

컴퓨터 소프트웨어 관련 발명 보호 제도 개선안에 대한 의견

2014년 4월 30일

귀 청의 '컴퓨터 소프트웨어 관련 발명 보호 제도 개선을 위한 국민의견 수렴'에 대하여 (사)오픈넷은 다음과 같은 의견을 드립니다.

1. 개선방안

귀 청에서 공지한 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명 보호 제도 개선 방안은 아래와 같습니다.

개선방안

(현행) 청구항이 '프로그램', '프로그램 제품'인 경우 허용되지 않고 있음.

(개선) 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 성립성을 만족하면, 청구항이 '프로그램', '프로그램 제품'인 경우 허용함.

※ 의견예시

- 컴퓨터 소프트웨어 기술이 온라인 상에서도 보호받을 수 있도록 개선바랍니다.
- 개선된 제도 시행시 중소기업에 미치는 부작용이 최소화 되도록 해야 합니다.

2. 개선 방안은 법률 개정 사항입니다.

현행 특허제도에서 청구항이 '프로그램'인 경우 특허등록을 허용하지 않는 이유는 특허법의 규정 때문입니다. 특허법은 '발명'을 '물건의 발명'과 '방법의 발명'으로 구분하고, 각각의 권리범위를 다르게 정하고 있습니다(제2조).

따라서 특허법 제42조에 따라 청구항에 보호를 받고자 기재한 사항이 '물건'인지 '방법'인지 분명하지 아니하면 그 특허출원은 특허를 받을 수 없습니다. 왜냐하면 만약 '물건'인지 '방법'인지 분명하지 않은 특허권이 존재하면 그 권리의 범위가 어디까지인지 일반공중이 알 수 없어 법적안정성이 심각하게 훼손되기 때문입니다.

이러한 이유로 귀 청의 ‘컴퓨터 관련 발명 심사기준’에서도 “프로그램은 ‘물건의 발명’인지 ‘방법의 발명’인지를 특정할 수 없다. 따라서 특허를 받고자 하는 발명이 속한 범주가 명확하지 않으므로 발명이 명확하지 않다”고 하여 특허등록을 거절하도록 심사기준을 정하고 있습니다(1.1.2 발명을 명확하기 기재하지 않은 예. <보기 1-9>).

따라서 귀 청의 개선방안은 귀 청 내부에서 운영하는 심사기준을 임의로 변경하여서는 실현할 수 없고 특허법의 관련 규정을 개정하여야만 실현할 수 있습니다. 만약 이번 의견수렴이 귀 청의 내부 심사기준을 변경하기 위한 것이라면 이는 명백히 잘못되었습니다. 특허법은 아무런 변화가 없는데, 하위규정에 불과한, 그것도 행정청 내부의 예규에 불과한 심사기준을 변경하여 법률 적용을 행정청이 임의로 바꿀 수 없음은 자명합니다.

그리고 이번 개선방안이 특허법 개정을 위한 것이라면 더더욱 잘못 되었습니다. 그 이유는 항목을 바꾸어 살펴보겠습니다.

3. 개선방안은 소프트웨어 기술 혁신에 오히려 장애가 될 것입니다.

가. 특허 장려가 아닌 발명 장려가 특허법의 정신입니다.

귀 청이 제시한 개선방안은 컴퓨터 프로그램 즉, 소프트웨어의 특허 대상을 확대하려는 것입니다. 그러나 이러한 태도는 소프트웨어 기술의 혁신에 오히려 장애가 될 것이므로, 특허제도의 기본 정신에도 반합니다. 특허법 제1조는 “발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적”으로 한다고 천명하고 있습니다.

그런데 이번 개선방안은 소프트웨어 **발명**을 장려하기 보다는 소프트웨어 **특허**를 장려하려는 것입니다. 특허법 어디에도 “특허를 장려”하겠다는 취지의 조문은 없습니다. ‘소프트웨어 특허’가 아닌 ‘소프트웨어 발명’을 장려하려면 소프트웨어 발명의 기술혁신이 어떤 경로로 이루어지는지 살펴보아야 합니다.

