

컴퓨터프로그램저작권 관련 규정의 적합성에 대한 인식과 시사점*

Proposal for Appropriate Protection of Computer Program based on Survey

정진근(Jeong, Jin-Keun)**

목 차

- I. 머리말
- II. 프로그램의 정의 및 개발과정에 대한 설문조사
 - 1. 설문조사의 목표 및 방법
 - 2. 컴퓨터프로그램저작물의 정의
 - 3. 컴퓨터프로그램 개발과정에서의 타인의 저작물 이용과 방법
- III. 컴퓨터프로그램저작물 정의규정의 재검토
 - 1. 논의의 필요성
 - 2. 컴퓨터프로그램 창작환경의 변화
 - 3. 컴퓨터프로그램저작물 정의규정의 재해석
 - 4. 주요국의 컴퓨터프로그램저작물 정의규정
 - 5. 소결
- IV. 프로그램역분석규정에 관한 재검토
 - 1. 개요
 - 2. 프로그램코드 역분석이 창작동기에 미치는 영향
 - 3. 유럽 연합 주요국가의 입법례
 - 4. 우리 저작권법의 해석
- V. 맺음말

* 본 논문은 필자가 수행한 연구과제인 “『컴퓨터프로그램저작물의 효과적 보호방안 연구』(발간 등록번호 : 11-1371000-000482-01), 문화체육관광부, 2013. 2.”의 연구결과를 토대로 논문형식으로 수정, 보완하여 작성된 것임.

** 강원대학교 법학전문대학원 교수.

요 약

저작권법의 컴퓨터프로그램저작권 관련 규정은 1980년대의 논의를 토대로 제정된 것으로서, 30여 년이 지난 현재의 컴퓨터프로그램 창작환경과 이용환경을 적절하게 반영하고 있는지의 문제는 지속적으로 연구되어야 할 것이다. 특히, 관련 산업종사자들 대다수가 저작권법 규정에 대한 불신을 하고 있음을 알 수 있는데, 이러한 불신을 개선하기 위한 노력이 전개될 필요가 있다.

특히, 서체파일의 컴퓨터프로그램저작물성과 관련한 업계종사자들의 인식과 법원의 인식이 다르다는 점, 프로그램코드역분석의 필요성과 저작권법 규정이 다르다는 점을 설문조사를 통해 확인할 수 있었다. 업계의 인식은 발전, 변화되고 있는 컴퓨터 프로그램 관련 기술과 창작환경으로부터 기인하는 것이라는 점에서 이러한 업계의 인식을 반영하도록 법제를 개선하고 법률규정 해석의 진화가 이루어져야 할 것이라고 생각된다.

우선, 컴퓨터프로그램저작물 정의규정은 해석은 데이터파일의 지시명령화를 어떠한 방식으로 컴퓨터프로그램의 지시명령과 구별할 것인지의 문제와 관련된다. 이 문제는 지시명령과 특정한 결과와의 관계를 제한적으로 해석하는 방안과 컴퓨터 프로그램저작물의 정의를 두지 않고 기술변화와 인식변화를 반영하는 방안이 제시될 수 있다.

다음으로 프로그램코드역분석규정은 그러한 규정이 가져오는 효과가 우리 저작권법의 목적달성에 어떠한 영향을 미치는지에 대한 검토가 선행되어야 하며, 프로그램 역분석의 제한이 필요한 경우라면 유럽국가들과 같이 프로그램의 변환권을 저작권자에게 인정하는 방안이 마련될 필요가 있다.

이러한 문제를 포함하여 컴퓨터프로그램 창작환경 및 이용환경의 변화를 연구하여 이를 저작권법에 반영하려는 노력이 지속적으로 전개되어야 할 것이다.

주 제 어

컴퓨터프로그램저작물, 지시명령, 프로그램코드 역분석, SSO, 서체파일, 객체지향형 프로그래밍, 코드의 재사용

I. 머리말

우리 저작권법은 “컴퓨터프로그램저작물”을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”이라고 정의함으로써(제2조 제16호), 컴퓨터프로그램 표

현형식이 ‘지시·명령’이라는 점을 분명히 하고 있다. 이러한 정의는 미국 저작권법을 계수한 것으로 알려지고 있는데, 미국 저작권법 제101조 역시 프로그램을 “a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”라고 규정하고 있다. 이러한 규정을 만들게 된 이면에는 1970년대 후반 미국의 대통령 자문기구인 CONTU(Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works)의 보고서가 큰 역할을 한 것으로 알려지고 있는데,¹⁾ CONTU의 1978년 보고서를 토대로 미국 의회가 저작권적 보호방안을 채택한 것으로 파악되고 있다.²⁾ 그 후, 미국은 1980년에 컴퓨터프로그램을 보호하기 위해 저작권법을 개정하였고,³⁾ 일본도 1985년에 저작권법을 개정하여⁴⁾ 컴퓨터프로그램을 저작물로 보호하기 시작하였으며, 우리나라 역시 1986년 12월 31일 법률 제3920호 컴퓨터프로그램보호법의 제정으로 저작권에 의한 보호를 시작하였다. 반면 프로그램역분석에 관한 규정은 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 EU지침(European Communities Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs) 제6조의 역컴파일(decompilation) 규정을 계수한 것으로 알려지고 있다.

위의 두 규정은 프로그램저작권 보호의 범위와 한계를 정하는데 있어 매우 중요하다. 컴퓨터프로그램저작물 정의규정은 보호의 범위를 확정하는데 규범의 역할을 담당하며, 프로그램역분석 규정은 개발자가 타인이 창작한 프로그램의 ‘아이디어’를 습득하고 이를 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 것마저 금지함으로써 원저작자를 두텁게 보호한다.

그러나 컴퓨터프로그램의 정의규정은 1980년대 초의 논의를 토대로 한 것으로서, 그 당시에는 존재하지 않았던 멀티미디어 프로그램, 객체지향 프로그래밍 등 프로그램창작환경의 변화와 SSO(Structure, Sequence and Organization)의 보호에 관한 요구를 반영할 수 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 아울러, 프로그램코드 역분석 규정은 유럽연합의 저작권법제도와 다른 우리나라에서 다른 법률효과를 낳을 수 있다는 의문이 제기될 수 있다. 이러한 가운데 관련 업계종사자와 전문가

1) Aram Dobalian, *Copyright protection for the non-literal elements of computer programs: The need for compulsory licensing*, 15 Whittier L. Rev. 1019 (1994) at 1022.

2) Dennis S. Karjala, *Copyright protection of operating software, copyright misuse, and antitrust*, 9 Cornell J.L. & Pub. Pol’y 161 (1999) at 178.

3) Raymond T. Nimmer, *Law of Computer Technology*, LCOMTECH §1:9 (Database updated September 2005).

4) 昭和 六十年 六月 十四日 第六十二号.

를 대상으로 한 설문조사결과를 보면, 저작권법이 컴퓨터프로그램 창작 및 이용환경에 시의적절하게 변화되고 있는지를 묻는 질문에서 절대다수인 96%가 ‘아니다’ 또는 ‘절대 아니다’는 부정적인 응답을 하고 있으며, 저작권 침해 시 구제가 용이하고 충분한지에 대한 인식을 묻는데 대해서도 단 1명을 제외하고 98%의 응답자가 부정적으로 대답하고 있다.⁵⁾ 이러한 부정적인 인식의 이면에는 법제도에 대한 불신도 자리잡고 있을 것으로 생각되나, 가장 근본적인 이유는 컴퓨터프로그램산업의 특성인 ‘빠른 변화속도’에 있을 것으로 생각된다.

따라서 본 고에서는 컴퓨터프로그램 업계종사자와 SW감정평가학회의 전문가에 대한 인식조사를 토대로, 컴퓨터프로그램저작권 관련 규정의 적합성과 개선방안에 대해 논의하는 것을 목적으로 한다. 이러한 논의는 학술적이거나 이론적 논의보다는 실증적인 논의에 초점을 맞추기로 한다. 논의의 초점을 흐뜨리지 않기 위하여, 논의의 범위는 ‘컴퓨터프로그램저작물의 정의’와 ‘프로그램코드 역분석’에 한정하기로 한다. 이들 논의주제들은 최근 문제된 바 있는 서체파일 등 데이터파일의 프로그램성, SSO 등 비문언적 요소의 보호가능성 그리고 프로그램코드 역분석에 의한 개발아이디어 획득과 관련되는 문제로서 그 중요성이 큰 것으로 생각된다.

II. 프로그램의 정의 및 개발과정에 대한 설문조사⁶⁾

1. 설문조사의 목표 및 방법

설문조사는 컴퓨터프로그램저작권 규정들이 프로그램 창작환경 및 프로그램 이용환경을 적절하게 반영하고 있는지에 대해 관련 종사자 및 전문가들의 인식을 조사하는데 그 목적이 있다.

설문조사의 대상은 한국소프트웨어저작권협회의 회원사에 종사하는 개발자 및 법률사무종사자(이하 ‘SW산업종사자’라 함) 그리고 SW감정평가학회에 참여하고 있는 전문가(이하 ‘SW감정인’이라 함)이다.

