

소프트웨어 관련 특허법 개정안에 대한 의견서

사단법인 오픈넷 | 2017. 12. 11.

국무조정실에서 3개 부처(과학기술정보통신부, 문화체육관광부, 특허청)와 논의하고 있는 특허법 개정안에 대해 다음과 의견을 드립니다.

1. 개정안의 내용

특허청은 일본 특허법이 2002년에 개정되자 이를 국내법에 반영하기 위한 특허법 개정안을 여러 차례 준비하였으나 관계부처 협의가 되지 않자 국가지식재산위원회, 국무조정실을 통한 조정을 시도하였고, 그 과정에서 일본식 모델은 포기하고 유럽식 모델을 추진하기로 하였습니다. 이 논의는 소프트웨어의 온라인 유통에는 특허권이 미치지 않아 특허 보호가 미흡하다는 특허청의 문제제기에서 출발하였으며, 일본식 모델과 달리 컴퓨터 프로그램을 물건으로 의제하지 않고 소프트웨어의 온라인 유통을 특허권 침해 행위가 되도록 하려는 방안으로 유럽식 모델에 3개 부처가 합의하였습니다. 3개 부처가 합의한 유럽식 모델은 특허법 제2조 제3호를 아래와 같이 개정하는 것입니다(이하 “개정안” 또는 “방법 특허 확대안”).

| 현 행 | 수 정 안 |
|--|---|
| 제2조(정의) 3. "실시"란 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다. 나. 방법의 발명인 경우: 그 방법을 사용하는 행위 | 제2조(정의) 3. "실시"란 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다. 나. 방법의 발명인 경우: 그 방법을 사용하는 행위 <u>또는 그 방법이 특허받은 것임을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위</u> |

한편, 특허청은 유럽식 모델 중 하나로 특허법 제127조를 개정하여 특허권의 간접 침해 범위를 확대하는 안을 아래와 같이 제안하기도 하였습니다(이하 “간접침해 확대안”).

| 현행 특허법 | 개정 대안 |
|---|---|
| (제127조제2호) 특허가 방법의 발명인 경우: 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약하는 행위 | (제127조제2호) ~ 또는 그 방법의 실시에만 사용하는 컴퓨터프로그램의 사용을 청약/제공하는 행위 |

2. 종합 의견

저희 단체는 조정안으로 논의되는 ‘방법 특허 확대안’과 ‘간접침해 확대안’ 모두에 대해 반대 입장입니다.

위 안들은 소프트웨어 특허를 강화하자는 것으로, 발명의 이용을 도모하고 기술 혁신을 촉진하려는 특허제도의 취지에 역행합니다. 소프트웨어는 다른 기술분야와 달리 개방형 혁신 모델이 가장 잘 작동하는 분야로, 특허를 통한 기술의 독점 보다는 공유와 개방을 통한 혁신이 더 성공적인 분야입니다. 따라서 특허청의 소프트웨어 특허 강화 정책은 소프트웨어 개발자를 ‘보호’하는 것이 아니라, 개발자에 대한 특허 ‘공격’을 강화하는 결과를 낳아 오히려 혁신을 저해할 수 있습니다.

또한 특허청이 내세우는 제도 개선의 필요성 즉, 현행 특허법상 소프트웨어를 온라인으로 유통하는 행위에는 특허권이 미치지 않는다는 점은 법원의 판단¹⁾에 비추어 볼 때 반드시 법 개정이 필요한 사안이 아니며, 설령 그러한 문제점이 있다고 하더라도 제도 개선의 필요성은 특허청이 인위적으로 만들어 낸 것으로, 소프트웨어 산업계나 개발자가 요구한 것이 아닙니다.

3. 소프트웨어의 기술 혁신과 특허 제도

가. 특허 독점과 개방형 혁신

특허 제도는 기술혁신을 위해 반드시 필요한 제도가 아니라 시장실패를 보정하기 위한 제도적 수단 중의 하나입니다. 다시 말하면, 특허 제도가 있어야만 기술혁신이 일어나는 것이 아니라, 특허를 통한 시장독점이 보장되지 않으면 기술혁신이 일어

1) SK텔레콤과 바이버(Viper) 간의 특허분쟁사건에서 서울중앙지방법원은 음성통화 서비스, 음성 메시지 서비스, 파일 전송 서비스를 제공하는 메신저 앱(Viper 앱)을 유무선 인터넷을 통하여 배포하는 행위를 SK텔레콤의 방법 특허 침해로 금지하였습니다(2015. 2. 17. 선고 2013가합546931 판결, 항소심에서 서울고등법원은 이 판단을 기각하지 않고 그대로 수용하였습니다(2015. 10. 8. 선고 2015나2014387 판결)).