소프트웨어 기술혁신은 이미 개발되어 있는 수많은 소프트웨어를 이용하여 조금씩 개선되는 누적적·순차적인 과정을 통해 이루어집니다. 그런데 특허권

은 소프트웨어를 구성하는 단 한 줄의 코드에도 부여될 수 있습니다. 더구나 다른 사람의 프로그램 코드를 모방하지 않고 독자적으로 개발하였다 하더라도 결과적으로 특허권에 저촉되면 그 프로그램 코드는 특허권 침해가 되어 사용할 수 없습니다. 따라서 소프트웨어 특허 보호를 강화하면 소프트웨어 기술혁신 경로가 특허권에 의해 차단되어 혁신에 오히려 장애가 됩니다.

이러한 우려는 외국의 정책에서도 확인할 수 있습니다. 가령 미국 대법원은, 1998년에 최고점을 찍었던 소프트웨어 특허 보호(CAFC의 State Street Bank & Trust 판결)의 일방적 강화에 중지부를 찍고 2008년 Bilski 판결에서 1970년대로 회귀하였습니다(이른바 특허 적격성을 MoT 기준(기계 또는 변환: Machine or Transformation)으로 판단). 이 Bilski 판결은 소위 ‘닷컴’ 열풍의 거품이 제거된 사회현상과, 기술혁신이 순차적이고 누적적인 과정을 통해 일어나는 소프트웨어 분야에서는 특허권 보호의 강화가 오히려 혁신에 장애가 될 수 있다는 우려를 반영한 사법적 대응이라 볼 수 있습니다. 이는 ALICE Corporation PTY. Ltd. v. CLS Bank International, et al. 사건의 상고를 허용한 미국 대법원의 2013년 12월 6일자 판결로도 확인할 수 있습니다.

유럽에서도 컴퓨터 관련 발명의 특허 보호를 유럽연합 차원에서 통일하려는 시도가 있었고, 유럽집행위원회가 지침 초안까지 마련하였지만, 오픈소스 진영의 강력한 반대 등에 부딪혀 2005년 유럽의회에서 압도적인 표차로 부결된 바 있으며, 유럽특허협약에서 “컴퓨터프로그램 그 자체”는 발명에서 제외한다는 규정을 삭제하려는 시도는 한 차례도 성공하지 못했습니다.

최근에 나온 미국 연방준비은행의 보고서에 따르면, 특허 제도가 기술혁신이나 생산성 향상에 기여했다는 실증적 증거는 없는 반면, 특허 제도가 부정적인 결과를 초래했다는 증거는 많다고 합니다.¹⁾ 그리고 다른 분야와는 달리 유독 소프트웨어 분야에서는 발명자인 소프트웨어 개발자 스스로 특허 제도가 기술 개발에 도움이 되는지 의문을 표하고 있습니다. 따라서 최소한 소프트웨어 분야에서는 특허권의 보호가 없으면 기술혁신이 일어나지 않을 것이라는 가정은 사실에 반하는 일종의 “반사실적(反事實的) 가설”은 아닌지 신중한 검토가 필요합니다. 이번 개선방안처럼 소프트웨어 특허 보호를 강화하는 것이 발명을 장려하고 이를 통해 기술혁신을 촉진하려는 특허법의 정신

1) FEDERAL RESERVE BANK OF ST. LOUIS, The Case Against Patents Michele Boldrin & David K. Levine, Working Paper 2012-035A (2012)

에 부합하는지 신중한 재검토가 요구됩니다.

나. 개선방안은 오픈소스 소프트웨어 생태계를 파괴할 것입니다.

오픈소스 소프트웨어는 “일반적으로 자유롭게 사용, 복제, 배포, 수정할 수 있으며, 소스코드가 공개되어 있는 소프트웨어”를 말합니다.²⁾ 오픈소스 소프트웨어가 기존의 “성당식” 개발 방식보다 “시장식” 개발 방식에 주목한다면, 자유 소프트웨어는 독점 소프트웨어에 저항하여 프로그램 개발자와 이용자의 자유를 더 중시합니다.

GPL로 대표되는 자유 소프트웨어 라이선스는 다음의 4가지 자유를 보장합니다.

