

논문 2013-2-1

# 사례분석을 통한 컴퓨터프로그램 저작권 침해여부 감정의 개선방안 연구

김시열\*

## A Study on Improvement of Software Appraisal by Copyright Infringement Case Study

Si-Yeol, Kim\*

### 요 약

본 논문에서는 저작권법 제119조에 근거한 감정을 활용한 판결 중 감정의 결과를 인용하지 않은 사례를 분석하여 감정제도에 어떠한 문제점이 있는지 살펴보고, 그 개선방안을 제시한 것이다. 감정이 점차 법관의 영역을 넘어서는 시대적 경향에 따라 저작권 분야의 감정 역시 그러한 시대적 요청이 있다고 할 수 있으나, 현실적으로 상당히 어려운 점이 존재한다는 것도 무시할 수 없다. 이에 우선적으로 절차적·제도적 방안으로 융합적 감정수행의 강화 및 사전적 감정절차, 즉 감정기일의 실질화를 위한 방안을 제시하였다.

### Abstract

This paper analyzes those cases which made use of appraisal under Article 119 of the Copyright Act but did not cite the results of the appraisal in the judgment. Through these cases the paper will examine problems with the appraisal system and present means for improvement. There is a call for such measures due to the trend in which the scope of appraisal is beginning to exceed judicial capacity; however, the very real difficulties should not be ignored. Accordingly, the paper will for now present procedural and systematic improvements including stronger integrated appraisals and prior appraisals, that is, measures to give substance to appraisal timelines.

**한글키워드 :** 저작권 감정제도, 실질적 유사성, 감정사례, SW감정, 유사도, 감정제도개선

### 1. 서론

현대형 전문사건에 대한 소송감정은 그 내용

의 전문성으로 인하여 감정을 함에 있어서 감정의 전제사실이 주어지지 않은 상태에서 감정인이 주도적으로 사실을 인식 및 수집하고 이를 기초로 도출된 감정의견을 법원에 보고하는 형태로 이루어지는 것이 일반적이다.<sup>1)</sup> 하지만 이러한 유

\* 한국지식재산연구원 부연구위원, 법학박사  
(email : sykimlaw@hanmail.net)  
접수일자: 2013.11.21 수정완료: 2013.12.13

1) 윤계운, “전문소송의 감정절차에 대하여- 건설감정의 표준절차를 중심으로-”, 법조, 2002, 237면.

형의 감정이 진행되는 경우 해당 사건의 법관이 법률적 사안이 아닌 해당분야의 전문적 지식을 요하는 감정대상에 대해 구체적인 지침을 주거나 보고된 감정결과를 판단할 수 있는 능력이 부족할 수 밖에 없기 때문에 사실상 감정결과에 기속되는 현상을 가져온다. 이 때문에 감정인은 해당 분야에 대해서는 사실문제에 관하여 실제적으로 법관의 역할(index facti)을 하게 된다.<sup>2)</sup> 감정인을 “숨겨진 법관(beimlicher Richter)”, “하얀 가운의 법관” 등으로 지칭하기도 하는 점은 이 때문이다.<sup>3)</sup>

저작권법은 제119조에 감정에 관한 규정을 두고 저작권 침해 등의 소송에 대하여 한국저작권위원회가 감정을 할 수 있도록 명시하고 있다. 다만, 건설감정, 의료감정, 부동산감정 등 일반적인 유형의 감정과 달리 저작권에 대한 감정은 특이성을 갖고 있다. 다른 유형의 감정은 유체물, 즉 감정의 대상이 되는 것이 구체적 사실로서 존재하고 그에 대한 분석이 이루어지게 되는 반면, 저작권에 대한 감정은 무체물이 대상으로 일단 감정의 대상 자체의 설정 및 사실상의 분석 외에도 법이 부여한 권리 범위에 대한 이해가 선행되어야 한다는 특징이 있다.

컴퓨터프로그램저작물에 대한 감정(이하, ‘SW 감정’이라 한다.) 역시 저작권 침해에 대하여는 이러한 전제에서 자유로울 수 없는 것이 현실이다. 이에 그 동안 SW감정 역시 정량분석 과정에서 정제과정을 통한 무의미한 라인의 제거, 오픈소스 여부에 대한 검토 등과 같이 앞에서의 전제를 충족시키고자 많은 노력을 해오고 있다. 하지만 이 역시 완전한 것으로 볼 수는 없고 많지는

2) 정선주, “민사소송절차에서 감정인의 지위와 임무”, 민사소송 제6권, 2002, 96면.

3) 정선주, 상계논문(2002), 88면.

않지만 일부의 경우 판결에서 감정결과를 배제하는 경우도 나타나고 있다. 이에 저작권법과 실제 감정결과와의 이용자인 법원의 의도에 충실한 감정결과와 제공을 위해서는 이처럼 인용을 배제당한 감정건에 대한 분석과 그 원인을 찾아보는 것이 필요하다 하겠다. 특히 일정부분 권리에 대한 감정결과를 제공하고 있는 일반저작물 감정의 경우와 이를 비교하는 것은 SW감정의 개선점을 도출하는데 많은 도움이 될 것으로 본다.

## 2. 판결에서의 감정결과 배제의 원인

분석의 대상이 되는 감정 관련 판례는 대상 판결에서의 활용에 초점을 맞추어서 확정판결의 유무를 고려하지 않고, 일반저작물에 관하여 11건, SW감정 중 저작권 침해와 연관이 있는 40건의 판례를 대상으로 살펴보았다. 이 중 감정결과가 판결에 인용되지 못하고 배제된 사례는 일반저작물 감정의 경우 2건, SW감정의 경우 2건으로 조사되었다.

### 가. 일반저작물감정 결과의 배제 원인

#### (1) 서울중앙지방법원 2011. 9. 23. 선고 2009가합84030 판결

본 사건은 건축설계도가 감정의 대상이 된 것이다. 간단히 사실관계를 살펴보면 원고는 피고1의 공연장이 화제로 훼손됨에 따른 복구공사의 용역을 소외 Waagner Biro Austria Stage Systems A.G.社와의 컨소시엄을 통하여 수주하였다. 하지만 피고는 원고의 의무불이행을 이유로 계약을 해지하고 컨소시엄의 국내 사업자를 피고2로 선정하여 공사를 완료하였다. 이에 원고는 피고2에 의하여 완료된 공연장의 설계도면이

자신들이 최초에 제출하였던 것과 유사하여 피고가 원고의 저작권을 침해함에 따른 손해배상을 주장하는 소를 제기한 사례이다.

