논문 2010-2-1

효과적인 저작권 침해판단을 위한 감정제도에 관한 고찰

김시열*, 김용욱**

A Study on the Appraisal for the Efficient Judgement of Copyright Infringement

Si-Yeol Kim*, Yong-Wook Kim**

요 약

한국저작권위원회의 저작물 감정의 범위는 그동안 컴퓨터프로그램을 포함하는 소프트웨어 감정에 한정되어 있었으나, 일반저작물 감정이 본격적으로 시행됨에 따라 두 감정 분야에 대한 통일성있고 효과적인 감정수행을 위하여 어떠한 기준과 방법을 갖고 감정결과를 도출하여야 하는지 검토되어야 할 필요성이 대두되었다. 감정의 역할은 법원 등에서 판결이 용이하도록 도와주는 것으로서 법원의 기준을 반영하여 적절한 결과를 도출할 수 있어야 하는데, 감정을 수행할 때의 법적 관점과 법원에서 판단할 때의 관점이 상이하여 감정결과가 적용되지 못하는 사례가 종종 발생하기도 한다. 따라서 본 논문에서는 저작권 침해판단 과정에서는 실질적 유사성 판단이 핵심적인 쟁점이 되는 바, 현재의 감정이 이를 어떻게 반영하고 있는지 등을 미국의 침해판단 이론과 함께 살펴보았고, 이를 바탕으로 감정기준을 객관적 요건인 실질적 유사성 판단의 측면과 주관적 요건으로서의 유사성 판단으로 구분하여 향후 재판 등에서 활용할 수 있는 효과적인 저작권 침해판단을 위한 감정방법 등이 보완되어야 하는 필요성을 제시하였다.

Abstract

For the last ten years copyright appraisal had been operated within the limited of computer program. Also the Korea Copyright Commission have performed copyright appraisal excepted copmputer program from last a year. It has become necessary to review the standard and method of comprehensive appraisal. Many cases comment that the substantial similarity is important factor in making a judgment for copyright infringement. For the Efficient Judgement of Copyright Infringement, we need to make up for weak points in the copyright appraisal standart and method in substantial similarity.

한글키워드 : 감정제도, 컴퓨터프로그램 감정, 저작물 감정, 실질적 유사성, 현저한 유사성

Ⅰ. 서 론

최근 어문, 음악, 미술 등의 일반저작물[1]에 대한 감정(Appraisal)이 본격적으로 진행됨에 따라

*,** 한국저작권위원회 감정임치팀
(email : {kimsy, copyline}@copyright.or.kr)
접수일자: 2010.9.14 수정완료: 2010.10.13

1) 본 논문에서는 여러 가지 저작물의 유형 중 컴퓨터프로그램저작물을 제외한 모든 저작물을 일반저작물이라 통칭한다.

감정기준을 어떻게 산정하여야 법원에서의 저작권 침해 여부 판단 시 감정결과가 효과적인 역할을 할 수 있을지 많은 고민을 하게 한다. 컴퓨터 프로그램을 포함하는 소프트웨어에 대한 감정은 2001년 이래로 상당한 기간 동안 감정기법 및 기준에 관한 연구와 판결을 통하여 그 기준 및 방법이 어느 정도 정리가 되었으나, 일반저작물 분야는 2007년에 도입된 이후 2010년이 되어서야 본격적으로 수행할 수 있게 되었으므로 아직 감정기준 등에 대한 연구가 미진한 상황인 것이 이유라고 할 수 있다. 하지만 소프트웨어 감정과 일반저작물에 대한 감정은 서로 별개의 것이 아니라 저작물 감정이라는 동일한 울타리 안에 존재하고 있어 그 원칙적인 감정 방법 및 기준은 어느 정도 상호 적용 및 보완이 가능하다고 생각한다.

지금까지 한국저작권위원회(이하, '위원회'라 한다.)에서 수행한 감정 중, 소프트웨어 저작물 감정과 관련된 사건에 대해 법원이 저작권 침해 여부를 판단할 때 감정결과가 인정되지 않는 경우가 간혹 발생하였다. 이런 현상은 감정결과에 대한 신뢰성이 의심받을 수 있는 문제라는 점에서 감정 수행기관에게는 상당한 부담이 된다. 그렇기 때문에 감정의 신뢰성 제고를 위해서는 감정결과가 판결에서 불인정되는 경우가 최소화될 필요가 있는 것이다.

따라서 본 연구에서는 저작권 침해를 판단하기 위한 주요 이론으로는 어떤 것들이 있는지 살펴보고, 현재 국내 법원에서 기준으로 삼고 있는 요건 및 감정의 현재 지위를 생각해 보고자 한다. 이러한 조사를 바탕으로 하여 효과적인 저작권 침해 판단을 위해서 감정이 어떠한 역할을 하여야 하는지 살펴보고자 한다.

II. 저작권 침해판단 방법론

2.1 미국의 저작권 침해요건 및 기준

미국은 저작권 침해여부를 판단하는 방법에 관하여 다양한 구체적 사건을 통하여 기준 및 방법을 구성하여 왔다. 그 결과로 여러 가지 이론이 정립되어 저작권 침해판단을 위한 방법으로 이용이 되고 있다. 미국에서 정립된 이러한 이론들은 국내 법원의 판결에 일부 적용되는 경우를 종종 찾아볼 수 있다. 다만, 미국의 이론을 우리 법체계에 그대로 적용하는 것에 대해서는 긍정하는 견해와 반대하는 견해가 대립[2]되지만, 그 이론 자체가 어떠한 형태로든 우리 법에 영향을 미친다는 점은 부인할 수 없다고 생각한다. 그런 점에서 우리나라 법원의 저작권 침해판단 기준 및 이를 위한 감정제도와 관련하여, 미국의 판례 이론을 살펴보는 것은 의미가 있다고 생각한다.

2.1.1 Arnstein 사건[3]

Arnstein 사건에서 연방 제2항소법원의 Frank 판사는 저작권 침해소송에서 침해 여부를 판단하기 위해서는 첫째 피고가 원고의 저작물을 복제(copy)했다는 것과, 둘째 베낀 것이 부당한 도용(improper appropriation)에 해당한다는 것을 원고가 입증해야 한다고 하였다.[4] 이는 Goldstein

2) 이에 관하여 위원회의 서달주 선임연구원은 미국의 판례 이론은 보편타당한 검증방법이기 때문에 어느 나라에서나 적용될 수 있는 것으로 주장하는 반면, 정경석 변호사 및 권영준 교수는 이와 반대되는 견해를 갖는다. 서달주, '실질적 유사성 검증방법의 도입가능성' 계간저작권 2006 가을호, 25면 ; 정경석, '실질적 유사성론', 계간저작권 2009 봄호, 94~99면 ; 권영준, 「저작권 침해판단론」, 박영사, 2007, 150면 참조.

3) Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464(2d Cir. 1946).

4) 피고의 곡('Begin The Beguine')이 원고의 곡('The Lord is My Shepherd', 'A Mother's Prayer')들에 대한 저작권을 침해했다는 이유로

교수의 주장과도 동일한 기준으로 볼 수 있다.[5]

위 사건에서 연방 제2항소법원은 복제행위에 대해서는 피고가 원고의 저작물에 접근하였는지 여부 등에 관한 상황증거에 의해 입증될 수 있다고 하였다. 또한 접근 여부와 함께 유사 정도를 구분하여 접근의 증거가 있다면 사실인정자(the trier of the fact)는 유사성[6]이 복제를 입증할 만큼 충분한지를 결정해야 하며, 접근의 증거가 없다면 침해를 인정하기 위해서는 유사성이 매우 현저하여 피고가 독립적으로 동일한 저작물을 만들었을 가능성을 배제할 정도로 되어야 한다고 판시하였다. 특히 유사성을 판단하기 위해서는 분석이 필요하며 전문가의 증언이 도움이 된다고 하였다.