- ① 어떠한 목적을 위해서라도 프로그램을 실행할 수 있는 자유.
- ② 프로그램의 작동 원리를 연구하고, 이를 자신의 필요에 맞게 변경할 수 있는 자유(소스코드에 대한 접근은 이러한 자유를 구현하기 위해 필수적이다).
- ③ 무료 또는 유료로 프로그램을 재배포할 수 있는 자유.
- ④ 프로그램을 개량하고 개량된 프로그램을 공동체 전체를 위해 배포할 수 있는 자유.

그런데 귀 청의 개선방안과 같이 소프트웨어 특허 보호가 강화되면 이러한 4가지 자유는 더 이상 보장되기 어렵습니다. 개선방안에 따라 프로그램 그 자체를 특허 대상으로 하면 프로그램을 실행, 변경, 재배포, 개량 프로그램의 배포 행위가 모두 특허권으로 통제될 수 있습니다. 특히 자유/오픈소스 소프트웨어(이하, FOSS)에서 말하는 “배포”는 특허법의 “양도”와 달리 유체물의 점유 이전으로 제한되지 않고, 온라인을 통한 전송/송신도 포함하는 개념이기 때문에, 개선방안이 실현되면 FOSS 생태계는 큰 위협을 받을 수밖에 없습니다.

성당식의 폐쇄적 방식보다 시장식의 개방형 방식은 기술혁신이 순차적으로 일어나고 네트워크 효과가 존재하는 첨단기술 분야에 특히 적합하며 소프트

2) 이철남, “GPL 3.0의 배경, 경과와 주요내용”, 「SW Insight」 2007년 september, 한국소프트웨어진흥원, 2007, 37면.

웨어가 대표적인 분야라는 점에는 폭넓은 공감대가 형성되어 있습니다.³⁾ 개방형 혁신의 대표적인 사례로는 리눅스 운영체제, Firefox 브라우저, 아파치 웹 서버, 안드로이드 모바일 운영체제가 있는데,⁴⁾ 소프트웨어 특허는 FOSS 개발을 저해하는 대표적인 제도로 손꼽힙니다.

FOSS 개발자들은 소프트웨어의 저작권 보호에는 반대하지 않지만,⁵⁾ 특허권 보호는 강력하게 반대한다는 점도 새결 들어야 합니다. 이들이 소프트웨어 특허를 반대하는 이유는 셀 수 없을 정도로 많지만, 간략하게 요약하면 다음과 같습니다.⁶⁾

- 모든 비즈니스가 특허 공격의 대상이 될 수 있다.
- 반독점(공정거래) 규제가 작동하지 않는다.
- 혁신과 연구개발을 방해한다.
- 혁신에 필요한 자유를 저해한다.
- 경쟁 소프트웨어의 출현을 막아 선택권이 좁아진다.
- 소프트웨어의 배포를 차단한다(많은 소프트웨어의 개발과 사업모델은 프로그램의 무료 배포에 기반을 두고 있는데, 소프트웨어 특허는 이런 모델 자체를 금지할 수 있다)
- 시장 전체를 통제할 수 있다.
- 비용을 전적으로 중소기업이나 개인이 부담해야 하는 불균형이 초래된다.
- 특허 제도를 위한 비용을 정부에게 지불해야 한다(따라서 정부는 특허 제

3) 미국의 공정거래위원회도 개방형 혁신과 오픈소스 방식은 경쟁과 우수한 기술개발 모두를 촉진할 수 있다고 한 바 있습니다. ; FTC, *The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition* (2010).

4) James Boyle, *Open Source Innovation, Patent Injunctions, and the Public Interest*, 11 *Duke Law & Technology Review*, (2012) p. 31.

5) 가령 GPL은 저작권 제도를 카피레프트 방식으로 적극 이용하기까지 합니다. 이 방식을 택한 것은 자유 소프트웨어가 누군가에게 악용되어 독점 소프트웨어로 변질되는 것을 막기 위한 것입니다. 즉, 카피레프트는 현행 저작권 법제도를 이용하면서도, 궁극적인 지향은 저작권과 반대로 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 공유하는 것입니다. 리처드 스톨만은 GNU의 목적은 GNU를 널리 알리는 것이 아니라 사용자들에게 자유를 주는 것이라고 합니다. 따라서 배포 기준에는 GNU 소프트웨어가 독점 소프트웨어로 변질되는 것을 막을 수 있는 조항이 필요했으며, 이를 위해서 ‘카피레프트(copyleft)’라는 방식을 사용했습니다. 카피레프트는 저작권법을 그 근간으로 하지만 저작권법이 갖고 있는 주된 목적을 반대로 이용해서 소프트웨어를 개인의 소유로 사유화시키는 대신 자유로운 상태로 유지하는 수단으로 삼는 것입니다(리처드 스톨만(Richard Stallman)·송창훈 역, “GNU 운영체제와 자유소프트웨어 운동”, 「오픈소스(Open Source)」, 한빛미디어, 2000, 108면 이하 참조).

