

GPL의 법적지위와 영업비밀준수의무  
의 대상성여부

연세대학교 법과대학

법 학 과

김 경 태

## 국 문 요 약

본 논문은 GNU General Public License(이하 GNU/GPL, 혹은 GPL)이 현행 저작권법 하에서 인정될 수 있는지의 여부와 GNU/GPL를 적용한 프로그램이 부정경쟁방지 및 영업비밀의 보호에 관한 법률에서 말하는 영업비밀유지의무의 대상이 되는지 여부에 대해 살펴보았다.

미국을 중심으로 저작권 보호가 21세기의 가장 중요한 산업적 화두로 떠오르고 있고, FTA협상에 저작권관련 부분이 포함됨에 따라 우리의 저작권 보호에 대한 법리에 대해서도 새로운 시각으로의 접근이 요구되고 있다. 또한 파리협약과 베른협약을 통해 저작권 보호에 대한 국제적인 협력이 시작되었고 WIPO협약과 UR/TRIPs 등을 통해 구체화되어, 저작권의 보호에 대한 부분은 국내법적 해석에만 머물러 있을 수 없게 되었다.

세계 각국은 컴퓨터프로그램을 영업비밀, 상표법, 특허법, 저작권법등에 의해 보호하고 있고. 우리나라에서도 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법을 제정하여 시행하고 있다.

이처럼 세계적으로 저작권보호에 대한 논의가 지속되고 있는 가운데 이에 대한 반동으로 copyleft운동이 거세게 일어나고 있다. 그 중 대표적인 copyleft운동은 오픈소스프로젝트중의 하나인 자유소프트웨어재단(Free Software Foundation, 이하 FSF)의 GNU/GPL 운동이다. 흔히 GNU/GPL에 대한 오해는 GNU/GPL이 저작권의 포기를 통해 Public Domain을 구성하고, 따라서 OpenSource프로그램은 저작권의 보호대상이 되지 못한다고 생각되는 것이다. 하지만 GNU/GPL은 저작권에 배타적인 라이선스가 아니라 오히려 강한 저작권의 보호 안에서만 가능한 방법이다.

GNU/GPL은 저작권에 기반한 사용허락의 한 방법이다. 다만 사용을 규제하는 목적을 가지고 있는 대부분의 사용허락서와 달리 자유소프트웨어에 대한 수정과 공유의 보장을 목적으로 하고 있다. 자세한 내용은 부록1의 GNU/GPL 전문을 살펴보면 알 수 있지만 간략하게 요약해 보면, 프로그램의 창작자는 베른협약 등을 통해 창작과 동시에 당연히 인정받게 되는 저작권을 기초로 GNU/GPL을 적용하여 배포할 수 있는데, 프로그램에는 반드시 해당 프로그램의 원시코드가 포함되거나 필요에 의해 획득가능하여야 하고, GNU/GPL을 따를 경우에 한해서 그 소스를 이용한 수정, 재배포 등이 허용된다는 원칙이다. 즉 GNU/GPL을 따를 프로그램의 소스가 극히 일부라도 포함되어 있다면 2차저작물의 작성자는 GNU/GPL을 따를 것이 강제되며 그 역시 자신의 소스코드를 공개하여야 하며 또 다른 제 3자가 변형된 코드를 재가공하는 것을 막지 못한다는 의미이다.

따라서 저작권법의 보호영역 안에 GNU/GPL이 포함될 수 있는가 하는 점이 문제가 된다. 만약 그렇지 않다면 GNU/GPL의 내용을 준수하지 않으며 사용할 경우 원저작자의 저작권이 법적인 보호를 받지 못하는 문제가 발생할 수 있기 때문이다.

앞서 살펴본 바와 같이 GNU/GPL은 해당 프로그램의 소스를 이용하여 개발을 할 경우 그로부터 발생된 2차적 저작물 또한 GNU/GPL을 따르도록 강제하고 있기 때문에 GNU/GPL의 적용을 받는 프로그램의 소스를 이용해서 제품을 개발, 서비스하는 업체의 경우 해당 프로그램에

투하된 부가의 자원을 이유로 하여 결과물을 영업비밀로 규정하는 경우 원저작자의 보호문제가 발생할 수 있다. 또, 결과물을 종업원이 공개하거나 퇴직 후 다른 영업체를 위하여 이용하는 것이 허용될 것인가의 여부도 이와 관련되어 중요한 문제가 된다.

GNU/GPL의 지향점은 영미법계 위주로 발달되어 온 노동이론(Labor Theory)을 바탕으로 하는 지적재산권과 다르기 때문에 이를 기반으로 한 우리의 현행 저작권법과도 그 궤를 달리하는 바가 있어 상충되는 문제점이 발생할 가능성을 내포하고 있다.

Close Source Software(이하 CSS)의 개발방식과 Open Source Software(이하 OSS)의 개발 방식 중 어느것이 더 뛰어난가 하는 점에 대해서는 아직도 많은 토론이 이루어지고 있지만, 에릭 레이몬드가 '성당과 시장'이라는 글에서 밝힌 바와 같이 OSS의 개발방식이 CSS의 개발방식에 비해 뛰어나다는 주장이 큰 지지를 얻고 있으며, 리차드 스톨만이 주장한 GNU/GPL의 방식을 따르는 많은 프로그램들의 경우에서 살펴볼 수 있는 것처럼 GNU/GPL을 따르는 OSS가 이미 소프트웨어 시장의 커다란 한 축을 이루고 있기 때문에 무시할 수만도 없는 상황에 이르렀고, 이미 국내에서 GNU/GPL이 재판상 문제가 되는 사례가 발생하여 1심 판결이 나왔지만 GNU/GPL에 대한 명확한 이해의 부족으로 FSF 및 Open Source Community로부터 많은 비판을 받고 있는 실정이다.

따라서, 이러한 문제들을 해결하기 위해 GNU/GPL의 현행 저작권법하에서의 법적지위에 대한 연구와 영업비밀유지의무 등과의 상충문제에 대해 고려해 보아야 할 것이다.

# 목 차

第 1 章 서론.....	1
第 1 節 연구 목적.....	1
第 2 章 GNU/GPL의 기본개념과 현행 저작권법하에서의 인정 가능성.....	2
第 1 節 GNU/GPL의 기본개념.....	2
1. 오픈소스운동과 GNU/GPL.....	2
2. GNU/GPL의 내용.....	3
第 2 節 GNU/GPL의 현행 저작권법하에서의 인정 가능성.....	4
1. 저작권의 의미와 컴퓨터프로그램의 저작권.....	4
가. 저작권의 의미와 목적.....	4
나. 저작권관련 학설.....	4
다. 컴퓨터프로그램의 저작권.....	5
2. 컴퓨터프로그램 저작자의 권리와 GNU/GPL.....	5
가. 프로그램 저작자의 권리.....	5
나. 오픈소스 소프트웨어의 저작자.....	6
다. 저작물의 사용허락과 GNU/GPL.....	7
라. GNU/GPL에 따른 저작물의 사용허락.....	8
마. 2차 저작물로서의 컴퓨터 프로그램의 저작권과 GNU/GPL.....	10
第 3 節 GNU/GPL의 보호.....	11
1. GNU/GPL의 법적 구속력.....	11
2. 위반시의 구제.....	11
가. 경고와 화해.....	11
나. 민사적 구제.....	12
다. 형사적 구제.....	12
第 3 章 영업비밀의 기본법리와 GNU/GPL적용 프로그램의 영업비밀유지의무의 대상성 여부. 12	
第 1 節 영업비밀의 기본법리.....	12
1. 영업비밀의 개념.....	12
2. 영업비밀의 요건.....	13
가. 비공지성.....	13
나. 비밀관리성.....	15
다. 경제적 유용성.....	16
3. 영업비밀의 귀속.....	17
가. 의미.....	17
나. 관련학설.....	17
다. 검토.....	17
第 2 節 기업체 종업원 등의 영업비밀유지 의무.....	18

