

논문 2012-1-3

소프트웨어 감정을 위한 저작권 보호범위 연구의 필요성

김시열*

The Needs of the Research Work of the Scope of Copyright Protection for Software Appraisal

Si-Yeol Kim*

요 약

본 논문에서는 소프트웨어 감정 수행 과정에 있어서 저작권법상 보호가능한 범위를 고려하는 것에 관한 좀 더 깊은 연구의 필요성에 관하여 살펴보았다. 최근의 소프트웨어 감정의뢰에 따른 유형의 변화 및 입법적 변화를 통한 감정인의 역할변경이 요구되고 있다는 점과 함께 저작권 제도에 있어 가장 중요한 전제 중 하나인 보호범위에 관한 문제가 점차 중요하게 대두되고 있다. 이에 감정 결과가 감정의 목적에 효율적으로 부합되기 위해서는 컴퓨터프로그램의 세부적 요소들의 보호범위에 대한 보다 정밀한 검토와 연구가 필요할 것으로 생각된다.

Abstract

In this paper, it is considered the scope of possible protection in the course of software appraisal in copyright law and needs for further research on what I've seen about. Recently commissioned the software, according to the type of appraisal changes, and legislative changes through the Assessor's role there is a need to change the copyright system with a point on the premises, one of the most important issue regarding the scope of protection is becoming increasingly important. so, this appraisal in order to effectively meet the detailed elements of the protection of computer programs, will be needed review and research of scope.

한글키워드 : 소프트웨어 감정, 보호범위

1. 서론

2001년도 소프트웨어 감정제도¹⁾가 본격적으로

* 한국저작권위원회

(email: kimsy@copyright.or.kr)

접수일자: 2012.5.25 수정완료: 2012.6.21

본 논문은 저자의 개인적인 견해를 밝힙니다.

1) 소프트웨어 감정이란 저작권 침해에 대한 감정 이외에 소프트웨어의 완성도 및 유사도 등에 대한 것을 모두 포괄하는 개념인데, 본 글에서는 저작권법에 직접적 근거로 운영되는 컴퓨터프로그램 저작권 침해에 대한 감정을 논의의 대상으로 한다.

시작된 이후 10년이란 시간이 흘렀다.²⁾ 당시 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 첫째 연간 8건의 감정사건을 수행하였으나, 2010년에는 저작권법에 의하여 38건의 감정사건을 처리하는 등 그 양적·질적인 변화가 상당하다. 특히 최근에는 소프트웨어 분쟁에 있어서 단순히 기술적 관점에서의 검토에 그치는 것이 아니라 해당 소프트웨어가 저작권을 침해하였는지 여부와 같이 법원에서 이루어져야 할 가치판단의 문제까지 감정을 통하여 묻는 경우가 점차 증가하고 있어 기존의 감정 방식을 이용하는 과정에서 문제점이 발생하고 있다.

이러한 현실에서 감정을 수행함에 있어서 가장 어려운 문제 중 하나는 감정의 대상이 되는 컴퓨터프로그램에서 저작권으로 보호가능한 부분이 어느 부분에 해당하는지 여부이다. 즉 이것은 두 컴퓨터프로그램 간 실질적 유사성을 판단하기 위한 범위를 특정하는 문제인데, 아직까지 이에 대하여 이론 및 판례 등에서도 명확한 기준이 정립되어 있지 않아 감정 과정에서 이를 고려하는데 어려움이 따른다.

이에 본 논의에서는 소프트웨어 감정의 개념을 살펴보고, 그간의 논의 및 판례에서 확인해볼 수 있는 문제점 등을 살펴봄을 통하여 보호대상에 대한 논의의 필요성을 검토해보고자 한다.

2. 컴퓨터프로그램저작물에 대한 감정

2.1 감정의 개념

2.1.1. 감정의 의의

감정(鑑定)은 법관의 판단능력을 보충하기 위

하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다.³⁾ 즉, 소송감정(訴訟鑑定)을 말하는 것이다.⁴⁾ 이는 문서를 열람하여 그에 기재된 의미 내용을 증거자료로 하는 서증(書證)과 달리 인증(人證)의 일종이다.⁵⁾ 따라서 현실적으로는 감정 결과를 서면으로 제출하고 있지만, 이것으로 단순히 서증으로 볼 것은 아니며 감정인의 진술이 구술과 서면으로 가능하다는 점에 따라 의견 전달 수단을 서면으로 하였을 뿐이다.