6) http://en.swpat.org/wiki/Software_patents_wiki:home_page 참조.

도가 유익한 것이라는 주장을 편다).

- 표현의 자유를 침해할 수 있다(소프트웨어 특허는 사람들이 웹 사이트를 만들거나, 소프트웨어를 사용하도록 돕는 행위를 금지할 수 있기 때문에).
- 소프트웨어 특허는 필수적인 기능을 사용하지 못하도록 하기 때문에, 표준과 호환성에 방해가 된다.
- 소프트웨어를 배우려는 자에게 법적 비용과 리스크를 안겨주기 때문에 교육에도 방해가 된다.
- 경쟁과 자유시장을 저해한다.
- 공개된 발명을 이용하려면 특허권 보호기간 20년이 지나야 하는데, 소프트웨어는 20년이 지나면 이용할 아무런 가치가 없다.
- 특허 침해를 피하기 위해서는 특허 조사를 해야 하지만 현실적으로 불가능하기 때문에 특허 침해를 피할 수 없다. 특허권 침해 문제를 피하려면 컴퓨터를 범용 목적으로만 사용해야 한다.
- 사실상 무효인 특허권을 없애려면 비용이 너무 많이 든다.
- 매복 특허, 특허 괴물의 문제.
- 소프트웨어 개발 아이디어를 공개하면 위협할 수 있다(누군가 이 아이디어를 활용하여 특허권을 취득할 수 있으므로).
- 소프트웨어는 너무 추상적이고, 특허권은 품질이 너무 낮다.
- 소프트웨어 개발은 특허 제도의 도움 없이 발전해왔다.
- 공개된 특허를 통해 얻을 수 있는 정보는 기술로서의 가치가 없다(소프트웨어 특허 문서는 너무 난해하여 읽기도 어렵다. 마이크로소프트의 개발자들조차 특허 문서를 읽지 않는다).

소프트웨어 특허가 오픈소스에 미치는 가장 큰 영향은 특허침해 소송의 제기나 침해 중단 경고와 같은 현실적인 위협이라기보다는, 수동적인 위축 효과라는 매우 설득력있는 우려도 있습니다. 여기서 위축 효과란 오픈소스 소프트웨어 개발자들이 소프트웨어 특허로 문제가 생길 우려가 있는 기능들을 자발적으로 삭제하는 것을 말합니다. 일종의 자기 검열을 강요하는 셈입니다. 만약 현실적인 위협만으로 소프트웨어 특허의 문제를 파악하면 최대 피해자는 수많은 특허 침해 소송을 당하는 삼성전자나 마이크로소프트와 같은 대기업이라고 평가하는 오류를 범할 수 있으나, 실제로는 소프트웨어 특허의 존재로 인해 가장 큰 피해를 보는 자들은 중소기업이나 개인 개발자들이란 말입니다.

귀 청의 개선방안처럼 프로그램 그 자체에 특허권을 인정하고 온라인으로 권리를 확장하면, FOSS의 가장 중요한 요소인 프로그램을 배포할 자유, 개량 프로그램을 재배포할 자유를 막는 독소 조항이 될 가능성이 높습니다. 따라서 개방형 혁신성이 가장 잘 발휘될 수 있는 소프트웨어 분야의 기술혁신을 특허청이 앞장서서 저해하는, 있을 수 없는 일이 발생할 수 있습니다.

다. 귀 청의 연구보고서는 편향된 결과를 도출하였습니다.

한편 귀 청은 이미 ‘프로그램 발명의 보호강화에 따른 경제적 효과 및 법제 연구(2012년)’를 통해 소프트웨어 특허 보호를 강화하기 위한 명분을 쌓았습니다. 그러나 이 보고서는 객관성이 의심되는 방법론을 동원하여 편향된 결과를 도출한 부실한 보고서입니다.

