

논문 2023-1-1 <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2023.3.01>

# 저작권 침해 판단을 위한 유사도 산출 시 임계치 활용에 관한 비판적 검토

김시열\*†

## A Critical Review on the Use of Threshold Value in Calculating Similarity for Determining Copyright Infringement

Kim, Si-Yeol\*†

### 요 약

컴퓨터프로그램을 대상으로 하는 저작권 침해 소송에서는 정량적 유사도가 많이 활용된다. 이때 정량적 유사도의 산출 과정에는 여러 절차가 있는데, 그중 임계치를 설정함으로써 유사도 계산의 기준을 적용하는 절차는 정량적 유사도 산출 결과에 직접적으로 영향을 준다는 점에 중요하다. 이를 간과하면 산출된 유사도가 실제 실질적 유사성을 판단하기 위한 근거로 활용되기 부적절할 정도로 왜곡될 수 있어 주의가 요구된다. 실무에서 임계치 설정이 널리 활용되고 있음에도 임계치에 대한 논의는 거의 찾아볼 수 없다. 그러나 임계치를 활용하는 절차는 유사의 기준을 양적으로 제시하고 저작권법에 의한 보호 대상을 한정하는 역할을 수행하면서 몇 가지 문제를 드러내고 있다. 본 연구에서는 그 문제를 유사 판단의 본질 문제, 표현 구분의 어려움 문제, 현실적 한계 등으로 보고, 이를 개선하기 위한 방안을 살펴보았다.

### Abstract

Quantitative similarity is widely used in copyright infringement lawsuits of computer programs. There are several procedures in the process of calculating quantitative similarity. Among them, the procedure for applying the criteria for similarity calculation by setting a threshold value is important in that it directly affects the results of quantitative similarity calculation. If it is overlooked, the calculated similarity may be distorted to the extent that it is inappropriate to be used as a basis for determining the actual substantial similarity, so it should be handled carefully. Although the method of threshold value setting is widely used in practice, little discussion has been made on the threshold value. However, the procedure for using threshold value reveals several problems while quantitatively presenting standards of similarity and playing a role in limiting the subject of protection under copyright law. In this study, the problems were regarded as the essential problems of similar judgment, difficulty in distinguishing expressions, and practical limitations, and it looked at ways to improve these problems.

**한글키워드** : 저작권 침해, 정량적 유사도, 임계치, 표현, 실질적 유사성

**keywords** : copyright infringement, quantitative similarity, threshold Value, expression, substantial similarity

\* 한국지식재산연구원 연구위원(법학박사)

접수일자: 2023.02.06. 심사완료: 2023.03.14.

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

게재확정: 2023.03.20.

## 1. 서론

우리나라에서는 컴퓨터프로그램을 대상으로 한 저작권 침해 분쟁에서 저작권 침해 여부를 판단하기 위한 중요한 근거로 정량적 유사도를 많이 활용하고 있다. 컴퓨터프로그램이라는 전문적이고 복잡한 대상에 대해 정량적 유사도를 활용함으로써 이 분야의 비전문가인 법관에게 어느 정도 명확한 사실확정을 가능하게 해주기 때문이다[1]. 정량적 유사도를 산출하는 방식은 여러 가지가 존재하는데[2], 이 방식들을 관통하는 핵심으로는 비교 대상 소스코드 등의 양적인 유사 정도를 도출한다는 점을 들 수 있다. 그런데 물리적인 대비를 통해 비교 가능한 것은 ‘동일’과 ‘상이’인데, 저작권법은 저작물과 유사한 범위까지 보호법적으로 포함하고 있다 보니 실무적으로는 물리적인 대비 과정에서 ‘동일’과 ‘상이’ 외에 유사한 정도를 도출할 수 있는 장치를 두고 활용하는 상황이다. 그중 소스코드 등을 비교할 때 활용하는 임계치는 대표적인 장치에 해당한다.

가중치 적용 문제와 유사[3]하게, 임계치의 활용은 도출되는 정량적 유사도에 직접적인 영향을 미친다는 특징이 있다. 그럼에도 실무상 보편적으로 활용되고 있는 임계치에 관한 논의는 거의 찾아볼 수가 없다. 재판 과정에서 일반적으로 인식되는 범위인 유사도 산출 과정 이면에 자리 잡고 있는 내용이어서 인식하기 쉽지 않고 간과하기 용이하다는 점이 이유가 아닐까 생각된다. 이에 본 연구에서는 저작권 침해 소송에서 컴퓨터프로그램을 대상으로 정량적 유사도를 산출하는 과정에서 활용되는 임계치의 문제와 대안에 대해 생각해 보고자 한다.

