

동시에 한사람의 이용자만 접근할 수 있도록 하는 것은 디지털화의 의미를 상실케 하는 것이라 볼 수 있다.

다섯째, 제28조 제3항은 신설된 조항으로써, '도서관 등은 제2항의 규정에 의한 도서 등의 복제, 전송을 함에 있어 디지털 형태 도서 등이 판매되고 있는 경우 당해 도서 등을 디지털 형태로 복제할 수 없다는 규정이다. 이것은 디지털화하려는 도서가 현재 디지털 형태로 판매되고 있을 경우 도서관에서 이 자료를 디지털 형태로 만들 수 없다는 것으로써 현재 유통되고 있는 디지털 저작물에 대한 저작자의 권리를 보호하는 차원에서 신설된 것이라 할 수 있다.

여섯째, 제28조 제4항으로써, 디지털 형태로 복제·전송하는 경우, 도서관등이 권리침해를 방지하는 조치를 하여야 한다는 규정이다. 이는 앞서 언급한 바 있는 저작권법 시행령 제3조의 2에 언급된 조치를 말하는 것이라 할 수 있다. 보존자료의 디지털화도 많은 예산과 인력이 필요한 시점에서, 권리침해방지조치에 드는 예산까지 추가된다면, 도서관 자료의 디지털화는 현실적으로 매우 어렵게 될 수 있다. 따라서 저작권법 시행령의 제3조의 2 권리보호에 필요한 조치 중 제2항, 법에 의하여 보호되는 권리의 침해를 예방하기 위한 직원교육과 제3항, 컴퓨터 등에 경고표지의 부착 등, 직접적인 예산이 소요되지 않는 부분을 우선시하여 권리침해방지 조치를 하도록 되어야 할 것이다.

다시 또 요약하자면, 이제 이용자들은 사서로부터 디지털 복제물을 네트워크를 통해서 뿐만 아니라, 도서관에 직접 방문하더라도 제공받지 못하게 되었다. 또한 도서관에 오면 우리 도서관에 없는 디지털 저작물을 다른 도서관으로부터 전송받아 볼 수 있었지만, 이젠 집에서 커닝 그 자료를 보기 위해 해당 도서관까지 직접 가야하는 것이다. 또한 도서관 내에서 디지털 자료를 화면으로 보는 것조차도 다른 한 명의 이용자가 보고 있다면 기다려야 하는 상황이 발생한 것이다.

7. 도서관 면책 조항에 대한 사려 깊은 법개정을 위한 제안

왜 도서관 면책규정은 지속적으로 위축되어가고 있는 것인가? 아마도 도서관이 모든 저작물을 저작권자의 허락을 받지 않고 디지털화하여 모든 국민에게 전송할 수 있게 되어 결국 전국적으로 팔릴 수 있는 책의 수란 단지 한권에 불과할 것이라는 극단적인 상황을 가정한 입법 결과라고 볼 수 있다. 만일 이러한 상황이 벌어진다면 이야말로 문화발전에 해악을 미치는 첫째 요인이 될 것이다. 왜냐하면 근대 이후의 도서관은 저작물을 정당한 가격으로 구입함으로써 저작물의 창작 및 생산의 활성화를 유도하고, 구입한 저작물을 공중에 이용시켜 잠재적 창작자들을 만들어냄으로써 문화향상발전에 핵심적인 역할을 했기 때문이다. 따라서 앞서 가정한 상황이 현실화된다면 결국 정보의 생산자, 이용자, 사회 모두에게 크나큰 피해를 줄 것이다.

그러나 현재(또는 앞으로는 더욱더) 도서관의 디지털화 작업은 대체로 정상적인 유통시장을 통하여 구입할 수 있는 자료에 대하여 이루어지고 있지 않다. 즉, 정상적인 유통경로를

통하여 구입할 수 없는 자료들로서 공공기관에서 발행한 보고서, 학위논문 등 비영리적인 목적으로 발간된 자료들이 디지털화의 대상이라고 할 수 있다. 따라서 위와 같은 극단적인 상황을 피하기 위해서 법은 자료의 유형을 구별하여 디지털화의 허용여부 및 면책사항을 적용할 필요가 있다.

공적자금을 이용하여 생산한 공공기관의 저작물일 경우 각 도서관마다 자체적으로 디지털화하여 서비스한다면 이것은 국가적 차원에서의 낭비라고 할 수 있다. 따라서 이와같은 자료는 공공기능을 담당하는 도서관들이 차별적으로 디지털화하여 도서관간의 전송이 가능하도록 해야 할 것이다.

동시이용자의 수를 도서관 소장 부수로 제한하는 것 또한 같은 맥락에서 생각해 볼 수 있다. 만일 매우 영리적인 목적으로 출간된 그리고 현재 유통시장에서 구입할 수 있는 도서를 도서관이 디지털화하여 아무런 제약없이 이용시키는 것은 저작자에게 상당한 피해를 줄 수 있다. 따라서 이와 같은 자료에 대해서는 동시이용자수를 제한시킬 필요가 있다. 그러나 앞서 언급한 공공기관의 저작물 등 비영리적 목적으로 널리 유포시킬 것을 염두에 두고 작성된 저작물에 대해서도 동시이용자수를 소장된 도서의 부수로 제한시키는 것은 합리적이지 못하다. 과연 그러한 자료가 동시에 네트워크상에서 이용된다고 하더라도 그게 누구에게 피해를 줄 것인가? 또한 도서관에서 자체적으로 디지털화하지 않고 출판사 혹은 데이터베이스 회사에서 제작한 디지털 저작물은 28조에서 규정하지 않더라도 너무도 당연히 동시이용자수에 따라 차별화된 가격책정을 할 것이다. 이것은 법으로 규율하지 않더라도 디지털 저작물 공급자들이 너무나 잘 알아서 할 것이다.

많은 도서관에서 디지털화의 대상으로 삼고 있는 정기간행물의 경우에 대해서 생각해 보자. 정확한 조사결과는 없지만, 각 도서관이 소장하고 있는 정기간행물을 디지털화하는 경우는 앞으로 매우 적어질 것이다. 왜냐하면 DBPIA, 한국학술정보 등 이미 한국에서 발행된 정기간행물을 웹데이터베이스로 제작하여 이것을 도서관에 라이선스 체결방식으로 제공하고 있는 실정이다. 따라서 도서관은 자체적으로 소장하고 있는 정기간행물을 디지털화하기보다는 웹데이터베이스를 구독하는 방향으로 나아갈 것이다. 따라서 저작권법은 도서관의 디지털화를 막고 도서관간 전송을 금지하는 규정에 주목할 것이 아니라 위와 같은 웹데이터베이스의 라이선스 체결시 공정한 이용을 보장받을 수 있도록 법조항을 개정해야 할 것이다. 즉, 복제의 의도가 없는 비영리적이고 학술적인 목적으로 이루어지는 관외 전송 등이 라이선스 체결의 조건이 되지 않도록 하는 규정을 마련할 필요가 있다.

일부에서는 도서관예산 증액을 통하여 저작권 문제를 해결해야한다는 의견도 있다. 한편으로는 이것이 매우 명쾌한 해결방안이라는 생각도 든다. 도서관 예산을 대폭 증가시켜 동시이용자수에 대한 비용, 관외전송에 대한 비용, 복제에 대한 비용, 도서관간 전송에 대한 비용을 모두 도서관이 지불할 수 있다면 이용자와 특히 정보제공업자들에게 큰 이익이 될 것이다. 그러나 만일 도서관이 공정한 이용에 대한 비용까지 부담하게 된다면, 결국 도서관에서 구입할 수 있는 정보의 양은 그만큼 적어지고 따라서 이용자들이 접근할 수 있는 정보의 양도 그만큼 줄어들게 된다. 이러한 해결방안은 조심스럽게 적용하지 않는다면, 즉 공정

참고문헌

김태훈. 2000. 개정 저작권법 해설. 저작권 강연회. 저작권심의조정위원회. 3. 30.

오승종, 이해완. 2000. 저작권법. 서울 : 박영사.

이순이. 1997. 문화창작물의 공적영역과 저작권법 : 공적영역 지형의 변화를 중심으로. 서울 : 서강대학교 대학원. 석사학위논문.

이순자. 1988. 저작권 보호와 도서관에서의 저작물 공정사용에 관한 연구. 서울 : 연세대학교 대학원. 박사학위논문.

임원선. 1997. 디지털 네트워크 환경과 저작권 정책. 1997년도 정보관리강좌 "디지털저작물과 저작권문제"

임원선. 1999. 미국의 디지털 밀레니엄 저작권법에 대한 해설. 저작권 47, 14-26 pp.

천호선. 2002. 저작권법중개정법률안 검토보고서. 문화관광위원회.

한승현. 1994. 정보화시대의 저작권. 서울 : 나남출판.

황찬현. 1996. 전자도서관과 저작권. 국회도서관보, (<http://www.nanet.go.kr/nal/3/3-1-4/nal96123.htm>, 2000. 9. 30)

Burk, Dan L. & Julie Cohen. 2000. Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems. (<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/tprcfairuseinfra.pdf>, 2002. 5. 1)

Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Infrastructure. 2000. The Digital Dilemma : Intellectual Property in the Information Age. Washington D.C. : National Academy Press. (http://books.nap.edu/html/digital_dilemma/exec_summ.html, 2000. 10. 2)

Lesk, Michael. 2000. 디지털 도서관. 김태수 외 공역. 서울 : 사이텍미디어.

Lessig, Lawrence. 2002. 코드 : 사이버 공간의 법이론. 김정오 역. 서울 : 나남출판.

Litman, Jessica. 1994. The Exclusive Right to Read. CARDOZO Arts & Entertainment Law Journal 13: 40.

Patterson, L. Ray. 1993. Copyright and "the Exclusive Right of Authors". *Journal of Intellectual Property Law*, 1(1) (<http://www.lawsch.uga.edu/~jipl/vol1/patterson.html#public>, 2000. 10. 20)

Price, Derek de Solla. 1994. 과학커뮤니케이션론. 남태우, 정준민 역, 서울 : 민음사.

컴퓨터 프로그램을 보호하는 법적 장치들

- 그 내용과 문제점

남희섭*

컴퓨터 프로그램¹⁾이 지적재산권에 의해 법률적으로 보호된다는 사실을 모르는 사람은 아마 없을 것이다. 매년 실시되는 소위, '불법 소프트웨어 단속'은 이러한 인식을 사회적으로 확산시키는 데에 큰 공헌을 했다. 원래 프로그램은 컴퓨터라는 하드웨어에 끼워서 팔리는 부품에 불과했다. 그러나, 1969년 미국에서 IBM이 컴퓨터와 프로그램을 따로 판매하는 가격 분리정책(unbundling policy)을 채택하여 프로그램에 별도의 가격을 매기기 시작하면서 독자적인 상품으로 인식되었고 소프트웨어의 법적 보호에 대한 논의가 활발하게 전개되었다. 컴퓨터 산업 초창기에 프로그램은 주로 기술적인 방법이나 계약 또는 영업비밀(trade secret)로 보호되었는데, 70년대 후반 들어 컴퓨터의 보급이 확대되고 프로그램 시장이 커지면서, 점차 저작권에 의해 보호에 의존하기 시작했다. 80년초 미국을 중심으로 프로그램의 특허성을 인정하기 시작했고, 90년대 후반 들어 프로그램의 특허권 보호가 강화되고 세계적으로 확산되면서 프로그램 보호의 중심은 특허로 옮겨가고 있다.

프로그램을 보호하는 이러한 법률들은 프로그램의 문화·예술적 표현을 보호하는 것, 프로그램의 기술·산업적 표현을 보호하는 것, 프로그램의 포장(마크)을 보호하는 것이 있다. 프로그램의 표현²⁾은 저작권, 특허권, 영업비밀에 의한 보호 논의의 대상이 되고, 포장은 상표권에 의해 보호될 수 있다. 저작권과 특허권이 프로그램을 보호하는 방식과 영업비밀의 보호방식은 정반대이다. 저작권과 특허권은 프로그램의 내용이 공개되어야 보호가 되지만, 영업비밀은 프로그램의 내용이 비밀로 유지되어야 보호될 수 있다. 저작권과 특허권에 의한 프로그램 보호는 프로그램을 창작한 자와 프로그램의 생산자에게 독점적인 권리를 인정하고 타인이 무단으로 그 프로그램을 생산하거나, 복제하는 행위와 이용하는 행위를 금지하는 것

* 정보공유연대 IPLeft 활동가, 변리사

- 1) 컴퓨터프로그램보호법상 "소프트웨어"는 '프로그램' 뿐만 아니라 프로그램을 작성하기 위한 '설계도, 흐름도' 등을 포함하는데, 이 글에서는 소프트웨어를 프로그램과 같은 좁은 의미로 사용한다.
- 2) 저작권이 표현을 보호하는 데에 비해 특허권은 아이디어 그 자체를 보호한다고 믿는 것은 잘못된 것이다. 저작권이 프로그램의 창작적 표현을 보호하는 것은 분명하지만, 특허법은 어느 정도의 추상성과 구체성을 가진 기술적 표현(또는 사상)을 보호대상으로 한다. 요컨대, 기술적 표현이나 사상은 어느 정도의 구체성을 가져야 하고 순수한 아이디어를 지칭하지는 않는다. 따라서, 동일한 기술적 아이디어에 대해 그것을 구현하는 구체적인 수단(즉, 기술적 표현)이 다르면, 별개로 특허를 받을 수 있고, 이 두 특허는 서로에게 영향을 주지 않고 독립적이어야 한다. 물론, 특허권의 권리범위를 해석하고 권리를 행사할 때 아이디어에까지 권리가 미칠 수는 있지만 이것은 다른 차원의 문제이다.

을 골자로 한다.

이 글은 프로그램을 보호하는 법률들을 현행 저작권(프로그램보호법)과 특허법을 중심으로 살펴보고, 그 문제점에 대해서는 특허법에 의해 프로그램을 보호할 때의 프로그램 개발자들 사이의 문제와 현행 프로그램 보호법을 온라인 환경에 적용했을 때의 사적 복제와 온라인 유통의 문제를 살펴보고 프로그램의 법률적 보호를 위한 집행과 처벌의 문제점에 대해 간략한다.

I. 법률에 의한 프로그램 보호와 그 내용

1. 계약에 의한 보호

일반적으로, 계약에 의한 보호는 프로그램을 공급하는 자와 사용자 사이의 프로그램의 사용허락 계약 특히, 포장약관(shrinkwrap license)를 중심으로 이야기된다. 포장약관은 사용자가 소프트웨어의 포장을 개봉하는 행위로 인해 소프트웨어의 공급자가 제시한 사용조건이 소프트웨어 사용허락 계약으로 성립하느냐의 문제이다. 소프트웨어 공급자가 포장 계약을 선호하게 된 동기는 1) 공급자의 재산권 보호, 2) 소프트웨어 사용권의 허락, 3) 최종사용자의 권리 제한 등이 있는데, 앞의 두 목적은 다른 법률(특허법이나 프로그램보호법)에 의해 실현이 가능하므로, 지금은 최종사용자의 권리 제한 목적이 중심과제이다³⁾. 문제는 포장약관으로 정한 사용자의 권리 제한이 효력이 있느냐에 있는데, 예컨대, 포장약관에서 어떠한 형태의 복제도 금지하는 계약내용이나 리버스 엔지니어링을 금지하는 조항, 또는 사용기종 사용대수를 한정하는 조항이 유효하게 성립한 계약 내용이라고 볼 것인가가 문제이다. 다른 법률 예컨대, 프로그램보호법에서 허용하고 있는 복제나 리버스 엔지니어링을 포장약관에서 금지하는 조항은 효력이 없다고 볼 가능성이 많고, 당사자에게 일방적으로 불리하게 사용기종이나 대수를 제한하는 것은 약관규제법에 의해 그 효력이 인정되지 않을 경우가 많을 것이다. 이와 같이, 계약에 의한 보호는 사용자에게 대해서도 그 한계가 많을 뿐만 아니라, 근본적으로 계약 당사자가 아닌 제3자에 대해서는 계약일반의 원칙상 적용될 여지가 없기 때문에, 저작권법이나 특허법과 같은 지적재산권 제도에 의한 프로그램 보호에 주로 의존하게 된다.

2. 영업비밀에 의한 보호

프로그램의 내용이 공개되지 않는 한 영업비밀로서 보호될 수 있는데, 우리나라는 1991. 12. 31. 부정경쟁방지법을 개정하여 영업비밀에 대한 보호규정을 신설하여 이 법에 의해 프로그램의 미공개정보가 일정한 요건 하에 영업비밀로서 보호될 수 있게 되었다. 영업비밀은 프로그램보호법과 달리 '표현'만을 보호하지 않기 때문에, 프로그램의 아이디어에 해당하는 부분도 부정경쟁방지법에 의해 보호를 받을 수 있다. 예를 들어서, 타사의 소프트웨어의 목

3) 황찬현, 'shrinkwrap 계약' 2001.

적코드를 리버스 엔지니어링하는 방법에 의해 별개의 프로그램을 만드는 과정에서 원프로그램의 개발에 관여하였던 종원업을 채용하여 경쟁회사가 개발한 기술을 부정사용하는 경우에는 영업비밀 침해가 될 수 있다⁴⁾. 영업비밀은 말 그대로 그 내용이 비밀로 유지되어야 함을 요건으로 하기 때문에, 예컨대 제품으로 판매되는 프로그램의 목적 코드는 영업비밀로 보호되기 힘들지만, 소스 코드는 영업비밀로서 부정경쟁방지법에 의해 보호될 수 있을 것이다.

3. 상표에 의한 보호

프로그램이 일반인에게 대량으로 지속적으로 판매되는 패키지 프로그램이나 게임 소프트웨어의 경우에는 프로그램의 '표지'를 상표법에 의해 보호받을 실익은 생각할 수 있다. 그러나, 상표법은 상품의 내용을 보호하는 것이 아니기 때문에, 저작권법이나 특허법과 차원이 다르고 간접적인 보호에 그친다.

4. 저작권에 의한 보호⁵⁾

저작권법 제4조1항9호에서 '컴퓨터 프로그램'을 저작권법에서 말하는 저작물의 하나로 예시하면서, 2항에서 '컴퓨터 프로그램 저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다'고 하여 컴퓨터프로그램 보호법이 적용될 것을 예정하고 있다.

한편, 미국을 위시한 대부분의 국가는 프로그램을 저작권법으로 보호하고 있다. 예컨대, 미국의 경우 1979년 의회 위원회(National Commission of New Technological Uses of Copyrighted Works)의 최종보고서(CONTU 최종 보고서)에서 저작권법을 개정하여 컴퓨터 프로그램을 보호하도록 제안하였고, 이 제안을 전적으로 수용하여 1980년 12월 12일 저작권법을 개정하였다. 프로그램의 저작권 보호에 대해서는 별도의 법률(sui generis system)이 바람직하다는 주장이 많이 제기되었는데, 그 이유는 대부분 프로그램과 전통적 저작물과의 차이점 때문이다. 예컨대, Hershey는 컴퓨터 프로그램은 음악저작물이나 영상저작물과 달리 프로그램은 사람과 소통하는 것이 아니라 컴퓨터라는 기계와 소통하는 것이기 때문에 저작권법에 의한 보호에 반대하고, Nimmer 교수는 전통적 저작물을 출력물로 생산하는 프로그램에 대해서만 저작권 보호가 적용되어야 한다고 주장한다. 예컨대, 비디오 게임을 실행하는 프로그램은 그 출력물이 시청각 저작물이므로 저작권에 의해 보호될 수 있다고 한다⁶⁾. 한편, 프로그램 보호를 위한 별도의 법률을 주장했던 Samuelson 교수는 프로그램은 그것을 구성하는 요소가 텍스트로 되어 있기는 하지만, 어문저작물에 가깝다기 보다는 오히려 기계와 동일시할 수 있고⁷⁾, 프로그램의 가장 큰 가치는 그것의 텍스트에 있는 것이 아니라 프로그

4) 오승중, 이해완 공저, 「저작권법」 박영사(2000) 599면 참조.

5) 컴퓨터 프로그램의 저작권 보호에 대한 정책적·이론적 함의에 대해서는 「우지숙, '컴퓨터 프로그램에 대한 저작권 보호의 타당성: 미국의 판례를 중심으로', 한국정보법학회 제10회 세미나 발표 논문 (<http://www.kafil.or.kr/seminar/10-2.PDF>)」 참조.

6) CONTU 최종 보고서(1979년).

7) Samuelson 교수는 프로그램은 기계와 교환가능하다고 하면서, 프로그램의 행동(bahavior)들은 트랜지스터, OR 게이트, AND 게이트와 같은 기본적인 소자들로 이루어진 기계에 의해 정확히 복제될 수 있다

램이 하는 행동이 있다고 보았다.

5. 프로그램보호법에 의한 보호

우리나라는 컴퓨터 소프트웨어를 저작권의 일종으로 보호해 주기로 입법을 확정하고 1986년 12월 31일에 법률 제3920호로 컴퓨터프로그램보호법을 제정하여 1987년 7월 1일부터 시행하고 있다. 프로그램 보호법이 제정된 데에는 미국의 압력이 크게 작용했다. 미국은 1983년 한미공업소유권회담에서 미국의 지적소유권보호를 우리에게 요구한 이래 각종 회의를 통해 지속적으로 보호를 요구하였고 해적행위를 하는 국가에 대해서는 1984년의 미국 통상법 제301조를 근거로 수입규제·관세부과 등의 경고를 하면서 강력한 압력을 가해왔다. 1985년 12월 9일 개최된 한미통상협상실무회의에서 우리나라는 미국측의 안을 대폭 수용하여 1986년 7월 제301조 합의문안을 작성하게 된다. 이 합의문에 컴퓨터 프로그램 보호에 관한 내용이 포함되어 있었다⁸⁾.

가. 권리의 주체와 보호의 대상

프로그램 저작권은 프로그램을 창작한 자가 가진다. 한편, 프로그램보호법 제7조는 '업무상 창작한 프로그램에 대해서는 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 법인이 저작자가 될 수 있도록 규정하고 있다⁹⁾.

프로그램보호법에서 보호하는 프로그램은 컴퓨터와 같은 정보 처리 능력을 가진 장치에 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말하고(법 제2조), 프로그램 언어나 프로그램 인터페이스나 프로토콜은 제외되며(법 제4조), 알고리즘(해법)은 보호대상이 아니다. 프로그램이 창작물이란 의미는 '표현'에 창작성이 있을 것을 요하므로 아이디어에만 창작성이 있는 것은 제외되며, 타인의 것을 모방하지 않은 최소한의 독창성으로 충분할 것이지만 프로그램이 기능적 저작물이라는 특성을 감안한 창작성의 판단은 필요하다.

프로그램보호법에 의해 프로그램을 보호받는 데에는 어떠한 절차나 방식도 필요하지 않으며 창작에 의해 그 권리가 발생하고(법 제7조2항), 전세계적으로 보호가 가능하다. 프로그램 저작권은 공표된 다음 연도부터 50년간 존속한다(법 제7조3항). 프로그램을 등록하면, 프로그램 저작권에 변동이 생긴 경우(예컨대, 이전된 경우) 제3자에게 대항할 수 있는 효과가 생긴다(법 제21조).

나. 보호의 범위

프로그램의 보호 범위는 프로그램의 유형¹⁰⁾에 따라 어떤 형태의 프로그램이 보호 대상이

고 한다.

8) 이상정, 「컴퓨터 프로그램보호법의 성립 경위와 전망 - 타법과의 관계를 고려하여」 정보법학회 제3차 학술심포지엄 발표자료.

9) 이 규정은 깊이있는 논의없이 외국법을 수용한 것으로, 저작권은 원래 창작자에게 귀속된다는 '창작자 원칙'에 어긋난다.

10) 예컨대, 목적 코드(object code) 형태의 프로그램, 원시 코드(source code) 형태의 프로그램, 응용 프

되느냐에 관한 1세대 논의¹¹⁾에서부터, 저작권이 보호하는 것은 어디까지나 '표현(expression)'이지 '아이디어(idea)'가 아니라는 소위, '아이디어-표현 이분법'이란 원칙을 프로그램에 대해 어디까지 적용하여 프로그램을 보호할 것인가의 2세대 논의가 있다. 2세대 논의는 1세대 논의와 달리 문언적으로 표현되지 않은 부분의 어디까지를 저작권으로 보호할 것인가 하는 것이다. 즉, 컴퓨터 프로그램에 대해서도 아이디어-표현 이분법이 적용되는 것은 원칙이지만, 구체적인 사안에서 어떤 프로그램이, 또는 프로그램의 어떤 부분이 보호받을 수 없는 아이디어에 해당하느냐 하는 것이다. 이 문제는 명확하게 결론을 내리기 힘든 매우 어려운 사안이다. 생각건대, 2세대 논의는 저작권법이 원래 보호하려고 했던 대상(즉, 표현)과 프로그램을 법률로 보호하고자 했을 때 의도했던 것(예컨대, 프로그램의 기능) 사이의 괴리를 저작권법의 해석론으로 해결하려고 하기 때문에, 그 결론이 쉽지 않다고 보인다.

우리 프로그램보호법에서는 알고리즘은 보호대상에서 제외된다고 선언하고 있다. 그러나, 알고리즘의 표현을 보호하는 데에도 그 표현에는 문언적 표현뿐만 아니라 제한적인 범위 내에서 비문언적 표현도 포함된다고 해석하기 때문에, 보호되는 비문언적 표현의 범위와 한계에 관한 논란이 있는데, 이에 관해서는 미국 판례법에서 발전된 여러 이론들¹²⁾이 존재한다.

다. 권리의 내용과 제한

현행 컴퓨터프로그램보호법에 따르면, 프로그램 저작자는 프로그램 저작권재산권과 프로그램 저작인격권(공표권, 성명표시권, 동일성유지권)을 가진다. 프로그램 저작권재산권은 복제권(프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작할 권리), 개

그램과 운영체제 프로그램, ROM에 저장된 프로그램.

11) 1970년대와 1980년 초반에 주로 이러한 논의들이 전개되었다. 사람이 읽을 수 있는 형태 즉, 원시코드로 된 프로그램은 보통의 어문저작물과 유사하기 때문에, 저작권 보호 대상이 된다는 점에는 큰 논란이 없었지만, 기계만 읽을 수 있는 목적 코드의 보호 문제는 약간의 논란이 있었다. 이 논의는, 목적 코드로 된 원시 코드를 단지 기계적인 과정에 의하여 번역한 것에 불과하여 원시 코드와 동일성을 가지는 복제물로 보아, 원시 코드에 대해 저작권을 인정하는 이상 목적 코드에 대해서도 저작권을 인정하는 것이 타당하다는 쪽으로 결론이 났다. TRIPs 협정에서도 목적 코드도 프로그램으로서 보호를 받아야 한다고 규정하고 있다. 운영체제도 그것이 응용 프로그램과 달리 오로지 컴퓨터의 작동을 통제하기 위한 기능을 한다는 점과 관계없이 아이디어의 표현에 해당하는한 저작권법의 보호 대상이 된다고 본다.

12) 예컨대, 반복이론(iterative theory; 이것은 번역의 경우를 제외하고는 비문언적 표현의 보호를 전혀 보호하지 않는 결론에 이른다), 구조·순서·조직이론(structure, sequence and organization; 저작물의 목적 또는 기능은 그 작품의 아이디어에 해당하고 목적이나 기능이 필요하지 않은 나머지 모든 것들은 아이디어의 표현인데, 컴퓨터 프로그램의 저작권 보호는 프로그램 코드의 문자에 의한 표현을 넘어 그 구조, 처리의 흐름, 구성에까지 미친다고 본다. 비문언적 표현의 보호범위를 상당히 넓게 확장하여 사실상 아이디어나 해법까지 표현의 범주에 포함시킨 것으로 생각할 수 있다.), 외관이론(look and feel 또는 total concept and feel test; 프로그램의 실질적 유사성 판단의 기준으로서 프로그래밍의 각 구성단계를 비교하지 않고 저작물의 전체적 관념과 미감 또는 외관이 실질적으로 유사한가를 기준으로 삼는 이론), 연속여과이론(successive filtering test; 앞의 이론들의 단점을 보완하기 위해 Nimmer 교수 등이 주장한 이론으로서, 여과의 대상에서 효율성의 고려에 의해 지배되는 요소와 외적인 요인에 의하여 지배되는 요소들을 비교적 넓게 포함하고 있다. 비문언적 표현을 보호하는 원칙을 견지하면서도 기능적 요소들을 정확하게 분별하여 여과한다는 점에서 이 이론은 상당히 중립적이고 합리적인 이론이라고 할 수 있다. 미국에서 가장 유력한 이론이고 보편화된 이론으로 자리잡아 최근까지의 많은 판례에서 이것을 기준으로 채택하고 있다. 이상, 「오승중·이해완 '저작권법' 박영사(2000) 637-643면」 참조.

작·번역권(원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당한 부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작할 권리), 배포권(원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 양도 또는 대여할 권리), 발행권(공중의 수요에 응하기 위하여 프로그램을 복제·배포할 권리), 전송권¹³⁾(공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선 통신의 방법으로 프로그램을 송신하거나 이용에 제공할 권리) 등을 그 내용으로 한다.

프로그램 저작권자는 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 대해서도 권리를 행사할 수 있는데, 무력화 행위뿐만 아니라, 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하는 행위와, 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하는 행위도 금지된다(법제30조2항).

이러한 프로그램 저작권에는 일정한 제한이 있다. 즉, 재판을 위해 필요한 경우, 교육기관에서 교육을 담당하는 자가 프로그램의 종류, 용도, 전체 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중, 복제의 부수 및 특성에 비추어 프로그램 저작권자의 이익을 부당하게 해치지 아니하는 범위 안에서 수업과정에서 제공할 목적으로 프로그램을 복제·사용하는 경우, 초·중·고등학교 교과용 도서에 게재하기 위한 경우, 학교의 입학시험 등에 관한 시험 또는 검증을 목적으로 하는 경우, 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사, 연구, 시험하는 경우 등 공익적 목적을 위해 필요한 경우뿐만 아니라, 가정과 같은 한정된 장소에서의 개인적 목적(여기서, 영리적 목적은 제외됨)으로 하는 경우에는 프로그램저작권자의 허락을 받지 않고 그 필요한 범위 안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 사용할 수 있다.

한편, 프로그램 저작물의 특수성에 의한 제한도 있는데, 프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위 안에서 당해 복제물을 복제할 수 있다. 또한, 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램저작권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램코드역분석을 할 수 있다(법제12조의 2).

프로그램 저작권을 침해한 자는 민사상 손해배상책임을 지며, 3년 이하의 징역이나 5천만원 이하 벌금의 형사상 처벌을 받을 수 있다. 프로그램저작권자가 침해를 주장하기 위해서는 침해자가 자신의 프로그램에 접근했다는 사실과 베끼기가 없었다면 불가능할 정도의 유사성이 있다는 점을 입증해야 한다. 이러한 점에서 프로그램보호법은 저작권법과 마찬가지로 순수한 의미의 '모방 금지법'이라고 볼 수 있겠다. 한편, 프로그램저작권을 보호할 때에는 프로그램의 수렴성(즉, 프로그램은 달성하려고 하는 목적이 같으면 프로그램 언어의 제약, 효율적으로 이를 달성하기 위한 논리의 한계 등으로 인해 프로그램의 표현이 하나로 수렴되어 결국 프로그램이 유사하게 되는 것)을 고려해야 하고, 특허법과 달리 프로그램저작권법은

13) 1998. 12. 31. 개정법에 의하여 신설되었는데, 프로그램을 온라인 형태로 유통하는 것에 프로그램저작권자의 배타적인 재산권을 인정하였다는 점에서 의미가 있다.

기술 자체의 독점을 인정하기 위한 제도가 아니라 점 및 다른 소프트웨어나 하드웨어와의 호환성을 무시하고 프로그램을 작성할 수 없다는 현실을 고려해야 한다¹⁴⁾.

6. 특허에 의한 보호

프로그램이 특허로 보호받기 위해서는 우선 그 프로그램이 발명에 해당하여야 하고(이를 '발명의 성립성'이라 한다), 기존에 존재하던 프로그램과는 새로운 것이어야 하며, 기술적으로 진보된 것이어야 하고, 산업에 이용될 수 있어야 한다(이를 '특허요건'이라 한다). 특허권은 저작권과 달리 행정기관(특허청)에 자신의 발명 내용을 설명하는 서류(명세서)를 제출하여, 발명의 성립성과 특허요건에 만족되는지 특허청의 심사를 거쳐 통과해야 정식 권리로 등록된다. 프로그램을 특허받기 위한 서류인 명세서에는 소스 코드를 반드시 공개해야 하는 것은 아니며, 어떠한 문제 또는 과제를 해결하거나 달성하기 위한 처리 수순을 공개하는 것으로도 충분하다. 최근에는 프로그램이 기록되어 있는 매체(예컨대, 디스켓이나 CD-ROM)에 대해서도 특허가 인정되고 있다¹⁵⁾.