두 번째 요건인 부당한 이용(improper appropriation)을 판단하기 위해서는 일반인으로서의 평범한 청취자(ordinary lay hearer)의 반응을 기준으로 하고 분석이나 전문가의 증언은 적합하지 않다고 하였다. 부당한 이용이 입증되기 위해서는 피고가 원고의 보호받는 표현을 이용했어야 하며, 일반의 평범한 청취자가 인식할 수 있을 정도의 실질적 유사성이 있어야 한다고 한다.[7]

따라서 부당한 이용을 판단하기 위한 핵심은 '보호받는 표현의 실질적 유사성'이라고 할 수 있으며,[8] 이를 판단하기 위해서는 보호받을 수 있는 표현이 명확히 구분되어야 한다는 것이 연방 제2항소법원의 주요한 견해였다.

여기서 의문이 드는 점은 실질적 유사성을 판단하기 위해 일반의 평범한 청취자의 반응을 기준으로 하고 있는데, 우리나라의 법체계 안에서 이러한 기준이 적합한가에 관한 점이다. 일반의 평범한 청취자의 관점은 저작권재산권 보호의 목적과 관계가 있는 것인데, 저작재산권을 보호하는 목적은 저작물의 이용을 통하여 발생되는 경제적인 이익을 보호하기 위한 것이므로, 그 경제적 이익의 대상은 해당 저작물의 일반 수요자이다. 따라서 일반의 평범한 청취자라고 하지만 실제로는 해당 저작물을 사용하는 일반 수요자라고 판단하여야 한다는 주장이 있다.[9] 이 주장은 컴

소송을 제기한 것으로서, 제1심인 뉴욕남부 연방지방법원은 원고의 청구를 기각하였으나 항소심은 제1심을 파기하였다. 결국 본 사건은 배심원의 심리를 거친 후 피고 Porter는 원고 Arnstein의 곡을 표절하지 않았다고 판결이 내려졌다. 항소심에서의 쟁점은 지방법원이 원고에게서 저작권침해소송의 배심원재판의 기회를 박탈한 것이 적절한지 여부였다.

5) Goldstein 교수는 저작권침해판단을 위해서는 복제(copying) 또는 현실적인 복제(actual copying)가 존재하여야 하고, 해당 저작물에 대한 부정이용(unlawful or improper appropriation)이 있어야 한다고 주장한다. 현실적인 복제에는 피침해저작물에 피고가 접근할 수 있는 현실적인 기회가 있어야 하며, 여기서 복제란 저작권법상의 복제가 아닌 일반적 의미에서의 복제를 말하는 것이다. 또한 부정사용을 입증하기 위해서는 피침해저작물과 침해저작물 사이에 창작적 표현에 대한 실질적 유사성이 있을 것을 필요로 한다. 반면에 Nimmer 교수는 침해판단기준으로 원고가 유효한 저작권을 보유(ownership of a valid copyright)할 것과 피고가 복제행위(copying)를 하였을 것을 주장하고 있다. 여기서 피고의 복제행위에는 Goldstein 교수의 두 요건을 합하여 피고가 원고저작물에 의거하였어야 하고 복제가 위법한 차용행위일 것(acrionable appropriation)을 입증해야 한다고 한다. 차용행위를 입증하기 위해서는 실질적으로 유사할 것을 요한다. Paul Goldstein, 「Copyright」, 2d ed, Little Brown and Company, 1996, Vol. Ⅱ, 7:1 ; 오승종, 「저작권법」, 박영사, 2007, 960~961면 참조 ; 이상정 교수도 이와 동일한 견해를 취하고 있다. 이상정, 「저작권법개설」 제5판, 세창출판사, 2009, 317면 참조.

6) 여기서 말하는 유사성은 실질적 유사성과는 다른 일반적인 유사성을 의미하는 것이다. 즉 창작적 표현의 유사성을 의미하는 실질적 유사성과는 달리 표현뿐만이 아닌 전체로서의 유사성이다. 두 개념 차이에 대해서는 후술하도록 한다.

7) 장주영, 「미국저작권 판례」, 육법사, 2003, 201~204면.

8) 오승종, 전게서, 994면.

퓨터프로그램, 설계도 등과 같이 복잡하고 난해하여 일반인이 쉽게 저작물을 파악하기 어렵고 악의적으로 감추어진 것을 발견하기 어려운 현실에서는 상당히 의미가 있는 주장이라 생각된다. 이러한 관점에서 본다면 실질적 유사성을 판단하기 위한 기준이 되는 관점은 해당저작물의 수요자로 볼 수 있을 것이고, 수요자를 대상으로 한다면 그 분야의 전문가도 포함이 되는 것이기 때문에 실질적 유사성을 전문가 관점에서 판단하는 것이 문제가 되지 않는다고 생각된다. 미국의 판례에서도 컴퓨터프로그램 등과 같이 복잡한 저작물의 실질적 유사성을 판단하기 위해서는 전문가 관점에서 이를 판단한 경우가 존재하고 있다.[10]

2.1.2 보호받는 표현 및 청중테스트

미국에서는 저작권 침해를 판단하기 위한 여러 테스트 중 전통적으로는 '보호받는 표현 및 청중테스트'가 사용되어 왔다. 즉, 전통적으로 미국은 저작권 침해 여부를 판단하기 위하여 첫째 보호받는 표현(protected expression)을 차용하였을 것과 둘째 보호받는 표현 사이에서 일반 청중이 실질적으로 유사한 것(substantial similarity)을 느낄 것을 기준으로 삼고 있었다. 이 두 가지 기준 중 첫 번째 기준을 '보호받는 표현 테스트(the protected expression test)'라 하고, 두 번째 기준을 '청중테스트(the audience test)'라고 한다. '보호받는 표현 테스트'는 보호받을 수 있는 창작적 표현과 보호받지 못하는 아이디어를 분리하여 저작권으로 보호받는 권리 영역의 범위를 확정하는 역할을 한다. 그리고 '청중테스트'는 '평균적 관찰자 테스트(ordinary observer test)'라고도 하는데 이는 보호받는 표현 테스트에 의하여 확정된 권리 영역 내로 침해 저작물이 침범하였는지 여부를 판단하는 것으로서 일반 청중의 반응을 기준으로 한다. 이때 일반 청중은 순수한 일반인을 의미하는 것이 아니라 앞에서 살펴본 바와 같이 해당 저작물의 이용대상이 되는 청중을 의미하는 것으로 보는 것이 합리적이다. 하지만 본 테스트는 어디까지가 보호받을 수 있는 표현이고 어디까지가 보호받지 못하는 아이디어인지 구분하는 것이 상당히 난해하다는 문제가 있다. 따라서 이에 대한 해결방안으로 Learned Hand 판사가 Nichols 사건에서 도입한 '추상화 이론' 및 Zechariah Chafee 교수의 '유형이론' 등이 제시되기도 하였다.

2.1.3 외관이론과 분해식 접근방법

저작권 침해행위는 침해자의 복제행위가 있어야 하며, 그것이 부당하게 이용될 것을 요건으로 하는 것은 앞에서 살펴보았다. 복제행위를 판단하기 위해서는 침해자의 접근이 있었을 것과 유사성이 있어야 하며, 부당한 이용을 판단하기 위해서는 창작적 표현이 실질적으로 유사해야 한다는 점이 입증되어야 한다. 그러나 창작적 표현이라고 하더라도 이는 보호받는 표현과 보호받지 못하는 표현으로 구성되어 있다. 따라서 이에 대한 실질적 유사성을 판단하기 위해 보호받지 못하는 표현까지 판단범위를 넓혀 전체적인 느낌들에 대하여 검토하는 것을 '외관이론(total concept and fell test)'이라 하고, 창작적 표현 중 보호받는 표현만 분해하여 비교·판단하는 것을 '분해식 접근방법'이라 한다.

외관이론은 Krofft 사건[11]에서 정식으로 이용되었는데, 이 방법은 직감적인 판단을 허용하고,

9) 권영준, 전게서, 131면 ; 정경석, 전게논문, 78면.

10) 권영준, 전게서, 133면.

11) Sid&Marty Television Production, Inc. V. McDonald's Corp. 562 F.2d 1157 (9t Cir. 1977).