## 2. 유사도의 산출과 임계치의 관계

### 2.1 유사도 산출 시 임계치 활용의 개념

#### 2.1.1 정량적 유사도 산출 시 임계치 활용의 이유

저작권 침해 여부를 판단하기 위해서 반드시 필요한 것은 원저작물과 침해물이 얼마나 유사한 관계에 있는지를 확인하는 것이다. 예를 들어 유사한 정도가 실질적인 정도에 이르는 상태라면 저작권 침해로 인정할 수 있게 되는 것이다(물론 다른 요건을 충족하고 있음을 전제한다). 이때 유사한 정도의 실질성을 판단하는 것은 소송 대상물 간 유사한 정도가 실질적인 관계에 있는지에 의한다. 어느 정도로 유사한 것이 실질적인 것인지를 판단하지는 않는다.

우리나라에서는 유사한 정도를 확인하기 위한 근거로 정량적 유사도를 많이 활용하고 있다. 정량적 유사도는 두 컴퓨터프로그램의 소스코드 등을 비교·분석하고, 그 결과를 수치(비율)로 나타낸 것을 의미한다. 그런데 저작권 침해 소송에서 활용되는 정량적 유사도 산출 방식은 다양하게 존재한다. 다양한 산출 방식 모두에 필수적인 전제로 적용되는 것은 저작권법이 요구하는 요건들을 반영하여 비교·분석의 기준 및 방법을 정립하여 정량적인 값을 산출해야 한다는 점이다[4].

저작권 침해 여부 판단을 위한 확립된 기준이 있다고는 할 수 없지만, 학계 및 판례를 통해 일반적으로 받아들여지고 있는 기준에 따르면 저작권 침해 여부를 판단하기 위해서는 두 가지 유사성의 존재 여부를 확인하도록 정하고 있다. 이 두 가지 유사성은 주관적 요건으로서의 유사성과 객관적 요건으로서의 유사성을 의미한다. 후자에 대해 우리나라 판례에서는 일반적으로 실질적 유사성으로 표현하고 있다. 앞서 우리나라는 컴퓨터프로그램을 대상으로 한 저작권 침해 소송에서 정량적 유사도 산출을 많이 활용하고 있다고 하였는데, 정량적 유사도의 산출은 양적인 것을 가치적인 것으로, 기술적인 것을 법적인 것으로 연결하여야 한다는 내재적 과제를 갖는다. 정량적

유사도를 산출하는 과정에서 임계치를 활용하는 것은 이 내재적 과제를 해결해 가기 위한 과정으로 이해할 수 있다.

저작권법은 원저작물을 동일하게 베낀 것만이 아니라 유사하게 베낀 것까지 보호법익을 침해한 것으로 인정하고 있다. 이때 유사하다는 것을 어느 정도까지로 볼 것인가 하는 문제가 필연적으로 발생하게 된다. 우리나라에서는 이를 판단하는 기준으로 유사한 정도가 실질적이어야 한다고 보고 있다. 이것이 앞서 언급한 객관적 요건으로서의 기준이다. 실무적으로 임계치의 활용은 실질적 유사성을 판단하기 위해 비교 대상 간의 관계를 최대한 근접한 수치로 나타낼 수 있도록 하기 위함을 이유로 한다. 소스코드 등을 양적(물리적)으로 비교하게 될 경우, 프로그램언어의 특성상 한두 라인 또는 그 이상의 몇 라인이 동일하더라도 대비 대상 컴퓨터프로그램의 유사한 정도와 전혀 관련이 없는 경우가 있기 때문에 임계치를 적용하여 이 문제를 보정할 수 있기 때문이다. 이러한 문제를 간과할 경우 비교·분석을 통하여 산출된 정량적 유사도가 실제 대비 대상 간 실질적 유사 여부의 근거로 활용되기 부적절할 정도로 왜곡이 발생할 수 있어 주의가 필요하다.

### 2.1.2 실무상 임계치 활용의 양태

컴퓨터프로그램을 대상으로 한 저작권 침해 소송 과정에서 임계치의 활용 여부 및 방식은 정량적 유사도 산출 주체의 전문적 재량에 따른다. 실제 사례를 몇 가지 살펴본다.

