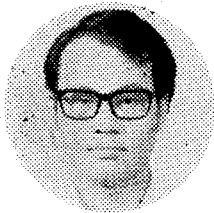


컴퓨터 소프트웨어의 法的保護(3)



申 寬 浩

<(株) 金星社 特許部長・辦理士>

特許法에 의한 保護

Computer의 눈부신 진보와 보급이 하나의 산업만이 아니고 社會의 各分野에 多大한 影響을 미치고 法律에 대하여서도 이미 例示된 바와 같이 많은 문제가 提起되었다.

Computer의 보급과 問題解決高級言語의 開發은 同一 또는 類似的 Program에 대한 數의 需要를 만들고 여기서 Software가 Hardware로부터 獨立한 商品으로서 流通하기에 이르렀다. Program Package는 그 典型이다. 여기서 盜用이나 模倣의 위험이 생기고 法的保護의 必要가 나타나는 發端이 된다. 이것은 진실로 難題로서

언급되지 15年이나 되어 그동안 많은 意見이 나왔으나 根本적인 해결이 없다.

이 問題를 이번에는 두가지 面에서 연구할 必要가 있다고 생각한다. 하나는 特許에 의한 保護가 可能한가 與否와 또 하나는 特許에 의한 保護가 妥當한가 與否이다. 따라서 이를 간단히 검토해 볼 必要가 있다.

6. 特許法에 의한 保護可能性

가. 問題의 所在

特許를 받을 수 있다는 것은 말할 것도 없이 平均的 技術水準을 초월한 (소위 進歩性이 있다) 것이지만, 그 前에 우선 「發明」이어야 한다. 그런데 “이 發明이란 어떤 것인가?”가 사실은 간단치 않다. 各國마다 法律에 定義規定이 있거나 判例에 의하지만 完全한 것은 아니다. 이 特許法上의 ‘發明’에 Program이 해당하든가 아닌 가 하는것이 여기의 根本적인 問題가 된다.

여기에 덧붙여 特許請求範圍의 表現形式이라는 問題가 있다. 特許를 받고자 하는 對象(출원인이 發明으로 믿는 것)을 문장으로 表現한 것이지만, 特許請求의 範圍가 있고 여기에 表現된 것이 審査의 直接對象으로 된다. 그렇지만 發明을 포착하는 方法의 差異와 專門家의 表現技法에 따라 特許請求範圍의 表現은 같은 發明에 대해서도 실제로 多種多樣한 形式을 取한다. Program의 경우, Program 그 自體로서 表現하는 以外에 가령 Data의 處理方法, Computer의 制御方法, Program된 Computer, Program을 記錄한 磁氣 Disc 등의 形態로 表現하는 것이 可能하다. 여기서 곤란한 문제로는 어떤 表現形式으로 하는가에 따라 그것이 特許法上의 ‘發明’으로 認定하는가 與否가 左右되는 餘地가 있게 되고 아주 專門的인 難題로 된다.

나. 日本의 경우

1) 諸學說

日本의 特許法 第2條第1項은 發明이란 自然法則을 利用한 技術的 思想의 創作이라고 定하여져있다. 여기서 “自然法則”이란 科學的法則이라

고 할 정도로 넓은 範圍가 아니고, 自然科學上의 法則에 가까운 것으로 解釋하는 것이 通說이다. 判例의 動向은 論理學的 法則이나 數學的 法則을 利用한 電報用暗號作成方法을 自然法則을 利用한 것으로 認定하지 않는다. 같은 理由에서 計算方法, 作用方法, 廣告方法 등에 대해서는 特許를 받을 수 없는 것으로 된다.

또 이러한 方法은 그 實際에 特定の 장치類를 사용하는 것도 여기서 바로 그 方法이 자연법칙을 利用한 것이라는 이유는 아니다. 判例 중에는 電柱에 取付한 패지구를 사용하여 廣告板을 一定期間씩 순회 移動하여 揭示함으로써 廣告效果를 增大시키는 廣告方法은 그 패지구가 新規한 發明이어도 廣告方法으로 自然法則을 이용한 技術의 思想이 아니다. 計算尺의 操作方法은 結局 計算方法에 歸着한다는 理由로 拒絕되고 있다.

여기서 이 要件을 Program이 만족시키는가 與否의 問題가 있고 對立하는 二說과 中間說이 있다.

