

미국 연방항소법원의 실질적 유사성 판단기준과 시사점

신민지*, 김시열**†

An Implication in Determining Substantial Similarity of The Court of Appeals for the Federal Circuit on Copyright Law

Min Ji Shin*, Kim Siyeol**†

요 약

저작권 침해는 대비 대상간 동일성 또는 실질적 유사성이 있을 것을 주관적 요건으로 삼고 있다. 실질적인 정도로 유사한 것을 침해로 인정할 수 있도록 하고 있음은 완전히 동일하지 않더라도 일정한 정도에 속할 경우 까지 권리보호를 제공하고 있는 것이다. 이러한 특성으로 실질적 유사성은 저작권 침해 여부를 가리는데 핵심적인 역할을 갖는다. 그러나 실질적 유사성은 불확정 개념으로서 일반화된 기준을 마련하는데 어려움이 있는데, 이를 해결하기 위한 많은 노력이 이루어지고 있다. 미국은 법원의 판결을 통하여 실질적 유사성을 판단하기 위한 모델을 만들어 적용하고 있는데, 내외부 테스트, 3단계 테스트 등이 대표적이다. 그러나 일관된 모델을 적용하는 것은 아니고 법원별로 상이한 모델을 마련하여 적용하고 있다는 특징이 있다. 우리나라 역시 이에 대한 논의가 오랫동안 이루어지고 있으나, 아직 명확한 기준이 도출 또는 사안에 일반적으로 적용된다고 볼 수는 없다. 이에 미국의 다양한 실질적 유사성 판단 모델을 살펴보고 우리나라에서 생각해볼 시사점으로 비보호 표현 증가에 대한 문제, 합리적 유사성 판단 모델의 부재 문제, 그리고 저작물 유형에 따른 특수성을 고려해야 하는 문제에 대하여 살펴보았다.

Abstract

In the Copyright Act, infringement is required to have the same or substantial similarity between the Defendant and the Plaintiff's works. Even if it is not completely the same, it protects even if the substantial similarity between the two works is recognized. However, the practical similarity that is the standard for infringement is an uncertain concept and is characterized by difficulty in preparing generalized standards. In U.S. law, it is called "unfair use," and many theories such as three-stage tests and external/internal tests have been proposed to materialize practical similarities, but each circuit court takes a different position. Discussions are continuing to materialize practical similarities in Korea, but specific individual issues are being proposed. Focusing on these discussions, a critical review of domestic practical similarity criteria was conducted, and implications and directions for laying the foundation were studied by comparing the U.S. Federal Court of Appeals criteria, which is the most similar form to the basic legal principles of domestic copyright.

한글키워드 : 실질적 유사성, 저작권 침해, 판단기준, 3단계 테스트, 미연방항소법원

keywords : substantial similarity, copyright infringement, standard judgment, 3-step test, U.S.Court of Appeals

* 중앙대학교 일반대학원 융합보안학과 석사과정 접수일자: 2023.05.30. 심사완료: 2023.06.13.

** 한국지식재산연구원 연구위원, 법학박사 게재확정: 2023.06.20.

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

1. 서론

저작권 침해 소송에서 실질적 유사성 판단은 가장 핵심적인 요소에 해당한다. 그러나 실질적 유사성 판단이라는 요소가 갖는 고유의 특성으로 인하여 명확한 판단기준을 설정하기 어려울 뿐 아니라, 본질적인 모호함으로 인하여 그 기준에 관한 이론적 논의 역시 그리 활발하게 이루어지고 있지않는 실정이다.

우리나라에서는 실질적 유사성에 관한 논의의 배경을 미국 연방항소법원의 여러 판결을 통해 발전된 이론에 두고 있다. 미국의 여러 이론적 발전에 따라 우리 역시 큰 틀에서는 미국의 이론에 많은 영향을 받고 있다고 할 수 있다. 이에 본 글에서는 현재 우리나라에서 적용 또는 논의되고 있는 실질적 유사성 판단 이론을 미국 연방항소법원에서의 다양한 모델과 비교해봄으로써, 어떠한 발전적 과제가 있는지, 그리고 이를 해결하기 위한 방안으로는 어떠한 것이 있을지 생각해보고자 한다.

