사가 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 경제적으로 갱생의 가치가 있는 주식회사에 관하여 채권자, 주주 기타 이해관계인의 이해를 조정하며 그 사업의 정리 재건을 목적으로 하는 점(법 제1조) 및 정리채권자는 물론 정리담보권자까지도 정리계획에 의하여 채권의 만족을 얻을 수 있을 뿐이며 정리절차 외에서 권리를 행사할 수 없

---

② 전항의 경우에 상대방은 관리인에 대하여 계약의 해제나 해지 또는 그 이행의 여부를 확답할 것을 최고할 수 있다. 관리인이 그 최고를 받은 후 30일내에 확답을 하지 아니하는 때에는 관리인은 전항의 규정에 의한 해제권 또는 해지권을 포기한 것으로 본다.

③ 법원은 관리인 또는 상대방의 신청에 의하여 또는 직권으로 전항의 기간을 신장하거나 단축할 수 있다.

④ 회사에 대하여 계속적 공급의무를 부담하는 쌍무계약의 상대방은 정리절차개시 신청전의 공급으로 발생한 정리채권 또는 정리담보권을 변제하지 아니함을 이유로 정리절차개시 신청후 그 의무의 이행을 거부할 수 없다.

40) 윤창술, "미국파산법 제11장과 리스채권", 동서대학교 연구센터논문집 제4집 (2001.9), 83면에서 재인용.

41) 대법원 2002. 5. 28. 선고, 2001다68068판결.

는 점(법 제112조, 123조 제2항)등을 보태어 보면, 법 제103조 소정의 쌍무계약이라 함은 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 쌍방의 채무 사이에는 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것을 가리키는 것이라고 봄이 상당하다.

우리나라 판례에서는 쌍무계약의 의미를 쌍방 당사자가 대가관계에 있는 채무를 부담함으로써 서로에 대한 담보기능을 하는 계약이라고 함으로써 이에 대한 의미는 정립된 듯 하다.[42] 이는 회사정리법상 103조의 쌍무계약뿐만 아니라 파산법 제50조 소정의 쌍무계약의 의미에서도 살펴볼 수 있는데, 판례에서도 이와 같은 취지를 다루고 있다.[43] 결국 회사정리법 제103조와 파산법 제50조는 도산제도의 목적과 특성을 고려한 것으로, 회사정리절차가 개시되거나 파산선고가 있는 때에 미이행 쌍무계약을 어떻게 처리할 것인가에 관하여 일반적인 원칙을 정하고 있었다.[44]

나. 쌍방미이행 쌍무계약의 처리

위에서 살펴보았듯이 회사정리법 제103조를 적용하기 위해서는 쌍방 당사자가 서로 대가관계에 있는 채무를 부담하고 있어야 한다. 따라서, 회사정리절차가 개시되었을 때 쌍방이 채무의 이행을 완료하였거나 또는 일방 당사자의 이행이 완료된 경우에는 제103조의 적용을 받을 수 없게 된다. 통상 증여 또는 무이자소비대차와 같은 경우는 쌍무계약으로 볼 수 없고 대가적 의미 없이 단순히 부수적인 채무의 부담을 지고 있는 경우에도 이와 같다. 또한 판례는 회사정리절차가 개시되었을 때 채무의 일부만을 이행하고 남은 부분에 대해 채무불이행이 존재하는 경우에도 채무의 이행을 완료하지 않은 것으로 본다.[45]

회사정리법 제103조 제1항은 정리회사의 관리인에게 정리절차개시

---

42) 대법원 2000. 4. 11. 선고, 99다60559 판결; 대법원 1994. 1. 11. 선고, 92다56865 판결 참조.
43) 대법원 2004. 2. 27 선고, 2001다52759 판결.
44) 임치용, 앞의 책, 301-302면.
45) 대법원 1998. 6. 26. 선고, 98다3603 판결.

당시에 채무이행이 완료되지 아니한 쌍무계약에 대해 해제권 및 해지권을 부여하고 있고, 동조 제2항은 계약의 상대방이 관리인에 대하여 계약의 해제나 해지 또는 그 이행의 여부를 확답할 것을 최고할 수 있도록 하고 있으며, 제104조 제1항에서는 계약이 해제 또는 해지된 경우 상대방은 손해배상에 관하여 정리채권자로서 그 권리를 행사할 수 있도록 하고 있었다. 파산법과의 차이점을 살펴보면, 상대방의 최고에 대해 관리인이 확답하지 않는 경우에 회사정리법에서는 관리인이 해제권 또는 해지권을 포기하여 계약이 존속한 것으로 보는 반면, 파산법에서는 계약이 해제된 것으로 간주한다.

통합도산법에서도 제119조[46]에 쌍방미이행 쌍무계약의 처리, 제121조[47]에 계약이 해제 또는 해지된 경우 상대방의 권리에 대해 각각 규정하고 있다. 다만, 현행 회사정리절차에서는 기존 대표자를 회사 경영에서 배제하기 때문에 경영권 박탈을 우려한 회사가 회사정리절차를 기피하여 조기 회생에 장애요인이 되었으나, 통합도산법에서는 원칙적으로 현재의 법인대표자를 관리인으로 선임하여 경영 노하우를 최대한 활용하여 회생의 효율성을 높일 수 있는 미국의 제도를 도입한 것으로

---

46) 통합도산법 제119조 (쌍방미이행 쌍무계약에 관한 선택)
① 쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구 할 수 있다. 다만, 관리인은 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후 또는 제240조의 규정에 의한 서면결의에 부치는 결정이 있은 후에는 계약을 해제 또는 해지할 수 없다.
② 제1항의 경우 상대방은 관리인에 대하여 계약의 해제나 해지 또는 그 이행의 여부를 확답할 것을 최고할 수 있다. 이 경우 관리인이 그 최고를 받은 후 30일 이내에 확답을 하지 아니하는 때에는 관리인은 제1항의 규정에 의한 해제권 또는 해지권을 포기한 것으로 본다.
③ 법원은 관리인 또는 상대방의 신청에 의하거나 직권으로 제2항의 규정에 의한 기간을 늘이거나 줄일 수 있다.
④ 제1항 내지 제3항의 규정은 단체협약에 관하여는 적용하지 아니한다.

47) 통합도산법 제121조 (쌍방미이행 쌍무계약의 해제 또는 해지)
① 제119조의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 때에는 상대방은 손해배상에 관하여 회생채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의한 해제 또는 해지의 경우 채무자가 받은 반대급부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 상대방은 그 반환을 청구할 수 있으며, 현존하지 아니하는 때에는 상대방은 그 가액의 상환에 관하여 공익채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다.

보인다.[48]

3. 통합도산법 하에서 발생될 수 있는 문제점

라이선스 계약의 목적이 라이센서와 라이센시간 상호 이익추구에 바탕은 둔 것이라면, 계약 일방이 도산에 달한 경우에도 양 당사자간 이익균형이 이루어 져야 할 것이다. 도산법제의 목적을 효율적으로 반영할 수 있도록 통합도산법을 제정하였으나, 지적재산권 라이선스 계약의 특성을 충분히 반영하지는 못하고 있다.

먼저, 라이센시가 회생개시절차를 신청하고 관리인이 채무의 이행을 완료한다면 기존의 계약관계는 계속 유지되어 쌍방 당사자에게 발생되는 불이익은 없다. 또한 관리인이 해당 계약을 해지한다면 라이센서는 회생채권자로서 손해배상에 관하여 권리를 행사하게 된다. 따라서 라이센서는 회생절차에 참가하여 그 회생계획에 따라 권리의 내용에 부합하는 분배를 받을 수 있다.

반면 라이센서가 회생개시절차를 신청한 경우를 생각해 볼 수 있다. 라이센시는 도산한 라이센서로부터 손해에 대한 보상을 받기보다 계약대상을 계속 사용하는 것이 주된 목적이다. 만약 해당 라이선스 계약대상이 소프트웨어일 경우에는, 라이센시가 소프트웨어를 계속해서 사용할 수 있는지, 그리고 계속 사용할 수 있다면 유지·보수를 받을 수 있는지가 문제된다. 이 경우에 계약 당사자들과 프로그램심의조정위원회가 3자간 임치계약을 체결해 둔 상태라면 소프트웨어 임치제도를 통한 문제의 해결이 가능할 것이다[49]. 그러나 임치계약을 체결했다 할지라도

---

48) 기존 경영자 관리인제도 도입에 대한 부정적 견해에 대해서는 최혁지, “기업회생절차에 관한 연구-통합도산법(안)을 중심으로-”, 동국대학교 박사학위논문(2004), 111-116면 참조.

49) 소프트웨어 임치제도는 소프트웨어 거래시 라이센서가 라이센시를 위하여 소스코드 및 기술정보 등을 신뢰성 있는 제3기관에 임치해두고, 라이센서의 파산·폐업·자연재해로 인한 소스코드의 멸실 등으로 인하여 유지·보수를 계속할 수 없게 되는 조건이 발생하는 경우 수치기관이 해당 소스코드 및 기술정보 등을 라이센시에게 교부함으로써, 라이센서의 파산·폐업·자연재해 등의 경우에도 라이센시가 안정적·계속적으로 당해 소프트웨어를 사용할 수 있도록 하는 제도이다. http://www.pdmc.or.kr/affairs/escrow/intro.jsp (2005년 12월 26일

해당 라이선스 계약기간이 종료한 후 라이센시가 계약의 연장을 원하는 경우에, 관리인은 인가된 회생계획에 따라 업무를 수행해야 하므로 회생계획에 그 사항을 기재한 것이 아니라면 라이센시가 계약을 연장하기란 쉬운 일이 아니다.

또한 통합도산법 제62조[50]에서는 회생계획인가 전에 관리인이 필요에 따라 법원의 허가를 얻어서 영업이나 사업의 전부 또는 일부를 제3자에게 양도할 수 있도록 하였다. 이는 회생을 목적으로 한 회사의 인수 및 합병을 활성화 시킬 수는 있으나 지적재산권 라이선스 계약의 특징을 고려하지 않고 있다. 지적재산권자의 의도와 상관없이 라이선스 계약과 함께 채무자의 사업을 제3자에게 양도한다는 것은 권리자에게 제한된 기간 동안 배타적 권리를 부여하고 있는 지적재산권법의 목적에 부합하지 않는다. 컴퓨터프로그램보호법 제 17조[51]에서와 같이 지적

최종방문).

50) 통합도산법 제62조 (영업 등의 양도)
① 회생절차개시 이후 회생계획인가 전이라도 관리인은 채무자의 회생을 위하여 필요한 경우 법원의 허가를 받아 채무자의 영업 또는 사업의 전부 또는 중요한 일부를 양도할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 때에는 법원은 다음 각호의 자의 의견을 들어야 한다.
1. 관리위원회
2. 채권자협의회
3. 채무자의 근로자의 과반수로 조직된 노동조합
4. 제3호의 노동조합이 없는 때에는 채무자의 근로자의 과반수를 대표하는 자
③ 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 법원은 양도대가의 사용방법을 정하여야 한다.
④ 제1항의 허가를 하는 경우 주식회사인 채무자의 부채총액이 자산총액을 초과하는 때에는 법원은 관리인의 신청에 의하여 결정으로 「상법」 제374조(영업양도·양수·임대 등)제1항의 규정에 의한 주주총회의 결의에 갈음하게 할 수 있다. 이 경우「상법」 제374조(영업양도·양수·임대 등)제2항 및 제374조의2(반대주주의 주식매수청구권)와 「증권거래법」 제191조(주주의 주식매수청구권)의 규정은 적용하지 아니한다.
⑤ 제61조제3항의 규정은 제1항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 행한 행위에 관하여 준용한다.

51) 컴퓨터프로그램보호법 제17조 (프로그램의 사용허락)
① 프로그램저작권자는 다른 사람에게 그 프로그램의 사용을 허락할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의하여 프로그램의 사용을 허락받은 자는 허락된 사용방법 및 조건의 범위안에서 당해 프로그램을 사용할 수 있으며 프로그램저작권자의 동의없이는 사용할 권리를 제3자에게 양도할 수 없다.

재산권자의 동의 없는 양도를 제한하는 규정이 있지만, 법원의 허가가 있는 경우 채무자의 사업이 지적재산권자의 경쟁자에게 양도될 가능성도 있다.

Ⅴ. 결 론

소프트웨어 라이선스 계약은 쌍방 당사자가 대가관계에 있는 채무를 부담함으로써 서로에 대한 담보기능을 하는 계약이라는 점에서 라이선스 계약의 한 유형으로 볼 수 있다. 물론, 기술개발의 속도를 고려해야 한다는 점에 주의를 기울여야 하지만 근본적으로 양 당사자의 권리·의무관계에 비추어 볼 때 소프트웨어 라이선스 계약은 우리나라 판례에서 보는 쌍무계약으로 해석된다. 계약의 일방이 도산에 달한 경우, 관리인이 채무의 이행을 선택하지 않으면 계약상 권리·의무관계가 단절되고 권리의 이전문제가 발생한다.

라이센서가 경제적 곤란으로 회생개시절차를 신청하여 채무의 이행을 거절하는 경우, 라이센시는 회생채권자의 지위에서 손해배상청구권을 갖게 된다. 그러나 라이센시는 소프트웨어를 계속 사용하여 영업을 영위하는 것이 주목적이고, 투자설비 비용 등을 감안해 보면 일반적인 손해배상의 법리만으로는 라이센시를 충분히 보호할 수 없게 된다. 미국에서는 상대적으로 약한 지위에 놓인 라이센시를 보호하기 위해서 라이센서가 파산한 경우에 라이센시가 지적재산의 지속적 사용여부를 결정할 수 있게 하여 라이센시의 열등한 법적지위를 보강해 주었다. 이는 사용료 일괄지급이나 상계권 포기와 같은 제한을 두어 도산법제의 목적을 반영하는 한편 불리한 라이센시의 지위를 보장하는 합리적인 방안으로 판단된다.

또한 통합도산법은 회생계획인가 전에 채무자의 사업을 제3자에게 양도할 수 있는 근거를 두고 있다. 이는 채무자가 아닌 라이센서에게는 상당한 부담이 될 수 있다. 라이센서가 도산한 경우에는 기본적으로 기존 경영자가 관리인이 되므로 라이센서 자신이 해당 사업의 양도 판단의 주체가 된다. 그러나 라이센시가 회생개시절차를 신청하고 회생계획인가 전에 관리인이 법원의 허가를 얻어 사업을 제3자에게 양도하는

경우에는 라이센서의 권리가 제한받을 가능성이 있다. 특히 소프트웨어를 기반으로 한 소규모 기업의 인수 및 합병이 빈번하게 발생하고 있는 현대의 특성을 감안한다면 소프트웨어의 유통질서가 흐려질 가능성도 있다. 물론 법원이 채권자협의회 등의 의견을 들어야 한다는 제한규정이 있고 특허법, 컴퓨터프로그램보호법 등에서도 권리자의 동의 없는 양도를 제한하는 규정이 있다. 그러나 관리인이 필요에 따라 소프트웨어 라이선스 계약을 제3자에게 양도하는 경우에는 보다 엄격한 제한규정을 마련하여 지적재산권자의 권리를 보장할 수 있어야 한다. 컴퓨터프로그램보호법 제16조의 프로그램배타적발행권이 등장한 배경 또한 프로그램의 유통질서를 확립하고자 하는 목적이었음을 간과해서는 안 될 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

〈단행본〉

강영호,「회사정리와 파산의 모든것」, 청림출판 (1997)
기업소송연구회 엮음,「기업소송연구 2003」, 자유기업센터 (2004)
법무부,「미국파산법」, 법무부 (1998)
송영식・이상정 공저,「저작권법개설 (전정증보판)」, 세창출판사 (2003)
송영식・이상정・황종환 공저,「지적소유권법 (제9판)」, 육법사 (2005)
오승종・이해완,「저작권법 (제3판)」, 박영사 (2004)
이해우,「회사정리법, 상・하」, 법률문화원 (1998)
임치용,「파산법연구」, 박영사 (2004)
저작권심의조정위원회,「미국저작권법 2000」, 저작권심의조정위원회 (2001)
전병서,「최신파산법」, 법문사 (2003)
최도성・지헌열 공저,「회사정리제도」, 서울대학교출판부 (1998)

〈논 문〉

권광중, “도산법제의 현황과 문제점-도산사건처리실무 경험을 중심으로-”, 비교사법 제10권 제2호 (2003)
김형두, “통합도산법의 과제와 전망(Ⅱ)”, 저스티스 통권 제85호 (2005)
서성호, “회사정리제도에 관한 연구”, 기업법연구 제16집 (2004)
오병철, “디지털 정보에 있어서 ‘사용(이용)허락’과 라이센시의 구체적 의미”, 계간 저작권 제 57호 (2002)
오수근, “도산법 통합론에 대한 비판” 법학논집 제5집 (2000)
윤창술, “미국파산법 제11장과 리스채권”, 동서대학교 연구센터논문집 제4집 (2001)
이인정, “내외 경제요건변화에 따른 지적재산권의 중요성 및 기업의 특허전략”, IE 매거진 9권2호 (2002)

최병규, “경영판단원칙과 그의 수용방안 -최근 독일의 입법 내용을 중심으로-”, 기업법연구 제19집 제2호 (2005)
_____, “법정관리인 선임절차상의 문제점과 개선방안”, 경영법률 제11집 (2000)

〈학위논문〉

맹권주, “회사회생계획안 작성기준에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문 (2003)
손종학, “도산법제의 개선방향에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문 (2000)
최혁지, “기업회생절차에 관한 연구-통합도산법(안)을 중심으로-”, 동국대학교 박사학위논문 (2004)

2. 국외문헌

〈단행본〉

Brian G. Brunsvold, Dennis P. O'Reilley, Drafting Patent License Agreements 4th ed, The Bureau of National Affairs, Inc. (1998)
David G. Epstein, Bankruptcy and Other Debtor-Creditor Laws, West Publishing (1995)
Donald S. Chisum, Michael A. Jacobs, Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender (1996)
Grant W. Newton, Bankruptcy & Insolvency Accounting-Practice and Procedure Forms and Exhibits 5th, JOHN WILEY & SONS, INC. (1996)
Margreth Barrett, Intellectual Property Cases and Materials, West Publishing (1995)
Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law 3th ed, MATTHEW BENDER, (1999)

〈논 문〉

David G. Epstein, Steve H. Nickles, *The National Bankruptcy Review Commission's Section 365 Recommendations and The "Larger Condeptual Issues"*, 102 Dick. L. Rev. 679 (Summer 1998)

J. Michael Strickland, *Nonexclusive Patent Licensees Unite: Use Bankruptcy Committees to Sue for Patent Infringement*, 48 Duke L.J. 571 (December, 1998)

Jay Lawrence Westbrook, *A Functional Analysis of Executory Contracts*, 74 Minn. L. Rev. 227 (December, 1989)

John S. Hillery, *The Effect of Bankruptcy on IP Licensees in the U.S*, Washington CORE (2004)

John Walshe Murray, Stephanie Kain Ferrill, *Bankruptcy Issues for the Intellectual Property Lawyer*, 1457 PLI/Corp 909 (November-December, 2004)

Karen A. Butcher, Brian S. Kelly, Jeffery S. Norman, *Intellectual Property Issues*, 1495 PLI/Corp 683 (June-July, 2005)

Mark S. Holmes, *Analysis of a Complex Technology License*, 831 PLI/Pat 9 (June, 2005)

Michael T. Andrew, *Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding 'rejection'*, 59 U. Colo. L. Rev. 845 (1988)

Ronald L. Leibow, *Transfer of Intellectual Property Rights in Bankruptcy*, 877 PLI/Comm 137 (March-April, 2005)

Sharon R. Barner, *Treatment of Intellectual Property Licenses under the Bankruptcy Code*, 806 PLI/Pat 695 (October, 2004)

Teresa L. Johnson, *The Treatment of Intellectual Property Licenses in Bankruptcy and Secured Transactions*, 831 PLI/Pat 447 (June, 2005)

Warren E. Agin, *Drafting the Intellectual Property License: Bankruptcy Considerations*, 9 J. Bankr. L. & Prac. 591 (September-October, 2000)

소프트웨어의 일시적 저장에 대한 소고

김 규 성*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 각국의 입법 현황
1. 일시적 저장의 개념
2. 국제조약
3. 주요국의 입법 현황
4. 국내 법률 현황

Ⅲ. 일시적 저장에 관한 사례
1. 미국 판례
2. 멀티유저시스템 사례
3. 소프트웨어 스트리밍 사례
4. 기타 사례

Ⅳ. 입법시 고려사항
1. 국내 소프트웨어 업계의 현실
2. 미국 소프트웨어 수출입 관련
3. 한류 문제

Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

1980년대만 하더라도 극일 일부 사람들만 사용하던 인터넷은 1990년대 이후 인터넷 기술 및 관련 소프트웨어 기술의 발전과 함께 보편화되기 시작했다. 1990년대 후반 들어 우리나라는 컴퓨터 및 네트워크의 보급이 일반화되면서 가정에서 뿐만 아니라 각종 기관·단체에서의 PC 및 인터넷 사용이 일반화되었고 PC방이 보급되면서 인터넷 사용이 보다 일상적인 것이 되었다. 그리고 이것을 통해 다른 국가보다 빠르게 디지털 환경에 편입되었다. 그리고 사이버 문화는 초기 터미널 환경의 PC 통신에서 멀티미디어 환경을 특징으로 하는 인터넷으로 옮겨졌다.

이와 함께 인터넷 사용 인구는 빠른 속도로 증가했는데, 한국인터넷진흥원 발표에 따르면 2005년 12월 현재 3,301만 명이 인터넷을 사용하고 있고, 이는 72.8%의 인구가 인터넷을 사용하고 있다는 것을 의미한다.[1] 그리고 이러한 증가와 함께 한국의 인터넷 서비스 인프라는 세계

* 한국소프트웨어저작권협회 상근부회장 / 한양대학교 법과대학 박사과정

적인 수준에 이르게 되었다.

이러한 변화는 새로운 기술의 출현에 의한 것이기도 하지만 새로운 기술의 출현을 자극하기도 했다. 예를 들어 MP3 공유를 위한 P2P 서비스인 냅스터(Napster)[2]가 필요를 충족시키기 위해 나타난 기술의 대표적인 예이다. 그리고 국내에서도 소리바다를 비롯한 다양한 P2P 방식의 서비스들이 등장했다.

이렇게 인터넷 사용 인구의 빠른 증가와 함께 사용자들의 기대와 욕구 또한 증가했고 인터넷 관련 기술 및 산업의 발전이 가속되면서 디지털 환경도 나날이 변화하고 있다. 이에 따라 네트워크 및 컴퓨터 기술발전은 누구도 예측하기 어렵게 되었다.

컴퓨터 관련 산업과 인터넷이 발달하면서 소프트웨어의 판매 배포 방식 역시 변화가 있었다. 1980년대에는 플로피디스크 또는 컴팩디스크에 담겨진 프로그램을 컴퓨터의 하드웨어에 설치하여 사용하는 방식인 패키지 방식으로, 1990년대에는 서버에 설치된 프로그램을 네트워크를 통해 다운로드 받아 하드웨어에 설치하고 사용하는 방식인 다운로드 방식으로 변화하였다. 그리고 2000년대에는 프로그램을 서버에 설치해 두고 클라이언트 컴퓨터에서 네트워크(인터넷)를 통하여 응용 프로그램 일부를 불러와서 사용하는 방식인 스트리밍 방식이 생겨나고 점차 이것이 일반에 보급되고 있다.

그리고 디지털화된 저작물들은 단순히 저작물이 타인에게 이전되는 것이 아니라, 저작물이 복제 된 후에 기존의 저작물이 남아 있는 상태에서 복제된 저작물이 타인에게 전달된다. 따라서 이러한 저작물들은 무한 복제가 가능하고, 이에 따라 저작권의 침해는 양상도 다르지만 침해의 정도도 예전과는 비교도 할 수 없을 만큼 커졌다.

이러한 침해는 원래 디지털 형태로 제작된 컴퓨터 프로그램에 있어서도 마찬가지였다. 처음에는 디스켓이나 CD-ROM을 직접 전달해서 복제하여 사용하던 것이 점차 네트워크를 이용한 복제 형태로 바뀌었

---

1) 한국인터넷진흥원 인터넷통계정보검색시스템 : <http://isis.nida.or.kr/>.

2) 냅스터는 이 프로그램을 개발한 대학생 패닝(Shawn Fanning)의 별명인데, 그는 1999년 1월 노스웨스턴대학교에 재학 중 웹에서 음악파일(MP3)을 찾을 때 자주 끊기거나 파일을 잃어버리는 일이 잦자 이 프로그램을 만들었다. 이어 같은 해 5월 한 투자자의 제의를 받아 학교를 그만두고 캘리포니아만 지역에 동명의 회사를 창업하고 인터넷 서비스를 시작했다.:
네이버 백과사전 <http://100.naver.com/100.nhn?docid=768255>.

고 침해의 정도가 점차 심화되었다. 그리고 디지털화된 저작물들은 인터넷 및 기술 환경의 변화에 따라 FTP, P2P, 스트리밍 서비스 등의 인터넷 서비스를 통해 복제 및 배포가 이루어졌다. 즉, 인터넷 기술이 발전하고 변화하는 것에 따라서 사용의 방식이 달라지고 이에 따라 침해 양상도 달라진 것이다. 또한 근래에는 일시적 저장을 이용하여 저작물을 이용할 수 있도록 하는 서비스들이 늘고 있다. 예전에는 직접 복제 또는 저작물의 업로드와 다운로드 방식으로 저작물을 복제하여 공유하였지만, 이제는 일시적 저장과 관련된 지적재산권 관련 저작물의 이용이 보편화된 기술로 이용되고 있다.

이러한 상황에서 기존의 법률로는 효과적으로 저작권자들을 보호할 수 없는 상황이 발생하였고, 이에 따라 법률도 변화하게 되었다. 그 대표적인 것이 전송권, 일시적 저장, 기술적 보호조치 등이다. 이러한 것들은 예전에는 법률에 규정도 되어 있지 않았을 뿐더러 이런 문제로 사용자들을 처벌하기도 힘들었다. 그리고 근래 국내에서는 일시적 저장을 복제로 명문화할 것인지에 관련된 논의가 되어 왔고, 한-미국 FTA(KORUS FTA[3], 이하 "한미 FTA"라 한다)를 계기로 그 논의는 더욱 활발해 졌다.

혹자는 저작권자들의 권리를 너무 강화하는 것이 아닌가 우려하기도 하지만, 사용 형태의 다양성과 저작권 침해로 인한 저작권자들의 생계 및 존립의 문제가 발생하는 상황에서 이러한 사회 변화를 합리적으로 수용할 수 있는 법적 체계의 변화 또한 모색되어야 한다고 생각한다.

아직 일시적 저장을 이용하는 기술 때문에 소프트웨어 산업 피해가 확산되고 있다고 보고 있는 것 같지는 않으나 이것이 보다 확산된다면 매우 심각한 소프트웨어 산업 피해가 불가피할 것으로 본다. 그러므로 이 논문에서는 일시적 저장에 대한 각국의 입법 현황 및 관련 사례를 살펴본 후에 일시적 저장에 대한 산업 연관성 및 국내 법률 개정을 검토하도록 할 것이다.

Ⅱ. 국내외 입법 현황

3) 한국과 미국 사이의 협상을 통해 정한 한-미국 FTA의 공식 명칭이다.

1. 일시적 저장의 개념

RAM에는 소프트웨어를 비롯한 저작물들이 일시적으로 저장되는 역할을 하고 사람이 컴퓨터를 사용하기 위한 중추적인 역할을 한다. 이렇게 RAM에 소프트웨어나 디지털화된 저작물이 일시적으로 읽어 들여진 상태를 일시적 저장이라고 하는데, 그 이유는 이렇게 RAM에 불러들여진 저작물은 일정한 필요에 의한 과정이 끝나면 자동으로 삭제되고 그렇지 않더라도 전원을 내리면 바로 사라지기 때문이다. 즉, 해당 저장 내용은 일반적으로는 사용자의 의사와 관계없이 하드 디스크나 ROM에 저장된 내용같이 장시간 보존되는 것이 아니다.[4)]

사용자가 소프트웨어를 실행하면 하드 디스크에서 소프트웨어를 RAM으로 읽어 들인다. 그리고 실행된 소프트웨어에 의해 하드 디스크 또는 인터넷상의 저작물을 RAM에 읽어 들인다. 또한 인터넷을 비롯한 네트워크를 사용하여 저작물을 사용할 때에도 RAM에 해당 저작물을 먼저 읽어 들여야 한다. 예를 들어 스트리밍 방식의 소프트웨어나 음악 서비스 등이 그러하다. 이와 같이 일시적 저장은 인터넷을 비롯한 네트워크의 사용 과정에서 발생하는 것만을 의미하는 것이 아니고 컴퓨터를 사용함에 있어서 RAM에 발생하는 일시적인 저장 상태를 의미하는 것이다. 즉, 사용자가 컴퓨터를 사용하여 어떤 목적을 이루기 위해서는 반드시 RAM을 이용해야 한다.

이러한 일시적 저장을 이용한 서비스로 기업들은 예전부터 ASP(Application Service Provider) 및 터미널 서비스(Terminal Service) 영업 방식을 선택해 왔다. 이것들은 모두 RAM에의 일시적 저장을 이용한 방식들인데, ASP 방식을 사용하는 기업들은 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 사용하며 이것을 불법적으로 이용하는 경우에도 소프트웨어의 완전한 사용이 가능하다. 터미널 서비스 영업방식의 경우에는 기업 내부 전산망인 인트라넷(Intranet)을 통해 OS나 응용 프로그램과 같은 소프트웨어를 하드 디스크에 저장하지 않고도 RAM에

---

4) 일시적 저장은 RAM에만 일어나는 것은 아니다. 일시적 저장은 소프트웨어를 어떻게 만들었느냐에 따라서 RAM 외에 하드 디스크에 일어나기도 한다. 즉, 하드 디스크의 일정한 영역을 할당하여 소프트웨어 실행 과정에서 발생할 수 있는 임시 파일들, 즉 스트리밍 서비스중에 발생할 수 있는 음악 파일의 일부를 하드 디스크에 일시적으로 저장하는 경우도 있다.

읽어 들여서 사용할 수 있도록 하는 서비스이다. 결국 하나의 서버에서 다수의 클라이언트 PC의 사용자들이 하나의 프로그램을 동시에 사용할 수 있는 구조가 되는 것이다. 인터넷을 이용한 소프트웨어의 불법적 사용의 또 다른 예로 아케이드 또는 인터넷 카페를 통한 비디오게임 온라인에 대한 접근을 들 수 있다. 이때 단순히 사용자 PC의 RAM에 비디오게임을 읽어 들이는 것만으로도 무단으로 게임을 할 수 있다.[5)]

이러한 개념과 유사한 멀티유저시스템과 소프트웨어 스트리밍 방식에 관하여는 다음에 더 자세히 살펴본다.

