

# 소프트웨어산업과 저작권법

저자: 정상조

발행년도: 1995

문헌: 한국저작권논문선집; 저작권관계자료집18

권호: II (1995년)

출처: 저작권심의조정위원회

[274]

## I. 머리말

— 우리나라가 소프트웨어산업과 관련 기술을 진흥하기 위하여 컴퓨터 프로그램 보호법을 제정하여 시행하지 5년여의 세월이 지났고, 어느덧 프로그램등록부에 등록된 프로그램도 1만 건에 이르렀다. 또한 지난 5년간 프로그램저작권의 보호에 관한 인식도 높아져서, 프로그램을 무단복제한 사람들에 대한 형사입건도 다수 있었다. 이러한 일련의 변화와 발전을 보고 국내 소프트웨어산업이 발전하여 왔다고 만족할 수도 있겠지만, 우리 앞으로 가까이 다가오고 있는 소위 '정보화사회'의 핵심을 이루게 될 컴퓨터 기술 또는 소프트웨어산업의 국제경쟁력 강화를 위한 관련 제도를 다시 점검해 볼 때라고 생각된다.

— 한편, 외국에서도 프로그램의 저작권 보호에 있어서 커다란 변화가 있었는데, 그 변화의 일반적인 경향을 요약하여 말하자면 소프트웨어산업 내의 경쟁을 촉진하는 방향으로 관련 저작권법 이론이 변화되었다는 것이다. 다시 말하면, 수년 전만 해도 영미를 비롯한 선진 각국에서 컴퓨터 프로그램 보호의 중요성이 강조되어서 보호 강화에만 관심이 집중되어 왔고, 특히 미국에서는 프로그램의 구조, 흐름 및 배열(Structure, sequence and organization)의 보호 범위를 아주 넓게 인정한 판례가 그 주류를 이루어 왔는데, 주1) 최근에 프로그램 관련 산업 내의 자유로운 경쟁의 중요성이 새롭게 인식되어서 프로그램의 보호 범위를 대폭 축소하고 이른바 경쟁적인 프로그램의 개발을 간접적으로 장려하는 내용의 판례가 상당한 지지 속에 계속 나오고 있다. 또한 유럽에서

[275]

는 수년간의 논의와 수차례의 개정을 거쳐서, 유럽공동체이사회(Council)가 1991년 5월 14일에 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침('프로그램 지침')주2) 을 확정, 공표했고, 이 지침은 1993년 1월부터 효력을 발생하게 된다. 이에 따라서 유럽공동체의 회원국들(member states)은 1992년 12월 31일까지 프로그램 지침에 일치하도록 국내 법제도를 정비하도록 되어 있다. 유럽공동체의 이러한 프로그램 지침은 우리나라의 프로그램 보호법과도 다르고 미국 등의 저작권법 등과도 상당히 다른 것이고, 호환성 있는 프로그램의 개발을 위하여 기존의 프로그램을 변환하여 그 Interface specifications를 알아볼 수 있도록 허용하는 등의 혁신적인 내용을 담고 있어서 세계의 주목을 끌고 있다.

\_ 아래에서는 이러한 미국의 최근 판례와 유럽공동체의 프로그램 지침이, 어떻게 소프트웨어산업 내의 경쟁을 촉진할 수 있도록, 프로그램 저작권자와 프로그램 이용자 또는 경쟁적인 프로그램 개발업자들의 상호 이해를 조화시키려고 노력하고 있는지에 대하여 알아보고자 한다.주3)

## II. 프로그램의 저작물성

### 1. 유럽

\_ 프로그램도 통상의 저작물과 마찬가지로 그에 대한 저작권이 성립하기 위해서는 프로그램의 창작성(Originality)이 있어야 할 것이다 여기에서 어려운 점은 프로그램에 어느 정도의 창작성이 있어야 저작권이 성립하는가 하는 점인데, 이에 관한 각국의 기준이 서로 다르다. 예컨대, 미국과 영국의 판례는 전통적으로 낮은 수준의 창작성만을 요구하여 왔고, 그러한 영미의 판례에 의하여 저작권상의 창작성은 저작물을 구성하고 있는 사상의 창작성이 아니라 당해 사상을 표현하는 방법의 창작성을 의미하는 것으로서, 저작물의 표현이 타인의 저작물의 표현으로부터 복제한 것이 아니라, 독자적인 노력, 기능 및 자본의 투입의 결과이면 된다고 해석되어 왔다.주4) 이에 반하여 독일 등의 국가는 상당히 높은 수준의 창작성 기준을 적용해 왔고, 독일에서는 프로그램에 대해서도 창작성의 결여를 이유로 저작권법에 의한 보호를 부인한 판례도 있

[276]