비교·분석 도구로 exEyes를 사용한 사례에서는 ‘유사라인설정 임계치’와 ‘인접블록 임계치’를 설정하여 활용한다. 여기서 유사라인설정 임계치는 한 라인의 동일한 정도가 어느 수준이면 유사하다고 인정할 것인지를 정하는 기준이다. 예를 들어 유사라인설정 임계치를 70%로 설정하면 한 라인의 토큰 수가 10개일 때 7개 이상의 일치하

는 토큰이 있다면 해당 라인을 유사한 라인으로 보게 된다. 인접블록 임계치는 동일하거나 유사한 라인이 연속적으로 몇 개 이상 되어야 동일 혹은 유사하다고 인정할 것인지를 정하는 기준이다. 예를 들어 인접블록 임계치를 3으로 설정하면 동일 또는 유사한 라인이 연속적으로 3개 이상 될 때 유사한 것으로 보게 된다. 구체적인 임계치 설정값은 사례에 따라 조금씩 다르게 나타난다. 한 유형의 사례[5]에서는 유사라인설정 임계치를 70%, 인접블록 임계치를 3으로 설정하였고, 또 다른 사례[6]에서는 유사라인설정 임계치를 80%, 인접블록 임계치를 3으로 설정한 것을 볼 수 있다. 이들 사례에서 임계치 설정은 비교·분석 주체의 경험적 판단을 기반으로 하였다.

비교·분석 도구로 SIM을 사용한 사례에서는 연속되는 여러 개의 토큰으로 구성되는 런(run)을 비교 단위로 파일을 비교하는데 이때 런의 크기를 결정하는 기준으로 임계치를 적용한다. 임계치를 너무 낮게 설정하면 유사하지 않은 것을 유사한 것으로 보게 될 수 있으며, 반대로 임계치를 너무 높게 설정하면 유사한 것을 유사하지 않은 것으로 보게 될 수 있다. 예를 들어 런의 크기를 결정하는 유사한 토큰의 임계치를 10으로 설정하면 유사한 토큰이 연속적으로 10개 이상이 되어야 유사한 것으로 보게 된다. 이 경우에도 임계치 설정이 사례에 따라 조금씩 다르게 나타난다. 한 유형의 사례[7]에서는 임계치를 24로 설정하였고, 또 다른 사례에서는 임계치를 5로 설정한 것을 볼 수 있다. 이들 사례에서 임계치 설정은 비교·분석 주체의 경험적 판단을 기반으로 하였다.

이러한 점을 바탕으로 보면, 임계치를 설정하는 기준이 명시적·공통적으로 정해진 것은 아니며, 소스코드 등의 비교·분석에 사용하는 도구의 종류, 비교·분석 대상 컴퓨터프로그램의 특

성, 비교·분석 주체의 전문가적 인식·경향 등에 따라 사안마다 달리 적용되는 것으로 이해된다. 법원의 판결들을 보더라도 임계치 설정에 관한 언급을 거의 찾아볼 수 없다는 점은 이와 같이 임계치 활용에 대한 점은 다양한 요소를 고려한 전문가의 재량 범위로 인정하고 있기 때문이라 생각된다.

## 2.2 저작권 침해 판단 과정에서 임계치 활용의 의의

### 2.2.1 보호법익의 특수성

저작권이 보호하고자 하는 대상인 저작물은 그 자체로서 확정적으로 특정되는 것은 아니고 해석을 통하여 특정될 수 있는 불확정 개념이다. 우리나라는 아이디어·표현 이분법을 받아들여 일련의 표현 중 저작권법이 정하는 요건에 합치되는 것만을 보호 대상으로 보고 있다. 즉, 이 요건을 충족하는 표현만이 저작권법이 보호하는 표현이자 저작물에 해당한다는 것이다. 이에 저작권법은 제2조 1호에서 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 저작물이라 정의한다. 그런데 이 저작물이라는 개념만으로 대상을 확정적으로 특정할 수 없다 보니, 대상의 특정에 여러 해석적인 요소가 개입될 수밖에 없다. 컴퓨터프로그램에 대해서 판례는 ‘창작적 표현형식’[8] 혹은 ‘저작권으로 보호받지 못하는 요소들을 제외한 다음 남아 있는 핵심적 요소인 창작적 표현’[9]을 보호 대상으로 명시하는 등의 모습을 보인다. 컴퓨터프로그램에 대해서는 소위 비문언적 표현을 쉽게 보호받는 표현으로 인정하지 않는 경향이 있으며, 이에 대해서는 반대의 논의도 존재한다 [10].

