

용역계약일반조건의 저작권 귀속 규정에 관한 소고*

김 시 열**

- | | |
|------------------------|------------------------|
| I. 서 론 | 화의 흐름 |
| II. 저작권 귀속과 창작자 원칙 | IV. 용역계약일반조건의 저작권 귀속 규 |
| 1. 창작자 원칙 | 정 개선방안 |
| 2. 창작자 원칙의 타당성 | 1. 창작자 귀속 예외사유의 구체화 |
| III. 용역계약일반조건에서 저작권 귀속 | 2. 저작권 귀속 규정의 명확화 |
| 1. 용역계약일반조건의 저작권 귀속 | 3. 저작권 등 지식재산권 귀속 규정의 |
| 규정 체계 | 일원적 체계 정립 |
| 2. 저작권 귀속 문제에 대한 태도 변 | V. 결 론 |

* 이 논문은 강릉원주대학교 제6차 학술세미나 '과학기술과 저작권'(2017.5.26.)에서의 발표내용을 토대로 수정보완을 한 것입니다.

** 한국지식재산연구원(법학박사).

초 록

정부에 의한 용역사업이 우리나라 산업에서 차지하는 비중은 상당히 높은 편이다. 유체물과 달리 무체물은 그 자체의 보유뿐만 아니라 이를 활용하여 제품으로 만들고 사업을 영위하게 된다는 특징을 갖는다는 점, 즉 해당 기업 입장에서는 납품한 대상에 포함된 저작권의 적절한 이용권원이 확보되지 않으면 자신이 창작한 것이라 하더라도 저작권 침해가 발생할 수 있다는 점 때문에 권리의 창작자 귀속이 지난 10여 년간 중요하게 요구되고 있다. 우리나라는 이 경우 기획재정부 행정예규인 용역계약일반조건에 따라 저작권 귀속 대상이 결정되며, 현재는 계약목적물에서 창출된 저작권은 발주기관인 정부 등과 계약상대방에게 공동으로 귀속되도록 하고 있다. 다만, 이러한 태도는 저작권법이 원칙으로 하는 창작자 원칙과는 상충되는 것으로, 이에 관한 전반적인 논의의 흐름과 정부의 태도는 점차 창작자 원칙을 반영하는 방향으로 움직이고 있음을 확인할 수 있다. 그런데 현재의 용역계약일반조건상의 저작권 귀속 관련 규범은 이와 같은 방향에도 불구하고 일련의 효과를 제약하는 한계를 내포하고 있다. 따라서 저작권 귀속 문제는 그 자체에 관한 논의뿐만 아니라 이를 둘러싸고 있는 관련 규범 체계가 적절히 작동할 수 있는지, 법체계의 정합성을 유지하고 있는지 등을 종합적으로 살펴볼 필요가 있다.

주제어

용역계약일반조건, 정부발주사업, 저작권 귀속, 국유재산, 창작자 원칙, 소프트웨어

I. 서 론

권리를 보유하는 것 자체에 강한 의미가 부여되는 유체물과 달리 저작권 등 지식재산권은 권리의 적절한 보유와 이의 활발한 활용 간 균형이 크게 요구되는 특징이 있다. 이러한 측면에서 정부 등의 용역에서 창출된 저작권의 이용을 활발하게 하여 이를 통한 시장 확대 및 발전을 유도하여야 한다는 요구가 10여 년이 넘게 논의되고 있다.¹⁾ 특히 소프트웨어 분야에서는 그 특성으로 인하여 이 문제가 보다 중요하게 다루어진다. 이는 소프트웨어의 특성상 시장에서 상품으로 거래가 가능한 새로운 상품을 기존의 것과 완전히 다르게 하여 계속 만들어 내는 데는 한계가 있기 때문이다. 그런 상황에서 납품에 따른 제약으로 인해 소프트웨어 창작자(기업) 입장에서는 제품을 정부 등에 납품하는 것이 오히려 자사의 민간시장 진출 경쟁력을 감소시키는 부작용 초래의 원인으로 작용되기도 하였다. 그럼에도 우리나라 전체 시장 규모 대비 정부발주 시장의 규모는 상당한 수준이어서 중소기업의 입장에서 정부 등의 공공부문 발주 용역을 무시하기도 어려운 상황이다.

저작권은 권리가 포함된 물건을 활용하여 사업을 영위하는 경우 각 권리에 대한 적절한 이용권원이 확보되지 않으면 권리 침해가 성립한다는 점, 그리고 장래의 영업활동에 영향을 미친다는 점 등으로 인하여 저작권이 누구에게 귀속되는지에 관한 문제는 기업 입장에서 매우 중요하다. 당사자 간 계

1) “공공SW 지적재산, 개발사도 활용 ‘물꼬’”(머니투데이, 2006.10.1.), “SW지적재산, 개발사도 활용 가능”(뉴시스, 2006.10.1.), “정부 발주 SW 지재권 귀속문제 고친다”(전자신문, 2009.7.13.), “공공발주 SW지재권 개발업체가 가져야”(연합뉴스, 2009.7.10.), “국유재산법과 충돌? 공공 SW 저작권 ‘공은 법제처로’”(아이뉴스24, 2013.10.30.), “공공SW저작권 민간 소유 개정안 ‘일단 스톱’”(전자신문, 2013.12.16.), “공공 발주 SW 저작권 여전히 ‘손톱 밑 가시’”(아이뉴스24, 2013.8.12.), “공공기관마저 잡질 횡포 … 중소 SW업체 ‘울상’”(전자신문, 2015.3.3.) 등 오랜 기간 동안 국가 등 공공부문에서 용역을 통해 창출된 계약목적물의 저작권, 특히 SW 저작권에 대한 창작자 원칙 적용 요구가 이어지고 있다. 2006년 이전의 정부발주 용역에서 정부차원의 저작권 귀속문제 논의는, 김시열, “디지털 환경에서의 SW지식재산권 보호체계 선진화 방안”, 국가지식재산위원회, 2014, 147면 참조.

약에 따라 권리의 귀속 문제가 처리되는 민간분야와 달리, 국가 및 공공기관 등이 발주하는 용역(이하, ‘정부발주용역’이라 한다.)은 기획재정부 행정예규인 용역계약일반조건에 따라 처리(기준)되는 것이 원칙이다. 이에 대부분의 공공부문에서 발주하는 소프트웨어 및 저작물 창작과 관련된 용역은 이 규정에서 정하는 바에 따라 계약목적물에서 파생된 저작권의 귀속이 처리된다.

그런데 정부발주용역 시 2012년도 기준 소프트웨어 저작권의 발주기관 귀속이 전체의 82.3%²⁾에 달하며, 2015년 기준 지식재산권의 발주기관 귀속이 60.5%³⁾에 달하는 등 여전히 국가 등이 발주한 용역에서 계약상대방인 창작자가 저작권을 보유하는 정도는 별로 높지 않은 실정이다. 그런데 이 문제는 단순히 시장경제 관점에서 민간 창작자 귀속의 당위성을 주장하는 것으로 논의가 한정되었을 뿐, 법적 측면에서 그러한 당위성과 현행 체계의 문제가 심도 깊게 논의가 이루어졌다고 보기 어렵다. 이와 같은 기존 논의의 한계가 이 문제를 10년이 지나도록 완전한 해결이 이루어질 수 없게 하는 원인이 아닐까 생각된다.

이에 이 글에서는 용역계약일반조건에서의 저작권 귀속 규정체계를 기존 논의의 고려와 함께 검토해 보고, 그동안 시장을 중심으로 제기되던 창작자 원칙을 확보하는 것의 타당성 및 이에 따른 효과를 적절히 이끌어 내기 위해 현재 관련 규정하에서 어떠한 개선이 이루어져야 할 것인지에 관하여 간략히 살펴보고자 한다.⁴⁾

2) 이정열, “SW 개발 관련 저작권 귀속에 관한 실태조사”, 한국저작권위원회, 2012 참고.

3) 김시열, “정부발주사업에서 창출된 지재권의 귀속 현황 조사 및 분석”, 특허청, 2016, 16면.

4) 국유재산법, 공유재산 및 물품 관리법, 일반용역계약특수조건 등과 연계된 문제는 이 논문에서의 논의에서 제외하고, 용역계약일반조건 내의 논의에 한정한다.

