

정책연구 03-04

소프트웨어 거래에 관한 법제도 개선방안 연구

2003. 12

주지홍/김선정/이철남/양인애

서 언

소프트웨어제품의 완전성이나 이용의 안전성이 보장되지 못한 채 소프트웨어 이용이 일상화됨으로써, 개인이나 기업, 단체, 국가 등 사회의 거의 모든 주체들은 새로운 잠재적 위험에 직면하는 상황을 맞이하고 있으며, 이 중 일부 위험은 실제로 나타나고 있습니다. 소프트웨어의 창작자에 대하여는 저작권 또는 특허권에 의한 보호가 이루어지고, 그 사업자에 대하여 사업의 진흥을 위한 각종의 법적 지원책이 마련되어 있습니다. 그러나 계약상의 합의외에는 특별한 법제도적 보호장치가 없는 소프트웨어사용자의 경우, 소프트웨어의 불완전성에 의한 위험에 고스란히 노출되어 있습니다. 이와 같은 위험들은 소프트웨어 결함에 대한 계약법적 또는 불법행위법적 책임법리의 구축, 제품표준화, 품질인증제 등 다양한 방법을 통해 사전적으로 어느 정도 해결해 갈 수 있습니다. 그럼에도 불구하고 사전적인 예방책 이외에 잠재되거나 현재화된 위험에 대한 사후적 위험분산방법－예컨대 위험분배의 기준, 위험귀속의 주체 등－이 강구되어야 합니다.

본 보고서는 소프트웨어의 거래와 관련하여 발생하는 위험을 보험제도를 통해 해결할 수 있는 가능성을 검토하고 바람직한 개선방향을 도출함과 아울러, 제조물책임법의 적용가능성 및 공개소프트웨어의 담보책임에 대해서도 검토하였습니다.

본 연구의 수행에 많은 도움을 주신 동국대 김선정 교수께 감사드립니다. 그리고 원내 미래한국연구실의 주지홍 박사, 이철남 연구원, 양인애 연구원께도 감사의 인사를 전합니다. 아무쪼록 본 보고서가 정보사회 정책수립 및 일반독자에게 많은 참고가 될 수 있기를 소망합니다.

2003년 12월
정보통신정책연구원
원 장 이 주 현

목 차

서 언	1
요약문	5
제1 장 서 론	25
1. 연구의 목적 및 필요성	25
2. 연구의 범위	25
제2 장 소프트웨어 사업의 발전과 소비자보호의 필요성	27
1. 소프트웨어 사업의 발전	27
2. 소비자보호의 필요성	27
제3 장 보험의 활용과 개선방안	33
1. 보험제도 활용의 필요성	33
2. 전통적 보험종목으로 담보할 가능성	34
3. 새로운 보험상품의 출현	46
4. 소프트웨어 사용자에게 대한 보험보호의 문제점	81
5. 소비자보호의 실효성 확보를 위한 법개정안	93
제4 장 소프트웨어하자로 인한 손해의 제조물책임법리 적용여부	100
1. 서 론	100
2. 현황 및 문제점	102
3. 소프트웨어의 개념 및 제조물 여부	103
4. 제조물책임법리	106
5. 해석론상 제조물책임 긍정론	111

6. 입법론을 통한 제조물책임 적용	113
7. 비판 및 결론	114
제 5 장 공개소프트웨어의 워런티	120
1. 서 론	120
2. 통일컴퓨터정보거래법상 소프트웨어 워런티	123
3. 공개소프트웨어의 워런티	136
4. 소 결	145
제 6 장 결 론	147
참고문헌	149

요 약 문

제1 장 서 론

소프트웨어의 창작자에 대하여 저작권 또는 특허권에 의한 보호가 이루어지고 그 사업자에 대하여 사업의 진흥을 위한 각종의 법적 지원책이 마련되어 있는 것에 비하여 소비자로서 특별한 법적 보호장치가 없는 소프트웨어사용자의 지위는 불안정하다. 이와 같은 위험들은 소프트웨어 결함에 대한 계약법적 또는 불법행위법적 책임법리의 구축, 제품표준화, 품질인증제, 소프트웨어를 임치하는 에스스로제도, 사용설명서 등 제품설명의무의 강화, 양질의 제품을 생산하기 위한 내부규제의 정비, 소프트웨어 시장에서의 자유경쟁의 보장, 소프트웨어사업자단체의 소비자 보호를 위한 자율규제 등 여러 가지 방법을 강구할 수 있다. 그럼에도 불구하고 잠재되거나 현재화된 위험에 대하여는 사후적인 위험분산방법이 강구되어야 한다. 각종의 기금, 공제, 보증, 보험제도 등이 그것이다. 본고는 사후적 구제방법의 하나로 보험제도의 활용가능성을 검토하는 한편, 소프트웨어에 대한 제조물책임법의 적용여부에 대해 살펴볼 것이다. 아울러 최근 논의되고 있는 공개소프트웨어의 하자담보책임에 대해 논의한다.

제2 장 소프트웨어 사업의 발전과 소비자보호의 필요성

1. 소프트웨어 사업의 발전

국내소프트웨어산업의 매출액은 1999년 7조원을 넘어 국내총생산의 2%에 육박하고 있다. 각종 통계자료는 향후 우리나라 국민생활에 있어서 소프트웨어의 수요와 중요성이 더욱 커질 것임을 예고하고 있다.

2. 소비자보호의 필요성

소프트웨어의 결함이 야기하는 피해는 컴퓨터에의 의존도가 높은 개인, 기업, 기관일수록 커진다. 더구나 대다수 컴퓨터들이 동일한 소프트웨어를 사용함으로써 소프트웨어 결함은 대량손해를 야기할 위험이 높아졌다.

보안과 관련한 피해는 해커뿐만 아니라 소프트웨어 제조자나 소프트웨어 사용자에게 의하여 야기되거나 확산되기도 한다. 그럼에도 불구하고 각국 정부의 대응정책은 바이러스예방과 해커퇴치에 집중되어 있는 실정이다. 이는 많은 피해가 소프트웨어 제작자의 조악한 설계로 야기되는 현실을 볼 때 적절한 대응이라고 할 수 없다. 많은 컴퓨터 사용자들이 침해위험에 대하여 오관하여 최소한의 보안을 하지 않거나 소프트웨어 시장 참여자들이 침해가 예견되는 제품을 시장에 밀어내는 것도 사태를 악화시킨다.

지금까지의 법들도 역시 소극적이라고 할 수 있다. 미국의 경우 통일상법전은 소프트웨어 결함에 대하여 계약책임을 묻는 것을 방해하여 왔다고 할 수 있다. 커먼로도 소프트웨어 결함을 이유로 한 경제적 손실을 보상하는 소송을 허용하지 않아 왔다.

일반적으로 소프트웨어 위험은 오작동의 위험(malfunction risk)과 내용물의 위험(contents risk)으로 대별된다. 오작동 위험은 전력의 과부하나 정전, 보안실패에 따른 기능마비, 소프트웨어나 어플리케이션의 설계 잘못, 접속시 접속속도가 늦어지거나 접근이 불가능한 것, 시스템의 과부하, 운영자의 잘못, 화재나 수재 등을 원인으로 사고가 발생한다. 오작동 사고는 기기 또는 시스템의 운영장애나 중단, 사용자의 인식불능, 서비스제공자의 경제적 손실, 서비스의 운영장애 및 중단에 따른 배상책임, 데이터 훼손 등의 사고 유형에 따른 손해를 초래한다. 내용물 위험은 소프트웨어 등의 내용이 타인의 프라이버시, 초상권, 명예, 신용을 훼손하거나 영업비밀을 침해하는 경우, 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권 등 지적재산권을 침해하는 경우에 현재화한다. 내용물위험은 주로 지적재산권침해로 인한 손해배상책임을 질 위험성을 의미한다. 이와 같이 소프트웨어 사업자는 지적재산권침해 등 전통적인

위험뿐만 아니라 소프트웨어의 특성에 기한 새로운 유형의 위험에 직면하게 된다. 이는 기존의 사업자들이 구사하던 것과는 다른 위험관리전략을 수립할 필요성이 있음을 의미한다. 즉 소프트웨어사업자들은 그들의 현재화된 위험뿐만 아니라 잠재적 위험도 전반적으로 평가하여 이들 위험을 줄이거나 없앨 예방책을 강구하여야 한다. 그러나 사전적으로 완화 또는 제거되지 않는 위험에 대하여는 사후적으로 위험을 전가할 방안을 모색하여야 하며, 위험분산의 전형적인 방법으로 보험제도를 활용할 필요성이 생긴다. 이는 소프트웨어 사업자의 자위수단일 뿐만 아니라 결과적으로 거래상대방의 보호수단이 된다. 결국 소프트웨어 사업자의 보험제도 활용은 위험의 사회적 분산방법으로 기능한다.

소프트웨어제품의 표준화, 제작자 등 사업자 내부의 준법감시체제구축, 라이선스 계약에서의 표준계약서식 등의 사용, 소프트웨어 제품 또는 서비스시장에서의 자유경쟁의 보장, 에스크로제도의 활성화, 소프트웨어 사업자단체 등의 소비자 보호를 위한 자율규제 등은 장기적으로 볼 때 소비자보호를 도모하는 방안들이다. 이와 함께 소프트웨어소비자보호를 위한 책임법의 구축도 중요한 것이다. 그러나 이와 같은 다양한 노력들에도 불구하고 예방되거나 회피되지 않은 위험들에 대하여는 사후적인 구제방법을 마련하는 것이 소비자보호에 긴요한 일이다.

제3 장 보험의 활용과 개선방안

1. 보험제도 활용의 필요성

본장에서는 배상책임의 소재를 상세히 논하려는 것이 아니라, 누가 책임을 지든 바이러스로 인한 손실 역시 배상책임의 이행 자체가 불투명한 거대 위험이라는 점을 강조하려는 것이다. 만일 바이러스위험이나 해킹위험이 표준적인 사업중지보험(business interruption policy) 등에서 담보되었다면 보험자는 거액의 지급책임을 부담하였을 것이나 대부분의 기업들은 이에 특별히 대비하지 않고 있었던 까닭에 보험자들은 이 심각한 배상책임을 회피할 수 있었다.

2. 전통적 보험종목으로 담보할 가능성

제조물책임보험 또는 생산물손해배상책임보험이란 제조물의 제조, 공급, 유통, 판매 등의 과정에 관여한 자가 제조물의 결함으로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 타인의 재산에 손해가 발생하여 그 결함제조물의 제조자나 판매자 등이 피해자인 사용자에게 대하여 손해배상책임을 지는 경우에 이를 보상하는 배상책임보험이다. 이 경우 제조물 그 자체의 하자담보책임은 제조물책임보험에서 담보하지 아니한다. 이와 같이 제조물책임보험은 “제조물”의 결함을 전제로 하므로 소프트웨어의 결함이 제조물책임보험에 의하여 담보될 수 있기 위해서는 먼저 소프트웨어가 제조물책임법상의 제조물에 해당하는지를 살펴야 한다. 현행법상 소프트웨어를 제조물로 볼 수 있는가에 대하여는 물건을 유체물이거나 전기 기타 관리할 수 있는 자연력에 한정하고 있는 우리 민법 제98조에 비추어 부정적인 견해가 많다.

제조물책임보험은 제조물책임법이 제정되기 훨씬 전부터 판매되어 온 보험상품이다. 그러므로 제조물책임보험에서 말하는 ‘제조물’의 개념을 제조물책임법의 ‘제조물’ 개념과 일치하여야 한다고 말할 수는 없다. 그러나 제조물책임보험도 전통적으로 소프트웨어를 제조물로 취급하여 오지 않았다. 현재의 보험거래도 이와 같은 입장을 의심없이 받아들이고 있는 실정이다.

소프트웨어제작자 또는 사업자의 소프트웨어이용자에 대한 배상책임을 전위험보험에 의하여 담보할 수 있을 것이냐가 문제된다. 전위험보험(all-risk insurance)은 특정위험만 담보하는 것이 아니라 약관상 특히 명시적으로 제외된 위험을 뺀 모든 위험을 담보하므로 담보범위가 매우 넓다. 이 보험에서는 보험자는 특정손실이 담보되지 아니한다는 사실을 입증하여야 지급책임을 면한다. 현재 많은 미국기업들이 이 보험에 가입하고 있다. 소프트웨어사업자의 위험도 약관상 명시적으로 배제되지 아니하는 한 담보한다고 새기는 것이 전위험보험의 성질에 부합할 것이다. 그러나 전위험보험이 고안되었을 때에 존재하지 않던, 그래서 고려되지 않았던 소프트웨어사업자의 책임을 과연 이 보험이 담보하는지는 단순히 결정할 문제가 아니다.

컴퓨터관련 위험으로부터 야기된 손해에 대하여 피보험자가 보상받을 수 있는지

는 1차적으로 당해 보험증권의 문언에 따르게 된다. 그러나 증권상 문언이 명백하지 않은 경우에 위의 전위험보험증권과 같이 당해 보험계약의 속성으로부터 보험자의 책임이 연역될 수도 있다. 영업중지보험의 경우, 담보조항의 규정하는 바는 전위험보험증권과 유사하다. 그러나 사업중지로 인한 실질적인 손해의 발생이 있어야 하며, 법원은 사업중지와 발생한 손실간에 인과관계를 요구함으로써 컴퓨터사고가 있더라도 실제로 사업중단의 사태에 이르지 않거나 사고와 사업중지로 인한 발생손해간에 인과관계가 없을 때에는 보상받을 수 없다. 그러나 사업중지와 발생손해간에 어느 정도 긴밀성이 있어야 하는지는 불명확한 점이 있다.

최근 우리 나라에서 상품화된 전자상거래종합보험은 대체로 사이버공간에서 발생하는 컴퓨터관련위험을 비롯하여 전자상거래관련 사업자의 위험을 담보하기 위하여 고안된 것이다. 이와 같은 상품은 기존의 화재보험, 동산종합보험, 기계보험 등 전위험담보보험에서 담보 여부가 불명확하던 데이터나 소프트웨어의 복구비용을 담보하며, 컴퓨터의 해커, 바이러스 등 제3자의 악의적인 침해행위에 대한 피해를 보상하는 고객주문형 보험상품인 것이 보통이다. 이와 같은 상품의 판매와 함께 우리 나라 보험사들은 컴퓨터관련위험이 담보되지 않는 점을 밝혀서 기존의 전위험보험을 판매하기 시작함으로써 논란의 소지를 줄이고 있으나 모든 전위험보험에서 이 점을 명시하지는 않아서 여전히 분쟁가능성이 있다.

컴퓨터관련 위험에서 발생한 손실에 대하여 보험자는 일응 보상책임을 인정할 것인가에 대하여 부정적으로 본다. 첫째, “물리적 손실 또는 손해”의 개념을 넓게 새기는 데에는 동의하지만 그 전제가 되는 “재산”의 개념에 컴퓨터 데이터 등이 포함된다고 보기는 어렵다고 생각한다. 컴퓨터관련위험은 전위험보험이 등장하던 당시에 전혀 고려되지 않던 새로운 위험이며, 보험료산정에 반영되지 않은 위험, 그것도 거대위험에 대하여 보험자에게 책임을 지라고 하는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 전위험보험에서 논의되지 않던 컴퓨터관련위험의 포함여부를 약관상 명백히 규정하지 않았다고 하여 작성자불이익의 원칙을 적용할 수도 없을 것이다. 현재 전위험보험에 가입하는 보험계약자들도 전위험의 개념을 주로 화재나 기계작동중지 등

특정된 위험에서의 전위험으로 이해하고 있는 것이 보통이므로, 컴퓨터관련보험이 제외되는 것으로 해석한다고 하여도 보험계약자의 합리적 기대에 어긋난다고 할 수 없을 것이다. 단순히 전위험보험의 성격상 모든 위험이 담보된다고 해석하는 것은 오히려 합리적이지 못하다. 다만 전위험약관과 문언이 다른 CGL약관에서 이들 위험이 담보되는지에 대하여는 좀 더 살펴 볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

기존의 보험증권이 데이터 등 관련위험을 담보하는지에 대하여 본문에서 소개한 잉그램판결과 미드웨스트판결의 상반된 결론은 법원이 전통적인 보험증권에 새로운 e-risk를 짜 넣는데서 생긴 부산물일 수도 있다. 이 판결들은 상반된 결론에도 불구하고 새로운 위험에 대하여 보험자가 즉시 대응하여야 한다는 점을 시사한 점에서 공통된 면이 있다. 전통적인 보험상품들이 예상하지 못하였고 약관작성이나 보험료율산정에 반영되지 않았던 위험은 새로운 보험상품으로 구성되는 것이 바람직하며, 그와 같은 점에서 우리 보험업계가 빨리 대응하고 있는 것은 좋은 일이다. 다만 현재 우리 나라 보험사들이 취급하는 보험상품들이 가상공간의 등장에 따르는 다양한 위험들에 대한 충분한 대책이 된다고 하기는 어렵다. 컴퓨터관련위험의 담보여부가 논란이 될 수 있는 보험계약에서는 이 위험의 부담보를 명시하도록 약관을 정비하고, 새로운 위험의 종류와 내용을 정밀히 분석하여 새로운 상품을 지속적으로 개발할 필요가 있다.

전위험보험에 가입하는 보험계약자들은 전위험의 개념을 주로 화재나 작동중지 등 특정한 위험에서의 전위험으로 이해하는 것이 보통이므로 컴퓨터관련위험은 CGL보험에 의하여서나 담보가 가능성이 있는 것으로 볼 수 있지만 그것이 보험계약자의 합리적 기대라고 할 수는 없을 것이다. 기존의 보험상품들이 예상하지 못하였던 새로운 위험은 그에 맞는 약관작성과 보험료율산정을 하여 새로운 상품으로 개발하는 것이 바람직하다. 현재 우리나라 보험사들은 컴퓨터관련위험은 담보되지 않는다는 점을 밝혀 전위험보험과 CGL보험을 판매하고 있다.

3. 새로운 보험상품의 출현

현재 우리나라에서 판매되고 있는 보험상품들은 전자상거래관련 손해배상책임보험, 망안전배상책임보험, 컴퓨터전문인배상책임보험, 지적재산권보험 등을 들 수 있다.

컴퓨터서비스 및 소프트웨어개발자 전문직업인 배상책임보험은 소프트웨어 및 하드웨어를 개발·판매하는 사업자와 전산시스템을 운영·관리·컨설팅하는 사업자가 전문인으로서 업무를 수행하는 중에 과실로 인하여 타인에게 손해배상책임을 지는 경우에 보험자가 이를 보상하는 보험이다. 해킹과 같은 부정접속, 바이러스 등으로 인한 사고는 담보하지 않는 것이 원칙이지만 피보험자가 개발한 소프트웨어의 기능장애에 의한 사고는 담보한다.

이 보험은 표제가 나타내듯이 전형적인 제3자 손해배상책임보험이다. 이 보험의 주된 보상내용은 피보험자인 소프트웨어개발자 등의 피해자에 대한 법률상의 손해배상책임이지만 이에 더하여 일정한 조건하에 피보험자가 지출한 방어비용을 포함할 수 있다. 전문적인 전산시스템을 구축하거나 관리하는 업체, 소프트웨어나 하드웨어 개발자, 전산시스템컨설팅업체의 위험분산방법으로 구상된 것이다.

이 보험에서는 ① 시스템 분석(analysis)·통합(integration)·설계(designing)·프로그래밍(programing)·자료처리(data processing)업무, ② 전산자료처리시스템(electronic data processing system)개발에 관한 컨설팅업무 및 시스템의 관리·운동을 대행하는 아웃소싱업무, ③ 컴퓨터하드웨어 및 소프트웨어의 마케팅, 판매, 서비스제공, 유통, 설치 및 유지관리업무를 수행하는 중에 과실로 인하여 피보험자가 제3자에게 손해배상책임을 지는 경우에 이를 보상한다.

그러나 피보험자의 부정직(dishonest), 사기성(fraudulent), 범죄성(criminal), 미필적 고의와 인식있는 과실을 포함하는 고의(malicious)로 인한 행위에 기인한 청구 등 보상하지 않는 손해도 여러 가지이다. 이 보험은 테일러 메이드 방식이다. 보험계약자가 보험조건과 함께 요율산정을 위한 자료로 가입설문서, 회사소개자료 등을 제출하면 보험자는 이를 검토하여 보험조건을 조정한다. 조정결과에 동의하는 보험계약

자는 청약서를 제출하여 청약하고 보험자가 승낙함으로써 보험계약은 성립한다. 보험계약은 요율계약이 아니므로 보험료지급과 보험증권의 발행은 보험계약의 성립요건이 아니지만 보험료의 지급이 있는 때로부터 보험자의 책임이 개시됨은 물론이다.

망안전보험은 정보재산과 사업활동을 보호하고자 하는 의도로 개발되었다. 이 보험은 피보험자가 인터넷 또는 네트워크상의 침해행위, 콘텐츠상해, 소프트웨어상해에 기인하여 법률상 손해배상책임을 지게 되는 경우에 이를 담보하는 보험이다. 인터넷은 컴퓨터의 전세계적인 공개 네트워크를 의미하며, 향후 개발될 유사 공개 네트워크를 지칭한다.

인터넷 및 네트워크 사업(Internet and Network Activities)은 다음을 의미한다.

- ㉠ 인터넷이나 전자게시판 또는 포럼을 사용하여 최종수요자나 고객이 데스크탑 브라우저를 통해 접속할 수 있게 해 주는 것으로서, 전자우편의 전송 및 수신, 파일이전 및 인터넷 브라우징을 포함한 것,
- ㉡ 인터넷, 엑스트라넷 또는 기타 하나 이상의 컴퓨터 네트워크 상에 존재하는 것으로서, 이것은 개인의 사업을 번창시키기 위한 웹사이트의 디자인, 창작 및 유지관리 및 피보험자의 웹사이트, 전자게시판 및 포럼상의 정보를 광고하거나 공개함으로써 이루어지는 것,
- ㉢ 사업정보 또는 프로세스를 인터넷, 엑스트라넷 또는 두 개 이상의 컴퓨터 네트워크상의 웹사이트와 통합하는 것,
- ㉣ 인터넷이나 두 개 이상의 컴퓨터 네트워크를 통한 거래로서, 제 3자와 귀중한 정보 및 상품을 교환하거나 매매하는 것,
- ㉤ 인터넷이나 두 개 이상의 컴퓨터 네트워크를 통해 제 3자에게 접속할 수 있도록 하고, 피보험자의 리소스를 제 3자와 결합하여 엑스트라넷을 창출하는 것,
- ㉥ 호스팅 서비스의 제공,
- ㉦ 디지털 증명서의 설치, 관리 또는 유지,
- ㉧ 제 3자에게 컴퓨터 시스템 리소스를 제공,

① 본 보험증권에 배서된 특정 활동, 제품 또는 서비스.

전자상거래배상책임보험은 약관규정에 따라 보험증권에 기재된 피보험자의 인터넷 및 네트워크 활동과 관련하여 행한 행위(부작위를 포함)에 기인하여 보험증권상의 담보지역 내에서 피보험자에 대하여 손해배상청구가 제기되어 법률상 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상하는 보험이다.

지적재산권관련보험은 일반적으로 타인의 지적재산권침해행위로 인한 손해배상 책임이나 이를 방어하기 위한 비용의 지급을 주된 내용으로 한다. 과거에는 사업자 종합배상책임보험, 전문직업인 과실·태만보험으로 이를 담보할 수 있을지 논의되었으나, 최근에는 특허보험, 저작권보험, 비용보험 등이 출현하여 독립된 보험상품으로 판매되고 있다. 소프트웨어사업자가 이 보험에 가입하면 그가 제3자의 지적재산권을 침해함으로써 생기는 배상책임을 보험자로부터 보상받겠지만, 이 보험이 직접적으로 소프트웨어이용자를 보호하는 것은 아니라고 하겠다. 다만 저작권 등 지적재산권침해소송에서 소프트웨어사업자가 성공적으로 방어함으로써 소프트웨어 사용자는 자산들이 사용하는 소프트웨어의 권원을 확인할 수 있다는 정도의 의미는 있다.

4. 소프트웨어 사용자에 대한 보험보호의 문제점

소프트웨어이용이 생활의 일부가 되고 이에 따른 피해 또한 증대하고 있는 현실에 비추어 볼 때 그동안 소비자보호문제가 소홀하게 다루어져 왔음을 부인할 수는 없다. 특히 피해의 사후구제문제는 거의 방치되어 왔다. 이는 소프트웨어 이용자의 피해에 대한 원인규명과 책임 소재를 밝히는 문제가 아직 명백하지 않은 경우가 많은 점, 소비자개인이나 소프트웨어사업자가 해결하기 힘든 거대 위험이라는 점, 소프트웨어 사업자의 책임을 논하는 것은 마치 소프트웨어산업의 경쟁력을 저해하는 것으로 오인하는 일부의 인식이 복합적으로 작용한 결과라 하겠다.

소프트웨어 결함의 위험을 담보하기 위한 계약의 유형으로는 보험, 공제, 채무지급보증계약을 생각할 수 있다. 이 가운데 채무지급보증계약은 전자상거래등에 있어

서의소비자보호기본법에서 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자보호를 위하여 관련사업자에게 “보험업법에 의한 보험계약” 이나 “소비자피해 보상금의 지급을 확보하기 위한 금융기관과의 채무지급보증계약”의 체결을 권장할 수 있다(제24조 제1항)고 하여 보험계약과 병존하는 것이 허용되고 있다. 채무지급 보증계약은 피해자보호 기능면에서는 보험과 다르지 않다. 전자상거래등에있어서 의소비자보호기본법은 그 점에 착안한 것으로 이해된다. 그러나 채무지급보증계약은 다수사업자에 의한 위험분산수단이라고 할 수는 없다. 그러므로 이 곳에서는 고려하지 않았다.

소프트웨어제작자 또는 사업자가 직면하는 위험을 위험단체를 통하여 분산시키는 방법으로는 공제와 보험을 생각할 수 있다. 현재 우리나라의 경우 조합원대상 공제 8개를 비롯하여 12개의 공제와 우체국보험이 존재한다. 이들 공제에 대하여는 지금까지 개별적인 설립근거법에 의하여 주무부처가 자체적으로 통제·감독하여 왔으나 최근 이에 대한 비판론이 일면서 그 실질이 보험인 공제에 대하여는 금융감독위원회와 금융감독원의 감독을 받아야 한다는 주장이 강하게 제기되었다.

어떤 위험에 대한 보험가입을 강제할 것인가는 입법정책의 문제이다. 의무보험화는 피해자보호의 필요성이 높아 가해자가 반드시 배상자력을 갖추어야 할 경우에 활용된다. 이처럼 의무보험화는 사법상 계약에서 발생한 피해자의 구제문제를 사회 보장제도화하는 것이다. 그러나 의무보험은 사적자치의 대원칙을 제한하는 것이므로 반드시 법적 근거가 있어야 한다. 소비자피해가 광범위하고 거액인 경우가 많아 소비자보호의 필요성이 절실함에도 불구하고 위와 같은 소프트웨어산업의 재정적 취약성을 감안하여 의무보험화는 차후의 과제로 삼아야 할 것으로 생각된다. 다만 가입을 강제하지 않더라도 일정한 경우에는 실질적으로 가입을 강제하는 형태를 취하고, 보험에 가입하면 당장 또는 장기적으로 이익이라는 생각을 가질 수 있도록 환경을 조성하는 것이 필요하다. 전자에 해당하는 것이 품질인증제품을 정부기관에서 우선구매하는 경우에 보험에 들 것을 요구하는 방법이다. 다만 이 문제는 정부의 우선구매가 여러 가지 이유로 큰 매력이 없다고 여기는 시장에서는 실효성이 떨어

어질 것이다. 특히 정부구매시장에서 사업대가기준의 합리적 산정이 중요하므로 보험료부담사실을 반영하도록 하는 것이 필요할 것이다. 그와 같은 것의 하나가 보험가입표시제도이다. 보험가입사실의 표시는 가스라이터제조업자가 제조물책임보험에 가입한 사실을 제품에 표시하듯 흔히 볼 수 있는 일이며, 표시여부는 표현의 자유에 속하는 문제이다. 그러나 소프트웨어보험의 경우에는 보험가입사실을 나타내는 표지를 정부가 제정·사용하도록 하고 보험에 가입하지 않은 자가 이와 같거나 비슷한 표지를 사용하는 행위는 강력히 규제함으로써 기존의 품질인증마크와 더불어 소비자의 합리적 선택을 유도하도록 하는 것이다.

제 4 장 소프트웨어의 하자에 대한 제조물책임 적용

1. 서 론

유체물인 물건이 매매의 주된 목적물이었던 과거에는, 이러한 물건거래를 전제로 법 제정도 이루어졌다. 그러나 시대가 변천함에 따라, 거래대상이 확대되었고, 무형의 소프트웨어가 점차 거래의 큰 부분을 차지했을 뿐 아니라, 이로 인해 발생하는 분쟁도 점차 증가하게 되었다. 이에 따라 과거 유체물인 물건을 전제로 하여 제정되었던 법이, 이러한 무체물인 소프트웨어거래에 적합하지 않게 되었고, 과연 어느 법을 기준으로 하여 이들 문제를 해결할 것인가가 논의의 대상이 되었다. 아직까지 이에 관해 명확히 입장을 밝힌 국내 판결은 존재하지 않으며, 다만 계약상 합의에 근거하여 채무불이행 내지 불완전이행의 영역에서 다루고 있다.

그런데 소프트웨어거래에 관해 분쟁이 발생한 경우, 적용가능한 것으로 채무불이행과 불법행위를 생각할 수 있다. 먼저 채무불이행의 경우, 당사자가 합의한 계약내용이 첫 번째 적용기준이 되겠지만, 계약서를 상세하게 적지 않은 우리 관행상 합의되지 않은 내용에 관해 분쟁이 발생했을 경우 과연 어느 규정을 적용할 것인가가 문제된다.

불완전이행의 경우, 매우 추상적인 규정만 두고 있고, 구체적인 내용은 법해석에 의해 이루어지고 있다. 하자담보책임의 경우 과거 법정무과실책임론이 통설이었으며, 따라서 손해배상범위도 계약금액 이내로 한정되었다. 그러나 점차 채무불이행설이 다수설을 차지하고 있으며, 대법원판례도 이행이익까지 인정하는 등 채무불이행설을 취하고 있다. 다만 우리나라는 계약당사자관계를 매우 넓게 인정하는 영미법과는 달리, 직접적인 계약당사자만을 계약당사자로 보기 때문에, 직접적 계약상 대방이 아닌 연결고리상 그 이전의 계약당사자에게 계약책임을 묻기 어렵다. 특히 소프트웨어를 제조자가 아닌 중간상인으로부터 구입한 경우, 통상 중간상인은 고의과실이 없기 때문에, 매도인의 과실을 전제로 한 채무불이행책임설을 적용하기가 곤란하게 된다.

이에 대해서는 미국법상 상품적합의 묵시적 담보책임이론을 원용하여, 매도인이 상인인 이상 명시적으로 물건품질에 대해 보증하지 않았더라도, 해당 거래계에서 통용되는 정도의 품질을 지닐 것을 묵시적으로 보증하였다고 여겨지므로, 이러한 정도의 품질을 갖추지 못한 경우 과실이 인정된다는 이론이 주장되고 있다.

하지만 이러한 이론이 주장되기 전에는, 법정무과실책임론적 입장에서 하자담보책임을 바라보게 되었고, 따라서 무과실인 중간판매자에게 책임을 묻기 어렵게 되었다.

예컨대 소비자가 MS사가 제조한 word프로그램을 용산전자상가에서 구입한 경우, 통상 word 소프트웨어는 비닐로 포장되어 있고, 판매자는 제조자나 도매상으로부터 받은 물건 그대로 소비자에게 판매하게 된다. 즉 소프트웨어에 하자가 있다면 제조자측에게 과실이 있는 것이지, 중간 판매자에게 과실이 있는 것은 아니다. 법정무과실책임론에 의할 경우, 판매자에게 고의나 과실이 없어도 물건가액 범위 내에서는, 배상할 의무가 있는 것이다.

그런데 문제는 물건의 하자로 인해 발생하는 손해는 대부분 물건가액보다 훨씬 더 큰 금액이 되는 점에 있다. 예컨대 소프트웨어의 하자로 말미암아 확대손해가 발생한 경우 누가 이 손해를 부담할 것인가가 문제이다. 예컨대 우리나라에서 최근

인터넷대란이 발생하였는데, MS사의 소프트웨어 프로그램의 하자를 악용하여 누군가가 악성 바이러스를 퍼뜨렸고, 이로 인해 전국의 인터넷망이 상당기간 마비되는 사태를 초래하였다. 이 경우 MS사가 이로 인한 손해를 배상하여야 되는가가 문제된다. 또는 소프트웨어의 하자로 말미암아 회사의 귀중한 데이터가 손상되었다거나, 회사전체 컴퓨터 시스템이 마비되어 정상적인 영업을 하지 못해 발생한 손해도 소프트웨어 판매자에게 물을 수 있는가 등의 문제가 발생하게 되었다.

따라서 전통적인 법정무과실책임론적 입장에서는 하자담보책임을 가지고 이러한 확대손해를 적절하게 규율하지 못하게 되었고, 결국 이러한 확대손해의 제한이 없으며, 직접적인 계약당사자관계를 전제로 하지 않는, 불법행위법상의 특별법이라 할 수 있는 제조물책임으로 손해를 구제받으려는 시도가 행해져 왔다.

이번 인터넷대란사건의 경우에도 시민단체를 중심으로 손해배상을 MS사 및 인터넷서비스제공업자를 상대로 소송을 제기하였는데, 주된 주장중의 하나가 소프트웨어의 하자로 인한 확대손해에 대해 제조물책임에 근거하여 손해배상하여야 한다고 주장한 것이다. 즉 소프트웨어가 제조물책임의 적용대상이 되느냐가 중요 쟁점중의 하나가 되었다.

본고에는 이를 중심으로 검토하겠다. 즉 소프트웨어가 제조물책임의 적용대상이 되는지 여부와, 만약 적용대상이 되지 않는다면 소프트웨어의 하자로 인한 확대손해를 어떤 법리에 의해 해결가능한지에 대해 언급하면서 결론을 내리도록 하겠다.

2. 소프트웨어의 제조물책임 적용 여부

공정설에는 다음과 같은 논거를 이유로 소프트웨어가 제조물책임의 적용대상이 되어야 한다고 주장하고 있다.

- 1) 소프트웨어가 CD-ROM이나 디스켓과 같이 유체물에 저장되어 있는 경우에는 이를 물건으로 보아야 한다. 컴퓨터의 일반적인 기본 프로그램이나 보편적으로 사용되는 응용프로그램, 게임프로그램 등 대량으로 개발, 공급되는 프로그램 이외에 특정한 목적을 위하여 개별적으로 개발된 개별 프로그램도 일정한

저장장치에 담겨져 공급되는 한 제조물로 보아야 한다.

- 2) 사용자의 주문을 받아 건별로 특별제작하는 주문형 소프트웨어의 경우에는 서비스계약으로 보아야 하지만, 윈도우 XP처럼 하나의 상품으로 포장되어 대량 거래되는 소프트웨어는 제조물로 보아야 한다.
- 3) 전기적 신호로 구성된 소프트웨어 자체를 관리가능한 자연력으로 볼 수 있기 때문에, 물건성을 인정할 수 있고, 따라서 제조물책임의 적용대상이 된다.
- 4) 무형의 전문적 서비스에 존재하는 결함으로 인한 손해도 제조물책임법의 법리에 의해 배상할 필요가 있으므로, 제조물책임법의 적용대상을 무형재산에까지 확대하여야 한다.
- 5) 상업적 방법으로 제공되는 소프트웨어의 경우에는 제조물책임의 주체인 제조업자에 해당될 가능성이 높으므로, 제조물책임의 적용대상이 된다.

부정설은 다음과 같은 논거를 들고 있다.

- 1) 제조물책임법은 불법행위중 극히 일부분만 피해자배상의 용이를 위하여 입증 책임을 전환시킨 특별법 영역이므로, 그 적용범위도 제한적으로 해석해야 한다. 따라서 제조물책임법에서 제조물책임의 대상인 제조물은 유체물인 물건에 해당되므로, 유체물이 아닌 소프트웨어는 제조물책임법의 적용대상이 되지 않는다.
- 2) 소프트웨어가 CD-ROM이나 디스켓과 같이 유체물에 저장되어 있는 경우에는 이를 물건으로 보아야 한다는 견해가 있다. 즉 일정한 저장장치에 담겨있는 경우에는 형태가 있으므로 동산으로 볼 수 있고, 따라서 제조물책임의 적용대상이 된다는 견해이다. 그러나 이러한 견해는 마치 물건을 포장하여 파는데 포장지의 특색이 이러하므로, 그 물건도 포장지의 특색에 따라 적용되어야 한다고 주장하는 것과 유사하다. 소프트웨어의 경우 공디스켓이나 공CD는 재산적 가치가 거의 보잘 것 없고, 그 내용물인 소프트웨어가 실질적인 물건의 가치를 결정하기 때문이다.
- 3) 저장장치가 유체물이므로 소프트웨어가 제조물책임의 적용대상이 되어야 한

다고 주장하지만, 저장장치를 통해 소프트웨어가 판매되지 않는 경우에는 적용되지 않게 된다. 즉 인터넷을 통하여 라이선스를 부여받고, 그 프로그램을 다운로드 받는 형태로 매수한 경우에는, 저장장치 자체가 없게 된다. 그렇다면 똑같은 소프트웨어인데 포장이 있느냐 없느냐에 따라 제조물책임의 적용대상 여부가 결정된다면 일관성이 없게 된다. 또한 소프트웨어 판매업자들이 다운로드를 통해서만 제품을 판매하게 유도하여, 결국 제조물책임적용여부를 회피할 수 있는 길을 열어주게 되고, 법 실효성이 떨어지게 된다.

3. 비판 및 결론

컴퓨터소프트웨어도 일정한 ‘제조 또는 가공’의 과정을 거쳐서 공급된다. 그러나 소프트웨어가 유체물 혹은 관리가능한 자연력인가에 대해서는 의문이다.

긍정설의 입장에서는 다운로드 받는 경우에도 문제될 바가 없다고 주장한다. 즉 소프트웨어가 공급되는 것은 디지털정보의 행태로 이루어지지만, 매수인이 이를 사용하기 위해서는 하드디스크 혹은 다른 저장장치에 저장되어야만 이용할 수 있기 때문에, 일단 공급이 완료된 시점에는 일정한 저장용기에 담겨있어 행태가 있다는 점을 근거로 들고 있다. 그러나 이는 한포장지에서 다른 포장지로 옮겨간 것일 뿐, 결국 거래의 핵심은 무체물인 소프트웨어이지, 포장이라 할 수 있는 저장장치가 아님을 간과한 것이다.

또한 물건이란 개념을 구체적인 형태를 가진 것으로 한정하지 않는다는 입장에서, 소프트웨어도 일정한 재산권의 대상이며, 소비자가 사용하기 위해서 구입하는 매매목적물에 해당되므로, 제조물책임의 대상이 될 수도 있다고 주장 할 수 있다. 그러나 제조업자가 매수인에게 공급하는 형태는 디지털정보의 형태이므로 이를 유체물로 볼 수 없으며, 관리가능한 자연력으로도 볼 수 없다. 따라서 동산이 될 수 없으며, 소프트웨어를 제조물책임으로 보기에 어렵게 된다.

제 5 장 공개소프트웨어의 워런티

1. 서 론

소프트웨어의 워런티와 관련된 몇몇 사례가 최근 잇달아 발생하고 있다. 여기에서 주로 다루고자 하는 특허와 관련하여 두가지 사례가 직접 또는 간접적으로 관련된다. 이러한 상황을 염두에 두고, 본장에서는 우선 소프트웨어의 워런티와 관련된 일반적인 내용을 미국 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act: UCITA) 제4장을 중심으로 살펴보고, 이후 GPL 등 주요 공개소프트웨어 라이선스가 워런티를 어떻게 다루고 있는지, 그 한계는 무엇인지를 살펴보고자 한다.

2. 통일컴퓨터정보거래법상 소프트웨어 워런티

통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act: UCITA)은 제4장에서 10개의 워런티 관련 조항을 두고 있다. 이를 대략 분류해 보면, i) 제3자에 의한 권리침해(infringement)주장이 없도록 하여 라이선시가 평온한 권리를 향유할 수 있도록 할 책임, ii) 명시적 담보책임이 발생하기 위한 요건, iii) 컴퓨터프로그램의 통상적인 사용목적에 적합할 것(상품적합성)과 라이선시의 이용목적에 맞을 것 등과 관련한 묵시적 담보책임 및 그것의 배제 또는 변경, iv) 기타 워런티의 중첩 및 충돌, 제3의 수익자, 무료소프트웨어의 워런티배제 등에 관한 조항으로 나눌 수 있다. UCITA의 워런티 조항 중 특히 공개소프트웨어와 관련하여 중요한 것으로는 특허권 등 제3자의 권리에 관한 비침해(Noninfringement) 또는 비간섭(Non-interference) 워런티 및 묵시적 워런티와 관련된 사항이다.

3. 공개소프트웨어의 워런티

오픈 소스 소프트웨어 운동의 기원은 1980년대 초반 소프트웨어의 상용화 및 그에 따른 여러 가지 제한에 반대하여 리처드 스톨만(Richard Stallman)이 자유소프트

웨어 재단(Free Software Foundation)을 만들고 자유 소프트웨어 운동을 시작하면서 부터이다. 그 이후 1990년대 들어서면서 인터넷과 더불어 리눅스가 성공하기 시작 하였으며, 이를 토대로 상용 소프트웨어 업체들의 참여를 이끌기 위해 1998년 Open Source Initiative(OSI)가 만들어졌다. 때를 같이 하여 MS의 익스플로러에 밀려 어려움을 겪고 있던 넷스케이프사가 웹브라우저의 소스 코드를 공개하는 결정을 내리게 되었으며, Sun, IBM 등이 오픈 소스 소프트웨어에 대한 지원을 시작하였다. 최근 들어서는 아시아와 유럽을 중심으로 각국 정부에서 미국 중심의 소프트웨어 산업을 극복하고 자국의 소프트웨어 기술 수준 향상 및 산업을 성장시키기 위해 오픈 소스 소프트웨어에 대한 지원정책을 내놓고 있다.

2003년 9월 현재 Sourceforge.net에서 진행되는 프로젝트들을 라이선스 별로 분류한 통계를 살펴보면 대부분의 프로젝트가 GPL, LGPL 및 BSD 라이선스에 의해 진행되고 있다는 것을 알 수 있다. 이는 GPL, LGPL, BSD 라이선스가 개발자들 사이에서 널리 받아들여지고 있다는 것을 알 수 있다. 이 밖에 상용 소프트웨어를 개발하던 업체가 오픈 소스 모델을 수용하는 과정에서 참고가 될 수 있는 Mozilla Public License(MPL)가 중요하다.

