

Reverse Engineering의 법적 문제점

저자: 정상조

발행년도: 1997

문헌: 인권과정의

권호: 254호 (1997년)

출처: 대한변호사협회

[39]

I. 머리말

과학 기술의 발전은 위대한 천재 과학자에 의한 새로운 자연 법칙의 발견이나 뛰어난 기술의 발명에 의해서 획기적으로 이루어지기도 하지만, 대부분의 경우에는 인류가 이제까지 축적해 놓은 과학 기술을 토대로 하여 점진적으로 타인의 발명이나 창작을 참고로 하여 이루어져 왔다. 타인의 발명이나 창작이 상세하게 공개되어 있는 경우에는 별 문제가 없겠지만, 그렇지 아니한 경우에는 당해 발명이나 창작을 참고하기 위해서 당해 발명이나 창작이 포함되어 있는 기존 제품을 분해하거나 제조공정의 반대순으로 분석해 보는 소위 역분석 또는 리버스 엔지니어링(reverse engineering)이 필요한 경우가 많다. 따라서, 과학기술의 발전에 있어서 리버스 엔지니어링의 역할과 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않는다.

지적재산권법도 발명과 창작에 대해서 타인에 의한 무단 사용을 금지하는 배타적 지배권을 부여하면서도, 이러한 리버스 엔지니어링까지 금지하고 있는 것은 아니다. 예컨대, 특허법은 발명 그 자체를 보호하고 있기 때문에, 타인의 발명을 참고하지 않고 그와 동일한 발명을 하여 사용하더라도 특허권 침해에 해당된다고 해석되지만, 새로운 발명을 하기 위해서 타인의 발명을 리버스 엔지니어링하는 행위는 소위 "연구 또는 시험을 하기 위한 발명의 실시"로서 특허권의 효력이 미치지 아니하는 범위에 속하는 것이라고 볼 수 있다. 이와같이 리버스 엔지니어링에 의한 연구 또는 시험이 허용되는 것은 실용신안법에서도 마찬가지이고, 영업비밀을 보호하는 부정경쟁방지법도 리버스 엔지니어링에 의하여 타인의 영업비밀을 알아내고 사용하는 것까지 금지하고 있는 것은 아니다.주1)

특허법 등에 의해서 보호되는 발명과는 달리 저작권법에 의해서 보호되는 저작물은 그 자체로 창작적인 사상과 지식이 타인에게 전달될 수 있는 형태로 되어 있기 때문에 비교적 최근까지만 해도 리버스 엔지니어링이 저작권법하에서 허용되는지 여부가 심각하게 논의된 바가 없었으나, 컴퓨터 프로그램이라고하는 새로운 종류의 저작물이 등장하여 저작권법적 보호가 인정되면서부터 저작권법하에서도 리버스 엔지니어링이 허용될 수 있는지 여부가 어려운 문제로 제기된 것이다. 물론 디지털화된 어문저작물의 리버스 엔지니어링의 문제도 있을 수 있으나,주2) 통상적으로 리버스 엔지니어링의 법적 문제점이라고 하면, 이와

[40]

같이 컴퓨터 프로그램의 리버스 엔지니어링이 저작권법하에서 저작권 침해로 되는 것인지, 아니면 허용되는 적법한 행위인지 여부에 집중되어 이루어지고 있기 때문에, 본고에서도 컴퓨터 프로그램의 리버스 엔지니어링이 저작권법하에서 허용되는지 여부의 문제를 과학기술의 발전에의 영향과 관련하여 살펴보는 것으로 한정한다.

II. 컴퓨터프로그램의 리버스엔지니어링과 저작권법

컴퓨터 프로그램의 저작권법적 보호에 관하여 최근에 가장 많은 논란의 대상이 된 이슈를 든다면 바로 컴퓨터 프로그램의 리버스 엔지니어링이 저작권 침해인가, 아니면 적법한 행위인가, 그리고 적법하다면 어느 정도까지 허용되는 행위인가의 문제일 것이다. 리버스 엔지니어링에 관한 미국 판례도 커다란 변화를 하고 있고 유럽공동체는 그에 관한 명문의 규정을 둔 지침을 마련한 바도 있다. 우리 나라로서는 1995년말에 컴퓨터 프로그램 보호법을 개정하면서 리버스 엔지니어링을 저작권침해의 예외로서 허용하기 위한 제한적 규정을 두기 위한 개정안을 마련한 바 있지만, 한미간 협의 과정에서 미국 측의 요구에 의하여 동 개정안에서 리버스 엔지니어링 관련 조항이 탈락되고 말았다. 우리 나라의 이러한 입법적 경험은 이미 일본의 저작권법 개정시 컴퓨터 프로그램의 리버스 엔지니어링을 제한적으로 허용하기 위한 예외 규정을 두기 위하여 마련된 개정안이 미국 기업의 로비와 미국 정부의 요구에 의하여 좌절된 과거의 선례를 다시 한 번 확인해 준 것이기도 하다. 그러나, 전세계적인 경향을 보거나 우리 나라의 컴퓨터 공학과 소프트웨어 기술의 발전을 위한 효율적인 법제도 마련이라고 하는 차원에서 보거나, 저작권의 충실한 보호 못지 않게 저작권이 저작권자와 경쟁하는 경쟁업자에게 지나치게 과다한 진입 장벽으로 되는 역효과를 사전에 방지할 필요가 절실하고 리버스 엔지니어링은 그러한 차원에서 보다 면밀하게 검토될 필요가 있다.

대부분의 경우에 새로운 프로그램을 개발하려고 하는 경우에 가장 중요한 과정 중의 하나로서, 유사한 기능을 발휘하는 기존의 프로그램을 입수해서 우선 그것을 복제하고 목적 코드(object code)로 되어 있는 프로그램은 원시 코드(source code)로 바꾼 것과 같이 철저하게 역분석(reverse analysis)함으로써 어떻게 그 프로그램이 구성되어 있는가, 그리고 구체적인 원시 프로그램 코드는 어떠한 것인가 등을 파악하는 과정을 거치게 된다. 기존 프로그램의 분석은 거의 필수적이고 관행화되어 있는데, 그러한 리버스 엔지니어링은 프로그램의 복제와 개편을 전제로 하고 있어서 저작권 침해 여부가 문제된다.

소송상 원고로 등장하는 대규모 프로그램업자나 선발 프로그램 업자는 일반적으로 리버스 엔지니어링이 저작권 침해에 해당되기 때문에 허용되어서는 아니 된다고 주장한다. 그 주된 논리적 근거로는, 리버스 엔지니어링이 허용되면 리버스 엔지니어링이라는 이름아래 기존 프로그램의 무단복제가 행해지기 쉽고 결과적으로 창작적인 프로그램을 개발하려고 하는 의욕이 현저하게 저하될 것이라고 주장한다.주3) 그러나, 그러한 보호주의적 논리에 반대하는 견해가 많다. 특히, 피고로 등장하는 소규모 프로그램 업자나 후발 프로그램 업자

[41]

는 대부분 자신의 리버스 엔지니어링이 일반관행에 따른 것으로 저작권의 예외로서 허용되어야 하는 것이라고 주장한다. 이러한 주장은, 리버스 엔지니어링이 중국적으로 프로그램산업내의 경쟁을 강화할 수 있다는 점에서 그 타당성을 찾을 수 있다.주4) 저작권 보호의 범위가 지나치게 넓으면, 저작물에의 접근이 어렵고 관련 산업내의 경쟁이 크게 제한되며 결

과적으로 과학 기술의 발전을 이룩할 수 없게 된다. 컴퓨터 산업내의 경쟁은 기존 프로그램의 인터페이스에의 접근 및 그에 대한 분석이 자유롭게 이루어지는 것을 전제로 하는데, 이러한 인터페이스는 대부분의 경우에 기존 프로그램의 철저한 분석이 없이는 불가능한 것이다.주5)

Ⅲ. 영국에서의 리버스 엔지니어링

영국에서는 리버스 엔지니어링의 필요성은 인정하는 것이 대부분의 견해이지만, 리버스 엔지니어링이 저작권법상 규정되어 있는 예외 가운데 어느 예외에 해당될 수 있겠는가에 대해서는 의견이 분분하고 부정적인 견해가 많다. 리버스 엔지니어링의 적법성을 주장하기 위한 저작권법상 예외규정으로서는 흔히 저작물의 공정이용(fair dealings)에 관한 규정들을 들고 있기 때문에, 우선 리버스 엔지니어링이 공정 이용의 요건을 충족시킬 수 있는가가 문제된다.

