

논문 2012-2-1

# 저작권법상 감정제도의 실효성 강화를 위한 제언

김시열\*, 신예경\*\*

## A Study on Strengthening the Appraisal Effectiveness under the Copyright Law

Si-Yeol, Kim\*, Ye-Kyung, Shin\*\*

### 요 약

본 논문은 저작권법 제119조에 근거하여 수행되고 있는 감정제도의 실효성 확보 측면에서 어떠한 개선방안이 있는지 살펴본 것이다. 이에 저작권법의 근거규정을 중심으로 감정 유형에 따른 저작권법 근거의 범위, 감정의 대상의 범주 등을 살펴보고, 감정과 유사한 기능을 수행하는 제도에 관하여 살펴보았다. 이러한 점을 바탕으로 기존 감정제도의 문제점을 제시하고 이의 해결을 위한 방안을 절차적, 구조적, 실질적 및 조직적 측면에서 살펴보았다.

### Abstract

This paper examines whether there are any improvement measurements of the appraisal in terms of its effectiveness that is under the Article 119 of the Copyright Law. Based regulations of Copyright Law, it examines legal basis for the scope of the appraisal in copyright law according to the type of appraisal, the system that performs functions similar to the appraisal and the category of the target that can requests the appraisal to the KCC. Based on these points, this paper indicates drawbacks resulted from a current appraisal system and examines any resolutions in terms of procedural, structural, practical and systemic aspects.

**한글키워드 :** 저작권 감정제도, 실질적 유사성, 저작권법 제119조

### 1. 서론

저작권 침해가 존재하는지 여부를 판단하기 위하여 가장 쟁점이 되는 실질적 유사성 판단은

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

\*\* 성균관대학교 대학원 법학과 석사과정  
(email: ykshin0510@gmail.com)

접수일자: 2012.11.01 수정완료: 2012.12.17

저작권법이 목적으로 하는 권리자와 이용자 이익의 균형을 맞추는 수단이 된다는 점에서 그 중요성이 상당하다. 하지만, 아무리 실무적 기준을 세우고 입법적으로 구체적인 기준을 제시한다고 하더라도 실제로 실질적 유사성을 판단하는 과정에서 이를 정확히 분석하지 못하거나 잘못 판단하는 경우에는 저작권법의 목적을 달성할 수 없게 된다.

저작권 분쟁 실무에서 보면, 저작권 침해여부

를 판단하기 위한 실질적 유사성 판단은 법관이 수행하여야 하는 영역에 해당하나, 현실적으로는 법관의 직접적인 판단만으로 컴퓨터프로그램과 같이 관련 지식이 상당히 필요한 저작물에 대해서는 감정과 같은 전문가의 의견에 기속될 수밖에 없다. 특히 컴퓨터프로그램은 다른 유형의 예술적 저작물 등과 달리 산업에 미치는 영향이 상당히 크므로 이에 대한 저작권 침해 판단은 매우 정밀하게 이루어져야 하는 부담이 존재할 수밖에 없다. 따라서 실질적 유사성 판단을 위한 전문가의 분석, 즉 감정의 중요성과 필요성은 점차 증가하고 있다. 즉 복잡하고 전문화되는 현대사회에서 분쟁의 대상이 과학기술의 진보에 따라 고도의 전문지식과 경험 없이는 분쟁을 해결하기 어려운 영역으로 점차 확대되고 있기 때문에, 해당분야의 전문적 지식을 갖지 못한 법관을 보조할 필요가 증가하고 있다는 현실에서 그 필요성이 요구되고 있는 것이다.

따라서 효과적인 감정이란 최종적인 법적 판단을 위한 법관이 필요로 하는 전문적 지식을 통한 의견을 제시하는 것이다. 이러한 점에 비추어 한국저작권위원회의 감정이 의뢰기관이 실제적으로 원하는 감정의 방향을 적절하고 효과적으로 맞추고 있는지, 혹시 그렇지 못하다면 감정제도의 실효성을 확보하기 위하여 어떠한 방안이 있는지 살펴보고자 한다.

## 2. 저작권법 제119조상 감정제도의 현황 분석

### 가. 저작권법상 감정의 법적 근거 범위

저작권법 제119조에 근거하여 수행되는 한국저작권위원회의 감정제도는 크게 ‘일반저작물 감정’과 ‘소프트웨어 감정’으로 구분된다. 일반저작물 감정은 어문, 연극, 미술, 건축 등 컴퓨터프로

그램을 제외한 모든 유형의 저작물에 대하여 저작물의 유사여부 및 침해여부 등에 대한 판단을 제공하고 있다. 반면 소프트웨어 감정은 소프트웨어간의 동일(복제)·유사성 판단, 소프트웨어의 완성(하자)도 판단, 소프트웨어 개발에 소요된 비용·단가 판단, 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 대한 감정 등으로 구성된다.<sup>1)</sup>

그런데 유사(복제)도 감정과 관련하여 저작권법 제119조에서 “저작권의 침해 등에 관한” 감정을 할 수 있도록 되어 있으나, 실무적으로는 소프트웨어의 경우 저작권 침해여부에 대해서는 감정결과를 제시하지 않고 있으며, 대다수는 두 프로그램이 서로 유사한지 여부 혹은 유사한 정도 등에 관하여 감정의견을 제시하고 있는 실정이다. 이러한 점은 소프트웨어 감정에서의 감정요청사항을 살펴보면 분명히 드러난다.

