

외국인 프로그램의 보호와 국제거래

저자: 정상조

발행년도: 1993

문헌: 국제거래와 법; 국제거래법연구

권호: 2집 (1993년)

출처: 국제거래법학회

[139]

<목 차>

I. 서 론

II. 외국인 프로그램의 보호

1. 컴퓨터프로그램보호법 및 대외무역법
2. UCC 및 Berne협약상의 저작권의 범위
3. UCC 및 Berne협약상의 프로그램 저작권의 범위
4. UCC 및 Berne협약상의 프로그램 저작권의 존속기간

III. 외국인 프로그램의 도입계약

1. 프로그램 판매의 제한
2. 경쟁적 프로그램의 취급제한
3. 끼워팔기

I. 서 론

지난 이삼십여년간에 걸쳐서 컴퓨터프로그램의 법적보호방법으로서 특허법, 저작권법, 실용신안법, 의장법, 부정경쟁방지법, 그리고 계약법등이 검토되고 이용되어 왔는데, 각 보호방법의 특징과 장단점은 무엇이고 오늘날 상당수의 나라에서 저작권법 또는 그에 유사한 법제도에 의한 보호가 주된 보호방법으로 이용되게 된 이유와 배경은 무엇인가 하는 점에 관하여는 이미 많은 소개와 검토가 이루어진 것으로 보인다. 그리고 우리나라의 컴퓨터프로그램보호법에 관한 권위있는 해설주1)도 이루어져 있고 최근의 개정논의도 충분히 소개되어 있다. 따라서 본

[140]

고에서는, 국제거래에서의 컴퓨터프로그램이 어느 정도로 보호되는가를 살펴보기 위하여, 외국인의 프로그램이 우리나라 컴퓨터프로그램보호법하에서 보호되기 위한 요건과 보호내용은 무엇인가 그리고 외국인의 프로그램이 우리나라에 도입되는 경우의 절차와 규제에는 어

때한 것이 있는지 등에 관하여 검토하기로 한다.

II. 외국인 프로그램의 보호

1. 컴퓨터프로그램보호법 및 대외무역법

우리나라의 컴퓨터프로그램보호법은 외국인의 프로그램을 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라서 보호한다고 규정하고 있다. 대한민국내에 주된 사무소가 있는 외국법인이 창작한 프로그램과 맨처음 대한민국내에서 발행된 외국인의 프로그램을 제외하고, 그이외의 프로그램의 경우에는 대한민국이 가입한 조약에 따라서만 보호된다는 것이다.주2) 법규정 가운데 외국프로그램의 수입에 관하여는 특히 "수입시에 대한민국내에서 만들어졌다면 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 대한민국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위는 당해 프로그램저작권을 침해하는 행위로 본다"주3) 고 규정하고 있지만, 여기에서도 대한민국내에서 만들어졌다면 저작권침해가 되는 경우에 한하여 규제하고 있으므로, 문제는 마찬가지로 외국인의 프로그램이 조약에 따라서 보호될 수 있는지 여부로 귀착된다.

그런데, 대외무역법에서 "무역업자는 '교역상대국의 법령에 의하여 보호되는 특허권 저작권, 저작인접권 및 프로그램저작권을 침해하는 물품을 수출 수입하는 행위'를 해서는 아니된다"고 규정하고, 위반행위가 있으면 상공부장관은 시정권고를 하거나 1년이내의 기간을 정하여 무역업의 정지를 명할 수 있고 정지명령에 위반한 자는 3년이하의 징역

[141]

또는 벌금에 처한다고 규정하고 있다.주4) 대외무역법이 컴퓨터프로그램보호법 이외의 추가적인 보호를 규정하고 있는 것이라고 보는 견해도 있다. 물론 수출의 경우에 교역상대국의 지적소유권법을 위반하는 물품은 당해국가의 세관에서 지적소유권 등을 이유로 하여 몰수 등의 처분을 받게 될 것이기 때문에, 우리나라 정부가 스스로 그러한 위법적 수출을 규제하기 위하여 시정권고 등의 규제를 할 수 있다. 이러한 수출규제는 당해국가에서의 지적소유권 보호의 결과인 것이지, 외국인의 프로그램 또는 기타의 지적재산이 직접적으로 우리나라에서 보호되기 때문은 아닌 것이다.

더욱이 수입규제에 있어서도 외국인의 프로그램 또는 기타의 지적재산이 우리나라에서 보호되는 한도에서만 대외무역법에 의한 시정권고 등의 규제를 하게 되는 것이지 우리나라에서 보호되지 아니하는 외국인의 지적재산에 대해서까지 수입규제를 할 이유는 없는 것이다. 따라서, 외국인이 우리나라에서 보호받기 위하여 우리나라에서 특허권설정등록, 상표등록 등의 보호절차를 밟고 우리나라의 저작권법 보호대상에 해당되는 한도에서만 대외무역법에 의한 수입규제의 대상이 되는 것이라고 제한적으로 해석될 수 밖에 없을 것이다. 결과적으로, 외국인 프로그램의 보호에 있어서, 외국인이 우리나라에 주된 사무소를 가지고 있거나 우리나라에서 최초로 발행한 프로그램이 아닌한, 외국인의 프로그램의 국내에서의 보호 여부는 조약의 해석에 좌우될 것이다.