나지 않는 일종의 시장실패 영역에 개입하기 위해 특허제도가 필요할 뿐입니다. 따라서 특허 독점없이 기술혁신이 일어난다면 해당 분야에는 특허를 없애거나 최소한으로 줄여야 합니다.

특허독점없이 기술혁신이 일어나는 대표적인 분야가 바로 소프트웨어입니다. 그 동안 소프트웨어는 개방형·오픈소스 방식으로 혁신을 일궈 왔습니다. 미국의 공정거래위원회도 개방형 혁신과 오픈소스 방식은 경쟁과 우수한 기술개발 모두를 촉진할 수 있다고 하며,²⁾ 학자들도 개방형 혁신의 대표적인 사례로 리눅스 운영체제, 파이어폭스 브라우저, 아파치 웹 서버, 안드로이드 모바일 운영체제 등의 소프트웨어를 들고 있습니다.³⁾

최근의 사례로 2014년 6월 자신의 특허를 오픈소스 방식으로 개방한 테슬라의 엘런 머스크(Elon Musk) 사례가 있습니다.⁴⁾ 이처럼 경쟁자와 모방자를 배제하지 않고 오히려 모방 행위를 유발하고 경쟁자를 만들어 내 기술혁신을 달성하는 것이 개방형 혁신입니다. 테슬라가 특허를 풀면서 기술이 확산되고 경쟁자의 기술을 테슬라도 쓸 수 있게 되면서, 추가 기술혁신이 이루어집니다. 테슬라의 발표 이후 BMW와 니산이 테슬라와 전기자동차 충전 기술에 협력하기 시작했는데, 이들은 전 세계 전기자동차 배터리의 80%를 생산하고 있습니다. 그 후 토요타도 수소 자동차 특허를 개방한다고 발표하였고, 파나소닉은 사물인터넷 분야의 R&D 촉진을 위해 자신들의 기술과 특허를 개방하였습니다. 이러한 개방형 혁신 허브에는 국내 기업들(LG, 대우, 삼성)도 뛰어 들고 있습니다.⁵⁾

이런 점에서 특허청이 추진하는 소프트웨어 특허 강화 정책은 특허청이나 변리사에게만 유리할 뿐 우리 사회 전체는 물론이고 소프트웨어 산업계에도 도움이 되지 않습니다.

나. 제도 개선의 필요성 여부

특허청이 주장하는 제도 개선의 필요성은 실제로 존재하는 필요성이 아니라 일본

2) FTC (2010) The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition.

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

4) Elon Musk (2014) All Our Patent Are Belong To You, TESLA MOTORS BLOG (June 12, 2014), <http://www.teslamotors.com/blog/all-our-patent-are-belong-you>.

5) Colleen Chien (2015) Exclusionary and diffusionary levers in patent law. Retrieved from <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/882>.

특허법을 모방하려고 특허청이 인위적으로 만들어 낸 것입니다. 만약 특허청이 주장하는 것처럼, 소프트웨어의 온라인 전송 행위에 대해 특허권을 행사할 수 없어 문제였다면, 특허청이 나서기 전에 미국이나 유럽, 일본의 소프트웨어 기업들이 먼저 문제를 제기하고 자국 정부를 통해 통상 문제를 제기했을 것입니다. 하지만 지금까지 IBM이나 마이크로소프트를 비롯한 외국 기업들이 이런 문제를 제기한 적은 없습니다. 특허청이 법 개정을 추진한 2005년 이후에 있었던 한미 FTA나 한-EU FTA 협상에서도 소프트웨어의 온라인 전송과 특허권 문제는 다루어지지 않았습니다. 그 후 FTA 이행과정에서도 상대국은 소프트웨어 특허 문제를 논의 테이블에 올리지 않았습니다.

국내 기업들도 소프트웨어의 온라인 전송 행위에 대해 특허권이 미치지 않고 권리 보호가 제대로 되지 않아 피해를 입었다면, 국회를 통하거나 여러 경로를 통해 제도 개선을 요구했을 것입니다. 기업들을 고객으로 하는 변리사들도 같은 요구를 했을 것입니다. 하지만 특허청이 법 개정을 추진한지 10년이 더 지난 지금까지 국내 기업들이나 변리사들이 자발적으로 이러한 요구를 한 적이 없습니다. 소프트웨어 산업계가 특허청의 소프트웨어 강화 정책에 찬성하는 것처럼 발표된 통계들은 모두 특허청이 편향적으로 작성한 설문조사의 결과였습니다. 그리고 특허청은 자유/오픈소스 공동체의 의견은 의도적으로 듣지 않았습니다. 따라서 앞에서 설명한 사례를 통한 반사실적(counter-factual) 검증만 해 보더라도 특허청이 주장하는 제도 개선의 필요성이 얼마나 허구적인지 알 수 있습니다.