이 사건에 대하여 감정은 두 가지 사항이 요청되었는데, 첫째 제출된 원고의 각 설계도면의 창작성 여부, 둘째 원고와 피고의 설계도면간 동일·유사여부에 대한 판단이다. 감정결과는 기능적저작물인 설계도면이라 하더라도 제출된 정도의 설계도면은 창작적 표현으로 볼 수 있다고 판단하였다. 또한 개개의 설계도면을 비교·분석해본 결과 비교대상 총 68건 중 동일 22건(32.4%), 유사 44건(64.7%), 상이 2건(2.9%)으로 감정결과를 제시하였다.

이에 관하여 재판부는 다음과 같이 판단하면서, 해당 설계도면에 대한 창작성을 부정하였다.

“위 기초사실 및 위에서 든 각 증거에 의하면, 이 사건 설계도면은 오페라극장의 무대를 구동하고 조명과 음향 등을 연출하기 위한 각종 기계장치설치의 설치에 필요한 부품과 설비의 규격, 형태 및 수량, 그 배치 구조와 위치 등을 당해 기술분야의 기술자들이 정확하게 이해할 수 있도록 CAD(Computer Aided Design 컴퓨터 지원설계) 프로그램에 의하여 표준화된 기호, 수치 등으로 객관적으로 표현되어 있는 사실, 이 사건 설계도면은 피고 ○○전당이 주식회사 아키반건축도시연구원에 의뢰하여 마련한 과업지침서(을가 제5, 27호증, 을나 제6호증)의 기준에 맞게 작성된 것인데, 위 과업지침서에는 구체적인 설계 사양과 종목별 설비기술에 관한 기준이 상세하게 기재되어 있는 사실, 이 사건 공사는 완전히 새로운 무대기계를 설치하는 것이 아니라 화재로 인하여 소실된 기존 무대기계의 기본적인 철골구조와 규격에 맞추어 부분적으로 개선된 기능을 가진 무

대기계를 설치하기 위한 것으로, 원고는 위 과업지침서에 따라 달라진 기술내용을 표현하기 위하여 이 사건 준공도면(을가 제12호증의 1 내지 136, 을가 제13호 증의 1 내지 99 각 설계도면이 그 일부이고, 그 대표도면은 별지3과 같다)을 수정·증감하여 이 사건 설계도면을 작성한 사실 등을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 이 사건 설계도면에 의해 표현되는 무대기계 형상 자체에 특별한 미감을 느끼게 하는 디자인적 요소가 부여되어 있지는 아니하고, 이 사건 설계도면은 단지 기능적인 무대기계 설치에 관한 내용을 객관적으로 표현하고 있을 뿐 그 표현방식에 있어 통상적으로 사용되는 설계도면 작성방식과 구별되는 독특한 점을 찾기 어려우며, 또한 이 사건 설계도면은 피고 ○○전당의 위 과업지침서상의 상세한 기준에 의하여 작성된 것으로 그 기준에 따른 설계에는 상당한 제약이 있을 수밖에 없을 뿐만 아니라, 이 사건 준공도면과 비교하더라도 그 표현방식에 있어 별다른 차이가 없어 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도로 새로운 창작성이 부가되어 있다고 할 수도 없다.

한편 원고는 원고가 가진 세계적인 수준의 기술력과 수많은 현장경험을 이용하여 ‘웨이트가 없는 원치 방식의 배튼’과 ‘캠롤러를 이용한 시저암리프트 방식의 침하무대’ 등 원고의 독창적인 기술력이 구현된 이 사건 설계도면을 작성하였으므로 이 사건 설계도면의 저작물성이 인정된다고 주장하나, 이 사건 설계도면에 나타난 독창적인 표현적 요소가 무엇인지에 관하여는 구체적인 주장이 없을 뿐 아니라, 위와 같은 기술사상의 내용 자체는 저작권법에 의하여 보호되는 창작적 표현에 해당하지 아니하고, 그 기술 사상에 관한 노력의 투입 역시 저작권법의 보호대상이 되지 않는다.

이와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 설계도면은 그 표현방식에 있어서 원고만의 특유한 창조적 개성이 있다고 보기 어려우므로 저작권법상 보호받는 도형저작물로 볼 수 없다(이 법원의 한국저작권위원회에 대한 감정축탁결과는 원고가 이 사건 설계도면에 구현되어 있는 기술력을 보유하고 있다는 점과 원고가 자신의 기술력을 통해 일련의 공학적 해결방법을 설계도면으로 표현하였다는 점 등을 근거로 이 사건 설계도면의 창작성이 인정된다고 하나, 이 사건 설계도면의 사상적 요소와 구별되는 표현적 요소가 무엇인지, 이 사건 설계도면에 나타난 표현적 요소의 어떠한 점이 독창적이라는 것인지에 관하여는 아무런 언급이 없고, 이 사건 준공도면 및 피고 ○○전당의 위 과업지침서 등의 자료를 전혀 고려하지 않았으므로, 이를 그대로 받아들이기는 어렵다.)“

(2) 서울중앙지방법원 2011. 12. 29. 선고  
2009가합138784 판결

본 사건은 전문서적이 감정의 대상이 된 것이다. 간단히 사실관계를 살펴보면 원고가 저술하여 출판한 토목공학 분야의 수험용 서적을 피고가 무단으로 복제하여 피고 서적의 상당부분에 걸쳐 원고가 창작한 표현이 도용되어 있다는 이유로 침해금지 및 해당 서적의 폐기를 구하는 사례이다.

이 사건에 대하여 감정은 두 가지 사항이 요청되었는데, 첫째 피고 저술 부분의 저작권 침해 여부, 둘째 저작권 침해부분의 특정 및 침해의 비율에 대한 판단이다. 감정결과는 원고가 주장하는 각각의 부분(페이지 단위 이하) 별로 대칭되는 피고의 저술 부분을 비교한 결과 정량적으로 매우 적은 부분만이 창작성과 실질적 유사성

이 인정될 수 있으며, 유사한 부분은 질적으로도 핵심적이라 볼 수 없는 것으로 판단하였다.

이에 관하여 재판부는 다음과 같이 판단하면서, 감정결과에서 창작성을 인정한 부분에 대하여 그 결과를 인정하지 않고 창작성을 부정하였다.

“청구취지 및 청구원인변경신청서에 첨부된 제Ⅱ, Ⅲ대비표의 우측면에서 원고가 창작성 있다고 특정한 표현은 모두 그와 동일 또는 유사한 표현이 나타난 선행문헌이 존재하는 점 등을 종합하여 볼 때, 갑 제1, 2호증(가지번호가 있는 것은 이를 포함한다)의 각 기체 및 이 법원의 한국저작권위원회에 대한 감정결과만으로는 위 표현들에 대한 창작성을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다”

나. SW감정 결과의 배제 원인

(1) 서울중앙지방법원 2009. 4. 3. 선고  
2006가합92887 판결

본 사건은 매장관리 POS 프로그램이 감정의 대상이 된 것이다. 간단히 사실관계를 살펴보면 원고는 자사가 납품한 POS 프로그램과 피고가 납품한 POS 프로그램이 상당히 유사하여 피고가 원고의 프로그램을 무단으로 복제하여 저작권을 침해한 것이라 주장하여 그 손해배상의 소를 제기하였고 피고는 그러한 유사성은 원고와 피고가 동일한 소외 A社의 프로그램을 근간으로 하였기 때문이라 항변하는 사례이다.