2. UCC 및 Berne 협약상의 저작물의 범위

프로그램의 국제적 보호에 관한 조약으로는 세계지적소유권기구(WIPO)의 협약(안)이 있지만, 그 조약안은 회원국들의 이해대립으로 인하여 체결될 가능성이 희박해서 현실적으로 거의 의미를 상실해 버린 것이고, 가장 밀접히 관련된 조약으로는 세계저작권협약(UCC)과 베

른협약을 생각해볼 수 있다. 우리나라는 현재 세계저작권협약에만 가입

[142]

되어 있지만 앞으로 베른협약에도 가입할 가능성이 충분히 있고, 조약내용은 베른협약이 세계저작권협약보다 훨씬 더 상세하기 때문에 여기에서는 세계저작권협약과 베른협약의 두가지 조약의 해석을 하면서 컴퓨터프로그램이 국제적으로 보호될 수 있는지 여부를 검토해보도록 한다.

우리나라가 동 협약들에 따라서 외국인의 컴퓨터프로그램을 보호할 조약상 의무가 있는지 여부를 검토하기 위해서는, 동 협약들에서 규정된 저작물의 범위에 컴퓨터프로그램이 포함되는 것인지 따라서 동 협약들이 컴퓨터프로그램에 대해서도 적용되는지 여부를 판단하여야 할 것이다. 동 협약들의 어느 하나도 컴퓨터프로그램을 저작물의 하나로 명시적으로 열거하고 있지는 않다. 동 협약들의 역사를 살펴보면, 협약의 보호대상으로 명시적으로 열거하는 저작물의 종류를 점차적으로 늘려온 것을 알 수 있다.

예컨대, 사진과 영상저작물에 관하여 보면, 베른협약은 사진과 영상저작물의 저작물성에 관한 중견의 논쟁을 마감하기 위해서 1948년 브뤼셀개정에서, 사진과 영상저작물을 협약하에서 보호되어야 할 저작물의 하나로 예시하게 되었다. 본래 예술적인 저작물을 찍은 사진에 관해서는 1886년 베른협약의 부속합의서에서 일종의 2차적 저작물로서 보호된다는 점을 분명히 하고 있지만, 사진 일반에 대한 보호여부는 불분명했었고, 그에 관한 논쟁이 있었던 것이다. 물론 이와같이 사진이 베른협약하의 저작물의 하나로 열거되었다고 해서 사진의 저작권법적 보호에 관한 모든 문제가 다 해결된 것은 아니고, 우선 사진이 저작물로서 보호되기 위해서 어느정도의 창작성이 있어야 할 것인지여부에 대해서 회원국 입장이 아직도 상이함을 발견할 수 있다. 예컨대, 영국에서는 저작물의 창작성 기준이 일반적으로 낮아서, 사진의 경우에도 직업적 사진가의 사진뿐만아니라 가족끼리 휴일을 즐기다가 아무런 전문기술도 없는 가족일원이 자신의 휴일장면의 하나를 찍은 사진도 저작물로서 보호되는데 반해서, 독일에서는 사진의 창작성에 따라서 보호수준을 달리 하다가 1986년 개정에서 소위 "예술적" 사진은 통상의 저작물

[143]

과 마찬가지로 저작자의 사후70년동안 보호되지만, 특정 사실이나 사건을 기록하기 위한 사진을 공표된 날로부터 50년동안만 보호되고, 그 이외의 사진은 공표된 날로부터 25년동안만 보호된다고주5) 하는 커다란 차이가 현존하고 있다.

이와 같이, 베른협약 등의 역사는 구체적으로 열거되는 저작물의 증가의 역사라고도 볼 수 있지만, 컴퓨터프로그램과 같이 베른협약에 열거되어 있지는 않지만 몇몇 회원국의 저작권법에 의해서 보호되고 있는 저작물의 베른협약상의 지위에 대해서는 아직도 회원국 사이에 논쟁이 계속되고 있다. 이러한 문제는 특히 나중에 살펴보는 내국민대우원칙의 적용범위에 직접적으로 연결되는 문제이기 때문에 중요한 의미를 가진다. 혹자는 컴퓨터프로그램이 상당수의 회원국에서 저작권법에 의해서 보호되고 있기 때문에 협약에 의해서 보호되는 저작물에 해당된다고 보아야 한다고 주장한다.주6) 이러한 주장의 주된 근거로는, 상당수의 회원국에서 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의해서 보호하는 것이 컴퓨터프로그램을 저작물로 취급하는 관행을 형성하고 그러한 국가간 관행의 협약의 해석에 중요한 자료가 될 수 있다는 것이다.주7) 그러나, 협약해석의 자료가 되는 관행을 형성하기 위해서는 과반수의 회원국 사이에 동일한 관행이 있음이 입증되어야 할것인데, 컴퓨터프로그램의 보호에 있어서는

초기에 미국과 독일 그리고 호주와 캐나다 등에서 컴퓨터프로그램의 저작물성을 부인한 판례도 있었고, 또한 현재 컴퓨터프로그램을 저작권법의 개정에 의해서 명백히 보호하고 있는 나라는 소수의 선진국에 한정되어 있기 때문에, 회원국의 관행에 따라서 컴퓨터프로그램이 협약에 의해서 보호되는 저작물에 해당된다고 볼 수는 없다. 더욱이 세계지적소유권기구(WIPO)가 컴퓨터프로그램보호에 관한

