

著作權과 컴퓨터 소프트웨어의 기존 著作權法에 의한 保護보다 別途立法이

I. 소프트웨어의 概念

소프트웨어의 概念을 確定시키는 것은 保護立法의 前提가 된다. 왜냐하면 이것이 확정되어야만 立法의 適用範圍 즉 保護對象을 확실히 할 수 있기 때문이다.

일반적으로 프로그램이라고 하면 어떤 特定한 結果를 가져오게 하기 위하여 컴퓨터 內에서 使用되는 一聯의 指示를 뜻하며 소프트웨어라고 하면 이러한 機械가 읽을 수 있는 프로그램은 물론 이것을 人間이 읽을 수 있도록 바꾼 프로그램·關聯文書·使用說明書 그리고 프로그래밍 시스템이나 工學的 補助서비스까지 포함하는 광범위한 概念인데 明快한 定義가 없이 兩者가 混用되고 있다.

소프트웨어를 保護立法을 위한 觀點에서 分析해 보면

첫째, 프로우차트(Flowchart)·機能明細書 등 프로그램 記述書를 포함하는 基本研究資料(Source Material)

둘째, 基本研究資料를 使用하여 FORTRAN 등 컴퓨터言語로써 作成한 指示體系라고 할 수 있는 原始코드(Source Code)

셋째, 이에 대한 코멘트나 註釋의 插入

넷째, 原始코드의 指示體系를 機械語를 使用하여 記號的 表示로서 번역한 目的코드(Object Code)

다섯째, 原始코드나 目的 코드를 기계가 읽을

수 있는 形態로 作成하여 記憶裝置에 저장한 바 이나리 폼(Binary Form)으로 나눌 수 있다.

各國의 立法例에서 프로그램의 定義를 살펴보면 狹義와 廣義로 나뉜다.

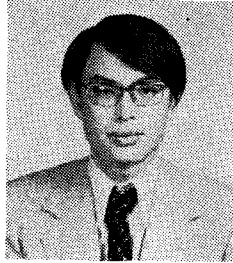
日本著作權法 第2條, 臺灣著作權法 第3條 19號, 우리의 電子計算組織 프로그램 保護法案 第2條 1號 등은 대체로 美國法의 바탕을 모방하여 좁게 『프로그램이라 함은 어떤 特定한 結果를 가져오게 하기 위하여 컴퓨터 內에서 직접 또는 간접으로 사용되는 一聯의 陳述 또는 指示』라고 하고 있다.

이에 대하여 WIPO 標準條項 第1條는 프로그램에 관한 定義 자체를 上記 立法例와 類似하게 규정하였으면서도 이 같은 프로그램은 물론 프로그램 記述書와 補助資料를 합쳐서 소프트웨어라고 定義하고 이 전체를 保護對象으로 삼고 있다.

그런데 日本法과 我法案은 法の 保護對象이 되는 프로그램 속에는 이를 作成하기 위하여 쓰인 프로그램言語 規約 및 解法이 포함되지 아니함을 밝히고 있다. 그 立法意圖는 프로그램의 特定한 論理와 디자인만을 保護하고 그외의 것들은 保護할 필요가 없거나, 아니면 著作權 一般理論, 아니면 去來秘密侵害 救濟法理에 의하여 保護될 수 있다는 法理論的 理由와 너무 保護對象을 넓혀서 排他的 權利를 인정하면 알고리즘의 이용이 先占되어 後續開發에 支障이 있다는 政策的 理由에서 이처럼 規定한 것으로 보이며 그러한 方向은 타당하다고 생각된다.

保護

바람직



宋 相 現

(法博·서울法大教授
韓國知的所有權學會會長)

II. 소프트웨어의 특성과 그 保護法理에 관한 論議

소프트웨어는 二重의 性格을 가지고 있다.

즉 소프트웨어는 産業的 또는 工學的 所産인 동시에 學術的 著作物性도 있으며 無形的이기도 하지만 有形的인 경우도 있다.

