http://dx.doi.org/10.16960/jhlr.16.1.201502.1

SW특허의 온라인 실시에 대한 법적 쟁점*

: 2014년 발의된 특허법 일부 개정안을 중심으로

김 윤 명
(소프트웨어정책연구소 선임연구원, 법학박사)

【초 록】

소프트웨어의 이용이 패키지 형태에서 온라인으로 전송하거나, 실시간으로 이용가능한 서비스 형태(SaaS)로 바뀌고 있다. 클라우드 컴퓨팅(cloud computing)이 대표적인 모습이며, 이러한 패러다임의 변화와 맞물려 발명의 컴퓨터 구현인 소프트웨어 특허를 둘러싼 논란이 작지 않다. 2014년에는 발명의 실시의 유형에 온라인 전송을 포함할 수 있도록 프로그램을 물건으로 간주하는 특허법 개정안이 발의되었다. 문제는 소프트웨어의 온라인 실시에 대해서는 특허청과 문화부가 입장 차이를 보이고 있다는 점이다. 즉, 온라인으로 소프트웨어가 유통되기 때문에 필요하다는 입장과 저작권법을 통해서 구제가 가능하다는 것이다. 본고는 특허법 개정안의 온라인 실시에 대해 검토하며 그에 따른 저작권법과의 이해관계가 충돌하는 사항에 대해 살펴보고자 한다.

주제어 : 발명의 컴퓨터 구현, 온라인 실시, 권리 제한, 중복 보호, 저작권법적 보호, 특허법적 보호

* 본 논문은 저자가 수행한 '발명의 컴퓨터 구현 보호체계 합리화를 위한 특허제도 개선방안 연구'(특허청, 2014)의 일부를 수정·보완한 연구자 개인의 견해임을 밝히며, 정성스런 심사를 해주신 세 분의 선생님께 감사드립니다.

【차 례】

Ⅰ. 서 론
1. 발명의 컴퓨터 구현에 대한 논란
2. 문제 제기
Ⅱ. 특허법 개정안에 대한 검토
1. 특허법 개정 논의
2. 특허법 개정안에 따른 예상 효과
Ⅲ. SW특허의 온라인 실시에 대한 법적 검토
1. 정보통신망을 통한 실시의 문제
2. 저작권법상 전송과의 관계
3. 간접 침해
4. OSP에 대한 책임 문제
Ⅳ. SW특허의 온라인 실시와 저작권법과의 이용·저촉 관계
1. 동일한 SW의 개발
2. 저작권법과의 중복 보호
3. 부실 권리와 비용의 발생
4. 권리 제한과 공정이용(fair use)
5. 보호기간의 상이
6. 정리
Ⅴ. SW 특허에 대한 WTO/TRIPs의 충돌 여부
1. 논의의 필요성
2. 관련 규정에 대한 검토
3. 정리
Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서 론

1. 발명의 컴퓨터 구현에 대한 논란

소프트웨어(이하 SW)는 우리의 일상을 변모시키고 있으며, 산업의 혁신을 이끌어내는 매개라고 할 수 있다. 산업 경쟁력에 영향을 주는 SW에 대한 보호 논의가 여러 측면에서 이루어지고 있다. 특히, SW특허로 알려지고 있는'발명의 컴퓨터 구현'을 둘러싼 논란은 작지 않다.[1] 대표적으로 SW특허 실시의 개념에 프로그램 및 이에 준하는 것이 포함됨으로써 발생하는 여러 가지 쟁점에 관한 사항이다. 대표적으로, 특허로서 SW의 보호가 가져오는 저작권법과의 충돌, 발명의 물건성에 따른 체계 문제, 특허발명의 실시에 프로그램의 온라인 유통이 포함됨으로써 발생하는 침해 및 OSP(online service provider) 책임문제 등이 지적된다. 아울러, WTO/TRIPs와 같은 국제조약과의 충돌 문제, 저작권법상 공정이용(fair use)과 권리제한 등의 쟁점도 포함된다. SW특허의 온라인 실시에 대한 특허법 개정에 따른 SW특허의 제도화에 따른 우려와 대응에 대해서도 살펴본다.[2] SW특허의 온라인 실시가

1) 이하에서는 발명의 컴퓨터프로그램의 구현에 대해 'SW특허'라고 부르기도 한다.
2) SW특허의 일반적인 사항에 대해서는 김윤명, SW특허는 기술혁신을 이끄는가? 홍익법학 제15권 제4호, 2014, 829면 이하 참조.

가져오는 문제는 작지 않은 내용을 포함하는 것으로 생각된다. 결국 SW를 통해 구현되는 아이디어의 보호에 대한 저작권법이 갖고 있는 한계[3]에 따른 일종의 대안을 모색하는 방안으로서 입법화에 대한 논의라고 생각된다. 물론, 경우에 따라서는 SW특허를 바라보는 이해관계자들의 주장은 동일한 객체에 대한 프레임 또는 입장차로 정리될 수 있다. 따라서 틀리다기 보다는 다른 입장을 견지하고 있다고 보기 때문에 협의를 통해 조정할 필요가 있다. 결국, SW에 대한 보호 논의는 SW개발자 등 수범자의 입장에서 제도의 실효성・합리성을 통한 정책적 판단이 이루어져야 한다. 이러한 논의를 통해 다음 논문에서는 특허제도의 개선방안에 대해 제안하고자 한다.[4] 제도를 만들어간다는 것은 사회적인 합의를 통해 정책을 만들어가는 것이다. 따라서 이해관계가 충돌할 경우에 이를 충분히 수렴할 수 있는 절차적인 요건을 마련하고, 이를 통해 서로의 입장이 반영될 수 있어야 할 것이다.

2. 문제 제기

2014년 특허법 개정안이 발의되었으며, 주요 내용은 실시의 유형에 '온라인 전송'을 포함할 수 있도록 물건의 개념에 프로그램을 포함하는 것이다. 이는 SW에 전통적인 민법체계에서의 물건성을 인정하기 어렵기 때문에 입법을 통해서 물건의 전송이라는 행위유형을 이끌어낸 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 물건성의 의제는 작지 않은 논란이 있는 것은 사실이다. 모든 것이 인터넷을 통해서 이루어지고 있는 사회에서 온라인으로 SW가 유통되는 경우에 대해서 까지도 의제되어야한다는 주장과 저작권법을 통해서 전송행위에 대한 규제가 가능하다는 입장의 차이가 작지 않다. SW특허의 개념은 발명의 컴퓨터 구현으로 이해된다. 즉, SW특허라는 표현이 포괄적이기는 하지만, 실제 컴퓨터프로그램 언어로 개발된 SW의 기술적 사상에 대한 보호라는 점에서 실제 구현되는 아이디어의 보호의 창작성에 대한 보호체계가 합리적이라는 것이다. SW특허로 알려지고 있는 '발명의 컴퓨터 구현'을 둘러싼 논란은 작지 않다. 기존의 특허법 체계 내지 저작권법 체계 내에서 충분히 SW의 보호가 가능하다는 주장도 있다. 최근에는 특허법 개정안이 발의되었는데, SW특허의 권리

3) "특허권과 저작권은 보호의 대상이 아이디어의 실현과 아이디어의 표현으로 보호에 구체적 대상을 달리하고 있기 때문에, 현실적으로 컴퓨터프로그램의 기술적 사상에 대하여 부여되는 특허권과 표현에 대하여 부여되는 저작권법이 동시에 병존할 수 있"다고 한다. 권태복 외, 컴퓨터프로그램 보호방식에 관한 비교연구, 한국저작권위원회, 2012, 19면.

4) 다만, SW특허의 온라인 실시가 제도화되는 경우에는 또 다른 쟁점이 발생할 수 있을 것으로 예상되므로, 이에 대해서는 다음 논문인 "발명의 컴퓨터 구현에 따른 특허제도의 개선방안"을 통해 살펴보기로 한다.

를 제한해야한다는 것을 주요 내용으로 하고 있다.[5] 이처럼 SW특허를 둘러싼 논의는 극과 극을 달리고 있으며, 부처간의 이해관계의 충돌로 귀결된다.[6] 실제 SW산업계의 입장이나 주장 또는 이를 관장하는 주무부처인 미래창조과학부의 입장이 반영되지 못하고 있는 실정이다.

본 고는 특허법 개정안에 따른 온라인 실시가 어떻게 해석되고, 기존 저작권법 체계와 어떤 충돌이 발생할 수 있는 지에 대해 검토한다. 이를 위해 Ⅱ.에서는 특허법 개정안에 대해 검토하며, 개정안에 따른 효과를 어떻게 예상하는지에 대해 살펴본다. Ⅲ.에서는 온라인 실시의 의미에 대해 살펴보고, Ⅳ.에서는 저작권법에 미치는 영향에 대해 살펴본다. Ⅴ. 지식재산권 국제조약인 WTO/TRIPs와의 관계에 대해 살펴본다.

