

논문 2018-1-1

# 저작권 분쟁조정과 SW감정 연계 문제에 관한 검토

김시열\*

## A Study on Issue for Combination with Copyright ADR and SW Appraisal

Si-Yeol Kim\*

### 요 약

본 논문은 저작권 분쟁조정 과정에서 SW감정을 활용하는데 장애가 되는 요인을 살피고, 이를 개선하는 방안을 생각해 보는 것을 내용으로 한다. 이를 통해 조정제도 및 감정제도 본연에 내재된 서로 다른 방향으로 나타나는 딜레마를 효과적으로 해결할 수 있을 것이라 기대하였다. 구체적으로는 SW감정의 공적기능이 강화되어야 하며, 원용제한 규정의 예외 확대, 감정결과를 증거로 활용하기 위한 협의, 간이감정 방안을 모색하는 등의 방안을 생각해 보았다.

### Abstract

In process of copyright mediation, the parties hesitate to take advantage of SW appraisal system of Copyright Law. In this paper, we analyze obstacle factor and come forth with some solution in order to solve a dilemma issue. Specifically, we need to improving an public function of sw appraisal, and it should be permitted to make an exception in invoking products. Otherwise, I was concerned about choosing as evidence, adopting simplicity appraisal.

**한글키워드 :** 조정, SW감정, 딜레마, 연계

**keywords :** Mediation, SW Appraisal, Dilemma, Combination

### 1. 서론

저작권법 제119조<sup>1)</sup>에 근거를 두고 있는 SW감정은 크게 소송 등의 절차와 분쟁조정에서의 절차, 두 가지 원인에 의하여 수행된다.

그런데 위 규정에 따른 SW감정은 현재 주로

법원 혹은 검찰 및 경찰 등에 의하여 의뢰되는 것이 대부분이며, 분쟁조정 과정에서 의뢰하는

1) 제119조(감정) ① 위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 감정을 실시할 수 있다.

1. 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우

2. 제114조의2에 따른 분쟁조정을 위하여 분쟁조정 의 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우

\* 한국지식재산연구원(법학박사)

(email: sykimlaw@hanmail.net)

접수일자: 2018.05.25. 심사완료: 2018.06.08.

게재확정: 2018.06.20.

경우는 거의 없다. 이와 같이 저작권법 제119조 제1항의 의뢰 유형 중 1호와 달리 2호의 활용이 거의 없는 실정은 저작권법에서 동 제도를 마련함으로써 기대한 법정책적 효과를 충분히 이끌어 내고 있지 못한 것이라는 비판의 원인으로 작용한다.

이에 동조 제1항 2호의 감정의뢰 원인인 저작권법 제114조의2<sup>2)</sup>에 따른 분쟁조정 과정에서 SW감정의 활용이 저조한 원인과 이를 해결하기 위한 방안을 정책적 관점에서 생각해보고자 한다.

## 2. 양 제도 연계 구조 및 딜레마

### 2.1 저작권법상 제도 근거 및 연계 구조

저작권법 제119조 제1항은 저작권법상의 감정 제도를 이용할 수 있는 원인을 규정한다. 1호에서는 ‘법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우’에 감정을 실시할 수 있다고 하며, 2호에서는 ‘제114조의2에 따른 분쟁조정을 위하여 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우’에 감정을 실시할 수 있도록 규정하고 있다.

한편, 동법 제114조의2는 ‘분쟁의 조정을 받으려는 자는 신청취지와 원인을 기재한 조정신청서를 위원회<sup>3)</sup>에 제출하여 그 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.’라고 하여 저작권법상 분쟁조정 절차의 개시를 규정한다.

