

# 컴퓨터 소프트웨어의 법적보호

玄 東 石  
(漢陽大 工大 教授)

■ 차 례 ■

- 1. 서론
- 2. 컴퓨터 소프트웨어의 법적보호의 필요성
- 3. 컴퓨터 소프트웨어의 성격
- 4. 법적보호의 방법
  - 4.1 저작권법
  - 4.2 특허법
  - 4.3 기타보호법
- 5. 법적보호의 범위(저작권에의한)
- 6. 세계 동향
  - 6.1 세계추이
- 7. 한국의 소프트웨어 산업과 법적보호
- 8. 보호시 문제점
  - 8.1 특허법상 보호문제
  - 8.2 저작권법상의 보호문제
- 9. 대처 방안
- 참고 문헌

## 1 서론

1980년대에 접어들면서 반도체의 고집적화 기술은 컴퓨터 보급의 확산을 한층 가속시키어 제2의 정보화 사회의 구축 및 제반 산업분야에서의 자동화를 가져왔다. 이에 수반되어 그 사용기술인 소프트웨어 또한 수요가 다양화되어 증대되게 되었고 과학기술 진보의 핵심적 요소기술이 되어 산업의 선진화과정에서 중추적인 역할을 담당하게 되었다. 그리하여 최근에는 소프트웨어 개발에 대한 투자가 컴퓨터 총 투자액의 약 70~80%에 이르고 있는 실정이다.<sup>24)</sup> 또한 이의 개발은 전형적인 두뇌집약산업인 동시에 자원절약적이고 고 부가가치를 창출하는 무공해 산업이라는 획기적인 이점을 갖고 있어 각나라마다 컴퓨터 소프트웨어 산업을 국가적인 차원에서 전략적으로 육성하고 있다. 특히, 숙련된 인력이 풍부하고 산업경쟁이 선진국 진입을 목표로하고 있는 여건하에 있는 나라에서는 소프트

트웨어는 장래 유망하고도 산업기술의 선진화를 위하여 필수적인 분야이므로 이의 효율적 개발은 물론 적절한 보호와 활용화 촉진을 기하게 함은 대단히 중요한 과제중의 하나임에 틀림없다. 이와 같이 소프트웨어의 중요성이 증대케되자 소프트웨어라고 하는 지적재산을 어떻게 보호 및 활용화 촉진을 할 것인가 하는 문제가 대두되게 되었으며 이를 위한 특허법, 저작권법, 기업비밀법, 상표법, 부정경쟁방지법 등과 같은 지적 소유권법 체계내에서 소프트웨어를 어느 법에 의하여 얼마만큼 보호하는 것이 효율적인 보호 및 활용화 촉진을 위한 또는 전혀 별개의 실법을 제정하여 보호하는 것이 보다 적합한 보호 및 활용화 촉진을 위한 것인지에 대한 문제를 중점 서술하여 보았다.

## 2 컴퓨터 소프트웨어의 법적보호의 필요성

최근 선진국내의 교역 불균형 심화등 경제적

어려움과 개발도상국의 공업화 발전에 따라 개발도상국의 공업화 발전에 따라 개발도상국에 대한 수입개방 및 지적 소유권 보호등의 요구가 고조되어 가고 있다. 선진국은 이들 분야에 대한 보호 확충을 통하여 국제경제 사회에서 비교우위를 확보함으로써 국익을 극대화 하려는 것이다. 특히 미국은 소프트웨어, 물질특허, 저작권 반도체Chip 보호등 지적 소유권의 전반적인 보호에 지대한 관심을 갖고 한미통상장관회담등 각종 경제관계 회담시 지적 소유권 보호를 끊임 없이 제기해 오고 있으며 이러한 소유권 보호가 이루어지지 않을 경우 대미관계에 있어 광범위한 수입규제조치, GSP수혜 축소 조치등을 취할 경우 국내경제에 심각한 타격을 줄 것으로 예상되며 경제이외의 분야에 까지 불편한 관계가 파급될 우려가 있다. 미국은 이런 경제조치를 취하기 위해 '84년에 통상관세법 개정 및 GSP수혜혜택 부여에 대한 정부권한을 확대시켜 놓고 있으며 최근에는(86.5) 극도의 보호무역주의 성격을 띤 "일괄통상법"이 하원을 통과하여 보호무역주의의 색채를 더해가고 있다. 특히 소프트웨어 법적문제는 84년11월 서울에서 개최된 "한미지적소유권 회의"와 85년2월 WIPO-UNESCO 공동주체의 전문가회의, 85년7월의 "한미경제협의회 의 지적소유권분과회"의 개최 등을 통하여 끊임없이 보호를 요청해오므로 국내의 법적논의 문제가 되고 있으며 이에 대해 정부에서는 소프트웨어 연구팀을 구성, 86년 3월에 대안(컴퓨터 프로그램 보호법)을 내놓아 공청회를 하는등 적극대처하고 있다. 컴퓨터 소프트웨어의 법적보호 필요에 대한 세계의 동향은 (i)소프트웨어의 개발에 막대한 자금 및 개발 노력의 대가회수 (ii)소프트웨어의 공개에 대한 유인책으로서의 보호제도 (iii)교역을 위한 최소한의 제도장치로서의 보호제도등을 들고 있으며 국내의 동향으로는 (i)국내 연구개발의 육고취 및 기술개발촉진 (ii)경제 개방화에 따른 국내체제 정비 (iii)국내산업의 발달정도에 따른 지적소유권의 적절한 보호로서 산업과 문화의 발달촉진등을 들 수 있다.