공정 이용의 요건 가운데에도, 상업적 목적으로 저작물을 이용하는 경우도 공정 이용에 해당 되는가에 대해서 미국 연방저작권법하에서는 명백히 상업적 목적의 이용이 공정 이용으로부터 제외되지만, 영국 저작권법하에서는 불분명하다. 영국 저작권법이 1988년에 개정될 때에, 개정 초안에는 상업적 목적의 연구를 위한 저작물 이용은 공정 이용으로부터 제외된다고 하는 명문의 규정을 두고 있었는데, 국제 심의를 거친 후에 확정된 개정저작권법에는 상업적 목적에 관한 문구없는 단순히 "연구"를 위한 저작물 이용은 공정 이용으로 허용된다고 규정되어 있어서, 상업적 목적의 연구를 위한 저작물 이용도 공정 이용에 포함된다고 함을 간접적으로 인정한 것이 아닌가 하는 해석이 많다.주6) 상업적 연구가 공정 이용으로부터 제외된다면, 상기업에서 행하는 연구를 위한 저작물 이용이 모두 저작권 침해에 해당되어 프로그램 업자들을 포함한 상기업들에 상당한 경제적 부담을 가져다 줄 것이라는 의견에 따라서, 상업적 연구를 위한 저작물 이용도 공정이용에 포함된다고 함을 간접적으로 인정하게 되었다고 한다.주7) 따라서, 미국에서와는 달리, 영국에서는 리버스 엔지니어링이 공정이용이라고 하는 예외에 해당되는 것으로서 허용될 수 있는 여지가 많다. 그러나, 연구의 목적으로 이용하는 경우에도, 특정 프로그램을 다량 복제해서 사내에 배포하고 연구하는 것은 허용되기 어려울 것이다.주8)

공정 이용에 관한 영국 저작권법 규정 이외에 영국 대법원이 내린 이 판결주9)도 리버스 엔지니어링에 불리하지 아니한 법적환경을 만들어 주고 있다. 자동차의 소유자는 자동차 부품을 교환하는 등 자동차를 수리해서 계속 사용할 수 있는 권리를 가지고 있기 때문에, 자동차 제조업자는 자동차 부품에 대한 저작권의

[42]

침해를 이유로 해서 자동차 부품 제조업자에게 손해배상을 청구할 수는 없다고 영국 대법원은 판시한 바 있다. 이러한 이 판결을 프로그램에 응용하면, 프로그램 보유자는 프로그램의 이용에 필요한 한도내에서 프로그램을 복제 및 개변할 수 있고, 프로그램 보유자가 자신의 프로그램의 개변을 하기 위해서는 그 프로그램을 분해하고 철저히 분석하는 리버스 엔지니어링을 하여야 하기 때문에, 이 판결은 영국 저작권법하에서 리버스 엔지니어링도 허용된다고 해석할 수 있는 자료가 된다.주10) 그러나, 특정 프로그램을 분석해서 그 구성과 구체적인 코드 등에 관해서 획득한 지식을 어느 정도까지 새로운 프로그램에 이용할 수 있는가하는

문제는 여전히 어려운 문제로 남는다.

이와 같이 리버스 엔지니어링이 영국 저작권법하의 공정 이용에 해당된다고 해석함으로써 리버스 엔지니어링의 적법성을 인정할 수도 있겠지만, 그러한 해석론에 반대하는 견해도 있고, 그러한 해석론에 의해서 인정되는 리버스 엔지니어링의 구체적 범위도 불분명하기 때문에 리버스 엔지니어링이 저작권 침해의 예외로서 허용된다고 하는 명문의 규정을 저작권법 내에 두어야 한다는 견해가 많다.주11) 특히, 컴퓨터 프로그램과 컴퓨터칩 회로 배치에서의 아이디어는 저작권법이나 회로배치보호법에 의해서 보호되지 아니하지만, 그러한 아이디어는 프로그램과 컴퓨터칩의 분해 및 분석에 의해서 획득될 수 있는 것이라는 사실을 볼 때에, 컴퓨터칩의 분해 및 분석을 명문으로 허용하고 있는 회로배치보호법 규정이 컴퓨터 프로그램의 리버스 엔지니어링을 허용하는 명문의 규정을 저작권법내에 둘 수 있는 선례가 될 것이다.주12)

아래에서 보는 바와 같이 유럽 공동체의 컴퓨터프로그램보호지침이 마련되었고, 동 지침이 제한된 범위내에서나마 리버스 엔지니어링을 허용하는 예외 규정을 두고 있어서, 그러한 지침에 따라서 1992년에 영국 저작권법도 개정된 바 있다. 영국의 개정된 저작권법하에서 허용되는 리버스 엔지니어링에 관하여는 아래에서 살펴보도록 한다.

IV. 컴퓨터프로그램보호를 위한 유럽연합지침

영국은 유럽연합(European Union)의 회원국으로서 지침(directives)에 따라서 국내법을 개정하거나 제정해야 할 의무를 가지게 되는바, 프로그램저작권의 제한, 특히 리버스 엔지니어링의 허용에 관해서는 유럽공동체의 프로그램지침이 획기적인 조항을 두고 있기 때문에 영국 저작권법의 개정이 필수 불가결하게 되었다고 보여진다. 프로그램지침은 우선 프로그램의 아이디어와 원칙 또는 당해 프로그램 인터페이스의 아이디어나 원칙이 저작권 보호 대상으로부터 제외된다는 점을 명백히 하고,주13) 더 나아가 저작권의 제한의 하나로서, 프로그램의 기초가 되는 아이디어와 원칙들을 파악하고 그림으로써 당해 프로그램의 기능을 관찰, 연구 및 테스트하기 위해서 필요한 한도에서 저작권자의 동의없이 프로그램을 작동시키거나 전송하거나 저장하는 등의 일시적 복제와 저장을 할 수 있다고 규정하고 있다.주14) 또한 이와 같이 리버스 엔지니어링을 허용하기

[43]

위해서 법정된 저작권제한은 당사자 사이의 계약에 의해서 배제될 수 없다고 규정하고 있다.주15) 그러나, 리버스 엔지니어링의 실재를 보면, 프로그램의 단순한 일시적 복제와 저장만으로는 완전한 리버스 엔지니어링은 이루어질 수 없고, 원시코드(source codes) 형태로 변환해서 구체적인 프로그램을 보아야 하기 때문에 일시적 복제와 저장을 허용하는 것은 커다란 도움이 되지 않는 것이다.