저작권법에 의한 감정 및 조정제도는 동법 제

119조 제1항 2호에 의하여 연결되어 있으며, 동법 시행령 제61조 제6항에서는 조정절차에서 연계된 감정의 실시에 따른 소요기간은 동법에 의한 분쟁조정 기간에 산입하지 않도록 명시한다. 이는 신속한 분쟁조정을 위해 저작권법 시행령이 신청일로부터 3개월 이내에 조정이 완료되어야 한다는 규정을 감정의 실시에 따른 현실적 한계를 고려한 예외이다.

### 2.2 양 제도 운영 현황

SW감정은 접수 규모 기준으로 2016년 40건, 2015년 47건, 2014년 47건 등으로 최근 일정한 규모를 유지하고 있는 것으로 나타난다. 한편, 2016년 기준으로 일반저작물은 20건(어문 13건, 음악 3건, 미술 2건 및 건축 2건)으로 단일 저작물 유형으로는 SW를 대상으로 하는 감정이 중요한 영역에 있다.

저작권 분쟁조정은 2017년 92건, 2016년 80건, 2015년 83건 등으로 일정한 규모를 유지하고 있는 것으로 나타난다. 한편, 2017년 기준으로 세부적으로 보면 어문 66건, 음악 7건, 미술 2건, 사진 5건, 편집 2건, 데이터베이스 1건 및 컴퓨터프로그램 9건으로 구분된다. 특히 저작권 분쟁조정에서 컴퓨터프로그램에 관한 것만 따로 보면 2017년에는 9건에 불과하나, 2016년 19건, 2015년 30건 및 2014년에는 20건 등 상당한 규모의 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다.

### 2.3 연계 실적

SW감정과 저작권 분쟁조정이 연계되는 경우, 즉 저작권법 제119조 제1항 2호를 근거로 수행되는 감정의 실시는 최근 거의 활용되지 않고 있다.<sup>4)</sup> 2018년 5월 말 현재까지 총 16건의 SW감정

2) 제114조의2(조정 신청 등) ① 분쟁의 조정을 받으려는 자는 신청취지와 원인을 기재한 조정신청서를 위원회에 제출하여 그 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.

3) 저작권법에서 위원회란 한국저작권위원회를 지칭한다. 이하 동일하다.

4) 김시열, “컴퓨터프로그램 저작물 ‘비계약 관련 분쟁’의 조정 활성화를 위한 제도개선에 관한 소고”, 정보법학 제19권 제1호, 2015, 195면.

만이 위 규정을 근거로 감정이 수행되었는데, 이마저도 2010년 이후에는 전혀 나타나지 않고 있다. 총 16건의 연계 감정 수행 건 중 8건(2002년 1건, 2005년 4건, 2006년 2건, 2007년 1건)은 감정이 완료에 이르지 못하였고, 나머지 8건만 최종적으로 감정결과를 도출한 바 있다.

그 동안 연계 수행된 SW감정 건은 다음과 같다.

표 1. 조정-감정 연계수행 SW감정사건

Table 1. Combined Cases of SW Appraisal

순번	사건 명	연도
1	플래쉬eBook제작프로그램	2009
2	통합전산시스템	2008
3	온라인학습용웹사이트	2005
4	그룹웨어솔루션	2003
5	전자입찰프로그램	2003
6	선불카드결제시스템	2003
7	전압기록계	2002
8	Y2K업그레이드프로그램	2002

#### 2.4 양 제도 연계의 딜레마

저작권 분쟁의 발생 시 조정절차를 선택하여 분쟁을 해결하고자 할 때는 조정절차가 갖는 본연의 장점인 신속성, 경제성 및 비밀성 등에 기인한 것으로 볼 수 있다. 특히 저작권 분쟁조정제도와 같이 소위 행정형 ADR의 경우에는 전문성의 요구가 상대적으로 강하다는 특성이 있다.