### 3 컴퓨터 소프트웨어의 성격

1. 소프트웨어는 컴퓨터를 가동시키기 위한 제작된 것이며 제작물적 성격을 띤 SOURCE Program과 특허적 성격이 강한 object program으로 나눌 수 있으며 이외에도 Documentation, Manual 등이 있다. 소프트웨어는 산업의 발전에 자본이 되는 것에 반하여 저작물은 문예, 학술, 미술, 음악등 문화발전의 자본이 된다고 하는 본질적인 차이가 있다. 저작물은 작자의 사상, 감정을 전달하는 것에 비해 소프트웨어는 작성자(user)가 원하는 기능을 컴퓨터가 처리하도록 하는 것이다. 서독의 Mannheim 지방법원은 1981년 12월6일 판결에서 컴퓨터 프로그램은 지적, 예술적 성질을 결여하고 있어 저작권법으로 보호될 수 없고 무단복제한 사람이 부정경쟁 방지법을 위반한 경우에 한하여 부정경쟁 방지법으로 보호할 수 있다고 판시한 바 있으나<sup>1)</sup> 일부 논자는 저작권법이 보호하는 문화적 소산은 산업적 소산을 포함하는 넓은 개념으로서 목적내지 표현매체에 관계없이 모든 창작적 표현을 의미하는 것으로 소프트웨어는 지적노동의 산물로서 저작권에 의해 보호될 가치가 있다고 하였다. 저작권법에 소프트웨어를 염두에 두고 제작된 것이 아니라는 점에는 어떤 범위의 소프트웨어가 보호될 수 있는가에 대해 문제성을 갖고 있다.<sup>2)</sup> 미국은 1980년 CONTU(National Commission on New Technology uses of Copyrighted Works)보고서의 제안을 받아들여 저작권법을 개정하여 "컴퓨터 프로그램이란 컴퓨터내에서 일정한 작업을 완수케 하기 위한 직접으로 또는 간접으로 이용되는 일련의 지시 또는 명령"이라고 정의함으로써 object program을 포함한 모든 형태의 프로그램이 다 보호될 수 있는 근거를 마련하였다.<sup>3)</sup>

2. 일반적으로 Source program이 저작물성이 있다는 것이 인정되어 있지만 Object program에 대해서는 논란이 있다. 저작권법은 "표현"을 보호하는 것이므로 Source Program은 보호가 용이하지만은 Object Program은 그렇지 못하다. 저작권 보호를 주장하는 측의 견해는

Object Code인 경우에는 인간이 쉽게 감지할 수 없는 형태 Decompiler나 Disassembler와 같은 번역 프로그램을 이용하면 Object Code도 Source Code로 환원될 수 있으므로 양 형태는 동일한 프로그램을 표현하고 동일한 논리와 동일한 디자인을 갖게 된다. 따라서 Object Code도 Source Code와 마찬가지로 저작물에 해당한다는 것이다.<sup>4)</sup> 그러나 프로그램은 작자의 사상, 감정을 전달하는 것을 본질로 하는 것이 아니고 어디까지나 컴퓨터를 가동시키는 것을 본질로 하는 것이며 Source program 보다는 기계(컴퓨터)에 직접 작용 동작을 가능케하는 Object program이 더욱 중요하며 Source program을 번역(Compiling)한 것이 object program이므로 저작물성보다는 특허물성이 더 강하다고 보아야 할 것이다. 즉 program은 컴퓨터를 직접 가동시키는 것을 본질로 하는 것이고 사람의 사상, 감정을 전달하는 것에는 무관하며 또한 문화의 발달에 기여하는 것 보다는 산업의 발전에 기여하는 것이다.

3. 컴퓨터의 하드웨어 동작을 주로 통제하는 operating system program은 응용프로그램(Application program)과는 달리 인간에게 감지되기 위한 것이 아니라 오로지 기계에 명령만을 하기 위한 것이므로 이는 저작권에 의해 보호될 수 없고 오직 고도의 발명에 해당하므로 특허법에 의해서만 보호할 수 밖에 없다는 견해가 있다. program의 특허성을 인정한 판결들이 대부분이 O.S.program에 속하는 것이었다.<sup>5)</sup> 그러나 미국은 1980년 저작권 개정시 모든형태의 프로그램이 저작권법으로 보호될 수 있도록 하였다.<sup>6)</sup>

4. 프로그램 개발은 기본개념과 문제해결 프로그램 기술 또는 플로우차트(Flowchart), Source Program 및 Object program 이외에 매뉴얼 등 보조자료등의 단계로 나눌 수 있다. 프로그램 기술 또는 플로우차트등도 보호를 받을 수 있을 것인가에 대해서는 다소 이견은 있으나<sup>7)</sup> 최종적인 프로그램 제품의 창조를 의도하는 현대의 소프트웨어 개발의 견지에서선 저작권의 보호를 받을 수 없다고 본다. 프로그램의 원작자나 생산자 및 사용자의 입장에서 보면 오퍼레이셔널

프로그램의 그 자체(원시 프로그램 또는 복제 코드)가 중요한 관심사인 것이다. 왜냐하면 소프트웨어의 무단사용의 경우로써 실제상 중요한 것은 항상 오퍼레이셔널 프로그램의 복제를 포함하기 때문이다. 프로그램 명세서등과 같은 예비적인 소프트웨어 제품만을 가지고 불법사용 작동 프로그램을 만들 경우 상당한 노력이 필요한데 불법사용자는 바로 이런 것을 피하기 위해 복제등을 하기 때문이다. 따라서 사용자 안내서(user's manual)는 통상의 저작물로서 보호받게 하는 것이 바람직하다.