Ⅱ. 특허법 개정안에 대한 검토

1. 특허법 개정 논의

가. 특허청 심사기준 개선방안

2014년 특허청은 2011년 특허법 개정 논의와 달리, 심사지침의 개정을 통해서 SW특허를 적극적으로 포섭하기로 정책방향을 정했다. 특허청은 이미 1998년 심사지침을 개정하여 기록매체에 따른 특허를 허여해왔다.[7] 다만, 2014년 심사기준의 개정 취지는 명세서의 기재불비에 따른 거절이유통지에 대한 관행을 개선한다는 것이었다. 그동안 명세서 작성실무에 대해 판례를 통해 확인한 바로는 그 것이 미완성 발명[8]인지 또는 기재불비인지 명확하지

---

5) 김제남의원 대표발의(1916185, 2015.7.23.) 특허법 일부개정(안). 제96조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.
③ 특허권의 효력은 다음 각 호의 행위 또는 프로그램(컴퓨터 등 정보처리능력을 갖는 장치에 대한 명령의 집합으로서 특정한 결과를 얻을 수 있도록 명령이 조합된 것과 이에 준하는 정보를 말한다. 이하 같다)에는 미치지 아니한다.
1. 프로그램의 원시코드를 공개하는 행위
2. 원시코드가 공개되었거나 원시코드를 공개할 법률상 의무가 있는 프로그램을 개량하는 행위
3. 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖는 장치의 통상적인 하드웨어 기능만을 이용하는 프로그램

6) SW특허를 둘러싼 논의에서 특허청과 문체부의 법리적인 논쟁이 중심을 이루나, 산업정책적 측면에서의 논의가 반영되고 있는지는 의문이다.

7) 2000년도에는 BM특허를 인정하는 심사지침이 마련되었으나, 컴퓨터프로그램 발명과 BM발명의 심사기준은 현행 심사기준과 같이 2005년 통합되었다.

8) 특허를 받을 수 있는 발명은 완성된 것이어야 하고 완성된 발명이란 그 발명이 속하는 분야에서

는 않다는 점이 지적된다.[9] 그 동안 논란은 "영업발명의 각 단계들이 SW와 하드웨어(이하 HW)의 결합을 이용한 구체적 수단을 내용으로 하고 있지 않을 뿐 아니라, 사용목적에 따른 각 단계별 정보의 연산 또는 가공이 어떻게 실현되는지에 대해 명확하게 기재되어 있지도 않아, 컴퓨터상에서 SW에 의한 정보처리가 HW를 이용하여 구체적으로 실현되고 있지 않으므로, 전체적으로 볼 때 구 특허법 제29조 제1항 본문의 산업상 이용할 수 있는 발명이라고 할 수 없다는 취지로 판단한 것은 정당하다"[10]는 것이었다.

SW발명에 있어서, 2014년 7월 개정전 심사기준에서는 청구항이 프로그램, 프로그램 제품인 경우 허용되지 않고 있었으나, 개정 심사기준에서는 컴퓨터 SW 관련 발명의 성립성을 만족하면, 청구항이 기록매체에 저장된 프로그램만이 허용된다. 특허청이 개선이라고 하는 내용은 2014년 7월 개정전 심사지침과 비교했을 때, 보호범위가 HW나 매체에 저장된다는 것을 전제하는 개념과 다르지 않다. 즉, HW와 결합되어 특정과제를 해결하기 위하여 매체에 저장된 컴퓨터프로그램 청구항은 SW발명의 범주에 포함된다는 점을 명확히 하고 있기 때문이다.

나. 특허법 개정안

(1) 2011년도 개정안

2011년 정부는 특허법의 개정을 통해서 물건의 발명에 SW를 명시적으로 포함하고, 아울러 인터넷 등 정보통신망을 통해서 유통되는 내용을 포함하는 실시의 개념을 다시 정의하고자 했다. 그 배경은 "프로그램의 유통 구조의 변화에 따라 프로그램이 네트워크를 통하여 독립적으로 유통되고 있으나, 프로그램이 기록매체의 형태를 취하는 경우에는 보호가 가능하나 네트워크를 통해서 유통되는 동일한 프로그램은 보호되고 있지 않은 모순점을 해결할 필요가 있다는 점"[11]을 들고 있다. 그동안 특허청은 현행 컴퓨터관련발명의 심사기준에서 프로그램이 기록된 컴퓨터로 읽을 수 있는 매체의 형태와 방법의 형태로 기재된 청구항만을 인정해 왔다.[12]

통상의 지식을 가진 자가 반복 실시하여 목적하는 기술적 효과를 얻을 수 있을 정도까지 구체적, 객관적으로 구성되어 있는 발명으로 그 판단은 특허출원의 명세서에 기재된 발명의 목적, 구성 및 작용효과 등을 전체적으로 고려하여 출원 당시의 기술수준에 입각하여 판단하여야 할 것이다. 대법원 1994.12.27. 선고 93후1810 판결[거절사정]

9) 조영선, 특허법, 박영사, 2011, 86면.

10) 대법원 2008.12.11. 선고 2007후494 판결.

11) 특허청, 프로그램 관련 발명 특허법 개정 공개 토론회, 2011.6, 6면.

12) 2002년 김순석 교수는 실시의 개념을 "가. 물건(프로그램 등을 포함한다. 이하 같다.)의 발명인 경우에는 그 물건의 생산・사용・양도・대여(그 물건이 프로그램 등에 해당하는 경우에는 전기

[표 1] 특허법 개정안

현행법	2011년도 개정법안	2014년도 개정법안
제2조(정의) 1. ~ 2. 3. "실시"란 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다. 가. 물건의 발명인 경우: 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위	제2조(정의) 1. ~ 2. (현행과 같음) 3. "실시"라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 가. 물건(컴퓨터 등 정보처리능력을 갖는 장치에 대한 명령의 집합으로서 특정한 결과를 얻을 수 있도록 명령이 조합된 프로그램 및 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖는 장치 처리용으로 공급되는 정보로서 프로그램에 준하는 것을 포함한다. 이하 같다.)의 발명인 경우에는 그 물건을 생산·사용·양도(정보통신망을 통한 제공을 포함한다. 이하 같다.)·대여(정보통신망을 통한 제공을 포함한다. 이하 같다.) 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다.)을 하는 행위 나. ~ 다. (현행과 같음)	제2조(정의) 1. ~ 2. (현행과 같음) 3. "실시"라 함은 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다. 가. 물건의 발명인 경우: 그 물건(프로그램 등을 포함한다. 이하 같다)을 생산·사용·양도(그 물건이 프로그램 등인 경우 정보통신망을 통한 제공을 포함한다. 이하 같다)·대여(그 물건이 프로그램 등인 경우 정보통신망을 통한 제공을 포함한다. 이하 같다) 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위 나. ~ 다. (현행과 같음)
<신설>		4. "프로그램 등"이란 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖는 장치에 대한 명령의 집합으로서 특정한 결과를 얻을 수 있도록 명령이 조합된 프로그램 및 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖는 장치 처리용으로 공급되는 정보로서 프로그램에 준하는 것을 말한다.

통신회선을 통한 제공을 포함한다. 이하 같다.) 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다.)을 하는 행위"으로 개정할 것을 제안한 바 있다. 김순석 외, BM 특허 보호를 위한 법제도 개선방안, 정보통신부, 2002.12, 152면.

(2) 2014년도 개정안

2014년 김동완 의원에 의해 대표 발의된 특허법 개정안의 입법취지는 다음과 같이 정리된다.[13]

> "현행법과 이에 따른 특허심사지침에 따르면 컴퓨터 프로그램은 기록매체(물건)에 저장된 형태로만 특허로 보호가 가능하며, 물건의 이전 없이 정보통신망을 통해 유통되는 프로그램은 현행법의 보호대상이 될 수 없음. 그런데 최근에는 SW와 모바일 앱 등과 같은 프로그램이 기록매체와 상관없이 정보통신망을 통한 다운로드방식으로 전기신호 형태로 이전되어 유통되는 것이 일반적이므로 매체 특허를 기반으로 전송 영역까지 권리의 범위가 미치게 하는 방안을 현행법에 반영할 필요가 있음. 이에 물건의 발명과 관련하여 물건의 범위에 프로그램 및 이에 준하는 것을 포함하도록 하고, 물건의 양도 또는 대여와 관련하여 정보통신망을 통한 제공을 포함하려는 것임(안 제2조)."

이러한 입법취지를 정리하자면, 매체 독립된 형태의 SW 특허를 제도화하며, 아울러 온라인으로 유통되는 SW의 실시를 특허법적으로 보호하겠다는 취지의 입법이며, 그 내용은 2002년 일본 특허법과 크게 다르지 않다.

다. 개정안에 대한 검토

그 동안 특허법상의 물건에는 프로그램을 담는 매체만이 포함된다는 전제를 가진 결과였고, 이에 따라 모든 SW 특허는 형식상으로라도 SW 또는 프로그램 자체가 아니라 그것을 담은 매체로서 등록되어야 했다. 이러한 매체에 종속적인 SW특허의 한계에 따라 특허법 개정을 통해 특허법상 보호대상에 프로그램을 명시함으로써 물건의 개념을 둘러싼 위와 같은 혼란을 제거하려는 것이다. SW의 특허성과 물건성을 둘러싼 논란에 대해 긍정적으로 평가하기도 한다.[14][15] 그러나 2011년 특허법 개정은 관계 부처의 반발로 이루어지지 못했

---

13) 김동완 의원 대표발의(1911949, 2014.10.1.) 특허법 일부개정(안).

14) "그동안의 불필요한 이견과 혼란을 제거한다는 점에서 볼 때, 이러한 특허법의 개정은 매우 적절한 것이라고 평가 된다". 최형구, 소프트웨어의 특허법적 보호 필요성, 産業財産權 第23號, 2007.8, 411-412면.