그런데 SW감정을 분쟁해결 과정에서 활용할 시에는 일단 상당한 비용이 수반될 수 밖에 없고, 복잡하고 난해한 분석이 수반되므로 소요기

간 역시 단기간이라 하기 어렵다. 이러한 점은 조정절차를 선택한 원인인 제도적 장점이 갖는 소송에 비한 상대적 비교우위를 상실하게 되는 문제가 있다. 손해배상 사건의 1심 본안의 경우 약 5개월이 소요되는데 비하여, 조정절차가 현재의 3개월 내지 4개월이라는 법정기간에 감정수행기간이 추가될 경우 대체제인 소송절차 대비 신속성의 장점이 훼손되기 때문이다. 또한 SW감정은 사안마다 차이는 있지만 대략 500만 원을 상회하는 비용이 수반되므로 분쟁해결의 경제성이라는 조정절차의 장점을 역시 훼손하게 된다.

이와 같은 양 제도의 대립적인 방향성은 양 제도를 연계하는데 상당한 딜레마가 발생할 수 밖에 없게 한다. 조정절차의 장점에 정책적 주안점을 두면 비용과 시간의 한계에 따라 SW감정의 역할이 부실해질 수 밖에 없고, SW감정에 정책적 주안점을 두면 조정절차의 장점이 훼손되어 그 활용이 제한적일 수 밖에 없기 때문이다.

결국 SW감정과 저작권 분쟁조정을 연계함으로써 분쟁해결의 효율성을 극대화하기 위해서는 연계로 인한 부(-)의 가치화를 상쇄시킬 수 있는 상당한 정도의 인센티브가 마련되어야 한다. 즉, 물리적인 자원의 집중적 투입이 이와 같은 딜레마 발생의 원인을 제거할 수 있게 된다.

#### 3. 연계 개선을 위한 전제와 방향 설정

서로 상반되는 가치 방향을 갖는 두 제도를 연계하여 효과적으로 활용하기 위해서는 반대 가치를 더할 때 그 합이 단일한 제도 이용으로 얻는 편익보다 높아야 함이 전제되어야 한다. 즉, 조정제도를 통한 편익과 SW감정제도를 통한 편익이 반대의 방향으로 형성되더라도 이를 연계하여 합할 때 그 편익의 합은 조정제도나 SW감정제도를 각각 활용할 때보다 높은 편익이 발생하여야

분쟁당사자 입장에서 이 연계제도를 활용할 이유를 찾을 수 있다.

이러한 전제는 그 자체로 물리적 비현실성을 내비친다. 그러므로 이에 반드시 특정의 변수가 개입되어야 하는데, 이때 활용할 변수는 양 제도 간 발생한 단점을 0으로 수렴시킬 수 있도록 하는 자원의 투입이라 생각한다.

특히 조정절차에서 연계하는 SW감정의 활용은 조정절차의 본질 상 조정절차의 신청인과 피신청인 모두의 동의를 얻어야 한다는 한계가 있다. 모든 분쟁은 일부를 제외하고는 다투는 과정이라 하더라도 각 당사자는 당해 사안에서 자신의 실제적 사실에서 유불리를 인식하고 있다. 그런 상태에서 자신이 불리한 입장에 있다면 조정절차 가운데 쉽사리 SW감정을 활용하게 되진 않을 것이다. 물론 유리한 입장에 있다면 적극적으로 SW감정을 활용하려고 할 것이다. 따라서 당사자 일방이 어떠한 상태에 있더라도 조정절차에서 SW감정을 활용 시 상당한 인센티브를 얻을 수 있도록 한다면 좀 더 SW감정의 활용성을 높일 수 있을 것으로 생각한다.

이에 앞서 살펴본 자원의 투입은 결국 분쟁 당사자에 대한 인센티브 확보를 위해 이루어져야 한다는 점을 확인할 수 있다. 그런데 어느 정도의 자원이 투입되어야 할 것인가? 양 제도의 부(-)의 가치를 상쇄시킬 수 있을 정도, 그리고 이를 통해 궁극적으로는 양 제도의 연계가 단일한 제도를 활용할 때보다 높은 편익을 창출할 수 있도록 하여야 함을 고려할 때, 투입되어야 할 자원은 상당한 규모이어야 할 것이다. 즉, 제도적 변화가 크게 이루어져야 하며, 각 변화하는 제도는 유무형 자원의 상당한 투입이 소요될 수 밖에 없다는 전제적 특성을 갖는다.