1. 비밀유지의무의 발생관련 학설.....	18
가. 계약관계설.....	18
나. 신뢰관계설.....	18
다. 절충설.....	19
라. 검토.....	19
2. 퇴직 후의 영업비밀유지 의무와 경업금지의무.....	20
가. 퇴직후의 영업비밀유지의무.....	20
나. 경업금지의무.....	21
3. 비밀유지의무 위반의 효과.....	21
가. 고용 존속중의 위반효과.....	21
나. 퇴직 후의 위반효과.....	22
다. 문제점.....	22
라. 검토.....	22
第 3 節 GNU/GPL 적용 프로그램의 영업비밀유지의무의 대상성 여부.....	23
1. GNU/GPL과 영업비밀성의 상충.....	23
2. 퇴직 후의 영업비밀유지 의무와 GNU/GPL.....	23
3. 판례의 입장.....	23
4. 검토.....	24
第 4 章 결론.....	26

## 第 1 章 서론

### 第 1 節 연구 목적

세계적으로 지적재산권에 대한 관심이 높아지면서 더욱 강하게 보호하려는 추세인데, 그에 대한 반동으로 리처드 스톨만이 주창한 오픈소스운동 역시 점점 더 그 세를 넓혀 가고 있다. 국내에서도 오픈소스운동의 대표적 산물이라 할 수 있는 GNU/LINUX 유저가 점점 늘어나고 있고, 오픈소스소프트웨어로 개발되는 프로그램도 상당 수 존재하고 있다.

그럼에도 GNU/GPL이 현행 저작권법 하에서 유효하게 작용하고 있는가 하고 묻는다면, 의문의 여지가 남아 있다고 할 수 있겠다. 오픈소스공동체에 의해서 GPL의 의미에 대해서는 과거에 비해 많이 알려진 편이지만, 그것은 일반대중의 경우에 해당할 뿐이고 재판부에서는 명확히 인정하고 있지 않기 때문이다. 이제 1심 판결이 났을 뿐이지만, 엘리트넷 대 하이온넷의 영업비밀유지의무 위반의 사례에서 서울지방법원 재판부는 GPL 소프트웨어를 개작한 ETUND가 공개된 VTUND를 기반으로 하고 있지만 엘리트넷에 의하여 중요한 기능이 개량되었으므로 영업비밀로 보호될 수 있다고 함으로써 GPL을 부정하는 듯한 판결을 내렸는데, 이는 많은 수의 GPL 적용 소프트웨어를 저작권이 침해될 우려에 놓이게 함으로써 오픈소스공동체에 의해서 거센 비난을 받고 있는 실정이다.

오픈소스소프트웨어와 독점적소프트웨어의 개발방식 사이에 어느 것이 우수한가에 대해서는 논란의 여지가 많다. 그럼에도 불구하고 OSS공동체가 매우 활발하게 결과물을 제시하고 있고, 성장과 시장 등의 글을 통해 그 장단점이 밝혀져 있기도 하다. 문제는 소스가 공개되어 있기 때문에, OSS가 언제든지 불법적으로 독점적소프트웨어로 탈바꿈 될 우려가 있고 원저작자의 저작권이 무시될 수 있으며, 불특정 다수에 의해 개발이 이루어지는 OSS의 특성상 이에 대한 구제가 쉽지 않다는데 있다.

따라서 본 논문에서는 GNU/GPL을 적용한 소프트웨어의 저작권과 GNU/GPL의 사용허락이 현행법하에서 유효하며, 따라서 보호받을 수 있는가에 대해 다루고 있다. 특히 GNU/GPL 적용 소프트웨어가 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 영업비밀유지의무의 대상이 되는가의 여부에 대해 다루고자 한다.

## 第 2 章 GNU/GPL의 기본개념과 현행 저작권법하에서의 인정 가능성

### 第 1 節 GNU/GPL의 기본개념

#### 1. 오픈소스운동과 GNU/GPL

오픈 소스운동의 시초는 1984년 Richard Stallman의 자유소프트웨어재단(이하 FSF)으로 본다. 프로그램의 저작권과 관련하여 과거에는 오픈소스방식의 개발이 일반적이었는데 소프트웨어산업이 발달하면서 점차로 독점적인 소프트웨어개발방식이 대부분을 이루게 되자 이에 대한 반동으로 다시금 과거의 방식으로 돌아가는 것을 추구하게 되었고 이

는 리처드 스톨만의 개발철학과도 일치한다. 이와 같은 내용은 GNU와 GPL로 구체화되었고, 특히 GPL은 오픈소스를 지원하는 많은 사용허락 가운데 가장 널리 이용되고 있다. 또, 소스를 공개하지 않고 자유로운 사용만을 허락하는 Freeware의 개념과는 구별될 필요가 있다.

## 2. GNU/GPL의 내용

GNU/GPL은 OSS의 확대를 통해 모든 사용자에게 사용권을 부여함으로써 정보의 공유 이념을 보호하고자 하는 목적을 가지고 있고, 사용자에게 소스코드를 제공함으로써 수정, 재배포를 허용하고 있지만 지적재산권을 포기하고 있지는 않다.

구체적인 내용으로는, 원 저작물의 모든 내용을 유지하고 GPL 영문판을 수록한다면, 적절한 저작권 표시와 프로그램에 대한 보증이 제공되지 않는다는 사실을 각각의 복제물에 명시하는 한, 피양도자는 프로그램의 원시 코드를 자신이 양도받은 상태 그대로 어떠한 매체를 통해서도 복제하고 배포할 수 있고(GPL 제 1조), GPL을 따르는 한에서 피양도자는 자신이 양도받은 프로그램의 전부나 일부를 개작할 수 있으며, 이를 통해서 2차적 프로그램을 창작할 수 있다.(GPL 제 2조) 그리고 목적 코드나 실행물에 상응하는 컴퓨터가 인식할 수 있는 완전한 원시 코드를 함께 제공한다면 2차 저작물을 배포할 수 있다(GPL 제 3조 제 1항). 또한 동 사용허락 제 5조에서 2차적 프로그램에 대한 개작 및 배포를 허용하는 것은 본 허가서에 의해서만 가능하다고 규정하며, 2차 저작물을 배포하는 행위는 GPL을 따르겠다는 의사표시로 간주한다고 하여 GPL의 특징을 이루는 강력한 전염성을 나타내고 있다.

GPL의 이와 같은 강제성과 전염성은 비판의 대상이 되기도 하는데, 기존의 소프트웨어 시장의 주류인 독점적 소프트웨어 회사에서 GPL적용 프로그램을 개발에 이용할 경우 기존의 독점적 소프트웨어를 포기하던지 아니면 오픈소스 소프트웨어의 사용을 포기할 것인지간에 선택을 해야만 한다. 이 경우 오히려 새로 개발을 하는 방법을 택하는 것이 더 나은 선택이 될 수도 있고, 결과적으로 오픈소스운동의 기술혁신을 방해하는 요소가 될 수 있다는 비판이 있다.

또한 GNU/GPL이 2차 저작물 작성자로 하여금 GPL을 따르도록 하는 것이 그랜트 백, 배타적 사용허락 등에 해당하게 되어 권리남용이 되거나 독점규제법에 위반된다고 볼 수도 있지만 독점규제법에 관한 논의는 별론으로 하고, 현행 저작권법하에서의 GNU/GPL의 법적지위에 대해 살펴볼 필요성이 있다.

## 第 2 節 GNU/GPL의 현행 저작권법하에서의 인정 가능성

### 1. 저작권의 의의와 컴퓨터프로그램의 저작권

#### 가. 저작권의 의의와 목적

저작권이라 함은 학문적 또는 예술적 저작물에 대한 독점적배타적 권리로서 지적재산권의 일종이다. 저작권법 제 1조는 “저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하여 저작권 보호의 목적을 밝히고 있다.

