

소프트웨어 개발자의 권리보호 및 관련산업 진흥을 위한 법·제도 연구 — 저작권법 중심으로

A Study on protecting a SW programmer's
rights and promoting SW industry focusing on
the Copyright law

임춘성/이현승

2014. 12

연구기관: 소프트웨어정책연구소



미래창조과학부
Ministry of Science, ICT and
Future Planning

이 보고서는 2014년도 미래창조과학부 2014년 SW산업 정책 연구·조사 고도화사업의 연구결과로서 보고서 내용은 연구자의 견해이며, 미래창조과학부의 공식입장과 다를 수 있습니다.

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 필요성과 목적	1
제2절 연구의 내용 및 방법	6
제2장 저작권법 상 SW 관련 규정 개요	8
제1절 SW와 저작권법의 관계	8
제2절 국내 저작권법의 SW 관련 규정	11
제3절 FTA에 따른 저작권법 개정사항 개요	14
제3장 저작권법 관련 개정방안 연구	17
제1절 사적복제	17
제2절 교육복제	25
제3절 공평보상조항과 저작권양도계약 해지조항의 도입	33
제4절 저작권 침해죄의 개정방향	42
제5절 징벌적 손해배상제도의 도입	58
제4장 저작권법 관련 판결 연구	76
제1절 논의의 배경과 범위	76
제2절 응용프로그램인터페이스(API)의 저작물성 인정 여부	77
제3절 2차적저작물 작성권의 양도추정 규정	93
제5장 결론	105
참고문헌	110

부록

부록 1. 저작권법 개정의견 일람표	114
부록 2. 일본 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문	118
부록 3. 독일 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문	122
부록 4. 미국 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문	130
부록 5. 영국 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문	137
부록 6. 프랑스 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문	144

표 목 차

〈표 1-1〉 소프트웨어의 세계시장 규모	2
〈표 3-1〉 사적복제 관련 조문 대비표	17
〈표 3-2〉 SW 사적복제에 관한 각국 저작권법 비교	22
〈표 3-3〉 사적복제에 대한 SPC의 개정제안	24
〈표 3-4〉 일반저작물과 SW의 교육복제 규정 비교	27
〈표 3-5〉 SW 교육복제 허용요건에 관한 각국 저작권법 비교	29
〈표 3-6〉 교육복제에 관한 SPC의 개정의견	31
〈표 3-7〉 교육복제에 관한 개정의견	32
〈표 3-8〉 공평보상조항에 관한 오픈넷의 입법제안	38
〈표 3-9〉 SW에 대한 공평보상조항 도입안	41
〈표 3-10〉 저작권 침해죄의 형사처벌 대상 축소 의원입법례들	46
〈표 3-11〉 침해간주행위위반죄의 형량 비교	47
〈표 3-12〉 미국 저작권 위반 사건의 처리 결과	50
〈표 3-13〉 저작권자와 침해자 간의 이익/불이익 비교	53
〈표 3-14〉 불법복제물업무상이용죄 관련 개정의견	57
〈표 3-15〉 하도급법 신구조문 대비표	60
〈표 3-16〉 SW 불법복제율 추이 (‘00년부터 ’ 13년까지)	71
〈표 3-17〉 SW 불법복제율 추이 (‘06년부터 ’ 13년까지)	71
〈표 3-18〉 SW 불법복제 피해액 추이	71
〈표 3-19〉 컴퓨터프로그램에 관한 징벌적 손해배상 신설조문	74

〈표 4-1〉 로지스큐브 사건의 용역계약 주요내용	95
〈표 4-2〉 로지큐브와 렘실론의 유사도 비교표	97
〈표 4-3〉 2차적저작물작성권 양도추정규정 관련 개정의견	104

그 립 목 차

[그림 3-1] 미국 저작권법에 따른 저작권 침해죄의 형사적 제재	49
[그림 4-1] 자바 API의 전형적인 구조	79
[그림 4-2] 로지큐브와 랩실론의 관계	97

요 약 문

1. 제 목 : SW개발자의 권리보호 및 관련 산업 진흥을 위한 저작권법 개선 연구

2. 연구 목적 및 필요성

- SW중심사회가 도래함에 따라 전 산업과 국가 전체에서 SW의 중요성이 증대되고 있는데, 여전히 SW개발자에 대한 처우는 열악하며, SW산업의 국제경쟁력도 낮은 상황임
- 이러한 SW생태계의 악순환의 고리를 끊으려면 SW개발자의 권리보호를 위한 법·제도 정비가 필요한 바 SW와 가장 밀접한 저작권법의 개선방안을 모색할 필요가 있음

3. 연구의 구성 및 범위

- SW와 관련된 저작권법 규정 중 산업계 및 기타 단체들에서 개정의견을 낸 조항과 그 외 법적 분쟁이 발생하고 있는 사안들에 적용되고 있는 조항들을 면밀히 살펴 법률 개정안을 도출하였음
- 다만 한미 FTA나 한EU FTA에 의해 도입된 조항들은 개정이 어려울 수 있으므로 배제하고자 함

- 이러한 기준에 따라 사적복제, 교육복제, 공평보상조항과 계약해지조항의 신설 여부, 저작권 침해죄의 개정방향과 징벌적 손해배상제도 도입여부, 자바 API 사건, 로지큐브 사건에 관하여 살펴보았으며,
- 국내 연구문헌 및 해외 입법례에 대한 문헌조사 위주로 연구를 진행하여 저작권법의 개선방향을 도출하였음

4. 연구 내용 및 결과

- (사적복제) SW의 불법복제가 만연한 현실과 사적복제의 인정범위가 좁은 해외 입법례를 감안하면, 정당하게 소프트웨어 라이선스를 구매한 경우에 한해 사적복제를 인정하도록 허용범위를 좁히는 것이 바람직함
- (교육복제) 교육목적이라 하여도 SW의 복제는 매우 한정적으로만 허용되어야 하므로, 교육기관이 SW기업과 맺은 이용허락계약의 내용을 교육복제 허용범위의 고려사항으로 명시하고, 저렴하게 판매되는 교육기관용 SW는 교육복제의 허용대상에서 제외함이 바람직함
- (공평보상조항) SW개발자는 경제적 약자로서 불공평한 계약을 수용해야 하는 경우가 대부분이므로, 개발된 SW로 인한 수익에 대한 SW개발자의 추가보상요구권을 인정하는 공평보상제도를 도입할 필요 있음

- (계약해지조항) 계약해지권은 계약의 안정성을 확보하기 위해 장기간 경과 후 발생하므로 기술발전이 빠른 SW와 관련해서는 도입실익이 적다고 판단됨
- (저작권침해죄 개정) 저작권침해죄 중 비친고죄의 범위를 좁히는 방향으로 개정하고 불법복제물업무상이용죄는 징벌적 손해배상제도의 도입을 전제로 폐지를 고려해야 함
- (징벌적 손해배상제도) 저작권 제도를 정착시키기 위해서는 저작권자의 노력도 같이 병행되어야 하므로 행정제재 및 형사처벌을 강화하는 것보다는 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 바람직함
- (자바 API 사건) 프로그램규약인 API는 저작권의 보호대상이 아니어서 국내에서 자바 API 사건과 같은 유사 분쟁이 발생하기는 힘들다. 만약 분쟁이 발생해서 미국과 같은 판결이 내려진다면 SW산업의 진흥을 위해서 응용프로그램 인터페이스를 저작권 보호대상에서 제외하는 것이 바람직함
- (로지큐브 사건) SW에 대한 2차적 저작물 작성권 양도추정 규정은 수탁자인 SW개발자에게 불리한 조항으로 일반저작물과 마찬가지로 SW에 관한 저작권을 전부 양도하더라도

특약이 없는 한 2차적 저작물 작성권은 원 저작자가 소유하는 것으로 추정하는 방식으로 개정할 필요가 있음

5. 정책적 활용 내용

- 본 연구는 향후 SW중심사회 구현을 위한 저작권법 개정 논의 시 SW산업을 보다 진흥시키는 방향의 개정안을 마련하는데 활용가능함

SUMMARY

1. Title : A study on copyright reform for protecting rights of software developers and promoting software industry

2. The purpose of the study

- We are now living in the era of software oriented society. While the importance of SW continues to grow, most of the SW developers are in poor working conditions and the global competitiveness of Korean SW industry is still very low.
- The needs for copyright law reform should be acknowledged to protect the rights of software developers and break the vicious cycle of current software industry's ecosystem

3. The scope of the study

- The amendment of the copyright law is proposed after reflecting the voice of software companies and organizations and reviewing ongoing legal cases.
 - The articles related to Korea-US FTA and Korea-EU

FTA are excluded on this study.

- This study focused on personal use copy, instructional purpose copy, bestseller article, termination right article, changes in copyright infringement crimes, punitive damages, Java API case, and logiCUBE case.
- A literature review on domestic and international acts was conducted to derive the amendment of the copyright law.

4. The results of this study

- (Personal use copy) Considering rampant SW piracy and foreign copyright laws, personal use copy should be allowed only when a man owns legally a software license.
- (Instructional purpose copy) Reproduction of commercial software should be allowed under limited conditions, although it is for educational purpose. Hence, a license agreement should be considered to determine whether a commercial software is fairly used in the classroom and it is necessary to exclude an academic version of software from the fair use of copyright law.

- (Bestseller article) Rights of a software developer to an equitable share in the profits from selling the software should be granted.

- (Termination right article) In order to secure contract, termination of the contract is allowed when certain amount of time has passed. Given the pace of technological change, therefore, benefits from introducing contract termination right might be very restricted.

- (Copyright crime amendment) The scope of the offenses indictable without complaint in copyright law should be constrained. The article of punishing a person for illegal copy use on business can be revoked with enacting punitive damages on statute.

- (Punitive damages) To vitalize the copyright law, punitive damages are more desirable than the administrative restriction and the criminal penalties.

- (Java API case) Regarding the ongoing oracle-google case about the copyright of API(application programming interface), similar legal case will not be raised because API as a kind of program protocol is not protected by

the copyright law. But, if so, API can be explicitly excluded from the range of copyright protection to invigorate SW industry.

- (logicCUBE case) The Assumption about the implicit transfer of the right of SW derivative work when a SW developer transfers all of the SW copyright to the other party, is unfavorable to the SW developer. Even if a SW developer transfers all of the SW copyright to the other party, the right of creating secondary product should be owned by the author if there is no explicit statement about this matter.

5. Application on policy establishment

- This study will help to give some guidance for the amendment of the copyright law to promote SW industry in Software Oriented Society.

CONTENTS

Chapter 1. Introduction

Chapter 2. The articles for SW Copyright

Chapter 3. Researches about SW copyright issues

Chapter 4. Legal cases of SW copyright

Chapter 5. Conclusion

제1장 서론

제1절 연구의 필요성과 목적

1. 소프트웨어 산업의 중요성

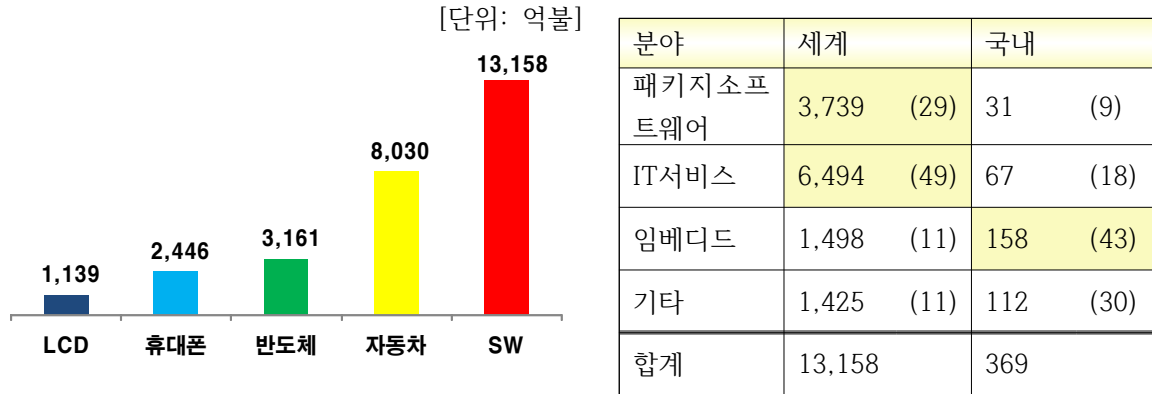
- 소프트웨어(Software)는 기존의 패키지소프트웨어, IT서비스, 임베디드시스템, 게임 등의 콘텐츠 분야 외에 자동차, 항공우주, 가전, 의료 등에 이르기까지 널리 확산되고 있어 그 중요성이 계속 커져가고 있는 중임
 - 1969년 미국 IBM사가 컴퓨터프로그램¹⁾(이하 '소프트웨어²⁾'라 한다)을 분리하여 판매하기로 한 후 소프트웨어는 하드웨어와 분리되어 독자적인 경제적 가치를 인정받게 되었음
 - 이제는 시가총액 세계 100대 기업 중 소프트웨어기업의 비중이 1990년의 15%에서 2012년에는 37%로 증가하는 등, 소프트웨어는 독립된 재화로 인정받거나 IT산업의 중심이 되는 것을 넘어서 전 산업의 중심으로 부상하고 있는 중임
 - 또한 자동주행 자동차, 최첨단 전투기와 무인비행기, 스마트폰 및 스마트 TV를 비롯한 가전, 의료기기 등에 컴퓨터가 탑재되어 보급되면서 소프트웨어 능력이 거의 모든 제품의 품질을 좌우하는 중요요소가 되어 가고 있음

1) "컴퓨터프로그램저작물"은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터"라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말함.(저작권법 제2조 제16호)

2) "소프트웨어"란 컴퓨터, 통신, 자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서(記述書)나 그 밖의 관련 자료를 말함.(소프트웨어산업진흥법 제2조 제1호). 소프트웨어의 핵심은 컴퓨터프로그램이고 일상생활에서 동의어로 사용되므로 이 글에서는 양자를 혼용하여 사용하기로 함.

<표 1-1> 소프트웨어의 세계시장 규모 (출처 : 미래부 2013. 7. SW혁신전략)

< '12년 산업별 세계 시장규모 비교> < '12년 분야별
소프트웨어시장(억불,%)>



* 출처: IDC(패키지, IT서비스), ETRI(임베디드), ** 기타: 인터넷서비스, 게임소프트웨어

□ 이처럼 소프트웨어(이하 ‘SW’ 라고 함)의 비중이 날로 커져 감에 따라 SW산업의 육성을 위한 정책적 노력을 세계 각국이 경쟁적으로 펼치고 있는 상황임

- 미국은 전세계의 SW 생산기지라는 기치 아래 자국 SW기업들의 경쟁우위를 계속 유지하도록 재정적자 완화 노력을 기울이면서도 ICT R&D 예산의 감소 폭은 최소화하고 있음³⁾
- 영국은 차세대 공유서비스 계획과 G-클라우드 계획을 통해 정부 내 IT 기반의 효율화를 꾀하는 한편, 세계 10대 은행 중 4개 은행의 본점이 위치한 금융허브로서의 명성을 되찾기 위해 IT기술의 집약체인 핀테크(FinTech)산업⁴⁾ 육성에 적극적인 투자를 실행하고 있음⁵⁾
- 영국정부는 2012년 금융사와 함께 ‘금융테크혁신연구소’를 설립했으며, 영

3) 정보통신기술진흥센터 (2014), “2015년 예산안 분석을 통한 미국 ICT R&D 정책 전망”, ICT Report 주간기술동향 2014, 7. 23., 43 ~ 48면 참조. 원문을 인용하면 다음과 같음, “IT 산업협회에서도 역시 실질적으로 2015년 미국 정부의 ICT 관련 투자는 감소하지 않았으며, 오히려 정부의 비용 절감을 위한 노력을 긍정적으로 평가해야 한다고 설명”

4) 금융(Finance)과 기술(Technology)의 합성어로 송금·결제·자산관리 등 각종 금융서비스에 정보기술(IT)을 결합한 새로운 유형의 금융업을 말함. 기존의 은행·증권 업체들이 아닌 IT업체들이 인터넷 기술을 이용해 간편하면서도 편리한 금융 서비스를 개발해 내면서 등장한 용어임.

5) 이에 관해서는 주영국 대한민국 대사관 정책코너 중 영국경제소개의 2014. 8. 5. 란 참조 링크 :

http://gbr.mofa.go.kr/webmodule/htsboard/template/read/korboardread.jsp?typeID=15&boardid=9670&seqno=1100635&c=&t=&pagenum=1&tableName=TYPE_LEGATION

국 핀테크 투자규모 성장률은 600%를 넘고 있음⁶⁾

- 일본도 국가정보화를 추진하는 IT 전략본부⁷⁾에서 'i-Japan 2015 전략'⁸⁾에 따라 ① 공공부문 서비스 육성, ② 산업육성 및 기반정비, 두가지 과제를 추구하는 한편, 가스미가세키⁹⁾ 클라우드 구축 프로젝트를 통해 디지털 기술에 의한 행정개혁과 클라우드산업 육성을 동시에 추구하고 있음

□ 우리나라도 SW의 중요성을 인식하고, SW산업을 육성하기 위해 전력을 경주하고 있음

- 2013. 10. 8. SW혁신전략을 발표하여 SW가 전 산업의 고부가가치화, 신산업 창출 및 소통·협업에 기여하는 국가경쟁력의 핵심요소라는 인식 아래 비전과 추진전략을 제시한 바 있음

- SW를 창조경제 성장동력으로 삼아 국가경쟁력을 혁신한다는 비전 아래 추진전략으로 ① 민·관 공동 인력양성 및 현장중심형 교육강화, ② SW융합 촉진을 통한 신 수요 창출 및 산업경쟁력 제고, ③ 창업·성장·글로벌화로 이어지는 기업활동 생태계 조성을 제시한 바 있음

- 2014. 7. 23. SW가 혁신과 성장, 가치창출의 중심이 되고 개인·기업·국가의

6) 전자신문 2014. 10. 27.자 기사 "[ET서베이]영국 스타트업이 핀테크를 주목하다" 참조

링크 : <http://www.etnews.com/20141027000077>

7) 일본은 2001년 1월 '고도 정보통신 네트워크사회형성 기본법'에 근거하여 IT전략본부를 설치하고, 2005년까지 세계 최첨단 IT 국가 실현을 위해 국가차원의 IT 전략인 'e-Japan 전략(I, II)'을 수립·추진하였다. 그리고 2006년 1월에는 'e-Japan 전략(I, II)'의 추진성과 분석을 통해 발굴된 정책과제 해결을 위해 2010년을 목표로 한 'IT 신개혁신전략'을 수립하였다. 2004년 12월에는 총무성이 중심이 되어 '유비쿼터스 네트워크 사회' 실현을 위한 구체적인 전략인 'u-Japan 정책'을 수립하였다. 전 세계적인 금융위기로 인한 국내 경기 불황과 클라우드 컴퓨팅 등 새로운 신기술의 등장에 따라 'IT 신개혁신전략' 수정의 필요성을 제기하였고, 2008년 'ICT 뉴딜'(이른바 '하토야마 계획')을 긴급제안하고, 2009년에 3년간의 중점시책으로 '디지털 일본 창생 프로젝트'를 발표하였다. 그리고 'ICT 뉴딜'을 보다 구체화하여 2015년까지 추진하기 위한 새로운 ICT 전략으로 'i-Japan 2015 전략'을 발표하였음(출처 : 한국정보화진흥원 (2010), 2010년 국가정보화백서).

8) 2009년 7월 6일 제51회 IT 전략본부에서 수립한 중장기계획임. 'i-Japan 2015 전략'은 디지털 기술이 경제 사회 전체를 포용하고 생활의 풍요로움과 사람 간의 연대감을 실감할 수 있는 사회실현을 비전으로 제시하였다. 또한 사용하기 편리한 디지털 기술, 디지털 기술활용의 한계 극복, 디지털 기술 활용의 안전성 확보, 디지털기술·정보의 경제사회 침투를 위한 새로운 일본 창조를 전략 이념으로 삼고 있다. 전략의 주요 내용으로는 ① 공공부문 서비스 육성, ② 산업육성 및 기반 정비 등 2개의 추진과제가 있다. 본 전략은 일본사회가 직면한 저출산·고령화 등의 문제를 ICT를 활용하여 해결방안을 제시하고, 국민과 이용자 중심의 디지털 사회 실현과 추진전략을 제시하였으며, 전자정부·자치단체 추진체계를 구축하는 등 정책추진의 총괄기능을 강화, ICT를 통한 국제 경쟁력 강화와 국제적인 리더십 강화 정책을 제시하고 있다.(출처 : 한국정보화진흥원 (2010), 위 보고서)

9) 일본 도쿄에 위치한 관청 밀집지역을 지칭하며, 일본의 정부 클라우드 구축계획의 프로젝트 명칭임

경쟁력을 좌우하는 사회, 즉 SW중심사회를 선포하고 모든 산업 및 국가 전반에 SW를 확산하기 위한 SW중심사회 실현전략을 제시한 바 있음

- SW로 ① 창의·개방·협력 문화를 형성하고, ② 국민소득 4만불 시대를 전인하여 SW 중심사회를 실현한다는 비전 아래,
- ① 미래형 창의인재 양성, ② SW기반의 새로운 시장 창출, ③ SW로 국가 시스템을 변혁, ④ SW 산업구조 혁신을 기본전략으로 제시하였음

2. SW중심사회 구현을 위한 저작권법 개선의 필요성

□ SW는 산업으로 자리잡거나 정책적으로 육성하기 위해서는 다른 산업보다 국가의 적극적이고 많은 보호노력이 요구됨

- SW는 비경합성¹⁰⁾과 비배제성¹¹⁾을 가져 공공재와 비슷한 특성이 있고 일단 만들어진 후에는 복제비용이 '0'에 가깝기 때문에, 유형물을 생산하고 소비하는 기존 산업보다 생산자가 경제적 이익을 얻기가 어려움
- SW는 지적 노동에 따른 저작물로 취급되어 SW의 표현은 저작권법에 따라 보호되는 한편, SW에 내재되는 기술적 사상 또는 아이디어는 특허법에 의해 주로 보호되며, 화면구성 등은 디자인보호법에 의해 보호되는 등 다양한 법률이 SW를 보호대상으로 하고 있음
- 그 외에도 공공정보화사업이 SW산업 육성으로 이어지도록 하기 위해 제정된

10) 소비자가 늘어나더라도 기존 소비자의 소비량이 줄어들 위험이 없는 것으로 소비자들끼리 경합되지 않음을 말한다. 마치 태양의 빛을 받는 사람이 늘어난다고 해서 기존의 사람들이 태양의 빛을 계속 받는데 문제가 없는 것과 동일한 원리이다. 이렇듯 여러 사람이 함께 사용해도 경합이나 경쟁이 붙지 않는 성질로 국가나 공공기관이 제공하는 공공재의 특성이다. 일반 소비재는 어떤 한 사람이 재화를 소비하면 다른 사람은 그 재화를 소비(사용)할 수 없는 경합과 경쟁의 성격이 있다. 즉, 다른 소비자가 함께 사용하더라도 기존 소비자의 몫이 줄지 않는 성질이다. (출처 : 브리태니커 백과사전)

11) 소비자가 소비행위에 대해 대가를 지불하지 않더라도 소비를 배제할 수 없는 것.

국가나 공공기관이 공급하는 공공재는 생산과 공급이 이루어지고 나면 생산비를 부담하지 아니한 사람도 사용을 배제시킬 수 없다. 공공재는 해당 국가의 구성원이면 누구나 사용할 수 있는 것이므로, 직접적인 사용료를 지불하지 않는 자라 할지라도 사용을 금할 수 없는 속성이 있다. 이러한 비배제성은 비경합성과 함께 공공재가 갖는 특성이다. 때문에 공공재는 무상의 인식이 강해서 개인은 공공재에 대한 개인 부담 비용을 최대한 줄이려고 노력한다. 이를 경제학에서는 '무임승차문제'라고 표현한다. 그러나 공공재는 국가가 예산을 부담하는 것으로 이를 남용할 경우 공유지의 비극처럼 모두가 누릴 수 있는 재화와 서비스를 잃을 수 있다는 것을 기억해야 한다. (출처 : 브리태니커 백과사전)

정부의 각종 지침 및 고시들도 준수해야 하며, 사업의 결과물인 SW의 저작권과 특허권을 비롯한 지식재산권의 귀속을 규율하고 있는 다양한 법률 및 지침들이 존재함

□ SW중심사회가 실현되고 SW산업이 육성되기 위해서는 무형물인 SW의 가치가 제대로 인정되어야 하므로, SW개발자들의 권리보호를 위한 법제도 개선이 필요함

- 정부에서는 우리나라 SW산업의 근본적 문제점을 ‘우수인력/시장/가치인식 부족 → 기업수익 악화 → 재투자 미흡 → 인력 기피’로 이어지는 SW생태계의 악순환 고리로 파악하고 있음
- 지금 이러한 악순환 고리를 단절시키지 않으면 SW산업 자체만이 아니라 자동차, 조선 등 주력산업도 경쟁력 유지가 불가능하여 국가경제의 미래에 심각한 위협이 될 것을 우려함
- 이러한 우려를 타개하기 위한 한 방법으로 SW기업과 SW개발자의 수익을 증대시켜야 할 필요성이 높음

□ 이를 위해서는 SW를 가장 폭넓게 보호하는 가장 중요한 법률인 저작권법이 SW개발자의 권리보호를 위해 기본적인 역할을 해야 함

- SW개발자들이 SW를 설계·구현·판매하면서 사회에서 겪는 다양한 문제들에 대해서 저작권법 상의 각종 규정, 특히 프로그램 관련 규정들이 어떠한 역할을 하는지 분석하여 그 중 SW개발자들의 권리보호를 저해하는 규정들을 개선해야 함

제2절 연구의 내용 및 방법

1. 연구의 내용

- SW와 관련된 저작권법 규정을 재검토하되, FTA에 의해 저작권법 개정이 제한될 가능성이 높은 분야는 제외
 - 현행 저작권법은 정부와 국회에 의해 도입된 조항들 외에 한·미 FTA나 한·EU FTA 등에 의해 도입된 조항들도 존재
 - 이 조항들은 개정의 필요성이 인정되더라도 FTA에 의해 제약될 가능성이 높으므로 연구대상에서 제외함
 - FTA에 따라 도입된 조항들은 저작권 보호기간 연장, 기술적 보호조치 무력화의 금지규정화, 온라인서비스제공자에 대한 면책요건, 법정손해¹²⁾배상제도 등이 해당됨
- SW산업계 혹은 여러 단체들이 개정 또는 도입의견을 낸 저작권법 조항을 중심으로 연구하고자 함
 - 사적 복제와 교육 복제 관련 규정, 공평보상조항과 계약해지조항의 신설, 저작권 침해죄 개정, 징벌적 손해배상제도 도입여부가 이에 해당함
- 현재 법적 분쟁이 발생하여 법원에 계류 중인 사건들도 분석하여 SW개발자의 권리보호를 강화하도록 저작권법의 개정방안을 제시하고자 함

12) 손해란 법익에 대한 모든 비자발적 손실을 말하며, 통설인 차액설은 가해적 사태가 없었더라면 존재하였을 상태와 가해행위가 행하여진 현재의 상태를 비교한 차액을 손해로 보고 있음(출처 : 지원림 민법강의 제10판, 홍문사, 2012, 1071면 참조). 손해는 재산적 손해와 정신적 고통과 같은 비재산적 손해, 가해행위와 상당인과관계에 있는 통상손해와 특별한 사정으로 인한 특별손해, 재산적 손해는 다시 침해행위로 인하여 발생한 재산상태의 감소를 의미하는 적극적 손해와 장래에 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못하는데 따른 소극적 손해로 나누어짐(출처 : 문화체육관광부 (2012), “법정손해배상제도에 관한 연구”, 4 ~ 7면 참조)

- 구글과 오라클 간의 자바 API 사건을 통해 본 API의 저작물성 인정 여부, 로지큐브 사건을 통해 본 2차적 저작물 작성권 관련 규정이 이에 해당함

2. 연구의 방법

- 본 연구는 각 소주제 별로 해당 법조항, 해외의 입법례들, 기존의 국내외 논문들, 국내 판례들을 비교검토하면서 SW개발자들의 권리보호를 강화하는 방향으로 저작권법의 개정방안을 제시하고자 함

제2장 저작권법 상 SW 관련 규정 개요

제1절 SW와 저작권법의 관계

1. SW의 개요

□ 컴퓨터프로그램과 SW의 차이점

○ 국내법 상의 차이점

- 저작권법은 컴퓨터프로그램저작물을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리 능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접적으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”로 규정함
- 소프트웨어산업진흥법은 SW를 “컴퓨터, 통신, 자동화 등의 장비와 그 주변 장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서(記述書)나 그 밖의 관련 자료”로 정의함
- 따라서 SW는 컴퓨터프로그램 외에 기술서나 관련자료까지 포함하는 보다 폭넓은 의미를 지님

○ 해외의 컴퓨터프로그램 정의

- 미국 저작권법 제101조는 컴퓨터프로그램을 일정한 결과를 산출하기 위하여 직접 또는 간접으로 컴퓨터에서 사용되는 일련의 지시나 명령으로 정의
- 일본 저작권법 제2조는 프로그램을 전자계산기를 기능시켜 하나의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 지령을 조합시킨 것으로서 표현한 것으로 정의
- 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, 이하 ‘WIPO’라 함)는 모델규정¹³⁾에서 컴퓨터 소프트웨어를 컴퓨터프로그램 또

는 프로그램 기술서(Program Description) 또는 보조자료(Supporting Material) 또는 그러한 것들의 집합으로 나누고 있고¹⁴⁾, 컴퓨터프로그램은 “기계가 읽을 수 있는 매체에 집적될 때 기계로 하여금 특정한 기능, 작업, 결과를 표시·수행·달성할 수 있는 정보처리능력을 가지게끔 하는 명령들의 집합”으로 정의됨¹⁵⁾

○ 소결론

- 국내 및 해외 저작권법은 대체로 컴퓨터프로그램이라는 용어를 쓰고, 국내의 소프트웨어산업진흥법과 WIPO의 모델규정에서는 컴퓨터프로그램을 SW의 일부분으로 정의하고 있어 명백히 다른 용어로 사용하고 있음
- 그러나 현실적으로는 SW와 컴퓨터프로그램을 동일시하고 있고 IT산업 측면에서는 하드웨어와 대비되는 SW라는 용어를 주로 사용하므로 본 연구에서는 SW를 기본적으로 사용하기로 하되 저작권법 조문과 관련된 부분에서는 컴퓨터프로그램을 같이 사용하기로 함

□ SW의 생성과정

- SW는 우선 프로그래머가 보고 이해할 수 있는 프로그래밍 언어로 작성한 소스코드(Source code)가 컴파일러(Compiler)¹⁶⁾에 의해 컴퓨터가 이해할 수 있는 명령어들의 집합인 오브젝트 코드(Object code)로 번역되고,
- 이후 여러 개의 오브젝트 코드들이 서로 연결되는 링킹(linking) 과정을 거쳐 실제로 컴퓨터에서 실행할 수 있는 실행 프로그램(Executable program)이 만들어지는 것임

13) WIPO (1978), Model Provisions on the Protection of Computer Software을 의미함

14) 권태복 외 (2012), 컴퓨터프로그램 보호방식에 관한 비교연구 - 저작권 보호와 특허 보호, 한국저작권위원회 8면 참조

15) 컴퓨터프로그램의 WIPO 정의의 원문은 다음과 같다.

“A set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task, result”

16) 고급언어로 쓰인 프로그램을 그와 의미적으로 동등하며 컴퓨터에서 즉시 실행될 수 있는 형태의 목적 프로그램으로 바꾸어 주는 번역 프로그램. (출처 : [네이버 지식백과] 컴파일러 [compiler] (두산백과))

2. SW와 저작권법

□ SW의 저작물로서의 특성

- 저작권법 상의 SW는 별도의 정의규정 - 컴퓨터프로그램저작물 - 을 통해서 다른 종류의 저작물과 구별하여 보호되고 있지만, 그 속성은 위의 SW의 생성 과정에서 알 수 있듯이 프로그래밍 언어로 쓰여진 어문저작물로 보는 것이 일반적임
- WIPO 저작권조약 제4조는 “컴퓨터 프로그램은 베른협약 제2조에서 규정하는 어문저작물로서 보호된다. 그 보호는 어떠한 표현방식이나 형태의 컴퓨터 프로그램에도 적용된다”고 규정하고 있고, TRIPS 협정¹⁷⁾ 제10조 제1항¹⁸⁾도 “컴퓨터 프로그램은 그것이 원시코드이든 목적코드이든 베른협약상 어문저작물로 보호된다”고 하고 있음
- 영국, 독일도 저작권법에서 SW를 어문저작물의 일종이라고 명시하고 있음
- 또한 SW는 특정한 결과를 이뤄내기 위하여 만들어지기 때문에 기능적 저작물로서의 특질도 매우 강함

□ 저작권법 상 SW의 보호범위

- 저작권법 상 저작물은 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”을 의미하므

17) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights의 약자로 무역 관련 지식재산권 협정이라 함

18) 원문은 다음과 같음

Article 10

Computer Programs and Compilations of Data

1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).
2. Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.

로, SW도 어문저작물로써 '표현'이 보호대상임

- 따라서 SW의 생성과정에 존재하는 소스코드, 오브젝트코드, 실행화일이 일차적인 보호대상이라고 할 수 있음
- 다만, '창작물'이어야 하므로 SW 내의 표현이라고 보기 힘든 SW 내의 순서, 구조, 구성, 스크린 출력과 사용자 인터페이스 등은 저작권법에 의해 보호되지 않는 것으로 보는 것이 일반적이나 예외적인 경우도 존재함

□ SW의 저작권법에 의한 보호의 한계

- SW는 지식노동의 산물로 프로그래머의 아이디어와 표현의 결합체인데, 저작권법에 의해서는 프로그래머가 사용한 표현만 보호되며, 프로그래머의 아이디어는 보호해 주지 않음
- 그러나 SW의 가치의 대부분은 기능에 존재하는데 그 기능은 SW를 사용하면서 파악할 수 있는 경우가 많으므로, 기능이 유사한 SW를 만들기가 매우 쉬워서 저작권에 의한 보호는 SW의 소스코드나 목적코드 자체의 보호에 그치는 경우가 많음
- 그래서 프로그래머의 아이디어를 보호해 줄 수 있다는 이유로 특허법에 의한 SW 보호에 찬성하는 입장도 존재함

제2절 국내 저작권법의 SW 관련 규정

1. SW 관련 일반 규정

□ SW 저작재산권의 발생

- 저작권법 제10조¹⁹⁾에 따라 저작자는 저작권 즉, 저작인격권과 저작재산권을

19) 저작권법 제10조(저작권) ① 저작자는 제11조 내지 제13조의 규정에 따른 권리(이하 "저작인격권"이라 한다)와 제16조 내지 제22조의 규정에 따른 권리(이하 "저작재산권"이라 한다)를 가진다.

가지고, 저작물을 창작한 때부터 어떠한 절차나 형식을 이행하지 않고서도 저작권을 가지므로 SW를 창작하면 바로 저작권이 발생함

- 그리고 저작인격권은 저작자 일신에 전속하기 때문에²⁰⁾ 양도가 불가능하지만, 저작재산권은 민법 상 재산권의 일종이므로, 계약에 의해 양도가 가능함²¹⁾

□ SW 저작재산권의 제한규정

- 저작권법은 제2장 저작권 제4절에서 저작자가 가지는 저작재산권의 종류를 제16조(복제권)부터 제22조(2차적저작물작성권)까지 나열한 후 곧바로 저작재산권이 제한되는 경우에 대한 규정을 제23조부터 제37조까지 나열하고 있음
- 그런데 제37조의2에서 프로그램에 대하여는 제23조(재판절차 등에서의 복제)·제25조(학교교육 목적 등의 이용)·제30조(사적이용을 위한 복제) 및 제32조(시험문제로서의 복제)가 적용되지 않는다고 명시하면서 제5장의2 프로그램에 관한 특례 제101조의3(프로그램의 저작재산권의 제한)이 적용되도록 규정함
- 그 외에도 제101조의4(프로그램코드역분석)이나 제101조의5(정당한 이용자에 의한 보존을 위한 복제 등)의 규정에서도 일정 요건 하에서 저작자의 권리 행사를 제한하고 있음

□ SW 저작재산권 관련 기타 규정

- 저작권법은 정보통신망을 이용한 저작물 등의 복제·전송과 관련하여 저작권법이 보호하는 권리가 침해됨을 주장하는 권리주장자에게 온라인서비스제공자에 대하여 제103조에서는 저작물 등의 복제·전송의 중단을, 제103조의3에서는 해당 복제·전송자에 관한 정보제공을 요구할 권리를 각각 부여하고 있는

②저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.

20) 저작권법 제14조(저작인격권의 일신전속성) ① 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.

②저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

21) 저작권법 제45조(저작재산권의 양도) ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.

한편, 제102조에서 저작권이 침해되는 경우에도 온라인서비스제공자가 책임을 면할 수 있는 요건을 제시하여 형평을 도모하고 있음

- 또한 제6장의2에서는 제104조의2(기술적 보호조치의 무력화 금지)를 비롯해 각종 금지규정을 명시하고 있고, 제104조의8(침해의 정지·예방 청구 등)에서는 제104조의2 등을 위반한 자에 대해 저작권자가 침해의 정지·예방, 손해배상의 담보 또는 손해배상이나 이를 갈음하는 법정손해배상을 청구하도록 허용함

2. SW 저작권 침해 관련 규정

□ SW 저작권 침해 관련 구제 규정

- 저작권법 제9장에서는 제123조(침해의 정지 등 청구)부터 제129조(공동저작물의 권리침해)까지 저작권 침해행위에 대한 침해의 정지·예방, 침해행위에 따라 만들어진 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치, 손해배상청구권 등 각종 구제조항을 나열하고 있음
- 그 외에도 제10장에서 제133조(불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제), 제133조의2(정보통신망을 통한 불법복제물등의 삭제명령 등), 제133조의3(시정권고등)을 통해 저작권자의 권리보호를 위한 각종 조치를 문화체육관광부 장관 등이 행할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있음

□ SW 저작권 침해 관련 처벌조항

- 마지막으로 제11장 벌칙에서는 제136조(벌칙)부터 제142조(과태료)까지 저작권법 상의 각종 위반행위에 대한 형사처벌(징역형, 벌금형, 몰수, 양벌규정)과 함께 과태료를 규정하면서, 제140조에서 신고죄 원칙과 그 예외를 명시하고 있음

제3절 FTA에 따른 저작권법 개정사항 개요

1. 한·EU FTA와 한·미 FTA의 체결

□ 한·EU FTA와 한·미 FTA의 체결경과

- 한·EU FTA(이하 ‘한EU FTA’라 함)는 2010년 10월 6일 서명된 이후 2011년 5월 4일 비준안이 국회를 통과하여 2011년 7월 1일자로 발효되었음
- 한·미 FTA(이하 ‘한미 FTA’라 함)는 2007년 4월 2일 일차 타결되었으나, 미국 측에서 추가협상을 제기하여 2010년 12월 3일 추가협상까지 타결되었고, 이후 2011년 11월 22일 한미 FTA 비준동의안이 국회를 통과하여 2012년 3월 15일 발효되었음
- 2008년 10월 10일 정부는 한미 FTA 이행을 위한 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 일부 개정법률안을 제출하였고, 추가협상 결과를 반영한 저작권법 일부 개정법률안이 2011년 11월 2일 다시 제출되어 2011년 11월 22일 국회를 통과, 2011년 12월 2일 법률 제11110호로 공포되고 2012년 3월 15일 시행됨²²⁾
- 한편 2010년 10월 28일 정부는 한EU FTA 이행을 위한 저작권법 일부 개정법률안을 제출하여 2011년 6월 30일 한EU FTA 이행을 위한 개정 저작권법(법률 제10807호)이 공포되어 2011년 7월 1일 시행됨²³⁾

2. 각 FTA에 따른 저작권법 개정

□ 한EU FTA 체결에 따른 저작권법 주요 개정사항²⁴⁾

22) 저작권접권 보호기간 연장은 2013년 8월 1일부터 시행되었음

23) 저작재산권 보호기간 연장은 2013년 7월 1일부터 시행되었음

24) 한미 FTA의 공통사항도 같이 반영되어 있었음

- 저작권 보호기간을 저작자 사후 50년에서 70년으로 연장함
- 이용통제 기술적 보호조치 외에 접근통제 기술적 보호조치를 도입하고, 기술적 보호조치 무력화 및 무력화 도구 거래 등의 행위를 권리침해행위에서 금지행위로 강화함
- 온라인서비스제공자 책임제한 규정을 호스팅 서비스 중심에서 단순중개, 캐싱, 호스팅, 정보검색의 네 가지 유형으로 세분화하고, 각 유형별로 면책요건을 상세히 규정함

□ 한미 FTA의 체결에 따른 저작권법 개정사항

- 디지털 환경에서 저작권자의 권리를 균형있게 보호하기 위하여 일시적 저장을 복제의 범위에 명시하고 이에 대한 예외를 규정함
- 저작물의 통상적 이용방법과 충돌하지 않고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 경우에는 저작재산권이 제한되는 포괄적 공정이용 제도를 도입함
- 출판권과 프로그램배타적발행권의 경우에만 인정되었던 배타적 권리설정행위를 모든 저작물 등의 발행 및 복제·전송에 설정할 수 있도록 하고, 배타적 발행권 설정에서 출판권 설정을 제외하여 배타적발행권과 출판권의 관계를 명확히 함
- 온라인서비스제공자의 면책요건을 추가하고 복제·전송자에 대한 정보제공 청구제도를 도입함
- 법정손해배상제도를 도입하여 실손해 배상과 법정손해배상 중 하나를 선택적으로 청구할 수 있게 하되, 법정손해배상은 사전에 저작권 등록을 한 경우에만 가능하게 제한함²⁵⁾

25) 제125조의2(법정손해배상의 청구) ① 저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다.

② 둘 이상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적저작물은 제1항을 적용하는 경우에는 하나의 저작물로

본다.

- ③ 저작재산권자등이 제1항에 따른 청구를 하기 위해서는 침해행위가 일어나기 전에 제53조부터 제55조까지의 규정(제90조 및 제98조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 그 저작물등이 등록되어 있어야 한다.
- ④ 법원은 제1항의 청구가 있는 경우에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

제3장 저작권법 관련 개정방안 연구

제1절 사적복제

1. 사적복제의 개요

□ 사적복제의 근거조항

- SW의 사적이용을 위한 복제(이하 ‘사적복제’)에 관해 저작권법 제101조의3 제1항 제4호에서 규율하고 있음
- 도서, 음반, 영화 등 일반저작물²⁶⁾은 일반조항인 제30조가 적용되나 SW에 관해서는 특례조항인 제101조의3(이하 ‘SW특례조항’)이 우선 적용됨²⁷⁾
- 그 외 제101조의5(정당한 이용자에 의한 보존을 위한 복제 등) 규정에 따라서 백업 등을 위한 SW의 복제가 허용됨

<표 3-1> 사적복제 관련 조문 대비표

	일반저작물 조항	SW 특례조항
저작권법	제30조(사적이용을 위한 복제) 공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다. 다만, 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제는 그러하지 아니하다. ²⁸⁾	제101조의3(프로그램의 저작재산권의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우

26) 논의의 편의상 SW를 제외한 저작물들을 일반저작물로 정의하기로 함

27) 제37조의2(적용 제외) 프로그램에 대하여는 제23조·제25조·제30조 및 제32조를 적용하지 아니한다.

28) 대학가에 많이 존재하는 복사전문점 등을 이용해 다중(多衆)이 행하는 대량 복제를 금지하기 위해 삽입된 조항임. 복사기를 소유한 개인과 그렇지 않은 개인을 차별한다는 비판이 존재함(정보공유연대 IPLet, 최문순

□ 사적복제의 허용 배경

- 원칙적으로는 저작권을 침해하는 행위이나 개인적 영역에서 최종 이용자(end user)에 대해 저작권을 집행하는 것은 비용이 많이 들고, 번거로우며 또 이로 인한 침해도 사소(de minimis)하기 때문에 비침해로 함²⁹⁾
- 베른협약³⁰⁾의 복제권 예외규정(개념상 구별 및 질적·양적 한정, 저작권자의 통상이용방법이 아닐 것, 저작권자의 이익을 부당하게 해치지 않을 것) 지침에서 비롯됨
- 각국은 위 베른협약의 예외규정을 준수하는 범위에서 각자 사적 복제의 예외적 허용규범을 입법 및 시행

□ 사적복제에서의 허용범위³¹⁾

- 일반저작물에 관한 제30조의 해석이 준용됨
 - “개인적 이용”은 타인과 복제물을 공유하지 않는다는 의미
 - “가정에 준하는 한정된 범위”는 수적 측면에서는 강한 유대관계를 가진 소수 그룹을 의미하며, 장소적 측면에서는 강한 유대관계가 없이는 출입할 수 없는 장소를 의미함
- SW의 경우 일반저작물보다 사적복제의 허용범위가 좁음
 - SW특례조항은 저작재산권자(이하 ‘저작권자’)의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 사적복제를 허용하지 않기 때문에 통상 허용범위가 좁다고 해석함

의원 저작권법 개정안에 대한 의견서(2009. 4. 15.), 1면 참조)

29) 한국저작권위원회 (2008), 『학교와 저작권』 - 교원용 지도서, 101면 참조.

오승종 (2007), 『저작권법』, 박영사, 633면도 동일한 내용임.

30) 1886년에 독일·프랑스 중심의 저작자 권리체계와 영국 중심의 저작권 체계를 결합하여 성립된 최초의 저작권 관련 국제협약. 사적복제에 관한 예외조항은 1967년 스톡홀름 개정회의에서 정식으로 포함되었음. 정식 명칭은 “문학·예술적 저작물의 보호에 관한 베른협약”

31) 한국저작권위원회 (2008) , 앞의 책, 102면 참조.

- 인터넷 사이트 등을 통해 공유된 영화콘텐츠를 불법복제물임을 알고 다운로드하는 것은 사적복제에 해당한다고 보기 어렵다는 법원의 결정은³²⁾, SW에도 적용됨³³⁾

□ 해외 입법례 (각국 저작권법의 관련조문은 불임 참조)

○ 일본의 경우

- 사적복제를 허용하는 일반조항인 저작권법 제30조의 예외규정들은 한국과 동일하거나 SW에 적용되지 않으므로 제30조의 사적복제 허용범위는 한국과 동일³⁴⁾
- 프로그램저작물의 복제에 관한 제47조의3에서는 합법적 소유자의 컴퓨터 활용을 위해 필요한 범위의 복제만을 허용
- 결론적으로 한국보다 허용범위가 좁음

○ 독일의 경우³⁵⁾

- 어문저작물에 SW를 포함하고 있음
- SW 특례 조항이 존재하나 일반저작물 조항도 중첩적으로 적용됨
- 사적복제에 관한 SW 특례 조항이 없고 일반저작물과 동일하게 저작권법 제53조에서 사적복제를 규율함
- 비영리적 목적, 적법한 복제물로부터의 복제일 경우에만 사적복제로 인

32) 웹하드에 불법적으로 업로드된 영화화일을 개인적으로 다운로드한 행위에 대해, 불법복제물임을 알고 있는 경우에는 다운로드하는 행위를 사적복제로 볼 수 없다는 판결이 있어(서울중앙지법 2008. 8. 5.자 2008카합968 결정 참조), SW에도 적용가능하다고 판단됨. 위 판결에서는 업로드되어 있는 영화 파일이 명백히 저작권을 침해한 파일인 경우에게까지 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권 침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 발생할 수 있다는 것을 이유로 들고 있음

33) 다만, 독일이나 일본은 합법저작물을 사적복제의 허용요건으로 명시하고 있지만 우리나라는 합법저작물일 것을 요건으로 하고 있지 않으므로, 위 법원의 결정은 저작권법의 해석과는 상이하다는 비판이 존재함

34) 예외로 규정된 '공중용 자동복제기기 사용금지'와 '기술적 보호수단의 회피금지'는 한국과 동일하고 자동공중송신에 의한 디지털 녹음·녹화 규정은 SW에는 적용되지 않기 때문에 규율범위가 한국과 동일함. 자동공중송신은 공중(公衆)으로부터의 요구에 따라 자동으로 공중에게 송신되는 것을 말하는데 지상파 방송, 유선방송을 제외한 공중송신을 의미하므로 IPTV와 같은 것을 의미함. 또한 웹하드와 같은 인터넷 기술의 발달로 프로그램 저작물의 송신은 공중송신의 규제대상에 포함되나, 녹음·녹화 규정이 음이나 영상을 물건에 고정하는 것을 의미하는 것으로 정의되어 음악화일 또는 영상화일에는 적용가능하나 SW에는 적용되지 않음

35) EU에서는 컴퓨터프로그램의 법적 보호를 위해서 1991년과 2009년 각각 91/250/EEC와 2009/24/EC를 발표한 바 있지만, 구체적인 입법례로서 독일과 영국의 사례를 살펴보기로 함

정³⁶⁾

- 한국보다 허용범위가 좁음

○ 미국의 경우

- 사적복제에 관한 별도의 조항 없이, 공정이용에 관한 제107조로 규율함
- 제107조는 공정이용의 판단근거로 추상적인 네가지 요건(영리성, 저작물의 성격, 양과 상당성, 저작물의 가치)을 나열하고 있음³⁷⁾
- 연방대법원의 판례로 사적복제가 허용된다고 알려져 있으나³⁸⁾, 한국과 같은 SW의 사적복제를 허용할 지는 의문임

○ 영국³⁹⁾의 경우

- 어문저작물에 SW를 포함시키고 있지만, 세부적으로는 SW와 SW 아닌 일반 어문저작물을 구분하여 규율하고 있음
- 제50C조에서 합법적 사용자에게 한해 ‘합의’⁴⁰⁾를 위반하지 않는 범위 내에서 허용하며, 이 때에도 가족 친지와 공유할 수는 없음
- 그 외 복제물의 백업(제50A조), 프로그램 역분석(제50B조), 프로그램 연구

36) 독일에서는 이미 사적복제로 면책되기 위해서는 적법하게 생성된 복제물을 복제원본으로 사용하여야 한다고 보는 입장이 다수였다고 하는데, 이를 법률에 명시하여 불법복제물을 이용한 사적 복제를 명확하게 차단한 것임. (이영록 (2009), “디지털환경과의 조화를 위한 사적 복제 대상의 제한”, 한국저작권위원회 정책연구실 Copyright Issue Report 제1호 2009. 9. 11 발행, 3면 참조)

37) 한국 저작권법의 제35조의3(저작물의 공정한 이용)이 미국 저작권법 제107조를 수용한 것임.