유사도 감정과 관련하여 감정요청사항은 크게 두 가지 유형으로 구분될 수 있다. 첫 번째는 두 비교대상 프로그램의 유사성 또는 유사여부에 초점을 맞추는 유형이다. 이에 관하여 감정요청사항을 살펴보면, “두 프로그램의 구성과 A프로그램, B프로그램과의 유사성 내지 차이점은 무엇인지”, “원고의 소스프로그램과 피고가 사용중인 소스프로그램이 동일 또는 유사한지 여부 및 그 정도”, “프로그램의 비교 유사성 및 소스코드의 중복사용 여부”, “피고의 프로그램이 원고의 프로그램을 그대로 인용하거나 참조하여 만든 것으

1) 한국저작권위원회 홈페이지(<http://www.copyright.or.kr>) 감정업무 소개 참조; 이러한 소개와 관련하여 2011년도 저작권백서에는 감정의 유형 분류를 ‘저작권 침해여부를 판단하는 저작권 침해감정’, ‘소프트웨어의 완성(하자)도, 유사(복제)도, 개발비 등을 판단하는 소프트웨어 감정’, ‘기타 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 대한 감정’으로 구분될 수 있다고 기술되어 있는데, 앞서 살펴본 홈페이지에 게재된 유형의 분류와 차이가 존재한다. 그 차이의 쟁점은 유사여부 판단이 감정의 주요 목적이 되는지, 혹은 저작권 침해여부의 판단(실질적 유사성 판단)이 주요 목적이 되는지 여부라고 생각된다.

로 볼 수 있는 부분이 있는지, 있다면 어느 부분인지”, “피고의 소스코드와 원고의 소스코드의 동일성 및 유사성”, “데이터베이스 설계의 유사성 여부” 등으로 나타난다.

반면 두 번째는 유사성 이외의 사항을 분석·탐지하는 것에 초점을 맞추는 유형이다. 이에 관하여 감정요청사항을 살펴보면, “두 프로그램에 사용된 엔진이 각자 독자적으로 개발된 것인지, 아니면 시중에 시판된 것을 사용한 것인지 여부”, “두 프로그램의 구성, 즉 소스, 알고리즘의 체계는 각 어떠한지”, “게임기에서 추출한 롬 데이터 HEX값을 비교하여 동일성 여부 확인”, “소스프로그램을 컴파일하여 컴파일한 실행프로그램의 생성 및 수정일자과 파일크기를 비교하여 그 크기가 유사한지 여부”, “파일의 생성일자 또는 수정일자가 언제인지 여부”, “전반적인 폼 레이아웃 비교”, “클라이언트 소스 코드의 배치 구조 비교”, “피고가 원고의 소스코드를 인용하거나 참조한 소스코드가 피고들의 프로그램 전체에서 차지하는 정도를 백분율로 나타낸다면 어느 정도인지”, “프로그램 기능 및 처리방식의 유사성 여부” 등 매우 다양한 형태의 감정요청사항이 존재함을 확인할 수 있다.

이러한 감정요청사항에서 확인 할 수 있는 바와 같이 소프트웨어 감정에서는 두 프로그램의 유사성 여부 등이 주요한 문제가 되는 것이지 저작권법에 따른 침해 여부나 법적 개념의 실질적 유사성의 판단이 요구되지는 않고 있다.<sup>2)</sup>

또한 이와 같이 유사성과 관련되는 감정 이외에 완성도(하자) 및 개발비 산정 등의 여러 가지 유형의 감정이 존재한다. 이러한 유형의 감정은 저작권법에서 규정하는 “저작권의 침해 등”에 해

당하는 것인지가 문제 된다. 왜냐하면 저작권의 침해에 관한 감정이 되는 것으로 볼 수 없는 것은 당연하고 ‘등’으로 표기된 범위에 속할 수 있다면 이는 법상 인정되는 감정의 유형으로 보아야 할 것이기 때문이다. 법상 인정되는 범위의 감정이라면 법적 근거 없이 수행하는 감정과 비교하여 부과되는 중요성 및 책무 등에 차이가 있기 때문이다.

이를 판단하기 위해서는 저작권법의 목적을 살펴볼 필요가 있을 것이라 생각된다. 저작권법 제1조는 “저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지 함”을 목적으로 명시하고 있다. 즉 완성도(하자) 및 개발비 감정 등이 저작권 제119조의 범위에 포함되기 위해서는 먼저 저작권의 보호에 관한 것인지 혹은 저작물의 공정한 이용을 위한 관한 것인지 여부가 판단의 기준이 되어야 한다고 생각된다. 살펴보면 완성(하자)도 감정이나 개발비 산정 감정은 컴퓨터프로그램에 관한 것이라는 점에서는 연관성을 갖고 있으나 이러한 유형의 감정이 저작권의 보호 및 저작물의 공정한 이용의 측면을 위한 것으로 보기에는 다소 어려움이 있다고 생각된다. 왜냐하면 얼마만큼 완성된 것인지, 혹은 개발비용이 얼마로 볼 수 있는 지 등은 일반 민사적 문제를 해결하기 위한 기술적 판단인 것이지 저작권적 판단으로 볼 수는 없기 때문이다.

