

신기술·IP·금융 로펌 법무법인 민후

담당 구성원



김경환 파트너 변호사
T.02-532-3483
E.oalmephaga@minwho.kr



최주선 파트너 변호사
T.02-538-3424
E.choijs@minwho.kr



김도윤 변호사
T.02-538-3423
E.kimdy@minwho.kr

소프트웨어산업진흥법의 전부개정안이 국회 본회의를 통과하여, 그 시행을 목전에 두고 있다. 새 법안은 8장 78개조와 부칙으로 이루어져 기존 법안인 5장 48개조보다 대폭 확대되었고, 명칭도 '소프트웨어산업진흥법'에서 '소프트웨어 진흥법'으로 변경되었다. 본 개정은 소프트웨어 중심의 경제 사회 변화에 대응하고 국가 경제의 지속적인 발전을 도모하기 위하여 이루어졌는데, 특히 소프트웨어사업 추진 시 소프트웨어사업자와의 계약이 공정하게 이루어질 수 있도록 제38조(공정계약의 원칙)와 제39조(불이익행위등의 금지)와 같은 조항이 새로이 도입되었다. 이하에서는 소프트웨어 진흥법에서 새로 제정된 제38조와 제39조에 관하여 살펴보겠다.

공정한 계약체결의 원칙

소프트웨어 진흥법 제38조 제1항은 오른쪽과 같이 "공정한 계약체결의 원칙"을 규정한다.

본 조항은 현행 건설산업기본법 제22조 제1항이 건설공사에 관한 도급계약 및 하도급계약의 당사자에게 대등한 입장에서 공정하게 계약을 체결할 의무를 부여한 것과 유사하게 규정되어 있다.

소프트웨어 진흥법 제38조(공정계약의 원칙) ① 소프트웨어사업에 관한 계약(하도급계약 및 재하도급계약을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 당사자는 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고 신의에 따라 성실하게 계약을 이행하여야 한다.

[시행 2020. 12. 10.] [법률 제17348호, 2020. 6. 9., 전부개정]

건설산업기본법 제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙) ① 건설공사에 관한 도급계약(하도급계약을 포함한다. 이하 같다)의 당사자는 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고 신의를 지켜 성실하게 계약을 이행하여야 한다.

이처럼 소프트웨어 진흥법은 현재 소프트웨어사업계에 관행화되어 있는 불공정한 계약 문제를 해소하고 소프트웨어사업의 공정한 거래질서를 구축하기 위하여 위와 같이 명시적으로 공정한 계약체결의 원칙을 규정하였는데, 본 조항 외에도 소프트웨어 진흥법은 제38조의 나머지 조항들에서 계약서 작성의 원칙(제2항), 현저하게 불공정한 계약의 무효(제3항), 표준계약서 이용 권장(제4항) 등을 규정함으로써 소프트웨어사업에 관한 계약을 공정하게 체결할 수 있도록 하였는바, 이하에서는 이를 차례로 살펴보겠다.

계약서 작성의 원칙

소프트웨어 진흥법 제38조 제2항은, 소프트웨어사업에 관한 계약을 체결할 때에는 계약의 목적과 범위, 계약기간, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 적시하고, 서명 또는 기명날인한 계약서에 의하여야 한다는 "계약서 작성의 원칙"을 규정한다.



소프트웨어 진흥법 제38조(공정계약의 원칙) ② 소프트웨어사업에 관한 계약의 당사자는 계약을 체결할 때 계약의 목적과 범위, 계약기간, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 계약서에 분명하게 적어야 하고, 서명(「전자서명법」 제2조제2호에 따른 전자서명을 포함한다)하거나 기명날인한 계약서를 주고받아 보관하여야 한다.

[시행 2020. 12. 10.] [법률 제17348호, 2020. 6. 9., 전부개정]

본 조항도 건설산업기본법과 유사하게 규정되어 있는데, 아직 대통령령에서 정하여야 할 구체적인 사항을 정하지는 않았지만, 건설산업기본법 제22조 제2항에서 도급금액, 공사기간 등을 계약서에 적시할 사항으로 규정하고 있다는 측면에 비추어 판단하건대, 소프트웨어사업에 관한 계약을 체결할 때 계약당사자가 계약금액, 계약기간, 계약내용 등을 사전에 계약서에 명시하도록 규정함으로써 불공정한 계약 체결을 예방하려는 것으로 해석된다.