II. 저작권 귀속과 창작자 원칙

1. 창작자 원칙

베른조약은 제5조 제2항에서 “권리향유(權利享有) 및 행사(行使)에는 여하한 방식의 이행도 요하지 않는다.”고 명시하며 어떠한 것이라도 방식의 준수를 보호의 조건으로 할 수 없도록 한다.⁵⁾ 즉, 저작권 발생에 대해 무방식주의를 채택⁶⁾하고 있음을 명시하는 것이며, 우리나라 저작권법 역시 제10조 제2항에서 “저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.”고 규정함으로써 무방식주의를 채택하고 있다. 아울러 저작권법은 제2조 2호에서 저작물을 창작한 자를 저작자라 정의하고, 동법 제10조 제1항에서 저작자는 저작인격권과 저작재산권을 가진다고 명시한다. 이를 종합하면, 저작권법상 저작권은 어떠한 절차나 형식을 이행할 필요 없이 이를 창작한 저작자에게 귀속된다. 이를 창작자 원칙이라 한다.

저작자인 ‘저작물을 창작한 자’를 누구로 볼 것인지에 대해서는 정신적 창작을 한 자연인에게 한정된다는 대륙법적 입장과 자연인에 한정하지 않고 상대적으로 넓게 인정하는 입장인 영미법적 입장이 나누어진다. 우리나라는 업무상저작물의 저작자 규정이 존재한다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 양자의 입장이 섞여 있는 것으로 볼 수 있다.⁷⁾ 저작권법상 창작자 원칙의 성격은 강행규정으로 보는 것이 통설이며,⁸⁾ 업무상저작물의 저작자로 저작권이 원시적으로 귀속되는 경우가 유일한 예외이다.⁹⁾ 이에 창작자 원칙에 반

5) WIPO, 『文學的 및 美術的著作物の 保護에 關한 “베른 條約”(과리規定 1971年) 逐条解説』, 허희성(역), 범우사, 1984, 39면.

6) 1908년 베른조약의 베를린 개정에서 채택하였다.

7) 오승중, 『저작권법』, 제4판, 박영사, 2016, 330면.

8) 원세환·손경한, “위탁창작물의 권리귀속에 관한 소고”, 『일감법학』, 제28호(2014), 285면.

9) 이해완, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2012, 222면.

하는 계약은 허용된 예외가 아닌 경우 어떠한 것도 무효가 된다고 보아야 한다. 대법원은 1992.12.24. 선고 92다31309 판결에서 “저작권법은 저작물을 창작한 자를 저작자로 하고(제2조 제2호), 저작권은 저작한 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니하고(제10조 제2항), 저작인격권은 이를 양도할 수 없는 일신전속적인 권리로(제14조 제1항) 규정하고 있고, 위 규정들은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이란 할 것인바, …(중략)… 당사자 사이의 계약에 의하여 실제로 제작하지 아니한 자를 저작자로 할 수는 없다.”라고 판시하여 창작자 원칙의 강행규정성을 확인한 바 있다. 이러한 태도를 위임이나 도급계약에 비추어 생각해 보면, 업무상저작물의 저작자 등의 예외에 해당하는 경우가 아닌 한, 수임인이나 수급인은 위임인이나 도급인에 대해 독립적인 지위에 있으므로 이 경우 위임 및 도급의 결과로 창작된 결과물의 저작권은 실제 이를 창작한 자에게 귀속되는 것이 저작권법의 원칙상 당연하다고 할 수 있다.¹⁰⁾

2. 창작자 원칙의 타당성

소유권 개념은 본래 유체물을 전제로 논의가 이루어졌다. 토마스 아퀴나스는 소유권의 본질을 자연의 질서를 따라 선용되어야 한다는 제한 내에서 인간 소유물에 갖는 지배권은 자연적인 것이라 하며, 이는 인간이 사물을 이용하는 자연적 권리를 가지고 있다는 것을 의미한다고 하였다.¹¹⁾ 이때 소유는 사물에 대한 인간 고유의 관계로서 본질적으로 인간의 인격성과 결합되어 있다고 하며, 인간은 그 관계 속에서 노동을 통하여 자기 정신을 낙인찍는 것이라는 것이다.¹²⁾ 이러한 사상은 로마법의 영향을 받은 것으로서 이후 근대의 자연법 사상에도 영향을 미친다.¹³⁾ 로크는 재산권의 성립은 인간이

10) 원세환·손경한, 전계논문(2014), 301면.

11) 박영도, “소유권과 자연법”, 『인문논집』, 제27집(1985), 223면 및 226면.

12) 박영도, 상계논문(1985), 234면.

13) 김종철, “로크의 재산과 인격: 로크의 재산 개념에 어떤 존재론적 함의가 있는가?”, 『한국정치학회보』, 50집 4호(2016), 27면.

투하하는 노동에 의하여 이루어진다고 하였다.¹⁴⁾ 즉, 인간이 자신의 생명을 유지하는 데 어떠한 자연물을 이용하기 위해서는 먼저 그것이 다른 누구에게라도 사용될 수 없는 상태로 확보되어야 하는데, 이때 전유의 수단이 되는 것이 노동이라는 것이다.¹⁵⁾ 이때 노동의 개념은 첫째 육체적 노력 또는 육체적 에너지의 지출이자, 둘째 인간이 자신의 인간적인 삶의 환경을 창조하는 정신적인 활동으로 본다.¹⁶⁾ 특히 로크는 재산 개념을 인격과 재산의 관계로 설정한다는 점에 소유자와 재산 간의 관계로 보는 로마법의 물권 개념의 연장선상으로 본다.¹⁷⁾ 한편, 피히테는 인격은 외부 대상들과 상호 작용을 통하여 효력과 결실을 산출하는 몸으로서의 존재인데, 이 인격은 서로 침해해서는 안 되며, 자기 보존과 사적 소유의 권리를 지닌다고 하여 인격을 사적 소유의 주체로 이해한다.¹⁸⁾ 칸트와 헤겔은 어떤 사물이 자신의 것이 되기 위해서는 그것에 정신의 활동이 개입되어야 한다고 한다.¹⁹⁾ 소유권 발생의 전제가 되는 인격에 대하여 로크는 원칙적으로 인격²⁰⁾의 주체 자신만이 소유권을 가지며 이는 사회적 처분 대상에서 배제되어야 한다고 하였다.²¹⁾ 즉, 인간이 유체물인 물건을 소유하는 근거는 세부적인 입장과 태도의 차이를 불문하고 일단 ‘인격’이 투영되어 있기 때문이라고 생각할 수 있다.

무체물의 보유 역시 이와 같은 사상 흐름의 연장선상에서 논의되었는데, 무체물의 보유 문제는 생산재인 유체물의 소유권 발생 구조와 기본적으로 동일하게 나타난다고 한다.²²⁾ 즉, 기존의 주요 생산재에서 소유권이 발생하는 구조에서 무체물의 경우에는 주요 생산재가 무체물인 점이 차이일 뿐이

14) 한상수, “로크의 재산권론”, 『공법학연구』, 창간호(1999), 114면.

15) 한상수, 상계논문(1999), 115면.

16) 한상수, 전계논문(1999), 117면.

17) 김종철, 전계논문(2016), 41면.

18) 김석수, “소유론을 통해 본 칸트와 헤겔”, 『철학논총』, 제50집 제4권(2007), 57면.

19) 김석수, 상계논문(2007), 59면.

20) 로크의 인격 개념이 반드시 사람을 의미하지 않는다는 견해도 존재하며, 이때 인격은 법적 책임과 권한을 따지는 인위적인 틀이라 한다. 김종철, 전계논문(2016), 47면.

21) 윤재왕, “자연법의 역사—존 로크 법철학의 양면성?”, 『강원법학』, 제34권(2011), 363면.

22) 加藤雅信, 『소유권의 탄생』, 김상수(역), 법우사, 2005, 181면.

라는 것이다.²³⁾ 저작권의 근거를 새로운 철학적 근원이 아닌, 로크의 노동이론 및 헤겔의 인격권론 등에서 발전된 정신적 소유권에서²⁴⁾ 찾는 것은 그 때문이다.²⁵⁾ 결국 토지와 같은 생산재에 투입되는 노동이 기술·창작 등 지적 생산재에 투입되는 노동으로 치환되었을 뿐이므로 무체물, 특히 지적 창작물의 보유에는 정신적 생산 근원인 인격의 중요성이 유체물의 경우보다 높다고 생각할 수 있다.