이 사건에 대하여 감정은 세 가지 사항이 요청되었는데, 첫째 원고의 등록프로그램과 피고의 등록프로그램 간 유사도(복제도), 둘째 원고의 등록프로그램과 소외 A社의 등록프로그램 간 유사

도(복제도), 셋째 피고가 반납한 프로그램과 피고 노트북에서 복구한 프로그램의 비교(소스동일성, 일자 등)에 대한 판단이다. 감정결과는 첫 번째 사항에 대하여 원고의 것을 기준으로 각각 99.78% 내지 97.65%의 유사도를 도출하였으며, 두 번째 사항에 대하여 원고의 것을 기준으로 6.50% 내지 15.88%의 유사도를 도출하였다. 세 번째 사항에 대하여는 반납한 프로그램 기준으로 98.45%의 유사도를 나타낸 것으로 판단하였다.

이에 관하여 재판부는 다음과 같이 판단하면서, 유사도 감정을 수행한 대상은 저작권법이 보호하는 창작적 표현이 아니며, 비교대상 프로그램의 누락, 잘못된 비교대상 선정 등으로 인하여 유사도 감정결과가 실제로 피고인들이 개발하여 사용한 프로그램에 대한 유사한 정도로 보기 어렵다고 하여 감정결과를 배제하였다.

“1 감정에 따른 원고의 ○○마을프로그램, ○○○프로그램, 유통관리 ○○○ 프로그램과 피고들의 ○○○프로그램, ○○○마트프로그램, 단독점포용 ○○○ 프로그램의 유사도가 87.96% 내지 92.01%(비교본 기준)로 판정된 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한편 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고 신○○, 권○○, 이○○, 이○○ 등은 원고의 전신인 ○○시스템에 재직하면서 원고의 각 프로그램의 기반이 된 ○○통상의 프로그램인 KINDS-NT 프로그램을 포함한 다수의 유통관리 프로그램을 개발한 점, 피고 신○○ 등은 원고의 프로그램 개발 및 유지보수 업무의 핵심인력이었던 점에다가 유사한 업무에 제공되는 프로그램은 유사한 구조와 알고리즘에 따라 유사하게 개발될 가능성이 크다는 점을 보태어 보면, 피고 신○○ 등은 유통관리 프로그램의 개발에 있어 상당한 전문가로서 원고의 각 프로그램에 의거하지 않고서도 독자적

으로 유통관리 프로그램을 개발하였을 가능성을 쉽게 배제할 수 없고, 또한 1 감정은 감정대상을 선정함에 있어서 원고의 ○○○프로그램 중 실행파일 형태가 아닌 소스코드로 제출된 소규모매장을 위한 ○○○ 프로그램만을, 원고의 유통용 ○○○ 프로그램 중 java파일을 제외한 jsp파일만을 각 대상으로 하였을 뿐만 아니라 ○○○프로그램, ○○○마트프로그램, 단독점포용 ○○○ 프로그램은 피고 회사가 실제 피고 신규거래처에 공급한 프로그램이 아닌 피고 신○○ 등이 반환한 노트북에서 복구된 프로그램만을 대상으로 하였다는 점을 고려할 때 그 감정결과인 유사도를 피고들이 실제로 개발하여 사용한 프로그램과의 유사도라고 단정하기 어렵다는 점에서, 앞서 인정한 사실만으로는 피고들이 원고의 각 프로그램에 의거하여 피고들의 유통관리 프로그램을 개발하였다고 인정하기에 부족하고, (중략) 이 사건에 있어서 보건대, 1 감정에 따른 원고의 ○○마을프로그램, ○○○프로그램, 유통관리 ○○○ 프로그램과 피고들의 ○○○프로그램, ○○○마트프로그램, 단독점포용 ○○○ 프로그램의 유사도가 87.96% 내지 92.01%(비교본 기준), 89.66% 내지 99.78%(원본 기준), ○○마을 프로그램, ○○○프로그램과 KINDS-NT 프로그램의 유사도가 6.50% 내지 36.97%로 각 판정된 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한편 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ○○통상에게 유통관리 프로그램을 포함한 전산시스템을 개발하여 공급함에 있어, ○○시스템이 1997년 무렵 KINDS-NT 프로그램을 포함한 대금 282,700,000원의 전산시스템 등을 개발하여 공급한 후 이를 승계한 원고가 오산 ○○마트, 양주 ○○마트 등 ○○통상의 지점 확장에 따라 전산시스템을 공급하거나 유지보수용역을 제공하게 된 점, ○○시스템은 KINDS-NT 프로그램을 등록한 반면 원고는 ○○통상에 공급한 프로그램

을 등록하지 않은 점, ○○시스템이 ○○통상에 공급한 프로그램과 원고의 ○○마을프로그램, ○○○프로그램, 주식회사 에스엠에 공급된 프로그램의 전체 시스템 플로우, 테이블 내역서, 트리거 명세서, 프로그램 리스트에 관한 각 운영매뉴얼이 대부분 일치한 점, ○○시스템이 ○○통상에 공급한 KINDS-NT 프로그램은 WINDOW 운영체제 기반인 영업관리 프로그램을 제외하고는 MS-DOS 운영체제를 기반으로 하여 개발되었으나, 원고는 위 프로그램을 WINDOW 내지 UNIX 운영체제를 기반으로 하여 거래처의 특성에 맞추어 변경함으로써 원고의 각 프로그램을 개발한 점과 2 감정은 ○○통상프로그램과 원고의 ○○마을프로그램의 DB스키마의 유사도 즉 유통관리 프로그램 설계·개발의 가장 중요한 기반이자 제약이 되는 데이터베이스의 각 데이터 구조에 대한 유사도 감정으로서 영문 테이블명 유사도가 100%, 컬럼명 유사도가 72%, 식별키 유사도가 58%에 이를 정도로 데이터 구조가 유사하다는 결과를 보인 점 등에 비추어 보면, 원고의 각 프로그램은 프로그램 언어, 거래처의 편의성이나 특성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 프로그램저작물로서 ○○시스템의 KINDS-NT 프로그램과 시스템 플로우 등 알고리즘이 유사하고, 다만 위 프로그램을 기반으로 하여 운영체제의 변경이나 거래처의 특성 즉 기술구성의 차이에 따라 그 표현을 달리한 것에 불과하다 할 것이어서 그 창작성을 인정하기는 어렵고, 가사 창작성이 인정된다 하더라도 프로그램저작권의 침해를 주장하는 원고로서는 실질적 유사성을 입증하기 위하여 자신의 창작적인 표현에 해당하는 부분을 특정하고, 이 부분만을 피고의 프로그램과 대비하여야 할 것임에도 이에 대한 원고의 주장·입증이 없으며, 나아가 1 감정에서의 유사도 판정이 실제 피고들의 프로그램과의 유사도와 일치한다고 보기도 어려운 점에 비추어 보면 1 감