2. 국제조약

1996년 WIPO 저작권조약(WCT)과 WIPO 실연 · 음반조약(WIPO)을 채택한 WIPO 외교회의에서 일시적 복제를 보호하는 규정이 제안되고(WCT 초안 제7조, WPPT 제7조, WPPT 제14조), 일시적 복제에 관한 규정이 여러 국가들 간의 논란에 따라 초안에서 배제되었다. 따라서 일시적 복제는 WCT 및 WPPT에서 제외되는 듯하였지만, 회의 막판 미국의 주도에 의하여 일시적 복제를 인정하는 듯한 부속합의문[6)]이 채택되었다. 이로 인하여 WCT 및 WPPT에 의하여 과연 일시적 복제의 보호에 국제적인 합의가 이루어졌는지 여부가 핵심적인 쟁점이 되어 왔다.[7)]

이에 대해 “WCT 및 WPPT 조약의 경우에 일시적 복제 개념이 인정되는 것인지 명백하지 않다. 다만, 조약 체결 과정에서 미국을 비롯

---

5) Eric H. Smith, "The Reproduction Right and Temporary Copies: The International Framework, the U.S. Approach and Practical Implications", Softic Symposium 2001, 2001.11., 8-9면.: <http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/10th/en/smith-en.pdf>.

6) Agreed Statement concering Article 1(4): The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.

7) 이대희, “저작권 포럼 - 한미 FTA와 저작권: 일시적 저장의 저작권법상 지위”, 저작권심의조정위원회, 2006.5. 1면.

한 선진국은 '일시적이거나 영구적이거나'라는 표현을 삽입하려고 하였다가 제3세계 국가들과 온라인서비스 제공 통신회사들의 강력한 반대로 좌절되었으므로, WCT 및 WPPT는 일시적 저장을 복제의 개념에서 배제한 것이라고 보는 것이 타당하다."라고 하는 견해[8]와 "디지털환경에서의 일시적 복제가 베른협약 제9조(1)의 복제행위에 해당하는지에 대하여 논란이 전혀 없는 것은 아니지만, WCT 제1조(4)에 관한 부속합의문의 내용을 감안할 때 WCT는 디지털환경에서의 일시적 복제가 베른협약 제9조(1)의 복제에 해당함을 인정한 것으로 보인다."[9]는 견해가 있다.

이에 대해 WCT의 제1조(4)에 체약 당사국들이 베른협약의 제1조부터 제21조 및 부속서를 준수해야 한다고 규정하고 베른협약의 부속합의문(footnote)에 "전자 장치 내의 디지털 형태에서의 보호받는 저작물의 저장이 베른협약의 제9조의 의미 내에서 복제를 구성하는 것으로 이해된다(It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.)."라고 규정한 것의 해석에 따라 일시적 저장도 복제로 인정한 것으로 보여진다.

그리고 해당 규정의 해석상 불분명한 면이 있다고 하더라도 첫째, 일시적 저장을 미국이나 유럽연합 국가 등 비교적 많은 국가들이 인정하고 있다는 것과 둘째, 미국이 자유무역협정을 통하여 일시적 저장의 복제로의 규정을 확산시키고 있다는 점에서 문제가 된다.[10]

3. 주요국의 입법 현황

가. 미국

---

8) 남희섭, "한미FTA 저작권 분야 대중토론회: 한미FTA 저작권분야에 대한 지적재산권 대책위 입장", 한미FTA저지 지적재산권 분야 대책위원회, 2006.5.24, 35면.

9) 정상기, "소프트웨어의 일시적 복제와 전송권", 산업재산권 제17호, 한국산업재산권법학회, 2005.5, 268면.

10) 이대희, 각주 7의 전게 논문, 1면.

미국의 Green Paper와 White Paper[11]는 RAM에 복제하는 것을 저작권법상의 복제로 이해하였다. 그러나 미국 저작권법은 복제에 대한 정의 규정에서 명시적으로 일시적 복제의 포함여부를 규정하고 있지는 않으나, 일시적 복제에 대한 예외로써 제119조(a)(1)은 컴퓨터 프로그램을 기계와 함께 사용함에 있어서 필수적인 과정에서 행하여지는 복제 및 개작에 대하여 컴퓨터프로그램이 가지는 복제권 및 개작권으로부터 면제시키고 있으며,[12] 제117(c)는 컴퓨터를 유지하고 수리하는 과정에서 컴퓨터 프로그램의 복제물을 합법적으로 장착하고 있는 기계를 작동시키기 위한 프로그램의 복제를 면제시키고 있다.[13]

실제로 미국이 일시적 복제를 인정하기 시작한 것은 MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 사건[14]이다. 그리고 이 사건과 관련하여 이후 저작권법이 개정되어 상기의 일시적 저장에 관련된 침해의 예외규정이 신설되었다. 그럼에도 불구하고 일시적 복제가 부정된 것은 아니며 이 판례는 일시적 저장을 복제로 인정한 판례로 계속 인용되고 있다.

나. 유럽연합

---

11) Green Paper와 White Pape에 대한 자세한 내용은; 이대희, 「인터넷과 지적재산권법」, 박영사, 2003, 450~453면 참조.

12) 117. Limitations on exclusive rights: Computer programs:
(a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.-Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided:
(1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner.

13) (c) Machine Maintenance or Repair.-Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner or lessee of a machine to make or authorize the making of a copy of a computer program if such copy is made solely by virtue of the activation of a machine that lawfully contains an authorized copy of the computer program, for purposes only of maintenance or repair of that machine.

14) MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511(9th Cir. 1993).

217 소프트웨어의 일시적 저장에 대한 소고

컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 1991년 5월 14일의 유럽공동체 지침에는 컴퓨터프로그램저작자는 배타적 권리로서 복제권(영구적 복제인지 일시적 복제인지 묻지 아니한다)을 가지는 것으로 규정되어 있다. 따라서 i) 그 방법과 형태를 묻지 않고 컴퓨터프로그램의 전부 또는 일부를 복제하고자 하는 경우나, ii) 컴퓨터프로그램의 로딩, 현시, 실행, 전송 또는 저장하는데 복제가 요구되는 경우, iii) 컴퓨터프로그램의 번역, 개작, 배열 및 기타 변형과 프로그램을 변형한 자의 권리를 해치지 않는 범위 내에서 그 결과물의 복제를 하고자 하는 경우, 프로그램저작권자의 허락을 받아야 한다.

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

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

이와 같이 EU는 일시적 복제행위를 복제행위로서 인정하고 있으며, 저작권자의 복제권에 제한을 받는 행위로 인정하였다. 그러나 2001년 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 조정에 관한 유럽공동체 지침에서는 그 태도를 변경하였다. 즉 저작물과 저작인접물에 대한 배타적 효력으로서 복제권을 부여하고, 여기의 복제 개념은 일시적 복제와 영구적 복제를 포함하는 것으로 이해하면서, 일시적이고 또한 우연한 복제행위로서 복제가 기술조치에 필수적이고 본질적으로 요구되는 경우 복제를 하는 유일한 목적이 저작물이나 실연의 고정물, 음반, 영화, 방

송 고정물을 (a) 중개인에 의한 제3자들간의 네트워크 송신이나 또는 (b) 합법적인 이용을 하게 하는데 있는 “일시적 복제행위”에 대해서는 해당 저작권자나 저작인접권자의 복제권이 배제된다(제5조 제1항)고 규정하였다. 또한 나아가 비영리를 목적으로 하는 공정이용에 해당하는 경우에도 일정한 경우에는 정당한 보상을 대가로 하여 복제권을 제한할 수 있도록 하고 있다(제5조 제2항, 제3항).

다. 일본

일본 저작권법은 프로그램을 실행시키기 위하여 컴퓨터의 주기억장치에 저장하는 로딩이 복제에 해당하는가에 대하여 부정적인 태도를 취하고 있다. 즉 일본에서는 복제권이나 프로그램의 보호를 입법화할 때, 다수 의견은 ‘로딩’이 복제에 해당되지 않는다고 해석하고 있었으며, 그 후 학설에서도 이를 따르고 있다. 일본의 법원 역시 RAM에의 데이터 등의 저장은 저작권법상의 복제에는 해당하지 않는다는 태도를 취하고 있다.[15]

한편 일본 저작권법상 복제의 정의에 의하면 ‘로딩’도 ‘복제’라고 하지 않을 수 없으므로 ‘복제’의 전제에는 인간의 지각에 호소한다는 목적이 있음을 명문화할 필요가 있다는 견해와 영속적 반복가능성이 있는 방법의 내부기억장치에 저장은 ‘복제’에 해당한다는 견해도 있다.

4. 국내 법률 현황

국내에서는 아직까지 일시적 저장을 복제로 보지 않는 것이 다수설이다. 그러나 경우에 따라서는 일시적 저장도 복제로 보아야 한다는 주

15) 일본 하급심(동경지재 2000.5.16(1998(わ)17018)): 저작권법상의 복제 즉 유형적인 재제(再製)에 해당한다고 하기 위해서는 장래 반복하여 사용될 가능성이 있는 형태의 재제물(再製物)을 작성하는 것이라는 점이 필요하다고 해석되어야 하는 바, RAM에의 데이터 등의 저장은 일시적・과도적 성질을 가지는 것이므로 RAM상의 저장물이 장래 반복하여 사용될 가능성이 있는 형태의 재제물이라고 할 수 없는 점은 사회통념상에 비추어 분명하다고 하여야 하고, 따라서 RAM에의 데이터 등의 저장은 저작권법상의 복제에는 해당하지 않는다.

장들도 존재한다.

그리고 일시적 저장을 복제로 법률에 규정할 것인지에 대해서는 찬반론이 있다. 예를 들어 인터넷 및 컴퓨터 기술의 발전에 따라 일시적 저장으로 인해 발생하는 법적 문제를 해결하기에는 국내법상 문제가 있다는 이유로 일시적 저장을 법률로 규정해야 한다는 견해[16]와 현행법의 전송권 및 기술적 보호조치의 보호를 통하여 간접적이기는 하지만 일시적 복제에 대하여 사실상의 규제가 가능하다는 이유로 일시적 저장을 복제로 인정하는 것은 시급한 문제가 아니라는 견해[17] 등이 그것이다.

그러나 현재 한미 자유무역협정(Free Trade Agenda)를 추진하고 있는 상황에서 미국이 일시적 저장을 복제로 보는 것을 협약의 일부로 규정하고자 할 것이라는 이유로 이에 대한 논의가 이루어지고 있다.

미국은 사실상 WCT 및 WPPT에 의하여 일시적 복제가 인정되었다는 전제에서 최근 몇 년 동안 '국가별무역장벽보고서(National Trade Estimate on Foreign Barriers)' 및 '스페셜 301조 보고서(Special 301 Report)'를 통하여 한국으로 하여금 일시적 복제개념을 인정할 것을 계속 요구해 오고 있다.[18] 미국이 다른 국가들과 맺은 FTA의 협약문에 항상 일시적 저장을 복제로 인정하는 규정이 포함되어 있기 때문에, 미국이 한미 자유무역협정에서 이 문제를 문제 삼을 것은 당연한 일이다.

Ⅲ. 일시적 저장에 관한 사례

1. 미국 판례

가. MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 사건[19]

미국 MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 사건(이하 "MAI

16) 배정한, "인터넷 거래에서 컴퓨터 RAM에의 일시적 저장의 복제권 침해문제", 국제상학 제17권 제2호, 한국국제상학회, 2002.8., 238면.
17) 정상기, 전게 논문, 280면.
18) 이대희, 각주 7의 전게 논문, 1면.
19) MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

사건" 이라 한다)에서의 미국 법원은 하드 디스크상에 설치된 소프트웨어가 RAM에 일시적으로 저장되는 것이 미국 저작권법상 복제권의 침해를 구성한다고 판결하였다.

이 사건에서 Peak Computer, Inc.(이하 "P사"라 한다)는 MAI System Corp.(이하 "M사"라 한다)에서 판매하고 있는 컴퓨터와 그것에 설치된 운영체제에 대한 유지·보수를 하는 기업이었는데, 1991년 8월 M사의 고객 서비스 관리자(customer service manager)인 Eric Francis가 P사로 전직하고 조금 후에 M사의 직원 3명이 P사로 입사했다. 이후 M사의 몇 개 고객 기업들이 P사로 서비스 업체를 변경하게 되었다. 그러자 M사는 저작권 침해, 영업비밀 침해, 부정경쟁 등을 이유로 P사를 기소했다.

MAI 사건에서 컴퓨터와 함께 제공된 소프트웨어의 라이선스는 해당 컴퓨터를 구입한 고객에게만 사용허락을 한 것인데, 사용허락을 받지 않은 P사가 해당 컴퓨터를 유지·보수하면서 운영체제 및 진단 프로그램을 실행하였고 이때 이 프로그램들이 RAM에 일시적으로 저장되었다. 그리고 법원은 이 사건에서 P사가 복제권을 침해했다고 판단했다. 그러므로 MAI 사건은 일시적 저장을 복제로 판단한 것이었다.

그리고 이 사건은 미국에서 일시적 저장을 복제로 인정한 최초의 사례가 되었고, 이후에도 일시적 저장 문제가 있을 때 이 MAI 사건이 선행 사례로서 인용되고 있다.

물론, 이 판례에서도 일시적 저장을 복제로 판단하는데 있어서 유형물에의 "고정(fixed)"이 문제가 되었는데, 법원은 일시적 저장이 단지 "일시적 고정(a temporary fixation)"이라는 비판에 대해 이것이 도리어 RAM에 만들어진 복제가 "고정(fixed)"되고 그래서 저작권법 하의 복제를 충족시킨다는 것을 지지한다고 했다. 그리고 법원은 선 판례, 책자, 보고서[20] 등을 예로 들어서 소프트웨어가 RAM으로 적재(로딩)되는 것

---

20) e.g. Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F.2d 255, 260 (5th Cir.1988)("the act of loading a program from a medium of storage into a computer's memory creates a copy of the program"), 2 Nimmer on Copyright, § 8.08 at 8-105 (1983) ("Inputting a computer program entails the preparation of a copy."), Final Report of the National Commission on the New Technological Uses of Copyrighted Works, at 13 (1978) ("the placement of a work into a computer is the preparation of a copy."): MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

(일시적 저장)이 저작권법 하에서 복제를 구성하는 것으로 일반적으로 받아들여진다고 하였다.

나. Costar group, Inc. v. Loopnet, Inc. 사건[21)]

이 사건은 ISP의 책임과 관련된 판례(이하 "Costar 사건"이라 한다)이다. Loopnet, Inc.(이하 "Loopnet"이라 한다)는 브로커들을 위한 온라인 부동산 목록을 호스팅하는 웹사이트인데, 이 회사는 회원들이 올리는 사진을 검토하여 정식으로 웹사이트에 등록하는 형태로 컨텐츠 관리를 하고 있었다. 그런데 이렇게 회원들이 올리는 사진들은 웹사이트에 정식으로 등록되기 전에는 RAM 상에 남아 있게 되고 회사 관리자에 의해 해당 사진들이 정식으로 등록이 되는 순간에 서버의 하드 디스크에 해당 컨텐츠가 등록이 되었다.

따라서 RAM에 일시적 저장이 일어났고 이러한 일시적 저장을 복제로 인정할 것인지에 관하여 ISP의 의지와는 상관없이 특정한 컨텐츠가 양적으로 일정한 시간동안 RAM에 저장되어 있었던 것은 "고정(fixed)"된 것이라고 할 수 없고, 이에 따라 이것은 복제권 침해가 아니라고 판결하였다. 법원은 MAI 사건을 인용하면서 해당 사건과 같이 컴퓨터 프로그램이 사용자의 의지에 따라 RAM에 다운로드 되어 사용되는 경우에는 컴퓨터 소유자가 소프트웨어가 다운로드된 후, 해당 컴퓨터에 속하게 된 소프트웨어는 해당 컴퓨터 또는 컴퓨터 소유자에 의해 기능하기 때문에 해당 저장은 더 이상 일시적 성질의 것이 아니라고 판단하면서, Costar 사건과는 달리 그 "일시적 저장(transitory duration)"은 양적으로(quantitative) 뿐만 아니라 질적인(qualitative) 성격(characteristic)을 모두 가지고 있다고 판단했다. 그러므로 MAI 사건이 복제권 침해로 판결된 것과는 달리 RAM에 저장되는 "일시적 저장"이 양적인 성격만을 가지고 있는 Costar 사건은 그렇지 않았다.

다. 검토

이 판결들을 살펴보면, 일시적 저장에 관련된 판례들이 쌓이고 있는

21) Costar group, Inc. v. Loopnet, Inc., 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004).

미국에서 그 사례에 따라서 일시적 저장의 개념은 달라지고 있는 것을 알 수 있다. 그러나 이들의 결과가 상이했다고 해서 일시적 저장에 관한 미국의 법적 질서가 흔들리고 있다고 볼 것은 아니라고 판단된다. 도리어 이것은 일시적 저장이 어떤 것을 의미하는지 아직까지 완전히 확립되지 못한 상태에서 각각의 사례들에서의 새로운 법적 환경들에 관하여 법적 해석을 하면서 일시적 저장의 의미를 보다 완전하게 정립시켜 나가는 과정으로 생각된다.

MAI 사건에서 M사의 기업 이익을 고려하여 P사를 위법화한 논리가 일시적 저장이었으나 이 일시적 저장의 개념을 Costar 사건에 적용하는 것은 소프트웨어와 ISP 책임을 대비한다는 측면에서 상이점이 있을 수 있는 것이었고 이것은 일시적 저장에 대해 MAI 사건과는 다른 해석을 내릴 수 있는 여지가 있었다. 그래서 이 사건 역시 일시적 저장을 인정하면서도 일시적 저장의 양적인 성질과 질적인 성질 두 가지로 나누었고, 이것은 판례간의 충돌이라기보다는 사례마다 합리적인 판단을 내린 것으로 판단된다. 그도 그럴 것이 Costar 사건에서 법원은 MAI 사건의 일시적 저장에 관한 판단을 부정한 것도 아니었다.

결국 “일시적 저장”이 “고정(fixed)”된 것으로 인정받기 위해서는 단순히 양적으로 일시적 저장(quantitatively transitory duration)이어서는 (단순히 RAM에 존재) 안 되고, 질적으로 일시적 저장(qualitatively transitory duration)이어야 한다는(그 컴퓨터상의 사용자에 의해 실행되는 그것의 목적에 도달하는 것) 것이 현재 미국의 하나의 법적 해석이 된 것이라고 생각한다.[22]

2. 멀티유저시스템

가. 멀티유저시스템의 특징

앞서 소개했던 일시적 저장과 관련된 기술 중에서 멀티유저시스템은 다수의 사용자가 소프트웨어를 사용하기 위해 하나의 PC를 사용하면서

22) Jonathan Band · Jeny Marcinko, "A NEW PERSPECTIVE ON TEMPORARY COPIES: THE FOURTH CIRCUIT'S OPINION IN COSTAR V. LOOPNET", Stanford Technology Law Review, 2005, 7~10면.

RAM에 다수의 사람이 일시적 복제를 하게 된다. 이것은 다음과 같은 특징을 가지고 있다.

첫째, 하나의 운영체제 소프트웨어를 실행한다.

둘째, 해당 운영체제는 한 사람 또는 둘 이상의 사람이 사용한다.

셋째, 해당 운영체제에는 한 사람에게 판매한 다수의 소프트웨어들이 존재한다.

넷째, 해당 소프트웨어들은 한 사람 또는 둘 이상의 사람이 사용한다.

멀티유저시스템은 컴퓨터 본체에 하나의 CPU가 장착되어 있으므로 정당한 권원에 의하여 프로그램을 설치(저장)하였다면, 이는 정당한 복제라 할 수 있다. 예컨대 한글과컴퓨터사의 한글2005 프로그램 최종사용자계약(EULA, End-User License Agreement)에서 '한대의 컴퓨터에 설치할 수 있다'는 문언[23]이 있으므로 이는 CPU 하나에 하나의 프로그램을 설치할 수 있다는 것이다.

멀티유저시스템에서는 다수의 사용자는 동시에 독립적으로 동일한 프로그램을 사용할 수 있으며, 각기 다른 프로그램을 사용할 수도 있다. 예컨대 다수의 사용자가 한글과컴퓨터사의 한글 2005 프로그램을 동시에 사용할 수도 있고, 어떤 사용자는 한글 2005 프로그램을 사용하면서 다른 사용자는 마이크로소프트사의 엑셀 프로그램을 사용할 수도 있다. 이 경우 각각의 사용자가 실행하고 있는 프로그램은 정당한 권원 아래 하나의 CPU에 설치하여 사용하는 것에 기반을 둔 것이며, 별도의 CPU가 존재하는 것은 아니다. 즉 단일한 CPU 내부에서 단일한 프로그램이 여러 작업을 수행하고 있는 것이며, 사용자들의 모니터에는 각각의 사용자의 요구에 따른 별개의 프로그램 작용이 현시되는 것뿐이다.[24] 기술적인 특이성으로서 멀티유저시스템은 하나의 프로그램이 동시에 다수의 사용자에 의해 사용되더라도, 당해 프로그램의 작업이 하나의 컴퓨터 본체 내에서 이루어지는 것이며, 이러한 작업 과정 중에서

---

23) 예컨대 한글과컴퓨터社의 한글2005의 최종사용자계약서에 '소프트웨어의 사용자는 1개의 정품 라이선스로는 1대의 컴퓨터(PC)에만 설치하여 사용할 수 있습니다.'라는 문언이 있다.

24) 기술상에 나타나는 이러한 현시에 대한 현시권 도입도 신중히 검토할 필요성이 있다.

외부와의 어떠한 작용도 없다는 것이라 설명할 수 있겠다.

나. 복제권 침해 문제

기존의 복제권 개념에 따른다는 가정하에, 이러한 멀티유저시스템이 정당한 권원내의 프로그램 사용자에 의해 사용된다면 당해 행위는 컴퓨터 본체 내에서 모든 것이 이루어지므로 복제권 침해의 태양은 없다고 할 수 있다. 그러나 어떤 한 조직 내에서 서버 컴퓨터에 특정 프로그램을 저장하여 놓고, 여러 클라이언트 컴퓨터에서 그 프로그램을 불러들여 사용하는 경우라면 저작권자의 사용허락 범위 안에 있는지는 의문이다. 즉, 저작권자와의 저작권 계약 범위 내의 당사자에 해당하는지 의문이며, 그 권원이 인정되지 않는 경우라면 그 프로그램을 동시이든 별개의 시간에 독립하여 사용하든지 정당한 권원의 사용행위가 아니며, 그 침해만큼이나 프로그램 저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우에 해당될 수 있다.[25] 역으로 이러한 행위를 저작권자와의 사용허락 범위내의 것이라 인정하게 된다면, 누구든지 단 하나의 프로그램만 구입하여 여러 사람이 동시에 사용하려고 할 것이다. 그렇다면 저작권자로서는 예상치 못했던 불이익을 당하게 되는 것이며, 별도의 계약을 통하여 이를 통제하여야 할 것이다.

우리 컴퓨터프로그램보호법은 컴퓨터프로그램의 사용허락(동법 제17조)과 최초판매의 원칙(동법 제19조)을 규정하고 있다. 그리고 최초판매의 원칙은 저작물의 복제물의 '소유자'에게만 적용되는 것이므로, 판매(sale)에 대하여 적용되는 것이며 사용허락(lecensing)에 대해서는 적용되지 않는다. 왜냐하면 사용허락에 의하여 복제물에 대한 소유권의 이전은 이루어지지 않기 때문이다. 따라서 저작물 복제물의 '소유자'가 아닌 복제물의 사용권자(licensee)는 최초판매의 원칙에 따른 혜택을 누릴 수 없게 된다.[26]

---

25) 프로그램보호법 제12조 프로그램저작권 제한에서 "그 목적상 필요한 범위안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류 및 용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다.

26) 이대희, "디지털 환경 하에서의 최초판매원칙에 대한 연구", 인터넷법연구 제3권 1호, 한국인터넷법학회, 2004.3., 89~90면.

그리고 국내에 패키지 방식으로 판매되고 있는 소프트웨어들은 쉬링크랩 라이선스 방식을 취하고 있다. 이러한 쉬링크랩 라이선스의 계약체결방법으로서의 효력에 대해서는 유효성을 인정하는 것이 국내외의 다수의 견해이다. 그리고 그것이 약관에 해당한다는 점에 대해서도 대체로 이설이 존재하지 않는다. 매매계약의 약관[27]인가 라이선스계약의 약관[28]인가에 대해서는 학설대립이 존재하나 프로그램 저작권자와 최종사용자 사이에서 행하여지는 최종사용계약의 약관인 점은 같다.[29] 그리고 어느 경우이든 판매를 통해 소프트웨어를 양수한 이후에는 사용자는 해당 계약 약관을 따라야 한다.

물론 약관의규제에관한법률(이하 “약관규제법”이라 한다)은 신의성실의 원칙에 반하여 공정성을 잃은 조항(약관규제법 제6조 제1항)이나 고객에게 부당하게 불리한 조항, 거래의 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항 등과 같은 독소조항을 무효로 하고 있다(약관규제법 제6조 제2항). 그러므로 지적재산권이나 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”(이하 “공정거래법”이라 한다)을 위반하는 약관의 조항은 무효로 할 수 있다.[30] 그러므로 특별히 불공정 조항으로 판단되는 사항 이외의 규정들은 법적으로 유효한 것이고 사용자는 이 규정들에 따라야 한다.

그런데 이러한 소프트웨어의 사용 과정상 나타나는 기술적 복제도 복제로 보아야 한다는 견해[31]가 있다. 상기한 미국 판례들(MAI 사건 및 Costar 사건)에 입각해서 보면, 이 판례에 따르면 멀티유저시스템과

---

27) 황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 인터넷법률 제3호, 법무부, 2000, 6면; 오병철, 「S/W 최종사용계약의 현황과 법적 규준 수립에 관한 연구」, 연구보고서, 프로그램심의조정위원회, 2003, 23면; 김원학, “S/W 불법복제로 인한 민사상 구제에 대한 연구(1)”, Enter 제106호, 프로그램심의조정위원회, 2004.9., 24면.

28) 윤선희, 「지적재산권법」, 제7정판, 세창출판사, 2005, 501-502면; 오승종 · 이해완, 「저작권법」, 제4판, 박영사, 2005, 722~723면; 신각철 편저, 「최신 컴퓨터프로그램보호법」, 법영사, 1999, 153~154면.

29) 오병철, 전게서, 95면.

30) 남효순 · 정상조, 「인터넷과 법률」, 법문사, 2002년. 287-288면 참조. 약관의규제법에관한법률 제16조에서 “약관의 전부 또는 일부의 조항이 제3조제3항의 규정에 의하여 계약의 내용이 되지 못하는 경우나 제6조 내지 제14조의 규정에 의하여 무효인 경우 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다. 다만, 유효한 부분만으로는 계약의 목적달성이 불가능하거나 일방 당사자에게 부당하게 불리한 때에는 당해 계약을 무효로 한다.”라고 규정하고 있다.

31) 안효질, 「개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 연구보고서, 프로그램심의조정위원회, 2000, 61면.

같은 RAM에의 일시적 저장도 복제로 인정된다. 그러나 국내 실정법상 그렇지 않다.

다. 일시적 저장의 문제

멀티유저시스템은 하나의 컴퓨터를 다수의 사람들이 동시에 사용할 수 있다. 해당 운영체제에는 부수적으로 제공되는 소프트웨어들뿐만 아니라 사용자에 의해 설치되거나 하드웨어와 함께 OEM으로 제공되는 소프트웨어들이 존재하고 이것들을 실행하는 것은 각각 RAM에의 일시적 저장을 발생시킨다. 그리고 해당 소프트웨어를 각각의 사람들이 실행하여 사용하는 경우에 각각의 사람들이 해당 소프트웨어를 RAM에 일시적으로 저장하게 된다.

따라서 만약 일시적 저장을 복제로 인정하게 된다면, 해당 소프트웨어에 대한 정당한 권원이 없는 사람은 해당 소프트웨어에 대한 복제권을 침해한 것이 된다. 이때 각각의 사람이 독립적인 하나의 소프트웨어를 사용하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우 사용허락을 받은 정당한 사용자에 한해서만 사용이 가능하다. 만약 이것에 대여의 논리를 대입한다고 하더라도 MAI 사건에서와 마찬가지로 이 역시 저작권의 침해를 구성한다.

그런데 만약 기업에서 다섯 명을 위한 멀티유저시스템을 구성했다고 가정한다면, 이때 하나의 컴퓨터의 정당한 사용자를 누구로 지정할 것인지의 문제가 발생하게 된다. 소프트웨어를 1PC1License 방식에 따라 사용권을 부여받은 경우에 누가 사용하더라도 문제가 발생하지 않을 것으로 생각될 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이때 다수의 사람들이 항상 모두 다른 프로그램들을 사용할 것이라고 할 수 없을 것이기 때문에 이런 문제가 발생하더라도 저작권 문제가 있을 것으로 생각된다.

이에 더해 “허락에 의하여 주어지는 이용권의 범위는 어디까지 미치는 것인가에 대하여는 계약에 명시되지 않는 한 반드시 명확한 것은 아니어서 분쟁이 생길 여지가 많다. 그 경우에는 거래계의 관습이라거나 사회통념에 따라 결정될 수밖에 없으나 우리의 경우는 그 사이 합리적인 저작권 관행이 성립되었다고 볼 수 없어 자칫하면 권리자에게 불리하게 해석되기 쉽다. 특히 새로운 매체의 발달과 더불어 계약 당시

에는 전혀 예측하지 못한 이용방식이 나타나고 있으므로 이용계약의 해석도 권리자의 이익이 충분히 보장되는 방향에서 해석되어야 할 것이다. 계약 당시의 상황을 고려하지 않고 매절계약, 전속계약, 일체의 권리의 양도 등의 문언에 현혹되어 기계적으로 해석하면 권리자의 이익을 현저하게 해치게 된다. 의심스러운 경우에는 권리자에게 유리하게 해석되어야 함은 물론이지만 계약 당시 양 당사자가 예측하지 못하였던 이용방식에 대해서는 문언여하에 불구하고 당초 계약의 이용허락범위에 포함되지 않는다고 해석되어야 할 것이다.[32]"라는 견해가 있다. 이것에 따르면 멀티유저시스템 또한 저작권자에게는 불측의 이용방식이고 이것을 라이선스에 넣지 않았다고 해서 이용허락이 되었다고 보는 것은 무리가 있다. 예를 들어 다중 사용자를 기본으로 하는 리눅스 또는 유닉스 시스템의 경우에는 라이선스를 사용자 수에 따라 주고 있는데, 이것은 시스템의 사용자수에 따라 소프트웨어의 사용자수가 변화될 것이라는 예측이 가능한 사항이기 때문이다. 이것은 만약 예전부터 윈도우즈 운영체제에서 멀티유저시스템이 가능했다면 이러한 사항을 예측하여 그에 맞는 최종사용자계약서를 마련했을 것이라는 점을 시사한다.

