

法學博士學位論文

著作權侵害訴訟에 있어서  
實質的 類似性 判斷基準

2006年 2月

서울大學校 大學院

法學科

權 英 俊

著作權侵害訴訟에 있어서  
實質的 類似性 判斷基準

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學博士 學位論文으로 提出함

2005年 10月

서울大學校 大學院

法學科

權 英 俊

權英俊의 博士學位論文을 認准함

2005年 12月

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)  
부위원장 \_\_\_\_\_ (인)  
위 원 \_\_\_\_\_ (인)  
위 원 \_\_\_\_\_ (인)  
위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 國文 抄錄

실질적 유사성 이론은 타인의 저작물을 그대로 무단이용하는 경우뿐만 아니라 실질적으로 유사한 형태로 무단이용하는 경우에도 저작권침해가 성립한다는 이론이다. 표절(剽竊)이 문제되는 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성은 가장 중요한 쟁점 중의 하나이다.

현실적으로 어떠한 경우에 실질적 유사성이 인정되는가를 판단하는 것은 대단히 어려운 문제이다. 더구나 실질적 유사성의 판단은 구체적인 사안의 맥락에서 이루어지는 것이기 때문에 그 기준을 정립하는 데에 어려움이 있다. 그러나 저작권침해 여부에 대한 예측가능성을 높여 불필요한 분쟁을 미리 예방하고, 분쟁이 발생한 경우 그 분쟁해결에 들어가는 사회적 비용을 감소시키기 위하여서는, 가능한 범위 내에서 실질적 유사성의 판단기준을 정립해 나갈 필요가 있다. 그러나 아직 우리 나라에서는 실질적 유사성의 판단기준이 가지는 비중이 걸맞는 체계적이고 풍부한 연구가 이루어지지 못하고 있다. 이 논문은 이러한 문제의식 아래에서 ① 실질적 유사성 판단 전반을 통제하는 실제적인 지도원리에 관하여 연구하고, ② 실질적 유사성에 관하여 논의되었던 각종 쟁점들을 하나의 이론적 틀 안에 체계화하며, ③ 개별적인 유형의 저작물에 관하여 실질적 유사성 판단에 필요한 지침을 제시한다는 목적을 가지고 작성되었다.

첫 번째로 이 논문에서는 창작 인센티브를 의미있게 감소시키는 정도의 유사성이 실질적 유사성이라는 입장을 취하였다. 기존 논의에서 도출되는 실질적 유사성 판단에 관한 기본적인 원리는 “일반인의 관점에서 저작물의 표현 부분이 실질적으로 유사하게 이용되었다고 느끼면 실질적으로 유사하다”라는 것이었다. 그러나 이는 실질적 유사성이 왜 인정되는 것인가에 관한 실제적인 답변이 담겨 있지 않아 공허한 것이다. 이 논문은 하나의 법체계에 존재하는

법리들은 그 법체계가 지향하는 궁극적 목적 아래에서 서로 유기적인 기능을 수행하고 있다는 점에 대한 인식에서 출발하였다. 저작권법은 사회의 문화를 발전시키기 위하여 저작자에게 창작 인센티브를 부여하여 창작물을 생산하게 하고, 일반 공중이 이를 공정하게 이용할 수 있도록 하는 것을 그 목적으로 하는 규범체계이다. 따라서 저작권은 저작자에게 자신의 창작물에 대한 제한된 독점권을 부여함으로써 창작으로 나아가게 하는 적절한 인센티브로서의 본질을 가진다. 한편 실질적 유사성의 법리는 그러한 적절한 인센티브를 효과적으로 지켜 내기 위한 정책적 수단이다. 그렇다면 실질적 유사성 판단은 창작자의 창작 인센티브와의 상관관계에서 행하여지는 것이 타당하다. 이는 법관이 실질적 유사성을 판단하는 마지막 단계에서 자신의 판단재량을 행사할 때 스스로에게 “만약 당해 부분이 자유롭게 이용되도록 놓아 둔다면 창작자의 창작 인센티브가 의미있는 정도로 감소할 것인가?”라는 질문을 던져야 한다는 점을 의미한다. 이를 통하여 가장 포괄적이고 추상적인 저작권법의 목적과 가장 개별적이고 구체적인 실질적 유사성 판단 사이에 논리적 연결고리가 생성된다.

두 번째로 이 논문에서는 위와 같은 기본원리 아래에서 실질적 유사성의 일반적 판단기준을 크게 실체적인 측면과 방법적인 측면으로 나누어서 고찰하였다.

실체적인 측면에서는 보호대상과 보호범위의 문제를 다루었다. 보호대상의 문제는 아이디어/표현 이분법과 관련이 있다. 이 논문에서는 저작권은 창작 인센티브로서의 본질을 가지는 것이므로, 창작 인센티브로서의 독점권을 부여할 만한 사회적 가치가 있는 부분은 ‘표현’이고 그렇지 않은 부분은 ‘아이디어’에 해당한다는 입장을 취하였다. 이에 따라 ① 구체성, ② 독창성, ③ 다양한 표현가능성, ④ 비소재성, ⑤ 사회적 비용의 비과다성의 다섯 가지 요소를 고려하여, 이러한 성격들이 강하게 나타나 있는 요소일수록 저작권에 의한 보호가치가 높은 표현일 가능성이 높다는 기준을 제시하였다. 한편 보호범위의 문제는 질적 판단기준과 관련이 있다. 원고의 저작물에서 이용된 부분이 위에

서 살펴 본 다섯 가지 요소가 강하게 나타나는 핵심적인 부분으로서 당해 저작물에 관한 창작 인센티브에 큰 영향을 미치는 부분일수록, 또한 피고의 작품과 원고의 저작물 사이에 존재하는 유사성의 정도가 강할수록 보호범위가 넓어진다.

방법적인 측면에서는 판단관점과 판단방식의 문제를 다루었다. 판단관점에 관하여서는 원칙적으로 저작물의 일반적인 수요자의 관점이 채택되어야 할 것이나, 전문가가 저작물의 수요자인 경우, 일반인이 쉽게 유사성을 판단할 수 없는 특성의 저작물인 경우, 일반인이 쉽게 발견할 수 없는 기술적 표절의 경우에는 전문가의 관점이 고려되어야 할 것이다. 이렇게 함으로써 일반인의 관점에만 의할 때에 포착될 수 없는 침해행위와 창작 인센티브의 상관관계가 실질적 유사성 판단에 제대로 반영될 수 있다. 판단방식에 관하여서는 크게 두 작품을 전체적으로 비교할 것인가, 개별적 요소로 분석하여 비교할 것인가 하는 두 개의 입장이 대립되어 왔다. 이 논문에서는 현실적으로는 전체적인 대비작업이 필요하지만, 이론적으로는 아이디어/표현 이분법의 구현을 위하여 개별적 요소의 분석작업도 필요하다는 입장에서 이 두 가지를 아우르는 3단계 접근방식을 제안하였다.

세 번째로 이 논문에서는 가급적 다양한 판례들을 분석하여 저작물의 유형에 따라 적용할 수 있는 실질적 유사성 판단의 지침을 제공하고자 하였다. 실질적 유사성의 일반적 판단기준은 개별적인 저작물의 유형에 투영되는 과정에서 그 저작물의 특성에 영향을 받아 구체적인 적용모습이 달라지게 되므로, 실질적 유사성의 유형별 판단기준의 정립이 필요하다. 각 저작물의 실질적 유사성 판단은, ① 두 작품의 대비를 통하여 유사성을 유발하는 요소들을 확인한 뒤, ② 그 요소들 중 표현적 요소를 분리하고, ③ 그 표현적 요소가 창작 인센티브에 가지는 의미 및 유사성의 정도를 고려하여 저작권법의 목적상 이를 금지 또는 허용하는 것이 타당한지를 정책적으로 판단하는 단계로 이루어지게 된다. 보다 체계적인 유형별 판단기준을 정립하기 위하여서는 일반적으로 저작물을 구성하는 각종 전형적인 요소들을 정하고, 그 요소가 표현에 해

당하는지, 또한 유사성 판단에 있어서 그 요소가 얼마나 비중있게 고려되어야 하는지를 검토하는 방식이 필요하다.

실질적 유사성 판단기준은 속성상 구체화하는 데에 한계가 있을 뿐만 아니라, 저작권 보호범위에 대한 사회적 합의의 변경 및 새로운 저작물이나 침해 행위의 유형의 등장에 따라 끊임없이 수정, 보완되어야 한다는 특성을 가지고 있다. 이 논문에서 논의한 실질적 유사성 판단기준이 더욱 구체적이고 합목적적인 방향으로 발전되어 나가기 위하여서는, 향후 적정한 저작권 보호범위를 둘러싼 끊임없는 고민, 개별적인 저작물의 내부적인 특성과 외부적인 환경에 대한 깊이있는 연구, 새롭게 축적되는 판례들의 체계적인 분석이 이루어져야 할 것이다.

주요어 : 실질적 유사성, 저작물, 저작권침해, 저작권의 보호범위, 아이디어/표현 이분법, 표절

학번 : 2000-30805

## 目 次

第1章 序論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 論文의 構成 .....	6
第2章 著作權侵害訴訟과 實質的 類似性 判斷 .....	9
第1節 概觀 .....	9
第2節 著作權侵害訴訟에 있어서 原告와 被告의 主張·立證 構造 .....	12
1. 原告의 主張·立證事項 .....	13
가. 原告가 當該 著作物에 대한 著作權者라는 점 .....	13
(1) 著作物性(특히 創作성과 관련하여) .....	13
(2) 著作權의 歸屬主體(著作者 내지 著作權 讓受者)로서의 地位 .....	18
나. 著作權侵害行爲가 이루어졌다는 점 .....	21
(1) 著作權法에서 禁止하는 行爲類型의 存在 .....	23
(2) 依據關係 .....	25
(3) 同一性 내지 實質的 類似性의 存在 .....	35
2. 被告의 主張, 立證事項 .....	40
가. 著作物의 利用許諾 및 法定許諾 .....	41
나. 出版權의 設定 .....	42
다. 著作物의 自由利用 .....	43
라. 著作財産權의 保護期間 經過 .....	44
마. 著作權의 拋棄 .....	45
바. 著作權의 濫用 .....	45
사. 온라인서비스제공자의 責任免除 내지 減輕 抗辯 .....	48

第3節 著作權侵害訴訟 全體 構造에서 實質的 類似性的 意味 .....	49
<b>第3章 實質的 類似性 判斷의 基本原理 .....</b>	<b>53</b>
第1節 概觀 .....	53
第2節 著作權法의 目的과 著作權의 本質 .....	55
1. 著作權法의 目的 및 必要性 .....	55
가. 著作權法이 追求하는 目的 .....	55
나. 著作權法이 그 目的 達成에 必要한 制度인지 與否 .....	56
2. 著作權의 本質 .....	58
가. 自然權論 .....	58
나. 實定權論 .....	61
다. 著作權 制度의 本質論과 實質的 類似性 判斷의 關係 .....	62
라. 이 論文의 立場 - 實定權論의 採擇 .....	64
第3節 著作權 制度의 運營原理 - 適正한 著作權 保護範圍의 設定 .....	65
1. 著作權 保護範圍 設定의 重要性 .....	65
2. 著作權 保護範圍 設定의 基本原理 - 報償과 公有의  조화 .....	67
가. 報償의 原則 .....	67
나. 公有의 原則 .....	68
다. 報償과 公有의 調和 .....	69
(1) 報償과 公有의 境界線 設定 .....	69
(2) 法經濟學的 接近의 有用性 및 限界 .....	70
3. 著作權 保護範圍 設定의 道具 .....	73
가. 著作權 保護範圍 設定을 위한 네 가지 道具 .....	73
(1) 著作物性的 制限 .....	73
(2) 著作權 侵害範圍 設定 - 實質的 類似性 法理 .....	74

(3) 著作財產權의 保護期間 制限 .....	75
(4) 著作物의 自由利用의 範圍 設定 .....	76
나. 著作權 保護範圍 設定에 있어서 實質的 類似性 法理의 重要性 .....	76
第4節 實質的 類似性 判斷의 基本原理 .....	79
1. 創作 인센티브와의 相關關係에서 實質的 類似性 判斷 .....	79
2. 創作 인센티브의 內容 .....	81
가. 經濟的 인센티브 .....	81
나. 非經濟的 인센티브 .....	82
다. 創作 인센티브에 대한 接近方法 - 社會的 接近 對 個別的 接近 .....	84
3. 創作 인센티브의 意味있는 減少가 發生하는  경우 .....	84
4. 著作物의 自由利用과의 相關關係 .....	86
<b>第4章 實質的 類似性의 一般的 判斷基準 .....</b>	<b>89</b>
第1節 實質的 類似性 判斷의 實體的 側面 .....	89
1. 概觀 .....	89
2. 保護對象의 問題 - 아이디어/표현 二分法 .....	91
가. 아이디어/표현 二分法의 意義 .....	91
나. 아이디어/표현 二分法의 機能 .....	93
(1) 報償과 公有의 均衡維持 .....	93
(2) 表現의 自由의 保障 .....	93
다. 아이디어와 표현의 區分 .....	94
(1) 아이디어와 표현 區分의 困難性 .....	94
(2) 아이디어와 표현의 區分에 관한 基本原理 .....	95
(3) 判例와 立法에 나타난 아이디어와 표현의 區分基準 .....	96
(4) 아이디어와 표현의 區分에 있어서 고려하여야 할 要素 .....	101

(가) 抽象性 / 具體性 .....	101
(나) 非獨創性 / 獨創性 .....	102
(다) 唯一性 / 多樣性 .....	103
(라) 素材性 / 非素材性 .....	103
(마) 高費用 / 低費用 .....	104
(바) 其他 考慮할 要素 .....	105
(5) 表現의 아이디어화 .....	106
(가) 아이디어/표현 合體理論 .....	107
(나) 標準的 插畫의 原則(Scènes à faire doctrine) .....	109
(다) 事實上 標準化의 問題 .....	111
3. 保護範圍의 問題 - 類似性 判定 .....	113
가. 類似性 判定의 두 가지 問題 .....	113
나. 量的 判斷基準과 質的 判斷基準 .....	116
(1) 量的 判斷基準 .....	116
(2) 質的 判斷基準 .....	118
(3) 量的 判斷基準과 質的 判斷基準의 運用原理 .....	119
(4) 量的 判斷基準과 質的 判斷基準의 適用對象 - 原告의 著作物 .....	119
다. 類似性的 程度 .....	121
(1) 一般 基準 .....	121
(2) 非類似的 要素가 實質的 類似性 判斷에 미치는 影響 .....	124
(3) 極少性 抗辯(De Minimis Defense)의 問題 .....	128
第2節 實質的 類似性 判斷의 方法的 側面 .....	132
1. 概觀 .....	132
2. 實質的 類似性的 判斷觀點 .....	134
가. 普通 觀察者 觀點論 .....	134

나. 專門家(Expert) 觀點論 .....	137
다. 檢討 .....	139
(1) 美國과 우리나라의 差異 .....	139
(2) 創作 인센티브와의 相關關係 .....	141
(3) 一般 需要者의 觀點에서 判斷하는 경우 .....	142
(4) 專門家의 觀點에서 判斷하거나 이를 考慮하는 경우 .....	143
3. 實質的 類似性의 判斷方式 .....	145
가. 全體的 接近方式(Comprehensive Approach) .....	145
나. 分析的 接近方式(Dissection Approach) .....	148
다. 2段階 接近方式(Bifurcated Approach) .....	150
(1) Arnstein 判決의 基準(聯邦 第2抗訴法院의 基準) .....	150
(2) Krofft 判決 및 Shaw 判決의 基準(聯邦 第9抗訴法院의 基準) .....	152
(3) 2段階 接近方式의 論理 및 이에 대한 評價 .....	153
라. 檢討 .....	154
(1) 分析的 接近方式의 原則的 妥當性 .....	154
(2) 3段階 接近方式의 提案 .....	157
<b>第5章 實質的 類似性의 類型別 判斷基準 .....</b>	<b>162</b>
第1節 概觀 .....	162
1. 著作物의 類型에 따른 實質的 類似性 判斷의 必要性 .....	162
2. 著作物의 類型化 .....	162
가. 著作物의 目的에 따른 分類 - 文藝的 著作物과 機能的 著作物 .....	163
나. 著作物의 內容에 따른 分類 - 著作權法 第4條의 各 著作物 .....	164
3. 檢討 對象 및 檢討 方式 .....	165
가. 檢討 對象 .....	165

나. 檢討 方式 .....	166
第2節 語文著作物(小說 및 脚本을 중심으로) .....	169
1. 語文著作物の 意義 .....	169
2. 語文著作物の 特性 .....	170
3. 語文著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	171
가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定 .....	171
나. 表現的 要素의 確定 .....	174
다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷 .....	191
第3節 音樂著作物 .....	199
1. 音樂著作物の 意義 .....	199
2. 音樂著作物の 特性 .....	200
3. 音樂著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	202
가. 對比를 통한 類似性 要素 確定 .....	202
나. 表現的 要素의 確定 .....	204
다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷 .....	210
第4節 視覺的 著作物 .....	215
1. 視覺的 著作物の 意義 .....	215
2. 視覺的 著作物の 特性 .....	219
3. 視覺的 著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	220
가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定 .....	220
나. 表現的 要素의 確定 .....	223
다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷 .....	230
第5節 建築著作物 .....	238
1. 建築著作物の 意義 .....	238
2. 建築著作物の 特性 .....	243

3. 建築著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	246
가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定 .....	246
나. 表現的 要素의 確定 .....	247
다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷 .....	252
第6節 컴퓨터프로그램著作物 .....	258
1. 컴퓨터프로그램著作物の 意義 .....	258
2. 컴퓨터프로그램著作物の 特性 .....	262
3. 컴퓨터프로그램著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	263
가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定 .....	263
나. 表現的 要素의 確定 .....	266
다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷 .....	279
4. 其他 - 게임著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	282
第7節 圖形著作物 - 地圖를 中心으로 .....	286
1. 圖形著作物 및 地圖의 意義 .....	286
2. 地圖著作物の 特性 .....	287
3. 地圖著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	288
가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定 .....	288
나. 表現的 要素의 確定 .....	289
다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷 .....	293
第8節 其他 問題 .....	296
1. 編輯著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	296
가. 編輯著作物の 意義 .....	296
나. 編輯著作物の 特性 .....	297
다. 編輯著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	299
2. 2차적 著作物の 實質的 類似性 判斷 .....	305

가. 2차적 著作物의 概念 .....	305
나. 2차적 著作物의 特性 .....	308
다. 2차적 著作物의 實質的 類似性 判斷 .....	308
라. 其他 問題 - 2차적 著作物 作成權은 別途의 訴訟物인지 與否 .....	312
3. 두 作品의 表現媒體가 다른  경우의 實質的 類似性 判斷 .....	315
<b>第6章 結論 .....</b>	<b>319</b>

# 第1章 序論

## 第1節 研究의 目的

이 논문은 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성 판단기준을 연구대상으로 삼고 있다. 실질적 유사성 이론은 타인의 저작물을 그대로 무단이용하는 경우 뿐만 아니라 이를 실질적으로 유사한 형태로 무단이용하는 경우에도 저작권침해가 성립한다는 이론이다. 이른바 표절(剽竊)이 문제되는 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성이 존재하는지 여부는 사건의 핵심적인 쟁점이 된다.

실질적 유사성에 관한 판단기준을 정립하는 것은 쉽지 않은 일이다. 그 판단은 논리필연적으로 구체적인 두 작품의 존재 및 비교를 전제하고 있으므로 개별적 사안의 내용에 따라 좌우되는 성격이 강하다. 또한 저작물은 수많은 종류의 문화적 산물을 포괄하는 개념으로서 예술성이 강한 시(詩)나 추상화(抽象畵)로부터 기능이 강한 소프트웨어에 이르기까지 매우 넓은 스펙트럼을 가지고 있다. 이와 같이 실질적 유사성은 구체적인 사안 안에서 판단되는 것일 뿐만 아니라 그 각각의 사안에서 문제되는 저작물의 종류와 내용도 매우 다양하고 광범위하기 때문에 모든 저작물에 적용될 수 있는 일반화된 판단기준을 정립하는 데에는 한계가 있다. 아울러 그 판단기준이 지나치게 구체화되는 경우에는 저작권법의 정책적 목적에 부합하는 유연한 판단에 오히려 장애가 될 수 있으므로 이 또한 꼭 바람직한 것만은 아니다.

그러나 그렇다고 하여 그 판단기준의 정립시도를 포기한 채 개별적인 사건을 담당하는 법관에게 그 사건에 있어서 구체적 타당성있는 결론을 내려 줄 것만 기대하는 것도 바람직하지 않다. 그 판단기준의 정립은 저작권침해 여부에 대한 예측가능성을 높여 불필요한 분쟁을 미리 예방하고, 분쟁이 발생하였다면 분쟁해결비용을 줄이는 등 법적 안정성을 높이고 저작권침해분쟁을 둘러싼 사회적 비용을 낮추는 데에 큰 기여를 하게 될 것이다. 이는 궁극적으로 안정적인 창작환경을 보장함으로써, 창작활동을 장려하여 사회 전체의 문화를

풍요롭게 한다는 저작권법의 기본 정신에도 부합하는 것이다. 따라서 실질적 유사성 판단기준의 정립에 뒤따르는 한계들을 엄두에 두면서도 가능한 범위 내에서 그 판단기준을 형성해 나가기 위한 노력은 반드시 필요하다.

이와 같이 실질적 유사성 판단기준을 연구할 필요성이 상당함에도 불구하고, 아직까지 우리나라에는 이에 관하여 축적된 연구물이 많다고는 할 수 없다.<sup>1)</sup> 이는 여러 가지 원인에 기한 것으로 보여진다. 우선 우리나라에서는 저작권법 자체에 대한 연구가 비교적 최근에 활성화되기 시작하였다. 또한 인터넷과 관련된 각종 쟁점들이 사회적 관심사항으로 떠오르면서 연구역량이 이러한 새로운 논의대상들에 집중된 경향이 있다. 아울러 실질적 유사성 판단의 사안중심성(事案中心性) 때문에 선명하고 체계적인 기준정립에 한계가 있고 이러한 주제가 가지는 특수한 한계는 학술적인 매력을 반감시키는 면도 있다. 마지막으로 실질적 유사성에 관한 연구는 그 어떠한 주제보다도 판례들의 검토가 필수적이라고 할 수 있는데, 아직 실질적 유사성에 관하여 자세하게 판시한 국내 판례들이 충분히 축적되지 않은 점<sup>2)</sup>도 그 이유 중의 하나로 들 수

- 1) 실질적 유사성에 관하여 포괄적으로 다룬 국내논문으로 학술지에 발표된 것으로서는 ① 박용규, “미국 판례상 저작권침해판단의 구조와 그 기준”, 재판자료 제65집, 법원도서관, 1994, ② 이성호, “저작권침해 여부의 판단기준과 각종 저작물의 유형별 특성에 따른 실제적 적용”, 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집, 법실천의 제문제, 1996, ③ 정상조, “창작과 표절의 구별기준”, 서울대 법학 제44권 제1호, 2003, ④ 오승중, “저작재산권침해에 있어서 실질적 유사성 요건과 그 판단기준”, 매산 송영식 선생 화갑기념 「지적재산권법의 제문제」, 세창출판사, 2004(이상 연대순)이 발견된다. 또한 최근 2005년 8월에 나온 박사학위논문으로서 오승중, “저작재산권침해의 판단기준에 관한 연구”, (서강대학교)가 있다. 그 이외에 개별적인 저작물 유형의 실질적 유사성 판단에 관한 국내 논문으로서는 ① 이상연, “표절과 그 패러다임에 관한 연구 - 어문저작물을 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문, 1996, ② 이태중, “동일한 주제의 드라마가 기존 소설의 저작권을 침해하는 것으로 인정하기 위한 요건(2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결)”, 법원도서관, 대법원 판례해설 통권 제35호, 2001, ③ 허희성, “음악저작물의 창작성과 실질적 유사성, - 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 -”, 계간 저작권 2004년 겨울호 등이 발견된다.
- 2) 실질적 유사성에 관하여 비교적 자세한 판시가 이루어진 대법원 판결로는 소설과 드라마 사이의 실질적 유사성 문제를 다룬 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결, 만화의 출판권침해에 있어서 실질적 유사성 문제를 다룬 대법원 2005. 9. 9. 선고

있다.

이러한 모습은 일본에 있어서도 크게 다르지 않은 것으로 보여진다. 일본에서는 주로 복제권 침해기준이라는 관점에서 실질적 유사성 판단에 관하여 논의하고 있으나, 실질적 유사성 판단기준을 체계화하고자 하는 의도에서 포괄적으로 작성된 논문은 그 숫자가 많지 않다.<sup>3)</sup> 또한 실질적 유사성에 관한 일본 판례들이 다수 축적되었다고 보기도 어렵다. 이는 실질적 유사성에 관하여 자세하게 판시한 판례들이 많이 축적되어 있고 이를 바탕으로 하여 많은 연구결과가 나와 있는 미국의 경우와 대조되는 것이다.<sup>4)</sup>

2003다47782 판결, 2차적 음악저작물의 실질적 유사성에 관하여 다룬 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 참조.

- 3) 필자가 그 동안 파악하여 본 바로는 일본에서 실질적 유사성 판단기준을 주제로 한 단행본은 아직까지 출간되지 않았다. 한편 복제권침해에 있어서 판단기준을 포괄적이고 체계적으로 다루었다고 평가할 만한 논문으로는 西田美昭, “複製權の侵害の判斷の基本的考え方”, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院(1997) 및 陸本英史, “著作權侵害の判斷について”, 判例時報 1595, 1596호가 있을 뿐이다.
- 4) 이 논문에서 소개되는 바와 같이 미국에는 실질적 유사성에 관하여 다루고 있는 판례들이 많을 뿐만 아니라, 왜 실질적으로 유사한지 또는 유사하지 않은지에 대하여 비교적 자세하게 설시하는 경향을 보여 주고 있다. 미국에 실질적 유사성 판단에 관하여 참고할 만한 판례들이 많은 이유는 여러 가지로 추측하여 볼 수 있다. 첫 번째로 미국의 경우 1790년 저작권법이 제정되어 오랜 기간 동안 저작권법이 운용되어 오는 과정에서 판례가 축적될 시간이 충분하였다는 점을 지적할 수 있다. 두 번째로 미국은 역사적으로 저작권자들에게 점점 우호적인 방향으로 저작권 제도를 운영하여 왔고, 이러한 상황에서 저작권자들이 보다 적극적으로 저작권침해사안에 대한 법적 대처를 함으로써 판례의 축적에 기여하였다는 점이다. 이는 표절의 경우 윤리적 문제로 파악하는 경향이 강한 우리나라나 일본의 분위기와는 비교되는 것이다. 세 번째로 미국의 경우 창작성의 요건을 엄격하게 해석하지 않음으로써 대부분의 저작권침해사건이 실질적 유사성 판단의 문제로 귀착되는 경향을 보인다는 점이다. 이는 특히 기능적 저작물이나 사실적 저작물에 관하여 창작성의 요건을 엄격하게 해석하여 저작권침해청구를 기각할 경우에는 실질적 유사성 판단에까지 나아가지 않고 창작성을 부인하는 경향을 보이는 우리나라나 일본의 태도와 대비되는 것이다. 네 번째로 미국에서 저작권침해사건은 연방 법원의 관할 사건으로서 상대적으로 양질(良質)의 판례가 축적될 수 있는 제도적 환경이 형성되어 있다는 것이다. 이러한 판례들의 축적은 학자들의 연구업적과 상호지원관계를 이루면서 실질적 유사성 판단기준의 형성에 기여하고 있다.

이와 같이 실질적 유사성이 실제 저작권침해분쟁에 있어서 차지하는 큰 비중에 비추어 볼 때에 막상 그 판단기준을 형성하기 위한 노력이 충분하지 못하였다는 문제의식 아래에서 이 논문은 다음과 같은 목적으로 작성되었다.

첫 번째로 이 논문에서는 “법관이 실질적으로 유사하다고 느끼면 유사한 것이다”라는 공허하고 형식적인 입장에서 나아가, 무엇 때문에 실질적으로 유사한 것인지에 관한 답변을 제공할 수 있는 실체적인 원리를 연구하고자 하였다. 실질적 유사성 판단에 관하여 이루어진 국내외의 기존 논의들은 주로 어떻게 실질적 유사성 판단을 할 것인가에 관한 방법론에 초점이 맞추어져 있었다. 미국 판례들을 통하여 형성되고 학자들에 의하여 논의되어 온 추상화 테스트(abstractions test), 유형 테스트(pattern test), 전체적인 관념과 느낌 테스트(total concept and feel test), 보통 관찰자 테스트(ordinary observer test) 등은 모두 실질적 유사성 판단과 관련된 대표적인 기준들이다. 그러나 이러한 기준들은 어떻게 실질적 유사성을 인정할 것인가 하는 점에 관하여 직접 다루고 있을지는 몰라도, 왜 실질적 유사성이 인정되는 것인지, 또는 인정되지 않는 것인지에 관하여는 직접 다루지 않고 있다. 이러한 이유로 실질적 유사성 판단은 구체적 사안해결에 적용되는 기술적 틀로서의 측면이 강조되는 반면, 그 배후에 흐르는 기본적인 실체적인 정신이나 원리는 강조되지 않는 듯한 느낌이 있다. 그렇다면 실질적 유사성 판단에 관한 각종 기준들을 모두 관통하면서, 판단과정에서 최종적으로 개입되는 판단재량까지 지배할 수 있는 실체적인 기본원리가 무엇인가 하는 점을 찾아 내고 이를 실질적 유사성 판단의 지도원리로 제시하는 것은 대단히 중요한 일이다. 이 논문에서는 이러한 점에 주목하여 실질적 유사성 판단 전반을 관통하는 거시적이고 기본적인 원리를 판단기준 정립의 출발점으로 삼기로 하고, 이러한 원리는 저작권법이 추구하는 목적에서 도출되는 것이 타당하다는 점을 강조하였다.

두 번째로 이 논문에서는 실질적 유사성 판단과 관련하여 논의되었던 각종 쟁점들을 포괄하는 하나의 이론적 체계를 완결시키고자 하였다. 실질적 유사성은 처음부터 체계를 갖추어 정립된 개념이라기보다는 주로 개별적인 저작물에 관하여 발생한 저작권침해분쟁들에 대하여 미국 판례들이 축적되면서 점차적으로 그 내용을 형성하여 온 개념이다. 따라서 실질적 유사성은 현실적인 분쟁해결과 관련하여 자주 논의되면서도 막상 그 이론적인 체계화 작업은 충

실하지 못하였다. 실질적 유사성 판단에는 창작성이나 저작물의 자유이용과 같은 관련 개념들과의 상호관계, 아이디어/표현 이분법이 실질적 유사성 판단에서 차지하는 의미, 실질적 유사성의 판단관점이나 판단방식을 둘러싼 각종 논의, 저작물의 유형에 따라 차별적으로 이루어지는 실질적 유사성 판단의 모습 등 실질적 유사성 판단을 둘러싼 여러 가지 관련 쟁점들이 얽혀 있다. 이러한 복잡성은 실질적 유사성 이론의 체계화를 어렵게 한다. 또한 실질적 유사성 판단을 위하여 형성된 각종 테스트들도 체계적인 방향성을 가지고 발전하여 왔다기보다는 산발적으로 형성되어 적용되어 왔는데 각종 테스트들의 상호관계도 명확하게 정리되지 못하였다는 느낌을 준다.<sup>5)</sup> 이러한 문제의식을 가지고 이 논문에서는 실질적 유사성은 저작권 제도의 가장 큰 정책적 목표인 적정한 저작권 보호범위 설정의 핵심적인 도구라는 점에서 출발하여, 1차적으로는 그러한 저작권 제도의 목적과의 상관관계 아래에서 실질적 유사성 판단의 기본원리를 도출하고, 2차적으로는 그 기본원리 아래에서 그 동안 산발적으로 논의되어 오던 각종 관련 쟁점 내지 테스트들을 실제적인 측면과 방법적인 측면의 두 가지 측면에서 체계적으로 정리하여 실질적 유사성의 일반적 판단기준을 정립하며, 3차적으로는 그러한 일반적 판단기준이 개별적인 저작물의 유형별로 어떠한 모습으로 적용되고 변형되는지를 살펴 보아 실질적 유사성의 유형별 판단기준을 제시하는 등, 그 동안 하나의 논리체계 안에서 정리되지 못하였던 실질적 유사성 판단에 관한 논의를 좀더 거시적이고 일관된 하나의 이론체계 안에서 그려나가기 위하여 노력하였다.

세 번째로 이 논문에서는 사안중심적인 실질적 유사성 판단의 특성에 맞추어, 가급적 다양한 판례들을 분석하여 저작물의 유형에 따라 적용할 수 있는 실질적 유사성 판단의 지침을 제공하고자 하였다. 실질적 유사성은 개별적 사

---

5) 미국에서 가장 권위있는 저작권 주해서의 하나로 평가받는 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (2002), §13.03, 13-31 내지 40면에서는 실질적 유사성 판단에 관한 대표적 테스트로서 추상화 테스트, 유형 테스트, 전체적인 관념과 느낌 테스트를 차례대로 소개하고 있다. 그러나 추상화 테스트나 유형 테스트는 주로 저작권 보호대상인 표현을 확정하기 위한 도구로서의 성격을 가지는 반면, 전체적인 관념과 느낌 테스트는 실질적 유사성을 판단하기 위한 방식으로서의 성격을 가지는 것으로서 이를 같은 차원의 테스트로 병렬적으로 파악할 수는 없다.

안의 맥락 안에서 판단되는 것으로서, 당해 저작물의 유형과 특성, 그 저작물에 나타난 창작성의 정도, 이용된 부분의 표현성, 이용된 양, 그 부분이 차지하는 질적 비중, 피고 작품에 부가된 새로운 요소 등 수많은 개별적인 변수들에 의하여 좌우된다. 그러므로 실질적 유사성에 관한 이론을 체계화하는 것은 실질적 유사성의 개념과 의미를 명확하게 하고 총론적인 접근방법을 파악하는데에는 도움이 될 것이나, 그 자체만으로 실제 사례를 해결하는 데에 큰 도움이 될 수는 없다. 이는 형사재판에 있어서 양형에 비유할 수 있다. 형법 제51조에서는 양형의 기준으로 ① 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, ② 피해자에 대한 관계, ③ 범행의 동기, 수단과 결과, ④ 범행 후의 정황을 제시하고 있다. 이는 일응 명쾌해 보이지만 실제 형을 정함에 있어서 위와 같은 추상적인 기준의 적용만으로 직접 얻을 수 있는 해답은 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 오히려 위와 같은 추상적 기준이 구체적인 모습으로 적용된 다른 사안들을 가급적 많이 참고한 뒤 그로부터 해당 사안에 대한 적절한 양형의 감각을 얻는 것이 보다 현실적이고 합리적이다. 이와 비슷한 맥락에서 실질적 유사성 판단론이 실제 분쟁해결의 장에서 살아 움직이기 위하여서는 다양한 사안에 관한 다양한 판례들이 이론체계의 컨텐츠로서 제공되지 않으면 안 된다. 저작권법에서 실질적 유사성 판단기준에 관한 아무런 단서도 제공하지 않는 이상 실질적 유사성 판단에 있어서 판례들이 가지는 중요성은 매우 크다고 할 수 있다. 이는 특히 일반적이고 포괄적인 판단기준보다는 저작물의 유형에 따른 판단기준에서 더욱 부각된다. 따라서 이 논문에서는 이론체계의 선명성을 해치지 않는 범위 안에서 가급적 다양한 판례들의 내용을 분석하고 반영함으로써 유형별 저작권침해판단기준을 가급적 구체화하는 데에 관심을 기울였다.

## 第2節 論文의 構成

이 논문은 크게 ① 실질적 유사성 판단이란 무엇(what)이고, 그것이 왜(why) 저작권침해소송에서 중요한가에 대한 부분과 ② 실질적 유사성 판단을 어떻게(how) 행할 것인가에 대한 부분으로 나누어진다. 그 중 ②의 부분이 이 논문의 본론적인 부분이라고 할 수 있는데, 이를 실질적 유사성 판단의 배후

에 흐르는 기본원리 - 모든 유형의 저작권침해분쟁에 일반적으로 적용되는 실질적 유사성의 일반적 판단기준 - 개별적인 유형의 저작권침해분쟁에 적용되는 실질적 유사성의 유형별 판단기준으로 나누어 보았다. 이러한 커다란 틀 아래에서 이 논문은 아래와 같이 구성되어 있다.

제2장 ‘저작권침해소송과 실질적 유사성 판단’에서는 실질적 유사성 판단이 무엇이고, 왜 중요한가를 저작권침해소송의 맥락 안에서 다룬다. 실질적 유사성 판단은 저작권침해소송의 체계 안에서 의미를 가지는 것이므로, 우선 저작권침해소송의 전체적인 구조를 개략적으로 살펴보면서 그 구조 안에서 실질적 유사성 판단이 어떠한 체계적인 의미를 가지고 있는지, 또한 왜 실질적 유사성 판단이 저작권침해소송에서 중요한 비중을 차지하고 있는지에 대하여 검토한다.

제3장부터 제5장까지는 실질적 유사성 판단을 어떻게 할 것인가에 관하여 기본적으로 추상적인 원리에서 출발하여 각론적이고 세부적인 지침으로 논의를 발전시켜 나간다.

제3장 ‘실질적 유사성 판단의 기본원리’에서는 실질적 유사성 판단의 배후에 흐르는 지도적인 원리가 무엇인가를 논의한다. 이 장에서는 실질적 유사성 판단이 단순히 두 작품을 형식적, 피상적으로 비교하여 유사성을 찾아내는 정책중립적 작업이 아니라, 저작권법이 추구하는 목적에 도달하기 위한 중요한 정책적 수단이라는 점에 주목하였다. 여기에서는 저작권 제도의 존재 목적에 대한 논의에서 출발하여 저작권 제도의 목적을 달성하기 위한 기본적인 운영원리가 적정한 저작권 보호범위의 설정이라는 것, 한편 적정한 저작권 보호범위의 설정을 위한 여러 가지 도구들 중에서 실질적 유사성 판단은 대단히 중요한 비중을 차지한다는 것을 차례대로 검토하게 될 것이다. 이러한 연결고리 아래에서 실질적 유사성 판단은 저작권법의 목적에 도달하기 위한 기본적인 운영원리인 적정한 저작권 보호범위 설정과의 상관관계에서 행하여져야 한다는 점을 논증할 것이다.

제4장 ‘실질적 유사성의 일반적 판단기준’에서는 실제 실질적 유사성 판단을 행하면서 직면하게 되는 실체적 문제 및 방법적 문제의 두 가지 측면에서 제3장에서 논의한 기본원리가 어떻게 구현되는지를 살펴 본다. 이는 실질적 유사성 판단기준에 관한 총론(總論)에 해당하는 것으로서 개별적인 저작물의

유형에 관계없이 일반적으로 적용될 수 있는 일반적인 판단기준을 다루는 부분이다. 실질적 유사성 판단의 실체적 측면에 관하여서는 보호대상의 문제6)와 보호범위의 문제7)로 나누어 고찰하고, 방법적 측면에 관하여서는 판단관점의 문제8)와 판단방식의 문제9)로 나누어 고찰하였다.

제5장 ‘실질적 유사성의 유형별 판단기준’에서는 제4장에서 살펴 본 실질적 유사성의 일반적 판단기준이 각각 다른 모습을 가지고 있는 개별적 유형의 저작물에 어떻게 적용되는가 하는 점을 다룬다. 이는 실질적 유사성 판단에 관한 각론(各論)에 해당한다고 할 수 있다. 이 장은 저작물의 종류와 특성이 매우 다양한 현실에서 모든 저작물에 일률적으로 적용될 수 있는 실질적 유사성 판단기준은 지나치게 추상적일 수 밖에 없다는 문제의식에서 출발한다. 이에 저작물을 그 특성과 내용에 따라 유형화한 뒤 각 유형별로 실질적 유사성의 일반적 판단기준이 적용되는 모습을 살펴 보면서 기존 판례들을 분석하여 실제 판단에 참고가 될 만한 세부적인 기준 내지 지침들을 제시하였다. 물론 이러한 지침들이 법관에게 어떠한 구속력을 가지는 것이라고 보기는 어려울 것이나, 단순히 직관이나 경험에 의존하여 결론을 내리는 것을 방지한다는 측면에서 충분한 의미를 가지는 것이다.

제6장 ‘결론’ 부분에서는 이 논문에서 제시한 세 가지 목적에 대하여 결론적으로 이야기하고자 하는 바가 무엇인지를 제시하고, 이 논문의 한계에 대한 평가 및 향후 이 주제에 대한 연구방향에 관한 제언을 덧붙인다.

- 
- 6) 이는 원고의 작품을 구성하는 요소 중 어느 부분이 저작권보호의 대상이 되는가 하는 문제로서 결국 아이디어와 표현을 구분하는 문제로 귀착된다.
  - 7) 이는 원고의 저작물과 피고의 작품이 어느 정도로 유사하여야 실질적으로 유사한가 하는 문제로서 결국 유사성 정도 또는 보호범위의 문제라고 할 수 있다.
  - 8) 이는 실질적 유사성은 일반인과 전문가 중 누구의 관점에서 판단하여야 하는가의 문제이다.
  - 9) 이는 저작권에 의하여 보호되는 표현을 추출하는 작업과 두 작품을 비교하는 작업이 어떠한 순서에 의하여 이루어져야 하는가의 문제이다.

## 第2章 著作權侵害訴訟과 實質的 類似性 判斷

### 第1節 概觀

이 논문은 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성 판단기준을 연구대상으로 하고 있다. 그러므로 실질적 유사성 판단이 무엇인가를 규명함에 있어서는 우선 그 판단이 문제되는 저작권침해소송에 관한 개괄적인 이해가 선행되어야 한다. 특히 저작권침해소송은 저작권법을 관통하는 가치들이 충돌하기도 하고 조화를 이루기도 하는 절차적인 장(場)으로서의 성격을 가지기 때문에, 저작권침해소송을 조망하는 것은 저작권법 전체 체계와 조화를 이루는 실질적 유사성 판단기준을 지향하는 이 논문의 기본적인 방향과도 입장을 같이 한다.

이 장에서는 먼저 실질적 유사성 판단을 이해하기 위하여 필요한 범위 내에서 저작권침해소송의 전체 구조를 조망하고, 그 틀 안에서 실질적 유사성 판단의 개념과 의미를 검토한다. 실질적 유사성 판단이 저작권침해소송 안에서 가지는 의미를 발견하기 위하여서는 실질적 유사성과 밀접한 관련성을 가지고 있는 다른 개념들, 즉 창작성이나 의거관계 또는 저작물의 자유이용에 대한 검토 및 비교도 필요할 것이므로 저작권침해소송의 전체 구조를 조망하는 과정에서 위 개념들과 실질적 유사성의 관계에 대하여서도 검토하게 될 것이다. 저작권침해소송 안에서 실질적 유사성을 판단하는 것이 어떤 의미를 가지는가에 대한 논의가 끝나면 그 다음으로 실질적 유사성 판단이 왜 저작권침해소송에서 중요한 비중을 가지는 쟁점인지에 대하여서 논의하고자 한다.

이제 아래에서 저작권침해소송의 전체 구조를 살펴 보기에 앞서 저작권침해소송의 개념과 유형에 관하여 짚어 보기로 한다. 저작권침해소송은 저작권자나 저작인접권자(이하 편의상 '저작권자'로 통칭한다)가 그 권리가 침해되었음을 주장하면서 침해금지나 손해배상을 구하는 소송이다. 그러므로 저작권침해소송은 크게 저작권침해금지소송과 저작권침해를 이유로 한 손해배상소송으로 나누어 볼 수 있다.