이러한 감정은 복잡하고 전문화되는 현대사회에서 분쟁의 대상이 과학기술의 진보에 따라 고도의 전문지식과 경험없이 분쟁을 해결하기 어려운 영역으로 점차 확대되고 있기 때문에, 해당 분야의 전문적 지식을 갖지 못한 법관을 보조할 필요가 증가하고 있다는 현실에서 그 필요성이 요구되고 있다.

다만, 감정 업무를 처리함에 있어서 일부 용어를 혼동하는 경우가 있다. 먼저 감정인과 관련하여서는 증인, 감정증인과 감정인의 차이에 대해 살펴본다. 증인은 과거에 경험한 사실을 법원에 보고할 것을 명령받은 사람이고 감정증인은 증인과 같이 과거에 경험한 사실을 특별한 학식과 경험을 기초로 하여 법원에 보고할 것을 명령받은

3) 법원행정처, “법원실무제요 민사소송(III)”, 2005, 172면.

4) 현재 우리나라의 법체계에서 소송감정은, 법원 또는 법관의 명에 의할 것, 특별한 학식·경험상의 법칙 또는 그 경험상의 법칙에 의거하는 사실판단의 보고일 것, 감정인은 소송에 있어 제3자에 해당할 것, 감정인은 자연인일 것 이라는 요건을 충족하여야 한다. 다만, 자연인 요건과 관련하여 특정한 경우 법인 또는 단체에 예외적으로 감정을 촉탁할 수 있다. 김황중, “법원감정인을 위한 소송감정”, 도서출판 서우, 2008, 14면.

2) 한국저작권위원회의 공식적인 첫 감정사건은 2001년 5월에 접수된 ‘CCTV 프로그램’ 사건이었다.

5) 이시윤, “신민사소송법”, 제3판, 2006, 박영사, 446면.

사람을 말한다.⁶⁾ 이들이 감정인과 다른 점은 감정인이 대체성이 있는데 비하여 증인, 감정증인은 대체성이 없는 점, 감정인이 자연인 또는 법인 모두 가능한 반면 증인, 감정증인은 자연인에 한정되는 점, 감정인은 법원에 일임되어 지정되거나 증인, 감정증인은 입증자가 특정인을 지정하여야 한다는 점 등에 차이가 있다.⁷⁾ 또한 사감정과 관련하여 사감정은 법원의 명령이 아닌 당사자의 기피권과 신문권이 보장되어 있지 않은 증거조사 방식으로 이에 대한 실질적 증거력을 판단하기 위해 여러 검증을 거쳐야 한다는 점에 법원의 명령으로 인하여 수행하는 감정과는 구별된다.⁸⁾

2.1.2. 감정의 유형

감정은 감정을 의뢰하는 법관과 이를 수행하는 감정인 사이의 역할과 전제사실의 인정방식에 의하여 4가지 유형으로 구분될 수 있다.

이에 대해 살펴보면, 제1유형은 해당 분쟁사건의 해결을 위한 직접적인 증거가 아닌 특정의 전문지식 자체만을 감정인에게 묻는 것이다. 제2유형은 법관이 조사한 증거, 일반적 경험법칙 및 자유심증에 의하여 인정한 전제사실의 범위 안에서 감정인의 전문적 지식과 경험을 통한 감정결과를 제시하는 유형이다. 제3유형은 분쟁의 대상이 상당한 전문적 식견을 필요로 함에 따라 법관이 사실인정을 하는 것 자체가 쉽지 않은 경우 감정인에게 사실인정의 주체가 되도록 하는 것을 말한다. 제4유형은 혼합형으로서 법관이 인정하는 전제사실에 대한 것과 감정인에게 증명주체로서의 권한을 부여하는 것을 부분적으로 적용하여 보완하는 유형을 말한다.⁹⁾

