韓國SI學會誌
第5卷 第1號
2006年 5月

소프트웨어산업진흥법의 개선방향에 관한 연구

최 창 렬*

A Study on Reform Scheme of Software Industrial Promotion Law

Chang-Ryeol Choi*

■ Abstract ■

It is necessary to systematically explore the reform plans of the Software Industrial Promotion Law to systematically a representative high-added value future knowledge-based industry, software industry. The current Software Industrial Promotion Law provides only one provision on software business contract procedures, and the Civil Code, the National Contract law or Subcontract Fairness Law regulate other things, so the features of software industry are not properly reflected. To the contrary, the Information Communication Construction Law or the Construction Basic Law effectively prevent disputes by providing material and detailed provisions. Therefore the current software industry needs to be shifted from promotion to fundamental one. That is, as the software industry takes up a large portion at present, so the law should have basic procedural provisions. Also the National Contract Law governs only the contract procedures of public sector, so there should be business performance procedural provisions to regulate the software business formalities of civil sector. And the National Contract Law controls the sale, construction and service of articles at separate contract procedures, but software business contains construction and service characters simultaneously, so there should be business performance procedures fit for software business. Thus this study presented the legislative need and bill on the performance procedures of software business.

Keyword : Software Industry, Software Contract, Subcontracting, Software Project

* 동국대학교 법과대학 조교수, 법학박사

1. 서 론

오늘날 IT산업이 우리 경제에서 차지하는 비중이 증가되고 산업발전을 선도하는 역할을 수행하게 됨에 따라 우리나라에서는 1996년부터 정보화촉진기본법을 제정하여 시행하고 있다. 정보화 사회의 발전이 가속화되면서 컴퓨터하드웨어나 네트워크장비와 같은 유형적 요소의 기반위에서 이들을 운영하고 조직하는 프로그램이나 운영체제의 중요성은 더욱 부각되고 있다.[1] 특히, 소프트웨어산업은 대표적인 지식기반산업이자 고부가가치 산업으로서 연구개발의 집약도가 전체 산업평균의 4배에 이르며 전문인력 중심의 고용효과가 높아 고급두뇌인력의 수요를 창출하는 산업이라 할 수 있다.[2] 더구나 공공투자의 증대, 기업들의 IT아웃소싱의 확대, 인터넷기법의 증대, 기업용 소프트웨어 시장의 확대 등으로 소프트웨어산업은 그 자체로서 뿐만 아니라 결합되어 있는 제품의 부가가치를 높여 타산업의 경쟁력을 강화시킴과 아울러 디지털화를 통해 산업구조의 고도화를 견인하는 역할을 한다.[3] 1990년대 이후 선진 각국에서는 IT투자의 급증, 특히 소프트웨어산업에 대한 투자비중이 현저히 증가하고 있으며, 21세기의 경제에 있어서 부가가치의 원천이 유형자산에서 고부가가치의 무형자산으로 변화되어 가는 추세에 비추어 볼 때, 소프트웨어산업은 새로운 경제성장을 견인하는 엔진으로 파악되고 있다.

우리나라에서도 소프트웨어산업은 IT산업 중 가장 빠르고 역동적으로 성장하는 산업[4]으로 다른 산업의 생산성과 효율성을 제고하는데 있어서 가장 효과적인 특성을 갖고 있음을 보여주고 있다. 특히, 소프트웨어산업의 부가가치 창출비율은 60.7%로서 일반적인 제조업(27.4%)이나 서비스업(50.1%)에 비하여 월등히 높을 뿐 아니라, 제조업에서 중국 등의 경쟁국의 부상에 따라 새로운 고용창출 및 수출산업으로 적극 육성할 필요가 큰 산업이라 할 것이다.[5] 국내 소프트웨어산업 시장은 2000년도 7조원 규모에서 2005년 37조원으로 연평균 성장률이 32.2%의 성장률을 보이는 거대시장으로 성장하고 있다.[6]

그러므로 우리나라에서도 소프트웨어산업 발전의 기반을 조성하고 소프트웨어산업의 경쟁력을 강화하고자 1988년부터 시행하여오던 소프트웨어개발촉진법을 전면 개정하여 2000년부터 소프트웨어산업진흥법을 시행하고 있다. 그런데 소프트웨어산업진흥법은 산업발전단계 중 초기단계에서의 산업발전여건을 조성하기 위한 진흥법적 성격을 탈피하지 못한 채 주로 선언적 성격의 규정들이 큰 비중을 차지하고 있다. 따라서 소프트웨어사업을 위한 구체적인 절차에 관하여는 일반법적 절차에 관한 규정이 적용되게 된다. 즉, 공공부분에서의 계약절차에 관하여는 국가를 당사자로 하는 계

1) 소프트웨어에 관하여 프로그램 소프트웨어만을 의미하는 경우도 있으나 오늘날에는 소프트웨어산업의 발달에 따라 프로그램 소프트웨어는 주로 패키지 소프트웨어를 의미하는 경우가 많고(패키지 소프트웨어도 주로 자본재로서의 소프트웨어이고 소비재로서의 디지털 콘텐츠나 부품의 투입요소로서의 임베디드 SW 등도 포함되어야 함), 정보재로서의 소프트웨어와 서비스로서의 소프트웨어가 결합된 SI사업, 서비스유지 관리부분인 SM사업까지 포괄되어야 한다.

2) 김중한, "소프트웨어산업에서의 중소기업지원정책연구", 『한국SI학회지』, 제2권, 1호(2003. 5.), p.3.

3) 하드웨어산업은 초기개발에서 표준화에 이르면 경쟁이 심화되어 수익성이 약화되는 특성이 나타나는 반면, 소프트웨어산업은 표준화과정을 거치면서 네트워크효과와 록인(lock-in)효과에 의해 자연독점이 나타나므로 하드웨어와는 반대로 수익성이 극대화되는 특성이 나타난다.

4) 세계 상위10대 IT장비기업의 성장률이 1%대임에 비하여 상위 10대 SW기업의 성장률은 6%대를 점하고 있어 소프트웨어산업은 네트워크경제, 디지털경제로 급속하게 변화해가는 세계경제에 있어서 부를 창조하는 핵심요소로서 국가의 중추기간산업으로 부상해가고 있다(정보통신부, 『2005년도 SW산업육성계획안』, 2005, p.1.).

5) 산업별 고용계수(매출액 1억원, 명)가 통신업 0.25, 제조업 0.06에 비하여 소프트웨어산업은 0.62에 달한다(정보통신부, 전게서, p.1.).

6) 한국소프트웨어저작권협회, 『SI산업 활성화 방안』, 2005, p.1.

약에 관한 법률(이하 국가계약법이라 함)이 적용되게 되는데, 국가계약법에서는 소프트웨어사업을 지식기반사업으로 보아 협상에 의한 계약절차에 의할 수 있도록 하고 있지만, 전체적으로 보아 소프트웨어사업의 특수성을 충분히 반영하기에는 미흡한 점이 없지 않다. 한편 소프트웨어사업 수행을 위한 도급계약에서의 불공정문제에 관하여는 하도급공정화에 관한 법률(이하 하도급공정화법이라 함)에 의해 규율되고 있는데, 이 역시 소프트웨어사업절차를 규율하기 위한 규정이라기보다는 하도급에서의 공정성을 확보하기 위한 법규의 성격이 강하다. 한편, 민간부분에서 이루어지는 소프트웨어사업계약에 관하여는 공정거래위원회가 제정하여 고시한 소프트웨어사업 표준하도급계약서를 사용할 수도 있지만, 그 사용여부가 임의적이어서 소프트웨어사업절차를 체계적으로 규율하는 데에는 한계가 있다. 그러므로 현재의 법적 시스템하에서는 소프트웨어사업에 관한 절차에 관하여는 국가계약법, 하도급공정화에 관한 법률, 민법 등의 체계적 해석을 통해서 규율할 수밖에 없다. 이에 비하여 건설업이나 정보통신공사업에 관하여는 건설산업기본법과 정보통신공사업법에서 그 사업수행의 절차와 책임에 관한 상세한 규정을 마련하고 있어 사업수행결과의 품질수준을 담보할 뿐 아니라 당사자 사이의 분쟁을 사전에 예방하고 있는 것과 대비되고 있다.

이하에서는, 소프트웨어사업의 특성을 살펴본 후 소프트웨어산업진흥법에서 사업절차에 관한 구체적 규정의 필요성을 검토해 본다. 그 후 건설산업기본법이나 정보통신공사업법상의 규정들을 참고하여 소프트웨어산업진흥법의 소프트웨어사업 절차에 관한 개정방향에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 소프트웨어사업계약의 특성

2.1 사업수행의 진전에 따른 계약내용의 구체화

소프트웨어사업은 고객의 요구사항이 처음부터 명확하게 정의되지 않는 경우가 많다. 도급인이 구체적인 사업내용을 확정하고 그 결과의 완성을 이룰 것을 처음부터 계약서에 명확하게 확정하여 계약을 체결하는 경우도 있지만, 대개는 추상화된 요구사항이 사업수행단계가 진행됨에 따라 점점 구체화되고 다양화되는 경우가 많다.[7] 따라서 계약 당시 계약의 목적물도 특정되지 않는 경우가 많고, 막연히 '종합정보시스템'이라고 표시되는 사례도 있다. 이와 같이 계약의 목적이 계약 당시에 명확하게 정의되기 어렵고 사업이 진행되면서 요구사항이 발전되고 구체화되기 때문에 100%의 완전한 산출물을 납품할 수 없으며 지속적인 유지보수를 위한 개선작업이 필요하게 된다.[8]

이로 인하여 많은 소프트웨어에 관한 법적 규율에 곤란한 점이 초래되기도 한다. 먼저 채무불이행이 되었는지를 판단하기 위한 채무의 이행상태를 확정하기가 어렵다는 점이다. 또한 유지보수와 하자보수의 경계가 불분명해지며 검수와 관련하여 많은 분쟁이 발생할 소지도 있다.[9] 그리고 도급인의 요구사항이 수시로 추가됨으로써 이를 새로운 계약으로 처리해야할 것인지 원래의 계약의 내용으로 파악해야 할 것인지를 결정하기가 곤란한 경우도 있다. 따라서 납기의 지연과 이를 계약금액에 어떻게 반영하여야 하는 문제가 발생한다. 즉, 지체상금을 어떻게 결정할 것인가의 문제와 사업의 대가를 반영하여 과업내용조정에 따른 계약금액의 변경의 문제가 발생할 소지가 있는 것이다.

