

컴퓨터프로그램의 보호방법

- 기업의 지적재산권 관리전략을 중심으로 -1)

컴퓨터프로그램보호위원회 DC이용보호센터

이재림 주임 (jrlee98@socop.or.kr)

< 목 차 >

I. 머리말

II. 우리나라의 컴퓨터프로그램 보호방법

1. 저작권법에 의한 보호
2. 특허법에 의한 보호
3. 각각의 권리에 의한 컴퓨터프로그램 보호

III. 미국과 EU의 컴퓨터프로그램 보호방법

1. 미국의 경우
2. EU의 경우

III. 기업의 컴퓨터프로그램 지적재산권 관리전략

1. 컴퓨터프로그램의 특허적격성 여부를 떠나서
2. 기업의 지적재산권 관리전략 및 운용방안

IV. 맺음말

1) 본 논문은 컴퓨터프로그램보호위원회와 무관한 개인적 견해를 밝힙니다.

I . 머리말

컴퓨터프로그램보호법상의 정의규정에 의하면 “컴퓨터프로그램”이란 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시, 명령으로 표현된 것을 말한다.²⁾

컴퓨터프로그램은 처음에는 단순히 하드웨어에 장착된 일부분으로 여겨졌다. 그러나 IBM에서 하드웨어와 소프트웨어의 가격분리정책을 채택하면서 하드웨어와는 별도의 독립된 상품으로 인식되기 시작하였고, 오늘날에 와서는 오히려 하드웨어 분야보다 그 중요성이 훨씬 강조되기에 이르렀다.

또한 컴퓨터프로그램의 경우, 정보화 사회에서 가장 중요한 기술분야이기 때문에 국가와 기업은 사활을 걸고 기술개발과 시장 지배력 확대에 앞장서고 있다. 반면 다른 기술에 비하여 복제나 모방이 쉽기 때문에 미국을 비롯한 IT 선진국들은 그 보호의 필요성을 느끼며, 다양한 방법으로 컴퓨터프로그램의 보호를 시도하고 있다.

미국은 처음에는 컴퓨터프로그램을 빠르고 간편하게 보호할 수 있는 저작권법에 의하여 보호하여 왔다. 그러다가 아이디어/표현 이분법에 의하여 기술적 사상(idea)의 보호가 불가능한 점, 특허처럼 강력한 차단효과 발생하지 않는 점 때문에 1980년대 들어서면서부터는 특허법에 의한 보호를 시도하고 있다.

이에 영향을 받은 우리나라 및 EU, 일본 등도 컴퓨터프로그램을 저작권법과 함께 특허법으로 보호하기 시작했으나, 양 권리에 의해서도 컴퓨터프로그램의 완전한 보호가 불가능한 면이 있고 또한 중첩보호에 의한 문제점도 지적되는 등 컴퓨터프로그램의 보호를 둘러싼 논쟁이 수십년째 계속되고 있다.

본고에서는 국내의 컴퓨터프로그램 보호방법과 미국과 EU의 컴퓨터프로그램 보호방법에 대해서 살펴보고, 학문적 논쟁을 탈피하여 세계화의 무한경쟁속에서 우리 기업의 컴퓨터프로그램 관리 및 보호전략에 대해서 고민해 보기로 한다.

2) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1항

II. 우리나라의 컴퓨터프로그램 보호방법

1. 저작권법(컴퓨터프로그램보호법)에 의한 보호

(1) 서설

컴퓨터프로그램의 보호수단은 크게 저작권과 특허이다. 미국이나 일본을 비롯한 세계 대부분의 국가들은 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의해 보호하여 왔고, 우리나라의 경우에도 저작권법의 특별법이라고 할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법을 별도로 제정하여 이 법을 통하여 컴퓨터프로그램을 보호하고 있다.

우리나라에서 컴퓨터프로그램의 주된 보호수단이었던 저작권법에 의한 컴퓨터프로그램 보호의 장·단점은 아래와 같다.

(2) 저작권법에 의한 보호의 장점

저작권은 컴퓨터프로그램의 창작과 동시에 발생한다. 별도로 복잡한 심사 과정을 거치지 않아도 되며, 공표된 후 50년까지 보호받을 수 있으므로 컴퓨터프로그램의 라이프 사이클을 고려할 때 영구적으로 보호받는 거나 마찬가지의 효과를 가져 올 수 있다. 또한 베른조약 등의 저작권 관련 조약에 따라 모든 체약국에서 보호를 받을 수 있으므로 국제적인 보호도 손쉽다.

그리고 저작권법에 의한 보호의 장점이자 단점일 수 있는 우연의 일치를 인정한다는 것이다. 우연히 여러 사람이 동일한 내용의 저작물을 창작하였다 고 하더라도 각각의 경우에 모두 저작권을 인정한다는 것이다. 그러므로 저작권법에 의해 컴퓨터프로그램을 보호받을 경우, 특허처럼 선행기술 등에 막대한 시간과 비용을 투자하지 않고 자신이 만들고자 하는 컴퓨터프로그램을 만들면 된다.