## 4 법적으로 보호의 방법

### 4.1 저작권법

#### 1) 저작권법의 본질

저작물의 본질은 저작권법 제1장 제1조에 “학문 또는 예술의 범주에 속하는 것으로서 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다”라고 정의되어 있고 이것에 표현된 것처럼 저작물은 인간의 사상 감정을 타인에게 전달하는 것을 본질로 하고 있는 것이다. 사상 감정은 표현이 왜 보호되고 있으나, 사상 감정은 표현을 통해서 처음으로 타인에게 전달될 수 있기 때문이다. 그래서 사상 감정은 인간만이 이를 갖게 되며 기계는 불가하다. 고로 저작물의 본질은 인간에게 사상 감정을 전달하는 것이 명백하다. 저작권에서 말하는 표현은 인간에 의해 감지될 수 있어야 하지만 역으로 인간에 의해 감지될 수 있는 모든 것이 저작권법에서 말하는 표현에 해당된다고 말할 수 없다. 예를들면 에어컨을 열어서 속에 있는 회로 구성 및 구성부품등을 보면 설계자의 모든 기술 사상이 관련 기술자에게는 이해될 것이다. 그러나 에어컨 그 자체가 저작권법에서 말하는 “표현”에는 해당되지 않으며 에어컨은 저작물이 아닌 것이다. 설계도와 기계의 경우도 마찬가지이다. 설계도는 저작물이고 기계는 단순한 물건이다. 이 차이는 설계 또는 설계자의 기술사상을 타인에게 전달하는 것을 본질로 하고 있고 기계 그 자체는 실용에 제공되는 것을 본질로 하고 기술사상을 타

인에게 전달하는 것과는 전혀 무관하기 때문이다.

2) 저작권의 내용

저작물의 저작자는 창작과 동시에 어떤 특별한 수속을 밟지 않아도 저작자의 인격적 권리를 보호하는 저작자의 인격권과 저작자의 경제적 이익을 보호하는 저작권을 취득한다. 필요한 수속절차없이 권리보호가 된다는 점에서 공업소유권과 상이하다. 향후 프로그램을 제작하는 층이 넓어짐에 따라 필요한 수속절차없이 창작자 보호가 가능한 저작권법에 많은 관심이 쏠리고 있다.

(1) 저작자 인격권

저작자 인격권의 내용으로는 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권등 3가지가 있다. 동일성 유지권은 저작물 및 그 제목의 동일성을 유지하는 것이고 저작자의 동의없이 내용의 변경, 절제 및 개조를 가하지 않는 권리이다. 저작자의 동의없이 저작물의 내용을 무단 변경하는 행위는 이 권리를 침해하는 것이된다. 일본 저작권법은 저작물의 성질 및 그 이용목적 그리고 이용형태에 비추어 불가피하다고 인정되는 "개조"는 동일성 유지권자의 동의 없이도 행할 수 있음을 인정해 주고 있다.<sup>9)</sup> 우리나라 "컴퓨터프로그램 보호법"(86.3 과기처 시안)에서도 개발된 프로그램의 효율적 촉진을 위해서 다음과 같은 경우에는 동일성 유지권을 제한할 수 있도록 규정((안)11조)하고 있다.

(i) 특정한 컴퓨터외에는 사용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하기 위해서 필요한 한도내의 개변

(ii) 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효율적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 한도내의 개변.

(iii) 프로그램의 성질 또는 그 사용목적에 비추어 부득이 한 것으로 인정되는 개변

누가 원작자인가 하는 문제는 개발업자와 엔지니어 사이에서 뿐만 아니라 소프트웨어 개발 주문자와 개발업자(수급업자)등 사이에서도 문제되는바 대부분의 근로계약이나 취업규칙을 보면 엔지니어 직무수행중에 개발된 소프트웨어에 대

한 저작권은 개발업자가 취득한다고 규정하고 있으며 우리나라 "컴퓨터 프로그램 보호법(안)"에서도 법인등 단체에 종사하는 자가 직무상 개발한 프로그램은 법인등이 저작자가 됨을 규정하고 있다.<sup>9)</sup>

(2) 저작권

저작권의 내용에는 사용권, 복제권, 개작권(번역권)배포 및 발행권등이 있으며 여기서는 컴퓨터 소프트웨어 보호에 대해 특히 관련된 복제권, 개작권등에 대해서 다룬다. 복제권은 저작물을 유형적으로 제작하는 권리이며 program을 Disk, Tape, Punch Card등에 복제하는 것이다. program을 내부기억장치에 축적한 경우에도 복제에 해당되는지에 대해서는 논란이 있으나,<sup>10)</sup> "복제"는 유형적으로 재생되는 것으로서 순간적이기보다는 장시간 영속적이고 안전성을 갖는 것이므로 내부기억장치에 있어서 순간적이면서도 과도적인 저장을 "복제"로 해석하는 것은 무리라고 하는 설이 유력하다.<sup>11)</sup> 번역권이라고 하는 것은 저작물을 번역, 편곡, 각색, 영화화등 기타 번역하는 권리이다. program에 대해서도 이 번역권이 적용되며 저작권법에서는 알고리즘을 보호하는 것이 아니므로 소설의 번역에 비교해서는 협소한 것이 된다. 예로서 같은 알고리즘을 사용 program을 다르게 구성한 경우에는 보호의 범위를 벗어나게 되는 것이다. 대여권은 현재의 저작권법에 포함되어 있지 않지만 선진국에선 퍼스컴의 광범위한 보급으로 컴퓨터 소프트웨어 렌탈사가 출현, 소송이 제기하는등 사회적 문제가 제기되고 있으므로 우리나라에서도 현시점에서 이를 고려, 반영하는 것이 바람직하다. 국내에서의 외국인의 저작권 문제에 대해 과기처(안)에서는 프로그램의 보호에 대한 적용범위를 원칙적으로 대한민국 국민의 것으로 한정하고 외국인의 프로그램은 대한민국이 국제조약에 가입하거나 쌍무협정을 체결함에 따라 보호의무를 지는 것만 보호한다고 규정되어 있다.<sup>9)</sup> 그러나 현재 우리나라는 Berne 조약(저작권)에 가입국도 아니고 어떠한 저작권 보호조약도 체결한 바 없이 외국인 저작권 보호가 미약한 상태이므로 적당한 시기에 외국인에

의하여 국내에서 처음으로 개발된 저작권 뿐만 아니라 한국인에게 양도되거나 실시 허여된 외국인 저작물등에 대하여 보호를 확대하는 것이 바람직하다.