리눅스를 중심으로 한 공개소프트웨어에 있어서 특허권과의 관계가 중요한 것은 특허권에 대한 침해가 저작권에 대한 침해보다 훨씬 위험하기 때문이다. 다른 사람의 것을 모방하지 않고 독창적으로 프로그램을 작성하는 수고만 들이면 저작권 침해 문제는 얼마든지 피할 수 있으나, 특정 알고리즘에 특허가 있는 경우 그 알고리즘을 피해가지 않는 한 아무리 프로그램을 독창적으로 만들더라도 특허권 침해에 해당하게 된다. 더욱 심각한 것은 어떤 알고리즘에 어떤 특허가 존재하는지 여부조차 쉽게 알 수 없다는 것이다.

소프트웨어 특허에 대비하여 GPL, LGPL, MPL 등 공개소프트웨어 라이선스가 나름대로 관련조항을 두고 있기는 하지만 그 한계는 너무나 명확하다. GPL, LGPL의 경우 소프트웨어 특허가 증가할수록, 그리고 이 중 Free-Royalty로 제공되는 특허가 적을수록 자유소프트웨어의 개발범위는 줄어들 수밖에 없다. 한편 MPL의 경우

MPL 프로그램에 포함된 특허의 수가 증가할수록 “자유로운“ 공개소프트웨어의 의미는 퇴색할 수밖에 없다.

아울러 더욱 심각한 문제는 현실에 있어서 어떤 알고리즘에 특허가 존재하는지, 그 특허가 타당한 것인지를 쉽게 알 수 없다는 점이다. 특히 공개소프트웨어의 경우 i) 개인 개발자들이 특허에 상관없이 혹은 특허검색을 하지 않고 프로그램을 개발해 배포하기 때문에 특허를 포함할 가능성이 더욱 많다는 점, ii) 소스코드가 공개되어 있기 때문에 특허소송을 제기하는 쪽에서 증거확보가 쉽다는 점 때문에, 제3의 특허권자로부터 침해소송을 제기 받을 수 있는 확률이 독점소프트웨어보다 상대적으로 높을 수밖에 없다.

4. 소 결

지난 2003년 11월 17일 자바기반 애플리케이션 서버(Java-Based Application Server)를 오픈소스(Open Source) 소프트웨어 모델로 개발하여 배포하고 있는 JBoss Group LLC가 자신들의 JBoss®애플리케이션서버에 관하여 모든 고객(Production Support customers)에게 손실보상(indemnification)을 제공하겠다고 발표하였다. 제작지원계약(Production Support Agreement)의 일부분으로 체결되는 손실보상약정의 내용은, 특정한 조건 및 제한 하에, JBoss 제품을 사용하는 고객들을 특허권 또는 저작권 등에 의한 소송의 위험으로부터 방어하는 것이며, 이는 기업들이 오픈소스 소프트웨어를 사용함으로써 직면할 수 있는 위험성을 완화하기 위한 것이다.

제6 장 결 론

바이러스나 해킹과 같은 정보화 역기능은 그 위험요소가 자연재해나 인재해와 마찬가지로 개인, 기업, 단체뿐만 아니라 국가적 위기를 초래할 수 있다는 점에서 이에 대한 대책을 마련하는 것이 시급하다. 정보통신기반보호법은 정부가 국가안보,

사회질서유지에 필수적인 시설을 주요 정보통신기반시설로 지정하고 이에 대한 보호대책을 의무적으로 수립하여 실시할 것을 정하고 있다. 이에 비하여 개인이나 기업은 바이러스백신이나 침입차단시스템을 구축하는 이외에 특단의 대책이 없는 경우가 많다. 이에 대하여 비교적 법과 제도의 지원을 받으며 성장하고 있고 기술력을 갖춘 소프트웨어 제작자나 사업자들은 이와 같은 침해행위를 방어하는데 소극적인 측면도 없지 않았다. 바이러스나 해킹에 방어력이 결여된 소프트웨어제품을 사용하는 소비자들을 위한 다양한 방안이 강구될 시점이며, 소비자보호가 장기적으로 소프트웨어산업의 진흥에 득책이라는 점을 인식하여야 한다.

제1 장 서 론

1. 연구의 목적 및 필요성

제품의 완전성이나 이용의 안전성이 보장되지 못한 채 컴퓨터가 등장하고 소프트웨어 이용이 일상화됨으로써 개인이나 기업, 단체, 국가 등 사회의 거의 모든 주체들은 새로운 잠재 위험에 직면하는 상황을 맞게 되었다. 일부 위험은 실제로 나타나고 있다.

소프트웨어의 창작자에 대하여 저작권 또는 특허권에 의한 보호가 이루어지고 그 사업자에 대하여 사업의 진흥을 위한 각종의 법적 지원책이 마련되어 있는 것에 비하여 소비자로서 특별한 법적 보호장치가 없는 소프트웨어사용자의 지위는 불안정하다. 소프트웨어거래의 일방 당사자임에도 불구하고 소프트웨어 사용자는 소프트웨어제작자 또는 사업자와 대등하지 못한 관계에 놓여 있는 것이다. 이와 같은 위험들은 소프트웨어 결함에 대한 계약법적 또는 불법행위법적 책임법리의 구축, 제품표준화, 품질인증제, 소프트웨어를 임치하는 에스크로제도, 사용설명서 등 제품 설명의무의 강화, 양질의 제품을 생산하기 위한 내부규제의 정비, 소프트웨어 시장에서의 자유경쟁의 보장, 소프트웨어사업자단체의 소비자 보호를 위한 자율규제 등 여러 가지 방법을 강구할 수 있다. 그럼에도 불구하고 잠재되거나 현재화된 위험에 대하여는 사후적인 위험분산방법이 강구되어야 한다. 각종의 기금, 공제, 보증, 보험제도 등이 그것이다.

2. 연구의 범위

본고는 우선 사후적 구제방법의 하나로 보험제도의 활용가능성을 검토하려는 것이다.¹⁾ 소프트웨어라는 특성에 비추어 이에서 야기되는 손해를 전통적인 보험종목

에 의하여 담보할 수 있는지 여부와, 새로 출현한 보험종목의 내용을 소개함으로써 보험제도가 소프트웨어사용자 보호에 어떠한 기능을 할 수 있는지를 보고, 이와 같은 보험제도를 적극적으로 활용하기 위한 입법론을 제시해 보고자 한다. 아울러 소프트웨어에 대한 제조물책임법의 적용여부에 대해 살펴보고자 하며, 또한 최근 논의되고 있는 공개소프트웨어의 하자담보책임에 대해 논의한다.

1) 사이버보안의 위험에 대응하는 방법으로 보험모델을 언급하고 있는 Computer Science and Telecommunications Board, CYBERSECURITY TODAY AND TOMORROW: PAY NOW OR PAY LATER(2002), The National Academies Press, pp.33~34.

제2 장 소프트웨어 사업의 발전과 소비자보호의 필요성

1. 소프트웨어 사업의 발전

국내소프트웨어산업의 매출액은 1999년 7조원을 넘어 국내총생산의 2%에 육박하고 있다. 각종 통계자료는 향후 우리나라 국민생활에 있어서 소프트웨어의 수요와 중요성이 더욱 커질 것임을 예고하고 있다. 특히 단순한 소프트웨어에서 나아가 컴퓨터관련서비스, 패키지소프트웨어, 디지털콘텐츠 등 다양한 분야에서 성장세가 지속될 것으로 전망된다.²⁾ 이는 역설적으로 소프트웨어 사용자의 보호가 중요한 과제를 나타내는 것이다. 특히 소프트웨어 이용자의 수가 현저하게 증가하고 손실이 현실화되는 점, 소프트이용자의 손실이 막대하여 개인이나 개별기업이 감수하기 힘든 점, 이를 허용된 위험으로 볼 수 없는 점, 사전적 예방노력과 함께 사후적 구제가 필요한 점에 대한 인식이 확산되고 있다.

2. 소비자보호의 필요성

(1) 위험의 원천

소프트웨어의 결함이 야기하는 피해는 컴퓨터에의 의존도가 높은 개인, 기업, 기관일수록 커진다. 더구나 대다수 컴퓨터들이 동일한 소프트웨어를 사용함으로써 소프트웨어 결함은 대량손해를 야기할 위험이 높아졌다. 소비자피해가 소프트웨어의 잘못된 배치, 내부자의 권한남용, 암호해독같은 전통적인 침해행위로 야기되던 과거에는 특정 컴퓨터의 시스템과괴만 초래했으며 제한적인 피해였기 때문에 소프트웨어사고가 경제전체에 영향을 주는 것은 아니었다. 그러나 지금처럼 컴퓨터가 망으로 연결되어 있고, 침해자가 의도적으로 컴퓨터 장애를 일으키는 때에는 더욱 심

2) 상세한 것은 2002 국가정보화백서, 한국전산원(2002. 6), 454~472면.

각한 피해를 야기하게 된다. 1999년의 멜리사 바이러스는 1주일만에 10만대 이상의 컴퓨터를 감염시켰다. 소프트웨어가 보안에 실패하게 되는 경우, 같은 실패가 재연되며 해커는 재앙이라 할 피해를 양산하게 된다. 특히 신뢰할 수 있는 소프트웨어에 초점을 두고 있는 주요 업체 제품들은 “전자의 진주만”이라고 할 공격위험에 노출되어 있고, 해커의 위협에 대한 정부나³⁾ 시장참여자들의 대응은 아직 미흡한 단계에 그치고 있다. 아울러 보안과 관련한 피해는 해커뿐만 아니라 소프트웨어 제조자나 소프트웨어 사용자들에 의하여 야기되거나 확산되기도 한다. 그럼에도 불구하고 각국 정부의 대응정책은 바이러스예방과 해커퇴치에 집중되어 있는 것이 실정이다. 그러나 이는 많은 피해가 소프트웨어 제작자의 조악한 설계로 야기되는 현실을 볼 때 적절한 대응이라고 할 수 없다. 미국에서도 많은 사례가 정부의 느슨한 대응의 결과라는 비판이 고조되고 있는 가운데 정부가 소프트웨어제작자와 소비자의 책임을 강화할 필요성이 강조되기도 한다. 많은 컴퓨터 사용자들이 침해위험에 대하여 오관하여 최소한의 보안을 하지 않거나 소프트웨어 시장 참여자들이 침해가 예견되는 제품을 시장에 밀어내는 것도 사태를 악화시킨다. 최근 미국에서 정보로도난당한 피해자가 마이크로소프트사를 상대로 제기한 소송에서도 이 점이 강조되었다. 일부제조자들은 그들의 시장지배력 탓에 곧바로 수많은 해커의 공격에 노출되지만 다양한 해커의 공격에 대응하기 위하여 최소한의 비용만 지출하고 있고 해킹의 결과 야기된 피해에 대하여 거의 책임을 지지 않는다는 비판에 직면하여 있는 것이다. 지금까지의 법들도 역시 소극적이라고 할 수 있다. 미국의 경우 통일상법전은 소프트웨어 결함에 대하여 계약책임을 묻는 것을 방해하여 왔다고 할 수 있다. 커먼로도 소프트웨어 결함을 이유로 한 경제적 손실을 보상하는 소송을 허용하지 않아 왔다. 소프트웨어의 보안관련 피해가 막대함에 따라 법원도 앞으로 소프트웨어 제조자를 대상으로 하는 소송을 많이 취급하게 될 것이다. 보안과 관련한 소프

3) 기회상실, 불완전한 정보, 소프트웨어 제작자들의 시장지배력 때문에 정부의 해커 퇴치노력은 한계가 있다는 지적도 있다.

트웨어의 결함에 이르게된 공통된 설계결함을 이해하는 것은 법원이 채택하여야 할 책임원칙을 구성하거나 소프트웨어 제작자가 합리적인 또는 적절한 주의를 배풀었는가를 판단함에 있어서 필수적이다. 그와 같은 이해를 통하여 소프트웨어 제작자가 보안관련 소프트웨어의 실패에 대하여 엄격책임을 포함한 어떤 책임을 져야 하는지, 만일 소프트웨어 소비자가 보안패치 설치를 지체하고 있던 경우에도 소프트웨어 제작자가 책임을 져야 하는지를 판단하는데 도움이 될 것이다.

소프트웨어 제작자들은 결국 높아진 컴퓨터의존도, 범용소프트웨어사업자의 시장지배, 일반화된 인터넷이용, 정부·소프트웨어제작자·자신·소비자 등 각 주체들의 미흡한 대응력 때문에 상존하는 위험에 노출하여 있다.⁴⁾ 이와 같은 위험들은 바이러스, 해킹 등 정보화 역기능의 하나로 이미 현재화되고 있다. 일반적으로 소프트웨어 위험은 오작동의 위험(malfunction risk)과 내용물의 위험(contents risk)으로 대별된다. 오작동 위험은 전력의 과부하나 정전, 보안실패에 따른 기능마비, 소프트웨어나 어플리케이션의 설계 잘못, 접속시 접속속도가 늦어지거나 접근이 불가능한 것, 시스템의 과부하, 운영자의 잘못, 화재나 수재 등을 원인으로 사고가 발생한다. 오작동 사고는 기기 또는 시스템의 운영장애나 중단, 사용자의 인식불능, 서비스제공자의 경제적 손실, 서비스의 운영장애 및 중단에 따른 배상책임, 데이터 훼손 등의 사고 유형에 따른 손해를 초래한다. 내용물 위험은 소프트웨어 등의 내용이 타인의 프라이버시, 초상권, 명예, 신용을 훼손하거나 영업비밀을 침해하는 경우, 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권 등 지적재산권을 침해하는 경우에 현재화한다. 내용물위험은 주로 지적재산권침해로 인한 손해배상책임을 질 위험성을 의미한다. 이와 같이 소프트웨어 사업자는 지적재산권침해 등 전통적인 위험뿐만 아니라 소프트웨어의 특성에 기한 새로운 유형의 위험에 직면하게 된다. 이는 기존의 사업자들이 구사하던 것과는 다른 위험관리전략을 수립할 필요성이 있음을 의미한

4) Kevin R. Pinkney, "Putting blame where blame is due: software manufacturer and customer liability for security-related software failure", 13 ALB. L. J. SCI. & TECH. 62-68 (2003).

다. 즉 소프트웨어사업자들은 그들의 현재화된 위험뿐만 아니라 잠재적 위험도 전반적으로 평가하여 이들 위험을 줄이거나 없앨 예방책을 강구하여야 한다. 그러나 사전적으로 완화 또는 제거되지 않는 위험에 대하여는 사후적으로 위험을 전가할 방안을 모색하여야 하며, 위험분산의 전형적인 방법으로 보험제도의 활용할 필요성이 생긴다. 이는 소프트웨어 사업자의 자위수단일 뿐만 아니라 결과적으로 거래상 대방의 보호수단이 된다. 결국 소프트웨어 사업자의 보험제도 활용은 위험의 사회적 분산방법으로 기능한다.

(2) 소프트웨어사용자 피해

가. 보안관련 피해의 속성

미국의 불법행위법하의 보안관련 소프트웨어 결함에 대하여 제조자 또는 소비자의 배상책임을 확정하기 위해서는 보안관련소프트웨어 결함의 개념이 확정되어야 한다. 소프트웨어의 신뢰성이란 주어진 환경과 특정된 시간 내에서 컴퓨터프로그램의 운영이 결함으로부터 자유로운 것을 의미한다. “소프트웨어”결함은 컴퓨터 프로그램의 사용자가 요구하는 기능을 충족하지 못하는 것 즉 신뢰성을 충족하지 못하는 것이라고 할 수 있다.⁵⁾ “보안관련”이라 함은 침해자에게 권한없이 또는 허용된 한도를 넘어 컴퓨터에의 접근을 허용하는⁶⁾ 소프트웨어 결함의 부분집합으로 정의된다. 그러므로 보안관련 소프트웨어 결함이란 컴퓨터프로그램의 기능이 정보에의 접근 또는 통제와 관련한 모든 이용자의 요구를 충족하지 못하는 모든 상황⁷⁾을 의미한다.

5) Pinkney, op.cit., pp.47 ~ 48.

우리나라 법에서는 부품·소재전문기업등의육성에관한특별조치법에서 ‘신뢰성’이라는 용어를 사용하고 있다. 동법 제2조 정의규정에 따르면 신뢰성이라 함은 부품·소재의 품질·성능 등이 일정한 조건하에서 일정한 기간에 요구되는 수준을 갖추고 있는 것을 말한다.

6) 이 개념은 형사절차법에서 컴퓨터와 관련한 사기 및 관련행위 유형으로 규정하는 것이기도 하다. 18 U.S.C. 1030(a) (2000).

7) 상세한 것은 Pinkney, op.cit., pp.51 ~ 62.

나. 최근의 분쟁사례

2003년 9월 30일 한 여성이 사이버공격으로 그의 금융정보를 도둑맞았다고 주장하며 마이크로소프트사제품의 보안상 결함을 이유로 캘리포니아주최고법원에 소송을 제기하였다.⁸⁾ 캘리포니아주보안법으로 알려진 새로운 캘리포니아 시민법 제 1798.82조는 캘리포니아주에서 활동하는 회사들은 어떤 사람이 주내거주자의 개인 정보에 권한도 없이 접근할 수 있는 컴퓨터보안침해에 대하여 주내 거주자에게 통지할 것을 규정하고 있다. 원고에 따르면 점증하는 바이러스, 웜, 해커 등의 사이버 공격에 대한 마이크로소프트사의 대응은 부적절하였다는 것이다. 비록 마이크로소프트사가 기술적 정보를 발하고, 프로그램이나 데이터의 장애부분에 대한 임시교체·수정을 위한 패치 파일을 나누어주었으나, 일반 소비자들이 그 경고의 의미를 이해하기가 어렵고, 취약하다고 알려진 것이 해커에 의하여 유린되기 전에 그 패치를 장착할 것을 기대할 수는 없다고 주장하였다. 아울러 지난 한 해동안만 해도 50차례가 넘는 경고는 컴퓨터를 이용하는 일반인들에게 너무 과중한 것이었다고 주장하였다. 노트북 컴퓨터를 제외한 데스크 탑방식 컴퓨터시장에 있어서의 마이크로소프트사의 시장지배, 컴퓨터와 운용체계 소프트웨어 및 응용프로그램의 확고한 결합은 세계컴퓨터의 고장발생도를 대규모적이고 연속적인 것으로 만든다고 주장하였다. 원고는 마이크로소프트사, 마이크로소프트사가 이해를 좌우하는 법인, 종업원, 임원, 이사, 회사의 법적 대표 등을 제외한, 마이크로소프트 운영체계를 구입하였거나 라이선스를 받았거나 사용하는 모든 사람들, 사업체, 기관들로 구성된 전국규모의 인증을 구하고 있다. 원고는 피고 마이크로소프트사가 캘리포니아주의 소비자법률구제법에 위반하였으며, 동주의 사업 및 전문가법전(Business & Professions Code) 하의 불공정거래도 심리하여 줄 것을 요구하였다. 원고는 마이크로소프트사가 보안

8) Case: Computer Security: Hamilton v. Microsoft Corp., COMPUTER & ONLINE LITIGATION REPORTER (October 7, 2003), Vol. 21, No. 8, p.3; Dan Scheraga, "In defense of Microsoft; Technically Speaking; case against Microsoft Corp.; security hole in software; Column CHAIN STORE AGE (Nov. 1, 2003).

의 위협에 대하여 적절하고 효과적인 통지를 하도록 하는 법원의 명령과, 아울러 그와 같은 불법행위의 결과 마이크로소프트사가 얻었을 금전적 또는 재산적 이익을 소비자에게 돌려주도록 요구하고 있다.

(3) 우리나라의 피해사례

우리나라의 경우⁹⁾ 2001년 2월부터 2002년 1월 사이에 모두 68,724건의 바이러스 피해가 접수되었으며, 2001년 한해동안 해킹피해접수건수는 5,333건에 이르렀다. 현재 활동 중인 바이러스 목록인 와일드 리스트에서 아시아 1위, 감염후 다시 다른 나라를 공격하는 위험도에서 세계 4위, 2000년 5월의 러브바이러스출현으로 기업전산 망마비사태, 2001년 7월 코드레스 바이러스 피해, 2001년 9월 님다바이러스 확산으로 국내인터넷접속지연사고 2003년 1월 25일 스래머 웜 바이러스 공격으로 막대한 피해, 2001년 한해동안 해킹피해접수건수는 5,333건, 2002년 국내 해킹사례 총 15,192건으로 전년도에 비하여 3배 증가한 것으로 나타났다.

(4) 소비자보호의 가능한 방안들

소프트웨어제품의 표준화, 제작자 등 사업자 내부의 준법감시체제구축, 라이선스 계약에서의 표준계약서식 등의 사용, 소프트웨어 제품 또는 서비스시장에서의 자유 경쟁의 보장, 에스크로제도의 활성화,¹⁰⁾ 소프트웨어 사업자단체 등의 소비자 보호를 위한 자율규제 등은 장기적으로 볼 때 소비자보호를 도모하는 방안들이다. 이와 함께 소프트웨어소비자보호를 위한 책임법의 구축도 중요한 것이다. 그러나 이와 같은 다양한 노력들에도 불구하고 예방되거나 회피되지 않은 위험들에 대하여는 사후적인 구제방법을 마련하는 것이 소비자보호에 긴요한 일이다.

9) 이곳에서 인용한 통계의 출처는 2002 국가정보화백서, 한국전산원(2002. 6), 7-3, 7-4과 장성원 외, CEO Information 제386호, 인터넷강국의 취약성과 대응과제, 삼성경제연구소(20003. 2. 5), 1~3면.

10) 개정 컴퓨터프로그램보호법 제20조의 2(프로그램임치제도)는 소프트웨어조건부임치제도의 법적 근거를 명확하게 하였다.

제3 장 보험의 활용과 개선방안

1. 보험제도 활용의 필요성

소프트웨어 이용자의 피해, 예컨대 해킹이나 바이러스 감염사고를 볼 때, 피해발생의 책임을 누구에게 물을 것인가는 쉬운 문제가 아니다. 해커나 바이러스전파자의 침해행위가 없었다면 그와 같은 피해가 발생하지 않았으리라고 본다면 그들의 불법행위책임으로 따지게 될 것이다. 한편으로는 바이러스가 용이하게 침투하고 급속히 전파되도록 이메일 소프트웨어를 제작한 제조자나 바이러스감염예방 소프트웨어를 제작한 제조자, 해킹의 방어벽을 취약하게 설정한 소프트웨어사업자에게 손해발생 전에 그들의 제품이 바이러스나 해킹을 인식하고 차단하지 못한 것에 대하여 제조자로서의 과실책임 여부, 공지의 사실로 된 바이러스에 대하여 별도의 대책 없이 계속 컴퓨터를 사용한 자의 책임문제가 제기되기도 한다. 만일 이 때에 컴퓨터제조자, 바이러스차단 프로그램 소프트웨어제작자에게 일부 배상책임이 인정된다고 하여도 전세기적으로 발생한 막대한 손해액을 지급할 수 있는 사업자는 전무할 것이다.¹¹⁾ 본장에서는 배상책임의 소재를 상세히 논하려는 것이 아니라, 누가 책임을 지든 바이러스로 인한 손실 역시 배상책임의 이행 자체가 불투명한 거대 위험이라는 점을 강조하려는 것이다.¹²⁾ 만일 바이러스위험이나 해킹위험이 표준적인 사업중지보험(business interruption policy) 등에서 담보되었다면 보험자는 거액의 지급 책임을 부담하였을 것이나 대부분의 기업들은 이에 특별히 대비하지 않고 있었던 까닭에 보험자들은 이 심각한 보상책임을 회피할 수 있었다.

11) 이와 같은 지적은 Christopher J. McGuire, "Old Torts Never Die-They Just Adapt to the Internet," THE NAT'L L. J. (Sep. 25, 2000), p.B15.

12) David R. Cohen/Roberta D. Anderson, "Insurance Coverage for "Cyber-Losses," 35 TORT & INS. L. J. 892 (Sum. 2000),

2. 전통적 보험종목으로 담보할 가능성

(1) 제조물책임보험

제조물책임보험 또는 생산물손해배상책임보험이란 제조물의 제조, 공급, 유통, 판매 등의 과정에 관여한 자가 제조물의 결함으로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 타인의 재산에 손해가 발생하여 그 결함제조물의 제조자나 판매자 등이 피해자인 사용자에게 대하여 손해배상책임을 지는 경우에 이를 보상하는 배상책임보험이다. 이 경우 제조물 그 자체의 하자담보책임을 제조물책임보험에서 담보하지 아니한다. 이와 같이 제조물책임보험은 “제조물”의 결함을 전제로 하므로 소프트웨어의 결함이 제조물책임보험에 의하여 담보될 수 있기 위해서는 먼저 소프트웨어가 제조물책임법상의 제조물에 해당하는지를 살펴야 한다. 우리나라 제조물책임법 제2조 제1호는 “제조물이란 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다”라고 정의하고 있다. 현행법상 소프트웨어를 제조물로 볼 수 있는가에 대하여는 물건을 유체물이거나 전기 기타 관리할 수 있는 자연력에 한정하고 있는 우리 민법 제98조에 비추어 부정적인 견해가 많다. 소프트웨어가 CD-ROM이나 플로피디스크와 같이 유체물에 저장되어 있는 경우에는 이를 물건으로 보아야 한다는 주장도 있으나 유체물에 저장되어 있는 소프트웨어와 유체물없이 예컨대 내려받기 방식으로 공급되는 소프트웨어를 구분하여 다루는 것은 논리적이지 못하다. 사용자의 주문을 받아 건별로 특별제작하는 주문형 소프트웨어는 서비스지만 윈도우 96처럼 하나의 상품으로 포장되어 대량거래되는 소프트웨어는 제조물이라는 견해,¹³⁾ 전기적 신호로 구성된 소프트웨어 자체를 관리가능한 자연력으로 파악하여 물건성을 인정할 수 있다는 견해, 무형의 전문적 서비스에 존재하는 결함으로 인한 손해도 제조물책임법의 법리에 따라 배상할 필요가 있으므로 제조물책임법의 적용대상을 무형재산에 까지 확대하여야한다는 주장도 아직 다수의 지지를 받지 못하고 있다.¹⁴⁾ 미국에서도 소프트웨어나 정보가 물건인지에 대하여 제3차

13) 하종선, “제조물책임소송의 현황과 과제”, 저스티스 제68호(2002년 8월), 30면.

불법행위법 재독과 통일상법전의 해석상 논란이 되고 있으며 제조물인지에 대하여 또 상업적 방법으로 제공되는 소프트웨어의 경우에는 제조물책임의 주체인 제조업자에 해당할 가능성이 있다는 견해가¹⁴⁾ 있다. 그러나 우리나라 제조물책임법은 “제조물을 제조, 가공 또는 수입을 업으로 하는 자 또는 제조업자로 오인시킬 수 있는 표지를 한 자(제2조 제3호)”인 제조업자를 알 수 없는 경우에는 “제조물을 영리목적으로 판매, 대여 등의 방법에 의하여 공급한 자(제3조 제2항)”에게 제조물책임을 지운다는 것에 지나지 않는다. 그러므로 소프트웨어가 제조물이 아니라고 하는 이상 소프트웨어 제작자에게 제조물책임을 문의할 수는 없다.

제조물책임보험은 제조물책임법이 제정되기 훨씬 전부터 판매되어 온 보험상품이다. 그러므로 제조물책임보험에서 말하는 ‘제조물’의 개념을 제조물책임법의 ‘제조물’개념과 일치하여야 한다고 말할 수는 없다. 그러나 제조물책임보험도 전통적으로 소프트웨어를 제조물로 취급하여 오지 않았다. 현재의 보험거래도 이와 같은 입장을 의심없이 받아들이고 있는 실정이다.

(2) 전위험보험

소프트웨어제작자 또는 사업자의 소프트웨어이용자에 대한 배상책임을 전위험보험에 의하여 담보할 수 있을 것인지가 문제된다. 전위험보험(all-risk insurance)은 특정위험만 담보하는 것이 아니라 약관상 특히 명시적으로 제외된 위험을 뺀 모든 위험을 담보하므로 담보범위가 매우 넓다. 이 보험에서는 보험자는 특정손실이 담보되지 아니한다는 사실을 입증하여야 지급책임을 면한다. 현재 많은 미국기업들이 이 보험에 가입하고 있다. 소프트웨어사업자의 위험도 약관상 명시적으로 배제되지 아니하는 한 담보한다고 새기는 것이 전위험보험의 성질에 부합할 것이다. 그러나 전위험보험이 고안되었을 때에 존재하지 않던 그래서 고려되지 않았던 소프트웨어

14) 다만 전기제품 등에 부품으로 내장된 소프트웨어가 제대로 작동하지 못하여 발생한 사고는 제조물책임을 물을 수 있을 것이다.

15) 정진근, Open Source License의 법적 구조”, 한국경영법률학회 추계학술대회세미나 자료집 기술개발경쟁의 법적 쟁점(2003. 11. 29), 33면.

사업자의 책임을 과연 이 보험이 담보하는지는 단순히 결정할 문제가 아니다.

이 문제에 대하여는 우선 소프트웨어가 담보될 유체재산에 해당하는지가 논란이 되었다. 한 사건¹⁶⁾에서 미국제7순회법원은 캘리포니아주법을 적용하여 컴퓨터 테이프의 데이터나 소프트웨어도 보험증권상 일반배상책임조항 또는 “담보되는 재산손실”조항에 의하여 보상되어야 한다는 결론에 이르렀다. 동 판결의 사안은 보험계약자가 제조한 컴퓨터 제품의 전기배전반결함으로 야기된 제3자의 컴퓨터 데이터진행시스템에 대하여 보험계약자에게 손해배상이 청구된 사례인데, 이는 유형재산의 파괴 또는 재산에 대한 물리적 피해(physical injury)¹⁷⁾에 포함된다고 보고 보험자는 보험계약자에 대한 청구를 방어할 의무 즉 보상할 의무가 있다고 판결하였다. 즉 보험계약자의 결함제품 때문에 제3자의 데이터프로세싱 시스템에 저장된 정보가 손상된 것은 제3자가 재산상 손해를 이유로 손해배상청구소송을 제기할 수 있는 사례라고 보았다.¹⁸⁾ 보험계약상 유체재산의 정의에 데이터가 포함된다는 견해는 형사법상의 정의와 일치하는 셈이다.¹⁹⁾

만일 컴퓨터 시스템 등이 유체재산이라고 판단한다면 다음 단계는 그와 같은 재산이 부보된 재산인지를 판단하여야 할 것이다. 이는 당해 보험증권의 규정에 따른 문제이다. 대부분의 전위험보험은 동 보험증권에서 특별히 제외하고 있는 사항이 아닌 한 피보험자의 재산을 널리 담보한다는 규정을 둔다. 그 결과 증권에서 명시적으로 배제하고 있지 않은 이상 피보험자에게 발생한 손해를 피보험자 자신에게 보상하는 당사자 방식의 전위험보험계약하에서는 “부보된 재산”에 해당하는 것이 된다.²⁰⁾ 앞서 언급한 바와 같이 일부 보험증권에서는 명시적으로 데이터 파괴조항을

16) Centennial Insurance Co. v. Applied Health Care 710 F.2d 1288 (7th Cir. 1983).

17) 이곳에서는 인신손해의 의미가 아님.

18) 이 판결에 대하여 비판적인 견해로는 Paula M. Yost/Paul E. B. Glad/William T. Barker, “In Search of Coverage in Cyberspace: Why the Commercial General Liability Policy fails to Insure lost or Corrupted Computer Data”, 54 SMU L. J., 2072-2074 (1998).

19) American Guarantee & Liability Insurance Co. v. Ingram Micro, Inc. Civ.99-185 (D. Ariz. Apr. 19, 2000).

별도로 두어 데이터, 부호화, 프로그램, 소프트웨어 등이 당해 보험계약상의 재산에 해당됨을 밝히고 있다.

최근 미국에서는 이 문제가 주제가 된 두건의 상반된 입장에 선 판결이 나와 논의가 활발하여지고 있다. 잉그램사건과 미드웨스트사건이 그것이다.

마이크로 컴퓨터사의 도산매상인 피보험자 Ingram Micro사는 전세계규모의 네트워크를 사용하여 고객, 제품, 일일 거래 등을 추적하고 모든 주문은 임펄스를 통하여 진행하는데, 1998년에 임펄스를 포함한 동사의 컴퓨터를 재산보험(property insurance)에 가입하였다.²¹⁾ 이때 “어떤 원인으로, 어디서, 어떻게 일어나든 임펄스사와 잉그램사의 컴퓨터에 발생하는 직접적인 물리적 손실 또는 손해의 모든 위험(all risks of direct physical loss damage)”를 담보하였다. 잉그램사는 거의 동사의 Tucson 데이터센터에서 데이터화와 데이터베이스 유지운영활동을 수행한다. 1998년 데이터센터에 발생한 정전사고로 센터 내의 모든 전기기기는 작동을 멈추었다. 주기는 한시간 반만에 복구되었으나 데이터 센터와 미국 및 유럽에 있는 임펄스를 연결하는 데에는 8시간이 소요되어, 그 시간동안 영업활동이 중단되었다. 잉그램사 직원이 겨우 네트워크를 연결하였으나 고객구성시스템을 포함한 모든 프로그래밍 정보가 정전 중에 무작위접근기억장치(RAM)로부터 사라졌음이 드러났다. 잉그램사는 이 손실에 대하여 증권상의 보상을 청구하였으나 보험자는 이를 거부하고 확인 판결소송을 제기하였다. 잉그램사는 계약위반을 이유로 하는 반대소송을 제기하였다. 보험자는 임펄스가 정전사고 이전처럼 운영되기 위하여는 데이터기와 복구절차가 필요하지만, 데이터와 구성시스템을 컴퓨터시스템에 장착하고 재설치하는 기기의 본래기능에 물리적 손상을 입은 것이 아니므로 컴퓨터시스템과 행렬스위치의 물리적 손해에 해당하지는 않는다고 주장하였다. 이에 대하여 잉그램사는 물리적

20) David R. Cohen/Roberta D. Anderson, “Insurance Coverage for “Cyber-Losses”, 35 TORT & INS. L. J. 901(Sum. 2000).

21) Roger Leroy Miller/Gatlord A. Jentz, LAW FOR E-COMMERCE, West, 2002, pp.183 ~184.

손해에는 이용과 기능상의 손실도 포함된다고 맞섰다. 법원은 컴퓨터의 회로에 발생한 손실뿐만 아니라 컴퓨터 시스템의 접근상, 사용상 또는 기능상의 손실도 물리적 손해(physical damage)에 해당한다고 판결하였다.²²⁾ 컴퓨터 관련 손해가 아닌 경우에도 미국 법원은 전위험보험계약상 “물리적(physical)”이라는 용어를 엄격하게 해석 – 담보되는 재산에 물리적 파손이 실제로 발생하였을 것을 요구 – 하지는 않는 것으로 보인다.²³⁾ 영국에서도 역시, 컴퓨터 문제와 관련된 사건은 아니지만 “손해”에는 유용성의 손상이 포함된다고 판결한바 있다.

이와 같은 선례들을 볼 때 해커의 공격으로 웹사이트가 폭주하거나 일시적 부작동상태가 되어 수리비용이나 영업중지손실이 발생한 경우에 그와 같은 손해는 전

22) American Guarantee & Liability Insurance Co. v. Ingram Micro, Inc., Civ. 99-185(D. Ariz. Apr. 19, 2000).

23) 주택소유자전위험보험(all-risks homeowners' policy)에 가입한 보험계약자가 자신이 임차한 건물의 악취제거비용을 청구한 사건에서 보험자는 단지 냄새가 난다는 것은 “직접적인 물리적 손실(direct physical loss)”이 아니라고 주장하였으나 법원은 펠로폰공장운영으로 발생한 악취가 집에 배어 이를 제거하기 위한 비용이 발생하였다면 이것 역시 직접적인 물리적 손실이라고 판결하였다 Famers Insurance Co. of Oregon v. Trutanich, 858 P.2d 1332(Or. Ct. App.1993). 또 보험계약자가 인체 유해물질인 석면을 구조물로부터 제거하는데 드는 비용은 석면이 구조물 자체를 물리적으로 변경하거나 파손하거나 영향을 미치는 것은 아니므로 건물의 물리적 구조에 유형의 손상을 입히지는 않지만 역시 직접의 물리적 손실에 해당한다고 판결한 Sentinel Management Co. v. New Hampshire Insurance Co. 563 N.W.2d 296 (Minn. Ct. App. 1997). 결합제품이 최종제품이나 구조물에 포함되어 위험이 아직 현재화하지 않았지만 위험발생이 시간문제인 경우 물리적 손상(physical injury)에 해당한다고 한 Eljer Manufacturing Co. v. Liberty Mutual Insurance Co. 972 F.2d 805 (7th Cir. 1992), cert. denied, 507 U.S. 1005(1993). 피보험자가 창고업자에게 귀리를 보관시켰으나 창고업자가 비용절약을 위하여 식품의약청(FDA)의 승인을 받지 않은 싼값의 농약을 사용·보관하다가 식품의약청에 적발되어 피보험자는 당해 귀리를 식품제조에 사용할 수 없게 된 사건에서, 법원은 귀리에 직접 손상이 생긴 것은 아니지만 그 귀리를 법적으로 피보험자의 제조사업에 활용할 수 없게 된 것은 물리적 손해로 볼 수 있는 기능상 및 가치상의 손상이라고 판결하였다(General Mills, Inc. v. Gold Medal Insurance Co. 622 N.W.2d 147(Minn. Ct. App.2001)).

위험담보보험상 “사용상의 손실”이 된다는 판결도 이해할 수 없는 것은 아니다.

그러나 오클라호마연방법원은 미드웨스트사건²⁴⁾에서 위의 애리조나연방법원의 잉그램판결과는 정반대의 결론에 이르렀다. 두 판결의 대조적 입장에 대하여 미드웨스트판결은 보다 전통적인 담보범위 확정방법에 의한 보험실무에 기초하여 내려졌으나, 잉그램판결은 자유로운 상상의 날개를 편 것이라는 평가도 나왔다.²⁵⁾ 전위험담보보험계약(first-party, all-risk policy)상 문제가 된 잉그램사건과는 달리, 미드웨스트사건은 영업배상책임보험계약(third-party liability policy) 상의 문제이다. 미드웨스트사건에서 법원은 약관문언에 충실한 전통적 접근방법을 택하여 컴퓨터의 사용상의 손실은 재산손실이지만 컴퓨터 데이터의 사용상의 손실은 영업배상책임보험증권하의 재산손해가 아니라고 판결하였다. 이 사건은 상대회사가 미드웨스트사로부터 컴퓨터를 구입하여 서비스수행체계를 채용하면서 시작되었다. 상대회사는 컴퓨터시스템상의 잘못된 서비스작업때문에 손실을 입었다며 미드웨스트사를 상대로 소송을 제기하였다. 상대회사는 컴퓨터의 사용에서 문제가 제기될 뿐만 아니라 컴퓨터시스템에 저장된 값있는 영업정보와 정보의 상당부분을 잃음으로써 손실이 생겼다고 주장하였다. 상대회사가 가입한 영업배상책임보험에서는 유체재산에 대한 재산손해를 담보한다고 규정되어 있다. 법원은 컴퓨터 자체와 달리 컴퓨터 디스크나 테이프에 저장된 데이터는 인간의 오관으로 인식할 수 있고 가치를 평가할 수 있는 물체가 없으므로 사전적 의미의 유체재산에 포함되지 않는다고 명백하게 밝혔다. 이는 잉그램판결과 다른 견해이다. 보험자들은 이 판결은 즐겨 원용할 것이다.²⁶⁾

그밖에 미주리주에서 내려진 다른 판결²⁷⁾에서 법원은 데이터는 CGL증권상의 유체물이 아니라는 결론에 이르렀다. 결함있는 하드웨어나 소프트웨어로부터 발생한

24) State Auto Property and Casualty Insurance Co. v. Midwestern Computers & More 147 F. Supp. 2d 1113(W.D.Okla. 2001).

25) John Dexter Marble/Robert Paul Norman/Debra A. Charles, “Recent Developments in Insurance Coverage Litigation”, 37 TORT & INS. L. J. 528 (Win. 2002).

26) Marble/Norman/Charles, op.cit., p.533.

27) Rockport Pharmacy, Inc. v. Digital Simplistics, Inc., 53 F.3d 195, 198(8th Cir. 1995).

데이터손실은 상업적 손실로서 오직 컴퓨터제품공급자에 대한 계약소송의 대상이 될 수 있을 뿐이라고 판결한 것이다. 미네소타주의 다른 판결²⁸⁾에서는 컴퓨터 디스크에 저장된 정보가 유체재산인지를 판단하지 않은 채, 보험계약자가 고객의 컴퓨터 디스크 카트리지를 삭제한 행위에 대하여 배상책임보험증권상 보험자의 보상책임이 없다고 판결하였다. 미네소타주의 또 다른 판결²⁹⁾에서도 데이터가 포함된 바인더를 상실한 것은 피보험자가 그 데이터의 사용을 실질적으로 상실한 고통을 겪은 것이 아니므로 이는 CGL증권상 유체재산의 침해가 있는 것이 아니라고 판결하였다.³⁰⁾ 이 판결은 데이터가 유체물이 아님을 확인한 주요판결로 평가되기도 한다.³¹⁾

실제로 표준적인 CGL보험증권은 통상 “재산손해(property damage)”를 정의하여 명시적으로 “사용손실(loss of use)” 또는 “유체재산에 대한 물리적 손해(physical injury to tangible property)”일 것을 요구한다.³²⁾ 이에 대하여 표준적인 전위험보험증권은 유체재산에 대한 손해일 것을 요건으로 삼지 않는다. 이와 같은 이유로 CGL증권과 All-risk증권간에는 담보범위가 달라질 수밖에 없다. 또 컴퓨터 정보, 프로그래밍, 데이터 자체가 재산인지 여부는 법에 따라서도 달라질 수 있는 문제이다.

앞서 언급한 바와 같이 컴퓨터관련 위험으로부터 야기된 손해에 대하여 피보험자가 보상받을 수 있는지는 1차적으로 당해 보험증권의 문언에 따르게 된다. 그러나 증권상 문언이 명백하지 않은 경우에 위의 전위험보험증권과 같이 당해 보험계약

28) *Magnetic Data, Inc. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 442 N.W.2d 153, 156(Minn. 1989).

29) *St. Paul Fire and Marine Ins. Co. v. Nat'l Computer Sys., Inc.*, 490 N.W.2d 626, 631 (Minn. Ct. App. 1992).

30) 그밖에 컴퓨터에 결합있는 디스크드라이브를 결합한 행위는 컴퓨터 자체에 대한 물리적 재산손해에 해당하지 않는다는 판결(*Seagate Tech., Inc. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 11 F. Supp. 2d 1150, 1154(N.D. Cal.1998));

31) *Yost/Glad/Barker*, op.cit., p.2071.

32) 현재 통용되는 Commercial General Liability Policy의 원형인 Comprehensive General Liability Policy는 1965년에 “tangible”이란 단어를 약관에 삽입한 이래 지금까지 유지하여 오고 있다. *Yost/Glad/Barker*, op.cit., p.2064, p.2066.