15) "인터넷 상으로 컴퓨터프로그램을 거래하는 행위를 특허권자의 독점적 권리를 포섭하기 위하여 실시의 정의 규정에 양도, 대여에 전송행위를 포함시키는 경우에 그 해석방법은 컴퓨터프로그램을 특허법상 물건으로 정의한 내용의 구체적 해석 방법에 따라서 아래와 같이 양자의 해석이 가능하게 된다. 우선 물건으로서의 컴퓨터프로그램을 민법상의 물건에 해당하는 것으로 정의한 것으로 해석한다면 컴퓨터프로그램의 전송도 자연스럽게 양도로 해석하는 것이 가능하므로 실시 규정에 별도의 규정이 필요 없을 가능성이 있다. 반면에 물건의 발명에서의 물건의 개념을 특허법상 고유한 물건의 개념으로 해석하는 경우에는 프로그램의 전송에 대하여 이를 민법상의 양도

다고 한다.[16] 향후 SW 유통방식은 SaaS 형태를 포함한 클라우드 컴퓨팅이 보편화될 것으로 보이며, 앱을 통한 모바일 방식의 서비스로 확대될 것으로 예측된다. 따라서 SW특허의 실시에 대한 명확한 개념을 정립할 필요가 있다.

우리와 달리, 일본은 2000년 심사지침에 SW발명에 대한 법적인 흠결을 보완하기 위하여 2002년 특허법 개정을 통해서, 물건의 개념에 실시를 포함하는 방식을 취했다. 우리는 2014년 매체 독립적인 SW발명을 인정하는 심사지침 개정을 추진한 바 있으나,[17] 이는 입법권을 침해할 수 있다는 문제에 직면하여 현행과 같이 기재불비 사항에 대해 수정이 가능토록 개정한 바 있다.

[표2] 일본의 2002년 개정 특허법 제2조

일본 특허법 제2조(정의) 1~2. 생략 3. 이 법률에서 발명에 대한 '실시'란 다음에서 열거하는 행위를 말한다. 1호. 物(프로그램 등을 포함한다. 이하 같다)의 발명에 있어서는 그 물건의 생산, 사용, 양도 등(양도 및 대여를 말한다. 그 물건이 프로그램 등인 경우에는 전기통신회선을 통한 제공을 포함한다. 이하 같다) 혹은 수입 또는 양도 등의 청약(양도 등을 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위 2호. 방법의 발명에 있어서는 그 방법의 사용을 하는 행위 3호. 이 법률에서 '프로그램 등'이란 프로그램(전자계산기에 대한 지령이고 일정한 결과를 얻을 수 있도록 조합된 것을 말한다. 이하 이 항에 있어서 같다) 그 전자계산기에 의한 처리용으로 제공하는 정보이고 프로그램에 준하는 것을 말한다.

유사한 입법 선례를 갖는 일본은 2000년 심사지침에서 매체에 저장되지 않는 형태의 SW특허를 인정하였고, 이러한 점 때문에 입법권을 침해한다는 흠결을 치유하는 방안으로

로 인정할 수 있는지에 대한 논란의 여지가 있으므로, 전송이 양도, 대여에 포함된다는 점을 명확히 한다는 측면에서 의의가 있게 된다"는 것이다. 김관식 외, 특허법과 저작권법의 조화를 통한 창조적 소프트웨어 기업 보호방안 연구, 특허청, 2013.12, 145면.

16) 김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 法學硏究 第23卷 第1號, 2012.6. 552면.

17) 특허법은 특허청구 범위에 기재된 사항으로 보호범위가 특정되는데, 현행 컴퓨터프로그램을 장치, 방법, 기록매체의 형태로 보호하고 있으며, 컴퓨터프로그램 자체에 대하여는 특허가 인정되지 않고 있는 문제에 대하여 컴퓨터프로그램이 기록매체와 상관없이 단독으로 특허청구된 경우에도 물건의 발명으로 인정하여 특허로 보호하고자 하는 내용이 개정안의 내용이다. "물건"의 개념에 '프로그램 등'을 포함하여 프로그램 자체에 대해 물건의 발명으로 청구할 수 있게 함으로써 특허의 보호범위를 확대시키는 것을 골자로 하고 있다. 또한 기록매체와 더불어 프로그램이 네트워크를 통해 제공되는 경우에도 특허권자를 보호할 수 있도록 법적근거를 명확하게 할 필요성에 대하여 물건의 양도대여에 정보통신망을 통한 제공도 포함시키도록 하고 있는데, 이는 기록매체와 더불어, 프로그램이 정보통신망을 통해 제공되는 경우에도 특허권자를 보호할 수 있도록 개정화려는 움직임이다. 권태복 외, 컴퓨터프로그램 보호방식에 관한 비교연구, 한국저작권위원회, 2012, 99면.

특허법을 개정한 바 있다. 그렇지만, 개정 특허법은 1998년 이후 BM(business model)특허의 정점에 이르는 시점에서 개정된 것이라는 점에서 산업적 흐름(trend)이 반영된 것으로 생각되나, 실질적으로 SW산업의 발전을 이끌었는지는 의문이다.

2. 특허법 개정안에 따른 예상 효과

가. 컴퓨터구현 발명에 대한 합리적 특허 보호 제공

특허법 개정안은 컴퓨터구현 발명을 실현시키는 프로그램의 온라인 전송까지 특허로 보호함으로써, 컴퓨터구현 발명에 대한 보호 사각지대를 해소할 수 있을 것이라는 주장이다.

[그 림] 특허법 개정(안)에 따른 보호범위

출처 : 특허청, 2014

프로그램의 온라인을 통한 유통(전송)이 증가하는 상황에서, SW 기업에 대해 특허 침해 피해에 대한 현실적인 손해배상이 가능하다고 한다. 침해자가 오프라인(CD, DVD 등)으로 판매한 프로그램 외에 온라인 전송으로 판매한 프로그램에 대해서도 손해배상청구가 가능해지기 때문이다. 결과적으로 SW 기업의 창의적 아이디어를 충실히 보호함으로써 아이디어·기술 중심의 SW 생태계 조성에 기여할 수 있다는 것이다. 특허 침해 배상액의 현실화는 아이디어를 모방한 유사 프로그램의 난립을 억제하고 가격보다 기술로 경쟁하는 환경을 조성할 수 있으며, 이는 곧 특허의 시장 가치 상승으로 이어져 IP금융 등을 통한 자금

조달을 용이하게 하는 부수 효과도 기대된다. 반대로, 프로그램의 온라인 전송을 특허로 보호하지 못할 경우 SW 기업의 특허 취득 실익은 감소할 것이라는 점이다.

나. 컴퓨터구현 발명의 청구항 형태 관련 입법 미비에 따른 보완

프로그램에 담긴 기술적 사상(컴퓨터구현 발명)은 특허 보호 대상이며, 현행 특허법에서도 특허로 보호할 수 있다. 다만, 청구대상이 '물건', '방법'인 경우만 인정하며, 청구항 말미가 '프로그램'인 경우에는 '물건'인지 '방법'인지 불명확하다는 이유로 거절된다. 이러한 이유로, 동일한 기술적 사상에 대해 청구항 형식에 따라 보호 여부를 달리하는 것은 입법 미비 사항으로, 특허법 개정으로 논란을 해소할 필요가 있다는 점이다. 이러한 측면에서 '프로그램' 청구항이 인정되더라도, SW에 의한 정보처리가 HW와 결합되어 이루어져야 함은 종전과 변함이 없다.

다. 특허권한의 확대에 따른 제도의 보완의 필요성

개발자의 입장에서는 복잡한 법률관계를 통해서 자신의 지적 자산이 타인의 특허나 저작권을 침해하는 경우가 발생하는 것은 국가적인 손실로 볼 수 있을 것이다. 따라서 저작권법과 특허법의 이용저촉 관계에 대한 제도개선이 필요하며, 이는 특허청과 문체부의 논의가 이루어져야할 부분이라고 생각된다. SW특허의 가부에 대한 논의보다는 SW가 국가 SW 산업을 포함하여 SW중심사회에서 어떠한 역할을 할 수 있을 지에 대한 판단이 요구된다.

Ⅲ. SW특허의 온라인 실시에 대한 법적 검토

1. 정보통신망을 통한 실시의 문제

온라인 실시란 SW 특허품이 인터넷 등을 포함하여 정보통신망을 통해서 유통되는 것을 말한다. 서버에 저장되어 이용에 제공되는 실시를 포함하여, 저장된 특허품이 인터넷을 통해서 이전이 이루어지는 것을 포함하는 개념을 볼 수 있다. 앞으로는 SW를 포함한 인터넷 발명은 인터넷을 통해서 특허가 실시되는 구조가 기본이 될 것으로 예견된다.[18] 인터넷을

18) 이미 中山信弘 교수는 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 SW의 이용에 대해 "앞으로는 기록매체로서 판매하지 않고 온라인으로 SW를 이용하는 사업이 발전할 것이다. 특히 사용자가 스스로의 컴퓨

통해 이용에 제공되는 방식도 또한 유통에 포함될 수 있다. 물론 인터넷은 매체를 독립한 구조를 갖기 때문에 다운로드나 전송 형태의 서비스도 인터넷의 유통이라고 볼 수 있다. 전통적인 방식의 점유이전이 없다고 하더라도, 인터넷의 유통은 발명특허의 실시에 포함될 가능성을 배제하지 못한다.

특허법은 발명을 이용하는 행위를 실시라고 하는데, 물건의 발명과 방법발명을 포함한다. 먼저, 물건의 발명인 경우: 그 물건을 생산・사용・양도・대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위를 말한다. 다음으로, 방법의 발명인 경우: 그 방법을 사용하는 행위를 말한다. 끝으로, 물건을 생산하는 방법의 발명인 경우: 방법을 사용하는 행위 외에 그 방법에 의하여 생산한 물건을 사용・양도・대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 말한다.

