

논문 2023-3-3 <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2023.09.03>

저작물성 인정과 실질적 유사성 판단의 관계

- 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다246804 판결을 중심으로 -

김시열*†

A Study on the Relationship between the Recognition of the Materiality and the Judgment of Substantial Similarity

- Focused on Supreme Court Judgment 2021Da246804 Sentenced December 1, 2022 -

Kim, Siyeol*†

요 약

컴퓨터프로그램에 대한 저작권 침해 소송에서 유사한 정도를 확인하기 위해 정량적 유사도를 많이 활용한다. 이 과정은 기술자의 영역과 법관의 영역이 일부 중첩되는 특징을 갖는다. 과거에는 이 중첩 영역이 어느 누구도 관여하지 않는 공백의 영역으로 남는 문제가 있었다. 그러나 최근에는 저작권 침해 소송에 대한 실무적·이론적 연구가 많이 이루어지고 있어 과거와 같은 공백은 줄어들고 있다. 특히 실질적 유사성 판단을 위한 정량적 유사도의 활용과 한계의 인식, 저작권법에 의해 보호받는 표현을 특정하기 위한 여과과정의 작용 방식 등 몇 가지 사항에 대해서는 소송 실무상 매우 중요하게 다루어지고 있다. 대법원은 최근 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다246804 판결에서 이와 같은 사항들에 대해 감정을 통하여 대응해나간 바 있다. 대법판결은 저작권 침해 판단을 위해 전반적으로 충실하게 접근하였으나, 일부 설시에서 발견되는 부주의함이 있어 이에 대한 점을 살펴보았다.

Abstract

In quantitative similarity process, the role of the engineer and the role of the judge overlap partly. In the past, there was a problem that this overlapping area remained blank in which no one was involved. However, many practical and theoretical studies on copyright infringement litigation are being conducted. Therefore, in recent years, the gap as in the past has been decreasing. In litigation practice, the use of quantitative similarity to determine practical similarity, recognition of its limitations, and the way the filtration process works to specify expressions protected by copyright law are treated very importantly. The Supreme Court recently responded to these matters through the Supreme Court Judgment 2021Da246804 Sentenced December 1, 2022. The judgment approached the overall process of judging copyright infringement faithfully, but there was some carelessness found. So, this point was examined in this paper.

한글키워드 : 저작물, 실질적 유사성, 저작권 침해, 정량적 유사도, 표현, 여과

keywords : works, substantial similarity, copyright infringement, quantitative similarity, expression

* 한국지식재산연구원 연구위원(법학박사)

접수일자: 2023.08.07. 심사완료: 2023.09.04.

† 교신저자: 김시열(email: sykimlaw@hanmail.net)

게재확정: 2023.09.20.

1. 서론

컴퓨터프로그램과 같은 기술적 대상에 대한 저작권 침해 소송에서는 감정을 수행하는 전문가에 상당히 의존할 수밖에 없는 것이 현실이다. 이들 전문가는 대상 사안에서 사실에 대한 확정을 하는데 중요한 조력을 제공한다. 그런데 저작권 소송, 특히 컴퓨터프로그램과 같은 기술적 대상에 대해서는 조금 다른 문제가 있다. 감정을 통하여 확인하여야 할 사안이 단순히 기술적 문제뿐만 아니라 저작권법에 따라 반영되어야 할 제약 등이 존재하기 때문이다. 과거에는 이러한 법관과 전문가에 중첩적으로 요구되는 역할이 오히려 공동화되는 경향도 있었는데, 최근에는 점차 그러한 공백이 채워지고 있어 다툼의 내용이 복잡해지고 있는 것으로 보인다.

이러한 상황에서 대상판결은 실질적 유사성의 판단을 위해 저작권법상 고려되어야 할 다양한 요건들을 감정절차를 활용하여 충분히 도출하고 이에 기반한 판단에 이르는 과정을 적절히 나타내고 있다. 특히 대상판결에서는 저작물성의 인정 여부를 판단 또는 대비 대상의 특정 시 보호받는 표현을 특정해 가는데 많은 노력을 기울인 것으로 보인다. 이러한 판결 과정에서 저작권 소송 혹은 감정의 측면에 어떠한 문제점이 남아있고 그에 대해 시사하는 바가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

2. 대상 판결

2.1 사안의 개요

원고는 A사와 2011년부터 2014년 3월까지 광고 대행에 관한 계약을 체결하고 관련 업무를 수행하였다. 이때 원고는 피고와 프로그램 개발을 위탁하는 계약을 체결하고 2014년 2월 제1프로그램을 제공받고, 이를 다소 수정하여 2014년 3월 제2프

로그램을 제공받았다. 제공된 프로그램에 대한 저작권은 원고에게 귀속시키는 것으로 계약으로 정하였다. 한편, 피고는 A사와 동종의 계약을 2014년 3월부터 2018년 3월까지 체결하여 업무를 수행하였는데, 이때 지하철 2, 3, 4호선 열차 운전실 컴퓨터에 피고 프로그램을 설치하여 이를 이용함으로써 업무를 수행하였다. 이에 피고 프로그램은 원고가 저작권을 갖고 있는 제1프로그램 등을 피고가 무단으로 개작하여 만든 것이므로 피고가 원고의 저작권을 침해한 것으로 주장한 사안이다.