그러나, 프로그램지침은 프로그램의 호환성(interoperability)을 확보하기 위해서 필요한 정보를 파악하는데 필요한 한도에서는 완전한 리버스 엔지니어링을 허용하고 있다. 즉, 호환성 있는 프로그램을 제작하기 위해서는 기존 컴퓨터의 하드웨어와 소프트웨어의 인터페이스에 관한 정보를 파악해야 하는데, 그러한 정보 파악을 위해서 필요한 프로그램의 복제와 변환(원시 코드로의 변환)을 프로그램 저작권자의 동의 없이도 할 수 있다고 프로그램지침은 규정하고 있다.주16) 프로그램이 목적 코드(object codes)의 형태로 되어 있고, 그의 호환

성에 관한 정보가 프로그램 사용자에게 알려져 있지 아니한 경우에는, 당해 프로그램을 복제하고 원시 코드로 변환해서 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 아닌 한 기존의 프로그램과 경쟁적인 프로그램을 제작해서 판매할 수 있기 때문에, 주17) 리버스 엔지니어링을 위해서 프로그램지침에 인정된 저작권 제한은 획기적인 규정인 것이다. 그러나, 이 경우의 저작권 제한은 리버스 엔지니어링의 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 사용 안내서 등을 통해서 사용자에게 알린 경우에는, 사용자에게 의한 프로그램의 복제와 변환과 같은 리버스 엔지니어링은 허용되

[44]

지 아니한다. 주18) 리버스 엔지니어링에 관한 이러한 프로그램지침은 결과적으로 하드웨어와 소프트웨어 제작자들에게 그 인터페이스에 관한 정보를 공개하도록 유도할 것이고, 인터페이스에 관한 공개된 정보에 입각해서, 공동체 단일시장(single Market)내에서 상업적으로 가장 성공한 인터페이스, 예컨대 편리한 입력명령어(input-command language) 주19)와 같은 사용자 인터페이스(user interfaces) 주20) 예로의 통일 및 표준화가 이루어질 수 있다고 예상되고 있다. 주21) 이것은 일반적으로 저작권법이 저작물의 표현만을 보호할 뿐이고, 아이디어는 보호대상에서 제외되어 널리 배포되어야 한다는 기본원리의 반영이기도 하고, 또한 저작권자가 자신의 저작물의 기초가 되고 있는 아이디어나 정보를 독점하려고 하는 것은 저작권의 남용에 해당되고 독점금지법에도 반한다는 최근판례 주22)와 궤를 같이 하는 것이기도 하다.

V. 유럽공동체지침에 따른 영국 저작권법의 개정

유럽공동체의 이러한 내용의 지침은 영국, 독일, 프랑스를 비롯한 각 회원국들의 국내법에 영향을 미치게 되어서 각 회원국들은 관련된 국내 법규를 개정하게 되었다. 주23) 특히, 영국의 경우를 보면, 1988년에 개정된 저작권법이 1992년에 다시 개정되어 유럽공동체지침에 상응하는 내용을 삽입하였다. 1992년 개정법의 내용을 살펴보면 우선 공정 이용(fair dealings)에 관한 규정에서 컴퓨터 프로그램의 역변환(decompilation)이 일괄적으로 적용대상에서 제외된다는 점을 명시적으로 규정하고, 더 나아가 역변환을 포함한 리버스 엔지니어링에 대한 별도의 새로운 규정을 마련하였다. 개정법에 의하면 역변환이라고 함은 이용허락된 컴퓨터 프로그램의 코드를 변환하거나 변환된 코드로 복제하는 것을 말한다.

여기에서 이용허락된 컴퓨터 프로그램이라고 함은 당해 프로그램의 구입 등에 의하여 적법하게 프로그램을 이용할 수 있게 된 것을 말한다. 개정법은 계속하여 프로그램의 역변환을 일정한 한도에서 허용하는 별도의 규정을 두고 있는 바, 프로그램의 호환성을 가지도록 하는데 필요한 정보를 획득하기 위하여 불가피한 역변환(decompilation)을 하는 것은 저작권 침해에 해당되지 아니한다고 하는 명문의 예외 규정이 별도로 마련되었다.

동 개정법에 의하면, 그러한 역변환은 문제된 프로그램에 관하여 명시적으로나 묵시적으로 이용허락을 받은 자가 행하는 경우에 한하여 허용되는 것이고, 호환성에 관한 정보가 용이하게 접근될 수 없는 경우에 한해서만 역변환이 허용되는 것이다. 주24)

[45]

이러한 역변환을 함으로써 파악하게 된 정보와 원시 코드를 이용하여 새로운 프로그램을 개발하게 되는데, 새로이 개발된 프로그램이 기존의 프로그램과 상당히 유사하지 아니하고 창작성을 갖춘 경우에는 저작권법적 보호를 받게 되는 것이다. 그러나, 물론, 역변환의 방법에 의한 개발의 경우에도 새로이 개발된, 프로그램이 상당한 유사성을 가진 경우에는 저작권 침해에 해당된다고 규정되어 있다. 동시에 이와 같이 개정 저작권법이 허용하고 있는 역변환이라거나 경쟁적 프로그램의 개발등의 행위를 계약조항에 의하여 제한하거나 금지할 수 있는가 하는 문제가 항상 제기되어 온 점을 감안하여, 동 개정법은 역변환에 관한 예외를 제한 또는 금지하는 계약 조항은 무효라고 하는 명문의 규정을 두고 있다. 이러한 규정은 거래 관행상 소위 shrink-wrap licence에 의하여 프로그램 구입자가 밀봉되어 있던 포장 용기를 뜯는 순간 포장 용기에 인쇄되어 있는 계약 조건에 구속된다고 인쇄되어 있고, 그 인쇄된 계약 조건이 프로그램 이용자의 행위를 여러 가지로 제한하는 내용으로 되어 있는 경우에 적용될 수 있는 것으로 보인다.

VI. 미국에서의 리버스 엔지니어링

프로그램 개발에 있어서 리버스 엔지니어링의 필요성은 앞에서 기술한 바와 같고, 그 적법성 여부는 주로 미국 연방저작권법상의 공정 이용(fair use) 규정의 해석에 의해서 좌우된다. 영국 저작권법상의 공정 이용 규정과는 달리 미국 연방저작권법상의 공정 이용 규정은 공정 이용에 해당되는지 여부를 결정하기 위한 성문법상 요소의 하나로 문제된 저작물 이용이 상업적 성질의 것인가, 또는 그러한 이용이 비영리 교육적 목적을 위한 것인가 하는 "저작물 이용의 성질 또는 목적"을 들고 있다.주25)

컴퓨터 프로그램의 저작권법적 보호에 관해서 세계에서 가장 많은 판례를 가지고 있는 미국에서도, 리버스 엔지니어링이 공정 이용에 해당되는지 여부의 문제를 직접적으로 다룬 판결은 아직 없다. 그러나, 저작물 이용이 이윤추구 동기에 의한 것은 공정 이용에 해당되지 아니한다는 판결주26) 을 비롯해서 상업적 목적의 해석에 관한 일련의 판례에 비추어보면, 리버스 엔지니어링은 그 이윤 추구 동기 등으로 인해서 공정 이용에 해당되지 아니하는 것으로 판단되기 쉬울 것이라고 보여진다.주27) 특히, 이 판결주28) 은 프로그램 개발업자가 리버스

[46]

엔지니어링을 함에 있어서 공정 이용에 관한 규정을 원용하기 어려움을 똑똑히 보여주었다. 이 사건에서 피고는 고객들이 소유하고 있는 프로그램을 이용의 필요상 개변할 필요가 있는 경우에 고객들을 위해서 그 프로그램의 개변을 해주는 영업을 하여왔는데, 피고의 프로그램 복제 및 개변이 저작권 침해에 해당된다고 법원이 판시함으로써 리버스 엔지니어링이 공정 이용에 해당되지 아니한다는 것을 간접적으로 인정하였다. 또한, 앞에서 살펴본 이 사건과 이 사건에서도 피고의 행위는 리버스 엔지니어링을 기초로 하고 있었는데, 프로그램에 대한 저작권 보호범위를 넓게 해석하여서 피고 행위가 저작권 침해에 해당된다고 판시함으로써 리버스 엔지니어링에 대해 적대적인 입장을 취했다고 보여진다.

