

논문 2023-4-5 <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2023.12.05>

방송에서의 저작물 이용 여부에 대한 의사결정 모델 연구

김시열*†

A Study on the Decision-Making Model for the Use of Works in Broadcasting

Kim, Siyeol*†

요 약

저작권자는 다른 사람이 저작물을 이용하려고 할 때 비용을 받을 수 있다. 그런데 최근 다양한 미디어 환경에서는 저작권자가 자신의 저작물이 이용된 사실 자체를 알기 어렵다. 이러한 점은 저작권자가 정당한 권리를 행사하는데 어려움으로 작용한다. 또한 거시적으로는 저작권 시장이 창작과 정당한 가치 확보 사이의 선순환을 이루고 산업적 발전으로 나아가는데 장애가 된다. 특히 방송 분야에서 이러한 문제는 심각하게 나타난다. 따라서 방송에서 나타나는 표현물에서 다른 사람의 저작물을 이용한 경우를 특정하고 이에 대한 비용을 정산할 수 있도록 하는 모니터링 체계가 논의되고 있다. 다만 이러한 논의 가운데 다른 사람의 저작물을 이용하여 저작권법상의 책임을 갖게 되는 경우를 특정하도록 할 의사결정 체계는 아직 논의가 없는 상황이다. 이에 본 연구에서는 이를 위한 의사결정 체계를 큰 틀에서 모색해보았다. 이 체계는 정량적 유사도 산출 단계, 보정 및 심층 분류 단계, 그리고 최종 결정 단계로 제시하였으며, 각 단계에 관하여 고려되어야 할 사항을 검토하였다.

Abstract

Copyrights can receive costs when other people try to use copyright. However, in various media environments, it is difficult to know the fact itself was used. This is a legitimate right rights, but the copyright holder acts as difficult. In addition, macro, the copyright market is a virtuous cycle between creative and securing legitimate values between creativity and right value. In particular, these problems appear seriously. Therefore, the monitoring system using other person works in the broadcast, and monitoring system is discussing system and settlement system. However, the decision system to specifically, the decision system to specifically specify where the copyright law is responsible for the copyright law. Therefore, in this study, it was found in a big framework for this study. This system presented in quantitative similarity, correction, correction, correction and the final decision stage, and the final decision was considered to each stage.

한글키워드 : 저작물, 어문저작물, 실질적 유사성, 방송 모니터링, 정량적 유사도

keywords : works, literary works, substantial similarity, broadcast monitoring, quantitative similarity

* 한국지식재산연구원 연구위원(법학박사)

접수일자: 2023.10.31. 심사완료: 2023.11.27.

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

게재확정: 2023.12.20.

1. 서 론

저작물을 이용할 수 있는 권리뿐만 아니라 그 저작물을 타인이 이용할 수 있도록 이를 허락하거나 금지할 수 있는 권리 역시 저작권자에게 부여된다는 점에 저작물 이용에 따른 대가 문제는 저작권 체계 실무에서 매우 핵심적인 사항에 해당한다. 다만 개념상 저작권자의 허락을 사전에 득한 이후 그의 저작물을 이용하는 것이 옳으나, 현실적인 환경 상 사후적으로 저작권자에 대해 이용대가를 지급하는 방식이 많이 활용되고 있다. 방송에서의 저작물 이용이 그러한 경우의 대표적인 것으로 볼 수 있다. 그러나 방송 분야의 경우 이용되는 저작물을 적절히 특정하고 그에 기반하여 정확하게 그 대가를 정산하는 것이 쉽지 않아, 이에 대해 오랜 논의가 이루어지고 있으며 현재까지도 여전히 어려움을 갖고 있다. 그나마 음악저작물 분야에 대해서는 어느 정도 논의의 진전과 더불어 나름의 체계를 구축하여 활용하고 있으나, 어문저작물 분야에 대해서는 논의 자체가 여전히 부족한 상태이다. 특히, 이러한 논의 가운데 다른 사람의 저작물을 이용하여 저작권법상의 책임을 갖게 되는 경우를 특정하도록 할 의사결정 체계는 아직 논의가 없는 상황이다.

본 연구에서는 방송에서의 어문저작물을 이용하여 표현물을 제작한 경우 그 이용에 대해 저작권자에 대가, 즉 저작물 이용에 대한 정확한 사용료를 지급할 수 있도록 할 근거를 마련할 수 있을지를 고민해보고자 하였다. 특히 방송 모니터링 체계의 구현을 전제로, 저작물 이용에 따른 대가 지급이 필요한 경우(책임 있는 저작물 이용으로 볼 수 있는 경우) 또는 저작물 이용이 아니거나 이용이지만 대가 지급이 필요 없는 경우(책임 없는 저작물 이용 등)를 구분하고 이에 대한 합리적 의사결정을 하기 위한 체계를 제시하고자 한다.

2. 방송에서 사후적 모니터링의 필요성과 한계

2.1 징수방식 유형에 따른 한계

저작권자는 자신의 저작물을 타인이 이용하고자 할 때 이를 허락 또는 거절할 수 있고, 이용을 허락할 경우 저작물 이용에 따른 사용료(저작권료)를 받을 수 있다. 저작물 이용 시 사용료의 부과 및 지급이 용이하게 이루어지지 않는다면 저작물 이용이라는 산업상의 작용에 있어 상당히 비효율을 가져오게 된다. 사용료 부과 등을 저작권자(개인)가 직접 하는 경우 현실적으로 매우 어려운 난점들이 발생하므로 높은 비효율을 나타내게 된다. 이 비효율을 극복하기 위해 우리 저작권법은 집중관리단체(저작권신탁관리업, 저작권대리중개업)를 두고 승인된 수수료를 초과하여 징수하거나 승인되지 않은 사용료를 받은 경우 등의 경우 업무 정지를 하도록 함으로써 이들로 하여금 저작권료의 정확한 산정과 징수를 할 것을 의무화하고 있다(저작권법 제109조). 이는 저작권 제도의 핵심 축인 저작물의 정당한 이용을 보장하기 위한 중요한 전제사항이며, 저작물 이용에 대한 정확한 사용료(이하, “저작권료”라 한다.)의 산정과 분배는 저작권 제도를 운영함에 있어 매우 중요한 요소라 할 수 있다.