#### 4. 제도 연계 문제 해결방안 검토

##### 4.1 SW감정의 공적기능 강화 문제

조정절차에서 활용되는 SW감정은 시간 및 비용의 부담이 상당히 낮아져야 조정제도의 본질과 부합할 수 있어 제도적 활용이 가능하게 될 것이다. 이를 위해서는 기존의 SW감정에 소요되는 비용을 적어도 조정절차 사안에 대해서 상당한 정도로 감액하여야 한다. 조정 신청을 위한 최대 한의 비용이 10만 원이란 점을 고려할 때, SW감정을 진행하더라도 추가적으로 소요되는 비용적 부담은 극단적인 수준으로 낮추어져야 할 필요가 있다. 그렇지 않으면 여러 가지 부담이 존재할 수 밖에 없는 SW감정을 굳이 조정절차에서 활용할 동기가 낮아질 수 밖에 없기 때문이다. 즉, 중구적 분쟁해결을 조정절차에서 의도하는 것이 아닌 한, SW감정은 사실확인을 위해 다소 무겁지 않게 최소한으로 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 이러한 SW감정의 경량화는 기본적인 소요 비용을 낮출 수 있게 한다.

아울러 SW감정에 소요되는 대부분의 비용이 사실상 인력 활용에 관한 비용이라는 점에 이를 국가의 부담으로 상당부분 충당하도록 하고, 당사자의 경우 최소한의 비용만을 지급하는 것으로 할 필요가 있다고 생각한다. 이러한 방식은 앞서 조정절차에서 SW감정 활용시 대표적 문제로 제기된 비용에 대한 문제를 정책적 판단에 따라 탄력적으로 해결해갈 수 있게 한다는 장점이 있다.

구체적으로는 현재와 같이 외부전문인력을 활용함에 따른 비용을 국고부담으로 전환할 것인지, 아니면 SW감정에 필요한 전문인력을 국가의 위탁을 받은 수행주체가 직접고용하는 방식이 타당할 것인지 논의의 소지가 있다. 생각건대, 현재의 제도 운영 상황 등을 고려할 때, 양자의 택일적 적용보다 양자를 일정 수준에서 병존할 수 있도록 제도설계를 하는 것이 타당하다고 본다. 현실적으로 모든 사안의 전문성을 갖춘 인력을 직접고용한다는 것은 이상에 불과할 수 밖에 없고,

그로 인해 필연적으로 외부전문인력과 협력할 수밖에 없기 때문이다.

다만, 도덕적 해이가 문제될 수 있다. 이 점에 대해서는 조정의 양 당사자의 합의에 따라 모두 SW감정을 연계할 수 있도록 하지 않고, SW감정 수행이 당사자 간 합의된 사안에 대해 최종적으로 해당 조정부가 그 필요성 등을 종합적으로 판단하여 최종 결정을 하는 것으로 보완할 수 있다고 생각한다.

#### 4.2 원용제한 규정의 문제

저작권법은 제116조에서 ‘조정절차에서 당사자 또는 이해관계인이 한 진술은 소송 또는 중재절차에서 원용하지 못한다.’라고 하여 조정절차에서 현출된 정보를 소송에서 원용하는 것을 금지한다. 이는 조정절차 진행과정에서 당사자 등이 행한 진술 등이 향후 소송에서 자신에 불리하게 작용할 수 있을 것을 우려하여 조정에 소극적으로 참여하는 것을 방지하기 위한 목적에서 마련된 것이다. 그런데, 조정절차에서 SW감정제도와 연계하여 감정결과를 도출하였으나, 그것이 원용제한 규정에 따라 조정불성립 이후 향후 소송절차에 활용되지 못한다면 당사자는 분쟁해결 과정에서 결국 시간적, 경제적 낭비를 한 것에 불과하게 되는 문제가 있다.