그러므로 기업에서 멀티유저시스템을 구성한 경우에 일시적 저장을 복제로 인정한다면, 이러한 멀티유저시스템을 사용하여 다수의 사람들이 동시에 소프트웨어를 실행하는 때에는 예외적인 경우를 제외하고는 저작권을 침해한 것으로 보아야 할 것이다.

2000년에 발간된 "개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설"에는 "예컨대 어떤 기업에서 서버컴퓨터에 특정프로그램을 저장하여 놓고, 여러 클라이언트컴퓨터에서 그 프로그램을 불러들여 사용하는 경우를 상상하여 보자. 만일 이 경우 그 프로그램이 소위 멀티유저용 프로그램이거나 멀티유저시스템에서의 사용을 예상하여 구입한 프로그램이 아닌데도 불구하고, 그 프로그램을 여러 사람이 동시에 사용한다면, 이는 저작권침해가 될 것이다. 이러한 행위를 허용한다면, 누구든지 단 하나의 프로그램만 구입하고 여러 사람이 동시에 사용하려고 할 것이다."[33]라고 기술되어 있는데, 이는 일시적 저장을 복제로 인정하기 위한 타당한

32) 송영식 · 이상정, 「저작권법」, 세창출판사, 2003.8., 181면.
33) 안효질, 전게서, 61면.

논리라고 생각한다.

그런데 사적복제에 대해서는 저작권법 제27조에 “공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다. 다만, 일반 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고, 컴퓨터프로그램보호법 제12조 제4호에 “가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우”에 규정하여 해당 규정에 따라 저작권을 제한하고 있다.

그러나 멀티유저시스템의 경우는 일반 가정에서 사용하기도 하지만 기업에서 비용 절감의 차원에서 사용하는 사례가 많아지고 있다. 그리고 이렇게 기업 컴퓨터의 경우에는 소프트웨어를 영리 목적으로 사용하는 것이기 때문에 기업에서의 복제는 사적 복제에 해당하는 것이라 볼 수 없다. 그러므로 일시적 저장을 복제로 인정하는 경우에 사적복제를 고려하더라도 기업에서 영리를 목적으로 일시적 저장을 행하는 경우는 복제권 침해를 구성한다고 보는 것이 타당하다.

3. 소프트웨어 스트리밍 방식

가. 복제권 침해 문제

소프트웨어 스트리밍의 경우, 서버에 접속하여 소프트웨어를 사용한 후에 하드 디스크에 남겨진 소프트웨어의 일부분은 전체 프로그램의 20% 정도의 비순차적인 바이너리(binary) 코드 정보의 덩어리에 불과할 뿐만 아니라 인코딩되어 있어 소프트웨어 스트리밍 솔루션과 연동되지 않을 경우에는 사용이 불가능하다.

그런데 “이러한 현상은 스트리밍 이외에 다른 방법으로 프로그램을 설치・삭제하는 과정에서도 일반적으로 발생하는 것이다. 그리고 기술적으로 본다면 프로그램의 필요한 기능을 다운로드 받아 하드디스크에 저장하는 방식이 아니라, 서버에 저장되어 있는 프로그램을 클라이언트 컴퓨터에서 접속하여 프로그램의 일부 주요 수행파일을 불러와서 가상 설치된 프로그램이 서버로 복원되는 기능[34]을 가지고 있다. 그러므로

이러한 소프트웨어의 일부분은 프로그램보호법상 보호되는 프로그램이라고 볼 수 없다."라는 견해가 있다.[35]

그러나 프로그램보호법 제2조 제3호에서 "프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위"를 복제라고 규정하고 있는데, 특정 프로그램 일부가 클라이언트 컴퓨터 하드디스크에 저장된다는 점에서 어느 정도의 영속성을 확보하여 유형물에 고정되었다고 볼 수 있다. 그리고 해당 프로그램은 인코딩을 통해 스트리밍 패키지로 변환되어 그 일부가 클라이언트 컴퓨터로 전송된 후 암호화된 상태로 저장되는데, 이러한 일련의 과정은 소프트웨어 스트리밍에 의해 기계적으로 이루어지는 것이므로 어떠한 창작성이 가미되었다고 보기 어렵다. 또한 복제에는 그 방법이나 수단에 제한이 없으므로 암호화에 의한 복제도 가능하고, 반드시 기존 저작물의 전부를 베낄 것을 요하는 것도 아니어서 그 일부를 복제하는 경우에도 창작성이 있는 부분을 복제한 것으로 양적인 상당성을 갖춘 경우에는 복제에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

대법원 판결에서도 "저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정증감이나 변경을 가하더라도 원저작물의 재제(再製) 또는 동일성이 인식되거나 감지되는 정도이면 복제로 보아야 할 것이며, 원저작물의 일부분을 재제(再製)하는 경우에도 그것이 원저작물의 본질적인 부분의 재제라면 역시 복제에 해당한다."라고 판시하고 있다.[36]

그러나 이러한 소프트웨어의 일부분의 복제가 복제권을 침해하는지 여부는 그것을 평가함에 있어서 기술적 분석이 선행되어야 한다. 그 이유는 그것을 기술적으로 평가함으로써 클라이언트 컴퓨터에 잔존하는 파일이 단순한 데이터 파일인지 아니면 프로그램보호법상 보호되는 프로그램저작물인지에 대한 기술적 분석이 선행되어야 복제권 침해여부를 판단할 수 있기 때문이다.

이에 대해서 기술적 분석이 아닌 저작권자의 정당한 이익의 침해 요소가 있는가의 관점에서 보아야 한다는 견해가 있다.[37] 이 견해에 의하

---

34) 최완, 외 7인, "온디멘드 소프트웨어 스트리밍 기술현황 및 개발방향", 전자통신동향분석 제19권 제6호, 한국전자통신연구원, 2004.10., 60면.

35) 최용암, "라이선스와 컴퓨터소프트웨어 저작권 남용", 연세대학교 석사논문, 2005, 60면.

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

면, 소프트웨어 스트리밍 결과 클라이언트 컴퓨터의 하드디스크에 사용 내역이 저장되더라도 다시 서버에 접속하지 않고서는 기존의 저장 내역만으로는 독립하여 소프트웨어를 사용할 수 없다면 저작권법이 복제권을 보호하고자 했던 저작권자의 이익은 아무런 침해의 여지가 없다는 것이다.

그러나 비록 프로그램 실행 파일이 없다고 하더라도, 사용 빈도가 낮은 프로그램인 경우 해당 프로그램을 하나만 구입하여 복수의 자연인이 순차적으로 해당 프로그램을 사용할 경우에 이러한 방법에 의한 사용은 저작권자의 경제적 이익을 부당하게 해할 수 있다. 예를 들어 이러한 프로그램을 소프트웨어 스트리밍에 의해 사용하는 경우 사용자는 하나의 프로그램만 구입하여 사용하려고 할 것이고 소프트웨어의 판매량은 이에 비례하여 감소할 것이다. 따라서 복제권 침해여부를 판단함에 있어 기술적 분석이 선행되어야 하며, 이에 따른 저작권자의 경제적 이익과 관련성을 판단하여야 할 것이다.

나. 일시적 저장의 문제

소프트웨어 스트리밍 방식은 RAM에의 일시적 저장을 수반한다. 일시적 저장은 아직까지 우리나라에서 복제로 보지 않는다. 다만, 하드디스크에 일시적으로 저장되는 경우에는 이를 복제권 침해로 본 하급심 사례[38]가 있었을 뿐이다. 이 하급심 사례에도 불구하고 국내에서는 RAM에의 일시적 저장을 복제로써 전면적으로 인정하지는 않는 것으로 보인다.[39]

그러나 앞으로 RAM에의 일시적 저장이 인정된다면, 스트리밍 서비스는 복제권 침해가 될 수 있을 것으로 본다.

만약 일시적 저장이 복제로 인정된다면, 컴퓨터 프로그램을 구입한 자는 영리 목적으로 컴퓨터 프로그램을 다른 사람에게 사용하도록 할 수 없을 것으로 본다. 즉, 1PC1License 정책에 따른 프로그램의 사용이라고 하더라도 해당 프로그램이 원래 소유자 이외의 다수의 사용자들

37) 이형주, “S/W Streaming 저작권법적 문제점과 해결방안”, 서울대학교 법학연구소 기술과법센터, 2004, 3면.
38) 서울중앙지법 2006.2.15. 선고 2005노480 판결.
39) 이대희, 각주 7의 전게 논문, 3면.

이 해당 컴퓨터 프로그램을 사용하는 것은 사용할 권리를 제3자에게 양도할 수 없다는 제17조의 규정을 위반한 것이 된다. 즉, 완전한 거래에 의해 해당 소프트웨어 패키지를 타인에게 판매하지 않는 한, 스트리밍에 의한 소프트웨어의 양도 내지는 대여는 소프트웨어의 복제를 수반하므로 복제권을 침해한 것이 된다.

다. 라이선스 규정의 문제

한글과 컴퓨터사의 한글 2005 최종사용자계약서에는 “1. 사용권 : (주)한글과컴퓨터는 뒷면의 소프트웨어 사용권 증서의 내용대로 이 소프트웨어를 사용할 권리를 드립니다. 이 소프트웨어의 전부 또는 일부가 컴퓨터의 주기억장치에 실려 있거나 기타 기억 장치에 저장되어 있는 경우, 소프트웨어를 “사용하고 있는” 것으로 간주합니다. 개인 사용자(single user) 제품 또는 단체 사용자용 제품(영구 라이선스)을 네트워크 서버(server)에 설치하거나 복사하여 사용할 수 없으며, 랜(LAN) 사용자용 제품을 허가된 사용자 수만큼 사용하고 있더라도 이를 랜에 연결하지 않은 독립된 컴퓨터에 나누어 설치하거나 사용할 수 없습니다. 이 경우에는 독립된 컴퓨터에 설치된 실행 파일의 수만큼 소프트웨어를 구입해야 합니다.”라고 규정하였는데, 이 규정을 통해 소프트웨어 스트리밍 방식으로 한글 2005를 사용하는 것이 제한된다고 볼 수 있다.

그리고 마이크로소프트사의 오피스 2000의 최종사용자계약서에는 ” 저장/네트워크 사용. 귀하는 내부 네트워크상의 귀하의 다른 컴퓨터에 소프트웨어 제품을 실행시키는 데에만 사용되는 네트워크 서버와 같은 저장 장치에 소프트웨어 제품 1개를 저장 및 설치할 수 있습니다: 이를 위하여 귀하는 저장 장치로부터 소프트웨어 제품을 실행하는 각각의 컴퓨터에 대하여 별도 사용권을 취득 및 지정하여야 합니다. 소프트웨어 제품에 대한 사용권은 다른 컴퓨터들과 공유하거나 동시에 사용될 수 없습니다.“라고 규정되어 있어 각 컴퓨터에 대한 사용권을 부여하고 있으므로 소프트웨어 스트리밍 방식에 의한 서비스는 일정한 제한을 받는다고 볼 수 있다.

이에 따라 소프트웨어 스트리밍 방식에 의한 소프트웨어의 사용은 이러한 내용의 최종사용자계약을 체결하는 소프트웨어에 대해서는 계약 위반이라 할 것이다. 그러나 소프트웨어와 함께 제공되는 최종사용

자계약서는 현행법상 약관으로 보고 있어서 이러한 1PC1License 정책이 사용자에게 부당한 의무를 지우고 있다는 프로그램심의조정위원회의 유권해석이 있었으나, 이러한 해석은 현행법에 강행규정으로 규정되어 있지 않은 내용에 대해서 계약의 자율성을 손상시키면서 기업의 수익을 유지하고자 하는 권리자의 계약 수단을 무력화하는 것으로 기업에게 과중한 부담을 주는 것이라 생각된다. 그리고 학교, 기업, 정부단체 등이 소프트웨어 업체들의 주요한 영업이익의 원천이었다는 점을 생각해 보면 이는 상당 문제가 있었다고 본다.

4. 일시적 저장과 관련된 기타 기술 사례

일시적 저장의 문제는 앞서의 예에서 그치지 않고 인터넷에 대한 의존도가 보다 높아지고 기술 수준이 높아짐에 따라 보다 다양하게 나타날 것으로 생각된다. 특히, 일반 PC에서 뿐만 아니라 모바일이나 PDA 등을 통한 스트리밍 형태의 저작물 이용이 점차로 증가하고 있는 상황에서는 더욱 그렇다.

예를 들어 앞으로 음악 및 영상저작물은 PDA, 핸드폰, 휴대 가능한 DTV, DMB 등에 의하여 이미 현재에도 이용될 수 있거나 조만간 보다 더 광범위하고 완벽하게 이용될 것이다. 게다가 조만간 2.3 GHz 휴대인터넷(Wibro)에 의하여 이용자들은 음악서비스를 제공하는 세계의 모든 웹사이트에 접속할 수 있게 될 것이다.[40]

이것은 음악이나 영상저작물에만 한정된 것은 아니다. 현재 소프트웨어가 인터넷을 통해 스트리밍 형태로 사용되고 있고 핸드폰용으로 개발된 소프트웨어를 핸드폰에 다운로드하여 사용하는 것과 마찬가지로, 머지않아 PDA나 초소형 PC를 위한 소프트웨어 스트리밍 서비스가 제공될 수도 있을 것이다.

현재도 PDA용 소프트웨어를 불법 복제하여 사용하는 경우가 많은 것처럼, 스트리밍 형태의 소프트웨어를 불법적으로 이용하는 일이 일어나지 말라는 법은 없다. 따라서 현재의 복제의 해석에 따르면 이러한 불법적 사용을 규제할 수 없는 일도 발생할 수 있는 것이다.

---

40) 이대희, 각주 7의 전게 논문, 4면.

Ⅳ. 산업 연관성에 대한 검토

1. 국내 소프트웨어 업계의 현실

우리나라의 소프트웨어 산업은 부진을 면치 못하고 있다. 그것은 비단 국외 기업들이 시장을 선점하고 효율적인 마케팅 전략을 가지고 있기 때문만은 아니라고 본다. 아직 국외 기업들이 진출하지 않은 분야도 많았고 이런 분야에서도 국내 소프트웨어 패키지 업체들은 제대로 발전하지 못했다.

이렇게 국내 소프트웨어 패키지 업체들이 부진한 이유들은 여러 가지가 있겠으나 그 중 하나가 불법 복제이다. 불법 복제는 그나마 있을 수 있는 구매자들의 의욕을 꺾고 소프트웨어 업체들의 수익을 감소시킨다. 이것은 소프트웨어 산업을 위한 기업 환경이 열악한 국내에서 소프트웨어 사업자들을 더욱 어렵게 하는 요소가 되었다.

기업의 수익은 결국 수요에 의해서 결정된다는 점을 생각해 보면 불법복제의 감소가 기업의 수익을 개선시키고 국내 소프트웨어 산업의 발전에 기여한다는 점은 당연한 것이다. 즉, 한국에서의 불법 소프트웨어의 감소 및 불법적 소프트웨어의 사용이 감소하는 경우에 기업들이 비용을 과도하게 들이지 않더라도 자연스럽게 실질적인 수요 인구가 증가함에 따라 기업 발전, 고용 증가, 새로운 기업들의 시장 진입의 용이화 등의 효과가 발생하게 된다.[41] 특히 국내의 닷컴 기업 관련 투자 또한 기업들의 성장 가능성과 관련이 있었다는 점에서도 상기해 볼 필요가 있다.

---

41) 사무용소프트웨어연합 (BSA, http://www.bsa.org/korea)의 2005년 12월 발표 자료에 따르면 불법복제율을 46%에서 36%로 낮추면 한국의 IT 영역이 2009년 125억 달러에서 185억 달러로 성장할 것이고 18,000개의 IT 관련 일자리가 증가할 것으로 전망했다.: "2005 IDC Economic Impact Study - Korea", 2005.12. <http://www.bsa.org/idcstudy/pdfs/Korea.pdf>. BSA에 따르면, 2004년과 2005년 모두 우리나라의 불법복제율은 46%이고 피해금액은 2004년에 비해 2005년 피해금액은 4억 달러로 1억 달러가 감소했다.: <http://www.bsa.org/korea/press/newsreleases/Korea-04-11-2006.cfm>.

이런 가운데 TCO 절감을 위한 다양한 사업 방식이 나오게 되었다. 그것은 사용자의 입장에서는 일면 가치 있고 합리적인 것으로 보일 수 있다. 게다가 이것은 TCO 절감을 통한 정품 소프트웨어 구입을 유도할 수도 있다는 측면에서는 긍정적으로 비춰질 수 있다.

그러나 불법 소프트웨어와 TCO 절감을 위한 편법적인 수단의 사용을 동일시하는 것은 모순이라고 생각한다. 이것은 마치 불법적 행위를 줄이는 것을 이유로 편법적인 수단을 정당화해달라는 것과 동일한 것이다. 즉, 저작권자의 입장에서 본다면 이 둘은 모두 저작권자의 존립에 관련된 것이고 저작권자들의 수익을 감소시키는 행위이다. 특히 이것이 일반화되었을 때에는 전체 소프트웨어를 모두 구입하여 사용하는 사용자들까지 대부분 사용 방식을 변경할 가능성도 있기 때문에 그 파급효과는 생각보다 클 것으로 보인다.

TCO 절감은 분명 소프트웨어의 구입자들에게 구미가 당기는 말이다. TCO 절감에 정품까지 구입할 수 있으니 누이 좋고 매부 좋은 행위인 것이다. 그러나 TCO 절감의 이면에는 "사용허락 계약"의 파기와 같은 저작권자의 의도를 무시하는 측면이 있다. 즉, 저작권자의 기존에 구축한 수익 구조가 흔들리게 되는 것이다. 따라서 이 방식이 완전히 일반화된다면 저작권자는 무리하게 다른 사업 방식을 찾아야 하고 그로 인해 개발 비용이 한층 증가할 것이다. 기업에게 수익이 없다는 것은 존립이 어렵다는 것이나 같은 말이기 때문이다.

2. 미국 소프트웨어 수출입 관련

지난 2005년 4월 19일 삼성경제연구소가 주관한, "21C 한미관계: 도전과 대응"이라는 주제로 열린 심포지엄 발표자료[42]에는 미국에 대한 무역장벽으로 미국의 보호무역 조치로써 무역 상계 관세, 반덤핑 관세, 세이프가드의 세 가지를 들었고, 미국의 한국에 대한 무역장벽으로 지적재산권(우선감시대상국, 2006년 현재 감시대상국), 통신(무선 통신 분야 표준 설정), 자동차(배기량 기준 자동차 세제), 쌀 개방(쌀의 소비자

42) 전영재, "21세기 한미관계: 도전과 대응 - 한미 FTA와 통상협력 확대방안", 삼성경제연구원, 2005.4.19., 11~12면.: <http://www.seri.org/>.

판매), 스크린쿼터(국내 영화 의무상영 일수 제한)의 다섯 가지를 들었다. 다시 말해서, 한국에 대한 통상 장벽의 5대 문제 중에 지적재산권 문제가 있는 것이다. 그리고 이 지적재산권 문제의 핵심들 중에 컴퓨터 프로그램을 포함하는 저작권의 문제가 있다. 반면에 우리나라가 미국 시장에 진출하는 가장 큰 걸림돌을 관세 및 세이프가드를 들고 있는 것은 상당히 대조적이다.

이와 관련하여 미국 국제무역위원회(United States International Trade Commssion, ITC)가 2001년 9월 발표한 "한미간 FTA 체결의 경제적 영향(U.S.-Korea FTA: The Economic Impact of Establishing an FTA Between the United States and the Republic of Korea)"이라는 연구자료에서 ITC는 한국의 지적재산권과 관련하여 상표(Trademarks), 특허(Patents) 및 영업비밀(Trade Secrets)과 함께 저작권(Copyright)을 따로 구분하여 다루면서 저작권에 관하여는 IIPA(International Intellectual Property Alliance, 국제지적재산권연맹)의 보고서(International Intellectual Property Alliance 2001 Special 301 Report: South Korea)를 인용하면서 한국의 저작권 문제가 심각하다는 점을 제기하였다.[43] IIPA는 미국 USTR(United States Trade Representative, 미국무역대표부)에 매년 보고서를 제출하였고, 해당 보고서가 미국 지적재산권 관련 무역정책에 절대적인 영향을 미쳐왔는데, 2001년 이후에도 한국의 저작권 문제에 대해서 문제가 개선되고 있음을 인정하면서도 한국의 저작권법 관련 문제들에 대해 지속적인 문제제기를 해 왔다.

이 때문에 한미 FTA의 체결 과정에서 우리나라의 저작권 문제가 중요한 쟁점이 될 것은 당연한 일이고, 미국 소프트웨어 기업들이나 미국 자본의 한국 소프트웨어 업체들에 대한 연대 또는 투자는 이러한 지적재산권 문제의 해결이 선행되었을 때 가능한 일일 것이다.

사실 한국 소프트웨어 산업의 시장 규모는 그렇게 크지 않다. 정부 시책 또한 미국과 같은 선진국에 비해 낙후되어 있는 것도 사실이다. 이런 가운데 한국 소프트웨어 업체가 수익을 제대로 얻을 수 있는 길은 미국이나 일본과 같은 큰 시장에서 성공하거나 중국이나 대만 등과

43) "U.S.-Korea FTA: The Economic Impact of Establishing an FTA Between the United States and the Republic of Korea", United States International Trade Commssion, 2001.9., 4-18-4-21면.

같은 국가로 시장을 넓히는 것이다. 물론, 국내에서도 충분히 성장한 기업이 없는 것은 아니지만 이미 포화상태에 있는 국내 소프트웨어 업체간의 경쟁체제는 더 큰 시장으로의 진출을 생각하지 않을 수는 없는 일이다.

이러한 시점에 한미 FTA는 한국 소프트웨어 업체의 위기이자 기회일 수 있다고 본다. 즉, 한국 소프트웨어 업체가 예전보다 훨씬 얻기 어려워진 국내 투자 자본뿐만 아니라 미국 자본을 최대한 끌어들여서 투자 자본을 얻고 그것을 기반으로 국외로 진출하고 다시 동아시아의 중국, 일본, 대만 등과 같은 국가들 및 유럽 시장으로 진출할 수 있다면, 그것만큼 좋은 일은 없을 것이다.

3. 한류 문제

중국도 현재 저작권법에서 일시적 저장을 복제의 개념에 넣지 않고 있다.[44] 그리고 현재 우리나라의 가장 큰 수출 대상국은 중국이다. 우리나라의 가장 큰 수출국 중의 하나인 일본도 일시적 저장을 복제로 볼 것인지는 행정부의 해석에 맡겨져 있을 뿐이다. 따라서 저작권 내지는 컴퓨터프로그램저작권의 문제를 단순히 우리나라에만 한정할 것은 아니라고 본다.

앞으로 엔터테인먼트 산업이 발전하고 소프트웨어 산업이 발전할수록 중국이나 일본과 같은 국가와의 교류 또한 많아질 것이다. 아마도 미국 시장을 개척하는 것이 더 커질수록 이들 국가들과 교류하는 것은 더욱 커질 것으로 판단된다. 왜냐하면 리니지의 예에서 볼 수 있듯이 미국 시장에서의 성공은 기술력이나 경쟁력 측면에서 중국이나 일본 등 아시아에서의 성공을 어느 정도 보장하기 때문이다.

소프트웨어뿐만 아니라 엔터테인먼트 산업도 앞으로 인터넷을 통한 스트리밍 서비스가 더욱 보편화 될 것이고 P2P 서비스는 어떤 형태로든 그 영역을 넓혀갈 것이며, 위성 DMB와 와이브로(Wibro) 기술의 도입으로 아시아는 예전보다 훨씬 더 빠르게 문화 교류가 이루어질 것이

44) Haochen Sun, “RECONSTRUCTING REPRODUCTION RIGHT PROTECTION IN CHINA”, Journal of the Copyright Society of the U.S.A. Fall 2005-Winter 2006, 8~12면.

다.

이희범 한국무역협회장은 서울경제신문 기고문에서 “이러한 국제 무역의 흐름에 능동적으로 대응하기 위한 노력으로 우리 기업의 해외 진출도 크게 증가했다. 우리 기업의 해외 진출 증가로 우리의 첨단기술이 해외에 노출되는 기회가 많아지고 삼성·현대 등 세계 일류 기업의 브랜드 이미지에 편승하려는 현지 기업이 늘어남에 따라 우리 기업에 대한 해외에서의 지적재산권 침해도 급증하고 있다. 세계 도처에서 휴대폰·자동차·반도체 등 주요 수출 품목이 한국 제품에 대한 좋은 이미지를 심어주고 있지만 한국 상품을 모방한 조악한 모조품은 그간 어렵게 쌓아올린 브랜드 이미지를 한 번에 무너뜨릴 수 있다. ... 더 큰 문제는 해당 제품을 만드는 기업의 생존권을 크게 위협할 수 있다는 것이다. 우리 기업들이 어려운 여건 속에서도 막대한 연구개발비를 투자해 개발한 제품이 싼값으로 팔리는 위조상품으로 인해 영업 실적이 저하되면 최악의 경우 기업 활동을 포기할 수밖에 없을 것이다.”[45]라고 하였는데, 이와 같이 우리나라도 미국이나 기타 IT 선진국들과 마찬가지로 지적재산의 수혜자로써 뿐만 아니라 제공자로써의 역할을 하고 있으며 지적재산권의 보호가 어느 나라 못지않게 중요한 시기가 되었다.

이런 점에서 일시적 복제를 포함하는 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법의 강화는 앞으로 지적재산권 관련 산업의 발전에 긍정적인 영향을 줄 것으로 기대된다.

Ⅴ. 결론

요컨대 사회와 기술이 빠르게 진보하고 있는 현 시점에서 새로운 환경의 모순 속에서 저작자들의 권리가 직·간접적으로 침해되고 있다는 사실은 주지의 사실이며 이러한 저작권자들의 권리를 보호하기 위한 방안을 검토하는 것이 중요하다고 본다. 그리고 같은 이유에서 일시적 저장을 복제로 규정하는 것은 현재뿐만 아니라 미래의 소프트웨어 및

45) 이희범, “[특별기고] 해외진출기업 지재권 보호하자”, 서울경제신문, 2006.5.18. <http://economy.hankooki.com/lpage/opinion/200605/e2006051816404948090.htm>

저작권 관련 산업을 위해 매우 의미 있는 것이다.

그러나 이렇게 일시적 저장을 복제로 규정하는 것에 관하여는 논란이 있어 왔으나, 한미 FTA가 체결되는 시점에서 일시적 저장을 복제로 규정하는 것은 시대적 요청이 된 것으로 본다. 다만, 이렇게 일시적 저장을 복제로 규정하는 것에 따른 다양한 문제들을 최소화하기 위해 예외 규정이나 저작권 제한 규정을 두는 것을 고려할 필요가 있다.

그리고 현재 우리나라는 소프트웨어를 포함하는 IT 산업이 빠른 발전을 보이고 있고 미국뿐만이 아니라 중국, 대만, 일본과 같은 주변 국가와 교류하고 있다. 이런 시점에서 우리나라의 지적재산권을 강화하는 것은 단순히 한미 FTA 체결을 위한 필요에 의해서가 아니라 우리나라 지적재산권 관련 산업의 발전을 위한 필수적인 요건이라고 본다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

김원학, “S/W 불법복제로 인한 민사상 구제에 대한 연구(1)”, Enter 제106호, 프로그램심의조정위원회, 2004.

남효순 · 정상조, 「인터넷과 법률」, 법문사, 2002.

남희섭, “한미FTA 저작권 분야 대중토론회: 한미FTA 저작권분야에 대한 지적재산권 대책위 입장”, 한미FTA저지 지적재산권 분야 대책위원회, 2006.

배정한, “인터넷 거래에서 컴퓨터 RAM에의 일시적 저장의 복제권 침해문제”, 국제상학 제17권 제2호, 한국국제상학회, 2002.

신각철 편저, 「최신 컴퓨터프로그램보호법」, 법영사, 1999.

오병철, 「S/W 최종사용계약의 현황과 법적 규준 수립에 관한 연구」, 연구보고서, 프로그램심의조정위원회, 2003.

오승종 · 이해완, 「저작권법」, 제4판, 박영사, 2005.

윤선희, 「지적재산권법」, 제7정판, 세창출판사, 2005.

이대희, “디지털 환경 하에서의 최초판매원칙에 대한 연구”, 인터넷법연구 제3권 1호, 한국인터넷법학회, 2004.

이대희, 「인터넷과 지적재산권법」, 박영사, 2003.

이대희, “저작권 포럼 - 한미 FTA와 저작권: 일시적 저장의 저작권법상 지위”, 저작권심의조정위원회, 2006.

이희범, “[특별기고] 해외진출기업 지재권 보호하자”, 서울경제신문, 2006.

이형주, “S/W Streaming 저작권법적 문제점과 해결방안”, 서울대학교 법학연구소 기술과법센터, 2004.

안효질, 「개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설」, 연구보고서, 프로그램심의조정위원회, 2000.

송영식 · 이상정, 「저작권법」, 세창출판사, 2003.

전영재, “21세기 한미관계: 도전과 대응 - 한미 FTA와 통상협력 확대방안”, 삼성경제연구원, 2005.

정상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, 산업재산권 제17호, 한

국산업재산권법학회, 2005.
최완 외 7인, “온디멘드 소프트웨어 스트리밍 기술현황 및 개발방향”, 전자통신동향분석 제19권 제6호, 한국전자통신연구원, 2004.
최용암, “라이선스와 컴퓨터소프트웨어 저작권 남용”, 연세대학교 석사논문, 2005.
황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 인터넷법률 제3호, 법무부, 2000.

2. 국외 문헌

Eric H. Smith, "The Reproduction Right and Temporary Copies: The International Framework, the U.S. Approach and Practical Implications", Softic Symposium 2001, 2001.11.
Haochen Sun, “RECONSTRUCTING REPRODUCTION RIGHT PROTECTION IN CHINA”, Journal of the Copyright Society of the U.S.A. Fall 2005-Winter 2006.
Jonathan Band · Jeny Marcinko, "A NEW PERSPECTIVE ON TEMPORARY COPIES: THE FOURTH CIRCUIT'S OPINION IN COSTAR V. LOOPNET", Stanford Technology Law Review, 2005.
“U.S.-Korea FTA: The Economic Impact of Establishing an FTA Between the United States and the Republic of Korea”, United States International Trade Commssion, 2001.9.
“2005 IDC Economic Impact Study - Korea”, 2005.12. <http://www.bsa.org/idcstudy/pdfs/Korea.pdf>.