#### 나. 저작권관련 학설

저작권의 발생과 보호의 필요성에 대해서는 많은 학설이 있으나 영미법계에서는 주로 로크의 노동이론을 차용하여 근거를 삼고 대륙법계에서는 개성이론을 기반으로 하며, 그 외에도 사회계약론, 공리주의 등의 이론이 있으나 보통 노동이론을 일반적으로 받아들이고 있다.

로크의 노동이론은 다양한 해석이 존재하는데 Justin Hughes(1988)은 사상의 창조는 저작자 또는 발명가의 노동력이 소요되고, 창조된 사상은 개인 뿐만 아니라 공공에 의해서 사용이 가능하고, 마지막으로 사용되지 않고 낭비되지 않아야 한다는 점으로 사회적인 활용이 침해되지 않아야 한다고 하였으나, William Fisher 노동에 대한 대가라는 로크의 전제에 대해 노동이 고통이 아닌 즐거움을 찾는 과정인 경우도 있다라는 비판이 존재한다.

#### 다. 컴퓨터프로그램의 저작권

컴퓨터프로그램의 저작권의 경우 이를 어문저작물로 보호할 것인지 혹은 일반 저작권으로 보호할 것인지에 대한 논쟁이 있었다. UR/TRIPs 협정에서는 프로그램의 형태에 관계없이 어문저작물로서의 보호를 규정하고 있는데 이에 대해서는 프로그램의 특성인 개작 등이 어렵다는 이유로 비판이 있다.

우리나라에서는 1987년부터 시행된 컴퓨터프로그램 보호법에 의해 저작권법과 별도로 보호규정을 두고 있는데, 저작권법이나 특허법의 기본적인 원칙은 그대로 적용되고 컴퓨터 프로그램 보호법에 특별한 규정이 없는 한 그 성격에 따라 특허법 또는 저작권법이 각각 적용된다고 해석된다.

이때, 보호되는 컴퓨터 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리 능력을 가진 장치내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시 명령으로 표현된 창작물을 말하는데(컴퓨터프로그램보호법 제 2조 제 1호), 결과성, 창작성, 지시명령성, 표현성 등의 요건을 가질 것이 요구된다.

## 2. 컴퓨터프로그램 저작자의 권리와 GNU/GPL

### 가. 프로그램 저작자의 권리

컴퓨터프로그램의 저작자는 그 프로그램에 대해 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램을 복제, 개작, 번역, 배포, 발행 및 전송할 권리를 가진다. 이러한 프로그램 저작권은 프로그램이 창작된 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 요하지 않는다. 이러한 권리는 법에 정하는 특별한 경우에 한해 제한을 받을 수 있고, 프로그램 저작권의 전부 또는 일부를 양도할 수도 있다.

### 나. 오픈소스 소프트웨어의 저작자

오픈소스소프트웨어의 경우 다수가 참여하는 공동개발의 방법으로 이용되는 경우가 많기 때문에 저작권의 귀속에 대한 문제가 발생한다. 기업체의 대규모프로젝트의 경우 다수의 프로그래머가 작업에 참여하더라도 근로계약 등을 통해 결과물의 귀속을 기업체로 정할 경우 문제가 발생할 여지가 적은데 비해, 불특정 다수가 개발에 참여하는 형태가 되는 OSS 개발의 경우에는 특히 저작권을 침해당했을 때 누가 소송당사자가 되는가 하는 문제가 발생할 수 있다.

GNU/GPL과 같은 OSS의 이용유형에는 크게 다음과 같은 네가지가 있을 수 있다.

첫 번째는 소프트웨어를 단순히 사용만 하는 유형으로, 이 경우에는 저작권의 문제가 발



생하지 않는다.

두 번째는 OSS에 자신의 코드를 더해 2차적 저작물을 작성하는 경우이다. 이 경우의 2차적 저작물은 원저작물과는 별도로 보호를 받게된다.(저작권법 제 5조) 하지만 저작권의 보호와 사용허락상의 문제는 별도로 자신이 창작한 코드에 대해서 저작권을 취득하는 것에는 의문이 없으나 GNU/GPL의 감염성에 따라 일정한 제한을 받게 될 것이다.

세 번째는 GPL에 따라 공개된 소프트웨어를 공동으로 저작하는 경우이다. 많은 수의 GPL 적용 소프트웨어들이 이 경우에 속하는데 대표적으로는 Linux커널을 들 수 있다. 리눅스의 경우 리눅스 토발즈가 커널의 초기버전을 OSS공동체에 공개를 한 이후에 최소한 250여명의 핵심 개발자와 수천명의 일반 개발자, 그리고 전세계 수만명의 공동체원에 의해 테스트가 이루어지고 있다. 이들은 모두 공동저작자로서의 지위를 갖게 된다.

네 번째는 결합저작자의 관계로 여러 개의 소프트웨어를 결합하여 새로운 기능의 소프트웨어를 개발하는 경우를 말하는데, “작은 것이 아름답다”는 유닉스의 철학에 따라 GNU 진영에는 고유의 기능에 최적화된 많은 프로그램들이 있는데 이들을 결합하는 경우를 예로 들 수 있겠다. 이 경우에는 단독저작권의 결합의 형태로 이해할 수 있다.

이와 같은 경우 중에 어떤 유형에 속하는지를 구체적으로 살펴서 저작권자를 판단해야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 저작권자 개개인이 공동소송의 형태를 취하는 것도 저작자들이 세계적으로 분포되어 있는 경우가 많아 어려움이 있다. 그래서 FSF에서는 저작권을 FSF측에 양도하도록 권유하고 법적인 대응을 FSF에서 대행하기도 한다. 또 APACHE나 SAMBA의 경우에는 개발에 참여하는 개발자들로 하여금 소스코드에 대한 저작권을 포기할 것을 명시하여 통일적으로 소프트웨어의 저작권을 관리하고는 있지만 이는 오픈 소스의 기본적인 철학에 배치되는 것이라는 비판이 있다.

또한 기업을 위하여 업무에 종사하는 직원이 소프트웨어를 개발하여 GPL로 공개할 수 있는가의 문제가 발생할 수도 있다. 그리고 GPL적용 소프트웨어를 수정하여 영업에 사용할 경우 수정된 부분에 대한 독자적인 저작권을 인정하여 영업비밀로 보호받을 수 있는가의 문제도 발생할 수 있는데 이는 다음 장에서 다루도록 한다.

#### 다. 저작물의 사용허락과 GNU/GPL

##### 1) 저작물의 사용허락

컴퓨터 프로그램 저작권자는 타인에게 컴퓨터 프로그램의 사용을 허락할 수 있다(컴퓨터 프로그램 보호법 제 16조 제 1항). 또한 컴퓨터 프로그램의 사용허락을 받은 자는 허락된 사용방법 및 사용조건외의 범위 안에서 컴퓨터 프로그램을 사용할 수 있으며 컴퓨터 프로그램 저작권자의 동의 없이 사용할 권리를 타인에게 양도할 수 없다(동법 동조 제 2항).

위와 같은 조항은 우리 법이 컴퓨터 프로그램의 임의적 사용허락을 인정하고 있다고 이해된다. 즉, 저작권은 사유재산권의 일종이므로 누구나 자유롭게 사용, 수익, 처분할 권리를 가지고 있는가 하면, 재산권을 포기함으로써 공중에 제공할 수도 있다

#### 라. GNU/GPL에 따른 저작물의 사용허락

##### 1) 사용허락 계약의 성립

GNU/GPL이 저작권을 포기하는 것이 아닌 사용허락의 한 유형이라는 것은 앞서 다룬바와 같다. OSS는 저작권이라는 공법상의 법리를 행사함에 있어서 개인간의 계약을 통해 특정 조건 하에서 소프트웨어를 사용하거나 수정 또는 재배포를 할 수 있는 권리를 준

다. 따라서 특정 OSS를 사용한다는 것은 해당 소프트웨어의 사용에 따른 사용허락상의 조건을 묵시적으로 동의했다는 의미로 저작자와 사용자간의 계약이 성립했음을 의미한다.