따라서 수급인이 도급인이 의욕하는 사업의 목적물의 설치목적을 이해한 후 그 설치목적에 맞는 설계도서를 작성하고 이를 토대로 사업을 수행하며 그 성능을 보장하여 결과적으로 도급인이 의욕한 사업목적을 이루게 하는 설계·시공일괄입찰방

7) 계경문, "SI계약의 법적 성격에 대한 연구", 『한국SI학회지』, 제2권, 제2호(2003. 11.), p.32.
8) 김현수, "SI 사업 계약제도 개선연구", 『한국SI학회지』, 제1권, 제1호(2002. 11.), p.31.
9) 김현수, "SI프로젝트계약 및 수행 개선 이슈 분석", 『한국SI학회지』, 제2권, 제1호(2003. 5.), p.3.

식(turn-key Base)에 의한 도급계약이 유용성을 나타내기도 한다. 국가계약법 제79조 1항 5호에서도 일괄입찰이라 하여 이를 인정하고 있다. 이와 같은 일괄입찰방식에 의한 사업수행은 설계변경이 자유롭고 다양한 재료나 새로운 방법의 적용으로 기술개발이 활성화된다는 장점이 있지만, 정확한 계약금액을 산정하기 어렵다거나 도급인인 요구한 성능을 검증하기가 곤란하다는 측면도 있다.[10]

2.2 경로의존적 계약

소프트웨어사업은 경로의존적 성격(path dependency)이 크며, 이에 따라 상위계약에 의해 하위계약들이 구속되는 특성이 있다.[11] 따라서 앞 단계에서의 특정한 기술과 설계가 채택되어 있으면 이후의 사업단계에서는 그 기술과 설계에 가능한 대안 외에는 다른 대안은 선택될 수 없게 된다. 비록 더 좋은 대안이 존재하더라도 전체 사업을 역으로 되돌릴 수 없기 때문이다. 물론 전체를 새롭게 시행하는 방법도 있지만 대부분의 경우에는 이미 이루진 기성고에의 의존성이 커서 높은 비용의 발생위험 때문에 새롭게 되돌릴 수 없는 경우가 대부분이다. 따라서 일반적인 계약제도에서 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 당사자를 구제하는 방법으로 사용되는 계약을 해제하거나 손해배상을 통해 금전적 보상을 받는 방법보다는, 급부를 도급인의 요구에 맞도록 과업내용을 조정하거나 유지보수 및 하자보수를 통해 시스템을 계속 사용할 수 있도록 하는 것이 더욱 중요하게 된다. 그런데 국가계약법에서는 가격변동에 따는 계약금액조정이 인정되고, 건설사업에서도 설계변경으로 인한 계약금액조정을 인정하기가 비교적 용이하지만, 소프트웨어사업에서는 처음부터 계약의 목적인 과업내용의 확정도 용이하지 않고 사업내용의 진전에 따라 구체화되는 특성으로 말미암아 과업내용의 변경에 따른 대가조정을 위한 제도정비가 용이하지 않다는 특성이 있다.

2.3 도급 계약

소프트웨어사업계약은 우리 민법상의 전형계약 중에서 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약에 속하는 것이 대부분이다. 임베디드 소프트웨어나 패키지 소프트웨어의 구매계약 같은 경우에는 매매계약에 속하는 경우도 있지만, 특정의 내용의 발주를 하고 그에 맞추어 프로젝트를 수행하는 대부분의 소프트웨어사업계약은 도급계약의 형태를 띠게 된다. 따라서 소프트웨어사업은 비반복적이며 단발계약으로 끝나는 단품주문생산의 형태를 띠기 때문에 일반 공산품처럼 표준화된 제품이 아니라 소프트웨어사업마다의 고유성·특수성이 나타나므로 거래비용이 높아지는 수주산업의 특성이 나타나고 있다. 왜냐하면, 거래비용은 거래 목적의 특이성이 높을수록, 거래관계가 복잡할수록, 생산기간이 길수록, 예측불가능한 상황이 높을수록 거래비용이 높아지게 되기 때문이다.

도급계약에서는 도급인은 수급인에게 하자에 대한 담보책임을 추궁할 수 있는데 도급인은 완성된 목적물이나 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 상당기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있고(민법 제667조 1항), 하자의 보수에 갈음하여 또는 하자의 보수와 병행하여 손해배상을 청구할 수도 있다(민법 제667조 2항). 또한 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약목적을 달성할 수 없을 때에는 계약을 해제할 수 있다(민법 제558조). 그러나 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 하자담보책임을 추궁하거나 계약을 해제하는 것이 허용되지 않는다. 다만, 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 경우에는 하자담보책임을 추궁하거나 계약

10) 이범상, 『건설관련소송실무』, 제1판, 법률문화원, 2004, p.54.

11) 김중한, 임규건, 신재식, 권문주, 박성용, 『도급·하도급제도 개선방안 및 과업내용변경에 따른 계약금액 조정연구』, 한국소프트웨어진흥원, 2004, p.49.

해지권을 행사할 수 있다(민법 제669조). 따라서 소프트웨어사업 수행 계약의 중간단계에서 지시나 감독을 하는 경우에는 그 지시나 감독 때문에 하자가 발생한 경우에는 하자담보책임을 추궁할 수 없다. 그러나 수급인은 대개 해당 분야의 전문가일 경우가 많으므로 지시나 감독의 부적당함을 알고도 이를 도급인에게 고지하지 않은 경우에는 하자담보책임을 부담하여야 한다. 이러한 하자담보책임은 무과실책임이므로 수급인이 고의나 과실이 없더라도 부담하는 책임이며 도급계약당시 하자담보책임을 부담하지 않는다는 담보책임의 면제의 특약을 하더라도 알고 고지하지 아니한 사실에 대하여는 담보책임을 부담한다(민법 제672조).

소프트웨어계약에서 수급인의 완성한 일의 완성품이나 완성전의 성취된 부분에 대하여 도급인은 중간단계에서 또는 완성단계에서 하자담보책임으로서 그 하자의 보수를 청구할 수 있을 뿐 아니라, 하자로 인하여 손해가 발생한 경우에는 손해배상을 청구하거나 계약자체를 해제할 수 있다. 또 수급인이 일의 착수를 게을리 하는 경우에 일을 착수하더라도 정해진 기일까지 일을 완수할 가능성이 희박한 경우에는 계약을 해제할 수 있다(민법 제545조).[12]

수급인은 일의 성질이나 당사자 사이의 특약에 의하여 수급인 스스로 노무를 제공하여 소프트웨어 사업을 완성하여야 하는 경우가 아닌 한 제3자를 사용하여 이를 완성하는 것도 가능하다. 제3자를 고용해서 일을 완성할 수도 있고 다시 하도급계약을 통해서 일의 전부나 일부를 완성시킬 수도 있지만, 일괄하도급을 무제한으로 허용하면 수급인의 사업수행능력을 전제로 도급계약을 체결한 도급인의 이익을 침해할 수 있으므로 일정비율이상의 일괄하도급을 규제할 필요가 있다. 수급인이 직접 소프트웨어사업을 수행하지 아니하고 제3자를 고용 또는 하도급에 의하여 일을 완성한 경우에는 그들의 고의나 과실에 의해서 이루어진 불법행위에 대하여는 수급인이 책임을 부담해야 한다.

또한 소프트웨어사업이 다양한 기술적 요소가 결합된 종합 가공산업으로서 원자재의 비중보다는 모든 것이 사람의 머릿속에서 나오는 노동집약적이 산업의 특성을 가지고 있다. 그리하여 도급인의 필요를 충족하기 위해 단 하나의 시스템을 만들기 위하여 생산기간이 비교적 장기간이고 반복생산이 어려운 경우가 많다. 그러나 생산기간이 장기간이라고 하여 급부가 시간적 계속성을 가져야 되는 것은 아니므로 이를 계속적 계약이라고 볼 수는 없다. 왜냐하면, 도급계약의 목적이 되는 급부자체의 완성기간이 길 뿐이지 급부자체가 시간적 계속성을 갖고 공급되어야 하는 것은 아니기 때문이다.[13]

2.4 기술력이 중시되는 사업

소프트웨어사업은 기업의 규모보다는 해당기업의 기술력이 사업의 품질을 좌우하므로 기업의 규모나 가격경쟁력만으로 사업수행자를 선정해서는 안 되는 특성이 있다. 즉, 소프트웨어사업은 일반적인 용역이나 공사와는 달리 중소소프트웨어사업자의 역할이 대형 사업자의 비용절감 및 저부가가치의 면을 해결하기 위한 차원이 아닌 계약목적물의 핵심가치를 제공하는 경우가 많다는 특성과 그 역할이 단순 노동력을 제공하거나 단품을 제공하는 하도급의 관계가 아니라 핵심기술력과 창의적 문제해결력을 제공하는 개발관계 또는 발전관계의 성격이 강하다고 할 것이다.[14] 따라서 국가계약법상의 일반적인 입찰제도의 원칙인 최저가입찰제도에 의해서는 사업의 품질수준을 보장할 수 없다. 그리하여 2003년부터 국가계약법 시행령 제43조의 2를 신설하여 소프트웨어사업을 지식기반사업으로 규정하고 지식기반사업에 대하여는 협상에 의한 계약체결 방법을 우선적으로 적용할 수 있도록

12) 계경문, 전게논문, p.33.

13) 곽윤직, 『채권각론』, 제6판, 박영사, 2004, pp.29-30.

14) SI산업연구협력반, 『SI산업경쟁력 강화를 위한 연구』, 한국소프트웨어산업협회, 2000, p.2.

