

논문 2011-2-1

# 공지 기술의 적용 여부를 고려한 유사성 판단 기준 및 SW 감정

윤영선\*

## A Standard of Judgement of Similarity to be considered Whether to apply Well-known Technology, and SW Appraisal

Young-Sun Yun\*

### 요 약

본 논문에서는 프로그램 저작권 분쟁에서 논란이 되고 있는 공지 영역의 포함여부에 따른 유사성 판단 기준 및 감정 시 고려 사항을 정리하였다. 일반적으로 공지 기술은 특허권에서 특허권의 침해 무효를 증명하기 위한 방법으로 사용되고 있다. 그러나 특허권에서와 같이 공지 기술로부터 진보성을 인정받지 못한다고, 프로그램의 독창성 또는 기술적 기여도를 무시하기에는 많은 어려움이 따른다. 따라서 본 논문에서는 특허권에서 사용되는 공지 기술의 개념을 정리하였으며, 저작권에서 공지 영역으로 판단된 경우의 프로그램의 유사성 판단 기준을 제안하고 예를 통하여 산출 과정을 정리하였다. 이외에도 두 프로그램간의 유사성 판단 기준과 별도로 SW 감정 시 저작권 침해 여부를 판단하기 위하여 고려할 사항을 연구하였다.

### Abstract

In this paper, I presented a standard of judgment to be considered including of well-known technologies and wrote the considerations on software appraisal. The well-known technologies are generally used to prove a invalidity in the patents. However, it is difficult to ignore their creativity or technical contributions in software programming, since the well-known technologies are not recognized as the advances in the patents. Therefore, I clearly wrote the concepts of well-known technologies in the patents, and suggested the standards of the similarity of software programming when they are found to be well known technologies in the copyrights. I also presented some examples to considered the similarities if the well-known technologies are included. Furthermore, I have been suggested the considerations for determining copyright infringement.

**한글키워드 :** 공지기술, 유사성 판단 기준, SW 감정

\* 한남대학교 정보통신공학과  
(email : ysyun@hnu.kr)

접수일자: 2011.11.14 수정완료: 2011.12.13

※ 본 논문은 한국저작권위원회 저작권연구 2011-02 SW저작권 감정기준 및 방법에 관한 연구보고서 내용을 논문의 형식에 맞게 재편집한 자료입니다.

## 1. 서론

최근에 지적재산권과 프로그램 저작물, 소프트웨어 저작권 등의 용어가 널리 알려지면서 복잡한 저작권 라이선스를 이유로, 저작권을 침해하

였다고 주장하는 기업들이 나타나고 있다. 특히 오픈소스와 같이 다양한 라이선스로 보호된 공개된 기술과 라이선스의 언급 없이 공개된 기술들을 사용한 경우, 라이선스 해석에 따른 분쟁이 발생되고 있다.(참고 <표 1-1> 2009년 3월 전자신문 기사 중 일부 발췌)

<표 1-1> 전자신문 2009년 3월 18일, “SW 저작권 분쟁’ 올해도” 기사 중 일부

메타넵(대표 김준휘)은 최근 A기업이 맨드리바 리눅스의 소스코드를 복제했다며 이를 중단할 것을 촉구하는 공문을 보냈다. 김준휘 대표는 “이 회사의 리눅스가 2.6.27 리눅스 커널 기반 맨드리바 리눅스 버전의 운용체계 커널과 디바이스 드라이버, 데스크톱 환경 등이 맨드리바 소스코드를 복제하고 있다”고 주장했다.

A기업은 이러한 주장은 오히려 오픈소스의 취지를 무색하게 하는 것이라며 반박하며, 어떠한 대응도 하지 않겠다는 방침이다.

오픈소스는 공유의 철학을 바탕으로 하는 것으로, 함께 개발하고 함께 나눠 쓰도록 하는 것이 취지라는 것이다. 이 때문에 GPL이라는 라이선스 규정은 소스코드를 가져다 쓰도록 하면서 출처를 명확하게 밝히도록 했으며, 자사의 제품은 출처를 명확하게 밝혀 GPL을 준수했다고 강조했다.

이와 같이 공개되어 있는 소스코드에 적용된 라이선스 이해 없이 무단으로 사용한 경우, 추후 저작권 침해 공방이 발생할 수 있다. 저작권 침해란, 정당한 권리 없이 SW를 복제하거나, 개작, 번역해서 타인에게 배포하는 경우와 같이 직접 침해를 한 경우, 불법 복제물인 줄 알면서도 사용하는 경우와 같은 간접 침해, 복제 방지 기술을 파괴하는 기술적 보호조치 무력화 등을 말하여 저작권 침해 행위로 판명될 경우 처벌을 받게 된다 [1]. 우리가 흔히 말하는 SW 저작권은 컴퓨터 프로그램 저작물에 대한 저작자의 권리를

말하며, 저작권재산권과 저작인격권을 나뉜다. 저작권재산권에는 복제권, 개작권, 번역권, 배포권, 발행권, 전송권 등이 포함되며, 공표권, 성명 표시권, 동일성 유지권 등은 저작인격권에 포함된다. SW 저작권의 침해시에는 민사적으로 손해배상청구가 가능하며, 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금과 같은 형사 처벌을 받으며 반복 시 가중 처벌이 가능하다.