### 2) GPL 사용허락 계약의 법적성질

GPL 사용허락은 일종의 라이선스계약이다. 하지만 일반적인 라이선스 계약의 경우 대가의 지급을 수반하는데 반해 GPL은 금전적인 대가를 요구하지 않으므로 일종의 증여라고 할 수 있다. 또, 사용대차로서의 성질도 가지고 있다고 볼 여지도 있으나 사용대차는 기한을 정하여 목적물을 대여하고 기간만료시 목적물을 회수하는데 반해 GPL의 경우 GPL을 준수하는 한 영구적으로 사용할 수 있으므로 사용대차라고 볼 수만도 없다.

GNU/GPL 적용 소프트웨어에 대한 사용허가를 증여로 본다면, 증여자와 수증자 사이의 증여계약이 체결되어야 하는데, 프로그램저작권자가 GPL라이선스와 함께 소프트웨어를 배포하고(청약), 배포 받은 자가 GPL의 내용을 수락하고 프로그램의 배포를 받는 것(승낙)으로 증여계약이 성립한다고 볼 수 있다.

다만 프로그램을 배포받은 자가 프로그램을 사용하거나 수정하는 단계에서는 GPL 이행여부가 문제되지 않으나 재배포시에 GPL상의 의무를 위반하면 위의 증여계약에 따라 수증자는 채무불이행 책임을 지게 되거나, 저작권의 침해에 따른 불법행위책임을 부담하게 될 것이다. 따라서 GNU/GPL 적용 프로그램의 증여계약은 2차저작물의 수정 배포시 GPL을 준수할 의무를 부담하는 부담부 증여계약 내지는 GPL의 불이행을 해제조건으로 하는 해제조건부 증여계약으로 보아야 할 것이다.

이 때 GPL을 따르는 원저작물을 수정, 재배포하는 것이 약관의 규제에 관한 법률에 위반되는 불공정한 약관으로 볼 수 있으나 하는 문제가 생길 수 있지만, 사용자는 GPL을 따르지 않으려면 새로이 코드를 작성하면 되는 것이고 반드시 GPL을 사용할 필요는 없는, 이른바 선택의 문제이므로 이러한 문제는 원칙적으로 발생하지 않는다. 그리고 원소스의 저작자가 저작권을 포기하는 것도 아니고, GPL을 따를 시에만 수정을 허용하고 있으므로, 권리소진이론을 적용하여 GPL을 배척하는 것은 불가능하다고 봄이 타당하다고 생각된다.

### 3) Shrink-Wrap 라이선스의 有效性

이 때, 소프트웨어를 배포하고 사용하는 것만으로 계약의 성립을 의제할 수 있는가 하는 문제가 생길 수 있다. 전통적 계약법적의 원칙에서는 인정되기가 어렵지만 인터넷상의 Click Wrap 라이선스와 함께 Shrink-Wrap 라이선스의 유효성 문제에 대한 논의가 많이 이루어 지고 있고, 그 유효성에 대해 미국에서 ProCD v. Zeidenberg 판결로 확립되었다.

Shrink-Wrap 약관이 약관의 규제에 관한 법률이나 다른 강행법규에 위배되지 아니하는 한 원칙적으로 유효하다고 할 것이다. 그러나 약관의 내용에 관계 없이 항상 법적으로 유효하게 보호를 받는 것은 아니고, 저작권법의 내용과 상반되는 새로운 내용의 의무를 사용자에게 부과하거나, 사용허락의 내용이 예상하기 곤란하다거나, 사용자에게 극히 불리한 경우에는 인정할 수 없을 것이다. 하지만 GPL의 경우 사용자의 권리를 제한하기 보다는 오히려 소스코드를 볼 수 있도록 하고, GPL을 따르는 한 자유로이 수정하고 재배포할 수 있도록 하는 등 사용자에게 불리하다고 볼 수는 없으므로 GPL에 대한 Shrink-Wrap형식의 계약의 성립도 인정함이 타당할 것이다.

마.2차 저작물로서의 컴퓨터 프로그램의 저작권과 GNU/GPL

2차적 저작물이란 원저작물을 기초로 이를 변형하여 새로운 저작물이 창작된 경우에 그 새로운 저작물을 말한다. 2차적 저작물로 인정되려면 원저작물을 기초로 하고 실질적인 개변이 있으나 그럼에도 불구하고 원저작물과의 동일성을 인정할 수 있어야 한다.

2차적 저작물은 원저작물과는 별도로 보호되고(저작권법 제 5조 제 1항), 이는 컴퓨터프로그램에서도 마찬가지이다. 2차 저작물 작성에 원저작자의 동의를 요구하는 것도 아니고, 다만 원저작자의 2차저작물작성권 침해문제가 발생할 뿐이다. 또한 2차적 저작물의 작성은 개념필수적으로 원저작자의 동일성유지권을 침해하는 행위가 되지만, 프로그램보호법 제10조에 의해 일반 저작물에 비해 동일성유지권을 제한하고 있기는 하다.

따라서 GPL 적용 소프트웨어의 경우에도 GPL의 적용여부에 관계없이 실질적 개변을 인정할 수 있다면 2차적 저작물로서 별도의 저작권을 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 일부분을 수정하거나 개선한 것에 그칠 경우에는 실질적 개변을 인정할 수 없으므로 2차적 저작물임을 인정할 수 없고 별도의 보호를 받을 수도 없다.

또한, 영업비밀 침해자가 자신의 노력에 의하여 타인의 영업비밀을 개량하였다는 사실만으로 “유리한 출발”이 가능했음을 부인할 수 없고, 따라서 영업비밀 침해의 책임을 면할 수 없다는 미국 판례의 입장을 인용하여 GPL소스를 개작하여 2차적 저작물을 작성한 자의 권리를 제한하는 것은 가능하리라 생각된다.

### 第 3 節GNU/GPL의 보호

#### 1.GNU/GPL의 법적 구속력

GNU/GPL은 저작권에 기반한 사용허락의 한 종류로 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법, 그리고 베른협약과 이의 준수를 약정한 UR/TRIPs에 의해 보호된다. 당사자간에는 GPL을 준수할 의무를 부담하는 부담부증여 혹은 GPL을 이행하지 않을 경우를 해제조건으로 하는 해제조건부증여계약으로 민법으로 보호된다. 다만 현행법률과 문제가 되는 부분이 있을 수 있는데, GPL 제 11조 및 제 12조에서 “보증의 결여”를 규정하여 제조물 책임법과의 관계가 문제될 수 있고, 소스코드의 영업비밀성과 관련하여 영업비밀보호법과의 해석문제가 발생할 수 있다.

#### 2.위반시의 구제

##### 가.경고와 화해

GPL위반에 대한 구제는 대부분 화해에 의해 이루어졌고, 법정문제로까지 비화되는 경우는 많지 않았다. 그 까닭은 GPL의 철학이 도덕률에 기반하기 때문인데, 일반적으로 영업체의 경우 도덕률 위반에 따른 비난을 감수하기 보다는 GPL을 준수하는 것이 기업의 이미지 제고 등으로 이익이 된다는 사실을 인식하기 때문이다. 이 경우 FSF는 GPL의 이행과 장래의 준수를 요구할 뿐 민,형사상 소송을 제기하는 경우가 없었기 때문이다.

##### 나.민사적 구제

화해가 이루어지지 않을 경우 부담부증여계약의 위반행위를 이유로 증여계약을 해제하고, GPL소프트웨어의 사용을 정지시킬 수 있으며, 당 소프트웨어를 통해 얻은 이익을 부

당이득반환청구권을 행사하여 반환받을 수 있을 것이다.

다.형사적 구제  
컴퓨터프로그램보호법에 의한 형사적 제재와 저작권법위반에 따른 불법행위책임을 부담시킬 수 있다.

## 第 3 章 영업비밀의 기본법리와 GNU/GPL적용 프로그램의 영업비밀유지의무의 대상성 여부

### 第 1 節 영업비밀의 기본법리

#### 1. 영업비밀의 개념

현행 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법)에서의 영업비밀은 "공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보"로 규정되어 있다.