한국 저작권법 제35조의3(저작물의 공정한 이용) ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항등을 고려하여야 한다.

1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

38) Sony v. Universal City Studios (464 U.S. 417(1984). 베타맥스(Betamax) 형식의 녹화기능이 있는 VTR을 판매한 소니에 대해 원고인 유니버설 스튜디오가 시간대를 옮기기 위한 녹화는 저작권침해임을 주장했으나 미국 연방대법원은 개인이 편리한 시간에 보기 위해 녹화하는 것은 공정사용이며 소니는 기여책임이 없다고 판시함.(송영식·이상정, 저작권법 개설 제5판, 세창출판사, 211면 참조)

39) 영국은 지금까지 백업부터 사적복제 등 모든 경우에 있어 CD, DVD, 책 등 모든 저작물을 복사해 포맷을 바꾸는 행위를 엄격히 금지해 왔으나, 2014. 6.부터 원본소유자가 사용하는 용도 내에서는 MP3부터 전자책까지 변환해 사용가능하도록 저작권법을 개정하였음. 다만 여전히 가족이나 친지들과는 공유할 수 없으며, 복사본 전달 시에는 원본을 비롯한 본인 소유의 복제물을 모두 폐기해야 함(출처 : 한국콘텐츠진흥원, 유럽 콘텐츠 산업동향 2013년 8호).

40) SW의 이용허락계약(License)를 의미함

및 시험(제50BA조)에 대해서도 저작권재산권의 제한을 인정함

○ 프랑스의 경우

- 제122조의 6의 1에서 SW의 합법적 소유자에 한해 백업, 오류 정정 등을 위해 제한적으로 사적복제를 허용함
- 제122조의5는 한국과 유사한 일반저작물의 사적복제허용 조항인데, 여기서는 SW를 명시적으로 적용대상에서 배제함
- 그러므로 가정 등에서의 한정적 사용이 허용된다고 볼 수 없어 사적복제의 허용범위는 한국보다 좁음

○ EU 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침의 취지

- 1991년 제정된 지침(91/250/EEC)과 2009년 개정 지침(2009/24/EC)이 존재
- 프로그램 저작권에 대한 제한규정은 정당한 이용자의 합법적인 프로그램 복제와 프로그램 역분석에만 인정되는데, SW의 사적복제의 위험성을 고려한 결과로 해석됨⁴¹⁾
- 한국, 일본의 사적복제와 같은 규정은 없음

41) 한국저작권위원회 (2009), “프로그램저작권 제한규정 개선을 위한 연구”, 61면 참조

<표 3-2> SW 사적복제에 관한 각국 저작권법 비교

국가	한국	일본	독일	미국	영국	프랑스
요건	공표될 것	X	X	X	X	O
	개인적 목적	O	O	O	O	O
	가정 등 한정된 장소	O	X	시장에 대한 영향을 기준	X	X
	저작권자의 이익을 부당하게 해치지 않을 것	합법적 소유자만 인정	합법적 소유자만 인정	규정없음	합법적 소유자만 인정	합법적 소유자만 인정
관련 조문	제30조 제37조의2 제101조의3	제30조 제47조의3	제53조	제107조 제117조	제50C조	제122조의 6의 1
비고	제101조의5에서 별도로 합법적 사용자에게 의한 백업 등을 위한 복제를 허용	제47조의3은 한국 제101조의5와 유사	한국 제101조의5와 동일	제117조가 한국 제101조의5와 유사	한국 제101조의5와 유사	한국 제101조의5와 유사
총평	넓음	좁음	좁음	좁음	좁음	좁음

2. 사적복제에 관한 검토

□ 현행 사적복제 규정의 문제점

- 사적복제에 대한 법집행의 현실적 제약으로 인한 제한적 허용을 불법복제의 허용으로 오해할 여지 있음
- 일반저작물과 SW의 질적 차이를 고려하지 않은 규정으로⁴²⁾, SW의 복제는 저작권자에게 미치는 영향이 매우 큼
 - 사적복제(법 제30조)는 디지털화된 저작물을 고려하지 않은 조항⁴³⁾
 - SW의 복제는 매우 쉽고 빠르며, 원본과의 품질차이가 전혀 없고, 제3자에게 배포·유통될 가능성이 매우 높음

42) 한국저작권위원회 (2009), 앞의 연구보고서 61면 참조

43) 아날로그 형태의 저작물은 사적복제를 허용한다 하더라도 복제가 어렵고 복제를 한다 하더라도 그 양이 저작물 전체에 미치는 경우는 많지 않고, 복제한 경우 원본과 복제물의 품질 차이로 인하여 이용자가 복제물만을 찾는다고 가정하기 어렵고, 복제의 수량이 제한되어 있고 복제물이 제3자에게 배포되기가 어렵기 때문에, 저작권자에게 미치는 경제적 영향이 크지 않음.(출처 : 한국저작권위원회 (2009), 앞의 연구보고서 61면)

○ 학교 소유 프로그램의 사적복제가 허용된다고 해석될 여지 있음

- 현행 저작권법의 문언에 충실한 해석이나 저작권법보다 우선 적용되는 학교와 SW 기업 간에 체결된 라이선스 계약에 따라서는 계약위반 사항일 가능성이 매우 큼
- 계약위반이라는 점에 대해서는 한국교육학술정보원도 같은 입장임

〈 쉽게 익히는 이야기 속 학교 저작권 中 〉

Q : 학교에서 구매한 프로그램인데 집에 설치해도 되죠?⁴⁴⁾

A : 네, 그러나 구매한 프로그램의 약관과 계약내용을 먼저 확인해야 합니다.

결론부터 말씀드리면, 학교에서 구매한 프로그램을 집에 설치하는 것은 가능합니다. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적으로 복제하는 것이 가능하기 때문입니다. 또 학교 측도 대가를 받고 프로그램을 빌려 준 것이 아니라서 문제가 되지 않습니다.

이처럼 학교에서 구매한 프로그램을 집에서 이용하는 것은 좋은데, 대신 확인해야 할 사항이 있습니다. 약관과 계약의 내용입니다. 만일 학교가 사들인 프로그램이 학교용 컴퓨터에서만 이용할 수 있는 것이라면 집에서 이용하는 것은 계약 위반에 따른 부정이용이 됩니다. 또한, 학생들만 이용할 수 있는 프로그램인데 그 외 사람들이 이용한다면 이 또한 계약위반에 해당합니다. 따라서 학교에서 산 프로그램을 아무리 개인적으로 이용한다 하더라도 구매한 프로그램의 약관과 계약내용을 꼭 확인하고 이용해야 할 것입니다.

○ 한국SW저작권협회(이하 ‘SPC’⁴⁵⁾라고 함)의 사적복제 개정제안 내용⁴⁶⁾

- 프로그램의 경우 일반 저작물과는 다르게 가정용으로 사용범위 등이 제한되어 개발·판매되고 있는데도, 이용자는 이 조항을 근거로 설치 등의 방법(dead copy)으로 복제하여 사용하고 있음
- 모든 패키지 SW에 대해서 사적복제를 허용한다면 해당 범위에 대해 이용허락된 SW를 개발하여 판매하는 사업자는 SW판매 자체가 불가능하게 될 것이고, 이로 인해 해당 분야의 SW시장이 위축되어 결국 패키지 SW 산업 기반이 무너지게 될 것임

44) 한국교육학술정보원 (2010), “쉽게 익히는 이야기 ‘속’ 학교 저작권”, 119면 ~ 120면 참조

45) Korea Software Property-Right Council

46) 한국소프트웨어저작권협회 (2012), “저작권법 내 컴퓨터 프로그램의 저작권 보호 체계 보완에 관한 의견”. 1 ~ 3면 참조. 2012년 12월 개최된 문화부의 저작권정책 오픈포럼에서 발표한 내용임

- “저작권재산권자의 이익을 부당하게 해치지 않는 범위”라는 단서조항에 대해 해석의 차이가 존재하고, 프로그램은 가정용으로도 사용범위 등이 제한되어 개발·판매되고 있으므로 일반저작물과의 동일한 요건의 사적복제허용 조항은 SW산업의 발전을 저해한다는 취지⁴⁷⁾
- ‘이용허락의 범위’를 저작권재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우의 고려 요건으로 추가하고, “정당하게 취득한 경우”에 한해 사적복제를 허용할 것을 제안

<표 3-3> 사적복제에 대한 SPC의 개정제안

	현행	SPC 개정제안
저작권법	제101조의3(프로그램의 저작권재산권의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작권재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우	제101조의3(프로그램의 저작권재산권의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수, <u>이용허락의 범위</u> 등에 비추어 프로그램의 저작권재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우(<u>정당하게 취득한 경우에 한한다</u>)

□ 검토의견

○ SPC의 개정제안이 타당함

- 각국의 입법례를 살펴 보았을 때, 한국의 사적복제의 허용범위는 단서조항에도 불구하고 선진 각국에 비해 넓다고 판단되므로 좁히는 것이 타당함

○ 다만 실제 실효성을 가지기는 힘들

- 개인에 의한 가정 등에서의 피해가 미미한 것 외에 법집행이 현실적으로 불가능하다는 것이 사적복제의 허용배경이기 때문에, 지금까지의 SW 관련 저작권 단속도 개인보다는 기업들과 온라인서비스제공자들을 대상으로 이

47) 이에 관해 2014. 4. 8. 디지털타임스에 SPC 김현숙 정책법률팀장이 [포럼] 사적복제, 오해 없도록 명확해야 라는 제목으로 다시 한번 기고함.

출처 : http://www.dt.co.kr/etc/article_print.html?article_no=2014040902012251607004U

뤄져 왔음

- 또한 '이용허락의 범위'는 계약 내용에 따른다는 민법 상 계약자유 원칙을 재확인하는 의미만 지니므로 선언적 의미만을 가짐

제2절 교육복제

1. 교육복제의 개요

□ 교육복제의 근거규정

- SW의 수업과 시험을 위한 복제 및 배포(이하 '교육복제')에 관해 저작권법 제101조의3 제1항 제2호, 제5호에서 규율함⁴⁸⁾

- 일반저작물은 제25조(학교교육 목적 등의 이용)에서 규율함

- SW와 일반저작물의 교육복제 규정의 비교

- '수업'의 의미⁴⁹⁾

- 수업은 대면수업(Face-to-face instruction)을 의미하므로 교실 외의 야외수업, '창의적 체험활동', '방과후 학교'도 포함
- 수업준비과정도 수업의 일부분으로 포함되므로 사전, 사후학습에 필요한 자료를 학생들에게 복제·배포·전송할 수 있음

□ 해외 입법례

48) 저작권법 제101조의3 제1항 제3호 (교과용 도서게재)의 경우 보상금지급기준이 있으므로 제외함

49) 한국교육학술정보원, 앞의 책 90~93면 참조. 교육 일선에서 수업의 범위가 어디까지인지 논란이 많아서 2010년 교육과학기술부가 요청하여 문화관광체육부에서 수업의 정의를 명확히 함(문화체육관광부, "저작권법 제25조제2항 '수업목적'에 대한 재질의"(과학기술기반과, 2010.8.3.)에 대한 회신)

○ 일본의 경우

- 교육복제에 관한 일반조항인 저작권법 제35조~제36조에서 규율
- 제35조에서 수업을 위해 복제할 때 저작권자의 이익을 부당하게 침해하지 않을 것을 규정
- 저작권법 제35조에 관한 별도의 가이드라인이 문서로 존재하는데 여기에서 네트워크를 통한 SW 전송이 저작권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우의 예를 몇가지 들고 있음⁵⁰⁾
- SW에 관한 별도의 특례조항은 없으나, 제35조의 가이드라인과 제36조의 문언해석 상 한국과 동일한 허용범위로 판단됨

○ 독일의 경우

- 일반저작물의 교육복제에 관한 조항인 저작권법 제46조(수업용 편집물), 제52조a(수업목적 공중전달), 제53조제3항이 SW에 적용가능함
- 제46조 제1항, 제52조의a 제2항, 제53조제3항에서는 필요한 범위에서 저작물의 공중전달⁵¹⁾을 허용하지만 학교 수업용은 권리자의 승낙을 필수요건으로 하고 있음
- 따라서 전체적으로 볼 때 저작권자의 승낙이 필요없는 한국보다 허용범위가 좁다고 판단됨

50) '공중송신의 태양'과 관련해서는 '수업을 받는 자 이외의 자가 열람할 수 있도록 공중송신하는 것(예) 복수의 PC에 송신할 수 있는 서버 등의 컴퓨터에 컴퓨터프로그램의 축적)', '송신된 복제저작물을 수신측에서 이차적으로 복제하는 것', '대교실수업에 상당하는 것과 같은 사람 수에 송신을 행하는 것 (예) 학교의 컴퓨터와 아동의 자택 컴퓨터가 인터넷으로 연결되어 있는 상태에서 학교에서 쓰고 있는 컴퓨터프로그램을 자택에 송신하여 수업이외의 목적으로 사용하는 것' 등을 들고 있음. 또한 일본저작권법은 송신의 형태와 관련 "당해 수업이 이루어지는 장소 이외의 장소에서 당해 수업을 동시에 받는 자에 대하여 공중 송신하는 것이 가능하다"고 규정하고 있어서 직접적인 교실수업을 전제로 하며 수업내용을 동시에 특정범위의 학습자에게 전달하는 형태의 송신만이 허용되고, 서버에 수업내용을 올리는 형태의 이시송신은 허용되지 않는다고 판단됨.(이영록 (2010), 학교수업을 위한 저작권법의 이해, 학교 교육정보화를 위한 전국 시·도교육청 저작권 담당자 워크숍 발표문, 한국교육학술정보원 .에서 인용함)

51) 독일 저작권법 제19조a(공중전달권) 공중전달권이란 공중이 선택한 장소 및 시간에 접근할 수 있는 방법으로 유선이든 무선이든 저작물을 공중에 전달하는 권리

<표 3-4> 일반저작물과 SW의 교육복제 규정 비교

	일반저작물	소프트웨어
관련 조항	• 저작권법 제25조, 제32조	• 저작권법 제101조의3
대상 기관	• 대학 이하 • 특별법에 따른 교육기관(직업훈련기관, 평생교육기관 등을 의미함) • 교육지원기관까지 저작물 이용 가능	• 대학 이하 • 특별법에 따른 교육기관(학력인정기관에 한함) • 교육지원기관 불포함
허용 범위	• 수업 또는 지원 목적 상 필요한 범위에서 저작물의 일부를 복제·배포·공연·전시·공중송신 가능 • 부득이한 경우 저작물의 전부 이용도 가능	• 수업과정에서 제공할 목적으로 필요한 범위에서 복제·배포 가능 • 저작권자의 이익을 부당하게 침해하면 불허 (프로그램의 종류·용도, 복제 부분의 비중과 부수 등을 고려함)
시험 및 검정	• 입학시험 등 비영리적 목적에 한해 저작물의 복제·배포 허용(제32조)	• 비영리적 목적의 입학시험 등의 시험 및 검정 목적의 복제·배포 허용
복제 방지 조치	• 대통령령에서 정한 복제방지조치 의무화	• 규정 없음

○ 미국의 경우

- 제107조 공정이용에서 ‘교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함)’ 목적을 명시하고 있어 교육복제에 관해 제107조가 바로 적용되는데, 공정사용 여부를 판단하는 요건이 한국 저작권법의 교육복제 허용요건과 유사함
- 원격교육에 관한 제110조, 제112조의 규정은 SW를 대상으로 했다고 보기는 어려움
- 따라서 허용범위에 대해 한국과 동등하다고 판단되는데, 이는 한국보다 낮은 불법복제율과 상용 SW의 학교 대상 판매가 활성화된 환경을 고려하면 교육복제를 엄격하게 제한할 필요성이 낮기 때문으로 판단됨

○ 영국의 경우

- 어문저작물에 컴퓨터 프로그램이 포함되므로 일반저작물의 교육복제에 관한 조항인 저작권법 제32조(수업 또는 시험의 목적을 위하여 행해진 것)부터 제36조(교육기관에 의한 발행 저작물 구절의 복제)가 직접 적용됨

- “복사방법”에 의하지 않는 복제만을 허용하고 있음⁵²⁾
- “복사방법”은 ① 원형대로의 복제물을 만들거나 ② 다량 복제물을 만들기 위한 장치의 사용을 수반하는 방법, ③전자적 방법에 의한 복제를 의미하므로 SW의 복제를 불허하는 취지로 해석됨⁵³⁾
- 그러므로 한국보다 허용범위가 좁다고 판단됨

○ 프랑스의 경우

- 제122조의5(저작권 행사제한) 제1항 제3호에서 저작자의 성명과 출처를 표시할 것을 조건으로 교육복제를 허용하고 있음
- 이 조항은 동조 동항 제2호처럼 명시적으로 SW를 배제하는 단서가 없지만 c목의 “저작물의 해석 및 짧은 인용”, e목의 “교육목적으로 제작된 저작물의 공연”이라는 문구로 미루어 보건대 SW에 적용되지 않는 것으로 보이고, 그 외에 SW의 교육복제에 관한 조항은 없음
- 따라서 SW에 대한 교육복제는 불허되고 있다고 보여지므로 한국보다 허용범위가 좁다고 판단됨

<표 3-5> SW 교육복제 허용요건에 관한 각국 저작권법 비교

국가	한국	일본	독일	미국	영국	프랑스
요건	학교일 것 (시설학원 등 제외)	O	O	X	O	X
	수업과정에 제공할 목적이거나	O	O	X	O	X
	비영리 목적의 시 험 등을 위한 목적	O	O	△	O	X
	저작권자의 이익을 부당하게 해치지 않을 것	O	O (필요한 수에 한해)	O	O (복사방법 사용불가)	X
관련 조문	제101조의3	제35조 제36조	제46조 제52조a	제107조	제32조 제33조	제122조 의 5 제1

52) 그 외에 수업(준비과정 포함) 또는 시험, 비상업적 목적, 수업을 하는 자와 받는 자 사이, 출처표시가 수반될 경우 등의 요건을 나열하고 있음

53) 영국저작권법 제178조(부수적 정의)

“복사방법”이란 다음을 말한다-

(a) 원형대로의 복제물을 만들기 위한 방법, 또는

(b) 다량 복제물을 만들기 위한 장치의 사용을 수반하는 방법,

그리고, 전자적인 형태로 유지되는 저작물과 관련하여 전자적인 방법에 의한 복제를 포함하나, 영화 또는 녹음물의 제작을 포함하지 아니한다;

			제53조제3항		제36조	항
비고		제35조에 대한 상세한 가이드라인 제시	수업 목적은 항상 권리자의 승낙이 필요함	공정 이용의 법리에 따름	전자적 복제를 불허함	허용 조항이 없어서 범위가 좁다고 해석됨
총평	넓음	넓음 (한국과 동일)	좁음	넓음 (한국과 동일)	좁음	좁음

2. 교육복제의 검토

□쟁점사항

○ 현행 저작권법 하에서 수업목적의 SW 복제 및 배포의 허용여부

- 현행 저작권에 관한 지도서에 따르면 SW 자체의 복제 배포는 저작권 침해 행위로 안내하고 있음
- 원격교육을 위해 프로그램을 전송하는 등의 행위도 저작권 침해행위로 해석되고 있음⁵⁴⁾
- 이러한 해석은 사법부의 판단은 아니지만 법적 분쟁 발생 시 법원에서 수용할 가능성이 높음

〈 쉽게 익히는 이야기 속 학교 저작권 中 〉

Q : 초등학교 방과후 학교에서 컴퓨터교실을 맡아서 지도하는데 컴퓨터교실도 수업에 해당하는지, 학생들에게 수업목적으로 필요한 프로그램을 복제해 주어도 되는지가 궁금합니다.⁵⁵⁾

A : 컴퓨터교실도 수업에 해당하지만, 수업목적 상 복제 프로그램을 배포하면 저작권침해행위가 됩니다. 정품을 이용할 것을 권유합니다.

방과후 학교의 하나인 컴퓨터교실에서 이루어지는 수업도 저작권법 상의 수업에 해당합니다.

54) 이해완 (2010), 저작물의 공정이용에 관한 가이드라인(안), 저작권상생협의체, 33~34면 참조

저작권법 제101조의3 ‘프로그램의 저작권재산권의 제한’에 의해 프로그램을 수업목적상 복제 또는 배포할 수 있지만 이 경우 저작권자의 이익을 부당하게 해치지 말아야 합니다. 예를 들어 프로그램을 화면 상태로 프린트해서 학생에게 나눠주는 것은 가능하지만, 프로그램 자체를 복제해서 나눠주는 것은 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 저작권침해행위가 됩니다.

결론적으로 선생님의 상담내용을 정리하면, 선생님의 수업은 저작권법의 범주 안에 있는 수업이라고 할 수 있으며, 수업목적상 프로그램을 복제해서 학생에게 나눠주는 것은 저작권을 침해하는 것이므로 정품을 구매하여 이용하는 것을 권유합니다.

□ SPC의 개정제안

○ 교육복제의 허용범위에 대한 SPC의 의견

- 저작권법 제101조의3 제1항 제2호는 수업과정에 프로그램의 작동원리나 코드 형식 등을 교육하기 위하여 해당 프로그램의 일부를 복제하거나 배포하는 등 한정적으로 적용하기 위한 것
- 교과용도서 게재, 시험 및 검정의 경우에는 상용 SW의 판매에 미치는 영향이 적음
- 위 조항을 수업과정 중 상용 SW의 복제·배포를 허용하는 것으로 해석한다면 교육기관용 상용 SW의 판매는 불가능해짐

○ 교육복제 관련 개정제안 내용

- 수업목적의 경우에 교육기관용 SW는 교육복제의 허용대상에서 명시적으로 제외할 것
- SW 라이선스 계약의 내용도 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 경우를 판단하는 요건으로 법문에 명시할 필요 있음

55) 한국교육학술정보원, 앞의 책 114 ~117면의 질문을 변형함

<표 3-6> 교육복제에 관한 SPC의 개정의견

	현행	SPC 개정의견
저작권법	제101조의3(프로그램의 저작권자의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 2. 「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 학교 및 다른 법률에 따라 설립된 교육기관(상급학교 입학에 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우	제101조의3(프로그램의 저작권자의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수, <u>이용허락의 범위</u> 등에 비추어 프로그램의 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 2. 「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 학교 및 다른 법률에 따라 설립된 교육기관(상급학교 입학에 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우(<u>교육기관에 판매를 목적으로 제공되는 프로그램의 경우를 제외한다</u>)

□ 검토의견

○ SPC의 개정제안의 취지와 문제점

- 교육을 위한 경우 일정 조건 하에서 저작권적용을 배제하는 미국 저작권법 제110조 제2항이 원격교육 전용 저작물을 대상에서 제외하는 것과 유사하다고 판단됨
- 상용 SW 중 교육기관 전용 라이선스를 가진 SW만을 제외하겠다는 것으로 해석되나 교육기관 전용 라이선스가 있는 SW와 그렇지 않은 SW를 차별할 합리적인 이유가 없음
- 또한 교육기관 전용 라이선스는 저작권자가 만들기 나름이기 때문에 법조문에 별도로 명시할 정도의 의미가 있는지 의문
- ‘수업 목적의 소프트웨어 배포 및 복제’의 허용범위에 대한 한국교육학술정보원의 해석이 존재하지만 향후 법적 분쟁 발생 때 논란이 될 것을 우려하여 명확하게 규정하려고 하는 것임

○ SPC의 개정제안을 수용할 여지도 있음

- 교육기관이 수업 중에 다루게 되는 대다수 상용 SW가 교육기관용 라이선스를 제공할 것으로 보이므로 법문 해석의 논란을 정리하기 위해 법조문에 명시할 필요성도 인정됨

○ 불법이용방지조치의 의무화

- 일반저작물을 대상으로 한 법 제25조 제10항에서 전송의 경우 복제방지조치를 할 것을 의무화하고 있는데, SW의 전송에 대해서는 복제방지조치가 의무화되어 있지 않음
- SW는 제3자에 의한 불법이용 가능성이 보다 높으므로 방지조치를 의무화해야 함

<표 3-7> 교육복제에 관한 개정의견

	현행	개정 의견
저작권법	제101조의3(프로그램의 저작권자의 제한) ① (중략) 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 2. (중략) 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우	제101조의3(프로그램의 저작권자의 제한) ① (중략) 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수, <u>이용허락의 범위</u> 등에 비추어 프로그램의 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 2. (중략) 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우(<u>교육기관에 판매를 목적으로 제공되는 프로그램의 경우를 제외한다</u>) ④ 제1항 제2호 및 제5호의 경우에 저작권 그 밖에 이 법에 의해 보호되는 권리의 침해 방지하기 위하여 제3자의 복제를 방지하는 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.< 신설>

제3절 공평보상조항과 저작권양도계약 해지조항의 도입

1. 공평보상조항⁵⁶⁾과 저작권양도계약 해지조항 개요

□ 논의 배경⁵⁷⁾

- 현행 저작권 제도는 협상력의 격차로 인해 저작물 시장에서 창작자가 저작물의 구매자로부터 정당한/공평한 보상을 받지 못하는 데 대한 적극적 개선방안이 마련되어 있지 않음
- 저작권법은 창작자에게 저작자의 지위를 인정하여 저작자에게 저작재산권과 저작인격권⁵⁸⁾을 부여하고 있는데, 이는 저작물의 시장 상품화를 통해 창작을 장려하려는 목적에 따른 것임
- 창작자의 편의상 저작재산권 양도계약과 저작권 이용허락계약(이하 '저작권 계약'이라 함)을 통해 저작물 시장의 구매자(출판사, 음반사, 방송사, 유통업자 등)로부터 경제적 보상을 받게 할 필요가 있음
- 이에 따라 현행 저작권법은 저작인격권은 저작자의 일신에 전속한다고 규정하여 양도를 불허하지만⁵⁹⁾, 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도하거나⁶⁰⁾ 범위를 정하여 이용허락⁶¹⁾할 수 있다고 규정하고 있음

56) 미술작품의 경우에는 추급권이라 하여, 일부 저작권법에서 미술 저작물이 보호기간 내에 있는 경우 그 원본이 공개적으로 전매될 때마다 생기는 수입의 일정 부분에 대하여 저작자와 그 상속인 및 저작자 사망 후에는 법에서 정한 단체에게 부여하는 양도 불능의 권리를 인정하고 있는데, 추급권이 매매 시 발생하는 양도차익에 대한 권리임에 반해 공평보상조항은 저작물의 이용으로 인한 이익에 대한 권리이며 미술저작물이 아닌 다른 저작물에도 적용된다는 차이점이 있음.

57) 이하의 논의는 대부분의 내용을 남희섭(2014), 창작자의 실질적 보호를 위한 저작권 제도 개선 방안에서 인용했음을 밝혀둠

58) 저작권법 제10조(저작권) ① 저작자는 제11조 내지 제13조의 규정에 따른 권리(이하 "저작인격권"이라 한다)와 제16조 내지 제22조의 규정에 따른 권리(이하 "저작재산권"이라 한다)를 가진다.

59) 저작권법 제14조(저작인격권의 일신전속성) ① 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.

② 저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

60) 저작권법 제45조(저작재산권의 양도) ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.

61) 저작권법 제46조(저작물의 이용허락) ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.

② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.

- 현행 저작권법은 저작권 계약을 전적으로 계약자유 원칙에 맡기고 당사자 사이에 현실적으로 존재하는 불균형을 해소할 수단을 거의 마련하지 않고 있음⁶²⁾
- 창작자에 대한 실질적인 보호가 가능하려면 저작권 계약을 계약자유 원칙에 일임하지 않고 창작자에 대한 정당한 보상이 보장되도록 저작권 계약을 사전·사후 조정하는 방안이 필요함
 - 사전 방안으로는 창작자에게 불리한 계약을 무효로 하는 방안⁶³⁾이 가능하고, 사후 방안으로는 창작자가 받은 보상과 저작권 계약의 구매자가 얻은 이익 사이에 현저한 차이가 있는 경우에 이를 보정하는 방안과 일정한 기간이 경과하면 저작권 계약의 해지권을 창작자에게 부여하는 방안이 가능함
 - 그러나 계약을 무효화하는 사전방안은 법적 안정성을 심각하게 훼손할 수 있고, SW 산업에서는 적용할 여지가 거의 없다고 판단되므로, 본 연구에서는 사후 방안을 대상으로 하고자 함

□ SW 산업에의 적용가능성

- SW 산업에도 저작재산권의 양도를 포함한 개발용역계약이 널리 활용되고 있어 다른 저작물의 경우와 마찬가지로 저작권 계약의 불공정 시비가 계속되고 있음
 - 국내 IT시장에서는 시스템통합사업을 포함한 IT서비스가 57.4%의 비중을 차지하고 있으며 건설업계와 유사한 하도급 체제가 형성되어 있음

62) 민법 제103조(반사회질서의 법률행위)와 제104조(불공정한 법률행위), 또는 약관규제법 제6조(일반원칙)에 해당하면 계약이 무효로 인정되지만, 위 법조항들이 적용되는 요건은 매우 엄격한 편임

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

약관의 규제에 관한 법률 제6조(일반원칙) ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.

② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

63) 사전조정방안으로는 ① 아직 창작되지 않은 저작물에 대한 사전 양도·이용허락의 경우, ② 계약 당시에는 존재하지 않는 이용형태에 대한 이용허락의 경우, 두가지를 법률로 금지하는 것임. 이처럼 미래 저작물에 대한 포괄적 이용허락을 무효로 규정하는 나라는 벨기에, 프랑스, 헝가리, 스페인, 폴란드가 존재함.

- 또한 하도급 체제에서의 불공정 거래관행⁶⁴⁾이 만연함에 따라 공정거래위원회는 1999. 1. 18 제정된 소프트웨어사업표준하도급계약서를 2012. 12. 1.자로 정보시스템의 개발구축 분야와 유지관리 분야, 상용소프트웨어 공급 및 개발구축 분야와 유지관리 분야의 4종으로 세분화하였음
- 이후 IT산업의 다단계 하도급을 공공시장에 한정하여 제한하는 소프트웨어 산업진흥법 개정안이 2014. 12. 9. 국회 본회의를 통과하였음⁶⁵⁾

○ 따라서 저작권 계약의 불공정 관행을 개선할 저작권법 개정방안은 SW산업에도 바로 적용이 가능함

- 다만, SW 산업의 특성 상 계약해지조항에 대해서는 달리 취급되어야 할 필요성이 인정되는데, 이에 관해서는 아래에서 살펴볼 계획임

□ 공평보상조항에 관한 해외 입법례

○ 유럽연합 국가들 중 벨기에, 프랑스, 그리스, 독일, 이탈리아, 포르투갈, 스페인은 저작권법에 공정한 보상을 저작자에게 보장하는 규정을 두고 있는 반면, 영국과 스웨덴처럼 계약자유 원칙을 고수하는 나라도 있음

○ 독일과 프랑스의 공평보상제도

- 독일 저작권법은 저작권 계약에서 정한 보상이 공평하지 않을 경우 저작자가 계약 상대방에게 계약조건의 변경을 요구할 수 있고, 저작권 양도 후 발생한 '현저한 불균형'에 대한 공평한 보상을 위해 저작자에게 추가보상요구권을 인정(독일 저작권법 제32조, 제32조a⁶⁶⁾)

64) 공정위는 불공정 하도급 거래관행이 대·중소기업 간 힘의 불균형으로 인한 것으로 보고 있으며, 계약서 사전교부 불이행, 일방적 하도급 단가결정, 불명확한 검사방법·기준 및 검사지연, 기술자료 요구·유용 등을 대표적 사례로 들고 있음 (출처 : 공정위(2012), “소프트웨어산업에서 한종류의 표준하도급계약서를 세분화”, 공정위 보도자료)

65) 새정치민주연합의 장하나 의원이 2013. 10. 1. 발의한 개정안을 토대로 공공시장을 대상으로 ① 원칙적으로 사업의 50% 이상을 하도급하지 못하도록 하며, ② 재하도급도 원칙적으로 금지하고, ③ 전체 하도급과 재하도급 시에는 국가기관등의 장에게 사전승인을 받아야 하며, ④ 전체과업 중 일정 비율을 초과하는 하도급 업체에 대해서 국가기관등의 장이 공동수급체에 참여할 것을 원도급업체에 요청할 수 있도록 하며, ⑤ 하도급 규정 위반 시 발주기관은 시정요구를 할 수 있고, 입찰참가자격을 제한하는 등의 제재조치를 취할 수 있도록 하는 내용을 담고 있음 (출처 : 장하나 국회의원실 (2014), “IT노동자 보호법, 소프트웨어 다단계 하도급 제한 법률 국회 본회의 통과!”)

- 추가보상요구권은 흔히 '베스트셀러'조항이라고도 불리는데, 저작권계약에서 약정된 대가가 저작재산권을 행사하여 생긴 수익이나 이득에 비해 현저하게 적을 경우, 계약 상대방은 저작자의 요구에 따라 저작자에게 공평한 분배가 보장되도록 저작자의 계약변경요구에 승낙할 의무를 지며, 저작자의 공평한 분배요구권은 미리 포기할 수 없음
- 프랑스도 저작권 양도대금이 고정된 정액제(lump sum)인 경우 추후 저작물이 예상하지 못한 상업적 성공을 거둔 경우 저작자에게 보상조건의 변경을 요구할 권리를 인정하고 있음(프랑스 저작권법 제131조의567))

□ 저작권 양도계약 해지조항에 관한 해외 입법례

○ 미국의 계약해지조항

- 저작물이 활용될 때까지는 저작물의 가치를 평가할 수 없어서 저작자는 계약 시 불균등한 교섭상 지위를 가지게 되는 점을 고려하여, 저작자가 저작권 일체를 회복할 수 있도록 1976년 저작권법을 개정하여 계약해지권을 저작자에게 부여하였음68)

66) 독일 저작권법 제32조(상당한 보수)

① 저작자는 용역권의 부여 및 저작물 이용을 위한 승낙에 대하여 계약상 합의된 보수를 구할 청구권을 갖는다. 보수액이 정해지지 않으면, 상당한 보수가 합의된 것으로 본다. 합의된 보수가 상당하지 않은 한도에서, 저작자는 자신의 계약상대방으로 하여금 저작자에게 상당한 보수가 보장되도록, 당해 계약 변경에 동의하도록 요구할 수 있다.

제32조a(저작자의 계속된 관여)

① 저작자가 타인에게 용역권을 부여할 때에 약정된 반대급부가 저작자와 위 타인과의 모든 관계에 비추어 저작물의 이용으로부터 발생하는 수익이나 이득에 비하여 현저히 불균형한 상태로 이르도록 되어 있는 경우에는, 위 타인은 저작자의 요구에 따라 위 수익이나 이득에 관하여 저작자에게 상황에 따른 상당한 분배가 보장되도록 당해 계약의 변경에 승낙할 의무가 있다. 계약의 상대방이 목표된 수익이나 이득의 수액을 예상하였는지의 여부 혹은 예상할 수 있었는지의 여부는 중요하지 않다.

67) 프랑스 저작권법 제131조의 5

제1항 이용권 양도의 경우에, 저작자가 불공정 계약 또는 저작물의 수익에 대한 예측불량으로 인하여 7/12 이상의 손해를 입은 경우에는 저작자는 계약의 가격조건의 수정을 요구할 수 있다.

제2항 계약의 가격조건의 수정은 저작물이 정액보상제 방식으로 양도된 경우에만 요구할 수 있다.

제3항 불공정 계약(La lésion)은 손해를 입었다고 주장하는 저작자의 저작물의 양수인의 이용행위를 전제적으로 고려하여 평가한다.

68) 미국 저작권법 제203조 저작자에 의한 이전과 이용허락의 종결

(a) 종결의 요건.- 업무상저작물 이외의 저작물의 경우에, 유언에 의한 경우를 제외하고, 저작자가 1978년 1월 1일 이후에 저작권 또는 저작권을 구성하는 권리를 배타적 또는 비배타적으로 허여한 이전 또는 이용허락은 다음의 조건에 따라 이를 종결할 수 있다.

(중략)

(3) 허여의 종결은 허여가 이루어진 날로부터 35년이 지난 때로부터 기산하여 5년의 기간 동안 언제든지 행사할 수 있다. 또는 허여가 저작물의 발행권을 포함하는 경우에는, 그 기간은 그 허여에 따라 저작물이 발행된 날로부터 35년 또는 허여가 시행된 날로부터 40년 중 빨리 도래하는 기간의 말로부터 기산한다.

(4) 종결은, 이 항 (1)호와 (2)호의 규정에 따라 일정 수 또는 비율의 종결권을 가지는 자 또는 그로부터 정당하게 권한을 받은 자가 허여를 받은 자 또는 그의 권리승계인에게 서명된 사전통지서를 서면으로 송달함으로써

- 업무상 저작물은 제외되고, 저작권 계약 후 35년이 경과한 시점⁶⁹⁾부터 5년간 행사할 수 있는 것이 원칙이며, 1978년 1월 1일부터 발효되었음

○ 유럽연합의 계약해지조항

- 소속 국가들 중 많은 수가 저작권 양수인이 저작물을 이용하지 않으면 계약을 해지할 수 있는 조항을 두고 있는데 대체로 2년이 경과하여야 행사할 수 있도록 제한하며⁷⁰⁾, 스웨덴처럼 계약을 해지해도 저작자가 이미 받은 대가를 반환할 의무가 없도록 하는 경우도 존재함
- 독일에서는 양수인 등이 저작물을 충분히 이용하지 않아 저작자의 정당한 이익을 심각하게 훼손⁷¹⁾하거나 저작물이 저작자의 신념을 반영하지 못하는 경우⁷²⁾ 저작물 이용허락계약의 철회가 가능함

써 행사한다.

(A) 이 통지서에는 종결의 시행일을 명시하여야 하며, 이 시행일은 이 항 (3)호에 명시된 5년의 기간 이내에 해당하여야 하며, 통지서는 이러한 종결 시행일 전 2년 이상 10년 이하의 기간 중에 송달하여야 한다. 통지서의 사본은 종결 시행일 전에 효력 발생 요건으로서 저작권청에 등록하여야 한다.

(B) 통지서는 그 서식, 내용, 그리고 송달 방법에 있어서 저작권청장이 규정으로 정하는 요건에 따라야 한다.

(5) 허여의 종결은 유언을 하겠다거나 장래에 허여를 하겠다는 합의를 포함하여 반대의 어떤 합의가 있더라도 행사할 수 있다.

(b) 종결의 효력.- 종결의 시행일에, 종결된 허여에 포괄되는 이 편 법전에 따른 모든 권리는, (a)항 (4)호의 규정에 따른 종결통지서에 서명하지 아니한 권리의 소유자들을 포함하여, 저작자, 저작자들, 그리고 (a)항 (1)호와 (2)호의 규정에 의하여 종결권한을 소유하고 있는 그 밖의 사람들에게 반환된다. 다만, 이에는 다음의 제한이 따른다.

(중략)

(6) 달리 규정되지 아니하는 한, 허여는 이 조에 따라 종결이 시행되지 아니하는 한 그리고 종결이 시행될 때까지 이 편 법전에 규정된 저작권의 존속기한까지 계속하여 그 효력을 가진다.

69) 저작권계약이 발행권(right of publication)을 포함한 경우에는 저작물의 실제 발행일로부터 35년, 또는 계약에 따른 권리가 부여된 날로부터 40년 중 빠른 날이 기산점이 됨 (출처 : 남희섭(2014), 앞의 자료 15면 참조)

70) 일명 'use it or lose it'조항이라 함. 독일, 오스트리아, 룩셈부르크, 핀란드, 노르웨이 등은 모든 종류의 저작물 계약에 적용되고, 벨기에, 스페인, 스웨덴은 일부 저작권 계약 즉, 출판권과 영상저작물 계약에만 적용됨 (출처 : 남희섭, 앞의 자료 15면)

71) 독일 저작권법 제41조(불행사를 이유로 하는 철회권)

① 배타적 용익권자가 자신의 권리를 행사하지 아니하거나 불충분하게 행사하여 이로 인하여 저작자의 정당한 이익이 현저하게 침해되는 경우에는 저작자는 위 용익권의 부여를 철회할 수 있다. 위 용익권의 불행사 혹은 불충분한 행사가 저작자에게 돌릴 수 있는 사정에 주로 기인하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 위 철회권은 용익권의 부여 혹은 이전 후 또는 당해 저작물의 인도가 이보다 늦은 경우 그 인도 후 2년 이내에는 행사될 수 없다. 위 기간은 신문에의 기고에는 3개월, 월간지이거나 이보다 더 짧은 간격으로 발행되는 잡지에의 기고에는 6개월, 여타 잡지에의 기고에는 1년이다.

③ 위 철회의 의사는 저작자가 용익권자에게 철회를 고지하여 용익권의 충분한 행사를 위한 상당한 유예기간이 정해진 후에야 표시될 수 있다. 위 용익권의 행사가 그 권리자에게 불가능하거나 동인으로부터 거절되었거나 혹은 유예기간을 부여함으로써 저작자의 월등한 이익이 위험하게 된다면 유예기간의 결정을 요하지 아니한다.

72) 독일 저작권법 제42조(확신의 변경을 이유로 하는 철회권)

① 저작자는 저작물이 더 이상 자신의 확신에 부합되지 아니하며 이로 인하여 저작물의 이용이 저작자에게 기대될 수 없다면 용익권의 부여를 그 권한을 가지는 자로부터 철회할 수 있다. 저작자의 권리승계인(제30조)은 당해 저작자가 사망하기 전에 위 철회의 권한이 있었지만 철회의 의사표시가 방해되었거나 혹은 위 승계인이 최후로 위 권능을 가지게 되었음을 증명한 후에야 위 철회의 의사를 표시할 수 있다.

- 스페인에서는 미국과 유사하게, 출판 계약의 대가가 정액인 경우 계약체결 10년이 지나면 출판 계약이 자동으로 종료됨
- 프랑스는 저작인격권의 일환으로 저작권 계약의 철회 또는 저작물의 변경권을 인정하는데, 저작물이 이미 발행된 경우에도 가능하고, 다만 양수인의 손해를 사전에 보상해야 함(프랑스 저작권법 제121조의4⁷³⁾)
- 2011년 저작권보호기간지침(2011/77/EU)에 제3.2a조를 신설, 음반 발행 후 50년 경과 시 음반제작자가 음반을 충분히 판매하거나 공중에게 유무선통신을 통해 제공하지 않을 경우 실연가가 해지의사를 통지했음에도 1년 이상 음반제작자가 이행하지 않으면 실연가가 저작권 계약을 해지할 수 있도록 함

□ 공평보상조항에 관한 입법제안⁷⁴⁾

- 사단법인 오픈넷(이하 ‘오픈넷’이라 함)은 공평보상조항과 저작권 계약해지조항의 해외 입법례를 참고하여 현행 저작권법의 개정안을 제안한 바 있음
- 독일의 베스트셀러조항을 본딴 추가보상요구권⁷⁵⁾을 비롯하여, 업무상저작물에 대한 규정, 사전 포기 또는 양도 금지, 적용제한 대상에 대한 상세한 규정을 담고 있음

<표 3-8> 공평보상조항에 관한 오픈넷의 입법제안

오픈넷의 입법 제안 ⁷⁶⁾	
현행	제45조(저작권재산권의 양도) ① 저작권재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ② 저작권재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다.

73) 프랑스 저작권법 제121조의4

이용권의 양도에도 불구하고, 양수인이 자기의 저작물을 발행한 뒤 에도 저작자는 양수인에 대하여 철회권 또는 취소권을 가진다. 그러나 그 철회 또는 취소로 인하여 양수인에게 손해를 입힐 가능성이 있는 때에는 그 손해를 사전에 보상할 것을 조건으로만 그 권리를 행사할 수 있다. 철회권 또는 취소권을 행사한 뒤에, 저작자가 자기의 저작물의 발행을 결정한 때에는, 그는 처음에 정한 조건에 따라, 처음에 선택한 양수인에 대하여 자기의 이용권을 우선적으로 제공할 의무를 진다.

74) 배재정 국회의원실은 2014. 4. 17. “창작자 보호법 ‘백희나-조용필 법’ 마련을 위한 토론회”를 개최하였고, 오픈넷과 협조하여 저작권 양도계약에 대해 추가수익분배권과 창작자의 제한적 계약해지권을 도입하는 개정안 마련 중에 있으나, 아직까지 발의되지는 않았음(2014. 12. 29. 현재 기준)

75) 추가보상요구권은 표현은 청구권이지만 (양수인 등은 이를 수용하여야 한다고 규정된 것을 감안하면) 일정한 법률효과(‘양수인 등’이 저작자에게 공평한 보상을 지급할 의무)가 발생하는 형성권에 가까움 (출처 : 남희섭(2014), 앞의 자료 10면 참조)

	제46조(저작물의 이용허락) ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다. ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다. ③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.
신 설 조 문	제46조의3 (저작자에 대한 공평한 보상) (신설) ① 저작자가 제45조 제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조에 따라 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락하는 경우(유증의 경우는 제외한다), 양도 또는 이용 허락의 대가로 저작자가 받은 보상이 양수인(양수인의 허락을 받은 자를 포함한다) 또는 이용허락을 받은 자(이 자로부터 이용허락을 받은 자를 포함한다)(이하 “양수인 등”)가 저작물의 이용을 통해 얻은 이익에 비해 현저하게 작은 때에는 저작자는 양수인 등에게 공평한 추가 보상을 요구할 수 있고, 양수인 등은 이를 수용하여야 한다. ② 제9조에 따른 업무상저작물을 작성한 자는 법인 등이 저작물의 이용을 통해 얻은 이익이 현저한 경우 법인 등에게 정당한 보상을 요구할 수 있다. 다만 법인 등이 국가 또는 공공기관인 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제1항 또는 제2항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도할 수 없다(상속은 제외한다). ④ 제1항과 제2항은 양수인 등 또는 법인 등이 저작물의 이용을 통해 얻을 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에도 적용한다. ⑤ 제1항과 제2항은 제2관(저작재산권의 제한) 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다. ⑥ 제1항과 제2항은 무상의 계약과 일반공중을 상대로 한 이용허락 계약, 컴퓨터 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에도 적용된다.