한편, 저작물은 그 자체의 사용에 그치는 것이 아니라 그 저작물을 이용하여 다양한 콘텐츠로 파생되는 본질적 특징을 갖는다. 저작권 제도의

근본적 존재 목적 가운데 하나 역시 이와 같은 이용을 전제로 한 것이다. 그러다 보니 저작물은 다른 형태의 표현으로 변환되어 이용될 가능성(허락 없는 이용이 이루어질 경우 ‘가능성’보다는 ‘위험’이 된다)이 높는데, 변환이 그리 크지 않은 정도로 이루어진 이용이라 하더라도 원저작물의 인격적 가치 또는 시장적 가치를 침해할 수 있는 우려가 상당하다는 점이 문제이다. 또한 원저작물의 변형적 이용은 적은 부분을 달리 변경함으로써 저작권 침해의 책임을 회피하려는 시도로도 작용된다. 표현을 본질적이지 않은 범위에서 다르게 함으로써 저작권 침해 사실을 감추려는 행위이다. 이에 저작권 제도는 저작물의 특정되는 경계뿐만 아니라 그것에 유사한 범위까지 보호 범위로 인정한다. 따라서 ‘유사’라는 개념은 저작권 분쟁에서 매우 중요한 요소로 작용하며, 침해 여부를 판단하는 데 있어서 방법론적인 난해함을 제공한다. 컴퓨터프로그램을 대상으로 한 저작권 침해 소송에서 정량적 유사도를 활용함에 있어서도 이 ‘유사’라는 개념은 적용하는데 매우 어려운 것이며, 이를 어떠한 방식으로 고려할 수 있을지 오랜 기간 많은 논의가 이루어지고 있는 상황이다. 다만, 표준적인 방법론이 제기되는 상태는 아니며, 현실적으로는 사안에 따라 개별적으로 판단 및 적용되고 있다[11].

### 2.2.2 유사도의 저작권법상 개념 및 유사 판단 실무

저작권법은 유사라는 개념을 특정한 기준으로 확정하지 않고, 저작권 침해의 문제가 발생할 경우 침해물이 원저작물의 보호받는 부분에서 표현을 가져다 이용하였는지를 가릴 때 유사한 상태가 저작권 침해에 이른 것으로 볼 수 있는지 판단하게 한다. 따라서 저작권법에서 유사에 대한 논의는 주로 저작권 침해 여부를 판단하는 과정에서 이루어지는 특징이 있다.

저작권 침해 여부를 판단하기 위한 요건 및 기준은 각 사건에서 법원의 판단과 개별적인 이론의 전개를 통하여 정립되고 있다[12]. 이에 완전한 요건 및 기준의 확립은 이루어지기 어렵지만 [13], 큰 틀에서는 대략의 공통된 태도를 갖는다. 우리나라 법원은 통상적으로 세 가지 기준을 적용하여 저작권 침해 여부를 판단하고 있는데, 이는 1) 원고가 유효한 저작권을 보유하여야 하며, 2) 피고가 원고의 저작물에 의거하여 자신의 작품을 작성하였을 것(주관적 요건), 그리고 3) 피고의 작품과 원고의 저작물 간 동일성 또는 실질적 유사성의 존재(객관적 요건)를 증명하여야 한다는 것이다[14]. 여기서 주의할 점은 주관적 요건과 객관적 요건 모두 유사성이라는 표현을 공유하지만 유사함을 나타내는 대상에 있어서 전혀 다른 전제를 갖는다는 점이다. 주관적 요건으로서의 유사성은 의거라는 행위를 증명하기 위한 것으로, 유사성을 판단하기 위한 대상에 제약을 두지 않는다. 반면 객관적 요건으로서의 유사성은 원저작물을 이용한 행위가 부적절한 것인지를 판단하기 위한 것으로 저작권법에 의해 보호받는 표현만을 대상으로 한 유사성을 의미한다. 컴퓨터프로그램을 대상으로 한 정량적 유사도의 산출시, 이 두 유사성의 종류를 고려한다면 소스코드의 비교를 전제로 할 때 유사한 정도를 계산하기 위한 분모가 대상 소스코드 전체가 되는지 아니면 보호받는 표현으로 특정한 부분으로 한정되는지로 구분된다.

우리나라 재판 과정에서는 이 두 가지 유사성을 확인하기 위하여 정량적 유사도를 많이 활용한다. 사안에 따른 차이가 크지만, 객관적 유사성의 근거로 정량적 유사도를 활용하는 경우, 주관적·객관적 유사성 모두를 위한 근거로 정량적 유사도를 활용하는 경우로 크게 활용 양태가 구분된다. 이 과정에서 객관적 유사성을 판단하기 위한 근거로 정량적 유사도를 활용할 때 비교·

분석의 대상을 저작권법에 의해 보호받는 표현으로 한정하는 작업(여과, filtration)이 전(前)처리되어야 할 중요한 과정으로 다루어진다. 다만, 유사도 계산 과정에서 임계치의 적용에 대해서는 두 가지 유사성을 구분하는 논의가 발견되지 않고, 실무적으로도 특별히 이를 고려하고 있다고 보이지 않는다.