2.2 하급심[1]의 판단

2.2.1. 대비 대상물 특정 과정

본 사안에 관하여 원고가 제출한 프로그램은 2014년 2월에 피고로부터 납품된 것(제1프로그램), 피고로부터 제1프로그램을 업데이트하여 2014년 3월에 납품받은 것(제2프로그램), 그리고 본 사안과 관련하여 원고가 재판부 등에 제출한 프로그램(원고 프로그램)으로 구분된다. 피고의 프로그램이 원고의 저작권을 침해한 것인지 여부를 가리기 위해서 본 사안과 관련한 원고의 세 가지 프로그램 가운데 정확한 특징이 요구된다. 이 세 가지 프로그램이 사실상 동일한 것이라고 인정될 경우 세 가지 프로그램을 각각의 대상으로 권리 침해 여부를 다룰 필요가 없기 때문인데, 만일 이들 프로그램이 동일한 것으로 인정되기 어려울 경우에는 각각에 대하여 별도로 저작권 침해 여부를 판단해야 한다. 본 사안에서는 이 세 가지 프로그램의 관계를 확인하기 위하여 원고 프로그램을 중심으로 제1프로그램과 제2프로그램과의 유사한 정도를 산출하여 판단하였다. 유사도 산출 결과 원고 프로그램과 제1프로그램 사이의 유사도는 96.9%, 원고 프로그램과 제2프로그램 사이의 유사도는 99.9%로 나타났다. 재판부는 이러한 점을 바탕으로 제1프로그램과 제2프로그램이 단일

한 관계에 있음 등을 고려하여 이 세 가지 프로그램은 사실상 동일한 것으로 보아야 한다고 판단하였다. 이에 저작권 침해 여부를 판단하기 위한 비교·분석 대상으로는 원고 프로그램으로 일원화하였다.

한편, 원고 프로그램의 작성 당시 참조된 것으로 나타난 프로그램(이하 ‘참조 프로그램’)의 특징도 중요한 절차로 다루어졌다. 실질적 유사성의 인정 여부를 가리기 위해서는 저작권법에 의하여 보호받는 표현만을 대상으로 할 것이 요구되는데, 이때 원고 프로그램이 작성 과정에서 참고로 한 참조 프로그램은 원고 프로그램으로써 보호되어야 할 것이 아니므로 실질적 유사성 판단 시 원고 프로그램에서 제거되어야 할 대상이 된다. 다만, 참조 프로그램의 경우 피고가 제출한 것이 실질적 유사성 판단에 영향을 주기 위해 조작하였을 우려가 제기되었는데 이에 대해 법원은 이를 판단하기 위해 피고가 제출한 참조 프로그램을 A사에서 제공받은 동종의 프로그램과 비교하였고, 그 결과 양자 간 표면적으로는 차이가 있으나 여러 가지 사항을 종합하여 판단해 보면 피고가 제출한 참조 프로그램은 조작된 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 따라서 원고 프로그램에서 보호받는 표현을 구분하기 위해 피고가 제출한 참조 프로그램에 해당하는 소스코드를 제거하였다.

2.2.2. 감정의 과정

본 사안은 대비 대상이 되는 프로그램 간 저작권 침해가 존재하는지 여부를 판단하기 위해 민사소송법 제333조에서 제342조에서 정하고 있는 감정을 활용하였다. 감정은 총 5차례에 걸쳐 이루어졌는데, 1차(2014. 10.)와 2차(2015. 6.) 감정은 수사과정에서 이루어졌고, 3차와 4차(2018. 9.) 및 5차(2019. 10.) 감정은 항소심 단계에서 이루어졌다.

각 차수별 감정의 주요 내용은 다음과 같다.

1차 감정에서는 원고의 세 가지 프로그램 간

관계를 판단하기 위해 상호 간 유사도를 산출하였고, 동시에 원고 프로그램과 피고 프로그램 간 유사도를 산출하였다. 그 결과 원고 프로그램과 제1 프로그램 간 유사도는 96.9%, 원고 프로그램과 제2 프로그램 간 유사도는 99.9%, 그리고 원고 프로그램과 피고 프로그램 간 유사도는 원본기준으로는 35.8%, 비교본기준으로는 51.0%가 도출되었다.

2차 감정에서는 참조 프로그램에 대해 이를 제출한 A사와 피고의 참조 프로그램이 서로 동일한 것인지 여부에 대한 분석과 피고가 제출한 참조 프로그램과 원고 프로그램 또는 피고 프로그램 간의 관계를 확인하기 위하여 유사도를 산출하였다. 전자에 대해서는 66.5%의 유사도가 산출되었고, 후자에 대해서는 피고 제출 참조 프로그램과 원고 프로그램 사이의 유사도는 60.9%(오픈소스 100% 참조 부분 제외 시 46.4%), 피고 제출 참조 프로그램과 피고 프로그램 사이의 유사도는 33.0%(오픈소스 100% 참조 부분 제외 시 24.6%)로 산출되었다. 이때 유사도는 원본기준방식으로 산출하였다.