영업비밀은 노우하우(know-how), 기업비밀, 미공개정보, trade secret 등과 구별되는 개념으로 각국의 입법례에 따라 다르지만 각국의 규정을 통해 일반적인 요건을 도출해낼 수 있다.

각국의 입법례를 살펴보면, 미국의 통일 영업비밀법의 경우에는 영업비밀의 요건으로 ①신규성, ②재산성, ③비밀성을 요구하고 있고, 독일연방의 경우에는 부정경쟁방지법상 개념규정은 두고 있지만 연방최고재판소 판례에서 ①한정된 범위의 인지성 ②비밀유지의사 ③가치성을 요구하고 있다. 일본의 부정경쟁방지법은 ①비밀성, ②비공지성, ③유용성을 요건으로 하고 있어 경제성의 요건은 들고 있지 않다.

이상에서 알 수 있는 바처럼, 일반적으로 영업비밀의 요건으로 요구되는 것은 비공지성, 비밀관리성, 경제적 유용성이다.

우리의 부정경쟁방지법에서도 일반적인 요건과 유사하게 규정하고 있는데, 부정이용행위로부터 보호를 받는 영업비밀의 요건은 다음과 같다. ①공연히 알려져 있지 않을 것(Novelty) ②비밀로서 관리되어져 있을 것(Secret) ③생산, 판매 방법, 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보로서 독립된 경제적 가치를 가질 것(Value)의 요건을 가지고 있음을 알 수 있고, 이들 요건은 상호 밀접 불가분의 관계에 있는 것으로서 개개로 분리될 수 있는 것이 아니다.

#### 2. 영업비밀의 요건

##### 가.비공지성

##### 1)의의

보호받을 수 있는 정보는 공연히 알려져 있지 않을 것을 필요로 한다. 공연히 알려져 있지 않은 상태란 불특정인의 자가 공연하게(부정한 수단에 의하지 않고서) 알고 있는 상태에 있지 않은 것을 말한다. 비밀로 관리되어진 정보가 공연히 알려진 경우에는, 누구라도 용이하게 접근하여 지득할 수 있는 것이 원칙이므로, 비밀관리자는 이것의 이용에 의해 경쟁상의 유리한 우위의 지위를 얻을 수 없고, 여기에 보호받을 재산적 가치는 존재하

지 않는다.

영업비밀에 대한 보호는 사실상태에 대한 보호이므로, 비밀이 유지되고 있는 동안에만 존재하고 일단 영업비밀이 공개되면 주체, 공개자의 선의, 악의를 불문하고 비밀성을 상실한다.

정보의 공지는 일반 대중이 알 정도에 이를 것을 요구하지 않으며, 당해 정보와 관련 경제적 이익을 얻을 가능성이 있는 자가 알고 있으면 이미 공지가 된다.

또한 비공지성의 요건은 절대적 기밀성까지 요구하는 것은 아니므로, 보유자 이외의 특정인이 영업비밀을 알고 있어도 그 자가 보유자에 대하여 비밀유지의무를 부담하고 있는 경우에는 비밀관리성과 함께 비공지성의 요건을 만족한다고 해석한다.

## 2)판단시점

‘공연히 알려져 있지 아니한’ 것인가 그렇지 않은가의 판단시점은 손해배상청구에 있어서는 영업비밀침해행위가 행해진 시점이 될 것이지만, 금지청구 등에 있어서는 판결시점에서 실익이 없으면 금지의 의미가 없기 때문에 비공지성의 판단시점은 구두변론종결시이다.

## 3)역공정(리버스엔지니어링)

시판된 제품으로부터 그 제조방법을 분석하여 정보를 입수하는 것을 리버스엔지니어링이라 한다. 이러한 방법을 통해서 당해 정보를 탐지할 수 있을 경우에 비공지성을 인정할 수 있는가의 여부가 문제된다. 리버스엔지니어링에 의해 정보를 취득하는 것이 용이한지 혹은 그렇지 않은지에 따라 다른데 고도의 전문적 지식과 막대한 비용을 들여 장시간에 걸쳐 리버스엔지니어링 작업을 해야 비로소 제품에 포함된 정보를 지득할 수 있는 경우라면 비공지성을 인정할 수 있을 것이다.

그러나 현실적으로 리버스엔지니어링을 수행하여 제품으로부터 지득한 정보를 공개하면 정보가 비공지성을 상실하게 되어 리버스엔지니어링을 행한자의 책임은 별론으로 하고 그 공개된 정보를 입수하여 사용하는 자에게는 아무런 규제를 가할 수 없다.

## 4)공지된 내용의 변용

공지되어 있는 부분적인 정보를 합성하여 새로운 정보를 개발하거나, 공지된 종합적인 정보로부터 부분적인 정보를 추출하여 새로운 형태의 정보를 얻은 경우에 이 새로운 정보에 대해 비공지성을 인정할 수 있는가의 여부가 문제된다.

이에 대하여는, 새로운 정보를 형성하는 방법에 독창성을 인정할 수 있는 경우에 한하여 인정할 수 있고 공지된 정보를 바탕으로 누구나 조합해 낼 수 있는 것이라면 독창성이 없어 비공지성의 요건을 충족한다고 할 수 없다.

## 나.비밀관리성

### 1)의의

부정이용 행위로부터 보호받는 영업비밀이 되기 위해서는 당해 재산적 정보가 비밀로써 관리되어질 것이 요망된다. 즉 당해 정보가 비공지 상태에 있는 것만으로는 부족하고 당해 정보의 보유자 자신이 비밀로써 유지하기 위한 합리적인 노력을 기울임으로써 부정할 수단에 의하지 않으면 알지 못할 정도로 관리되고 있을 필요가 있다.

### 2)요건 및 비밀관리의 정도

그러나 영업비밀은 무형의 정보로서 동산과 같이 점유에 의하여 영업비밀보유자를 공시하는 것이 불가능하며 또한 비밀이기 때문에 부동산이나 특허권 등과 같이 공시할 수도 없는 것이어서 영업비밀침해자가 해당 정보가 영업비밀인지, 혹은 누구 소유의 영업비밀인지조차 예견하기 어렵다.

따라서 영업비밀로 보호받기 위해서는 단순히 영업비밀이라고 주장하는 것만으로는 충분하지 않으며, 영업비밀이라고 객관적으로 인식할 수 있는 상태로 유지해야 한다.

비밀관리성의 요건은 특히 부정경쟁방지법에서 중요시되는데, 종업원에게 영업비밀의 존재를 고지하고 필요한 한도 내에서 접근을 제한할 것 등이 추가적으로 요구된다. 또한 비밀보호에 필요한 노력은 주어진 상황 하에서 합리적 수준으로 이루어지면 충분하다.

#### 다.경제적 유용성

##### 1)의의

영업비밀이라고 하기 위해서는 경제적 가치가 있는 정보일 것을 요한다. 즉 생산, 판매활동, 연구개발 등의 영업활동에 구체적으로 도움을 주는 정보일 것이 필요하다. 이때 영업자 본인의 주관적 판단으로는 부족하고 객관적으로 유용성이 인정될 것이 요구되며, 당해 정보가 현실적으로 사용되고 있을 필요는 없고, 장래에 있어서 유용하다는 잠재적 유용성만 있으면 족하다.

##### 2)네거티브 인포메이션

실패한 연구결과와 같이 적극적인 경제이익을 도출해 낼 수 없고, 사회적으로도 동일한 실패를 반복시킨다는 것은 바람직스럽지 않다는 이유로 영업비밀로 보호할 필요가 없다는 견해도 있으나, 불필요한 투자를 피하고 경비, 노력등을 절감할 수 있다는 점에서 경제적 가치가 있을 뿐 아니라 무임승차행위의 방지란 측면에서도 보호할 필요성이 있다는 의견이 타당하다. 단 모든 네거티브 인포메이션이 유용성을 가지는 것은 아니고 올바른 결과를 도출하기 위하여 효과적인 것만 유용성을 가진다고 보아야 한다.

