

〈특집: 사법학 연구의 첨단〉

## 컴퓨터프로그램보호방법의 재검토\*

李 相 理\*\*

### I. 서 설

우리 컴퓨터프로그램보호법은 “‘컴퓨터프로그램’이라 함은 特定한 結果를 얻기 위하여 컴퓨터 등 情報處理能力을 가진 裝置(이하 “컴퓨터”라 한다) 내에서 直接 또는 間接으로 使用되는 一聯의 指示, 命令으로 表現된 것을 말한다”고 정의한다(동법 제2조 1호). 外國著作權法上的 프로그램 용어의 정의나 특허법상의 정의 역시 이와 비슷하다.<sup>1)</sup>

이러한 컴퓨터프로그램은 처음에는 단순하고 경제적 가치가 적었으므로 별로

\* 이 논문은 2007년 3월 12일 법학연구소가 개최한 心堂 宋相理 教授 정년기념학술회의 “사법학 연구의 첨단”에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다.

\*\* 경희대학교 법과대학 교수

1) 예컨대 미국 저작권법은 “컴퓨터프로그램이라 함은 어떤 결과를 일으키기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 陳述 또는 指令을 말한다”고 규정하고 있으며, 대만 저작권법은 “컴퓨터 프로그램 著作物이라 함은 直接 또는 間接으로 컴퓨터를 이용하여 特定結果를 가져올 目的으로 組立된 指令을 말한다”고 規定한다. 일본 저작권법도 “컴퓨터프로그램이라 함은 電子計算機를 機能시켜 하나의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 指令을 組合시킨 것으로서 表現된 것을 말한다”고 정의한다. 한편 중국 컴퓨터소프트웨어 보호조례 제3조 제1호는 “컴퓨터프로그램이라 함은 特定한 結果를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 裝置가 실행될 수 있도록 코드화된 명령의 배열 또는 코드화된 명령어의 배열로 자동 변환될 수 있는 기호화된 명령어의 배열 및 기호화된 언어의 배열을 말한다. 동일한 컴퓨터프로그램의 원시코드와 목적코드는 동일한 저작물로 본다”고 규정한다. 이들은 표현상의 相違에도 불구하고 실제로는 같다고 생각한다. 다만, 프로그램에는 指示·命令 또는 指令만이 아니고 이러한 指令에서 취급하고 있는 데이터를 지정한다든지, 설명한다든지 注釋한다든지 하는 부분이 있고, 指令을 포함해서 이들을 스테이트먼트(陳述)라고 부르므로 미국법적 定義가 정확하다는 주장도 있다(高石義一, “コンピュータ・プログラムの法的保護”, **ジュリスト**(850호), 35면 참조). 최근 개정된 일본 특허법은 “전자계산기에 대한 지령으로서 그 결과를 얻을 수 있도록 조합된 것”이라고 정의한다.

중요시하지 않았다. 또 하드웨어 가격이 고가이었으므로 소프트웨어는 하드웨어에 수반되어 제공되는 서비스 정도로 생각되었다. 그러나 소프트웨어에 관한 기술이 발전하고 경제적 가치가 현저해지면서 이것들이 분리되기 시작했다. 1969년 IBM회사가 가격분리정책(unbundling)을 채택, 소프트웨어에 별도의 가격을 매기기 시작하면서 독립된 상품으로써 인식되었다. 그 후로 소프트웨어가 크게 발전하고 그것이 컴퓨터이용의 효율에 미치는 영향이 하드웨어의 영향을 앞질러서 이제는 대단히 중요시되었다. 오늘날 컴퓨터산업의 투자액의 거의 80%가 소프트웨어에 대한 투자라고 한다. 이렇듯 프로그램의 창조에 많은 비용과 노력과 시간이 드는데 비하여 소프트웨어의 복제는 녹음테이프의 복제보다도 더 용이하며, 복제된 소프트웨어도 성능상 원본과 동일한 기능을 발휘한다. 이러한 컴퓨터프로그램 개발의 고비용화와 복제의 용이성은 그 보호의 필요성을 절감케 하였다.

컴퓨터프로그램이란 기술적 산물이므로 보호법으로 제일 먼저 생각되는 것은 특허법이다. 그러나 초기에는 미국에 있어서도 특허법에 의한 보호에 인식하였다. 즉 기본적으로 컴퓨터 소프트웨어는 연산방식이고(algorithmic), 그것은 오랫동안 특허로 보호되지 못한다고 생각되어 왔다. 1970년대 2개의 연방대법원 판결 즉, 고트샬 대 벤슨(Gottschalk v. Benson) 판결<sup>2)</sup>과 파커 대 후르크(Parker v. Flook) 판결<sup>3)</sup>은 그 좋은 예이다.

특허법을 통한 보호에 문제가 있다면 다음으로 생각할 수 있는 것은 저작권법이다. 초기에는 프로그램이 저작권법으로 보호되는 저작물인지에 대해서는 다툼이 있었다. 즉 프로그램은 지적·예술적 성질을 결여하고 있으며, 또 복제라 함은 남이 보고 읽을 수 있는 종이에 쓰여지는 경우만을 말하는 데 디스크나 테이프에 기록된 컴퓨터프로그램은 복제라는 개념에 해당할 수 없고, 따라서 저작권법에 의해 보호될 수 없다는 것이었다. 이것은 White-Smith Music Publishing Co.

2) 409 US 63(1972) : Gottschalk v. Benson 사건은 미국대법원에서 “수학적 알고리즘은 특허의 대상이 아니다”라고 판단한 최초의 사건이다. Benson 특허는 기차의 속도를 제어하기 위하여 범용 컴퓨터를 사용하며, 이진화 십진수에 포함되는 1의 소거와 소거된 1과 다른 위치의 1의 가산을 반복하는 동작을 적절히 조합하여 이진화 십진수를 이진수로 변환하는 방법에 관한 특허였다.

3) 437 US 584 (1978) : 후르크씨의 발명은 화학반응을 컴퓨터로 제어하는 기술에 관한 발명이다. 최고법원의 9인의 판사 중 6인은 [경보한계치의 경신에 관한 후르크의 방법 중에서 신규성이 있는 것은 수식 부분 만이다]라고 인정한 후, [추상적으로 표현된 원리는 기본적 진리이거나 혹은 인과의 원천이거나 또는 사고의 원천이다. 이들은 특허가 될 수 없다고 판시하였다.

v. Apollo Co.<sup>4)</sup> 판결의 영향이다. 그러나 그 후 다음과 같은 이유에서 저작권법의 보호대상이 된다고 보았다.

1) 프로그램은 산업적 소산이며, 저작권법은 문화적 소산을 보호하기 위한 것이기는 하지만 문화적 소산이란 산업적 소산을 포함하는 넓은 개념으로서, 그것이 어떤 목적에 이용되는가 또 어떤 표현매체에 고정되어 있는가에 관계없이, 학문·예술의 범위에 속하는 모든 창작적 표현을 총칭하는 것이므로 프로그램은 저작물에 해당한다.<sup>5)</sup>

2) 프로그램은 지적노동의 산물로서 저작권법에 의해 보호할 가치가 있으며, 그것은 그 작성자에 따라 개성적인 차이가 있는 것으로서 그 작성자의 독자적, 학술적 사상의 창작적 표현이므로 저작물에 해당한다.<sup>6)</sup>

이렇듯 컴퓨터프로그램을 저작권법리로 보호하는 방법은 1978년의 미국의 『저작물의 새로운 기술적 이용에 관한 국립위원회의 최종보고서』(the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works: CONTU)<sup>7)</sup>와 이에 기초한 미국의 저작권법의 개정<sup>8)</sup>을 시발로 대부분의 나라에서 채택하는 방법이며, WTO/TRIPs에서도 어문저작물로 공인되기에 이르렀다.<sup>9)</sup>

그런데 우리나라는 컴퓨터프로그램을 저작권법리로 보호하지만 「컴퓨터프로그램보호법」<sup>10)</sup>이라는 단행 법률이 있다. 우리가 미국이나 일본과 같이 著作権法의一部改正에 의하지 아니하고 컴퓨터프로그램保護法이라는 별도의 單行法을 制定한 것은 컴퓨터프로그램의 저작권보호라는 대세 및 미국의 요청에 따르면서도 컴퓨터프로그램의 技術的 性格과 尙來의 法發展 등을 고려했기 때문이다. 즉 “세계적 추세가 현재까지는 소프트웨어를 저작권법리로 보호하자는 것이 주류이지만 기술적 소산인 소프트웨어가 예술문화적 창작을 규제하는 저작권법리에 항상 들어맞는 것은 아니고 장래에 소프트웨어 규제에 적합한 새로운 법리가 형성·

4) 209 U.S. 1, 28 S.Ct. 319 (1908).

5) 송상현, “컴퓨터소프트웨어의 법적보호”, **대한변호사협회지**(제105호), 1985. 3, 52면.

6) 林俊浩, “컴퓨터프로그램의 법적보호”, **知的所有權의 제문제(下)**, 475-476면 참조.

7) CONTU에서의 권고 내용에 대해서는, 저작권심의조정위원회(최경수 역), **저작물의 새로운 기술적 이용에 관한 국립위원회의 최종보고서(CONTU)**, 1994, 37면 이하 참조.

8) Pamela Samuelson은 미국 1980년 개정은 실용품제외의 법리를 오해한 것에 기인한다고 한다.

9) 동 협정, 제10조 1항.