2. 공평보상조항과 저작권양도계약 해지조항에 관한 검토

□ 검토의견

○ SW 개발을 둘러싼 수익배분의 공정성 확대 필요

- 국내 IT시장도 시스템개발용역계약의 부수조항으로 발주자와 수주자 사이에 저작권 양도계약이 빈번하게 이뤄지고, 계약 당시의 불균등한 지위로 인해 실제 SW의 개발을 담당하는 수주자(SW개발자, 법인 포함)의 처우가 열악함
- 이런 점에서 저작물의 가치에 대한 사전 산정이 어렵기 때문에 저작자가

76) 본 연구에서는 사단법인 오픈넷이 제안한 미래 창작물에 대한 양도금지 규정은 제외하였음

대등한 입장에서 협상할 수 없다는 점을 시정하기 위한 각국의 입법적 보완책은 충분히 타당함

- 국내에서도 공공부문 IT사업에 대해서 하도급 계약을 제약하는 소프트웨어 산업진흥법 개정안을 통과시켰듯이, 저작권법에서도 계약자유의 원칙을 일부 제한해서라도 SW 관련한 수익배분의 공정성 확대를 위한 제도를 도입하는 것이 개발자의 권리보호를 위해서 필요함

○ 저작권 양도계약 해지조항⁷⁷⁾에 관한 검토

- 계약자유의 원칙과의 조화 및 법적 안정성을 위해서 계약해지권의 행사에 기간제한이 존재하는데, 독일은 일반적으로 저작권 양수인의 권리행사가 불충분할 경우 2년 경과 시, 스페인은 출판계약 후 10년 경과 시, 미국은 저작권 계약 후 35년 경과 시, 음반에 관한 유럽연합지침은 50년 경과 시 권리행사가 가능함
- SW의 경우 기능적 저작물인 점, SW 관련 기술변화가 매우 빠른 점을 감안하면, 문학·예술 분야의 저작물을 주된 대상으로 하여 장기간 경과 후 발생하게 되는 계약해지권을 SW 저작권 계약에 도입하더라도 개발자의 권리보호를 위한 실효성이 거의 없다고 판단됨

○ 공평보상조항에 관한 검토

- 개발자에 대한 권리보호의 일환으로 계약의 성과물을 활용해서 얻은 이익에 대해 개발자에게 수익이 보다 공평하게 배분될 수 있도록 해야 함
- 오픈넷의 입법제안 중 제46조의3 제2항 업무상 저작물의 경우에도 저작자에게 법인을 상대로 추가보상을 요구할 수 있는 권리를 인정하는 것은 업무상 저작물의 저작권은 원시적으로 법인에 귀속시키는 저작권법의 취지에는 어긋나며, 지나치게 저작자 보호에 치우친 조항으로 판단됨⁷⁸⁾⁷⁹⁾

77) 국내에서 계약해지제도의 도입논의는 조용필 사건도 하나의 계기가 되었음

가수 조용필이 '창밖의 여자', '단발머리', '고추잠자리', '여행을 떠나요' 등 31곡에 대해 1986. 12. 31. 지구레코드사에 복제권 및 배포권을 양도하였는데, 음악저작권협회는 1991. 1.1.부터 1995. 8. 22.까지 지구레코드의 허락없이 위 31곡의 복제 사용료를 징수하자, 지구레코드 측에서 1995. 8. 23. 위 31곡에 대한 관리를 신탁하면서, 조용필과 음악저작권협회를 상대로 저작권양도사실 확인의 소를 제기하였고, 조용필은 대리인의 공박·경솔·무경험을 주장하며 저작권 양도계약이 무효임을 주장하였으나 받아들여지지 않았고 2000년 대법원에 의해 패소확정됨(대법원 2000. 4. 21. 선고 99다72989 판결 참조). 이후 이러한 소식이 알려져 2013. 10. 지구레코드가 한국음악저작권협회에 위 31곡의 복제권 및 배포권을 이전한다는 공증서류를 접수함에 따라 조용필은 위 31곡에 대한 복제·배포권을 모두 되찾게 되었음. (출처 ; 남희섭 (2014), 앞의 자료 17 ~ 18면 참조)

78) 저작권법 제9조(업무상저작물의 저작자) 법인등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근

- 또한 동조 제4항의 규정(양수인이나 법인 등이 저작물의 이용을 통해 얻을 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우)은 저작자를 두텁게 보호하기 위한 취지라고 하나⁸⁰⁾, 이는 저작물 발행 이후 발생한 수익에 대한 사후배분으로도 충분하므로, 불필요하다고 생각됨⁸¹⁾

○ 저작권법 일반조항과 SW 특례조항에 관한 고려

- 오픈넷에서는 저작권법 일반조항으로 공평보상제도를 도입하는 것을 제안하고 있는데, 일반 저작물의 경우는 오픈넷의 입법제안을 토대로 하되 SW의 경우에는 나름의 특성을 감안하여 저작권법 제5장의2 프로그램에 관한 특례에 별도 조항으로 입법하는 것도 가능함

○ 신설조문에 대한 구체적 제안은 아래 표 참조

<표 3-9> SW에 대한 공평보상조항 도입안

	저작권 일반조항(오픈넷 안)	프로그램 특례조항
저작권법	제46조의3 (저작자에 대한 공평한 보상) (신설) ① 저작자가 제45조 제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조에 따라 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락하는 경우(유증의 경우는 제외한다), 양도 또는 이용 허락의	제101조의8 (저작자에 대한 공평한 보상) (신설) ① <u>프로그램의</u> 저작자가 제45조 제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조에 따라 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락하는 경우(유증의 경우는 제외한다), 양도 또는

무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 "프로그램"이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다

79) 오픈넷에서는 특허제도의 직무발명 보상제도를 참조하여 업무상 저작물의 창작자에게 법인 등을 상대로 공평한 보상을 요구할 수 있도록 한 것으로 보이는데, 특허제도가 신규성과 진보성을 엄격히 요구하는데 반해, 저작권에서 요구하는 창작성은 “저자 자신의 작품으로서 남의 것을 베낀 것은 아니라는 것과 최소한 도의 창작성이 있다는 것을 의미하고, 따라서 작품의 수준이 높아야 할 필요는 없지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한”을 의미하는 바(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 참조), 특허제도의 직무발명제도와 유사한 것을 저작권 체계 내에 도입하기는 어렵다고 판단됨

80) 사건으로 양수인이나 법인 등이 저작물의 이용을 통해 얻을 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우가 아니라 저작자가 저작물의 이용을 통해 얻을 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우로 규정해야 한다고 봄. 왜냐하면 저작재산권의 양수인이 저작물로 인한 이익을 알았는지 여부는 저작재산권 양도의 대가가 적정한지 여부와는 상관없으며, 저작재산권의 양도인이 저작물로 인한 이익을 알았음에도 우선 적은 대가를 받고 저작물로 인한 이익이 확정된 다음에 사후적으로 추가보상을 받을 수 있어야 하며, 제3항에서 공평보상요구권이 포기되지 않는다고 규정한 것과도 합치되기 때문임.

81) 남희섭(2014), 앞의 자료 10면 참조. 원문은 다음과 같다

“저작자가 공평한 보상을 요구할 권리는 미리 포기하거나 제3자에게 양도할 수 없도록 하고(제46조의3 제3항), 저작물의 이용으로부터 발생할 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에도 행사할 수 있도록 하였다(제4항). 이는 저작자를 두텁게 보호하기 위한 취지이다.

대가로 저작자가 받은 보상이 양수인(양수인의 허락을 받은 자를 포함한다) 또는 이용 허락을 받은 자(이 자로부터 이용허락을 받은 자를 포함한다)(이하 “양수인 등”)가 저작물의 이용을 통해 얻은 이익에 비해 현저하게 작은 때에는 저작자는 양수인 등에게 공평한 추가 보상을 요구할 수 있고, 양수인 등은 이를 수용하여야 한다. ② 제1항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도할 수 없다(상속은 제외한다). ③ 제1항은 제2관(저작권재산권의 제한) 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다. ④ 제1항은 무상의 계약과 일반공중을 상대로 한 이용허락 계약, 컴퓨터 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에도 적용된다.	이용 허락의 대가로 저작자가 받은 보상이 양수인(양수인의 허락을 받은 자를 포함한다) 또는 이용허락을 받은 자(이 자로부터 이용허락을 받은 자를 포함한다)(이하 “양수인 등”)가 <u>프로그램</u> 저작물의 이용을 통해 얻은 이익에 비해 현저하게 작은 때에는 <u>프로그램의</u> 저작자는 양수인 등에게 공평한 추가 보상을 요구할 수 있고, 양수인 등은 이를 수용하여야 한다. ② 제1항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도할 수 없다(상속은 제외한다). ③ 제1항은 제2관(저작권재산권의 제한) 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다. ④ 제1항은 무상의 계약과 일반공중을 상대로 한 이용허락 계약, 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에도 적용된다.
---	--

제4절 저작권 침해죄의 개정방향

1. 저작권 침해죄의 개요

□ 저작권 침해죄의 정의

- 저작권법의 형사처벌규정은 크게 권리침해죄(제136조⁸²⁾), 부정발행 등의 죄(제137조), 출처명시위반의 죄 등(제138조)로 나누어 볼 수 있음⁸³⁾
- 권리침해죄는 저작재산권 침해, 저작인격권 등에 대한 침해, 데이터베이스제작자의 권리에 대한 침해, 기타 각종 금지행위에 대한 위반죄로 구성됨

82) 제136조는 법원의 비밀유지명령을 위반한 데 대한 형사처벌도 규정하고 있어 권리침해에 관한 죄만 포함하지는 않으나 구 저작권법(법률 제11110호로 개정되기 전의 것) 제136조는 “권리의 침해죄”라는 명칭을 가지고 있었음

83) 이규호(2014), 저작권법 제4판, 진원사, 931 ~ 935면 참조

- 따라서 저작권 침해죄라 하면 통상 제136조의 죄 중 저작권법 상의 권리침해 행위에 대한 형사처벌규정을 말함

□ 본 연구에서의 저작권 침해죄의 범위

- 본 연구에서의 다루고자 하는 저작권 침해죄는 현행 저작권법 상 비친고죄⁸⁴⁾로 규정된 제140조의 죄들 중 가장 빈번하게 적용되는 것들⁸⁵⁾에 한정됨
 - 제136조 제1항 제1호 - 복제배포제작침해죄
 - 제136조 제2항 제4호 - 침해간주행위위반죄
 - 침해간주행위위반죄 중 제124조 제1항⁸⁶⁾ 제3호 - 불법복제물업무상이용죄
- 제140조의 나머지 죄들은 저작권을 허위로 등록하거나(제53조 및 제54조), 기술적 보호조치 무력화 금지규정을 위반하거나(제104조의2), 암호화된 방송신호를 무력화하는(제104조의4) 등 죄질이 엄중하므로 비친고죄로 하여 검찰이 직권으로 수사 및 기소를 할 수 있도록 함이 타당함

84) 친고죄는 피해자나 기타 법률이 정하는 고소권자의 처벌희망의 의사표시, 곧 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있는 범죄를 의미하며, 고소가 없다면 기소를 할 수 없어 불기소처분이 내려지고, 고소가 있더라도 1심 판결 선고 전에 취소되면 형사소송법 제327조 제5호에 따라 공소기각의 판결이 내려짐. 또한 고소 후 취소하면 형사소송법 제232조 제2항에 따라 재고소는 금지되며, 고소없이 기소하거나 무효인 고소에 따라 기소된 경우에는 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각의 판결이 내려짐

85) 저작권법 제136조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2011.12.2.>

1. 저작권재산권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조에 따른 권리는 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2009.4.22., 2011.6.30., 2011.12.2.>

3. 제93조에 따라 보호되는 데이터베이스제작자의 권리를 복제·배포·방송 또는 전송의 방법으로 침해한 자

86) 저작권법 제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. <개정 2009.4.22.>

1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위

2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위

3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위

□ 논의의 배경

○ 저작권 침해죄를 친고죄로 해야 하는지, 아니면 비친고죄로 해야 하는지에 대해서는 저작권 침해의 현실과 법체계/법논리에 대한 견해 차이에 바탕한 논쟁이 지속되어 왔음⁸⁷⁾

- 친고죄 옹호론은 ① 대량의 불법복제는 저작물의 유통질서를 어지럽혀 국내 산업의 경쟁력을 약화시킬 수 있어 공익 침해의 정도가 크다는 점, ② 친고죄는 저작권자의 신원을 파악하여 통지해야 하므로 수사기관의 공소편의를 증대시키기 위해 비친고죄해야 한다는 점, ③ 컴퓨터 프로그램은 경제적 효용성과 기능성이 중요하므로 개인의 인격적 산물 또는 사적 재산으로만 간주할 필요가 없다는 점 ④ 친고죄 하에서의 저작권자의 지나친 고액 합의금 요구와 같은 부당한 요구방지 등을 근거로 들고 있음

- 친고죄 폐지론은 ① 저작권은 저작자의 인격적 측면에 바탕을 둔 사권(私權)적 권리이므로 사익성이 월등히 강한 바, 저작권은 저작권자가 처분해야 한다는 점, ② 저작물의 중요성이나 저작권자의 의사와 관계없이 처벌하거나 형사소추가 폭증할 가능성이 높은 점, ③ 당사자 간 분쟁해결의 기회를 차단할 수 있다는 점, ④ 형사적 제재는 저작권자에게 실질적 만족을 주지 못한다는 점, ⑤ 권리 위에 잠자는 자에 대한 과보호의 문제를 야기한다는 점 등을 들고 있음

○ 이러한 와중에 국내 저작권법은 인터넷 환경에서 대규모 또는 반복적으로 이루어지는 저작권침해에 대응하기 위해 검찰이 직권으로 공소를 제기할 수 있도록 비친고죄의 범위가 계속 넓어지고 있었음

- 기존에는 저작권침해죄⁸⁸⁾가 친고죄였으나 2006. 12. 28.자 전부개정 시 영리 및 상습⁸⁹⁾⁹⁰⁾을 조건으로 비친고죄화되었음

87) 이하의 논의는 한국소프트웨어저작권협회 (2010), “프로그램저작권 친고죄에 관한 연구”, 1면 ~ 4면 참조

88) 본 연구에서 저작권침해죄로 정의한 복제배포개작침해죄, 침해간주행위위반죄(불법복제물업무상이용되는 제외함)를 의미함

89) “영리를 위하여 상습적으로”라고 명시되어 있었음

저작권법 [시행 2007.6.29.] [법률 제8101호, 2006.12.28., 전부개정]

제140조 (고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조제1항 및 제136조제2항제3호에 해당하는 행위를 한 경우

2. 제136조제2항제2호·제5호 및 제6호, 제137조제1호 내지 제4호 및 제6호와 제138조제5호의 경우

3. 영리를 목적으로 제136조제2항제4호의 행위를 한 경우

90) 저작권법 제140조 단서 제1호가 규정한 ‘상습적으로’라고 함은 반복하여 저작권 침해행위를 하는 습벽으로서 행위자의 속성을 말하고, 이러한 습벽 유무를 판단할 때에는 동종 전과가 중요한 판단자료가 되나 범행

- 또한 불법복제물업무상이용죄는 1994년 1월 컴퓨터프로그램보호법 개정⁹¹⁾ 시 친고죄로 도입되었다가 2009년 4월 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법이 통합되면서 영리를 목적으로 한 경우에 한해 비친고죄 및 반의사불벌죄로 규정되었음
- 마지막으로 2011년 12월 개정 저작권법에서는 저작권침해죄의 요건을 “영리를 목적으로 또는 상습적으로”라고 개정하여, 영리와 상습 두 요건을 모두 충족했어야 했던 기존 규정에 비해 영리 또는 상습 중 한 요건만 충족하면 검찰이 직권으로 기소를 할 수 있게 되었음

○ 이러한 저작권법 개정방향에 대해 한국SW저작권협회(SPC)로 대표되는 국내 진출 패키지SW 업체 회원사들 대부분이 민사합의를 통해 자사 제품의 잠재 수요를 양성화하는 방향으로 조정돼야 할 SW저작권침해 사례를 수사기관이 직접 나서 제재할 경우 그 사용자가 아예 시장에서 사라질 가능성이 크다고 우려를 표명해 왔음⁹²⁾

○ 이에 대해 국회에서도 저작권침해죄의 형사처벌에 관하여 많은 저작권법 개정제안이 있어 왔는데, 크게 ① 비친고죄를 폐지 또는 축소, ② 형사처벌 대상 자체를 축소하는 두 방향이 존재함(<표3-10> 참조⁹³⁾)

- 형사처벌 대상 축소는 영리 목적과 상습성을 동시에 만족하도록 개정하거나 구체적인 피해액을 설정⁹⁴⁾하여 처벌 범위 자체를 좁히는 것을 뜻함

의 횡수, 수단과 방법, 동기 등 제반 사정을 참작하여 저작권 침해행위를 하는 습벽이 인정되는 경우에는 상습성을 인정하여야 한다. (출처 : 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도14475 판결)

91) 컴퓨터프로그램보호법 [시행1994.7.6] [법률 제4712호, 1994.1.5., 일부개정]

第26條(침해로 보는 행위) 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 해당 프로그램著作權을 침해하는 것으로 본다.

1. 輸入시에 國內에서 만들어졌더라면 프로그램著作權의 침해가 되는 프로그램을 國內에서 配布할 目的으로 輸入하는 행위

2. 프로그램著作權을 침해하는 행위에 의하여 만들어진 그 프로그램의 複製物(第1號의 輸入프로그램을 포함한)을 그 사정을 알면서 취득한 者가 이를 컴퓨터에 業務上 사용하는 행위[전문개정 1994.1.5]

92) 이에 관해서는 지디넷 코리아 2012. 7. 3.자 “SW산업 규제, 발판인가 지뢰인가” 기사 참조

링크 : http://www.zdnet.co.kr/news/news_view.asp?article_id=20120703085104

93) 박혜자 의원실(2014), “저작권 대토론회 자료집” 9면에서 인용함

94) 구체적인 피해액을 설정하는 것은 미국 저작권법 제506조가 전자적 수단에 의한 것을 포함하여, 특정한 180일의 기간 내에 하나 또는 그 이상의 보호되는 저작물의 1,000달러 이상의 총 소매 가치를 가지는 복제물 또는 음반의 복제와 배포에 의한 경우를 처벌대상으로 삼고 있고, 제2319조에서 다시 총 소매가치가 2,500 달러 이상이면 10개 이상의 복제물일 경우에 가중처벌하는 것을 본따 제안되는 것임 (출처 : 한국소프트웨어저작권협회 (2010), 앞의 보고서 14면, 한국소프트웨어저작권협회 (2008), 김병일, SW저작권에 있어 비친고죄의 적용, 90 ~ 91면 참조)

<표 3-10> 저작권 침해죄의 형사처벌 대상 축소 의원입법례들

구분	개정안
형사처벌 대상 축소	• 업으로 한 경우(2005년 천영세 의원안) • 영리 목적의 업으로 한 경우(2009년 최문순 의원안) • 피해규모 100만원 이상(2008년 변제일 의원안) • 피해규모 500만원 이상(2013년 박혜자 의원안) • 영리를 위하여 상습(2014년 김태년 의원안)
비친고죄 폐지/축소	• 축소 - 개인 저작물에 한정(2013년 김희정 의원안) • 폐지 (2014년 이상민 의원안, 최문순 의원안) • 축소 - 대규모 침해에 한정(김태년 의원안)
공통된 우려	• 저작권은 기본적으로 개인의 권리를 보호하는 것임 • 고발 남용과 과도한 합의금 요구의 문제가 있음 • 청소년 피해자 양산하는 현실

○ 또한 SPC에서도 2012년 12월 침해간주행위위반죄가 구 컴퓨터프로그램보호법에 비해 현행 저작권법에서 형량이 낮아졌으므로 저작권 직접침해와 마찬가지로의 처벌을 해 줄 것을 건의한 바 있음

- 구 컴퓨터프로그램보호법에서는 침해간주행위위반죄와 복제배포개작침해죄의 형량이 동일했고 상습범은 가중처벌하였음
- SPC는 지식재산권법 중 하나인 상표법에서는 직접침해행위와 침해간주행위⁹⁵⁾의 형량이 동일하다는 것을 근거로 들었으나⁹⁶⁾, 이에 관하여는 논란이 존재함⁹⁷⁾

95) 상표법 제66조(침해로 보는 행위) ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 상표권(지리적 표시 단체표장권을 제외한다) 또는 전용사용권을 침해한 것으로 본다. <개정 1997.8.22., 2004.12.31.>

1. 타인의 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 타인의 등록상표와 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위
2. 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하거나 사용하게 할 목적으로 교부·판매·위조·모조 또는 소지하는 행위
3. 타인의 등록상표를 위조 또는 모조하거나 위조 또는 모조하게 할 목적으로 그 용구를 제작·교부·판매 또는 소지하는 행위
4. 타인의 등록상표 또는 이와 유사한 상표가 표시된 지정상품과 동일 또는 유사한 상품을 양도 또는 인도하기 위하여 소지하는 행위

②다음 각호의 1에 해당하는 행위는 지리적 표시 단체표장권을 침해한 것으로 본다. <신설 2004.12.31., 2011.6.30.>

(하략)

제93조(침해죄) 상표권 및 전용사용권의 침해행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1997.8.22., 2001.2.3.>

96) 한국소프트웨어저작권협회 (2012), 앞의 자료 4면 참조

97) 상표법 상 간접침해행위를 상표권침해죄로 처벌할 수 있는가에 대하여 죄형법정주의 원칙 상 제한해석의 원리 및 형벌법규의 명확성의 원칙을 논거로 불가하다는 부정결과 문리해석 상 간접침해행위도 상표권침해

<표 3-11> 침해간주행위위반죄의 형량 비교

	컴퓨터프로그램보호법(폐지)	저작권법
침해 간주 행위 위반 죄	제29조 (프로그램저작권 침해행위 등) ① 누구든지 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해하거나 다른 사람의 프로그램배타적발행권등을 복제·배포 및 전송의 방법으로 침해하여서는 아니된다. <개정 2002.12.30.> ④다음 각호의 사항의 경우 해당 프로그램 저작권을 침해하는 것으로 본다. <개정 2002.12.30.> 2. <u>프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호의 수입 프로그램을 포함한다)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위</u>	제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. <개정 2009.4.22.> 3. <u>프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위</u>
	제46조 (벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 <u>5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금</u> 에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2006.10.4.> 1. 제29조제1항의 규정을 위반한 자 2. <u>제29조제4항제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위를 한 자</u> 제47조 (상습범) 상습으로 제46조제1항의 규정에 해당하는 자는 7년이하의 징역 또는 7천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2006.10.4.>	제136조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2011.12.2.> 1. 저작재산권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조에 따른 권리는 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자 ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 <u>3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금</u> 에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2009.4.22., 2011.6.30., 2011.12.2.> 4. <u>제124조제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자</u>

- 한편, 저작권법의 주무부처인 문화체육관광부(이하 ‘문화부’라 함)는 SW 저작권 보호를 통하여 SW 보호를 강화하는 외국 추세에 적극 대응하고 국내 SW

행위로 간주되므로 처벌가능하다는 긍정설, 간접침해의 유형에 따라 달리해야 한다는 절충설이 대립하고 있는데, 일본에서는 통설이 긍정설이며 판례도 긍정설을 취하고 있음. 이에 관해 대법원은 상표법 제66조 제1항 제1호 소정의 유사상표에 의한 침해행위에 대하여는 별다른 이유 없이 직접침해행위와 마찬가지로 상표권침해죄를 구성한다고 보고 있음(출처 : 광민섭 (2009), “지적재산권 침해소송 실무와 최근의 판례 동향”, 특허심판원, 83 ~ 84면 참조)

산업 발전의 기반을 마련하려고 하며, 구체적으로는 SW 저작권의 공정이용 환경을 구축하여 2020년까지 불법복제율 20%대 수준을 달성하겠다는 목표를 천명함⁹⁸⁾

- 추진과제의 일환으로 SW 불법복제 단속 및 예방활동을 강화하고자 하는데, 보다 근본적으로 저작권법 상의 저작권 침해죄에 대한 개선방안도 검토해 볼 필요가 있음

- 본 연구에서는 SW개발자의 권리보호 강화를 위해 저작권 침해죄의 전반적인 개선방향에 관해 검토하기로 함

□ 해외 입법례

- 미국의 경우 저작권법 제506조와 제2319조에 의해 형사처벌이 되기 위해서는 일정 기간 등의 특별한 위반요건을 만족하는 저작권에 대한 고의적인 침해행위가 있는 것으로 족하기에 저작권침해죄를 비친고죄로 규정하고 있는데, 실제로 저작권 침해행위에 대한 형사처벌을 적극적으로 하지는 않고 있음
- 위반 요건에 따른 형사제재의 구체적인 내용에 대해서는 아래 인용된 [그림 3-1]⁹⁹⁾ 참조

98) 문화체육관광부 (2014. 7.) SW 가치 제고를 위한 저작권 보호·이용기반 구축 방안 참조

99) 한국소프트웨어저작권협회 (2010), 프로그램 저작권 친고죄에 관한 연구, 14면 참조

[그림 3-1] 미국 저작권법에 따른 저작권 침해죄의 형사적 제재

유형 및 요건		추가 요건	제재의 내용
고의	상업적인 이득/ 개인적인 금융이익의 목적	① N/A	1년 미만 징역/벌금/병과
		② 일정 총소매가치(\$2,500) 초과 저작물, 일정 숫자(10) 이상의 복제물/음반, 일정 기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적 수단 포함)	5년 미만 징역/벌금/병과
		③ ②의 상습범(2번째 이후)	10년 미만 징역/벌금/병과
	일정 소매가치(\$1,000) 초과 저작물, 1개 이상 복제물/음반, 일정기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적 수단 포함)	① 일정 소매가치(\$1,000) 이상 저작물, 10개 이상의 복제물/음반, 복제/배포	1년 미만 징역/벌금/병과
		② 일정 소매가치(\$2,500) 초과 저작물, 10개 이상의 복제물/음반, 복제/배포(전자적 수단을 포함)	3년 미만 징역/벌금/병과
		③ ②의 상습범(2번째 이후의 범죄)	6년 미만 징역/벌금/병과
	상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물, 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포	① N/A	3년 미만 징역/벌금/병과
		② 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익 목적	5년 미만 징역/벌금/병과
		③ ①의 상습범(2번째 이후의 범죄)	6년 미만 징역/벌금/병과
		④ ②의 상습범(2번째 이후의 범죄)	10년 미만 징역/벌금/병과

- 미국 법무부의 컴퓨터범죄 및 지적재산권 부서¹⁰⁰⁾는 가장 악의적인 저작권 침해 사건만을 형사적으로 처벌할 것임을 밝히고 있음¹⁰¹⁾

100) Computer Crime & Intellectual Property Section. 홈페이지는 다음과 같음

<http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/>

101) 이에 관해서 한국소프트웨어저작권협회(2010), 앞의 보고서 20 ~ 21면을 참고 바람.

원문은 다음과 같음.

(출처 : US DOJ CCIPS (2013), "Prosecuting Intellectual Property Crimes" 4th, 380면 참조)

http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/docs/prosecuting_ip_crimes_manual_2013.pdf 380면)

Other considerations that are more particular to intellectual property offenses include the following:

- **Federal criminal prosecution is most appropriate in the most egregious cases.**

The criminal intellectual property statutes punish only a subset of the conduct that is punishable under civil intellectual property laws. Even then, the government must prove its case beyond a reasonable doubt, including a high state of mens rea.

- **Limited federal resources should not be diverted to prosecute an inconsequential case or a case in which the violation is only technical.**

Even some branches of civil intellectual property law recognize the maxim, "de minimis non curat lex."

- 2002년 통계에 따르면, 15개 기관이 의뢰한 저작권 위반 피의자는 210명(복제배포저작권 침해에 해당하는 제506조 위반은 138명)이었으나, 같은 해 저작권 소송은 1,889건으로 미국에서의 저작권 집행은 형사적인 방법 보다는 대부분 민사적인 방법에 의함¹⁰²⁾
- 또한 2005년부터 2009년 사이의 저작권 위반 사건 통계를 보면 수사의뢰건수와 기소건수도 계속 줄어들고 있으며 재판까지 가더라도 유죄협상을 통해 유죄인정을 한 경우가 압도적으로 많음을 알 수 있음¹⁰³⁾

<표 3-12> 미국 저작권 위반 사건의 처리 결과 (괄호 안은 피의자·피고인 숫자)

	2005	2006	2007	2008	2009
수사의뢰건수	213 (280)	162 (295)	190 (278)	125 (171)	79 (118)
기소건수	85 (97)	98 (152)	110 (140)	76 (86)	58 (75)
해결/종료	56 (68)	100 (125)	105 (147)	96 (117)	85 (103)
유죄인정	46	78	123	88	81
유죄판결	4	2	0	5	2
기각	14	29	17	18	17
무죄	1	1	1	2	0
기타종료	3	15	6	4	3
소계	68	125	147	117	103

- 독일의 경우, 국내와 마찬가지로 저작권 침해죄를 친고죄로 규정하되 영업적으로 저작권을 침해한 경우(제108조a)와 형사소추에 특별한 공중의 이익이 관련된 경우(제109조)를 비친고죄로 하고 있음
- 일반 저작권침해죄가 3년 이하의 징역형인데 반해 영업적 저작권침해는 5년 이하의 징역형으로 가중처벌됨
- 독일에서는 영업의 의미를 영리에 한정하지 않고 반복적 (불법)행위로 지속적이고 고정적인 수입원을 창출하는 것으로 해석하며, 특수한 공공의 이익에 대해서는 평균 100개 이상의 불법복제 프로그램을 가지고 개인물물거래를 하거나 300 ~ 600만원 정도의 고가의 프로그램을 배포하는 행위 등을 예로 들고 있음

102) 이에 관한 자세한 내용은 한국소프트웨어저작권협회 (2010), 앞의 보고서 23면 참조

103) 이에 관한 자세한 내용은 한국소프트웨어저작권협회 (2010), 앞의 보고서 24 ~ 25면 참조

- 미국의 경우에는 비친고죄임에도 불구하고 형사처벌을 매우 제한적으로 적용하고 있으며 금액을 기준으로 가중처벌하는 독특한 구조를 가지고 있는 한편, 독일은 영리와 상습성이 동시에 인정될 때 비친고죄로 처벌하고 있음
- 따라서 국내 저작권법에서도 형사처벌의 범위를 축소하거나 비친고죄를 축소 또는 폐지할 수 있는 여지가 있다고 보임¹⁰⁴⁾
 - 한미FTA 협정문에서 ‘상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 해적행위에 대해 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다’고 규정한 것을 두고서 법적 조치를 ‘기소’로 해석하여 저작권침해죄를 비친고죄화해야 한다고 주장하는 입장¹⁰⁵⁾과 그렇지 않다고 보는 입장이 대립하다가 결과적으로는 비친고죄 범위를 확대하는 현행 저작권법 개정안이 채택되었음
 - 본 연구에서는 한미FTA의 법적 조치가 ‘기소’ 이외의 ‘수사’까지 포함한다는 입장에서 저작권침해죄의 친고죄화는 한미FTA에 의해 제약받지 않는다는 전제 하에 형사처벌조항의 개정을 검토하고자 함

2. 저작권 침해죄의 개정방향 검토

□ 저작권 침해죄의 친고죄화 검토¹⁰⁶⁾

104) 논란이 된 한미FTA 협정문은 저작재산권 침해에 관한 제18장 제20절 제27조 (f)항으로 국문과 영문은 다음과 같다.

27. Further to paragraph 26, each Party shall provide:

(f) that its authorities may initiate legal action ex officio with respect to the offenses described in this Chapter, without the need for a formal complaint by a private party or right holder.

27. 제26항에 더하여 각 당사국은 다음을 규정한다.

바. 자국의 권한 있는 당국은 이 장에 기술된 위법행위에 대하여 사인이나 권리자의 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다.

105) 외교통상부가 발간한 “한·미 FTA 주요내용”에 의하면 법적 조치는 ‘공소 제기’를 의미함. 원문은 다음과 같다.

비친고죄 (제18.10조제27항 바호)

■ “상업적 규모”의 고의적인 상표권 위조 및 저작권 침해에 대해서는 권리자의 고소없이 수사기관의 직권으로 공소제기가 가능하도록 규정

(출처 : 외교통상부 (2012), “한·미 FTA 주요내용”, 167면 참조)

106) 이하의 논의는 한국소프트웨어저작권협회(2010), 프로그램 저작권 친고죄에 관한 연구를 요약정리한 것임

- 국내의 SW 저작권 집행은 주로 기업을 대상으로 하며, 적발된 침해자로 하여금 정품SW를 구입하도록 하는 것이 주된 목적이므로 친고죄로 하더라도 고소의 남용가능성은 낮음
 - 개인에 의한 프로그램 저작권 침해는 현재는 P2P나 웹하드를 통해 이뤄지는데, 침해자인 개인에 대해 민사적 또는 형사적 구제수단을 활용하기는 사실상 불가능함
 - 대신에 SW는 기업 차원에서 널리 이용되므로 저작권 특별사법경찰과 검찰에 의한 단속 혹은 프로그램 저작권자의 고소에 의해 저작권 침해가 적발된 후 민사 및 형사적 구제수단이 가동되는 것이 일반적임
 - 저작권 침해를 이유로 묻지마 고소가 남발되어 수사기관의 업무부담이 폭증하고 과도한 합의금을 갈취한 사례가 매우 많지만¹⁰⁷⁾, 이는 어디까지나 인터넷 상의 일반 저작물에 대한 경미한 저작권 침해에 한정되며, 프로그램 저작권 침해의 경우에는 해당되지 않는다고 판단됨¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾
- 법인에 대한 형사적 제재는 5,000만원 이하의 벌금형에 그쳐 위하력¹¹⁰⁾이 약하며, 비친고죄일 경우 범죄사실이 적발되면 검찰이 직권으로 기소할 수 있어 당사자 간의 협상기회가 없어지고 잠재적 고객을 실제 고객으로 전환시키기가 어려워질 수도 있음
 - 또한 저작권 침해자에 대한 형사처벌은 해당 저작물에 대한 향후의 저작권 침해 가능성을 감소시키는 간접적 효과는 있겠지만, 저작자에게 직접적인 보상을 주지는 않음

107) 이에 관해서는 2014. 4. 16. 박혜자 의원실에서 주최한 “합의금 갈취 수단이 된 저작권 침해죄 개정을 위한 토론회”의 자료집을 참고바람. 특히 발제문인 남희섭 (2014), 저작권 침해 형사 처벌 제도의 문제점과 개선방안을 참고.

108) 컴퓨터 프로그램에 관한 합의금 장사의 사례로는 슬로우뉴스, “저작권 ‘합의금 장사 방지법’이 통과되어야 할 8가지 이유”, 2014. 7. 17.자 기사 참조. 기사에 따르면 저작권자는 공학용 시뮬레이션 프로그램의 소매가격을 약 3억원으로 갑자기 3배 인상하고 법무법인과 합의금을 나눠갖기로 하고 중소기업들을 상대로 불법 소프트웨어 단속에 나서 기업 및 대표이사를 고소하면서 합의금으로 약 10억원을 요구했으나, 기업 대표이사는 무혐의 처리되고 법인은 벌금 100만원을 선고받는 것으로 종결됨.

109) 또한 ‘묻지마 고소’와 같은 저작권 침해죄 남용사례도 친고죄여서 발생한 것이 아니라 모든 저작권 위반행위에 대해 처벌하도록 규정한 현행 법률에 그 원인이 있으므로 경미한 저작권 침해행위는 형사처벌 대상에서 제외해야 한다는 논의에 대해서는 남희섭(2014), 저작권 침해 형사처벌 제도의 문제점과 개선방안을 참고할 것. 다만, SW는 일반 저작물에 비해 그 가격이 훨씬 높으므로 현재의 저작권 침해죄의 처벌대상을 제한하려는 국회의원들의 입법발의안은 SW에는 영향을 줄 수 없다고 판단됨

110) 형벌효과로서 일반인에 대해 범죄를 저지르지 못하도록 하는 영향력으로써 형벌의 본질과 목적에 관한 일반예방이론에서 중요시함

○ 그러므로 저작권자의 협상력을 강화시키려면 친고죄가 오히려 바람직함

- 형사적 구제수단에 의하여 침해(혐의)자가 권리자 내지 피해자와 협상하도록 강제하려면 당사자 간 합의가 양형의 참작요소에 불과한 비친고죄보다는 합의를 통해 형사책임을 면할 수 있는 친고죄가 더욱 유리함
- 또한 한국저작권위원회를 통한 저작권 분쟁 조정제도를 활성화하고 민·형사상 구제수단을 활요할 경우 당사자들이 부담하게 되는 위험을 감소시키기 위해서도 당사자 간의 협상 기회를 강제할 필요가 있음

<표 3-13> 저작권자와 침해자 간의 이익/불이익 비교

	저작권자	침해(혐의)자
무기 (이익)	• 침해자로부터의 손해배상 • 침해자의 유죄판결 : 징역/벌금	• 저작권자의 시간 소요 • 승소가능성
위험 (불이익)	• 장시간 소요 • 일정 비용 부담 • 패소시 상대방의 소송비용 부담	• 저작권자에 대한 손해배상 • 형사적 제재 : 징역/벌금

자료 : 한국소프트웨어저작권협회, 프로그램저작권 친고죄에 관한 연구, 49면

○ 그 외에 외국정부가 저작권 집행을 강력하게 할 것을 요구할 가능성, 수사기관의 업무부담 증가, 저작권자 스스로 저작권 수호를 위해 노력해야 한다는 점을 고려하면 친고죄화가 더욱 바람직함

- 비친고죄로 남아 있을 경우 외국정부는 자국 SW기업의 저작권보호를 위해 우리나라 정부에 저작권을 강력하게 집행할 수 있도록 압력을 가할 가능성이 존재함¹¹¹⁾
- 또한 현행 저작권법의 형사처벌 범위가 넓고, 개인의 재산권에 대한 침해의 성격이 강해서 형사처벌의 필요성 자체가 낮은데도 불구하고 현재로서도 경제사범 관련 접수건수의 절반 이상을 차지하는 등 수사기관의 업무부담이 과중하다고 볼 수 있음 (자료보강)
- 또한 저작권은 창작과 동시에 어떠한 형식 없이 발생하여 수사기관이 저작

111) 한미FTA 협상과정에서 미국은 중앙정부 기관이 저작권 및 저작인접권을 침해하는 컴퓨터 소프트웨어 및 기타 자료를 사용하지 않고, 컴퓨터 소프트웨어를 해당 이용허락계약에서 허락된 바 대로만 사용할 것을 규정하는 법, 명령, 규칙, 가이드라인, 행정명령 등을 규정하도록 요구하여 관찰시킨 바 있음. (협정문 제18장 제4절 제9조) (출처: 한국소프트웨어저작권협회(2010), 앞의 연구보고서 65면 참조)

물의 존재를 사전에 인지하기 힘들고 저작권 침해를 판단하는 것도 어려운 점을 감안하면 저작권자 스스로 저작권 집행 시 주도적이거나 단초적인 역할을 할 필요가 있음

- (소결론) SW에 대한 저작권 침해죄의 경우, 비친고죄로 처벌되는 것은 대규모로 침해가 이루어져 국가가 나서지 않을 경우 SW 산업 전반적으로 영향이 미치거나 저작권 침해를 억제할 수 없을 경우로 한정되시키고 친고죄의 범위를 넓혀 저작권자의 협상력을 강화하는 것이 바람직함
 - 이를 위해서는 영리성과 상습성을 동시에 요구하는 2006년 개정안으로 복귀하는 것이 하나의 방안이 될 수 있음
 - 또한 저작권 침해죄에 대해서도 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것을 긍정적으로 검토할 필요 있음

□ 불법복제물업무상이용죄의 폐지여부와 형량의 적정성 검토

- 불법복제물업무상이용죄는 1994년 컴퓨터프로그램보호법 개정 시 도입되었고 2009년 컴퓨터프로그램 보호법을 통합한 개정 저작권법에서도 유지되었는데, 이는 일본 저작권법을 모방한 조항으로 보임¹¹²⁾
 - 저작권법은 그 출발이 저작자와 복제배포자 또는 유통자의 관계를 규율하기 위해 만들어진 법이므로 저작물을 본래의 목적대로 사용하는 행위(예를 들면 책을 읽거나 음악을 듣는 행위)에 대해서는 별도의 권리를 창설하지 않았음
 - 2009년 저작권법 해설서에서는 “프로그램의 경우에는 불법 복제물임을 알고 이를 업무상 이용하는 때에는 해당 프로그램의 권리자에게 상당한 피해가 발생하기 때문에 종전의 컴퓨터 프로그램 보호법은 업무상 이용하는 행위를 저작권 침해로 간주하는 규정을 두고 있어 이를 추가”했으며, “친고죄를 반의사불벌죄¹¹³⁾로 변경”했다고 기술하고 있음¹¹⁴⁾

112) 남희섭 (2014), 앞의 발제문, 28 ~ 30면 참조

113) 반의사불벌죄는 국가기관이 수사와 공판을 독자적으로 진행할 수 있지만 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 명시적인 의사표시를 하는 경우에는 그 의사에 반하여 형사소추를 할 수 없도록 한 범죄를 말하며, 흔히 ‘피해자의 명시한 의사에 반하여 처벌하지 못한다’는 형태로 규정됨. 반의사불벌죄는 처벌을 원하는 피해자의 의사표시 없이도 공소제기할 수 있다는 점에서 고소·고발이 있어야만 공소를 제기할 수 있는 친고죄와 구별됨

114) 문화체육관광부 (2009), 개정 저작권법 해설, 69면 참조

- 일본은 1985년에 컴퓨터 프로그램을 저작물로 규정하면서 당해 프로그램이 위법복제물임을 ‘사용할 권원을 취득한 때에’ 알고 있었던 경우에 그 사용 행위를 침해로 간주하는 규정을 두었으므로 불법복제물업무상이용죄는 일본법을 모방한 조항으로 보임
- 이 조항에 대해 “우리나라의 프로그램저작권이 보호되지 아니하는 나라에서 불법 복제된 프로그램이 역수입될 경우에 대비하여 불법 복제된 프로그램 수입자가 국내저작권자의 침해에 대해 책임을 지도록 하는 침해 유형을 명문화한 것”으로 “컴퓨터프로그램이 외국인에 의해 개발되어 국내에서 이용되는 것이 아니라, 국내에서 개발된 프로그램 자체를 보호하기 위한 적극적인 조항으로서, 우리 컴퓨터프로그램산업의 위상이 달라지고 있음을 보여준다”는 견해도 존재함¹¹⁵⁾

○ 오픈넷은 불법복제물업무상이용죄를 폐지하자고 주장함

- 오픈넷은 ① 저작물 이용은 저작권자의 권리가 아니고, ② 불법복제물의 인지여부는 저작권자의 피해 여부와 관련이 없으며, ③ 컴퓨터 프로그램에 대해서만 이용행위를 침해로 간주하는 것은 다른 저작물과의 형평에 어긋나고, ④ 컴퓨터프로그램 이용 시 복제 행위가 수반되면 복제권으로 규율하면 충분하다는 이유로, 침해간주행위에서 불법복제물을 업무상 이용하는 경우를 삭제할 것을 주장함
- 또한 불법복제물임을 알면서 취득하는 과정에서 이미 복제권 침해가 발생하므로 불법복제물업무상이용죄는 ‘다른 사람이 불법복제한 컴퓨터 프로그램을 알면서 업무상 이용하는 행위’ 정도만을 실제로 규제할 수 있다는 주장도 존재함¹¹⁶⁾
- 하지만 불법복제물을 업무상 이용하는 것을 침해간주행위 자체에서 제외하게 되면 저작권법에 근거한 침해정지청구나 손해배상청구가 불가능해 질 수 있으므로 별척조항인 제136조 제2항 제4호의 적용대상에서 제외하는 방법이 타당하다고 판단됨

○ 그러나 불법복제물업무상이용죄 폐지를 반대하는 입장도 있음

- 컴퓨터프로그램저작물은 고가인 경우가 대부분이며 업무상 이용을 통해 영

115) 이규홍 (2014), "저작권 개정 토론회 지정토론문(2014. 4. 16.) 63면 각주 12번 참조
원 출처는 정진근 (2010), “컴퓨터프로그램보호법의 과거와 현재, 그리고 통합저작권법의 역할에 관한 소고”,
세계화시대의 기업법 : 횡천이기수선생정년기념(2010), 902면임
116) 구주와 (2014), “저작권법 개정 토론회 주제발표”, 40~ 41면 참조

리적 이득이 발생하는 점에서 일반저작물의 이용행위와는 성격이 다른 점, 불법복제물을 취득하여 업무상 이용하는 행위를 침해간주행위에서 삭제할 경우 오히려 복제권 침해에 대해서 저작권법 제136조 제1항의 적용을 받아 더 형량이 높아질 수 있다는 점¹¹⁷⁾ 등을 논거로 제시하고 있음

- 미국의 경우 불법복제된 컴퓨터 프로그램을 이용하는 행위가 기업활동에서의 불법적인 영리추구활동이라고 보아 부정경쟁방지법 위반으로 사법처리하려는 주정부들이 늘어나고 있는데, 이는 우리나라의 불법복제물업무상이용죄의 취지와 유사하다고 판단됨¹¹⁸⁾
- 또한 ‘이용권’은 저작권의 내용은 아니지만 이용자의 권리는 합법적 저작물을 이용할 권리이지 불법적 저작물을 이용할 권리까지 포함된다고 볼 수 없으며, 불법적 저작물임을 알고도 이용하는 사람은 악의의 사용자로서 법에 의해 보호되어야 할 이유가 없고 일반저작물의 불법적 이용은 공중송신권, 공연권 등의 침해가능성이 있지만 불법복제된 프로그램의 업무상 이용행위는 저작권이 직접 보호하기 어렵다는 현실적 고려에서 비롯되어 불법복제물업무상이용죄가 타당하다는 입장도 존재함¹¹⁹⁾

○ SPC는 불법복제물업무상이용죄의 형량을 저작재산권을 직접 침해한 것과 동일하게 처벌해야 한다고 주장하는데, 이는 그다지 수궁하기가 어려움

- 논거로 든 상표법에서의 유사상표를 사용한 침해간주행위에 대한 판례는 침해간주행위가 상표권침해죄에 해당되는지 여부 자체가 쟁점이 된 사안으로 학설 상 논란이 계속되고 있으며, 침해간주행위가 침해행위와 형량 면에서도 동일하게 취급되어야 한다고 대법원이 판단한 것은 아님¹²⁰⁾
- 또한 데이터베이스침해죄도 저작권법이 직접 보호하고 있는 데이터베이스 제작자의 권리를 침해하는 것이지만 일반적인 저작권 침해죄보다 가벼운 형량을 규정하고 있음
- 오히려 컴퓨터프로그램보호법에서 침해행위와 침해간주행위를 동일하게 처벌한 것에 대한 반성에서 2009년 저작권법 개정 시 형량에 차이를 둔 것으로 보임

117) 김찬동 (2014), “저작권 침해 형사처벌 제도 개선 토론회”, 57 ~ 58면 참조

118) 최정환 (2014), “Risk Management for US Unfair Competition Act”, 2014 소프트웨어 컴플라이언스 컨퍼런스 참조

119) 탁희성 (2014), “저작권법 개정안 토론회”, 61면 참조

120) 상표법 상의 침해간주행위가 상표권 침해죄를 구성하는 지에 관해 명확한 규정이 없는 것은 상표법 상의 입법 불비라고 판단됨

- 불법복제물업무상이용죄는 기업들의 정품SW사용을 장려하기 위한 입법적 고려라고 판단되므로 이와 같은 목적을 다른 방법(예를 들어 징벌적 손해배상제도의 도입)을 통해 달성할 수 있다면, 굳이 지금과 같이 비친고죄로 규정하고 형사처벌 대상으로 삼을 필요는 없다고 판단됨
- 다만, 현재의 민사상 구제제도가 전보적 손해배상에 그치고, 형사처벌규정의 존재가 SW 불법복제 단속 시 단속대상 기업으로 하여금 정품구입을 강제하는 긍정적 효과가 있으므로 보완조치없이 삭제하는 것은 SW개발자의 권리보호를 약화시킬 우려가 있음

□ 저작권 침해죄의 개정안 예시

- 비친고죄로 규정된 저작권 침해죄의 범위를 현행보다 엄격하게 제한하고, 징벌적 손해배상제도를 도입한다는 전제 아래 불법복제물업무상이용죄를 폐지할 경우의 개정안은 다음과 같음

<표 3-14> 불법복제물업무상이용죄 관련 개정의견

	현행	개정 의견
저작권법	제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. <개정 2009.4.22.> 3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위	제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. <개정 2009.4.22.> 3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위
	제136조(벌칙) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2009.4.22., 2011.6.30., 2011.12.2.> 4. 제124조제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자	제136조(벌칙) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2009.4.22., 2011.6.30., 2011.12.2.> 4. 제124조제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자 (단 제124조 제1항 제3호는 제외한다)(추가)
	제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는	제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는

고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009.4.22., 2011.12.2.> 1. 영리를 목적으로 또는 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호(제124조제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)에 해당하는 행위를 한 경우	고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009.4.22., 2011.12.2.> 1. 영리를 목적으로 또는(삭제) 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호(제124조제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)(삭제)에 해당하는 행위를 한 경우
---	---

제5절 징벌적 손해배상제도의 도입

1. 징벌적 손해배상제도의 개요

□ 논의 배경

- 현대사회의 대표적 특징 중 하나인 소비자중심사회가 정착된 미국에서는 소비자 보호차원에서 소액의 다수 피해자를 구제하는 방법 중 하나로 징벌적 배상제도를 이용해 왔고, 국내에서도 1980년대 중반 이후 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의가 시작되었음
- 영국에서 1763년 Wilkes v. Wood 사건 때 최초로 징벌적 손해배상이 인정된 이래로 영미법 또는 보통법(common law)계 국가에서는 징벌적 손해배상제도가 운용되는 사례가 다수 존재함
- 미국 불법행위법에서는 징벌적 손해배상을 “전보적 또는 명목적 손해배상 이외에 가해자의 중대한 가해행위(outrageous conduct)에 대하여 처벌하고, 장래 유사한 행위가 발생하는 것으로부터 가해자나 타인을 억지하기 위하여 주어지는 손해배상”으로 정의하고 있음¹²¹⁾
- 중대한 가해행위는 악의적 불법행위로 이해되는데, 미국에서는 악의적 불법행위는 고의보다 더 악성이 강한 불법행위라고 보는 것이 일반적인 견해로, 가해자 측의 “악의(malice)”, “사기적 또는 사악한 동기(fraudulent or evil motive)”, “의식적(conscious) 또는 계획적(deliberate)”으로 타인의 권

121) 법무부 (2013), “징벌배상제도의 부작용 방지대책 연구”, 24면 참조

리 내지 이익을 무시하였다고 인정할 만한 객관적 상황이 존재할 것을 요건으로 하는데¹²²⁾, 미국의 경우 “중대한 과실(gross negligence)”가 있는 경우에도 징벌적 배상이 인정되기도 함

- 미국에서는 징벌적 손해배상제도가 미국 수정헌법 제5조의 ‘이중위험금지’와 헌법 제8조의 ‘과도한 벌금의 금지’에 해당하지 않는가 하는 문제가 제기되었는데¹²³⁾, 연방대법원은 *Ingraham v. Wright* 사건(430U.S.651,1977)과 *Palmerv.A.Robins* 사건(684P.2d 187,Colo.1984)에서는 상기의 조항은 형사적 제재에서 잔인하고 비정상적인 처벌을 금지하기 위해 적용되어 왔으므로 이 조항은 오로지 형사처벌의 경우에만 적용되므로 징벌적 손해배상과 같은 민사처벌의 경우에는 위헌이 아니라는 판결을 내린 바 있음¹²⁴⁾

○ 우리나라는 대륙법계 국가로써 현실적으로 발생한 손해만 배상하도록 하는 민사책임법제와 민사와 형사를 엄격히 구분하는 제도를 채택하고 있어 징벌적 손해배상제도가 도입되지 않았으나 1980년대 이후 기업의 과도한 영리추구와 국가기관의 공권력남용에 대한 사전적 예방수단으로 징벌적 배상제도를 도입해야 한다는 견해가 제기되었음¹²⁵⁾

- 참여정부 당시 사법제도개혁추진위원회는 징벌적 배상제도 도입을 검토했으며, 독점규제법¹²⁶⁾, 제조물책임법, 증권거래법 등에 적용하는 방안이 논의되었고, 2006년 5월 독립된 징벌적 손해배상법 시안을 마련한 바 있으나¹²⁷⁾, 도입신중론이 우세하여 입법이 무산되었음¹²⁸⁾
- 2011년 하도급법¹²⁹⁾을 개정하여 원사업자가 취득한 기술자료를 유용한 경우에는 발생한 손해의 3배를 상한으로 손해배상책임을 지도록 하였고, 2013년 다시 적용범위를 확대하면서 ① 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, ② 위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해 규모 등의 7가지 참작요건을 자세히 규정하였음(이하 ‘3배배상법’이라 함)

122) 전삼현 (2007), “징벌적 배상제도의 입법론적 연구”, 한국경제연구원 27면 참조

123) 1967년 미연방 제2항소법원이 *Roginsky v. Richardson-Merrell* 사건(378F.3d.832,2d.Cir.1967)에서 최초로 징벌적 손해배상과 관련하여 “기업에 대하여 과다하고 제한없이 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 기업을 소멸케 하는 행위”라고 판시하면서 징벌적 손해배상의 위헌성 논쟁이 시작됨 (출처 : 특허청 (2011), “특허권 실효성 확보방안에 관한 연구”, 88면)

124) 특허청 (2011), 앞의 연구보고서 89면 참조

125) 전삼현(2007), 앞의 연구보고서 22면 참조

126) 정식 명칭은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

127) 전삼현(2007), 앞의 연구보고서 24면 참조

128) 권인희 (2012), “특허법상 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 소고”, 숭실대 법학연구소 법학논총 제27집 2012년 1월, 28~29면 참조

129) 정식 명칭은 “하도급거래 공정화에 관한 법률

<표 3-15> 하도급법 신구조문 대비표(2011년 법률과 2013년 법률)

	2011년 개정 [법률 제10475호, 2011.3.29, 일부개정]	2013년 개정 [법률 제11842호, 2013.5.28, 일부개정]
하도 급법	제35조(손해배상 책임) ① 원사업자가 제12조의3제1항을 위반하여 기술자료 제공을 요구함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상 책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. <신 설>	제35조(손해배상 책임) ① 이 법의 규정을 위반함 ----- ----- ----- ----- -----.
	② 원사업자가 제12조의3제3항을 위반하여 취득한 기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상 책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. <신 설>	② 제4조, 제8조제1항, 10조, 제11조제1항·제2항 및 제12조의3제3항을 위반 함 ----- ----- ----- ----- -----.
	③ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다. <신 설>	③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 2. 위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해규모 3. 위법행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익 4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금 5. 위반행위의 기간·횟수 등 6. 원사업자의 재산상태 7. 원사업자의 피해구제 노력의 정도
	<신 설>	④ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.