포집된 데이터는 총 50부로 SW감정인 19명, SW산업종사자 31명이며, SW산업종사자를 업무분야별로 살펴보면 IT 서비스(SI, SM, IT 컨설팅) 분야 종사자 4명,

5) 설문조사의 대상, 질의응답의 분석에 대해서는 아래에서 자세히 기술한다.

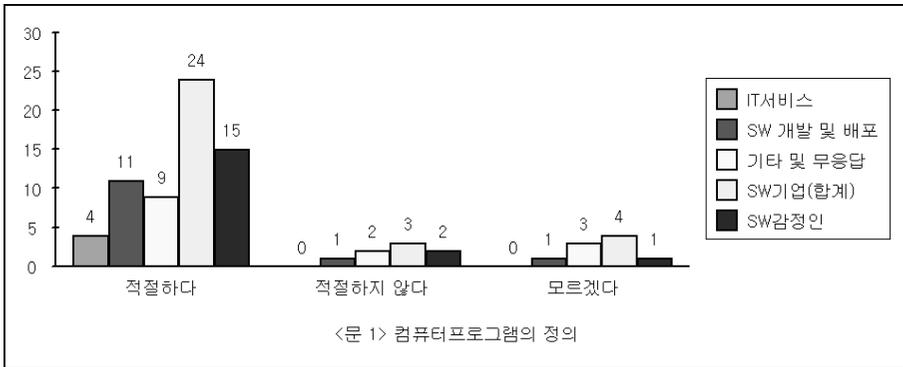
6) 설문조사의 내용은 정진근(연구책임자), 『컴퓨터프로그램저작물의 효과적 보호방안 연구』(발간등록번호 : 11-1371000-000482-01), 문화체육관광부, 2013. 2., 69~100쪽 참조.

패키지소프트웨어 개발 또는 배포 분야 종사자 13명, 기타 및 무응답 14명이다. 이들 응답자들은 저작권법에 대해 상당한 이해가 있는 것으로 추정되며, 특히 SW감정인 그룹은 저작권법 지식이 필요한 SW감정평가학회원이라 점에서 SW기업 종사자보다 저작권법 지식이 더 많은 것으로 추정된다. SW감정인의 대다수는 대학의 공과대학 또는 이과대학에서 SW 관련 강의를 맡고 있는 교수들이다.

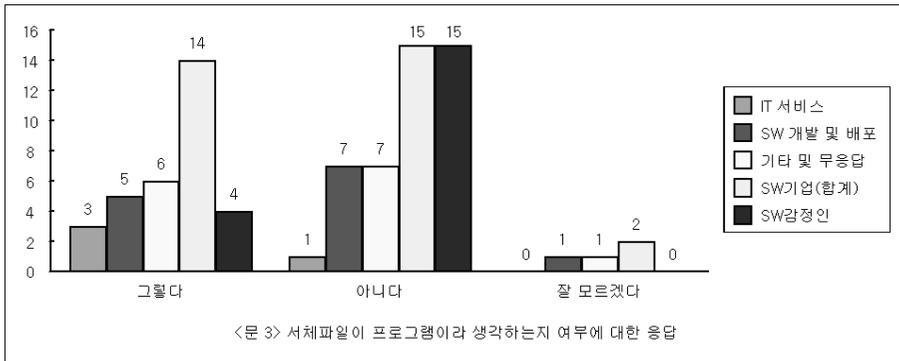
설문조사는 i) 컴퓨터프로그램의 정의, ii) 프로그램의 개발과정, iii) 프로그램의 유통과정, iv) 프로그램저작권의 제한으로 분류하여 총 20문항으로 구성되었으나, 본 고에서는 본 고의 주제에 맞추어 필요한 질의응답만을 분석한다.

2. 컴퓨터프로그램저작물의 정의

컴퓨터프로그램저작물에 대한 현행 저작권법의 정의규정이 적합한지에 대해서는 전체 응답자의 78%가 적절하다고 응답하였다. 이러한 응답은 SW산업종사자와 SW감정인 그룹 모두 유사한 수준인 것으로 조사되었다.



그러나 서체파일이 컴퓨터프로그램인지를 묻는 조사에서는 특이한 결과가 나타났는데, 응답자의 60%가 프로그램이 아니라는 응답을 하였다. 특히, 저작권법에 대한 이해도가 높을 것으로 추정되는 SW감정인 그룹에서는 4명만이 프로그램이라고 응답한 반면, 19명 중 15명은 서체파일은 컴퓨터프로그램이 아니라고 응답하였다.

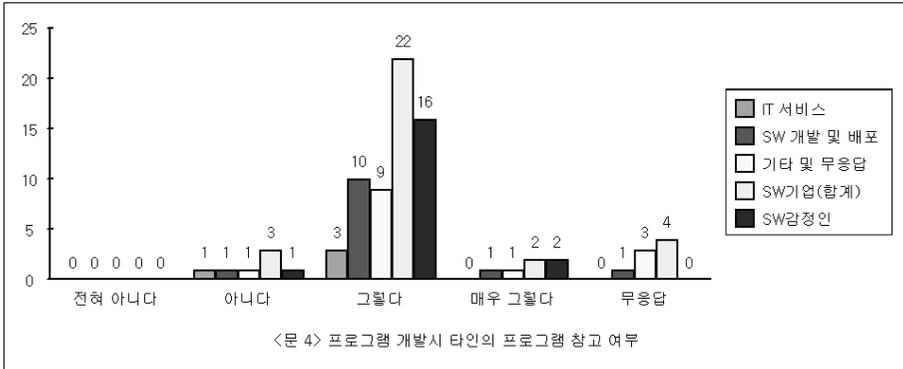


즉, 응답자들은 컴퓨터프로그램저작물의 정의가 적절하다고 하면서도, 그러한 정의에 따라 판단한 서체파일의 컴퓨터프로그램저작물성에 대해서는 부정적인 의견을 나타내었다. 특히, SW감정인 표본 19명중 서체파일이 컴퓨터프로그램이 아니라고 생각하는 사람이 78.95%(15명)에 달하는 높은 비율을 보이고 있어 저작권법 판례에 익숙한 SW감정인들도 서체파일의 저작물성을 부인하고 있음을 알 수 있었다.

이러한 점에서 저작권법의 컴퓨터프로그램저작물에 관한 정의규정은 실제의 프로그램의 범위에 대한 인식과는 상이한 것으로 판단된다.

3. 컴퓨터프로그램 개발과정에서의 타인의 저작물 이용과 방법

프로그램 개발과정에서 타인의 프로그램을 참고하는지에 관한 질문에서 전체 표본 50명 중 타인의 프로그램을 참고하지 않는다는 의견은 4명(8%), 타인의 프로그램을 참고한다는 의견이 38명(76%), 매우 그렇다는 의견이 4명(8%)이었다. SW산업종사자 표본에서는 타인의 프로그램을 참고하지 않는다는 응답이 3명, 그렇다는 대답이 22명, 매우 그렇다는 답이 2명, 무응답이 4명이었다. 업무분야에 따른 특이사항은 나타나지 않았으며 전체 응답자 중 77.42%, 실제 프로그램을 개발하고 배포하는 직군에서는 총 13개의 응답중 타인의 프로그램을 참고한다는 경우의 빈도가 11로 84.62%의 응답자가 타인의 프로그램을 참고하여 컴퓨터프로그램을 창작하는 것으로 나타났다. SW감정인 표본에서는 전체 19명중 18명(94.74%)이 컴퓨터 프로그램 창작 시 타인의 프로그램을 참고한다고 답해 창작과정에서 기존 프로그램의 영향력이 절대적임을 드러냈다.

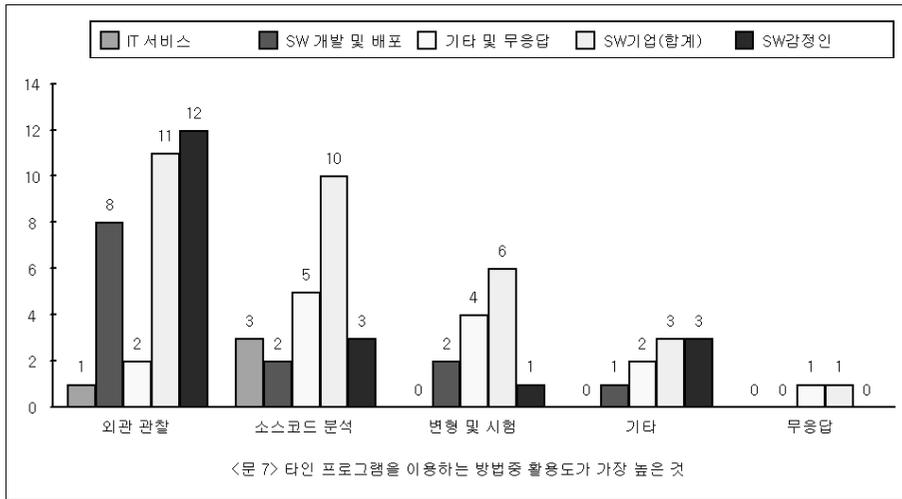


위의 설문에 따라 프로그램을 개발하는 과정에서 타인 저작물을 이용한다면 어떠한 방법으로 활용하는지를 질문하고 가능한 방법 중 가장 활용도가 높은 방법을 물었다. 총 표본 50명중 배포된 프로그램을 그대로 실행한 후 외관을 관찰한다는 의견이 23명(46%)으로 가장 많았고, 소스코드로 변환 후 분석 13명(26%), 분석한 코드를 변형하여 시험한다는 의견이 7명(14%), 기타 및 무응답이 7명(14%)이었다.