10) 제정 1986. 12. 31. 법률 제3920호. 2007년까지 10여 차례의 개정이 있었다. 최근 개정은 2006.10.4 법률 제8032호.

발전할 것에 대비하여 별도의 단행법을 제정하는 것도 현명한 일”이라고 보았기 때문이다.<sup>11)</sup>

이렇듯 형식적으로나마 저작권법으로부터 분리됨으로써 통상의 저작물과 다른 컴퓨터프로그램의 특성에 맞는 법제도를 구축하는 것이 보다 용이하게 되었고, 이점은 저작권법과 독립된 별도 입법을 택한 입법자의 혜안의 산물이라고 할 것이다.<sup>12)</sup> 컴퓨터프로그램보호법 제정 20주년을 맞아 프로그램 보호법리와 관련된 법제정 이후의 동향을 살펴보고, 법제정 기초자들이 남겨두었던 새로운 법리에 대해 생각해보는 것도 의미있는 일이라고 본다.

## II. 각종 보호방법의 문제점

### 1. 저작권법(컴퓨터프로그램보호법)에 의한 컴퓨터프로그램의 보호와 문제점

컴퓨터프로그램을 저작권법리로 보호하면 아무런 방식·절차도 필요 없이 보호된다(무방식주의). 또 우리가 가입한 베른조약 등 저작권보호를 위한 국제조약을 통해 모든 체약국에서 보호를 받을 수 있다. 또 프로그램 개발자도 선행 권리가 있는지 여부를 조사할 필요가 없이 원하는 프로그램을 작성하면 된다. 이 점은 커다란 장점이라 할 것이다.

그러나 다음과 같은 문제점이 있다.

1) 컴퓨터프로그램이라는 것이 「쓰여진 것」임에는 틀림없지만 단순히 프로그래머의 사상이나 감정의 표현이 아니라 하드웨어의 제약을 받으면서 효율성과 경제성, 사용의 용이성 등을 생각하여 창출된 기술적 산물이기도 하다. 그러므로

11) 서울대학교 법학연구소(연구책임자: 송상헌), **知的所有權保護에 관한 연구**, 1987. 43면.

12) 20주년을 맞이하여 다음과 같은 평가가 있다. “컴퓨터프로그램보호의 방법이 ‘복수화’ 되는 현시점 또는 가까운 미래에는 컴퓨터프로그램보호를 위한 별도의 입법이 존재하는 것이 운용상의 편의성 면에서나, 철학적이거나 이론적인 통일성 확보를 위해서나 바람직할 것으로 예상된다. 만약 그렇게 된다면, 우리는 컴퓨터프로그램보호법이란 별도입법 방식은 미래에 대한 혜안이 느껴지는 멋진 입법방식이었고, 우리 프로그램보호법은 이처럼 멋진 유전인자를 가지고 태어났다고 자랑할 수 있으리라.”(정진근, “컴퓨터프로그램보호법 태동의 의미를 찾아서”, **enter** (vol. 135), 프로그램심의조정위원회, 2007. 2, 11면).

보호의 핵심은 그 기술 내용이다. 그런데 저작권법이라고 하는 것은 기본적으로 표현만을 보호하는 것이어서 기술내용의 보호에는 적합하지 못한 것이다. 무엇보다도 저작권법은 기본적으로 아이디어는 보호하지 않고<sup>13)</sup> 표현만 보호한다는 아이디어/표현 2분법에 기초하고 있고, 아이디어와 표현의 한계가 모호한 이상 컴퓨터프로그램의 보호범위가 애매하다는 문제점이 있다.<sup>14)</sup> 아울러 저작권침해에 대한 입증은 권리자가 하여야 하므로 그대로 복제한 이른바 데드 카피(dead copy)라면 별론, 조금이라도 변경된 경우에는 그 입증이 쉽지 않다. 또 다음과 같은 요소는 설사 표현이라고 하더라도 저작권법으로 보호받지 못하는 것으로 알려졌다.<sup>15)</sup>

- 가) 효율성에 의하여 규정되어지는 요소들: 프로그램은 기술제품이며, 효율성의 제고를 둘러싸고 심각한 경쟁을 하고 있으므로 효율적으로 작성된 프로그램일수록 서로 구조가 유사해지는 경향이 있으며, 이것이 극대화되면 특정한 목적을 달성하는 수단은 하나밖에 없는 경우가 있게 된다. 이 후자의 경우는 아이디어와 표현이 융합(merge)되어 저작권의 보호 밖이지만 그렇지 않은 경우라도 기능제품인 프로그램에서는 효율성을 고려해서 제품을 제작하지 않을 수 없으므로 효율성에 의하여 규정되어지는 요소들은 보호에서 제외되어야 한다.
- 나) 외부적 고려에 의해서 규정되어지는 요소들: 프로그램의 작성에 있어서는 그 프로그램이 실행되어지는 컴퓨터로부터 오는 제약, 다른 프로그램과의

13) 우리 法 제3조는 프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 다음各號의 사항에는 적용하지 아니한다고 규정한다.

1. 프로그램言語 : 프로그램을 表現하는 手段으로서의 文字·記號 및 그 體係
2. 規約 : 특정한 프로그램에 있어서 프로그램言語의 用法에 관한 특별한 約束
3. 解法 : 프로그램에 있어서의 指示·命令의 組合方法

또 중국 컴퓨터소프트웨어 보호조례 제6조는 “이 조례는 소프트웨어 저작권보호에 대하여 소프트웨어 개발에 사용된 가상·처리과정·조작방법 또는 수학적 개념 등까지 확대하여 적용하지 아니한다”고 규정한다.

14) 미국 Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc. 판결(F. 2d Cir. June 26, 1992)에서 법원은 유사성 판단기준으로서 추상화(Abstraction), 여과(Filteration), 비교(Comparison)의 3단계 절차를 거쳐야 한다고 판시하였고, 현재 이 방법은 대다수의 지지를 받고 있으나 사실상 그대로 복제한 것을 제외하고 이러한 방법을 통해 유사하다고 판단될 수 있는 사례가 과연 몇이나 될지 의문이다.

15) 이하는 위 1992년의 Altai 판결과 이에 대한 Nimmer 등의 분석에 의한 것(Nimmer on Copyright, §13.03(F))이나 과연 이 판결이 제대로 보호할 것을 보호하고 있는지에 대한 의문도 있어 이후의 판결 중에는 이에 따르지 않는 것도 있다고 한다.

호환성, 컴퓨터제조업자의 디자인 표준, 그 프로그램이 사용되는 산업에 있어서의 요구조건, 일반적으로 승인된 프로그램관행 등이 고려되지 않을 수 없으므로 이러한 요소에 의하여 규정된 프로그램 구조는 저작권법상 보호될 수 없다.

- 다) 공지의 사실로부터 취해진 요소들: 자유로이 입수가 가능한 프로그램의 교환이나 기타의 방법으로 공지의 영역에 들어오게 된 프로그램 요소는 만인 공유이며, 특정인에게 독점시킬 수 없으므로 이러한 공지의 요소는 보호에서 제외되어야 한다.

결국 저작권법이 이러한 문제점을 가지고 있으므로 저작권법은 컴퓨터프로그램 개발 기술이 발달된 곳에서는 권리 보호에 크게 기여하지 못하며, 기술 개발의 인센티브로서 작용하는 데는 문제가 있다고 할 것이다. 그래서인지 최근 컴퓨터프로그램을 특허권을 통해 넓게 보호하려는 경향이 있고, “저작권법과 컴퓨터소프트웨어간의 금슬 좋은 결혼이 최근에 와서는 다소 신통치 않은 관계로 반전되는 게 아닌가 하는 인상을 준다.”는 지적이 있다.<sup>16)</sup>

2) 기술 내용의 공개를 요구하지 않기 때문에 특히 소스 코드의 내용을 알 수 없어 기술발달에도 기여하는 면이 적다고 할 것이다. 심지어 리버스엔지니어링도 극히 제한적으로만 인정한다.<sup>17)</sup>

3) 더욱이 컴퓨터 기술발전에 비추어 보면 공표 후(혹은 창작 후) 50년까지 보호하는 것은 지나치게 길다고 할 것이다. 이것은 오히려 컴퓨터프로그램발전을 저해하는 요소로 작용할 수 있다.

## 2. 컴퓨터프로그램의 특허법적 보호와 문제점

### 1) 특허법을 통한 보호의 현황

컴퓨터프로그램이 기술의 산물이라고 하더라도 특허법으로 프로그램을 보호하는 데는 많은 문제점이 있다. 어떤 의미에서 1970년대의 미국의 두 판례가 특허 보호를 거부한 것은 아무리 동 판례를 비판하더라도 역시 컴퓨터프로그램의 보호법으로서 특허법은 문제가 있다는 것을 말해주는 것이다. 그렇다고 어떠한 경

16) 송상현, “컴퓨터소프트웨어의 법적 보호에 관한 새로운 경향”, 厚巖郭潤直先生古稀紀念 民法學論叢·제2(1995), 705면.

17) 컴퓨터프로그램보호법 제12조 제6호, 제12조의2. 그러나 이점은 이론적으로나 정책적으로 잘못이라고 할 것이다.

우에도 프로그램이 특허법의 보호를 받지 못한다고 하는 것도 온당하지 못하다고 본다. 이점은 1981년 다이아몬드 대 디어(DIAMOND v. DIEHR)판결<sup>18)</sup>에 잘 나타나 있다.<sup>19)</sup> 아마도 이 정도(소위 종래의 절충설적 입장<sup>20)</sup>이나 Freeman-Walter-Abele 기준<sup>21)</sup>에 적합한 경우)에서 특허보호를 받는다고 보는 것이 온당할

18) 이 사건의 내용은 다음과 같다.