그 중 저작권침해금지소송은 저작권자가 침해자에 대하여 침해상태의 정지, 예방 기타 필요한 조치를 청구하는 소송이다. 저작권침해로 인한 침해금지

청구권은 저작권법 제91조에 그 근거를 두고 있다. 저작권법 제91조 제1항은 「저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리(제65조 및 제68조의 규정에 의한 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다」라고 규정하고 있고, 제2항은 「저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자는 제1항의 규정에 의한 청구를 하는 경우에 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다」라고 규정하고 있다. 여기에서 주의할 점은 “침해”의 개념이 반드시 고의나 과실을 요건으로 하는 것이 아니라는 점이다.<sup>10)</sup>

한편 손해배상청구소송은 저작권자가 침해자에 대하여 침해로 인하여 발생한 손해배상을 구하는 소송이다.<sup>11)</sup> 저작권침해로 인한 손해배상청구권은 불법행위에 대한 손해배상청구권의 발생을 규정하고 있는 민법 제750조와 저작권 침해에 있어서 손해배상액의 산정에 관한 저작권법 제93조<sup>12)</sup>에 의하여 규율된다.<sup>13)</sup> 손해배상소송 역시 저작권의 침해발생을 전제로 한다는 점에서 침해

10) 이성호, “지적재산권에 대한 침해와 침해자의 고의·과실”, 사법논집 제28집, 446면. 한편 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정도 침해금지가처분 신청사건에 있어서 저작물에 관한 저작자의 성명, 칭호를 변경하거나 은닉하는 것은 고의, 과실을 불문하고 저작인격권의 침해가 된다고 판시하였다.

11) 저작인격권침해의 경우 저작자는 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다(저작권법 제95조).

12) 저작권법 제93조 제1항은 침해자가 침해행위에 의하여 이익을 받은 액수를 손해액으로 추정한다고 규정하고 있고, 제2항은 권리자가 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 간주한다고 규정하고 있으며, 제3항은 실제 손해액이 제2항에 따라 계산된 금액을 초과하는 경우 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 저작권법 제94조에서는 손해발생사실은 인정되나 제93조에 따라 손해액을 산정하기 어려운 때에는 법원은 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정함으로써 재량에 의한 손해배상액의 인정을 허용하고 있다.

13) 저작권법 제93조 제1 내지 3항은 손해배상청구권의 성립요건에 관한 규정이 아니라 손해배상청구권의 발생을 전제로 손해배상액을 산정함에 있어서 저작권자의 입증책임

금지소송과 다르지 않다. 그러나 손해배상청구권이 성립하기 위하여서는 고의나 과실, 저작권침해행위와 손해발생의 인과관계가 인정되어야 하고, 손해배상의 범위도 주장, 입증하여야 한다는 점이 다르다.

침해금지소송이건 손해배상청구소송이건 양자는 모두 저작권침해를 주장, 입증하여야 한다는 공통점이 있다. 한편 저작권침해가 인정되기 위하여서는 원고의 저작물과 피고의 작품이 동일하거나 실질적으로 유사하다는 점이 인정되어야 한다. 통상 완전복제(dead copy)의 경우에는 자유이용의 영역에 속하는가 여부가 다투어지지 않는 한 저작권침해 여부의 판단이 비교적 용이하다. 그러나 저작물과 침해물이 동일하지 않은 경우에는 과연 양자 사이에 저작권 침해가 인정될 정도의 유사성 내지 종속성, 즉 실질적 유사성이 인정되는가가 주된 쟁점으로 떠오르게 된다.<sup>14)</sup> 그러므로 실질적 유사성은 침해금지소송이건 손해배상소송이건 불문하고 쟁점이 될 수 있다.

---

을 경감하기 위한 규정이다. 한편 위 법 제93조 제4항은 「등록되어 있는 저작권·출판권 또는 저작인접권을 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다」라고 규정함으로써 손해배상청구권의 성립요건 중 하나인 과실에 관하여 다루고 있으나, 이 역시 손해배상청구권의 성립요건을 직접 규정한 것이라기보다는 그 성립요건의 입증책임을 경감하기 위한 규정일 뿐이다. 그러므로 저작권침해로 인한 손해배상청구권 발생의 근거규정은 일반조항인 민법 제750조라고 보아야 할 것이다.

14) 온라인디지털콘텐츠산업발전법과 관련하여서도 실질적 유사성이 문제될 수 있다. 이 법 제18조 제1항 본문에서는 「누구든지 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니된다」라고 규정하고 있다. 따라서 “온라인콘텐츠의 상당한 부분”의 해석과 관련하여 원래의 온라인콘텐츠와 복제 또는 전송된 온라인콘텐츠 사이의 유사성이 문제될 것이다. 우선 이 법 제21조에 의하면 온라인콘텐츠 제작자가 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법의 보호를 받는 경우에는 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법이 위 법에 우선하여 적용되므로 저작권법 등의 실질적 유사성 판단기준이 그대로 원용된다. 하지만 창작성이 없는 온라인콘텐츠의 경우 창작성 및 아이디어와 표현의 구분을 전제로 하는 실질적 유사성의 법리가 그대로 적용될 수는 없을 것이다. 그러나 실제 사건의 판단에 있어서는 창작성없는 온라인콘텐츠에 있어서도 나중에 살펴 보게 되는 양적 기준 및 질적 기준(특히 영업에 관한 이익과의 상관관계에서) 등 실질적 유사성에 관한 기본적인 틀을 상당한 부분 원용할 수 있으리라고 보여진다.

한편 저작권침해소송은 저작재산권에 관한 소송과 저작인격권에 관한 소송으로 나눌 수 있다. 실질적 유사성은 저작재산권과 관련하여 문제되는 경우가 많으나 저작인격권에서도 여전히 문제될 수 있다. 실제에 있어서는 1개의 행위로 저작재산권 뿐만 아니라 저작인격권에 속하는 지분권을 침해하는 경우가 매우 많은데,<sup>15)</sup> 이처럼 저작인격권 침해가 문제되는 경우에도 과연 변형된 작품과 기존 저작물 사이에 넓은 의미의 동일성을 인정할 수 있는가가 문제되기 때문에 여전히 실질적 유사성 여부가 쟁점으로 대두되는 것이다. 그러나 저작재산권 침해에 관한 실질적 유사성 판단의 기준은 저작인격권 침해에 관하여서도 적용될 수 있을 것이므로, 이 논문에서는 저작재산권이 침해된 경우를 위주로 하여 실질적 유사성의 문제를 검토하기로 한다.

아래에서는 저작권침해소송에 있어서 당사자들의 주장·입증구조를 살펴보고, 그 체계 안에서 실질적 유사성이 어떠한 위치와 비중을 차지하는지 살펴보고자 한다. 이를 서술함에 있어서 실질적 유사성과 밀접한 관련성이 있는 창작성, 의거관계나 저작물의 자유이용에 관하여서는 비교적 자세하게 다루되, 나머지는 간단한 설명으로 대신한다.

## 第2節 著作權侵害訴訟에 있어서 原告와 被告의 主張·立證 構造

### 1. 原告의 主張·立證事項

---

15) 예를 들어 타인의 저작물에 약간의 변형을 가하여 새로운 작품을 만든 경우에는 저작재산권으로서의 복제권 침해 뿐만 아니라 저작인격권으로서의 성명표시권이나 동일성 유지권 침해도 문제된다. 三山峻司, 松村信夫, 實務解説 知的財産權訴訟, 法律文化社, 2003, 470면 참조, 또한 “원저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 변경을 가한 것이라고 하여도 원저작물의 재제 또는 동일성이 감지되는 정도이면 복제가 되는 것이고, 이와 같은 복제물이 타인의 저작물로 공표되게 되면 원저작자의 성명표시권의 침해가 있었다고 보아야 할 것이고, 원저작물을 복제함에 있어 함부로 그 저작물의 내용·형식·제호의 변경을 가한 경우에는 원저작자의 동일성유지권을 침해한 경우에 해당한다고 보아야 할 것이다”라고 판시한 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결 참조.

저작권침해소송<sup>16)</sup>에서 원고가 저작권침해를 밝히기 위하여 주장, 입증하여야 할 사항을 가장 넓게 분류하자면, ① 자신이 특정한 저작물에 대한 저작권자라는 점, ② 그 저작권이 피고의 행위로 인하여 침해되었다는 점이다.<sup>17)</sup>

## 가. 原告가 當該 著作物에 대한 著作權者라는 점

먼저 ①의 요건과 관련하여서 원고는 당해 저작물에 대한 저작권자라는 점을 주장, 입증하여야 한다. 이를 상세하게 분류하면, 원고는 자신의 작품이 저작물에 해당한다는 점, 그리고 자신이 그 권리의 귀속주체라는 점을 주장·입증하여야 한다. 이 요건들 중 특히 창작성의 존재 여부와 관련하여 저작물성이 쟁점이 되는 경우가 많다.

### (1) 著作物性(특히 創作性과 관련하여)

#### (가) 著作物 및 創作性의 概念

저작권침해소송에 있어서는 우선 원고의 작품이 저작권법 제2조 제1호에서 정의한 저작물의 개념에 포함된다는 점이 인정되어야 한다. 저작권법 제2조 제1호에서는 저작물을 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라고 정의하고 있다. 일반적으로 어느 작품이 저작물인지 여부는 그 작품의 표

---

16) 저작권침해소송에는 앞서 살펴 본 것처럼 저작권침해금지소송과 저작권침해를 원인으로 한 손해배상청구소송이 있고, 후자의 경우 전자와 비교할 때 침해자의 고의나 과실, 손해의 발생, 침해행위와 손해 사이의 인과관계 등 추가적으로 주장, 입증하여야 하는 사항들이 있으나, 이러한 요건들은 이 논문의 검토대상인 실질적 유사성과 큰 관련성이 없으므로 여기에서는 저작권침해금지소송을 중심으로 살펴 보기로 한다. 한편 저작권침해소송에는 본안소송 뿐만 아니라 저작권침해정지등가처분과 같은 보전소송도 포함된다. 이 경우 보전처분을 신청한 당사자는 신청인 또는 채권자, 그 반대 당사자는 피신청인 또는 채무자로 호칭된다. 이 논문에서는 본안소송을 중심으로 살펴보되 그 서술내용은 보전소송에도 그대로 적용될 것이다.

17) 미 연방대법원의 Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991) 판결에서는 저작권침해소송에서 원고가 주장, 입증해야 할 사항을 1) 유효한 저작권의 보유(ownership of a valid copyright)와 2) 저작물을 구성하는 창작적 요소의 복제(copying of constituent elements of the work that are original)라고 표현하고 있다.

현에 “창작성”이 있는가와 관련하여 다투어진다.

그렇다면 어떠한 경우에 창작성이 인정되는가? 이에 대하여 저작권법은 명시적으로 창작성 판단기준을 제시하지 않고 있다. 저작물로서 인정받기 위하여 어느 정도의 창작성이 요구되는가에 관하여 영미법계에서는 이마의 땀방울 (sweat of the brow) 이론에 기초한 노동이론(勞動理論)의 영향을 받아 창작성의 개념을 너그럽게 해석하는 반면,<sup>18)</sup> 독일을 비롯한 대륙법계에서는 문학과 예술로서의 가치에 영향을 미치는 개성과 인격의 표현이어야 한다고 하여 일정한 수준 이상의 창작성을 요구하고 있다.<sup>19)</sup>

이에 관하여 우리나라 대법원 판례는 저작권법상 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음에 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다고 함으로써,<sup>20)</sup> 창작성의 정도를 높게 요구하지 않는 입장에서 서 있다.

이처럼 창작성의 범위가 비교적 완화되어 있어 지적, 문화적 산물의 대부분이 저작물의 개념에 포섭될 수 있기 때문에, 저작권침해소송에 있어서 원고가 저작물성을 밝히는 것은 통상 그리 어려운 일이 아니다.<sup>21)</sup>

---

18) 예컨대 Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc. 191 F.2d 99, 103 (2d Cir. 1951) 판결에서는 “저작권을 획득하기 위한 창작성의 요건은 신규성을 요구하는 특허와 달리 매우 낮은 정도라는 것은 잘 확립되어 있는 점이다. …저작권의 목적을 위한 창작성은 사실상 복제를 금지하는 정도보다 약간 높은 정도에 불과하다…작가가 아무리 보잘것없는 부가를 하였다고 하더라도 그 스스로 한 것이라면 그것으로 충분하다.”라고 판시하고 있다.

19) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004, 227면.

20) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결 ; 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 ; 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결 ; 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결 ; 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결 등 참조.

21) 다만 표현물의 길이가 극히 짧은 경우에는 독자적인 저작물로 보호되지 않을 가능성이 커진다. 따라서 일반적으로 저작물의 제호(題號)나 영업체의 상호(商號) 등은 특별한

### (나) 創作性과 實質的 類似性의 關係

논리적으로 창작성은 저작권침해소송의 가장 첫 번째 단계에서 문제된다. 만약 원고의 작품에 창작성이 결여되어 있어 저작물로 인정되지 않는다면 더 나아가 저작권침해 여부에 관하여 판단할 필요가 없기 때문이다. 그러므로 저작물성의 요건인 창작성과 저작권침해행위의 요건인 실질적 유사성은 논리적 선후관계에 있다.

만약 창작성의 요건을 엄격하게 해석한다면 많은 저작권침해청구가 이 단계에서 걸러지게 될 것이므로 저작권침해소송에서 실질적 유사성 판단에 걸리는 부담은 낮아진다. 반대로 창작성의 요건을 너그럽게 해석한다면 많은 저작권침해청구가 실질적 유사성 판단의 단계로 나아가게 될 것이므로 저작권침해

---

사정이 없는 한 저작물성이 부정된다. 우리나라의 대법원 판례도 만화제목 “또복이”는 사상 또는 감정의 표명이라고 볼 수 없어 저작물로서 보호받을 수 없다고 판시하는 등(대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결), “저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 함은 문학·학술 또는 예술에 속하는 것으로서 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것을 말하므로, 어문저작물인 서적 중 저작자의 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 부분이라고 볼 수 없는 단순한 서적의 제호나 저작자 또는 출판사의 상호 등은 저작물로서 보호받을 수 없다”는 태도를 취하고 있다(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다273 판결; 대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결. 하급심 판례로는 서울지방법원 서부지원 1990. 9. 21.자 90카6150 결정; 서울고등법원 1989. 4. 11.자 89라28 결정; 서울고등법원 1991. 9. 5. 자 91라79 결정; 서울고등법원 2002. 9. 4. 선고 2002나3596 판결 참조). 하이트 맥주의 온도감응테이프에 관한 서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나 15229 판결에서는 ‘가장 맛있는 온도가 되면 암반천연수 마크가 나타나는 하이트. 눈으로 확인하세요’라는 광고문구가 짧고, 의미도 단순하여 그 표현형식에 위 내용 외에 어떤 보호할 만한 독창적인 표현형식이 포함되어 있다고 볼 여지도 없다 할 것이어서 위 광고문구에 저작권을 인정할 수 있는 전제로서의 창작성을 인정할 수 없다고 판시한 바 있다.

일본 하급심 판례 중에도 신문기사의 제목에는 저작물성이 없다고 판시한 예가 있다. 東京地裁 2004(平成 16). 3. 24. 선고 평14(ワ)28035호 판결(コピライト 517호, 38면 참조). 다만 저작물의 제호가 항상 저작물성이 부정되는 것은 아니고 사상 또는 감정의 창작적 표현으로 인정되는 예외적 경우에는 저작물성이 인정될 수도 있다는 취지의 견해로서 이상정, “저작물의 제호의 보호에 관한 판례, 실무의 경향과 그 비판”, 저작권 제38호, 저작권심의조정위원회, 1997.

소송에서 실질적 유사성 판단에 걸리는 부담은 높아진다.

우리나라 대법원 판례가 원론적으로는 창작성의 요건을 너그럽게 해석하는 입장을 취하고 있다는 점은 앞서 살펴 본 바와 같다. 그런데 이러한 원칙과는 달리 기능적 저작물의 유형에 속하는 작품과 관련하여서는 창작성의 정도를 높게 책정하여 저작물성 자체를 부인한 뒤 원고의 청구를 기각하는 경향이 발견된다.<sup>22)</sup> 이러한 경향은 기능적 저작물에 있어서는 저작권의 보호범위가 좁기 때문에 저작권침해가 발생할 가능성이 낮아지고, 이 경우 창작성의 단계에서 저작권침해청구를 배척하는 것이 훨씬 간편하다는 점에서 수긍이 가는 면이 있다.

그러나 기능적 저작물과 관련된 이러한 태도는 다음 두 가지 점에서 재고되어야 한다.

첫 번째로 이러한 태도는 창작성의 개념에 대한 대법원의 원칙적인 입장과 일관되지 못한다. 위에서 검토한 바대로 우리나라 대법원의 기본적인 태도는 창작성은 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다는 것이다. 한편 기능적 작품에 있어서도 창작자의 정신적 노력이 가하여지는 경우가 적지 않고, 그러한 흔적이 어떠한 형태로든 작품에 배어나오는 경우도 많다. 또한 기능적 저작물에 가하여진 1%의 창작성은 문예적 저작물에 가하여진 10%의 창작성보다 훨씬 의미 있는 정신적 소산일 수 있다. 이러한 정신적 소산에 대하여는 원칙적으로 저작권법에 의하여 보호받을 자격이 주어지는 것이 마땅하다. 다만 기능적 저작물의 특성상 일단 창작성이 인정되어 저작물성이 부여되더라도 그 저작권 보호범위는 매우 좁게 해석되어야 한다. 따라서 통상 기능적 저작물은 완전히 또는 거의 동일하게 복제한 경우에 한하여 저작권침해가 성립할 것이다.<sup>23)</sup> 이

---

22) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결, 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결, 서울고등법원 2001. 8. 14. 선고 2000나38178 판결(확정) 등 참조.

23) 설계도서의 저작권침해가 문제되었던 서울고등법원 2004. 10. 6.자 2004라21 결정(확정)에서는 결정이유에서 “그 표현형태가 극히 제한된 기능적 저작물에 있어서 저작권 침해가 인정되기 위하여는 그 설계도서에 나타난 표현의 세세한 부분까지 거의 동

처럼 기능적 저작물에 대한 보호와 이에 대한 일반 대중의 이해관계는 실질적 유사성의 단계에서 저작권 보호범위를 적정하게 설정함으로써 조정할 문제이지, 저작물 인정단계에서 창작성의 요건을 지나치게 인색하게 해석함으로써 조정할 문제는 아니다.<sup>24)</sup>

두 번째로 이러한 태도는 당해 작품이 그대로 복제(dead copy)된 경우에 부당한 결과를 가져올 수 있다. 창작성이 없어 저작물로 인정되지 않는 경우에는 그 작품을 그대로 복제, 배포하는 것을 막을 방법이 없다. 그러나 창작성을 인정하되 실질적 유사성 판단단계에서 그 보호범위를 매우 좁게 해석하는 경우에는 그 작품을 그대로 복제, 배포하는 것에 대하여서는 저작권침해를 긍정할 수 있다. 그러므로 기능적 작품에 창작성이 없다고 하여 저작권침해에 기한 청구를 배척하기에 앞서서 그 작품이 그대로 복제되어 유통되더라도 문화적 저작물의 생산을 장려하는 저작권법의 목적에 배치되지 않는 것인지를 고려하여야 할 것이고, 그렇게 하더라도 문제가 없다고 생각되는 경우에 한하

---

일하게 모방한 경우라야 할 것“이라고 판시하고 있다.

24) 이와 관련하여 비록 기능적 저작물에 국한된 설명은 아니지만 정상조, 지적재산권법, 홍문사(2004), 228면에서는 “창작성의 기준이 높아야만 우리의 저작권법의 목적이 달성된다고 볼 만한 아무런 이유도 없다. 창작성의 기준은 결국 저작권법에 의해서 보호해야 할 창작적 표현과 그렇지 못한 것을 구별해내는 기준이고, 예술적 가치를 판단하기 위해서 마련된 기준이 아니기 때문에 우리 저작권법에서의 창작성 기준이 높게 책정되어야 할 이유도 필요도 없다. 우리 판례 가운데, ‘제품사진의 경우에 제품을 충실히 반영했는지 여부가 중요할 뿐이고, 예술적인 판단이나 창작적인 표현이 문제되지 않기 때문에 제품사진은 저작물로서 보호받을 수 없다’고 판시한 대법원 판결(2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결)은 우리 저작권법 하에서의 창작성 기준을 높게 보고 있으나, 어문저작물(대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결)이나 미술저작물(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결)의 경우에 ‘타인의 작품이나 전통문양을 모방하지 않고 독자적으로 저작한 것이면 저작권법하에서의 창작성 기준을 충족한다’고 본 판결이나 ‘평범한 도형과 문자로 구성된 시력표의 경우에도 저작권법에 의해서 보호될 창작적 표현이 있다’고 본 판결(대법원 1992. 6. 23. 선고 91도2101 판결)은 우리 저작권법하의 창작성 기준이 반드시 높게 책정되어야 할 필요가 없다고 보고 있다. 이와 같이 창작성의 기준에 관해서 판례의 입장은 일관되지 못한 모습을 보여주고 있으나, 이제는 보다 효율적인 저작권법목적의 달성을 위해서 창작성의 기준을 어떻게 해석해야 할 것인지에 대해서 심각한 고민을 해야 할 때가 되었다”라고 설명하고 있다.

여 저작물성 자체를 부정하는 것이 상당하다.

참고로 미국에서는 기능적 저작물의 저작권 보호범위를 제한함에 있어서 우리나라와 달리 저작물성 자체를 엄격하게 보기보다는 저작물의 보호범위를 엄격하게 보아 거의 동일한 복제가 아니면 실질적 유사성이 없다고 하여 저작권침해를 부정하는 듯한 경향을 보이고 있다.<sup>25)</sup> 이와 관련하여 하버드 법대의 Weinreb 교수는 컴퓨터 프로그램과 같은 기능적 표현물의 경우에는 프로그램의 저작물성을 인정하면서도 이를 문자적으로 복제(literal copying)하는 경우에만 저작권침해가 인정된다고 하여 저작권의 보호범위를 실질적 유사성 단계에서 극도로 제한하고 있다.<sup>26)</sup>

## (2) 著作權의 歸屬主體(著作者 내지 著作權 讓受者)로서의 地位

원고의 작품에 저작물성이 인정된다고 하더라도, 원고는 더 나아가 그 저작물에 대한 권리가 자신에게 있다는 점도 주장, 입증하여야 한다.

저작권은 저작자에게 최초로 부여된다. 저작자는 저작물을 창작한 자이다(저작권법 제2조 제2호). 저작물을 창작한 자라고 하기 위하여서는 창작활동에 주된 비중을 가지고 기여하여야 한다. 저작물이 사상이나 감정의 창작적

---

25) 컴퓨터프로그램저작물에 관한 Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435, 1439, 1442 (9th Cir. 1994) 판결에서는 기능적 저작물의 일종인 컴퓨터프로그램에 관하여서는 오로지 약한(thin) 저작권보호, 즉 실질적으로 동일한 복제(virtually identical copying)로부터의 보호만 적절하다고 판시하였다. 사실적 저작물에 관한 Landsberg v. Scrabble Corssword Game Players, Inc., 736 F.2d 485 (9th Cir. 1984) 판결도 같은 취지이다. 미국의 저명한 저작권법 학자인 Paul Goldstein 교수는 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 아이디어와 저작권법에 의하여 보호받는 표현을 구분하는 지침 중의 하나로, 아이디어와 표현 중 어느 것인지 불명확할 때에는 일단 표현으로 보되, 표현의 보호범위의 조정을 통하여 저작권법의 목적에 부합하는 결론을 모색해야 한다고 설명하고 있다. Paul Goldstein, Copyright, (2d ed. 1996), 2:28-29면 참조.

26) Lloyd L. Weinreb, Copyright for Functional Expression, 111 Harv.L.Rev.1149, 1250 (1989). 다만 컴퓨터프로그램의 비문언적 복제에 대한 침해를 완전히 부정하는 것이 타당한지 의문이다. 이에 관하여서는 이 논문의 제5장 제6절 컴퓨터프로그램저작물 부분 참조.

표현이라고 하는 개념정의에 충실하면 저작자는 자연인에 한정될 것이나, 저작권법은 창작활동에 관한 투자를 유인함으로써 창작을 촉진한다는 저작권법의 목적을 달성하기 위하여 법인 등도 저작자로 될 수 있는 길을 열어 놓고 있다.<sup>27)</sup>

또한 둘 이상의 저작자가 공동으로 창작하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없거나 상호의존적으로 결합함으로써 전체적으로 하나의 저작물로 된 경우를 공동저작물이라고 하는데 이 경우 하나의 저작물에 대하여 복수의 저작자가 존재하게 된다. 원칙적으로 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없는 것이지만(저작권법 제15조 제1항), 저작권침해에 대한 구제수단을 행사함에 있어서까지 이러한 원칙을 관철하게 되면 권리의 효율적인 보호가 곤란하게 되므로, 저작권법 제97조에서는 공동저작물의 각 저작자 또는 각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 다른 저작재산권자의 동의없이 저작권침해금지청구 및 자신의 지분에 관한 손해배상청구를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 공동저작물에 있어서 저작자 중 1인이 단독으로 저작물 전체에 대한 저작권침해금지청구나 자신의 지분에 관한 손해배상청구를 하는 것은 허용된다.<sup>28)</sup>

---

27) 저작권법 제9조는 「법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서는 “법인 등”이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물로서 법인 등의 명의로 공표된 것의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만 기명저작물의 경우에는 그러하지 아니하다」라고 규정하고 있다.

28) 저작자 중 1인이 단독으로 저작물 전체에 대한 저작권침해금지청구를 할 수 있다는 것은, 민법의 범리상 공유물 또는 합유물에 대한 방해제거청구는 보존행위로서 민법 제265조와 제272조에 의하여 공유자 또는 합유자 각자가 할 수 있다는 점과 비교하여 볼 때에 더욱 쉽게 이해될 수 있다(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다52870 판결 참조). 이러한 원리는 저작자 사망 후 그 상속인들이 저작권을 상속하게 된 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 상속인들 중 1인이 단독으로 저작권침해정지청구권을 행사할 수 있다 {서울민사지방법원 1989. 7. 26.자 89카13692 결정(확정) 참조} . 저작인격권과 관련하여 저작권법 제15조 제1항은 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다고 규정하고 있어 이를 근거로 저작자 중 1인이 저작인격권 침해로 인하여 한 침해정지청구를 하는 것은 부적법하다고 항변할 여지도 있으나, 저작인격권 침해에 기한 침해정지청구가 위 제15조 제1항에서 예정한 저작인

이처럼 원고는 자신이 직접 저작물의 창작에 본질적으로 기여하였다거나 직무저작자에 해당한다는 점을 주장, 입증한다.<sup>29)</sup>

한편 저작자가 최초로 저작권을 취득하였다고 하더라도 그 중 저작재산권은 저작인격권과 달리 일신전속성이 없기 때문에 그 전부 또는 일부를 타인에게 양도할 수 있다. 저작재산권이 양도된 경우에는 이를 양수한 자가 저작권 침해소송의 원고가 된다.<sup>30)</sup> 저작권법 제52조에서는 저작재산권의 양도(상속

---

격권의 행사의 개념에 포함되는지도 의문스러울 뿐만 아니라, 저작권법 제97조가 명문으로 저작자 1인에 의한 침해금지청구를 허용하는 이상 위 항변은 배척되어야 할 것이다 {서울고등법원 1998. 7. 15. 선고 98나1661 판결(확정) 참조} .

29) 저작권법 제8조에서는 저작자의 지위에 대한 입증의 부담을 덜어 주기 위하여, ① 저작물의 원작품이나 그 복제물에 저작자로서의 성명(이하 “실명”이라 한다) 또는 그의 예명·아호·약칭 등(이하 “이명”이라 한다)으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시된 자, ② 저작물을 공연·방송 또는 전송함에 있어서 저작자로서의 실명 또는 저작자의 널리 알려진 이명으로서 표시된 자를 저작자로 추정하는 한편, 위 각 규정에 의한 저작자의 표시가 없는 저작물에 있어서는 발행자 또는 공연자로 표시된 자가 저작권을 가지는 것으로 추정한다고 규정하고 있다.

또한 저작권법 제51조 제3항은 저작자 또는 저작재산권자로 성명이 등록된 자는 그 등록저작물의 저작자 또는 저작재산권자로 추정한다고 규정함으로써 등록저작물에 관한 원고의 입증책임을 추가로 경감하고 있다.

30) 저작권자로부터 이용허락을 받은 자는 이용허락계약에 기한 채권자에 불과할 뿐 준물권적 권리를 가지는 저작권자가 아니므로 본인이 직접 저작권침해금지청구를 할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다(배타적 이용허락을 받은 경우 배타적 이용권에 기한 침해금지청구권을 가진다는 견해로서 정상조, 전게서, 447-448면 참조). 이 경우 이용허락을 받은 자가 저작권자를 대위하여 침해자에 대하여 금지청구를 할 수 있을 것인가가 문제된다. 저작권법상 이용허락은 배타적 이용허락(exclusive license)과 비배타적 이용허락(non-exclusive license)으로 나눌 수 있다. 비배타적 이용허락의 경우 이용허락을 받은 주체는 자신 이외에도 다른 사람 역시 저작물의 이용을 하게 되리라는 것을 충분히 예상하고 이용허락계약을 체결한 것이므로 저작권자를 대위하여 저작권침해금지청구를 하여야 이용허락계약에 기한 자신의 권리를 보전할 수 있다고 보기는 어렵다. 하지만 배타적 이용허락의 경우 이용허락을 받은 주체는 일정한 범위 내에서 독점적·배타적으로 그 저작물을 이용할 수 있는 권리를 가지게 된 것으로서 그 저작물의 “이용”이라는 측면 뿐만 아니라 그 이용의 “독점성”에도 초점이 주어진다. 그런데, 타인이 그 저작물을 무단이용하는 경우 그러한 독점적·배타적 이용권의 실현에 지

기타 일반승계의 경우를 제외한다)는 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있지만, 여기에서의 제3자는 권리변동에 관계한 당사자의 법률상 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 가진 제3자를 의미하는 것이므로, 단순히 불법으로 저작권을 침해하고 있는 무단이용자에 대하여서는 저작권이 전등록을 마치지 않은 저작권 양수인이라고 하더라도 저작권침해소송을 제기할 수 있고,<sup>31)</sup> 저작권침해행위에 대한 고소를 할 수 있다.<sup>32)</sup> 이러한 논리는 저작권신탁의 경우에도 그대로 적용되므로, 비록 신탁법 제3조 제1항에서 등록하여야 할 재산권에 관하여 그 이전 기타 처분의 등록 이외에 별도로 신탁재산이라는 취지를 등록하지 아니하면 제3자에게 신탁재산임을 주장할 수 없다고 규정하고 있다고 하더라도, 제3자가 저작권을 침해하고 있는 자에 불과하다면 원고의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 가진 자에 해당하지 아니하는 경우에 해당하므로, 신탁등록을 마치지 않은 원고도 제3자를 상대로 저작권침해주장을 할 수 있다.<sup>33)</sup>

#### 나. 著作權侵害行爲가 이루어졌다는 점

원고의 저작권에 대한 주장, 입증이 이루어지면 그 다음 단계로서 피고가 원고의 저작권을 침해하였는지를 가리게 된다. 이에 대한 주장 및 입증책임도 원고가 부담한다. 저작물성의 범위가 포괄적인데다가 일단 저작물성이 인정되면 원칙적으로 그 저작자에게 저작권이 인정되므로, 원고가 저작권의 존재를 주장, 입증하는 데에는 큰 어려움이 없다. 이에 비하여 많은 경우에 있어서 피

---

장을 받게 된다. 따라서 이러한 경우에 있어서는 배타적 이용허락계약상 권리의 현실적 이행을 유효적절하게 확보하기 위하여 저작권자를 대위하여 침해금지청구권을 행사하는 것을 허용하는 것이 타당하다고 보여진다 {서울고등법원 2002. 5. 8. 선고 2001나 58919 판결(상고되었으나 심리불속행으로 확정), 서울민사지방법원 1993. 12. 29. 선고 93카합9920 판결도 같은 취지, 서비스표권과 관련하여서는 서울중앙지방법원 2005. 5. 19. 선고 2004가합56061, 78753(반소) 판결(확정) 참조} .

31) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4849 판결.

32) 위 대법원 판결

33) 서울중앙지방법원 2004. 11. 4. 선고 2004가합22068 판결(이 판결에 대하여 원고가 항소하였다가 소 취하로 종국되었음).

고가 원고의 저작권을 침해하였는지 여부는 저작권침해소송에 있어서 치열한 쟁점으로 부각되는 경우가 많다. 원고의 저작재산권이 피고의 행위로 인하여 침해되었다는 점은, 피고가 원고의 저작물에 의거하여 원고의 저작물의 표현과 동일하거나 실질적으로 유사한 작품을 복제, 공연, 방송, 전송, 전시, 배포하거나 원고의 저작물을 원저작물로 하는 2차적 저작물 내지 편집저작물을 작성, 이용하였음을 구체적으로 주장, 입증함으로써 밝힌다. 이를 다시 분해하여 보면 ① 원고의 저작물에 “의거(依據)”한 피고의 “행위”가 있어야 하고, ② 원고 저작물의 표현과 피고 작품 사이에 “동일성 내지 실질적 유사성”이 존재하여야 한다.<sup>34)</sup> 이와 같이 저작권침해행위의 성공적인 주장·입증을 위하여서는 의거관계와 실질적 유사성이 모두 주장·입증되어야 하는 것이므로, 피고가 원고 저작물을 참고하여 자신의 작품을 만들었다고 하더라도 원고 저작물의 표현과 사이에 동일성이나 실질적 유사성이 존재하지 않는 경우에는 저작권침해가 성립하지 않고, 반대로 원고 저작물의 표현과 피고의 작품 사이에 동일성 내지 실질적 유사성이 존재하더라도 피고가 원고의 저작물에 의거하지 않고 독립적으로 그러한 작품을 만든 경우에는 저작권침해가 성립하지 않는다.

참고로 미국에서는 저작권침해로서의 복제(copying)<sup>35)</sup>를 다시 사실적 복제(actual copying)와 위법한 복제(actionable copying)<sup>36)</sup>로 나누어 전자는

34) 고의나 과실과 같은 주관적 요건은 저작권침해행위의 요건에 해당하지 않으므로 선의, 무과실의 경우에도 저작권침해행위가 성립할 수 있다. 다만 저작권침해를 이유로 손해배상청구를 하기 위하여서는 더 나아가 위와 같은 주관적 요건과 손해의 발생, 인과관계 등 손해배상청구권의 성립에 필요한 추가적인 요건들을 주장, 입증하여야 한다.

35) 원래 copy는 복제를 뜻하는 개념이지만, 일반적으로 저작권침해요건을 논의함에 있어서 사용되는 용어로서의 copy는 복제 이외에도 공연, 방송, 2차적 저작물 작성 등 다른 행위유형을 포함하는 포괄적인 침해행위의 의미로 사용된다.

36) 원래 actionable의 사전적 의미는 “소를 제기할 수 있는”이다. 그러므로 actionable copying을 직역하면 “소를 제기할 수 있는 복제”이다. 하지만 actionable copying은 actual copying과 대응되는 개념이다. actual copying은 사실적 복제로서 그 자체만으로 막바로 위법하다는 평가를 받을 수 없는 복제를 지칭하는 반면, actionable copying은 사실적 복제 가운데에서도 권리침해가 인정되어 위법하다는 평가를 받을 수 있는 복제를 지칭한다. 이 논문에서는 actionable copying의 이러한 의미에 중점을 두어 이를 “위법한 복제”라고 번역하기로 한다.

타인의 저작물에 대한 현실적인 복제행위의 개념으로, 후자는 법적 책임이 부과되는 규범적 복제행위의 개념으로 파악한다.<sup>37)</sup> 사실적 복제는 타인의 저작물을 그대로 이용하거나 타인의 저작물에 의거하여 자신의 작품을 만드는 행위이다. 그러한 사실적 복제행위가 모두 저작권침해행위에 해당하는 것은 아니다. 예컨대 타인의 저작물의 표현을 복제한 것이 아니라 아이디어만을 복제한 경우, 또는 타인의 저작물의 표현을 복제하였으나 그 표현이 공유(public domain)의 영역에서 차용한 것이거나 창작성이 없는 경우 등에는 타인의 저작물에 대한 사실적 복제행위는 존재하지만 법적 책임이 부과되는 규범적 복제행위는 존재하지 않는다. 따라서 사실적 복제가 더 나아가 위법한 복제로 인정받기 위하여서는 저작권법에 의하여 보호받는 표현에 대한 실질적 유사성이 존재하여야 한다.

아래에서는 침해행위의 요건을 ① 저작권법에서 금지하는 행위유형의 존재 ② 의거관계 ③ 실질적 유사성의 순서로 나누어 좀 더 구체적으로 설명하기로 한다.

#### (1) 著作權法에서 禁止하는 行爲類型의 存在

우선 저작권침해행위는 피고의 “행위”를 전제로 하는 것이다. 이러한 행위는 저작권법에서 금지하는 유형의 행위라야 한다. 한편 저작재산권에 국한하여 보면, 저작권법에서는 저작재산권의 내용으로서 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 전시권, 배포권, 2차적 저작물 등의 작성권을 열거하고 있으므로, 저작권법에 의하여 금지되는 행위는 타인의 저작물을 복제·공연·방송·전송·전시·배포하거나 2차적 저작물 내지 편집저작물을 작성하는 행위이다. 따라서 단지 저작물을 열람하는 행위는 금지행위의 유형에 포함되지 않는다. 그러므로 저작권침해행위에 대한 주장·입증은 그 행위성에 대한 주장·입증으로부터 출발한다.

과거와 같이 침해행위유형이 단순하였을 때에는 이러한 행위성에 대한 주장·입증이 중요하지 않았지만 인터넷의 등장과 정보통신기술의 발달로 인하여 과연 특정한 행위가 위 금지행위유형 속에 포함되는 것인가에 관한 문제도 중

---

37) Nimmer, 전게서, §13.01, 13-8 내지 14면 참조.

요한 쟁점으로 떠오르는 경우가 종종 있다. 예컨대 우리나라 대법원에서는 인터넷 방송이 저작권법상 방송에 해당하는지 여부<sup>38)</sup>가 문제된 바 있고, 하급심에서는 P2P 사이트의 이용자들이 공유폴더에 음악파일을 저장하여 다른 이용자로 하여금 다운로드받을 수 있는 상태에 두는 것이 저작권법상 배포의 개념에 포섭되는지 여부,<sup>39)</sup> 음반을 컴퓨터압축파일로 변환한 후 이를 컴퓨터의 보조기억장치에 저장하는 행위가 음반의 복제에 해당하는지 여부,<sup>40)</sup> 음악청취 사이트의 개별적인 이용자들이 같은 시간에 동일한 내용의 음악청취 서비스를 받을 가능성이 있는 경우 방송에 해당하는지 여부<sup>41)</sup> 및 음악청취 사이트에서 이용자들이 선택한 곡에 해당하는 컴퓨터압축파일을 스트리밍 방식에 의하여 이용자의 컴퓨터에 전송하고 실시간으로 재생되도록 하는 것이 저작권법상의 배포에 해당하는지 여부<sup>42)</sup> 등이 문제된 바 있다.

---

38) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결. 이 판결에서 대법원은 ‘방송에는 일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 유·무선통신의 방법에 의하여 음성 등을 송신하는 것 뿐만 아니라 그와 달리 방송이 서버까지만 송신이 되고 일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 인터넷을 통하여 그에 접속하여 비로소 서버로부터 개인용 단말기까지 송신이 이루어지는 ‘인터넷 방송’과 같은 전송도 포함된다’라고 판시하였다. 그러나 이는 전송권의 개념이 도입되기 전에 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제 6134호로 개정되기 전의 것) 제2조 제8호의 ‘방송’ 개념을 확대해석한 것으로서 전송권이 인정되고 있는 현행 저작권법 하에서도 타당한 해석인지는 의문이다.

39) 이른바 소리바다 사건에서 이러한 쟁점이 존재하였는데, 1심(수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결)에서는 배포권침해가 긍정되었으나, 항소심(서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결)에서는 전송권침해가 성립하는 것은 별론으로 하고 배포권침해라고 할 수는 없다고 판시하였다.

40) 서울지방법원 2003. 9. 30. 자 2003카합2114 결정(확정). 법원은 음반을 컴퓨터압축파일로 변환하는 것은 변환 프로그램에 의하여 기계적으로 이루어지므로 창작성이 포함된다고 볼 여지가 없고, 변환된 컴퓨터압축파일이 컴퓨터의 보조기억장치에 저장되면 인위적인 삭제 등 특별한 사정이 없는 한 유형물에 고정되었다고 볼 만한 영속성을 지니게 되므로 그 파일저장행위도 음반의 복제에 해당한다고 판단하였다.

41) 위 결정 참조, 법원은 위와 같은 행위는 저작권법 제2조 제8호의 동시성의 요건을 충족하지는 못하여 방송에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

42) 위 결정 참조, 법원은 음악청취 사이트에서 이용자들이 선택한 곡에 해당하는 컴퓨터

## (2) 依據關係

### (가) 依據關係의 概念

의거(依據)는 어떠한 것에 의지하고 근거함을 의미한다. 한편 저작권침해가 성립하기 위하여서는 피고가 원고의 저작물의 존재를 인식하고 이에 근거하여 자신의 작품을 만들었다는 점, 즉 “의거관계”가 성립하여야 한다. 이는 의거관계를 요건으로 하지 않는 특허권침해와 구별되는 것이다. 한편 여기에서의 “의거”에는 원고의 저작물을 그대로 복제하는 경우와 같이 전적으로 원고의 저작물에 의존하는 경우 뿐만 아니라 원고의 저작물의 아이디어만을 참고하거나 표현의 일부분만 차용하는 경우도 포함된다. 또한 의거대상이 되는 원고의 저작물에는 저작물 자체 뿐만 아니라 그 복제물도 포함된다.<sup>43)</sup>

이처럼 저작권침해소송에서는 침해요건의 하나로서 의거관계가 요구되기 때문에, 피고가 원고의 저작물과 동일하거나 실질적으로 유사한 작품을 만들었다고 하더라도 피고가 원고의 저작물에 의거한 것이 아니라 독립적으로 그러한 작품을 만든 것이고, 그 동일성 또는 유사성은 단순한 우연의 일치에 불과하다면 저작권침해가 성립하지 않는다. 또한 양자 사이의 동일성 또는 유사성이 원고의 저작물에 의거한 결과가 아니라 원고와 피고 모두 제3의 공통소재를 이용한 데서 오는 결과라면 의거관계가 성립하지 않는다.<sup>44)</sup>

---

압축파일을 스트리밍 방식에 의하여 이용자의 컴퓨터에 전송하고 실시간으로 재생되도록 하는 것이 저작물의 원작품이나 그 복제물을 일반 공중에게 양도 또는 대여하는 것에 해당한다고 볼 수 없어 배포에 해당되지 않는다고 판단하였다.

43) 오승중, 이해완, 저작권법, 개정판, 박영사, 2001, 461면.