저작물을 구성하고 있는 개개의 부분은 저작권으로 보호받지 못한다 하더라도 전체가 창작을 인정할 수 있는 집합이라면 보호가 가능하다. 그러나 보호받지 못하는 것을 이용한 것은 부당한 이용이 될 수 없다는 비판도 존재한다.[12]

분해식 접근방법은 Concrete Machinaery 사건[13]에서 처음 언급된 것으로서 저작물에서 저작권법에 의한 보호를 받는 부분과 보호를 받지 못하는 부분을 명백히 분리하고, 보호를 받는 부분을 평균인의 관찰로서 침해자의 저작물과 실질적으로 유사한지 여부를 판단하는 것을 말한다. 다만 분해식 접근방법은 분해를 잘못했을 경우 보호받아야 하는 창작성 있는 부분까지도 없어진다는 문제가 있을 수 있다. 우리나라의 경우 한복디자인 사건에서 분해식 접근방법을 이용하여 저작권 침해여부를 판단하였다.[14]

12) 오승종, 전게서, 1008~1009면 ; 오승종·이해완, 「저작권법」 개정판, 박영사, 2003, 472면.

13) Concrete Machinaery Co. v. Classic Lawn Ornaments, Inc., 843 F.2d 600 (1st Cir. 1988).

14) '원고가 제작한 한복치마는 치마폭 이음새마다 바탕색과는 다른 색의 사다리꼴 띠를 수직으로 덧대고 그 띠 안에 꽃, 나비, 추상적 문양 등의 장식무늬를 일정한 간격으로 혼합배치하여 넣은 것이고, 피고가 제작한 한복치마는 치마폭 이음새마다 바탕색과 다른 색의 직사각형 띠를 덧대고 그 띠 안에 덩쿨 줄 꽃무늬를 연속적으로 배치하여 넣은 것인바, 어머니 저고리의 깃, 섶, 소매, 단, 바탕 등에 바탕천과 다른 색의 띠나 일정한 문양을 넣은 띠를 수직 또는 수평으로 덧대어 실용성과 심미감을 더하는 의복제작기법은 삼국시대 이전부터 사용되어 오던 것임을 인정할 수 있으므로 원고의 위 저작물 중 치마폭 이음새마다 바탕색과 다른 색 띠를 수직으로 덧대거나 띠 안에 무늬를 넣는 방법 자체는 종래의 문화적 유산에 속하는 것이고 다만 띠의 모양을 사다리꼴로 하고 띠 안에 꽃, 나비, 추상적 문양 등을 소재로 한 무늬를 일정한 간격으로 혼합배치한 점에서 기법상의 독창성이 인정되므로 이 부분이 저작권 보호의 대상이 된다고 할 것이다. 이 독창성이 인정되는 부분을 피고의 그것과 대비해 보면 치마를 착용하였을 때 치마 상단의 주름으로 인해 피고의 띠도 윗부분이 좁고 아랫부분이 넓게 보인다는 점이 원고의 것과 유사하기는 하나 전체적인 띠의 모양과 넓이가 원고의 것과는 다를 뿐 아니라 그 안의 무늬의 소재, 배열방법 등에 있어서 양자는 차이가 있어 띠 부분의 전체적인 미감이 유사하다고 보기는 어렵다.' 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결.

15) 예를 들면, 동일한 기능을 구현하기 위해서는 동일하게 표현될 수 밖에 없는 표현 등과 같이 기능적 저작물의 독특한 특성을 고려하지 않고 보통의 경우와 동일하게 이를 판단하면 저작권자에게 지나치게 유리하고, 사실상 특허와 유사한 효과까지 부여한다는 점에서 이는 문제가 있다.

16) 이에 대하여 추상화·여과·비교 테스트가 기능적 저작물 이외에 다른 저작물 분야에도 적용될 수 있다고 하는 견해가 있다.

17) Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 23 U.S.P.Q.2d 1241(2d Cir. 1992).

2.1.4 추상화·여과·비교 테스트(3단계 테스트)

컴퓨터프로그램과 같은 기능적 저작물은 전통적인 침해판단방법을 적용하기가 쉽지 않다. 왜냐하면 이를 그대로 적용할 경우 실용적이고 기능적인 저작물에 관하여는 저작자를 과도하게 보호하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다.[15] 이러한 문제를 해결하기 위하여 컴퓨터프로그램과 같은 기능적 저작물에 대한 저작권 침해판단 기준으로 추상화·여과·비교 테스트가 제시되었다.[16] 미국의 연방 제2항소법원은 Altai 사건[17]에서 기능적 저작물의 저작권 침해판단에 대해 새로운 기준을 제시하였다. 본 판결에서 연방 제2항소법원은 컴퓨터프로그램은 소스코드와 같은 문언적 요소와 플로우차트, 매크로 등의 비문언적 요소로 구성되어 있는데, 저작권의 보호를 받을 수 있는 것은 문언적 요소 뿐만 아니라 비문언적 요소도 포함된다고 하였다. 다만 비문언적 요소 중에서도 아이디어에 해당하는 부분은 보호의 대상이 아니라고 하였다. 실질적 유사성을 확

인하기 위해서는 침해당한 프로그램의 구조를 분석하고 구조적인 구성부분으로 나눈다(추상화). 이를 통하여 분해된 부분들 중 아이디어, 당연한 표현 및 공중의 영역 등을 가려 보호받지 못하는 요소들을 여과하여 저작물의 보호범위를 결정하게 된다(여과). 마지막으로 남아있는 창작적 표현의 핵심적인 부분들을 침해한 프로그램과 비교(비교)하여 저작물이 실질적으로 유사한가를 판단하게 되는 것이다.[18] 이때 비교의 방법으로 보호받는 표현 중 어떤 부분을 침해하였는지 여부는 보호받는 표현 테스트를 적용할 수 있고, 침해한 부분이 실질적인 것인지에 대한 것은 청중 테스트를 적용할 수 있다.[19]

2.2 실질적 유사성과 현저한 유사성의 구분

연방대법원은 1991년 Feist 사건[20]에 대한 판결에서 저작권 침해를 입증하기 위해서는 원고가 적법한 저작권을 소유(ownership of a valid copyright)하여야 하고, 원고의 독창적인 저작물의 구성요소를 복제(copying of cinstituent elements of the work that are original)하여야 한다고 판시하였다. Nimmer 교수도 이와 동일하게 저작권 침해판단을 위한 기준으로 제시하였는데, 원고는 유효한 저작권을 보유하여야 하며 피고의 복제행위가 있어야 한다고 하였다. 이때 피고의 복제행위는 사실적 의미의 복제(copying as a factual matter)와 법적인 의미의 복제(copying as a legal proposition)로 구분할 수 있는데, 전자는 피고가 원고의 저작물에 접근하여 이를 복제하는 것을 의미하는 것이다. 이때 복제는 표현과 아이디어 등을 구분하지 않는데, 이것을 '현저한 유사성(striking similarity)'이라 한다. 또한 후자는 전자에서와 같이 사실적으로 복제가 있었다고 한다면 이것이 과연 책임을 물을 수 있는 정도의 것인가에 대한 판단인데, 이를 위해 보호받는 표현이 실질적으로 유사할 것을 요하며, 이를 '실질적 유사성(substantial similarity)'이라고 한다.[21]

현저한 유사성은 저작권 침해자가 피침해자의 저작물을 근거로 하여 자신의 저작물을 만든 것인지 여부, 즉 의거관계의 존재 여부를 판단하기 위한 도구적 개념이다. 따라서 이는 저작권 침해판단 기준으로서의 실질적 유사성의 개념과는 달리 보호받는 창작적 표현뿐만 아니라 보호받지 못하는 표현 및 아이디어 등을 모두 포괄하는 유사성을 지칭하는 것이다. 따라서 의거단계에서 두 저작물이 상당히 유사하다고 하여 이것이 바로 실질적 유사성까지도 담보하는 것이 아니라는 점에서 양자는 구별될 실익이 있다.[22]

이에 더하여 증명적 유사성을 인정하자는 견해가 있는데, 현저한 정도는 아니라고 하더라도 저작권을 침해한 사실을 증명할 수 있는 정도의 유사성이 있다면 이를 인정할 수 있다는 점에서 의의가 있을 것으로 생각된다.

우리나라의 학설도 현저한 유사성을 실질적 유사성과 구분하여, 주관적 요건으로서의 의거관계가 있을 것과 객관적 요건으로서의 실질적 유사성을 가질 것을 저작권 침해판단 기준으로 인정하고 있다.[23] 또한 우리나라 판례도 역시 실질

18) 장주영, 전게서, 220~221면.