다른 기술분야와 달리 소프트웨어 분야에서는 개발자들이 특허에 반대하고 있습니다. 자동차나, 반도체, 의약 분야에서 연구자나 기술자들이 특허에 반대한다는 얘기가 없는 것과 비교하면 이는 매우 특이한 현상입니다. 특허법의 시각에서 보면 소프트웨어 개발자는 곧 발명가이고 발명가의 목소리는 다른 어느 행정부처보다 특허청이 가장 잘 경청하고 정책에 반영해야 합니다. 하지만 특허청은 소프트웨어 발명가의 목소리를 외면하고 있습니다. 이는 발명을 보호하는 것이 아니라 특허(발명을 독점한 권리)를 보호하는 정책에 집중하는 것으로, 특허법 제1조에도 맞지 않습니다(특허법 제1조는 ‘특허’의 보호가 아니라 ‘발명’의 보호와 이용을 제도의 목적으로 규정하고 있습니다).

한편, 특허청은 소프트웨어 기업들이 다수의 특허를 출원한다는 점을 근거로 특허에 반대하지 않는다고 주장하지만, 소프트웨어 기업들이 특허를 출원하는 이유는 특허 공격에 대비하기 위한 방어 목적이 더 큼니다. 이는 일종의 ‘죄수의 딜레마’와 같은 상황인데, 특허청은 특허 공격을 강화함으로써 이러한 딜레마를 악화시키고 있습니다.

4. 방법 특허 확대안(방법 사용의 청약)에 대한 의견

가. 소프트웨어 이외의 모든 방법에 확대 적용되는 문제

특허 제도 개선안은 소프트웨어 온라인 전송 문제를 풀자는 취지에서 출발했으나, 해결책으로 제시된 ‘방법 특허 확대안’은 소프트웨어의 온라인 전송과는 아무 관계도 없는 모든 방법 특허로 그 대상을 확대하였습니다. 따라서 원래 제도 개선의 필요성이 거론되지 않았던 분야에까지 적용범위가 확대될 수 있습니다.

적용범위의 확대에 의한 문제는 현재로서는 예측하기 어렵습니다. 왜냐하면, ‘방법 특허 확대안’의 “방법의 사용을 청약하는 행위”는 유럽에서도 실제 사례가 거의 없고 해석론도 찾아보기 어렵기 때문입니다.

유럽의 일부 관례에서 “청약(offering)”을 물건이나 방법을 결과적으로 시장에 내놓는 모든 행위를 포함하며, 그 물건이 해외에서 만들어졌거나 해외 시장을 겨냥한 것이라도 포함된다고 넓게 해석하고(프랑스 법원),⁶⁾ 따라서 프랑스에서 개최된 국제 전시회에 등장한 광고 서류의 존재는 비록 전시 기간 동안 직접 판매는 금지되더라도 침해로 인정하였습니다.⁷⁾ 그리고 프랑스에서 개최된 국제 전시회에 사용된 광고 포스터가 문제가 되기도 하였습니다.⁸⁾ 영국 법원은 영국 특허법 제60조 제1항의 “offer”는 계약법상의 “offer”와는 다른 의미라고 하며, 전시회에서 전시하는 행위도 “offer”(“offer to dispose”의 “offer”)로 보고,⁹⁾ 카탈로그에 특허 설비의 사진을 실는 행위,¹⁰⁾ 특허를 침해하는 기계의 상세내용을 잠재적 구매자에게 팩스로 보내는 행위¹¹⁾도 “offer”로 보는 등 매우 넓게 해석하기도 합니다.¹²⁾

유럽에서 방법의 사용을 “offering”하는 행위를 특허 침해 문제로 직접 다룬 판결은 거의 없고, 영국에서 3건 정도의 판례가 소개되어 있는데,¹³⁾ 특허된 방법을 실시할 수 있는 기계의 판매를 “offering”한 행위를 방법 사용의 “offering”으로 본 *Tamglass v Luoyang* 사건,¹⁴⁾ 제품 판매를 특허방법 사용의 “offering”으로 본 *MMI Research v*

6) TGI Paris, 25 Mar 1998: PIBD 1998 III 402.

7) TGI Paris, 19 Sep 1997: PIBD 1998 III 4; Paris, 19 Nov 1997: PIBD 1998 III 69.

8) Adrain Zahl (2016) *International pharmaceutical law and practice*. LexisNexis.

9) *Dunlop Tyre Co v British & Colonial Motor Co* [1991] 18 RPC 313.

10) *Gerber Garment Technology v Lectra Systems* [1995] RPC 383.

11) *Tamlass Ltd Oy v Luoyang North Glass Technology Co Ltd*[2006] FSR 608.

12) 이상 영국 판결 3건은 Helen Norman (2014) *Intellectual property law directions*. Oxford University Press, 154면에서 인용.