정의 유사도 판정만으로는 원고의 각 프로그램과 피고들의 프로그램이 실질적으로 동일하다는 점을 인정하기 부족하고,”

(2) 서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 자  
2007카합1672 결정

본 사건은 인터넷교환기 프로그램이 감정의 대상이 된 것이다. 간단히 사실관계를 살펴보면 피신청인은 신청인 회사에서 인터넷교환기 프로그램을 개발하는 업무를 수행하다가 신청인 회사의 부도로 동종업체인 피신청인 회사를 설립하여 동종의 프로그램을 개발하여 상용화하였다. 이에 신청인은 피신청인의 프로그램 자신의 회사에서 개발하였던 것을 무단으로 복제하여 만든 것으로 저작권 침해를 주장하는 사례이다.

이 사건에 대하여 감정은 특정의 두 가지 비교군에 대한 동일·유사여부에 대한 사항을 요청하였다. 감정결과는 첫 번째 비교군에 대해서는 33.2%의 종합유사도를 도출하였고, 두 번째 비교군에 대해서는 48.0%의 종합유사도를 도출하여 제시하면서, 일부부분에 대해서는 신청인의 프로그램을 가져다가 이용하였을 것으로 판단하였다.

이에 관하여 재판부는 다음과 같이 판단하면서, 분쟁대상 컴퓨터프로그램을 비교한 감정결과는 여과 과정을 통하여 저작권법상 보호되지 않는 표현을 충분히 제거하여 비교하여야 하나 이러한 부분이 정확히 이루어지지 않았으므로 실질적 유사성의 근거로 받아들이기 어렵다고 하여 판시하였다.

“살피건대, 기록에 의하여 소명되는 다음의 각 사정을 종합하면 이 사건 저작물과 피신청인 프로그램 사이에는 실질적 유사성이 인정된다고 선

뜻 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 즉, 1. 피신청인 제품에는 IP-PBX(HEXUS) 호처리 프로그램, IP-PBX(HEXUS) 미디어 서비스 프로그램, IP-PBX(HEXUS) 관리 프로그램, IP-PBX(HEXUS) 미디어서비스 관리 프로그램, IP-PBX(HEXUS) 데이터베이스 관리 프로그램 등 5개의 컴퓨터프로그램이 사용되고 있음에도 불구하고, 신청인은 그중 2개의 프로그램과 이 사건 저작물 사이의 유사성 여부에 관하여만 감정을 신청하여 감정이 진행되었으므로, 이 사건 저작물 전체와 피신청인 제품에 사용된 위 5개의 컴퓨터프로그램 전체에 관한 유사성 여부가 소명되지 아니하였다. 2. 이 법원의 컴퓨터프로그램보호위원회에 대한 감정축택결과는, 공개된 프로그램 소스 일부를 제외하는 절차를 거치기는 하였으나, 이 사건 저작물 중 인터넷전화 교환기의 표준적인 기능을 구현하기 위하여 필수적으로 사용되어야 하거나, 그와 결합하여 사용될 것으로 예상되는 다른 프로그램과의 호환성을 위하여 필요하거나, 기타 일반적으로 받아들여지는 프로그래밍 관행 등으로 인하여 표현이 유사할 수 밖에 없는 부분을 여과하는 절차를 거치지 아니하고 소스코드의 유사성을 비교한 것이다. 3. 이 법원의 컴퓨터프로그램보호위원회에 대한 감정축택결과에 의하더라도, 소스코드의 유사성에 관한 정량적 비교를 하였을 때, 피신청인 프로그램 중 IP-PBX(HEXUS) 호처리 프로그램의 33.2%에 이 사건 저작물과 유사한 소스코드가 존재하고, IP-PBX(HEXUS) 미디어 서비스 프로그램의 48.0%에 이 사건 저작물과 유사한 소스코드가 존재하며, 이 사건 저작물을 기준으로 위 각 프로그램의 소스코드와 유사한 부분을 살펴보면 그 유사도가 21.4%이다. 또한 개별 모듈 및 파일의 유사성을 살펴보면, 피신청인들이 공개된 프로그램 소스를 사용하였다고 주장하는 부분과 기능적으로 유사한 부분에 있어서 높은 유사도를, 그렇지 않은

부분에서는 매우 낮은 유사도를 보이고 있어, 기능의 유사함으로 인하여 불가피하게 유사한 소스코드가 만들어졌을 가능성을 배제할 수 없다.”

#### 다. 소결

살피본 바와 같이 일반저작물 감정을 해당 판결이 받아들이지 않는 경우 그 원인은 분쟁대상물에 대한 창작성 인정 여부에 대한 견해 차이에 있는 것으로 보여진다. 감정결과는 창작성 인정 기준에 관하여 최소한의 창작성이 인정될 수 있다면 일단 해당 대상물에 창작성이 있는 것으로 보고 저작물의 비교를 통하여 실질적 유사성을 판단해 보고자 하는 경향이 지배적이다. 반면 판결에서는 이러한 문제에 있어서 창작성 인정을 다소 엄격하게 살피고 있는 것으로 보여진다. 이는 법원이 기능적 저작물에 대해서는 최소한의 창작성 뿐만 아니라 창조적 개성이 현출될 수 있어야 비로소 창작성을 인정하도록 하여 문예적 저작물의 경우보다 창작성의 기준을 높게 정하고 있기 때문이라 생각된다.

기능적 저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하고 있으므로, 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 통상적인 기술자들이 정확하게 이해할 수 있도록 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크지만, 기능적 저작물도 저작권법의 보호대상이 되기 위해서는 작성자의 창조적 개성이 존재할 것이 요구된다고 하기 때문이다.<sup>4)</sup> 특히 동일한 사항을 표현함에 있어서

4) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결, 대법원 2007. 8. 24 선고 2007도4848 판결 참조.

작성자에 따라 다소간의 차이가 있을 수 있다고 하더라도 그러한 사정만으로는 기능적 저작물의 창작성을 인정할 수 없으며, 작성자의 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 판단하도록 하고 있다.<sup>5)</sup>

한편, SW감정을 해당 판결이 받아들이지 않는 경우 그 원인은 감정을 위한 비교대상 선정이 적절치 못한 경우와 비교대상에 대한 여과가 정확히 이루어지지 않아 유사도 감정결과를 실질적 유사성으로 인정할 수 없다는 점을 주요한 것으로 들 수 있을 것이다.