44) 1952년판 및 1961년판 ‘성경전서 개역한글판’의 저작권자인 재단법인 대한성서공회가 ‘하나님의 말씀 신구약성경’의 간행사업을 진행하던 한국성경공회를 상대로 제기한 저작권침해금지가처분사건에서 서울지방법원 북부지원은 “복수의 번역문이 존재하는 경우 그 번역의 기초로 된 원문이 동일한 것인 한 그 내용이나 용어 자체가 부분적으로 동일한 표현으로 이루어져 있는 것은 당연하므로 그것만으로 일방의 번역문이 다른 번역문을 복제한 것이라고 단정할 수는 없고, 어디까지나 저작물을 복제하는 경우라고 함은 기존의 저작물에 의거한 것일 뿐만 아니라 그 저작물의 내용 및 형체를 충분히 추지할 수 있도록 재제되어 그와 동일한 것이라고 볼 수 있을 때를 가르키고, 이러한 의거성 내지 동일성의 여부는 구체적으로 원문의 번역에 임하는 기본적 태도를 바탕으로 신중하게 판단하여야 한다.”라고 함으로써 공통의 소재에 기반한 작품 사이의 의거

#### (나) 主觀的 要件으로서의 依據關係

타인의 저작물에 의거하기 위하여서는 논리적으로 타인의 저작물이 먼저 저작되었어야 하고,<sup>45)</sup> 그 저작물의 존재를 인식하고 있었어야 한다.<sup>46)</sup> 그러므로 그 저작물의 존재를 인식하지 못하였다면 그것이 과실에 의한 것이라고 하더라도 의거관계는 성립하지 않는다.<sup>47)</sup> 이와 같이 원고의 저작물에 대한 인식을 요구한다는 특성 때문에 저작권침해행위의 요건 중 의거관계를 주관적 요건으로, 실질적 유사성을 객관적 요건으로 파악하기도 한다.<sup>48)</sup>

타인의 저작물의 존재를 인식하고 있다는 것은 이를 보거나 들었다는 것을 전제한다.<sup>49)</sup> 반드시 명백한 인식이 필요한 것이 아니라 잠재적 인식으로도 족하다. 특히 간결하고 마음에 쉽게 와닿는 음악저작물의 가락은 짧은 순간에도

---

관계 인정이 신중하게 이루어져야 함을 판시하였다(1997. 11. 5.자 97카합2072 결정). 다만 이 사건에서 법원은 의거관계는 일단 인정된 뒤 실질적 유사성을 부인함으로써 신청인의 가처분신청을 기각하였다. 그 이외에도 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결 (확정) 참조.

45) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결에서는 피고가 제작, 방영한 ‘유산’이라는 텔레비전 드라마의 각본이 원고가 작성한 ‘야망의 도시’라는 시나리오 작품의 저작권을 침해하였는가가 문제되었다. 그런데 서울고등법원은 ‘야망의 도시’가 완성된 이후 원고가 주위 사람들에게 그 복사본을 교부하기 이전에 이미 피고측에서 ‘유산’의 시놉시스를 완성하여 극본집필에 들어간 점을 들면서 ‘유산’의 기획이나 그 극본의 저작이 ‘야망의 도시’보다 그 뒤에 이루어졌다고 보기 어렵다고 판시하여 의거관계를 부정하였다(다만 위 법원은 더 나아가 실질적 유사성 여부에 대하여서도 판단하면서 결론적으로 저작권침해를 부정하였다).

46) 三山峻司, 松村信夫, 實務解説 知的財産權訴訟, 法律文化社, 2003, 474면.

47) 日 最高裁 1978(昭和 53). 9. 7. 판결 참조, 한편 이상경, 지적재산권소송법, 육법사(1998), 725면에서는 과실의 유무를 문제삼지 않는 이유로서, 저작권의 발생에 대하여는 무방식주의를 취하고 있고 특정 분야라고 하더라도 저작권이 존재하는 작품이 다수 존재할 수 있는데, 이러한 상태에서 주의의무를 부과하여 기존 저작물 전부를 조사할 의무를 부담시키는 것은 자유창달을 도모하여야 할 인간의 정신적 활동을 위축시키고 문화의 정체를 가져오기 때문이라고 설명한다.

48) 이상경, 전게서, 725면, 오승중 외 1, 전게서, 460면 이하.

49) 이상경, 전게서, 같은 면.

이를 듣는 사람의 마음 속에 새겨질 수 있으므로, 비록 침해자가 그 가락의 존재를 명시적으로는 기억하지 못하더라도 무의식 중에 자신의 작품을 만드는 데에 영향을 받은 경우에 주로 위와 같은 논리가 적용된다.<sup>50)</sup>

#### (다) 依據關係의 立證

##### 1) 接近可能性의 立證

의거관계는 피고가 자백하는 경우에는 그대로 인정되지만,<sup>51)</sup> 피고가 다투는 경우 원고는 이에 대한 직접증거와 간접증거 또는 정황증거에 의하여 증명할 수 있다. 하지만 피고가 원고의 저작물을 옆에 놓고 베끼는 행위를 직접 목격한 증인의 증언과 같이 의거관계에 관한 직접적인 증거를 수집, 제출하는 것은 현실적으로 대단히 어려운 일이다. 따라서 통상 피고가 원고의 저작물에 접근(Access)할 수 있었다는 정황증거를 제출함으로써 이를 입증한다.<sup>52)</sup> 즉

---

50) Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd, 420 F.Supp.177 (S.D.N.Y. 1976)에서는 George Harrison의 히트송인 "My Sweet Lord"가 Ronald Mack의 "He's So Fine"을 표절한 것인가가 문제되었는데, 이 사건에서 법원은 Harrison이 고의적으로 "He's So Fine"을 표절한 것으로는 보여지지 않지만 그 노래에 접근할 기회가 있었고 이를 통해 그의 잠재의식 속에 그 멜로디가 들어있었다는 점을 들어 저작권 침해를 인정하였다. 또한 ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd, 722 F.2d 988 (2d Cir, 1983)에서도 피고가 자신의 음악작품을 만들기 6년 전에 원고의 저작물에 접근할 기회가 있었는데, 비록 피고가 원고의 저작물이 자신의 음악작품의 원천이 되었다는 것을 선의로 잊어버렸다고 하더라도 그와 같은 선의의 복제 역시 저작권침해 행위를 구성할 수 있다고 판시하였다.

51) 피고의 자백이 담겨 있는 녹취서를 제출한 사안에 관한 판례로서 Lisa Frank, Inc. v. Impact Int'l Inc., 799 F.Supp. 980, 990 (D.Ariz. 1992) 참조.

52) 일반적으로 피고가 원고의 저작물을 보거나 복제할 수 있는 합리적인 기회가 있었다는 점(reasonable opportunity to view or opportunity to copy)이 밝혀지면 접근가능성이 인정되고 이에 따라 의거관계가 추정된다. 이러한 이유로 사실적 복제행위가 있었음을 나타내는 용어로서 우리나라 판례들이 사용하는 "의거"라는 용어 대신 "접근" 또는 "접근가능성"이라는 용어를 사용하는 문헌들도 있다(정상조 편, 지적재산권법강의, 이성호 부장판사 집필 부분 "저작권침해여부의 판단기준", 296면, 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004, 430면).

피고가 원고의 저작물을 접해서 현실적으로 읽거나 보거나 들은 경우 뿐만 아니라 피고가 원고의 저작물을 알고 있어서 그에 접근할 수 있는 구체적인 가능성<sup>53)</sup>이 있으면 의거관계가 추정된다.<sup>54)</sup> 컴퓨터프로그램의 경우 소스코드(source code)가 프로그램의 핵심적 표현 부분인데, 이를 직접 구하여 보지 않았다고 하더라도, 그 프로그램에 대한 접근가능성이 있고, 리버스 엔지니어링(reverse engineering) 등의 방법으로 그 프로그램의 소스코드를 추단할 수 있는 사정이 있다면 의거관계가 추정된다.<sup>55)</sup> 일반적으로 접근가능성은 원고의 저작물이 널리 알려져 있는 경우 더욱 높아진다.<sup>56)</sup> 하지만 당해 저작물이 피

---

53) 여기에서의 가능성은 합리적 가능성(reasonable possibility)을 의미한다. 따라서 이에 미치지 못하는 미미한 가능성(bare possibility)만으로 의거관계가 추정된다고 할 수 없다. M.S.R.Imports, Inc. v. R.E.Greenspan Co., 220 U.S.P.Q. 361, 371 (E.D.Pa. 1983).

54) 정상조, 전게서, 430면. 한편 소설 “텐산산맥”과 드라마 “까레이스키” 사이의 저작권 침해 여부가 다루어진 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결에서도 피고측의 드라마 “까레이스키”의 제작을 위해 작성된 1차 시놉시스는 원고의 소설 “텐산산맥”이 출간되기 전에 완성되었으므로 의거관계가 처음부터 성립될 여지가 없으나, 2차 시놉시스를 완성한 뒤 방송대본을 집필하고 실제 “까레이스키”가 제작될 시점에는 피고측의 연출가가 적어도 소설 “텐산산맥”의 존재를 이미 알고 있었다 할 것이어서 드라마 “까레이스키”는 소설 “텐산산맥”에 의거하여 그것을 이용하여 저작된 것으로 추정된다고 함으로써, 피고가 원고의 저작물의 존재를 알고 있었다는 사실로부터 저작권침해의 의거관계가 추정된다는 취지로 판시하였다. 같은 취지의 일본 판례로서 東京地裁 1998(平成 10). 11. 27. 선고 平5(ワ)11758호 판결(判例時報 1675호, 119면) ; 東京地裁 1999(平成 11). 1. 29. 선고 平10(ワ)21662호 판결(判例時報 1680호, 119면) 참조.

55) 그러한 의미에서 원고가 만든 프로그램의 원시코드를 구하여 볼 방법이 없었다는 점을 근거로 피고의 의뢰를 받은 제3자가 독자적으로 프로그램을 설계하였다고 판시함으로써 마치 의거관계가 부정되는 듯한 판시를 한 서울고등법원 1993. 6. 18. 선고 92나 64646 판결은 재고의 여지가 있다.

56) ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd., 722 F.2d 988 (2d Cir. 1983)에서 원고는 미국의 작곡가로서 그의 곡이 미국의 음반판매순위 1위를 차지하였고, 영국에서도 30위 안에서 들었는데, 피고는 영국의 작곡가로서 그 때로부터 6년 후 그의 작품을 만들었던 사안에 관하여, 원고 음악저작물이 널리 알려졌던 점을 이유로 피고의 원고 음악저작물에 대한 접근가능성을 인정하였다.

고의 주소지 소재 시(市)에서 이용가능하였다는 정도의 입증만으로는 접근가능성이 입증되었다고 보기 어렵다.<sup>57)</sup>

또한 피고의 관련자가 원고의 저작물에 접할 수 있었던 경우에는 피고의 접근가능성도 인정될 가능성이 많다. 따라서 예컨대 영화제작사의 전무와 영화감독에게 저작물이 전달된 경우에는 영화제작사 및 그 제작사의 실질적인 운영자 및 영화기획자 역시 그 저작물에 접근할 수 있는 구체적인 가능성이 있었다고 봄이 상당하다.<sup>58)</sup> 또한 공동제작자 중 1인에게 의거관계가 인정된다면, 이러한 점을 알고 있던 다른 공동제작자에게도 의거관계가 인정된다는 일본 판례<sup>59)</sup>도 있다.

하지만 접근가능성이 있었다고 하더라도 의거하지 않았다는 반증이 있다면 의거관계의 추정은 깨진다. 예컨대 국내의 시나리오 작가가 자신이 작성한 시나리오를 영화제작사인 드림웍스 및 스티븐 스피버그 등 그 설립자들에게 발송하였다가 반송된 사안에서, 그 시나리오가 ‘요청하지 않았음에도 발송된 자료의 어떠한 사항도 고려하지 않고, 읽지 않고 반송한다는 드림웍스의 엄격한 정책’을 알리는 서신에 동봉된 상태로 짧은 시간 내에 반송된 점, 드림웍스에는 1주일이 약 50건 정도의 ‘요청하지 않았음에도 발송된 자료’들이 배달되고 있는 점 등을 들어 의거관계를 부정한 하급심 판례<sup>60)</sup>도 있다.

사실상 같은 주체가 양 작품의 창작에 관여한 것으로 밝혀진다면 그 자체만으로 저작물에 대한 접근이 인정될 것이다.<sup>61)</sup>

## 2) 顯著한 類似性의 立證

피고가 원고의 저작물을 이용하지 않고서는 존재하기 어려운 고도의 유사성 또는 현저한 유사성(striking similarity)<sup>62)</sup>이 존재하는 경우<sup>63)</sup>에는 그 자

---

57) Ferguson v. National Broadcasting Co., 584 F.2d 111 (5th Cir. 1978).

58) 서울고등법원 2005. 2. 15.자 2004라362 결정(확정).

59) 東京高裁, 1996(平成 8). 4. 16. 선고 平5(ネ)3610호, 平5(ネ)3704호 판결(判例時報 1571호, 98면).

60) 서울중앙지방법원 2005. 6. 22. 선고 2003가합87723 판결(확정).

61) Smith v. Little, Brown & Co., 245 F.Supp.451 (S.D.N.Y. 1965).

체로 의거사실이 증명되었다고 볼 수 있다.<sup>64)</sup> 예를 들어 원고의 소설과 피고의 동화 사이에 주요 인물들의 설정과 상호관계, 상황 설정, 구체적 줄거리 및 사건의 전개과정, 구체적인 에피소드들이 현저히 유사하다면 동화의 소설에 대한 의거관계는 인정된다.<sup>65)</sup> 원고의 저작물이 지극히 개성적·독창적인 것이어서 본래 양자의 표현 사이에 유사성이 존재하기 어려운 경우에는 그 유사성의 정도가 높지 않아도 현저한 유사성으로 취급된다.<sup>66)</sup>

---

62) 이와 같은 현저한 유사성의 개념은 어디까지나 의거관계의 존재 여부를 판단하기 위한 것으로서 논리적으로 의거관계가 충족된 후에 판단하는 실질적 유사성의 개념과는 구별하여야 하는 것이다. 그러므로 실질적 유사성 대신 “현저한 실질적 유사성”을 저작권침해요건의 하나로 실시한 대법원 1997. 9. 29.자 97마330 결정(이 관례는 속독법 강의록의 저작권침해에 관한 것으로서 대법원은 속독법에 관한 양 작품의 서술의 순서나 용어의 선택 또는 표현방법 등 문장표현상의 각 요소가 현저하게 실질적으로 유사하여 원고의 작품의 재제 또는 동일성이 인식되거나 감지되는 정도에 이르지 아니하여 저작권침해가 발생하지 않았다고 실시하였다)은 위 두 가지 개념을 혼용한 것으로서 부적절하다고 보여진다.

63) John Autry, *Toward a Definition of Striking Similarity in Infringement Actions for Copyrighted Musical Work*, 37 J.Intell Prop.L. 113 (2002)에서는 현저한 유사성을 결정하는 세 가지 요소로서 양(Quantity), 창조성(Creativity), 독자성(Identity)를 들고 있다.

64) Nimmer, 전게서, §13.01, 13-13면, 또한 *Ferguson v. National Broadcasting Co., Inc.*, 584 F.2d 111(5th Cir. 1978) 판결에서는 “접근에 대한 증거없이도 원고는 두 작품이 단순히 실질적으로 유사한 정도가 아니라 독립적인 창작의 가능성을 배제할 정도로 현저하게 유사하다는 점을 입증함으로써 입증책임을 다할 수 있다”라고 판시하고 있다. 그 이외에도 *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421(9th Cir., 1987) 참조. 한편 국내에서는 일명 ‘여우와 솜사탕’ 사건에 관한 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결에서 원고의 대본과 피고의 대본 및 드라마 사이에는 유사한 상황에서 우연의 일치라고 하기에는 너무나 일치하는 미적 특수표현으로서의 대사들이 공통적으로 분포되어 있어 그 현저한 유사성이 인정된다고 하면서 이를 의거관계 인정근거의 하나로 거시한 바 있다.

65) 서울고등법원 2005. 7. 13. 선고 2004나86199 판결(2005. 10. 25. 현재 대법원 2005다44138호로 상고심 계속 중).

66) 강동세, *지적재산권의 형사적 이해*, 세창출판사, 2003, 206면 참조.

오류의 유사성 역시 현저한 유사성의 한 징표이다. 따라서 두 작품 사이의 의거관계가 있지 않고서는 우연하게 존재하기 어려운 공통의 오류(common errors)가 유사하게 나타난다면 의거관계가 추정된다.<sup>67)</sup> 또한 역설적으로 저작권침해의 의혹을 피하기 위하여 일부러 원고 저작물을 변형시킨 흔적이 발견된다면 이러한 비유사성이 오히려 의거관계를 추정하게 하는 근거가 될 수도 있다.<sup>68)</sup>

이러한 현저한 유사성을 의거관계의 인정근거로 삼음에 있어서는 저작물의 특성을 충분히 고려하여야 한다. 예컨대 저작물의 속성상 다양한 표현이 가능한 소설이나 시나리오, 회화와 같은 경우에는, 우연히 타인의 저작물과 유사할 가능성은 떨어지는 것이므로 이러한 유형의 저작물에 존재하는 현저한 유사성은 의거관계를 강하게 추인케 하는 정황이지만,<sup>69)</sup> 저작물의 속성상 유일하거나 제한된 표현만 가능한 지도와 같은 경우에는, 독립적으로 창작하더라도 타인의 저작물과 유사할 수 밖에 없는 특성을 가지고 있으므로, 현저한 유사성이 존재한다고 하여 막바로 의거관계가 인정되어서는 안 될 것이다. 예컨대 컴퓨터프로그램의 경우와 같이 원·피고 작품의 동일·유사성이 그 기능적 필요로 인해서 부득이하게 야기된 것이라면 그러한 동일·유사성만으로는 피고의 무단복제를 추정할 수 없다.<sup>70)</sup>

주의하여야 할 점은 여기에서의 유사성은 피고가 원고의 저작물을 참고하여 자신의 작품을 만들었는지, 즉 의거관계의 존재 여부를 판단하기 위한 도구적 개념이므로 침해판단기준으로서의 실질적 유사성의 개념과는 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 아이디어 간의 유사성까지도 포괄하는 개념이라는 것이다.

---

67) 서울민사지방법원 1988. 3. 18. 선고 87카53920 판결 참조.

68) Paul Goldstein, 전제서, 7:16면 ; Concord Fabrics, Inc. v. Marcus Bros. Textile Corp., 409 F.2d 1315, 1316 (2d Cir. 1969)에서는 양 작품에 나타난 비유사성은 피고가 얼마나 의도적으로 원고의 저작물을 베꼈는가를 강조할 뿐이라고 하여 이를 의거관계의 인정근거로 삼았다.

69) Association of American Medical Colleges v. Mikaelian. 571 F.Supp.144 (E.D.Pal 1983).

70) 정상조, 전제서, 431면.

일본 문헌이나 판례들 가운데에는 원고의 저작물의 창작성이 인정되는 표현부분에 의거할 것을 의거관계의 성립요건으로서 설명하는 것이 있으나,<sup>71)</sup> 이는 의거관계와 실질적 유사성이 별개의 요건임을 간과한 것으로서 잘못된 것이다. 한편 의거단계에서의 유사성 입증에 성공하였다고 하여 그것이 그 다음 단계인 실질적 유사성 판단에 곧바로 구속력을 미치는 것은 아니다.

이러한 유사성 개념의 차이점 때문에 미국의 Alan Latman 교수는 1984년 그의 논문<sup>72)</sup>에서 증명적 유사성(probative similarity)<sup>73)</sup>이라는 새로운 개념을 도입하면서, 이를 실질적 유사성(substantial Similarity)과 구별하여야 한다고 주장하였다. 즉 저작권침해소송에 있어서 유사성의 개념은 피고의 작품이 현실적으로 원고의 저작물에 의거하여 만들어졌는지를 판명하는 단계와, 그와 같은 행위가 위법한 침해행위에 해당하는가를 판명하는 단계에서 문제된다. 그런데 전자의 경우에 문제되는 유사성은 증명적 유사성이고, 후자의 경우에 문제되는 유사성은 실질적 유사성이라는 것이다. 두 가지 개념의 유사성 사이에서 발견되는 가장 큰 차이점은 증명적 유사성은 아이디어와 표현을 가리지 않고 존재하는 유사성인 반면에, 실질적 유사성은 저작권법의 보호를 받는 표현 사이의 유사성만을 지칭한다는 것이다.<sup>74)</sup> 이와 같은 증명적 유사성의 개념

71) 三山峻司, 松村信夫, 전게서, 475면, 東京高裁 1989(平成 1). 6. 20. 平元(ワ)327호 판결(判例時報 1322호, 138면), 東京地裁 1996(平成 8). 9. 30. 선고 平3(ワ)5651호 판결(判例時報 1584호, 39면); 著作権法·不正競争防止法 コメントール, 法學書院, 改訂 第2版, 2004, 146면 참조.

72) Alan Latman, Probative Similarity as Proof of Copying : Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement, 90 Colum. L. Rev. 1187, 1190(1990).

73) probative는 “증명하는” 또는 “시험하는”의 의미를 가지고 있다. 한편 probative similarity는 사실적 복제 또는 의거관계가 존재하는지 여부를 증명 또는 시험하는 단계의 유사성이다. 그러므로 “실질적 유사성”과 대비하여 볼 때 위 용어는 “증명적 유사성” 또는 “시험적 유사성”으로 번역할 수 있다. 다만 이 논문에서 설명하는 것처럼 저작권침해소송에 있어서 위와 같은 의미의 유사성은 의거관계를 입증하는 하나의 수단이므로 “증명적 유사성”이라고 번역하는 것이 더 적합하다고 생각한다.

74) 예컨대 원고의 저작물에 존재하는 불필요한 부분이나 오류, 모순 등이 피고의 작품에 그대로 존재한다면, 이러한 사정만으로 피고의 작품과 원고의 저작물 사이에 “실질적 유사성”이 인정된다고 하기는 어렵겠지만 적어도 피고가 원고의 저작물을 베꼈다는 의

은 두 가지 다른 단계에서 동일한 용어가 쓰이는 과정에서 발생할 수 있는 혼란을 방지하기 위하여 미국 연방항소법원의 여러 판례들<sup>75)</sup>에 의하여 받아들여지고 있다. 증명적 유사성의 개념은 의거관계와 실질적 유사성의 두 가지 단계에서 작용하는 유사성의 개념을 분명히 구별하여 주었다는 점에서 긍정적인 평가를 받을 수 있다. 그러나 실제로는 ‘현저한 유사성’과 ‘실질적 유사성’이라는 별도의 개념이 사용되어 왔으므로, 양 유사성의 개념이 상이하다는 것만 명확히 한다면 우리나라에서 굳이 다시 새로운 ‘증명적 유사성’이라는 용어를 사용하여야 할 필요성은 크지 않다고 생각한다.

### 3) 接近可能性과 顯著的 類似性의 相互關係

접근가능성과 현저한 유사성은 모두 의거관계를 판단함에 있어서 종합적으로 고려하여야 할 요소들이다.<sup>76)</sup> 의거관계를 입증하기 위한 접근가능성과 유

---

미에서 “증명적 유사성”이 인정될 수 있다. 이와 관련하여 *Williams Elecs., Inc. v. Arctic Int'l Inc.*, 685 F.2d 870, 876 (3d Cir. 1982), *Cybermedi, Inc. v. Symantec Corp.*, 19 F.Supp.2d 1070 (N.D.Cal.1998), *E.F.Johnson Co. v. Uniden Corp. of Am.*, 623 F.Supp.1485 (D.Minn.1985) 참조.

또한 양자 사이의 유사성이 이미 공유의 영역에 포함된 표현이어서 저작권법에 의하여 보호받는 표현 사이의 유사성이 존재하지 않는 경우에는 실질적 유사성은 존재하지 않지만 증명적 유사성은 여전히 존재할 수 있다. 이와 관련하여 *Laureyssens v. Idea Group Inc.*, 964 F.2d 131, 140 (2d Cir. 1992) 참조.

75) *Lotus Dev.Corp. v. Borland Int'l Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995) ; *Laureyssens v. Idea Group Inc.*, 964 F.2d 131, 140 (2d Cir. 1992) ; *Repp v. Webber*, 132 F.3d 882, 889 (2d Cir. 1997) ; *Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 137 (2d Cir. 1998) ; *Dam Things from Denmark v. Russ Berrie & Co.*, 290 F.3d 548, 562 (3d Cir, 2002) ; *Eng'g Dynamics, Inc. v. Structural Software, Inc.*, 26 F.3d 1335(5th Cir. 1994) ; *Gates Rubber Co. v. Bando Chem.Indus., Ltd.*, 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993) ; *Mitek Holdings, Inc. v. Arce Eng'g Co., Inc.*, 89 F.3d 1548 (11th Cir. 1996) 등 참조. *Nimmer*, 전제서, §13.01, 13-12면에서 인용.

76) 이른바 롯데사건에 대한 서울고등법원 1990. 6. 25.자 89라55 결정은 “후에 만들어진 저작물이 먼저 만들어진 저작물의 변형 내지 변경이라고 인정되기 위하여는 첫째, 후에 저작물을 만든 자가 저작물을 만드는 과정에서 먼저 만들어진 저작물을 보거나

사성의 입증정도는 서로 영향을 주고 받는다.<sup>77)</sup> 즉 양자 사이의 유사성이 강하면 강할수록 피고의 원고 저작물에 대한 접근가능성에 관한 입증부담이 완화되는 반면,<sup>78)</sup> 양자 사이의 유사성이 약하면 약할수록 그 입증부담은 높아지는 반비례관계가 존재한다.<sup>79)</sup> 그러므로 양자 사이의 유사성이 의거관계를 전제하지 않고서는 설명이 불가능할 정도로 현저할 때에는 접근가능성에 관한 아무런 입증이 이루어지지 않더라도 그 현저한 유사성의 존재 자체로 의거관계가 인정된다. 반대로 유사성의 정도가 낮아질수록 접근가능성에 대한 입증부담은 늘어나게 되고, 만약 양자 사이의 유사성이 전혀 없다면 접근에 관한 어떠한 증거를 제출한다고 하더라도 의거관계가 성립한다고 보기가 어려울 것이다.<sup>80)</sup>

#### (라) 依據關係와 實質的 類似性的 關係

이와 같이 타인의 저작물에 의존하여 작품을 만들었다는 의거관계는 저작권침해행위를 구성하기 위한 하나의 요건에 불과하다. 즉 타인의 저작물에 의거하였다는 행위 그 자체만으로 그것이 위법하다고 할 수 없다. 예컨대 타인의 저작물에 의거한 작품이라고 하더라도 그 저작물의 표현이 아닌 아이디어만 차용하였거나 표현을 차용하였다고 하더라도 실질적 유사성이 인정되지 않

---

이용할 수 있는 상황이었는지 여부와 둘째, 위 두 저작물이 외형상 객관적으로 보아 현저하게 유사한지의 여부 등을 종합적으로 판단하여야 한다”라고 판시하고 있다.

77) Montgomery Frankel, From Krofft to Shaw and Beyond, The Shifting Test for Copyright Infringement in the Ninth Circuit", 40 Copyright Law Symposium 429, 430 (1997).

78) Country Kids'n City Slicks, Inc., v. Sheen, 77 F.3d 1280 (10th Cir. 1996).

79) 홍길동 캐릭터의 상표권 및 저작권 침해가 문제되었던 서울지방법원 2002. 1. 11. 선고 2001가합4687 판결(확정)에서는 원고의 저작물과 피고 캐릭터들이 고전소설 홍길동전의 주인공 홍길동을 표현함에 있어 얼굴과 몸통의 비례, 캐릭터의 연령, 얼굴 모양, 표정, 인상 등이 상이한 점에 비추어 볼 때 원고가 제출한 증거만으로 의거관계가 인정되기에 부족하다고 판시하였다.

80) 물론 이는 어디까지나 이론적인 설명일 뿐이고 실제로 이처럼 양자 사이에 유사성이 없는 경우에는 애당초 저작권침해분쟁이 발생하지 않을 것이다.

는 경우에는 저작권침해에 해당하지 않는다. 그러므로 의거관계가 인정되더라도 그 외에도 과연 두 작품 사이에 침해가 인정될 정도의 실질적 유사성이 존재하는가를 살펴 보아야 하고, 실질적 유사성까지 인정될 때에 비로소 최종적으로 저작권침해라는 평가를 도출할 수 있는 것이다.

미국이나 우리나라의 판례들을 살펴 보면 대부분 의거관계를 먼저 판단한 뒤 실질적 유사성 판단으로 나아가는 경향을 보여 주고 있다.<sup>81)</sup> 일본에서는 두 요건이 병렬적인 관계에 있다고 하면서 개별적 사건에서 실질적으로 더욱 중요한 쟁점이 되는 요건부터 판단한다는 입장<sup>82)</sup>과 이에 반대하면서 의거관계요건을 먼저 판단하여야 한다는 입장<sup>83)</sup>이 있다.

논리적으로 보자면 의거관계와 실질적 유사성은 모두 저작권침해행위를 구성하는 동등한 요건이기 때문에 어느 한 요건이 반드시 다른 요건에 앞서서 판단되어야 하는 것은 아니다. 그러나 일반적으로 의거관계에 대한 판단이나 판결이유의 작성이 실질적 유사성에 비하여 더욱 간명하여 특히 원고의 청구를 배척하는 경우에는 이를 먼저 판단하는 것이 효율적일 수 있다. 의거관계를 먼저 판단하는 현재의 재판실무관행은 이러한 효율성의 측면에서 수긍할 수 있다.

### (3) 同一性 내지 實質的 類似性的 存在

#### (가) 實質的 類似性的 意義

피고가 원고의 저작물에 의거하여 자신의 작품을 만들었고, 그 작품이 원고의 저작물과 완전히 동일한 경우 당연히 저작권침해가 성립한다. 한편 피고가 원고의 저작물에 의거하였다고 하더라도 원고의 저작물과는 구별되는 새로운 작품을 만들었다면 저작권침해가 성립하지 않는다는 점 역시 이론의 여지가 없다. 문제는 의거관계가 존재하고, 원고와 피고의 작품이 동일하지는 않지

81) 다만 실질적 유사성을 의거관계보다 먼저 판단한 예도 발견된다. 서울중앙지방법원 2004. 11. 16. 선고 2002나40684 판결(확정) 참조.

82) 陸本英史, “著作權侵害の判斷について(上)”, 判例時報 1595호, 27면 ; 西田美昭, “複製權の侵害の判斷の基本的考え方”, 裁判實務大系 第27卷, 青林書院, 1997.

83) 光石俊郎, “著作權法の依據におけるついて”, 知的財産權の現代的課題 : 本間崇先生還曆記念, 信山社, 1995.

만 유사한 경우이다. 유사하다는 것 사이에도 그 정도의 차이가 매우 크므로 두 작품이 유사하다고 하여 항상 저작권침해가 성립하는 것은 아니다. 저작권 침해책임을 부과하는 것이 저작권 제도의 취지에 부합할 정도로 피고의 작품이 원고의 저작물과 충분히 유사하여야 하는데, 이러한 정도의 유사성을 “실질적 유사성”이라고 한다.<sup>84)</sup> 요컨대 피고가 원고의 저작물에 의거하여 자신의 작품을 만들었고, 그 작품과 원고의 저작물이 실질적으로 유사하다는 점이 확정되면 저작권침해가 성립한다.<sup>85)</sup> 저작물에의 접근 내지 의거는 저작권침해과정을 밝히기 위한 증거법적 성격의 기준이고, 실질적 유사성은 침해결과가 저작권법의 범목적에 비추어 허용될 수 없는 것을 밝히기 위한 실체법적 기준이라고 말할 수 있다.<sup>86)</sup>

실질적 유사성은 법적 평가라기보다는 사실인정의 문제에 해당하지만, 그

84) 일본에서는 복제는 기존 저작물을 재제(再製)하는 것으로서 기존 저작물과 동일성이 인정되어야 하는 것이므로, 복제권침해가 인정되기 위한 요건으로서는 실질적 유사성의 개념보다는 동일성 또는 실질적 동일성의 개념을 사용하는 것이 적절하다는 견해가 있다(西田美昭, “複製權の侵害の判斷の基本的考え方”, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 靑林書院, 1997, 131면, 이러한 용어를 사용한 논문으로서 陸本英史, “著作權侵害の判斷について(上)”, 判例時報, No 1595, 26면 참조). 이는 복제권침해에 국한하여 볼 때에는 타당한 설명이라고 할 것이나, 2차적 저작물작성권 침해까지 포괄하는 개념으로서는 실질적 유사성이 더 유용하다고 생각한다. 또한 저작인격권 중 동일성유지권과 관련하여서도 ‘동일성’이라는 개념이 사용되고 있는바, 이 경우 기존 저작물에 변형이 가하여지면 더 이상 ‘동일성’이 유지되지 못하여 동일성유지권이 침해되는 것이므로, 기존 저작물에 변형이 가하여졌으나 2차적 저작물 작성에 이르지 못한 경우, 즉 복제권침해의 경우에도 ‘동일성’이 있다고 표현하기보다는 ‘실질적 유사성’이 있다고 표현하는 것이 더 적합하다.

85) 이와 같이 실질적 유사성은 일반적으로 원고의 저작물과 피고의 작품 사이의 상호관계에서 문제된다. 하지만 원고가 자신의 저작물이라고 주장하는 작품에 창작성이 인정되는가와 관련하여, 이미 공유의 영역에 있는 제3의 작품과 원고의 작품의 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우도 있다. 만약 원고의 작품이 제3의 작품과 실질적으로 유사하다면 원고의 작품에 창작성을 인정할 수 없어 원고의 청구가 기각되거나, 2차적 저작물로 인정되더라도 실질적으로 유사한 한도 내에서는 저작권법의 보호를 받지 못할 것이다.

86) 정상조, “창작과 표절의 구별기준”, 서울대 법학 제44권 제1호(2003), 113면.

본질에 있어서는 구체적이고 세부적인 사실관계에 대한 평가를 통하여 확정된다는 점에서 불확정개념에 해당한다.

#### (나) 實質的 類似性的 適用範圍

실질적 유사성의 범리는 저작권뿐만 아니라 저작인접권 및 데이터베이스제작자의 권리에도 그대로 적용된다. 저작권법 제4장의 규정들에 의하여 저작인접권의 대상으로 보호받는 실연·음반·방송이나 제4장의2의 규정들에 의하여 보호받는 데이터베이스는 이를 동일하게 이용한 경우 뿐만 아니라 실질적으로 유사하게 이용한 경우에도 권리침해가 성립한다.

출판권의 경우는 조금 차원을 달리한다. 출판권의 목적인 저작물의 전부를 그대로 복제하는 경우에는 당연히 출판권침해가 성립한다. 저작물 중 일부만 그대로 복제한 경우에는 어떠한가? 이에 관하여 대법원은, 저작권법 제54조 제2항에서 "출판권을 설정받은 자는 그 설정행위에서 정하는 바에 따라 그 출판권의 목적인 저작물을 '원작 그대로' 출판할 권리를 가진다."고 규정하고 있는 바, 여기서 '원작 그대로'라 함은 원작을 개작하거나 번역하는 등의 방법으로 변경하지 않고 출판하는 것을 의미할 뿐 원작의 전부를 출판하는 것을 의미하는 것은 아니고, 침해자가 출판된 저작물을 전부 복제하지 않았다 하더라도 그 중 상당한 양을 복제한 경우에는 출판권자의 출판권을 침해하는 것"이라고 판시하고 있다.<sup>87)</sup>

그런데 출판권의 목적인 저작물에 변형을 가하여 유사한 형태로 이용하는 경우는 어떠한가? 이 경우 실질적 유사성이 인정된다면 저작권침해가 성립하는 것은 물론이다. 그러나 나아가 출판권침해도 성립하는가가 문제된다. 출판권은 타인의 저작물을 복제하여 배포할 수 있는 권리이다. 그러므로 복제권이 침해된 경우에는 출판권도 침해되었다고 보는 것이 타당하다. 한편 복제권 침해는 저작물에 사소한 변경을 가한 경우에도 발생한다. 따라서 타인의 출판물에 사소한 변경을 가하여 출판하는 것도 출판권 침해에 해당한다고 볼 것이다.<sup>88)</sup> 하지만 출판권자에게 2차적 저작물을 출판할 권리까지 주어진 것은 아

---

87) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001도3115 판결.

88) 서울지방법원 서부지원 2002. 3. 27. 선고 2001가합3917 판결(확정) 참조.

니다. 그러므로 그 변경의 정도가 2차적 저작물 작성의 정도에 이르렀다면 출판권 침해는 발생하지 않는다. 대법원 역시 원작의 동일성을 손상하는 정도로 원작을 변경하여 출판하는 때에는 저작자의 2차적 저작물 작성권 침해에 해당할지언정 출판권자의 출판권 침해는 성립되지 않는다고 판시하였다.<sup>89)</sup> 요컨대 출판권 침해는 실질적 유사성이 인정되는 경우 중 복제권 침해시에만 발생하고 2차적 저작물 작성권 침해시에는 발생하지 않는다.

#### (다) 實質的 類似性의 判斷

저작권에 의하여 보호되는 것은 아이디어가 아니라 창작성있는 표현이므로, 저작권침해요건으로서의 실질적 유사성을 판단함에 있어서도 원고의 저작물의 창작적인 표현 부분과 피고의 작품을 비교하여 결정한다. 우리나라 대법원 판례<sup>90)</sup>는 “저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 되지 않는 것이므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 할 것이며”라고 판시하여 이를 분명히 밝히고 있다.<sup>91)</sup>

이와 같은 실질적 유사성 판단기준에 의하면, 실질적 유사성을 판단함에

---

89) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다47782 판결.

90) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 등 다수.

91) 대법원 판결이유에서는 이를 “두 저작물 사이에”라고 표현하고 있고 실제로도 당해 사건에서는 드라마 까레이스키의 극본이 소설 텐산산맥의 저작권을 침해하지 않는 것으로 결론이 내려졌다. 하지만 비교대상의 하나가 저작물이고 다른 하나는 아무런 창작적 요소의 부가없이 단지 사소한 수정만 가한 실질적인 복제물에 불과하다면, 그 복제물은 창작성이 결여되어 있어 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”을 의미하는 저작물의 개념(저작권법 제2조 제1호 참조)에 포함되기 어렵다. 그러므로 실질적 유사성에 관한 일반론을 설시함에 있어서 “두 저작물 사이에”라는 표현을 쓴 것은 적절하지 않다.

있어서는 ① 창작적인 표현형식과 그렇지 아니한 부분(아이디어)을 구분하는 작업과 ② 창작적인 표현형식과 피고의 작품을 비교하여 실질적으로 유사한지 확정하는 작업이 병행되어야 한다. 실제로는 아이디어와 표현을 구분한다거나 원고 저작물의 표현 부분과 피고 작품 사이에 실질적 유사성이 존재하는지를 확정하는 것은 대단히 어려운 작업이다. 또한 이 두 작업의 논리적 선후관계나 결합방식에 관하여는 여러 가지 미묘한 문제가 발생하는데, 이 문제에 대하여는 나중에 실질적 유사성 판단의 방법론과 관련하여 상세하게 다루기로 한다.

실질적 유사성은 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우인 이른바 ‘포괄적·비문자적 유사성’(comprehensive nonliteral similarity)과 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 유사성이 인정되는 경우인 이른바 ‘부분적·문자적 유사성’(fragmented literal similarity)으로 구분하기도 한다.<sup>92)</sup> 위에서 살펴 본 아이디어와 표현의 구분이나 유사성 정도의 판정은 포괄적·비문자적 유사성의 경우에 더욱 문제된다. 이러한 이유로 실질적 유사성 판단기준론에 있어서 더욱 중요한 비중을 차지하는 것은 포괄적·비문자적 유사성이다.

#### (라) 剽竊과의 關係

참고로 타인의 저작물과 실질적으로 유사한 작품을 만들어내는 것을 ‘표절(剽竊, plagiarism)’이라고 하기도 한다. 표절은 일반인들에 의하여 저작권침해와 거의 유사한 의미를 가지고 널리 사용되고 있다. 한편 저작권심의조정위원회가 발간한 저작권표준용어집<sup>93)</sup>에서는 표절에 관하여 “다른 사람의 저작물의 전부나 일부를 그대로 또는 그 형태나 내용에 다소 변경을 가하여 자신의 것으로 제공 또는 제시하는 행위를 의미한다. 표절은 사기행위의 일종이며, 저작권 보호를 받는 저작물의 경우에는 또한 저작권침해가 된다.”라고 설명하고 있다.

---

92) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-29면.

93) 저작권심의조정위원회, 저작권표준용어집(1993), 89면.

하지만 표절은 위장하거나 은폐한다는 뉘앙스를 강하게 풍기는 개념으로서,<sup>94)</sup> 위법한 행위로서의 의미보다는 도덕적 비난가능성이 높은 행위로서의 의미가 강하다.<sup>95)</sup>

표절이 곧 저작권침해가 될 가능성이 많지만, 저작권에 의하여 보호받는 표현의 모방 뿐만 아니라 저작권에 의하여 보호받지 못하는 아이디어의 모방 역시 넓은 의미의 표절로 이해되고 있고, 저작재산권 보호기간이 만료한 저작물을 그대로 베끼는 경우도 표절의 범주에 포함시킬 수 있으므로, 표절행위가 있다고 하여 반드시 저작권침해가 성립하는 것은 아니다. 그러므로 엄밀히 말하자면 표절은 실질적 유사성을 대체할 수 있는 용어가 아니다. 이처럼 표절은 저작권법에서 사용하는 용어는 아니지만 주로 당사자들의 주장이나 사실관계의 설사와 관련하여 이 용어를 사용하고 있는 판례들<sup>96)</sup>도 발견된다.

## 2. 被告의 主張, 立證事項

원고가 저작권의 존재 및 저작권의 침해사실을 모두 주장, 입증하더라도, 피고는 다음과 같은 사항을 주장(항변), 입증함으로써 저작권침해책임으로부터 벗어날 수 있다.

### 가. 著作物의 利用許諾 및 法定許諾

#### (1) 利用許諾

저작재산권자는 저작물에 대한 독점적·배타적 이용권을 가지므로 타인이

---

94) 김수현, “예술작품에 대한 표절판정의 논리”, 미학 Vol 18., 한국미학회, 1993, 42면.

95) 영어로 표절을 의미하는 plagiarism의 접두어인 “plagi-”는 그 어원이 “도덕적으로 부정한, 잘못된”이라는 뜻이다. 이상연, “표절과 그 패러다임에 관한 연구 - 어문저작물을 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문(1999), 24면 참조.

96) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카4342 판결. 다만 이 판결도 그 이유를 자세히 읽어 보면 표절이라는 용어에 법적인 의미를 두어 사용한다고 보여지지는 않는다. 이 판결에서는 원저작물과 거의 동일하게 복제하는 행위를 이른바 도작 또는 표절이라고 파악하고 있다. 그 이외에 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결 ; 서울고등법원 1987. 8. 21. 선고 86나1846 판결 ; 서울서부지방법원 2004. 6. 28.자 2004카합271 결정 등 참조.