SW산업종사자 표본에서는 외관관찰이 11명, 소스코드로 변환하여 내용을 분석한다는 의견이 10명, 분석한 코드를 토대로 변형 및 시험한다는 의견이 6명, 기타 의견이 3명(7), 무응답이 1명이었고, 업무분야별로는 SW 개발 및 배포 업무에 종사하는 종사자 13명중 8명(61.54%)이 프로그램 실행 후 외관을 관찰하는 것이라고 응답했으며, 소스코드 분석 및 변형·시험한다는 의견이 각2명(15.38%)씩, 그리고 필요하다면 외관과 소스코드를 모두 분석한다는 의견이 1명(7.69%)이었다.

SW감정인 표본에서도 기업표본 중 SW 개발/배포 종사자와 유사하게 19명의 응답자 중에서 외관을 관찰하는 것이 활용도가 가장 높다고 응답한 인원이 63.16%(12명)에 달했고, 그 다음이 소스코드의 변환 후 분석 15.79%(3명)이었다.

7) a) 모르겠음, b) 기능을 분석하여 활용, c) 외관, 소스코드 모두 필요하다면 분석

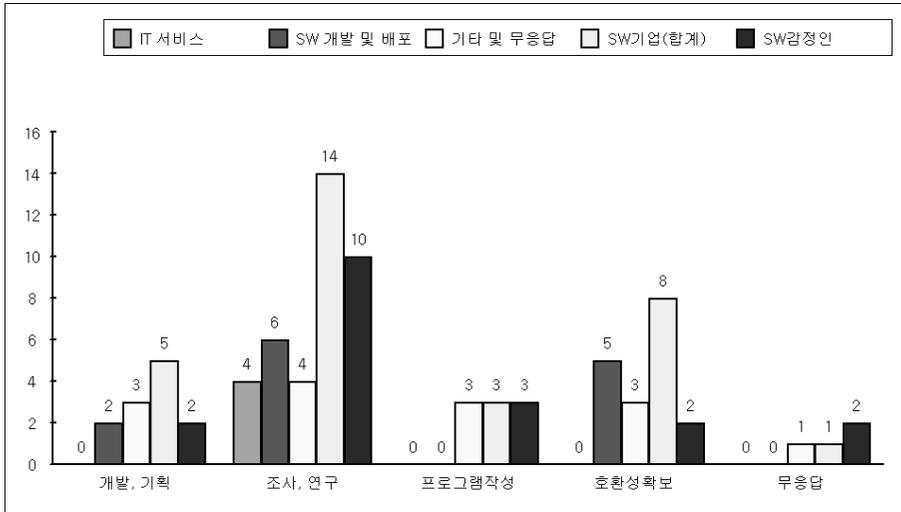


저작권법 제101조의 4 및 제104조 제1항 제6호에서 타인의 프로그램을 소스코드 형태로 변환하여 분석하고 연구하는 역분석(Reverse Engineering)이 제한적으로 인정되고 있지만, 그 외에도 프로그램의 개발을 위해 더 넓은 범위로 역분석을 허용할 필요성이 있는지의 검토와 관련하여 프로그램 개발과정에서 관련 전문가가 느끼는 역분석의 의미를 파악해볼 필요성이 있었다. 이에 따라 역분석이 가장 유용하게 쓰이는 단계를 묻은 설문에서는 총 표본 50명 중 프로그램 개발·기획단계라는 답변이 7명(14%), 조사·연구단계라는 답변이 24명(48%), 프로그램 작성단계 6명(12%), 호환성확보 10명(20%), 무응답 3명(6%)이었다.

SW산업종사자 표본에서는 총 31명중 개발·기획단계라는 답변이 5명(16.13%), 조사·연구단계라는 답변이 14명(45.16%), 프로그램 작성단계라는 답변이 3명(9.68%), 프로그램 완성 후 호환성 확보단계라는 답변이 8명(25.81%), 무응답이 1명(3.23%)이었고, SW감정인 표본에서는 총 19명중 개발·기획단계 2명(10.53%), 조사·연구단계 10명(52.63%), 프로그램 작성 3명(15.79%), 호환성 확보 2명(10.53%)이었으며 역분석을 활용하지 않는다는 의견도 2명(10.53%) 있었다.

이를 통해 역분석은 프로그램이 개발된 후에 타 프로그램과 호환성을 확보하기 위한 단계보다(25.81%)는 프로그램이 완성되기 전에 더 유용하게 활용된다는 의견(70.97%)이 훨씬 많다는 것을 알 수 있으며, 감정인 표본(완성前: 78.95%, 완성後: 10.53%)에서 기업 표본(완성前: 70.97%, 완성後: 25.81%)보다 ‘역분석은 프로그램

완성후의 단계보다 프로그램을 개발하는 과정에서 더 유용하게 이용될 수 있다'고 생각하는 의견의 비율이 더 높음을 알 수 있다.



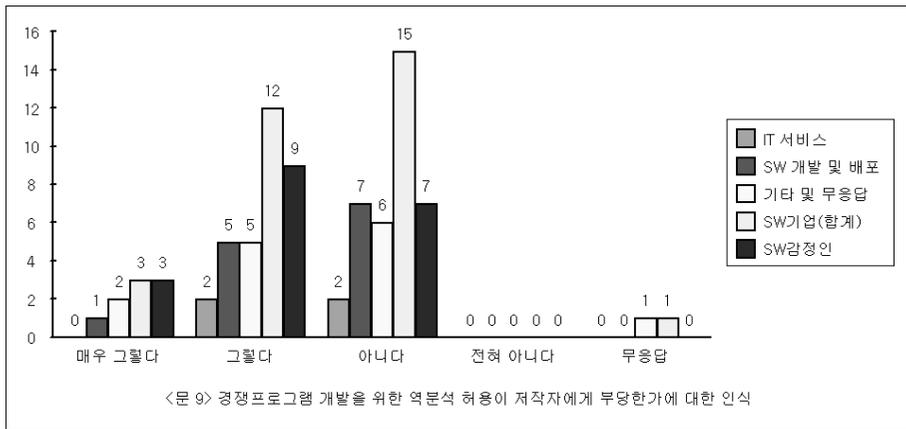
개발과정에서 역분석의 중요성을 가늠해 볼 수 있는 또 다른 지표로서의 설문은 타사의 컴퓨터프로그램과의 경쟁프로그램을 개발하기 위한 조사연구과정에서 역분석(Reverse Engineering)을 허용한다면 프로그램 저작자에게 부당하다고 생각하는가 하는 질문이다. 이 물음에서 총 표본 50명 중에 매우 그렇다는 의견은 6명(12%), 그렇다는 의견이 21명(42%), 아니라는 의견 22명(44%), 무응답 1명(2%)이었다.

SW산업종사자 표본 31개 중에서는 매우 그렇다는 의견이 3명(9.68%), 그렇다는 의견이 12명(38.71%), 아니다 라는 의견이 15명(48.39%), 무응답이 1명(3.23%)으로 시장에서 경쟁관계에 놓일 수 있는 프로그램의 개발과정이라 할지라도 역분석이 인정되어야 한다는 의견이 전체 유효응답의 절반을 차지했고, SW 개발 및 배포 업무에 종사하는 응답자의 경우 역분석을 허용하는 것이 저작자에게 부당하지 않다는 의견이 13명 중 7명(53.85%)으로 근소하나마 부당하다는 의견보다 높았다.

SW감정인 표본 19개 중에서는 매우 그렇다는 의견이 3명(15.79%), 그렇다 9명(47.37%), 아니다 7명(36.84%)으로 감정인 응답자 중 63.16%가 경쟁프로그램 개발을 위해 역분석을 허용하는 것은 원 저작권자에게 부당하다고 응답했으나, 비록 경쟁프로그램이라 할지라도 개발을 위해서는 역분석을 허용하는 것이 저작권자에

게 부당하지 않다고 응답한 36.84%의 수치도 SW감정인이 프로그램 저작권에 대한 지식을 가지고 있고 일반인에 비해 프로그램저작권의 보호의식이 높다는 가정 하에서 보면 결코 낮은 수치는 아닌 것으로 생각된다.

전체적으로 보았을 때 역분석이 부당하다는 의견은 54%, 부당하지 않다는 의견은 44%로 부당하다는 의견이 우세하지만, 경쟁프로그램의 개발을 위한 역분석의 정당성을 묻는 질문의 취지를 고려하면 역분석을 허용해야 한다는 의견도 간과하기 어려운 의미를 가지고 있으며 SW기업 및 감정인이 모두 그만큼 개발 과정에서 역분석을 중요하게 여긴다는 점을 보여준다 할 수 있다.



III. 컴퓨터프로그램저작물 정의규정의 재검토

1. 논의의 필요성

우리 저작권법은 컴퓨터프로그램저작물을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”이라고 정의하고 있으므로, 창작성 요건을 제외하고 해석할 때 저작권법에서 보호하는 컴퓨터프로그램이란 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령”을 말한다. 대법원은 서체파일이 저작권법에서 정의하는 컴퓨터프로그램저작물이라고 판시한 바 있다.