### 3.영업비밀의 귀속

#### 가.의의

종업원이 영업비밀을 직무상 개발한 경우 당해 영업비밀이 종업원과 고용주 중 누구에게 귀속되는냐가 문제된다. 직무상 개발한 영업비밀이 종업원에게 귀속된다면 종업원의 영업비밀유지의무는 발생할 여지가 없는 것이다.

#### 나.관련학설

부정경쟁방지법에 특별한 규정은 없으나 특별한 사정이 없는 한 개발한 종업원에게 우선적으로 귀속되어야 한다고 보는 견해와 특허법 제 39조를 준용하여 종업원의 영업비밀개발이 직무에 속하는 것이라면 당연히 직무발명규정에 따라 고용주에게 귀속된다고 보는 견해가 있다.

또한 구체적인 경우로 나누어 종업원이 특정분야를 개발하거나 발명하기 위해 고용되었고 발명된 영업비밀이 업무영역에 속하는 경우 당해 영업비밀이 고용주에게 속한다고 보아야 하고, 종업원이 개발을 위해 고용되지도 않았고 발명된 영업비밀이 직무범위 밖이지만 고용주의 사업과 관련이 있고 종업원이 고용주의 시설, 재료, 인력 등을 이용하여 고용시간 동안 개발한 경우에는 미국 Common Law상 인정되고 있는 Shop Right원칙에

의해 고용주에게 당해 영업비밀을 무상으로 사용할 수 있는 권리를 인정하되, 당해 영업비밀은 종업원에게 귀속된다고 보며 그 외에 종업원이 고용주의 자료, 시설 등을 전혀 사용하지 않고 고용 중 또는 퇴직 후에 개발한 영업비밀이 고용계약의 범위 밖인 경우에는 배타적으로 종업원에게 귀속된다고 보는 견해도 있다.

#### 다.검토

종업원이 회사에 재직 중에 알 수 있었던 영업비밀을 경쟁회사에 제공하는 행위는 많은 경우에 불법행위가 되지만, 그 영업비밀이 종업원 자신이 개발한 것임에도 불구하고 종업원이 전직하거나 독립하여 사업체를 설립한 경우에도 일체 그 지식을 이용할 수 없다면 종업원에게는 지나치게 가혹한 것이 되므로 구체적인 상황을 살펴 세 번째 견해와 같이 판단하는 것이 옳을 것으로 생각된다.

## 第 2 節기업체 종업원 등의 영업비밀유지 의무

우리나라 부정경쟁방지법 제 2조 3호는 "계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위"를 영업비밀 침해행위중 하나로 규정하고 있는데 당해 계약에 비밀유지의무가 명백히 규정되어 있어야 하는지 여부에 대하여 아무런 언급을 하고 있지 않다.

따라서 종업원의 비밀유지의무의 발생근거에 대한 해석상의 문제가 발생하게 되는데 특히 계약기간 만료후의 영업비밀 사용이나 공개까지도 영업비밀 침해행위로 보아야 하는지가 경쟁업종취업금지와 불가피한 사용이론에 있어서 문제된다.

### 1.비밀유지의무의 발생관련 학설

#### 가.계약관계설

종업원의 비밀유지의무는 고용주와 종업원사이에 특별히 체결한 영업비밀 유지 약정 등에 의해서만 발생한다는 견해이다. 여기에서 "계약"이라함은 서면계약만을 가리키며 다수당사자를 구속하는 계약관계도 인정되고 특별한 형식이 요구되지는 않는다고 한다. 다만, 계약 내용에 있어서 영업비밀의 내용, 기간, 지역 등을 명시해야 하며 필요최소한의 범위에 그쳐야만 한다고 본다.

#### 나.신뢰관계설

종업원의 영업비밀 유지의무는 반드시 명시적인 비밀유지 계약에 의해서만 발생하는 것이 아니라 사용자와의 신의성실관계에 의해서도 당연히 발생할 수 있다는 견해이다. 사용자의 영업비밀은 막대한 연구개발비와 많은 지적 창작노력은 물론 오랜시간을 들여 창출한 무체재산이고, 이를 종업원에게 제공하는 것은 신뢰를 바탕으로 한 것이기 때문에 종업원은 사용자의 신뢰에 반하여 영업비밀을 부정한 목적으로 사용해서는 안된다는 것을 그 논거로 한다.

#### 다.절충설

종업원의 비밀유지 의무는 원칙적으로 비밀유지에 관한 약정에 의해서 발생하나 예외적으로 일반 고용계약 등에 의해 형성되는 신의성실관계에 의해서도 발생할 수 있다고 본

다. 반드시 계약에 의할 필요는 없고 묵시적인 합의만 있으면 충분하다고도 한다. 이 견해가 타당하다 생각된다.

#### 라. 검토

비밀유지계약을 체결한 종업원의 경우는 위의 어떤 견해를 따르더라도 비밀유지의무가 발생하는데는 의문의 여지가 없게 된다. 하지만 비밀유지의무의 범위가 너무 광범위하게 규정되어 있어 무효가 되는 경우가 발생할 수 있다.

비밀 유지계약을 체결하지 않은 경우에는 신뢰관계설과 절충설의 견해에 따라 시에만 비밀유지의무의 발생을 인정할 수 있다. 독일의 경우 재직중의 근무자에 대해 노동관계의 부수적 의무로서 충실의무를 인정하고 동 의무의 일부로서 비밀유지의무(Verschwiegenheitspflicht)가 존재한다고 한다. 또한 재직중의 임원은 비밀유지 계약을 체결하지 않은 경우에도 상법상의 선관주의의무, 충실의무, 경업금지의무를 부담하므로 이에 기해서 비밀유지의무가 발생한다고도 볼 수 있다.

다만, 명시적인 비밀유지의무 계약이 없으면 종업원이 지켜야할 구체적인 비밀유지의무의 범위가 어떠한 것인지 불분명하게 될 것이기 때문에, 영업비밀 보유자가 주장하는 영업비밀 침해행위가 그러한 묵시적 비밀유지의무의 범위 내에 속하는 것이라는 점을 입증하기 어려운 경우도 발생할 수 있다. 이 경우에는 근로기간이나 종업원의 직무 등의 전반적인 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

## 2. 퇴직 후의 영업비밀유지 의무와 경업금지의무

### 가. 퇴직후의 영업비밀유지의무

계약관계에 의해 업무상 프로그램을 개발하던 자가 계약관계 종료 후에도 업무상비밀유지의무가 지속되고, 업무상 지득한 영업비밀에 해당하는 내용을 사용할 수 없는 것인가의 문제가 있다. 사용자와 종업원간의 명시적인 퇴직 후 비밀유지계약이 체결되어 있는 경우에는 사용이 금지된다고 보는 것이 당연하다. 명시적인 약정이 없는 경우에도 신의성실의 원칙에 따라 영업비밀유지의무를 부담한다고 볼 수 있지만, 이 경우에는 합리적인 범위를 넘은 제한의 경우 민법 제 103조, 제 104조 위반으로 무효라고 봄이 타당하다.

퇴직 후의 비밀유지의무의 범위에 있어서 고용주가 본래 가지고 있던 영업비밀 뿐만 아니라 종업원이 근로계약기간 중 근로의 일부로서 개발하게 된 영업비밀에까지도 퇴직 후 비밀유지의무가 적용되는 것으로 해석되고 있고, 나아가 당해 종업원이 근로계약 기간 중의 여가시간을 이용하여 개발한 결과물도 근무지에서 고용주의 시설을 이용하여 개발된 것인 한 퇴직 후 비밀유지의무의 적용대상이 된다고 판시한 사례도 있다.