다. 예컨대, Inkasso-Program주5) 판결에서 제시한 프로그램의 창작성은 두 단계를 거쳐서 판단되는데, 첫째, 기존의 프로그램들과 비교해서 문제된 프로그램의 새로운 요소들을 찾아내어서 그 새로운 요소들만을 판단의 대상으로 하고, 둘째, 그러한 새로운 요소들을 일반적인 프로그램 개발 과정에서 통상적으로 만들어질 수 있는 프로그램과 비교한다. 여기에서 통상적으로 만들어질 수 있는 프로그램이란, 문제된 프로그램이 개발될 당시에 존재하는 프로그래밍 기술에 비추어서 프로그램 코드의 평범하고 기계적인 선택과 배열 및 연결 등의 작업을 통해서 만들어질 수 있는 프로그램을 말하고, 문제된 프로그램이 이와 같이 통상적으로 만들어질 수 있는 프로그램의 수준을 뛰어넘는 수준의 것인 경우에만 창작성있는 프로그램으로 저작권이 성립한다고 판시되었다. 이러한 창작성 기준은 특허법의 신규성과 진보성을 연상케 하는 높은 수준의 기준이라는 비난도 받았다. 약 1년여전 Nixdorf v. Nixdorf주6) 사건에서 독일 연방대법원은 프로그램에 관해서 높은 수준의 창작성 기준을 수정하지 아니한 채 창작성에 대한 전문가의 감정을 참조해서 다시 창작성에 대한 판단을 하도록 과거 환송해서, 프로그램의 창작성은 여전히 높은 수준으로 요구되고 있다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 독일 연방대법원의 판례는 여전히, 원고가 자신의 프로그램이 일정 수준의 창작성을 갖추어서 저작권이 성립함을 입증하지 않는 한 원고의 프로그램은 독일 저작권법하의 저작물에 해당되지 않는다고 하는 부정적인 전제 위에 입각해 있다고 할 수 있다.

\_ 독일에서도 본래는 저작물의 창작성이라는 요건에 심각한 의미가 부여되지 않았었는데, 70년대 말부터 창작성의 요건이 엄격하게 해석되기 시작했다. 법원이 높은 수준의 창작성을 요구하게 된 배경은, 과학·기술적 성격이 있는 저작물이 일반 공중에 의해서 널리 이용됨으로써 교육, 연구 및 개발이 왕성하게 이루어지도록 하기 위해서, 창작성이 낮은 평범한 수준의 저작물에 대해서는 저작권의 성립을 부인했다.주7) 저작물 이용의 증진뿐만 아니라 지

적소유권법의 전반적인 체계의 변화에도 그 하나의 원인이 있는데, 구체적으로 말하자면 독일의 부정경쟁방지법이 잘 정비됨에 따라서 창작성이 낮은 저작물의

[277]

상업적인 이용은 부정경쟁방지법에 따른 구제를 받을 수도 있기 때문이라고 설명되고 있다. 주8)

\_ 프로그램 지침은, 저작권에 의한 보호를 받기 위해서는 프로그램이 창작적이어야 한다고 규정하면서도 그 기준을 아주 낮게 정하고 있다고 보여진다. 프로그램 지침은 우선 '프로그램의 창작적'이란 프로그램 저작자가 자신의 독자적인 노력에 의해서 작성한 프로그램이어야 한다는 것을 말한다고 규정하고(주9) 있지만 동시에 프로그램의 창작성을 판단함에 있어서 프로그램의 기능과 품질에 관한 기준 또는 미적인 기준이 적용되어서는 아니된다는 점을 명백히 하고 있다. 주10) 이러한 프로그램 지침이 회원국들의 다양한 기준들 가운데 어느 기준을 받아들인 것인지 불분명하고, 특히 독일 법원들은 프로그램 지침에 따라서 기존의 높은 수준의 창작성 기준을 버려야 할 것인지는 아직 단언할 수 없다. 결국, 프로그램의 창작성 기준은 프로그램 보호제도의 경제적 기능과 밀접하게 관련된 문제이기 때문에, 각 회원국에서 프로그램 지침의 창작성 기준에 관한 논의가 많이 이루어질 것이고, 최종적으로 유럽공동체법원(European Court of Justice)이 통일적인 해석 기준을 마련해야 할 것이다.

## 2. 일 본

\_ 일본에서, 창작성의 결여를 이유로 해서 프로그램의 저작물성을 부인한 판례는 아직 없지만, 창작성 요건의 해석에 참고가 될 수 있는 판례로서, Systems Science v. 동양측기회사(주11) 사건을 들 수 있다. 동 판결에서 도쿄고등법원은 프로그램의 창작성 요건의 중요성을 강조하면서, 저작권 보호를 주장하는 원프로그램의 '창작적 표현'을 그대로 복제하거나 그러한 창작적 표현과 유사한 표현으로 프로그램을 만든 경우에 한해서만 저작권의 침해가 인정된다고 판시했다. 창작적 표현에 관한 이러한 해석을 전제로 해서 도쿄고등법원은, 문제된 프로그램 가운데 저작권 침해가 이루어졌다고 주장되는 부분들이 계측이라고 하는 기술적 요소에 의해서 거의 다 결정되는 성질의 부분들이기 때문에, 동 사건에서 창작적 표현의 복제나 모방이 없었고 따라서 저작권 침해도 인정될 수 없다고 판시했다. 도쿄고등법원은 특히, 프로그램 코

[278]

드의 흐름과 배열은 일본 저작권법상의 프로그램해법에 해당된다고 보아서 그러한 프로그램 코드 흐름과 배열은 프로그램의 창작성을 판단함에 있어서 판단 대상이 되어서는 안된다고 판시했다. 도쿄고등법원의 판결을 저작권 침해를 판단하기 위한 자료의 하나로서 창작적 표현의 복제 여부를 검토한 판결로서 프로그램의 저작물성의 판단과는 상이한 것이지만, 저작권이 성립하기 위한 요건으로서의 저작물의 창작성 기준에 관해서도, 영미에서의 창작성 기준보다는 높은 수준의 창작성을 요구하는 것으로 보여진다.