- 1) 사건의 개요 : 발명의 명칭은 「고무 모울딩 공정의 수직제어(Direct Digital Control of Rubber Moulding Process)」로서 1975년에 Diehr 외 1인에 의하여 출원되었으며, 본건의 특허청구범위의 내용이 컴퓨터프로그램의 보호에 있으므로 미국특허법 제101조의 규정에 의한 특허의 대상이 아니라는 이유로 거절사정되었다. 출원인은 당시 미국의 특허청장인 Diamond씨를 상대로 소를 제기하였다.
- 2) 판결의 요지 : 대법원에서 승소함으로써 특허를 받게 되었는데 그 판결요지는 다음과 같다.
  - ① 합성고무제품을 모울딩하기 위한 물리적·화학적 공정은 특허대상의 범위에 포함되며, ② 알고리즘의 실제 응용이 범용 컴퓨터의 프로그래밍에 있으므로 알고리즘은 수학적 문제를 해결하기 위한 과정 또는 수학적 공식으로서 자연법칙 자체와 같은 것이므로 특허될 수 없으며, ③ 본건은 합성고무를 경화시키는 공정에 대한 것을 특허의 대상으로 하고 있으며, 본건의 공정에는 수학기식이 사용되고 있으나 그 공식만을 보호하려는 것이 아니고 특허청구범위에 청구된 공정에 포함되어 있는 것을 보호하려는 것이며, ④ 아레니우스 공식 단독으로는 특허될 수 없지만 아레니우스 공식에 의하여 보다 효율적으로 고무 경화의 공정이 개발되었다면 아레니우스 공식과 결합된 공정은 특허의 대상이 된다. ⑤ 특허청구범위는 전체로서 판단되어야 하며, 특허청구범위를 공지와 신규의 부분으로 나누어 공지부분을 무시하여서는 아니되며, 공정의 특허청구범위에서 공정의 각 단계가 공지되어 있는 경우에도 그 공정의 각 단계가 새롭게 결합되어 있으면 그 신규 결합은 특허의 대상이 된다.
- 19) 이에 대해서는 정상조, “컴퓨터관련발명의 특허법적 보호”, **창작과 권리**(제5호), 1996 겨울호, 2면 이하 참조.
- 20) 특허법을 통한 보호와 관련하여 종래 부정설, 긍정설, 절충설이 주장되어 왔다.
  - 1) 부정설 : 컴퓨터프로그램은 인간의 머릿속에서 하는 정신적·지능적인 수단 또는 과정과 동등하므로 자연법칙을 이용한 것이 아니며 본질적으로 계산방법에 불과하다.
  - 2) 긍정설 : 프로그램이 입력되기 전의 컴퓨터는 부품의 창고(warehouse)에 불과하다. 그러나 프로그램이 컴퓨터에 입력되면 그 물리적 구조의 일부가 되어 이것들이 부품을 유기적·일체적으로 결합시킴으로써 특정한 목적에 적합한 구체적인 장치로 만들어 내는 배선 또는 접선수단과 동일시할 수 있으므로 자연법칙을 이용한 것이다(소위 웨어하우스설).
  - 3) 절충설 : 프로그램의 종류에 따라 특허성을 부정할 것과 긍정할 것이 있다. 예컨대 박보장기를 푸는 프로그램이라면 여기서 발견되는 ‘方法의 因果關係’는 장치의 룰에 기초한 것이므로 자연법칙의 이용이라고는 말할 수 없다. 그러나 압연기의 특성과 피압연 재료의 성질에 착안해서 그들을 이용하여 소정의 형상으로 압연하도록 압연기를 수치 제어하는 프로그램이면, 방법의 기초로 되어 있는 인과관계 중에는 자연법칙에 기한 것도 있을 수 있으며, 이 같은 인과관계의 이용은 자연법칙의 이용이라고 말할 수 있을 것이다.

듯하나 실무는 이 보다 앞서 있다. 소위 매체특허(Floppy Disk Claims),<sup>22)</sup> 사업방

- 21) 70년대 두 판결과 81년의 디어 판결 이후에 미국 특허청과 하급심은 그 사이의 판결의 결론을 집적하여 소위 2단계 기준을 설정하였다. 즉 특허청구범위에 수학적 알고리즘을 포함하고 있는 경우 그것이 미국 특허법 제101조의 특허받을 수 있는 객체가 될 수 있는지 여부를 판단하기 위하여 다음과 같은 2단계 심사를 하는 것이다. 제1단계는 심사관이나 법원은 특허청구범위에 수학적 알고리즘을 포함하고 있는지 여부를 판정하도록 하는 것이다. 수학적 알고리즘이 없으면 그 특허청구의 범위는 법적 보호의 객체가 될 수 있다. 반면 수학적 알고리즘이 클레임의 일부인 경우에는 심사관등은 2 단계를 적용해서 알고리즘이 충분히 應用되고 있는지 여부를 판단하여야 한다. 수학적 알고리즘을 포함한 발명은 수학적 알고리즘이 [어떠한 형태로든 물리적 요소 또는 프로세스·스텝에 응용]되고 있거나 또는 당해 발명이 수학적 알고리즘을 제외하고도 [다른 점에서 보호의 대상]인 경우에만 보호의 객체로 된다. 이러한 2단계 테스트를 일명 Freeman-Walter-Abele 기준이라고도 한다. Freeman-Walter-Abele 기준이란 그 발전과 개량에 공헌한 관세특허항소법원의 판결에서 유래하며, 그 이름도 이에서 유래한다. In re Freeman, 573 F.2d 1237, 1245, 197 USPQ 464, 471(CCPA 1978); In re Walter, 618 F.2d 758, 767, 205 USPQ 397, 406-07(CCPA 1980); In re Abele, 684 F.2d 902, 905-07, 214 USPQ 682, 685-87(CCPA 1982).
- 22) 특허청 컴퓨터관련발명심사기준은 프로그램을 기록한 기록매체 또는 데이터구조를 기록한 기록매체는 물건의 발명으로서 청구항에 기재할 수 있으며 그 기록매체를 기능적으로 특정한 경우에는 물건의 발명으로 인정된다고 본다. 이것은 미국 특허청의 가이드라인을 따른 것이고 동 가이드라인은 아라파트(In re Alappat, 31 USPQ2d 1545 (Fed. Cir. 1994): 새로운 소프트웨어로 프로그램될 때마다 모든 범용컴퓨터는 새로운 기계가 된다), 로리(In re Lowry) 사건(In re Lowry, 32 USPQ2d 1031(Fed. Cir. 1994), 뷰리가드(In re Beauregard, 53 F.3d. 1583(Fed. Cir. 1995) 판결을 수용한 것이다. 로리 사건에서는 데이터구조에 관한 클레임을 포함하고 있었다. 데이터구조란 기본적으로 컴퓨터에서 데이터를 조직편성하는 계획이다. 법원은 청구된 발명은 특허대상이 된다고 판시하면서 그 이유로 그 발명에는 데이터구조에 덧붙여 당해 클레임이 「컴퓨터 메모리」를 열거하고 있고, 메모리는 「물건」에 해당하고 따라서 당해 클레임을 특허받을 수 있다고 판시하였다. 당초 특허청(PTO) 심판부는 이 클레임을 「인쇄물의 法理(printed matter doctrine)」에 의한 신규성, 진보성이 없는 것으로서 거절하였다. 이에 반해 CAFC는 Lowry의 출원에 관한 발명의 데이터 구조는 컴퓨터와 관련하여 메모리에 대한 기억상태를 결정하는 것으로, 이것에 의해 처리속도가 향상되는 것이기 때문에 데이터 구조와 매체와는 특별한 기능을 가지고 결합하고 있어 신규성과 진보성이 있다고 하고 「인쇄물의 법리」에 의해 Lowry 출원의 클레임을 거절한 심결을 파기하였다. 한편 Beauregard 사건은 IBM사의 Beauregard 등이 그래픽 표시장치에서 다각형의 내부를 채우는 새로운 알고리즘에 관하여 특허출원(Application Serial No. 07/521/858)을 1987. 12. 9에 하여 방법 형식의 청구항에 대해서는 1990.10.9에 U.S. Patent No. 4,962,468호로 특허를 받았으나, 그 알고리즘에 해당하는 컴퓨터프로그램이 기록된 매체 형식의 청구항에 대해서는 특허청에서 거절이 된 사건이다. 특허청의 거절이 특허심판원(Appeal No. 95-1054)에서도 1994. 8. 4 유지되자 출원인은 C.A.F.C.에 항소하였다. 항소 후 얼마 지나지 않아 앞의 Lowry 판결이 있자, Lowry사건의 청구항과 유사한 형식의 Beauregard의 청구항도 특허 적격성이 있는 것으로 판단하게 되었고, 이에 따라 사건이 항소심에 계속 중일 때 특허청은 매체특허(Software contained on a