등록된 특허권은 출원된 날로부터 20년간 존속하며, 특허권자는 특허된 프로그램을 타인이 업(業)으로서¹⁶⁾ 생산, 사용, 수입하거나, 양도·대여하는 행위를 금지할 수 있는데, 그 권리는 등록된 국가에서만 효력이 있다. 특허권에도 일정한 제한이 있는데, 특허발명을 연구·시험하기 위한 경우 등에는 특허권이 미치지 아니한다.

특허법에 의한 프로그램의 보호 논의에는 프로그램이 과연 특허 대상이 되느냐가 가장 큰 쟁점이다¹⁷⁾. 이것은 소프트웨어를 특허로 보호했을 때 과연 기술 혁신에 도움이 될 것인가의 논의와도 연결된다¹⁸⁾. 유럽의 특허조약은 '컴퓨터 프로그램 그 자체'를 특허의 대상에서 제외하고 있다(EPC §52). 그러나, 컴퓨터 프로그램을 그것이 수행하는 기능을 중심으로 '방법'이나 '장치' 형태로 특허를 청구하면 특허권을 얻을 수 있다. 미국이나 일본, 우리 나라에서도 추상적인 아이디어나 순수한 수학적 해법이 아닌 '방법'이나 '장치' 형태로 작성된 컴퓨터 프로그램을 특허권의 대상으로 취급하는데, 이것은 주로 법원의 판결이나 각국 특허청의 심사기준에 의해 주도되고 있다.

14) 황희철 '컴퓨터프로그램보호법' - 정상조 편, '지적재산권법강의' 1997년 홍문사.

15) 발명 내용이 적혀 있는 종이나 책에 대해서는 특허가 인정되지 않는 점과 비교하면, 프로그램이 기록된 매체가 특허로 되는 것은 뭔가 논리가 필요하다. 프로그램이 기록된 매체는 단순한 인쇄물이 아니라, 컴퓨터라는 하드웨어를 작동시키는 기능적 결합 관계가 존재하기 때문이라고 주로 설명한다.

16) '업으로서'란 '사업으로서'란 뜻인데, 반드시 영리적인 목적으로 하는 경우에 한정되지는 않지만, 가정적·개인적 목적으로 제조하거나 사용하는 것은 여기에 해당되지 않는다 (요시후지, '특허법 개설'). 따라서, 프로그램의 개인 사용자는 특허권으로부터 자유롭다.

17) 이에 대해서는 즐고 '비즈니스 모델 특허, 무엇이 문제인가' 디지털은 자유다 이후출판사(2000) 180-193면 및 「정상조, '컴퓨터관련발명의 특허법적 보호와 문제점' 2000, 프로그램심의조정위원회 자료실」 참조.

18) 이에 대해서는 「League for Programming Freedom, 'Against Software Patents' <http://lpf.ai.mit.edu/index.html>」 및 「James Bessen and Eric Maskin, 'Intellectual Property on the Internet: What's Wrong with Conventional Wisdom?」과 「Sequential Innovation, Patents and Imitation', <http://www.researchoninnovation.org/online.htm>」 참조.

우리 특허법은 발명이란 '자연법칙을 이용한 기술적 창작'이라고 정의하고 있으므로, 발명의 성립성 문제에는 프로그램의 자연법칙 이용성이 문제된다. 최근 특허법원¹⁹⁾은 특허법상 발명이 되기 위해서는 '컴퓨터에서 소프트웨어에 의한 정보처리가 하드웨어 자원을 이용하여 구체적으로 실현되고 있어야 한다'는 점을 분명히 밝히고, 기존에 거론되던 '발명이 아닌 것'에 "기술적 가치가 없거나 극히 낮은 사항에 관한 단순한 기재"를 추가하여, 발명의 정의(자연법칙 이용성) 요건을 판단할 때, 기술적 특징이나 가치에 무게를 두도록 하였다. 이것은, 일본이나 유럽의 기준 등을 많이 고려한 것으로 보이기 때문에, 미국의 심사기준을 그대로 답습한 우리 특허청의 심사기준이 법적으로 어떻게 취급될 것인지 주목된다.

7. 국제조약상 프로그램 보호 규정

1970년대와 80년초반에 걸쳐 프로그램의 보호에 대한 강도 높은 논의가 있었는데, 이것은 주로 프로그램을 저작권으로 보호할 것인가 특허권으로 보호할 것인가 아니면 이의는 다른 별도의 보호체계가 필요한가에 있었다. WIPO의 파리동맹에서는 1971년 프로그램 보호에 관한 검토를 개시하여 1978년에는 국내입법을 위한 가이드라인으로서, '컴퓨터 소프트웨어의 보호에 관한 모델 규정'을 발표하였다. 이 모델 규정을 기초로 '컴퓨터 소프트웨어의 법적 보호에 관한 협정'을 기초하기 위한 전문가위원회가 1979년에 개최되었는데, 저작권에 의한 보호가 가능하다는 입장이 대부분이었고, 협정체결을 위한 검토는 유보하고, WIPO의 베른동맹과 유네스코의 합동에 의한 국제적 검토를 기다리기로 하였다²⁰⁾.

1985년 2월 25일-2월 1일 세계지적재산권기구(WIPO)와 유네스코(Unesco)가 공동으로 주최한 전문가 위원회에서는 프로그램을 저작권으로 보호하는 것이 가장 적합하다고 결론을 냈다. 여기서는 프로그램을 베른협약 제2(1)조에서 말하는 저작물(writing)과 프로그램이 기본적으로 다르지 않다는 것이 근거로 되었다.

한편, TRIPs 협정 제10(1)조는 '컴퓨터 프로그램은 그것이 원시코드이든 목적코드이든 베른협약(1971)상 어문저작물로서 보호된다고 하여 저작권법에 의한 프로그램의 보호를 가능하도록 하였고, TRIPs 협정 제27.1조에서는 '일정한 조건(27.2항 27.3항의 규정)에서, 특허는 물질이든 또는 방법이든 모든 기술 분야의 발명에 허용되어야 한다. 다만, 그 발명은 신규의 것이어야 하며, 진보적이어야 하고, 산업상 이용될 수 있어야 한다.... 특허는 허용되어야 하며 특허권은 발명 장소와 기술 분야에 차별을 두지 아니하고 제품이 수입된 것이든 현지에서 생산된 것이든 묻지 아니하고 향유되어야 한다'고 하여 특허에 의한 프로그램의 보호를 제외되지 않도록 하였다.

WIPO 저작권 조약 제4조는 '컴퓨터 프로그램은 베른협약 제2조에서 규정하는 어문저작물로서(as literary work)²¹⁾ 보호된다. 그 보호는 어떠한 표현 방식이나 형태의 컴퓨터 프로그램

19) 특허법원 2002. 3. 22 선고 2001허4586 판결.

20) 정진섭, 황희철;1995, 육법사, 418-419면 참조.

21) '어문저작물로서'라는 표현은 컴퓨터 프로그램의 성질에 비추어 가능한 모든 경우 어문저작물이 향유하는 보호수준을 컴퓨터 프로그램에도 그대로 부여한다는 의미이다(최경수; 2001, 236면).

에도 적용된다'고 규정한다. 베른협약은 저작물의 종류를 매우 구체적으로 열거하고 있는데, 이 정의 규정은 비록 예시적이기는 하지만, 컴퓨터 프로그램을 포함하고 있지 않다. 그 결과 컴퓨터 프로그램이 베른협약에서 말하는 '문학 예술 저작물'의 하나인지에 관하여 적지 않은 논쟁이 있었다. WIPO 저작권 조약은 이 문제의 대부분을 해결하고 있다[최경수: 2001, 316면 참조].

II. 법률에 의한 프로그램 보호의 문제점

1. 특허법에 의한 프로그램 보호의 문제점

특허권은 프로그램의 이용자에게는 직접 영향을 주지 않고(앞의 각주 13) 참조), 주로 개발자들 사이에 문제가 된다. 프로그램 개발자 입장에서 본다면, 특허법에 의한 프로그램 보호는 저작권에 의한 보호와 전혀 다른 차원의 문제를 제기한다. 왜냐하면, 특허권은 타인의 독자적인 창작을 허용하지 않기 때문이다²²⁾. 특허법은 가장 먼저 발명을 했거나 가장 먼저 출원한 1등만 기억할 뿐이다. 프레드 워쇼프스키가 제시하는 사례²³⁾를 보자. 지금은 당연하게 여기고 있지만, 컴퓨터 화면에 여러 개의 창을 띄워서 동시에 여러 프로그램을 실행하는 멀티태스킹은 엑스 윈도우(X Window) 시스템에 의해 가능한 것이다. 이 엑스 윈도우는 MIT 대학의 연구원들이 개발한 backing store 기술에 기반을 두고 있는데, 연구원들은 이것이 너무나 빠른 기술이라고 생각해서 이것을 출판물의 형태로 공개하지 않다가 이 기술을 어떻게 온-오프하는가에 관한 설명을 프로그래머용 매뉴얼로 발간했다. 그런데, 매뉴얼이 발간되기 일주일 전에 AT&T 사가 이것을 특허로 출원해서 결국 미국에서 특허²⁴⁾를 받았다. MIT 연구원들이 그 기술을 먼저 발명했다는 것을 문서로 입증하지 못하면 AT&T로부터 그 기술의 사용을 금지당하게 생겼고, MIT로부터 소프트웨어를 제공받아 사용중인 수십 개의 컴퓨터 회사들이 특허침해소송에 휘말릴 처지가 되었다. 그러나, 저작권에서는 이런 문제가 생기지 않는다. 왜냐하면, 저작권자는 타인의 독자적인 창작에 대해서는 권리 행사를 할 수 없기 때문이다. 즉, 2개의 프로그램 사이에 실제로 유사성이 있더라도, 침해자가 프로그램 저작물에 접근했다는 사실을 저작권자가 입증한 경우에만 권리 행사를 할 수 있다. 그러나, 특허권은 프로그램을 독자적으로 창작했는지를 불문하고 동일한 프로그램에 대해 무제한적으로 적용될 수 있다.

프로그램 특허의 또 다른 문제점은 그것의 보호범위에 있다. 특허권은 어떤 아이디어의 기술적 실현(technical application)에 대해 부여되는데(앞의 각주 2) 참조), 기계나 하드웨어

22) 이와는 정반대로, 특허권의 이러한 점은 소프트웨어를 특허로 보호할 때의 장점이라고 설명하기도 한다. 예컨대, Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law*, 3rd Edition, Lexis Publication (1999) 110면, "The Advantage of patent protection is that, unlike copyright law, whose threshold of protection is originality, patent protects its owner against all users and sellers of the patent invention, even independent discoverers."

23) 프레드 워쇼프스키 「특허전쟁」 특허청 특허분쟁연구회 옮김, 세종서적(1996) 223-224면.

24) 미국 특허 번호 4,555,775호

에 아이디어를 구현하는 것과 달리, 프로그램의 경우 프로그래밍 언어의 제약으로 개발자가 아이디어를 기술적으로 실현하는 것에 한계가 있다. 따라서, 후개발자가 선개발자의 특허권을 피해야면서 이와 비슷한 기능을 하는 프로그램을 짤다는 것은 거의 불가능에 가깝다.

2. 프로그램 보호법상 사적 복제의 허용 범위

현행 법률 상 프로그램을 사적으로 복제하는 것은 허용된다. 일종의 저작물의 자유이용 영역에 해당하는 것이다. 그런데, 이러한 사적복제를 어떻게 보느냐는 대립되는 2가지 시각이 있다. 하나는 사적복제란 침해 주장에 대한 방어에 불과한 소극적 권리일 뿐이며, 이러한 자유이용 영역을 허용하는 것은 저작권법이 권리자에게 부여한 권리(저작물의 복제를 통제할 배타적인 권리)나 경제적 이익을 사적 복제가 크게 훼손하지 않기 때문이라고 한다. 이와 반대쪽 입장은 사적인 복제와 같은 자유이용 영역은 특정한 상황에서 후개발자가 가지는 적극적인 권리라고 본다. 이들의 주장은 부분적으로 시장결함론(Market failure theory²⁵⁾)에 근거를 둔다. 즉, 저작권자에게 저작물의 사용 허락을 받기 위해 협상하는 데에 들어가는 거래 비용이 저작물의 사용 가치를 초과하는 상황에서는 자유이용과 같은 공정사용 영역을 확보하는 것이 저작물의 가치있는 사용을 촉진한다는 것이다. 이 보다 좀 더 진보적인 입장은 권리자를 쉽게 찾을 수 있고 그들과 사용허락을 위한 거래를 할 수 있는 경우에도 공정사용이 인정되어야 한다고 주장한다. 예컨대, 클릭(click)하는 행위만으로도 사용허락이 가능한 디지털 네트워크 환경에서 전통적인 시장결함론은 설득력이 약한 것은 사실이다. 만약, 사적 복제를 소극적인 권리라고 본다면 예컨대, 프로그램에 설치된 암호를 사적인 복제를 위해 해제하는 것은 불법이 될 수 있지만, 사적복제가 적극적인 권리라면 후개발자가 암호를 푸는 것은 정당한 권리가 될 수 있다.

어쨌든 프로그램보호법이 상정하고 있는 2가지의 목적 즉, 프로그램 저작자의 권리를 보호하는 것과 프로그램 저작물의 이용을 도모하고 기술을 진흥하는 것(프로그램 보호법 제1조)을 조화시키는 데에 사적복제와 같은 자유이용 영역이 중요한 다리 역할을 한다는 것은 틀림이 없다. 다만, 프로그램은 기능적 저작물이기 때문에, 예술·문학적 저작물에 비해 자유이용 영역을 더 넓게 확보할 필요성은 존재한다.

컴퓨터 프로그램의 사적 복제를 우선, 프로그램의 합법적인 사용자가 프로그램을 가정에 있는 컴퓨터에 복제한 것을 사무실에서 사용하는 자신의 컴퓨터에 설치하는 것이 불법 복제라고 볼 수 있는지의 문제로 살펴보자? 프로그램을 구입한 사람은 이것이 책이나 음반과 같은 다른 저작물을 구입했을 때와 자신이 가지는 권리가 다르다는 사실을 알 것이다. 책이나 음반과 달리 프로그램을 구입한 자는 그 프로그램의 소유권을 가지는 것이 아니라 사용할 권리만 가진다. 흔히, 포장 약관(shrinkwrap license)이라는 것에 이것이 명시되어 있는데, 한글97 제품의 계약서에는 다음과 같이 적혀 있다. "이 계약은 (주)한글과컴퓨터와 사용자 사이의 법적인 사용 허가 계약으로서 매매 계약이 아닙니다. 사용자가 프로그램을 설치하는

25) 저작권법이 인위적으로 창설한 재산적 정보가 유통되는 시장에서 생길 수 있는 2가지 형태의 시장결함을 보완하는 도구가 공정사용이라는 이론.

것은 이 계약 내용에 대하여 동의함을 인정하는 것입니다. ... 이 소프트웨어의 개인 사용자는 이를 집과 사무실의 컴퓨터, 그리고 휴대용 컴퓨터에 설치할 수 있습니다. 그러나 동시에 두 곳에서 사용할 수 없습니다. 단지 한 집안에서 두 대 이상의 컴퓨터에 한 개의 제품을 설치하고 동시에 사용하는 것은 허용되나, 그 중 한 컴퓨터의 사용 점유율이 70% 이상이어야 합니다. 만약 다른 한 대의 컴퓨터가 전체 사용량 중 31% 이상이 되면 또 하나의 제품을 구입해야 합니다.” 이것을 책이란 저작물에 적용해보자. 책의 표지에 다음과 같이 적혀 있다. 『이 책의 표지를 열어 보는 사람은 다음의 계약 내용에 대해 동의하는 것입니다. 이 책을 산 사람은 책을 읽을 권리만 있으며, 집에서 책을 읽든 사무실에서 책을 읽든 자유이지만 어느 한 곳에서만 책을 읽어야 합니다. 그리고, 집에서 책을 읽을 때에도 거실에서 70분을 읽으면 방에서는 30분 이상 읽을 수 없으며 만약 방에서도 31분 이상 책을 읽고 싶으면 다시 한권의 책을 더 사야 합니다.』 이런 계약 내용이 적힌 책을 본다면 얼마나 어이없어할까? 그러나, 프로그램에 대해서는 좀 다르게 받아들인다. 현행 프로그램보호법은 '가정과 같은 한정된 장소에서의 사적 복제'만 허용하고 있기 때문에, 사무실의 컴퓨터와 집에서 사용하는 컴퓨터에 각각 복제하는 행위는 프로그램 저작권의 침해가 될 가능성이 높다²⁶⁾.

책과는 달리 프로그램에 대해서는 왜 이렇게 규제될까? 그것은 바로 '복제'에 있다. 프로그램의 사용에는 필연적으로 복제가 수반된다. 프로그램을 사용하기 위해서는 그것을 어느 컴퓨터의 저장장치에 복제하지 않으면 안된다²⁷⁾. 이러한 이유로 사적 복제를 허용하는 규정 자체를 삭제하는 주장이나, 노트북 컴퓨터의 경우 이를 개인 목적으로 사용하더라도 이를 항상 휴대하고 다니면서 사용할 경우에는 '가정과 같은 한정된 장소'의 개념에 포함되지 않으므로 저작권 제한사유의 적용대상에서 제외하여야 한다는 주장이 제기되기도 한다.

사적복제의 문제를 온라인은 통한 프로그램의 유통 문제로 확대하여 생각해보면, 문제는 더 어려워진다. 사실, 저작물의 온라인 유통이 가능해지면서, 저작물의 사적 이용과 침해적 이용 사이의 경계가 붕괴되고 있다. NII 백서는 저작물이 컴퓨터의 RAM에 일시적으로 저장되는 것도 그것이 허락을 받지 않거나 정당한 사용에 해당하지 않으면 저작권의 침해를 구성한다는 입장을 채택하였다. 반면에 저작권 보호에 대한 최소주의자들(Minimalists)은 인쇄 저작물 시장에 존재하고 있던 자유이용 영역이 사이버 공간에서도 그대로 유지되어야 한다고 주장한다. 여기서 말하는 자유이용 영역이란 저작물을 읽는 행위나 서점에서 책을 찾는 행위, 책이나 음반을 친구에게 빌려주는 행위, 도서관에서 책을 훑어보는 행위 등을 포함한다. 최소주의자들에 따르면, 인쇄 저작물에 대한 자유이용 영역에 대응되는 사이버공간상의 행위에까지 저작권을 확대하는 것은 저작권법이 전통적으로 추구해왔던 균형이 무너지고 저작권으로 인해 종래에는 생각하기 힘든 정도로 개인의 자유가 침해된다고 한다.

26) 이에 대해, 컴퓨터 프로그램을 구입한 개인이 그 소유권을 취득하지 못하고 사용권만 갖는 점을 감안하면, 이러한 장소의 한정된 정당한 사용권이 지나치게 제한된다는 비판론이 있다.

27) 물론, 서버 컴퓨터에 프로그램을 저장해 두고, 클라이언트가 서버에 접속하여 사용만하는 예컨대, ASP(Application Service Provider) 서비스의 경우에는 사정이 다르겠지만, 이때에도 접속 사용자의 수에 따라 프로그램의 가격 등이 결정되므로, 클라이언트 컴퓨터에 복제하는 만큼의 가격을 사용자가 지불하고 있다고 볼 수 있어서, 문제가 달라진다.

복제권을 중심으로 규정된 저작권법을 디지털 환경에 그대로 적용할 경우, 기본적인 저작물 사용 행위를 저작권자가 규제할 수 있게 된다는 최소주의자들의 우려는 부인하기 어려워 보인다. 한편으로는, 디지털 환경에서 저작물의 복제와 유통이 출판 시대와는 그 내용과 범위가 절대적으로 달라졌다는 점에서 현실 법률의 심각한 위기를 강조하는 입장도 수긍이 가는 측면이 많다. 그러나, 만약 저작물의 환경이 이렇게 변했다면, 복제 행위를 중심으로 한 이용자의 위치를 새로운 시각으로 자리매김할 필요성도 동시에 존재하는 것이다. 저작물의 복제가 거의 비용을 들이지 않고 무제한적으로 가능하고, 저작물의 일상적인 사용 행위에 저작권이 미칠 수 있다면, 사용자를 잠재적 침해 행위자로만 규정할 것이 아니라 정보 접근권이라고 하는 새로운 사회적·문화적 권리를 보장하기 위해 복제권이나 전송권의 개념을 다시 보아야 한다. 저작권이 태동하게 된 것이, 출판업자의 독점을 깨기 위해 저자(author)라는 개념을 생각해 냈다면, 디지털 환경에서는 저자의 지나친 권리 확대를 억제하기 위해 사용자의 권리를 새롭게 부각시킬 필요가 있다. 예컨대, 관심의 경제학(attention economy)에서 이야기하는 것처럼, 사용자가 반드시 비용을 지불하지 않는다고 하여 이들이 아무것도 하지 않는 것이 아니라, 저작물이 과잉공급되는 상황에서의 가장 중요한 자원인 '관심'을 지불한 것이다. 정보의 바다에서 희소한 자원은 정보 그 자체가 아니라, '관심'인 것이다²⁸⁾.

3. 집행과 처벌

지적재산권 침해에 대해 전국적 차원에서 국가행정력을 동원한 것은 1989년 1월 전국 지방검찰청에 지적재산권 침해사범 합동수사반을 편성하여 본격적인 활동에 들어가면서부터이다. 그 뒤, 1992년 4월 29일 미국이 우리나라를 감시대상국(WL)에서 우선감시대상국(PWL)로 전환함에 따라 지적재산권 침해사범에 대한 단속을 범정부적으로 확대하기 위해 1993년 1월 8일 대검찰청에 지적재산권 침해사범 합동수사본부 설치되었다. 합동수사본부 산하에는 지역별 합동수사반이 설치되고, 매년 1회 정기회를 개최하여 실적이 우수한 청에 대해서는 격려금을 지급하여 왔다. 컴퓨터 프로그램에 대해서는, 90년 후반부터 매년 '불법 소프트웨어 단속'을 실시하였는데, 2001년 2월 19일 조지 부시 미 대통령의 방한을 앞두고, 김대중 대통령이 컴퓨터프로그램 침해사범에 대한 대대적인 단속을 지시하면서, 정보통신부와 검찰, 경찰은 그 해 상반기에 강도 높은 단속을 실시하였다.

이러한 단속을 통한 법집행을 강화하는 것은 이용자가 법률을 회피하고 우회하여 프로그램에 접근하는 비용을 높이는 것이다. 프로그램보호법이 상정하고 있는 균형을 시장 메카니즘으로 살펴본다면, 이용자가 법률을 준수하고 프로그램의 독점가격을 인정하는 비용과 우회 비용 사이의 균형이 매우 중요하다. 만약, 법률 준수 비용이 우회 비용보다 훨씬 작다면 이용자들은 위험을 감수하면서까지 비용이 높은 법률 우회의 길을 선택하지 않을 것이다. 따라서, 독점 가격을 유지하면서 법률을 지탱하기 위해서는 우회 비용을 높여야 하는데, 위

28) '관심의 경제학'에 대한 것은 황희철, 'Trusted System과 저작권의 미래', 정보법학회 제4차 학술심포지움 <http://www.kafil.or.kr/seminar/s4-hhc.PDF>을 참조하거나, Michael H. Goldhaber, *The Attention Economy and the Net*, 1997, <http://ksgwww.harvard.edu/ip/econ/goldhaber.htm>을 참조.

반자를 단속하는 것과 더불어 프로그램에 암호를 걸거나 복제 방지 기술을 접목하여 프로그램의 접근 비용을 높이거나 법률 위반자를 효율적으로 추적하기 위한 기술적 조치를 사용하는 것도 우회 비용을 높이는 수단 중 하나이다.

그런데, 매년 실시되는 불법 소프트웨어 단속을 바라보면서 느끼는 점은, 법집행을 강화하는 것이 지적재산권의 존재를 사회적으로 널리 인식시키는 데에는 기여할 수 있지만, 지적재산권의 사회적 가치를 높이는 데에는 별로 기여하지 못한다는 것이다. 그러나, 좀 더 중요한 것은 이러한 무차별적인 단속을 통해 보호하는 방식으로 컴퓨터 프로그램을 생산하는 것과 그것에 의해 형성된 독점가격이 과연 프로그램보호법에서 추구하는 균형을 유지하는 틀이 될 수 있는지 하는 점이다. 또 한가지는, 정보 지식 사회가 진행되고 컴퓨터를 통한 정보와 지식의 생산과 유통이 필수화되면서 공공성을 띠는 프로그램들이 점점 더 늘어나고 있는데²⁹⁾, 대부분의 중요 프로그램들은 거대 소프트웨어 회사에 의해서 상업적으로 개발, 판매되고 있으며 프로그램보호법이나 저작권과 같은 법률에 의탁하여 독점권을 보장받으면서 폐쇄적인 방식으로 생산되고 있다. 그런데, 소프트웨어 산업과 같은 정보기술 산업에 적용되는 네트워크 효과와 잠금효과에 주목한다면, 독점적·폐쇄적 프로그램 생산 방식으로 인해 사용자는 필수 소프트웨어를 자율적으로 선택하고 구매할 수 있는 능력에 장애를 받을 수 있다. 따라서, 사회적으로 공공성이 강한 프로그램에 대해서는 독점을 제한하는 영역 즉, 자유롭게 생산하고 이용할 수 있는 범위를 넓힐 필요가 있다. 또한, 소프트웨어의 작동 원리를 연구하고 이를 자신의 필요에 맞게 변경시킬 수 있는 자유, 이웃과 함께 소프트웨어를 공유하기 위하여 이를 복제하고 배포할 수 있는 자유, 소프트웨어를 향상시키고 이를 공동체 전체의 이익을 위하여 사회에 환원할 수 있는 자유와 나눔의 정신을 통한 공유적 방식의 프로그램 생산과, 독점적·폐쇄적 방식의 프로그램 생산 - 어떤 방식이 소프트웨어에 더 적합한지 되짚어보지 않을 수 없다.

29) 예컨대, 컴퓨터를 동작시키기 위한 기본적인 운영체제나 워드, 통신 프로그램 등은 이제 일상적인 업무와 삶을 위해 필수적인 수단으로 되었다.

디지털 콘텐츠의 배타적 지배와 배제당하지 않을 권리

남희섭*

디지털 환경을 살아가는 우리의 생각과 행동을 근본적으로 바꾸어놓을 커다란 변화가 우리도 모르는 사이에 슬금슬금 사회로 번져나가고 있다. 2002년 7월부터 시행되는 '온라인디지털콘텐츠산업발전법'(제정 2002. 1. 14. 법률제6603호, 이하, '온라인디코법'이라 함)이 바로 그것이다. 이 법은 디지털 형태로 존재하는 데이터를 그 제작자가 배타적으로 지배할 수 있도록 만드는데, 앞으로 디지털 환경의 지식과 정보를 둘러싼 사회적 관계와 구조는 이 법으로 인해 크게 바뀔 것이다. 제러미 리프킨은 "역사상 처음으로 사람들이 의사 소통을 하는 수단을 상품으로 만든 저작권이라는 관념은 자기가 쓴 말의 주인은 바로 자신이라는 발상으로 연결되며, 개인이 생각과 말을 소유할 수 있고 그것을 듣고 싶은 사람은 옹분의 대가를 치러야 한다는 발상은 인간 관계의 역사에서 중요한 분수령을 이룬다"고 한 바 있는데¹⁾, 지식이나 정보가 디지털 형태의 데이터로 변환되었다는 이유만으로 그 제작자가 콘텐츠의 주인이 되도록 만드는 온라인디코법은 저작권법 이상으로 디지털 환경에서의 정보 유통 구조와 방식에 영향을 미치게 될 것이다.

디지털 콘텐츠를 '산업 발전'이란 시각에서만 접근하고 있는 온라인디코법은 제1조에서 디지털 콘텐츠 산업의 기반 조성 및 경쟁력 강화를 목적으로 한다고 밝히고 있다. 이러한 목적을 달성하기 위해서, 국무총리 소속하에 국무조정실장을 위원장으로 하는 '온라인디지털콘텐츠산업발전위원회'를 설치하여 범정부적인 온라인디지털콘텐츠산업 진흥체계를 만들고, 산업지원 부분에 대해서는 '한국소프트웨어진흥원'에서 책임을 지도록 했다²⁾. 이 정도면 산업 발전을 위한 정부의 역할은 충분히 강조되었을 법도한데, 이 법은 디지털 콘텐츠 산업의 진흥 또는 지원을 위한 규정 외에 한발 더 나아가 콘텐츠 제작자의 권리를 보호하는 규정과 위반행위자에 대한 벌칙 규정까지 두고 있다. 실제로 온라인디코법 제정을 추진했던 정보통신부와 민주당의 정동영 의원은 디지털 콘텐츠 산업 발전을 위한 정부차원의 지원이나 역할보다 콘텐츠 제작자의 권리를 배타적으로 보호하고 위반자를 처벌하는 규정들이 더 중요함을 숨기지 않고 있다³⁾. 법안 기초작업을 했던 것으로 알려진 이상정 교수도 디지털 콘텐츠

* 정보공유연대IPLeft 활동가, 변호사

1) 「소유의 종말: The Age of Access」, 이희재 옮김, 2001년, 민음사, 304면 이하.
2) 법 2장 및 3장에 그 내용이 나오는데, 정부차원의 지원체계를 어떻게 할 것인가는 관련부처간 논란으로 그 형태에 대해 많은 변화과정이 있었다. 이 부분은 글의 중심 논의사항이 아니므로 상세한 설명은 생략한다.

산업에 대한 투자를 유도하고 디지털 콘텐츠 산업을 육성하기 위해서는 콘텐츠를 제작한 자를 경쟁자의 부정한 이용으로부터 보호하는 것이 법제정의 일차적인 목적이라고 밝히고 있다⁴⁾. 특정 산업 부분을 법률로 뒷받침하면 '시장'이 살아나고 그래서 해당 산업은 더욱 활성화될 것이라는 시대착오적인 개발독재 시대의 방법론을 디지털 환경에 그대로 적용하려는 우매함을 읽을 수 있는 대목이다⁵⁾.

사실 저작물을 디지털화한 경우 저작권접권의 형태로 소위 '디지털화권'을 부여하자는 논의는 1996년부터 있었던 오래된 것이다⁶⁾. 이때의 논의는 디지털화의 진행으로 아날로그 정보를 디지털로 변환할 필요성은 높는데, 디지털 자료의 경우 복제가 쉽기 때문에 맨 처음 디지털화한 사람이 경쟁상 불리하다는 점을 근거로 하고 있었다. 그러나, '디지털화권'과 같은 권리를 새롭게 만들 필요성보다는 그로 인해 정보의 유통을 지나치게 저해할 우려가 있으므로 일률적으로 저작권접권을 인정하는 것은 타당하지 않고, 예외적으로 디지털화권이 인정되지 않을 때 해당 분야의 산업이 운영될 수 없다면 해당 분야에 한정된 입법이 필요하다는 쪽으로 정리가 되었던 것으로 보인다⁷⁾. 한편, 디지털 데이터에 대한 법적 보호 논의는 주로 창작성없는 데이터베이스를 중심으로 전개되고 있는데, 국제적으로는 1996. 12. WIPO 외교회의를 위한 전문가위원회에서 유럽 연합과 미국이 데이터베이스 보호를 위한 조약의 제안서를 내면서 논의가 시작되었다. 그러나, 초안 작성 후 WIPO 외교회의에서 개도국들의 강력한 반대로 제대로 논의가 이루어지지 못해, 데이터베이스 보호에 대한 국제적인 조약은 아직 성립되지 못하고 있다. 미국에서는 파이프 판결⁸⁾ 이후 데이터베이스를 저작권법 이외의 별도의 법률로 보호하려는 법률안들이 지금까지 4개가 상정되어 논의가 진행되고 있다. 한편, 데이터베이스 보호에 대해 가장 앞서나가고 있는 유럽 연합은 1996. 3. '데이터베이스 보호를 위한 EU 지침'을 채택하여 '그 내용의 수집·확인·표현에 있어서 질적·양적으로 상당한 투자를 한 데이터베이스 제작자에게 그 데이터베이스의 전부 또는 질적·양적으로 상당한 부분의 내용을 추출·재이용하는 것을 방지할 수 있는 권리를 부여'하도록 하였는데, 15개 회원국에서 시행되고 있다⁹⁾. 이러한 논의 과정이나 외국의 입법례를 살펴보면, 온라인디콘법과 같이 데이터 또는 콘텐츠의 편집물성이나 저작물성을 묻지 않고 디지털 형태의 정보에 대해 그것을 제작한 자에게 지적재산권과 유사한 권리를 부여하겠다는 발상은

- 3) 온라인디콘법이 국회 상임위에서 논의되는 과정에서 '처벌' 조항을 삭제하지는 주장에 대해 정동영 의원은 "사실 이계(처벌 조항) 없으면 이 법의 3분의 2가 날라가는 것이지요"라고 답변했다(2001. 11. 29. 제225회국회 과학기술정보통신위원회회의록 제2호, 26면).
- 4) 이상정, 「온라인 디지털콘텐츠산업발전법의 제정과 제정의 의의」, 지적소유권법연구 제5집, 2001, 26-27면.
- 5) 박성호, 「위험한 디지털 콘텐츠법」(한겨레 신문 2001. 12. 4.)
- 6) 저작권심의조정위원회, 「멀티미디어 시대의 저작권 대책」, 1996. 12., 저작권연구자료 제24집.
- 7) 오승종·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2000, 276면 참조.
- 8) Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 112 L.Ed.2d 358 (1991), 이 사건에서 미국대법원은 수집에 노력과 자본이 투입되었다 하더라도 전화번호부는 창작성을 요건으로 하는 저작물이 될 수 없고, 저작권법은 '이마의 땀'을 보호하는 것이 아니라 '창작'을 보호하는 것이라고 하면서, 전화번호부에는 저작권이 적용될 수 없다고 판결하였다.
- 9) 임원선, 「디지털 콘텐츠의 법적 보호」, 「디지털 문화콘텐츠의 저작권 분쟁사례와 보호전략 세미나」 2001. 12. 18.