2. 우리나라에서의 실질적 유사성 판단 요소 논의에 대한 현황과 한계

2.1 저작권 침해 소송에서 실질적 유사성의 지위와 특징

우리 저작권법은 저작권 침해 여부를 판단하기 위하여 일정한 요건을 명시하지 않고 있다. 이는 전 세계의 공통된 현상으로 저작권 침해 판단을 위한 모델을 확정할 수 없다는 본질적 한계 때문이다. Nimmer 교수는 이를 ‘선을 긋는 것’에 비유하며, 실질적 유사성을 판단하는 것은 어느 정도 정책적 판단이 개입될 수 밖에 없으며 이로 인한 불명확성의 존재가 필연적이라 한다[1]. 유사성 또는 실질적 등의 개념이 갖는 불확정성 때

문에 이러한 요소를 전제로 한 판단 모델을 확정한다는 것은 현실적으로 불가능한 것이라 보는 견해가 일반적이다. 그럼에도 불구하고 저작권 침해 판단을 위한 모델, 특히 실질적 유사성 여부의 판단은 저작권 침해 여부를 가르는 핵심적인 잣대로 기능한다는 점에 매우 중요하다.

국내 판례에서는 실질적 유사성의 판단에 대하여 ‘창작적인 표현’에 대하여 비교할 것 그리고 복제된 창작성 있는 표현 부분이 원저작물 전체에서 차지하는 ‘양적·질적 비중 등’도 고려하여 판단할 것을 명시하고 있다[2]. 사실상 이는 명확하게 정립된 판단기준으로 보기는 어려우며, 개별 사안에서 법원의 개별적 판단이 이루어져야 함을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 이로 인해 추정하여 보았을 때 국내의 태도는 아이디어와 표현을 구분하여 보호하고 있으며, 표현의 유사성을 비교하고 있다는 것이 특징이다. 창작성을 보호한다는 저작권법상의 근본적 원리에 따른 것으로 보이며, 실질적 유사성에 대한 판단기준을 확립하기 위한 접근은 충분히 이뤄지고 있지 않는 것으로 보인다. 또한 국내에서는 실질적 유사성에 관한 학문적 논의도 많이 나타나지 않고 있다. 아래에서는 일부 이뤄지고 있는 논의에 대하여 검토하였다.

2.2 전체적, 종합적 고찰에 대한 주장

해당 주장에서는 미국 Feist 사건을 분석하고 Nimmer 교수의 견해 중심으로 저작권 침해요건과 판단기준을 정리하였으며, Feist 사건 이전 대표적으로 인용되었던 미국 제2연방항소법원의 Arnstein 사건에서 나타나는 판단기준과 비교하여 분석하고 있다. 저자는 판례의 입장을 (1) 아이디어와 표현의 이분법, (2) 의거요건과 실질적 유사성 요건, (3) 일반적, 전체적, 종합적 고찰방법으로 정리하고 있으며, 미국의 복제(copying) 개념의 차이, 유사성의 복잡성 등으로 국내 판례

에 접목이 어려울 것으로 판단하고 있다. 따라서 실질적 유사성은 일반인의 관점에서 전체적, 종합적으로 고찰하여야 한다고 주장한다[3]. 전체적, 종합적 판단방식은 유연성 있는 판단을 가능케 한다는 점에서 이점을 가지지만, 실질적 유사성 판단을 전체적, 종합적 판단방식에만 의존하는 것은 이전의 판례 태도와 차별점으로 보기 어려우며 실질적 유사성 판단이 복잡화되고 있는 상황에서 실무적 판단 혹은 예측 가능성 확보에는 한계점을 가진다.