6) 이시윤, 상계서, 435면.
 7) 법원행정처, 전계서, 173면.
 8) 법원행정처, 전계서, 173면; 이시윤, 전계서, 446면

표 1. 감정 유형의 분류¹⁰⁾

구분	감정유형의 내용
제1유형	감정인에게 전문지식만을 묻는 감정
제2유형	법관이 일상 경험법칙에 의하여 인정한 전제사실을 기초로 감정인이 전문지식을 적용하여 도출한 결론을 보고하는 감정
제3유형	법관이 전제사실을 인정할 수 없어 그 자체도 감정인에게 위임하는 감정
제4유형	제2유형과 제3유형이 혼합되어 있는 감정

2.2 입법적 근거의 변화

1986년 12월 31일 법률 제3920호로 컴퓨터프로그램보호법이 제정된 이후, 컴퓨터프로그램보호법은 2002년 12월 30일 법률 제6843호 개정을 통하여 소프트웨어 감정규정을 동법 제38조의2로 신설하기에 이르렀다. 동 규정에서는 제1항에서 “위원회는 제38조11)의 규정에 의한 분쟁조정을 위하여 필요한 때에 양당사자의 동의를 얻어 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에

9) 김황중, 전계서, 17-19면.
 10) 김황중, 전계서, 17면.
 11) 컴퓨터프로그램보호법(2002. 12. 30. 법률 제 6843호 개정 법률) 제38조(調停의 申請 등) ① 분쟁의 조정을 받고자 하는 자는 신청취지와 원인을 기재한 조정신청서를 위원회에 제출하여 그 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.
 ②제1항의 규정에 의한 분쟁의 조정은 제37조의 규정에 의한 조정부가 행한다.
 ③위원회는 조정신청이 있는 날부터 3월이내에 조정을 하여야 한다. 다만, 특별한 사유가 있는 경우에는 양 당사자의 동의를 얻어 1월의 범위내에서 1회에 한하여 그 기간을 연장할 수 있다.
 ④제3항의 규정에 의한 기간이 경과한 경우에는 조정이 성립되지 아니한 것으로 본다.

관한 감정을 실시할 수 있다.”고 하고, 제2항에서 “위원회는 제1항의 경우외에 법원 또는 수사기관 으로부터 재판 또는 수사를 위하여 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 때에 이를 실시할 수 있다.”라고 규정하여 2001년부터 시작된 소프트웨어 감정에 대한 법적 근거를 마련하였다.

이 규정은 이후 2005년 법률 제7796호, 2006년 법률 제8032호의 개정을 거치는 과정에서 수정된 사항이 없이, 2009년 4월 22일 법률 제9625호로 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법이 통합될 때까지 동일하게 유지되었다.

컴퓨터프로그램보호법이 흡수된 저작권법은 2009년 4월 22일 법률 제9625호의 개정을 통하여 기존 컴퓨터프로그램보호법상의 소프트웨어 감정제도를 반영하였다. 저작권법 제119조 제1항에서는 “위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 감정을 실시할 수 있다.”라고 규정하고 “법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우(제1호), 제114조의2에 따른 분쟁조정을 위하여 분쟁조정 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우(제2호)”에 해당할 것을 조건으로 하였다. 이외에 제2항에서는 “제1항의 규정에 따른 감정절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 하며, 제3항에서는 “위원회는 제1항의 규정에 따른 감정을 실시한 때에는 감정 수수료를 받을 수 있으며, 그 금액은 위원회가 정한다.”라고 규정하여 감정제도를 운영함에 따른 제반사항의 법적 근거를 명확하게 하였다.¹²⁾

12) 2006년 12월 28일자 법률 제8101호에 의하여 저작권법에 규정된 최초의 감정규정은 지금의 것과 크게 다르지 않으며, 지금의 규정은 이전의 것에 소프트웨어 감정에 관한 근거를 추가한 정도이다. 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호 개정 법률)

표 2. 감정 관련 규정의 비교

컴퓨터프로그램보호법 (폐지)	저작권법(현행)
<p>제38조의2(감정) ①위원회는 제38조의 규정에 의한 분쟁조정을 위하여 필요한 때에 양당사자의 동의를 얻어 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 실시할 수 있다. ②위원회는 제1항의 경우외에 법원 또는 수사기관으로부터 재판 또는 수사를 위하여 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 때에 이를 실시할 수 있다.</p>	<p>제119조(감정) ①위원회는 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 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우 ②제1항의 규정에 따른 감정절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. ③위원회는 제1항의 규정에 따른 감정을 실시한 때에는 감정 수수료를 받을 수 있으며, 그 금액은 위원회가 정한다.</p>

제119조(감정) ①위원회는 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권등의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 때에 이를 실시할 수 있다.

