

# 지식재산권 소송에서 감정의 공공성 확보에 관한 소고

김시열\*†

## A Study on Securing Publicity of IPR Expert Testimony

Si-Yeol Kim\*†

### 요 약

민사소송법의 감정제도는 법관의 판단능력을 보충하기 위해 전문적인 지식과 경험을 조력하는 것을 목적으로 한다. 그런데 법관의 명에 의해 수행하는 감정에 있어서 사실상 법관의 통제력이 약하게 미칠 수 밖에 없는 점을 이용하여, 감정결과에 신뢰성을 상실시키는 경우가 발생한다는 사실은 법관의 판단을 어렵게 하는 요인이 된다. 특히 지식재산권 관련 소송에서는 그 본질적 특징으로 인하여 재판 과정에서 법관이 감정을 수행하는 전문가에 더욱 많은 부분을 의존하게 되는 모습이 나타난다. 이러한 상황에서 법관은 감정 과정을 주도적으로 통제할 수 없으므로, 감정인에 대한 공정성 및 신뢰성 확보를 매우 중요한 요소로 생각하게 된다. 이에 소송감정의 공정성과 신뢰성을 확보하는 수단으로 감정의 공공성이 중요하게 기능할 것으로 생각하였다. 아울러, 감정의 공공성 확보를 위한 제도 개선의 방향성을 살펴보고, 민간시장과의 균형, 다양한 전문성 확보 방안, 제도접근의 태도, 법적근거의 필요 등이 고려되어야 할 것으로 보았다.

### Abstract

The Expert Testimony of the Civil Procedure Act aims to assist professional knowledge and experience to supplement judges' decision. However, in the case of appraisal performed by a judge's order, the judge's control is bound to be weak, so the reliability of the appraisal results is lost by using this, which makes it difficult for judges to decide. In particular, in lawsuits related to intellectual property rights, due to its essential characteristics, judges rely more on experts who perform appraisal during the trial process. Since judges cannot take the lead in controlling the appraisal process, securing fairness and reliability for the expert is considered a very important factor. Therefore, it was thought that the public nature of emotions would function importantly as a means of securing fairness and reliability of Expert Testimony. To this end, the direction of system improvement to secure the publicity of emotions was examined.

**한글키워드** : 민사소송법, 저작권 감정, 소송감정, 공공성, 지식재산권

**keywords** : CIVIL PROCEDURE ACT, Copyright Expert Testimony, Expert Testimony, Public Interest, Intellectual Property Rights

### 1. 서론

인간이 갖는 불완전한 인식능력으로 인하여 소송법은 법관의 판단을 조력하기 위한 여러 제도 중 하나로 감정제도를 마련하고 운영하고 있다. 최근의 기술 기반의 사회로 변화되는 현상은 소위 현대형 전문소송이라 불리는 지식재산권 판

\* 한국지식재산연구원 부연구위원(법학박사)

† 교신저자: 김시열(email: sykimlaw@hanmail.net)

접수일자: 2022.04.26. 심사완료: 2022.06.04.

게재확정: 2022.06.20.

런 소송이 갖는 대표적 문제인 사실확인의 어려움을 더욱 가중시켰다. 소송대상이 복합기술화 및 다결합성이 강화되고, 그에 따라 제3자인 전문가의 식견을 활용하여 재판 과정에서 이들 대상에 대한 검토를 이어가는 모습이 증가한다. 이와 같이 법관의 한계가 커짐에 따라 법관은 신뢰할 수 있는 감정결과를 확보하는데 많은 수고를 발생시킬 수 밖에 없다. 본 논문에서는 신뢰할 수 있는 감정결과 확보라는 법관의 수고를 충족시키고 그것이 적절한 판결로 이어질 수 있도록 하기 위한 제도적 개선 방향을 살펴본다. 이를 특히 감정의 공공성을 중심으로 살펴본다.

## 2. 감정결과의 적절성 문제

### 2.1 소송감정의 개념

감정이란 법관의 판단능력을 보충하기 위해 전문적인 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단(구체적 사실판단에 관한 감정)을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다[1]. 감정은 인증의 일종이므로 감정인이 작성한 감정서는 서증이 될 수 없다. 다만 소송 외에서 전문적인 학식과 경험이 있는 자가 작성한 감정의견을 기재한 서면이 서증으로 제출된 경우 이를 사실인정의 자료인 서증으로 삼을 수 있다[2]. 이때는 법관이 민사소송법 제333조 이하의 규정에 따라 감정을 명하거나 감정을 촉탁하는 경우에 못지않게 공정하고 신뢰성 있는 전문가에 의하여 행하여 졌으며 그 의견이 법원의 합리적 의심을 제거할 수 있는 정도가 될 수 있을 때 사실인정의 자료로 삼을 수 있다[3]. 이는 당사자의 기피권과 신문권이 보장되어 있지 않다는 점을 주요한 원인으로 본다[4].