#### 4.2 특허권

1) 특허법의 적용대상인 발명은 “자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작적으로서 고도한 것”이라고 정의하고 있으며 자연법칙을 이용한 것인지, 아니면 인간의 정신작용이나 경제법칙을 이용한 것인지 여부가 발명으로서의 성립여부 판단에 중요한 요소가 된다. 저작권법은 보호가 광범위하지만은 그 보호력이 약하고 특허법은 적은 범위에서 보호력이 강력한 대신 절차가 복잡하고 시일을 요한다는 단점이 있다.

2) 1976년 서독 연방 최고재판소는 Disposition program판결과 그에 잇따른 판결에서 대체로 컴퓨터 프로그램과 그들의 기본적인개념(수식 및 조직적 규칙, 알고리즘)의 특허성을 배제하였고 예외적 경우에 한하였 인정하였으며<sup>12)</sup> 1973년 유럽특허조약 및 1976년 신독일 특허권은 컴퓨터 프로그램을 이와같이 특허권에 의한 보호로부터 배제시킨 반면 미국은 몇몇 판례와 특허청의 심사절차 지침을 통하여 그리고 일본은 특허청의 심사기준을 통하여 일정한 범위내에 소프트웨어가 특허를 받을 수 있음을 명백히 하였으며 우리나라도 84년11월 특허청에서 “컴퓨터 관련 발명의 심사기준”을 발표, 한정된 소프트웨어(수식이나 수학적 알고리즘이 아닌 자연법칙에 의거한것)에 한하여 보호가 가능함을 밝혔다. 장치와 결합은 컴퓨터관련 발명(소프트웨어포함)은 장치발명에 포함되어 사실상 특허법에 보호를 받고 있으며 출원건수도 증가하고 있으나 이는 전체 소프트웨어와 비교해 볼 때 시스템 소프트웨어와 같은 극히 적은 부분이 될 것이다.

3) 특허법이 소프트웨어를 보호하기에는 부적당 하다는 그 이유로서 출원절차의 복잡성, 장기간(평균2년)필요, 많은 비용소요, 심사에 필요한 기존 프로그램 파악관련등을 들 수 있으며 이것은 특허제도자체의 문제일뿐 소프트

웨어 보호를 부정할 이유는 되지 못한다. 특허에 의한 보호를 12년간의 독점적 권리를 허용해 주는 것이므로 기존의 소프트웨어를 기초로 고안해 낼 수 있는 것까지 특허를 부여해서는 안되며 신규성(novelty)과 진보성(nonobviousness)을 갖춘 경우에만 보호되어야 하므로 결과적으로 특허권이 부여되는 것은 극소수에 불과할 것이다.

#### 4.3 기타보호법

1) 기업기밀(TRADE SECRET)로서의 보호 기업기밀이란 비밀 공식, 패턴, 수단 정보와같이 사업에 이용되는 것으로서 그것을 모르거나 이용하지 못하는 경쟁자보다 우월한 지위에 서게 해주는 것을 말한다.<sup>13)</sup> 미국에서는 기업비밀의 보호가 관례법에 의해 확립되어 있으며 소프트웨어가 공개되지 않는한 기업에게 이익을 가져다 주고 기업으로서 보호를 누릴 수 있으므로 미국에서는 기업기밀로서의 보호가 널리 이용되어 왔다. 우리나라에서는 특허법, 저작권과 같이 기업비밀이 독립한 재산권으로 인정받지 못하고 있으나, 현행 민법은 불법행위의 성립에 권리침해를 요건으로 하고 있지않고 위법성을 요건으로 하고 있으므로<sup>14)</sup> 무체재산권의 대상이 아닌 소프트웨어도 공개되지 아니한 것으로서 경쟁상 이익을 가져다 주는 것이라면, 기업비밀로서 보호될 가치가 있는 것이고 그와같은 보호될 가치가 있는 소프트웨어를 무단복제하는 경우 불법행위에 해당된다. 따라서 우리나라도 기업기밀이 불법행위법에 의해 보호될 수 있으며 소프트웨어의 기업기밀로서의 보호도 인정된다.

#### 2) 부정경쟁 방지법에 의한 보호

유사한 상품이나 유사한 상품표시에 의한 상품의 혼동, 비디오 화면등의 유사한 표시등으로 혼동의 문제가 되는 경우에는 부정경쟁 방지법에 의한 보호가 문제된다. 이것은 컴퓨터프로그램 자체의 직접 보호가 아니고 식별기능을 갖는 상표표시가 가능한 경우에만 보호된다는 단점이 있으며 컴퓨터 프로그램의 특성으로 인하여 프로그램의 무단복제를 적발하기 어렵고

입증되기도 어렵다는 근본적인 문제점이 있다.