요컨대 저작권법에 의한 컴퓨터프로그램 보호의 가장 큰 장점은 시간적·비용적 경제성을 들 수 있다. 컴퓨터프로그램은 창작과 동시에 별도의 방식이나 절차없이 보호를 받을 수 있다. 또한 저작자 추정효나 창작연월일 추정효

등이 발생하는 프로그램 등록의 경우에도 절차(무심사주의)나 비용이 특허에 비해 매우 간단하고 저렴하다. 그리고 창작과정도 선행기술 조사 등을 필요로 하는 특허에 비해 편리하다.³⁾

(3) 저작권법에 의한 보호의 단점

앞서 말한 컴퓨터프로그램의 저작권법에 의한 보호의 시간적·비용적 경제성에도 불구하고 저작권법에 의한 컴퓨터프로그램의 보호에는 일정한 한계가 드러나고 있다.

저작권은 그 보호가 아이디어/표현 이분법(idea/expression dichotomy)에 의해 아이디어가 아닌 독창적인 표현형식을 보호한다. 즉 같은 기능을 가진 컴퓨터프로그램이라 하더라도 그 지시·명령의 구체적 표현이 다르면 서로 다른 컴퓨터프로그램으로 보게 되는 것이다. 따라서 같은 기능을 구현하는 컴퓨터프로그램에 대해서 그 표현형식이 다르다면 침해 주장을 할 수가 없다.⁴⁾

그러나 컴퓨터프로그램의 경우, 표현보다 프로그램이 어떠한 기능을 수행하는가가 중요하다. 원시코드를 보지 않은 프로그래머가 여러 가지 방법으로 원래의 컴퓨터프로그램을 분석하여 다른 표현형식으로 같은 기능을 수행하는 프로그램을 만들어내는 것도 가능하다. 이런 점을 고려할 때, 저작권에 의한 컴퓨터프로그램의 보호는 불안정할 수 있다.

나아가 기능저작물인 컴퓨터프로그램의 경우, 아이디어와 표현이 합체(Merger)되는 특성으로 인해 표현을 보호하면 아이디어까지 보호되는 문제점이 지적되어 설사 표현이라고 하더라도 저작권법으로 보호받지 못 하는 경우가 발생할 수 있다.⁵⁾

또한 미국의 경우, 컴퓨터프로그램의 저작권 등록 시에 소스코드를 공개토록 하는데 비해서 우리나라 컴퓨터프로그램보호법은 소스코드의 공개를 반드시 요구하지 않기 때문에 산업에 기여하는 면도 적다는 지적이다.⁶⁾

그리고 앞서 장점으로 지적되었던 우연의 일치를 인정하는 저작권법은 역

3) 이상정(2007), “컴퓨터프로그램보호방법의 재검토”, 서울대학교법학 제48호, 108쪽.

4) 오승중(2007), 『저작권법』, 박영사, 857쪽.

5) 김원오(2004), “산업재산권법과 저작권법의 차이점과 접점”, 저작권문화 제119호, 13쪽.

6) 이상정(2007), 앞의 논문, 110쪽.

설적으로 단점으로 작용하기도 한다. 저작권을 침해한 사람이 우연히 동일 내용의 저작물을 작성하였다고 주장한다면 저작권에서 부여하는 배타적 권리는 결국 법정에 가서야 인정받을 수 있게 되는 셈이다.

마지막으로 저작권법의 경우, 권리자가 상대방이 자기의 프로그램을 모방하였다는 것을 입증하여야 한다. 그러나 실제 모방이 이루어졌다고 하더라도 표현형식을 다르게 하였다면 이에 대한 입증이 쉽지 않을 것이다.

2. 특허법에 의한 보호

(1) 서설

컴퓨터프로그램을 보호하는 저작권 이외의 방법으로 특허가 있다. 특히 최근 들어 특허법에 의한 컴퓨터프로그램의 보호가 선진국에서 점차 늘어가고 있는 상황이다. 특허의 경우 리버스엔지니어링으로부터 보호를 받을 수 있고, 저작권보다 강력한 독점배타권이 주어지기 때문이다.

미국은 경제대공황으로 독점에 대한 폐해의 심각성을 인식하고 반특허적 경향이 강하여 그동안 특허적격성을 엄격히 적용하여 왔다. 그러나 1980년대 들어와 일본에 의해 여러 산업분야에서 우위를 빼앗기게 되자, 미국이 우위를 점하고 있는 SW산업 등의 보호를 위하여 친특허적 경향으로 돌아섰고 다른 국가들도 자국산업의 실리 등을 고려해 가며 컴퓨터프로그램의 특허적격성을 인정하는 추세이고, 우리나라도 예외는 아니다.

특허법에 의한 컴퓨터프로그램 보호의 장·단점은 아래에서 상술한다.

(2) 특허법에 의한 보호의 장점⁷⁾

컴퓨터프로그램을 특허로 보호할 때의 장점은 첫째, 기술내용을 공개하도록 요구하기 때문에 개방성의 요건을 충족시킨다는데 있다. 앞서도 언급했지만 프로그램을 저작권 등록할 경우에는 반드시 소스코드를 공개할 필요가 없기 때문에 저작권법에 의해서는 기술공개로 인한 산업 발전의 목적을 충

7) 이철남(2006), “오픈소스소프트웨어에 대한 소프트웨어특허의 법적 함의”, 경영법률 제17호, 939쪽.