2.3 대륙법계 법리의 도입에 대한 주장

해당 주장은 실질적 유사성 개념의 모호성을 지적하며 주요 대륙법계 국가와의 비교법적 연구를 근거로 한다. ‘실질적 유사성’은 저작권 침해의 객관적 성립요건인 유사성과 그 요건의 충족 여부를 판단하기 위한 기준인 실질성이 포함되어 있는 것이라 주장하며 기존의 양자가 혼재된 개념을 비판하고 있다. 하지만 ‘실질성’은 구체적 정의가 어려워 단독적 판단기준이 될 수 없는 점을 들어 대륙법계 판단기준을 검토하여 구체적 기준을 제시하고자 함을 밝히고 있다. 일본의 ‘본질적 특징의 직접 감득성’ 기준과 독일의 ‘자유이용이론’의 법리를 도입하는 방안을 제시하고 있다[4]. 하지만 원저작물의 표현상의 본질적 특징이나 개성이 차용되었는가에 대한 판단은 추상화 과정을 통해 저작물의 요소로서 유사성을 판단하는 것과 유사한 형태로 보이며, 자유이용이론의 경우 “기존의 저작물에 차용된 개성적인 특징이 빛바래거나, 원저작물의 특징적 요소가 침해추정 작품에 동화되어 유사성이 사라지는 경우”를 기준으로 보고 있어 창작성·독창성에 대한 판단에 더 가까운 것으로 보인다. 또한 기존 ‘합체의 이론’, ‘전체적 판단’과 유사한 형태를 띠고 있다.

2.4 포괄적·전체적 침해 판단에 대한 주장

해당 주장은 ‘게임저작물과 실질적 유사성 - 한국의 포레스트 매니아 판결과 미국의 테트리스 판결을 중심으로-’에서 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결을 중심으로 게임저작물의 실질적 유사성 판단을 연구하며 제시되고 있다. 산업 환경의 변화로 복합적 저작물이 많이 나타나고 있어 저작권 침해판단에 정교한 특성을 반영할 필요성이 중시되고 있다. 저자는 대법원이 이러한 환경적 요소를 반영하여 포괄적·전체적 판단을 강조한 것으로 개별적 판단을 넘어선 포괄적 층위로서의 판단이 명시된 것으로 보고있다[5]. 여기서 대법원은 게임저작물을 ‘어문저작물, 음악저작물, 미술저작물, 영상저작물, 컴퓨터프로그램 저작물 등이 결합되어 있는 복합적 저작물’로 표현하여 환경 변화의 요인으로 언급하였는데 이러한 접근은 앞으로 저작물 환경 변화를 인식하고 있으며 기존의 방식에 한계가 있다는 것을 시사한다.

2.5 기존 논의의 한계

우리나라에서 실질적 유사성 판단 기준에 관한 논의는 그리 다양하게 나타나지 않는다. 이들 논의를 살펴보면 가장 대부분을 차지하는 것은 침해판단의 요건 구조에 관한 논의이다. 현재 우리 판례의 태도를 보면 저작권 침해 판단 요건에 대해 명시적인 모델을 제시하고 있지는 않다. 개별 사안별로 달리 전제되고 있는데, 최근에는 저작권법의 기본원리에 충실한 형태로 어느 정도 판단 요소에 대한 기준이 수렴되는 모습도 나타난다. 특히 실질적 유사성 판단에 있어서는 미국의 3단계 테스트(추상화-여과-비교)의 영향을 받고 있는 것으로도 보인다.

한편, 우리나라는 실질적 유사성 판단을 위해 오랫동안 정량적 유사도를 활용하는 관행이 있어왔고, 이로 인한 방법론에 대한 논의가 많이 이루어지고 있다. 이러한 모습은 최근 해외의 여러

논문들을 통해서도 종종 발견되고 있기도 하다.

저작권 침해 판단, 특히 실질적 유사성 판단에 대한 여러 논의들은 판단을 위한 요소 구조에 대한 논의에 집중되어 있다. 구체적 사안에서 실질적 유사성을 판단하기 위한 어떠한 기준이 필요한지, 적용해볼 수 있는 세부적 방법론이 법적으로 어떠한 의미를 갖는지 등과 같이 폭넓은 방법론 고찰 측면에서는 논의가 충분히 이루어지고 있지 못한 상태라 본다.