### 5) 법적보호의 범위(저작권에의한)

종래까지 저작권법에 의해 보호를 받는 것은 작품의 형식이고 내용이 아니라는 것이 통설처럼 되어 왔다. 그러나 보다 내용에 근접한 형식도 포함된다고 보아야 할 것이다. 예로써 시의 경우 시인의 상상력으로 부터 나온 요소는 저작권에 의해 보호되며 이를 타인이 사용하거나 그 특성을 이용하여 시를 짓는 것을 막을 수 있다. 독일 재판소 판례에선 저작이 형식이었던 내용이었던 지적노력을 표현한 것이면 그것은 저작권 보호의 대상이 된다고 하였다.<sup>5)</sup> 이에 따르면 컴퓨터 프로그램에 저작권을 적용할 것이냐 여부를 결정짓는 기준으로 내용과 형식을 구분하는 것은 적합치 못하다. 하지만 이에 고려해야 할점은 원리나 이론들은 자유롭게 사용할 수 있다는 점이다. 예로써 피타고라스의 정리, 뉴턴의 만유인력 법칙, 아인슈타인의 상대성 원리등은 그 자신뿐만 아니라 다른 작가에 의해서도 논문의 주제로 다루어질 수 있다. 이것은 과학작품에 관한 것은 자유롭게 토론하고 의견을 교환될 수 있어야 한다는 생각에 기초를 둔다. 영미법에서 저작권의 보호대상이 되는 것은 작품에 내포되어 있는 생각보다는 표현이라는 것도 이런 필요성에 근거한 것이다. 결론적으로 저작권 보호 대상은 내용 및 형식으로 결정되는 작품의 구조인 것이다. 저작권에 따른 보호는 원작품의 본질적 특성이 바뀌지 않는 한 번역, 초록등과 같은 파생적 저작권에 까지 미치나 컴퓨터 프로그램에 관해서는 수학공식이나 알고리즘의 규칙과 같은 추상적 요소는 보호의 대상이 될 수가 없다. 프로그램을 과학적 기술적 성질이기 보다는 문학 작품으로 보는 것이며 저작권법은 알고리즘 등의 과학적 내용의 보호를 대상으로 하지 않기 때문에 제외된다. 따라서 개발자 이외의 타인이 발표된 프로그램에서 알고리즘을 추출하여 다른 프로그램을 제작했을때 이는 저작권법을 침해했다고 볼 수 없다. 이는 자연법칙을 이용한

기술적 사상을 다루는 특허법과는 상이하기 때문이다.

### 6) 세계 동향

#### 6.1 세계 추이

85년2월 제네바 세계지적 소유권기구(WIPO) 본부에서 WIPO전문가 회의가 개최되었으며 여기에 참가한 모든 국가가 소프트웨어를 보호한다는 원칙에 찬성하였다. 그러나 소프트웨어가 저작권법으로 보호되어야 한다는 관점에는 이견이 있었다. 즉 Object Code에 대한 저작권성 인정어부및 프로그램의 이중성 문제 (특허성및 저작물성 공유)로 인해 저작권보호보다는 별도의 법에 의한 보호가 바람직하다는 주장등 이견이 있었다. WIPO이외의 국제기구에서도 소프트웨어를 저작권으로 보호하는 것에 대한 찬반론이 있으며 특이한 점은 소프트웨어를 저작권으로 지지하고 있는 국제기구들은 미국에 본부를 두고 있거나 미국을 주요 회원국으로 하고 있는 기구들이며 반대하는 국제기구들은 공업소유권에 관련된 기구들이다. 결국 소프트웨어보호법의 주류는 저작권법에 의한 보호를 주장하는 미국을 구축으로한 국가들이며, 특허법에 의한 보호를 주장하는 국가는 소련,중공,그리스등이며 브라질은 특허법에 가까운 별도의 입법을 추진중에 있다. 현재 소프트웨어를 저작권법으로 보호하고 있는 나라는 호주, 항가리, 인도, 필리핀, 미국, 대만 일본등이며, 판례로써 저작권에 의한 보호를 인정하고 있거나, 저작권을 개정, 보호예정인 국가는 아르헨티나, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 이스라엘, 노르웨이, 스페인, 스웨덴, 영국, 서독등이다.

#### 1) 미국

(1) 1909년 저작권법이 적용되었던 때에는 Object Code등 많은 프로그램이 보호되지 못했지만 1976년 미의회는 특별위원회 즉 저작물의 신기술적 사용에 관한 위원회(The Commission On New Technological uses of Copyrighted Works (CONTU))를 설립하여 3년에 걸친 작업 끝에 이 위원회에 "컴퓨터 프로그램이 저작권

에 적격한 대상"이라는 것을 밝혔으며 1980년12월 저작권법 제101조를 보충(컴퓨터 프로그램의 정의)하고 제117조를 개정(컴퓨터 프로그램에 있어서의 배타적인 권리의 제한)하는 형태로 이를 반영하였다.<sup>16)</sup>

(2) 1980년 "Data Cash System V.JS&A Group, Inc." 소송의 판결에서 제1심은 컴퓨터 프로그램의 소오스(source)코드 형태는 저작권법에 보호가능하나, 오브젝트(object) 코드형태는 그 기능상 지극히 공리적(utilitarian)인 것이기 때문에 저작권 보호의 대상이 되지 않는다고 판시하였으나,<sup>17)</sup> 동건의 항소심에선 오브젝트 코드는 소오스코드의 단순한 복사물 또는 암호화형태이므로 양자가 동일한 저작물이며 따라서 모두가 저작물의 범주에 포함된다고 판시하였다.<sup>18)</sup> 1982년 "Apple Computer V.Franklin Computer"의 소송에서 응용프로그램이 아닌 시스템 프로그램이 저작권법상의 저작물의 범주에 포함되는지에 대한 문제가 제기 되었으나 법원의 판결은 오퍼레이팅(operating)시스템 프로그램도 저작권법상의 저작물의 범주에 포함된다고 판시하였다. 위의 판례로서 미국은 저작권법에 의해 어떤 형태 또는 매체를 통한 컴퓨터 프로그램이라도 보호를 받을 수 있음을 명확히 하였다.