죽하기 어려운 면이 있다. 또한 개발자가 자신의 프로그램의 내부적인 작동 사항을 파트너·고객·기타 제3자와 공유하는 것을 꺼리지 않는다는 것이다. 둘째, 특허의 보호기간이 저작권보다 짧기 때문에 기술의 내용이 훨씬 빨리 공유의 영역에 포함될 수 있다.⁸⁾

셋째, 선행기술 조사 등을 통하여 같은 기술에 대해서 중복투자를 방지할 수 있다.⁹⁾

넷째, 특허는 저작권보다 특허로 등록받기까지의 요건이 까다로우므로 기술의 작은 발전보다는 커다란 혁신을 가져오기 위한 하나의 동기를 부여하게 해준다.

그리고 마지막으로 저작권에 의한 보호보다 특허에 의한 보호가 더욱 강력하다. 특허는 우연의 일치를 인정하지 않는다. 발명자가 모두 모방이 아닌 자신들의 노력에 의해 발명을 하였다고 하더라도 선원주의에 의하여 제일 먼저 출원한 발명만이 특허를 받을 권리를 가지게 된다.¹⁰⁾ 심지어 같은 날 동일한 발명이 출원되었다면 양측의 협의에 의해 한 사람의 발명만이 특허를 받을 수 있다. 협의가 성립되지 않는다면 양측이 모두 특허를 받을 수 없다.

(3) 특허법에 의한 보호의 단점¹¹⁾

특허법에 의한 컴퓨터프로그램 보호의 가장 큰 단점은 특허권에 의한 프로그램의 보호가 저작권보다 훨씬 강력하다는데 있다. 저작권의 경우, 다른 사람의 것을 모방하지 않고 자신의 노력에 의해 새로운 저작물 탄생이 가능하나 특허의 경우에는 기술적 사상(idea)을 보호하는 것이기 때문에 특정 알고리즘의 특허가 있는 경우, 그와 동일하거나 유사한 프로그램을 아무리 독창적으로 만든다고 하더라도 특허권 침해가 된다. 이로 인해 발명자들은 새

8) 그러나 특허권의 보호기간이 출원시부터 20년이라는 점과 대부분의 컴퓨터프로그램의 라이프 사이클이 길어도 10년을 넘기 힘들다는 점을 고려하면 이 견해에 대해서는 다소 의문이 든다.

9) 앞서 저작권법의 경우에는 선행기술을 조사할 필요가 없기 때문에 창작자의 입장에서는 경제적 효용성을 가져올 수 있다는 내용을 기술한 바 있다. 이처럼 저작권법과 산업재산권법 사이에는 상호간의 권리충동과 권리공존의 문제가 병존하며 창작자의 입장과 전체 산업의 입장이 다를 수 있다.

10) 대부분의 국가에서 “선원주의”를 취하지만 미국의 경우에는 유일하게 “선발명주의”를 취하고 있다. 선원주의의 단점은 진정한 발명자의 보호가 어렵다는데 있다. 우리나라의 경우에는 이를 보완하기 위해 선사용권의 인정, 특허출원시부터 국내에 있던 물건에 대한 특허권의 효력 제한 등 선발명주의적 요소를 가미하고 있다.

11) 이상정(2007), 앞의 논문, 116-118쪽. ; 이철남(2006), 앞의 논문, 940-941쪽.

로운 컴퓨터프로그램을 발명하기 전에 수도 없이 많은 선행특허와 기술을 조사하여야 하는 부담을 가지게 된다.

둘째, 실무상 특허출원서를 작성하는 기법에 따라서 프로그램 특허의 등록 여부가 결정될 수 있다는 것이다. 방법발명만으로는 특허받을 수 없는 발명도 장치발명으로 구성해서 특허를 받을 수 있다. 또한 같은 맥락에서 심사관의 자질이나 능력에 따라서 특허의 등록 여부가 결정될 수도 있다. 이것을 방지하기 위해 특허무효심판제도 등이 있으나, 이미 등록받은 특허를 무효화시키기 위한 심판이나 소송에는 많은 비용과 시간이 들어간다.

셋째, 컴퓨터프로그램 특허를 등록받고 유지하기 위해 드는 비용이 적지 않고 절차도 까다롭다는데 있다. 특허의 등록에서 유지까지는 선행기술의 조사, 특허의 출원 및 등록, 소송비용 등과 관련하여 적지 않은 비용이 들어간다. 그리고 특허의 경우, 저작권과 달리 창작과 동시에 권리가 발생하는 것이 아니며, 일정한 절차에 의해 등록을 받아야만 권리가 완전하게 보호받을 수 있다. 그러다보니 특허 출원 시에 명세서 작성 요건에 맞춰 특허를 출원해야 한다. 명세서에는 특허를 받기 위한 요건인 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성이 적절하게 기술되어 있어야 한다. 저작권의 창작성은 남의 것을 모방하지 않은 것을 전제로 하는 아주 낮은 수준의 것이지만, 특허의 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성은 저작권의 그것과는 비교할 수 없을 정도로 까다롭다. 또한 특허 출원 이후에도 의견서나 보정서 등의 작업을 계속해야 하며, 경우에 따라서는 특허가 거절결정이 난 다음에도 거절불복심판 등을 진행해야 한다.