3. 미국 연방항소법원의 실질적 유사성 판단기준 및 관련 논의 검토

3.1 일반관찰자에 기반한 판단기준

실질적 유사성 판단에 있어 이 기준을 적용하는 연방항소법원은 제2연방항소법원, 제1연방항소법원, 제3연방항소법원이 있다. 일반관찰자 시각은 실질적 유사성 판단을 위한 기준이라기 보다는 관점에 해당한다고 볼 수 있다. 이 기준은 ‘일반관찰자 기준(Ordinary Observer Test)’과 ‘더 분별력 있는 일반관찰자 기준(More Discerning Ordinary Observer Test)’으로 구분되는데, 양자는 후자의 경우 보호할 수 있는 요소를 개별적으로 보는 것이 아니라 전체적인 시각으로 판단한다는 점에서 구별의 실익을 갖는다. 구체적 사례로는 *Boisson v. Banian, Ltd* 사건에서 법원은 복사한 내용이 보호가능한 요소와 보호할 수 없는 요소를 모두 포함한 것으로 보아, 기존 일반 관찰자 관점으로 개선하여 더 분별력 있는 일반관찰자 기준을 적용한 판결이 있다[6][7].

적용되는 형태를 보면, 실질적 유사성을 인정하기 위하여 저작물이 목표로 하고 있는 주된 수요자들이 피고의 저작물을 감상할 경우 원고의 저작물에 대한 감상 욕구가 감소될 것이라는 점

을 입증하는 방법이 종종 사용되는 형태를 보이는데 골드 스테인 교수는 이는 피고와 원고 양 저작물이 시장적 경쟁관계에 있는가 하는 점을 실질적 유사성 판단의 충족여부로서 해석할 수 있다고 보았다.

저작권자에게 그의 저작물을 위한 독점 배타적인 시장을 제공함으로써 창작에 대한 보상을 해주는 것을 목적으로 하는 것으로 보아 이러한 목적론적 시각에서 본다면 시장적 경쟁관계에 비추어 판단하는 것이 타당성 있다는 견해로 보인다. 하지만 이러한 해석은 양 저작물이 실질적 유사성을 가지고 있고 원고 저작물에 대한 청중을 감소시키는 결과를 만들지만, 보호받는 표현만은 차용하지 않은 경우에 그 목적과 부합하지 않는 결론을 가져온다는 한계가 있다[8].

3.2 외부 또는 내부 테스트에 기반한 판단기준

실질적 유사성 판단에 있어 이 기준을 적용하는 연방항소법원은 제9연방항소법원, 제4연방항소법원, 제8연방항소법원 이 있다. 여기서 외부 테스트는 객관적인 표현을 분석하는 것을 의미하며, 내부 테스트는 주관적인 표현의 분석하는 것을 의미한다. 이 두 가지 테스트를 구분함으로써 시청각적 저작물 등 대중의 미감에 호소하는 시청각적 저작물이라고 하더라도 전문적 분석없이 유사성을 판단하는 것의 한계를 극복하기 위하여 도입되었다[9]. *Kroft* 판결에서 발전되었으며 *Shaw v. Lindheim* 사건에서 현재의 외부 또는 내부 테스트의 형태를 정리한 판결이 있다[10].

제9연방항소법원의 *kroft* 판결에서 외부테스트는 아이디어의 유사성을 판단한다. 이 테스트에서는 원고 저작물에 내재되어 있는 아이디어와 보호받는 표현을 분석하고 분해한다. 해당 저작물이 어떠한 종류와 성격의 것인지 어떠한 소재를 사용하고 있는지 등의 외부적 기준이 적용된다. 내부 테스트에서는 그 아이디어에 대한 표현

의 유사성을 전체적인 컨셉과 느낌에 의하여 판단한다고 법원은 판시하였다.

하지만 아이디어는 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 영역임에도 부당이용의 판단요건으로 두는 것은 비판론이 제기되었고, 이후 제9항소법원은 Shaw 판결에서 아이디어에 초점을 맞추는 것이 아니라 아이디어로 분류되는 요소들의 유사성이 표현으로 분류되는 요소들의 유사성으로 확장된다고 해석하는 형태를 보여주고 있다. Shaw 판결에서 외부테스트에 아이디어의 영역에 추가한 요소들은 결국 전통적 관점에서는 표현에 해당하는 요소들이다. 외부테스트의 변화로 내부테스트 역시 표현에 대한 전체적인 컨셉과 느낌에 있어서 실질적인 유사성을 느낄 수 있는가를 판단한다고 판결에서 이야기하며, 이전의 일반관찰자 테스트와 큰 차이를 보여주지 못하고 있다는 비판과 여전히 아이디어에 있어서 유사성을 판단한다는 점은 한계로서 나타나고 있다.