하였다. 그러나 최고기술을 적정한 가격에 구입한다는 최고가치(best value)개념보다는 기술력 평가과정을 거친 후에는 가격입찰을 실시함으로써 저가의 낙찰을 유도하고 있는 측면이 있다. 이는 특정의 기술력을 명시적으로 규정하여 제한하기 어렵다는 측면과 공개경쟁입찰에서 주관성이 강한 품질수준에 대한 평가보다는 가격조건처럼 객관화하기 쉬운 것을 선호하는 경향과 밀접한 관련이 있다.[15] 그러나 사업수행능력이나 전문인력의 보유보다는 저가덤핑입찰에 의하게 되면 사업결과의 품질을 보장할 수 없을 뿐 아니라 그 폐해는 주로 상대적으로 재무상태가 취약한 중소기업에 미치게 된다. 따라서 소프트웨어사업에서 중소기업보호를 위한 특별한 법제도적 보호입법을 강구할 필요성이 더욱 요청되고 있다. 따라서 현행 소프트웨어산업진흥법에서도 중소소프트웨어사업자의 사업참여를 지원하기 위해 대기업인 소프트웨어사업자가 참여할 수 있는 하한을 정하여 그 이하의 사업에는 참여를 제한하고 있다(동법 제24조의 2).[16]

3. 소프트웨어산업진흥법의 개정의 필요성

3.1 체계적인 절차규정의 필요성

소프트웨어사업수행절차에 적합한 체계적인 절차규정을 마련함으로써 소프트웨어 사업의 품질향상을 제고하고, 계약당사자간의 분쟁의 가능성을 최소화할 뿐 아니라, 궁극적으로 사업수행절차에 관한 분쟁이 발생한 경우에 적절한 기준을 제시해 줄 필요가 있다. 소프트웨어사업수행절차에 관한 절차규정이 미비하여 국가계약법이나 하도급공정화법, 민법 등이 적용됨으로써 사업수행절차에 관한 분쟁의 소지가 많고 사업수행절차에 관한 구체적인 판단기준을 제시해 주기도 어려운 점이 있다. 국가계약법은 주로 물품이나 공사의 계약에 관하여는 자세한 계약절차를 완비하고 있지만 소프트웨어사업은 물품·용역·공사의 성격이 혼재되어 있으므로 국가계약법상의 물품이나 용역 또는 시공 어느 하나의 규정을 적용하게 됨으로 발생하는 혼란을 최소화하기 위해서는 소프트웨어사업의 특성을 반영한 소프트웨어사업수행절차에 관한 규정을 정비할 필요가 있다. 정보통신공사업법에는 사업수행절차에 관한 구체적인 시행절차가 마련되어 있어 소프트웨어사업의 성격과 정보통신공사업의 성격이 혼재된 경우에 발주자는 사업의 품질유지를 위해 정보통신공사업으로 발주하는 사례가 많으므로 장기적으로는 소프트웨어사업절차의 특성을 반영한 법제도의 정비가 필요하다.

3.2 민간부분의 소프트웨어사업에 관한 입법 규정의 필요성

국가기관 등이 발주자가 되는 경우에는 국가계약법에 의해 규율될 수 있지만, 민간인이 발주자가 되는 경우에 관하여 소프트웨어 산업의 특성을 고려한 규정을 도입할 필요가 있다. 전체 소프트웨어 사업의 70%이상이 민간부분이고 약 30%정도가 공공부분임을 고려할 때, 현행 소프트웨어산업진흥법은 공공부분만을 규율대상으로 하고 있어 기업 상호간의 도급계약에 관하여는 일반법에 의해 규율되므로 소프트웨어사업의 특수성이 충분히 반영되지 못한다는 한계를 지니고 있다. 민간부분의 소프트웨어사업에 관하여 1998년부터 시행된 공정거래위원회의 소프트웨어사업 표준하도급계약서[17]를 활용함으로써 분쟁예방을 도모할 수도

15) 김중한, "소프트웨어사업 하도급제도 개선에 관한 연구", 『한국SI학회지』, 제4권, 제2호(2005. 11.), p.35.

16) 미국에서는 중소기업우대조달제도(Small Business Act 15-g-1)을 두어 연방정부조달의 23%를 중소기업을 통해서 조달하는 방식으로 지원하고 있다(정보통신부, 한국소프트웨어진흥원, 『중소소프트웨어사업자 사업참여지원제도 해설서』, 2004, p.7).

17) 1998년부터 사용되기 시작하였고 2005. 9. 23.개정에서는 기술자료 예치제도(escrow)를 도입하여 수급사업자의 용역수행에 따른 기술자료를 당사

있지만, 그 사용여부가 임의적이어서 강제력이 없을 뿐 아니라 소프트웨어사업자들에게 효율적인 법적 수단이라는 인식의 부족으로 활성화되어 있지 못한 것이 현실이다.[18] 도급인과 수급인의 사회 경제적 지위의 격차와 소프트웨어사업을 수주해야 사업을 수행할 수 있는 불리한 입장에 있기 때문에 수급인이 도급인에게 적극적으로 표준하도급계약서의 작성을 요구할 수 없는 경우가 많다. 따라서 소프트웨어사업 수행절차에 관한 중요사항, 예를 들면, 대금지급사항, 계약보증금 및 하자보수보증금, 하자담보책임, 지체상금률, 손해배상책임, 검사 및 인도에 관한 사항들에 관한 주요사항이 추상적·포괄적으로 정해지거나 아예 흠결되어 민법의 적용을 받음으로써 결과적으로 수급인에게 불리하게 처리될 가능성이 있다. 따라서 당사자의 사용여부에 의해서 그 법적 강제력이 부여되는 표준계약서의 사용방법보다는 소프트웨어사업의 당사자에게 일반적으로 효력이 미칠 수 있는 소프트웨어의 사업절차에 관한 규정을 입법할 필요가 있다.

3.3 소프트웨어산업진흥법의 기본법으로의 성격변화 필요

소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어 산업의 초기단계에서 산업진흥을 위한 법으로 출발하여 기존의 법질서의 체계 위에 산업진흥을 위한 일부의 규정들이 산발적으로 포함되었으나, 이제는 소프트웨어산업 전체를 규율하기 위한 기본법으로 정착시킬 필요가 있다. 새로운 산업분야의 육성을 위해 초기단계에서는 관련법질서와의 정합성을 유지하기 위해 특별법적 성격의 진흥법을 제정함으로써 일반법에 해당하는 법질서에 혼란을 초래하지 않으면서도 관련 산업분야에 맞는 법적 규율을 도모할 수 있다. 그러나 해당 산업분야에 관한 비중이 커지고 그에 따른 분쟁의 소지가 증가할수록 사업수행절차에서 관련당사자들의 권리의무관계를 분명히 규율하고 불공정한 행위를 규제할 수 있는 법제도적인 정비가 반드시 필요하게 되는 것이다. 이는 특별법적 사항의 일반법화현상이라고도 할 수 있지만, 산업구조의 고도화에 따른 법제도의 정비라고 할 수도 있다. 특히 소프트웨어 사업은 연구개발 및 생산과정에서부터 일반 상품과는 현저한 차이를 보이고 있다. 즉, 제품의 라이프싸이클(life cycle)이 매우 짧고 새로운 시장이 계속 창출되며 업그레이드(upgrade)를 통한 지속적인 유지보수를 필요로 하는 특성을 보인다.[19] 따라서 유지보수와 하자보수의 구별, 하자보수의 기간이나 하자의 판정, 손해배상책임의 부담기간 및 책임주체 등에 관한 일반법적 규범을 정착시켜 나가야 할 필요가 있는 것이다.

또한 건설시공의 결과가 잘못된 경우에는 그 피해가 건물의 붕괴와 같이 가시적이고 구체적인 피해발생의 우려가 인식됨으로 인하여 건설시공에 관하여는 사업수행의 품질수준을 보장하기 위하여 건설산업기본법에서 그 구체적인 사업절차에 관하여 상세한 규정을 통하여 다양한 규제를 가하는 것에 대하여 거부감이 없다. 이에 비하여 소프트웨어사업은 무형의 지적 생산품이라는 안이한 인식에 소프트웨어사업수행에 관한 규제절차를 규정

자가 합의하여 정한 제3의 기관에 예치하고 일정한 조건이 발생한 경우에만 원사업자에게 열람·사용하도록 함으로써 중소기업에서 납품받은 조건으로 기술자료를 제출받아 경쟁회사에 넘겨 가격삭감 등에 활용하는 대기업의 부당한 기술자료 요구행위를 방지하는 제도가 도입되었다.

18) 2004년 10월의 실태조사에 의하면(김중한, 전게논문(주15), pp.37-38), 표준하도급계약서를 활용하고 있지 않은 업체가 37.5%로서 2001년의 조사에서의 37.3% 보다 전혀 나아지지 않은 상태라고 할 수 있다. 그 이유로는 표준계약서가 존재한다는 사실을 몰라서 라는 이유가 18.2%, 계약서가 현실에 맞지 않기 때문이라는 이유가 27.3%, 원사업자가 원하지 않아서라는 이유가 27.3%, 표준계약서 형식을 보유하지 않아서라는 이유가 18.2%.를 차지한다고 한다.

19) 최봉현, 김홍석, 김중현, 『소프트웨어산업의 비즈니스 모델분석』, 산업연구원, 2006, p.41.

하는 것에 대한 부정적 인식이 확산되어 있다. 그러나 오늘날 산업의 고도화 및 IT산업의 성장에 따라 산업현장 및 생활환경에서 소프트웨어사업이 핵심부분을 차지하게 됨으로써 소프트웨어사업의 하자는 곧바로 하드웨어를 포함한 제품이나 서비스 전체의 부실을 초래하게 됨으로써, 안전하고 우수한 제품수준의 유지를 위해서도 소프트웨어사업절차에 관한 법제도적 정비가 요구되고 있다.[20] 소프트웨어사업도 잘못된 시공으로 인한 사회경제적 피해와 파급효과가 막대함으로 말미암아 추상적인 진흥규정보다는 각 사업절차마다 도급인과 수급인의 권리와 책임소재를 명확히 하는 소프트웨어산업에 관한 기본법으로 그 법적 성격을 전환하는 개정을 도모할 필요가 있다.