따라서 한국저작권위원회에서 수행하는 여러 가지의 감정의 유형 중 소프트웨어와 관련하여 저작권법에 근거하여 수행하는 것으로 볼 수 있는 것은 유사(복제)도 감정만이 해당된다고 볼 수 있다.

#### 나. 감정의 활용 유형

저작권법 제119조<sup>3)</sup>는 한국저작권위원회에 감

2) 이러한 감정사항의 요청은 실제로 의뢰기관에서 이러한 사항만을 원하는 것인지, 아니면 감정기관에서 이러한 사항에 대한 감정으로 한정하여 이를 유도하는 것인지는 확실치 않으나, 필자가 실무에 종사할 시기에는 후자에 해당하는 경우가 많았다.

정을 의뢰할 수 있는 대상을 “법원 또는 수사기관 등”으로 한정하고 있으며, 예외적으로 한국저작권위원회의 분쟁조정에서 감정을 요청하는 경우에 가능하도록 규정하고 있다. 실무적으로도 주로 법원과 수사기관, 즉 검찰 및 경찰의 감정 의뢰가 주를 차지하고, 기타로는 한국GIS전문가협회, 중국공안국, 홍콩상사중재원, 감사원, 공정거래위원회 등이 의뢰를 하였던 것을 확인할 수 있는바, 이를 통하여 범문상 “법원 또는 수사기관 등”의 개념적 범위를 유추할 수 있다.<sup>4)</sup>

컴퓨터프로그램 저작권 침해 사건에서 법원은 대체적으로 소스코드 등 문언적 요소를 서로 직접 비교할 수 있는 경우에는 정량적 유사도를 도출한 후 기타 표현요소들에 대한 검토를 종합하여 피고가 원고의 컴퓨터프로그램을 실질적으로 유사한 정도로 복제하였는지 여부를 판단하고 있는 것으로 보여진다.<sup>5)</sup> 이러한 흐름에서 법원이 전문가의 의견을 참조할 수 있는 부분이 두 가지가 있다. 첫째는 정량적으로 어느 정도의 유사성이 있는지에 관한 사항이고, 둘째는 복제된 부분

이 실질적으로 유사한 정도인지 여부에 관한 사항이다. 이 두 가지 사항 중에서 재판부에서 필요로 하는 부분은 후자에 대한 사항이 아닐까 생각된다. 이는 일반저작물에 대한 감정요청사항을 보면 이해될 수 있다. 일반저작물의 경우에는 주로 “제출된 감정목적물의 저작물성 여부”, “저작권 침해 여부”, “디자인의 실질적 유사성 여부”, “동일·유사성 여부” 등의 감정이 요청되고 있는데, 실무적으로 ‘동일·유사’라고 하는 것에 관하여 실질적 유사성에 대한 사항으로 통일하여 판단하고 있다. 따라서 컴퓨터프로그램에 관하여도 일반저작물과 저작물의 종류가 다를 뿐이지 사건의 구성 및 내용은 서로 동일하다고 볼 수 있으므로 법원 등이 최종적으로 요청하고 싶은 사항은 저작권법에 따른 전문적 사항, 즉, 실질적 유사성에 대한 판단이라 유추된다.

또한 검찰 및 경찰 등 수사기관에서 의뢰되는 경우에도 법원의 경우와 크게 다르지는 않다. 다만 분석결과를 바라보는 관점이 법원의 경우와 다소 차이가 있을 뿐이다. 법원에서 실질적 유사성 판단은 최종적인 판결에 다가가기 위한 마지막 단계라고 본다면, 수사기관에서의 경우는 기소를 위한 합리적인 정도의 근거로서 기능을 하던 되기 때문이다.

#### 다. 감정과 유사기능을 수행하는 제도

최근 재판과정에서 특정 분야에 대한 판사의 전문적 지식을 보완하기 위한 제도로는 전문심리위원제도가 널리 활용되고 있다. 전문심리위원제도는 의료·지적재산권·금융·건축 및 환경 등 전문분야에 대한 지식이 필요한 분야의 재판에서 법관이 아닌 해당 분야의 전문가가 재판에 참여해 사건해결을 위하여 필요한 전문적 의견이나 설명을 보완하여 법관의 판단을 지원할 수 있도록 하는 제도이다. 즉 전문심리위원의 법정에서

- 3) 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
- ② 제1항의 규정에 따른 감정절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 위원회는 제1항의 규정에 따른 감정을 실시한 때에는 감정 수수료를 받을 수 있으며, 그 금액은 위원회가 정한다.
- 4) 다만, ‘등’에 해당하는 의뢰기관은 법적 개념이 정립된 것으로 보기는 어렵고, 실무적으로 정책적 판단을 통하여 감정의 의뢰를 받아들일지 결정하고 있다.
- 5) 김시열, “컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단을 위한 정량적 분석에 관한 연구”, 지식재산연구 제6권제4호, 2011, 79면.

