

논문 2019-1-3 <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2019.06.03>

# 실질적 유사성 판단을 위한 가중치 활용과 질적 분석의 관계

김시열\*

## A Study on the Relationship between Weighted Value and Qualitative Standard in Substantial Similarity

Si-Yeol Kim\*

### 요 약

우리나라에서 컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 여부 판단은 정량적인 유사도를 산출하여 그 결과를 활용하는 방식이 일반적으로 이용된다. 실질적 유사성은 유사한 부분의 양과 질을 고려하여 판단되어야 하는데, 실무에서는 정량적인 유사도 계산 과정에서 가중치를 곱함으로써 유사한 부분의 질을 고려하는 모습을 보인다. 그런데 실질적 유사성 판단과 관련하여 유사한 부분의 양적, 질적인 고려는 동일한 지위에서 순차적으로 이루어져야 한다는 본질적 특징을 고려할 때, 현재와 같은 실무 방식은 적절하다고 할 수 없다. 이에 이와 같은 가중치 활용의 문제를 지적하고, 실질적 유사성 판단을 위한 유사 부분의 질적 평가는 정량적 유사도 판단에 후행하여 그와 동일한 지위에서 이루어져야 함을 제시 및 이를 위한 적절한 실무적 방안을 제언하였다.

### Abstract

In Korea, the calculation of quantitative similarity is commonly used to gauge the substantial similarity of computer programs. Substantial similarity should be assessed by considering the quantity and quality of areas that show similarity, but in practice, qualitative aspects are reflected by multiplying the weighted value in the calculation of quantitative similarity. However, such a practical method cannot be deemed adequate, considering the fundamental characteristic of the judgment on substantial similarity, which holds that the quantitative and qualitative aspects of similar areas should be considered on an equal footing. Thus, this study pointed out the issue regarding the use of weighted value and sought appropriate ways to take into account qualitative aspects when assessing the substantial similarity of computer programs.

**한글키워드** : 실질적 유사성, 가중치, 질적 기준, 정량적 분석, 저작권 침해 소송

**keywords** : Substantial Similarity, Weighted Value, Qualitative Standard, Quantitative Analysis, Copyright Infringement Litigation

## 1. 서론

저작권 침해 여부를 가리기 위한 가장 중요한

요건으로 작용하는 실질적 유사성을 판단하기 위해서는 복제된 부분의 양(量)과 질(質)을 모두 고려하여야 함이 기본 원칙이다. 이때 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 경우에는 실무적으로 가중치라는 개념을 적용하고 있다. 가중치는 ‘어떤 다른 값에 곱해져서 유용한 실제값을 만드는

\* 한국지식재산연구원(email: sykimlaw@hanmail.net)

접수일자: 2019.05.27. 심사완료: 2019.06.14.

게재확정: 2019.06.20.

값'(TTA정보통신용어사전)[1]으로 정의된다. 그런데 실질적 유사성 판단을 위한 질(質)의 고려 시 가중치를 적용하는 점에 대해서는 논란이 존재한다. 이에 최근에는 가중치를 적용하지 않음으로써 관련된 논란을 피하려는 사례도 발견되나, 이러한 막연한 회피 역시 실질적 유사성을 탐지하기 위함이라는 법적 목적을 고려할 때 적절한 현상은 아니라 생각한다. 이와 같은 논란은 저작권법상 유사한 부분의 질(質)이 갖는 본질적 개념과 실무적으로 활용되는 가중치의 개념 및 실체가 정확하게 일치하지 않는 데서 기인한다고 본다.

따라서 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 실질적 유사성 판단 과정에서 활용되고 있는 가중치 적용과 저작권법 상 유사한 부분에 대한 양(量)과 질(質)의 관계에 대한 명확한 정립이 필요하다. 이를 기반으로 하여 가중치 적용에 대한 논란을 해결하고 컴퓨터프로그램저작물의 실질적 유사성 판단의 적절성을 높일 수 있는 질적 중요성 고려를 위한 방법을 고민해본다.

## 2. 실질적 유사성 판단에서의 가중치

### 2.1 실질적 유사성과 유사한 부분의 질(質)

실질적 유사성 판단은 침해자의 침해물이 저작권법의 측면에서 원저작물에 중속되는 것인지 여부를 확인하기 위한 것이다. 완전히 동일한 것이 아닌 상태에서 비교 대상물 간 유사한 정도를 확인하기 위한 과정이다. 이에 중속성을 결정짓는 정도의 유사한 상태를 실질적이라 한다.

저작권 침해 여부를 판단함에 있어서 유사한 부분의 양적인 면과 질적인 면을 어떻게 다루어야 할 것인지에 대해서는 논란이 진행 중이다. 이는 실질적 유사성을 판단할 때에 유사한 부분

의 양적인 면과 질적인 면을 모두 고려하여야 하며, 피침해 저작물의 핵심 부분을 복제하여 침해물에 사용하였다면 그 복제된 양이 적더라도 상당한 복제에 해당한다고 주장하는 견해(Nimmer 등)[2]와 저작권 침해의 책임이 비중에 따라 영향을 받을 수 있는 것은 아니며 단지 피침해자의 복제된 부분이 덜 중요하다고 하여 많은 부분을 복제한 침해자에게 용서를 주는 것은 잘못이라는 견해(Goldstein 등)[3]의 대립이 대표적이다. 이와 관련하여 우리나라의 통설과 판례의 태도에서는 실질적 유사성 판단 시 유사한 부분의 양과 질을 모두 고려하여야 함을 기준으로 한다는 점 외에 특별한 논의를 발견할 수는 없다. 물론 여기서 유사한 부분이란 실질적 유사성 판단의 대상이 되는 것을 전제하는 것이므로, 당연히 저작권법상 보호받는 표현을 지칭하며 판단 과정에서 고려되어야 하는 양과 질 역시 이에 한정됨은 당연하다.