위의 일반적인 견해와는 달리, 비상업적 목적이라거나 비영리 교육적 성질이라는 요건이 절

대적인 것은 아니고, 저작권법상의 공정 이용 규정에 있는 다른 요건들과 비교 검토되어야 하기 때문에 리버스 엔지니어링이 공정 이용에 해당되는 것으로 허용될 수도 있다고 보는 견해도 유력하다.주29) 이러한 견해는 저작권법상의 공정이용규정이 저작권법에 의한 저작권자의 배타적 권리의 보호와 헌법상의 국민의 정보와 아이디어의 자유유통에 관한 기본권 보호를 조화시키기 위한 제도라는 점을 중시해서, 리버스 엔지니어링이 아이디어(프로그램 기술)의 확산에 기여하기 위한 한도에서 공정 이용에 해당되어 허용되는 것으로 볼 수 있다고 한다.

기존의 판례를 자세히 분석해 보면, 리버스 엔지니어링이 공정 이용에 해당된다는 것을 간접적으로 인정한 판결들도 있다. 예컨대, 이주30) 에서도 새로운 프로그램의 독자적인 개발이 있는 한 기존 프로그램의 복제, 개변 및 분석도 저작권 침해에 해당되지 않는다는 것을 인정하였다. 이주31) 에서도 피고는 원고 프로그램의 복제 방지장치를 극복하기 위한 프로그램을 개발하는 과정에서 원고 프로그램을 컴퓨터의 기억장치에 입력해서 분석한 바 있는데, 항소법원은 프로그램 분석의 목적을 위해서 원고 프로그램을 복제 또는 입력시키는 행위는 저작권 침해에 해당되지 않는다고 판시했다. 다만 미국 연방저작권법하에서 프로그램 소유자는 원래 프로그램을 복제 및 개변할 수 있는 권리를 가지기 때문에, 이 판결은 프로그램 소유자가 프로그램의 분석을 위해서 자신의 복제 및 개변권을 행사할 수 있다는 것을 확인한 것에 불과하다고 볼 수 있고, 따라서 이 판결이 리버스 엔지니어링 일반을 적법한 것으로 허용한 것이라고 볼 수는 없다고 하겠다.

이 사건주32) 에서, NEC는 경쟁적인 마이크로프로세서를 개발하기 위해서 Intel 마이크로 프로세서의 마이크로 코드를 복제, 분해 및 분석했는데, NEC의 복제 기타의 분석 행위가 저작권 침해에 해당되지는 아니한다고 판시되었다. 그러나, NEC판결도 리버스 엔지니어링 일반을 허용한 것이라고 보기는 어렵고, NEC에 의한 복제 및 기타의 분석 행위가 있더라도 NEC가 개발한 최종 마이크로 코드는 독자적인 표현을 기초로 하고 있기 때문에 저작권 침해는 없다고 판시한 것이다. 결론적으로, 프로그램 산업 전체의 발전을 위한 리버스 엔지니어링의 필요성은 부인하지 못하지만, 연방저작권법상의 공정 이용의 요건은 리버스 엔

[47]

지니어링을 허용하기 어려운 듯한 표현으로 되어 있기 때문에, 리버스 엔지니어링이 저작권법상 허용되는 것인지 여부는 현재 극히 불명확하다고 하겠다. 그래서, 그러한 불명확성을 제거하기 위해서, 리버스 엔지니어링을 허용하는 명문의 규정을 두기 위한 저작권법 개정이 이루어져야 한다는 견해가 유력하다.주33)

VII. 리버스 엔지니어링을 허용한 미국판례

미국 판례는 종전의 태도를 바꾸어서, 리버스 엔지니어링에 의하여 기존의 프로그램과 경쟁적인 기능을 가진 새로운, 프로그램을 개발하는 관행을 일정한 범위에서 법률적으로 정당한 것으로 허용하기 시작하였고, 앞에서 상세히 언급한 이 판결이 그 예의 하나일 것이다. 특히, 보다 최근에 있었던 이주34) 사건과 이 사건주35) 에서 미연방 항소법원은 경쟁적인 프로그램을 개발하기 위하여 기존의 프로그램 목적코드(object codes)를 원시 코드로 변환하는 작업은 미연방저작권법 제107조의 공정이용(fair use)에 해당될 수 있다고 판시한 바 있다. 이 사건에서 Atari는 Nintendo게임기 잠금장치 프로그램(lock or master program in

the console)을 역분석하여 Nintendo게임기에서 작동될 수 있는 호환성 있는 게임을 개발하였는바, 역변환을 용이하게 수행하기 위하여 기망적인 수단으로 저작권청에 제출되어 있는 동 잠금 장치 프로그램에 접근하여 동 프로그램을 참조해서, 법원은 공정 이용으로 인정될 수 없다고 판시하였다. 그러나, 연방 항소법원은 Atari의 기망적인 접근만 없었다면 역분석 과정에서의 복제는 공정 이용에 해당될 수도 있었음을 인정하면서도, 프로그램의 목적 코드(object code)는 인간에게 직접적으로 의사를 전달할 수 없는 상태하에 있기 때문에 그러한 상태의 목적 코드를 인간이 이해할 수 있도록 역분석하여 그 아이디어 등을 알아보는 것은 공정 이용에 해당된다고 판시하였다.

이와는 다르지만 유사한 성격의 사건으로 이주36) 사건에서 문제된 프로그램은 일종의 비디오 게임 악세서리로서 Nintendo게임 프로그램 등에 영향을 미쳐서 게임 이용자로 하여금 동 게임을 여러 가지 측면으로 변화시킬 수 있도록 도와주는 프로그램인 바, 법원은 게임 이용자들이 Nintendo게임 등의 내용을 다소 변경하는 것은 소위 공정 이용에 해당되고, 그와 같이 변경된 내용은 전원을 끄는 경우에 전부 지워져버리는 임시적 변경에 불과하기 때문에 그러한 변경을 가능하게 해주는 동 프로그램도 Nintendo프로그램 저작권을 침해 또는 침해 방조한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

이 사건에서 원고 Sega Enterprises Ltd.는 Genesis라고 하는 가정용 비디오 게임 기계장치와 비디오 게임 소프트웨어를 개발 판매하여 비디오 게임 시장에서 독점적 지위를 가지고 있는 기업이고, 피고 Accolade Inc.는 독자적으로 비디오 게임 소프트웨어를 개발하여 판매하는 기업으로서, Genesis게임 장치가 지배적으로 활용되고 있기 때문에 동일한 게임 장치에서 작동될 수 있는 비디오 게임 소프트웨어, 즉 Sega비디오 게임과 호환성이 있는 비디오 게임을 개발해야 할 절실한 필요성이 있었고, 그러한 필요에 따라서 Sega의 비디오 게임 소프트웨어를 분석하여 기본적 정보를 파악한 뒤 호환성있는 소프트웨어를 개발하여 판매하게 된 것이다.