이처럼 우리 소송법은 감정을 민사소송법 제

333조 이하의 규정에 따른 감정과 소송 외에서 작성된 감정으로 구분한다. 전자를 소송감정(訴訟鑑定, 혹은 공감정(公鑑定), 후자를 사감정(私鑑定)으로 지칭하는 것이 일반적이다(이하에서 “감정”은 소송감정을 의미한다).

그런데 민사소송법(형사소송법도 동일)은 감정을 감정명령에 의하여 감정인이 수행하는 것과 촉탁에 의한 감정으로 구분한다. 지식재산권 소송에서는 촉탁감정도 많이 활용되고 있다. 이에 관하여 민사소송법 제341조 제1항은 “법원이 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관·학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다.”라고 규정한다. 즉, 특정한 개인(자연인)이 대상이 되는 감정인과 달리 촉탁감정은 단체(외국의 공공기관 포함)에 의하여 수행되는 것이라는 차이가 있다[5]. 감정인에게도 요구되는 것이기는 하나 감정촉탁의 경우 권위있는 기관에 의하여 그 공정성·진실성 및 전문성 담보가 더욱 강하게 요구된다[6].

이처럼 법관의 판단능력을 보충하기 위해 전문적인 지식과 경험을 조력하는 것을 목적으로 하는 감정제도는 구체적인 운용에 있어서 전문성 뿐만 아니라 감정의 공정성과 진실성이 특히 강하게 요구되고 있다는 특징을 갖는다. 이는 재판 과정에서 감정을 활용함에 있어서 법관이 겪게 되는 한계에서 기인한다고 생각한다.

### 2.2 감정을 수행하는 전문가와 법관의 관계 변화

지식재산권 관련 소송 등 소위 현대형 전문소송의 수행에 있어서 법관의 사실확인에는 어려움을 겪는다. 합리적 혹은 과학적으로 보이는 증거라 하더라도 이는 법관의 인지 오류를 강하게 도출시키는 요인으로 작용하므로 증거 활용 시 기저율(base rate)의 충분한 고려가 법관에게 요구되는 등 사실확인 부담이 가중되고 있다. 지식재

산소송 관할집중제도 역시 재판을 수행하는 법관의 전문성을 확보하기 위한 목적에서 2015년 시작되었다. 다만, 과거에 비하여 사건을 담당하는 재판부의 전문성은 분명 높아졌으나, 법관은 구체적 사안에서 기술적 한계를 갖게될 수밖에 없으며, 당사자의 기술 대응 수준이 높아지면서 이에 대한 법관의 역할이 축소될 수밖에 없는 순환이 이루어진다는 점이 지적되고 있다[7].

이처럼 지식재산권 관련 소송에서 감정의 의존은 높아질 수 밖에 없는데, 더욱이 문제가 되는 것은 감정에 대한 주도권이 법관에서 점차 감정을 수행하는 전문가로 넘어가는데 있다. 감정의 유형은 감정 수행을 위한 전제사실의 인정방식 및 감정인의 역할에 따라 4가지 유형으로 분류된다.

제1유형은 감정인에게 전문지식만을 묻는 감정이다. 이는 해당 분쟁사건의 해결을 위한 직접적인 증거가 아닌 특정의 전문지식 자체만을 감정인에게 묻는 유형을 의미한다. 제2유형은 법관이 일상 경험법칙에 의하여 인정한 전제사실을 기초로 감정인이 전문지식을 적용하여 도출한 결론을 보고하는 감정이다. 이는 법관이 조사한 증거, 일반적 경험법칙 및 자유심증에 의하여 인정한 전제사실의 범위 안에서 감정인의 전문적 지식과 경험을 통한 감정 결과를 제시하는 유형을 의미한다. 제3유형은 법관이 전제사실을 인정할 수 없어 그 자체도 감정인에게 위임하는 감정이다. 이는 분쟁의 대상이 상당한 전문적 식견을 필요로 함에 따라 법관이 사실인정을 하는 것 자체가 쉽지 않을 경우 감정인에게 사실인정의 주체가 되도록 하는 유형을 의미한다. 마지막 제4유형은 제2유형과 제3유형이 혼합되어 있는 감정이다. 혼합형으로서 법관이 인정하는 전제사실에 대한 것과 감정인에게 증명주체로서의 권한을 부여하는 것을 부분적으로 적용하여 보완하는 유형을 의미한다[8].

현재 지식재산권 관련 소송과 같은 전문소송에서 감정의 유형은 제2유형에서 제3유형으로 점차 변화하고 있다. 법관의 역할인 법적 가치판단과 감정을 수행하는 전문가의 역할인 요구되는 사실확인 등 사이의 경계는 명확하게 설정되지 않는다. 이는 가변적인 것으로서 사건을 심리하는 법관에 의하여 또는 제한적인 경우지만 전문가에 따라 새롭게 설정될 수도 있는 것이다[9]. 사실확인에 관한 판단이라 하더라도 이것이 단순히 사실 자체를 확인하는데 한정되는 것이 아니라 특정의 분쟁사건을 해결하기 위하여 법관이 사실확인의 전제를 어떻게 설정하느냐에 따라 최종적인 판단에 미치는 영향은 상이하게 된다[10].