②제1항의 규정에 따른 감정절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③위원회는 제1항의 규정에 따른 감정을 실시한 때에는 감정 수수료를 받을 수 있으며, 그 금액은 위원회가 정한다.

2.3 저작권법과 소프트웨어 감정

컴퓨터프로그램보호법에 규정되어 있던 소프트웨어 감정은 ‘프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등’이 감정의 대상이자 목적이었다. 즉, 명문화 되어 있지는 않았지만 저작권 침해 여부에 대한 문제라기보다는 소프트웨어 분장에 관련된 쟁점의 해결을 위한 기술적 분석이 감정의 주요한 형태였던 것이다. 이는 실무적으로도 저작권 침해 사건의 경우 감정요청사항을 ‘유사 여부 및 그 정도’의 형태를 기본으로 하여 의뢰하도록 하여 왔다는 점에 의해서도 근거된다. 감정이 완료된 결과의 통보는 이러한 방향성에 따라 두 소프트웨어가 어느 정도 서로 유사한지의 정도를 비율(%)로서 나타내는 형태를 주요한 방식으로 하고 있다.

이러한 방식은 서로 유사한 정도를 명확하게 알 수 있다는 점에 일견 유용해 보인다. 다만, ‘유사하다’라는 의미가 기술적 관점에서의 ‘유사’가 아닌, 법적의미, 즉 저작권법상의 개념으로서의 ‘유사’를 의미한다는 점으로 인하여 단지 기술적 관점에서 유사함을 판단하는 것은 분쟁을 해결하기 위해 필요한 본질에 다가서지 못한다는 한계를 갖게 된다. 이러한 점에 의한 문제는 감정결과가 인용되지 않는 경우 분명하게 확인될 수 있다.

소프트웨어 감정을 수행함에 있어서도 어떠한 ‘유사’함을 판단할 것인지를 선택함에 따라 그 감정방법 역시 바뀌게 된다.¹³⁾ 일반적으로 소프트웨어 감정에서 유사도를 산정하는 방식인 정량적 유사도의 경우, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 우리나라 법원에서는 이를 단순히 기술적 관점에서의 수치로 보지 않고, 저작권법에서 의미하는 ‘유사’

를 나타내는 척도로서 인정하고 있다. 이는 곧 소프트웨어 감정의 수행과정에서 정량적 유사도를 산출하기 위해서는 ‘유사’를 판단하기 위한 저작권법에서의 법적 요건을 모두 고려하여야 한다는 것을 의미한다. 이 때 고려되어야 할 점에 대해서는 다음 절에서 살펴보는 바와 같이 판례를 통하여 제시되고 있는 사항을 참고할 수 있다.

3. 컴퓨터프로그램의 저작권 보호범위에 대한 문제

3.1 보호범위와 저작권 침해판단

미국은 1976년 저작권법 입법을 위해 추진한 CONTU 보고서에서 컴퓨터프로그램을 저작권법 제102조(a)의 보호 저작물의 분류 중 어문저작물에 해당하는 것으로 명시함으로써 컴퓨터프로그램을 어문저작물의 일종으로 보았다.¹⁴⁾ 이후 1980년 저작권법의 일부 개정을 통하여 컴퓨터프로그램을 저작권 보호대상으로 포함시키게 된다.¹⁵⁾ 또한 미국저작권법 제102조(b)¹⁶⁾는 프로그램

14) “‘어문저작물’이란 용어는 문학적인 품격이나 질적 가치의 기준을 암시하지 않는다. 이는 카탈로그, 디렉토리 및 사실에 관한 저작물, 참고서 또는 지도서, 그리고 자료 편집물이 포함된다. 또한 컴퓨터 데이터베이스와 컴퓨터프로그램도 사상 그 자체와 구별되는 것으로서, 프로그래머의 독창적 사상을 포함한 것인 한 포함된다.” 최경수 번역, “저작물의 새로운 기술적 이용에 관한 국립위원회의 최종보고서(CONTU)”, 저작권심의조정위원회, 1994, 46면.