241 소프트웨어의 일시적 저장에 대한 소고

컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단기준

손 정 달*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서설

Ⅱ. 프로그램의 보호범위
1. 프로그램 용어의 정비
2. 프로그램 보호범위 구분

Ⅲ. 실질적 유사성 판단방법
1. 미국에서의 판단방법
2. 우리나라에서의 판단방법
3. 동일 또는 우연히 일치하는 경우의 판단방법

Ⅳ. 실질적 유사성의 판단관점
1. 기능적저작물의 판단관점
2. 일반인에 의한 판단관점
3. 전문가에 의한 판단관점

Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서설

산업사회 이후 도래한 지식정보화 사회는 산업구조의 측면에서 많은 변화의 바람을 몰고 왔다. 지식정보화 사회의 물리적 기반인 네트워크 환경의 보편화는 자연스럽게 무형재화인 소프트웨어 등 지식정보 산업의 양적, 질적 성장을 촉발시켰다. 이렇듯 지식정보화 사회로 대변되는 현대사회에서 이제 지식정보 관련 산업 중 소프트웨어는 경제성장에 있어서 핵심적 역할을 수행하고 있으며, 경제의 모든 분야 중에서 가장 역동적인 부문이라고 할 수 있다.

소프트웨어, 즉 컴퓨터프로그램(이하 “프로그램”이라 한다)[1]은 사실상 표준화에 따라서 프로그램을 개발하다 보면 필연적으로 타인의 프로그램과 유사할 수 있으며, 정형화 될 수밖에 없다. 결국 이것은 동일 또는 유사한 프로그램의 증가를 의미하며, 이러한 증가는 저작권침해소송[2]의 증가로 이어지고 있다. 일반적인 저작물의 침해판단에 있어서는

1) 이하에서는 소프트웨어와 프로그램을 문맥상 혼용하여 사용하기로 한다.
2) 저작권침해소송에서 원고가 주장해야 할 청구원인은 자신이 저작자라는 사실과

저작물에의 접근성과 창작성(내지 개별성으로서의 originality)이 문제된다. 저작물의 한 형태로서의 프로그램에 대한 침해판단에 있어서도 이러한 일반적인 판단기준이 적용되며, 특히 창작성의 판단에 있어서는 실질적 유사성(substantial similarity)[3]이 판단된다. 이때 실질적 유사성 기준은 프로그램저작권 침해판단을 현실적으로 가능하게 하기 위한 실용적인 기준으로 확립된 것이다.[4] 이러한 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어 미국의 여러 판례이론을 통하여 축적되어 왔으나, 법률은 거의 아무런 규정도 두고 있지 않다. 이러한 판단의 합리적인 해결을 위해서는 일반적이고 객관적인 방법론적 측면을 제시하고자 한다.

이에 아래에서는 프로그램 침해여부를 판단함에 있어서 프로그램의 보호범위를 살펴보고, 방법론적 측면에서 양 프로그램을 비교·분석할 경우 어떠한 방법으로 침해를 판단하여야 합리적인 판단인지, 또한 침해판단에 있어서 누구의 관점에서 이루어져야 하는지에 대한 기준을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 프로그램의 보호범위

1. 프로그램 용어의 정비

컴퓨터프로그램보호법(이하 "프로그램보호법"이라 한다) 제2조 제1호

피고가 자신의 저작권을 침해하고 있다는 사실이다. 즉 저작권침해요건은 저작권의 존재와 그 복제인 것이다. 복제행위의 존재는 직접증명하기가 사실상 곤란하기 때문에 피고가 원고의 프로그램에 접근(access)하였고, 그 결과 표현에 있어서 피고의 프로그램이 원고의 그것과 실질적으로 유사하다는 것을 원고가 증명함으로써 추정되게 된다. 원고가 위와 같은 것을 증명한 경우에, 피고는 원고의 저작물과는 관계없이 독자적으로 프로그램을 개발했다는 것을 입증하지 않으면 안된다.

3) 실질적 유사성(substantial similarity) 이론이란 타인의 저작물을 그대로 무단 사용하는 경우뿐만 아니라 이를 실질적으로 유사한 형태로 무단 사용하는 경우에도 저작권침해가 성립한다는 이론이다.

4) 저작물에의 접근·의거는 저작권침해과정을 밝히기 위한 증거법적 성격의 기준이고, 실질적 유사성은 침해결과가 저작권법의 법목적에 비추우 허용될 수 없다는 것을 밝히기 위한 실체법적 기준이라고 말할 수 있다; 정상조, "창작과 표절의 구별기준", 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003, 113면.

에서는 컴퓨터프로그램저작물이라 함은 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다”라고 정의하고 있으며, 소프트웨어산업진흥법 제2조 제1호에서 소프트웨어라 함은 “컴퓨터·통신·자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호 작용이 가능하도록 하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료”라고 정의하고 있다.

현행법의 체계는 소프트웨어를 프로그램과 관련문서로 구분하여 프로그램은 프로그램보호법으로, 관련문서는 어문저작물로서 저작권법으로 보호하고 있다. 그러나 이러한 보호체계는 일반국민들은 물론 권리자들조차도 인식이 부족한 실정으로, 당초 소프트웨어의 기술성과 산업 밀접성 등 소프트웨어의 특성에 부합하는 보호를 위해 프로그램보호법을 독자적으로 제정[5]한 제정취지와도 맞지 않아 소프트웨어로서의 통일적 보호에 대한 요구가 제기되고 있다.

예컨대, 효율적으로 프로그램저작권 침해문제에 대응하기 위해서는 소프트웨어 개념을 프로그램보호법에 수용하여야 한다는 견해가 있다.[6] 이 견해에 의하면 프로그램보호법 제2조에「소프트웨어」정의규정[7]을 두자는 견해이다. 그러나 프로그램 거래나 표현에 있어서 프로그램보다는 소프트웨어라는 용어를 많이 사용하고 있기 때문에 별도의 정의규정을 두는 것보다는 법명을 변경하는 것이 더 적절하다고 판단된다. 즉 프로그램보호법보다는 소프트웨어보호법으로 변경하는 것이다. 이는 프로그램 등록시에 프로그램 복제물과 관련문서의 제출이 요구되고 있고, 프로그램 침해 판단시 프로그램뿐만 아니라 관련문서를 통해 정확한 판단을 내릴

---

5) 별도의 컴퓨터프로그램을 보호하고 있는 나라는 중국, 브라질, 러시아, 벨기에, 우즈베키스탄공화국, 키르기즈스탄공화국, 콜롬비아, 파키스탄 등을 들 수 있다.

6) 2002년 1월 소프트웨어 산업관련 종사자들은 대상으로 실시한 ‘컴퓨터프로그램 저작권보호를 위한 인식조사’에서 “프로그램과 관련문서의 동일한 법 적용 필요성”에 대하여 설문한 결과, 전체 응답자의 68.3%가 프로그램과 관계자료 및 매뉴얼 등을 하나의 소프트웨어로서 동일한 법 체계내에서 보호할 필요가 있다고 응답하였다고 한다; 프로그램심의조정위원회, “효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안(상)”, 정보통신부, 2004, 73면.

7) 개정안 제2조 제3호에서 “소프트웨어”라 함은 프로그램과 이를 작성하기 위하여 사용된 설계서·기술서 기타 관련자료를 말한다.

수 있는 것도 현실이다. 또한 실무적으로 프로그램을 판매의 방법으로 거래의 제공되는 경우에는 프로그램뿐만 아니라 관련 매뉴얼 등을 수반하여 거래가 이루어지고 있고, 프로그램 개발계약에서도 관련문서까지 양도하는 것이 일반적인 거래관행이다. 따라서 보다 효과적인 소프트웨어 보호방법을 강구하기 위해서는 법명을 개정하는 것이 바람직하다.

2. 프로그램 보호범위 구분

가. 아이디어와 표현의 구분

프로그램 개발은 추상적인 아이디어에서 출발하여 실제 프로그램이 될 때까지 여러 가지 단계를 거치게 된다. 일반적으로 제품 사양을 결정(system Planning)하고, 시스템을 설계(design)하며, 시스템을 구성(architecture)한다. 그리고 알고리즘(algorithm) 또는 논리단계를 거쳐 1차 완성된 후 프로그램 구조설계를 일정한 기호로 나타낸 순서도(flowchart)를 작성한다. 이러한 순서는 프로그램 언어에 의하여 작성된 코드(code)로 표현되어 하나의 프로그램이 완성된다.

이러한 프로그램 개발과정에서 어디까지가 아이디어이며 표현인지가 문제가 된다. 즉 저작권법에서 보호를 받을 수 있는 표현에 해당하는가의 문제이다. 기능적 저작물로서의 성격을 가지는 프로그램에 있어서 아이디어와 표현을 구분하는 작업은 대단히 중요하다. 저작권법에서 보호되는 것은 1차적으로 그 표현방법이지 아이디어가 아니기 때문이다.

아이디어는 실제로 프로그램저작물을 이루고 있는 중요한 요소인 알고리즘은 아이디어에 해당하는 부분으로서 저작권법에 의하여 보호되지 않고, 코드는 그 알고리즘의 표현에 해당하는 부분으로서 저작권법에 의해서 보호가 된다.[8] 프로그램보호법 제3조 제1항 제3호에서 해법(algorithm)을 그 보호대상에서 제외하고 있다. 그러나 동 규정은 저작

8) 컴퓨터프로그램의 보호형태와 관련하여 다양한 논의가 있어왔다. 특허법으로서의 보호, 영업비밀로서의 보호, 저작권법으로서의 보호 등 다양한 논의가 시도되어 왔다. 지적활동의 산물을 보호하고자 하는 두 개의 축으로 특허법과 저작권법의 관계를 고려할 때, 아이디어의 보호는 특허법의 영역에 속하고, 그 표현의 보호는 저작권법의 영영에 속하는 것이다.

권법의 일반원칙상 알고리즘의 표현의 보호는 당연한 것이지만 아이디어로서의 알고리즘은 보호에서 배제되는 것이라는 점을 주의적으로 선언하는 아이디어・표현 이분법적 원칙[9]을 나타낸 조항이라고 볼 수 있다.

알고리즘이 동일하다고 하여 논리 필연적으로 이를 표현하는 코드의 내용도 동일한 것은 아니다. 예컨대 특정기능을 수행하는 프로그램에 있어서 알고리즘이 동일하다고 하더라도 프로그래머의 개성에 따라서는 이를 코딩하는 과정에서 알고리즘의 구현방법이 달라질 수 있다는 것이다. 이러한 점 때문에 코드에는 알고리즘과 달리 표현적 요소가 존재하는 것이다. 따라서 저작권법의 일반적인 아이디어・표현 이분법은 프로그램저작물에 있어서는 알고리즘・코드 이분법으로 치환할 수 있다.[10]

결국 프로그램에 있어서 아이디어와 표현의 구별은 알고리즘과 코드를 구별해내는 작업이다.[11] 이러한 아이디어와 표현을 구별하는 작업이 곤란하더라도 법해석상으로는 어딘가에 경계선을 그을 필요가 있다는 점이다. 그 경계의 기준은 획일적이고 일회적으로 그을 사항이 아니고, 소프트웨어 산업의 중요성과 특성을 반영할 수 있어야 한다.

나. 아이디어・표현 구분시 고려사항

아이디어・표현 이분법의 구체적인 적용은 저작물의 유형과 특성에 따라 달라져야 한다. 예컨대, 미국 기술 평가국(Office of Technology Assessment) 보고서는 저작물을 예술적 작품,[12] 기술적 작품,[13] 사실

---

9) 아이디어・표현이분법이란 저작권 보호에 있어 저작자의 생각(idea)과 그 생각의 표현(the expression of idea)으로 나누어 전자에 대하여는 그 보호를 인정하지 않고, 후자에 한정하여 보호를 인정한다는 원칙이다.

10) 권영준, “저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성 판단기준”, 서울대학교 박사논문, 2006, 266면.

11) 다만, 알고리즘도 수학적 공식에 머무르는 것이 아니라 특정한 제조방법이나 기구와 결합하여 기술적 작용효과를 얻을 수 있다면 다른 특허요건들을 충족한다는 전제하에서 특허의 대상이 될 수 있다.

12) 전형적인 저작물로서 문예, 예술, 미술, 음악의 범주에 속하는 저작물로서, 예술적인 점에서 창작성을 갖는 저작물이다.

13) 이는 프로그램이 저작물로서 가입된 경우에 발생한 새로운 저작물이고, 그 창작성이 기술적, 기능적인 점에서 요구되는 저작물이다.

적 작품[14]으로 구분하고 있으며,[15] 저작권의 보호범위는 각각에 대하여 창작성의 실체와 합치하도록 획정되어야 한다. 즉 A에 대하여는 예술적인 평가를 B에 대하여는 기술적 진보성의 평가를 C에 대하여는 그 정보로서의 사회적인 영향성 정도를 각각 창작권의 기초로서 받아들이고, 이 점을 기초로 하여 보호범위의 획정이 이루어져야 한다. 프로그램저작물에 있어서 아이디어와 표현을 구분함에 있어서는 다음과 같은 특성이 고려되어야 한다.[16]

첫 번째로, 프로그램은 대단히 기능적이고 논리적인 저작물로서 다른 저작물과 구별되는 차이점을 가지고 있다. 프로그램에 내재한 논리성으로 인하여 문학, 연극, 음악 등 일반적인 저작물과 비교하여 볼 때 표현의 다양성이 제약된다. 일반적인 저작물은 청중의 감각이나 지성에 호소하기 위한 것이지만, 프로그램의 표현에 있어서 사용자들의 감성에 대하여 어떠한 영향을 줄 것인가에 대해서 별다른 관심 없다. 그러나 프로그램 수요자들이 표준으로 자리 잡은 경우에는 불가피하게 그 표준에 부합하는 방식으로 표현방법을 일치시켜 나가게 된다. 결국 논리적으로 다양한 표현방법이 있음에도 불구하고 수요자들의 충족하기 위해서 표현방법을 일치 시키게 된다. 또한 특정한 아이디어를 표현하는 방법이 논리적으로 한 가지 밖에 없는 경우도 있을 수 있고, 표준화와 호환성이라는 외부적인 요소도 표현의 다양성을 제약한다. 이와 같이 프로그램의 표현에 대한 이론적·사실적 제약요소들은 아이디어와 표현의 구분에 있어서 충분히 참작되어야 한다.

두 번째로, 특허법과 저작권법에 의한 보호방식과 내용에 차이가 있다. 프로그램의 알고리즘은 일정한 요건을 갖추면 특허법에 의하여도 보호된다.[17] 즉 아이디어는 특허법, 그 표현은 저작권법에 의하여 보호

---

14) 사실적 사실의 정보, 기록, 데이터베이스 등의 직접 수집에 창작성이 인정되는 때 성립하는 저작물이다.

15) 椙山敬士 「データベースの法的保護」半田正夫教授還歷記念論集『民法と著作權法の諸問題』(1993), 642면.

16) 윤경, 저작권법, 육법사, 982면 참조.

17) 물론 저작권법에 의한 보호와 특허법에 의한 보호를 전개하는 과정에서, 양자의 식별성, 비연속성만이 강조되면서 양자의 관계가 문제되지 않는 것처럼 기술되기도 한다. 물론 법의 해석이란 실정법에 의한 규범을 전제로 하는 것이나, 그 규범의 범주 내에서 모든 논의가 이루어져야 하는 것은 아니다. 오히려 그 실정법에 한정하여 접근하려고 하는 시도는 전체적인 맥락에 있어 법 해석

될 가능성이 열려 있다는 것이다. 특허권은 신규성과 진보성을 요구하고 있는 반면에 저작권은 창작성을 갖추기만 하면 된다. 특허는 등록을 하여야만 권리를 보호받지만 저작권은 아무런 절차와 방식을 요하지 않는다. 저작권의 존속기간은 특허권의 존속기간보다 장기간이다. 이러한 상황에서 저작권으로 표현이 아닌 아이디어까지 보호하게 되면 프로그램에 대한 특허제도를 유명무실해질 뿐만 아니라 프로그램에 대한 독점권 취득을 용이하게 함으로써 산업발전에 저해될 수 있다. 따라서 프로그램의 저작권 보호범위는 프로그램에 대한 특허제도와의 상관관계를 감안할 필요가 있다.

다. 보호범위 제외

프로그램보호법 제3조 제1항[18]에서는 프로그램언어, 규약, 해법에 대해서는 이 법을 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 특히 해법을 프로그램에 있어서의 지시·명령의 결합방법이라고 정의하고 있어, 이러한 해법은 알고리즘, 즉 문제를 해결하기 위한 논리적인 순서를 의미하는 것으로 알고리즘에 대해서는 동법이 적용되지 않는다는 것이다. 즉 프로그램저작권 보호가 주어지지 않는다는 것을 나타내고 있다. 다만 해법은 프로그램저작권을 부정하는 취지일 뿐이고 더 나아가 프로그램해법이 구체적으로 표현된 코드에 대하여서까지 그 보호를 부정하는 취지라고는 할 수 없다.[19] 이는 우리의 저작권법이나 프로그램보호법이 그 보호범위를 표현에 한정하고 아이디어를 보호하지 않는다는 아이디어·표현 이분 원칙을 명시하고 있지 않으나, 이러한 원칙을 반영한 규

의 방향을 혼란케 하는 결과를 낳을 수 있을 뿐이다. 즉 지적재산법의 해석에 있어서는 사람의 지적창작활동이라는 것의 과정을 음미한 가운데, 실정법이 의도한 바를 하고, 그 위에 실정법이 의도하는 바에 충실한 해석과정을 밟을 필요가 있겠다.

18) 프로그램보호법 제3조 제1항에서 이 법은 프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 다음 각호의 사항에는 적용하지 아니한다.
1. 프로그램언어 : 프로그램을 표현하는 수단으로서의 문자 기호 및 그 체계
2. 규약 : 특정한 프로그램에 있어서 프로그램언어의 용법에 관한 특별한 약속
3. 해법 : 프로그램에 있어서의 지시 명령의 조합방법

19) 오승종·이해완,「저작권법」, 박영사, 2005, 678면.

정이라 할 수 있다.

이 알고리즘과 저작권법에서 말하는 표현은 개념상으로는 엄연히 구별 가능하지만, 프로그램의 경우에는 양자간의 구분이 반드시 명확하지는 않기 때문에 문제를 야기하고 있다. 완전복제의 경우에는 문제가 없지만, 구체적으로는 프로그램의 구조·처리수순 등이 과연 알고리즘에 해당하는가 표현에 해당하는가 하는 점이 미묘한 문제로 다뤄지고 있다. 특히 개작[20]의 범위와 관련하여 외형상의 표현은 다르더라도 내면적 형식이 전부 또는 상당부분이 동일하다면 개작이 되어 침해가 된다고 보는 것이 현재의 통설인데, 이것은 프로그램의 경우 내면적 형식이 무엇을 의미하는가의 문제와 또 다시 관련된다.

저작권은 원래 표현만을 보호하지만 개작의 개념을 도입함으로써 실질적으로는 표현의 보호로부터 내용(아이디어)의 보호에까지 진일보하지 않았나 싶다. 개작은 내면적 형식이 동일한 경우를 의미하지만 그렇다고 내용의 보호에까지 미친다고 볼 수는 없다. 그러나 내용과 내면적 형식을 완전히 구분한다는 것은 곤란한 일이므로 개작을 인정한다는 것은 실질적으로는 내용 혹은 아이디어 보호를 어느 정도 인정한다는 의미일 것이다. 만일 이러한 보호를 인정하지 않으면 사실 저작권보호로서는 불충분하다고 할 수 있을 것이다. 이 개작의 범위는 매우 중요한 의미를 갖고 있는데 그 범위의 결정에 관한 명확한 기준은 없으므로 사안별로 결정해야만 할 것이다. 다만 저작물 중에 실용적 저작물은 그 실용성이 강할수록 개작의 범위는 일반적으로 좁게 해석해야 할 것이다. 실용적 성격이 강한 저작물의 개작범위를 넓게 인정한다면 그것은 표현을 보호한다는 명목하에 실질적으로는 아이디어를 보호하는 결과가 되기 때문이다.[21] 이런 관점에서 본다면 프로그램에 있어서의 개작의 범위는 극히 좁게 해석해야 할 것이다.

개작 프로그램이 되기 위해서는 원 프로그램의 아이디어나 논리적인 기본원리 및 설계 등과 일련의 지시·명령들을 개작과정에서 이용하여

---

20) 프로그램보호법 제2조 제4호에서 개작이라 함은 "원프로그램의 일련의 지시 명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위를 말한다"라고 정의하고, 동법 제3조 제2항에서 "개작된 프로그램은 독자적인 프로그램으로서 보호된다"라고 규정하고 있다.

21) 김정완, "컴퓨터프로그램 저작권의 침해", 전남대학교 법률행정논문3집, 1991, 96-97면.

새로운 기능을 추가시키는 등 창작적인 요소가 가미되어야 할 것이다. 이러한 개작은 원 프로그램과 외형상의 변경이 현격하게 비교되지 아니하고 전문가의 감정에 의하여 창작성을 추가를 판별할 수 밖에 없다고 할 수 있다.

Ⅲ. 실질적 유사성 판단 방법

원 프로그램저작물과 2차적 저작물 사이의 실질적 유사성을 판단함에 있어 실체적 문제에 직면하게 되는데, 양 프로그램저작물 사이에 어느 정도 유사성이 존재하여야만 실질적으로 유사하다고 판단할 수 있는가의 문제이다. 현실적으로 프로그램 침해가 있었는지 여부를 판별하기란 쉬운 일이 아니다. 왜냐하면 프로그램을 그대로 이용하는 경우와 달리 수정·증감하거나 변경하여 사용하는 경우에는 프로그램저작권을 침해하는 것인지 판별하기란 쉽지 않기 때문이다. 이러한 판별의 방법에 있어서 미국과 우리나라의 판별방법을 살펴보기로 한다.

1. 미국에서의 실질적 유사성 판별

미국의 실질적 유사성의 판단방법으로 판례이론이 적용되고 있는데, 반복이론(iterative test), 구조·순서 및 조직이론(structure, sequennce and organization : SSO test), 외관이론(look and feel) 등을 거쳐 현재 연속여과 이론(successive filtering test)이 제시되고 있다.[22]

가. 반복이론

반복이론(iterative test)은 원 저작물과 2차적 저작물 사이에 실질적 유사성이 있다고 하기 위해서는 문언적 복제(literal copying) 또는 직접적 번역(direct translating)이 있는 것을 요하는 이론으로 E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.of America 사건[23]에서 처음 적용된 이론

22) 이 이론들은 아이디어와 표현의 구별과도 관련이 되어 있다.

이다. 이 이론에 의하면, 실질적 유사성을 판단하기 위해서는 2차적 프로그램 작성자가 원 프로그램을 사용했는지 여부와 원 프로그램의 본질적 부분에 대한 반복적이고 정확한 복제에 의하여 이루어졌는지 여부였다. 따라서 이 사건에서는 문언적 복제와 직접적 번역을 금지하는 것으로 해석하고 있다. 이러한 번역은 프로그램언어를 다른 프로그램언어로 번역하는 것을 말하는 것으로 데이터구조 및 알고리즘이나 프로그램 작성단계의 다른 부분의 변환이 있어야 한다. 그러나 이 이론에서 프로그램의 어느 부분까지 보호하는지에 대한 설명이 없기 때문에 실질적 유사성 판단기준이 모호하다는 비판을 받고 있다.

나. 구조, 순서 및 조직이론

구조·순서 및 조직이론(structure, sequennce and organization : SSO test)은 Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc. 사건[24]에서 처음 적용된 이론으로 저작물의 목적 또는 기능은 그 작품의 아이디어에 해당하고 목적이나 기능에 필요하지 않은 나머지 모든 것들은 아이디어의 표현이고, 프로그램의 경우는 프로그램 코드의 문자에 의한 표현을 넘어 그 구조, 처리의 흐름, 구성에까지 미친다고 하여 프로그램의 구체적인 구조, 배열, 조직도 저작권보호 대상이며, 양 프로그램 사이에 실질적 유사성이 존재한다면 저작권침해라고 판시하였다. 이 이론은 프로그램의 효율성을 높이기 위한 기능적 아이디어도 구조나 흐름에 해당하여 보호될 위험성이 있으며, 사실상 아이디어 내지 알고리즘까지를 표현의 범주에 포함될 수 있으므로 보호범위의 획일적인 기준을 세울 수 없다는 것이 이 이론의 단점으로 제기되면서 지나친 보호범위를 경계하고 제한하는 쪽으로 선회하게 된다.[25]

다. 외관이론

---

23) E.f. Johnson Co. v. Uniden Corp.of America, 623 f. Supp.1485, 228 U.S.P.Q. 891 (D.C. Minn., Dec 13, 1985).

24) Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc., 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

25) 오승종·이해완, 전게서, 681면.

외관이론(look and feel)은 프로그램의 실질적 유사성 판단의 기준으로서 프로그래밍의 각 구성단계를 비교하지 않고 저작물의 전체적인 관념과 미감 또는 외관이 실질적으로 유사한가를 기준으로 삼는 이론이다. 이 이론은 인터페이스나 비디오게임 등 프로그램의 기능적 측면과 별도로 스크린 디스플레이 등의 시청각적 측면을 저작물로 보호하고자 할 경우, 스크린 디스플레이의 유사성을 비교할 때 적용한 기준이다.[26] 따라서 이 이론은 프로그래머가 기술적 측면에서 프로그램을 구성하는 단계인 추상적 데이터 형태, 구성단계나 알고리즘 등 데이터구조 등 프로그래밍의 내부구성과정을 분석하여 비문언적 요소의 보호범위를 결정하는 측면에서는 침해의 판단의 기준을 제시할 수 없는 이론으로 평가받고 있다.[27]

라. 연속여과이론

실질적 유사성 판단기준으로서 가장 널리 지지를 판고 있는 이론이다. 이 이론은 Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc. 사건[28]에서 추상화(abstraction), 여과(filtration), 비교(comparison)의 3단계의 논리적 과정을 제안하고 있다.

(1) 추상화 단계

추상화 테스트는 프로그램의 작성과정을 문언적 코드에서부터 프로그램의 궁극적 기능까지 작성과정의 역순으로 '추상화의 단계'를 분석하는 것을 말한다. 즉 법원은 침해당했다고 주장하는 원고의 프로그램의 구조를 먼저 리버스 엔지니어링(reverse engineering)과 같은 방법으로 분해하여 그 구조 내에 있는 각 단계의 추상적 요소를 분리시켜 이

---

26) 이 이론은 Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc. 사건에서 처음으로 적용되었고, Gates Rubber Co. v. Bando Chem. Indus., Ltd. 사건 등에서 확립되었다. 그래서 Engineering Dynamics, Inc. v. Structural Software, Inc. 사건에서는 이 이론을 "Gates Rubber/Altai/Nimmer Method"라고 부르고 있다; 오승종・이해완, 전게서, 682면.

27) 이철,「컴퓨터범죄와 소프트웨어보호」, 박영사, 1996, 310면.

28) Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d. 693 (2d Cir. 1992).

를 확인하는 과정을 거친다.[29] 즉 이 과정은 마치 프로그램 디자이너의 각 창작과정을 소급하여 추적하는 것과 같다. 이 과정을 거쳐 요소 또는 단계마다 프로그램을 여러 모듈의 구조, 조직을 일련의 명령어들의 집합으로 추상화시킨 다음 그 모듈과 명령어들에 대응하는 기능을 부여하고, 마지막으로 당해 프로그램의 최종목적과 기능을 정의한다. 이렇게 단계별로 추상화해서 얻어진 각각의 프로그램구조를 가지고 이후 여과 및 비교테스트를 거친다.

(2) 여과 단계

보호받을 수 없는 요소들을 하나씩 제거하는 단계로 프로그램의 구조적 요소들을 검토하여 이를 토대로 그 단계에서의 특정한 부분이 보호 가능한 표현에 해당 하는가 혹은 보호되지 않은 아이디어나 표현에 속하는 가를 구분해내는 것이다. 이러한 여과단계는 저작물로부터 저작권에 의해 보호될 수 없는 요소들을 걸러내어 순전히 창작적인 요소를 추출해내는 과정인 것이다. 예컨대, 효율성에 의해 규정되어지는 요소,[30] 외부요건에 의해 규정되어지는 요소,[31] 공지의 사실에 기초하고 있는 요소[32]들이다.[33]

---

29) Gatesrubber Co. v. Bando Chemical Indus. 판결에서는 추상화 단계에 관하여 보다 자세한 설명을 시도하였는데, ①프로그램의 주된 목적, ②프로그램의 구조 또는 설계, ③모듈, ④알고리즘과 데이터 구조, ⑤원시코드, ⑥목적코드의 6가지 단계로 나누어진다.

30) 프로그램의 효율성을 위하여 필요한 아이디어에 필수적으로 부수되는 방법이나 표현은 필연적으로 그 구조가 유사할 수밖에 없으므로 그러한 방법과 표현은 저작권의 보호대상이 아니라는 것이다. 이것은 저작권법상의 아이디어와 표현의 융합원리에 따른 당연한 결과라고 할 수 있다.

31) 프로그램에 적용할 경우 표현의 범위가 제한될 수밖에 없음을 인정하면서 첫째, 하드웨어의 표준으로부터 오는 제약, 둘째, 소프트웨어의 표준(호환성)으로부터 오는 제약, 셋째, 컴퓨터 제조업자기 설정한 설계표준으로부터 오는 제약, 넷째, 프로그램이 사용되고 있는 산업의 관행으로부터 오는 제약, 다섯째, 컴퓨터업계의 표준적인 프로그래밍기법으로부터 오는 제약 등과 같은 외부적 요소에 의해서 프로그램이 규정되어지는 경우 이와 같은 요소에 의해 규정된 프로그램구조들은 저작권법상의 보호대상이 될 수 없다.

32) 소위 공유영역(public domain)에 속하는 요소들은 한 저작자의 독점물일 수 없는 것이고 따라서 누구라도 자유로이 접근할 수 있는 것이므로 그러한 요소가 어느 저작물에 포함되어 있다 하더라도 그것은 저작권의 보호대상이 될 수 없

(3) 비교단계

남아 있는 창작적 표현들을 상호 비교하여 그 실질적 유사성을 판단하는 단계이다. 이 단계는 원 프로그램저작물 가운데에서 추상화 단계와 여과단계를 통해 발견된 보호 가능한 표현요소들을 2차적 저작물과 비교하여 보호되는 표현들을 복제하였는가의 여부를 결정하는 것이다.