건설산업기본법 제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙) ② 건설공사에 관한 도급계약의 당사자는 계약을 체결할 때 도급금액, 공사기간, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 계약서에 분명하게 적어야 하고, 서명 또는 기명날인한 계약서를 서로 주고받아 보관하여야 한다.

현저하게 불공정한 계약의 무효

소프트웨어 진흥법 제38조 제3항은 소프트웨어사업에 관한 계약 내용이 제1호~제5호에서 정한 경우에 해당하는 때에는 한쪽 당사자에게 현저하게 불공정한 경우로 보아, 해당 부분은 무효로 한다고 규정한다.

소프트웨어 진흥법 제38조(공정계약의 원칙) ③ 소프트웨어사업에 관한 계약 내용이 한쪽 당사자에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.

1. 계약 체결 이후 과업내용의 변경 및 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액과 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우
2. 계약의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약 체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우
3. 계약 내용에 대하여 구체적으로 정하지 아니하였거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약 내용을 한쪽의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우
4. 계약 불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우
5. 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우

[시행 2020. 12. 10.] [법률 제17348호, 2020. 6. 9., 전부개정]



가.일부 무효에 관하여

민법은 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 무효 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되지 않는 한 전부를 무효로 본다고 규정하지만(제137조), 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법')은 민법과 반대로, 약관의 일부 조항이 불공정한 조항에 해당하여 무효가 되더라도 유효한 부분만으로는 계약의 목적 달성이 불가능하거나 그 유효한 부분이 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우가 아니라면, 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속하는 것이지 계약 전부가 무효가 되는 것은 아니라고 규정한다(제16조).

민법 제137조(법률행위의 일부무효) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

약관의 규제에 관한 법률 제16조(일부 무효의 특칙) 약관의 전부 또는 일부의 조항이 제3조제4항에 따라 계약의 내용이 되지 못하는 경우나 제6조부터 제14조까지의 규정에 따라 무효인 경우 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다. 다만, 유효한 부분만으로는 계약의 목적 달성이 불가능하거나 그 유효한 부분이 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우에는 그 계약은 무효로 한다.

즉 소프트웨어 진흥법 제38조 제3항에서 "그 부분에 한정하여 무효로 한다"고 규정하고 있는 취지는 약관규제법과 같이, 원칙적으로 무효 사유에 해당하는 부분만을 무효로 하려는 취지로 해석된다.

나.무효 사유에 관하여

소프트웨어 진흥법 제38조 제3항은 한쪽 당사자에게 현저하게 불공정한 경우로서 해당 내용을 무효로 보는 5가지 사유를 정하고 있는바, 이하에서는 각 무효 사유에 관하여 살펴보겠다.

1. 계약 체결 이후 과업내용의 변경 및 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액과 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우

제1호에서는 소프트웨어사업에 관한 계약 내용 중 계약 체결 이후 과업내용이 변경되거나 경제상황이 변동하는 사정변경이 발생하여 계약금액과 계약기간의 변경이 필요함에도, 이를 상당한 이유 없이 인정하지 않거나 그 부담을 일방에게만 전가하는 내용을 무효로 규정하여, 계약 체결 이후 과업내용이 변경되거나 경제상황이 변동하는 등의 사정이 있는 경우에 계약금액 및 계약기간의 변경을 금지하거나 일방에게만 그 부담을 전가할 수는 없게 된다.

- 2.계약의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약 체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우

제2호에서는 소프트웨어사업에 관한 계약 내용 중 계약 체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대한 책임을 일방에게 전가하는 내용을 무효로 규정하는데, 이는 약관규제법에서 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항을 공정성 잃은 조항으로 추정하여 무효로 보는 것(제6조 제2항 제2호)과 유사하므로, 본 사유는 약관규제법과 유사하게 해석하면 될 것이다.

***약관의 규제에 관한 법률 제6조(일반원칙)**

- ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.
- ② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.
 - 2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항

3.계약 내용에 대하여 구체적으로 정하지 아니하였거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약 내용을 한쪽의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우

제3호에서는 소프트웨어사업에 관한 계약 내용 중 계약 내용에 대하여 양 당사자가 구체적으로 정하지 않거나 이견이 있는 경우에 일방의 의사에 따르도록 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해하는 내용을 무효로 규정하는데, 이는 약관규제법에서 약관의 뜻이 명백하지 않은 경우 사업자에 비하여 상대적으로 약한 지위에 있는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다고 규정하고 있는 것(제5조 제2항)과 유사한 맥락으로 규정된 것이라 해석된다.