[144]

조약(안)을 마련한 것도 컴퓨터프로그램이 기존의 베른협약상의 저작물에 해당되지 아니한다는 사실을 간접적으로 시인한 것이라고 볼 수 있다.주8)

베른협약과 세계저작권협약을 비교해 볼 때, 베른협약이 더 높은 수준의 저작권보호를 회원국들에게 요구하고 있는 것으로 보여지는데, 그러한 베른협약을 해석해보더라도 회원국들이 당연히 외국인의 컴퓨터프로그램을 보호해야 할 조약상 의무는 없는 것이라면, 세계저작권협약하에는 더욱 명백히 그 회원국들이 외국인의 컴퓨터프로그램을 보호할 조약상 의무가 없는 것으로 생각된다. 따라서, 우리나라가 현재 세계저작권협약에 가입되어 있다고 하더라도, 우리나라가 조약상의 의무로서 당연히 컴퓨터프로그램을 보호해야 할 의무가 있는지 여부는 불분명하다고 말할 수 있다. 우리나라에서 외국인의 프로그램이 내국인의 그것과 마찬가지로 보호되어야 한다고 주장하기 위하여는, 저작권협약에 회원국의 의무로 규정되어 있는 내국민대우의 원칙(National treatment)에 따라서, 비록 컴퓨터프로그램이 협약상의 명시적으로 예시된 저작물에는 해당되지 않지만 특정 회원국의 국내법에 의하여 보호되고 있으면 그러한 회원국은 외국인의 프로그램에 대하여도 내국인의 프로그램과 마찬가지로 보호해주어야 할 의무가 있는 것이라고 주장하는 경우에만 가능할 것이다. 다시 말해서, 내국민대우의 원칙의 적용범위를 엄격히 해석하면, 협약의 적용대상인 저작물에 한정되는 것이겠지만,주9) 외국인의 프로그램에 대한 보호를 주장하는 견해는 내국민대우의 원칙의 적용범위를 넓게 해석하여 내국인에게 부여하는 모든 저작권법적 보호를 마찬가지로 컴퓨터프로그램을 포함한 외국인의 저작물에 그대로 적용해야 한다는 해석주10)에 입각하고 있는 것이다. 결론적으로 지적되어야 할

[145]

것은, 우리나라에서 컴퓨터프로그램이 저작권법적인 법리에 의하여 보호되고 있고 외국인 저작물의 보호에 관하여 우리나라는 세계저작권협약에 의한 의무를 가지고 있으므로, 우리나라에서 외국인의 컴퓨터프로그램은 당연히 내국인의 프로그램과 마찬가지로 보호될 것이라고 보는 견해가 유력한 것으로 보이지만, 위에서 살펴본 바와 같이 컴퓨터프로그램이 세계저작권협약에 의하여 보호되는 저작물의 범위에 해당되는지 그리고 협약의 회원국들이 컴퓨터프로그램에 대하여 저작권법적 보호를 해주어야 할 조약상 의무를 가지고 있는 것인지 여부는 극히 불분명하고 나아가서 부정적으로 해석될 여지도 상당히 있다는 점이다. 따라서, 사진저작물 등의 경우와 마찬가지로, 저작권 관련 협약들의 개정에 의하여 컴퓨터프로그램을 보호대상인 저작물의 하나로 예시하거나, 우리나라의 법원에 의하여 동일한 취지로 협약의 해석이 이루어지지 않는 한, 우리나라에서의 외국인의 컴퓨터프로그램 보호는 최소한 이론적으로는 불확실한 것이다.

3. UCC 및 Berne협약상의 프로그램저작권의 범위

전술한 바와 같이 컴퓨터프로그램이 UCC 및 Berne협약에 의하여 보호되어야 할 저작물에

해당되는지에 대하여 부정적으로 해석될 여지가 많지만, 내국민대우의 원칙을 넓게 해석하여 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 국내법제를 가진 회원국은 외국인의 프로그램도 내국민의 그것과 마찬가지로 보호해주어야 한다고 하더라도, 몇가지 곤란한 문제점을 해결해야 함을 발견하게 된다. 즉, 외국인 컴퓨터프로그램의 보호가 UCC 및 Berne협약에 의하여 요구되는 것이라고 한다면, 컴퓨터프로그램보호에 관한 회원국 저작권법이 UCC 및 Berne협약의 규정에 부응해야 하는데, 각 회원국의 프로그램저작권이 과연 UCC 및 Berne협약의 규정에 부응하는지에 관한 의문이 제기된다.