이에 감정에 있어서 전제사실의 인정은 감정의 역할을 좌우하는 중요한 요소로 작용한다. 특히 법관과 감정을 수행하는 전문가 사이의 관계를 설정하는 요소로 작용하게 된다. 앞서 감정의 유형이 점차 제3유형으로 변화하고 있다는 것은 재판 과정에서 감정을 활용할 때 법관의 역할이 점차 제한되고 감정을 수행하는 전문가에 많은 부분을 의존하게 된다는 것을 의미한다. 이러한 상황은 법관으로 하여금 감정 과정을 완전히 통제하기 어렵게 한다는 문제를 갖는다.

### 2.3 지식재산권 관련 소송에서 감정의 특징

우선, 기술적인 요소와 법적 가치 판단이 결합되어 있어 법관의 전제사실 확정이 쉽지 않다. 저작권 침해 사안의 경우, 보호법익이 있는 대상인지를 판단하기 위하여 구체적인 기술적 표현을 분석하여 해석하여야 하는데 그 과정에서 그것이 보호가능한 대상인지 여부를 저작권법의 개념에 따라 고려하여야 한다. 주관적 요건 또는 객관적 요건에 대한 판단 시에도 비교대상이 보호받을 법익이 있는 대상인지, 즉 저작권법에 의하여 보호받는 표현에 해당하는 것인지 등을 함께 고려하여 감정을 수행하게 된다. 특허권 또는 영업비

밀 침해 사안 등의 경우에도 이와 유사한 모습이 나타난다. 즉, 통상의 감정이 구체적인 기술적 사항을 분석하고 이를 보고하는 역할을 하는 것과 달리 지식재산권 관련 소송에서는 기술적 사항의 분석 자체 뿐만 아니라 그와 동시에 혹은 그와 순차적으로 법적 가치의 고려가 함께 이루어져야 하므로 복합적 역량이 요구되는 경우가 많다는 특징이 있다.

다음으로는 최종판단이 논리적 흐름에 따라 이루어지는 것만은 아니라는 특징이 있다. 저작권 침해 사안에 있어서 가장 핵심적인 사항이자 판단의 어려움으로 인하여 재판 시 감정의 활용이 가장 활발하게 나타나는 실질적 유사성 여부를 판단의 경우 실질적으로 유사하다는 기준은 사실상 법적인 판단이라기 보다 정책적 판단에 속하는 것으로 보기도 한다[11]. 재판 실무에서는 실질적 유사성의 명시적 기준을 설정하지 않고, 특정한 유사한 정도가 실질적인지 혹은 그렇지 않은지를 가리는 것으로 판단한다. 이러한 판단 과정에서 논리적 흐름에 따른 판단이 이루어지는 본질적으로 어렵다.

## 2.4 검토

과거 법관이 재판 과정에서 이루어지는 감정의 전제사실을 충분히 통제할 수 있었던 것과 달리 최근의 재판 과정에서는 전제사실 인정의 역할을 감정을 수행하는 전문가에 일정부분 일임하고 있다는 점에 큰 변화가 있다. 이러한 변화는 과거 법관이 갖추지 못한 특정 분야의 전문지식에 관하여 감정인의 조력을 요구하였던 것에서 더 나아가 전문지식을 감정인에게 요구하는 것뿐만 아니라 감정인이 공정성과 신뢰성을 갖출 것을 요구하게 되었다. 감정인의 역할이 상대적으로 높아짐에 따라 감정인의 감정을 적절히 통제할 역량이 부족한 법관은 감정인의 공정성과 신뢰성에 기대어 감정 결과를 활용할 수 밖에 없

기 때문이다. 지식재산권 관련 소송에서는 이와 같은 현상이 더욱 강하게 나타난다. 지식재산권의 본질상 타 분야에 비하여 감정인이 법관의 전통적 역할까지 일부 수행하는 경우가 상당히 나타나기 때문이다.

그러다 보니 법관은 감정을 명함에 있어서 공정성과 신뢰성을 확보할 수 있는 감정인을 선택하는 것이 무엇보다 중요하게 되었다. 다만, 이러한 법관의 필요와 달리 현실에서 이와 같은 필요가 보장받는건 쉬운 일이 아니라는데 어려움이 있다. 일부의 경우 감정촉탁을 통하여 공공기관 등의 단체에 감정을 수행하도록 하기도 하나 일부의 경우를 제외하고는 이 역시 적극적인 대안이 되지 못하는 상황이다. 감정을 수행하기 위한 구체적 전문성을 확보하지 못한 경우도 많고, 설사 전문성을 갖고 있다고 하더라도 이를 수행할 업무적 여유가 존재하는 것이 어렵기 때문이다.

이에 다른 분야의 소송도 마찬가지 이지만, 특히 지식재산권 관련 소송에서 감정의 공정성과 신뢰성을 어떻게 담보할 수 있도록 제도를 개선할 수 있는가에 대한 고민은 중요하다.