달리 유례를 찾기 힘든 지나치게 앞서 나간 법률이고, '투자'의 보호를 명분으로 오히려 '창작'을 저해할 뿐만 아니라, 사회적으로 공유되어야 할 정보를 특정 기업이 독점하는 결과를 초래하여 이용자 입장에서는 '정보 접근권'을 지나치게 제약하고 콘텐츠를 선점한 기존사업자에 의해 정보산업의 발전이 오히려 제약될 수 있다.

본고에서는 온라인디콘법에 포함되어 있는 콘텐츠 제작자의 권리 조항을 중심으로 그 문제점을 살펴본다¹⁰⁾.

1. 온라인디콘법은 오히려 콘텐츠 산업 발전을 억제할 것이다

온라인디콘법에서 말하는 '온라인 디지털 콘텐츠'는 그것의 저작물성이나 편집물성을 불문하고 인터넷을 통해 유통되는 모든 형태의 디지털 정보를 다 포괄한다¹¹⁾. 애초 국회에 상정된 법안에서는 '정당한 권한없이 타인이 제작한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁행위를 함으로써 온라인콘텐츠제작자의 영업상 이익을 침해하는 행위'를 금지 행위로 규정하고 있었는데, 국회 논의과정에서 '상당한 노력으로 제작한 콘텐츠', '제작자의 표시 의무 부과' 등의 요건이 한정되었다. 애초의 법안은 디지털 형태의 모든 데이터에 대해 그 제작자가 배타적 권리를 행사할 수 있도록 한 것이어서 법률로써 보호하고자 하는 이익이 무엇인지 알 수 없었으나, 국회에서 수정된 내용은 그 범위가 제한되었다는 점에서 논리적으로는 수궁이 간다. 그러나, 애초의 법안 내용이 만들어진 과정을 살펴보면, 이 또한 매우 기형적인 결과임을 알 수 있다. 즉, 정보통신부에서 '온라인디콘법'을 입법하려고 하자, 저작권법의 주무부처인 문화관광부는 창작성이 없는 데이터베이스를 저작권법에 수용하려는 저작권법 개정안 작업을 추진하였다. 양 부처간의 이견이 계속되던 차에 2001. 7. 13. 경제정책조정회의에서 양 부처가 역할을 분담하는 것으로 일단락 되었는데, 그 내용은 '상당한 투자를 한 데이터베이스의 제작에 대한 투자는 문화부가 정통부와 협의하여 저작권법을 개정하여 보호하고, 상당한 투자를 하지 않은 디지털 콘텐츠의 보호에 대하여는 부정경쟁방지 법리에 따라 정보통신부가 법제정을 추진한다'는 것이었다¹²⁾. 다시 말하면, 기존의 저작권법으로 보호가 되지 않던 창작성없는 데이터에 대한 보호를 '상당한 투자'를 기준으로 정통부와 문화부 양 부처에서 나누어 가지기로 했는데, 국회 논의과정에서 부처간 합의가 무의미해지는 형태로 온라인디콘법이 바뀌게 되었다. 만약 '상당한 투자'를 요건으로 하는 데이터베이스 보호 조항이 저작권법 개정안에 포함된다면 국회에서 그대로 통과되면 앞으로 이 두 법의 적용 범위와 해석이 골치아픈 문제로 남게 될 것이다.

- 10) 온라인디콘법이 인터넷 이용자의 정보접근권을 심각하게 제한하고, 기존 저작권법 체계와 조화가 되지 않으며, 디지털콘텐츠라는 개념이 지나치게 포괄적이고 불분명하다는 등의 이유로 적절하지 않다는 비판론에 대해서는 "윤복남, 「온라인디지털콘텐츠산업발전법안」중 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호규정에 대한 검토" 서울대 인터넷과법률 전문법학과과정 세미나 발표자료"를 참고할 수 있다.
- 11) 온라인 디콘법 제2조(정의)에서는 "온라인디지털콘텐츠"란 "정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조제1항제1호 소정의 '정보통신망'에서 사용되는 '부호·음성·음향·이미지·영상 등의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것'을 말한다.
- 12) 임원선, 앞의 글 각주 9).

입법의 경위야 어떻든, 보호하고자 하는 콘텐츠가 '상당한 노력'으로 제작되었다면, 여기에는 산업 보호의 논리 즉, 부정경쟁으로부터 투자를 보호해야 할 논리가 더 세밀하게 적용되어야 할 것인데, 온라인디콘법의 보호방식으로는 콘텐츠 산업이 발전하기보다는 오히려 위축될 위험이 더 많다. 예를 들어보자¹³⁾. A라는 자가 핵물리학과 관련된 데이터베이스를 가지고 있고, B라는 자가 A의 데이터베이스를 수정하면 의약 개발에 유용한 자료를 만들 수 있다는 것을 알게 되었다. B의 데이터베이스 이용에 대해, A는 2가지 선택을 할 수 있는데, A 스스로 의약용 데이터베이스를 구축하거나 B에게 사용허락을 하는 것이다. 그런데, A는 핵물리학에 대해서는 많은 지식을 가지고 있지만, 의약분야에는 무지하다고 한다면, A가 의약 데이터베이스를 만드는 작업은 쉽지 않을 것이고 많은 비용 예컨대, 3억원이 들 수 있다. A의 원래 데이터베이스가 2억원의 비용을 들인 것이고, 의약 분야의 시장 규모가 6억원이라고 한다면, A는 자기의 투자로 인해 1억원의 이윤을 볼 수 있다. 한편, 의약 분야에 지식이 많고 핵물리학에 대한 약간의 지식을 가진 B는 A의 데이터베이스를 이용하여 약 2억원의 비용으로 좀 더 쉽게 의약 데이터베이스를 구축할 수 있을 것이다. A와 B가 합리적인 개인이라면, 서로의 데이터베이스 이용에 합의할 것이고, 추가로 생긴 이윤 1억원을 나누어 가질 것이다.

이러한 예는 순차적 기술 혁신과 특허제도의 경쟁정책의 관계를 논의할 때에도 언급되는 것인데, 독자적인 발명을 인정하지 않는 특허권의 절대적 배타성¹⁴⁾을 온라인디콘법이 부여하고 있지는 않지만, 디지털 콘텐츠의 순차적 개발의 중요성(즉, 이미 만들어진 디지털 콘텐츠를 그대로 이용하여 2차 콘텐츠를 제작할 필요성과 그때의 효율성)을 생각한다면, 최초 제작자의 배타적 권리는 경쟁정책의 관점에서 특허권의 절대적 배타권보다 더 배타적인 성격을 가질 수 있다. 위의 예에서, A는 B에게 실시허락을 했을 때 생기는 공동 이익이 A의 독점 이익보다 더 클 때에만 실시허락을 할 것이다. 따라서, 공동 이익의 증가에 기여하지 못하는 자는 A의 디지털 콘텐츠 이용에서 배제될 것이다. 창작을 장려하여 기술 혁신에 이바지하는 것을 목적으로 하지 않는 온라인디콘법이 혁신적 후발 콘텐츠 제작자에게만 선행 콘텐츠를 이용할 수 있는 환경을 조성한다면, 이는 분명히 2차적 콘텐츠 생산을 제약할 것이다. 한편, 공동 이익의 증가에 기여한 B에게 A가 실시허락을 하더라도 실시허락은 필연적으로 경쟁을 유발할 것이기 때문에, A의 실시허락으로 증가한 총가치의 일부분이 경쟁으로 인해 소비자에게 환원된다면 A와 B의 공동 이익은 감소할 것이다. 따라서, 처음 상정했던 것과 반대로 A가 합리적인 개인이라면, A는 B에게 실시허락을 하지 않을 것이다. 결국, 온라인디콘법은 오로지 최초 제작자의 영업상의 이익에만 치중하여 '디지털 콘텐츠'의 2차적 제작을 제한함으로써 디지털 콘텐츠의 순차적이고 지속적인 생산에 걸림돌이 될 것이다.

한편, 온라인디콘법에서는 "온라인 디지털 콘텐츠 산업"을 '온라인 디지털 콘텐츠를 수

집·가공·제작·저장·검색·송신 등과 이와 관련된 서비스를 행하는 산업'이라고 정의하고 있지만, 이 법은 반드시 온라인 콘텐츠 산업에만 한정되어 적용되지 않는다. 즉, 법 제2조(정의)의 7호에서 "복제라 함은 온라인디지털콘텐츠를 전자적 매체 등 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것"으로 정의하고 있고, 법 제18조(금지행위 등)에서는 "온라인 콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 ... 하는 방법으로"라고 규정하고 있으므로, 온라인 콘텐츠를 유형물에 고정하는 것을 금지행위로 규정하고 있어서, 반드시 온라인상의 행위에만 제한되지 않는다. 그런데, 온라인디콘법이 국회에서 심의되는 과정에서 정통부는 '온라인 부분을 한정해서 보호를 하도록 했고, 지원 부분에서만 온라인과 오프라인 모두 가능하도록 했다'고 주장¹⁵⁾하고 있으며, 이상정 교수도 온라인디콘법에 '배포권'이 제외된 것은 법의 효과를 반감시키는 것이어서 보완되어야 할 사항이라고 주장¹⁶⁾하는데, 실제 법률은 이러한 입법의도가 제대로 반영되지 못하였다고 보인다. 입법의 취지대로 한다면, '복제'의 개념에서 유형물 고정을 삭제하거나, '전송'만을 규정하여야 할 것이다. 그렇지 않으면, 온라인 디콘법의 폐해가 오프라인 산업에까지 확장될 수 있다.

2. 온라인디콘법의 위헌성

온라인디콘법은 권리부여 방식이 아니라 부정경쟁방지법과 같이 행위규정 방식으로 규정되어 있어서, 새로운 권리를 창설한 것이 아니라 한다¹⁷⁾. 그러나, 이러한 시각은 전적으로 잘못된 것이다. 우리가 특허권이나 저작권과 같은 지적재산권을 소유권과 비슷한 독점권이라고 인정하는 것은 특허법이나 저작권법과 같은 특정 법률을 통해 권리자가 독점할 수 있는 행위유형을 특정하고, 권리자에게 침해행위를 중지시킬 수 있는 권한 예컨대, 방해배제청구권이나 방해예방청구권을 부여하고 있기 때문이다¹⁸⁾. 예를 들어, 어느 물건에 대해 특허권이 존재할 때, 제3자가 그 물건을 찍은 사진을 배포하는 행위가 특허권의 침해인가 아닌가는 법률에 명확한 규정이 없으면 알기 어렵다¹⁹⁾. 이것은 지적재산권의 대상이 가지는 무체

15) 2001. 11. 29. 제225회 국회 과학기술정보통신위원회 법률안 및 청원심사소위원회 회의록 제2호 4-5면.

16) 이상정, 앞의 글, 각주 4)의 35-36면.

17) 국회 상임위 논의과정에서 정통부는 '일반인들의 자유로운 이용 접근권을 제한하면 안 된다고 생각했기 때문에 저희는 저작권법이나 이런 것과는 달리 배타적 권리를 인정하지 않고 부정경쟁 차원에서 정당한 권한이 없이 복제나 온라인 상의 유통을 금지시킴으로써 영업상의 이익을 침해하는 경쟁행위로부터 경쟁사업자가 먼저 만든 투자자의 이익을 저해하는 그 부분만'을 보호하기 때문에 배타적 권리 설정이라는 우려는 없다(12면)고 주장하며, 형사 처벌조항과 관련하여, 저작권은 배타적 권리로 보호하는 것으로 했기 때문에 '예를 들면, 카피레프트(copyleft)운동을 하는 분들이나 이런 분들 입장에서 보면 일반인들의 자유로운 접근권을 완전히 제한을 하게 된다'고 하여 저작권과는 형태가 다른 것이라고 주장하고 있다(11. 29. 회의록 21면).

18) 나카야마, 「공업소유권법(상)」, 한국지재권연구회 역, 육법사, 2001, 313면에는 "일본특허법 제100조에는 방해배제 청구권과 방해예방 청구권을 규정하고 있는데, 이 2가지 청구권이 있기 때문에, 특허권은 물권적 권리라고 일컬어지고 있다"고 한다.

19) 현행 특허법에 따르면, 사진을 배포하는 것이 판매를 위한 것이거나 판매를 목적으로 하는 청약일 경우에는 침해일 가능성이 높지만, 그 외의 목적으로 사진을 배포하는 것은 특허권의 권리에 포함되지 않는다. 특허법 제2조에는 '실시'란 '물건의 발명인 경우에는 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는

13) 이 예는 「Stephen Mauer, Intellectual Property Law and Policy Issue in Interdisciplinary and Intersectoral Data Applications, 2001」에서 인용한 것이다.

14) 타인의 저작물을 모방하지 않고 독자적으로 창작한 자에 대해서는 권리가 미치지 않도록 한 저작권법과 달리 특허법은 타인의 발명을 모방하지 않았더라도 선행 발명자보다 늦게 이루어진 창작에 대해서도 특허권이 미치도록 하고 있는데, 이를 '절대적 배타성'이라 한 것이다.

물적 성격 때문에 생기는 것이다. 그런데, 지적재산권과 달리 소유권이란 유형의 물건에 대한 절대적 지배권을 말하기 때문에, 소유권 침해에 대한 원상회복으로서의 전형적인 수단은 반환청구가 된다. 이에 대해서 무체물에는 반환청구가 인정될 수 없기 때문에, 지적재산권은 권리 침해에 대한 원상회복으로서 실시의 금지를 규정하고 있다. 이와 같이, 침해자의 실시 행위를 중지시킬 수 있다면 독점성은 회복된다.

이와 같은 맥락에서, 온라인디콘법은 제18조에서 “누구든지 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는...”를 금지하는 행위로 규정하고, 제19조에서는 온라인콘텐츠 제작자가 “제18조의 위반행위의 중지나 예방”을 청구할 수 있도록 하고 있다. 더 나아가 제2조6호에서 “온라인디지털콘텐츠제작자”를 정의하면서 ‘온라인디지털콘텐츠 제작에 있어 그 전체를 기획하고 책임을 지는 자를 말하며 이들로부터 적법하게 그 지위를 양수한 자를 포함한다’라고 하여, 온라인 콘텐츠 제작자의 지위를 양도 가능한 것으로 하여, 겉으로는 행위규제 방식을 취하고 있지만, 실질적으로는 온라인 콘텐츠 제작자에게 준물권적 권리를 부여하고 있다.

따라서, 온라인디콘법은 헌법에 근거규정을 두지 않고 새로운 권리를 창설한 것이어서 위헌의 소지가 있다. 즉, 사유재산권을 보장하는 헌법 제23조와 별도로 창작자(저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가)의 권리를 보장하는 헌법 제22조2항은 지적재산권의 헌법적 근거 규정인데, 이것은 권리부여의 전제로 창작성을 필요로 한다. 즉, 공공재로서 비배타적·비경쟁적 속성을 갖는 정보를 사적 독점할 수 있는 권리 부여의 정당화 근거는 바로 ‘창작성’이란 요건이다²⁰⁾. 따라서, 창작성을 묻지 않고 단순히 디지털 콘텐츠를 제작하였다는 조건만으로 콘텐츠 제작자에게 물권에 준하는 권리를 창설하는 것은 헌법에 반하는 결과를 초래할 수 있다²¹⁾.

한편, 우리 민법에 따르면, 불법행위의 성립에 권리의 침해가 반드시 요구되는 것은 아니기 때문에, 정보 그 자체에 대해서 저작권 등의 권리가 인정되지 않는 경우에도 그러한 정보의 무단이용행위가 위법하다고 판단되는 경우, 민법 제750조 소정의 ‘불법행위’에 따른 구제 수단과 그 구체적인 요건을 명료하게 규정하는 입법도 가능하다²²⁾. 그러나, 민법상 불법행위는 침해의 금지나 예방을 청구할 수 있는 권리를 직접적으로 발생시키지 않고, 손해배상을 청구할 수 있는 채권적 권리의 발생을 그 직접적인 효과로 하고 있다. 따라서, 권리 구

행위’라고 규정되어 있기 때문에 이러한 해석이 가능한데, 만약 특허법에 이에 대한 아무런 규정이 없다면, 위에서 말한 사진의 배포 행위가 특허권 침해인지 아닌지 분명하게 판단하는 것은 매우 어렵다.

20) 박성호, 「지적재산권과 인권」, 유네스코한국위원회편 「과학기술과인권」, 당대, 2001, 129면 참조.

21) 한편, 우리 헌법 제40조는 입법권은 국회에 속한다고 하여 포괄적 입법 재량권을 부여하고 있기 때문에 창작성 없는 데이터베이스를 보호하는 것도 입법자의 재량에 속하는 것이어서 아무런 문제가 없다는 주장이 있는데, 이러한 주장은 입법권에 ‘내재적 한계’가 있다는 것을 도외시한 것으로서 타당하지 않다. 공공재인 정보를 사적독점의 영역으로 전환하여 특정인에게 일정 기간 동안 권리를 부여하는 것은 바로 특정인에게 ‘특권’을 주는 것과 같다. 이러한 ‘특권’ 부여에 일정한 기준이 없다면 그것은 입법권의 남용에 다름 아니다. 요컨대, 지적재산권에 관한 입법권의 행사를 정당화하는 요소가 바로 ‘창작성’이고, 따라서 이를 일탈한 입법권의 행사는 내재적 한계를 벗어난 것이 된다고 보아야 한다(박성호, 앞의 각주 19)의 글 각주 42)에서 인용).

22) 정상조, 「인터넷 콘텐츠의 보호」 인터넷과 법률 2호(2000. 9.) 12면.

제의 효율성을 고려한다고 하더라도, 온라인 콘텐츠 제작자에게 위반행위의 중지나 예방 청구권을 인정할 것이냐의 여부는 이를 인정함으로써 디지털 콘텐츠 사용자 또는 다른 제작자의 자유활동을 제한하게 되는 데서 생기는 손실과 디지털 콘텐츠 제작자의 그것에 의하여 얻게 되는 이익과의 비교 형량에 의하여 결정되어야 한다.

3. 공정이용 영역의 확보와 공공 정보의 제한

창작물을 보호하는 저작권법에는 저작물을 저작권자의 허락을 받지 않고 자유롭게 사용할 수 있는 자유이용 영역을 설정해 두고 있다. 그런데, 온라인디콘법에는 온라인에 적용되는 모든 정보와 데이터를 그 대상으로 하고 있으면서도, 디지털 콘텐츠의 자유이용 영역 또는 공정사용 범위에 대해 아무런 조항도 두지 않고 있는데, 저작권법의 저작재산권 제한 규정들이 좀 더 광범위하고 강력하게 수용하여야 한다. 예컨대, 최소한 교육, 학문, 연구, 비평, 보도, 재판의 목적이나 도서관에서의 사용을 위하여 합리적으로 필요한 범위 내에서 디지털 콘텐츠를 복제하여 무상으로 배포·전송하는 행위는 온라인디콘법에 의한 권리행사에 적용되지 않음을 분명히 해야 할 것이다.

또한, 공표된 디지털 콘텐츠를 복제하여 일반공중에 배포하거나 전송하는 행위를 하고자 하는 자가 상당한 노력을 기울였음에도 불구하고 그 제작자 등을 알 수 없는 경우에도 일정한 조건 하에서 당해 디지털 콘텐츠를 복제·전송할 수 있도록 소위 법정이용허락을 가능하게 하기 위한 규정이 필요하다.

또한, 디지털 콘텐츠의 내용에 공공성이 강한 것과, 정부 등 공공기관에서 주체가 되어 제작한 정보를 공공정보 또는 공적정보로 정하여 이러한 디지털 콘텐츠에 대해서는 상업적 콘텐츠와 차별적 보호를 하여야 한다²³⁾.

4. 기술적 보호조치

온라인디콘법 제18조제2항은 ‘누구든지 정당한 권한없이 제1항 본문의 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 온라인콘텐츠 제작자나 그로부터 허락을 받은 자가 디지털콘텐츠에 적용한 기술적 보호조치의 회피·제거 또는 변경(이하 “무력화”라 한다)을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 주요 부품을 제공·수입·제조·양도·대여 또는 전송하거나 양도·대여를 위하여 전시하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 기술적보호조치의 연구·개발을 위하여 기술적보호조치를 무력화하는 장치 또는 부품을 제조하는 경우에는 그러하지 아니하다.’고 규정하여 소위, 기술적 보호조치에 관한 법률적 보호를 주고 있다²⁴⁾. 기술적 보호조치는 지적재산권의 디지털 의제로 많이 논의되고 있고, ‘저작권법개정법률안’에도 그 내용이 포함되어 있다. 그런데, 저작권법 등에서 이러한 기술적 보호조치 규정을 두는 것은 창작

23) 이상 ‘온라인디지털콘텐츠산업발전법에 대한 시민단체 의견서’ (2001. 11. 27.) 참조.

24) 이것은 2001. 1. 16. 개정된 ‘컴퓨터프로그램보호법’ 제30조제2항의 규정을 차용한 것으로 보인다.

물에 대한 독점배타적인 권리를 보호하기 위한 한도 내에서만 인정된다. 따라서, 온라인디콘법이 창작물에 대한 권리 보호를 위한 것이 아니라 일정한 행위를 금지하는 것임에도 불구하고 기술적 보호조치를 무력화하는 기술 등의 제공 행위까지 위법한 것으로 규정하는 것은 잘못된 것이다.

온라인디콘법의 기술적 보호조치는 기술조치의 무력화 행위를 전면적으로 금지하는 규정으로 볼 수 있기 때문에, 기술적 보호조치 규정을 삭제하고 그 대신 공정한 이용을 해치는 기술조치를 금지하는 규정을 두어야 한다. 예를 들면, 자유이용 영역이나 공정사용을 금지하는 기술적 보호조치를 콘텐츠 제작자 스스로 해제하도록 법에서 강제하는 것을 고려할 수 있다.

더구나 법에서는 기술적 보호조치와 관련하여 “무력화를 주된 목적으로 하는”으로 규정하고 있는데, 이것은 현행 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제2항이 미국의 통상압력 때문에, 처음에 “유일한 목적”으로 규정하고 있던 것을 “상당히”로 개정하였던 전례를 문제의식 없이 차용한 것이 아닌가 의심된다.

5. 결론 및 근본적인 문제 인식

필자는 디지털 환경이 우리에게 약속과 위협을 동시에 가져오고 있다는 점을 인식한다. 즉, 디지털 형태의 정보는 그것의 복제 비용이 영에 가깝고 원본과 복제본의 질적 차이를 허용하지 않기 때문에, 정보 생산자 또는 제작자에게는 법률적 보호의 위협인 동시에 일반 공중에게는 자유로운 정보의 접근과 공유를 약속한다. 이러한 디지털 환경에서 중요한 것은 정보에 대한 사적인 권리와 공익간의 절묘한 균형을 유지하는 것이다. 이러한 균형을 유지하기 위해서는 배제할 권리로서의 소유권 개념에만 집착한 나머지 공유적 의미의 재산권 개념을 무시하지 않도록 주의해야 한다. 소유 개념의 가장 큰 특징은 타인을 배제하는 권리가긴 하지만 이것을 너무 맹신하면 ‘배제당하지 않을 권리’도 엄연히 소유 개념의 하나라는 사실을 잊게 된다. 특히 디지털 환경과 같이 상호 의존성이 높은 복잡한 사회에서 가장 중요한 소유의 형태는 ‘사회 전체의 누적된 생산 자원을 이용하거나 여기서 혜택을 볼 수 있는 기회를 박탈당하지 않을 개인의 권리’라는 점²⁵⁾은 온라인디콘법의 시행을 앞둔 시점에서 그 의미를 새삼 되새겨볼 필요가 있다.

법은 도덕이나 기술보다 더 강력하게 행위를 규제한다. 특히, 온라인디콘법은 사이버스페이스의 디지털 정보에 대한 행위를 규제할 수 있다는 점에서 저작권 제도 이상으로 우리 사회의 정보·지식의 생산체제를 결정할 수 있다. 콘텐츠의 생산은 다양한 의제와 전략에 따라 이루어지고 그 투자에 대한 결과 또한 동일하지 않다. 콘텐츠를 직접 판매하는 방식도 존재하지만 간접적인 이익을 기대하고 콘텐츠를 무료로 배포하거나 공동체의 발전을 위해 콘텐츠를 공유로 하는 다양한 방식이 있다. ‘배제당하지 않을 권리’보다 ‘배제할 권리’에만

초점을 둔 온라인디콘법이 지식의 생산방식을 영리적 목적의 상품 생산으로만 바라보는 편향된 시각에서 비롯되었다는 점과 이것이 결국 한가지 모델의 생산방식을 강제할 것이라는 사실에 우려를 금할 수 없다. 정보, 지식, 예술 등의 한 사회의 문화 자산은 결코 한가지 생산방식을 통해서만 발전할 수 없으며, 오히려 다양한 생산과 소비 방식에 의해서 발전해 왔음을 결코 간과해서는 안된다. 따라서 문화 자산을 풍부히 발전시킬 수 있도록 다양한 생산방식을 보장하고, 모든 국민이 정보기술의 혜택을 공히 누릴 수 있도록 하는 관점에서 온라인디콘법은 재검토되거나 폐지되어야 한다.

25) Crawford MacPherson, 「민주주의 이론: 원산 복구를 위한 에세이 *Democratic Theory: Essays in Retrieval*」, Oxford: Clarendon, 1973년.

생명특허의 문제점과 대안 - 제3세계의 시각

양희진/한재각/정관혜*

정보기술(IT), 나노기술(NI)과 함께 21세기를 주도할 것이라는 생명공학기술(BT)에 관한 신문기사를 매일 보면서, 또 생명공학 벤처기업의 성공담을 보면서 생명체를 대상으로 하는 특허에 대하여 근본적인 의문을 가지기는 그리 쉽지 않으리라 생각된다. 특허출원 숫자를 경쟁적으로 발표하고 국제특허의 출원을 큰 성공으로 여기는 상황 속에서, 오히려 외국 생명공학기업의 국내특허출원에 대항하여 한시라도 빨리 많은 생명공학특허를 국내외에서 선점해야 하는 것이 아닌가 라고 생각하는 것이 더 자연스러울지도 모르겠다.

그러나 여기에 특허출원 요령이 아닌 다른 생명공학특허 이야기가 있다. 바로 생명체와 그 부분 또는 그 이용방법에 독점적 소유권을 주는 것에 대한 본질적인 의문들과 그 이유들이다. 사실 지금은 자연스러워 보이는 생명체(미생물)에 특허를 부여하는 것 자체가 최초에는 큰 논란이었으며, 그 이후에도 생명공학 분야의 특허에 대한 비판은 계속 제기되어 왔었다. 단지 생명공학특허가 가져올 부와 혜택의 복음에 가려 최초의 우려들을 다시 살펴보거나 비판의 소리를 귀담아들을 틈이 없었을 뿐이다.

아래 글의 1절에서 4절까지는 생명공학특허의 문제점들과 기본관점, 이에 대한 대안에 관한 내용이다. 5절에서 7절까지는 제3세계의 유전자원과 전통지식을 이용한 특허에 관한 논의들을 소개할 것이다. 이를 통하여 생명공학특허가 연구개발 촉진이나 국가간 경쟁수단의 차원이 아닌 좀더 근본적인 다른 면들을 내포하고 있음을 함께 생각해봤으면 한다.

1. 생명공학분야의 특허¹⁾

생명체와 관련하여 현재 한국 특허청에서 인정하는 특허 대상은 자연상태로부터 분리, 확인된 유전자, 단백질, 세포, 미생물, 변종식물로서 무성적으로 반복 생식할 수 있는 식물(변종식물 자체, 변종식물의 일부분, 변종식물의 육종 방법, 무성번식 방법), 미생물, 식물, 동물 등의 형질전환체, 형질전환체를 이용하는 방법, 형질전환체의 산물이다²⁾. 그러나 자연계에

* 정보공유연대 IPLeft 회원

- 1) '1절 생명공학분야의 특허'에서 '4절 생명공학 특허의 대안'까지는 2001년3월27일 KISTEP국제회의실에서 있었던 "생명윤리전문위원회" 제9차 전체회의중 외부발제(양희진)로서 발표되었던 발제문 "생명공학 분야 특허의 문제점과 대안 / 양희진·한재각"을 재편집하여 옮겼다.
- 2) 위 특허 대상은 특허요건 (신규성, 진보성, 산업상 이용가능성)과 명세서 기재요건 등에 부합하도록 특허 출원되었을 경우 특허될 수 있음.

생존하는 동물이나 변종식물 자체를 단순히 발견한 경우는 특허로 인정되지 않는다.³⁾ 또한 세계무역기구(WTO)의 무역관련지적재산권협정(TRIPS) 제27조 3항에 따르면 인간과 동물의 치료 및 수술 방법은 특허 대상에서 배제할 수 있으며, 미생물 및 본질적으로 비생물학적 방법은 특허될 수 있어야 하고, 동식물은 특허 대상에서 제외할 수 있으나, 식물 품종은 특허 또는 이에 상응하는 독자적 체계를 통해 보호해야 한다고 규정되어 있다.

2. 생명공학분야의 특허의 비판·반대 논거

생명공학분야의 특허에 대한 반대 입장은 초기에는 제3세계 운동가, 제1세계 환경운동가 및 양심적 과학자 단체, 제3세계 국가 정부가 주를 이루었으나, 최근에는 인간게놈프로젝트의 발표 전후로 과학기술자 집단의 비판도 거세지고 있는 추세이다.

이에 대한 논거로서는 첫째, 자연상태에 있는 살아있는 생명체 또는 생명체의 일부는 인류 공동의 자산이므로 '분리, 확인'했다는 것만으로 배타적으로 소유할 수 있는 대상으로 볼 수는 없다는 것이다. 유네스코의 <인간게놈과 인권에 관한 보편선언>에서는 인간 게놈은 '인류의 유산'이며 자연 상태의 인간 게놈은 결코 영리 목적으로 이용해서는 안된다고 밝혔다.⁴⁾ 미국의 과학기술자 집단인 인간게놈기구(The Human Genome Organization, HUGO) 역시 인간 유전자는 우리 공동 유산이자 집단 재산으로 규정하고 있다.⁵⁾

둘째, 자연상태의 유전자 등은 발견의 대상이지 발명의 대상이 아니어서 특허될 수 없다는 것이다. 이는 제3세계 네트워크(The Third World Network, TWN), 책임있는 유전학 회의(The Council for Responsible Genetics, CRG), 국제농촌진흥재단(Rural Advancement Foundation International, RAFI: 현재 ETCgroup으로 이름 바꿈), 기술에 관한 소비자프로젝트 (Consumer Project of Technology, CPtech) 등을 비롯한 전세계 비정부단체(NGO)들의 공통된 주장이다. 또한 과학자 집단인 미국의료유전학협회는 유전자 및 유전자 돌연변이는 특허되어서는 안되는 천연 물질이며 따라서 천연의 유전자와 질병 관련 돌연변이에 대해 특허를 주려는 미국 특허상표청의 결정에 반대한다라고 성명서를 발표한 바 있다.⁶⁾

셋째로 인체의 일부에 대한 특허는 인간의 존엄성 또는 기본권을 침해한다는 점이다. 이는 자기 몸으로부터 나온 물질의 자기결정권의 문제로서, 연구 대상이 되거나 중국에는 특허가 부여되는 자신의 유전 물질을 제공하는 사람들의 동의를 구할 때 동의를 해준 개인들이 그들의 조직이 공적인 연구기관이 아니라 사기업체에 의해 사용될 수 있다는 사실을 알

- 3) 동물에 관한 발명에 있어서 자연계에 생존하는 동물을 단순히 발견한 경우는 특허법 제 29조 제 1항 본문 규정의 「발명」으로서 완성된 것으로 보지 아니한다. 변종식물 자체의 발명에 있어서 단순한 발견에 해당하는 경우 특허법 제 29조 제 1항 본문 규정의 「발명」으로서 완성된 것으로 보지 아니한다.
- 4) <인간게놈과 인권에 관한 보편선언>제1조, 제2조; 유네스코는 1997년에 생명윤리에 대한 세계 최초의 국제적 합의인 <인간게놈과 인권에 관한 보편선언>를 채택하였으며 1998년 유엔 총회에서 승인되었다.
- 5) The Human Genome Organization—"Ethical Implications of the Human Genome Project" International Issues, 10, 1992., (<http://www.ornl.gov/hgmis/archive/hugo.html>).
- 6) American College of Medical Genetics, "Position Statement on Gene Patents and Accessibility of Gene Testing", 1999년 8월 2일 발표, (<http://www.faseb.org/genetic/s/acmg/pol-34.html>).