의 속성으로부터 보험자의 책임이 연역될 수도 있다. 영업중지보험의 경우, 담보조항의 규정하는 바는 전위험보험증권과 유사하다. 그러나 사업중지로 인한 실질적인 손해의 발생이 있어야 하며, 법원은 사업중지와 발생한 손실간에 인과관계를 요구함으로써 컴퓨터사고가 있더라도 실제로 사업중단의 사태에 이르지 않거나 사고와 사업중지로 인한 발생손해간에 인과관계가 없을 때에는 보상받을 수 없다.³³⁾ 그러나 사업중지와 발생손해간에 어느 정도 긴밀성이 있어야 하는지는 불명확한 점이 있다.³⁴⁾

최근 우리 나라에서 상품화된 전자상거래종합보험은 대체로 사이버공간에서 발생하는 컴퓨터관련위험을 비롯하여 전자상거래관련 사업자의 위험을 담보하기 위하여 고안된 것이다. 이와 같은 상품은 기존의 화재보험, 동산종합보험, 기계보험 등 전위험담보보험에서 담보 여부가 불명확하던 데이터나 소프트웨어의 복구비용을 담보하며, 컴퓨터의 해커, 바이러스 등 제3자의 악의적인 침해행위에 대한 피해를 보상하는 고객주문형 보험상품인 것이 보통이다. 이와 같은 상품의 판매와 함께 우리 나라 보험사들은 컴퓨터관련위험이 담보되지 않는 점을 밝혀서 기존의 전위험보험을 판매하기 시작함으로써 논란의 소지를 줄이고 있으나 모든 전위험보험에서 이 점을 명시하지는 않아서 여전히 분쟁가능성이 있다.

이와 같은 우리의 거래실정은 다음과 같은 두 가지 문제를 제기한다.

첫째, 외국의 경우 전위험보험에서 컴퓨터관련손해를 담보하는 경우도 있는데, 우리의 경우와 같이 무조건 담보하지 않는 것으로 규정하는 것이 바람직한가 하는

33) 자동차판매대리점은 눈보라로 지붕에 손실을 입었고 날씨 때문에 고객들이 자동차판매대리점에 올 수 없어서 영업수익을 얻을 수 없었다. 그러나 법원은 지붕에 발생한 손실과 상실수익은 무관하므로 보상되지 않는다고 판결하였다. *Harry's Cadillac-Pontiac-GMC Truck Company, Inc. v. Motors Ins. Corp.* 486 S.E.2d 249(N.C. App. 1997).

34) Richard Hody I. Jr./Mark R. Misiorowski, "Scope of Business Interruption Policies will be tested after the world trade center attack", *MEALEY'S LITIGATION REPORT: INSURANCE* (Sep. 18, 2001).

점이다. 이 점은 보험수리적 문제와 관련되므로 여기서 더 이상 논급하지 않는다.

둘째, 부담보를 명시하기 전에 판매된 전위험보험의 보험계약자가 컴퓨터관련손해의 보상을 요구하고 나설 때에 어떻게 처리될 것인가 하는 점이다. 이 점은 위에서 소개한 미국의 사례들과 똑 같이 논란거리이다. 우선 파괴된 소프트웨어, 데이터 등이 “부보된 재산”인지를 밝혀야 할 것이다. 이 문제에 관하여 미국의 판례도 엇갈려 있으며 잉그램사건판결은 전위험담보보험상 부보되는 재산을 유체재산에 한정할 이유가 없는 만큼 이를 부보재산으로 보아야 한다고 하였다. 다음으로 이들 재산에 “물리적 손실 또는 손해”가 발생하였는지는 그 개념을 문언에 따라 엄격히 해석할 것이 아니라고 본다. “기능상의 장애”나 “사용상의 손실”도 역시 물리적 손실 또는 손해에 해당한다고 새겨야 할 것이다. 아울러 보험기간 내의 사고이어야 하고, 재산에 대한 적절한 평가가 필요함은 물론이다.

그렇다면 컴퓨터관련 위험에서 발생한 손실에 대하여 보험자는 일응 보상책임을 인정할 것인가? 이에 대하여 필자는 부정적으로 본다. 첫째, “물리적 손실 또는 손해”의 개념을 넓게 새기는 데에는 동의하지만 그 전제가 되는 “재산”의 개념에 컴퓨터 데이터 등이 포함된다고 보기는 어렵다고 생각한다. 컴퓨터관련위험은 전위험보험이 등장하던 당시에 전혀 고려되지 않던 새로운 위험이며, 보험료산정에 반영되지 않은 위험, 그것도 거대위험에 대하여 보험자에게 책임을 지라고 하는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 전위험보험에서 논의되지 않던 컴퓨터관련위험의 포함여부를 약관상 명백히 규정하지 않았다고 하여 작성자불이익의 원칙을 적용할 수도 없을 것이다. 현재 전위험보험에 가입하는 보험계약자들도 전위험의 개념을 주로 화재나 기계작동중지 등 특정된 위험에서의 전위험으로 이해하고 있는 것이 보통이므로, 컴퓨터관련보험이 제외되는 것으로 해석한다고 하여도 보험계약자의 합리적 기대에 어긋난다고 할 수 없을 것이다. 단순히 전위험보험의 성격상 모든 위험이 담보된다고 해석하는 것은 오히려 합리적이지 못하다. 다만 전위험약관과 문언이 다른 CGL약관에서 이들 위험이 담보되는지에 대하여는 좀 더 살펴 볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

어떤 논자가 지적하였듯이 기존의 보험증권이 데이터 등 관련위험을 담보하는지에 대하여 본문에서 소개한 잉그램판결과 미드웨스트판결의 상반된 결론은 법원이 전통적인 보험증권에 새로운 e-risk를 짜 넣는 데서 생긴 부산물일 수도 있다.³⁵⁾ 이 판결들은 상반된 결론에도 불구하고 새로운 위험에 대하여 보험자가 즉시 대응하여야 한다는 점을 시사한 점에서 공통된 면이 있다. 전통적인 보험상품들이 예상하지 못하였고 약관작성이나 보험료율산정에 반영되지 않았던 위험은 새로운 보험상품으로 구성되는 것이 바람직하며, 그와 같은 점에서 우리 보험업계가 빨리 대응하고 있는 것은 좋은 일이다. 다만 현재 우리 나라 보험사들이 취급하는 보험상품들이 가상공간의 등장에 따르는 다양한 위험들에 대한 충분한 대책이 된다고 하기는 어렵다. 컴퓨터관련위험의 담보여부가 논란이 될 수 있는 보험계약에서는 이 위험의 부담보를 명시하도록 약관을 정비하고, 새로운 위험의 종류와 내용을 정밀히 분석하여 새로운 상품을 지속적으로 개발할 필요가 있다.

(3) 종합배상책임보험

소프트웨어 사업자가 제품의 결함과 관련하여 제3자에게 입히는 손해에 대하여 보험자의 보상책임을 인정할 것인가? 만일 CGL보험의 특약 등에서 이것이 포함됨을 명시하지 않는 이상 부정적이라 할 것이다. 우선 통상의 CGL증권의 문언상 “유체동산”에 컴퓨터 프로그램, 데이터 등이 포함된다고 해석하는 것은 무리이다. 소프트웨어위험은 CGL보험이 현재 통용되는 내용의 증권으로 개정이 이루어지던 당시에 전혀 고려되지 않던 새로운 재산개념이며 위험이다. 보험료산정에 반영되지 않은 위험, 그것도 거대위험에 대하여 보험자의 책임을 물을 수는 없을 것이다.

이 점에 관하여 최근 미국 버지니아주 연방법원은 컴퓨터 데이터는 일반배상책임보험의 담보대상이 되지 않는다고 판결하였다.³⁶⁾

이 사건은 미국의 여러 주에 거주하는 43명의 고객들이 아메리카온라인사를 상대

35) Sunu, op.cit., p.346.

36) America Online v. St. Paul Mercury Insurance Co. 207 F.SUPP. 2d 459(E.D.Va.2002).

로 집단소송을 제기함으로써 촉발되었다. 이들은 AOL사의 인터넷접속 소프트웨어 버전 5.0의 결함(defects)으로 인하여 피해를 보았다고 주장하였다. 이들은 피고 AOL사의 버전 5.0프로그램이 유저의 호스트시스템통신배열 및 다른 컴퓨터 프로그램과 충돌을 일으킨다는 점, AOL사가 다른 인터넷서비스제공자, AOL 이외의 이메일 프로그램, 지역 네트워크와의 접속을 방해하였다는 점, 유저의 시스템상의 파일을 변경 또는 추가한 점, 시스템의 불안정을 초래한 점, 유저가 컴퓨터통신배열을 재설치하기 위하여 소프트웨어를 제거하고 AOL과 경쟁관계에 있는 사업자의 소프트웨어 제품과 서비스를 이용하려는 것을 방해한 사실을 내세워 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 AOL은 데이터손실, 작업손실, 이용시간·비용의 손실을 인정하였다. 또한 그들의 컴퓨터가 손실을 입은 점, 그들의 컴퓨터에 포함된 정보, 운영체제, 소프트웨어 프로그램, 데이터의 유용성과 통합성에 손상을 입혀 손해가 초래된 점을 인정한 것이다. AOL은 이와 같은 손해의 배상책임을 자인하고 이에 대한 보상을 보험자에 청구하였다. 그러나 보험자는 보상을 거부하였고 이에 AOL은 지급판결을 구하는 소송을 제기한 것이 본건 소송이다. 당해 보험계약에서는 “물리적 손상”의 개념을 규정하고 있지 않았으므로 법원은 컴퓨터 데이터의 손상이 물리적 손상에 속하는지를 판단하여야 했다. 법원은 사전상³⁷⁾의 평이한 의미에서 볼 때 “물리적”이란 신체에 관련된 것으로 마음, 영혼, 감정과 구별되는 것이라고 확인하였다. 법원은 원고가 주장한 컴퓨터의 손상은 컴퓨터의 두뇌에 해당하는 것이지 물리적 조합에 관한 것은 아니라고 판단하였다. 컴퓨터의 점증하는 중요성에도 불구하고 보험약관의 해석은 평이한 의미에서 해석하여야 하며 컴퓨터에 내장된 정보가 손상되거나 이용이 곤란하게 되는 것은 컴퓨터의 물리적 손상에 해당하지 않으며 컴퓨터소프트웨어는 유체물이 아니라는 결론에 도달한 것이다. 또한 동 보험약관은 “결함, 위험한 제조물, 완성작업” 또는 “계약이나 협정의 조건을 충족하는데 실패하

37) 법원은 Black's Law Dictionary에 따랐다. Ronald C. Goss/H. Wesley Sunn/Tason H. Gould/Kevin A. Titus/Tason Strain, Recent Development in E-commerce Law, 38:2 TORT & INS. L. J. 266(Win. 2003).

거나 지연된 것”으로부터 유래하는 물리적 손상이 없는 재산 또는 손상된 재산에 대한 재산적 손해는 담보하지 않는 것으로 규정하고 있다. AOL이 자인하는 제품의 결함에서 야기된 컴퓨터의 사용손실은 보험자면책조항에서 담보를 배제하는 부분이라고 판결한 것이다. 법원은 결국 위에서 소개한 잉그램사건판결의 수용을 거부하였다. 물론 잉그램사건과 같은 입장을 지지하는 판결도 있다. 뉴멕시코항소법원은 전자상거래보험금청구사건에서 데이터의 손상이 피보험자의 결함있는 컴퓨터수리작업에서 야기된 것이라면 보험자가 보상책임을 져야 한다고 판결한 것이다.³⁸⁾ 이 사건은 컴퓨터수리사업을 하는 피보험자가 데이터에 대한 백업조치를 하지 않고 컴퓨터 하드 드라이브에 대한 재설치작업을 한 뒤 데이터를 복구할 수 없다고 말하였으나 사실은 복구될 수 있는 것이었다. 고객은 이 잘못된 조언을 믿고 기존의 파일을 과도하게 사용하다가 영구히 손상되고 말았다. 이 사건의 쟁점은 컴퓨터수리가 실질적으로는 피보험자의 종업원에 의해 행하여졌다는 것과 종업원의 고의를 피보험자의 고의와 동일시할 수 있는가 하는 것 등이었다.³⁹⁾ 현재 앞서 소개한 전위험보험에 가입하는 보험계약자들은 전위험의 개념을 주로 화재나 작동중지 등 특정한 위험에서의 전위험으로 이해하는 것이 보통이므로 컴퓨터관련위험은 CGL보험에 의하여서나 담보가 가능성이 있는 것으로 볼 수 있지만 그것이 보험계약자의 합리적 기대라고 할 수는 없을 것이다. 기존의 보험상품들이 예상하지 못하였던 새로운 위험은 그에 맞는 약관작성과 보험료율산정을 하여 새로운 상품으로 개발하는 것이 바람직하다. 현재 우리나라 보험사들은 컴퓨터관련위험은 담보되지 않는다는 점을 밝혀 전위험보험과 CGL보험을 판매하고 있다.

38) Computer Corner, Inc. v. Fireman's Fund Insurance Co. 46 P.3d 1264(NM.Ct. App. 2002).

39) 상세한 것은 Goss et al., op.cit., pp.267~269.

3. 새로운 보험상품의 출현

(1) 서

현재 우리나라에서 판매되고 있는 보험상품들은 전자상거래관련 손해배상책임보험, 망안전배상책임보험, 컴퓨터전문인배상책임보험, 지적재산권보험 등을 들 수 있다. 이하에서 이들 상품의 내용을 분석하고 이들이 소프트웨어사업자의 거래상대방에 어떻게 기여할 수 있는지를 살펴본다.

이에 대한 분석은 현재 상품화가 이루어진 국내 일부 보험사업자의 보험상품의 분석을 위주로 한 것임을 밝힌다.

(2) 컴퓨터서비스 및 소프트웨어개발자 전문직업인 배상책임보험

가. 개 관

컴퓨터서비스 및 소프트웨어개발자 전문직업인 배상책임보험은 소프트웨어 및 하드웨어를 개발·판매하는 사업자와 전산시스템을 운영·관리·컨설팅하는 사업자가 전문인으로서 업무를 수행하는 중에 과실로 인하여 타인에게 손해배상책임을 지는 경우에 보험자가 이를 보상하는 보험이다. 해킹과 같은 부정접속, 바이러스 등으로 인한 사고는 담보하지 않는 것이 원칙이지만 피보험자가 개발한 소프트웨어의 기능장애에 의한 사고는 담보한다.

이 보험은 표제가 나타내듯이 전형적인 제3자 손해배상책임보험이다. 이 보험의 주된 보상내용은 피보험자인 소프트웨어개발자 등의 피해자에 대한 법률상의 손해배상책임이지만 이에 더하여 일정한 조건하에 피보험자가 지출한 방어비용을 포함할 수 있다. 전문적인 전산시스템을 구축하거나 관리하는 업체, 소프트웨어나 하드웨어 개발자, 전산시스템컨설팅업체의 위험분산방법으로 구상된 것이다.

이 보험에서는 ① 시스템 분석(analysis)·통합(integration)·설계(designing)·프로그래밍(programing)·자료처리(data processing)업무, ② 전산자료처리시스템(electronic data processing system)개발에 관한 컨설팅업무 및 시스템의 관리·운영을 대행하는 아웃소싱업무, ③ 컴퓨터하드웨어 및 소프트웨어의 마케팅, 판매, 서비스제공, 유통,

설치 및 유지관리업무를 수행하는 중에 과실로 인하여 피보험자가 제3자에게 손해 배상책임을 지는 경우에 이를 보상한다.

그러나 피보험자의 부정직(dishonest), 사기성(fraudulent), 범죄성(criminal), 미필적 고의와 인식있는 과실을 포함하는 고의(malicious)로 인한 행위에 기인한 청구 등 보상하지 않는 손해도 여러 가지이다. 이 보험은 테일러 메이드 방식이다. 보험계약자가 보험조건과 함께 요율산정을 위한 자료로 가입설문서, 회사소개자료 등을 제출하면 보험자는 이를 검토하여 보험조건을 조정한다. 조정결과에 동의하는 보험계약자는 청약서를 제출하여 청약하고 보험자가 승낙함으로써 보험계약은 성립한다. 보험계약은 요율계약이 아니므로 보험료지급과 보험증권의 발행은 보험계약의 성립요건이 아니지만 보험료의 지급이 있는 때로부터 보험자의 책임이 개시됨은 물론이다.

나. 가 입

이 보험에 가입하고자 하는 자는 먼저 제작자 또는 사업자에 대한 사항을 상세히 기재하여 보험자에게 제출하여야 한다. 이 때에 보험계약의 청약자는 자신이 제공하는 정보가 유효한 보험계약의 기초가 됨에 동의하여 서명한다. 보험계약이 성립하기 전에 제공한 정보에 중요한 변화가 있는 때에는 그에 대하여 통지하여야 한다. 소프트웨어 제작자 또는 사업자는 보험자에게 제공할 정보에 자신의 명칭, 동업자나 대표 또는 임원의 서명, 날짜를 표시하여야 한다.

제공할 정보에는 기업의 설립등기일, 최근 몇 년간 회사명칭변경사실·기업매수나 합병사실, 대표·임원·주주의 총수, 임원 및 주요직책자가 전문단체의 회원인 경우의 자격·당해 피보험회사에서의 근무한 년수·컴퓨터업계에서의 실질근무년수, 컴퓨터기기운용자 및 자료처리 사용인의 수, 소프트웨어설계·시스템분석 사용인의 수, 하드웨어·소프트웨어 판매인의 수, 품질보증업무담당자의 수, 경영자나 관리자가 아닌 자로서 피보험자가 수행한 업무에 대하여 가격을 산출할 수 있는 권한을 가진 직원의 수, 피보험회사나 대표·임원 등이 청약자와 관련하여 업무를 수행하여야 할 다른 기업 또는 조직과 재정적이거나 기타방법으로 관련 또는 연결되어 있는지 여부, 피보험회사에서 사용하는 컴퓨터 및 부속기기가 고장·손상될 경

우 이에 대신하여 이용할 수 있는 비상장비 유무 및 비상장비 내용, 컴퓨터시스템 기록의 복본들을 피보험회사 스스로 또는 고객에 의하여 보존하며 원본과 별도로 분리 보존하는지 여부, 최근 3년동안 피보험회사가 수행한 전형적인 프로젝트나 업무에 대한 간략한 설명, 피보험회사가 발행한 회사에 관한 소책자나 리플렛, 신설회사인 경우 예상되는 업무에 대한 상세, 최근 1년간 종합건설팅업·시스템 및 프로그램설계·자료처리 및 커뮤니케이션·특정고객을 위하여 프로그램기호가 변경된 소프트웨어 패키지 판매·하드웨어 판매·동일한 프로그램 기호를 지닌 소프트웨어 패키지판매·기타 주요항목의 실적(신설회사의 경우에는 향후 1년의 예상실적)을 국내·국외로 분리하여 기재, 향후 1년의 예상실적 및 예상되는 주요변화, 피보험회사가 공급업자와 판매량이나 판매가액과 관련된 판매계약을 맺었거나 맺을 계획유무 및 피보험사의 수입비율의 명시, 최근 1년의 사업 또는 향후 1년간 사업중 외국의 법적 관할하에 있는 사업유무 및 해당사실이 있는 경우 그 해당국가, 최근 1년간 총수입중 컴퓨터를 산업적 프로세스 또는 공구나 건축설계에 이용함으로써 파생된 수입의 비율 즉 컴퓨터를 회계업무·생산업무·재고관리 이외의 업무에 사용한 것 및 그와 같은 작업에 대한 간략한 설명을 요구한다. 또 피보험회사가 표준계약서나 협정서를 사용하는지 여부, 각 고객과 선정통지서를 교환하는지 여부, 수행할 사업을 규정하는 다른 방법 유무, 이들 각종서식에 법적 조언을 하는 사람의 유무, 피보험회사가 전문인배상책임보험에 가입한 사실이 있는지 여부와 현재 유효한 계약의 준부 및 보험자의 명칭도 요구한다. 피보험회사가 요구하는 총보상한도액, 피보험자가 손해배상청구를 받은 경우에 각각의 청구에 대하여 피보험자가 부담하고자 하는 초과금액, 청약자가 알기로 과거 피보험회사가 이와 같은 종류의 보험계약체결이 거부·취소·연장거절된 사실이 있는지의 여부와 만일 있는 경우엔 세부사항, 청약자가 알고 있고 믿고 있는 범위에서 피보험회사 또는 그 전·현직 경영진·임원·사업 양도인의 과실을 이유로 손해배상청구가 행하여진 사실 유무에 대한 충분한 답변, 피보험회사의 동업자나 임원 중에 피보험회사나 그 사업상 전임자·현재의 동업자·관리자를 대상으로 한 손해배상청구의 원인이 될만한 상

황에 대하여 아는 사람이 있는지 여부와 만일 있다면 그 구체적 내용, 기타 보험계약체결여부나 체결조건에 영향을 끼칠 수 있는 중요사항에 대하여 알릴 것을 요구한다. 청약자는 보험계약체결시를 기준으로 위에서 열거한 사항들에 대하여 알릴 의무가 있으므로 만일 청약시에 알린 사항에 대하여 계약성립 전에 중요한 변경이 있는 때에는 다시 알려야 한다.

상기 고지사항에 더하여 청약자는 자신이 전자자료처리 사업자, 소프트웨어 개발자, 컴퓨터서비스 컨설턴트사업자인가에 따라 추가정보를 제공하여야 한다. 추가청약서에는 제공하는 업무나 제품의 종류에 대한 상세한 설명과 향후 1년간 국내·외 각 시장에서 예상되는 수입, 과거 3년 동안의 실제 수입과 고객의 수가 기재된다. 그 다음 전자자료처리사업자의 보충청약서에는 과거 3년 동안의 최대 프로젝트 3건과 중간규모 프로젝트 1건의 고객·제공한 서비스·수입을 밝히고 피보험회사의 수입액을 완성품인도방식(turnkey system), 일괄제품화된 소프트웨어(packaged software)판매, 특수소프트웨어(custom software)개발, 프로그래밍 및 유지관리, 자료입력 및 처리, 타임 셰어링, 기타의 업무범위에 따라 세분하여 밝히도록 요구한다. 또한 주요 소프트웨어의 응용분야(관리, 회계 및 재정, 건축 모형·투시, 컴퓨터원용설계(CAD) 및 컴퓨터원용제조(CAM) 등 제조·공학 도구, 컴퓨터원용소프트웨어공학(CASE) 등 응용개발용 도구, 통신용 유틸리티 및 정보업무, 데이터베이스관리체계 및 4GL, 교육용, 자금이전용, 화상용(imaging), 랜 및 네트워크관리, 의료관리, 워드 프로세스 및 이메일 등 사무자동화, 과학 및 수학분야)등 업무분야별 수입액을 제시하여야 한다. 피보험회사의 제품이나 서비스가 이용되는 시장분야도 세부적으로(항공우주업, 통신업, 재무관리, 건강관리 등) 수입액을 명기하여야 한다. 청약자의 업무중 제3자에게 하도급하는 비율과 목적 및 표준하도급계약서의 사용여부와 계약서사본도 제시하여야 한다. 그밖에 청약자가 고객과 서면계약서를 이용하여 계약하는지 여부, 표준계약서에 제3자면책조항⁴⁰⁾이나 보상조항의 포함·고객에게 제공

40) 계약에 있어서 한쪽 당사자가 다른 쪽 당사자에 대하여, 제3자로부터의 청구가 행

하는 구체적 업무설명서·보증서(guaranty)나 담보(warranty)·배상책임한도액의 유무를 묻는다. 시스템설계제품과 관련해서는 제품이 문서화되고 시험을 거치는지, 문서는 시스템의 수명기간 동안 보관되는지, 모든 프로그램 수정에 대하여 시험계획안이 수행되는지, 정규 생산에 앞서 예비시험 운영후 서명하도록 고객에게 요구하는지가 체크된다. 이와 같이 보험에 가입하고자 하는 소프트웨어 전문가나 회사는 사업내용의 상당한 정보를 보험자에게 제공하게 되지만 그 정도는 회사임원배상책임보험의 경우보다는 덜 한 것으로 알려져 있고, 이와 같은 정보제공은 보험자가 위험의 인수여부와 담보범위, 보험료 등 인수조건을 결정하는데 있어서 중요한 것이기 때문에 허위고지나 묵비가 없어야 한다. 보험자가 청약서에서 묻은 위의 사항들은 일응 중요사항으로 추정되므로(상법 제651조의 2), 보험계약자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 위 질문사항에 대하여 고지하지 아니하거나 부실고지를 한 때에는 고지의무 위반이 된다(상법 제651조).

다. 내 용

1) 피보험자

컴퓨터서비스제공자 또는 소프트웨어개발 전문가 또는 이들을 고용하고 있는 법인이다.

피보험자에는 자회사가 포함될 수 있다. 자회사는 보험계약 청약시 신고사항에서 지명된 법인 중에서 자신의 자회사 하나 또는 그 이상을 통하여 직접적으로 또는 간접적으로 발행된 의결권 있는 주식총수의 50%이상을 소유한 주식회사를 의미한다. 자회사는 보험기간 내에 자회사가 된 회사를 포함하되 자회사가 된 후 90일 이내에, ① 보험자에게 신규 자회사에 대한 자세한 세부정보를 제공하고, ② 보험자의 검토와 동의를 조건으로 신규 자회사와 관련하여 보험자가 요구하는 추가보험료를 지급하거나 이 보험조항의 개정에 동의하고, ③ 지정일까지 추가보험료를 지급한 것을 조건으로 한다. 보험계약청약시 신고사항에서 지명된 법인이 자신의 한

하여진 때에 자기가 책임을 지며 다른 쪽 당사자는 책임을 지지 않는다는 것을 보증한 조항(Hold harmless agreement)을 말한다.

개 또는 그 이상의 자회사를 통하여 직접 또는 간접으로, 발행된 의결권 있는 주식의 50%이상을 소유지 못한 자회사, 대표, 임원, 종업원에 대한 배상책임은 담보되지 아니한다.

2) 배상청구방식

이 보험은 보험금청구방식(claim-made policy)이다. 보험금청구를 어느 시점에서 행하여야 하느냐를 규정하고 있는 claims-made trigger에는 보험금은 보험계약자나 피보험자가 부보기간 내에 발생한 보험사고를 보험자에게 부보기간 내에 청구하여야 한다고 규정한다. 따라서 보험계약자나 피보험자에 대한 제3자의 손해배상 청구와 이를 이유로 하는 보험계약자 또는 피보험자의 보험금청구는 부보기간 중에 보험자에게 행하여져야한다. 다만 보험계약에 특약으로 연장통지기간이 있는 때에는 이 기간 중에 행하여진 청구에 대하여도 보상한다. 예컨대 소프트웨어 제작자가 2002년 11월 1일 1년 만기 보험에 가입·보험료를 지급하여 보험자의 책임이 개시되었고 2003년 11월 1월에 1년간 갱신되었다면 2002년 11월 1일 이후 발생한 보험사고의 보험금은 2004년 10월 30일까지 청구되어야 보험금이 지급될 수 있다. 그러므로 보험사고가 부보기간 중에 발생하기만 하였다면 보험금청구권소멸시효가 완성하지 아니하는 한 부보기간 종료 후에도 언제든지 청구할 수 있는 사건기준방식과 다르다. 소프트웨어 보험의 경우, 보험금청구방식을 취한 것은 사건기준방식으로 하는 경우 보험금청구가 상당한 시일이 경과한 후에 행하여짐으로써 보험료의 정확한 산출을 어렵게 하고, 사고발생시부터 보험금청구시까지의 물가상승이나 관계법령 제·개정으로 인한 보험자의 부담증가 등이 예상되기 때문이다. 상법상 보험계약자나 피보험자는 보험사고발생을 안 때에는 지체없이 통지하면 되고(제657조 제1항), 서면으로 통지하여야 하는 것은 아니나, 소프트웨어보험약관은 서면통지를 요구하는 것이 보통이다. 그러나 소프트웨어보험을 기업보험의 일종으로 이해한다면 보험계약자 등의 불이익변경문제는 생기지 않으므로 약관조항이 유효하다고 하겠다(상법 제663조 단서).

3) 보험금액의 한도

판결이나 화해에 의한 지급금한도는 방어비용으로 지급한 금액을 포함한다. 방어비용은 자기부담금에도 포함된다.

4) 담보범위

기본적으로 피보험자의 과실(errors)과 태만(omission)으로 야기된 손해를 담보한다. 보험자는 피보험자의 침해행위(wrongful act) 또는 피보험자가 법적으로 책임을 지는 타인의 침해행위로 인하여 피보험자가 타인에게 법적으로 지급하여야 하는 손해배상금액을 지급한다. 침해행위는 타인을 위하여 일정한 대가를 받고 컴퓨터서비스를 수행함에 있어서 발생한 실체의 또는 추정되는 부주의한 행위, 과실 또는 태만을 의미한다. 이 때 보험금지급이 이루어지기 위해서는 침해행위가 타인을 위하여 대가를 받고 피보험자가 이행한 컴퓨터 서비스에서 전적으로 이루어진 것이어야 하며, 침해행위는 보험계약기간 중에 일어난 것이어야 한다. 만일 보험계약 중 소급일이 있는 경우에는 그 날에 또는 그 날 이후에서부터 보험기간이 만기되기 이전에 일어나야 한다. 그와 같은 부정행위에 대한 손해배상청구는 보험기간 내에 먼저 피보험자를 대상으로 행하여져야 하며, 보험자에게도 보험기간 내에 즉시 서면으로 동일한 손해배상청구가 통지되어야 한다. 부정행위의 통지에는 침해행위가 일어나게 된 경위·시기·장소, 증인의 성명과 주소, 손해나 손해의 내용과 장소, 예상손해배상금, 피보험자가 예상손실을 최초로 알게된 일자가 포함되어야 한다. 약관은 보험자가 보험기간 이후에 피보험자를 대상으로 처음 제기된 손해배상청구에 대하여도 보상하기 위해서는 불법행위가 이루어진 것과 손해배상이 청구될 수 있다고 피보험자가 합리적으로 여기는 때, 그리고 피보험자가 보험기간 내에 예견되는 침해행위를 서면으로 보고하였어야 한다고 규정한다.

이 보험에서 컴퓨터서비스란 아래 업무에 대하여 요금을 받는 대가로 보험계약서에 명시된 특정 업무를 수행하기로 한 피보험자와 제3자간의 서면계약을 의미하는데

- ① 시스템 분석, 통합, 설계, 프로그래밍, 자료처리 또는

- ② 자료처리 시스템의 개발에 관한 컨설팅으로써 적용성을 연구하는 행위와 전산 자료 처리와 관련된 조연을 수행하는 것을 의미 또는
- ③ 전산자료처리 시스템의 외부 재원화로써 제3자의 정보업무부서를 관리하거나 운영하는 것을 의미 또는
- ④ 컴퓨터 하드웨어와 또는 소프트웨어의 마케팅, 판매, 서비스제공, 분배, 설치 그리고 유지관리 그리고 그러한 하드웨어 또는 소프트웨어를 사용하기 위하여 필요한 훈련을 하는 것을 의미한다고 규정한다.

이 보험에서 보상할 피보험자에게 발생한 손실이라 함은 피보험자의 침해행위로 인하여 지급책임이 발생한 배상액을 말한다. 이에겐 판결이나 화해에 의하여 지급할 금액과 방어비용이 포함된다. 그러나 피보험자가 재정적 책임을 지지 않는 금액, 벌금, 과징금, 징벌적 손해배상, 실손해를 넘는 2·3배배상 기타 피보험자에 대하여 법적 상환청구 없이 발생한 금액에 대한 것은 포함하지 아니한다. 법적 상환청구라 함은 1차적으로 책임을 지는 자가 이행한 후에 제2차 의무자에게 구상하는 것을 말한다. 미국의 보험제도에서 징벌적 손해배상을 보험으로 담보할 것인가는 원칙적으로 약관에서 정할 문제이며 보험의 종류에 따라 일률적으로 정하여 지는 것은 아니다. 우리나라의 경우 징벌적 손해배상제도를 도입하여야 한다는 견해가 없는 것은 아니나 현재로서 이를 인정하는 공서 문제를 제기할 수 있다.

손해배상청구는 금전상의 보상요구, 금전상의 손해를 요구하기 위한 법정에서의 법적 재판 절차를 의미하며 여기에는 중재절차도 포함된다.

보험자에 대한 방어 의무는 실제 보험제도 운용에서 가장 다툼이 많은 부분의 하나이다. 원래 방어비용은 피보험자에 대한 손해배상청구가 행하여졌을 때 이에 대한 조사, 합의, 변호, 장소 등에 따르는 필요하고 적절한 보수, 비용 기타를 말한다. 보험자는 피보험자에 대한 제3자의 손해배상청구가 비록 법적 근거가 없거나 사기성 있는 경우라도 당해 보험계약에서 보호되는 피보험자를 대상으로 한 손해배상 청구에 대하여 변호해줄 권리와 의무를 가진다. 소프트웨어보험에서도 방어비용은 보험자의 보상한도액에 포함된다. 손해배상청구에 대하여 방어할 보험자의 의무는

변호비용, 소송화해, 판결 및 판결에 의하여 생기는 손해배상금, 그리고 판결등록 또는 판결문 부여에 앞서 판결이나 손해배상금 등으로부터 발생하는 이자 등을 지급함으로써 사용가능한 보상한도액이 소진될 때까지이다.

보험자는 제3자가 피보험자에게 행한 손해배상청구에 대하여 조사할 권리를 가지며 보험자가 적합하다고 판단할 때 피보험자의 서면동의를 얻어 제3자의 손해배상청구에 대하여 화해할 수 있다. 보험자의 방어 의무는 피보험자가 보험자가 권고하는 합의를 거절하고 손해배상청구권자가 이를 인용하는 서면동의를 한 때에는 종료된다. 이와 같은 경우에는 피보험자는 자신의 비용으로 제3자의 손해배상청구에 대하여 방어하여야 하며 합의를 위한 협상을 하여야 한다. 화해, 판결, 또는 손해배상에 대한 보험자의 지급책임액은 피보험자가 보험자의 제안에 동의하였다면 보험자가 화해할 수 있었던 금액을 초과할 수 없으며 또한 피보험자가 동의를 거절한 날짜까지 소요된 방어비용을 초과할 수 없다. 방어비용은 손해배상청구가 최종적으로 해결된 후에 보험자가 피보험자에게 전보하는 것이 원칙이지만 피보험자의 청구가 있는 때(상법 제720조 제1항 단서)에는 보험자의 재량에 따라 비용의 선급이 이루어질 수 있다. 소프트웨어보험에 있어서 방어비용에 대한 독특한 문제는 발견되지 아니한다.

한편 보험자는 방어하는 손해배상청구에서 요구될 때에는 상소보증, 또는 법적 의무 이행담보재산을 양도하기 위하여 필요한 보증을 위한 보증료를 지급한다. 상소보증(appeal bond)이란 상급심에 불복을 신청한 상소인이 패소한 경우 피상소인의 소송비용을 담보하기 위하여 상소인이 상소시 제출하여야 하는 보증증서를 말한다. 이 보증료는 보험자의 보상한도액범위의 보증에 대하여만 지급한다. 보험자는 이 보증을 신청하거나 이를 획득하여 피보험자에게 제공할 의무는 없다. 따라서 그러한 보증의 소요비용은 보험자의 보상한도액에 포함되는 것이다.

5) 보험기간

청약자의 신고사항에 기재된 효력발생 개시일로부터 시작되는 기간을 의미한다. 이 기간은 보험증권의 만기일이나 보험계약해지의 효력이 발생하는 날 가운데 더

빠른 날짜에 만기가 된다.

6) 담보지역

이 보험은 대한민국 내에서 행하여진 침해행위에 대하여 담보한다.

7) 면책조항

면책조항은 피보험자인 소프트웨어 사업자 또는 컴퓨터서비스업자에게 뿐만 아니라 피해자구제에도 매우 중요한 의미가 있다. 따라서 작성자불이익의 원칙 또는 축소해석의 원칙에 따라 엄격하게 해석되어야 할 부분이다.

보험약관은 흔히 아래의 손해에 대하여는 보상하지 아니한다.

- (a) 피보험자의 불성실행위(dishonest act), 사기, 범죄 또는 고의에서부터 나온 행동, 오판(error), 또는 태만(omission)을 이유로 청구될 때는 면책으로 한다. 그러나 그러한 태도가 불가피하였던 행위에 대해서는 피보험자를 대상으로 한 판결이나 최종판결이 없는 한 이 면책조항은 적용하지 아니한다. 불성실행위란 법률용어는 아니나 보험약관에서는 법령에 위반된다는 것을 피보험자가 인식하면서 (또는 인식하고 있다고 판단되는 합리적인 사유가 있는 경우를 포함) 행한 행위를 말한다. 전통적으로 전문직 배상책임 보험은 전문직 종사자의 직무태만으로 인한 손실을 담보하는 보험(malpractice insurance)과 오판 내지 과실과 태만 내지 부작위로 인한 손실을 담보하는 과실·태만보험(errors & omissions insurance)으로 구분되어 왔다. 전자는 인명손해로 인한 배상책임을 주로 담보하여 왔기 때문에 의사 등이 주로 이용하여 왔다. 이에 비하여 후자는 재산손해로 인한 배상책임을 주대상으로 왔기 때문에 다양한 직종의 전문가들이 활용하여 왔다. 소프트웨어 보험에 있어서 과실로 인한 오판이나 부작위 등의 태만으로 인한 손해를 담보하지 않는 것은 이들 사업자들의 경각심을 자극하기 위한 것으로 생각된다.
- (b) 신체상해(bodily injury)나 재물손해(property damage)를 이유로 청구될 때는 면책으로 한다.

이 보험에서 재물손해는 유형재산(tangible property)의 손실을 포함하여 이것에 대한 물리적 손상(physical injury) 또는 파손을 말하며, 물리적으로 손상 또는 파손되지 아니하였더라도 유형재산의 사용손실이 있는 경우를 포함한다.

이 보험에서 신체상해는 신체상의 손상, 병, 또는 질환으로써 이것으로 인한 사망을 포함하며 그리고 정신적 분노(mental anguish), 감정적 고통(emotional distress), 또는 기타 형태의 정신적 상해(psychological injury)를 의미한다. 이들은 다른 보험과의 중복을 피하기 위한 면책사유(other insurance exclusion)이다.

- (c) ㉠ 불법체포, 유치, 또는 감금, ㉡ 중상, 비방, 또는 명예훼손, ㉢ 폭행 또는 구타, ㉣ 불법 침입이나 점유박탈(추출) 또는 프라이버시 침해에 이유로 청구될 때는 면책으로 한다. 이 것 역시 다른 보험계약에서 담보할 것으로 여겨지는 사항들이다.
- (d) 제3자와의 계약에 따라 수행하기로 한 업무의 지연 또는 실패를 이유로 한 청구는 그러한 손해 보상요구가 침해행위(wrongful act)를 이유로 청구된 경우를 제외하고는 보험자면책이다.
- (e) 실제로 피보험자가 계약상의 의무를 고의로 수행하지 아니하거나 고의로 불이행함(actual intentional non-performance or intentional default)을 이유로 청구될 때는 면책으로 한다.
- (f) 피보험자가 계약이나 협약에 따라, 또는 보증서(guaranty), 담보(warranty), 위약(penalty)조항에 따라 또는 법적으로 부보할 수 없는 것으로 판단되는 책무에 따라 손해배상책임을 지게 된 것을 이유로 청구될 때는 면책으로 한다. 다만 이 면책조항은 그러한 계약이나 협약의 부재시에 피보험자가 지게되는 손해배상책임에 대하여는 적용하지 않는다.
- (g) 예상비용에 대한 보증이나 예상비용의 초과를 이유로 청구될 때는 면책이다.
- (h) 피보험자가 법적 자격없이 얻게되는 실제상의 사적인 이익이나 혜택을 이

유로 청구된 때, 또는 피보험자에 대한 대가에 관한 다툼으로 인하여 청구된 때, 또는 비용(charges)을 이유로 청구된 때, 또는 피보험자에게 지급된 금전의 환불을 이유로 청구된 때는 면책이다.

- (i) 피보험자의 업무, 소프트웨어, 전자제품에 대하여 체결된 서약, 보증서, 진술서, 약속 등에 응하기 위하여 피보험자가 발생시킨 금액이나 소요비용을 이유로 청구될 때는 면책이다. 이는 피보험자가 결함제품(defective material)이나 기술의 에러에 대한 수리나 대체, 시스템의 수정, 제품회수, 철회나 검사, 배달시간, 완성시간, 재정적 절약 또는 그러한 제품이나 업무가 재산의 일부를 이루는 피보험자의 비용을 포함하나 이에 제한되지 않는다.
- (j) 정전, 전압의 급증이나 저하 등을 포함하는 전기적 사고로 청구된 때에는 면책이다.
- (k) 권한 없이 전산자료처리시스템이나 프로그램을 입수하거나 이용하는 것을 예방하지 못하였음을 이유로 청구된 때는 면책이다. 그러나 피보험자의 소프트웨어 제품의 불량으로 인하여 권한 없이 이용됨을 이유로 청구된 때에는 보상한다.
- (l) 특허권, 판권, 등록상표, 서비스마크 또는 기타 지적재산권의 침해를 이유로 청구된 때에는 면책이다.
이 위험은 이른바 지적재산권보험에 의하여 담보될 것이 기대된다.
- (m) 유가증권, 독점금지법, 거래제한, 불공정거래행위 또는 기타 소비자보호법의 위반을 이유로 청구된 때에는 면책이다.
- (n) 다음과 같은 개인이나 단체를 위하여 전문적인 업무를 수행하는 과정에서 또는 수행하지 못하여 청구된 때는 면책이다.
 - ㉠ 현재 또는 과거에 피보험자에 의하여 일부 또는 전부가, 직접 또는 간접적으로 소유, 경영, 운영, 관리된 개인 또는 단체.
 - ㉡ 현재 또는 과거에 피보험자의 일부 또는 전부를, 직접적으로 또는 간접

적으로 소유, 경영, 운영, 관리한 개인 또는 단체.