이에 분쟁해결의 효율을 높여줄 수 있는 요소들에 대해서는 원용제한 규정을 예외적으로 적용 배제하는 것이 필요하다고 생각된다. 특히, 원용 금지 규정의 적용이 배제되는 대상의 선정은 조정절차에서 양 당사자 간 합의에 따르는 것이 기본적으로는 타당할 것으로 본다.

다만, 분쟁에서 사실확인의 목적으로 이루어진 감정결과는 본질적으로 양 당사자 가운데 특정인에 유리 혹은 불리할 수 밖에 없는 성격을 갖는다. 그런 성격을 고려할 때, 원용제한 대상에서의 제외를 위해 당사자 간 합의가 과연 가능할 수

있을지에 대해 의문이 있다. 이점으로 인하여 기본적으로는 양 당사자 간 합의에 의해 원용제한의 예외 대상 선정이 이루어지는 것이 타당하나, 경우에 따라서는 담당 조정부의 직권적 판단으로 원용제한의 대상을 특정하여 통지하는 방식을 적용하는 것도 현실적으로는 유용할 것으로 생각된다.

#### 4.3 감정결과와 증거채택 문제

조정절차에서 활용된 SW감정 결과가 설사 원용제한의 예외로 다루어질 수 있더라도, 향후 소송에서 그 감정결과를 증거로 채택할 것인지 여부는 예외적으로 재량이 제한되는 경우<sup>5)</sup>를 제외하고는 전적으로 법관의 재량이다.<sup>6)</sup> 그런데 증거채택이 지나치게 재량화 된다면 이로 인한 불확실성은 조정절차에서 굳이 시간, 비용의 소모를 가져오는 SW감정을 활용하지 않게 할 원인으로 작용할 수 있다. 오히려 SW감정을 통해 쟁점을 해결하여야 할 사인이 있더라도 조정절차에서 이를 확인하기 보다는 향후 소송절차로 진입하여 법원의 통제 하에 감정을 진행하는 편을 택하게 될 가능성이 높게 된다.

이 문제를 해결하기 위해 가장 명확한 방법은 입법적 해결일 것이다. 구체적으로는 민사소송법의 관련 규정을 개정하는 방법, 저작권법 제116조 원용규정을 개정하여 강제채택에 준용하는 방법 등이 가능할 것이다. 그러나 이와 같은 입법적 해결은 기존의 소송법 체계를 고려할 때 다소 무리한 입법에 해당할 수 있을 것으로 생각한다. 이에 현실적으로는 분쟁조정 및 감정기관과 법원

5) 민사소송법 제290조(증거신청의 채택여부) 법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그러하지 아니하다.

6) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2016, 484면.

간 협력체계 구축을 통하여 재량의 행사를 사실상 억제하도록 하는 방법이 가능할 수 있다고 생각한다. 이때 재량 행사의 억제는 대외적으로 공지할 수 있을 정도로 어느 정도 명확한 합의가 이루어져야 조정절차에서 SW감정 연계를 위한 면에서 의미가 있을 것이다.

#### 4.4 간이감정 방안 마련 문제

점차 해결해야 하는 사안의 기술적 복잡성 등이 높아지면서 감정의 필요성 역시 높게 인식되고 있다. 법원도 역시 조정과정에서 감정의 필요성을 인식하고, 이를 활용한 사실조사 절차의 확대를 도모한 바 있다. 이에 「민사 및 가사조정 사무처리에 관한 예규」 제16조에 따른 간이 감정을 활용할 수 있도록 제도적 기반을 마련하여 시행하고 있다. 다만, 이러한 제도가 존재함에도 불구하고 법원조정 실무에서 간이감정이 활용되는 경우는 거의 없다. 그 이유로는 간이감정의 방식 등이 확립되지 않았고, 간이감정을 위한 예산책정이 건당 20~30만 원 선으로 책정되어 있다 보니 현실적으로 이를 운영할 수 없기 때문이라 한다. 더군다나 법원조정은 조기조정형태로 진행되는 경우가 많다 보니 분쟁해결 과정에서 감정이 필요한 정도까지 논의가 진행되지 않는다는 점도 원인 중 하나라 한다.