15) 이해완, “저작권법”, 박영사, 2007, 863면.

16) 어떠한 경우에도, 독창적인 저작물에 대한 저작권 보호는 그것이 그 저작물에 기술, 설명, 예시, 또는 수록되는 방법에 관계없이, 관념, 절차, 공정, 체제, 조작 방법, 개념, 원리, 도는 발견에는 미치지 아니한다 (In no case does copyright protection for an original work of authorship

13) 김시열·김용욱, ‘효과적인 저작권 침해판단을 위한 감정제도에 관한 고찰’, 한국소프트웨어감정평가학회 논문지 Vol.6 No.2, 2010.11, 14-15면.

래머가 작성한 표현이 컴퓨터프로그램에 대한 저작권 보호의 요소라는 점과 프로그램에 담긴 실제의 프로세스나 방법은 저작권의 범주에 속하지 않는다는 점을 분명히 하기 위한 것이라는 미의 회보고서의 기술¹⁷⁾은 컴퓨터프로그램의 보호범위에 대한 기본적 전제를 제시하고 있다.

이 당시에서와 같이 컴퓨터프로그램을 저작권에 의한 보호 대상으로 볼지 여부에 관한 논의(1세대 논의)에 이어서 최근 문제가 되는 것은 컴퓨터프로그램에서 저작권의 보호범위를 어디까지 인정할 것인가 여부이다(2세대 논의). 이러한 논의는 컴퓨터프로그램의 보호범위와 관련하여 저작권법상 기본원칙인 아이디어·표현 이분법의 구체적인 의미를 정하는 문제이기도 하고, 동시에 컴퓨터프로그램의 저작권 침해와 관련된 분쟁에서 ‘실질적 유사성’을 판단하는 기준에 관한 문제로도 연결된다.¹⁸⁾ 왜냐하면 실질적 유사성은 컴퓨터프로그램 전체에 대한 유사여부 및 정도를 의미하는 것이 아니라, 컴퓨터프로그램 중 저작권법에 의해 보호받을 수 있는 창작적 표현만을 비교대상으로 하기 때문이다. 따라서 컴퓨터프로그램 유사도와 관련된 감정을 수행하는데 있어서 보호범위에 대한 문제는 실질적 유사성 판단의 전제가 되는 가장 중요한 쟁점이 된다.

저작권에 의한 보호범위의 문제에 대하여 큰 영향을 미치는 것 중 하나는 소프트웨어 감정의 대상이 되는 저작권 침해의 범위 설정 문제이다. 이에 관하여 저작권법은 저작권의 내용을 열거한 후 그에 따른 권리가 침해되었을 경우의 구제수

단을 규정하고 있을 뿐이고, 저작권이 침해되지 않는 경우와 침해된 경우를 구분할 수 있는 기준을 제시하지는 않는 입법방식을 택하고 있다. 이는 완전한 복제(dead copy)의 경우에 있어서는 큰 어려움이 없으나, 침해물에 어느 정도의 수정이 가해진 경우에는 명문화된 기준이 없어 침해여부에 대한 판단에 어려움이 있을 수 밖에 없다. 다만, 이러한 입법형태는 실질적 유사성을 판단하기 위한 기준을 법규정에 일률적으로 정하는 것이 사실상 불가능하기 때문으로 볼 수 있다.¹⁹⁾ 그로 인하여 저작권 침해를 판단하는 문제는 결국 법원의 손으로 옮겨져 판례를 통하여 그 기준과 방법이 제시되는 형태를 갖게 된다.

3.2 보호범위 문제로 인한 감정의 불인정

감정결과가 제공된 사건의 판결 중 감정결과가 컴퓨터프로그램 저작권 보호범위를 정확하게 반영하지 못한다는 사유로 감정결과가 효과적인 증거로서 활용되지 못한 경우가 있다.