반면 컴퓨터프로그램저작물 정의규정의 적합성에 대해 설문조사 응답자의 78%

가 적절하다고 응답하고 있는 반면, 서체파일이 컴퓨터프로그램인지를 묻는 질문에 대해서는 응답자의 60%, 특히 감정인 전문가 그룹의 80%에 이르는 응답자들이 ‘아니다’라고 답하고 있다.

이와 같이 업계 관련자들의 인식이 법원의 인식과 다른 이유는 무엇인가?

그러한 이유는 첫째, 특정한 결과를 생산하는 지시·명령이 모두 컴퓨터프로그램은 아닌 기술시대에 접어들었으며, 둘째, 서체파일은 특정한 결과를 생산하는 지시·명령이 아니라는 점에서 찾아야 할 것이라고 생각한다.

이와 관련하여 프로그램 창작환경의 변화와 주요국의 컴퓨터프로그램의 정의규정을 살펴보고, 이를 토대로 우리 법제에의 시사점을 찾아보기로 한다.

2. 컴퓨터프로그램 창작환경의 변화

(1) 개요

컴퓨터프로그램의 보호에 관한 논의의 시작은 1970년을 전후하여 시작되었으며, 이러한 논의들은 1980년대 초반의 입법과정을 거쳐 오늘날에 이르고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 1980년대에 이루어진 컴퓨터프로그램저작물의 보호를 위한 법률들은 본질적인 부분에서 큰 차이가 없이 지금까지 그 궤를 유지하고 있다. 컴퓨터프로그램저작물의 정의는 1986년 제정된 컴퓨터프로그램보호법(법률 제3920호) 제2조 제1호에서도 동일하게 표현되고 있으며, 적용제외로서의 프로그램언어, 규약, 해법에 관한 규정, 프로그램저작권의 내용, 프로그램저작권의 양도 및 사용허락 등 기본적인 규정이 현재의 법률과 동일한 수준이다.

그러나 1980년대 이후 컴퓨터프로그램 산업 환경은 매우 많이 변화되었다. 예를 들어 1980년대 컴퓨터프로그램이 텍스트 기반의 프로그램이라면 현재의 컴퓨터프로그램은 그래픽 기반의 프로그램이며, 1980년대의 프로그램 유통이 디스켓이라는 유체물에 저장된 형태로 배포됨으로써 이루어졌다면 현재는 온라인을 통한 디지털 파일 그 자체가 유통의 대상이 된다.

이러한 기술적 또는 산업적 변화 중 창작환경과 관련된 변화로는 아래의 것들이 있다.

(2) 시청각자료의 지시명령화

컴퓨터프로그램에 포함되는 시청각 데이터는 물론이거니와 컴퓨터프로그램에서 이용되는 시청각 데이터 역시 지시명령화⁸⁾되고 있다. 이러한 변화는 프로세스 및

8) 본 고에서의 ‘지시명령화’란 지시 또는 명령으로 표현되는 현상을 말한다. 즉, 시청각 데이터

하드웨어의 기능이 향상되는 기술적 변화와 압축기술의 발전에 기인한 것이다. 예를 들어 음악은 기존에 음성이라는 아날로그 신호들을 그대로 저장하는 웨이브(wave) 파일이 현재는 mp3파일 등의 압축파일 형태로 저장되고 이용된다. 마찬가지로 시각자료 역시 기존에 각 비트들의 색을 하나하나 저장하던 bmp(bitmap) 방식에서 jpeg이나 gif로 대표되는 압축파일 형태로 저장된다. 이러한 새로운 저장방식의 파일들은 아날로그 신호를 그대로 디지털로 저장하는 것이 아니라, 소리나 영상의 특징들을 수식화하여 표현하며 이러한 표현은 지시명령의 형태로 저장된다.

이러한 변화로 인해 컴퓨터프로그램과 시청각자료의 구별은 어렵게 되었다.

(3) 컴퓨터프로그램의 멀티미디어화

본 고에서 컴퓨터프로그램의 멀티미디어화란 컴퓨터프로그램이 언어적 기술이 아닌 음악, 영상 등 멀티미디어 데이터를 포함하는 종합저작물로서의 성격을 갖게 되는 현상을 의미하는 것으로 쓴다. 즉, 텍스트 기반에서 창작되던 컴퓨터프로그램은 그래픽유저인터페이스방식이 발전함에 따라 멀티미디어화 되고 있는데, 이러한 변화 속에서 지시명령은 멀티미디어 자료들을 유기적으로 엮어주는 기둥의 역할을 하게 되며, 컴퓨터프로그램은 문학, 회화, 음악, 무용, 사진, 건축 등의 예술 요소들이 유기적으로 결합된 종합예술의 형태를 띠게 되었다. 그러나 컴퓨터프로그램을 지시 또는 명령으로 정의한 우리 법제 하에서는 멀티미디어적인 특징을 반영하기 어렵다는 지적이 제기될 수 있으며, 학설이나 판례 역시 멀티미디어화 된 컴퓨터프로그램을 보호할 수 없으므로 각각의 멀티미디어 요소들은 별도의 저작권으로 보호할 수 있다는 입장을 견지하고 있다. 예를 들어, 컴퓨터프로그램의 멀티미디어화를 이끈 것으로 평가받는 게임소프트웨어의 경우를 보면, 게임의 특성에 따라 어문저작물로서의 성격, 영상저작물로서의 성격, 캐릭터 및 아이템의 보호와 같은 복합적 문제가 내포되고, 따라서 게임이라는 총체적 개념을 하나의 지적재산권으로 보호하는 것은 현행법제도로는 불가능하므로, 게임을 이루는 각 구성부분을 나누어 각각의 보호에 대해 논할 수밖에 없게 된다. 결국 게임의 화면은 영상저작물 또는 미술저작물로서, 게임의 시나리오나 어문저작물로서, 게임의 캐릭터나 아바타는 캐릭터로서 저작물이 될 수 있으며, 게임소프트웨어는 컴퓨터프로그램저작물로서 또는 소프트웨어 발명으로서 보호될 수 있다고 설명되고 있다.⁹⁾ 그러나 이

가 과거에는 비트맵방식으로 각각의 화소를 표현하는 방식으로 이용되었으나, 현재에 이르러서는 지시 또는 명령의 형태로 표현되는 현상이 있음을 의미한다.

러한 인식은 컴퓨터프로그램 관련 소송에서 원고를 매우 곤란하게 만들 우려가 있다. 지시명령만을 컴퓨터프로그램으로 보는 입장에 따르면, 멀티미디어 요소들에 대한 권리구제는 음악저작물, 영상저작물, 캐릭터 등 별개의 저작물로서 가능할 것인데, 이러한 경우 소송에서의 번거로움은 물론이거니와 각각의 저작물 간의 유기적 구조에 대한 보호가 어려워질 것으로 예상되기 때문이다.

(4) 객체지향형 프로그래밍 환경

객체지향형 프로그래밍(object oriented programming)이란 각각의 객체를 중심으로 프로그래밍이 이루어지며, 각각의 객체들 간에는 메시지 교환만이 이루어지는 프로그램 환경을 의미한다.¹⁰⁾ 즉, 기차표를 예매하는 프로그램에 ‘기차표 조회’, ‘기차표 예매’, ‘기차표 출력’이란 메뉴가 있다면, 각각의 메뉴 별로 프로그래밍 된 후 각 메뉴 간에는 그 결과만이 교환되는 형태이다. 이 경우 ‘기차표 출력’은 일반적인 출력 프로그램과 매우 유사하거나 동일한 코드를 재사용하는 것으로 충분할 수 있으며, 조회 프로그램 역시 대학의 학생 조회 프로그램과 예매 프로그램은 전자상거래의 매매 프로그램과 매우 유사할 수 있다. 각각의 객체들을 더 세분화하여 보면 각각의 세분화된 객체를 이루는 프로그램코드는, 마치 신체조직의 구성성분을 심도 깊게 추적해 들어가면 누구에게나 동일한 원자나 분자가 나오는 것과 유사하게, 다른 프로그램에서도 활용이 가능하게 되는데, 이러한 현상을 코드의 재사용(code reuse)이라고 한다.

즉, 각각의 객체들(objects)을 중심으로 컴퓨터프로그램을 작성하는 객체지향형 프로그래밍은 코드의 재사용을 가능하게 하고, 명령어 중심에서 객체 중심의 프로그래밍을 하도록 함으로써 컴퓨터프로그램의 패러다임을 바꾸고 있다.¹¹⁾ 구체적으로는 과거와는 달리 절차적인 면이라거나 컴퓨터의 순차적인 실행과는 다른 접근법을 취하게 되었으며, 컴퓨터프로그램들은 명확히 어디에서 시작하여 어디에서 끝나는지 또는 프로그램의 목적을 달성하기 위하여 순차적으로 실행한다는 개념을 상실하기 시작하였다.¹²⁾ 아울러, 초기의 컴퓨터프로그램의 특징은 ‘코드

9) 강동세, “온라인게임과 저작권”, 중앙법학(제8집 제1호), 2006, 599쪽.

10) 네이버 IT 용어사전의 “객체 지향 프로그래밍” 참조.