4. 관련법규에서의 사업수행절차와의 비교

4.1 소프트웨어산업진흥법

소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어사업의 발주절차부터 하자보수단계까지 일관된 절차규정이 없이 소프트웨어산업의 진흥목적의 특별규정만을 두고 나머지는 일반법에 의해 해결하고 있다. 그 주요내용을 살펴보면, ① 동법 제20조에서 국가계약법의 특별법으로서 최저가낙찰제가 아닌 협상에 의한 계약체결을 우선적으로 적용함을 원칙으로 규정하고, 소프트웨어의 기술성평가기준 고시에 관한 규정과 소프트웨어사업의 이행계획서에 기초하여 사업의 적정한 수행여부와 산출물의 품질 등의 관리의무 등 국가기관 등의 소프트웨어사업계약에 관한 규정을 두고 있다. ② 동법 제21조에서 낙찰자로 결정되지 아니한 자 중에서 제안서 평가에서 우수한 평가를 받은 자에 대하여 예산의 범위 안에서 제안서 작성비의 일부를 보상할 수 있다고 하여 소프트웨어 사업의 제안서 보상에 관한 규정을 두고 있다.[21] ③ 동법 제22조에서 국가기관 등에서 소프트웨어사업의 계약을 체결하는 경우 원가계산업무에 활용할 수 있도록 사업대가기준을 정하여 고시하도록 하는 사업대가기준에 관한 규정을 두고 있다. ④ 동법 제23조에서 소프트웨어 및 정보시스템의 품질향상과 신뢰성확보 및 유통촉진을 위하여 소프트웨어 및 정보시스템의 품질보증기준을 정하여 고시하도록 하는 품질보증기준에 관한 규정 등을 두고 있다.[22]

따라서 위에 규정된 것을 제외하고는 일반법에 규정된 계약절차에 따르게 된다. 소프트웨어산업진흥법에 규정된 사업절차에 관한 규정은 계약절차에 관한 제20조에서 국가계약법 제10조 2항 3호에 의거하여 동법 시행령 제43조의 2에 의한 협상에 의한 계약체결방법을 우선하여야 한다는 규정

20) 2004년 서울시 교통요금시스템 개발 소프트웨어사업의 부실로 인하여 전체 서울시민에게 막대한 불편과 손해를 초래한 예가 있다. 이와 같이 소프트웨어사업의 부실로 발주자와 사업자뿐만 아니라 그러한 시스템을 이용하는 제3자에게도 엄청난 피해를 초래할 수도 있다(김중한, 임규건, 신재식, 권문주, 박성용, 전게서, p.49.).

21) 제안서보상에 관한 규정은 2001년 1월 소프트웨어산업진흥법 제21조의 신설에 의해 도립되었으나 개발비용의 증대, 보상기준의 설정의 어려움, 발주기관의 행정적 부담증가, 소프트웨어사업 발주체계의 전문성 취약 등으로 현재 그 보상에 관한 시행령이 제정되지 않아 실제로는 시행되지 못하고 있다(배준수, 김우제, 정재윤, 오제연, 윤진영, 신재식, 권문주, 박성용, 『소프트웨어 제안서 보상제도 및 분리발주제도 연구』, 한국소프트웨어진흥원, 2004, p.3). 따라서 공정거래위원회에서는 도급업자가 수급사업자에게 소프트웨어 개발 또는 제안서 작성을 위탁할 때에는 하도급법상의 별도계약을 체결함으로써 해결하도록 유도하여 중소소프트웨어사업체의 권익을 보호하려고 하고 있다(공정거래위원회, SI산업 실태조사결과, 2005. 8. 18, p.63).

22) 이러한 규정에 의거하여 정보통신부에서는 소프트웨어품질인증기준을 고시하여 GOOD SOFTWARE (GS)인증을 실시하고 있다. 즉, 정보통신기술협회의 SW시험센터에서 패키지소프트웨어, 컴퍼넌트 SW, 모바일SW, 임베디드SW 등의 품질을 시험평가하여 평가기준에 만족하는 경우 부여하는 인증으로 조달청 구매시 10%가산점부여, 유망중소기업 심사시의 가산점, 시험장비 임대 등의 혜택을 부여하고 있다.

만 두고 있을 뿐이다. 따라서 소프트웨어사업을 위한 계약의 성립에서부터 검사 인수 및 하자보수에 관한 규정은 일반법의 해석에 의존해야 한다. 그러나 소프트웨어와 같이 그 발전속도가 빠르고 특수성이 강한 분야에 일반법에 의존하는 것은 여러 가지 불합리한 점이 나타나게 된다. 그 예로, 공공부분의 소프트웨어사업의 계약절차에 관하여 적용되는 국가계약법에서는 계약목적물이 무엇이냐에 따라 물품의 제조・구매계약, 공사계약, 용역의 계약으로 구별하여 규율하고 있는데,[23] 소프트웨어는 위 세 가지 특성의 전부 또는 일부의 특성을 겸유하고 있는 경우가 많아 어느 하나의 절차에 관한 규정으로는 적정한 규율이 이루어질 수 없다.

4.2 건설산업기본법

건설공사의 조사, 설계, 시공, 감리, 유지관리, 기술관리, 기술관리에 관한 기본적 사항과 건설업의 등록, 건설공사의 도급 등 건설산업의 전반에 관한 기본법으로 건설산업기본법이 제정되어 있고, 기술분야를 규율하는 법으로는 건설기술산업법이 제정되어 있다. 소프트웨어진흥법에서는 사업절차에 관하여는 국가기관 등의 소프트웨어사업 계약에 관한 몇 개의 규정만을 두고 있음에 비하여 건설산업기본법의 건설산업에 관한 기본법으로서 건설사업절차에 관한 체계적 규정을 정비하고 있다.

그 주요내용을 살펴보면, ① 건설산업기본법 제22조에서 계약의 원칙에 관한 규정을 두고 있다. 건설공사의 도급계약에 관한 원칙규정으로 대등계약의 원칙, 공정계약의 원칙, 신의성실의 원칙에 관한 규정을 두고 있다. 아울러 동법 제38조에서는 수급인이 하수급인에게 하도급의 시공과 관련하여 자재 구입처의 지정 등으로 하수급인에게 불리하다고 인정되는 행위를 금지하는 불공정행위 강요금지에 관한 규정을 두고 있다. 더 나아가 동법 제38조의 2에서는 도급계약의 체결 및 건설공사의 시공과 관련하여 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인은 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이득을 취득하거나 공여하여서는 안 된다고 하는 부당이득 강요금지에 관한 규정을 두고 있다. ② 계약의 성립절차에 관하여는, 먼저 계약서 작성 및 보관 그리고 교부의무를 규정하고(동법 제22조 2항), 건설공사 대장비치의무(동법 제22조 3항) 및 건설공사 대장 기재사항의 발주자에 대한 통보의무(동법 제22조 4항) 등을 규정하고 있다. 또한 견적기간에 관한 규정(동법 제27조, 동법 시행령 제29조)도 두고 있다. ③ 그리고 등록제를 시행하고 있는 건설산업기본법에서는 시공능력, 건설사업 관리능력의 평가 및 공시에 관한 규정(동법 제23조, 동법 제23조의2)을 두어 수급인의 자격제한(동법 제25조)을 할 수 있도록 하고 있다. 또한 건설산업정보의 종합관리에 관한 별도의 규정(동법 제24조)을 두고 있다. ④ 설계변경 등에 다른 하도급대금의 조정에 관한 규정(동법 제36조 1항)과 국가발주사업의 수급인에 대한 계약금액조정의 하수급인에 대한 통지의무(동법 제36조 2항)를 규정하고 있다. ⑤ 건설공사의 직접시공에 관한 규정(동법 제28조의 2)을 두고 있다. ⑥ 건설산업기본법에서는 하도급에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 즉, 건설공사의 하도급제한 규정(동법 제29조), 하도급계약의 적격성 심사 규정(동법 제31조)을 두고 하도급계약이 적당하지 않은 경우에 하도급내용변경요구, 도급계약 해지, 하수급인의 변경요구(동법 시행령 제34조)를 할 수 있는 근거 규정을 두고 있다. 하수급인의 지위 및 의견청취에 관한 규정(동법 제32조)을 두고 있고, 하도급대금의 지급 및 직접지급에 관한 규정(동법 제34조, 제35조)도 규정하고 있다. ⑦ 검사 및 인도절차에 관한 규정(동법 제37조)을 두고 있다. ⑧ 수급인의 하자담보책임에 관한 규정(동법 제28조)을 두어 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기의 구조・철근콘크리트구조・철골구조・철근콘크리트 구조 등으로 된 경우에는 10년, 기타의 경우에는 5년의 하자담보책임을 인정하는 규정을 두고 있다. ⑨ 건설업

23) 장훈기, 『정부계약제도 해설』, 법제처, 2005, p.116.

자가 고의 또는 과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 경우에 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정하는 규정을 두고 있다(동법 제44조).

이와 같이 건설산업기본법에서는 건설공사의 안전성과 부당한 하도급의 억제라는 측면에서의 각종의 규제규정을 두고 있다. 건설공사의 발주부터 시공까지의 절차에 관한 구체적인 세부적인 규정을 두고 있어 유사하게 도급계약에 의해 이루어지는 소프트웨어사업에서도 참조할 수 있다. 다만, 소프트웨어 사업은 공사적 성격과 아울러 물품 또는 용역적 성격도 겸유하고 있다는 점을 고려하여야 한다. 또한 건설산업기본법에서는 건설업에 대하여 등록제를 시행하고 있지만, 소프트웨어 산업진흥법에서는 소프트웨어 사업에 대하여 신고제를 채택하고 있다는 점도 큰 차이라고 할 수 있다. 그러나 주로 도급계약에 의해서 건설사업이 이루어지는 측면에서는 소프트웨어사업에서도 벤치마킹할 부분이 많다고 본다. 특히, 건설업의 주문생산성, 생산의 하도급 의존성, 생산기간의 장기성 등[24]은 소프트웨어사업에서도 동일하게 나타나는 문제이므로 건설산업기본법의 사업수행절차에 관한 규정을 소프트웨어산업진흥법에도 반영할 근거가 된다.