자신의 저작물을 복제·공연·방송·전송·전시·배포하거나 2차적 저작물 또는 편집 저작물을 작성하는 방법으로 이용하는 것을 금지할 수도 있으나 반대로 타인이 자신의 저작물을 이용하도록 허락할 수 있고, 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다. 이용허락은 복수의 이용자들에게 중첩적 허락이 가능한 비배타적 이용허락(non-exclusive license)과 특정한 이용자에게만 이용허락을 하는 배타적 이용허락(exclusive license)이 있는데, 어떠한 유형의 이용허락이라고 하더라도 이용자가 저작권자에게 그 이용의 정당함을 주장할 수 있다. 따라서 피고가 저작물의 이용허락을 받았다면 그 저작물을 정당하게 이용할 수 있으므로, 이에 기하여 자신의 저작물 이용이 저작권침해에 해당하지 않는다는 항변을 할 수 있다.<sup>97)</sup>

타인의 저작물의 이용허락을 받았는데, 그 저작물의 실질적 유사성이 해쳐지지 않는 범위 내에서 변형을 가하여 이용한 경우는 어떠한가? 이는 이용허락계약의 해석에 달려 있는 문제이지만, 일반적으로 저작재산권 침해가 성립한다고 보기는 어렵겠으나 저작인격권으로서의 동일성유지권 침해가 성립될 가능성이 크다.

---

97) 일반적으로 원고가 피고에게 저작물 이용을 허락하였고, 피고가 그 저작물을 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 이용한 것이 명백하다면, 원고와 피고 사이에 저작권침해분쟁이 생길 가능성은 미미하다. 하지만 이용허락이 존재하는지 여부가 다투어지거나, 이용허락이 존재한다고 하더라도 그 범위가 어떠한지 여부가 다투어지는 경우에는 저작권침해분쟁이 생길 수 있다. 이 때 피고는 이용허락이 존재할 뿐만 아니라 자신의 이용이 그 허락의 범위 안에 포함된다고 항변하면서 이에 관한 증거방법을 제출하게 된다. 특히 문제가 되는 것은 이용허락의 범위인데, 이는 이용허락약정의 합리적인 해석을 통하여 그 범위를 확정하여야 할 것이다. 예컨대 대법원은 기존의 LP 음반에 의한 음악저작물의 이용허락의 범위 내에 그 당시에는 존재하지 않았던 새로운 매체인 CD 음반에 의한 이용도 포함된 것인가에 관하여 이를 적극적으로 해석하였고(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결), 노래방기기 제작업자에 대한 음악저작물의 이용허락의 범위 안에 그 노래방기기를 구입한 노래방영업자가 일반공중을 상대로 거기에 수록된 저작물을 재생하여 주는 방식으로 이용하는 것에 대한 허락까지 포함된 것인가에 관하여는 이를 소극적으로 해석하였다(대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결).

## (2) 法定許諾

저작권자의 이용허락을 받지 못하면 저작물을 이용할 수 없는 것이 원칙이지만, 공공의 관점에서 볼 때 저작권자가 이용허락을 하지 않더라도 적절한 대가를 지급하거나 공탁하고 일반 공중으로 하여금 저작물을 이용할 수 있게 하는 것이 바람직한 때에는 예외적으로 그와 같은 방법으로 저작물을 이용할 수 있게 하는 제도가 법정허락제도이다. 법정허락을 얻은 경우에도 저작물을 이용할 수 있으므로 이를 항변사유로 삼을 수 있다.<sup>98)</sup>

### 나. 出版權의 設定

저작권법 제54조 제1항은 저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자는 그 저작물을 인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행하고자 하는 자에 대하여 이를 출판할 권리를 설정할 수 있고, 제2항은 출판권을 설정받은 자는 그 설정행위에서 정하는 바에 따라 그 출판권의 목적인 저작물을 원작 그대로 출판할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 이러한 출판권설정계약은 일종의 준물권적인 계약으로서 채권적 성질을 가지는 이용허락계약과 구별된다. 출판권설정이 이루어지게 되면 출판권자는 그 설정계약의 취지에 따라 저작물을 출판할 권리를 가지게 되므로 출판행위로 인한 저작권침해가 성립되지 아니하고, 저작권자가 저작권침해를 주장할 경우 이에 기하여 항변할 수 있다.

### 다. 著作物의 自由利用

저작권법 제1조에서 명시하고 있는 것처럼 저작권법은 비단 저작자의 권리

---

98) 우리나라 저작권법에서는 누구든지 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우(제47조 제1항), 공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하고자 하는 방송사업자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 경우(제48조), 판매용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과한 경우 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 판매용 음반을 제작하고자 하는 자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 경우(제50조)에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관의 승인을 얻은 후 문화관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 이를 이용할 수 있다고 규정하고 있고, 실연·음반 및 방송의 이용에 관하여도 이를 준용하고 있다(제72조의 2).

보호 뿐만 아니라 일반 대중에 의한 저작물의 공정한 이용도 함께 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 최종 목적으로 하고 있다. 이와 같은 저작권법의 기능 때문에 저작권법에 의하여 보호되는 저작권은 비록 물권과 비슷한 성격을 가지고 있지만 소유권처럼 원칙적으로 아무런 제한이 가하여지지 않는 권리가 아니다. 저작권법의 최종 목적인 문화의 향상발전을 위하여 비록 저작권으로 보호되는 저작물이라고 하더라도 일반 대중이 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다면, 그 범위 내에서 저작재산권은 제한되는 것이다.

우리 저작권법은 이를 제6절 저작재산권의 제한 편(編)(제22조 내지 제35조)에서 다루고 있다. 재판절차 등에서의 복제(제22조), 학교교육목적 등에의 이용(제23조), 시사보도를 위한 이용(제24조), 공표된 저작물의 인용(제25조), 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제26조), 사적 이용을 위한 복제(제27조), 도서관 등에서의 복제 등(제28조), 시험문제로서의 복제(제29조), 시각장애인 등을 위한 복제(제30조), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(제31조), 미술저작물 등의 전시 또는 복제(제32조), 번역 등에 의한 이용(제33조)이 자유이용으로 열거된 유형들이다.

다만 우리나라 저작권법에서는 미국 저작권법 제108조의 공정이용(fair use) 조항과 같은 일반조항을 두고 있지 않으므로, 피고로서는 단지 자신의 저작물이용행위가 공정하다는 사유만으로 항변할 수는 없고, 저작권법에 규정된 구체적인 사유를 들어 자신의 저작물 이용행위가 저작권침해에 해당하지 않는다고 항변하여야 한다.

저작물의 자유이용에 기한 항변은 논리적으로 원고의 주장·입증사항인 실질적 유사성이 인정된 이후에 행하여진다. 따라서 저작물의 자유이용과 실질적 유사성은 양립가능하다. 예를 들어 패러디가 저작권법 제25조에 기하여 저작권침해가 아닌 것으로 판단되더라도 패러디와 원저작물 사이의 실질적 유사성의 존재 자체가 부정되는 것은 아니다.

만약 실질적 유사성의 요건을 엄격하게 해석하여 이 단계에서 저작권침해 청구를 배척하는 비율이 높아진다면 자유이용항변의 비중은 낮아진다. 반대로 실질적 유사성의 요건을 너그럽게 해석한다면 자유이용항변이 차지하는 비중은 높아진다. 이는 창작성과 실질적 유사성의 관계에 있어서와 마찬가지로이다.

결국 창작성 - 실질적 유사성 - 자유이용의 관계는 저작권침해소송에 있어서 저작권의 보호범위를 설정하는 세 가지 관문으로서 어느 한쪽의 부담이 높아지면 다른 쪽은 낮아지는 관계에 있다.

#### 라. 著作財産權의 保護期間 經過

일단 원고의 작품이 저작물로 인정된다면 저작권법에 의한 보호가 주어지는 것이 원칙이다. 그러나 저작권 중 저작재산권은 보호기간이 법으로 정해져 있다. 저작재산권은 원칙적으로 저작자(공동저작물의 경우 가장 마지막에 사망하는 저작자)가 생존하는 동안과 사망 후 50년간 존속한다. 한편 저작자의 사망시기를 정확하게 알 수 없는 무명(無名) 또는 이명(異名) 저작물, 단체가 저작권의 귀속주체가 되는 단체명의 저작물 및 복수의 저작자나 실연자 등이 존재하는 영상저작물의 경우에는 저작물의 공표시로부터 50년간 존속하는 것이 원칙이다.

위와 같은 저작재산권 보호기간이 경과한 경우에는 당해 저작물은 공유의 영역에 속하게 되어 저작자 또는 그로부터 권리를 양수한 자는 더 이상 유효한 저작권을 주장할 수 없다.

이 때 원고의 저작물에 대한 저작재산권의 보호기간이 경과하였는지 여부에 관한 주장, 입증책임은 누가 부담하는가가 문제된다. 전통적인 법률요건분류설에 의하면 권리의 존재를 주장하는 자는 요증사실(要證事實) 중 권리근거규정의 요건사실에 대하여 입증책임을 지는 반면, 권리의 존재를 다투는 상대방은 권리장애규정, 권리멸각규정, 권리저지규정의 각 요건사실에 대하여 입증책임을 진다.<sup>99)</sup> 한편 저작자가 당해 저작물을 창작하게 되면 저작권을 취득하므로 그 사실이 권리근거사실이 되는 반면, 일단 발생한 저작권 중 저작재산권은 보호기간이 경과하면 소멸하게 되므로 그 사실은 권리멸각사실에 해당한다. 따라서 저작재산권의 보호기간이 경과하여 그 권리가 소멸하게 되었다는 사실은 권리멸각규정의 요건사실로서 피고가 항변, 입증하여야 할 사항이다.<sup>100)</sup>

99) 이시윤, 민사소송법, 신정4판, 박영사, 510면.

100) 青柳吟子, '著作權訴訟の要件事實', 裁判實務大系 27, 青林書院, 1997, 47면.

실제 소송에서 저작권재산권의 보호기간이 경과된 저작물이 문제되는 경우는 흔하지 않기 때문에 당해 저작물이 저작권재산권 보호기간 내에 있다는 점에 관하여는 쌍방 사이에 아무런 다툼이 없는 경우가 대부분이다. 만약 이 점이 다투어진다면 언제 저작물이 창작되었는가, 즉 보호기간의 기산점의 문제가 실제 쟁점이 될 가능성이 많다.

#### 마. 著作權의 拋棄

피고는 원고가 저작권을 포기하였다고 항변할 수 있다. 다만 원고가 저작권을 포기하였다고 보기 위하여서는 저작권자인 원고가 대외적으로 저작권을 포기한다는 의사를 명시적인 방법으로 표시하여야 하는데, 현실적으로 저작권의 포기가 이루어지는 경우는 거의 없다. 또한 실제로 저작권 포기가 이루어졌다면 소송에 이를 가능성도 거의 없다. 따라서 실제 소송에서 원고의 저작권 포기가 쟁점이 되는 경우는 드물다. 인터넷에 자신의 저작물을 업로드하여 불특정 다수인으로 하여금 이용할 수 있게 하는 경우에도 그러한 사정만으로 저작권을 포기하였다고 인정할 수는 없다.

#### 바. 著作權의 濫用

저작권 남용의 항변은 저작자에게 부여된 독점적 권리를 본래 목적범위를 넘어서서 공익에 반하는 의도로 행사하는 것은 허용되지 않는다는 내용의 항변이다.<sup>101)</sup> 미국에서는 원래 특허권의 남용법리가 발달되어 오다가,<sup>102)</sup> Lasercomb America, Inc. v. Reynolds<sup>103)</sup> 판결에서 처음으로 저작권남용의 항변이 인정되었다. 이 사건에서 법원은 소프트웨어 저작권자가 그 소프트웨어의 이용허락계약을 체결하면서 이용자에게 향후 100년간 당해 소프트웨어와 경쟁적인 소프트웨어의 제작을 금지한다는 부담을 지우는 것은 반경쟁적 행위로서 저작권의 남용에 해당한다고 판시하였다. 그 이후 Practice

---

101) Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, Copyright (6h ed. 2003), 835-836면.

102) 특허권의 남용법리가 처음 등장한 것은 Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger, 314 U.S. 488 (1942) 판결이다.

103) 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990).

Management Information Corp. v. American Medical Ass'n 판결<sup>104)</sup>에서도 법원은 각 의료절차를 번호로 표시한 분류표에 관한 저작권자인 미국의료연합(American Medical Association, AMA)이 연방보건재정국(Health Care Financing Administration, HCFA)에 위 분류표의 이용허락을 하는 대가로 HCFA가 AMA의 분류표 이외에는 다른 어떠한 분류표를 사용할 수 없게 하는 약정을 체결한 것에 관하여, 이는 불공정한 반경쟁적 방법으로 저작권을 행사한 것으로서 저작권의 남용에 해당한다고 판시하였다.<sup>105)</sup>

지적재산권의 남용을 주로 불공정거래행위와 결부시켜 파악하고 있는 미국과 달리 우리나라에서는 저작권 남용의 항변을 민법상 권리남용 항변의 연장선상에 놓고 파악한다. 우리나라 대법원에서는 민법상 권리남용항변이 인정되기 위하여서는 주관적으로는 그 목적이 오로지 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는데 있고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된 경우라야 한다는 태도를 취하고 있다.<sup>106)</sup> 이와 같이 민법상 권리남용항변이 엄격한 요건 하에서 예외적으로만 인정되므로, 저작권의 남용항변 역시 현실적으로 받아들여지는 경우가 거의 없다. 저작권의 남용에 관하여 직접적으로 판단한 대법원 판례는 찾아 볼 수 없으나, 저작권 내지 저작인접권의 남용에 관한 항변을 배척한 하급심 판례들은 여러 개 찾아 볼 수 있는데 여기에서는 모두 민법상 권리남용의 요건을 그대로 원용하여 판단의 기준으로 삼고 있다.<sup>107)</sup>

---

104) 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).

105) 그 이외에도 저작권남용에 관한 대표적인 판례들로서 Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc., 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999) ; Assessment Technologies of Wisconsin, L.L.C. v. WIREdata, Inc. 350 F.3d 640 (7th Cir. 2003) 등이 있다.

106) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카2472 판결, 1987. 10. 26. 선고 87다카1279 판결 ; 1994. 11. 22. 선고 94다5458 판결 등. 이와 같이 객관적 요건과 함께 주관적 요건을 권리남용의 요건으로 들고 있는 대법원 판례의 태도를 비판하는 입장으로서 박윤직, 민법총칙, 신정판(2001), 103면 참조.

107) 예컨대 수원지방법원 성남지원 2004. 7. 22. 2004카합125 결정은 다수의 음악저작물에 관한 저작권을 신탁받은 사단법인 한국저작권협회가 신청인이 되어, 클릭박스라는 인터넷 음악사이트를 통하여 스트리밍 또는 다운로드 방식으로 음악저작물파일을 서비스하는 주식회사 예당엔터테인먼트를 피신청인으로 하여 저작권침해금지가처분을 신청

저작권자가 저작권침해사실이 발생하였음을 알고도 장기간 권리행사를 방치하고, 상대방은 권리가자가 저작권을 행사하지 않는 것으로 오인하여 상당한 투자를 하게 되어 나중 시점에서 저작권침해를 주장하는 것이 상대방에게 손해를 입히게 되는 경우, 저작권자가 저작물상 보호되는 저작권 행사를 하지 않겠다는 의사를 표시하는 공공연한 행위를 하였음에도 이에 반하여 나중에 권리행사를 하는 경우 등에 인정되는 실효의 항변<sup>108)</sup>도 넓

---

한 사건에 관한 것인데, 그 소송과정에서 피신청인은 여러 가지 주장들 중의 하나로서 신청인이 피신청인의 편집앨범 제작과 관련한 소송이 계속 중이라는 이유로 이 사건 각 가요에 관하여 부당하게 그 사용을 거부하고 있어 저작권에 기한 신청인의 이 사건 신청은 권리남용에 해당한다고 주장하였으나, 법원은 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 하려면 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다고 전제한 뒤, 피신청인이 주장하는 위와 같은 사정만으로는 신청인의 권리행사가 권리남용에 해당한다고 보기 어려우므로, 피신청인의 위 주장을 배척하였다. 또한 서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2114 결정(서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2151 결정 ; 서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2660 결정도 모두 신청인을 달리하여 벅스 주식회사를 피신청인으로 한 음반복제등금지가처분사건에 관한 결정으로서 위 결정과 동일한 취지의 주장과 판단이 이루어졌다)은 저작인접권신탁관리업자인 사단법인 한국음원제작자협회가 신청인이 되어, 인터넷 음악사이트를 통하여 신청인이 저작인접권을 가지는 음악 저작물을 비롯한 다수의 음악저작물에 대하여 스트리밍서비스를 제공하는 벅스 주식회사를 피신청인으로 하여 음반복제등금지가처분을 신청한 사건인데, 이 사건에서도 피신청인은 이 사건 신청이 인용될 경우 신청인이 실질적으로 얻는 이익은 적는데 비해 피신청인이 입는 불이익은 현저하게 크다는 점에서 복제권 침해를 이유로 한 신청인의 방해배제청구가 권리남용에 해당한다고 주장하였으나, 법원은 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다 할 것인데, 기록상으로는 신청인의 청구가 그 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있고 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼만한 사정에 대한 소명이 부족하다고 하여 그 주장을 배척하였다.

은 의미의 저작권 남용의 항변에 포함시킬 수 있다.<sup>109)</sup>

#### 사. 온라인서비스제공자의 責任免除 내지 減輕 抗辯

온라인서비스제공자가 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 ‘저작물등’이라 한다)의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다(저작권법 제77조 제1항). 또한 온라인서비스제공자가 권리침해사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다(같은 조 제2항).

---

108) 박익환, “저작권침해소송에서의 기본 공격방어방법”, 법학연구 제4집, 인하대학교 (2001), 172면.

109) 상표권의 경우 부정경쟁방지법과의 상호관계에서 권리남용이 되는 때가 있음을 인정한 대법원 판례가 다수 존재한다. 즉 부정경쟁방지법 제15조는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우에는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니하고 다른 법률의 규정을 적용하도록 규정하고 있으나, 상표권의 등록이 자기의 상품을 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로 이러한 경우에는 부정경쟁방지법 제 15조의 적용이 배제된다(대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결, 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결, 2001. 4. 10. 선고 2000다 4494 판결 등 참조).

### 第3節 著作權侵害訴訟 全體 構造에서 實質的 類似性的 意味

위에서 본 바와 같이 저작권침해소송은 원고가 자신이 당해 저작물에 대한 저작권의 귀속주체라는 점과 피고가 원고의 저작물에 의거하여 그와 동일하거나 실질적으로 유사한 작품을 만들었다는 점을 주장·입증하고, 이에 대하여 피고는 저작물의 이용허락 내지 법정허락, 출판권 설정, 저작재산권의 보호기간 경과, 저작물의 자유이용사유의 존재, 저작권의 남용 또는 포기, 온라인서비스제공자의 책임감면사유 중 하나 또는 여러 개를 항변·입증하는 구조로 이루어진다. 그런데 통상 원고의 공격방법 중 원고 작품의 저작물성이나 원고가 그 저작권의 귀속주체라는 점은 다툼이 없거나 쉽게 인정되는 경우가 많고,<sup>110)</sup> 피고의 방어방법에 해당하는 이용허락 여부, 자유이용사유 해당 여부나 저작권 남용 여부 등도 상대적으로 그 판단이 용이한 경우가 많은 반면,<sup>111)</sup> 두 작품의 실질적 유사성 여부는 원고와 피고의 작품의 유형, 특성, 내용 등 판단에 고려할 변수들이 사안마다 달라 뚜렷한 기준을 세우기가 어려워 판단에 상당한 어려움을 겪게 된다. 따라서 실질적 유사성은 저작권침해소송에 있어서 치열한 쟁점으로 부각되는 경우가 많고, 이에 대한 법원의 판단도 쉽지 않다.

---

110) 다만 사실성 또는 가능성이 강한 유형의 작품에 있어서는 창작성 인정 여부가 중요한 쟁점으로 부각되는 경우가 있음은 앞서 살펴 본 바와 같다.

111) 저작물의 이용허락 내지 법정허락, 출판권의 설정 등이 이루어진 경우에는 저작권침해분쟁이 일어날 가능성 자체가 현저하게 감소하므로, 이러한 사유가 주된 쟁점이 되는 저작권침해소송의 수는 많지 않다. 또한 저작재산권의 보호기간이 경과되었는지 여부가 쟁점이 될 정도로 창작된 지 오래된 저작물의 경우 분쟁에 휘말릴 만큼 중요한 재산적 가치를 가지는 경우가 많지 않기 때문에, 이 점이 주된 쟁점이 되는 저작권침해소송 역시 현실적으로 드물다고 할 수 있다. 저작물의 자유이용사유가 존재하는지 여부는 종종 문제되지만, 저작권법에서 비교적 자세하게 그 사유를 규정하고 있을 뿐만 아니라 통상 사실관계의 인정이 복잡한 경우는 드물고 자유이용사유에 해당하는지 여부에 대한 법리적 판단이 필요한 경우가 대부분이어서 일반적으로 실질적 유사성 판단만큼 판단의 부담감이 크지는 않다. 저작권의 남용 또는 포기항변은 현실적으로 거의 행하여지지 않고, 행하여지더라도 대부분 받아들여지지 않는다. 온라인서비스제공자의 책임과 관련된 항변은 온라인서비스제공자의 책임이 문제되는 때에 국한하여 행사되는 것으로서 전체 저작권침해분쟁에서 쟁점으로 차지하는 비중은 매우 미미하다.

인터넷이 일상화하면서 저작물을 복제하거나 전송하는 등 그대로 이용하는 것이 매우 용이하게 되면서, 인터넷과 관련된 사건에 있어서는 저작권 보호범위에 관한 논의의 초점이 실질적 유사성보다는 자유이용의 범위 쪽으로 옮겨가는 현상도 발견되지만, 인터넷 안에서 타인의 저작물을 임의로 변경하여 사용하는 행위 역시 늘어나면서 동일성유지권 등 저작인격권의 침해나 복제권이나 전송권 등 저작재산권의 침해성립 여부와 관련하여 실질적 유사성이 쟁점이 될 가능성도 증가하고 있다.

이처럼 실질적 유사성은 여전히 저작권침해소송에서 가장 중요한 쟁점 중의 하나이다. 그런데 문제는 이처럼 그 판정기준이 대단히 불명확하다는 데에 있다. 원고의 저작물과 피고의 작품이 완전히 동일한 경우<sup>112)</sup>나 완전히 다른 경우는 저작권침해 여부를 판정하는 데에 아무런 어려움이 없다. 문제는 침해물이 저작물의 기반 위에서 작성되었으나 완전히 동일하지 않은 경우이다. 이 경우는 다시 ① 기존 저작물에 대한 사소하거나 형식적인 개변(改變), 수정(修整)만 가하여졌을 뿐 새로운 창작성이 가미되지 않은 경우, ② 기존 저작물에 새로운 창작성이 가미되었으나 전체적으로 볼 때에는 여전히 기존 저작물에 종속적인 관계에 있는 경우, ③ 기존 저작물을 기반으로 하되 창작적 요소가 많이 가미되어 독립된 새로운 저작물로 탄생한 경우로 나누어 볼 수 있다. ①, ②의 경우는 저작권침해가 인정되지만, ③의 경우는 저작권침해가 인정되지 않는다. ①은 저작재산권 중 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 전시권, 배포권을 침해하는 경우이고, ②는 저작재산권 중 2차적 저작물 작성권을 침해하는 경우이다.<sup>113)</sup> 위에서 보는 바와 같이 ②와 ③의 경계선이 침해와 비침해의 경계선으로서 기존 저작물과 새로운 표현물 사이에 종속성이 있는지 여부에 따

---

112) 이를 이른바 "dead-copy" 또는 "zerocopy"라고 한다.

113) 2차적 저작물은 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가하여야 하는 것이다(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 등 다수). 2차적 저작물은 그 작성자가 기존의 저작물의 기반 위에서 스스로 새로운 창작성을 부가하여 만든 것이므로, 제3자에 대한 관계에서는 그 2차적 저작물에 대한 저작자로 보호받는다. 다만 원저작자의 동의가 없는 가운데 2차적 저작물이 작성되었다면, 이는 원저작자가 가지는 2차적 저작물 작성권을 침해하는 것이다.

라 저작권침해 여부가 달라지게 되는데, 위 종속성은 일반적으로 기존 저작물과의 실질적 유사성을 가지고 있느냐 여부에 따라 결정되기 때문에, 대부분 판례에서는 이를 “실질적 유사성”이라고 표현하는 것이다.<sup>114)</sup>

이와 같이 개념적으로는 타인의 저작물의 기반 위에 작성한 작품의 유형에 따라 언제 실질적 유사성이 인정되는가에 대한 체계화가 가능하지만, 실제 사건을 해결함에 있어서는 어떠한 때에 실질적 유사성이 존재하는가를 판명하는 것은 무척 어려운 일이다. 우선 실질적 유사성은 저작물의 “표현”과의 실질적 유사성을 의미하는 것이므로 원고의 저작물 중 어느 부분이 저작권법에 의하여 보호되는 표현이고 어느 부분이 저작권법에 의하여 보호되지 않는 아이디어인가를 판정하여야 하는데, 현실적으로는 아이디어와 표현의 구분이 결코 쉽지 않은 과제이다. 또한 표현과 아이디어를 구분하더라도 피고의 작품이 원고의 저작물상 표현과 “어느 정도”로 유사하여야 “실질적으로” 유사할 것인가 하는 점은 더욱 막막한 문제이다. Nimmer 교수의 표현에 의하면, 실질적 유사성의 판정은 선 긋기(line drawing)의 문제이다.<sup>115)</sup> 두 작품이 완전히 동일한 경우와 완전히 다른 경우의 두 극단 사이의 어느 곳에 실질적 유사성의 존재와 부존재의 경계선이 존재하는데, 그 경계선을 찾아 내는 것은 저작권법에 있어서 가장 어려운 문제 중의 하나이다.<sup>116)</sup> 이러한 어려움 때문인지 Learned Hand 판사는 이 선이 어디에 그어지든간에 자의적으로 보일 것이고,<sup>117)</sup> 저작권침해의 테스트는 필연적으로 불명료할 수 밖에 없다<sup>118)</sup>고 밝히

---

114) 오승중, “저작권재산권침해에 있어서 실질적 유사성 요건과 그 판단기준”, 매산 송영식 선생 화갑기념 「지적재산권법의 제문제」, 2004, 세창출판사, 561면.

115) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-28면.

116) Nimmer, 전게서, §13.03, 같은 면. 한편 이러한 고민이 입법에 반영된 바 있는데, 영국의 1911년 저작권법(Copyright Act 1911(UK) 1&2 Geo 5, c 46)은 저작물의 전부 또는 상당 부분을 어떠한 형태로든 복제하거나 이용하는 것을 금지할 수 있는 권리를 가진다고 규정하였고, 프랑스 지적재산권법 제122조의4(Code de la Propriete Intellectuelle, Art. L. 122-4)는 부분적 복제도 저작권침해에 해당한다고 명시적으로 규정하고 있지만, 어느 입법에 의하더라도 저작물을 전부 복제하는 경우 이외에도 저작권침해가 인정될 수 있다는 원칙만 제시하고 있을 뿐 구체적인 판단기준이 제시되었다고 하기는 어렵다. 정상조, 전계 논문, 114-115면.

기도 하였다.<sup>119)</sup> 이러한 불명료성은 구체적인 사건내용을 전제하지 않고서는 실질적 유사성의 실제적 기준을 구체적으로 제시한다는 것은 극히 어렵다는 점에서 기인한다. 즉 당해 저작물이 어느 정도까지 보호될 것인가 하는 문제는 그 저작물의 저작권이 침해되어 사건화되었을 때에 구체적 사건의 맥락에서 결정된다.

요컨대, 저작권침해소송에 있어서 핵심적인 지위를 차지하는 실질적 유사성 판단은 그 실제적 중요성에 비하여 판단기준의 체계화나 기준화가 어렵다는 특성 때문에 늘 당사자와 법원을 힘들게 하는 주요 쟁점으로 부각될 수밖에 없다는 특징을 가지고 있다.

---

117) Nichols v. Universal Pictures Co., 45 F.2d 119, 122 (2d Cir. 1930).

118) Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487,489 (2d Cir. 1960).

119) Nimmer, 전제서, §13.03, 같은 면.

### 第3章 實質的 類似性 判斷의 基本原理

#### 第1節 概觀

저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성 판단은 원고의 저작물<sup>120)</sup>과 피고의 작품<sup>121)</sup>이 유사한가 여부를 검토하는 작업이다. 그러나 어떠한 경우에 유사하고 어떠한 경우에 유사하지 않은 것인가? 또한 유사하다고 보일 때에도 어떠한 경우에 실질적으로 유사하고, 어떠한 경우에 비실질적으로 유사한 것인가?

이러한 물음에 대하여 막연하게나마 시사점을 제공하는 것은 상표의 유사여부에 대한 판단기준이다. 상표법 제66조에서는 타인의 등록상표 또는 지정상품과 동일 또는 유사한 상표 또는 상품에 사용하는 행위를 상표권침해로 보고 있다. 어떠한 경우에 양자가 유사한가의 여부에 관하여서는 아무런 기준을 제시하지 않고 있다. 그러나 우리나라 대법원은 출처의 혼동가능성을 그 판단기준의 하나로 제시하고 있고,<sup>122)</sup> 미국 연방상표법에서는 명문으로 위 혼동가능성을 상표권 침해의 기준으로 규정하고 있다.<sup>123)</sup> 이러한 기준은 공허하고

---

120) 앞서 저작권침해소송의 구조에서 설명한 바와 같이 실질적 유사성 판단은 일단 원고 작품의 저작물성이 인정되는 것을 전제로 하여 행하여지게 된다. 그러므로 논리적으로 실질적 유사성 판단이 문제되는 단계에 있어서는 원고의 작품은 ‘저작물’이라고 표현하는 데에 아무런 문제가 없다.

121) 여기에서 ‘작품’(work)이라는 표현은 ‘저작물’이라는 표현과 구분되는 개념이다. 피고가 생산한 문화적 산물은 저작물일 수도 있지만 저작물이 아닐 수도 있다. 예컨대 피고의 작품이 원고 저작물의 복제품에 불과하다면 이는 저작물이라고 할 수 없다. 그러나 피고의 작품이 원고의 저작물에 별도의 창작성이 부가하여 만들어졌다면 피고의 작품은 2차적 저작물에 해당한다. 다만 이 경우에도 원고 저작물을 무단이용한 범위 내에서는 원고의 2차적 저작물 작성권 침해가 성립한다. 나아가 피고의 작품이 원고 저작물과 완전히 구별되는 별도의 창작물이라면 피고의 작품은 저작물에 해당하고, 저작권침해는 성립하지 않는다.

122) 대법원 1991. 12. 27. 선고 91후1076 판결.

123) 15 USC §1114

형식적인 유사성 판단에 관점(perspective)을 붙여 넣음으로써 색깔을 입히는 역할을 한다. 그런데 여기에서 주목하여야 할 것은 위와 같은 판단기준이 상표법의 기본 목적에서 도출된다는 것이다. 즉 상표는 상품의 출처나 품질을 나타냄으로써 자타상품(自他商品)의 식별표지로서 기능하고, 상표법의 기본적인 목적은 이러한 상표에 대한 수요자들의 신용을 보호하기 위한 것이므로, 상표의 유사판단기준 역시 수요자들이 상표에 대하여 가지는 신용이 훼손되는가 여부와 관련짓는 것이다.

이러한 법목적관련성은 저작권침해에 관한 실질적 유사성 판단에 있어서도 중요한 의미를 가진다. 실질적 유사성 판단을 행함에 있어서 첫 번째 걸음은 저작권법의 목적 및 저작권의 본질을 정확하게 인식하는 것이다. 하나의 법체계에 위치하는 모든 법리들은 궁극적으로는 그 법이 추구하고자 하는 목적에 도달하기 위한 도구들이다. 그러한 관점에서 실질적 유사성 판단 역시 저작권법이 추구하고자 하는 목적에 도달하기 위한 하나의 중요한 도구이다. 실질적 유사성 판단의 수단성을 인식할 때에 저작권법의 목적과의 상호관계에서 실질적 유사성 판단이 가지는 방향성을 도출해낼 수 있다.

이 장의 제2절에서는 먼저 실질적 유사성 판단의 출발점에 해당하는 저작권법의 목적 및 저작권의 본질에 대하여 논의한다. 이 절에서는 저작권법은 문화의 향상발전을 궁극적 목적으로 하는 규범체계이고, 저작권은 창작자들에게 인센티브를 부여함으로써 보다 많은 창작물을 생산하게 하여 사회에 문화적인 풍요로움을 달성하게 하는 정책적 도구로서의 본질을 가진다는 점을 설명한다.

다음으로 제3절에서는 저작권법의 목적 및 저작권의 본질로부터 도출되는 저작권 제도의 운영원리는 적정한 저작권 보호범위의 설정을 위하여 보상과 공유의 두 가지 가치를 조화시키는 데에 있음을 설명하고, 그 운영에 있어서 필수적인 도구 중의 하나가 바로 실질적 유사성 판단이라는 논리를 전개한다.

마지막으로 제4절에서는 이러한 거시적인 저작권 제도의 목적이나 운영원리와의 상관관계에 비추어 볼 때에 실질적 유사성의 판단은 창작자들에 대한 창작 인센티브와의 상관관계에서 행하여져야 한다는 기본원리를 제시한다. 이러한 기본원리는 다음 장에서 살펴 보게 될 실질적 유사성의 일반적 판단기준의 이론적 배경이 될 것이다.

## 第2節 著作權法の目的과 著作權의 本質

### 1. 著作權法の目的 및 必要性

#### 가. 著作權法이 追求하는 目的

지식과 문화의 축적과 발전은 인류를 다른 생물과 구별하는 중요한 징표 중의 하나이다. 19세기 및 20세기는 인간의 지적 능력의 놀라운 발현을 통하여 지식과 정보가 양산되는 시기였다. 특히 20세기는 인터넷이라는 획기적인 매체의 탄생과 발전이 이루어진 시대로 기억될 것이다. 현대 사회는 인터넷의 출현 및 확산과 함께 지식과 정보의 생산 및 유통이라는 측면에 있어서 혁신적인 변화를 경험하고 있다. 이와 같은 지식정보화 사회에 있어서 지적 활동을 어떻게 장려하여 더욱 풍부한 문화적 산물을 생성하게 할 것인지, 또한 그러한 창작의 열매를 어떻게 분배함으로써 사회 전체에 보다 큰 유익을 가져다 줄 것인지는 오늘날 매우 커다란 과제이다. 이와 같은 문화적 창작물의 생산과 이용에 관하여 다루고 있는 제도가 바로 저작권 제도이다. 1710년 영국의 앤 여왕법(Statute of Ann)으로부터 출발한 근대의 저작권법은 그 이후 끊임 없는 외연(外延)의 확장을 통하여 그 적용범위를 넓혀 왔다. 이제 저작권법은 현대 사회에서 없어서는 안 될 중요한 규범으로 자리잡게 되었다.

우리나라 저작권법 제1조에서는 저작권 제도가 한편으로는 저작자의 권리를, 다른 한편으로는 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 궁극적으로는 문화의 향상발전에 이바지함을 그 목적으로 한다는 점을 명백하게 선언하고 있다. 이처럼 문화의 향상발전이 저작권법의 궁극적인 목적이라면 그 목적에 도달하기 위한 중간단계로서 저작자의 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모하는 것은 보다 구체화·세분화된 저작권법의 목표라고 할 수 있다. 그런데 저작자의 권리보호는 보다 많은 저작물을 탄생시켜 일반 대중이 이를 이용할 수 있도록 하기 위한 수단이므로 저작자의 권리보호와 저작물의 공정한 이용도모라는 세부적인 목표 사이에서도 전자가 후자의 수단이라는 관계가 존재한다.<sup>124)</sup>

---

124) Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the

#### 나. 著作權法이 그 目的 達成에 必要한 制度인지 與否

저작권 제도가 과연 문화의 향상발전이라는 궁극적 목적을 달성하기 위하여 필요한 최적의 제도인가 하는 점에 대하여서는 여러 가지 논란이 있다. 저작권은 근본적으로 독점권으로서의 성격을 가진다. 독점은 경쟁을 방해할 뿐만 아니라 일단 독점권을 획득한 주체에 대하여서도 더 이상 자기혁신의 동기를 부여하지 못한다. 이러한 저작권 제도의 본질은 저작권 제도를 반대하는 입장의 중요한 논거로 활용된다. 특히 정보의 공유를 화두로 삼는 인터넷에서 정보독점을 실현하는 저작권제도의 존재로 인하여 자유로운 정보의 흐름이 방해받는 것이 진정 사회에 바람직한가 하는 의문이 제기되고 있다.<sup>125)</sup>

기존의 저작권 제도에 관한 반대입장은 크게 ① 저작권 제도를 포함하여 저작자에 대한 경제적 보상을 주는 일체의 제도 자체를 부정하는 근본적인 입장과, ② 저작권 제도 이외의 대안적 보상제도를 추구하는 변형적인 입장으로 나누어 볼 수 있다. 전자의 입장은 저작자에게 경제적 보상을 부여하는 인위적 제도가 필요없다는 것이다. 이 입장에서는 저작자들에게는 저작권 제도를 통한 경제적 보상이 없더라도 이미 창작에 관한 명예나 존경, 창작을 통한 자기만족 등 창작활동을 통한 비경제적 보상이 이미 존재할 뿐만 아니라, 잠재적 경쟁자들보다 먼저 시장에 진출하여 그 시점부터 경쟁자들이 모방을 통하여 진정한 경쟁력을 가지는 시점까지 향유할 수 있는 독점적인 경제적 이익도 존재하므로, 저작권 제도 등을 통한 별도의 경제적 보상이 없더라도 충분한 창작의 인센티브가 존재한다고 주장한다.<sup>126)</sup> 인터넷 및 소프트웨어와 관련하여 등장한 이른바 카피레프트 운동도 경제적 보상메카니즘으로서의 저작권 제도의 존립필요성을 부정한다는 점에서 이러한 입장에 속한다. 카피레프트 진영에서는 소프트웨어가 무상으로 자유롭게 유통되어야 하고, 수정, 증보된 소프트웨어의 새로운 버전(version) 역시 자유로이 유통되어야 한다고 주장한

---

U.S.Copyright Law 3-6(1961), Gorman & Ginsburg, 전계서, 12면에서 재인용.

125) 실제로 사이버 공간에서는 저작권침해에 대한 별다른 죄의식없이 파일공유가 공공연하게 이루어지고 있고, 이에 대하여 권리자들은 기존의 저작권 체제와는 별도로 기술적 보호조치나 클릭랩 라이선스(clickwrap licence) 등의 계약방식을 통하여 권리보호를 꾀하는 경향이 늘어나고 있다.

126) 이에 관하여서는 Gorman & Ginsburg, 전계서 18면 참조.

다.<sup>127)</sup> 후자의 입장은 저작권 제도가 아닌 제3의 방법으로 경제적 보상을 부여하자는 것이다. 그 대표적인 예로서 저작권자에게 배타적 권리를 부여하여 이를 통해 경제적 이익을 향유하게 하는 저작권 제도 대신, 모든 사람들이 저작물을 무상으로 이용할 수 있도록 하되 정부가 세금 등으로 마련한 재원(財源)을 통하여 창작자들에게 적절한 재정적 보상을 하도록 하자는 입장<sup>128)</sup>을 들 수 있다.<sup>129)</sup>

어느 입장에 의하더라도 ① 사회적인 측면에서 풍부한 문화적 산물의 생산과 이용이 바람직하다는 점, ② 이를 위하여는 창작자에 대한 동기 부여가 필수적이라는 점에 있어서는 공감대가 존재한다. 다만 그 동기부여가 어떠한 방식으로 이루어지는 것이 타당한가에 관한 입장차이가 있을 뿐이다. 비경제적 인센티브만으로 지금과 같은 정도의 동기부여가 충분히 이루어질 수 있을 것인지에 대하여는 의문의 여지가 있다. 위와 같은 비경제적 인센티브 이외에도 경제적 인센티브가 주어질 때 비로소 창작에 대한 충분한 동기부여가 이루어지게 될 것이다. 한편 경제적 인센티브를 제공하는 방법으로서, 저작권자에게 배타적 권리를 부여하고 그 저작물로 인한 재정적 이익의 정도는 시장을 통하여 정하게 하는 현행 저작권 제도의 입장과, 정부가 창작자에게 적절한 보상을 하여 주되 창작의 열매는 누구나 자유롭게 이용하게 하는 대안적 보상제도

---

127) 카피레프트 운동의 근본적인 취지에 관하여서는 URL <http://www.gnu.org> 참조.

128) 예컨대 Steve P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Property Rights in Information : Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-run Reward System*, 9 Fordham Intell.Prop.Media & Ent.L.J. 301 (1998).

129) 그 이외에 기존의 저작권 제도를 대체하는 보상제도의 가능성을 제시하는 입장으로서 Steven Shavell & Tanguy Van Ypersele, *Rewards versus Intellectual Property Rights*, 44 J.L. & Econ 525 (2001) ; Glynn S. Lunney Jr., *The Death of Copyright : Digital Technology, Private Copying and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 Va L. Rev 813 (2001) ; Raymond Ku, *The Creative Destruction of Copyright : Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 U. Chi. L. Rev. 263 (2002) ; S. J. Liebowitz, *Alternative Copyright Systems : The Problems with a Compulsory License*, at <http://wwwpub.utdallas.edu/~liebowit>(2005. 12. 12. 접속) 등 참조.

의 입장 중 어느 것이 더 타당한지에 관하여는 쉽게 답을 내릴 수 없는 상황이다. 기존 저작권 제도에 여러 가지 문제점이 있는 것은 사실이지만, 대안적 보상제도에 의하더라도 그 자원(財源)을 어떠한 방법으로 마련할 것인지, 자원 징수가 합리적이고 공평하게 이루어질 수 있을 것인지, 창작자가 사회에 기여한 정도를 어떻게 측정할 것인지, 재정적 이익을 누구에게 어떻게 분배할 것인지, 제도의 전환에 얼마나 많은 비용이 들어갈 것인지, 국제적인 조화달성은 가능한 것인지 등 해결하여야 할 어려운 문제들이 여전히 산적하여 있기 때문이다.<sup>130)</sup>

그렇다면 저작권 제도는 완벽한 최선의 제도는 아닐지라도 현재로서는 저작자에게 인센티브를 부여하여 문화의 향상발전을 꾀한다는 목적을 달성함에 있어서 오랜 역사를 통하여 검증된 비교적 효율적인 제도라고 할 것이다. 현행 저작권 제도에 많은 문제점들이 발견되고 있기는 하지만, 이는 끊임없는 제도의 개선을 통하여 상당히 해결될 수 있는 것들이다. 그러므로 저작권 제도는 비록 불완전하지만 여전히 필요한 규범이다.

## 2. 著作權의 本質

### 가. 自然權論

이 입장은 저작권이 자연적 또는 생래적(生來的)으로 부여되는 정신적인 소유권이라고 파악한다. 마치 목수가 자신의 비용과 노력으로 나무탁자를 만들면 당연히 그 나무탁자에 대한 소유권을 가지는 것처럼, 창작자가 스스로의 정신적 노동을 통하여 창작물을 만들어 내면 당연히 그 창작물에 대한 일종의 소유권을 가진다는 것이다. 소유권은 예외적인 경우를 제외하고는 자신의 소

---

130) 미 연방 대법관인 Stephen Breyer는 대법관이 되기 이전에 학자로서 쓴 논문 *The uneasy case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 Harv. L. Rev. 281 (1970)을 통하여 “저작권은 적절한 생산을 확보하는 데에 충분한 높은 수입과 광범위한 (저작물의) 분배에 장애가 되지 않을 만큼 낮은 가격 사이의 갈등을 해결하는 유일한 길은 아니다...(그러나) 저작권은 증명된 필요성 위에 기반한다기보다는, 만약 그 보호가 제거되었을 때에 무슨 일이 일어날 것인가에 관한 불확실성 때문에 존재하는 것이다”라고 하면서, 대안의 가능성이 있음을 제시하면서도 저작권 제도를 함부로 포기하는 것에 대한 위험성을 설명하였다.