11) Michael A. Dryja, Looking to the changing nature of software for clues to its protection, 3 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 109 (1995) at 141.

12) Ray Duncan, Redefining the programming paradigm: The move toward OOPs; Objected Oriented Programming Languages power programming, PC Magazine (1990) at 526; Michael A. Dryja, Looking to the changing nature of software for clues to its protection, 3

(code)'와 '데이터'의 구별이 명확하고, 명령어 중심(verb-object)의 접근을 하고 있으며, 프로그래머의 지적능력에 대단한 영향을 받았다는 것이었다. 그러나 최근의 컴퓨터프로그램들은 코드와 데이터의 구별이 불명확해지고 있으며, 객체지향적이며(object oriented), 프로그래밍 툴의 기능이 프로그램의 중심에 있다는 특징을 갖게 되었다. 이러한 가운데, 컴퓨터프로그램의 본질은 지시명령이 아닌 '동작'이며, SSO(Structure, Sequence and Organization)와 같은 비문언적 요소의 보호문제가 대두되고 있다. 이와 관련하여 미국의 Samuelson 교수는 컴퓨터프로그램이란 단순히 텍스트(text)가 아닌 동작(behavior)이라고 하면서, 소스코드는—특히 소스코드가 특수한 언어로 쓰여진 경우에는—일반적인 이용자들이 의해 인식되기 어려우며 동작은 2차적인 생산품이 아니라 프로그램의 중요한 핵심요소라고 설명¹³⁾하는데, 향후 연구가 필요한 영역이다.¹⁴⁾

3. 컴퓨터프로그램저작물 정의규정의 재해석

(1) 개요

컴퓨터프로그램저작물성과 관련된 사례 중 논란이 여지가 있는 사례로는 서체파일 사건이 있다.

대법원은 서체파일의 컴퓨터프로그램저작물성과 관련하여 “구 컴퓨터프로그램 보호법 상의 컴퓨터프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것으로 정의되는바, 이 사건 서체파일의 소스코드는 ①그것이 비록 다른 응용프로그램의 도움 없이는 바로 실행되지 아니한다고 하여도 컴퓨터 내에서 특정한 모양의 서체의 윤곽선을 크기, 장평, 굵기, 기울기 등을 조절하여 반복적이고 편리하게 출력하도록 특정한 결과를 얻기 위하여 프로그래밍 언어의 일종인 포스트스크립트(PostScript) 언어로 제작된 표현물이고, ②서체파일 제작 프로그램에서 마우스의 조작으로 서체의 모양을 가감하거나 수정하여 좌표값을 지정하고 이를 이동하거나 연결하여 저장함으로써, 제작자가 특정한 결과를 얻기 위하여 스스로의 알고리즘(algorithm)에 따라 프로그

U. Balt. Intell. Prop. L.J. 109 (1995) at 111-112.

13) Pamela Samuelson, A manifesto concerning the legal protection of computer programs, 94 Colum. L. Rev. 2308 (1994) at 2316.

14) 비문언적 보호와 컴퓨터프로그램저작물의 정의와의 관계 및 문제점에 대해서는 정진근, “SW의 비문언적 요소의 보호에 관한 필요성과 과제”, 강원법학(제35권), 2012, 참조.

래밍 언어로 직접 코드를 작성하는 보통의 프로그램 제작과정과는 다르다 하여도, 포스트스크립트 언어로 작성되어 사람에게 이해될 수 있고 그 내용도 좌표값과 좌표값을 연결하는 일련의 지시, 명령으로 이루어져 있으므로, 컴퓨터프로그램보호법 상의 컴퓨터프로그램에 해당한다”고 판시하였다.¹⁵⁾

그러나 설문조사의 결과에서도 볼 수 있듯이 컴퓨터프로그램을 가르치는 공학자는 물론이거니와 컴퓨터프로그램산업에 종사하는 자들조차도 다수가 서체파일이 컴퓨터프로그램이 아니라는 생각을 가지고 있다. 이러한 생각은 서체파일을 컴퓨터프로그램저작물로 인정하고 있는 대법원의 판결과는 상반된 것이다. 결국 프로그램산업 및 학계 관계자들의 법인식과 법원의 인식이 서로 다르다는 것을 의미하는데, 이러한 인식의 차이는 법률에 대한 신뢰성을 떨어뜨리고 현실과 법률의 괴리가 증대되는 부작용을 낳게 될 것이다.

이 문제와 관련하여 아래에서는 두 가지 문제를 검토하기로 한다.

첫째, 데이터파일의 지시명령을 컴퓨터프로그램의 지시명령과 구별할 수 있는가?
둘째, ‘특정한 결과를 얻기 위하여’의 의미는 어떻게 보아야 하는가?

(2) 데이터파일과 프로그램 지시명령의 구별

앞서 설명한 바와 같이 컴퓨팅기술과 압축기술의 발달은 데이터의 지시명령화라는 새로운 현상을 야기하고 있다.

예를 들어 과거의 화상(畫像)은 ‘비트맵(bitmap)’이라는 방식으로 저장되었는데, 비트맵이란 저장방식은 화상을 구성하는 각각의 화소에 색에 대한 정보를 숫자로 저장하는 방식이었다. 모든 색은 3원색(RGB: Red, Green, Blue)에 의해 구성되므로, 각각의 원색에 대한 숫자정보를 저장하여 색을 표시하고 있었다. 만약 8비트를 이용하는 숫자라면 2의 8승의 조합이 될 것이므로, 256가지 색을 표현할 수 있게 된다. 그러나 이러한 화소정보는 대단히 많은 저장공간을 필요로 하므로, 이를 극복하기 위하여 압축기술이 이용된다. 압축기술은 많은 수학적, 논리적 공식을 이용하게 되므로, 이를 저장하기 위해서는 단순한 숫자가 아닌 지시명령을 이용하게 된다. 이러한 지시명령의 방식으로 저장된 대표적인 화상파일방식이 ‘gif’, ‘jpeg’ 등이다. 소리 역시 마찬가지이다. 소리의 파형을 저장하는 웨이브(wave)방식이 아닌 mp3 등의 압축방식이 이용되고 있다. 동영상이나 스프레드시트의 데이터 저장 역

15) 대법원 2001. 6. 29, 선고99다23246판결[저작권침해금지가처분]; 대법원 2001. 6. 26, 선고99다50552판결[손해배상(기)]; 대법원 2001. 5. 15, 선고98도732판결[컴퓨터프로그램보호법위반(예비적 죄명: 저작권법 위반)]

시 마찬가지로이다. 동영상은 동영상 압축방식에 의해 지시명령화되며, 스프레드시트 역시 서식 등을 저장하기 위한 지시명령화가 동반된다. 따라서 지시명령에 몰입된 컴퓨터프로그램저작물의 해석으로는 모든 지시명령화된 데이터들마저 컴퓨터프로그램저작물이 될 가능성이 있다.

문제는 이러한 데이터의 지시명령과 컴퓨터프로그램의 지시명령을 외견 상 구별하기 어렵다는데 있다.

그럼에도 불구하고 컴퓨터프로그램은 지금까지 변함없이 데이터로부터 구별되는 개념으로 이해되고 있다는 점을 유념하여야 한다. 컴퓨터프로그램이 컴퓨터 등 정보처리기기에서 특정한 결과를 도출하기 위한 능동적인 동작을 야기하는데 반해, 데이터는 이러한 컴퓨터프로그램의 객체로서 이용되는 자료를 의미한다.

(3) 특정한 결과와 지시명령의 관계

위와 같이 컴퓨터프로그램의 지시명령과 데이터파일의 지시명령은 외견상 구별하기 어렵다. 이 때 중요하게 검토해야 할 요건이 ‘특정한 결과를 얻을 것’이라는 요건의 해석이라고 생각한다. 왜냐하면 컴퓨터프로그램은 특정한 결과를 얻기 위한 지시명령인데 반해, 데이터 파일은 특정한 결과를 얻는데 필요한 자료이기 때문이다. 즉, 지시명령이 특정한 결과를 능동적으로 야기하는 경우에는 컴퓨터프로그램인 반면, 특정한 결과를 얻기 위해 수동적인 데이터로 이용되는 경우에는 데이터 파일로 보아야 할 것이다.

서체파일 사건에서 대법원은 특정한 결과가 서체의 윤곽선을 크기, 장평, 굵기, 기울기 등을 조절하여 출력하는 것이라고 설명하고 있다.

위의 특정한 결과(서체 윤곽선의 출력)와 서체파일 그리고 워드프로그램(예를 들어 한글 프로그램)과의 관계를 살펴본다.

한글 프로그램은 서체 윤곽선을 출력(화면이던 프린터이던)하기 위하여 서체파일(예를 들어 ‘명조체’)을 사용자에게 설정하도록 한다. 사용자가 글자를 입력하면(예를 들어 ‘학교에 가자’), 한글 프로그램은 ‘학교에 가자’를 화면에 출력하면서 서체파일에 저장된 형태인 ‘학’, ‘교’, ‘에’, ‘가’, ‘자’라는 데이터(서체파일에 저장된 2,000여 가지 글자체의 일부)를 불러들인다. 이 데이터에는 크기에 관한 정보, 이탤릭체 등 기울기에 관한 정보, 굵기에 관한 정보, 장평에 관한 정보는 포함되어 있지 아니하다. 사용자는 ‘학교에 가자’ 중 ‘학교’ 부분만을 선택하여 이탤릭체로 바꾸고 굵기를 두텁게 하며 글자크기를 ‘13’으로 변경한다. 이러한 변경은 한글 프

로그램에 내장된 기능을 통해 이루어진다.

