

컴퓨터 소프트웨어의 法的保護(4)



申 寬 浩
〈(株) 金星社 特許部長・辨理士〉

9. 著作權法에 의한 保護上 問題點

科學技術의 進歩에 따라 새로운 精神的 創作物이 登場하고 혹은 從來의 著作物의 새로운 利用方法이 登場한다. 그때마다 著作權法上에 새로운 問題가 提起되었다. 그것은 著作權法 全體의 發展의 歷史이고, 同法은 이에 彈力的으로 對處하여 왔다. 컴퓨터 소프트웨어도 바로 이런 문제중의 하나이다. 따라서 著作權法上의 解釋에 있어서도 完固하게 古典的 解釋으로 本件에 對處할 것은 아니다. 컴퓨터 소프트웨어의 著作權法에 의한 保護에 대해서는 여러가지의 問題點이 指摘되고 있으나 이를 신중히 검토해야 할 것이다.

1. 著作權法의 文化的 使命과 컴퓨터 소프트웨어의 保護 目的

컴퓨터 소프트웨어는 產業的 所産이고 文化的 所産의 保護를 꾀하는 著作權法으로 保護할

수 있을가의 問題이다. 그러나 著作權法의 文化的 所産은 넓게 文化的 現象 즉 生活形式의 總體를 意味하고 產業的 所産과 對立하는 概念이 아니고 이것을 包含하는 概念으로 볼 수 있다. 그 때문에 同法은 技術的 目的을 갖는 特許明細書, 商業的 目的을 갖는 廣告宣傳팜프렛等 各種客體를 保護하고, 出版產業, 放送產業等 모두 同法을 基礎로하여 成立하고 있다고도 할 수 있겠다.

2. 컴퓨터 소프트웨어의 著作物性

1) 프로그램의 著作物性

대부분의 프로그래밍은 몇개의 命令의 組合方法으로 作成者의 學術的 思想을 表現하고 또 그 組合方法이나 組合表現이 作成者에 따라 個性의 差異가 있으므로, 日本은 著作權法 第2條 第1號에서 말하는 思想을 創作的으로 表現한 것으로 學術的 範圍에 속한다고 보아 著作物性을 認定하고 있다. 그러나 著作物은 人格的 要素를 가져야 하는데 그렇지 못하다 하여 컴퓨터 소프트웨어의 著作權性을 부인하는 견해도 있다.

(1) Program(Programming)의 種類와 著作物性

Program은 使用目的, 利用態樣等에 의해 여러가지 種類가 있다. 즉, program을 基本 program과 業務用 application program과 오락용 Application program 혹은 產業用 program과 藝術用 program等 몇가지 종류로 分類하여 著作物性을 검토해야 한다는 意見이 있으나, 원래 著作物性을 判斷하는 경우에 使用目的, 利用態樣等을 기준으로 할 理由는 없고 program이 創作性이 있으면 著作物이라고 말할 수 있다고 본다. 著作物性의 有無에 의한 區別이 아니고 使用目的等 여타基準에 의해 著作權法에서 취급되는 program과 그이의 program으로 나누는 것은 불가능하다는 意見도 있으나 이에 대해서는 實際上 이러한 基準에 따라 program을 판단하는 것은 어렵다는 의견이 지배적이다.

(2) Object Program의 著作物性

Object Program은 Source Program을 變更하여 作成한 複製物에 불과하고, 그 變更은 어셈

그러나 컴파일러 등의 變換 program에 의해 機械的으로 행해지기 위한 創作物로 보기는 어렵겠다. Object Program 중에서 ①어셈블리言語로 쓰여진 Source Program을 어셈블리로 變換한 경우, ②Cobol, Fortran과 같은 高級言語로 쓰여진 Source Program을 컴파일러로 變換한 경우, ③직접 Object Program을 作成한 경우가 있으므로 各各의 경우로 나누어 檢討를 하면, ①의 경우는 하나의 Source Program에 대해 어셈블리의 種類에 상관없이 항상 같은 Object Program을 얻게 되므로 創作性을 加할 餘地가 없고 Source program의 複製로 본다. ③의 경우와 같이 직접 Object Program이 作成된 경우는 그 自體를 著作物로 본다. 問題가 되는 것은 ②의 경우로서, Object Program은 二次的 著作物로 볼 수 있지 않느냐 하는 點이다. Source Program에서 컴파일러라는 變換 Program을 써서 Object program으로 變換시킨 경우에 Source Program은 같아도 컴파일러의 종류가 다른 경우, 또는 컴파일러는 같아도 그 使用方法의 최적화를 指定하는가 與否, 또는 指定한 경우에 차이가 있는 경우는 여러가지 Object Program이 作成되므로 創作行爲가 있다고 볼 수 있는 것이다.