일반적인 SW 저작권 침해 분쟁의 이슈는 정상적인 협약 없이 관련된 프로그램의 사용 여부, 공개 영역의 것을 사용하였는지 여부, 널리 알려진 사실에 기초하여 프로그램을 구현하여 저작물이 비슷하다고 주장하는 경우, 동일한 SW 개발 도구에 의하여 만들어진 비슷한 결과물, 프로그램 구현 방식 등에 의한 구현 방식 등으로 구분된다. 이중에서 정상적인 사용 협약의 여부는 증빙 자료의 존재 여부나, 정황 증거 등에 의하여 판별될 수 있으며, 공개 소스의 사용에 따른 라이선스 문제는 그 공개 소스의 라이선스 규정을 준수하였는지에 의하여 판별된다. 다만, 널리 알려진 사실에 기초하여 프로그램을 작성하였으며 그 결과 동일한 형식 또는 유사한 결과가 나왔다고 주장하는 것은 (1) 널리 알려진 사실의 증명, (2) 구현 동일성 또는 구현 용이성 등을 밝혀야 한다. 나머지 SW개발에서 생성되는 자연스러운 결과물과 프로그램의 구현 방식은 창작성이 떨어지며, 최근의 분쟁 판단과정에서도 비밀성 등이 상대적으로 약하여 분쟁 과정에서 제외되는 경우가 많다. 본 논문에서는 라이선스 규정이 불분명하거나, 다른 매체에 의하여 널리 알려진 소스 등을 공지 영역으로 정의하고, 공지 영역을 참고한 경우에 발생할 수 있는 유사성을 고려하고, 판단 기준 및 방법 등을 논의한다.

본 논문의 구성은 다음과 같다. 2장에서는 공

지 영역에 대한 구체적 정의 및 중요성을 살펴본다. 공지 영역에 대한 기존의 관련법과의 관련성을 찾아보기 위하여 특허법적인 면에서 공지 기술을 고려한다. 3장에서는 공지 영역이 포함된 두 개의 프로그램에서 유사성 판단 시 공지 영역을 제거하거나 포함하여 비교하는 사례를 살펴보았다. 4장에서는 공지 영역이 포함될 경우 SW 감정 시 유사성 판단 과정을 살펴보고, 유사성 평가 방법을 제시하며, 마지막으로 검토 및 결론을 기술한다.

## 2. 공지 영역 고려 및 정의

일반적으로 지적재산권의 침해를 논의하는 과정에서 공지 영역의 것을 포함한 경우, 상대방의 프로그램을 직접적으로 참조하거나 복제하지 않고 공지 영역의 것을 사용하였다는 피고의 주장이 설득력을 얻게 되면, 원고의 지적재산권을 침해하지 않았다는 결론을 이끌어 낼 수 있다. 따라서 피고가 공지 영역의 것을 사용하였다는 것을 증명하는 것은 원고의 지적재산권을 침해하였느냐의 여부와 직접적인 관련이 있다고 할 수 있다. 일반적으로 공개 영역은 널리 알려지지 않을 수도 있으나, 인터넷이나 특정 매체를 통하여 공개되었으며 사용하기 위해서는 관련된 라이선스 규정을 따라야 한다고 언급되는 경우가 많다. 반면, 공지 영역은 직접적인 라이선스 규정이 존재하지 않을 수 있으나 관련된 분야에 일정 기간 이상 존재하는 사람들인 경우 쉽게 알 수 있거나 널리 알려진 내용을 공지 영역이라고 판단한다. 공지 영역의 경우 직접적인 라이선스 규정이 없고, 공개 영역인 경우 라이선스 규정이 존재하지만, 라이선스 문제가 해결된 공개 기술의 경우 공지 기술과 역할이 갖기 때문에 본 논문에서는 공지 영역과 공개 영역을 같이 취급한다. 좀 더 정확히 서술한다면 라이선스 문제가 해결된 공개

영역과 공지 영역을 같이 공지 영역의 범주로 본다.

지적재산권 관련하여 공지 영역이 특허에 관련하여 언급되어 있기 때문에, 본 장에서는 특허에서 공지기술을 바라보는 관점을 서술하고, 기존 문헌에서 나타난 공지 영역의 정의에서부터, 유사성 판단에서의 공지 영역의 정의를 이끌어내고자 한다.

### (1) 특허와 공지 기술

일반적으로 특허란 모든 사람이 알 수 있도록 공개를 하는 조건으로 일정 기간(20년) 동안 독점 배타권을 주는 기술을 말하며, 다음과 같이 정의되어 있다[2].

<표 2-1> 특허의 정의

특정인을 위하여 특정한 권리 또는 법률관계를 설정하는 설권적·형성적 행정행위를 말한다. 행정법상으로는 특정인을 위하여 법률상의 힘을 부여하는 행정처분의 의미로 쓰인다. 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 행위를 시키는 허가와 구별되는 광업법상의 광업허가, 어업면허, 공기업의 특허, 토지수용권의 설정, 공무원의 임명, 귀화허가(법률관계설정행위) 등이 그 예이다. 실정법에서는 반드시 특허라는 용어에 한하지 아니하고 허가·면허·인가·인허 등으로 혼용되고 있다. 특허에 의하여 설정되는 권리 또는 법률관계는 공법적인 것에 한하지 아니하고, 어업권이나 광업권과 같은 사법적 성질의 것도 있다. 또 특허법상의 특허는 여기에서 말하는 특허와는 달리 특허출원에 기하여 일정한 심리절차를 거쳐서 출원된 발명이 특허법상 요구되어 있는 요건을 충족하고 있는가 아닌가를 확인하는 행위이다.