유사성을 크게 '포괄적·비문자적 유사성'과 '부분적·문자적 유사성'으로 구분하는 현재의 일반적 태도[4]에서는 실질적 유사성 판단 과정에서 질의 고려는 세 가지 영역에서 가능하다. 첫째, 포괄적·비문자적 유사성을 도출하는 과정에 질이 고려되는 것, 둘째, 부분적·문자적 유사성을 도출하는 과정에 질이 고려되는 것, 그리고 셋째, 양자를 모두 종합한 최종적인 실질적 유사성 판단 과정에서 질이 고려되는 것으로 구분할 수 있다. 세 가지 구분 중, 어느 영역에서 질이 적용되느냐에 따라 구체적인 적용 방식에는 차이가 있을 수 밖에 없다. 후술하겠지만, 우리나라에서 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 할 때 실질적 유사성 판단 과정에서 정량적 유사도를 많이 활용하는데, 이때 실무적으로는 대부분 둘째 영역에서 유사한 부분의 질이 고려되는 양태를 보인다.

한편, 실질적 유사성 판단 관점과 관련하여서

는 다소 애매한 점이 있다. 통상 보통 관찰자 관점을 실질적 유사성 판단 관점으로 적용한다. 그런데 보통 관찰자의 개념을 완전한 일반적인 평균인으로 할 것인지, 아니면 해당 유형의 저작물을 소비하는 등 일정한 관계에 있는 자를 보통인으로 설정한 평균인으로 할 것인지에 따라 고려되어야 할 질은 다른 의미를 갖는다는 점 때문이다. 전자의 경우보다 후자의 경우가 대상 저작물에 대한 표현상 그리고 기능상의 중요 정도를 유의미하게 반영할 수 있는 특징을 갖는다. 컴퓨터 프로그램저작물과 같은 전문적인 기능을 요구하는 경우가 확대되고 있다는 점, 저작권 침해의 은닉에 대응하여야 한다는 점 등을 위해서도 보통의 관찰자 개념을 해당 저작물을 소비 및 활용하는 수요자로서의 일반인을 의미한다고 보는 것이 현실적으로 타당하다고 생각한다[5].

## 2.2 컴퓨터프로그램저작물 비교에서 가중치 적용

유사한 정도를 수치(數值), 특히 비율을 이용하여 나타내는 방식을 ‘정량적 유사도’라 한다. 우리나라에서는 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 실질적 유사성 판단 시 정량적 유사도를 많이 활용하고 있다. 이때 유사한 정도의 질적인 고려를 위해서는 가중치를 반영하여 계산하는 방식을 활용하고 있다. 앞서 언급한 질이 고려될 수 있는 세 가지 유형 가운데 둘째 유형에 해당한다. 다만 가중치를 적절히 반영하기 어려운 경우에는 모든 요소에 1을 가중치로 계산함으로써 사실상 고려하지 않는 경우도 발견된다.

정량적 유사도를 도출하는 과정에서 가중치를 적용하는 방식은, 최종적인 유사도 계산 과정에 가중치를 곱하는 과정을 두어 최종 결과값에 영향을 미치도록 하는 것을 기본으로 하고 있다. 다만, 그러한 기본 방식 외 세부적인 부분에서는 다양한 방식이 활용되고 있으며, 개별 사안에서

가장 적절하다고 판단되는 방식이 분석 혹은 판단자의 재량 하에 적용되고 있다. 정량적 유사도 산정 자체가 매우 다양한 방식으로 이루어지고 있다 보니[6] 가중치의 적용 역시 다양한 형태로 이루어질 수 밖에 없음을 당연하다고 본다.

특히, 가중치를 곱하는 하위 요소를 어떤 것으로 하는지에 따라 매우 다양한 방식이 적용되고 있다. 선행연구를 대상으로 대표적인 예를 살펴보면, 오브젝트코드 비교에 관한 논의에서 물리적 복제도와 논리적 복제도로 구분하고 전자를 ‘DLL 및 실행 파일들의 크기 유사성’, ‘호출된 함수 및 이름들의 개수 유사성’, ‘각 어셈블리어 코드에서 동일 함수 비율’로 나누어 각각 중요도를 5%, 10%, 70%로 정하고, 후자를 ‘함수 연관도 분석에 의한 유사성’, ‘각 어셈블리어 코드 분석에 의한 유사성’으로 나누어 각각 중요도를 10%, 5%로 정하여 제시한 사례가 있다[7]. 다른 예로는 데이터베이스 a, b에 대해 WT, WS, WC를 각각 토큰 유사도 가중치, 구조 유사도 가중치, 코드 유사도 가중치라고 할 때, 프로그램 유사도 관점에서 데이터베이스 a와 b의 유사도  $SIM(a,b)$ 는 ‘ $WT \cdot SimT(a,b) + WS \cdot SimS(a,b) + WC \cdot SimC(a,b) \cdot \dots = SIM(a,b)$ ’의 공식으로 산출될 수 있다고 한 사례[8]도 선행연구에서 찾아볼 수 있다.