## 3. 공정성·신뢰성 문제와 개선 노력의 한계

### 3.1 최근 소송감정 제도의 주요 문제

첫째, 지속적으로 발생하는 공정성에 관한 문제이다. 이에 관한 대표적인 사건이 2015년의 건설감정 비리 사건이다. 2015년 3월 경상남도 거제의 모텔 신축공사 대금을 놓고 건축업자와 건축주가 소송을 진행한 바 있다. 이 소송에서 법원은 A를 감정인으로 정하였는데, A는 건축업자와 건축주 양쪽에 모두 '유리하게 감정을 해주겠다'면서 은밀히 제안하였고, 감정이 재판 결과에 미치는 중요성을 알고 있는 양 당사자들은 모두 각각 1,080만 원과 850만 원을 A에게 건넨 사건

이다. 또한 A가 속한 회사의 대표 B는 A가 맡아야 할 감정을 다른 기술사들에게 ‘하도급’을 준 뒤, 법원에는 A의 이름으로 감정서를 제출하였다. 이때 통상 감정 비용의 10% 가량을 B가 수수료로 받는 관행이 있다는 언급도 있으며, 특히 B는 퇴사한 직원이 소송감정인으로 선정되자 그 직원 몰래 감정을 진행한 뒤 명의를 도용하여 법원에 제출하기도 하였다[12]. 이와 같은 유형의 사례는 2016년 민사소송법 개정 시 감정 규정 개정의 주요 원인이 되기도 하였다[13]. 감정이 진행되는 과정에 법관이 사실상 구체적인 통제 혹은 감시를 할 수 없다는 현실을 이용하여, 본 사례와 같이 감정을 수행하는 전문가가 자신의 이익을 위해 감정의 공정성과 전문성 등을 훼손하는 사례가 종종 발생하기도 한다[14].

둘째, 기울어진 운동장에 관한 문제이다. 증거의 구조적 편차는 무기 평등의 원칙을 실질적으로 구현하는데 가장 큰 장애를 가져오는 요인이다. 감정을 수행함에 있어서도 결국 경제적 지위 등의 차이가 재판 결과에도 영향을 미칠 수 있다는 점을 시사한다. 이 문제는 증거에 관련하여 오랜 논의의 대상이 되어 왔다. 이에 2014년 대법원 ‘사실심 충실화 마스터플랜’을 비롯하여 2019년 민사소송법 개정안(조웅천 의원 대표발의), 2020년 특허법 개정안(이수진 의원 대표발의) 등 이 문제를 해결하기 위한 여러 시도가 이루어지고 있다. 쉐라 재서너프는 “법은 전적으로 합리적인 행동과 진실된 자료 찾기를 체계화하는 노력을 과학과 공유한다. 다만 모든 소송에서 균형의 추는 자원의 비대칭성으로 인해 더 부유한 쪽으로 기울게 마련이라.”라고 지적한다[15].

셋째, 감정결과에 대한 사실상 기속현상이 증가하는 문제이다. 앞서 감정의 유형 변화에 대해 언급한 것과 같이 법관은 사실문제에 해당하는 다양한 전문적 지식을 갖지 못할 수 밖에 없기 때문에 복잡하고 전문성이 상당한 전문소송에 있

어서는 사실상 감정결과에 법관이 기속되는 현상이 발생할 수 있게 된다. 이에 관하여 대법원은 “과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이 라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다.”[16]라고 하여 법관이 감정결과를 명확한 근거없이 배척하는 것을 금지하고 있다. 즉, 법관이 감정결과에 일정한 정도 기속되는 것을 인정한다.

### 3.2 2016년 민사소송법 개정의 한계

감정과 관련하여 감정절차 및 결과의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 회복하기 위하여 감정인의 전문성을 보장하고 당사자의 참여권과 공방권을 확충하는 것을 내용으로 민사소송법이 2016년 개정되었다[17].

구체적으로는 첫째, 감정인의 의무 규정(법 제 335조의2)을 신설하여 감정인이 자기역량 고지의무, 감정위임 금지의무 등을 부담하도록 하였다. 이에 감정인은 감정사항이 자신의 전문분야에 속하지 아니하는 경우 또는 그에 속하더라도 다른 감정인과 함께 감정을 하여야 하는 경우에는 곧바로 법원에 감정인의 지정 취소 또는 추가 지정을 요구하여야 하며, 감정을 다른 사람에게 위임할 수 없도록 정하였다. 둘째, 감정진술의 방식 규정(법 제339조 제3항)을 신설하여 법원이 감정결과에 대한 감정진술에 있어서 당사자에게 서면 또는 구두로 의견을 진술할 기회를 부여하였다. 셋째, 감정인신문의 방식 규정(법 제339조의2)을 신설하여 감정인은 재판장이 신문하는 것을 원칙으로 하되, 합의부원은 재판장에게 알리고 신문

할 수 있으며, 당사자는 재판장에게 알리고 신문할 수 있도록 하였다. 넷째, 비디오 등 증계장치에 의한 감정인신문 규정(법 제339조의3)을 신설하여 감정인이 법정에서 직접 출석하기 어려운 특별한 사정이 있거나 감정인이 외국에 거주하는 경우에는 감정인의 신문 시 당사자의 의견을 들어 비디오 등 증계장치에 의한 증계시설을 통해 신문하거나 인터넷 화상장치를 이용한 신문이 가능하도록 하였다. 이는 감정촉탁의 경우에도 동일하게 적용된다(법 제341조 제3항).