3차 및 4차 감정은 원고와 피고가 각기 요청한 것에 따른 것인데, 원고의 프로그램 가운데 각 지하철 호선에 대한 프로그램을 단위로 각 프로그램에서 자동생성코드 등 저작권법에 의해 보호받지 못하는 표현을 제거하고 남은 프로그램과 피고 프로그램의 해당 부분을 매칭하여 유사도를 산출하였다. 이에 3차 감정의 경우 평균 27.2%의 유사도가 산출되었고, 4차 감정의 경우에는 평균 22.5%의 유사도가 산출되었다. 이 역시 원본기준방식으로 산출하였다.

마지막으로 5차 감정은 앞서 2차 감정에서 A사와 피고가 각각 제출한 참조 프로그램이 상당히 낮은 유사도를 나타낸 상황에서 그림에도 양자의 정확한 관계를 확인하기 위하여 각각의 프로그램 소스코드를 컴파일하여 생성한 실행파일이 동일한 프로그램인지 여부를 확인한 것이다. 그 결과

양 프로그램의 실행파일은 서로 동일한 소스코드를 이용하여 생성한 실행파일은 아니나 일부 변수의 변경, 일부 분기문 구조의 변경 등으로 유사도가 낮게 나타난 것으로 보이며, 양 프로그램은 동일한 로직을 갖는 프로그램이라는 점을 확인하였다.

본 사안에서 감정의 진행 흐름을 보면, 초기에는 프로그램의 유사도 산출을 단순히 이끌어내는 방식으로 감정이 진행되었으나 점차 실질적 유사성 판단을 위해 고려되어야 하는 여러 요소(보호받지 못하는 표현 등의 제거, 유사도 산출에 관여되는 프로그램의 적절성 평가 등)를 반영하여 감정 결과를 제시하는 방식으로 구체화되는 모습을 나타낸다.

2.2.3. 하급심의 판단

첫째, 원고 프로그램의 저작물성에 관한 판단이다. 이에 대해 하급심에서는 피고가 원고와의 계약에 따라 참조 프로그램 등 앞서 개발되어 지하철 안내방송에 사용된 프로그램을 참고한 사정이 존재하더라도 스스로의 정신적 노력을 기울여 원고 프로그램을 개발하였다는 점을 인정할 수 있다고 하면서, 원고 프로그램과 참조 프로그램 간 유사도가 46.4%로 서로 구별됨이 분명하고 달리 원고 프로그램이 그보다 먼저 개발된 어떤 컴퓨터프로그램과 실질적으로 동일하다고 볼 만한 사정이 있음을 인정할 증거가 없으므로, 원고 프로그램은 저작권법의 보호대상인 컴퓨터프로그램저작물로 인정된다고 보았다.

이에 대해 피고가 대상 프로그램은 제작사양에 맞춘 기능을 구현하는 것이라는 제약, 기존 설비와의 호환성을 갖추어야 하는 제약 등으로 인하여 창작자의 개성이 나타날 수 없다는 점, 원고 프로그램은 참조 프로그램에 기반한 것이라는 점 등을 이유로 항변을 하나, 법원은 이를 인정하지 않았다.

둘째, 의거성에 관한 판단이다. 이에 관하여 법원은 피고가 보관하고 있던 원고 프로그램의 소스코드 등을 참고하여 피고 프로그램을 개발한 것을 인정하였다. 의거성 판단에 대해 1심과 항소심이 상이한 판단을 하였는데, 1심에서는 제1프로그램과 제2프로그램이 상이한 것으로 본 반면, 항소심에서는 양자를 동일한 것으로 인정하였다.

셋째, 실질적 유사성에 관한 판단이다. 이에 관하여 법원은 원고 프로그램과 피고 프로그램 사이에 실질적 유사성이 존재하는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 원고 프로그램에서 참조 프로그램이 차지하는 정도를 확인하고, 이를 제거한 나머지의 원고 프로그램과 피고 프로그램을 대비하는 것이 필요하다고 전제하였다. 이에 3차 감정의 결과를 핵심으로 하여 판단을 진행하였다. 그 결과 원고 프로그램과 피고 프로그램 간 어느 정도의 유사성이 존재한다고 볼 수는 있으나, 그 정도 유사성의 존재만으로 실질적 유사성이 인정된다고 볼 수는 없다고 판시하였다. 그 근거로 원고 및 피고 프로그램은 복잡하지 않은 기능을 수행한다는 점, 프로그램 제작 시 표현상 제약이 상당하다는 점, 양 프로그램 간 유사도가 그리 높지 않다는 점 등을 들고 있다.

이를 종합하여 원고 프로그램과 피고 프로그램 사이에 실질적 유사성이 인정되지 않으므로, 피고들이 피고 프로그램을 작성함으로 인한 원고의 저작권을 침해하였다고 인정할 수 없는 것으로 판단하였다.