특허의 정의 말미에서 서술하는 바와 같이 특허란, 특허출원에 기하여 일정한 심리 절차를 거

쳐서 출원된 발명이 특허법상 요구되어 있는 요건을 충족하는 있는가를 확인하는 행위로 규정하고 있다. 따라서 특허출원의 요건을 확인하는 것이 특허로 인정받을 수 있는 자격을 규정하는 것이기 때문에 선행되어야 할 것이다.

특허법 상에서 규정하고 있는 특허 출원의 요건(특허요건)은 <표 2-2>와 같다[3]. <표 2-2>에서는 특허요건 중 특허를 받을 수 없는 조건으로 국내외에서 공지되었거나 공언히 실시된 발명, 국내외에서 반포된 간행물에 게재된 기술, 전기통신회선을 통하여 공중이 이용하게 된 발명, 관련 분야에서 근무한 자가 용이하게 발명할 수 있는 기술인 경우를 들고 있다. 특허로 인정받지 못한 요인으로 공지기술과 공개기술을 들고 있다. 즉, 특허예외 요건이 만족될 경우 특허로 등록될 수 없기 때문에 특허 침해의 제소가 접수된 경우, 「당해 특허 발명이 그 출원 시에 이미 공지기술이었을 경우 공지 기술은 당해 특허 발명의 보호범위에서 제외된다.」는 공지 기술 배제의 원칙에 의하여 항변할 수 있다[4]. 또한, 2001년도 대법원 관례에서도 「특허 발명과 대비되는 발명이 공지 기술만으로 이루어지거나 그 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 경우에는 특허 발명의 침해에 해당되지 않는다.」고 기술하고 있다 [5]. 이와 비슷한 특허침해소송에서의 공지기술 항변에 대한 연구[6]에서도 특허의 항변 요소로서 신규성 상실과 진보성 결여의 요인으로서 공지기술을 들고 있다. 즉, 이미 기술이 공개되었거나 [신규성 상실], 관련된 분야 종자사가 개발 또는 구현하기 용이한 기술 [진보성 결여]인 경우 특허로 인정받지 못한다. 즉, 특정 기술에 대한 독점 배타권을 부여하는 특허에서는 공지 기술의 경우에는 특허로써 인정을 하지 않고 있다. 그러나 프로그램의 저작권 침해 사실을 확인하기 위

한 SW 감정 과정에서는 공지 기술과 라이선스 문제가 해결된 공개 기술이 포함된 프로그램의 경우에 공지 기술에 대한 별도의 감정 절차가 필요하다고 판단한다.

<표 2-2> 특허법 상의 특허요건

<p>제29조(특허요건) ① 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외하고는 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다.</p> <p>1. 특허출원전에 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공언히 실시된 발명</p> <p>2. 특허출원전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되거나 대통령령이 정하는 전기통신회선을 통하여 공중이 이용가능하게 된 발명</p> <p>②특허출원전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 제1항 각호의 1에 규정된 발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 것일 때에는 그 발명에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 특허를 받을 수 없다.</p> <p>③특허출원한 발명이 당해 특허출원을 한 날 전에 특허출원 또는 실용신안등록출원을 하여 당해 특허출원을 한 후에 출원공개되거나 등록공고된 타특허출원 또는 실용신안등록출원의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명 또는 고안과 동일한 경우에 그 발명에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 특허를 받을 수 없다. 다만, 당해 특허출원의 발명자와 타특허출원의 발명자나 실용신안등록출원의 고안자가 동일한 경우 또는 당해 특허출원의 특허출원시의 특허출원인과 타특허출원이나 실용신안등록출원의 출원인이 동일한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>④ 제3항을 적용할 때 다른 특허출원 또는 실용신안등록출원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제3항 중 "출원공개"는 "출원공개 또는 「특허협력조약」 제21조에 따른 국제공개"로, "출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명 또는 고안"은 국어로 출원한 경우 "국제출원일에 제출한 국제출원의 명세서, 청구의 범위 또는 도면에 기재된 발명 또는 고안"으로, 외국어로 출원한 경우 "국제출원일에 제출한 국제출원의 명세서, 청구의 범위 또는 도면과 그 출원번역문에 다 같이 기재된 발명 또는 고안"으로 본다. &lt;개정 2009.1.30.&gt;</p> <p>&lt;중략&gt;</p>
---

## (2) 공지 영역의 정의

본 절에서는 2.1 절의 특허권과 공지기술의 연관성상에서 프로그램의 저작권 침해 사실을 확인하기 위한 SW 감정에서 공지 영역에 대한 별도의 감정 과정을 도입하기 위하여 공지 영역에 대하여 정의하고자 한다. 따라서 먼저 기존의 판례나 외국의 사례를 통하여 공지 기술에 대한 정의를 살펴보고, SW 감정의 입장에서 공지 영역을 정의하고자 한다.