의 지위는 법원에 대한 조언자의 역할이므로, 중립적인 위치에서 이루어져야 한다. 민사소송법은 제164조의2에서 “소송관계를 분명하게 하거나 소송절차(증거조사·화해 등을 포함한다.)를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 제164조의4<sup>6)</sup> 제1항에 따라 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 제도는 2007. 8. 14.자로 시행되었으며, 민사소송절차 뿐만 아니라 민사소송법이 준용되는 소송절차인 가사, 행정, 특허소송 절차에도 활용이 가능하며, 심급에 상관없이 활용할 수 있다.

재판에 있어서 전문심리위원이 참여할 수 있는 범위는 소송절차에서 특정 쟁점 등에 관한 설명 및 의견을 서면으로 제출할 수 있으며, 변론준비기일·변론기일·증인신문기일·검증기일 및 감정인신문기일 등에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있도록 하고 있다. 그러나 재판의 합의과정에는 참여할 수 없다. 기일의 참여에 있어서 전문심리위원은 재판장의 허가를 받아 당사자·증인 및 감정인 등 소송관계인에게 직접적으로 질문을 할 수도 있다.

전문심리위원제도를 활용함에 있어서 몇 가지 문제점이 제기되고 있다. 그 중 입증책임 전환에 대한 문제와 전문심리위원의 영향력이 과다해지는 문제가 중요한 부분이다.

먼저 입증책임 전환 문제에 관하여 살펴보면, 일반적인 민사소송에서 원고는 피고의 귀책에 관하여 자신이 이를 입증할 책임이 있는데, 이때 전문적인 분야에 대한 증거 제출을 위하여 감정신청을 하고 그 비용에 대한 부담을 갖게 된다. 그러나 전문심리위원제도를 활용하게 되면 원고

는 감정신청을 통한 입증방식 이외에 전문심리위원을 통하여 어느 정도의 입증이 해결될 수 있게 되며, 이에 별다른 비용이 소요되지 않게 된다.

이러한 점은 원고에 의하여 이루어져야 하는 입증책임의 문제를 국민의 부담으로 대신 하여준다는 점에 문제가 있다. 따라서 전문심리위원의 역할에 관하여 제한을 두어야 한다. 전문심리위원은 전문적인 지식에 대한 사항에 관한 의견을 진술하는 것에 그 직무가 한정되어야 하고, 그에 대한 구체적인 판단을 하는 것은 자체되어야 할 것이다.

다음으로 전문심리위원의 영향력 과다의 문제를 살펴본다. 전문적 분야에 대한 재판을 진행하다 보면 해당 분야에 대한 전문성의 정도가 법관이 갖고 있는 지식의 정도를 넘어서기 때문에 특정 쟁점에 대하여는 실질적으로 판단의 주도권이 법관이 아닌 전문심리위원에게 넘어가는 문제가 있게 될 수 있다.<sup>7)</sup> 이러한 상황은 전문심리위원이 중립성을 갖지 못하고 당사자 일방에 기울어져 있을 때 더욱 문제가 된다. 즉, 전문심리위원이 특정 일방에 유리한 견해를 표명하더라도 이를 법관이 인지하지 못하여 그 내용을 정확하게 판단할 수 없다면 이는 전문심리위원제도를 시행하고 있는 목적에 부합하지 못하는 결과를 가져오게 된다.

앞서 살펴본 감정제도 및 전문심리위원제도 모두 특정 분야에 대한 법관의 비전문성을 보완하여 준다는 공통점이 있지만, 컴퓨터프로그램과

7) 임채웅, “민사소송법의 전문심리위원제도에 관한 연구”, 한국민사소송법학회, 「민사소송」 제11권 제2호, 2007. 11, 191-192면. 이에 관하여 전문심리위원이 질문할 수 있는 범위가 모호하여 이를 구체적으로 규정하여야 한다는 의견이 있었다. 민사소송법 일부개정법률안(이상민의원 등 15인) 심사보고서(2006. 11. 3), 8면(정영수, “민사소송에서의 전문심리위원에 관한 연구”, 한국민사소송법학회, 「민사소송」 제12권 제1호, 2008. 5, 178-179면에서 재인용).

6) 민사소송법 제164조의4(전문심리위원의 지정 등)  
① 법원은 제164조의2 제1항에 따라 전문심리위원을 소송절차에 참여시키는 경우 당사자의 의견을 들어 각 사건마다 1인 이상의 전문심리위원을 지정하여야 한다.