인터넷 실시는 인터넷을 통해서 발명특허를 실시하는 것을 말한다. 현행법에서는 인터넷 자체에서 실시되는 것은 물건의 방법으로 보기 어렵다.[19] 왜냐하면, 인터넷을 이용하는 것이 물리적인 결과물로서 물건이 대상이 될 수 없기 때문이다.

2. 저작권법상 전송과의 관계

저작권법은 전송(傳送)에 대해 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다고 정의하고 있다. 실제 인터넷 등을 통해서 유통되는 것은 전송에 포함

터에 프로그램을 축적하지 않고 온라인으로 호스트 컴퓨터를 이용하여 필요한 부분만을 보내주는 업종도 번성할 것이다. 그러한 이용행위가 과연 침해를 구성하는가. 즉 그러한 이용행위가 특허법 제2조에 규정되고 있는 실시(생산 등)에 해당하는가 라는 점이 논의의 대상이 될 것이다"라고 1998년 그의 저서인 특허법(본 서는 2001년 한국어로 번역되었다)에서 적고 있다.

19) "다만, 판례상 무체물인 전기에 대해서도 그 점유 및 점유의 이탈에 의한 절도 등을 인정하고 있으므로(대법원 2008.7.10. 선고 2008도3252 판결), 전기신호인 컴퓨터프로그램이 정보통신회선을 통하여 제공하는 것도 점유의 이전으로 해석할 수 있을 것이고 이에 따라 전송행위를 특허법상의 양도로 해석할 여지가 있다고 보인다"라는 주장도 있으나(김관식 외, 특허법과 저작권법의 조화를 통한 창조적 소프트웨어 기업 보호방안 연구, 특허청, 2013.12, 155면), 현행 민법상의 해석상 적용하기는 어려움이 있다. 참고로, 2008도3252 판결은 " 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 사안에서, 임차인이 퇴거 후에도 냉장고에 관한 점유・관리를 그대로 보유하고 있었다고 보아야 하므로, 냉장고를 통하여 전기를 계속 사용하였다고 하더라도 이는 당초부터 자기의 점유・관리하에 있던 전기를 사용한 것일 뿐 타인의 점유・관리하에 있던 전기가 아니어서 절도죄가 성립하지 않는다고 한 사례"이다.

되는 것이며, 구글 플레이 등 플랫폼에서 유통되는 것도 전송의 개념에 포함될 수 있다. 따라서 SW특허품이 온라인 상으로 전송되는 것은 저작권법상 전송의 개념에 포함될 수 있기 때문에 충돌이 발생할 수 있는 것은 사실이다. 그러나 HWP와 같은 범용 SW가 아닌 특정 기술을 목적으로 발명된 SW가 온라인상으로 유통될 필요성은 크지 않다. 대신 전송권과 충돌할 수 있는 SW는 모바일 앱(app)과 같은 누구나 쉽게 이용할 수 있는 범용 어플리케이션이 그 대상이 될 수 있다. 그러나 실제 모바일용 앱을 제작함에 있어서, 신규성과 진보성을 충족할 수 있는 SW는 범용SW에 비해 많지 않을 것으로 예상된다.[20]

3. 간접침해

특허법은 직접 책임 이외에도 간접책임에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 특허법상 간접침해 요건에 대해 (1) 특허가 물건의 발명인 경우: 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산・양도・대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위, (2) 특허가 방법의 발명인 경우: 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산・양도・대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 등 각각의 구분에 따른 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 규정하고 있다.[21]

현행 법상 OSP의 행위가 간접침해를 구성하는지의 여부와 관련하여, 우리나라의 경우 간접침해가 인정되기 위해서는 물건발명의 경우 특허된 "물건(컴퓨터프로그램)의 생산에만 사용되는 물건"을 "생산, 양도(전송), 대여, 수입" 등의 행위를 할 것이 요구되는데, OSP의 양도(전송)행위의 대상이 되는 컴퓨터프로그램은 특허된 '물건'에 해당할 뿐으로, 특허된 "물건(컴퓨터프로그램)의 생산에 사용되는 물건"으로 볼 수 없고, 더욱이 "특허된 물건

20) 즉, 앱 수준에서 진보성을 담아낼 수 있는지 하는 것과 이미 공개된 SW로 인하여, 보호받을 수 있는 영역이 크지 않을 것으로 보이기 때문이다.

21) '침해로 보는 행위'(강학상의 간접침해행위)라 하여 현실로 특허권 또는 전용실시권(이하 '특허권' 등이라 약칭한다.)의 침해로 보기 어려운 예비단계의 행위를 침해행위로 의제하는 규정을 두고 있는 바, 여기에서 위 제64조에 해당하는 간접침해행위에 대하여 특허권등 침해의 민사책임을 부과하는 외에 위 법 제158조 제1항 제1호(특허권등을 침해한 자에 대한 처벌규정)에 의한 형사처벌까지 가능한가가 문제될 수 있는데, 확장해석을 금하는 죄형법정주의의 원칙에 비추어, 또한 특허권등 침해의 미수범에 대한 처벌규정이 없어 특허권등 직접침해의 미수범은 처벌되지 아니함에도 특허권등 직접침해의 예비단계 행위에 불과한 간접침해행위를 위 벌칙조항에 의하여 특허권등 직접침해의 기수범과 같은 벌칙에 의하여 처벌할 때 초래되는 형벌의 불균형성등에 비추어 볼 때, 위 제64조의 규정은 특허권자 등을 보호하기 위하여 특허권 등의 간접침해자에게도 민사책임을 부과시킴으로써 특허권자 등을 보호하기 위한 취지의 정책적 규정일 뿐 이를 특허권등의 침해행위를 처벌하는 형벌법규의 구성요건으로서까지 규정한 취지는 아닌 것으로 봄이 옳을 것이다. 대법원 1993.02.23. 선고 92도3350 판결[특허법위반].

(컴퓨터프로그램)의 생산'에만' 사용되는 물건"으로는 더더욱 볼 수 없으므로, OSP의 전송행위에 대하여 간접침해 책임을 물을 수 없게 된다.[22] 다만, 특허법이 개정될 경우에는 물건의 전송행위에 따라 방조책임에 따른 간접침해 책임을 질 수 있다.

4. OSP에 대한 책임 문제

가. 인터넷 실시에 따른 OSP 책임

인터넷 실시가 가능하게 될 경우에는 실제 OSP를 통해 유통되는 문제에 대한 검토가 필요하다. 먼저 OSP의 직접 책임을 보면, OSP는 이용자가 정보를 게시하거나 유통시킬 수 있는 공간이나 서비스를 제공하는 사업자를 말한다. 따라서 직접적으로 정보를 유통시키는 사업자는 OSP로 보기는 어렵다. 물론 직접 정보를 유통시키는 경우에는 OSP라기 보다는 콘텐츠제공자(CP)로 보아야할 것이다. 이 경우 OSP가 직접적인 침해에 대한 책임을 지는 것은 자기책임의 원칙에서 당연하다.[23] 즉, OSP가 제공하는 플랫폼에서 침해되는 SW를 직접 유통시키는 경우라면 특허권 침해에 대한 책임을 지는 것은 법리적으로 달리 볼 수 없기 때문이다.

두 번째로 OSP의 방조 책임을 보면, OSP는 기본적으로 저작권이나 정보를 침해하는 자가 아니다. 다만 자신의 서비스를 통해서 다른 사람이 저작권이나 정보를 무단으로 유통시키는 경우가 발생하기 때문에 일정한 요건을 부여하고 있으며, 해당 요건을 만족시키지 못할 경우에는 권리 침해에 대한 책임을 부여하는 것이다. 저작권법에서 규정하고 있는 것이 바로 OSP의 책임에 대한 규정이다. 따라서 해당 요건을 만족할 경우에는 이용자의 침해책임에도 불구하고 면책하고 있는 구조이다. 저작권법은 사적복제를 허용하고 있다. 인터넷 상에 올려진 SW를 다운로드 받아 이용하는 행위 자체는 저작권을 침해한 것으로 보기 어렵다. 그러나 SW 특허의 경우에는 사적복제 항변을 받아들일 수 없게 되는 문제가 발생한다.[24]

---

22) 김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 법학연구 제23권 제1호, 2012, 569면; 김순석 외, BM 특허 보호를 위한 법제도 개선방안, 정보통신부, 2002.12, 156면.

23) 자기책임의 원칙이란 "개인은 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 행위하고 그에 따른 결과를 다른 사람에게 귀속시키거나 전가하지 아니한 채 스스로 이를 감수하여야 한다"는 것을 말한다. 대법원 2014.08.21. 선고 2010다92438 전원합의체 판결.

24) 다만, 개인이 사적복제 형태로 업으로 실시하는 경우라면 침해책임에서 벗어날 수 있을 것이다. 물론 사적복제로 다운로드 받은 SW를 영리적인 목적으로 이용에 제공하는 경우라면 실시에 포함

나. OSP 면책규정 도입의 필요성

SW를 복제하는 행위가 새로운 SW가 생성되는 개념으로 볼 수 있기 때문에 생산의 개념에 포함될 가능성도 작지 않다. 또한 SW를 이용하여 새로운 결과물을 만들어낸다면 이 또한 생산의 개념으로도 볼 수 있다.[25] 이처럼 SW특허는 독립된 거래재로서의 유통될 수 있기 때문에 OSP에게는 예기치 못한 문제를 가져올 가능성이 있다.