3.3 3단계 테스트에 기반한 판단기준

실질적 유사성 판단에 있어 이 기준을 적용하는 연방항소법원은 제10연방항소법원, 제6연방항소법원이 있다. 이 방식은 제2연방항소법원은 Altai 판결에서 제시된 것으로 추상화 단계에서 아이디어와 표현을 분리하고 여과 단계에서 보호받지 않는 부분을 제거한 후 최종적으로 남은 보호받는 표현만을 가지고 비교하는 방식이다[11]. 이 방식은 최근 미국에서도 가장 중요한 판단 방식으로 의미를 갖고 있으며, 우리나라 역시 많은 활용이 이루어지고 있는 판단 방식이다[12][13]. 기능적 저작물과 관련하여서는 가장 논리적이면서도 정교한 판단의 틀을 제공하고 있는 것으로 평가한다.

보호받지 못하는 요소와 보호받는 요소를 분해하여 걸러내는 방법을 구체적이고 합리적으로 제시하고 있으며 저작재산권 침해의 요건과 전통

적 판단기준을 종합하였다는 점에서 가장 유용성을 인정받고 있다. 이러한 과정은 저작물의 창작이 전문화, 기업화되고 그 내용이 복잡해지고 있는 현대의 저작물의 발전형태에 적합한 것으로 평가받고 있다.

3.4 증명적 유사성에 기반한 판단기준

실질적 유사성 판단에 있어 제11연방항소법원은 보다 엄격한 기준을 취하고 있는 것으로 보인다. 법원은 원고가 소유한 저작권의 유효성이 인정되면 피고가 해당 저작물의 원본 요소를 복제했음을 증명하도록 요구하고 있다. 증명적 유사성의 경우 확실한 접근을 증명하여 의거관계를 파악하는 기준을 의미한다. 구체적 사례로는 Herzog사건에서 접근 및 증명적 유사성을 통해 실제 복제를 증명하거나 실질적 유사성을 구체적으로 입증하도록 요구하여 보다 엄격한 수준의 유사성을 요구한 판결이 있다[14].

3.5 검토

침해 판단이 어려운 이유는 유사성이라는 추상적 기준에 대한 논리적 근거를 마련하는 것에서 시작된다고 생각한다. 창작물이라고 하더라도 완전하게 유일한 것은 드물다. 서로의 작품이 전혀 영향을 받지 않았다고 하더라도 유사성을 보일 수 있기 때문이다.

복합적 저작물의 등장 역시 논리적이고 구체적인 접근을 필요로 하는 주된 이유로 볼 수 있을 것이다. 저작권 분쟁이 복잡화되는 이유 역시 동일한데 복합적 저작물은 빠르고 쉽게 변화하며, 이를 이루는 요소들이 매우 유사하여 판단이 고도화되고 있다. 그래서 더욱 유사성 판단 시 그에 대한 논리적 근거를 정립하는 것이 중요해지고 있다. 그저 저작물을 모호한 판단에 맡길 것이 아니라 유사성 판단이 점차 구체적이고 분석적인 방식에 의하여 이루어져야 한다는 필요성을

인정할 수 있다.

다만, 현실적으로 대상의 다양성과 저작권법 본연의 불확정성으로 인하여 구체적인 유사성 판단 기준을 정립하는 것은 쉽지 않은 상황이다. 그러다보니 저작권법의 본질적 요건을 나름 충실히 반영하고 다양한 유형의 저작물에 적용이 가능한 3단계 테스트에 기반한 판단기준이 최근 중요한 지위를 갖게 되는 것이 지금의 상황이다.

3단계 테스트는 앞에서 본 바와 같이 비문언적 표현을 보호대상에 포함하되 기능적 요소들을 분별하여 여과한다는 점에서 나름 합리적인 이론으로 평가받고 있으며, 실질적 유사성 판단과정에서 구체적이고 단계적으로 접근함으로써 논리를 형성하고 있다. 이 과정에서 어떠한 요소들이 저작물의 판단에서 중요한 의미를 가지는지 논의가 가능하며 어느 정도까지 주관적 판단이 필요한지에 대한 세부적 접근이 용이하게 된다. 실무상이뤄지는 개별적 저작물에 대한 중요 요소를 판단과정에 반영하기에도 용이할 것으로 생각된다.