한편, 저작권의 근거를 유인설(인센티브설)의 관점에서 보는 입장은 저작물의 소유가 자연적 근거에 따른 기존 유체물의 소유 체계와 달리 법률에 의한 실체적 권리로 보기도 한다. 우리나라의 저작권법은 저작권격권을 별도의 권리 유형으로 다루고 있다는 점에 저작재산권이 중심이 될 수밖에 없는 유인설이 아닌 자연권적 태도를 기본으로 한다. 다만, 최근 영미법계 이론과 법률이 상당수 저작권법에 녹아들면서 이러한 태도는 다소 뒤섞여 있다고 볼 수 있다. 여러 변화가 있다고 하더라도 결국 이러한 점을 종합하여 생각하면 정신적 소산의 발현이 본질이 되는 무체물의 보유에는 유체물에 비하여 인격적 요인이 보다 상당한 비중으로 고려되어야 함을 알 수 있다.²⁶⁾

아울러 타인의 노동 등으로 이루어진 산물을 자신, 즉 용역계약일반조건의 경우에는 정부 등이 자신의 재산으로 만들 수 있을지 생각해 본다. 이 점에 관하여 우선 로크는 “나의 하인이 잔디밭에서 뜯어 온 뗏장(turf), 내가 캐낸 광석 등은 어느 누구의 양도나 동의 없이도 나의 소유물로 된다.”²⁷⁾고 하여 하인의 노동이 투하된 자연물이 주인의 재산이 될 수 있는 것처럼 기술

23) 加藤雅信, 상계서(2005), 200면.

24) 오승중, 전계서(2016), 21면.

25) 저작권의 본질에 관하여 정신적 소유권론, 무체재산권론, 정신재화경합권론 및 인격권론 등의 견해가 각기 주장되나, 주장되는 학설에서 모두 인격의 내포를 전제로 하고 있다는 점은 공통되므로 이 논의에서는 이와 같은 학설을 엄격하게 분리하여 살펴 보지는 않는다. 오승중, 전계서(2016), 398-399면 참조.

26) 민법상의 인격권과 저작권상의 인격권에 관하여는 일체설과 분리설이 대립되나, 이 논의에서는 논지 전개상 일체설의 관점에서 양자를 구분하지 않고자 한다.

27) 김남두, 『재산권 사상의 흐름』, 도서출판 천지, 1993, 24면(존 로크, 「시민정부론」 제5장 부분).

하고 있다. 이에 대해서는 두 가지 해석이 존재하는데, 첫째 자본주의적 생산관계의 본질적 요소가 되는 임금노동관계의 존재를 인정한 것으로 보는 견해, 둘째 하인의 행위가 노동으로서의 실질을 갖지 못하기 때문에 그 결과물이 하인이 아닌 주인에게 귀속되는 것이므로 노동의 매매가능성을 인정하는 것이 아니라는 견해가 그것이다.²⁸⁾ 로크가 임금노동관계를 인정하는 것으로 보는 통설의 입장에 따라 고용관계에서 산출된 결과물의 소유는 사용자에게 귀속되는 것으로 이해할 수 있다.

이 개념을 고용관계가 아닌 용역관계까지 확장할 수 있을까? 생각건대 단순히 확장하여 생각하기는 어려울 것으로 본다. 업무상저작물의 저작자 문제에서도 양자를 명확하게 구분하고 있다. 우리 저작권법은 업무상저작물의 경우에 한하여 창작자 원칙의 예외를 인정하는데, 이때 사용자와 종업원의 관계를 고용관계로 좁게 해석하지는 않고, 실질적인 지휘·감독관계에 있을 것을 요구한다.²⁹⁾ 다만 용역, 즉 도급에 있어서는 저작권법 제9조의 사용자와 종업원의 관계로 보지 않는 것이 일반적인 태도이다. 도급은 통상 수급인이 도급인에 대하여 독립된 지위에 서게 되고 자신의 재량에 의하여 활동하는 것을 원칙으로 하기 때문이다. 물론 수급인이 도급인의 지시에 따라 독자적 판단 없이 수족과 같이 움직여 결과물이 산출된 경우라면 달리 볼 것이나 이러한 경우는 도급관계라기보다는 사실상 노무제공관계가 실질이라 볼 수 있다.³⁰⁾ 이러한 점을 고려할 때 용역비용의 지급은 임금노동관계를 구성하는 것으로 볼 수는 없으며, 물건 구매에 대한 반대급부의 성격을 갖는 것으로 이해하는 것이 타당할 것으로 생각한다. 즉, 현존하지 않는 물건의 구매를 위해 용역대금을 지급하는 것이고, 용역수급자는 계약의 객체가 되는 물건을 매도하기 위하여 해당 물건을 제작하는 것이다.

논의를 종합해 보면 유체물에 비하여 인격의 속성이 높은 무체물의 인격

28) 한상수, 전계논문(1999), 118면. 이러한 논의에 있어서 전자의 견해가 통설적 입장으로 보인다.

29) 오승중, 전게서(2016), 377면.

30) 오승중, 전게서(2016), 378면.

은 용역을 통한 매매의 대상이 될 수 없고, 이에 용역 대금을 지급하는 것으로 용역 객체인 물건이 도급인인 정부 등에 원시적으로 귀속한다고 볼 수는 없으므로, 물건에 속한 저작권(저작권재산권 및 저작인격권) 역시 정부 등에 원시적으로 귀속되지 않는 것이 논리상 자연스러운 것으로 생각된다. 결국 현행 용역계약일반조건은 제35조의2 및 제56조를 통하여 계약목적물의 저작권은 도급인인 정부 등과 실제 이를 창작한 수급인에게 공동으로 귀속되도록 명시하고 있는바, 이는 결국 유체물의 소유권이 중심이 되었던 기존의 체계가 무체물의 특성을 적절히 고려하지 못한 상태에서 단순히 저작권 등 지식재산권 영역까지 규정의 범위를 확대한 것으로 생각된다.

그런데 이 점은 업무상저작물의 저작자 문제와 함께 생각해 보아야 한다. 저작권법은 창작자에게 저작권재산권과 저작인격권을 원시적으로 부여하는 것을 원칙으로 하며, 그 예외로는 업무상저작물에 대한 사용자의 저작자 인정 정도를 두고 있다. 사용자가 업무상저작물의 저작자로 인정될 수 있는 중요한 요건으로 사용자와 창작자 사이에 실질적인 업무상 지휘·감독관계가 존재하여야 되는데, 이때 문제되는 것이 도급(용역)계약의 경우가 이에 해당할 수 있는 것인가에 대한 부분이다. 저작권법의 해석상 도급(용역)계약의 당사자인 수급인은 도급인에 대하여 독립적인 지위에 서게 되고 자신의 재량에 의하여 활동을 하는 것이 원칙이므로, 통상의 경우에는 도급인이 저작권을 원시적으로 취득할 수 있는 사용자에게 해당할 수 없다. 그런데 도급인이 수급인을 자신의 손발과 같이 이용하여 저작물을 작성하게 한 정도에 이르면 용역 관계에도 불구하고 도급인은 업무상저작물의 저작자가 되며, 저작인격권을 원시적으로 취득한다.³¹⁾ 즉, 업무상저작물의 저작자로서 사용자가 저작인격권을 보유하기 위해서는 계약의 명칭에 따라 형식적으로 볼 것이 아니라 계약의 내용 및 그 계약에 기초하여 당사자들이 해당 저작물을 창작함에 있어서 실제로 수행한 역할이 어떤 것이었느냐에 따라 구체적, 실질적으로 판단하여야 한다.³²⁾ 국유재산법 제65조의2 제2항이 “공동으로 창작

31) 이러한 정도라면 도급(용역)계약이라 하기보다는 사실상 노무제공계약 관계라고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다. 오승종, 전게서(2016), 378면.

하기 위한 계약을 체결”할 것을 공동소유의 인정 요건으로 하고 있는 점은 이러한 문제를 고려하여 실질적인 창작행위가 발주기관에서도 이루어져야 함을 의미하는 것이라 생각된다.

결국, 용역대금을 지급한 정부 등 발주기관이 계약상대방이 창작한 계약 목적물(즉, 위탁 창작된 저작물)에 대한 저작권을 창작자 원칙 이외의 방식으로 다루는 것은 실질적 공동창작 등이 존재하는 등의 예외적 경우를 제외하고는 적절하다고 볼 수 없다.