## 2.3 우리나라 판례에서의 태도

우리나라 판례에서 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 저작권 침해 사건 가운데 가중치 적용 부분이 쟁점으로 다루어진 경우는 찾아볼 수 없다. 주로 정량적 유사도를 산출하는 전문가에 의하여 계산 과정에서 다루어지는 것이 대부분이며, 이때 가중치 적용은 당해 전문가의 전문적 경험에 기반한 재량의 영역으로 이해하고 있기 때문으로 생각된다.

대표적인 사례를 살펴본다. ‘콘텐츠보안프로그램 사건’(서울중앙지방법원 2006. 9. 7. 선고 2004가합76119 판결)에서 법원은 “원, 피고 각 프로그램 중 기능이 유사한 파일간 소스코드의 평균 유사도는 10.7%이고, 파일명이 동일한 파일간 소스코드의 유사도는 20.58%이나, 이는 개략적 산출 결과일 뿐이고, 세부적으로 소스코드를 살펴보면 일반적으로 기술되거나 자동적으로 생성되는 부분을 제외한 핵심적인 부분은 불일치하는 사실, 원고가 미디어셀 프로그램의 고유기능으로 제시한 핵심적인 부분은 불일치하는 사실, 원고가 미디어셀 프로그램의 고유기능으로 제시한 기능항목에 대하여 피고의 미디어로즈 프로그램의 각 해당 기능항목별로 산출한 구현방식 등의 유사도(논리적 복제도)는 0%인 사실, 위와 같은 소스코드의 유사도와 논리적 복제도에다가 폴더 및 파일명의 유사도까지 더하여 보아도, 위 각 유사도 판정항목의 중요도에 따른 상대적인 가중치를 고려하여 볼 때 전체 유사도는 11.5%에 불과한 사실을 인정할 수 있으므로, 원, 피고 각 프로그램 사이에 실질적 유사성을 인정할 수 없다 할 것이다.”라고 판시하였다.

판시사항을 보면 최종적인 정량적 유사도를 도출하는 과정에서 각 유사도 판정항목의 중요도에 따른 상대적 가중치를 곱하여 값을 계산하는 방식을 활용하였음을 확인할 수 있다. 특히 본 판결에서는 가중치를 물리적 유사도와 관련하여 ‘DLL 및 실행 파일들의 크기 유사성’, ‘호출된 함수 및 이름들의 개수 유사성’, ‘각 어셈블리어 코드에서 동일함수 비율’에 부여하며, 논리적 유사도와 관련하여 ‘함수호출관계 분석에 의한 유사성’, ‘각 어셈블리어 코드 분석에 의한 유사성’이라는 하위 요소에 가중치를 곱하는 방식을 활용하였다.

‘형상관리솔루션 사건’(서울남부지방법원 2005. 11. 18. 선고 2005가합3367 판결)에서 법원은 “이

사건 제1, 2프로그램 사이의 비교항목별 유사도는 소스코드의 경우 0.55%, 사용자 인터페이스의 경우 14.99%, 데이터베이스의 경우 4.62%이고, 위 3가지 비교항목의 유사도에 가중치를 부여하여 이를 합산하여 산정된 이 사건 제1, 2프로그램 사이의 종합유사도는 3.22%인 사실을 인정할 수 있는바”라고 판시하였다.

판시사항을 보면 최종적인 정량적 유사도를 도출하는 과정에서 각 비교 대상, 즉 소스코드, 사용자인터페이스 및 데이터베이스를 하위 요소로 하여 이에 가중치를 곱함으로써 최종적인 정량적 유사도를 계산하는 방식을 활용하였음을 확인할 수 있다.

### 3. 기존 가중치 적용 방식의 문제

#### 3.1 양적 분석과 질적 분석의 관계

실질적 유사성 판단 과정에서는 유사한 부분의 양적인 면과 질적인 면의 비교·분석을 통한 평가가 요구된다. 복제된 부분의 양을 확인함과 동시에 피침해물에서 복제된 부분이 갖는 가치에 초점을 맞추어 질적인 평가 역시 수행되어야 한다[9].

이에 대한 중요한 선례로 다루어지는 *Newton v. Diamind* 판결[10]은 그 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 첫째, 저작권법의 체계가 저작물의 가치 감소로부터 저작자의 이익을 보호하여야 한다는 이론적 기반을 두고 있기 때문에 실질적 유사성에 대한 판단 역시 원저작물에서 복제된 부분에 초점을 맞추어야 한다는 것이다. 둘째, 침해물 전체 대비 피침해물에서 복제된 부분의 양적 상당성에만 초점을 맞춘다면, 침해자는 단순히 침해물에 새로운 부분을 추가함으로써 저작권 침해에 대한 책임을 피하려 한다는 것이다. 물론

이러한 행위가 있다고 하더라도 Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp. 판례[11]에서 제시된 '피고는 자신의 침해물에서 새롭게 창작된 부분이 얼마나 많은지를 보여주더라도 그것으로 책임을 피할 수 없다'는 기준에 따라 저작권 침해 자체를 벗어나기는 어려울 것이다. 이는 우리나라 역시 동일한 태도로 다루어진다. 아무리 많은 내용을 새롭게 추가하더라도 그것으로 침해에 대한 책임이 면책되는 것은 아니다. 한편, 제9연방항소법원의 앞선 이유에서 한 가지를 추가하여, 피침해물의 불명확하며 피상적인 방식으로 나타난 표현을 누군가 구체적인 형태로 보완하는 것을 허용하기 위함이라는 이유도 주장된다[12].