한편, 창작성을 가진 표현에 대한 보호라는 저작권법상 기본원칙에 따른 분석으로 이루어지고 있다는 점에서 우리나라 저작권법의 기본원칙을 거스르지 않는 유사한 판단방식으로 이 개념을 우리나라에서 받아들이기에도 큰 어려움은 없다고 생각한다.

하지만 최근 미국에서 3단계 테스트의 중요성이 높아지면서, 이 방식에 대한 비판이 제기되고 있다는 점은 주목할 필요가 있다. 주요한 점으로는 여과 과정을 수행할 때 지나칠 정도로 여과하면 침해 여부를 판단함에 있어 중요한 역할을 할 증거들이 제거되어 최종 판단에 고려될 수 없게 된다는 점, 비교대상의 변조를 통한 유사성 판단을 회피하려는 시도에 대응하기 어렵다는 점, 저작물 유형에 따라서는 여과를 통해 사실상 보호받는 표현이 남기 어렵게 되는 문제 등이 지적된다[15].

4. 우리 법상 개선방안

4.1 비보호 표현 증가 흐름에 대한 유사성 판단 문제

실질적 유사성 판단 과정을 세분화 및 다분화하여 다종의 유사성 상태를 도출하고 이를 기반으로 실질적 유사성 판단하는 방식이 필요하다. 3단계 테스트를 차용하여 구조화된 판단방식으로 접근하여 해결하고자 한다.

저작물이 디지털화되며 타인의 저작물을 이용하기 쉽고 다양한 저작물이 디지털화된 도구를 활용하여 제작되는 새로운 창작의 형태가 빠르게 확산되고 있다. 이러한 기술적 제한으로 인하여 유사할 수 밖에 없는 표현 요소들이 발생하게 된다. 3단계 테스트를 적용하고 있는 대표적인 컴퓨터프로그램 저작물에서는 1) 효율성의 추구로 인한 사실상 강제되는 표현 2) 하드웨어 시스템의 기능 등과 같은 외부적 요인에 의해 강제되는 표현 3) 공유의 영역에 포함되는 표현 4) 사실에 해당하는 표현이 그에 해당된다. 최근 오픈소스가 많이 사용되는 컴퓨터프로그램 저작물에서 여과 과정을 수행할 때, 보호대상이 남지 않는 문제가 발생한다. 그렇다면 오픈소스만을 배치·배열하여 만든 프로그램은 보호받을 수 없는 것인가, 편집저작물의 법리와 유사한 구조를 가지는데 이로 접근할 수 없을 것인가 등의 보호범위에 대한 근본적인 선결문제가 발생하고 있는 것으로 보인다. 저작물에서 창작성을 띠는 요소들을 명확히 추상화하고 그러한 요소들이 표현과 결합하여 보았을 때 특수성을 가지는 경우를 검토할 요소로서 제안하는 과정을 필요로 한다.

표 1. 추상화 과정의 세분화
Table 1. Segmentation of the abstraction

	1단계 추상화
저작물	보호받는 요소
	보호받지 않는 요소
	결합 요소

비보호 표현이라는 이유로 고려대상에서 제외시키는 것이 기존의 판단과정이라면 위의 방식으로 추상화과정을 거침으로서 비보호 표현이 어떤 것인지, 그리고 그 비보호 표현이 저작물에서 어떤 요소로 작용하는지 또한 다른 요소와 결합하였을 때 주요한 요소로 작용되지 않는지 검토하는 과정이 필요한 것이다. 이러한 과정을 거치게 된다면 개별 분야의 특성에 따라 주요한 요소를 분석할 수 있으며 판단결과를 구체화할 수 있는 과정이 될 수 있다. 대법원 판결의 태도 역시 종래 아이디어로만 판단하던 게임규칙을 환경변화를 고려하였을 때 표현에 해당할 수 있다는 점을 명시하고 있는 것으로 보아 새로운 저작물에 대응하기 위하여 이러한 비보호 표현 요소들을 추상화 과정에서 명시하고 표현의 범위를 재구성할 수 있는 구조된 판단방식이 필요성이 대두되고 있는 것으로 보인다[16].