### 나. 경업금지의무

종업원의 직업선택의 자유는 헌법 제 37조 제 2항에 의해 보호되는 것으로, 이를 제한하기 위해서는 법률에 의하여야 하고, 그 경우에도 본질적인 내용을 침해할 수는 없다. 부정경쟁방지법 제 2조 제 3호는 영업비밀 침해행위 유형의 하나로 “계약관계 등에 의하여 영업비밀을 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위”를 규정하여 이를 금지하고 있다. 이 범위에 한해서 영업비밀유지의무에 의한 직업선택의 자유의 제한, 즉 경업금지의 약정이 유효할 것이다. 따라서 합리성을 상실할 정도의 경업금지약정은 민법 제 103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률행위로 무효라고 한다.



### 3.비밀유지의무 위반의 효과

부정경쟁방지법에서는 영업비밀침해행위를 일정한 경우에 처벌되도록 규정하고 있는데, 기업의 임원 또는 직원으로서 그 기업에 유용한 기술상의 영업비밀을 정당한 이유 없이 제 3자에 누설한자, 기업의 임원 또는 직원이었던 자로서 부정한 이익을 얻거나 그 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 기술상의 영업비밀을 계약관계 등에 의하여 비밀로 유지하여야 할 의무에 위반하여 제 3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하며(제18조 제2항), 징역형과 벌금형은 병과할 수 있다고 한다.

#### 가.고용 존속중의 위반효과

종업원이 고용존속 중에 영업비밀유지의무를 준수하지 않으면 성실의무위반에 따른 정당한 해고사유가 되고, 고용계약상의 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 된다. 또 부정경쟁방지법에 따라 영업비밀유지의무를 위반한 종업원은 고용주에게 손해배상 책임을 지는 것은 물론(부정경쟁방지법 제 11조), 고용주는 종업원을 상대로 영업비밀유지의무의 이행 등을 청구할 수 있다.(동법 제 10조) 또한 동법 18조는 이에 대한 위반의 효과로 형사처벌도 규정하고 있다.

#### 나.퇴직 후의 위반효과

고용계약상의 경업금지의무 불이행 등에 따른 계약책임에 의하거나 영업비밀보호법에 따라 손해배상 책임이 있고(영업비밀보호법 제 11조), 고용주는 영업비밀침해금지청구나 예방청구를 할 수 있다.(동법 제 10조). 그리고 동법 18조에서 형사처벌을 규정하고 있는데, 이 경우에는 고용존속 중의 종업원과 달리 목적범으로 판단하여 범죄가 성립하기 위해서는 부정한 이익을 얻거나 그 기업에 손해를 가할 목적이 필요하다고 한다.

#### 다.문제점

현행 부정경쟁방지법에 의하면 전현직 임직원만이 주체가 될 수 있어 3자의 영업비밀침해에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 영업체와 임직원관계를 맺지 않은 제 3자의 침해에 대해서는 공범규정을 적용하여 해결할 수 밖에 없는데 제 3자가 임직원을 도구로 이용한 경우에는 신분관계 없는 제 3자에 대해서 간접정범규정을 적용할 수 없다(형법 제 34조)는 문제점이 있다.

#### 라.검토

이와 같은 규정상의 문제점은 특히 복제성이 뛰어난 컴퓨터프로그램소스에 있어서 더욱 문제될 수 있고, 오픈소스소프트웨어의 경우 소스를 얻을 수 있는 방법이 다양하므로 이에 대한 대책마련이 필요한 실정이다. 하지만 GNU/GPL을 따른 소스의 경우에는 비밀관리성이 부정된다면 이에 대한 문제가 발생할 수 없다. 또, 리버스엔지니어링은 허용되고, 기존의 공개 소스를 개량할 경우 반드시 동일한 결과물이 나올 필요는 없고, 오히려 동일한 결과물이 나오는 것이 불가능하므로 기존소스를 개량한 경우에도 영업비밀침해의 문제는 발생할 수 없다고 할 수 있다.

## 第 3 節GNU/GPL 적용 프로그램의 영업비밀유지의무의 대상성 여부

### 1. GNU/GPL과 영업비밀성의 상충

영업비밀로 인정되기 위한 요건으로는 비공지성, 비밀관리성, 경제적 유용성의 요건이 필 요함은 앞서 살펴본 바와 같다. 이중 GNU/GPL의 사용허락내용과 감염성에 의해 비공 지성의 요건이 부정되기 때문에 GNU/GPL 적용 소스는 영업비밀이 되지 못한다. GPL은 저작권을 포기하는 것이 아니라 배른협약 등에 의해 법적인 구속력을 갖게 되기 때문이 다. 이에 대해서는 엘림넷 대 하이온넷 사건에 대해 FSF에서 서울지방법원에 제출한 이 벤 모글렌의 의견서에서도 주장되고 있는 사항이다.

### 2. 퇴직 후의 영업비밀유지 의무와 GNU/GPL

GPL 적용 소스의 영업비밀성이 인정되지 않으므로 GPL로 결과물을 공개했거나, GPL로 공개된 소스를 사용하여 개발한 소프트웨어의 경우 역시 영업비밀에 해당한다고 볼 수 없을 것이다. 따라서 GPL 적용 소스의 경우, 사용자의 의사에 반해서 GPL로 공개한 경 우는 별론으로 하고, 퇴직 후 영업비밀유지의무가 발생하지 않는다고 봄이 타당하다.

### 3. 판례의 입장

아직까지 국내에서 GNU/GPL이 법적인 문제로 발전한 경우는 많지 않다. 주된 이유로는 FSF에서 주로 합의를 통해 GNU/GPL을 준수하겠다는 약속을 받고 이를 이행하는 선에 서 해결되는 경우가 많았기 때문이고, 대부분의 경우 영업체들은 신의칙 및 일반적인 도 덕률, 그리고 저작권법을 위반한다는 사실에 대한 인식을 하고 있고, 이같은 사실이 밝혀 질 경우 업체의 이미지 문제 등 득보다는 실이 많다는 판단에 이를 준수하는 선택을 해 왔기 때문이다.

그렇기 때문에 2005고단2806 서울지방법원의 판결은 몇 안되는 국내 판례중의 하나로 중요하다. 이 판결에서 재판부는 “ETUND는 비록 공개된 소프트웨어인 VTUND를 기반 으로 개발된 것이라 하더라도 엘림넷에 의하여 중요한 기능이 개량 내지 향상되었을 뿐 아니라, 비밀로 유지, 관리되고 있는 기술상의 정보로서 일반적으로 알려져 있지 아니한 것임이 분명하고, 영업비밀로 보호받을 독립된 경제적 가치 또한 충분히 인정된다 할 것 이며(피고인 한OO 스스로도 검찰에서 ETUND 중 새로운 아이디어가 추가된 부분은 엘 림넷의 소유라고 생각한다고 진술하였고, 피고인 박OO도 검찰에서 엘림넷의 기술을 이 용한 것이 개발기간을 2개월 정도 단축한 효과는 있다고 진술하였음), 이른바 오픈소스 운동을 전개하고 있다는 자유소프트웨어재단의 GPL 라이선스 규칙이 이 사건에 있어서 어떠한 법적 구속력이 있다 할 수 없으므로, 결국 피고인들의 주장은 이유 없다.”라고 하 여 GNU/GPL의 법적구속력에 대해 부정하는 듯한 주문을 내렸다. 이에 대해 FSF 및 오픈소스공동체의 비판이 많았다. 생각건대, 재판부는 GNU/GPL을 명확히 부정하였다기 보다는 논점을 회피한 것으로 판단된다. 왜냐하면 판결이 내려진 시점에서 엘림넷과 하 이온넷 양측은 FSF와의 합의를 통해 GNU/GPL을 준수할 것을 약속하였고, 소스를 공 개함으로써 이를 이행하여 GNU/GPL이 해당사건의 주문에 어떤 영향을 줄 수는 없는 상 태였기 때문이다. 하지만 GNU/GPL적용 프로그램 소스를 개작한 경우에 개작한 부분만 큼을 영업비밀로 볼 수 있다고 한 것은 GNU/GPL의 취지 자체를 몰각하는 효과를 나타 내어 결국은 원저작권자의 권리가 지켜지지 못할 우려 역시 내포한다고 할 수 있다.