특히 FOSS 공동체는 배제한채 주로 기업체 담당자를 대상으로 설문조사를 하여, 발명자인 소프트웨어 개발자의 전체 의견을 반영할 수 있는 표본을 선정했는지 의문입니다. 예를 들어 이 보고서는 “IT 및 소프트웨어 개발/생산 회사”에 대우증권, 현대차, 희성금속을 포함시키고 있습니다.

그리고 설문문항도 잘못된 내용을 제시하거나 원하는 결론을 유도하기 위한 질문을 제시하고 있습니다.

가령 설문문항 3-2 “SW의 저작권 보호는 SW 코드 및 SW 제품 자체에 대한 보호이고, 특허에 대한 보호는 SW에 내재된 기술적인 아이디어 및 알고리즘을 보호하는 것입니다. 귀하께서는 이 사실을 알고 계십니까?”는 잘못된 내용을 담고 있습니다. 소프트웨어의 특허 보호가 알고리즘 그 자체 또는 아이디어 그 자체를 보호하는 것처럼 설명한 것은 타당하지 않습니다. 아이디어 그 자체를 법률로 보호할 방법은 없습니다. 특허법도 구체적인 실시 형태로 표현된 기술적 사상을 보호할 뿐입니다. 요컨대 저작권법은 소프트웨어의 문학적·예술적 표현을 보호하는 반면, 특허법은 소프트웨어의 기술적·산업적 표현을 보호하는 것입니다. 비록 소프트웨어의 기술적·산업적 보호가 소프트웨어의 문학적·예술적 표현의 보호 방식에 비해 아이디어의 보호에 더 가깝기는 하지만, 그렇다고 하여 특허법이 아이디어 또는 알고리즘 그 자체를 보호하는 것은 아닙니다.

그리고 위 보고서의 설문문항은 소프트웨어의 특허 보호에 대한 우려나 문제점은 전혀 제시를 하지 않고, 오로지 권리자 입장에서 특허 보호 확대에 대한 견해가 어떤지만 묻고 있습니다. 가령 설문문항 3-4는 “특허로 등록된 SW를 저작권과 같이 온라인(APP Store 등)을 통하여 제3자에게 전송/배포하는 행위를 보호(금지)하는 것”에 대한 견해를 묻고 있습니다. 이는 원하는 결론을 유도하려는 편향적인 설문입니다. 객관적인 의견을 구하려면, 응답자가 권리자가 아닌 상황 예컨대 “귀사가 귀사의 프로그램을 온라인으로 유통하는 행위가 타인의 특허권 침해가 될 수도 있는 상황”에 대한 견해까지 함께 물어야 합니다.

따라서 위 보고서에서 소프트웨어의 온라인 전송 행위도 특허로 보호해야 한다는 데에 응답자의 65%가 찬성했다는 결론은 편향된 결론이기 때문에, 행정청의 정책에 그대로 반영할 수 없습니다.

4. 개선방안은 국제적인 추세에도 맞지 않습니다.

귀 청의 개선방안은 소프트웨어 특허 보호 강화가 국제적인 추세인 것으로 전제하고 있습니다. 그러나 이러한 전제는 사실과 다릅니다.

세계지적재산권기구(WIPO)의 1987년 조사에 따르면, 97개 파리협약 회원국과 9개 비회원국 중 컴퓨터 프로그램을 특허 대상에서 제외하고 있는 국가는 32개국에 달한다고 합니다(아래 표 참조).⁷⁾ 1980년 중반까지만해도 상당히 많은 국가들이 컴퓨터 프로그램을 특허로 보호하지 않고 있었던 것입니다.

의약품	49
제약 방법	10
동물	45
치료 방법	44
식물	44
동물 또는 식물의 생산을	42

7) WIPO Standing Committee on Patents, “SCP/15/3 - Experts' Study on Exclusions from Patentable Subject Matter and Exceptions and Limitations to the Rights”, Annex I, p. 16.