4.2 합리적인 실질적 유사성 판단 기준의 정립 흠결 문제

저작권의 침해를 판단하기 위해서는 구체적 개별적 판단에 맡길 수 밖에 없다는 상황에서 벗어나기 위하여 이론적 접근은 지속적으로 이루어져야 한다. 원칙에 충실한 접근으로는 저작물을 세분화하여 비교하여야 하지만 사실 예술작품, 음악과 같은 저작물을 마디, 음절, 박자 등 세분화하여 비교하는 것이 가능할 것인가라는 한계를 가지게 된다. 이처럼 저작물을 표현만으로 비교하는 것은 비현실적이고 작위적인 비교라는 비판이 있으며, 앞의 국내적 논의에서도 살펴볼 수 있듯이 저작물을 개별적 요소보다 그 요소의 선택, 배열, 구성의 전체적 관점에서 요소들을 비교하는 것이 필요하다는 의견이 공통적으로 비춰지고 있다[17]. 단일한 비교 요소만을 살펴보고 이를 직접 실질적 유사성 판단의 근거로 다루기에는 현실적으로 많은 오류 발생의 위험이 있다.

표 2. 비교 단계의 분류

Table 2. Classification of the Comparison

	3단계 비교 과정
여과 후	보호받는 요소 비교
	결합 요소 비교
	요소의 선택·배열·구성 비교

이에 새로운 저작물 창작환경에 대응하기 위하여 필요시 도출 과정(derivative)의 다양화 및 추후 지속적인 보완이 이루어지더라도 우리 나름의 판단기준의 정립이 필요하다. 원고가 본인의 저작물을 창작하는 단계에서 실수한 부분이 존재할 때 피고가 이를 인지하지 못하고 복제하였다면 이는 중요한 증거적 요인이 된다. 하지만 3단계 테스트 시 여과 과정을 거치면 저작권 침해 여부 판단에 영향을 줄 수 있는 증거적 요인들이 제거된다. 개별적 요소 뿐만 아니라 전체적 판단 역시 중요해지는 시점에 이러한 증거적 요인들은 저작권 침해를 판단하는데 큰 영향을 줄 수 있는 것이다.

4.3 각 저작물 분야의 인식과 저작권법상 인식의 일치 필요

저작권 침해의 판단은 소송에서 못지않게 실무 영역에서 중요시되는 부분이다. 저작물 형태에 따라 실무자들은 중시하는 저작물 요소들을 다르게 판단할 수 있다. 하지만 법원은 표현의 유사성을 중심으로 판단하다보니 실질적으로 중요한 역할을 할 증거들이 제거되는 한계를 발생시킨다. 실무자들의 인식과 법상 유사의 개념의 괴리의 발생을 줄이기 위하여 개별 저작물 별로 침해의 중심적 요소들을 분석하여 명시적인 가이드라인을 마련할 필요성이 있다.

실제 Gate Rubber 사건에서는 컴퓨터 프로그램의 특수성 고려하여 여과 요소를 반영하고 있으며 판례에서 1) 컴퓨터의 기계적인 특성 2) 어떤 프로그램이 상호 결합하여 사용될 것으로 예

정하고 있는 다른 프로그램과 사이의 호환성 요구 3) 프로그램이 제공되는 산업계의 요구 4) 컴퓨터 산업 내에서 널리 받아들여지는 프로그래밍 관행을 고려하여야 함을 판시로서 명시하고 있다 [18]. 해당 판례로 보아 저작물의 개별적 특성을 고려하여 실질적 유사성을 판단하는 방법이 필요하며 그에 필요한 특성은 실무가, 전문가 등의 실무적 관점을 통한 보완이 필요하다는 것을 시사하는 판결로 볼 수 있을 것이다. 동종 업계임에도 자문 대상 집단에 따라 관행에 대한 해석까지도 달라질 수 있다는 점이 문제가 될 수 있는데 객관성을 담보해야 하는 ‘기준’을 마련하는데 한계를 가질 수 있다.