이러한 경쟁적 소프트웨어의 등장에 대처하기 위하여 Sega는 비디오 게임장치내에 일종의 잠금 장치(lock)를 삽입해 놓고 Sega 비디오 게임 소프트웨어에는 동 잠금 장치를 열고

[48]

작동될 수 있도록 하는 열림 장치를 삽입해 넣게 되었다. 이러한 변화에 대해서도 피고 Accolade는 유사한 방법으로 Sega 소프트웨어를 역분석하여 20바이트로 된 열림 장치를 피고의 게임 소프트웨어에도 삽입해 넣었다. 다만, 피고가 미처 대처하지 못한 부분으로는, 20바이트로 된 동 열림 장치가 작동되면 Sega 게임 장치에 연결된 TV화면에 자동적으로 Sega상표가 등장하고 Sega에 의하여 이용 허락된 게임이 작동될 것이라는 내용의 메시지가 나타나게 된다. 원고는 역분석 등의 일련의 피고의 행위가 저작권 침해라고 주장하고 동시에 원고의 상표가 피고 게임의 작동시에 나타나는 점을 근거로 상표권 침해라고 주장하였다.

이에 대하여, 미국 연방항소법원은 역분석의 저작권 침해 여부에 관한 종전의 논쟁에 종지부를 찍고, 프로그램의 아이디어와 기능적 구조를 파악하기 위하여 필요한 절차로서 역분석을 하는 것은 미국 연방저작권법상 공정이용(fair uses)에 해당된다고 판시하였다. 역분석이 공정 이용에 해당되는가 여부에 대하여, Sega는 피고의 역분석이 경쟁적 프로그램의 개발을 위한 것이기 때문에 그러한 영리적 목적을 위한 역분석은 공정 이용에 해당될 수 없다고 주장하였지만, 항소법원은 피고의 역분석 또는 경쟁행위는 공정 이용의 향변을 불가능하게

하는 요소가 되지 않는다고 보았다. 항소법원은, 공정 이용의 항변을 불가능하게 하는 요소로서의 경쟁행위 또는 영리행위라고 함은 저작권자의 시장을 빼앗는 결과로 되는 행위를 말하는 것이라고 전제하고, Sega사건에서는 피고의 게임 소프트웨어가 원고의 그것과 동일한 것이 아니기 때문에 원고 게임을 대체하는 것이 아니고, 따라서 원고 게임 시장을 빼앗는 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 특히, 이 사건에서 원고 게임 장치의 잠금 장치라거나 자동적인 상표 표시 등장 등이 호환성있고 경쟁적인 게임 소프트웨어의 출현을 방지해서 독점적 지위를 유지하기 위한 시도라고 하는 점으로 인하여, 공정 이용을 부인하는 여러 가지 주장들이 받아들여지지 아니하였고, 결과적으로 프로그램의 역분석이 저작권법상 공정이용에 해당된다고 하는 점을 처음으로 정면으로 확인한 판례가 된 것이다.

마지막으로 상표권 침해의 주장에 관하여, 게임 기계 장치에서 작동되는 게임 소프트웨어에 관계없이 무조건 자동적으로 Sega상표가 등장하게 하고 Sega의 게임이라는 메시지가 나타나도록 하는 것은 호환성있는 게임을 둘러싼 경쟁을 제한하기 위한 시도에 해당되고, 경쟁업자의 게임 소프트웨어의 출처를 자동적으로 허위로 표시하도록 하는 것으로서 미국 연방상표법의 근본 법목적과는 모순되는 것이기 때문에 상표권 주장도 받아들여질 수 없다고 판시되었다.

VIII. 리버스 엔지니어링과 영업비밀의 보호

리버스 엔지니어링의 대상인 원시 코드(source codes)가 영업비밀로서 보호된다고 주장하면서 리버스 엔지니어링에 의하여 영업비밀이 침해되었다고 주장할 여지도 있지만, 영업비밀의 침해는 원래 그 영업비밀을 부당한 방법으로 획득하거나 부당히 이용하는 경우에 인정되는 것이다. 우리 부정경쟁방지법은 영업비밀 침해행위를 규정함에 있어서 부당한 방법을 전제로 하고 있어서 리버스 엔지니어링은 영업비밀 침해에 해당되지 않는다고 해석되고 있다. 또한, 미국의 통일영업비밀보호법은 공개 시장에서의 구입과 같은 정당한 방법으로 구입한 공지의 물건으로부터 시작하여 당해 물건 제조와는 반대의 순서로 작업을 진행하여 당해 물건에 숨겨져 있는 영업비밀을 발견해 내는 것은 영업비밀의 침해에 해당되지 않는다고 규정하고 있는 것이다.주37)

더욱이 중요한 사실은, 영업비밀은 미국 각주의 주법에 의하여 보호되기 때문에 연방법

[49]

인 저작권법에 의하여 보호되는 권리와 동일한 권리에 있어서는, 연방법인 저작권법이 주법인 영업비밀법에 우선하는 효력을 가지고, 따라서 주법인 영업비밀법을 원용할 수 없다.주38) 따라서, 영업비밀 보호에 관한 계약의 위반이나 또는 종업원으로서의 의무를 위반한 영업비밀의 부당 이용이 있지 않는 한, 리버스 엔지니어링에 의하여 원시 코드를 알아 낸 것이 영업비밀을 알아 낸 것과 단순히 일치한다는 사실만으로 영업비밀 침해를 주장할 수는 없는 것이다.주39)

최근의 이러한 일련의 미국 판례를 보면 유럽공동체의 프로그램지침보다 더 일반적인 의미의 리버스 엔지니어링이 일괄적으로 허용되는 것으로 보인다. 이러한 리버스 엔지니어링 허용 판례는, 이주40) 판결과 같이 프로그램의 보호범위를 상당히 축소하는 최근 경향과 함께, 소프트웨어 산업내의 경쟁을 촉진하는 역할을 하게 될 것이다. 우리 나라와 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.

IX. 리버스 엔지니어링의 금지와 경쟁제한

앞에서 살펴 본 리버스 엔지니어링 허용과 프로그램 보호범위 축소 등과 함께 소프트웨어 산업내의 자유로운 경쟁을 조장하고 확보하기 위한 또 하나의 노력의 하나로서 프로그램 저작권남용의 규제 또는 독점규제법의 활용을 들 수 있다. 예컨대, 닌텐도가 아타리를 상대로 하여 비디오 게임용 프로그램의 저작권침해소송을 제기한 사건에서, 아타리는 닌텐도가 독점규제법을 위반하였다고 주장한 바있고, 독점규제법 위반에 관하여는 원고와 피고가 화해를 함으로써 법원의 판단은 내려질 필요가 없게 되었지만, 독점규제법이 프로그램 저작권의 지나친 확대를 저지하고 소프트웨어 산업내 경쟁을 유지하기 위한 수단으로 활용될 수 있음을 보여주고 있다.주41) 저작권이 남용되어 저작물 이용자에게 부당한 제약 또는 경쟁 제한을 강요하는 경우에, 저작권 침해를 근거로 한 손해배상 청구 등을 인정해 주지 않는, 이른바 저작권 남용이론이 최근에 확인되고 특히 컴퓨터 프로그램에 대하여 적용된 판례가 있었다.

즉, 이 사건주42) 에서, 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 프로그램을 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 활용형판제조 프로그램"을 개발하거나 판매하지 못한다는 계약이 규정되어 있었다. 그러한 제약 조항에도 불구하고, 피고는 원고의 프로그램을 무단 복제하여 그와 유사한 피고 나름대로의 프로그램을 개발하여 독자적으로 판매하게 되었다.

경쟁적인 프로그램의 개발 판매를 금지한 계약 조항에도 불구하고 피고가 독자적으로 경쟁적인 프로그램을 개발하여 판매하자 원고는 저작권 침해의 소를 제기하였고, 피고는 이

[50]

용 허락 계약의 경쟁적 프로그램의 개발 금지가 저작권 남용에 해당된다고 항변하였다. 이 사건의 제1심을 담당할 연방 지방법원은 저작권 남용 이론이 확립된 이론인가 여부에 대하여 의문을 제기하면서, 문제된 이용허락 계약에서 이용자로 하여금 경쟁적 프로그램의 개발 및 판매를 금지하는 조항은 합리적인 범위내의 계약 조항이라고 판시하였다.