저작권료는 크게 개별정산 방식과 포괄정산 방식으로 구분되어 처리된다. 이용된 모든 저작물에 대해 각각 저작권료를 정산하는 방식을 개별정산이라 하고, 일정한 기준에 따른 비용을 정하여 구체적인 저작물 이용 내역과 무관하게 정산하는 방식을 포괄정산이라 한다. 예를 들어 저작권법 제25조의 수업목적보상금을 산정하면서 음악 1곡당 42원으로 저작권료를 책정하여 그 이용에 따라 징수하는 것이 개별정산이고, 학생 1인당 연간 기준 금액으로 저작권료를 책정하여 그 이용과 무관하게 징수하는 것이 포괄정산이라 할 수 있다[1].

집중관리단체 실무적으로는 거의 대부분 포괄 정산 방식을 활용하고 있다. 이는 단순히 개별적인 저작물 이용의 경우 문제가 되지 않으나, 방송 등에서와 같이 많은 양의 저작물을 동시에 이용하는 경우와 이때 예정되지 않은 저작물이 이용되는 경우 등에는 정확한 이용 내역을 파악하는 것이 사실상 불가능하기 때문이다[2].

그런데 포괄정산 방식을 취하더라도 저작물 이용 내역 파악의 어려움으로 인한 문제는 여전히 해결되지 않고 남아있다. 구체적인 저작물 이용 내역 파악 없이 저작권료 징수 자체는 가능해졌지만 징수한 저작권료를 누구에게 분배해야 하는 것인지 그 대상의 특징이 이루어질 수 없기 때문이다. 우리 저작권 체계에서 상당한 미분배보상금이 발생하는 원인이다[3].

2.2 저작물 특성에 따른 한계

키시트와 같이 오프라인 기반의 이용 저작물 목록화 이외, 이용 저작물의 목록화를 위해 일련의 기술적 수단을 활용하는 경우에는 사전에 특정한 코드 등을 대상 저작물에 삽입하고 그 저작물을 이용할 경우 삽입해 둔 코드 등을 통하여 자동적으로 그 이용이 모니터 될 수 있도록 하는 방식이 활용된다. 이용되는 저작물이 디지털화되면서 가능해진 방식이다. 대표적으로는 해시 기반의 필터링 기술을 들 수 있는데 이 기술은 특정 저작물을 대상으로 해시값을 생성하고 이를 데이터베이스에 저장한 후, 저작물 이용 시 생성된 해시값을 데이터베이스에 조회하여 동일한 해시값이 존재하는지 여부를 본다[4]. DRM 등과 같이 저작물의 이용을 통제하는 기술 역시 대표적으로 사용되던 방식인데 디지털 워터마크 기술 등이 함께 사용되기도 한다[5]. 그 외에도 DOI(Digital Object Identifier), UCI(Universal Content Identifier) 등도 우회적으로 저작물 이용 모니터링을 위하여 사용될 수 있다. 일부 이를 위한 모델을 구현 및 활

용하기도 하였다[6]. 그런데 이러한 방식은 저작물을 콘텐츠와 동일하게 이해하고 있음을 전제로 한 것이다. 양자는 유사하게 인식되는 경향이 크나, 실제 개념상 그리고 실제상 상당히 구별되는 특징이 있기 때문이다.

콘텐츠와 구별되는 저작물의 가장 큰 특징은 변형 이용이 상당하다는 점이다. 음악저작물 등 일부 그러하지 않은 유형의 저작물도 있으나, 어문저작물 등의 경우에는 방송 등에서 타인의 저작물을 이용할 때 원저작물을 그대로 이용하기보다는 이용자의 기억상 문제, 화자의 상황, 문맥상 필요 등에 의해 원저작물과 다소 다른 표현으로 이용되는 경우가 많다. 이러한 경우 특정한 표현이 이에 기초가 된 원저작물과 어느 정도의 유사한 관계를 갖는지에 따라 참고는 하였더라도 그것이 표현을 이용한 것이 아닌 저작권법상 보호받지 않는 아이디어를 참고한 것에 불과한 별개의 표현물로 볼 수 있고, 아니면 원저작물의 보호받는 표현을 이용하여 동일한 저작물 혹은 이용 시 변형적 이용이 상당한 경우 2차적저작물에 해당하는 등 여러 가지 관계를 형성하게 된다.

그다음으로는 공정이용의 존재를 들 수 있다. 저작권법은 일정한 경우에 저작권자의 허락 없이 타인이 저작물을 이용할 수 있도록 권리행사 제한을 규정하고 있다. 이를 통칭하여 공정이용이라 지칭하기도 한다. 본래 공정이용은 영미법상의 개념으로 저작권자의 허락 없이 이용이 가능하도록 규정한 일반 규정(미국 저작권법의 경우 제107조)을 의미하는 것인데, 우리 저작권법은 제35조의5에서 보조적인 역할을 하는 규정으로 일반규정을 두고 있지만 저작재산권 행사 제한에 관한 일련의 규정 전부를 공정이용으로 지칭하기도 한다. 이러한 규범에 따르면 타인의 저작물을 이용하더라도 저작권법에서 규정하고 있는 권리행사 제한 사유(저작권법 제23조에서 제35조의4 등)에 해당하거나, 그렇지 않을 경우 그 이용의 목적과 성격, 저

작물의 종류 및 용도, 이용된 부분의 비중과 중요성, 저작물 이용의 시장 대체 가능성 등을 고려(저작권법 제35조의5)하여 저작권자의 허락 없이 저작물을 이용할 수 있도록 한다.