## 3. 미 국

\_ 미국에서도 종전처럼 아주 낮은 수준의 창작성 기준에 대하여는 여러 가지 예외가 만들어지게 되었다. 최근 Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc.(주12) 사건에서는 전화번호부의 저작물성이 문제되었는데, 지방법원과 항소법원은 상당한 노력과 자

본이 투입되어서 만들어진 전화번호부의 저작물성을 전제로 해서 저작권 침해를 인정했는데, 미국 연방대법원은 전화번호의 수집에 노력과 자본을 투입한 것만으로 창작성이라는 요건이 충족된 것이라고 볼 수 없고, 수집한 전화번호의 선택에 창작적인 기준이 있었던 것도 아닐 뿐만 아니라 알파벳순이라고 하는 극히 평범한 방법으로 전화번호를 배열한 전화번호부는 창작적인 저작물이라고 볼 수 없기 때문에 그러한 전화번호부에 저작권이 성립될 수 없다고 판시하였다. Feist 사건에서 연방대법원은 이른바 편집저작물의 창작성의 기준으로서 "구성 사실 및 정보(facts)의 선택, 정리 또는 배열"이 창작적인가의 여부를 그 기준으로 채택함으로써, 저작물의 기초가 된 아이디어 또는 정보에 대한 경쟁업자와 소비자들의 접근과 이용을 널리 허용하는 것이, 문학과 예술 및 과학의 발전이라고 하는 저작권법 목적의 달성에 있어서, 저작자의 배타적 권리를 강화하는 것 못지않게 중요하다는 점을 분명히 한 점에 중대한 의미가 있다고 하겠다.주13)

\_ 프로그램의 저작물성에 관한 판례는 아니지만, 일본에서와 마찬가지로 프로그램저작권 침해 소송에서 원고 및 피고의 프로그램이 동일 또는 유사한가를 비교함에 있어서 창작성이 전혀 없는 요소는 제외한 후에 비교해야 한다는 판례가 나와서 주목을 끌고 있다. 즉, Computer Associates v. Altai주14)

[279]

사건에서 저작권 침해 여부를 판단함에 있어서 비교 대상에서 제외해야 할 비창작적 요소의 하나로서 "프로그램 교환 등을 통해서 이미 공지의 기술이 되어버린 컴퓨터 프로그램 요소들"을 들면서 결과적으로 "소프트웨어산업에서 이미 평범하고 통상적인 프로그램 표현으로 취급되는 요소들(비록 산업내 기준으로까지 되었다고 말할 수 있는 요소들이 아니더라도)"은 다른 프로그램업자가 모방해서 자유로이 이용할 수 있는 것이라는 점을 확인한 바가 있다.주15)

### Ⅲ. 프로그램 저작권의 내용

#### 1. 아이디어/표현의 이분법

\_ 프로그램 지침에 의하면, 컴퓨터 프로그램의 기초가 되는 아이디어나 기본 원리들은 저작권 보호에서 제외되고,주16) 지침 전문에 의하면 프로그램의 해법과 규칙 및 프로그램 언어가 아이디어나 기본 원리에 해당되는 한도에서 그러한 아이디어와 기본 원리는 저작권 보호에서 제외된다.주17) 프로그램 언어와 해법 및 규약의 보호 범위에 대해서 명문의 규정을 둔 점은 한국과 일본에서와 유사하지만, 프로그램 지침 하에서는 프로그램 언어와 해법 및 규약 그리고 인터페이스가 모두 저작권 보호 범위에서 제외되는 것이 아니라 원칙과 아이디어에 해당되는 한도에서만 저작권 보호 범위에서 제외되는 것으로 규정되어 있기 때문에, 프로그램 지침이 과연 프로그램 언어와 해법 및 규약 그리고 인터페이스에 관한 보호 범위를 좁힌 것이 아니면 기존의 아이디어/표현의 이분법이 적용된다는 것을 확인한 것에 불과한 것인지 불분명하다. 이러한 보호 범위는 특히 분석 프로그래밍이 어느 정도로 허용되는가에 직접적으로 관련된 문제로서 아래에서 리버스엔지니어링을 살펴볼 때 다시 자세히 검토한다.

\_ 앞에서 언급한 최근 미국의 Altai 사건에서는, 아이디어/표현의 이분법을 컴퓨터 프로그램

에 적용하여, (i) 효율성의 필요에 의하여 규정되어진 프로그램 요소들, (ii) 외부적 요건에 의하여 규정되어진 프로그램 요소들, 그리고 (iii) 공용·공지의 프로그램 요소들은 저작권법적 보호를 받을 수 없는 사항들이라고 판시한 바 있다.주18) 따라서 프로그램 내의 일련의 지시(또는 구체적인 프로

[280]

그램 코드)가 당해 프로그램의 기능을 실현하기 위하여 긴요하고 유일한 수단에 해당되면, 아이디어와 표현이 합쳐져서 따로 보호할 프로그램 표현이 없다고 할 수 있다. 특히, 프로그램 개발업자는 항상“가장 효율적인 방법으로”프로그램 이용자의 수요를 충족시킬 수 있는 프로그램을 개발하려고 하고, 효율성을 추구하려면 필연적으로 가장 간결한 계산 방법 또는 가장 논리적이고 간결한 절차를 프로그램화하여야 할 것이고, 따라서 그러한 프로그램에 있어서 아이디어와 표현이 분리되기 어려운 경우가 많을 것이다. 즉, 아이디어와 표현이 일체화(merger of idea and expression)된 부분에 한하여서는 저작권 침해가 있을 수 없게 된다.주19)