유물을 자신의 의지대로 사용, 수익, 처분할 수 있는 권능을 그 내용으로 한다. 따라서 저작자가 그 작품에 대하여 일종의 소유권을 가진다고 파악하게 되면, 저작자 역시 원칙적으로 자신의 저작물을 자신의 의지대로 사용, 수익, 처분할 수 있다는 논리로 연결된다.

이러한 입장은 주로 프랑스혁명의 영향으로 자연권론이 팽배하여 있던 유럽 국가에서 처음으로 저작권이나 특허권 등 무형적인 지적 자산에 대한 권리 구성을 논의하면서 형성되었다.<sup>131)</sup> 영국의 철학자 존 로크(John Locke)는 개인이 그의 육체에 대하여 생래적인 소유권을 가지는 것처럼, 그 노동의 결과로 얻어진 열매에 대하여서도 소유권을 가진다고 주장하였다.<sup>132)</sup> 또한 독일의 철학자 헤겔(Hegel)은 정신적 창작물은 개성 또는 인격의 자기발현으로서 수단을 넘어선 자기목적으로서의 성격을 가진다고 주장하였다.<sup>133)</sup> 이러한 로크와 헤겔의 입장들은 모두 지적 재산에 대한 자연권론을 형성하는 데에 중요한 기반을 형성하였다.

자연권론에 의하면 이처럼 저작자가 자신이 창작한 작품에 대하여 ‘당연히’ 소유권과 유사한 절대적 권리를 가지게 되는 근거는 다음과 같이 설명할 수 있다.

저작자가 창작한 작품은 저작자의 정신적, 인격적 특성이 외부적으로 발현된 것이다. 일반적으로 저작자의 정신적, 인격적 측면은 저작자에게 고유한 요소로서 오로지 저작자 스스로가 통제할 수 있는 대상이므로, 그러한 정신적, 인격적 측면이 발현된 저작물에 대하여서도 당연히 저작자에게 독점적·배타적인 통제권이 주어져야 한다. 따라서 저작자는 저작물에 대하여 소유권과 유사한 절대적인 권리, 또는 정신적 소유권을 가지게 되는 것이다.

이러한 입장에 따르면 시대의 변화나 사회정책적 필요에 별 영향을 받지 않은 채 저작물은 논리필연적으로 저작권이라는 일종의 정신적 소유권에 의하

---

131) 배대현, “지적재산권 개념의 형성과 그 발전”, 매산 송영식 선생 화갑기념 「지적재산권법의 제문제」, 세창출판사, 2004년, 7, 13면 ; Peter Jaszi, Toward a Theory of Copyright : The Metamorphoses of "Authorship", 1991 Duke L.J. 455 (1991).

132) J. Locke, Second Treatise of Government, Chapter 5 (1690), Craig Joyce et al., Copyright Law (6th ed. 2003), 59면에서 재인용.

133) Craig Joyce et al, 전게서 61면.

여 ‘당연히’ 보호받아야 할 대상이라고 할 수 있다. 소유권은 절대적 성격을 가지는 권리로서 비록 특정한 사람이 그의 소유물에 대한 권리를 행사하는 것이 사회전체적인 입장에서는 공공복리에 다소 손실을 가져 온다고 하더라도 그것이 권리남용으로서 위법한 정도에 이르지 않는 한 그 행사는 제약되지 않는다. 비슷한 맥락에서 정신적 소유권인 저작권 역시 그 권리행사가 사회정책적으로 볼 때 다소 부당하게 보인다고 하더라도 그러한 이유만으로 그 권리행사를 제약할 수는 없다는 것이다. 그러므로 자연권적 입장에서는 사회전체적인 권리적합성보다는 개인의 권리보호 쪽에 더 무게중심을 두게 된다.<sup>134)</sup>

다만 부동산이나 동산과 같은 유형물에 있어서 다른 사람의 이용은 권리자의 이용을 배제하거나 방해하는 결과를 가져오지만, 저작물과 같은 무형물은 다른 사람이 이용한다고 하여 권리자의 이용이 배제되거나 방해되지 않는다. 또한 유형물의 생성은 통상 무(無)에서 유(有)로 창조되는 경향이 강한 반면,<sup>135)</sup> 무형물인 저작물은 대부분 이미 존재하는 다른 저작물의 기반 위에서 창작활동이 이루어진다. 아울러사유재(私有財)에 해당하는 유형물은 이에 대한 일반 공중의 접근 및 이용의 필요성이 낮은 반면, 저작물은 비록 사유재와 유사한 성격을 가지더라도 이에 대한 일반 공중의 접근 및 이용의 필요성이 더욱 크다.

이러한 차이점 때문에 비록 논리적으로는 저작물에 대한 권리가 소유권과 유사한 특성을 가지고 있다고 하더라도 사회정책상 유형물에 대한 소유권보다 훨씬 큰 공공의 제약을 받을 수 밖에 없게 된다. 이러한 공공의 제약은 저작권법상 저작물의 자유이용조항이나 저작재산권의 보호기간에 관한 조항 등 각종 제한으로 나타나게 된다. 하지만 이와 같이 공공적 요청이 크다고 하더라도 무형적 저작물에 대한 저작권의 본질은 유형물에 대한 소유권과 일맥상통할 수 밖에 없다는 것이 자연권론의 원칙적인 태도이다.

이러한 입장은 저작권이 왜 보호받아야 하는가를 설명하는 데에 유용하지만, 저작권이 어느 만큼 보호받아야 하는가를 설명하는 데에는 난점이 있다.

---

134) Gillian K.Hadfield, The Economics of Copyright : An Historical Perspective, Copyright Law Symposium(No. 38), Columbia University Press (1992), 2면.

135) 예컨대 건물을 신축하는 경우를 생각해 볼 수 있다.

또한 개인적 차원에서 저작권을 파악하는 데에는 유용하지만, 국가 전체의 차원에서 저작권의 역할이나 경제적 기능을 설명하는 데에는 어려움이 있다.<sup>136)</sup>

#### 나. 實定權論

저작권의 본질에 관한 실정권적 입장<sup>137)</sup>은 저작권의 정책적 성격, 특히 그 도구적 성격을 강조한다. 즉 저작권은 저작물의 생산과정에서 그 생산자인 저작자에게 논리필연적으로 당연히 생겨나는 일종의 자연권이 아니라, 문화발전의 증진이라는 공익을 달성하기 위한 도구로서 주어지는 실정권에 불과하다는 것이다. 이러한 권리를 부여할 때 비로소 저작자들은 저작물을 생산하고 이를 시장에 내놓을 동기를 부여받게 되고, 이를 통하여 저작물이 사회에 유통됨으로써 전체의 공익이 높아진다는 것이다. 이러한 논리를 끝까지 일관하게 되면 만약 저작권 제도가 사회의 문화발전이라는 제도 본래의 취지에 부합하지 않을 때에는 이를 폐지하는 것이 타당하다는 결론에 이르게 된다.

이러한 입장은 미국 저작권법의 전면적인 개정을 위하여 미국 저작권청의 Kaminstein이 의회에 제출하였던 보고서<sup>138)</sup>에서 잘 표현되어 있다. 위 보고서에서는 “저작권법의 궁극적 목적은 공공복리를 위하여 학문과 문화의 발전을 증진하기 위한 것이고, 작가에게 제한된 기간동안 배타적 권리를 부여하는 것은 그 목적을 달성하기 위한 수단에 불과하다”라고 기술하면서, “헌법의 규정에 따라 이루어지는 의회에 의한 저작권 법령의 시행은 작가가 그의 작품에 관하여 가지고 있는 어떠한 자연권에 기초한 것이 아니다. 왜냐하면 대법원은 작가가 가지는 그와 같은 권리는, 작가에게 제한된 기간동안 그의 작품에 관하여 배타적 권리를 확보하여 줌으로써 공공의 복리에 봉사하고 과학과 유용한 예술의 발전이 증진된다는 근거 위에서 주어진 실정권에 불과하다고 판시하였기 때문이다”라고 하고 있다. 이와 같은 태도는 위 보고서에서 언급하였듯이 미국 판례들의 입장에서도 찾아 볼 수 있다. 예를 들어 응용미술품의 저

136) 정상조, “저작물의 창작성과 저작권법의 역할”, 계간 저작권 1992년 봄호, 37면

137) 이영록, ‘저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구’, 계간 저작권 2004년 겨울호, 71면에서는 이를 유인론(encouragement theory)이라고 표현한다.

138) Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law 3-6(1961), Gorman & Ginsburg, 전게서, 12면에서 재인용.

작물성이 문제되었던 Mazer v. Stein 판결<sup>139)</sup>에서는 “의회로 하여금 특허권과 저작권을 부여할 수 있도록 한 (헌법)조항의 배후에 있는 경제적 철학은 개인적 이익을 취득하기 위한 개개인의 노력을 장려하는 것이 작가와 발명가들의 재능을 통하여 공공 복리를 증진하게 하는 가장 훌륭한 길이라는 확신”이라고 판시하였고, 공정이용에 관한 유명한 판례인 Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 판결<sup>140)</sup>에서는 “저작자의 표현을 이용할 수 있는 유통가능한 권리를 정립함으로써, 저작권은 사상을 창작하고 배포할 경제적 인센티브를 공급하여 준다”라고 판시한 바 있다.

이러한 실정권적 입장에 의하면 개인의 권리보호는 그 자체가 목적이 아니라 도구에 불과하므로 저작권의 사회적합성 쪽에 더 무게중심을 두게 된다.<sup>141)</sup> 또한 이 이론은 비용과 편익의 비교형량을 주된 내용으로 하는 법경제학적 분석방식과 연결된다. 그러나 이에 대하여는 저작권 제도의 필요성을 설명하는 유용한 도구일 수는 있어도, 저작권의 본질을 설명하는 데에는 부족하다는 비판이 가능하다. 특히 저작물의 인격적·정신적 요소가 충분히 고려되지 않았다는 지적이 있을 수 있다.

#### 다. 著作權 制度의 本質論과 實質的 類似性 判斷의 關係

저작권의 본질을 어떻게 파악하는가는 저작권침해판단에도 영향을 미친다. 저작권의 자연권적 성격을 강조하는 입장에 의하면, 타인의 저작권을 침해하였는가 여부를 판단함에 있어서 그 행위가 타인의 독점적·배타적 권리영역 안에 있는가에 더욱 중점을 두게 된다. 따라서 그 행위가 창작자의 인센티브를 감소시키는 등 사회전체적인 복리의 시각에서 어떠한 의미를 가지는가 하는 점은 상대적으로 덜 중요하게 여겨진다. 반면 저작권의 실정권적 성격을 강조하는 입장에 의하면 저작권은 어디까지나 창작자에게 인센티브를 부여하기 위한 도구에 불과하기 때문에 저작물의 이용이 창작자의 인센티브를 감소시킴으

139) 347 U.S. 201, 219 (1954).

140) 471 U.S. 539 (1985).

141) Gillian K. Hadfield, The Economics of Copyright : An Historical Perspective, Copyright Law Symposium(No.38), Columbia University Press (1992), 2면.

로써 사회 전체의 복리를 감소시키는 결과를 가져오는 경우에 저작권침해책임의 부과가 정당화된다. 결국 양 입장의 차이는 저작권침해여부를 판단함에 있어서 침해행위를 구성하는 저작물의 이용이 창작자의 인센티브에 미치는 영향을 어느 만큼 고려하는데 있는가 여부에 있다.

이러한 입장의 차이는 실질적 유사성의 판단에도 그대로 영향을 미치게 된다. 타인의 저작물에 아무런 변형도 가하지 않은 채 이를 그대로 이용하는 경우에는 양자가 실질적으로 유사한가 여부를 판단할 필요조차 없다. 그러므로 실질적 유사성 판단은 타인의 저작물에 어느 정도의 변형을 가하여 이용하는 경우에 하게 된다. 한편 실질적 유사성 판단에 있어서는 저작물의 어떠한 부분을 어느 만큼 변형시켜 이용하는 것이 저작권 침해에 해당하는가를 판단하게 된다. 이러한 작업에는 필연적으로 관점(perspective)의 문제가 개입하게 된다.

자연권적 입장에서는 저작물을 저작자의 정신적·인격적 발현이라고 파악하므로 저작권자의 독점적·배타적 통제범위 역시 저작자의 정신적·인격적 발현범위로 파악하게 될 것이다. 이러한 발현은 저작물의 특정한 표현 그 자체에만 미치는 것이 아니라 그 특정한 표현에 내재한 창작성이 포괄하는 종속적·잠재적 표현에까지 미치게 된다. 이러한 종속적·잠재적 표현범위는 저작물의 특성과 내용 및 창작성의 정도 등 여러 가지 변수에 따라 달라지게 될 것이다. 결국 자연권적 입장에서는 실질적 유사성의 판단을 저작물에 발현된 창작성있는 표현의 종속적·잠재적 범위를 찾아내는 작업이라는 관점에서 행하게 되고, 이는 ‘저작자’와 ‘저작물’ 자체로부터의 관점이다.

실정권적 입장에서는 저작권 보호를 저작자에 대한 인센티브 부여라는 도구적 관점에서 파악하므로 저작권자의 독점적·배타적 통제범위 역시 그러한 통제권이 주어짐으로 인하여 저작자가 창작의 인센티브를 가질 수 있는가 하는 관점에서 파악하게 될 것이다. 만약 특정한 표현 그 자체만 보호하고 그 표현에 사소한 변형, 수정을 가하기만 하여도 저작권침해가 성립되지 않는다고 판단하게 된다면 누구나 그 표현에 내재한 창작성을 이용하면서도 쉽게 저작권침해를 회피할 수 있게 되어 저작자의 창작 인센티브는 크게 줄어들게 될 것이다. 이는 저작권 제도의 목적에 반하는 것이다. 따라서 실정권적 입장에서는 저작권 제도의 본래 취지를 달성하기 위하여 창작 인센티브를 감소시킬 정

도로 유사한 작품을 저작물과 실질적으로 유사하다고 판단하게 될 것이다. 결국 실질권적 입장에서는 실질적 유사성의 판단을 창작 인센티브에 해악(harm)을 미치는 행위를 찾아낸다는 관점에서 행하게 된다. 이는 ‘저작권의 목적’ 또는 ‘사회’로부터의 관점이다.

#### 라. 이 論文의 立場 - 實定權論의 採擇

저작권 제도는 인쇄술이 등장하면서 서적의 초기제작 및 출판비용에 비하여 이를 추가적으로 인쇄·복제하는 데에 들어가는 한계비용(marginal cost)이 대폭 감소됨으로써 불법복제의 유인(誘因)이 커지자, 이러한 불법복제의 폐해로부터 출판업자들을 보호하기 위한 정책적 목적에서 출발하였다. 이처럼 출판업자들에게 정책적 견지에서 특권 또는 독점권을 부여하기 위하여 출발한 저작권 제도는 차츰 일반적인 무체재산권으로서 그 개념을 확장하여 가기 시작하였다. 최초에는 보호받는 저작물의 유형이 한정되었으나 새로운 표현물이 등장할 때마다 그 표현물이 저작권 제도의 보호를 받는 것이 타당한 것인가 하는 점에 대한 정책적 논란을 거치면서 저작권은 그 범위를 확장하여 왔다. 이러한 저작권 제도의 탄생배경 및 발전의 역사를 보면, 저작권 또는 저작물의 개념은 처음부터 논리의 틀 안에서 고정되는 개념이 아니라 사회정책적인 요구에 따라 신축되는 개념임을 알 수 있다.

이와 같이 저작권 제도는 창작자들에게 인센티브를 부여함으로써 보다 많은 저작물을 생산하게 하여 사회에 문화적인 풍요로움을 달성하게 하는 정책적 도구로 출발하였다. 그렇다면 저작권에 의한 인센티브 부여가 어느 정도로 이루어져야 하는가, 바꾸어 말하여 저작권 보호범위가 어느 정도까지 확장되어야 하는가 하는 문제는 이러한 정책적인 목적과의 상관관계 하에서 해결되어야 한다. 따라서 원고의 저작물과 피고의 작품이 실질적으로 유사하여 저작권침해에 해당하는가를 확정하는 문제에 있어서도 그것을 저작권침해로 보아 저작권자를 보호하는 것과 저작권비침해로 보아 이용자를 보호하는 것 중 어느 것이 더 저작권 제도의 정책적 목적에 부합하는가 하는 관점에서 접근하여야 할 것이다. “실질적 유사성이라는 개념은 법정 안에서, 의회에 의하여 제정된 법 아래에서 작가들에게 부여된 보호와 그 보호된 영역 밖에서 자신들의 창작물을 만들 수 있는 다른 사람들의 자유 사이의 정교한 균형을 맞추는 데

에 사용되는 개념이다”라는 미 연방 제2항소법원의 판시내용 역시 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.<sup>142)</sup>

물론 저작물은 정신적 노동의 결과로서의 성격을 가진다. 이러한 점에서 저작권이 정신적 소유권으로서의 성격을 가지는 점을 부인할 수 없다. 그러나 노동이론이 아닌 유인이론을 취하는 이상 저작권 보호 여부 및 범위의 결정은 얼마나 많은 정신적 노동이 투입되었는가의 관점이 아니라 얼마나 문화발전에 기여하였는가의 관점에서 이루어진다. 따라서 실질적 유사성 여부의 판정에 있어서도 저작물을 단순히 정신적 노작(勞作)으로서 바라보는 것이 아니라, 문화발전에 기여하는 창작물로서 바라보는 시각이 필요한 것이다.

또한 유체물에 대한 소유권은 소유자가 어떠한 방법으로든 자유롭게 그 소유물을 사용·수익·처분할 수 있어 거의 무제한에 가까운 통제권이 부여되지만, 무체물에 대한 저작권은 위에서 논의한 것처럼 상당한 공공적 제약이 따른다. 그러므로 일반적인 소유권과 달리 저작권에 있어서는 그 보호범위 설정의 문제가 가장 커다란 과제이다. 그런데 단지 저작권이 자연적으로 주어지는 정신적 소유권이라는 명제만으로는 보호범위 설정에 아무런 도움을 주지 못한다.

이처럼 저작권 보호범위 설정이라는 과제를 수행함에 있어서는 그 배후에 흐르는 정책적 요소들을 고려하는 실정권적 입장이 더욱 유용하다. 그러므로 이 논문에서는 원칙적으로 실정권적 입장의 기반 위에서 실질적 유사성에 관하여 서술하기로 한다.

### 第3節 著作權 制度의 運營原理 - 適正한 著作權 保護範圍의 設定

#### 1. 著作權 保護範圍 設定의 重要性

위에서는 저작권법은 문화의 향상발전이라는 목적을 달성하는 데에 필요한 규범이고, 저작권은 그 본질에 있어서 창작자로 하여금 보다 많은 창작물들을 사회에 제공할 수 있도록 하는 유인적 도구로서의 성격을 가진다는 점을 살펴 보았다. 이처럼 저작권은 문화의 향상발전이라는 궁극적 목적에 도달하기 위

---

142) Warner Bros. Inc. v. Am. Broad. Cos., Inc., 720 F.2d 231, 245 (2d Cir. 1983).

한 동력임에 틀림없지만 그 권리보호가 지나치면 저작물의 공정한 이용이 해쳐지게 되어 오히려 문화의 향상발전이라는 궁극적 목적에 도달하지 못하게 되는 결과를 낳을 수 있다. 이러한 의미에서 저작권법 제1조에서도 저작자의 권리보호와 저작물의 공정한 이용도모의 두 가치를 문화의 향상발전에 도달하기 위한 중간 목표로 제시하고 있다.

이에 따르면 저작자의 권리보호와 저작물의 공정한 이용도모는 저작권 제도운영의 두 가지 커다란 축이 된다. 그런데 이와 같은 창작자에 대한 보상과 일반 대중에 대한 접근 및 이용가능성의 보장이라는 두 가지 가치는 서로 충돌할 가능성이 크다. 창작자에 대한 보상으로서 주어지는 저작권은 그 자체가 목적이 아니라 사회 전체의 문화발전을 위한 수단에 해당하므로, 일반적인 재산권과 달리 저작권과 같은 지적재산권은 공공복리를 위하여 이를 제약하여야 할 필요성이 크다. 또한 아직도 물권으로서의 소유권과 준물권으로서의 지적재산권은 다르게 취급되어야 한다는 인식도 널리 퍼져 있다. 사유재산제도가 확립되면서 유형물(有形物)은 개인의 소유대상이고, 소유자는 자신의 소유권에 기하여 그 유형물을 마음대로 사용, 수익, 처분할 수 있다는 생각이 확고하게 자리잡게 되었다. 그러나 이에 비하여 무형물(無形物)인 지적 재산을 개인의 독점·배타적인 소유의 대상으로 삼게 한다는 사상은 그 역사가 길지 않을 뿐만 아니라, 여전히 많은 사람들에게 불편한 생각을 불러 일으키고 있다.<sup>143)</sup> 이러한 생각의 한 자락은 *International News Service v. Associated Press* 판결<sup>144)</sup> 중 Brandeis 대법관의 반대의견에서 찾아 볼 수 있다. Brandeis 대법관은 위 사건에서 “인간이 생산한 가장 고귀한 것들, 즉 지식, 획득된 진리, 개념 그리고 아이디어는 다른 사람에게 자발적으로 전달된 이후에는 공기와 같이 모든 사람들이 자유롭게 이용할 수 있다는 것은 법의 일반적인 원칙이다”라고 판시하고 있다.

이처럼 저작권 제도가 필요하다는 점을 인정하면서도 여전히 그 권리의 확장에 끊임없는 저항이 일어나는 것은 저작권 제도에 내재하는 가치충돌 때문이다. 저작권 제도는 앞서 본 바와 같이 창작자에 대한 보상과 일반 대중에

---

143) Craig Joyce et al, 전게서, 54면.

144) 248 U.S. 215, 250 (1918).

대한 접근 및 이용가능성의 보장이라는 두 가지 가치를 추구하여야 하는 사명을 띠고 있다. 이러한 두 가지 가치는 문화의 향상발전이라는 저작권 제도의 궁극적 목적을 실현하기 위한 수단이라는 점에서는 공통된다. 그러나 어느 한 쪽에 대한 지나친 강조는 다른 한쪽에 대한 소홀함으로 이어질 수 있다는 점에서는 서로 갈등관계에 놓여 있다. 두 가지 가치의 끊임없는 갈등관계는 늘 저작권 보호범위의 설정이라는 의제를 생생한 논란의 대상으로 만들고 있다.

그러므로 어느 만큼 보호하고 어느 만큼 공유할 것인가, 달리 말하여 저작권의 적절한 보호범위를 어떻게 설정할 것인가 하는 점은 저작권법에서 가장 중요한 과제이다. 바꾸어 말하면 보상과 공유의 조화를 통한 적절한 저작권 보호범위의 설정은 저작권법을 관통하는 운영원리이다.

## 2. 著作權 保護範圍 設定의 基本原理 - 報償과 公有의 조화

### 가. 報償의 原則

저작권 보호범위론의 첫 번째 명제는 저작권보호가 창작자에게 창작활동에 충분한 동기부여가 될 정도의 보상이 되어야 한다는 것이다. 이를 편의상 ‘보상의 원칙’이라고 일컫기로 한다. 보상의 원칙을 일관한다면 저작권 보호범위는 넓으면 넓을수록 바람직하다. 그러나 지나친 보상은 부작용을 가져 온다.

우선 권리자에 대한 지나친 보상은 이용자를 해한다. 저작권은 독점·배타성을 특성으로 하는 준물권적인 성격을 가지는 강력한 권리이다. 이러한 권리부여는 저작권자에게는 커다란 혜택이라고 할 수 있다. 하지만 저작권은 그 이외의 이용자들이 저작물에 접근하여 이를 이용하는 데에 있어서 커다란 장애물이 될 수 있다. 저작물에 대한 일반 대중의 접근 및 이용이 저해된다면 사회 전체의 문화향유수준은 향상되기 어렵다. 이는 저작권법의 기본 목적에 반한다. 더구나 저작물에 대한 접근 및 이용의 제약은 국민에게 보장된 표현의 자유를 구현하는 데에도 장애요소가 될 수 있다. 그러므로 권리자에 대한 지나친 보호는 헌법적 문제를 야기시킬 수도 있다.

지나친 보상은 이용자 뿐만 아니라 창작자 집단에게도 반갑지만은 않다. 현실 세계에 있는 대부분의 창작은 무(無)에서 유(有)로의 창작이 아니라, 이미 존재하는 방대한 지적 소산의 토대 위에서 자신의 독자적인 표현을 더함으로써 이루어진다. 브로드웨이의 유명한 뮤지컬 ‘웨스트 사이드 스토리’도 만약

셰익스피어의 ‘로미오와 줄리엣’에 대한 저작권이 존재하였더라면 저작권침해 물이 될 여지가 있다.<sup>145)</sup> 고전음악의 수호자로 추앙받는 브라암스가 작곡한 제1번 교향곡의 마지막 악장도 아마츄어 음악가의 입장에서는 그 이전에 작곡된 베토벤의 제9번 교향곡의 마지막 악장과 유사하게 들린다.<sup>146)</sup> 우디 알렌의 영화 “Play it again, Sam”은 영화 카사블랑카의 유명한 장면을 차용하고 있다.<sup>147)</sup> 이처럼 창작활동도 타인의 창작결과에 어느 정도 기반을 두고 이루어지기 때문에 창작주체의 입장에서 보더라도 기존 저작물에 대한 지나치게 높은 진입장벽은 결코 바람직한 일이 아니다.<sup>148)</sup> 만약 저작권 보호범위가 넓어지게 되면, 창작자들이 다른 사람의 창작물에서 자유롭게 빌려 올 수 있는 범위는 줄어들게 된다. 이 경우 창작자들은 권리자에 대한 탐색, 권리자와의 교섭, 이용허락에 따른 제반 비용, 시간, 노력을 감수하거나, 저작권침해책임의 위험을 감수하여야 한다. 위험회피적 성향을 가진 창작자라면 아마 이러한 위험을 감수하지 않으려고 창작활동 자체를 포기할지 모른다. 따라서 저작권 보호범위의 확장은 한편으로는 창작의 큰 인센티브로 작용할지 모르나, 다른 한편으로는 창작에 큰 굴레로 작용할 수 있어 오히려 창작활동을 위축시킬 수 있다. 그러므로 저작권의 보호가 지나치면 창작비용의 증가 및 접근과 이용에 대한 장벽의 증가로 인하여 저작권법이 추구하는 궁극적인 목적, 즉 풍요로운 문화발전을 저해할 수 있다.

#### 나. 公有의 原則

저작권 보호범위론의 두 번째 명제는 저작권보호가 일반 대중의 정당한 저작물 이용을 저해하여서는 안 된다는 것이다. 이를 편의상 ‘공유의 원칙’이라고 일컫기로 한다. 공유의 원칙을 일관한다면 저작권 보호범위는 좁으면 좁을

145) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-33, 34면.

146) William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003), 68면.

147) Landes & Posner, 전게서, 같은 면.

148) 이러한 점에서 창작자와 소비자가 중복되는 영역없이 두 개의 별개 그룹으로 나누어져 고정된다기보다는, 창작자가 소비자의 지위에 서기도 하고 소비자가 창작자의 지위에 서기도 하는 관계가 존재하는 것이다.

수록 바람직하다. 그러나 지나친 공유는 부작용을 가져 온다.

저작물에 대한 공유에 지나치게 치우친 나머지 권리자에 대한 충분한 창작 인센티브가 주어지지 않는다면 문화적 생산활동 자체가 위축되어 문화의 향상 발전이라는 목적달성은 어려워진다. 물론 창작자들 가운데에는 창작활동 그 자체에서 보람과 기쁨을 느끼거나, 창작물을 발표하여 다른 사람들이 이를 이용하는 과정에서 명예심을 느끼는 사람들이 많다. 어떤 사람들에게 이러한 요소들은 창작의 충분한 동기가 되기도 한다. 그러나 전체적으로 보면 문화적 창작물의 생산 및 배포는 순수한 지적 활동의 성격 뿐만 아니라 경제적 활동의 성격을 띠는 것이 현실이다. 특히 문화가 거대산업화하여 가는 현대사회의 특성상 그 비즈니스화 현상은 더욱 두드러진다. 창작자나 유통자들은 정도의 차이는 있겠지만 대체로 창작물로부터 오는 경제적 보상을 염두에 두고 문화 활동을 한다. 이러한 상황에서 창작자들에 대한 보상을 도외시하는 것은 문화의 풍성한 발전에 결코 도움이 되지 못한다.<sup>149)</sup>

창작 인센티브의 감소로 인한 창작활동의 감소는 전체적인 창작물의 생산 감소로 이어지게 된다. 창작물의 생산감소는 일반 대중이 접근하여 이용할 수 있는 저작물의 풀(pool) 자체를 축소시킴으로써, 일반 대중의 접근 및 이용을 저해하게 될 것이다. 이처럼 문화산물의 감소로 인한 불이익은 결국 일반 대중들에게 돌아가는 것이다. 그렇다면 장기적 관점에서 보면 권리자에 대한 정당한 범위의 보상은 일반 대중에게도 중요한 문제이다.

## 다. 報償과 公有의 調和

### (1) 報償과 公有의 境界線 設定

창작자들에게 창작자들에게 창작활동의 동기를 부여하는 데에 필요한 정도의 독점권을 부여하면서도, 그 권리범위 이외의 영역에서는 이용자들의 저작물에 대한 접근권 및 이용권을 보장하여 줌으로써 양자의 이익을 균형있게 보호하는 것이 저작권법의 기본적인 운영원리이다.<sup>150)</sup> 보상과 공유 사이의 적절

---

149) 이 논문에서 사용하는 '창작자'의 개념 안에는 순수한 저작자 이외에도 음반제작사나 방송사와 같은 저작인접권자는 물론이고, 출판사나 영화배급회사 등 그러한 창작물 생산을 체계적으로 지원, 관리, 홍보, 배포하는 주체들도 포함된다. 이들은 오늘날 저작권 제도에 관하여 순수창작집단보다 더욱 첨예한 이해관계와 영향력을 가지는 집단들이다.

한 경계선이 어디인가 하는 점은 어떠한 곳에 경계선을 설정할 때 사회 전체의 복리가 최대화될 수 있는가 하는 점에 의하여 결정된다.

최적의 저작권 보호범위 설정을 위하여서는 저작권이 독점권이라는 사실을 인식하는 데에서 출발하여야 한다. 자유시장경제 아래에서 이러한 독점상태는 어디까지나 이를 감수함으로써 더 큰 공공복리의 창출이 가능한 경우에 한하여 용인된다. 1961년 미국 저작권법 개정에 관하여 작성된 Kaminstein의 보고서<sup>151)</sup>에서는 저작권법의 시행에 있어서 의회는 “첫 번째 그 입법이 얼마나 창작자들에게 동기를 부여함으로써 일반 대중을 유익하게 할 것인지, 두 번째 그로 인한 독점이 얼마나 공공에 해로울 것인지”를 고려하여야 한다고 하면서, 저작권의 부여가 “현재의 독점으로 인한 악보다 공공에 주어지는 이익이 커야 함”을 강조하고 있다. 이와 같이 저작권 제도에 있어서도 저작권자에게 부여되는 독점권, 즉 “보상”의 열매로 인하여 사회에 생길 수 있는 폐해보다, 저작권의 부여로 인하여 사회에 환원될 수 있는 이익, 즉 “공유”의 열매가 더욱 클 때에 비로소 저작권의 존재가 정당화된다. 다시 말해 저작권 보호범위는 저작권법의 궁극적인 목적인 문화의 향상발전에 이바지할 수 있도록 설정되어야 한다.

## (2) 法經濟學的 接近의 有用性 및 限界

이러한 이론은 이익/비용 분석(benefit/cost analysis)을 기본적인 도구로 하는 법경제학적 접근방법과 자연스럽게 연결되므로, 위에서 살펴 본 저작권

150) 위 두 가지 가치는 저작권 제도 전반에 흐르는 핵심적인 가치이다. 저작권은 저작재산권과 저작인격권으로 나누어지는데, 보상의 원칙과 공유의 원칙은 양자 모두에게 적용된다. 다만 경제적 보상이 보상의 원칙에 있어서 주된 내용을 차지하고 있고, 저작물의 이용대가를 지급하지 않고 이를 이용하는 것이 공유의 원칙에 있어서 주된 내용을 차지하고 있는 이상, 위 두 가지 원칙은 저작인격권보다는 주로 저작재산권 분야에서 문제된다. 그러므로 이 논문에서는 저작재산권을 중심으로 논의를 진행하되 편의상 이를 ‘저작권’이라고 표현하되, 저작재산권을 저작권이라고 포괄적으로 표현하는 경우 혼란이 생기는 특별한 사정이 있는 경우에만 이를 ‘저작재산권’이라고 특정하여 표현하기로 한다.

151) Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law 3-6(1961).

보호범위 설정의 기본원리와 관련하여 이 접근방법에 관하여 좀더 살펴 보기로 한다.

법경제학적 접근방법에 의하면, 저작권 제도는 저작물에 관한 사회적 자원의 배분을 최적화함으로써 사회 전체의 순이익을 증가시키는 도구로서 정당화된다. 따라서 사회 전체에 어느 정도의 이익과 비용을 발생시키는가 하는 관점에서 저작권의 문제를 고찰한다.<sup>152)</sup> 이러한 관점에 의하면 저작권의 보호요건으로서 최소한의 창작성을 요구하는 이유는 창작성있는 저작물이라야 사회에 이익을 창출하기 때문이라고 설명할 것이다. 반면 특허법과 달리 신규성의 요건을 요구하지 않는 이유에 관하여서는, 저작물의 경우 기존 저작물에 대한 검색비용이 너무 높은 관계로 저작자에게 권리보호의 전제로서 신규성을 요구하게 되면 사회 전체의 창작비용이 너무 높아져서 오히려 사회에 해가 되기 때문이라고 설명할 것이다.<sup>153)</sup>

이러한 이익/비용 분석은 저작권 보호범위의 설정과 직접적인 연관성을 가진다. 일반적으로 저작권의 보호를 통하여 사회가 얻게 되는 이익은 창작자에게 충분한 인센티브를 부여함으로써 보다 많은 저작물을 생산하게 하여 이를 통해 사회 전체가 얻게 되는 이익을 의미한다. 또한 저작권의 보호를 통하여 사회가 부담하게 될 비용은 ① 당해 저작물에 대한 일반 대중의 접근 및 이용이 제한됨으로써 발생하는 비용, ② 다른 창작자가 당해 저작물을 창작활동에 자유롭게 이용하지 못하게 됨으로써 그 창작활동에 발생하는 비용, ③ 저작권의 보호를 위한 법집행 비용 등이다. 저작권 보호범위의 경계선을 긋는 작업

152) Gillian K. Hadfield, 전제 논문, 2면.

153) 특허법상 보호되는 기술적 사상의 창작(발명)에 비하여, 저작권법상 보호되는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 저작물(저작물)의 범위는 훨씬 넓다. 따라서 저작물의 종류와 수는 발명의 종류와 수에 비하여 월등하게 많다. 또한 특허권은 특허청의 행정 심사를 거쳐 특허등록될 때에 설정되어 기존의 발명 및 권리관계에 관한 검색이 용이한데 반하여 저작권은 무방식주의를 취하는 결과 소정의 등록절차를 거치지 않고도 막바로 부여되므로 체계적인 검색이 불가능하다. 나아가 특허법상 발명은 의무적으로 공개되는 반면 저작물의 경우 공표되지 않아도 보호된다. 이러한 점들을 모두 감안하여 보면 특허법상 발명과 비교하여 볼 때, 저작권부여의 전제조건으로서 창작자가 기존의 저작물들을 모두 검색하여 이들과는 다른 신규성을 갖춘 저작물을 작성하도록 요구하는 것이 얼마나 높은 비용을 발생시키는지 예상할 수 있다.

은 이와 같은 이익에서 비용을 공제한 순이익을 최대화하는 작업이다.<sup>154)</sup> 다시 말해 사회의 비용은 최소화하면서 창작자에게는 최대한의 인센티브를 주는 분기점이 최적의 저작권 보호범위이다.

이러한 이론적 배경 하에서 저작권 보호범위를 설정하게 되면, 저작권 제도는 사회의 공공복리를 극대화하는 도구가 될 수 있다. 또한 이러한 실용적 접근방식은 추상적이고 사변적인 논리에 따른 분쟁해결이 아닌 현실적이고 합리적인 분쟁해결의 원리로 기능할 수 있다. 아울러 이는 저작권보호범위에 관한 기준을 개발함에 있어서 서로 다른 저작물의 유형에 따라 서로 다른 기준이 필요하다는 입장을 유력하게 뒷받침하는 하나의 근거로 작용할 수도 있다.<sup>155)</sup>

반면 이익/비용 분석은 그 외견상의 명쾌함에 비하여 실제 사건에 구체적으로 적용하는 데에는 상당한 어려움이 있다. 특정 저작물의 보호로 인하여 일반 대중 내지 사회 전체가 얻게 되는 이익이나 비용은 무형적인 것으로서 수치화하기가 매우 어렵다. 더구나 그러한 이익이나 비용은 반드시 순식간에 실현되는 것이 아니라 먼 훗날에 실현될 수도 있다. 이러한 경우 그 이익이나 비용의 현재 가치를 어떻게 계산할 것인가 하는 어려운 문제도 수반된다. 따라서 현실적으로 저작권을 어느 정도의 범위까지 보호할 때 어떠한 이익이나 비용이 발생하는가를 산출한다는 것은 이론적으로만 가능할 뿐 현실적으로는 거의 불가능에 가깝다. 또한 설령 이익과 비용의 산출이 가능하다고 하더라도 구체적 사건마다 달라질 수 있는 이익과 비용의 산출에 따라 결론을 내린다면

---

154) William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J.Legal Stud.325, 326 (1989) 참조. 또한 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984) 참조.

155) 어떠한 유형의 저작물을 어느 정도로 보호하는 것이 이익/비용 분석상 가장 바람직한가 하는 문제는 그 저작물의 본질과 특성, 저작물의 경제적 가치, 창작 및 이용의 환경, 저작물이 유통되는 시장의 상황, 그 저작물의 유형이 속하는 산업계의 특성 및 관행 등 여러 가지 요소를 고려함으로써 해결될 수 있다. 그러므로 예컨대 소설과 소프트웨어는 모두 저작권법에 의하여 보호되는 저작물들이지만, 위와 같은 요소들이 모두 다르기 때문에 저작권 보호범위의 설정에 따른 이익 및 비용의 발생대양이 현저하게 달라질 수 있다. 따라서 이익/비용 분석에 의하면 서로 다른 유형의 저작물에 대하여서는 서로 다른 기준에 의한 저작권 보호범위가 적용되어야 한다.

저작권침해에 관한 일반적인 기준의 성립이 어려워지고 분쟁에 관한 예측가능성이 크게 떨어지게 될 수도 있다.

그러므로 이익/비용 분석을 근간으로 하는 법경제학적 접근방법은 실제로 발생한 개별적인 저작권침해사건에서 직접적인 침해판단도구로 사용하는 것은 어렵다고 보여진다. 다만 이 방법은 ① 저작권 제도를 사회 전체의 공공이익이라는 거시적인 관점에서 파악한다는 점, ② 저작권 보호는 그 공공이익의 실현을 위한 수단에 불과하다는 점, ③ 저작권 보호범위의 설정에 있어서는 저작권 보호에 관한 사회적 이익과 비용을 고려하여야 한다는 점을 제시함으로써, 저작권 보호범위 설정에 필요한 이론적 틀을 제공하여 준다는 의미가 있다.

### 3. 著作權 保護範圍 設定의 道具

#### 가. 著作權 保護範圍 設定을 위한 네 가지 道具

위와 같이 창작자들에게 충분한 인센티브를 부여하면서도 사회의 공공이익을 최대화할 수 있도록 보상과 공유의 균형점을 찾아 저작권 보호범위를 설정하는 작업을 위하여 저작권법에서는 여러 가지 제도적인 도구들을 제공한다.

#### (1) 著作物性의 制限

과거에는 보상과 공유의 균형점을 찾는 하나의 방법으로서 저작물의 유형 자체를 제한하였다. 예컨대 근대적 의미에서 최초의 저작권법에 해당하는 영국의 1970년 앤 여왕법에서는 오로지 책만 저작물로 인정하였다. 또한 미국에서 처음 제정된 1790년 저작권법에서는 저작물의 유형을 책·지도·해도(海圖)의 세 가지로 국한하였다. 그러나 그 이후 계속적인 법의 개정을 통하여 저작물은 컴퓨터프로그램 등 전통적인 문예적 저작물의 개념을 넘어서는 기능적 저작물도 대폭 포함하는 등 거의 모든 문화적 표현물을 망라할 정도로 범위가 넓어졌다.<sup>156)</sup> 따라서 저작물의 유형을 제한함으로써 보상과 공유의 원칙을 조

---

156) 우리나라 저작권법 제2조 제1호에서는 저작물을 ‘문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물’이라고 정의하고 있고, 제4조 제1항에서 ‘소설·시·논문·강연·연설·각본, 그 밖의 어문저작물’(제1호), ‘음악저작물’(제2호), ‘연극 및 무용·무언극 등을 포함하는 연극저작물’(제3호), ‘회화·서예·조각·공예·응용미술저작물, 그 밖의 미술저작물’(제4호),

화시키는 방법은 더 이상 큰 의미가 없다.

한편 저작물의 유형 자체를 제한하는 것이 아니라 저작물의 성립요건인 창작성의 개념을 엄격하게 해석함으로써 저작물성을 제한할 수도 있다. 하지만 앞서 저작권침해소송의 전체 구조를 설명하면서 살펴 보았듯이, 저작권법상 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.<sup>157)</sup> 따라서 일반적으로 창작성을 인정받기는 그리 어렵지 않다. 그러한 의미에서는 창작성의 개념을 통하여 저작권 보호범위를 제한하는 데에도 한계가 있다.<sup>158)</sup>

## (2) 著作權 侵害範圍 設定 - 實質的 類似性 法理

저작권의 침해범위를 어떻게 설정할 것인가 하는 점도 보상과 공유를 설정하는 중요한 도구 중의 하나이다. 여기에서 저작권의 침해범위라는 용어는 앞서 저작권침해소송의 구조에서 원고가 주장, 입증하여야 할 사항 중의 하나로 살펴 본 “저작권의 침해행위”의 연장선상에서 사용하는 것이다. 그러므로 이 논문에서 포괄적인 의미로 사용하고 있는 저작권의 보호범위보다는 훨씬 좁은 개념이라고 할 수 있다. 이미 자세히 살펴 본 것처럼 저작물을 그대로 무단이용하는 경우 저작권침해가 성립하는 것은 의문의 여지가 없으므로 저작권의 침해범위 설정은 주로 저작물을 유사한 형태로 이용하는 경우에 문제된다. 따라서 저작권 침해범위의 설정에서는 실질적 유사성 범위의 설정이 핵심적인

---

‘건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서를 포함하는 건축저작물’(제5호), ‘사진 및 이와 유사한 제작 방법으로 작성된 것을 포함하는 사진저작물’(제6호), ‘영상저작물’(제7호), ‘지도·도표·설계도·약도·모형, 그 밖의 도형저작물’(제8호), ‘컴퓨터프로그램저작물’(제9호)을 저작물의 유형으로 예시하고 있다.

157) 대법원 1995. 11. 14. 94도2238 판결 등 참조.