이러한 저작물의 특징은 콘텐츠가 갖는 특성과 구별되는 것으로 콘텐츠와 저작물을 달리 인식하지 않는 전제 하에서 이루어지는 기술 활용의 실효성을 확보하기 어렵게 만든다.

2.3 사후적 모니터링 방식의 필요성

저작물의 특성과 저작물 이용환경의 변화를 고려할 때 디지털화 된 저작물을 중심으로 사전의 기술적 조치를 통해 저작물 이용을 모니터링할 수 있도록 한 기존의 방식은 상당한 한계를 나타낼 수밖에 없다. 특히 방송에서 이용되는 어문저작물과 같이 디지털화되지 않은 경우, 혹은 이용에 의외성이 크게 작용하는 경우에는 기존의 사전 기술 조치에 기반한 정산 방식은 적합하지 않음을 쉽게 이해할 수 있다. 그런데 지금까지는 이러한 특징을 가장 크게 갖는 어문저작물의 이용이 그리 많은 비중을 차지하지 않다 보니 이 문제가 크게 드러나지 않았으나, 최근 인문학적 소재를 대상으로 한 방송이 많아지고 있다 보니 어문저작물을 중심으로 한 방송에서 이용되는 저작물을 어떻게 모니터링할 수 있는지가 고민이 시작되고 있다[7]. 특히 앞서 살펴본 문제들을 해결하기 위해 이용된 저작물을 사후적으로 탐지하여 이용 내역을 확인하는 방식이 유의미한 방식이라 생각되며, 이를 구현하기 위한 기술적·제도적 그리고 실무적 고민이 필요한 시점이다.

3. 사후적 모니터링 시 원저작물 이용 및 책임의 결정 문제

3.1 저작물 이용 사실의 기준 : 실질적 유사성의 존재

3.1.1. 실질적으로 유사한 관계 여부 결정의 주요 문제

실질적 유사성의 인정 여부를 결정하기 위해서는 매우 복잡한 구조와 요건을 다루어야 하는데, 중요한 요소를 몇 가지 살펴본다.

첫째, 실질적 유사 여부를 가리기 위해서는 저작권법에 의해 보호받는 표현만을 비교의 대상으로 하여야 한다. 이는 저작권법 체계에서 언급되는 여러 유사성과 구별되는 가장 핵심적인 것인데, 아이디어 등과 같이 저작권법이 보호하지 않는 대상은 실질적 유사 여부를 가리는데 활용될 수 없다. 실질적 유사성이라는 개념 자체가 비교 결과 나타나는 일정한 유사한 상태가 저작권 침해에 이르는 것으로 볼 수 있는가를 판단한 것이기 때문이다. 보호대상이 아닌 것을 이용하였다고 하여 저작권 침해가 될 수 없다는 것이다. 방송에서 이용되는 저작물의 경우 그 자체(작품 단위 등)를 통상 저작물이라 통칭하고 있는데, 실제 저작권 침해가 쟁점이 되는 경우 이용된 표현을 구체적으로 살펴 그 가운데 보호받는 표현이 어느 범위까지 인지를 다루게 된다.

둘째, 실질적 유사 여부의 기준 설정은 필연적 모호성이 존재한다. 실질적 유사성 개념 자체가 객관적인 기준을 전제로 하는 것이 아니며, 또한 어떠한 상태를 놓고 그것을 저작권 침해에 이르는 것으로 볼 것인가를 판단하는 것으로 유사함 자체만이 아닌 정책적·균형적 고려 역시 이루어지기 때문이다[8]. 결국 얼마만큼 서로 유사하여야 이를 실질적으로 유사하다고 할 수 있을지에 대한 명확하고 객관적인 기준을 설정한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이라 할 수 있다. 이러한 점으로 인하여 저작권 침해 여부를 판단하는 과정은 필연적으로 모호성을 내포하고 있다고 본다. 특히 저작권 침해가 쟁점이 되는 재판 과정에서는 개별적 판단 문제가 크게 문제 되지 않으나 방송 모니터링 측면에서 이 유사성의 개별적 판단은 실무적

으로 판단의 효율성과 정확성 사이의 충돌을 가져온다. 물론 정확성이라 하더라도 그것이 사법부의 최종 판단이 아닌 한 최종적 판단의 의미를 가지는 못하는 한계도 있다.

셋째, 적은 양의 표현과 공정이용에 대한 문제가 있다. 실질적 유사성은 유사한 표현이 갖는 양적인 상태, 그리고 질적인 상태를 고려하여 판단하도록 되는데, 매우 적은 양의 표현을 대상으로 할 때는 이러한 점을 적절히 고려하는데 어려움이 발생하게 된다. 어떠한 소설에서 한 문장을 방송에서 이용하였을 때, 이것을 타인의 저작물을 이용한 것으로써 저작권 침해에 이른다고 볼 것인가. 저작권 침해에 이를 정도의 이용이 아니라면 사후적으로 이를 탐지하여 저작권료 지급을 요구하는 것의 실효성이 확보되기 어렵다. 즉, 저작물 이용에 대한 탐지의 기준은 특정한 저작물 이용이 저작권 침해에 이를 정도의 유사성 상태와 연결된다고 보는 것이 합리적이다. 공정이용의 존재 역시 이와 연결된다. 물론 그와 별개로 이용된 상황 자체를 수집하고 목록화하는 것을 목적으로 한다면 이 문제는 상대적으로 조금 가볍게 다룰 수 있게 된다. 특히 이 문제는 사안의 개별성이 높아 실무적 효율성 확보가 현저히 저해되는 요인이 될 수 있다. 따라서 저작물의 실질적 유사성 판단은 모니터링 체계의 실효성을 좌우하는 요소이나 실무적으로 곤란함이 상당하다.