III. 용역계약일반조건에서 저작권 귀속

1. 용역계약일반조건의 저작권 귀속 규정 체계

우리나라에서 정부발주용역과 관련한 계약은 일반적으로 기획재정부 행정예규인 용역계약일반조건에 따라 이루어지게 된다. 용역계약일반조건에서 국가 등과의 용역계약 시 창출된 지식재산권의 소유 주체를 누구에게 귀속할 것인지의 문제는 2006년경부터 논의가 이루어지고 있다. 용역계약일반조건은 지식재산권의 귀속과 관련하여 일반적인 경우와 소프트웨어의 경우를 구분하고 있으며, 지식재산권 일반에 관한 사항과 특허권 등(특허권, 실용신안권, 디자인권)을 구분하여 각각 달리 다루고 있다는 점이 특징이다.³²⁾

2014년 1월 10일자 기획재정부계약예규 제166호로 일부개정된 용역계약

32) 대법원은 98다60590 판결에서 “업무상 창작한 프로그램의 저작자에 대한 규정은 프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 않는 것이 원칙”이나 “주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 개발을 위탁하고 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문만을 해서 개발, 납품해 결국 주문자의 명의로 공표하는 것과 같은 예외적인 경우에는 주문자를 프로그램 저작자로 볼 수 있다.”고 판시한 바 있다.

33) 용역계약일반조건에서 다루고 있는 지식재산권은 별도로 규정한 특허권 등을 제외하면, 사실상 저작권을 대상으로 하는 것이라고 볼 수 있다.

일반조건은 동 규정 제35조의1에서 “해당 계약에 따른 계약목적물에 대한 지식재산권은 발주기관과 계약상대자가 공동으로 소유한다.”고 규정하였으며, 2015년 1월 1일자 기획재정부계약예규 제218호로 일부개정된 용역계약 일반조건은 동 규정 제35조의1을 제35조의2로 수정하고, 그 외 지식재산권과 관련된 사항을 동 규정 제56조를 준용하도록 하였으며, 이후 현재까지 유지되고 있다. 한편, 2015년 개정에서는 제35조의3이 신설되었으며, 본 규정은 계약목적물에 파생된 특허권 등의 귀속에 관한 특례를 마련하여 “해당 계약에 따른 계약목적물에 대한 지식재산권 중 특허권, 실용신안권, 디자인권(이하 “특허권 등”이라 한다. 특허권 등을 받을 수 있는 권리를 포함한다.)은 계약의 목적, 개발의 기여도(발주기관과 계약상대자의 공동 개발 등), 기술개발 결과물의 활용 및 사업화를 고려하여 계약당사자 간 협의를 통해 특허권 등에 대한 귀속주체, 지분 등을 정할 수 있”도록 하였다. 다만 국가안전보장, 국방, 외교관계, 정보보안, 계약상대자의 소재지 등 계약의 특수성을 고려하여 계약당사자 간 협의를 통하여 발주기관이 단독으로 특허권 등을 소유할 수 있도록 하였다. 본 조 역시 특허권 등과 관련한 기타사항은 동 규정 제56조를 준용하도록 하였다.

용역계약일반조건 제56조는 제4장에서 규율하고 있는 소프트웨어 용역계약조건에 속하는 규정이다. 동 조는 계약목적물의 지식재산권 귀속에 관하여 규정을 두고 있다. 이에 국가 등이 발주하는 소프트웨어 용역에 있어서는 계약목적물에 대한 지식재산권은 발주기관과 계약상대자가 공동으로 소유하며, 일정한 사유, 즉, 개발의 기여도 및 계약목적물의 특수성(국가안전보장, 국방, 외교관계 등)을 고려하여 계약당사자 간의 협의를 통해 지식재산권 귀속주체 등에 대해 공동소유와 달리 정할 수 있다(동조 제1항). 아울러 공동으로 지식재산권을 소유하는 경우에는 국가안전보장, 국가의 방위계획 및 정보활동, 외교관계 등의 사유에 의해 지식재산권의 상업적 활용을 제한할 수 있는 경우를 당사자 간에 별도로 협의하여 정하지 않는 한 공유자 일방은 지식재산권의 복제, 배포, 개작, 전송 등의 사용·수익을 할 수 있다(동조 제2항). 이때 지식재산권의 사용·수익 등에 따른 이익은 별도의 정함이 없는

한 지식재산권을 행사한 당사자에게 귀속하는 것으로 한다(동조 제3항). 만일 발주기관이 개발된 소프트웨어를 타 기관과 공동으로 활용하는 경우에 계약 담당공무원은 그 대상기관의 범위 등을 입찰 공고에 명시하고 이를 계약서에 반영하여야 하며(동조 제4항), 공유자 일방이 지분을 제3자에게 양도하는 등 지식재산권을 처분·배포하고자 하는 경우에는 반드시 타 공유자의 동의를 받아야 한다(동조 제5항). 계약목적물에 대한 지식재산권이 공동소유 원칙에도 불구하고 발주기관에 단독으로 귀속된 경우 발주기관은 국가안전보장, 국가의 방위계획 및 정보활동, 외교관계 그 밖에 이에 준하는 경우로서 국가기관의 행위를 비밀리에 할 필요가 있을 경우 등 특별한 사유가 없는 한 계약상대자에게 계약목적물을 개작할 수 있는 권리를 부여하여야 하며, 계약상대자는 이를 상업적으로 활용할 수 있다. 이 경우 개작권을 부여받은 계약상대자는 발주기관의 승인을 받아 제3자에게 개작권을 양도할 수 있다(동조 제6항). 아울러 지식재산권이 계약상대자에게 귀속된 경우라 하더라도 계약상대자는 발주기관이 계약목적과 관련되어 해당 계약목적물을 사용(기능개선, 재개발, 유지보수를 포함한다. 이하 “계약목적물의 사용”이라 한다)함에 있어서는 어떠한 제한을 하여서도 안 된다(동조 제7항).

한편, 2015년 개정에서는 제56조의2가 신설되었는데, 본 규정은 계약목적물의 특허권 등의 귀속 등에 대한 특례로서 해당 계약에 따른 계약목적물에 대한 특허권 등에 대해서는 제35조의3을 준용하도록 하여, 계약당사자 간 협의하여 특허권 등의 귀속 주체를 정할 수 있도록 하였다.

용역계약일반조건의 상위 근거법률로는 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」이 있다. 국가의 부담이나 법령 또는 조약에 따라 국가의 소유로 된 재산은 「국유재산법」의 적용을 받게 되는데, 현행 국유재산법은 특허권, 실용신안권, 저작권 및 품종보호권 등의 지식재산권을 동법 제5조 6호에 근거하여 국유재산으로 포함한다. 저작권의 귀속과 관련하여서는 동법 제65조의12에서 규정하고 있는데, 동법 제11조 제2항에서 국유재산에는 사권설정을 금지하고 있음에도 불구하고 공동창작의 계약에 기초하여 공동으로 창작한 저작물은 국가와 창작자가 공동으로 소유할 수 있도록 예외를 인정하고

있다. 다만 결과물에 대한 기여도 및 국가안전보장, 국방, 외교관계 등 계약 목적물의 특수성을 고려하여 협의를 통하여 저작권의 귀속주체 등을 달리 정할 수 있다. 한편, 이러한 계약을 체결할 때 중앙관서의 장 등은 결과물에 대한 저작권의 전부를 국가 외의 자에게 귀속시키는 내용의 계약을 체결해서는 안 되는 것으로 명시하고 있다. 반면 지방자치단체의 부담, 기부채납이나 법령에 따라 지방자치단체 소유로 된 재산은 「공유재산 및 물품 관리법」의 적용을 받는다. 저작권의 귀속과 관련하여서 최근까지 명확한 규정을 두고 있지 않아 공유재산인 지식재산권을 다루는 데 어려움을 가져왔으나, 2015년 1월 20일자 법률 제13017호로 일부개정된 「공유재산 및 물품 관리법」에 저작권의 귀속(동법 제43조의10) 등에 관한 규정을 신설하여 국유재산법과 동일한 내용을 마련하였다.

2. 저작권 귀속 문제에 대한 태도 변화의 흐름

용역계약일반조건으로 대표되는 정부발주용역에서의 저작권 귀속 규정은 기존에는 계약목적물에서 창출된 저작권이 발주기관인 정부 등에 당연히 귀속되는 것으로 되어 있었으나, 점차 실제 창작자인 계약상대방이 저작권을 보유하고 이를 활용할 수 있도록 하는 방향으로 변화되고 있다.