법(Method of Doing Business)특허<sup>23)</sup> 등이 그것이다. 그러나 우리 특허법은 미국 법<sup>24)</sup>과 달리 [자연법칙이용가능성]을 요구하고 있어 아무리 이 부분을 비껴가려고 하여도 한계가 있다. 흥미로운 것은 우리나라나 일본 실무에서의 프로그램특허의 취급과 [자연법칙이용가능성]에 관한 해석이다. 2005년 특허청 심사기준은 “소프트웨어에 의한 정보 처리가 하드웨어를 이용해 구체적으로 실현되고 있는 경우, 해당 소프트웨어와 협동해 동작하는 정보 처리 장치(기계), 그 동작 방법 및 해당 소프트웨어를 기록한 컴퓨터로 읽을 수 있는 매체는 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작”이라고 보고 있다. 이러한 우리나라 컴퓨터 관련발명의 심사기준은 2000년 일본 심사기준<sup>25)</sup>과 유사하다.<sup>26)</sup> 더 나아가서 일본은 2002년 특허법을 개정하여 물건의 발명이라고 할 때의 물건에는 프로그램이 포함되는 것으로 했다(일본 특허법 제2조3항 1호 괄호). 또 물건 발명의 실시행위인 양도, 대여(貸渡)에는 전기통신회선을 통한 프로그램의 제공이 포함되는 것으로 되었다.<sup>27)</sup>

그런데 이러한 경향에 제동을 건 것이 아닌가라고 생각되는 것이 최근 EU의 동향이다. 종래 프랑스 특허법 제611-10조, 독일 특허법 제1조, 영국 특허법 제1조 및 유럽특허조약(EPC) 제52조<sup>28)</sup>는 프로그램의 발명을 특허 대상에서 제외하

---

floppy disk)를 거부하지 않을 것을 결정하고 이를 법원에 약속했다. 특허심판원의 심결이 파기 환송되어 결국 뷰리가드 발명은 미국특허 제5,710,578호로 특허되었다(그래서 매체특허를 Beauregard Claim이라고도 한다). 미국의 심사기준을 요약하면 다음과 같다(Smedinghoff, *Online Law*, 245 면).

- 1) 컴퓨터 소프트웨어에 의하여 지시를 받는 컴퓨터는 「기계」이다(Computer = machine).
  - 2) 특정한 방식으로 기능하도록 컴퓨터에 지시하기 위해서 사용되는 컴퓨터가 읽을 수 있는 메모리는 ‘제조물’이다(computer readable memory = article of manufacture).
  - 3) 컴퓨터에서 수행되는 일련의 단계는 ‘공정’이다(A series of steps = process).
- 23) 사업방법특허와 관련해서는 이른바 SSB판결이 유명하다(1998년 7월 23일 *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.* 사건에서 미국 CAFC는 미국 특허법상 [사업하는 방법]에 대한 예외는 어디에도 없다고 선언한 후 이에 대한 특허를 거절한 제1심의 판결을 번복하였다. 제1심은 대법원 판례, 항소 법원 판례 및 PTO 가이드라인을 검토한 후, '056 특허가 “수학적 알고리즘을 제시하고 해결한 것에 불과한 것이므로, 따라서 특허될 수 없다”라고 판시하였다). 그러나 이전에도 사업방법특허를 인정한 다수 판결이 있었고(이에 대해서는 정상조, 앞의 논문, 7면 이하 참조), 1996년 미국 가이드라인은 「사업하는 방법」도 별도의 범주로 분류해서는 안되며, 「사업하는 방법」도 다른 방법의 발명과 같이 취급하도록 하고 있다.
- 24) 미국 특허법 제101조는 [새롭고 유용한 방법, 기계, 제조물 또는 조성물을 발명하거나 발견하거나] 개량한 자에게 특허가 주어진다고 규정한다.
- 25) 일본에서의 소프트웨어특허에 대한 태도의 발전과정을 도표로 간략히 살펴보면 다음과 같다(일본 특허청 자료: 竹田和彦, **特許の知識**(제8판), 33면에서 재인용).

	특허취득패턴	전형적 특허	심사기준·운용지침 등
70년대 중반 경	電子計算器型 특허	전자계산기, 키보드, 논리회로 등 하드	1975.12 [프로그램심사기준(그 1)]
80년대 초반 경	마이크로컴퓨터형 특허 *장치, 기기의 특허(마이크로컴퓨터 제어) *프로그램은 하드제어용	마이크로컴퓨터제어 전기밥솥 하드 소프트웨어 *마이크로컴퓨터가 밥솥의 온도 제어를 실현	1982.12 [마이컴 運用指針] *마이크로컴퓨터응용기술을 [장치(物)]로서 보호
80년대 중반 경	워드프로세서형 특허 *장치의 특허(프로그램이 가진 기능에 특정) *프로그램은 하드제어용에 한정된 것은 아니다.	워드프로세서 하드 소프트웨어 일본어/漢字 변환프로그램(워드프로세서의 ROM에 격납된 프로그램이 일본어/한자 변환을 실현)	1988.3 [소프트관련발명의 취급(안)] 성립성 판단방법을 명확화 1993.7 [개정 심사기준] 자연법칙 이용성의 요건을 명확화
96~97년	소프트웨어 매체형 특허 *매체(CD-ROM 등)의 특허 *프로그램은 하드제어용에 한정된 것은 아니다.	일본어/漢字 변환프로그램(CD-ROM) 하드(매체) 소프트웨어 *매체에 기록된 프로그램(FD에 기록된 프로그램이 퍼스컴에서 일본어/한자 변환을 실현)	1997.2 [신운용지침] 매체클레임을 인정
2001년~	네트워크형 특허 *네트워크 상에서 유통하는 프로그램 특허	소프트 서버로부터 네트워크를 통해서 다운로드된 프로그램이 퍼스컴 상에서 동작	2000.12 [개정 심사기준] 프로그램클레임을 인정

- 26) 일본 2000년 기준은 [프로그램에 의한 정보처리가 하드웨어 자원을 사용하여 구체적으로 실현되고 있는 경우, 프로그램이 컴퓨터에 입혀들어짐으로써 소프트웨어와 하드웨어 자원이 합동한 구체적 수단에 의해 목적에 따른 특유한 정보처리장치 또는 그 동작방법이 구축되기 때문에 당해 소프트웨어는 자연법칙을 “이용한 기술적 사상의 창작”이라고 할 수 있다는 것이다.](김순석, “일본전자상거래 관련 발명의 보호”, **창작과 권리**(제24호), 2001 가을호, 6면).
- 27) 일본특허법 제2조제3항제1호: 物(プログラム等を含む. 以下同じ.)の發明にあつては, その物の生産, 使用, 讓渡等(讓渡及び貸渡しをいい, その物がプログラム等である 場合には, 電気通信回線を通じた提供を含む. 以下同じ.)若しくは輸入又は讓渡等の申出(讓渡等のための展示を含む. 以下同じ.)をする行為.
- 28) 유럽특허조약(EPC) 제52조는 다음과 같다.
- ① 유럽에서의 특허는 산업적으로 이용가능하고, 새롭고, 진보적인 어떠한 발명에 대해서도 허여된다.
  - ② 특허 다음은 ①항에 속하는 발명으로 인정되지 아니한다.
    - ㉠ 발견, 과학 이론, 수학적 방식
    - ㉡ 미술적인 창조물
    - ㉢ 정신적 활동, 게임, 사업을 위한 체계, 규칙, 방법 및 컴퓨터 프로그램
    - ㉣ 정보의 제시

고 있다. 그러나 프로그램을 포함한 발명까지를 모두 특허 대상에서 제외하고 있는 것은 아니다. 유럽 특허청(EPO)의 심사기준은 다음과 같이 규정하고 있다.<sup>29)</sup>

“컴퓨터 프로그램이 그 자체로서, 매체에 기록되어 특허청구되는 경우는 그 내용 여하를 불문하고 특허되지 아니한다. 이러한 상황은 당해 프로그램이 컴퓨터에 적재(loading)되어 있다고 해서 바뀌는 것은 아니다. 그러나 만약 특허 청구된 객체가 알려진 기술에 기술적 기여를 하는 경우에는 단순히 그 실행에 컴퓨터 프로그램이 포함되어 있다는 이유만으로 특허성은 부정되지 않는다. 이 말은 예컨대, 프로그램으로 제어되는 기계나 프로그램으로 제어되는 생산, 제어 방법은 통상 특허의 대상으로 본다는 의미이다. 이것은 또한 특허 청구된 객체가 오직 프로그램으로 제어되는 컴퓨터의 내부적 작동(internal working of a known computer)과만 관계가 있는 경우에도 그것이 기술적 효과를 부여하는 경우에는 특허될 수 있다는 것이다.”

위 심사기준이 기속적인 것은 아니지만 [기술적 효과]의 강조는 EPO의 기술심판부(Technical Board of Appeal)의 많은 결정 속에 반영되어 있다. 물리적 실체에 어떤 변화를 가져오는 기술적 처리 속에 수학적 방법이 포함된 발명은 비록 그 청구항이 방법에 관한 것이라 하더라도 특허될 수 있다고 한다.

이렇듯 절충적(?) 입장을 가지고 있던 EU도 그 사이의 미국 심사기준의 변경 및 일본 등의 동향에 영향을 받아 2002년 컴퓨터관련발명지침(안)<sup>30)</sup>을 발표하였다. 지침 제4조는 컴퓨터관련발명(CII: computer-implemented inventions) 역시 다른 발명과 마찬가지로 산업상이용가능성, 신규성, 진보성이 있으면 특허될 수 있다고 규정한다.<sup>31)</sup> 이 조항은 기존의 EPO의 심판부의 입장을 조문화한 것에 불과하므로 찬성하는 입장과 이 조항은 기존의 특허범위를 확대한 것이며, 조화를 위한 것이 아니고, 아이디어는 특허될 수 없으며, 아이디어의 표현은 저작권으로 이미 적절히 보호되므로 반대한다는 입장이 확연히 구분되어 격렬한 논란이 있었다. 2005년 7월 6일 유럽의회는 648 대 14(기권 18)라는 압도적인 표차로 지침안을 부결시켰다. 그러나 이러한 부결이 프로그램의 특허성 논란에 종국적 마

③ 위 ②항의 조항은 유럽에 출원한 특허가 상기한 대상물 또는 활동 그 자체에 관계 되었을 때에만 위 조항에 의거 특허가 허용되지 않는다.