- ㉔ 공동다수소유권 또는 관리권을 통하여 현재 또는 과거에 피보험자와 관계를 맺은 개인 또는 단체.
 - ㉕ 현재 또는 과거에 피보험자가 그곳에서의 관리자, 임원, 공동경영자 또는 주요 주주였던 것 등이다.
- (o) 보험기간에 앞서 또는 기간개시일 현재 이미 계류중이거나 확정된 소송에 관련하여 청구된 때에는 면책이다. 흔히 “prior and pending litigation exclusion”은 보험자가 보험계약 개시되기 이전의 사안에 대하여 판단하는 것이 어렵다는 이유로 면책사유로 한 것이다. 그와 같은 취지를 고려할 때, 보험기간 개시일 전 또는 개시시에 계류중이거나 확정된 소송과 동일한 소송뿐만 아니라 실질적으로 동일한 사실에 기초한 손해배상청구에 대하여는 담보하지 않는다고 새겨야 할 것이다.
- (p) 오염물질과 관련하여 청구된 때에는 면책으로 한다. 우선 오염물질의 방출, 분사, 배출 또는 누출의 경우이다. 또 오염물질의 청소, 제거, 수용, 처리, 해독, 또는 중화와 관련한 시험이나 감시, 오염물질에 대하여 여하한 방식의 조치·해독·중화·시험 하도록 지시나 요구를 받게되는 경우이다.
- 오염물질은 고체, 액체, 기체, 또는 온도상의 자극물이나 오염물질을 의미하며, 연기, 증기, 그을음, 열기, 산성물질, 알칼리성물질, 화학물질, 석면물질, 석면을 포함하는 물질, 납, 납을 포함하는 물질과 폐기물(재활용, 수리 또는 재생에 이용되는 것을 포함하며, 의료 폐기물도 포함)을 말한다.
- 이러한 위험은 피해액이 거액인 경우가 많고 그 위험의 평가가 매우 독특하고 어렵기 때문에 소프트웨어 보험에서는 면책으로 하고 다른 종류의 보험에 의하여 담보하도록 한 것이다.
- (q) 이 보험계약에 의하여 담보된 다른 사람이나 단체에 의한 청구에 기인한 것은 면책된다. 이는 소위 피보험자간 손해배상청구 부담보조항(insured

versus insured exclusion clause)이다. 만일 피보험자간 청구에 대하여 보험금이 지급된다면 소프트웨어사업자는 사업경영상 입은 손실을 보험회사를 악용하여 만회하기 위하여 피보험자가 다른 피보험자를 상대로 손해배상을 청구하는 우호적 소송을 남발할 것이다. 또한 소프트웨어사업자에 대한 제3자의 손해배상책임에 대비하려는 이 보험의 목적에서 볼 때, 소프트웨어사업자 내부의 갈등을 이 보험으로 해결하는 것은 바람직하지 않다고 하여 보험자면책으로 하는 것이다.

- (r) 어떤 차별이든 차별을 근거로 청구된 때에는 면책으로 한다. 성, 인종, 국적 등을 이유로 한 부당해고 등 차별이 각 평등법 등에 위반하였음을 이유로 청구된 경우를 말한다.
- (s) 피보험자의 종업원 또는 피보험자를 위하여 일하는 독립계약자, 이들의 배우자나 친척으로서 종업원이나 독립계약자가 입게된 상해나 손해의 결과를 이유로 청구하는 때에는 면책으로 한다. 이 면책조항은 피보험자가 사용자로서 또는 다른 법적 자격에서 책임을 지는 경우와, 상해나 손해를 이유로 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 타인과 함께 손해배상을 하거나 그 타인에게 상환하여야 할 의무를 지닐 때에 적용된다.
- (t) 피보험자 또는 피보험자의 보험자로서의 업무를 수행하는 자가 실직손해보상법, 장애인복지법 및 이와 유사한 법에 따라 손해배상책임을 져야 하는 경우의 배상에 대한 청구는 면책으로 한다.
- (u) 금전적 손해배상의 지급 이외에 다른 형태로 배상을 하여야 할 때의 청구는 면책으로 한다.
- (v) 피보험자의 파산이나 지급불능으로 기인한 경우의 청구는 면책으로 한다.

8) 보상한도액

소프트웨어보험증권에 명시된 보상한도액은 동 보험증권에 의하여 담보되는 개인 또는 단체의 수, 손해배상청구자 또는 손해배상청구의 수에 관계없이 보험자가 지급할 최대금액을 의미한다. 약관에서 개별침해행위당 보상한도액을 정하는 경우

이것은 단일 침해행위의 결과로 보험자에게 최초로 청구되고 보고된 모든 손해배상청구에 대하여 보험자가 지급하는 보상한도액이라는 의미이다. 이에 대하여 총누적보상한도액이란 당해 보험증권이 효력을 가지는 동안 보험자에게 최초로 청구되고 보고된 모든 손해배상청구에 대하여 보험회사가 지급하는 총보상한도액을 말한다. 기술한 방어비용도 보상한도액에 포함된다.

9) 다른 보험과의 관계

2개 이상의 보험자에 의하여 같은 내용을 담보하는 보험증권이 발행된 경우, 보험자는 자기가 발행한 보험증권에 따라 자기가 발행한 보험증권의 사용가능한 보상한도액이 그러한 종류의 모든 보험증권의 사용가능한 보상한도액의 총합계에 대하여 가지는 비율을 초과하여서는 책임을 지지 아니한다. 아울러 그러한 종류의 모든 보험증권에서 지급될 수 있는 총합계 금액은 그러한 종류의 모든 보험증권 중에서 가장 높은 보상한도액이다.

10) 자기부담금

동일한 침해행위 또는 연속되거나 관련된 침해행위를 이유로 청구되는 모든 손해배상청구에는 하나의 자기부담금을 적용한다.

11) 연장보고기간

연장보고기간(extended reporting period provision)은 보험자가 계약의 갱신을 거절하거나 중도해지하는 경우 무보험상태에 빠진 상황에서 제기되는 배상청구에 대처할 필요에서 갱신거절일 또는 해지일로부터 일정기간 내에 보고된 배상청구에 대하여는 보상하는 것을 말한다. 이와 같은 의미에서 연장담보기간(extended discovery provision)이라고도 한다. 이 조항에 의하여 담보되는 것은 이미 실효한 전계약의 보험기간 중 또는 소급일 이후에 행하여진 사고에 대한 손해배상청구가 연장통지기간 중에 제기된 경우이다. 따라서 연장보고기간 중의 사고는 담보되지 않는다. 보험의 종류와 보험자에 따라서는 이 기간을 1년으로 하는 경우도 있지만 현재 국내 모 보험자의 소프트웨어 보험약관은 보험계약의 해약일 또는 갱신거부일로부터 90일로 하고 있다. 그 대신 90일 연장보고기간 만기일 이후에 피보험자는 전액보험료

의 50%를 추가보험료로 지급하고 연장보고기간추가조항에 가입할 수 있도록 하고 있다. 이 추가조항은 소급일 이후 보험기간 만기일 이전에 발생한 침해행위에 기인하는 손해에 대해서만 담보한다. 연장보고기간추가조항에 가입하였을 때, 손해배상 청구는 90일 연장보고기간 만기일 이후로부터 12개월 내에 먼저 피보험자를 대상으로 이루어져야 하며 서면으로 보험자에게 통지되어야 한다. 이 연장보고기간추가조항에 가입하기 위하여 피보험자는 서면으로 청약하고 90일 연장보고기간 중에 추가보험료를 지정된 납기일에 지급하여야 한다. 연장보고기간추가조항 청약에 대하여 승낙할 것인지는 보험자의 선택에 달려있다. 약관은 보험료지급의 지체를 이유로 해약(상법 제650조)한 때에는 피보험자가 연장보고기간조항계약에 가입할 수 없다고 규정한다. 단순히 보험증권의 보험료나 용어에 대한 변경이 있다고 하여 보험자가 계약연장을 거절한 것으로 보아서는 안된다. 연장보고기간조항계약을 맺었다고 하여도 보상한도액은 여전히 보험증권에 명시된 총누적보상한도액 범위 내인 것은 물론이다.

12) 다른 보험 등과의 관계

약관은 이 보험증권에서 규정하는 손실에 대하여 다른 보험 등에 의한 담보가 행하여질 때에는 그것을 초과하는 부분에 대하여만 담보한다고 규정한다. 즉 타보험 우선적용조항이다. 다른 담보가 보험, 자가보험, 보상 또는 이와 유사한 협정이든 간에 또는 그러한 담보의 범위가 기초, 비례, 기여, 초과, 계속 또는 기타의 것으로 명시되어 있든 간에 이 조항이 적용되는 것으로 하고 있다.

13) 보험자대위권

약관은 피보험자가 보험자 아닌 제 3자에게 손실에 대한 배상을 요구할 수 있는 경우에 피보험자는 손실이 발생한 이후에 그러한 배상요구를 할 수 있는 권리를 지키기 위하여 할 수 있는 모든 행동을 취하여야 하며 만약 본 보험계약에 따라 보험자가 지급책임을 지는 금액을 지급하면 배상청구에 대한 권리는 보험자의 것으로 된다고 한다.

(3) 망안전보험

가. 개 관

망안전보험은 정보재산과 사업활동을 보호하고자 하는 의도로 개발되었다. 이 보험은 피보험자가 인터넷 또는 네트워크상의 침해행위, 콘텐츠상해, 소프트웨어상해에 기인하여 법률상 손해배상책임을 지게 되는 경우에 이를 담보하는 보험이다. 인터넷은 컴퓨터의 전세계적인 공개 네트워크를 의미하며, 향후 개발될 유사 공개 네트워크를 지칭한다.

인터넷 및 네트워크 사업(Internet and Network Activities)은 다음을 의미한다.

- ㉠ 인터넷이나 전자게시판 또는 포럼을 사용하여 최종수요자나 고객이 데스크탑 브라우저를 통해 접속할 수 있게 해 주는 것으로서, 전자우편의 전송 및 수신, 파일이전 및 인터넷 브라우징을 포함한 것,
- ㉡ 인터넷, 엑스트라넷 또는 기타 하나 이상의 컴퓨터 네트워크 상에 존재하는 것으로서, 이것은 개인의 사업을 번창시키기 위한 웹사이트의 디자인, 창작 및 유지관리 및 피보험자의 웹사이트, 전자게시판 및 포럼상의 정보를 광고하거나 공개함으로써 이루어지는 것,
- ㉢ 사업정보 또는 프로세스를 인터넷, 엑스트라넷 또는 두 개 이상의 컴퓨터 네트워크상의 웹사이트와 통합하는 것,
- ㉣ 인터넷이나 두개 이상의 컴퓨터 네트워크를 통한 거래로서, 제 3자와 귀중한 정보 및 상품을 교환하거나 매매하는 것,
- ㉤ 인터넷이나 두개 이상의 컴퓨터 네트워크를 통해 제 3자에게 접속할 수 있도록 하고, 피보험자의 리소스를 제 3자와 결합하여 엑스트라넷을 창출하는 것,
- ㉥ 호스팅 서비스의 제공,
- ㉦ 디지털 증명서의 설치, 관리 또는 유지,
- ㉧ 제 3자에게 컴퓨터 시스템 리소스를 제공,
- ㉨ 본 보험증권에 배서된 특정 활동, 제품 또는 서비스.

피보험자가 손해배상청구를 받는 경우라 함은

금전적인 손해, 보상, 배상 또는 비금전적인 구제의 청구나 그에 대한 권리주장, 고소장의 송달이나 이와 유사한 서면절차로 개시된, 금전적 또는 비금전적 구제를 청구하는 민사소송 통지서의 수령, 고소장, 정식 수사명령서 또는 이와 유사한 문서의 제출로 인해 개시된 정식 행정소송 또는 규제사건 통지서의 수령, 피보험자가 보험자의 동의를 얻어 제출하거나 제출하여야 할, 금전적 손해나 비금전적 구제를 청구하는 구속력 있는 중재소송절차에의 참석 요청을 말한다. 신체상해(bodily injury)는 사람이 입는 육체적 상해나 질병 또는 이러한 요인으로 인한 사망을 말한다. 영업소득(business income)은 피보험자가 입는 실질적인 손해를 의미하는데, 이는 손해가 발생하지 않았을 경우 획득할 수 있었던 것으로, 법인소득세 차감전 순이익으로 구성된다. 영업소득에는 통상급여를 포함하여 피보험자의 사업이 중단되는 동안에도 지출되어야 했던 모든 요금과 경비가 포함된다. 영업소득에는 실시료, 원형(prototype), 프로젝트 연구 및 개발 문서 작성에 기인하는 피보험자의 순소득(법인소득세 차감전 순이익과 계속지출비용)이 포함된다. 손해발생시 피보험자가 법인소득세 차감전 이익배분을 하지 않은 경우, 보험자는 통상급여를 포함한 고정요금 및 경비로 인한 실질손해를 보상한다. 다만 보험증권에 배서함으로써 통상급여 지급책임을 면할 수도 있고, 배서에 의해 보험자가 동의하는 바에 따라 시간기준 또는 기타 기준으로 영업이익을 계산할 수도 있다.

나. 내 용

1) 피보험자

망안전보험의 피보험자는 보험증권에 피보험자로 기명된 자 이외에 자회사, 자신의 직무 범위 및 과정 내에서만 활동하는 피보험자의 조합원, 임원, 간부, 이사 또는 사용인을 포함한다. 자회사란 현존하거나 향후 설립 또는 인수될 종속, 계열 또는 결합회사를 말한다.

2) 침해로 되는 각종의 행위

인터넷 및 네트워크 침해행위(internet and network wrongful acts)는 피보험자의 인

터넷 및 네트워크 사업에서 발생하는 실질적 또는 추정적 의무위반, 태만, 오류, 행위, 실수, 누락, 실패 또는 보안위반을 의미하는데, 이는 피보험자나 피보험자측에 의하여 실행되는 것으로서 다음을 포함한다.

- ㉠ 공격(attack)
- ㉡ 컴퓨터범죄(computer crime)
- ㉢ 착취(extortion)
- ㉣ 서비스거부(denial of service)
- ㉤ 컴퓨터바이러스의 개발, 침투 또는 유포(introduction, implanttion, or spread of a computer virus)
- ㉥ 서비스손실(loss of service)
- ㉦ 승인되지 않은 접속(unauthorized access)
- ㉧ 승인되지 않은 사용(unauthorized use)

공격이라 함은 적대적인 행위(hostile action) 또는 적대적인 행위의 위협을 의미하는 것으로, 피보험자의 컴퓨터 시스템에 부정접속하거나 부정사용하는 것 또는 침범, 변경, 혼란야기 또는 손상할 의도로 행동하는 것을 말한다. 여기의 컴퓨터시스템은 모든 종류의 컴퓨터 하드웨어, 전자컴퓨터 프로그램, 전자 데이터 프로세싱 미디어, 전자데이터, 전자데이터통신, 운영체제, 컴퓨터네트워크 및 네트워크 도구를 의미하며 펌웨어, 서버, 엑스트라넷, 피보험자의 모든 입출력 프로세싱, 저장 및 오프라인 미디어 라이브러리를 포함한다. 컴퓨터범죄라 함은 가해자의 신원확인 여부 및 단독 또는 공범여부를 떠나 피보험자의 컴퓨터시스템을 부정한 방법이나 사기적, 악의적, 범죄적으로 사용하여 피보험자의 컴퓨터시스템을 변경, 침범, 접속, 오염, 삭제 또는 파괴하는 것, 정보절도, 데이터파괴, 변환 및 공개를 포함하는 행위이다. 전자 데이터는 컴퓨터 시스템에서 사용할 수 있는 형식으로 변환된 자료를 의미하는데, 이것은 전자정보자산을 포함한 전자 컴퓨터 프로그램을 통해 사용하기 위한 전자 데이터 프로세싱 미디어에 저장된다. 이와 같은 전자 데이터의 파괴, 변환 또는 공개(destruction, conversion, or disclosure of electronic data)란 ㉠ 피보험자의

컴퓨터 시스템에서 물건이 아닌 것의 전송 중에 피보험자의 전자 데이터나 전자 컴퓨터 프로그램을 권한 없이 파괴, 삭제, 변경 또는 손상시키는 것으로서, 피보험자의 비밀 전자 데이터를 위협하거나 공개하는 것 또는 피보험자의 전자 데이터에 접속할 수 없게 만드는 것, ⑥ 피보험자의 컴퓨터 시스템 내에 있는 전자 데이터나 전자 컴퓨터 프로그램을 부정소유, 사용 또는 접속하는 것을 말한다. 이 보험에서 피보험자의 전자데이터에는 피보험자가 법적 책임을 지는 제3자의 전자데이터도 포함된다.

착취라 함은 컴퓨터 범죄를 저지르고 컴퓨터 바이러스를 주입 또는 살포하는 행위 또는 피보험자의 명성이나 사회적 지위에 나쁜 영향을 끼치려는 위협행위나 관련행위를 의미하며, 피보험자에게 금전을 갈취하고자 여겨지는 행위를 말한다. 원래 ‘extortion’은 폭행, 협박의 수단으로 또는 공무원이 직무를 빙자하여 타인에게 재물의 교부를 강요하는 범죄를 지칭하여왔다. 착취금(extortion monies)은 착취를 종결시키기 위해 착취에 책임이 있다고 합리적으로 여겨지는 사람에게 지급하거나 송부하는, 보험자가 동의한 자금이나 재산을 의미한다. 착취비용(extortion costs)은 착취의 직접적인 결과로 피보험자가 부담해야 하는 합리적인 필요비용을 의미하는데, 착취금은 여기서 제외된다.

서비스거부란 많은 공유자원을 지닌 컴퓨터 시스템에의 공격으로 피보험자의 인터넷 및 네트워크 사업에의 접속이나 피보험자의 컴퓨터 시스템의 정상적인 사용을 저하 또는 손상시키는 것을 말한다.

이 보험은 컴퓨터 바이러스로 인한 피해를 담보한다. 컴퓨터 바이러스는 피보험자의 컴퓨터 시스템에 침투하여 이를 손상시키거나, 해롭게 하는 기타 승인되지 않은 코드를 의미하는데, 여기에는 피보험자의 컴퓨터 시스템을 통해 번식하는 프로그램 형식과 형식이 승인되지 않은 지시세트가 포함된다. “트로이 목마(Trojan horses),” “벌레(Worm),” 및 “시한폭탄 또는 논리폭탄(time or logic bombs)” 바이러스 등은 잘 알려진 것이다.

서비스 손실은 승인된 제 3자가 피보험자의 컴퓨터 시스템에 접속할 수 없고 정

상적인 인터넷 및 네트워크 사업을 수행할 수 없는 것을 의미한다.

부정접속은 승인되지 않은 사람이, 또는 승인된 사람일 경우에도 부정한 방식으로 피보험자의 컴퓨터 시스템에 접속하는 것을 의미하며, 부정사용은 승인되지 않은 사람이, 또는 승인된 사람이 승인되지 않은 방식으로 피보험자의 컴퓨터시스템 리소스를 사용하는 것을 의미한다.

이 보험에서는 하나 또는 그 이상의 손해배상청구의 원인을 제공한 하나의 원인을 한사고로 본다.

3) 담보사항과 범위

이 보험에서 담보하는 위험은 콘텐츠침해(content injury), 인터넷 및 네트워크상의 침해행위(internet and network wrongful acts), 소프트웨어 침해(software injury)이다. 이 가운데 인터넷 및 네트워크상의 침해행위에 대하여는 기술하였다.

콘텐츠 사업(Content Activities)은 피보험자의 인터넷 및 네트워크 사업과 관련된 자료를 개발, 생산, 저작, 편집, 집성, 발표 또는 이들을 보급하는 것을 의미하고, 콘텐츠 침해는 콘텐츠 사업도중에 행하여지는 실질 또는 추정 행위로서,

- ㉠ 저작권, 제목, 슬로건, 상표, 상호, 트레이드 드레스(Trade dress), 서비스 마크 또는 서비스네임의 침해,
- ㉡ 피보험자의 자료에 화체되어 있는 영업비밀의 표절이나 부정목적사용, 또는 제목, 포맷, 아티스트 기타 행위자의 행위, 스타일, 캐릭터, 구상 또는 기타 프로그램 자료 등의 무단사용,
- ㉢ 개인, 조직 또는 제품에 대한 문서에 의한 명예훼손, 구두에 의한 명예훼손, 비방, 영업상 명예훼손, 구두명예훼손, 부당취급에 의한 명예훼손 및 기타 형식의 명예훼손,
- ㉣ 관습법(common law) 또는 성문법 여하를 불문하고, 권한없이 정보를 공개하여 사생활 침해 기타 침해, 침범, 사생활권과 퍼블리시티(publicity)권의 훼손을 초래하는 행위,
- ㉤ 상표희석화(trademark dilution),⁴¹⁾ 기만적인 상술, 사업주체를 혼동시키는 표시

모용행위(passing-off)를 포함한⁴¹⁾ 자료오용 등 불공정경쟁,

⑦ 자료의 오용으로 초래된 것으로 사실 또는 법에 내재되어 있는 묵시적인 계약 위반,

⑧ 허위광고 또는 광고의 부실표시를 포함한다.

소프트웨어침해는 소프트웨어 코드, 사용자 인터페이스 또는 피보험자의 인터넷 및 네트워크 사업과 연결된 관련문서에 대한 저작권의 실질적 또는 추정적 침해를 말한다.

이 보험에서는 임원이나 직원의 형법위반행위 또는 부정행위는 담보하지 아니한다. 망안전 보험의 특징은 전기적 사고로 인한 피해도 피보험자의 관리·통제하에 있는 전기적 시설의 사고에 대한 피해는 담보한다는데 있다. 해킹, 바이러스 등 부정접속사고도 담보한다. 다만 위성장애나 자연재해로 인한 사고는 면책한다. 이 보험은 사생활침해위험도 담보하며, 지적재산권침해위험 중 특허권관련 침해에 대하여만 면책이다. 이와 같이 망안전보험은 소프트웨어제작자 또는 컴퓨터서비스사업자의 전문직업인손해배상책임보험보다 담보범위가 넓은 것이 보통이다.

4) 복구기간

복구기간(period of recovery)은 영업이익이나 초과비용손해가 청구되는 동안의 기간을 의미하는데, 피보험자의 정상적인 인터넷 및 네트워크 사업을 재개하기 위한 자산실사 및 신속한 처리를 하는데 필요한 기간을 초과하지 못한다. 초과비용은 피보험자가 정상적인 사업운영에 부과되는 총비용을 초과하는 금액을 말한다. 만일 손실이나 손해가 발생하지 않았다면 사업을 수행하는데 정상적으로 부담하였을 총

41) 때때로 상표권자는 자기제품 또는 서비스와 전혀 무관하거나 비경쟁관계에 있는 제품 또는 서비스에 사용되는 유사마크의 사용을 배척할 수 있는데 그 근거로 희석이론을 원용한다. 희석은 유사마크가 소비자를 혼동시키지 않음에도 불구하고 그와 구별되는 저명 마크의 평판에 악영향을 미칠 때에 일어난다.

42) 영문약관에는 Lanham Act의 제 43(a)항 또는 이와 유사한 법규위반이 포함되어 있다. 랜함법은 1946년 성립된 미국연방상표법의 통칭이며 동법 제43(a)는 연방불공정경쟁법으로 알려졌다.

비용 이상 또는 이를 초과한 비용을 의미한다.

5) 보험자의 보상책임

보험자는 피보험자가 입은 손해를 보상한다. 망안전보험에서 손해(damages)는 보험자가 법적으로 지급할 책임이 있는 금액을 의미한다. 여기에는 손해에 대한 보상금배, 정산금액, 판결에 따라 지급되는 법적 수수료 및 비용이 포함된다. 영문약관에는 징벌적 손해배상액도(punitive or exemplary damages) 보험자가 보상할 손해액에 포함되는 것으로 하고 있으나 우리나라의 경우는 이를 포함시킬 수 없을 것이다. 영문약관에는 2·3배배상액(multiple damages)도 보상하는 것으로 한다. 제정법이 정한 바에 따라 실손해의 2배 또는 3배를 배상하여야 하는 경우에는 이의 보상을 인정하여야 할 것이다. 손해액에 포함되지 않는 것은 피보험자가 금전적으로 책임질 수 없는 금액, 피보험자에 대한 법적 상환 청구를 할 수 없는 금액, 배상청구가 행하여지는 관할권내의 법에 따르면 부보할 수 없는 금액 등이다. 방어비용은 합리적이고 필요한 요금 (변호사 수임료 및 전문가 수수료 포함) 및 경비로서, 손해배상 청구에 대한 변호나 상소를 위해 지급된다. 방어비용에는 손해배상 청구에 대한 변호에 필요한 경우, 상소보증에 대한 보증료, 담보해제를 위한 공탁금 등이 포함된다. 그러나 보험자는 이와 같은 보증을 확보하여줄 의무는 없다. 방어비용에는 피보험자나 피보험자의 피고용인의 임금, 봉급, 각종 복지혜택, 내부 비용 등은 포함되지 않는다.

6) 연장보고기간

이에 대하여는 앞서 소개한 소프트웨어사업자 전문직업인배상책임보험에서 소개한 바와 제도의 취지가 같고 보험료미지급을 이유로 한 보험계약해지시 불적용하는 등 내용도 유사하다. 망안전보험약관에서는 배상책임 담보조항, 재물담보조항, 범죄담보조항의 특성에 따라 각기 규정하고 있다.

7) 피보험자의 보유

각 담보조항에 대한 보유는 보험계약체결시 제시된다. 피보험자는 보유한도까지 보험계약에서 다루는 각각의 보상청구나 손해에 대해 책임을 지게된다.

8) 다른 보험과의 관계

일내용을 담보하는 다른 보험계약이 있는 경우에는 망안전보험을 우선하는 것이 보통이다.

망안전보험약관에서는 이 보험의 보험사고, 위험의 정의, 보험조건 등이 피보험자가 선택할 수 있는 다른 보험보다 폭넓은 것일 때에 이 보험이 다른 보험보다 우선 적용됨을 밝히고 있다.

9) 조사

보험자는 언제든지 조사 및 감정을 할 수 있고, 보험자는 피보험자에게 보험자가 발견한 상태에 대하여 보고하고, 변경을 권고할 수 있다. 모든 조사, 감정, 보고 및 권고는 오직 부보가능성과 부과하는 보험료와 관련된 것에 한한다. 보험자는 안전 검사를 수행하는 것은 아니며, 근로자나 대중에게 안전을 제공하는 개인 또는 조직이 하여야 할 일을 하는 것은 아니다. 보험자는 어떤 상태를 보장하는 것이 아니다. 또 어떤 상태가 법률, 규정, 규칙, 표준을 준수하는지의 여부를 보증하지도 않는다. 조사에 관한 약관조항은 보험자뿐만 아니라 보험의 제공 및 위험인수를 목적으로 조사, 감정, 보고 및 권고를 수행하는 모든 외부 컨설턴트에게도 적용한다.

10) 고지의무

피보험자가 확실히 알아두어야 할 점은, 망안전보험에 대한 청약서와 기타 피보험자가 작성하여 보험자에게 제공하는 진술에 포함된 세부사항과 진술은 사실이어야 한다는 점이다. 이는 보험자의 위험인수 여부와 인수조건을 결정하는데 중요한 사항으로 간주된다.

11) 주관적 위험변경 · 증가시의 통지의무

피보험자의 고의가 아닌 실수 또는 태만(e & o)은 피보험자의 위험관리인이나 지정된 대리인이 이러한 실수나 태만을 발견한 직후 피보험자가 가능한 한 신속히 이를 보고하는 경우, 보험계약을 무효로 하거나 훼손하지 않는다. 고의가 아닌 실수나 태만의 통지를 받는 경우, 보험계약의 변경이나 보험료인상이 필요하다고 보험자가 합리적으로 판단한 때에는 이에 따라 보험계약을 수정하거나 보험료를 조정할 권

리를 보험자가 갖는다.

12) 분쟁해결수단으로서의 중재

영문약관은 보험자와 피보험자가 중재에 의하여 해결하기로 한 분쟁은 계약당사자가 각기 1인씩 지명한 2명의 중재인에게 제출되어야 하며, 중재인간에 합의가 이루어지지 아니하는 경우에는 중재인들이 선임한 자의 판정에 따르도록 규정한다. 이는 임의중재만 의미하는 것은 아니며 기관중재일 수도 있다. 중재에 의한 금융분쟁의 해결이 보편화되어 있지 않은 우리의 경우는 대한상사중재원의 중재보다 금융감독원이나 소비자보호원의 조정에 의존하고 있다.

13) 면책조항

오염손해면책, 핵물질면책, 전쟁위험면책 이외에 보험계약의 효력발생일 이전의 사전손실 또는 사전소송면책을 규정하는 것이 보통이다.

14) 담보조항

(가) 배상책임담보조항

이는 배상청구기준의 담보조항이다. 그러므로 본 담보조항은 보험기간이나 연장보고기간 동안에 피보험자에 대해 최초로 제기된 손해배상청구에 대한 배상책임으로 한정된다. 방어비용은 보상한도액을 감소시키고 보험계약체결시 설정된 자기부담액은 포함된다. 본 보험에 있어서 보험자는 보상한도를 조건으로 하여 피보험자를 대신하여 보험기간이나 연장보고기간에 담보위험으로 인해 발생한 피보험자에 대해 최초로 제기된 손해배상청구로 인하여 피보험자가 법적으로 지급해야 할 의무가 있는 금액 및 이와 같은 손해배상청구를 방어하기 위해 소요되는 비용을 보상한다.

배상책임담보조항은 재물담보조항, 범죄담보조항, 위험관리담보조항에서 담보하는 사항에 대하여 담보하지 않는 외에,

- ① 신체상해, 재물손해, 피보험자가 소유하는 재물이 입는 피해에 대한 손해배상 청구. 피보험자나 피보험자의 대리인이 범하거나 범했다고 추정되는 가격조작, 증권 또는 반독점법 위반에 근거하거나 이로 인한 손해배상청구, 어떤 계

약이나 협정에 의거하여 피보험자에게 부과되는 의무로 인한, 또는 피보험자가 그와 같은 계약이나 협정을 이행하지 못함으로써 발생하는 손해배상청구(다만 그와 같은 계약이나 협정에도 불구하고 피보험자가 책임져야 하는 결과로 인한 손해배상청구는 보상). 그러나 자료의 오용으로 인해 발생한 것으로 추정되는 보상청구에 대한 콘텐츠 침해와 관련된 손해배상청구는 보상,

- ㉞ 실제로 피보험자의 이사회가 저지르는 부정, 사기, 범죄, 악의적인 행위로 인하거나 이에 근거하는 손해배상청구로서 피보험자나 피보험자의 이사회에 불리한 최종판결이 이러한 부정, 사기, 범죄, 악의적인 행위를 확증하는 경우,
- ㉟ 피보험자가 직·간접적으로 소유, 관리, 운영하는 회사나 기타 피보험자, 모회사, 자회사, 피보험자의 승계인 및 수탁자, 피보험자의 제휴자, 다수공동소유 또는 관리에 의해 운영되는 회사가 초래하거나 이를 대신하여 피보험자에게 제기되는 손해 배상청구로서 해당 피보험자가 피보험자의 고객이며 그러한 자격에 입각하여 손해배상청구를 하는 경우가 아닌 경우,
- ㊱ 보험계약의 개시와 더불어 피보험자가 인지하거나 합리적으로 예견할 수 있는 손해배상 청구를 초래할 수 있는 상황이나 사건으로 인해 발생하는 행위로 인하거나 이에 근거하는 손해배상청구,
- ㊲ 피보험자의 비용보증, 계약가격, 예상비용견적 또는 비용견적을 초과함으로써 발생하거나 이를 근거로 한 손해배상청구,
- ㊳ 인공위성고장으로 발생하거나 이에 근거한 손해배상청구,
- ㊴ 전화선, 데이터 전송선 및 기타 기본시설의 고장을 일으키게 하는 단전, 전류나 전압의 급등, 절전, 정전과 같은 전기적인 결함으로 인한 손해배상청구. 이러한 통신선이나 기본시설이 피보험자의 운용통제하에 있지 않으면 인터넷이 정상적으로 기능할 수 없게 되는 것,
- ㊵ 실질적 또는 추정적 특허권침해로 발생하거나 이에 근거한 손해배상청구,
- ㊶ 피보험자의 제품을 회수하거나 리콜하기 위해 피보험자나 타인이 부담하는 비용이나 경비에 근거한 손해배상청구,

- ① 상품, 제품이나 서비스의 부정확하고, 부적절하며 불완전한 가격설명, 또는 상품, 제품이나 서비스가 광고된 품질이나 성능에 미치지 못함에 근거한 손해배상청구에 대하여는 보험자면책이다.

(나) 재물담보조항

대개 두가지를 담보한다. 첫째, 전자 데이터, 전자정보자산, 전자 컴퓨터 프로그램, 전자 데이터 프로세싱 미디어담보조항의 보상한도에 의거하여 보험자는 피보험자의 전자 데이터, 전자정보자산, 전자 컴퓨터 프로그램, 전자 데이터 프로세싱 미디어의 손해, 왜곡, 손상, 변경 및 파괴로 인한 손실을 보상해야 하는데, 이는 보험계약기간 동안에 약관에 열거한 특정 위험으로 인해 발생한다.

그 특정위험이란

- ① 피보험자의 컴퓨터 시스템의 창작, 배포, 설치, 유지, 수정, 프로세싱, 수리, 시험 또는 사용에 있어서 고의가 아닌 실수, 태만,
- ② 컴퓨터 바이러스의 삽입, 도입, 살포,
- ③ 침투,
- ④ 컴퓨터 범죄,
- ⑤ 착취,
- ⑥ 서비스 거부,
- ⑦ 부정접속,
- ⑧ 부정사용이다.

둘째, 재물담보조항은 영업이익 및 초과비용을 담보한다. 이에 따르면 보험자는 재산회복기간 도중에 피보험자의 인터넷 및 네트워크 사업의 중단, 단절, 지연 또는 파산에 의하여 피보험자가 입게되는 영업이익과 초과비용의 실질적인 손실을 보상한다. 피보험자의 인터넷 및 네트워크 사업의 중단, 단절, 지연 또는 파산은 보험기간 동안에 약관에서 열거하는 특정 위험으로 인해 발생한다. 그 특정위험이란 위의 첫째 경우와 같다.

이에 더하여 피보험자의 종속회사가 초래한 특정위험으로 피보험자가 입는 영업

이익이나 초과비용손실에 대하여도 보험자는 일정한도까지 총보상한도액한도 내에서 보상한다고 추가담보조항을 둘 수 있다. 여기서 특정위험은 재물담보조항의 영업이익 및 초과비용을 담보하는 보험자의 보상책임의 원인이 되는 사유와 같다.

종속회사(dependent business)는 피보험자가 소유하거나 운영하지 않고,

- ① 피보험자의 작업에 필요한 인터넷 및 네트워크 사업을 피보험자에게 제공,
- ② 인터넷이나 다수의 컴퓨터 네트워크를 통해 피보험자의 상품이나 서비스를 구입,
- ③ 피보험자의 웹사이트를 구축 또는 호스트,
- ④ 피보험자에게 컴퓨터 서비스를 제공하는 회사를 의미한다.

특이한 것은 보험자는 재물담보조항에 해당하는 불법행위를 저지르거나 시도하는 개인이 체포되어 유죄판결을 받도록 하는 정보에 대하여 보상할 수 있다는 점이다. 그러나 피보험자의 내부 또는 외부에서 감시업무를 수행하는 자나 감독·관리 책임을 지는 자에게는 보상하지 않는다.

또한 상실영업이익에 대하여 보험금지급을 한 때에도 일정기간동안 피보험자가 입는 영업이익의 실질적 손실에 대하여도 보상할 것을 정할 수 있다. 일정기간이라는 것은 피보험자가 정상적인 인터넷 및 네트워크사업을 다시 시작하는 날로부터 시작하여, ① 손실발생전의 영업이익액 실현수준으로 피보험자의 사업을 신속히 복구할 수 있는 날짜, 또는 ② 피보험자가 정상적인 인터넷 및 네트워크 사업을 다시 시작하는 날로부터 90일 보다 이른 시기에 종료하는 기간동안을 의미한다. 아울러 보험증권의 배서를 통하여 보상영업이익 및 초과비용에 대하여 추가적인 손실보상을 할 수 있음은 물론이다.

재물담보조항에서 보상하지 않는 손해로는

- ① 정부 또는 공공기관의 명령에 따른 재산의 압류, 몰수, 국유화 또는 파괴에 의해 직·간접적으로 발생하는 손실. (다만 이 면책사항은 재물담보조항에서 다른 방식으로 배제되지 않는 손실의 확산을 방지, 또는 다른 방식으로 이를 억제, 통제, 최소화하기 위해 정부 또는 공공기관의 명령에 따른 파괴에는 적용

하지 않음),

- ⑥ 피보험자의 컴퓨터 시스템의 일반적인 마멸 또는 점진적인 퇴화로 인한 손실,
- ⑦ 인공위성 고장으로 인한 손실,
- ⑧ 전화선, 데이터 전송선 및 기타 기본시설의 고장을 일으키게 하는 단전, 전압의 불안정, 절전, 정전과 같은 전기적인 결함으로 인한 손실 및 만일 이러한 통신선이나 기본시설이 피보험자의 관리통제하에 있지 않으면 인터넷이 정상적으로 작동할 수 없는 것,
- ⑨ 소프트웨어 프로그램의 사용불능이나 성능결함에 따른 손실,
- ⑩ 소프트웨어 프로그램의 기한만료, 취소, 철회,
- ⑪ 개발단계에서 아직 출시되지 않은 소프트웨어 프로그램,
- ⑫ 모든 시험을 통과하지 못했거나 일상에서 성공적으로 작동됨을 증명하지 못한 경우,
- ⑬ 영업비밀에의 접속을 승인 받았던 사람이 자신의 접속승인이 종료된 후에 영업비밀에 접속하여 처음으로 승인되지 않은 사용을 하는 경우의 손실을 규정한다.

여기서 영업비밀(trade secret)은 전자양식으로 축소된 피보험자의 정보를 의미하는데, 여기에는 공식, 편집물, 패턴, 프로그램, 장치, 방법, 프로세스 또는 기술이 포함되며 이들은 개인적, 실질적, 잠재적인 경제가치를 유도한다. 영업비밀은 이것들이 공개되거나 사용되었을 때 경제적 이익을 얻을 수 있는 것으로, 타인이 일반적으로 알 수 없고 적절한 수단을 사용하여 쉽게 확인할 수 없는 것으로 피보험자가 비밀을 유지하기 위한 피보험자의 합리적인 노력의 주체이며 상업상 사용되거나 사용가능하고, 사용할 의도가 있는 것들이다.

보험자는 일정한 추가비용에 대하여는 보상하지 않는다. 일정한 추가비용이라 함은

- ① 위약금 또는 이유여하를 불문하고 제3자가 지는 책임,
- ② 여하한 유형의 법적 비용 또는 법적 경비,
- ③ 법률상 부과된 벌금 및 과태료,

- ④ 손실 이전에 존재했던 수준 이상으로 전자 데이터나 전자 컴퓨터 프로그램을 복원, 업데이트 또는 대체,
- ⑤ 컴퓨터 하드웨어의 물리적 손실 및 파괴,
- ⑥ 소프트웨어 프로그램 에러의 식별 및 제거비용을 말한다.

손해액의 평가는 약관이 정한 기준에 의거한다. 예를 들면 전자 컴퓨터 프로그램 및 전자 데이터에 대하여는 보험자는 공백인 자료의 비용에 보험자가 이들을 대체, 재생, 전사(transcribing), 복사하는 비용을 더한 것 이상을 지불하지 않는다. 이들이 재생되지 않는 경우, 보험자는 공백인 자료에 대한 비용을 지불하지만, 이러한 컴퓨터 프로그램이나 전자 데이터가 복원, 재구성 또는 대체되지 않는 경우에는 보험자는 이러한 결정에 도달하는 피보험자의 실제비용만을 지급하고, 이러한 전자 데이터가 복원 또는 재구성되지 못하지만 다시 회수할 수 있는 경우에는 보험자는 이러한 데이터를 다시 회수하는데 드는 실제비용만 지급하며, 판매하기 전에 포장된 소프트웨어는 대체 및 재설치 비용을 손해로 사정한다. 그밖에 전자정보자산, 상실영업이익의 손해산정방법도 규정되어 있으나 소프트웨어사용자보호와 직접 관련된 것은 아니므로 생략한다. 재물담보조항에도 별도조건을 붙일 수 있다. 예컨대 영업이익에 대한 위협과 관련하여 피보험자가 착취, 공격 또는 컴퓨터 바이러스의 위협을 받는 경우, 피보험자는 보험자의 전문위원이나 기타의 방식으로 보험자가 승인한 유자격 보안전문가로부터 위협에 대응하기 위해 취해야 하는 신중한 조치에 대한 권고를 듣고 이를 따르는데 충분한 노력을 기울여야 한다는 것 등이다.

(다) 범죄담보조항

통상 3가지 정도가 담보된다. 첫째, 형사범죄담보는 보험기간 동안에 발견된 컴퓨터 범죄로 인해 피보험자에게 직접 손해가 발생하거나 이로 인하여 피보험자가 법적인 책임을 지는 경우를 담보한다. 둘째, 컴퓨터시스템리소스도난담보는 보험기간 동안에 피보험자의 컴퓨터 시스템 리소스의 도난으로 인해 발생하는 피보험자의 실제비용 및 회수불능비용에 대해 보상하는 것이다. 셋째, 착취조항은 보험기간 동안에 발견된 착취로 인해 피보험자 또는 기타 피보험자가 입는 착취금 또는 착취비

용의 제공손해에 대해 보상한다.

범죄담보조항의 보험자 면책사유로는,

- ㉠ 그 존재 및 액수에 대한 증거가 전적으로 재고자산의 계산 또는 비교나 손익 계산 또는 비교에 의존하는 손실 또는 그 일부,
 - ㉡ 전자 데이터를 마련하는 소스 문서로서 사용하고 데이터 터미널에 수동으로 입력되는 증서, 증권, 문서, 신용카드의 위조, 변경 또는 부정으로 인해 직·간접적으로 발생하는 손실,
 - ㉢ 피보험자가 식별할 수 있는 경영진, 임원, 조합원, 일정 종업원이 저지르는 부정적, 사기적, 악의적 또는 범죄적 행위로 인해 직간접적으로 발생하는 손실,
 - ㉣ 잠재적 이익을 포함한 간접적 또는 결과적 손실,
 - ㉤ 본 계약의 개시와 더불어 피보험자가 인지하거나 합리적으로 예견할 수 있는 손실을 초래할 수 있는 상황이나 사건으로 인해 발생하는 행위로 인하거나 이에 근거하는 손실,
 - ㉥ 피보험자의 전화 시스템의 승인되지 않은 접속 및 사용으로 인한 손실 등이다.
- 위의 면책조항에 이어 약관은 손해액의 평가방법 및 특별한 조건에 대한 규정을 두고 있다.

(라) 시스템위기관리 담보조항

보험계약시 약정한 보상한도액 범위 내에서 시스템위기사건 발생건수와 상관없이 지급한다.

시스템 위기관리상황(systems crisis management event)은 피보험자의 인터넷 및 네트워크 사업의 수행에 있어서 컴퓨터범죄, 서비스거부, 컴퓨터바이러스위협·도입·전파, 서비스손해, 착취, 승인되지 않은 접속이나 사용 등 이 직접적인 원인이 되거나 근인이 되어서 발생하는 지연, 단절, 방해 또는 정지를 의미한다.

시스템 위기관리비용(system crisis management expenses)은 일정 사항을 위하여 피보험자가 보유하는 외부 컨설턴트나 회사의 서비스 수수료를 의미한다.