분석을 위한 표본 수가 적어 일반화시키기는 어렵지만, 일반저작물 감정에 대하여는 감정대상물의 창작성 여부가 감정기관의 판단과 차이가 나는 점이 문제되고, SW감정에 대하여는 감정을 수행하는 대상의 특징이 적절하게 이루어졌는지 여부가 가장 큰 문제라고 할 수 있다.

### 3. 비교분석을 통한 문제점 도출

#### 가. 일반저작물 및 컴퓨터프로그램저작물의 창작성 판단문제

일반저작물 감정과 SW감정의 차이에 따라 법원에서의 반응이 왜 상이한지에 대하여 살펴보고자 한다.

사실 저작권법 제4조에서 예시로 들고 있는 것과 같이 SW, 특히 컴퓨터프로그램저작물이 전체에서 차지하는 비중이 크지는 않다. 저작권 분쟁의 경우 컴퓨터프로그램을 별도의 카테고리로 분

류하여 다루지 않을뿐더러 어문, 음악 등과 같이 저작권 분쟁으로 함께 다루어지고 있다. 법리적으로 완전히 확립된 이론이라 하기는 다소 무리가 있지만 현재 판례나 학설의 통설적 견해는 저작권 침해가 인정되기 위하여는 첫째, 원고가 정당한 저작권을 보유하고 있어야 하며, 둘째, 피고가 원고의 저작물에 의거하였어야 하고, 셋째, 피고의 저작물이 원고의 저작물과 실질적으로 유사할 것을 요구하는 요건이다. 실제 재판과정에서 의거에 대한 부분은 사건 당사자들이 제출하는 증거자료 및 정황들을 참고하여 법관이 스스로 판단하는데 큰 어려움이 없으나, 분쟁대상의 창작성 존재 여부나 실질적 유사성 여부는 해당 분야의 전문적 지식이 없는 법관으로서 판단하기에 어려움이 따른다. 물론 저작권법의 이론상 창작성과 실질적이라는 개념의 판단 자체는 법적관점에서 바라볼 필요가 있는 요소이나 이를 판단하기에 앞서 해당 대상물에 대한 지식 부족으로 그러한 요소들을 판단해낼 수 있는 정도의 이해를 법관이 갖는다는 것은 불가능에 가깝다. 이점은 일반저작물, 특히 그중에서도 설계도면 등 기능적 저작물과 SW감정의 대상이 되는 컴퓨터프로그램저작물에 동일하게 적용된다.

하지만 일반저작물에 속하는 저작물은 그것이 아무리 복잡하고 난해하다 하더라도 법관의 눈에 일견하여 확인될 수 있는 성질의 것이 다수이다. 따라서 창작성 등의 여부가 쟁점이 되고, 감정결과로 그 사안에 관한 답변이 제출되었다 하더라도 법관이 최종적으로 이를 판단할 수 있는 최소한의 여지가 있는 것이다. 반면, 컴퓨터프로그램 저작물은 법관이 육안으로 검토하여 창작성 등을 판단한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이며, 상당부분 감정인에게 그러한 점을 일임할 수 밖에 없다.

5) 대법원 2007. 8. 24 선고 2007도4848 판결 참조.

더군다나 최근 컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작권 침해여부 판단에 주로 활용되고 있는 3단계테스트(추상화-여과-비교 테스트)의 경우<sup>6)</sup> 창작성 판단 및 저작권 침해의 대상에 대한 특징이 별도로 이루어지지 않고, 추상화와 여과 단계에서 이루어진다는 특징이 있다. 따라서 SW감정에서 추상화 및 여과를 진행하는 과정에서 창작성 여부 등을 정밀하게 검토하여 비교의 대상을 확정하는 것이 무엇보다 중요한 것이라 할 수 있다.

결국 감정의 방식 및 실질적 유사성 판단 방식 등의 차이에 따라 창작성 여부가 영향을 미치는 단계에서 판례가 일반저작물과 컴퓨터프로그램저작물을 상이한 관점에서 보는 것과 같이 오인할 수 있는 문제가 발생한 것이지, 애초에 일반저작물과 컴퓨터프로그램저작물이 상이한 특성을 갖고 있다는 현상으로 보기는 어렵다. 일반저작물 감정의 경우 법관이 직접적인 창작성 판단을 표면적으로 하므로 그것이 직접 노출된 것이고, SW감정의 경우에는 3단계테스트를 거치는 과정에서 창작성 판단이 명확히 이루어지지 못함에 따라 비교대상을 잘못 설정하는 현상이 발생한 것이다.

다만, SW감정 실무를 살펴보면, 추상화 및 여

6) 2013년 ‘저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구’ (한국저작권위원회)의 수행과정에서 이루어진 법관들에 대한 면담에서, 우리나라의 판결문은 반영된 이론적 사항이 모두 기재되어 있는 형태가 아니므로 판결문에 명시적으로 적시되어 있지 않더라도 전체의 문맥을 고려하여 특징의 이론이 적용되었는지 여부를 판단할 필요가 있다고 제시하면서, 우리나라에서의 컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작권 침해 사건은 대체로 3단계테스트를 적용하고 있는 것으로 볼 수 있다는 견해가 제시된 바 있다.

과 단계를 거치면서 지나치게 정형화된 방식을 거치는 것으로 보여진다는 점이 큰 문제라 생각된다. 저작권법의 특성상 창작성의 요소, 특히 창작성이 존재하지 않는 요소는 일률적으로 정할 수가 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 일련의 정형화된 감정기준을 적용하고자 하여 물리적인 판단만으로 창작성 요소를 가려낸다는 점은 분쟁의 쌍방향성에 비추어 보면 매우 위험한 일이 아닌가 싶다. 즉 물리적인 판단만으로 제거된 비창작성적 요소 외에 남아있는 부분을 CORE라 하기에 부족한 점이 많기 때문이다.

#### 나. 감정대상의 특정 문제

컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 앞서 살펴본 개념적 검토의 부족으로 감정대상이 잘못 특정되는 것 이외에도 감정이 법관이 문제해결을 위하여 필요한 분석의 대상을 정확히 반영하지 못하는 경우가 존재하기도 한다. 앞서 살펴본 ‘서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 자 2007카합1672 결정’의 사례가 전형적인 형태이다.