19) 오승종, 전게서, 1026면.

20) Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340(1991).

21) Melbille Nimmer & David Nimmer, 「Nimmers on Copyright」, Lexis Publishing, 2002, pp. 11~19.

22) 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007, 1075면 ; 오승종, 전게서, 983면 ; 송영식·이상정·김병일, 「지적재산법」 8정판, 세창출판사, 2007, 272면 참조.

23) 정상조 편, 상게서, 1069~1079면 ; 오승종, 전게서, 961면 참조.

적 유사성과 현저한 유사성을 구분하고 있는 것으로 판단된다.

III. 국내 판결에서의 저작권 침해판단 기준

미국의 법원들도 모든 사건에 대해 저작권 침해판단 이론을 동일하게 적용하지는 않는 것과 같이 우리나라 법원도 나름대로의 기준을 갖고 저작권 침해 여부를 각 사건에 맞게 판단해오고 있다.

3.1 일반저작물에 대한 저작권 침해 판단기준

법원은 '색채이론서적사건'[24]에서 '침해되었다고 주장되는 기존의 저작물과 대비 대상이 되는 저작물 사이에 실질적 유사성이 있다는 점 이외에도 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다.'고 하고, '대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 직접 인정되지 않더라도 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이에 실질적 유사성 등의 간접사실이 인정되면 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점은 사실상 추정된다고 할 수 있지만'이라고 판시하였다. 다만 본 판결에서는 보호받는 표현에 대한 유사여부를 판단하는 실질적 유사성과 보호받는 표현과 보호받지 못하는 표현 모두에 대한 유사여부를 판단하는 사실적 의미의 유사성을 동일하게 실질적 유사성이라 표현하여 혼동을 주고 있다는 점에 아쉬움이 있다.

반면 '만화 전략 삼국지사건'[25]은 '그림의 표현형식에 있어서 그 자체로 창작성이 인정될 정도로 독특하여 양 작품 사이에 실질적 유사성을 인정할 수 없으나, 말풍선 내의 대사의 흐름, 대사를 끊어 주는 시점 등에 있어서 양 작품 사이에 상당한 유사성이 발견되고'라는 것에서 볼 수 있듯이 실질적 유사성과 상당한(현저한) 유사성을 구분하여 판시하고 있다.

'게임 신야구 사건'[26]에서는 '저작물의 무단 복제에 의한 저작권 침해를 인정할 수 있으려면, 침해자가 저작권 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것과 침해저작물 및 피침해저작물 사이에 실질적인 유사성이 있을 것의 요건이 필요하다고 할 것인바, 이때 양 저작물 사이의 의거관계는 원칙적으로 침해자에게 피침해 저작물에 대한 접근가능성, 즉 피침해 저작물을 볼 상당한 기회가 있었음이 인정되면 족한 것이고, 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부는 창작적 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여 판단하여야 할 것이다'라고 하였다.

'소설 당나귀 귀 사건'[27]에서는 '대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있으므로, 대상 동화가 이 사건 소설에 의거하여 작성되었는지 여부를 판단함에 있어서 저작권법에 의하여 보호받지 못한 표현 등의 유사성을 참작할 수 있다고 하여, 양 저작물 사이의 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서도 동일하게 위와 같은 부분 등의 유사성을 참작하여야 하는 것은 아니다'라고 하여 실질적 유사성과 의거요건으로서의 유사성을 구분하여 판단하고 있다.

24) 대법원 2007. 12. 13 선고 2005다35707 판결.

25) 대법원 2005. 9. 9 선고 2003다47782 판결.

26) 서울중앙지방법원 2006. 7. 20 선고 2005가합76758 판결.

27) 대법원 2007. 3. 29 선고 2005다44138 판결.

또한 '여우와 솜사탕 사건'[28]에서는 저작권 침해요건으로 주관적 요건인 의거여부와 객관적 요건인 실질적 유사성이 있을 것을 요구하고 있다. 본 판결에서 의거관계에 관하여 '제2대본을 쓴 000이나 제2드라마를 연출한 00 등으로서는 제1대본을 직접, 또는 제1대본의 2차적 저작물인 제1드라마를 통하여 제1대본의 존재를 알고 이를 접할 수 있었을 것으로 보이고, 또한 다음에서 보는 바와 같이 두 저작물 사이에 실질적 유사성도 있다고 판단되므로[29] 제2드라마는 위 제1대본에 의거하고 그것을 이용하여 저작된 것으로 추정된다고 할 수 있다.'라고 하였다. 실질적 유사성에 대해서는 '이 사건 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가 여부를 판단함에 있어서는, 제1대본 중 저작권의 보호대상이 되는 창작적인 표현형식에 대항하는 부분을 대상으로 제2드라마가 이와 유사성이 있는지의 여부를 살펴보아야 할 것이다.'라고 하였으며, '실질적인 유사성이 있다고 인정함에 있어서는, 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우(이른바, 포괄적·비문자적 유사성)와, 작품속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 문장 대 문장으로 대응되는 유사성이 인정되는 경우(이른바, 부분적·문자적 유사성)로 나누어 생각할 수 있는데,'라고 하여 극적인 저작물(dramatic works)의 경우에는 소설과 달리 줄거리, 등장인물의 구도, 사건의 전개 등도 보호받는 표현으로 볼 여지가 크다고 판시하였다.

이처럼 국내 법원은 사건에 따라 일부 차이는 있지만[30] 일반저작물에 대해 침해한 저작물이 침해당한 저작물을 의거하여 만들어졌을 것과 침해 및 피침해 저작물 사이에의 저작권법상 보호받을 수 있는 표현이 실질적으로 유사할 것을 그 기준으로 삼고 있다. 이때 의거 여부를 판단하기 위해서는 접근가능성이 있어야 하며, 두 저작물 사이에 유사성[31]이 있어야 한다는 것을 저작권 침해판단의 기준 및 요건으로 하고 있는 것으로 판단된다.

다만 실무적으로 법원의 이 같은 태도를 감정에서 적용한다 하더라도 제한이 있을 수 있다. 실제 사건해결을 위해 두 저작물이 실질적으로 유사한지를 판단하는데 있어 일반화된 기준이 결정적 지침을 주지 못한다는 것이 특히 고민되어야 하는 문제이다. 따라서 저작권 분쟁에 있어서 실질적 유사여부 판단을 통한 효과적인 해결을 위해서는 결국 분쟁이 발생하는 모든 유형에 대한 세부적인 기준을 정립해야 한다는 과제가 주어지는 것이다.

3.2 컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작권 침해판단 기준

기능적 저작물인 컴퓨터프로그램은 앞서 살펴본 일반저작물과는 달리 그 기능성과 논리성 때문에 표현의 독창성 및 다양한 표현의 가능성이 낮아 이를 일반저작물의 경우와 같이 강하게 보호하는 것은 사회적 비용을 증가시키게 되므로

28) 서울지방법원 남부지원 2002. 3. 28. 선고 2002카합370 결정.

29) 본 판결에서도 의거관계의 판단을 위하여 접근가능성과 유사한지 여부를 검토한 것은 일반적인 경우와 동일하나, 의거관계에서의 유사성을 실질적 유사성과 동일한 것으로 보고 있다. 이러한 혼동에 대해 정상조 교수는 두 유사성은 개념상 차이가 분명히 구분되어야 하는 것이므로 이를 혼용하는 것은 부적절하다고 주장한다. 정상조, 전게서, 1074면.

30) 예를 들면, 서울중앙지방법원 2006. 7. 20 선고 2005가합76758 판결의 경우와 같이 의거관계와 실질적 유사성을 요건으로 한 것은 동일하나, 의거에 있어 접근가능성만을 요건으로 기술하기도 하였다.

31) 이는 저작권법상 보호받는 표현과 보호받지 못하는 표현 모두를 포함한 유사성을 말한다.

실질적 유사성의 범위를 다른 저작물에 비하여 좁게 보는 것이 적절하다.[32] 즉, 컴퓨터프로그램 저작물에 대한 침해판단은 다른 저작물에 비해서 엄격하게 판단하여야 한다는 것이다.