일반적으로 공지 기술이란 비밀 준수 의무가 없는 불특정인에게 알려진 기술을 공지 기술로 정의하고 있으며, 공지성을 확인하기 위해서는 문헌명이 기재되어야 한다. 예를 들어 대법원 2004후2031 판례[7,8]에서는 공지 기술을 특허 출원인서의 명세서에 기재된 종래 기술도 공지 기술로 판단하고 있어 기존의 단순히 공개 기술로 기재되었다고 공지 기술로 판단하지 않는다거나, 청구 범위 전체부 구성은 공지 기술이 아니라는 판례에 반하고 있다. 이로부터 신규성과 진보성을 주장하기 위한 근거로서 채택된 종래 기술의 경우, 이미 공개되어 있는 것이라면 공지 기술로 보고 있다. 따라서 우리는 공지 영역의 개념을 공개된 문헌에 포함된 것이라고 확대 해석할 수 있을 것이다. 그렇다면 특허 명세서와 같이 특정인만 볼 수 있는 문헌을 포함하여 일반적인 공지 영역에 사용되는 문헌의 범주에 해당되는 것들을 다음과 같이 정의할 수 있다.

- 논문이나 책 등과 같이 누구나 접할 수 있는 매체
- 언론이나 방송 등에서 소개된 기술로부터 유추된 기술
- 보호 조치 없이 공개된 기술

이외에도 SW 감정에서는 저작권자의 허락

을 받아 사용권을 허락 받은 것도 공지 영역으로 포함하고자 한다. 일반적인 SW 감정은 원고와 피고간의 저작권 침해를 판단하기 위하여, 유사성 판단 시 양 당사자 모두 알고 있는 것의 경우 공지 영역의 범주에 포함시키는 것이 옳다고 판단한다. 따라서 <표 2-3>과 같이 SW 감정 시 유사성 판단에서의 공지 영역을 정의할 수 있다.

<표 2-3> 유사성 판단에서의 공지 영역의 정의

- |   |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- 논문이나 책 등과 같이 시간적 제약이 없는 매체에 공개된 것</li> <li>- 언론이나 방송 등과 같이 시간적 제약이 있더라도 정보에 접근하기 용이한 매체에 공개된 것</li> <li>- 보호 조치 없이 인터넷 등과 같은 공개된 매체에 공개된 것</li> <li>- 저작권의 문제가 해결되어 저작권 침해 양 당사자 모두 알고 있는 것</li> </ul> |
|---|

## 3. 유사성 판단 기준

공지 영역의 적용 여부를 판단하기에 앞서, 유사성 판단에서 고려할 사항을 설명하고, 공지 영역의 것을 포함한 프로그램의 유사성 판단에 대한 기준을 제안한다.

### (1) 유사성 판단의 고려 사항

최근에 입찰 제안서에 기재된 아이디어가 발주사 소유로 주장하는 내용이 언론에 보도되어 아이디어의 소유자와 보호에 대한 논의가 활발히 진행되고 있다. 일반적으로 발주사와 제안서를 제출한 사업체의 관계는 ‘갑’과 ‘을’의 관계가 되기 때문에, 공론화되거나 ‘을’의 소유권 및 저작권을 정당하게 주장하지 못하고 있다[9]. 이와 같이 아이디어의 경우 구체적인 표현의 여부에 따라서 보호 대상으로 분류되거나 그렇지 않을 수

도 있다. 이와 비슷한 사례로 프로그램의 작성 시에 일반적인 방법론에 의하여 구현이 되었다면 비록 공지 영역의 것이 아니더라도 보호하여야 하는가? 등과 같은 논의가 발생한다.

아이디어의 경우, 저작권 침해 여부에서 저작권 보호 대상으로 인정받기 위해서는 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식으로 규정하고 있으며, 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체가 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권으로 보호 대상으로 보지 않는다[10]. 그렇다면 프로그램의 개발 단계에서 알고리즘의 형식으로 표현된 아이디어를 보고, 구현을 하였다면 구체적인 형식의 정도에 따라서 아이디어의 보호 여부가 달라진다고 할 것이다. 이 문제를 확대하여 특정 프로그래밍 언어 (예; pascal)로 공개된 프로그램을 보고, 다른 프로그래밍 언어 (예; C/C++)로 구현이 되었다면 이는 유사성 평가에서 제외 여부를 고려하여야 한다. 또한, 동일한 공개 기술을 이용하여 그 조합을 달리하였다면, 그 결과를 어떻게 받아들여야 할까? 만약 동일한 결과를 생성하는 서로 다른 공지 영역의 것이 여러 개 존재할 경우 특정 공지 영역의 것을 선택하였기 때문에, 모두 유사성 판단에서 제외되어야 하는가? 와 같은 문제가 발생할 수 있다. 따라서 본 논문에서는 공지 영역의 것이라고 일괄적으로 모두 제외하거나 동일한 표현 방식만을 공지 영역의 것으로 인정하는 등과 같이 다양한 상황이 발생할 수 있기 때문에 공지 영역의 적용 기준을 구분하여 제안한다.