2.3 대법원[2]의 판단

대법원은 원고 프로그램의 창작성 및 원고 프로그램과 피고 프로그램 사이의 의거성이 인정되나, 원고 프로그램과 피고 프로그램 사이의 실질적 유사성을 인정할 수 없으므로 피고들이 원고의 복제권, 2차적저작물작성권 등의 저작권을 침해한 것으로 볼 수 없다는 원심의 판단에 대해 잘못이

없다고 보아 상고를 기각하였다.

3. 보호받는 표현 특징에 관한 주요 문제 검토

3.1 저작권 침해 판단 요소로써 저작물성과 실질적 유사성

우리 저작권법은 저작권을 침해한 행위를 판단하기 위한 원칙을 구체적으로 명시하지 않고 있다. 실무적으로 저작권법의 기본원리를 고려한 전제에서 학설과 판례에 의하여 나름의 기준이 형성되고 이를 근거로 판단하고 있는 상황이다. 이러한 배경에서 저작권 침해 여부를 판단하기 위한 기준에 대한 견해가 완전히 일치되는 상황은 아니나[3], 우리 저작권법 체계에서는 세 가지 요건을 인정하는 것이 통설의 태도로 보인다[4]. 이 세 가지 요건은 첫째, 원고가 유효한 저작권을 갖고 있어야 한다는 것, 둘째, 원고의 저작물과 피고의 침해물 사이에 의거성이 인정될 것, 셋째, 원고의 저작물과 피고의 침해물 사이에 실질적 유사성이 인정되어야 한다는 것이며, 이들 요건이 모두 충족될 때 저작권 침해가 인정된다[5].

모든 요건이 중요하게 요구되는 것이지만, 실무적으로 가장 논란이 되는 요건은 실질적 유사성의 인정 여부이다. 적법한 저작권의 보유 여부 또는 침해자의 의거 여부는 구체적인 사안에서 어느 정도 명확한 판단을 이끌어내기 용이한데 비하여 실질적 유사성의 인정 여부는 대상 개념의 추상성과 불확정성으로 인하여 판단의 어려움이 크기 때문이다[6]. 특히 실질적 유사성은 유사성 판단을 위한 비교 대상을 저작권법에 의해 보호받는 표현으로 한정하고 있다는 점에 더욱 복잡성을 갖는다. 우리나라의 경우 의거성 판단 또는 실질적 유사성 판단 과정에서 정량적 유사도를 많이 활용하고 있다. 정량적 유사도는 두 대비 대상 간의 유사한

정도를 수치(비율)로 나타낸 것을 의미한다. 우리나라에서는 컴퓨터프로그램을 대상으로 하는 경우가 대표적이다. 그런데 앞서 살펴본 것과 같은 개념의 추상성 또는 대비대상 정제의 필요성 등과 같은 특징으로 인하여 정량적인 유사도를 도출하는데 다소 복잡성을 나타낼 수밖에 없다.

저작권 침해 판단의 세 가지 요건 가운데 첫 번째 요건인 저작권법에 따른 보호법익의 존재 여부 판단 문제와 세 번째 요건인 실질적 유사성 판단의 문제는 보호받는 표현이라는 교차점을 중심으로 서로 연결된다. 저작권법에 의하여 보호받는 표현 여부를 확인 또는 그러한 표현 부분을 특정하는 것은 실무적으로 다소 차이를 나타내고 있다. 전자에 대해서는 대상물 전체를 판단의 객체로 하는 경향이 높으나 후자에 대해서는 대상물을 구성하고 있는 구체적인 표현 등을 객체로 하는 경향이 높다. 이에 전자의 경우 분쟁의 대상이 되는 프로그램이 저작권법에 의한 보호법익이 있는지를 판단하게 되고, 후자의 경우 그 프로그램을 구성하는 구체적인 표현 가운데 저작권법에 의해 보호받는 표현이 어느 부분인지 여부를 구분하게 된다.

3.2 창작성 개념의 의미와 혼란

저작권법은 제2조 1호에서 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 저작물로 정의하면서, 저작물이 되기 위해서는 창작성이 있어야 함을 요건으로 명시한다. 이때 창작성이라는 요건의 개념에 대해 우리 저작권법은 기본적으로 남의 것을 베끼지 않고 스스로 저작하였다는 것을 의미하며, 2005년 대법원의 설비제안서 도면 사건(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결)의 “누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있는 저작물이라고 할 수 없다.”라는 판시와 같이 독자적인 작성과 함께 최

소한의 창조적 개성이 나타나야 창작성을 인정할 수 있다고 해석하는 것을 현재 판례의 태도로 볼 수 있다[7]. 그런데 이 창작성을 나타내는 영어 용어로 ‘creativity’와 ‘originality’의 의미적 차이가 구별되어 사용되고 있다. creativity는 작성자의 개성에 초점을 맞추는 것에 비해 originality는 독자적 작성에 초점을 두고 있다.