같은 저작권 분쟁에 있어서는 감정제도의 활용이 저작권법의 목적과 특징을 고려하면 보다 정확한 판단이 가능할 것으로 생각된다. 컴퓨터프로그램 등과 같이 고도의 기능적 전문성이 필요로 되는 저작물이 저작권 분쟁의 대상이 되는 경우, 이때는 단순한 사실에 대한 분석결과가 감정의 목적이 되는 것이 아니라 어느 정도의 법적 기준 및 요건의 고려가 감정단계에서 이루어져야 한다. 그렇기 때문에 최근 법원감정의 유형이 단순한 사실의 분석에서 감정인에 좀더 가치반영적인 판단을 요구하고 있는 현실을 반영할 때, 단일 분야 전문가에 의한 완벽한 해결을 기대하기는 현실적으로 어려운 현실이 되어가고 있다. 이로 인하여 특정 개인의 전문적 지식만에 기대어 감정이 수행되고 그 감정결과를 근거로 하여 법원의 최종적 판단이 이루어지는 경우에는 판단의 기초인 감정결과가 오류를 포함할 수 있다는 점에 결국 법원의 판단까지도 신뢰를 하지 못하게 되는 결과를 가져올 수 있다. 따라서 특정의 개인의 전문적 지식을 통한 증언보다는, 분쟁 대상의 각 세부적 전문가와 저작권법 전문가 등이 협력하여 감정결과를 도출하는 집단감정 형태가 가장 본질적 의미의 실질적 유사성을 판단하도록 담보할 수 있는 방법이라 생각된다.

### 3. 감정제도의 문제점

#### 가. 대체적 수단의 증가

한국저작권위원회의 소프트웨어 감정은 2002년 첫째 28건을 시작으로 2007년 48건으로 정점을 찍은 이후로 점차 감소하여 2010년은 38건, 2011년은 27건이 접수되는 등 그 수요가 급속히 줄고 있는 실정이다. 세부유형별로는 유사도 감정의 접수 건이 점차적으로 줄고 있어 2007년에

29건이었던 것이 2011년에는 19건에 불과하게 되었다. 또한 완성도 감정 등은 어느 정도 일정한 수준의 감정의뢰가 유지되고 있었으나 2010년에는 12건이 2011년에 2건으로 급격히 줄어드는 현상을 나타내었다.

대검찰청의 통계에 따르면 컴퓨터프로그램보호법 위반 및 저작권법 위반으로 인하여 수사가 이루어진 사건의 수가 2007년 22,960건, 2008년 82,374건, 2009년 61,682건, 2010년 19,527건, 2011년 25,906건으로 집계되고 있다.<sup>8)</sup>

[표 1] 저작권 관련 수사개시 사건 수

연도	2007	2008	2009	2010	2011
건수	22,960	82,374	61,682	19,527	25,906

통계에서 볼 수 있듯이 저작권 침해와 관련된 사건이 2008년 및 2009년에 일시적으로 급격히 증가한 측면이 있지만, 당시보다 최근 사건의 수가 적다고 하여 사건의 정도가 상당히 줄어들었다고 보기는 어렵다. 이는 당시 시작된 교육조건부 기소유예제도의 시행 등으로 인한 저작권 침해 원인의 기소가 줄어든 까닭으로 생각되기 때문이다. 이에 해당하는 저작권 침해 사건은 감정을 요하는 분야라고는 볼 수 없으며 단순히 침해의 사실만이 문제되는 것이다. 따라서 감정의 수요 감소가 전체적인 저작권 분쟁의 감소가 원인이라 할 수는 없다.

다시 말하면 저작권 침해와 관련된 사건이 일정수준의 양이 지속된다면 점차 첨단화되는 저작권 침해사건의 특성상 감정의 수요는 증가하게 되는 것이 당연하다. 그럼에도 불구하고 한국저작권위원회의 감정의 수행 건이 줄어드는 것은 감정을 의뢰하는 재판부 등의 요구와 및 제공되는 감정결과 간에 간격이 있는 것이 아닌가 생각

8) 대검찰청, 「범죄분석」 참조.

된다. 최근에는 단순히 기술적 분석을 ‘공정하게’ 제공할 수 있는 대체수단이 점차 증가하고 있는 것이 현실이다. 이에 재판부의 입장에서도 소스 코드를 분석하여 유사도 및 전자적 정보 등에 관한 점은 반드시 위원회의 감정을 거치지 않아도 해결할 수 있게 되었다. 더군다나 공정성을 반드시 담보하지 않더라도 양 당사자가 제출한 증거를 해석하고 판단할 능력이 생기면서 첨예하거나 복잡한 부분이 아니라면 굳이 상당한 시간이 소요되는 감정 등을 거치지 않더라도 판단이 가능하기 때문이다.

#### 나. 내부적 전문성 보완의 필요

이는 순환근무제를 채택하고 있는 조직이 갖는 가장 큰 문제이다. 한국저작권위원회의 감정 기능 역시 담당직원에 관하여 일정기간의 근무 후 타 업무로 옮겨가고 타 업무에 종사하던 직원이 감정을 담당하게 됨으로 인하여 발생하는 전문성의 공백이 가장 큰 문제가 된다. 다만 현실적으로 내부 인력을 통한 감정의 직접적인 수행이 물리적으로 용이하지는 않으므로, 이때 요구되는 전문성이란 감정을 수행함에 있어 이를 기획하고 전체적인 방향성 설정 등 감정 전체적인 통제능력이 요구된다. 또한 이를 위해서 소프트웨어적 이해도 및 법률적 이해 역시 상당히 요구되어야 한다고 생각한다. 이러한 부분에 대한 효과적인 충족이 이루어지지 않게 되면, 개별적 감정에 대한 통일성을 담보할 수 없는 것은 물론이며, 실제 법원 등에서 의도한 감정의 방향을 잘못 설정하는 등의 문제가 발생할 수 있게 된다.