정부 등이 발주한 용역에 대한 저작권 귀속 문제가 제기된 초기의 대표적 사례는 해인소프트와 대한지적공사 간의 분쟁(2001년에서 2006년)이었다. 행정자치부가 발주 및 주관하는 지적도면전산화사업의 사업자로 선정된 해인소프트는 지적통합시스템을 개발하여 대한지적공사에 납품하였다. 이때 발주기관인 대한지적공사는 지적통합시스템의 저작권 전부를 양수하도록 하였고, 해인소프트가 저작권을 갖고 있던 도면설계 엔진인 WinCAD의 무제한 사용권을 대한지적공사에 제공하는 계약을 체결하였다. 이에 대한지적공사는 해인소프트로부터 납품받은 지적통합시스템과 WinCAD의 저작권을 적법하게 양수받았음을 근거로 하여 행정자치부 내 지적부서에 총 619개의 프로그램 복사본을 무상으로 공급하였다. 이러한 행위는 해당 프

로그래ムの 저작권자인 해인소프트에 영업상 손해를 발생시켰으며 이의 배상을 내용으로 양측 간 분쟁이 발생한 사례이다. 이에 대하여 법원은 대한지적공사가 배포한 것은 납품받은 해인소프트로부터 저작권을 양수받은 지적통합시스템을 개작한 것에 해당하여 대한지적공사의 행위에서 저작권 침해는 발생하지 않는 것으로 판단하였다.³⁴⁾ 이 사례는 정부 등에 의한 용역 등에서 창출된 저작권을 발주기관에 귀속시킨 경우 시장이 성장할 수 있는 기회를 제약시키는 효과가 발생할 수 있다는 점에 비판이 제기되었고, 이후 비슷한 맥락의 사례들은 저작권 귀속에 관한 문제에 논의를 불러일으키는 계기가 되었다.

이러한 논의는 정부 등의 용역계약 체결 시 근거가 되는 법규의 개정으로 이어졌다. 대표적으로 「국유재산법」은 본래 유체물을 전제로 한 재산 개념에 기초한 국유재산의 소유·관리 체계를 두고 있었으나, 2012년 지식재산의 귀속에 관한 규정을 포함시킴으로써 무체물인 저작권 등 지식재산권에 관한 지침의 필요성을 인식한 것으로 볼 수 있다. 행정규칙인 용역계약일반조건은 실무적인 필요에 의하여 국유재산법에 비하여 상당히 앞선 2006년에 발주기관과 계약상대방이 협의하여 저작권 귀속주체를 정할 수 있도록 규정하였다. 이후 2014년 개정에서 발주기관 및 계약상대방이 저작권 등 지식재산권을 공동으로 소유하도록 변경하였고, 2015년 개정에서는 특허권 등(특허권, 실용신안권, 디자인권)을 분리하여 발주기관과 계약상대방이 협의하여 권리의 귀속 주체를 정하도록 별도로 정하였다.³⁵⁾

결국 큰 틀에서는 정부발주용역의 계약목적물에 기한 저작권은 실제 이를 창작한 자에게 귀속되어야 한다는 인식이 제도적 방향에 작용되고 있는 것으로는 보인다. 하지만 이와 같은 방향성 자체만으로 창작자에 의한 저작권

34) 김시열, “정부발주사업 창출물의 효율적 활용을 위한 지식재산권 귀속 규정 정비방안 연구: 산업재산권과 저작권의 조화를 중심으로”, 『법학논총』, 제36집(2016), 87면.

35) 2006년 개정과 2015년 개정에서 모두 협의를 통하여 귀속주체를 정하도록 하는데, 2006년 개정은 발주기관이 소유하는 것에 중심을 두는 협의라 한다면, 2015년 개정은 실제 창작자인 계약상대방에게 권리가 귀속되는 방향으로 한다는 점에 차이가 있다. 김시열, 상계논문(2016), 88면 참조.

활용이 적절히 보장된다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 실제 관련 규범의 비효율로 인하여 그러한 방향에 도달하는 데 제약이 발생하기 때문이다. 즉, 용역계약일반조건의 저작권 귀속 관련 규정들이 창작자 원칙에 근접하게 변화 및 운영되고자 하더라도, 그에 관련된 각 규정들이 갖는 문제들은 이러한 방향적 지향을 제약할 수 있다는 것이다.

IV. 용역계약일반조건의 저작권 귀속 규정 개선방안

1. 창작자 귀속 예외사유의 구체화

저작물을 창작한 경우 저작권은 당연히 창작자에게 귀속된 상태에서 도급계약 시 발주자가 해당 권리의 주체가 될 수 있는 것은 원시적 귀속이 아닌 발생한 저작권의 양도를 통한 것으로 보아야 함은 앞에서 설명하였다. 그런데 현행 용역계약일반조건의 규정은 이와 같은 저작권의 창작자 귀속 원칙의 의미를 감소시키는 요소가 있는데, 이는 발주자인 정부 등이 저작권의 귀속 주체가 될 수 있도록 하는 예외 규정의 포괄성이다. 이 예외는 창작자 원칙, 즉 저작물을 창작한 자에 해당 저작물을 귀속시켜 활용하도록 하는 것이 적절함에도 불구하고 공익적 한계로 인하여 해당 저작물의 귀속 주체가 정부 등이 될 수 있도록 하는 것이다.

헌법 제23조 제1항은 재산권 주체에게 재산권에 대한 사적 유용성과 처분권능을 보장하고 있으며, 동조 제2항에서는 재산권의 사회적 기속성을 규정하여 재산권의 한계를 명시하고 있다. 동조 제3항은 이와 같은 재산권을 공공필요에 의한 공용수용의 근거를 명시하는데, 이는 헌법상 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 하는 것으로 해석된다.³⁶⁾ 이러한 헌법의 태도는 재산권 절대 원칙에서 재산권 상대 원칙으로 수정된 사회적 시

36) 이부하, 『한국의 경제질서와 재산권』, 영남대학교출판부, 2015, 79-80면.

장경제질서 체계를 반영한 것이라 할 수 있다.³⁷⁾ 이러한 태도에 기초하여 용역계약일반조건은 제35조의2 및 제56조를 통하여 국가안전보장·국방·외교관계 등의 계약목적물의 특수성이 인정되는 경우 등에는 협의를 통하여 해당 저작물에 대한 공동귀속의 예외를 인정한다. 이에 동 규정 제56조 제1항에 예시된 국가안전보장·국방·외교관계 등의 특수성이 인정될 시에는 해석상 용역의 발주자이자 해당 사유의 주관이 되는 국가 등이 단독으로 권리의 주체가 될 수 있게 된다. 그런데 이와 같은 현행 용역계약일반조건상의 공동귀속 예외규정은 그 예외 적용을 위한 사유가 상당히 포괄적이어서 문제가 된다.

비교를 위해 해외 주요국 중 대표적으로 일본의 사례를 살펴보고자 한다. 일본은 「산업기술력강화법」과 「콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 법률」의 규정을 대표적인 관련 근거로 볼 수 있다.

「산업기술력강화법」³⁸⁾은 제19조에서 정부 자금을 공급하여 이루어진 위탁연구개발에 관한 특허권 등에 대하여 일정조건을 수탁자가 약속하는 경우, 수탁자에게 귀속시킬 수 있도록 하고 있다. 이때의 일정조건은, 특정 연구 개발 등 성과를 얻은 경우에는 지체 없이 국가에 그 취지를 보고할 것을 수탁자 등이 약속할 것, 국가가 공공의 이익을 위해 특히 필요할 경우 그 이유를 밝혀 요구할 경우에는 무상으로 해당 특허권 등을 실시할 권리를 국가에 허락할 것을 수탁자 등이 약속할 것, 해당 특허권 등을 상당 기간 활용하지 않고 있다고 인정됨과 동시에 해당 특허권 등을 상당 기간 활용하지 않는 것에 대해 정당한 이유가 인정되지 않는 경우에 국가가 해당 특허권 등의 활

37) 김상용, 『민법사상사』, 피앤씨미디어, 2016, 156면.

38) 본 법은平成 12년(2000년)에 제정된 산업 기술력 강화에 관한 기본적인 법률로서 국가의 위탁 자금을 재원으로 연구를 한 경우 그 성과인 발명에 관한 특허 등의 권리를 위탁한 국가가 가지는 것이 아니고 수탁하고 실제로 연구 개발을 수행한 자가 가지게 한다는 규정이다. 이 규정은平成 11년(1999년)에 산업활력재생특별조치법에 제정이 되어 임시조치 성격의 규정이었지만, 입법 당초부터 동 조항을 항구 조치의 성격을 가진 것으로 인식하고 있었고, 국가에 의한 연구 개발의 실태에 입각해서 적용 범위를 확대하기 위해 2007년 제166회 통상국회에서 「산업활력재생 특별조치법 등의 일부를 개정하는 법률안」이 제출되어 동 법안은 2007년 4월 말에 성립, 동년 8월 6일부터 시행되었다.