### 2.2.3 임계치 활용의 저작권법상 의의

저작권 침해 판단을 위한 정량적 유사도 산출 과정에서 임계치를 활용하는 것은 본질상 유사인정의 범위와 기준을 설정하는 성격을 갖는 동시에, 기능적으로는 절차상 위치로 인하여 보호받는 표현과 그렇지 않은 표현을 구분하는 성격도 갖는다. 후자는 실질적 유사성 판단과 관련된 경우 해당한다.

임계치를 활용하는 이유는 소스코드 등을 비교·분석할 때 어느 정도까지 유사한 것으로 인정할 것인가를 사전에 설정하기 위함이다. 어느 정도 동일한 부분이 있더라도 그 정도의 동일함을 보호받는 범위로 인정하는 것이 타당하지 않을 경우, 이를 상이한 것으로 보아 저작권 침해가 아닌 것으로 판단하겠다는 의미이다. 즉, 임계치를 적용함으로써 유사(동일 포함)로 인정하는 범위의 기준을 설정하는 것이다.

이는 컴퓨터프로그램이 갖는 특수한 성질 때문인데, 프로그래밍언어의 구현에 따른 문법적 동일성으로 인한 유사한 라인, 자동으로 생성되는 코드로 인한 유사한 라인 등에 의하여 한두 개 혹은 그 이상 개수의 라인이 동일하더라도 저작권법의 관점에서 양 컴퓨터프로그램에 대한 유사성에는 관련이 없는 경우가 있기 때문이다. 이와 같이 임계치를 설정하는 것은 소스코드 등의 정량적 유사도를 산출하는 경우 유사함의 기준을 제공한다는 점에 매우 유용한 작업이다.

그리고 임계치의 활용은 저작권법에 의해 보

호받는 표현을 구분하는 성질도 갖는다. 이는 유사도 산출의 목적이 실질적 유사성을 판단하기 위함에 있을 경우 해당하는 것인데, 물리적으로 유사의 기준을 설정하는 행위가 저작권법에 의해 보호받는 표현을 대상으로 한다는 전제 속에서 이루어져야 하기 때문이다. 임계치 설정이 그러한 점을 반영하지 못한 채 이후 정량적 유사도를 도출하게 될 경우 실질적 유사성 판단의 중요한 전제가 되는 정량적 유사도 산출은 표면적인 비보호대상(오픈소스 등)을 제거하였다 하더라도 판단의 대상 범위가 잘못 설정되었다는 오류를 가질 수밖에 없다.

한편, 임계치 활용을 단순히 기술적인 과정만으로만 보기 어려운 이유는 임계치의 적용이 최종적으로 산출되는 정량적 유사도에 영향을 미치기 때문이다. 이를 기술적인 과정에 해당할 뿐이라 보는 시각에서는 컴퓨터프로그램을 대상으로 한 저작권 침해 여부 판단 시 비교 대상 소스코드의 확보 미흡으로 한쪽의 소스코드를 바이너리로 컴파일하여 비교 대상의 형태를 맞추는 작업, 음악저작권 침해 여부 판단 시 비교 대상 악보의 조를 맞추는 작업 등과 같이 프로그램 언어 또는 그 내용상의 특성으로 인하여 서로 동일한 것이라 하기 어려운 정도를 기준으로 설정하는 것에 불과한 것이라는 주장이 가능하다. 그러나 ‘유사한 것으로 보기 어려운 정도의 동일함’이라는 것의 판단 자체가 저작권법에서 의미하는 실질적 유사성의 판단 기준과 연결되는 것으로 이해된다. 이는 가치판단이 반영되는 사안으로 보인다. 따라서 단순히 기술적 전(前)처리 과정이 아닌 저작권 침해 판단에 있어 구체적인 영향을 미치는 요소에 해당하는 것으로 보아야 한다.

### 3. 실질적 유사성 판단 과정에서 임계치 활용의 문제와 개선방안

#### 3.1 문제점

3.1.1 유사 판단의 본질적 목적에 불합치 우려  
정량적 유사도를 산출하여 이를 근거로 판단하고자 하는 유사성의 유무는 침해자가 저작권자의 저작물을 얼마나 베꼈는지를 탐지하는 것이다. 많은 사례에서 활용되는 정량적 유사도 산출 방식을 보면 산출 과정에서 유사의 판단이 다소 과도하게 반복되는 문제가 있다. 우선 임계치의 적용에서 유사의 기준을 반영하게 되고, 가중치를 적용하면서 유사의 경중을 가려 최종의 결과값에 영향을 미친다. 그리고 유사도 산출 계산방식의 다양성으로 인하여 비교·분석 주제가 선택하는 방법에 따라 유사의 정도를 사실상 선택할 수 있게 된다. 계산 방식에 따른 유사도 산출 값의 차이를 보여주기 위한 한 시뮬레이션 결과는 36.6%와 60.0%로 의미한 차이가 있음을 보인 바 있다[15].