아야만 하거나 설명 받아야 한다. 또한 인간 신체의 일부(유전자, 세포 등)가 유용성을 발견한 개인에 의해 독점적으로 사용할 수 있다는 점은 인간 신체의 일부를 금전적 가치로 환원할 수 있는 물신화 경향을 조장하며, 결국 인간 존엄성의 가치를 훼손할 것이다. 이에 따라 전세계적으로 NGO들은 인체의 일부에 대한 특허가 '인체 상품화'의 첫걸음이라 비판하고 강력히 반대하고 있다. 유엔 인권위원회(UN Commission on Human Rights)는 생명체에 관한 특허를 비롯한 지적재산권 제도의 전세계적인 통일을 추구하고 있는 WTO TRIPs 협정의 이행은 모든 인권의 기본 원칙과 불가분성을 적절하게 반영하지 못하고 있으며, TRIPs 협정에 구축된 지적재산권과 국제 인권 법 사이에는 명백한 갈등이 존재한다고 지적하였다.⁷⁾

넷째로 인간 유전자에 대한 특허는 결국엔 의료서비스에 대한 접근권을 제약할 것이라는 점이다. 유엔 인권위원회(UN Commission on Human Rights)는 의료서비스에 접근할 수 있는 권리는 기본권 중의 하나인 '건강하게 살 권리'의 하나이므로 의료서비스에 대한 접근 제한은 인권 침해의 논란으로 이어질 것이라고 밝힌 바 있다.⁸⁾ 미국의료유전학회(ASHG)는 위 성명서에서 입상에 관련된 유전자 특허는 매우 광범위하게 그 실시권이 허락되어야 하며, 라이선스 계약이 과도한 로열티나 그 외의 부당한 대가를 요구함으로써 접근권을 제한해서는 안 된다고 주장하였다. 또한 최근의 아프리카의 에이즈 치료제 특허분쟁은 직접적으로 생명체에 관한 특허는 아니지만, 생명공학을 비롯해서 의료와 관련된 기술 분야의 특허 정책에 시사하는 바가 크다.

다섯번째로, 유전자 특허는 초기 연구 성과의 독점을 초래하여 결국에는 후발 혁신을 저해하게 될 것이라는 점이다. 미국 국립보건원(NIH) 인간 게놈프로젝트의 책임자인 프란시스 콜린스(Francis Collins)는 "기초과학에 '요금 부쓰'를 놓고 싶지 않다... 톨게이트가 여러 개 있는 길로 여행하고 싶은 사람은 없을 것이기 때문이다"⁹⁾ 라고 언급한바 있으며 인간게놈기구(HUGO)는 기능이 밝혀지지 않은 인간 유전자 염기 서열의 일부에 대한 특허는 통상적인 발견을 한 사람을 이롭게 하고 생물학적 기능이나 응용을 규명하려는 사람을 궁지에 몰아넣을 수 있다고 주장하였다.¹⁰⁾ 미국립보건원(NIH) 일부 과학자들 역시 기능이 밝혀지지 않은 유전자의 단편(EST)¹¹⁾에 특허를 주는 것에 반대입장을 보이고 있다. 미국인간유전학회(ASHG)는 불명의 DNA 단편이나 EST의 특허청구된 용도는 지금 단계에서는 가설적인 것에 불과하다고 비판한다. 특허출원인들은 자신들이 출원한 유전자 단편이 법의학, 유전자 지도작성, 질병진단 등에 현실적으로 사용될 수 있다고 하지만, 그런 용도는 아직은 가정적인 것에 불과하다는 것이다. 실제로 그 기술분야의 전문가가 특허청구된 용도대로 유전자 단편을 사용하기 위해서는 상당한 추가 연구가 필요하다. 그런데 유전자 단편인 EST가 조기에 특허되면, 완전한 기능을 하는 유전자와 그 유전자의 산물에 대한 후속적인 특성화 연구는 로열티 상승 등으로 큰 부담을 안게 될 것이다.¹²⁾ 또한 『Nature』지는 유전자는 화학물질인

그 자체로서 유용한 것이 아니라, 유전자에 담긴 '정보'가 중요한 것이기 때문에 기존의 천연 의약품에 대한 특허와 유전자 특허는 달리 취급해야 하며, 직접적으로 최종 산물로서의 유용성은 후속적인 연구가 더욱 필요하다고 논평한 바 있다.¹³⁾

여섯번째로, EST(Expressed Sequence Tag) 특허는 특허권 분쟁을 심화시킬 것이다. EST는 완전한 기능을 하는 유전자가 아니다. 유전자의 일부일 뿐이다. 따라서 한 유전자에서 여러 개의 EST가 생성된다. 이렇게 한 유전자에서 유래한 복수의 EST가 제각기 특허되면 이들의 권리 범위가 중복되거나 불명확해서 그에 따른 법적 분쟁이 늘어날 수밖에 없다. 미국인간유전학회(ASHG)는 "EST 특허를 허용한다면 특허청구범위가 그물처럼 얽혀 라이선싱 계약이 지나치게 복잡해질 수밖에 없다"고 하였다.¹⁴⁾ 『Nature』지는 "유전자를 구성하는 기능성 단위들¹⁵⁾은 하나의 생물학적 메커니즘에서 다른 유전적 산물과 상호작용하는 필수적인 요소인데도 이것들과 완전한 유전자가 각기 별개의 발명으로 취급된다면, 유용한 최종 산물은 여러 개의 특허에 걸쳐있을 수밖에 없고, 이는 변호사만 살찌우는 일이며 또한 법적 공방의 과정에서 학교의 연구자나 소기업은 대기업에 비해 소송에서 불리한 것"이라고 논평했다.¹⁶⁾

일곱번째로 특허에 의해 공공연구기금에 의한 연구 성과가 사유화되며, 국민은 부담이 증가된다는 점이다. 질병관련 유전자 연구 대부분이 연방 연구 보조금을 받고 있으며 이런 연구 성과에 대해 특허를 허용하게 되면 국민은 두 번 비용을 지불하게 되는 것이다.¹⁷⁾ 이는 CRG,¹⁸⁾ CPtech¹⁹⁾등 미국의 여러 NGO들의 주장이며, 국내에서 역시 현재 정부출연연구기관인 생명공학연구원, 국공립대학 등에서 진행된 연구성과가 해당 연구원이 설립한 바이오 벤처를 통해서 사유화되고 있다는 비판의 의견이 일고 있다.

여덟번째로 생물자원 또는 유전자원 및 전통지식을 활용한 발명의 특허화²⁰⁾는 정당화될 수 있는가 또는 이에 따른 이익의 균등 배분이 어떻게 가능할 것인가에 대한 의문이다. 생명공학분야의 특허는 오히려 생물다양성을 훼손한다. 특히 식물품종보호제도(Plant Variant Protection)와 유전자은행의 운용에도 불구하고 생물다양성은 계속해서 훼손되어 왔으며, 특허 및 식물품종보호제도는 새로운 종자 및 품종에 대한 농부의 접근권과 이용권을 제한함으로써 식량 안보를 위협하고 있다. 또한 종자회사들이 거대 다국적기업으로 인수 합병되는 세계적 추세로 인해 식량 안보와 관련된 비판이 거세지고 있다. 이는 혁신 과정의 어느 시점에서 독점을 인정할 것인가의 문제에 있어서 형질전환 식물 및 식물 품종 개발과정에서 현대 과학기술자들의 기여와 전통적 농업 및 농민의 기여를 비교할 때 후자가 더욱 가치있

7) 2000년 8월에 인권 증진과 보호 소위원회가 채택한 '지적재산권과 인권'에 대한 결의문(RES/2000/7).

8) 7)과 같은 결의문(RES/2000/7).

9) 2000년 3월, 『Singal』 잡지와 인터뷰에서.

10) 5)와 같은 문서.

11) 발현유전자단편(expressed sequence tag, EST) : 유전자의 발현되는 일부분만 연결된 DNA의 부분적인 단편의 염기서열.

12) 미국특허상표청 특허출원 심사기준 개정안에 대한 의견서, 2000년 3월 22일 미국특허상표청에 제출.

13) 2001년 2월 15일자 통권409 논평, 저자 Martin Bobrow와 Sandy Thomas, HGP의 결과 발표와 동시에 게재됨.

14) 12)와 같은 의견서.

15) 엑손, SNP, 돌연변이체, 단백질 모티프, 조절 영역(control region), 전사체(transcripts).

16) 13)과 같은 논평.

17) 아래 참고자료 2의 미국 하원 법사위 진술서 중.

18) The Council for Responsible Genetics, <http://www.gene-watch.org>.

19) Consumer Project on Technology, <http://www.cptech.org>.

20) 이는 생물해적질(Biopiracy)이라고도 불리고 있다. 이에 대해서는 뒷절에 더욱 자세히 언급.

[참고자료 1] 소수 기업에 의한 선점

Human Genome Sciences, Inc.	7,500개의 전장 인간 유전자에 대한 특허 출원 → 112개 특허 획득
Incyte Pharmaceuticals Inc.	6,500개 이상의 전장 유전자를 특허출원함 → 490개 특허 획득 1백2십만개 EST를 특허출원 → 1 개 특허획득
Celera Genomics, Inc.	6,500개의 유전자 단편 및 완전 유전자에 대한 특허출원
Hyseq Inc.	5,000개 이상의 전장 유전자 특허출원 900,000 EST 특허출원 → 이들 중 1,000개 정도만 특허될 것을 목표로 삼고 있음
Genset	2,500 개의 전장 cDNA 특허출원, 50개 이상의 특허 획득

* 미국 생명공학업계 동향에 관한 잡지 『Signals』 2000년 3월 3일자

다는 주장이며 따라서 최종 개발자에게만 특허를 부여하여 배타적으로 이용하도록 하는 것은 모순이다. 이익의 정당한 배분에 대해서는 생물다양성협약(CBD), 세계지적재산권기구(WIPO)의 전통지식 보호 방안 연구, 세계식량농업기구의 'IU'(농부의 권리 규정), 유엔무역개발회의(UNCTAD), 유네스코(UNESCO)등에서 국제적인 논의가 진행 중이다.

3. 생명공학특허에 대한 기본 관점

생명공학은 친환경적이고, 불치병을 치료할 수 있는 신기술로 각광받고 있으며, 이는 그간 다른 기술로 해결하기 어려웠던 인류의 숙원을 풀어줄 것으로 기대되고 있다. 생명공학분야의 특허 제도는 기술의 연구개발을 촉진하기 위한 인센티브 제도로서, 유용한 기술이 영업비밀(trade secrets)화되는 것을 막고 기술 공개를 유도하는 수단으로서 옹호하기도 한다. 그러나 생명공학분야의 특허를 옹호하는 이러한 두 가지 주장은 크게 의심받고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 인센티브 제도로서 실제로 연구개발을 촉진하는 본래의 기능을 특허제도가 할 수 있을 것인가에 대해 과학계에서부터 심각한 회의가 제기되고 있다. 또한 특허제도가 유용한 연구성과를 공개하도록 유도하는 기능은 실제로는 의미가 없다는 비판도 존재한다. 상품 유통을 통해 리버스엔지니어링이 쉬운 분야에서는 특허 출원을 하지만, 리버스엔지니어링이 어렵고 비밀 유지가 비교적 쉬운 분야에서는 특허를 통한 보호를 기피한다는 연구가 보고되어 있다. 연구자들 가운데는 특허 문헌을 통한 기술 습득은 어렵다고 이야기하며, 오히려 특허권 취득 경쟁으로 인해 과학계의 비밀주의가 조장되고 있다는 비판이 있다.

생명공학 연구성과의 독점 심화는 생명공학에 대한 사회적 지지를 오히려 훼손할 것이다. 생명공학기술도 다른 기술과 마찬가지로 유익한 혜택뿐만 아니라 형질전환체를 둘러싼 환경위해성 논쟁, 식품안전성 논쟁, 인간존엄성 위협 등의 문제가 계속해서 제기되고 있다. 이런 위험성에도 불구하고 생명공학이 대중적 지지를 확보하고 있다면 그것은 미래에 생명공학의

[참고자료 2] 특허로 인한 연구개발의 제약 사례

미국 하원 법사위 "유전자 특허 및 기타 게놈 발명"에 관한 청문회(2000년 7월)에서 발표된 Jon F. Merz, JD, PhD (미국 펜실바니아대학 분자세포공학과 생명윤리학 조교수)의 진술서 중에서 인용 (<http://www.house.gov/judiciary/merz0713.htm>)

- 특허된 유전자의 배타적 라이선싱 27개 질병 유전자 특허를 샘플로 하여 조사한 결과 이 중 14개가 조사 당시 라이선싱이 이루어졌으나, 모두 배타적인 라이선싱(전용실시권)이었음. 유일하게 미시건대학의 낭섬유증 유전자 특허는 낭섬유증을 테스트하는 모든 이들에게 광범위하게 라이선싱됨
- 특허로 인한 연구 포기 및 제약
 - * 74명의 연구의를 대상으로 설문 조사: 특허로 인해 25%는 자신이 개발한 임상시험법을 포기했으며, 48%는 임상 시험법을 아예 개발하지 않았다고 답변.
 - * 혈액소침착증의 테스트 능력이 있는 112개 연구소 대상 전국 설문조사: 상당수의 연구소가 유전자 테스트 방법이 연구논문에 발표되었을 때 이 방법을 활용했으나, 이 방법이 1년 남짓 후 SmithKline Beecham사에게 특허가 부여되자 이 회사로부터 경고장을 받았음. 전체의 16%는 특허 때문에 혈액소침착증에 대한 유전자 테스트 방법을 개발하지 않았고, 4%는 이 테스트를 특허 때문에 포기했다고 답함.
- 특허로 열티 지불 (74명의 연구의를 대상으로 설문 조사) 적게는 중합효소연쇄반응(PCR)에 대해 9%가, 많게는 사람 호르몬의 일종인 hCG 특허 (모성 혈청 3중 테스트의 일부를 포함함)에 대해 75%가 특허된 기술에 로열티를 지불하고 있다고 답변
- 결론 ① 대부분의 질병관련 유전자 연구는 연방연구비지원을 받았으나, 해당 기술분야의 숙련된 연구자 (당업자)들이 즉시 실시할 수 있는 특허 클레임에 배타적 실시권(라이선스)을 거는 것은 정책 목적에 위배됨, 국민은 두 번 비용을 지불해야 함 ② 초기 질병관련 유전자를 발견하더라도 임상목적으로 사용하기 위해서는 추가의 연구가 필요하지만 유전자 특허로 인해 후발 연구가 제한됨 ③유전자 특허는 너무 기본적인 특허여서, 새로운 혁신 과정에서 이런 특허를 피할 수 없으며, 결국 이미 비효율로 만연된 시장에 진정한 독점권을 인정하는 것이다.

혜택을 누릴 수 있다는 기대 때문이다. 그런데 특허 유전자 특허에 의해 생명공학분야의 연구성과가 초기부터 독점이 심화되는 길로 방향이 설정된다면 기술개발 경쟁은 제한되고, 생명공학의 유익한 혜택은 경제적으로 부유한 소수에게만 돌아가게 될 것이며, 생명공학기술에 대한 대중적 신뢰나 지지도 하락하게 될 것이다.

생명공학의 발전은 연구성과의 독점을 통해서가 아니라, 공적인 연구비 지원 등을 통해서 이루어지는 것이 바람직하다. 또한 공적인 연구비 지원이 이루어진 연구성과가 개인에 의해 독점되지 않도록 관리되어야 할 것이다.

인간의 유전자에 대한 특허는 인간의 존엄성을 위협한다. 의학 등에 유용한 인간 유전자

또는 세포의 보유자가 자신의 신체의 일부가 특허를 통해 독점 배타적으로 사용할 수 있는 재산적 가치가 있다고 믿게 된다면 신체의 일부를 금전적으로 교환하려 들 것이며, 이는 인간의 존엄성 측면에서 신체 일부의 금전적 거래를 금지해 왔던 전통적인 도덕적, 법적 윤리에 위배된다. 또한 우리사회의 통념에도 배치되는 것이다. 현재 인간장기 및 혈액이 '장기등 이식에관한법률', '혈액관리법'의 매매행위 금지조항에서 알 수 있듯이 현행법에서는 인체 또는 인체의 일부를 거래하지 못하도록 금지하고 있다. 이는 인체의 일부를 이타적 목적으로 기증할 수는 있어도 거래할 수 있는 권리는 자기 자신에게도 없다. 결론적으로 인체의 유전자는 인류 공동의 자산으로 받아들여져야 한다.

장기등이식에관한법률 제6조 (장기등의 매매행위 등의 금지) ①누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하고 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다]

1. 타인의 장기 등을 제3자에게 주거나 제3자에게 주기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
2. 자신의 장기 등을 타인에게 주거나 타인의 장기등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
3. 제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 행위

혈액관리법 제3조 (혈액매매행위 등의 금지) ①누구든지 금전·재산상의 이익 기타 대가적 급부를 받거나 받기로 하고 자신의 혈액(제14조의 규정에 의한 헌혈증서를 포함한다)을 제공하거나 이를 약속하여서는 아니된다.

특허법은 공익에 충실해야 한다. 특허권은 기술촉진을 통해 사회이익을 실현하고자, 발명의 내용을 공개하는 대가로 그 개인에게 국가 권력이 일정 기간 동안 부여하는 배타적 재산권이다. 따라서 강력한 배타적 권리는 '발명의 내용 공개'가 실질적으로 기술 확산에 기여할 때, 그리고 해당 기술 내용이 공서양속 (public order)에 배치되지 않을 때에만 정당하게 부여될 수 있다. 이러한 취지에 맞게 특허제도는 윤리적 규정을 두고 있으며, 역사적으로 보아도 윤리적 성격을 내포하고 있다는 명백한 증거가 있다.

즉, 특허법을 기술적, 절차적 법으로만 바라보아서 특허요건을 충족했다고 해서 무조건 특허를 주는 것은 특허제도의 본래 취지에 어긋나는 것이다. 특허권은 기본적으로 공익을 확장하기 위한 목적으로 역사적으로 형성되어온 제도이며, 따라서 특허법의 운용은 공익에 충실하게 이루어져야 한다. 이미 한국 특허심사실무의 지침이 되는 심사기준에서 충분한 윤리적 규정을 두고 있으나, 특허법 본래의 목적에 충실한 것인가의 여부를 검토하고 필요하다면 보완하여야 할 것이다.

※ 한국 특허법 및 특허심사실무에 드러나는 윤리적, 사회적 고려

- ① 특허법 제1조 : 기술 발전을 촉진하여 산업 발전에 이바지하는 것
- ② 특허법 제32조 : 공서양속에 반하는 발명은 특허될 수 없다.
- ③ 한국 특허청 <치료위생분야심사기준>(2000.1 시행): 특허법 제29조의 '산업상 이용가능성' 규정에 의거 인간의 치료, 진단, 수술 방법은 특허될 수 없는 것으로 규정 (의료업을 산업의 범위에서 배제함), 또한 현재 특허청의 관행은 인간을 과정 중에 포함하는 모든 방법 특허는 허용하지 않음 (샴프 방법 등)
- ④ 한국 특허청 <생명공학심사기준> (2001.1. 시행)에서의 불특허사유 규정: 유전공학, 미생물, 식물, 동물에 관련된 발명이 다음과 같이 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 경우 특허법 제 32조의 규정에 의하여 특허를 받을 수 없는 것으로 규정

※ 영국 독점법 (1623년) "특허는 법에 위반되거나 국가에 해가 되거나 일반적으로 폐가 되지 않은 한에서만 허용될 수 있다"고 명시, 부도덕성에 관한 최초의 법률적 조항.

※ 유럽특허협약 제53조: 발명의 공개 및 이용이 공공의 질서 (ordre public) 또는 도덕에 반하지 않을 때 특허될 수 있다고 규정

※ 대부분의 국가가 공공의 질서에 반하는 발명에 특허주지 않는다는 규정을 갖고 있음

4. 생명공학 특허의 대안

다시 한번 정리하면 현재 생명공학분야 특허에 대한 비판의 초점은 유전자 특허를 통해 초기 연구성과가 소수기업에 의해 독점될 가능성 및 인간의 존엄성이 손상될 것이라는 우려 (즉, 자연의 산물에 대해 특허함으로써 발생하는 문제)와 환경적 위해성과 식품안전성이 의심되는 형질전환체에 특허를 줌으로써 공서양속에 반하는 발명에 특허를 주고 있다는 우려, 또한 특허권을 부여한 이후에 독점적 실시로 인한 의료 및 식량분야의 독점으로 연결되는 문제로 구분할 수 있다. 마지막 문제는 특허제도의 조정만을 통해서 해결할 수 있는 문제가 아니라고 봐서 여기서는 제외로 하겠다.

따라서 생명공학분야의 특허를 다음과 같이 크게 두 개의 범주로 나누어 대안을 모색할 수 있을 것이다. 첫 번째로 자연상태로부터 분리·확인된 유전자, 단백질, 세포 및 미생물에 관한 특허출원의 경우 특허를 중지하며, 두 번째로 이를 이용하는 방법 또는 이들을 이용하여 만들어진 2차 산물로서의 형질전환체 및 형질전환체의 일부의 경우 심사절차를 보완할 수 있다.

4-1. 자연상태로부터 분리·확인된 유전자, 단백질, 세포 및 미생물

자연상태로부터 분리·확인된 유전자, 단백질, 세포 및 미생물은 특허법상의 "발명"으로

간주할 수 없으며 자연의 산물인 유전자, 단백질, 세포 및 미생물은 인류 공동의 자산으로 인정되어야 한다. 자연의 산물, 특히 인체의 일부에 대한 특허는 인체의 물신화를 조장하고 인간 존엄성을 손상시킬 것이다. 자연의 산물을 분리 확인하는 데 공헌한 개인의 노력은 연구비 지원 등을 통해 간접적으로 이루어져야하며, 특허를 통한 독점을 허용하면 초기 연구결과가 독점되어 연구개발을 오히려 저해할 것이다. 이는 특허제도의 기본 취지에 어긋나는 것이다. 현행 특허법에도 자연의 산물이 (분리확인한 것이라고 하더라도) 특허받을 수 있다는 근거가 없다.²¹⁾ 자연상태로부터 분리·확인된 유전자, 단백질, 세포 및 미생물에 특허를 주는 현행 심사기준은 현행 특허법에 위배되며, 이러한 특허는 중지되어야 한다. 자연의 산물에 대해 특허를 주지 않더라도 이를 이용하는 모든 발명을 특허화할 수 있으므로, 인센티브로서의 특허제도의 기능을 유지하면서도 과도한 독점을 방지할 수 있을 것이다.

4-2. 자연의 산물을 이용하는 방법 또는 이들을 이용하여 만들어진 2차 산물로서의 형질전환체 및 형질전환체의 일부

자연의 산물을 이용하는 방법 또는 이들을 이용하여 만들어진 2차 산물로서의 형질전환체 및 형질전환체의 일부의 경우 심사 절차의 보완으로서 불특허사유에 해당하는 발명을 심사할 수 있는 별도의 체계 필요하다. 특허법 및 특허청의 <심사기준>은 그 자체로 윤리적 고려를 충분히 포함하고 있으나, 그러나 세부 규정과 실질적 효과를 거둘 수 있는 장치가 없다. 생명공학심사기준의 불특허사유에 해당하는 발명들의 사례를 적절히 선별하고 특허에서 배제하도록 하는 노력과 절차적 보완이 필요하며, 국가생명윤리위원회 등을 설치해서 문제의 여지가 있는 발명에 대해 별도의 심사를 받을 수 있도록 해야 한다.

※ 현재 심사기준의 불특허사유

유전공학, 미생물, 식물, 동물에 관련된 발명이 다음과 같이 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 경우 특허법 제 32조의 규정에 의하여 특허를 받을 수 없는 것으로 본다.

- (1) 생태계를 파괴할 우려가 있는 발명 (공통)
- (2) 환경오염을 초래할 우려가 있는 발명 (공통)
- (3) 인간에게 위해를 끼칠 우려가 있는 발명 (공통)
- (4) 인간의 존엄성을 손상시키는 결과를 초래할 수 있는 발명 (유전공학)
- (5) 혐오감을 줄 수 있는 식물, 동물에 관한 발명 (동물, 식물)
- (6) 인간에게 주는 유익한 효과에 비해 동물에게 심한 학대를 주는 결과를 초래할 수 있는 동물에 관한 발명(동물)

21) 특허법에서 정한 특허요건으로서 특허법 제29조 제1항 본문은 「산업상 이용할 수 있는 발명으로서...」라고 규정하고 있는데 여기서 말하는 발명이란 같은 법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 발명, 즉 「자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것」, 자연상태에서 분리, 확인된 것은 「인간의 개입」을 인정할 수 있으나, 「자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작」으로 볼 수는 없다. 특허법과 헌법의 규정을 볼 때 「발견」에 대해 (단순 발견이 아니라, 인간의 개입을 통해 분리, 확인된 것일지라도) 특허할 수 있다는 근거는 없다.

또한 특허심사의 보완을 위해 특허 무효심판 청구인의 적격성 제한의 철폐가 필요하다. 현재는 무효심판 청구인이 '이해관계인' 또는 심사관으로 제한되어 있으나, 불특허사유에 해당하는 발명이 특허되었을 때 환경, 보건, 인권 등의 시민단체들이 무효심판을 제기할 수 있어야 한다. 이에 관한 유럽의 참고사례로서 국제환경단체 그린피스는 유럽특허청이 벨기에 한 회사 (Plant Genetic System)에게 부여된 특허(많은 제조체에 내성이 있는 식물)에 대해 무효심판을 청구하여 승리한 예가 있다. (무효사유: 형질전환 식물 및 종자는 특허될 수 없음)

※ 유럽연합 생명공학발명의 보호에 관한 지시 98/44/EC 중 윤리 관련 주요 내용

- (i) 여러 형성 및 발생 단계의 인간 및 유전자의 서열/부분 서열을 비롯한 인체 구성 요소의 단순 발견은 특허될 수 없다. (제5조 제1항)
- (ii) 발명의 상업적 이용이 공공의 질서나 도덕 (public order or morality)에 반하는 경우에는 특허받을 수 없다. (제6조) 이 조항의 규정에 의해 ㉠ 인간 복제 방법, ㉡인간의 생식선 유전적 동일성(genetic identity)을 변형하는 방법, ㉢ 산업적 목적 또는 상업적 목적으로의 인간 배아의 사용, ㉣ 사람 또는 동물에 대한 실질적 의학적 이익 없이 동물을 확대할 수 있는 동물의 유전적 동일성을 변형하는 방법 및 이로부터 얻어진 동물은 특허될 수 없다.
- (iii) 유럽집행위원회(EC)의 유럽 과학 및 신기술에 관한 윤리회의 (European Group on Ethics in Science and New Technologies)는 생명공학의 모든 윤리적 측면을 평가한다. (제7조)

전통적인 특허 배제 대상은 생명공학분야에 대해서도 그대로 적용되어야 한다. 인간의 진단, 치료, 수술 방법은 특허법 제29조에서 규정한 '산업상 이용가능성'이 없다는 이유로 현재 특허 대상에서 배제되고 있다.²²⁾ 이를 생명공학분야에 적용할 때 유전자 치료법은 현재 특허심사관행상 특허 대상에서 제외된다. 세포를 청구한 특허출원의 경우, 해당 세포를 인체로부터 분리해서 제조해야 하는 경우 해당 세포를 얻기 위해 인체의 완전성을 손상시켜야 한다면 특허를 줄 수 없다는 특허청 심판원 심결례도 있다.

연구 자체가 금지되어야 할 기술 분야는 특허도 당연히 금지되어야 한다. 인간과 다른 종 세포간의 융합(키메라)는 윤리적인 이유로 연구가 금지되어 있기 때문에, 당연히 특허 부여

22) 이에 대하여서는 두 가지 근거가 존재하는데 (a) 의료업은 산업이 아니라는 해석과 (b) 산업은 물을 대상으로 한 것인데 반해 위 방법들은 인간을 그 과정 중에 포함하고 있는 것이어서 산업으로 볼 수 없다는 해석이다. (a)는 의료업에 해당하는 행위라면 인간으로부터 이미 배출된 샘플로 수행하는 분석 방법을 특허 대상에서 배제해야 하는 것으로 해석되며, (b)의 해석은 의료업에 해당하지는 않지만 인간을 포함한다는 이유로 「삼푸 방법」 등도 특허 대상에서 배제하며, 단지 이미 배출된 샘플로부터 출발하는 방법은 특허할 가능성이 있다. 한국 특허청의 「치료 및 위생에 관한 심사기준」에서는 (a) 해석과 (b) 해석을 모두 채택하고 있다. 유럽의 경우 인간과 동물의 진단, 치료, 수술 방법을 산업상 이용가능성이 없다고 보며, (b) 해석을 따르고 있다. 일본은 인간의 진단, 치료, 수술 방법은 산업상 이용가능성이 없다고 보고 (b) 해석을 따르며 미국은 인간의 수술 방법만 특허에서 배제하고 있다. / 의료업을 산업에서 제외 한 것은 '산업'의 해석을 어떻게 하느냐를 떠나 인도주의적 관점에서 의사의 행위를 특허로서 제약할 수 없다는 취지로 이해되어야 한다. 현행 특허청의 관행을 유지하는 것이 바람직하다.

가 금지되어야 한다. 인간복제 기술은 인간배아 복제 및 인간개체 복제 모두 인간존엄성을 훼손하는 윤리적인 문제로 연구자체가 금지되어야 한다. 따라서 그런 연구개발의 결과로 얻어질 수 있는 기술에 대한 특허는 존재할 수 없으므로, 역시 당연히 금지되어야 한다. 한편 인간배아로부터 얻어지는 간세포는 오직 법적으로 잉여배아로부터 얻어질 수 있지만, 그것 자체가 인간존엄성의 훼손을 야기할 수 있는 엄격한 규제 대상이다. 따라서 인간배아 간세포의 상업화를 엄격히 금지해야 하기 때문에, 특허 부여를 금지해야 한다.

5. 제3세계의 유전자원과 전통지식을 이용한 특허

현재까지 국제적으로 논의중인 유전자원, 전통지식의 개념을 정리하자면, 유전자원(Genetic Resources)이란 유전현상을 나타내는 생물중 실질적 또는 잠재적으로 이용도가 있거나 보존가치가 있는 자원으로 유전자, 세포주, 미생물, 식물, 동물 등을 포함하는 개념이며, 전통지식(Traditional Knowledge)이란 전통적으로 계승되어온 모든 지식을 총망라하는 개념으로서 전통의약, 전통식품, 농업 및 환경 등에 관한 지식뿐만 아니라, 전통미술, 전통음악 등 전통예술에 관한 지식 및 민간전승물을 포함한다.²³⁾

유전자원은 동식물의 육종, 식품, 화학물질, 환경산업, 제약과 의학의 잠재적인 저장고로 쓰일 수 있으며, 현재 점차 소멸의 위험에 처하고 있다. 최근의 생물공학기술들이 생물물질로부터 가치 있는 유전적 정보를 빠르게 발견하고 이용하기 위한 새롭고 경제적인 가시적 방법들을 제공함에 따라 제1세계의 연구기관과 화학, 제약기업들은 유용한 유전자원을 확보하기 위한 경쟁에 나서게 되었다. 생물자원탐사(Bioprospecting)라고도 불리는 이러한 유전자원 탐사과정에서 대부분 열대지방에 위치한 유전적 다양성 자원을 보유한 제3세계 국가들은 제1세계의 경제적 이익을 발생시킨 그들의 유전적 자원의 기여에 대하여 거의 그 보상이나 그 외의 어떠한 형태의 이익도 받지 못하였다. 이러한 현상들은 광물자원이나 원유와 같은 천연자원으로부터의 이익이나 대우와 비교할 때 설명되어지기 힘든 것이다.

개발도상국의 유전자원에 대하여 이야기 할 때 또 한가지 중요한 사실은 그 유전자원의 발굴과 이용에 관한 토착민 지역공동체의 전통지식에 관한 것이다. 즉, 생물자원의 탐사에 의하여 밝혀지는 유용한 유전자 자원이라는 것은 대부분 토착민 지역공동체의 오랜 세월동안 축적된 전통지식에 근거한다. 특히 수많은 화학, 제약기업들이 경쟁적으로 생물자원 탐사에 나섬에 따라 이러한 전통지식은 그 중요성을 더해가고 있다.