\_ 이와 같은 아이디어/표현 일체화의 원리(merger doctrine)가 프로그램의 보호 범위에 적용된 것은 이번 사건에서 처음 시도된 것은 아니었다. 프로그램 화면에 있어서의 유사성을 근거로 하여 저작권 침해의 소송이 제기된 사건에서, 프로그램 화면에서 프로그램 이용자가 효율적으로 커서를 움직이도록 하는 방법과 절차는 극히 한정되어 있기 때문에 그러한 프로그램 화면 운영상의 유사성은 효율성을 생명으로 하는 프로그램의 보호 대상에서 제외된다고 판시된 바 있기 때문이다.주20)

\_ 아이디어/표현의 이분법 및 아이디어/표현 일체화의 원리가 프로그램의 보호 범위 판단에 적용된 또 다른 결과로서, 프로그램이 컴퓨터 하드웨어 등의 외부적 요인(external factors)에 의하여 규정되어지는 한도에서는 저작권법적 보호를 받지 못한다는 것이다.주21) 구체적으로 말하면, 프로그래머가 선택할 수 있는 프로그램 디자인이 (i) 자신이 개발할 프로그램이 작동될 컴퓨터의 기계적 특징에 의하여 또는, (ii) 함께 작동되어야 할 다른 프로그램들과의 상호 호환성에 의하여, 또는 (iii) 컴퓨터 제조업자의 디자인 기준에 의하여, 또는 (iv) 이용자들의 요구에 의하여 또는, (v) 컴퓨터산업에서 널리 공용되는 프로그래밍 기술에 의하여, 프로그램 디자인 선택이 극히 제한되어 있는 경우에는, 그러한 외부적 제한을 받는 요소들에 대하여 저작권법적 보호가 인정될 수 없는 것이다.주22) 요약컨대, 프로그램 보호에 있어서의 아이디어/표현의 이분법에

[281]

의하면 프로그램의 여러 가지 요소들이 그 보호 대상에서 제외될 수 있다는 점이 최근의 Altai 판결에 의하여 확인되었다. 이러한 판례에 영향받아서, 마이크로소프트사(Microsoft Corp.)와 휴렛팩커드사(Hewlett-Packard Co.)가 매킨토시 컴퓨터로부터 윈도 등의 화면 외관(Look and feel)을 복제하였다고 하는 애플컴퓨터회사의 주장이 기각된 바 있다.주23)

## 2. 사용권, 대여권 등

\_ 유럽공동체의 프로그램 지침은 프랑스와 영국의 입법례를 따라서 프로그램 저작권자에게 저작권격권은 부여하고 있지 않지만, 프로그램 저작권자를 다른 측면에서 보다 철저하게 보호하기 위해서, 프로그램 저작권의 내용을 강화한 측면도 있다. 즉, 프로그램 저작권자는 프로그램의 복제, 개작, 번역, 배포 등에 관한 권리뿐만 아니라 프로그램의 사용 및 대여에 관

한 권리도 가진다. 프로그램 저작권자에게 프로그램 사용에 관한 권리가 부여되어 있기 때문에, 프로그램의 작동, 전송, 저장 등을 하는 데에는 저작권자의 허락이 있어야 한다.주24) 따라서 무단복제된 프로그램 복제물이라는 사실을 알면서 그것을 구입해서 사용하는 자는 프로그램 저작권자의 이용권을 침해한 것으로 된다. 그러나 패키지로 된 프로그램 복제물을 구입한 소비자가 프로그램을 사용할 때마다 저작권자의 허락을 받아야 한다면 소비자에게 너무나 커다란 불편을 줄 것이다. 그래서 프로그램 Licensee라거나 프로그램 복제물의 구입자와 같이 정당한 권원에 따라서 프로그램을 사용하는 자는 저작권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램을 사용할 수 있다는 예외가 인정되어 있다.주25)

\_ 프로그램 저작권자의 배포에 관한 권리는 프로그램을 일반 공중에 대여하는 권리도 포함한다. 다만, 프로그램 저작권자에 의해서 또는 그의 허락 하에

[282]