일정사항이란 ㉠ 시스템 위기관리상황시의 추가 손해나 재발의 가능성을 완화,

방지 또는 감소, ⑥ 시스템 위기관리상황으로 영향 받을 수 있는 대중적인 이미지와 명성을 보존하거나 보호하기 위한 PR 비용, ⑦ 시스템 위기관리상황의 원인, 분량 또는 정도를 조사하고 검증, ⑧ 시스템 위기관리상황 발생시 가능한 한 신속히 사업활동을 재개하기 위하여 백업 또는 대체 시스템이나 네트워크로의 전환 및 식별 등이다.

(4) 전자상거래배상책임보험

이는 약관규정에 따라 보험증권에 기재된 피보험자의 인터넷 및 네트워크 활동과 관련하여 행한 행위(부작위를 포함)에 기인하여 보험증권상의 담보지역 내에서 피보험자에 대하여 손해배상청구가 제기되어 법률상 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상하는 보험이다.

인터넷 및 네트워크활동이라 함은,

- ① 컴퓨터 시스템의 분석과 통합, 컴퓨터 하드웨어나 소프트웨어의 설계, 프로그래밍,
- ② 데이터 처리, 컨설팅, 보수, 공급, 설치, 관리 및 그 하드웨어나 소프트웨어의 사용교육을 포함한 서비스,
- ③ 인터넷에서의 온라인 접속을 포함한 인터넷서비스의 제공,
- ④ 인터넷 사이트의 설계, 구축, 운영, 관리 및 광고,
- ⑤ 전자메일 또는 호스팅 서비스,
- ⑥ 채팅방과 게시판의 유지 및 관리,
- ⑦ 인터넷용 암호화 소프트웨어, 또는 전자인증서의 설치, 관리 또는 유지,
- ⑧ 피보험자와 제3자간의 거래행위, 또는 인터넷 네트워크의 사용,
- ⑨ 피보험자의 컴퓨터 시스템 또는 인터넷 네트워크로의 접속수단 제공,
- ⑩ 상기 이외의 보험증권에 기재된 업무 등이다.

보험자는 보험증권 상에 소급담보일자가 기재되어 있을 경우에 소급담보일자 이전 또는 보험기간 이후에 행한 행위에 대한 손해는 보상하지 아니하며 보험기간 중에 최초로 제기된 손해배상 청구에 대하여 보상한다. 그러나 어느 하나의 행위에

대한 다수의 손해배상 청구는 그 중 최초로 제기된 날을 모든 손해배상 청구가 제기된 일자로 본다.

전자상거래보험 역시 보상하지 아니하는 손해를 광범위하게 규정하고 있다.

이에 따르면

- (a) 보험계약자 또는 피보험자의 고의로 생긴 손해에 대한 배상청구,
- (b) 신체장해 또는 재물손해에 대한 배상청구,
- (c) 다른 피보험자, 피보험자를 대리하거나 피보험자가 직·간접으로 소유, 관리, 운영하는 사업체에 의하여 또는 그들을 위하여 제기된 배상청구,
- (d) 국가 무역관련기관 또는 국가 통신관련기관 및 기타 국가 또는 지방자치단체의 기관이 피보험자의 고객이 아닌 위치에서 제기하는 배상청구,
- (e) 당해 보험계약의 보험기간 개시일 이전에 피보험자에 대한 손해배상청구가 제기될 우려가 있는 상황을 피보험자가 알고 있었을 경우 및 알고 있었다고 판단할 수 있는 합리적인 사유가 있는 경우 및 그 상황의 원인이 되는 행위에 기인하는 배상청구.
- (f) 피보험자와 타인간에 손해배상에 관한 약정이 있는 경우 그 약정에 의하여 가중된 손해배상책임으로서 약정이 없었더라도 법률규정에 의하여 피보험자가 부담하게 될 배상책임을 제외한 손해배상책임,
- (g) 전력공급중단, 정전, 전압·전류 불안정에 의하여 인터넷을 지원 또는 구성하는 통신선, 데이터 전송선 또는 여타 시설을 이용할 수 없음에 기인하는 배상청구,
- (h) 특허권 침해에 기인하는 배상청구,
- (i) 증권거래법, 독점규제관련법을 위반하여 생긴 손해에 대한 배상청구,
- (j) 통상적이거나 급격한 사고에 의한 것인가의 여부에 관계없이 공해물질의 배출, 방출, 누출, 넘쳐흐름 또는 유출로 생긴 손해에 대한 배상청구 및 오염제거비용,
- (k) 원자핵물질 및 원자핵 물질에 의하여 오염된 물질과 원자핵 분열생성물의 방

사성, 폭발성, 방사선조사 또는 방사능 오염 기타 유해한 특성 또는 이들의 특성에 의한 사고로 생긴 손해에 대한 배상청구,

- (l) 직·간접을 불문하고 모든 종류의 포르노그래피, 섹스물 또는 외설에 기인하여 생긴 손해에 대한 배상청구,
- (m) 전쟁, 혁명, 내란, 사변, 폭동, 소요, 노동쟁의 기타 이들과 유사한 사태로 생긴 손해에 대한 배상청구,
- (n) 지진, 분화, 홍수, 해일 등의 천재지변으로 생긴 손해에 대한 배상청구,
- (o) 위성의 장애에 따른 손해에 대한 배상청구,
- (p) 결함있는 생산물 또는 완성작업의 회수, 검사, 수리 또는 대체비용 및 사용 손실에 대한 배상청구,
- (q) 피보험자의 채무불이행이나 이행지체 및 피보험자의 생산물이 피보험자가 보증한 성능, 품질적합성 또는 내구성의 결함으로 생긴 손해에 대한 배상청구,
- (r) 생산물의 성능 및 하자에 의한 생산물 또는 완성작업 자체의 손해에 대한 배상청구,
- (s) 직·간접을 불문하고 피보험자의 컴퓨터 시스템, 네트워크 또는 인터넷 사이트를 허가받지 않은 방법으로 사용하거나 접근할 수 없도록 피보험자가 합리적인 예방 조치를 강구하지 아니함에 기인하여 제기된 배상청구,
- (t) 직·간접을 불문하고 피보험자의 컴퓨터 시스템, 네트워크 또는 인터넷 사이트에 악의적인 코드(바이러스)의 유포를 방지하기 위하여 피보험자가 합리적인 예방조치를 강구하지 아니함에 기인하여 제기된 배상청구 등에 대하여 보험자면책으로 한다.

그밖에도 권리침해위험부담보 특별약관에 의하여 ㉠ 구두 또는 문서에 의한 비방, 중상 또는 타인의 사생활을 침해하는 행위 등의 인격 침해에 기인하는 배상청구, ㉡ 지적재산권(의장권, 신용신안, 상표권, 상호권을 포함합니다.)의 침해에 기인하는 배상청구에 기인하는 손해를 담보하지 아니한다. 또 전자서명키사고부담보특별약관에서는 전자인증서의 설치, 관리 또는 유지 등의 업무(이하 ‘전자인증서비스’라

합니다.)의 제공과 관련하여 인증기관의 전자서명키 또는 가입자의 요청에 의해 보관중인 가입자의 전자서명키의 위조, 변조, 유출, 도난 등의 사고로 발생한 손해에 기인한 배상청구에 기인하는 손해를 담보하지 아니한다. 등록기관담보특별약관에서는 보험증권에 기재된 기명피보험자의 전자인증서 의 설치, 관리 또는 유지 등의 업무(이하 ‘전자인증서비스’라 합니다.)와 관련한 등록 기관도 피보험자로 보지만 ㉠ 기명피보험자에게 위임을 받지 아니한 업무로 인한 손해에 대한 배상청구, ㉡ 등록기관이 기명피보험자의 전자인증서비스 등의 형태를 변경하여 생긴 손해에 대한 배상청구에 기인한 손해는 역시 보상하지 아니한다. 이 밖에 서기2000년부담보추가약관, 징벌적 손해배상부담보추가약관, 테러행위부담보특별약관에 의한 면책이 인정된다. 다만 교차책임담보특별약관에 의하여 보험증권의 공동피보험자에게 보험계약이 각각 체결된 것으로 간주하여 공동피보험자 상호간에 입힌 손해를 보상할 수는 있는데 보상한도액은 보험증권에 기재된 금액을 초과할 수 없다.

이 보험은 보험료정산특별약관에 의하여 예치보험료를 후에 정산하는 방식을 취함으로서 보험사고방지를 위한 피보험자의 노력을 강조하고 있다.

전자상거래보험의 경우, 전자상거래사업자가 소프트웨어를 바드시 사용하게 되고 그로 인하여 소비자가 입는 손해도 어느 정도 담보될 가능성이 있지만 직접 소프트웨어 사업자의 책임을 담보하는 것은 아니다. 그러므로 이 보험이 전자상거래 등에서의소비자보호에관한법률이 요구하는 소비자보호보험의 요건은 충족하였다고 하여도 소프트웨어사용자의 보호는 제한적이며 부수적 효과에 불과함을 알 수 있다.

(5) 지적재산권보험

지적재산권관련보험은 일반적으로 타인의 지적재산권침해행위로 인한 손해배상 책임이나 이를 방어하기 위한 비용의 지급을 주된 내용으로 한다. 과거에는 사업자종합배상책임보험, 전문직업인 과실·태만보험으로 이를 담보할 수 있을지 논의되었으나, 최근에는 특허보험, 저작권보험, 비용보험 등이 출현하여 독립된 보험상품으로 판매되고 있다.⁴³⁾ 소프트웨어사업자가 이 보험에 가입하면 그가 제3자의 지적

재산권을 침해함으로써 생기는 배상책임을 보험자로부터 보상받겠지만, 이 보험이 직접적으로 소프트웨어이용자를 보호하는 것은 아니라고 하겠다. 다만 저작권 등 지적재산권침해소송에서 소프트웨어사업자가 성공적으로 방어함으로써 소프트웨어 사용자는 자산들이 사용하는 소프트웨어의 권원을 확인할 수 있다는 정도의 의미는 있다.

4. 소프트웨어 사용자에 대한 보험보호의 문제점

(1) 소비자보호 정책방향⁴⁴⁾

최근 소프트웨어이용이 생활의 일부가 되고 이에 따른 피해 또한 증대하고 있는 현실에 비추어 볼 때 그동안 소비자보호문제가 소홀하게 다루어져 왔음을 부인할 수는 없다. 특히 피해의 사후구제문제는 거의 방치되어 왔다. 이는 소프트웨어 이용자의 피해에 대한 원인규명과 책임 소재를 밝히는 문제가 아직 명백하지 않은 경우가 많은 점, 소비자개인이나 소프트웨어사업자가 해결하기 힘든 거대 위험이라는 점, 소프트웨어 사업자의 책임을 논하는 것은 마치 소프트웨어산업의 경쟁력을 저해하는 것으로 오인하는 일부의 인식이 복합적으로 작용한 결과라 하겠다. 그러나 소비자보호는 장기적으로 제품의 신뢰를 높여 소프트웨어산업의 경쟁력을 높이는 방법이다. 또한 온라인디지털콘텐츠산업발전법에서 소비자보호조항을 두고 있고 전자상거래등에서의소비자보호에관한법률에서도 이미 보험제도의 활용을 권장하고 있다. 부품·소재전문기업등의육성예관한특별조치법도 소비자보호를 강조하는 관점에 서 있는 것으로 이해된다. 정부는 우선 소비자보호가 소프트웨어산업진흥의 주요 방편임을 선언하는 것이 필요하다. 비록 그것이 추상적·프로그램적 규정일

43) 상세한 것은 김선정, “지적재산권분쟁의 급증에 따른 보험제도의 활용과 법적 과제”, 보험학회지 제61집, 2002, 60~99면.

44) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제16조(소비자보호) 정부는 소비자보호법 등 관계 법령의 규정에 따라 온라인콘텐츠의 거래와 관련되는 소비자의 기본권익을 보호하기 위하여 필요한 시책을 수립하여야 한다.

지라도 법에 규정을 두는 것은 의미가 있다.

(2) 오픈소스 소프트웨어의 경우

가. 개념

오픈소스 소프트웨어의 개념은 여러 가지로 정의될 수 있지만 가장 단순하게 말한다면 소스코드가 개방된 기술을 의미한다. 이는 사용료가 무료이고, 사용허락방식을 통하여 배포되며 누구나 자유롭게 복사, 사용·수익·수정, 재배포할 수 있는 것이 원칙이다. 오픈소스 소프트웨어운동연합(Open Source Initiative)이나 자유소프트웨어재단(Free Software Foundation)에서 오픈소스 소프트웨어의 조건을 제시하고 있으나 오픈소스 소프트웨어에 대한 인식과 이념적 관점, 정책이 바뀌어 감에 따라 오픈소스 소프트웨어의 개념 역시 변모되어 가고 있다.⁴⁵⁾

오픈소스 소프트웨어는 리눅스, 아파치 웹서버, 센드메일, 도메인네임의 서버인 Bind Dns, 컴퓨터 언어인 펄 등 인터넷관련 주요 과제에서 성공을 거두었고,⁴⁶⁾ 최근 각국의 지원정책에 힘입어 더욱 활성화할 것으로 보인다. 그러므로 소프트웨어 사용자의 보호문제도 오픈소스 소프트웨어영역을 고려하지 않을 수 없는 실정이다. 그러나 이곳에서는 보험제도에 의한 보호 문제에 국한하여 보기로 한다.

나. 소비자보호

오픈소스 소프트웨어의 존재와 확대발전은 이용자를 무보호상태에 두는 것처럼 보일 수 있다. 물론 소프트웨어 개발자에 의하여 사적으로 독점되는 소프트웨어는 결함 등 문제가 발생하였을 때에 개발자나 판매자에게 대책을 요구할 수 있지만 이에 응할 것인지 여부는 개발자나 판매자가 판단하는 것이 현실이다. 이와 같은 사

45) 오픈소스 소프트웨어와 독점적 소프트웨어(proprietary software)의 차이는 비교적 명백하지만, 엄밀히 따지면 자유소프트웨어(free software), 공유소프트웨어(public domain software), 셰어웨어(shareware), 프리웨어(freeware) 등을 오픈소스 소프트웨어의 범주에 넣을 것인지는 문제이다. 이철남, “오픈소스 소프트웨어를 위한 법률적 기초—오픈소스 소프트웨어의 라이선스분석 및 각국의 지원정책을 중심으로”, 정보통신정책 제306호 (2002. 8).

46) <http://www.opensource.org>

적 독점 소프트웨어에 비하여 오픈소스 소프트웨어는 누구든지 소스코드에 접근할 수 있고 접근자의 능력여하에 따라 결함의 수정은 물론 새로운 기능을 추가할 수 있다는 점에서 안전성이 향상되는 측면도 있다. 즉 오픈소스 소프트웨어는 다양한 주체에 의하여 병행적으로 개발되고 소프트웨어 개발자가 많을 때 그만큼 오류와 결함의 가능성도 높은 것이 사실이지만 오픈소스 소프트웨어에 대하여는 인터넷 등을 통하여 곧 바로 수많은 미지의 사용자에게 의한 선별이 이루어지거나 스스로 결함을 보정해 나가기도 한다. 이는 결국 소프트웨어의 품질과 성능을 개선함으로써 소비자보호에 기여하는 측면이 있다는 것이다.

동시에 오픈소스 소프트웨어의 확산과 발전에도 불구하고 여전히 사적 독점 소프트웨어의 시장장악력은 상당할 것으로 전망되며 그와 같은 영역에서는 제작자 또는 사업자의 책임문제가 여전히 현재와 같은 기초를 유지할 것으로 전망된다. 소프트웨어제품을 운영체제, 데이터베이스, 웹서버, 응용소프트웨어가 작동하는데 필요한 주요소프트웨어인 인프라스트럭처 소프트웨어와 워드 프로세서, 스프레드 시트, 프레젠테이션 툴, 프로젝트관리 툴 등 조직운영에 필요한 여러 소프트웨어를 지칭하는 애플리케이션 소프트웨어로 나눈다면 오픈소스 소프트웨어 제품들은 주로 인프라스트럭처 소프트웨어들이라고 한다. 앞으로 각국의 오픈소스 소프트웨어 진흥 정책의 추진⁴⁷⁾ 결과에 따라서는 인프라스트럭처 소프트웨어시장에서는 이들 오픈소스 소프트웨어의 시장점유율이 높아질 것이 분명하지만 모든 사적 독점 소프트웨어를 시장에서 축출하기는 어려울 것이고, 애플리케이션 소프트웨어 시장에서는 여전히 사적 독점 소프트웨어의 시장지배가 예상되는 만큼 많은 경우 소프트웨어 결함의 책임을 질 주체는 여전히 남아 있을 것이다. 만일 일부국가처럼 정부기관이

47) 정부가 오픈소스 소프트웨어를 지원할 근거는 ① 소프트웨어 시장에서의 경쟁의 촉진이라는 정부의 역할에 부합하고, ② 선진국과의 기술격차 해소의 기회가 되며, ③ 정부 자신이 오픈소스 소프트웨어를 사용함으로써 호환성·경제성·보안성·시민들의 정보접근권을 실질적으로 보장하는 투명성을 확보할 수 있고, ④ 국가의 정보화가 특정 기업에 종속되거나 규격화되는 것을 막을 수 있다는 데에 있다. 물론 이에 대하여는 정반대의 시각이 병존한다.

반드시 오픈소스 소프트웨어만 구매하기로 한다고 하여도 복합된 소프트웨어의 제작자 또는 사업자에게 책임을 물을 수 있을 것이기 때문에 사용자보호문제는 여전히 남는다.

다. 보험보호여부

보험자가 오픈소스 소프트웨어의 결함으로 인한 소프트웨어 개발자의 배상책임을 담보하기 위해서는 먼저 소프트웨어 개발자의 책임이 확정되어야 한다. 그러나 오픈소스 소프트웨어의 경우에는 여러 가지 이유로 이와 같은 전제가 성립하기 어렵다.

첫째, 오픈소스 소프트웨어에서는 그 결함에 대하여 책임을 질 주체인 제작자를 확정하기 어렵다는 문제가 있다. 오픈소스 소프트웨어는 이를 좋아하고 지지하며, 이를 자체적으로 개발하고 사용하는 개발자와 사용자의 공동체를 통하여 이루어진다.⁴⁸⁾ 때로는 어느 정도 가시적인 커뮤니티가 구성되고, IBM, HP 등 민간대기업이 오픈소스개발작업에 적극 참여하지만 그들을 책임주체로 단정할 근거는 없다.

둘째, 오픈소스 소프트웨어는 그 속성상 기술개발과정의 조정이 지극히 곤란하다. 인터넷상에서는 다양한 분야에서 상이한 목표와 기술력을 지닌 많은 개발자들이 기술개발에 참여하고 있기 때문이다. 또한 소프트웨어의 신뢰성을 담보할 감독 시스템이 결여되어 있다. 이와 같은 이유로 제작과정상의 책임을 묻기 어렵다고 한다.

셋째, 금전적 이윤을 얻고자 오픈소스 소프트웨어 커뮤니티에 참여하는 자는 매우 적으며 실제로 오픈소스 소프트웨어는 무상으로 배포·사용되는 경우가 많다. 이는 오픈소스 소프트웨어는 소스코드가 공개되는 까닭에 개인이나 개별기업이 인적·물적 자원을 투입한다고 하여도 그들이 개발결과를 독점할 수 없다는 데에 기인한다. 이와 같이 오픈소스 소프트웨어는 공공재를 창출하기 위하여 사재를 투입한다는 점에서 전통적인 투자개념과는 아주 다른 것이다.⁴⁹⁾ 더구나 무상이용자가 소프트

48) 송위진, “오픈소스 소프트웨어의 기술혁신 특성: 리뷰”, 과학기술정책연구원, 1면.

49) 이에 대하여는 기술적 동기, 경제적 동기, 사회·정치적 동기로 구분하여 설명하기도 하고, 오픈소스 소프트웨어개발에 참여하는 이유도 개인의 경우 “개인이 부

웨어 개발자에게 소프트웨어 결함에 대한 책임을 묻는다는 것은 그 근거가 약하다.⁵⁰⁾

이와 같은 관점에서 오픈소스 소프트웨어의 잘못된 이용을 막기 위하여 개발된 GNU GPL(General Public License)과 같은 오픈소스 소프트웨어 사용허락서에서도 오픈소스 소프트웨어에는 어떠한 형태의 보증도 제공하지 않으며 프로그램의 실행에 따라 발생할 수 있는 모든 위험은 사용자에게 이전한다는 점을 밝히고 있다(GNP GPL 제11조). 더 나아가 이와 같은 면책조항은 저작권자나 배포자가 프로그램의 손상가능성을 사전에 알고 있었던 때에도 관련법규가 보호하지 아니하는 한 역시 면책이라고 규정한다(GNP GPL 제12조). 물론 이와 같은 특약이 담보책임에 관한 현존하는 법규정을 무력화시키는 것은 아니고 보다 근본적으로는 GNP GPL을 오픈소스 커뮤니티의 구속력 있는 규범으로 볼 것인지 문제이지만⁵¹⁾ 오픈소스 결함에 대한 제작자의 법적 책임에 관한 기본시각을 밝혔다는 점에서 의미가 있는 조항이다. 2002년 7월 미국의 통일전자정보거래법(UCITA)에서도 공개소프트웨어(free computer program)에 대하여 동법 제401조 내지 제403조의 워런티책임조항을 배제

뒀던 기술적 문제의 해결”, “기술학습”, “성취욕구나 명성의 획득”, “이타주의” 등, 기업의 경우 “소프트웨어개발의 생산성제고”, “오픈소스 소프트웨어 커뮤니티를 통한 기업 연구개발활동의 보완 및 강화(예컨대 Netscape의 Mozilla)”, “기업혁신의 촉진(예컨대 IBM)”, “소스코드공개로 통한 소프트웨어개발 및 활용의 투명성확인(특히 국가안전보장관련기구 등)”, “안전성확보”, “브랜드가치제고”, “투자의욕 자극”, “일용품개념의 소프트웨어 산업을 소비자지향적인 서비스산업으로 패러다임 전환을 촉진”, “관련제품과 서비스, 부대품 판매” 등, 공동체입장에서는 “개발도상국의 소프트웨어 개발지원”, “반독점사회운동”, “디지털격차의 해소” 등 다양하게 설명되고 있다. 송위진, 전계논문, 7면참조.

- 50) 물론 오픈소스 소프트웨어개발로 명성을 얻는 개인은 보다 많은 연구과제를 떠내거나 높은 급여로 채용되기 때문에 경제적 이익을 얻는 자라는 주장에 따르면 오픈소스 소프트웨어개발자는 그 소프트웨어를 이용하는 자로부터 곧바로 사용료를 얻는 것은 아니지만 장기적으로는 이윤을 얻는 경제행위를 한 것으로 보게 된다. 그러나 이와 같은 잠재적 이익(가능성)을 이유로 무상사용자가 소프트웨어의 결함책임을 물을 수 있다고 하기는 어렵다.

- 51) Patrick K. Bobko, Linux and General Public Licenses: Can Copyright keep “open source” Software Free?”, 28 AIPLA QUART. J. 100ff. (Win. 2000).

하는 조항(제410)을 신설한 이유를 이해할 수 있다.

한편 최근에는 이념적으로 오픈소스 소프트웨어의 비상업성을 강조하던 오픈소스 소프트웨어운동과는 달리 오픈소스 소프트웨어가 개발되는 방식과 실용성에 초점을 맞춘 운동들이 일어나면서 오픈소스 소프트웨어는 산업계와 개발자에게 경제적 보상을 할 수 있어야 한다는 입장이 대두되기도 하였다.⁵²⁾ 이에 따라 오픈소스 소프트웨어는 이를 이용하는데 비용을 지출하여야 하는 상업용 오픈소스 소프트웨어와 그렇지 않은 비상업용 오픈소스 소프트웨어로 분류되게 되었다. 한편으로는 소스코드의 공개가 상업용 여부와 반드시 일치하는 것도 아니다. 그 결과 소프트웨어는 소스코드가 공개되는 경우에도 사용자가 이용료를 지급하지 않는 비상업용 오픈소스 소프트웨어와 유료인 상업용 오픈소스 소프트웨어로 나뉘고, 소스코드가 공개되지 아니하는 소프트웨어도 무료인 경우(프리웨어, 셰어웨어)와 유료인 사적으로 독점되는 상업용 소프트웨어로 나뉘게 되었다. 한컴리눅스의 리눅스용 **호**글과 같은 상업용 오픈소스 소프트웨어에 대하여 사용자가 지급하는 비용은 사용권 부여에 대한 대가가 아니라 관련 소프트웨어를 쉽게 묶어서 사용할 수 있도록 한 서비스에 대한 대가라고 한다. 대부분의 상업용 오픈소스는 인터넷에서 무료로 다운로드할 수 있는 것이지만 필요한 것을 다운받아 적합하게 구성하는 일에 익숙하지 못한 일반인들을 위하여 리눅스 커널과 함께 필수적인 툴이나 유틸리티, 애플리케이션을 하나의 패키지로 포장하여 유상으로 제공하는 경우에는 소프트웨어 제작자의 책임을 물을 수 있으며⁵³⁾ 이들이 피보험자로 될 수 있다고 하여야 할 것이다.

이와 같이 오픈소스 소프트웨어의 경우에는 원칙적으로 그 결함에 대한 책임을 묻기 어렵지만 상업용 오픈소스 소프트웨어의 경우는 달리 취급할 필요가 있다.

오픈소스 소프트웨어가 제조물책임법 제2조 제1호에서 말하는 ‘제조물’에 해당하는지는 현재로서는 부정하는 견해가 다수이다. 이처럼 오픈소스 소프트웨어 제작자

52) 2001년 E. Raymond가 중심이된 Open Source Initiative라는 조직이 일례라고 한다. 송위진, 전계논문, 2면.

53) 이에 대하여는 정진근, 전계논문, 30~31면.

에게 손해배상책임을 물을 수 없는 만큼 제조물책임보험에 의한 담보 역시 불가능하다.

(3) 포괄적 담보상품의 부재

과거 전위험담보보험(ARI)이나 종합손해배상책임보험(CGL)은 기업의 사업수행상의 위험 전부를 담보하지는 못하였으나 상당부분을 포괄적으로 담보하였었다. 그러나 기술한 바와 같이 전통적인 손해배상책임보험들은 소프트웨어 제작자나 사업자의 책임을 예상하지 않고 구상된 보험상품들이어서 새로운 위험을 담보하는데 적합하지 않으며 소프트웨어의 물체성을 둘러싼 논란을 벌여왔다. 최근에는 아예 소프트웨어 관련 책임 부담보를 명시하기도 한다. 여기서 새로운 위험에 적응한 보험상품들이 출현하게 되었는데, 이들 역시 그리 포괄적이지 못하다는 점이다. 소프트웨어 제작자나 컴퓨터서비스사업자의 전문직업인 손해배상책임이 소프트웨어 사용자의 보호를 어느정도 도모하기도 하지만 보험자의 면책사유가 광범위하며, 일부 위험은 망안전 보험에 의한 담보가 기대된다.

(4) 보험제도에 대한 인식부족 또는 보험료지급능력 부재

소프트웨어 관련 보험은 제반사정을 종합적으로 고려하여 보험료를 산정하는 방식이다. 보험계약자의 보험료 부담율은 높은 편이며 이 점이 극복할 과제이다. 예컨대 국내 모 보험사가 자사의 컴퓨터서비스 및 소프트웨어개발자 전문직업인 배상책임보험 가입사례를 제시하고 있는 것을 보면 다음과 같다.

보험계약자	담보내역	보상한도	보험료
A	피보험자의 컴퓨터 서비스관련 업무 수행중 과실로 인하여 제3자에게 지는 손해배상책임	1청구당 100억원, 총보상한도액 300억원	10억8천만원
B	피보험자인 SI업체가 고객인 증권사 사이버 트레이딩 시스템의 구축·유지·관리 등의 업무수행 중에 과실로 인하여 제3자에게 지는 손해배상책임	1청구당 30억6천만원, 총보상한도액 30억6천만원	6억1백만원

보험계약자	담보내역	보상한도	보험료
C	피보험자가 모 외식업체의 ARS 주문 시스템 용역업무 수행 중에 과실로 인하여 제3자에게 지는 손해배상책임	1청구당 20억원, 총보상한도액 20억원	2천5백만원
D	피보험자가 컴퓨터 보안업무 수행 중에 과실로 제3자에게 지는 손해배상책임	1청구당 3억원, 총보상한도액 3억원	1천4백만원

영세한 기업이라면 장래의 불확실한 위험에 대비할 재정적 여력이나 경영적 식견이 없을 것이다. 위의 예시된 경우를 볼 때 기업들의 보험료 부담이 적지 않은데다, 위험의 심각성을 인식하지 못하고 보험제도의 속성을 이해하지 못하는 기업이라면 위와 같은 보험료를 부담하기보다는 위험예방에 더 지출하려 할지도 모른다. 그러나 보험제도를 이해하고, 보험제도가 보험계약자인 소프트웨어 제조자 또는 판매자의 배상자력을 확보함으로써 위험분산방법으로 효과적이며 필수적인 자위수단이라는 점, 영세 소프트웨어 제작자가 난립하는 시장에서 이와 같은 보험가입사실 자체가 소프트웨어 제작자나 사업자에 대한 신뢰를 높인다는 점을 인식하도록 하는 것이 과제이다.

(5) 보험 이외의 대안들

소프트웨어 결함의 위험을 담보하기 위한 계약의 유형으로는 보험, 공제, 채무지급보증계약을 생각할 수 있다. 이 가운데 채무지급보증계약은 전자상거래등에있어서의소비자보호기본법에서 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자보호를 위하여 관련사업자에게 “보험업법에 의한 보험계약” 이나 “소비자피해보상금의 지급을 확보하기 위한 금융기관과의 채무지급보증계약”의 체결을 권장할 수 있다(제24조 제1항)고 하여 보험계약과 병존하는 것이 허용되고 있다. 채무지급보증계약은 피해자보호 기능면에서는 보험과 다르지 않다. 전자상거래등에있어서의소비자보호기본법은 그 점에 착안한 것으로 이해된다. 그러나 채무지급보증계약은 다수사업자에 의한 위험분산수단이라고 할 수는 없다. 그러므로 이 곳에서는 고려하지 않았다.

한편 소프트웨어제작자 또는 사업자가 직면하는 위험을 위험단체를 통하여 분산시키는 방법으로는 공제와 보험을 생각할 수 있다. 현재 우리나라의 경우 조합원대상 공제 8개를 비롯하여 12개의 공제와 우체국보험이 존재한다. 이들 공제에 대하여는 지금까지 개별적인 설립근거법에 의하여 주무부처가 자체적으로 통제·감독하여 왔으나 최근 이에 대한 비판론이 일면서 그 실질이 보험인 공제에 대하여는 금융감독위원회와 금융감독원의 감독을 받아야 한다는 주장이 강하게 제기되었다. 2002년 한해동안 이에 대한 논의가 이어졌으나 민영보험회사와 공제기구의 갈등, 금융감독기관과 공제감독주무기관 간의 이해관계의 차이로 2003년의 보험업법 개정은 이 쟁점을 유보한채 이루어졌다. 그러나 2003년 9월 생명보험협회가 23개 회원사명으로 농업협동조합이 취급하는 공제상품에 대하여 보험이라는 명칭을 사용하지 말 것을 요구하는 가치분신청을 법원에 내는 등 갈등이 계속되고 있다. 우체국보험도 일본의 경우 2003년 4월 1일부터 정부기관인 우정사업청이 일본우정공사라는 이름아래 민영화기관으로 공기업화하면서 우리나라에서도 이에 대한 논의가 있을 것으로 보인다. 이와 함께 최근 통합금융감독의 필요성이 제기되고 있어 공제제도에 대한 논란은 언제든 재연할 가능성이 있다. 그러나 공제제도를 둘러싼 갈등은 공제제도가 실질적으로 금융감독기구의 감독을 받지 않음으로써 민영보험회사와 다른 경쟁조건에서 영업활동을 하는 것이 불공정하다는 차원에서 주로 논의된다. 공제의 사업범위를 조합의 본래 특성과 범위에 맞게 축소하던가 폐지하여야 한다는 의견도 있으나 공제의 종류와 영업의 범위는 계속 확대되어 왔다. 소프트웨어 위험에 대한 공제사업을 시행한다면 우선 소프트웨어산업진흥법상의 소프트웨어공제조합을 사업주체로 생각할 수 있다. 소프트웨어공제조합은 소프트웨어개발 및 기술향상과 경영안정에 필요한 자금의 대여 및 투자, 소프트웨어사업자의 금융기관차입채무에 대한 보증, 소프트웨어사업에 따른 의무이행에 필요한 이행보증을 사업내용으로 한다(제28조).⁵⁴⁾ 이에 더하여 소비자보호를 목적으로 하는 그 실질이 보험인

54) 예컨대 소프트웨어공제조합의 하자보수보증약관 제1조(보증책임)에 따르면 “소프

공제사업을 할 여건을 갖추었는지가 문제일 것이다.

보험의 경우 국영 또는 공영보험과 상호보험, 주식회사에 의한 영리보험의 형태로 사업주체가 구분된다. 소프트웨어 관련 보험을 국영 또는 공영보험으로 운용할 수는 있으나 앞서 언급한 바와 같이 그 여건에는 의문이 있다. 상호보험의 경우 우리나라 보험업법은 상세한 규정을 두고 있으나 선주상호보험조합법에 의한 한국선주상호보험조합(Korea P&I Club)만이 2000년 1월 26일 설립되어 외국 P&I Club 및 국내 영리보험회사와 경합하며 활동하고 있다. 상호보험의 경우 100인 이상의 사원을 확보하여야 설립할 수 있는 등 그 특성을 고려할 때 앞으로도 크게 활용될 것으로 보이지는 않는다.

외국의 경우, 소프트웨어 관련 위험은 통상 영리보험회사⁵⁵⁾에 의하여 인수되고 있다. 이곳에서도 영리보험회사에 의한 보험계약을 전제로 논의하였다. 다만 입법안에서는 공제조합에 의한 위험인수도 가능하도록 하였다. 이 점에 관하여는 부품·소재전문기업등의육성에관한특별조치법을 참작할 수 있다. 동법에 따르면 신뢰성 인증을 받은 부품·소재로 인하여 수요자가 입은 손해를 담보하는 것을 목적으로 하는 사업, 즉 신뢰정보장사업⁵⁶⁾을 실시할 수 있는 주체로서 산업발전법 제40조 제1항 제1호의 규정에 의한 기계공제사업단체와 보험업법 제2조 제1항의 규정에 의한 보험사업자를 들고 있다(제31조 제1항). 신뢰정보장사업의 담보범위는 당해 부품·소재의 가액, 부품·소재의 회수·검사와 대체 등을 위하여 소요되는 비용 그밖에 손해보상을 위하여 필요한 비용으로서 신뢰정보장사업자가 정하는 비용(동법 시행령 제38조)이다.

트웨어공제조합(이하 “조합”이라 한다)은 계약자(이하 “채무자”라 한다)가 앞면 기재용역 등의 사용검사 또는 검수를 받은 후 하자담보 책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니함으로써 (이하 “보증사고”라 한다) 그 상대방(이하 “보증채권자”라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.”라고 되어 있다.

55) 우리나라의 경우 주식회사형태에 한정.

(6) 보험가입을 강제하는 문제⁵⁶⁾

어떤 위험에 대한 보험가입을 강제할 것인가는 입법정책의 문제이다.

현재 우리나라에서는 고압가스안전관리법(제25조), 도시가스사업법(제43조), 액화석유가스의안전및사업관리법(제33조), 체육시설의설치및이용에관한법률(제29조), 유선및도선사업법(제33조), 자동차손해배상보장법(제5조), 산업재해보상보험법(제4조), 선원법(제98조), 항공운송사업진흥법(제7조), 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률(제5조), 유류오염손해배상보장법(제14조), 원자력손해배상보장법(제7조), 관광진흥법(제9조)에서 의무보험화가 이루어졌다. 그밖에 제조물책임의 의무보험화,⁵⁷⁾ 의사배상책임보험의 의무보험화,⁵⁸⁾ 회사임원손해배상책임보험의 의무보험화⁵⁹⁾가 논의된 바 있고, 현재 학교안전보험의 의무보험화가 추진되고 있다. 의무보험화는 피해자보호의 필요성이 높아 가해자가 반드시 배상자력을 갖추어야 할 경우에 활용된다. 이처럼 의무보험화는 사법상 계약에서 발생한 피해자의 구제문제를 사회보장제도로화하는 것이다. 그러나 의무보험은 사적자치의 대원칙을 제한하는 것이므로⁶⁰⁾ 반드시 법적 근거가 있어야 한다. 소프트웨어의 보급과 사용이 일상화되어 있고 그에

56) 흔히 의무보험이라고 하는 경우 일정한 자가 자신의 의사와 상관없이 보험에 가입하여야 하는 가입강제와 일정한 조건의 위험에 대하여 보험사업자가 인수를 거부할 수 없는 인수강제를 포함한다. 이 곳에서는 가입강제의 문제를 다룬다.

57) 찬성론으로는 기홍철, “제조물책임의 이법방향과 동 배상책임보험의 입법화문제” 보험학회지 제47집(1996.3), 79면; 김성태, “제조물책임보험시행의 전제조건”, 보험학회지 제48집(1996.10), 77면, 부정적인 견해로는 경익수, “제조물책임보험활성화 방안”, 손해보험 제303호(1994.1), 18면; 최병규, “제조물책임의 법제와 보험에 관한 연구”, 경영법률 제13집 제1호(2002.9), 248면.

58) 이기수, “의사배상책임보험의 법적 의무화에 대한 소고”, 손해보험, 제231호(1989.9), 10면.

59) 서규석, “상법 제401조와 기업의 사회적 책임”, “춘강손주찬박사화갑기념 상사법의 현대적 과제”, 1984, 145면. 이에 반대하는 견해로는 김선정, “임원배상책임보험 활성화의 법적 과제”, 보험개발연구 제11권 제3호, 보험개발원(2000. 12), 16면.

60) 그러므로 의무보험을 확대하는 방향으로 나가자는 견해(남장우, “의무책임보험화에 관한 시론”, 경영법률 제7집, 1997, 519면)에 동의하지 않는다.

따르는 위험과 피해가 광범위하며 거대한 점을 생각한다면 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 위험을 보험에 의하여 강제로 담보하는 것도 필요하다고 할 수 있다. 만일 지금처럼 임의보험구조로 하지 않고 가입강제로 한다면 더 많은 소프트웨어 제작자 또는 사업자가 위험단체의 구성원이 됨으로써 위험분산기능을 보다 높일 수 있다. 그러나 의무보험화는 보다 더 신중하게 검토하여야 한다. 우선 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 책임의 실체가 아직 명백하지 않다. 또한 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 자금력과 사업내용도 천차만별이지만 많은 소프트웨어 사업자들이 자금부족을 호소하는 실정이다.⁶¹⁾ 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 상당수는 창업 자본이 영세하고 그나마 금융을 얻을 수 있는 영업실적이나 유체담보물이 부족한 경우가 많다. 당장에 연구나 기술개발비용에 자금수요가 많은 상황에서 미래의 불확실한 위험에 대비하기 위하여 보험에 반드시 가입하라고 하는 것은 심정적으로도 공감을 얻지 못할 가능성이 있다. 보험제도에 대하여 충분히 이해하지 못하거나 그 필요성을 인정하지만 당장 자금압박을 받고 있는 사업자들은 가입강제보험을 규제로 인식할 우려가 있다. 아울러 이러한 부담이 우리나라 소프트웨어산업의 국제경쟁력을 저해하는 것으로 오해할 수도 있다. 국내 사업자간에도 비교적 보험료지급 여력이 있는 우량기업과 소기업 내지는 초기사업자는 상이한 태도를 보일 것이 분명하다. 소프트웨어사용자를 위한 보험에 가입하여 소비자의 신뢰를 얻는 대기업에 고객을 빼앗긴다는 생각도 할 수 있다. 많은 소프트웨어 제작자나 사업자들이 수익을 실현하지 못하는 상태에서 소비자보호책을 강구하도록 강제하기는 아직 어려운 것으로 보인다.

요컨대 소비자피해가 광범위하고 거액인 경우가 많아 소비자보호의 필요성이 절실함에도 불구하고 위와 같은 소프트웨어산업의 재정적 취약성을 감안하여 의무보험화는 차후의 과제로 삼아야 할 것으로 생각된다. 다만 가입을 강제하지 않더라도 일정한 경우에는 실질적으로 가입을 강제하는 형태를 취하고, 보험에 가입하면 당

61) 이에 대하여는 김선정, “소프트웨어담보에 관한 연구”, 상사법연구 제18권 제3호, 2000, 161면.

장 또는 장기적으로 이익이라는 생각을 가질 수 있도록 환경을 조성하는 것이 필요하다. 전자에 해당하는 것이 품질인증제품을 정부기관에서 우선구매하는 경우에 보험에 들 것을 요구하는 방법이다. 다만 이 문제는 정부의 우선구매가 여러 가지 이유로 큰 매력이 없다고 여기는 시장에서는 실효성이 떨어질 것이다. 특히 정부구매 시장에서 사업대가기준의 합리적 산정이 중요하므로 보험료부담사실을 반영하도록 하는 것이 필요할 것이다. 그와 같은 것의 하나가 보험가입표시제도이다. 보험가입 사실의 표시는 가스라이터제조업자가 제조물책임보험에 가입한 사실을 제품에 표시하듯 흔히 볼 수 있는 일이며, 표시여부는 표현의 자유에 속하는 문제이다. 그러나 소프트웨어보험의 경우에는 보험가입사실을 나타내는 표지를 정부가 제정·사용하도록 하고 보험에 가입하지 않은 자가 이와 같거나 비슷한 표지를 사용하는 행위는 강력히 규제함으로써 기존의 품질인증마크와 더불어 소비자의 합리적 선택을 유도하도록 하는 것이다.

한편 보험가입에 따르는 이익만 누리고자 동종보험에 단기, 소액의 보험에 가입하여 보험가입 형식만 갖추는 소프트웨어제작자 또는 사업자를 막고 이 보험이 실질적인 소프트웨어이용자의 피해보상기능을 다하는 제도로 정착할 수 있도록 하기 위하여 보험계약 등이 담보범위, 담보기간, 보험금액 등에 있어서 “합리적 수준”일 때에만 우선구매의 혜택, 사업대가기준의 산정, 보험가입표지(정부제정) 사용의 혜택을 누리도록 하는 것이 필요하다.

5. 소비자보호의 실효성 확보를 위한 법개정안

(1) 법개정의 필요성

날로 증가하는 소프트웨어 사용자의 피해에 대하여 사전 대책과 아울러 사후적인 합리적 위험분산방법을 강구하는 것이 필요한 시점임.

보험 또는 공제는 소프트웨어제조자가 제품·용역·시공 등과 관련하여 제3자에 대하여 손해배상책임을 지게 될 경우, 이를 담보하는 내용의 위험대비책임.