4.3 정보통신공사업법

정보통신공사의 조사, 설계, 시공, 감리, 유지관리, 기술관리 등에 관한 기본적인 사항 및 정보통신공사업의 등록 및 정보통신공사의 도급에 관한 필요한 사항을 규정하여 정보통신공사의 적절한 시공과 공사업의 건전한 발전을 도모하기 위한 기본법으로 정보통신공사업법이 제정되어 시행되고 있다. 우리나라에서는 정부수립 후 통신관련법으로 전기통신법이 있었는데 통신기술의 발전으로 다변화되는 통신업무의 종류와 양적 증가 등의 이유로 기본법령으로는 감당할 수 없게 되자, 1971년 전기통신공사업법이 제정 공포되었으며 그 후 수차례 개정되어오다가 1998년 정보통신공사업법으로 명칭의 변화와 함께 정보 분야 위주의 대폭적인 개정보완이 이루어졌다. 정보통신공사업법은 건설산업기본법과 더불어 정보통신공사에 관한 기본법으로서 소프트웨어사업에 관한 기본법을 제정함에 있어서 참고해야 할 가장 중요한 법안이다. 정보통신공사업법에서는 정보통신공사의 설계 시공 기술관리 및 도급에 관하여 규정하고 있고, 정보시스템을 효율적으로 구성하기 위한 체제 및 방법에 관하여는 별도로 정보시스템의 효율적 도입 및 운영 등에 관한 법률(ITA법)의 1995. 12. 30. 제정되어 2006. 7. 1.부터 시행될 예정이다.

정보통신공사업법에서의 시공절차에 관한 주요 내용을 살펴보면, ① 정보통신 공사업법 제25조에 계약의 원칙에 관하여 규정하면서 신의성실의 원칙, 대등계약의 원칙, 공정계약의 원칙을 규정함과 아울러 계약서교부의무에 관한 규정과 불공정행위 금지의 원칙을 동시에 규정하고 있다. ② 정보통신공사업의 정보관리에 관한 규정을 두어 공사의 자재, 인력의 수급상황 등의 정보통신공사업에 관한 정보 뿐만 아니라 공사업자의 종류별 실적, 자본금, 기술력 등에 관한 정보를 종합관리하고 있다(동법 제27조) 이를 위해 당사자의 신청에 의하여 공사실적, 자본금 및 공사품질의 신뢰도와 품질관리수준에 대한 평가와 공시가 이루어지고 있다. ③ 수급인의 자격 및 추가제한 금지에 관한 규정(동법 제29조)을 두어 수급인은 반드시 정보통신공사업자에 한하도록 하고 있으며(등록제의 시행), 수급인의 자격을 제한하기 위해서는 반드시 법률에 근거하도록 하는 수급인 자격제한의 법률유보의 원칙을 규정하고 있다. ④ 하도급에 관한 규정을 두어 하수급인의 지위 및 하도급대금의 직접지급에 관한 규정을 둠과 아울러 하수급인의 변경을 요구할 수 있는 근거규정도 마련하고 있다(동법 제31조, 제31조의 2, 제31조의 4, 제31조의5). ⑤ 정보통신공사업자의 불법행위로 인한 손해배상책

24) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 제1판, 연문사, 2004, p.21.

임에 관한 근거규정(동법 제35조)과 5년의 하자담보책임을 인정하는 규정을 두고 있다(동법 제37조).

정보통신공사업법은 정보화촉진기본법을 전제로 정보통신공사에 관하여 적용되는 기본법으로서 정보통신공사의 특성을 반영하여 정보통신공사에 관한 세부적인 절차규정을 두고 있다. 건설산업기본법에 비하여 정보통신공사업법에서는 시공능력에 대한 평가 및 공시제도를 취하고 있지만 임의적이며, 과업내용변경에 따른 계약금조정, 하도급계약의 적정성심사에 관한 규정이 없다는 점, 검사·인수나 유지관리에 관한 규정도 두지 않다는 점이 특징이다. 정보통신공사업은 소프트웨어사업과 마찬가지로 정보통신법으로서 특성이나 지식정보화사업적 특성이 동일하므로 정보통신공사업에 관한 동법의 절차와 내용을 참조하여 소프트웨어사업법의 기본체계를 재구축할 필요가 있다. 다만, 소프트웨어사업에 관하여는 신고제를 취하는 반면, 정보통신공사업법에서는 등록제를 시행하여 정보통신공사업자가 아니면 도급을 받거나 시공을 할 수 없도록 한다는 점은 중요한 차이점으로서 유의할 필요가 있다. 또한 정보통신공사업계약은 건설사업과 마찬가지로 물품의 구매계약이나 용역계약의 성격보다는 대부분이 공사계약이라는 점에서도 차이가 있다.

이상에서 살펴본 관련법의 특성에 비추어 볼 때 각 법들은 규율 분야의 성격에 따라 다소간의 차이는 있지만 발주단계에서부터 완수 후 책임귀속단계까지 체계적인 절차규정을 둠으로써 분쟁의 사전예방과 결과물의 안전성과 질적 향상을 뒷받침하고 있음을 볼 때, 소프트웨어산업진흥법에서도 사업수행절차에 관한 개선을 도모할 필요가 있다고 본다.

5. 소프트웨어산업진흥법 개정방향

5.1 사업수행단계별 입법방향

소프트웨어사업의 수행절차는 사업의 발주단계에서 사업완수 및 사후보수단계까지의 단계로 이루어진다.

먼저, 소프트웨어사업의 발주단계에 있어서는 수급인의 자격을 어떻게 할 것인지의 문제가 있다. 누구에게나 사업수행자격을 부여할 것인지, 아니면 일정한 자격을 갖춘 자에게 신고제 또는 등록제를 적용할 것인지를 명확히 하여야 한다. 신고제나 등록제를 시행하기 위한 전제로서 시공능력이나 사업관리능력에 대한 평가 및 공시제도를 도입하여야 하는지도 결정되어야 한다. 또한 사업규모별 사업수행에 관한 자격을 제한할 수 있는지, 제한한다면 어떠한 기준에서 제한하여야 하는지가 정해져야 한다. 현재 소프트웨어사업을 지식기반사업으로 보아 협상에 의한 계약체결을 우선적으로 할 수는 있지만(소프트웨어산업진흥법 제20조), 기술력이나 사업수행능력을 평가하여 이를 반영하는 것은 용이하지 않다. 그리고 소프트웨어산업진흥법은 중소소프트웨어사업자의 참여를 지원하기 위하여 대기업인 소프트웨어사업자가 참여할 수 있는 사업금액의 하한을 정하여 이를 고시하도록 하고 있다(동법 제24조의 2). 소프트웨어 사업계약은 임베디드 소프트웨어나 패키지 소프트웨어와 같이 단일 물품으로 되어 있는 경우에는 구매계약으로 이루어지게 되겠지만, 발주자가 원하는 내용을 요청하면 그에 맞추어 수주자가 사업을 수행하는 대부분의 소프트웨어사업은 도급계약에 의해서 이루어지게 된다. 소프트웨어사업계약의 성립에 있어서는 견적기간을 얼마나 부여할 것이지, 서면으로 작성된 계약서를 교부할 의무가 있는지, 그리고 계약의 성립에 관한 기본원리를 규정할 필요가 있는지 검토할 필요가 있다. 현행 소프트웨어산업진흥법은 사업계약의 성립에 관하여 제안서 보상규정을 두고 있으나 시행령이 제정되어 있지 않아 시행되지 못하고 있다(동법 제21조). 그리고 국가기관 등에서 소프트웨어사업계약을 체결하는 경우 원가계산업무에 활용할 수 있도록 사업대가기준을 정하여 고시할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제22조).

둘째, 소프트웨어사업의 사업수행단계에 있어서는 직접 사업을 수행할 수도 있고 하도급에 의해 수행할 수도 있다. 따라서 반드시 직접 수행하여야 하는지와 하도급에 의해 수행할 수 있는 사업의 종류와 범위를 명확히 할 필요가 있다. 하도급을 할 경우 원도급인의 이익을 침해하지 않도록 하도급의 적정성심사 및 하수급인의 변경을 요구할 수 있는지, 또 하수급인의 이익을 보장하기 위해 하수급인의 지위와 하도급대금의 지급방법에 관하여 명확히 할 필요가 있다. 한편 도급계약의 특성상 수급인은 사업의 완성결과에 대하여 대금을 지급하는 것이므로 사업수행과정에 대한 감독이나 감리에 관한 규정을 두기는 어렵다. 그러나 사업수행대금을 기성고에 따라 분할하여 지급하는 경우에는 완성된 부분마다 검사 및 인수절차를 거치게 되므로 사업수행절차의 중간단계에서 확인하는 효과를 누릴 수 있게 된다.

셋째, 소프트웨어사업의 완수단계에서는 사업수행결과의 확인과 결과의 인수 및 대금지급절차가 있게 된다. 먼저 사업수행의 전부 또는 일부가 완성되어 이를 통지받은 다음에는 그 결과를 확인하기 위해 검사의 절차를 거친 후 이를 인수하게 된다. 따라서 사업수행완료가 통지된 후 검사 및 인수기간을 정할 필요가 있다. 그 후 사업의 대가를 지급하게 되는데 대가지급기한 및 지급방법에 관한 상세한 규정을 둠으로써 도급계약의 이행완료단계에서의 분쟁을 예방할 필요가 있다.

넷째, 소프트웨어사업의 하자보수단계에서는 하자보수의 책임을 누가 어느 범위에서 지게 되는지를 명확히 할 필요가 있다. 특히 하자담보책임의 기간 및 범위에 관하여는 당사자간에 가장 분쟁발생의 소지가 높기 때문에 이에 관하여 명확한 규정을 둘 필요가 있다. 또한 소프트웨어로 인한 불법행위책임을 발주자와 수주자인 소프트웨어사업자의 책임의 범위를 명확히 함으로써 당사자간의 책임소재를 분명히 할 뿐만 아니라, 이로 인한 일반인의 손해를 충분히 전보할 수 있도록 하여야 한다.