컴퓨터프로그램에 관련된 판결은 위원회에서 감정을 수행하였던 사건을 중심으로 해당 감정결과에 대해 법원이 어떻게 침해판단 기준을 적용하였는지 살펴보도록 한다.[33]

'절곡장치제어프로그램 사건'[34]에서 법원은 저작권 침해 여부를 판단하기 위하여 대상 프로그램의 저작자가 누구인지, 즉 저작권을 원고가 이전받은 것인지 여부와 대상이 되는 두 프로그램의 동일·유사성을 그 기준으로 보고 있다. 후자의 기준과 관련하여 유사성 판단으로는 컴퓨터프로그램보호위원회(現한국저작권위원회)가 제시한 감정결과인 81.41%의 종합유사도를 근거로 하였으며, 주석이 일부 동일하게 발견된 점을 통하여 의거성을 인정한 것으로 볼 수 있다. 또한 감정결과에 따라 두 프로그램이 실질적으로 유사한 것으로 판단하였는데, 본 판결에서는 객관적 요건으로서의 실질적 유사성과 주관적 요건으로서의 유사성을 구분하지 않은 것으로 볼 수 있다.

이와는 조금 달리 '매장관리프로그램 사건'[35]에서 법원은 의거여부에 대한 판단과 실질적 유사성 여부에 대한 판단을 저작권 침해 판단기준으로 판시하였다. 의거 여부 판단과 관련하여 재판부는 '시간적으로 뒤에 만들어진 저작물이 먼저 만들어진 저작물의 변경 내지 변형이라고 인정되기 위해서는 뒤에 저작물을 만든 자가 그 제작과정에서 먼저 만들어진 저작물을 보거나 이용할 수 있는 상황이었는지의 여부와 그 두 저작물이 외형상 객관적으로 보아 현저하게 유사한지의 여부 등을 종합적으로 판단하여야 할 것'이라고 전제하였다. 그리고 실질적 유사성 판단과 관련하여 '프로그램저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 이른바 기능적 저작물로서, 기능적 저작물은 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크고, 동일한 기능을 하는 기계장치나 시스템의 연결 관계를 표현하는 기능적 저작물에 있어서 그 장치 등을 구성하는 장비 등이 달라지는 경우 그 표현이 달라지는 것은 당연한 것이며, 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라, 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고, 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 하며, 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있으므로, 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부를 판단함에 있어서 저작

32) 서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 선고 2007카합 1672 결정.

33) 본 논문에서는 감정을 수행한 사건과 관련된 판결을 대상으로 하여 검토하였기 때문에 그 분석대상 판결이 제한적이고 그 수가 많지 않다는 한계가 존재한다. 따라서 여기서 검토된 결과를 컴퓨터프로그램저작권 침해판단과 관련된 판례 전체의 태도와 동일시하는 것은 다소 무리가 있다고 생각한다.

34) 서울중앙지방법원 2009. 6. 18. 선고 2007가합 82740 판결.

35) 서울중앙지방법원 2009. 4. 3. 선고 2006가합 92887 판결.

권법에 의하여 보호받지 못한 표현 등의 유사성을 참작할 수 있다고 하여, 양 저작물 사이의 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서도 동일하게 위와 같은 부분 등의 유사성을 참작하여야 하는 것은 아니다'라고 하여 실질적 유사성과 의거 판단 기준으로서의 유사성을 구분하고 있다. 즉 본 판결에서는 저작권을 침해한 것으로 판단하기 위해서는 의거성이 있어야 하고, 침해자의 저작물과 피해자의 저작물이 보호받는 창작적 표현을 비교하였을 때 서로 유사하여야 한다. 그리고 두 저작물이 실질적으로 유사할 것을 요구한다. 여기서 의거여부는 침해된 저작물에 대한 접근가능성과 두 저작물이 사실적으로 유사할 것을 말하는 것이다. 이 사건에서는 감정결과가 87.76%~92.9%로 다소 높은 유사도를 나타냈으나 감정을 수행한 대상 프로그램이 보호받는 창작적 표현 부분만을 비교한 것이라고 볼 수 없다는 이유 등으로 감정결과는 두 프로그램이 실질적으로 동일하다는 것을 증명하는 것은 아니라고 판시하였다.

그런데 '인터넷교환기프로그램 사건'[36]에서는 위에서 살펴본 방식과는 달리 미국의 추상화·여과·비교 테스트 이론을 일부 적용하여 판단을 한 것이 특징이다. 본 판결은 '피신청인 제품에 사용된 컴퓨터프로그램이 이 사건 저작물의 프로그램저작권을 침해한 것인지 여부에 관하여는, 피신청인 프로그램이 이 사건 저작물에 의거하여 제작되었는지 여부와 실질적 유사성이 인정되는지 여부를 살펴야 할 것인바, 일반적으로 의거의 점에 관하여는 저작물에 대한 상당한 접근(access)의 기회가 있었다면 이를 인정할 수 있고, 실질적 유사성에 관하여는 프로그램저작물 중 저작권으로 보호받지 못하는 요소들(예컨대, 추상적인 아이디어에 해당하는 요소, 효율성을 위한 필수요소, 외부적 요건에 의해 필요한 요소, 공지의 사실로부터 취해진 요소 등)을 여과한 다음 남아 있는 핵심적 요소(core)인 창작적 표현만을 비교하여 실질적 유사 여부를 판단하여야 할 것'이라 판시하여, 저작권 침해 여부 판단을 위해서 의거 여부와 실질적 유사성 요건이 갖춰져야 하는 점은 위의 판결들과 동일하다. 다만, 실질적 유사성을 판단하기 위해서는 여과(filtration)와 비교(comparison)의 단계를 거치게 되어 있는데 이는 추상화 과정을 제외한[37] 3단계 테스트를 적용한 것이다.[38] 그런데 본 사건 감정에 관하여 '공개된 프로그램 소스 일부를 제외하는 절차를 거치기는 하였으나, 이 사건 저작물 중 인터넷전화 교환기의 표준적인 기능을 구현하기 위하여 필수적으로 사용되어야 하거나, 그와 결합하여 사용될 것으로 예상되는 다른 프로그램과의 호환성을 위하여 필요하거나, 기타 일반적

36) 서울중앙지방법원 2008. 5. 14 선고 2007카합 1672 판결.

37) 이러한 상황에 대해 김도완 교수는 소프트웨어에 대한 구체적인 추상화 방안을 제시한다. 소프트웨어 공학적 개발 방법론을 기본 이론으로 소프트웨어 개발 순서의 역순으로 유사(복제)도를 산정하는 방법인데, 구체적으로는 시스템 구현 계층, 시스템 설계 계층, 시스템 디자인 계층의 순으로 감정을 수행하는 방법이다. 시스템 구현 계층에 대해서는 파일별 비교가 중심이 되며, 시스템 설계 계층에 대해서는 자료구조, 데이터베이스 구조, 디렉토리 구조, 드라이버 정보 및 에러 메시지 등이 주요한 요소가 된다. 또한 시스템 디자인 계층에서는 프로그램의 기능, 사용자 인터페이스 및 매뉴얼 등이 주요 요소이다. 이러한 방법은 국내 판결에서도 아직 구체적으로 적용하지 못하고 있는 추상화 과정을 감정을 통해 적용한다는 점에서 의미가 있다고 생각된다. 자세한 내용은, 김도완, 「유형별 SW감정기법 표준화에 관한 연구」 프로그램심의조정위원회, 2003, 95~100면 참조.

38) 이와 같이 여과(filtration)와 비교(comparison)의 2단계 과정을 논리적으로 전제하고 있는 판례는 대법원 1997. 9. 29. 선고 97마330 결정, 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073 및 93다3080 판결, 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결 등과 같이 다수 존재하고 있다. 오승종·이해완, 전게서, 475면.

으로 받아들여지는 프로그래밍 관행 등으로 인하여 표현이 유사할 수밖에 없는 부분을 여과하는 절차를 거치지 아니하고 소스코드의 유사성을 비교한 것이다'라고 하여 감정결과만 갖고는 보호받는 창작적 표현이 실질적으로 유사한지 여부를 판단할 수는 없다고 하였다.[39]

그 외 '학사관리프로그램 사건'[40]은 피고가 원고 프로그램의 원본 및 프로그램 소스정보 등에 접근이 가능한 지위에 있었다고 하여 의거관계를 인정했고, 피고 프로그램은 원고 프로그램의 일부를 변형하거나 수정하는 등의 방법으로 제작된 것이어서 두 프로그램이 실질적으로 유사하다고 하였다. 또한 '밝기·색상 보정 프로그램 사건'[41]은 의거관계 여부, 저작권의 소유 여부, 실질적 유사성[42] 및 기타 제반사항을 고려하여 저작권 침해 여부를 판단하였다.