용을 촉진하기 위해 특히 필요할 경우 그 이유를 밝혀 요구할 때에는 해당 특허권 등을 실시할 권리를 제삼자에게 허락할 것을 수탁자 등이 약속할 것, 해당 특허권 등의 이전 또는 해당 특허권 등을 실시할 권리로 정령으로 정한 것의 설정 또는 이전의 승낙을 하고자 할 때에는 합병 또는 분할에 의해 이전할 경우 및 해당 특허권 등의 활용에 지장을 미칠 우려가 없는 경우로 정령이 정한 경우 외에 미리 국가의 승인을 받을 것을 수탁자 등이 약속할 것을 내용으로 한다. 일본 민법은 제646조에서 위탁한 업무의 성과는 위탁자에게 인도하도록 하고 있으며, 일본 재정법은 제9조에서 국가의 재산은 법률에 의거하는 경우를 제외하고는 그것을 교환하여 그 외 지불 수단으로서 사용하거나 또는 적정한 대가 없이 이것을 양도 또는 대여해서는 안 된다고 규정하고 있다. 따라서 국가가 위탁한 연구개발 성과로서의 지식재산권은 본래 국가에 인도하여야 하는 것으로서, 그 지식재산권을 적정한 대가 없이 수탁자가 보유하도록 할 수 없다는 것이 그동안의 원칙으로 볼 수 있다. 이에 이러한 법규를 고려하더라도 국가가 위탁한 연구개발 성과인 지식재산권을 적정한 대가를 받지 않고 수탁자에게 보유하도록 하기 위해서는 해당 법률 규정의 예외로서 작용할 수 있도록 법률의 지위를 갖는 본 규정을 마련하는 것이 필요했던 것이다.³⁹⁾

한편, 「콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 법률」⁴⁰⁾에도 국가의 위탁 사업에 의해 제작된 콘텐츠 관련 지식재산권에 대해서도 수탁처에 권리를 귀속시킬 수 있는 규정이 마련되어 있다. 동법 제25조는 국가가 콘텐츠의 제작을 제3자에게 위탁하거나 도급을 맡길 경우 해당 위탁 또는 도급과 관련된 콘텐츠가 효율적으로 활용될 것을 촉진하기 위해 해당 콘텐츠와 관련된 지식재산권에 대해서 일정조건에 해당할 경우에는 그 지식재산권을 수탁자 또는 도급자로부터 양도받지 않을 수 있도록 한다. 이때의 일정조건은,

39) 특허청의 일본 경제산업성 산업기술정책과 Hisaki SHIMAZU 실장 등과의 2014.12.19. 자 면담 결과김시열, “국가 지식재산 전략 수립에 관한 연구(창조경제 구현을 위한 국가 지식재산 전략연구: 공공 특허 성과의 민간 활용 촉진 방안)”, 한국지식재산연구원, 2014, 79면에서 재인용.

40) 2004년 6월 제정·시행.

해당 콘텐츠와 관련된 지식재산권에 대해서는 그 종류 기타의 정보를 국가에 보고할 것을 수탁자 등이 약속할 것, 국가가 공공의 이익을 위해 특히 필요할 경우 그 이유를 밝혀 요구할 경우에는 무상으로 해당 콘텐츠를 이용하는 권리를 국가에 허락할 것을 수탁자 등이 약속할 것, 해당 콘텐츠를 상당 기간 활용하지 않고 있다고 인정됨과 동시에 해당 콘텐츠를 상당 기간 활용하지 않고 있는 것에 대해서 정당한 이유가 인정되지 않을 경우에 국가가 해당 콘텐츠의 활용을 촉진하기 위해 특히 필요한 경우 그 이유를 밝혀 요구할 때에는 해당 콘텐츠를 이용하는 권리를 제삼자에게 허락할 것을 수탁자 등이 약속할 것을 내용으로 한다.

이를 종합하여 살펴보면, 일본의 경우 정부 등에 의한 용역으로 인하여 창출된 저작물의 권리를 창작자 원칙에도 불구하고 정부 등에 귀속하기 위해서는 통지의무의 불이행, 국가 등의 해당 용역 객체의 이용권 확보 불가, 미 활용 특허 발생의 해결책 부재 등이 있을 것이 요구된다. 이러한 사유는 우리나라의 관련 규정이 “국가안전보장·국방·외교관계 등의 계약목적물의 특수성이 인정되는 경우 등”과 같이 포괄적으로 예외를 명시한 것과 달리 어느 정도 상당한 구체성을 갖는다. 물론 우리의 경우 예외사유에 해당하더라도 해당 권리를 국가 등에 귀속시킬 것인지 여부는 계약당사자 간 협의를 통하여 정할 수 있도록 하고 있으나, 기존의 관행 및 계약당사자 간 관계 등을 고려할 때 협의를 통하여 창작자인 수탁자에게 유리한 방향으로 고려하기는 어려울 것으로 생각된다. 이에 예외 사유에 관하여는 포괄적 개념보다는 구체적인 사항을 명시하는 것이 필요할 것으로 판단되며, 그 내용으로는 우리 규정 및 해외 주요국의 사례를 고려할 때 발주자인 국가 등의 해당 용역 객체의 이용권 보장, 국가기밀 혹은 군사기밀, 수탁자의 의무 불이행 등에 한정하는 것이 적절할 것으로 생각한다.

그런데 이와 같은 제한이 법률 수준에서 기준이 존재하지 않고, 행정규칙 등에서 이를 규정하고 있다는 점이 부적절하다는 지적이 있다.⁴¹⁾ 즉, 법률에

41) 심미랑, “지식재산 제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구: 특허활용 현황분석 및 법제도 개선방안 연구”, 한국지식재산연구원, 2012, 278면.

의해 부여된 권리 귀속이 부령으로 제약되는 문제가 있다는 것이다. 그러다 보니 실무에서는 용역계약일반조건의 규범성이 낮으므로 각 부처별 관리규정이 서로 상이하게 나타나는 문제도 발생한다.⁴²⁾ 이에 저작권법상 부여된 창작자로서의 권리를 제한하는 사항은 행정규칙인 용역계약일반조건에서 그 제한사유를 명시하기보다는 국유재산법 등의 법률에서 이를 명확히 하는 것이 체계상 적절할 것으로 본다.⁴³⁾ 즉, 법률로서 저작권법상 창작자 원칙의 예외를 마련하여야 하는 것이지, 행정규칙만으로 저작권법의 원칙과 달리 상이한 태도로 정하는 것은 적절하다고 볼 수 없다.

2. 저작권 귀속 규정의 명확화

용역계약일반조건 제56조 제2항은 지식재산권이 계약당사자가 공동으로 소유하는 경우에는 국가안전보장, 국가의 방위계획 및 정보활동, 외교관계 등의 사유에 의하여 지식재산권의 상업적 활용을 제한할 수 있는 경우를 계약당사자 간 별도로 협의하여 정하지 않는 한 계약당사자인 공유자 일방은 지식재산권의 복제, 배포, 개작, 전송 등의 사용 및 수익을 할 수 있다고 명시한다. 즉, 협의를 통해 일정한 제약이 부과되지 않는다면 원칙적으로 공유자인 계약당사자(창작자)는 저작권법이 정하는 자신의 지분 전부를 자유롭게 이용할 수 있는 것이다.

용역계약일반조건 제56조 제6항은 지식재산권이 발주기관에 귀속된 경우 발주기관은 국가안전보장, 국가의 방위계획 및 정보활동, 외교관계 그 밖에 이에 준하는 경우로서 국가기관의 행위를 비밀리에 할 필요가 있을 경우 등 특별한 사유가 없는 한 계약상대자에게 계약목적물을 개작할 수 있는 권리를 부여한다. 계약상대방은 이 권리를 상업적으로 활용할 수 있다. 그런데 위의 허용된 권리는 ‘개작을 할 수 있는 권리’라고 한정되는데, 이는 저작권법에서 정하는 저작재산권의 지분권 중 2차적저작물작성권으로 해석할 수

42) 심미량, 상계보고서(2012), 280면.

43) 김시열, 전계보고서(2014), 117면.

있다.⁴⁴⁾ 즉 다양한 저작재산권의 지분권 중 2차적저작물작성권만이 동 규정에 의하여 허용될 뿐이며, 복제권 및 전송권 등 다른 저작권 지분은 발주기관인 국가 등의 허락을 얻어야 이용이 가능한 것이다.