본 판결은 문자적 요소를 넘어서도 저작권이 미침을 선언한 것으로 일응 그 합리성이 인정된다. 그러나 구체적으로 그 보호의 범위를 설정함에 있어서는 특별한 답을 제시하지 못하고 있다는 단점을 갖는다. 즉 동 판결이 사용한 구조, 배열, 구성은 구체적으로 무엇을 의미하는지, 보호범위라고 선언한 구조 등의 개념이 모호하며, 결국 그 보호범위도 모호할 수밖에 없고, 이는 경계를 명백히 하지 않고 "경계내에는 들어가지 말라"고 한 것과 같다는 비판을 받고 있다.[34] 또한 비문언적 표현의 보호범위와 관련하여 저작권 침해여부를 추상화단계, 여과단계, 비교단계의 3단계 과정을 거쳤다하여도 프로그램 비교테스트 후 몇 %를 복제한 경우(예: 50% 또는 90% 등)를 복제로 볼 것인가 등의 문제에는 기준을 제시하지 못하고 있다.

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

2. 우리나라에서의 실질적 유사성 판별

우리나라에서 프로그램의 실질적 유사성 판단에 있어 크게 객관적 유사성과 구조적 유사성으로 판별하고 있다.[35]

다는 것이다.

33) 김정완, 전게논문, 101면.

34) 송영식·이상정·황종환,「지적소유권법」, 육법사, 2005, 719면.

35) 김우정, "프로그램 표절 감정기법에 관한 연구", 홍익대학교 석사학위논문,

255 컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단기준

객관적 유사성이란 순수하게 프로그램 소스만을 일대일 대응 방식으로 비교하여 어느 정도로 유사한가를 판단하는 가장 기본적이면서도 주관적인 판단이 배제된 방법이다. 이러한 방법은 프로그램의 유사성을 계산하면 주관적인 판단을 배제하고 유사성을 판단할 수 있는 장점이 있는 반면에 프로그램의 특성을 무시한 결과를 가져올 수 있다는 단점이 있다.

객관적 유사성 판단에 있어서 소스코드 비교 시 중요한 요소로서는 비교대상 파일을 선택한 다음 도구를 통하거나 육안으로 유사성을 결정하게 된다. 이때에 유사성을 산출하기 위해서는 파일별로 가중치를 부여하게 되는데, 일반적으로 각 파일의 라인 수가 전체 소스코드 라인 수에서 차지하는 비율을 가중치로 삼는 것이다. 이때에 파일별 가중치는 양적인 면을, 파일별 유사성은 질적인 면을 반영하여 유사성을 계산하고 있다. 또 하나의 방식은 파일별 유사성을 양적으로 계산하는 것이다. 파일에서 복제된 라인의 수를 기준으로 파일별 유사성을 계산하는 방법이다. 예컨대 소스코드가 원 프로그램저작물에 차지하는 비중이 양적으로 많지 않더라도 프로그램 전체의 기능을 수행하는 데에 실질적인 부분이라면 실질적 유사성 요건에 충족되었다고 보아야 하나, 여기에서 실질적 유사성이 어느 정도가 되어야 하는가는 결국 법원의 몫이라고 할 수 있다.

구조적 유사성이란 소스코드의 일대일 비교에서는 드러나지 않지만 양 프로그램의 파일 및 자료구조, 사용자 인터페이스 또는 설계구조가 사실상 동일 또는 유사하다고 판단하는 것을 말한다. 즉 주요기능별, 자료구조, 운영환경, 주요 파일명 및 함수명의 유사성 등이 이에 속하며 주관적 판단이 크게 작용한다. 이러한 유사성 정도 판별에 있어서 가장 공통적으로 사용되거나 논리적으로 타당한 항목이 제시되고 있다.[36]

프로그램의 유사성은 크게 객관적 유사성과 구조적 유사성을 합쳐서

2002, 15-16면.

36) 감정항목은 감정대상 프로그램이나 감정인에 따라 다양하게 정의내리고 있는데, ①자료구조, ②함수의 구조 및 내용, ③주요기능, ④디렉터리 구조, ⑤주요 파일이름, ⑥드라이버 정보, 설정파일 및 운용환경, ⑦에러 메세지, ⑧기타 특정한 감정종류에 따라 고려된 항목 등 다음의 여덟 가지가 제시되고 있다; 김우정, 전게논문, 2면.

계산하게 되는데, 예컨대, 실시간 경매시스템을 개발하여 인터넷 사이트를 통해 사업을 영위하던 甲은 자사의 사이트에 접속하여 경매 프로그램을 통한 입찰시 엉뚱하게도 乙사의 경매 프로그램이 구동된다는 사실을 발견하였고, 이러한 현상이 양사의 입찰프로그램의 일부가 동일한 것으로 판단하여, 乙이 자사의 프로그램을 무단으로 도용하여 사용하였다고 법원에 프로그램 사용중지 등 가처분 신청을 하게 되었다. 이에 법원은 해당 프로그램의 복제여부를 확인하기 위해 프로그램심의조정위원회에 감정을 의뢰하였고, 양 프로그램간의 동일·유사성을 밝히기 위해 감정을 수행하였는데, 감정의 항목으로는 소스파일, 자료구조, 함수의 구조 및 내용, 설정파일, 에러 메시지, 프로그램 구성방식, 기능 및 운영방식 등 종합적으로 고려하여 판단한 사례가 있었다.[37] 이때 두 유사성 중 어떠한 유사성이 더 중요한가를 판단하여 가중치를 할당할 수 있고,[38] 이러한 과정에 소프트웨어 표절 검출 프로그램[39]을 사용되기도 한다.

3. 동일 또는 우연히 일치하는 경우의 실질적 유사성 판별

프로그램의 개발은 최대한의 효율적으로 사용할 수 있는 방법을 모색하는 것이다. 가장 효율적인 표현을 선택하다보면 아이디어와 표현이 동일한 경우가 발생할 수 있다. 즉 아이디어를 효율적으로 표현하기 위해서는 전혀 다른 방법을 찾을 수 없는 경우의 저작권 침해판단의 문제가 있을 수 있다.

아이디어와 표현방법이 일대일 대응관계인 경우이거나 당해 아이디어를 효율적으로 표현하기 위해서는 전혀 다른 방법을 찾을 수 없는 경우로 프로그램 개발시 누구라도 그러한 표현을 할 수 밖에 없는 경우이다. 이것을 합체의 원칙(merger doctrine)으로 표현과 아이디어가

37) 자세한 내용은, 프로그램심의조정위원회, “컴퓨터프로그램 감정사례”, 엔터 소식지, 2004년 1월호 참조.

38) 유사성 = (객관적 유사성 × 가중치) + (구조적 유사성 × 가중치) = %

39) 프로그램 유사성을 간단히 파악할 수 있는 C++, JAVA, ASP, PHP 등 6종의 프로그램언어와 텍스트 문서의 유사성을 간단히 파악할 수 있는 일반용 버전(exEYEsver.1.0)을 프로그램심의조정위원회에서 개발하여 배포하고 있다.

1:1로 대응하고 있어 분리할 수 없는 경우 그러한 표현은 저작권법에서 보호될 수 없다는 원칙을 말한다.[40] 이는 하나의 아이디어에 대해 하나의 표현밖에 없는 경우에 표현이 있다는 이유로 저작권 보호를 받는다면 결과적으로 아이디어까지 보호를 주는 결과가 발생하여 부당하다는 것이다.

프로그램의 경우에도 합체의 원칙이 적용될 수 있는데, 미국의 Morrissey 사건[41]에서 프로그램에 있어서는 그 저작물의 아이디어가 오직 한 가지 방법에 의하여서만 표현될 수 있는 것이 아니라 하더라도 그 방법이 극히 제한되어 있을 경우에도 합체의 원칙을 적용했다. 그 이유는 제한된 방법을 미리 사용하여 표현을 해 버리면 다른 제3자는 더 이상 그 아이디어를 표현할 수 밖에 없어 독점권을 부여하는 결과가 되기 때문이다.

아이디어와 표현이 동일한 경우의 침해판단에 있어서는 원 프로그램의 아이디어와 표현이 도용되어 일치한 경우 동일성이라고 보아 복제권 침해라고 할 수 있다. 그러나 아이디어를 효율적으로 표현하기 위해서는 전혀 다른 방법을 찾을 수 없는 경우에는 복제권 침해가 성립되지 않는다고 할 수 있다.

일본 판례에서는 프로그램의 코드 표현에 있어서 양 프로그램의 구체적인 표현이나 코드는 상이하지만 그 알고리즘, 프로그래머의 개성이 반영된 기본설정 및 숨겨진 파일, 메뉴화면의 구성, 문자폰트, 파일구성, 버그가 동일하기 때문에 복제한 것으로 판시한바 있다.[42]

프로그램의 기법에 있어서 원 저작물의 형식이나 표현을 알지 못하고 독자적인 프로그램을 개발하였을 때, 우연히 원 프로그램과 내용이 일치하거나 유사할 수 있다. 이렇든 원 프로그램과 우연히 일치하는 경우의 침해판단에 있어서, 우리법원은 프로그램의 적용분야나 수행결과에 있어서 원 프로그램과 유사성이 있다고 하여도 복제프로그램으로

---

40) 신각철,「최신 컴퓨터프로그램보호법」, 법영사, 2003, 67-68면.

41) 원고인 Morrissey는 사회보장번호(우리나라 주민등록번호)를 가지고 하는 판촉용 경품게임 한 종류를 창안하여 그 규칙집을 발간하였다. 피고 Procter & Gamble도 유사한 내용의 경품게임을 만들어 역시 규칙집을 발간하였는데, 피고의 규칙집 중 제1번 규칙이 원고의 제1번 규칙과 아주 사소한 문구상의 차이를 제외하고는 실질적으로 그 내용이나 표현이 동일하여 원고가 저작권침해 소송을 제기한 사건; 오승종・이해완, 전게서, 56면 재인용.

42) 오사카지방재판소 平成4년 (ワ) 제4906호 平成6년1월27일 판결.

볼 수 없다고 판시 한바 있다.[43] 결국 동일한 프로그램인지 상이한 프로그램인지 여부는 소스코드, 데이터베이스, 자료구조 및 디렉토리 구조, 사용자 인터페이스 및 주요기능, 프로그램 명세서 등을 종합적으로 비교·분석하여 판단 할 수밖에 없다.

Ⅳ. 실질적 유사성의 판단관점

1. 기능적 저작물의 판단관점

서로 다른 종류의 기능적 저작물에 있어서도 침해판단 관점을 다르게 취급을 해야 한다. 특히 서식이나 규칙, 도면 등과 같은 기능적 저작물과 프로그램은 상당한 차이가 있다. 즉 서식이나 규칙, 도면 등은 비록 감성이나 지성에 호소하기 위하여 만들어지는 것은 아니지만 인간이 사용하도록 만들어지는 것이라는 점에서 공통점이 있다.

이러한 기능적 저작물에 대한 저작권이 침해되었는지 여부를 판단함에 있어서는 표준적인 청중에 의한 관점 또는 일반인에 의한 관점(평균적 관찰자 테스트, 보통관찰자 테스트)이 유용할 수 있다.[44] 그러나 프로그램의 경우는 일반인에게 보여주는 것은 프로그램 그 자체라기보다는 프로그램의 구동결과물로서의 화면이다. 따라서 양 프로그램을 비교한다는 것은 그 출력결과물로서의 화면을 비교함을 의미하는 것이 아니고, 비교의 대상인 프로그램 자체를 구성하는 기능이나 논리의 표현물이므로, 일반인이 마치 시각적 저작물처럼 두 프로그램의 전체적인 관념과 느낌이 유사한지를 검토하는 것은 불가능하고, 소스코드의 문언적 표현 및 그 코드의 관련된 일련의 논리적·계층적 구조를 시각화하여 비교하게 되므로 일반 저작권침해 판단에서 사용되는 청중에 의한 관점이나 일반인에 의한 관점은 프로그램의 침해여부를 판단함에 있어서는 거의 소용이 없게 된다.

---

43) 서울민사지법 1993. 1. 7. 선고, 92가합31298판결.

44) 오승종, “저작재산권침해의 판단기준에 관한 연구”, 서강대학교 박사논문, 2005, 206면.

2. 일반인에 의한 관점

일반 관찰자(ordinary observer) 관점론은 보통의 관찰자가 양 프로그램사이에 유사성이 있다고 인식하는가 여부에 따라 실질적 유사성을 결정한다는 입장이다. 여기에서 보통 관찰자는 그 사회에서 평균적인 경험과 지식을 갖춘 가상의 관찰자이다. 따라서 실제 소송에서 판단을 행하는 주체가 평균인보다 훨씬 높은 전문성과 지식 및 경험을 가졌거나 반대로 평균인에 비하여 떨어지는 지각능력을 가졌다고 하더라도 판단은 어디까지나 평균인의 관점에서 이루어져야 한다. 다만 여기에서의 보통 관찰자는 항상 고정되어 있는 것이 아니고 저작물의 유형과 목적에 따라 달라질 수 있다.[45]

보통 관찰자 관점론은 양 프로그램의 어떠한 분석적 방법에 기초하지 않고서 일반인의 시각에 의한 전체적인 관념과 느낌에 의존하여 양 저작물의 실질적 유사성을 판단하는 것으로 프로그램과 같은 복잡한 기능적저작물의 경우에는 적합하지 않는다고 할 수 있다. 그러나 시각적 저작물로서의 성격을 가지는 게임화면이나 아이콘 등에 대해서는 일반인이 시각적인 방법으로 비교하여도 무방하다는 견해도 있다.

프로그램은 다른 문예적 저작물과 달리 그 작성 및 이해에 상당히 전문적인 것을 요하는 경우가 많기 때문에 일반인이 양 프로그램을 비교하여 유사성을 판단하기란 상당한 어려움이 뒤따를 것이다. 또한 프로그램의 유사 여부는 프로그램 자체의 유사여부를 의미하는 것이지, 프로그램이 기능한 결과의 유사 여부가 아니다. 즉 시각적인 방법에 의하여 비교하게 되는 프로그램의 화면이란 프로그램 그 자체가 아니라 프로그램 구동의 결과물에 불과하다. 따라서 프로그램 구동의 결과가 프로그램의 유사여부를 결정할 수는 없다. 동일한 화면 결과는 다른 연산식에 의한 프로그램으로도 언제든지 가능하기 때문이다. 따라서 시각적인 방법에 의하여 프로그램의 유사여부를 판단한다는 견해는 타당하다고 할 수 없다.

---

45) 권영준, 전게논문, 137면.

3. 전문가에 의한 관점

전문가(expert) 관점론은 보통 관찰자 관점론과 달리 당해 저작물에 관하여 전문적인 지식과 경험을 가진 사람의 관점에서 실질적 유사성을 여부를 판단하여야 한다는 입장이다. 즉 프로그램의 경우 프로그래머의 관점에서 각각 실질적 유사성 여부를 결정한다는 것이다.

프로그램은 눈에 보이는 것이 아니라[46] 두 프로그램을 전체적으로 비교함에 있어서 사용자가 마치 시각적 저작물처럼 두 프로그램의 전체적인 관념과 느낌이 유사한지를 검토하는 것은 불가능하고, 소스코드의 문언적 표현 및 그 코드와 관련된 일련의 논리적·계층적 구조를 시각화하여 비교·분석하게 된다.[47] 이러한 비교·분석은 전문가에 의해서만 비교·분석 할 수 있는 부분인데, 미국의 Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory 판결[48]에서 보통 관찰자에 의해서는 복잡한 프로그램 저작권침해사건에는 적합하지 않는다고 판시한바 있고, 우리 판례에서도 "프로그램이 동일 내지 유사하다고 하려면 전문가가 프로그램 소스코드를 비교·분석한다거나 그에 준하는 방법으로 그 구조가 동일 내지 유사함을 증명하여야 한다"고 판시한 바 있다.[49]

원칙적으로 프로그램저작권 침해여부는 법원에서 결정할 사항이나, 법원은 결정을 내리기에 앞서서 전문기관에 감정을 의뢰하여 이를 토대로 판단할 수 있는데, 이러한 양 프로그램의 실질적 유사성 여부에 대한 정확한 판단을 위해 소프트웨어 관련 법·기술 전문가에 의한 프로그램심의조정위원회의 소프트웨어 감정제도[50]가 이용되고 있으며, 기

---

46) 다만, 이러한 프로그램의 특성은 표현된 것이어야 한다는 저작물의 요건과 비교한다면 특이한 성질의 것이며, 프로그램이 저작물로서 보호된다는 법리의 치명적인 결함 부분이라고도 할 수 있다. 이러한 문제점은 일부 프로그램만을 복제함으로써 이루어지는 침해 형태에 있어 당해 일부 프로그램의 침해여부 등을 논의하는 이상한 논의로 연결된다는 점에서 우려가 아닐 수 없다.

47) 권영준, 전게논문, 263면.

48) Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222, 1232 (3d Cir. 1986).

49) 서울고등법원 1993. 6. 18. 선고, 92나64646판결.

50) 프로그램감정은 프로그램보호법 제38조의 2에 따라 프로그램심의조정위원회에서 "양당사자의 동의하에 프로그램의 감정을 실시할 수 있고, 법원 또는 수사기관으로부터 재판 또는 수사를 위하여 프로그램 감정을 요청받을 때에 실시할 수 있다"고 규정하고 있다. 이러한 감정은 유사성여부를 판단하는 것으로써

술적 판단이 어려운 양 프로그램간의 복제여부 등과 관련한 소송에서 프로그램 감정결과가 유력한 증거자료로 인용되고 있다.[51]

Ⅴ. 결론

프로그램의 보호는 아이디어 표현의 구별을 전제로 그 보호범위가 정하여 진다. 일반적으로 아이디어는 특허법을 통하여 보호되며, 표현은 저작권법이나 프로그램보호법을 통하여 보호되며, 일정한 경우에는 영업비밀보호법리에 의하여 보호될 수 있기도 한다. 이러한 보호방식의 분화는 각 개별 보호방식의 특성을 강조하면서, 또한 프로그램의 아이디어와 표현이라는 경계를 비연속적인 것으로 설명하는 결과를 낳기도 한다. 그러나 아이디어와 표현이 그리 용이한 것만은 아니며, 또한 반드시 인위적으로 경계할 수 있는지도 의문이다. 이러한 의문의 극복은 특허법과 프로그램보호법이 개별성을 인정하면서도, 이 법이 대상으로 하는 사실관계의 연속성 내지 중복성을 인정함으로써 가능하리라 생각된다. 즉 지적재산권법의 해석에 있어서는 사람의 지적창작활동이라는 것의 과정을 음미한 가운데, 실정법이 의도한 바를 하고, 그 위에 실정법이 의도하는 바에 충실한 해석과정을 밝을 필요가 있겠다.

또한 컴퓨터프로그램은 전형적 저작물과는 달리 기능적 저작물로서 기술적 요소를 갖는 것이다. 이에 특허법에 의한 보호가 중첩적 여지가 많은 지적재산이다. 이에 그 침해의 판단은 여러 요소를 고려하게 된다. 그리고 이때 고려하게 되는 접근성이나 실질적 유사성이라는 불확정 개념을 채용하게 된다.[52] 이러한 불확정적 개념은 판례를 분석하고

법적구속력을 갖고 있지 않지만 법원판결을 내리는데 결정적인 영향을 미치고 있다.

51) 필자가 프로그램심의조정위원회에 의뢰한 결과, 01년부터 05년까지 법원·수사기관 등으로부터 의뢰받아 수행한 65건의 SW감정을 분석한 결과, 현재 사건이 진행 중인 18건을 제외한 47건 중 46건이 프로그램심의조정위원회 감정결과를 결정적 증거자료로 인용해 최종판단을 내린 것으로 나타났다.

52) 이러한 불확정 개념의 채용은 컴퓨터프로그램에 한하지 않으며, 지적재산권법 전반에서 확인할 수 있다. 예컨대 특허법의 진보성과 균등개념, 상표법의 특별현저성과 유사개념 등과 같이 권리의 성립요건이나 침해의 판단 기준에 있어서 다분히 불확정적인 개념을 사용하게 된다.

해외 이론과 사례를 검토함으로써 객관적이고 합리적인 기준을 설정하도록 노력을 필요로 하게 된다.

물론 지금까지의 지적재산권법 이론의 전개, 특히 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법의 이론전개는 법형식적인 내용에 치우친 감이 없지 않으며, 실제 분쟁의 해결에 있어서 가장 중요하다고 할 불확정개념의 판단기준 수립에 대한 노력이 별로 없지 않았나 반성해 볼 시점이다. 이러한 견지에서 앞으로는, 현재까지 집적된 판례를 분석하고 외국의 실무와 사례를 연구, 검토하여 불확정개념의 객관적인 판단기준을 모색함으로써, 지적재산권법의 가장 큰 걸림돌인 법적 불안정성을 해소하는 데 더욱 노력하여야 할 것으로 생각한다.

[참고문헌]

정상조, 창작과 표절의 구별기준, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003.

프로그램심의조정위원회, 효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안(상), 정보통신부, 2004.

권영준, 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성 판단기준, 서울대학교 박사논문, 2006.

윤 경, 저작권법, 육법사, 2005.

오승종・이해완, 저작권법, 박영사, 2005.

김정완, 컴퓨터프로그램 저작권의 침해, 전남대학교 출판부, 1991.

이 철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어보호, 박영사, 1996.

김정완, 컴퓨터프로그램 저작권의 침해, 전남대학교 법률행정논문3집, 1991.

김우정, 프로그램 표절 감정기법에 관한 연구, 홍익대학교 석사학위논문, 2002.

신각철, 최신컴퓨터프로그램보호법, 법영사, 2003.

오승종, 저작재산권침해의 판단기준에 관한 연구, 서강대학교 박사논문, 2005.

송영식・이상정・황종환, 지적소유권법, 육법사, 2005.

椙山敬士,「データベースの法的保護」半田正夫教授還歷記念論集『民法と著作權法の諸問題』(1993)

지적재산권 분쟁에 있어 ADR의 활용과 과제
- 소프트웨어 분쟁을 중심으로 -

김 성 원*

◈ 목 차 ◈

Ⅰ. 서설

Ⅱ. 지적재산권 분쟁과 ADR
1. 지적재산권 분쟁의 성격
2. 소프트웨어 분쟁의 특징과 ADR
3. 법원에 의한 분쟁 해결의 어려움
4. ADR과 친한 지적재산권 분쟁

Ⅲ. ADR의 유형별 검토
1. ADR의 종류
2. 지적재산권 관련 ADR 기구
3. 지적재산권 분쟁의 조정제도에 대한 논의
4. 지적재산권 분쟁의 중재제도에 대한 논의

Ⅳ. ADR의 활성화를 위한 개선과제
1. 상담과 연계한 알선(간이조정) 제도의 도입과 활용
2. 온라인-ADR(ODR)의 구축활용
3. 민간형 ADR의 시도 및 활성화
4. 소송제도상의 개선

Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 서설

분쟁의 통상적인 해결방법은 재판에 의한 것일테지만, 제일 좋은 해결방법은 당사자간의 직접적인 협상으로 해결하는 것이다. 근래들어 이런 분쟁해결방식에 있어 종래의 재판절차이외에, 이른바 대체적 분쟁해결방안(Alternative Dispute Resolution: 이하 “ADR”이라고 한다)이 주목을 받고 있다. 여기서의 ADR이란 당사자들의 이익을 위하여 분쟁을 법원 밖에서 해결하고, 종래의 사법적 쟁송절차에 수반되는 고비용, 절차지연 등의 폐해를 방지하며, 법정분쟁으로 발전하는 것을 막기 위한 일련의 절차라고 정의할

* 인하대학교 법과대학 박사과정

수 있다.[1)]

미국에서는 1960년대 후반부터 ADR에 의한 분쟁해결을 활성화하고자 하는 이른바 ADR Movement가 등장하였고, 더욱이 1982년에는 당시의 연방대법원장이던 W. E. Burger가 민사소송사건의 증가와 그에 따른 사건처리의 지연에 대한 대책의 하나로 일정한 유형의 사건은 민사소송절차가 아니라 조정이나 중재와 같은 절차를 통하여 해결하는 방안을 모색하는 것이 바람직하다고 주창함에 따라 ADR이 주목을 받게 되었다.[2)]

한편 우리나라에서도 종래 주로 대한상사중재원[3)]에서 전통적인 ADR인 중재가 행하여져 왔고, 법원에서도 민사조정과 가사조정이 상당히 활성화되고 있다고 평가하고 있다. 특히 법관 절대수의 부족으로 과중한 재판부담에도 불구하고 사건을 재판으로 해결하려는 전통적인 경향 때문에 나타났던 사법운영상의 문제점을 해결하기 위해 법원에서 조정제도를 활성화시키려는 노력을 보이고 있고 1990년 민사조정에 관한 통일법전인 민사조정법이 제정되었으며 이후 화해권고결정제도를 신설하였다. 나아가 최근 전문화된 법영역에서 ADR의 가능성을 열어두는 입법 및 제도가 널리 행하여지고 있다.[4)] 한편 국내 IT산업의 지속적인 성장과 프로그램에 대한 지적재산권 보호인식이 높아짐에 따라 소프트웨어 지적재산권 관련 분쟁은 해마다 증가하였고, 1994년의 개정 컴퓨터프로그램보호법에 조정제도를 도입하여 시행하고 있으며, 저작권법에서도 역시 저작권심의조정위원회를 통해 조정업무를 실시하고 있다.

소송이 많은 미국역시 민사분쟁에 있어서 ADR의 이용은 매우 광범위하

---

1) 사실, 예로부터 개인들이 성직자나 교사 기타 지방 유지에 의한 문제해결 노력을 했던 바와 같이 ADR의 출현이 반드시 새로운 현상만은 아니라고 할 수 있다.

2) 미국의 ADR 운동에 관한 자세한 소개는 이상돈, “소송외적 방법에 의한 분쟁해결 필요성과 정당성에 관한 이론적 고찰”, 법학논문집 제13호, 중앙대 법학연구소, 1988. ; 이점인, “재판외분쟁해결제도 - 미국의 ADR을 중심으로”, 동아법학 제26호, 동아대 법학연구소, 1997. ; 김태한, “미국에 있어서 ADR제도”, 사회과학논문 제21집, 호서대학교, 2002. 참조.

3) http://www.kcab.or.kr/, 클레임통계의 알선중재 건수를 보면, 2004년 659건, 2003년 662건으로 상당히 활발한 활동이다.

4) 지적재산권 영역만 하더라도 저작권법 제81조, 컴퓨터프로그램보호법 제35조, 반도체집적회로배치설계에 관한 법률 제25조, 발명진흥법 제29조, 인터넷주소관리에 관한 법률 등이 조정위원회의 근거법으로 되어 있다.

며, 민사소송사건의 약 90%이상이 ADR을 포함한 협상 등에 의하여 해결되고 있고, 약 5%정도만이 판결에 의하여 처리되고 있다.[5] 또한 최근 일본도 적지 않은 사건이 조정을 통해 해결되고 있다.[6] 이에 비해 우리나라는 약간의 예외는 있지만 ADR을 통한 분쟁 해결은 미국이나 일본 등 선진국에 비해 현실적으로 발생하는 분쟁의 빈번함에 비해서는 상대적으로 굉장히 미미한 것 같아 보인다. 이에 각각의 분쟁영역에서는 ADR에 대한 현실적 필요와 논리를 구축하여 활용하고자 하고 있다. 지적재산권[7] 영역에서의 분쟁 중에는 다른 부분과 달리 ADR을 통한 분쟁해결이 바람직하지 않다는 지적이 있으나[8] 그와는 반대로 ADR을 통한 해결이 절실히 요구되는 부분도 있다. 이에 본고에서는 지적재산권, 특히 소프트웨어 분쟁영역에서 ADR의 활용에 대해 살펴보고, 타국과 비교해 오랜 전통은 아니지만 십수년을 지나 어느 정도 궤도기와 더불어 새로운 전환기에 접어든 ADR의 과제는 무엇일까에 대해 다루어 보기로 한다.

---

5) 이준상, "미국에서의 ADR운영 현황과 우리나라에서의 활성화 방안", 사법제도비교연구회 제27차 연구발표회 발표문, 1면.

6) 2004년 기준 제1심 소송건수(지방재판소・간이재판소 포함)가 491,551건임 대해 조정신청건수는 440,718건으로 소송대비 89.7%에 이른다, 자세한 것은 新堂幸司, 新民事訴訟法(第3版增補), 弘文堂, 2005, 16면 참조.

7) 주지하듯, 지적재산권이라 함은 인간의 지적 창작물에 관한 권리와 표식에 관한 권리를 총칭하는 말이다. 세계지적재산권기구(WIPO) 설립조약 제2조 제8항은 "지적재산권이라 함은 문학・예술 및 과학적 저작물, 실연자의 실연, 음반 및 방송, 인간 노력에 의한 모든 분야에서의 발명, 과학적 발견, 의장, 상표, 서비스표, 상호 및 기타의 명칭, 부정경쟁으로부터의 보호 등에 관련된 권리와 그 밖에 산업, 과학, 문학 또는 예술분야의 지적 활동에서 발생하는 모든 권리를 포함한다"고 규정한다. 즉 저작권, 저작인접권, 특허권, 과학적 소유권, 의장권, 상표권, 상호권이나 서비스표권, 부정경쟁방지법에 의하여 보호되는 원산지표시나 영업비밀 등 일체의 것, 소위 종래 산업재산권(공업소유권)과 저작권이 모두 지적재산권에 포함된다.

8) 예컨대 독점권인 특허권 등 산업재산권의 발생・변경・소멸과 관련된 특허쟁송은 직권탐지주의가 적용되고, 따라서 이러한 분야는 ADR에 적합한 분야는 아니라고 보는 견해도 타당해 보인다. 그러나 이에 반대하는 견해도 적지 않다. 이에 대해서는, 윤선희, "지적재산권 분쟁에서의 소송 외 해결방법에 관한 소고",「지적재산권의 현재와 미래」(소담 김명신 화갑기념논문집), 2004, 586면 참조.

Ⅱ. 지적재산권 분쟁과 ADR

1. 지적재산권 분쟁의 성격

지적재산권은 지식 내지 정보라는 무체물을 목적으로 하는 특징을 갖는다는 점에서 물건을 전제로 한 종전의 물권에서는 찾아 볼 수 없는 문제와 부딪히게 된다. 즉 하나의 물건을 전제로 한 물권에 있어서는 타인을 배제하지 않은 상태에서 자신의 물권을 주장하기란 불가능하였으나, 무체물인 정보에 있어서는 비배타적·비경합적인 사용이 가능하다는 점에서 정당한 권리자를 우회하는 침해가 용이하며, 침해로부터의 구제 역시 쉽지 않다는 문제점을 갖고 있다. 특히 정당한 권리자를 물리적으로 배제하지 않은 상태에서 이루어지는 권리의 침해는 그 침해자로서도 별반 죄의식 없이 타인의 권리를 침해하게 되는 경우가 빈번하다.