법원은 컴퓨터프로그램저작물에 대한 침해 판단 판결에서도 하나의 통일된 기준을 적용하는 것이 아니라 각각의 사건에 따라 적절하게 기준을 적용시키는 모습을 보여준다. 일부 판결에서는 앞서 살펴본 일반저작물의 경우와 유사한 기준을 적용하기도 하고, 또 다른 일부 판결에서는 미국의 3단계 테스트를 변형하여 판단하기도 하였다.

3.3 검토

국내 법원의 저작권침해에 대한 판단기준은 앞에서 살펴본 것과 같이 일관되지는 못하고, 각 사건에 따라 조금씩 차이를 보이고 있는 것이 현실이다. 일반저작물에 대한 판단과 컴퓨터프로그램저작물에 대한 판단은 특별하게 구분될 수 있는 점을 찾아보기가 어려워서 일단 국내 법원에서는 양자를 특별히 구분하여 다른 기준을 적용하지 않는 것으로 보인다.[43] 이에 관하여 판결을 살펴보면 의거여부와 실질적인 유사여부를 판단하는 점은 동일한데, 다만 실질적 유사성을 판단하기 위해서 일부 판결에서는 미국의 3단계 테스트 이론과 유사한 여과(filtration)·비교(comparison) 테스트를 사용하기도 하였으나, 이 역시 일반저작물 분야에서도 발견되는 방법이라는 점에서 컴퓨터프로그램저작물에 대해서만 적용된 것으로 보기는 어렵다. 이러한 점에 비추어 보면 저작권 침해 여부를 판단하기 위한 수단으

39) 본 사건의 항소심(서울고등법원 2009. 8. 5. 선고 2008라1199 판결)에서도 채무자들이 제출한 공개된 프로그램 소스 일부를 제외하는 절차를 거치기는 하였으나 채무자들 프로그램 중 인터넷전화 교환기의 표준적인 기능을 구현하기 위하여 필수적으로 사용되어야 하거나, 그와 결합하여 사용될 것으로 예상되는 다른 프로그램과의 호환성을 위하여 필요하거나, 기타 일반적으로 받아들여지는 프로그래밍 관행 등으로 인하여 표현이 유사할 수 밖에 없는 부분을 여과하는 절차를 거치지 아니하고 소스코드의 유사성을 비교하였다고 보여지는 점, 채권자 프로그램 역시 공개된 소스코드에 기초하여 개발되었을 것이므로 채권자 및 채무자들의 프로그램의 변수와 클래스의 이름이 동일한 것은 인터넷전화교환기 프로그램과 같이 기능적 프로그램에 있어서 사실상 표준화된 표현으로 볼 여지가 있는 점 등을 이유로 두 프로그램이 실질적으로 유사한 것으로 볼 수는 없다고 판시하였다.

40) 서울동부지방법원 2008. 6. 13. 선고 2006가합16480 판결.

41) 서울남부지방법원 2007. 10. 5. 선고 2004노1493 판결.

42) 본 판결에서 실질적 유사성이라는 용어가 명시적으로 나타나지는 않으나, 문맥적 의미로 볼 때 두 프로그램은 실질적으로 유사하여야 하나, 감정을 수행한 결과 실질적으로 유사한 정도까지는 아닌 프로그램 자체가 상당히 유사한 정도인 것이라는 의미로 판단된다.

43) 컴퓨터프로그램저작물에 관하여 여과·비교 테스트를 적용하는 판결을 일부 찾아볼 수 있으나, 이 방법은 일반저작물의 경우에도 적용된 것을 찾아볼 수 있어 특별히 컴퓨터프로그램저작물에만 적용되는 것으로 볼 수는 없다.

로 사용되는 감정 또한 일반저작물과 컴퓨터프로그램저작물 모두를 포함할 수 있는 감정 기준 및 방법이 상위단계 개념으로는 정립될 수 있을 것으로도 생각된다.

그런데 컴퓨터프로그램저작물 감정과 관련된 판결을 살펴보면, 감정결과가 판결에 인용되지 못하고 감정결과와 다른 방향의 판결이 내려진 경우, 다시 말하면 감정결과 두 프로그램저작물의 유사도가 상당히 높게 나타났음에도 불구하고 저작권침해로 인정되지 않는 판결에서는 감정결과가 실질적 유사성을 의미하는 것으로 인정받지 못한 것일 때가 많았다. 이와 더불어 각 감정사건 또는 각 세부사실에 따라 차이는 있겠지만, 위원회가 제시한 감정서에는 '두 프로그램이 실질적으로 유사한지' 등의 표현처럼[44] 실질적 유사성을 판단한다고 표시하고 있으나, 앞서 살펴본 내용에 의하면 이는 실질적 유사성을 판단하는 것으로 보기 어렵다는 것을 알 수 있다. 그런데 이러한 문제는 단순히 위원회의 감정 인용률의 하락과 같은 것에 그치는 것이 아니라, 감정을 수행한 위원회와 감정결과를 사용하는 법원의 시각이 서로 어긋나게 되어 감정을 추진한 사건 당사자에게 감정의 실효성 및 소송 경제성 측면에서 적절하지 않은 결과를 가져다 줄 수 있다는 점에서 문제가 있다.

44) '감정결과 000 시스템과 IS시스템의 소스코드는 "입출차관리" 및 "휴무일등록"을 제외하고는 실질적으로 유사하지 않았다.' IS시스템 감정서 29면 ; '원고테이블 중 몇 개 테이블이 피고의 것과 실질적으로 유사한 것으로 판단되는지를 파악하기 위하여 테이블의 유사도가 70%이상인 것을 유사도가 높은 테이블로 구분하여 별도로 명시하였다.' 버스운수회사ERP프로그램 감정서 10면 ; '1번과 2번은 표현상으로는 다소 다르지만 피진정인의 2번 함수에서 호출하는 함수(3번)를 살펴보면 1번과 2번의 양 함수가 실질적으로는 유사함을 확인할 수 있다.' 측량프로그램 감정서 23면 ; '유사도가 가장 높게 나온 원고와 피고의 파일쌍을 중심으로 일일이 실질적인 유사여부를 확인하였다.' 의료용 디지털 R/F 시스템 감정서 7면 ; '제출된 고소인의 소스코드가 창작성이나 독창성을 갖고 있는지에 대한 판단은 하지 않았으며, 고소인의 소스코드와 피고소인의 소스코드 간에 실질적인 유사성이 있는지를 판단하였다.' RTOS프로그램 감정서 6면 ; 'exEyes 2.0을 이용하여 실질적인 유사성을 판단하기 위해서는 유사라인 및 인접블럭에 대한 임계치 설정이 필요하다.' GPS단말기 다운로드 프로그램 감정서 6면 ; 이와 같이 많은 경우에 실질적 유사성이라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 예시에서 제시된 구문과 같이 법적인 의미의 실질적 유사성을 의미하는 경우도 있었지만, 상당수는 일상적인 의미로서 사용한 것으로 판단된다.

IV. 감정의 이론적 태양(態樣)과 문제점 검토

4.1 감정과 실질적 유사성의 관계

위원회에서 수행하는 감정은 크게는 일반저작물 감정과 소프트웨어 감정으로 나뉜다. 소프트웨어 감정은 다시 비교대상 두 프로그램 간의 상호 비교 및 분석을 통하여 두 소프트웨어가 어느 정도의 유사성을 가지는가를 판단하는 유사(복제)도 감정과, 위탁 개발된 소프트웨어에서 발생하는 기능상의 문제점, 단위작업 프로세스 결과에 대한 신뢰성의 문제점, 운용상의 문제점 등을 대상 프로그램, 제안서, 개발계약서, 시스템 설계도 및 개발 작업 명세서 등의 자료 분석과 실제 작동 시스템을 검증하여 완성 및 하자의 정도를 판단하는 완성(하자)도 감정, 그리고 소프트웨어 개발에 있어서 그 공정상의 개발비용 등을 소프트웨어 공학적인 측면에서 판단하여 산정하는 개발비용 산정 감정 등으로 구분되어 진다. 본 논문에서 문제로 삼고 있는 저작권 침해판단과 관련된 것은 앞에서 계속 살펴본 바와 같이 유사(복제)도 감정 분야이다.