2016년의 민사소송법 개정은 그간 감정제도의 운영에 있어서 지적되던 문제를 상당 부분 개선할 수 있는 기반이 되었다고 본다. 다만, 이에 대한 한계 역시 여전히 잔존하고 있다. 개정된 규정은 감정을 수행하는 전문가에게 적절한 감정결과를 도출하기 위한 여러 의무를 부여하고 있다. 그런데 이러한 의무부여 방식의 규제가 갖는 한계는 사후적으로 의무 위반에 대한 처벌을 하는 것으로는 어느 정도 감정의 신뢰성과 공정성, 전문성 등을 확보하는데 도움이 될 뿐, 근본적인 해결이 될 수가 없다는 것이다. 감정인의 구체적인 감정 과정을 통제하기 어렵다는 현실을 고려할 때 현행 민사소송법 규정이 부여하고 있는 감정인에 대한 의무가 계도의 역할은 할 수 있을 것이나 이로 인하여 감정의 적절성이 명확히 확보될 수 있다고 보기에는 다소 무리가 있다고 생각한다.

### 3.3 감정인 선정체계의 한계

감정인 선정은 수소법원, 수명법관 및 수탁판사에 의하여 이루어진다. 이때 감정인의 지정을 위한 인선에 있어서 당사자의 신청은 추천 이상의 의미는 없다.

별도 예규(「부동산사가 등 감정인의 선정 등에 관한 예규」, 「공사비 등 감정인의 선정 등에 관한 예규」, 「신체감정에 있어서 감정인 선

정과 감정절차 등에 관한 예규」 등)를 통해 정하고 있는 경우를 제외하고 법원에서 재판을 진행함에 있어서 활용되는 일반적인 기준은 「감정인 등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규」이다.

이 예규는 감정인 선정 및 관리방법의 통일적 규율 및 감정의 공정성·적정성 확보를 위하여 필요한 사항과 구체적인 방법과 절차를 규정한 것이다. 따라서 실제 소송의 진행 시 기본적으로는 이 예규에 따라 감정인을 특정하여 지정하게 된다. 이 과정에서 일반적인 경우에는 감정인선정 프로그램을 이용하여 주전산기에 입력된 감정인 명단 중에서 1인을 무작위로 추출하여 선정하는 방식을 활용한다. 이는 일정한 전문분야 분류에 따라 등록된 감정인 전원에게 균등한 선정 기회를 부여하는 방법이다. 그러나 이러한 방법은 등록상 분류된 자격요건만으로 각 사건에 알맞은 적절한 감정인을 선임할 수 있는가 하는 점에 의문이 제기되고 있다. 즉, 이러한 요건이 해당 전문가의 세부적인 전문성, 경력, 감정능력 등이 제대로 고려될 수 없도록 하여 각 사건에 최적화된 감정인을 선정하는 것은 사실 어렵다는 것이다. 이에 대해 감정인 선임에 있어서 균등성 확보보다는 적합성을 고려할 수 있도록 개선이 필요하다는 의견이 있다[18].

하지만 이러한 접근 역시 감정을 수행하기 위한 전문성의 적절성 확보 측면에서는 의미있는 논의가 되지만, 감정을 수행하는 전문가의 공정성과 신뢰성을 확보할 수 있도록 하는 수단으로는 분명 한계가 있을 수 밖에 없다. 어느 정도 사전적인 평가가 가능한 전문성에 대한 판단과 달리 공정성과 신뢰성 요소는 사전에 평가할 수 있는 것이 아니라는 점도 중요한 원인이 된다.

### 3.4 해외 관련 제도에 대한 논의 검토

최근 일본이 특허법 개정을 통하여 제3자의견

제도를 도입(2022. 4. 1. 시행)하였는데, 이는 민사소송법의 원칙인 당사자 주의의 예외로서, 특허권 등의 침해소송에서 법원의 판단은 소송 당사자 이외 제3자에 대하여 많은 영향을 미칠 수 밖에 없으므로 법원은 판단 과정에서 제3자의 의견을 널리 수렴할 필요가 있음에 개정 이유를 둔다. 일본의 제3자의견제도는 기본적으로 미국의 법정조언자(Amicus Curiae) 제도에서 기인한 것으로 보이므로, 법정조언자 제도의 관련 사항을 살펴봄으로써 두 제도에서 참고할 수 있는 사항을 함께 검토한다.

법원은 분쟁의 대상이 되는 다양한 분야, 특히 지식재산권 소송과 같은 전문적인 분야에 대해서는 매우 기술적으로 복잡하고 고도화된 영역을 다룰 수 밖에 없다 보니 사안을 판단함에 있어서도 이들 분야의 전문적 지식이 요구될 수 밖에 없다. 법정조언자 제도는 법률 이외 분야에 전문성을 갖지 않은 법관의 능력을 보완하기 위하여 전문가를 활용하여 각 사안에서 의 전문지식, 정보 등을 조력받는 제도이다. 법정조언자의 역할이 사실상 사안에 대한 법원의 판단에 중대한 영향력을 행사한다는 점에서 점차 중요성이 높게 다루어지고 있다[19]. 이에 참여하고 있는 단체로는 IPO(Intellectual Property Owners Association), EFF(Electronic Frontier Foundation), ACLU(American Civil Liberties Union) 등이 대표적이다.