베른 협약과 세계저작권협약은 최소한보호(Minimum Protection)의 원칙을 채택하고 있다. 이러한 최소한보호의 원칙에 따라서, 협약에 가입한 회원국의 국민은, 특정 회원국의 국내법이 협약에 규정되어 있는

[146]

최소한의 보호수준에 미치지 아니하는 경우에는, 협약에 규정된 최소한의 수준에 따라서 보호해줄 것을 주장할 수 있는 것이다. 최소한보호의 구체적내용은 점차적으로 증가해 왔다. 예컨대, 베른협약에 있어서도, 처음에는 복제권으로부터 시작해서, 실연권과 방송권 그리고 인격권과 영상저작권의 보호에로, 최소한보호의 내용이 점차 증가해 왔고, 세계저작권협약에 있어서도, 처음에는 번역권만을 규정하고 있었으나, 1971년 개정에서 복제권과 방송권 그리고 실연권까지 포함하게 되었다. 이러한 최소한보호의 원칙은, 저작권의 구체적 내용에 있어서 뿐만아니라, 저작권에 의해서 보호받을 수 있는 저작물의 종류와 저작권의 존속기간에 대해서도 적용될 수 있는 것이다. 여기에서 문제되는 것은, 회원국들은 동 협약에 규정된 저작권의 범위와 제한 이상의 제한을 외국저작물에 적용할 수 없는데, 각 회원국의 컴퓨터프로그램에 관한 저작권법 규정들 특히 컴퓨터프로그램에 관한 저작인격권의 제한에 관한 규정들을 이 그러한 협약상의 저작권제한을 초과한 것이 아닌지 그리고 프로그램저작권의 존속기간을 통상의 저작물의 저작권존속기간보다 단기로 정하고 있는 회원국의 경우에 외국인의 프로그램에 대하여도 그러한 단기의 보호기간만을 인정할 수 있는지 등과 같이 회원국의 프로그램보호수준과 UCC 및 Berne협약에서의 최소한보호수준과 일치하는지의 문제가 있는 것이다.

우리나라의 컴퓨터프로그램보호법과 선진각국의 저작권법은 복제권에 대한 제한의 하나로서 프로그램사용자의 보존용 복제(back-up copies)를 허용하고 있는데, 주11) 이와 같은 사용자의 복제권 또는 프로그램저작권의 제한이 UCC 및 Berne협약에서 허용되는 저작권의 제한을 초과하는 것이 아닌가 하는 점을 검토해 본다. 우선 베른협약부터 살펴보면, 베른협약은 예외로서 인정되는 복제는 저작권자의 통상적인 저작물 이용(normal exploitation of the work)에 저촉되지 아니하고 저작자의 적법한 이익(legitimate interests)을 침해하지 않는 경우에 한정되어 있

[147]

다. 주12) 프로그램사용자가 프로그램의 삭제라거나 물리적 훼손에 대비하여 보존의 목적(archival purpose)으로 복제하고 프로그램 사용자가 자신의 프로그램은 양도할 경우에는 그러한 보존용 사본도 양도하도록 한 것은 프로그램 저작권자의 저작물이용과 저촉되지도 않고 저작자의 적법한 이익에 반하는 것도 아니라고 볼 수 있기 때문에, 컴퓨터프로그램사용자에게 보존용 복제를 할 수 있도록 예외를 허용하는 회원국 국내법은 베른협약과 모순되지 않는 것이라고 볼 수 있다.

그러나, 프로그램의 역공정(reverse engineering)은 보존용 복제와는 다른 측면을 가지고 있다. 프로그램개발업자들은 자신의 프로그램을 개발하기 위하여, 대부분의 경우에 시장에 이미 나와 있는 프로그램을 구입하여 목적코드(object codes)에서 원시코드(source codes)로 변환하고 그러한 원시코드를 통하여 논리구조와 흐름을 분석하고(reverse engineering) 주13) 그러한 분석을 통하여 얻은 지식을 토대로 해서 경쟁적인 프로그램을 개발하게 하는데, 이러한 일련의 역공정은 프로그램의 복제와 개작을 필요로하기 때문에 저작권제한의 하나로 허용되지 아니하면 저작권침해에 해당된다. 따라서 저작권법에 역공정을 허용하는 예외가 마련된다면 그러한 예외가 베른협약에서 허용되는 저작권제한의 범위를 초과하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다. 아직 우리나라를 비롯한 대부분의 나라에서는 역공정을 허용하는 명시적인 저작권법규정이 없어서 베른협약과의 모순이 가시화되어 있지 않지만, 역공정을 허용하도록 요구하고 있는 유럽공동체 위원회 규칙은 그러한 문제가 바로 눈앞에 닥친 현실적인 문제임을 잘 보여준다.

유럽공동체 위원회(EC Council)주14) 의 프로그램지침은 저작권의 제한

[148]