결국, 법원에서 특정한 결과라고 말한 서체의 윤곽선의 크기, 장평, 굵기, 기울기 등의 출력은 한글 프로그램 지시명령에 따라 이루어지는 것이며, 서체파일은 기본적인 서체의 윤곽선만을 데이터로 제공하는데 불과하다. 위의 예에서 한글 프로그램은 특정한 결과를 능동적으로 야기하는 컴퓨터프로그램인 반면, 서체파일은 특정한 결과를 얻기 위해 한글 프로그램의 데이터로 이용되고 있다.

따라서 ‘특정한 결과를 얻기 위하여’라는 요건을 지시명령의 주체성 또는 객체성이라는 시각에서 판단하면, 한글 프로그램은 컴퓨터프로그램인데 반해 서체파일은 데이터 파일로서 컴퓨터프로그램이라고 볼 수 없다.

4. 주요국의 컴퓨터프로그램저작권 정의규정

우리나라나 미국과 같이 컴퓨터프로그램을 정의하고 있는 또 다른 국가는 일본이다. 일본 역시 미국의 영향에 따라 컴퓨터프로그램저작물을 저작물의 유형으로 규정하기에 이르렀는데, 일본은 제2조 제10의2호에서 “전자계산기를 구동시켜 하나의 결과를 얻도록 이에 대한 지령을 조합하여 표현하는 것”으로 정의하고 있다. 이러한 정의규정에 따라 일본 역시 프로그램인지의 여부를 결정하는데 있어, “명령의 조합”인지의 여부가 대단히 중요한 척도가 된다.¹⁶⁾¹⁷⁾

그러나 유럽의 주요국인 영국, 독일, 프랑스의 저작권법에서는 컴퓨터프로그램을 별도로 정의하고 있지 아니하다.

독일은 제2조 제1항에서 어문저작물의 일유형으로 컴퓨터프로그램을 규정하고 있을 뿐이며, 이 때의 컴퓨터프로그램이란 초안자료를 포함한 모든 형태의 프로그램이라고 정의함으로써(제69조a 제1항) 해석의 유연성은 물론이거니와 프로그램 창작에 필요한 요소들의 보호까지 일괄적으로 가능하도록 하고 있다.

16) 中山信弘(윤선희 편역), 『저작권법』, 법문사, 2008, 88쪽.

17) 우리와 유사한 컴퓨터프로그램저작물 정의규정을 가지고 있는 미국에서는 정의규정의 성격 및 현행 법제 하에서는 비문언적 요소의 보호와 관련하여 많은 논쟁이 벌어지고 있으며, 판례 역시 SSO와 같은 비문언적 요소는 보호의 대상이 아니라는 판결과 이와는 반대로 정의규정도 불구하고 비문언적 요소가 보호의 대상이라는 판결로 나뉘어져 혼란이 가중되고 있다. 본 논문은 비교법적 법리해석에 초점을 맞춘 논문이 아니며, 미국의 사례에 대한 정리와 비판은 필자의 선행연구논문인 “정진근, “SW의 비문언적 요소의 보호에 관한 필요성과 과제”, 강원법학(제35권), 2012, 1-24쪽에서 참조할 수 있으므로, 미국에서의 논의에 대해서는 다루지 않기로 한다.

영국 역시 컴퓨터프로그램에 대한 정의는 두고 있지 않다. 다만, 제3조 제1항에서 컴퓨터프로그램과 컴퓨터프로그램을 위한 예비도안자료를 어문저작물에 포함하는 것으로 규정하고 있을 뿐이다. 독일과 마찬가지로 해석의 유연성은 물론이거니와 프로그램 창작에 필요한 요소들의 보호까지 일괄적으로 가능하도록 하고 있다.

프랑스도 독일이나 영국과 마찬가지로 컴퓨터프로그램에 관한 정의규정을 별도로 두고 있지 아니한데, 다만, 제112조의2 제1항 제13호는 ‘소프트웨어와 그 안에 포함된 예비도안자료’를 저작물의 하나로 예시하고 있다.

이때 컴퓨터프로그램에 포함되어 보호되는 예비도안자료(material for preparatory design)가 무엇인지에 대해서는 코드와 사전적 예비자료와 유기적 관계를 갖는 자료를 포함시키는 것으로 볼 소지가 있다는 견해가 제시되고 있으며,¹⁸⁾ 유럽 국가들의 프로그램보호입법의 토대가 되는 유럽연합지침 역시 프로그램(또는 소프트웨어)에 예비도안자료를 포함하도록 하면서도 “어떠한 형태로 표현되는지에 관계 없이 본 지침이 적용되어야 한다”는 지침의 코멘타르는 구조(structure) 또는 아키텍처(architecture)와 같은 비문언적 요소(non-literal elements)에 대한 보호의 여지를 여전히 남겨두는 것으로 해석된다는 견해도 제시되고 있다.¹⁹⁾

이러한 유럽 국가들의 법제도와 그 해석은 비문언적요소의 보호는 물론이거니와 프로그램에 포함된 음성 또는 영상정보를 포함한 자료를 포괄적으로 보호할 수 있는 가능성을 열어두고 있다는 점에서 현대의 컴퓨터프로그램보호에 보다 적합하다고 평가될 수 있다.

5. 소결

컴퓨터프로그램저작물의 정의규정을 가지고 있는 나라로는 우리나라, 미국, 일본 등이 있을 뿐인데, 이들 국가의 정의규정은 30여 년 전의 논의를 토대로 한 것이어서 급변하는 컴퓨터프로그램산업환경을 적절하게 반영하기 어렵다는 문제점이 있다. 반면, 유럽연합 국가들은 컴퓨터프로그램저작물을 정의하지 않고 있으며, 컴퓨터프로그램저작물에 도안자료를 포함하는 것으로 규정하고 있다. 이러한 유럽 국가들의 입법방식은 컴퓨터프로그램의 정의를 두지 않고 실무상의 해석에 그 역

18) Silke von Lewinski and contribution from around the world, Copyright Throughout the World(Database updated December 2012), 1 Copyright Throughout the World § 15:9.

19) Yariel Flores, The computer software “DILEMMA.” The time for the “COMPUTER SOFTWARE BILL” has arrived, 50 Rev. Der P.R. 147 (2010) at 172, 173.

할을 맡김으로써 변화하는 프로그램 창작환경의 능동적 반영이 가능하고, 사회적으로 동의가 이루어진다는 점을 전제로 비문언적 요소에 대한 보호가 가능하며, 멀티미디어화 또는 종합저작물화하는 컴퓨터프로그램의 일체적 보호가 가능하다는 정점이 있다.

우리나라의 소프트웨어산업 진흥법 제2조 제1호에서는 “소프트웨어란 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 말한다.”고 규정하고 있는데, 공학계의 의견이 많이 반영된 소프트웨어산업 진흥법의 규정은 컴퓨터프로그램을 보호하기 위하여 그 대상을 어느 범위로 해야 하는지에 대한 업계의 의견을 확인할 수 있는 좋은 자료라고 생각된다.

IV. 프로그램역분석규정에 관한 재검토

1. 개요

설문조사의 응답결과를 보면 프로그램개발자는 개발과정에서 대부분 타인의 프로그램을 참조하며, 타인 프로그램의 참조방법은 외관관찰과 소스코드 분석 그리고 프로그램의 변형 및 시험의 방법을 이용하는 것으로 나타났다. 이 중에서 소스코드 분석 그리고 프로그램의 변형 및 시험을 위해서는 프로그램코드 역분석이 필요하다. 특히, 소스코드를 분석하기 위한 주요 방법인 프로그램코드 역분석의 방법은 개발 및 기획단계, 조사 및 연구단계, 프로그램 작성단계에서 주로 이용되며, 우리 저작권법이 예정하고 있는 호환성 확보를 위해 프로그램코드 역분석을 한다는 응답은 20%에 불과하였다. 개발자들은 프로그램코드 역분석 행위를 허용하는 것이 원 프로그램저작자에게 부당하지 않다는 의견이 근소하게 과반을 넘었다.

이러한 설문의 결과를 요약하면 프로그램 개발과정에서 역분석은 실제로 널리 이용되고 있으며, 개발자의 과반수는 이러한 역분석 행위를 허용해야 한다고 생각하고 있다는 것이다.

이에 반해 우리 저작권법 제101조의4 제1항은 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우에 한하여 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램역분석을 할 수 있다고 하여 제한적으로만 역분석을 허용하도록 규정하고 있다.

이러한 프로그램코드역분석의 제한이 프로그램 창작환경에 적합한 것인지에 대해 논의할 필요가 있다.