위한 생물학적 방법	
음식물	35
음식 방법	10
컴퓨터프로그램	32
화학 물질	22
원자력 발명	14
미생물	9
화장품	2(불가리아 대한민국)
비료	2(멕시코, 유고슬라비아)
농업용 기계	1(태국)
농사 방법	1(인도)

WIPO 1987년 조사: 특허에서 제외되는 대상

그런데 WIPO의 2010년 조사에서는 더 많은 국가들이 컴퓨터 프로그램 발명을 특허 대상에서 제외한다는 점이 밝혀졌습니다. 즉, “컴퓨터 프로그램 및/또는 소프트웨어(computer programs and/or software)”를 특허 대상에서 제외한 국가는 모두 64개국이며,⁸⁾ 아프리카 지적재산권기구(African Intellectual Property Organisation), 유라시아 특허기구(Eurasian Patent Organisation), 유럽특허청도 컴퓨터프로그램을 발명에서 제외하는 규정을 두고 있습니다.⁹⁾

이처럼 소프트웨어의 특허 보호에 대한 전 세계적인 동향을 살펴보면, 컴퓨터 프로그램 그 자체를 공식적으로 발명에서 제외하는 것이 점차 국제적 합의(consensus)를 형성해가고 있으며, 컴퓨터 프로그램은 특허받을 수 있는 대상에서 제외되어야 한다는 공통된 인식이 많은 국가의 특허법에서 공유되고 있다고 평가할 수 있습니다.

이러한 경향을 거스르는 국가로는 싱가포르를 들 수 있는데, 싱가포르는

8) 이들 64개국은 다음과 같습니다. 알바니아, 알제리아, 안도라, 아르헨티나, 호주, 벨라루시, 벨기에, 볼리비아, 보스니아 & 헤르체고비나, 브라질, 불가리아, 콜롬비아, 코스타리카 (as such), 크로아티아, 키프로스, 에콰도르, 에스토니아, 에티오피아, 핀란드, 프랑스, 조지아, 독일, 가나, 그리스, 과테말라, 헝가리, 아이슬란드, 인도(자체), 아일랜드, 이탈리아, 키르기즈 공화국, 라티비아, 리투아니아, 룩셈부르크, 몰타, 멕시코, 몰도바, 몽고, 모로코, 모잠비크, 네덜란드, 니카라과, 노르웨이, 파나마, 페루, 필리핀, 폴란드, 포르투갈(자체), 카타르, 루마니아, 러시아 연방, 산타 루치아, 세르비아, 슬로바키아 공화국, 슬로베니아, 남아프리카 공화국, 스페인, 스리랑카, 스웨덴, 태국, 마케도니아, 튀니지, 터키, 영국, 우루과이, 우즈베키스탄 등.

9) WIPO Standing Committee on Patents, “SCP/15/3 - Experts' Study on Exclusions from Patentable Subject Matter and Exceptions and Limitations to the Rights”, Annex II “Computer Programs As Excluded Patentable Subject Matter”

1995년 특허법 개정에서 컴퓨터 프로그램의 발명 제외 규정을 삭제하였습니다. 그러나 많은 국가들은 컴퓨터 프로그램을 발명에서 제외하는 법 개정을 하고 있습니다. 가령 인도는 2004년 특허법 개정안에는 컴퓨터 프로그램의 보호가 명시되어 있었으나, 2005년 인도 의회에서 이를 삭제하였습니다.¹⁰⁾

5. 소프트웨어 특허권을 온라인 공간으로 전면 확대하는 것은 매우 위험합니다.

귀 청의 개선안은 특허받은 소프트웨어를 온라인으로 전송하는 경우 특허권 보호가 충분하지 못하여 마치 큰 문제가 발생하는 것처럼 우려하고 있습니다. 현행 특허법의 ‘양도’는 유체물의 점유이전을 전제로 한 것이기 때문에 소프트웨어를 온라인으로 전송하는 행위에는 특허권이 미치지 못합니다. 귀 청은 이것이 마치 심각한 문제인 것처럼 우려하고 있으나, 이는 현실과는 동떨어진 상상에 불과합니다.