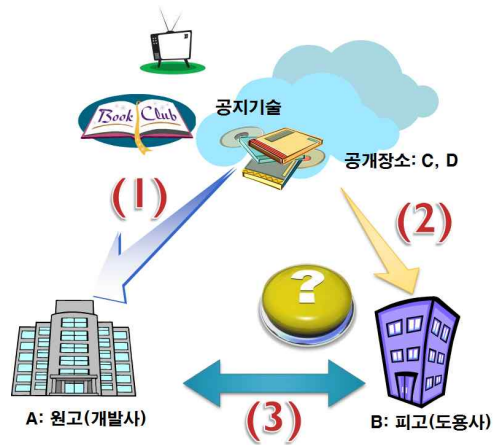
먼저 아이디어가 공개된 경우, 유사성 판단에 포함하기 위해서는 의사코드 (pseudo-code)나 플로우차트 (flow-chart) 등과 같이 구체적인 내용으로 알고리즘이 표현된 경우만을 비교대상으로 인정하기로 한다. 2장에서 언급한 공지 영역의

정의를 공개 여부와 인지 대상의 차이에 의하여 정의하였다면, 본 장에서는 구체적인 표현의 정도에 따라 비교대상 포함여부를 판단하고, 고려하였다.

<표 3-1> 공지 영역으로 아이디어를 비교대상에 포함하는 조건

아이디어만 공개되었을 경우, 의사코드(pseuo-code)나 플로우차트(flow-chart) 등과 같이 알고리즘을 파악할 수 있는 구체적인 내용으로 표현된 경우에는 공지영역의 기술로 비교대상에 포함한다.

다음으로 고려할 사항은 정보의 공개(획득) 경로이다. 일반적으로 공개된 문헌에서 원고나 피고가 모두 기술을 획득했다고 주장할 수 있으며, 특히 원고의 경우 저작권 침해를 주장하기 위하여 원고로부터 피고가 정상적인 절차를 밟지 않고 관련 기술을 획득했다고 주장할 수 있다.



<그림 3-1> 기술(정보)의 획득 경로

획득 경로에 따라 (1)은 원고의 프로그램이 공지 기술을 이용하여 독창적으로 개발되었는지를 판단하며, (2)의 경우에는 피고의 프로그램이 공

지 기술을 이용하여 독창적으로 개발되었는지를 판단하며, 마지막으로 (3)의 경우는 원고와 피고 간의 프로그램 유사성을 판단하는데 사용되며, 본 장은 원고 A와 피고 B간의 유사성 판단 기준을 제안한다.

## (2) 공지 영역 제외 기준

본 절에서는 3.1 절에서 설명한 바와 같이 공지 영역이라 할지라도 종류 및 구현 방법, 적용 순서에 따라 공지 영역의 것으로 판단하지 않을 수도 있고, 구현 방식의 상이함으로 인하여 독창성을 인정받을 수도 있기 때문에 비교대상에 포함하거나, 공지 영역의 인정 범위를 제한하거나, 또는 복합적으로 고려하는 기준을 제안한다.

### 가. 제외하지 않음

가장 일반적인 방법으로 공지 영역이라 할지라도 문제 해결 기법이 유일하지 않기 때문에, 공지 영역의 적용 여부 자체가 노하우이며 보호받아야 한다고 판단하는 경우이다. 즉, 공지 영역이라 할지라도 그대로 적용하는 경우는 거의 없으며, 업무 또는 해당 목적에 맞게 수정하는 작업이 필수적이기 때문에 공지 영역의 것을 적용하더라도 보호받아야 한다는 입장을 반영한 것이다. 또한, 여러 개의 공지 영역의 것이 존재하는 경우에는 특정 대상을 선택하여 적용하는 것은 개발자의 선호나 회사의 입장이 반영되었다는 것을 고려한 경우이다.

### 나. 동일 공지 영역 제외

반면, 유사한 업무나 목적을 위하여 공지 영역의 것을 받아들이는 경우에는 어느 정도의 변경 작업등이 필요하다. 따라서 사용한 공지 영역의 것 중에서 동일한 부분만을 제외하거나 그 부분

을 포함한 다른 영역을 제외하여야 한다는 입장을 반영한 경우에는 동일 공지 영역이나 동일 영역만을 제거하고 유사성 판단을 할 수 있다. 이 경우 표현 방법이 동일하여야 하고, 사용된 공지 영역의 범위가 일정 수준 이상인 경우에만 전체 영역을 제외할 수 있기 때문에 표현 방식과 제외 기준 등이 설정되어야 한다.

### 다. 유사 공지 영역 제거

공지된 영역이 구체화되지 않았거나 수용한 업체에서 다른 표현 방식으로 구현한 경우 실제 공개된 내용과 다른 표현 방식으로 적용될 수 있다. 이 경우, 동일 공지 영역으로 보기는 어려우나 의사코드(pseudo-code) 등을 포함하는 경우 쉽게 프로그램으로 구현하기 쉬우며, 특정 개발 언어의 경우 다른 프로그램으로 쉽게 변환될 수 있기 때문에 유사 공지 영역으로 판단하여 원고와 피고의 유사성 판단에서 제외할 수가 있다. 이 경우는 공지 영역과 구현 언어와 다르다는 것을 의미하는 것이지 원고와 피고의 표현 방식의 동일 여부는 고려하지 않는다. 만약 원고와 피고의 표현 방식이 다르다면 이중 언어의 유사성 판단 방식에 의하여 평가한다.