한편, 저작권법은 국가 또는 지방자치단체가 업무상 작성하여 공표한 저작물이나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물은 허락 없이 이용할 수 있다고 명시하고 있다(저작권법 제24조의2 제1항). 다만, 국가안전보장에 관련되는 정보를 포함하는 경우, 개인의 사생활 또는 사업상 비밀에 해당하는 경우, 다른 법률에 따라 공개가 제한되는 정보를 포함하는 경우, 한국저작권위원회에 등록된 저작물로서 국유재산법에 따른 국유재산 또는 공유재산 및 물품 관리법에 따른 공유재산으로 관리되는 경우에는 예외적으로 이용을 위한 허락을 득할 것을 명시한다. 즉, 국가 및 지방자치단체가 보유하고 있는 저작재산권은 우리나라 국민이면 자유롭게 이용할 수 있도록 국가 등의 권리 행사를 제한한 것이다.

용역계약일반조건에 따라 용역결과인 저작물의 귀속 주체가 공동인 경우에는 저작권법 제24조의2 제1항에서 말하는 ‘국가 등이 저작재산권을 전부 보유’하고 있는 것으로 볼 수 없으므로, 이 경우에는 저작권법 제24조의2 제1항이 적용될 수 없어 저작물의 자유로운 이용은 불가하다. 그럼에도 용역계약일반조건 제56조 제2항에서 용역 객체의 저작권이 계약당사자 간 공동으로 귀속되어 있는 경우에는 저작권의 이용 범주를 저작재산권 전부로 정하고 있으므로 저작권법 제24조의2 제1항을 적용하지 않더라도 그 효과는 동일하다. 그런데 발주기관만이 저작권자인 경우가 있을 수 있는데, 이때는 창작자인 계약상대방이 저작권법 제24조의2 제1항에 따라 용역계약일반조건에서 2차적저작물작성권만 허락되었음에도 불구하고 저작재산권의 지분권 전체가 이용허락된 것과 동일한 효과를 갖는다. 이처럼 용역계약일반조건 제56조 제2항 및 제6항이 저작권의 귀속 형태에 따라 권리의 이용허락 범위를 서로 다른 형태로 표현하고 있으나, 실제로 계약상대방에 허용되는 이

44) 이 경우 저작인격권의 지분권인 동일성유지권의 허락도 연관될 수 있으나, 효과적인 논의를 위하여 저작재산권만으로 한정하여 논의하기로 한다.

용범위는 동일하다. 동일한 효과를 가져옴에도 불구하고 불필요하게 상이한 표현을 갖는 경우, 이는 해당 행정규칙을 적용하는 자들에게 혼란을 가져올 우려가 있다는 점에 그 표현을 적절히 수정할 필요가 있다. 생각건대, 저작권법 제24조의2가 입법되었음에도 불구하고 그러한 점이 적기에 반영되지 않은 것이 원인으로 생각되는데, 이러한 점을 적절히 고려하여 명확한 태도를 용역계약일반조건에 제시하여야 할 것이다.

3. 저작권 등 지식재산권 귀속 규정의 일원적 체계 정립

용역계약일반조건은 저작권과 특허권 등(특허권, 실용신안권, 디자인권)을 권리의 귀속 문제에 관하여 이원적으로 다루고 있다. 이러한 이원적 규율은 동일한 용역 객체인 물건에 대해 권리의 보유를 복잡하게 하고 이로 인한 지식재산권의 활용 및 해당 물건의 이용까지도 제약하게 되는 문제가 있다.

용역계약일반조건은 제35조의3 및 제56조의2에서 특허권 등을 당사자 간 협의에 의하여 계약상대방에게 귀속시킬 수 있도록 하고 있다. 이에 계약상대방이 단독으로 특허권을 보유하게 되면 그 계약상대방은 정당한 특허권자로서 해당 특허발명을 업으로 실시할 권리를 독점하고, 제3자가 정당한 권원 없이 특허발명의 보호범위에 속하는 발명을 실시하는 경우에는 특허권 침해를 이유로 민형사상 제재조치를 취할 수 있게 된다. 아울러 계약상대방은 정당한 특허권자로서 특허권을 타인에게 이전할 수 있으며, 특허권에 대한 실시권이나 질권을 설정하여 수익을 창출할 수도 있다.⁴⁵⁾ 즉, 계약상대방은 부여받은 자신의 특허를 자신이 실시하는 것뿐만 아니라 타인에게 실시를 허여하여 타인으로 하여금 자신의 특허를 실시하게 할 수 있다. 이는 특허권자가 여러 여건상 자신이 직접 해당 특허를 실시하는 것이 어려운 경우에 타인을 통하여 해당 특허권을 활용하게 하여 특허권의 가치를 사장(死藏)시키지

45) 물론 이러한 권리행사는 절대적일 수는 없으며 시간적·내용적·지역적 제한이 존재한다. 임병웅, 『특허법』, 제14판, 한빛지적소유권센터, 2015, 701면.

않도록 하기 위해 인정되는 것이다.

그런데 정부발주사업을 통하여 창출된 특허권 등을 용역계약일반조건 제35조의3 혹은 제56조의2에 의하여 계약상대방에게 귀속시키더라도, 동 규칙 제35조의2 혹은 제56조에 의하여 동일한 물건의 저작권이 계약당사자 양자에 공동으로 귀속되는 경우도 가능하다. 문제는 이때 발주기관 및 계약상대방, 즉 계약당사자 간 저작권의 공동 귀속이 계약상대방의 특허권 실시, 특히 제3자를 통한 실시에 영향을 미칠 수가 있어서 해당 결과물의 활용을 제약하는 효과를 초래하게 된다는 데 있다. 예를 들면, 용역의 결과 개발되어 납품된 소프트웨어에는 소스코드 등에 창작성이 인정될 수 있다면 저작권이 부여되며, 해당 소프트웨어가 발명 및 특허 요건을 충족할 경우에는 특허권 역시 발생할 수 있을 것이다. 이 경우 용역계약일반조건에 따라 저작권이 계약당사자 양자에 귀속되어 있을 때, 또한 특허권의 귀속은 계약상대방에게 이루어졌다고 가정해 볼 수 있다. 이 경우 특허의 실시는 객체의 동일성으로 인하여 현실에서는 저작물의 이용과 동일하게 나타날 가능성이 있다는 것이다. 특히 실시자가 제3자인 경우 문제가 발생하는데, 소프트웨어가 갖는 최적의 효율성 추구 등 내재적 특성으로 인하여 제3자가 실시하더라도 해당 소프트웨어의 저작물, 즉 소스코드 등을 이용할 수밖에 없을 가능성이 높다. 그런데 저작물의 공동저작권자가 아닌 제3자인 실시자는 저작권 침해를 회피하기 위해서 실시를 허여받음과 별도로 반드시 저작물 이용에 대한 허락을 얻어야 한다. 즉, 저작권과 특허권에 대한 이원적 규범이 갖는 문제는 예시에서 지적한 바와 같이 한 권리에 대해 자유롭게 이용할 수 있는 권원이 있다고 하더라도 경우에 따라서는 다른 권리에 의해 이용이 제약될 수 있는 한계가 발생할 수 있다는 점이다.

공동으로 귀속된 저작권을 이용하는 것에 관하여 규율하고 있는 용역계약일반조건 제56조 제2항은 공유자 일방의 저작권 행사를 허용하고 있다고 정할 뿐, 제3자에 의한 이용에 관하여는 전혀 언급이 없다. 이에 동 규칙 제56조 제2항에서 공유자 일방에 허용된 저작권의 이용이 제3자에 의한 이용까지도 허용하고 있는 것인지 여부를 고민해 볼 필요가 있다. 이 점에 관하여

명확한 해석이 제시된 문헌을 찾을 수 없으므로, 공동저작물의 법리를 기초로 생각해 보고자 한다. 저작권법은 저작재산권자 전원의 합의에 의하여 공동저작권의 행사가 가능하도록 정하고 있다.⁴⁶⁾ 이는 공동저작물의 저작재산권자들이 상호간 밀접한 인적 결합관계로 묶여 있는 것이기 때문에 민법상 공유에 비하여 상당히 강한 제약을 부여하고 있는 것이다. 만일 용역계약일반조건 제56조 제2항의 해석을 앞에서의 저작권법상 제약을 예외적으로 회피하여 타 공유자의 동의 없이 해당 저작물을 이용할 수 있는 것이라고 해석한다면, 그 예외의 범위를 지나치게 광범위하게 다루는 것이므로 공동저작자에 관한 저작권법상 원칙을 고려할 때 부적절하다고 생각된다. 따라서 용역계약일반조건 제56조 제2항에서 명시하는 공유자로서 계약상대방이 계약목적물인 저작물을 이용할 수 있는 범위는 자신이 직접 이를 이용하는 경우로 한정하는 것이 해석상 적절할 것으로 생각된다. 즉, 계약상대방에게 귀속된 특허권 등을 기초로 한 제3자에게 실시를 허여한 상황에서 제3자가 실시과정에서 해당 계약목적물인 저작물을 공동저작권자 일방의 허락 없이 복제 등 이용하게 되면, 타방 공유자인 공동저작권자 일방에 대해서는 저작권 침해가 발생하게 되는 것이다. 그렇기 때문에 계약상대방은 자신에 귀속된 특허권 등을 직접 실시하지 않고 제3자를 통해 실시하고자 할 때는 특허권에 문제가 없더라도 저작권에 관하여는 타방 계약당사자의 이용동의를 얻어야 할 수밖에 없는 것이다.