넷째, 컴퓨터프로그램을 특허로 보호할 만한 가치가 있는가에 대해서도 의문이 제기된다. 컴퓨터프로그램의 경우, 그동안의 기술의 축적에 의해 기술혁신이 발생하고 생명공학이나 여타 산업분야와 비교하여서는 적은 자본이 투자된다. 그리고 기술의 변화가 심하며, 라이프사이클이 짧기 때문에 과연 컴퓨터프로그램에 차단효과가 있는 강력한 독점력을 인정할 만큼의 가치가 있는지에 대한 반문이 생긴다.

그리고 마지막으로 특허에 의한 보호의 문제점 중 하나는 컴퓨터프로그램은 그 특성상 특허법에 의한 보호범위가 생각만큼 명확치 않다는데 있다. 특허에 의해 분쟁이 발생했을 때, 그 보호범위는 일반적으로 명세서의 청구항

에 의해서 결정된다. 그런데 청구항의 보호범위를 명확하게 작성할 경우 보호범위가 줄어들게 되며, 반대로 청구항의 보호범위를 광범위하게 작성할 경우 특허의 보호범위에 대한 명확한 확정이 어렵게 된다. 이로 인해 청구항의 작성은 명확성과 모호성의 예술이라고 불린다. 발명의 권리를 넓게 잡으면서도 분쟁의 소지를 줄이기 위해 청구항을 명확하게 기술하는 것이 명세서 작성의 핵심이 된다.

그러나 이렇게 발명자에게 이로운 청구항 작성은 실무상 쉬운 일이 아니며, 이로 인하여 특허분쟁의 경우 청구항에서 보호하는 권리 범위를 두고 많은 설전이 오고간다. 이러한 특허의 특성으로 인하여 이미 등록을 받은 특허의 경우에도 특허무효심판이나 권리범위확인심판, 정정심판 등을 통하여 특허권을 무효로 하거나 권리범위를 명확하게 확정하도록 하고 있다.

많은 비용을 지불하여 발명을 특허로 등록받은 후에도 권리보호의 범위가 명확치 않을 가능성이 있는 것은 심각한 문제가 아닐 수 없다. 특히 컴퓨터 프로그램 발명의 경우, 기존의 기술과는 전혀 다른 혁신적 원천발명은 드물고 기존의 축적된 기술에 추가적인 내용이 덧붙여진 개량발명일 가능성이 높기 때문에 특허에 의한 컴퓨터프로그램의 보호는 그 범위가 더욱 모호하고 불안할 수 있다.

3. 각각의 권리에 의한 컴퓨터프로그램의 보호

앞서 언급한 것과 같이 컴퓨터프로그램은 크게 저작권법과 특허법에 의해 보호받고 있다. 컴퓨터프로그램의 구성요소 중 알고리즘을 포함한 기술적 사상(idea)은 특허에 의해 보호가 되어야 하며, 알고리즘을 컴퓨터 언어로 표현한 부분은 저작권법에 의해 보호를 받아야 할 것이다.

그러나 아이디어와 표현의 구분이 모호하고, 저작권법과 특허법에 의해 프로그램을 각각 보호할 경우에도 발명자의 입장에서 완벽한 보호를 기대하기 힘든 면이 있다. 반대로 저작권법과 특허법의 성격이 가지고 있는 공익적인 측면에서 바라보면 그 권리의 보호가 지나치게 과도하여 우려의 목소리가 나오기도 한다.

<저작권법과 특허법에 의한 컴퓨터프로그램 보호>

구분	저작권법 (컴퓨터프로그램보호법)	특허법
보호대상	표현	아이디어
권리의 발생	창작과 동시에	특허심사 후 등록완료 후
보호기간	공표일로부터 50년	출원일로부터 20년
등록의 성격	권리취득요건 아님	권리취득요건
성립요건	타저작물의 미침해, 창작성	신규성, 진보성, 산업상 이용가능성

그리고 특허법과 저작권법으로 컴퓨터프로그램을 중첩적으로 보호할 경우, 저작권의 보호기간이 특허권보다 장기이므로 특허로 보호받은 후 다시 저작권을 주장할 가능성이 있어 문제가 제기되기도 한다.¹²⁾

이런 이유에서 제3의 보호방법을 강구하여야 한다는 견해도 나오고 있다. 컴퓨터프로그램은 기술적인 부분이 강하기 때문에 저작권의 기존 논리에 의해 보호받기 힘든 면이 있는 반면, 저작물과 유사한 성격도 있기 때문에 특허법에 의해 보호받기에도 적당치 않다는 것이다.¹³⁾ 그러나 컴퓨터프로그램의 경우, 산업과 경제의 분야와 맞물려 논의가 되어야 하는 부분으로 어느 특정국가가 기존의 법체계와 전혀 다른 법체계를 가지고 컴퓨터프로그램을 보호하기란 어려워 보인다. 그리고 WIPO 등에서 국제 조약을 통하여 제3의 보호방법을 정립하는 것도 현실적 난관이 많이 있을 것이며, 시간도 오래 소요될 것이기 때문에 당장의 실익은 없는 주장이다. 다만 장기적 안목에서 컴퓨터프로그램의 가장 효율적 보호를 위해 이에 대한 논의는 계속되어야 한다고 생각한다.