13) 특허청 (2017) 주요국 특허법상 간접침해 해석기준 비교·분석을 통한 국내 간접침해 제도 개정 방안 연구, 256면.

CellXion 사건,¹⁵⁾ 컴퓨터 프로그램의 제공이 방법의 사용을 “offering”하는 행위에 해당할 수도 있다는 사건¹⁶⁾이 있습니다.

만약 ‘방법 특허 확대안’이 국내법에 반영된 후, 프랑스 법원이나 영국 법원처럼 offering이 사진의 전시나 물건의 판매까지 포함하는 넓은 개념으로 해석·적용되면 그로 인한 영향은 예측이 어렵습니다. 예를 들어, 의약품 원료물질 API(Active Pharmaceutical Ingredient)를 공급하는 자가 원료물질로 생산될 수 있는 타인의 특허 의약품의 사진을 자신의 카탈로그에 실는 행위가 특허침해가 될 수 있습니다. 또한 소프트웨어의 온라인 유통에 관여하는 자들은 앞으로 소프트웨어에 특허가 걸려 있다면 소프트웨어를 유통하지 말아야 할 주의의무가 발생할 수 있습니다.

‘방법 사용의 청약’이 확대 해석될 경우 저작권법상의 이용제공권과 유사해 질 수 있고, 소프트웨어의 특허 보호와 저작권 보호의 중첩 문제가 확대될 우려가 있습니다. 또한, “사용의 청약”을 영국 법원이나 프랑스 법원처럼 판매나 전시까지 포함하는 것으로 해석하면, 자유/오픈소스 소프트웨어 라이선스 조건에 따라 컴퓨터 프로그램의 소스 코드를 공개하는 행위를 “사용의 청약”으로 볼 여지도 있습니다.

나. 인식 요건의 문제점

특허청은 처음에는 청약자의 주관적 인식이 필요하지 않다고 했다가 이번 안에는 인식 요건을 넣었습니다. 하지만 ‘방법 특허 확대안’은 인식 요건을 부가한 것으로 볼 수 없습니다.

지재권 침해와 관련하여 침해자의 인식이란 침해 사실에 대한 인식을 말하며, 권리의 존재에 대한 인식을 말하지 않습니다. ‘방법 특허 확대안’에서 “그 방법이 특허 받은 것임을 알면서”란 그 방법을 사용하면 특허권 침해가 된다는 사실에 관한 인식이 아니라, 그 방법에 특허권이 존재한다는 사실에 관한 인식을 말합니다. 따라

14) Tamglas Ltd Oy v. Luoyang North Glass Technology Co Ltd, [2006] F.S.R. 32.

15) MMI Research Ltd. v. Cellxion Ltd. et al., [2009] EWHC 418 (Pat).

16) Research In Motion UK Ltd. v Inpro Licensing SARL [2006] EWHC 70 (Pat). RIM v Inpro 판결은 소송 당사자의 행위가 그래서 영국 특허법에서 별도의 특허 침해 행위로 규정된 특허방법의 사용의 청약이라고 판결한 것이 아니라(따라서 판결문에는 인식 요건에 관한 아무런 설시가 없다), 특허적격성을 판단하면서 방론으로 언급한 것입니다. 더구나 이 사건은 피고의 영국 특허에 대한 무효가 쟁점이었고, 이에 대한 반소로 특허권자가 모바일 전화 서비스 제공자 T-Mobile(영국에서 블랙베리 기기를 공급하는 자)에 대한 특허권 침해를 주장했는데, 법원은 컴퓨터 서버, 프록시 서버, 방법에 관한 청구항(청구항 제13항은 제외)에 대해 침해가 인정될 수 있으나, 방법 청구항을 포함하여 문제의 특허가 신규성, 진보성 결여로 무효라고 판단하여 결국 침해 주장은 기각되었습니다.

서 ‘방법 특허 확대안’은 인식 요건을 부가하는 듯한 외형만 갖추었을 뿐 실제로는 인식 요건을 부가하지 않았습니다.

방법 사용의 청약 행위는 일종의 예비행위이므로 예비행위자에게 불법행위 책임을 지우려면 결과 발생에 대한 최소한의 인식이 요구됩니다. 방법 사용의 청약 행위를 특허권 침해의 방조 행위 또는 유도 행위로 새기는 경우에도 불법성에 대한 인식이 전제되어야 방조자나 유도자에게 책임을 물을 수 있습니다(미국 특허법 제217조(b), (c) 참조).