우리나라의 경우 창작성을 creativity로 표현하는 것이 일반적이긴 하나, 의미상으로는 앞서 살펴본 창작성의 의미와 같이 creativity와 originality를 어느 정도 모두 포괄하는 것으로 해석하는 것이 적절하다고 본다. 다만 구체적인 용어 사용에 있어서 독창성과 같은 용어를 다소 혼용하여 사용하는 경우가 쉽게 발견되는데, 독창성의 경우 특허요건 가운데 신규성에 대응되는 의미로 다루어질 수 있으므로 부적절할 수 있다고 본다. 이에 스스로 작성하였다는 의미를 지칭하기 위해서는 독자성과 같은 용어를 사용하는 것이 일반적이다. 물론 우리나라에 있어서 창작성 개념 내에 독자적 작성이 포함된다.

3.3 여과의 범위와 방식의 한계

1심과 항소심에서의 가장 큰 차이중 하나는 실질적 유사성 판단을 위해 여과를 거친 대비 대상을 확인할 수 있도록 하는 것이었다. 피고가 원고 프로그램을 작성할 당시 참고한 참조 프로그램을 원고 프로그램에서 제외하여야 원고 프로그램에서 원고가 저작권산권을 행사할 수 있는 부분을 정확히 특정할 수 있기 때문이다.

저작권법은 독자적으로 작성한 부분에 한하여 저작권을 인정한다. 타인에 의하여 만들어진 표현을 이용하여 새로운 표현물을 작성하였을 경우 타인이 작성한 부분에 대해서는 후행하여 작성한 사람의 저작권이 미치지 않게 된다. 저작권법에 의하여 보호받는 표현만을 대상으로 판단되어야 하는 실질적 유사성의 경우, 판단 과정에서 보호대

상에서 제외되어야 하는 부분을 여과하는 과정을 거치고 이후 잔존하는 표현 부분만을 대상으로 대비하는 방식으로 판단하게 된다. 이러한 점에 대해 특별히 이론(異論)은 없는 것으로 보인다.

그런데 실무적으로 적용상 애매한 점이 있다. 대상 판결에서도 나타난 문제인데, 소의 객체에 대한 보호법익을 살피기 위한 과정, 즉 저작권 침해 판단의 과정 중 1단계에서 해당하는 저작권의 존재 여부를 판단하는 경우와 3단계에 해당하는 실질적 유사성 판단을 위해 대비대상을 특정하는 경우가 본질은 저작물성의 존재 또는 존재 부분의 특징이라는 점에 동일하다고 보이나 실무적으로 양자는 처리 방식에 차이를 보이고 있다는 점 때문이다. 컴퓨터프로그램을 대상으로 하는 경우, 1단계에서 컴퓨터프로그램이라는 대상물 단위가 아니라 구체적 표현 단위를 살펴 저작물성을 판단하게 될 경우 3단계 실질적 유사성 판단 시에는 효율적일 수 있겠으나, 2단계 등의 과정을 진행하는 데 있어서는 제약이 존재하는 문제가 있다는 점을 이유로 생각해 볼 수 있다. 그럼에도 타인의 저작 부분이 포함되는 경우가 적은 그림, 글 등과 달리 컴퓨터프로그램의 경우에는 이와 같이 보호받는 표현 여부 판단이 이원적으로 이루어지는 것은 결과를 달리하게 될 여지가 있다. 다른 장르의 경우에도 이와 같은 방식의 전개는 유사하게 나타나며, 향후 면밀한 고민이 필요한 부분이다. 이에 관련된 대상판결 내용에 대해 이론적 측면에서의 지적과 별론으로 현실적 측면에서는 일단 동의한다.

3.4 소위 ‘선택의 폭’ 이론의 적용

개성을 핵심으로 한 기존의 창작성 개념은 음악 등과 같은 유형의 저작물에는 합당하지만 기능적·사실적 저작물에 대해서는 반드시 타당한 것이 아니다 보니, 창작성 개념에 대해 소위 이중 기준(double standard)이 나타나는 문제가 있다는

지적이 있다[9]. 이러한 모습은 창작성의 기준을 저작물 유형에 따라 달리 적용하는 것에 대한 근거가 없다는 점, 저작물 성립 여부의 판단이 자의적으로 흐를 수 있다는 점 등에 대한 문제가 있다고 한다[10].

이에 기존의 개성을 핵심으로 하는 창작성 개념을 '선택가능성'을 핵심으로 하는 것으로 변경하여야 한다는 것, 즉 표현의 선택의 폭이 존재한다면 창작성이 인정될 수 있는 것으로 이해하여야 한다는 소위 선택의 폭 이론이 제기된 바 있다. 이를 주장하는 사람으로는 일본의 나카야마 노부히로(中山信弘) 교수가 대표적이다. 표현에 대한 선택의 폭이 큰 경우에는 제3자에 대한 잔여 부분도 크고, 당해 작성물에 창작성을 인정하게 되어 저작권을 부여하여도 큰 잔여 부분이 있어 제3자에게는 그 잔여 부분에 있는 창작에의 인센티브를 주는 것으로 이해할 수 있다는 것이다[11]. 컴퓨터 프로그램의 경우 창작성 평가를 개성으로 하기 어려우므로 컴퓨터프로그램 작성 시 표현의 선택의 폭이 있는 것이라면 창작성을 인정할 수 있게 된다는 것이다. 반면, 컴퓨터프로그램을 작성하는 과정에서 표현의 선택을 함에 있어 선택의 여지가 현저하게 좁은 경우에는 창작성이 인정되지 않게 된다.