III. 미국과 EU의 컴퓨터프로그램 보호방법

12) 이상정(2007), 앞의 논문, 119쪽.

13) 이상정(2007), 앞의 논문, 124-125쪽.

1. 미국의 경우

미국에서는 컴퓨터프로그램 발명에 대해 특허성이 인정되어야 한다는 주장이 50년대 이후부터 지속적으로 제기되어 왔다. 그러나 미국 법원은 프로그램은 단순한 아이디어인 수학적 알고리즘에 해당된다고 하여 특허성을 부인해 왔다.¹⁴⁾

그러나 1981년 다이아몬드 대 디어(Diamond v. Diehr) 판결을 통하여 컴퓨터프로그램의 특허적격성에 대해 좀더 온화한 입장이 나오게 된다. 이 판결은 산업상 이용가능한 수학적 알고리즘도 일정한 요건이 충족되면 특허를 받을 수 있다고 판결하였기 때문이다.

1980년대 들어서 미국이 일본 등에 의해 여러 산업분야에서 우위를 빼앗기게 되자 미국은 자국 산업의 보호를 위해 친특허경향을 강화하기 시작하였다. 그 이전만 하더라도 미국은 경제대공황의 주범 중 하나로 지적된 독과점에 대해 엄격한 규율을 해왔고, 발명자에게 독점권을 부여하는 특허에 대해서도 부정적인 견해가 많았다. 그러나 일본 등에 의해 경제가 위협을 당하고, 미국 산업이 우위를 선점하고 있는 기술이 제대로 보호를 받지 못 하고 있다는 산업계의 강력한 요청에 의해 레이건 행정부를 기점으로 미국은 친특허적 정책을 더욱 두드러지게 내놓게 되었다.

1990년대에 들어서는 친특허적 경향이 더욱 강해지며, 컴퓨터프로그램의 기능적인 측면까지 특허의 허용범위를 확대하고 있고, 이는 매체특허·영업방법특허의 인정까지 연결되었다.

미국의 컴퓨터프로그램 특허는 미국 소재의 대기업 중심으로 이루어지고 있고, 90년대 부여된 특허 중 70%는 미국 소재의 기업으로 나타났으며 주로 대기업에 편중(88%)되어 있는 것으로 조사되고 있다.¹⁵⁾

2. EU의 경우

유럽의 경우 많은 국가들이 컴퓨터프로그램에 대한 특허를 인정하지 않았

14) 1970년대 고트샬크 대 벤슨(Gottschalk v. Benson) 판결과 파커 대 후르크(Parker v. Flook) 판결은 수학적 알고리즘, 추상적으로 표현된 원리만으로는 특허를 받을 수 없다는 것을 분명히 하였다.

15) 문장원(2006), “SW 특허 논쟁 : 권리 vs 독점”, SW정책연구센터@KIPA, 37-39쪽.

다. 프랑스, 독일, 영국 및 유럽특허조약은 모두 프로그램의 발명을 특허대상에서 제외하고 있다. 컴퓨터프로그램은 수학적 방법 등으로 기술적 요소가 부재하여 특허의 대상이 될 수 없음이 견지되어 온 것이다. 이러한 분위기 속에서 1973년 유럽특허조약이 탄생되었고, 이를 이행하기 위한 EPO(유럽 특허청)이 설립되었다.¹⁶⁾

조약의 제52조 제2항은 컴퓨터프로그램을 특허대상에서 제외하고 있다.¹⁷⁾ 그럼에도 불구하고 유럽특허청은 제52조를 해석·적용하는데 있어서 많은 컴퓨터프로그램의 특허를 인정해 왔다. 즉, 프로그램을 포함한 발명까지 모두 특허의 대상에서 제외하고 있는 것은 아니다. 제52조에서 규정하고 있는 컴퓨터프로그램에 대한 예외규정은 기술적 요소가 부재한 추상적 창작물인 컴퓨터프로그램에 한정되고, 그 프로그램이 기술적 요소를 갖고 있는 경우에는 예외규정에 해당하지 않는다고 본다.

그리고 유럽에서도 컴퓨터프로그램 특허를 전 EU 전역에 걸쳐서 입법화 하려는 노력이 있었다. EU는 1997년 “Green Paper on the Community patent and the patent system in Europe”을 발표하였다. 여기에는 컴퓨터 프로그램 및 소프트웨어관련 발명의 특허적격성에 관한 부분이 나와 있다. 미국 심사기준의 변경과 일본 등의 동향에 영향을 받아 회원국들에게 유럽 특허조약 제52조 제2항을 삭제하는 것에 대해 의견을 묻고, 동일한 창작물에 대한 특허법과 저작권법의 중복 적용에 대해 어떻게 생각하는지 회원국들의 의견을 개진하고 있다.¹⁸⁾

이런 분위기 속에서 2002년 유럽의 집행위원회가 “소프트웨어특허법안 (software patent directive)”을 상정하였지만, 4년간의 진통 끝에 2005년 7월 유럽의회의 압도적인 차이로 부결되었다. 컴퓨터프로그램 관련 특허가 몇

16) 문장원(2006), 앞의 논문, 40쪽. ; 이상정(1999), “컴퓨터소프트웨어 관련 특허의 인정 범위와 한계”, 지적재산권법연구 제3권, 283쪽.