이와 관련하여 미국의 Samuelson 교수 등의 논문²⁰⁾에 따르면, 역분석은 우리 저작권법이 추구하는 목적인 창작의 동기부여에 큰 영향을 미치지 않으면서도, 역분석 제한으로 사회적 비용은 높아지는 것으로 나타나고 있는데, 이러한 결과를 볼 때 역분석을 제한하는 것이 우리 저작권법에서 설정한 목적을 달성하기 위하여 필요한 것인지에 대한 논의가 필요하다.

아울러, 우리 법의 프로그램역분석 규정은 유럽연합의 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 EU지침 제6조를 계수한 것으로 알려지고 있는데, 유럽연합 국가들이 우리와는 달리 변환권을 저작권의 하나로 규정하고 있는 반면 우리는 그러한 저작권이 없으므로 역분석으로 침해되는 저작권이 우리와 달리 해석된다.

아래에서는 프로그램코드 역분석 제한이 창작동기에 미치는 영향에 대해 미국 Samuelson 교수의 연구결과를 소개하고, 유럽 국가들의 저작권법 규정을 토대로 우리 저작권법과 어떠한 차이가 있는지를 분석하기로 한다.

2. 프로그램코드 역분석이 창작동기에 미치는 영향²¹⁾

역분석이 필요한지의 여부는 결국 역분석이 허용됨으로써, 문화 및 관련 산업의 발전이라는 공적 목적을 달성할 수 있는지의 여부와 달성된 공적목적의 효율이 희생된 사적목적의 효율에 비해 더욱 크다는 법경제적 효과의 입증에 따라 판단할 수 있을 것이다. 즉, 저작권법의 목적인 문화산업의 발전 또는 프로그램산업의 발전을 위해서는 창작동기가 진작되어야 한다. 사용자의 이용권을 아무리 보장하더라도 이를 위해 창작동기를 지나치게 제한하게 되면, 장기적으로 창작자의 창작활동이 감소할 것이고 이러한 현상은 결국 사용자의 선택의 폭을 제한할 것이기 때문이다.

따라서 프로그램역분석을 허용해야 할지를 결정하는데 있어서도, 역분석에 의해 창작동기의 감소가 어느 정도인지 그리고 역분석에 의해 사용권의 증진과의 관계는 어떠한지에 대해 살펴보아야 할 것이다.

이에 대해서는 Samuelson 교수와 미국 University of California at Berkeley의 경제

20) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The law & economics of reverse engineering*, Yale Law Journal (April 2002).

21) 본 절은 정진근, “프로그램코드역분석에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법(제13권2호), 2006, 550쪽 이하의 내용을 발췌하여 기술한 것임.

및 공공정책 교수인 Suzanne Scotchmer가 조사, 분석한 결과를 소개한다.

<역분석 허용 여부에 따른 사회적 비용의 비교>²²⁾

구 분	역분석 허용시	역분석 불허시
플랫폼 개발에 대한 동기부여	낮음	높음
응용소프트웨어 개발에 대한 동기부여	매우 높음	높음
시스템 가격	낮음	높음
중복투자 비용	낮음	높음

위의 결과에 따르면 역분석을 허용함으로써 사회일반의 동기를 진작시킴으로써 시스템 가격이 낮아짐은 물론, 중복투자 비용도 낮아지는 것으로 파악되었다. 이에 반해 창작자의 플랫폼 개발에 대한 동기만이 감소되는 것으로 나타난다.

그러나 이러한 창작자의 동기 감소는 반도체 배치설계에 대한 역분석이나 기계 제품에 대한 전통적인 역분석과 비교할 때 큰 차이가 없으므로 프로그램역분석이 일반적 산업재산권자들에 비해 큰 희생을 강요하는 것은 아니며, 플랫폼 개발은 자원집약적이고 시장독과점적인 영향력을 필요로 하므로 플랫폼 개발투자에 미치는 영향은 크지 않을 것으로 예상된다. 또한 플랫폼의 역분석은 대부분 플랫폼 기반에서 동작하는 응용소프트웨어를 창작하기 위해 이루어지므로 새로운 경쟁적 플랫폼의 창작에 이용되지 않는다는 특징을 갖는다. 이것은 플랫폼 개발이 응용소프트웨어 개발에 비해 큰 규모로 이루어지는 작업이며, 플랫폼 관련 시장은 신규 사업자가 생존하기 어려운 시장일 뿐 아니라 그 규모를 생각할 때 역분석에 의한 효과가 나타나기 위해서는 많은 수고와 노력을 필요로 하기 때문이다.

이러한 점을 고려하면, 역분석이 창작동기를 감소시킴으로써 저작권의 목적달성에 해가 될 것이라는 주장은 이유 없다.

3. 유럽 연합 주요국가의 입법례

(1) 개요

유럽제국의 프로그램역분석 규정의 특징은 변환권을 별개의 권리로 규정한 후, 복제권 및 변환권에 관한 규정을 토대로 역분석 행위의 위법성을 전제하고 프로그

22) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The law & economics of reverse engineering*, Yale Law Journal (April 2002) at 43.

램코드역분석의 허용범위를 정하고 있다는 점으로 요약할 수 있다. 이에 반해 우리 저작권법은 변환권이 없으므로 복제권 침해만이 문제될 수 있는데, 복제권 침해는 다른 자유이용 규정에 의해 면책될 수 있는 것으로서 실제로 침해되는 권리가 없다고 볼 가능성이 크다.

그렇다면, 우리나라 저작권법 제101조의4는 저작권 침해가 없는 행위에 대한 항변규정이라는 불필요한 규정으로 볼 소지가 크다.

(2) 독일의 역분석 관련 규정

독일 저작권법은 컴퓨터프로그램을 어문저작물로 보게 되므로, 이에 따라 제15조 하의 권리가 컴퓨터프로그램에도 당연히 인정된다. 제15조 이하에서는 복제권, 배포권, 전시권, 공연권, 공중전달권, 방송권, 재현권 등이 규정되어 있다.

그 외에 우리법과 다른 것으로는 변환권에 대한 배타적 권리를 규정하고 있는 점이다. 제69조c(동의를 필요로 하는 행위)에서 “권리보유자는 다음의 행위를 하거나 허락할 배타적 권리를 가진다”고 한 후, 제2호에서 “컴퓨터프로그램의 번역, 편집, 각색 및 여타 변형 행위와 그 목표된 성과물의 복제”를 규정하고 있다.

(3) 영국의 역분석 관련 규정

영국의 경우 컴퓨터프로그램의 변환권에 관한 규정은 찾아볼 수 없으나, 저작권의 제한규정에서 변환권에 관한 명확한 입장을 이해할 수 있다.

영국 저작권법 제29조 4항에서는 저작권이 제한되는 경우의 해석을 통해 컴퓨터프로그램저작권자가 변환권을 가지고 있음을 확인할 수 있다. 제29조는 조사 또는 사적 연구를 위한 저작권 제한에 관한 규정인데, 제4항에서는 “저급언어로 표현된 컴퓨터프로그램을 고급언어로 표현된 버전으로 변환하는 경우 또는 복제를 위해 프로그램을 변환하는 과정에서 부수적으로 발생하는 경우에는 공정사용(fair dealing)이 되지 아니한다”고 규정하고 있기 때문이다. 결국, 번역을 포함한 변환행위는 프로그램저작권침해에 해당하며 나아가서 공정사용의 항변을 제기할 수 없다. 이와 함께 제21조 제1항 내지 제3항에서는 컴퓨터프로그램의 번역 또는 변환을 포함한 개작은 저작권에 의하여 제한되는 행위 또는 저작권 침해행위로 정의한 뒤, 이 때의 번역이란 “프로그램이 컴퓨터언어나 코드로 변경되거나 또는 그로부터 변경되거나 또는 다른 컴퓨터 언어나 코드로 변경되는 프로그램의 변환을 포함한다”고 규정하고 있다.

(4) 프랑스의 역분석 관련 규정

프랑스 저작권법 제122조의6은 배타적 권리로서 소프트웨어를 실현하고 이용을 허락하는 권리에 대해 규정한다. 이러한 권리로서 제1호는 복제권을, 제2호는 변환권을, 제3호는 배포 및 대여권에 관해 규정한다. 제2호는 “번역, 각색, 편곡 또는 소프트웨어의 수정 및 그 결과로 일어나는 소프트웨어의 수정”에 대해 규정한다.

프랑스 저작권법 제122조의6의1은 소프트웨어 저작권에 대한 제한규정인데, 이 중에서 III은 일반적인 리버스엔지니어링으로서의 복제권 제한을, IV는 프로그램코드역분석에 해당하는 역컴파일링에 대한 변환권의 제한을 규정한다.

III에서는 “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”고 규정한다. 이 규정은 우리 법 제101조의3 제6호의 규정과 사실상 동일한 것으로 평가된다.

다음으로 IV는 소프트웨어의 역컴파일링을 제한적으로 허용하는데, 이 때 침해되는 저작권은 코드의 복제나 형식의 변환에 있음을 명확히 밝히고 있다. 이러한 규정은 매우 중요하며 유의미한 것이다. 프랑스 저작권법은 역분석 행위가 복제권과 변환권 침해라는 점을 명확히 설명하고 있기 때문이다.

4. 우리 저작권법의 해석

프로그램역분석 규정의 필요성 여부에 대해서는 향후 추가적인 논의가 필요하다. 다만, 우리 저작권법의 문제점은 프로그램역분석 규정을 두고 있으면서도 유럽 국가들의 저작권법에서 규정하고 있는 ‘변환권’을 두고 있지 않아 프로그램역분석 규정의 실효성에 의문이 제기될 수 있다.