- 최근의 경제민주화 관련 개별법의 정비 과정에서 다시금 징벌적 손해배상 제도의 도입에 관한 논의가 활발하게 이루어져 2013. 7. 24. 출범한 대법원 산하 제2기 사법정책자문위원회에서도 징벌적 손해배상제도 도입을 논의하였음¹³⁰⁾

- 또한 지식재산권의 중요성이 증대되면서 관련 침해에 대해서는 형사처벌을 강화하는 방향으로 관련 법률이 개정되어 왔으나, 국가가 국민의 세금을 들여 지식재산권 침해자를 형사처벌하기 보다는 민사적 구제수단으로 손해배상소송의 경제적 유인을 제공하여 저작권자 스스로 권리보호에 나서게 할 필요가 있다는 주장도 설득력이 있음¹³¹⁾
- 이에 본 연구에서는 SW의 저작권 침해행위, 특히 불법복제된 SW의 업무상 이용에 대해서 징벌적 손해배상을 도입하는 것을 검토하고자 함

□ 해외 입법례

- 영국에서 인정되던 징벌적 손해배상은 미국으로 넘어가서 20세기 초반부터는 미국법 상 제재를 목적으로 하는 제도 및 시민의 권리보호를 촉진하기 위한 중요한 제도로 확립되었으나 여러 문제점으로 인해 미국 각주의 의회에서는 법률 제정을 통해 제도정비를 추진하였음¹³²⁾
 - 영국에서는 정신적 손해와 같은 무형의 손해에 인정되었으나 미국이 공업 국가로 변화함에 따라 기업이나 기업의 피용인에 의한 불법행위 사건에도 적용되어 적용범위가 확대됨
 - 하지만 제조물책임소송의 경우에 피고에게 중복된 징벌적 손해배상을 인정하면 형사제재에 비해 민사적 제재가 더 엄격해 지는 점, 징벌적 손해배상액에 대한 효과적 통제장치가 없는 점, 배심의 의사결정에 의미있는 기준이나 지침이 존재하지 않는 현실적 문제점이 제기됨
- 미국에서는 개별 주의 제정법을 통해서 실체적 측면과 절차적 측면에서 징벌적 손해배상에 대한 제한이 이루어지고 있는데, 주 별로 많은 차이를 보이고 있음¹³³⁾

130) 뉴스1 2013. 7. 24.자 “‘국민 신뢰 회복’ 제2기 사법정책자문위 출범”

링크 : <http://news1.kr/articles/?1251468>

131) 최승재 (2009), 특허법 제225조의 특허권 침해죄에 대한 소고, 법률신문 2009. 11. 19.자

링크 : <http://www.lawtimes.co.kr/LawPnnn/Pnnyn/PnnynContent.aspx?serial=1925>

132) 이하 내용은 법무부(2013), 앞의 연구보고서 15 ~ 17면을 요약정리한 것임

133) 법무부 (2013), 앞의 연구보고서 18 ~ 19면 참조

- 실제적 측면은 징벌적 손해배상액의 상한¹³⁴⁾을 정하여 배심이나 법관의 손해배상액 산정의 재량을 제한하거나 징벌적 손해배상액 전부를 원고에게 귀속시키지 않는 방식으로 소송의 남용을 막고자 함
- 절차적 측면은 전보배상 판단절차와 징벌배상 판단절차를 분리하거나 민사상 증명기준인 '증거의 우월(preponderance of evidence)'을 '명백하고 확실한 증거(clear and convincing proof)'로 높이는 것 등으로 이루어짐
- 미국 연방대법원은 수정헌법 상 적법절차 조항을 근거로 과다한 징벌배상 여부에 관한 검토를 실시하는데, 1996년 BMW v. Gore 판결에서 ① 피고의 비난가능성 정도, ② 전보배상과 징벌배상의 비율관계, ③ 징벌배상과 비교가능한 제재와의 비율관계를 제시하였고, 2003년 State Farm v. Campbell 판결에서 보다 구체화하였음
- 한편, 루이지애나 주는 대륙법 시스템이어서 징벌적 손해배상제도가 없으며, 매사추세츠 주, 네브라스카 주 등도 보통법 상 징벌적 손해배상제도를 부정하며, 특정 유형이나 대상에 대해서 징벌적 손해배상제도를 적용하지 않는 주들로써는 앨라배마주, 콜로라도 주 등이 존재함¹³⁵⁾

○ 영국에서는 1964년 Rookes v. Barnard 판결을 통해서 징벌배상이 인정되는 범주가 제한되었고, 그 외에 징벌배상액에 대한 제한 및 배심의 과다한 징벌배상액에 대한 감액을 허용하고 있음

- 징벌적 손해배상은 ① 공무원에 의한 억압적·자의적·위헌적인 권력남용행위, ② 피고가 불법행위로부터 얻은 이익이 전보적 손해배상을 지급하고도 이득이 남을 것으로 예상되는 경우¹³⁶⁾, ③ 제정법(statute) 규정에 의한 징벌적 손해배상에 한하여 인정됨
- 또한 사실심 법관이 배심에게 징벌배상에 관해 자세히 설명하도록 하고, 배상구간을 설정하고 절대적 최대값으로 5만 파운드를 제시하고 있으며, 법관이 배심이 결정한 징벌배상액을 감액할 수 있도록 하여 과다한 징벌배상액을 제한하고 있음
- 이러한 특징들은 대체로 보통법 국가들(호주, 뉴질랜드, 캐나다¹³⁷⁾)에게서

134) 징벌배상액의 상한을 설정하는 방식은 여러 주에서 사용하고 있는데, 이에 관해서는 법무부(2013), 앞의 연구보고서 76 ~ 112면 참조

135) 법무부 (2013), 앞의 연구보고서 22면 참조

136) 이 경우의 이익(profit)은 금전적 이익에 한정되지 않음. 그리고 영국 대법원은 Cassell 사건에서 ① 고의로 해당행위가 불법인 것을 알거나 해당행위의 불법여부를 과실로 알지 못한 상태에서 ② 기대되는 손실보다 기대되는 이득이 많다는 계산으로 해당행위를 계속하기로 결정하였을 것이라는 명확한 요건을 제시하였음. 자세한 내용은 법무부(2013), 앞의 연구보고서 115면 참조

137) 징벌배상액을 제한하려는 일반적 경향과는 달리 캐나다에서는 징벌배상액이 증가하고 있음. 하지만 1988

공통적으로 발견되고 있음

□ 국내 도입 논의

○ 징벌적 손해배상제도는 아직까지 도입되지는 않았으나, 도입에 찬성하는 측에서는 ① 민법에 징벌적 손해배상 규정을 신설하거나 해석론을 통해 해결하는 방안, ② 별도의 독립된 법률을 제정하는 방안, ③ 특별법들 내에 관련 규정을 신설하는 방안들이 제시되었음

- 민법에 관련규정을 신설하거나, 별도의 독립된 법률을 제정하는 방안은 새로운 손해배상책임체제를 정립하는 어려움이 있으며, 특별법 내 규정신설 방안은 일반법은 민법과의 충돌가능성이 존재함

○ 민법의 손해배상규정을 확대해석하여 해결하자는 방안에 대한 검토

- 민법 제393조¹³⁸⁾ 제2항의 특별손해 규정을 악의적 불법행위에도 직접 적용해서 악의적 불법행위로 인한 손해를 가해자가 예견할 수 있었던 “특별한 사정으로 인한 손해”로 해석하면 징벌적 배상이 가능하다는 입장과 민법상 규정되어 있는 정신적 손해에 대한 위자료 규정(민법 제751조¹³⁹⁾ 제1항)을 확대해석하여 징벌적 배상제도를 운용하자는 입장으로 나누어짐

- 특히 위자료의 법적 성질에 대해서는 피해자가 가해자에게 가하는 일종의 형벌 내지 사적 제재라는 제재설¹⁴⁰⁾이 존재해 왔음

년 이전에 징벌배상액이 비교적 적은 편이었던 점을 감안해야 하며, 캐나다 대법원은 징벌배상액을 산정하는데 11가지 고려사항을 제시하고 있어 징벌배상액을 제한하려는 경향에는 동참하고 있다고 볼 수 있음. 자세한 내용은 법무부(2013), 앞의 연구보고서 129 ~ 133면 참조. 다만 위 보고서는 캐나다 대법원이 미국과 달리 전보배상액과 징벌배상액 사이의 비율을 징벌배상액의 과다 여부를 판단하는 척도로 고려하지 않고 있다는데, 이것은 과다 배상액의 제한을 위해 배상액과 원고의 손해와의 비례성을 고려한다는 점은 미국과 캐나다가 동일하나 미국처럼 3배를 초과하는 징벌적 배상액은 위헌이라는 명시적인 비율을 캐나다 대법원이 제시하지는 않는다는 의미로 해석됨

138) 민법 제393조(손해배상의 범위) ① 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.

②특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.

139) 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제751조(재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

②법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

제752조(생명침해로 인한 위자료) 타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.

- 특별손해규정을 확대해석하자는 견해는 특별손해도 상당인과관계 있는 손해에 한하며¹⁴¹⁾ 손해배상은 전보배상의 성격을 그대로 유지해야 한다는 학계의 통설 및 판례의 태도를 감안하면 지나친 확대해석으로 판단됨
- 위자료 규정을 확대해석하자는 견해는 제재적 기능과 억제 기능에 중점을 둔 징벌적 배상과 전보배상적 성격이 강한 위자료를 동일한 성질을 갖는다고 해석하는 것은 지나치며 위자료의 제재적 기능을 인정하더라도 현행 손해배상법의 본질을 논리적으로 일관되게 설명하지 못한다는 비판이 존재함
- 그러므로 민법 규정을 확대해석하자는 논의는 별도의 입법노력이 필요없다는 장점이 있지만, 현행 손해배상법제를 제정법을 통하지 않고 해석만으로 무리하게 변경하기 때문에 징벌적 배상제도의 도입방안으로 적절하지 않음

○ 독립법률 제정 또는 제정법을 통한 해결방안에 대한 검토¹⁴²⁾

- 독립법률 제정은 곧 민법을 개정하거나 징벌적 손해배상에 관한 일반법 제정하는 방안, 각 특별법에 징벌적 손해배상규정을 두는 방안을 의미함
- 민법을 개정하는 방안으로는 ① 민법 제750조 개정안(참여연대 안), ② 민법 제750조의1 신설안(이점인교수 안), ③ 민법 제393조 개정안(박경신교수 안)으로 대별됨
- 징벌적 손해배상에 관한 일반법을 제정하는 방안으로는 ① 황희석변호사 시안¹⁴³⁾, ② 박성근검사 시안¹⁴⁴⁾이 존재함
- 각종 특별법에 징벌적 손해배상 규정을 신설하는 사례로는 ① 한국소비자보호원의 소비자보호 관련 각종 법률개정시안¹⁴⁵⁾, ② 국가인권위원회 차별금지법안이 존재하고, 그 외에 노동법¹⁴⁶⁾, 지식재산권법¹⁴⁷⁾, 공정거래법¹⁴⁸⁾,

140) 그 외에도 손해배상설(순수한 손해배상설, 제재적 요소가 내포된 특수한 손해배상청구권설, 보상적·만족적 기능을 지닌 특별한 손해배상청구권설), 손해배상과 유사한 만족청구권설이 존재함 (출처 : 김경일 (2011), 위자료(정신적 손해배상)에 관한 연구, 4 ~ 6면 참조)

141) 이에 관해서는 법무부 (2012), “민법 제763조에 의한 채무불이행 책임규정의 불법행위 책임에의 준용의 입법적 타당성”, 94 ~ 101면 참조

142) 아래 언급된 개정안들의 구체적 내용에 대해서는 사법제도개혁추진위원회 기획추진단(2006), “징벌적 배상제도 참고자료”를 참조바람.

143) 사법개혁추진위원회의 징벌적 손해배상법 시안이라 함은 황희석변호사의 시안을 의미함

제1차 시안에서는 ① 증권관련집단소송법, ② 제조물책임법, ③ 식품위생법, ④ 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법, ⑤ 보건범죄단속에 관한 특별조치법으로 징벌배상의 대상을 제한하였으나, 제2차 시안에서는 이러한 제한규정이 삭제되었음

144) 박성근검사의 시안은 황희석변호사의 제1차 시안에 정보통신방법 상의 허위사실적시 명예훼손죄를 징벌적 손해배상 대상으로 추가하였음

145) 구체적으로는 소비자보호법, 제조물책임법, 전자상거래법, 방문판매법, 유사수신행위규제법, 대부업법의 개정시안을 마련하였음. 참고로 중국에서도 소비자권익기본법에 징벌적 손해배상의 근거조항을 규정하고 있음 (출처 : 한국소비자원 (2002), 소비자권리실현을 위한 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구, 105면 참조)

146) 오문완 (2002), “징벌적 손해배상제도의 도입 - 노동법에서의 논의를 시작하며”, 노동법 연구 2002 하반

에 관한 도입논의도 존재함

- 징벌적 손해배상액의 상한에 관하여, 민법개정안들과 황희석변호사의 시안은 상한에 관한 규정이 없고, 박성근검사의 시안은 전보배상액의 3배 또는 5억원 중 많은 금액, 한국소비자보호원의 소비자보호 관련 개정시안은 실 손해액의 2 ~ 3배 이내, 국가인권위원회의 차별금지법안은 손해액의 2배 이상 5배 이하로 제한하고 있음
- 사법제도개혁추진위원회에서 징벌적 손해배상제도의 도입을 논의할 당시 도입반대론자들도 특정한 분야에 한정하여 도입하는 방안은 민·형사 책임 분리라는 현행 법률체계 하에서도 가능하다는 의견이 지배적이었음¹⁴⁹⁾

- 결론적으로 민법을 개정하거나 확대해석하는 것보다는 독립법률 제정 또는 각 특별법 개정을 통한 징벌적 손해배상제도의 도입은 가능할 것으로 판단됨

2. 저작권에서의 징벌적 손해배상제도 도입 검토

□ 지식재산권침해에 관한 국내 손해배상제도의 현황

- 지식재산권침해 행위는 원칙적으로는 민법상의 불법행위법에 의해서 손해배상을 받을 수 있으나, 여러 가지 어려움이 있어 특허법·저작권법 등 특별법에서는 일정한 요건 하에서 증명책임의 완화 또는 배상액 산정에 있어서 구체적인 가이드라인을 제시하고 있음
- 민법 상 불법행위법에 따를 경우에는 가해행위와 손해의 존재, 그리고 이들 간의 인과관계를 증명하면 손해배상을 받을 수 있으나, 손해액 입증자료가 대부분 가해자의 수중에 있고, 일실수익과 같은 소극적 손해의 경우 다양한 변수로 인해 침해자의 이익과 손해 사이의 인과관계를 입증한다는 것이 현실적으로 어려움¹⁵⁰⁾

기 제13호 서울대 노동법 연구회 참조

147) 한국법제연구원 (2007), 징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성(Ⅱ), 51 ~ 77면 참조

148) 한국법제연구원 (2007), 앞의 보고서, 81 ~ 153면 참조

149) 권인희, 앞의 논문 39면 참조

150) 문화체육관광부 (2012), “법정손해배상제도에 관한 연구”, 10면 참조. 다양한 변수의 예로는 시장여건의 변화, 소비자의 기호변화, 광고비의 투입여부 및 침해자의 영업적 능력을 들고 있음

- 저작권법에서는 제125조에서 실손해액 외에도 ① 침해자의 이익이나, ② 통상의 저작재산권 사용료 상당액을 손해배상의 기준으로 활용할 수 있도록 하며, 제126조에서는 법원이 변론의 취지 및 증거조사 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하는 한편, 제125조의2에서는 각 저작물 등마다 1천만원 이하(영리 목적 고의침해의 경우에는 5천만원)의 금액을 청구할 수 있도록 법정손해배상제도까지 도입하였음
- 특허법에서는 제128조(손해액의 추정등)에서 특허침해 물건의 양도수량에 특허권자등의 단위당 이익액을 곱한 금액을 손해액으로 하거나(제1항), 특허침해자의 이익을 특허권자의 손해액을 추정하거나(제3항), 통상실시료 상당 금액을 손해액으로 청구하거나(제4항), 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 따라 상당한 손해액을 직권으로 인정(제6항)하도록 규정하고 있음

○ 한미FTA 체결과정에서 미국은 특허침해로 인한 손해배상에 실손해액의 3배 배제도를 강력하게 주장하였지만 우리나라는 이를 수용하지 않았고, 대신에 상표권과 저작권 침해에 관한 법정손해배상제도를 관철하였음¹⁵¹⁾

○ 한편, 미국에서 내려진 징벌적 손해배상 판결의 국내 법원에서의 승인에 관해 대법원 판결은 없으나, 하급심에서는 약정보상금의 2배 상당의 징벌적 손해배상금의 지급 명한 외국 판결의 집행을 구하는 사건에서 실손해액으로 손해배상범위를 제한하여 징벌적 손해배상 판결을 승인하지 않은 판례가 있음¹⁵²⁾

- 일본의 경우, 1997년 7월 11일 일본 최고재판소는 미국 캘리포니아주 민법에 따라 내려진 징벌적 손해배상 판결에 대해 “피상고인에 대하여 징벌적 손해배상으로서의 금원 지급을 명한 부분은 우리나라(일본)의 공공의 질서에 반하기 때문에 효력을 가지지 않는다고 해야 한다”고 판시함¹⁵³⁾

151) 한국법제연구원 (2007), 앞의 보고서 59면 참조

152) 수원지방법원 평택지원 2009. 4. 24. 선고 2007가합1706 판결 참조

이 판결과 관련하여 최승재, “지재권 침해사건에서 손해배상액 인정과 외국판결의 승인”, 법률신문 2011. 12. 19.자 기사 참조

링크 : <http://www.lawtimes.co.kr/LawPnnn/Pnnyn/PnnynContent.aspx?serial=2062>

153) 서울대학교 산학협력단 (2012), “지재권 소송에서 손해배상 산정의 적절성 확보방안 연구용역 최종보고서”, 124~125면 참조

□ 지식재산권침해에 관한 해외 손해배상제도의 현황¹⁵⁴⁾

○ 미국에서는 저작권법 상으로는 법정손해배상제도¹⁵⁵⁾를, 상표법 및 특허법 상으로는 3배 배상제도를 운영하고 있음

- 미국 저작권법 제504조 제c항 제1호에 따라 저작권자가 중국판결 전까지 실제 손해액 및 침해자가 침해로 얻은 이익에 갈음한 법정손해배상을 청구할 수 있음
- 미국 저작권청에 등록된 저작물에 한하여 인정되며, 법원은 저작권 침해에 대해 750 ~ 3,000달러 범위 내의 적정 금액을 손해배상액으로 인정할 수 있는데 ① 저작권자가 입증책임을 다하고 법원이 침해행위가 고의로 행해졌다고 판단하는 때에는 150,000달러까지 인상할 수 있지만, ② 침해자의 과실이었고 이에 상당한 이유가 있다고 판단되면 200달러까지 인하할 수 있음
- 미국 특허법 제284조는 법원이 산정된 손해배상액을 3배까지 증액할 수 있도록 규정하고 있음¹⁵⁶⁾
- 미국 상표법 제35조에 따르면 법원은 상황에 따라 실손해액 이상 및 3배 이하의 범위에서 배상액을 결정할 수 있는데 어디까지나 침해에 대한 전보(compensation)가 되어야 하며 징계(penalty)가 되어서는 안된다고 규정하고 있음¹⁵⁷⁾

154) 이에 관한 내용은 문화체육관광부 (2012), 앞의 연구보고서 33 ~ 86면을 요약정리한 것임

155) 미국의 법정손해배상제도는 권리자의 입증책임을 대폭 완화하고 법원의 손해배상액 결정에 대한 재량범위를 크게 확대함으로써 권리자가 입은 손해에 대하여 적절한 보상을 보장할 뿐만 아니라 지적재산권 침해행위를 억제하고자 하는 목적을 가지고 있음(출처 : 한국법제연구원 (2007), 앞의 연구보고서 60면 참조)

156) 원문은 다음과 같음

35 U.S.C. 284 Damages.

Upon finding for the claimant the court shall award the claimant damages adequate to compensate for the infringement but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer, together with interest and costs as fixed by the court.

When the damages are not found by a jury, the court shall assess them. In either event the court may increase the damages up to three times the amount found or assessed. Increased damages under this paragraph shall not apply to provisional rights under **section 154(d)**.

The court may receive expert testimony as an aid to the determination of damages or of what royalty would be reasonable under the circumstances.

157) 한국법제연구원 (2007), 앞의 연구보고서 61면 참조. 실손해액 이상을 배상하면서도 징벌적 손해배상은 안 되어야 한다는 것이 이체로움. 다만 상표법 제35조 제c항에 따르면 위조 상표의 사용이 고의에 의한 것인

- 중국은 2008년 특허법을 개정하면서 특허 도용 및 권리침해 단속 관련 조항을 강화하였는데, 구체적으로는 위법소득의 네배 이하의 벌금을 병과 가능하도록 하는 한편 특허침해에 대한 법정손해배상제도를 명시하였음
- 일본의 경우 우리나라와 유사하게 저작권법 제114조(손해액의 추정 등) 및 제114조의5(상당한 손해액의 인정) 규정을 두고 있으나, 법정손해배상제도는 따로 운영하지 않고 있음

□ 지식재산권침해에 관한 징벌적 손해배상제도의 도입 검토

- 지재권 침해에 관한 징벌적 손해배상제도 도입논의는 주로 징벌적 손해배상의 제재적 특성, 즉 민사상 구제수단을 통한 동일행위의 억지기능에 주목하여 악의적인 지식재산권의 반복적인 침해를 억제하고 이를 통해 무형의 지식재산권에 대한 실효적 보호를 이루며 경제발전을 촉진하고자 하는 목적을 가짐
 - 국내에서는 주로 특허권 침해에 한정하여 이루어져 왔는데, 그 배경으로는 특허는 출원 및 등록과정에서 상당한 비용이 소요됨에도 특허침해소송에서의 손해배상 인정액이 청구액의 10%에 불과하고¹⁵⁸⁾, 그 외의 이유로 특허무용론이 득세하고 있기 때문임
 - 이에 대해 국내의 한 연구에서는 특허법에 손해배상 증액제도를 도입할 경우의 기대효과로 ① 악의적 침해행위 억제 및 예방, ② 피해자 구제 및 형평적 기능 수행, ③ 특허권 보호를 통한 기술개발 및 경제발전 촉진, ④ 특허시장의 활성화, ⑤ 국제특허시장에서의 경쟁력 확보를 제시한 바 있음
 - 또한 동 연구에서는 특허법 상 손해배상 증액제도를 도입하더라도 헌법 상의 이중처벌금지원칙¹⁵⁹⁾에 위반하지 않는다는 전제 아래에서 특허법 제128

경우에는 100만 달러까지 법정손해액을 산정할 수 있음

158) 특허청 (2011), 특허권 실효성 확보방안에 관한 연구, 10면 참조. 그 외에도 특허무효심판에서의 인용률이 67.2%, 권리범위확인심판에서 침해성립률은 25%, 침해회피율은 88%, 1996 ~ 2008년 특허침해소송 1심 승소율이 26%(일부승소 포함)인 점을 감안하면 특허무용론은 상당한 설득력을 가짐 (출처 : 동 보고서 6 ~ 9면 참조)

159) “헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 하여 이른바 “이중처벌금지의 원칙”을 규정하고 있는바, 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 “일사부재리의 원칙”이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로

조에 3배 배상 관련 조항을 신설하는 방안을 제시한 바 있음¹⁶⁰⁾

특허법 제128조 ⑦ 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 법원은 제1항 내지 제6항에 의하여 산정된 손해액을 다음 각 호를 종합적으로 참작하여 재량으로 3배까지 증액할 수 있다.

1. 피고의 고의 및 모방의 정도와 소송에 임하는 태도, 피고의 재정상태, 피고의 원고와의 관계, 침해의 횟수 및 기간
2. 사건의 경합
3. 피고의 고의 또는 중대한 과실 후의 침해의 기간 <신설>

○ 그러나 반대의견도 많이 존재하고 있는데, 이들은 징벌적 손해배상제도의 일반적인 부작용을 주된 논거로 들면서 지재권 분야에서도 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것은 국익에 반한다고 보고 있음

- 우리나라에 한정된 논거로는 특허권 측면에서 우리 국민이 가지고 있는 발명 중 상당부분이 기본발명 또는 개척발명을 바탕으로 한 개량발명이기 때문에 우리나라 기업과 국민을 보호하는데 불리하다는 것임¹⁶¹⁾
- 대안으로서는 손해배상 법리의 체계화와 인과관계입증의 완화 등이 제시되었고¹⁶²⁾, 이를 반영하여 법정손해배상제도 또는 법원의 재량에 의한 손해배상액 산정규정 등이 입법화 되었음

□ SW 저작권 침해에 관한 징벌적 손해배상제도의 도입 검토

- 저작권 침해에 관해 징벌적 손해배상제도 도입 논의가 거의 없는 것은 법정 손해배상제도 및 저작권 침해사건의 양상에 기인한 바 크다고 판단됨
- 미국에서는 법정손해배상제도가 저작권자를 위한다는 측면에서 실손해액에 기한 손해배상제도의 단점을 보완해 왔음

서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 헌법 제13조 제1항에서 말하는 “처벌”은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 “처벌”에 포함시킬 수는 없다 할 것이다. (헌법재판소 1994. 6. 30. 92헌바38 결정 참조)

160) 출처 : 특허청(2011), 앞의 연구보고서 157면 참조

원래는 특허법 제128조 제6항을 신설하는 것이었으나, 특허법이 2014. 6. 11. 법률 제12753호로 개정되어 2015. 1. 1. 부로 시행되면서 제6항이 신설되어 부득이하게 일부 변형하였음

161) 복진요 (2010), “지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입가능성에 관한 연구”, 지식재산21 통권 제111호, 50면 참조

162) 권인희 (2012), 앞의 논문, 39면 참조

- 국내에서는 징벌적 손해배상제도의 부작용 중 하나로 저작권자가 다수의 저작권 침해자에 대해 문지마 고소를 통해 실손해를 능가하는 과도한 소득을 올리는 데에 대한 부정적 여론이 형성되어 있기 때문으로 보임
- 그러나 일반저작물과 SW는 단위금액의 차이가 크고, 저작권 침해행위가 개인이 아니라 기업에 의해 조직적으로 이뤄지는 경우도 많으므로, SW 저작권 침해에 대해서는 징벌적 손해배상제도의 도입을 논할 실익이 있다고 판단됨

○ 국내 SW의 불법복제율 현황

- 1994년 75%, 2002년 50%에서¹⁶³⁾ 2010 ~ 2011년 40%, 2013년 38%로 많이 감소되어 국제평균 42%보다는 낮지만 OECD 국가 평균(26%)보다는 여전히 높음 <표7 참조>¹⁶⁴⁾
- '13년 현재 SW 불법복제율은 미국(18%), 일본(19%), 영국(24%), 프랑스(36%)임 <표8 참조>
- 공공기관 실태점검 결과 2011년 불법복제율은 0.22%이나, 20% 이상인 기관도 10여개에 달함¹⁶⁵⁾
- 국내 SW 불법복제율 10% 감소 시, 1만개의 일자리 창출, 1조 7천억원 GDP 상승, 7,800억원 조세수입 증가가 예상됨¹⁶⁶⁾
- SPC가 2011년 국내 118개 온라인서비스제공자를 상대로 SW 불법복제현황을 모니터링한 결과, 불법복제 피해금액은 2,140억원, 삭제된 게시물은 9만

163) 김현숙 (2013), “국내 소프트웨어 불법복제의 실태와 개선방안”, 저작권보호센터 2013. 7. 이슈와 논점 참조

링크 : http://www.cleancopyright.or.kr/information/issue/view.php?issue_seq=13

164) 보안닷컴, “국내 소프트웨어 불법복제율, 사상 최저…손실액은 사상 최대”, 2011. 5. 12.자 기사 참조

링크 : <http://www.boan.com/news/articleView.html?idxno=4660>

165) 참고로 2012년 4~5월 한국 MS는 국방부에 4차례 공문을 보내 국방부, 합참, 육해공군이 MS 소프트웨어를 불법적으로 사용하고 있고, 특히 한국 국방부는 원도 서버 접근권한인 ‘사용자 서버 접속 허가’(CAL : Client Access License) 구매숫자보다 초과하여 이용해서 피해액이 2011억원에 이른다고 주장함. 하지만 조사결과 국방부에서 불법 소프트웨어를 사용하지 않은 것으로 밝혀졌고, 국방부와 한국 MS는 소프트웨어 사용료를 더 이상 요구하지 않기로 하는 업무협약을 체결해 분쟁을 종식시킴. 이 과정에서 국방부는 외산 종속성의 문제점을 인지하고 MS 오피스 대신 한컴 오피스로, 지휘통제체계의 데이터베이스 시스템을 국산으로 교체하였음. 이에 관해서는 조선일보 2013. 5. 17.자 “국방부 건드렸다가 군기 잡힌 MS(마이크로소프트)” 기사, IT 데일리 2013. 5. 16.자 “[기자칼럼] 국방부-한국MS 논쟁, 결국 국방부만 웃었다?” 칼럼 참조
조선일보 기사 링크 :

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2013/05/17/2013051700203.html?Dep0=twitter&d=2013051700203

IT 데일리 기사 링크 : <http://www.itdaily.kr/news/articleView.html?idxno=40234>

166) 아래 내용은 대부분 문화체육관광부 (2012), “소프트웨어(SW) 저작권의 효율적 보호 및 관리 대책”, 국가 정보화전략위원회 의안번호 제226호 참조

5천건에 달함¹⁶⁷⁾

<표 3-16> SW 불법복제율 추이 ('00년부터 '13년까지)

(단위 : %, 자료 : 사무용소프트웨어연합(BSA))

구분	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'13
한국	56	48	50	48	46	46	45	43	43	41	40	40	38
아시아	51	54	55	53	53	54	55	59	61	59	60	60	62
세계	37	40	39	36	35	35	35	38	41	43	42	42	42

<표 3-17> SW 불법복제율 추이 ('06년부터 '13년까지)

(단위 : %, 자료 : 사무용소프트웨어연합(BSA))

구분	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'13
한국	45	43	43	41	40	40	38
중국	82	82	80	79	78	77	74
일본	25	23	21	21	20	21	19
대만	41	40	39	38	37	37	38
싱가폴	39	37	36	35	34	33	32
홍콩	53	51	48	47	45	43	43
미국	21	20	20	20	20	19	18
영국	27	26	27	27	27	26	24
프랑스	45	42	41	40	39	37	36
독일	28	27	27	28	27	26	24
아시아	55	59	61	59	60	60	62
세계	35	35	41	43	42	42	42

<표 3-18> SW 불법복제 피해액 추이

(단위 : 백만달러, 자료 : 사무용소프트웨어연합(BSA))

구분	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'13
한국	440	549	622	575	722	815	712
중국	5,429	6,664	6,677	7,583	7,779	8,902	8,767
일본	1,781	1,791	1,495	1,838	1,624	1,875	1,349
대만	182	215	201	227	252	293	305
싱가폴	125	159	163	197	233	255	344
홍콩	180	224	225	218	227	232	316
미국	7,289	8,040	9,143	8,390	9,515	9,773	9,737
영국	1,670	1,837	2,181	1,581	1,846	1,943	2,019
프랑스	2,676	2,601	2,760	2,544	2,579	2,754	2,685
독일	1,642	1,937	2,152	2,023	2,096	2,265	2,158
세계	39,698	47,809	52,998	51,443	58,754	63,456	62,709

- SW개발자의 권리보호를 위해서는 SW 불법복제율을 획기적으로 낮추어야 하는데, 이를 위해서는 불법복제 SW 단속을 강력하게 하고 행정제재 및 형사처벌을 강화하는 것도 하나의 방법이겠으나, 민사적 구제수단으로 징벌적 손해

167) 김현숙 (2013), 앞의 자료 참조

배상제도를 도입하는 것도 적극 고려해야 함

- 공권력에 의한 단속과 행정제재 및 형사처벌의 강화는 국가의 수사자원이 과다하게 소모되는데, 그럼에도 불법복제율을 획기적으로 낮출 수 있는지에 관해서는 의문임
- 또한 원칙적으로 민사적 구제만 존재하던 사인(私人)의 재산권 침해에 관해 SW 산업 및 경제의 발전이라는 목적을 위해서 과연 형사처벌을 해야 하는지도 의문이며, 입법론 면에서 처벌과잉은 처벌의 불능을 불러 올 수도 있음¹⁶⁸⁾
- 그러므로 SW 저작권자로 하여금 직접 자신의 권리구제를 위한 주도적인 역할을 담당할 수 있도록 징벌적 손해배상제도의 도입을 적극 검토해야 함

○ 특히 불법복제물업무상이용죄의 경우에는 저작물을 이용하는 권리는 저작권법이 보호하지 않는데 형사처벌까지 내려지는 점을 감안하면 형사처벌을 폐지하는 대신 악의적인 SW 저작권 침해에 대해 징벌적 손해배상을 인정하는 것을 긍정적으로 검토할 필요 있음

- 실제 SW 저작권 단속이 기업 또는 사업자 위주로 이뤄지는데, 사업자의 경우 정품 SW를 구입할 경제적 여력도 있고 SW를 활용하여 영리활동을 추구한다는 측면에서 합법적 SW의 사용을 강제할 타당성이 인정됨
- 아울러 기업 또는 사업자는 피고용인의 SW 불법복제를 관리감독할 책임이 있으므로 피고용인의 행위가 징벌적 손해배상에 해당될 경우 기업 또는 사업자의 관리감독이 소홀했을 경우 직접 배상책임을 지도록 한다면 편법·탈법을 방지하면서 실제 정품 SW 사용율을 효과적으로 높일 수 있음

□ SW 저작권 침해에 관한 징벌적 손해배상제도의 고려사항¹⁶⁹⁾

○ 징벌적 손해배상제도는 미국을 비롯한 보통법 국가들에서도 부작용을 줄이기 위하여 여러 가지 정비방안이 도입되었으므로 이들을 참고하여 SW 저작권 침해에 관한 징벌적 손해배상제도를 마련해야 함

168) 최승재 (2009), “특허법 제225조의 특허권 침해죄에 대한 소고”, 법률신문 2009. 11. 19.자 칼럼 참조

169) 이하의 내용은 법무부 (2013), 앞의 보고서 135 ~ 173면을 요약정리한 것임

- 징벌적 손해배상 인정에 필요한 주관적 요건으로 “행위자의 비난가능성이 높은 고의 또는 중대한 과실”로 한정하는 것이 바람직함
 - 구체적인 법조문으로는 “고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 또는 타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시한 경우”(이점인 교수 시안)라고 하거나, “가해자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여”(황희석 변호사 시안)라고 하여 전보배상이 아닌 징벌배상임을 명문화할 수 있음
- 징벌적 손해배상액의 제한방법으로는 전보배상액의 배수와 고정금액 두가지 중 높은 금액이 상한액이 되는 방법을 많이 사용하는데 하도급법과 같이 전보배상액의 배수만을 설정하는 방식도 가능함
- 징벌적 손해배상액의 산정 시 고려사항은 이미 입법된 하도급법 상 규정된 고려사항을 토대로 저작권법에 맞게 고쳐 사용하는 방법이 바람직함
 - 피고의 비난가능성, 원고에 대한 손해, 해당 행위에 대한 벌금 및 과태료 등 다른 제재, 피고의 재산상태, 해당행위로 얻은 피고가 얻은 부당한 이익을 사용할 수 있음
 - 또한 소의 제기, 변론의 병합, 피고에 대한 형사처벌 여부, 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 징벌적 배상의 확정판결을 받았는지 여부 및 그 손해배상액도 고려되어야 함
- 징벌적 손해배상제도를 도입한 국가들의 경우 징벌배상액을 배심이 결정하기 때문에 배심에 관한 제한이나 기준을 설정하는 경우가 있는데, 대륙법을 채택하여 법관 위주의 민사 재판을 수용한 우리나라로서는 법관에 의한 징벌배상액 산정방식이 무난하다고 판단됨¹⁷⁰⁾
 - 보통법 국가들도 배심이 결정한 징벌배상액에 대해 법관이 감액할 수 있도록 하거나 법관이 징벌배상액을 산정하게 하는 경우가 많음
 - 징벌적 손해배상에 관하여 자문을 구하는 법관을 위한 자문위원회를 설치하고, 자문위원회의 의견과 다른 판결을 선고하는 경우 판결서에 법관이 이유를 기재하자는 방안도 존재하는데, 이는 징벌적 성격을 감안하여 법관

170) 법무부 (2013), 앞의 보고서 158 ~ 165면 참조

의 재량권 남용을 방지하고자 국민참여재판을 참고한 것으로 보여짐.