특허법상 직접 책임이나 간접책임 보다는 방조책임의 가능성이 더 클 수 있다. 따라서 OSP에게는 서비스의 안정성을 위해, 저작권법 유사의 OSP면책 규정을 두는 것이 필요하다. 특허법에 OSP면책 규정을 두는 것이 법체계나 다른 이해관계에서 어렵다면, OSP관련 특별법을 마련하는 것도 고려해야 한다. OSP의 면책 규정과 관련하여, 방조책임에 있어서 이용자가 게시하는 불법 SW를 공유하는 경우는 해당 게시물에 대해 저작권자의 게시중단 요청에 따른 경우에는 이에 응하여 진행하면 된다. 기술적으로 불가능한 경우라면 면책된다. 즉, 온라인서비스제공자가 제102조 제1항에 따른 조치를 취하는 것이 기술적으로 불가능한 경우에는 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인한 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다(저작권법 제102조 제2항). 이러한 책임에는 민사는 물론 형사적인 책임까지도 포함된다.[26] 그러나 SW의 경우에는 이러한

될 수 있을 것이다.

25) 간접침해에 관하여 규정하고 있는 특허법 제127조 제1호 규정은 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 실시한 것이 아니고 그 전 단계에 있는 행위를 하였더라도 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 실시하게 될 개연성이 큰 경우에는 장래의 특허권 침해에 대한 권리 구제의 실효성을 높이기 위하여 일정한 요건 아래 이를 특허권의 침해로 간주하더라도 특허권이 부당하게 확장되지 않는다고 본 것이라고 이해된다. 위 조항의 문언과 그 취지에 비추어 볼 때, 여기서 말하는 '생산'이란 발명의 구성요소 일부를 결여한 물건을 사용하여 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 새로 만들어내는 모든 행위를 의미하므로, 공업적 생산에 한하지 않고 가공, 조립 등의 행위도 포함된다. 나아가 '특허 물건의 생산에만 사용하는 물건'에 해당하기 위하여는 사회통념상 통용되고 승인될 수 있는 경제적, 상업적 내지 실용적인 다른 용도가 없어야 하고, 이와 달리 단순히 특허 물건 이외의 물건에 사용될 이론적, 실험적 또는 일시적인 사용가능성이 있는 정도에 불과한 경우에는 간접침해의 성립을 부정할 만한 다른 용도가 있다고 할 수 없다. 대법원 2009.09.10. 선고 2007후3356 판결[권리범위확인(특)].

26) 구 저작권법은 제102조 제1항에서 '온라인서비스제공자가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다'고 규정하고, 같은 조 제2항에서 '온라인서비스제공자가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다'고 규정하고, 같은 법 제103조 제5항에서 '온라인서비스제공자가 저작권자로부터 불법 저작물의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구받고 즉시 그 저작물의 복제·전송을 중단시킨 경우에는 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다'고 규정하고 있는데, 위 각 조항의 입법 취지나 위 각 조항의 해당

면책규정을 두고 있지 않기 때문에 OSP는 그 책임 범위가 넓어지게 되는 문제가 예상된다.

Ⅳ. SW특허의 온라인 실시와 저작권법과의 이용·저촉 관계

1. 동일한 SW의 개발

저작권은 창작과 동시에 권리가 발생한다. 반면 특허는 특허청의 등록심사를 거치고 특허 요건을 갖춘 경우에는 등록될 수 있다. 따라서 저작권은 동일한 SW를 허용하나, 특허는 동일한 SW를 개발한다고 하더라도 후행 개발은 특허침해죄를 구성하게 된다. 특허제도가 발명의 진흥을 목적으로 함에도 불구하고, 동일한 SW의 개발에 많은 시간과 노력을 투자했다고 하더라도, 먼저 특허등록을 받은 사람이 모든 권리를 갖기 때문에 특허법의 목적규정과 충돌이 발생한다. 이에 대한 비판으로 "특허권으로 보호하면 경쟁자는 스스로 선행특허가 있는지를 조사하여야 하며, 저작권의 경우와 달리 우연의 일치라는 항변은 인정될 수 없다. 무지는 변명이 될 수 없다. 그러나 도대체 어떤 기술 내용이 특허되는지 잘 모른다. … 경고장이 날아올 때까지 자기가 남의 특허를 침해하고 있다는 사실을 모른다"[27]는 비판은 생각해볼 만하다.[28]

동일한 SW개발에 따른 특허권 침해는 권리침해이기 때문에 일반적인 채권침해 때와의 구제는 다르다.[29] 이처럼 저작권법과 달리, 후행개발자가 의도하지 않게 침해를 구성하는

문구상 별다른 제한이 없는 점 등에 비추어 보면, 위 각 조항은 형사상 책임에도 적용된다고 보아야 한다. 대법원 2013.09.26. 선고 2011도1435 판결.

27) 이상정, 컴퓨터프로그램보호방법의 재검토, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 2007, 117면.

28) "특허권 침해의 경우와는 달리 비록 권리자의 저작물과 침해자의 저작물이 동일한 경우라 하더라도 침해자가 권리자의 저작물을 복제한 것이 아니라, 독자적으로 창작한 경우에는 침해가 되지 않을 수 있으나, 특허권의 경우에는 침해품이 특허발명과 동일하다고 평가되는 경우에는 실제 복제의 여부를 불문하고 침해로 된다는 점에서 중요한 차이가 있다"고 한다. 김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 법학연구 제23권 제1호, 2012.6, 560면.

29) 일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의

경우가 특허제도와의 차이라고 보며, 선행기술에 대한 조사의무는 특허제도의 입장에서는 당연한 것이다. 그러나, 개발자 입장에서는 작지 않은 부담으로 작용하는 것이 사실이다.[30]

2. 저작권법과의 중복 보호

특허법의 보호범위와 저작권법의 보호범위는 아이디어의 보호방법이라는 점에서 차이가 난다. 다만 저작권법은 문언적으로 표현된 것을 보호하기 때문에 특허와 같이 비문언적인 부분에 대해서는 보호가 어렵다. 저작권법이 보호하는 것이 바로 표현이므로, 기술적인 사상 자체를 보호하지 못한다는 비판은 SW특허를 주장하는 입장을 대변하는 논리이다. 이는 아이디어·표현 2분법 체계에서의 한계이자, 컴퓨터프로그램이 갖는 한계이다. 이러한 이유 때문에 저작권법의 보호범위와 특허의 보호범위가 중복될 수 있다는 주장은 설득력을 갖는다. 즉, 지식재산권법 체계는 중복보호를 전제하고 있다는 것이다.[31] 또한 이러한 이유로, 중복보호에 대해서는 저촉관계를 통해서 해결할 수 있다고 한다.[32]

이러한 논리적인 주장에도 불구하고, 후행 개발자가 선행 개발자의 SW관련 특허정보를 확인하는 것은 사실상 쉬운 일이 아니다. 따라서 특허청에서 SW특허출원 심사과정에서 해당 SW의 선행기술 여부를 조사하는 것이 아닌 출원전 개발자의 요구사항으로서 선행기술을 조사해주는 업무를 무상으로 진행하는 것도 SW발전에 있어서 중요하다. 물론, 일정 요건을 갖춘 개인 내지 중소기업을 대상으로 하는 것이 합리적이라고 생각된다.

이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 대법원 2003.03.14. 선고 2000다32437 판결[손해배상(기)]

30) 저작권법에 의한 주장은 우연한 발명자의 선의를 보호하는데 기여할 가능성보다는 잠재적인 특허권 침해자에게 거짓진술의 의욕만을 북돋을 가능성이 훨씬 높다고 주장된다. 다만, SW 경우에는 그 복잡하며 상세한 처리과정을 청구항에 기재함에 있어 특허청구범위가 모호해지고, 따라서 제3자가 어떤 기술이 특허되었는지 알 수 없을 가능성이 높은 것은 어느 정도 사실이며, 이에 대한 보완장치는 필요할 수 있다. 그러나, 이러한 이유는 청구항의 기재방식이나 청구항의 해석 또는 특허법상의 법적 장치와 관련하여 고려할 문제이지, SW의 특허를 부인할 정도의 결정적 요소는 아니라고 한다. 최형구, 소프트웨어의 특허법적 보호 필요성, 산업재산권 제23호, 2007.8, 408면.

31) "하나의 창작물에 대하여 복수의 보호를 받을 수 있다는 것은 창작물의 특성에 따라 다양한 측면에서 종합적인 보호가 가능할 것이므로, 중복보호가 가능하다는 점은 전혀 문제가 되지 않고, 오히려 창작자의 권리를 좀 더 충실하게 보호할 수 있다는 장점으로 작용할 것이다"고 한다. 김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 法學硏究 第23卷 第1號, 2012.6, 560면; 김관식 외, 특허법과 저작권법의 조화를 통한 창조적 소프트웨어 기업 보호방안 연구, 특허청, 2013.12, 122면.

32) 김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 法學硏究 第23卷 第1號, 2012.6, 575면.