인터넷교환기프로그램 사건²⁰⁾에서 법원은 컴퓨터프로그램저작권 등의 침해가 성립하기 위해서는 ① 채무자들 프로그램이 채권자 프로그램에 의거하여 제작되었는지 여부와 ② 실질적 유사성이 인정되는지 여부를 입증하여야 한다고 전제하였다. 여기서 의거여부는 상당한 접근의 기회가 있었는지 여부로 입증될 수 있으며, 실질적 유사성은 ① 저작권으로 보호받지 못하는 요소들을 제외한 다음, ② 남아있는 핵심적 요소(core)인 창작적 표현만을 비교하여 판단되어야 한다고 하였다. 다만 컴퓨터프로그램은 기능성과 논리성 때문에 표현의 다양성이 낮아 실질적 유사성의 범위를 다른 저작물에 비하여 좁게 보아야 한다

extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.).

17) 최경수 번역, 전계서, 53면.

18) 이해완, 전계서, 904-905면.

19) 권영준, “저작권 침해판단론(실질적유사성을 중심으로)”, 박영사, 2007, 75-76면.

20) 서울고등법원 2009. 8. 5.자 2008라1199 결정.

고 전제하였다. 실질적 유사성의 입증을 위해서 감정이 활용되었는데, 감정결과 ‘호처리프로그램 부분’은 33.2%, ‘미디어서비스프로그램 부분’은 48.0%의 유사도가 산출되었다.²¹⁾ 이에 법원은 이러한 정량적 유사도에 관하여 공개소스코드를 제외하는 절차를 거쳤음에도 표준적 기능을 구현하기 위한 필수적 부분, 호환성을 위하여 필수적인 부분, 프로그래밍 관행으로 인한 부분 등으로 인하여 유사할 수 밖에 없는 소스코드를 여과하지 않았다는 점 등을 이유로 감정결과에서 제시된 유사도만으로 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 판시하였다.

3.3. 검토

컴퓨터프로그램의 저작권법상의 보호범위와 관련하여 그 구체적 논의는 판례를 통해 이루어진다는 점에서 앞에서와 같이 최근의 판례에서의 논의를 살펴보는 것은 의미를 갖는다. 일반적인 컴퓨터프로그램 저작권 침해 사건의 판례를 살펴 보아도 컴퓨터프로그램의 보호범위에 대해 명시적으로 제시하는 것을 찾아보기는 어렵다. 다만 일부 판례들에서 실질적 유사성의 판단 대상을 창작성 있는 표현 부분으로 한다는 전제적 기술을 발견할 수 있으며, 실질적 유사성에 대한 검토과정을 유심히 살펴보면 그 내면에 창작성있는 표현 부분을 대상으로 한다는 점이 전제되었다는 것을 알 수 있다. 그러나 이러한 수준의 기술만으로는 구체적인 상황에서 컴퓨터프로그램의 보호범위를 어떻게 보아야 할지 가이드라인을 제공할 수 없다는 점에 문제가 있다. 특히 비문자적 표현에 대하여 각 사건에서 데이터베이스 프로시저 혹은 호출관계그래프를 보호대상으로 포함한 것과 같은 판례가 있는데,²²⁾ 이점에 대해서도 보

21) 컴퓨터프로그램보호위원회 SW기술침해대응팀 -56('08. 2. 1) 참조.

호범위를 넓게 인정하려는 것인지 등이 분명치는 않은 것으로 보인다.

다만, 인터넷교환기프로그램 사건의 판결처럼 법원에서 감정을 통하여 얻고자 하는 정보가 일반적 개념인 유사도가 아닌, 법상 개념인 실질적 유사성이라면 그와 관련된 법적 요건을 충실히 고려하여 감정결과를 제공할 필요가 있다. 그러나 이 점은 감정수행기관의 인적·물적 제약이 고려될 수 밖에 없을 것이다.

4. 보호범위에 관한 논의의 필요성

4.1 분쟁쟁점과 감정사항의 일치

소프트웨어 감정결과가 법원의 최종적 판단에서 인정되지 않는 경우는 거의 대부분 감정수행을 통하여 도출된 유사도 등의 결과가 저작권상 보호받는 표현에 한하는 것인지 여부에 있어서 적절치 않다는 결론으로 이어졌기 때문이다.