이와 같은 소프트웨어의 사업수행단계의 모든 과정에 대하여 입법을 하는 것도 고려해 볼 수는 있으나 소프트웨어사업에 관한 법규가 사업수행과정에 대한 매뉴얼이라고는 할 수 없으므로 별도의 입법절차가 없더라도 당연히 인정 될 수 있는 부분, 일반법의 규정에 의해서 해결가능한 부분 등을 제외하고 당사자간의 법률관계를 분명히 할 할 필요가 있는 부분이나 분쟁가능성의 소지가 높은 부분 등을 중심으로 입법기술적으로 검토하여 입법안을 마련한 필요가 있다. 이하에서는 그러한 내용을 중심으로 입법안을 제시하여 보고자 한다.

5.2 도급계약의 원칙과 계약의 성립에 관한 규정

5.2.1 내용

도급계약의 원칙 중 신의성실의 원칙, 대등계약의 원칙, 공정계약의 원칙을 규정함으로써 도급계약의 해석 및 적용에 있어서의 기본원칙을 천명할 필요가 있다. 신의성실의 원칙은 국가계약법, 건설산업기본법, 정보통신공사업법에서 계약의 기본원칙으로 규정한 것으로 발주자와 도급인간의 도급계약, 원도급인과 하도급인간의 도급계약을 불문하고 도급계약에서 준수해야 할 원칙이다. 소프트웨어사업계약은 계약당사자가 국가와 개인, 대기업과 중소기업, 사회·경제적으로 강자와 약자들과 같은 관계를 이루는 경우가 많기 때문에 어느 일방에게만 유리한 내용의 계약이 강제되는 결과가 되어서는 안 된다. 따라서 사법상의 계약정신에 따라 당사자 사이의 합의를 바탕으로 대등한 입장에서 이루어져야 한다는 것을 선언할 필요가 있다. 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결해야 한다는 것은 사적자치의 원칙에 근거한 근대계약법의 당연한 원칙이라 할 것이나 현실에 있어서는 소프트웨어사업의 도급계약은 원·하도급을 불문하고 그 내용이나 이행에 있어서 자칫하면 도급인에게 유리한 편무적인 성격을 지닐

수 있어 교육적·선언적 의미를 지닌 규정을 둘 필요가 있다.

입법방법으로는 정보통신공사업처럼 계약의 성립에 관한 원칙과 계약서 교부에 관한 규정을 통합하여 동시에 규정함이 타당하다(정보통신공사업법 제26조 2항 참조). 계약은 구두로도 성립할 수 있는 것이지만 당사자 간의 계약내용을 명확히 하고 분쟁을 사전에 예방하기 위해서는 계약의 체결에 있어서 도급계약의 금액, 사업기간 등을 명시하여 서명·날인한 계약서를 서로 교부하여 보관할 의무를 부여 할 필요가 있다. 다만, 하위법령에서 소프트웨어사업의 도급계약의 특성을 반영한 표준하도급계약서의 활용을 의무화시킬 필요가 있다. 정보통신공사업법에서처럼 하도급 공정화에 관한 특별법임을 규정하는 것은 이법의 특별법적 성격상 당연한 것으로 불필요한 규정이라고 생각된다.

5.2.2 입법안

제00조(도급계약의 원칙 등)

제1항 : 소프트웨어 사업에 관한 도급계약의 당사자는 대등한 입장에서 합의에 의해 공정하게 계약을 체결하고 신의에 좇아 성실하게 계약을 이행하여야 한다.

제2항 : 소프트웨어사업의 당사자는 계약의 체결에 있어서 도급계약의 금액, 사업기간 기타 대통령령이 정하는 사항을 명시하여 서명·날인한 계약서를 서로 교부하여 보관하여야 한다.

제3항 : 수급인은 하수급인에게 하도급계약과 관련하여 자재구입처의 지정 등으로 하수급인에게 불리하다고 인정되는 행위를 강요하여서는 안 된다.

제4항 : 도급계약의 체결 또는 도급사업의 수행과 관련하여 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인은 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이득을 취득하거나 제공하여서는 안 된다.

5.3 견적기간에 관한 규정

5.3.1 내용

견적기간에 관한 규정을 둠으로써 입찰에 참여한 소프트웨어사업자에게 충분한 준비기간을 부여함으로써 소프트웨어사업자에게는 입찰하여 적정한 견적으로 바탕으로 양질의 적절한 사업수행이 담보될 수 있도록 충분하고 신중한 준비를 시키기 위한 것이다. 견적이란 설계도서, 시방서, 견적조건 등에 대하여 그 사업의 수량을 가지고 이에 필요한 재료비, 노무비를 비롯하여 가설경비, 기계기구비, 제경비등을 기초로 산출해낸 총 금액을 말하는 것이다. 견적기간을 부여하는 것은 합리적이고 적정한 사업을 수행하기 위해서 계약내용의 중요한 내용을 제시한 후 일정한 견적기간을 설정하여 견적에서의 누락이나 착오 등으로 인해 오류가 발생하지 않도록 검토의 기회를 부여하는 도급금액의 산정 기타 계약체결에 관한 제반사항을 위해 필요한 제도이다. 소프트웨어 사업자들 사이의 과당경쟁으로 인하여 도급계약과정에서 언제든지 발주자가 사업자보다 우월한 지위에 서게 되는 필연적 특성으로부터 사업자의 불이익을 최소화하기 위한 소프트웨어 보호적 측면에서 인정되는 것이다.

5.3.2 구체적인 입법안

제00조(견적기간)

발주자는 수의계약에 의하여 도급계약을 체결하는 경우에는 그 체결 전에, 경쟁계약에 의해 도급계약을 체결하는 경우에는 입찰 공고 전에 소프트웨어사업자가 당해 사업에 관한 견적을 할 수 있도록 대통령령이 정하는 일정한 기간을 두어야 한다.

5.4 소프트웨어사업의 하도급제한

5.4.1 내용

도급계약은 도급인의 일의 완성을 목적으로 하는 계약으로 수급인은 그 일을 완성하기 위하여

제3자에게 일의 전부 또는 일부의 완성을 맡길 수 있다. 소프트웨어사업에서도 전문화된 다양한 분야에서는 그 분야에 전문업자에게 맡기는 것이 품질향상이나 비용절감의 면에서 유리한 측면이 있으므로 하도급자체는 허용되어야 한다. 그런데 도급인은 수급인의 사업수행능력을 믿고 도급계약을 체결하였는데 수급인이 수수료 형식의 돈을 취득하고 공사전체를 제3자에게 하도급하는 경우에 실제의 사업비가 줄어들어 부실시공의 가능성이 커지게 된다. 따라서 부당한 하도급을 제한함으로써 발주자의 이익을 보호하되, 일정한 경우에 하도급을 허용함과 아울러 그 구체적인 절차와 방법을 규정하기 위한 입법이 필요하다. 소프트웨어 사업에서 하도급거래는 경제적으로 중요한 거래수단이고 이를 원천적으로 막을 수는 없지만 수주후 사업 전체를 하도급하는 일괄하도급을 금지함으로써 수주질서의 문란을 초래하는 불법 부실사업체의 난립을 방지하고 적정한 수준의 용역수행과 소프트웨어 사업의 건전한 발전을 도모해야 할 것이다.

소프트웨어 사업에서 하도급을 일괄적으로 제한하는 경우에 하수급인의 경제행위에 자율성을 지나치게 제한할 수 있다는 문제점이 있으므로 일부 하도급을 허용하되, 다만 발주자의 이익이 침해되지 않도록 할 충분히 배려할 필요가 있다. 그러한 방법으로 하도급은 가능하면 전문분야에 대한 하도급만을 원칙적으로 허용하되 일반적인 재하도급은 제한하는 방향으로 입법할 필요가 있다. 이를 위해 전문분야의 소프트웨어 사업능력이 있는 가칭 전문기업의 면허 또는 등록제를 시행하는 방법도 고려해 볼 필요가 있다. 이와 같이 발주자의 이익을 배려하는 방법으로 소프트웨어사업자가 발주자로부터 서면에 의한 승낙을 받도록 정함으로써 소프트웨어사업의 부실화를 방지하고 발주자보호를 기하게 할 필요가 있다.

5.4.2 입법안

제1항 : 소프트웨어사업자는 도급받은 공사의 100분의 50을 초과하여 다른 공사업자에게 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 발주자가 공사의 품질이나 시공상의 능력을 높이기 위하여 필요하다고 인정하는 경우
2. 시공에 사용되는 자재를 납품하는 사업자가 그 납품하는 자재를 설치하기 위하여 공사하는 경우

제2항 : 하수급인은 하도급 받은 사업을 다른 사업자에게 다시 하도급할 수 없다. 다만, 하도급금액의 100분의 50 미만에 해당하는 부분을 대통령령이 정하는 범위 내에서 다시 하도급하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제3항 : 소프트웨어사업자가 도급받은 공사 중 그 일부를 다른 소프트웨어사업자에게 하도급하거나 하수급인이 하도급 받은 공사 중 그 일부를 다른 사업자에게 다시 하도급하고자 할 때에는 당해 공사의 발주자로부터 서면에 의한 승낙을 받아야 한다.

제4항 : 제1항의 규정에 의하여 소프트웨어사업자가 하도급할 수 있는 공사의 내용 및 범위 등은 대통령령으로 정한다.

5.5 하수급인의 지위

5.5.1 내용

도급인과 하수급인 사이에는 직접적인 계약관계가 없으므로 하수급인은 도급인에 대하여 직접 권리 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다. 따라서 민법상으로는 원칙적으로 도급인은 당사자의 특약이 있는 경우를 제외하고는 하수급인에게 공사대금지급의무를 부담하지 아니하며, 하수급인은 도급인에 대하여 일의 완성의무, 채무불이행책임이나 하자담보책임이 발생하지 않는다. 그러나 실제로 하수급인은 하도급인을 통하여 도급인의 일을 완성하는 것이므로 수급인과 동일한 권리와 의무

를 인정할 필요성이 있으므로 이를 입법화하여 명문의 규정을 둘 필요가 있다. 하도급이 이루어지더라도 도급관계는 동일성이 유지되며 하수급인도 발주자에 대하여 도급인과 동일한 의무가 있음을 규정함으로써 하도급으로 인한 발주자의 이익이 보호하고, 하수급인이 도급인에 대하여 직접 일의 완성의무, 채무불이행책임, 하자담보책임 등을 추궁하도록 하기 위한 규정이다. 하수급인은 자기가 시공한 부분에 대한 하자에 대하여 일차적으로 발주자는 수급인에게 보정지시를 할 것이나 이로써 하수급인의 보수의무가 면제되는 것이 아니며, 이를 계기로 수급인과 하수급인간의 보수에 따른 채권채무관계에도 영향이 없다는 것을 규정하는 것이다.