3.1.2. 동일성 결정의 난점

방송물 모니터링을 통하여 방송에서의 표현물이 타인의 저작물을 이용한 것인지 여부를 결정하기 위해서는 앞서 살펴본 것과 같이 두 비교 대상 간 동일성 또는 실질적 유사성이 인정될 수 있어야 한다. 특히 표현물 또는 저작물 전체를 대상으로 하는 것보다 상당히 짧은 표현이 그 비교와 판단의 대상이 되는 경우가 대부분일 것으로 쉽게 예상할 수 있다. 사전적인 조치를 통하여 탐지가

가능한 콘텐츠 분야와 달리 저작물을 대상으로 하여서는 사후적인 탐지가 타당한 결과를 가져오는데 적합할 것으로 보이나, 저작물의 특성상 사후적 탐지를 통한 동일성 판단에 있어서는 앞서 살펴본 것과 같은 난점이 존재함을 부정할 수 없다. 그런데 문제는 일련의 모니터링 과정에서 이러한 난점들을 극복할 수 있는가에 있다. 특히 상당히 많은 양의 저작물 이용 사안을 모니터링하게 될 때 필연적으로 기계적 결정(자동화된 결정)을 중심으로 이 문제들을 대할 수밖에 없다. 결국 여기서 가장 중요한 것은 저작권법에 기반 한 이용된 저작물이라는 결정과 이 결정에 이르기 위한 기계적 결정 방식을 어떻게 ‘연결’시킬 것인가이다.

3.2 정량적 기준의 적용을 통한 실질적 유사성 판단 노력과 한계

저작권 분야에서 두 비교 대상 간 유사한 정도를 일정한 수치로 나타낸 것을 정량적 유사도라 표현한다[9]. 이는 컴퓨터프로그램저작물을 중심으로 우리나라에서 많이 활용되고 있는 방식이다. 어문저작물의 경우에는 서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2012가합541175 판결에서 문자적 표현에 대한 정량적 유사도를 산출 및 활용한 사례가 있지만, 흔히 활용되고 있지는 못한 실정이다. 이는 컴퓨터프로그램저작물과 달리 맥락에 대한 처리, 상대적으로 높은 변형성, 비디지털 저작물의 경우 비교의 물리적 어려움 등에 대한 대응이 아직 용이하지 않기 때문으로 이해된다.

실질적 유사성 판단 과정에서 산출된 정량적 유사도는 몇 가지 특징을 갖는다. 이는 실질적 유사성이라는 질적 가치를 숫자를 표현 수단으로 하여 양적 가치로 나타낸 것이라는 점, 유사도는 문언적 표현뿐만 아니라 어떠한 방식을 적용할 것인가에 대한 다양성이 문제이나 비문언적 표현에 대해서도 일정한 비율로 결과를 도출할 수 있다는 점, 그리고 우리나라에서 이루어지는 정량적 유사

도 활용이 해외의 사례와 구별되는 점인데 우리의 경우 기술적으로 이루어지는 산정방식에 저작권법의 가치를 반영하여 계산을 시도하고 있다는 점 등이 그것이다[10].

상당한 장점을 갖는 정량적 유사도를 활용한 실질적 유사성 판단 시도는 몇 가지 한계를 갖는다. 첫째, 정량적 유사도는 기술적 분석값으로써 본질적 한계로써 저작권법에서 정하는 법적 가치(실질적으로 유사하다는 개념)를 정확히 특정할 수는 없으며 현실에서 이루어지는 여러 시도와 고민들은 기술적 분석값을 최대한 법적 가치에 가까이 놓을 수 있도록 하는 노력에 해당한다는 한계이다. 둘째, 대상 표현물을 작성하는데 공유된 표현을 많이 사용할 경우 유사한 정도라는 결괏값이 갖는 실질적인 의미가 상당히 감소한다는 한계이다. 어떠한 표현에서 저작권법상 보호받지 않은 표현이 대부분이라면 그 나머지 표현만을 대상으로 유사도를 산정하여 그 수치가 매우 높은 정도를 보이더라도 그것을 저작권 침해에 이를 정도의 유사성으로 이해할 수 있을지 고민이 있는 것이다. 셋째, 유사성을 나타내는 수단으로 비율을 사용하다 보니 비교 대상의 양적 규모에 따라 유사도 결과가 갖는 의미에 왜곡이 발생하는 한계이다. 타인의 저작물을 이용한 양이 매우 많은 경우와 반대로 매우 적은 경우가 비교 대상 전체 저작물의 양적 상태에 따라 동일한 비율의 유사도로 도출될 수도 있는 것처럼 양적인 상태가 결과에 반영될 수 없다. 넷째, 실질적 유사성 여부를 결정하는 중요한 요소인 질적인 중요성에 대해 이것을 어떻게 기술적으로 구현할 수 있을지 어려우며 상당히 자의적인 판단으로 흐를 수 있다는 한계이다. 마지막으로 유사도를 산출하는 방식에 따라 동일한 대상에 대해서도 서로 상이한 값이 도출될 수 있다는 한계이다.