29) 가이드 라인 C-IV 2.2.

30) Directive on the patentability of computer-implemented inventions (2002/0047/COD).

31) 지침(안) 제4조.

침표를 찍은 것이 아님은 물론이며, 이후에도 이에 대한 논란이 계속될 것이다. 그러나 한편 프로그램의 특허성을 인정한다고 하더라도 다음과 같은 운영상의 문제점이 있고, 미국에서도 이 점에 비판의 초점이 맞추어져 있는 것 같다.

(1) 비판 1 : 많은 경우 (이론상으로는 모순되지만) 실무상으로 특허출원서와 명세서를 작성하는 기법에 따라서는 방법발명으로는 특허받을 수 없는 발명도 장치발명으로 구성해서 특허받은 경우가 많다.<sup>32)</sup> 실로 소프트웨어 특허를 하드웨어장치로 가장해서 특허를 얻는 것은 흔히 쓰는 속임수 중의 하나이다.

(2) 비판 2<sup>33)</sup> : 대부분의 소프트웨어 특허는 간단하게 기술되어 있지 않고, 매우 복잡하고 상세한 처리과정을 특허 범위로 하고 있다. “이러한 특허의 대부분은 자명하지도 않고, 뛰어나지도 않다. 즉 모호하다. 유능한 소프트웨어 설계자는 프로그램을 개발하는 과정에서 여러 가지 개량발명을 할 수 있을 것이다. 그러나 어떤 기술을 개량하는 길은 여러 가지가 있을 수 있으므로 어떤 프로그래밍을 개발하는 과정은 주어진 하나의 길을 따라가는 것은 아니다.

모호한 특허는 마치 땅에 묻혀있는 지뢰와 같다. 왜냐하면 다른 프로그램 개발자들은 그러한 특허를 찾아내기보다 프로그램을 개발하는 과정에서 그러한 특허 기술을 다시 발명하는 경우가 더 많은데 그렇게 되었을 경우 그들은 제소될 것이기 때문이다. 이들 지뢰와 같은 특허 기술 중 각각의 기술은 프로그램에서 사용될 기회는 매우 적다. 그러나 그와 같은 특허 기술이 너무 많아서 이들 중 하나도 건드리지 않고 피해간다고 하는 것은 거의 불가능하다. 각각의 기본 기술은 많은 변종을 가지고 있다. 또 그러한 기초 기술은 다양한 방법으로 서로 결합될 수 있다. 특허청은 소프트웨어 특허를 적어도 2000 건 이상 부여했다. 한 조사에 의하면 1989년 한 해만 하더라도 700 건 이상이나 된다. 우리는 이러한 추세가 가속될 것으로 생각된다.<sup>34)</sup> 10년쯤 후면 프로그래머들은 수많은 모호한 특허라는

32) 예컨대 미국에서는 앞에서 본바와 같이 [10진수의 각자리를 각기 4비트의 2진수로 나타낸 것을 일정한 수학적 알고리즘에 따라서 순수한 2진법의 수치로 바꾸는 방법]에 관한 발명은 특허능력이 없다고 판시되었으나(Gottschalk v. Benson 사건), 동일한 발명이 독일과 일본에서는 컴퓨터라고 하는 기계장치와 결합되어 장치발명의 형태로 특허출원되자 특허받을 수 있는 발명으로 인정되었다(일본:특공 昭 42-21906). 또 AT&T의 Stephen Phillips 변호사는 컴퓨터보안을 위한 Unix 운영프로그램을 40개 이상의 전선으로 연결된 11개 칩을 가진 circuit diagram 발명으로 출원하여 특허를 얻었다.

33) 프로그래밍 자유동맹의 견해이다(프레드 위쇼프스키 저/특허청특허분쟁연구회역, **특허전쟁**, 세종서적, 1996, 229면).

34) 사실 소프트웨어 관련 특허출원건수나 등록건수를 망라적으로 조사하는 것은 쉽지 않

지되에 걸리지 않도록 행운을 바랄 뿐 눈감고 그냥 전진하는 것 외에 달리 선택할 방도가 없을 것이다.”

(3) 비판 3 : 특허권으로 보호하면 경쟁자는 스스로 선행 특허가 있는지를 조사하여야 하며 저작권의 경우와 달리 우연의 일치라는 항변은 인정될 수 없다. 무지는 변명이 될 수 없다(Ignorance is Not a Defense). 그러나 도대체 어떤 기술 내용이 특허되는지 잘 모른다. 또 프로그램언어가 다양하여 알기 어렵다. 초록 속에 “컴퓨터” “소프트웨어” “프로그램” “알고리즘”이라는 단어가 하나도 없는 소프트웨어 특허도 많다. 경고장이 날아올 때까지 자기가 남의 특허를 침해하고 있다는 사실을 모른다.

(4) 비판 4 : 서치의 어려움은 심사관이라고 피할 수 있는 것이 아니다. 오늘날 특허기술을 비롯 기술에 관한 데이터베이스가 대량으로 구축되어 있다. 따라서 그것이 신기술인지여부는 특허문헌이나 저널 등을 찾아보면 알 수 있다. 그러나 저서에 관해서는 저작권문제도 있고 하여 데이터베이스 구축에 문제가 많아 이 부분에 대한 데이터베이스의 구축은 매우 뒤쳐져 있다. 그런데 컴퓨터 과학의 경우에는 학계의 일반적 관행이 자신의 걸작 소프트웨어는 그때그때마다 발표하기 보다는 자신의 저서에 발표하기 위하여 보류해 놓는 경우가 많다. 결국 문헌화하기도 어렵고, 관행상 제때에 발표되는 것도 아닌 컴퓨터관련 (선행) 기술을 심사에서 정확히 파악하기는 매우 힘들다. 따라서 이미 알려진 프로그램임에도 데이터베이스가 구축되지 않아 신기술로 알고 잘못 특허되는 경우가 많다. 또 심사관의 자질이나 능력에 따라서는 흔히 사용하는 내용이 특허되는 경우도 많다.<sup>35)</sup> 무효심판제도가 있다고 하여 모든 것이 해결되는 것은 아니다.

다. 미국의 경우 364류(Electronic Computers and Data Processing)와 365류(Information Processing System Organization)가 주된 것이나 컴퓨터프로그램은 모든 물품과 결합할 수 있으므로 이것이 모두가 아님은 물론이다. 일본의 경우 1990년대에 대략 1년에 2만건 내외가 출원되었다. 우리나라에서 프로그램 관련 가능성이 있는 1999년도 특허등록건수를 살펴보면 대략 다음과 같다.

분류	A63 스포츠, 게임, 오락	G01 측정; 시험	G05 제어; 조정	G07 검사 장치	G08 신호	G09 교육, 암호방법, 전시 등	G10 악기, 음향	G11 정보 기억	H03 기본 전자 회로	H04 전기 통신 기술	계
건수	144	1,866	179	218	173	510	138	4,597	1,248	8,518	17,591

35) 예컨대 멀티미디어와 관련된 컴튼의 특허나 미국 특허 Pat. No. 5173051가 그 좋은 예이다. 미국 특허 Pat. No. 5173051는 컴퓨터 및 비디오디스크 플레이어를 사용하여 커리큘럼을 짜고 이를 공표하는 프로그램(A System for “Curriculum planning and

(5) 비판 5 : 프로그램관련 발명을 특허권으로 강력하게 보호할 만한 가치가 있는가도 재검토되어야 한다. 즉 그 경제적 합리성이다. 예컨대 화학물질이나 의약품을 개발하는 데는 엄청난 비용이 들고<sup>36)</sup> 이들에 대한 연구 투자의 인센티브를 제공하기 위해서는 독점력 있는 특허권으로 보호할 필요가 있을지 모른다. 그러나 소프트웨어의 개발은 예외가 없다고 단정할 수는 없지만 과연 성립된 결과물에 대해 차단효있는 독점력을 인정할 만큼 합리성이 있는지는 의문이다.<sup>37)</sup>

이상 살펴 본 바와 같이 소프트웨어를 특허로 보호하는 데는 여러 가지 문제점이 있으므로 그 해결책으로 다양한 견해가 주장된다.

1) 특허를 인정하지 말아야 한다는 견해

프로그래밍 자유동맹은 특허법을 개정하여 소프트웨어 특허를 금지하거나 또는 단순히 컴퓨터에서 운용하는 것만으로는 프로그램특허의 침해가 되지 않는다고 개정할 것을 주장한다.<sup>38)</sup>

2) 법정허락으로 하여야 한다는 견해

MIT의 John Preston은 사전에 결정된 요율로 모든 소프트웨어를 누구에게나 허락하도록 강제허락하는 방법을 마련해야 한다고 주장한다. 이것은 대기업끼리 크로스 라이선스를 통해 특허 풀을 만들고 새로 출발하는 기업의 시장진입을 막고 그들끼리만 독점하는 것을 방지하기 위한 것이다. 기술은 개발되면 누구에게

---

publishing”)이다. 이것이 특허됨으로써 수백만의 선생들을 특허권 침해자로 만들었다. 제심사에서 거절되었기에 망정이지 그렇지 않았더라면 대부분의 교사나 멀티미디어 제조자를 침해자로 만들었을 것이다.