### 라. 공지 영역 가중치 적용

프로그램의 유사도 산정 시 공지 영역과 독자 개발 영역을 모두 반영하되, 독자 개발 영역의 경우 100% 독창성을 인정하고 공지 영역의 경우에는 동일 유사의 여부에 따라 부분적인 독창성(100%를 반영하지 않고 일정 비율을 적용)을 인정하는 방식이다. 이때 적용하는 분야나 업무에 따라 유사한 경우에는 적용 비율을 높게 산정하고, 동일한 경우에는 유사한 것 보다 낮은 비율을 산정한다. 유사도 가중치의 적용 시, 각각의 기술에 대한 유사도의 가중 평균을 적용하는 것

이 아니라 라인 수 가중치를 적용하여, 각 기술에 포함된 라인 수를 반영하도록 한다. 예를 들어, 독자 영역의 라인 수를  $\alpha$ , 동일 공지 영역의 라인 수를  $\beta$ , 유사 영역의 라인 수를  $r$ 라 하고,  $\alpha', \beta', \gamma'$ 을 각 기술에서의 동일 또는 유사 라인이라고 판단할 때, 동일 공지 영역과 유사 공지 영역에 대한 가중치  $x, y$ 에 대하여 다음과 같이 유사도가 산정될 수 있다.

$$\frac{\alpha' + \beta' \cdot x + \gamma' \cdot y}{\alpha + \beta \cdot x + \gamma \cdot y}$$

마. 영역별 중요도를 반영한 공지 기술의 적용

위 가.~라. 에서 설명한 방식과 병행하여 각 프로그램 영역의 중요도를 반영하여 유사도 산정시 영역별 가중치를 적용하면 좀 더 정확한 유사도를 산정할 수 있다. 그러나 프로그램의 크기가 커서 감정이 각 영역을 수동적 분석 방법에 의하여 판단하기 어려울 수 있기 때문에 모듈별로 분류하여 가중치를 적용하는 방법이 효율적이라 할 수 있다.

(3) 기준별 유사성 산출

본 절에서는 3.2절에서 제안한 분류를 통한 유사성 산출을 예를 들어 설명하도록 한다. 유사성 산출을 위한 가상의 환경은 <표 3-2>와 같이 설정되었다.

<표 3-2> 유사성 산출을 위한 가상의 환경 설정

A사와 B사는 인터넷의 C와 D사이트에서 C/C++ 프로그램으로 구현된 E와 의사코드(pseudo-code)로 표현된 F를 발견하였다. 동일 또는 유사한 상품 또는 업무에 적합한 프로그램을 개발하는 양사는 각각의 목적에 맞도록 E와 F를 자신의 프로그램에 적용하였다. 상품화된 프로그램의 유사성을 발견한 A사는 B사가 자사의 프로그램을 무단으로 참조 또는 복제하였다며 저작권 위원회에 양사 프로그램의 유사성 검토를 요청하였다.

위 예를 기초로 A사와 B사의 프로그램의 유사, 동일성을 판단한 결과 <표 3-3>과 같이 개별 결과가 산출되었다.<sup>1)</sup>

<표 3-3> A사와 B사 프로그램의 개별 유사성 판단 결과

	A사 프로그램	B사 프로그램
전체 라인	4,500	5,800
유사 라인	850	850
포함된 E와 동일한 라인	200	300
포함된 E와 유사한 라인	150	150
F 적용 라인	300	400
F 유사라인	200	200

<표 3-3>과 같이 개별 기술에 대한 유사성이 발견되었다고 하더라도, 적용되는 기준에 따라 유사성은 다르게 결정된다. 만약 A사와 B사의 프로그램을 독자적인 프로그램으로 간주하고 동일 공지 기술이나, 유사 공지 영역의 적용 없이 원본 유사도를 산출한다면

$$\frac{850}{4500} = 18.8\%$$

로 산출된다. 그러나 동일 공지 영역을 제거한다면 표 3-3에서 E 영역이라고 판단된 라인 수 200라인과 유사라인을 유사도에서 제외하기 때문에

$$\frac{850 - 150}{4500 - 200} = \frac{700}{4300} = 16.2\%$$

로 산출된다. 비슷한 방법으로 유사 공지 영역의 경우에는, 동일 공지 영역까지 제외하여

$$\frac{850 - 150 - 200}{4500 - 200 - 300} = \frac{500}{4000} = 12.5\%$$

가 산출된다. 공지 영역간의 가중치를 다르게 적용한다면 (동일 공지 영역의 경우 20%, 유사 공

1) 원본기준 유사도



지 영역의 경우에는 50%), 기술 간의 가중치를 적용한 3.2절의 라. 방법의 경우는

$$\frac{500 + 150 \cdot 0.2 + 200 \cdot 0.5}{4000 + 200 \cdot 0.2 + 300 \cdot 0.5} = \frac{630}{4190} = 15\%$$

로 판정된다.

이 과정을 적용하여 A사 기준의 원본 유사도와 B사 기준의 비교본 유사도를 산출한 결과는 <표 3-4>에 정리되었다.