결국 실질적 유사성 여부의 판단은 복제된 부분, 즉 유사한 부분의 양적 그리고 질적 관계에 유기적으로 의존하여 이루어지도록 되어 있다. 단순히 글자의 수를 세는 것만으로 저작권 침해 여부를 판단함은 불가능하며, 비교대상에 대한 정성적 특징, 특히 유사한 부분의 질적 중요성에 대한 고민이 함께 작용되어야 한다. 실제로 법원이 두 비교대상의 실질적 유사성을 판단할 경우 복제된 정도(유사한 정도)가 양적으로 상당한 수준이라면 복제된 정도를 양적으로 고려하여 판단하기도 할 것이다. 그러나 만약 복제된 정도가 양적으로 적은 수준에 불과하거나 양적인 근거만으로 판단하기 어려운 상황일 때에는, 그것만으로 실질적 유사성을 부정하는 것이 아니라 복제된 부분의 질적인 면을 고려하여 평가하고 있다.

그래서 비교 결과 유사한 정도가 양적으로 적은 수준에 불과하더라도 피침해물과 침해물 사이의 공통된 표현 부분이 특별히 중요한 부분에 해당한다면 양자는 실질적으로 유사한 관계로 인정될 수 있게 된다. 예를 들어 법원은 200,000단어의 전기(傳記)에서 300단어만을 복제한 경우[13], 컴퓨터프로그램에서 기능적 핵심 코드의 매우 적은 양을 복제한 경우[14], 45단어로 이루어진 곡

가운데 가장 중요한 2단어를 복제한 경우[15]에 실질적 유사성을 인정한 경우가 있다.

이처럼 양적인 기준에서 유사하거나 혹은 상이하다는 전제 하에 유사한 부분에 대한 질적 고려는 최종적으로 실질적 유사성을 판단하기 위한 교량으로 역할을 한다. 즉, 질적 고려는 양적인 면과 동시에 진행되어야 한다고 보기 보다는 유사함의 양적인 정도에 기반하여 그 유사한 정도가 실질적인지 여부를 가리기 위해 논리적으로 후행(後行)하는 절차로 이해하는 것이 보다 적절할 것으로 생각한다. 특히 부분적·문자적 유사성과 관련하여 좀 더 면밀히 적용되어야 한다 [16].

### 3.2 가중치 적용의 본질

컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 실질적 유사성 판단에서 정량적 유사도를 활용할 때의 가중치 개념과 저작권법에서의 질의 개념은 다소 상이한 면이 있다. 컴퓨터프로그램저작물을 비롯한 모든 저작물에 대해 실질적 유사성과 관련하여 유사한 부분의 질적인 중요성을 살펴본다는 것은 유사한 것으로 나타나는 부분들에 대한 중요성, 즉 표현으로서의 중요성을 대상으로 한다고 보는 것이 일반적인 해석일 것이다. 그런데 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 실무에서 가중치 적용의 예를 살펴보면, 이는 주로 기능적 혹은 기술적 측면에서의 중요성을 지칭하고 있는 것으로 보인다. 판례 역시 사실상 컴퓨터프로그램저작물의 기능적 혹은 기술적 측면에서의 중요성을 가중치 혹은 유사한 부분의 질로 받아들이고 있는 것으로 보인다.

다른 유형의 저작물 사례를 보면, 소설에서는 핵심적인 구문, 음악이라면 핵심 멜로디, 그리고 디자인이라면 요부(要部)에 해당하는 것을 질적으로 중요하다고 한다. 이러한 점의 연장선 상에

서 생각하면, 컴퓨터프로그램저작물에 대해서는 코드에서 핵심적인 부분 정도로 지칭할 수 있을 것이다. 이때 컴퓨터프로그램저작물에 대해 핵심적이라는 것은 외부적으로 나타나는 표현 뿐만 아니라 해당 표현의 의미적 중요성까지도 내포하는 개념으로 볼 수 있을 것이다. 이는 표현으로서의 중요성과 기능상의 중요성을 개념상 명확히 구분하여야 함이 옳으나, 현실적으로 컴퓨터프로그램저작물의 경우 양자가 완전히 그리고 명확하게 분리될 수 없다는 특징으로 인한 것으로 보아야 한다.

결국 외부적 표현과 의미적 중요성이 명확하게 구분되지 않을 수 밖에 없으므로, 컴퓨터프로그램저작물의 경우 실질적 유사성 판단 시 질적 중요성을 사실상 기능상 중요성과 동일하게 다루게 됨이 불가피하다고 생각한다. 즉, 다른 저작물 유형과 달리 컴퓨터프로그램저작물은 표현의 의미적 고려가 사실상 완전히 기능적 차원의 문제로 포섭될 수 밖에 없다. 이러한 점으로 인하여 컴퓨터프로그램저작물 간 유사 부분의 질적 중요성 개념, 즉 가중치의 적용을 다른 유형의 저작물 유형과 실무적으로 동일하게 다루기는 어렵다.