### 4. 검토

GNU/GPL의 경우 오픈소스이기 때문에 그 자체가 영업비밀이 되지 못한다는 것은 비공

지성의 요건을 충족하지 못하므로 당연하다. 하지만 이를 개작한 소스의 경우에도 그런 한가 하는 부분에서 다름이 있다. 먼저 GNU/GPL의 감염성 조항에 따르면 수정된 소스 역시 GNU/GPL을 따를 것이 강제되는데 이 경우에는 역시 소스를 공개해야 하므로 비공지성의 요건을 충족하지 못해 영업비밀이 될 수 없다고도 볼 수 있다. 하지만 재산성의 요건을 강하게 적용한다면 소스를 개작하여 경제적 가치를 더한 경우에 더해진 부분만큼을 영업비밀로 보호할 수 있다는 의견이 있다. 하지만 생각하건데 GNU/GPL적용 소스를 반드시 사용할 필요성이 없고, 리버스엔지니어링과 같은 기능을 하는 다른 코드의 프로그램의 작성을 금지하지도 않으므로 GNU/GPL을 준수하지 않고 해당 소스의 기능만을 이용할 수는 없고 필요하다면 다른 소스를 개발해서 적용하여야 할 것이다. GNU/GPL적용 소스를 이용함으로써 영업체가 연계 되는 시간상, 개발비용상의 이익만큼 원저작자의 권리가 침해되는데 원 저작자를 보호하지 않으면서 이익을 얻은 자가 그 위에 더해진 자신의 노력만을 법적으로 보호 받고자 하는 것은 신의성실의 원칙에도 어긋날 뿐 아니라 스스로 위법행위를 한 자가 법의 보호를 청하는 이율배반적인 상황이 되기 때문이다.

또한 경영상의 비밀도 영업비밀에 해당하므로 이 소스를 영업비밀로 보호할 수 있다는 견해도 있지만 이 역시 타인의 재물을 절취하여 자신의 금고에 넣어 놓고 소유권을 주장하는 것으로써 허용될 수 없다.

그러므로 GNU/GPL적용 소스를 수정하여 영업에 사용할 경우에도 영업비밀의 요건은 충족되지 않으며 따라서 이를 통한 영업비밀준수의무 위반 문제는 발생할 수 없다. 하지만 필요한 경우 영업체는 사원을 대상으로 고용계약위반이나 경쟁업체취업금지계약 등의 이행의무 불이행을 이유로 채무불이행소송을 통해 유사한 만족과 보호를 얻을 수는 있을 것이다. 하지만 이 경우에도 소스자체를 영업비밀로 보호하여 회사의 재산으로 하는 것은 불가함이 타당하다.

## 第 4 章 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 GNU/GPL은 현행법상 저작권법, 컴퓨터프로그램 보호법에 의해 보호를 받을 수 있고, 베른협약과 UR/TRIPs에 의해 국제적으로 보장받고 있다. 또한 GNU/GPL의 특성상 강한 감염성과 2차적 저작물에 대한 일정한 제한을 가하고 있는데, 이 역시 인정될 수 있는 범위 내라고 할 수 있다.

GNU/GPL은 소스 코드의 공개를 규정하고 있기 때문에 GPL적용 소프트웨어의 경우는 영업비밀이 될 여지가 없다. 따라서 GPL소프트웨어에 대한 영업비밀유지의무 위반의 문제는 발생할 수 없다.

오픈소스소프트웨어는 이미 넓은 저변을 확보하고 있고, 그 영역이 늘어나는 속도 또한 점점 더 빨라지고 있기 때문에 법적인 문제점이 발생할 가능성 또한 더욱 커지고 있다. 이에 GPL의 의의를 탐색하고 그 적용 가능성을 연구하는 일의 중요성은 앞으로 더욱 커질 것이라 생각된다.

정보는 공유되어야 한다는 copyleft운동의 주장을 생각하며, 저작권법의 목적을 생각해 보면, 문화발전을 위해서 독점적 개발방식과 개방적 개발방식 중 어느 것이 더욱 목적에 부합할 것인가를 판단하는 것은 어려운 일이 아닐 것이다. 더구나 현재에는 소프트웨어 시장에서 독점적 소프트웨어의 역할이 절대적인 부분을 차지하고 있고 이에 대한 수정 및 분석 등이 불가능하기 때문에 소스코드가 법률과 같은 힘을 가지는 경향마저 보이고 있다. 따라서 오픈소스운동에 대한 법적 보호를 통해 이와 같은 문제점을 시정할 것을

생각해 볼 일이다.

또한 원저작자의 권리를 보호하지 않으면서 자신의 노력이 투하된 부분에 대해서는 영업 비밀임을 주장하는 것 역시 인정하기 어렵다. 이는 스스로 법을 어긴 자가 다시 법의 보호를 요청하는 권리남용에 해당할 것이기 때문이다.

GNU/GPL적용 소스의 경우 비밀관리성이 부정되므로 영업비밀침해문제 자체가 발생할 여지가 없다. 하지만 이에 대해서는 반대의견 역시 존재하는데 판례도 저작자가 개작한 부분에 대해서 영업비밀성을 인정하고 있어 일반적인 논의와 동떨어진 내용의 판결을 내린 바 있다.

이처럼 소스코드의 독점에서 기인하는 부작용을 시정하고 원저작권의 보호와 부도덕한 영업체의 무임승차를 방지하고, 기술혁신을 조장하기 위해 GPL 및 OSS에 대한 재고가 필요한 시점이다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 황의창, 「지적재산권법」, (서울: 법지사, 2001년).
- 황의창, 「지적재산권법」, (서울: 법지사, 2001년).
- 오승종외1, 「저작권법」, (서울: 전영사, 2005).
- 윤선희, 「영업비밀개설」, (서울: 법경출판사, 1991).
- 양영준, 「지적재산권법 강의」, (서울: 홍문사, 1997).
- 황의창, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호법, (서울: 세창출판사, 2004년).
- 황의창, 「부정경쟁방지법」, (서울: 세창출판사, 1996).
- 황의창, 「영업비밀」, (서울: 육법사, 1992).
- 정갑주 “노우하우(know-how)의 보호”. [지적소유권에 관한 제문제 (상)], (서울: 법원행정처, 1992).

### 2. 논문

- 한상훈, “영업비밀의 형사법적 보호와 문제점”, (서울: 한국형사정책학회, 2000), 형사정책 12권 2호
- 주영훈, 「소프트웨어 관련 지적재산권의 보호와 오픈소스운동에 관한 연구」, 연세대석사논문.
- 박영준, 「오픈소스 소프트웨어활용에 있어서의 법적 문제에 관한 연구」, 연세대석사논문.
- 송성현 외 2인, 「컴퓨터프로그램보호법 축조연구」, (서울: 서울대학교 출판부, 1989).
- 임동선, 「기업체 종업원 등의 영업비밀 유지의무에 관한 연구」, 연세대 석사논문, 2000.
- 황의창, 「영업비밀 중심시대에 기업의 대응」, (서울: 발명특허협회, 1994), 발명특허 제 221호.
- 김찬진, 영업비밀보호에 관한 연구, 전남대석사학위논문.
- 황의창, “영업비밀 유지의무에 관한 「계약관계 등」이란? (1)”, 「발명특허」 2

15, 1994.1.

· 최동배, 종업원의 영업비밀유지의무, 서울대석사학위논문 2000.

### 3.인터넷자료

· Free Software Foundation, GNU General Public License, Preamble, (2006년 5월 11일 방문), <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>

· FSF, FSF가 기여자들로부터 저작권을 양도받는 이유, (2006년 5월 11일 방문), <<http://www.gnu.org/licenses/why-assign.ko.html>>

· Eben Moglen, GPL은 법적 강제성을 갖고 있는가? (2006년 05월 12일 방문), <<http://korea.gnu.org/documents/copyleft/enforcing-gpl.html>>

· Eben Morgelen, 자유소프트웨어재단 법률 대리인 의견서 <<http://korea.gnu.org/gv/VTUN-letter.pdf>>