프로그램 복제물이 일단 일반 공중에 판매된 경우에는, 판매된 당해 프로그램 복제물에 대해서는 프로그램 저작권자의 배포권이 미치지 아니한다고 하는 소위 First Sale Doctrine이 프로그램 지침에 규정되어 있다.주26) 이것은 프로그램 복제물이 일단 판매되어서, 프로그램 복제물이라고 하는 유체물에 대한 소유권이 구입자에게 이전되면, 유체물의 소유권자로서의 구입자의 당해 유체물에 대한 사용, 수익, 처분을 존중하는 것이 프로그램 저작권자의 저작권 보호에 우선해야 일반 거래의 안정에 도움이 된다는 점에 입각한 제도이다. 이러한 First Sale Doctrine에 의하면, 프로그램 복제물을 구입한 자는 프로그램 저작권자의 허락 없이도 당해 프로그램 복제물을 제3자에게 재판매하거나 대여해 줄 수도 있는 것이다. 그러나 대여업이 성행하면서, 대부분의 소비자들이 프로그램을 구입하기 보다는 대여업자로부터 프로그램을 빌려 쓰게 되고, 따라서 프로그램 저작권자에게 귀속되어야 할 이익이 프로그램 대여업자에게 돌아간다고 하는 문제점이 나타나게 되었다. 이러한 문제점을 시정하기 위해서, 프로그램 지침은 미국의 1990년 개정에서와 마찬가지로 프로그램 대여는 First Sale Doctrine의 예외로서 프로그램 저작권자의 허락을 받아야 한다고 규정하게 되었다. 미국에서도 대여권이 확립된 것은 최근의 일이라고 할 수 있다. 1984년의 미국연방저작권법 개정에서, 음반의 상업적 대여행위는 음반 제작자 및 음반에 수록된 음악의 저작권자의 허락을 받아야 한다고 규정하게 되었고, 1990년의 미국연방저작권법 개정에서 비로소, 대여권 조항이 컴퓨터 프로그램의 상업적 대여에도 적용되게 되었다.주27)

## IV. 리버스엔지니어링(Reverse Engineering)

### 1. 리버스엔지니어링의 허용

#### 가. 유럽 프로그램 지침하에서의 리버스엔지니어링

\_ 앞에서 인터페이스에 관한 설명에서도 언급되었지만 영국은 유럽공동체 회원국으로서 지침(Directives)에 따라서 국내법을 개정하거나 제정해야 할 의무를 가지게 되는 바, 프로그램 저작권의 제한, 특히 리버스엔지니어링의 허용에 관해서는 유럽공동체의 프로그램 지침이 획기적인 조항을 두고 있기 때문에 영국 저작권법의 개정이 필수불가결하게 되었다고 보여진다. 프로그램

[283]

지침은 저작권의 제한의 하나로서, 프로그램의 기초가 되는 아이디어와 원칙들을 파악하고, 그럼으로써 당해 프로그램의 기능을 관찰, 연구 및 테스트하기 위해서 필요한 한도에서는 저작권자의 동의없이 프로그램을 작동시키거나 전송하거나 저장하는 등의 일시적 복제와 저장을 할 수 있다고 규정하고 있다.주28) 또한 이와 같이 리버스엔지니어링을 허용하기 위해서 법정된 저작권제한은 당사자 사이의 계약에 의해서 배제될 수 없다고 규정하고 있다.주 29) 그러나 리버스엔지니어링의 실재를 보면, 프로그램의 단순한 일시적 복제와 저장만으로는 완전한 리버스엔지니어링은 이루어질 수 없고, 원시코드(Source codes) 형태로 번역해서 구체적인 프로그램을 보아야 하기 때문에 일시적 복제와 저장을 허용하는 것은 커다란 도움이 되지는 아니할 것이다.

\_ 그러나 프로그램 지침은 프로그램의 호환성(interoperability)을 확보하기 위해서 필요한 정보를 파악하는 데 필요한 한도에서는 완전한 리버스엔지니어링을 허용하고 있다. 즉, 호환성있는 프로그램을 제작하기 위해서는 기존 컴퓨터의 하드웨어와 소프트웨어의 인터페이스에 관한 정보를 파악해야 하는데, 그러한 정보 파악을 위해서 필요한 프로그램의 복제와 번역(원시코드로의 번역: Decompilation)을 프로그램 저작권자의 동의 없이도 할 수 있다고 프로그램 지침은 규정하고 있다.주30) 프로그램이 목적코드(Object codes)의 형태로 되어 있고, 그의 호환성에 관한 정보가 프로그램 사용자에게 알려져 있지 아니한 경우에는, 당해 프로그램을 복제하고 원시코드로 번역해서 분석 연구해보아야, 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 아닌 한 기존의 프로그램과 경쟁적인 프로그램을 제작해서 판매할 수 있기 때문에,주31) 리버스엔지니어링을 위해서 프로그램 지침에 인정된 저작권 제한은 획기적인 규정인 것이다. 그러나 이 경우에 어느 정도까지 호환성에 관한 정보를 이용해서 새로운 프로그램을 제작할 수 있는지에 대해서는 아무런 기준이 없기 때문에 저작권 침해에 관한 분쟁이 많아지게 될 수도 있다. 특히 리버스엔지니어링에 의해서 파악된 인터페이스를 어느 정도까지 이용할 수 있는가의 문제가 심각한 문제

[284]

로 대두될 것이다.

\_ 저작권 제한은 리버스엔지니어링의 방법에 의하지 아니하고는 프로그램 사용자가 호환성에 관한 정보를 알 수 없기 때문에 인정된 것이어서, 하드웨어 및 소프트웨어 제작자들이 이미 그들의 인터페이스 등과 같이 호환성에 관한 정보를 사용안내서 등을 통해서 사용자들에게 알린 경우에는, 사용자에게 의한 프로그램의 복제와 번역과 같은 리버스엔지니어링은 허용되지 아니한다.주32) 리버스엔지니어링에 관한 이러한 프로그램 지침은 결과적으로 하드웨어와 소프트웨어 제작자들에게 그 인터페이스에 관한 정보를 공개하도록 유도할 것이고, 인터페이스에 관한 공개된 정보에 입각해서, 공동체 단일시장(single market) 내에서 상업적으로 가장 성공한 인터페이스로의 통일 및 편리한 입력 명령어(input-command language)주33) 와 같은 사용자 인터페이스(user interfaces)주34) 의 표준화가 이루어질 수 있다고 예상되고 있다.주35) 이것은 일반적으로 저작권법이 저작물의 표현만을 보호할 뿐이고 아이디어는 보호대상에서 제외되어 널리 배포되어야 한다는 기본 원리의 반영이기도 하고, 또한, 저작권자가 자신의 저작물의 기초가 되고 있는 아이디어나 정보를 독점하려고 하는 것은 저작권의 남용에 해당되고 독점금지법에도 반한다는 최근 판례주36) 와 궤를 같

이하는 것이기도 하다.