사례를 구체적으로 살펴보면, 이전에는 소프트웨어 감정을 수행함에 있어 감정대상에 대하여 의문을 제기하는 경우가 거의 없었으나,²³⁾ 최근에는 감정대상에 대하여 그것이 저작권에 의해 보호받는 표현으로서 실질적 유사성의 판단 대상인지 여부에 관한 항변이 증가하고 있다. 참고로 살펴보면 서울고등법원 2009. 8. 5.자 2008라1199 결정에서는 실질적 유사성은 저작권으로 보호받지 못하는 부분을 제외한 나머지 핵심적 표현, 즉 저작권으로 보호받는 표현으로 그 범위를 한

22) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2009다52304, 52311 판결(서울고등법원 2009. 5. 27. 선고 2006나 113835,113842 판결 참조).

23) 서울중앙지방법원 2005. 10. 13.자 2004카합 3789 결정; 서울남부지방법원 2005. 11. 18.자 2005가합3367 판결 등이 전형적인 유형으로 볼 수 있다.

정하고 있다. 이와 함께 컴퓨터프로그램은 기능성과 논리성이라는 자체의 특징으로 인하여 표현의 다양성이 낮아 실질적 유사성의 범위를 다른 저작물에 비하여 좁게 보아야 한다고 진제하였다. 이러한 전제 위에서 감정을 통하여 도출된 정량적 유사도가 여러 보호받지 못하는 표현을 제외시키기 않음으로 인하여 그 결과를 실질적 유사성의 근거로 볼 수 없다고 판시한 사례가 있다.²⁴⁾

이러한 경향을 보면 결국 재판과정에서 소프트웨어 감정을 통해 밝히고 싶은 것은 컴퓨터프로그램에 대한 저작권을 침해하였는지를 판단하기 위한 증거, 즉 실질적 유사성에 대한 것이라 볼 수 있다. 따라서 법적 의미의 실질적 유사성이 감정을 통하여 밝혀져야 하는 것이다. 그러나 법적 의미의 실질적 유사성의 판단에 있어 가장 중요한 것이 앞서 본 바와 같이 컴퓨터프로그램의 어느 부분을 보호받는 표현으로 볼 것인가에 대한 문제이다. 이는 문자적 표현인 소스코드에 대한 비교보다 포괄적·비문자적 표현에 대한 실질적 유사성을 판단할 때 보호범위에 대한 것은 더욱 문제가 될 수 있다. 입법·이론적으로 ‘창작성 있는 표현’이라는 다소 일반적인 기준만을 제시하고 있는 상황에서 실제 사건에서의 유사성을 판단하여야 하는 감정에서는 보다 구체적이고 세부적인 기준이 필요하기 마련이다. 그러나 포괄적·비문자적 표현은 현재 그러한 구체적인 기준이 마련되어 있지도 않은 상황이며 판례 또한 이러한 표현형태 중 보호가능한 것으로 어디까지 허용할 것인지 등에 관하여 명시적인 지침을 제시하고 있지 못하기 때문이다.

4.2 감정의 내구성 향상

24) 서울고등법원 2009. 8. 5.자 2008라1199 결정 등 참조.

한국저작권위원회의 소프트웨어 감정은 감정이 의뢰되는 사건의 형태 및 요구사항에 따라 부분적으로는 차이가 있지만, 전체적으로는 일관성 있는 기준을 적용하고자 노력하고 있다. 구체적으로는 소스코드의 정량적 비교를 중심으로 유사한 정도를 파악하고 있으며, 이때 유사 정도를 산출하기 위해서는 비문자적 표현에 대한 실질적 유사성 판단 기준으로 활용되어오던 미국의 3단계 기준을 수정하여 적용하고 있다. 이에 소프트웨어 감정 시 해당 컴퓨터프로그램에서 비교 대상(부분)이 특정되고, 이들 중 저작권에 의해 보호받을 수 없는 부분인 오픈소스를 사용한 부분이나, 자동생성된 코드 부분 등을 제외하여 남겨진 개발자가 직접 작성하여 창작적 개성이 표현된 부분만을 비교대상으로 하여 유사한 정도를 산출하는 것이다.