그러나 이에 대해 a) 원래 2차적 著作物의 作成은 特定著作物에 創作性을 加하고 著作物을 作成한다는 行爲가 있으나 컴파일러 作成者의 行爲는 特定 Programming言語에 의해 記述된 Source Program을 그대로 컴퓨터로 作動可能한 表現으로 變換하는 일반적인 構成을 컴파일러로서 具體化하는데 불과하므로 이를 利用한 구체적인 別개의 Object Program의 작성에 대해 創作的인 行爲를 했다고 평가하는 것은 곤란하고, b) 上記 최적화의 指定自體는 結果的으로는 作成可能한 Object Program의 몇가지 종류중에서 하나를 선택하는 行爲와 같기 때문에 二次的 著作物의 作成行爲로 볼 수 없기 때문에 ②의 경우에 대해서도 Object Program은 Source Program의 複製物에 불과하다는 의견이 지배적이다. 이에 대해 Object Program을 二次的 著作物로 보아야 한다는 의견도 있다.

(3) 펌웨어화된 Program의 著作物性

펌웨어란 통상은 Program을 固定記憶裝置

ROM에 기억시키고, 하드웨어화된 것으로 일정한 기능을 하기 위해 사용되는 것을 말한다. 이 펌웨어가 사용되고 있는 예로서는 비데오게임이 있고 汎用컴퓨터에 대해서도 Operating System을 중심으로 ROM이 사용되어 왔다. ROM은 최근에는 전자레인지, 냉장고 등의 家庭用品이나 自動車에까지 사용되고 있다. 이러한 ROM은 기계의 일부 같이 보이므로 ROM에 쓰여진 Program에 대해서도 著作物性이 인정되는가 與否를 검토한 결과, 이 點에 대해서는 Object Program이 외부기억장치의 자기디스크나 자기테이프에 고정되어 있는 것과 같이 ROM에 고정되어 있어서, 그에 의해 ROM내에 존재하는 Program 그 自體의 著作物性을 잃는 것은 아니라고 본다.

(4) Program의 module의 著作物性

통상 프로그램은 여러가지 module(基本單位)로 構成되어 있고, 既存 module을 써서 program을 作成하는 경우가 있으므로 全體 program의 著作物性과는 달리, 개개의 module의 著作物性에 대해 검토할 필요가 있는데, 이 點에 대해서는 各各의 module에 대해서도 하나의 통일된 사상의 表現이 있는 限 著作物로서 保護된다고 본다.

(5) 其他 소프트웨어의 저작물성

program의 作成은 system設計, program設計의 過程을 거쳐 행하고, 그후 program의 說明書가 作成되는 것이 일반적이지만, 이들의 行爲에 의해 作成된 system設計書, flowchart 등의 program設計書, program說明書는 各各 獨立한 著作物로서 保護된다. 더우기, 既存 flow-chart를 보고 program을 作成하는 경우는 통상은 그 flowchart에서 algorithm을 추출하여 이것을 써서 program을 作成하므로 그 program은 flow-chart와는 別개의 獨立된 著作物로 보는 견해도 있다.

(6) 아웃풋되는 創作物의 著作物性

program의 實行的 結果로서 얻어지는 것에 대한 著作物性에 대해서는 건축의 설계도가 學術의 著作物로서 보호되고, 이에 따라 건축된 건물 이 著作物로서 보호되듯이, 프로그램과 아웃풋된 창작물은 獨立된 別個의 著作物로 본다.

3. 複製權과 翻譯權

컴퓨터·소프트웨어의 保護는 주로 권리없는 他人의 複製와 번역에 대해서 取해진다. 이들은 모두 原作品의 존재를 인식하면서 이를 이용하는 行爲로 前者는 原著作物과 동일한 것을 다시 製作하는 경우 뿐만아니고 거기에 새로운 創作性이 認定되지 않는 著作物의 原狀維持가 없어지지 않는 것을 말한다.