제3세계의 유전자원과 전통지식을 그 근원으로 하는 제1세계 연구기관과 기업들의 무분별한 특허출원에 대한 반대운동은 주로 비정부단체(NGO)들에 의하여 제기되었다. 대표적인 비정부단체로는 국제농촌진흥재단(RAFI : 현재 ETCgroup), 국제유전자원행동(GRAIN), 제3세계네트워크(TWN)등이 있다.²⁴⁾ 이들은 이러한 종류의 특허를 생물해적질(biopyracy)이라

규정하고 환경, 시민, 종교단체 등과 연대한 교육, 홍보와 함께 개별 특허 사안에 대한 각국에서의 법적 저지활동을 벌이고 있다. 이에 관한 국제적 논의로서 1983년 FAO 총회에서 채택된 "식량 및 농업유전자원 국제규약"에서는 농민의 권리(Farmer's Right)와 함께, 유전자원에 대한 접근 및 이익균분의 조건을 확립하며, 그에 대한 지역공동체의 권리 및 참여를 보장하고 있다. 규약 중 농민의 권리는 수만 년 동안 식물유전자원을 보전, 개량시켜온 농민들의 집합적인 공헌을 육종자의 권리보다 적지 않게 인정하여 그 권리를 보호하고자 하는 개념으로써, 이는 보상 차원의 개별적 농민권리로서의 지적재산권을 인정해 주는 차원을 넘어서, 집합적이고 초세대적인 권리로서 농민들의 기본적인 권리들(토지에 대한 권리, 토지이용권 보장, 종자의 수확·저장·교환)을 보장하는 것이다.²⁵⁾ 또한 1992년 리우회의에서 기후변화 협약과 함께 채택된 '생물다양성협약'(The Convention on Biological Diversity, CBD)에서는 유전자원을 제공하는 국가의 주권적 권리와 그로부터 나오는 이익의 균등한 분배에 대한 원칙을 확인한 바 있다.

제3세계의 유전자원과 전통지식을 사용한 선진국의 특허출원에 대한 가장 대표적 사례로 언급되는 것은 인도의 님 나무(Neam tree, *Azadirachta indica*)에 대한 특허들이다. 인도에서는 고대에서부터 님 나무를 토양과 식물, 가축의 병을 치료하는데 사용하여 왔다. 씨에서 기름을 짜고 남은 찌끼를 가축에게 먹여 토양을 비옥하게 하였고, 그 기름은 살충제로 사용하였다. 그 외에도 이 나무로부터 유래한 여러 성분들이 치료의 목적으로 이용되었다. 인도 내에서도 이 식물에 대한 연구가 이루어져 살충제, 치료제, 화장품 등의 상품이 소량 생산되기도 하였다. 1971년 목재수입상에 의하여 미국으로 건너간 이 식물은 1985년부터 W.R.그레이스(W.R.Grace)사 등에 의하여 관련된 십여 가지의 특허²⁶⁾가 승인되었고 결국은 J.P.마고(J.P.Margo)사와 합작으로 인도 현지에 특허된 추출방법으로 씨의 추출물을 생산하는 공장을 설립하여 생물살충제(biopesticide)를 대량 생산하였다. 이 특허들에 대하여 인도의 각종단체와 학계에서는 이 기술이 인도의 전통적인 추출법과 근본적으로 같음을 근거로 하여 이익을 제기하였다.

6. 유전자원 및 전통지식을 이용한 특허의 이익 공유

제3세계의 유전자원에 대한 권리 및 이익 이용시의 이익공유에 관한 사항들은 현재 국제 지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, WIPO), 세계무역기구(WTO)의 무역관련지적재산권협정(TRIPS), 국제연합 식량 및 농업기구(Food and Agriculture Organization, FAO), 국제연합 생물다양성협약(The Convention on Biological Diversity, CBD) 등에서 논의되고 있다. 관련된 논의에서 제3세계국가들은 유전자원과 전통지식을 보호하기 위한 국가별로 독자성과 고유성이 인정되는 특별한 보호체제(sui generis system)를

23) 특허청 유전공학심사담당관실(이성우, 안미정), 약품화학심사담당관실(한형미) 정리 ; 신정은 "유전자원, 전통지식 및 민간전승물의 보호에 관한 국제논의 동향 및 전망" 에서 재인용 / 특허청웹사이트 [www.kipo.go.kr].

24) Rural Advancement Foundation International : 현재 ETCgroup으로 이름 바꿈 [www.etcgroup.org].

Genetic Resources Action International [www.grain.org], Third World Network [www.twinside.org.sg]

25) "WTO TRIPs 협약의 의미와 제3세계의 저항 - 허남혁" 에서 인용 / 한국농어촌사회연구소-GMO website [www.agri-korea.or.kr/gmo]

26) USP5,124,349, USP5,411,736, USP5,409,708, EP436257 등.

주장하는 한편 제1세계 국가들은 현행 지적재산권 제도 및 권리자에 큰 영향을 주지 않는 범위로 그 체계를 한정하려하고 있다.

이들 최근 논의 중 주목할만한 것은 2001년 10월 독일 본에서 있었던 생물다양성협약의 특별 작업그룹 1차 모임에서 발표되었던 '유전자원의 접근 및 정당하고 공평한 이익 공유에 관한 지침 초안'²⁷⁾이다. 이 초안과 또한 관련된 논의에서는 유전자원을 제공하는 국가의 주권과 그로부터 나오는 이익의 균등한 분배에 대한 기본적 원칙의 좀더 구체적인 실현 방법으로서, 유전자원의 접근과 사용시 고려해야 할 사항들을 담고 있다. 이에겐 이익을 분배하는 권리 대상이 해당 정부뿐 아니라 농민조직, 지역자치조직, 비정부단체 등을 광범위하게 포함 할 수도 있다는 것과, 구체적인 혜택의 형태와 함께 이러한 혜택이 생물학적 다양성의 보존과 지속 가능한 사용을 촉진하는 방향으로 이루어져야 한다는 점, 그 외에도 유전자원과 전통지식을 분리하여 접근에 관한 허가를 취급하며, 사전 공지된 동의에 대한 요건들과 또한 충분한 사전공지에 대한 증명의 책임이 유전자원의 사용자에게 있음, 특허 신청시 유전자원의 원천을 명기하는 것 같은 기존의 지적재산권 제도와 진행되고 있는 협의에 유전자원의 권리를 포함시키는 사항의 고려 등에 관한 내용을 담고 있다. 이 초안을 바탕으로 최근 2002년 4월 네덜란드 헤이그에서 열린 생물다양성협약 6차 모임과 이후 모임에서 최종안을 위해 계속 논의되어지고 있다.

생물다양성협약에서 논의중인 지침과 권고사항들이 강제력이 없는 원칙적 선언에 불과하기는 하지만, 현재 진행중인 그리고 향후 가까운 미래에 더욱 빠른 속도로 진행될 제3세계의 개별적 유전자원의 탐색과 활용시 선진국의 연구기관이나 기업과 제3세계의 정부 또는 지역 자치조직과의 구체적 계약 체결에서 기본 방향설정과 내용에 영향력을 끼칠 수 있는 내용을 담고 있는 것 또한 사실이다. 생물다양성협약의 권고사항들이 국제규약 또는 국가간 협상으로서의 법률적 의무가 따르는 WTO/TRIPs와 같은 다른 국제기구간의 협의에 포함될 수 있도록 촉구하는 것 역시 큰 과제가 될 것이다.

2001년 11월에 카타르의 도하에서 있었던 세계무역기구(WTO) 제4차 각료회의에서는 이와 관련하여 그간 제3세계국가들의 주요 의제중의 하나였던 무역관련지적재산권협정(TRIPs) 27조 3항의 동식물의 특허와 식물품종보호에 관한 조항에 대해서, 구체적인 합의 없이 이를 재검토할 필요성을 인정하는데 그쳤으며 TRIPs 이사회가 생물다양성협약(CBD)과 TRIPs와의 관계, 전통지식 보호의 문제 등을 검토하게 될 것이다.²⁸⁾ 따라서 이에 관한 구체적인 협상들은 다시 2003년 멕시코에서 열릴 제5차 WTO 각료회의 또는 그 이후로 미루어지게 되었다.

7. 생명특허 - 제3세계의 시각

27) 생물다양성협약[www.biodiv.org]의 문서 UNEP/CBD/WG-ABS/1/2 와 UNEP/CBD/COP/5/8 참조.

28) WTO 웹사이트 중 "The Doha Declaration explained" 참조.
[www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#trips]

제3세계의 유전정보와 전통지식을 사용한 제1세계의 생명특허에 대한 반대운동은 단지 유전적 자원에 대한 보상으로서의 이익의 공유만을 목적으로만 하는 것은 아니다. 이러한 반대활동에 대한 근거는 보상의 문제 이외에도, 제1세계의 생명특허의 특허권 사용이 제3세계에 심각한 불이익을 가져다주며 때로는 지역주민들의 삶과 생물학적 다양성을 파괴될 가능성이 있기 때문이기도 하다. 서구개념의 과학적, 상품적 시각에 들어맞는 것만을 진보이며 발명으로 인정하고 다른 지식체계를 인정하지 않는 현재의 특허제도 하에서는 그 특허가 제1세계의 기업과 연구기관에 의해 독점될 수밖에 없으며 그러한 현상은 더욱 심해질 것이다. 예를 들면 다국적 대기업에 의해 특허화된 주요곡물 종자의 독점공급은 생물학적 다양성의 훼손과 함께 제3세계의 식량주권과도 연관되는 일이다.

또한 많은 제3세계 운동가들과 비정부단체들 또는 국가정부들은 미생물을 포함한 생명특허 자체에 대한 반대의 의견을 제기하고 있는데, 이의 근거는 이 글 2절의 기본 논리들과 함께 보다 근본적인 측면으로서 생명특허에 포함되어있는 생물학적 환원주의, 문화적 환원주의에 대한 반대이기도 하다. 생물학적 환원주의는 하나의 종(즉 인류)에만 본질적인 가치를 부여하고 다른 종들에는 도구적 가치만을 부여하며, 인간을 포함한 생명체의 모든 행태를 유전자로 환원하려 하는 것이다. 생물학적 환원주의는 또한 문화적 환원주의의 표출인데 이는 오직 제1세계의 입장에서, 생물학적 환원주의를 따르지 않는 생물학뿐 아니라 살아있는 세계를 유지하는데 필수적인 모든 종류의 비서구적 농업과 의료체계들을 포함한 수많은 형태의 지식과 윤리체계의 가치를 폄하하려는 것이다.²⁹⁾

인도의 환경, 여성운동가인 반다나 시바는 생물해적질(biopiracy)에 대한 제3세계의 반대운동에 대하여 다음과 같이 천명하였다.

"특허와 유전공학을 통해 새로운 식민지들이 생겨나고 있다. 토지, 숲, 강, 바다, 그리고 대기권이 모두 식민화되고 황폐화되고 오염되고 있다. 이제 자본은 계속적인 축적을 위해 침략하고 착취할 새로운 식민지를 찾아야 한다. 나의 생각으로는, 이러한 새로운 식민지들은 여성, 식물, 동물의 내부 공간(즉 육체)이다. 생물해적질에 대한 저항은 궁극적으로 생명 그 자체에 대한 식민화, 즉 자연과 관련된 비서구적 전통의 미래, 그리고 진화의 미래를 식민화하는 데에 대한 저항이다. 이는 다양한 종들이 진화할 수 있는 자유를 보호하는 투쟁이자, 다양한 문화가 진화할 수 있는 자유를 보호하는 투쟁이다. 이는 문화적, 생물적 다양성 모두를 보전하는 투쟁이다."³⁰⁾

29) Shiva, Vandana.(1997) "Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge" Boston, South End Press : 반다나 시바, 한재각의 역 (2000) "자연과 지식의 약탈자들" 당대, 제2장.

30) 29)와 같은 글의 서론 중에서.

특허발명의 강제실시

- 공익을 위한 통상실시권 설정의 재정을 중심으로 -

남희섭*

I. 서론

특허권은 특허발명을 특허권자만 독점적으로 실시하고 특허권자의 허락없는 타인의 실시를 특허권자가 배제할 수 있는 권리를 말한다. 그런데, 특허권의 내용을 이처럼 독점 배타적인 권리로 구성하는 것이 논리적으로 반드시 타당하거나 필연적인 것은 아니다. 예컨대, 특허기술을 '물건'으로 파악하고 특허권자를 그 물건의 '소유자'로 규정하는 독점 배타적인 방식보다는, 기술을 중심으로 한 사람들 사이의 관계 즉, 특허권자와 특허기술의 이용자(이용자에는 소비자만 있는 것이 아니라 특허권자와 대등한 또는 더 우수한 기술을 개발할 수 있는 다른 기술자들도 포함된다)들 사이의 관계를 규정하는 방식으로 특허권의 내용을 구성하는 것도 충분히 가능하다¹⁾. 특허제도가 등장할 무렵인 15세기 중세 유럽에서는 군주가 영주나 길드 조직에게 각종 특권을 부여하여 자신의 지위를 공고히 하려는 정치적 목적에서 길드에 대해 제조와 무역의 독점을 인정하였고, 그 후 절대왕정이 타도되어 산업자본이 국정을 지배하면서 자본의 원시적 축적이 진행되었던 중상주의 시대에는 초기 산업자본을 위해 국내시장을 확보할 목적으로 외국 기술을 국내에 유입하기 위한 반대 급부로 독점적 특허권을 인정하기 시작하였다. 물론, 르네상스 시기에 자기의 발명을 공개하기 꺼려하는 기술자들의 인식이 기술 발전에 장애가 되어 발명자에 대한 독점적 보호라는 경제정책의 일환으로 특허제도가 출발했다는 점을 인정하지 못할 바 아니지만, 특허권이 독점배타권으로 규정된 것은 기술의 발전과 사회적 확산을 위해 필연적이기 때문이 아니라, 정치적인 의도나 정책적 고려에서 출발했다는 점을 강조할 필요는 있다. 법을 이데올로기적 기능에서 보면, 법이 비록 사회 구성원 중 어느 일방의 이익을 옹호하고 타방의 이익을 배제하는 것이라도 법조문이 강자의 이해관계를 지나라한 방식으로 표현하지 않고 사회전체의 보편적 이익을 추구하는 듯한 외관을 갖추도록 조치함으로써 법의 원만한 집행을 도모한다²⁾. 따라서, 독점배타

권 형태의 특허권이 기술혁신과 사회적 확산을 위한 것이라고 강변하는 것보다는, 차라리 부의 집중과 부의 회전, 재생산이라는 자본주의 질서에 가장 잘 부합되는 것이 자산 소유 중심의 물권법이고, 그러한 측면에서 특허법도 자본주의 법질서의 근간인 물권법 형식을 따르도록 독점배타권으로 규정하게 되었다고 새기는 것이 더 솔직할 것이다. 특허권의 본질을 어떻게 규명하는가에 따라서 '공공의 이익'을 위해 특허권을 어느 정도까지 제한할 수 있는지 그 범위와 한계가 달라진다. 여하튼 특허권의 독점적 성질로 인해 특허제도는 초기부터 그 유용성과 권리남용으로 인한 폐해에 대한 논란이 계속되어 왔다³⁾.

특허권의 독점에 의한 폐해를 방지하기 위한 제도적 장치로는 특허권의 효력을 제한⁴⁾하거나 특허권을 취소⁵⁾하는 것이 있는데, 특허발명의 강제실시제도도 특허권의 독점에 의한 폐해를 방지하기 위해 도입된 것이다. 특허발명의 강제실시 제도는 특허권의 국제적 보호 논의에서 선진국과 개도국 사이에 가장 첨예한 대립을 보이고 있는 것 중 하나이기도 한데, 특히 의약 발명을 둘러싸고 가장 많은 논란이 있다. 의약 발명에서 강제실시가 중요하게 부각되는 이유는 3가지로 정리할 수 있다. 첫째, 신약을 개발하는 데에는 막대한 비용⁶⁾이 들지만 일단 개발된 약은 모방하기가 매우 쉽고 카피 의약품을 생산하는 데에는 거의 비용이 들지 않는다⁷⁾. 둘째, 다른 분야와 달리 의약분야에서는 특허권의 독점적 성격이 매우 강하게 나타난다. 예컨대, 의약 분야에서는 하나의 특허로 세계시장을 지배하는 것도 가능하기 때문에 독점이 크게 부각되지만, 전자 산업이나 기계 분야에서는 하나의 제품에 여러 특허가 존재하여 어느 한 기업이 하나의 제품에 대해 기술을 독점하는 것이 어려우며 오히려 특허권은 다른 특허권자와 관계를 맺는 수단 예컨대 상호실시 허락(cross-licensing)의 도구로서의 의미가 더 크다⁸⁾. 이러한 사실은 의약분야의 특허분쟁 양상의 특징으로부터도 엿볼 수 있는데, 제약 분야의 특허분쟁은 전자나 기계 산업의 특허분쟁과 달리 화해의 방식으로 중

* 정보공유연대 IPLeft 활동가, 변리사

1) 사람들 사이의 관계를 중심으로 특허권의 내용을 구성한다는 것은 예를 들면, 특허권자와의 관계에서 특허기술의 이용자가 특허권자에게 불법적인 행위로 손해를 끼친 경우 그 손해의 전부를 배상하도록 하는 형태로 특허제도를 만들 수도 있다는 것이다. 특허제도가 발명기술을 보호한다는 목적과 더불어 기술의 혁신과 사회적 확산을 도모하는 데에도 동일한 무게의 목적을 두고 있다면, 특허권자의 경제적 보상을 위한 시장독점권만 강조하는 것 못지 않게, 특허발명의 이용을 장려하고 보장하는 것도 중요하다. 이렇게 된다면, 특허법을 '발명의 보호 및 기술의 이용과 확산을 위한 법률'이라고 고쳐 부를 만하다.

2) 이상수 「입법을 통한 사회변동전략의 유용성과 한계」.
 3) 특허제도의 무용론은 19세기에 많이 등장했는데, 네덜란드는 1869년부터 1910년까지 특허법을 폐기한 바 있고, 스위스는 1888년 특허법 제정을 위한 국민투표가 부결되었고, 영국에서는 1872년부터 특허법의 결함과 남용에 관한 사실조사에 착수하였으며, 1891년부터 1934년까지 파리협약 개정 과정에서 각국은 국제 특허 규범의 조화와 통일을 위하여 자국의 특허법을 개정하는 데 매우 인색하였다. (최경수, 「국제지적재산권법」 한울아카데미, 2001년, 25-26면 참조.)
 4) 예를 들어서, 연구나 시험을 위한 특허발명의 실시에는 특허권의 효력이 제한되고, 의약이나 의약의 제조방법에 대해 특허가 된 경우, 약사법에 의한 약사의 조제행위와 그 조제에 의한 의약에는 특허권이 미치지 아니한다(특허법 제96조).
 5) 특허발명의 불실시로 인한 강제실시가 있는 후 2년동안 특허발명이 실시되지 않으면 특허권을 취소할 수 있다(특허법 제116조).
 6) Hannah E. Kettler, Using Innovative Action to Meet Global Health Needs through Existing Intellectual Property Regimes, 1999에 따르면 신약당 평균 개발비용은 3억~6억불이라고 한다.
 7) 이러한 이유로 기술 혁신에 대한 경제적 보상으로서 특허권이 절실하다는 주장의 교과서적인 사례로 제약 산업을 많이 꼽는다. 특허에 의한 의약발명의 보호가 없다면 영리를 추구하는 기업은 아예 투자를 하지 않거나 사회적으로 가장 적합한 수준 이하의 투자에 그칠 것이라고 한다. 그러나, 투자의 동기 부여를 위한 특허권의 인정에도 특허권자가 과연 얼마만큼의 투자를 하였으며 그러한 투자가 독점배타적 권리를 인정할 정도로 타당한지는 따져보아야 할 문제이며, 투자 동기를 인정하더라도 소위, 소외질병에 대한 연구개발비의 투자 동기를 특허권이 부여하지 못한다는 점은 명백하다.
 8) 나카야마 「공업소유권법(상)」 한국지적재산권연구회 역, 육법사(2001), 11,12면 참조.

결되지 않고, 어느 한쪽의 승소나 패소로 시장진입 성공 또는 시장 축출로 결론이 난다⁹⁾. 마지막으로, 국제적인 조약에서도 인정하고 있는 강제실시 제도가 현실적으로 불평등하게 적용되고 있다는 점을 들 수 있다¹⁰⁾.

특허발명의 강제실시 제도를 법으로는 규정하고 있으나 이것이 시행된 적이 없는 우리나라와 일본에서는 강제실시에 대한 논의가 피상적인 수준에 머물러 있고, 심지어 강제실시 제도가 현실적으로는 아무런 효과도 없는 제도라는 무용론까지 있는 실정이다. 그러나, 최근 국내에서 만성백혈병치료제인 '글리벡(Gleevec 또는 Glivec)'에 부여된 국내특허에 대한 강제 실시청구가 있었고, 국내 제약회사인 보령제약이 미국 화이자사의 물질특허 '암로디핀 베실레이트'에 대한 통상실시권(강제실시권) 허여 심판을 청구¹¹⁾하는 등 강제실시 제도가 현실로 적용되는 사례가 등장하면서 강제실시 제도의 좀 더 구체적인 해석론이 필요하게 되었다. 또한, 2001년 11월 'TRIPs 협정과 건강권에 대한 WTO 각료선언문'은 (1) 회원국이 공중의 건강을 보호하기 위한 조치를 TRIPs 협정이 '방해하지 않으며 방해할 수 없다(does not and should not prevent)'는 점과, (2) 공중의 건강을 보호하기 위한 특허, 의약품에 대한 접근권을 높이기 위한 WTO 회원국의 권리를 지지하는 방식으로 협정이 해석되고 이행될 수 있다는 점을 분명히 함으로써, 특허발명의 강제실시 제도를 이해하는 자세에도 기존의 특허법의 목적을 달성하기 위한 범위 내에서만 강제실시를 조망하던 것에서 벗어나 새로운 접근과 해석이 필요한 시점이 되었다.

이 글은 특허발명의 강제실시 제도 특허, 특허법 제107조1항3호에 규정되어 있는 '공공의 이익을 위한 특허발명의 강제실시 제도'를 현실로 적용하기 위해 필요한 해석론을 전개하고, 이 과정에서 도출되는 현행 제도의 문제점을 중심으로 법개정론을 전개한다. 이를 위해 필요한 범위 내에서 국제조약의 내용과 외국의 강제실시 제도와 사례들을 간략히 소개한다.

II. 국제조약의 내용과 강제실시 해외사례

1. 파리협약

특허를 비롯한 산업재산권 제도의 국제화에 시초가 된 1883년의 파리협약은 특허권자가 자신의 독점적 권리를 남용하는 것에 대한 제재의 형태로 강제실시제도를 규정하고 있다. 즉, 파리협약 5조A는 특허권자에게 특허발명을 실시할 의무를 부과하고 이 의무를 다하지 못하는 경우에는 타인이 특허발명을 실시할 수 있도록 강제하거나 특허권을 몰수할 수 있도록 하였다. 특허권의 남용에 해당하지 않는 경우 예컨대, 공공의 이익을 위한 강제실시와 같

은 내용은 파리협약에 포함되어 있지 않다. 파리협약 논의 과정에서 강제실시 제도를 두고 가장 격렬한 논의가 있었던 부분은 특허를 취득한 나라로 특허권자가 특허에 관계된 물건을 단순히 수입하는 것이 강제실시의 요건이 되는 지였다¹²⁾. 파리협약 5조A(1)항은 '특허는 특허권자가 어느 동맹국내에서 제조된 상품을 그 특허를 부여한 국가로 수입함으로써 인하여 몰수되지 않는다'고 규정하여 '수입'에 의한 실시가 강제실시 발동의 요건이 되지 않도록 하였다.

2. WTO/TRIPs 협정

WTO/TRIPs 협정 논의과정에서도 '수입에 의한 실시' 문제가 선진국과 개도국 사이에서 첨예하게 대립되었다. 브뤼셀 각료회의(1990년 12월 3일)에 제출된 개도국의 제안에는 '특허권자는 (a) 특허발명을 실시하고 (b) 라이선스 계약에 관련된 기술이전을 저해하는 남용적인 행위나 반경쟁적인 행위를 하지 않을 의무를 진다'고 규정하고, 동항 a호에는 '실시란 통상 특허제품의 제조 또는 방법특허의 산업적 적용을 의미하고, 수입은 제외되는 것으로 한다'라는 정의규정이 포함되어 있었다¹³⁾. 이에 대한 유럽연합은 반대안을 내었고, 결국 '수입' 문제에 대해서는 양자 사이에 합의가 되지 않아, 현행 TRIPs 31조에는 '수입 실시'에 대한 명문의 규정이 들어가 있지 않다.

한편, 강제실시를 규정하고 있는 TRIPs 협정 31조에는 파리협약과 달리 특허권이 남용된 경우 뿐만 아니라, 국가긴급사태나 공적인 비상업적 사용을 위한 강제실시가 가능하도록 하여 파리협약에 비해 더 넓게 강제실시를 허용하고 있다. TRIPs 협상에서 선진국과 후진국의 최대의 쟁점은 강제실시권을 부여하는 이유를 한정할 것인지의 여부였다. 선진국은 강제실시권을 부여하는 이유를 한정적으로 열거할 것을 주장한 반면, 개도국은 이유를 한정하지 말 것을 주장하였다. 구체적으로 강제실시를 명하는 경우의 요건에 관해, (1) 강제실시를 명할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하고 기타 어떠한 상황에서도 강제실시를 명할 수 없도록 하는 방법(선진국의 grounds approach), (2) 어떠한 이유에 의하더라도 강제실시를 명할 수 있으나 명하는 경우에 강제실시권 부여의 조건을 다수 열거하고 부여의 적정화를 도모하는 방법(개도국의 condition approach)가 대립하였으나, 결국 TRIPs 협정에서는 개도국의 입장이 채택되어 제31조에서 강제실시를 명하는 조건을 정하게 되었다¹⁴⁾.

WTO/TRIPs 협정 제31조에 규정된 강제실시는, (1) 강제실시의 승인은 개별적으로 비교형량하여 심사하여야 하고(개별성 원칙), (2) 특허권의 강제실시를 요청하는 자가 특허실시

9) 이대희 "특허분쟁에 대한 경제학적 접근 - 게임이론적 분석을 중심으로 -" 1996년 고려대석사학위논문.
10) UN 개발계획의 '인간 개발 보고서 2001'은 TRIPs 협정의 공정한 이행이 보장되어야 하며, 협정에서 허용하고 있는 특허의 강제실시와 병행수입이 실제로 필요한 곳에 제대로 적용되고 있는지 의문을 나타냈다. 실제로 강제실시의 경우만 보더라도, 캐나다, 영국, 미국에서는 수백 건의 강제실시를 발동해 왔으나, 지금까지 지구 남반구에서는 특허의 강제실시가 부여된 적이 단 한번도 없다. AIDS 치료약의 특허권을 둘러싼 사례에서 보듯이 이러한 강제실시 적용의 불균형은 미국과 다국적제약기업의 정치적 압력과 무역보복 때문이다.

11) 한국경제 2002년 4월12일자 기사.

12) '수입' 실시에 대한 논의를 '요시후지'는 특허제도에 대한 사고방식의 차이로 설명한다. 즉, 국가주의적 사고방식에 의하면 특허제도는 그 나라의 산업을 직접 진흥하기 위한 것이므로 그 나라의 자원과 노동력이 활용되어 국내산업이 진흥되지 않으면 뜻이 없다. 다시 말해서, 나라나 산업에의 이용을 방해하는 데만 도움이 되는 단순한 권리의 설정은 국내산업을 압박할 뿐이어서 유해무익하다. 한편 국제주의적 방식에 의하면, 특허를 다수국에서 받은 경우 특허발명을 수개국 모두에서 실시하지 않으면 안된다고 하면 특허권자에게 과중한 부담을 강요할 뿐만 아니라 국가경제상으로도 오히려 마이너스가 된다고 한다. 요시후지 「특허법개설(제9판)」 대광서림, 1994년, 632면 참조.

13) Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round: A Negotiating History, Vol. III, 1993년.

14) 김성준 「WTO법의 형성과 전망」, 4. GATS, TRIPs, DSU, 삼성출판사 414-418면 참조.

이전에 상업적으로 합리적인 조건을 제시하여 특허실시권 제의를 하였음에도 합리적인 기간 안에 특허실시권을 얻지 못한 경우에 보충적으로만 허용되며(보충성 원칙), (3) 다만, 국가 긴급사태나 그밖에 극도의 위기 상황, 또는 공공·비영리적 사용을 위해 필요한 경우에는 보충성의 존재가 의제되고, (4) 강제실시가 승인되는 경우 그 범위와 기간은 목적 달성을 하는 데에 한정되어야 하고 (최소실시 원칙), (5) 강제실시되는 권리는 통상실시권에 한정되며 (통상실시원칙), (6) 강제실시권은 이를 이용하는 기업이나 영업권(goodwill)과 함께 양도하지 않는 한 양도가 금지되고(양도금지의 원칙), (7) 강제실시권은 강제실시권을 부여하는 계약국 내의 국내 시장에 공급하는 것을 주목적으로 하여야 하며(국내실시의 원칙), (8) 강제실시를 정당화하는 상황이 소멸하거나 그러한 상황이 재발되지 않을 것으로 판단되는 때에는 강제실시권을 부여받은 이해관계인의 적법한 이익을 충분히 보장하는 조건 하에 강제실시권을 취소할 수 있는 제도 마련과 권한있는 기관이 신청에 따라 강제실시를 정당화하는 상황의 존속여부에 관하여 심사할 권한을 가져야 한다 (한시적 적용의 원칙)는 등 많은 요건과 절차가 필요하다¹⁵⁾.

3. 해외 주요국의 강제실시 제도와 사례

특허발명의 강제실시를 가장 많이 이용하고 있는 나라 중 하나는 미국이다. 특이한 점은 미국특허법에는 강제실시에 관한 규정을 두고 있지 않다는 것이다. 그 대신 '식물신품종보호법'에 의하면 농림부장관이 미국내 농산물의 적절한 공급을 위해 필요한 경우 특허된 신품종의 강제실시를 결정할 수 있고, 공적자금이 투입된 특허발명에 대해서 보건의 안전 또는 기타의 공익을 위해서 필요하다고 판단되는 경우 특허발명의 강제실시가 가능하며, '공중보건 및 복지에 관한 법률'에 따르면 오염물질배출규제 또는 원자력의 이용 등 공익을 위해 특허발명의 강제실시가 가능하다¹⁶⁾. 한편, 1994년 Jerrold Nadler 의원이 의약관련발명에 대한 강제실시 규정을 특허법에 두고자 하는 특허법 개정안을 연방의회에 제출하였으나 통과되지는 못했다고 한다¹⁷⁾. 미국에서 특허발명의 강제실시는 법원이나 정부에 의해 독점을 규제하는 차원에서 주로 발동되었는데, 1997년 3월 미국 연방통상위원회가 시바-가이키(Ciba-Geigy)와 산도즈(Sandoz)가 노바티스(Novartis)로 합병된 것이 미국내 유전공학 의약품 시장에 실질적인 영향을 미친다고 보고 합병 기업들의 몇가지 제품에 대해서는 권리 박탈을 요구했고, 다수의 보건관련 발명에 대해서는 지적재산권의 강제실시권 허용을 명령했다¹⁸⁾. 또한, Monsanto가 DeKalb Genetics를 인수하면서 생명공학 특허발명과 이와 관련된 정보의 실시 및 사용허락이 이루어진 예도 있다. 미국에서는 100건이 넘는 불공정거래 사건에서 특허발명의 강제실시가 발동되었고, 정부에 의한 특허발명의 사용을 위해 강제실시 제도를 광범위하게 활용하였는데, 이로 인해 유럽연합으로부터 항의를 받기도 했다¹⁹⁾.

15) 정진섭·황희철, '국제지적재산권법' 1995 육법사.

16) 정상조 「특허발명의 강제실시」 서울대학교 법학, 제40권제1호(1999), 268-269면 참조.

17) [정상조: 1999] 각주 22).

18) '노바티스'의 합병은 미국 내에서 이루어진 것이 아니라 '스위스'에서 이루어진 것이라는 점에서 미국 정부의 이러한 조치는 특기할만하다.

국가	기간	청구	허가	거절
영국 (식품 포함)	1966-75	35	22(63%)	7(20%)
캐나다 (의약품만)	1953-75	192	139(72%)	4(2%)
	1981-91	421	288(68%)	49(12%)

출처: 小原喜雄(오하라 요시오) 「개발적 보고 - 파리조약5조A 개정교섭의 난점은 TRIPs 협정에 의해 어느 정도 해결되었는가 -」 일본공업소유권법학회 년보 제24호(2000) 110면

의약 분야의 특허에 대한 강제실시는 위 표에서 보는 것처럼 캐나다에서 가장 많은 예가 나타난다. 그 이유는 캐나다 구특허법에 의약품 특허에 대한 특별한 강제실시 규정을 두었기 때문이다. 즉, 의약품의 조정(調整), 제조를 위해 특허의 실시권 부여를 청구하는 누구에 대해서도, 실시권을 허여하지 못할 정당한 이유가 인정되지 않는한 실시권을 허락하지 않으면 안된다. 캐나다 특허법의 이 규정은 TRIPs 협정과 NAFTA 가입 등을 이유로 1993년 2월에 폐지되었다.

한편, 1883년부터 강제실시 제도를 두고 있는 영국의 1949년 특허법은 음식물이나 의약품 또는 의료장치 등에 관한 특허발명의 경우 시장 가격이 높다는 것만을 사유로 해서도 특허발명의 강제 실시가 가능했는데, 이 제도는 1977년 폐지되었다.