우리나라에서의 재판 실무, 특히 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 저작권 침해 분쟁에서는

정량적 유사도의 활용이 활발하게 이루어지고 있으나 이와 같은 한계로 인하여 정량적 유사도가 갖는 의미적 한계를 명확히 한정하고 있다. 즉, 실질적 유사 여부에 대한 최종적인 판단은 여러 가지 요소를 고려하여 인간인 법관에 의하여 결정되, 정량적 유사도는 이 결정을 위한 여러 가지 요소 가운데 하나(물론 핵심적인 요소로 기능한다)로써 의미를 갖는다.

3.3 저작물 동일성 판단 의사결정 모델과 실질적 유사성 판단 구조의 관계

실질적 유사성의 판단 구조에 관하여는 오랜 기간 논의가 누적되어 현재 다양한 모델이 제시되고 있다. 그중 미국에서 활용된 것을 중심으로 대표적인 것을 몇 가지 살펴본다.

가장 기본적인 것으로는 Arnstein 테스트(제2연방항소법원), Krofft 테스트(제9연방항소법원), Whelan 테스트(제3연방항소법원)가 있다. 이들 테스트는 실질적 유사성 판단 구조에 대한 초창기 논의에 해당한다. Arnstein 테스트는 저작권 침해에 이르기 위해서는 타인의 저작물을 이용한 것이 부당한 이용에 이를 수 있어야 한다고 하였고, 부당한 이용은 보호받는 표현을 이용한 정도가 실질적으로 유사한 것으로 인식되어야 함을 명시하였다. Krofft 테스트는 실질적 유사성을 판단하기 위하여 외부적 테스트(extrinsic test)와 내부적 테스트(intrinsic test)를 거치도록 한 것이라는 특징이 있다. 이때 외부적 테스트는 전문가에 의해서 분석적인 판단이 이루어져야 하고 내부적 테스트는 표현의 유사성을 합리적 일반인 관점에서 외관을 살피는 방식으로 이루어져야 한다고 했다. Whelan 테스트는 비문언적 표현을 비교 범위에 적극적으로 관여시킨 것으로 평균적인 일반인의 관점에서 직관과 느낌에 의하여 실질적으로 유사한지 여부를 판단하여야 함을 제시하였다. 이러한 과정을 거치면서 제2연방항소법원의 Altai 판결에

서 도출된 3단계테스트(3-step test)는 현재 우리나라에서도 개념적인 측면에서는 많이 고려되고 있다. 이는 실질적 유사성을 판단하기 위해서는 추상화(abstraction), 여과(filtration) 및 비교(comparison) 단계를 거쳐 판단하도록 제시한다. 이 과정을 통하여 보호받는 표현(core)의 실질적인 부분을 복제한 것인지를 판단하게 된다.

우리나라의 관련 판결들을 보면 특정한 실질적 유사성 판단 구조를 정립하고 있다고 하기에는 어려움이 있는 것으로 보인다. 특정한 판단 구조 보다는 저작권법의 기본 원칙에 따라 판단하는 경향이 일반적인 것으로 보인다. 한편, 미국의 경우 부당한 이용을 입증하기 위한 수단으로 실질적 유사성을 판단하고 있으나 우리의 경우 부당한 이용을 거치지 않고 실질적 유사성의 존재 여부에서 바로 저작권 침해 판단 구조를 구성하는 모습을 보인다.

실질적 유사성의 존재 여부가 타인의 저작물 이용 사실을 확인하는데 중요한 요건이 됨은 분명하다. 그러나 방송에서 저작물 이용 모니터링의 측면에서는 방송에서의 표현물과 특정한 저작물 간의 실질적 유사성만으로 이용 관계를 확인하기에는 부족함이 있다. 실질적 유사성의 판단이 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 표현만을 대상으로 하여 비교한 것이라는 점에 충분함이 있다고 볼 수 있겠지만, 특정한 방송상 표현이 타인의 저작물을 이용하여 그 이용에 따른 귀책 및 배상책임이 있다고 하기에는 조금 더 살펴봐야 할 요소들이 있기 때문이다. 그중 가장 중요한 것으로는 허락 없는 이용으로 인하여 원저작물과 상당히 유사한 상태이나 그럼에도 불구하고 원저작권자가 권리를 주장할 수 없는 경우, 즉 공정이용(저작권법 제35조의5 뿐만 아니라 그 외 저작재산권 권리 행사 제약 사유 포함)에 대한 고려가 실질적 유사성 판단과 동시에 이루어져야 한다는 점이다.

이와 같은 점을 고려할 때, 방송물을 제작하는

데 있어 타인의 저작물을 이용한 것인지 여부를 결정하는 것과 저작권법상의 실질적 유사성의 판단은 후자가 전자를 위한 수단으로써 관계를 갖는 것으로 이해할 수 있다. 앞서 설명한 것과 같이 단순히 비교라는 측면에서는 전자에 대한 결정과 후자의 판단은 동일한 것처럼 볼 수도 있겠지만, 전자의 결정은 실질적 유사성의 존재 사실 이외에도 권리 침해가 이루어진 것인지 여부에 대한 추가적인 요소를 살펴봐야 한다는 점에 그 차이가 있다.

3.4 소결 : 연결을 위한 문제해결 방향

앞서 살펴본 점들을 고려할 때, 방송에서의 표현물에 대한 사후적 모니터링을 수행할 때 타인의 저작물을 이용함으로써 인한 정산 등의 후속 조치가 필요한지 여부를 결정하기 위한 체계를 구성함에 있어서 다음의 몇 가지 사항이 반드시 고려되어야 함을 도출할 수 있다.

첫째, 저작권법에 의하여 보호받는 표현을 이용한 것인지에 대한 최소한의 고려가 필요하다. 저작권 침해 판단 구조에서 살펴본 것과 같이 저작권법 체계에서는 저작권법에 의해 보호받는 표현을 이용한 것이 아니라면 서로 유사한 경우라 하더라도 타인의 저작물을 이용한 것이 성립되지 않는다. 즉, 타인의 것을 이용하였지만 타인의 저작물을 이용한 것은 아니게 되므로, 이용자에게는 이용에 따른 저작권법상의 책임이 부여되지 않는다. 저작권료 정산의 대상이 되지 않는 것이다.