한편 지적재산권은 기술력을 전제로 한다는 점에서 그와 관련한 분쟁 해결에 있어서도 특수성을 갖는다. 즉 분쟁이 발생하였을 때에는 그 사안을 특정하고 해결안을 제시함에 있어 분쟁 해결자가 논란이 되는 기술을 정확하게 파악하고 있어야 한다는 점에서 법률적 지식과 함께 기술적 지식을 겸비하고 있어야 한다는 특징을 갖는다. 분쟁의 해결과정에 있어 기술력이 유지되어야 한다는 점에서 기술이 공지되지 않도록 노력하여야 하며, 신속하게 변화하는 기술 환경에 적응할 만큼 빠르고 신뢰성 있는 분쟁의 해결이 요구되고 있다.

덧붙여 전통적인 산업재산권제도는 비록 그것이 국제간 협의체를 통해 통일화를 논의하였으나, 속지주의적인 입장을 취하고 있어 국가간의 차이를 배제할 수 없는 상황이었다. 그러나 국제간 무역거래의 활달과 인터넷을 비롯한 정보통신의 발달로 국경을 초월한 지적재산권 관련 분쟁이 양산되는 경향이 있어, 이에 대한 공정한 분쟁해결제도를 마련하여야 한다. 그러나 자국의 이익을 반영할 수 밖에 없는 법원에 의한 국제간 지적재산권 분쟁의 규율에는 한계를 갖는다는 특징을 갖는다.

2. 소프트웨어 분쟁의 특징과 ADR

소프트웨어 관련 거래는 주로 계약을 통해 이루어지는데 여기에는 개발계약, 판매계약, 라이선스계약, 접속・이용계약, 비밀유지계약, 유지 및 보수계약, 운영대행계약, 임치계약, 금융계약 등 매우 다양하다.[9] 또한 소프트웨어 지재권 관련 분쟁은 고도의 기술적 내용을 담고 있으며 빠르게 변화하는 특징이 있다. 예컨대 소프트웨어의 이용방식이 종래에는 자신의 컴퓨터에 장착하여 사용하던 것이 오늘날에는 온라인을 통해 다운로드 받거나, 자신의 컴퓨터에 소프트웨어를 장착하지 않고 스트리밍(streaming) 방식에 의하여 필요한 만큼만 사용하는 형태가 보편화되기도 했다. 따라서 이러한 급속한 신기술의 발전으로 인해 소프트웨어 분쟁은 끊임없이 기존의 법이 규율하기 난해한 내용이 추가되며 이를 적절히 해소해낼 법원이외의 구제장치가 필요하기도 하다.

또한 최근 소프트웨어 개발은 다양한 정보기술 및 콘텐츠의 총집합이라고 할 정도로 복합적인 구성요소를 한체계 속에 섬세하게 담아내고 있다. 게임의 예를 들면, 하나의 소프트웨어 개발에는 프로그래밍 기술, 네트워크, 음악 콘텐츠, 미술 콘텐츠, 기술적 보호조치, 데이터베이스, 상표, 캐릭터, 노하우 등이 유기적으로 녹아들어가 있다. 따라서 이러한 소프트웨어 개발은 뜻하지 않게 타인의 지적재산권을 침해할 가능성이 높으며, 개발된 소프트웨어에 대한 권리귀속의 문제 등 수많은 분쟁가능성을 안고 있다.

그 밖에도 구매한 소프트웨어가 기대한 기능과 성능을 갖추지 못한 것에 대한 분쟁, 발주자의 대금미지급이나 불공정거래행위로 인한 분쟁, 개발자와 발주자간의 비밀유지의무 위반이나 사용자와 종업원간의 경업금지의무 위반으로 인한 분쟁, 게임이나 네트워크 솔루션 개발과 관련한 특허분쟁 등 무수히 많은 분쟁의 원인과 형태가 존재한다고 볼 수 있다.[10]

한편 IT중소벤처기업 70곳을 대상으로 프로그램심의조정위원회가 2005년 9월부터 2개월간 조사한 분쟁해결 제도에 대한 인식, 소송 및 중재의 이용성과, IT분야로 특화된 중재기관의 필요성에 대한 설문은 소프트웨어 분야에서도 체감되는 적용성이 있을 것으로 판단되는데 설문에 대한 조사결과를 살펴

9) 자세한 내용은 손경한, “소프트웨어계약과 그 분쟁해결”, 제10회 KITAL 정기국제 심포지움, 2003. 6. 24, 12-14면 참조.

10) 손승우, “소프트웨어 분쟁조정기관에 의한 중재제도 도입에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회 연구보고서, 2005. 48면.

보면 다음과 같다.[11]

설문에 참가한 업체들이 다양한 분쟁해결제도(화해, 조정, 중재, 소송)에 관해 인지하고는 있으나 그 중 중재에 대한 인지도는 53.2%로 화해 79%, 조정 71%, 소송 75.8%로 다소 낮은편으로 나타났다. 분쟁에 대한 경험률은 약 47%로 절반에 가까운 수준이며, 매출액이 높은 기업체가 낮은 기업체보다 분쟁경험이 많은 것으로 나타났다. 또한 분쟁의 주요 요인으로는 계약서관련 지적재산권 문제가 가장 많았고, 분쟁 발생시 소송을 꺼리는 장애요인으로 소송비용 및 기간, 기업이미지 악화 등을 이유로 들었다. 분쟁이나 법률적 어려움을 예방하기 위해서는 약 39%정도가 특별한 예방책을 갖고 있지 않았으며, 예방책을 갖고 있는 경우에도 외부의 법률자문에 의존하고 있는 것으로 나타났다.

분쟁발생시, 분쟁규모가 최소 5천만원 이상이 되어야 변호사를 선임하여 소송을 진행할 의향이 있다고 답한 기업은 34.9%이며, '1천만원~2천만원'내외의 분쟁은 25.4%의 기업이 소송을 진행할 의사가 있음을 밝혔다. 또한 소송경험이 있는 기업은 20%로 많지 않았으며, 소송을 경험한 기업의 경우 소송의 만족수준은 5점척도에서 평균 2.0으로 불만족한 것으로 나타났다.

그리고 중소 IT기업을 대상으로 컨설팅 및 소송대리를 해본 경험이 있는 변호사를 대상으로 소송을 위한 최소의 적정 분쟁규모와 IT분쟁 수임경험의 사례에 대한 설문에 대해서는 소송착수를 위해 수임을 할 수 있는 최소의 소송가액(분쟁규모) 또는 변호사 보수에 관한 질문에 대해 서울은 2천만원 이상, 지방은 1천만원 이상이 되어야 적절하다고 답변하였다. 최소 분쟁규모에 대한 변호사 보수로 서울은 평균 400만원~500만원(성공사례비 10%별도), 지방은 평균 300만원(성공사례비 10%별도)이 적정하다고 답변하였다.

수임경험이 있는 IT사건을 진행하면서 느꼈던 애로점에 관하여 기술이해가 어렵고 일반사건에 비해 시간이 많이 소요된다는 점을 가장 많이 답변하였고, 다음으로는 동일한 맥락에서 판사의 전문성(기술의 이해, IT업계의 현실인식) 부재를 들었다. 기타 애로점으로 법원에 지적재산권 전담부를 두고 있는 곳은 서울밖에 없으며, 감정기관이 부족하고 손해액의 산정이 어렵다는 점, IT업체의 영세성으로 인해 분쟁에 대한 사전예방이 미비함도 지적되었다.

---

11) 손승우, 앞의 글, 55-73면 참조.

3. 법원에 의한 분쟁 해결의 어려움

위에서 살펴본바와 같이 소규모의 거래가 빈번하게 이루어지는 소프트웨어의 경우 분쟁이 발생했을 때 굳이 비용이 드는 법원에 의해 문제를 해결하려고 하는 경우는 쉽지 않을 것이다. 오히려 피해보상을 포기하거나 분쟁대상 지재권이나 소프트웨어 기술의 비밀성을 위해 화해하는 경우가 보다 일반적인 모습일 것이다.

더불어 급속한 기술 발전의 속도 앞에서 소송에 의한 전통적 분쟁해결제도는 역시 한계를 들어내고 있다. 즉 급속한 기술 발전으로 기술 및 기술제품의 생명주기(life-cycle)가 짧아짐에 따라 그와 관련한 분쟁의 해결은 그 실체를 정확히 파악할 수 있는 전문 지식을 전제로 한 신속한 해결이 요구된다. 예컨대 미국의 특허침해사건의 경우 제1심 법원이 판결을 내리기까지 보통 3년 정도 걸린다. 이는 법원에 계속 중인 사건수가 많고 법정에서의 심리일정 진행이 복잡하기 때문이다.[12]. 또한 영업비밀을 비롯하여 소프트웨어 지재권 기술 보호를 위하여 비밀유지가 요구되는 경우도 있는데, 공개된 법정에서의 소송 수행은 이를 노출시키는 문제점을 안고 있을 수 밖에 없다.[13] 재판을 받고 난 이후의 집행 역시 문제될 수 있다. 어렵사리 외국 법원에서 판결을 받은 경우라 할지라도 다시 외국판결의 승인 집행절차를 거쳐야 하는 번거로움이 남게 된다.

물론 우리 법원도 원만하고 효율적인 분쟁해결을 위하여 앞서 언급했듯 본격적인 민사조종제도를 도입하여 판결절차에 의하지 아니한 분쟁해결의 활성화를 시도하고 있다.[14] 그러나 법원에서 주관하는 화해나 조정은 근본적으

---

12) 그러나 신속한 분쟁 해결이나 전문 지식을 갖춘 판사에 의한 소송 수행은 예외적인 경우라 할 수 있는데, 미국의 연방항소법원(CAFC)의 경우 1명의 판사당 3명의 law clerk을 두어 기술적인 문제에 대한 연구와 자문을 하도록 하고 있으며, 우리 특허법원 역시 합의체와 함께 1명의 기술심리관을 운영하고 있다.

13) 특히 미국의 경우 배심제에 의한 아마추어 재판과 재판공개원칙에 의한 비밀보호절차의 결여는 영업비밀 보호에 있어서는 한계를 갖는다.

14) 우리나라도 종래 여러 개별법상의 민사조정관련 조항을 통폐합하여 1990년 민사조정법으로 일원화하고 조정대상사건도 모든 민사사건으로 확대하는 등 1992년과 1995년을 포함 2002년 6차에 걸친 보완 개정을 하여 현재 시행중이다.

로 법률적 기준에 따라 분쟁 당사자의 자발적 해결의지를 북돋우어 신속・저렴한 분쟁해결책 또는 타협점을 찾는 순수 화해형이라 할텐데 실제 조정과정에서는 금전적인 양보와 타협에 초점을 맞추어 지는 경우가 대부분이므로 당사자로서 옳고 그름이 경시당했다고 하는 불만이 남는다. 또한 법원에서 강제적으로 조정결정을 할 경우에도 당사자가 이의신청을 하면 곧바로 재판절차에 회부되도록 되어 있어 기일만 끌게 된다는 문제점도 지적되고 있으며[15], 특히 법원이 주관하는 조정이나 화해만으로는 전문 기술성의 부족으로 말미암아 복잡다기한 지적재산권 분야의 분쟁을 효율적으로 처리하기에는 역부족인 경우가 많다고 할 것이다.

4. ADR과 친한 지적재산권 분쟁

지적재산권 관련 분쟁 중 특히 IT산업 분쟁은 다수 당사자의 이해가 관련된 경우가 많으며, 분쟁해결 과정에서는 순수한 법률적 요소이외에도 정보통신 등과 관련된 기술적인 요소가 포함된다는 특징을 갖고 있다. 따라서 통상의 재판절차보다도 분쟁당사자들이 많은 비용과 시간을 들이지 않고 전문기술, 법률적 사항, 거래 이익 등을 종합적으로 판단하여 합리적인 결론에 이를 수 있는 ADR을 활용하는 것이 분쟁당사자들의 이익에 부합한다고 판단할 수 있다. 특히 비공개로 이루어지는 ADR 절차는 당사자들에게는 정보보호와 거래관계의 비밀유지라는 이점이 있다. 또한 보다 적극적으로 지적재산권 관련 분쟁을 ADR로서 해결하고자 하는 노력이 제시되었는데 즉, ADR은 신속한 분쟁해결을 모색할 수 있을 뿐만 아니라 쌍방 당사자가 자신이 원하는 중립적 제3자를 선택할 수 있어 보다 적절한 전문가로부터의 심리를 받을 수 있다는 이점을 갖는다.

이와같이 ADR의 순기능은 유연성, 전문성, 신속성, 비공개성, 저렴성, 국제적 분쟁처리 등이 있고, 역기능은 재판에서는 원고가 소를 제기하면 피고는 응소의무가 있는 것에 대해, ADR은 당사자의 합의가 없으면 절차를 진행할 수 없다는 점이다. 피신청인은 ADR의 신청에 응할 의무가 없고 증거제출의 의무도 없다. 각 ADR기관은 계약서중에 중재조항을 넣도록 권장하여

15) 이점인, 앞의 글, 104면.

분쟁시 사전에 합의된 내용에 따라 조정 또는 중재의 절차를 받게끔 하고 있다. 이하에서는 지적재산권분쟁의 해결에 있어서 조정이나 중재와 같은 ADR절차를 이용하는 경우의 유용성에 대해 살펴보도록 한다.

가. 전문성

언급했듯, 지적재산권분쟁은 대부분이 기술에 대한 것이고, 또한 기술이라도 고도한 기술이라 일반인에 의해 분쟁을 해결하는 것보다 해당분야의 정통한 전문적인 지식을 가진 자에 의해 분쟁을 해결하는 것이 전문성이 더 있다고 볼 수 있다. 즉 분쟁당사자는 전문적인 기술에 대한 지식을 가진 자를 분쟁당사자 자신이 원하는 조정인(또는 중재인)을 선정할 수 있으나, 소송절차의 경우에는 법관을 분쟁당사자 자신이 지정할 수 없다. 또 중재에서 선정된 중재인은 당사자가 도중에 취하하거나 화해를 하지 않은 한 해당 사건에 대해 판정을 내릴 때까지 관여하여야 한다. 이러한 점은 ADR의 특색이라 할 수 있는데 이렇게 전문적이라는 이유는 향후 우리법원도 특허법원에서의 특허심결취소소송 외에 침해소송도 검토할 필요가 있으며, 최근 기술의 급속한 진보와 고도화, 복잡화, 기술분야의 세분화 등으로 일반법원의 전담부 법관을 지적재산관련 전담 법관화하는 것도 검토할 필요가 있다는 논거가 되기도 하다.

나. 비공개성

우리나라의 소송절차는 공개주의가 원칙(헌법§109)이라 발명이나 소프트웨어 기술 등 분쟁의 대상이 소송절차중에 공개가 될 우려가 있다. 예컨대 특허에서 발명자(기술자)가 그 발명(기술)을 완성한 후 일정한 절차를 거쳐 특허권을 취득하면, 정당한 권원이 없는 제3자가 그 발명을 실시를 하더라도 특허권 등의 침해로 해결할 수 있으나, 발명완성 후 그 발명을 특허권으로 취득하지 않고 영업비밀로 유지하는 과정중에 분쟁이 발생하게 되면, 법원에서 해결하고자 할 경우 재판과정중 그 영업비밀의 발명(기술)이 공개될 수가 있다. 이에 대해 조정・중재 등의 ADR은 절차의 비공개가 원칙(중재규칙§8)이므로 그 발명(기술)내용이 노출되어 공개될 염려가 없다.

다. 신속성

지적재산권은 다른 유체물의 소유권과 달리 권리의 존속기간이 있어 분쟁이 발생하면 신속히 처리하지 않으면 권리의 존속기간이 단축되는 것과 같은 효과가 나타난다. 그러나 우리나라는 소송에 의해 해결하려면 민사소송은 심리기간이 길고, 또 3심제를 채택하고 있어 1심에서 종결되는 경우도 있으나 최악의 경우 상고까지 가게 되면 많은 시간이 소요된다. 이러한 소송기간은 평균 상고까지 우리나라에서는 2~3년이 소요되며, 일본은 3~4년이 걸린다고 한다.[16] 그러나 ADR에서 중재의 경우 소송에 비해 신속하게 기일을 설정할 수 있고, 또 단심제(중재법§35)라 상소할 수 없으며, 국내사건인 경우는 약6개월, 국제사건은 약8개월 정도 소요된다. 또 분쟁의 신속성을 극대화하기 위하여 집중심리로 심리회수를 줄이고 예비회의제도를 활성화하여 심리자체의 소요시간도 단축시켜 진행하는 신속절차의 경우에는 1개월 정도 소요된다.[17]

라. 거래의 지속성과 비용저렴성

오랜 법정투쟁은 필연적으로 많은 비용이 소요되고, 분쟁 상대방과의 감정이 불필요하게 악화되어 소송이 종료되어도 거래를 계속할 가능성은 없게 된다. ADR은 소송에 비해 형식이나 절차에 얽매이지 않고 당사자 쌍방의 이익을 도모하고 분쟁해결의 비용을 최소화하는데 목표가 있으므로 대화와 타협으로 분쟁을 해결한 결과 종료후에도 당사자는 지속적 거래관례를 유지할 수 있는 장점이 있다. 또한 소송에 비해 비용이 저렴하다는 장점이 있는데[18] 중재는 단심이고, 행정형 ADR기관의 경우

16) 丹羽一彦, "知的財産權紛爭と仲裁" 『NBL』 No.759, 51면.

17) 곽영용・곽영실・김연호・김웅진・박종삼・서정일・이강빈, "최신 상사중재론", 대한중재인협회, 2001, 102면.

18) **◎ 중재와 소송비용의 비교**

구분 \ 금액	5천만	1억	10억	500억
중재(A)	1,690	2,240	10,290	137,240
소송(B)	6,116	10,250	47,650	1,493,150
A/B(%)	27.6	21.8	21.5	9.2

에는 감정 등을 무료로 행하고 있기에, 소송보다는 저렴한 비용으로 분쟁 해결에 접근할 수 있다는 장념을 지닌다.

Ⅲ. ADR의 유형별 검토

ADR의 주요 유형은 화해, 알선, 조정, 중재인데 중재는 당사자를 구속하는 결정을 내릴 중립적 제3자를 중재인으로 하여 당사자들이 동의한 중재계약상의 권한을 행사케하며, 조정은 중립적 제3의 당사자를 포함하기는 하지만 조정인이 구속력 있는 결정을 내릴 권한을 가지지는 않고 당사자들 모두가 수용할 만한 합의를 이루어내기 위해 노력하는 것이다. 그 외 당사자간의 협상에서는 제3의 당사자가 없이 문제를 해결하기 위해 그들 스스로 노력한며 이에 성공하지 못한 경우, 협상은 중재나 조정에 대한 사전절차가 될 수 있다.

1. ADR의 종류

가. 화해(Compromise)

화해란 분쟁의 당사자가 서로 자신의 주장을 양보하여 분쟁을 종료시키는 행위이다.(민법 제731조) 화해는 분쟁처리 형식이나 절차에 대해 아무런 제약이 없으며, 분쟁의 해결은 오로지 당사자의 의사가 합치하느냐에 달려 있다. 다라서 일방 당사자가 화해를 거부하면 그에 의한 분쟁의 해결을 단념하지 않을 수 없다. 특허권 등 산업재산권에 있어서도 분쟁의 양 주체가 서로 양보함으로써 분쟁을 해결할 수 있음은 물론이다. 화해와 관련하여 예컨대, 지적재산권중 특허권에는 다른 재산권에는 없는 특질이 있다. 하나는 권리의 불안정성이다. 권리 성립 후에도 특허를 무효로 하는 선행문헌이 언제 출현할지 몰라 끊임없이 유효성이 다투어질 우려가 있다. 둘은 문자로써 아이디어 영역을 구획하는 것의 어려움으로부터 오는 권리의 불명확성이다. 특허침해소송에 있

※소송비용에는 3심까지의 인지대 및 변호사비용 등이 포함된 것임

어서 기술적 범위에 속하는지 아닌지의 판단이 곤란하여 이른바 회색 사건이 많다. 이러한 특질로부터 특허분쟁의 경우는 화해에 친하다. 일본에서 실제로는 지적재산권관계소송의 약 50%는 화해로 종료하며, 동경지방재판소에서는 원고승소의 심증을 얻은 경우에는 손해의 입증에 들어가기 전에 대부분 예외없이 화해를 권고하고 있다고 한다.[19]

나. 알선(Mediation)

알선은 제3자가 개입하여 양 당사자의 의견을 듣고 해결합의를 위한 조언과 타협권유를 통하여 합의를 유도하는 제도이다. 즉 알선자의 역할은 당사자로 하여금 일치된 해결안에 도달하도록 도와주는 것에 불과하다. 이 제도는 중재합의가 없는 경우에 많이 이용하는 분쟁해결방법이다. 알선의 효력은 당사자 쌍방의 자발적인 합의를 통해 해결하기 때문에 법률적인 구속력은 없다.

다. 조정(Conciliation or Mediation)

조정이란 제3자(법관 또는 조정위원회)가 독자적으로 분쟁해결을 위한 타협 방안을 마련하여 당사자의 수락을 권고하는 방식이다. 당사자가 조정안을 수락하면 조정은 성립되고, 거부하면 조정불성립으로 끝맺는다. 따라서 조정은 해결방안에 대한 거부의 자유가 최종단계에서 인정되는 자주적 해결방식이다. 제3자 관여형에는 조정외에도 중재가 있으나 지적재산권 침해는 기본적으로 불법행위 사건이므로 조정이 많이 이용된다. 성립한 조정의 효력은 민법상의 화해와 같고, 강제집행은 할 수 없다. 조정과 알선을 비교하면 조정인에 의해 당사자에의 적극적인 개입정도의 차이라고 할 수 있다.

이러한 조정의 원칙으로는 다음의 것을 꼽는데[20], 당사자를 포함하여 조정에 참가한 자는 모두 자유로운 의사로 조정절차에의 참가를 결정하거나 조정절차를 종료시킬 수 있는 자발성의 원칙, 조정인은 엄격한 중립을 유지해야 하는 중립성의 원칙, 조정절차는 청구권의 발생근거를

19) 竹田和彦, 特許の知識(6판), ダイヤモンド社, 1999, 351면.
20) 김용진, 민사소송법, 신영사, 2003, 27면.

중심으로 하는 소송절차와는 달리 당사자의 이익을 분쟁해결의 척도로 삼아야 하므로 조정절차에서는 사적 대리인을 개입시킬 필요가 없다는 자기책임의 원칙, 모든 관련자료와 이해관계사실은 당사자본인에게 직접 제공되어야 한다는 정보제공의 원칙, 조정에 참가한 사람은 나머지 사람들의 동의 없이는 조정절차내용을 누설해서는 안되며 소송으로 전환된 뒤에도 마찬가지라는 신뢰의 원칙 등이 인정되고 있다.

라. 중재(Arbitration)

조정의 단점을 보완하여 분쟁해결과정에 구속력을 부여한 것이 중재제도이다. 중재는 당사자간의 합의에 의하여 전문가를 중재인으로 선임하여 판정케 하고 당사자가 그 판정에 구속되기로 합의하는 것이다. 이는 분쟁당사자 스스로에게 구속력을 가지고자 자발적으로 재판청구권을 포기하고 중재로 그들의 분쟁을 해결하겠다는 합의에 근거하여 스스로 중재절차를 진행할 수 있다는 점에서 화해의 특성을 가지고 있는 것과 함께, 여타 ADR 방식과는 달리 사인의 지위에 있는 중재인에 의해서 내린 판정에 법원의 최종판결과 같은 구속력을 부여하고 있다는 점에서 재판의 특징도 지니고 있다. 또한 국가공권력을 발동하여 강제집행할 수 있는 권리가 법적으로 보장되어 있다(중재법 제1조, 제8조, 제9조 및 제37조). 이러한 점은 단심제를 특징으로 하는 중재제도가 분쟁해결의 실효성을 확보할 수 있는 가장 큰 장점이라고 할 수 있다.

소프트웨어 지적재산권 등 IT분쟁에서 중재가 효과적이고 경제적인 방법이지만 모순되게도 중재의 장점은 곧 단점으로 작용될 여지가 있다. 예컨대, 중제는 1회의 판정으로 법원의 확정판결과 동일한 효력이 발생하기 때문에 잘못된 판정시 이를 구제할 방법이 없다. 또 소송과는 달리 중재판정의 기준으로 법률 외에 거래관행, 형평 및 경험칙 등이 인정되므로 중재인의 주관이나 자의가 개입될 경우 법적 안정성을 해칠 위험도 지적된다. 특히 비법률가가 중재인으로 선임될 경우 업계의 현실만 반영하고 법률적인 정의구현을 간과할 수 있으므로 분쟁결과에 대한 예측가능성이 저하될 수 있다. 현재 소프트웨어 지적재산권면에서 프로그램심의조정위원회가 중재제도의 도입을 추진하고 있는데 이러한 점은 각별히 고려해야할 사항일 것으로 자세하게는 후술하기로 한다.

2. 지적재산권 관련 ADR 기구

이하에서는 지적재산권 분쟁이 국제적일 경우 활용할 수 있는 제도인 WIPO 중재·조정센터를 간략히 짚어보고, 우리나라의 지적재산권 관련 ADR제도에 대해 살피도록 한다.

가. 세계지적재산권기구(WIPO) 중재·조정센터

WIPO에서는 1994년에 세계지적소재산권기구 중재·조정센터(WIPO Arbitration and Mediation Center)[21]를 설치하여 사적 당사자간의 지적재산권관련 국제상사분쟁의 해결을 위한 중재와 조정서비스를 시작하였다. 센터는 WIPO의 국제사무국(International Bureau)의 한 부서로 되어 있는데 지적재산권 보호와 분쟁해결의 가교역할을 하고 있고, 분쟁의 일방 당사자의 요청이 있으면 분쟁당사자들이 모여 분쟁을 한 분쟁해결절차에 부탁하는 문제를 논의함에 있어서 조정자 역할을 하는 알선(good offices) 서비스도 제공하고 있다. 또한 그 업무수행을 위해 세계지적소유권기구 중재심의회(WIPO Arbitration Council)와 세계지적소유권기구 중재자문위원회(WIPO Arbitration Consultation Commission)의 자문을 받고 있으며, 부대사업으로 관련 계약조항의 작성에 대한 조언도 한다. 중재·조정센터가 제공하고 있는 ADR 절차로는 조정, 중재, 간이중재(expedited arbitration), 그리고 분쟁이 중재에 의해 해결되지 않는 경우 그 후속조치로서의 조정(mediation)=중재병용조정 등의 4개 분쟁해결절차를 운영하고 있다. 간이중재는 일반 중재절차보다 신속하고 저렴한 비용으로 진행되는 절차를 말한다. 이 절차를 이용한 사례에서 간이절차는 WIPO 센터에서 지명한 1인의 중재인에 의해서 진행되었고 단 하루의 심리를 거쳐 6주 이내에 중재판정이 내려진바 있다. 그리고 조정-중재 절차는 조정과 중재가 결합된 형태로서 조정을 통하여 분쟁해결을 먼저 도모하고 조정이 성립되지 않은 부분에 대해서 이후에 중재로 해결하는 절차를 말한다.

---

21) http://arbiter.wipo.int/center/index.html

나. 우리나라에서의 지적재산권 관련 ADR 기구

전술하였듯 지적재산권은 다양한 형태로 발전하고 있으며, 그와 관련한 분쟁도 다양하게 나타나고 있다. 이에 종국적인 판단으로서 법원의 판단을 받는 경우와 함께 다양한 형태의 ADR 기구들이 지적재산권 관련분쟁의 해결을 위하여 노력하고 있다. 소프트웨어의 경우 주로는 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 대상영역인 경우가 많을 것이고, 컴퓨터프로그램이 특허로 출원등록된 경우에는 특허원리에 의해 규율되어야 한다. 이하에서는 산업재산권분쟁조정위원회, 컴퓨터프로그램심의조정위원회, 저작권심의조정위원회, 배치설계심의조정위원회, 도메인이름 분쟁조정위원회 등 우리나라의 지적재산권 관련 분쟁해결기구와 제도에 대해서 살펴보되, 소프트웨어 지적재산권 분쟁과 관련성이 큰 기구에 대해서는 상세히 살피고, 큰 연관성이 없는 산업재산권분쟁조정위원회, 배치설계심의조정위원회, 도메인이름 분쟁조정위원회 등은 지적재산권과 연관된 분쟁해결기구라는 차원에서 개요 및 현황에 대해 간략하게 확인하고자 한다.

(1) 산업재산권분쟁조정위원회

특허청은 1995년 산업재산권 분쟁의 신속・간편・경제적인 해결을 위하여 발명진흥법 제29조를 근거로 산업재산권분쟁조정위원회를 설치하였다. 이 위원회는 산업재산권의 침해로 인하여 발생된 분쟁, 산업재산권의 양도 또는 실시에 관련된 분쟁, 직무발명보상에 관련된 분쟁, 기타 산업재산권에 관련된 분쟁[22] 등을 그 조정 대상으로 한다. 한편 1995년부터 2005년 10월까지 총 83건의 조정신청건중 29%의 저조한 성립율로 조정본래의 취지를 발휘해야한다는 평가를 받고 있다.[23]

---

22) 예컨대 권리자가 침해자를 상대로 하여 침해행위의 제조 및 판매중단, 부당이득의 반환, 손해배상 등에 관하여 조정을 요구하는 경우 등이며, 권리의 양도에 관한 사항, 발명인의 지분보장에 관해 조정을 신청하는 경우도 있다.

23) 김교홍, “발명진흥법 일부개정법률안 검토보고서”, 산업자원위원회, 2005. 11.