그런데 이 법정조언자 제도에 대한 비판으로는 상당한 정도의 법정조언자가 잘못된 전제의 내용을 기초로 작성한 의견서를 제출하는 경우가 있고[20], 법원은 전문적 지식의 부족으로 잘못된 내용으로 작성된 의견서로 인하여 적절한 판단을 하는데 어려움을 겪는다는 점이 대표적이다[21]. 특히 법정조언자가 소송당사자 또는 자신의 이익을 위하여 의견서를 제출하는 경우도 다수 발생하는데 이러한 상황 역시 법원이 전문분야에 대

한 조력을 통해 적절한 판단을 하는 것을 방해하는 효과를 초래하고 있다고 한다. 이러한 문제들은 과거 법정조언자가 중립적 태도를 전제로 하던 것에서 벗어나 최근에는 소송당사자 또는 제3자의 이익을 보호하는 역할로 변화하고 있는 모습을 나타낸다[22]. 결국 이러한 변화는 법정조언자 제도가 과거와 달리 사회적 약자 보다는 경제적·정치적 강자의 편에서 주로 활용되도록 하며, ‘법정의 친구’가 아닌 ‘의견서를 제출할 수 있는 예산이 있는 자의 친구’가 되었다는 비판도 제기된다[23].

### 3.5 공공에 의한 감정수행의 장점과 한계

지식재산권 분야에서 공공에 의한 감정 수행 사례로 가장 대표적인 것은 저작권법 제119조에 따른 저작권 감정제도이다. 저작권 감정제도는 과거 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제 9625호로 저작권법 통합으로 폐지)에 의하여 컴퓨터프로그램에 관한 저작권 소송 시 공공기관에 의한 촉탁감정을 규정한 것에서 시작하며, 현재는 컴퓨터프로그램 저작물 뿐만 아니라 모든 저작물을 대상으로 한국저작권위원회가 소송감정을 수행하고 있는 제도이다.

저작권법은 제119조에서 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우, 저작권 분쟁조정을 위하여 분쟁조정의 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우에 한하여 한국저작권위원회가 감정을 실시할 수 있도록 정하고 있다.

이 제도에 관하여 주기적인 평가가 이루어지고 있지는 않아 상당히 과거의 평가 자료를 확인해 볼 수 밖에 없다. 2013년 이루어진 실태조사 결과[24]는 저작권 소송에서 공공기관에 의한 촉탁 감정을 명한 이유를 묻는 질문에 대해 응답한 법

관의 56.7%가 공정성의 확보를 위함이라는 답변을 하였으며, 감정비용이 저렴하다는 것이나 그 외의 다른 요인들은 그리 중요한 판단의 이유로 작용하지 않았음을 알 수 있다. 아울러 응답한 법관의 94.4%가 공공기관에 의한 촉탁감정이 저작권 침해에 관한 재판에서 최종적인 판단을 함에 있어서 상당한 도움이 되었음을 답하였다[25]. 특히 흥미로운 응답으로는 법관의 입장에서 감정이 개입하였으면 하는 정도에 대해 단순히 사실적 분석을 제공하는 것에 한정되어야 한다는 견해(응답자의 64.9%, 복수응답)와 저작권의 특수성을 고려하여 사실적 분석과 함께 법적 요건에 대한 고려가 함께 고려된 감정 결과를 제공하여야 한다는 견해(응답자의 62.2%, 복수응답)가 서로 유사한 정도로 도출되었다는 점이 있다[26]. 앞서 감정의 유형 변화를 언급하였는데, 그러한 현상을 실증적으로 보여주는 결과라 할 수 있다.

이와 같은 조사결과는 상당히 과거의 조사결과와는 점에서 이 결과가 현재도 동일하게 나타날 것으로 확신할 수는 없다. 다만, 전문소송에서 나타나고 있는 감정의 역할 확대의 방향에서 보면 살펴본 과거의 실태조사 결과에 비하여 현재는 더욱 감정의 역할이 커지고 있을 것으로 추정하는 것에는 무리가 없다고 본다.

한편, 공공기관에 의한 촉탁감정 체계인 저작권 감정제도의 운영은 최근 일정한 한계를 나타내고 있다. 가장 대표적인 한계로는 감정의 전문성을 충분히 확보하고 있지 못하며, 지나치게 외부인력 중심의 감정체계에 의존하고 있다는 점이다. 이는 오랫동안 지적되어 온 문제인데, 공정성의 확보 대비 감정의 효율성의 고려, 촉탁감정 수행의 감정인지정에 따른 감정 수행으로의 전환 현상 등이 나타나고 있다. 이는 공공성을 확보한 감정 체계를 다시 감정의 효율 등을 확보할 수 있는 제3의 방법을 고민하게 하는 요인으로 작용하기도 한다. 다음으로는 이 분야에 대한 민간시

장이 발생하고 나름의 성장을 가져가고 있음으로 인하여, 공공영역에서 민간의 시장을 차지하고 있다는 비판을 받을 여지가 있다. 오랫동안 운영되고 있던 저작권 감정제도의 경우 이 문제가 직접 논의된 바는 없으나, 그 외의 여러 분야에서 공공영역에서의 감정 도입 논의 시 민간시장과 공공영역의 중첩 문제는 중요하게 다루어지고 있는 사안이다.