둘째, 기계적 비교·분석 시 보정 과정이 필요하다. 상당한 양의 비교·분석을 시행해야 하는 방송 표현물은 필연적으로 정보화 기기 등을 통한 기계적 비교·분석이 이루어질 수밖에 없다. 그러나 이는 유사한 정도를 분석하는 과정에 해당하는 것으로 현재 실질적으로 유사한 정도를 직접 도출할 수 있는 유사도 산출 방식은 존재하지 않는다. 오히려 사람의 개입이 필수적일 수밖에 없는 비

교·분석의 하위 요소도 존재한다[11]. 이러한 점은 비교·분석 과정에서 사용된 기계적 비교 과정에 대한 최소한의 보정을 요구한다. 보정 과정을 통하여 보호받지 않음이 명백한 표현, 번역 등으로 인한 언어적 차이 등을 비교 과정에서 보정하여 비교·분석을 용이하게 할 필요가 있다.

셋째, 타인의 저작물을 일부 이용한 행위가 공정이용 등에 해당하는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 방송 표현물과 원저작물 간의 유사한 정도가 모니터링의 최종 목표가 되는 결과는 아니다. 유사한 정도를 고려함과 함께 그 이용한 것이 저작권법에 따라 원저작권자에 대한 책임을 가지는지 여부를 결정하는 것이 최종 목표라 할 수 있다. 이러한 차이로 인하여 기존 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 재판 과정에서 이루어지던 정량적 유사도 산출만으로 방송상 이루어진 표현물에 대한 모니터링이 충분히 가능하다고 보기 어렵다. 이에 특정한 이용 상황이 공정이용과 같은 권리행사가 제한되는 사유에 해당하는지 여부에 대한 결정이 반드시 필요하다.

넷째, 의사결정 모델은 내재적 한계 상 기계적 결정 방식을 중심으로 한 효율성 극대화 추구가 적합하지 않으며, 어떠한 주체에 의한 종합적 결정이 이루어지는 구조를 채택할 수밖에 없다. 앞서 살펴본 것과 같이 모니터링에는 양적 상당성과 비교의 곤란성 등으로 의하여 자동화 수요가 높게 나타난다. 그럼에도 불구하고 실질적인 유사한 정도 판단 문제, 공정이용 등과 같은 판단 등 본질적으로 자동화 체계를 구현하기 어려운 핵심 요소들이 있어 이들에 대한 고려 과정은 사람에 의하여 이루어져야 한다. 다만, 모든 경우에 사람이 개입될 때 모니터링 체계의 효율성이 극히 낮아지게 되므로 사람의 개입이 필요한 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 것이 필요하며, 이를 구분하는 기준을 어떻게 설정하는지에 따라 모니터링 체계의 효율성 및 실효성 등의 수준이 결정될 것으로

본다.

다섯째, 모니터링 결과는 저작물 이용 및 그에 따른 책임에 대한 최종적인 판단이 아니며, 모니터링을 운영하는 주체(현실적으로 신탁단체 등이 될 수 있음)의 의사결정에 해당한다는 점을 인식하여야 한다. 사법부가 아닌 경우 최종적인 판단이 될 수 없으므로 모니터링 체계에 의하여 일련의 결정을 하였더라도 추후 협상 또는 법적 분쟁 등이 이루어질 여지가 존재한다. 이러한 상황에 대응하기 위하여 구체적인 결정의 근거 등을 적절히 유지하고 있어야 한다.

4. 저작물 이용 여부 의사결정 모델 구축 방안

4.1 개괄

방송에서의 표현물이 타인의 저작물을 이용한 것인지를 결정하고, 그 이용에 따라 저작권법상 인정되고 있는 책임(저작권료 등)의 부여 여부 및 그 처리 등을 위한 절차로 연결할 수 있는 모니터링 체계는 앞서 살펴본 요소들을 고려하여 세 가지 단계로 구성할 수 있다. 이는 i) 정량적 유사도 산출 단계, ii) 보정 및 심층 분류 단계, 그리고 iii) 최종 결정 단계로 구성할 수 있다. i)과 ii) 단계는 기술적 측면에서의 과정이라 할 수 있고, iii) 단계는 법적 측면에서의 과정이라 할 수 있다. 그리고 보정되는 내용에 따라 다를 수 있는데 일부의 경우는 ii)에서 다시 i)로 돌아가서 비교·분석 과정을 진행할 수 있도록 한다.

4.2 정량적 유사도 산출 단계

의사결정 체계의 첫 번째 단계로써, 방송에서의 표현물과 대비되는 원저작물 사이에 어떠한 관계가 있는지를 살펴보는 과정이다. 방법론으로는 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 정량적 유사

도 산출 방식과 같이 텍스트 구문을 비교하여 유사한 정도를 수치로 나타내는 것이 타당할 것으로 생각한다. 그 외 방법으로는 실질적 유사 여부를 직접 판단하는 방식도 생각해 볼 수 있겠으나, 이는 단순히 유사한 것 자체만으로 본 의사결정의 목적을 달성하는 것은 아니고 오히려 최종적인 의사결정을 위한 시작이라는 점을 고려할 때 유사 여부에 대한 판단보다는 유사한 정도에 대한 정보를 제공하는 것이 보다 효과적이라 생각한다.