대부분 記號나 符號에 의한 表現일 수도 있으나 機械的 設計이기도 하고 數學的 法則의 表現인 경우도 있겠으나 技術的 思想을 利用한 것이라는 側面도 있다.

소프트웨어는 이처럼 兩面的 性格과 要素를 複合적으로 지니고 있는데 市場에 流通되는 것은 有形的 소프트웨어이므로 소프트웨어가 經濟財로서 獨立한 去來의 대상이 된다는 論議는 이러한 側面을 가리키는 것이다.

無形的 프로그램은 著作權法에 의한 保護가 可能하되 그 思想과 機能性은 特許法에 따라 保護할 수 있는 경우도 있겠는데 先進各國은 지금까지 人間의 創作活動을 保護하는 커다란 두 줄기의 法體系인 著作權法과 特許法 중 어느 法理에 의하여 保護할 것인가에 대하여 論難을 벌여왔다. 왜냐하면 소프트웨어의 上記한 二重의 性格 때문에 어느 한 法體系에 의하여 만족할만큼 保護되지도 못하며 理論적으로도 들어맞지 않기 때문이다.

特許法에 따라서 소프트웨어를 保護하자는 論議도 많고 日本이나 韓國의 特許廳은 一定한 기

目 次

- I. 소프트웨어의 概念
- II. 소프트웨어의 特性和 그 保護法理에 관한 論議
- III. 國內立法의 方向 (이번號에 全載)

준에 맞는 소프트웨어의 特許性을 인정하려는 취지의 審査基準을 公表한 바도 있다.

사실 소프트웨어는 産業上 利用可能한 技術的 思想으로 自然法則을 응용한 技術的 思想이라고 볼 수 있는 側面도 있다. 그러므로 이것이 新規性이나 進歩性의 要件에 해당하고 알고리즘의 利用을 完全先占하는 것이 아니며 特定한 方法發明이면 特許를 받을 수 있을 것이다.

그러나 이와 같은 要件을 모두 充足하는 소프트웨어는 稀少할 것이고 실사 特許를 받은 경우에도 特許에 의한 獨占的 保護範圍가 너무 넓어서 利用先占의 문제에 자주 부딪치게 될 것이며 사실 審査의 困難性으로 인하여 獨逸·英國의 特許法, 유럽特許條約 등은 컴퓨터 프로그램을 特許對象에서 除外하였다.

소프트웨어가 文化的이기 보다 産業的 所産이기는 하나 한편 作成者의 獨占的인 學術的 思想의 創作的 表現인 점도 否認할 수 없다. 그렇다면 著作物性을 인정할 수 있을 것이며 프로그램의 表現이 著作權法에 의하여 保護될 수 있다.

소프트웨어를 왜 著作權法에 의하여 保護해야 하는지에 관한 많은 論議는 省略하더라도 美·英·佛·獨·日·加·濠·臺灣 등 先進國의 主流가 소프트웨어의 著作物性을 인정하는 法을 가지고 있다.

著作權法理에 입각하여 고찰해 보면 우선 프로우차트는 概念이나 思想에 해당하므로 保護對象에서 除外되고 使用說明書 등은 文藝著作物로서 一般著作權의 保護對象이 되거나 去來秘密保護法理에 의한 保護를 받을 수 있게 된다.

原始코드가 著作物性이 있음은 대체로 異論아 없다. 目的 코드는 原始코드를 機械語로 번역한

형태이므로 人間이 感知할 수 없다는 점에서 著作物性を 否定하는 견해도 있다.

그러나 Decompiler나 Disassembler 등의 도움으로 번역 또는 置換이 가능하고 目的코드는 原始코드와 同一 프로그램의 表現으로서 同一論理와 디자인을 가지고 있으므로 훌륭하게 著作物性이 있다. 다만 目的코드는 原始코드를 번역한 二次의 著作物인가 아니면 이 兩코드 間에는 創作性의 여지가 전혀 없고 결국 同一한 表現이라는 점에서 단순한 複製物인가에 관하여는 나라마다 論難이 있다. 複製라는 입장이 多數인듯하나 定立된 見解라고는 보기 어렵다.