즉, 특허 방법을 직접 사용하는 자가 아니라 그 방법의 사용을 청약하는 자에게 그러한 행위를 하지 않도록 부작위 의무를 부과하려면 청약자에게 주의의무가 발생한 경우로 제한해야 합니다. 청약자의 주의의무는 불법성을 알아야 비로소 발생하며, 주의의무를 게을리하여 그대로 실행하거나 불법행위를 예방할 아무런 조치를 취하지 않았을 때 비로소 법적 책임을 지울 수 있는 것입니다.

입법례를 보더라도 유럽연합과 영국, 프랑스, 독일, 미국은 모두 특허권 침해자의 주관적 인식을 요구할 때(미국은 기여침해, 나머지는 직접 침해자의 주관적 인식을 요구할 때), 침해 사실에 대한 인식을 요구한다는 점에서,¹⁷⁾ ‘방법 특허 확대안’은

17) 영국 특허법 제60조(1)(b): 그 방법을 특허권자의 허락없이 사용할 경우 특허권 침해가 될 수 있다는 점을 알았거나 합리적 개인에게 정황상 특허 침해임이 명백한 경우에만 방법 사용의 청약을 특허침해로 규정(where the invention is a process, he uses the process or he offers it for use in the United Kingdom when he knows, or it is obvious to a reasonable person in the circumstances, that its use there without the consent of the proprietor would be an infringement of the patent).

프랑스 지재권법 제L-613-3조(b)와 독일 특허법 제9조(2)도 유럽공동체특허협약(CPC) 제25조(b)를 그대로 수용하여 침해 사실에 대한 인식을 요건으로 합니다(CPC §25(b): A Community patent shall confer on its proprietor the right to prevent all third parties not having his consent: (b) from using a process which is the subject-matter of the patent or, when the third party knows, or it is obvious in the circumstances, that the use of the process is prohibited without the consent of the proprietor of the patent, from offering the process for use within the territories of the Contracting States). 유럽통합법원협정(UPCA)도 제25조(b)에서 침해 사실에 대한 인식을 요건을 하며, 다만 CPC에 비해 실제적 인식 외에 추정적 인식(should have known)을 추가하여 인식 요건을 다소 완화하였을 뿐입니다.

미국도 특허권의 기여침해에 관한 제217조(c)에서 발명의 본질적 부분을 구성하는 부품 또는 재료나 장치를 이들이 특허 침해를 위해 특별히 제조되었거나 특허 침해에 사용하기에 특별히 적합하다는 사실을 알면서 판매, 판매의 청약 또는 수입하는 행위를 특허권 침해로 규정합니다(§217(c) Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce

인식의 대상을 잘못 정한 것입니다.

어느 방법이 특허받은 것임을 알았다고 하여 그 방법을 사용하는 것이 특허침해라는 결과까지 알았다고 할 수는 없습니다. 특허받은 방법임은 특허공보를 통해 알았다고 할 수도 있고, 특허권자의 광고 선전을 통해 알 수도 있으며, 패키지 소프트웨어의 경우 특허권자가 해당 소프트웨어에 특허번호를 표시하기 때문에 이를 통해 알았다고 할 수도 있고, 특허권자가 경고장을 보내기만 해도 알았다는 점은 쉽게 입증할 수 있습니다. 이에 비해 특허 침해인 것을 알려면, 그 방법의 사용 행위가 특허권의 권리범위에 속한다는 점까지 알아야 합니다. 권리범위에 속하는지 여부는 문언상 침해인지(구성요소 완비의 원칙에 따라), 문언상 침해가 아니라고 하더라도 균등 침해인지에 관한 판단 과정을 거쳐야 하고, 특허권이 제한되는 범위인지 아닌지까지 검토해야 알 수 있습니다. 물론 법원에 따라서는 침해 사실에 대한 주관적 인식을 쉽게 인정하여 양자의 차이가 크지 않을 수 있지만, 법정 요건으로서 특허권 침해라는 결과까지 인식할 것을 요구하는 것과 단순히 특허받은 방법이라는 사실만 인식할 것을 요구하는 것은 큰 차이가 있습니다.

따라서 인식 요건을 부가하려면, “그 방법의 사용이 특허권 침해임을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위”로 하여야 합니다. 여기서 “특허권 침해”라는 점을 법 조문에 명시해야 특허권의 속지주의 원칙의 적용 여부에 대한 논란도 없습니다.

다. 법 체계상의 문제점

‘방법 특허 확대안’이 상정한 유럽식 모델은 특허권을 방법 사용의 청약 행위에 미치도록 하는 조문 하나로만 체계화할 수 없습니다. 소프트웨어와 관련하여 유럽식 모델은 최소한 2가지의 다른 체계와 조화되어야 합니다.

첫째, 유럽연합과 회원국 법률에서 컴퓨터 프로그램 그 자체는 특허 대상에서 제외합니다. 이에 비해 컴퓨터 프로그램은 어문 저작물로서 저작권 보호의 대상이 됩니다. 이러한 체계는 소프트웨어에 관한 저작권을 주요 보호체계로 삼고 특허권은 예외적 보호체계라고 평가할 수 있습니다.¹⁸⁾

둘째, 유럽은 소프트웨어의 저작권 예외에 대해서는 특허권이 미치지 않도록 하고

suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.).