다만, 세부적인 방법론에 대해 많은 고민이 필요하다. 동일한 것에 대한 탐지가 아닌 유사한 것을 탐지하고 그 정도를 제시해야 한다는 점에 무엇을 유사한 것으로 할 것인가, 그 기준을 어떻게 설정할 것인가에 대해 아직 유의미한 논의가 이루어진 상황이 아니다. 그나마 컴퓨터프로그램저작물 분야에서는 나름 관련 논의와 사례가 축적되고 있는 것과 달리 어문저작물 분야에서는 그러한 논의와 사례를 찾아보기 쉽지 않다. 대표적인 사례로는 서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2012가합541175 판결이 있는데, 이 판결은 국어교과서를 이용한 온라인강의에 대한 사안인데, 원고가 피고의 국어 교과서 및 평가문제집을 활용하여 자신의 온라인강의를 만들어 서비스한 것이 문제(이용허락 계약이 만료되었으나 계약상 이견으로 갱신하지 못함으로 인한 무단 이용이 된 것)된 것이다. 이 판결에서 법원은 원고가 피고의 교과서 및 평가문제집을 이용한 분량이 어느 정도 되는지를 확인하기 위하여 강의 속기록을 대상으로 정량적 유사도 산출을 시도하였다. 이에 “각 강의에서 피고 교재와 유사한 음절 수를 해당 강의에 포함된 전체 음절 수로 나눈 값을 토대로 산정한 이 사건 동영상 강의와 피고 교재의 유사율은 14.17%(=유사 음절 수 합계 141,594개 / 전체 음절 수 998,580개 × 100, 소수점 둘째 자리 미만 버림)에 이르는바, 위의 유사한 음절이 모두 피고 교재만의 창작성이 인정되는 부분에 대한 것이라고 볼

수는 없다고 하더라도, 적어도 위 유사한 음절 부분은 이 사건 동영상 강의에서 피고 교재를 그대로 또는 본질적인 변형 없이 사용한 부분에 해당한다고 봄이 상당하다.”라고 판시한 바 있다. 여기서 의미 있는 시사점은 음절을 단위로 하여 동일한 비중을 산출하였다는 점, 상당한 양임을 고려하여 다소간의 오차는 고려하지 않았다는 점, 그리고 유사도 결과만으로 실질적 유사성을 직접 도출하려 하지 않았다는 점을 들 수 있다. 다만, 한계로는 음절의 동일성을 판단한 것이지 저작권법에서 의미하는 유사성 도출을 도모한 것은 아니라는 점, 그리고 음절은 의미를 내포하고 있지 않으므로 표현의 내용(의미)를 고려하여야 하는 저작권법상의 개념 상 음절을 기준으로 하는 것은 어떠한 면에서 적절하지 않을 수 있다는 점 등을 들 수 있다.

본 의사결정 체계에서 정량적 유사도 산출을 위해서는 기본적으로는 최소한의 의미를 갖는 어절을 기준으로 하되 음절이 어떻게 동일하게 나타날 경우 이를 유사한 것으로 볼 수 있을지, 조사 또는 술어 등이 단어에 결합될 경우 표면상 상이한 어절로 나타날 것이나 의미상 사실상 동일한 것에 가까운 표현이 되는 것인데 이를 어떻게 처리할 것인지 등과 같이 구체적인 기준을 설정하여야 한다. 이에 대해서는 실무적 논의가 더 필요하다.

4.3 보정 및 심층 분류 단계

기계적으로 비교·분석된 결과를 그대로 의사결정의 전제로 확정할 수는 없다. 이에 첫 번째 단계에서 결과로 제시된 유사도를 보정하는 과정이 필요하다. 통상의 경우 비교를 위한 전처리를 거친 후 비교·분석을 하기도 하는데, 본 모니터링 체계에서의 의사결정 모델의 경우 비교를 위한 전처리를 수행하는 것이 현실적으로 불가능하므로, 이를 고려하여 비교·분석 과정을 비교 절차

의 수행과 더불어 기계적 비교·분석이 충분히 가능한 대상과 그렇지 않은 대상을 어느 정도 필터링 하는 역할도 고려하고 있는 것이다.

이 과정은 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째, 물리적 보정이다. 사실 이 기능은 비교를 위한 전처리에 해당하는 것으로 볼 수 있는데 앞서 언급한 것과 같이 모든 비교 대상에 대한 전처리를 일일이 하게 될 경우 비교 이전의 전처리 절차가 전체 시스템의 병목지점으로 작용할 수 있어 효율성을 낮출 우려가 있으므로 순서를 바꾼 것이다. 이 부분은 최대한 기계적으로 보정될 수 있는 것으로 단계 후행에 따른 효율상의 문제가 유의미하게 나타나지는 않을 것으로 생각한다. 둘째, 정성적 보정이다. 이는 유사한 것 혹은 상이한 것으로 비교·분석된 결과에서 대상 표현의 의미를 고려할 때 세부 결과에 대한 보정이 필요한 경우 이를 조정하는 것을 의미한다. 이때 변형이용이 있는 경우도 보정의 대상이 될 수 있는데, 변형의 정도가 단순한 정도에 그쳐서 그에 대한 판단에 이견이 크지 않을 수 있는 경우가 가능하다고 생각한다. 만약 이견이 있을 정도의 변형적 이용에 대해서는 별도의 절차를 거쳐 판단하는 것이 필요하며, 마지막 단계에서 그 절차를 운영한다.