또 後者는 二次的인 著作物의 作成行爲로 여겨서 創作性을 肯定한다 해도 原作品의 個性이 除去되지 않은 것을 말한다. 問題는 컴퓨터 소프트웨어의 複製·번역의 범위가 不明하고 그 해석방법에서는 컴퓨터 소프트웨어의 發展을 阻害하지 않을까 하는 우려도 있다. 그러나 이 問題는 單純히 著作權法上의 複製翻譯에만 한하지 않고 特許法上의 同一 또는 利用發明에 있어서와 같이 利用의 경우도 일반적으로 存在한다. 따라서 이 범위를 명확히 하기 위해서는 각 컴퓨터 소프트웨어를 열거하여 個別的으로 規定할 必要가 있으나, 컴퓨터 소프트웨어는 多種多樣하고 流動的이어서 不可能하므로 抽象的, 包括的 概念을 利用하여 具體的인 事例에 맞추어 해석해야 할 것이다. 複製翻譯의 範圍가 不明確한 것은 無體財産을 對象으로 하는 當然한 結果이고 그 解釋은 無體財産權法이 갖는 問題로 보는 見解도 있다.

컴퓨터 소프트웨어의 複製·翻譯의 問題는 ①program 設計書에서 program設計書, 또는 object program에서 object program 등과 같은 水平의 경우, ② program 設計書에서 source program 또는 source program에서 object program 등과 같은 垂直的 경우, ③ object program에서 source program 또는 source program에서 program設計書와 같이 逆垂直的 경우의 3가지가 있겠다.

4. 使用權등

컴퓨터·프로그램을 他人이 權限없이 情報處理能力을 갖는 機械를 操作하기 위해서 使用하거나, 그 機械에 蓄積하는 것을 防止하는 것이 必要한데, 著作權法으로 이에 대한 保護가 可能

한가가 問題이다. 그러나 이러한 경우에도 그 機械중에서 항상 內的인 複製를 하는 것이 있고, 또한 複製에 대한 概念이 國家間에 差異가 있어 명확성을 위해서, 內的인 複製도 권리내용에 포함하여 해석한다.

5. 頒布權

컴퓨터 소프트웨어의 著作權法에 의한 保護로서 頒布權의 問題가 있다. 外國에서는 이를 著作權의 積極적 內容으로 하고 있는 나라도 많고 WIPO國際事務局의 model規程도 이것을 保護權의 하나로 包含하고 있다. 日本에서는 영화著作物을 제외하고 著作權의 積極的 內容으로서 인정하지 않고 있다. 또 著作權의 消極的 內容으로서의 擬制侵害에 있어서는 頒布權은 規定되어 있으나 그것은 著作權의 侵害行爲에 의해서 作成된 物에 限定되고, 또 侵害物인 것을 알고도 頒布하는 行爲에 限定된다. 따라서 媒體에 고정되어 있는 原著作物을 盜用하고 무엇인가에 複製하는 것없이 이를 頒布하는 경우에는 著作權法은 해당되지 않는다. 이러한 경우는 형사처벌은 별도로 하고, 媒體의 所有權에 基因하여 物權的 請求權이나 不法行爲에 基因한 損害賠償請求權이 可能하다고 본다. 따라서 임대 레코드나 임대비디오 혹은 임대소프트 등의 規程도 겸하여 著作權의 積極적 內容으로서 頒布權을 規定하는 것이 必要한 問題이다.

6. 翻譯에 대한 強制利用許諾制度

翻譯에 해당하는 경우에 強制利用許諾制度가 必要한가 與否의 問題이다. 이것은 特許法의 利用發明에서 強制實施權制度和 類似한 것이다. 그러나 이것은 特許權과 著作權의 法的 性質을 混同하여 생기는 것이다. 著作權은 特許權과 달리 相對的 獨占權이고 排他權에 不遇하여 他人의 善意·獨自로 創作한 著作物에 대해서는 그것이 原作品의 認識利用이 아니므로, 元來 翻譯은 아니지만 가령 外見上 翻譯의 範圍에 屬하는 것이고 혹은 아주 同一한 것이라도 著作權에 미치지 않아 自由롭게 利用할 수 있다.

컴퓨터 소프트웨어의 著作權法上의 保護는

特許權의 경우와 달리 思想에까지는 미치지 않으므로 他人의 컴퓨터 소프트웨어에서 알고리즘을 추출하고 이것은 새로운 컴퓨터 프로그램에 사용하는 것은 그 表現이 他人의 컴퓨터 소프트웨어의 複製·翻譯에 屬하지 않는한 自由이다. 따라서 翻譯의 경우에 強制利用許諾制度를 否定하는 것과 마찬가지로 企業獨自의 開發努力에 따라 소프트웨어産業의 發展에 유익하다고 볼수 있었다.

특히 라이선스의 許與에 있어서 特定업체를 부당하게 差別排除하는 것은 獨禁法等으로 問題視해야 할 것이다.