5.5.2 입법안

제00조(하수급인의 지위)

제1항 : 하수급인은 하도급 받은 사업의 수행에 있어서는 발주자에 대하여 수급인과 동일한 의무를 진다.

제2항 : 제1항의 규정은 수급인과 하수급인간의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다.

5.6 하수급인의 의견청취

5.6.1 내용

하수급인이 그 사업 분야에 대하여 전문적인 지식이나 기술을 가진 경우에 자기가 도급받은 부분에 대하여 소프트웨어 사업에 관한 여러 가지 필요한 사항에 관하여 의견을 제시할 수 있도록 하는 것이다. 이를 통하여 하수급인의 사업수행방법에 관하여 수급인이 자의적으로 변경하거나 제지하지 못하도록 하는 동시에 이로 인한 하수급인의 불이익도 예방하기 위한 하수급인을 보호함과 아울러 발주자의 이익도 동시에 고려한 규정이다.

5.6.2 입법안

제00조(하수급인의 의견청취)

수급인은 도급받은 사업을 수행함에 있어 하수급인이 있는 경우에는 하도급한 당해 사업의 수행에 관한 공법이나 공정 그 밖에 필요하다고 인정되는 사항에 관하여 미리 하수급인의 의견을 들어야 한다.

5.7 대금의 지급 등

5.7.1 내용

대금의 지급기간과 하도급관계에서 대급지급에 관한 구체적인 절차를 규정하기 위한 것으로 도급 또는 하도급관계에서의 가장 대표적인 분쟁유형이 하도급대금지급에 관한 분쟁을 사전에 예방하기 위한 규정이다. 하도급대금지급에 있어서 원래 원도급인과 하도급인의 양 당사자의 합의에 따라 정하여지는 것인데 원도급인이 발주자로부터 대급이 지급되더라도 하도급 대금지급에 충당하지 않고 다른 곳에 전용하여 하수급인을 부당히 압박할 우려가 있으므로 이와 같은 불공정행위를 배제하기 위한 것이다.

5.7.2 입법안

제00조(대가의 지급 등)

제1항 : 발주자는 소프트웨어사업의 전부 또는 일부를 완료하여 검사 및 인수를 완료한 때에는 14일 이내에 그 대가를 지급하여야 한다.

제2항 : 수급인은 발주자로부터 도급받은 사업에 대한 준공금을 받은 때에는 하도급대금의 전부를, 기성금을 받은 때에는 하수급인이 시공한 분에 상당한 금액을 각각 지급받은 날(수급인이 발주자로부터 공사대금을 어음으로 받은 때에는 그 어음만기일을 말한다)부터 14일 이내에 하수급인에게 현금으로 지급하여야 한다.

제3항 : 수급인은 발주자로부터 선급금을 받은 때에는 하수급인이 자재의 구입이나 현장근로자의 고용 그 밖에 하도급공사를 착수할 수 있도록 그가 받은 선급금의

내용과 비율에 따라 하수급인에게 선급금을 지급하여야 한다. 이 경우 수급인은 하수급인이 선급금을 반환하여야 할 경우에 대비하여 하수급인에게 보증을 요구할 수 있다.

제4항 : 수급인은 하도급을 한 후 과업내용변경 또는 경제사정의 등의 사정에 의하여 도급금액이 조정되는 경우에는 조정된 공사금액과 비율에 따라 하수급인에게 하도급금액을 증액 또는 감액하여 지급할 수 있다.

5.8 하도급대 금의 직접 지급

5.8.1 내용

하도급대금의 직접지급에 관한 구체적인 규정을 둠으로써 하도급관계에서의 공정을 도모하고 소프트웨어 사업수행의 적정성을 제고하기 위한 규정이다. 이는 발주자가 수급인을 대신하여 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하는 직불제로서 소프트웨어 사업의 하도급에 있어서 경제적으로 열악한 위치에 있는 하수급인이 안심하고 사업에 전념함으로써 건실한 사업수행을 도모하거 원도급 및 하도급의 균형적인 발전을 도모하기 위한 규정이다. 이 규정은 수급인이 하수급인에게 지급될 것을 중간에서 가로채는 것을 방지하기 위한 것으로 사업의 덤핑수주방지 및 하도급부조리 척결을 위해 마련되는 것이지만, 공사대금은 원칙적으로 발주자와 원수급인사이에 이루어져야 하는 것이므로 하수급인에게 대금을 직접 지급할 수 있는 경우를 한정할 필요가 있다.

5.8.2 입법안

제00조(하도급대금의 직접 지급)

제1항 : 발주자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 하수급인이 수행한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급할 수 있다. 이 경우 발주자의 수급인에 대한 대금지급채무는 하수급인에게 지급한 한도 안에서 소멸한 것으로 본다.

1. 발주자와 수급인간에 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급의 방법과 절차를 명백히 하여 합의한 경우
2. 하수급인이 수급인을 상대로 그가 시공한 분에 대한 하도급대금의 지급을 명하는 확정판결을 받은 경우
3. 수급인의 지급정지나 파산 등으로 인하여 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 발주자가 인정하는 경우

제2항 : 수급인은 제1항 제3호의 규정에 해당하는 경우로서 하수급인에게 책임이 있는 사유로 인하여 자신이 피해를 입을 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그 사유를 명시하여 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 중지할 것을 요청할 수 있다.

제3항 : 제1항 제3호의 규정에 의하여 하도급대금을 직접 지급하는 경우의 지급방법 및 절차는 정보통신부령으로 정한다.

5.9 하도급계약의 적정성심사 및 변경요구

5.9.1 내용

수급인과 하수급인간의 하도급계약이 당해 소프트웨어 사업을 수행하기에 현저히 부적합하다고 인정되는지의 여부를 심사하여 당해 하도급계약의 변경이나 하수급인의 변경에 관한 근거규정을 마련하는 것이다. 하도급으로 인한 피해가 발생하였을 때에는 발주자는 예상하지 못한 손해를 입게 되는 불리한 위치에 서게 되므로 하도급에 관한 각종의 소극적인 제한조치를 넘어 적극적인 발주자 보호방법으로서 발주자가 하도급의 적정성을 점검하여 자신의 목적대로 사업이 수행될 수 있도록 하기 위한 하도급인 변경권, 하도급내용 변경

권, 계약해지권 등을 규정할 필요가 있다.

5.9.2 입법안

제00조(하도급계약의 적정성 심사)

제1항 : 발주자는 하수급인이 소프트웨어 사업을 수행하기에 현저히 부적당하다고 인정되거나 하도급계약금액이 정보통신부령이 정하는 비율에 의한 금액에 미달하는 경우에는 하수급인의 수행능력, 하도급계약내용의 적정성 등을 심사할 수 있다. 이 경우 국가나 지방자치단체 또는 대통령령이 정하는 공공기관이 발주자인 경우에는 하수급인의 시공능력, 하도급계약내용의 적정성 등을 심사하여야 한다.

제2항 : 발주자는 제1항의 규정에 의하여 심사한 결과 하수급인의 시공능력 또는 하도급계약내용이 적정하지 아니한 경우에는 그 사유를 명시하여 수급인에게 하수급인 또는 하도급계약내용의 변경을 요구할 수 있다.

제3항 : 발주자는 수급인이 정당한 사유 없이 제2항의 규정에 의한 요구에 응하지 아니하여 사업결과에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우에는 당해 소프트웨어사업의 도급계약을 해지할 수 있다.

제4항 : 제1항 및 제2항의 규정에 의한 하도급계약의 적정성 심사기준, 하수급인 또는 하도급 계약내용의 변경요구 절차 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

5.10 검사 및 인수

5.10.1 내용

사업의 전부나 일부를 완성한 경우에는 이를 확인하기 위한 검사를 하여 도급내용대로 사업이 수행되었는지를 확인하는 기한을 규정하고 검사결과 도급내용대로 수행되었을 때에는 지체 없이 이를 인수하도록 하여 계약의 완전한 이행을 확인하기 위한 절차에 관한 규정이다. 사업수행자로부터 사업완수의 통지는 민법상의 도달주의 원칙에 따라 상대방에게 도달한 때에 효력이 생기는데 분쟁을 방지하고 효력발생일을 명확히 하기 위해 서면으로 통지하도록 하는 것이 타당하다.

5.10.2 입법안

제00조(검사 및 인수)

제1항 : 발주기관은 계약의 전부 또는 일부의 이행을 완료한 경우 사업자로부터 사업완료 또는 일부이행의 통지를 받은 때에는 14일 이내에 이를 확인하기 위한 검사를 하여야 한다.

제2항 : 수급인은 제1항의 규정에 의한 검사의 결과 소프트웨어사업의 수행계획대로 이행된 때에는 지체 없이 이를 인수하여야 한다.