프랑스는 구특허법에서 의약품이 충분히 공급되지 않거나 그 가격이 지나치게 높게 책정되어 있어서 의약품 발명에 관한 특허권의 강제실시가 공중보건의 유지를 위해 필요하다고 판단되는 경우에는 공중보건업무를 관장하는 부처의 장관의 신청에 의해 직권에 의한 강제실시를 결정할 수 있다. TRIPs 협정이 발효된 후에도 이 프랑스 특허법 제613조의 16에 규정되어 있는 공중위생을 위한 강제실시 제도는 존속되고 있다.

독일의 연방특허법원은 1991년 류마티스 치료약과 관련된 특허에 대해, 중대한 질병의 치료를 위한 특허발명 의약품을 환자들이 구입할 수 있도록 하기 위해서 필요한 특허발명의 강제실시는 공공의 이익에 부합된다고 판단한 바 있다²⁰⁾. 이에 대해서는 후술한다.

자국민의 건강권을 확보하기 위해 의약품 특허발명에 강제실시를 적용하려다 실패한 사례는 AIDS 치료약 특허권을 둘러싸고 있었던 남아공과 태국, 브라질 등에서 볼 수 있다.

III. 공익을 위한 특허발명의 강제실시

1. 강제실시 제도의 유형

특허발명의 강제실시를 '특허권자의 의사에 상관없이 타인이 특허발명을 실시하는 것'으

19) Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, Zed Books Third World Network, 2000, 91-92면 참조

20) BPatG 7. Juni 1991, 24 IIC 394 (1993)

로 넓게 이해한다면, 특허발명의 강제실시는 법률 규정에 의한 강제실시²¹⁾와 행정기관의 결정에 의한 강제실시(ex officio license)로 대별해 볼 수 있다. 행정기관의 결정에 의한 강제실시에는 (1) 특허권의 남용에 대한 제재 조치로서 발동될 수 있는 강제실시, (2) 선후권리자들의 이해관계를 조정하기 위한 강제실시, (3) 공공의 이익을 위한 강제실시 등이 있다.

(1) 특허권의 남용에 대한 제재 조치로서의 강제실시

가. 불실시

특허발명이 천재 지변 기타 불가항력 또는 정당한 이유없이 3년 이상 국내에서 실시되고 있지 않은 경우에는 당해 특허발명의 실시를 원하는 자는 특허청장에게 통상실시권 설정의 재정을 청구할 수 있다. 이 경우 재정을 청구하기 전에 실시를 원하는 자가 특허권자 또는 전용실시권자에게 협의를 구했으나 협이가 성립할 수 없거나 협의의 결과 합의가 이루어지지 않아야 하는 소위, '보충성의 요건'이 전제된다.

나. 불충분한 실시

특허발명이 국내에서 실시되고 있기는 하지만, 정당한 이유없이 계속하여 3년 이상 국내에서 상당한 영업적 규모로 실시되지 아니하거나 적당한 정도와 조건으로 국내수요를 충족시키지 못하는 경우에는 실시를 원하는 자의 청구에 의해 특허청장이 통상실시권을 설정할 수 있다. 이 경우에도 특허권자와 사접협의를 거쳐야 하는 보충성의 요건이 필요하다. 여기서, '상당한 영업적 규모로 실시되지 않는다'는 것은 그 발명의 기술파급 효과가 확산될 개연성이 없는 형태의 실시를 제재하기 위한 것이고, '적당한 정도와 조건으로 국내수요를 충족시키지 못한다'는 것은 특허권자가 특허물건을 터무니없이 높은 가격으로 유통시킨다거나 타인의 실시를 배척하여 그 실시의 정도가 형편없는 경우 등을 말한다고 한다²²⁾.

다. 불공정거래행위를 시정하기 위해 필요한 경우

사법적 절차 또는 행정적 절차에 의하여 불공정한 거래행위로 인정된 사항을 시정하기 위하여 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우 당해 특허발명을 실시하고자 하는 자가 특허청장에게 통상실시권 설정의 재정을 청구할 수 있다. 이 규정은 TRIPs 협정을 반영하여 도입된 것인데, 우리 공정거래법에 의하면 공정거래위원회의 시정조치가 없는 한 공정거래법에 규정된 손해배상청구 소송을 제기할 수 없기 때문에, 극히 제한된 범위에서만 적용되는 어색한 규정으로 잘못 도입되었다²³⁾.

21) 선사용에 의한 통상실시권, 직무발명에 대한 사용자의 통상실시권, 무효심판청구등록전의 실시에 의한 통상실시권, 질권경락 후의 원특허권자의 실시권, 의장권존속기간만료 후의 통상실시권, 재심에 의하여 회복한 특허권에 대한 선사용자의 실시권, 재심에 의하여 실시권을 상실한 원특허권자의 실시권 등이 있다.

22) 이종일 「UR/TRIPs 협정에 따른 특허법개정(안)의 강제실시권에 관한 연구」, 변시연구(1995), 11-12면 참조

23) 이에 대해 자세한 것은, [정상조: 1999] 288-292면 참조.

(2) 선후권리자 사이의 이해관계를 조정하기 위한 강제실시

특허발명이 타인의 先특허발명 등을 이용하고 있는 경우²⁴⁾, 후특허권자가 선특허권자로부터 정당한 이유없이 실시허락을 받을 수 없는 때에는 후특허권자 등의 청구에 의하여 심판 절차를 통해 통상실시권을 허여하는 것이다. 이 심판을 우리 특허법에서는 '통상실시권허여 심판'이라고 하는데, 보령제약에서 미국 화이자사를 상대로 청구한 것이 바로 이것이며, TRIPs 협정에는 제31조(1)에 규정되어 있다.

(3) 공공의 이익을 위한 강제실시

이에 대해서는 절을 바꾸어서 상세히 논의한다.

2. 공익을 위한 강제실시 제도의 입법경위

'공익을 위한 강제실시'와 관련된 우리 특허법의 입법 경과를 살펴보면, 1952년 4월 13일 법률 제238호 특허법(1946년 특허법) 제101조에는 적당한 조건부의 실시권 허락을 특허권자가 거부하는 것이 국내 사업에 부당한 손해를 가하고 실시권의 허락이 공익상 필요함이 명백한 때에 이것을 특허에 관한 권리의 남용으로 규정하고²⁵⁾, 이에 대해 檢事 또는 이해관계인이 강제실시권의 허여 또는 특허의 취소를 청구할 수 있도록 하였다(동법 제102조). 그 후, 1961년 12월 31일 법률 제950호 특허법 제44조1항은 특허권의 공용징수 형태로 '특허발명이 국방상 또는 공익상 필요한 때에는 특허권을 정부에서 제한, 수용, 취소하거나 정부에서 특허발명을 실시하거나 또는 정부 이외의 자로 하여금 실시하게 할 수 있다'고 규정하는 한편, 특허권이 남용되는 경우의 제재 형태로 제45조(불실시의 경우의 강제실시 또는 특허취소)에서 '특허권자가 특허를 받은 후에 계속하여 3년이상 정당한 이유없이 그 발명을 국내에서 실시하지 아니하는 경우에 공익상 필요하다고 인정될 때에는 특허국장은 이해관계인의 청구에 의하여 그 실시권을 타인에 허여할 수 있'도록 규정하였다. 이러한 공용징수 형태의 규정은 1963년 3월 5일 법률 제1293호 특허법에도 동일하게 규정되었고, 동법에서는 45조의 2를 신설하여 1항에서 '특허권자 기타 특허에 관하여 권리를 가진 자는 그 권리를 남용하지 못한다.'고 하고, 2항에서는 '다음 각호의 1에 해당하는 때에는 특허에 관한 권리를 남용한 것으로 본다. 3호: 특허권자가 실시권의 허락을 부당하게 거부하여 산업이나 국가 또는 국내 거주자의 사업에 손해를 가하였을 때. 4. 방법발명에 의한 특허의 경우에 그 권리의 범위에

24) 즉, 선특허권을 침해하지 않고서는 후특허발명을 실시할 수 없는 경우.

25) 제101조 특허에 관한 권리는 (특허권자, 지역적 권리자, 독점적 실시권자, 비독점적 실시권자 또는 기타 특허권에 의하여 청구를 하는 자가 유한 권리를 포함함) 남용함을 不得함. 左記各號에 1에 해당할 때는 특허에 관한 권리는 남용한 것으로 간주함. . . 중략 . . . 4. 실시권은 적당한 조건부의 실시권의 허락을 거부함이 我國의 사업 혹은 산업 및 국내거주자의 사업에 부당한 손해를 가하며 실시권의 허락이 공익상 필요함이 명백한 때. . . 중략 . . . 전항각호에 關係하여 남용의 유무를 결정함에 관하여는 특허는 발명 및 고안을 장려하며 발명 및 고안이 지체없이 될 수 있는대로 국내에서 상업적 규모로 생산됨을 확보하기 위하여 허여된 것으로 간주하여야 함. 발명 혹은 고안이 국내에서 실시될 가능성의 유무를 결정함에 관하여는 노무, 기술자, 원료, 산업시설, 자본, 경제요소 등 해당 사항 전부에 관하여 고려함을 요함.

속하지 아니하는 방법에 의하여 물건을 생산하여 타인에게 부당하게 손해를 가하였을 때'를 추가하였다.

공용수용의 형태 또는 특허권 남용의 제재조치에 대한 부가적 요건으로 '공익'을 요구하던 이러한 태도는 1978년 2월 8일 법률 제2505호 특허법 제50조 및 1986년 12월 31일 법률 제3891호 특허법 제50조에까지 그대로 유지되어 오다가, 1990년 1월 13일 법률 제4207호 특허법에서는 국가에 의한 특허권의 수용으로 규정하던 종전과는 달리 제107조에서 '통상실시권 설정의 재정' 규정을 마련하면서, 제1항제3호에 '特許發明의 실시가 公益상 特히 필요한 경우'에 특허발명을 실시하고자 하는 자가 통상실시권의 재정을 청구할 수 있도록 규정하기에 이른다²⁶⁾.

1995년 국내에 TRIPs 협정이 발효됨에 따라 개정된 1995년 12월 29일 법률 제5080호 특허법 제107조에서는 '공공의 이익을 위하여 特히 필요한 경우'에서 '特히'를 삭제하는 대신 '비상업적 실시' 요건을 추가하였다. 1995년 법은 이 외에도 불공정거래행위를 시정하기 위해 필요한 경우에도 강제실시의 재정을 청구할 수 있도록 하였고, 반도체 기술에 대해서는 강제실시 발동 요건을 달리 정하였다²⁷⁾.

이와 같은 입법의 경위를 정리하면, 우리 특허법에서 인정하고 있는 '공익을 위한 강제실시' 제도는 청구인의 범위가 '검사나 이해관계인, 정부'에서 '특허발명을 실시하고자 하는 자'로 확대되고 공익상의 필요가 '특히 필요한 경우'로 제한되지 않는 등 그 한계가 완화되는 방향으로 개정되어 지금에 이르고 있음을 알 수 있다. 다만, 강제실시의 형태가 '비상업적'인 것으로 제한되었는데, 이에 대해서는 후술한다.

3. 공익을 위한 특허발명의 강제실시의 요건과 해석

(1) 청구인 적격과 비상업적 실시

특허법 제107조제1항 본문은 '특허발명을 실시하고자 하는 자는 ... 재정을 청구할 수 있다'고 규정하여 청구인 자격에 대한 아무런 제한을 두고 있지 않다. 또한, '공익상 필요한 때에 정부에서 특허발명을 실시하거나 정부 이외의 자로 하여금 실시하게 할 수 있다'고 규정했던 구특허법의 규정과 비교하거나, 청구인을 검사, 정부, 이해관계인으로 한정했던 구특허법의 규정과 비교할 때, 특허발명을 실시할 의사가 있는 자는 누구나 특허법 제107조 소정의 재정을 청구할 수 있다고 해석된다.

다만, 107조에서, 공익을 위한 비상업적 강제실시를 청구하는 자는 특허발명을 '실시'하고자 하는 자에 해당하여야 하므로, 청구인은 소정의 실시능력을 갖추고 있어야 할 것이다. 그

런데, 이 실시능력과 관련하여 애매한 문제가 존재하는데, 그것은 실시의 형태가 '비상업적'일 것으로 제한했기 때문에 생기는 것이다. '비상업적 실시'의 요건은 TRIPs 협정 제31조의 '공적인 비영리적 사용(public non-commercial use)' 규정을 도입한 것인데, 이것은 TRIPs 규정을 잘못 해석하고 우리 법문에 포함시킨 것으로 보인다. TRIPs 협정의 논의과정에서 '공적인 비영리적 사용'의 표현에 대해서는 이견이 많았는데, 정부에 의한 사용(governmental use)으로 하자는 제안과, 단순히 공적인 목적의 사용(public purpose use)으로 하자는 제안이 있었다. 논의의 방향은 가급적 적용범위를 축소하자는 쪽으로 진행되어, 정부에 의한 사용 등으로 할 경우 정부가 영리적 목적으로 강제실시권을 발동할 가능성(그 예로는 '우정사업'을 든다)이 있으므로 이를 막기 위해 현재의 규정으로 된 것이다²⁸⁾. 따라서, 특허법 제107조의 요건에는 '정부의 영리적 실시'를 배제하는 형태로 규정되어야 마땅한데, 현재 규정은 모든 실시 형태가 비상업적일 것을 요구하고 있다. 그렇다면, '비상업적으로 특허발명을 실시'한다는 것을 어떻게 해석할 것인가?

특허법상 특허권자는 '특허발명을 業으로서 실시할 권리를 독점'하는데, 여기서 '業으로서 실시'란 개인적·가정적 실시를 제외하는 의미로 해석하는 것이 통설이다. 따라서, 영리를 직접 목적으로 하지 않더라도 공공사업·의료업·변호사업 등에서 행해지는 실시도 업으로서의 실시라 할 수 있다. 그렇다면, 특허법 제107조제1항제3호 소정의 '비상업적 실시'란 '業으로서 실시' 중 '영리를 목적으로 하는 실시'를 제외한 것으로 해석할 수 있다. 이와 더불어, 재정에 의한 통상실시권의 이전(移轉)을 규정하고 있는 특허법 제102조제3항의 '제107조 규정에 의한 통상실시권은 실시사업과 같이 이전하는 경우에 한하여 이전할 수 있다'라고 규정하여 강제실시 형태에 '실시사업'을 이미 예정하고 있다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하면, '특허발명의 비상업적 실시'란 '고도의 영리적 목적을 위한 실시'만을 제외하는 포괄적인 개념으로 해석해야 할 것이다.

비상업적 실시 요건과 실시능력을 결부시켜 고려할 때, 청구인 적격의 문제와 관련하여 문제가 되는 것은, 정부 이외의 누가 강제실시를 청구할 수 있을 것인가와 관련된 것이다. 공공의 이익을 위해 정부가 스스로 강제실시권을 발동하여 특허발명을 실시하는 경우에는 실시능력과 비상업 실시 요건에 큰 문제가 없을 것이지만, 특허발명과 경쟁관계에 있는 영리기업이나 영리를 목적으로 하지 않는 단체 등에서 공익을 위해 강제실시를 청구하는 것이 과연 가능한가? 영리기업에서 공익을 위한 강제실시를 청구하는 것이 가능하여도 그 실시를 할 수 있는지 의문인 점이 있는데, 이에 대해서는 정상조 교수의 주장²⁹⁾을 참조할 수 있겠다. 한편, 특허발명을 직접 생산할 능력이 없는 공익기관에서 강제실시를 청구하는 경우에

28) 특허청 'TRIPs 규정 해설자료' 132면 및 [최경수: 2001] 269면 참조.

29) 특허법은 공익상 필요한 경우에 사기업이 특허발명을 실시하는 것을 허용하는 것인지 의문시된다. 특허법은 "공익을 위하여 비상업적으로 실시할 필요가 있는 경우"에 강제실시가 이루어질 수 있다고 규정하고 있기 때문에, 사기업이 강제실시의 허락을 받아서 특허발명 제품을 제조·판매하는 것은 상업적 실시에 해당하기 때문에 허용될 수 없는 것이라고 해석되기 때문이다. 그러나, 자본주의 사회에서 특허발명제품의 제조에 비용이 소요되는데도 판매할 수 없다면 과연 강제실시의 허락을 받은 자가 어떻게 실시를 할 수 있을지 의문이고, '비상업적 실시'의 요건을 부과할 필요가 있는지 극히 의문시된다. (정상조 「특허발명의 강제실시」 서울대학교 법학, 제40권 제1호(1999) 288면 참조).

26) '공익상 특히 필요한 경우'로 규정한 것은 구서독의 특허법을 차용했던 일본 특허법의 규정을 수용한 것으로 보인다.

27) 당시 특허청은 법개정이유를 '貿易關聯知的財産權協定(UR/TRIPs)의 내용과 맞지 아니하는 條項을 동協定の 내용과 맞도록 改正하여 特許制度의 世界化를 추진하는 동시에, 世界貿易機構(WTO)體制에 能動的으로 대비하고 技術開發의 成果를 신속히 보호함으로써 技術開發을 촉진하려는 것임. ⑥ 特許廳長의 裁定에 의한 強制實施權의 發動要件을 확대하여 不公正去來行爲를 是正하기 위하여 필요한 경우에도 裁定을 請求할 수 있도록 함.'이라고 밝히고 있다.

는, 청구인 적격에 문제가 될 수 있다. 그렇다고 하여, 실시능력 문제를 해결하기 위해 실시 능력이 있는 영리기업과 그렇지 못한 비영리단체가 공동으로 청구인이 되는 것은 역시 '비 상업적 실시' 요건에 다름이 생길 수 있다. 요컨대, 우리 특허법 107조1항 본문에는 공익을 위한 강제실시를 청구할 수 있는 자에 대해 아무런 제한을 두고 있지 않지만, 실시능력이나 비상업적 실시 요건으로 인해 정부 스스로 강제실시를 발동하는 경우를 제외하면 실질적으로 청구주체에 일정한 제약이 따른다. '글리벡' 특허에 대한 강제실시 청구는 국내의 임의단체 2곳과 사단법인³⁰⁾에서 청구를 하였는데, 이 단체들이 특허청으로부터 '글리벡' 특허에 대한 강제실시를 허락받았다 하더라도 특허발명 '글리벡'을 실시를 하기 위해서는, '글리벡'을 제조할 수 있는 시설이나 기술력을 갖춘 국내의 제약회사를 통해 제조를 하거나 외국으로부터 '글리벡' 의약품의 수입하여야 한다. 국내 제약회사를 통해 글리벡을 강제실시하는 경우, 위 제약회사는 강제실시를 직접 허락받은 자가 아니므로, '글리벡' 특허권자로부터 특허침해 금지의 대항을 받을 수 있다³¹⁾. 강제실시권은 그 성질상 통상실시권이 될 수 밖에 없고, 특허권자는 통상실시권자에게 침해금지의 소를 제기하지 않을 부작위 의무만 부담한다고 보는 것이 정설이기 때문에, 통상실시권자인 강제실시권자가 제3자인 국내 제약회사에게 그 실시를 재허락을 할 수는 없다. 그렇다면, 이러한 특허권 침해 문제를 일으키지 않으면서, 특허발명을 '비상업적'으로 실시할 수 있는 경우란 어떤 상황을 말하는가?

특허권의 공유(公有)에 관한 이론에는 이를 유추해 볼만한 것이 있다. 즉, 특허권이 공유인 경우, 공유자 스스로가 실시하는 경우는 문제가 없지만, 공유자 1인이 제3자에게 하청을 주는 경우에 그것을 공유자의 실시로 간주할 것인지 실시허락으로 볼 것인지 하는 문제점이 있다. 만일, 이것을 실시허락으로 본다면, 다른 공유자의 허락이 없는 한, 하청받은 자의 실시는 특허권의 침해가 된다. 실제로 실용신안권 공유자 중 1인의 하청인이 타공유자의 동의를 얻지 않고 한 제조 행위에 대해 이것이 실시허락에 해당하는가의 여부에 대한 분쟁이 일본에서 있었다. 공유자가 금형을 제작하고 기술지도를 하여 재료 품질 제조기계의 성능에 대한 지시를 하고, 제품은 오로지 공유자에게 납품되어 공유자가 제품을 면밀하게 검사하고, 제조량이나 제품단가도 공유자가 결정하였는데, 설비는 하청인의 소유였던 사례에서, 仙臺 고등법원은 하청인은 공유자의 하나의 기관으로서 제조한 것이며, 공유자가 자기의 계산으로 그 지배관리하에 실시한 것이라고 하여 특허권의 침해를 부정하였다³²⁾. 일본에는 이와 유사한 판례가 몇 개 더 있다.

우리나라에는 일본과 같은 공유특허권의 사례가 없지만, 우리 특허법에 따르면, 특허권이 공유인 경우 공유자 1인이 다른 공유자의 동의없이 통상실시권을 허여하는 것은 무효이므로, 공유자 1인이 공유특허발명을 스스로 실시하지 아니하고 그 실시의 일환으로 물건의 제작 등에 관하여 제3자에게 의뢰한 경우 제3자의 실시행위를 공유자의 실시로 볼 것인지가 문제이나, 제3자가 공유자의 지휘감독하에서 공유자의 사업의 일환으로 단순히 특허품의 제

30) '건강사회를 위한 약사회', '평등사회를 위한 민중의료연합' '사단법인 인도주의실천의사협의회'

31) '글리벡'을 외국에서 수입하는 경우에는 이런 문제가 발생하지 않는다.

32) 仙臺高等法院 秋田地判 昭和 48年 12月 19日 判時 753호, 28면, [나카야마: 2001] 305면, 각주 1)에서 재인용.

작 등을 한 경우라면 제3자의 실시는 공유자 본인의 실시로 보아도 될 것이므로 다른 공유자의 동의사항은 아니라고 해석하는 듯하다³³⁾. 이 경우, 제3자는 공유자의 일기관(一機關)에 다름없다고 이론을 구성하거나, 하청인을 공유자의 이행보조자로 본다.

재정에 의한 통상실시권자와 특허권자 사이의 관계와 공유 특허권자들 사이의 관계가, 재 실시 허락의 가능 문제에서는 동일하게 적용되므로, 공유특허권자 사이에 적용되는 위 이론이 그대로 통용된다고 보면, 공익단체들이 강제실시권을 허락받고 실시능력이 있는 영리기업을 자신의 일기관 또는 이행보조자가 되도록 관계를 맺어 실시한다면, 실시 능력과 결부된 청구인 적격 문제와 '비상업적 실시' 요건과 특허침해 문제를 해결할 수 있을 것이라고 생각된다.

(2) 피청구인과 강제 실시 청구의 대상

특허법 제94조는 '특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다. 다만, 그 특허권에 관하여 전용실시권을 설정한 때에는 제100조제2항의 규정에 의하여 전용실시권자가 그 특허발명을 실시할 권리를 독점하는 범위 안에서는 그러하지 아니하다'고 규정하고, 특허법 제100조제2항은 '제1항의 규정에 의한 전용실시권의 설정을 받은 전용실시권자는 그 설정행위로 정한 범위 안에서 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다'고 규정하고 있으므로, 등록 특허권자 및/또는 전용실시권자가 공익을 위한 강제실시의 피청구인이 된다. 또한, 공익을 위한 강제실시의 청구대상으로 되는 것은 위 특허권자가 적법하게 보유하고 있는 특허권이다. 한편, 특허권은 등록이 효력 발생 요건이어서, 특허청에 등록되지 않은 것(예컨대, 아직 특허출원이 진행 중에 있는 발명)에 대해서도 강제실시의 청구 대상이 될 수 있는지 문제가 될 수 있다. 이에 대해서는 추가적인 연구가 더 필요하다.

강제실시 제도에서 피청구인과 청구대상을 특정하는 문제는 별다른 난점없이 명확해 보일 수도 있다. 그런데, 실제로는 이것이 절차상의 장벽으로 작용할 수 있다. 예컨대, '글리벡'과 같은 의약품에 대해 강제실시를 청구하는 경우, 실시하고자 하는 대상 물건과 특허권자는 쉽게 특정이 가능하지만, 청구대상으로서의 특허권을 제3자가 명확하게 특정하는 것은 그리 쉬운 문제가 아니다. 제약 특허의 경우, 해당 의약품에 어떤 특허가 분포되어 있는지는 권리자 이외의 자가 쉽게 파악하기 어렵다. 2001년 TRIPs 이사회에서 의약의 접근권과 특허에 대한 논의가 진행될 때, 제3세계 네트워크에서 낸 제안에 따르면, 개도국이 강제실시와 관련하여 직면하고 있는 어려움 가운데 하나로 강제실시를 허락받는 과정이나 그 전단계에서 요구되는 절차와 조건을 준수하는 것이라고 한다³⁴⁾. 이러한 맥락에서, 강제실시권의 발동을 실질적으로 억제하는 절차적 장벽을 제거하는 것이 필요한데, 예를 들어서, 강제실시를 청구하

33) 천호남, 「특허법」 510면 참조.

34) TWN의 briefing report (June 2001) E. proposals E.1.1 'Compulsory Licensing'에 "Another problem facing developing countries are the difficulties they face or may face in having to follow several procedural requirements or conditions prior to or in the process of granting compulsory licenses. Article 31 specifies several such conditions, including procedures for obtaining authorisation of the right holder on reasonable commercial terms and payment of "adequate remuneration," etc. These procedural conditions should not become a hindrance to the issuing of compulsory licenses.

는 자가 피청구인과 청구대상 권리를 빠짐없이 모두 특정하도록 할 것이 아니라, 강제실시를 하고자 하는 물건(예컨대, 의약품)을 특정하고 이와 관계된 특허권자를 청구인이 특정하면, 특허권자가 의약품에 설정된 특허권의 정보를 제공하도록 일정한 의무를 부과하는 것도 생각할 수 있겠다³⁵⁾.

(3) '공공의 이익'

TRIPs 협정 31조 b와 c에는 국가 긴급사태 및 공적인 비상업적 사용(public non-commercial use)을 위한 강제실시가 규정되어 있는데, '공적인 비상업적 사용'의 구체적인 예는 협정에 나타나 있지 않으나, TRIPs 협정 제1조1항³⁶⁾ 및 제8조1항³⁷⁾에 기초하면, 가맹국은 '공중의 건강과 영양을 보호하고' 또는 '사회경제적 및 기술적 발전에 극히 중요한 분야에서 공공의 이익을 촉진하기' 위한 강제실시를 할 수 있다고 해석된다. 구체적으로 어떠한 경우가 '공공의 이익을 위해 필요한 때'인지에 대해 국내에서는 이를 판단한 법원이나 특허청의 선례가 아직 없다. 한편, 우리나라의 특허법과 동일하게 '특허발명의 실시가 공익상 특히 필요한 경우' 재정에 의한 통상실시권을 허용하는 일본 특허청의 '재정제도의 운영요령'에는 ① 국민의 생명·재산의 보전, 공공시설의 건설 등 국민생활에 직접 관계된 분야에서 특히 필요한 경우, ② 당해 특허발명의 통상실시권의 허락을 하지 않음으로써 당해 산업 전반의 건전한 발전을 저해하고 그 결과 국민생활에 실질적 피해가 인정되는 경우를 예시하면서, 공공의 이익을 위해 특히 필요한 경우란 국민의 생명, 건강, 재산의 보전, 공공시설의 건축 등 국민생활에 직접관계가 있는 소위 공공적 산업부문에 속하고 해당 발명을 긴급하고 널리 실시할 필요가 높은 경우(예컨대, 악성전염병이 전국적으로 만연하고 이에 대한 특허약인 특허발명품을 신속하고 대량으로 공급할 필요가 있는 경우)를 말한다고 한다³⁸⁾.

공익을 위한 특허발명의 강제실시에 대해, 세계지적재산권기구(WIPO)에서는 「공공의 이익을 위한 강제실시는 국가적 비상사태의 경우가 특히 적합한 예라고 설명하면서, 의료 장비를 예로 들면, 갑작스런 유행병이 발생한 경우 의료 장비를 빨리 수입할 필요가 있고, 의료 장비 특허권자가 합리적인 조건에도 불구하고 의료장비를 수입하려 하지 않거나 제3자에게 라이선스를 주지 않을 때 정부는 제3자 또는 정부 스스로 의료 장비를 수입할 수 있다. 그러나, 유행병이 통제 가능한 상태로 된 다음에는 강제실시 조치를 유지할 이유가 없고 특

허권자는 자신의 특허에 부여된 권리를 전부 회복받아야 한다」고 설명한다³⁹⁾.

그러나, 이러한 WIPO의 설명은 공익을 위한 강제실시를 지나치게 좁게 해석하거나 의도적으로 왜곡하는 측면이 있다. 왜냐하면, 공공의 이익을 위한 강제실시는 비상사태의 경우 발동되는 강제실시와는 별개의 것이고⁴⁰⁾, 도하 각료선언문에서도 에이즈나 말라리아와 같은 국민 건강의 위기상황(public health crises)을 국가 비상사태의 하나로 한정하였고, "강제실시권을 부여할 수 있는 조건의 하나인 국가의 비상사태나 극도의 위기상황이 HIV/AIDS, 결핵, 말라리아와 같은 유행병(pandemic)에 적용되고, 회원국은 강제실시권을 부여할 권리를 가지고 강제실시권을 부여할 조건을 결정할 자유가 있다"는 점을 분명히 하였으며, 공익을 위한 강제실시에는 특허권자와 사전 협의를 거쳐야 한다는 요건이 적용되지 않기 때문이다. 한편, 일본 재정제도 운영요령에 나와 있는 설명은 공공의 이익에 대한 다소 추상적인 면이 있고, 교과서적인 사례에만 치중하고 있어서 구체적인 사안에 적용하기 위해서는 좀 더 실증적인 해석이 필요하다. 특허권의 경쟁제도적 측면을 부정하지 않는 입장에서 공공의 이익을 검토한다면, 특허권이 특정인에 대한 관계에서 남용되는 것이 아니라, 일정한 영역에 속하는 모든 개인 또는 특정한 상황에 있는 모든 개인에 대하여 남용이라고 평가할 수 있는 경우라면 그 구체적인 상황을 고려하여 '공공의 이익' 요건이 충족된다고 할 수 있다. 예컨대, 어느 질병으로 고통받는 환자의 회복에 필수적인 의약품과 특허권의 행사가 직접 관계되어 있는 경우나, 일정 지역에 거주하는 모든 사람의 건강한 생활에 관계된 환경 문제의 해결과 특허권의 행사가 직접 관계된 경우라면 구체적으로 공익을 위한 강제실시권 발동의 예가 될 수 있다⁴¹⁾.

한편, 구체적으로 어떤 상황에서 공익을 위한 특허발명의 강제실시가 가능한지에 대해 독일의 사례 중 참작할만한 것이 있다. 독일 연방대법원은 특허권자의 배타적인 권리의 보호가 특허발명의 실시에 관한 공공의 이익을 위해 희생되어야 할 상황이 있을 수 있다는 원칙을 거듭 확인한 바 있는데, 구 특허법하의 독일판례에는, 예컨대 독일의 국내시장에 대한 특허발명제품의 공급을 늘리기 위해 필요한 경우, 대규모 실업을 방지하기 위해서 필요한 경우, 안전성의 증가나 일반 공중의 보건향상을 위해 필요한 경우 등에 특허발명의 실시가 공공의 이익에 부합된다고 판시한 바 있다⁴²⁾. 1991년 독일연방특허법원은 '공공의 이익'에 대하여 "구체적 개별적 이익상황에 대하여 판단해야 한다는 개념, 특허권자의 이익과 특허권자 이외의 공중이 받는 이익의 비교 고려에 의해 공공의 이익을 판단할 것, 특허권자의 이익을 희생하여 실현하고자 하는 이익이 다른 대체적인 수단에 의해 실현할 수 있는 이익인가 아닌가를 중요하게 고려할 것 등"을 지적하면서, 독일에 존재하는 100만 내지 200만의 류마티스성 관절염 환자에 의해, 독일에서 제조승인된 유일한 유효성분 W를 갖는 의약품이 원고(특허권자)의 것 하나뿐인 상황에서, 환자가 안정적 계속적으로 본 의약품을 입수할 수 있다고 하는 공중의 이익은 공공의 이익이라고 인정하였다⁴³⁾. 독일연방특허법원의 이 판결

35) 한편, TRIPs 31조에는 '공적인 비상업적 실시'에서 "정부가, 특허 검색을 하지 않고, 특허를 정부에 의해 또는 정부를 위해 현재 실시하거나 장래에 실시할 것임을 알거나 알 수 있을 때에는, 권리자에게 그것을 즉시 통보해야 한다"라고 규정되어 있는데, 이것이 강제실시 청구의 대상권리를 특정하는 문제와 어떤 관련이 있는지는 별도의 추가 연구가 필요하다.

36) 회원국은 이 협정 규정을 이행하여야 한다. 회원국은 국내법으로 이 협정에서 요구하는 것보다 광범위한 보호를 이행할 수도 있으나 그러한 의무를 부담하지는 아니한다. 다만, 그러한 보호가 이 협정 규정에 저촉하여서는 아니된다. 회원국은 자국의 법제도와 관행 내에서 이 협정 규정의 적절한 시행 방법을 자유롭게 결정할 수 있다.