肯定說은 다음과 같다. Program은 Computer 라는 裝置에 入力이 介在되지 않는 一連의 動作을 시키고 Memory에 들어갔을 때 電氣的 또는 磁氣的인 狀態로서 物理的 構造를 이룬다. Computer의 各部의 動作은 모두 自然法則을 利用한 것이다. 소위 Program은 自然法則을 利用한 技術의 思想의 創作에 귀착한다. 이렇게 생각 하는 쪽에서 Program을 써서 여러 Computer Element들을 特定目的을 위해서 接續하는 수단으로 보는 說(接續手段說, Warehouse說), Computer의 制御方法으로 보는 說(制御方法說), Computer의 新規한 用途를 開發한 것으로 보는 說(用途發明說) 등이 있다.

否定說은 다음과 같다. 肯定說은 Program 그 자체가 아니고 效果를 보고 있다. Program에 있어서 '創作'은 數學的 또는 論理的 機能單位(Computer의 命令)의 特定の 順列을 問題解決에 따라 指定한 點이 있다. 이 指定된 機能單位의 順列에 의해 그 問題가 풀리는 것은 解法이 그 對象에 內在하는 數學的 또는 論理的 性質을 바르게 利用하고 있는 것이기 때문으로 各機能單位가 어떤 自然法則을 어떻게 利用하므로써(결국 어떤 회로에 의해) 實現되는가에는 전혀 關係가 없다. 그리하여 數學的 또는 論理的 性

質의 바른 利用이란 數學的 또는 論理的 法則의 利用에 벗어나지 않는다. 따라서 Program의 創作은 自然法則을 利用한 것이 아니다.

이것은 Program은 計算方法 또는 algorithm과 같은 것으로 하는 소위 計算方法說 이다.

中間說은 Program의 種類에 따라 다르게 보는 것으로, 否定說의 論法에서 解決하고자 하는 問題가 自然法則의 利用에 關한 技術的 課題하면 그 解決方法은 前記한 自然法則을 利用한 것이기 때문에 그러한 Program은 自然法則을 利用한 技術的 思想의 創作에 귀착한다.

日本特許廳은 종래 거의 否定說의 立場이였다. 그러나 Program된 Computer로 제어되는 Control System 등은 特許를 받을 수 있는 것도 사실이다. 審査에 대한 上級審의 審決에서는 이의 問題를 正面에서 취급한 것은 아직 없다.

2) 審査基準

上記와 같은 情況에서 1976年 3월에 Program에 關한 出願의 審査基準이 公表되었다. 그 중심은 中間說의 일종이라고 할 수 있겠다. 즉 Program에 있어서 技術的 思想의 경우 Computer의 使用을 前提로 하고 있는 點에서는 自然法則을 利用하고 있으나, 그것은 個個의 Program에 특유한 것이 아니기 때문에 이點만을 취하고 Program을 自然法則을 利用한 것이라고 할 수는 없다. 이것과는 별도로 個個의 Program의 手法이 利用한 因果關係(手法의 因果關係)가 있고 그것은 各 Program에 固有한 것이다. 소위 이 '手法의 因果關係가 自然法則에 由來하는가 아닌가에 따라 그 Program의 技術的 思想이 自然法則을 利用하는가' 可否를 判斷한다.

以上 基準에 表示된 原則과 그 理論의 概要이며, 여기서 말하는 '手法의 因果關係'의 의미는 거의 난해하지만 algorithm의 基礎에 어떤 法則이 아무리 說明해도 不正確할 지 모르나 일반사람에게는 다소 이해하기 쉬울지도 모른다. 基準으로는 박포장기를 풀어내는 Program은 그 '手法의 因果關係가 장기의 룰에 기인하므로 自然法則을 利用한 것은 아니지만 壓延機의 特性과 被壓延材의 性質을 利用하여 所定の 形狀에 壓延하므로써 制御用 Computer를 制御하는 Program이면 그 '手法의 因果關係' 중에는 自然法則에

基礎한 것이었으므로, 그 경우는 自然法則을 이용한 것이라고 한다.

단, 特許請求範圍의 表現方式에 대해서는 Program 그 自體, Program된 Computer, Program을 記錄한 媒體 등은 許可되지 않고 方法으로서 記述할 것을 규정하고 있다.

이 기준에서 예상해 보면 monitor 등의 Control Program이나 Firm Ware 중에는 Computer의 制御方法이라는 形態로 特許로 될 可能性이 있는 것이 있다. 應用 Program 중에서도 Plant나 工作機械 등의 制御用 Program 중에는 生産方法이나 制御方法으로서 特許되는 것은 있다. 그러나 事務處理나 數値計算類의 Program에 대해서는 곤란하다고 생각한다.