### 3.3 타 저작물 유형에서의 가중치 사례

#### 3.3.1 어문저작물

다른 저작물 유형과 마찬가지로 어문저작물 역시 정량적 유사도 활용 과정에서 가중치가 고려되는 방식을 사용하는 경우는 거의 찾아볼 수 없다. 그러한 상황에서 ‘국어교과서 사건’(서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2012가합541175 판결)은 대표적인 사례라 할 수 있다.

본 판결에서 법원은 “이 사건 동영상 강의에 대한 속기록을 기준으로, 각 강의에서 피고 교재

와 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 이르는데, 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 판시하였다. 본 판결에서는 실질적 유사성의 도출을 정량적 유사도에서 직접 이끌어내지는 않았으며, 실질적으로 유사한 정도를 정량적인 수치를 활용하여 최대한 가깝게 표현할 수 있도록 하는 기계적 접근을 시도한 것으로 볼 수 있다[17]. 그러다 보니 유사한 부분의 질적인 면이 특별히 고려될 여지는 없었던 것으로 추정된다.

한편, 어문저작물을 대상으로 한 유사성 분석 논의는 오랫동안 연구가 이루어지고 있다. 과거에는 주로 어절 별로 문서의 단어를 구분하고 단어를 비교하는 방법이 주로 사용되었으나, 이는 조사나 어미의 변형이 쉽게 일어나는 한글을 대상으로는 한계가 많이 나타났다. 이러한 점으로 인하여 영어를 기본으로 하는 비교방식에서 벗어나 한글에 특화된 다양한 방식의 논의가 이루어지고 있다. 주로 색인어를 추출하여 이들을 이용하여 유사도를 측정하는 방식이 활용된다[18]. 이들 방식 가운데 많은 경우에 색인어의 물리적 추출에 따른 왜곡을 보정하기 위하여 가중치를 적용하여 계산식에 반영하고 있음을 확인할 수 있다.

#### 3.3.2 음악저작물

음악저작물 분야는 수치(數值)를 통하여 유사

한 정도를 제시하는 방식을 활용하지 않고, 각 표현요소별 대비와 분석을 통하여 최종적인 실질적 유사성 판단으로 이어지는 모습을 보인다.

‘외톨이야 사건’(서울중앙지방법원 2011. 4. 13. 선고 2010가단86875 판결)에서 법원은 후렴구 첫째 마디 및 이와 동형진행부분에 대한 실질적 유사성을 판단하는 것과 관련하여 “기초사실에서 든 각 증거에 의하면, ① 별지 3. 기재와 같이 이 사건 노래부분과 이 사건 대비부분은 그 가락(멜로디)이 단 한 개의 음정도 일치하지 아니한 사실, ② 두 곡 전체를 화성(코드)의 측면에서 비교해 보아도 1절 24마디 중 4마디 정도만 코드가 동일 또는 유사할 뿐이고, 파랑새는 한 마디에 두개의 화성이 진행되고 외톨이야는 대부분 한 마디가 하나의 화성으로 이루어져 화음의 구성이나 진행방식이 서로 다른 사실, ③ 또한 문제가 되고 있는 두 노래의 후렴구 부분 화성은 원고들의 파랑새가 ‘Dm - C - Bb - C - Bb - Am - Bb - C’의 구성을 가지는데 반하여 피고들의 외톨이야는 ‘Dm - Dm - Bb - Bb - C - C - F - A’의 구성을 가지고 있어 한마디 정도의 화성만 동일한 사실, ④ 두 노래의 리듬을 비교해 보면 파랑새가  $\downarrow=102$ , 외톨이야는  $\downarrow=105$ 로서 비슷한 빠르기를 가지고 있으나, 파랑새는 16비트의 기본 리듬을 가지는데 반하여 외톨이야는 24비트를 기본 리듬으로 삼고 있어 그 차이가 있는 사실을 인정할 수 있는 바, 이와 같이 위 각 대비부분의 가락, 화성, 리듬 등을 비교하여 볼 때 이 사건 노래부분과 그 대비부분은 실질적으로 유사하다고 하기 어렵다.”라고 판시하였다.

‘퇴고송 사건’(서울중앙지방법원 2010. 5. 20. 선고 2009가합124549 판결)에서 법원은 “갑 제6 내지 11호증, 을 제1호증의 각 기재, 이 법원의 검증결과에 의하면, 퇴고송의 ① 처음 시작되는 부분인 ‘솔라솔 미미미’ 부분은 원고 김○○이 작곡한 ‘○○’의 첫 소절인 ‘낮설은 이름에’라는 가