또한 인력에 관한 문제로서 감정유형에 따른 specialist를 보유하고 운용하는 것이 아니라, generalist를 보유하고 감정제도를 운영하고 있다는 점이 비효율적이라 생각한다. 조직의 관리 차원에서는 generalist를 통한 업무진행이 적절하지

만 실제적인 감정을 통제하고 관련 업무를 수행함에 있어서는 specialist의 역량이 절대적으로 필요한 부분이라 생각한다.

최근에는 감정 업무를 수행하는 전담인력의 감소화가 진행되어 이 역시 효과적으로 법원 등이 분쟁해결에 절대적으로 필요한 감정결과를 제공하는데 장애요인으로 지적될 수 있다.

## 4. 감정제도의 개선 방안

### 가. 재판상 감정기일 진행의 실질화

소송절차적 문제로서 감정을 활용하게 되는 경우 법관·감정기관 및 양 소송당사자(대리인)가 모두 참여하는 감정기일의 진행이 의무화 될 필요가 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 법관이 인식하고 있는 실질적 유사성의 개념과 해당 분야의 전문가가 이해하고 있는 공학적 측면의 유사성이 일치하는 개념이 아니므로 양측간에 의도하는 방향이 다소 상이할 수 있다. 이는 결국 법관이 본래 의도하였던 감정 수행의 목적을 충실히 달성할 수 없는 문제점을 가져온다. 이러한 개념적 불일치의 완화를 통하여 실질적 유사성이라는 불확정개념이 특정 사건의 해결을 위해서는 구체화될 수 있도록 하여야 하는데 이를 위한 가장 좋은 방법은 감정기일을 통하여 그러한 개념 및 방향 등의 논의를 거치는 것이다. 현재 실무적으로는 이러한 감정기일은 법관의 판단으로 필요한 경우 이루어지고 있으나 이를 정형화된 절차로서 규정할 필요가 있다고 생각한다. 구체적인 입법방안으로는 저작권법 시행령 제64조에서 감정절차 및 방법을 규정하고 있으므로 저작권법상 감정에 따른 절차로 규정하는 방법과 민사소송법 또는 형사소송법상 감정규정에 반영하는 방법이 있을 수 있다. 이에 관하여는 이러한 감정

방식은 재판에 있어서 일반적으로 활용될 것을 의도한다기 보다는, 저작권법 특히 컴퓨터프로그램 등에 관한 저작권 분쟁에 대하여 적용될 필요가 있는 것이므로 저작권법 시행령 제64조에 근거하여 명시되는 것이 적절하다고 생각된다. 저작권법 시행령 제64조 제4항은 “감정의 절차 등과 관련하여 필요한 사항은 위원회에서 정한다.” 라고 규정하여 세부적인 절차는 한국저작권위원회 내부의 규정으로 정해야 한다고 한다. 그러나 제4항의 의도는 감정의 내부적 프로세스에 관한 사항을 의미하는 것으로 보이며, 대외적인 관계에서의 절차까지 의미한다고 볼 수는 없다. 따라서 감정기일의 진행을 의무화하는 사항은 저작권법 시행령 제64조 내에 명시적으로 규정되는 것이 실효성 차원에서 보다 타당할 것으로 생각된다.

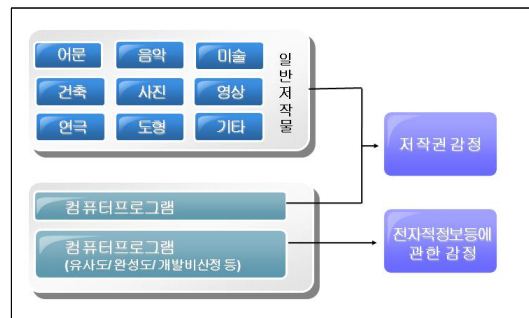
나. ‘저작물 감정’ 에서 ‘저작권 감정’ 으로

현행 감정제도는 실무적으로 일반저작물 감정과 소프트웨어 감정으로 이원화되어 운영되고 있다. 특히 소프트웨어 감정의 경우 기본적으로 유사 여부 및 그 정도에 대한 감정과 완성의 정도 및 소요된 개발비를 산정하는 유형의 감정 등이 구성되어 있는데, 먼저 이러한 개념적 구조를 개선할 필요가 있다. 즉, 일반저작물에 대한 감정이나 혹은 소프트웨어에 대한 감정이나의 구분이 아니라, 저작권 침해에 대한 감정인지 아니면 그것이 아닌 소프트웨어 자체에 대한 분석을 요하는 감정인지에 따라 분류체계를 조정할 필요가 있다고 생각된다. 따라서 감정을 저작권 침해에 대한 사항을 판단하는 ‘저작권 감정’과 그 외 전자적 정보등에 관한 사항을 감정하는 형태(소프트웨어 감정)로 양분하여 각각을 별도로 운영하는 것이 적절하다고 생각된다.