이 기준은 심사를 위한 극히 일반적인 原則을 나타낸 것으로 實際의 適用에 있어서는 各技術分野마다 Practice와 조화가 되어야 한다. 現行法の 범위내에서 지금까지의 判例나 其他審査基準도 고려하여 온당한 線에서 지켜지고 있으나 今後的의 審決이나 判決 등에 의해 改善修正해야 할 것이다.

다. 其他外國의 경우

세계에서 Computer 技術이 가장 발전해 있고 Software 産業도 가장 현저한 곳이 美國이고 Program의 特許에 의한 보호가 어떻게 되어 있는가는 누구나 주목하고 있는 것이다. 여기서 美國을 中心으로 다시 검토해 보기로 하자.

1) 美 國

과거에 美國 特許廳은 實質上 Program에 귀착하는 發明의 출원을 特許請求의 範圍의 表現形式은 모두 거절하였고 그 根據는 mental Stop (精神的作業過程)을 포함한 것은 特許의 대상이 아니라는 判例에 있었다. 그러나 이 趣旨의 審決은 關稅特許抗訴裁判所(CCPA)에 의해 서서히 취소되었다. 그 理由는 mental Step이란 人間의 두뇌중에서만 행해지는 것으로 해석할 것이고, 裝置에 의해서 행해지는 것은 이에 해당되지 않으며 Technological arts에 속하므로 特許의 適法한 對象이라고 분다는 것이다. Technological arts라는 단어는 特許法속에 存在하지 않는다. 여기서 聯邦最高裁判所의 判斷이 내려졌

다.

그후 2件的 連邦最高裁判所判決이 關稅特許抗訴裁判所의 判決을 取消하고 特許廳의 拒絕審決을 支持하였다.

① 벤슨·다보트 事件(1972年 11月 20日)

② Flook 事件(1978年 6月 22日)

兩判決의 判示內容을 종합하면 美國에 있어서 Program의 특허에 의한 보호는 극히 한정된 종류의 것을 제외하면 비관적이다. 특히 Data判決은 特許請求範圍의 表現形式에 關係없이 적용된다고 생각된다. 이 判決은 形式이 實質에 우선한다든가 起草作成者의 能力으로 特許의 對象으로서의 적법성이 좌우 되도록 하는 것은 어렵다는 意味이다. 벤슨다보트 事件의 해석은 計算을 위한 Data의 추출방법에 發明으로서의 진보성이 있어도 그것은 결론을 좌우 하지 못한다는 것이다. (Richman 事件 1977年)

더우기 벤슨다보트 判決도 인용하고 있으나 1966년에 나온 特許制度改善委員會의 報告(Report of the President Commission on the Patent System)는 그 제 IV항에서 Program을 特許의 對象에서 除外하는 뜻의 規定을 勸告했다.

2) 其他外國 및 國際條約

英國에서는 最近까지 特許局에서의 取扱에 관한 公表된 Guide Line과 特許抗訴裁判所의 몇 건가의 判決에 의해 確立되고 그에 의하면 實質上 Program에 대해서 特許를 받는 것이 可能하였다. 단 特許請求範圍의 表現方式으로서 Program 그 자체는 許容되지 않고 Programing의 方法, Program을 써넣은 Computer Program을 기록한 Tape나 카드 등의 형태로 되어야 했다. 特許를 받을 수 있다는 것은 判例에 의해 販賣可能한 物과 그 生産方法과 그 生産工程을 위한 式驗方法에 制限되어 있었기 때문이다.

단 여기서 주의할 것은 英國의 制度가 特許局 및 特許抗訴裁判所(行政裁判所의 일종)은 '의심스러운 것은 特許한다'는 원칙에 支配되고 特許의 진정한 有效性은 高等裁判所(High Court)가 判斷했으므로 高等裁判所는 이 문제에 대해 어떠한 判斷도 보이지 않고 있다.

그러나 英國의 特許制度改正委員會도 美國의 그것과 똑같은 否定的 勸告를 했다.