7. 權利의 保護期間

著作權의 保護期間은 死後·公表後 30年이고 이것은 컴퓨터소프트웨어의 保護로서는 너무 길다는 問題가 있다. 特許權과는 달리 著作權의 保護는 原則으로서 思想에는 미치지 못하고 또한 절대적 獨占權이 아니므로 抑制的 效果가 적기 때문이라고는 하나, 우수한 컴퓨터소프트웨어의 창작을 장려하고 그 발전을 도모하는 데에는 방해적 요소임에 틀림없다.

8. 著作者人格權

著作者人格權, 특히 原狀維持權이 컴퓨터 프로그램의 利用에 장애가 되지 않을까 하는 문제가 있으나 통상의 藝術作品과는 달리 일반적인 컴퓨터 소프트웨어가 技術的 作品인 것을 보면 變경에 의해 著作者의 人格的 利益을 해하는 경우는 적다고 본다. 이러한 變更은 컴퓨터 프로그램의 性質에서 由來하고 利用目的·態樣에 비추어 어쩔수 없는 경우가 많다. 따라서 본 權利는 그다지 컴퓨터 소프트웨어利用에 문제가 되지는 않겠다고 본다.

10. 其他에 의한 保護

1. 契約에 의한 保護

컴퓨터 소프트웨어는 프로그램을 포함하여 私的自治의 原則에 따라 契約에 의해 保護될 수 있다. 契約에는 일반적으로 非獨占的 使用權의

許諾·契約對象인 컴퓨터 소프트웨어의 範圍, 使用場所, 使用機種 및 使用者의 特定·期間·使用料 및 그 支拂方法, 保管義務, 危險負擔, 保證, 有料서비스, 責任의 制限, 解約 및 解除合意管轄, 仲裁條項, 檢査, 機密維持義務, 無斷複製의 禁止, 無斷變更 또는 改作의 禁止, 契約終了後의 破棄·返還義務等이 定해진다. 契約에 의한 保護는 契約當事者의 關係에 따라 定해지는 部分이 많으며 세부적으로 구체적인 事項을 定할 수 있는 利點이 있다. 그러나 契約에 의한 保護는 그 效力이 當事者에만 미치고 第三者를 拘束할 수 없다는 限界가 있다. 따라서 앞에서 말한 바와같이 一般의 機密維持義務를 두나 그 義務의 違反은 損害賠償과 結合하여서 意味를 갖게 되고 그 自體로서는 그다지 意味가 있는 것이 아니다. 그럼에도 불구하고, 契約上은 기밀유지에 所要되는 費用을 使用者가 부담하고 또한 使用者의 使用上의 自由도 그 義務와의 關係에서 여러가지 制約으로 얽매이게 된다. 또한 기밀유지의무를 갖는 컴퓨터 소프트웨어에 대한 契約만에 의한 保護는 컴퓨터 소프트웨어의 流通을 促進하므로써 重複投資를 회피하는 産業政策에 相反되므로, 컴퓨터 소프트웨어의 契約에 의한 保護以外的 對策이 要求된다.

2. 不正競爭防止法에 의한 保護

컴퓨터 소프트웨어가 有體物인 媒體에 한정된 商品으로 된 경우의 商標等 表示에 의한 商品의 混同, 혹은 텔레비전게임인 商品의 수상기상에 컴퓨터 프로그램에 의해 特定한 影像 및 그 形態의 變化가 表示되고 그것이 商品으로 表示되어 식별기능을 갖는데 이른 경우에 商標 표시에 의한 商品의 混同等의 경우에는, 부정경쟁방지법상의 保護가 인정된다고 보겠다. 그러나 컴퓨터 소프트웨어 自體의 直接保護가 아니고 식별기능을 갖는 商標 표시가 가능한 경우에 텔레비전게임機用 컴퓨터 프로그램에 限定된다. 또 營業의 施設·活動의 混同의 경우도 商品等 營業 표시의 保護를 직접 하는 것으로 컴퓨터 소프트웨어 自體의 直接保護는 아니다. 따라서 대부분 간접적인 경우가 많고 컴퓨터 소프트웨어의 保護에는 限界가 있다고 본다.