18) Andrew P. Bridges (2012) Navigating the interface between utility patents and copyrights. In Neil Wilkof & Shamnad Basheer (Eds.) Overlapping intellectual property rights, Oxford University Press, 8면.

있습니다. 예를 들어 유럽통합특허법원협정(UPCA) 제27조 제k항은 ‘소프트웨어 지 침’¹⁹⁾ 제5조²⁰⁾와 제6조²¹⁾ 특히, 디컴파일 및 상호운용성에 관한 조항에서 허용하는 행위 또는 이로부터 취득한 정보(예컨대, 디컴파일을 통해 취득한 정보)의 이용에 는 특허권이 미치지 않도록 하고 있습니다. 이 규정은 폐기된 ‘2002년 소프트웨어 특허지침(안)’ 제8조를 근간으로 하여 그 범위를 “행위” 뿐만 아니라 “정보”로 확

19) Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (OJEU L 111, 05/05/2009, p. 16) including any subsequent amendments.

20) Article 5 **Exceptions to the restricted acts**

1. In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) shall not require authorisation by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction.
2. The making of a back-up copy by a person having a right to use the computer program may not be prevented by contract in so far as it is necessary for that use.
3. The person having a right to use a copy of a computer program shall be entitled, without the authorisation of the rightholder, to observe, study or test the functioning of the program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program if he does so while performing any of the acts of loading, displaying, running, transmitting or storing the program which he is entitled to do.

21) Article 6 **Decompilation**

1. The authorisation of the rightholder shall not be required where reproduction of the code and translation of its form within the meaning of points (a) and (b) of Article 4(1) are indispensable to obtain the information necessary to achieve the interoperability of an independently created computer program with other programs, provided that the following conditions are met:
 - (a) those acts are performed by the licensee or by another person having a right to use a copy of a program, or on their behalf by a person authorised to do so;
 - (b) the information necessary to achieve interoperability has not previously been readily available to the persons referred to in point (a); and
 - (c) those acts are confined to the parts of the original program which are necessary in order to achieve interoperability.
2. The provisions of paragraph 1 shall not permit the information obtained through its application:
 - (a) to be used for goals other than to achieve the interoperability of the independently created computer program;
 - (b) to be given to others, except when necessary for the interoperability of the independently created computer program; or
 - (c) to be used for the development, production or marketing of a computer program substantially similar in its expression, or for any other act which infringes copyright.
3. In accordance with the provisions of the Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works, the provisions of this Article may not be interpreted in such a way as to allow its application to be used in a manner which unreasonably prejudices the rightholder's legitimate interests or conflicts with a normal exploitation of the computer program.

대한 것입니다.²²⁾ UPCA 제27조 제(k)항은 특허법에 저작권 제한 법리를 적용함으로써 특허권과 저작권의 중첩 보호 문제를 해결하려는 입법적 시도로 평가할 수 있는데, ‘방법 특허 확대안’은 이를 고려하지 않은 문제가 있습니다.

5. 수정안

가. 개요

‘방법 특허 확대안’은 그로 인한 영향이 아직 확인되지 않았고, 직접 이해당사자인 소프트웨어 산업계와 개발자의 의견이 반영되지 않았기 때문에 폐기해야 합니다. 소프트웨어 특허 강화보다 더 중요한 사안은 소프트웨어 분야의 기술혁신을 위한 공공정책으로서의 특허정책입니다. 이 정책에는 특허 보호보다는 발명의 사회적 이용과 확산이 더 중요하게 고려되어야 합니다. 특허법과 저작권법은 권리자만을 위한 법률이 아니라 이용자를 위한 법률이기도 합니다. 하지만 특허청을 비롯한 행정부는 보호에만 골몰하여 보호와 이용간의 균형은 제대로 고려하지 않고 있습니다.

나. 컴퓨터 프로그램을 특허 대상에서 제외하는 안

이러한 균형 달성을 위해 우선 특허법에 컴퓨터 프로그램은 특허 대상에서 제외된다는 명시적 규정을 둘 필요가 있습니다.