3. 부실 권리와 비용의 발생

권리를 획득하는 데 있어서 비용이 발생하지 않는 저작권과 달리, 특허권을 획득하기 위해서는 작지 않는 비용이 소요된다. 출원시 발생하는 비용은 물론, 권리를 유지하기 위한 유지수수료도 매해 납부해야한다는 점도 권리자에게는 부담이다. 더욱이 유지수수료는 매해 누진세 형식으로 증가한다는 점도 고려해야 한다. 물론 저작권법의 경우도 등록제도를 운영하고 있으나, 이는 권리발생 요건이 아닌 권리자 내지 권리의 공시에 불과하기 때문에 비용이 상대적으로 저렴하다. 또한 특허법과 달리 저작권법은 부실 권리라는 개념이 없다. 창작과 동실에 발생한 권리는 저작자가 스스로 창작한 경우라면 침해를 구성하지 아니한다. 그러나 특허는 발명자가 독자적으로 발명하더라도, 타인의 권리를 침해한 경우라면 구제받기가 쉽지 없다. 다만 선행특허가 심사과정에서 심사관에 의해 거절이유를 발견하지 못하여 특허등록이 되었다면, 여전히 이해관계자에 의한 특허무효 심판이나 소송의 제기가 가능할 뿐이다. SW 특허나 영업방법 특허는 상대적으로 물질특허 등에 비해 추상적이기 때문에 권리의 무효화가 크다. 역으로 권리범위를 확대시킬 수 있다는 점으로 특허괴물에 의해서 특허침해 소송에 활용될 수 있다.

이러한 문제는 선행기술에 대한 불충분한 판단에 따른 원인이 작지 않다고 지적된다.[33] 신규성 판단에 필요한 다양한 정보를 수집하여 축적해야하지만, 사실상 이러한 투자가 이루어지지 못한 경우에는 부실특허는 더욱 양산될 수밖에 없기 때문이다.[34] 따라서 심사과정에 다양한 변수와 기술사항을 고려할 수 있도록 심사절차의 SW화가 도움이 될 것이다.

---

33) 법원은 무효사유가 있는 부실특허를 이유로 권리남용에 해당한다는 판단을 내리고 있다. 서울고법 2014.4.10. 선고 2013나5383 판결.

34) 미국에서는"1980년대 초 레이건 행정부의 친특허정책의 전개는 미국의 산업계를 급격히 전환하는 계기를 마련하였고, 이는 특허법에 직접・간접적 영향을 끼쳤다. 특히 연방 항소법원 설립은 특허대상의 범위를 확대하고 특허요건을 약화시켰으며 특허권자의 보호를 강화하였다. 특허권이 허여되면 특허권자는 권리침해로 인하여 그 경쟁자에 대하여 소제기가 용이하였고 그 소송으로 상대방 경쟁자를 완전히 무너뜨릴 수 있었다. 이런 점을 특허청의 내부적 관계에서 살펴보면 조금 더 현실적 문제점을 확인할 수 있다. 연방항소법원과 특허청의 친특허정책의 전개는 정보기술 및 생명공학 관련 특허출원이 급증함으로써 심사관이 보강되어야 했다. 하지만, 심사관은 특허청에서 받는 봉급의 몇 배 이상을 받는 관련기업과 법률사무소로 이직하였다. 이에 심사관 부족과 경험이 일천한 심사관에 의한 심사로부터 특허심사의 품질저하로 이어졌다. 또한 심사가 지체됨으로써 더 많은 예산이 필요하게 되었으나 의회로부터 예산지원이 제대로 이루어지지 못함으로 더욱 더 특허심사에 대한 불신이 쌓이고 특허권에 대한 다툼이 증가되는 문제로 악화되었다. 결국 기술혁신과 이에 따른 불만으로 되돌아 왔다. 이러한 점은 법원 판단에 대한 불만과 특허법에서 오는 문제점이 지적되면서 결국 특허법 개정을 개혁(Patent Law Reform)으로 받아들이게 되었다"고 한다. 배대헌, In re Bilski에서 만난 '숲과 나무'論, 경북대학교 IT와 법 연구소, IT와 법 연구 4, 2010.2, 41면.

4. 권리 제한과 공정이용(fair use)

저작권법의 목적은 특허법과 비슷한 의도를 가지고 있다. 즉, 저작권 및 이에 인접하는 권리의 보호는 물론 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 발전을 가져오는 것이라는 점에서 특허법과 비슷하다. 지식재산권의 이용이 없으면 무용지물에 불과하기 때문에 그 이용을 장려하는 것이 지식재산권법의 목적이다. 이러한 맥락에서 저작권법은 사적복제 등 저작재산권의 제한 규정을 두고 있다. 권리자에게는 치명적일 수도 있는 제한규정을 두는 이유는 무엇일까? 이는 문화의 향상발전이라는 공정한 이용을 도모하자는 공공정책적 판단에 따른 것이다. 이러한 맥락에서 저작재산권의 제한규정은 저작물을 이용하고자 하나, 비용을 지불할 수 있는 능력이 되지 못한 경우나 또는 너무나 현실적이지만 실제 누가 불법복제를 했는지를 확인하는 비용이 더 소요되는 경우에 입법자의 결단이 내려진 것으로 볼 수 있다.

또한 저작권법은 호환 등을 위하여 역분석(reverse engineering)을 포함한 공정이용을 허용하고 있다. 저작권법은 프로그램코드 역분석을 "독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램저작물과 다른 컴퓨터프로그램과의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 컴퓨터프로그램저작물 코드를 복제 또는 변환하는 것"으로 정의하고 있다. 프로그램코드역분석에 있어서, 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자는 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우에는 해당 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램의 저작재산권자의 허락을 받지 아니하고 역분석을 할 수 있다. 다만, 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 ⅰ) 호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우, ⅱ) 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 그 밖에 프로그램의 저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우 등 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 이용할 수 없다(제101조의4). 프로그램코드역분석은 호환성을 확보한다는 예외적이기는 하지만, 일정한 경우에 한하여 복제권의 침해를 면책해주는 역할을 한다.[35] 그러나 특허법은 이러한 면책이나 제한규정을 두지 않고 있다. 즉, 예외적으로 연구 등을 위해서만 가능하다. 저작권법은 인용의

35) "프로그램은 일반적으로 기계만이 이해할 수 있는 언어로 컴파일된 목적코드 형태로 유통되기 때문에 일반 저작물의 경우와 달리 그 자체로는 내용을 알아 볼 수 없다. 그래서 원시코드로 되돌리는 디컴파일 작업이 필수적으로 수반될 수밖에 없는데, 이와 같은 디컴파일 과정에서 프로그램에 대한 복제 또는 변환이 발생하게 된다. 이 것은 프로그램을 정상적으로 이용하기 위하여 공정한 이용에 해당한다. 따라서 프로그램 저작재산권자의 허락을 받지 않고서도 가능하도록 허용된다". 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 604면.

경우에는 가능하고, 공정이용의 경우에는 일정한 조건을 갖출 경우에는 저작권 침해책임에서 벗어나게 된다. 또한 OSP에 대해서도 면책 규정을 두고 있다. 이러한 점은 저작권법 체계가 갖는 유연성을 말해주는 것이다.

[표 3] 저작권의 예외 규정에 대한 특허 침해 성립 여부

복제의 목적	특허 침해	비고
재판・수사	X	・ 업으로서의 실시가 아님
교육기관의 교육용 (수업, 교과용 도서, 시험 검정)	△	・ 저작권 침해가 성립하지 않는다면, 특허권 침해 제기의 실익도 매우 적을 것
비영리적인 개인적 목적	X	・ 업으로서의 실시가 아님
프로그램 기능에 대한 조사・연구・시험	X	・ 특허법 제96조 제1항 제1호 (연구 또는 시험을 위한 발명의 실시)

출처 : 특허청, 2014.

다만, 저작권법의 제한규정과 특허권의 충돌이 우려되는 부분은 교육목적의 이용에 한정될 수 있을 것이다. 즉, 사적복제 등 제한규정은 특허권을 업으로 실시하는 경우에 해당하지 않을 것이라는 점이다. 저작권법 효력의 예외규정은 대부분 비상업적 이용으로, 특허법상 '업으로서'의 실시가 아니므로 특허법상 침해도 성립하지 않는다. 다만, 교육기관에서 교육 목적으로 프로그램을 복제・제공하는 것은 '업으로서'의 실시로 보아 특허 침해 성립 가능성이 존재한다. 그러나 교육목적이더라도 비상업의 범위를 크게 벗어나는 경우, 저작권법에서도 침해로 인정되는 것은 물론이다. 즉, 저작권법에서도 프로그램의 종류・용도, 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우 복제・배포가 제한되기 때문이다.