(3) 미국 특허청의 심사기준에는 수학적 알고리즘 또는 컴퓨터 프로그램에 관한 내용이 포함되어 있어 일부 컴퓨터 프로그램은 특허법에 의한 보호가 가능하다. 또한 컴퓨터 프로그램을 기업비밀(Trade Secret)로써 보호한 판례도 남아 있어 이것에 의한 보호도 가능하다.<sup>19)</sup>

## 2) 일본

(1) 1984년 일본의 통산성은 소프트웨어 보호체계를 마련하기 위하여 "프로그램권법안"을 제안 하였다. 그 내용을 보면 프로그램을 창작한 사람은 권리취득후 15년간 존속하며 프로그램권자는 특허청에 등록신청하고 기탁할 프로그램을 제출하면 특허청은 형식적 심사만으로 등록을 결정하고 기탁된 프로그램을 공개하지 않고 오직 그 기능만을 요약, 공고한다. 또한 동법안에 의하면 프로그램권 침해에 대한 유지명

령, 손해배상, 신용회복조치등 구제방법이 인정되고 프로그램권 침해로 인한 분쟁을 중재하도록 되어 있으며 "적정한 보상액만 지급"하면 새로운 소프트웨어 개발이나 공공이익을 위해 무단사용이 허용되는 "강제실시허여"가 포함되어 있다. 이 가운데 가장 문제가 된것은 프로그램 등록제도와 중재제도이다. 프로그램 등록제도는 미국기업들은 등록절차의 위탁된 것으로 인하여 기업기밀의 보호가 상실될 수 있으며 이는 일본의 보호주의의 숨은 목적이 있는 것이 아닌가 의심한다. 중재제도 또한 법문이 애매모호하게 되어있어 일본업체가 미국 소프트웨어로부터 새로운 소프트웨어를 개발하려 하는 경우 기존에 등록되어 있는 미국의 소프트웨어등이 실시허여가 강제되도록 중재제도가 이용될 것이라고 심려한다. 통산성의 프로그램권법(안) 제정방안과 팽팽한 줄다리기를 했던 문화청은 저작권법 개정방안을 주장하였는데 그 내용은 특허법에서 보호받을 수 있는 소프트웨어는 극히 제한적이며 또한 컴퓨터 소프트웨어는 기업비밀(trade secret)로써 보호가 곤란하다. 소프트웨어의 저작권법보호는 많은 장, 단점이 있으나 현재로서 가장 효과적인 방법이므로 많은 연구및 판례에 입각하여 단점을 보완하여 궁극적으로는 저작권법이 개정되어야 할 것이라고 주장하였다.

(2) 결국 일본은 미국의 강력한 압력에 못이겨 저작권법 개정에 의한 소프트웨어 보호방법을 채택하기에 이르렀다. 이에따라 일본은 현행 저작권법내에 컴퓨터 프로그램을 저작물로서 예시토록 하였으며 프로그램의 효과적인 이용촉진을 위해 저작권에 관한 허가없이도 기초프로그램의 개작이 가능토록 하였으며 사적이용을 위한 복제도 허용하였다. 또한 저작권 보호기간을 50년으로 정하였으며 프로그램 제작년월일의 등록제를 도입하는 한편 등록에 관한 규정을 별도의 법률로 정하여 1986년1월부터 시행하고 있다.

## 3) 유럽

(1) 영국은 기계장치에 부착된 프로그램 일부는 특허법에 의해 보호가 가능하나 1977년 개

정된 특허권법은 프로그램 자체의 특허보호는 곤란함을 명시하였다. 동년3월 저작권법 및 저작권법 연구위원회 보고서는 컴퓨터 프로그램의 원작(original)만이 저작권에 보호를 받는다고 했으며 최근 발행된 영군정부의 "Green paper"에서는 저작권법 개정에 대한 주제에서 프로그램의 저작권법적 보호에 대한 긍정적 입장을 취하였다. 저작권법에 의한 프로그램 관련 판례는 현재까지 5건이 있으며 ROM에 기억된 게임 프로그램등이 저작권법상의 저작물의 범주로 확인되고 있다.

(2) 서독은 60년대 중반에 Max planck 연구소에서 외국 및 국제간의 특허, 저작권 및 경쟁법에 관한 문제에 대해 논의하였다. 1976년에 Disposition program 판결과 그 다음에 내려진 잇따른 판결에서 서독 연방 최고재판소는 컴퓨터 프로그램과 그들의 기본적 개념(수식 및 조직적 세규칙, 알고리즘)의 특허성을 배제하고 희귀하고 예외적인 경우에 한하여 특허성을 인정하였으며<sup>18)</sup> 1976년 신독일 특허법은 컴퓨터 프로그램을 특허법에 의한 보호로 부터 배제하였다. 오늘날 컴퓨터 프로그램의 특허법에 의한 보호는 대체로 가능하지 않은 것을 일반적으로 동의하고 있다. 1965년 저작권법에서는 문서에 관한 언어의 저작물 및 학술적 또는 기술적 성질을 갖는 묘사가 포함된다고 규정하고 있어 소프트웨어는 원칙적으로 학술적인 언어의 저작물로서 저작권의 보호를 받아야하는 것으로 해석되며 이에 대한 많은 판례가 나와있다.<sup>19)</sup> 1981년 5월21일 Kassel지방법원은 저작권법에 의한 보호가 가능하다는 판결을 하였으며<sup>20)</sup> 동년 6월 12일 Mannheim지방법원은 컴퓨터 프로그램이 지적—심미적 내용을 결여하였기 때문에 저작권 보호가 불가능함을 판시 하였다. 1983년2월 Karlsruhe 고등법원은 소오스프로그램도 보호가능함을 판시하였다.

(3) 프랑스의 경우 발명에 부수된 컴퓨터 프로그램은 특허법으로 보호가 가능하나 일반적인 컴퓨터 프로그램은 특허법의 보호대상이 아니다. 1957년3월에 제정된 저작권법에는 컴퓨터 프로그램이 보호의 대상으로 명시되어 있지

않으나 여러 판례에 의해서 저작권법에 의한 보호가 가능하였다.