저작권 분쟁조정절차에서 SW감정의 연계는 신속성 면에서 상당한 부담으로 작용함은 앞서 살펴보았다. 이에 감정수행을 경량화 하는 것을 제안하였는데, 이를 위해서는 반드시 기존 이루어지던 SW감정에 비하여 제한적인 범위에서 감정이 이루어지도록 하기 위한 간이감정 체계를 마련하여야 한다. 생각건대, 조정절차에서 SW감정의 활용은 저작권적 특성을 고려한 것이 반드시

필요하기 보다는, 사실의 확인을 위해 기술적 분석에 한정하여 결과를 제공하는 정도로 그 목적을 달성할 수 있다고 본다. 이에 유사도에 한정할 것도 아니고, 어떠한 것이든 소위 전자적 정보에 확인을 위한 간이감정 프로세스의 정립이 필요하다고 생각한다.

### 5. 결론

저작권법의 SW감정 개시 원인 중 조정절차를 통한 방법은 최근 그 활용성이 극히 낮으며, 이는 SW감정제도를 범제화함으로 기대한 입법 취지에 정확히 부합하지 못하는 문제를 낳는다. 이에 본 연구에서는 저작권 분쟁조정 절차 가운데 SW감정이 효과적으로 연계되고, 일반 분쟁당사자의 본 연계제도 활용 수요를 높이기 위한 방안을 모색해보았다. 다만, 본질적으로 조정절차와 감정절차는 그 가치 차원에서 부(-)의 방향성을 갖고 있다 보니 어느 한 절차에 주안점을 두면 반대의 절차에 부정적 효과를 초래한다는 딜레마가 있으므로 이를 고려하여야 함을 발견하였다.

이에 다양한 개선방안을 제안하였는데, 이들 방안에도 불구하고 반드시 선결되어야 할 한계 및 전제가 있다. 이는 충분한 자원이 투입되어야 한다는 점이다. 현재로서 양 제도의 연계를 위해서는 앞서 살펴본 딜레마 극복이 필요하고, 이는 반대의 방향으로 인센티브의 제공을 넘겨낼 수 있도록 큰 힘이 필요하기 때문이다. 이에 예산, 인력, 그리고 전문적 역량 등이 충분히 조정 및 감정 기관에 내재될 수 있도록 하여야 한다.

### 참 고 문 헌

7) 이영진, “조정제도의 의의와 바람직한 조정기법”, 2012신규조정위원 연찬세미나 자료집, 서울중앙지방법원, 2012, 50-51면.

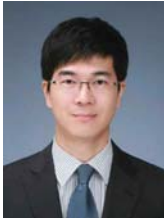
[1] 김시열, “컴퓨터프로그램 저작물 ‘비계약 관

- 런 분쟁'의 조정 활성화를 위한 제도개선에  
관한 소고”, 정보법학 제19권 제1호, 2015
- [2] 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2016
- [3] 이영진, “조정제도의 의의와 바람직한 조정  
기법”, 2012신규조정위원 연찬세미나 자료  
집, 서울중앙지방법원, 2012

---

저 자 소 개

---



김시열(Si-Yeol, Kim)

2012      승실대학교 대학원 법학박사  
2007-2012 한국저작권위원회  
2012 - 現 한국지식재산연구원 부연구위원  
2015 - 現 승실대학교 법학과 겸임교수  
<주관심분야> 실질적유사성, SW감정 등