3. 刑事上の保護

컴퓨터 소프트웨어는 그것이 用紙, 磁氣테이프, 磁氣디스크, 마이크로·프로세서, RAM, ROM 等 媒體에 기록되어 있어서 이를 반출하는 경우에는 절도죄, 횡령죄, 장물수수죄 등으로 처벌된다. 또 犯罪에 따라서 주거침입, 사기, 공갈, 신용훼손·업무방해 등으로도 처벌된다. 그러나 컴퓨터 소프트웨어의 침해에 있어서 중요한 것은 無體財産權인 그 自體이지, 媒體인 有體物은 아니다. 따라서 이러한 처벌은 어디까지나 間接的인 保護에 불과하다. 그 自體의 보호로서는 기업비밀로서의 보호이고, 배임죄 등에 불과하다.

11. 結 語

이상에서 現在 國際的인 論難의 대상이 되고 있는 컴퓨터 소프트웨어의 法的 保護에 대해서 現行法上的 保護와 그 限界 및 問題點을 外國의 例도 비교하면서 檢討해 보았다.

前述한 바와 같이 特許法上 컴퓨터 소프트웨어의 保護는 보호가 두텁기는 하나 소프트웨어의 범위가 한정되어 問題點이 많은 것으로 나타났다 特許法上 發明을 擴大解釋하여 컴퓨터·소프트웨어를 포함시킨다 하더라도 節次的인 적용상 문제가 많이 나타나므로 日本의 경우에는 마이크로컴퓨터·소프트웨어의 심사기준을 제정하여 技術的 關聯性이 강한 것들을 일부 保護하고 있다. 美國이나 英國 등은 타당한 法體系로 생각하는 것은 著作權法에 의한 保護이며 現行法上的 問題點들을 일부 수정하여 適用하고 있다. 그러나 그 保護期間이 너무 길고 強制實施許可를 통한 내국기업의 活用기회를 얻을 수 없는 것과 使用權의 보호비 등이 일부 국가에 대해서 심각한 문제점으로 나타나고 있다. 이러한 문제점들을 해결하기 위해 日本은 프로그램權法을 제정코자 검토중인 것으로 알려지고 있는데 그 概要는 다음과 같다.

1. 目的

프로그램의 개발·보급·사용을 장려하기 위해 그 보호와 사용을 촉진하며 그 결과 산업 및 경제 발전에 공헌하게 함.

2. 保護對象—프로그램

3. 權利의 種類

① 使用權, ② 改造權, 복제권, 대여권, ③도덕권에 대해서는 규정치 않음.

4. 權利取得—創作에 의한 權利成立.

5. 存續期間—15年

6. 登錄 및 寄託—① 形式要件審査에 의한 登錄制度, ② 登錄時 Program을 寄託하며 公開치 않고 保管, 登錄된 Program의 機能을 要約 公告함.

7. 使用者의 保護—① Program 去來時 記載事項은 지침으로 規定, ② 上記販賣時 Program 內容을 詳述함, ③ Source Program의 特別寄託 機關設置.

8. 仲裁制度—① 적정 대가 支拂과 一定條件下에서 중재를 통하여 特定 Program의 使用·複製를 할 수 있는 制度.

9. 權利侵害에 대한 措置—禁止命令, 신용회복수단, 손해의 추정, 형사처벌 등의 規定.

10. 紛爭의 解決—① 조정, 화해, 중재, 재정을 위한 制度, ② 분쟁해결을 위한 Program 審査官設置.

11. 其他—① 저작권법은 프로그램에 적용될 수 없음을 명확히 규정, ② 企業體 종업원이 창작한 프로그램에 대한 권리보유관계 規定化, ③ 프로그램의 표준화案 具備 등으로 要約되어 特許法과 著作權法의 問題點들과 컴퓨터 소프트웨어의 特性을 適切히 補完하여 推進하고 있는 것으로 보고 있으나 日本의 本法制定에 대해 美國은 反對立場을 표명하고 法制定時 대응조처도 강력히 표명하고 있는바 그 귀추가 주목되고 있다.

캐나다·西獨은 特許法에 準하는 방향으로 움직이고 있고, 프랑스는 特許法이나 著作權法이 아닌 別途의 法律을 立法化하고 있다(전자신문 10月 15日字). 現在 컴퓨터 소프트웨어의 急速한 發展에 따라 向後 多樣한 컴퓨터 소프트웨어가 出現할 것으로 생각하며 前述한 바와 같이 國際的 保護規제도 流動的인 現在에 있어서는 長期的인 展望을 세우고 外國의 動靜과 調和하여 우리나라의 現實에 맞는 特許法上的 補完을 통한 최대한의 保護策 강구나 보호기간이 짧고 중재 제도가 있는 신법수립쪽으로 검토해야 할 것으로 생각한다. <끝>