이러한 유형의 문제는 법관의 컴퓨터프로그램 분야에 대한 지식의 부족과 감정인의 전체사건에 대한 미인지(未認知) 및 정보의 미공개로 인한 것으로 볼 수 있다. 법관이 대상물 A를 감정을 통하여 확인하고 싶은 경우<sup>7)</sup>, 신청인이 A를 대상으로 하는 감정신청서를 제출하면 문제가 없으나 신청인이 A'를 대상으로 감정을 신청하는 경우도 존재할 수 있다. 이때 법관이 그러한 사항을 명확히 인지하여 사전에 걸러내지 못하게 되면 분쟁해결을 위하여 필요한 대상에 대해 감정을 하지 못하거나, 일부분에 대한 감정만을 수행

7) 보통 SW감정은 당사자 일방이 감정을 법원에 신청하고 법원은 그 사항이 감정을 거칠 필요가 있다고 판단되면 한국저작권위원회에 감정을 촉탁하고 있다.

하는 등의 문제가 발생하게 되는 것이다.<sup>8)</sup>

결국 이는 법관이 당사자 일방이 신청한 감정 신청서의 사항에 대하여 명확히 알 수 없다는 점과 감정인의 전공분야에 따른 한계 및 재판부에서 해당 사건에서 감정이 어떠한 목적으로 필요한지 여부 등에 대하여 정보를 적절히 제공하지 못하였던 점이 원인이라 생각된다. 특히 이러한 전제사실의 판단을 감정인에게 위임하는 최근의 경향에서 만일 감정인이 확인한 전제사실과 법원이 최종적으로 인정한 사실이 상이할 경우에는 해당 감정결과는 적절하지 않으므로 증거로 사용될 수 없게 되는데,<sup>9)</sup> 이는 감정을 활용함에 따라 소요된 시간과 비용 등의 낭비일 뿐 아니라 해당 감정을 활용함으로써 포기한 다른 공격·방어방법의 상실을 초래한다는 점 역시 문제로 존재한다.

서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 자 2007카합1672 결정의 사안에서도 법원은 실질적 유사성이 인정된다고 단정할 수 없는 이유를 제시하면서 가장 먼저 피신청인 제품에 총 5개의 프로그램이 사용되고 있음에도 불구하고 신청인이 2개의 프로그램에 대한 유사성만을 감정신청하여 감정이 진행되어 5개 모두 비교가 이루어지지 않았음을 지적하고 있다. 생각건대 당시 감정은 신청인의 신청으로 인한 것이더라도 법원의 촉탁에 의하여 수행된 것이므로 사감정과 달리 법원이 적극적으로 이러한 사항을 조정하였어야 하는 것이 아닐까 싶다. 즉, 신청인이 사감정에 의한 감정결과를

8) 단독의 감정체계에서는 감정이 잘못되었다도 해당 분야의 전문지식이 없는 법관과 당사자가 그 오류를 찾아내고 감정결과를 평가하는 것이 쉽지 않다. 정선주, 전제논문(2002), 106면.

9) 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사소송Ⅲ」, 2005, 176면.

증거로 제출하였을 때 그 증거의 내용이 입증에 부족하다고 하는 것과 같은 소극적인 자세가 아니라 소송감정의 형태로 진행되는 것이므로 법원이 실제적 진실을 밝히기 위하여 비교·분석의 대상 확정 등과 같이 감정의 실효성을 위하여 전제가 되는 사항들을 감정인과 협의하여 처리하는 것이 필요하지 않았나 하는 생각이 든다. 본 사안에서야 일단 유사도 자체가 낮게 나왔으므로 감정결과를 완전히 인용하지 않더라도 최종적인 결과가 달라지지는 않았겠지만, 어떠한 경우에 있어서는 문제의 소지가 있다고 보여진다.

## 4. 개선방안 검토

### 가. 융합적 관점에서의 감정 수행

최근의 소송, 특히 전문소송에서의 법관은 자신이 보유하고 있는 전문지식의 한계로 인하여 감정인에게 의존하는 경향이 점점 심해지고 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 저작권 분쟁에 대한 감정 역시 이와 다르지 않다. 법관이 육안으로 확인하고 나름의 판단을 할 수 있는 일반저작물을 감정의 대상으로 하는 것과 달리 SW감정은 그 대상을 컴퓨터프로그램저작물로 하고 있으므로 법관이 그 내용 및 감정결과를 분석하기에는 현실적으로 어려움이 있어 대체로 이에 따르게 된다.

저작권 분쟁은 다른 전문소송과는 또 다른 특징을 갖고 있다. 부동산 분쟁, 의료분쟁 등 일반적인 전문소송은 전문적 분야에 대한 사실을 바탕으로 구체적인 사실에 법률적 판단을 하는 것이다. 즉, 특정의 부동산 부지가 얼마의 가치를 갖는지, 환자 증상의 원인이 무엇인지 등 구체적인 사실문제에 대하여 판단을 하게 된다. 이러한

사실문제의 판단에는 해당 분야의 지식이 전적으로 이용되게 된다. 하지만 저작권 분쟁은 이 부분에 있어서 상이한 특징을 갖는다. ‘환자의 증상’은 자연의 현상에서 나타난 것임에 반하여 ‘저작권’은 법률이 부여한 사실이다. 단적으로 예를 들면, 환자에게 나타나는 병리적 현상 중 특정 부분은 증상으로 볼 수 없고, 특정 부분만 증상으로 볼 수 있다고 하지는 않는다. 반면 저작권의 문제에 있어서는 하나의 작품이라고 하더라도 어느 부분은 저작권이 있고, 다른 부분은 저작권이 인정되지 않는다. 즉, 법에 의하여 부여된 사실이라는 것이다.

저작권 분쟁에서 사실판단을 위하여 컴퓨터프로그램의 소스코드 유사성을 전문가에게 의뢰하여 살펴보았다고 가정해보자. 저작권법에 대한 지식이 없는 그 전문가는 자신들의 분야에서 통용되는 지식만을 이용하여 유사한 정도를 계산하여 제출하게 된다. 그러나 저작권법상 침해의 대상이 되는 것은 보호받는 표현 부분에 한정되기 때문에 앞의 전문가가 그러한 방식으로 계산한 유사도는 궁극적인 분쟁해결에 다소 거리가 있는 증거가 된다. 왜냐하면 전체적으로 일정한 유사도를 보이더라도 법관은 그러한 자료에 근거하여 그 안에 보호받는 표현이 어느 정도인지 알 수도 없고 각각의 소스코드 라인이 저작권법의 보호대상인지조차 명확하게 알기 어렵기 때문이다.

따라서 저작권 분쟁에서는 일반적인 전문소송에서의 감정과 달리 법적인 고려가 감정단계에서도 선행되어야 하는 필연성이 존재하는 것이다. 이러한 특성을 고려하여 현행 저작물 감정제도는 감정전문위원회의 심의를 거치도록 하여 해당 감정결과에 대한 기술적·법적 기준과 내용에 대하여 보완장치를 두고 있다. 하지만 결과물에 대한 심의만으로는 보다 정확한 감정결과를 도출하는

데 어려움이 있으므로 감정이 진행되는 과정에 걸쳐 법적인 판단이 함께 이루어져야 하는 것이다.