(2) 보험의 효과

이 보험은 손해배상책임보험으로서, 보험계약자이며 피보험자인 소프트웨어제작자 또는 사업자의 위험을 동종 사업자간에 분산시킴으로서 과중한 배상책임으로부터 자유스러워질 수 있는 자위적 기능을 함. 아울러 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 변제자력(배상능력)을 확보함으로써 소비자보호기능을 함. 이와 같은 기능은 결국 이 제도가 사회방위적 기능을 함을 의미함. 이는 장기적으로 보아 소프트웨어산업의 안정과 소비자의 신뢰도를 높여 소프트웨어산업의 진흥에도 기여함. 이에 따라 소프트웨어산업진흥법에 관련규정을 두는 것이 적절함.

(3) 보험의 종류

보험의 종류는 보험사마다 다르므로 어떠한 소프트웨어결함으로 인한 손해를 배상하는 담보조건을 포함한 보험으로 하되, 소프트웨어공제조합 등이 같은 내용의 공제사업을 실행할 경우 공제계약도 보험계약과 동일한 취급을 하도록 함.

(4) 의무보험화문제

배상책임보험제도의 기능을 볼 때, 또 소프트웨어 피해의 일상화와 대형화현상을 볼 때, 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 보험가입을 가입강제보험으로 할 필요성이 인정됨. 다만 현재로는 관련보험제도가 정착되어 가는 과정에 있고 당장 자금수요가 많은 소프트웨어 제작자 또는 사업자로서는 미래의 불확실한 사고에 대비하여 재정적 지출을 하는 것(보험료 또는 공제로 지급)이 비경제라고 여길 수 있음. 그러므로 보험가입여부는 가입을 강제하는 것보다 당장은 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 임의에 맡기고 향후 의무보험화를 계속 검토함.

(5) 보험가입자에 대한 보상

보험가입여부를 소프트웨어 제작자 또는 사업자의 임의에 맡겨 계약체결의 자유라는 대원칙을 준수하고 소프트웨어 제작자 또는 사업자를 위축하지 않도록 하되, 품질인증기관의 인증을 거쳐 보험에 가입한 때에는 이를 표시할 수 있도록 하여 품질인증제도의 활성화를 통한 품질개선으로 사용자를 보호함과 동시에 소프트웨어

사용자의 합리적 선택을 유도함. 아울러 결함사고 발생시에 변제자력을 확보하여 사용자에게 대한 피해보상에 만전을 기하도록 함. 한편 개인 또는 영세 소프트웨어 개발자나 제작자가 많고 기업의 경우에도 과도한 비용으로 수익모델을 창출하지 못하며, 벤처나 초기사업자가 많은 소프트웨어산업의 특성 또한 세계 소프트웨어 시장에서 우리나라 소프트웨어사업자의 위상과 경쟁력을 볼 때 기업의 보험료지급이 부담으로 작용할 것으로 보이므로 이에 대한 적절한 보상이 필요하나, 보험료의 직접조정이나 정부예산에 의한 보험료보조 등은 시장에서의 과도한 개입이며 기업에 대한 직접지원은 외국과의 통상마찰의 소지도 있으므로 다른 조건이 동일한 경우, 보험가입제품 또는 보험가입사업자에 대하여 정부구매 등에서 다른 조건이 동일한 경우 우선권을 줌으로써 간접적으로 보상하도록 함.

또한 사업대가기준을 정할 때 보험가입자의 보험료 또는 공제료를 참작하도록 함.

한편 보험가입에 따르는 이익만 누리고자 동종보험에 단기, 소액의 보험에 가입하여 보험가입 형식만 갖추는 소프트웨어제작자 또는 사업자를 막고 이 보험이 실질적인 소프트웨어이용자의 피해보상기능을 다하는 제도로 정착할 수 있도록 하기 위하여 보험계약 등이 담보범위, 담보기간, 보험금액 등에 있어서 “합리적 수준” 일⁶²⁾ 때에만 우선구매의 혜택, 사업대가기준의 산정, 보험가입표지(정부제정) 사용의 혜택을 누리도록 함.

(6) 강제력의 확보

정부기관 우선구매시 또는 정부의 용역계약시 보험 등의 가입을 요구할 수 있도록 함.

사업대가기준을 정할 때 보험 등 가입자의 보험료 또는 공제료 부담을 반영하도록 함.

보험 등의 가입표지를 제정·사용하여 차별화된 상품이라는 이미지를 구축함.

62) 소비자피해보상보험등에서의보험계약금액에관한기준고시(제정 2002. 9. 공정거래위원회고시 제2002-12호).

보험 등에 가입하지 아니한 자가 동일 또는 유사 표지를 사용시 시정명령을 내리고 불응시 과징금을 부과하되 과징금의 총액을 매출총액 또는 용역계약액 이내로 제한하여 과도한 과징금 부과를 억제함.⁶³⁾

(7) 예상되는 반대론

이 보험에 대하여는 소프트웨어 제작자 또는 사업자에게 보험료부담을 안겨주어 세계시장에서의 우리나라 소프트웨어사업자의 경쟁여건을 저해할 수 있다는 비판, 보험제도를 믿고 품질개선에 노력하지 않는 도덕적 해이의 가능성, 보험료는 결국 제품가격에 반영되어 제품가격을 인상함으로써 장기적으로 소프트웨어 이용자의 부담을 늘이고 제품의 가격경쟁력을 떨어트린다는 점, 현재 품질인증제도가 완전히 정착되어있지 못한 상태인데다 정부구매도 단가가 낮아 크게 매력이 없는 시장이라는 점등을 고려하면 보험가입은 추가적인 규제에 불과하며 소프트웨어 사업자가 기피할 것이라는 지적, 품질인증을 받은 소프트웨어는 어느 정도 제품의 안정성이나 신뢰성을 획득한 제품일터인데 이들 제품에는 보험가입을 권장하면서, 조악한 품질의 제품은 방치하고 있다는 비판, 보험료부담의 여력이 있는 대기업 또는 유력한 몇 개 기업만이 보험료부담능력이 있으며 이는 결국 중소 또는 개인소프트웨어 사업자의 제품에 대한 불신을 조장할 것이라는 우려, 중요성이 증가하는 오픈소스 소프트웨어의 소비자에 대하여는 보호방법이 되지 못한다는 비판이 있을 수 있음. 그러나 이는 보험제도에 내재하는 한계이거나 장기적 관점을 결여한 지적임.

(8) 조문의 위치

조문의 위치는 보험제도를 통한 소프트웨어 사업자의 배상자력확보와 신뢰도 획득이 사업자의 파산 등 재정위기를 막고 소비자를 보호하여 사업활성화를 촉진하

63) 전자상거래등에있어서의소비자보호기본법에서는 보험가입은 권고하는데 고치나(제24조), 보험불가입자의 표지사용을 금지하며(제24조 제6항), 제24조 제6항 위반시는 시정권고(제31조), 시정조치(제32조), 영업전부나 일부의 정지(제32조), 과징금(제34조), 벌금(제42조) 등의 제재조치를 단계별로 취한다.

는 것이라고 보아 소프트웨어산업진흥법 제3장(소프트웨어산업의 활성화)에 제25조의 1을 신설함. 나머지 사항은 관련조항에 둠.

다음과 같이 법개정안을 제시하며 개정이유를 부기한다.

소프트웨어산업진흥법

다음과 같이 제4조 제2항 제10호를 신설한다.

제4조 ②

10. 소프트웨어이용자 보호를 위하여 필요한 사항

다음과 같이 제22조 제3항을 신설한다.

제22조(사업대가기준)

③ 제1항의 규정에 의한 대가기준을 정함에 있어서는 본법 제26조의 1의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 보험 등에 가입하는 자의 보험료 등을 참작하여야 한다.

다음과 같이 제26조의 1을 신설한다.

제26조의 1(소프트웨어 결함손해에 대한 보험 등의 가입) ① 정보통신부장관은 본법 제2조의 소프트웨어사업자가 소프트웨어 결함으로 야기된 손해배상책임의 이행자력을 확보하도록 시책을 강구하여야 한다.

② 정보통신부장관은 본법 제13조 제1항의 규정에 따라 인증받은 소프트웨어제품에 대하여 본법 제13조 제3항에 의한 우선구매나 자금지원 등을 중앙행정기관의 장에게 요청하는 경우에 품질인증제품 사업자에게 대통령령이 정하는 보험 등에 가입할 것을 요구할 수 있다.

③ 제20조의 규정에 따라 국가기관 등이 소프트웨어사업의 계약을 체결하는 때에 소프트웨어사업자가 대통령령이 정하는 보험 등에 가입한 경우에는 용역계약 체결시 해당사업자를 우대할 수 있다.

④ 제2항 또는 제3항의 규정에 따라 보험 등에 가입한 자는 보험 등의 가입사실을 제품이나 계약서 또는 광고에 표시할 수 있다.

⑤ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 따라 대통령령이 정하는 보험 등에 가입한

제품 또는 사업자임을 표시하기 위한 표지를 통일하여 사용하도록 할 수 있다.

⑥ 정보통신부장관은 제2항 또는 제3항의 규정에 따라 대통령령이 정하는 보험 등에 가입하지 아니한 자가 전항에서 규정하는 표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용할 경우 기간을 정하여 표지의 제거 등 시정명령을 내릴 수 있다.

⑦ 제2항 내지 제5항의 보험 등은 그 담보범위나 담보기간, 보험금액 등에 있어서 소프트웨어이용자의 피해를 보상하기에 합리적인 수준의 것이어야 한다.

제50조를 다음과 같이 신설한다.

제50조(벌칙)

정보통신부장관은 제26조 1 제6항의 시정명령에 응하지 않은 자에 대하여는 1년 이내의 기간동안 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나 5천만원이하의 과징금을 부과할 수 있다. 이 때의 과징금은 표지를 부정사용한 제품의 매출액 또는 용역계약의 총액을 초과하지 않아야 한다.

소프트웨어산업진흥법 시행령

다음과 같이 제17조의 1을 신설한다.

제17조의 1(보험 등의 종류). 법 제26조의 1 제1항과 제2항에서 말하는 보험 등의 종류는 다음의 것으로 한다.

1. 소프트웨어의 개발·판매사업자 또는 컴퓨터서비스사업자가 전문인으로서의 업무수행 중에 과실로 인하여 야기한 손해에 대한 배상책임을 담보하는 내용의 보험으로서 소프트웨어의 결함으로 인한 피해를 담보위험에 포함시킨 보험.

여기서 컴퓨터서비스사업자라 함은 다음을 업으로 하는 자를 말한다.

가. 시스템분석, 통합, 설계, 프로그래밍, 자료처리

나. 자료처리시스템의 개발에 관한 컨설팅으로서 적용성을 연구하는 행위와 전산자료처리와 관련된 상담 및 조언의 수행

다. 전산자료처리시스템의 외부재원화로서 타인의 정보업무부서를 관리하거나 운영

라. 컴퓨터 소프트웨어의 판매, 서비스제공, 설치, 유지보수, 관리 또는 소프트웨어를 사용하기 위한 교육 및 훈련

2. 기타 법 제26조의 1의 취지에 부합한다고 정보통신부장관이 인정하는 공제계약 다음과 같이 제17조의 2를 신설한다.

제17조의 2(표지의 제정) 정보통신부장관은 법 제26조의 1 제6항의 표지의 제정을 전문기관에 위탁할 수 있다.

제 4 장 소프트웨어하자로 인한 손해의 제조물책임법리 적용여부

1. 서 론

컴퓨터소프트웨어는 기술발전에 따라, 우리 생활 곳곳에서 기능을 발휘하고 있다. 의료장비기기를 조정하고, 비행기 및 우주왕복선을 운영하는데 중요한 역할을 하며, 주요한 통신시설이나 사업에 있어서 소프트웨어가 사용되지 않는 분야는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 그런데 프로그램상의 에러가 있는 경우에, 이로 인해 하자있는 소프트웨어가 만들어지고 매우 치명적인 결과를 초래할 수 있다.

예컨대 캐딜락 자동차의 브레이크 컴퓨터에 버그가 발생하여 리콜당한적이 있으며, 미시건과 일본에서는 로봇이 통제 불가능해져 2명의 공장근로자가 사망한 사례가 있으며, 컴퓨터 에러로 인해 온가족이 모두 치유불가능한 불치병을 가졌다는 소식을 접한 여인이 그녀의 딸을 살해하고 자신 및 자신의 아들마저도 살해하려고 했던 사실이 있다. 또한 심각한 사고의 원인을 분석한 결과 그 원인이 기계를 조정하는 소프트웨어의 결함으로 판명되는 경우도 종종 있다.⁶⁴⁾

컴퓨터에러로 인해 손해가 발생한 가장 극적인 예로는, Bank of New York(BoNY)이 소프트웨어의 에러로 인해 320억불상당의 당좌대월을 초래한 사례이다. 미국연방준비은행에서 자동적으로 BoNY 현금계좌에 차변기입을 하는 동안에, BoNY는 소프트웨어의 에러로 인해 저축계좌로부터 들어오는 예금을 처리불가능하게 되었다. BoNY는 하루동안에 240억불을 빌려야 했고, 소프트웨어가 고쳐지기까지 5백만 불의 이자손해를 보게 되었다.⁶⁵⁾

64) Robert D. Sprague, *Software Products Liability: Has Its Time arrived?*, 19 W. St. U.L. Rev. 138.

이처럼 소프트웨어의 오류로 인해 손해가 발생하는 경우가 많이 발생하게 되었고, 손해배상의 근거 및 기준에 대해 많은 논란이 있어왔다.

미국에서도 이와 관련되어 많은 판례가 있는데, 일부 판결은 소프트웨어를 물건으로 취급하여 통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 UCC로 표기) 제2편이 적용되어야 한다고 보는 반면에,⁶⁵⁾ 또 다른 판결들은 거래의 주된 목적이 컴퓨터프로그래밍 기술과 서비스이므로, 물건으로 볼 수 없다고 보았다.⁶⁷⁾ 공통된 점은, 컴퓨터 소프트웨어가 물건인지 아니면 서비스인지는, 사건별로 분쟁의 핵심이 무엇인지 따져보아야 결정된다고 보고 있다.

미국에서는 우리나라의 민상법전에 해당되는 UCC의 적용범위가 동산의 거래에 국한되므로, 물건인 경우에는 UCC의 적용을 받게되고, 물건이 아닌 서비스로 여겨지는 경우에는 일반 판례법인 common law가 적용된다. UCC의 경우에는 common law에는 없는 여러 가지 피해구제방법 등이 있고 손해배상의 기준 등이 다르기 때문에, 어느 법을 적용하는 것이 유리한가에 따라 다툼이 생기게 되었다. 따라서 소프트웨어가 과연 물건(good)에 해당하는지 여부가 문제가 되었다.

한걸음 더 나아가 소프트웨어의 하자로 인해 손해가 발생한 경우에, 계약책임 외에 제조물책임을 묻고자 하는 사례가 많았다. 그런데 제조물책임이 성립되기 위해서는 성질상 제품(product)이 되어야 하는데, 과연 소프트웨어가 제품에 해당하는지에 대해서는 부정적인 견해가 지배적이었다. 특히 지금까지 미국 법원에서 하자있

65) Peter Neumann, *Expecting the Unexpected Mayday*, Communications of the ACM, May 1991, at 128.

66) *Analysts Int'l Corp. v. Recycled Paper Prods., Inc.*, No. 85 C 8637, 1987 WL 12917 (N.D. Ill. June 19, 1987); *Communications Groups v. Warner Communications*, 527 N.Y.S.2d 341, 344(N.Y.City Civ. Ct. 1988); *RRX Indus., Inc. v. Lab-Con, Inc.*, 772 F.2d 543 (9th Cir. 1985); *Chatlos Sys. Inc. v. National Cash Register Corp.*, 479 F. Supp. 738 (D.N.J. 1979), *aff'd.*, 670 F.2d 1304(3rd Cir. 1982); *Triangle Underwriters, Inc. v. Honeywell, Inc.*, 604 F.2d 737(2nd Cir. 1979).

67) *Data Processing Servs., Inc. v. L.H. Smith Oil Corp.*, 492 N.E. 2d 314(Ind. App. 1986).

는 소프트웨어가 제조물책임법의 적용대상이 된다고 명시적으로 인정한 판례는 없다. 오히려 제조물책임법의 적용대상이 되지 않는다고 명시하는 경우가 대부분이다.⁶⁸⁾

우리나라의 경우에도 소프트웨어거래에 있어서, 소프트웨어의 하자로 말미암아 손해가 발생한 경우에 이를 배상받기 위해 주장하는 여러 가지 논거중 제조물책임을 인정해야 한다고 주장하는 견해가 있다. 실제 사례로는 2003년 1월 우리나라에서 MS의 소프트웨어의 약점을 이용해 바이러스가 침투되었고, 이로 인해 전국의 인터넷망이 상당기간 마비상태에 빠져 손해가 발생하자, 피해자가 MS를 상대로 소송을 제기하면서 피해배상의 근거로 제조물책임을 주장하기도 하였다.

과연 이들이 주장하는 것처럼, 소프트웨어의 하자로 인해 생긴 손해를 제조물책임법리를 통해 배상가능한지 여부를 알아보는 것이 본고의 목적이다.

먼저 제조물책임법 적용 긍정론을 살펴본 후 논리에 문제점이 없는지 검토하고, 현행 계약법이론으로 충분히 배상가능하다는 점을 설명하면서 결론을 맺도록 하겠다.

2. 현황 및 문제점

기존의 계약책임으로 할 경우, 매수인이 계약책임을 묻기 위해서는 소프트웨어의 제조자와 직접적인 계약관계에 있어야 한다. 그런데 통상 소프트웨어의 제조자는 중간 판매인한테 제품을 판매하고, 최종 소비자는 중간판매인이나 소매상으로부터 소프트웨어제품을 구입하기 때문에, 직접적인 계약당사자관계가 없는 소프트웨어 제조자를 상대로 계약책임을 묻기 어렵게 된다.

그렇다면 판매상에게 계약책임을 물어야 하는데, 피해자가 통상 소프트웨어의 하자와 손해 및 이들간의 인과관계를 입증해야 하는데, 이것이 쉽지 않게 된다. 또한 판매인의 경우 대부분 물건을 제조자로부터 그대로 받아 포장도 뜯지 않은 상태에서 판매하기 때문에, 소프트웨어의 하자에 대해 과실이 없는 경우가 많다.

결국 이러한 경우 직접적인 계약당사자 관계에 있는 판매인에게 물을 수 있는 것

68) Robert D. Sprague, 19 W.St.U.L.Rev.144.

은, 소프트웨어 제품의 교환이나 수리, 현존가치와 계약금액간의 차액 등을 배상받을 수 있을 뿐, 확대손해에 대해서는 배상받을 수 없게 된다.

그렇다면 제조자를 상대로 확대손해에 대해 배상청구할 수 있는가? 계약당사자 관계를 매우 협소하게 해석하는 우리 법체계안에서는 계약법이론으로 구성할 수 없고, 불법행위이론으로 구성할 수 밖에 없게 된다. 그런데 불법행위이론을 적용하면, 피해자가 가해원인과 손해 및 인과관계를 입증해야 하는데, 이러한 입증이 힘들기 때문에 불법행위의 특수유형인 제조물책임의 적용을 통해 문제를 해결하고자 주장하는 견해가 있다.

본고에서는 그간 여러 학자 및 이해관계당사자들이 제기한, 소프트웨어 하자에 대한 제조물책임적용여부의 타당성에 국한해서 검토하고자 한다. 먼저 소프트웨어의 개념 및 제조물여부를 검토하고, 제조물책임법리에 대해 간략히 살펴보겠다. 그리고 제조물책임법리 적용 주장자들의 논거를 검토하면서 평가한 후 대안을 제시하고자 한다.

3. 소프트웨어의 개념 및 제조물 여부

(1) 소프트웨어의 개념

소프트웨어는 하드웨어와 대립되는 개념이며, 프로그램이 그 중심된 요소이지만, 프로그램만이 소프트웨어는 아니다. 컴퓨터프로그램과 그것이 특정형태로 구체화된 수학적 과정 내지 알고리즘 및 흐름도와, 프로그래밍 매뉴얼과 같은 프로그램의 개발과 사용에 필요한 지적 보조물 등도 모두 소프트웨어에 포함된다.⁶⁹⁾

즉 소프트웨어는 컴퓨터프로그램보다는 넓은 개념이며, 프로그램을 포함한 이들 사용에 필요한 지적 보조물까지도 모두 포함시키는 개념이다. 프로그램의 정의에 대해서는, 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호와 소프트웨어개발촉진법 제2조 제1호에서 정의하기를, ‘프로그램이란 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리

69) 오승중·이해완, 저작권법(홍문사, 2000), 593-595면.

능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다'고 규정하고 있다. 따라서 프로그램이나 정보처리능력을 가진 장치를 작동시키고, 특정의 결과를 얻을 수 있어야 하며, 컴퓨터 내에서 직간접으로 사용되는 일련의 지시·명령이므로, 이러한 여러 가지 요소를 종합한 것이 프로그램이라고 말할 수 있다.⁷⁰⁾

(2) 소프트웨어의 제조물여부

문제는 제조물책임법의 적용범위에 소프트웨어를 포함시킬 수 있느냐이다. 제조물책임법 제2조에서 규정하고 있는 적용범위는, '다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산'을 제조물로 보고 있다. 그렇다면 동산이 무엇인가가 문제인데, 민법 제99조 2항에서 동산에 관해 규정하고 있다. 즉 '부동산 이외의 물건은 동산이다'라고 규정하고 있다. 물건은 또한 민법 제98조에서 규정하기를, '물건이라 함은 유형물 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다'고 정의하고 있다.

따라서 제조물책임법의 적용대상이 되기 위해서는, 유형물 기타 관리가능한 자연력이 되어야 하는데, 소프트웨어는 유형물도 아니고, 관리가능한 자연력도 아니라는 점 때문에 적용대상에서 제외되는 것이다. 이를 해결하기 위해, 소프트웨어를 유형물의 범주에 넣기 위한 여러 가지 해석론이 주장되고 있고, 이것이 불가능해지자 입법론으로 해결하고자 하는 견해도 있다.

제조물책임은 특수한 경우에 입증책임을 전환시켜 피해자의 배상에 대한 실효성을 확보하기 위한 특수한 불법행위이론이다. 따라서 그 적용범위는 제한적으로 해석되어야 하며, 필요성이 대두되어 그 적용범위를 확대하고자 할 경우에는, 그 장단점에 대해 충분히 검토되어야 할 것이다.

그러나 지금까지의 논의과정을 보면, 대부분 배상이 계약당사자관계의 협소성으

70) 장시윤, '소프트웨어에 있어서 제조물책임법 적용에 관한 연구', 한양대 석사학위논문, 2001. 12, 19면.

로 인해 힘들어지자, 이를 타개해나가기 위한 방편으로 제조물책임을 적용하는 이론을 언급하고 있을 뿐, 적용에 따른 법리적 문제점 및 법정책적 장단점에 대해서는 별로 언급하고 있지 않다.

물론 정보화가 진전됨에 따라, 소프트웨어와 하드웨어의 결합품이 우리 생활 곳곳에 퍼져 있고, 소프트웨어의 하자로 말미암아 확대손해가 발생한 경우에 피해배상의 필요성이 대두되는 것은 사실이다.

예컨대 미국에서 방사선기계의 소프트웨어의 하자로 말미암아, 방사능 부여 양이 잘못되어 2명이 사망하고 1명이 화상당한 케이스가 바로 그러한 예이다.⁷¹⁾

그러나 단지 필요성이 있다고 해서, 무분별하게 불법행위 영역을 넓혀가는 것은 계약자유의 영역을 침범하고 인간의 행동영역을 제한할 우려가 있다. 되도록 불법행위이론 대신 계약이론으로 구성하고자 하는 것이 바로 그 때문이다.

우리 민법상 하자담보책임에 대해 과거 판례는 법정책임설을 취하여 계약금액 한도내에서만 배상을 받는 무과실책임이론을 취하였다가, 확대손해문제가 끊임없이 제기되자 채무불이행설을 취하여 이행이익까지 배상하도록 변경되었다.⁷²⁾ 법원의 이러한 태도변경은 계약법이론으로도 충분히 문제가 해결가능하다는 것을 보여주고 있다.

특히 우리 법원은 영미에서의 warranty이론을 차용하여 묵시적 담보책임을 인정함으로써, 중간 판매인이 소프트웨어 하자에 대해 직접적으로 기여한 바가 없더라도, 상인의 자격으로 계약목적에 합당한 품질의 제품을 인도하지 못한 경우에는, 담보책임을 지도록 함으로써 문제해결의 가능성을 열어놓았다. 이 경우 중간판매인이 배상을 한 경우, 하자있는 소프트웨어를 제작한 제조자에 대해서는 구상권을 행사할 수 있을 것이다.

소비자보호에 매우 전향적인 태도를 취하고 있는 미국의 경우에도, 소프트웨어의

71) Steve Rosenthan, *When Computers Practice Medicine: Should Automated Procedures Be More Closely Regulated?*, LOTUS, Feb. 1989, at 19.

72) 대판 1989. 11. 14, 89다카15298.

하자로 인해 발생한 손해에 대해 지금까지 제조물책임이론을 원용하여 인정한 사례가 없는 사실은 우리에게 시사하는 바가 적지 않다. 이를 정확히 알기 위해서는 제조물책임법리에 대한 이해가 먼저 선행되어야 할 것이다.

4. 제조물책임법리

(1) 의의

제조물책임(product liability)은 어떤 사람이 제품으로 인해 피해를 입은 경우에 적용될 수 있는 매우 넓은 용어이다. 주의할 점은, 제조물책임의 여러 가지 근거 중 하나인 엄격제조물책임(strict product liability)을 제조물책임과 혼동해서는 안된다는 점이다.

(2) 이론

제조물책임과 관련되어 가장 큰 문제는, 관련있는 여러 다른 이론이 제기될 수 있는데, 각각의 이론이 특수한 구성요건과 항변사유를 두고 있기 때문에, 구별해서 다루어야 한다. 어떤 사람이 신체적 손상을 입거나 독점적으로 귀속되는 재산상의 손해(property damage)를 입은 경우에 다음의 여러 이론들을 검토해야 한다.

과실책임, 엄격제조물책임, 물건의 품질이나 성질에 관해 보증한 것이 있는 경우 이에 대한 책임, 명시적 묵시적 담보책임이 여기에 해당된다.

이중 과실책임과 엄격제조물책임이 불법행위에서 가장 중요하며, 또 사건에서 많이 다루어지게 된다.

(3) 엄격제조물책임

엄격제조물책임의 경우, 이제 미국 전역에서 인정되고 있는데, 상인인 판매자가 흠이 있는 상태로 제품을 판매한 경우에, 피해자가 배상을 받을 수 있는 이론이다. 이 경우 비록 상인이 모든 가능한 주의를 기울였다 하더라도 책임을 면할 수 없다.

이 이론은 원래 동산의 매도인이 과실책임에 의거하여 최종소비자에게 물건의 하자에 대해 책임을 지우도록 하는 것에서 한걸음 더 나아가, 매도인이 물건의 안전

성에 대해 최선의 노력을 다했다 하더라도, 제품의 안전성에 대해 실제 보험자로서의 기능을 하자는 취지에서 발전된 것이다.⁷³⁾ 그 근거로는 여러 가지를 들 수 있는데, 첫째, 보험을 통해 비용분산이 가능하기 때문에, 둘째, 더 안전한 제품을 만들도록 유도하기 때문에, 셋째, 소비자들이 상인의 전문지식을 신뢰하기 때문에, 넷째, 제품의 하자를 고치는데 있어서 판매자가 더 유리한 위치에 있기 때문에 등이 그 이유로 거론되고 있다. 그러나 이에 대해서는 과도한 책임을 지운다는 점에서 반론도 만만치 않다.

엄격제조물책임에 있어서 소송의 핵심은, 판매자가 하자를 지닌 채 물건을 판매하였고, 피해자가 이로 인해 손해를 입었느냐에 있다. 하자는 제조상 하자일 수도 있고, 디자인 문제나, 경고를 하지 않은 것 등이 포함된다.

Restatement §402A에 의하면, 제품의 하자여부는 소비자의 기대가 주된 기준이 된다. 보통 소비자가 기대할 수 있는 바가 그 기준이 될 것이다. 그러나 대부분의 법원은 Restatement §402A 규정을 적용하기 보다는, 위험/효용간의 비율을 사용하여 결정하게 된다.

제조상의 결함은 콜라병속의 쥐처럼 매우 쉽게 하자가 발견된다. 따라서 실제 문제가 되는 것은, 판매자가 판매할 당시에 하자가 존재했다는 것을 피해자가 입증해야 하는 것이다.

Restatement §402A에 의하면, 제품은 ‘하자(defective)’가 있는 동시에, ‘부당하게 위험(unreasonably dangerous)’해야 한다. 후자의 의미는 일반인의 통상적인 기대치를 넘어 설 정도로 위험해야 한다는 것이다. 따라서, 단지 버터가 콜레스테롤을 함유하고 있고, 술이 취하게 하며, 칼로 상처를 입을 수 있다고 해서 제조물책임이 성립되는 것은 아니다. 그러나 이는 소비자에게 지나친 입증책임 부담을 지운다는 점에서, 캘리포니아 대법원의 영향을 받아 대부분의 법원이 소극적으로 해석하고 있다.

더욱 어려운 것은 디자인상의 하자이다. 제조자가 디자인을 선택하는데 있어서

73) W. Page Keeton, *Torts*(West Publishing, 1984), p.690.

부당하게 행동했다면, 과실책임을 지게 된다. 그러나 제조자가 부당하게 행동하지 않았다 하더라도, 엄격제조물책임을 적용하여 디자인에 하자가 있다고 인정한 사례가 있다.

제조자의 행동이 아닌 제품에 초점을 맞추어 취급한 것이다. 물론 이 엄격제조물책임을 과실책임과의 경계를 불분명하게 하였지만, 분명한 차이점이 있다.

a. 알려지지 않은 제품의 특성

배포당시에 제조자가 보통은 예상할 수 없었던 위험한 성질이 제품에 존재하는 경우에, 엄격제조물책임이론에 의하면 판매자가 이런 하자에 대해 알았거나 알 수 있었던가의 인식여부는 중요하지 않다. 하자에 대한 인식여부와 관계없이 피고는 책임을 지게 된다.

b. 피할 수 없는 불안정한 제품

어떤 제품은 매우 사회에 미치는 혜택이 많고 독특하여, 일정한 위험에도 불구하고, 디자인상의 하자에 속하지 않는 경우가 있다. 적절한 경고가 주어진다면, 매우 유용한 이러한 제품은 대체물이 없기 때문에, 디자인상의 하자의 범주에 속하지 않게 된다. 제조약과 백신 등이 이에 해당되는 예이다.

c. 디자인상의 하자 판별 기준

대부분 법원은 제품에 디자인상의 하자가 있는지 여부를 가리기 위해 Restatement §402A의 보통소비자의 기대나 위험/효용 균형기준을 택하게 된다.

d. 과실책임과의 구별

위험/효용 균형기준은 과실요소를 엄격책임형태로 포함시킨 것이라는 비판을 받고 있다. 그러나 엄격제조물책임을 경우, 하자에 대한 제조자의 인식여부를 불문하고 하자가 있는 한 책임을 인정하고 있고, 과실에 대한 입증책임부담 없이 피해자가 판매선상에 있는 누구에 대해서도(제조자와 판매자를 포함하여) 제조물책임을 물을 수 있는 장점이 있다.

e. 제품이외의 범위에 적용여부

엄격제조물책임을 서비스만을 제공하는 자에게는 적용되지 않는다. 몇몇 사례의

경우 제품과 서비스가 결합되어 있음을 이유로 엄격제조물책임을 인정하기도 하였다. 예컨대 New Jersey 사례가 그러한데, Newa가 v. Gimbel's, Inc., 258 A.2d 697(N.J. 1969) 사례에서, 상인이 제품과 서비스를 같이 공급하였다. 미장원 미용사가 염색약을 사용하다가 피해자가 심심하게 화상을 입은 사례이다. 그러나 법원의 이러한 적용은 논란을 불러 일으켰고, 지지를 얻지 못했다.

빌딩이 대량으로 제조되는 경우에(예컨대 트랙트 하우스)는, 빌딩을 하자있게 건축한 것에 대해 엄격제조물책임을 인정하기도 한다. 그러나 이는 극히 예외적인 경우로, 일반적으로 부동산의 경우에는 제조물책임법리의 적용대상이 되지 않는다.

(4) 제조물책임과 하자담보책임과의 관계

소비자 보호를 위해 종종 언급되어 지는 제조물책임과 담보책임과의 관계가 문제된다. 법원은 하자 있는 물건으로 인해 발생한 관련된 상품자체에 관한 손해(harm to product itself)와, 상품의 결함으로 인해 정상적인 영업활동을 하지 못함으로써 입은 영업상의 손실(economic or commercial loss)은, 하자담보책임의 대상이지 제조물책임을 대상이 아니라고 보았다.⁷⁴⁾

쌍용중공업이 선박 주기관을 제작함에 있어서 가이스링거 커플링에 오리피스플러그를 장치하지 아니한 과실을 범하였고, 이로 인해 발생한 엔진의 수리비용이라든가 그 객관적 가치감소 등과 같은 상품자체에 관한 손해와 상품의 결함으로 인하여 정상적인 영업활동을 하지 못함으로써 입은 영업상의 손실을 청구한 판례이다. 그러나 이 판례에서 원고가 하자담보책임이 아닌 제조물책임에 기해 이러한 손해배상청구를 하였기에, 법원은 제조물책임의 배상범위 밖이라고 판시하였다.

미국의 경우 신체상해와 재산상손해가 발생한 제조물책임판례에서, 매도인의 통지해태의 항변으로 인해 담보책임을 주장할 수 없는 경우가 많아, 엄격불법행위책임(strict tort liability)이 더 많이 주장되고 있다. 또한 발생한 손해가 직접 또는 간접적 경제적 손해(direct or consequential economic loss)일 경우에는 엄격불법행위책임

74) 서울민사지법판결 1987. 11. 11, 선고 86가합3450.

을 매수인이 주장할 수 없기 때문에, 매도인의 통지해태항변이 유효할 경우 담보책임은 부정되게 된다.⁷⁵⁾

(5) 불법행위법상 엄격책임과 하자담보책임과의 관계

통상 사람들은 생각하기를 불법행위법상 엄격책임이 더 원고에게 유리한 것이라 생각한다. 그러나 대부분의 경우에 담보책임은 엄격책임의 경우와 같이 원고에게 많은 공격방법을 제공해 주며, 특히 배상에 관한 한 엄격책임보다 더 강력한 효과를 지니고 있다.

만약 이러한 사실이 미국전역에 걸쳐 엄격책임사건이 폭발적으로 일어나게 된 1960년대에 알려졌더라면, 담보책임에 관한 통일상법전 §2가 개인신체상해에 관한 제조물책임 사건에 있어서 오늘날 더 큰 역할을 담당하게 되었을 것이다. 그러나 이미 엄격책임이 이 분야에 관해 확고한 지위를 자리를 차지하고 있어, 통일상법전상의 담보책임이 이 영역에서 구제수단으로 기능하는 경우는 매우 드물다.

사실상 어떤 법원에서는 엄격책임과 상충하는 범위 내에서 담보책임을 무효화하려는 경향에까지 이르고 있다. 그러나 대부분의 법원에서는 양이론이 병행되게 주장되고 있으며, 하자있는 물건으로 인해 피해를 입은 원고는 과실책임에 덧붙여 담보책임과 엄격책임 양자 모두를 주장하게 된다.⁷⁶⁾

엄격책임을 향한 움직임은 1916년 *MacPherson v. Buick Motor Co.*⁷⁷⁾에서 시작되었다. 이 판례에서 카도조(Cardozo) 판사는 과실책임하에서 하자있는 제품을 판매한 매도인이 물건의 최종 소비자에 대해 오랫동안 항변의 사유로 삼아왔던 당사자요건(privity)을 허물어 버렸다.

카도조 판사는 신체상해를 일으킨 하자있는 제품의 매수인이 계약법의 복잡성으로 인해 보호받지 못하도록 해서는 안된다고 보았다. 제조자는 그 즉시의 매수인

75) B. Clark, & C. Smith, op. cit., p.9~2.

76) 주지홍, 미국동산매매에 있어서의 담보책임, 연세대학교 법학박사학위 논문, 2002. 2, 50면.

77) *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111 NE 1050, 1053 (NY 1916).

뿐만 아니라, 판매의 연결망에 있는 모든 매수인에 대해서 주의의무를 부담한다고 보았다.

그 다음 단계는 1960년 뉴저지대법원이 *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*⁷⁸⁾에서 취한 태도이다. 담보책임에 관한 통일상법전이 나오기 전에 판시된 이 판례에서, 법원은 과실책임이 아닌 묵시적 담보책임 위반사실을 주장한 소비자원고의 주장에 대해 피고가 제기한 항변사유를 배척하였다. 비록 위반사실통지를 제때 하지 않는 경우와 같이 다른 계약상항변에 의해 매수인이 보호받지 못하는 경우가 있지만, 그 후 묵시적 담보책임이론은 엄격책임과 함께 매수인의 강력한 보호수단의 하나가 되었다. 이와 같은 때에, 특정 과실책임판례에서 원고의 증거법상의 문제가 過失推定則(*res ipsa loquitur*)⁷⁹⁾에 의해 완화되었다. 이로 인해 과실이 추정되었다.

마지막 단계는 1963년 *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*⁸⁰⁾에서 캘리포니아 대법원이 취한 태도이다. 이 판례에서 대법원은 하자있는 위험한 제품의 제조자에게 담보책임이나 과실책임이 아닌 엄격책임을 부과하였다.

이하에서는 소프트웨어의 하자로 인한 손해발생의 경우에, 해석론 및 입법론을 통한 제조물책임법리 긍정론에 대해 알아보도록 하겠다.

5. 해석론상 제조물책임 긍정론

(1) 협의 제조물 긍정론

컴퓨터 기본작동 프로그램이나 일반화된 응용 프로그램, 개인 프로그램 등 대량으로 개발, 공급되는 프로그램이외에 특정한 목적을 위하여 개별적으로 개발된 개별 프로그램도 일정한 저장매체에 담겨져 공급되는 한 제조물로 보아야 한다는 견

78) 161 A2d 69 (NJ 1960).

79) The thing speaks for itself. 제조자가 적정한 주의의무를 가지고 하자있는 물건을 만들었다는 것을 스스로 입증함으로써 과실의 추정을 배제하지 못하는 한, 제조자의 과실이 추정되는 것을 過失推定則이라 한다.

80) 27 Cal. Rptr. 697, 377 P2d 897 (Cal. 1962).

해이다.⁸¹⁾

이러한 견해는 디스켓이나 CD-Rom과 같이 일정한 저장장치에 담긴 경우, 즉 형태가 있는 경우에는 동산으로 볼 여지가 있어서, 제조물에 포함된다고 보고 있다.

그러나 인터넷을 통하여 라이선스를 부여받고, 그 프로그램을 다운로드 받는 형태로 공급한 경우에는, 제조물에 해당되지 않는다고 보는 것이다.⁸²⁾

(2) 광의 제조물공정론

이에 반해 일정한 저장장치 유무를 불문하고 소프트웨어 전부에 대해 제조물책임 적용을 인정하는 견해도 있다. 소프트웨어가 비록 디지털정보의 행태로 되어 있지만, 디스켓이나 CD-Rom에 담긴 경우 뿐만 아니라, 실제 사용을 위해서는 하드디스크 등의 유형의 저장용기에 담겨 있어야 하므로, 물건성을 인정하자는 입장이다. 물건성이 인정될 경우에는, 제조물책임법의 적용이 가능하게 된다.⁸³⁾

왜냐하면 소프트웨어가 용기에 담겨있지 않고 인터넷을 통하여 제공되는 경우, 유선으로 디지털정보의 행태로 전해지지만, 결국은 수신자가 하드디스크나 다른 저장장치에 저장해야지만 사용할 수 있다는 점에서 유형의 행태가 있다고 보는 것이다. 또한 물건이란 개념을 구체적인 형태를 가진 것으로 한정하지 않는다는 입장에서는 소프트웨어도 일정한 재산권의 대상이며, 소비자가 사용하기 위해 구입하는 매매목적물에 해당되므로, 제조물책임의 대상이 될 수 있다고 한다.⁸⁴⁾

소프트웨어가 디스켓 등의 유형물을 통하여 공급되는 경우에, 소프트웨어의 결함은 제품의 결함으로 간주하여 이를 제조물로 인정하여야 한다고 보는 견해⁸⁵⁾도 이

81) 권대우, “소프트웨어 및 디지털이용에 따른 책임에 관한 민사법리의 적용”, 정보사회에 대비한 일반법 연구 IV(정보통신정책연구원, 2002. 12.), 257면.

82) Staudinger/Oechsler, §2 ProdHaftG Rz. 67.

83) 권대우, 전게서, 258면.

84) 권대우, 전게서, 257면 참조.

85) 장시윤, “소프트웨어에 있어서 제조물책임법 적용에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 2001. 12. 88면.

범주에 속하게 된다.

즉, 온라인을 통한 소프트웨어의 공급자체에서 소프트웨어를 제조물로 볼 수는 없지만, 다운로드 받은 후 유형물과 구조적으로 일체가 되는 시점부터 소프트웨어의 결함을 제조물의 결함으로 보고 있다. 또한 소프트웨어가 다른 제조물에 포함되어 공급되는 경우에는 소프트웨어를 제조물의 일부로 보아 제조물로 보아야 한다고 주장한다.

소프트웨어 제공자가 계약의 주된 목적을 컴퓨터 프로그램 서비스라고 명시하고, 계약의 목적물이 유체물이 아닌 무형의 서비스인 경우에는, 제조물책임법은 적용되지 않는다. 그러나 소비자나 사용자가 특정한 프로그램이 아닌 최종적으로 사용가능한 패키지를 원하는 경우라면 제조물책임법이 적용된다는 견해도 긍정론에 속하게 된다. 즉 유형적인 매체에 컴퓨터 코드가 담겨지고, 계약당시에 특정되어 이전가능하므로 물건으로 보는 것이다. 소비자가 소프트웨어 패키지나 하드웨어와 함께 소프트웨어를 일체로 구입한다면, 물건의 거래로 여겨질 수 있다고 본다.

6. 입법론을 통한 제조물책임 적용

소프트웨어를 공급하는데 있어서, 매장에서 개별적으로 판매하고 있는 상인의 의미는 점차퇴색되고 마이크로소프트사처럼 대규모제작회사에 의해 이루어지는 독점적인 공급이 늘어나고 있는 현 시대에, 개별적 계약관계를 기초로 하는 매도인의 하자담보책임으로 규율하기 보다는, 제조자의 책임을 강조하는 제조물책임법리로 해결하는 것이 더 바람직하다고 주장한다.⁸⁶⁾ 따라서 소프트웨어로 인한 피해가 늘어남에 따라, 제조물책임법 제2조 제1호의 제조물개념을 수정보완함으로써 소프트웨어와 같은 무형의 소비재도 제조, 가공된 이후에 공급된다면 적용범위에 포함되도록 법개정을 하자는 견해이다.⁸⁷⁾

86) 권대우, 전게서, 280면.