36) 예컨대 의약품의 개발에는 보통 10년의 세월과 5000만 달러의 비용이 든다고 한다. **특허전쟁** 226면은 다음과 같이 서술하고 있다.

“소프트웨어가 특허받을 수 있는 기계나 하드웨어 시스템과 크게 다른 점은 소프트웨어는 설계하기가 극히 용이하다는 것이다. 같은 수의 구성요소를 사용한다고 하면 하드웨어 시스템 보다 소프트웨어 시스템을 설계하기가 훨씬 쉽다. 예를 들어 10만 개의 구성요소를 갖는 프로그램을 짤다면 대략 5만줄 정도의 길이를 갖는 데 이 정도는 숙련된 프로그래머 두 사람이 1년 정도면 짤 수 있다. 이 정도의 일을 위해서 필요한 장비에 소요되는 비용은 기껏해야 1만 달러를 넘지 않는다. 프로그래머의 봉급과 약간의 간접비를 고려한다고 하더라도 총 투자비용은 10만 달러를 넘지 않을 것이다. … 그러나 이와 대조적으로 대개 10만 이하의 부품을 갖는 자동차를 설계하려면 훨씬 더 큰 규모의 설계팀을 구성하여야 하고 총 설계비용은 수천만 달러가 들어간다.”

37) 컴퓨터프로그램의 특허보호에 대한 경제적분석은, 육소영, “컴퓨터프로그램의 특허성에 관한 재고찰”, **지식과 권리**(vol. 4 No. 2), 40면 참조. 육교수 역시 특허보호에 부정적이다(앞의 글, 42면 이하).

38) League for Programming Freedom, “Against Software Patent”, <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/against-software-patents.html> (2007.3.10 방문).

나 개방되어야 한다고 주장한다. 이러한 주장은 특허법적 문제를 피해가는 대기업들의 행태를 보면 매우 설득력이 있다.<sup>39)</sup>

### 3. 저작권과 특허권으로 중복 보호하는 것의 문제점

종래와 같이 컴퓨터 관련 발명이 한정적으로 인정되는 경우와 달리 매체특허나 물의 발명 등에 의하여 실질적으로 프로그램 그 자체가 보호되는 것으로 되면 컴퓨터 프로그램은 컴퓨터프로그램보호법과 특허법에 의해 중복 보호되는 것으로 된다. 이렇게 중복 보호하게 되면 저작권적 보호방법과 특허권적 보호방법의 근본적 차이로 인하여 여러 가지 어려운 문제점을 야기시킨다. 무엇보다도 저작권보호기간은 특허권보다는 長期이므로 특허로 보호받은 후 저작권 주장을 하면 어떻게 되는가.<sup>40)</sup> 또 저작권의 경우에는 모방이 아니고 독자적으로 창작하면 그 자체 저작권을 취득하는데 특허의 경우는 모르고 한 것도 특허권 침해로 된다. 결국 이것은 입법자 의도의 분열이며, 법 정책적으로 모순이라고 할 것이다. 따라서 [컴퓨터프로그램보호법은 SW의 표현이나 성격을 보호하는 것이지만 특허법은 SW를 기술적으로 보호하려는 제도이기 때문에 함께 적용하는 것이 바람직하다]는 견해는 피상적 견해에 불과하다.<sup>41)</sup> 결국 어느 하나의 방법을 찾아야 한다.

### 4. 제3의 보호방법을 강구하여야 한다는 견해<sup>42)</sup>

특허법도 저작권법도 컴퓨터프로그램보호에 적합하지 않다고 보는 많은 학자들은 제3의 보호방법을 주장한다.<sup>43)</sup> 그들은 컴퓨터 소프트웨어는 지나치게 기계

39) “그러면 자명한 것 같으면서도 모호한 수많은 프로그램 코드 속에 잠복해 있는 소송의 덫을 사이를 어떻게 헤쳐 나갈 것인가? 대부분의 큰 소프트웨어회사들은 ‘이길 수 없으면 손을 잡으라’는 원칙에 따라 자사가 개발한 소프트웨어에 대해 특허를 받으려고 시도하고 있다. 그리하여 반도체 산업계에서 종종 그러해 왔듯이 많은 소프트웨어 특허를 소유하고 있는 다른 대기업들과 크로스 라이선스를 체결해 특허소송이라는 함정을 피해나가려고 한다.” 1991년 5월 16일 빌게이츠는 고위 임원들에게 배포한 비밀 메모에서 이러한 크로스 라이선스에 의한 해결책을 제시하고 있다(특허전쟁, 230면).

40) 명세서에 첨부된 컴퓨터 프로그램이 당해 컴퓨터관련 발명의 기능을 실현하는데 필요한 유일한 프로그램이라거나 그 기능에 지배되는 요소가 많은 한도에서는 저작권법적 보호가 부인되거나 극히 제한될 수 있다(정상조, 앞의 글, 17면).

41) 전자신문, 1998. 7. 27자 [“SW 특허법” 마찰 재연] 제하의 기사에서 특허청 당국자의 주장.

42) 이에 대한 자세한 것은, 김원오, “컴퓨터프로그램의 독자적 보호방법론에 관한 소고”, 창작과 권리(제29호), 127면 이하 참조.

적이어서 저작권과 조화되기도 힘들고 반면 지나치게 저작물과 유사하여 특허법과 조화되기도 힘들다고 하면서 독립적 방법으로 컴퓨터 프로그램을 보호할 것을 주장한다.

그들은 컴퓨터프로그램은 법학자나 정책입안자들이 감지하기 어려운 여러 가지 특성을 가지고 있다고 한다.<sup>44)</sup> 첫째, 컴퓨터프로그램 가치의 가장 기본적인 원은 텍스트에 있는 것이 아니라 동작(behavior)에 있다. 동작은 프로그램의 부산물이 아니라 그 본질이다. 프로그램은 유용한 동작의 집적물이다. 둘째, 최초 프로그램의 텍스트를 전혀 보지 않은 프로그래머에 의해서도 기능상 거의 구분할 수 없을 정도의 모방품을 만들 수 있다는 의미에서 프로그램 텍스트와 동작은 상호 독립적(independent)이다. 셋째, 프로그램은 사실상 소스코드나 오브젝트 코드라는 텍스트형식으로 작성된 기계(동작과 같은 유용한 결과를 가져오는 실체)다. 프로그램 속에 화체된 공학적 설계(engineering design)는 하드웨어적으로도 구현될 수 있고, 소프트웨어적으로도 구현될 수 있으며, 사용자는 양자를 구분할 수 없을 것이다. 넷째, 프로그램 속에 화체된 산업적 설계(industrial design)는 전형적으로 점진적이고 누적적 특성을 가지고 있으며, 소프트웨어 공학 기술과 방대한 응용된 노하우의 결과물이다. 이러한 프로그램의 특성은 프로그램의 보호가치가 어디에 있고 어떠한 보호를 택하는 것이 적합한지를 판단하는 척도를 제공한다.

이러한 인식하에 일부의 학자들은 반도체칩보호법 체제를 따르자<sup>45)</sup>고 하는가

43) 초기의 주목할 만한 논문에는 갈비의 논문((Elmer Galbi, "Proposal for New Legislation to Protect Computer Program", *Bulletin of the Copyright Society of USA* (Vol. 17 No. 4), 1970)이 있다고 한다. 이 글에서 갈비는 "프로그램의 특징으로서 기계라고 하는 면과 언어작품이라고 하는 면을 일찍이 지적하고 있다. 또 카피가 용이한 것이나 투자 보호가 필요한 것, 진보성이 없는 많은 프로그램이 있는 것 등이 지적되고 있다. 동 논문에서는 특히나 저작권과는 다른 제3의 보호가 고려되고 있다. 프로그램은 진보가 빠르므로 보호기간은 5 내지 10년으로 된다." (梶山敬士, *ソフトウェアの著作権・特許権*, 1999, 137-138면). 갈비의 논문 외에도 많은 글이 있으나 이하에서는 주로 Pamela Samuelson, Randall Davis, Mitchel D. Kapor & Jerome H. Reichman, "A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs", *Columbia Law Review* (vol. 94), 2308면 이하를 중심으로 살펴본다(이하 A Manifesto라고 한다). A Manifesto는 「지적재산의 제3의 패러다임을 향해서」라는 심포지엄(Symposium: Toward a Third Intellectual Property Paradigm)에서 발표된 것이다.

44) 위 Manifesto, 2316-2332면. 또 프로그램의 특징에 관해서는, 김원학, "소프트웨어 보호방법에 관한 고찰", *정보법학*(10권2호), 107면.

45) 컴퓨터프로그램도 반도체칩회로의 회로배치설계와 유사함을 보여준다. 예컨대 반도체



하면, 다른 학자들은 기존법제에서 제대로 보호받지 못하는 측면은 실용신안등록 제도를 통한 보완<sup>46)</sup>을 대안으로 제시하기도 한다.