소프트웨어의 온라인 유통은 적어도 10년도 더 전부터 성행하던 것이었습니다. 만약 귀 청의 우려가 현실이었다면, 소프트웨어 특허권을 보유하고 있던 수많은 기업들이 가만히 있지 않았을 것입니다. 그리고 미국이나 유럽 기업들이 자국 정부를 통해 통상 문제를 제기하였을 것입니다. 그런데 그 동안 이런 일은 생기지 않았습니다. 다시 말하면, 소프트웨어의 온라인 유통에 특허권이 미치지 못하여 현실적으로 발생한 문제는 없었다는 것입니다. 그리고 미국이나 유럽, 일본 등 대부분의 국가에서 일어난 소프트웨어 특허 분쟁 사건에서도 소프트웨어의 온라인 전송이 문제가 된 경우는 찾기 어렵습니다.

결국 소프트웨어의 온라인 전송에 대한 특허권 보호가 제대로 되지 않아 문제라는 귀 청의 우려는 현실에는 존재하지 않는 허구일 뿐입니다. 이러한 허구에 가까운 상상만으로 소프트웨어 특허를 무분별하게 확대한다면 앞에서도 지적한 것처럼 오픈소스 소프트웨어와 자유 소프트웨어 생태계를 파괴하는 우를 범하게 될 것입니다.

6. 복잡한 법률 문제가 발생합니다.

10) Aarthi S. Anand, “Less is More”: New Property Paradigm in the Information Age?, Duke Law & Technology Review Vol. 11, (2012)

개선방안과 같이 프로그램 그 자체도 특허권의 보호대상으로 명시하면 저작권을 통한 프로그램의 보호와 혼란을 초래할 수 있습니다.

또한 소프트웨어의 온라인 전송 행위를 특허권의 하나로 규정하면 저작권의 지분권인 복제권, 공중송신권(전송권)과의 관계도 문제가 될 수 있습니다. 특히 저작권법에는 복제권과 전송권을 제한하는 규정들을 두고 있는데 특허법에는 이런 규정이 없기 때문에 저작권법에서 명시적으로 허용하는 행위들이 특허권에 의해 금지되는 불합리가 발생할 수 있습니다. 가령 온라인을 통한 컴퓨터 프로그램의 전송 과정에서 발생하는 일시적 저장은 원활하고 효율적인 정보 처리를 위해 필요한 범위 내에서는 저작권의 침해가 아닌데, 특허권은 어떻게 제한할 수 있는지 알 수 없습니다.

그리고 온라인을 통해 적법하게 컴퓨터 프로그램을 구매한 자 또는 이 자로부터 적법하게 양수한 전득자가 온라인에서 하는 행위가 특허권의 권리소진에 해당하는지 아닌지 여부도 까다로운 법률적 검토를 거쳐야 합니다.

또한 저작권법과 달리 특허법은 중개자(intermediary)를 상정하고 있지 않다는 점도 고려해야 합니다. 예를 들어 이용자가 타인의 저작물을 공유할 수 있는 플랫폼을 제공하는 온라인서비스제공자는 이용자의 저작권 침해 행위에 대해 일정한 요건을 만족하면 면책됩니다(저작권법 제102조 등). 그런데 특허법에는 이러한 온라인서비스제공자의 면책 여부에 대해 아무런 규정이 없습니다. 따라서 소프트웨어 특허 보호를 온라인으로 확대하면 가장 직접적인 영향을 받는 온라인서비스제공자의 서비스가 위축될 수 있습니다.

이외에도 간접침해 문제, 권리소진의 문제, 복수 주체에 의한 특허권 침해 등 매우 복잡한 법률 문제가 발생할 수 있습니다.

7. 공개토론회를 제안합니다 - 결론을 대신하여

귀 청의 개선방안은 특허청 내부의 행정공무원이 쉽게 판단해서는 안되는 중대한 사안입니다. 이런 점에서 귀 청의 국민의견 수렴 절차는 환영할만한 바람직한 과정이라고 생각합니다. 따라서 이렇게 수렴된 의견들을 한 자리에 모여 토의할 수 있는 공론의 장을 마련하는 것은 매우 자연스러운 과정이므로, 오픈소스/자유 소프트웨어 개발자들이 참여할 수 있는 공개토론회를 개

최할 것을 제안합니다. 그리고 이 토론회는 소프트웨어의 특허 보호가 과연 소프트웨어 발명의 혁신에 도움이 되는지도 함께 따져보는 자리가 되어야 할 것입니다.

2014년 4월 30일

사단법인 오픈넷