이에 대하여 피고가 항소하였고, 연방 항소법원의 Sprouse 판사는 저작권 남용 이론에 관하여 아직 많은 불확실성이 남아 있다는 점을 시인하지만, 특허권 남용 이론이 특허법에 내재적인 이론인 것처럼 저작권 남용 이론도 마찬가지로 저작권법에 내재적인 이론으로 인정될 수 있다고 전제하고, 경쟁적 프로그램의 개발 및 판매를 금지하는 조항은 저작권남용에 해당된다고 판시하였다.주43)

전술한 바와 같이, 프로그램 보호범위의 축소와 리버스 엔지니어링의 허용, 그리고 프로그

램 저작권 남용의 규제로 인하여, 후발프로그램 개발업자는 리버스 엔지니어링을 통하여 기존 프로그램을 연구하고 경쟁적인 프로그램을 개발할 수 있는 보다 많은 자유를 가지게 되었다고 볼 수 있다. 이와 같이 경쟁적인 프로그램의 개발을 금지하는 것을 저작권 남용 또는 독점규제법 위반에 해당된다고 보는 판례를 보면서, 프로그램 저작권자가 프로그램 이용자로서 하여금 리버스 엔지니어링 자체를 하지 못하도록 금지하는 것도 독점규제법 위반에 해당된다고 해석될 수 있는 여지가 있다고 보는 견해도 나오고 있다.주44)

X. 일본에서의 리버스 엔지니어링

일본에서는 리버스 엔지니어링의 저작권법상 허용 여부를 정면으로 취급한 판례도 없고 입법론상 리버스 엔지니어링을 허용하는 저작권법 개정이 있어야 한다는 주장이 많이 제기되어 입법적 시도가 있었지만, 전술한 바와 같이 미국 기업과 정부의 반대 의견에 부딪혀서 좌절되고 말았다. 다만, 리버스 엔지니어링을 포함한 저작권 침해 사건에서 간접적으로 리버스 엔지니어링이 다루어진 사례가 있어서 살펴볼 필요는 있을 것이다. 예컨대, 일본에서 마이크로 소프트의 작동 프로그램 MS-DOS가 시판되자 어느 컴퓨터 관련 서적 출판업자가 당해 프로그램을 역변환하고 라벨과 코멘트를 붙여 만든 책자를 판매하여 저작권 침해 여부가 문제된 사건에서, 일본 동경지방법원은 작동 프로그램도 제작자의 개성이나 사상이 반영됨에 따라서 달리 제작될 수 있기 때문에 저작물에 해당된다고 전제한 후, 리버스 엔지니어링의 결과물이 저작권 침해를 구성한다고 결론지음으로써 리버스 엔지니어링에 특별한 지위를 인정하지 아니하였다.주45)

즉, 동경지방법원은 "본건 퍼스널 컴퓨터에 심어져 있는 본건 오브젝트 프로그램을 그 상태로 16진수로 치환한 행위"가 "본건 저작물의 복제물인 본건 오브젝트 프로그램을 복제한 것으로 해석될 수 있음이 명백하다"고 전제한 후 다시 "본건 오브젝트 프로그램을 역변환하여 해독하고 거기에 라벨과 코멘트를 붙인 것"도 "표현상의 차이점은 대부분 라벨표시의 상이에 의한 것이므로" 본건 저작물의 복제 행위라고 평가할 수 있다고 판단하였다. 또한 피고 등이 자신들의 행위를 연구 성과의 발표로서 독자적인 창작행위이므로 저작권 침해에 해당하지 않고, 또한 본건 퍼스널 컴퓨터 이용자들을 위한 행위이므로 정당하다고 주장하였지만, "원저작물에 의거한 저작물을 제작하는 것은 창작성 내지 독자성의 유무에 관계없이 원저작물의 저작권 침해에 해당하고 또

[51]

한 저작자에 의해 소스프로그램이 공개되어 있지 않은 본건 저작물에 대해 그 저작자의 의사에 반하여 소스 프로그램을 발표하는 행위가 이용자의 편의 때문에 정당화될 여지가 없음을 당연한 이치라고 할 것"이라고 판시하면서 저작권 침해를 인정하였다.

이 사건에서 역변환한 소스 코드에 코멘트를 붙이기는 하였지만, 소스 코드 전부가 책자의 형태로 인쇄됨으로써 무단 복제로 인한 저작권 침해를 인정하기 어렵게 되었지만, 역변환 행위 자체도 복제라고 전제함으로써 리버스 엔지니어링의 허용 여부에 관하여 부정적인 시각에 입각하고 있는 것으로 보여진다.

X I. 우리 나라에서의 리버스 엔지니어링

최근의 이러한 일련의 미국 판례와 유럽공동체의 프로그램 지침은 일정한 범위내에서 리버스 엔지니어링을 허용해야 한다는 업계의 수요를 반영하고 있는 것으로 보인다. 이러한 리버스 엔지니어링의 허용은, 프로그램의 보호 범위를 축소하고 프로그램 산업내의 경쟁 제한적인 관행을 억제하는(주46) 최근 경향과 함께, 소프트웨어 산업내의 경쟁을 촉진하는 역할을 하게 될 것이다. 우리 나라와 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.(주47)

한국에서의 리버스 엔지니어링의 허용 여부를 살펴보면, 한국의 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법은, 영미법에서 찾아 볼 수 있는 공정이용 규정과 같이 포괄적인 공정이용에 관한 일반조항을 두고 있지 않기 때문에, 한국의 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법하에서, 리버스 엔지니어링이 허용되는 것인지 여부는 더욱 더 불명확한 상태라고 볼 수 있다. 우리 나라 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 영미법계에서 인정되는 공정 이용 규정 대신에 "사적 복제" 및 "공표된 저작물의 이용" 등에 관한 개별적이고 제한적인 예외 규정만을 두고 있을 뿐이다.(주48) 그러나, "공표된 저작물의 인용"은 구태여 그 적용 가능성을 찾는다면 리버스 엔지니어링에 의한 기존 제품의 분석이 종료된 후에 새로운 경쟁 제품을 만들면서 기존제품의 일부를 인용하는 경우에 한해서 적용될 수 있을 뿐이고, 리버스 엔지니어링 자체에 대해서 허용 근거로 생각해보기는 어려울 것이다.

다른 한편, 사적 이용에 관한 규정도 "개인적으로 이용하거나 가정에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우"에 한정되어 있기 때문에 기업적 차원에서 역분석을 하는 것은 사적 이용에 해당된다고 보기 어려울 것이다. 또한, 역변환의 핵심적인 내용은 프로그램의 목적 코드를 원시 코드로 변환하는 것이고 그러한 역변환 행위는 단순 복제가 아니라 변환을 내포하고 있는 것이기 때문에, 사적 이용을 허용하는 법규정이 리버스 엔지니어링을 허용하는 규정으로 해석되기는 어려운 것이 아닌가 생각된다.

우리 나라 저작권법의 "사적 복제" 규정은 사적인 목적을 위해서 저작물을 복제할 수 있도록 허용하고 있을 뿐이기 때문이다. 선진 외국에 비하여 소프트웨어 기술이 비교적 낙후되어 있는 우리 나라로서는 프로그램의 개발을 지원하고 경쟁적인 프로그램 개발을 유도하기 위해서도 리버스 엔지니어링을 허용하기 위한 명문의 규정을 마련할 필요가 있고, 따라서 컴퓨터프로그램보호법의 개정에서 최소한 유럽공동체지침에서와 같이 호환성 유지에 필요한 리버스 엔지니어링을 허용하는 예외 규정이 마련되어야 할 것으로 생각된다.