<표 3-4> <표 3-2> 환경에 대한 유사도 산출

	A사 기준 원본 유사도	B사 기준 비교본 유사도
공지 기술의 적용 없음	850/4500 = 18.8%	850/5800 = 14.7%
동일 공지 영역 제거	700/4300 = 16.2%	700/5500 = 12.7%
유사 공지 영역 제거 (동일 공지 기술 제거 포함)	500/4000 = 12.5%	500/5100 = 9.8%
분류에 따른 가중치 적용	630/4190 = 15%	630/5360 = 11.8%

※ 문제 조건을 단순화하기 위하여 동일/유사 라인은 원본이 변경되더라도 동일하다고 가정하였다.

#### 4. SW 감정 방법

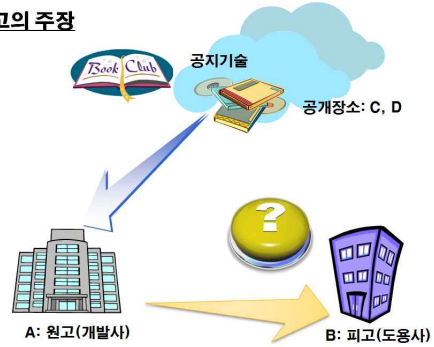
3장에서는 공지 영역을 포함한 두 프로그램간의 유사성 판단 기준을 제안하였다. 그렇다면 실질적으로 프로그램 저작권 침해를 판단하기 위하여 SW 감정이 의뢰되었을 때 검토하여야 할 사항은 무엇인가를 살펴보고자 한다.

공지 영역이 포함된 저작권 분쟁 시 원고는 일반적으로 <표 4-1>, <그림 4-1>과 같이 피고의 저작권 침해를 주장할 수 있다.

<표 4-1> 원고의 저작권 침해 주장

피고(인)은 원고(인) 회사가 공개소스를 이용하여 개발한 프로그램을 원고(인) 회사에서 무단으로 참조 또는 복제하여 피고의 프로그램을 개발하였다. 비록 공개소스가 포함되어있다하더라도 공개소스의 선택 및 이용 방법 또한 노하우가 필요하며 이것 또한 기술력을 증명하는 것이기 때문에 공지 영역을 포함한 모든 프로그램에 대한 저작권 침해 사실을 판단하라.

원고의 주장



<그림 4-1> 원고의 주장 도식도

반면 피고인은 표 4-2와 같이 원고 측에서 말한바와 같이 공지 영역의 것을 적용한 것은 사실이나 원고가 적용한 공지 영역과 피고측에서 적용한 공지 영역이 비록 획득 장소는 같으나, 적용 영역이 일정부분 다르며, 비록 유사한 부분이 있다할 지라도 저작권 침해가 아니다와 같이 항변할 수 있다.

<표 4-2> 피고의 저작권 침해 항변

우리는 널리 알려진 기술을 가져와서, 피고(인)의 회사 제품에 맞게 수정하였으며, 원고(인)의 프로그램을 전혀 참조하지 않았다. 원고와 피고의 프로그램간의 유사성은 동일 공지 영역의 것 또는 유사 공지 영역의 것을 상호 참조하였기 때문에 발생한 문제이기 때문에, 저작권 침해에 해당되지 않는다.

위 두 주장의 정당성을 판단하기 전, 공지 영역을 프로그램 유사성 판단에서 제외하기 위해서는 다음과 같은 사항을 검토하여야 한다.

1) 원고의 프로그램이 공지 영역으로부터 독창성이 있는가?

특허법에서 특허권을 인정하기 위해서는 신규성과 진보성이 확보되어야 하는 경우처럼, 원고의 프로그램이 공지 영역으로부터 독창성이 인정된다면, 피고의 프로그램이 독창성을 인정된 부분과의 유사성이 어떻게 판단되는가? 또는 원고의 프로그램 중에서 공지 영역에 기반을 둔 부분과의 유사성이 어떻게 산출되는가? 에 따라서 저작권 침해 여부가 판단될 수 있다. 이 경우에도, 유사성 판단 시 공지 영역에 해당하는 부분을 제외할 것인가? 독창성이 인정된 부분만을 유사성 판단에 포함하여야 할 것인가와 같은 판단 기준이 정립되어야 한다.

2) 만약 1)항에서와 같은 원고의 프로그램이 공지 영역으로부터 독창성을 판단할 수 없을 때, 유사성을 어떻게 판단할 것인가?

일반적으로 사용한 공지 영역의 양이 작은 경우라면 적용 순서나 호출 방식에 따른 성능 변화를 기대할 수 없다. 공개된 부분의 양이 많고 모듈 단위의 호출 형식을 띄고 있는 것이라면, 사용된 공개소스의 순서나 호출 방식에 따라 기능이나 성능이 달라질 수 있다. 또한, 일반적으로 적용 업무나 상품에 따른 호출 방식이 다르기 때문에 기능이나 성능의 변화가 일정 수준이상으로 발생한다면 비록 독창성을 인정할 수 없다고 할지라도 공지 영역의 적용 방식에 따른 기술적 특성을 반영하여야 할 것이다.