17) 유럽특허조약 제52조는 다음과 같다.

- ① 유럽에서의 특허는 산업적으로 이용가능하고, 새롭고, 진보적인 어떠한 발명에 대해서도 허여된다.
- ② 특허 다음은 ①항에 속하는 발명으로 인정되지 아니한다.
 - ㉠ 발견, 과학 이론, 수학적 방식
 - ㉡ 미술적인 창조물
 - ㉢ 정신적 활동, 게임, 사업을 위한 체계, 규칙, 방법 및 컴퓨터프로그램
 - ㉣ 정보의 제시
- ③ 위 ②항에 조항은 유럽에 출원한 특허가 상기한 대상물 또는 활동 그 자체에 관계되었을 때에만 위 조항에 의거 특허가 허여되지 않는다. (이상정(1999), 앞의 논문, 283쪽.)

18) 이상정(1999), 앞의 논문, 285-286쪽.

몇 미국 중심의 다국적 IT기업들에게 집중될 가능성을 우려한 유럽의 중소 소프트웨어 기업들과 의원들의 우려 때문이었다.

사실 이러한 우려는 그간 유럽특허청에 청구된 컴퓨터프로그램 특허 출원 현황을 보면 알 수 있다. EU에 출원된 컴퓨터프로그램 특허 출원 수가 미국, 일본, EU 순으로 미국의 대기업 중심으로 컴퓨터프로그램 특허의 출원이 이루어지고 있기 때문이다.¹⁹⁾

III. 기업의 컴퓨터프로그램 지적재산권 관리전략

1. 컴퓨터프로그램의 특허적격성 여부를 떠나서

저작권법에 의하여 보호하여 왔던 컴퓨터프로그램을 특허법에 의해 보호하는 것이 가능한지, 가능하다면 어디까지 허용해야 하는지, 중점보호에 의한 권리의 충돌과 조화의 가능성이 지금까지 살펴본 컴퓨터프로그램 보호방법에 대한 핵심 논쟁이다.

이런 논쟁이 끊임없는 이유로는 컴퓨터프로그램은 머리 속에서 발생하는 일종의 계산방법에 불과하기 때문에 특허의 대상이 될 수 없다는 것이다. 또한 특허를 받기 위해서는 “신규성”이 있어야 하는데, 컴퓨터프로그램의 특성상 연속적인 지식에 기반하여 개발이 이루어지므로 이를 입증하기가 어렵기 때문이다.²⁰⁾

그리고 특허에서 요구하는 “진보성”은 일종의 주관적 창작성으로 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 법 제29조 제1항 각 호²¹⁾의 어느 하나에 규정된 공지기술로부터 용이하게 발명할 수 없을 경우에만 특허를 받을 수 있다.

이는 진보성이 없는 발명에 대하여 특허를 허여하는 것은 산업발전에 도

19) 문장원(2006), 앞의 논문, 40-41쪽.

20) 문장원(2006), 앞의 논문, 42쪽.

21) 제29조 (특허요건) ① 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외하고는 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다.

1. 특허출원전에 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시된 발명

2. 특허출원전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되거나 대통령령이 정하는 전기통신회선을 통하여 공중이 이용가능하게 된 발명

움이 되지 아니할 뿐만 아니라 특허권의 난립으로 특허분쟁을 유발시킬 우려가 있기 때문이다. 그래서 공지기술보다는 최소한 비약적이고 누진적인 발명에 대해서만 특허를 허용하여 산업발전에 이바지하기 위함이다.²²⁾

그러나 대부분의 국가에서 실무와 판례를 중심으로 컴퓨터프로그램을 특허에 의해 보호하기 시작했다. 우리나라도 1984년 “컴퓨터 관련 발명 심사 기준”이 제정되면서 일정한 요건 하에서 컴퓨터프로그램 등에 대한 특허등록이 가능해졌다.

컴퓨터프로그램을 특허법의 보호범위로 인정할지는 각 국가의 산업정책에 따라 정해질 가능성이 크다. 컴퓨터프로그램의 특허성 인정에 가장 적극적인 미국도 자신들이 우위를 점하고 있는 SW산업의 보호를 위하여 컴퓨터프로그램의 특허성을 인정하기 시작했고, EU·일본 및 우리나라의 경우에도 이런 미국의 적극적 특허공세를 피할 수 없기 때문에 혹은 자국 SW산업의 해외 시장 진출을 돕기 위하여 특허에 의한 컴퓨터프로그램의 보호를 인정하게 된 것이다.