作動體制(OS)는 기계의 一部로서 기계를 命令하기 위한 指示體系로서 人間이 읽을 수 없는데 프로그램의 著作物性を 인정하는 學者들도 作動體制는 著作權法의 保護對象이 될 수 없다고 주장하는 경우가 있다.

사실 소프트웨어 중에서 高度의 發明에 해당되는 限度에서 特許가 可能한 것은 作動體制라고 할 수 있다. 그러나 著作權法은 作動體制의 그러한 機能을 保護하는 것이 아니고 表現을 保護하는 것인데 作動體制도 意思傳達의 側面이 있으므로 그 表現이 保護되어야 할 필요는 있다.

왜냐하면 同一한 作動機能을 遂行하는 作動體制도 그것이 다른 論理와 디자인으로 쓰여져서 表現方法이 각기 달라질 수 있기 때문이다. 따라서 作動體制도 著作權法에 의한 保護가 가능하다.

이러한 論理와 前提下에서는 읽기專用 메모리(ROM)도 著作權法에 따라서 保護될 수 있다.

즉 소프트웨어의 特定論理와 디자인 即 프로그램 자체는 그것이 어떠한 機能을 가지고 있는가에 관계없이 또한 어떠한 媒體에 固定되는가에 관계없이 創作的 表現이면 著作權法理에 의한 保護가 가능한 것이다

去來秘密(Trade Secret)의 侵害救濟法理는 美國에서 自治의으로 그리고 法院判例에 의하여 發達된 理論이고 契約에 대한 觀念이 적은 日本이나 우리나라의 경우에는 알려지지도 아니하고 發達도 되지 아니한 상태에 있다. 그러나 우리

나라에서도 當事者間 에컨대 프로그램의 開發者와 利用者間·雇傭主와 勤勞者間·發注處와 開發者間·著作者와 著作權者間에 契約을 철저히 작성한다는 것을 前提로 하여 그 契約上의 義務履行을 擔保하기 위한 債務不履行 및 不法行爲의 民法理論과 刑事法的 制裁를 무기로 實效性 있는 保護를 어느 정도 爭取할 수 있다. 다만 이와 같은 保護는 個人的 保護일뿐 産業全體의 인 直接保護가 되지 못한다.

不正競爭防止法에 의한 保護도 가능하지만 美國法과 우리나라 不正競爭防止法은 서로 다른 점이 많아서 美國에서 보는 바와 같은 保護는 期待하기 어렵다. 또한 이 법에 의한 保護는 프로그램 자체의 直接保護가 아니고 識別機能을 갖는 商品表示가 가능한 경우에만 間接的으로 保護된다는 限界가 있다.

結論의으로 말하면

첫째, 著作權法理에 의하여 프로그램을 保護하는 立法을 해야 하고

둘째, 법이 制定되었다고 해서 安心하지 말고 當事者間에 반드시 상세한 기술적인 契約을 체결하여 去來秘密侵害救濟法理에 따른 保護도 받을 수 있는 바탕을 마련하며

셋째, 開發者들이 필요한 自救措置를 강구하여야 한다.

에컨대 確認資料를 만들어서 登錄이나 寄託時에도 對備한다든지 금방 複寫할 수 있는 原始코드 대신에 複寫가 거의 불가능한 目的코드를 配布하는 것 등이 그것이다.

Ⅲ. 國內立法의 方向

소프트웨어는 컴퓨터 利用技術로서 科學技術의 進歩와 産業經濟의 發展에 核心的 기능을 담당할 것이다.

소프트웨어는 開發에 막대한 費用과 時間이 所要됨에 반하여 壽命이 비교적 짧고 複製가 쉬운 특성이 있다. 이러한 점을 감안하면 소프트웨어 開發者에게 獨占의 保護를 부여하여 無斷 複製를 防止하고 소프트웨어 開發에 投資한 費

用的回收機會를 保障하여야 한다. 그러한 法的 保護를 받아야만 效率的 開發을 促進할 수 있기 때문이다.