㉚ 한국의 소프트웨어 산업과 법적보호

국내 소프트웨어 시장은 1984년에 5천3백 만 불, 1988년에는 2억1천만불로 년평균 46%의 고도성장 산업으로 등장하고 있다. 세계시장은 1983년에 968억불, 1988년엔 2,954억불로 전망되고 있다.<sup>21)</sup> 국내시장규모는 세계 시장의 1%미만으로 미비한 실정이다. 소프트웨어의 수요는 시스템 소프트웨어가 과반수 이상을 차지하고 있으며 이들의 대부분이 해외로부터 수입 의존하고 있는 실정이다. 국내 소프트웨어 업체수는 1980년에 89사에서 1984년에는 214개사로 증가하였으나 상당수가 83년 이후에 설립되어 기술축적이 별로없는 실정이다.<sup>22)</sup> 자금이나 인력면에 있어서도 자본금 1억원 미만인 업체가 58%, 종업원 15명미만인 업체가 영세성을 면치 못하고 있다. 국내 업체의 영업 형태는 주로 계약에 의해 업무개발, 납품하고 있으며 범용 패키지 개발실적은 거의 없는 실정이다. 소프트웨어는 일부 기종의 O.S.이식(porting) 기술을 보유하고 있으며 1개업체가 RPG Compiler를 개발 수출한 경험이 있고 그밖에는 A/S를 위한 기술정도를 보유하고 있다. 응용 소프트웨어에선 한글화 기술을 보유하고 있으며 일부업체에선 소프트웨어 엔지니어링 기법을 도입하고 있는 단계이며 응용 소프트웨어의 범용 패키지화 기술은 미흡한 실정이다. 소프트웨어의 법적보호는 대외경제협력에서 뿐만아니라 소프트웨어 유통질서의 확립, 국내 업체의 개발의욕 고취, 각종 소프트웨어 개발촉진 및 소프트웨어 산업으로써의 기반 구축등에서 필요성이 인정되고 있으나 전술한 바와 같이 우리나라 소프트웨어 산업은 아직 유치 단계에 있음을 부인할 수 없다. 이러한 현실을 감안하여 일부에서는 소프트웨어 법적보호가 시기상조라고 주장하며 산업초기의 단계에선 모방위주의 발전방식을 채택할 수 밖에 없으며 이런 시기에 소프트웨어를 법적으로 보호하게 된다면 막대한 Royalty를 외국에 지불



해야할 뿐만 아니라 컴퓨터의 가격상승 요인으로 작용하여 컴퓨터 등 관련 산업에도 막대한 영향을 미칠 것이라는 것이 지배적이다. 그러나 조기보호를 주장하는 측의 내용은 개발초기부터 보호하는 것이 모방보다는 독창적인 개발위주의 산업발전에 기여할 것이라는 주장이다.<sup>23)</sup> 실제 관련 산업체 종사자들 대상으로 소프트웨어 방안에 관한 의견을 조사한 결과 전체 90.2%가 보호의 필요성을 인정하고 있으며 “조속히 실시되어야 한다”가 56.0%로 가장 많고 “시기상조이다”도 22.3%가 된다. 보호제도의 실시방법은 83.7%가 “단계적으로 실시해야 한다”고 답해 초기에는 일부만 실시하여 점차적으로 확대하는 것이 중론으로 되어 있다. 법적보호에 가장 적합한 법률로서는 61.4%가 특별법 제정에 찬성하고 있어, 저작권법으로 보호하고 있는 국제적 추이하고는 거리감이 있는 실정이다.<sup>24)</sup>

## ㉔ 보호시 문제점

### 8.1 특허법상 보호문제

특허제도는 그 발명을 완전히 공개하는 것을 원칙으로 하고 있으나 컴퓨터 프로그램을 완전히 공개할 경우에는 그 도용 및 침해가 용이하며 컴퓨터 프로그램의 침해 사실의 입증도 매우 어렵다. 따라서 출원자는 이의 공개를 회피하려고 할 것이며 이는 특허제도의 기본원칙을 위배하는 결과를 가져온다. 오늘날 일정수준의 평균적 기술만 가지면 프로그램을 창작할 수 있다고 볼 수 있으며 어느 정도까지 특허제도의 고도의 기술적 사상을 가진 창작물이라고 볼수 있는가에 대한 심사결정이 또한 곤란하다. 더욱 곤란한 문제는 컴퓨터 프로그램의 신규성, 진보성의 심사, 선행 기술자료의 정비 및 소프트웨어의 기능확대(version up)시 마다 특허 출원한다는 것도 문제점으로 지적되고 있다.

### 8.2 저작권법상의 보호문제

프로그램은 컴퓨터라고 하는 기계를 가동시키는 기술이며 컴퓨터에 사용함으로써 처음으로 가치가 발생한다. 따라서 권리자에게는 해당 프로그램을 누구에게 사용시키느냐 하는 결

정권을 가져야 하고 부정 사용자에게 대해서 권리를 지키는 수단을 가져야 한다. 그러나 저작권법에는 처음부터 사용을 보호대상으로 하는 관념이 없다. 고로 복제를 수반하지 않는 부정사용자에게 대해 권리자로 무력하다. 저작권법은 표현을 보호하는 것으로 사상, 감정을 본질적 하는 것이므로 이와같은 의미에서의 표현을 수반하지 않은 프로그램은 보호의 대상으로 함은 곤란하다.

## ㉕ 대처 방안

1. 컴퓨터 소프트웨어를 특허법으로 보호하는 경우에는 복잡한 수속절차, 권리기간, 신규성등의 문제에서 프로그램에 대한 보호가 적절치 않다는 것은 전술한 바와 같다.