#### 나. 미국 저작권법에서의 리버스엔지니어링

\_ 미국 판례는 종전의 태도를 바꾸어서, 리버스엔지니어링에 의하여 기존의 프로그램과 경쟁적인 기능을 가진 새로운 프로그램을 개발하는 관행을 일정한

[285]

범위에서 법률적으로 정당한 것으로 허용하기 시작하였다. 앞에서 상세히 언급한 Altai 판결이 그 예의 하나일 것이다. 특히, 최근에 있었던 Atari Games Corp v. Nintendo of America, Inc. 사건과 Sega v. Accolade 사건(주37)에서 미연방항소법원은 경쟁적인 프로그램을 개발하기 위하여 기존의 프로그램 목적코드(Object codes)를 원시코드로 변환하는 작업은 미연방 저작권법 제107조의 공정이용(Fair use)에 해당될 수 있다고 판시한 바 있다. 특히 Sega 사건에서 프로그램 저작권자는 경쟁적인 프로그램을 개발하여 상업적으로 배포할 목적으로 기존의 프로그램을 리버스엔지니어링하는 것은 이른바 '상업적 목적'에 의한 복제를 포함하고 있기 때문에 공정이용에 해당될 수 없다고 주장하였다. 이에 대하여 Accolade는 저작권 보호 대상이 아닌 아이디어에 접근하기 위하여 Sega의 프로그램을 읽었을 따름이므로 공정이용에 해당된다고 항변하였다. 이러한 원·피고의 주장들에 대하여, 미국연방 캘리포니아 북부지방법원은 프로그램의 아이디어에 접근하기 위하여 프로그램을 리버스엔지니어링할 필요가 있다고 하여도 그러한 작업의 상업적 목적 자체가 없어지는 것은 아니고, 따라서 그러한 상업적 목적(즉 경쟁적 프로그램을 개발하여 판매한다고 하는 상업적 목적)으로 인하여 공정이용은 성립되지 못한다고 판시하였지만, 주38) 그러한 지방법원의 판결은 연방항소법원에 의하여 파기된 것이다. 리버스엔지니어링을 인정한 미연방항소법원의 일련의 판례는 결과적으로 리버스엔지니어링을 통한 관련 사업 내의 경쟁을 촉진하기 위하여 명문의 허용 조항을 둔 미국 반도체칩보호법(주39)과 동일한 결과를 끌어내고 있는 것이다.

#### 다. 리버스엔지니어링은 영업비밀 침해인가?

\_ 리버스엔지니어링의 대상인 원시코드(Source codes)가 영업비밀로서 보호된다고 주장하면서 리버스엔지니어링에 의하여 영업비밀이 침해되었다고 주장할 여지도 있지만, 영업비밀의 침해는 원래 그 영업비밀을 부당한 방법으로 획득하거나 부당히 이용하는 경우에 인정되는 것이다. 미국 통일영업보호법도 공개시장에서의 구입과 같은 정당한 방법으로 구입한 공지의 물건으로부터

[286]

터 시작하여 당해 물건 제조와는 반대의 순서로 작업을 진행하여 당해 물건에 숨겨져 있는 영업비밀을 발견해 내는 것은 영업비밀의 침해에 해당되지 않는다고 규정하고 있는 것이다. 주40) 더욱이 중요한 사실은, 영업비밀은 미국 각 주의 주법에 의하여 보호되기 때문에 연방법인 저작권법에 의하여 보호되는 권리와 동일한 권리에 있어서는, 연방법인 저작권법이 주법인 영업비밀법에 우선하는 효력을 가지고 따라서 주법인 영업비밀법을 원용할 수 없다. 주41) 따라서, 영업비밀 보호에 관한 계약의 위반이나 또는 종업원으로서의 의무를 위반한 영업비밀의 부당 이용이 있지 않는 한, 리버스엔지니어링에 의하여 원시코드를 알아낸 것이 영업비밀을 알아낸 것과 단순히 일치한다는 사실만으로 영업비밀 침해를 주장할 수는 없는

것이다.주42)

\_ 최근의 이러한 일련의 미국판례를 보면 유럽공동체의 프로그램 지침보다 더 일반적인 의미의 리버스엔지니어링이 일괄적으로 허용되는 것으로 보인다. 이러한 리버스엔지니어링 허용 판례는, 앞에서 언급한 Altai 판결과 같이 프로그램의 보호 범위를 상당히 축소하는 최근 경향과 함께, 소프트웨어산업 내의 경쟁을 촉진하는 역할을 하게 될 것이다. 우리나라와 같이 소프트웨어 기술이 비교적 낙후되어 있는 나라에서는 선진국의 소프트웨어를 배워서 국제적인 소프트웨어 시장에서의 경쟁력을 키울 수 있는 아주 좋은 법적 환경이 마련되고 있다고 볼 수 있다.