특허청 예규인 특허심사기준에서도 “컴퓨터 프로그램은 컴퓨터를 실행하는 명령에 불과한 것으로 컴퓨터 프로그램 자체는 발명이 될 수 없다”고 명시하며,²³⁾ 특허 대

22) ‘2002년 소프트웨어 특허지침(안)’ 제8조는 “The rights conferred by patents granted for inventions within the scope of this Directive shall not affect acts permitted under Articles 5 and 6 of Directive 91/250/EEC, in particular under the provisions thereof in respect of decompilation and interoperability.”라고 하여 “행위”만 언급하고 있으나, UPCA 제27조 제(k)항은 “The rights conferred by a patent shall not extend to any of the following: … (k) the acts and the use of the obtained information as allowed under Articles 5 and 6 of Directive 2009/24/EC1, in particular, by its provisions on decompilation and interoperability”라고 하여 “정보의 이용”까지 포함하고 있다.

23) 특허심사기준 제3부 제1장 4.1.8, 3105면.

4.1.8 컴퓨터 프로그램 언어 자체, 컴퓨터 프로그램 자체

컴퓨터 프로그램은 컴퓨터를 실행하는 명령에 불과한 것으로 컴퓨터 프로그램 자체는 발명이 될 수 없다.

상은 컴퓨터 관련 발명으로서 “시계열적으로 연결된 일련의 처리 또는 조작, 즉 단계로 표현할 수 있을 때 그 단계를 특정하는 것에 의해 방법의 발명”²⁴⁾으로, 또는 “그 발명이 완수하는 복수의 기능으로 표현할 수 있을 때 그 기능으로 특정된 물건의 발명”²⁵⁾으로 특허청구항에 기재하여 특허 보호를 받도록 하고 있으므로, 이 안은 특허청의 정책과 모순되지도 않습니다.

그리고 국제적인 추세에도 부합합니다. 세계지적재산권기구(WIPO)의 조사에 따르면, 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 합니다.²⁶⁾ 또한 특허법에 컴퓨터 프로그램을 발명에서 제외한다는 명시적인 규정을 두지 않는 경우에도, 발명 제외 목록에 열거된 다른 대상(가령 “수학적 방법”, “정신적 활동”, “단순한 과학적 원리나 추상적인 이론”)을 통해 컴퓨터 프로그램을 특허권의 보호대상에서 제외하기도 합니다.²⁷⁾

또한 2013년 독일 의회 의원들은 컴퓨터 프로그램은 저작권으로만 보호하고 특허 보호에서 제외해야 한다는 동의안을 발의한 바 있고,²⁸⁾ 뉴질랜드는 2013년 5월 특허법을 개정하여 컴퓨터 프로그램을 특허 보호대상에서 제외하였습니다.²⁹⁾ 유럽집행위원회도 소프트웨어 특허 지침(안)(Software Patent Directive Proposal) 제5조에서 컴퓨터 프로그램 청구항을 인정하지 말자고 한 바 있습니다.³⁰⁾

특허청의 2017년 연구보고서(234면)에서도 “미국의 경우에는 프로그램 그 자체를 특정하는 청구항을 허용하지 않는다”고 하면서, Allvoice v. Microsoft 사건에서 방법이나 관련 매체(medium)로 특정되지 않고 소프트웨어로만 특정된 특허 청구항에 대해 법원은 특허 적격성을 충족하지 못한다고 판시하였는데, “이러한 점을 종합하

24) 특허심사기준 제9부 제10장 1.1.1의 (1), 9A02면.

25) 특허심사기준 제9부 제10장 1.1.1의 (2), 9A02면.

26) 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”, 1면.

27) WIPO SCP/15/3 Annex II, 11면.

28) Drucksache 17/13086, 16/04/2013Motion, Proposed by the Parliamentary Groups of the CDU/CSU, SPD, FDP and BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN “Securing Competition and Innovation Dynamics in the Software Sector - Effectively Limiting the Granting of Patents on Computer Program <<https://www.eff.org/files/bikt-german-softpat.pdf>>

29) Minister supports NZ software innovation. Retrieved from <http://www.beehive.govt.nz/release/minister-supports-nz-software-innovation>.

30) Program Claims: Bans on Publication of Patent Descriptions Workgroup\swpatag@ffii.org 2003-11-26 <<http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/prog/index.en.html>>

면 2016년 12월 현재 미국에서는 프로그램 그 자체를 청구하는 청구항은 발명성을 결여하였다는 이유로 인정하지 않는다. 등록된 미국특허 중 일부가 프로그램 자체를 특정하는 청구항을 가지고 있는 것이 현실이지만 그것들은 위 Allvoice 법리에 따라 무효될 것으로 보아야 한다”고 설명합니다(235면).

다. 자유/오픈소스 소프트웨어(FOSS)를 위한 제도 개선안

FOSS가 개방형 혁신의 대표적 사례가 된 이유는 컴퓨터 프로그램을 독점의 대상으로 삼지 않고 모두 공개하기 때문입니다. 컴퓨터 프로그램의 내용은 원시코드의 공개 의무에 따라 공개되므로, 이러한 원시코드 공개행위에 대해서는 특허권이 미치지 않도록 특허권의 효력을 제한할 필요가 있습니다(아래 개정안의 제1, 2호).