그리고 이 단계에서는 심층 분류를 함께 수행한다. 보정 과정에서 기계적으로 혹은 사람에 의해 보정될 수 있는 정도를 벗어나면 밀한 검토가 필요한 경우에는 별도의 절차를 거칠 수 있도록 해당 비교쌍을 분리하는 것이 필요하기 때문이다. 방송에서의 표현물이 타인의 저작물을 이용하기는 하였으나 그것이 공정이용에 해당하는 것으로 보아야 하는지와 같은 검토가 필요한 경우 그 대상에 해당한다. 이 단계에서의 보정 수준, 그리고 심층 분류 대상으로 구분하는 것에 대한 기준을 어떻게 설정할 것인지에 따라 본 의사결정 체계의 효율성 및 실효성에 영향을 미칠 수 있다. 기계적 결정 비중을 높일수록 의사결정의 효율은 높아지

게 되나 경우에 따라서는 본 체계 이후의 단계, 즉 정산 등의 권리처리 단계에서 다툼이 발생할 수 있어 전체적으로는 효율(이 경우 체계의 실효성이라 할 수 있다)이 떨어질 우려도 있다. 반대로 사람의 결정 비중이 높아질 경우 의사결정 체계의 효율이 매우 낮아질 우려가 있다. 이에 대한 적절한 균형점을 찾는 것이 실무상 과제가 된다.

4.4 최종 결정 단계

세 번째 단계에는 두 가지 방향에서 정보가 진입한다. 두 번째 단계를 거치면서 심층 분류의 대상으로 지정되어 별도의 검토를 필요로 하는 것과 일련의 과정을 거치면서 큰 문제없는 기계적 결과를 가져온 것이 그것이다. 전자에 대해서는 전문가로 구성된 위원회에서 논의를 함으로써 의사결정의 전문성과 보편성을 확보할 수 있도록 하여야 한다. 다만 검토 대상의 양적 상당성 등을 고려할 때 위원회의 합의적 판단에 따르기보다는 사안을 분리하여 전문가의 단독 심의만으로 충분한 경우 단독 결정을 할 수 있도록 하고, 합의 심의가 필요한 경우 합의 결정으로 하도록 이원화하는 것이 효과적이라 생각한다. 현재 불법복제물 관련 심의 역시 이와 같은 방식을 적용하고 있다. 다만, 본 모니터링 및 의사결정 체계의 효율성을 확보하기 위해서는 세 번째 단계에서 위원회의 판단을 거쳐야 할 대상의 규모를 어떻게 설정할 것인지가 매우 중요한 문제가 된다. 이 역시 그 정도에 따라 본 의사결정 체계의 효율성과 전체 체계의 실효성이 영향을 받게 되기 때문이다. 한편, 후자에 대해서는 기계적 오류가 없다면 의사결정을 확인하는 과정이 된다. 다만, 전자 혹은 후자의 경우 모두가 의사결정이 저작물 이용 및 그에 따른 책임을 부여받도록 하는 최종적인 판단이 아님을 고려하여야 하며, 이의 제기 등의 부속 절차를 마련할 필요가 있다.

5. 결 론

방송에서 이용되는 저작물, 특히 어문저작물을 대상으로 한 모니터링 체계는 최근 초기 논의가 이루어지고 있는 상황이다. 이에 타인의 저작물을 이용한 방송 표현물을 탐지하는데 필요한 기술적 검토가 이루어지고 있는데, 이러한 모니터링 체계의 논의가 실효성을 갖기 위해서는 광범위한 탐지와 이용사실 통지가 아니라 저작권료의 청구가 가능한 책임 있는 저작물 이용의 경우를 최대한 특정하는 것이 무엇보다 중요하다. 본 연구에서는 타인의 저작물을 이용한 방송 표현물을 대비하는 과정과 이에 대한 유책한 저작물 이용 여부의 의사결정 체계를 큰 틀에서 제시하였다. 다만 구체적인 부분에서 아직 한계를 갖는데, 그러한 한계는 모니터링 체계 내에서 의사결정의 실효성과 효율성의 최대치를 확보할 수 있도록 향후 세부적인 조율 및 방법론의 개발을 통하여 해결을 모색할 수 있다고 본다.

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] Lee Dae hee. The necessity of rational use of music for broadcasting. (2023). Lawtimes.
<https://www.lawtimes.co.kr/news/173094>.
- [2] Lee Dae hee. The necessity of rational use of music for broadcasting. (2023). Lawtimes.
<https://www.lawtimes.co.kr/news/173094>.
- [3] Oh Dae Suk. FKMP, Undistributed Copyright Compensation, 'Bullhead'. (2016). Etnews.
<https://www.etnews.com/20160923000320>.
- [4] Soonhong Kwon &Hyun Jung &Byoung-Soo Koh &Jong-Hyouk Lee. Filtering technology trend analysis for content copyright protection, The Korean Institute of Smart Media 2020 Autumn Conference. (p.2). The Korean Institute of Smart Media. (2020, November).
- [5] Kyoung Wan Kug., Digital Copyright Protection Issues and Technology Trends. KOSEN Report 2022. 4.(2022).
https://kosen.kr/info/kosen/REPORT_000000002256.
- [6] Park Jong Jin. Webtoon National Standard 'Content Identification System' will be introduced next year...block illegal distribution abroad. (2022). Etnews.
<https://www.etnews.com/20221110000128>.
- [7] Jun Suk Hee. KIIP, Establishment of a consultative body to improve the settlement distribution system for literary and artistic works. (2023). Worktoday.
<http://www.worktoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=43532>.
- [8] Nicholas R. Monlux, An Invitation for Infringement : How the Ninth Circuit's Extrinsic and Intrinsic Similarity Tests Encourage Infringement : An Analysis Using *Reece v. Island Treasures Art Gallery*, Journal of the Copyright Society of the USA, 56(2-3), 543-544. (2009).
- [9] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 118. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360.
- [10] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 121-123. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360.
- [11] Kim, Si-Yeol. A Critical Review on the Use of Threshold Value in Calculating

Similarity for Determining Copyright
Infringement. JSAV, 19(1), 8. (2023). DOI :
10.29056/jsav.2023.3.01.

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