의 하나로서, 프로그램의 기초가 되는 아이디어와 원칙들을 파악하고 그림으로써 당해 프로그램의 기능을 관찰, 연구 및 테스트하기 위해서 필요한 한도에서는 저작권자의 동의없이 프로그램을 작동시키거나 전송하거나 저장하는 등의 일시적복제와 저장을 할 수 있다고 규정하고 있다.주15) 프로그램지침은 더 나아가서, 프로그램의 호환성(interoperability)을 확보하기 위해서 필요한 정보를 파악하는데 필요한 한도에서는 완전한 분석프로그래밍을 허용하고 있다. 즉, 호환성있는 프로그램을 제작하기 위해서는 기존 컴퓨터의 하드웨어와 소프트웨어의 인터페이스에 관한 정보를 파악해야 하는데, 그러한 정보파악을 위해서 필요한 프로그램의 복제와 번역(원시코드로의 번역: Decompilation)을 프로그램저작권자의 동의 없이도 할 수 있다고 프로그램지침은 규정하고 있다.주16) 프로그램이 목적코드(object codes)의 형태로 되어 있고, 그의 호환성에 관한 정보가 프로그램 사용자에게 알려져 있지 아니한 경우에는, 당해 프로그램을 복제하고 원시코드로 번역해서 분석 연구해 보아야, 호환성에 관한 정보를 파악할 수 있기 때문에, 그러한 한도에서 저작권의 제한이 인정된 것이다. 호환성에 관한 정보를 파악한 자는 기존의 프로그램의 "표현"과 상당한 유사성을 가진 프로그램이 아닌한 기존의 프로그램과 경쟁적인 프로그램을 제작해서 판매할 수 있기 때문에,주17) 분석프로그래밍을 위해서 프로그램지침에 인정된 저작권제한은 획기적인 규정인 것이다. 최근에 미국연방항소법원은 경쟁적인 프로그램을 개발하기 위하여 기존의 프로그램 목적코드(Object codes)를 원시코드로 변환하는 작업이 상업적 목적(commercial purpose)을 가지고 있

[149]

는 경우에도 미연방 저작권법 제107조의 공정이용(Fair use)에 해당되는 것으로 허용될 수 있다고 판시한 바 있다.

이와 같은 지침이나 판례는 역공정을 허용하는 법규정이 베른협약에 모순되는 것이 아닌지 그리고 더 나아가서 프로그램의 저작권법적 보호를 위한 베른협약의 구체적 개정이 이루어지기 이전에는 프로그램의 법적 보호는 베른협약의 적용범위 밖의 사항이 아닌가 하는 근본적인 문제를 다시 제기하게 하는 것이다. 특히 역공정은 최종적으로 경쟁적인 프로그램의 개발 및 판매라고 하는 상업적 또는 영리적 목적을 가지고 이루어지기 때문에, 베른협약상

의 저작권제한의 요건인 "저작자의 적법한 이익을 침해하지 말아야 한다"는 요건을 충족하지 못하는 것이 아닌가 하는 의문이 강하게 제기된다. 보다 근본적인 문제는, 프로그램을 저작권법에 의하여 보호하는 경우에 프로그램 산업의 발전을 위하여 프로그램의 역공정을 허용하기 위한 예외를 마련해야 한다는 점에는 찬성하더라도, 현행 베른협약은 프로그램과 같은 산업과 밀접히 관련되어 있는 기능저작물을 염두에 두지 않고 마련된 협약이기 때문에 프로그램저작권을 커버하기에는 여러 가지로 부자연스런 측면이 많다는 점이고 더 나아가서 현행 베른협약의 해석상 프로그램이 협약상의 저작물에 당연히 포함된다고 보기는 어렵지 않은가 하는 점일 것이다.주18)

다음으로 세계저작권협약에 대하여 살펴본다. 세계저작권협약은 "저작권의 제한이 협약의 규정과 정신(the spirit and provisions of the UCC)에 반하지 아니하고 저작권자의 배타적 권리에 관한 합리적인 정도의 효과적 보호(a reasonable degree of effective protection)를 해하지 말아야 한다"고 규정하고 있다.주19) 세계저작권협약은 베른협약과는 달리 저작권 제한의 구체적인 요건을 정하지 않고 추상적으로 협약의 규정과 정신에 반하지 않는 범위에서 허용된다고만 규정하고 있다. 따라서, 세계저

[150]

작권협약에서의 저작권제한의 허용범위를 판단하기 위하여는 세계저작권협약과 베른협약에서의 저작권 보호수준을 비교해볼 필요가 있는데, 베른협약은 오랜 역사를 가지고 그 최소한 보호(minimum protection)수준으로서 상당히 자세한 저작권내용을 규정하고 있음에 반하여, 세계저작권협약은 애초에 베른협약의 보호수준에 도달하기 위한 중간단계의 보호수준을 상정하여 마련된 것이다. 따라서 세계저작권협약에서 요구되는 최소한의 보호수준도 베른협약에서의 그것보다 낮은 수준의 것이고 저작권의 제한정도도 베른협약에서의 제한정도보다 완화된 제한요건만이 요구되는 것으로 해석될 수 있다.

이와 같은 차이점을 고려해보면, 프로그램사용자의 보존용복제를 허용하는 저작권제한은 베른협약에서도 허용되는 것으로 해석되는 것으로 보이므로 마찬가지로 세계저작권협약의 규정과 정신에 비추어서도 허용되는 것으로 해석될 수 있다. 이에 반해서, 프로그램의 역공정을 허용하는 회원국 법규정이 세계저작권협약과 모순되지 않는가 하는 문제는 간단하지 아니할 것이다. 왜냐하면, 세계저작권협약에서의 저작권 제한요건이 베른협약에서보다 완화된 것으로 해석되더라도, 상업적 또는 영리적 목적을 위하여 행하게 되는 역공정은 통상의 저작물의 경우에 이용자에게 허용되는 저작권제한의 범위를 벗어난 것이라고 보여지기 때문에 세계저작권협약하에서도 "저작권자의 배타적 권리에 관한 합리적인 정도의 효과적 보호(a reasonable degree of effective protection)"를 해하는 것으로서 허용될 수 없다고 판단될 가능성도 충분히 있는 것이다. 요컨대, 세계저작권협약의 해석에 있어서도, 유럽공동체위원회 지침에서와 같은 역공정을 허용하는 법규정은 세계저작권협약과도 조화되지 못한다는 문제가 제기될 수 있고, 역공정을 허용하는 법규정과 조화를 도모하기 위해서라도 협약을 개정하여 프로그램을 저작물의 하나로 예시하고 관련된 규정을 마련해야 할 것이다.