이와 같은 한계를 극복하기 위해 컴퓨터프로그램을 포함한 다양한 저작물의 특성과 구성요소를 고려하여 일반화 할수있는 실질적유사성 판단을 위한 모델 도출에 많은 시도와 논의가 필요하다.

5. 결론

실질적 유사성의 본질상 모든 문제를 일거에 해결할 수 있는 판단요소 모델을 도출하기는 현실적으로 한계가 있다. 앞으로의 복잡·다양화된 저작물 형태에 대응하기 위해서는 성격을 반영하여 구체적인 판단이 필요함은 분명하다. 하지만 저작권의 침해를 판단하기 위해서는 구체적 개별적 판단에 맡길 수 밖에 없다는 상황에서 벗어나기 위하여 이론적 접근은 지속적으로 이루어져야 한다. 시장에서 합리성을 인정받을 수 있는 일련의 모델을 마련하는 것은 중요한 과제이며, 앞서 제시한 방안들을 반영한 모델을 법과 실무 영역의 협력을 통해 도출하여야 한다. 이후 지속적인 논의를 통해 모델의 합리성을 극대화하려는 노력이 필요하다.

참고 문헌

- [1] M. B. Nimmer & D. Nimmer. Nimmer on Copyright. : Matthew Bender Elite Products. (2002). ISBN 978-15-791-1393-3
- [2] Supreme Court of Korea 2021. 6. 30 sentence, 2019다268061
- [3] K. S. Chong. Substantial Similarity Test. Copyright Quarterly, 22(1), 72-100. (2009). UCI: G704-SER000010581.2009.22.1.002
- [4] K. S. Kim. Reconstruction of the ‘Substantial Similarity’ concept in Copyright Infringement judgment - Through a comparative review of continental laws on criteria of similarity -. Copyright Quarterly, 28(3), 5-45. (2015). ISSN 1226-0967
- [5] Y. J. Kwon. Substantial Similarity in Game Copyright -Focusing on Forest Mania Case in Korea and Tetris Case in the USA-. The Journal of Intellectual Property, 17(3), 137-184. (2022). DOI: 10.34122/jip.2022.17.3.137
- [6] R. C. Osterberg & E. C. Osterberg. Substantial Similarity in Copyright Law. : Practising Law Institute. (2003). ISBN 978-14-024-0341-5, 1402403410
- [7] Boisson, 273 F.3d at 272; Knitwaves, 71 F.3d at 1003
- [8] H. W. Lee. Copyright Law[4th edition]. : PAKYOUNGSA. (2019). ISBN: 979-11-626-3447-9
- [9] S. J. Oh. Copyright Law[5th edition]. : PAKYOUNGSA. (2020). ISBN: 979-11-303-3625-1
- [10] Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353 (9th Cir. 1990)
- [11] 982 F. 2d. 693(2d cir. 1992)
- [12] S. Y. Kim. An Introduction to POSAR Test and its Implications for Software Appraisal. Journal of Software Assessment and Valuation (JSAV), 12(1), 1-10. (2016). ISSN 2092-8114

- [13] Seoul High Court 2009.5.27. sentence 2006나113835, 2006나113842 (consolidation)
- [14] Herzog, 193 F.3d at 1248
- [15] Supreme Court of Korea 2019. 6. 27. sentence 2017다212095
- [16] S. Y. Kim. An Introduction to POSAR Test and its Implications for Software Appraisal. Journal of Software Assessment and Valuation (JSVA), 12(1), 1-10. (2016). ISSN 2092-8114
- [17] Y. J. Kwon. The Methodology of Judging Copyright Infringement - Focusing on Substantial Similarity-. PAKYOUNGSA. (2007). ISBN: 978-89-7189-737-9
- [18] Gates Rubber Co. v. Bando Chem. Indus Ltd.(10th Circle 1993)

— 저 자 소 개 —



신민지(Min Ji Shin)

2022.2 단국대학교 법학과 졸업
2022.3-현재: 중앙대학교 일반대학원 융합
보안학과 석사과정
<주관심분야> 지식재산권법, 지식재산보호



김시열(Kim, Siyeol)

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