모든 知的所有權의 生成過程은 創作者에게 부여된 獨占的 保護가 점차 무너지는 歷史라고 말할 수 있듯이 소프트웨어 開發者를 너무 排他的으로 保護하면 開發된 소프트웨어가 잘 利用되지 못하여 원활한 流通을 期할 수 없을 뿐만 아니라 필요한 者도 이미 개발된 프로그램과 동일한 것의 開發에 다시 投資하게 되는 重複投資가 일어나게 된다. 이는 분명히 국가경제상의 浪費이다. 따라서 保護立法의 方向은 강력하게 開發者를 보호하여 效率的 開發을 誘導하면서도 또 동시에 開發者의 權益을 희생시키지 아니한 채 開發된 소프트웨어를 적절히 이용하여 産業技術 向上에 이바지할 수 있도록 調和로운 立法을 해야 한다.

또한 紛爭解決에 관한 메카니즘을 精巧하게 규정하여 迅速하고 專門的인 紛爭解決을 보장하는 것이 무엇보다도 중요하다. 그 줄거리는

첫째로 各種 侵害를 豫防 또는 禁止하는 조치를 취함과 동시에 損害發生立證과 損害額算定을 아주 쉽게 할 수 있는 制度的 裝置를 하는 것이다.

둘째로는 프로그램의 使用許諾과 관련하여 使用料 算定을 둘러싼 紛爭을 專門家에 의하여 손쉽게 해결해 주는 節次이다.

셋째로는 각종 侵害에 대하여 엄한 處罰을 규

정하여 上記 民事上 救濟制度의 운영을 간접적으로 지원하는 것이다.

保護立法에는 적어도 이러한 紛爭處理에 관한 제도적 規定이 포함되어야 그 實效性을 확보할 수 있다.

또한 소프트웨어를 著作權法理에 의하여 保護한다고 하더라도 既存 著作權法에 吸收하여 保護하기 보다는 別途의 立法을 하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 産業技術發展에 관한 主務部處인 科學技術處가 政策樹立과 法執行의 兩者를 統一적으로 수행할 수 있어야 하기 때문이다. 뿐만 아니라 장차 半導體칩의 보호에 관한 關聯立法을 해야할 경우를 생각하면 더욱 그러하다.

마지막으로 添言할 것은 尙간에서 이 같은 保護立法의 制定과 관련하여 一部 誤解가 있지 않나 하는 점이다.

즉 소프트웨어 保護立法을 하면 곧 바로 國內 소프트웨어는 물론 外國 소프트웨어도 保護되어 零細한 우리 소프트웨어 業界에 치명적 타격이 오리라는 우려이다. 國內立法은 우리가 開發한 소프트웨어를 保護하고 活用하기 위한 法일뿐이다. 그리고 國內立法의 意義는 國際條約 加入을 위하여 그 準備段階로서 國內의 法的環境의 造成을 하는 것이지 이 법이 制定되면 國內外 소프트웨어가 모두 즉시 保護되는 것은 아니다.

外國의 소프트웨어는 國內立法을 한뒤에 政府가 國際條約에 加入하면 그때 가서야 우리나라에서도 保護를 받게 될 것이다. <☞>

(案) 綜合카다로그 製作에 따른 需要測定 (內)

本會는 發明振興事業의 일환으로 國內 優秀發明品을 國內外 Buyer에게 널리 弘報하여 優秀發明品의 企業化와 輸出伸張을 促進하고자 다음과 같이 發明品 綜合카다로그를 製作 配布하게 되었습니다.

貴社(下)에서 開發하신 發明品の 掲載를 希望하시면 소정 申請書를 작성 5월 20일까지 本會로 송부하여주시기 바랍니다.

◎申請件數 : 제한없음 ◎製作內容 : 100p基準, 5,000部 製作, 5×7倍版, 음쇄, 單양장

◎配布處 : ①國外 KOTRA 支社의 Buyer用 ②國內·國外 貿易商社

③國內外 展示會 Buyer用

④國內投資 希望者에 案內 配布

※ 기타 자세한 사항은 本會 發明振興部(557-1077~8)로 問議하여 주시기 바랍니다.