## 2. 리버스엔지니어링 금지조항의 유효성

\_ 앞에서 살펴본 리버스엔지니어링 허용과 프로그램 보호 범위 축소 등과 함께 소프트웨어산업 내의 자유로운 경쟁을 조장하고 확보하기 위한 또 하나의 노력으로서 프로그램 저작권 남용의 규제 또는 독점규제법의 활용을 들 수 있다. 예컨대, 닌텐도가 아타리를 상대로 하여 비디오게임용 프로그램의 저작권 침해소송을 제기한 사건에서 아타리는 닌텐도가 독점규제법을 위반하였다고 주장한 바 있고, 독점규제법 위반에 관하여는 원고와 피고가 화해를 함으로써 법원의 판단은 내려질 필요가 없게 되었지만, 독점규제법이 프로그램저작권의 지나친 확대를 저지하고 소프트웨어산업 내 경쟁을 유지하기 위한 수

[287]

단으로 활용될 수 있음을 보여주고 있다.주43)

\_ 저작권이 남용되어 저작물 이용자에게 부당한 제약 또는 경쟁제한을 강요하는 경우에, 저작권 침해를 근거로 한 손해 배상 청구 등을 인정해 주지 않는, 이른바 저작권남용이론이 최근에 확인되고, 특히 컴퓨터 프로그램에 대하여 적용된 판례가 있었다. 즉, Lasercomb America Inc. v. Reynolds주44) 사건에서, 분쟁 당사자들 모두 다량의 종이나 카드보드를 절단하는 철제형판(steel rule dies)을 제작하는 회사들인데, 원고 Lasercomb America가 먼저, 컴퓨터 화면을 통하여 카드보드 모양을 디자인하여 컴퓨터를 통하여 철제형판이 디자인된 모양대로 자동적으로 준비되도록 명령할 수 있는 'Interact'라고 하는 컴퓨터 프로그램을 개발하였다. 이러한 프로그램은 이른바 CAD/CAM, 즉 컴퓨터를 활용한 디자인 및 제조 (computer-assisted design and computer-assisted manufacture) 프로그램인 것이다. 피고는 원고의 프로그램을 이용하도록 허락을 받아서 이용하였는데, 그 이용 허락 계약에 의하면 계약 기간 동안에 이용자는 '컴퓨터 활용 형판 제조 프로그램'을 개발하거나 판매하지 못한다는 제약이 규정되어 있었다. 그러한 제약조항에도 불구하고, 피고는 원고의 프로그램을 무단복제하여 그와 유사한 피고 나름대로의 프로그램을 개발하여 독자적으로 판매하게 되었다.

\_ 경쟁적인 프로그램의 개발 판매를 금지한 계약조항에도 불구하고 피고가 독자적으로 경쟁적인 프로그램을 개발하여 판매하자 원고는 저작권 침해의 소를 제기하였고, 피고는 이용 허락 계약의 경쟁적 프로그램의 개발 금지가 저작권남용에 해당된다고 항변하였다. 이 사건에 제1심을 담당한 연방지방법원은 저작권남용이론이 확립된 이론인가 여부에 대하여 의문을 제기하면서, 문제된 이용 허락 계약에서 이용자로 하여금 경쟁적 프로그램의 개발 및 판매를 금지하는 조항은 합리적인 범위 내의 계약조항이라고 판시하였다. 이에 대하여 피고가

향소하였고, 연방항소법원의 Sprouse 판사는 저작권남용이론에 관하여 아직 많은 불확실성이 남아 있다는 점을 시인하지만, 특허권남용이론이 특허법에 내재적인 이론인 것처럼 저작권남용이론도 마찬가지로 저작권법에 내재적인 이론으로 인정될 수 있다고 전제하고, 경쟁적 프로그램의 개발 및 판매를 금지하는 조항은 저작권 남용에 해당된다고 판시하였다. 전술한 바

[288]

와 같이, 프로그램 보호범위의 축소와 리버스엔지니어링의 허용 그리고 프로그램 저작권 남용의 규제로 인하여, 후발 프로그램 개발업자는 리버스엔지니어링을 통하여 기존 프로그램을 연구하고 경쟁적인 프로그램을 개발할 수 있는 보다 많은 자유를 가지게 되었다고 볼 수 있다.

## V. 맺음말

— 우리나라와 같이 소프트웨어산업이 아직 취약하고 선진국에서 프로그램 기술을 배워야 하는 나라에서는, 프로그램의 저작권 보호를 강화하고 무단복제를 엄격히 단속하는 것도 중요하지만, 동시에 기존 프로그램을 기초로 하여 보다 개량된 경쟁적 프로그램의 개발을 허용해 줄 수 있는 법적 환경을 마련하는 것도 마찬가지로 중요할 것이다. 이러한 실정의 우리나라로서는, 유럽공동체의 프로그램 지침이나 최근 미국 판례에서처럼 프로그램의 창작성 기준이 다소 높아지고, 프로그램 저작권 보호의 대상에서 제외되는 아이디어의 범위가 넓어지고, 리버스엔지니어링이 공정이용으로 허용되고, 나아가서 프로그램 저작권자에 의한 저작권 남용이 규제될 수 있는 방향으로의 변화는, 우리에게 보다 유리한 법적 환경을 제공해주는 것이라고 할 수 있다.