사에 해당하는 부분과, ② 그 다음 ‘미솔라 레레’ 부분은 영국의 록 그룹 비틀즈의 구성원이 작곡한 별지1 목록 6 기재 ‘○○’의 ‘Don’t make it bad’라는 가사에 해당하는 부분과, ③ 그 다음 ‘도레도’ 부분은 위 ‘○○’의 ‘I Love’라는 가사에 해당하는 부분과, ④ 그 다음 ‘라라 도’ 부분은 원고 김○○이 작곡한 ‘○○’의 ‘님은’이라는 가사에 해당하는 부분과, ⑤ 그 다음 ‘도라솔미솔’ 부분은 원고 김○○이 작곡한 ‘○○’의 ‘이것만은’이라는 가사에 해당하는 부분과, ⑥ 그 다음 ‘라솔레’ 부분은 원고 손○○가 작곡한 ‘○○’의 ‘어쩐지’라는 가사에 해당하는 부분과, ⑦ 그 다음 ‘레레도’ 부분은 소외 박○○이 작곡한 별지1 목록 7 기재 ‘○○’의 ‘애원하지 않아’라는 가사에 해당하는 부분과, ⑧ 그 다음 ‘미솔라’ 부분은 위 ‘○○’의 ‘변할 수’라는 가사에 해당하는 부분과, ⑨ 그 다음 ‘라라도 레레미 레도도라도’ 부분은 원고 배○○가 ‘○○’의 ‘아쉬워 하며’라는 가사에 해당하는 부분과 각 계명 및 박자가 동일 또는 유사한 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로는 이 사건 각 저작물과 퇴고송이 개별적으로 실질적으로 유사하다고 인정하기에 부족하다.”라고 판시하였다.

해외에서는 PMI(Percent Melodic Identity) Method라 하여, 비교대상인 두 곡의 가락을 정렬하고 양자 간 동일한 것으로 판단되는 음(note)의 수를 세고, 이를 두 곡의 가락 길이의 평균으로 나누어 유사한 정도를 비율(PMI value)로 나타내는 방식이 논의되기도 한다. 이 경우 각 분모에 해당하는 유사한 것으로 판단된 음(note)에 별도의 가중치를 부여하지 않을 것을 명확히 하고 있다[19]. 실질적 유사성 판단은 정량적 유사도인 PMI value를 고려하여 최종적인 판단 주체에 의하여 이루어진다. 이때의 최종 판단에서 유사한 부분의 질적인 중요성이 정성적으로 고려되는 구조인 것이다.

$$PMI = 100 \left( \frac{ID}{\frac{L_1 + L_2}{2}} \right)$$

그림 1. PMI Method 계산 공식  
Fig. 1. The percentage of identical notes shared between the two melodies

### 3.4 검토

앞에서 살펴본 내용에 따르면, 컴퓨터프로그램 저작물 분야에서 가중치를 적용하는 것은 현재 우리나라에서는 분석 주체의 전문적 지식에 기반한 재량으로 다루고 있으며, 정량적 유사도 산출 과정에서 구체적 수치로 나타낸 가중치를 곱함으로써 유사한 부분의 질적 고려를 한 것으로 보고 있다. 판례 역시 이러한 방식을 특별히 부정하고 있다고 보이진 않는다. 그런데 실질적 유사성 판단 시 양적 고려와 질적 고려 간 관계를 볼 때, 현행과 같은 방식의 가중치 적용에는 문제가 있다는 생각이다.

현재 실무적으로 활용되는 방식은 실질적 유사성의 판단이 양적인 면과 질적인 면의 순차적 과정, 즉 정량적 판단이 선행되고 질적인 부분에 대한 판단이 후행되어야 한다는 전제에 부합하지 않기 때문이다. 어문저작물 및 음악저작물과 같은 타 유형 저작물을 대상으로 한 실질적 유사성 판단 과정에서 정량화 과정 혹은 분석 과정 등에 가중치를 직접 반영하고 있지 않고 있다는 점도 이에 따른 것으로서 참고할 수 있다. 이들의 경우에 양적 분석에 따른 결과는 그 자체로 나타낼 뿐이며, 질적 분석을 통한 중요성은 최종적인 실질적 유사성 판단 시 고려되는 형태이다.

이를 정리하면, 컴퓨터프로그램저작물 분야에서는 실질적 유사성 판단을 위해서 정량적 유사도를 활용하며, 이를 실질적 유사성 개념에 충실

히 맞추기 위해 가중치를 계산 과정에 산입시킴으로써 양과 질을 모두 고려한 결과값을 도출하고자 의도한 것이 현재의 실무 관행으로 볼 수 있다(실질적 유사성 = 정량적 유사도). 그런데 이러한 태도는 타 저작물 유형의 경우 또는 실질적 유사성에 관한 양적·질적 분석의 본질 등에 비추어 볼 때 적절치 않으며, 유사한 부분의 질적 평가 역시 실질적 유사성 판단을 위한 하나의 근거 요소로 정량적 유사도와 동일한 지위에서 정량적 유사도에 후행하여 다루어져야 하는 방식으로 전환이 필요하다(실질적 유사성 ≠ 정량적 유사도).

## 4. 적절한 질적 고려로서 가중치의 활용 방안

### 4.1 정량적 유사도 계산과 가중치의 분리

유사한 정도의 양적 분석과 이에 대한 질적 분석은 실질적 유사성 판단을 위하여 각각 고려되어야 하는 요소라는 점에 현재의 정량적 유사도 산출 과정에서 가중치를 곱하지 않고 결과값을 도출하는 방법이 적절할 것으로 생각한다. 기존 사례에서 발견되는 방식인 가중치를 1로 설정하고 계산하는 것과 동일한 형태가 될 것이다. 질적인 중요성에 대한 부분은 정량적 유사도에 포함시키는 것이 아니라 별도로 제시하여 이를 고려할 수 있도록 하자는 것이다.