저작물 감정이 기술적인 관점에서의 분석에서 벗어나 저작권법에 바탕을 둔 융합적 관점에서의 검토를 반영하기 위해서는 크게 세 가지 부분에 적용이 필요하다. 첫째 감정대상의 확정 부분, 둘째 구체적인 비교방식 선택 부분, 셋째 비교 결과에 대한 해석 부분이 그것이다. 먼저 감정대상을 확정하는 것은 저작권법이 작품 등의 전체를 보호하지 않고 창작적 표현에 한정하여 보호하고 있기 때문에 물리적으로 전체의 대상 가운데 저작권법이 보호하는 부분을 명확히 구분하는 것이 필요하다는 점에서 중요하다. 앞서 살펴본 판결인 서울중앙지방법원 2009. 4. 3. 선고 2006가합92887 판결, 서울중앙지방법원 2008. 5. 14. 자 2007카합1672 판결 등은 이러한 부분의 한계로 인하여 감정결과가 인용되지 않았음을 확인한 바 있다. 둘째 구체적인 비교방식 선택에 관하여는 특히 컴퓨터프로그램 등에서 문제가 되는 것인데, 앞에서 살펴본 여러 방식의 정량적 유사도의 계산방식과 같이 공학적 측면의 기법들이 법적개념인 유사성을 나타내는데 적절할지 여부를 살펴볼 필요가 있는 것이다. 마지막으로 비교 결과의 해석에 있어서도 특정한 수치 등으로 도출된 감정결과가 갖는 법적 관점에서의 의미 등을 해석하여 제시하는 것이 필요할 것으로 보여진다. 즉, 본 과정은 전문적 분야의 영역인 감정서를 법관이 자신의 판단의 근거로 활용할 수 있도록 ‘연결자’적인 역할을 한다고 할 수 있다.

그 중 가장 중요하게 생각되는 부분은, 컴퓨터프로그램저작물의 창작성 판단이다. 앞서 2장에서 살펴본 바와 같이 컴퓨터프로그램을 제외한 기타 저작물 유형의 침해여부 판단에서 가장 쟁

점이 되는 것 중 하나가 창작성 여부에 대한 논란이고, 실제 감정에도 많은 어려움을 주는 사항이기도 하다. 반면 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 창작성에 대한 논란이 표면적으로는 상당히 적다는 점이 특징이다. 구체적으로 보면 어문저작물, 설계도면 등 예술적/기능적 저작물 모두 비교대상을 확정하기 위하여 각각의 요소에 대한 창작성 판단을 거치게 된다. 이때는 물리적으로 타인의 것을 인용하거나, 기법에 따라 단일의 표현성과 같은 점 뿐만 아니라 기능적 저작물의 경우에는 ‘창조적 개성’이 표현되어 있는지 여부를 살펴도록 되어있다. 그러나 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 감정의 과정에서 3단계테스트의 ‘여과’에서 이러한 고려가 이루어졌다고 간주하는 경우가 많은 것으로 생각된다. 실제로 SW감정에서 여과는 의미없는 라인의 제거, 오픈소스의 제거 등 일견 창작성이 존재하지 않는 부분에 대한 육안분석을 통한 정제작업이 이루어지고는 있으나, 각각의 소스코드 라인이 작성자의 ‘창조적 개성’을 표현하고 있는지에 대한 판단은 쉽게 이루어지고 있지 않다고 보여진다. 다만, 이 부분에 대한 판단은 이론적으로는 분명히 요구되고 필수적인 부분이라 생각되지만 현실적으로 이를 판단하기가 용이하지 않다는 점이 한계라 생각된다.

#### 나. 사전적 감정절차의 강화

사건의 해결에 참여하는 주체간 지식의 한계로 인하여 공백의 부분이 발생하게 되고 이는 효율적인 분쟁해결에 저해요인으로 작용할 수 있게 된다. 저작권 분쟁에 따른 감정과 같이 전문사건에 대한 감정은 전제조건인 설정단계부터 매우 까다롭고, 감정사항이 복잡한 특징이 있다. 이로 인하여 감정료가 고액화되어 있으며 감정결과에 대한 검토와 오류의 지적이 매우 어렵다.<sup>10)</sup> 따라

서 감정을 수행하는데 있어서 명확한 감정대상 및 감정방법의 확정도 향후 발생할 수 있는 오류를 줄이는데 무엇보다 중요한 과정인 것이다. 하지만 SW감정을 비롯한 대부분의 전문사건에 대한 감정은 근본적으로 감정의 대상과 조건, 기준이 명확하게 정리되지 않은 채, 감정절차가 진행되는 사후검증식 실무 구조에서 문제가 발생하게 된다.<sup>11)</sup> 이에 감정이 본격적으로 수행되기 전 사전적으로 감증을 할 수 있는 절차적 장치의 마련이 필요하다.

현재 감정절차를 살펴보면 민사소송규칙 제101조<sup>12)</sup> 제4항은 법원이 최종적으로 감정사항을 결정하는 때에는 기본적으로는 신청인이 감정을 구하는 사항을 기재한 서면을 토대로 하되, 이 서면에 대한 상대방의 의견과 필요한 때에는 감정인의 의견도 참작하여 감정사항을 정할 수 있도록 하고 있다.<sup>13)</sup> 즉, 절차적으로는 법원의 필요에 의하여 재량으로 감정기일을 열 수 있는 임의

10) 윤재운, 전계논문(2002), 238면.

11) 윤재운, 전계논문(2002), 247면.

12) 제101조 (감정사항의 결정 등) ①감정을 신청하는 때에는 감정을 구하는 사항을 적은 서면을 함께 제출하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 재판장이 정하는 기한까지 제출하면 된다.

②제1항의 서면은 상대방에게 송달하여야 한다. 다만, 그 서면의 내용을 고려하여 법원이 송달할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.

③상대방은 제1항의 서면에 관하여 의견이 있는 때에는 의견을 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다.

④법원은 제1항의 서면을 토대로 하되, 제3항의 규정에 따라 의견이 제출된 때에는 그 의견을 고려하여 감정사항을 정하여야 한다. 이 경우 법원이 감정사항을 정하기 위하여 필요한 때에는 감정인의 의견을 들을 수 있다.

⑤법원은 감정에 필요하다고 인정하는 참고자료를 감정인에게 보낼 수 있다.

13) 법원행정처, 전계서(2005), 175면.