이 이론은 인격권을 중요하게 여기던 기존의 태도에서 경제제를 중요하게 다루는 것으로 중심이 옮겨지는 것, 그리고 개성의 보호로부터 창작에의 인센티브로 창작성의 존재 이유를 옮겨가는 것을 의미하는 것이라고 하며, 창작자의 주관을 분리하여 시장 또는 사회에 있어서 객관적인 판단이 가능하다고 한다[12].

이 선택의 폭 이론은 상대적인 적용의 편리함으로 인하여 우리나라에서도 관심을 갖는 모습을 쉽게 발견할 수 있었다. 기존 창조적 개성의 존재 여부를 판단하기 용이하지 않던 대상에 대한 창작성 판단이 상대적으로 용이해질 수 있기 때문이다

[13]. 우리나라에서는 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도6073 판결에서 “누가 작성하더라도 달리 표현될 여지가 거의 없을 뿐만 아니라 다소 다르게 표현될 여지가 있다고 하더라도 종이접기 부분에 작성자의 창조적인 개성이 드러나 있다고 할 수 없는 점 등에 비추어 창작성을 인정할 수 없다.”라고 판시한 것이 선택의 폭 이론을 적용한 것으로 지적되기도 한다. 한편 최근에는 신중론도 유의미하게 제공되고 있다.

우리가 창작성 판단의 과정에서 이 선택의 폭 이론을 적용하는 것에 대해 신중할 필요가 있다고 생각한다. 이 이론이 기존의 창작성 이론의 한계를 보완하는 형태의 것이라면 그 적용에 있어서 기존의 이론 체계와 상호 보완적 효과를 기대해볼 수도 있겠으나, 본질상 기존의 창작성 이론 체계와 선택의 폭 이론은 대체 관계에 있는 것으로 보이므로 양자를 상호 보완관계에 있다고 할 수는 없다. 이러한 차원에서 기존의 창작성 이론 체계를 대체하는 것이라는 점은 그 적용에 있어 상당한 정도의 신중함이 요구된다고 생각한다. 특히 우리 저작권법의 경우 저작물을 점차 경제재로써 중요성을 두고 다루려는 변화가 나타나는 것이 사실이나, 그렇다 하더라도 그러한 재산적 가치 내에는 여전히 인격적 요인들이 유의미하게 작용하고 있다는 것을 부정할 수 없다. 그러한 면에서 이론적 이원화를 구성하는 것이 아니라면 창작성 판단 시 선택의 폭 이론을 적용하는 데는 좀 더 많은 고민이 필요할 것으로 생각된다.

대상판결에서는 “프로그램 제작에 제약이 존재한다거나 제작업체가 다양하지 않아 수단이 많이 안다고 하더라도 창작성을 부정하기는 어려우며”라고 판시하였는데, 이는 창작성을 부정할 만큼 수단의 선택지가 협소한 것이 아니라는 의미와 선택의 폭 이론을 적용하지 않는다는 의미로 나뉘어 이해된다. 위 문장의 전단 부분에서는 합체의 원칙과 같은 제약된 표현에 관한 것을 의미하는 것

으로 보이고, 이와 구분되어 후단에서는 선택의 폭 이론을 적용하지 않는 것으로 해석된다. 이러한 대상판결의 태도에 동의한다.

3.5 질적 중요성에 판단 문제

실질적 유사성은 단순히 양적인 유사한 정도만을 기준으로 하여 판단하지 않고 질적인 중요성 역시 고려되어 판단된다. 이에 양적으로 다소 유사한 정도가 크지 않더라도 그 유사한 부분이 질적으로 중요한 부분이라면 실질적으로 유사한 것으로 인정될 수 있게 된다. 실질적 유사성 판단 시 질적인 중요성을 살펴보는 과정은 양적인 비교 분석과 동시에 진행되는 것은 아니며 유사함의 양적인 정도에 기반하여 그 유사한 정도가 실질적인지 여부를 판단하기 위하여 논리적으로 후행하는 절차로 이해된다[14].

질적 중요성의 대상을 무엇으로 하여야 하는지 명확하게 정리되지는 않고 있다. 이는 저작물 유형별로 다양하게 논의될 수 있는 성질의 것으로 보이는데, 컴퓨터프로그램의 경우에는 현실적인 부분을 고려할 때 질적 중요성을 사실상 기능상 중요성과 동일하게 다루게 되는 것이 불가피하다고 생각한다. 질적인 중요성이라는 것이 본질적으로는 표현으로서의 중요성을 전제하는 것으로 생각되나 현실적으로 컴퓨터프로그램의 경우 표현으로서의 중요성과 통상 적용하던 기능상 중요성을 명확히 분리할 수 없다는 것을 고려할 수밖에 없다[15].