37) 회원국은 자국의 법률 및 규칙을 제정하거나 개정하면서 공중의 보건 및 영양을 보호하고, 자국의 사회경제적 및 기술적 발전에 매우 중요한 분야에 대한 공공의 이익을 증진하기 위하여 필요한 조치를 채택할 수 있다. 다만, 그러한 조치는 이 협정 규정과 양립하여야 한다.

38) 일본공업소유권법연구회, 「공업소유권법질의응답집」 1362면 이하 참조.

39) 'WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use' 38면.

40) TRIPs 협정 31조 B항에도 '공적인 비상업적 사용'과 '비상사태 등'을 별개로 취급하고 있다.

41) 土肥一史(도히 카즈후미) 「강제실시허락제도와 공공의 복지」 일본공업소유권법학연보 제24호(2000).

42) 정삼조 274, 275면.

에 대해 연방대법원은 '피고의 의약제품보다 원고의 제품이 효능이 더 뛰어나다는 점이 입증되지 않았고, 피고가 의약제품을 전혀 공급하지 않은 것도 아니며, 원고의 의약제품의 제조를 위해서 피고의 특허발명의 강제실시가 이루어져야만 공공의 이익에 부합된다고 말할 수 없다'고 하여 특허법원의 결론을 유지하지 않았다⁴⁴⁾.

한편, 특허발명의 강제실시를 발동하기 위한 요건으로서 '공공의 이익'을 해석하는 데에는 우리 헌법의 재산권에 관한 이념으로부터 특허법의 강제실시 제도의 성격을 규명하는 작업도 필요하다. 우리 헌법은 모든 국민에게 재산권을 보장하면서도 재산권의 사회적 제약 내지 사회적 기속성을 강조함으로써 우리 헌법이 추구하는 사회복지국가의 이념과 재산권을 조화시키려고 노력하고 있다. 즉, 헌법 제23조제1항은 '모든 국민의 財産權은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다'고 하여 재산권의 보장을 천명하면서 그 내용과 한계는 입법권자의 입법형성권에 의해 법률로 정해질 뿐만 아니라, 동조제2항에서 '재산권의 행사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다'고 하여 재산권의 사회적 기속성을 단순한 윤리적 의무 차원을 넘어서 재산권행사의 헌법적 한계로 설정하고 있다. 나아가, 동조제3항에서 '공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다'고 하여 공익상 긴절히 필요한 경우에는 보상을 전제로 한 재산권의 침해가 허용되고 있다⁴⁵⁾. 특허권과 같은 소위 '정신적 재산권'도 헌법상 재산권의 범주에 포함된다 할 것인데⁴⁶⁾, 이러한 헌법 정신에 입각하여 특허법 제94조는 '특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다'고 하여, 특허발명에 대한 일정한 행위를 특허권자의 허락 없이 할 수 없도록 하면서도, 특허에 의한 독점으로 생길 수 있는 폐해를 막기 위해 특허권의 취소(특허법 제116조), 수용(제106조), 효력의 제한 규정(제96조)을 두고 있는데, 특허법 제107조(통상실시권 설정의 재정) 규정도 이러한 맥락에서, 재산권 행사의 공공복리성을 달성하기 위해 특허권의 남용에 대한 제한(제1항 제1호, 제2호 및 제4호)에 더하여, 공익을 위한 제한(제3호)을 두고 있는 것이다.

한편, 다른 유형의 강제실시 제도와 비교했을 때, 공익을 위한 특허권의 제한은 특허권 남용에 대한 제한과 달리, (1) 특허발명이 적당하게 실시되고 있는 경우에도 공공의 이익을 확

43) BPatG 7. Juni 1991, 24 IIC 394 (1993). 이 판결이 적용된 사건은 다음과 같다. 피고는 물질 W에 관해 독일에서 물질특허를 가지고 있고, W를 유효성분으로 하는 의약품 Y에 대해 미국의 제조승인을 받았으나, 독일에서는 제조승인이 되어 있지 않았다. 류마티스성 관절염 치료약으로서, 원고는 독일국내에 W를 유효성분으로 하는 의약품 X를 제조판매하였다. 이 의약품 X는 독일에서는 W를 유효성분으로 하는 유일한 의약품이었다. 원고는 합리적인 대가와 상당한 담보를 제공하는 조건으로 피고에게 라이선스 설정을 요구했으나, 피고는 이것을 거절하여, 원고가 연방특허특허법원에 소를 제기한 것이다. 법원은 "독일연방 후생국이 제조승인한 의약품이고, 달리 비교되는 의약품보다도 부작용이 명확하게 적은 의약품에 관하여, 그 외에, 후생국에 의해 승인되거나 거의 승인된 동일하거나 더 우수한 효과와 부작용의 의약품이 존재하지 않는 한, 특허보호되는 유효성분을 사용한 의약품을 제조하기 위하여, 공공의 이익에 기초하여 유한적인 강제실시를 설정할 것으로 한다"고 판단하였다.

44) BGH 1995. 12. 5. 판결 GRUR 1996, 190, [정상조: 1999]의 각주 44)에서 재인용.

45) 허영 「한국헌법론」 박영사(2000).

46) 우리 헌법은 일반 재산권을 보장하는 제23조와 별도로 제22조제1항(모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다)과, 제2항(저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다)에서 특허권의 헌법적 보장을 천명하고 있다.

보호하기 위해 불충분한 경우가 있다는 점과, (2) 특허발명이 공익상 필요한 경우에는 그 발명이 특허권자에 의해 실시되고 있느냐 그렇지 않느냐를 묻지 않는다는 점에서 차이가 있고, (3) 특허권자의 '정당한 이유'에 의한 항변을 인정하지 않는다는 점에서도 구별이 된다. 또한, 특허권 남용에 대한 제한과는 달리 '공익을 위한 특허권의 제한'에는 (4) 특허권자와 사회협의를 거쳐야 하는 '보충성의 원칙'이 적용되지 않는다⁴⁷⁾. 우리 특허법에서 '공익을 위한 강제실시 제도'에 이러한 차이점을 둔 이유는 '공익을 위한 강제실시' 제도가 특정인의 관계에 대한 특허권의 남용 등에 대한 제재 조치가 아니라, 특허권자의 이익 이외의 더 큰 이익 즉, 공공의 이익을 위해 특허권의 행사를 부분적으로 제한하는 고도의 판단을 요구하기 때문이라 할 수 있다. 요컨대, 공익을 위한 강제실시는 특허권의 남용에 대한 제재나, 제3자와 형평성 고려 또는 특허법의 목적을 달성하기 위한 한도 내에서만 고찰하는 수준을 넘어서는 것이 필요하다.

또한, 특허권에 의해 보장되는 재산권의 행사가 악용, 남용됨으로써 사회 여러 계층 간에 위화감이 조성되고, 재산권의 행사가 사회적 권력형성의 이기적인 수단으로 오용되는 상황 속에서는 사회정의의 실현과 사회공동체의 동화적 통합을 기대하기 어렵다는 헌법정책적 고려가 특허법 제107조에 반영된 것이라고 한다면, 정당한 대가의 지급을 전제로 특허권을 부분적으로 제한하여, 예컨대 특허권에 의해 시장독점권이 형성된 의약품을 적절한 가격에 환자들에게 지속적으로 안정적으로 공급하여 환자들을 질병의 노예가 되지 않도록 하는 것은, 공공 필요에 의해 재산권을 제한할 수 있다는 헌법 정신에 합치되는 것이라 할 수 있다.

(4) 대가의 지급

공익을 위한 특허발명의 강제실시권자는 특허권자에게 대가를 지급하여야 하는데, 이와 관련하여 TRIPs 협정 제31조h에는 특허권자는 각 사안에 따라 강제실시에 의한 경제적 가치를 고려해 충분한 보상을 받을 수 있어야 한다고 규정하고 있다. 우리 특허법은 특허권이 수용되었을 때에는 '정당한 보상금'이라고 되어 있고(특허법 106조3항) 강제실시인 경우에는 단순히 '대가'라고만 되어 있다. 국제법상 특허권자에 대한 충분한 보상은 시장가치를 통해 산출하되, 이것이 적절치 않은 경우, 기대이익을 포함하는 영업가치, 대체비용 등이 주로 거론되는데, 강제실시의 경우 특허권자에게 지급해야 하는 대가도 '시장가치에 가까운 충분한 보상'을 의미한다고 할 수 있다⁴⁸⁾. 캐나다의 경우 강제실시료에 대해서는, 순판매가격의 4%로 하여야 한다는 견해와 순가격의 10~15%라는 견해가 있다⁴⁹⁾. 우리 법에서는 1999. 7. 1. 폐지된 '국유특허권의 처분·관리규정'을 참조할 수 있을 것인데, 예컨대 총판매수량을 미리 예측할 수 없을 때에는 '제품의 판매단가×점유율×기본율'에 의한 제품단위당 실시료를 '대가로 정할 수 있을 것이다.

대가의 지급과 관련된 것도 추가적인 연구가 필요하다.

47) [土肥一史: 2000]

48) [최경수: 2001] 271면, 각주 396) 참조.

49) 小原喜雄 「개괄적 보고 - 파리조약 5조A 개정교섭의 난점은 TRIPs 협정에 의해 어느 정도 해결되었는가」 일본공업소유권법학연보 제24호(2000).

IV. 법개정론 - 결론을 대신하여

앞절에서 살펴본 것처럼, 우리 특허법 제107조1항3호의 '공공의 이익을 위한 강제실시제도'는 TRIPs 협정의 발효에 따라 도입된 것이지만, 국내 법현실과 맞지 않는 부분도 있고 협정의 내용을 잘못 이해하여 규정된 것도 있으며, 실제 적용을 위해서는 보완해야 할 곳도 보인다. 강제실시제도를 둘러싸고 국내의 논의를 촉발시킨 '글리벡' 사안은 글리벡 약값의 높고 낮음이 문제가 아니라 본질적으로 특허권이 환자의 생명이나 건강보다 우선할 수 있느냐 하는 인권의 문제로 귀결된다⁵⁰⁾. 특허권이 인간의 생명이나 건강권보다 우월할 수 없다는 평범한 진리가 우리나라에서 현실로 나타나기를 기대하며, 법개정을 위한 짧은 견해를 피력한다.

- (1) 특허법 제107조1항3호에서 '비상업적' 요건은 삭제되어야 한다. '비상업적' 요건은 '공익'을 위해 활동하는 주체가 특허발명의 강제실시를 청구하는 실질적인 제약이 될 뿐만 아니라, '정부에 의한 영리적 실시'를 배척하기 위해 도입되었던 TRIPs 협정의 취지에도 맞지 않으며, 영리적 목적의 주체가 강제실시를 청구하는 것을 실질적으로 차단하고 있다.
- (2) 특허법 제107조1항4호(사법적 절차 또는 행정적 절차에 의하여 불공정거래행위로 판정된 사항을 시정하기 위하여 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우)에서 관련법(예컨대, 공정거래법)을 참조하여 실제로 적용될 수 있는 내용으로 수정하거나 시행령을 통해 절차적 규정들을 만들어야 한다.
- (3) 강제실시권의 발동을 위하여 장애가 되는 절차적 요소에 대해 검토하여 이에 대한 보완책을 마련해야 한다. 예를 들어서, 강제실시의 청구대상이 되는 특허권의 존재에 대해 일정한 조건을 청구인이 충족하면, 피청구인(특허권자)가 그것을 확인하는 소극적 수준의 의무를 부담하는 규정을 두어야 한다.
- (4) 강제실시권이란 권리자의 의사에 상관없이 또는 권리자의 의사에 반하여 제3자에게 특허발명을 실시할 권리를 부여하는 것이지만, 이것이 공공의 이익을 위해 개인의 권리를 제한하는 것이라면 공익 달성을 위해 필요한 범위 안에서 권리자에게 일정 정도의 의무를 부담시키는 것도 제도의 취지에 어긋나지 않을 것이다. 따라서, 특허권자가 강제실시권자에게 실시에 필요한 정보 예컨대, 의약품을 제조하기 위한 공정 조건이나 특허 이외의 노하우 정보 등을 제공하도록 강제하는 것도 고려할 필요가 있다. 이것은 강제실시권을 통상실시권(non-exclusive license)의 한 형태로만 파악하는 기존 개념에 수정이 필요하다. 즉, 순수한 통상실시권이 아니라 의무부담형 통상실시권으로 강제실시권의 성질을 달리 파악할 필요가 있다.

제 2 부

디지털 기술과 지적재산권

50) 박성호 「생명권, 건강권, 그리고 특허권 - 글리벡 특허권에 대한 강제실시문제」 Jurist(2002. 03), 글리벡 사건을 중심으로 한 특허권과 인권의 문제는 민주사회를 위한 변론 통권 제48호(2001)를 참조.

공개코드와 공개사회 : 인터넷 거버넌스의 가치

Open Code and Open Societies : Value of Internet Governance*

Lawrence Lessig**
신동룡 역***

피에르 드 페르마(Pierre de Fermat)^{역주1)}는 법률가이자 아마추어 수학자였다. 그는 일생동안 단 하나의 논문을 발표하였는데, 그것은 자기 친구의 책에 추록으로서, 그것도 익명으로 게재된 것이다. 논문을 출판하기 전에 페르마는 당시의 수학자들이 공개적으로 연구하였던 문제들에 심취되어 있었다. 1630년, 그는 아버지의 '디오판투스의 정수론' (Diophantus' *Arithmetica*) 가장자리에 "2보다 큰 모든 자연수 n에 대해 $X^n + Y^n = Z^n$ 의 자연수 해는 존재하지 않는다"라는 난해한 공식 옆에 다음과 같이 휘갈겨 썼다. "나는 참으로 신기한 증명을 발견하였지만, 그 증명을 여기에 적기에는 책의 여백이 너무 모자란다."¹⁾

페르마가 정말로 증명하였는지는 모르겠다. 그러나 페르마가 천재적 수학자이었던 아니든, 그는 확실히 자기 스스로를 유명하게 만드는 천재적 인물이었다. 왜냐하면, 페르마를 유명하게 한 것은 바로 이 수수께끼였기 때문이다. 거의 사백년 동안, 세계에서 내노라는 수학자들이 페르마가 기록하지 않은 증명을 밝혀내려고 갖은 애를 썼지만 끝내 실패하였다.

1990년대 초, 어렸을 때부터 이 수수께끼를 풀기 위해 고심하였던 앤드류 와일즈(Andrew Wiles)라는 사람이 드디어 자신이 '페르마의 마지막 정리'(Fermat's Last Theorem)를 해결하였다고 자신하였다. 그는 이 결과를 인터넷에 띄워 놓았다. 그러나 바로 얼마 후에 증명에 약간의 문제가 있음이 발견되었다. 증명에 결함이 있었던 것이다. 그래서 와일즈는 '페르마의 마지막 정리'를 해결하였다는 자신의 주장을 철회하였다.

그러나 증명기록은 회수될 수 없었다. 그것은 이미 인터넷이라는 대기공간 속으로 들어갔기 때문에 어느 누구도 지울 수 없게 되었다. 많은 사람들이 와일즈의 증명기록을 가지고 있었고, 어떤 사람들은 비록 완벽한 증명에 이르지 못하였다 할 지라도 끊임없이 증명하려고 하였다. 넷 상에서 증명기록이 여기저기 수없이 교환된 후에 드디어 미완성된 와일즈의 증명이 해결되었다. 마침내 '페르마의 마지막 정리'가 해결된 것이었다.²⁾

* * *

현재 어떤 사람들은 자유소프트웨어운동(Free Software Movement-설립자 리처드 스톨먼이 설명하듯이, 여기에서의 'free'는 무료맥주(free beer)에서의 무료가 아니라, 표현의 자유(free speech)에서의 자유를 의미한다³⁾)이라고 하고, 또 어떤 사람들은 공개소스소프트웨어운동(Open Source Software Movement)이라고 일컫는 것이 이루어지고 있다.⁴⁾ 양자의 차이는 중요하지만, 많은 공통점을 가지고 있다. 양자는 모두 인터넷을 관리하는 기본소프트웨어가 공개소프트웨어인 세상, 즉 모든 사람들이 코드의 소스를 획득·수정·개선할 수 있는 세상을 목표로 한다.

공개코드를 지지하는 근거는 상이하지만, 수많은 사람들이 공개코드를 주장한다. 대부분의 사람들은 공개코드가 효율성이라는 장점을 가지고 있다고 주장한다. 공개사회의 성과물과 마찬가지로 공개적으로 개발되어 만들어지는 코드는 소스가 알려지기 때문에 결점이 밝혀지고, 개선될 것이며, 이러한 이유로 폐쇄적인 생산과정에서 산출되는 코드보다는 더 강력하고, 더 효율적이며, 더 확실할 것이라는 주장이다. 그들은 더 훌륭한 코드가 약속될 것으로 믿고 있으며 컴퓨터가 이탈리아의 전기만큼 확실한 곳에서 이것은 정말 매우 귀중한 희망이라고 생각한다.

그러나 본 논문에서 나는 공개코드의 효율성을 논하지 않는다. 이 글의 목적은 공개코드의 가치이다.⁵⁾ 당신이 곧 관심을 가지게 될 나의 문제의식은 다음과 같다. "인터넷 거버넌스(internet governance)-그리고 일반적으로, 거버넌스(governance)에^{역주2)} 관한 문제에 있어서 우리에게 교훈을 줄지 모르는 공개소스운동 또는 자유소프트웨어운동의 가치로부터 우리는

* Lawrence Lessig, *The Charles Green Lecture: Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance*, 74 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1405, 1999. <<http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/writings/works/final.pdf>> 본 글은 2001년 12월 연세대학교 법학연구소에서 발간한 「법학연구」 제11권 제4호에 게재된 번역문이다. 본 논문의 한국어 번역을 흔쾌히 승낙한 레식 교수에게 진심으로 감사한다.

** Professor of Stanford Law School. 저서로서는 *Code and other Laws of Cyberspace* (New York: Basic Books, 1999), *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* (New York: Random House, 2001) 등이 있다.

*** 연세대학교 경법대학 법철학 강사, 연세대학교 BK21 정보법학사업팀 연구원.

역주1) Pierre de Fermat (1601~1665) 프랑스 수학자

1) <http://www-groups.dcs.st-and.ac.uk/~history/HistTopics/Fermat's_last_theorem.html>을 참조할 것. 또한 Amir D. Aczel, *Fermat's Last Theorem: Unlocking the Secret of an Ancient Mathematical Problem* 6 (1996)을 참조할 것.

2) Simon Singh, *Fermat's Enigma: The Epic Quest to Solve the World's Greatest Mathematical Problem* (1997) 을 참조.

3) 리처드 스톨먼은 이 특별한 운동의 창시자이다. 그는 분명 자유소프트웨어운동을 일으키는데 강력한 힘이었다. Amy Harmon, "The Rebel Code," *NY Times Mag.*, Feb. 21, 1999, at 34; Andrew Leonard, "Maverick Richard Stallman Keeps the Faith and Gives Bill Gates the Finger" (Aug. 31, 1998) <http://www.salonmagazine.com/21st/feature/1998/08/cov_31feature.html>을 참조할 것.

4) 자유소프트웨어운동의 한 부문으로 다루어지는 이 운동의 책임자는 에릭 레이몬드(Eric Raymond)와 브루스 페렌스(Bruce Perens)이다. 이들은 'opensource.org'의 설립자이다. <<http://www.opensource.org/board.html>>을 참조할 것.

5) 따라서 나는 이 운동이 제기하는 논점은 무엇보다도 우선 가치의 문제라고 주장하는 스톨먼의 의견에 전적으로 동의한다. Richard Stallman, "Reevaluating Copyright: The Public Must Prevail," 75 *OR. L. REV.* 291 (1996); Lawrence Lessig, "The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net," 14 *BERKELEY J. L. & TECH.* 759 (1999)을 참조할 것.

무엇을 배울 수 있겠는가?"

* * *

거버넌스: 많은 사람들에게 인터넷 거버넌스라는 말은 매우 이상하게 들릴 것이다. 인터넷은 매우 복잡하게 뒤섞인 도서관들에 연결되어 상호작용하는 기괴한 텔레비전이다. 여기서 인터넷 거버넌스에 관해 논의한다는 것은 어떠한 의미를 가질 수 있을까?

그러나 나는 매우 일반적인 의미에서 거버넌스를 정의하고자 한다. 만약 당신이 월드와이드웹(WWW)에 서버를 연결하려고 한다면, 당신은 반드시 인터넷 등록기관, 정확히 말해 네트워크 솔루션(Network Solutions)이라는 회사에 등록을 하고 도메인네임을 받아야만 한다.⁶⁾ 이러한 절차는 내가 정의하고자 하는 거버넌스로부터 비롯된 것이다. 당신이 WWW에 있는 웹사이트에 연결하고자 한다면, 당신의 컴퓨터는 웹 상의 컴퓨터가 당신의 컴퓨터를 찾을 수 있도록 웹사이트에게 당신의 IP주소를 전송할 것이다.⁷⁾ 이 프로토콜도 역시 내가 정의하는 거버넌스의 산물이다. 당신이 IP주소를 가지고 웹사이트에 연결할 경우, IP주소는 당신이 누구인지를 확인할 수 정보를 제공해주지 않는다. 따라서 IP주소는 정적이라기보다는 동적이다. 또한 상대방이 당신의 실체에 관한 그 어떤 정보를 알아야 할 것을 요구하지 않는다. IP주소는 실체적(real)이라고 보다는 대략적(proxy)이다.⁸⁾ 이것 또한 내가 의미하는 거버넌스로부터 도출된 것이다.

각각의 사례에서 언급된 거버넌스는 인터넷 상에서의 특정 구조(architecture)로부터 형성된 거버넌스이다. 코드 디자인은 넷 상의 위치를 확인하기 위해 IP주소를 사용한다. 물론 다른 디자인이 선택될 수도 있었다. 그러나 코드 디자인은 사이트에 연결하기 위해 오직 IP주소만을 요구한다. 만약 더 높은 보안이 필요하였다면, 다른 디자인들이 채택될 수도 있었을

것이다. 따라서 부분적으로 내가 의미하는 거버넌스는 코드를 통하여 발생하는 거버넌스다.⁹⁾

그러나 확실히 말해 거버넌스는 단순히 코드가 아니다. 네트워크 솔루션사를 도메인네임 등록기관으로 선정한 것은 소프트웨어가 아니다. 작고한 존 포스텔(John Postel)과 인수계약을 맺은 미국정부가 네트워크 솔루션사를 선정한 것이다.¹⁰⁾ WWW을 위한 프로토콜을 정한 것은 소프트웨어가 아니다. 이 디자인이 통용되도록 추천하고, 그것을 선택된 것으로 공식 인정하였던 것은 인터넷 결정가(Internet decision-makers)그룹이었다.¹¹⁾ 이 결정자들은 사람들이었고, 그 가운데 몇몇 사람들은 '시민들'(People)에게 책임을 진다. 그들의 이름은 Hal 2000이 아니다.

그런 까닭에 내가 말하는 의미에서의 거버넌스는 코드의 규제와 이 코드를 규제하는 조직체가 행하는 규제, 양자의 혼합이다. 간단히 이것은 기계와 사람이다.

그러나 이 규제자들은 매우 다른 방식으로 규제를 한다. 두 개의 규제자들은 서로 구별된다. 또한 그것들은 현실공간의 정부가 규제하는 방식과도 다르다. 우리는 이 차이를 이해해야만 한다.

* * *

첫째, 코드와 코드가 규제하는 방식에 대해 살펴보자. 법률가는 코드가 규제하는 방식에 대해서 그리 많은 관심을 보이지 않는다. 그들에게 중요한 것은 법이 규제하는 방식에 있다. 법률가에게 있어 코드는 단지 법이 규제하는 하나의 배경조건이다.

그러나 그들은 중요한 점을 간과하고 있다. 인터넷이든 그 안의 넷이든, 넷 공간을 확정하고 구성하는 것은 바로 사이버스페이스의 코드이다. 사이버스페이스의 코드는 헌법과 마찬가지로, 자체 내에서 일련의 가치와 삶을 지배하는(govern) 가능성들을 형성한다. 1995년의 인터넷에서는 신원확인이 매우 어려웠다. 그것은 당시의 인터넷이라는 공간이 프라이버시와

역주2) 인터넷 거버넌스는 인터넷의 작동과 사용을 조정하고 관리하는 제도적 기제와 구조를 의미한다. 'governance'는 일반적으로 통치, 지배, 관리라는 의미로 해석될 수 있다. 그러나 통치, 지배, 관리와 같은 용어는 통상 중앙집중적이고 근대적인 의미에서의 통치라는ニュ앙스를 강하게 함축하고 있다. 반면 본문의 레식교수가 의미하는 'governance'는 탈근대적 또는 '아래로부터의 위로의' 통치, 지배, 관리라는 의미를 내포하고 있다. 따라서 본 번역문에서는 저자의 의도를 충분히 살리기 위해 'governance'를 영어식 발음 그대로인 '거버넌스'라고 옮기고자 한다. 현재 학계에서도 대부분 이와 같은 번역례를 따르고 있다. 예를 들어 김의영, "인터넷 거버넌스 : 도메인네임체계 관리의 정치" <http://www.sejong.org/korea/publications/ns/ns0703/ns0703-a6.htm#_ftn0>을 참조할 것. 인터넷 거버넌스의 다양한 거버넌스 방식과 특히 자율규제적 거버넌스에 대한 논의로는 Internet Law & Policy Forum(ILPF), "Observations on the State of Self-Regulation of the Internet,"(1998), <<http://www.ilpf.org/selfreg/whitepaper.htm>>을 참조할 것.
6) <<http://www.netsol.com/ansi>>을 참조할 것.
7) 인터넷 컴퓨터들이 서로 인식하고 상호간에 데이터를 전송하기 위해서는, 이 데이터들이 특별한 프로토콜에 의해서 보내져야만 한다. 프로토콜은 메시지의 포맷에 관한 형식적 설명이며, 두개의 컴퓨터가 메시지를 교환하기 위해 반드시 따라야만 하는 규칙이다. 이에 대해서는 <http://www.nus.sg/Publ/internet_guide/protocol.html>을 참조할 것.
8) Bernard Robin et al., *Educator's Guide to the Web 165-66* (1997)을 참조할 것 (본서는 프락시 서버를 인터넷통신을 중재하며 사용자가 외부의 웹페이지에 접근하는 것을 차단할 수 있는 컴퓨터로 정의하고 있다).

9) 나는 여기에서 코드라는 용어를 소프트웨어 기술자들이 사용하는 것보다는 훨씬 느슨하게 사용하고 있다. 내가 의미하는 코드는 넷을 구성하는 소프트웨어와 하드웨어를 만들때의 지침 또는 통제를 의미한다. 나는 이 범주 안에 TCP/IP와 같은 인터넷 프로토콜 코드뿐만 아니라, TCP/IP와 상호작용하는 애플리케이션 영역을 구성하는 코드를 포함시킨다. 제롬 잘저(Jerome Saltzer)의 용어를 빌리자면, 후자의 코드는 종종 엔드(end)에서의 코드로 불려진다. 데이터 통신시스템의 경우에, 이것은 암호, 이중메시지보호, 메시지배열, 보증메시지전송, 디텍팅 호스트 크래쉬 및 전송수신을 포함한다. 광의의 맥락에서 이 논증은 파일시스템을 포함한 컴퓨터운영체제의 많은 다른 기능에 적용되는 것처럼 보인다. Jerome H. Saltzer et al., "End-to-End Arguments in System Design," *Innovations in Internetworking* 195 (Craig Partridge ed., 1988)을 참조할 것. 더 일반적으로 이러한 층위는 브라우저, 이메일프로그램, 파일전송클라이언트와 같은 네트워크와 상호작용하는 애플리케이션을 포함할 뿐만 아니라, 이와 같은 애플리케이션이 작동할 수 있는 운영체제 플랫폼을 포함한다. 이하의 분석에서, 나의 목적에 가장 중요한 층위는 IP 층위 위에 있는 층위일 것이다. 가장 정교한 규제는 이 층위에서 발생할 것이기 때문에, 이 층위에서 잘저의 엔드-투-엔드(End-to-End) 디자인을 넷이 채택하게 된다.
10) Rebecca Quick, "On-Line: Internet Addresses Spark Storm in Cyberspace," *Wall St. J.*, Apr. 29, 1997, at B1을 참조할 것.
11) Walt Howe, *Delphi FAQs: A Brief History of the Internet* (last modified Oct. 24, 1998) <<http://www.delphi.com/navnet/faq/history.html>>을 참조할 것.

익명성을 보호했다는 것을 의미한다. 그러나 앞으로의 인터넷에서는 신원확인이 아주 용이해 질 것이다. 상거래는 인터넷이 그러한 공간이 되기를 원한다. 다시 말해 프라이버시와 익명성이 필수적으로 보호되지 않는 인터넷 공간이 도래한다는 것이다. 무엇보다도 프라이버시와 익명성은 하나의 가치이다. 그러나 코드의 디자인으로 인하여 이러한 가치들이 보호될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 주의해야 할 것은 사람들이 이 코드를 고안한다는 것이다. 기술자 즉, 엔지니어들은 세상이 어떻게 될 지를 선택한다. 이런 의미에서 기술자들은 지배자들(governors)이다.

마치 인터넷에서의 한 세대라고 할 수 있는 수개월 동안 나는 코드가 왜 법의 일종인지, 코드 제작자들이 어떻게 규제자가 될 수 있는지에 대해 설명해 왔었다.¹²⁾ 이러한 입장은 분명 우리가 이 규제자들이 어떻게 지배하고 있는가에 대해 더 많이 연구할 필요가 있음을 암시한다. 만약 인터넷 구조(architecture)가 비트(bits) 뿐만 아니라 가치에도 영향을 미친다면, 그러니까 구조가 만약 법의 일종이라면, 입법적 맥락과 같이 우리는 누가 이 법을 만들고 그들이 어떻게 이 법을 만드는가에 대해 의문을 제기해야 한다. 만약 코드가 가치를 반영한다면, 우리는 여기에서 프라이버시·표현의 자유·익명성·정보접근과 같은 우리의 전통으로부터 도출되는 가치들을 확인해야만 한다. 또한 만약 코드가 정말로 가치를 갖게 될 것이라면, 우리는 이 코드가 우리의 전통으로부터 도출되는 가치들을 가져야만 한다고 주장해야 할 것이다. 우리는 우리의 헌법적 전통의 구조를 존중해야 하고, 이 구조로부터 헌법적 전통에 의해 구조화된 가치들을 끌어내어야 한다. 그리고 거버넌스가 코드에 의해 이루어지든 사람에게 의해 이루어지든, 이러한 가치들을 인터넷 거버넌스의 세계에서라도 실현시켜야 한다.

* * *

조 리글(Joe Reagle)은 W3C(World Wide Web Consortium)의 연구원이다. W3C는 넷의 표준과 프로토콜을 연구하는 인터넷 기업들로 구성되어 있다.¹³⁾ 리글은 젊은 연구가이며 내가 현재 몸담고 있는 버크만센터(Berkman Center)의 특별연구원(fellow)이다. 그는 대부분의 시간 동안 인터넷을 이용한다. 그는 아주 규칙적으로 머리를 염색하기 때문에 그의 참모습을 잘 떠오릴 수 없다. 그러나 그는 기술정책(techno-policy)분야에서 내가 알고 있는 최고의 괴짜(geek)이다. 그는 이전에도 여러 차례 나의 견해를 들었다. 그런 그가 최근에 나에게 다음과 같이 말하였다.

당신은 우리의 헌법 전통에 내재된 가치에 대해서 가르친다. 당신은 우리가 이 가치들을 사이버스페이스에서도 실현시켜야 한다고 주장한다. 하지만 인터넷의 전통 안에 내재된 가치에 대해서도 생각해 볼 수 있지 않는가? 말하자면 인터넷이 관리되는(govern) 방식 속에 함축된 가치에 대해서도 생각할 수 있지 않을까? 우리는 그것들을 확인하고, 그것을 현실공간으로 가져가면 안 되는가?

12) 이러한 설명은 나의 책 *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999)에서 종결되었다.

13) <<http://www.w3.org/People/Reagle>>을 참조할 것.

나는 그의 생각에 동감했다. 언제나 제국주의자이며 언제나 법학자인 나는 현실공간이 사이버스페이스에게 가르칠 수 있는 그 무언가가 있을 것이라는 전제에만 입각하여 연구하였다. 하지만 다른 방향에서 접근할 수 없을까? 현실공간이 넷 거버넌스로부터 배울 수 있는 것도 있지 않을까?

나는 이 강의를 통하여 리글의 의문에 대하여 처음으로 답변을 시도하려고 한다. 즉 인터넷 거버넌스 내에 어떠한 가치가 존재하는가? 그리고 어떻게 그것을 해석할 수 있을까? 또한 우리는 이 전통으로부터 점점 증가하고 있는 공개소스소프트웨어운동과 미래의 넷 거버넌스 사이의 관계에 대해 무엇을 배울 수 있을 것인가?