[151]

4. UCC 및 Berne협약상의 프로그램저작권의 존속기간

우리나라에서의 프로그램저작권의 존속기간이 UCC 및 Berne협약과 조화될 수 있는지에

관하여도 위에서 본 저작권의 범위에서와 같은 문제가 있음을 알 수 있다. 베른협약에서의 저작권의 존속기간은, 영상저작물이나 사진저작물 및 응용저작물의 경우를 제외하고는, 원칙적으로 저자의 생존기간과 저자의 사후 50년으로 한다고 규정하고 있다.주20) 세계저작권협약에서의 저작권의 존속기간은 저자의 생존기간과 저자의 사후 25년으로 한다고 규정하고 있다.주21) 따라서 만일 UCC 및 Berne협약의 회원국들이 협약상의 의무로서 외국인의 프로그램을 보호해야 할 의무가 있다고 한다면, 프로그램저작권의 최소한의 존속기간은 베른협약하에서 저자의 사후 50년 그리고 UCC하에서는 저자의 사후 25년으로 되어야 할 것이다.

미국과 영국 그리고 독일과 일본에서는 프로그램저작권의 존속기간에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않기 때문에 프로그램의 존속기간도 통상의 저작물의 존속기간과 마찬가지로 산정되고 따라서 프로그램저작권의 존속기간에 관하여는 UCC 및 Berne협약에서의 최소한의 저작권 존속기간과의 조화는 전혀 문제되지 아니할 것이다. 그러나, 우리나라의 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램저작권이 프로그램 창작시로부터 50년간만 존속한다고 규정하고 있어서 UCC 및 Berne협약하에서의 통상의 저작물에 관한 최소한의 저작권 존속기간보다 짧은 문제가 있다. 또한 스페인에서의 프로그램저작권의 존속기간도 창작시로부터 50년에 불과하다.주22) 특히, 프랑스에서의 프로그램저작권은 창작시로부터 오직 25년만 존속한다고주23) 규정하고 있어서 문제의 심각성을 쉽

[152]

게 찾아 볼 수 있다. 따라서, 한국, 스페인, 프랑스 등에서 외국인의 프로그램에 대하여 창작시로부터 50년 또는 25년과 같은 단기의 존속기간만을 허용한다면 그러한 국가는 UCC 및 Berne협약상의 의무를 위반한 것인가 하는 심각한 문제가 제기된다. 이러한 문제를 보더라도 컴퓨터프로그램은 현행 UCC 및 Berne협약의 보호대상이 개정되지 않는 한 협약의 적용범위 밖에 해당되는 것이 아닌가 하는 의문이 자연스럽게 제기되는 것이다.

다만, 이러한 문제에 대하여 프랑스는 컴퓨터프로그램을 베른협약상의 이른바 응용저작물(Works of applied art)이라고 보아서 창작시로부터 25년의 존속기간을 인정한 것은 베른협약의 위반이 아니라고 설명하고 있다. 여기에서 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의하여 보호하여야 할 저작물에 해당되는지 여부에 대하여도 근본적인 문제가 제기되었었고 또한 저작물의 하나로 보더라도 그 정확한 성질을 통상의 저작물과 꼭 마찬가지로 볼 것인지 아니면 프랑스에서와 마찬가지로 응용저작물의 하나로 볼 것인지에 대하여 전혀 의견의 일치가 이루어져있지 아니한 것을 볼 수 있는 것이다. 이와 같은 증대한 견해차는, 동시에 현행 UCC 및 Berne협약이 컴퓨터프로그램을 저작물의 하나로 전혀 상상하지도 아니한 시대에 마련된 협약이기 때문에 생겨나는 견해차이라고 보여지고, 따라서 현행 UCC 및 Berne협약이 당연히 컴퓨터프로그램을 보호대상으로 하고 있다고 해석하기는 어렵지 아니한가 하는 의문을 뒷받침해준다.

Ⅲ. 외국인 프로그램의 도입계약

외국인의 프로그램을 도입하는 계약을 체결하는 경우에, 외자도입법, 독점금지법, 기술용역 육성법, 외국환관리법 등에 의한 절차와 규제는 어떻게 되는지 살펴볼 필요가 있을 것이다.

그러한 절차와 규제에 관하여는 많이 소개가 되어 있으므로, 여기에서는 최근에 한미간의 통상협

[153]

상에서 문제가 제기된 바가 있는 "독점규제법에 의한 규제"에 관하여만 살펴보도록 한다.