저작권 침해 여부를 판단하는 과정에서 유의미하게 보아야 하는 것은 앞의 첫 번째(임계치)와 두 번째(가중치) 유사 판단의 작용이다. 세 번째(유사도 계산방식)의 경우는 그 작용이 비교·분석의 외부에 드러나는 것이어서 분쟁 당사자 등의 통제를 받을 수 있는 여지가 크다. 그러나 첫 번째와 두 번째의 경우는 유사도 계산 이면에 존재하는 작용이어서 이를 사전에 인식하고 면밀하게 계산 과정을 살펴보지 않는다면 쉽게 통제되지 않는 특징이 있기 때문이다.

그런데 이와 같은 반복적인 유사 판단의 진행은 결국 유사한 것이 얼마나 유사한지를 탐지하는 것이 된다. 이에 본래의 목적에서 다소 벗어나게 되는데 문제가 있다. 앞서 언급한 것처럼 유사 여부의 판단은 침해자가 얼마나 베꼈는지를 탐지하고 그 탐지에 있어서 책임을 회피하기 위해 개변한 것을 유사의 범위로 포섭하여 정당한 권리를 보호하기 위한 것인데, 복수의 절차 과정

에서 반복적으로 유사 판단을 거치게 될 경우 유사도(또는 유사성) 결과가 왜곡될 수 있다는 점은 논리적으로 추정이 가능하다.

### 3.1.2 표현의 기술적 구분이 갖는 난해함

컴퓨터프로그램을 대상으로 한 저작권 침해 소송에서 보호받는 표현과 그렇지 않은 표현을 구분하는 것은 실무적으로는 다소 형식적으로 다루어질 수밖에 없는 한계가 있다. 여러 이유가 있겠지만 가장 중요한 이유로는 특정 소스코드 등에 대해서 보호받는 표현 여부를 가릴 수 있는 명확한 기준을 마련하기 어렵다는 것을 들 수 있다. 임계치 설정 역시 보호받는 표현을 구분하는 성격을 갖는다. 그런데 각 사례에서 임계치를 결정하는 방식을 보면 해당 구문의 의미를 고려하여 판단한다고 하는데, 이때 의미를 고려한다는 기준이 저작권법에서 규정하고 있는 보호 받는 표현의 요건, 즉 창작적 표현과 동일한 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 의문이 있다. 즉, 저작권법은 의미 자체를 보는 것이 아닌 외부로 드러난 형식을 보호하는 것인데, 임계치 설정이 소스코드 내용 등의 의미를 고려하여 이루어진다는 점은 기준에 있어서 전제가 되어야 할 저작권법의 규범과 괴리가 발생할 수 있는 가능성을 제공한다. 비교·분석 주체가 인식한 임계 범위 내의 유의미한 것이 저작권법에 의해 보호받는 표현의 범위와 동일하게 일치될 수 있다고 확신할 수 없다는 것이다. 실무적으로도 이를 유의미하게 고려하는 모습을 발견하기 어렵다.

그리고 설사 임계치 설정 과정에서 이를 저작권법상의 보호받는 표현의 기준과 일치시킬 수 있다고 하더라도, 보호받는 표현 여부를 상대적으로 덜 엄격하게 가리는 재판 실무를 고려할 때, 전체의 절차 흐름에 있어서 균형적이라 보아진 않는다. 최소한 실질적 유사성을 판단하기 위한 대상인 특정 사건을 단위로, 그 내부에서는

일관된 기준을 적용하여야 하나 현재와 같은 임계치 활용 방식 하에서는 이러한 판단이 필요한 절차와 기준이 분산되어 있어 일관된 기준을 적용하기에 현실적으로 어려움이 있는 상태이다.