이와 같이 용역계약일반조건에서 저작권과 특허권 등의 권리귀속 형태의 불일치, 그리고 특정한 조합을 고려하지 않은 규정화는 저작권법의 창작자 원칙이 추구하는 목적, 즉 실제 창작자인 계약상대방이 해당 계약목적물을 활용하여 추가적인 가치를 창출할 수 있게 하는 데 한계로 작용하는 원인이 된다. 이에 저작권과 특허권 등의 귀속 규정을 이원적으로 다루

46) 이러한 내용의 저작권법 제48조 등은 공동저작에 의하여 저작권을 원시적으로 공동보유하게 된 경우와 저작권 성립 후 이를 수인이 공동으로 양수하거나 일부 지분의 양도 또는 상속 등에 의하여 후발적으로 공동보유하게 된 경우를 구분하지 않고 동일하게 다루고 있다.

기보다는 단일한 체계로 규율함과 동시에 가능한 조합이 나타내는 한계를 제거해 나가는 방법으로 규율하여 질서를 구축하는 것이 보다 타당할 것으로 생각된다. 물론 실무적으로 용역계약일반조건 및 관련 계약 법규 등에 저작권 귀속 문제와 특허권 등의 귀속문제를 다루는 주관부처가 상이한 점이 이원적 규율의 원인일 것이나, 시장의 관점에서 볼 때 이는 개선되어야 할 사항이라 본다.

V. 결 론

지금까지 저작권법의 창작자 원칙과 용역계약일반조건과의 관계, 그리고 제도 운영의 방향성 및 그에 따른 관련 규범의 개선 사항에 관하여 용역계약일반조건 제56조를 중심으로 살펴보았다. 기존까지 오랜 기간에 걸쳐 용역계약일반조건 등으로 대표되는 정부발주사업에 관한 규범의 저작권 귀속 문제는 권리의 귀속 주체를 누구로 할 것인지에 대한 논의에 한정되어 이루어진 면이 있다. 그런데 용역계약일반조건의 현재의 규범은 단순히 권리의 귀속 주체를 누구로 할 것인지에 대한 문제 이외에 다양한 문제를 내포하고 있는 상황이다. 특히 창작자 원칙에 따라 저작권 귀속 문제를 해결하더라도 이를 통하여 기대되는 일련의 효과를 제약하는 한계가 물리적 규범에서 존재하는 것이다. 이에 저작권 귀속 문제는 그 자체뿐만 아니라 이를 둘러싸고 있는 관련 규범 체계가 적절히 작동할 수 있는지, 그리고 우리 법체계에 비추어 적합성을 유지하고 있는지 등을 입체적이고 다소 넓은 범주에서 살펴볼 필요가 있다.

정부발주용역에서 저작권 귀속과 관련 전반적인 논의의 흐름과 정부의 입장 등은 앞으로 창작자 원칙의 구현에 무게를 두고 있음은 주지한 바와 같다. 다만, 현재 용역계약일반조건의 규범은 이를 충분히 반영하고 있는 것으로 보기에 아직 무리가 있다는 점에 향후 귀속 자체에 대하여는 규정의 개정을 통하여 정리가 될 것으로 보이는데, 이때 앞서 살펴본 관련 문제들에

대해 충분히 고민해 봄으로써 귀속 규범 체계에 대한 정비가 함께 이루어져야 할 것으로 생각된다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- WIPO, 『文學的 및 美術的著作物の 保護에 關한 “베른 條約”(파리規定 1971年) 逐条 解説』, 허희성(역), 범우사, 1984.
- 加藤雅信, 『소유권의 탄생』, 김상수(역), 범우사, 2005.
- 김남두, 『재산권 사상의 흐름』, 도서출판 천지, 1993.
- 김상용, 『민법사상사』, 피앤씨미디어, 2016.
- 오승중, 『저작권법』 제4판, 박영사, 2016.
- 이부하, 『한국의 경제질서와 재산권』, 영남대학교출판부, 2015.
- 이해완, 『저작권법』 제2판, 박영사, 2012.
- 임병웅, 『특허법』, 제14판, 한빛지적소유권센터, 2015.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 강정인, “로크사상의 현대적 재조명: 로크의 재산권 이론에 대한 유럽중심주의적 해석을 중심으로”, 『한국정치학회보』, 제32권 3호(1998).
- 김석수, “소유론을 통해 본 칸트와 헤겔”, 『철학논총』, 제50집 제4권(2007).
- 김시열, “정부발주사업 창출물의 효율적 활용을 위한 지식재산권 귀속 규정 정비방안 연구: 산업재산권과 저작권의 조화를 중심으로”, 『법학논총』, 제36집(2016).
- 김종철, “로크의 재산과 인격: 로크의 재산 개념에 어떤 존재론적 함의가 있는가?”, 『한국정치학회보』, 50집 4호(2016).
- 나종석, “헤겔의 소유이론과 그 몇 가지 문제에 대하여”, 『사회와 철학』, 제11호(2006).
- 박영도, “소유권과 자연법”, 『인문논집』, 제27집(1985).
- 안효질, “공공 소프트웨어 사업의 지식재산권 귀속에 대한 분석: 용역계약일반조건의 내용을 중심으로”, 안암법학 제33권(2010).
- 양승태, “맥퍼슨에서 로크로, 그리고 로크를 넘어서: 자유주의적 소유권이론의 비판적 극복을 위한 자연법적 접근 서설”, 『한국정치학회보』, 제25권 1호(1991).
- 원세환·손경한, “위탁창작물의 권리귀속에 관한 소고”, 『일감법학』, 제28호(2014).
- 윤재왕, “자연법의 역사—존 로크 법철학의 양면성?”, 『강원법학』, 제34권(2011).
- 한상수, “로크의 재산권론”, 『공법학연구』, 창간호(1999).

〈기타 자료〉

- 김시열, “디지털 환경에서의 SW지식재산권 보호체계 선진화 방안”, 국가지식재산위

원회, 2014.

김시열, “국가 지식재산 전략 수립에 관한 연구(창조경제 구현을 위한 국가 지식재산 전략연구 : 공공 특허 성과의 민간 활용 촉진 방안)”, 한국지식재산연구원, 2014.

김시열, “정부발주사업에서 창출된 지재권의 귀속 현황 조사 및 분석”, 특허청, 2016.

심미랑, “지식재산 제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구: 특허활용 현황분석 및 법제도 개선방안 연구”, 한국지식재산연구원, 2012.

이정열, “SW 개발 관련 저작권 귀속에 관한 실태조사”, 한국저작권위원회, 2012.

중소기업청 · 중소기업진흥공단, 『미국연방조달규정해설』, 중소기업청 · 중소기업진흥공단, 2011.

A Study on the Provisions Governing Copyright Ownership among the General Terms and Conditions of Service Contracts

Kim Siyeol

In Korea, the percentage of services in the industry rendered by the government is very high. In this situation, the issue of ownership of copyright created in the course of rendering the services ordered by the government has been controversial over the past decade. Currently, the services ordered by the Korean government are governed by the general terms and conditions of the service contract established under the Administrative Standard Operating Procedure of the Ministry of Strategy and Finance. In the Procedure, the provisions on copyright ownership show the flow of which copyright ownership is considered as an exception to the principle applied to the management of national properties by awarding the ownership right to the original creator of such right. Nevertheless, some problems still need to be addressed in order to maintain the direction of institutional changes. In this paper, we have pointed out the limitations on the exercise of proprietary rights due to confusions over the concepts of the ownership of tangible and intangible assets, the degree of limitation as to the ownership considered as an exception, and the problem of ambiguity associated with the scope of use of proprietary rights due to an inconsistency in the ownership type.

Keyword

General Conditions of Service Contracts, Government-ordered project, Copyright ownership, National property, Principle of origin, Software