2. 앞서 말한바와 같이 미국에 있어서는 1980년 저작권법을 개정하여 프로그램 보호내용을 포함시켰으나 여기서 이것의 개정 경위를 보면 CONTU보고서에서 허시위원은 프로그램의 저작물성이 없음을 명확하게 설명하고 반대의견을 제시하고 있다. 이에대해 찬성의견의 대표자인 나마위원은 이론적으로 허시위원의 의견에 공감하면서도 업계의 요청이 크다는 이유로 저작권법 개정안에 찬성하였다. 따라서 CONTU보고서는 실로 큰 과오를 범하였다. 허시위원이 프로그램이 저작물성이 없다는 것을 지적한 것은 정당하였으나 그 결과는 프로그램의 법적 보호가 필요치 않다는 것으로 인식되어 부정사용자나 모방자는 방치하는 것이 부당하므로 나마위원을 위시한 다수의 위원들은 찬성쪽으로 돌아왔다. 그러나 보다 적절한 조치를 위해서는 저작권 개정보다는 신규 입법을 하는 것이 더 타당했을 것이다. 또한 저작권법이 프로그램보호법으로 적당치 않다는 것은 저작권법상의 보호문제에서 기술한 바와 같다. 이렇게보면 프로그램 보호는 신규입법에 의해 행해져야 한다는 것은 필연적인 결론이다.

3. 신규입법에는 프로그램 권자가 스스로 사용하고 또 타인에게 사용케 하는 사용권, 부정복제 방지를 위한 복제권 대여를 방치하면 부

정사용과 연결되므로 이를 방지하기 위한 대여권, 유통촉진을 위한 등록제도, 특허법과 유사한 제정제도등이 포함되어야 하며 보호기간은 특허법과 같은 정도가 좋을 것이며 창작성이 없는 것은 제외되어야 할 것이다. 금년('86년 3월 정부안으로 과학기술처에서 작성한 법(안)도 상당한 문제성을 내포하고 있으며 보다 현실적이고 미래지향적인 법(안)이 되도록 수정, 보완이 절실히 요망된다.

참 고 문 헌

4. 이상에서 검토한 것은 물성적인 측면에서 검토한 것이나 국내의 현실을 고려하지 않을 수 없다. 우리 나라보다 여러가지 측면에서 막강한 일본이 제3의 입법으로 프로그램 보호를 추진하다가 날로 급증하는 대일 무역적자를 의식한 미국의 강압에 못이겨 중도에서 저작권으로 방향을 전환, 저작권으로 프로그램 보호를 시행하고 있는 것을 우리는 간과할 수 없을 것이다. 미국은 우리나라와는 혈맹관계에 있으며 무역측면에 있어서도 불가분의 관계를 맺고 있다. 미국은 날이 갈 수록 무역수지의 적자가 누적되어 자국내에선 보호무역 '81년에는 이른바 "84토상관세법"을 통과시켜 자국내 산업피해 시 보복조치, GSP관세특혜의 축소등의 근거를 마련하였으며 우리나라도 1985년도에 칼라TV 덤핑사건등으로 홍역을 치른바 있다. 금년('86)에는 타국의 수출진흥정책등도 불법요건으로 보는 이른바 "일괄통상법"이 하원을 통과하여 개발도상국등에 긴장을 더하게 하고 있다. 이러한 현실에서 미국은 한미경제협약의 시 및 각종 경제관계회담시 마다 소프트웨어 법적보호 문제를 저작권법에 포함시켜 줄 것을 강력히 요청하고 있는 점 및 이러한 요청이 이루어지지 않을 경우 각종 통상규제 정책에 연계 반영토록 한다는 입장등을 견지하여 볼 때 대부분의 국가에서 채택하고 있는 저작권법에 의한 보호도 고려해 보아야 할 것이다.

끝으로 경제적 지원을 해준 산학협동재단에 감사한다.

- 1) Eugen ulmer and Gert Kolle, supra pp.11~16
- 2) 宋 相現, 컴퓨터 소프트웨어의 법적보호, pp. 267~273
- 3) 1976년 (美) 저작권법 제102조 (a)참조.
- 4) 申 實浩, 컴퓨터 소프트웨어의 法的보호, 發明特許 第106号(1984.12), p. 23
- 5) 独逸, 연방최고재판소의 컴퓨터 소프트웨어의 특허권에 관한 내용, 1977 GRUR 158이하, 1979GRUR 443이하
- 6) 1980년 (美)著作權法 第101條 참조
- 7) V.Gamn. 1969 WRP 99, Sieber, 1981 BetriebsBerater 1551
- 8) 日本 著作權法, 第20條2項3号
- 9) 과학기술처, 컴퓨터 프로그램 보호법 (안), 1986-3
- 10) John Ricards, Supra, p.23
- 11) 木村豊, 著作權法에 의한 컴퓨터 소프트웨어의 보호, p. 1206, 1984, 11
- 12) 1977 GRUR 657, 9IIC 459(1978)-stra Ken, 1980 GRUR 849, Antiblok Kier system, 1982 GRUR 39-Walzstabteilung 참조.
- 13) Restatement of Torts, 757항, comment B
- 14) 우리나라 民法 제750조
- 15) 69 RGZ 401 참조
- 16) Stern, 美國에서의 컴퓨터 소프트웨어와 컴퓨터관련의 혁신에 대한 법률적 보호, 1982 공업소유권 152, 155이하.
- 17) Data Cash system, Inc. V. JS&A Croup, Inc 408 F. Supp. 1063, 203 U.S.P.Q. 735(N.D.III, 1979)
- 18) Compco Corp. V.Day-Brite Lighting Inc. 376 U.S. 234(1964) : Sears, Roebu Ck&Co.V. Stiffel Co. 376, U.S.225(1964)
- 19) Ulmer, Eugen, Urheber-Und Verlagsrecht, 3 Aufl.(1980), S. 140ff
- 20) 古澤博, 前掲書 pp. 44-6
- 21) 韓國情報産業協會, 1984
- 22) 과학기술처, 우리나라 소프트웨어업체설립 현황, 1984
- 23) 柳熙烈, 소프트웨어法的 保護方向 pp. 30~34, 情報産業, 1985.8
- 24) 申狂澈, 컴퓨터 소프트웨어보호에 관한 각국의 법제, 旬刊법제 100号 p. 284~292 10月1984年