***약관의 규제에 관한 법률 제5조(약관의 해석)**

- ② 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

4.계약 불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우

제4호에서는 소프트웨어사업에 관한 계약 내용 중 상당한 이유 없이 계약 불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감·가중함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해하는 내용을 무효로 규정하는데, 이는 약관규제법에서 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상범위를 제한하거나 위험을 고객에게 떠넘기는 조항을 무효로 보는 것(제7조 제2호)과 유사하므로, 약관규제법을 참조하여 해석할 수 있다.

***약관의 규제에 관한 법률 제7조(면책조항의 금지)**

- 계약 당사자의 책임에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.
 - 2. 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항

5.민법 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우

제5호에서는 소프트웨어사업에 관한 계약 내용 중 민법 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 내용을 무효로 규정하는데, 이는 약관규제법에서 법률에 따른 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 조항은 무효로 보는 조항(제11조 제1호)과 유사하므로, 약관규제법을 참조하여 해석할 수 있다.

***약관의 규제에 관한 법률 제11조(고객의 권익 보호)**

- 고객의 권익에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.
 - 1. 법률에 따른 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 조항

표준계약서 이용 권장

소프트웨어 진흥법 제38조 제4항은, 과학기술정보통신부장관에게 소프트웨어사업에 관한 표준계약서를 마련하고, 소프트웨어사업자가 소프트웨어사업에 관한 계약을 체결할 때에 표준계약서를 사용하도록 그 사용을 권장하여야 한다는 내용을 규정

한다.

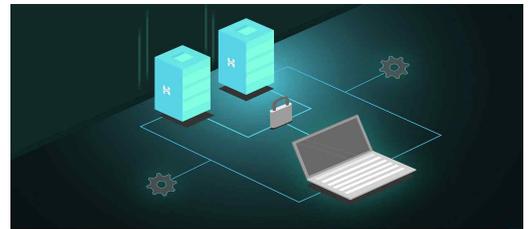
소프트웨어 진흥법 제38조(공정계약의 원칙) ④ 과학기술정보통신부장관은 소프트웨어사업의 공정한 거래질서를 구축하기 위하여 행정안전부장관, 문화체육관광부장관 및 공정거래위원회위원장과 협의를 거쳐 소프트웨어사업에 관한 표준계약서를 마련하고 그 사용을 권장하여야 한다.

[시행 2020. 12. 10.] [법률 제17348호, 2020. 6. 9., 전부개정]

본 규정의 문언상 표준계약서 사용 자체를 의무화하는 것이 아니라, 과학기술정보통신부장관에게 소프트웨어사업자가 관련 계약 체결시 표준계약서 사용하도록 권장하는 것을 의무화하는 것이므로 계약 당사자의 자율성을 침해할 우려는 적다고 판단된다.

불이익행위 등의 금지

소프트웨어 진흥법 제38조 제4항은, 과학기술정보통신부장관에게 소프트웨어사업에 관한 표준계약서를 마련하고, 소프트웨어사업자가 소프트웨어사업에 관한 계약을 체결할 때에 표준계약서를 사용하도록 그 사용을 권장하여야 한다는 내용을 규정한다.



하도급거래 공정화에 관한 법률

제2조(정의)

② 이 법에서 "원사업자"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 중소기업자(「중소기업기본법」 제2조제1항 또는 제3항에 따른 자를 말하며, 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업협동조합을 포함한다. 이하 같다)가 아닌 사업자로서 중소기업자에게 제조등의 위탁을 한 자
2. 중소기업자 중 직전 사업연도의 연간매출액[관계 법률에 따라 시공능력평가액을 적용받는 거래의 경우에는 하도급계약 체결 당시 공시된 시공능력평가액의 합계액(가장 최근에 공시된 것을 말한다)을 말하고, 연간매출액이나 시공능력평가액이 없는 경우에는 자산총액을 말한다. 이하 이 호에서 같다]이 제조등의 위탁을 받은 다른 중소기업자의 연간매출액보다 많은 중소기업자로서 그 다른 중소기업자에게 제조등의 위탁을 한 자. 다만, 대통령령으로 정하는 연간매출액에 해당하는 중소기업자는 제외한다.

③ 이 법에서 "수급사업자"란 제2항 각 호에 따른 원사업자로부터 제조등의 위탁을 받은 중소기업자를 말한다.