5. 보호기간의 상이

기본적으로 SW특허의 보호기간은 출원일로부터 20년간이다. 저작권법은 보호기간이 창작자 사후 70년이나, SW는 창작일로부터 70년간으로 한다. 이처럼 보호기간에는 큰 차이가 있다. 그러나 실상 SW를 저작권이나 특허로 보호한다고 하더라도, 기술 사이클이 짧기 때문에 과도한 보호기간으로 볼 수 있다. 퍼블릭도메인에 먼저 도달할 수 있는 것은 특허권이기 때문에 보호기간만으로 볼 때면 특허제도가 보다 합리적이라고 할 수 있다.[36] 많은 경

우, 이미 누적된 특정 SW의 특허기간이 종료하면 그 이후부터 특허침해로 인한 법적 제재나 로열티 지급의 부담으로부터 벗어난다는 의미를 가지게 된다. 따라서 SW의 경우 특허기간이 끝난 후에는 쓸모가 없어지는 것이 아니라 특허된 SW를 포함하는 모든 SW 개발자가 무상으로 사용할 수 있게 된다는 이익이 남게 된다고 주장한다.[37] 그러나 소프트웨어는 누적적, 점진적으로 발전해온 것이라고 하지만, 시기성을 상실할 경우에는 독점기간이 끝난 후에는 거의 쓸모없게 되어 사회가 거의 이익을 받지 못한다.[38] 그렇지만 실상 SW특허에 대해 특허청에 유지수수료를 지불하는 기간은 6년 정도로 추산되기 때문에 사실상의 보호기간은 법정 보호기간과는 작지 않은 차이가 있다. 특허법이 저작권법보다 짧은 이유는 특허의 독점성에 기인한 것이며, 보호기간을 통해 독점권을 통제하고 있다. 즉, 특허권의 보호범위가 넓기 때문에 기간을 통해 그 효력을 완화시키는 정책을 펴는 것으로 볼 수 있다.[39]

6. 정리

특허제도와 저작권제도는 그 본질적인 차이가 작지 않다. 그러한 차이 때문에 WIPO나 각국에서는 SW를 어떻게 보호할 것인지에 대한 논의가 많았다. CONTU 보고서[40]에서도 1970년대 논란을 거쳐 SW를 어문저작물의 일 유형으로 보호하자는 권고에 따라 미국저작권법이 개정된 바 있다. 반면, 저작권법이 갖는 보호범위의 한계 등에 따라 80년대 전후로 특허법에 의한 SW의 보호가 확대되어왔다. 그러나, 2014년 Alice 판례 등 미국 연방대법원

---

36) 이러한 보호기간의 상이점 때문에 특허제도의 효율성이 정당화되기도 한다. 예를 들면, "특정 컴퓨터프로그램이 시장성은 대체로 길어야 수년에 불과하여 저작권법이 보호기간을 더 길게 부여한다는 부분은 컴퓨터프로그램 개발자에게 실익이 없는 것이었으므로, 특허법상 진보성 요건을 충족할만한 컴퓨터프로그램이라면 전체적으로 보호범위가 넓은 특허법의 보호를 받는 것이 더 유리하다고 할 수 있다"고 한다. 박준석, 영업방법 발명 등 컴퓨터프로그램 관련 발명의 특허법적 보호에 관한 비교법적 고찰, 비교사법 제16권 제3호, 2013, 455면.

37) 최형구, 소프트웨어의 특허법적 보호 필요성, 産業財産權 第23號, 2007.8, 410면.

38) 이상정, 컴퓨터 소프트웨어 관련 특허의 인정범위와 한계, 지적소유권법연구 제3집, 1999, 302면.

39) "특허보호가 저작권 보호보다 가치가 큰 또 다른 이유는 이와 같이 특허가 공공영역에 있는 아이디어의 특정한 언어적, 시각적 또는 청각적 배열만을 보호하는 데 그치지 않고 아이디어 자체를 보호하며, 이 아이디어는 상업적으로 무수한 응용 분야를 가지고 있기 때문이다. 저작권법은 저작권이 있는 저작물 속의 아이디어 복제를 금지하지 않는다. 저작권 보유자에 비하여 특허권자에 대한 법적 보호가 훨씬 크기 때문에 발명자는 발명에 들어간 고정비용의 회수에 필요한 것 이상의 높은 가격을 부과함으로써 발명에 대한 접근을 필요이상으로 제한할 위험성도 크다. 이러한 두려움 때문에 특허의 존속기간이 저작권 보호기간보다 항상 짧았던 것"이라고 한다. 윌리엄 M. 랜디스 외, 지적재산권법의 경제구조, 일조각, 2011, 442면.

40) Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Library of Congress, 1979.

의 일련의 판례에 따르면 SW특허 범위의 지속적인 확대는 어느 정도 제한받고 있는 것으로 보인다.

Ⅴ. SW 특허에 대한 WTO/TRIPs의 충돌 여부

1. 논의의 필요성

WTO/TRIPs는 무역 관련 지식재산권 협정으로 특허, 상표, 저작권 등 지재권에 대한 다자간 규범이다. WTO/TRIPs에서의 SW의 저작권법적 보호는 기본적으로 베른협약의 수준을 요구받고 있다. 원시코드와 목적코드를 베른협약상의 어문저작물로 보호되어야 한다고 규정함으로써(제10조 제1항), "일반 저작물보터 낮은 수준으로 보호하려는 회원국의 입법의 자유를 박탈하는 의미"[41]라고 평가된다. 그러나 이 규정은 베른협약상의 어문저작물로 SW를 보호할 수 있다는 의미이지, 어문저작물로만 보호해야한다는 의미로 볼 수는 없다. 다만, 보호방법이나 보호범위에 대해 몇 가지 쟁점이 있을 것이라는 주장이 제기되고 있는 것은 사실이다.[42] 또한, 일부 부처에서도 WTO/TRIPS 위반으로 보고 있어,[43] 관련 규정을 검토하여 SW특허가 WTO/TRIPs와 충돌하는지 살펴보고자 한다.

2. 관련 규정에 대한 검토

가. 제10조 컴퓨터프로그램과 자료 편집물

특허법 개정안은 컴퓨터프로그램 구현 발명의 거래 현실을 반영하여, 컴퓨터프로그램발명의 온라인 유통(전송)까지 보호하기 위한 것이라고 주장된다. 즉, 심사지침에서는 이미 독립된 SW자체만의 특허를 인정하고 있으나, 온라인으로 유통되는 경우에는 실시의 범위

41) 아울러 인터페이스의 보호 여부, 프로그램 언어, 규칙, 해법 등의 배제 등이 거론되었으나, 최종 협정문에서는 배제되었다고 한다. 이해완, 저작권법, 박영사, 2015, 1235면.

42) "오늘날과 같이 지구촌화 된 사회에서는 그 국제적 승인이 필요한 지도 모른다. 무엇보다도 WTO/TRIPs 제10조 제1항이 걸림돌이 되리라는 것은 명백하다"는 점이다. 이상정, 컴퓨터프로그램보호방법의 재검토, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 2007, 126면.

43) 문화체육관광부, 특허법 일부개정법률(안)에 대한 검토의견, 2011(미공간)(김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 法學硏究 第23卷 第1號, 2012.6. 552면 재인용).

에 해당하지 않기 때문에 보호받지 못한다는 것이다. 컴퓨터프로그램 구현 발명은 현재도 특허 보호 대상인 반면, 컴퓨터프로그램 자체는 특허법 개정과 상관없이 특허 보호 대상이 아니라는 것은 당연하다. 한편, WTO/TRIPs 협정문 제10조는 소스코드나 목적코드 형태의 컴퓨터프로그램에 대한 저작권적 보호를 규정한 것에 불과하다.[44] 즉, WTO/TRIPs에서도 컴퓨터프로그램으로 구현된 아이디어나 기술적 사상(컴퓨터프로그램발명)까지 저작권으로 보호해야 한다는 취지는 아니다.

나. 제27조 특허 대상

WTO/TRIPs 제27조에는 어떤 발명도 신규성, 진보성이 있고 산업상 이용 가능하면 모든 기술 분야에서 특허 획득이 가능하다고 규정하고 있다.[45] 즉, WTO/TRIPs에서도 컴퓨터프로그램의 특허성을 배제하는 것은 아니다.[46] WTO/TRIPs 제27조 제2항, 제3항에서 불특허 대상을 규정하고 있기는 하나, 컴퓨터프로그램발명은 이에 해당되지 않는다. 명시적으로 컴퓨터프로그램 발명을 특허에서 제외하고 있는 것이 아니기 때문에 WTO/TRIPs에서도 보호범위에서 벗어난다고 보기 어려운 이유이다. 다만, 컴퓨터프로그램 그 자체에 대

---

44) WTO/TRIPs 제10조 컴퓨터프로그램과 자료편집물
1. 컴퓨터프로그램은 그것이 원시코드 또는 목적코드의 형태이든 베른협약(1971)에 따라 어문저작물로서 보호된다.
2. 기계판독가능형태인지 또는 그 외의 형태로 존재하는지 여부에 관계없이, 내용의 선택 또는 배열을 이유로 지적창작물을 구성하는 자료 또는 기타 소재의 편집물은 지적창작물로서 보호받는다. 이러한 보호는 자료 또는 소재 그 자체에는 적용되지 아니하며, 동 자료 또는 소재 그 자체에 존재하는 어떠한 저작권도 저해하지 아니한다.

45) WTO/TRIPs 제27조 특허대상
1. 제2항 및 제3항의 규정을 조건으로 모든 기술분야에서 물질 또는 제법에 관한 어떠한 발명도 신규성, 진보성 및 산업상 이용가능성이 있으면 특허획득이 가능하다. 제65조 제4항, 제70조 제8항 및 이 조의 제3항을 조건으로 발명지, 기술분야, 제품의 수입 또는 국내생산 여부에 따른 차별 없이 특허가 허여되고 특허권이 향유된다. 이 조의 목적상 진보성, 산업상 이용가능성이라는 용어는 회원국에 의해 각각 비자명성, 유용성이라는 용어와 동의어로 간주될 수 있다.
2. 회원국은 회원국 영토내에서의 발명의 상업적 이용의 금지가 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호를 포함, 필요한 경우 공공질서 또는 공서양속을 보호하거나, 또는 환경에의 심각한 피해를 회피하기 위하여 동 발명을 특허대상에서 제외할 수 있다. 단, 이러한 제외는 동 이용이 자기나라 법에 의해 금지되어 있다는 이유만으로 취해서는 아니된다.
3. 회원국은 또한 아래사항을 특허대상에서 제외할 수 있다.
   가. 인간 또는 동물의 치료를 위한 진단 방법, 요법 및 외과적 방법
   나. 미생물 이외의 동물과 식물, 그리고 비생물학적 및 미생물학적 제법과는 다른 본질적으로 생물학적인 식물 또는 동물의 생산을 위한 제법. 그러나, 회원국은 특허 또는 효과적인 독자적 제도 또는 양자의 혼합을 통해 식물변종의 보호를 규정한다. 이 호의 규정은 세계무역기구협정의 발효일로부터 4년후 재검토 된다.