EPC는 유럽을 特許制度上一體化한다는 理念下에서 縮結된 것으로 이에 따라 設定된 特許權은 各加盟國에서 그 國內法에 의한 特許權과 同一效力을 갖는다. 條約第52條2項3號는 Program 그 자체는 發明이 아니라고 본다는 規定이 있다. 이 規定에 의거 Program 그 자체로서 表現된 것만이 배제되는지, 그것과 表現 形式에 關係 없이 Program을 실제로 하는 것은 모두 배제되는지는 今後 운영에 따라야 할 것이다. 이 規定이 設치된 것은 그 자체를 위한 明快한 이유보다도 조약을 통합하기 위해 바람직한 간결성에 의한 것이다. 더우기 特許協力條約(PCT)은 넓게 파리조약가맹국을 대상으로 하고 韓國도 이에 가맹하고 있으나 이것은 手續에 관한 것으로 特許要件等 實體規定은 없다. 단 조약에 부속하는 規則 39vi로 國際調查機關(이 조약에 의한 出願에 대해 문헌조사를 하도록 指定된 국가의 特許局등)은 科學 또는 數學의 理論등 Program에 대해서는 문헌조사 의무가 없다고 規定하고 있다.

7. 特許法에 의한 保護의 妥當性

이 問題는 特許權이외에 著作權, 不法行爲法, 契約法, 不正競争法, 기타 新立法등을 포함하여 거론되었다. 法的保護의 全般視野에 있어서 총합적으로 연구할 것이다. 그러나 여기서는 特許에 의한 保護의 問題中 중요한 것만 거론코자 한다.

가. 特許에 의한 保護의 特徵

Program의 보호수단으로서 보는한 特許制度의 根本의 特徵은 權利의 獨占의 성격에 있다고 하겠다. 즉 같은 발명에 대한 특허권이 이미 있음에 주의하지 않고 전혀 獨自적으로 開發하여도 그것은 特許權을 침해한 것으로 되고 손해배상에 대해서는 過失이 있었던 것으로 推定된다는 것이다. 이러한 形態의 獨占이므로 그와 바꿀만한 技術의 詳細한 公開를 강제시키는 것이 정당하게 되고 상세한 공개에도 불구하고 개념의 Level에서의 보호가 實際問題로서 可能하게 될 것이다. 그러나 그 反面으로 法的 安定이 요구되고 무효원인을 갖는 특허권이 잘못 발생하

는 위험을 줄이기 위해 質이 좋은 審査가 不可缺해진다.

나. 獨占의 問題

‘獨占’의 形態가 權利를 使用하는 側에서 대단히 바람직한 것은 當然하지만 그 立場을 떠나서 Program 作成者一般의 立場에서는 盜用이나 剽竊을 충분히 알고 있어도 獨自開發한 것이 權利侵害되는 것에는 참을 수 없을 것이다.

기존의 特許權이 어떤수를 넘으면 어떤 내용의 特許權이 현재 있는가를 바로 조사하여 보는 것은 전문 組織없이 곤란한 것이다. 전문 Software 開發企業으로서 는 도리가 없다. 다른 分野의 maker로서도 조건은 같지만 Program의 경우 침해자의 立場에서는 것을 두려워 해야하는 범위는 이들 Software maker만에 한정되지 않는다. 방대한 수의 Computer user도 해당 System을 구입하여 그대로 使用하는 경우이외에는 모두 이 問題를 직면하게 된다. 판공서도 학교도 예외는 아니다. 特許權의 침해는 ‘業으로서’의 作成이나 使用에 한정하는 것으로 되어 있으나 그 意味는 가정내에서의 개인비밀을 제외하는 정도에 不過한 것이므로 企業의 業務에 關連되는 自社內의 사용도 침해가 된다.

이러한 情況은 Computer 業界의 期待와 같이 Computer가 보급되고 이의 使用者가 증가할 수록 보편화하고 특허의 수도 증가하므로 이들 調査의 곤란성도 증가한다. 그렇게 되면 Computer를 使用한다는 一般 user의 意欲이 저하하고 그것은 Software를 포함한 Computer 産業에 악영향을 주지 않을까 혹시 그렇게 된다면 Program을 特許로 보호 한다는 것은 딜레마에 빠지게 된다는 면도 있겠다.

Program 特許反對論의 하나는 ‘방법위한 의미의 침해의 증가’라든가 ‘Computer의 自由使用의 制限’이라는 것이다.

다. 完全公開의 問題

技術의 完全公開은 ‘獨占’과 동시에 그것과 평형하는 것으로 特許制度의 目的이다. 이것을 變 制할 수는 없다. Program을 特許에 의해 保護한 경우에 사회전체에서 본 그 직접 merit는 이 것이다. 美國에서는 Program 關連발명에 대해

Program Dsting의 제출을 심사관이 요구한다고 한다. Program의 경우 기계류와는 다르게 침해 사실을 발견하는 것은 물론 立證하는 것도 어렵다. 完全公開의 대가가 '獨占'權을 획득하는 것인데 이것이 有名無實해질 가능성이 높다. 특히 한국과 같이 早期公開制度를 가지는 체제하에서는 위험하고 따라서 어쩔수 없는 것이되는 출원하지 않는다는 것을 충분히 고려해서 한다.