제19조(보복조치의 금지)

원사업자는 수급사업자 또는 조합이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 것을 이유로 그 수급사업자에 대하여 수주기회를 제한하거나 거래의 정지, 그 밖에 불이익을 주는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 원사업자가 이 법을 위반하였음을 관계 기관 등에 신고한 행위
2. 제16조의2제1항 또는 제2항의 원사업자에 대한 하도급대금의 조정신청 또는 같은 조 제8항의 하도급분쟁조정협의회에 대한 조정신청

2의 2. 관계 기관의 조사에 협조한 행위

3. 제22조의2제2항에 따라 하도급거래 서면실태조사를 위하여 공정거래위원회가 요구한 자료를 제출한 행위

이에 소프트웨어 진흥법은 '도급'을 명칭에 관계없이 소프트웨어사업을 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약이라고 정의하고(제2조 제12호), '발주자'를 소프트웨어사업 완성 업무를 수급인에게 위탁한 자, '수급인'을 발주자로부터 소프트웨어사업의 완성 업무를 위탁받은 자라고 정의하면서(제2조 제14호), 하도급법

제19조와 유사한 내용의 소프트웨어 진흥법 제39조를 신설하였다.

소프트웨어 진흥법

제2조(정의)

- 12. "도급"이란 원도급, 하도급, 위탁 등 명칭에 관계없이 소프트웨어사업을 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말한다.
- 14. "수급인"이란 발주자로부터 소프트웨어사업을 도급받은 소프트웨어사업자를 말한다.

제39조(불이익행위등의 금지)

- ① 발주자는 수급인이 발주자의 이 법 위반에 대한 신고를 했다는 이유로 그 수급인에 대하여 수주 기회를 제한하거나 거래의 정지, 그 밖에 불이익을 주는 행위(이하 이 조에서 "불이익행위등"이라 한다)를 하여서는 아니 된다.
- ② 수급인은 발주자의 불이익행위등을 과학기술정보통신부장관에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고할 수 있다.
- ③ 수급인의 하수급인에 대한 불이익행위등 및 하수급인의 재하수급인에 대한 불이익행위등에 대해서는 제1항 및 제2항을 준용한다.
- ④ 과학기술정보통신부장관은 제1항 또는 제3항에 따른 불이익행위등이 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제19조에서 금지하는 행위에 해당한다고 인정하는 경우 같은 법 제25조에 따라 공정거래위원회에 필요한 조치를 해 줄 것을 요청할 수 있다.

[시행 2020. 12. 10.] [법률 제17348호, 2020. 6. 9., 전부개정]



이처럼 소프트웨어 진흥법 제39조가 신설됨에 따라, 소프트웨어사업과 관련하여 발주자가 자신을 신고한 수급인에게 보복조치 등 불이익행위를 하는 것이 명시적으로 금지되었고(제1항), 발주자가 수급인에게 불이익행위를 할 경우 공정거래위원회를 통해 시정이 가능하게 됨으로써(제4항), 발주자에 비해 거래 관계상 약자인 수급인에 대한 보호가 이전보다 강화될 것이 기대된다.

이러한 소프트웨어 진흥법은 2020. 6. 9. 공포되어 2020. 12. 10.부터 시행된다(부칙 제1조). 또한 부칙 제2조 및 제3조에서 "제43조의 개정규정은 이 법 시행 이후 입찰공고하는 사업부터 적용한다", "제77조 및 제78조의 개정규정은 이 법 시행 후의 행위에 대하여 적용한다"고 각 규정하고 있는 것과 달리, 제38조 및 제39조에 관하여는 이러한 규정을 두고 있지 않은바, 제38조 및 제39조는 본 개정 신법이 시행되기 이전에 체결된 계약에 대하여도 적용 가능하다고 볼 수 있을 것이다.

부칙 <법률 제17348호, 2020. 6. 9.>

제1조(시행일)

이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(소프트웨어사업 영향평가에 관한 적용례)

제43조의 개정규정은 이 법 시행 이후 입찰공고하는 사업부터 적용한다.

제3조(벌칙에 관한 적용례)

제77조 및 제78조의 개정규정은 이 법 시행 후의 행위에 대하여 적용한다.

본 Legal Issue의 내용 또는 기타 법률 문의를 필요하신 경우,
법무법인 민후로 연락주시면 담당 변호사님의 답변을 받으실 수 있습니다.