대상판결에서는 이에 대해 “독창성이 높은 핵심적 기능부분” 혹은 “독창성이 높은 핵심적인 표현”이라 명시하고 있다. 이는 두 가지로 구분하여 살펴볼 수 있다. 독창성과 기능부분이라는 것인데, 양자는 모두 충족될 것이 요구된다. 후자인 기능부분은 앞서 적절성에 대해 설명을 하였고, 전자인 독창성에 대해서는 조금 생각해볼 부분이 있다. 저작권법은 기존에 없던 새로운 것이어야 한

다는 것을 요건으로 하지 않는다. 이에 신규성이 요건으로 적용되는 특허법과 달리 저작권법 체계에서는 새롭지 않더라도 혹은 설사 기존의 누군가의 작성물과 동일하더라도 그것이 타인의 것을 참고하지 않고 스스로 작성한 것이라면 저작물로 인정될 수 있다. 그런데 독창성은 독자성을 포함하는 의미로 ‘새롭고 독특한 것을 만들어내는 성질’이라 정의된다. 그러면 질적 중요성이 있는 부분을 판단하기 위한 “독창성이 높은 핵심적 기능부분”이라는 기준은 특허법상의 신규성 요건과 더불어 작성된 내용의 개성 또한 강하게 요구되는 의미로 해석할 수 있다. 이처럼 실질적 유사성 판단 시 고려되어야 할 질적 중요성의 판단 기준에 대해 독창성을 고려하도록 한 대상판결의 기술은 다소 부적절하다고 생각된다.

4. 대상판결의 평가 및 개선사항

대상판결은 저작권 침해 여부의 판단을 위한 일반적인 기준을 적용하고 있으며, 실질적 유사성 판단 과정에도 일반적인 기준과 다르지 않은 기준을 적용하고 있어 요건 체계상 특별한 의미가 있다고 보기는 어렵다. 다만 대상판결에서 대비 대상을 특정하는 과정에서 이를 명확히 하기 위한 일련의 과정을 반영한 것은 정량적 유사도가 갖는 역할과 한계, 그리고 컴퓨터프로그램을 대상으로 하는 실질적 유사성 판단에 대해 나름 명확히 이해하고 있는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 구체적인 부분에서는 앞서 살펴본 것과 같은 문제들을 여전히 나타내고 있다는 점에 개선이 요구된다고 생각된다. 그리고 보호범위 특정 과정에서 작용되는 여러 검토 요소들이 불확정 개념에 속하는 것들이다 보니 실무적으로 달리 해석되는 경우가 존재한다. 이러한 점들에 대해 일련의 표준적인 개념적 틀이 도출되도록 하는 것도 생각해 볼

필요가 있다.

대상판결의 중요한 특징으로는 감정결과를 활용함에 있어서 정량적 유사도를 활용하여 실질적 유사성을 판단하는 방식이 갖는 본질적 한계에도 불구하고 정량적 유사도와 실질적 유사성 사이에 최대한 밀접성을 도출하기 위한 복잡한 과정이 나타난다는 점이다. 이는 저작권 침해 소송에 있어서 정량적 유사도의 활용이 단순히 기술적 분석에만 한정되는 것으로 해석하기보다는 유사도 산출 과정 그리고 유사도 산출의 대상 등 저작권법상의 실질적 유사성 판단을 위해 필요한 여러 법적 고려사항들이 정량적 유사도라는 기술적 방식에 투영될 수 있도록 방법론을 고도화하여야 함을 나타낸다. 이러한 흐름은 감정에 있어서 기술적 접근과 각 방법론의 법적 의미 등이 융합적으로 모색되어야 한다는 점을 시사한다. 이는 사안의 복잡성이 높아질수록 더욱 크게 요구될 것으로 보이며, 다른 영역에서의 감정(필적 등)과 저작권 침해 분쟁에서의 감정이 갖는 중요한 차이이다.

아울러 대상판결의 감정에 있어서 눈에 띄는 점은 항소심 단계에 이르러 참조 프로그램에 대한 감정이 이루어졌다는 것이다. 수사단계에서 시작된 사안이 형사 재판과 민사 재판을 거치는 과정, 특히 민사 재판의 경우 2심에 이르는 시간 동안 참조 프로그램을 활용한 사실을 몰랐다고 하여도 문제이지만, 이를 인지하고 있었다면 정량적 유사도를 산출하는 과정에서 충분히 고려되었어야 하는 사항이라 생각된다. 그러한 요소를 충분히 고려하지 않고 초기 감정을 진행하였던 것에 대해서는 개선이 필요하다고 본다. 생각건대 감정에 있어서 재판부와 감정기관(감정인) 간의 충분한 사전 협의가 필요하다고 본다. 실무상 재판부는 당사자의 감정신청 사항을 그대로 감정기관(감정인)에 전달하는 경향이 높고, 감정기관(감정인) 역시 제출된 감정신청 사항에 대해 그대로 감정을 진행하는 경우가 대부분이다. 이러한 관행에서 문