리버스 엔지니어링을 허용하는 예외 규정을

[52]

두는 방법으로는 두 가지 방법을 생각해 볼 수 있다. 첫째는, 현행 [컴퓨터프로그램보호법 제12조](#)의 바로 뒤에 역변환(decompilation)에 관한 [제12조의2](#)를 신설하여 기존 프로그램과의 호환성 확보에 필요한 정보를 획득하기 위한 목적으로 당해 프로그램 코드의 복제 및 역변환을 할 수 있다고 하는 역변환 허용 규정을 두고 동 규정내에 그러한 역변환의 결과 획득된 지식과 코드를 이용하여 호환성있는, 그러나 창작적인 프로그램을 개발할 수 있음을 명백히 규정해 두는 방법을 생각해 볼 수 있다. 유럽공동체지침의 역변환에 관한 상세한 예외규정을 참조할 필요가 있다. 그리고 이러한 역변환에 관한 예외 규정을 두면서 동시에 [컴퓨터프로그램보호법 제13조](#)의 사용자 권리 가운데 특정 프로그램의 사용자가 당해 프로그램의 기초를 이루고 있는 기본 원칙과 아이디어를 파악하기 위해서 당해 프로그램의 작동,

탐재, 저장, 전송 등의 행위를 통하여 당해 프로그램의 기능을 조사, 연구, 시험할 수 있는 권리를 가진다고 하는 추가적인 사용자 권리를 명시해 둘 필요도 있을 것이다.주49)

또 다른 방법으로는 현행 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 근본적 문제점의 하나로 지적되고 있는 사적복제 규정(주50) 을 보다 일반적인 공정이용 규정으로 대폭적으로 개정하는 방법이다. 즉, 현행 사적 복제의 규정은 개인적인 목적을 위하여 저작물 또는 프로그램을 복제 또는 사용할 수 있도록 허용하는 규정인데, 그 복제 또는 사용에 양적 제한이 있는지 여부도 불분명하고 만일 저작물 전체를 복제하여 사용할 수 있다고 본다면 컴퓨터 프로그램의 경우, 복제물도 원본과 완전히 동일하기 때문에 개인적 목적으로 사용하기 위해서 구입 보다는 복제를 선호하게 될 가능성도 있다는 문제점이 지적되어 왔었던 규정이었다.

또한, 전술한 바와 같이 사적 복제의 규정은 리버스 엔지니어링을 허용하는 규정으로 해석되기는 어려운 점이 있고, 특히 사적 복제 규정은 복제 또는 사용을 허용하는 규정이지, 리버스 엔지니어링에서와 같이 역변환 또는 번역을 허용하는 규정이 아닌 것이다.

따라서, 컴퓨터 프로그램의 사적 복제 규정의 애매 모호함으로 비롯되는 기존의 문제점을 극복하기 위하여 사적복제 규정을 보다 일반적인 공정이용 규정으로 대체하여 그러한 문제점도 극복하고 리버스 엔지니어링을 허용할 수 있는 포괄적 규정으로 만드는 방법을 생각해 볼 수 있다.

여기에서 일반적인 공정 이용 규정이라고 함은 널리 "조사, 연구, 시험, 비평, 주석, 교수, 학문 등의 목적을 위하여 당해 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위내에서 컴퓨터 프로그램을 복제, 번역, 역변환할 수 있다"라거나 또는 보다 일반적으로 "조사, 연구, 시험, 비평, 주석, 교수, 학문 등의 목적을 위하여 당해 목적으로 달성하기 위하여 필요한 범위내에서 공정하게 저작물을 이용하는 경우에는, 저작권자의 허락없이 당해 저작물을 복제, 번역 등의 방법으로 이용할 수 있다"고 하는 포괄적 공정 이용 규정을 의미한다.

이렇게 함으로써 무제한적인 사적 복제의 폐단도 방지하고 리버스 엔지니어링을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우 법원의 해석에 의하여 공정 이용 규정이 리버스 엔지니어링에서의 역변환을 허용하는 규정으로 해석할 수 있는 근거 규정을 마련해 줄 수 있게 될 것으로 보인다.

주1)

[특허법 제96조; 실용신안법 제24조; 출처, 부정경쟁방지법상의 종업원의 비밀유지의무, 서울대학교 법학 제36권 1호\(1995. 4\), 165쪽 이하](#)

주2)

어문저작물의 경우에도 최근에는 디지털화하고 있고, 특히 인터넷상의 표준이 되어 있는 HTML(hypertext markup language)언어로 쓰여진 어문저작물의 경우에 제3자가 그 소스 코드에 해당되는 HTML언어 구사방법을 알아보는 것이 용이하고, 그러한 역분석이 목시적 이용 허락의 범위내에 속한다는 견해가 지배적이나, 그러한 역분해석이 저작권 침해에 해당된다고 이론상 주장될 소지도 있다는 점에서 저작물이라고 해서 리버스 엔지니어링의 문제가 전혀 없다고 단언할 수도 없게 되었다: Mr. Edward

Barrow(edwardplato32.demon.co.uk)가 1997.4.28.에 E-mail로 제기한 문제

주3)

William T.Lake, John H.Harwood II, and Thomas P.Olson, "Seeking Compatibility or A voiding Development Costs? A Reply on Software Copyright in the EC,"[1989] 12 EIPR 431

주4)

International Business Week(7 May 1990); Financial Times(Friday 16 March 1990); Ian A.Staines, "The European Commission's Proposal for a Council directive on the Legal Protection of Computer Programs,"[1989] 6 EIPR at 183

주5)

William R.Cornish, "Inter-operable Systems and Copyright,"[1989] 11 EIPR 391; Michael Colombe and Caroline Meyer, "Seeking Interoperability: An Industry Response,"[1990] 3 EIPR 79

주6)

[Gerald Dworkin and Richard D.Taylor, Blackstone's Guide to The Copyright, Designs and Patents Act 1988\(London, Blackstone Press, 1989\) at 73](#)

주7)

138 Parliamentary Debates(Hansard) (25 July-21 October 1988) at 130-138

주8)

영국 1988년 저작권법 제29 (3), 39, 40조

주9)

[1986] AC 577 (H.L.)

주10)

Robert Merkin, Copyright, Designs and Patents: The New Law(London, Longman, 1989) at 197

주11)

William R.Cornish, "Inter-operable Systems and Copyright,"[1989] 11 EIPR at 391

주12)

Michael Lehman and T. Dreier, "The Legal Protection of Computer Programs: Certain Aspects of the Proposal for an(EC) Council Directive,"[1990] Computer Law &Practive at 94, 95

주13)

Council Directive 91/250 on the Legal Protection of Computer Programs, Article 1 (2) (Object of protection): "이 지침에 따른 보호는 어떠한 형태의 컴퓨터 프로그램이든 당해 프로그램의 표현에만 적용된다. 컴퓨터 프로그램의 인터페이스의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 비롯하여 컴퓨터 프로그램의 구성 요소의 기초를 이루는 아이디어 및 원리는 이 지침하의 저작권 보호를 받지 못한다."

주14)

EC Council Directive 91/250 on the Legal Protection of Computer Programs, Article 5 (3) (Exceptions to the Restricted Acts): "컴퓨터 프로그램의 이용권자는 프로그램 구성 요소의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 파악하기 위하여 저작권자의 허락을 받지 않고서도 프로그램을 적재(loading), 표시(displaying), 실행(runing), 전송 혹은 저장(storing) 등의 행위를 통하여 당해 프로그램의 기능을 조사 연구 혹은 시험할 수 있다."