5.11 수급인의 하자담보책임

5.11.1 내용

소프트웨어사업에서 하자보수의무와 하자담보책임기간을 명확히 규정함으로써 민법의 특별법적 성격을 부여하는 것과 아울러 하자담보책임의 면책사유에 관한 구체적인 기준을 마련하는 것이다. 소프트웨어사업에 하자가 발생한 경우에 소프트웨어사업자는 발주자에 대하여 사업완공일로부터 3년의 범위 내에서 그 하자를 보수하도록 함으로써 발주자를 보호하고 책임 있는 시공을 할 수 있도록 하는 것이다. 현재는 소프트웨어사업의 하자의 책임에 관한 규정이 미비하여 하자발생시 발주자에 대한 보호가 미흡하고, 소프트웨어사업자에 대한 사업품질에 대한 사후통제제도가 확립되지 않아 부실시공의 소지가 있다. 따라서 소프트웨어사업자에 대한 하자담보책임을 신설하여 소프트웨어 사업자는 발주자에 대하여 사업의 완공일로부터 3년 이내의 범위 내에서 발생한 하자에 대하여

보수하도록 함으로써 소프트웨어사업의 품질향상을 위해 하자담보책임규정을 신설하는 것이 필요하다. 만약 현재와 같이 이에 관한 별도의 규정이 두지 않을 경우엔 민법상의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되어 물품의 매매로 볼 경우에는 6월의 하자담보책임기간이 적용되어야 하고, 도급계약으로 볼 경우에는 1년으로 보아야 하므로 하자담보책임기간이 지나치게 짧아 발주자 보호의 충분치 못하다. 민법상의 하자담보책임에 관한 규정이 적용된다는 규정(건설산업기본법 제28조 3항, 정보통신공사업법 제37조)은 이 법의 특별법적 성격에 비추어 불필요한 규정으로 사료된다.

5.11.2 입법안

제00조(수급인의 하자담보책임)

제1항 : 수급인은 발주자에게 소프트웨어 사업 완공일로부터 3년의 범위 내에서 사업의 종류별로 대통령령이 정하는 기간 내에 발생한 하자를 보수할 담보책임이 있다.

제2항 : 수급인은 다음 각 호의 1의 사유로 인하여 발생한 하자에 대하여는 제1항의 규정에도 불구하고 담보책임이 없다. 다만, 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 발주자에게 고지하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 발주자가 제공한 재료의 품질이나 규격 등의 기준미달로 인한 경우
2. 발주자의 지시에 따라 시공한 경우

5.12 소프트웨어사업자의 불법행위책임

5.12.1 내용

소프트웨어사업자의 불법행위책임에 대한 근거규정을 마련하는 것과 발주자 또는 하수급인과의 연대책임 및 구상권을 명확히 규정함으로써 이로 인한 권리의무관계를 명확히 하고자 하는 것이다. 소프트웨어 사업자가 타인에게 손해를 가한 때에 이를 배상할 책임을 제도적으로 규정하는 것은 피해자의 권리구제에 보다 철저를 기하고 사업자로 하여금 보다 성실한 사업수행을 하도록 유도하기 위한 규정이다. 이 규정이 없으면 민법상의 손해배상책임에 의해 규율해야 하나 하도급관계에서 하수급인이 수급인과 연대하여 배상책임이 있음을 규정함으로서 피해구제에 만전을 기하기 위해 필요한 규정이다.

5.12.2 입법안

제00조(소프트웨어사업자의 불법행위책임)

제1항 : 소프트웨어사업자는 고의 또는 과실로 소프트웨어 사업을 부실하게 시공하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제2항 : 소프트웨어사업자는 제1항에 의한 손해가 발주자의 고의 또는 중대한 과실에 의하여 발생한 것인 때에는 발주자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제3항 : 수급인은 하수급인의 고의 또는 과실로 하도급 받은 사업을 부실하게 시공하여 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제4항 : 수급인은 제3항의 규정에 의하여 손해를 배상한 때에는 배상책임이 있는 하수급인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

6. 결 론

소프트웨어산업은 21세기 디지털 경제를 이끌 지식정보사회의 핵심기반사업으로서 그 자체로 고부가가치를 창출하는 고성장산업일 뿐만 아니라 국가경제와 사회전반의 생산성과 효율성을 제고시키는 산업이다. 따라서 소프트웨어 사업을 수행을 위한 법제도적 정비는 국가 경제발전의 중추적 요소라고 할 것이다. 소프트웨어산업에 관한 법률로서 소프트웨어산업진흥법이 시행되고 있지만 이 법에는 소프트웨어의 사업절차에 관한 구체적인

규정은 협상에 의한 계약체결방법에 관한 단 1개의 규정을 두고 있을 뿐이다. 따라서 소프트웨어사업절차에 관하여 국가계약법, 하도급공정화법, 약관규제법, 민법 등의 체계적 해석을 통하여 규율할 수밖에 없다.

이에 비하여 정보통신공사업법이나 건설산업기본법에는 사업수행절차에 관하여 구체적이고 상세한 규정을 정비하고 있어 분쟁을 효율적으로 예방하고 있다. 따라서 현행의 소프트웨어산업의 성격을 진흥법에서 기본법으로 전환할 필요가 있다. 초기의 산업발달단계에서는 진흥법적 성격으로 입법이 이루어졌지만 현재와 같이 소프트웨어사업의 비중이 엄청나게 커진 상황에서는 기본법으로 전환하여 소프트웨어사업에 관한 기본절차에 관한 규정을 둘 필요가 커졌다. 또한 국가계약법은 공공부분의 계약절차에 관하여만 적용되고 있으므로 민간부분의 소프트웨어사업절차를 규율하기 위해서도 사업수행절차에 관한 규정을 마련할 필요가 있다. 그리고 국가계약법에서는 물품의 매매와 공사 그리고 용역을 별개의 계약절차에 의해서 규율하고 있으나, 소프트웨어사업은 공사적 성격과 용역적 성격을 동시에 포함하고 있는 경우가 많아 소프트웨어사업에 부합하는 사업수행절차를 마련할 필요가 있다.

그리하여 소프트웨어의 사업절차에 관한 구체적인 절차를 규정함으로써 도급인의 사업품질수준을 보장함과 아울러 사업수행과정에서 발생하는 각종의 분쟁의 예방과 분쟁발생시의 판단기준으로서의 입법개선노력이 절실하게 요구되고 있다. 그리하여 소프트웨어사업수행절차에 관한 구체적 절차규정을 마련하여 보았다. 소프트웨어사업의 수행절차에 따라 발주단계, 사업수행단계, 사업완수단계, 하자보수 및 분쟁해결단계에 관한 구체적인 입법안을 제시한 것이다.

한편, 소프트웨어사업절차에 관한 입법이 이루어지더라도 소프트웨어사업은 정보통신공사업과 그 영역이 중복될 소지가 있으므로 양자의 적용범위에 대한 명확한 규정을 마련할 필요가 있다. 이에 관하여는 소프트웨어사업에 관한 정의규정을 시행령에 구체화하는 규정을 검토해 볼 필요가 있다. 특히, 정보통신공사업과 소프트웨어사업의 성격이 혼재된 경우에는 정보통신공사와 소프트웨어사업이 혼재된 사업으로 소프트웨어사업의 비중이 전체 사업비의 80%이상인 사업은 정보통신공사업에서 배제하는 방식을 통하여 양 법의 적용영역을 분명히 할 필요가 있다고 본다.[25]

이와 같은 입법안을 토대로 향후 이에 관한 계속적인 후속연구를 기대한다.

참 고 문 헌

[1] 계경문, “SI계약의 법적 성격에 대한 연구”, 「한국SI학회지」, 제2권, 제2호(2003).
[2] 공정거래위원회, 「SI산업 실태조사결과」, 2005.
[3] 곽윤직, 「채권각론」, 제6판, 박영사, 2004.
[4] 김우제, 최창렬, 박찬규, 「2005년 SW 법제도 개선 연구」, 한국소프트웨어진흥원, 2005.
[5] 김중한, “소프트웨어사업 하도급제도 개선에 관한 연구”, 「한국SI학회지」, 제4권, 제2호(2005).
[6] 김중한, “소프트웨어산업에서의 중소기업지원정책 연구”, 「한국SI학회지」, 제2권, 제1호(2003).
[7] 김중한, 임규건, 신재식, 권문주, 박성용, 「도급·하도급제도 개선방안 및 과업내용변경에 따른 계약금액 조정연구」, 한국소프트웨어진흥원, 2004.
[8] 김현수, “SI 사업 계약제도 개선연구”, 「한국SI학회지」 제1권, 제1호(2002).
[9] 김현수, “SI프로젝트계약 및 수행개선 이슈분석”, 「한국SI학회지」 제2권, 제1호(2003).
[10] 남진권, 「건설산업기본법 해설」, 제1판, 연문사, 2004.

25) 김우제, 최창렬, 박찬규, 「2005년 SW 법제도 개선 연구」, 한국소프트웨어진흥원, 2005, 33면.

[11] 배준수, 김우제, 정재윤, 오제연, 윤진영, 신재식, 권문주, 박성용, 「소프트웨어 제안서보상제도 및 분리발주제도 연구」, 한국소프트웨어진흥원, 2004.
[12] 이범상, 「건설관련소송실무」, 제1판, 법률문화원, 2004.
[13] 장훈기, 「정부계약제도 해설」, 법제처, 2005.
[14] 정보통신부, 「2005년도 SW산업육성계획안」, 2005.
[15] 정보통신부, 한국소프트웨어진흥원, 「중소소프트웨어사업자 사업참여지원제도 해설서」, 2004.
[16] 주지홍, 김선정, 이철남, 양인애, 「소프트웨어 거래에 관한 법제도 개선방안 연구」, 2003.
[17] 최봉현, 김홍석, 김중현, 「소프트웨어산업의 비즈니스 모델분석」, 산업연구원, 2006.
[18] 한국소프트웨어저작권협회, 「SI산업 활성화 방안」, 2005.
[19] SI산업연구협력반, 「SI산업경쟁력 강화를 위한 연구」, 한국소프트웨어산업협회, 2000.

◈ 저 자 소 개 ◈

최 창 렬 (sein79@dgu.ac.kr)

성균관대학교 법과대학 법학과를 졸업하고 동 대학원에서 민법학을 전공하여 석사 및 박사학위를 취득하였다. 1997년부터 성균관대 비교법연구소에서 책임연구원, 성신여자대학교 법학과 교수를 역임하였고, 2004년부터 동국대학교 법과대학에서 민법교수로 재직중이다. 주요 관심분야는 소유권법, 계약법, 정보통신법 등이며, 민사법학, 비교사법, 재산법연구, 가족법연구 등의 국내학술지에 다수 논문을 게재한 바 있다.