158) 그러나 우리나라 판례는 기능적 저작물에 있어서 창작성 요건을 엄격하게 해석하는 경향을 보이고 있으므로, 우리나라에서는 기능적 저작물의 저작권 보호범위의 제한에 있어서는 창작성 개념이 중요한 역할을 하고 있다.

비중을 차지하게 될 것이다.

### (3) 著作財産權의 保護期間 制限

다음으로 생각하여 볼 수 있는 것은 저작재산권(이하 편의상 ‘저작권’이라고 표현한다)의 보호기간을 제한하는 방법이다.<sup>159)</sup> 저작권은 독점·배타적 권리라는 점에서 물권(物權)과 유사하다. 하지만, 저작권은 물권과 달리 정책적 요청에 따라 영구적이 아닌 일정한 기간에 한하여 보호된다는 차이가 있다.<sup>160)</sup> 저작권 보호기간을 어느 정도로 정할 것인가 하는 문제는 보상과 공유의 균형을 달성하는 데에 여전히 어느 정도의 의미를 가지고 있다. 1998년 미국의 저작권보호기간연장법(Copyright Term Extension Act)의 제정 및 시행에 즈음하여 벌어진 위헌논쟁 및 이에 따른 미국 연방대법원의 *Eldred v. Ashcroft* 판결<sup>161)</sup>은 저작권의 보호기간이 가지는 민감성을 잘 나타낸다.

그 동안 저작권 보호기간의 변동은 결국 보호기간의 연장을 뜻하였던 점을 감안하면, 저작권 보호기간의 문제는 현실적으로 현재의 수준에서 저작권의 보호기간을 고정할 것인지, 그렇지 않으면 더욱 연장할 것인지를 문제가 될 가능성이 크다. 그러나 저작권의 보호기간은 이미 충분히 장기화되어 있고,<sup>162)</sup> 저작권 보호기간을 지금보다 늘린다고 하여 창작자들의 창작 인센티브가 의미있게 증가할지는 의문이다. 왜냐하면 창작자가 자신의 사망 이후 얼마

---

159) 일정한 보호기간을 가지는 저작재산권과 달리 저작인격권은 저작자 일신에 전속하는 성격을 가지므로(저작권법 제14조 제1항) 타인에게 양도하거나 상속할 수 없고 저작자가 사망하면 그와 동시에 소멸하게 된다. 다만 저작권법 제14조 제2항에서는 예외적으로 저작자가 사망하더라도 일정한 경우 그 인격적 이익을 보호하고 있다.

160) 우리나라 저작권법 제7절에서는 제36조부터 제40조까지 저작재산권의 보호기간에 관한 규정을 두고 있다.

161) 537 U.S. 186 (2003).

162) 베른협약 제7조 제1항에서는 위 협약이 부여하는 보호기간을 저작자의 생존기간과 그 사망 후 50년간으로 규정하고 있고, 우리나라 저작권법 제36조도 이에 발맞추어 저작재산권은 특별한 규정이 없는 한 저작자가 생존하는 기간 및 사망 후 50년까지 보호된다고 규정하고 있다. 한편 미국 저작권법에서는 원칙적으로 저작자의 생존기간 및 사망 후 70년까지 저작권을 보호한다.

나 오랫동안 저작권이 보호되는지 여부에 따라 그 창작동기의 정도가 얼마나 달라질 것인지도 의심스럽고, 오랜 기간 이후 실현될 재정적 이익을 창작시의 현재 가치로 할인하여 환산하면 그 액수가 극히 미미하며, 일반적으로 오래된 저작물일수록 상업적 가치가 떨어지는 경향을 보이기 때문이다.<sup>163)</sup> 이러한 점에 비추어 보면, 현재와 같은 장기간 보호체계에서 보호기간을 다소 늘리거나 줄인다고 하더라도 그것이 저작자나 이용자에게 미치는 효과는 매우 적다고 할 것이다. 결론적으로 저작권의 보호기간을 조정하는 것만으로 보상과 공유의 균형에 영향을 미치는 것에는 한계가 있다.

#### (4) 著作物の自由利用의範圍設定

저작물을 무단이용하면 저작권침해가 발생하는 것이 원칙이지만, 공유의 원칙이 적용되어야 할 강력한 정책적 근거가 있다면 일반 대중은 예외적으로 저작권자의 허락없이 저작물을 자유롭게 이용할 수 있다. 우리 저작권법은 이를 제6절 「저작재산권의 제한」 편(編)(제22조 내지 제35조)에서 다루고 있다. 공표된 저작물의 인용(제25조)이나, 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제26조), 사적 이용을 위한 복제(제27조) 등이 그 대표적인 조항들이다. 저작물의 자유이용범위 내지 저작재산권의 제한범위의 설정은 저작권 침해범위의 설정과 함께 보상과 공유의 경계선에 가장 직접적이고 강력한 영향을 미치는 도구이다.

#### 나. 著作權保護範圍設定에 있어서 實質的類似性法理의 重要性

위의 논의를 요약하여 보면 저작권 제도운영의 핵심은 저작권 보호범위의 설정이고, 저작권 보호범위의 설정을 위하여서는 저작물성의 인정, 저작재산권의 보호기간 제한, 저작권 침해범위의 설정, 저작물의 자유이용범위의 설정이라는 네 가지 도구가 동원되는데, 그 중 상대적으로 전체적인 저작권 보호범위 수준에 큰 영향력을 미치는 것은 저작권 침해범위의 설정과 저작물의 자유이용범위의 설정이라는 두 가지 도구이다.

---

163) 앞서 언급한 미국 연방대법원의 Eldred v. Ashcroft 판결 중 Breyer 대법관의 반대 의견에 인용된 미 연방의회 보고서에 의하면, 55년으로부터 75년 사이의 보호기간 내에 있는 저작물 중 불과 2%만 상업적 가치를 지니고 있다고 한다.

그런데 이 두 가지는 다음과 같은 점에서 의미있는 차이를 발견할 수 있다.

즉 저작권 침해범위 설정은 저작물의 자유이용 문제에 비하여 일률적인 기준을 설정하기가 훨씬 어렵다. 따라서 입법과정에 있어서도 저작권 침해범위 설정에 대한 어떠한 구체적인 기준을 제시하기는 곤란하지만, 저작물 자유이용의 문제는 보다 자세하고 구체적인 형태로 제시된다.

우선 저작권 침해범위의 설정에 대하여 보도록 한다. 우리나라 저작권법에서는 저작권의 내용을 열거하고 그 권리가 침해되었을 때의 구제수단을 규정하고 있을 뿐 침해와 비침해를 구별할 수 있는 어떠한 실체적인 기준도 제시하지 않고 있다. 저작권법 제91조에서는 침해금지청구권 및 그 부수적인 조치에 관하여 규정하고 있고, 제93조 제1항에서는 손해배상청구에 관하여 규정하고 있다. 그러나 더 나아가 어떠한 경우에 저작권침해가 성립하는가에 관하여는 침묵하고 있다. 타인의 저작물을 아무런 변형없이 그대로 무단이용하는 경우에 저작권침해가 성립한다는 것은 해석상 명백하므로 이를 굳이 명기할 필요가 없을 것이고, 저작물과 침해물 사이에 변형 내지 수정이 가하여진 경우 저작권침해가 성립할 것인지의 여부는 사안의 내용에 따라 판단하여야 할 것으로서 일반추상적인 법조항으로 규정하는 것이 사실상 불가능하기 때문이다. 그러므로 후자의 경우에 있어서는 저작권 침해범위의 설정이 온전히 법원의 재량에 달려 있게 된다.

반면 저작물의 자유이용의 범위는 그 특성을 달리한다. 이를 어떻게 설정할 것인가 하는 부분은 법원의 판례보다는 법령의 개정과정을 통하여 정책적으로 논의되고 해결되어 왔다. 우리나라의 경우 저작권법 제22조에서 제35조에 이르기까지 비교적 자세하게 그 사유를 제시하고 있다. 물론 미국 저작권법처럼 일반적이고 포괄적인 공정이용의 규정<sup>164)</sup>을 두고 있는 법체계에서는 사법부가 공정이용에 관한 법 규정을 어떻게 해석하는가에 따라 저작물 자유

---

164) 미국 저작권법 제107조에서는 비판, 논평, 시사보도, 교육, 학문 또는 연구의 목적으로 저작물을 공정하게 이용하는 행위는 저작권침해에 해당하지 않는다고 규정하면서, 공정이용 여부를 판단함에 있어서는 이용의 목적 및 성격, 저작물의 성격, 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양과 중요성, 이용이 저작물의 잠재적 가치나 시장에 미치는 영향을 고려하여야 한다고 하고 있다.

이용의 범위가 신축되기도 하고 확장되기도 하여 사법부의 법 해석이 상당한 영향력을 가진다. 그러나 우리나라와 같이 포괄적인 공정이용의 규정없이 개별적이고 구체적인 자유이용조항을 두고 있는 경우에는 저작권 보호범위를 판단함에 있어서 법원의 재량이 개입할 여지는 줄어들게 된다.

결국 저작권의 침해범위 설정은 사법부에 의하여, 저작물의 자유이용 문제는 입법부에 의하여 주로 좌우된다는 특성을 가진다. 이러한 차이점에다가 저작물 자유이용의 사유가 입법부에 의하여 비교적 명확하게 제시된다는 점까지 염두에 둔다면 저작물의 자유이용의 문제에 비하여 저작권 침해범위의 문제는 훨씬 더 안개에 가려져 있는 셈이다. 저작권 제도가 사회에서 현재 또한 향후 가지게 될 중요성에 비추어 보면, 저작권 침해범위에 대한 예측이 어렵다는 것은 그만큼 사회적 비용이 높아진다는 것을 의미한다. 저작권침해가능성을 두려워하여 창작활동이 위축될 것이고, 저작권침해분쟁이 생겼을 때 분쟁해결 기준의 애매모호함으로 인하여 당사자간에 손쉽게 분쟁을 해결하기가 어려울 것이며, 법원이 각 저작권침해사건에 투자하여야 하는 시간과 비용이 늘어날 것이다. 이와 같은 법적 불안정성의 문제는 저작권 제도의 커다란 그림자가 될 가능성이 있다.

그렇다면 저작권법을 적용하고 해석하는 입장에 설 때에는, 저작권 침해범위를 어떻게 설정할 것인가 하는 것이 전반적인 저작권 보호범위설정에서 가장 핵심적이고 어려운 논제가 된다. 특히 앞서 검토한 바와 같이 저작권 침해범위의 설정에 있어서의 불확실성은 저작물에 변형을 가하여 이용하는 경우에 발생하는 것이고, 이 때 저작권침해 여부는 저작물과 침해물이라고 주장되는 작품 사이에 실질적 유사성이 있는가 여부에 따라 결정되는 이상, 실질적 유사성의 문제는 저작권 보호범위를 적절하게 설정하는 것과 깊은 관련이 있다.

## 第4節 實質的 類似性 判斷의 基本原理

### 1. 創作 인센티브와의 相關關係에서 實質的 類似性 判斷

그 동안 저작권은 창작자에게 창작 인센티브를 부여하여 더 많은 창작의 열매를 생산하게 하고, 일반 공중은 이를 효율적으로 이용하게 함으로써 궁극적으로 사회의 문화발전에 기여하는 정책적 도구로서의 성격을 가진다는 점을 살펴 보았다. 또한 그 정책적 기능을 수행함에 있어서는 보상의 원칙과 공유의 원칙이 잘 조화되는 적절한 저작권 보호범위를 설정하는 것이 중요하고, 그 설정에 이용되는 세부적인 도구들로서 ① 저작물성의 제한, ② 저작권 침해범위의 설정, ③ 저작재산권의 보호기간 제한, ④ 저작물의 자유이용이 제공된다는 점도 살펴 보았다.

그렇다면 실질적 유사성 판단의 기본원리를 논의함에 있어서 그 출발점은 저작권 보호범위 설정의 도구로서의 실질적 유사성이 다른 도구들과 어떠한 유기적인 관계를 가지고 있는가 하는 점이 되어야 할 것이다. 위 네 가지 도구들은 모두 보상과 공유의 조화를 통한 적절한 저작권 보호범위의 설정을 위하여 동원될 수 있는 도구들이므로, 각각의 도구 안에서도 보상의 원칙과 공유의 원칙이 함께 작용한다. 예컨대 저작물성을 인정할 것인가 여부에 있어서도 저작권자와 일반 공중의 이해관계를 함께 고려하고, 마찬가지로 저작물의 자유이용 범위를 확정함에 있어서도 양자의 이해관계를 함께 고려한다.

그러나 보상의 원칙 및 공유의 원칙이 작용하는 모습이 위 네 가지 도구에 있어서 동일할 수는 없다. 무엇이 저작물로 보호되어야 하는가, 그 보호범위가 어디까지 미치는가 하는 점은 주로 저작권자를 어떻게 보호할 것인가 하는 측면에서 출발하는 반면,<sup>165)</sup> 저작재산권의 보호기간이나 보호범위를 어떻게 제한할 것인가 하는 점은 주로 일반 공중의 이용의 폭을 어떻게 넓혀 줄 것인가 하는 측면에서 출발하는 것이다. 따라서 저작물성의 문제나 저작권 침해범위

---

165) 특허권이나 실용신안권과 관련하여서는 이를 ‘권리’범위라는 개념으로 파악하고 있는데, 이 역시 보호대상 및 보호범위의 문제가 ‘권리’ 또는 ‘권리자’의 측면과 밀접한 관련성을 가지고 있음을 반증하고 있다.

의 설정은 보상의 원칙, 저작권재산권의 보호기간 제한 및 저작물의 자유이용은 공유의 원칙과 더 깊은 관련이 있다.

이는 저작권침해소송의 구조에도 반영된다. 원고가 저작자이고 피고가 이용자인 전형적인 저작권침해소송에 있어서 원고는 자신에게 ‘보상받을’ 권리가 있음을 주장·입증하고, 피고는 자신에게 ‘공유할’ 권리가 있음을 주장·입증한다. 따라서 원고는 자신의 작품이 창작성있는 저작물에 해당하고 피고의 행위는 그 저작물에 대한 권리를 침해하는 범위 내에 존재함을 주장·입증하고,<sup>166)</sup> 피고는 저작권재산권 보호기간이 경과하였다거나 자신의 행위가 저작권법에서 보장하는 저작물의 자유이용 범위 내에 존재함을 주장·입증한다.

이와 같이 저작권 침해범위의 설정이 보상의 원칙에서 출발하는 것이라면, 실질적 유사성 판단에 의한 적정한 저작권 침해범위의 설정은 어떠한 정도의 보상이 창작자로 하여금 창작으로 나아가게 하는 최적의 인센티브를 부여할 것인가 하는 관점에서 행하여야 한다. 따라서 피고 작품에 대한 법적 책임을 묻지 않더라도 창작자의 창작 인센티브에 의미있는 감소가 일어나지 않아 보상체계에 위협이 되지 않는 정도의 유사성이라면 실질적 유사성이 부정되는 것이고, 피고 작품에 대한 법적 책임을 묻지 않는다면 창작자의 창작 인센티브에 의미있는 감소가 일어나서 보상체계에 위협이 되는 정도의 유사성이라면 실질적 유사성이 인정되는 것이다. 이러한 관점에서 보면, 원고의 저작물과 피고의 작품 사이에 어느 정도의 유사성이 존재하여야 저작권침해의 정도에 이르는가 하는 점은 창작 인센티브에 대한 해약과의 상관관계에서 파악하여야 한다.<sup>167)</sup>

이처럼 창작 인센티브와의 상관관계에서 실질적 유사성을 판단하는 것은, ‘법관이 유사하다고 느끼면 유사한 것이다’라는 형식적이고 공허한 입장에서 나아가 실질적 유사성 판단기준에 어떠한 ‘실체적 원리’가 가미된다는 점에서

---

166) 이와 같이 저작권자인 원고가 실질적 유사성의 존재를 주장, 입증한다는 것은 실질적 유사성이 보상의 원칙과 관련성이 있다는 점을 반증하는 것이지만, 역으로 생각하면 이러한 입증구조는 원고에게 실질적 유사성의 입증부담을 지움으로써 보상의 원칙에 대한 공유의 원칙의 절차법적 견제로서의 성격도 가진다고 할 수 있다.

167) Laura G. Lape, *The Metaphysics of the Law : Bringing Substantial Similarity Down to Earth*, 98 *Dick. L. Rev.* 181 (1994) 참조.

의미가 있다. 따라서 ‘어떻게’ 유사성을 판단할 것인가 하는 점에 치우쳤던 기존의 논의에 ‘왜’ 유사한 것인가, 또는 유사하지 않은 것인가에 관한 실제적인 답변을 줄 수 있게 된다.

또한 저작권이 개인에게 자연적으로 부여되는 절대적인 권리가 아니라 사회에 기여하는 한도 내에서만 부여되는 상대적인 권리라는 실정권적 입장을 실질적 유사성 판단에 투영함으로써 저작권법이 추구하는 목적을 벗어나서 저작권을 과도하게 또는 과소하게 보호하는 것을 막을 수 있다는 의미도 있다.

## 2. 創作 인센티브의 內容

### 가. 經濟的 인센티브

창작 인센티브를 구성하는 것으로서 가장 먼저 머리 속에 떠오르는 것은 경제적 인센티브이다. 저작재산권은 권리자가 저작물을 판매하거나 그 이용을 허락하는 등의 방법으로 창작의 대가를 회수할 수 있도록 하는 권리이다. 그런데 권리자의 저작물과 동일하거나 거의 유사하여 그 저작물의 수요를 대체할 수 있는 작품에 대하여 아무런 조치를 취할 수 없다면, 그 작품으로 인하여 권리자의 저작물의 판매 또는 이용허락계약 등의 수요는 감소할 수 밖에 없을 것이다. 따라서 이러한 경우 권리자에 대한 인센티브 부여를 통한 문화 발전이라는 정책적인 목적을 달성하기 위하여서는 위와 같은 사태를 법으로 금지함으로써 권리자에게 어느 정도의 독점권을 부여하여 줄 필요가 생기고, 이를 위해 위 상황에서 ‘저작권이 침해되었다’라고 선언하는 것이다. 이처럼 경제적인 해악이 발생할 것인가 여부는 실질적 유사성의 판단에 중요한 영향을 미친다.

실질적 유사성 판단의 주체에 관하여 미국에서 오랜 기간 동안 판례로 형성되어 온 보통 관찰자 이론(ordinary observer theory)은 원고의 저작물과 피고의 작품이 실질적으로 유사한가 여부를 일반적인 수요자의 입장에서 판단한다는 이론으로서 그 배후에는 실질적 유사성 판단을 저작물에 대한 수요와 연관시킨다는 논리가 숨어 있다. 미국 판례에서는 이러한 논리를 겉으로 드러내는 경우가 많지 않지만, Dawson v. Hinshaw Music, Inc. 판결<sup>168)</sup>에서 연

---

168) 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990).

방 제4항소법원은 “보통 청중(lay listener)의 반응은 피고의 작품이 원고의 시장(market)에 미치는 영향을 측정한다는 점에서 의미있다”라고 판시함으로써 보통 관찰자 이론과 경제적 창작 인센티브의 관계를 명시하고 있다.<sup>169)</sup>

이러한 경제 인센티브는 저작권 가운데 저작재산권과 밀접한 관련성을 가지고 있다.

#### 나. 非經濟的 인센티브

하지만 창작자가 오로지 위와 같은 경제적 동기부여에 의하여서만 창작활동에 나선다고 보기는 어렵다. 현실적으로 창작자들이 아무런 재정적인 대가를 바라지 않고도 동기부여를 받아 창작활동에 매진하는 사례들을 얼마든지 발견할 수 있기 때문이다. 따라서 창작 인센티브가 오로지 경제적 인센티브로만 구성되었다고 할 수는 없다.

우선 타인에게 공개되기 원하지 않는 창작물에 대한 프라이버시가 보장된다는 것은 창작자가 마음놓고 창작에 나아가게 하는 원동력의 하나이다. 바꾸어 말하면 위와 같은 창작물의 무단이용을 허용한다면 창작 인센티브는 감소할 것이다. 그 대표적인 사례가 편지이다. 예를 들어 서울지방법원에서는 이른바 ‘소설 이회소 사건’에서 단순한 문안 인사나 사실의 통지에 불과한 편지는 저작권의 보호대상이 아니지만, 학자·예술가가 학문상의 의견이나 예술적 견해를 쓴 편지 뿐만 아니라 자신의 생활을 서술하면서 자신의 사상이나 감정을 표현한 편지도 저작권의 보호대상이 된다고 할 것이며, 편지 자체의 소유권은 수신인에게 있지만 편지의 저작권은 통상 편지를 쓴 발신인에게 남아 있게 된다고 할 것이라고 판시하여 편지의 저작물성을 인정하였다.<sup>170)</sup> 그런데 편지에 대한 저작권 보호는 편지를 통하여 창출할 경제적 이익의 보호라기보다는 그 편지에 대한 프라이버시의 보호에 그 초점이 맞추어진다.<sup>171)</sup>

169) 그 이외에 보통 관찰자의 반응과 시장에 미치는 효과의 관계를 다룬 판례로서 Atari, Inc. v. North American Phillips Consumer Electronics Corp., 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982).

170) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

171) 개인적인 편지에 대한 저작물성을 인정한 미국의 판례로서 Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) 참조.

저작물에 대한 자신의 이름과 공헌(貢獻)이 알려지는 것도 비경제적 인센티브의 하나이다. 많은 창작자들이 자신의 이름과 능력을 타인에게 알리기 위하여 경제적 대가를 불문하고 창작에 매진한다. 그러므로 이에 반하여 타인이 그 저작물의 작성 주체나 출처를 밝히지 아니한 채 저작물을 무단이용하는 것을 허락한다면 창작 인센티브가 감소한다.

또한 자신이 오랜 기간 동안 정신적 노고의 소산으로 만들어낸 저작물에 대한 예술적 통제권은 비경제적 인센티브의 하나이다. 비록 타인에게 저작물을 이용하게 하여 경제적 이익을 창출하더라도, 다른 사람이 마음대로 자신의 저작물을 변경하는 것이 허용된다면 창작자로서는 창작에 대한 인센티브가 줄어들게 될 것이다. 즉 예술적 통제권의 상실은 창작 인센티브에 대한 해악이다.<sup>172)</sup>

이러한 비경제적 인센티브들은 프라이버시 등 일반 인격권이나 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 그 내용으로 하는 저작인격권과 밀접한 관련이 있음을 알 수 있다.

앞서 실질적 유사성은 저작재산권 뿐만 아니라 저작인격권에서도 쟁점이 될 수 있다는 점을 밝혔다.<sup>173)</sup> 그러므로 실질적 유사성 판단에 있어서 위와 같은 비경제적 창작 인센티브들을 고려하는 것에는 별다른 문제가 없다. 이러한 비경제적 창작 인센티브는 특히 일반 수요자들은 유사하지 않다고 느끼지만 실제로는 피고가 원고의 작품의 핵심적인 부분을 기술적으로 도용한 경우에 문제된다. 이 때 현실적인 수요의 감소는 일어나지 않겠지만 원고로서는 창작 인센티브의 감소를 경험하게 된다. 그러므로 이 때에도 실질적 유사성을 인정하는 것이 타당하다.

---

172) Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc. 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976) 참조.

173) 실제 저작권침해소송에서는 저작재산권침해와 함께 성명표시권이나 동일성유지권 등 저작인격권침해 주장을 함께 하는 경우가 많다. 예컨대 피고가 원고의 허락없이 원고의 저작물과 실질적으로 유사한 작품을 제작하여 원고의 성명표시없이 배포하는 경우, 저작재산권적으로는 복제권과 배포권의 침해가 성립하지만 이와 동시에 저작인격권적으로는 성명표시권 및 동일성유지권의 침해가 성립하고, 이 경우 저작재산권침해 뿐만 아니라 저작인격권침해에 있어서도 실질적 유사성의 존재 여부가 쟁점이 된다.

#### 다. 創作 인센티브에 대한 接近方法 - 社會的 接近 對 個別的 接近

어떠한 요소가 어느 만큼의 창작 인센티브로 작용할 것인가는 창작자의 성향에 따라 달라진다. 예를 들어 아무런 인센티브 없이도 창작활동 자체에서 기쁨을 느끼는 창작자가 있을 수 있는 반면, 경제적 대가가 주어지지 않으면 창작활동에 나아가지 않으려고 하는 창작자가 있을 수도 있다. 그러므로 창작 인센티브를 개별적인 주체의 차원에서 파악하여 실질적 유사성을 판단하게 되면 창작자 개인의 창작 인센티브와 창작활동의 상관관계가 가장 구체적이고 정확하게 반영될 수 있는 장점은 있지만, 어느 정도 예측가능하고 일관성있는 침해판단기준을 세우는 것은 매우 곤란하여진다. 또한 저작권 제도의 목적과 기능을 사회의 관점에서 파악하는 실정권적 입장에 의하면 창작 인센티브 역시 사회의 관점에서 파악하는 것이 타당하다.

따라서 실질적 유사성 판단의 출발점으로서 당해 유사성을 방지할 경우 창작 인센티브가 얼마나 감소하는가 여부는 그 사건에서 문제되는 개별적인 창작자의 사회적·주관적 관점에서 파악하는 것이 아니라, 그 개별적인 창작자가 속한 평균적인 창작자 집단의 사회적·객관적 관점에서 파악하는 것이 타당하다.

### 3. 創作 인센티브의 意味있는 減少가 發生하는 경우

실질적 유사성을 판단함에 있어서는 피고가 원고의 저작물과 유사한 작품을 만들어 이용함으로써 원고의 창작 인센티브가 얼마나 감소하였는가를 고려하여야 할 것이다.<sup>174)</sup> 그리고 이러한 창작 인센티브에는 경제적 인센티브와 비경제적 인센티브가 모두 포함되어야 하고, 창작 인센티브는 사회적 관점에서 파악하여야 함은 앞서 검토한 바와 같다.

다시 말하면 두 작품 사이에 실질적 유사성이 존재하는가 하는 질문은 피고의 행위로 인하여 원고의 창작 인센티브에 의미있는 해악이 발생하였는가의 질문으로 치환할 수 있다. 통상 유사성의 정도가 높을수록, 바꾸어 말하여 저작물에 대한 변형의 정도가 사소할수록, 창작 인센티브에 대한 해악의 정도는 높아지는 반면, 유사성의 정도가 낮을수록, 바꾸어 말하면 저작물에 대한 변형

---

174) Laura G. Lape, 전제 논문, 202면.

의 정도가 높을수록 창작 인센티브에 대한 해악의 정도는 낮아지게 될 것이다.

한편 저작권의 보호범위가 넓으면 넓을수록 창작 인센티브가 증가할 것이므로, 이러한 논리에 의하면 저작권의 보호범위, 즉 실질적 유사성의 인정범위가 지나치게 저작권자에게 유리한 방향으로 넓어지는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 하지만 창작 인센티브가 조금이라도 감소한다고 하여 무조건 실질적 유사성이 인정된다기보다는 창작 인센티브에 “의미있는” 해악 또는 감소가 발생하는 때에 한하여 실질적 유사성이 인정된다고 할 것이다. 그렇다면 창작 인센티브가 어느 정도로 감소할 때 이를 의미있는 감소라고 할 것인가?

이에 관하여 창작자는 자신의 창작물의 공급자이자 타인의 창작물의 수요자라는 창작자의 이중적 지위를 생각할 필요가 있다. 누구나 창작과정에서 다른 사람의 창작물을 어느 정도 참고하지 않을 수 없기 때문이다. 한편 실질적 유사성의 인정범위가 넓어지면 공급자로서의 창작 인센티브는 올라가겠지만 수요자로서의 창작 인센티브는 내려가게 될 것이다. 따라서 공급자로서의 창작 인센티브와 수요자로서의 창작 인센티브의 총합(總合)이 최고에 이르는 정도의 저작권 보호가 가장 적합한 보호범위라고 할 수 있다. 예를 들어 컴퓨터 프로그램저작물에 있어서 프로그램의 기본적인 구조가 유사한 경우에도 실질적 유사성을 인정하게 되면,<sup>175)</sup> 공급자의 지위에 있는 프로그래머의 창작 인센티브는 올라가겠지만 수요자의 지위에 있는 프로그래머의 창작 인센티브는 감소하게 될 것이다. 반면 이 경우 실질적 유사성을 인정하지 않게 되면 반대의 현상이 발생하게 될 것이다. 두 가지 사례를 놓고 보았을 때에 모든 프로그래머들의 창작 인센티브의 총합이 높은 쪽으로 결론을 내는 것이 정당하다. 실제로 프로그램의 기본적인 구조까지 독점의 대상으로 삼는 경우 단기적으로는 특정 프로그래머의 창작 인센티브가 증가할지 모르겠지만, 장기적으로는 이러한 독점상태가 많은 프로그래머들의 새로운 프로그램 창작에 상당한 장애가 되어 전체 창작자들의 창작 인센티브는 오히려 줄어들 가능성이 크다. 그러므로 이러한 경우에는 프로그램의 기본적인 구조의 유사성에 관하여서는 실

---

175) 나중에 컴퓨터프로그램저작물의 실질적 유사성 판단에 관하여 검토할 때에 자세히 논의하겠지만, 일반적으로 프로그램저작물의 기본적인 구조는 아이디어로 취급되어 그 구조가 유사하다고 하여 실질적 유사성이 인정되는 것은 아니다.

질적 유사성을 인정하지 않는 것이 타당하다. 창작 인센티브를 이와 같이 판단하는 것은 창작 인센티브를 보호하기 위한 실질적 유사성 판단에 있어서 보상의 원칙 뿐만 아니라 공유의 원칙이 작동하고 있음을 나타내어 보여 주는 것이다.

지금까지 살펴 본 바와 같이 실질적 유사성 판단에 있어서 창작 인센티브에 대한 해악을 고려한다고 하더라도 어느 경우에 실질적 유사성이 인정되는가에 대하여 명확하고 구체적인 기준이 자동적으로 정립되는 것은 아니다. 실질적 유사성 판단과 창작 인센티브의 상관관계는 수량화·객관화시키기가 대단히 어렵기 때문이다. 다만 ‘어느 정도로 유사하여야 실질적으로 유사한 것인가’ 하는 막연한 질문에 대하여 ‘법관이 실질적으로 유사하다고 인정하는 것이 실질적으로 유사한 것이다’라는 공허한 답변을 넘어서서 실제적인 판단원리를 정립하고 나아가 논리전개의 출발점을 제공한다는 점에서 그 충분한 의의가 있다고 할 수 있다. 결국 위 논의는 바꾸어 말하면 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성 여부를 판단할 때에는 두 작품의 형식적·문면적 비교에 그칠 것이 아니라 침해판단 여부에 따라 창작자들의 창작 인센티브가 어떠한 영향을 받을 것인가를 충분히 고려하여 결론을 내리라는 의미를 가지는 것이다.

#### 4. 著作物の 自由利用과의 相關關係

보상과 공유의 조화를 통한 적정한 저작권 보호범위 설정에 있어서 두 가지 큰 축을 형성하는 것은 실질적 유사성 법리를 핵심으로 하는 저작권 침해범위의 확정과 저작재산권의 제한을 그 내용으로 하는 저작물의 자유이용이다. 한편 실질적 유사성 판단에 있어서 중추가 되어야 할 개념이 창작 인센티브라는 점은 지금까지 논의한 바와 같다.

그런데 이러한 창작 인센티브에 대한 고려는 비단 실질적 유사성 판단 뿐만 아니라 저작물의 자유이용 영역에서도 행하여진다. 미국에서는 공정이용에 관한 포괄적인 일반조항<sup>176)</sup>이 존재하는데 이 조항에서는 공정이용 여부를 판단함에 있어서는 이용의 목적 및 성격, 저작물의 성격, 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양과 중요성, 이용이 저작물의 잠재적 가치나 시장에 미치

---

176) 미국 저작권법 제107조.

는 영향을 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 그 중 특히 이용이 저작물의 잠재적 가치나 시장에 미치는 영향은 창작 인센티브와 밀접한 관련이 있다. 또한 우리나라 법원에서도 미국의 위와 같은 입법의 영향을 받아 저작권법 제 25조의 공표된 저작물의 인용에 해당하는가 여부를 판단함에 있어서 ‘원저작물의 이용 목적과 성격, 이용된 부분의 분량과 질, 이용된 방법과 형태, 소비자들의 일반적인 관념, 원저작물에 대한 시장수요 내지 가치에 미치는 영향 등’을 고려하고 있고,<sup>177)</sup> 이러한 사항들은 창작자들의 창작 인센티브와 연관성이 있다.

그렇다면 창작 인센티브는 중복하여 고려의 대상이 되는 것인가, 또한 실질적 유사성 판단과 저작물의 자유이용의 상호관계는 어떠한가 하는 의문이 생긴다.

실질적 유사성 판단이나 저작물의 자유이용은 모두 저작권 보호범위의 설정에 있어서 중요한 도구로 기능하고 있음은 이 논문의 앞 부분에서 설명한 것과 같다. 한편 저작권 보호범위 설정에 있어서는 보상의 원칙과 공유의 원칙을 조화롭게 해석하는 것이 필요하므로, 양자를 판단함에 있어서도 보상과 공유의 두 가지 가치를 모두 고려하여야 한다. 그러나 구조적으로 보면 실질적 유사성은 저작권자의 권리가 침해되었는가를 판단하는 메카니즘이므로 두 가지 가치 중 보상의 원칙에서 출발하는 것인 반면, 저작물의 자유이용은 일반 공중의 이용을 보장하기 위한 메카니즘이므로 두 가지 가치 중 공유의 원칙에서 출발한다는 차이점이 있다. 이러한 점은 저작권자가 실질적 유사성을 주장, 입증하는 반면 이용자가 자유이용사유를 주장, 입증하는 저작권침해소송

---

177) 유명가수 서태지의 노래를 패러디한 음악에 대하여 그것이 저작권법 제25조에서 정한 공표된 저작물의 정당한 인용에 해당하는가 여부에 관하여 판단한 서울지방법원 2001. 11. 1.자 2001카합1837 결정 참고. 또한 다른 영화의 부분을 인용한 영화의 저작권침해 여부에 관하여 다룬 서울중앙지방법원 2004. 3. 18.자 2004카합344 결정에서도 인용영화로 인하여 피인용영화의 현재 또는 잠재적 시장에서의 가치가 감소된다거나 인용영화가 피인용영화의 수요를 대체하는 효과를 갖는다고 보기 어렵고, 인용 부분은 피인용영화를 떠올리게 하는 정도의 효과를 가질 뿐으로 그 부분만으로는 피인용영화의 구체적인 내용을 알 수도 없어 그 부분 때문에 인용영화의 관객이나 비디오 등의 구매 고객이 늘어날 것이라고 보기도 어려운 점 등을 저작권법 제25조 소정의 공표된 저작물의 인용에 해당된다고 볼 여지가 있다는 판단의 근거로 삼고 있다.

의 주장·입증체계에서도 그대로 반영된다. 그러므로 어떠한 행위가 창작 인센티브에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제는 보상의 원칙을 효과적으로 관철시키기 위한 실질적 유사성 판단단계에서 우선적이고 직접적으로 논해지는 것이고,<sup>178)</sup> 실질적 유사성 단계를 통과하여 자유이용의 허용 여부를 판단함에 있어서는 창작 인센티브가 간접적이고 보조적인 고려요소의 하나로 기능한다고 보는 것이 타당하다.

참고로 미국의 Laura G. Lape 교수는 그의 논문에서 저작권침해판단에 있어서 공정이용제도가 지나치게 남용되어 있다는 점을 지적하면서 저작권침해가 부정되는 경우는 공정이용의 단계에 나아가기 전에 실질적 유사성 판단의 단계에서 상당 부분 걸려져야 한다는 주장을 하고 있는데, 이는 경청할 만한 가치가 있다고 생각한다. 특히 포괄적인 공정이용 조항이 존재함으로 인하여 상당한 정도의 저작권 보호범위 설정작업이 위 조항에 의하여 행하여지는 미국과 달리, 우리나라에서는 개별적인 조항을 열거하여 이에 의하여 저작재산권을 제한하는 입법태도를 취하고 있다. 그러므로 상대적으로 우리나라에서는 실질적 유사성의 판단단계에서 저작권 보호범위 설정에 관한 보다 포괄적이고 유연한 재량을 발휘할 수 있는 여지가 많다. 이러한 측면에서 동일한 저작권 보호범위를 지향하는 경우에도 공정이용의 판단에 포괄적인 재량이 주어지는 미국에 비하여 그렇지 못한 우리나라에 있어서 실질적 유사성 판단은 보상과 공유의 조화에 더 비중있게 기여하여야 할 것이다.

---

178) 한편 실질적 유사성을 판단함에 있어서 보상의 원칙이 주된 기능을 한다고 하여 공유의 원칙이 전혀 고려되지 않는 것은 아니다. 오히려 실질적 유사성 판단에 있어서는 공유의 원칙도 보조적으로 기능한다. 이는 앞서 설명한 것처럼 창작 인센티브의 의미있는 감소가 발생하였는가를 판단함에 있어서 잠재적 창작자의 수요자로서의 창작 인센티브도 염두에 두어야 한다는 것에서 나타난다.

## 第4章 實質的 類似性的 一般的 判斷基準

### 第1節 實質的 類似性 判斷의 實體的 側面

#### 1. 概觀

이 절에서는 실질적 유사성 판단에 있어서 고려하여야 할 실체적 문제들에 관하여 다루기로 한다.

법원은 원고의 저작물과 피고의 작품 사이의 실질적 유사성을 판단함에 있어서 크게 두 가지 실체적 문제에 직면하게 된다.

첫 번째는 원고의 저작물 가운데 저작권에 의하여 보호되는 “표현”과 저작권에 의하여 보호되지 않는 “아이디어”를 구분하는 문제이다. 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성은 원고의 작품 중 저작권에 의하여 보호되는 표현이 피고의 작품과 어느 정도로 유사한가의 문제이다. 우리나라 대법원도 “저작권의 보호대상은 아이디어가 아닌 표현에 해당하고, 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분에 한하므로 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 할 것이다”라고 함으로써 저작권 침해 여부를 판단함에 있어서는 아이디어가 아닌 표현이 그 대상임을 명확하게 하고 있다.<sup>179)</sup> 따라서 두 작품 사이의 아이디어가 실질적으로 유사하다고 하더라도 표현이 실질적으로 유사하지 않다면 저작권침해가 성립하지 않는다. 그러므로 저작권침해소송에서 실질적 유사성의 판단이 이루어지기 위하여서는, 논리적으로 아이디어와 표현의 구분이 전제되어야 한다.<sup>180)</sup> 이는 다시 말하면 보호대상을 확정하는 작업이다.

두 번째는 원고의 저작물의 표현과 피고의 작품 사이에 “어느 정도” 유사성이 존재하여야 “실질적으로” 유사하다고 판단할 수 있는가 하는 문제이다. 이는 실질적으로 유사하여 저작권침해가 성립되는 영역과 실질적으로 유사하

---

179) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073,3080 판결 등 참조.

180) 정상조, 전계 논문, 118면.

지 않아 저작권침해가 성립되지 않는 영역의 경계선을 찾는 문제이다. 만약 실질적 유사성을 너그럽게 인정한다면 쉽게 저작권침해를 인정할 수 있게 되어 당해 저작물의 보호범위는 넓어지고, 실질적 유사성을 엄격하게 인정한다면 쉽게 저작권침해를 인정할 수 없게 되어 당해 저작물의 보호범위는 좁아진다. 그러므로 이는 다시 말하면 보호범위를 확정하는 작업이다.

이와 같이 실질적 유사성 판단에 관하여 문제되는 두 가지 실체적 측면은 앞의 장에서 논의한 창작 인센티브와 밀접한 관련성을 가지고 있다.

우선 보호대상의 확정과 관련하여 살펴본다. 저작권은 창작자로 하여금 사회에 ‘가치있는 것’을 창작하는 것에 대하여 개인에게 대가(對價)로서의 독점권을 부여함으로써 창작으로 나아가게 하는 인센티브로서의 기능을 가진다. 그렇다면 어떠한 가치를 창출하도록 인센티브를 부여할 것인가? 이는 결국 어떠한 가치에 대한 인센티브의 부여가 사회의 문화발전에 기여할 것인지, 또는 장애가 될 것인지를 두 가지 차원에서 접근하여야 할 것이다. 일반적으로 사회의 문화발전에 기여하는 것은 새롭고 독자적이고 구체적이고 다양한 것이고, 사회의 문화발전에 장애가 되는 것은 모든 사람이 공유하여야 할 소재로서의 기능이 강하고 보호비용이 높은 것이다. 그렇다면 전자에 대하여서는 창작 인센티브를 제공하고, 후자에 대하여서는 제공하지 않는 것이 타당할 것이다. 이 때 전자를 ‘표현’, 후자를 ‘아이디어’라고 지칭하는 것이다.

다음으로 보호범위의 확정과 관련하여 살펴본다. 보호대상의 확정 문제가 어떠한 가치에 대하여 창작 인센티브를 제공하는 것이 타당한가의 문제였다면 보호범위의 확정 문제는 어느 만큼의 창작 인센티브를 제공하는 것이 적정한가의 문제이다. 즉 보호할 자격이 있는 창출가치를 어느 정도까지 보호할 것인가의 문제이다. 단순히 표현하자면, 사회의 문화발전에 기여하는 바가 크면 더욱 강한 창작 인센티브를, 적으면 더욱 약한 창작 인센티브를 부여하는 것이다. 그렇다면 사회의 문화발전에 기여하는 정도는 어떠한 기준으로 측정할 것인가? 이는 아이디어와 표현을 구분하는 기준과 같은 맥락에서 파악할 수 있다. 통상 창작성이나 구체성의 정도가 높고 다양한 표현가능성이 높은 것일수록 사회 전체에 미치는 긍정적인 영향이 클 것이므로, 강한 보호를 통하여 더 큰 창작 인센티브를 부여할 필요가 있다.

이 장(章)에서는 위에서 살펴 본 실질적 유사성 판단에 있어서 두 가지 실제적 과제들, 즉 보호대상 확정(아이디어와 표현의 구분)과 보호범위 확정(실질적 유사성의 경계선 설정)의 문제에 관하여 차례대로 살펴보기로 한다.

## 2. 保護對象의 問題 - 아이디어/표현 二分法

### 가. 아이디어/표현 二分法の 意義

아이디어/표현 이분법(idea/expression dichotomy)은 아이디어는 저작물로 보호되지 아니하고 표현만 보호된다는 이론이다.<sup>181)</sup>

아이디어/표현 이분법은 어떠한 작품이 저작물인가를 판단할 때와 어떠한 작품이 다른 저작물에 관한 저작권을 침해하였는가를 판단할 때의 두 가지 단계에서 문제된다. 우선 저작권법은 창작성 있는 표현이 담긴 작품만을 저작물로 보호하므로 저작물성을 판단할 때에는 과연 당해 작품이 보호받을 수 없는 아이디어만으로 구성된 것인지, 그렇지 않으면 그 아이디어의 기반 위에 창작성 있는 표현이 존재하는지를 검토하여야 하고, 이 때에 아이디어와 표현의 구분이 필요하게 된다. 다음으로 어떠한 작품이 저작물이라는 것을 전제로 한 저작권침해판단에 있어서도 실질적 유사성 판단에 있어서 비교하여야 할 대상은 그 작품에 존재하는 아이디어가 아니라 표현이므로 이 때에도 아이디어와 표현의 구분이 필요하게 된다.