그러나 일부 판결에서 보는 바와 같이 이러한 방식에도 불구하고 컴퓨터프로그램에서 비보호대상을 제거하지 못하였다는 사유로 감정결과가 실질적 유사성을 나타내지 못한다고 하는 판결을 주의깊게 볼 필요가 있다. 이는 감정의 수행과정에서 일반적 기준에 따른 검토를 수행하였으나, 해당 프로그램에 대한 미시적 특성을 충분히 고려하지 않은 것으로 보여졌기 때문에 감정결과에 반대되는 항변이 인정을 받았을 것으로 생각된다. 다만, 여기서 프로그램에 대한 미시적 특성이란, 감정과정에 있어서의 기술적·공학적 관점에서의 검토에 따른 것이 아니라 법적 관점에서의 특성을 말하는 것이다. 사실 이러한 점에 대한 것은 기준에는 감정인이 고려할 부분이라기보다는 법관에 의하여 일정부분 정리되어 의뢰되어오던 것이 사실이다.

그러나 과거와 달리 최근에 이러한 문제가 부각되는 것은 컴퓨터프로그램에 대한 분쟁이 점차 기술적으로 복잡해지고, 그 대상 역시 비교분석이 손쉽게 이루어질 수 없는 상태인 경우가 많아

감정의 유형이 앞에서 살펴본 제1유형 및 제2유형에서 최근에는 제3유형 및 제4유형(혼합형)으로 옮겨져 가기 때문으로 생각된다. 이에 소프트웨어 감정 역시 법관의 판단을 보완한다는 목적에 충실하기 위하여, 분쟁으로 인한 물적·인적 비용의 소모를 줄이기 위한다는 대의를 위해서도 컴퓨터프로그램 저작권 분쟁에서 이를 해결하기 위해 가장 전제가 되는 보호범위에 대하여 기술적·법적 관점을 종합하여 세부적 사항에 대한 깊은 고민이 필요할 것으로 생각된다. 이러한 고려가 충분히 반영될 때 상대방의 항변에 의하여 쉽게 무력화되지 않는 감정결과가 도출될 수 있을 것이다.

5. 결론

최근에는 재판 과정에서 요구되는 소프트웨어 감정에 있어서 예전보다 감정인에게 맡겨지는 책임의 범위가 늘어나고 있다. 이는 단순히 감정항목의 많고 적음의 문제가 아니라 전제사실의 확정과 같은 법관의 역할이 점차 감정인에게 옮겨지고 있음을 의미한다.

이러한 환경적 변화에 소프트웨어 감정 또한 적극적으로 대응할 필요성이 있다. 특히 컴퓨터프로그램의 구성요소 중 저작권에 의한 보호범위를 어디까지로 볼 것인지에 관한 문제는 저작권 제도의 핵심에 해당하는 것으로서²⁵⁾ 저작권 분쟁에 있어서 가장 중요한 전제에 해당한다. 감정을 수행함에 있어서도 기존에는 보호범위에 관하여 정밀하게 제시하지 않는 경향이 있었는데, 최근의 판례의 동향 및 환경적 변화로 인하여 보다 정밀한 판단과정의 마련을 위한 연구가 필요할 것으로 생각된다.

다만 그 방향성에 관하여 기술적 관점에서의

25) 권영준, 전계서, 75-76면.

검토 또는 법적 관점으로만 검토하는 것은 소프트웨어 감정에 있어서 큰 이로움을 주지 못할 것이다. 그것은 소프트웨어 감정이 도출하려는 결과가 기술적·법적 고려 모두를 요구하는 방향으로 움직이고 있기 때문이어서, 결국 종합적인 관점에서 보호범위에 대한 연구가 이루어져야 할 것이다.

참고 문헌

- [1] 권영준, “저작권 침해판단론(실질적유사성을 중심으로)”, 박영사, 2007.
- [2] 김시열·김용욱, ‘효과적인 저작권 침해판단을 위한 감정제도에 관한 고찰’, 한국소프트웨어감정평가학회 논문지 Vol.6 No.2, 2010.11.
- [3] 김황중, “법원감정인을 위한 소송감정”, 도서출판 서우, 2008.
- [4] 법원행정처, “법원실무제요 민사소송(III)”, 2005.
- [5] 이시윤, “신민사소송법”, 제3판, 박영사, 2006.
- [6] 이해완, “저작권법”, 박영사, 2007.
- [7] 최경수 역, “저작물의 새로운 기술적 이용에 관한 국립위원회의 최종보고서(CONTU)”, 저작권심의조정위원회, 1994.

저 자 소 개



김시열

현 숭실대학교 법학과 박사과정
현 한국저작권위원회 근무

<주관심분야 : 저작권, 실질적 유사성 등>