---

주1)

Whelan Associates v. Jaslow Dental Lab., 797 F. 2d 1222(3rd Cir. 1986); SAS v. S &H, 605 F. Supp. 816(M. D. Tenn. 1985); E. F. Johnson v. Uniden, 623 F. Supp. 1485(D. Minn. 1985); Pearl v. Competition, 8 USPQ 2d(BNA) 1520(S. D. Fla. 1988).

주2)

The EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주3)

University of London Press Ltd. v. Universal Tutorial Press Ltd., [1916] 2 Ch 601.

주4)

BGH 9 May 1985, [1986] 6 EIPR 179.

주5)

BGH 4 Oct 1990, [1991] EIPR 301.

주6)

Manfred Kindermann, "Copyright Protection of Computer Programs in Germany", [1991] EIPR 300.

주7)

Dennis Cline, "Copyright Protection of Software in the EEC: The Competing Policies Underlying Community and National Law and the Case for Harmonization", 75 Calf. Rev. 633(1987).

주8)

Article 1(3), the EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주9)

Preamble, the EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주10)

동경고등재판소 1989년 6월 20일 결정. Juristo, No. 943(15 Oct. 1989) at 81.

주11)

808 f. 2d 204, 206-8(2d Cir. 1986).

주12)

Ringer, "Copyright in the 1980s", 23 Bull. Copyright Soc'y 299, 305, 1976.

주13)

1992 U. S. App. LEXIS 14305(2nd Cir., June 22, 1992).

주14)

1992 U. S. App. LEXIS 14305(2nd Cir., June 22, 1992), p.19.

주15)

Art. 1.2, the EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주16)

Art. 1.2, the EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주17)

1992 U. S. App. LEXIS 14305(2nd Cir., June 22, 1991), p.15.

주18)

1992. U. S. App. LEXIS 14305(2nd Cir., June 22, 1992), p.16.

주19)

Manufacturers Technologies. Inc. v. Cams. Inc., 706 F. Supp. 984, 995(D. Conn. 1989).

주20)

1992 U. S. App. LEXIS 14305(2nd Cir., June 22, 1992), p.17.

주21)

Q-Co. v. Hoffman, 625 F. Supp. 608(SDNY 1986); 1992 U. S. App. LEXIS 14305(2nd Cir., June 22, 1992), p.17.

주22)

Asian Wall Street Journal(Wed. Sep. 16, 1992): 이러한 일련의 판례는 2년 전의 Lotus 사건에서 프로그램 화면의 메뉴 구조와 매크로 기능까지도 보호된다고 판시한 Lotus Development Corp v. Paperback Software Int 'l, 740 F. Supp. 37(D. Mass. 1990)과 대조적이다.

주23)

Article 4(a), the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주24)

Article 5(1), the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer

Programs.

주25)

Article 4(c), the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주26)

미국연방저작권법(17 USC) Sec. 109(b).

주27)

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

주28)

Art. 9(1), the EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs.

주29)

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

주30)

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

주31)

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

주32)

미국의 Lotus Development Corp. v. Paperback Software International Inc., 740 F. Supp. 37 (D. Mass 1990) 사건에서 원·피고의 프로그램 코드 자체는 전혀 상이함에도 불구하고 일련의 입력 명령어가 동일하게 만들어져 있음을 근거로 해서 저작권 침해가 인정되었는데, 동일한 사건이 유럽공동체 지침에 의하여 다시 심리된다면 입력 명령어의 동일성이 프로그램의 호환성에 필요한 한도 내에서 저작권 침해에 해당되지 아니한다고 판시될 수 있을 것이다.

주33)

사용자 인터페이스의 모든 면이 프로그램의 호환성에 절대적으로 영향을 미치는 것은 아닐 것이다.

주34)

Thomas Dreier, “The Council Directive of the 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, [1991] 9 EIPR 319.

주35)

Case T-70/89: Official Journal of the EC No. C91, April 12, 1989, at 4; Lasercomb America, Inc. v. Job Reynolds, 911 F. 2d 970(4th Cir. 1990).

주36)

24 USPQ 2d(BNA) 1015; 1992년 11월 16일 개최된 Morrison &Foerster 세미나의 Paul Goldstern 교수의 원고 제4쪽에서 재인용.

주37)

Memorandum on“Sega v. Accolade”by Weil, Gotshal &Manges(May 26, 1992), p.9.

주38)

미국연방저작권법(17 USC) Sec. 901 이하 참조.

주39)

Gary R. Ignatin,“Let the Hackers Hack”, 140 U. Penn. L. Rev. 1999, 2019(1992)에서 재인용.

주40)

미국연방저작권법(17 USC) Sec. 301(a).

주41)

1992 US App. LEXIS 14305. pp.25~27.

주42)

1992년 11월 15일 Morrison &Foerster 세미나, Vincent J. Chiarello 변호사 발표문 제4쪽.

주43)

911 F. 2d 976(1990, CA4).

주44)

Lasercomb 판결의 저작권남용이론은 그 후 PRC Realty Systems Inc. v. National Association of Realtors(4th Cir. Aug. 4, 1992) 판결에 의하여 다시 확인되었다.