아이디어/표현 이분법이라는 명칭의 이론이 저작권법에 규정되어 있는 것은 아니다. 다만 그 동안 살펴 본 저작권 보호범위에 관한 보상과 공유의 원칙에 의하면 창작자에 대한 독점권 부여와 일반 공중에 대한 이용권 부여가 서로 균형을 이루어야 하는 것이므로 창작물 가운데에는 창작자에게 독점적으로 귀속되어야 할 부분과 일반 공중에 널리 귀속되어야 할 부분이 있다. 창작물 가운데 창작자의 정신적 노력의 소산이라고 할 수 있는 ‘창작성 있는 표

---

181) 따라서 아이디어는 창작적인 것이라고 하더라도 저작권법의 보호대상에 포함되지 않는다. 다만 아이디어라고 하더라도 특허법이나 부정경쟁방지및영업비밀의보호에관한법률에 의한 보호를 받거나 민법상 불법행위나 부당이득이론에 의하여 보호받는 경우도 있다. 또한 데이터베이스나 온라인디지털콘텐츠의 경우 그 구성요소가 아이디어인지 표현인지를 불문하고 저작권법 제73조의 6 또는 온라인디지털콘텐츠산업보호법에 의하여 보호받을 수 있다.

현' 부분은 창작자에게 독점적으로 귀속되지만, 그 표현의 배후에 있는 아이디어나 소재는 여전히 일반 공중이 접근하여 이용할 수 있는 부분으로 남아 있어야 한다. 이는 마치 어린이들이 똑같은 찰흙을 가지고도 여러 가지 개성적인 찰흙작품을 만들어 내는 것처럼 똑같은 아이디어에 기하여서도 얼마든지 다양한 창작물이 나올 수 있기 때문에 저작권법은 그 다양성의 근원이 되는 아이디어의 독점은 금지하되 아이디어에 기하여 개성적으로 발현된 창작성있는 표현만 도모하는 것이다. 이와 같이 저작권 보호범위에 관한 일반 원리가 창작물에 투영된 것이 아이디어/표현 이분법이다.

종래 독일이나 일본 등 대륙법계 국가에서는 저작물의 구성요소를 '내용'과 '형식'으로 구분하여 '형식'에 해당하는 부분에 대하여서만 저작권의 보호를 부여하여 왔다. 또한 형식을 '외면적 형식'과 '내면적 형식'으로 구분하여 외면적 형식이란 저작자의 사상이 문자·언어·색·음 등 다른 사람에 의하여 지각(知覺)될 수 있는 매개물을 통하여 객관적인 존재로 나타난 것이고, 내면적 형식이란 외면적 형식에 대응하여 저작자의 내심의 일정한 질서를 가지고 형성된 사상의 체계라고 설명하면서,<sup>182)</sup> 내면적 형식은 내용과 불가분의 관계에 있으나 개성적 정신의 표현이므로 저작물성이 인정된다고 설명한다.<sup>183)</sup> 그러나 독일에서는 '내용과 형식의 구별' 원칙이 수정되어 '내용'에 개인적 특성이 존재하면 '내용'도 저작권법에 의하여 보호된다는 논의가 있었고,<sup>184)</sup> 이는 판례에 반영되기도 하였다.<sup>185)</sup>

내용/형식 이분법은 개념적이고 사변적인 기초 위에서 논리를 세운 뒤 이를 개별적 사안에 적용하는 경향을 보이는 반면, 아이디어/표현 이분법은 개별적인 사안에 관한 구체적 타당성있는 결론을 도출해 나가면서 실증적인 체

182) 半田正夫, 著作権法概説, 第7版, 一粉社, 1994, 81면, 陸本英史, "著作権(複製權, 翻案權)侵害の判斷について(上)", 判例時報 1595호, 30면.

183) 박성호, "저작물의 보호범위 - 희랍어 분석방법 사건", 한국저작권관례평석집(1), 저작권심의조정위원회, 17면.

184) E. Ulmer, Urheberrecht und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, S. 122 f., H. Hubmann, Urheberrecht und Verlagsrecht, 6. Aufl., C.H.Beck, 1987 S.38., 박성호, 전계 논문 18면에서 재인용.

185) RGZ 121, 70 f, 박성호, 전계 논문 18면에서 재인용.

계를 세워나가는 경향을 보이는 측면에서 차이가 있다. 그러나 이러한 방법론의 차이에도 불구하고 내용/형식 이분법과 아이디어/표현 이분법은 모두 저작권법의 목적을 달성하기 위하여 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 부분과 보호받는 부분을 구분하는 도구에 불과하다는 점에서 양자 사이에 본질적인 차이가 있다고 보기는 어렵다.

한편 우리나라 대법원 판례들과 통설은 나중에 보게 되는 바와 같이 영미 법계와 마찬가지로 ‘아이디어’와 ‘표현’이라는 용어를 사용하고 있으므로, 이 논문에서도 아이디어/표현 이분법이라는 용어를 사용하기로 한다.

## 나. 아이디어/표현 二分法の 機能

### (1) 報償과 公有의 均衡維持

아이디어/표현 이분법의 주된 기능은 보상과 공유 사이에서 저작권 보호범위를 적절하게 제약함으로써 다양하고 풍부한 문화적 창작물의 생산과 이용이라는 저작권법 원래의 목적을 달성하는 것이다. 아이디어 부분에 대한 독점까지 허용한다면 창작물에 대한 일반 대중의 접근가능성을 크게 제약할 뿐만 아니라, 다른 창작자들의 입장에서조차 기존 창작물들의 요소들을 차용할 수 없게 되어 창작비용을 크게 높이게 됨으로써 창작활동 역시 제약하게 된다. 따라서 창작활동과 이용이 모두 억제되는 현상이 발생하게 되어 결과적으로는 문화의 향상발전에 해악이 된다.

아이디어/표현 이분법은 일반 대중의 문화산물 향유를 크게 저해하지 않으면서 창작자의 창작의욕을 최대한 북돋우기 위하여 문화적 생산물을 구성하는 요소 가운데 권리자에 의하여 독점되는 부분(표현)과 일반 대중에 의하여 공유되는 부분(아이디어)의 경계선을 적절하게 설정하는 역할을 한다. 따라서 아이디어와 표현의 경계선을 탐구하는 작업은 보상과 공유의 적절한 균형점을 찾아가는 작업이다.

### (2) 表現의 自由의 保障

저작권 제도는 일정한 기간 동안 일정한 범위 내에서 저작물에 대한 저작자 기타 권리자의 독점배타적인 권리를 용인한다. 그런데 이러한 독점상태는 대중이 당해 저작물에 접근하여 이를 이용하는 것을 제약한다. 이는 정보유통

의 동맥경화를 유발하여 표현의 자유 중 중요한 비중을 차지하는 국민들의 알 권리의 온전한 실현에 장애가 된다. 이처럼 저작권은 정보에 대한 통제에 대표적인 수단이고, 저작권의 강화는 정보사유권의 강화를 의미하게 되어 표현의 자유를 잠식할 가능성이 있다. 따라서 표현의 자유와 저작권 제도는 일정한 상황 하에서는 긴장과 갈등의 관계에 놓이게 된다.<sup>186)</sup>

이러한 표현의 자유와 저작권 제도 사이의 불편한 관계는 아이디어/표현 이분법에 의하여 화해에 이르게 된다. 아이디어/표현 이분법에 의하면 타인의 저작물에 나타난 특정한 표현을 복제하는 것이 아니라면 그 저작물에 내재한 사상이나 아이디어 또는 저작물의 소재를 이용하여 표현활동을 하는 것은 저작권법에 의하더라도 문제가 되지 않는다. 그러한 의미에서 아이디어/표현 이분법은 아이디어와 사상의 자유로운 유통을 보장하여 줌으로써 국민의 알 권리를 충족시키고 동시에 저작자의 개성이 나타난 표현은 독점적으로 보호하여 줌으로써 표현의 자유와 저작권 제도 사이의 균형을 유지하는 중요한 지렛대 역할을 한다.<sup>187)</sup>

## 다. 아이디어와 표현의 區分

### (1) 아이디어와 표현 區分の 困難性

아이디어는 보호되지 아니하고 표현은 보호된다는 명제는 외관상 명쾌하다. 하지만 현실적으로 아이디어/표현의 명확한 경계선을 긋는 것은 대단히 어려운 작업이다. 이와 같은 어려움 때문인지 Learned Hand 판사는 Nichols v. Universal Pictures Corp. 판결<sup>188)</sup>에서 그 누구도 아이디어와 표현의 경계선을 고정하지 못하였고, 앞으로 누구도 그 일을 하지 못할 것이라고 판시하였고, Peter Pan Fabrics v. Martin Werner 판결<sup>189)</sup>에서는 표현과 아이디

---

186) 그러나 저작권과 표현의 자유는 상호보완 관계에 있어서 표현의 자유가 충분히 보장되는 경우에만 저작권도 활기를 띠게 되고 또 저작권의 보호로 저작활동이 활발하게 됨으로써 언론의 자유나 알 권리도 그 혜택을 충분히 누릴 수 있다. 이형하, "언론출판의 자유와 저작권의 상충과 조정 -헌법상 언론출판의 자유를 이유로 하여 저작권침해에 대한 면책특권을 인정할 것인가?", 헌법판례연구 I, 한국사법행정학회, 1993년, 254면 참조.

187) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

188) 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

어의 경계선에 관하여서는 어떠한 확립된 기준도 있을 수 없고 오로지 사건의 내용에 따라 판단할 수 밖에 없다고 선언하기도 하였다. 더구나 각 사건마다 문제되는 저작물의 유형과 특성이 다르고, 이러한 차이점은 아이디어와 표현의 경계선에도 그대로 반영되므로 모든 저작물에 적용될 수 있는 일률적인 구분기준은 존재하지 않는다.

이와 같이 아이디어/표현 이분법의 실제 적용은 대단히 어려운 작업이지만, 창작자와 이용자들에게 예측가능성을 부여하는 것은 대단히 중요한 일이므로 저작물에 있어서 아이디어와 표현의 경계선을 획정하기 위한 노력은 필요하다. 아래에서 그 구분에 적용할 기본원리를 검토하기로 한다.

## (2) 아이디어와 표현의 區分에 관한 基本原理

우선 아이디어와 표현은 저작권 보호범위 확정에서 보호되지 않는 부분과 보호되는 부분을 구분하기 위하여 사용되는 수단적 개념이라는 것을 염두에 둘 필요가 있다. 따라서 저작물의 보호범위론의 배후에 흐르는 정책적인 요소를 간과한 채 아이디어와 표현의 사전적(辭典的) 의미를 밝히고 그 문언적 해석을 통해 확정된 틀에 저작물의 구성요소들을 대입시켜 아이디어와 표현을 구분하려는 시도는 지나치게 형식적이고 도식적인 것으로서 지양되어야 한다. 오히려 아이디어와 표현이라는 용어는 ‘공유되어야 할 요소’와 ‘독점적으로 보호되어야 할 요소’를 가르는 경계선의 양쪽을 상징적으로 일컫는 것에 불과하다고 보아야 할 것이다. Nimmer 교수는 보호하여야 하는 표현과 보호할 수 없는 아이디어를 구별해 내는 기준은 매우 실용적인 것으로서, ‘아이디어’라고 하는 형이상학적인 관념에 기초하여 도출하는 것이 아니라 창작자의 노력을 보호할 필요성과 당해 저작물에 대한 자유로운 접근을 보장하여야 하는 필요성의 비교형량으로부터 도출되는 것이라고 논평하기도 하였다.<sup>189)</sup>

그렇다면 저작권법에 있어서 아이디어는 ‘공유될 가치가 있는 요소’를, 표현은 ‘독점적으로 보호할 가치가 있는 요소’를 의미하는 것으로서 이를 확정함에 있어서는 저작자와 이용자의 균형있는 보호와 사회 전체의 효율성 증가의

---

189) 247 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).

190) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-125면.

차원에서 정책적으로 유연한 접근방식을 취하는 것이 타당하다. 법경제학적으로 표현하자면 보호를 통하여 발생하는 비용보다 이익이 높아 사회 전체의 복지가 향상될 수 있는 요소들은 “표현”으로, 그 반대의 요소들은 “아이디어”로 평가하게 된다.

한편 저작물을 구성하는 특정 요소의 보호가치 여부는 저작물 자체의 속성 뿐만 아니라 이를 둘러싼 여러 가지 변수들에 의하여 평가되는 것이다. 그러므로 동일한 저작물이라고 하더라도 그 보호의 범위는 사회의 변화에 따라 충분히 달라질 수 있는 것이다. 결국 아이디어/표현의 경계선도 고착적인 것이 아니라 유동적인 것이다. 이러한 유동성은 컴퓨터프로그램과 같이 그 변화의 속도가 빠른 영역에 있어서 더욱 두드러진다. 개념적으로는 창작성있는 표현 양식임에도 불구하고 사실상 표준화가 진행되면서 아이디어/표현 합체이론에 따라 저작권 보호범위가 부정되는 사용자 인터페이스(user interface)의 경우가 그 대표적인 예이다.

이와 같은 정책적 접근방식은 판례를 통하여 형성되어 온 아이디어/표현 이분법의 역사와도 부합한다. 실제로 아이디어/표현 이분법은, 이에 관한 고정적인 이론적 틀이 존재하고 그 틀에 따라 개별적 사안을 해결하는 연역적 방식보다는, 정책적으로 바람직하다고 생각하는 결론을 내리고 이 결론에 부합하는 방향으로 아이디어와 표현을 구분하는 구체적인 사례들이 집적되면서 경험적으로 아이디어와 표현의 경계선이 형성되는 귀납적 방식에 의하여 발달하여 왔다.

위와 같은 입장을 취하게 되면 모든 저작물에 공통으로 적용될 수 있는 아이디어와 표현의 구분선이 존재한다기보다는 각 저작물의 유형별로 그 특성과 환경에 맞는 아이디어와 표현의 경계선을 긋는 작업이 개별적으로 진행되어야 한다.<sup>191)</sup> 따라서 소설에 있어서 아이디어와 표현을 구분하는 작업은 컴퓨터프로그램에 있어서 아이디어와 표현을 구분하는 작업과 다른 성격을 가진다. 이는 저작물의 유형별로 실질적 유사성 판단의 고려지침이 달라져야 한다는 이 논문의 각론 부분의 취지와 일치한다.

---

191) Jon O. Newman, New Lyrics for an Old Melody : The Idea/Expression Dichotomy in the Computer Age, 17 Cardozo Arts & Ent. L.J. 691, 693 (1999).

### (3) 判例와 立法에 나타난 아이디어와 표현의 區分基準

#### (가) 美國

이 이론은 원래 미국 판례를 통하여 발달되어 왔다. 그러므로 아이디어와 표현의 구분에 관한 미국의 주요 판례들을 살펴 보기로 한다.

아이디어/표현 이분법의 단서를 제공한 최초의 판례는 Baker v. Selden 판결<sup>192)</sup>이다. 이 판결에서는 아이디어는 특허법에 의한 보호를 받아야 하고, 저작권법에 의한 보호는 받을 수 없다는 점을 명시하였다. 이 판결은 새로운 부기방식(簿記方式)에 기한 대차대조표 양식(樣式)이 저작권법의 보호를 받는 표현에 해당하는가가 문제된 사건에 관한 것이다. 원고인 Selden은 새로운 부기방식에 대한 책을 저술하였는데, 피고인 Baker는 또다른 부기관련저서를 저술하면서 원고의 대차대조표 양식을 허락없이 전재하였다. 이에 원고가 피고를 상대로 대차대조표 양식에 대한 저작권침해를 이유로 소송을 제기한 사건이었다. 이 사건에서 연방대법원은 Selden이 자신의 저서에 대한 저작권을 가지는 문제와 그 책에 설명된 기술(art)에 대한 독점권을 가지는 문제는 다르다고 전제하였다. 한편 Selden은 책에서 소개한 부기방식에 관하여 특허권을 부여받지 아니한 이상 이에 대한 독점권을 가질 수 없고, 위 책에 나타난 양식은 위 부기방식을 표로 구현한 것에 불과하므로 이 역시 독점적으로 보호할 수 없다고 하였다. 위와 같은 연방대법원의 판시 내용을 살펴보면 아이디어/표현 이분법에 관한 명시적인 설명이 나타나 있지 않고, 오히려 저작권법과 특허법의 관계에 초점을 맞추고 있지만, 아이디어에 대한 저작권의 보호는 불가능하다는 것을 명확하게 밝혔다는 점에서 아이디어/표현 이분법에 관한 판례라고 할 수 있다.

이와 같이 양식이나 표에 대한 저작권보호를 부정하는 태도는 그 이후 수리내용 및 비용내역을 기입할 수 있는 TV 수리명세서에 대한 저작물성을 부정한 Taylor Instruments Companies v. Fawley-Brost Co. 판결,<sup>193)</sup> 의료검진표에 대한 저작물성을 부정한 Bibbero Systems Inc. v. Colwell Systems Inc. 판결<sup>194)</sup> 등에서 계속 유지되었다.

---

192) 101 U.S. 99 (1879).

193) 139 F.2d 98 (7th Cir. 1943).

아이디어/표현 이분법에 기하여 양자의 경계선을 획정하는 객관적 기준정립을 최초로 시도한 판례는 Nichols v. Universal Pictures Corp. 판결<sup>195)</sup>이었다. 이 사건에서는 피고가 만든 영화각본인 "The Cohens and the Kellys"가 원고의 희곡인 "Abie's Irish Rose"의 저작권을 침해하였는지 여부가 문제되었다. 이 사건을 담당하였던 Learned Hand 판사는 저작권 보호범위와 관련하여 이른바 추상화 테스트( abstraction test)를 도입하였다. 즉 희곡에서 스토리를 구성하는 구체적인 사건들을 계속적으로 제거시켜 나가면 점차 패턴은 일반화되어 가고 결국에는 그 희곡의 주제에 관한 가장 일반적인 기술만이 남게 되는데, 이와 같은 추상화(abstraction)의 과정에서 어느 지점에 이르면 표현은 제거되고 아이디어만이 남아 더 이상 저작권의 보호를 줄 수 없는 상태에 도달하게 된다는 것이다.<sup>196)</sup> 또한 희곡의 구성요소 중 등장인물(character)과 시퀀스(sequence)가 어떻게 개발되고 복합되어 있는가에 따라 저작권 보호범위가 정하여진다고 하였다. 따라서 등장인물에 대한 개발정도가 크지 않으면 이에 대한 보호가능성도 줄어든다고 하였다. 이 사건에서는 등장인물이나 사건의 흐름이 독창적인 표현이라기보다는 보편적인 배경에 해당한다는 취지로 저작권침해를 부정하였다.

판례를 통하여 발달된 아이디어/표현 이분법은 1976년에 미국 저작권법 제102조 (b)에서 성문화되었다. 위 조항에서는 『어떠한 경우에도 당해 저작물의 아이디어, 절차, 공정, 체계, 조작방법, 개념, 원칙 또는 발견에 대하여는, 그것이 어떠한 형식에 의하여 기술, 설명, 예시되거나 저작물에 포함되더라도, 저작권 보호가 미치지 아니한다』라고 규정하고 있다.<sup>197)</sup>

Paul Goldstein 교수는 위 조항의 규정에 따라 아이디어를 개념(concept),<sup>198)</sup> 문제의 해법(solution),<sup>199)</sup> 창작의 도구(building blocks)<sup>200)</sup>의 세 가지

194) 731 F.Supp. 403, 404 (N.D. Cal. 1988).

195) 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

196) Paul Goldstein, 전게서, 2:24면 ; 오승종 외 1, 전게서 44면.

197) TRIPs 협정 제9조 제2항에서도 이와 유사하게 저작권의 보호는 표현에는 적용되나, 아이디어·절차·운용방법 또는 수학적 개념 자체에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

198) 작품 창작의 원동력이 되는 개념(concept)은 비교적 숫적으로 제한되어 있어 독점적으로 보호하기에는 사회적 비용이 과다하다. 특히 영업적인 개념(marketing concept),

유형으로 분류하고 있다. 한편 Goldstein 교수는 문제의 해법을 설명함에 있어서 특정한 단어들이나 도면을 이용하거나, 기본적인 창작의 도구들을 모으고 윤색하여 구체적인 성과물을 만드는 등 위 아이디어를 표현으로 승화시킬 수 있는데, 언제부터 아이디어가 표현으로 변환되는가 하는 점은 불가피하게 사안에 따라 개별적으로 결정할 수 밖에 없는 것이지만, 일반적인 두 가지 지침으로서 법원은 ① 어느 정도까지 보호되는 표현으로 인정하여야 현재의 창작자에 대한 인센티브 부여와 미래의 창작자를 위한 아이디어의 보관 사이의 균형을 유지할 수 있는가를 고려하여야 하고, ② 아이디어와 표현 중 어느 것인지 불명확할 때에는 표현으로 보되 그 표현의 보호범위의 조정을 통하여 위와 같은 균형을 모색해야 한다고 설명하고 있다.<sup>201)</sup>

#### (나) 우리나라

예를 들면 소매점 할인쿠폰에 관한 아이디어, 각종 컨테스트(contest)나 게임 쇼에 관한 아이디어 등 소비자의 구매의욕을 자극하기 위한 개념들은 각 주(州)의 계약법이나 부정경쟁방지법, 상표법 등 다른 법의 보호대상은 될 수 있을지 몰라도 저작권법의 보호는 받을 수 없다.

199) 이 부분에 관한 선도적인 판례는 미국연방대방법원의 Baker 판결이다. 그 이후 미국 법원은 카드게임규칙 {Whist Club v. Foster, 42 F.2d 782 (2d Cir, 1929)}, 속기시스템 {Brief English Sys. v. Owen, 48 F.2d 555 (2d Cir, 1931)}, 온도의 기계적인 측정을 위하여 고안된 차트 {Taylor Instrument Cos. v. Fawley-Brost Co., 139 F.2d 98, 100 (7th Cir. 1943)} 등의 판례를 통하여 Baker 판결을 따르고 있다. Paul Goldstein, 전게서, 2:27-28면 참조.

200) 이는 저작물의 작성에 필요한 도구(building blocks)들이다. 무엇이 창작을 위한 도구에 해당하는지는 저작물의 유형에 따라서 각각 다르다. 어문저작물의 경우에 있어서는 작품의 주제, 플롯(plot), 주인공의 표준적인 캐릭터(character), 세팅 등은 물론 그 다지 길지 않은 몇 개의 단어로 이루어진 제목과 같은 것들이 이에 해당할 것이고, 미술저작물의 경우에는 개개의 색상이나 형상이, 음악저작물에 있어서는 개개의 리듬과 음조(音調), 화성 등이 이에 해당할 것이다. 이와 같은 창작의 도구들에 대하여 저작권에 의한 독점적 보호를 주게 되면, 다른 제3자의 창작을 방해함으로써 결과적으로 문화 창달에 기여하고자 하는 저작권의 목적에 위배된다. Paul Goldstein, 전게서, 2:28-29면 참조.

201) Paul Goldstein, 전게서, 2:28-29면 참조.

아이디어/표현 이분법의 구분은 우리나라의 다수 판례에서도 그 자취를 찾아 볼 수 있다. 예컨대 희랍어 문법 교재에 관한 저작권침해가 문제된 사건에서 대법원은 “저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하는 것이고, 따라서 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물은 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작인격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니한다. 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고, 누구에 대하여도 그 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니라 할 것이다. 결국 저작권의 보호대상은 아이디어가 아닌 표현에 해당하고, 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분에 한하므로 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 할 것이다”라고 판시하였다.<sup>202)</sup> 그 이외에도 대법원과 하급법원에서 아이디어/표현 이분법에 입각한 다수의 판결들이 선고되었다.<sup>203)</sup>

202) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073,3080 판결.

203) 대법원에서는 소설 등에 있어서 추상적인 인물의 유형 혹은 어떤 주제를 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건이나 배경(대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결), 한글교육교재의 순차적 교육방식(대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결), 피아노교습에 관한 교육이론과 이에 기한 교습방법 또는 순서(대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결), 종래의 문화적 유산인 복식에 기초를 둔 한복디자인(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결) 등을 아이디어라고 판시하였다. 한편 하급심 판례들을 살펴 보면, 풍속에 대한 해석내용(서울서부지방법원 2004. 6. 28.자 2004카합271 결정), 기존의 저승노자돈으로 사용되던 동전 등을 지폐 형태로 고안한다는 발상(서울중앙지방법원 2004. 4. 30. 선고 2003가합84823 판결), 게임시나리오의 기본적인 구성(서울중앙지방법원 2004. 11. 16. 선고 2002나40684 판결), 투자자의 이동통신 단말기에 주식 가격변동폭을 자동적으로 통보하여 주는 서비스방식(서울지방법원 2001. 3. 16. 선고

우리나라 저작권법에서는 아이디어/표현 이분법을 정면으로 규정하고 있지 않다. 다만 저작권법 제7조 제5호에서는 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’를 보호받지 못하는 저작물의 하나로 열거하고 있는데, 이는 표현의 소재는 아이디어로 보아 저작권에 의한 보호대상에서 제외하는 아이디어/표현 이분법의 반영이라고 할 수 있다. 또한 컴퓨터프로그램보호법 제3조에서는 프로그램언어를 ‘프로그램을 표현하는 수단으로서의 문자·기호 및 그 체계’, 규약을 ‘특정한 프로그램에 있어서 프로그램언어의 용법에 관한 특별한 약속’, 해법을 ‘프로그램에 있어서의 지시·명령의 조합방법’으로 정의하면서 위와 같은 프로그램언어, 규약, 해법에는 위 법을 적용하지 않는다고 규정하고 있는데, 이 역시 컴퓨터프로그램저작물에 있어서 아이디어/표현 이분법의 성문화라고 평가된다.

#### (4) 아이디어와 표현의 區分에 있어서 고려하여야 할 要素

단지 아이디어와 표현의 경계선은 정책적인 고려 하에 설정하여야 한다는 명제 자체만으로는 실제 저작권침해소송에서 아이디어와 표현을 구분하는 데에 별다른 도움을 주지 못한다. 또한 입법에 나타나 있는 아이디어와 표현의 구분기준은 지나치게 추상적이고, 판례에 나타나 있는 특정한 저작물에 대한 아이디어와 표현의 구분사례는 일반화에 어려움이 있다. 그러므로 아래에서는 아이디어와 표현의 구분에 있어서 일반적으로 고려하여야 할 다음의 요소들에 관하여 검토하기로 한다. 각 항목의 앞에 나와 있는 요소들이 강할수록 아이디어로서의 성격이 강하여지고, 뒤에 나와 있는 요소들이 강할수록 표현으로서의 성격이 강하여진다.

##### (가) 抽象性 / 具體性

창작물에 나타나 있는 요소가 추상적일수록 아이디어일 가능성이 크고 구체적일수록 표현일 가능성이 크다. 이는 앞서 언급하였던 Learned Hand 판사의 추상화 테스트(The abstraction test)에 잘 나타나 있다. 추상화 테스트에서는 희곡 스토리의 구체적인 사건들을 제거해 나가는 추상화의 과정에서 어느 한 지점에 아이디어와 표현의 경계선이 존재한다는 것을 밝히고 있다.

---

99가합93776 판결) 등이 아이디어에 해당한다고 판시되었다.

일반적으로 어문저작물에서는 주제나 배경, 분위기 등 추상적인 요소들은 아이디어에 해당하지만, 구체적인 사건의 전개와 상세한 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계 등 구체적인 요소들은 표현으로서 보호받게 된다. 제호나 프레이즈(phrase) 같이 간결한 문구가 저작권의 보호를 받지 못하는 것도 구체성을 결하였기 때문이라고 이해할 수 있다.<sup>204)</sup> 컴퓨터프로그램에서도 아이디어와 표현의 경계선을 찾기 위하여 역분석(reverse engineering)과 비슷한 과정을 거치면서 구체적인 소스 코드로부터 일련의 모듈로 이루어진 계층적 구조를 찾아 내어 마지막에는 프로그램의 목적 또는 기능이라는 가장 추상적인 아이디어에 이르는 추상화 과정을 거치게 되는데<sup>205)</sup> 그 중 코드로서 구체적으로 표현된 것이 저작권의 보호를 받는다. 결국 그 요소가 일반적이고 추상적인 것인지, 개별적이고 구체적인 것인지는 아이디어와 표현의 구분에 매우 중요한 역할을 하게 되는 것이다.<sup>206)</sup>

---

204) 제호의 저작물성을 부정한 대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결, 1996. 8. 23. 선고 96다273 판결 참조, "Refrigerator Diet Reminder", "Companion to your Pet or Dog", "Store Entrance Greeter"과 같은 짧은 광고문구의 저작물성을 부정한 S.A.M. Elecs., Inc. v. Osarapasop, 39 F.Supp.2d 1074, 1082 (N.D.Ill. 1999) 판결 참조. 다만 Matthews v. Freedman, 157 F.3d 25, 28 (1st Cir. 1998) 판결에서는 "someone who loves me went to Boston and got me this shirt"라는 셔츠 위의 문구가 저작물에 해당한다는 전제 위에서, "someone went to Boston and got me this shirt because they love me very much"라는 문구와 비교할 때 실질적 유사성이 없다고 판시하였는바, 이는 위와 같은 길이의 문장 정도라면 표현성이 인정된다고 보면서도 그 표현의 보편성에 비추어 보아 실질적 유사성의 범위를 매우 좁게 해석한 판례이다.

205) Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

206) 이러한 의미에서 아이디어와 표현의 구분은 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 유사성이 인정되는 경우인 이른바 '문장 대 문장' 구분이다. 이는 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우인 이른바 '구조적 유사성' 구분이다.

**(나) 非獨創性 / 獨創性**

독창성이 높을수록 보호의 대상인 표현이 될 가능성이 높아지는 반면, 평범하고 통상적인 것일수록 아이디어가 될 가능성이 높아진다.

독창성이 높다는 것은 그만큼 당해 작품으로 인하여 새로 창출되는 가치가 크다는 것을 반증한다. 따라서 일반적으로 독창성이 높은 것은 보호할 가치가 더 크다. 저작물의 성립요건 중의 하나인 창작성은 독창성보다는 낮은 수준의 개념이지만 근본적으로는 같은 연장선상에 있는 개념이다. 그러한 의미에서 저작물의 두 가지 개념요소인 ‘창작성’과 ‘표현’은 완전히 별개의 요소가 아니라 ‘창작성’의 정도가 높다면 ‘표현’으로 인정될 가능성도 큰 상호관계에 있다고 할 수 있다.

이러한 이유 때문에 작가의 독창성이 발현될 여지가 큰 문예적 저작물에 있어서의 표현의 범위는 그렇지 않은 기능적 저작물에 비하여 더욱 넓다.

**(다) 唯一性 / 多樣性**

당해 요소가 유일하게 표현될 수 밖에 없는 요소인지, 다양하게 표현될 수 있는 요소인지도 아이디어와 표현을 구분하는 하나의 기준이 된다. 어느 요소가 창작의 유일한 도구에 해당한다면 이에 관하여 특정인에게 독점권을 부여하는 것은 다른 사람들의 창작의 기회를 봉쇄하는 결과를 가져온다. 반면 어느 요소가 다양한 창작의 도구 중의 하나에 불과하다면 그 도구에 관하여 저작권을 부여하더라도 여전히 다른 사람들은 또다른 모습으로 같은 목적의 저작물을 만들 수 있다. 따라서 유일하게 표현될 수 밖에 없는 요소는 아이디어로서 저작권 보호의 대상이 되지 않을 가능성이 높은 반면, 다양하게 표현될 수 있는 요소는 표현으로서 저작권 보호의 대상이 될 가능성이 높다.

**(라) 素材性 / 非素材性**

당해 요소가 창작의 소재로서의 성격을 가지면 아이디어가 될 가능성이 크다. 예컨대 어문저작물과 관련하여 단어나 수 개의 단어로 구성된 어구는 문장을 만드는 소재에 불과하므로 아이디어에 해당한다. 또한 역사적 사실은 만인에게 공유되는 창작의 소재로서 어느 특정인이 독점권을 행사하는 것은 부당하기 때문에 아이디어로 분류될 가능성이 크다. 대법원 2000. 10. 24. 선고

99다10813 판결에서는 연해주 이민 한인들의 애환과 생활상을 그린 소설 ‘텐 산산맥’과 드라마 ‘까레이스키’ 사이의 실질적 유사성을 판단하면서 양 작품이 모두 일제 치하에 연해주로 이주한 한인들의 삶이라는 역사적 사실을 소재로 하고 있기 때문에, 주인공들의 일제 식민지로부터의 탈출, 연해주에의 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙 아시아로의 강제이주, 제정 러시아의 붕괴, 볼셰비키 혁명(1917년), 적백내전, 소련공산정권의 수립, 스탈린의 공포 정치 등의 공통의 역사적 사실이 보호받지 못한다고 판시하였다. 또한 역사적 사실의 묘사에 필수적으로 수반되는 장면이나 사건도 보호받을 수 없다. 따라서 나치 치하의 독일을 다루는 장면으로서 “Heil Hitler”를 외치는 장면이나 특정한 독일 노래가 나오는 장면 역시 표현으로서 보호받을 수 없다.<sup>207)</sup> 반면 비사실적인 요소는 창작의 소재라기보다는 창작의 결과에 해당하므로 표현으로 인정될 가능성이 크다. 또한 흔히 줄거리의 소재가 되는 일반적이고 전형적인 사건전개과정도 그 소재성으로 말미암아 아이디어로 취급될 가능성이 크다. 따라서 계속하여 동일한 날이 반복되는 상황에 갇힌 사람의 이야기<sup>208)</sup>나 나이많은 백인이 흑인 하인과의 관계를 통하여 인종차별의식을 극복하는 이야기,<sup>209)</sup> 부유한 외국의 왕자가 아내를 찾아 미국으로 건너와서 부모들의 반대에도 불구하고 사랑하는 여자와 결혼하여 고국으로 귀환하는 이야기<sup>210)</sup> 등에 대하여서는 표현성이 부정된다.

음악저작물에 있어서 음표나 전형적인 리듬 및 화음전개 등은 모두 창작의 소재에 해당하므로 아이디어에 해당하고, 미술저작물에 있어서 선이나 색상, 화풍 등도 마찬가지로 이유로 아이디어에 해당한다.

---

207) *Hoehling v. Universal City Studio Inc.*, 618 F.2d 972 (2d Cir. 1980).

208) *Arden v. Columbia Pictures Indus., Inc.*, 908 F.Supp. 1248, 1260 (S.D.N.Y. 1995).

209) *Denker v. Uhry*, 820 F.Supp. 722 (S.D.N.Y. 1992).

210) *Beal v. Paramount Pictures Corp.*, 20 F.3d 454 (11th Cir. 1994) ; *Herzog v. Castle Rock Entm't*, 193 F.3d 1241 (11th Cir. 1999).

## (마) 高費用 / 低費用

이 논문의 제3장에서는 저작권 보호범위의 설정에 있어서 저작권 제도가 사회 전체의 이익에서 비용을 공제한 순이익을 최대화시킬 것인가 하는 관점이 고려되어야 한다고 설명하였다. 그러므로 저작권 보호범위 설정의 도구에 해당하는 아이디어/표현 이분법에 있어서도 당해 요소를 보호함으로써 발생하는 사회적 비용이 얼마인가를 고려하여야 한다. 이러한 비용은 바꾸어 말하면 당해 요소에 독점권이 부여됨으로 인하여 그 요소를 우회하여 비슷한 목적을 달성하고자 하는 경우에 소요되는 비용이다. 이러한 비용이 과다할수록 그 요소를 보호하여야 할 정책적 필요성이 줄어들게 된다. 이러한 현상은 개념적으로는 창작성이 있는 표현방식이었으나 사실상 표준화됨으로 인하여 그 독점적 보호가 부정되거나 보호범위가 축소되는 경우에 잘 드러나게 된다.

이러한 논리는 앞서 제시한 유일성/다양성의 기준 및 소재성/비소재성의 기준과 밀접한 관련성이 있다. 다양한 표현의 길이 봉쇄되어 있거나 누구나 창작의 도구로 사용하여야 할 필요성이 있는 소재성이 높은 요소들은 일반적으로 그 보호에 들어가는 사회적 비용도 높다고 할 수 있다.

물론 보호비용이 높다는 이유만으로 막바로 저작권법에 의한 보호를 부정한다면 창작성 있고 구체성을 갖춘 표현에 대한 저작권법적 보호가 무산될 수 있다. 따라서 사회적 비용의 과다 여부는 어디까지나 이 논문에서 제시한 다른 기준들과 함께 비교형량하여야 할 하나의 기준일 뿐이고 그 자체가 절대적인 기준이 될 수는 없다.

## (바) 其他 考慮할 要素

### 1) 公有의 領域에 속한 것인지 與否

원래 창작성있는 표현이었다고 하더라도 저작재산권의 보호기간이 이미 만료하여 공유의 영역에 속하게 되었다면 이는 더 이상 표현이 아닌 아이디어의 영역에 속하는 것으로 보아야 할 것이다. 예를 들어 태진아의 ‘사랑은 아무나 하나’의 표절 여부가 문제되었던 사건에서, 대법원은 원고의 저작물인 ‘여자야’와 피고의 노래 ‘사랑은 아무나 하나’가 전체적으로는 유사하다고 인정하면서도, ‘여자야’ 역시 대중의 공유에 속하는 구전가요 부분을 제외하고 나면 양자 사이에 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다는 결론을 내렸다.<sup>211)</sup> 이는 공

유의 영역에 속하는 구전가요를 아이디어와 마찬가지로 취급한 사례에 해당한다.

## 2) 제3자로부터 借用한 表現인지 與否

또한 형식적으로는 ‘표현’에 해당하더라도 그것이 원고가 창작한 것이 아니라 타인이 이미 창작한 것이라면 원고와 피고의 작품 사이의 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 이와 같이 원고가 제3자로부터 차용한 표현은 아이디어와 마찬가지로 취급하여 실질적 유사성의 고려대상에서 제외하여야 한다. 다단계 판매회사의 홍보용 소책자의 저작권침해여부가 문제되었던 저작권침해금지처분사건에서 서울고등법원은 채권자가 저작한 홍보용 소책자의 저작물성을 인정하면서도 채무자의 소책자와 유사한 부분 중 일부는 채권자의 저작물 간행 이전에 발행된 다른 간행물들과 거의 동일하거나 매우 유사한 표현이 있어 채권자의 창작적인 표현이라고 볼 수 없다고 하여 실질적 유사성의 인정근거로 받아들이지 아니하였고, 나머지 유사한 부분은 양 저작물의 목차가 많이 다르고 그 구체적 표현에도 상당한 차이가 있는 이상, 서술의 순서나 용어의 선택 또는 표현방법 등 문장 표현상의 각 요소가 실질적으로 유사한 정도에 이르지 않는다고 보여지므로, 채권자의 저작권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.<sup>212)</sup>

## 3) 著作權法에서 아이디어로 看做하는 表現인지 與否

표현성이 충분함에도 불구하고 공익적인 이유로 아이디어와 마찬가지로 취급되는 경우도 있다. 예컨대 저작권법 제7조에서는 ① 헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙, ② 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그밖의 이와 유사한 것, ③ 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그밖의 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등, ④ 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 제1호 내지 제3호에 규정된 것의 편집물 또는 번역물, ⑤ 사실의 전달에 불과한 시사보도, ⑥ 공개한 법정·국회 또는 지방의회에서의 연설은 저작권법의 보호를

---

211) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

212) 서울고등법원 2003. 9. 17.자 2003라191 결정(확정).

받지 못한다고 규정하고 있다. 이 중 제5호를 제외한 나머지는 이론상으로는 표현성이 인정될 여지가 충분히 있는 것임에도 불구하고 국민의 알 권리와 표현의 자유 등의 공익적인 이유 때문에 아이디어와 마찬가지로 취급하여 저작권 보호대상에서 제외하고 있는 것이다.

## (5) 表現의 아이디어화

### (가) 아이디어/표현 合體理論

아이디어/표현 합체이론(merger of idea/expression theory)은 어떠한 아이디어에 대한 표현방법이 유일하거나 매우 제한되어 있어 아이디어와 표현이 불가분적으로 결합하게 되었다면, 표현의 보호는 곧 아이디어의 보호에까지 이어지게 되므로 위 표현은 저작권의 보호대상이 되지 않는다는 이론이다. 이 이론은 주로 기능적 저작물이나 사실적 저작물에 관한 미국 판례들이 축적되면서 발달되었다.

예를 들어 *Morrissey v. Procter & Gamble* 판결<sup>213)</sup>에서는 ‘판매경진대회의 규칙’은 누가 표현하더라도 유사할 수 밖에 없으므로 이러한 경우에까지 저작권보호를 인정하면 아이디어에 대한 이용도 사실상 금지하는 결과를 초래한다고 판시하였다. 또한 *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian* 판결<sup>214)</sup>에서는 보석들로 장식된 벌(bee) 모양으로 된 핀(pin)의 저작권침해가 문제된 사안을 다루고 있는데, 벌 모양의 핀을 표현하기 위하여서는 원고의 저작물과 같은 표현방법을 이용할 수 밖에 없으므로 이 경우 아이디어와 표현은 합체되어 표현의 보호는 곧 아이디어의 보호로 이어진다고 판시하였다. 그 이외에 지도에 표시된 송유관 예정경로,<sup>215)</sup> 프로그램의 표계산(spreadsheet)에서 표시화면 및 명령체계 작동시 「/」 키보드를 사용하는 방식<sup>216)</sup> 등에 대하여도 이 이론이 적용되었다.<sup>217)</sup>

213) 379 F. 2d 675 (1st Cir. 1967).

214) 446 F.2d 738 (9th Cir. 1971).

215) *Kern River Gas Transmission Co. v. Coastal Corp.* 899 F.2d 1458 (5th Cir, 1990).

216) *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International*, 740 F.Supp. 37 (D.Mass. 1990).

컴퓨터프로그램과 관련하여 어떠한 기능을 수행하기 위한 프로그램 기술방법이 여러 가지가 있을 경우에도 그 방법들 사이에 효율성에 차이가 있어 결국 효율성이 높은 방법은 한 가지 뿐이라고 하게 되면, 아이디어와 표현이 사실상 합체되는 경우가 있는데, Computer Associate Int'l Inc. v. Altai Inc. 판결<sup>218)</sup>은 특정한 프로그램이 실행되는 컴퓨터의 기계적인 요소, 어떤 프로그램이 다른 프로그램과 상호 결합하여 사용될 수 있도록 하는 호환성 요건, 컴퓨터 제조업자들의 디자인 표준, 그 프로그램이 사용되는 산업계에서의 요구, 컴퓨터 업계 내에서 널리 받아들여지는 프로그래밍 관행 등에 의하여 표현이 제약되는 경우를 그 예로 들고 있다. 표준화와 관련하여서는 처음에는 창작성 있는 표현이었는데 나중에 그것이 업계의 표준이 되는 경우에 있어서, 처음에는 부여되었을 저작권보호가 시간이 지나면서 소멸되는 것인가 하는 의문 들 수 있는바, 이에 대하여서는 별도의 향으로 상술하기로 한다.

우리나라에서는 이른바 희랍어 분석방법 사건에 관하여 대법원이 “...희랍어의 문법에 관한 단어의 음절구분과 이를 도식화하여 그 명칭, 액센트의 종류와 규칙, 액센트의 일반원리 등 희랍어의 문법적 특성을 설명한 부분은 동일한 사실에 관하여 여러 가지 표현형식이 있을 수 있는 문예작품과 달리 그 성질상 표현형식에 있어서 개성이 있기 어려울 뿐 아니라 피고가 사용하기 이전부터 보편적으로 사용되어 온 것임을 알 수 있으므로 피고의 강의록 중 이 부분이 독창적으로 표현된 것이라고 인정할 수 없고, 이 부분에 관한 설명을 함에 있어서 사용된 용어도 종래부터 사용되어 온 문법용어로서 저작권의 보호대상인 저작물이라고 볼 수 없으므로...”라고 판시하고 있는데,<sup>219)</sup> 이 역시 아이디어를 표현하는 방법이 제한되어 있는 경우 아이디어와 표현의 합체가 발생하여 그 부분은 저작권보호가 불가능하다는 취지라고 할 수 있다.