주15)

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

주16)

EC Council Directive 91/250 on the Legal Protection of Computer Programs, Article 6 (decompilation):

1. 독자적으로 창작될 컴퓨터 프로그램과 다른 프로그램의 호환성을 달성하기 위해서 필요한 정보를 획득하고자 하고, 그러한 정보 획득에 있어서 제4조 (a) 및 (b)상의 코드의 복제 및 그 형식(form)의 변환이 불가피한 경우에는, 다음과 같은 조건을 충족하는 경우에 한하여 당해 복제 및 변환은 저작권자의 허락을 필요로 하지 않는다.

(a) 이러한 행위가 이용권자(licensee) 또는 프로그램을 이용할 권리를 가진 기타의 제3자 또는 이러한 제3자 또는 이용권자로부터 이러한 행위를 하도록 허락받은 자에 의해서 실행 되는 경우; 또한

(b) 호환성을 달성하기 위해서 필요한 정보가 제(a)호에 언급된 자에게 미리 쉽게 파악할 수

있도록 제공되어 있지 아니한 경우; 또한

(c) 이러한 행위가 호환성을 달성하기 위해서 필요한 원프로그램의 구성 요소에 한정되는 경우

2. 제1항의 규정에 의하여 획득된 정보가 다음의 각 호의 경우와 같이 이용되어서는 아니 된다.

(a) 독자적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 호환성 달성이라는 목적 이외의 다른 목적을 위해 이용되는 경우;

(b) 독자적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 호환성 달성이라는 목적 이외의 다른 목적을 위해서 다른 사람들에게 당해 정보가 제공되는 경우; 또는

(c) 그 표현이 실질적으로 유사한(substantially similar) 컴퓨터 프로그램의 개발, 생산 또는 판매를 위해서 이용되거나 혹은 기타 저작권의 침해 행위에 이용되는 경우

3. 어문·예술 저작물의 보호를 위한 베른 협약(the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)의 규정에 따라서, 본조의 규정은 저작권자의 합법적인 이익을 해치거나 또는 저작권자에 의한 프로그램의 통상적인 이용과 충돌하는 방법으로 이용하는 것을 허락하는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

주17)

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

주18)

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

주19)

미국의 Lotus Development Corp. v Paperback Software International Inc., 740 F Supp. 37(D Mass 199) 사건에서 원피고의 프로그램 코드 자체는 전혀 상이함에도 불구하고 일련의 입력 명령어가 동일하게 만들어 있음을 근거로 해서 저작권 침해가 인정되었는데, 동일한 사건이 유럽공동체지침에 의하여 다시 심리된다면 입력 명령어의 동일성이 프로그램의 호환성에 필요한 한도내에서 저작권 침해에 해당되지 아니한다고 판시될 수 있을 것이다.

주20)

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

주21)

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

주22)

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. 199)

주23)

프랑스의 컴퓨터프로그램의법적보호에관한유럽공동체의회의원칙이행및지적재산권법개정예관
한법률 제6조 및 독일연방저작권법 제69조D&E

주24)

Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 50B(Decompilation: 역변환)

(1) 제2항의 요건이 충족되는 경우에는 하급 언어로 표현된 컴퓨터 프로그램의 적법한 사용자가 아래와 같이 역변환하는 행위는 저작권 침해로 되지 아니한다:

(a) 당해 프로그램을 고급 언어로 변환하는 행위 또는

(b) 그러한 변환 과정에서 필요한 복제 행위

(2) 제1항에 규정된 요건이라고 함은 다음과 같다:

(a) 역변환하고자 하는 프로그램이나 기타의 프로그램과 호환될 수 있는 별도의 새로운 프로그램을 개발하기 위하여 필요한 정보를 알기 위하여 당해 프로그램을 역변환하는 것이 필요할 것(이하에서는 "적법한 목적"이라고 약칭함), 그리고

(b) 제a호 규정에 의하여 알게 된 정보를 적법한 목적 이외의 다른 목적으로 이용하지 아니할 것

(3) 다음 각호에 해당되는 경우에는 제2항의 요건이 충족되지 아니한 것으로 본다:

(a) 적법한 사용자가 역변환을 하지 아니하더라도 적법한 목적을 달성하기 위하여 필요한 정보에 이미 접근할 수 있는 경우; 또는

(b) 적법한 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도를 벗어난 역변환 행위를 하는 경우; 또는

(c) 역변환에 의하여 취득한 정보를 적법한 목적을 달성하기 위하여 당해 정보를 필요로 하지 아니하는 제3자에게까지 전달하는 경우; 또는

(d) 취득된 정보를 이용하여 역변환하고자 하는 프로그램과 그 표현에 있어서 실질적으로 유사한 별도의 프로그램을 개발하거나 기타의 저작권 침해행위를 하고자 하는 경우

주25)

17 U.S.C. Sec. 107(1)은 "저작물 이용의 성질 또는 목적" 이외에도, 대상 저작물의 성질, 저작물 전체 가운데에서 이용된 부분의 비율, 저작물 이용이 저작물의 판매량에 미치는 영향을 참고 요소로 열거하고 있다.

주26)

특히, 이 471 U.S. 539, 562(1985)에서 피고의 저작물 복제의 목적이 뉴스 보도에 있었음에도 불구하고 피고의 이윤추구 동기로 인해서 피고의 복제 행위는 공정 이용에 해당되지 아니한 것으로 된다고 판시했다.

주27)

Guy Burkill, "Reverse Compilation of Computer Programs and its Permissibility under the Berne Covention,"[1990] Computer Law &Practice at 114

주28)

219 USPQ (BNA) 450 (D.Idaho 1983)

주29)

Melville Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright, Vol.3(New York, Matthew Bender, 1990) at 13-69

주30)

623 F. Supp. 1485 (D.C. Minn. 1985) at 1501, n.17

주31)

847 F. 2d 255 (5th Cir. 1988)

주32)

10 USPQ 2d (BNA) 1177 (N.D. Cal. 1989)

주33)

Richard H.Stern, "NEC v. Intel-A New US Approach to Reverse Engineering of Software?," [1989] 5 EIPR 172

주34)

975 F. 2d 832(Fed. Cir. 1992)

주35)

977 F. 2d 1510(9th Cir. 1992)

주36)

78 F. Supp. 1283(N.D. Cal. 1991), aff'd, 964 F. 2d 965(9th Cir. 1992)

주37)

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

주38)

미국 연방저작권법(17 USC) Sec. 301(a)

주39)

1992 US App. LEXIS 14305, pp.25-27

주40)

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

주41)

1992년 11월 16일 Morrison &foerster 세미나, Vincent J.Chairae 변호사 원고 제4쪽

주42)

911 F. 2d 970(1990, CA 4)

주43)

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

주44)

Rober H.Lande and Sturgis M.Sobin, Reverse Engineering of Computer Software and U.S. Antitrust Law, 9 Harvard J.L. &Tech. 237(1996)

주45)

동경지방법재판소 1982.12.6. 판결; 판례시보 1060호 18쪽

주46)

Lasercomb America, Inc. v Job Reynolds, 911 F. 2d 970 (4th Cir. 1990)

주47)

1992년 11월 16일 Morrison &Foerster 세미나, Vincent J.Chiarello 변호사 원고 제4쪽

주48)

[저작권법 제25조](#) 및 [제27조](#); [컴퓨터프로그램보호법 제12조](#)

주49)

EC Council Directive 91/250, Articles 5 &6 참조

주50)

현행 [컴퓨터프로그램보호법 제12조제4항](#) 및 [저작권법 제27조](#)