1. 프로그램 판매의 제한

외국인 저작물의 보호가 강화되고 컴퓨터프로그램도 저작물의 하나로 보호되게 되었기 때문에 저작물이용허락 또는 저작권도입계약과 그에 따른 경쟁제한도 늘어나게 되었다. 여기에 저작물의 이용허락에 관한 규제가 중요한 의미를 가지게 되는데, 저작물 판매의 제한 가운데 재판매가격유지에 관하여는 독점규제법이 예외적으로 허용하고 있고, 재판매가격유지를 제외한 저작물판매제한에 관하여 우리나라 공정거래위원회의 "국제계약상불공정거래행위등의 유형및기준"에 관한 고시는 다음과 같은 행위유형을 독점규제법 위반으로 규정하고 있다. 주24)

- 가. 저작권도입자의 국내 판매지역 또는 판매상대방을 부당하게 제한하는 경우
- 나. 저작권도입자가 저작권의 실시를 허여받은 지역(이하 '계약지역'이라 한다)밖으로 재판매할 가능성이 있는 고객에 대하여 판매하는 것을 부당하게 제한하는 경우
- 다. 부당하게 판매수량을 제한하거나 판매상대방별로 판매수량을 할당하는 경우
- 라. 판매가격 또는 판매방식을 부당하게 제한하는 경우"

2. 경쟁적 프로그램의 취급제한

특허발명의 실시허락의 제한에 관한 독점규제법적 규제는 거의 그대로 경쟁적 저작물의 취급제한에 대하여도 적용될 수 있을 것이다. 다만, 저작물의 경우에는 특허발명의 실시허락의 경우보다 훨씬 완화된 기준을 마련하여 다음과 같은 행위유형을 독점규제법 위반으로 규정하

[154]

고 있다.주25) :

"계약기간이 만료되거나 조기종료된 이후에 상당기간동안 유사한 저작물의 취급을 제한하는 경우. 다만, 저작권도입자의 귀책사유에 기인하여 계약이 조기종료된 경우에는 그러하지 아니하다."

"계약지역내에서 저작권도입자에게 저작권제공자의 계약저작물 이외의 다른 저작물에 대한 보호의무를 부과하거나, 저작권제공자의 경쟁사업자의 저작물에 대한 감시의무를 부과하는 경우"

위에 열거된 행위유형을 통해서 볼 수 있는 것처럼 저작물 이용허락의 경우에는 계약기간 중의 유사한 저작물을 취급하는 행위에 대하여는 아무런 규정이 없고, 경쟁적인 저작물에 관하여는 감시의무를 부과하는 경우만을 독점규제법 위반행위로 열거함으로써 특허발명의 실시허락의 경우보다 훨씬 더 느슨한 규정을 두고 있다. 그러나 저작물 이용허락에도 특허발명의 실시허락의 제한에 관한 규정처럼 보다 자세하고 구체적인 행위유형을 구별하여 규정할 필요가 있을 것이다.

또한 특허발명의 실시허락의 경우에는 계약제품이외의 제품에 대하여 기술사용료를 부과하는 것을 독점규제법 위반으로 규정함으로써 기술사용료의 차이에 의한 경쟁제한을 규정하고 있는데 반하여 저작물이용허락에 관하여는 그러한 규정도 없는 실정이다. 그러나 저작물의

경우에도 계약저작물이외의 제품에 대하여 저작물이용료를 부과하는 경우가 있을 수 있고, 그러한 행위는 결국 불필요한 저작물이용료의 부담으로 인하여 경쟁적인 저작물의 이용을 부당하게 억제하여 경쟁제한으로 될 수 있기 때문에, 독점규제법 위반의 하나로 규정해둘 필요가 있다. 예컨대, 개인용컴퓨터(PC)을 위한 운용체제프로그램(Operating System Program)의 도입에 있어서, 프로그램 제공자가 저작물이용료를 산정함에 있어서, 프로그램 제공자가 제공하는 프로그램을 사용하는 컴퓨터모델의 생산량에 따라서 저작물이용료를 산정하는 것이 아니라, 기

[155]

술도입업자가 생산한 모든 모델의 컴퓨터에 대하여 저작물이용료를 부과한다면, 이러한 저작물이용료의 부과는 저작물도입자로 하여금 경쟁적인 운용프로그램을 사용하지 못하도록 구속하는 전형적인 경쟁제한행위에 해당되기 때문에 독점규제법 위반으로 규제할 필요가 절실한 것이다. 이러한 경우 국내의 프로그램 도입업자가 가격이 싼 경쟁사의 운용프로그램을 채용한 새로운 모델의 컴퓨터를 개발하려고 하여도 이중적인 저작물이용료부담으로 인하여 감당할 수 없고 결국 오로지 기존의 운용프로그램에 의존해야 하는 심각한 경쟁제한이 초래되는 것이다. 특히 외국의 프로그램제공자가 마이크로소프트(Microsoft)사와 같이 도스프로그램의 공급에 관하여 시장지배적 지위를 가지고 있는 경우에도 부당한 기술사용료 산정방식에 의하여 심각한 경쟁제한이 초래될 수 있다.

경쟁적 저작물 창작은 제한에 관하여도 공정거래위원회 국제계약 고시는 아무런 언급이 없지만, 저작물이용허락의 조건으로서 경쟁적 저작물 창작을 제한하는 것은 명백한 저작권남용으로 독점규제법위반에 해당될 것이다. 경쟁적 저작물 창작의 제한은 저작물의 창작을 유도하고 장려하기 위하여 마련된 저작권법의 법목적에 반하고, 동시에 경쟁적 저작물의 창작을 통하여 경쟁을 하고자 하는 잠재적 경쟁업자의 시장 진입을 억제하는 독점규제법 위반행위인 것이다.