따라서 컴퓨터프로그램의 특허적격성 여부의 논의를 떠나서 국내 IT기업의 경쟁력 제고와 해외진출을 위해서 프로그램의 보호에 저작권과 특허를 어떻게 적절하게 이용해야 할지에 대한 실용적인 논의 또한 학문적 논의 못지않게 중요하다고 생각한다.

국내에서 컴퓨터프로그램의 특허성을 부정하여 더 이상 특허에 의한 보호를 하지 않는다 해도 그것이 국내 시장에만 영향을 미치는 것이 아니기 때문이다. 세계 진출을 시도하거나 준비 중인 국내 IT기업의 경우, 미국이나 일본에서의 특허 획득이 중요할 수 있다. 그러기 위해서는 국내에서 출원을 한 다음에 PCT 출원을 이용하여 체약국 중 필요한 국가를 선정하여 외국에서 좀더 손쉽게 특허를 획득할 수 있기 때문이다. 만약 국내에서 컴퓨터프로그램의 특허를 인정하지 않는다면 국내 IT기업은 각각의 개별국가에서 따로 특허출원을 진행해야 하는 불편함이 발생할 수 있다.

실무와 판례에 의한 컴퓨터프로그램과 BM특허의 인정은 이러한 실리적인 면을 고려하여 이루어진 것으로 보인다.

22) 임병웅(2007), 『특허법(제6판)』, 한빛지적소유권센터, 180-181쪽.

2. 기업의 지적재산권 관리전략 및 운용방안

(1) 기술개발 이전의 지적재산권 관리

기술개발 이전에 개발자와 내부 지적재산권 담당자의 회의를 통해서 개발을 준비 중인 컴퓨터프로그램의 중요도에 따라 지적재산권 관리 전략을 수립해야 한다. 시장에 미칠 영향력이 크며, 기존의 프로그램보다 진일보한 기술이 담긴 프로그램이라면 특허출원을 통해 좀더 강력한 보호를 받을 수 있도록 해야 한다. 그러나 무턱대고 특허출원을 준비하여서는 안 되고, 선행기술 조사 등을 통하여 시장조사를 하여야 할 것이다. 만약 자사가 출원하려는 프로그램과 동일·유사한 특허가 존재한다면 특허출원을 포기하고, 기존 특허권자의 특허를 양도받거나 사용실시권 설정 등을 적극 고려하여야 한다.

그리고 기술개발 이전의 단계에서 저작권에 의한 고려도 필요하다. 오픈소스 소프트웨어의 경우, 저작권이 존재하지 않는 것이 아니라 일정한 요건 하에서 저작권의 행사가 유보된 경우가 대부분이기 때문에 기업에서 개발하려는 컴퓨터프로그램에 오픈소스 소프트웨어의 내용이 들어가 있다면 이에 대한 법적인 문제를 분명히 해두고 기술개발을 진행해야 하기 때문이다.

(2) 기술개발 이후의 지적재산권 관리

기술개발이 완료되었다면, 이제 본격적으로 지적재산권 관리가 필요한 시점이 온 것이다. 컴퓨터프로그램의 중요도와 특성에 따라서 컴퓨터프로그램 저작권 등록을 진행할지, 특허출원을 진행할지, 양자를 병행할지 결정해야 하기 때문이다.

가능하다면 개발된 대부분의 컴퓨터프로그램에 대해서 저작권 등록을 하고, 그 중에서 핵심 컴퓨터프로그램을 선정하여 특허출원을 준비하는 것이 합리적이라고 생각한다.

모든 컴퓨터프로그램에 대해서 특허출원을 진행하기에는 비용과 절차에 너무 오랜 시간이 소요되기 때문이다. 그리고 특허요건을 갖추지 못한 프로그램의 경우에는 특허등록을 받을 수 없기 때문에 1차적으로는 저작권에 의

한 보호를 추구해야 한다. 왜냐하면 특허출원을 진행하지 않은 프로그램을 후에 타사에서 특허등록을 받아 분쟁 등이 발생하게 된다면 컴퓨터프로그램 등록공보 등을 통하여 선행기술을 주장하여 특허무효심판을 진행할 수 있고, 그것이 쉽지 않은 경우에도 특허법상에 나와 있는 선사용에 의한 사용권을 주장할 수 있기 때문이다.

그리고 핵심특허로 분류하여 출원을 진행하는 경우에도 우선적으로 출원만 진행할 발명과 출원과 동시에 심사청구를 진행할 발명을 구분하는 것도 비용절감을 위해 필요하다. 특허의 경우, 출원만 한 후에 출원 시부터 5년 이내에 심사청구를 하면 되기 때문이다. 향후 시장에서 영향력을 미칠 가능성이 있는 프로그램 발명의 경우, 출원만 한 후에 시장의 잠재력을 살피고 심사청구 여부를 결정하는 것도 하나의 방법이 된다. 또한 출원 후, 심사청구를 하지 않아 특허를 받지 못 한다고 하더라도 앞서 말한 바와 같이 타사의 동일한 발명에 대해 특허 등록을 받지 못 하게 하는 선행기술로 기능할 수 있기 때문에 기업의 지적재산권 분쟁관리의 한 가지 방법이 될 수 있다.