- 그러나 자문위원회가 다루는 대상사건의 범위에 대한 논란, 개정 하도급법을 시행하면서 별도의 자문위원회가 운용되지 않는 점, 징벌배상도 민사절차임을 감안하면 징벌배상 자문위원회는 필요성이 낮다고 판단됨

○ 징벌적 손해배상을 통해 원고가 얻게 되는 우발적 소득 또는 과잉배상문제를 해결하고자 징벌적 손해배상금의 일부를 국가에 귀속시켜야 한다는 논의도 존재하는데 우리나라에는 도입하지 않는 것이 바람직하다고 판단됨

- 미국 몇몇 주에서는 배상금의 분리귀속 규정이 있어 원고가 받은 징벌배상액의 일부를 정부 또는 공공기관에 귀속시키며, 프랑스는 채권법 개정시안에서 법관의 명령에 의해 징벌배상금의 일정 부분을 국가에 귀속하도록 규정하는 것을 검토한 바 있음
- 과잉배상, 징벌적 손해배상의 남용 우려, 징벌적 배상제도의 사회적·공익적 측면을 고려하면 국가귀속 규정을 두는 것도 긍정적 측면이 분명히 있음
- 그러나 이미 법률상 상한액이 존재하는데 다시 일부를 국가에 귀속하는 것은 징벌배상의 처벌기능을 강화시키고 위헌 논란을 가져올 수 있다는 점, 국가재정법의 일부개정도 필요한 점, 징벌배상금의 국가 귀속비용 산정을 위한 추가기준이 필요한 점 등을 감안하면 도입하지 않는 것이 바람직함

○ 개정 하도급법과 특허법 상 징벌적 손해배상 개정시안을 토대로 하여 그 외 사법개혁추진위원회가 검토한 각종 징벌적 손해배상 관련 시안들을 종합하여 만든 SW 저작권 침해에 관한 징벌적 손해배상제도 도입의 개정시안은 다음과 같음

<표 3-19> 컴퓨터프로그램에 관한 징벌적 손해배상 신설조문

개정시안	비고
제126조의2(징벌적 손해배상) ① 컴퓨터프로그램저작물의 저작권자등에 대하여 고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 저작권자등의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시하여 영리를 목적으로 상습적으로 권리를 침해한 자는 제125조, 제125조의2, 제126조에 따라 정해진 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다.	이점인 교수의 시안을 변형하여 사용함 컴퓨터프로그램의 저작권에 대한 악의적 침해자의 경우에 징벌적 손해배상책임을 부담하게 함

② 사용자나 본인 또는 도급인(이하 ‘사용자등’이라 한다)의 업무에 종사하는 피용자나 대리인 또는 수급인(이하 “피용자등”이라 한다)이 그 업무에 관하여 상습적으로 전항의 저작재산권자등에 대하여 고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 저작재산권자등의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시하여 전항에 따른 손해배상책임을 지고 사용자등이 피용자등의 불법행위를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하여 그 행위를 지시, 감독, 승인 또는 추인한 경우, 사용자등은 피용자등과 연대하여 배상책임을 있다. <신 설>	항희석 변호사의 제2차 시안의 제7조 제1항을 변형하여 사용함 피용자등이 저작권법 상의 손해배상책임을 질 때 피용자등의 위법행위가 징벌적 손해배상의 요건을 만족하고 사용자등이 피용자등의 불법행위에 대한 감독의무를 소홀히 한 경우 사용자등은 징벌적 손해배상에 대한 연대책임이 있음
③ 제1항 또는 제2항에 따른 책임을 배제하거나 제한하는 특약은 무효로 한다.<신 설>	면책특약의 효력을 제한함
④ 제1항 또는 제2항의 손해배상액을 산정함에 있어 법원은 다음의 사항을 고려하여야 한다. 1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 2. 위법행위로 인하여 저작재산권자등이 입은 피해규모 3. 위법행위로 인하여 사업자 또는 피용자등이 취득한 경제적 이익 4. 위법행위에 따른 벌금 및 과태료 5. 위법행위의 기간·횟수 등 6. 침해자 또는 사용자등의 재산상태 7. 침해자 또는 사용자등의 피해구제 노력의 정도 8. 침해자 또는 사용자등이 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 과거에 제1항에 따른 손해배상책임을 지는 확정 판결을 받았는지 여부와 그 손해배상액	하도급법 제35조 제3항을 토대로 변형하여 사용함
⑤ 법원은 금전지급의 판결을 선고함에 있어서는 제반 사정을 참작하여 지급의 유예와 분할지급 그 밖에 상당한 방법에 의한 지급을 허락할 수 있다.	손해배상액 지급 판결 선고 시 지급방법에 대한 법관의 재량을 넓게 인정함
제126조의3(소송절차 등) ① 전조의 소송(이하 ‘징벌적 배상소송’이라 한다)은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다. ② 징벌적 배상소송은 제125조부터 제126조, 기타 법률에 따른 손해배상을 청구하는 소와 별도로 제기할 수 없다. ③ 같은 피고를 상대로 한 여러 개의 징벌적 배상소송의 청구권이 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암은 생긴 경우 법원은 변론을 병합하여야 한다. 다만, 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 징벌적 배상소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.	소송절차에 관하여는 지방법원 본원 합의부의 전속관할, 별도의 손해배상소송 제기 금지, 다수 소송의 변론 병합, 변호사강제주의 원칙을 담고 있음

제4장 저작권법 관련 판결 연구

제1절 논의의 배경과 범위

1. 논의의 배경

- SW에 관한 저작권법 관련 분쟁과 그에 대한 법원의 판결은 SW 산업 전반에 직접적으로 영향을 줌
 - SW는 창작자의 아이디어와 표현이 결합되어 있는 결과물이고, 저작권법은 아이디어-표현의 이분법에 토대하여 창작자의 창작적 표현만을 보호대상으로 하므로 SW의 어떤 부분이 표현인지와 아이디어인지에 관해 지속적으로 논란이 제기되어 옴
- 한편 SW는 개발용역계약을 통해 창작되는 경우가 많은데, 하자보수, 기능개선, 신규기능추가, 작동환경 변경 등이 빈번히 발생하기 때문에 양도되는 저작재산권의 범위에 관한 권리분쟁이 종종 발생함
 - 특히 창작자가 발주자에게 SW의 소스코드를 제공한 뒤 원본 저작물에 토대하여 기능이 개선되거나 운영체제와 같은 작동환경이 변경될 경우 만들어진 2차적 저작물이 매우 많아서 이러한 경우의 저작권 관계를 명확하게 하기 위하여 2차적 저작물 작성권이 양도되었는지에 관해서 저작권법 상 추정규정을 별도로 두고 있을 정도임

2. 논의의 범위

- 최근 SW와 관련하여 미국에서는 오라클과 구글 사이에 자바 API의 저작권 인정여부를 둘러싸고 법정 분쟁이 벌어지는 한편, 한국에서는 물류 IT업계의 주력상품 가운데 하나인 WMS 시장에서 로지스큐브와 삼성SDS

사이에 저작권 관련 손해배상 및 침해금지소송이 벌어지고 있음¹⁷¹⁾

- 오라클-구글 사건의 경우 자바 API가 저작권법의 보호대상인지, 보호대상이라 하더라도 구글이 오라클의 자바 API의 코드선언부를 복제한 것이 공정이용인지가 쟁점이며, 현재 항소심에서 오라클이 승소한 이후 구글이 미국 연방대법원에 상고하여 상고허가를 기다리는 중임
 - 우리나라 저작권법에서는 프로그램 언어, 규약, 해법을 저작권의 보호대상에 제외하고 있으므로 우리나라 내에서 유사 분쟁이 발생할 경우 저작권법이 어떻게 적용될 지에 관해 비교연구할 가치가 있음
- 로지스큐브와 삼성SDS 사이의 저작권침해 소송의 쟁점은 로지스큐브의 소프트웨어인 로지큐브와 삼성SDS의 ‘웹실론’이 유사한지와 로지큐브를 개작하여 웹실론을 만들 권리가 이전되었는지 여부가 쟁점인데, 저작권법 상의 2차적저작물 양도추정 규정이 어떻게 해석되는지가 관건임
- 위 두 사건을 자세히 살펴보고 SW개발자의 권리보호를 위한 저작권법 개정을 도출해 보고자 함

제2절 응용프로그램인터페이스(API)의 저작물성 인정 여부 (구글 대 오라클 사건)

1. 사건 개요

□ 자바 개요

- 자바는 신규 프로그래밍 언어, 가상 기계, 응용 프로그램을 작성하기 위해 사

171) 물류신문, 2013. 4. 26.자 기사 “로지스큐브, 前EXE&t 상대로 WMS 저작권 소송 중”, “삼성SDS, 본지 기사에 대한 입장” 참조

링크 : <http://m.klnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=106257>

<http://m.klnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=106258>

용되는 일련의 라이브러리 집합을 포함하는 것¹⁷²⁾으로 1996년 썬마이크로시스템즈에 의해 개발되었으며, 이후 자바는 IT업계에서 널리 사용되었음

- 자바 응용프로그램 인터페이스(API : Application Programming Interface)인 자바 표준 클래스 라이브러리는 최초 8개 패키지였으나 2008년에는 패키지가 166개에 달했음
- 썬마이크로시스템즈는 자바 표준을 유지하기 위해 1998년 자바 커뮤니티 프로세스(JCP : Java Community Process)를 설립하여 수많은 JSR(Java Specification Request)들을 발표하였고, 2007년에는 GPL에 따라 대부분의 자바 기술을 공개하였음¹⁷³⁾
- 이후 썬마이크로시스템즈는 2009년 오라클에 70억 달러에 인수·합병되어 자바는 오라클에서 갱신 및 관리하고 있음

○ 자바 API는 패키지, 클래스, 메소드의 계층구조로 이루어져 있음

- 각 패키지는 선언코드부와 미리 구현된 클래스 라이브러리로 구성되는데, java.io, java.lang, java.lang.annotation, java.util, java.security, java.security.cert등이 있고 “.”을 이용하여 각 하위 명칭을 덧붙이는 분류 체계를 갖고 있음
- 클래스와 메소드는 java.lang 패키지를 예로 들면 math 클래스를 포함하고 있고, math 클래스는 min이라는 메소드를 보유하고 있음
- min 메소드는 두 개의 숫자를 읽어 들여 그 중에서 더 작은 숫자를 결과로 출력하며, 이 때 선언코드부에서 min 메소드는 “public static int min(int x, int y)”라고 표현됨 ([그림 4-1] 참조)

172) 1991년 썬마이크로시스템즈는 자바 랭귀지 표준, 자바 가상기계 표준, 자바 클래스 라이브러리를 발표하였음. 자바는 C, C++라는 프로그래밍 언어의 단점을 보완한 클래스 기반의 객체지향형 프로그래밍 언어, “Write Once Run Anywhere” 슬로건을 내건 가상기계 기술을 이용한 실행환경, 자바 언어로 작성된 표준 클래스 라이브러리로 구성되어 있음 (출처 : 영문 위키피디어)

링크 : [http://en.wikipedia.org/wiki/Java_\(programming_language\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Java_(programming_language))

173) 출처 : http://en.wikipedia.org/wiki/Java_Community_Process

[그림 4-1] 자바 API의 전형적인 구조 (출처 : 구글 v. 오라클 1심 판결문 및 법무법인 태평양)

```
package java.lang; 선언 구문 // Declares package java.lang
public class Math { 선언 구문 // Declares class Math
    public static int max (int x, int y) { 선언 구문 Declares method max
        if (x > y) return x; 실행 구문 // Implementation, returns x or
        else return y; 실행 구문 // Implementation, returns y
    } // Closes method
} // Closes class
```

□ 사실 관계¹⁷⁴⁾

- 구글은 2005년 안드로이드사¹⁷⁵⁾를 인수하고 안드로이드 운영체제의 개발을 지속하여 베타 버전을 2007년 11월 5일에 발표, 11월 12일에는 안드로이드 소프트웨어 개발키트(SDK, Software Development Kit)를 공개하였는데, 자바 표준 에디션의 37개 API를 구글 방식으로 새로 구현한 것을 포함하고 있었음
 - 구글은 자바에 관한 잠재적인 파트너십 및 라이선스 거래에 대해 썬마이크로시스템즈와 논의하였으나 합의에 이르지 못했음
 - 논란이 된 37개 패키지는 클래스 677개, 메소드 6508개로 구성되며, 구글은 클래스 및 메소드의 이름, 분류체계를 복제했음
 - 그 결과 패키지의 소스코드는 자바와 97%가 달랐는데, 이는 실행구문으로 구글이 독자적으로 구현했기 때문이며, 동일한 3%는 메소드와 클래스의 이름, 파라미터 및 기능성을 특징하는 선언부분임¹⁷⁶⁾

174) 이하의 내용의 대부분은 가산종합법률사무소/특허법인 가산의

1. Oracle v. Google의 Java API 저작권 침해소송 CAFC 판결

2. 사실상 표준에 해당하는 Java API의 저작물 성립성 인정한 Oracle vs. Google 미국 항소심 판결에서 요약정리한 것임

링크 : <http://ictlaw.tistory.com/m/post/85>, <http://ictlaw.tistory.com/m/post/91>

175) 안드로이드사는 휴대 전화 플랫폼을 개발하기 위해 앤디 루빈, 리치 마이너, 닉 시어스, 크리스 화이트에 의해 2003년에 설립된 회사임

176) 법무법인(유한) 태평양 오픈소스팀 (2014), “소프트웨어의 저작물성(Copyrightability)”, 8면 참조

- 오라클은 2010년 1월 썬마이크로시스템즈를 인수·합병하고 자바에 대한 개발을 지속하면서 오라클과 구글은 라이선스 계약에 대해 지속적으로 논의하였으나 이번에도 합의에 도달하지는 못하였음
- 오라클은 2010년 8월에 저작권 및 특허 침해로 구글에 대한 소송을 제기
 - 자바 API 패키지의 문자적인 부분인 7,000 라인의 선언코드부와 비문자적인 부분인 각 API 패키지의 구조, 순서, 체계(SSO, Structure, Sequence, Organization)이 분쟁의 대상임¹⁷⁷⁾
- 구글은 오라클의 자바에 대하여 일정한 호환성을 유지하기 위해 오라클이 제공하던 `java.package.class.method()` 시스템을 같은 규격과 이름으로 유지할 필요가 있었고, 이에 따라 구글은 자신들이 구현한 Dalvik 시스템에 오라클의 자바와 상호운용성을 유지하는데 필요한 한도에서 복제를 한 것이라 주장
 - 구글은 자바 API 패키지가 실질적인 산업상의 표준으로 자리 잡았으므로 복제할 수 있다고 주장하는 한편 안드로이드용 시스템을 만들 때에 오라클의 자바와 호환성은 유지하지 않았다는 모순된 주장도 제기

□ 1심 재판¹⁷⁸⁾의 경과

- 2010년 8월 오라클이 소를 제기하여 1심은 캘리포니아 북부지방법원 윌리엄 알렉산더 판사에게 배당됨
 - 1심 소송은 저작권, 특허¹⁷⁹⁾, 손해배상의 3가지로 나누어져 심리가 진행됨
- 저작권 관련 심리는 2012년 4월 16일부터 시작하였음
 - 오라클은 37개의 자바 API 패키지, 9줄의 `rangeCheck` 메소드, 8개의 디컴파일된 보안 파일에 대한 저작권 침해를 주장함

¹⁷⁷⁾ http://en.wikipedia.org/wiki/Oracle_v._Google

¹⁷⁸⁾ Oracle v. Google, UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA Case3:10-cv-03561-WHA DOCUMENT1202 Filed05/31/12.

¹⁷⁹⁾ 특허 소송은 2012년 5월 7일부터 시작하였는데, 오라클은 정적 초기화(static initialization)와 데이터 참조(data references) 기술에 관련된 특허를 주장했으나, 배심원은 구글의 특허침해를 인정하지 않았음

- 배심원은 안드로이드의 37개의 자바 API 패키지에 대한 저작권 침해는 인정되지만 구글의 자바 API 패키지의 이용은 공정이용(fair use)에 해당하므로 결론적으로 저작권 침해가 되지 않는다고 판단하였고, 9줄의 rangeCheck 메소드에 대한 저작권 침해는 인정하였으며, 8개의 디컴파일된 보안 파일에 대한 저작권 침해는 부정함
- 위 사실을 근거로 1심 배심원은 구글의 손해배상책임을 부정함

○ 1심 법원의 알집 판사는 배심원의 결정을 지지하고 법리적으로 선언코드는 표현보다는 아이디어적이며 명령어 구조(SSO)는 시스템이나 동작방법에 불과하므로 저작권의 보호대상이 아니라고 판시함

- 우선 자바 API 패키지의 선언코드부와 SSO가 개발자들이 수많은 선택사항을 검토하는 창의적인 개발과정에 의하여 설계되고 작성되었다고 인정함
- 하지만 각 Java API 패키지에 대한 선언코드부는 (Java 메소드의 정확한 입력, 출력, 매개인자를 표시해야 하는 것과 같이) 단지 한가지 방법으로 쓰여질 수 밖에 없고 또한 저작권이 성립할 수 없는 짧은 구문에 해당하며, 자바의 메소드 분류체계는 시스템 또는 작동방법에 해당하므로¹⁸⁰⁾ 선언코드부와 SSO의 저작권을 인정한다면 실질적으로 아이디어까지 보호하는 결과를 초래한다고 보아, 소위 합체의 원칙(merger doctrine)¹⁸¹⁾에 따라 결국 저작권으로 보호받을 수는 없다고 판단함
- 법원의 결정은 2012년 5월 31일에 발표되었으며, 선행 판례인 Baker v. Selden, Whelan v. Jaslow, Computer Associates v. Altai, Gates Rubber v. Bando Chemical Industries, Lotus v. Borland, Hutchins v. Zoll, Feist v. Rural, Johnson Controls v. Phoenix Control Systems, Brown Bag Software v. Symantec, Atari v. Nintendo, Sega v. Accolade, Sony v. Connectix 등을 근거로 삼았음¹⁸²⁾

180) 법무법인(유한) 태평양 오픈소스팀, 앞의 자료 13면 참조

181) 저작권법의 보호대상은 아이디어가 아니라 표현에 한정되며, 1879년 미국 연방대법원은 Baker v. Seldon 사건에서 부기방식과 같은 아이디어는 저작권의 보호영역이 아니라 특허권의 보호영역이라 판시하여 저작권법은 아이디어를 보호하는 것이 아니라 표현을 보호하는 것임을 밝혔고, 이 판례가 1976년 개정된 미국 저작권법 제102조(b)에 성문화되었고, 우리나라도 같은 입장을 채택하여 저작권법에 규정하였음.(저작권법 제2조 제2호 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다)

그러나 아이디어를 표현하는 방법이 한 가지 밖에 없을 경우 뿐만 아니라 아이디어를 표현하는 방법이 여러 개 있지만 효율적으로 표현하는 방법이 하나 뿐인 경우에 아이디어와 표현이 합체된 것으로 보아 저작물로서의 보호를 부정할 필요가 있으며, 이를 합체의 이론이라 함 (출처 : 이규호 (2014), 앞의 책 15면 참조)

182) http://en.wikipedia.org/wiki/Oracle_v._Google

□ 2심 재판의 경과¹⁸³⁾

- 오라클의 항소 및 구글의 반소로 연방항소법원에서 2심이 진행됨
 - 변론은 2013년 12월 4일 열렸으며, 판결은 2014년 5월 9일에 발표됨
 - 오라클은 7,000 라인의 선언구문에 대해서는 문언적 침해, 37개의 자바 API 패키지의 구조·순서·체계의 복제에 대해서는 비문언적 침해를 주장함
- 연방항소법원은 1심법원의 판단을 뒤집어 오라클의 자바 API 패키지의 선언 코드부와 구조·순서·체계에 저작권이 성립한다고 판단함
 - 연방항소법원은 오라클이 자바를 설계 및 구현하는 과정에서 7,000 라인의 선언코드부를 선택 또는 배열하는 방법은 수없이 많았다고 보고, 1심법원이 선택가능한 표현 방법을 구글이 복제할 당시를 기준으로 분석한 점을 잘못이라 지적
 - 합체의 원칙을 적용하기 위해서는 오라클이 창작할 당시를 기준으로 표현의 방법을 분석했어야 한다고 판단하고, 구글 역시 자신들의 메소드 코드를 작성하고 그에 따른 선언코드부를 독자적으로 만들 수 있었다고 봄
 - 1심법원의 법리적용대로라면 항상 기능적인 컴퓨터 프로그램에는 저작권이 성립할 수 없다는 모순에 빠지게 됨
 - 컴퓨터가 일정한 명령을 수행하도록 지시하는 명령의 집합인 프로그램도 일정한 구문으로 표현되어 있어 요건을 만족하면 저작권이 성립할 수 있다는 기본 법리에 따라 판단해야 한다고 봄
 - 구글이 안드로이드에서 동작하는 자바 플랫폼을 구현할 때에 오라클이 제공하는 것과 같은 기능을 하지만 오라클의 자바에서 사용되는 것과 정확하게 똑같이 명령 구조를 복제하지 않고 클래스와 패키지의 사이에서 메소드를 다르게 묶어 독자적인 자바 플랫폼을 제공할 수 있었음을 확인
 - 따라서 1심법원이 오라클의 자바 API 패키지의 SSO가 창조적이고 독창적이나 단지 기능을 수행한다는 이유로 저작권이 성립할 수 없다고 본 것은 잘못된 것이라 판단함

183) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1339 (Fed. Cir. 2014)

- 다만 저작권이 성립하더라도 공정이용인 경우 사용을 금지할 수 없으므로, 1심법원에 공정이용에 대해 다시 심리하라고 파기환송함
 - 첫째, 구글의 저작물의 사용이 상업적이라는 것은 다툼이 없으나 구글의 사용 목적과 특성이 오라클과 얼마나 다른지에 대해 사실심의 심리가 필요
 - 둘째, 1심에서는 패키지의 기능적 측면과 상업적 상호운용성에 중점을 두고 저작권 성립여부를 판단하였고 이 사실들로써 저작권 성립을 부정하였으나, 이러한 사실들로부터 저작권 성립 여부가 아니라 사용된 저작물의 성격과 사용된 분량 및 실질을 심사하였어야 한다고 판단
 - 셋째, 1심에서는 오라클이 스마트폰 시장에서 성공하지 못하였다고 판단했으나, 구글이 API 패키지를 복제하였을 당시 이미 휴대폰 시장에 자바 라이선스를 주고 있었기 때문에 저작물의 잠재적 시장과 가치에 미치는 영향을 다시 심리해야 한다고 판단
 - 결론적으로 공정이용에 대해 중대한 사실관계에 다툼이 있었으나 1심 법원에서 이를 충분히 심리하지 않았으므로 배심 재판을 포함하여 1심법원이 다시 심리하도록 파기 환송함

□ 현재까지의 경과

- 2014년 10월 9일 항소심에서 패소한 구글은 미국 연방대법원에 상고하였고¹⁸⁴⁾, 2015년 1월 9일 대법원 전체회의에서 상고허가여부를 논의했으나 오바마 행정부의 의견을 청취한 뒤 최종 결정을 하기로 함¹⁸⁵⁾
 - 오라클은 2014년 12월 8일 구글의 상고가 성급한 결정으로 상고가 받아들여져서는 안된다는 서면을 제출했고, 2주 뒤 다시 구글이 이에 반박하면서 자신들의 자바 API 선언부의 복제가 미국 저작권법 제102조 b항의 공정사용에 해당함을 주장하였고, 지지 그룹의 서명을 담은 법정의견서를 제출함¹⁸⁶⁾
 - 연방대법원의 1월 9일 회의에서는 구글의 상고에 대한 허가 여부만을 심리

184) 이하의 내용은 지디넷 코리아 2014. 10. 10.자 “구글-오라클 ‘자바 전쟁’ 막판까지 간다” 기사, 2015. 1. 1. “구글-오라클 자바전쟁, SW업계가 변수” 기사를 정리한 것임

185) 이에 관해 지디넷코리아 2015. 1. 13.자 “세기의 자바전쟁, 오바마 정부도 개입한다” 기사 참조
링크 : http://www.zdnet.co.kr/news/news_view.asp?article_id=20150113080213

186) 구글의 법정의견서에는 법학 교수 41명, 20 명 이상의 업계 지도자, 77명의 컴퓨터 과학자, 공공 이익 그룹이 포함되어 있음.

하며 상고가 허가되더라도 구글의 공정사용 여부에 대해서는 별도의 절차를 통해 재판이 진행되어야 함

- 연방대법원은 12일 공개된 문건에서 “두 회사간 지적재산권 분쟁에 관심이 있다”면서도 “오바마 정부가 다음달 응답을 보내온 이후에 법적 덩불(legal thicket) 속으로 뛰어들지 여부를 결정할 예정”이라고 밝힘

2. SW개발자의 권리보호 측면에서의 검토

□ API의 저작물성 인정 여부의 중요성

- SW 분야에서는 플랫폼 SW와 그 위에서 동작하는 응용 프로그램 간의 관계에 대해서 하나의 SW 생태계로 보는 입장이 널리 받아들여짐¹⁸⁷⁾

- 플랫폼 SW는 컴퓨터 하드웨어와 밀접하게 연관된 운영체제, 운영체제 위에서 별도의 전용 응용프로그램을 동작시킬 수 있는 자바와 같은 가상기계, 오픈 API 등을 통해 연동될 수 있는 네이버, 다음, 카카오톡, 페이스북, 트위터 등의 인터넷 서비스를 포함함
- 플랫폼 SW 위에서 동작하는 응용 프로그램을 작성·판매하는 독립적인 SW 기업들(ISVs : Independent Software Vendors)은 통상 여러 생태계에 참여할 여력이 없으므로 플랫폼 SW를 공급하는 거대기업도 자신의 생태계가 ISV에 매력적으로 보일 수 있도록 노력해야 함
- 이를 위해서 플랫폼 SW를 새로운 부가기능이 쉽게 추가될 수 있도록 설계하며 추가된 기능의 다양성에 의해 많은 응용프로그램들이 작성되면 기반시스템의 가치 또한 증대되면서 플랫폼 SW 기업과 ISV 간의 가치창조의 선순환 사이클이 형성되어 상생하게 됨

- 구글 v. 오라클 사건은 단순한 컴퓨터 프로그램 저작물에 대한 저작권 침해 사건이 아니라 썬마이크로시스템즈와 오라클이 구축한 SW 생태계를 무상으로 활용하고자 하는 구글에 대해 오라클이 플랫폼 SW의 가치를 인정받기를 원하는 것으로 해석할 수 있음

187) 이하의 내용은 김명호 (2008), 소프트웨어 생태계 모델 : MS 사례를 중심으로, SW Insight 정책리포트 2008년 3월호를 요약정리한 것임

- 자바 API의 선언부는 SW 공학에서 말하는 요구사항 분석 및 기본 설계에 해당한다고 볼 여지가 있으므로 각종 API를 설계·구현하는 것도 지식노동의 산물로서 그 결과물이 저작권으로 보호되어야 한다는 주장도 일리가 있음
- 이런 측면에서 구글이 승소한 1심 판결 직후에는 어도비, 애플, 오토데스크 등의 주요 SW업체들¹⁸⁸⁾은 대거 오라클을 지지하는 법정외견서에 서명한 바 있음¹⁸⁹⁾

○ 그러나 하나의 플랫폼 SW가 제공하는 각종 기능을 동일하게 제공하는 별도의 플랫폼이 등장할 경우 SW 산업 측면에서는 긍정적 효과와 부정적 효과가 동시에 발생함

- 별도의 플랫폼은 기존 플랫폼과 SW 생태계가 형성되는 과정에 기여한 바는 없으면서 해당 생태계에 무임승차를 한 것과 유사하므로 구글이 승소할 경우 어느 누가 플랫폼 및 생태계 형성을 위해 노력을 기울이겠는가 하는 반론이 가능함
- 하지만 저작권법에서 컴퓨터 프로그램의 호환성 확보를 위한 역분석을 허용하고 있듯이 유사 플랫폼 또는 호환 플랫폼의 등장은 플랫폼 내부의 구현을 둘러싼 경쟁을 촉발시켜 SW 분야의 기술혁신을 촉진시킬 수 있다는 긍정적 측면이 있음
- 또한 자바는 오라클이 저작권을 소유하고 있고 자바 API의 이름과 분류체계는 자바 플랫폼을 매력적으로 만들기 위한 썬마이크로시스템즈의 여러 가지 노력의 산물인 측면도 있지만, 자바를 둘러싼 여러 커뮤니티들의 노력이 있었기에 구글이 안드로이드에서 자바기술을 채택하게 된 것임
- 마지막으로 자바는 썬마이크로시스템즈가 개발하였지만, 이미 널리 사용되어 수많은 자바 응용프로그램이 개발되었는데, 자바 API의 저작권을 주장하면서 많은 자바 응용프로그램을 별도의 플랫폼에서 작동되도록 하는데 소모적이고 수많은 수정작업을 하게 하는 것은 ISV의 독립성을 약화시켜 SW산업 뿐만 아니라 전 사회의 발전에 부정적이라고 볼 수 있음

188) 구글도 안드로이드 이외에 크롬OS를 공급하는 거대 IT기업 중 하나이지만, 이 사건의 경우 구글은 소송의 당사자로서 오라클의 자바 API의 선언부를 복제한 것이 공정사용에 해당되어 저작권 침해가 아니라고 주장하고 있음

189) 이에 관해서는 지디넷 코리아 2015. 1. 1. 자 “구글-오라클 자바전쟁, SW업계가 변수?” 기사 참조
링크 : http://www.zdnet.co.kr/news/news_view.asp?article_id=20150101120645

- 이에 관해 먼저 우리나라 저작권법 상 API가 보호대상인 지 여부를 검토하고, 미국에서 관련되는 사건들의 판결들과 유럽연합법원의 SAS Institute v. World Programming 사건도 구글 v. 오라클 사건과 유사한 측면이 있어 이에 관하여 자세히 검토한 후 결론을 내리고자 함

□ API의 우리나라 저작권법 상 보호가능 여부¹⁹⁰⁾

- 저작권법은 제7조 보호받지 못하는 저작물¹⁹¹⁾, 제2관 저작재산권의 제한, 제101조의2 보호의 대상에서 저작물이라 하더라도 저작권법에 의한 보호를 받지 못하는 경우를 나열하고 있는데, API의 경우에는 제101조의2의 해당성 여부를 검토하는 것이 필요함

저작권법 제101조의2(보호의 대상) 프로그램을 작성하기 위하여 사용하는 다음 각 호의 사항에는 이 법을 적용하지 아니한다.

1. 프로그램 언어: 프로그램을 표현하는 수단으로서 문자·기호 및 그 체계
2. 규약: 특정한 프로그램에서 프로그램 언어의 용법에 관한 특별한 약속
3. 해법: 프로그램에서 지시·명령의 조합방법

○ 자바 API의 프로그램 언어의 해당성 여부

- 프로그램 언어를 보호대상에서 제외시킨 이유는 프로그래머들이 공동이용하고 있는 프로그램 언어에 대하여 독점권을 인정할 경우 프로그램 간의 호환성 확보가 어려우며 산업의 발전을 기대할 수 없고, 프로그램 언어는 표현의 수단이며 표현 그 자체가 아니라고 보고 있기 때문임¹⁹²⁾
- 프로그램 언어의 예로는 FORTRAN, COBOL, BASIC 등을 가리키며, 이들

190) 이하의 내용은 오승종 (2011), 저작권법 제2판, 박영사, 876 ~ 880면, 정상조·박준석 (2013), 지식재산권법 제3판, 홍문사 315 ~ 316면, 김규성 (2007), 컴퓨터프로그램보호법, 세창출판사, 23 ~ 27면, 송영식·이상정 등(2005), 지적소유권법(하) 제9판, 육법사, 711 ~ 714면을 참조하였음

191) 저작권법 제7조(보호받지 못하는 저작물) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것은 이 법에 의한 보호를 받지 못한다.

1. 헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙
2. 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖에 이와 유사한 것
3. 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그 밖에 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등
4. 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 제1호 내지 제3호에 규정된 것의 편집물 또는 번역물
5. 사실의 전달에 불과한 시사보도

192) 전통적으로 아이디어의 영역에 속하는 것으로 분류되고 있는 이른바 ‘창작의 도구’(building blocks)에 해당한다고 보고 있음

범용성이 있는 프로그램 언어를 저작권으로 보호할 수 없는 것은 마치 어느 사람이 에스페란토어를 고안했다 하더라도 이를 저작권으로 보호할 수 없는 것과 마찬가지임¹⁹³⁾

- 자바의 API는 프로그래밍 언어로서의 자바를 사용하여 만든 것이므로 프로그래밍 언어 자체라고 볼 수 없음

○ 자바 API의 규약 해당 여부¹⁹⁴⁾

- 규약은 프로그램 언어의 사용방법을 기술한 일종의 사용설명서, 즉 규칙으로서 프로그램과 시스템 분석에 있어서 인정되고 있는 표준적인 규칙, 약어, 그리고 개발하기 위하여 만들어진 약속 등을 말하며, 프로그램 언어가 일반적인 체계인 데 반해 규약은 어떤 특정의 프로그램을 위한 특별한 약속임
- 구체적으로는 인터페이스(interface)와 통신규약(protocol)로 나타나는데, “특정한 프로그램에 있어서의 규약”은 결국 어떤 프로그램의 다른 프로그램 또는 하드웨어 사이의 인터페이스나 그들 사이의 정보전달을 위한 일정한 약속인 통신규약으로 나타남
- 다만, 규약 자체는 게임이나 스포츠의 규칙과 같은 것이어서 저작권의 보호대상이 아닌 것은 분명하지만, 이를 구체화한 프로그램이 보호대상이 될 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 존재하는데, 구체화된 프로그램은 아이디어-표현 이분법에 의해 당연히 표현으로써 저작권법의 보호대상이라는 입장과 프로그램의 규약은 아이디어와 아이디어의 표현이 밀접한 관계에 있으므로 어떤 형태로 되어 있더라도 저작권법의 보호대상이 아니라는 입장으로 나누어짐
- 규약이 프로그램 간의 정보전달을 위한 인터페이스로 해석될 수 있다면, 자바 응용프로그램을 작성하기 위한 자바의 API는 규약에 해당한다고 볼 수 있는데, 특히 자바 API의 클래스의 이름, 클래스 내의 멤버변수와 메소드의 이름은 달라질 경우 동작하지 않으므로 규약에 해당한다고 볼 가능성이 매우 높음
- 또한 구글은 자바 API의 구체적인 프로그램을 복제한 것이 아니라 API의 선언부만을 복제했기 때문에 규약의 구체화된 프로그램을 복제하지 않아서 이 사건에서는 확설 상 논란이 적용되지 않음

193) 송영식·이상정 등(2005), 앞의 책, 712면 참조

194) 김규성 (2007), 앞의 책, 25면 참조

○ 자바 API의 해법 해당 여부

- 해법은 컴퓨터가 작동하는 순서 또는 일정한 결과를 얻기 위한 문제처리의 논리수순을 말하며, 보통은 알고리즘(Algorithm)이라 함
- 알고리즘은 아이디어에 해당한다고 보아 아이디어/표현의 이분법에 따라 저작권의 보호대상이 아니지만, 알고리즘과 표현의 구분이 쉽지 않아서 결국 규범적 요소가 개입되게 됨
- 자바 API의 경우에는 API의 형태만으로는 문제처리의 수순을 알 수가 없으므로 해법에는 해당하지 않음

□ 미국에서의 관련 사건들

○ Apple v. Franklin 사건(1982)¹⁹⁵⁾

- Franklin은 애플사의 Apple II와 호환되는 컴퓨터를 만들면서 애플의 OS 프로그램 중 14개를 복제하여 판매하자, 애플이 저작권침해의 금지의 예비적 금지명령을 신청함
- 항소법원에서 Franklin은 응용프로그램과 OS 프로그램과는 달라서 OS 프로그램은 조작의 수순, 방식 내지 방법이므로 저작권의 보호대상이 아니라고 주장하였는데, 항소법원은 OS 프로그램의 저작물성을 인정하였음
- 이유는 특정 컴퓨터에 맞는 OS를 개발하는데에는 막대한 비용이 드는데, 이 OS 프로그램이 전자적으로 복제(dead copy)되는 것을 허용한다면 최초에 OS 프로그램을 개발하는데 들어간 비용을 개발자가 회수하는 것이 불가능하므로 이는 명백히 불공평하다는 것임
- 다만, 이 판결에서도 OS 프로그램이 아이디어 자체와 같이 보여지는 특수한 경우에는 저작권보호를 받을 수 없다고 판시하고 있음

○ Apple v. MS 사건(1994)¹⁹⁶⁾¹⁹⁷⁾

195) 송영식·이상정 등(2005), 앞의 책, 709 ~ 711면 참조

196) Apple Computer, Inc. vs. Microsoft Corporation, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994).

이에 관해서 송재섭 (2003), “컴퓨터 사용자 인터페이스의 법적 보호”, 서울대 법학과 석사학위논문, 53 ~ 55면 및 영문 위키피디아의 애플컴퓨터 사건항목 참조

링크 : http://en.wikipedia.org/wiki/Apple_Computer,_Inc._v._Microsoft_Corp.

197) 당시 애플은 MS 외에 Hewlett-Packard(이하 HP) 상대로도 GUI의 사용금지를 청구했으며, HP의 NewWave 윈도 어플리케이션은 휴지통(trashcan) 아이콘과 폴더(folder) 아이콘은 애플의 저작권을 침해했

- MS의 그래픽 사용자 인터페이스(GUI : Graphical User Interface) 운영체제인 “Windows 2.03”과 “Windows 3.0”의 영상출력화면(visual display)이 애플의 매킨토시 PC의 GUI 운영체제인 “MacOS”의 저작권을 침해했다고 주장하면서 애플이 유사한 GUI 요소들의 사용금지를 청구한 사건으로 GUI가 저작권법에 의한 보호대상인지 여부가 쟁점이 되었음
- 법원은 2단계 기준, 즉 1차적으로 표현을 객관적으로 분석하여 아이디어와 구체적인 표현을 구별하고 2차적으로 그러한 표현이 실질적으로 유사한지를 비교하는 기준을 적용하였음
- 중첩적인 프로그램 창(window) 같은 요소는 기능적이고 디자인의 제약으로 아이디어 표현방법에 제한이 있으므로 표준적 삽화의 원칙이 적용되고 제록스 등의 컴퓨터가 이미 사용하고 있으므로 저작권의 보호대상이 아니며, 아이콘 사용방식도 아이디어이며 많은 다른 컴퓨터 시스템에서 사용하고 있다는 이유로 저작권의 보호대상이 아니라고 판결함
- 이처럼 저작권 보호대상이 아닌 요소들을 광범위하고 추출하고 이를 제외한 다른 부분에서의 실질적 유사성을 검토한 결과 법원은 MS의 윈도우와 애플의 MacOS 간의 실질적 유사성을 부정하여 저작권 침해는 없다는 결론에 도달함
- 이러한 법원 판결은 컴퓨터 사용자 인터페이스에 저작권을 주장하는데 상당한 장애가 될 수 밖에 없음

○ Lotus v. Borland 사건(1982)¹⁹⁸⁾

- Borland사의 “Quattro Pro” 스프레드시트 프로그램은 Lotus사의 “Lotus-1-2-3”과 동일한 메뉴명령 방식을 지원하여 “Lotus-1-2-3”에 익숙한 사용자로 하여금 손쉽게 “Quattro Pro”를 사용할 수 있도록 하였고, “Lotus-1-2-3”의 키보드 매크로를 실행할 수 있는 “KeyReader”라는 기능을 제공하기 위해 로터스의 메뉴 체계의 복사본을 코드 내부에 가지고 있었음
- 이에 로터스는 로터스1-2-3의 메뉴체계가 저작권법 상의 보호대상이라며 소송을 제기하여 1심에서 승소하였지만, 볼랜드는 로터스 메뉴모드는 삭제하면서도 “KeyReader” 기능은 계속 유지하면서 항소하였고, 로터스는 “KeyReader”에 관한 부가적인 저작권 침해소송을 제기하여 이에 관해서도 승소함

다는 판단이 내려짐

198) Lotus Development Corp. v. Borland International Inc., 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)

이에 관해서 송재섭 (2003), 앞의 논문, 55면 및 영문 위키피디아의 로터스사건항목 참조

링크 : http://en.wikipedia.org/wiki/Lotus_Dev._Corp._v._Borland_Int%27l,_Inc.

- 항소법원은 메뉴 구성은 작동방법(a method of operation)이라는 볼랜드사의 논리를 받아들여 1심을 뒤집고, 볼랜드의 승소를 판결함
- 즉, 메뉴 구성은 VCR의 버튼배열과 유사하다는 입장에서, 버튼들이 비디오 테이프의 플레이를 제어하듯 메뉴 상의 명령들이 로터스1-2-3의 동작을 제어하는데, VCR의 버튼들이 VCR의 동작에 필수적이듯이 메뉴 명령어들(메뉴 이름과 배열 형태)도 로터스1-2-3의 동작에 필수적이기 때문에 VCR의 버튼들이 저작권법의 보호대상이 아닌 것과 같은 이치로 로터스1-2-3의 메뉴구성도 저작권법의 보호대상이 아니라는 것이었음¹⁹⁹⁾
- 이 판결에는 메뉴 구성이 저작권법의 보호대상이 되면, 모든 SW 사용자들은 각 프로그램들마다 동일한 기능을 실행하기 위한 다른 방법들을 배워야 하는데, 이것이 매우 터무니없는 상황이라는 것이 고려되었음
- 이후 로터스는 연방대법원에 상고하였는데, 공개변론은 거부되었고 평의결과 무기명으로 4:4 동수를 이루어 항소심 판결이 인용되었음²⁰⁰⁾
- 이 판결 또한 법원이 컴퓨터 프로그램의 저작권에 대한 보호범위를 축소하려는 경향에 서 있음을 보여줌

□ 유럽연합법원의 SAS Institute v. World Programming 사건 판결²⁰¹⁾

- SAS Institute(이하 'SAS'라고 함)은 World Programming Ltd.(이하 'WPL'이라 함)를 SAS 시스템의 매뉴얼과 요소를 복제하여 저작권을 침해했다는 이유로 영국법원에 제소하였는데, 영국법원은 컴퓨터 프로그램에 관한 유럽연합법에 따른 법적 보호범위, 특히 그 보호가 프로그램의 기능과 프로그래밍 언어에 미치는지 여부에 관하여 유럽연합법원에 문의하였음
- SAS는 데이터 처리, 특히 통계분석이 가능한 SAS 시스템을 개발한 회사인데, SAS 시스템의 핵심은 'Base SAS'로 데이터 처리용 SAS 프로그래밍 언어로 작성된 응용프로그램('스크립트'라고도 함)을 작성하고 실행함
- WPL은 SAS 프로그래밍 언어로 작성된 프로그램을 실행할 수 있는 대체

199) 달리 표현하면, VCR에 달린 조작버튼은 “어문저작물” 내지 VCR의 추상적 조작방법의 “표현”이라기 보다 버튼 자체는 곧 VCR의 “조작방법”이라고 가정하고, “Lotus의 명령어는 VCR의 버튼에 붙여진 레이블에 상응하는 것이라기 보다는 버튼 자체, 즉 조작방법에 해당한다”고 지적하고 있음 (출처 : 정상조 (1996), “컴퓨터 인터페이스 보호범위”, 법실천의 제문제; 동천김인섭변호사화갑기념논문집 815면)

200) 당시 스티븐스 대법관은 재판을 기피하였음

201) 이하의 내용은 이철남 (2013), “응용프로그램인터페이스(API) 분류체계의 저작권 보호여부”, 정보법학 제 17권 제1호, 99 ~ 101면을 요약정리하였음

SW에 관하 수요가 있다는 것을 파악하고, 'World Programming System' "(이하 'WPS'라 함)을 개발하여 출시했는데, WPS는 사소한 예외를 제외하고는 SAS의 요소를 상당한 정도로 모방하여 SAS용으로 개발된 스크립트를 실행할 수 있었음

- 이 과정에서 WPL은 비생산적 용도로 제한된 SAS의 라이선스를 구매하였고 SAS의 소스코드에 접근하거나 복제하지 않고서 SAS 프로그램을 사용하면서 그 프로그램의 기능을 연구하여 WPS를 개발하였음

○ 2012. 5. 2. 유럽연합법원은 컴퓨터 프로그램 인터페이스에 관한 아이디어와 원칙을 포함하여 컴퓨터 프로그램의 기저가 되는 모든 아이디어와 원칙은 저작권에 의한 보호를 받지 못한다고 판단하여 WPL이 SAS의 저작권을 침해하지 않았다는 취지로 회신을 함

- 이 회신에서 유럽연합법원은 컴퓨터 프로그램의 기능이 저작권에 의해 보호되면 아이디어의 독점이 가능해지고 기술적 발전과 산업발달에 저해되기 때문에 컴퓨터 프로그램의 기능, 프로그래밍 언어 및 몇몇 컴퓨터 프로그램 함수를 사용하기 위하여 컴퓨터 프로그램에 사용된 데이터 파일 형식은 표현 형식을 구성하지 않는다고 보아 저작권의 보호대상에서 제외함이 바람직하다고 판단함

□ 소결론

○ SW 분야에서의 법률분쟁에 관해 유럽연합과 미국은 서로 상이한 입장을 취하고 있는 경우가 종종 있는데, 구글-오라클 사건과 SAS-WPL 사건도 그러한 경우라고 볼 수 있음

- 구글-오라클 사건도 구글이 자바 API의 37개 패키지의 코드의 선언부만을 복제하고 구현부분은 복제하지 않고 독자적으로 구현하였고, 이를 통해 부분적으로나마 자바 응용프로그램이 안드로이드에서 원활하게 동작하도록 하였기 때문에 SAS-WPL 사건과 매우 유사함
- 미국에서는 주로 사용자 인터페이스에 관해서는 저작권에 의한 보호를 부정하는 입장에 서 있지만, 운영체제가 응용 프로그램과는 다르다는 특수성을 인정하지는 않음

- 플랫폼 SW 업체들은 API의 저작물성을 인정하는데 찬성하는 입장이지만, 네트워크 효과에 의한 독점 성향이 강한 SW 산업의 특성 상 플랫폼 간의 지속적인 경쟁을 유도하기 위해서는 플랫폼의 API에 대해 플랫폼의 기능·동작이라고 보아 저작물성을 부인하거나(저작권법 제101조의2), 공정사용의 영역으로(저작권법 제35조의3) 포섭하는 것이 바람직함
- 또한 SW의 개발자의 입장에서 플랫폼 간의 호환성을 높이는 것이 응용프로그램의 특정 플랫폼 종속성을 약화시킬 수 있어 수익증대의 가능성을 더 높이고 프로그램 자체의 기능 보완 및 개선에 보다 더 집중할 수 있기 때문에 API의 선언부의 저작물성을 부인하는 것이 SW 산업 발전에 보다 유리하다고 판단됨
- API의 코드 선언부의 경우 우리나라 저작권법 상의 프로그램 규약에 해당되어 저작권법에 의한 보호를 받지 못하므로 저작권법을 개정할 필요는 없다고 판단됨
- 다만, 국내에서도 구글-오라클 사건의 항소심과 유사한 판결이 내려진다면 저작권법 제101조의2를 개정하여 “응용프로그램인터페이스”가 저작권의 보호대상에서 제외됨을 명시할 필요있음

제3절 2차적저작물 작성권의 양도추정 규정 (로지큐브 사건)

1. 사건 개요²⁰²⁾²⁰³⁾

□ 사건의 당사자

- 로지스큐브는 창고관리 솔루션 개발, 보급 및 구현 등을 목적으로 하는 회사로 창고관리 프로그램인 ‘로지큐브(LogiCUBE WMS²⁰⁴⁾)’를 개발하여 판매하고 있음
- 주식회사 이엑스이씨엔티(EXEC&T 이하 EXE(주)라 함)는 물류컨설팅과 관련 정보시스템 개발, 판매업을 목적으로 하는 회사로 ‘랩실론’이라는 물류관리 솔루션을 개발 판매하고 있음
- 이외의 피고 M사는 네비게이션 등 자동차부품 제조, 수리, 판매업을 목적으로 하는 회사이고, 피고 T사는 컴퓨터 운영 및 통신업을 목적으로 하는 회사로 각각 EXE(주)로부터 랩실론 프로그램을 공급받아 사용하고 있으며, 마지막으로 피고 삼성SDS는 2012. 7. 5. EXE(주)를 흡수합병하여 소송을 수계하였음

□ 사건의 배경

- 로지스큐브의 로지큐브 개발과 컴퓨터 프로그램 등록
 - 로지스큐브는 EXE(주)가 국내에 독점적으로 공급하는 미국 이엑스이사의 EXceed WMS를 대체할 국산 제품을 만들고자 EXE(주)에서 근무하던 직원

202) 사건 번호는 다음과 같다

1심 : 서울중앙지방법원 2012. 11. 23. 선고 2011가합51828 판결

2심 : 서울고등법원 2013. 12. 12. 선고 2013나2032 판결

3심 : 대법원 2014다5333호로 계류중

203) 이하의 내용은 서울중앙지방법원 2011가합51828 판결, 서울고등법원 2013나2032 판결, 박재우 (2014), “컴퓨터프로그램저작물의 실질적 유사 여부와 프로그램 개발위탁계약에서 2차적 저작물 작성권의 귀속”, Law & Technology 제10권 제2호(2014.3), 서울대학교 기술과법센터, 135 ~ 147면을 요약정리하였음

204) Warehouse Management System의 약자임

일부가 퇴사하여 설립한 회사임

- 로지스큐브는 2002년 5월 오라클사의 오라클 DBMS(Database Management System)을 작동환경으로 하는 창고관리 프로그램 '로지큐브'를 개발하였고, 2007년 1월 19일 명칭을 'LogicCUBE WMS'로 하여 프로그램심의조정위원회에 등록하면서 2006년 2월 14일을 창작일로 등록함

○ 로지스큐브와 EXE(주) 사이의 계약관계

- 로지스큐브와 EXE(주)는 EXE(주)가 로지큐브를 한국아이비엠 주식회사의 SW 오픈마켓인 '솔루션마트'에 판매하되 국내 판매 시 7:3, 해외 판매 시 8:2로 이익을 나누기로 하는 이 사건 판매대행약정을 맺었음
- 또한 2004. 1. 5.에는 EXE(주)는 한국아이비엠이 제공하는 서버를 통해 아이비엠의 DBMS인 DB2를 작동환경으로 하는 ASP²⁰⁵⁾ 방식의 창고관리시스템을 판매하기 위해 금 5,000만원에 로지스큐브로부터 오라클 기반의 로지큐브를 DB2에서 작동하도록 포팅한 'EXEOnlines WMS'를 제작·납품받기로 하고 이 사건 용역계약을 체결하였고, 로지스큐브는 계약에 따라 2004. 2. 26. EXE(주)에 'EXEOnline WMS'를 제출함
- 판매대행약정은 별다른 성과없이 2004. 9. 17. 합의해지되었고, 위 ASP 방식의 EXEOnlines WMS 서비스 제공사업도 서버제공 중단과 함께 무산됨

205) Application Service Provider. 공급자가 그의 서버에서 프로그램을 점유·관리하면서 일정한 요금을 받고 네트워크를 통해 이를 임대하는 서비스 방식을 말함

<표 4-1> 로지스큐브 사건의 용역계약 주요내용

갑 : 이엑스씨엔에스 을 : 원고(로지스큐브)²⁰⁶⁾ 제1조 용역의 범위 및 조건 본 계약은 갑이 EXEOnlines WMS를 구축함에 있어 을이 제공할 용역 사항을 규정함을 원칙으로 한다. 1. 주요 용역 내용 가. EXEOnlines WMS 아키텍처 설계 및 프로그램 작성 나. Oracle을 바탕으로 한 DB를 IBM DB2로 포팅 다. UI 변경 및 시스템 Open 지원 제2조 계약일 및 용역수행기간 1. 계약일 : 2004. 1. 5.부터 2004. 2. 28. 2. 용역 수행기간은 갑과 을의 합의에 의해 변경될 수 있다. 제3조 금액 및 지불조건 총금액 : 5천만 원(부가가치세 별도) 제7조 용역결과의 귀속 을이 제출한 용역수행결과 산출물에 대한 모든 권리는 갑에게 귀속한다.