3. 끼워팔기

저작물의 이용허락의 경우에도 특허발명의 실시허락의 경우와 마찬가지로 끼워팔기(Tying agreement)가 있을 수 있고 그 규제의 필요성도 마찬가지로 절실하다. 예컨대, 소프트웨어 공급업자는 저작권을 보유하고 있는데 소프트웨어 기술도입시에 그 사용대상 컴퓨터의 기종을 지정하거나 특정 컴퓨터 또는 기타 주변 기기의 구입을 강요할 수 있고, 이 경우에 소프트웨어 제공자가 사용기기를 제한하는 것이 다른 기종의 컴퓨터를 사용할 때에 발생하는 기술적인 문제를 방지하기 위하

[156]

여 제한한다면 이른바 품질관리의 목적에 의하여 끼워팔기가 허용되겠지만, 소프트웨어의 공급과 더불어 그 기능유지와 아무런 관련없는 하드웨어의 판매를 강요하는 것은 관련된 하드웨어 시장에서의 경쟁을 심각하게 제한하는 행위이고 명백한 독점규제법 위반에 해당되는 것이다. 이와 같이 컴퓨터프로그램처럼 저작물에 해당되는 기술에 있어서의 저작물 이용허락에 관하여도 특허발명의 실시허락에서와 유사한 규제가 필요함에도 불구하고, 공정거래위원회 국제계약 고시는 저작물 이용허락에 있어서의 끼워팔기에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.

주1)

[송상현, 김문환, 양창수 공저, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구 \(서울대학교 출판부, 1989\)](#)

주2)

[컴퓨터프로그램보호법 제3조](#)

주3)

[컴퓨터프로그램보호법 제26조](#)

주4)

[대외무역법 제44조](#) 및 [제68조](#)

주5)

독일 1986년 저작권법 제64조1항 및 제72조3항

주6)

Max W.Laun, "Improving the International Framework for the Protection of Computer Software," 48 Univ. Pitt. L.Rev. 1151(1987)

주7)

조약의 해석에 관한 Vienna Convention 제31조는 "조약은 조약문구의 통상적인 의미와 당해 조약의 적용에 관한 체결국간의 관행에 따라서 해석되어야 한다"고 규정하고 있다.

주8)

Stanislaw Soltysinski, "Protection of Computer Programs: Comparative and International Aspects," 21 IIC1 (1990) at 28

주9)

David Vaver, "The National Treatment Requirements of the Berne and UCC," 17 II C577 (1986) at 584-85

주10)

Paul Katzenberger, "General Principles of the Berne and UCC," GATT or WIPO? (ed. by F.K.Beier and G.Schricker, Weinheim, VCH Pub., 1989) at 50

주11)

[컴퓨터프로그램보호법 제13조](#); 이하의 설명은 프로그램사용자에 의한 변경의 권리([동법 제11조](#))에 대하여도 마찬가지로 적용될 것이다.

주12)

베른협약 제9조 제2항

주13)

목적코드에서 원시코드로 그리고 그러한 원시코드로부터 논리구조와 흐름을 분석하는 일련의 과정을 역공정이라고 하고 보다 넓은 의미의 역공정은 그러한 분석을 통하여 얻은 지식을 토대로 하여 새로운 제품을 개발하는 과정까지를 통틀어서 뜻하기도 한다.

주14)

지침(Directive)은 최종적으로 Council에 의해서 확정.공포되는 것으로서, 회원국들은 지침에 규정된 일정한 목표들을 달성해야 할 의무를 가진다. 각 회원국이 지침의 목표를 어떻게 달성할 것인지 즉 국내법률이나 규칙의 제정이나 개정 등의 수단의 선택에 있어서는 자유롭다. 따라서, 지침은 회원국에 간접적인 효력만을 가진다는 점에서, 회원국의 국내법화 등의 절차를 거치지 아니하고도 각 회원국에서 직접적인 효력을 가지는 Regulation과는 상이한 것이다.

주15)

Art. 5(3), the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs

주16)

Art. 6(1), the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs

주17)

Art. 6(2)(c), the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs

주18)

Atari Games Corp v Nintendo of America, Inc.; Sega v Accolade: 1992년 11월 16일 개최된 Morrison &Foerster 세미나의 Paul Goldstein 교수의 원고 제4면에서 재인용

주19)

Art. IVbis, para. 2, the Universal Copyright Convention

주20)

Art. 7, Berne Convention

주21)

Art. IV, the Universal Copyright Convention

주22)

Art. 97 of the Law on Intellectual Property (11th November 1987)

주23)

Art. 48 of the French Law on Author's Rights and the Rights of Performers, Producers of Phonograms and Videograms and Audio-Visual Enterprises, of 3rd July 1985

주24)

[독점규제및공정거래에관한법률 제29조](#): 국제계약상불공정거래행위등의유형 및 기준 (공정거래위원회 고시 제90-9호; 관보 제11567호) 제6조 제1호

주25)

공정거래위원회 고시 제6조 제2호 및 제3호