마지막으로 기존의 컴퓨터프로그램보다 진일보하고 획기적인 기술적 사상(idea)이 담긴 컴퓨터프로그램의 경우에는 특허획득을 위해 전사적 차원에서 노력할 필요가 있다. 현재 대부분의 기업에서 핵심특허의 특허획득을 위하여 특허거절결정 후에도 거절결정불복심판을 청구하는 등 자사의 주요 기술에 대해서는 그 보호를 철저히 하고 있다.

(3) 저작권 등록, 특허등록 후의 지적재산권 관리

컴퓨터프로그램의 경우, 그 라이프사이클이 짧기 때문에 오랜 보호를 필요로 하지 않는 경우가 있다. 따라서 프로그램을 저작권 등록하거나 특허로 등록한 이후에도 주기적으로 컴퓨터프로그램의 중요도를 체크하여 저작권 등록료나 특허 연차료 납부 여부를 결정하여야 할 필요가 있다.

또한 자사의 컴퓨터프로그램을 모방하여 저작권이나 특허를 침해하는 개인이나 법인이 있는지 주기적으로 점검하여 법에서 보호하고 있는 정당한 권리를 행사하여야 한다.

그리고 타사에서 등록한 저작권과 특허의 내용을 점검하여 자사에서 지적

재산권 침해행위를 하고 있는 것은 아닌지 주의를 게을리 하면 안 된다. 미국을 중심으로 특허소송을 통하여 거액의 합의금을 챙기거나 로열티 수입을 올리기 위해 특허괴물(Patent Troll)이 활동하기 시작했다. 이런 특허괴물은 경우에 따라서는 자신들의 특허를 숨기고 있다가 가장 유리한 순간에 특허소송 등의 분쟁을 통하여 거액의 합의금이나 배상금을 챙기곤 한다. 아직 국내에서는 특허괴물로 인한 피해사례가 논란이 되고 있지는 않지만, 그래도 기업의 위기관리 측면에서 이에 대한 대비책도 필요할 것이다.

IV. 맺음말

지금까지 컴퓨터프로그램을 저작권법과 특허법으로 보호했을 때의 각각의 장단점과 해외의 동향을 살펴보았다. 또한 컴퓨터프로그램 특허의 논란을 뛰어 넘어 기업의 지적재산권 관리전략과 운영방안의 하나로서 컴퓨터프로그램의 지적재산권 보호방안에 대해서도 부족하나마 논의하였다.

현재 전세계는 국제화의 큰 흐름 속에서 총성없는 경제 전쟁을 벌이고 있다. 자국의 실리에 따라서 반특허 경향과 친특허 경향을 오고가며, 자국산업의 국내보호를 돕고 해외진출을 격려한다.

물론 장기적 안목에서 컴퓨터프로그램의 보호방안을 마련하는 것이 급선무다. 컴퓨터프로그램의 보호에 저작권과 특허에 의한 보호는 모두 완벽하지 않으며, 각각의 약점을 안고 있기도 하다. 제3의 방안에 대해서 논의가 시작되긴 하였지만 지난 50년간의 저작권법에 의한 보호에 마침표를 찍고 전혀 새로운 보호방안을 강구하는 것은 쉬운 일이 아닐 것이며, 가능하다고 하더라도 긴 시간이 소요될 것이다.

그러나 그런 학문적 논쟁이 오고가는 사이 우리 기업은 무방비 상태로 해외 기업들과 전투를 치뤄야 할지도 모른다. 따라서 현행의 법제도 안에서 발명자와 산업의 발전을 모두 도모할 수 있는 현실적 방안에 대한 논의도 중요할 것이다.

특히 IT 강국임을 자랑하면서도 막대한 로열티를 해외에 지불하는 우리 나라의 경우, 기업들이 지적재산권을 확보하고 관리하는데 도움을 줄 수 있는

해결책을 정부와 학계·연구계에서 제시해 주는 것이 필요하다.

컴퓨터프로그램을 저작권에 의해 보호할지, 특허에 의해 보호할지, 혹은 제3의 방법으로 보호할지에 대한 학문적 논쟁에 앞서 각각에 의한 권리보호의 장단점과 국익을 따져봐야 한다는 것이다.

기업들이 SW개발에 투자한 대가에 대해서 정당한 보상을 받을 수 있도록 컴퓨터프로그램의 합리적 보호방안이 실질적으로 마련되어야 하며, 지적재산권 경영에 있어서 경험이 풍부하지 않은 국내산업을 돕기 위한 다양한 방안도 마련되어야 한다.

<Abstract>

The Protective Method of the Computer Program

Lee, Jae Rim

Due to the non-exclusivity and non-rivalry properties of computer programs, the market failure can easily take place. Therefore it is necessary to establish proper legal protections for computer programs. Traditionally, trade secret and copyright have been playing significant roles. And recently computer programs-related patent are granted in several countries.

In Korea computer programs are mainly protected by the Computer Programs Protection Act(the Copyright Act). According to the Copyright Act, the protection of computer programs are based on the mere fact of creation, and registration is not a necessary prerequisite.

On the other hand, computer programs are also protected by the Patent Law. People believe that computer programs patent is the most suitable method for protection.

But the both parties have the strength and the weakness. We apply the strength to the IPR management.