이와 더불어 범용 컴퓨터의 통상적인 하드웨어 기능만을 이용하는 소프트웨어에 대한 특허권의 효력을 제한함으로써 특허권의 절대적 독점성 및 침해회피의 어려움으로 인한 폐해를 막는 것도 생각할 수 있습니다. 이 안은 리처드 스톨만의 제안³¹⁾으로, 소프트웨어 특허는 이미 오랫동안 굳어져 완전히 철폐하는 것은 불가능하기 때문에 특허권의 효력을 축소하는 대안을 제시한 것입니다.

위 2가지 안은 가령 현행 특허법 제96조에 제3항을 다음과 같이 신설하는 방식으로 입법화할 수 있습니다.

- 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 프로그램³²⁾

31) <<http://www.gnu.org/philosophy/limit-patent-effect.html>> 2015. 7. 19. 방문

32) ③ The effects of the patent right shall not extend to the following activities and program (the term “program” means that which is expressed as a series of instructions to an apparatus with an information-processing capacity, such as a computer, for the purpose of obtaining a certain result, and includes any information equivalent to the program):

1. making source code of the program available to the public;
2. improving a program or making the improved program available to the public, provided that the source code of the program has been made public or is legally obliged

라. 특허청의 규제포획 문제를 해결하는 안

특허청이 특허 강화에 정책 역량을 쏟아붓는 주된 동인은 특허 강화가 특허청의 이익에 부합하기 때문입니다. 이를 구조화한 것이 바로 책임운영기관 제도입니다. 특허청은 중앙부처로는 유일하게 책임운영기관인데, 특허청은 행정안전부에 요청하여 스스로 책임운영기관이 되었습니다.

특허청은 다른 부처와 달리 특허권의 부여라는 국민의 권리·의무와 직접 관련된 사무를 담당하고, 특허심판원이라는 준사법기관까지 운영하고 있습니다. 이러한 특허청을 기업형 책임운영기관으로 만들어, 특허권자를 고객으로 삼도록 하면, 특허청은 주권자인 국민을 위한 행정이 아니라 시장을 독점하려는 특허권자의 이익에 봉사하는 행정으로 왜곡됩니다. 그리고 특허청이 피규제자에게 포획되는 규제포획(regulatory capture) 문제가 구조화됩니다. 따라서 소프트웨어 특허 강화 정책의 근본 문제는 소프트웨어 특허 보호의 부실이 아니라, 기술혁신이 저해되더라도 자신의 조직적 이익을 극대화하기 위한 정책에 주력하는 특허청의 구조적 문제 즉, 책임운영기관 제도의 문제라 할 것입니다.

따라서 ‘책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률’을 개정하여 국민의 권리·의무와 직접 관련되며 준사법기능까지 수행하는 특허청은 책임운영기관에서 배제되도록 하여 특허행정의 공공성을 보장하고, 특허청을 특허권자가 아니라 국민 전체를 위해 봉사하는 기관으로 돌려놓아야 합니다.

6. 결론

국무조정실에서 논의되고 있는 ‘방법 특허 확대안’은 모든 방법 특허로 확대 적용되어 소프트웨어의 온라인 전송과는 아무런 상관이 없는 분야에까지 영향을 미칠 수 있기 때문에 재고해야 합니다. 그리고 실제로는 존재하지 않는 가상의 정책 수요만으로 법 개정을 추진해서는 안됩니다. 유럽식 모델을 도입하자고 하면서 특허청은 자기들에게 유리한 조항만 선택적으로 들고 와서 주관적 인식 요건을 외형만 그럴듯하게 제안하거나, 컴퓨터 프로그램을 특허 대상에서 제외한 유럽의 법 체계는 무시하고, 특허권과 저작권의 중첩보호로 인해 발생할 수 있는 문제점은 의도적으로 외면하고 있습니다. 특허청은 소프트웨어 분야의 기술혁신에 장애가 되는 정책을, 발명가의 의견을 무시한채 추진하고 있는데, 이는 특허법의 기본 취지에도

to be made public; and

3. a program using only common hardware functionality of the apparatus with an information-processing capacity.

반합니다. 특허법은 발명을 장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술혁신을 촉진하기 위한 법률이지, 특허를 장려하려는 법률이 아닙니다. 발명의 장려보다 특허의 장려를 통해 조직의 이해를 높이도록 한 구조적 문제 즉, 책임운영기관 제도를 개선하지 않고서는 특허청의 이러한 왜곡된 정책 추진은 바로잡기 어렵습니다. 따라서 이번 기회에 특허청을 책임운영기관에서 배제되도록 하여 특허청이 이제는 공공행정을 펼칠 수 있는 계기로 삼아야 합니다.

/끝/