* * *

먼저 공개소스에 대해 조금만 더 논의하여 보자. 나는 '페르마의 마지막 정리'를 증명하였던 와일즈의 이야기부터 시작하였다. 만약 당신이 공개소스를 이해하기 위해 어떤 모델이 필요하다면, 그리고 당신이 그것을 어떤 다른 것과 연결시키지 못해 이해하기 힘들다면, 또는 당신이 소위 법학교육이라는 것에 완전히 고착되어 있어서 공개소스가 가지고 있는 사상을 이해할 수 없다면, 와일즈의 증명에 관한 모델을 기본틀로 생각하면 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 왜냐하면, 이것이 바로 공개소스소프트웨어의 작동방식-어떤 특별한 착상에 의하여 만들어지고 불완전하지만 가망성이 있는 형태를 공공에게 넘겨주면, 공공은 그것을 자신의 것으로 받아들인 후, 해결 작업을 계속 진행한다. 그러나 이 생산물을 이용하여 만들어진 생산물은 다시 가망성을 유지한 채 이 공개된 부분을 다시 공개된 채로 남겨둔다에 관한 것이기 때문이다.

GNU/Linux라는 운영체제는 아주 적절한 예이다. 여기에서 리누스 토발즈(Linus Torvalds)라는 핀란드 청년은 페르마의 역할을 한다.¹⁴⁾

리누스 토발즈는 법률가는 아니다. 또한 나는 그가 아마추어 수학자인지에 대해서도 알지 못한다. 그는 헬싱키대학교 대학생이었던 1991년에 운영체제의 커널(kernel)을 작성한 후, 그것을 인터넷에 올려놓았다. 이것은 겨우 10k lines 크기의 파일이었다. 커널이 암시하는 바대로 이것은 운영체제와 연결되는 일부분이다.

사람들은 리누스의 화두를 받아들였다. 그들은 리누스의 커널을 받아들였고 그것의 문제점을 해결하기 시작하였다. 그들은 오랫동안 리누스가 간략하게 기술한 증명을 구체화시킨 후, 그것을 리처드 스톨만의 GNU 운영시스템에 링크시킴으로써 그것을 운영체제에 포함시켰다.¹⁵⁾ 그러나 이것은 단순한 운영체제가 아니었다. 그들은 이 커널을 받아들임으로써 데스

14) Randolph Bentson, *Inside Linux: A Look at Operating System Development* (1996); Linus Torvalds, *The Linux Edge, in Open Sources-Voices from the Open Source Revolution* 101, 109 (Chris DiBona et al. eds., 1999)을 참조할 것.

15) Richard Stallman, "The GNU Operating System and the Free Software Movement," *Open Sources-Voices from the Open Source Revolution*, supra note 14, at 53, 65-66을 참조할 것

크립 운영체제의 지배자인 마이크로소프트사의 아성을 가장 강력하게 위협하는 유일한 것으로 평가받는 운영체제로 변환시킨 것이다. 이러한 평가는 단순히 나의 편견이 아니다. 마이크로소프트사의 내부문건인 할로윈(Halloween) 문서는 GNU/Linux와 공개소스소프트웨어운동에 대하여 "이것들은 가까운 시기 내에 윈도우NT로부터의 수입을 엄청나게 위협할 것이다"라고 설명하고 있다.¹⁶⁾

이 이야기는 다소 믿기 어려울 정도로 과장된 바가 있다. 그러나 본질적으로 자원자들의 집단적 노력을 통하여 지구상에 가장 강력한 운영체제 중의 하나가 개발될 수 있을 것이라는 생각은 우리에게 놀라움을 주고 있다. 마이크 고드윈이 인터넷 보고건설(internet barn-raising)이라고 묘사하였던 그러한 과정을 통하여 생산물이 만들어지고 있는 것이다.¹⁷⁾ 그리고 이 과정은 단순히 운영체제에만 해당되지 않는다. 왜냐하면, 고드윈이 자세하게 열거한 바대로, GNU/Linux가 만들어진 것과 유사한 수많은 상황들이 존재하고 있기 때문이다. 여기에서는 공동의 문제가 공동의 공간에 놓여지면 세계 각지의 사람들이 GNU/Linux가 성립된 것과 유사한 방식으로 이 문제를 다루고 있다.

수년 전부터 이 프로젝트의 기초작업이 진행되었다. 사실 토발즈가 작성한 커널은 1985년 이래로 발전해 오고 있었던 기본구조에 결합된 것이었을 뿐이다.¹⁸⁾ 이 기본작업은 리차드 스톨먼과 그의 자유소프트웨어운동에 의해 진행되었다. Unix를 독점화 하겠다는 AT&T의 결정에 대해 분개했던 스톨먼은 수천의 넷 보고건설자(Net barnraiser)를 이끌었던 것과 유사한 프로젝트를 착수하였다. 프로젝트는 GNU 운영체제를 목표로 하였지만, 커널이 없었기 때문에 난관에 봉착하게 되었다. 여기서 토발즈가 GNU와 GNU를 기반으로 작성되었던 툴(tool)을 가졌었기 때문에 리눅스를 GNU에 결합시킬 수 있었던 것이다. 자유소프트웨어 프로젝트가 다른 것 위에 세워짐으로써 GNU/Linux가 만들어지게 된 것이다.¹⁹⁾

공개소스소프트웨어의 이념 또는 이상은 GNU/Linux 운영체제에만 한정되지 않는다. 그것은 넷을 작동시키는 수많은 핵심기술들에게도 적용된다. 자신이 만든 작품을 공유자산화시킨다. 다시 말해 자신이 만든 것을 보상 없이 포기한다는 이러한 이념 또는 이상은 완전히 60년대적이며 이상주의적으로 들릴 것이다. 맑스가 코드에 적용된 것이다. 이것은 우리의 전통에 낯선 이국적인 것으로 보인다.

그러나 과학과 그것의 발전방식을 검토한다면 그리 낯설게 보이지는 않을 것이다. 왜냐하면, 기초과학은 공개소스소프트웨어의 이념과 매우 똑같은 방식, 즉 발전이 이루어지면 그것을 다음 세대에게 넘겨주는 방식으로 기능하기 때문이다.²⁰⁾ 또한 넷이 어떻게 만들어졌는가

를 알게 된다면, 그리 이국적으로 보이지 않을 것이다. 탈공산주의의 편견에도 불구하고 사실 대부분의 인터넷, 확실히 우리 대다수가 관계되어 있는 인터넷은 바로 이러한 의미에서 공개소스이다. 또한 인터넷의 성장은 공개소스였기 때문에 가능하였다.

여기서 잠시 다음과 같은 사실을 살펴보도록 하자. 20세기 후반 이래로 커뮤니케이션 네트워크가 존재하였다. 그리고 지난 30년 전부터 컴퓨터 네트워크가 이루어져 왔다. 그러나 이 텔레커뮤니케이션 네트워크는 주로 독점적이었다. 다시 말해 이 네트워크들은 코드와 프로토콜을 사적으로 소유하려는 의도 하에 형성된 것이었기 때문에, 네트워크 자체는 사적 소유물이었다. 따라서 네트워크의 성장은 극히 미비하였다. 비용은 높았고, 사용자의 참여도 저조하였다. 그리고 영향력있는 단 한 명의 행위자가 네트워크를 어떻게 사용할 것인가를 통제하였다.²¹⁾

그러나 인터넷은 다른 모델을 기초로 세워졌다. 인터넷이 큰 대학교의 연구모임에서 비롯되었다는 것, 정부의 요청에 의해 이 연구모임에게 맡겨졌던 것은 우연이 아니다. 또한 1984년에 전화선을 통제하였던 AT&T의 독점을 정부가 무너뜨리고 난 이후에, 비로서 인터넷이 발전할 수 있었던 것도 결코 우연이 아니다. 일단 AT&T의 독점이 무너지고 난 후에 연구자들은 인터넷을 지배(govern)하게 될 일련의 프로토콜들을 만들기 시작하였다. 이 프로토콜은 공공적이었다. 이것들은 공유물로 설정되었다. 그리고 누구도 그 소스에 대한 소유권을 주장하지 않았다. 누구나 이 공동의 코드를 증진시키는 조직체에 자유롭게 참여할 수 있었고 많은 사람들이 참여하였다. 누구나 이 프로토콜을 자유롭게 얻었고, 이것에 기반하여 응용프로그램을 만들어 나갔다. 바로 이것이 고드윈의 용어를 빌린다면 오늘날의 넷을 만든 보고의 건설이었다.

인터넷 최대의 서버인 무료 아파치 서버에서부터 대부분의 이메일을 전송하는 SENDMAIL 프로토콜에 이르기까지 현재의 인터넷에서 사용되는 대부분의 핵심 소프트웨어는 이러한 의미에서 보고건설을 위한 코드이다.²²⁾

그러나 가장 좋은 예는 월드 와이드 웹(World Wide Web)일 것이다. 웹을 만드는데 사용되는 프로토콜-언어는 HTML과 HTTP라고 하는 것들이다. 이것들은 공적 표준이고 공적 프로그램 언어인데, 공공의 사용을 위해 개발되었고 공공에게 제공되었다. 마찬가지로 BASIC과 C++ 언어 또한 이런 의미에서 공적이다. 그러나 웹은 훨씬 더 공적이다. 왜냐하면 코드

16) <<http://www.opensource.org/halloween>>을 참조할 것.

17) Mike Godwin, *Cyber Rights: Defending Free Speech in the Digital Age* (1998)을 참조할 것.

18) 또는 1970년대 이래로.

19) 그리고 정확히 말해, 법 또한 중요한 역할을 하였다. 미안하게도 내가 법률가의 입장에서 볼 때, 스톨먼의 진짜 천재성은 바로 일반공용라이선스(GPL: General Public License)에 있다. GPL에 따라 만들어진 것은 공유재산으로 남아있음을 보증한다는 내용으로 이용허가가 이루어진다.

20) 예를 들어 Rebecca S. Eisenberg, "Intellectual Property at the Public-Private Divide: The Case of Large-Scale cDNA Sequencing," 3 U. Chi. L. Sch. Roundtable, 557, 561 (1996); Rebecca S. Eisenberg, "Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in

Government-Sponsored Research," 82 Va. L. Rev. 1663, 1667 (1996); Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg, "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research," 280 Science 698, 700 (1998); Michael A. Heller, "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets," 111 Harv. L. Rev. 621 (1998)을 참조할 것.

21) 매우 잘 알려진 이야기로서, 1964년에 AT&T의 이사이자 랜드(Rand) 연구원인 폴 배런(Paul Baran)이 넷과 유사한 것의 디자인을 제안하였을 때, 미국에서 유일한 텔레커뮤니케이션의 소유자는 다음과 같이 이야기 하였다고 한다. "첫째, 이것은 작동할 수 없다. 그리고 만약 그것이 작동한다고 하더라도 우리 자신의 경쟁자를 만들어 내도록 한다면, 우리는 그것을 파괴시켜야 한다." John Naughton, *A Brief History of the Future: The Origins of the Internet* 107 (1999).

22) Chris DiBona et al., *Introduction, in Open Sources-Voices from the Open Source Revolution*, supra note 14, at 1, 5-6을 참조할 것.

또는 언어가 공적이고 누구나 자유롭게 배울 수 있을 뿐만 아니라, 코드의 특수한 사용 또한 공적이고 누구나 자유롭게 사용할 수 있기 때문이다. 만약 당신이 C++로 작성된 프로그램을 실행시킨다면, 그것은 뭐가 뭔지 도무지 알 수 없는 것으로 보일 것이다. 그러나 만약 당신이 웹 페이지에서 브라우저의 '소스보기'(reveal source)를 실행한다면, 그것은 우리가 알 수 있는 언어(영어)로 보일 것이다. 소스는 항상 볼 수 있다. HTML소스는 공적이다. 그것은 공유물이고, 누구나 그것을 얻을 수 있으며, 원하는 대로 사용할 수 있다. 그리고 최소한, 브라우저들은 누구나 재료를 얻거나 복사·수정·사용할 수 있게 하기 위하여 이 소스를 공개하도록 설계되어 있다.

우리 역사에서 가장 빠르게 성장한 네트워크는 이런 식으로 만들어진 코드를 통하여 구축된 것이다. 사실 사람들은 공공에게 제공되는 비독점적·공적 영역이 재산개념을 침범한다고 생각하지만, 그러면서도 전무후무한 우리경제의 최대의 성장을 가능케 하였다고 생각하고 있다. 최근 인터넷 소프트웨어 회사의 한 기술자가 나에게 이렇게 이야기했다. "인터넷은 공개소스다"라는 것을 깨달았을 때, 공개소스소프트웨어에 대해 무척 놀랐다."

* * *

다시 조 리글의 이야기로 돌아가자. 리글은 넷이 어떻게 작동하는지를 설명하였다.

리글은 이 디자인에 함축되어 있는 가치를 이끌어 낼 수 있는 모델을 가지고 설명하였다.

내가 그에게 우리는 우리의 헌법과 함께 해야만 한다고 설명하였던 방식대로 이야기를 해 보도록 하자. 다시 말해 이 가치들을 확인하고 그것들이 이끌고 있는 가치를 이해하도록 해 보자.

리글의 첫 번째 가치는 일종의 무정부주의다. 넷은 어떤 조직화된 권력체계를 통하여 작동하는 것이 아니라, 아래에서 위로의 통제(bottom-up control)를 통하여 움직인다. 넷 창시자인 데이브 클락(Dave Clark)이 설명하였듯이, "우리는 왕이나 대통령도, 투표도 거부한다. 우리는 미완성된 공감대와 끊임없이 작동하는 코드(rough consensus and running code)를 믿는다."²³⁾

어느 정도 부유한 계층인 우리 법률가들에게 이것은 전도유망한 새로운 시작이 아니라 혼돈(chaos) 그 자체로 여겨진다. 그러나 기술-무정부주의자들(techno-anarchist)은 즉시 우리가 무정부주의를 나쁜 것으로 오해하고 있음을 깨우쳐 주려고 할 것이다. 무정부주의는 규칙 없음을 의미하는 것이 아니라, 아래로부터 위로의 통제를 뜻한다.

어쨌든 나는 넷의 본질에 관해 이론화하는 것에 대해서는 특별히 관심을 갖지 않는다. 나는 기술자가 정치이론에 대해 말하는 것에 아무런 관심이 없다. 내가 알고 싶은 것은 그들이 무엇을 하는가에 있다. 그들이 하는 것 속에 함축된 가치-말하자면, 그들이 선택한 것이 무엇인가와 같이 그들의 행동으로부터 알 수 있는 가치가 무엇인가에 관한 것이다. 이것은

23) Dave Clark, *IETF Credo* (1992) <http://www.vtac.org/Tutorials/ietf_hx.html>을 참조할 것.

아주 흥미진진한 넷 세상의 독특한 모습이다.

그리고 리글의 설명에서 매우 흥미로운 것은 인터넷 거버넌스의 관행(practice)에서 중심적인 두 개의 가치, 첫째 공개소스운동과 연결된 가치들, 둘째 현실공간에서 거버넌스와 연결된 가치들이다. 나는 이 두 개의 가치에 대해 논의한 후, 그것을 현실공간에 대하여 우리가 알고 있는 것과 연결시킬 것이다.

공개발전(Open-Evolution)

첫 번째 가치를 공개발전의 가치라고 부를 수 있다. 그리고 우리는 그것을 다음과 같이 정의할 수 있을 것이다: 플랫폼 또는 프로토콜이 수많은 다양한 방식으로 발전할 수 있도록 만들어라. 신을 끌어들이지 말아라. 유일한 발전경로를 설정하지 말아라. 플랫폼 또는 프로토콜 안에 그것의 사용을 간섭할 수 있는 중간매체를 만들지 말아라. 중심핵(core)을 단순하게 하되, 애플리케이션(또는 엔드(end))은 다양하게 발전되도록 해라.

부분적으로 인터넷 관리자들(governors)은 정치철학적 의미에서 자유주의자들(liberals)이기 때문에, 공개발전은 인터넷 거버넌스의 관행으로부터 도출된다. 관리자들은 어느 누가 넷에 어떠한 목적을 부여하였던지 그 목적에 대해서는 중립적이다. 이것은 그들이 개인적으로 중립적인 사람들이라는 것이 아니라, 넷이 하나의 특정방향으로 편향되지 않는 활동양식(modus vivendi)을 가진다는 것을 의미한다.

그러나 이 중립성을 보존하기 위해 시스템이 유지해야만 하는 원칙들이 있다. 하나는 MIT공대에서 처음으로 제기된 엔드-투-엔드(end-to-end)라고 불리는 네트워크 디자인의 이념이다.²⁴⁾ 이것의 기본적인 생각은 "도관(conduit)은 일반적이어야 하지만, 프로젝트의 끝에는 다양성이 있어야만 한다"는 것이다. 제롬 잘짜가 설명하였듯이 그것은 "고객에게 어떠한 서비스, 형태 또는 제한도 강요하지 않는다. 고객의 애플리케이션은 그 자체가 어떠한 특징을 요구하는지, 그리고 특징 그 자체를 제공해야할지 안 할지를 스스로가 가장 잘 알고 있다."²⁵⁾

엔드-투-엔드 디자인을 통하여 네트워크는 그것이 어떻게 사용되어 지는가에 대해 중립적이다. 애플리케이션이 인터넷 프로토콜을 따르는 한 그것은 넷에서 작동할 것이다. 제작자는 애플리케이션을 작동시키기 위하여 허가를 얻을 필요가 없다. 디자이너들은 넷의 소유자들이 그들을 배신할 지에 대해서도 걱정할 필요가 없다. 넷은 사용에 대해서는 중립적으로 구조(architecture)화 되었다. 이것은 사용자들이 무엇을 요구할 지라도 넷이 발전할 수 있음을 의미한다.

엔드-투-엔드는 인터넷의 구성원칙이다. 나는 이것이 인터넷의 엄청난 발전을 가장 잘 설명할 수 있는 것들 가운데 하나라고 생각한다. 그러나 내가 여기서 초점을 맞추고자 하는

24) J. H. Saltzer et al., "End-to-End Arguments in System Design" <<http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>>을 참조할 것.

25) Jerome H. Saltzer, "Open Access'Is Just the Tip of the Iceberg" (Oct. 22, 1999) <<http://mit.edu/Saltzer/www/publications/openaccess.html>>을 참조할 것.

것은 발전하는 넷의 자유를 설명하는데 도움을 주는 두 번째 생각이다.

이것은 변조의 이념(ideal of modularity)이다. 코드는 무수한 방식으로 작성될 수 있다. 좋은 코드(good code)는 오직 하나의 방식으로도 작성될 수 있다. 그러나 훌륭한 코드(Good code)는 변조 가능한 코드이자, 그것의 기능과 매개변수를 투명하게 드러내는 코드이다.

왜 그러한가? 탁월함(virtue)은 효율성이 아니다. 그것은 오직 좋은 코드(good code)만이 작동할 것임을 의미하지 않는다. 오히려 투명한 변조는 코드의 변조를 가능케 한다. 즉 그것은 어떤 부분을 다른 부분으로 대체 가능하도록 한다. 게다가 코드는 공개적이다. 코드는 변조적이다. 큰 덩어리(chunks)는 다른 어떤 것을 위하여 제거되고, 대체될 수 있을 것이다. 코드가 발전할 수 있는 다양한 방향과 방식들이 가능하다. 어떠한 사람도 코드가 발전하게 될 방식을 규정하지 않는다. 이것이 리글이 의미하는 무정부주의다. 어떠한 규칙도 그 방식이 옳다고 하지 않는다. 대신에 시장의 발전이 그것을 한다. 여기서의 발전이란 수천의 사람들이 자신들의 손으로 코드를 개선시키려고 하는 것이며, 그 사람들이 의미있는 개선방식을 선택하는 것을 뜻한다.

내가 공개발전 디자인이라고 일컫는 이러한 요소들뿐만 아니라 그러한 디자인 자체의 요소로 인하여, 어떠한 사람도 시스템이 어떻게 발전할 것이라는 것을 통제할 수 없을 것이다. 어떠한 사람도 시스템이 나아가는 방향을 설정할 수 없을 것이다. 특정한 방향으로 발전할 수도 있지만, 그것은 많은 사람들의 집단적 선택에 의해 이루어질 것이다. 이 경우 넷 디자인은 이러한 '아래로부터 위로'라는 관행의 산물이다.

* * *

여기서 우리는 첫 번째 연결을 할 수 있다. 공개발전의 이상을 독점금지법의 묶어팔기(tying)에 연결시켜 보자.

묶어팔기 원칙에 따르면 판매자는 어떤 경우 특정한 상품을 판매할 때 다른 상품을 끼워 팔 수(bundling) 없다.²⁶⁾ 판매자가 두 개를 함께 똑같이 판매할 지라도, 판매자는 두 개를 분리하여 판매해야만 한다. 법이 그렇게 주장한다면, 묶는(tying) 상품에 대한 시장지배력을 갖춘 판매자만 철저하게 조사되어야 하는지, 묶여지는(tied) 상품에 대해 시장지배력의 위협이 있을 경우에만이 철저하게 조사되어야 하는지에 대한 복잡한 문제가 발생한다. 그러나 이 규칙에 적용되는 판매자가 완전히 없는 것이 아니라면, 이 규칙은 매우 중요한 영향을 미친다. 즉 마치 공개발전과 같이, 이것은 오직 시장에서의 결정을 통하여 개별적 상품, 시장 또는 일련의 상품들을 발전시킬 수 있다는 것을 의미한다.

따라서 묶어팔기의 법은 결정권한의 규칙으로 기능할 것이다. 통제 또는 강제 위협이 강력할 때, 법은 시장의 결정을 보충할 것이기 때문이다. 이러한 점에서 그것은 공개발전과 같다. 왜냐하면 공개발전은 시장, 말하자면 이러저러한 특정한 방향으로 웹을 확장하는 개발자들의 시장에서 웹이 어떻게 발전할 것인지에 관해 결정된 바를 보장하도록 의도된 원칙이

26) *Jefferson Parish Hosp. v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)을 참조할 것.

기 때문이다. 왕도, 대통령도 그리고 투표도 없는 오로지 공감대와 끊임없이 작동하는 코드만이 존재한다.

두 번째 연결은 공개발전의 가치와 민주주의와의 관계에서 존재한다. 민주주의 가치라 함은 민주적 시스템이 민주주의가 선택한 방향으로 발전할 수 있도록 민주주의적 권리를 개방시켜야 한다는 것을 의미한다. 정부는 결코 다른 것들을 제쳐둔 채 오로지 하나의 경로 또는 하나의 정당에 고착되어서는 안 된다. 정부는 하나의 경로 또는 하나의 정당을 위한 지원을 여타의 기본적 행정 서비스와 결합시켜서는 안 된다. 정부는 오로지 일방 정당만이 승리할 수 있도록 선거구를 획정할 수 없다.²⁷⁾ 정부는 당신에게 기본의료서비스를 받으려면 민주당에 투표해야 한다고 요구할 수 없다. 정부는 자신을 지지하는 하나의 지역구에 자신의 권력을 사용할 수 없다. 입후보자들은 그들이 원하는 어떠한 방향으로도 자유롭게 추구할 수 있어야 한다. 정부는 입후보자가 원하는 어떠한 길에 대해서도 개방적이어야 한다.

다시 말해 핵심은 결정권한이다. 민주주의는 정부가 가야 하는 방향을 선택할 수 있는 국민의 결정권한을 지키는 것이다. 마치 독점금지법이 상품이 나아가야 할 방향을 선택하는 결정권한을 시장에 위치시켜 놓는 것과 마찬가지로, 그리고 마치 인터넷에서의 공개코드 제작자가 코드가 나아가야 할 방향을 선택하는 결정권한을 네티즌에게 부여하는 것과 마찬가지로, 세가지 맥락에서 근본적 선택은 결정권한에 대한 선택이다. 모든 경우에 있어서 탈중심적이고 아래에서 위로의 발전방법에 대한 최종적 권력은 유보되어 있다.

보편적인 지위(Universal Standing)

공개발전은 넷의 첫 번째 가치이다. 즉 통제는 아래로부터 위로 이루어져야 하며, 모든 통로는 아래로부터 위로의 통제에 공개되어야 한다. 우리는 두 번째 가치를 보편적 지위라고 부를 수 있을 것이다.

GNU/Linux의 발전을 다시 살펴보자. GNU/Linux는 운영체제이다. 즉 GNU/Linux는 코드의 집합(a pile of code)이다. 누구나 운영체제를 사용하기 위해, 그리고 코드에 접근하기 위해, GNU/Linux를 다운로드받을 수 있다. 이것이 공개소스운동의 핵심이다. 다시 말해 누구나 공개소스소프트웨어의 코드를 자유롭게 얻고, 수정하고, 사용할 수 있어야 하며, 또한 그것을 모든 사람들이 그것을 얻고 개선시킬 때, 다른 사람의 허가를 받을 필요가 없는 공공영역(public domain)에 위치시켜야 한다.

다른 사람의 허가 없이도 누구나 그것을 개선시킬 수 있다. 어떤 특정한 회사에 이익이 되도록 함이 없이도 그것으로 작업할 수 있다. 정부관료의 허가를 받지 않고서도 그것을 향상시킬 수 있다. 투표권을 얻지 않고서도 그것을 개선시킬 수 있다. 마치 와일즈의 미완성 증명을 누군가가 해결할 수 있도록 공공영역에 위치 지우는 것과 마찬가지로, 공개코드는 다른 누군가가 향상시킬 수 있도록 공공영역 내에 존재한다. 그것들은 모두 공공의 문제이

27) 예를 들어 *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986)을 참조할 것. 동 판결은 특정 정당을 위해 권력을 부당하게 고착화하려는 선거구 획정을 위헌이라고 판시하였다.

다. 그러니까 누구나 자기의 손으로 문제를 해결하려고 시도할 수 있는 지위를 가진다는 것이다.

그러면 여기서 당신은 당연히 다음과 같이 화답할 것이다.

오. 놀랍군. 우리는 '페르마의 마지막 정리'를 증명하는데 완전히 평등하고 자유롭다. 우리는 리누스의 운영체제를 동등하고 자유롭게 만들 수 있다. 그리고 부자들, 빈자들 거리에서 동등하게 자유롭게 잘 수 있다. 이 세 가지 경우는 형식적 평등에 관한 것이다. 그러면 세 가지 경우에 있어 사람들은 다음과 같은 질문을 할 것이다: "어떠한 가치가 이러한 평등을 보존하는가?"

이에 대한 답은 평등성과 아무런 관계가 없다. 사실 그 반대이다. 보편적 지위는 불평등을 생산한다. 그러나 그것의 탁월한 바는 그것이 불평등을 생산하는 방식에 있다. 왜냐하면, IETF와 같은 조직체의 거버넌스이든, GNU/Linux와 같이 코드발전의 거버넌스이든지, 인터넷 거버넌스의 세계는 프랑스 혁명의 세계가 아니기 때문이다. 모든 시민들은 동등하게 권한을 부여받지 않는다. 모든 시민들은 동등하게 왕이 아니다.

다음을 상기하라: "우리는 왕이나 대통령도, 투표도 거부한다. 우리는 미완성된 공감대와 끊임없이 작동하는 코드를 믿는다."

왕, 대통령 그리고 투표라는 통합적 형태는 형식적 권력이다. 왕, 대통령 그리고 투표를 거부하는 것은 형식적 권력을 거부하는 것이다. 따라서 넷은 형식적 권력을 거부한다. 그것은 누군가가 "이것이 바로 세계가 존재하게 될 방식이다"라고 말할 수 있는 관념과, 단지 이것이 과거의 것이었다고 하기 때문에 세계는 그것처럼 존재할 것이다라는 관념을 거부한다.

그러나 이러한 설명은 넷이 권한을 거부한다는 것을 의미하지 않는다. 클락은 미완성된 공감대와 끊임없이 작동하는 코드를 권한의 원천으로 인정한다. 이 두가지 중에서 나는 두 번째 것이 더 중요하다고 제안한다.²⁸⁾

보편적 지위는 개인에게 권력이 아니라 권한을 얻을 수 있는 공간을 개방시켜 놓는다. 그리고 개인은 그들의 작품을 통해서 권한을 얻는다. 리글과 다른 누군가가 말했듯이, "당신은 그것을 그들의 작품을 통해서 알게 될 것이다." 사람은 '우리가 주권자이다'라고 말하는 구조에 의해서가 아니라, 코드를 그 작품에 작성할 수 있는 사람을 인정하게 되는 공동체에 의해서 권한을 얻는다.

이것 또한 GNU/Linux의 세계이다. GNU/Linux는 누구든지 얻을 수 있도록 인터넷에 공개되어 있다. 그러나 그것은 전적으로 혼자 힘으로만 발전하지 않는다. 어떻게 개선시켜야

28) 그러나 스콧 브래드너(Scott Bradner)는 첫 번째 것 또한 중요하다고 주장한다. 만약 과정이 코드 내에서 아이디어를 생산할 수 없는 경우를 제외한다면, 과정은 소수자의 거부권에 의해 방해되지 않는다는 말은 옳다. 브래드너는 인터넷 표준체인 IETF의 디자인과 관련하여 이러한 차이점을 설명하고 있다. Scott Bradner, *The Internet Engineering Task Force, in Open Sources-Voices from the Open Source Revolution*, supra note 14, at 47.

할 것인지에 대한 선택이 있다. 또한 이러한 선택은 원로원(council of elders)-나이 든 사람이 아니라, 그들이 어떤 것을 만들 수 있는가를 표시하였던 사람들-에 의해 이루어진다. 누구든 코드를 위한 방향을 제안할 수 있다. 그러나 이 제안은 영어로 이루어지는 것이 아니라, 코드로 이루어진다. 만약 당신이 부분적으로 고쳐야만 한다고 생각하는 버그가 있다면, 당신이 고치고 그 코드를 제공하면 된다. 코드를 추천하고, 그것에게 힘을 주는 것은 당신 작품의 특징이고 당신의 해결책이 지닌 힘과 고상함이다. 코드의 힘에 의해 미완성된 공감대를 만들어내는 것은 당신의 지위가 아니고, 당신의 계급도 아니며, 당신 회사의 지위도 아니며, 우정도 아니라, 바로 당신의 코드 즉 끊임없이 작동하는 코드이다.²⁹⁾

공개발전의 이념처럼 보편적 지위의 보다 복잡한 이념은 현실공간의 이념과 몇가지 부분에서 연결된다.

첫째, 시장과 연관지을 수 있다. 비록 정부가 우리의 이상을 실현시키기 위해 많은 일을 할지라도, 시장을 개방시켜야 한다는 우리의 이상이 존재한다. 누구나 형식적으로 참여할 수 있고, 누구도 시장에서 방출되지 않는다는 것들은 바로 독점금지법이 지닌 가치다. 당신과 나는 유에스 스틸사(U.S. Steel) 또는 스타벅스(Starbucks)에 대한 경쟁자로서 개업할 수 있는 평등한 권리를 동등하게 보장받고 있다. 시장은 공개진입(open entry)을 보증한다. 이때의 공개진입은 단순히 시장에서 모든 사람이 경쟁에 참여할 수 있다는 것을 의미한다. 그러나 동등한 진입을 보장한다는 것은 동등한 결과를 보증한다는 것이 아니다. 승자는 시장의 선택에 의해 결정될 것이다. 시장 또한 왕, 대통령, 그리고 투표를 거부한다.

보편적 지위는 또한 민주주의 또는 민주주의의 이상과도 연결된다. 민주주의 이상이 실현되든 안 되든, 그것은 인종과 계급에 관계없이 누구나 참여할 수 있으며 누구나 자신의 이념이 선택되도록 노력할 수 있다는 것을 의미한다. 비록 우리가 현실공간에서는 언제나 오직 열광자(crazies)와 부자들만이 선거에 당선된다는 것을 깨닫고 있을 지라도, 또한 비록 우리가 현실공간에서 유력자들이 합당한 이유를 거의 효과적으로 제시하지 못한다고 생각할 지라도, 민주주의는 우리들의 이상이다. 사이버스페이스에서 민주주의의 이상은 실제적으로 보인다. 마치 링컨, 웹스터 그리고 월슨(그 외에 다른 누구?)은 보통사람에 불과하였지만, 특정한 이유에서 위대한 사람이 되었던 것처럼, 빈트 서프(Vint Cerf), 데이비드 클락(David Clark), 존 포스텔(Jon Postel), 존 길모어(John Gilmore), 리처드 스톨맨(Richard Stallman), 리누스 토발즈(Linus Torvalds)와 같은 사람들은 결코 유명인이 아니지만, 특정한 이유에서 뛰어난 사람이 되었다. 누구나가 지위를 가질 수 있다는 것, 그리고 시장과 공개코드처럼 민주주의는 공개경쟁을 지속시킨다는 것들은 가치이다.

29) 텍스트 기반의 가상세계인 머드(MUDs)의 세계에 이와 연관된 윤리가 있다. 이 공간의 권력은 마법사(Wizards)라 불리는 캐릭터에게 할당되어 있다. 이곳의 윤리는 코드화를 잘 하는 사람이 마법사이어야 한다는 것이다. 권력이 편파적으로 할당되어질 때에도 머드 내의 다른 사람들은 이것을 편파적인 것으로 보지 않는다. 이에 대해서는 Elizabeth Reid, *Hierarchy and Power: Social Control in Cyberspace, in Communities in Cyberspace* 120 (Marc. A. Smith & Peter Kollack eds., 1999)을 참조할 것.