○ EXE(주)의 렵실론 개발 및 판매

- EXE(주)는 EXEOnline을 기반으로 하여 2007. 6. 22. EXEOnline WMS, EXEOnline GVM, EXEOnline TMS, EXEOnline DMS에 관하여, 2008. 10. 15.에는 EXEOnline YMS에 관하여 컴퓨터프로그램보호위원회에 등록함
- EXE(주)는 2009. 6. 경 작동환경이 오라클인 '렵실론(Lepsilon)'이라는 명칭의 창고관리시스템과 야드관리시스템(YMS), 운송관리시스템(TMS), 기타 확장 모듈로 구성된 종합 물류관리 솔루션 '렵실론 스위트(Lepsilon Suite)'를 개발하였고, 2009. 11. 27. 창작일을 2009. 6. 30.로 하여 한국저작권위원회에 렵실론을 등록함
- EXE(주)는 2010. 3. 11. 피고 M사와 렵실론 WMS, GVM 시스템 구축 등을 대금 1억 8,600만원에 하는 내용의 용역계약과 렵실론 GVM 등을 대금

206) 이하의 내용은 로지스큐브사건 1심 판결문에서 인용함

8,000만원에 피고 M이 사용하게 하는 라이선스계약을 체결하고 2010. 7. 경 피고 M에 랩실론 등을 공급함

- 또한 EXE(주)는 2010. 5. 24. 피고 T사와 랩실론, GVM 등 프로그램 구축을 대금 9,900만원에 하는 내용의 개발위탁계약과 랩실론 GVM 등을 대금 1억원에 피고 T가 사용하게 하는 라이선스계약을 체결하고 2010. 9. 무렵 피고 T에게 랩실론 등을 공급함

□ 로지큐브, EXEOnlines WMS, 랩실론에 대해

○ 로지큐브에 대해

- 로지큐브는 물류센터 창고에서 이루어지는 모든 재고흐름업무를 데이터베이스 서버를 사용하여 전산화함으로써 업무의 정보흐름을 원활하게 하고, 재고관리를 정확히 할 수 있는 시스템을 제공하는 것을 목적으로 하는 컴퓨터프로그램임
- 데이터베이스 서버 구동 부분 중 소스코드 부분은 미국 오라클사가 SQL을 확장하여 만든 PL/SQL이라는 프로그래밍 언어로 기술되어 있고, 그중에는 반복하여 처리할 필요가 있는 일련의 SQL 명령어 집합을 빠른 속도로 처리하기 위하여 사전에 편집하여 서버에서 구동하기 위한 '스토어드 프로시저(Stored Procedure)'가 포함되어 있음
- 로지큐브의 데이터베이스 서버 구동부분 중 소스코드 부분은 총 68,331줄, 613개 파일로 구성되어 있으며, 로지큐브의 DB설계와 스토어드 프로시저는 상호 명령과 결과를 주고받으며 하나의 시스템으로 동작하고 있음

○ 로지큐브, EXEOnline, 랩실론의 구성요소

- 로지큐브, EXEOnline, 랩실론은 대체로 ① 데이터베이스와 스크립트, ② 웹소스, ③ PDA(현장작업사용), ④ EDI(interface), Install, 프로그램 매뉴얼 등으로 구성되어 있음
- EXEOnline은 로지큐브의 ①, ② 부분 중 일부를 변경하고 ③, ④ 부분을 새로 개발한 프로그램이며, 랩실론은 EXEOnline에 기초하여 ① 부분 중 상당 부분을 변경하고 ②, ③, ④ 부분 중 상당부분을 새로 개발한 것임

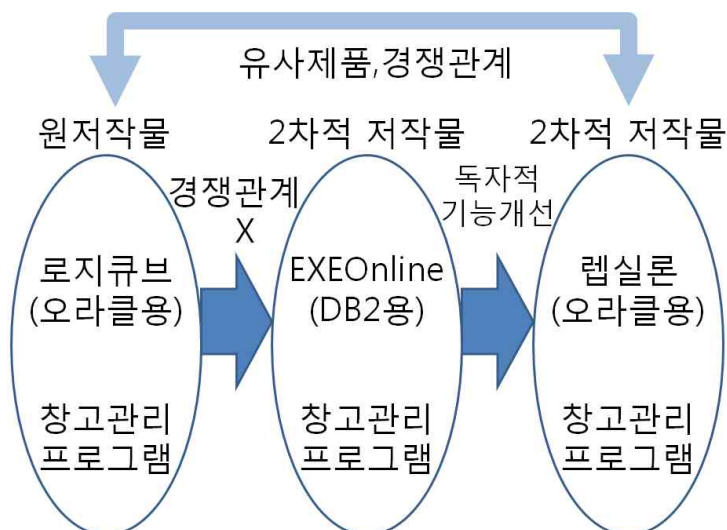
○ 로지큐브와 랩실론의 비교감정결과

- EXE(주)가 피고 M과 피고 T에 공급한 랩실론의 테이블 수는 각각 361개, 473개이고, 필드 수도 각각 7,785개, 8,406개로서 로지큐브의 테이블 수 141개, 필드수 1,326개에 비해 테이블 수는 각각 약 2.6배, 3.4배이고, 필드 수는 각각 약 5.9배, 6.3배임
- 랩실론의 DB테이블 정의부분은 피고 M이 납품받은 랩실론(이하 '피고 M의 랩실론'이라 함)의 경우 로지큐브와 26.9%, 피고 T가 납품받은 랩실론(이하 '피고 T의 랩실론'이라 함)은 28.6% 유사함
- EXE(주)가 피고 M과 피고 T에 공급한 랩실론의 데이터베이스 서버 구동 부분 소스코드는 각각 172,166줄, 126,834줄로서 로지큐브의 관련 소스코드 68,331줄에 비하여 각각 약 2.5배, 1.9배임
- 랩실론의 데이터베이스 서버 구동 부분 소스코드는 피고 M의 랩실론의 경우 로지큐브와 32.2%가, 피고 T의 랩실론의 경우 20.2%가 유사함

<표 4-2> 로지큐브와 랩실론의 유사도 비교표

제품명	DB테이블정의			데이터베이스 관련 소스코드	
	테이블	필드	유사도	줄 수	유사도
로지큐브	141	1,326		68,331	
피고 M 랩실론	361	7,785	26.9%	172,166	32.2%
피고 T 랩실론	473	8,406	28.6%	126,834	20.2%

[그림 4-2] 로지큐브와 랩실론의 관계



□ 이 사건의 전체 쟁점들

○ 2심 판결문에 따르면 이 사건은 세가지 쟁점을 가지고 있음

- (쟁점1) 로지큐브는 창작성을 가지고 있는 컴퓨터프로그램저작물로서 저작권법상의 보호대상인지 여부
- (쟁점2) 랩실론을 개발할 때 로지큐브에 토대하였는지 여부와 로지큐브와 랩실론이 실제로 유사한 프로그램인지 여부
- (쟁점3) EXE(주)가 이 사건 용역계약에 따라 소스코드를 넘겨 받은 EXEOnline을 기초로 랩실론을 개발할 저작권이 있는지 여부
- EXE(주)는 용역계약에 따라 EXEOnline을 개작할 권리를 가지고 있고 랩실론은 로지큐브가 아닌 EXEOnline에 기초하여 만들어진 것으로 저작권을 침해하지 않았다고 주장함
- 로지스큐브는 EXEOnline의 사용이 IBM의 DB2 DBMS에서 동작하는 프로그램에 한정된 것이며 EXEOnline을 개작한 랩실론은 저작권을 침해하였다고 주장함

○ 1심과 2심은 쟁점 1과 2에서 모두 로지큐브는 저작권으로 보호받을 만한 창작성이 인정되는 컴퓨터 프로그램이고, 로지큐브와 랩실론은 기본적으로 핵심적인 부분에서 실질적으로 유사하다고 판단하여, 로지큐브를 개작한 것이 랩실론이라는 점에서는 동일한 판단을 내림

- 이 사건의 피고들은 DB 테이블 정의 부분은 컴퓨터 등에서 사용되는 일련의 지시·명령에 해당하지 않아 저작물이 아니고 창작성이 없으며, 소스코드 부분도 누가 작성하더라도 내용이 유사하므로 창작성이 없어 컴퓨터프로그램저작물이 아니라고 주장함
- 그러나 DB 설계와 스토어드 프로시저가 상호 명령과 결과를 주고받으며 하나의 시스템으로 작동하고 있으며, 소스코드부분도 누가 작성해도 표현이 같을 수는 없기 때문에 로지스큐브의 창작성이 인정되어 DB테이블 정의부분과 소스코드 부분 모두 컴퓨터프로그램저작물로 인정됨
- 또한 EXE(주)는 EXEOnline과 관련한 개발용역계약을 통해 로지큐브를 개

작한 EXEOnline의 소스코드에 접근할 수 있었다는 점, 렵실론의 DB테이블은 로지큐브를 기반으로 개작한 것으로 보이며 프로그램 소스코드의 경우 파일이름이 유사하며, 프로그램 패턴이 동일하고, 주식과 심지어 철자의 오류까지 동일한 사정에 비추어 로지큐브의 것을 그대로 가져다 사용하였다는 점이 인정되어 로지큐브와 렵실론이 실질적으로 유사하다는 점도 인정되었음

- 쟁점 3에 대해서 1심과 2심의 판단이 엇갈려서 이에 관해서는 아래 부분에서 보다 자세히 다루고자 함

2. 사건의 검토

□ 쟁점3의 EXE(주)가 EXEOnline을 개작할 권리를 가졌는지 여부에 관한 1심과 2심의 판결정리

- 1심 판결은 로지스큐브가 EXEOnline의 이용을 허락하였다 할지라도 그 허락의 범위에 이를 다시 오라클 DBMS로 전환하여 사용하는 것까지 포함된다고 보지 않았는데, 몇 가지 주요한 이유는 다음과 같음

- ASP 방식은 공급자의 서버에 프로그램을 두고 임대하는 형식이므로 그 작동환경을 전환하거나 위 프로그램을 복제하여 배포하는 등의 행위까지 예견할 수 없었던 점
- 로지큐브의 판매대행약정이 유효한 시점에 로지큐브의 작동환경만을 전환한 EXEOnline의 저작권을 EXE(주)에 양도한다는 점은 통상 거래당사자로서 취하기 어려운 행동인 점
- SW 제조를 주된 목적으로 하는 로지스큐브가 본질적인 업무영역인 SW 전체에 대한 권리를 특별한 사정없이 제3자에게 넘기지는 않을 것이라는 점
- 이 사건 용역계약에 따라 수수된 급부가 5,000만원인 점(그래서 EXEOnline 전체에 대한 일체의 저작재산권을 양도한다고 보기에는 양도의 대가가 너무나 적은 점 - 연구자 주)
- 위 이유들을 종합하면 이 사건 용역계약 제7조에서 EXEOnline의 모든 권리가 EXE(주)에 귀속된다고 하여도 이는 ASP 방식의 서비스 제공기간에

한하여 EXEOnline을 이용할 수 있는 권리에 한정된다고 해석되므로 EXE(주)를 합병한 삼성SDS는 저작물 작성권 침해에 따른 손해를 배상할 책임이 있으며 마이스터와 티시스는 랩실론 프로그램 사용을 정지하여야 함

○ 하지만 2심 판결은 이 사건 용역계약 제7조에 따라 로지스큐브가 EXEOnline과 관련된 컴퓨터프로그램 저작권을 전부 양도²⁰⁷⁾하였으므로 EXE(주)는 EXEOnline을 개작할 권리를 가진다고 하여 저작권 침해를 부정하고 피고들에 대한 손해배상청구를 기각하였음

- 이 사건 용역계약은 위탁자와 수탁자 사이의 일반적인 위탁계약으로 로지스큐브가 EXEOnline에 관한 컴퓨터프로그램의 저작권을 전부를 전부 양도하는 약정임
- 일반적으로 저작권 전부를 양도하는 경우에 특약이 없다면 2차적 저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니하는 것으로 추정되는데(저작권법 제45조 제2항 본문), 컴퓨터프로그램 저작물의 경우에는 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정됨(동조 동항 단서)
- 이 사건 용역계약에는 로지스큐브가 EXEOnline의 2차적저작물작성권을 유보한다는 특약이 없으므로, 로지스큐브가 가진 EXEOnline의 2차적저작물작성권은 EXE(주)로 이전된 것임
- 또 랩실론은 EXEOnline을 개작한 프로그램이고 로지스큐브와 유사한 부분이 있더라도 이는 로지스큐브를 개작한 EXEOnline을 다시 개작한 것에 불과하므로 로지스큐브의 저작권을 침해하는 행위가 아니라고 판단함

□ 프로그램저작권의 양도와 2차적저작물 작성권의 귀속²⁰⁸⁾

207) 이 사건 용역계약 제7조는 “개발위탁의 산출물에 대한 모든 권리는 EXE(주)에 귀속한다”고 되어 있어 EXE(주)가 EXEOnline의 저작권을 원시적으로 취득한다고 해석할 여지도 있으나, 우리나라 대법원은 개발자 즉, 수탁자와 위탁자 사이에 실질적인 지휘·감독관계가 있는 등 수탁자를 위탁자의 업무에 종사하는 자로 볼 만한 특별한 사정이 있지 않는 한, 그 컴퓨터프로그램은 위탁자의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 것이라고 볼 수는 없고 위탁자로부터 주문을 받았다고 하여도 개발행위는 수탁자가 행하는 것이므로 개발행위의 성과물로서 생긴 컴퓨터프로그램은 저작자인 수탁자가 그 저작권을 가지게 되므로 위탁자와 수탁자 사이의 이러한 약정은 그 프로그램 저작권을 수탁자가 그대로 보유하지 아니하고 수탁자가 취득한 컴퓨터프로그램 저작권을 위탁자에게 양도하기로 하는 내용의 약정이라고 해석하여야 한다는 입장이므로(대법원 2005. 8. 25. 선고 2004다60641 판결 참조), EXE(주)는 로지스큐브가 가진 EXEOnline의 저작권을 양도받은 것이어서 이 사건 용역계약에 따른 저작권 양도 시 “2차적 저작물 작성권”이 같이 양도되었는지가 쟁점이 됨

208) 박재우 (2014), 앞의 논문, 146 ~ 147면 참조. 원 출처는 오승종(2013), 저작권법 제3판, 박영사, 517 ~ 518면 참조

- 저작권법 제45조 제2항 본문의 취지는 저작자가 자신의 창작물에 대한 저작권을 양도한다 하더라도 그 창작물을 변형하여 실질적으로 유사하지만 사실상 별개의 작품을 창작하는 것은 당사자 사이에 특별한 의사표시가 없는 한 저작자의 권리로 남겨두어야 할 필요가 있기 때문이며 그렇지 않을 경우 저작자의 창작의 자유 및 경제적 권리가 심각하게 훼손됨
 - 대부분의 저작자들은 창작 시 일정한 작품을 가지는 경향이 있어서 그들이 창작한 작품들이 일견 유사성을 가질 수도 있어서 2차적 저작물 작성권까지 양도하게 되면 자신의 작품을 유지하는데 곤란을 겪을 가능성이 있기 때문이라고 함
 - 또한 일반적으로 저작권재산권 양도인의 의사는 자신의 저작물을 원작 그대로의 형태로 이용할 권리를 양도하는 것이고, 그 저작물이 향후 어떠한 형태로 변형 이용되어 어떠한 부가가치를 가질 것인지 쉽게 예상하기 어려우므로 그러한 변형된 부가가치를 가지는 이용행위에 대한 권리까지 양도하는 것으로 보기는 어렵다는 점도 고려되었음
- 그러나 컴퓨터프로그램저작물에 관해 정반대 취지의 규정을 두는 것은 실용적·기능적 저작물인 프로그램의 특성상 업그레이드나 이용환경에 적합하도록 변형하는 등의 2차적 저작물 작성행위가 빈번하게 일어날 수 없다는 점을 고려한 것임
 - 2002년 12월 구 컴퓨터프로그램보호법을 개정하면서 신설된 규정으로 2009년 저작권법에 흡수통합되면서 같이 포함되었음

□ 사건의 검토 및 저작권법의 개선방향

- 이 사건 용역계약 제7조의 적용범위에 대한 해석 문제
 - 1심에서는 계약 당시의 여러 정황을 고려하여 용역계약 제7조는 EXE(주)에게 ASP 방식의 서비스 제공기간에 한하여 EXEOnline을 이용할 수 있는 권리만을 양도한 것이라 한정하고²⁰⁹⁾, EXEOnline을 오라클 DB를 이용하는

209) 1심에서는 이 사건 용역계약을 해석함에 있어 저작권 이용허락 계약의 해석에 관한 대법원 판례를 인용하면서 로지스큐브의 주장을 받아들이고 있음

1심 판결문의 일부를 인용하면 다음과 같음

것으로 개작할 권리, 랩실론을 개발할 권리를 양도하지 않았다고 봄

- 2심에서는 용역계약 제7조의 문언에 충실하게 해석하여 EXE(주)에게 EXEOnline을 이용할 수 있는 권리 전체를 양도한 것이라 봐서 EXE(주)가 EXEOnline을 개작하여 랩실론을 만들 권리가 있다고 인정함

○ ‘2차적저작물작성권’의 양도추정 규정

- 2차적 저작물은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물을 의미함(저작권법 제5조)
- 컴퓨터프로그램 저작물의 경우 저작재산권 전부를 양도할 경우 ‘2차적저작물작성권’이 양도되었다고 추정하여(저작권법 제45조 제2항 단서), ‘2차적 저작물 작성권’을 양도하지 않을 경우 특약을 맺을 것을 요구하고 있음

○ 위 조항은 하도급 체계가 자리잡은 SW산업 분야에서 발주자 측에 매우 유리하게 활용되고 있음

- 일반 저작물들은 ‘2차적 저작물 작성권’을 양도받으려면 특약을 맺어야 하나, SW는 ‘2차적 저작물 작성권’을 양도하지 않으려면 특약을 맺어야 해서 계약 당시 경제적으로 약자인 수탁자들에게 매우 불리한 조항임
- 소스코드를 넘겨받아 유지보수 및 기능개선을 할 필요가 SW 산업 특성 상 매우 커서 2차적 저작물 작성권을 양도받을 필요성이 매우 크다 해도 계약 자유의 원칙에 따라 개별 계약에 특약으로 명시하면 충분하며, 법률상 추정규정까지 만들 필요는 없다고 보임
- 결론적으로 프로그램의 개발위탁자에게는 많은 이익과 보호를 주는 규정이지만 개발자인 원저작자에게는 불이익을 주고 있어 프로그램의 연구개발 활성화에 커다란 저해요인이 되고 있으므로 2차적 저작물 작성권은 원저작자에게 존속시키고 특약을 통해 양도되도록 하는 것이 SW개발자의 권리보호 측면에서 타당하다고 판단됨²¹⁰⁾

저작권 이용허락계약을 해석함에 있어서 그 이용허락의 범위가 명백하지 아니한 경우에는 당사자가 그 이용허락계약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 이용허락계약에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행, 당사자의 지식, 경험 및 경제적 지위, 수수된 급부가 균형을 유지하고 있는지 여부, 이용허락 당시 당해 저작물의 이용방법이 예견 가능하였는지 및 그러한 이용방법을 알았더라면 당사자가 다른 내용의 약정을 하였을 것이라고 예상되는지 여부, 당해 음악저작물의 이용방법이 기존 시장을 대체하는 것인지 아니면 새로운 시장을 창출하는 것인지 여부 등 여러 사정을 종합하여 그 이용허락의 범위를 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(서울중앙지방법원 2012. 11. 23. 선고 2011가합51828 판결 참조).

210) 동일한 취지의 글로는 신각철 (1987), “컴퓨터와 법률문제<21>-컴퓨터프로그램 보호법-”, 법제처 입법자료, 1987년 8월 참조

○ 해외 입법례²¹¹⁾

- 미국을 비롯한 일본·독일·영국 등 주요국가의 경우는 모두 프로그램 보호에 관해 저작권법에 의하여 보호되고 있기 때문에 동일한 문제가 발생하지 않음
- 프로그램저작권도 일반 저작권과 거의 동일하게 규정하고 있으며, 다만 프로그램저작물의 특성을 감안하여 동일성유지권 등 저작인격권 문제나 사용자 복제권 기타 등록제도등에 관하여서만 차등을 두고 있음
- 우리나라와 비슷한 일본 저작권법에서도 저작권의 양도에 관하여 프로그램 저작권의 양도를 일반 저작권의 양도와 구분하지 아니하고 동일한 규정을 적용하고 있으며, 특히 저작권 양도계약을 함에 있어 번역권이나 2차적 저작물 작성권은 양도의 목적으로 게시되지 아니하는 때에는 이들 권리는 양도한 자에게 유보되는 것으로 추정한다고 명시하고 있음

일본저작권법

제27조(번역권, 번안권 등) 저작자는 그의 저작물을 번역, 편곡 혹은 변형 또는 각색, 영화화 기타 변안하는 권리를 전유한다.

제28조(2차적저작물의 이용에 관한 원저작자의 권리) 2차적저작물의 원저작물의 저작자는 당해 2차적저작물의 이용에 관하여, 이 관에 규정하는 권리로서 당해 2차적저작물의 저작자가 가지는 것과 동일한 종류의 권리를 전유한다.

제61조(저작권의 양도) ① 저작권은 그 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.

② 저작권을 양도하는 계약에 있어서, 제27조 또는 제28조에 규정하는 권리가 양도의 목적으로 특별히 게시되어 있지 아니한 경우는, 이들 권리는 양도한 자에게 유보된 것으로 추정한다.

- SW개발자의 권리보호를 위해서는 컴퓨터프로그램 저작물도 일반 저작물과 마찬가지로 2차적 저작물 작성권 양도는 특약을 맺지 않는 한 원 저작자에게 귀속되도록 제45조 제2항 단서를 삭제할 필요 있음

링크 : <http://www.moleg.go.kr/knowledge/monthlyPublication?mpbLegPstSeq=127463>
211) 신각철 (1987), 앞의 논문 참조

<표 4-3> 2차적저작물작성권 양도추정규정 관련 개정의견

	현행	개정의견
저작권법	제45조(저작권재산권의 양도) ① 저작권재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ②저작권재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다.	제45조(저작권재산권의 양도) ① 저작권재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ②저작권재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다. (삭제)

제5장 결론

□ 연구 개요

- SW중심사회가 도래함에 따라 전 산업과 국가 전체에서 SW의 중요성이 증대되고 있어, SW개발자의 권리보호 및 관련 산업 진흥을 위하여 SW와 가장 밀접한 관련이 있는 저작권법의 개선방안을 모색할 필요가 있음
- SW와 밀접한 저작권법 규정 중 산업계 및 기타 단체들에서 개정의견을 낸 조항과 그 외 법적 분쟁이 발생하고 있는 사안들에 적용되고 있는 조항들을 면밀히 살펴 법률 개정안을 도출하였음
 - 다만 한미 FTA나 한EU FTA에 의해 도입된 조항들은 개정이 보다 더 어려울 수 있으므로 배제하고자 함
- 이러한 기준에 따라 사적복제, 교육복제, 공평보상조항과 계약해지조항의 신설 여부, 저작권 침해죄의 개정방향과 징벌적 손해배상제도 도입여부, 구글-오라클 사건, 로지스큐브사건에 관하여 살펴보았으며,
- 국내 연구문헌 및 해외 입법례에 대한 문헌조사 위주로 연구를 진행하여 저작권법의 개선방향을 도출하였음

□ 연구내용

- (사적복제) 정당하게 소프트웨어 라이선스를 구매한 경우에 한해 사적복제를 인정하도록 허용범위를 좁히는 것이 바람직함
 - 개인적 목적으로 한정된 범위에서 복제하는 것은 허용하는 사적복제는 상대적으로 복제가 어려웠던 아날로그 시대에 도입되어 복제가 매우 용이한

디지털 시대에 맞지 않고,

- 보호대상인 SW의 가격이 다른 저작물에 비해 고가인 점, 사적복제가 불법 복제의 용인으로 오해될 수 있는 점을 감안해야 함
- 다만, 개정되더라도 개인을 상대로 저작권 단속 또는 집행이 어려우므로 SW산업계에 미치는 영향은 거의 없다고 판단됨

○ (교육복제) SW이용허락계약의 내용을 교육복제 허용범위의 고려사항으로 명시하고, 교육기관 판매용 SW는 교육복제 허용대상에서 제외함이 바람직함

- SW를 수업에서 활용할 경우 저작권자의 이익을 부당하게 침해하지 않는 조건으로 복제·배포가 허용되나, 해외 입법례에 비추어 볼 때 허용범위가 넓다고 판단되며,
- 상용SW를 수업목적으로 배포할 경우 교육기관용 SW 판매가 사실상 불가능하고, 교육여건을 감안하여 교육기관용 라이선스는 일반 상용 라이선스에 비해 저렴하게 책정되고 있으므로,
- 한국소프트웨어저작권협회의 의견을 수용하여 교육복제의 허용범위를 좁히는 편이 바람직함

○ (공평보상조항) 개발된 SW로 인한 수익에 대한 SW개발자의 추가보상요구권으로 대표되는 공평보상제도를 도입할 필요 있음

- SW개발계약 시 SW개발자는 경제적 약자로 대등한 협상을 하기 어려우며 SW로 인한 수익을 계약당시 예측하기 어려워서, 계약 당시에도 공평한 계약이라 보기 어려움
- 저작재산권을 양도받은 발주자 혹은 저작재산권자의 수익에 대해서 SW개발자의 기여분을 보다 높게 인정해 줄 필요 있음
- 창작자인 SW개발자에게 정당한 보상이 지급되도록 하기 위해서 독일과 프랑스에서는 소위 베스트셀러 조항이라 불리는 추가보상요구권을 인정하고 있는 입법례를 참고하면 공평보상조항의 타당성이 인정됨

○ (계약해지조항) 계약해지권은 계약의 안정성을 확보하기 위해 장기간이 경과할 필요가 있으므로 SW 관련해서는 도입실익이 적다고 판단됨

- 계약해지조항은 저작권을 양도했던 SW개발자가 SW에 관한 저작권을 찾을 수 있다는 장점이 있음
 - 그래서 미국 저작권법에는 불공평한 양도계약으로 상실된 저작재산권을 저작자에게 돌려주기 위한 계약해지조항이 존재하지만, 계약체결 후 장기간 (미국의 경우 35년)이 경과해야 발생할 것을 요구하고 있어 급격히 기술이 발전하는 SW산업에 적용하기는 어렵고 그 실익도 적다고 판단됨
- (저작권침해죄 개정) 저작권침해죄 중 비친고죄인 범죄의 적용범위를 좁히는 방향으로 개정하고 불법복제물업무상이용죄는 징벌적 손해배상제도의 도입을 전제로 폐지함이 타당함
- 저작권 침해죄는 원칙적으로 친고죄이지만 저작권 보호 강화 추세에 따라 비친고죄의 범위가 넓어지고 있음
 - 미국의 경우 저작권 침해죄에 대한 형사처벌이 극히 드문 점, 저작권자의 협상력이 친고죄일 때 더욱 강화된다는 점, SW의 경우 형사처벌보다는 정품사용 유도를 원하는 저작권자의 선호사항을 고려해야 함
 - 또한 한미FTA의 법적 조치가 꼭 공소제기를 의미하지는 않으며 국가의 수사자원의 한계를 생각한다면, 비친고죄의 범위를 좁히는 것이 타당함
- (징벌적 손해배상제도) 정품사용을 유도하고 SW개발자의 수익을 증대시키기 위해서는 행정제재 및 형사처벌을 강화하는 것보다는 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 바람직하며, 이에 관한 개정시안을 제시하였음
- 미국 등 보통법 국가에서 인정되는 징벌적 손해배상제도에 대해서 엄격한 민사·형사의 구분에 따라 도입신중론이 우세했으나 하도급법에 3배배상제도가 도입되면서 지식재산권 침해에 대한 징벌적 손해배상제도 도입도 논의가능성이 높아진 상황임
 - 국내 SW불법복제율을 낮추기 위해서는 일반적인 SW 저작권 침해보다 고의적이거나 악의적인 SW 저작권 침해에 대해서는 징벌적 손해배상을 인정함과 아울러 사용자등에게도 연대책임을 지우는 것을 적극 고려해야 함
 - 또한 보통법 국가들에서 이미 도입된 부작용방지 대책들을 참고하여 산정된 손해액의 3배 상한을 인정하고 여러 가지 고려사항들을 손해액 산정에 감안하도록 명시하는 개정의견을 도출함

- (자바 API 사건) 응용프로그램인터페이스의 저작물성이 논란이 되고 있는데, 현행 저작권법을 개정할 필요는 없으나 유사한 판결이 내려진다면 SW산업의 진흥을 위해서 응용프로그램인터페이스를 저작권법의 보호대상에서 제외할 필요가 있음
 - 구글이 자바 API 37개 패키지의 저작권을 침해했다고 오라클이 제기한 소송에서 미국 연방항소법원은 오라클의 저작권을 인정하였고 이에 대해 구글은 공정사용임을 주장하며 상고하여 미국 연방대법원은 상고허가를 논의 중임
 - 우리나라 저작권법에 따르면 자바 API는 프로그램의 규약에 해당하여 저작권법의 보호대상에서 제외되므로 미국과는 다른 판결이 예상됨
 - 한편 응용SW의 호환성 확보 및 경쟁촉진을 통해 SW산업을 진흥시키기 위해서는 플랫폼 SW의 API에 대한 공정사용이 인정될 필요가 있음

- (로지큐브 사건) 저작권법의 SW에 대한 2차적 저작물 작성권 양도추정 규정이 문제된 사안으로 일반저작물과 마찬가지로 SW에 관한 저작권을 전부 양도하더라도 특약이 없는 한 2차적 저작물 작성권은 원 저작자가 소유하는 것으로 추정하는 방식으로 개정할 필요가 있음
 - 로지스큐브 사는 오라클DB용 참고관리프로그램을 용역계약에 따라 다른 DB용으로 개작하여 EXE(주)사에 제공했는데 EXE(주)가 이를 다시 오라클 DB용으로 고쳐 판매한 것을 이유로 저작권침해소송을 제기했음
 - 이 과정에서 SW의 경우에 저작재산권 전부 양도 시 2차적 저작물 작성권이 위탁자에게 양도되었다고 법률상 추정하는 저작권법 조항이 문제되었고, 항소심은 이 조항을 근거로 EXE(주)사가 오라클DB용으로 고쳐 판매한 것은 정당하다고 판결함
 - 이 조항은 SW의 기능개선이 빈번한 특성 상 위탁개발 시 SW 관련 권리관계를 명확하게 하고자 도입되었지만 내용 상 실제 SW개발자인 수탁자에게 불리한 조항임
 - 특히나 갑-을 구조가 만연한 우리나라의 현실을 고려할 때, 특약에 의해서만 2차적 저작물 작성권을 가질 수 있게 하는 것은 SW개발자의 협상력을 강화시켜 줄 수 있음

□ 연구결과의 활용가능성

- 이와 같이 현재 SW산업계 혹은 기타 단체들에서 개정의견을 낸 사안들에 대해서 해외 입법례를 참고하여 찬반 입장을 정리하면서 저작권법의 개정시안을 도출하였음
- 본 연구는 향후 SW중심사회 구현을 위한 저작권법 개정 논의 시 SW산업을 보다 진흥시키는 방향의 개정안을 마련하는데 활용가능함

참 고 문 헌

국내 문헌

- 정보통신기술진흥센터 (2014), “2015년 예산안 분석을 통한 미국 ICT R&D 정책 전망”, ICT Report 주
간기술동향 2014, 7. 23
- 한국정보화진흥원 (2010), “2010년 국가정보화백서”
- 문화체육관광부 (2012), “법정손해배상제도에 관한 연구”
- 권태복 외 (2012), “컴퓨터프로그램 보호방식에 관한 비교연구 - 저작권 보호와 특허 보호”, 한국저작권위원회
- 한국저작권위원회 (2008), “학교와 저작권 - 교원용 지도서”
- 이영록 (2009), “디지털환경과의 조화를 위한 사적 복제 대상의 제한”, 한국저작권위원회 정책연구실
Copyright Issue Report 제1호 2009. 9. 11 발행
- 송영식·이상정 (2009), “저작권법 개설 제5판”, 세창출판사
- 한국콘텐츠진흥원 (2013), “유럽콘텐츠 산업동향 2013년 8호”
- 한국교육학술정보원 (2010), “쉽게 익히는 이야기 ‘쑥’ 학교 저작권”
- 한국저작권위원회 (2009), “프로그램저작권 제한규정 개선을 위한 연구”
- 한국소프트웨어저작권협회 (2012), “저작권법 내 컴퓨터 프로그램의 저작권 보호 체계 보완에 관한
의견”
- 이영록 (2010), “학교수업을 위한 저작권법의 이해”, 학교 교육정보화를 위한 전국 시·도교육청 저작권 담당자 워크숍 발표문, 한국교육학술정보원
- 이해완 (2010), “저작물의 공정이용에 관한 가이드라인(안)”, 저작권상생협의체
- 남희섭(2014), “창작자의 실질적 보호를 위한 저작권 제도 개선 방안”, 창작자보호법 토론회 자료집,
배재정의원실
- 장하나 국회의원실 (2014), “IT노동자 보호법, 소프트웨어 다단계하도급 제한 법률 국회 본회의 통과!”
- 이규호(2014), 저작권법 제4판, 진원사
- 한국소프트웨어저작권협회 (2010), “프로그램저작권 친고죄에 관한 연구”
- 한국소프트웨어저작권협회 (2008), 김병일, SW저작권에 있어 비친고죄의 적용
- 곽민섭 (2009), “지적재산권 침해소송 실무와 최근의 판례 동향”, 특허심판원
- 문화체육관광부 (2014. 7.), SW 가치 제고를 위한 저작권 보호·이용기반 구축 방안
- 대한민국 (2011), 한·미 FTA 협정문 (국문)
- 외교통상부 (2012), “한·미 FTA 주요내용”
- 남희섭 (2014), “저작권 침해 형사 처벌 제도의 문제점과 개선방안”, 저작권침해죄개정 토론회 자료
집, 박해자의원실
- 문화체육관광부 (2009), 개정 저작권법 해설
- 이규홍 (2014), “저작권 개정 토론회 지정토론문(2014. 4. 16.)”, 저작권침해죄개정 토론회 자료집, 박해
자의원실
- 구주와 (2014), “저작권법 개정 토론회 주제발표”, 저작권침해죄개정 토론회 자료집, 박해자의원실
- 김찬동 (2014), “저작권 침해 형사처벌 제도 개선 토론회”, 저작권침해죄개정 토론회 자료집, 박해자
의원실

최정환 (2014), “Risk Management for US Unfair Competition Act”, 2014 소프트웨어 컴플라이언스 컨퍼런스

탁희성 (2014), “저작권법 개정안 토론문”, 저작권침해죄개정 토론회 자료집, 박해자의원실

법무부 (2013), “징벌배상제도의 부작용 방지대책 연구”

전삼현 (2007), “징벌적 배상제도의 입법론적 연구”, 한국경제연구원

특허청 (2011), “특허권 실효성 확보방안에 관한 연구”

권인희 (2012), “특허법상 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 소고”, 송실대 법학연구소 법학
논총 제27집 2012년 1월

최승재 (2009), “특허법 제225조의 특허권 침해죄에 대한 소고”, 법률신문 2009. 11. 19.자

김경일 (2011), “위자료(정신적 손해배상)에 관한 연구”

법무부 (2012), “민법 제763조에 의한 채무불이행 책임규정의 불법행위 책임에의 준용의 입법적 타당
성”

한국소비자원 (2002), “소비자권리실현을 위한 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구”

오문완 (2002), “징벌적 손해배상제도의 도입 - 노동법에서의 논의를 시작하며”, 노동법 연구 2002 하
반기 제13호 서울대 노동법 연구회

한국법제연구원 (2007), “징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성(II)”

문화체육관광부 (2012), “법정손해배상제도에 관한 연구”

최승재 (2011), “지재권 침해사건에서 손해배상액 인정과 외국판결의 승인”, 법률신문 2011. 12. 19.자

서울대학교 산학협력단 (2012), “지재권 소송에서 손해배상 산정의 적절성 확보방안 연구용역 최종보
고서”

복진요 (2010), “지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입가능성에 관한 연구”, 지식재산21 통권 제
111호

김현숙, “국내 소프트웨어 불법복제의 실태와 개선방안”, 저작권보호센터 2012. 5.

문화체육관광부 (2012), “소프트웨어(SW) 저작권의 효율적 보호 및 관리 대책”, 국가정보화전략위원
회 의안번호 제226호

법무법인(유한) 태평양 오픈소스팀 (2014), “소프트웨어의 저작물성(Copyrightability)”

김명호 (2008), 소프트웨어 생태계 모델 : MS 사례를 중심으로, SW Insight 정책리포트 2008년 3월호

오승종 (2011), 저작권법 제2판, 박영사

정상조·박준석 (2013), 지식재산권법 제3판, 홍문사

김규성 (2007), 컴퓨터프로그램보호법, 세창출판사

송영식·이상정 등(2005), 지적소유권법(하) 제9판, 육법사

송재섭 (2003), “컴퓨터 사용자 인터페이스의 법적 보호”, 서울대 법학과 석사학위논문

정상조 (1996), “컴퓨터 인터페이스 보호범위”, 법실천의 제문제;동천김인섭변호사화갑기념논문집

이철남 (2013), “응용프로그램인터페이스(API) 분류체계의 저작권 보호여부”, 정보법학 제17권 제1호

박재우 (2014), “컴퓨터프로그램저작물의 실질적 유사 여부와 프로그램 개발위탁계약에서 2차적 저작
물 작성권의 귀속”, Law & Technology 제10권 제2호(2014.3)

오승종(2013), 저작권법 제3판, 박영사

신각철 (1987), “컴퓨터와 법률문제<21>-컴퓨터프로그램 보호법-”, 법제처 입법자료, 1987년 8월

한국저작권위원회 (2009), “일본 저작권법”

한국저작권위원회 (2009), “프랑스 저작권법”

한국저작권위원회 (2010), “독일 저작권법”

한국저작권위원회 (2010), “미국 저작권법”

한국저작권위원회 (2010), “영국 저작권법”

해외 문헌

WIPO (1978), “Model Provisions on the Protection of Computer Software”

US DOJ CCIPS (2013), “Prosecuting Intellectual Property Crimes” 4th

대한민국 (2011), 한·미 FTA 협정문 (영문)

BSA (2014), “The Compliance Gap - BSA Global Software Survey (2013)” , 2014. 7

BSA (2011), “2010 Piracy Study” , 2011. 5

부 록

부록 1. 저작권법 개정의견 일람표

1. 저작권법(이하 ‘법’) 제45조 (개정)

현행	개정 의견
제45조(저작권재산권의 양도) ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다.	제45조(저작권재산권의 양도) ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다. (삭제)

2. 법 제101조의3 (개정)

현행	개정 의견
제101조의3(프로그램의 저작재산권의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 2. (중략) 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우 4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우	제101조의3(프로그램의 저작재산권의 제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수, <u>이용허락의 범위</u> 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다. 2. (중략) 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우(<u>교육기관에 판매를 목적으로 제공되는 프로그램의 경우를 제외한다</u>) 4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우(<u>정당하게 취득한 경우에 한한다</u>) <u>④ 제1항 제2호 및 제5호의 경우에 저작권 그 밖에 이 법에 의해 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 제3자의 복제를 방지하는 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.</u> <u><신설></u>

3. 법 제101조의8 (신설)

저작권 일반조항(오픈넷 안)	프로그램 특례조항
제46조의3 (저작자에 대한 공평한 보상) (신설) ① 저작자가 제45조 제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조에 따라 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락하는 경우(유증의 경우는 제외한다), 양도 또는 이용 허락의 대가로 저작자가 받은 보상이 양수인(양수인의 허락을 받은 자를 포함한다) 또는 이용허락을 받은 자(이 자로부터 이용허락을 받은 자를 포함한다)(이하 “양수인 등”)가 저작물의 이용을 통해 얻은 이익에 비해 현저하게 작은 때에는 저작자는 양수인 등에게 공평한 추가 보상을 요구할 수 있고, 양수인 등은 이를 수용하여야 한다. ② 제1항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도할 수 없다(상속은 제외한다). ③ 제1항은 제2관(저작재산권의 제한) 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다. ④ 제1항은 무상의 계약과 일반공중을 상대로 한 이용허락 계약, 컴퓨터 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에도 적용된다.	제101조의8 (저작자에 대한 공평한 보상) (신설) ① <u>프로그램의</u> 저작자가 제45조 제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조에 따라 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락하는 경우(유증의 경우는 제외한다), 양도 또는 이용 허락의 대가로 저작자가 받은 보상이 양수인(양수인의 허락을 받은 자를 포함한다) 또는 이용허락을 받은 자(이 자로부터 이용허락을 받은 자를 포함한다)(이하 “양수인 등”)가 <u>프로그램</u> 저작물의 이용을 통해 얻은 이익에 비해 현저하게 작은 때에는 <u>프로그램의</u> 저작자는 양수인 등에게 공평한 추가 보상을 요구할 수 있고, 양수인 등은 이를 수용하여야 한다. ② 제1항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도할 수 없다(상속은 제외한다). ③ 제1항은 제2관(저작재산권의 제한) 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다. ④ 제1항은 무상의 계약과 일반공중을 상대로 한 이용허락 계약, 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에도 적용된다.

3. 법 제126조의2,3 (신설)

개정시안	비고
제126조의2(징벌적 손해배상) ① 컴퓨터프로그램저작물의 저작재산권자등에 대하여 고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 저작재산권자등의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시하여 영리를 목적으로 상습적으로 권리를 침해한 자는 제125조, 제125조의2, 제126조에 따라 정해진 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다.	이점인 교수의 시안을 변형하여 사용함 악의적 침해자의 경우에 징벌적 손해배상책임을 부담하게 함
② 사용자나 본인 또는 도급인(이하 ‘사용자등’이라 한다)의 업무에 종사하는 피용자나 대리인 또는 수급인(이하 “피용자등”이라 한다)이 그 업무에 관하여 상습적으로 전항의 저작재산권자등에 대하여 고의적이거나 악의적인 침해를 의도하	황희석 변호사의 제2차 시안의 제7조 제1항을 변형하여 사용함 피용자등이 저작권법 상의 손해배

였거나 저작권자등의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시하여 전항에 따라 손해배상책임을 지고 사용자등이 피용자등의 불법행위를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하여 그 행위를 지시, 감독, 승인 또는 추인한 경우, 사용자등은 피용자등과 연대하여 배상책임을 있다. <신 설>	상책임을 질 때 피용자등의 위법행위가 징벌적 손해배상의 요건을 만족하고 사용자등이 피용자등의 불법행위에 대한 감독의무를 소홀히 한 경우 사용자등은 징벌적 손해배상에 대한 연대책임이 있음
③ 제1항 또는 제2항에 따른 책임을 배제하거나 제한하는 특약은 무효로 한다.<신 설>	면책특약의 효력을 제한함
④ 제1항 또는 제2항의 손해배상액을 산정함에 있어 법원은 다음의 사항을 고려하여야 한다. 1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 2. 위법행위로 인하여 저작권자등이 입은 피해규모 3. 위법행위로 인하여 사업자 또는 피용자등이 취득한 경제적 이익 4. 위법행위에 따른 벌금 및 과태료 5. 위법행위의 기간·횟수 등 6. 침해자 또는 사용자등의 재산상태 7. 침해자 또는 사용자등의 피해구제 노력의 정도 8. 침해자 또는 사용자등이 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 과거에 제1항에 따른 손해배상책임을 지는 확정 판결을 받았는지 여부와 그 손해배상액	하도급법 제35조 제3항을 토대로 변형하여 사용함
⑤ 법원은 금전지급의 판결을 선고함에 있어서는 제반 사정을 참작하여 지급의 유예와 분할지급 그 밖에 상당한 방법에 의한 지급을 허락할 수 있다.	손해배상액 지급 판결 선고 시 지급방법에 대한 법관의 재량을 넓게 인정함
제126조의3(소송절차 등) ① 전조의 소송(이하 ‘징벌적 배상소송’이라 한다)은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다. ② 징벌적 배상소송은 제125조부터 제126조, 기타 법률에 따른 손해배상을 청구하는 소와 별도로 제기할 수 없다. ③ 같은 피고를 상대로 한 여러 개의 징벌적 배상소송의 청구권이 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암은 생긴 경우 법원은 변론을 병합하여야 한다. 다만, 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 징벌적 배상소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.	소송절차에 관하여는 지방법원 본원 합의부의 전속관할, 별도의 손해배상소송 제기 금지, 다수 소송의 변론 병합, 변호사강제주의 원칙을 담고 있음

4. 법 제136조, 제140조 (개정)

현행	개정안
제136조(벌칙) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2009.4.22., 2011.6.30., 2011.12.2.> 4. 제124조제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자	제136조(벌칙) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2009.4.22., 2011.6.30., 2011.12.2.> 4. 제124조제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자 (단 제124조 제1항 제3호는 제외한다)(추가)
제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009.4.22., 2011.12.2.> 1. 영리를 목적으로 또는 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호(제124조제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)에 해당하는 행위를 한 경우	제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009.4.22., 2011.12.2.> 1. 영리를 목적으로 또는(삭제) 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호 (제124조제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)(삭제)에 해당하는 행위를 한 경우

부록 2. 일본 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문²¹²⁾

제2조 (정의)

① 이 법률에서, 다음 각 호에 게시하는 용어의 의미는 당해 각 호에서 정하는 바에 의한다.

7의2. 공중송신 : 공중에 의하여 직접 수신되는 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신 [전기통신설비로서, 그 일부분의 설치장소가 다른 부분의 설치장소와 동일한 구내(그 구내가 둘 이상의 자의 점유에 속한 경우에는 동일한 자의 점유에 속하는 구역 내)에 있는 것에 의한 송신 (프로그램저작물의 송신을 제외한다)을 제외한다]을 하는 것을 말한다.

9의4. 자동공중송신 : 공중송신 중, 공중으로부터의 요구에 따라 자동적으로 행하는 것(방송 또는 유선방송에 해당하는 것을 제외한다)을 말한다.

10의2. 프로그램 : 전자계산기를 기능시켜 하나의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 지령을 조합시킨 것으로서 표현한 것을 말한다.

13. 녹음 : 음을 물건에 고정하거나 또는 그 고정물을 증제하는 것을 말한다.

14. 녹화 : 영상을 연속하여 물건에 고정하거나 또는 그 고정물을 증제하는 것을 말한다.

제30조(사적사용을 위한 복제)

① 저작권의 목적으로 되어 있는 저작물(이하 이 관에서 단지「저작물」이라 한다)은 개인적으로 또는 가정 내 기타(이하 「사적사용」이라 한다)을 목적으로 하는 경우는, 다음에 게시하는 경우를 제외하고, 그 사용하는 자가 복제할 수 있다.

1. 공중의 사용에 제공하는 것을 목적으로 설치되어 있는 자동복제기기(복제의 기능을 가지고, 이에 관한 장치의 전부 또는 주요한 부분이 자동화되어 있는 기기를 말한다)를 이용하여 복제하는 경우

2. 기술적 보호수단의 회피[기술적 보호수단으로 이용되고 있는 신호의 제거 또는 개변(기록 또는 송신 방식의 변환에 수반하는 기술적인 제약에 의한 제거 또는 개변을 제외한다)을 행하는 것에 의하여, 당해 기술적 보호수단에 의해 방지되는 행위를 가능하게 하거나 또는 당해 기술적 보호수단에 의해 억지되는 행위의 결과에 장애가 생기지 않도록 하는 것을 말한다. 제120조의2 제1호 및 제2호에서도 같다]에 의하여 가능해지거나 또는 그 결과에 장애가 생기지 않도록 된 복제를, 그 사실을 알면서 행하는 경우

3. 저작권을 침해하는 자동공중송신(국외에서 행해지는 자동공중송신으로, 국내에서 행해졌다면 저작권의 침해가 되어야 하는 것을 포함한다)을 수신하여 행하는 디지털방식의 녹음 또는 녹화를 그 사실을 알면서 행하는 경우

(이하 생략)

제35조(학교 기타의 교육기관에 있어서의 복제 등) ① 학교 기타의 교육기관(영리를 목적으로 설치되어 있는 것을 제외한다)에서 교육을 담당하는 자 및 수업을 받는 자는, 그 수업과정에 있어서의 사용에 제공하는 것을 목적으로 하는 경우에는 필요하다고 인정되는 한도에서, 공표된 저작물을 복제할 수 있다. 다만, 당해 저작물의 종류 및 용도와 그 복제의 부수 및 태양에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 해하는 것으로 되는 경우는 그러하지 아니하다.

② 공표된 저작물에 대하여는 전항의 교육기관에 있어서의 수업과정에서 당해 수업을 직접 받는 자

²¹²⁾ 이하에서 인용한 주요조문은 한국저작권위원회에서 2010년 발간한 “일본 저작권법”에서 발췌하였음을 밝혀둡니다.

에 대하여 당해 저작물을 그 원작품 혹은 복제물을 제공 혹은 제시하여 이용하는 경우 또는 당해 저작물을 제38조 제1항의 규정에 의하여 상연, 연주, 상영 혹은 구술하여 이용하는 경우에는, 당해 수업이 행해지는 장소 이외의 장소에서 당해 수업을 동시에 받는 자에 대해 공중송신(자동공중송신의 경우에 있어서는 송신가능화를 포함한다)할 수 있다. 다만, 당해 저작물의 종류 및 용도와 당해 공중송신의 태양에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 해하는 것으로 되는 경우는 그러하지 아니하다.

(2003년 법 제85호에 의하여 표제, 제1항 일부개정, 제2항 추가)

제36조(시험문제로서의 복제 등) ① 공표된 저작물에 대하여는 입학시험 기타 사람의 학식기능에 관한 시험 또는 검정의 목적상 필요하다고 인정되는 한도에서, 당해 시험 또는 검정 문제로서 복제 또는 공중송신(방송 또는 유선방송을 제외하며, 자동공중송신의 경우에 있어서는 송신가능화를 포함한다. 다음 항에서도 같다)할 수 있다. 다만, 당해 저작물의 종류 및 용도와 당해 공중송신의 태양에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 해하는 것으로 되는 경우는 그러하지 아니하다.

② 영리를 목적으로 전항의 복제 또는 공중송신을 하는 자는 통상의 사용료액에 상당하는 액의 보상금을 저작권자에게 지불하여야 한다.

(2003년 법 제85호에 의하여 표제, 제1항, 제2항 일부개정)

제47조의3(프로그램저작물의 복제물의 소유자에 의한 복제 등)

① 프로그램저작물의 복제물의 소유자는, 스스로 당해 저작물을 전자계산기에서 이용하기 위해 필요하다고 인정되는 한도에서 당해 저작물의 복제 또는 번안(이에 의하여 창작한 2차적저작물의 복제를 포함한다)할 수 있다. 다만, 당해 이용과 관련된 복제물의 사용에 대해 제113조 제2항의 규정이 적용되는 경우는 그러하지 아니하다.

② 전항의 복제물의 소유자가 당해 복제물(동항의 규정에 의하여 작성된 복제물을 포함한다)의 어느 것인가에 대하여 멸실 이외의 사유에 의하여 소유권을 가지지 아니하게 된 후에는, 그 자는, 당해 저작권자의 별단의 의사표시가 없는 한 기타의 복제물을 보존하여서는 아니된다.

제47조의4(보수, 수리 등을 위한 일시적 복제) ① 기록매체내장복제기기[복제의 기능을 가지는 기기로, 그 복제를 기기에 내장하는 기록매체(이하 이 조에서「내장기록매체」라 한다)에 기록하여 하는 것을 말한다. 다음 항에서도 같다]의 보수 또는 수리를 하는 경우에는, 그 내장기록매체에 기록되어 있는 저작물은, 필요하다고 인정되는 한도에서 당해 내장기록매체 이외의 기록매체에 일시적으로 기록하고 당해 보수 또는 수리 후에 당해 내장기록매체에 기록할 수 있다.

② 기록매체내장복제기기에 제조상의 결함 또는 판매에 이르기까지의 과정에서 발생한 고장이 있어서 이를 동종의 기기와 교환하는 경우에는, 그 내장기록매체에 기록되어 있는 저작물은, 필요하다고 인정되는 한도에서 당해 내장기록매체 이외의 기록매체에 일시적으로 기록하고 당해 동종기기의 내장기록매체에 기록할 수 있다.