적 절차로 규정되어 있다. 실무적으로 감정기일이 개최되면 법관, 양 당사자 및 대리인, 감정인 등이 참석하여 감정수행에 대한 논의를 하게 된다. 하지만 이때는 실제적인 논의가 이루어지지 않는 것이 현실이고 법관은 감정인에게 감정에 대하여 모든 것을 위임하는 절차로 활용되는 것이 보통이다. 이 과정에서 앞서 살펴보았던 공백의 문제가 발생하게 되는 것이다. 따라서 그 문제를 해결하기 위해서는 법관이 적극적으로 감정의 전제확정에 임할 필요가 있으며 설사 감정인에게 상당부분 위임을 하더라도 지엽적이고 단편적인 정보의 전달보다는 사건에서 감정의 목적 등을 조망할 수 있는 정도의 정보제공이 필요하다.

다만, 위와 같은 감정기일이 모든 감정의뢰의 경우에 행해지는 것은 아니고 그 개최 정도는 상당히 적은 실정이다. 이는 아마도 지금과 같은 감정기일의 개최가 분쟁해결에 별다른 실익을 가져오지 못하기 때문이 아닌가 하는 생각이 든다. 따라서 감정기일의 실질화와 더불어 요구되는 것이 감정기일을 필요절차화하는 것이라고 생각된다.

2013년 ‘저작권 감정제도의 효과 및 개선방안 연구’의 설문조사 결과를 보면, 감정결과가 법관 등의 의도에 맞도록 매우 정확히 반영되었다는 응답은 응답자의 13.9%에 불과하고, 응답자의 72.2%는 대체로 정확히 반영되었다고 하였으나, 13.9%에 달하는 응답자는 보통의 정도로 반영되었다고 응답한 점에서 개선의 필요가 있다는 것을 보여준다. 또한 이를 위하여 사전적으로 감정사항을 조율할 수 있는 제도적 장치가 마련될 필요가 있는지에 대하여 대체로는 이를 재량으로 할 것으로 응답하였지만, 저작권 감정의 경우 33.3%가, 소프트웨어 감정의 경우 20.0%가 이를

필수적 절차로 하여야 한다고 응답한바 있다는 점은 분쟁해결의 주체가 되는 법관들 역시 감정기일의 실질적 운영을 통한 감정사항의 사전적 조율의 필요성을 인식하고 있다는 근거이다.

그렇다면 감정기일을 어떤 방식으로 하는 것이 실질화에 가장 근접할 수 있을지 생각해본다. 먼저 실질화라는 의미, 즉 어떤 경우에 실질적으로 감정기일이 이루어졌다고 할 수 있을까? 이는 감정기일을 통하여 감정의 목적, 감정의 대상, 감정의 방법 등이 명확하게 확정되어, 이후 수행될 감정의 전제가 적절하게 확립되는 것을 의미한다고 할 것이다. 이를 위한 구체적인 방안을 생각해 보면, 첫째, 감정담당자의 충분한 사건인지 및 감정방안 정립이 필요하다. 법과 감정기술 모두를 잘 알고 있는 감정인이 직접 협의하는 것이 이상적이라 할 수 있으나, 현실적으로 그러한 지식을 모두 갖고 있는 것이 쉽지 않고 감정인이 직접 협의에 참석하는 것도 여러 가지 면에서 어려움이 있으므로, 촉탁의 대상이 되는 감정기관의 감정담당자가 감정기일의 협의를 담당하는 것이 적절할 것이다. 그러나 실질적인 협의를 이루어질 수 있기 위해서는 해당 사안에 대한 사전적 이해를 통하여 개략의 감정을 위한 계획이 수립되어야 실질적인 논의가 가능할 것으로 보인다. 따라서 감정이 촉탁되는 때에 사건에 대한 개략적인 자료를 충분히 제공받은 후 해당 사건에 대한 감정의 목적을 고려하여 기본적인 감정수행 방안을 수립하고 이를 기초로 하여 감정기일 협의에 임하는 것이 감정기관에 요구될 것이다. 둘째, 법관의 감정사항에 대한 이해가 필수적이다. 최근 전문사건에 대한 감정의 경향에서 보듯이 점차 법관이 이해하고 통제할 수 있는 범위가 줄어들고 있는 것이 현실이기는 하다. 하지만 그렇다고 하더라도 사실확정의 주체는 여전히 법관이므로, 분쟁 해결을 위한 실체적 진실의 발견을

위하여 법관의 감정사항 이해는 반드시 필요하다고 생각된다. 따라서 감정기일 전에 미리 감정인 혹은 전문심리위원 등과 그러한 사항에 대하여 설명을 듣고 어느 정도 이해를 갖고, 감정기일에서 감정인의 도움을 받아 감정의 전제사항을 확정하는 것이 적절할 것이다.

## 5. 결론

살펴본 관례에서와 같이 저작권 분쟁에서 침해여부에 대한 판단을 위한 감정은 다른 유형의 전문감정과 달리 순수한 사실 외에 법에 기초한 사실의 판단이 요구된다는 특징이 있다. 이는 저작권법이 자연인을 감정인으로 규정하고 활용하는 타 유형의 전문감정과 달리 기관에 의하여 수행하도록 하는 촉탁의 대상으로 규정하고 있는 주요한 이유가 아닐까 생각이 든다. 이에 저작권법 제119조에 의하여 수행되는 감정은 이러한 제도적 목적을 고려하여 기술적 분석에 치우치는 것이 아니라 좀 더 법적사실을 고려하여 정밀하게 이루어지는 것이 요구된다고 하겠다.

하지만 현실적으로 그러한 이상을 실현하는데는 많은 어려움이 존재할 수 밖에 없으므로, 현재의 보유자원을 활용하여 절차적·제도적인 보완을 통한 감정의 실효성을 높이는 방법이 필요하다. 이러한 관점에 비추어 볼 때 감정의 융합적 수행과 감정기일의 실질화를 통한 사전적 감정의 전제를 확정하는 것은 현실적인 측면에서 우선적으로 활용할 수 있는 방안이 아닌가 하는 생각이 든다.

유체물이 아닌 무체물에 대하여 사실적 대상이 아닌 개념적 대상에 대한 공공의 감정이라는 것이 세계적으로 사례가 존재하지 않는 이상 저

작권 분쟁에 대한 저작권법 제119조의 감정제도는 항시 새로운 문제를 직면하게 될 것이고, 제도를 운영해나가면서 해당 문제들을 각기 해결해가는 것이 요구될 것으로 생각된다.

## 참고 문헌

- [1] 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사소송Ⅲ」, 2005
- [2] 윤재운, “전문소송의 감정절차에 대하여- 건설감정의 표준절차를 중심으로-”, 법조, 2002
- [3] 정선주, “민사소송절차에서 감정인의 지위와 임무”, 민사소송 제6권, 2002

## 저자 소개



김시열

2012 숭실대학교 대학원 법학박사  
2007-2012 한국저작권위원회  
現 한국지식재산연구원 부연구위원

<주관심분야 : 실질적유사성, 저작권침해 등>