87) 권대우, 전게서, 258면.

7. 비판 및 결론

(1) 해석론

a) 협의 긍정론

ㄱ) 적용법리의 혼란

똑같은 소프트웨어인데 인터넷으로 전송되는 경우에는 형체가 없으므로 제조물 책임 적용이 안되고, 유형의 저장장치에 담겨져 인도되는 경우에는 유형성이 인정되어 물건으로 취급되고 따라서 제조물책임법의 적용대상이 된다는 논리는 받아들이기 힘들다. 똑같은 제품인데도 불구하고 전달방법의 차이점 내지 포장방법의 차이 때문에, 적용법리가 전혀 달라진다는 것은 논리적 일관성이 없을 뿐만 아니라 일반인에게도 법예측성이 없기 때문이다.

이런 논리를 전개하게 된 이유는 제조물책임법의 적용범위가 동산에 한정되어 있는 규정 때문이다. 즉 물건이 유형물로 그 범위를 한정하고 있기 때문에, 무체물인 소프트웨어가 그 적용범위에 포함되지 않기 때문이다.

결국 채무불이행으로 문제를 해결하는 것이 바람직하며, 채무불이행중 불완전이행의 법리가 적용될 것이다. 우리나라 하자담보책임규정은 물건의 하자 뿐만 아니라, 권리의 하자도 대상이 되며, 법원 및 통설에 의해 이행이익 및 확대손해까지도 배상가능하므로, 계약법 논리로 충분히 이론구성이 가능하다.

독일의 경우에도, 물건에만 하자담보책임이 적용되었으나, 영미법의 영향을 받아 최근 채권법개정을 통해 하자담보책임규정을 삭제하고, 불완전급부로 통일하여 규정하고 있다. 그렇다면 굳이 물건이나 아니냐가 중요한 것이 아니라, 계약법상 불완전급부이론으로 해결가능할 것이다.

미국의 경우에도 소프트웨어는 물건이 아니라고 보아, 물건의 거래가 적용대상인 UCC(통일상법전)의 적용대상에서 배제하고 있고, 별도로 UCITA(통일컴퓨터정보거래법)를 제정하여 소프트웨어 분쟁의 판단기준으로 삼고 있다. 현재 2개주만이 의회에서 UCITA를 통과시켜 法源으로 삼고 있고, 나머지 주는 채용여부를 검토하고 있다. 또한 Torts Restatement 402A에 의하면, 소프트웨어는 제조물책임법의 적용대

상에서 제외시키고 있다.

ㄴ) 포장용기의 특수성

거래의 주된 목적이 소프트웨어인데, 포장용기의 특성이 유형물이기 때문에 내용물도 포장용기의 특성에 맞게 제조물책임이 적용되어야 한다는 이론은, 피해배상 필요성을 감안한다 해도 논리의 비약이 심하다.

피해배상측면만을 강조하여 부동산을 제조물책임법의 적용대상에 포함시켜야 한다는 주장도 이와 유사하다. 즉 모든 부동산에 적용되는 것이 아니라, 부동산중 대량으로 공급되는 분양주택되는 경우에는, 우리나라의 공급관행이나 거래 실태에 비추어 공급받은 자가 일일이 주택의 하자여부를 입증하기 어렵기 때문에, 제조물책임법의 적용대상에 포함시켜야 한다고 주장하고 있다.⁸⁸⁾ 그러나 결합있는 물건을 사용한 건축자의 전자재 선택상의 과실이 있거나, 건축한 자의 시공상 과실이 있는 경우 불완전이행책임을 물을 수 있고, 또는 결합있는 물건을 공급한 자의 하자담보책임으로 해결이 가능하기 때문에, 제조물책임법의 적용대상에서 제외하였다.⁸⁹⁾

결국 소프트웨어거래는 동산이 아닌 서비스라고 보아야 하며, 서비스의 잘못으로 인해 생명, 신체 또는 재산에 손해가 발생하는 경우에 제조물책임을 물을 수 없을 것이다. 왜냐하면 서비스는 타인의 편의를 위한 유형,무형의 노력으로 제공되므로, 물건과는 달리 그 내용을 명확히 확정짓기가 곤란하고, 계약상 합의된 매수인의 기대치가 그 적용기준이 될 수 밖에 없다. 예컨대 미용사의 잘못으로 염색도중 피부가 상해를 입은 경우에, 미용사나 염색약 제조회사에게 제조물책임을 물을 수는 없는 것이다.

미국의 경우에도 물건의 거래는 UCC가 적용되고, 서비스의 거래는 판례법인 common law가 적용되는데, 물건과 서비스가 결합된 경우에는 중요요소가 무엇이나

88) 강창경, 최병록, 박희주, ‘제조물책임법의 입법방향 - 설문조사와 입법논의-’ 소비자보호원연구보고서(1994. 3), 43면.

89) 이상정, ‘제조물책임법 제정시 포함되어야 할 주요 내용’, 재산법연구 제12권, 제1호, 1995, 24~25면.

에 따라 근거법령을 달리하고 있다. 예컨대 보일러를 구입하고 보일러기사가 설치하였는데, 보일러의 결함으로 손해가 발생한 경우에는 UCC가 적용되고, 보일러기사의 설치(서비스) 잘못된 경우에는 common law가 적용된다. 물건과 서비스의 경우 계약이행여부의 판단기준이 다르고 배상방법의 특성 때문에 이런 구별이 행해지고 있다.

제조물책임법은 기계적, 자동적 작업을 거쳐 생산, 판매되는 특성을 갖는 동산을 통상 그 적용대상으로 하기 때문이다.⁹⁰⁾

b) 광의 긍정론

광의의 긍정론은 우연적인 사정인 포장용기의 유무에 따라 적용법리가 달라지는 것을 극복하기 위해 전개된 주장이다. 즉 온라인상 다운 받은 무형의 소프트웨어도 다운이 종료되는 순간 일정한 저장용기에 저장되어, 유형물과 일체를 이루기 때문에, 이 유형물에 결함이 있다고 보아 제조물책임법의 적용대상인 물건이 된다는 이론이다.

그러나 이 역시 저장용기의 특성이 아니라, 소프트웨어가 계약의 주된 목적이라는 점을 간과하고 있으며, 저장장치 또한 통상 매도인의 것이 아니라 매수인의 것임을 감안할 때, 설득력이 없는 견해이다.

또한 하드웨어와 소프트웨어가 결합된 제품을 판매한 후, 소프트웨어의 결함으로 인해 손해가 발생한 경우에는, 소프트웨어가 거래의 주된 요소인 경우와 종된 요소인 경우를 구별하여 다루어야 할 것이다. 이는 마치 물건과 서비스가 결합된 거래의 경우, 무엇인 주된 요소이고 무엇이 종된 요소인가에 따라, 적용법리를 달리 하는 것과 유사하다.

(2) 입법론

입법론에 대해서는 주장하는 분이 스스로 밝혔듯이, 일반불법행위법을 통한, 또한 계약법상의 하자담보책임을 통한 문제해결이 한계가 있다는 입증이 선행되어야

90) 김범철, '제조물책임법에 관한 연구', 법조 제521호, 2000. 2, 179면.

할 것이다.

입법론을 주장하신 분은, 하자담보책임에 대해 ‘유상계약의 등가성’을 이론적 근거로 제시함으로써, 과거 법정무과실책임론에 기한 것으로 보여진다.⁹¹⁾ 따라서 이행이익 및 확대손해를 인정하는 판례와는 달리, 계약금액 한도 내에서만 배상액을 인정하는 입장을 취하는 경우에는, 계약법상의 하자담보책임이론으로 해결할 수 없다고 볼 지 모른다. 계약법이론으로 해결할 수 없기 때문에 불법행위로 해결해야 하는데, 입증책임의 곤란으로 피해배상이 어렵게 되자, 제조물책임법 적용을 주장하는 것이다. 그렇다면 그 전제가 되는 ‘계약법 이론의 적용불가능’이 잘못되었다면, 그 결과로서의 ‘제조물책임법 적용 필요성’은 논리필연적으로 당연히 되어야 할 것이 아니게 된다. 현재 이미 법원 및 통설이 채무불이행설을 취하고 있는 현재, 하자담보책임으로의 문제해결이 한계가 있다고 보기는 어렵다.

물론 이에 대해 하자담보책임으로 이론구성하라고 해도, 제조물책임으로 별도로 구제방법을 제시한다면, 피해자보호도 두텁게 하는 점에서 좋은 것 아니냐는 반론이 제기될 수 있지만, 이에 대해서는 위에서 언급한 바와 같이 계약자유 영역을 축소시키고 행동의 자유를 제한한다는 점에서, 또한 엄격책임을 인정함으로써 불예측성을 도모한다는 점에서 바람직하지 않다. 따라서 제조물책임의 적용범위를 확대하여 소프트웨어를 포함시키자는 입법론은 타당하지 않은 것으로 보여진다.

(3) 결 론

소비자 및 매수인을 두텁게 보호하자는 취지에는 공감하나, 그것이 현행 법체계에 미치는 영향 및 법논리성도 무시해서는 안될 것이다.

소프트웨어의 하자로 인해 발생한 손해에 제조물책임법리를 적용하자는 주장은, 그 전제에 있어서 다른 계약법리가 제대로 작동되지 못하여 피해배상이 미흡하다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 앞서 보았듯이, 이러한 전제는 불완전이행중 하자담보책임에 관한 법적 성질을 무과실법정책임설에 기해 파악하는 경우에만 가능

91) 권대우, 전제서, 260면.

하다. 즉 매도인인 판매인이 소프트웨어의 하자에 대해 과실이 없음에도 불구하고, 계약금액을 넘어서는 이행이익 및 확대손해까지 부담하게 하는 것은 지나치다는 것을 그 이유로 하고 있다.

그러나 통상적으로 일반인이 아닌 상인으로부터 소프트웨어를 구입하는 경우에는, 통상적으로 그 물건이 거래계에서 통용되는 중등품질의 것을 갖출 것을 매수인이 기대하고 있으며, 이에 관해서는 명시적 합의가 없다고 하더라도 묵시적으로 담보의무를 지게 된다. 따라서 소프트웨어의 하자가 있는 경우에는, 이러한 묵시적 담보의무를 위반한 것이고, 바로 이 점에 판매인의 과실이 추정되는 것이다. 결국 판매인은 매수인의 확대손해까지도 배상할 의무를 지며, 나중에 제조자를 상대로 구상권을 행사할 수 있게 된다. 피구상권자인 소프트웨어 제조자는 제품의 가격에 이를 반영시킬 수 있게 된다.

다음으로 제조물책임법리 적용근거이다. 현행법상 제조물책임법의 적용대상은 유형물이고, 소프트웨어는 해석상 앞서 본바와 같이 유형물의 범주에 넣기 힘들다. 포장용기가 유형물이기 때문에, 담겨있는 소프트웨어도 함께 유형물로 취급가능하다는 논리는 설득력이 부족하다. 또한 입법론도 계약자유 영역을 축소시키고 행동의 자유를 제한한다는 측면에서 바람직하지 못하다. 바람직한 입법론으로는 계약법리를 정비하여 피해배상의 실효성을 거둘 수 있게 하거나, 소프트웨어거래에 관한 특별법을 제정하여 미국과 같이 예외적으로 계약당사자관계를 확대하여 수직적 계약당사자관계(제조자-도매상-소매상-소비자) 및 수평적 계약당사자관계(매수자-가족-이해관계인)의 범위를 적절히 조정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 소비자를 지나치게 보호할 경우에는, 소프트웨어산업 및 개발자를 고사시킬 우려가 있으므로, 소프트웨어개발자와 소비자보호간의 적절한 균형점을 찾도록 노력해야 할 것이다.

소프트웨어의 불완전이행의 경우에, 매수인보호를 위해 소프트웨어 제조자나 판매인의 책임의 한도를 정하는데 있어서, 일정한 기준이 필요하게 된다. 이러한 점에서 볼 때, 미국 UCC상의 균형점의 기초가 되는 원칙들을 참고할 필요가 있을 것이

다. 계약부적합 소프트웨어의 위험 실현에 대해 위험을 가장 잘 부담할 수 있는 자가 부담하도록 하는 ‘최적위험부담자 원칙’과, 소프트웨어의 정보에 대해 우월적 지위에 있는 자가 물건부적합위험을 부담하도록 함으로써 소프트웨어정보공유를 촉진하고 거래비용을 감소시키는 ‘정보불균형의 해소’ 기준은 시사하는 바가 많다.⁹²⁾ 또한 현재 소프트웨어거래의 경우 대부분 약관에 의해 거래내용이 정해져 있으며, 매수인에게 지나치게 불리하게 되어 있는 경우가 많다. 소프트웨어업계의 관행과 현실을 반영하여, 모델이 되는 표준약관 등을 제정하여 시행한다면, 법제정작업 이전에 분쟁의 여지를 감소시키는데 도움이 될 것이다. 표준약관을 제정하는데 있어서는, 미국의 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act)의 내용을 참조하면 좋을 것이다.

손해배상의 범위의 일반 기준을 사용한다면, 굳이 소프트웨어거래에 관한 특별법이나 표준약관 등이 없어도 충분히 문제가 해결가능하다는 반론도 있지만, 문제가 발생한 후 법정에서 해결되기에는 기회비용이 소비자에게 너무 크다. 따라서 예측 가능한 기준을 상세히 설정하고, 이에 따라 거래가 이루어지도록 하는 것이 기회비용을 줄이고 소프트웨어거래를 활성화시키는데 도움이 될 것이다.

92) 주지홍, 전제서, 212면.

제 5 장 공개소프트웨어의 워런티

– 주요 공개소프트웨어 라이선스를 중심으로

1. 서 론

소프트웨어의 워런티⁹³⁾와 관련된 몇몇 사례가 최근 잇달아 발생하고 있다. 이 중 여기에서 주로 다루고자 하는 특허와 관련하여 두가지 사례가 직접 또는 간접적으로 관련된다.

첫번째 사례는 Eolas 특허와 관련된 사례이다. 2003년 8월 13일 시카고 연방법원의 배심원은 마이크로소프트사가 Eolas Technologies Inc.와 캘리포니아 대학의 특허를 침해하였으며 그에 따른 손해로 5억2,100만 달러의 배상금을 지급할 것을 판결하였다.⁹⁴⁾ 이에 대하여 소송의 직접 당사자인 마이크로소프트뿐만 아니라 매크로미디어 등 관련 업체, 그리고 웹 관련 표준기관인 W3C가 대응책 마련에 나서고 있다. 시카고 연방법원은 마이크로소프트가 자신의 웹 브라우저인 ‘인터넷 익스플로러’가 플러그인과 애플릿들을 사용하는 부분에서 특허를 침해한 것으로 판단하였다. 이에 대해 MS는 즉각 항소를 할 예정이며, 나아가 관련 특허를 회피할 수 있는 대안 기술도 고려하고 있는 것으로 알려지고 있다. MS 뿐만 아니라 웹 기술과 관련된 다른

93) “워런티(Warranty)”를 ‘담보책임’ 또는 ‘보증’으로 번역할 수도 있겠으나, 엄밀한 의미에서 차이가 있고 이후의 논의가 주로 미국쪽의 논의를 바탕으로 하고 있기 때문에 그냥 ‘워런티’로 하기로 한다.

94) 문제가 된 기술은 미국 특허 5,838,906이다. 발명자는 마이클 도일을 포함한 3명이며, 1994년 캘리포니아 대학 Regents에 의해 출원되어 1998년 11월 17일 청구항 10개에 대하여 특허가 부여되었다. 관련 전문가에 의하면 문제되고 있는 특허는 자바 애플릿, 브라우저 플러그 인, 액티브X 컴포넌트, 매크로미디어 플래시, 윈도 우 미디어 플레이어 및 이와 관련된 “임베디드 프로그램 오브젝트”에 적용 가능하다고 한다.

업체들도 대응방안을 마련하기 위해 분주하다.⁹⁵⁾ 특히 지난 9월에는 관련업체들이 매크로미디어의 본사에 모여 대응방안을 모색하였다. 또한 웹 관련 표준기관인 W3C는 이번 사건과 관련하여 웹의 핵심적인 마크업 언어인 HTML과 그에 관련된 여러 가지 사항들이 어떤 위협에 노출될 수 있는지를 연구하기 위한 특허자문위원회를 구성하였다. 여기에서는 관련 기술뿐만 아니라 여러 가지 법적 문제점들도 검토할 예정인데, 이와 관련하여 올해 초에 개정된 W3C 특허정책이 어떻게 적용될 지에 대해서도 관심사항이다.⁹⁶⁾

두번째 사례는 특허 공개소프트웨어(Open Source Software)와 관련하여 매우 중요하다 고 여겨지는 SCO v. IBM 소송이다.⁹⁷⁾ 소송과정에서 SCO가 포춘 500대 기업에

95) MS가 특허를 침해한 것으로 판결되었을 때 경쟁업체들의 첫 반응은 비록 겉으로 는 잘 드러내지 않았지만 내심 기뻐했던 것 같다. 2001년을 정점으로 익스플로러 관련 반독점 소송이 Sun과의 JVM에 관한 분쟁을 제외하고 대부분 해결되어 가고 있는 가운데, 작게나마 MS에 대해 일침을 가하는 판결로 받아들였기 때문이다. 하지만 Eolas의 특허가 액티브X 등 범용 기술에 걸쳐 있다는 사실이 알려지자 전 세계 웹 관련 업체들은 도대체 전선을 어떻게 형성해야 하는지에 대해 혼란스러워하고 있다. 매크로미디어 본사에서 열린 대책회의에서도 MS에 대해 어떤 입장을 취할 것인지에 대한 논란이 있었다고 한다.

96) SCO v. IBM 소송과 관련하여 자유/공개소프트웨어의 가장 큰 위협은 오히려 다수의 특허를 확보하고 있는 IBM이라는 브루스 페렌스의 주장은 이 번 사건과 관련해서도 어느 정도 타당하다. 최근 유럽연합이 소프트웨어 특허를 확대하려는 정책을 결정하려 했을 때 대규모 온라인 시위를 통하여 이를 적극적으로 막은 일이 있다.

97) 2003년 3월 유닉스 관련 지적재산권을 보유한 SCO는 IBM이 유닉스 운영체제와 관련된 업무상 기밀을 노출시켜 리눅스 기능을 개선시키는데 사용함으로써 자사와 맺은 계약 조건을 위반했다는 내용으로 10억달러의 손해배상을 청구하였으며, 이후 전세계 1500개 대기업에 리눅스를 계속해서 사용할 경우 법적 조치를 취할 수 있다는 메일을 발송하였다. 그 이후 SCO그룹의 전신인 칼데라에 유닉스 관련 권리를 이전했었던 노벨이 SCO그룹의 주장에 대해 이의를 제기하기도 했었지만 SCO가 수정계약서의 내용을 제시하면서 큰 문제가 되지 않았으며, 오히려 마이크로소프트사가 SCO로부터 유닉스관련 라이선스를 이전 받는 계약을 체결하면서 SCO에 힘을 실어주었다. 2003년 6월 16일에는 IBM의 AIX 판매에 대한 라이

리눅스의 사용으로 인한 법적 위험을 경고하고, 최근 실제로 소송을 제기할 움직임을 보이고 있는 가운데, 오픈소스 소프트웨어를 둘러싼 법적 문제점이 부각되고 있다. 특히 전세계적으로 소프트웨어 관련 특허가 증가함에 따라 향후 소프트웨어를 둘러싼 소송이 급증할 것으로 예상되고, 이 과정에서 특히 오픈소스 소프트웨어는 더욱 취약할 수밖에 없는 실정이다.

이러한 상황을 염두에 두고, 이하에서는 우선 소프트웨어의 워런티와 관련된 일반적인 내용을 미국 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act: UCITA) 제4장을 중심으로 살펴보고, 이후 GPL 등 주요 공개소프트웨어 라이선스가 워런티를 어떻게 다루고 있는지, 그 한계는 무엇인지를 살펴보고자 한다.⁹⁸⁾

센스를 철회하는 등 IBM의 유닉스 비즈니스에 대한 금지 청구(SCO에 따르면 AIX 라이선스 철회는 IBM뿐 아니라 IBM 고객도 더 이상 AIX를 사용할 수 없음을 의미한다고 함)를 함과 아울러 손해배상액을 30억 달러로 확대(상세 내역은 IBM이 자사와의 계약 위반에 대한 10억 달러, 지난 1999년 IBM이 인수한 시퀀트와 맺은 유닉스 계약 위반 혐의에 대한 10억 달러, 불공정 경쟁혐의에 대한 10억 달러이며, 영업비밀 남용과 벌금명목으로 배상액을 추가로 요구)하였다. 이에 대해 2003년 8월 7일 IBM이 SCO를 상대로 유타주 연방법원에 반소를 제기하였다. IBM의 반소에 약간 앞서 레드햇이 SCO를 상대로 자신들의 리눅스 제품 및 고객에 대한 공격은 부당하며, 레드햇이 SCO의 권리를 침해하고 있지 않음을 법원이 선언해 줄 것을 내용으로 델라웨어 연방법원에 소송을 제기했었는데, IBM의 반소와 더불어 상대적으로 수세에 있던 리눅스 진영이 오히려 공격적 자세로 돌아선 것으로 보인다. 하지만 SCO가 리눅스와 관련된 로열티 기준 (단일 서버 프로세서당 699달러, 데스크톱 199달러, 임베디드 단말기 32달러)을 제시하고 포천 500대 기업 중 하나가 이를 받아들이는 등 사태는 쉽게 정리될 것 같지는 않다.

98) 특히 소프트웨어의 특허가 공개소프트웨어진영에 가져올 위험성을 조명하고 이를 극복할 수 있는 대책을 마련하고자 하였으나, 필자의 능력의 한계 및 시일의 촉박함으로 대책부분은 이후의 글에서 논의하고자 한다.

2. 통일컴퓨터정보거래법상 소프트웨어 워런티

(1) 개 요

통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act: UCITA)은 제4장에서 10개의 워런티 관련 조항을 두고 있다. 이를 대략 분류해 보면, i) 제3자에 의한 권리침해(infringement)주장이 없도록 하여 라이선시가 평온한 권리를 향유할 수 있도록 할 책임, ii) 명시적 담보책임이 발생하기 위한 요건, iii) 컴퓨터프로그램의 통상적인 사용목적에 적합할 것(상품적합성)과 라이선시의 이용목적에 맞을 것 등과 관련한 묵시적 담보책임 및 그것의 배제 또는 변경, iv) 기타 워런티의 중첩 및 충돌, 제3의 수익자, 무료소프트웨어의 워런티배제 등에 관한 조항으로 나눌 수 있다. UCITA의 워런티 조항 중 특히 공개소프트웨어와 관련하여 중요한 것으로는 특허권 등 제3자의 권리에 관한 비침해(Noninfringement) 또는 비간섭(Non-interference) 워런티 및 묵시적 워런티와 관련된 사항이다. 따라서 이하에서는 특허이들을 중심으로 UCITA의 워런티 규정을 살펴보기로 한다.

(2) 비침해와 비간섭

UCITA 제401조는 비침해(non-infringement), 비간섭(non-interference), 배타성(exclusivity)에 관한 워런티를 다루고 있다. 이것은 제402조의 명시적 워런티(express warranty) 뿐만 아니라 제403조에서 제405조까지 규정되어 있는 묵시적 워런티(implied warranty)와도 구별된다. 따라서 워런티의 변경 또는 배제와 관련해서도 제406조의 규정이 적용되지 않고 제401조 (d)항에서 자체적으로 규정하고 있다.

비침해(non-infringement) 워런티는 UCC 2편 제312조에서 유래하는 것으로 제401조 (a)에서 규정하고 있다.⁹⁹⁾

99) 이하에서 인용하고 있는 UCITA 번역문은 [http://lovoll.net/Uniform Computer Information Transaction Act](http://lovoll.net/Uniform%20Computer%20Information%20Transaction%20Act)에서 참조한 것임을 밝힌다.

제401조 무권리간섭과 무권리침해에 관한 워런티와 의무

(a) 상인으로서 일정한 종류의 정보를 규칙적으로 거래하는 라이선서는 권리침해나 부정사용을 이유로 하는 제3자의 정당한 권리가 없는 정보가 인도될 것임을 담보하나, 라이선서에게 상세한 명세와 그 명세를 충족하는데 요구되는 방법을 제공한 라이선서는 라이선서가 합리적으로 알 수 있었던 무권리침해적인 대안을 채택하지 아니하였거나 이를 라이선시에게 통지하지 아니하였음으로 인하여 있게 된 권리를 제외하고, 그렇게 요구된 명세나 방법을 따름으로 인하여 있게 된 제3자의 그러한 권리에 의해 라이선서가 손해를 입지 않도록 하여야 한다.

담보책임을 지는 주체는 원칙적으로 상인인 라이선서이며, 딜러(dealer)를 제외한 기타의 자에 의한 단순한 정보의 이전은 포함되지 않는다.¹⁰⁰⁾

단순한 권리의 주장이 존재한다는 이유로 본 조항의 워런티 책임을 지는 것은 아니며, 또한 워런티는 인도시에 존재하는 그대로의 정보에 대한 것이다.

제401조 (a)항의 워런티는 특허라이선스에 대해서는 적용되지 않는다. 일반적으로 특허라이선스는 라이선시가 라이선스받은 기술을 사용할 수 있음을 담보하는 것이 아니라 단지 라이선시가 그의 특허기술을 이용하는 것을 문제삼지 않겠다는 의미에 불과하다.

라이선시가 제공하는 명세서 또는 방법에 따라 라이선서가 컴퓨터프로그램을 디자인 또는 제조하는 경우 라이선서는 담보책임을 부담하지 않는다. 오히려 라이선시가 'hold harmless' 의무를 부담하게 되는데, 다만 라이선서가 다른 대안을 알고 있었거나 알 수 있었음에도 이를 선택하지 않거나 라이선시에게 통지하지 않은 경우에는 그러하지 아니하다.

비간섭(non-interference) 워런티는 UCC 2A편에서 유래한다. 원래 UCC 2편에 존재했었으나 폐지되고 UCC 2A에서 다시 규정된 것이다. 제401조 (b)(1)항에는 다음과 같이 규정되어 있다.

100) official comment 2.a

(b)(1) 라이선서는 라이선스의 존속기간 동안, 아무도 그 정보에 대해 라이선서의 어떤 작위나 부작위로 인하여 라이선시에 의한 그 이익의 향유를 간섭하게 될 정당한 권리(권리침해나 부정사용을 이유로 하는 권리 이외의 권리를 말한다)나 이해관계를 가지지 않음을 담보한다.

이러한 워런티는 라이선스의 본질상 라이선시에게 물품의 매수인보다 많은 보호를 받아야 할 필요가 있음을 반영한다.

한편 제401조 (b)(2)에는 배타성에 관한 규정을 두고 있다.

(b)(2) 라이선서는 라이선시에게 독점적으로 부여된 권리에 대하여는, 라이선스의 범위 내에서:

(A) 라이선서가 알고 있는 한, 그 라이선스된 특허권을 발생시킨 법 하에서 독점성과 유효성이 인정되는 범위 내에서 그 특허권이 독점적이며 또한 유효함을 담보한다; 그리고

(B) 기타의 모든 경우에는, 그 라이선스가 적용되는 법역에서의 그 라이선스된 권리에 적용되는 법 하에서 독점성과 유효성이 인정되는 범위 내에서 그 정보재산권이 그 정보에 대하여 전체적으로 독점적이며 또한 유효함을 담보한다.

비침해, 비간섭, 배타성에 관한 워런티는 당사자의 합의에 의해 변경 또는 배제될 수 있으며, 제401조 (d) 및 (e)에 이와 관련된 규정을 마련하고 있다.

(d) 제(e)항에서 달리 정한 바를 제외하고, 본 조하의 워런티는 특정된 문구에 의해서나 또는 라이선서가 다른 경쟁적인 권리가 존재하지 않음을 담보하지 않는다는 사실이나 라이선서는 단지 그가 가지고 있던 권리만을 허여하고자 한다는 사실을 라이선시로 하여금 합리적으로 알 수 있도록 하는 사정에 의해서만 합의배제 또는 변경될 수 있다. 혹은, 기록에 담긴 문구가 [상대방에 의한 정보의 향유가 간섭받지 않음을 담보하지 아니한다] 또는 이와 유사한 취지의 자구로써 기술되는 것으로 족하다.

(e) 상인간에 있어, 정보나 정보재산권은 권리포기나 이와 유사한 용어에 의하여 권리침해 또는 부정사용에 관한 묵시적 워런티 내지는 라이선서에 의하여 실제로 소지되거나 이전되는 권리에 관한 묵시적 워런티가 없는 것이 된다.

(3) 묵시적 워런티

UCITA는 묵시적 워런티와 관련하여 제403조의 상품적합성(merchantability), 제404조의 정보컨텐츠(informational content), 제405조의 목적적합성(licensee's purpose)에 관한 3개 조문을 두고 있다. 이들 중 상품적합성 및 목적적합성 등은 UCC 2편의 관련 조항을 계승한 것이지만, 정보컨텐츠 및 시스템통합(system integration) 등에 관해서는 새롭게 규정한 것이다.

가. 상품적합성

상품적합성과 관련하여 UCITA 제403조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제403조 묵시적 워런티: 컴퓨터프로그램의 적합성

(a) 워런티가 합의에 의해 배제 또는 변경되지 않는 한, 상인인 라이선서는 컴퓨터 프로그램 등에 대하여 다음 각 호를 담보한다:

(1) 최종사용자에 대하여는 그러한 컴퓨터프로그램이 그 사용되는 통상의 목적에 적합하다;

(2) 배포업자에 대하여는:

(A) 당해 프로그램이 계약에서 정한대로 적절하게 포장되고 표지가 붙어 있다; 그리고

(B) 다수(multiple)의 복제본인 경우, 합의로써 허용한 오차의 범위 내에서 그 복제본들이 각 단위마다 그리고 관련된 모든 단위들 간에 균일한 종류, 품질, 수량 등 품질을 가진다; 그리고

(3) 당해 프로그램이 용기나 표지에 표시된 사실에 관한 약속이나 확인에 부합한다.

(b) 합의에 의해 배제되거나 변경되는 등 달리 규정되지 않는 한, 컴퓨터프로그램에 대한 기타의 묵시적 워런티는 교섭과정이나 거래관행에 기하여 생한다.

(c) 정보컨텐츠에 대하여는 본 조에 의하여는 어떠한 워런티도 없으나, 제404조에 기하여 묵시적 워런티가 생할 수 있다.

이러한 상품적합성에 관한 워런티는 UCC 제2편 314조 및 제2A편 제212조에서 유래한 것이다. 물품거래 이외의 대부분의 거래에서는 이와 같은 워런티가 적용되

지 않고 있기 때문에, 본 조항은 결과적으로 상품적합성 워런티의 적용영역을 확대하는 것이 된다.

UCC 제2편은 물품의 매매에 적용되는 것으로, 인도된 결과물의 품질에 초점을 맞추어 해당 제품이 그러한 유형의 제품에 적용되는 통상적인 기준에 적합할 것이라는 묵시적 담보책임을 부과한다. 이에 반해 라이선스계약이나 서비스계약, 정보계약에 관한 common law는 결과보다는 이행의 과정이나 이행을 위한 노력에 초점을 맞추어 계약이 “workmanlike” 방법으로 이행될 것이라는 기준을 설정한다. 이러한 전통을 반영하여 UCITA는 (i) 컴퓨터프로그램과 (ii) 정보, 정보컨텐츠 또는 서비스를 구별하여 제403조의 상품적합성 워런티와 제404조의 데이터 정확성에 관한 워런티를 규정하고 있는 것이다. 그러나 이러한 규정들은 동일한 거래에 적용될 수 있으며, 제403조는 컴퓨터프로그램에 적용되고, 제404조는 정보컨텐츠와 데이터에 적용된다.¹⁰¹⁾

상품적합성은 완벽한 프로그램을 요구하는 것은 아니며, 약간의 하자가 있더라도 상품적성의 기준을 충족할 수 있다. 대부분의 컴퓨터프로그램은 많은 행의 코드로 이루어져 있으며, 또한 다른 프로그램상의 코드와 상호작용이 가능해야 한다. 따라서 복잡한 프로그램이 예상치 못한 동작을 하거나 오작동을 일으키는 것이 없을 것이라는 워런티는 사실상 불가능하며 상업적으로도 불합리하다. 상품적합성의 문제는 에러가 존재하느냐의 문제가 아니라 프로그램이 해당 업계에서 중등의 품질을 가지느냐의 문제이다. 다시 말하면 프로그램이 통상적으로 가지는 사용목적에 합리적으로 적합하느냐의 문제이다.(Official Comment 3.)

나. 정보컨텐츠의 정확성

UCITA는 정보컨텐츠(informational content)의 정확성에 관한 워런티를 제404조에서 규정하고 있다.

101) Official Comment 2.

제404조 묵시적 워런티: 정보컨텐츠

- (a) 워런티가 달리 합의에 의해 배제 또는 변경되지 않는 한, 라이선스와의 특별한 신뢰관계에서 정보컨텐츠를 수집, 집적, 처리, 제공 또는 전송하는 상인은 그 라이선스에 대해 그 [상인]이 합리적인 주의를 다하여 이행하지 못함으로 인하여 정보컨텐츠의 부정확함이 야기되지는 않음을 담보한다.
- (b) 다음 각 호에 대해서는 제(a)항에 따른 묵시적 워런티가 생기지 아니한다:
- (1) 공표된 정보컨텐츠; 또는
 - (2) 상황에 따라서는 그 정보컨텐츠가 제3자의 것으로 인식될 수 있는 정보컨텐츠의 경우 이를 수집, 집적, 처리, 제공 또는 전송함에 있어 이를 경유시키는 자로서 행위하거나 단지 편집서비스를 제공하는 사람.
- (c) 본 조의 워런티에는 성실이나 합리성 또는 주의의 의무를 합의배제하지 못하도록 하는 제113조 (a)항 (1)호의 금지가 적용되지 아니한다.

이러한 묵시적 워런티는 신뢰관계 하에서 전달되는 데이터에 초점을 맞추고 있으며, 합리적인 주의의 결여로 인한 데이터의 부정확함은 없을 것이라는 보증을 인정하는 것이다. 본 워런티는 합리적인 주의를 기울이지 않음으로써 발생하는 부정확성만을 대상으로 한다. 즉 완전한 결과에 초점을 맞추는 것이 아니라, 합리적인 주의 또는 노력이 본 워런티의 기준이다.

또한 본 조의 워런티가 발생하기 위해서는 라이선서와 라이선스간에 “특별한 신뢰관계(Special relationship of reliance)”가 존재해야 한다. 이것은 한편으로는 정보의 정확성에 대한 고객의 기대를 보호함과 아울러, 다른 한편으로는 정보컨텐츠의 제공자에게 책임을 적절히 제한함으로써 정보제공활동의 원활히 할 수 있게 하기 위한 균형점을 제공하기 위한 것이다.

다. 이용자의 목적

라이선시가 컴퓨터정보를 이용하는 특정한 목적에 대해, 또는 적합한 정보를 선택, 개발 또는 제공하는 라이선서의 기술과 판단을 라이선시가 신뢰하고 있음을 라이선서가 계약체결당시에 합리적으로 알 수 있었을 경우 저야하는 담보책임에 관

하여 제405조 (a) 및 (b)에서 규정하고 있다.

제405조 묵시적 위런티: 라이선시의 목적; 시스템 통합

(a) 위런티가 달리 합의에 의해 배제 또는 변경되지 않는 한, 컴퓨터정보가 필요하였던 라이선시의 특정한 목적, 그리고 적합한 정보를 선택, 개발 또는 제공할 라이선서의 기술과 판단을 라이선시가 신뢰하고 있음을 라이선서가 계약체결당시에 합리적으로 알 수 있었을 경우에는 다음 각 호가 적용된다:

- (1) 제(2)호에서 달리 정한 바를 제외하고, 그 정보가 그 목적에 적합하다는 묵시적 위런티가 있다.
- (2) 모든 상황으로 보아 라이선서가 결과적인 그 정보의 적합성에 관계없이 소요된 시간과 노력에 따라 금액을 지급받기로 한 것이라고 보여지는 경우, 제(1)호의 위런티는 [라이선서]의 합리적인 노력의 부족으로 그 정보가 라이선시의 특정한 목적을 달성하지 못하지는 않을 것이라는 위런티가 된다.

(b) 제(a)항에서 다음 각 호에 대해서는 위런티가 발생하지 아니한다:

- (1) 정보컨텐츠의 심미성, 호소력, 적취성, 주관적 질; 또는
- (2) 공표된 정보컨텐츠. 그러나 상이한 제공자들이 제공하는 공표된 정보컨텐츠 중에서 라이선서가 선정을 하고 또한 그 선정이 라이선스로서 또는 라이선스를 대신해서 행위하는 자연인에 의해 수행되는 경우에는 라이선스의 그 선택에 대하여 위런티가 발생한다.

이상의 규정은 라이선서가 라이선시의 특정한 목적, 그리고 이러한 목적을 달성하기 위한 정보의 선택 및 개발에 대한 라이선서의 전문적 기술력을 라이선시가 신뢰하고 있음을 알고 있었거나 알 수 있었던 경우(has reason to know)에 적용된다.

(a)(1)항은 UCC 제2편의 목적적합성에 관한 규정을 도입한 것이다. “특정한 목적(particular purpose)”은 통상적 목적과는 다르다. 전자는 라이선시의 업무의 성질에 비추어 라이선시에게 특유한 사용목적을 말하며, 후자는 상품적합성과 관련하여 논의되는 컴퓨터정보의 목적을 말한다. 라이선시의 목적은 특정되어야 하며, 라이선서가 이를 알고 묵시적으로 동 목적을 달성할 것을 약속하였어야 한다. 다만 정보컨텐츠의 심미성(aesthetics) 등에 대해서는 묵시적 위런티가 발생하지 않는다. 심미

성의 문제는 각자의 취향 또는 기호 등 주관적인 문제에 불과하기 때문이다.

(a)(2)항은 판례가 서비스계약에서 적용하고 있는 보다 완화된 담보책임에 관한 내용을 서비스의 제공과 유사한 컴퓨터정보거래에 도입하기 위한 것이다. 명시적인 약정이 없는 한, 아무리 숙련된 라이선서일지라도 상대방에게 적합한 결과가 나올 것임을 보장하지 않는다. 결과보다는 오히려 라이선서의 서비스와 노력에 초점을 맞추고 있다. 동 기준은 여러 상황으로 보아 라이선서가 결과의 적합성을 불문하고 소요된 시간 또는 노력에 대해 대금을 받는지 여부를 중시한다.

한편 제405조 제(c)항은 시스템통합계약과 관련된 새로운 묵시적 워런티에 대해 규정하고 있다. 이것은 시스템통합업자가 선택한 프로그램, 하드웨어 등 여러 구성물이 하나의 시스템으로서 기능할 것이라는 것을 담보한다. 하지만 이러한 워런티가 동 시스템이 라이선서의 목적을 충족할 것을 의미하지는 않는다. 또한 동 시스템이 최적의 시스템이라는 의미도 아니며, 제3자의 권리를 침해하지 않는다는 의미도 아니며, 단지 기능면에서 하나의 시스템으로 동작할 것임을 담보할 뿐이다.

(c) 합의에 따라 라이선서가 컴퓨터프로그램 및 물품으로 구성된 시스템을 제공 또는 선정하도록 되어있고, 또한 라이선서가 그 시스템의 구성단위를 선정할 그 라이선서의 기술과 판단을 신뢰하고 있음을 그 라이선서가 합리적으로 알 수 있었을 경우에는, 제공 또는 선정된 그 구성단위가 하나의 시스템으로서 함께 기능할 것이라는 묵시적 워런티가 있다.

(d) 본 조의 워런티에는 성실이나 합리성 또는 주의의 의무를 합의배제하지 못하도록 하는 제113조 (a)항 (1)호의 금지가 적용되지 아니한다.

(4) 무료 소프트웨어의 워런티

UCITA는 그동안 문제시되었던 몇몇 조항에 대하여 2002년 개정이 이루어졌다. 이 중 전세계 자유/공개소프트웨어 옹호자들의 입장이 반영된 것이 제410조이다.

제410조는 (a)항에서 “무료 소프트웨어(free software)”를 정의하고 있는데, 이에 따르면 라이선서가 프로그램 복제본의 배포로부터 이익을 취하고자 하는 의도가 없

으며, 일반적으로 프로그램의 사용, 제작, 수정, 재배포를 통제함으로써 얻게되는 상업적 이익(commercial gain)을 목적으로 하지 않는 프로그램을 의미한다. (b)항에서는 (a)항에서 정의된 “무료 소프트웨어”에는 제401조와 제403조의 규정에 의한 워런티가 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 무료소프트웨어에 포함되는 컴퓨터프로그램은 비침해 및 비간섭, 상품적합성에 관한 워런티 규정이 없더라도 책임을 지지 않게 된다.

한가지 주의할 것은, “무료 소프트웨어(free software)”와 “자유 소프트웨어(free software)”의 구별이다. 영어의 “free”가 가지는 이중적 의미 때문에 발생하는 문제인데, 무료소프트웨어는 비상업적으로 배포되는 소프트웨어로서 소스코드의 배포여부는 문제되지 않는 반면, 자유소프트웨어는 공개소프트웨어와 비슷한 개념으로 소스코드가 공개될 뿐 아니라 프로그램의 자유로운 사용, 복제, 배포, 수정을 허락하는 소프트웨어이다. 따라서 상용소프트웨어(commercial)도 자유소프트웨어의 범주에 포함될 수 있으며, 이 경우에는 제410조의 적용을 받기는 어렵다.

(5) 기타 워런티 조항

가. 제402조 명시적 워런티

UCITA는 UCC 제2편을 따라 명시적 워런티에 관한 규정을 제402조에서 다음과 같이 규정하고 있으며, 이중 공표된 정보컨텐츠(published informational content)에 관한 규정은 common law를 따른 것이다. 명시적 워런티는 당사자간의 협상(bargain)에 기초하고 있다는 점에서 통상 협상을 둘러싼 주변의 사실적 정황(factual situation) 또는 조건(set of conditions)에서 추론되는 묵시적(implied) 워런티와는 구별된다.

- (a) 제(c)항의 제한 하에서, 라이선서의 명시적 워런티는 다음 각 호에 따라 발생한다.
- (1) 정보에 관한 것이자 또한 협상의 기초의 일부가 된 것으로서, 광고를 포함하여, 라이선서가 라이선시에게 행한 사실의 확인이나 약속은 합의에 따라 제공되는 그 정보가 그 확인이나 약속에 일치할 것이라는 명시적 워런티를 발생시킨다.
 - (2) 협상의 기초의 일부가 된 정보에 대한 묘사 또는 기술은 그 정보가 그 묘사 또는 기술과 일치할 것이라는 명시적 워런티를 발생시킨다.