변환권을 저작권재산권의 유형으로 규정하고 있지 않은 우리나라의 경우에는 오로지 복제권의 침해만이 문제가 되는데, 복제권에 대한 프로그램저작권재산권 제한은 이미 제101조의3 제1항 제6호, 제2항, 제101조의5에서 허용하고 있으며, 이 중에서 제101조의3 제1항 제6호에 의해 면책되는 것으로 보아야 할 것이기 때문이다. 즉, 역분석 규정에 의해 제한되는 복제권은, 역분석의 허용과 이용에 있어서는 많은 요건을 충족하여야 한다는 점에서, 이미 제101조의2 제1항 제6호 등에 의하여 더 넓은 범위로 제한되고 있다는 점을 유념하여야 한다.²³⁾

이에 대해 프랑스 저작권법 제122조의6의1 제IV항은 ‘역컴파일’을 규정하면서,

명시적으로 “소프트웨어의 코드의 복제나 그 코드의 형식의 변환은...(중략)...저작자의 허락을 받을 필요가 없다”고 하여 침해되는 영역이 복제권 및 변환권임을 명확히 제시하고 있다. 이러한 태도는 영국의 저작권법에서도 발견할 수 있는데, 영국 저작권법 제29조 제4항 (b)에서는 “복제를 위해 프로그램을 변환하는 과정에서 부수적으로 발생하는 경우”를 공정이용(fair dealing)이 되지 않는 행위로 규정하면서도 “제50B조(역분석)에 따라 행해지는 경우에는 허용된다”는 단서조항을 규정하고 있으며, 제50B조(역분석)에서도 “고급언어로 변환하는 것 또는 프로그램을 변환하는 과정에서 부수적으로 이를 복제하는 것”은 저작권의 침해가 되지 아니한다고 함으로써 역분석의 핵심침해영역은 변환이며 복제는 부수적인 침해행위임을 명확하게 설명하고 있다.

이러한 점을 고려할 때, 우리 저작권법의 역분석 조항은 당해 조항의 존재의의에 대한 논의와는 별개로, 침해되는 저작권이 없는 행위를 금지하는 규정이라는 비판을 모면하기 어렵다.

이 때 오해해서는 안 될 것이 역분석을 통해 얻은 프로그램코드를 이용하여 실질적으로 유사한 프로그램을 개발하는 것은 여전히 금지된다는 점이다. 프로그램코드 역분석을 금지하는 규정이 없더라도, 타인의 프로그램과 실질적으로 유사한 프로그램을 개발하는 것은 그 자체로서 저작권 침해가 될 것이기 때문이다.

V. 맺음말

저작권법의 컴퓨터프로그램저작권 관련 규정은 1980년대의 논의를 토대로 제정된 것으로서, 30여 년이 지난 현재의 컴퓨터프로그램 창작환경과 이용환경을 적절하게 반영하고 있는지의 문제는 지속적으로 연구되어야 할 것이다. 특히, 관련 산업종사자들 대다수가 저작권법 규정에 대한 불신을 하고 있음을 알 수 있는데, 이

-
- 23) 이러한 주장에 대해서는 제101조의3 제1항 제6호가 소위 ‘블랙박스 분석’에 관한 규정으로 역분석 규정과는 그 취지가 다르다고 볼 여지가 있으나, 역분석 역시 프로그램의 분석을 위한 것이라는 점 그리고 우리 저작권법에서 역분석으로 제한되는 저작권은 복제권에 불과하다는 점에서 제101조의3 제1항 제6호로부터 독자적인 존재의의를 인정하기는 어려울 것으로 생각된다. 오히려 역분석 규정은 복제권 제한을 위해 많은 요건을 만족하여야 한다는 점에서 이용자는 역분석 규정보다는 제101조의3 제1항 제6호를 인용하여 면책을 주장하는 것이 유리할 것으로 보인다. 이러한 점이 역분석 행위에 대해 복제권 외에도 변환권까지 제한할 수 있도록 하고 있는 유럽연합의 역분석 제한규정과 다른 점이다.

러한 불신을 개선하기 위한 노력이 전개될 필요가 있다.

특히, 서체파일의 컴퓨터프로그램저작물성과 관련한 업계종사자들의 인식과 법원의 인식이 다르다는 점, 프로그램코드역분석의 필요성과 저작권법 규정이 다르다는 점을 설문조사를 통해 확인할 수 있었다. 업계의 인식은 발전, 변화되고 있는 컴퓨터프로그램 관련 기술과 창작환경으로부터 기인하는 것이라는 점에서 이러한 업계의 인식을 반영하도록 법제를 개선하고 법률규정 해석의 진화가 이루어져야 할 것이라고 생각된다.

우선, 컴퓨터프로그램저작물 정의규정은 해석은 데이터파일의 지시명령화를 어떠한 방식으로 컴퓨터프로그램의 지시명령과 구별할 것인지의 문제와 관련된다. 이 문제는 지시명령과 특정한 결과와의 관계를 제한적으로 해석하는 방안과 컴퓨터프로그램저작물의 정의를 두지 않고 기술변화와 인식변화를 반영하는 방안이 제시될 수 있다.

다음으로 프로그램코드역분석규정은 그러한 규정이 가져오는 효과가 우리 저작권법의 목적달성에 어떠한 영향을 미치는지에 대한 검토가 선행되어야 하며, 프로그램역분석의 제한이 필요한 경우라면 유럽국가들과 같이 프로그램의 변환권을 저작권자에게 인정하는 방안이 마련될 필요가 있다.

이러한 문제를 포함하여 컴퓨터프로그램 창작환경 및 이용환경의 변화를 연구하여 이를 저작권법에 반영하려는 노력이 지속적으로 전개되어야 할 것이다.

* 논문최초투고일: 2013년 7월 17일 논문심사(수정)일: 2013년 8월 14일 논문게재확정일: 2013년 8월 20일

참 고 문 헌

- 中山信弘(윤선희 편역), 『저작권법』, 법문사, 2008
- 강동세, “온라인게임과 저작권”, 중앙법학(제8집 제1호), 2006
- 정진근, “프로그램코드역분석에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법(제13권2호), 2006
- 정진근, “SW의 비문언적 요소의 보호에 관한 필요성과 과제”, 강원법학(제35권), 2012
- 정진근(연구책임자), 『컴퓨터프로그램저작물의 효과적 보호방안 연구』(발간등록번호 : 11-1371000-000482-01), 문화체육관광부, 2013. 2.
- Aram Dobalian, *Copyright protection for the non-literal elements of computer programs: The need for compulsory licensing*, 15 Whittier L. Rev. 1019 (1994) at 1022.
- Dennis S. Karjala, *Copyright protection of operating software, copyright misuse, and antitrust*, 9 Cornell J.L. & Pub. Pol’y 161 (1999)
- Michael A. Dryja, *Looking to the changing nature of software for clues to its protection*, 3 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 109 (1995)
- Pamela Samuelson, *A manifesto concerning the legal protection of computer programs*, 94 Colum. L. Rev. 2308 (1994)
- Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The law & economics of reverse engineering*, Yale Law Journal (April 2002)
- Ray Duncan, *Redefining the programming paradigm: The move toward OOPs; Objected Oriented Programming Languages power programming*, PC Magazine (1990)
- Raymond T. Nimmer, *Law of Computer Technology*, LCOMTECH §1:9 (Database updated September 2005)
- Silke von Lewinski and contribution from around the world, *Copyright Throughout the World*(Database updated December 2012), 1 Copyright Throughout the World § 15:9.
- Yariel Flores, *The computer software “DILEMMA.” The time for the “COMPUTER SOFTWARE BILL” has arrived*, 50 Rev. Der P.R. 147 (2010)

Abstract

The definition of computer program works was established based on the discussion and technology of 1980's. But more than 30 years have passed and as time goes so many circumstances are changed. Also most of professionals who are engaged in computer programming industry and professors who are teaching computer program in university told that Copyright Act is unfit for protection of computer program works.

On the survey for them, we could find two important different understandings between professionals and courts.

The first is that they think that Font File is not computer program in opposition to Supreme Court's judgment. The Second is that they think that decompilation of computer program is necessary for development of other computer program and these behaviors should be allowed in opposition to Copyright Act's statute.

These results of survey should be considered and discussed.

For these issues, I suggest under below.

First, we should draw a sharp line between instructions of computer program and instructions of data file. I assert that instructions of computer program produce 'certain result' but instructions of data file are just used to produce 'certain result' by computer program. On this assertion, Font File is not computer program but just data file.

Second, we should revise the statute for definition of computer program works after the model of European countries, England, Germany and France. On those countries Copyright Act, there is not any definition of computer program, and also computer program includes material for preparatory design.

Third, we should discuss whether statutes for decompilation of computer program are necessary for promotion of culture and related industries. If decompilation should be limited, then we should grant the copyright owner the right of change of computer program after the model of European countries.

Including of these issues, we should research the development of computer program circumstances and technologies and improve Copyright Act continually.

Keywords: computer program works, statements or instruction, decompilation, SSO, font file, object oriented programming, code reuse