이는 앞에서 살펴본 바와 같이 저작권법 제119

조가 감정의 유형 범위를 유사도 감정의 유형 중 저작권 침해에 관한 사항으로 한정하고 있는 것을 볼 때, 감정의 기능을 저작권 침해에 관한 사항으로 중심을 잡고 그 외 소프트웨어에 관한 사항은 소프트웨어 감정으로 특화시켜 각 감정의 유형이 궁극적으로 추구하는 목적을 효과적으로 달성할 수 있도록 인프라 및 실질적인 지원을 달리 하는 것이 요구된다고 생각된다. 따라서 저작권 감정의 경우에는 기술적 분석 및 판단뿐만 아니라 최초 감정의 범위 및 방법의 선정을 위하여 공학적인 기법이 저작권법의 이론적 체계에 적합한지 여부 등을 살펴 기술과 법의 융합적 성격이 강하게 요구되므로 이에 대한 노력이 필요할 것이다. 반면 소프트웨어 감정은 구체적인 사실을 밝히기 위한 소프트웨어의 분석과 검증을 위한 것이므로 법적·정책적 판단보다는 보다 고도화되고 정밀한 분석을 담보할 수 있도록 하여야 할 것이다. 특히 저작권에 관한 사항을 배제하여 소프트웨어 감정을 별도로 분리하는 방식을 취한다면, 저작권법의 규정, 즉 저작권에 관계된 감정이라는 테두리에서 벗어나 보다 광범위한 감정사업의 전개가 가능할 것으로 보인다.

[표 2] 분류에 대한 수정(안)



재판부에서도 소프트웨어에 대한 기술적 분석 자체는 저작권법 제119조의 감정제도를 이용하지 않더라도 이를 대체할 수 있는 수단이 상당히 많



아졌기 때문에 감정제도를 통해서 얻고자 하는 정보는 결국 저작권에 특화된 전문적인 의견의 제시라고 보여진다.

다. 세부적 사항에 대한 표준화

감정의 목적이 자체적인 판단을 위한 것이 아니고 법원 등의 판단을 지원하기 위하여 제공되는 의견이라는 점을 고려하면, 제공되는 결과 및 결과를 도출하기 위한 과정이 각 감정건 마다 상충되는 경우가 존재하여서는 안된다. 또한 어떠한 방식의 분석을 활용할 것인지에 따라 구체적인 결과가 상이하게 도출된다는 소프트웨어 분야의 특성을 고려할 때 분석과정에서의 세부사항 표준화는 감정의 신뢰성 담보를 위하여 반드시 필요한 사항이라 생각된다.

이러한 표준화 대상은 크게 네 가지로 제시될 수 있다.<sup>9)</sup>

첫째, 컴퓨터프로그램에 대하여 실질적 유사성 판단의 대상을 어디까지로 볼 것인가에 대한 문제이다. 사실 이 부분이 실질적 유사성 판단에 있어 가장 중요한 부분이며, 해당 분야 전문가들에 의한 감정을 수행할 때 가장 조심하여야 하는 부분이라 생각된다. 컴퓨터프로그램은 내재되어 있는 논리성, 기능성, 효율성, 호환성 및 표준화 등으로 인하여 문학·연극 및 음악 등 전통적인 저작물 유형에 비하여 상대적으로 표현의 다양성이 제약된다는 특징이 있다. 따라서 실질적 유사성 판단의 대상, 즉 분쟁의 대상이 되는 컴퓨터프로그램에서 저작권으로 보호할 수 있는 부분이 어디까지 인지를 정하는 문제는 어렵지만 반드시 정리되어야 한다.

둘째, 어떠한 실질적 유사성 판단 방식을 기초

로 할 것인지에 대한 문제이다. 이에 관하여 최근의 판례 경향을 보면 대체로 원고의 컴퓨터프로그램에서 아이디어와 표현을 분리하고, 저작권법에 의하여 보호를 받는 표현과 피고의 컴퓨터프로그램을 비교하는 분해적 접근방식과 미국의 Altai 판결에서 제시된 3단계테스트와 유사한 방식을 활용하고 있다. 다만 어떠한 저작물에서 아이디어와 표현을 명확하게 구분한다는 것은 현실에서 그리 간단한 문제는 아니다. 따라서 이를 잘못하게 되는 경우 실질적 유사성 판단의 전제가 되는 보호받는 표현을 정확하게 구분하지 못할 가능성도 있으나, 컴퓨터프로그램과 같이 논리적, 구조적 성격을 갖는 저작물의 경우에는 상대적으로 활용이 유용할 수 있다. 이에 분석적 접근방식 및 Altai 판결의 3단계테스트를 적절하게 변형하여 적용하고 이를 기본적으로 문언적 표현요소를 대상으로 한 정량적 분석 방식을 통한 유사성 판단이 가능할 것이다.<sup>10)</sup>

셋째, 컴퓨터프로그램에 대한 세부적 유형에 대한 각각의 표준화된 분석 방식의 정립 문제이다. 컴퓨터프로그램 저작권 침해 분쟁에서 우리나라 판례에서 주로 실질적 유사성이 쟁점이 되는 유형은 크게 몇 가지로 구분될 수 있다. 이는 전형적으로 언어가 동일한 소스코드의 유사 여부, 이종 언어로 이루어진 소스코드의 유사 여부, 인터페이스에 대한 유사 여부, 데이터베이스 유사 여부 및 임베디드 소프트웨어에 대한 유사 여부 등이다. 이러한 각 유형은 비교대상 소스코드 등의 성격 및 특징이 매우 상이하여 특징의 통일된 방식을 적용한 유사 여부 판단은 어렵다. 따

9) 김시열, 「컴퓨터프로그램에 대한 실질적 유사성 판단에 관한 연구」, 숭실대학교 박사학위 논문, 2012, 163-166면 참조.