위 논제로부터 공지 영역에 추가된 부분의 독창성이 인정된다면,

- 기존의 공지 영역의 포함 여부 및 가중치
- 추가된 부분의 중요도 판단 및 가중치

등이 고려되어야 한다. 또한, 동일 또는 유사 공지 영역의 것이 적용되었다 하더라도 호출 방식이나 실행 순서에 따라 결과물이나 성능의 변화가 가능하다면

- Call graph나 block sequence 등을 적용하여 프로그램의 유사도를 판단하여야 한다고 결정할 수 있다.

프로그램에 대한 공지 영역의 적용 기준과 판단 기준이 설정되었다면, 두 프로그램간의 저작권 침해를 결정하기 위하여 감정 기준 및 방법은 다음과 같이 정리할 수 있다.

<그림 3-1> 기술(정보)의 획득 경로 (1), (2)에 의하여 원고와 피고의 프로그램이 참조하였다는 공지 영역과의 유사성 판단이 선행되어야 한다. 각각 원고와 피고의 프로그램과 공지 영역과의 유사성 판단의 결과에 따라 원고 프로그램의 독창성이 인정되는 경우와 피고 프로그램의 독창성이 인정되는 경우에 따라 유사성 판단 기준이 달라지기 때문이다. 만약 원고나 피고 프로그램 중 하나만이 독창성이 인정된다면 저작권 침해 무효에 해당되며, 두 프로그램 모두 독창성이 인정된다면 겹치는 부분 또는 중복된 부분의 유사성에 따라 저작권 침해 사실이 판정될 수 있기 때문이다.

두 프로그램간의 공지 기술과의 독창성 인정 여부가 결정되면, 다음 작업으로는 원고의 프로그램과 피고의 프로그램 (<그림 3-1>의 (3)) 간의 직접적인 저작권 침해 여부를 판단하여야 한

다. 독자 기술 부분에 대한 유사성 판단 결과를 공지 영역이 포함된 부분의 유사성 판단 결과와 결합하여 최종 유사성 판단을 도출한다.

### 5. 결 론

본 논문에서는 공지 영역을 특허권과 연계하여 그 역할을 살펴보고, 프로그램 저작권 분쟁에서의 유사성 판단 기준 및 SW 감정 방법을 제안하였다. 공지 영역이란 불특정의 사람들이 쉽게 접근할 수 있는 매체나 공간에 공개된 것을 말하며, 관련 분야의 종사자가 별도의 노력 없이 획득할 수 있는 수준의 것을 의미한다. 그러나 특허권분쟁에서는 공지 기술을 제안된 기술의 차별성과 진보성을 증명하기 위하여 종래 기술이라고 정의한 것 또한 공지 기술의 범위에 포함될 수 있을 정도로 그 의미가 확대되어 가고 있다. 프로그램 유사도 측면에서의 공지 영역은 특허권에서의 개념 외에도 저작권 문제가 해결되어 분쟁 당사자 모두 익히 알고 있는 영역 또한 공지 영역의 개념에 포함시켰다. 공지 영역의 것이 포함된 프로그램의 저작권 침해 분쟁 시, 공지 영역의 것을 유사성 판단에 포함시킬 것인가 하는 것은 공지 영역의 유일성 및 적용에 따른 효과로 인하여 논쟁이 될 수 있다. 따라서 본 논문에서는 공지 영역의 것을 동일한 표현 방식으로 공개된 공통 공지 영역의 것과 구현 방식과 다른 유사 공지 영역의 것으로 분류하고 각각의 제외 또는 포함에 따른 유사성 판단 기준을 제시하였다. 또한, 공지 영역과 독자 영역을 가중치를 적용하여, 사용된 공지 영역의 중요도 또는 독창성에 따른 성격을 반영하도록 하였다. 마지막으로 공지 영역의 것을 분쟁 당사자 모두 적용하였다고 주장하는 경우에 대한 해결책으로서 공지 영역과 적용 프로그램간의 독창성을 판단하여 독창성 여부에 따른 저작권 침해 상황을 설명하였다.

### 참 고 문 헌

- [1] 디지털데일리 [기획/SW저작권 분쟁] SW저작권분쟁, 정말 난제인가?, 2009년 4월 21일
- [2] 국가법령정보센터 법령용어 검색 결과, 현암사 <http://www.hyeonamsa.com>
- [3] 특허법, <http://www.law.go.kr/법령/특허법>
- [4] 특허청, <http://www.kipo.go.kr>
- [5] 이재웅, 최근의 대법원 판례 동향, 2002
- [6] 하홍준, 지적재산권연구센터, 특허 침해 소송의 공지기술 항변과 당연무효의 항변 등 번역
- [7] 특허·실용신안판례(전기·전자분야) 통권 제7호, 2006. 5.
- [8] 대법원 2005.12.23. 선고 2004후2031 판결[등록무효(실)]
- [9] inews, “제안서에 적어낸 아이디어도 발주사 소유”, 2011년 7월 31일
- [10] 고등법원 2003.12.16. 2009 로스트메모리즈

### 저 자 소 개



윤 영 선

1992년 한국과학기술원 전자전산학과 석사  
 1992년~1995년 ㈜핸디소프트  
 2001년 한국과학기술원 전자전산학과 박사  
 2001년~현재 한남대학교 정보통신공학과 교수

<주관심분야 : 음성정보처리, 음성인식, 프로그램 저작권, SW 감정>