#### 4. 결론 : 공공성 확보의 접근 방향

재판에서 최종적인 판단의 전제가 될 다양한 분야의 전문지식을 법관이 확보한다는 것은 불가능하다. 더군다나 소송당사자들이 각자 자신의 주장을 뒷받침하기 위해 제시하는 감정결과(私鑑定)에 대해 법관이 내용적 타당성을 직접 판단하는 데는 어려움이 있다. 더군다나 법관의 명에 의해 수행하는 감정에 있어서도 법관의 통제력이 사실상 약하게 미칠 수 밖에 없는 점을 이용하여 신뢰할 수 있는 감정결과를 도출하지 않는 경우가 발생한다는 점도 법관의 판단에 어려움을 가중시키는 요인으로 작용한다. 물론 현재 기술심리관, 전문심리위원 등의 또 다른 법관의 조력 제도가 존재하기는 하나 각각 상당한 한계가 있을 뿐 아니라 감정제도와 같이 포괄적인 조력을 받을 수 있는 제도가 아니라는 점에 논의의 대상에서는 일단 제외하였다. 이와 같은 현실은 전문소송, 특히 지식재산권에 관한 재판을 진행 시 이루어지는 소송감정의 공정성과 신뢰성 확보는 매우 중요하고 시급한 과제로 이해된다.

지난 2016년 개정된 민사소송법의 감정 관련 규정들 역시 이러한 문제, 즉 감정의 신뢰성 확보를 위한 개정이 이루어진 것이다. 그러나 이러한 노력의 한계는 결국 감정에 대한 법관의 통제를 확보하는 것이라기 보다 각각의 감정인들에 일정

하게 부여되는 책임이 강화되는 모습으로 이루어졌음에 있다. 즉, 감정의 신뢰성 확보를 위하여 일련의 개정을 진행하였으나, 그럼에도 현실에서 과거와 같은 신뢰성을 상실하는 행위를 물리적으로 방지할 수 있는 체계는 아니라는 것이다.

이와 같은 논의를 지식재산권 소송에 비추어 생각해본다. 유사성에 대한 판단과 같이 지식재산권 소송에서 감정은 다른 분야의 감정과 달리 제3유형 형태로 진행될 여지가 굉장히 높을 수밖에 없다. 사실판단 자체에 지식재산권법의 규범적 가치(한계)가 반영되어야 하기 때문이다. 법가치에 관한 전제 문제를 법관이 다루어야 하나 현실에서 이를 감당할 수는 없다. 결국 지식재산권 관련 소송에서 다양한 전문지식의 필요에 대해 법관을 효과적으로 조력하기 위해서는 감정수행에 있어서 신뢰성 확보가 필수적인데, 신뢰성 상실의 초래되는 가장 대표적인 이유가 감정인의 부정적인 경제적 이익 추구에 있다는 점을 고려하면 이와 같은 경제적 이익을 추구하는 행위의 동인(動因)으로 작용하지 않는 감정 수행 주체를 활용하는 것이 가장 효과적인 대안이 된다. 생각건대, 공공영역에 의한 감정 수행이 이러한 요건을 충족시킬 수 있는 대안이라 생각한다. 공공영역이 직접 감정을 수행하는 것 뿐만 아니라 공공영역이 주도하여 민간과 협업하는 것을 포함할 수 있다. 이를 통한 공공성 확보는 일단 기존의 신뢰성 문제를 해결하는데 중요한 요인이 될 것으로 본다.

다만, 몇 가지 문제점들에 대해 고민을 할 필요가 있다.

첫째, 이미 민간의 관련 시장이 존재하는 상황에서 공공영역이 시장에 참여하는 것이 타당한 것인가 생각해보아야 한다. 생각건대 기본적으로 공공영역에서의 감정과 민간에서의 감정이 병존할 수 있도록 하고, 관련 시장이 유지되고 점차 확대될 수 있도록 체계를 고민해야 한다고 생각

한다.

둘째, 공공영역에서 다양한 분야의 전문성을 충분히 확보 및 감정을 수행할 수 있는지 생각해 보아야 한다. 공공영역의 모든 주체들이 소송감정에 참여하는 것은 사실 불가능하다. 각각에 부여된 업무 이외의 일을 하는 것이 조직적으로 여력이 없기도 하며, 감정은 전문적 지식 뿐 아니라 소송 과정에서 이루어지는 일련의 경험과 노하우가 필요하기 때문이다. 즉, 어느 정도의 선택과 집중이 이루어져야 할 것으로 본다.