(3) 협상의 기초의 일부가 된 최종 제품의 견본이나 모형 또는 사례(demonstration)는 그 정보의 실행이 그 견본이나, 모형 또는 사례의 실행과 합리적으로 일치할 것이라는 명시적 워런티를 발생시키나, 이 경우 라이선시의 입장에 있는 합리적인 사람이라면 알 수 있는 이러한 견본이나 모형 또는 사례와 사용될 바 그대로의 그 정보와의 차이가 고려되어야 한다.

(b) 명시적 워런티가 발생함에 라이선서가 '워런티'나 '개런티(guaranty)' 등의 정식의 자구를 사용하거나 워런티를 발생시킬 특정한 의욕을 기술할 필요는 없다. 다음 각 호에 의하여는 명시적 워런티가 생기지 아니한다:

- (1) 정보나 정보재산권의 가치를 단순히 확인하거나 예측함;
- (2) 정보컨텐츠의 심미성이나 호소력, 적취성, 주관적 질 등이 차지하는 비중을 표시 또는 기술함; 또는
- (3) 단순한 의견을 제시하고자 혹은 정보나 정보재산권을 추천하는 취지로 언행을 행함.

(c) 이 법의 적용을 받는 공표된 정보컨텐츠와 관련하여서는 공표된 그 정보컨텐츠가 이 법의 적용을 받지 아니하는 형태로 공표되었더라면 생하였을 바와 동일한 정도의 명시적 워런티 혹은 이와 유사한 명시적인 계약상의 의무가 생한다. 그러나 이러한 워런티나 의무의 위반이 있는 경우, 피해당사자의 구제수단은 이 법과 합의에 따라 결정된다.

나. 합의에 의한 워런티의 배제 또는 변경

일반적으로 당사자의 합의에 의해 명시적 혹은 묵시적 워런티를 변경하는 것이 가능한데, UCITA는 제406조에서 명시적 혹은 묵시적 워런티의 배제 또는 변경에 관한 규정을 두고 있다. 다만 제401조의 워런티에 대해서는 제401조에서 자체적으로 규정하고 있기 때문에 제406조가 적용되지 않는다. 또한 상품거래와 관련된 소비자 보호조항이 워런티의 배제 또는 변경을 금지하고 있는 경우, 소비자 보호조항이 우선 적용되기 때문에 이러한 경우에는 제406조가 적용되지 않는다. 이러한 조항은 UCC 제2편 및 제2A편에 대응된다.

제406조 워런티의 합의배제 또는 변경

(a) 명시적 워런티의 발생과 관련된 자구 또는 사실행위와 명시적 워런티의 합의배제나 변경을 위한 자구 또는 사실행위는 그렇게 해석함이 합리적인 한 서로 상치되지 아니하는 것으로 해석되어야 한다. 구두증거 또는 외부증거에 관한 제301조에 위배되지 않는 한, 이러한 합의배제 또는 변경은 이러한 해석이 불합리하게 되는 범위 내에서 효력이 없다.

(b) 제(c)항, 제(d)항 및 제(e)항에서 달리 규정되지 않는 한, 제401조의 워런티가 아닌 묵시적 워런티의 전부 또는 일부를 합의배제 또는 변경하기 위해서는 다음 각 호의 적용을 받는다:

(1) 본 조에서 달리 규정하는 경우를 제외하고:

(A) 제403조에 기하는 묵시적 워런티를 합의배제 또는 변경하기 위해서는, 그 언문으로 적상성 내지는 품질을 언급하거나 혹은 이와 유사한 취지의 자구를 사용하여야 하고, 또한 그 언문은, 이것이 기록에 담기는 경우에는, 현저하여야 한다.

(B) 제404조에 기하는 묵시적 워런티를 합의배제 또는 변경하기 위해서는, 기록상의 언문으로 정확성을 언급하거나 혹은 이와 유사한 취지의 자구를 사용하여야 한다.

(2) 제404조에 기하는 묵시적 워런티를 합의배제 또는 변경하는 언문은 기록상에 기재되고 또한 현저하여야 한다. 이 경우 [이 정보와 당사의 노력 또는 시스템이 귀하(사)의 특정한 목적이나 필요를 충족시킨다는 보장은 없습니다] 또는 이와 유사한 취지를 기술하는것으로 충분하다.

(3) 기록상의 언문이, 제401조의 워런티를 제외한, 각각의 묵시적 워런티를 개별적으로 합의배제하고 있고 또한 현저하며 또한 [계약에서 정하는 명시적 워런티 외에, 이 ‘정보’ 혹은 ‘컴퓨터프로그램’을 제공함에 있어 품질, 성능, 정확도 및 노력 면에서의 불만족 위험과 모든 잘못은 전적으로 사용자에게 있습니다] 또는 이와 유사한 취지를 기술하고 있는 경우에는, 그 언문으로 모든 묵시적 워런티를 합의배제하기에 충분하다.

(4) [UCC 제2편이나 제2A편] 하에서 묵시적 적상성 워런티를 합의배제 또는 변경하기에 충분한 합의배제 또는 변경은 이 법 제403조와 제404조 상의 워런티를 합의배제 또는 변경하기에 충분하다. [UCC 제2편이나 제2A편] 하에서 묵시적 특

정목적적합성 워런티를 합의배제 또는 변경하기에 충분한 합의배제 또는 변경은 이 법 제405조 상의 워런티를 합의배제 또는 변경하기에 충분하다.

(c) 달리 볼 사정이 없는 경우, 제401조의 워런티를 제외한 모든 묵시적 워런티는 [있는 그대로] 혹은 [모든 하자를 가진 채로] 등과 같은 표현이나 기타, 통상적으로 이해되는 바에 의할 때, 라이선시의 주의를 끌어 워런티를 합의배제시키는 언문 또는 묵시적 워런티가 없음을 분명하게 하는 언문에 의해 합의배제된다.

(d) 계약을 체결하기에 앞서 라이선시가 정보나 그 견본 또는 모형 등을 원하는 만큼 충분히 검사하였거나 그 정보의 검사를 거절하였던 경우, 그러한 검사를 통하여 그 상황 하에서 라이선시가 발견할 수 있었던 하자에 대해서는 묵시적 워런티가 없다.

(e) 묵시적 워런티는 또한 이행과정이나 교섭과정 또는 거래관행에 의하여 합의배제 또는 변경될 수 있다.

(f) 계약에 의해 라이선서가 계속적 이행이나 일련의 이행을 하여야 하는 경우, 본 조와 상치하지 아니하는 합의배제 또는 변경의 언문은 그 계약하의 모든 이행에 대해 유효하다.

(g) 워런티의 위반에 대한 구제수단은 계약을 통한 변경에 의하여 그리고 손해배상액의 약정 또는 제한에 관하여서는 이 법에 의하여 제한될 수 있다.

다. 컴퓨터프로그램의 변경

UCITA는 라이선시가 프로그램을 변경하였을 경우의 효과에 관해 제407조에서 규정하고 있다. 이 조항에 의해 라이선서는 변경된 부분의 성능에 관한 워런티(performance warranties)에 대해서는 책임을 질 필요가 없다. 이것은 조그만 변경으로 인해 예기치 않은 결과를 초래할 수 있다는 컴퓨터프로그램의 복잡성 때문에 도입된 것이다. 그러나 변경되지 않은 부분에 대한 워런티는 그대로 남아 있다.

제407조 컴퓨터프로그램의 변경

컴퓨터프로그램의 성능으로서 그 통상의 목적이 당해 프로그램의 변경을 위한 목적으로 의도된 성능을 이용하지 아니하고서 라이선시가 컴퓨터프로그램을 변경하였더라도 이로 인하여 변경되지 않은 복제본의 이행과 관련은 워런티는, 이것이

명시적 혹은 묵시적 워런티인지를 묻지 아니하고, 여전히 유효하다. 변경은 라이선시가 컴퓨터프로그램에 담긴 코드를 변경 또는 삭제하거나 혹은 거기에 코드를 추가하는 경우에 일어난다.

라. 워런티의 중첩과 충돌

컴퓨터정보의 거래와 관련하여 이제까지 논의된 다양한 워런티들은 원칙적으로 독립하여 존재한다. 그 결과 하나의 사안에 대해 몇 개의 워런티가 동시에 문제될 여지가 있다. 이에 대해 UCITA는 제408조의 규정을 두어 이를 조정하고 있다.

제408조 워런티의 중첩과 충돌

명시적 혹은 묵시적 워런티인지를 묻지 아니하고, 워런티는 서로 상치하지 아니하며 또한 중첩하는 것으로 해석되어야 하며, 이러한 해석이 불합리한 경우에는, 당사자들이 의욕하는 바에 따른다. 당사자가 의도하는 바를 판단함에는 다음의 각 호를 적용한다:

- (1) 정확하고 또한 기술적인 명세는 이와 상치하는 견본이나 모형 또는 일반적인 묘사 또는 기술에 우선한다.
- (2) 견본은 이와 상치하는 일반적인 묘사 또는 기술에 우선한다.
- (3) 명시적 워런티는 이와 상치하는 제405조 (a)항 이외의 묵시적 워런티에 우선한다.

마. 워런티의 수익자

컴퓨터정보거래에서 발생하는 워런티는 대부분 라이선서가 라이선시에게 부담하는 것이 원칙이다. 그러나 특별한 경우 워런티의 수혜자가 제3자에게까지 확대되는 경우가 있을 수 있다. 이에 대해 UCITA 제409조가 규율하고 있다.

제409조 워런티의 제3의 수익자

- (a) 공표된 정보컨텐츠를 제외하고, 라이선시에 대한 워런티는 라이선서가 제3자의 이익을 위하여 정보나 정보재산권을 공급하고자 의도하고 또한 그 정보가 사용되리라 [라이선서]에 의해 의도된 거래나 응용사용과 같은 종류의 거래나 응용사용

- 시에 그 제3자가 그 정보를 정당하게 하는 경우에는 그 제3자에게로 확대된다.
- (b) 라이선시의 직계가족이나 가정구성원으로서의 개인에 의해서도 사용될 것임을 [라이선스]가 합리적으로 예상할 수 있었을 경우에는 소비자에 대한 워런티가 그 개개의 직계가족이나 가정구성원에게로 확대된다.
- (c) 워런티가 확대되는 인적 범위를 배제 또는 제한하는 계약상의 계약조건은 이로 인하여 (b)항에서 규정된 개개인이 배제되지 않는 한 유효하다.
- (d) 라이선스에게 불리하게 작용하는 유효한 워런티나 구제수단의 합의배제 또는 변경은 본 조에 의하여 워런티가 확대되어 간 그 제3자에 대해서도 또한 유효하다.

3. 공개소프트웨어의 워런티

(1) 공개소프트웨어의 역사 및 조건

MS, 오라클 등 일반적인 상용 소프트웨어 업체의 라이선스¹⁰²⁾는 고객이 소프트웨어 권리자에게 대금을 지급하고 소프트웨어의 ‘사용’ 권한만을 허락하는 것이 일반적이다. 따라서 허락을 얻지 않고 소프트웨어를 복제, 배포, 수정하는 행위는 라이선스를 위반함과 동시에 불법에 해당한다. 그러나 오픈 소스 소프트웨어 라이선스는 이러한 상용 소프트웨어와는 사뭇 다르다. 이를 이해하기 위해서는 오픈 소스 소프트웨어 운동에 대한 이해가 전제되어야 한다.

오픈 소스 소프트웨어 운동의 기원은 1980년대 초반 소프트웨어의 상용화 및 그에 따른 여러 가지 제한에 반대하여 리처드 스톨만(Richard Stallman)이 자유소프트

102) 일반적으로 ‘라이선스(license, 사용허가권)’란 ‘면허’ 또는 ‘허락’을 의미한다. 어떤 프로그래머가 특정 소프트웨어(Software)를 개발하게 되면 저작권 등 지적재산권이 프로그래머 또는 그가 속한 회사에 부여되는데, 이러한 지적재산권에 의해 소프트웨어에 대한 상용이고 배타적인 권리를 가지게 된다. 그 결과 원칙적으로 권리자만이 소프트웨어를 사용, 복제, 배포, 수정할 수 있는데, 이들 권리자가 다른 사람에게 일정한 내용을 조건으로 하여 특정행위를 할 수 있는 권한을 부여하는 행위가 ‘라이선스’이다. 이러한 의미에서 라이선스는 물건을 판매하는 매매와는 차이가 있으며, 소프트웨어에 대한 지적재산권은 여전히 원래의 권리자에게 남아있고 일부 사용에 대한 권리만을 부여하는 것이다.

웨어 재단(Free Software Foundation)을 만들고 자유 소프트웨어 운동을 시작하면서 부터이다. 그 이후 1990년대 들어서면서 인터넷과 더불어 리눅스가 성공하기 시작 하였으며, 이를 토대로 상용 소프트웨어 업체들의 참여를 이끌기 위해 1998년 Open Source Initiative(OSI)가 만들어졌다. 때를 같이 하여 MS의 익스플로러에 밀려 어려움을 겪고 있던 넷스케이프사가 웹브라우저의 소스 코드를 공개하는 결정을 내리게 되었으며, Sun, IBM 등이 오픈 소스 소프트웨어에 대한 지원을 시작하였다. 최근 들어서는 아시아와 유럽을 중심으로 각국 정부에서 미국 중심의 소프트웨어 산업을 극복하고 자국의 소프트웨어 기술 수준 향상 및 산업을 성장시키기 위해 오픈 소스 소프트웨어에 대한 지원정책을 내놓고 있다.

현재 OSI는 오픈 소스 소프트웨어로 인정 받을 수 있는 10가지 ‘라이선스’ 조건을 정의하고, 각각의 소프트웨어에 대한 라이선스를 분석하여 오픈 소스 라이선스에 해당하는지 여부에 대한 판단을 하고 있다.¹⁰³⁾

주요 내용을 살펴보면, 소프트웨어에 대한 배포 및 수정의 자유를 인정해야 하며 소스 코드를 제공할 수 있어야 할 것, 그리고 어떤 사람이나 그룹 또는 이용분야에 대한 차별이 없어야 한다는 조건 등을 두고 있다.

오픈 소스 라이선스는 소프트웨어의 사용, 복제, 배포, 수정의 자유를 부여함과 아울러 다른 한편으로는 소프트웨어의 사용자에게 일정한 의무를 부과하고 있다. 만약 사용자가 이러한 의무를 이행하지 않으면 FSF 등의 권리자로부터 저작권 위반 (또는 계약 위반)으로 소송을 제기 당할 수 있다. 그 결과 권리를 침해한 것으로 결론이 내려지면 소프트웨어의 배포가 더 이상 불가능할 뿐만 아니라 이미 배포한 소프트웨어에 대한 손해배상 등 막대한 책임을 부담하게 된다. 특히 임베디드 소프

103) The Open Source Definition at <http://opensource.org/licenses/>: Free Redistribution; Source Code; Derived Works; Integrity of The author's Source Code; No Discrimination Against Persons or Groups; No Discrimination Against Fields of Endeavor; Distribution of License; License Must Not Be Specific to a Product; The License Must Not Restrict Other Software; License Must Be Technology-Neutral

트웨어의 경우 이를 내장한 제품까지 판매하지 못하거나 Recall 해야 하는 경우도 발생할 수 있으므로 라이선스의 의무사항을 명확히 이해하여 이와 같은 상황을 사전에 예방하는 것이 필수적이다. 그러나 이러한 위험 때문에 오픈 소스 소프트웨어를 전혀 사용하지 않겠다는 결론을 내리는 것은 현명하지 못한 생각이다. 앞에서 지적한 바와 같이 상용 소프트웨어 라이선스에서 규정하고 있는 의무사항에 비하면 오픈 소스 소프트웨어 라이선스가 요구하고 있는 내용이 결코 어려운 것이 아니므로, 오히려 이를 잘 이해하고 이를 준수함으로써 오픈 소스 소프트웨어의 장점을 적극 활용할 필요가 있다.

(2) 공개소프트웨어 라이선스의 위런티 관련 조항

가. 주요 공개소프트웨어 라이선스

2003년 9월 현재 Sourceforge.net에서 진행되는 프로젝트들을 라이선스 별로 분류한 통계를 살펴보면 대부분의 프로젝트가 GPL,¹⁰⁴⁾ LGPL¹⁰⁵⁾ 및 BSD 라이선스¹⁰⁶⁾에 의

104) 1980년대에 들어 PC가 널리 보급되기 시작하면서 이전에는 하드웨어의 부속물로만 간주되던 소프트웨어가 부가가치산업으로 발전하기 시작하였다. 이와 함께 지적재산권 및 라이선스를 통하여 소프트웨어의 사용, 복제, 배포, 수정에 일정한 제한을 가하려는 움직임이 나타나게 된다. 소프트웨어를 둘러싼 이러한 일련의 흐름에 반대하고 소프트웨어의 자유로운 사용, 공유, 수정에 대한 기존의 권리를 유지하기 위하여 리처드 스톨만(Richard Stallman)은 자유 소프트웨어 재단(Free Software Foundation)을 설립하고 자유 소프트웨어 운동을 전개하게 된다. FSF는 자신의 소프트웨어에 대한 저작권을 확보한 뒤, 이러한 권리를 전제로 소프트웨어의 자유로운 공유 및 수정을 보장하고자 하였는데, 그 결과 만들어진 것이 GNU General Public License(GPL) 이다. 이후 FSF는 대부분의 소프트웨어를 GPL에 의해 배포하였으며, 다른 개발자들도 본인들의 의사에 기하여 자신의 소프트웨어를 GPL 조건으로 배포하기 시작하여, 현재 GPL조건의 소프트웨어가 오픈 소스 소프트웨어의 가장 많은 부분을 차지하고 있다.

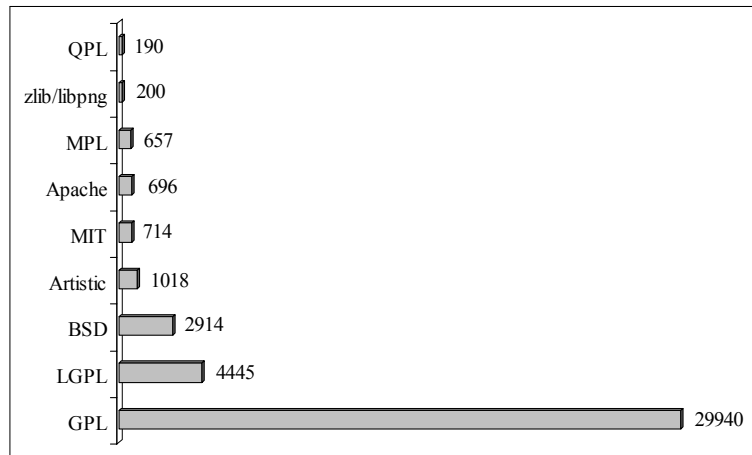
105) FSF가 일부 Library에 GPL보다 다소 완화된 형태인 GNU Lesser General Public License (LGPL)를 만들어 사용하고 있는 이유는 오픈 소스 소프트웨어의 사용을 장려하기 위한 전략적인 차원에서이다. 만일 상용 Library와 동일한 기능을 제공하는 Library에 GNU와 같은 엄격한 라이선스를 적용하게 되면, 개발자들이 Li-

해 진행되고 있다는 것을 알 수 있다. 이는 GPL, LGPL, BSD 라이선스가 개발자들 사이에서 널리 받아들여지고 있다는 것을 알 수 있다. 이 밖에 상용 소프트웨어를 개발하던 업체가 오픈 소스 모델을 수용하는 과정에서 참고가 될 수 있는 Mozilla Public License(MPL)¹⁰⁷⁾가 중요하다.

brary의 사용을 꺼려할 것이다. 오히려 이미 널리 사용되고 있는 상용 Library와 동일한 기능을 제공하는 Library는 LGPL로 배포하여 그 사용을 장려하고 사실상의 표준으로 유도하는 한편, 관련된 다른 오픈 소스 소프트웨어를 보다 더 많이 사용할 수 있도록 하겠다는 것이 FSF의 전략이다. LGPL Version 2.1은 GNU 'Library' General Public License version 2.0의 후속 버전이다. 일부 한정된 Library에 대해서만 LGPL을 사용하려는 것이 FSF의 의도였으나 'Library'란 단어가 라이선스 이름에 포함되어 개발자들이 모든 Library를 위한 라이선스로 오인하는 경향이 있었다. 결국 이러한 오인을 방지하기 위하여 'Library'를 'Lesser'로 수정하였을 뿐 기본적인 내용은 동일하기 때문에 Version 2.1으로 표기한 것이다.

- 106) BSD 라이선스는 GPL/LGPL보다 덜 제한적이기 때문에 허용범위가 넓다. 이는 BSD가 미 정부에서 제공한 재원으로 운영되었기 때문이다. GPL과의 차이점 중 가장 중요한 사항은, BSD 라이선스를 따르는 프로그램의 소스 코드를 구해 수정한 후 Source를 공개하지 않고 BSD가 아닌 다른 라이선스를 적용하여 판매할 수 있다는 점이다.
- 107) 1998년 웹브라우저 시장을 장악하고 있던 넷스케이프사가 MS의 익스플로러에 밀려 시장점유율이 크게 떨어지자 이를 극복하기 위한 방안으로 웹브라우저의 소스 코드를 공개하기로 결정하였다. 이 때 배포될 Code의 라이선스를 어떤 것으로 선택할 것인가에 대한 논의가 활발히 진행되었으며, 처음에는 GPL도 하나의 대안으로 고려하였었다. 그러나 개발초기부터 오픈 소스 모델로 진행되는 다른 프로젝트와는 달리 기존의 상용 소프트웨어를 오픈 소스 소프트웨어로 전환하는 데에는 여러 가지 많은 복잡한 문제가 있었다. 결국 다양한 의견을 수렴한 후 Netscape Public License 및 Mozilla Public License를 만들게 되었다. 이러한 라이선스를 통해 Netscape사는 오픈 소스 소프트웨어 개발 공동체가 제공하는 이점을 받아들이는 한편, 다른 한편으로는 Netscape 나름대로의 비즈니스 전략 (예컨대 서버 제품에 수정된 Code를 적절히 이용한다는 전략)을 만들어 가고자 하였다. NPL은 Netscape에 약간의 추가적인 권리를 부여할 뿐 기본적인 내용은 MPL과 동일하다.

라이선스 별 프로젝트 진행 현황



나. GPL, LGPL의 워런티 관련 조항

GPL 제11조 및 제12조, LGPL 제15조 및 제16조는 워런티와 관련하여 규정하고 있으며, GPL과 LGPL은 내용이 동일하다.

GPL 제11조 및 LGPL 제15조에서는 해당 프로그램이 무료로 배포되기 때문에 관련 법률이 허용하는 한도에서 워런티가 없음을 규정하고 있다. 즉 저작권자 및(또는) 기타 관련 당사자는 명시적(expressed) 워런티 뿐만 아니라, 상품적합성(merchantability), 특정목적적합성(fitness for a particular purpose)을 포함한 묵시적(implied) 워런티도 제공하지 않고 “있는 그대로(AS IS)” 프로그램을 제공한다. 따라서 프로그램의 품질(Quality), 성능(Performance)에 관한 위험은 사용자에게 있으며, 프로그램의 하자에 대한 서비스, 수리 또는 복구에 관한 모든 비용을 사용자가 부담하게 된다.¹⁰⁸⁾

또한 법률 또는 당사자의 합의에 의해 요구되는 경우가 아닌 한, 저작권자 또는 프로그램을 수정하였거나 배포한 제3자는 비록 손해발생의 가능성에 대한 자문

108) GPL 제11조, LGPL 제15조

(advice)을 받았음에도 불구하고, 프로그램의 사용 또는 불능에 의한 데이터의 손실, 부정확으로 인해 발생하는 (일반, 특별, 우연, 결과) 손해에 대한 책임이 없다.¹⁰⁹⁾

다. BSD 라이선스의 워런티 관련 조항

BSD 라이선스의 후반부에도 GPL 및 LGPL과 비슷한 워런티 관련 조항이 있다. 이에 의하면 명시적 워런티 뿐만 아니라 상품적합성(merchantability), 특정목적적합성(fitness for a particular purpose)을 포함한 묵시적 워런티도 제공되지 않고 “있는 그대로(AS IS)” 프로그램을 제공한다. 또한 어떠한 경우에도 캘리포니아대학 이사회(Regents) 또는 기여자(contributors)는 (대체상품 또는 서비스의 구입; 사용(use), 데이터, 이익(profits)의 손실; 또는 영업방해(business interruption로 발생하는) 직접, 간접, 우연, 특별 또는 결과의 손해를 책임지지 않는다.

라. MPL의 워런티 관련 조항

MPL 제7조 및 제9조도 GPL의 규정과 비슷한 워런티 관련조항을 두고 있다. 이에 따르면, MPL의 적용을 받는 프로그램은¹¹⁰⁾ 어떠한 종류의 워런티, 예컨대 명시적 워런티 또는 무결점(Free of Defects), 상품적합성(merchantable), 특정목적적합성(fit for a particular purpose), 비침해(non-infringing)를 포함한 묵시적 워런티를 제공하지 않고 “있는 그대로(AS IS)” 제공된다. 프로그램의 품질 및 성능과 관련된 위험은 사용자에게 있으며, 어떤 결점이 발견될 경우 이에 필요한 서비스, 수리, 수정의 비용도 개발자가 아닌 사용자가 부담한다.¹¹¹⁾ 이밖에 책임의 제한과 관련된 내용도 두고 있다.¹¹²⁾

(3) 소프트웨어 특허와 공개소프트웨어

가. 서론

리눅스를 중심으로 한 공개소프트웨어에 있어서 특허권과의 관계가 중요한 것은 특허권에 대한 침해가 저작권에 대한 침해보다 훨씬 위험하기 때문이다. 다른 사람

109) GPL 제12조, LGPL 제16조

110) MPL은 이를 “Covered Code”라 한다. (MPL 1.3)

111) MPL 제7조

112) MPL 제9조

의 것을 모방하지 않고 독창적으로 프로그램을 작성하는 수고만 들이면 저작권 침해 문제는 얼마든지 피해갈 수 있으나, 특정 알고리즘에 특허가 있는 경우 그 알고리즘을 피해가지 않는 한 아무리 프로그램을 독창적으로 만들더라도 특허권 침해에 해당하게 된다. 더욱 심각한 것은 어떤 알고리즘에 어떤 특허가 존재하는지 여부조차 쉽게 알 수 없다는 것이다.

나. GPL, LGPL의 특허관련 조항

FSF를 비롯하여 공개소프트웨어 개발자들은 일반적으로 소프트웨어 특허를 반대하고 있다. GPL은 ‘현재 소프트웨어 특허로 인하여 자유 소프트웨어가 끊임없이 위협을 받고 있는 상황이며, 만약 자유 소프트웨어의 재배포자들이 개별적으로 특허를 취득하는 경우 해당 프로그램이 독점 소프트웨어가 될 가능성이 있으므로, FSF는 이러한 문제에 대처하기 위해서 어떠한 특허에 대해서도 그 사용 권리를 모든 사람들에게 자유롭게 허용하는 경우에 한해서만 자유 소프트웨어와 함께 사용할 수 있다’고 명확히 밝히고 있다.¹¹³⁾ 하지만 현재 미국, 유럽 등 여러 국가에서 많은 소프트웨어 특허가 부여되고 있기 때문에 이에 대한 대비책을 세울 필요가 있으며, GPL 등 공개소프트웨어 라이선스의 해석 및 적용에서도 이를 고려해야 한다.

소프트웨어 라이선스에서 특허가 문제되는 경우를 라이선서의 특허인 경우와 제3자의 특허인 경우로 나누어 검토해 볼 수 있다. 라이선서의 특허인 경우 법원의 판결이나 특허권 침해에 대한 주장 또는 그 밖의 사유에 의해 GPL의 조건과 배치되는 상황이 발생할 경우, 법원의 명령이나 합의 등에 의해서 부과되는 조건과 GPL 조건을 동시에 만족시키는 것이 불가능한 경우 프로그램을 배포할 수 없다.¹¹⁴⁾ 제3자 특허인 경우, 즉 특허 소유자와 이를 프로그램으로 구현한 주체가 다른 경우 특허 소유자가 Royalty-Free 조건의 특허 라이선스를 허용하지 않는다면 구현자는 이 프로그램을 GPL 조건으로 배포할 수 없으며, 만약 특허의 존재를 알지 못하고 특허 기술을 구현한 프로그램을 배포한 경우 특허침해에 해당할 수 있다.¹¹⁵⁾

113) GPL 및 LGPL의 서문(Preamble)

114) GPL 제7조, LGPL 제11조.

다. MPL의 특허관련 조항

MPL은 특허권과 관련하여 GPL, LGPL에 비해 보다 상세한 규정을 두고 있다. 우선 소프트웨어에 대해 저작권을 가지고 있는 주체가 특허권을 함께 가지고 있는 경우와 관련하여 GPL에서는 직접적인 규정을 두고 있지 않았지만, MPL에서는 이에 대해 직접적인 규정을 가지고 있다. 그 내용을 살펴 보면 MPL에 의해 프로그램을 배포하기 위해서는 특허 라이선스도 함께 부여하는 것으로 규정하고 있다.¹¹⁶⁾ 그러나 오리지널 코드에서 삭제된 코드 또는 분리된 코드 등에 대해서는 라이선스가 허용되지 않는다.¹¹⁷⁾

두번째 제3자의 특허인 경우와 관련하여 자세한 규정을 두고 있는데, GPL과는 차이가 있다. GPL의 경우 제3자의 특허가 있는 경우 그 특허가 무상으로 자유로이 사용될 수 없는 한 GPL로 배포하지 못하도록 하고 있다. 그러나 MPL의 경우 원칙적으로 이를 허용하되, “LEGAL”이라는 이름의 파일을 추가하여 어떠한 특허가 문제되고 있는지, 어떤 사람이 클레임을 제기하고 있는지에 대한 사항을 자세히 기록하도록 하고 있다. 만약 이미 프로그램을 배포한 후에 그러한 사실을 안 경우에는 즉시 LEGAL 파일을 변경하고 메일링 리스트나 뉴스그룹을 통해 즉시 알려야 한다. 처음에는 GPL처럼 특허권이 존재하는 기능(functionality)의 사용을 제한해야 할 것 인지를 고려했었으나, 그러한 특허 클레임은 대부분 불명확하고, 지리적으로도 제한된 범위이며, 모질라 코드로부터 만들 수 있는 제품을 제한할 수 있기 때문에, 이와 관련된 정보를 최대한 공개하도록 하는 현재와 같은 입장으로 변경된 것이다.¹¹⁸⁾

세번째 경우는 MPL프로그램을 사용하는 이용자가 특허권을 가지고 있는 경우이다. 이용자가 자신의 특허권을 문제삼지 않고 그냥 사용하는 경우에는 아무런 문제가 없다. 그러나 만약 이용자가 MPL 프로그램을 사용하던 중 자신의 특허권을 근

115) GPL 제7조, LGPL 제11조

116) MPL 2.1(b), 2.2(b)

117) MPL 2.1(d), 2.2(d)

118) MPL 3.4

거로 소송을 제기하게 되면, 적절한 시일 내에 소송을 철회하지 않는 한 라이선스가 종료되고, 그 결과 MPL 프로그램을 더 이상 사용할 수 없거나, 그동안 사용했던 부분에 대하여 로열티 산정을 하는 등 일정한 보복이 가해진다.

라. 소프트웨어 특허의 위험성

소프트웨어 특허에 대비하여 GPL, LGPL, MPL 등 공개소프트웨어 라이선스가 나름대로 관련조항을 두고 있기는 하지만 그 한계는 너무나 명확하다. GPL, LGPL의 경우 소프트웨어 특허가 증가할수록, 그리고 이 중 Free-Royalty로 제공되는 특허가 적을수록 자유소프트웨어의 개발범위는 줄어들 수밖에 없다. 한편 MPL의 경우 MPL 프로그램에 포함된 특허의 수가 증가할수록 “자유로운” 공개소프트웨어의 의미는 퇴색할 수밖에 없다.

아울러 더욱 심각한 문제는 현실에 있어서 어떤 알고리즘에 특허가 존재하는지, 그 특허가 타당한 것인지를 쉽게 알 수 없다는 점이다.¹¹⁹⁾ 특히 공개소프트웨어의 경우 i) 개인 개발자들이 특허에 상관없이 혹은 특허검색을 하지 않고 프로그램을 개발해 배포하기 때문에 특허를 포함할 가능성이 더욱 많다는 점, ii) 소스코드가 공개되어 있기 때문에 특허소송을 제기하는 쪽에서 증거확보가 쉽다는 점 때문에, 제3의 특허권자로부터 침해소송을 제기 받을 수 있는 확률이 독점소프트웨어보다 상대적으로 높을 수밖에 없다.

Eolas v. MS 사건은 표면적으로 보면 거대 공룡기업 MS와 직원이 설립자 마이클 도일 한사람뿐인 조그만 벤처기업 Eolas의 싸움으로 보이지만, 그 내면은 소프트웨어관련 특허가 확대될 경우 소프트웨어 산업이 어떤 타격을 입을지를 잘 보여주는 사례이다. 이렇게 파악할 경우 MS도 희생양이 아닌가 하는 생각이 들 수도 있지만, 이와 같은 상황을 대비하여 MS는 1990년 중반이후부터 소프트웨어 관련 특허를 대거 확보해 오고 있으며, 지금은 적극적으로 소프트웨어 특허의 확대를 찬성하고 있다. 소프트웨어 관련 특허를 다수 확보한 기업 입장에서는 경쟁기업과는 크로스 라

119) 실무에서는 이를 흔히 “Hidden Patent”로 부르고 있다.

이센스를 통해, 그리고 이번 사건과 같은 경우에는 거대 자금을 동원하여 관련 특허를 매수하는 방법으로 문제를 해결해 나갈 수 있다.¹²⁰⁾

4. 소 결

지난 2003년 11월 17일 자바기반 애플리케이션 서버(Java-Based Application Server)를 오픈소스(Open Source) 소프트웨어 모델로 개발하여 배포하고 있는 JBoss Group LLC가 자신들의 JBoss®애플리케이션서버에 관하여 모든 고객(Production Support customers)에게 손실보상(indemnification)을 제공하겠다고 발표하였다. 제작지원계약(Production Support Agreement)의 일부분으로 체결되는 손실보상약정의 내용은, 특정한 조건 및 제한 하에, JBoss 제품을 사용하는 고객들을 특허권 또는 저작권 등에 의한 소송의 위험으로부터 방어하는 것이며, 이는 기업들이 오픈소스 소프트웨어를 사용함으로써 직면할 수 있는 위험성을 완화하기 위한 것이다.¹²¹⁾

일반적으로 오픈소스 소프트웨어가 전세계 개인 프로그래머들의 자유로운 참여에 의해 개발되기 때문에 다른 사람의 저작권이나 특허권을 침해할 가능성이 상대적으로 높다는 점, 또한 소스코드가 공개되어 있기 때문에 소송을 제기하는 권리자들이 증거를 확보하기가 용이하다는 점에서, 기업들은 오픈소스 소프트웨어의 도입

120) 필자가 생각하는 가장 큰 피해자는 관련 분야에서 핵심 특허를 취득하고 있지 못한 중소기업 및 개인 프로그래머들이다. 특히 다수의 개인 프로그래머들이 자발적으로 개발하고 있는 자유/공개소프트웨어 진영은 큰 타격을 입을 수밖에 없다. 최악의 경우 이번 사건이 MS가 관련 특허를 매수하는 방법으로 해결되는 경우, PC 운영체제 이후 차세대 운영체제로 여겨지는 웹에까지 MS의 독점을 허용해야 하는 결과로까지 나아갈 수 있다.

121) JBoss애플리케이션서버와 비슷한 목표를 가진 Apache Software Foundation의 Geronimo 프로젝트와 관련하여 GNU LGPL(Lesser General Public License) 및 Apache 라이선스의 호환성에 대해 문제가 발생했었던 것처럼, 향후 기업들이 자유/오픈소스 소프트웨어를 적극 도입하게 될 경우 라이선스(License)와 관련해서도 문제가 발생할 소지가 다분하므로, 프로그램을 개발하거나 도입하고자 할 때 이에 대한 적극적인 검토가 필요하다.

을 꺼려하는 측면이 있는 것이 사실이었다. JBoss Group는 기업들이 자사의 제품을 도입하는데 주요한 걸림돌이 되었던 법적 위험을 담보해 줌으로써 오픈소스 소프트웨어에 대한 기업들의 거부감을 제거하고자 한 것이다.¹²²⁾

122) 이러한 상황에서 JBoss Group이 손실보상약정(indemnification)을 발표한 것은, 기업 고객들에게 확실한 담보를 제공해 주는 것이 됨과 동시에 오픈소스 소프트웨어 모델의 안정성에 대한 자신감을 발표한 것이다. 하지만 JBoss Group의 입장에서는 큰 부담이 될 수 있음은 물론이다. 따라서 JBoss 프로젝트, 나아가 자유/오픈소스 소프트웨어 전체를 위해, 개발자들은 타인의 프로그램저작권을 침해하지 않도록 조심하여야 하고, 소프트웨어 관련 특허의 확대를 반대하는 운동을 지속해야 할 것이다.

제6 장 결 론

바이러스나 해킹과 같은 정보화 역기능은 그 위험요소가 자연재해나 대재해와 마찬가지로 개인, 기업, 단체뿐만 아니라 국가적 위기를 초래할 수 있다는 점에서 이에 대한 대책을 마련하는 것이 시급하다. 정보통신기반보호법은 정부가 국가안보, 사회질서유지에 필수적인 시설을 주요 정보통신기반시설로 지정하고 이에 대한 보호대책을 의무적으로 수립하여 실시할 것을 정하고 있다. 이에 비하여 개인이나 기업은 바이러스백신이나 침입차단시스템을 구축하는 이외에 특단의 대책이 없는 경우가 많다. 이에 대하여 비교적 법과 제도의 지원을 받으며 성장하고 있고 기술력을 갖춘 소프트웨어 제작자나 사업자들은 이와 같은 침해행위를 방어하는데 소극적인 측면도 없지 않았다. 바이러스나 해킹에 방어력이 결여된 소프트웨어제품을 사용하는 소비자들을 위한 다양한 방안이 강구될 시점이며, 소비자보호가 장기적으로 소프트웨어산업의 진흥에 득책이라는 점을 인식하여야 한다. 소프트웨어 사용자의 피해는 광범위하고 거대손해의 형태로 발생하는 경우가 많기 때문에 이 위험을 개별경제주체가 감수하거나 대응하기는 어렵다. 여기서 위험의 사회적 분산을 도모하는 방법으로서 보험제도의 활용이 기대된다. 그러나 소프트웨어위험의 일부는 미경험의 새로운 위험이어서 전통적인 보험상품으로 담보하기 곤란한 측면이 강하다. 여기서 새로운 보험상품이 출현하고 있으나 아직 확고하게 정착되었다고 하기는 힘들다. 소프트웨어 이용자 스스로가 소프트웨어 사용자로서의 위험에 대처하는 것도 가능하지만, 소비자보호라는 측면에서는 소프트웨어 제작자 또는 사업자가 자신의 제품 또는 서비스를 이용하다 피해를 본 제3자를 보호하는 기능을 강조한다면 전문가손해배상책임보험의 활용이 바람직해 보인다. 이 보험은 국내 일부 손해보험

사업자들에 의하여 판매되고 있으나 아직 초기시장을 구축해나가는 단계에 있으며 영문약관을 어색하게 번역하여 사용하는 정도이다. 본고에서는 우리나라 소프트웨어 제작자 또는 사업자들이 이와 같은 종류의 보험을 활용할 수 있도록 소프트웨어 산업진흥법의 일부내용을 개정하는 안을 제시하여 보았다.

참 고 문 헌

- 송위진, “오픈소스 소프트웨어의 기술혁신 특성: 리뷰”, 과학기술정책연구원
- 이철남, “오픈소스 소프트웨어를 위한 법률적 기초—오픈소스 소프트웨어의 라이
센스분석 및 각국의 지원정책을 중심으로”, 정보통신정책 제306호 (2002. 8)
- 정진근, “Open Source License의 법적 구조”, 한국경영법률학회 추계학술대회세미나
자료집 기술개발경쟁의 법적 쟁점(2003. 11. 29)
- 하중선, “제조물책임소송의 현황과 과제”, 저스티스 제68호(2002년 8월), 30면.
- Christopher J. McGuire, “Old Torts Never Die-They Just Adapt to the Internet,” THE
NAT’L L. J. (Sep. 25, 2000)
- Computer Science and Telecommunications Board, CYBERSECURITY TODAY AND
TOMORROW: PAY NOW OR PAY LATER(2002), The National Academies Press
- Daniel Lin;Matthew Sag;Ronald S. Laurie, “Source Sode versus Object Code: Patent Im-
plications for the Open Source Community”, May, 2002 18 Santa Clara Computer
& High Tech. L.J. 235
- David R. Cohen/Roberta D. Anderson, “Insurance Coverage for Cyber-Losses”, 35 TORT
& INS. L. J. 892 (Sum. 2000)
- John Dexter Marble/Robert Paul Norman/Debra A. Charles, “Recent Developments in
Insurance Coverage Litigation”, 37 TORT & INS. L. J. 528 (Win. 2002)
- Kevin R. Pinkney, “Putting blame where blame is due: software manufacturer and cus-
tomer liability for security-related software failure”, 13 ALB. L. J. SCI. & TECH.
62-68 (2003)
- Paula M. Yost/Paul E. B. Glad/William T. Barker, “In Search of Coverage in Cyber-
space: Why the Commercial General Liability Policy fails to Insure lost or Cor-

rupted Computer Data”, 54 SMU L. J., 2072-2074 (1998)

Patrick K. Bobko, Linux and General Public Licenses: Can Copyright keep “open source” Software Free?”, 28 AIPLA QUART. J. 100ff. (Win. 2000)

Richard Hody I . Jr./Mark R. Misiorowski, “Scope of Business Interruption Policies will be tested after the world trade center attack”, MEALEY'S LITIGATION REPORT: INSURANCE (Sep. 18, 2001)

Roger Leroy Miller/Gatlord A. Jentz, LAW FOR E-COMMERCE, West, 2002, pp.183 ~ 184.

Ronald C. Goss/H. Wesley Sunn/Tason H. Gould/Kevin A. Titus/Tason Strain, Recent Development in E-commerce Law, 38:2 TORT & INS. L. J. 266(Win. 2003)

● 저 자 소 개 ●

주 지 홍

·연세대학교 법학박사
·현 정보통신정책연구원 책임연구원

김 선 정

·동국대학교 법학박사
·현 동국대학교 법학과 교수

이 철 남

·고려대학교 법학석사
·현 정보통신정책연구원 주임연구원

양 인 애

·한양대학교 법학석사
·현 정보통신정책연구원 연구원

정책연구 03-04

소프트웨어 거래에 관한 법제도 개선방안 연구

2003년 12월 일 인쇄

2003년 12월 일 발행

발행인 이 주 현

발행처 정 보 통 신 정 책 연 구 원

경기도 과천시 주암동 1-1

TEL: 570-4114 FAX: 579-4695~6

인 쇄 인 성 문 화