먼저 소프트웨어 감정에 대하여 살펴보도록

한다.

유사(복제)도 감정은 유사도를 산정할 대상 확정이 가장 먼저 필요하다. 여기서 감정의 대상은 컴퓨터프로그램 등에서 아이디어 부분을 제외한 나머지 부분이 해당되게 된다.[45] 따라서 컴퓨터프로그램 중 아이디어에 해당하는 알고리즘 등은 일단 비교대상에서 제외된다. 또한 일정한 조건하에서 자유롭게 쓸 수 있는 오픈소스, 언어적 특성 및 각종 툴(tool)에 의하여 자동적으로 생성되는 소스코드 및 제3의 개발자가 창작한 소스코드를 사용한 경우 역시 비교대상에서 제외시키게 된다. 이러한 과정을 거쳐 비교대상 부분이 확정되면 이를 비교하여 그 유사(복제) 정도를 판단하게 되는 것이 일반적인 형태이다.

위의 과정에서 컴퓨터프로그램이 어느 정도 유사한지 살펴보기 위해서는 일반적으로 서로 매칭이 되는 소스코드를 비교·분석한다. 두 소스코드를 매칭하여, 줄(line)을 단위로 상대방의 것과 얼마나 유사한지 여부를 따져 유사 정도를 산정하고 있는데, 이러한 점에서 볼 때 소프트웨어 감정은 부분적·문언적 유사성을 분석하는 방법을 사용하고 있다고 볼 수 있다. 다만 이 경우 유사 여부 판단기준과 관련하여 문제가 되는 부분이 있는데, 그것은 몇 개의 줄(line)이 어느 정도 유사해야 해당 파일이 유사한 것으로 볼 것인가에 대한 것이다. 실무적으로도 유사도 비교도구를 이용하여 1차적으로 비교할 때, 적절한 임계치 설정 기준에 대한 논란이 존재하는 것에서 볼 수 있듯이,[46] 유사 여부를 판단하기 위한 기준을 설정하는 것은 상당히 난해하다고 생각된다. 또한 아이디어와 표현을 구분한다는 저작권 침해판단 요건과 소프트웨어 감정은 다소 거리가 있는 실정이다. 현실적으로 감정을 수행하는 감정인이 감정의 대상이 되는 소프트웨어에 사용된 모든 아이디어와 표현 및 보호받지 못하는 표현 등을 구분하기란 상당히 어렵다. 특히 사건 양 당사자가 주장하지 않는 부분에 대해서까지 위원회가 적극적으로 밝힌다는 것은 공정성과 시간·비용의 제약이라는 측면에서 볼 때 쉽지 않을 수도 있다. 따라서 현재의 감정이 아이디어와 표현을 완벽하게 구분하여 진행된다고 보기는 어렵다.

그렇다면 소프트웨어 감정이 제시하는 결과는 과연 실질적 유사성을 판단한 것으로 볼 수 있는 것인가. 앞에서 살펴본 바와 같이 법원의 일부 판결에서는 별다른 언급 없이 이를 침해판단의 근거로 사용한 반면, 몇몇 판결에서는 실질적 유사성에 대한 요건을 충족하지 못한 것으로 판단하고 감정결과가 실질적 유사성을 의미하지 않는 것으로 판시하기도 하였다.[47] 이때 법원이 공통적으로 지적한 것은 위원회에서 수행한 감정결과는 보호받지 않은 표현 등이 완전하게 제거된 것으로 볼 수 없다는 것이었다.[48] 감정 실무적으로도 비교에서 제외시켜야 하는 오픈소스 및 기타

45) 김도완, 전게서, 17면 ; 하지만 이러한 이론적 당위와는 달리 실무에서는 아이디어 부분을 완전히 제거하는 것이 용이하지 않기 때문에 제한적으로만 이루어지고 있는 실정이다.

46) 감정결과를 심의하기 위한 감정전문위원회에서 이에 대한 논의가 종종 이루어지고 있다.

47) 서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 선고 2007카합1672 결정, 서울고등법원 2008라1199판결 등 참조.

48) 이에 관하여 예를 들면, 서울중앙지방법원 2009. 4. 3. 선고 2006가합92887 판결에서는 감정결과에서 제시된 유사도는 보호받는 창작적 표현에 대한 것이 아니어서 이를 실직적 유사성으로 볼 수 없으며, 감정대상이 된 프로그램은 전체의 프로그램이 아니고, 일부의 프로그램 또는 복구한 프로그램이라는 점에서 피고가 실제 개발하여 사용한 프로그램이라고 보기 어렵다고 판시하였다. 또한 서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 선고 2007카합1672 결정에서는 감정결과가 공개소스를 일부 비교대상에서 제외시키기는 하였으나, 기능구현 및 호환을 위한 필수적인 표현, 기타 관행 등의 사유로 표현이 유사할 수 밖에 없는 부분을 여과하지 않았다는 등을 지적하면서 실질적 유사성이 인정된다고 단정하기 어렵다고 판시하였다.

비교에서 제외하여야 하는 부분들을 양 당사자가 구체적으로 제시하지 않을 경우 이를 적극적으로 찾아서 제외시키지는 않고 있음은 앞서 살펴보았다. 물론 이러한 상황은 제한적인 조건에서 수행될 수 밖에 없는 감정의 한계라고 볼 수도 있다. 그러나 아이디어 및 보호받지 못하는 표현을 완전하게 제거하지 못한 상태에서 비교를 수행한 감정결과는 보호받는 창작적 표현에 대한 유사여부를 판단하는 기준인 정확한 의미의 실질적 유사성을 판단한 것이라고 볼 수는 없다. 감정은 아이디어 및 보호받지 못하는 표현과 보호받는 표현에 대한 유사성을 어느 정도 모두 포함하여 도출한 것이라는 점에서 실질적 유사성 보다는, 주관적 요건인 현저한 유사성을 판단한 것에 가깝다고 볼 수 있다. 따라서 현재 감정서에서 종종 사용되는 실질적 유사성을 판단하기 위한 것이라는 형태의 기술은 개념상 적절치 않은 것이라 생각된다.[49]

일반저작물에 대한 감정은 소프트웨어 감정의 경우와는 여러 가지 부분에서 차이를 보이고 있으나, 아직까지 위원회의 감정결과를 반영된 판결이 존재하지 않고 있어 저작권 침해판단 기준으로서 위원회의 감정결과가 어떻게 적용되는지는 살펴볼 수가 없다.

4.2 감정방법 보완의 필요성

유사성의 개념이 실질적 유사성과 현저한 유사성으로 구분될 수 있다는 것은 앞에서 살펴보았다. 우리나라 법원의 태도도 사건에 따라 약간의 차이는 존재하지만 대체로 객관적 요건인 실질적 유사성과 주관적 요건인 유사성을 구분하여 판단하고 있는 것으로 보여진다. 하지만, 그 동안 위원회의 감정은 사건의 당사자가 주장하는 부분, 즉 저작권으로 보호받지 못하는 부분이라는 것을 특정하여 제출하는 것에 한하여만 이를 비교대상에서 제외하는 절차를 거쳐 두 저작물을 비교하였다. 그렇다보니 각 사건별로 여과의 대상 및 정도가 다르게 되고 심지어 감정결과로 제시된 유사 정도가 실질적 유사성을 의미하는 것이 아니라는 판결이 존재하기도 한다. 이러한 상황은 감정결과가 갖는 신뢰성 및 결과에 대한 예측가능성을 상당히 손상시키는 결과를 가져올 수 있다고 생각한다. 물론 의뢰기관 및 사건당사자가 감정사항을 어떻게 요청하느냐에 따라 판결에서의 결과가 상당히 달라지기도 하지만[50], 판결에서 감정결과를 인정하지 않는 경우를 최소화시킬 필요가 있는 것이다.