셋째, 어떠한 시각에서 공공성 확보를 도모하여야 할 것인지 생각해보아야 한다. 공공영역에서 감정을 수행하는 주체가 그 자체의 외관으로 공공성을 확보하는 것으로 충분할지, 아니면 그 외에 구체적 내용에서의 공공성 확보가 이루어져야 할지 고민이 필요하다. 생각건대, 후자의 경우 실제 감정을 수행할 때 이를 평가할 수 있는 방법이 없다. 전자와 같이 감정을 수행하는 주체가 갖는 외관으로서의 공공성 여부에 따라 감정 수행을 명령하는 것이 현실적 타당성이 있을 것으로 본다.

넷째, 법적인 근거 마련이 필요하지 않은지, 필요하다면 어떠한 체계로 마련하는 것이 타당한지 생각해보아야 한다. 감정을 통하여 법원에 제공하는 내용이 단순한 사실 분석을 넘어 다양한 사항을 다루게 된다면, 이는 변호사법 등과 문제가 발생할 소지가 있게 된다. 이에 공공영역에서 소송감정에 참여해야 할 이유가 있다면, 법적인 근거를 확보할 필요가 있다고 본다. 이로 인하면, 감정에 참여할 공공영역의 주체들의 수는 상당히 제한되어야 할 것이다.

이 논문은 2022년 한국지식재산연구원의 '지재권연구 인프라구축 사업'의 일부 연구를 수정·발전시킨 것임

## 참고 문헌

- [1] 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송[III] (개정판)」, p.151, 2014, 발간등록번호 32-9740029-000722-01.
- [2] 대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다6659 판결 등.
- [3] 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6222 판결.
- [4] 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송[III] (개정판)」, p.151, 2014, 발간등록번호 32-9740029-000722-01.
- [5] 김황중, 「법원감정인을 위한 소송감정」, 도서출판 서우, p.14, 2008, ISBN : 9788991985568.
- [6] 대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카317 판결.
- [7] “특허소송 관할집중제도 유명무실.. 재판 전문성 강화 시급”(파이낸셜뉴스 2021. 9. 7.자 기사).
- [8] 김황중, 「법원감정인을 위한 소송감정」, 도서출판 서우, p.17, 2008, ISBN : 9788991985568.
- [9] 쉐라 재서너프, 「법정에 선 과학」, 동아시아, p.88, 2011, ISBN : 9788962620344 .
- [10] 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선 방안 연구」, 한국저작권위원회, p.28, 2013, ISBN : 978-89-6120-236-7.
- [11] Paul Goldstein, Goldstein on Copyright, Vol. II, LexisNexis, pp.2:27-29, 2010.
- [12] “유리하게 해주겠다... 법원 감정이 흔들린다”(조선일보 2015. 10. 27.자 기사).
- [13] 대법원 보도자료(2015.3.23.), “2015. 3. 23. 사실심 충실화 사법제도개선위원회 제2차 회의 개최”.
- [14] “민간 감정평가, 신뢰도 ‘의문’”(대한뉴스, 2021. 10. 14.자 기사) 등.
- [15] 쉐라 재서너프, 「법정에 선 과학」, 동아시아, p.85, 2011, ISBN : 9788962620344 .
- [16] 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결.
- [17] 김시열, “민사소송법 개정에 따른 저작권 감정 제도의 실무적 대응 방안”, 한국소프트웨어감정평가학회 논문지, 제16권 제1호, p.2, 2020, <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2020.0601>.
- [18] 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선 방안 연구」, 한국저작권위원회, pp.184-185, 2013, ISBN : 978-89-6120-236-7.
- [19] 김진한, “미국 연방대법원의 사법심사 제도 와 그 운영”, 고려대학교 대학원, 박사학위 논문, pp.200-201, 2014.
- [20] Michael Rustad and Thomas Koenig, “The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs”, 72 N.C. L. Rev.91, p.100, 1993.
- [21] Michael Rustad and Thomas Koenig, “The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs”, 72 N.C. L. Rev.91, p.158, 1993.
- [22] Helen A. Anderson, “Frenemies of The Court: The Many Faces of Amicus Curiae”, 49 U. Rich. L. Rev. 361, p.368, 2015.
- [23] S. Chandra MOHAN, “The Amicus Curiae : Friends No More?”, Singapore Journal of Legal Studies, December pp.22-23, 2010.
- [24] 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선 방안 연구」, 한국저작권위원회, p.126, 2013, ISBN : 978-89-6120-236-7.
- [25] 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선 방안 연구」, 한국저작권위원회, p.131, 2013, ISBN : 978-89-6120-236-7.
- [26] 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선 방안 연구」, 한국저작권위원회, p.143, 2013, ISBN : 978-89-6120-236-7.

## 저자 소개



김시열(Si Yeol, Kim)

2012.8 숭실대학교 대학원, 법학박사  
 2007.6-2012.6 한국저작권위원회  
 2012.6-현재 한국지식재산연구원 부연구위원  
 <주관심분야> 저작권 분쟁, 실질적 유사성