10) 다만, 감정 실무적으로 종합유사도를 산정함에 있어서 가중치를 부여하여 이를 반영한 종합유사도를 구하는 방법이 사용되기도 하나, 여기서의 가중치가 저작권법에서의 ‘질(質)’에 대한 의미라기 보다는 컴퓨터프로그램의 기능적 측면에서의 가중치에 해당하는 것으로 보이므로 이에 관한 점은 유의할 필요가 있을 것으로 생각된다.

라서 개별적으로 표준 비교·분석방식을 수립해야 할 필요가 있다.

넷째, 정형화된 범위 이외의 예외적 사항에 대한 대응 방안의 문제이다. 아무리 세부적인 유형에 따라 표준적 방법을 제시하더라도 급속하게 발전하는 IT산업의 분야에 있어서는 새로운 형태의 저작물이 지속적으로 나타나게 된다. 이러한 경우를 위하여 특정의 정형화된 방안을 제시하는 것도 중요하지만, 각 사안에 관하여 적절한 판단방법을 찾아내고 적용할 수 있는 전문적 인력을 확보하는 것 역시 중요하다.

#### 라. 전문적 내부 감정인력의 확보

아무리 표준화되고 고도화된 감정기법을 연구하고, 체계화된 시스템을 활용한다 하더라도 결국 감정의 방향 및 대상의 설정, 적합성 판단 및 최종적인 실질적 유사 여부의 도출 및 판단은 전문화된 인력에 의하여 진행될 수 밖에 없다. 더군다나 개인의 의한 감정이 아닌 기관 차원의 촉탁에 의한 감정을 수행하는 경우에는 수많은 각 감정의 방법과 결과를 효율적이고 일관되게 조정할 수 있는 전문적 인력의 보유는 필수적이다.

다만, '전문적'의 대상이 중요한 문제인데, 현실적으로 소프트웨어에 관한 전문성과 저작권법 등의 법적 전문성이 양립하는 인력의 확보는 쉽지 않으므로 각각의 전문성을 담보하는 인력을 확보하여 이들의 협력이 유기적으로 이루어질 수 있도록 인적 구성을 하는 것이 필요하다 하겠다.

### 5. 결론

저작권법 제119조에 근거하고 있는 감정제도는 점차 일반인의 지식과 상식을 벗어나는 전문화된 영역으로 확장되고 있는 저작권 분쟁을 해

결하기 위해서는 필수적이고 점차 확대되어야 할 제도임에는 분명하다.

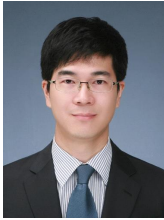
그러나 지난 10년간 제도를 운영함에 있어서 외적 환경의 변화가 상당하였음에도 제도적 차원에서 그러한 변화를 반영한 점은 다소 미비하다고 할 수 있다. 이에 감정제도의 실질적 효과에 부정적 영향을 미치는 문제들을 해결하기 위한 방안을 절차적 측면에서는 재판상 감정기일 진행의 실질화, 제도 구조적 측면에서는 기존 저작물에 대한 감정에 맞춰져있던 초점을 저작권에 대한 감정으로 변화시켜야 할 것을 제시하였다. 또한 실질적 측면에서는 감정과정의 세부적 사항에 대한 표준화가 진행되어야 할 것으로 보았고, 조직적 측면에서는 전문성있는 조직 내부인력의 확보가 필요함을 제시하였다.

이와 같은 대응방안이 절대적인 해결책이 될 수는 없겠지만 제도상 실효성을 확보하기 위해서는 목적을 위해서는 긍정적 영향을 미칠 수 있을 것으로 생각된다.

### 참고 문헌

- [1] 김시열, "컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단을 위한 정량적 분석에 관한 연구", 지식재산연구 제6권제4호, 2011
- [2] 김시열, 「컴퓨터프로그램에 대한 실질적 유사성 판단에 관한 연구」, 숭실대학교 박사학위 논문, 2012
- [3] 대검찰청, 「범죄분석」, 2008~2012
- [4] 임채웅, "민사소송법의 전문심리위원회제도에 관한 연구", 한국민사소송법학회, 「민사소송」 제11권 제2호, 2007
- [5] 정영수, "민사소송에서의 전문심리위원회에 관한 연구", 한국민사소송법학회, 「민사소송」 제12권 제1호, 2008
- [6] 한국저작권위원회, 「2011 저작권 백서」, 2012

저 자 소 개



김 시 열

2012 송실대학교 대학원 법학박사  
2007-2012 한국저작권위원회  
現한국지식재산연구원 부연구위원  
<주관심분야 : 실질적 유사성, SW감정 등>



신 예 경

성균관대학교 대학원 법학과 석사과정  
現한국저작권위원회 연구원  
<주관심분야 : 저작권산업, 정보법제 등>