### 3.1.3 합리적 임계치 설정의 어려움

임계치를 넓게 설정할 경우, 혹은 그렇지 않더라도 유사 범위 인정하지 않는 범위에 존재하는 표현이 저작권법에 의한 보호 대상에 속할 가능성도 부정할 수 없다. 이러한 경우, 본래 보호를 받아야 할 표현임에도 불구하고 그것을 저작권 침해에 해당하지 않는 것으로 판단하게 되는 구조를 갖는다. 반대로 임계치를 좁게 설정할 경우, 사실상 유의미한 유사 표현이 아님에도 불구하고 과도하게 유사 판단의 범위에 속하게 됨으로 저작권법이 인정하는 저작물의 정당한 이용이 보장받지 못하게 되는 문제가 발생한다(이 경우에는 유사도 산출 과정에서 걸러질 수 있다). 임계치를 설정할 경우에는 개념적으로 임계치 설정으로 인하여 경계가 이루어지는 유사 여부의 물리적 구별이 저작권법에 의한 것과 일치하여야 한다. 만약 그렇지 못할 경우 저작권법이 의도하는 바를 구현하기 위해 적용한 임계치가 오히려 저작권법의 의도를 왜곡시키는 현상이 발생하게 된다. 이에 합리적이고 합목적적인 임계치의 설정이 요구된다. 그런데 임계치 설정의 개별성으로 인하여 이와 같은 합리적·합목적적 기준 설정의 요구는 각기 다른 사안에서 모두 개별적으로 요구된다.

그러나 이에 대해서는 현실적 시각에서 생각해 볼 문제가 있다. 먼저 유사성이라는 가치 판단을 양적인 기준을 전제하는 임계치 설정으로 구현할 수 있는가에 대한 점이다. 정량적 유사도의 산출 자체가 정성적인 가치를 정량적인 수단으로 표현하는 데서 오는 본질 상의 한계를 갖고 있다. 임계치 설정 역시 동일한 형태의 한계를

가질 수밖에 없다. 동시에 컴퓨터프로그램 분야의 전문가로서의 인식과 저작권 분야 전문가로서의 인식이 일치하지 않을 수 있다 보니 각기 이루어지는 임계치 설정이 현실상 저작권법이 요구하는 유사 판단의 기준을 고려한다고 할 수 있을지 의문이 있다. 임계치 설정이 타당하게 이루어지기 위해서는 높은 수준의 기술적 지식과 저작권적 지식이 모두 요구되나 집단의 지식을 이용하는 것이 아닌 한 그러한 전문가가 현실에 존재하기란 쉽지 않을 것으로 보인다.

### 3.2 개선방안

앞서 살펴본 것과 같은 임계치 활용의 문제를 개선하기 위해서는 다음의 몇 가지 방안을 생각할 수 있다.

첫째, 저작권 침해 판단을 조력하기 위한 정량적 유사도 산출 시 임계치를 활용하는 것에 대한 정확한 저작권법상의 의미를 설정하고 그 역할을 유지할 수 있도록 하여야 한다. 앞서 지적한 것과 같이 현재 정량적 유사도의 산출 방식에 있어서는 경우에 따라 유사 개념의 반영이 불필요하게 반복적으로 작용되는 모습이 존재한다. 이에 임계치 활용을 통하여 확보하고자 하는 가치가 무엇인지 특히 저작권법의 측면에서 명확히 설정하는 것이 필요하다.

둘째, 최종적인 정량적 유사도 산출에서의 유사 인정 기준과 임계치 설정 단계에서의 이 기준이 서로 병렬적으로 존재하지 않도록 하되, 상호간 동일한 범위의 기준이 적용되도록 하여야 한다. 다만, 지금의 체계와 같이 유사 기준을 여러 단계에서 다루도록 하는 것이 타당한지에 대해서는 향후 생각해 볼 필요가 있다고 보인다.

셋째, 저작권 침해 판단을 위한 유사도 산출 역시 임계치가 갖는 한계를 인식하고 이를 분리하여 유사도 산출에 활용하는 것이 필요할 것으로 생각한다. 임계치를 느슨하게 설정하고 비

교·분석 결과를 다시 비교·분석 주체가 육안으로 살피고 법적 요건을 고려하여 구체적인 유사 부분을 특정해 주는 것이 적절할 것으로 생각된다. 즉, 임계치를 적용하여 기계적으로 판단되는 비중을 줄이는 것이 필요하다.

넷째, 합리적인 임계치 설정의 기준은 논리적 수단만으로 마련되기 어려우며, 많은 사안의 사례를 분석하는 등의 경험을 축적하여 유형화 및 그에 따른 임계치 설정 기준을 마련하는 것이 필요하다.