구분	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	'05.10	계
조정 신청	4	2	13	19	7	5	3	15	5	5	5	83
조정 성립	2	-	7	8	3	-	-	2	1	1	-	24
조정 불성립	2	2	6	11	4	5	3	13	4	3	4	58

* 직무발명 관련 조정신청건은 4건(97년 1건, 04년 2건, 05년 1건)이며, 조정성립은 2건

분쟁사건 취급에 있어 산업재산권의 무효 및 취소 여부와 권리범위 확인 등에 관한 판단만을 요청하는 사항 등은 그 조정대상이 되지 않는다. 또 조정신청일 현재 특허청에 등록되어 있지 않은 산업재산권에 대한 분쟁은 조정대상에서 제외하고 있다. 특허청은 종래 분쟁에 관해 조정이 성립되더라도 민법상 화해계약의 효력만이 인정돼, 당사자 한쪽이 그 효력을 부인할 경우 다시 소송을 통해서 이를 해결할 수 밖에 없어 조정제도의 활용을 꺼리는 요인으로 작용돼 왔다며, 지난 2006년 2월 9일 발명진흥법 개정으로 분쟁조정조서를 확정판결과 동일한 수준의 재판상 화해의 효력으로 인정함에 따라 분쟁조정의 실효성이 민법상 화해에서 재판상 화해로 강화되어 분쟁해결 신청이 증가할 것이라고 발표하였다. 더불어 산업재산권분쟁조정의 활성화를 위해 분쟁조정신청서 접수 후 서면으로 조정권고서를 송부하던 방식에서 벗어나 초기 단계부터 조정부가 적극 개입해 출석을 요청하는 쪽으로 관련제도를 정비해 운영하고 있다.[24]

(2) 저작권심의조정위원회

저작권심의조정위원회는[25] 1987년 저작권법의 개정으로 구성되어진 기관으로, 저작권법에 의하여 보호되는 권리에 관한 분쟁에 한정하여 저작인격권에 관한 분쟁, 저작재산권에 관한 분쟁, 저작인접권에 관한 분쟁, 보상금에 관한 분쟁 등이 그 조정 대상 분쟁을 처리하고 있으며, 저작권법의 해석적용에 관한 사건이 아닌 경우는 조정의 대상이 될 수 없다. 저작권심의조정위원회의 조정에 의하여 분쟁당사자간에 합의가 성립되고 그 합의사항을 조정조서에 기재하였을 때 조정이 성립되며 조정의 성립은 합의만으로는 부족하며,

24) 프라임뉴스 2006/2/21, http://www.pbj.co.kr/news/read.php?idxno=5242 ; 특허와상표 제642호, 2006/5/20, 대한변리사회. 참조.

25) http://www.copyright.or.kr

이를 조서에 기재하여야 한다. 특히 성립된 조서는 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다. 설립시인 1988년부터 2004년 6월까지의 조정현황을 보면 총663건중 246건의 조정성립, 290건 불성립, 취하114건으로 평균46%의 성립률을 보이고 있으며,[26] 2006년의 경우 심의20건, 조정60건을 목표로 하고 있다.

저작권분쟁과 관련해서는 다음과 같은 특징을 지닌다고 설명하는 견해도 있는데 즉, 저작권 관련 분쟁은 대부분 새로운 저작권 보호의식의 발동으로 인해 갑자기 제기된 것이 많으므로 유사한 사건에 대한 법원의 판결이 결여되어 있으며, 저작권침해행위는 그 침해자의 인식이나 저작권자의 권리보호의식 모두 저작권보호라는 국제적인 추세에 의해 자각되기 전에 이미 관행적으로 이루어져 왔다는 것이다. 예컨대 상당수의 사안은 저작권자의 권리보호주체가 권리보호를 위한 활동을 전혀 하지 않았고 사회에서도 역시 이를 권리의 포기와 같은 것으로 인식되어졌다. 따라서 가해 행위 자체가 도덕적 불감 상태에서 행해졌다. 아직 수면에 떠오르지 않았지만 잠재적인 외국의 저작권자에 대한 침해행위 역시 동일한 한국의 특수적인 사회의식에서 비롯한 것이다. 따라서 저작권침해자 개개인의 침해행위 및 침해고의를 비난하기 전에 한국 사회 전반에 보이는 법인식에 대한 결여 문제를 전제로 해야 한다. 특히 해외 저작권자의 권리보호 사건에서는 이러한 한국적 요소들에 대한 충분한 고려 위에 손해배상의 범위나 금액이 결정되어야 한다. 이 경우 엄격한 사법부의 판단에 의하기보다는 ADR과 같은 방법을 택하여 효율적으로 처리하는 것이 보다 바람직할 것이며 이에 사법부를 통한 분쟁 해결보다는 분쟁당사자에게도 경제적이고 국가이익의 차원에서도 효율적으로 보이므로 저작권과 관련하여서는 저작권심의조정위원회의 조정기능을 확대하여야 한다는 견해[27]가 제기되기도 하였다.

(3) 프로그램심의조정위원회

현행 프로그램심의조정위원회와[28] 분쟁의 조정제도는 컴퓨터소프트웨어와 관련한 분쟁을 해결함에 있어 중재・조정을 활성화하는 것이 바람직하다는

---

26) 채명기・임기현, “저작권분쟁조정제도”, 정보법학 제8권 제11호, 2004년, 252면.
27) 김성수 “국제저작권분쟁과 ADR”, 계간 저작권(2001년 봄호), 저작권심의조정위원회, 5-6면.
28) http://www.pdmc.or.kr/

WIPO의 권고를 받아들여 1994년 1월 5일에 신설한 것이다.[29] 이 조정위원회는 컴퓨터프로그램보호법 제36조 내지 제43조 규정을 그 근거규정으로 하는 기관으로, 컴퓨터프로그램 및 지적재산권 전문가로 구성된 법적 위원회이며, 프로그램저작권관련 정책 사항 및 기술적 사항을 심의하는 법정 심의기관[30]이며, 프로그램 저작권 분쟁에 대한 국내 유일한 법정 조정기관이다.

1995년부터 2005년 9월까지 프로그램심의조정위원회의 분쟁조정 실적은 총 167건의 사안중 총 52건 성립, 43건 불성립, 기일전종결 21건 등으로 매년 평균 54.7%의 성립률을 보이고 있다. 프로그램심의조정위원회의 1995년부터 2004년까지 평균 조정기간은 47.8일(컴퓨터프로그램보호법상 3개월)로서 비교적 신속하게 처리되고 있으며, 법조계, 학계, 산업계를 대표하는 소프트웨어 관련 법・기술전문가들로 구성되어 있다. 또한 조정신청금 2만원과 조정성립시 별도 소정의 조정비(평균 9만원)를 납부하게 되어 있어 저렴한 비용으로 조정을 받을 수 있으며 비공개를 원칙으로 하고 있으므로 영업상 또는 개인적 비밀이 보장될 수 있으며 2005년 5월부터 '조정・알선 온라인 예약제도'를 도입시행하고 있다. 한편 ADR중 알선은 2002년 개정에서 신설된 조항이며, 2005년 처리했던 40건의 분쟁을 2006년 하반기부터 중재제도를 추가로 도입해 조정사건의 일부를 중재로 전환한다고 계획하고 있다.[31]

(4) 배치설계심의조정위원회

배치설계심의조정위원회[32]는 반도체집적회로의배치설계에관한법률 제25

---

29) 컴퓨터프로그램보호법은 1986년 제정되어 1987년 7월 1일부터 발효되었지만 당시는 프로그램「심의」위원회제도만 있었다.「조정」에 관한 규정이 신설된 것은 1994년이다.

30) ① 프로그램저작권의 보호와 관련된 정책사항, 기술적 사항의 심의, ② 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등의 감정에 관한 사항의 심의, ③ 프로그램저작권과 관련된 법령해석에 관한 자문사항의 심의, ④ 저작권법과 형평을 유지하기 위하여 필요한 규정에 관한 사항의 심의, ⑤ 프로그램의 공정한 이용 및 프로그램저작권보호에 관한 사항의 심의, ⑥ 프로그램 등록 업무 및 등록에 관한 사항의 심의 및 ⑦ 기타 프로그램저작권과 관련하여 정보통신부장관이 중요하다고 인정하여 부의하는 사항의 심의 등의 기능을 수행한다.

31) 전자신문 2006/2/6, http://www.etnews.co.kr/news/detail.html?id=200602030120

32) 특허청 홈페이지내(http://www.kipo.go.kr) 검색을 통해 1999년 3월 위원회에 대한 2건의 보도자료를 검색할 수 있었으며 해당 내용은.“배치설계권은 93년 9

조의 규정에 근거한 조직으로 배치설계권, 전용이용권 및 통상이용권에 관한 사항을 심의하고, 법에 의하여 보호되는 권익에 관한 분쟁을 조정한다. 또한 ① 배치설계권의 보호와 관련된 기술적 사항 및 중요한 정책에 관한 사항의 심의 및 건의, ② 배치설계권의 이용 및 유통촉진에 관한 사항의 심의 및 건의, ③ 배치설계권 보호제도 발전을 위한 조정·연구, ④ 기타 위원회의 운영과 관련하여 필요한 사항의 심의 등을 업무로 한다. 다만 1993년 반도체집적회로의배치설계에관한법률에 의해 본 위원회가 생긴 이래로 아직 조정신청이 없는 것으로 보인다.

(5) 인터넷주소분쟁조정위원회

도메인이름분쟁과 관련하여 국제인터넷주소관리기구(ICANN : Internet Corporation For Assigned Names and Numbers)는 도메인이름 선점에 관련한 국제적인 분쟁해결기구와 절차 마련을 위하여 WIPO의 제안을 바탕으로 1999년 8월 26일 신속한 온라인 분쟁해결절차인 통일도메인이름분쟁해결정책(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: UDRP)을 채택하였으며, 우리나라도 '도메인이름분쟁조정위원회'를 한국인터넷정보센터(KRNIC) 내에 설치하고, 도메인이름분쟁조정규정에 따라 2002년 1월 4일 이래로 .kr 도메인이름 분쟁조정 업무를 수행하였다.

	이전	기각	취하	말소	계
건수	42	12	24	48	126
비율	33.3%	9.5%	19.1%	38.1%	100%

월 등록제도 시행이래 99년 2월말 현재 총912건(국내 424건, 국외 488건)이 등록되었으며 지난 5년 간 (1994~1998) 년평균 증가율이 53.37%로 매년 증가추세에 있는 신지식 재산권이고, 배치설계심의조정위원회는 이러한 반도체 배치설계 관련 정책을 심의하고 분쟁이 발생시 이를 조정하는 비상설기구이다. 조정위원회 위원은 학계 3명·연구계 2명·법조계 5명·업계 3명·기타 1명· 당연직 1명 등 총15명으로 구성되어 있다"는 보도이며, 동홈페이지내 2004년 반도체배치설계의 설정등록통계는 2003년까지 집계된 아래 표임(2006년 4월 15일 검색)

(단위 : 건, %)

분류	1993~1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	계
내국	211	100	106	33	26	88	95	86	745
외국	197	135	143	97	80	77	31	16	776
계	408	235	249	130	106	165	126	102	1,521

* 도메인이름분쟁조정위원회 분쟁처리실적-2002-2004(인터넷주소자원에 관한 법률 시행전 접수된 사건임)[33]

이후 2004년 1월 인터넷주소자원에 관한 법률이 제정되고, 본법이 7월 시행에 들어가자 위 도메인이름분쟁조정위원회를 해산하고 위 법에 근거 인터넷주소분쟁조정위원회[34]를 설립하였고 2005년 1월 도메인이름분쟁조정규정 및 도메인이름분쟁조정세칙이 제정되자 인터넷주소자원에 관한 법률의 규정에 의한 조정과 약관에 의한 조정 2가지를 실시할 수 있게 되었다.[35]

한편, 2006년 6월1일부터는 인터넷 최상위도메인 '.com', '.net' '.org' 에 관련된 이름 분쟁도 국내에 개소하게 된 인터넷주소분쟁조정위원회의 아시아도메인이름분쟁조정센터 서울사무소에서 해결할 수 있게 되는데, 이로써 도메인 관련, 국제분쟁해결기관은 아시아도메인이름분쟁조정센터((Asian Domain Name Dispute Resolution Centre, ADNDRC))를 포함하여 스위스 제네바에 있는 세계지적재산권기구 중재조정센터(WIPO arbitration and mediation center, www.wipo.org), 미국 미네아폴리스에 있는 전미 중재원(NAF, www.naf.org), 미국 뉴욕에 있는 공공자원센터(CPR institute, www.cpradr.org/ICANN_Menu.htm)의 4개 기관이 되게 되었다. 이로써 gTLD관련 한국인이 신청한 분쟁조정 건수는 연간 6건(WIPO 국가별 분쟁조정신청 통계기준)으로, 국내에서 진행되는 kr도메인 분쟁해결 건수(연평균 37건)와만 비교하여도 그 수가 현저하게 낮았었으나 향후 증가할 것이라는 전망이다.[36]

---

33) 한국인터넷진흥원・디지털타임스, "2005도메인이름분쟁백서", 2005, 8, 73면.
34) http://www.idrc.or.kr
35) 법률의 규정에 의한 조정은 조정부에서 제시한 조정안에 양당사자가 수락을 하면 조정이 성립되어 조정서가 작성되고 조정절차가 종료된다. 그러나 당사자 중 일방이 조정안을 수락하지 않으면 조정절차는 그대로 종료하게 된다. 상대방이 이를 수락하여 조정이 성립된 경우 인터넷주소자원에관한법률 제20조제4항의 규정에 따라 당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다. 그리고 약관에 의한 조정의 경우 양당사자의 수락여부와 관계없이 조정부에서 판단하여 조정결정을 내린다. 조정부의 이전 또는 말소 결정이 있은 후, 피신청인이 그 결정문을 송달 받은 날로부터 14일 이내에 신청인을 상대로 관할 법원에 제소하지 않거나 당사자 합의에 의한 중재신청을 하지 않는 경우에는, 신청인은 위원회에 그 결정내용의 실행을 요청할 수 있다.

3. 지적재산권 분쟁의 조정제도에 대한 논의

위와 같이 우리나라 지재권 관련 ADR기구의 개요와 성과를 살펴봤는데, 이하에서는 이에 대해 제기되는 실무 또는 학계의 논의를 살펴보도록 한다.

(1) 조정기관과 관련된 문제

조정기관과 관련된 문제로 조정을 진행하는 기관의 분쟁해결에 대한 Know-How가 부족하다는 지적이 있는데[37], 주로 행정위원회에 의한 조정을 염두에 두고 한 지적으로 조정기관들이 행정법규의 위임을 받아 주업무가 아닌 분쟁해결에 나서는 관계로 공평한 분쟁해결보다는 당사자 일방의 민원을 해소하는 형태로 진행하는 편이라는 것을 짚고 있다. 민사집행법 제10조에서는 조정위원 위촉에 대해 민사집행법에서는 학식과 덕망이 있는 자 중에서 조정위원을 위촉한다고 하고 있으나, 현실은 조정장의 조정지휘에 구색을 맞추는 인선인 경우나, 조정위원의 선임이나 교육 등에 관한 프로그램이 부족하다는 의견이다. 사견으로 지적재산권 분쟁과 관련한 조정기관들의 조정위원들은 특정분야의 실무 및 학식을 겸비한 전문성이라는 부분이 강조되어 위촉・선임된 인물인 점이 강하다 보며, 이 지적의 경우 법원에서의 민사조정을 주로 고려한 것이 아닌가 생각한다.

(2) 행정위원회에 의한 조정제도의 확대에 대한 우려

행정위원회에 의한 조정제도의 확대에 대한 우려의 의견이 있는데, 조정제도의 지나친 확대는 법적 분쟁해결의 주체가 행정부인 결과가 되어 사법부의 설자리가 없어지고 권력분립구조를 왜곡시키는 문제가 생길 수 있으며, 특히 그것이 소의 제기에 앞서 거쳐야 할 필수적인 전치절차가 되어 법원에 의한 권리보호가 현저히 지연되는 결과를 빚는다면 위헌의 문제가 생길 수 있다는

36) 인터넷 뉴시스 뉴스, 2006/05/29.
37) 이주원, “한국조정제도의 발전방향”, 중재연구 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002. 8., 114면.

것이다.[38] 이 지적은 분쟁과 법치주의에 대한 기본관점에서는 옳을 수 있으나, 사견으로는 미국에서 ADR운동이 일어나게 된 여러원인중 하나는 ADR로 인한 법원의 부담경감 및 소송과정의 실체적 양질확보도 있었다는 점, 현재 ADR이 제도취지를 살리고자하는 다양한 시도로 자리를 잡아가는 과정에 위치하고 운영실적 및 수요자들의 인식을 보았을 때 위 우려가 야기될 수 있는 상황은 아니라고 보이며, ADR은 사법적 정의뿐만 아니라 정책적 필요성에 의해서도 활용되고 있다는 점을 봤을 때 현재로써 큰 문제는 아니라고 판단된다.

(3) 신청 건수 및 조정건수의 저조

위에서 살펴보았듯이 지적재산권과 관련하여 다양한 ADR제도를 마련하고 있으나 신청건수나 조정성립건수에 있어 그 실적이 저조하다는 것이 가장 큰 문제점이라고 할 수 있다.

이러한 현상은 먼저 조정제도 자체에 대한 국민의 인식 부족이 있다. 그리고 변호사・변리사 등의 조정제도 활용안내 기피 또한 원인으로 지적된다. 예컨대 분쟁 당사자들간에 화해가능성이 있는 경우에는 대리인이 직접 당사자간의 화해를 성사시키려는 경향이 있고, 당사자간 화해가 불가능한 경우에는 조정보다는 분쟁의 해결이 확실하고 몇 차례의 수임료를 확보할 수 있는 심판을 청구하도록 유도함으로써 결국 ADR 제도의 활용이 위축되는 결과가 낳는다는 것이다.

다음으로 조정 대리인의 책임 회피에서 그 이유를 찾을 수 있는데, 기업의 경우 분쟁사실의 공표가 회사 이미지의 훼손 등 여러 문제를 야기한다는 점에서 비공개적인 당사자간 분쟁해결방법을 선호하나, 조정에 출석한 대리인은 사후 책임 문제도 있어 조정 수락을 주저하는 이유가 될 수 있다는 것이다.[39]

(4) 조정위원에 대한 집중 및 시간 부족의 문제

---

38) 이시윤, “신민사소송법”, 박영사, 2002, 21면.
39) 이상정, “재판에 갈음하는 분쟁해결방안의 현황과 과제”, 한국비교사법학회 창립11주년 기념학술대회, 80면.

분쟁 내용은 매우 다양하다. 다양한 분쟁에 있어서 양당사자를 설득하여 화해로 이끌기 위해서는 조정이나 알선하는 자의 능력・성의・인내가 필요하다. 이 점에 있어서 우리 제도는 미흡한 면이 있다는 지적이며, 일반적으로 조정제도에 대한 국민의 인식이 부족하다는 지적이 있는데, 조정제도가 있는지 모르는 사람들이 많은 것도 사실이지만, 그 외에도 협상문화에 익숙치 못한 당사자들은 조정이 법적구속력이 없는 절차로서 분쟁해결에 별로 유용하지 않다는 인식을 가지고 있는 점이나 조정을 비롯한 대부분의 ADR은 WIN-WIN협상이라는 점을 인식해야 한다는 지적이다.[40]

또한 ADR의 제도에 대한 우월성으로서 그 전문가에 의한 분쟁해결의 장점을 설명하곤 하나 막상 현행 지적재산권 관련 ADR기관의 문제점을 지적함에 있어서는 빠짐없이 조정인의 전문성에 대하여 지적하고 있다. 예컨대 저작권심의조정위원회와 관련하여 그 문제점을 지적,[41] 전자거래분쟁조정위원회의 운영과 관련한 개선점 지적[42], 산업재산권분쟁조정제도에 관한 문제점 지적[43]에서도 이러한 조정인의 전문성 제고가 지적되고 있다.

보다시피 우리나라는 소수의 고정 위원에 의해서 운영되고 있다.[44] 지적재산권 분쟁도 천태만상일진대 이러한 고정된 소수위원만으로 원만한 분쟁해

---

40) 이주원, 앞의 글, 114면.

41) 정상기, “저작권분쟁조정제도의 공과와 개선방향”, 계간 저작권 제35호, 1996. 9. 19면. 이 글에서는 조정성립률의 저조, 조정신청건수의 저조, 국제분쟁에 대한 준비소홀, 조정위원의 적극적 개입 및 전문성의 제고 등을 지적하고, 그 개선방안으로 직권조정제도, 재정절차, 조정전치주의, 상임조정위원 도는 조정연구관제도의 도입 등을 들고 있다.

42) 이도헌, “Cyberspace에서의 분쟁조정제도에 관한 연구”, 전자상거래사이버분쟁, ECMC, 2005, 164면. 이글에서는 전자거래분쟁조정위원회의 위상확보를 위한 개선점으로 소비자의 접근 용이성, 저렴하고 시기적절한 해결수단, ADR기구의 독립과 중립성, 전문적이고 공정한 조정인의 확보, 조정효력의 강화 등을 들고 있다.

43) 산업재산권분쟁에 관한 재판외분쟁해결제도, 지식재산연구센터, 1999, 155-156면. 이글에서는 문제점으로 조정제도에 대한 국민인식부족, 변리사 등의 조정제도 활용안내 기피, 조정의회에 적극 참여할 수 있는 조정위원 선정의 애로, 조정신청건수와 조정성립률의 저조, 국제분쟁에 대한 준비소홀, 조정위원의 적극적 개입 및 전문성의 제고 등을 지적하고, 그에 대한 대책을 크게 조정위원 전문성 제고, 조정절차의 효율적 운영, 중재제도의 도입가능성 및 조정영역의 확대 등을 들고 있다.

44)

결이 될 수 있는지에 대해 의문이다.[45] 이러한 상황을 더욱 악화시키는 것은 위원 선임에 있어 뚜렷한 기준이 적용되지 않는 비적합성의 지적과 함께 또 문제해결 능력이 있는 인사가 조정위원이 되었다고 하더라도 시간에 쫓기는 인사가 주류를 이루고 있어 조정 그 자체에 많은 시간을 할애할 수 없는 형편이라는 양면의 애로점이 존재한다. 즉 상임위원의 사실상 부재는 조정을 형해화시키고 있다는 지적이다.[46]

4. 지적재산권 분쟁의 중재제도에 대한 논의

위원회	조정위원의 구성 및 자격, 근거규정
컴퓨터프로그램심의조정위원회	위원은 프로그램 및 저작권에 대한 학식과 경험이 있는 자중에서 정보통신부장관이 위촉하며, 위원장은 정보통신부장관이 위원 중에 서 지명한다(컴퓨터프로그램보호법 제35조 제2항). - 1인의 상근 위원(위원장) - 18인의 비상근 위원(법조계: 6명, 학계: 6명, 산업계: 4명. 정부: 2명)
저작권심의조정위원회	- 위원은 저작권에 관한 학식과 경험이 있고 덕망을 갖춘 자중에서 문화관광부장관이 위촉하며, 위원장과 부위원장은 위원중에서 호선한다(저작권법 제81조 제2항). - 위원회는 위원장 1인, 부위원장 2인을 포함한 15인이상 20인이하의 심의조정위원으로 구성한다(저작권법 제81조 제1항).
산업재산권분쟁조정위원회	- 위원회의 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 특허청장이 위촉하며, 위원장은 특허청장이 위원중에서 지명한다. (발명진흥법 제29조 제3항) 1. 특허청 소속 공무원으로서 3급 이상의 직에 있는 자 2. 판사 또는 검사의 직에 있는 자 3. 변호사 또는 변리사의 자격이 있는 자 4. 대학에서 부교수 이상의 직에 있는 자 5. 비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체에서 추천한 자 - 위원회는 위원장 1인을 포함한 15인 이상 20인 이하의 조정위원으로 구성한다(발명진흥법 제29조 제2항).
배치설계심의조정위원회	위원회는 위원장, 부위원장 각 1인을 포함한 10인 이상 15인 이하의 심의 조정위원으로 구성한다(반도체집적회로의배치설계에관한법률 제25조 제2항).
도메인이름분쟁조정위원회	5-9인의 비상임 위원으로 구성되며, 조정인으로서는 15-30명의 조정위원을 두고 있다.

45) 일본 저작권법은 저작권법이 규정하는 권리에 관계되는 분쟁에 대하여 알선에 의하여 그 해결을 도모하기 위하여 문화청에 저작권분쟁해결 알선위원을 두도록 하고 있으나 이 알선위원은 문화청장관이 저작권 또는 저작인접권에 관한 사항에 관하여 학식, 경험을 가진 자 중에서 사건마다 3명 이내로 위촉하도록 하고 있다(일본 저작권법 제105조).

46) 이상정, “ADR을 통한 지적재산권 분쟁의 현황과 개선책”, 비교사법 13-1, 비교사법학회, 2006년, 175면.

앞서 언급한 중재의 의의와 개념에 덧붙여 근래 활발한 중재제도에 대한 논의를 살펴보면, 중재는 일정한 법률관계에 관한 현재 또는 장래에 발생할 가능성이 있는 분쟁처리를 법원의 재판에 의하여 해결하지 않고, 분쟁의 당사자가 선정한 민간인 신분의 제 3자(중재인)의 판단(중재판단)에 의해 내려지는 판정에 따라 분쟁을 최종적으로 처리하는 절차라는 점은 전술한 바와 같다(중재법 제3조 제1호). 또한 중재는 재판에 의해 분쟁을 해결하지 않더라도 당사자를 구속하기 때문에 당사자가 중재절차에 따를 것을 약속(중재합의)한 경우에 가능하다(중재법 제3조 제2호). 중재판단은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있으며(중재법 제35조), 이 판정에 대한 통상적인 불복절차는 존재하지 않는다. 즉 중재판정에 대한 상소가 없으며, 법원에의 항소도 허용되지 않는다. 중재판정에 중재법이 정하고 있는 판정취소의 사유가 존재하는 경우에는 법원에 판정취소의 소(특별불복절차)를 제기할 수 있다(중재법 제36조 제1항). 요컨대 분쟁당사자가 재정을 맡길 제3자를 합의하여 정하고 그의 판정에 반드시 복종하게 하는 개별적・강행적 해결방식이다. 중재제도를 이용하려면 반드시 양당사자간에 중재합의가 있어야 한다. 중재합의가 있는 사건을 법원에 제소하면 소의 이익이 없는 것으로 각하된다.(중재법 제9조)

오늘날 중재는 소송과 유사하게 엄격한 절차와 법에 따라 행해지고 있고 또 과중한 소송업무를 수행하고 있는 법원의 부담을 경감시켜주는 대체적 기능을 한다고 평가된다. 특히 빠른 속도록 고도의 전문화와 기술화가 이뤄지는 다양한 형태의 상사분쟁, 지적재산권분쟁에 있어서 분쟁을 일일이 법원에서 해결하기보다 분쟁 관련 분야의 전문가와 함께 자주적으로 해결하는 것이 실질적인 원활을 도모할 수 있다는 특성은 중재가 독자적 제도로서 중요한 의미를 갖게 되는 점이라 할 수 있다.

지적재산권분쟁의 중재는 상사계약(기술 및 지적재산권 계약) 중에 있는 중재약관을 통해 가능하며, 주로 라이선스와 관련하여 이용되고 있다. 그러나 현재 많이 활용되는 것으로 보이지는 않는다.[47] 다음은 [대한 상사중재원][48]의 통계이다.

---

47) 이점은 일본도 마찬가지인 것 같다. ;日本工業所有權學會, 知的財産權紛爭とその解決, 有斐閣, 1997, 136面

48) http://www.kcab.or.kr

＊ 지재권관련 분쟁건(전체 신청건)

구분	2000	2001	2002	2003	2004
중재	25(175)	12(197)	8(210)	9(211)	2(185)
알선	3(474)	4(446)	7(470)	5(451)	4(474)
총계	28(649)	16(643)	15(680)	5(451)	6(659)

가. 소프트웨어 중재제도의 도입

해외의 중재기관중엔 IT분야의 전문성과 고유한 특수성을 반영하여 전담 중재기구를 두고 있는 특징을 볼 수 있으며, 일본의 경우 지적재산권 분쟁을 전담할 중재기구를 이미 설립하여 운용하고 있다. 미국의 경우 한 걸음 더 아나가 영리적 민간회사에 의해서 소프트웨어를 포함한 IT분야의 중재서비스가 제공되고 있으며 기술자문, 손해배상 산정 등을 위한 전문가 및 시설이 유기적으로 결합되어 있는 점은 우리나라에도 많은 시사점을 준다.

우리나라에서는 프로그램심의조정위원회가 소프트웨어산업 분쟁과 관련하여 중재제도의 도입노력을 펴고 있다. 특히 기존 조정제도의 활용이 미흡한 원인으로 조정제도의 구속력이 갖는 한계성이 지적된 점을 비추어 보건대, 보다 분쟁 당사자를 구속할 수 있는 중재제도의 도입 가능성을 판단해야 한다. 중재의 태생적 본질이 소프트웨어분쟁과 같은 기술전문성, 비밀성, 저비용, 신속성을 생명으로 하는 분쟁해결에 매우 효과적이고 적절한 수단을 제공하기에 매우 복잡한 기술적 판단을 요구하는 경우가 많고 중소 소프트웨어 기업의 경제적 상황 및 거래상 지위가 열등한 경우가 대부분인 분쟁을 형식적 법률의 잣대로 해결하기 보다는 중재와 같이 우의성과 합리적 근거가 함께 적용되는 방식에 의해서 해결하는 것이 산업발전에 부합한다는 것이다. 물론 기존의 상황에서도 소프트웨어산업 분쟁과 관련한 중재가 가능하였다. 즉 중재의 일반법인 중재법에 따라 당사자가 처분가능한 사법상 법률관계에 관한 현재 또는 장래의 분쟁을 중재로 해결할 것을 합의하는 중재계약을 체결하고 그 중재인을 ADR기관의 조정위원으로 선정한 때에는 중재가 가능하였다. 그러나 이는 조정위원에 의한 중재이지 기존의 ADR기관에 의한 중재

라고는 할 수 없다. 이러한 가운데 중재법이 요구하는 중재인이 자연인에 한정된다는 문제점이 있다. 즉 중재법 제3조에서는 '중재판정부' 를 중재절차를 진행하고 중재판정을 내리는 단독 중재인 또는 다수의 중재인으로 구성되는 중재인단으로 정의하고 있으며, 그 선정과 관련한 규정(중재법 제12조)이 중재인을 자연인으로 예정하고 있다. 따라서 ADR기관 자체를 중재인으로 정한 경우 그 중재계약 자체의 유효성이 문제될 수 있으며, 이를 고려한 입법이 요구된다.

더불어 중재제도를 도입하는 경우 그 방식은 조정과 중재절차를 연계시키는 방식도 고려할 수 있다. 즉 당사자간에 중재의 합의가 없는 경우에도 조정을 신청한 경우라면 조정 절차 과정 중에서 보충적으로 중재 결정의 가능성을 열어 놓는 방법도 있겠다. 즉, 조정 과정에서 중재제도의 존재 여부와 함께 중재 결정의 가능성을 고지하며, 이에 당사자의 신청에 따른 중재 절차를 마련할 수 있도록 하고, 다만 조정절차와 중재절차를 구분하여 전자로부터 후자로 이행하는 경우에 있어 새로운 조정인에 의한 새로운 중재 절차로서 수행할 것인지 아니면 기존의 조정인이 참여하면서 분쟁당사자간의 이행확보를 위한 집행력을 확보할 것인지는 입법적으로 해결해야 할 것이다.[49]

또한 소프트웨어 중재제도 도입과 관련한 우려와 비판으로서 소프트웨어 중재를 전담할 새로운 독립기구를 설립하여 통일적인 분쟁해결을 지향하는 것은 이상적일 수 있겠으나 문제는 결국 소프트웨어 분쟁조정기관 간의 통합문제로 확대되게 되며, 현 시점에서 소프트웨어분쟁조정기구의 통합은 각 기구의 전문성 결여를 초래할 수 있을 뿐만 아니라 많은 현실적 난제로 인하여 실현 가능한 대안이 될 수 없다는 의견이 있으므로 이 우려를 최소화시킬 수 있는 고려와 대안을 견지해야 할 것으로 보인다.