제는 감정 대상 사안에 대해 특수한 전문성을 갖춘 감정기관의 의견이 감정사항 설정에 반영될 수 없고 상대적으로 전문성이 낮은 법관 또는 이해관계가 존재하는 당사자의 의견에 기반하여 감정사항이 특정될 수밖에 없어서 전문성의 공백이 발생하고, 수차례의 감정을 수행하는 등의 비효율이 발생할 수 있기 때문이다. 이에 감정사항을 확정함에 있어서 대상 사안의 내용을 재판부와 감정기관(감정인)이 충분히 검토 및 협의하여 감정사항을 확정하는 절차를 운용하는 것이 필요하다. 현재 감정기일이 활용되는 경우도 있으나 이의 활발하고 실질적인 활용이 필요하다고 생각한다.

마지막으로는 실질적 유사성 판단을 위해 감정을 통하여 제시되는 결과가 매우 다양해지고 있다는 점이다. 과거에는 특정한 유사도만을 근거로 실질적 유사성을 판단하는 경우도 있었지만, 실질적 유사성 자체가 특정한 비교·분석 결과만으로 판단될 수 없는 종합적 검토의 대상이므로, 최근 실질적 유사성 판단 과정에서 다양한 요소를 고려하고 있다는 것은 바람직한 흐름이라 생각된다. 물론 이러한 흐름은 재판부에 판단의 부담을 높일 것으로 예상된다. 판단 과정에서 전문적인 조력을 받을 수 있도록 감정제도를 기반으로 합리적인 체계를 마련 또는 고도화하는 것이 필요하다고 생각한다.

5. 결 론

지금까지 살펴본 대상 판결의 내용을 보면 전체적으로는 많은 고민과 판결을 위한 노력이 발견된다. 그러나 구체적인 부분에 있어서는 다소 문제가 있는 점들 역시 발견된다. 특히 정량적 유사도를 활용함에 따른 기술적 측면과 법적 측면의 차이 인식, 저작물성 판단과 대비 과정에서 보호받지 못하는 표현 등을 제거하는 과정에서의 문제

등이 대상 판결에서의 주요한 논의점이라 생각했다. 이들 문제는 아직 이 분야에 대해 미시적인 사항에 대하여 체계적으로 정리가 이루어지지 않았다는 점이 대표적인 이유라 할 수 있다. 향후 연구가 더 진행되어야 할 부분이다.

본 연구는 문화체육관광부 및 한국콘텐츠진흥원의 2023년도 문화기술 연구개발 사업으로 수행되었음(과제명: 문학예술 저작물의 정산·분배를 위한 방송 모니터링 기술개발, 과제번호: RS-2023-00270043, 기여율: 100%)

참 고 문 헌

- [1] Seoul Central District Court Judgment 2016Gahap771 Sentenced January 19, 2017; Seoul High Court Judgment 2017Na2010280 Sentenced June 10, 2021
- [2] Supreme Court Judgment 2021Da246804 Sentenced December 1, 2022
- [3] Roger E. Schechter, John R. Thomas. Principles of Copyright Law. : Thomson Reuters (2010). 364. ISBN: 9780314147509
- [4] Jung Sang Jo. Annotation of Copyright Law. : Parkyoungsa (2007). 1069. ISBN: 9788910514343
- [5] Supreme Court Judgment 96Da6264 Sentenced June 14, 1996 etc.
- [6] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 56-57. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360
- [7] Oh Sung Jong. Copyright Law. : Parkyoungsa (2020). 50-51. ISBN: 9791130336251
- [8] Oh Sung Jong. Copyright Law. : Parkyoungsa (2020). 49. ISBN: 9791130336251
- [9] 中山信弘. Copyright Law. : Bupmunsa (2008). 45-46. ISBN: 978-89-18-01584-2
- [10] Oh Sung Jong. Copyright Law. : Parkyoungsa (2020). 54. ISBN: 9791130336251
- [11] 中山信弘. Copyright Law. : Bupmunsa (2008). 49. ISBN: 978-89-18-01584-2
- [12] 中山信弘. Copyright Law. : Bupmunsa (2008). 52. ISBN: 978-89-18-01584-2
- [13] Park Sung Ho. A Study on the Judgment of the Workability of Baduk Notation. : Korea Copyright Commission (2009). 67. ISBN: 978-89-6120-037-0 94010
- [14] Kim, Si-Yeol. (2019). A Study on the Relationship between Weighted Value and Qualitative Standard in Substantial Similarity, JSAV, 15(1), 29. DOI : 10.29056/jsav.2019.06.03.
- [15] Kim, Si-Yeol. (2019). A Study on the Relationship between Weighted Value and Qualitative Standard in Substantial Similarity, JSAV, 15(1), 30. DOI : 10.29056/jsav.2019.06.03.

저 자 소 개



김시열(Kim, Siyeol)

2012.8 숭실대학교 대학원, 법학박사
 2007.6-2012.6 한국저작권위원회
 2012.6-현재 한국지식재산연구원 연구위원
 <주관심분야> 저작권 분쟁, 실질적 유사성