한편, 임계치 설정의 문제를 해결함에 있어서 과연 합리적이고 타당한 임계치를 개별 사안에서 설정하는 것이 가능할 것인가의 의문이 한계로 작용할 것으로 보인다. 임계치 설정은 지금까지 기술적 경험에 기반하여 비교·분석 주체의 재량으로 이루어지고 있었지만, 그 결정에 있어 저작권법에 따른 유사 기준 등의 설정이라는 개념이 면밀하게 고려되어 왔다고 할 수 없는 것이 현실이다. 그런데 현실적으로 생각해 보아야 할 것은, 과연 개념상 요구되는 적절한 임계치 설정이 현실에서 가능한 것인지이다. 생각건대 현실에서 이를 충족하기란 쉽지 않을 것으로 본다. 저작권법상 표현으로서의 중요성과 기술적 중요성이 어느 정도 일치[16]하여 기술적 중요성을 중심으로 가중치를 설정하는 것이 큰 문제가 없는 가중치와 달리, 임계치 설정은 양자를 모두 고려하여야 한다는 점에 이를 합리적으로 수행할 수 있는 전문가가 존재하는 것 자체가 쉽지 않기 때문이다. 이 한계를 극복하기 위해서는 비교·분석의 주체가 개인 보다는 다양한 전문가의 결합체가 되는 것이 효과적일 수 있다.

## 4. 결론

다른 유형의 저작물과 달리 컴퓨터프로그램을

대상으로 한 저작권 침해 분쟁에서는 대상물 자체의 특징 또는 전문적인 난해함으로 인하여 저작권법상의 여러 요건을 다소 느슨하게 다루게 되는 경향이 존재한다. 대표적인 것이 보호 범위의 특정, 즉 창작성 있는 표현 특성의 어려움과 유사성 판단의 정량적 유사도 의존 현상이라 할 수 있다. 그러다 보니 실제 재판 과정에서 활용되는 여러 기술적 방법 속에 저작권법의 요건과 다소 불일치하는 요소들이 종종 발견되기도 한다. 임계치의 문제 역시 그러한 모습이 존재하나, 지금까지는 절차적 특징으로 인하여 논의 대상으로 다루어지지 않는 경향이 있었다. 그런데 임계치는 그 자체로서 문제를 갖는 것은 아니라 생각된다. 오히려 임계치 활용이 포함되는 저작권 침해 판단, 특히 정량적 유사도를 산출하는 과정 속에서 임계치 활용이 저작권법이 정하고 있는 법 논리를 충족하도록 하지 못하게 하는 체계의 개선이 중요한 과제라 생각한다. 향후 법적, 기술적 그리고 경제적 노력의 유기적 작용을 통한 임계치 활용의 방법론이 면밀하게 논의될 필요가 있다.

### 참 고 문 헌

- [1] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 127. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360
- [2] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 133-134. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360
- [3] Kim Si-Yeol. A Study on the Relationship between Weighted Value and Qualitative Standard in Substantial Similarity. JSAV, 15(1), 27.(2019.6). 10.29056/jsav.2019.06.03
- [4] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 118-119. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360
- [5] Uijeongbu District Court Goyang Branch Court Judgment 2008Gahap4377 Sentenced December 16, 2009; Seoul High Court Judgment 2010Na10261 Sentenced October 13, 2010
- [6] Seoul Central District Court Judgment 2006Gahap92887 Sentenced April 3, 2009
- [7] Seoul Central District Court Decision 2007Kahap1672 Decided May 14, 2008
- [8] Seoul Central District Court Judgment 2004Gahap76119 Sentenced September 7, 2006
- [9] Seoul High Court Decision 2008Ra1199 Decided August 5, 2009
- [10] Julian Velasco, The Copyrightability of Nonliteral Elements of Computer Programs, Columbia Law Review, 94, 253.(1994.1).
- [11] Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).
- [12] Kim Si-Yeol. Lecture on Copyright. : Bumhan (2017). 247. ISBN: 9791155961094
- [13] Roger E. Schechter & John R. Thomas, Principles of Copyright Law. : Thomson Reuters (2010). 364. ISBN : 9780314147509
- [14] Supreme Court Judgment 96Da6264 Sentenced June 14, 1996; Seoul High Court Decision 2005Ra194 Decided July 27, 2005; Seoul Central District Court Judgment 2005Gahap58156,79993 Sentenced April 26, 2006; Seoul Southern District Court Judgment 2002Gahap4017 Sentenced March 18, 2004; Seoul Southern District Court Judgment 2002Gahap4871 Sentenced November 4, 2004 etc.
- [15] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 179. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360
- [16] Kim Si-Yeol. A Study on the Relationship between Weighted Value and Qualitative

Standard in Substantial Similarity. JSAV,  
15(1), 30.(2019.6). 10.29056/jsav.2019.06.03

————— 저 자 소 개 —————



김시열(Kim, Si-Yeol)

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