③ 전 2항의 규정에 의하여 내장기록매체 이외의 기록매체에 저작물을 기록한 자는, 이들 규정에 의한 보수 혹은 수리 또는 교환 후에는 당해 기록매체에 기록된 당해 저작물의 복제물을 보존하여서는 아니된다.

제47조의7(정보해석을 위한 복제 등) 저작물은, 전자계산기에 의한 정보해석(다수의 저작물 기타의 대량의 정보로부터, 당해 정보를 구성하는 언어, 음, 영상 기타의 요소와 관련된 정보를 추출, 비교, 분류 기타의 통계적인 해석을 행하는 것을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 하는 것을 목적으로 하

는 경우에는, 필요하다고 인정되는 한도에서 기록매체에의 기록 또는 번안(이에 의하여 창작한 2차적저작물의 기록을 포함한다)을 할 수 있다. 다만, 정보해석을 하는 자의 이용에 제공하기 위해 작성된 데이터베이스저작물에 대하여는 그러하지 아니하다.

제47조의8(전자계산기에 있어서의 저작물의 이용에 수반하는 복제) 전자계산기에 있어서 저작물을 당해 저작물의 복제물을 사용하여 이용하는 경우 또는 무선통신 혹은 유선전기통신의 송신이 되는 저작물을 당해 송신을 수신하여 이용하는 경우(이들 이용 또는 당해 복제물의 사용이 저작권을 침해하지 아니하는 경우에 한한다)에는, 당해 저작물은 이들 이용을 위한 당해 전자계산기에 의한 정보처리의 과정에 있어서, 당해 정보처리를 원활하고 효율적으로 하기 위해 필요하다고 인정되는 한도에서, 당해 전자계산기의 기록매체에 기록할 수 있다.

제113조(침해로 보는 행위) ① 다음에 게시하는 행위는 당해 저작인격권, 저작권, 출판권, 실연자인격권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 본다.

1. 국내에서 배포할 목적으로, 수입시에 국내에서 작성하였다면 저작인격권, 저작권, 출판권 또는 저작인접권의 침해로 될 행위에 의해 작성된 물건을 수입하는 행위
2. 저작인격권, 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해하는 행위에 의해 작성된 물건(전호의 수입과 관련된 물건을 포함한다)을 정을 알고 배포, 배포 목적으로 소지 혹은 배포하는 취지의 신청을 하거나 또는 업으로서 수출하거나 혹은 업으로서의 수출의 목적으로 소지하는 행위

② 프로그램저작물의 저작권을 침해하는 행위에 의해 작성된 복제물(당해 복제물의 소유자에 의해 제47조의3 제1항의 규정에 의하여 작성된 복제물과 전항 제1호의 수입과 관련된 프로그램저작물의 복제물 및 당해 복제물의 소유자에 의해 동조 제1항의 규정에 의하여 작성된 복제물을 포함한다)을 업무상 전자계산기에서 사용하는 행위는, 이들 복제물을 사용하는 권원을 취득한 때에 정을 알고 있었던 경우에 한하여 당해 저작권을 침해하는 행위로 본다.

(하략)

제114조(손해액의 추정 등) ① 저작권자, 출판권자 또는 저작인접권자(이하 이 항에서「저작권자 등」이라 한다)가 고의 또는 과실에 의하여 자신의 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해한 자에게 그 침해에 의하여 자신이 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 있어서, 그 자가 그 침해행위에 의해 작성된 물건을 양도하거나 또는 그 침해행위를 조성하는 공중송신(자동공중송신의 경우에 있어서는 송신가능화를 포함한다)을 한 경우는, 그 양도한 물건의 수량 또는 그 공중송신이 공중에 의해 수신되는 것에 의하여 작성된 저작물 혹은 실연 등의 복제물(이하 이 항에서「수신복제물」이라 한다)의 수량(이하 이 항에서「양도 등 수량」이라 한다)에 저작권자 등이 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건(수신복제물을 포함한다)의 단위수량 당의 이익의 액을 곱하여 얻은 액을 저작권자 등의 당해 물건과 관련된 판매 기타의 행위를 할 능력에 따른 액을 넘지 아니하는 한도에서, 저작권자 등이 받은 손해의 액으로 할 수 있다. 다만, 양도 등 수량의 전부 또는 일부에 상당하는 수량을 저작권자 등이 판매할 수 없다고 하는 사정이 있는 경우는, 당해 사정에 상당하는 수량에 따른 액을 공제하는 것으로 한다.

② 저작권자, 출판권자 또는 저작인접권자가 고의 또는 과실에 의하여 그 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해한 자에게 그 침해에 의하여 자신이 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 있어서, 그 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받고 있는 경우는 그 이익의 액은 당해 저작권자, 출판권자 또는 저작인접권자가 받은 손해의 액으로 추정한다.

③ 저작권자 또는 저작인접권자는 고의 또는 과실에 의하여 그 저작권 또는 저작인접권을 침해한 자에게 그 저작권 또는 저작인접권의 행사에 대해 받아야 하는 금전의 액에 상당하는 액을 자신이 받은 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다.

④ 전항의 규정은 동항에 규정하는 금액을 넘는 손해배상의 청구를 방해하지 아니한다. 이 경우에 있어서, 저작권 또는 저작인접권을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없었던 경우는, 법원은 손해배상의 액을 정함에 대하여 이를 참작할 수 있다.

제114조의5(상당한 손해액의 인정) 저작권, 출판권 또는 저작인접권의 침해와 관련된 소송에 있어서, 손해가 발생한 것이 인정되는 경우에 있어서 손해액을 입증하기 위해 필요한 사실을 입증하는 것이 당해 사실의 성질상 극히 곤란한 경우는, 법원은 구두변론의 전 취지 및 증거조사의 결과에 근거하여, 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

제119조 ① 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해한 자[제30조 제1항(제102조 제1항에 있어서 준용하는 경우를 포함한다)에 정하는 사적사용의 목적으로 스스로 저작물 혹은 실연 등의 복제를 한 자, 제113조 제3항의 규정에 의하여 저작권 혹은 저작인접권(동조 제4항의 규정에 의하여 저작인접권으로 간주되는 권리를 포함한다. 제120조의2 제3호에서 같다)을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자, 제113조 제5항의 규정에 의하여 저작권 혹은 저작인접권을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자 또는 다음 항 제3호 혹은 제4호에서 게시하는 자를 제외한다]는, 10년 이하의 징역 혹은 1,000만엔 이하의 벌금에 처하거나 또는 이를 병과한다.

② 다음 각 호의 어느 것인가에 해당하는 자는, 5년 이하의 징역 혹은 500만엔 이하의 벌금에 처하거나 또는 이를 병과한다.

1. 저작인격권 또는 실연자인격권을 침해한 자(제113조 제3항의 규정에 의하여 저작인격권 또는 실연자인격권을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자를 제외한다)
2. 영리를 목적으로 제30조 제1항 제1호에 규정하는 자동복제기기를 저작권, 출판권 또는 저작인접권의 침해가 되는 저작물 또는 실연 등의 복제에 사용하게 한 자
3. 제113조 제1항의 규정에 의하여 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자
4. 제113조 제2항의 규정에 의하여 저작권을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자

제120조의2 다음 각 호의 어느 것인가에 해당하는 자는, 3년 이하의 징역 혹은 300만엔 이하의 벌금에 처하거나 또는 이를 병과한다.

1. 기술적 보호수단의 회피를 하는 것을 오로지 그 기능으로 하는 장치(당해 장치의 부품일식으로, 용이하게 조립할 수 있는 것을 포함한다) 혹은 기술적 보호수단의 회피를 하는 것을 오로지 그 기능으로 하는 프로그램의 복제물을 공중에 양도 혹은 대여, 공중에 양도 혹은 대여의 목적으로 제조, 수입 혹은 소지 혹은 공중의 사용에 제공 또는 당해 프로그램을 공중송신 혹은 송신가능화한 자
2. 업으로 공중으로부터의 요구에 따라 기술적 보호수단의 회피를 한 자
3. 영리를 목적으로 제113조 제3항의 규정에 의하여 저작인격권, 저작권, 실연자인격권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자
4. 영리를 목적으로 제113조 제5항의 규정에 의하여 저작권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 간주되는 행위를 한 자

부록 3. 독일 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문²¹³⁾

제2조(보호저작물)

① 보호되는 문학, 학술 및 예술저작물에는 특히 다음 각 호의 것이 해당된다.

1. 문자저작물, 연설 및 컴퓨터프로그램과 같은 어문저작물
(하략)

제19조a(공중전달권)

공중전달권이란 공중이 선택한 장소 및 시간에 접근할 수 있는 방법으로 유선이든 무선이든 저작물을 공중에게 전달하는 권리이다.

제31조(용익권의 부여)

- ① 저작자는 타인에게 저작물을 개별적인 혹은 모든 이용방식으로 이용시키는 권리를 부여할 수 있다(용익권). 용익권은 비배타적인 혹은 배타적인 권리로, 아울러 지역적, 시간적으로 혹은 내용적으로 제한되어 부여될 수 있다.
- ② 비배타적 용익권은 그 권리자에게 자신에게 허용된 방식으로, 타인에 의한 이용이 배제되지 않고, 저작물을 이용할 권한을 가지도록 한다.
- ③ 배타적 용익권은 그 권리자에게 자신에게 허용된 방식으로 여타 모든 자를 배제하여 저작물을 이용하거나 용익권들을 부여하는 권한을 가지도록 한다. 저작자에 의한 당해 저작물의 이용이 유보된다고 정해질 수 있다. 제35조는 이로 인하여 영향받지 않는다.
- ④ (삭제됨)
- ⑤ 용익권의 부여시 이용의 종류가 개별, 명시적으로 표시되지 않으면, 이용의 방식이 미치는 범위는 양 당사자에 의하여 기초가 된 계약의 목적에 의하여 결정된다. 이상은, 용익권이 부여되었는지의 여부, 비배타적 혹은 배타적인 용익권이 부여되었는지의 여부, 용익권과 금지권이 미치는 범위의 문제 및 어떠한 제한에 용익권이 따르는가의 문제에 준용된다.

제31조a(아직 알려지지 않은 종류의 이용에 관한 계약)

- ① 저작자가 아직 알려지지 않은 종류의 이용을 위하여 권리 혹은 의무가 부여되는 계약은 서면을 필요로 한다. 저작자가 모든 사람을 위한 단순한 용익권을 무상으로 부여한다면, 위 서면은 필요하지 않다. 저작자는 이러한 권리나 의무의 부여행위를 철회할 수 있다. 위 철회권은 상대방이 새로운 종류의 저작물이용의 수용의도에 관한 통보를 자신에게 알려진 저작자의 최근 주소로 발송한 후 3개월이 지나면 소멸한다.
- ② 위 철회권은, 당사자들이 새로운 종류의 이용의 알려진 후 제32조c제1항에 따른 보수에 합의하였다면, 제외된다. 위 철회권은, 당사자들이 공동보수규칙에 따른 보수에 합의하였다면, 또한 제외된다. 위 철회권은 저작자가 사망하면 소멸한다.
- ③ 전체 저작물들 혹은 기고들이 새로운 종류의 이용에 상당한 방식으로 이용되는, 여러 저작물들 혹은 기고들을 전체로 모은다면, 저작자는 철회권을 신의성실에 반하여 행사할 수 없다.
- ④ 제1항 내지 제3항에 의한 권리들은 사전에 포기될 수 없다.

213) 이하에서 인용한 주요조문은 한국저작권위원회에서 2010년 발간한 “독일 저작권법”에서 발췌하였음을 밝혀둡니다.

제32조(상당한 보수)

- ① 저작자는 용익권의 부여 및 저작물 이용을 위한 승낙에 대하여 계약상 합의된 보수를 구할 청구권을 갖는다. 보수액이 정해지지 않으면, 상당한 보수가 합의된 것으로 본다. 합의된 보수가 상당하지 않은 한도에서, 저작자는 자신의 계약상대방으로 하여금 저작자에게 상당한 보수가 보장되도록, 당해 계약 변경에 동의하도록 요구할 수 있다.
- ② 공동의 보수규칙(제36조)에 따라 조사된 보수는 상당하다. 그 이외에 계약체결시 영업거래상 부여된 이용가능성의 종류 및 범위에 따라, 특히 이용의 기간 및 시점에 따라, 통상적이며 공정하도록 제반 사정을 고려하여 정해질 수 있는 바에 상응한다면 보수는 상당하다.
- ③ 계약상대방은 제1항 및 제2항과 상이한 합의를 저작자에게 불리하도록 원용할 수 없다. 제1문에 표시된 조항은 여타 다른 모습을 통하여 회피되는 경우에도 적용된다. 그러나 저작자는 무상으로 모두를 위하여 비배타적 용익권을 부여할 수 있다.
- ④ 자신의 저작물을 이용하기 위한 보수가 단체협약으로 정해지는 한도에서 저작자는 제1 제3문에 따른 청구권을 갖지 않는다.

제32조a(저작자의 계속된 관여)

- ① 저작자가 타인에게 용익권을 부여할 때에 약정된 반대급부가 저작자와 위 타인과의 모든 관계에 비추어 저작물의 이용으로부터 발생하는 수익이나 이득에 비하여 현저히 불균형한 상태로 이르도록 되어 있는 경우에는, 위 타인은 저작자의 요구에 따라 위 수익이나 이익에 관하여 저작자에게 상황에 따른 상당한 분배가 보장되도록 당해 계약의 변경에 승낙할 의무가 있다. 계약의 상대방이 목표된 수익이나 이득의 수액을 예상하였는지의 여부 혹은 예상할 수 있었는지의 여부는 중요하지 않다.
- ② 계약의 상대방이 용익권을 양도하였거나 부차 용익권을 부여하였고 제3자의 수익이나 이익으로부터 현저히 불균형한 상태가 생기면, 제3자는 연속이용허락에서 계약상의 관계를 고려하여 제1항의 기준에 따라 저작자에게 직접적으로 책임을 진다. 계약 상대방의 책임은 제외된다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 청구권은 사전에 포기될 수 없다. 이에 대한 기대권은 강제집행의 대상이 아니다. 위 기대권에 관한 처분은 효력이 없다; 기대권에 관한 처분은 무효이다. 그러나 저작자는 모든 사람을 위한 단순한 용익권을 무상으로 부여할 수 있다.
- ④ 보수가 공동 보수규칙(제36조)에 따르거나 단체협약으로 결정되며 명시적으로 제1항에 따른 경우를 위한 계속적인 상당 분배를 의도하는 한도에서 저작자는 제1항에 의한 청구권을 갖지 않는다.

제32조b(강행규정)

제32조 및 제32조a는 다음의 경우 강행규정이다.

1. 준거법을 정하지 않은 용익계약에 독일법이 적용될 수 있거나
2. 계약의 대상이 본 법의 지역적 적용범위 내에서 기준이 되는 이용행위인 경우

제32조c(나중에 알려진 종류의 이용을 위한 보수)

- ① 상대방이 계약체결시 합의하였지만, 아직 알려지지 않은 제31조a에 따른 새로운 종류의 저작물 이용을 받아들이면, 저작자는 별도의 보수청구권을 갖는다. 제32조제2항 및 제4항이 준용된다. 상대방은 저작자에게 새로운 종류의 저작물이용의 수용에 관해 지체없이 알려야 한다.
- ② 상대방이 용익권을 제3자에게 양도했다면, 그 제3자는 제1항에 따른 새로운 종류의 저작물이용에 따른 보상을 책임진다. 상대방의 책임은 제외된다.
- ③ 제1항 및 제2항의 권리는 사전에 포기될 수 없다. 그러나 저작자는 모든 사람을 위한 단순한 용

익권을 무상으로 부여할 수 있다.

제37조(용익권 부여에 관한 계약)

- ① 저작자가 타인에게 저작물에 관한 용익권을 부여하는 경우 의심스러운 때에는 저작물의 개작물의 공표 혹은 그 이용에 관한 동의가 저작자에게 유보된다.
- ② 저작자가 타인에게 저작물의 복제에 관한 용익권을 부여하는 경우에 의심스러운 때에는 저작물을 녹화물 혹은 녹음물에 복사하는 권리가 저작자에게 유보된다.
- ③ 저작자가 타인에게 저작물의 공개 재현을 위한 용익권을 부여하는 경우에 의심스러운 때에는 정하여진 장소 외에서 화면, 확성기 혹은 이와 유사한 기술장치를 통하여 위 재현물을 공개 감지하도록 하는 권한이 위 타인에게 주어지지 아니한다.

제40조(장래의 저작물에 관한 계약)

- ① 상세히 정해지지 아니하거나 오직 종류에 의하여 정해지는 장래의 저작물에 대하여 저작자가 용익권을 부여하도록 의무를 부담하는 계약은 서면에 의한 형식을 요한다. 위 계약은 계약 체결 후 5년이 지나면 양 당사자에 의해 해지될 수 있다. 위 해지의 고지기간은 더 짧은 기간이 합의되지 아니하는 한 6개월이다.
- ② 위 해지권은 사전에 포기될 수 없다. 여타 계약상 혹은 법률상의 해지권은 이로 인하여 영향 받지 아니한다.
- ③ 계약을 이행함에 있어서 장래 저작물의 용익권이 부여되어 있는 경우, 위 계약이 종료됨으로써 종료 당시 아직 인도되어 있지 아니하는 저작물에 관한 처분은 효력이 없다.

제41조(불행사를 이유로 하는 철회권)

- ① 배타적 용익권자가 자신의 권리를 행사하지 아니하거나 불충분하게 행사하여 이로 인하여 저작자의 정당한 이익이 현저하게 침해되는 경우에는 저작자는 위 용익권의 부여를 철회할 수 있다. 위 용익권의 불행사 혹은 불충분한 행사가 저작자에게 돌릴 수 있는 사정에 주로 기인하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 위 철회권은 용익권의 부여 혹은 이전 후 또는 당해 저작물의 인도가 이보다 늦은 경우 그 인도 후 2년 이내에는 행사될 수 없다. 위 기간은 신문에의 기고에는 3개월, 월간지이거나 이보다 더 짧은 간격으로 발행되는 잡지에의 기고에는 6개월, 여타 잡지에의 기고에는 1년이다.
- ③ 위 철회의 의사는 저작자가 용익권자에게 철회를 고지하여 용익권의 충분한 행사를 위한 상당한 유예기간이 정해진 후에야 표시될 수 있다. 위 용익권의 행사가 그 권리자에게 불가능하거나 동인으로부터 거절되었거나 혹은 유예기간을 부여함으로써 저작자의 월등한 이익이 위험하게 된다면 유예기간의 결정을 요하지 아니한다.
- ④ 위 철회권은 사전에 포기될 수 없다. 그 행사가 사전에 5년을 초과하여 배제될 수 없다.
- ⑤ 위 용익권은 위 철회권의 효력 발생과 더불어 소멸한다.
- ⑥ 저작자는 형평에 부합하며 또한 그 한도에서 관계인에게 보상하여야 한다.
- ⑦ 여타 법률 조항에 의한 관계인의 권리 및 청구권은 이로 인하여 영향 받지 아니한다.

제42조(확신의 변경을 이유로 하는 철회권)

- ① 저작자는 저작물이 더 이상 자신의 확신에 부합되지 아니하며 이로 인하여 저작물의 이용이 저작자에게 기대될 수 없다면 용익권의 부여를 그 권한을 가지는 자로부터 철회할 수 있다. 저작자의

권리승계인(제30조)은 당해 저작자가 사망하기 전에 위 철회의 권한이 있었지만 철회의 의사표시가 방해되었거나 혹은 위 승계인이 최후로 위 권능을 가지게 되었음을 증명한 후에야 위 철회의 의사를 표시할 수 있다.

② 위 철회권은 사전에 포기될 수 없다. 그 행사는 배제될 수 없다.

③ 저작자는 용익권자에게 상당한 보상을 하여야 한다. 위 보상은 적어도 용익권자가 철회의 의사표시가 행해진 때까지 지출한 비용을 전보하여야 한다. 그러나 이미 행해진 용익으로 인한 부분의 비용은 제외된다. 위 철회는 저작자가 위 비용을 보상하거나 이를 위한 담보를 제공한 후에야 효력이 있다. 용익권자는 위 철회의 의사가 표시된 후 3개월 이내에 저작자에게 위 비용을 통고하여야 한다. 위 용익권자가 이 의무를 이행하지 아니하면 위 철회는 위 기간이 경과함으로써 효력이 있다.

제46조(교회, 학교, 혹은 수업에 사용되기 위한 편집물)

① 공표 후에 편집물로 수록되어 많은 저작자의 저작물이 모여져 그 성질상 단지 학교에서의 수업, 비영리 교육 및 재교육시설 혹은 직업교육이거나 교회에서 사용되는 경우, 편집물의 구성부분으로서, 저작물의 일부분, 근소한 범위의 어문저작물 혹은 음악저작물, 개개의 미술저작물, 혹은 개개의 사진저작물의 복제, 배포 및 공중전달은 허용된다. 학교의 수업에 사용하기 위한 저작물의 공중전달에는 항상 권리자의 승낙이 있어야 허용된다. 그 복제본에 혹은 공중전달시에 편집물의 목적이 명시되어야 한다.

② 제1항은 음악저작물에는 음악학교 이외의 학교에서 음악수업을 위한 편집물로 수록되는 경우에만 적용된다.

③ 제1항에 의한 권한을 행사할 의사를 저작자에게 혹은 저작자의 주소 혹은 거소가 알려지지 아니한 때에는 전속 용익권자에게 등기우편으로 통지하고, 그 통지가 송부된 후 2주일이 경과하여야 비로소 복제 혹은 공중전달이 시작될 수 있다. 전속 용익권자의 주소 혹은 거소가 알려지지 아니한 때에는, 그 통지는 연방관보에 공표함으로써 행해질 수 있다.

④ 제1항, 제2항에서 허용되는 이용에 관하여는 저작자에게 상당한 보상이 지급되어야 한다.

⑤ 저작물이 더 이상 저작자의 확신에 부합하지 아니하여 그 이상 당해 저작물의 이용이 저작자로부터 기대될 수 없게 되고 이로 인하여 저작자가 기존의 용익권 부여를 철회한 경우에는(제42조), 저작자는 제1항, 제2항에서 허용되는 이용행위를 금할 수 있다. 제136조제1항 및 제2항의 규정이 준용된다.

제52조a(수업 및 연구를 위한 공중전달)

① 다음 각 호의 공중전달은 각각의 목적에 이바지하며, 상업적 목적을 추구하지 않도록 정당화되는 한도에서 허용된다.

1. 특정 범주의 수업참가자들만을 위한 학교, 대학교, 비영리목적의 교육, 재교육 시설 및 직업교육 시설에서 수업의 설명을 위하여 공표된 저작물의 작은 부분, 사소한 범위의 저작물 및 신문 혹은 잡지로부터 개개 기고들의 공중전달

2. 자신의 학술 연구를 위한 특정 범주의 사람들을 위하여 공표된 저작물의 작은 부분, 사소한 범위의 저작물 및 신문 혹은 잡지로부터 개개 기고들이 공중전달

② 학교에서 수업용으로 특정된 저작물의 공중전달은 항상 권한 있는 자의 동의를 얻은 경우에만 허용된다. 영상저작물의 공중전달은 본법의 적용범위의 영화관에서 통상적인 정규이용이 시작된 후 2년이 경과되기 전에는 항상 권한 있는 자의 동의를 얻은 경우에만 허용된다.

③ 제1항의 경우 공중전달에 필요한 복제도 허용된다.

④ 제1항에 따른 공중전달을 위하여 상당한 보상이 지급되어야 한다. 그 청구권은 관리단체를 통해서만 행사될 수 있다.

제53조(사적 사용 및 여타 개인적 사용을 위한 복제)

① 사적 사용을 위하여 자연인이 저작물을 임의의 매체로 개개 복제하는 행위는, 직간접적으로 영리 목적이 아니며 복제를 위해 명백하게 위법 제작된 모형이 사용되지 않는 한도 내에서 허용된다. 복제할 권능이 있는 자는, 무상으로 행해지거나 종이 혹은 임의적인 사진기술적인 절차나 여타 유사한 효과가 있는 절차를 이용한 유사 매체로의 복제가 행해지는 한도에서, 복제본이 또한 타인에 의하여 작성되도록 할 수 있다.

② 다음 각 호의 사용을 위하여 저작물의 개개 복제본을 작성하거나 작성되도록 하는 것은 허용된다.

1. 개인적인 학술상의 사용을 위하여, 이 목적으로 복제가 행해지며 영업 목적이 없는 한도에서
2. 개인적인 기록보존에 수록하기 위하여, 이 목적으로 복제가 행해지며 복제를 위한 모형으로 개인적으로 소장한 원본이 이용되는 한도에서
3. 방송을 통하여 방송된 저작물과 관련하여, 시사문제에 관한 개인적인 보고를 위하여

(중략)

⑥ 복제본은 배포될 수 없으며, 공개 재현되도록 이용될 수 없다. 그러나 신문 및 절판된 저작물로부터 적법하게 작성된 복제본 및 복제모형은 대여될 수 있는데, 복제모형에서 약간 손상되거나 소멸된 부분은 복제본으로 대체될 수 있다.

(하략)

제8절 컴퓨터 프로그램을 위한 특별 규정

제69조a(보호의 대상)

① 본법상 컴퓨터프로그램이란 초안자료를 포함한 모든 형태의 프로그램이다.

② 인정되는 보호는 컴퓨터프로그램의 모든 표현 형태에 관하여 적용된다. 접속 부분에 기본이 되는 생각 및 원칙을 포함하여, 컴퓨터프로그램의 요소에 기본이 되는 생각 및 원칙은 보호되지 않는다.

③ 컴퓨터프로그램이 보호되는 것은 저작자 자신의 정신적인 창작의 성과물이라는 의미에서 개별적인 저작물이 나타나게 되는 경우이다. 여타 기준, 특히 질적 혹은 미적인 것은 그 보호 여부를 정함에 있어서 적용되지 않는다.

④ 본절에서 달리 규정되어 있지 않은 한, 어문저작물에 통하는 규정은 컴퓨터프로그램에도 적용된다.

⑤ 제95조a 내지 제95조d는 컴퓨터프로그램에는 적용하지 않는다.

제69조b(근로 및 고용관계상의 저작자)

① 컴퓨터프로그램이 근로자에 의하여 자신의 임무를 행하거나 사용주의 지시를 받아 창작된 것이라면, 달리 합의되지 않는 한, 사용주는 당해 컴퓨터프로그램상 제반의 재산권적 권능을 행사할 배타적인 권한을 가진다.

② 제1항은 고용관계에 준용된다.

제69조c(동의를 필요로 하는 행위)

권리보유자는 다음의 행위를 하거나 허락할 배타적인 권리를 가진다.

1. 전체 혹은 부분적인, 모든 수단, 형식으로 행해지는 컴퓨터프로그램의 계속적이거나 일시적인 복제. 컴퓨터프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송, 또는 저장을 위하여 복제를 필요로 한다면, 이러한 행위에는 권리보유자의 승낙을 필요로 한다.
2. 컴퓨터프로그램의 번역, 편집, 각색 및 여타 변형 행위와 그 목표된 성과물의 복제. 프로그램을 편집한 자의 권리는 이로 인하여 영향 받지 않는다.
3. 모든 형식인 컴퓨터프로그램 원본의 혹은 그 복제본의 대여를 포함한 배포. 권리보유자의 동의를 얻어 컴퓨터프로그램 복제본이 유럽연합의 영역 또는 유럽경제지역에 관한 조약의 회원국 내에서 판매의 방법으로 거래에 제공되었다면, 이러한 복제본에 관한 배포권은 소멸하되 대여권은 예외이다.
4. 공중이 선택한 장소 및 시간에 접근할 수 있도록 하는 공중전달을 포함하여 컴퓨터프로그램의 유·무선 공개 재현.

제69조d(동의를 필요로 하는 행위의 예외)

- ① 계약상 별도의 약정이 없는 한, 컴퓨터프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자를 통하여 하자보수를 포함한 프로그램의 용법에 따른 사용을 위하여 필요로 된다면 제69조c제1,2호에 거론된 행위에 권리자의 동의를 필요로 하지 않는다.
- ② 프로그램을 이용할 권한이 있는 자를 통한 보존본의 작성, 당해 보존행위가 앞으로의 이용을 위하여 필요하다면, 계약상 거부될 수 없다.
- ③ 그 권한이 있는 자에 의한 프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송 및 저장을 위한 행위를 통한 것이라면, 프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자는 권리자의 동의가 없이도 프로그램의 기본이 되는 생각 및 원칙을 조사하기 위하여 당해 프로그램의 기능을 관찰, 연구, 혹은 시험할 수 있다.

제69조e(역컴파일링)

- ① 독립적으로 창작되는 컴퓨터프로그램이 다른 프로그램과 호환되도록(서로 이용될 수 있도록) 하는 데 필요한 정보를 얻기 위하여, 다음 각 호의 조건이 이행되는 한도에서, 제69조c제1, 2호의 의미에서 코드 복제 및 코드형태의 번역이 불가피하다면 권리보유자의 동의를 필요로 하지 않는다.
 1. 사용허락을 받은 자에 의하거나 여타 프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자 혹은 이 점에 관해 대리권이 부여된 자의 이름으로 행하여지며
 2. 호환되기 위하여, 필요로 되는 정보가 제1호에서 거론된 자들을 위하여 아직 용이하게 접할 수 없으며
 3. 호환되기 위하여, 필요로 되는 원래의 프로그램상의 부분에 국한하는 것이다.
- ② 제1항에 따라 얻어진 정보는 다음 각 호로 이용될 수 없다.
 1. 독립적으로 창작되는 프로그램상 호환 이외의 목적으로 이용되는 행위
 2. 제3자에게 재교부되는 행위. 단, 독립적으로 창작되는 프로그램이 호환되기에 필요한 경우는 예외이다.
 3. 프로그램의 개발, 작성, 혹은 시장화에 있어서 본질적으로 유사한 표현형태이거나 기타다른 점으로 저작권을 침해하도록 이용되는 행위
- ③ 제1, 2항이 적용됨으로써 저작물의 통상적인 이용을 침해하거나 권리보유자의 적법한 이익을 부

당하게 침해하도록 동 조항들이 해석될 수 없다.

제69조f(권리 침해)

- ① 권리보유자는 위법하게 작성, 배포되거나 혹은 위법한 배포목적의 복제본이 폐기될 것을 그 소유자 혹은 점유자에게 주장할 수 있다. 제98조제3, 4항이 준용된다.
- ② 제1항은 프로그램 보호기능의 무단제거 혹은 회피를 용이하게 하는 데에만 용도가 있는 수단에 준용된다.

제69조g(여타 법 조항의 적용: 계약권)

- ① 본절의 조항은 컴퓨터프로그램의 여타 법 조항의 적용을, 특히 발명, 반도체 제품의 회로, 상표 및 영업상, 경영상 비밀의 보호를 포함한 부정경쟁에 대한 보호와 채권법적인 약정을 방해하지 않는다.
- ② 제69조d제2, 3항 및 제69조e에 반하는 계약 조항은 무효이다.

제97조(중지 및 손해배상 청구권)

- ① 저작권 혹은 본법상 보호되는 여타 권리를 위법하게 침해한 자에 대하여 피해자는 침해의 배제를, 반복할 위험이 있는 경우에는 침해의 중지를 청구할 수 있다. 위반행위가 최초로 우려되는 경우에도 중지청구권은 존재한다.
- ② 고의 또는 과실이 있는 행위를 행한 자에게, 피해자에게 그로 인하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 손해액을 정하는 데에는 가해자가 권리의 침해로 얻은 이득기 고려될 수 있다. 손해배상청구권은, 침해자가 침해된 권리를 이용하기 위해 허락을 받았다면, 상당한 이용료로 지급하였어야 하는 액수를 기초로 손해배상청구권이 계산될 수 있다. 저작자, 학술출판물의 작성자(제70조), 사진가(제72조) 및 실연예술가(제73조)는 가해자에게 재산적 손해 이외의 손해를 이유로, 형평에 합치되며 또한 그 범위 내에서, 금전에 의한 배상을 청구할 수 있다.

제100조(배상)

가해자에게 고의 혹은 과실이 없다면, 제97조 및 제98조에 의한 청구권이 이행됨으로써 피해자에게 비례에 어긋난 중대한 손해가 발생하고 피해자를 위한 금전으로의 구제가 부당하지 아니한 경우, 가해자는 피해자에게 제97조 및 제98조에 의한 청구권을 적용함에 있어서 금전으로 배상할 수 있다. 배상으로서 계약에 따른 권리가 부여될 경우 그 보수로 정해졌을 금액이 지급된다. 배상이 지급됨으로써 피해자는 통상적인 범위에서 이용을 위한 승낙을 해준 것으로 본다.

제106조(보호저작물의 무단 이용)

- ① 법률상 허용된 경우 이외에 권한이 있는 자의 승낙 없이 저작물, 저작물의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개재현하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금으로 처벌한다.
- ② 미수는 처벌한다.

제108조(인접보호권의 무단 침해)

- ① 법률상 허용된 경우 이외에 권한이 있는 자의 승낙을 얻지 아니한 다음 각 호의 행위자는 3년 이하의 징역 혹은 벌금으로 처벌한다.
1. 학술적 출판물(제70조) 혹은 이와 같은 출판물의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개 재

현하는 자

2. 사후 저작물 혹은 이와 같은 사후 저작물의 개작물 또는 변형물을 제71조에 반하여 이용하는 자
3. 사진(제72조) 혹은 사진의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개재현하는 자
4. 실연자의 실연을 제77조 제1항 또는 제2항, 제78조 제1항에 반하여 이용하는 자
5. 음반을 제85조에 반하여 이용하는 자
6. 방송물을 제87조에 반하여 이용하는 자
7. 녹화물 또는 녹음-녹화물을 제94조에 반하여 이용하는 자
8. 제87조 b 제1항에 반하여 데이터베이스를 이용하는 자

② 미수는 처벌한다.

제108조a(영업적인 무단 이용)

① 제106조 내지 제108조의 경우에 영업적으로 행하는 자는 5년 이하의 징역 혹은 벌금으로 처벌한다.

② 미수는 처벌한다.

제109조(고소)

제106조 내지 제108조 및 제108조b의 경우 고소가 있어야 벌한다. 형사소추관청이 형사처벌에의 특수한 공공 이익을 이유로 직권에 의한 개입이 명해지는 경우에는 예외로 한다.

부록 4. 미국 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문²¹⁴⁾

제106조 저작물에 대한 배타적 권리

제107조 내지 제122조의 규정에 따를 것을 조건으로, 이 편 법전에 따라 저작권자는 다음의 어느 것을 하거나 이를 허락할 수 있는 배타적 권리를 가진다.

- (1) 보호되는 저작물의 복제물이나 음반을 복제;
- (2) 보호되는 저작물을 기초로 2차적저작물을 작성;
- (3) 보호되는 저작물의 복제물이나 음반을 판매 또는 그 밖에 소유권의 이전, 또는 대여, 리스, 또는 대출에 의하여 공중에게 배포;
- (4) 어문, 음악, 연극 및 무용저작물, 무언극, 그리고 영화와 그 밖의 시청각저작물의 경우에, 보호되는 저작물을 공연;
- (5) 영화와 그 밖의 시청각저작물의 개별 영상을 포함한, 어문, 음악, 연극 및 무용저작물과 무언극 및 회화, 그래픽 또는 조각저작물의 경우에, 보호되는 저작물을 공개 전시; 그리고
- (6) 녹음물의 경우에, 디지털 오디오 송신에 의하여 보호되는 저작물을 공연.

제107조 배타적 권리에 대한 제한: 공정사용

제106조와 제106조의 A의 규정에도 불구하고, 비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등의 목적을 위하여 보호되는 저작물을 복제물이나 음반으로 복제하거나 또는 제106조와 제106조의 A에서 규정한 그 밖의 방법으로 이용하는 경우를 포함하여 공정사용하는 것은 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 어떤 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서 참작하여야 할 요소에는 다음 사항이 포함되어야 한다.

- (1) 그 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등, 그 사용의 목적과 성격;
- (2) 보호되는 저작물의 성격;
- (3) 사용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성; 그리고
- (4) 그 사용이 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향.

위의 모든 요소를 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 미발행되었다는 사실 자체는 공정사용이라는 결정을 방해하지 못한다.

제110조 배타적 권리에 대한 제한: 특정 실연과 전시에 대한 면책

제106조의 규정에도 불구하고, 다음은 저작권의 침해가 되지 아니한다.

- (1) 교사나 학생이 교실이나 또는 교육을 위하여 사용되는 유사한 장소에서 비영리 교육기관의 대면(face-to-face) 교육활동 과정에서 어떤 저작물을 실연하거나 전시하는 것. 다만, 영화나 그 밖의 시청각저작물의 경우에 그 실연 또는 개별 화면의 전시가 이 편 법전에 따라 불법적으로 제작되었고, 그 실연에 대하여 책임이 있는 사람이 이 사실을 알았거나 알았다고 믿을 만한 이유가 있는 복

²¹⁴⁾ 이하에서 인용한 주요조문은 한국저작권위원회에서 2010년 발간한 “미국 저작권법”에서 발췌하였음을 밝혀둡니다.

제물에 의하여 이루어지는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 다음의 경우에, 디지털 네트워크를 통하여 송신되는 중개된 교육활동의 일부로서 실연 또는 전시될 것을 일차적인 목적으로 제작되거나 판매되는 저작물, 또는 이 편 법전에 따라 불법적으로 제작되었거나 취득되었고 송신하는 정부기구나 인가된 비영리 교육기관이 이를 알았거나 알만한 이유가 있는 복제물이나 음반에 의하여 이루어지는 실연이나 전시를 제외하고, 송신에 의하여 또는 송신 과정 중에 비연극적 어문저작물이나 음악저작물을 실연하거나 또는 그 밖의 다른 저작물의 합리적이고 제한적인 부분을 실연하거나 또는 저작물을 실제 수업과정에서 전형적으로 전시되는 것에 상응한 양만큼 전시하는 것-

(A) 그 실연이나 전시가 정부기구나 인가된 비영리 교육기관의 체계적인 중개된 교육활동의 정규적인 일부로서 제공되는 학교 교육의 통합된 일부로서 교사의 지시에 따라 또는 실제 감독 하에 행해지고;

(B) 그 실연이나 전시가 송신되는 수업 내용과 직접 관련되고 중대하게 도움이 되며;

(C) 송신이 오로지 다음을 위하여, 그리고 기술적으로 실행 가능한 범위 내에서 그 송신을 수신하는 것이 다음에 한정되는 경우.

(i) 송신이 행해지는 수업 과정에 공식적으로 등록한 학생들; 또는

(ii) 그것이 그들의 공적인 임무 또는 직무의 일부인 정부기구의 간부 또는 직원들.

(D) 송신하는 기구 또는 기관이-

(i) 저작권에 관한 정책을 수립하고, 저작권에 관한 미국의 법을 상세하게 설명하고 이를 준수할 것을 촉구하는 정보 자료를 교사, 학생 그리고 관련 직원에게 제공하고, 그 교육과정과 관련하여 사용되는 자료가 저작권 보호의 대상이 될 수 있다는 통지를 학생들에게 하는 경우,

(ii) 디지털 송신의 경우에는-

(I) 다음을 합리적으로 방지하는 기술 조치를 적용하는 경우-

(aa) 송신하는 기구 또는 기관으로부터의 송신을 수신하는 사람이 그 수업의 기간보다 더 오래 그 저작물을 접근 가능한 형태로 보유하는 것; 그리고

(bb) 그 수신하는 사람이 다른 사람에게 그 저작물을 접근 가능한 형태로 허락 없이 다시 송신하는 것.

(II) 그러한 보유나 허락받지 않은 송신을 방지하기 위해 저작권자가 사용하는 기술 조치를 방해할 것으로 합리적으로 예측할 수 있는 행위를 하지 않는 경우.

(허락)

제117조 배타적 권리에 대한 제한: 컴퓨터 프로그램

(a) 복제물 소유자에 의한 추가적인 복제물의 제작과 개작.- 제106조의 규정에도 불구하고, 어느 컴퓨터 프로그램의 복제물의 소유자가 그 컴퓨터 프로그램의 다른 복제물이나 개작물을 만들거나 이를 허락하는 것은 침해가 되지 아니한다, 다만:

(1) 그 새로운 복제물이나 개작물이 어느 기계와 함께 그 컴퓨터 프로그램을 활용하는 과정에서 필수적인 절차로서 생성되고, 그것이 달리 사용되지 않아야 한다, 또는

(2) 그 새로운 복제물이나 개작물은 단지 보존 목적을 위한 것이고, 그 컴퓨터 프로그램을 계속 점유하는 것이 정당하지 아니하게 된 경우에는 모든 보존용 복제물은 파괴되어야 한다.

(b) 추가적인 복제물 또는 개작물의 리스, 판매 또는 그 밖의 이전.- 이 조의 규정에 따라 작성된 복제물은 그것의 원복제물과 함께 프로그램에 대한 모든 권리의 대여, 판매, 또는 그 밖의 이전의

일부로서만 대여, 판매, 또는 이전될 수 있다. 그와 같이 작성된 개작물은 저작권자의 허락이 있어야만 이전될 수 있다.

(c) 기계의 유지 또는 보수.- 제106조의 규정에도 불구하고, 다음의 경우에, 어느 기계의 소유자 또는 임차인이 그러한 복제물이 오로지 컴퓨터 프로그램의 정당한 복제물을 합법적으로 가지고 있는 기계의 시동에 의하여만 만들어지는 경우에 그 컴퓨터 프로그램의 복제물을 만드는 것은 침해가 아니다.

(1) 그 새로운 복제물이 다른 방법으로 사용되지 아니하고 유지 또는 보수가 완료된 후에는 즉각 폐기될 경우; 그리고

(2) 그 기계가 시동되는 데에 필요하지 않은 컴퓨터 프로그램이나 그의 일부와 관련하여, 그러한 프로그램이나 그의 부분은 그 기계의 시동에 의하여만 새로운 복제물을 만드는 것 이외에는 접근되거나 이용되지 아니하는 경우.

(d) 정의.- 이 조의 목적상-

(1) 기계의 '유지'란 그 기계의 본래의 사양에 따라 또는 그 기계를 위해 허용된 변경된 사양에 따라 기계가 작동되도록 하기 위하여 기계를 점검하는 것; 그리고

(2) 기계의 '보수'란 그 기계의 본래의 사양에 따라 또는 그 기계를 위해 허용된 변경된 사양에 따라 작동되는 상태로 그 기계를 되돌리는 것을 말한다.

제203조 저작자에 의한 이전과 이용허락의 종결

(a) 종결의 요건.- 업무상저작물 이외의 저작물의 경우에, 유언에 의한 경우를 제외하고, 저작자가 1978년 1월 1일 이후에 저작권 또는 저작권을 구성하는 권리를 배타적 또는 비배타적으로 허여한 이전 또는 이용허락은 다음의 조건에 따라 이를 종결할 수 있다.

(1) 어느 허여(grant)가 1인의 저작자에 의하여 이루어진 경우에는 그 저작자가, 또는 그 저작자가 사망한 때에는 이 항 (2)호의 규정에 따라 그 저작자의 종결권한(termination interest) 중 2분의 1 이상을 소유하고 행사할 수 있는 자가 그 허여를 종결할 수 있다. 어느 허여가 공동저작물의 저작자 2인 이상에 의하여 이루어진 때에는 허여한 저작자의 과반수가 이를 종결할 수 있다. 그 저작자 중 사망한 자가 있는 경우에는, 그의 종결권한은 이 항 (2)호의 규정에 따라 그의 권한 중 2분의 1 이상을 소유하고 행사할 수 있는 사람 또는 사람들이 하나의 단위로서 행사할 수 있다.

(2) 저작자가 사망한 때에는, 그 종결권한은 다음과 같이 소유하고 행사할 수 있다.

(A) 잔존 배우자는, 저작자의 생존 자녀 또는 생존 손자녀가 없는 경우 저작자의 종결권한 전부를 소유한다. 저작자의 생존 자녀 또는 생존 손자녀가 있는 경우에는, 잔존 배우자가 저작자의 권한의 2분의 1을 소유한다.

(B) 저작자의 생존 자녀 또는 저작자의 사망한 자녀의 생존 자녀는, 잔존 배우자가 없는 경우 저작자의 종결권한 전부를 소유한다. 잔존 배우자가 있는 경우에는 저작자의 권한 중 2분의 1을 유자녀 간에 배분한다.

(C) 저작자의 자녀와 손자녀의 권리는 모든 경우에 있어서 그들 간에 배분하며, 대표되는 저작자의 자녀의 수에 따라 가계 단위로(on a per stirpes basis) 이를 행사한다. 종결권한에 대한 사망한 자녀의 아이들의 지분은 그 아이들의 다수결에 의한 행위에 의해서만 행사할 수 있다.

(3) 허여의 종결은 허여가 이루어진 날로부터 35년이 지난 때로부터 기산하여 5년의 기간 동안 언제든지 행사할 수 있다. 또는 허여가 저작물의 발행권을 포함하는 경우에는, 그 기간은 그 허여에 따

라 저작물이 발행된 날로부터 35년 또는 허여가 시행된 날로부터 40년 중 빨리 도래하는 기간의 말로부터 기산한다.

(4) 종결은, 이 항 (1)호와 (2)호의 규정에 따라 일정 수 또는 비율의 종결권을 가지는 자 또는 그로부터 정당하게 권한을 받은 자가 허여를 받은 자 또는 그의 권리승계인에게 서명된 사전통지서를 서면으로 송달함으로써 행사한다.

(A) 이 통지서에는 종결의 시행일을 명시하여야 하며, 이 시행일은 이 항 (3)호에 명시된 5년의 기간 이내에 해당하여야 하며, 통지서는 이러한 종결 시행일 전 2년 이상 10년 이하의 기간 중에 송달하여야 한다. 통지서의 사본은 종결 시행일 전에 효력 발생 요건으로서 저작권청에 등록하여야 한다.

(B) 통지서는 그 서식, 내용, 그리고 송달 방법에 있어서 저작권청장이 규정으로 정하는 요건에 따라야 한다.

(5) 허여의 종결은 유언을 하겠다거나 장래에 허여를 하겠다는 합의를 포함하여 반대의 어떤 합의가 있더라도 행사할 수 있다.

(b) 종결의 효력.- 종결의 시행일에, 종결된 허여에 포괄되는 이 편 법전에 따른 모든 권리는, (a)항 (4)호의 규정에 따른 종결통지서에 서명하지 아니한 권리의 소유자들을 포함하여, 저작자, 저작자들, 그리고 (a)항 (1)호와 (2)호의 규정에 의하여 종결권한을 소유하고 있는 그 밖의 사람들에게 반환된다. 다만, 이에는 다음의 제한이 따른다.

(1) 허여가 종결되기 전에 그 허여에 의하여 작성된 2차적저작물은, 허여가 종결된 후에도 그 허여 조건에 따라 계속하여 이용할 수 있다. 그러나 이러한 특권은 허여가 종결된 후 종결된 허여가 적용되는, 보호되는 저작물에 근거한 다른 2차적저작물을 작성하는 데에까지는 확대할 수 없다.

(2) 허여가 종결된 때 반환될 장래의 권리는, (a)항 (4)호에 규정된 바에 따라 종결의 통지서가 송달된 날에 귀속된다. 이러한 권리는 저작자와 그 밖의 (a)항 (1)호와 (2)호에 열거된 자에게 그에 규정된 바에 의하여 비례 지분에 따라 귀속된다.

(3) 이 항 (4)호의 규정에 따를 것을 조건으로, 종결된 허여가 적용되는 권리를 다시 허여하거나 다시 허여하겠다고 합의하는 것은 이 항 (2)호의 규정에 따라 권리를 귀속받은 자가 (a)항 (1)호와 (2)호의 규정에 따라 허여를 종결하는 데 필요한 것과 동일한 소유자의 수와 비율에 따라 서명한 때에만 그 효력이 생긴다. 이러한 재허여나 합의는 이 항 (2)호의 규정에 의하여 권리를 귀속받은 자와 통지서에 서명하지 아니한 자 모두에 대하여 그 효력이 생긴다. 종결된 허여에 따른 권리를 귀속받은 후 사망한 자가 있는 때에는 그 법정대리인, 유산 수령인, 또는 법정 상속인이 이 호의 적용 상, 사망한 자를 대리한다.

(4) 종결된 허여가 적용되는 권리의 재허여 또는 재허여하기 위한 합의는 그것이 종결 시행일 이후에 이루어진 때에만 유효하다. 그러나 예외적으로, (a)항 (4)호에 규정된 바에 따라 종결 통지서가 송달된 후, 이 항 (3)호에 규정된 자와 최초로 허여받은 자 또는 그 권리승계인 사이에는 이러한 재허여의 합의가 이루어질 수 있다.