이러한 제3의 보호방법은 현재 이에 따른 입법은 없지만 상당히 설득력이 있다고 본다. 당초 WIPO에서 작성한 [컴퓨터소프트웨어의 보호에 관한 모델규정 (1978)]도 제3의 보호방법이었다.<sup>47)</sup>

---

체집적회로를 작동시키는 마이크로 코드는 컴퓨터프로그램에 해당한다. 또 반도체 집적회로는 컴퓨터프로그램의 일종인 ROM 저장프로그램(firmware)과 유사하고, 그 자체가 컴퓨터의 동작을 위한 것이라는 점에서 컴퓨터프로그램과 유사한 특성을 지니고 있다.

46) 이에 대해서는, 구대환, “실용신안에 의한 컴퓨터프로그램 보호”, **창작과 권리**(제31호), 99면 이하 참조.

47) WIPO의 활동은 UN의 요청에 의한 것이었다. 그 내용을 간단히 보면 다음과 같다(법조문은 모델 조항의 그것임).

1) 권리의 발생 : 이 법률에 기한 권리는 컴퓨터소프트웨어가 창작된 때부터 발생한다(제7조 제1항).

2) 권리의 내용 : 권리자는 다음의 것을 금지할 권리를 가진다(제5조).

i) 컴퓨터소프트웨어가 권리자의 동의를 얻어 공중에게 제시되기 전에, 컴퓨터소프트웨어를 개시하거나 또는 이러한 개시를 용이하게 하는 것.

ii) 컴퓨터소프트웨어가 권리자의 동의를 얻어 공중에게 제시되기 전에, 컴퓨터소프트웨어가 격납되어 있거나 혹은 복제되어 있는 물건에 대한 접근을 허용하거나 또는 그러한 접근을 용이하게 하는 것.

iii) 컴퓨터소프트웨어를 복제하는 것.

iv) 동일·유사한 컴퓨터 프로그램을 제작하기 위하여, 또는 컴퓨터 프로그램 혹은 실질적으로 유사한 컴퓨터 프로그램 記述을 제작하기 위하여 컴퓨터프로그램을 사용하는 것.

v) 동일 혹은 실질적으로 유사한 컴퓨터 프로그램 記述을 제작하기 위하여, 또는 대응하는 컴퓨터 프로그램을 제작하기 위하여 프로그램 記述을 사용하는 것.

vi) 정보처리능력을 가진 기계의 조작을 제어하기 위하여, 컴퓨터 프로그램 또는 (iii), (iv), (v)에 규정하는 바에 따라 제작된 컴퓨터 프로그램을 사용하거나 또는 그러한 기계에 컴퓨터 프로그램을 축적하는 것.

vii) 컴퓨터 소프트웨어 또는 (iii), (iv), (v)에 규정하는 바에 따라 제작된 컴퓨터 소프트웨어를 판매, 임대 혹은 사용허락을 위하여 제공하거나 혹은 매입·판매·수입·수출·임대 혹은 사용허락하는 것.

viii) 컴퓨터 소프트웨어 또는 (iii), (iv), (v)에 규정하는 바에 따라 제작된 컴퓨터 소프트웨어를 격납하거나 복제하고 있는 물건에 대해서 (vii)에 규정한 행위를 하는 것.

3) 권리의 제한 : 다른 사람의 컴퓨터 소프트웨어와 동일 혹은 실질적으로 유사한 컴퓨터 소프트웨어를 독자적으로 창작하는 것 또는 이렇게 창작된 컴퓨터 소프트웨어를 이용하는 것(제6조 제2항 참조).

4) 권리의 존속기간 : 최초 사용일 또는 판매일 등 중 빠른 날로부터 20년간 존속한다(제7조 제2항 참조).

본고에서는 제3의 보호방법으로서 주목을 받고 있는 Manifesto의 내용을 간단히 소개하는 것으로 한다.

### 1) 목표 내지는 원칙들

다음은 새로운 제도를 생각함에 있어 Manifesto에서 제안된 목표 내지는 원칙들이다.<sup>48)</sup>

(1) 과거를 청산하고 완전히 새출발하려고 하기보다는 기존의 法制도 일면의 타당성이 있는 이상 기존의 법적 토대위에 부족한 점을 보충하는 것이 바람직하다.

(2) 소프트웨어 산업이 직면하고 있는 가장 심각한 문제를 푸는데 초점을 맞춰라.

(3) 프로그램보호법은 보호범위와 보호기간이 합리적으로 예측 가능하여야 한다. 이것이 투자를 유인하고 잠재적 소송을 줄이는 길이다.

(4) 보호제도는 보호하려는 기술의 본질로부터 나와야 하고 또 이에 응해야 한다. 적절한 보호체제란 소프트웨어에 있어 가치를 창출하는 부분인 동작과 동작을 만들어 내는 산업적 설계, 그리고 개념적 은유에 초점을 맞추어야 한다.

(5) 보호제도는 기술에 부합하는 법적 특성을 지녀야 한다.

(6) 보호제도는 가능하다면 현재의 기술상태로부터 독립적이어야 한다.

(7) 보호제도는 프로그램노하우의 공개와 보급을 장려하고, 개량 및 응용을 촉진하는 것이어야 한다.

(8) 보호제도는 생산적인 혁신을 장려하되, 그 과열은 막아야 한다.

(9) 시장지향적 보호제도는 시장실패를 피함으로써 혁신을 장려하여야 한다.

(10) 시장지향적 보호제도는 개발자에게 합리적인 시장선행의 이익을 부여함으로써 시장실패를 막아야 한다.

(11) 적절한 보호범위와 기간을 부여하기 위하여 시장지향적 보호제도는 상품 개발주기를 결정하는 시장의 기초대사속도에 초점을 맞추어야 한다.

(12) 시장지향적 법제도는 그 작품이 가치있는 개발인 한, 개발자의 연구개발 비용을 회수하고 재투자할 수 있는 기회를 보장하여야 한다.

(13) 시장지향적 법제도는 소모적인 중복투자를 피하도록 하여야 한다.

(14) 시장참여자는 시장과 경쟁을 증진시키는 방법으로 연구개발투자를 분담할

48) 위 Manifesto, 2406-2412면.

수 있어야 한다.

(15) 시장지향적 법제도는 혁신과 이를 상품화하는 것과는 분리해서 생각하여야 하며, 혁신자가 설사 상품화에는 실패했더라도 혁신에 대한 적절한 보상은 주어져야 한다.

(16) 시장지향적 법제도는 혁신자와 그 혁신을 이용하는 자가 소송이 아니라 협의하도록 유도하여야 한다.

(17) 시장지향적 접근은 다양한 후발주자 사이를 차별하여 구분할 수 있을 만큼 복수의 수단을 가져야 한다.

(18) 시장지향적 법제도는 침해시에 소요되는 법적 구제비용을 최소화시켜야 한다.

(19) 시장지향적 법제도는 진입장벽을 최소화시켜야 한다.

(20) 시장지향적 법제도는 소비자의 후생을 증진시켜야 한다.

## 2) 포함될 요소들

Manifesto는 위에서 본 20가지 목표 내지는 원칙의 표명 후 시장지향적 보호 체제에는 다음과 같은 요소(Abstract Elements of New Regime)가 포함되어야 함을 선언하고 있다.<sup>49)</sup>

(1) 적용된 노하우의 산업적 집적을 보상대상으로 취급할 것.

(2) 시장실패를 극복하기 위해 인위적인 리드 타임(artificial lead time)을 부여할 것.

(3) 상관적인 기술공동체를 구성하는 이용자와 개발자간에 현명하게 연구개발 비용을 할당하는 이용자 책임 일람표(a menu of user liabilities)를 개발할 것.

(4) 어느 정도 공개를 수반한 등록을 허용할 것.

(5) 경쟁지향적인 표준 행동원칙을 수립할 것.

(6) 책임구조를 집행하고 조정하기 위하여 집단소송을 가능하게 하는 법적 조직적 수단을 강구할 것.

## 3) 시장지향적 보호를 위한 법의 골격<sup>50)</sup>

Manifesto는 기존에 Samuelson 교수가 주장한 내용과는 약간 다르다.<sup>51)</sup> Manifesto

<sup>49)</sup> 위 Manifesto, 2412-13면.

<sup>50)</sup> 위 Manifesto, 2417-18면.

는 텍스트와 동작(behavior)으로 나누어 텍스트는 저작권법으로<sup>52)</sup>, 동작은 반도체 칩법과 유사한 보호법으로 보호하자고 제안한다. 또 동작에 대해서는 일정한 기간 자동적으로 복제로부터 보호(automatic anti-cloning<sup>53)</sup> protection)한 후 그보다 장기의 보호를 받기 위해서는 혁신적 소프트웨어 편집물이나 하위 편집물의 등록을 필요로 하는 시스템이다. 장기간 보호의 내용은 타인의 이용을 금지시키거나 혹은 표준적 사용료를 내고 사용하도록 허용하는 것이다. 즉 금지청구권 혹은 보상청구권이다. 거래비용을 고려하여 Manifesto는 후자를 더 선호한다. 소프트웨어 개발자는 반도체칩법에서 요구하는 바와 같은 제품전체를 등록할 필요는 없고, 예컨대 새로운 사용자 인터페이스(user interface), 매크로언어, 새로운 알고리즘을 등록할 수 있다. 반도체칩법과 같이 등록은 최초 판매 후 1~2년 내에 행하여져야 한다. 또 등록시의 심사도 - 등록 후에 실제심사를 한다고 하더라도 특허심사와 같은 엄격한 심사라기보다는 반도체칩법과 같이 형식적 심사로 족하다. 이것은 권리취득을 위한 사전 비용을 최소화시킨다. 등록된 권리라고 하더라도 표준적 사용료만 내면 누구나 사용할 수 있다면 후발주자는 무단 복제하려고 하기보다는 기꺼이 사용료를 지급하려고 할 것이다.<sup>54)</sup>

#### 4) Manifesto에 대한 평가와 제안

Manifesto의 목표는 저작권법이나 특허법을 완전히 대체하자는 것이 아니다.