라. 審査能力의 問題

이것도 잘 언급되는 문제로서 美國特許制度改正委員會의 報告가 이를 代表하고 있다. 즉, 심사에 필요한 문헌의 不足과 每年 새롭게 만들어지는 Program의 방대한수를 고려하면 신뢰성있는 審査는 實際上不可能하고 그 結果 無效의 原因인 特許權을 多數設定하는 것은 特許制度를 無意味하게 한다는데 있다. 그러나 長期的으로 보면 이 問題는 과도기적인 問題이며 태세를 정비하면 가능하다고 생각된다. 다만, '광범위한 의도적인 侵害'가 문제로 되면 심사의 質을 더욱 높일 것이 요구되고 상당한 대량출원에 대해서 단시간의 고도의 심사를 해야 한다고 본다.

마. 進歩性的의 問題

特許를 받는데는 소위 진보성이 있어야 한다. 이 要件은 심사의 곤란성과는 전혀 별개의 문제를 보호를 求하는 쪽에서 提起한다. 매년 대량의 Program이 作成되지만, 進歩性的의 要件이 完全히 충족되는 것은 1~몇 Percent에 불과하다는 것이 전문가의 일치된 意見이다. 한편 대부분의 Program에 있어서 그 개발 Cost중 特許의 要件에 맞는 基本的思想의 創作을 要하는 部分은 극히 적고 대부분은 그 以後의 구체적인 Program으로서 마무리 段階에 비용이 들고 결국 進歩性的의 有無와 Cost의 大小는 관계가 없다.

法的保護의 目的이 開發資金의 회수의 길을 확보하므로서 Software산업의 보호·육성을 꾀하는 입장이라면 진보성이 없는 대다수의 이들 Program 自體가 문제이고, 특허에 의한 보호는 전혀 소외되어 버린다.

바. 保護對象의 問題

特許는 基本的인 개념의 Level에서의 보호가

可能하다. 이것이 보호받으자 하는 쪽에서는 큰 매력임에는 틀림없으나 Program을 어떤形式으로 表現시켜 特許의 對象으로 認定받는데는 어려움이 있다.

Program을 特許對象으로서 인정하면 어떻게 하여도 기본적인 algorithm, 計算式, 原理등은 그들이 Computer로 處理된다는 것만의 한정하에서 특허가 될 수는 없고 반대로 進歩性的의 要件을 만족시켜야 하는데 各種實驗, 研究, 設計 등에 Computer가 不可缺한 現在, 實質上 自然法則 그 자체가 특허될 수 있다고 해도 과언이 아니다.

8. 著作權에 의한 保護

著作權法은 著作物을 그 保護의 對象으로하고 있고, 無方式主義下에서 所定의 期間, 그 複製, 翻譯等に 獨占 排他的인 權利를 認定하고, 또 한편 著作者的의 生存中이나 死後에 公表, 姓名表示, 原狀維持에 著作者人格權을 認定하며, 그 侵害에 대해서는 禁止請求權, 損害賠償請求權, 不當利得返還請求權, 名譽回復請求權 및 刑事罰을 規定하고 있다. 特許制度와는 달리 公報등에 公開되지 않으므로 過失推定의 規定은 없다.

特許制度는 發明인 技術的 思想을 保護하는데 對하여 著作權法은 그 思想의 表現方式을 中心으로 當該表現方式만에 限定된 것은 아니지만 그 形式을 保護한다. 컴퓨터 소프트웨어의 대부분이 앞에서 지적한바와 같이 記述的 說明的 事項으로 이루어졌으므로, 著作權法은 간단히 컴퓨터 프로그램의 보호에 그치지 않고 이를 포함한 보다 廣範圍한 保護가 可能하리라고 보는 견해도 있다.

權利의 發生이 無方式主義이므로, 創作과 同時에 著作權이 發生하고 審査의 困難性이나 時間의 遲延도 없게 된다. 著作權法은 컴퓨터·프로그램에 항상 따르는 Vasion up에도 충분하고, 完全한 公開를 必要로 하지 않으므로 盜用의 危險性도 적고, 또 著作權은 特許權과는 달리 절대적인 獨占權이 아니고 盜作이 아니면 同一의 著作物의 創作이라 해도 侵害되지는 않으므로 他人에 대한 侵害도 적다. ∞