일반저작물 감정의 경우는 소프트웨어 감정의 경우보다 더 큰 문제가 존재한다고 생각한다. 일반저작물은 그 특성상 필연적으로 침해 여부에 대한 판단까지 감정이 요구되는 경우가 상당히 많다. 따라서 감정결과로 구체적인 침해 여부가 제시되었음에도 불구하고 앞에서 본 이유들로 인해 판결에서 감정결과와 다른 결정을 내린다면, 이는 감정제도의 신뢰성을 크게 흔드는 결과를 초래할 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서 검토되어야 하는 것은 저작물 감정을 주관적 요소인 유사성 여부 판단에 대한 것으로 할 것인지, 아니면 객

49) 다만, 일부판결에서도 현저한 유사성과 실질적 유사성을 일부 혼용하여 사용하고 있는 현실에 비추어 볼 때, 굳이 이를 현저한 유사성을 의미하는 용어로 바꿔야 할 필요가 있는지는 좀 더 고민을 해봐야 할 것이다.

50) 예를 들면, 단순한 저작권 침해 여부에 대한 감정과 영업비밀 침해와 같은 사건에서 감정 요청사항은 다소 다르게 정하는 것 등이 있을 수 있다. 단순 저작권 침해 여부에 대해서 세부항목에 대한 유사여부는 그리 큰 의미를 갖지 못할 수도 있으나, 영업비밀침해 관련 사건에서는 세부항목에 대한 유사여부도 해당 항목이 영업비밀에 해당한다면 죄를 물을 수 있는 만큼 의미가 있다는 차이가 존재하므로 사건 유형에 따라 감정요청사항을 적절하게 조절할 필요도 있다고 보인다.

관적 요소인 실질적 유사성 판단에 대한 것으로 할 것인지 여부이다. 왜냐하면 어느 쪽으로 방향을 정하느냐에 따라 감정을 수행할 때 필요한 절차 및 방법이 달라져야 하기 때문이다. 가령 주관적 요건인 유사성을 도출하는 것이 감정의 목적이라면 현재와 같은 방법이 크게 문제되지 않는다. 오히려 일정부분의 아이디어 및 보호받지 못하는 표현 등을 제거하고 있다는 점에서 훨씬 효과적인 침해판단의 근거를 제공하는 것이 된다. 그러나 객관적 요건인 실질적 유사성을 도출하는 것이 감정의 목적이라면 현재의 감정방법은 어느 정도 보완이 이루어져야 할 필요가 있다. 이에 관하여 가장 문제가 되는 것은 아이디어와 표현을 구체적으로 구분하여 제거하는 것이 어렵다는 점이다. 결국 실질적으로 유사한지 여부를 판단하기 위해서는 이를 구분하여야 하고, 따라서 감정에도 추상화 과정이 적용되어 이를 적극적으로 구분하고 제거하여 비교대상을 보호받는 표현으로 확정해야 할 필요가 있는 것이다. 특히 일반저작물 분야에서 장르가 다른 저작물을 비교할 때는 추상화 과정을 통하여 비교가 가능한 요소를 추출할 수 있다는 장점이 있다. 다만, 아직 국내 판결에서는 추상화를 적극적으로 받아들인 상태가 아니어서 그것이 어떻게 적용될 수 있는지에 대한 구체적 기준이 존재하고 있지 않다. 이를 해결하기 위하여 저작물 각 유형 및 종류에 따라 통일된 추상화 기법 및 실질적 유사성을 판단하기 위한 기법의 연구가 이루어져야 할 것이다.

감정제도는 저작권 침해판단을 위한 최후적인 수단으로 이용된다는 점을 고려한다면 실질적으로 유사한지 여부가 감정을 통하여 판단되는 것이 옳다고 생각된다. 미국의 이론에 따르면 실질적 유사성은 전문가의 판단보다 일반 청중 시각으로 판단하는 것이라 하지만 그렇다 하여 전문가의 판단을 배재하고 있는 것은 아니며, 미국의 이러한 이론적 견해를 우리가 모두 그대로 받아들일 필요도 없다. 또한 앞에서 검토한 바와 같이 일반 청중이라고 하더라도 해당 저작물의 수요자인 청중이라고 한다면 전문가에 의한 실질적 유사성 판단 자체가 문제가 될 필요는 없다고 생각한다. 특히 소송 또는 수사과정에서 감정이 요청되는 사건은 통상의 일반인이 판단하기 어려운 저작물에 대한 것이다. 따라서 일반인이 실질적 유사성 여부를 판단하기 어렵기 때문에 이를 보완하기 위해 전문가의 판단인 감정을 거치게 되는 것이므로 감정을 통하여 실질적 유사 여부를 판단한다면, 이를 근거로 법원은 보다 실체적 진실에 근접한 판결을 도출할 수 있을 것이다.

V. 결 론

감정은 일반적으로 소송과정 또는 수사과정에서 전문적인 지식이나 경험 또는 이를 통한 판단이 요구되는 경우 해당 저작물의 침해 여부를 명확히 가려내어 법원 판단의 기초로 삼기 위해 의뢰하게 된다. 따라서 의뢰인은 감정을 통하여 해당 저작물의 저작권 침해 여부를 명확히 가리기를 바라고 있다. 하지만 감정제도가 갖는 내재적 한계로 인하여 현재로서는 적극적인 실질적 유사 여부 판단이 이루어지고 있다고 하기는 어려운 현실이다. 그러나 적극적인 저작권 보호 및 공정한 이용의 보장이라는 위원회 감정제도의 역할을 고려한다면, 전문가적 식견을 통한 실질적 유사성 판단이야 말로 감정제도가 추구해야할 당위(當爲)인 것이라 생각된다.

하지만 현재의 감정방법은 경우에 따라서는 본래적 의미의 실질적 유사 여부를 판단하기에 적절하지 않다는 문제가 제기되는 만큼 이에 대한 보완이 필요할 것이다. 따라서 그 동안 연구되었던 바와 같이 추상화 기법의 적용 검토 등

컴퓨터프로그램저작물 및 그 외 일반저작물 각 유형에 따라 침해 또는 피침해 저작물이 서로 실질적으로 유사한지 여부에 대한 판단을 내릴 수 있는 현실적이고 구체적인 감정기준 및 방법이 연구되어야 한다. 이러한 노력은 결국 법원의 저작권 침해 여부(특히 복제권 등)에 대한 판단이 보다 일관성 있고 실체적 진실에 더욱 가깝게 접근할 수 있도록 하여, 건전한 저작권 질서를 확립하는데 감정이 본연의 역할을 다할 수 있을 것이라 생각된다.

참 고 문 헌

[1] 권영준, 「저작권 침해판단론」,박영사, 2007.
[2] 김도완, 「유형별 SW감정기법 표준화에 관한 연구」프로그램심의조정위원회, 2003.
[3] 서달주, '실질적 유사성 검증방법의 도입가능성' 계간저작권 2006 가을호.
[4] 송영식・이상정・김병일, 「지적재산법」8정판, 세창출판사, 2007.
[5] 오승종, 「저작권법」, 박영사, 2007.
[6] 오승종・이해완, 「저작권법」개정판, 박영사, 2003.
[7] 이상정, 「저작권법개설」 제5판, 세창출판사, 2009.
[8] 장주영, 「미국저작권 판례」, 육법사, 2003.
[9] 정경석, '실질적 유사성론', 계간저작권 2009 봄호.
[10] 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007.
[11] Paul Goldstein, 「Copyright」, 2d ed, Little Brown and Company, 1996, Vol. Ⅱ.
[12] Melbille Nimmer & David Nimmer, 「Nimmers on Copyright」, Lexis Publishing, 2002.

저 자 소 개

김 시 영

1991년 2월 숙명여자대학교 수학과 이학사
한국저작권위원회 감정임치팀
숭실대학교 법학과 박사과정

<주관심분야 : 저작권침해판단, 실질적 유사성, 저작물 감정, 공정이용(fair use) 등>

김 용 욱

한국저작권위원회 감정임치팀장
(구)저작권위원회 심의조정팀장

<주관심분야 : >저작재산권의 제한, 대체적 분쟁해결제도(ADR), 저작권위탁관리제도