이러한 방식을 사용 시 기존에 가중치를 적용함으로써 발생하던 유사함의 양적 수준에 대한 왜곡 현상은 줄어들 수 있을 것이다. 기존에 가중치를 적용하지 않던 경우 역시 크게 논의의 대상이 되어오지 않았다는 점 등을 고려할 때 현실 적용에 큰 문제는 없을 것으로 생각된다. 다만 정량적 유사도와 별도로 최종판단자(사실인정자)에 의한 질적인 중요성에 관한 평가가 이루어져

야 하므로 상대적으로 법원 등의 부담이 늘어날 수는 있다. 법원 역시 이러한 부담에 대한 제도적·인적 대응이 요구된다.

#### 4.2 질적 중요성 고려를 위한 방법론 도출 필요

실질적 유사성의 판단을 위해서는 유사한 부분의 양과 질을 모두 고려하여야 하므로, 정량적 유사도 산출 과정에서 질적 부분을 계산 과정에 반영하지 않았다면, 질적 중요성에 관한 평가를 위해 별도의 방법이 요구된다. 현재와 같이 명확한 수치의 형태로 제공할 것인지 아니면 정성적인 형태로 중요성을 나타낼 것인지 등 구체적이고 법률 분야에서 충분히 이해할 수 있는 정도의 방법이 필요할 것이다. 결국 실질적 유사성의 최종판단자인 법관 등의 판단을 지원할 수 있는 일련의 비교·분석 결과를 어떠한 형태로 제공할 수 있을지에 대한 논의가 실무적으로 이루어져야 한다.

최근 미국에서 논의된 POSAR TEST의 사례를 참고하면, 이 방식은 비교 과정에서 기존과 같이 여과가 이루어진 보호받는 표현으로 간주된 소스코드만을 비교하지 않고, 이와 병렬적으로 별도의 증거로 작용될 수 있는 다양한 요소들을 비교 및 분석하는 과정 역시 포함하고 있다[20]. 이를 통하여 여과된 소스코드만을 비교함으로써 발생하는 오류를 보완할 수 있다는 것이다.

가중치에 관한 논의와 차이는 있지만, POSAR TEST 논의에서의 시사점은 최종판단자인 법관을 위한 비교·분석 자료는 반드시 모든 것이 고려된 하나의 비교결과로 이루어질 필요가 없다는 것이다. 판단에 필요한 다양한 고려사항들을 비교·분석한 정보들이 충분히 제공되면 되는 것이어서, 유사한 부분의 질적 중요성 역시 정량적 유사도와 동일한 지위에서 적절히 제공될 방법을 고민하여야 할 것으로 생각한다.

표 1. POSAR TEST의 구성  
Table 1. Organize of POSAR TEST

구분	내용
Step1	Planning Phase
Step2	Operationalization Phase
Step3	Separation Phase
Step4	Analysis Phase
Step5	Reporting Phase

#### 4.3 전문적인 인적 매개자 활용 필요

POSAR TEST의 논의를 조금 더 참고하면, 기존과 달리 비교 과정 이후에 가장 중요한 절차를 두었는데 이를 보고 과정(The Reporting Phase)이라 한다. 기술적 정보들의 분석 결과라는 본질과 이것이 법률의 영역에서 이용되어야 한다는 목적 사이에는 큰 간극이 있으며, 이를 연결하는 것은 매우 중요한 과정이라는 것이다. 따라서 이를 위한 적절한 보고서 포맷을 활용하는 것이 필요하다고 한다[21].

그런데 이러한 견해에 기본적으로는 동의하나, 실무적으로는 단순히 문언상의 표현만으로 설명과 해석이 곤란한 부분이 필연적으로 발생할 수 밖에 없다. 또한 애초에 법적인 목적에 따라 기술적 수단을 통한 방법이라는 점에 비교·분석 과정의 설계 역시 융합적 배경이 매우 중요하다고 볼 수 있다. 따라서 기술적 결과와 법률적 목적의 간극을 교량할 인적 매개자의 존재가 중요하다고 본다. 현재 소송제도에서 다양한 전문가 활용을 위한 제도가 활용되고 있는데, 이들 제도는 기술적 영역과 법률적 영역으로 명확하게 이원화된 상태에서 전자의 영역을 위하여 설계 및 운영되어오고 있다. 생각건대 점차 양자의 영역

이 혼합된 중간적인 영역이 등장함에 따라 이에 대한 제도적 개선도 고민해볼 필요가 있을 것으로 본다.

## 5. 결론

정량적 유사도 계산 과정에 가중치를 산입하는 이유는 정량적 유사도 자체를 실질적 유사성의 판단에 직접적으로 작용하도록 하기 위한 의도에서 이루어지는 것으로 볼 수 있다. 즉 정량적 유사도의 궁극적 표현은 실질적 유사성의 판단과 동일해짐을 향하는 것이다. 그러나 개념적으로 볼 때 이러한 접근법은 적절한 것으로 보기 어렵다.