하지만 전술했듯 중재는 1심으로 종료되어 항소제도가 없기에 신속하지만, 법원의 판결과 동일한 효력을 발하는 사법적 무게를 지니고 있어 이를 엄격히 이용하기 위해 중재법을 제정운용하고 있고, 그 중재법을 근거로 대한상사중재원이 여러 중재를 행하고 있기에, 프로그램심의조정위원회의 중재역할을 위해선 법적 근거가 있어야 할 것으로 보이며, 대한상사중재원의 대상, 목적 등과 저촉이나 충돌되는 사항이 없도록 하는 것도 고려해야 한다. 그리고

49) 윤선희, "IT산업의 분쟁해결제도에 관한 연구", 프로그램심의조정위원회, 2002. 71-72면.

IT업체간의 원만한 분쟁해결을 지원하기 위한 목적인 바, 당사자의 비용부담을 최소화하기 위한 예산의 문제가 있을 수 있다. 또한 중재는 중재합의라는 분쟁발생 전 또는 후에 당사자간의 서면합의가 있어야 하는데 소프트웨어 발주자 또는 수주자측에서 이에 동의할 것인지의 사항도 남아 있다. 무엇보다 중재합의에 대한 자발적 동의를 유도할 수 있는 사항은 공정성의 문제라 할 수 있다. 즉, 프로그램심의조정위원회가 IT업체를 지원하는 역할도 하고 있다고 판단하는 발주자의 입장에서 프로그램심의조정위원회에 설치된 중재기관이 편향되어 있다는 공정성의 의심을 갖게 되면 본 제도의 구축 및 활성화는 상당히 어려울 수도 있게 된다. 따라서 분쟁당사자가 결과를 인정할 수 있으려면 공정성 제고방안의 마련과 함께, 소프트웨어에 대한 기술·법률적 전문성을 겸비한 중재인의 활동이 뒷받침 되어야 할 것이다.[50] 그리고 분쟁의 어느 한 당사자가 정당한 사유없이 불출석 등의 이유로 분쟁조정에 비협조적일 경우 이를 강제할 방법이 없는 현행 프로그램저작권 분쟁조정제도 자체의 한계를 보완하는 방안을 고려해야 한다.

중재제도는 기본적으로 당사자간의 중재합의를 전제로 하고, 중재합의는 분쟁이 발생하기 전에 계약서 내용에 편입되는 것이라 할 수 있다.[51] 그런데 소프트웨어 저작권분쟁은 권리침해문제이고, 이는 계약문제라기 보다는 권리침해라는 불법행위에서 기인하는 것이므로, 권리자가 권리침해 이전에 침해자를 파악하는 것도 불가능하고, 설령 침해자를 알았을 경우 침해의 금지 또는 예방은 가능할지라도 침해했을 경우를 상정하여 이에 대한 사후 합의를 한다는 것인 이치에 맞지가 않은 면이 있다. 소프트웨어 저작권 관련 분쟁에 대해 조정과는 별도로 중재만을 통한 해결은 불가능 할 것이므로, 조정이 불성립되었을 경우 당사자의 합의에 의해 중재에 의한 해결을 반드시 거치게 함으로써 두 ADR제도를 결합해보는 방안도 제도취지에 부합할 수 있을 것이라는 지적도 염두해야 할 것으로 보인다.[52]

---

50) 이헌묵, “IT업체관련 중재제도 설치에 관한 의견”, 프로그램심의조정위원회.

51) 분쟁이 발생한 후 당사자간에 분쟁해결수단으로 중재를 선택하기로 하는 중재합의도 가능하나, 이는 분쟁이 이미 발생한 이상 쌍방이 분쟁해결수단의 선택으로 인하여 자신에게 돌아올 위험을 예측하기 어렵기 때문에 실제로는 현실성이 없을 수도 있다.

52) 최용암 외, “효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상)”, 정보통신연구진흥원, 2004, 265면.

Ⅳ. ADR의 활성화를 위한 개선과제

1. 상담과 연계한 알선(간이조정)제도의 도입과 활용

상담은 행정기관 소비자보호단체 등 각종의 단체가 국민이나 소비자 등으로부터 받은 고충을 관계있는 상대방에게 전달하고 그가 가진 행정력 내지 사실상의 힘을 이용하여 분쟁을 해결하도록 하는 방법이다. 이러한 상담도 광의의 ADR이라 할 수 있는데 행정기관에 의한 민원상담 소비자단체에 의한 피해해결상담 등이 그 예이며 이것 역시 상대방의 동의를 전제로 하므로 자주적 분쟁해결방법의 하나라 볼 수 있다.

전술했듯, 알선[53]은 3인의 조정위원에 운영되는 조정제도와는 달리 경험과 지식이 풍부한 알선위원 1인의 조언과 타협권유를 통해 비교적 간단한 분쟁사건의 당사자들이 교섭합의를 도출하도록 조력하는데 다만, 조정에서와 같이 조정안을 제시할 정도로 강하게 중재하지 못하고 절차도 조정보다 덜 정비되어 있다. 프로그램심의조정위원회의 경우 2002년 법률 제6843호로 개정된 컴퓨터프로그램보보호법에 도입되어 2003년 7월 1일부터 시행중에 있으며, 본 알선에서의 합의는 조정과는 달리 '민법상화해'와 동일한 효력을 가진다. 즉, 소송의 단점으로 지적되고 있는 시간적 경제적 부담을 줄이고 당사자간 우호적으로 분쟁을 해결할 수 있다는 장점을 지닌 알선 제도의 도입을 통하여 분쟁해결의 효율성을 제고하고자 한 것이다. 타분야에서 이러한 알선의 활용례로서는 환경분쟁조정위원회나 특허청 산하의 산업재산권분쟁조정위원회의 알선 제도가 있다. 예컨대 환경분쟁조정위회는 3개월의 처리기간을 두고 사실조사 및 당사자심문 없이 분쟁당사자 간의 합의를 유도하고 알선위원의 중재로 당사자간에 합의가 이루어지면 합의서를 작성하며 합의서 작성에 의하여 분쟁이 해결되도록 운영하고 있다.

성립된 조정조서에 재판상화해와 같은 효력을 인정하는 경우에는 소송요건에 준하는 조정요건이 충족되어야 할 것이다. 그러나 실제 접수된 조정사건 중에는 이러한 요건을 충족했다고 말하기 힘든 사건도 적지 않다. 그 경우

53) mediation을 알선으로 보고 conciliation이나 arbitration과 달리 분쟁의 해결을 전제로 하지 않는다고 설명하는 입장도 있다.

조정신청을 각하하기보다는 이들의 사건도 당사자가 원하면 화해로 이끄는 것이 바람직하다. 그러한 경우를 보건대 조정제도와 알선제도를 병존시킨 것은 유용성이 있다고 생각된다. 현재 프로그램심의조정위원회에는 조정 외에 알선제도가 도입되어 있지만 저작권심의조정위원회에는 도입되어 있지 않다. 반면 조정결정이 법원의 판결과 달리 당사자를 구속하는 효력이 없고, 단지 당사자가 조정결과를 수용할 때 법원의 판결과 동일한 효력이 주어진다는 점에서 효력에 한계가 있긴 하나 보다 자유롭고 완화된 분쟁해결을 위하여 알선제도를 십분 활용할 필요가 있다.[54]

즉, 기존의 여러 지적재산권 관련 기관의 실적을 보면 조정건수는 미미하여도 상담 건수가 상당함이 있으므로 이 상담과 연계한 알선 제도를 활용함으로써 ADR제도의 홍보와 활용을 촉진하는 것도 방안이라 할 수 있겠다.

2. 온라인-ADR(ODR)의 구축활용

인터넷 기술의 발전은 분쟁해결방법에도 많은 영향을 미치고 있다. 비용과 시간이 많이 드는 전통적인 사법적 절차에 의해 해결하기에는 부적절한 소규모 분쟁을 위해 ADR의 다양한 분야에서 온라인을 통한 방법이 모색 및 실시되고 있는데 이를 "온라인 ADR"(Online ADR) 또는 온라인 분쟁해결제도(Online Dispute Resolution : ODR)이라고 한다.

이러한 온라인 ADR은 가상공간에서 시간과 공간의 제약을 받지 않고 이뤄지므로 주로 소규모 전자상거래 분재해결에 매우 유용하게 활용되고 있다. 그러나 현실세계에서 발생하는 상사분쟁(요즘은 인터넷이나 TV 홈쇼핑에서 비롯한 분쟁이 많다), 지적재산권, 소프트웨어 분쟁 등에서 제한적으로 활용되고 있다. 현재 ODR은 법적・기술적 문제들로 인하여 이메일, 문자채팅, 게시판 등을 주로 활용하여 분쟁해결 절차의 일부에서 활용하고 있다. 우리나라에서 운용되고 있는 ODR로서는 전자상거래분쟁조정위원회의 사이버조정, 대한상사중재원의 사이버 알선, 한국소비자보호원의 사이버소비자센터, 도메인이름분쟁조정위원회의 온라인 분쟁조정신청 및 심리 등이 대표적이다[55]

54) 이에 대해서는 허희성 외, "저작권심의조정위원회 조정제도의 개선방안에 관한 연구", 문화관광부, 2003, 57면 참조.

ADR중 중재를 봤을때 ODR을 도입할 경우, 오프라인상의 중재절차를 규율하는 중재규칙으로는 한계가 있으므로 온라인 중재에 적합한 새로운 중재규칙모델을 정립해야 한다는 점, 증거조서를 위한 현장조사나 물건의 검증은 온라인상으로 하기에는 어렵다는 점, 증거자료로 제출되는 전자문서의 유효성과 해킹 등에 의한 왜곡의 위험을 제거할 기술적 법적 보안필요성 뿐만 아니라 분쟁당사자 및 선임된 중재인의 인증문제 등이 해결되어야 할 과제로 제시되고 있다. 외국의 경우 WIPO(세계지적재산권기구)의 중재 및 조정센터에서는 지적재산권을 포함하는 도메인이름 분쟁을 인터넷을 통해 해결할 수 있는 가능한 범위내에서 그 절차를 진행하고자 노력하고 있다. 또한 미국은 온라인 중재시스템에서 저작권침해, 명예훼손, 사생활 침해 등에 관한 법적 분쟁을 AAA(미국중재인협회)의 중재규칙에 따라 진행하며, 주로 이메일 교환을 통해 운용하고 있다.[56]

그러나 수년전까지만 해도 IT분쟁 및 소프트웨어 분쟁을 온라인으로 전면 진행하기에는 기술적・법적 완성도가 떨어져 어렵고 전자서식에 의한 신청, 당사자간 의사교환, 증거서류 제출(원본증거자료 제외) 등에서는 안정적인 기술적 지원이 가능한 범위내에서 중재절차의 일부를 온라인으로 진행할 수 있을 것이며 기술이 진보함에 따라 그 영역은 점차로 확대되어 분쟁해결의 편리성을 증가시킬 것으로 보았으나 현재의 기술적 진보상황에서는 충분한 타진 가능성이 있어 보이므로 현실적인 시도를 도모해 활용해도 좋지 않을가 생각한다.

3. 민간형 ADR의 시도 및 활성화

현행법 체계 내에서는 다수의 행정부 부속형 분쟁조정위원회가 주된 ADR 제공기관으로서 역할을 하고 있으나 장래에는 소프트웨어산업 분야를 비롯한 여러 분야에서 다양한 형태의 민간분쟁조정위원회나 비즈니스 모델형 분

55) 자세한 내용은 김인숙, “온라인디지털콘텐츠관련 분쟁조정의 문제와 해결방안”, 콘텐츠 관련법제의 현황과 문제점(Ⅱ), 한국법제연구원, 2005. 8., 75면 이하 ; 김선광, “전자상거래 분쟁에 있어서 우리라라 온라인 ADR의 과제”, 仲裁, 2004 가을호 참조.

56) 손승우, 앞의 글, 118-119면.

쟁조정서비스 제공업체가 등장할 것이며 이들과 경쟁하게 될 것으로 예상된다. 그런데 행정부 부속형 분쟁기관은 그러한 경쟁에 있어 적응력의 문제라든가, 그 적응 여부에 상관없이 일단 설치된 이후에는 활동이 없는 경우에도 쉽게 폐지되지 않고 오히려 기구의 비대화 경향을 보임으로써 예산부담을 가중하며 작은 정부의 이념에 배치되는 결과를 낳는 경향이 있으므로 이럴 경우 행정기관 산하의 ADR기관 난립은 반시대적인 제안일 수도 있으며, 이에 정부로서는 IT산업 분쟁과 관련하여 기존의 지적재산권 관련 ADR기관을 재구성하거나 기존의 ADR기관을 존치한 가운데 여러 ADR기관으로 하여금 업무 영역의 중복을 인정하여 분쟁 해결을 업무를 맡도록 하는 것이 보다 효율적이라는 의견이 있다.[57] 특히, 이는 기관간 경쟁을 통한 ADR제도의 활성화라는 측면에서도 유익할 것이며 이와 함께 여러 ADR상호간에 네트워크를 형성할 필요도 있다. 즉 위에서 지적한 바와 같이 절차적 연계가 없다면 어떠한 ADR을 사용할 것인가에 대하여 이용자로서는 혼란이 생길 수 있으며 각종의 분쟁해결방법의 차이로 분쟁 해결결과에 있어 균형이 의심될 수 있으며 그 결과 신뢰성이 의심될 수도 있다.

한편 사법형이나 행정형 ADR이외에 민간형 ADR활성화에 대해서는 다음과 같은 의견도 있다. 그 사이 우리나라에서는 분쟁의 해결은 국가라는 생각이 지배적이었고, 이러한 지배적 사고에서 벗어나는 경우에는 삼권분립 위배, 국민의 재판받을 권리 침해라는 주장이 제기되곤 했다. 그러나 국민의 재판받을 권리를 침해하지 아니하는 범위에서 자주적인 분쟁해결이나 제3자의 분쟁에의 관여는 법리에 어긋나지도 않을 뿐만 아니라 오히려 바람직한 경우도 있다. 그런데 종래 우리나라에서서 사법형이나 행정형 ADR이 제법 활용되고 민간형 ADR은 거의 이용되지 못하였고 이는 다분히 우리의 법제에 기인한 것이라는 것이다. 현재 우리나라에서 민간인으로서 자주적으로 ADR에 관여할 수 있는 사람은 변호사뿐이나[58] 그사이 이들은 일방 당사자의 소송대리인으로서의 역할에 그쳐 ADR에는 거의 무관심하였다. 이제 이들을 포함, 민간전문가가 ADR에 자주적으로 관여하는 방안을 마련하여 사적 분쟁 해결을 위한 매력 있는 선택지로서 민간형 ADR이 활성화되어야 한다는 것이다. 이 경우 가장 문제가 되는 것은 전문성과 공정성을 어떻게 확보하느냐일텐데

57) 윤선희, 앞의 글, 105면.
58) 변호사법 제109조 참조. 따라서 민간인이 사법부나 행정위원회의 조정부나 중재부의 한 구성원은 될 수 있으나 자주적으로 분쟁에 관여할 수는 없다.

위 주장자는 이를 위해 일본의 [재판외 분쟁해결절차의 이용 촉진에 관한 법률(2004.12.1., 법률제151호)을 참고하자고 제시한다. 이 법은 ADR의 제도 기반을 정비하는 견지로부터 「민간분쟁해결절차」(동법 제1조)를 업으로 행하는 자에 대해서 법무대신에 의한 인증제도를 마련하여, 업무의 적정・투명화를 꾀함(동법 제5조 이하)과 아울러, 그 이용촉진(시효중단효의 부여[제25조]), 재판절차와의 連携强化(소송절차의 정지[제26조], 조정전치주의의 특칙[27조])를 도모했다고 한다.[59)]

요컨대 ADR의 기본이 분쟁당사자를 화해로 이끄는 것이라면 전문지식 못지않게 많은 경험이 큰 역할을 할 것이고, 일선에서 물러난 경험 많은 당해 분야의 전문가 등이 활약할 수 있는 분야이다. 이들의 경험이나 지식을 재활용할 수 있다면 국가적으로도 큰 도움이 될 것이다. 또 경쟁이 소비자의 가장 친한 벗이듯 분쟁해결기관끼리의 경쟁 역시 법률소비자를 만족시키는 가장 효율적인 방법이다. 향후 보다 효율적인 ADR 제도의 정착을 위해서는 현행 제도의 운영과정에서 들어난 문제점의 개선은 물론 더 나아가서 민간형 ADR의 유용성에 대한 검토가 필요하다고 할 것이다.

4. 소송제도상의 개선

ADR의 활성화와 함께, 현 소송제도에서도 개선되어야 할 점들이 있다. 현재 소프트웨어 지적재산권의 소송의 경우 제1심 재판에서 소요되는 기간은 일반적인 재판의 경우보다 많은 시간이 걸리며, 2년 이상이 소요되는 경우도 상당히 발생하는 것으로 보인다. 기술발전 속도가 매우 빠른 상황에서 이러한 법적 해결에 필요한 시간이 지나치게 오래 걸리는 점은 실효성 있는 구제책이 되지 못하는 경우가 많다. 이렇게 시간이 많이 걸리는 이유는 그 소프트웨어 지적재산권 침해의 사실판단에 기술적 요인이 중요한데 이러한 내용은 거의 기술적 전문가에 의한 감정이 필수적인 절차가 된다는 점이 주요 요인인 것으로 판단된다. 그러나 그렇다 하더라도 독일의 경우 특허 가처분이 1달 이내, 빠르면 수일이내에 처리되는 시스템을 운영하고 있는 점을 벤치마킹하여 시간적 측면에서 분쟁해결의 의미를 가

59) 이상정, 앞의 글, 182면.

질 수 있는 방안을 마련하는 것이 매우 중요하리라 판단된다. 이러한 제도적 보완을 위해서는 사법부에서 기술관련 재판을 신속히 진행할 수 있는 인적, 물적 인프라를 구축하는 것이 필요하다고 본다.

현행 컴퓨터프로그램보호법에서는 프로그램심의조정위원회에 컴퓨터프로그램분쟁을 조정할 구 싱T는 권한을 부여하고, 실제 그러한 분쟁조정에 소송절차에 비하면 상당히 단기간(몇개월)에 처리되고 있음이 대안이 될 수 있다고 하겠다. 다만 조정이 성립되지 않는 경우에는 구속력이 없다는 점에서 본격적인 소송절차에 오히려 지연사유가 될 수 있다는 점에서 한계가 있다고 할 수 있다. 따라서 독일의 재판현실을 벤치마킹하여 보다 신속한(예를 들어 1개월 이내) 조정절차의 진행을 위한 구체적인 인프라를 갖추어 분쟁당사자에게 시간적인 측면과 내용적인 측면에서 승복할 수 있는 실효성 있는 인프라를 구축하는 에너지를 투여해야 하리라 본다.

컴퓨터프로그램 지적재산권 관련 분쟁의 신속한 처리를 위해서는 컴퓨터프로그램의 복제 여부 등을 판단하는 전제로서 컴퓨터프로그램의 유사성 여부에 대한 사실적 판단을 위한 감정제도를 확립하는 것이 매우 중요하다고 판단된다. 특히 공공기관에서 이러한 감정제도의 인프라를 구축하는 것이 사회비용의 측면에서 고려해야할 사항이라고 판단된다. 이를 위해서 구체적으로는 프로그램감정인의 풀을 보다 확대하고, 프로그램감정기법을 개발할 필요가 있다. 프로그램 감정 기법에 대해서는 소프트웨어 개발 방법론 및 프로그램 개발 기법 등 국내외의 최신 기술동향에 대한 지속적인 정보수집으로 프로그램감정의 다양화를 추구하고, 프로그램 감정 기법에 대한 연구 및 감정결과의 데이터베이스화를 통한 감정의 정형화를 이룰 필요가 있다.

또한, 중요한 문제로 프로그램감정의 객관화를 들 수 있다. 프로그램감정의 개인적 판단에 따른 주관성을 가능한한 배제하기 위하여 프로그램 알고리즘 분석도구 등을 이용한 신뢰성 있는 감정이 이루어지게 함이 필요하며 프로그램의 기본적 형태에 대한 연구를 통해 프로그램 감정의 통일성을 유지하는 것이 중요할 것이며, 감정인을 공개하고 감정인에 대한 제척, 기피 등의 제도적 장치를 마련하는 것도 고려해봄직한 사항이라고 보여진다.

더불어 소프트웨어 지적재산권 관 분쟁절차에서 소프트웨어 지적재산권 침해를 입증하기 위한 제도적 보완책이 절실하다는 지적이다. 즉, 침해를 입증하기 위한 실효성 있는 제도가 도입되어야 침해를 구제받는 절차에서 효율

성이 제고될 수 있다고 본다. 따라서 미국의 디스커버리제도에 준하는 침해입증제도의 도입을 지적재산권 관련 법제도에 명문화하고, 또한 원고의 침해입증 및 손해액 입증에 있어 상대방의 상당한 의무를 부담하게 하는 제도를 도입함으로써 실효성 있는 구제책의 현실화를 주장하는 의견이다. 다만, 선의의 상대방에 대한 방어책이 동시에 강구되어야 함은 물론이다.[60]

Ⅴ. 맺음말

라이프사이클이 짧고, 기능성 저작물로서의 성격이 강한 소프트웨어의 특성으로 말미암아 소프트웨어 저작권 관련 분쟁에 대한 신속한 해결은 당사자뿐만 아니라 국가 경제적인 측면에서도 중요하다고 할 수 있다. 소프트웨어분야는 사업이 진행되면서 요구사항이 구체화되는 경우가 일반적이며, 개발 후에도 기술적 한계로 하자가 발생하는 등 사업특성상 분쟁의 소지가 높다. 더욱이 중소기업간의 거래액수가 일반적으로 소규모임에 따라 분쟁규모 또한 작은 반면, 해결에 있어 고도의 기술전문성과 신속성, 비공개성이 크게 요구되는 분야라 할 수 있다. 판결에 의한 분쟁해결은 법이 정한 권리를 그대로 실현시켜주는 장점이 있지만, 법원부담의 가중, 경직된 절차와 융통성 없는 법 적용과 전문분야의 분쟁을 그 분야의 전문지식이 적은 법관이 제대로 판단하기 어려운 문제점이 있다. 더불어 법원이 주관하는 소송, 조정이나 화해만으로는 복잡다기한 분쟁을 효율적으로 처리하기에는 역부족을 노출할 수 밖에 없었고, 이에 각 분야에 걸친 다양한 ADR의 유형개발과 이를 적극적으로 활용할 수 있게 함으로써 갈등과 분쟁을 안정시킬 필요가 있게 되었다. 현대 온라인시대를 이끌어가는 첨병인 소프트웨어 지적재산권 분야는 이러한 ADR제도적 향유가 절실히 이뤄져야할 대표적인 영역으로 보인다.

컴퓨터프로그램심의조정위원회에 이미 도입된 알선이나, 도입을 추진하고 있는 중재제도에 대한 논의는 일응 그 타당성이 인정되기도 하나, 궁극적으로 기존 ADR제공기관이 제대로 활용되지 않고 있는 가운데에서의 이

60) 권혁록, “소프트웨어 지적재산권 보호제도의 효율적 운영방안”, 제1회 S/W지적재산권 정책논단, 프로그램심의조정위원회, 2004. 6, 38-44면 참조.

러한 논의는 많은 점들을 극복해야 가능할 수도 있다. 나아가 비판적인 시각에서는 기존의 ADR 제공기관이 자신의 업무 영역을 확장하기 위한 수단으로 보기도 하는데, 이런 오해를 불러일으키지 않기 위해서라도 기존제도의 충분한 정착과 활용을 위한 방안을 다각도로 검토 및 시도하고 업계에서도 이를 충분히 알 수 있도록 적극적인 정보제공과 홍보가 필요할 것이며, 컴퓨터프로그램보호법에 근거규정마련, 공정하며 합리적이고 신속한 제도로서 활용되기 위한 현실성 있는 방안 등이 도출되어야 할 것으로 보인다.

본문에서 살펴본바와 같이 조정 및 알선제도는 많은 장점을 갖고 있음에도 궁극적으로 당사자간의 합의의사가 미약할 경우 조정위원들의 법·기술적 판단을 수용하지 않을 가능성이 남아있기에 소프트웨어 지적재산권분쟁의 경우 사후 권리침해 즉 불법행위에 관한 사건이 대다수이므로 중재합의를 통한 중재제도 이용보다는 조정 및 알선제도를 이용하는 경우가 많으나 향후 당사자간 구속력을 보다 강화해 신속한 해결을 도모하고자 한다면 조정과 중제제도의 취지를 결합한 형태도 적절한 도입 방안중 하나로 고려할 수 있을 것이다.

또한 현재 많은 나라에서는 ADR 법제를 활용하고 있으면, 또 많은 나라 법과 대학에서 ADR에 대한 교육 훈련을 시키고 있다. 가까운 일본도 법학대학원제도의 도입과 더불어 ADR을 정식 과목의 하나로 채택된 곳도 있다고 하는바 우리나라 법과대학에서도 조정이나 중재와 같은 소송외의 분쟁해결제도에 대한 필요성과 교육을 수행확대하여 지적재산권영역에서의 분쟁에 활용할 수 있도록 해야 할 것이다.

향후 왕성하게 전개될 실무, 학계, 법조계의 논의와 시도는 우리나라에서도 ADR이 법적 분쟁을 적정하게 해결하는 제도로 자리잡아갈 수 있다는 기대를 갖게 한다. 이를 위해서는 ADR에 대한 기존 논의의 수준을 한 단께 끌어올릴 필요가 있어 보인다. 즉 지금까지의 총론적인 내지 단편적인 연구의 성과를 바탕으로 하되, ADR의 활용방안에 관한 논의를 각론적 차원에서 심화할 필요가 있으며, 근래 제기되고 있는 중재제도의 도입 가능성 타진, 다양한 ADR방안과 활용의 모색, 전문성 및 공정성에 대한 꾸준한 지적 및 대안 등을 현실에 펼쳐내야 할 것이다. 이런 노력을 통해 비로소 ADR이 민사재판에 대한 보완적 절차로서가 아니라 대체적 절차로서 확고하게 자리잡을 수 있을 것이다.

[참고문헌]

권혁록, “소프트웨어 지적재산권 보호제도의 효율적 운영방안”, 제1회 S/W지적재산권 정책논단, 프로그램심의조정위원회, 2004.

김교홍, “발명진흥법 일부개정법률안 검토보고서”, 산업자원위원회, 2005.

김경배, “한국 대체적 분쟁해결제도의 제도화 및 발전방안에 관한 연구”, 산업경제연구 제18권 제1호, 2005.

김인숙, “온라인디지털콘텐츠관련 분쟁조정의 문제와 해결방안”, 콘텐츠 관련법제의 현황과 문제점(Ⅱ), 한국법제연구원, 2005.

김선광, “전자상거래 분쟁에 있어서 우리라라 온라인 ADR의 과제”, 仲裁, 2004 가을호.

김성수 “국제저작권분쟁과 ADR”, 계간 저작권(2001년 봄호), 저작권심의조정위원회.

김용진, 민사소송법, 신영사, 2003.

김태한, “미국에 있어서 ADR제도”, 사회과학논문 제21집, 호서대학교, 2002.

곽영용・곽영실・김연호・김웅진・박종삼・서정일・이강빈, “최신 상사중재론”, 대한중재인협회, 2001.

이상정, “ADR을 통한 지적재산권 분쟁의 현황과 개선책”, 비교사법 13-1, 비교사법학회, 2006년.

이도헌, “Cyberspace에서의 분쟁조정제도에 관한 연구”, 전자상거래사이버분쟁, ECMC, 2005.

정상기, “저작권분쟁조정제도의 공과와 개선방향”, 계간 저작권 제35호, 1996.

손승우, “소프트웨어 분쟁조정기관에 의한 중재제도 도입에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회 연구보고서, 2005.

손승우, “IT중소벤처기업을 위한 중재제도 활성화 방안”, 프로그램심의조정위원회 연구보고서, 2005.

손경한, “소프트웨어계약과 그 분쟁해결”, 제10회 KITAL 정기 국제 심포지움, 2003.

윤선희, “지적재산권 분쟁에서의 소송 외 해결방법에 관한 소고”,「지적재산권의 현재와 미래」(소담 김명신 화갑기념논문집), 2004.

윤선희, “IT산업의 분쟁해결제도에 관한 연구”, 프로그램심의조정위원회, 2002.

이상돈, “소송외적 방법에 의한 분쟁해결 필요성과 정당성에 관한 이론적 고

찰", 법학논문집 제13호, 중앙대 법학연구소.
이상정, "재판에 갈음하는 분쟁해결방안의 현황과 과제", 한국비교사법학회 창립11주년 기념학술대회.
이시윤, "신민사소송법", 박영사, 2002.
이주원, "한국조정제도의 발전방향", 중재연구 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002.
이점인, "재판외분쟁해결제도 - 미국의 ADR을 중심으로", 동아법학 제26호, 동아대 법학연구소, 1997.
이준상, "미국에서의 ADR운영 현황과 우리나라에서의 활성화 방안", 사법제도비교연구회 제27차 연구발표회 발표문.
이헌묵, "IT업체관련 중재제도 설치에 관한 의견", 프로그램심의조정위원회.
채명기・임기현, "저작권분쟁조정제도", 정보법학 제8권 제11호, 2004.
최용암 외, "효과적 S/W보호를 위한 법제정비방안 연구(상)", 정보통신연구진흥원, 2004.
한국인터넷진흥원・디지털타임스, "2005도메인이름분쟁백서", 2005. 8.
허희성 외, "저작권심의조정위원회 조정제도의 개선방안에 관한 연구", 문화관광부, 2003.

新堂幸司, 新民事訴訟法(第3版增補), 弘文堂, 2005.
丹羽一彦, "知的財産權紛爭と仲裁" 『NBL』 No.759.
日本工業所有權學會, 知的財産權紛爭とその解決, 有斐閣, 1997.
竹田和彦, 特許の知識(6판), ダイヤモンド社, 1999.

소프트웨어와 법률 통권 제2호

2006년 5월 25일 인쇄

2005년 6월 1일 발행

편 저 : 김규성

발 행 : 한국소프트웨어저작권협회

서울시 강남구 대치동 904-14

소프트웨어발전센터 빌딩 6-7층

전화) 567-2567 팩스) 567-2944