- 
- 51) 小泉直樹, 「アメリカ著作権制度」, 108면(小泉교수는 심포지엄에 참석하여 그 내용을 앞의 책 93-131면에서 소개하고 있다).
- 52) 다만 기간이 지나치게 긴 것은 문제라고 한다.
- 53) clone이란 동작을 같이하는 프로그램이다. Paperback Software사의 VP-Planner는 Lotus 1-2-3의 clone이다.
- 54) 컴퓨터프로그램을 실용신안제도로 보호하자는 구대환교수의 견해도 내용에 있어서는 대체로 이와 비슷하다. 즉 “실용신안에 의한 프로그램보호는 절차가 단순하여 빠르고 비용이 적으며 보호기간이 짧아 프로그램의 발전의 특성 및 복제에 취약한 특성을 잘 반영한다는 점에서 적절한 반면, 실용신안의 보호대상이 물건의 형상이나 구조에 관한 것이라는 점과 실용신안권이 소유권적 권리라는 점에서 어려움이 있다. 이를 보완하기 위해서는 실용신안의 보호대상 규정을 새롭게 하여 컴퓨터프로그램이 실용신안의 보호대상에 포함되도록 하고, 실용신안의 소유권적 성격을 최소화하기 위하여 레히만(Reichman)의 책임이론 개념을 도입하는 방안을 연구할 필요가 있음을 알게 된다.”(구대환, 앞의 글, 100면) “책임체제하에서 후속기술혁신자들은 첫 주자(first comer)에게 일정한 로열티를 지불하려고만 하면 첫 주자의 기술혁신을 사용할 수 있다. 이러한 체제는 첫 주자와 후속 주자 간의 중요한 문제, 즉 ‘후속 기술혁신을 저해하지 않으면서 기술혁신을 장려하는 문제’를 해결할 수 있을 것이다.”(구대환, 위의 글, 117면).

Manifesto는 프로그램에서 정말로 보호되어야 할 것이면서 저작권이나 특허권에 의한 보호의 어느 것에도 익숙하지 않은 동작에 대해서는 무방식으로 단기간 그 모방으로부터 보호하는 일방, 등록을 조건으로 법정허락제도를 구축하고자 하는 것이었다. 그러나 이에 대한 비판도 적지 않다. 우선 독일의 스트라우스와 레만은 명백히 반대한다.<sup>55)</sup> Ginsburg 교수는 독자적 보호방법보다 저작권법이 명백히 우수하다는 4가지 이유를 들고 있으며<sup>56)</sup>, Goldstein 교수도 기초적인 전제상의 문제와 실행상의 문제로 구분하여 비판적인 견해<sup>57)</sup>를 피력하고 있다. Menell 교수도 중도적인 입장에서 Manifesto의 도전적 공적을 인정하면서도 기술진장에 대한 위험성과 타이밍상의 문제점과 실행상의 어려움을 비판적으로 지적<sup>58)</sup>하고 있다.<sup>59)</sup>

그러나 줄건으로는 Manifesto의 제안은 컴퓨터프로그램의 보호와 관련 근본적 문제를 잘 지적한 것이므로 Manifesto의 제안을 기본 모델로 하여 새로운 프로그램보호법체제를 구축하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 텍스트에 대해서도 기존의 저작권법에 의한 보호기간보다 대폭 축소되어야 하며, 현재의 특허권 존속기간보다 길어서는 안된다. 아울러 컴퓨터프로그램보호에 저작권법이나 특허법이 관여할 수 있는 여지를 그대로 남겨두어서는 안된다. 말하자면 새로운 컴퓨터프로그램보호법은 기존의 제도를 대체하는 것이어야 한다. 이점은 Menell 교수도 지적하는 바이다.

### III. 맺음말

컴퓨터프로그램을 어떻게 보호할 것인지는 1960년대 중반부터 논의된 문제이다. 그러나 컴퓨터프로그램 그 자체의 적합한 보호방법을 찾지 못한 채 1980년

55) 小泉直樹, 앞의 책, 95면.

56) Jane C. Ginsburg, "Comment, Four Reasons and A Paradox: The Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software", *Columbia Law Review* (vol. 94), 2559면 이하.

57) Paul Goldstein, "Comment on a Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs", *Columbia Law Review* (vol. 94), 2573-2578면.

58) Peter S. Menell, "Comment: The Challenges of Reforming Intellectual Property Protection for Computer Software", *Columbia Law Review* (vol. 94), 2644-2654면.

59) 이들 주장에 대한 보다 자세한 것은, 김원오, 앞의 글, 169-170면 참조.

부터 저작권법에 의한 보호가 대세로 되었다. 아니 새로운 방법을 찾지 못했다기 보다는 미국이나 IBM과 같은 미국 거대 컴퓨터 기업의 편의를 위하여 저작권법을 세계표준으로 강요하였다고 보는 것이 옳을지도 모른다. 그러나 운영과정에서 나타난 문제로 1990년대 중반 경부터는 다시 특허법으로 회귀하는 것이 아니냐 하는 느낌도 든다. 그러나 이러한 중복 보호는 많은 문제점이 있음은 앞서 본바와 같다.

기능적 저작물이자 가상적 기계인 컴퓨터 소프트웨어는 특허법으로도 또는 저작권법으로도 보호할 수 있지만 어느 경우도 그대로는 적합한 보호방법이라고 볼 수 없다. 아마도 장차 제3의 보호방법으로 가야할 것이고, 또 가리라고 본다. 그러나 사람들이란 대체로 새로운 방법을 추구한다기보다는 있는 법을 적용하는 데에 익숙해 있다. 또 새로운 제도를 창출하고 이를 시행하는 데는 많은 노력과 비용이 들며, 그것이 법 제도인 경우에는 국가적 승인도 필요하다. 오늘날과 같이 지구촌화 된 사회에서는 그 국제적 승인이 필요할지도 모른다. 무엇보다도 WTO/TRIPS 제10조 제1항이 걸림돌이 되리라는 것은 명백하다. 그러므로 새로운 보호방법의 정착에는 많은 어려움이 따르지 않을 수 없다. 그러나 우리는 이미 1987년 컴퓨터프로그램 보호법제를 설계할 때부터 컴퓨터프로그램의 특성을 파악하고 그에 맞는 옷을 마련할 준비를 하여왔다고도 볼 수 있다. 말하자면 새 술은 새 포대에 담을 준비를 하여왔다는 것이다. 어렵고 지루한 작업이 될지 모르지만 컴퓨터프로그램보호법에 담길 내용에 대한 지속적 연구와 논의를 통해 프로그램보호에 적합한 보호방법을 모색하고, 정착시키는 것이 독립의 법률로 만든 본래의 취지를 살리는 길이라고 본다.

주제어: 컴퓨터프로그램, 소프트웨어, 해법, 알고리즘, 컴퓨터프로그램보호법, 저작권법, 특허법, 소프트웨어 특허, 제3의 보호방법

<Abstract>

## A Study on the Protective System of the Computer Program

Sang Jeong Lee\*

In Korea computer programs are mainly protected by the Computer Programs Protection Act, even though listed as a protectable subject matter of copyright law. So computer programs are protected by *sui generis* legislation. But the contents of the Computer Programs Protection Act are similar to those of copyright law: the protection of computer programs is based on the mere fact of creation (automatic protection), and registration is not a necessary prerequisite. The term of protection is 50 years from the year following disclosure. The Computer Programs Protection Act excludes Programming languages (characters, signs and a system thereof as a means to express a program), Rules (a specific convention on the usage of programming language in a specific program) and Algorithms (a method of combining instructions and commands in a program) from protection. Exclusion of Algorithms from protection reflects the idea/expression dichotomy.

Apart from being protected by the Computer Programs Protection Act, computer programs are also protected by the Patent Law. At first we protected computer programs which met the so-called Freeman-Walter-Abele test. But now we protected the Floppy Disk Claims and the computerized Method of Doing Business as in US and Japan. Even in Japan they regard the computer program as a thing itself. But the term of invention In Korea and Japan Patent Act is a little different from that of US. In Korea and Japan Patent Act the "INVENTION" means the highly advanced creation of technical ideas utilizing rules of nature. So I think computer programs are not inventions except those which are applied to some physical process or thing.

---

\* Professor, College of Law, Kyung Hee University

Even though Computer Programs are protectable subject matter, patent protection gives rise to many difficulties as described in the chapter 6 of *THE PATENT WARS* written by FRED WARSHOFKY.

And cumulative protection also gives rise to many difficulties and contradictions. Because copyright system and patent system are different in many aspects: the philosophy, the requirements, the term of protection, the effect-having block effect or not, and so on.

So adequate and appropriate system is needed. Even though we adopted the *sui generis* legislation, it is limited in form. Legislators have left a room which is filled by appropriate contents from the first. We have to seek the appropriate system. This paper recommends the modified SCPA Approach which is described in a *Manifesto* as a basic model. But this paper proposes the new act should replace the existing law, even though the *Manifesto* does not propose a new act should be a substitution of copyright and patent law.

Key words: computer program, software, Algorithm, the Computer Programs Protection Act, copyright law, patent law, software patent, *sui generis* regime, *sui generis* form of legal protection