실질적 유사성의 판단이 양과 질을 고려하여 이루어져야 한다는 것은 결국 최종적인 판단 주체가 양자를 종합적으로 고려해야 함을 의미한 것이다. 복제된 양이 적더라도 복제한 부분이 중요한 부분이라면 실질적 유사성을 인정하여야 할 것이며, 반대의 경우에는 실질적 유사성이 부정될 수 있을 것이다. 그런데 현재의 컴퓨터프로그램저작물에 적용되는 방식은 최종 판단 과정에서 질을 고려하는 것이 아닌, 양적 분석 단계에서 질을 고려하는 형태이므로, 오히려 양적 분석 결과를 왜곡하게 되고 최종 판단단계에서 고려되어야 할 질적 중요성 검토를 간과하게 할 우려가 존재하기 때문이다.

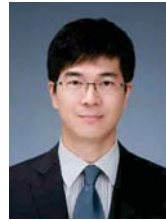
이에 양적 분석에 질적 분석이 포섭될 것이 아니라 양적 분석과 질적 분석이 서로 구별되어 이루어져 최종적인 판단에 작용되도록 하는 방법이 적절할 것으로 판단하였다. 물론 최종 판단 주체의 부담이 가중될 수 있겠지만, 저작권법의 개념에 부합하는 방법으로 생각한다.

## 참고 문헌

- [1] <http://100.daumnet/encyclopedia/view/55XXXXXX4133>
- [2] Roger E. Schechter and John R. Thomas, "Principles of Copyright Law", Thomson Reuters, p.377, 2010. ISBN: 9780314147509
- [3] Paul Goldstein, "Goldstein on Copyright Vol. II", LexisNexis, pp.7:28-29, 2005. ISBN: 9780735544857
- [4] Melville B Nimmer and David Nimmer, "Nimmer on Copyright, Volume4", LexisNexis, p.13-38, 2011. ISBN: 9780820514659
- [5] 김시열, "컴퓨터프로그램 저작권 유사도론", 세창출판사, pp.68-69, 2018, ISBN: 9788984117549
- [6] 김시열, "저작권 침해 소송에서 실질적 유사성 판단 방식에 관한 고찰(컴퓨터프로그램 저작물의 정량적 유사도 산정방식을 중심으로)", 법학논총, 제34집, pp.11-15, 2015. UCI: G704-SER000014369.2015.34.015
- [7] 컴퓨터프로그램보호위원회, "2007 SW 감정 워킹그룹 연구 결과보고서", 컴퓨터프로그램보호위원회, p.224, 2007.
- [8] 이원석, "데이터베이스 유사도 감정 방안에 관한 연구", 2010 저작물 감정연구를 위한 워킹그룹 주제별 연구결과, 한국저작권위원회, p.48, 2010.
- [9] Robert C. Osterberg and Eric C. Osterberg, "Substantial Similarity in Copyright Law", Practising Law Institute New York City, p.2-24: p.2-28, 2005. ISBN: 9781402403415
- [10] *Newton v. Diamind*, 349 F.3d 591, 596-97 (9th Cir. 2003).
- [11] *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 309 U.S. 390, 402 (1940).
- [12] Robert C. Osterberg and Eric C. Osterberg, "Substantial Similarity in Copyright Law", Practising Law Institute New York City, p.2-25, 2005. ISBN: 9781402403415
- [13] Harper & Row Publishers, 471 U. S. 539.
- [14] *Cybermedia, Inc. v. Symantec Corp.*, 19 F.

- Supp. 2d 1070 (N.D. Cal. 1998).
- [15] Elsmere Music, Inc. v. Nat'l Broad, Co., 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y.), aff's, 623 F.2d 252 (2d Cir. 1980).
- [16] Melville B Nimmer and David Nimmer, "Nimmer on Copyright, Volume4", LexisNexis, p.13-53: p.13-55, 2011. ISBN: 9780820514659
- [17] 김시열, "문자적 표현의 정량적 유사도 판단 방식에 관한 비교적 검토", 한국소프트웨어 감정평가학회 논문지, Vol.11, No.1, p.17, 2015.
- [18] 임희석, "어문저작물의 유사도 비교 방안에 관한 고찰", 2009 저작물 감정연구를 위한 워킹그룹 연구 결과보고서, 한국저작권위원회, p.168, 2009.
- [19] Patrick E. Savage, Charles Cronin, Daniel Müllensiefen, and Quentin D. Atkinson, "QUANTITATIVE EVALUATION OF MUSIC COPYRIGHT INFRINGEMENT", 2018. <https://www.researchgate.net>
- [20] Vinod Polpaya Bhattathiripad, "FORENSICS OF SOFTWARE COPYRIGHT INFRINGEMENT CRIMES: THE MODERN POSAR TEST JUXTAPOSED WITH THE DATED AFC TEST", JDFSL V9N2, 2014. DOI: 10.15394/jdfsl.2014.1172
- [21] Vinod Polpaya Bhattathiripad, "Judiciary-Friendly Forensics of Software Copyright Infringement", IGI Global, 2014. ISBN: 9781466658042

저 자 소 개



김시열(Si-Yeol Kim)

2012.8 숭실대학교 대학원, 법학박사  
2007.6-2012.6 한국저작권위원회  
2012.6-현재 한국지식재산연구원 부연구위원  
2015.9-현재 숭실대학교 법학과 겸임교수  
2018.3-현재 국가지식재산위원회 전문위원  
<주관심분야> 저작권 분쟁, 실질적 유사성