(5) 이 조의 규정에 의한 허여의 종결은 이 편 법전에 의하여 발생한, 허여가 적용되는 권리에 대하여만 영향을 미치며, 연방, 주, 또는 외국의 법률의 규정에 의하여 발생한 권리에 대하여는 어떠한 방법으로도 영향을 미치지 아니한다.

(6) 달리 규정되지 아니하는 한, 허여는 이 조에 따라 종결이 시행되지 아니하는 한 그리고 종결이 시행될 때까지 이 편 법전에 규정된 저작권의 존속기한까지 계속하여 그 효력을 가진다.

제412조 침해에 대한 특정 구제의 선결요건으로서의 등록

제106조의 A (a)항에 따른 저작자의 권리에 대한 침해소송, 침해의 시작 전에 제408조 (f)항에 따라 사전 등록되고, 그 저작물의 최초 발행으로부터 3개월 이전에 또는 저작권자가 침해를 안 날로부터 1개월 이전에 유효한 등록일을 가지는 저작물의 저작권에 대한 침해소송, 또는 제411조 (c)항의 규정에 따라 제기된 소송을 제외하고, 이 편 법전의 규정에 따른 소송에 있어서 다음의 경우에는 제 504조와 제505조에 규정된 법정 손해배상이나 변호사 비용을 받지 못한다.

- (1) 미발행 저작물의 저작권에 대한 침해가 그 등록의 효력발생일 전에 개시된 경우; 또는
- (2) 저작권의 침해가 저작물이 최초 발행된 후, 그리고 그 등록의 효력발생일 전에 개시된 경우. 다만, 그 등록이 저작물의 최초발행일로부터 3개월내에 행하여진 때에는 그러하지 아니하다.

제504조 침해에 대한 구제: 손해와 이익

(a) 총칙.- 이 편 법전에 달리 규정된 경우를 제외하고, 저작권을 침해한 자는 다음의 어느 하나에 대한 책임을 진다.

- (1) (b)항에 규정된 저작권자의 실제 손해와 침해자의 추가적인 이익; 또는
- (2) (c)항에 규정된 법정 손해.

(b) 실제 손해와 이익.- 저작권자는 침해의 결과로 그가 입은 실제 손해와 그 침해행위로부터 발생한 이익으로 볼 수 있는 침해자의 이익으로서 실제 손해액의 계산에 있어서 고려하지 아니한?에 있어서, 저작권자는 침해자의 총수입의 증거만을 제출하면 되고, 침해자가 공제 받을 수 있는 비용과 그 보호되는 저작물 이외의 요인으로부터 발생한 것으로 볼 수 있는 이익의 요소를 입증하여야 한다.

(c) 법정 손해.-

(1) 이 항 (2)호에 규정된 경우를 제외하고, 저작권자는 최종 판결이 있기 전에는 언제든지 실제 손해와 이익에 갈음하여, 어느 저작물 하나와 관련하여, 그 소송에 관련된 모든 침해에 대하여 침해자 1인이 단독으로 책임을 지거나 2인 이상이 공동으로 또는 각자 책임을 지는 행위에 대하여, 총 750달러 이상 또는 30,000달러 이하의 금액에서 법원이 정당하다고 인정하는 법정손해의 판정액을 회복할 것을 선택할 수 있다. 이 항의 적용상, 편집저작물이나 2차적 저작물의 모든 구성 부분은 하나의 저작물을 구성한다.

(2) 저작권자가 그 침해가 고의로 이루어졌다는 사실에 대한 입증 책임을 이행하고 법원이 그렇게 판단하는 때에는, 법원은 그의 재량으로 법정 손해의 판정액을 총 150,000달러까지 인상할 수 있다. 침해자가 자신의 행위가 저작권 침해를 구성한다는 사실을 알지 못했고 이를 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 사실에 대한 입증 책임을 이행하고 법원이 그렇게 판단하는 때에는, 법원은 그의 재량으로 법정 손해의 판정액을 총 200달러까지 인하할 수 있다. 침해자가 보호되는 저작물을 사용한 것이 제107조에 따른 공정사용이라고 믿었고 또한 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에, 다음의 경우에는 법원은 법정 손해액을 감면하여야 한다. 침해자가, (i) 그 직무의 범위 안에서 그 저작물을 복제물이나 음반으로 복제함에 의하여 침해를 한, 비영리 교육기관, 도서관, 또는 기록보존소의 직원이나, 그 교육기관, 도서관, 또는 기록보존소 그 자체인 경우; 또는 (ii) (제118조 (g)항에 규정된 바와 같이) 공영방송국의 정규적인 비영리적 활동의 일부로서, 발행된 비연극적 어문저작물을 실연함으로써, 또는 이러한 저작물의 실연을 수록한 송신 프로그램을 복제함으로써 침해한 자 또는 그 공영 방송기관인 경우.

(3)(A) 침해의 경우에, 침해자 또는 침해자의 공범이 침해와 관련되어 사용된 도메인 네임을 등록,

유지, 또는 갱신하는 데 있어서 도메인 네임 등록관, 도메인 네임 등록부 또는 그 밖의 도메인 네임 등록 당국에 실질적으로 거짓인 연락 정보를 알면서 제공했거나 알면서 제공되도록 한 경우에는, 구제를 결정하는 목적상 그 침해가 고의로 이루어졌다고 추정되어야 한다.

(B) 이 호의 어느 것도 이 항에 따른 고의적 침해로 간주될 수 있는 것을 제한하지 아니한다.

(C) 이 호의 적용상, ‘도메인 네임’이란 1946년 7월 5일에 승인된 ‘상거래에 사용되는 상표의 등록과 보호를 위해, 그리고 일정한 국제조약의 규정들의 이행, 그리고 그 밖의 목적을 위한 법’(통상적으로 ‘1946년 상표법’으로 언급되는) 제45조(15 U.S.C. 1127)에서 부여한 의미를 가진다.

(d) 특정한 경우에 있어서의 추가적인 손해.- 법원이 자신의 행위가 제110조 (5)호에 따라 면책된다는 항변을 주장하는 시설의 피고 사업자가 그의 보호되는 저작물의 사용이 그 조항에 따라 면책된다고 믿을만한 합리적인 근거를 가지고 있지 않다고 판시한 경우에는 언제나, 원고는 이 조에 따른 손해의 판정액에 더하여 관련 시설의 사업자가 최고 3년까지의 앞선 기간 동안의 그러한 이용에 대하여 원고에게 지불했어야 할 이용료의 두 배의 추가적인 판정액을 받을 수 있다.

제505조 침해에 대한 구제: 비용과 변호사 비용

이 편 법전에 따른 민사소송에 있어서, 법원은 그의 재량으로 미국 정부 또는 그의 관리 이외의 당사자에 의하여 또는 그 당사자에 대하여 비용 전액의 회복을 인정할 수 있다. 이 편 법전에 달리 규정하고 있는 경우를 제외하고, 법원은 또한 승소자에 대하여 비용의 일부로서 합리적인 변호사 비용을 인정할 수 있다.

제506조 형사적 침해

(a) 형사적 침해

(1) 총칙.- 누구든지 저작권을 고의로 침해한 사람은 그 침해가 다음에 해당하는 경우에 제18편 법전 제2319조에 규정된 바에 따라 처벌된다.

(A) 상업적인 이익이나 사적인 재정적 이득을 목적으로 하는 경우;

(B) 전자적 수단에 의한 것을 포함하여, 특정한 180일의 기간 내에 하나 또는 그 이상의 보호되는 저작물의 1,000 달러 이상의 총 소매 가치를 가지는 복제물 또는 음반의 복제와 배포에 의한 경우; 또는

(C) 그 사람이 그 저작물이 상업적인 배포를 위한 것이라는 사실을 알았거나 알았어야 했다면, 그 상업적인 배포를 위하여 준비되어진 저작물을 배포하거나 이를 공중의 구성원이 접근할 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공하는 방법에 의한 경우.

(2) 증거.- 이 항의 적용상, 저작물의 복제 또는 배포의 증거는 그 자체로서는 고의적인 침해를 구성하기에 충분하지 아니하다.

(3) 정의.- 이 항에서 ‘상업적인 배포를 위하여 준비되어진 저작물’이란 다음을 말한다.

(A) 무단배포시, 다음에 해당하는 컴퓨터 프로그램, 음악저작물, 영화 또는 그 밖의 시청각저작물, 또는 녹음물-

(i) 저작권자가 그것이 상업적으로 배포될 것이라는 합리적인 기대를 가지고 있고; 그리고

(ii) 그 저작물의 복제물 또는 음반이 아직 상업적으로 배포되지 않은 경우; 또는

(B) 무단배포시, 다음에 해당하는 영화

(i) 그 영화가 영화관람시설 내에서의 관람을 목적으로 이용에 제공된 경우; 그리고

(ii) 영화 관람시설 밖에서의 관람을 허용할 것을 의도한 형식으로 미국 내에서 일반 공중에게 판매를 위하여 복제물로 이용에 제공되지 않은 경우.

(b) 몰수, 파기, 그리고 변상.- 이 조와 관련된 몰수, 파기, 그리고 변상은 그 조에서 규정하는 한, 법에서 규정한 그 밖의 유사한 구제에 더하여 제18편 법전 제2323조에 따른다.

(c) 사기적 저작권 표시.- 누구든지 사기의 의사를 가지고, 허위임을 알고 있는 저작권 표시나 이와 동일한 의미를 지닌 단어를 물건에 부착하거나, 또는 사기의 의사를 가지고 허위임을 알고 있는 저작권 표시나 이와 동일한 의미의 단어가 부착된 물건을 공개적으로 배포하거나 공개 배포를 목적으로 수입한 사람은 2,500달러 이하의 벌금에 처한다.

(d) 저작권 표시의 사기적 제거.- 누구든지 사기의 의사를 가지고, 보호되는 저작물의 복제물에 부착된 저작권 표시를 제거 또는 변경한 때에는 2,500달러 이하의 벌금에 처한다.

(e) 허위기재.- 누구든지 고의로 제409조에?? 관련하여 제출되는 서면 명세서 내에 중대한 사실을 허위로 기재한 때에는 2,500달러 이하의 벌금에 처한다.

(f) 성명표시권과 동일성유지권.- 이 조의 어느 것도 제106조의 A (a)항에 의하여 부여된 권리의 침해에 대하여는 적용하지 아니한다.

제507조 소송에 대한 제한

(a) 형사소송.- 이 편 법전에서 달리 명시적으로 규정한 경우를 제외하고는, 형사소송은 그 소인이 발생한 날로부터 5년 이내에 개시되지 아니하는 한, 이 편 법전의 규정에 따라 제기될 수 없다.

(b) 민사소송.- 민사소송은, 청구권이 생긴 날로부터 3년 이내에 개시되지 아니하는 한, 이 편 법전의 규정에 따라 제기될 수 없다.

부록 5. 영국 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문²¹⁵⁾

제3조(어문, 연극 및 음악 저작물)

(1) 이 편에서- "어문저작물"이란 연극 또는 음악 저작물 이외에, 저술되고 말해지거나 노래되는 저작물을 의미하며, 다음을 포함한다-

- (a) 표 또는 데이터베이스가 아닌 편집물,
- (b) 컴퓨터 프로그램,
- (c) 컴퓨터 프로그램을 위한 예비 도안 및
- (d) 데이터베이스;

"연극저작물"은 무용 또는 무연극의 저작물이 포함된다; 그리고 "음악저작물"이란 음악과 함께 노래되고 말해지거나 또는 실연되는 말 또는 행동을 제외한, 음악으로 이루어진 저작물을 의미한다.

제17조(복제에 의한 저작권 침해)

(1) 저작물의 복제는 모든 보호저작물에 대한 저작권에 의하여 제한되는 행위이며; 이 편에서 복제 또는 복제물이라 함은 다음과 같이 해석한다.

(2) 어문, 연극, 음악 또는 미술 저작물과 관련하여, 복제는 유형적인 형태로 저작물을 재제작하는 것을 의미한다. 이는 전자적 수단에 의하여 어느 장치에 저작물을 저장하는 것을 포함한다.

제29조(조사 또는 사적 연구)

(1) 비상업적 목적의 조사를 위한 어문, 연극, 음악 또는 미술 저작물의 공정취급(fair dealing)은 충분한 출처명시가 수반되었을 경우에는, 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.

[(1A)]

(1B) 출처명시가 실용성 또는 기타의 이유로 불가능한 경우, 제1항에 언급된 목적상 공정취급과 관련하여 어떠한 승인도 요구되지 아니한다.

(1C) 사적 연구의 목적을 위한 어문, 연극, 음악 또는 미술 저작물의 공정취급은 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.

(2) 조사 또는 사적 연구의 목적을 위한 발행물 판면 배열의 공정취급은 그 배열 속의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.

(3) 조사자 또는 연구자 이외의 다른 사람에 의한 복제로서 다음 각호의 경우에는 공정취급이 되지 아니한다-

(a) 사서 또는 사서에 갈음하는 자의 경우, 제40조상의 규칙이 제38, 39조 (논설 또는 발행 저작물의 일부: 동일한 자료의 다량 복제물에 대한 제한)에 의하여 행하는 것을 허용하지 아니하는 어떤 행위를 그들이 행하는 경우, 또는

(b) 그 밖에, 복제를 하는 자가 실질적으로 동일한 시간에, 실질적으로 동일한 목적을 위하여 1인 이상의 사람에게 제공되는 실질적으로 동일한 자료의 복제물이 된다는 것을 알고 있거나 이를 믿을 만한 이유가 있는 경우.

(4) 다음의 경우에는 공정취급이 되지 아니한다-

(a) 저급언어로 표현된 컴퓨터프로그램을 고급언어로 표현된 버전으로 변환하는 경우, 또는

(b) 복제를 위해 프로그램을 변환하는 과정에서 부수적으로 발생하는 경우.[이러한 행위는 제50B조

215) 이하에서 인용한 주요조문은 한국저작권위원회에서 2010년 발간한 “영국 저작권법”에서 발췌하였음을 밝혀둡니다.

(역분석)에 따라 행해진 경우에는 허용된다].

(4A) 프로그램의 요소에 기초가 되는 개념과 원칙을 결정하기 위하여 컴퓨터프로그램의 기능을 관찰, 연구 또는 시험하는 것은 공정취급이 되지 아니한다[이러한 행위는 제50BA조(관찰, 연구 및 시험)에 따라 행해진 경우에는 허용된다].

(5) 폐지.

제32조(수업 또는 시험의 목적을 위하여 행해진 것)

(1) 수업 또는 수업 준비 과정에서 행하는 어문, 연극, 음악 및 미술 저작물의 복제는 다음에 해당되고, 수업이 비상업적 목적으로 행해지는 경우에는 저작권 침해가 되지 아니한다-

(a) 그 복제가 수업을 하거나 받는 자에 의하여 행해지고,

(b) 그 복제가 복사 방법에 의하지 않으며,

(c) 충분한 출처표시가 수반되는 경우.

(2) 녹음물, 영화, 방송의 저작권은 복제가 다음에 해당되고, 수업이 비상업적 목적으로 행해지는 경우에, 영화 또는 영화 사운드 트랙 제작에 있어 수업 및 수업 준비 과정에서 영화 또는 영화 사운드 트랙제작을 통하여 복제되는 것에 의해 침해되지 아니한다-

(a) 그 복제가 수업을 하거나 받는 자에 의하여 행해지고,

(b) 충분한 출처표시가 수반되는 경우.

(2A) 공중에 이용제공되는 어문, 연극, 음악 또는 미술 저작물의 저작권은 복제가 다음에 해당되는 경우, 수업 및 수업 준비 과정에서 복제되는 것에 의해 침해되지 아니한다-

(a) 그 복제가 저작물을 공정 취급하고,

(b) 그 복제가 수업을 하거나 받는 자에 의하여 행해지고,

(c) 그 복제가 복사 방법에 의하지 않으며,

(d) 충분한 출처표시가 수반되는 경우.

(2B) 제30(1A)(공중에 이용제공된 저작물) 규정은 제30(1)조의 목적상 적용되는 것과 같이 제(2A)항의 목적상에도 적용된다.

(3) 시험을 목적으로 한 문제의 출제, 지원자에 대한 문제의 전달 및 문제에 대한 답변 등의 행위는, 그 문제들에 충분한 출처표시가 수반되는 경우 저작권 침해가 되지 아니한다.

(3A) 실용성 또는 기타의 이유로 출처표시가 불가능한 경우에는, 제3항에 언급된 목적을 위한 행위와 관련되거나, 제(1), (2) 또는 (2A)항에 언급된 복제와 관련하여 어떠한 출처표시도 요구되지 않는다.

(4) 제3항은 시험 지원자가 음악저작물을 실연하는 데에 사용하기 위하여 그 음악저작물의 복사 복제물을 제작하는 것에 대하여는 적용되지 아니한다.

(5) 이 조에 의하지 않으면 불법 복제물이 되는 복제물이 이 조의 규정에 따라 제작되었으나, 추후에 취급되는 경우에는, 당해 복제물은 그 취급의 목적상, 그 취급이 저작권을 침해할 경우에는 추후의 모든 목적상 불법 복제물로 취급된다.

여기에서 '취급된다'는 것은 다음을 말한다-

(a) 판매, 대여 또는 판매, 대여를 위하여 제공되거나 진열되는 것; 또는

(b) 제3항을 위하여 그 전달이 저작권의 침해가 되지 않는 경우 공중에 전달되는 것.

제34조(교육기관의 활동 과정에서의 저작물의 실연, 재생 또는 현시)

(1) 어문, 연극 및 음악 저작물이, 교육기관에서 교사와 학생 그리고 교육기관의 활동에 직접적으로

관련되는 다른 사람으로 이루어진 청중 앞에서, 다음 각호의 사람에 의하여 공연되는 것은 저작권 침해의 목적상 공중에 대한 실연으로 되지 아니한다-

(a) 그 기관의 활동 과정에 있어서, 교사 또는 학생,

(b) 그 기관에 있어서, 수업 목적을 위한 어떤 자.

(2) 교육기관의 수업 목적을 위하여 그러한 청중 앞에서 녹음물, 영화, 방송을 재생 또는 현시하는 것은 저작권 침해의 목적상 저작물의 공중에 대한 재생 또는 현시가 되지 아니한다.

(3) 이러한 목적상 교육기관에서 학생의 양친이라는 이유만으로 교육기관 활동에 직접적으로 관련되는 자로 되지 아니한다.

제36조(교육기관에 의한 발행 저작물 구절의 복제)

(1) 발행된 어문, 연극 및 음악 저작물 구절의 복제물은 그 충분한 출처표시가 수반되고 교육이 비상업적 목적인 경우, 이 조에 의하여 허용되는 한도까지, 저작물의 그 어떤 저작권 침해도 없이, 수업 목적을 위해 교육기관이 혹은 교육기관을 위하여 제작할 수 있다.

(1A) 실용성 또는 기타의 이유로 출처표시가 불가능한 경우에는, 제1항에 언급된 복제물을 제작하는 것과 관련하여 어떠한 출처표시도 요구되지 않는다.

(1B) 발행 저작물 구절의 복제물은 이 조에 의하여 허용되는 한도까지, 판면배열의 그 어떤 저작권 침해도 없이, 수업 목적을 위해 교육기관이 혹은 교육기관을 위하여 제작할 수 있다.

(생략)

컴퓨터프로그램: 합법적 사용자

제50A조(복제물의 백업)

(1) 컴퓨터프로그램 복제물의 합법적 사용자가 합법적 사용을 목적으로 보유할 필요가 있는 컴퓨터 프로그램의 백업 복제물을 만드는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다.

(2) 이 조와 제50B조, 제50BA조, 제50C조의 목적상, 개인이 컴퓨터프로그램을 사용할 권리를 가지는 경우(프로그램 저작권 또는 기타에 의해 제한된 행위를 할 수 있는 이용허락과는 상관없이), 그는 프로그램의 합법적 사용자가 된다.

(3) 이 조에 따라 행위가 허용되는 경우, 그 행위를 금지하거나 제한할 목적의 합의에 어떠한 기간이나 조건이 존재하는지 여부는 관계가 없다(그러한 조건은 제296A조에 의해 무효가 됨).

제50B조(역분석)

(1) 저급 언어로 표현된 컴퓨터프로그램 복제물의 합법적 사용자가 제2항의 조건이 충족되는 경우, 다음 행위를 하는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다-

(a) 보다 고급 언어로 표현된 버전으로 변환하는 것, 또는

(b) 프로그램을 변환하는 과정에서 부수적으로 이를 복제하는 것 (즉, “역분석”하는 것).

(2) 그러한 조건은-

(a) 역분석된 프로그램 또는 다른 프로그램과 작동할 수 있는 독립적인 프로그램을 만들기 위해 필요한 정보를 얻기 위해 프로그램 역분석이 필요하고;

(b) 그렇게 얻어진 정보는 허용된 목적 이상의 다른 목적으로는 사용되지 않아야 한다는 것이다.

(3) 특히, 제2항의 조건은 합법적 사용자가 다음의 행위를 하는 경우에는 충족되지 않는다-

(a) 허용된 목적을 달성하기 위해 필요한 정보를 자신이 즉시 이용가능하거나;

- (b) 허용된 목적을 달성하기 위해 필요한 행위에 역분석을 제한하지 않거나;
 - (c) 허용된 목적을 달성하기 위해 제공할 필요가 없는 개인에게 역분석을 통해 얻어진 정보를 제공하거나, 또는
 - (d) 저작권에 의해 제한된 행위를 하거나 역분석된 프로그램과 표현에 있어서 실질적으로 유사한 프로그램을 제작하기 위해 정보를 사용하는 행위.
- (4) 이 조에 의거해 행위가 허용되는 경우, 그 행위를 금지하거나 제한할 목적의 합의에 어떠한 기간이나 조건이 존재하는지 여부는 관계가 없다(그러한 조건은 제296A조에 의해 무효가 됨).

제50BA조(컴퓨터프로그램의 감독, 연구 및 시험)

- (1) 컴퓨터프로그램 복제물의 합법적 사용자가 자신의 권한에 따라 프로그램을 로딩, 전시, 실행, 송신 또는 저장하는 어떠한 행위를 수행하면서 그렇게 행하는 경우, 프로그램 요소의 기초가 되는 개념과 원칙을 결정하기 위하여 프로그램의 성능을 관찬, 연구 또는 시험하는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다.
- (2) 이 조에 의거해 행위가 허용되는 경우, 그 행위를 금지하거나 제한할 목적의 합의에 어떠한 기간이나 조건이 존재하는지 여부는 관계가 없다(그러한 조건은 제296A조에 의해 무효가 됨).

제50C조(합법적 사용자에게 허용된 기타 행위)

- (1) 컴퓨터프로그램 복제물의 합법적 사용자가 복제 또는 개작이 다음에 해당하는 경우, 이를 복제하거나 개작하는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다-
- (a) 합법적 사용을 위해 필요하고;
 - (b) 자신의 사용이 합법적인 상황을 규율하는 합의의 어떠한 기간 또는 조건에 따라 금지되지 않는 경우.
- (2) 특히, 컴퓨터프로그램 복제물의 합법적 사용자가 컴퓨터프로그램의 오류를 수정할 목적으로 이를 복제하거나 개작하는 것은 필요하다.
- (3) 이 조는 제50A조, 제50B조 또는 제50BA조에 허용된 어떠한 복제나 개작에도 적용되지 아니한다.

전자적 형태의 저작물

제56조(전자적 형태의 저작물 복제물의 이전)

- (1) 이 조의 규정은 전자적 형태로 된 저작물의 복제물이 명시 또는 묵시적으로, 또는 법의 어떤 규정에 따라, 구매자에 의한 저작물의 사용과 관련하여, 저작물을 복제, 개작 또는 개작의 복제물을 제작하는 것을 구매자에게 허용하는 조건으로 구매된 경우에 적용된다.
- (2) 다음 각호의 명시적 조건이 없는 경우에는, 구매자가 할 수 있도록 허용받은 어떤 행위도 저작권 침해 없이 피이전인이 행할 수 있다; 다만, 구매자가 제작한 것으로서 이전되지 아니한 복제물, 개작 또는 개작의 복제물은 이전된 후에는 모든 목적에 따라 불법 복제물로 처리된다-
- (a) 구매자에 의한 복제물의 이전을 금지하거나, 이전된 후에 계속되는 의무를 부과하거나, 어떤 이용허락의 이전을 금지하거나, 또는 이전에 관하여 어떤 이용허락을 종결하는 조건, 또는
 - (b) 구매자가 행할 수 있도록 허용받은 행위를 양수인이 행할 수 있는 조건을 규정하는 조건.
- (3) 초기에 구매된 복제물이 더 이상 사용할 수 없게 되고, 이전된 것이 그 대신에 사용되었던 그 후의 복제물인 경우에도 동일하게 적용된다.

(4) 위의 규정은 제2항에서의 구매자에 대한 언급을 추후의 이전인예의 언급으로 바꾸어, 추후의 이전에 관하여도 적용된다.

제6장 침해에 대한 구제

저작권자의 권리 및 구제

제96조(저작권자가 제소할 수 있는 침해)

- (1) 저작권 침해는 저작권자가 제소할 수 있다.
- (2) 저작권 침해 소송에 있어서, 손해배상, 정지명령, 배상액 기타 모든 구제는 다른 재산권 침해에 관하여 이용될 수 있는 것과 같이, 원고가 이용할 수 있다.
- (3) 이 조는 이 장의 규정에 따를 것을 조건으로 효력을 가진다.

제97조(침해 소송의 손해배상에 관한 규정)

- (1) 저작권 침해 소송에 있어서 침해 당시에, 관련 저작물에 저작권이 존속하는 것을 피고가 알지 못하거나 이를 믿을 만한 이유가 없었을 경우에는, 원고는 피고에 대하여 손해배상의 권리를 가지지 않으나, 그 밖의 다른 구제를 해하는 것은 아니다.
- (2) 법원은 모든 상황, 특히 다음 각호의 사항을 고려하는 저작권 침해소송에서, 사건의 법관이 요구할 수 있는 추가의 손해배상을 재정할 수 있다-
 - (a) 침해의 악질성,
 - (b) 침해를 이유로 피고에게 발생하는 이익.

제102조(병존하는 권리의 행사)

- (1) 저작권자 또는 배타적 이용허락을 받은 자가 제기한 저작권 침해 소송이, 그들이 병존하는 소송권을 가지는 침해에 관계되는 (전체적 또는 부분적으로) 경우에는, 저작권자 또는 배타적 이용허락을 받은 자는 타인이 원고로 참가하거나 혹은 피고로서 추가되지 않는 한, 법원의 허가를 받지 않고는 소송을 개시할 수 없다.
- (2) 제1항에 따라 피고로서 추가된 저작권자 또는 배타적 이용허락을 받은 자는 소송에 참가하지 않는 경우에는, 소송상의 어떤 비용에 있어서도 책임을 지지 아니한다.
- (3) 전기의 규정은 저작권자 또는 배타적 이용허락을 받은 자만에 의해 신청된 중간 구제의 부여에 영향을 미치지 아니한다.
- (4) 저작권자 또는 배타적 이용허락을 받은 자가 병존하는 소송권을 가지거나 또는 가졌던 침해에 관하여 (전체적 또는 부분적으로) 저작권 침해 소송이 제기되는 경우에는-
 - (a) 법원은 손해배상의 산정에 있어서 다음 사항을 고려한다-
 - (i) 이용허락의 조건,
 - (ii) 침해에 관하여 그들에게 이미 주어졌거나 또는 제공되는 금전적 구제;
 - (b) 침해에 관하여 그들 이외의 다른 자를 위해 손해배상의 재정이 행해지거나 또는 이득의 계산이 지시된 경우에는, 어떤 이득의 계산도 지시되지 아니한다;
 - (c) 법원은 이득 계산이 지시되는 경우에는, 그들 사이의 어떤 협정에도 따르는 것을 조건으로, 법원이 정당하게 인정하는 바에 따라 그들 사이에서 이득을 분배한다;또한 이러한 규정은 저작권자 또는 배타적 허락을 받은 자가 소송당사자인 여부를 불문하고 적용된다.
- (5) 저작권자는 제99조(인도 명령)에 의한 명령의 신청, 또는 제100조(불법 복제물 및 기타 물품을

압류할 권리)에 의하여 부여된 권리의 행사 이전에 병존하는 권리를 가진 배타적 이용허락을 받은 자에게도 통지한다; 또한, 법원은 배타적 이용허락을 받은 자의 신청에 의하여 허락조건과 법원이 적절하다고 인정하는 바에 따라 제99조의 명령 또는 제100조의 저작권자에 의한 권리의 행사를 금지하거나 허가하는 명령을 내릴 수 있다.

제107조(침해물품 등의 제작 또는 취급에 대한 형사책임)

(1) 저작권자의 이용허락 없이 저작물의 불법 복제물인 물품이며, 또한 불법 복제물인 것을 알거나 이를 믿을 만한 이유가 있는 경우에 있어서 다음의 행위를 하는 자는 범죄를 행한 것이 된다-

- (a) 판매나 대여의 목적으로 제작하는 것,
- (b) 사적 사용이나 가내 사용 이외의 목적으로 영국으로 수입하는 것,
- (c) 저작권을 침해하는 행위를 하기 위하여 업무과정에서 점유하는 것,
- (d) 업무과정에서-
 - (i) 판매 또는 대여하는 것,
 - (ii) 판매 또는 대여를 위하여 제공하거나 진열하는 것,
 - (iii) 공개 전시하는 것,
 - (iv) 배포하는 것,

(e) 업무과정이 아닌 경우에도 저작권자를 해치는 정도로 배포하는 것.

(2) 한 물품이 판매, 대여 또는 업무과정에서 사용되는 불법 복제물을 제작하기 위하여 사용된다는 것을 알거나 이를 믿을 만한 이유가 있는 경우에 있어서, 다음의 행위를 하는 자는 범죄를 행한 것이 된다-

- (a) 특정 보호저작물의 제작을 위해 특별히 의도되거나 설계된 물품을 제작하거나,
- (b) 그러한 물품을 점유하는 것.

(2A) 저작물을 공중에 전달함으로써 저작물의 저작권을 침해하고 있음을 알거나 이를 믿을 만한 이유가 있는 경우에 있어서 다음 경우에 그 행위를 하는 자는 범죄를 행한 것이 된다-

- (a) 업무과정에서, 또는
- (b) 업무과정이 아닌 경우에도 저작권자를 해치는 정도까지.

(3) 저작권이 (공중에 대한 전달의 수신에 의하지 아니하고) 다음에 의해 침해되는 경우, 저작물이 그와 같이 공연, 현시 재생되게 한 자는 그가 저작권이 침해되리라는 것을 알았거나 믿을 만한 이유가 있었을 경우에는 범죄를 행한 것이 된다-

- (a) 어문, 연극 또는 음악 저작물의 공연에 의하여, 또는
- (b) 녹음물 또는 영화를 공중에 현시 또는 재생함으로써.

(4) 제1항 (a), (b), (d)(iv) 또는 (e)의 침해를 한 자는-

(a) 약식재판에 의한 경우, 6개월 이하의 금고 또는 법정 최고액 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과한다;

(b) 정식재판에 의한 경우, 벌금 또는 10년 이하의 금고에 처하거나 이를 병과한다.

(4A) 제2A조에서 정한 범죄를 행한 자는-

(a) 약식재판에 의한 경우, 3개월 이하의 금고 또는 법정 최고액 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과한다;

(b) 정식재판에 의한 경우, 벌금 또는 2년 이하의 금고에 처하거나 이를 병과한다.

(5) 이 조에서 정한 기타 범죄를 행한 자는 약식재판에 의하여 6개월 이하의 금고 또는 기준등급 5 등급 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과한다.

(6) 제104조 내지 제106조(저작권과 관련된 다양한 사항에 관한 추정)의 규정은 이 조의 범죄에 대한 소송에 적용하지 아니한다; 다만 제108조 이하의 명령에 대한 소송에는 그 적용을 배제하지 아니한다.

제110조(법인에 의한 범죄: 임직원의 책임)

(1) 법인에 의해 행하여진 제107조의 범죄가 이사, 지배인, 비서실장, 기타 유사한 임직원 또는 그러한 자격에서 활동한다고 칭하는 자의 동의나 묵인을 얻어 행해진 경우, 그 사람뿐만 아니라 그 법인도 같은 침해를 한 것으로서 유죄가 되며, 소송에 책임이 있고 또한 그에 따라 처벌을 받는다.

(2) 그 구성원들에 의하여 그 사무가 관리되는 법인과 관련하여 "이사"란 법인의 구성원을 말한다.

교육기관에 의한 복사 복제

제137조(요강 또는 이용허락의 범위를 확대하는 권한)

(1) 이 조는 이용허락이 발행된 어문, 연극, 음악 또는 미술 저작물의 복제물 혹은 발행물의 판면배열의 복제물을 교육목적으로 교육기관에 의하거나 그를 위하여 제작하는 것을 허가하는 허락의 부여를 규정하고 있는 한, 또는 그러한 허락인 한, 다음 사항에 적용된다-

(a) 제118조 내지 제123조가 적용되는 이용허락 요강(제117조 참조),

(b) 제125조 내지 제128조가 적용되는 이용허락(제124조 참조).

(2) 이 조에 의하여 적용되는 이용허락 요강이나 이용허락에 관하여 다음 사항을 인정할 때에는, 장관은 요강 또는 이용허락이 그러한 저작물에 적용된다는 취지를 명령에 의하여 규정할 수 있다-

(a) 그 요강이나 이용허락에 적용되는 저작물과 유사한 종류의 저작물이 불합리하게 그 요강이나 이용허락에서 제외되어 있는 것,

(b) 그러한 저작물을 요강이나 이용허락에 따르게 하는 것이 저작물의 통상적 이용과 상충하지 않으며, 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해하지 않는다는 것.

(3) 장관이 그러한 명령을 발하기로 제안한 경우에는, 그는 그 제안을 다음의 상대에게 통지한다-

(a) 저작권자,

(b) 당해 이용허락 기관, 및

(c) 교육기관을 대표하는 자 또는 단체, 기타 장관이 적합하다고 판단하는 자 또는 단체.

(4) 그 통지는 통지일로부터 6개월 내에 장관에게 그 제안에 대하여 문서나 구두로 의견을 진술할 권리에 관하여 알려야 하고, 그들 중 어떤 자가 구두 진술을 원하는 경 임명한다.

(5) 장관은 명령을 발하는 여부를 검토함에 있어서, 제4항의 규정에 따라 행해지는 진술과 관련이 인정되는 다른 사항을 고려한다.

부록 6. 프랑스 저작권법 소프트웨어 관련 주요조문²¹⁶⁾

제112조의 2

제1항 이 법전에서 말하는 정신적 창작물이라 함은 다음과 같은 것들을 말한다.

제13호 소프트웨어와 그 안에 포함된 콘텐츠

제122조의 5

제1항 저작물이 공표된 때에는, 저작자는 다음 각호의 행위를 금지할 수 없다 :

제1호 가족의 범위에서만 행하여진 사적 무료공연.

제2호 복제자의 사적목적 사용에 엄중히 한정되고, 단체적 사용을 목적으로 하지 않는 복사·복제. 다만 원저작물이 창작된 목적과 동일한 목적으로 사용하게 되어 있는 미술저작물의 복제, 제 122조의 6의 1의 II에서 규정한 조건에 따른 보존용 파일 이외의 것을 목적으로 하는 소프트웨어의 복제, 전자적데이터베이스의 복제·복사는 제외된다.

제3호 저작자의 성명과 출처를 명확히 표시할 것을 조건으로 다음의 경우에는 복제할 수 있다 :

a) 비평, 논쟁, 교육, 학술 또는 저작물에 의하여 구체화된 정보적 성질을 가지는 저작물의 해석 및 짧은 인용,

b) 언론논평;

c) 정치적, 행정적, 사법적 또는 학술적 집회, 정치성을 띤 공중의 집회 및 공적 행사에서 공중을 위하여 행한 연설을 시사보도의 목적으로 신문·잡지나 방송을 통한 사실 그대로의 전달;

e) 교육목적으로 제작된 저작물의 공연 또는 그 저작물의 특정부분을 발췌하여 행한 복제, 교육목적으로 제작된 악보의 공연·복제, 저작물을 디지털 파일로 제작하면서 행하여지는 복제. 다만 이 공연 복제는 교육이나 연구의 범위 내에서 오로지 예증을 목적으로 행해져야 하고, 그 어떠한 유희나 오락을 목적으로도 행한 것이어서는 아니되며, 그 공연 또는 복제물을 배포하는 대상자는 주로 교사나 교수가 직접 담당하고 있는 학생, 대학생들이어야 하며, 또한 그 공연 또는 복제물의 이용은 그 어떠한 형태로든 상업적 이용에 제공되어서도 아니된다. 교육목적 공연과 복제에 대하여는 제122조의 10에 명시된 집중관리단체에 대한 복제권의 위탁과 관계없이 정액제를 기초로 약정한 보상금으로 보상될 것을 조건으로 한다.

(중략)

제6호 기술적 과정의 본질적 구성요소로서, OSP 등을 매개로 하는 네트워크를 통한 제3자간 저작물의 적법한 이용과 전송을 가능하게 할 것을 유일한 목적으로 하는 임시적 종속적 성질의 일시적 복제 : 다만 이러한 일시적 복제는 소프트웨어와 데이터베이스를 제외한 그밖의 저작물만을 대상으로 하여야 하며 그 복제가 경제적 가치를 가지는 것이어서는 아니된다 ;

(하략)

제122조의 6

제1항 권리를 제한하는 제122조의 6의 1의 요건에 따라, 소프트웨어 저작자에게 귀속하는 이용권은 다음과 같이 소프트웨어를 실현하고 이용을 허락하는 권리를 포함한다 ;

제1호 그 어떤 방법으로든, 그 어떤 형식으로든 소프트웨어의 전부 또는 일부의 영구적 또는 일시적

216) 이하에서 인용한 주요조문은 한국저작권위원회에서 2009년 발간한 “프랑스 저작권법”에서 발췌하였음을 밝혀둡니다.

복제. 소프트웨어의 기억, 출력, 실행, 명령의 전달, 입력의 과정에서 일어나는 복제는 저작자의 허락을 얻어서만 가능하다.

제2호 번역, 각색, 편곡 또는 소프트웨어의 수정 및 그 결과로 일어나는 소프트웨어의 복제.

제3호 그 어떤 방법으로든 소프트웨어에 대한 하나 또는 다수개의 복제물의 유상 무상의 판매·대여. 다만 유럽공동체의 어느 회원국 또는 유럽경제공동체의 역내에 있는 어느 당사국의 영토내에서 저작자에 의하여 또는 그로부터 동의를 얻어서 행한 소프트웨어의 복제물의 최초의 판매로 장래 유럽공동체의 모든 회원국내에서 동일 복제물의 대여를 허락하는 권리를 제외하고, 판매하는 권리는 소진된다.

제122조의 6의 1

I. 제122조의 6의 제1호, 제2호에 규정된 행위는 소프트웨어의 사용에 대하여 정당한 권원을 가진 자가 그의 목적에 따라 소프트웨어의 사용을 위해서 또한 소프트웨어의 오류를 정정하기 위해서 필요한 때에는 저작자의 허락을 얻지 아니하고 복제할 수 있다. 다만 저작자는 계약으로 하자를 보수하는 권리 및 정당한 사용권을 가진 자가 그의 목적에 따라 소프트웨어의 사용을 위하여 필요한 제122조의 6의 제1호, 제2호에 규정된 행위를 할 때 따라야 할 특별한 방법을 정할 수 있는 권리를 유보할 수 있다.

II. 소프트웨어를 사용하는 권리를 가진 자는 소프트웨어의 사용을 유지하기 위해서 필요한 보존용 복제물을 만들 수 있다.

III. 소프트웨어를 사용하는 권리를 가진 자는 저작자의 허락을 얻지 아니하고 소프트웨어의 입력, 출력, 실행, 명령의 전달 또는 기억 등의 기능을 하지만 소프트웨어의 요소가 아닌 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 소프트웨어의 기능을 조사, 연구, 시험할 수 있다.

IV. 제1항 소프트웨어의 코드의 복제나 그 코드의 형식의 번역은, 제122조의 6의 제1호, 제2호에서 말하는 복제 또는 번역이 다른 소프트웨어와 다른 방법으로 창작된 소프트웨어의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 불가결한 경우에는 저작자의 허락을 얻을 필요가 없다. 다만 다음의 조건을 갖추어야 한다 :

제1호 복제·번역을 하는 자가 소프트웨어의 복제물을 정당하게 이용하는 권리를 가진 자이거나 그에 대하여 자격이 있는 자일 것.

제2호 제1호에 명시된 자가 다른 방법으로 호환을 위하여 필요한 정보에 신속하고 용이하게 접근할 수 없을 것.

제3호 그 복제·번역이 그 호환에 필요한 원본 소프트웨어의 특정부분으로 한정될 것.

제2항 얻어진 정보를 이용하여 다음의 행위를 하여서는 아니된다:

제1호 다른 방법으로 창작된 소프트웨어의 호환 목적외의 다른 목적으로 流用하는 행위.

제2호 다른 방법으로 제작된 소프트웨어의 호환을 위하여 필요하지 아니함에도 불구하고 그 얻은 정보를 제3자에게 공개하는 행위.

제3호 표현이 실질적으로 유사한 소프트웨어로 수정, 제작, 상업화를 위하여 이용하는 행위, 또는

소프트웨어의 저작권을 침해하는 모든 행위.

V. 이 규정은 소프트웨어의 정상적 이용을 방해하거나 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치는 방향으로 해석해서는 아니된다. 이 규정의 II, III 및 IV에 규정된 규정에 반하는 그 어떠한 약정도 무효이며 효력이 없다.

제131조의 1

장래의 저작물에 대한 저작권의 포괄적 양도는 무효이다.

제131조의 3

제1항 저작권의 양도는 양도되는 권리를 개별적으로 양도계약서에 명시할 것으로 조건으로 하며, 양도되는 권리의 이용범위는 범위, 목적, 기간, 장소에 따라 제한될 것을 조건으로 한다.

제2항 특별한 사정이 존재하는 때에는, 양도되는 권리의 이용범위가 이 규정 제1항의 조건에 따라 제한될 것을 조건으로 계약을 전신의 교환으로 유효하게 체결할 수 있다.

제3항 시청각저작물에 대한 개작권의 양도계약은 복제물의 발행계약과는 별개의 문서로 체결하여야 한다. 양수인은 그 계약에 의하여 영업상의 관행에 따라 양수한 권리를 이용할 수 있으며 징수하는 수익에 비례하여 보상금을 저작자에게 지급할 의무를 진다.

제131조의 3의 1

제1항 공무원상의 완성을 위하여 꼭 필요한 범위에서, 국가 공무원에 의하여 직무상 또는 지시를 받아서 창작된 저작물에 대한 이용권은 창작한 때로부터 정당하게 국가에 양도된다.

제2항 국가는 제1항에 명시된 저작물의 상업적 이용권은 공무원저작자에게 우선적으로 처분하여야 한다. 이 규정은 학술적 기술적 성질의 공기업이나 학술적 문화적 전문적 공기업이 학술적 기술적 업무에 관하여 특정한 사법상의 법인과 계약을 체결한 경우에는 적용되지 아니한다.

제131조의 4

제1항 저작자는 자기의 저작물에 대한 권리 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. 그 양도의 대가로 저작자에게 그 저작물의 이용 또는 매매로 발생하는 수익에 대한 일정비율의 지분이 인정되어야 한다. 그러나 다음의 경우에는 저작자의 보상금은 정액으로 가격을 정할 수 있다.

제1호 비례지분의 산정기초를 실제로 정할 수 없을 때 ;

제2호 비율의 적용을 통제할 수 있는 방법이 없을 경우 ;

제3호 보상금 산정비용 및 관리운영비용이 보상금을 초과할 때

제4호 저작자의 기여분이 저작물의 정상적 창작의 본질적 요소를 구성하지 아니한다거나, 저작물의 이용이 이용된 대상과의 관계에서 볼 때 부수적 성질밖에 없다든가 하는 경우 등 이용방법의 성질 및 이용조건상 비례보상제(종량제)의 적용이 불가능한 경우,

제5호 소프트웨어에 대한 권리를 양도하는 경우;

제6호 기타 이 법전에 규정된 경우.

제2항 또한 저작자의 요청으로 당사자간 약정으로 정한 보상금을 약정한 기간동안 매년 일정한 금액씩 정액으로 지급할 것을 약정하는 것도 위법한 것은 아니다.

제131조의 5

제1항 이용권 양도의 경우에, 저작자가 불공정 계약 또는 저작물의 수익에 대한 예측불량으로 인하여 7/12 이상의 손해를 입은 경우에는 저작자는 계약의 가격조건의 수정을 요구할 수 있다.

제2항 계약의 가격조건의 수정은 저작물이 정액보상제 방식으로 양도된 경우에만 요구할 수 있다.

제3항 불공정 계약(La lésion)은 손해를 입었다고 주장하는 저작자의 저작물의 양수인의 이용행위를 전제적으로 고려하여 평가한다.

제131조의 6

계약을 체결한 날에 예측할 수 없었거나 예측하지 못한 상태에서 저작물의 이용권을 부여한 양도조항은 명시적으로 규정되어야 하며, 이용수익에 관하여 지분을 약정하여야 한다.

제132조의 5

계약에서 이용으로 발생하는 수익에 대하여 비례보상제를 약정할 수 있다. 한편 제131조의 4와 제131조의 6에서 규정한 경우에는 정액제로 약정할 수 있다.

제132조의 7

제1항 저작자의 직접적 동의는 서면으로 할 때만 구속력이 있다.

(하락)

제331조의 1의 3

제1항 손해배상금액을 결정하기 위하여, 관할법원은 피해자가 입거나 당한 손실, 권리침해로 인하여 침해당 한 저작자가 얻은 이득과 권리침해행위로 인하여 권리자에게 야기된 정신적 손해 등 소극적 경제적 결과를 고려하여야 한다.

제2항 또한 관할법원은, 피해자의 요청이 있으면, 침해를 당한 권리를 이용허락을 얻어서 이용하였더라면 그 저작자가 요구했으리라고 생각되는 보상금보다 적지않은 한도에서 손해배상금으로 인정할 수 있다.

제331조의 6

사적목적 복제를 위한 제한 규정의 혜택 및 제331조의 31의 2호에 명시한 예외의 혜택은 제331조의 7부터 제331조의 10, 제331조의 33부터 제331조의 35 및 제331조의 37의 규정에 의하여 보장된다.

제335조의 2

제1항 저작자의 소유권에 관한 법률 및 규칙을 무시하고 어문저작물, 작곡, 디자인, 수채화 또는 기타 인쇄되거나 조작된 저작물의 전체 또는 일부를 출판하는 행위는 침해행위이며 모든침해행위는 범죄행위이다.

제2항 프랑스나 외국에서 공표된 저작물에 대한 침해행위가 프랑스내에서 이루어진 경우에는 3년의 금고와 300,000 유로의 벌금을 병과한다.

제3항 저작권을 침해하는 제품을 수출 수입하는 범죄행위도 동일한 형으로 처벌한다.

제4항 이 규정에서 정한 범죄행위가 조직적 집단적으로 행하여진 경우에는 5년의 금고와 500,000유

로의 벌금을 병과한다.

제335조의 2의 1

제1항 아래의 범죄행위에 대하여는 3년의 금고와 300,000유로의 벌금을 병과한다.

제1호 저작물이나 보호받는 대상을 허락을 얻지 아니하고 명백히 공중에게 제공할 것을 목적으로 하는 소프트웨어를 어떠한 형태로든 고의적으로 공중에게 제공하거나 공중송신하여 출판하는 행위.

제2호 제1호의 소프트웨어의 사용을 위한 광고전단의 배포를 포함한 고의적 선전행위.

(2006년 7월 27일의 제2006-540DC호의 헌법위원회의 결정에 의하여 헌법불합치 결정이 난 규정임)

제335조의 3

제1항 또한 그 어떤 방법으로든 이 법에서 규정한 침해적 행위로 저작물을 복제, 공연, 배포하는 모든 행위는 권리를 침해하는 범죄행위이다.

제2항 제122조의 6에 규정된 소프트웨어의 저작자의 권리 가운데 어느 한 가지를 침해하는 것도 권리를 침해하는 범죄이다.

제3항 또한 영화관에서 영화 또는 시청각물의 일부 또는 전부에 대한 모든 포착행위도 침해적 범죄 행위이다.

주 의

1. 이 보고서는 소프트웨어정책연구소에서 수행한 연구보고서입니다.
2. 이 보고서의 내용을 발표할 때에는 반드시 소프트웨어정책연구소에서 수행한 연구결과임을 밝혀야 합니다.



[소프트웨어정책연구소]에 의해 작성된 [SPRI 보고서]는 공공저작물 자유이용허락 표시기준 제 4유형(출처표시-상업적이용금지-변경금지)에 따라 이용할 수 있습니다.
(출처를 밝히면 자유로운 이용이 가능하지만, 영리목적으로 이용할 수 없고, 변경 없이 그대로 이용해야 합니다.)