46) 구대환, 컴퓨터프로그램의 기술적 특성과 특허 및 저작권 검토, 정보법학 제9권 제2호, 2005.12, 16면.

한 보호는 산업상 이용가능성 등의 특허요건에 따라 회원국에서 선택할 수 있을 것이다.

3. 정리

SW특허의 온라인 실시에 대해 WTO/TRIPs에서 직접적으로 규정된 바는 없으며, 그 전 단계인 SW특허의 성립성이나 보호방법에 대해 규정하고 있을 뿐이다. 주로 SW특허를 반대하거나 저작권법적 주장을 펴는 입장에서 WTO/TRIPs와의 충돌을 우려하는 것으로 보인다는 점에서, 성립성에서의 문제라고 지적하는 것이다. 그러나 실시 형태는 회원국의 입법에 따르는 것이므로, 온라인 실시를 금지하거나 규정에 위반되는 것으로 보기 어렵다.

Ⅵ. 결론

본고에서는 발명의 온라인 실시에 대한 법적인 검토를 진행했다. 온라인 실시는 기존의 실시 태양에 SW가 온라인으로 전송될 경우에 실시행위에 포함될 수 없다는 해석에 따른 것이다. 특허법 개정안은 저작권법과의 관계에서 논란이 작지 않기 때문에 이에 대한 검토를 진행했다. 무엇보다도, 동일한 SW를 개발할 경우에는 중복 보호에 따른 논란, 부실권리의 양산에 따른 논란, 권리제한과 공정이용과의 관계, 보호기간의 상이점에 등에 따른 논란 등 저작권법과 특허법과의 충돌이 직지 않음을 알 수 있다. 아울러 국제 조약, 특히 WTO/TRIPs에 대한 위반 여부에 대해서는 해당 조약에서 명시적으로 SW특허를 배제하는 것은 아니라고 판단된다.

미국은 1980년대 Diehr 사건 이후로 SW관련 다양한 특허를 허용해왔다. 다만, 이러한 특허범위의 확장은 입법론이 아닌 사법부의 판단에 따른 것이라는 점이다. 즉, 미국 특허청은 종래 새로운 대상을 특허대상으로 포섭하는 데에 소극적이었고, 특허법의 해석에 있어서 보수적인 태토를 취했다. 이와는 상대적으로 법원은 적극적이었으며, 법률규정의 해석에 개혁적인 성향을 드러냈다고 한다.[47] 반면, 최근 미국을 중심으로 그동안의 pro-patent

47) "미국 특허법상 특허대상의 범위를 확대하는 데 누가 결정적 역할을 담당하는가. 특허관련 사건을 다룬 법관이다. 즉, 특허청의 특허심사 과정에서 이루어진 것이 아니라, 법원의 판결에 따른 것이다. Benson-Flook-Diehr로 이어지는 알고리즘에 대한 특허대상에 관한 논의, Chakrabarty 사건판결에서 보여준 인공생명체에 대한 특허대상으로의 편입 및 영업방법을 특허대상으로 인정하여 온라인상 영업방법에 대한 특허권 보호가 그 예이다"라고 한다. 배대헌, In re Bilski에서 만난

정책과는 다르게 SW에 대한 자연법칙성이나 진보성 판단이 엄격하게 이루어지고 있다.[48] 다만, 엄격한 판단에 대해"발명의 성립성을 사실상 부인하는 태도는 그 이론적 당위는 차치하고라도 그것이 발명임을 전제로 형성되어 온 권리관계의 기반을 하루아침에 뒤엎어 법적 안정성을 해치는 일로서, 신중해야 할 것"[49]이라는 우려도 제기된다. 이러한 측면에서 볼 때, 새로운 대상에 대해 특허를 부여하거나 관련 정책을 펼 때에 취해야할 입장은 미국 특허청과 같이 보수적인 입장을 펴야하는 것이 타당한 것이 아닌가 생각된다. 왜냐하면 어떤 제도의 필요에 따라 입법이 이루어지면, 법원은 이에 대해 귀속될 수밖에 없어, 정책적인 판단을 하지 못하기 때문이다.

각 국의 지식재산권 관련 법제는 지극히 자국의 산업을 위한 정책이 결과물이다. SW중심사회를 선언한 우리로서는 SW보호와 진흥을 동시에 추구하여야 하는 입장이다. SW의 진흥을 위해서는 현실적인 여러 가지 제약이 있는 것도 사실이지만, 산업적인 영향력이 작지 않은 제도의 도입은 점진적으로 이루어질 필요가 있다. 이는 제도 자체의 혁신이 아닌 실제 현장의 혁신이 무엇보다 요구되기 때문이다.

결론적으로 온라인 실시가 포함되었다는 이유로 SW산업이나 SW기술의 혁신이 이루어질 것으로 판단되지는 않는다. 다만, SW기술의 발전이라는 점에서 저작권법이 기여하는 바와 특허법이 기여하는 바를 보면, 기술적 사상이 공개되는 특허제도가 사회적 기여를 해왔다는 점은 능히 짐작할 수 있다는 점이다. 정책은 이해관계의 조정을 통해서 구체화되고, 일관성을 유지하기 위해 법제화된다. 이러한 점에서 SW특허의 온라인 실시에 대해서는 정책적으로 이해관계가 조율된 것으로 보기 어렵다. 글로벌 시장에서 우리 기업들의 경쟁력을 강화하기 위해서는 제도 구현에서 부터 관계 부처의 협력은 무엇보다 중요한 것임을 깨달아야 할 것이다.

'숲과 나무'論, 경북대학교 IT와 법 연구소, IT와 법 연구 4, 2010.2, 38면.

48) Bilski, Alice 판결 등을 통해 "미국 연방대법원이 최근 보이고 있는 변화는 미국이 수십년 동안 친특허정책을 추구하고 사법부 또한 판결을 통해 이를 뒷받침해 온 결과, 지나치게 많은 특허가 부여되고 그러한 특허과잉으로 인해 막대한 사회적 비용이 지출되고 있는 현실을 인식하기 시작한 것과 관계있다"고 보기도 한다. 조영선, 특허법(제4판), 박영사, 2013, 10면.

49) 조영선, 특허법(제4판), 박영사, 2013, 11면.

■ 참고문헌

구대환, 컴퓨터프로그램의 기술적 특성과 특허 및 저작권 검토, 정보법학 제9권 제2호, 2005.12
권태복 외, 컴퓨터프로그램 보호방식에 관한 비교연구, 한국저작권위원회, 2012
김관식 외, 특허법과 저작권법의 조화를 통한 창조적 소프트웨어 기업 보호방안 연구, 특허청, 2013.12
김관식, 컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제, 法學研究 第23卷 第1號, 2012.6
김순석 외, BM 특허 보호를 위한 법제도 개선방안, 정보통신부, 2002.12
김윤명, SW특허는 기술혁신을 이끄는가? 홍익법학 제15권 제4호, 2014
박성호, 저작권법, 박영사, 2014
박준석, 영업방법 발명 등 컴퓨터프로그램 관련 발명의 특허법적 보호에 관한 비교법적 고찰, 비교사법 제16권 제3호, 2013
배대헌, In re Bilski에서 만난 '숲과 나무'論, 경북대학교 IT와 법 연구소, IT와 법 연구 4, 2010.2
송영식 외, 송영식 지적소유권법, 육법사, 2013
윌리엄 M. 랜디스 외, 지적재산권법의 경제구조, 일조각, 2011
이상정, 컴퓨터 소프트웨어 관련 특허의 인정범위와 한계, 지적재산권법연구 제3권, 1999
이상정, 컴퓨터프로그램보호방법의 재검토, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 2007
이해완, 저작권법, 박영사, 2015
이현승, SW특허 심사기준 개정 논란을 통해 본 SW특허의 여러 쟁점들, 이슈리포트 2014-004, 소프트웨어정책연구소, 2014
정상조·박성수 공편, 특허법 주해 I , 박영사, 2010
정상조·박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2013
조영선, 특허법, 박영사, 2011
최형구, 소프트웨어의 특허법적 보호 필요성, 産業財産權 第23號, 2007.8
특허청,
中山信弘, 특허법, 법문사, 2001
中山信弘·小泉直樹 編, 新・注解 特許法 (上卷),青林書院, 2011

투고일자 2015. 08. 31 심사개시일자 2015. 09. 03 게재확정일자 2015. 09. 17

Hongik Law Review, Vol. 16, No. 3(2015)

【ABSTRACT】

Online implementation of the invention of SW Patent according to the Patent Act amendments

Yun Myung KIM*

The use of software packages online or sent in, it turned into a service available in real time (SaaS). Cloud computing is a representative figure, and not less controversy surrounding the implementation of computer software, patents of invention combined with the change in the paradigm. Patent Act amendment was 2014 feet, the main information is regarded as the program object to include the type of transmission line embodiment. The problem is that the KIPO and the MCST for the online implementation of the software, showing their differences. In other words, through the admission that online copyright laws and remedies that you need because software distribution is possible. The paper will review the implementation of the Patent Act Amendment examine online for information that conflicts with the interests of Copyright Act accordingly.

Key Words : computer-implemented invention, online conduct, restrictions, redundancy protection, opyright protection, patent protection

* Senior Researcher, Software Policy & Research Institute / Ph.D. in Law