아이디어/표현 합체이론은 주로 기능적 저작물이나 사실적 저작물에 관한 저작권침해소송에서 피고가 특정한 아이디어를 표현하기 위하여서는 원고의 저작물에 담겨 있는 표현과 동일하거나 유사한 표현을 사용할 수 밖에 없다고

---

217) 정상기, “Idea/Expression 이분법에 대한 소고(1)”, 계간 저작권 1993년 여름호, 55 면에서 인용.

218) 982 F.2d. 693 (2d Cir. 1992).

219) 1993. 6. 8. 선고 93다3073,3080 판결.

주장하면서 원용하는 경우가 많다. 이에 대하여 원고는 동일한 아이디어에 대하여서도 여러 가지 모습으로 표현할 수 있는 길이 열려 있다는 점을 들면서 위 이론을 원용할 수 없다고 다투는 경우가 대부분이다.

우리나라 판례들을 보면 기능적 저작물이나 사실적 저작물과 관련하여 아이디어와 표현이 합체된 경우에 저작권침해의 성립을 부인하면서 그 근거로서 저작물성 자체가 인정되지 않는다는 점을 드는 경우가 많다. 하지만 개념적으로 아이디어와 표현이 합체되었다고 하여 저작물로서 인정될 수 없다고 하기 보다는, 개별적인 사건에서 실질적 유사성을 판단함에 있어서 이를 창작성있는 표현으로 인정하지 않거나 표현으로 보더라도 그 보호범위를 매우 좁게 해석하는 것이 타당한 태도일 것이다.<sup>220)</sup> 그러므로 피고가 아이디어/표현 합체이론에 기하여 저작권침해주장이 이유없다고 주장하는 경우, 그 주장은 저작물성 자체에 대한 부인(否認)으로만 볼 것이 아니라 실질적 유사성의 부인(否認)<sup>221)</sup>으로도 볼 수 있다.

#### (나) 標準的 插畫의 原則(Scènes à faire doctrine)

아이디어/표현 합체이론과 유사한 이론으로서 표준적 삽화의 원칙(scènes à faire doctrine)이 있다. 표준적 삽화의 원칙은 어느 표현이 특정 아이디어를 나타내는 데에 표준적이거나 필수적인 경우에는 그 표현의 보호는 아이디어의 보호와 마찬가지로의 결과를 가져오게 되므로 보호될 수 없다는 원칙이다.<sup>222)</sup> 아이디어/표현 합체이론이 주로 기능적 저작물의 영역에서 적용되는 것이라면 표준적 삽화의 원칙은 주로 어문저작물을 중심으로 한 문예적 저작물의 영역에서 적용되는 것이다.

Scènes à faire라는 용어가 처음 사용된 것은 Cain v. Universal Pictures Co. 판결<sup>223)</sup>에서였다. 이 판결에서는 두 사람이 큰 폭풍우 속에서 교회 안에

---

220) Nimmer, 전게서, § 13.03, 13-70면.

221) 앞서 밝힌 것처럼 실질적 유사성의 문제는 원고의 저작물에서 아이디어와 표현을 구분하는 문제와 원고의 표현과 피고의 작품 사이의 유사성을 판단하는 문제로 구성되어 있는데, 아이디어/표현 합체이론은 그 중 첫 번째 문제와 연관성이 있다.

222) 정상조, 전계 논문, 125면.

들어와 있는 상황에서 피아노를 연주하거나 기도하거나 배고픔을 느끼는 구체적인 표현들은 그 상황 자체에 내재하는 표현으로서 프랑스로 *Scènes à faire*라고 불리우는 것이라고 판시하였다. 그 이후 *Schwartz v. Universal Pictures Co.* 판결<sup>224)</sup>에서 같은 취지의 판시가 이루어지면서,<sup>225)</sup> 표준적 삽화의 원칙(*Scènes à faire doctrine*)이 본격적으로 자리잡게 되었다.

이와 같이 *Scènes à faire*는 어떤 아이디어를 표현함에 있어서 정형적으로 수반되는 사건, 인물이나 배경, 상황<sup>226)</sup> 등을 일컫는 용어로서 원래 필수장면이라는 의미를 가지고 있는데, 예컨대 2차 세계대전 당시 독일군이 술을 마시는 맥주집 장면을 묘사함에 있어서 “Heil Hitler”라는 당시 독일의 인사말 또는 독일 국가와 같은 노래 등<sup>227)</sup>이 여기에 해당한다.<sup>228)</sup> 또한 20세기 초반의 서아프리카 지역에 등장하는 선교사들,<sup>229)</sup> 부모를 잃은 어린이가 주인공인 작품에 있어서 그 주인공과 부모의 재회,<sup>230)</sup> 뉴욕시의 빈민가를 묘사함에 있어서 등장하는 만취자와 창녀 및 버려진 자동차,<sup>231)</sup> 공룡이 있는 동물원에 관한 이야기에 있어서 전자펜스, 자동화된 여행, 공룡사육소, 유니폼을 입은 직원,<sup>232)</sup> 강도에 관한 영화에 등장하는 감시카메라, 폭력, 직무를 수행하는 경찰

---

223) 47 F.Supp. 1013 (S.D.Cal. 1942).

224) 85 F.Supp. 270 (S.D.Cal. 1945).

225) 이상정, “저작물의 보호범위”, 계간 저작권, 1999년 봄호, 18면 참조.

226) *Schwartz v. Universal Pictures Co.*, 85 F.Supp. 270 (S.D.Cal. 1945)에서는 “이 세상의 모든 극본은 36개의 상황으로 분류될 수 있다”라고 선언하기도 하였다.

227) *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 272 (2d Cir. 1980), 정상기, 전개 논문 56면에서 재인용.

228) 정상기, 전개 논문, 56면.

229) *Simonton v. Gordon*, 297 F. 625 (D.C.N.Y. 1924).

230) *Rehyer v. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87 (2d Cir. 1976), cert denied, 429 U.S. 980 (1976).

231) *Walker v. Time-Life Films, Inc.*, 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986), cert denied, 476 U.S. 1159 (1986).

232) *Williams v. Crichton*, 84 F.3d 581, 587 (2d Cir. 1996).

관, 강도행각 도중 시간의 카운트다운(count-down)<sup>233)</sup> 등도 모두 Scènes à faire에 해당한다.

아이디어/표현 합체이론은 아이디어를 효율적으로 표현하기 위한 방법이 논리적으로 유일하거나 제한되어 있는 경우에 관한 것인 반면, 표준적 삽화의 원칙은 논리적으로는 특정한 아이디어에 대한 표현방법이 다양하지만 현실적으로는 이미 사회에서 그 아이디어에 대한 표현방법이 일반화되어 효과적인 표현을 위하여서는 사실상 그 표현방법을 사용할 가능성이 매우 높은 경우에 관한 것이라는 차이점이 있다. 그러므로 아이디어/표현 합체이론은 표준적 삽화의 원칙보다 표현성의 인정에 있어서 더욱 엄격하다.<sup>234)</sup>

앞서 아이디어/표현 합체이론의 경우와 마찬가지로 표준적 삽화의 원칙이 적용되는 경우라고 하더라도 저작물성 자체가 부인되는 것이 아니라 저작권 침해의 범위가 축소된다는 점에 유의할 필요가 있다.<sup>235)</sup> 따라서 표준적 삽화의 원칙 역시 실질적 유사성을 판단하는 단계에서 문제된다.<sup>236)</sup>

#### (다) 事實上 標準化의 問題

어떠한 창작적 표현이 나중에 업계의 표준으로 자리잡게 된 경우 그 표현은 저작권법적 보호를 받을 수 있는 것인가? 이러한 문제는 주로 기능적 저작물과 관련하여 나타나게 된다. 예를 들어 QWERTY 순서로 배열된 컴퓨터 자

---

233) *Robinson v. New Line Cinema Corp.*, 42 F.Supp. 2d 578, 592 (D.Md. 1999).

234) 이러한 차이점을 들어 주로 픽션(Fiction)에 적용되는 표준적 삽화원칙과 주로 컴퓨터프로그램과 같은 기능적 저작물에 적용되는 아이디어/합체 이론이 무분별하게 혼용되는 현상에 대하여 우려하는 의견도 있다. Paul Goldstein, 전게서, 2:37면.

235) *Nash v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 691 F.Supp. 140, 144 (N.D.Ill, 1988), 다만 *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972 (2d Cir. 1980), cert denied, 449 U.S. 841 (1980)에서는 “특정한 재료나 표준적인 문학장치를 이용하지 않고서는 특정한 역사적 시기나 픽션 주제에 대하여 서술하는 것이 사실상 불가능하기 때문에, 우리는 법적 판단으로서 표준적 삽화는 저작물성이 인정되지 않는다고 판시하였다”라고 하여 저작물성의 문제로 다루고 있다. 이상 Nimmer, 전게서, §13.03, 13-74.1면에서 재인용.

236) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-74면.

판은 처음에는 자판의 기능을 효율적으로 구현하기 위한 여러 가지 방법 중 하나에 불과하였으나, 위와 같은 자판이 업계의 사실상 표준으로 자리잡으면서, 이론적으로 다른 배열의 자판이 가능하다고 하더라도 현실적으로는 이를 시장에 내놓는 것이 거의 불가능하게 되었다.

이처럼 특정한 표현형식이 시장선점이나 시장경쟁에서의 승리를 통하여 사실상 표준화되는 경우에는 이를 저작권으로 보호하여 제3자가 그 표현형식을 자유롭게 이용하는 것을 금지한다면 그 사회적 비용이 지나치게 커지게 될 것이고, 이러한 비용은 궁극적으로 일반 대중에게 전가될 것이다. 그러므로 앞서 본 아이디어/표현 합체이론이나 표준적 삽화의 원칙에 비추어 볼 때 사실상 표준화된 표현형식은 아이디어로 취급하여 일반 대중이 자유롭게 이용하게 하는 것이 타당하다.

이러한 논리에 대하여서는 처음에는 저작권보호대상이던 당해 표현형식이 시장환경의 변화에 따라 그 표현형식이 표준화되면서 저작권보호대상에서 배제된다는 것은 어색하고, 그와 같이 해석한다고 하더라도 과연 언제부터 표준화가 이루어졌다고 볼 것인가를 결정하는 것이 매우 곤란하여 법적 안정성을 해친다는 반박 논리가 가능하다. 이러한 관점에서 특정한 표현형식이 저작권 보호를 받는지를 결정함에 있어서는 그 표현형식이 처음 창작되었을 때를 기준으로 하여야 한다는 취지의 미국 판례들도 있다.<sup>237)</sup> 그러나 다른 한편 미연방 제2항소법원을 중심으로 표준화와 관련하여 특정한 표현형식의 저작권 보호 여부는 당해 표현형식이 처음 창작되었을 때가 아니라 피고에 의하여 이용되었을 때를 기준으로 판단하여야 한다는 판례들도 있다.<sup>238)</sup>

이는 저작권을 어떠한 관점에서 바라보는가 하는 보다 근본적인 문제와 연

---

237) Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240, 1253, 219 U.S.P.Q. 113 (3d Cir. 1983), cert dismissed, 464 U.S. 1033 (1984), Lotus Dev. Corp. v. Borland Intl., Inc., 799 F.Supp. 203, 210 (D.Mass. 1992), Paul Goldstein, 전게서, 2:33-34면에서 인용.

238) Computer Assocs, Intl., Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 709-710, 23 U.S.P.Q.2d 1241 (2d Cir. 1992) ; Kregos v. Associated Press, 937 F.2d 700, 707, 19 U.S.P.Q. 2d 1161 (2d Cir. 1991), Paul Goldstein, 전게서, 2:34면에서 인용.

관성이 있다. 저작권의 권리성을 강하게 보호하는 관점에서 본다면 최초로 부여되었던 저작권이 보호기간 만료 등 법에서 정한 특별한 사유없이 소멸한다는 것을 이해하기 어려울 것이다. 반면 저작권의 정책성을 강조하는 관점에서 본다면 저작권은 어디까지나 공공정책에 부합하는 한도 내에서만 부여되는 독점권이므로 정책적 환경의 변화에 따라 더 이상 독점적 보호가 적합하지 않게 되었다면 저작권보호의 대상에서 배제하는 것은 허용된다고 볼 수 있다.

생각건대, 표준화가 일어난 영역에 대하여 독점적인 보호를 부여하는 것은 공공의 이익에 반하므로 저작권에 의하여 보호받을 수 없다는 결론이 타당하다. 상표법에 있어서도 ‘초코파이’의 경우처럼 본래 식별력을 가진 상표로 적법하게 등록되었지만 그 이후 그 상표가 지정상품의 보통명사화 또는 관용상표화되어 식별력을 상실하게 된 경우에는 더 이상 상표로서 보호받을 이익이 없게 되므로 상표등록무효심판의 사유로 되는 것인바(상표법 제71조 제1항 제5호), 저작권법에 있어서 표준화의 문제에 관하여서도 이 법리가 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

다만 저작물을 창작하면서 저작자에게 부여된 저작권이 저작자 스스로 그 권리를 포기하거나 법에서 정한 권리상실사유가 발생하지도 않았는데도 사실상의 표준화로 인하여 소멸한다는 이론구성은 다소 무리한 것이라고 보여진다. 그러므로 이는 당해 표현형식이 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인가의 문제로 파악하기보다는 당해 표현형식이 저작물임을 전제로 하되 그 보호범위를 얼마나 엄격하게 해석할 것인가의 문제로 파악하는 것이 타당하다. 예컨대 Windows가 제공하는 창(window)과 대화상자, 아이콘 등의 포괄적인 표현형식을 이용하는 경우에는 저작권침해가 되지 않지만, Windows라는 소프트웨어 자체를 그대로 복제하는 경우에는 저작권침해가 성립한다. 결국 표준화를 통하여 당해 저작물 중 아이디어로 취급되는 범위가 확대됨으로써 반대로 저작권 보호범위가 축소되는 것일 뿐 당해 창작물이 더 이상 저작물이 아니라거나 이미 부여된 저작권이 표준화로 인하여 소멸하는 것은 아니라는 것이다. 이렇게 새긴다면 법적 근거없이 사유재산에 해당하는 저작권이 소멸한다는 논리는 피할 수 있다.

이 경우에도 언제부터 저작물 중 특정한 표현형식이 아이디어로 전환되는가, 즉 사실상의 표준화가 어느 시점부터 일어나는가 하는 문제는 남아 있게

되지만, 실제 저작권침해소송에서는 침해행위시점에 표준화가 되어 있었는가의 여부를 따지면 족한 것이므로 굳이 어느 시점부터 표준화가 일어났는가를 따질 실익은 크지 않다.

### 3. 保護範圍의 問題 - 類似性 判定

#### 가. 類似性 判定의 두 가지 問題

위에서 살펴 본 아이디어/표현 이분법은 저작권의 보호를 받는 대상에 관한 문제였다. 일단 저작권의 보호를 받는 대상이 확정된다고 하더라도 모든 문제가 해결되는 것이 아니다. 즉 저작권 보호대상인 저작물의 표현과 침해물로 주장되는 작품 사이에 유사한 부분이 있는가를 비교하여야 하고, 유사한 부분이 발견된다고 하더라도 어느 정도 유사성이 존재하여야 실질적으로 유사한 것인가 하는 문제에 답하여야 한다.

예를 들어 저작물을 복사기에서 그대로 복제하는 경우와 같이 저작물과 복제물이 완전히 동일한 경우가 한쪽 끝에 있다면, 두 작품 사이에 유사성을 전혀 찾아볼 수 없는 경우는 다른쪽 끝에 있다고 할 수 있다. 두 작품이 완전히 동일한 경우에는 실질적 유사성을 논할 실익이 없고, 양자 사이에 유사성이 전혀 존재하지 않는 경우에는 처음부터 저작권침해가 문제되지 않을 것이다. 그 두 극단의 사이에 두 작품이 ‘어느 정도 유사한’ 경우가 연속적으로 존재하게 되는데, 그 중 어느 지점에서 ‘침해’와 ‘비침해’의 선을 긋는가 하는 것이 유사성 판정의 문제이다. 이에 대한 일률적인 기준을 제시하는 것은 불가능하다.

일본 판례들은 이에 관하여 저작물의 표현형식상 본질적인 특징을 직접 감득(感得)할 수 있는 경우<sup>239)</sup> 또는 저작의 내용 및 형식을 알기에 족한 것으로 재제(再製)하는 경우<sup>240)</sup> 복제권침해가 인정된다고 판시하고 있다.<sup>241)</sup> 우리나라

---

239) 最高裁 1970(昭和 55). 3. 28. 선고 昭51(オ)923호 판결(判例時報 967호, 45면) ; 東京地裁 1993(平成 5). 8. 30. 선고, 昭63(ワ)6004호 판결(判例時報 1571호, 107면) ; 東京地裁 1996(平成 8). 9. 30. 선고, 平3(ワ)5651호 판결(判例時報 1584호, 39면) 등 참조.

240) 東京高裁 1995(平成 7). 1. 31. 선고 平6(ネ)1610호 판결(判例時報 1525호, 150면), 東京高裁 1992(平成 4). 9. 24. 선고 平3(ネ)835호 판결(判例時報 1452호, 113면) 등

라 일부 판례에서도 이러한 일본 판례들의 영향을 받아 저작물을 복제하였다  
고 하기 위하여서는 그 저작물의 재제(再製) 또는 동일성이 인식되거나 감지  
되는 정도에 이르러야 한다거나,<sup>242)</sup> 그 저작물의 내용 및 형체를 충분히 추지  
할 수 있도록 재제되어 그와 동일한 것이라고 볼 수 있어야 한다<sup>243)</sup>는 표현  
을 쓰기도 한다. 그러나 이러한 표현 역시 어느 정도에 이르러야 저작물의 재  
제 또는 동일성이 인식, 감지되거나 추지되는 것인지에 관하여 아무런 기준을  
제시하지 않고 있다. Learned Hand 판사의 표현대로 실질적 유사성의 경계  
선은 어디에 그어지든간에 자의적으로 보일 것이므로,<sup>244)</sup> 저작권침해의 테스  
트는 필연적으로 불명료할 수 밖에 없다.<sup>245)</sup>

실질적 유사성 판단에 있어서 유사성 판정은 크게 두 가지 단계로 나누어  
진다. 첫 번째는 원고의 저작물 중 어떠한 비중을 가지는 부분이 어느 만큼  
차용되었는가를 판정하는 단계이다. 어떠한 비중을 가지는 부분이 차용되었  
는가는 질적 기준(qualitative test)과, 어느 만큼 차용되었는가는 양적 기준  
(quantitative test)과 각각 연관성이 있다. 두 번째는 차용된 부분과 실제 피  
고의 작품이 어느 정도로 유사한가, 즉 유사성의 정도를 판정하는 단계이다.  
그대로 차용하는 경우에는 이 문제가 발생하지 않겠지만 원고의 저작물에서  
차용한 부분에 다시 변형 내지 수정을 가하는 경우 또는 차용한 부분 자체에  
는 변형 내지 수정이 가하여지지 않더라도 다른 부분을 부가하여 전체적으로  
유사성이 떨어지는 경우에는 양자 사이의 유사함의 정도가 여전히 문제된다.

가령 원고의 저작물이 "A-B-C-D"의 네 가지 부분으로 구성되어 있는데,  
피고가 그 중 "A-B" 부분을 차용하기로 하고 여기에 나름대로의 변형을 가한

---

참조.

241) 이 부분에 대한 자세한 설명은 作花 文雄, 著作権法の基礎と應用, 發明協會, 2003, 107면 이하 참조.

242) 대법원 1997. 9. 29.자 97마330 결정.

243) 서울지법 북부지원 1997. 11. 5. 자 97카합2072 결정(확정).

244) Nichols v. Universal Pictures Co., 45 F.2d 119, 122 (2d Cir. 1930).

245) Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).

뒤 새로운 부분을 추가하여 "A`-B`-E"라는 작품을 만들었다거나, 위 부분은 그대로 차용하면서 다른 부분을 부가하여 "A-B-E-F-G"라는 작품을 만들었다고 하자. 일단 "A-B-C-D"가 모두 저작권법에 의하여 보호받는 표현이라고 가정하고 유사성의 정도에 관하여 심리하게 된다면, 우선 ① A-B 부분이 원고의 저작물에서 어떠한 비중을 가지는지(질적 기준)와 A-B 부분이 원고 저작물의 전체에서 차지하는 양적 비중이 얼마인지(양적 기준)를 살펴 보고, ② A-B와 A`-B`-E 또는 A-B와 A-B-E-F-G가 어느 정도로 비슷한지를 살펴 보아야 한다.

이와 같이 유사성 판정도 논리적으로 위와 같은 판정단계들로 다시 세분화될 수 있으므로, 아래에서도 우선 양적 기준과 질적 기준에 관하여 먼저 검토한 후에, 유사성의 정도에 관하여 논의하기로 한다.

#### 나. 量的 判斷基準과 質的 判斷基準

유사성 판정은 우선 기존 저작물로부터 차용된 부분의 양(量)과 질(質)의 두 가지 요소에 의하여 영향을 받는다.<sup>246)</sup> 각각의 판단기준을 양적 판단기준과 질적 판단기준이라고 지칭하기로 한다.

##### (1) 量的 判斷基準

저작물에 나타난 표현의 100%를 차용하였다면 저작권침해가 되는 것이 분명하고, 저작물에 나타난 어느 표현도 차용하지 않았다면 저작권침해가 되지 않는 것이 분명하다. 그렇다면 어느 정도의 표현이 양적으로 차용되어야 저작권침해에 해당하는가? 이 점에 대하여서는 모든 사안에 적용될 수 있는 특정한 기준을 제시하는 것은 불가능하다. 특히 실질적 유사성 판단에 있어서는 아래에 보게 되는 바와 같이 질적 판단기준이 더욱 중요하기 때문에, 단순히 원고의 저작물에서 차용된 양만으로 실질적 유사성 여부를 판단하는 것은 더욱 곤란하다. 따라서 미국 연방 제2항소법원에서 적절하게 표현한 것처럼 "단지 유사한 단어의 숫자를 세는 것만으로 저작권침해를 판정하는 것은 불가

---

246) Ringgold v. Black Entm't Television, Inc., 126 F.3d 70, 75 (2d Cir. 1997) ; Baxter v. MCA Inc., 812 F.2d 421, 425 (9th Cir. 1987) ; Norse v. Henry Holt & Co., 847 F.Supp. 142 (N.D.Cal. 1994)

능하고, 두 작품의 양적인 분석은 항상 질적 특성의 그림자 아래에서 행하여져야 한다"고 할 수 있다.<sup>247)</sup>

예컨대 음악저작물의 경우 일반적으로 전체 음악 저작물 중 하나의 음표를 복제하는 것만으로는 양적 판단기준을 충족하지 못한다고 이야기할 수 있으나,<sup>248)</sup> 많은 음악가들이 생각하는 것처럼 음악저작물의 세 마디를 복제하는 것만으로는 결코 저작권침해가 발생하지 않는다는 관념은 아무런 근거가 없는 것이다.<sup>249)</sup> 따라서 2마디<sup>250)</sup> 또는 6개 음표<sup>251)</sup>를 베낀 경우에도 저작권침해가 발생할 수 있다. 어문저작물의 경우, 공통의 소재를 다룬 유사한 줄거리의 작품이라는 점에 비추어 볼 때 전체 문장이 2,000여 개가 넘는 소설과 전체 문장이 1,000여 개가 넘는 동화에서 네 문장 정도의 동일, 유사함만으로 실질적 유사성이 있다고 보기는 어렵다는 판례<sup>252)</sup>가 있는가 하면, 긴 과학논문에서 세 문장을 복제한 것이나<sup>253)</sup> 약 471 페이지에 이르는 책에서 약 3-4백 단어에 이르는 부분을 차용하거나,<sup>254)</sup> 영화에서 두 문장을 복제하거나<sup>255)</sup> 12 초짜리 장면 및 2분 30초짜리 장면을 사용한 경우<sup>256)</sup>에 저작권침해를 긍정한

---

247) *Nihon Keizai Shimbun Inc., v. Comline Bus. Data, Inc.*, 166 F.3d 65, 70 (2d Cir. 1999)

248) *McDonald v. Multimedia Enter. Inc.*, 20 U.S.P.Q.2d 1372 (S.D.N.Y. 1991).

249) *Nimmer*, § 3.03, 13-49 .

250) *Robertson v. Batten, Barton, Durstine & Osborn, Inc.*, 146 F.Supp. 795 (S.D.Cal. 1956).

251) *Boosney v. Empire Music Co.*, 224 F.Supp. 646 (S.D.N.Y. 1915).

252) 서울고등법원 2005. 7. 13. 2004 86199 판결(2005 12 2005 다44138 ).

253) *Henry Holt & Co. v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, 23 F.Supp. 302 (E.D.Pa. 1938).

254) *Waken v. White & Wyckoff Mfg.Co.*, 39 F.2d 922 (S.D.N.Y. 1991).

255) *Universal City Studios, Inc. v. Kamar Indus., Inc.*, 217 U.S.P.Q.1162 (S.D.Tex. 1982) ET "I love you, E.T." "E.T. Phone Home" 라는 두 문장을 이용하는 것에 관한 저작권침해금지가처분을 인용하였다.

판례들이 있다.

우리나라 하급심 판례들 가운데에는 실질적 유사성을 인정하면서 “공정한 인용 내지 양적 소량의 범위를 넘어서서 실질적으로 유사하다”라는 표현을 쓰는 판례들<sup>257)</sup>도 발견되는바, 그 중 ‘공정한 인용’ 부분은 원고가 입증하여야 할 실질적 유사성의 문제가 아니라 피고가 입증하여야 할 저작권재산권의 제한과 관련된 문제이므로 실질적 유사성에 관하여 사용하는 것이 적절하지 않은 측면이 있지만, 전체적으로 보면 양적 판단기준을 충족하고 있다는 점을 표현하고 있는 것으로 이해된다.

일반적으로 저작물로부터 차용된 표현이 많으면 많을수록 실질적으로 유사하다고 인정될 가능성이 커지는 것은 당연하다. 또한 차용된 양이 많을수록 그 중에 원고의 저작물 중 질적으로 중요한 부분이 포함될 가능성이 높아져서 질적 판단기준을 충족할 가능성도 높아진다.

## (2) 質的 判斷基準

한편 차용된 부분이 질적으로 중요한 부분일수록, 다시 말해 기존 저작물에서 핵심적인 부분일수록 실질적으로 유사하다고 인정될 가능성이 커진다. 이러한 질적 판단기준은 양적 판단기준보다 더 큰 비중을 가진다. 저작물에 나타난 표현 중에도 보다 핵심적이고 중요한 부분이 있는가 하면 그렇지 않은 부분이 있는데, 핵심적이고 중요한 부분, 즉 당해 저작물을 저작물답게 만드는 표현 부분의 도용은 비록 그 부분이 양적으로 크지 않다고 하더라도 저작물의 잠재적 경제가치의 박탈효과가 매우 크고, 창작 인센티브에 미치는 해악도 매우 크다. 그러므로 양적으로는 많은 부분을 가져왔으나 그 부분이 질적으로 의미없는 부분이라면 저작권침해가 부정될 수 있는 반면, 적은 부분을 가져왔지만 그 부분이 기존 저작물의 핵심을 이룬다면 저작권침해가 인정될 수 있

---

256) Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos., 463 F.Supp. 902 (S.D.N.Y. 1978), aff'd, 621 F.2d 57 (2d Cir. 1980).

257) 카레이서(car racer)의 경험을 기록한 책의 저작권침해에 관한 서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결, 학술이론을 기술한 책의 저작권침해에 관한 서울지방법원 1999. 7. 23. 선고 98가합16239 판결, 건축설계도의 저작권침해에 관한 서울지방법원 2000. 6. 2. 선고 99가합12579 판결 참조.

다.

Dawn Associates v. Links<sup>258)</sup> 사건에서, 피고가 자신의 공포영화를 배포·선전하기 위한 선전물에서 원고의 광고문안 가운데 “지옥이 가득차게 되면 죽은 망령들이 지구를 떠돌아 다니게 된다(When there is no room in hell the dead will walk the earth)”라는 광고문구를 그대로 이용한 경우, 일리노이 연방지방법원은 피고가 이용한 부분이 한 문장에 불과하다더라도 원고의 영화광고물의 핵심적인 부분이기 때문에 저작권침해에 해당된다고 판시하였다.<sup>259)</sup> 또한 공정이용 해당 여부가 쟁점이 된 사건이긴 하지만 Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises<sup>260)</sup> 사건에서는 기존 저작물에서 차용된 양과 질을 고려함에 있어서, 비록 잡지사인 피고는 출판사인 원고가 발간할 예정이었던 450 페이지 가량의 Ford 대통령의 자서전에서 300여 단어를 그대로 인용하였을 뿐이고, 그 부분이 피고의 기사에서 차지하는 비중은 13% 정도에 불과하지만, 그 차용한 부분이 본질적으로 그 책의 핵심에 해당한다는 점을 공정이용의 성립을 부정하는 하나의 근거로 들었는데 이 역시 실질적 유사성의 판단에 참고할 만하다.

### (3) 量的 判斷基準과 質的 判斷基準의 運用原理

양적 판단기준과 질적 판단기준은 결국 이용된 부분이 원고의 저작물에 있어서 어느 정도의 가치를 지니는가를 측정하기 위한 도구이다. 따라서 이러한 판단기준들은 간단히 표현하자면 “이용된 부분이 원고의 저작물의 가치를 구성하는 의미있는 부분인가”의 질문으로 치환될 수 있다. 만약 당해 저작물이 소설이라면 이용된 부분이 그 소설을 소설답게 만드는 데에 기여하는 부분인가, 음악이라면 이용된 부분이 그 음악을 음악답게 만드는 데에 기여하는 부분인가를 검토하는 것이다.

한편 저작권의 보호목적과 연계하여 위 판단기준들은 “만약 당해 부분이 자유롭게 이용되도록 놓아 둔다면 저작자의 창작 인센티브가 의미있는 정도로

---

258) 203 U.S.P.Q. 831 (N.D. Ill. 1978).

259) 정상조, 전계 논문, 116면에서 재인용.

260) 471 U.S. 539 (1985).

감소하게 될 것인가”의 질문으로 치환될 수도 있다. 이는 앞의 질문과 밀접한 상관관계를 지니게 된다. 만약 그 부분이 저작물의 가치를 구성하는 의미있는 부분이라면 그 부분의 무단이용의 방치는 저작자의 창작 인센티브를 감소시킬 것이다. 반면 그렇지 않다면 저작자의 창작 인센티브는 거의 영향을 받지 않을 것이다.

#### (4) 量的 判斷基準과 質的 判斷基準의 適用對象 - 原告의 著作物

위에서 설명한 양적 판단기준과 질적 판단기준의 적용대상은 피고의 작품이 아니라 원고의 저작물이다. 그러므로 저작권침해사건에서 실질적 유사성을 판단함에 있어서 질문하여야 할 사항은 ① ‘원고의 저작물’ 중 어느 정도의 양이 이용되었는가, ② 이용된 부분은 ‘원고의 저작물’에서 어느 정도의 질적 비중을 차지하고 있는가이다. 반면 원고의 저작물에서 이용된 부분이 ‘피고의 작품’ 중 어느 정도의 양적 비중 및 질적 비중을 차지하고 있는가 하는 점은, 나중에 자세하게 살펴 보게 되는 바와 같이 원고의 저작물에서 이용된 부분이 피고의 작품에서 차지하는 비중이 매우 낮아 피고의 작품이 원고의 저작물과 독립된 별도의 저작물로 인정되는 정도에 이르는 경우에 있어서 의미를 가지게 된다.

우리나라의 판례를 보면 양 작품의 유사한 요소들을 나열한 뒤 이를 이유로 양자 사이에 실질적 유사성이 인정된다는 체제로 판시하는 경우가 많고, 별도로 그 유사한 부분이 원고의 저작물 중 어느 정도의 양적 비중 및 질적 비중을 차지하는지를 명시적으로 실시하는 예는 거의 없다. 그러나 그 배후에는 위와 같은 유사한 부분이 원고 저작물과의 상호관계에서 양적 판단기준 및 질적 판단기준을 충족한다는 전제가 당연히 깔려 있다고 할 수 있다.

반면 피고의 작품과의 상호관계에서 양적 판단기준 및 질적 판단기준을 적용한 듯한 하급심 판결도 발견된다. 서울지방법원 서부지원 2002. 3. 27. 선고 2001가합3917 판결(확정)에서는 유아의 질병에 관하여 항목을 나누어 알기 쉽게 설명하고 있는 서적의 저작권 중 복제권 침해가 문제되었다. 위 법원은 실질적 유사성 요건이 충족되었다고 인정하면서 그 판결이유에서는 복제가 인정되는 부분과 복제가 인정되지 않는 부분으로 나누어 실시하고 있고, 복제가 인정되지 않는 부분에 대한 근거로서 표현상 동일성이 인정되지 않는 부분

이 피고의 작품 전체에서 차지하는 분량과 질이 상당하다는 점을 들고 있다. 그러나 위 판결은 ① 복제권 침해 여부는 전체적인 판단이므로 하나의 저작물에 관한 복제권 침해를 판단하면서 ‘복제가 인정되는 부분’과 ‘복제가 인정되지 않는 부분’으로 나누는 것은 부적절하고, ② 복제된 부분이 원고의 저작물에서 차지하는 양과 질을 따지지 않은 채 복제되지 않은 부분이 피고의 작품에서 차지하는 양과 질을 거론하고 있다는 점에서 오해의 여지가 있다고 보여진다. 앞서 설명한 틀에 의한다면 위 사안에서 실질적 유사성을 인정하는 논리전개는, 양 작품에는 유사한 부분과 유사하지 않은 부분이 있지만, 전체적으로 볼 때 유사한 부분이 원고의 작품에서 차지하는 양적·질적 비중이 상당하므로 양자 사이에는 실질적 유사성이 인정되고, 따라서 복제권 침해가 성립한다는 방식으로 이루어졌어야 할 것이다.

#### 다. 類似性의 程度

##### (1) 一般 基準

원고의 저작물에서 차용된 부분과 실제 피고의 작품이 어느 정도로 유사한가, 즉 유사성 정도의 판정에 관한 기준을 일반화하는 것은 지극히 어렵다. 이는 저작물의 유형과 특성에 따라 달라질 뿐만 아니라 같은 유형의 저작물이라고 하더라도 그 저작물과 비교 대상 작품의 구체적인 내용에 따라서도 달라질 수 있기 때문이다. 따라서 실질적 유사성에 이르는 유사성의 정도에 관한 구체적인 기준을 제시하는 것은 곤란하다. 다만 아이디어와 표현의 구분에 관하여 제시하였던 다섯 가지 기준은 실질적 유사성에 이르는 유사성의 정도를 판정하는 데에 그대로 원용될 수 있을 것이다. 그 중에서도 다음과 같은 두 가지 기준은 비록 일반적이고 포괄적이긴 하지만 그 적용의 필요성이 크다고 할 수 있다.

##### (가) 創作性의 程度가 높을수록 요구되는 類似性의 程度는 낮아짐

저작물로 보호받기 위하여서는 창작성있는 표현이 존재하여야 한다. 한편 저작권법에서 요구하는 창작성의 정도는 그리 높지 않아, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있기만 하면 인정된다.<sup>261)</sup> 이와 같이 창작성이 쉽게 인정되는

이상 같은 저작물이라고 하더라도 그 창작성의 정도는 상당한 차이를 보일 수 밖에 없다.

그런데 저작권법의 기본적인 목적이 창작성의 발현을 통한 문화발전에 있는 것이라면, 창작 인센티브의 부여라는 관점에서 더욱 높은 창작성을 지닌 저작물에 대하여서는 더욱 강한 보호를 하여 주는 것이 바람직하다. 이러한 맥락에서 창작성의 정도가 높을수록 실질적 유사성의 범위가 넓어져야 한다.<sup>262)</sup> 반면 창작성의 정도가 낮다면 실질적 유사성의 범위가 좁아져야 한다. 이는 바꾸어 말하면 똑같은 정도의 유사성이라고 하더라도 창작성이 높은 저작물이 문제가 되는 경우에는 실질적 유사성을 인정할 가능성이 크다는 것이다.

소설 ‘야망의 도시’와 텔레비전 드라마 ‘유산’의 각본 사이의 실질적 유사성이 문제가 된 사건에서 서울고등법원은 피복제 저작물로 주장되는 저작물의 창작성 정도가 현저히 낮은 경우에는 복제되었다고 주장하는 저작물이 그것과 아주 유사하더라도 저작권의 침해로 단정할 수 없다고 판시하였는데,<sup>263)</sup> 이는 위와 같은 원리가 반영된 하나의 사례이다.

**(나) 多様な 表現可能性의 程度가 높을수록 要求되는 類似性의 程度는 낮아짐**

저작물의 유형과 특성에 따라서는 같은 아이디어를 다양하게 표현할 수 있는 가능성이 서로 틀리다. 일반적으로 문예적 저작물에 있어서는 표현방법이 다양한 반면, 기능적 저작물이나 사실적 저작물에 있어서는 표현방법이 제한된다. 표현방법이 다양하다는 것은 남의 창작적인 표현을 차용하지 않고도 동일한 아이디어를 표현할 길이 열려있다는 것을 의미하는 반면, 표현방법이 제한된다는 것은 동일한 아이디어를 표현하기 위하여서는 불가피하게 남의 창작적인 표현을 차용하게 될 수도 있다는 것을 의미한다. 따라서 문예적 저작물에 있어서는 실질적 유사성의 범위가 넓은 반면 기능적·사실적 저작물에 있어

261) 대법원 1995. 11. 14. 94도2238 판결, 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결, 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결, 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결, 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결 등 참조.

262) 陸本英史, 著作権(複製權, 飜案權)侵害の判斷について(下), 判例時報 1596호, 12면.

263) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결 (확정).

서는 실질적 유사성의 범위가 좁아진다. 즉 문예적 저작물에 있어서는 낮은 정도의 유사성도 실질적으로 유사하다고 판명될 수 있는 반면, 기능적·사실적 저작물에 있어서는 높은 정도의 유사성도 실질적으로 유사하지 않다고 판명될 수 있다. 이러한 점에서 문예적 저작물의 보호범위는 넓고 기능적 저작물이나 사실적 저작물의 보호범위는 좁다.

실질적 유사성의 범위가 넓은 문예적 저작물에서는 원고의 저작물과 피고의 작품 사이에 상당한 차이가 있는 경우에도 유사성이 인정될 수 있으므로, 어느 정도로 유사하여야 실질적으로 유사한 것인가 하는 문제가 매우 난해하고 핵심적인 쟁점으로 등장한다. 반면 실질적 유사성의 범위가 좁은 기능적 저작물이나 사실적 저작물에 있어서는 거의 동일하거나 매우 유사한 경우에 한하여 저작권침해가 인정되므로 유사성 판단이 비교적 용이하다. 오히려 기능적 저작물에서 주로 문제되는 것은 저작권에 의하여 보호되는 표현과 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어를 구분하는 작업이고, 일단 이러한 작업이 끝나게 되면 유사성 판단은 비교적 쉽게 이루어지는 경향이 있다.

이러한 다양한 표현가능성은 같은 유형의 저작물 내에서도 실질적 유사성 인정범위에 영향을 미친다. 예를 들어 같은 지도저작물에 관하여서도, 특정한 시, 군, 구의 가로(街路) 및 가옥을 주된 게재대상으로 하여 약도적 수법을 이용하여 가로에 따라 각종 건축물, 가옥의 위치관계를 표시하고 명칭, 거주자명, 지번 등을 기입하는 방식으로 제작되는 주택지도에 있어서 그 취사선택의 대상이 자동적으로 정하여지고, 이에 이용되는 지도의 제작기법이 대동소이하기 때문에 일반 지도와 비교할 때에 그 보호범위가 제한되어야 한다고 판시한 일본의 하급심 판례가 있는가 하면,<sup>264)</sup> 춘천시의 전경을 입체적으로 표현한 관광지도의 경우 지도의 목적이나 특성상 다양한 표현의 길이 열려 있다는 점에 주목하여, 두 지도가 의도적인 왜곡 표현으로 춘천시의 다운타운 지역을 크게 나타낸 점, 다운타운 지역으로부터 원거리에 산재되어 있는 남이섬과 같은 관광명소들을 실제보다 가까운 거리에 배치한 점만으로 실질적 유사성을 인정한 국내의 하급심 판례<sup>265)</sup>도 있다. 이러한 두 가지 사례의 비교를 통하여

---

264) 富山地裁 1978(昭和 53). 9. 22. 선고 昭46(ワ)33호, 71호 판결 ; 吉田大輔, ‘事實に密着した著作物の著作権の侵害’, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997, 144면 참조.

다양한 표현가능성의 여부가 실질적 유사성의 인정범위를 좌우하게 됨을 알 수 있다.

어느 저작물이 문예적 저작물에 속하는지 그렇지 않으면 기능적 저작물이나 사실적 저작물에 속하는지는 저작물이 추구하는 목적을 달성하기 위하여 다양한 표현방법이 존재하는가 여부에 따라 판단한다. 저작권법 제4조에 예시된 저작물의 유형을 기준으로 하여 본다면, 어문저작물·음악저작물·연극저작물·미술저작물·영상저작물은 문예적 저작물로 분류될 가능성이 크고, 건축저작물·사진저작물·도형저작물·컴퓨터프로그램저작물은 기능적 저작물로 분류될 가능성이 크다. 그러나 어문저작물이라고 하더라도 역사적 사실을 기술하는 역사서는 사실적 저작물에 속하고, 건축저작물이나 사진저작물이라고 하더라도 실용정보보다는 예술성을 강하게 추구하는 경우에는 문예적 저작물에 더 가까운 특성을 보인다. 따라서 저작물의 유형에 따라 기계적으로 문예적 저작물과 기능적 저작물로 나누는 것은 곤란하고, 개별 저작물의 특성과 내용에 따라 얼마나 다양한 표현방법이 확보되어 있는가의 차원에서 이를 검토하여야 한다.

## (2) 非類似的 要素가 實質的 類似性 判斷에 미치는 影響

### (가) 原則적으로 著作權侵害成立을 妨害하지 않음

유사성의 정도를 판단함에 있어서 두 작품 사이에 존재하는 비유사성이 실질적 유사성 판단에 어느 정도로 영향을 미치는가의 문제에 대하여 검토하기로 한다.

만약 피고가 원고의 저작물의 전체 또는 상당한 부분을 복제하되 여기에 원고의 저작물에는 존재하지 않는 새로운 요소들을 부가함으로써 전체적으로 볼 때 원고의 저작물과 피고의 작품 사이에 유사하지 않은 부분도 많이 존재하게 된 때 실질적 유사성이 인정될 것인가? 실질적 유사성이 문제되는 대부분의 사안이 이러한 질문에서 자유롭지 못하다.

미국의 저명한 저작권법 학자인 Nimmer 교수는 그의 저서에서 원고의 저작물 중 상당한 부분이 피고의 작품과 유사하다는 점이 인정되는 이상, 전체적으로 원고의 저작물과 피고의 작품이 유사하지 않다는 점은 중요하지 않다

---

265) 서울중앙지방법원 2005. 8. 11. 선고 2005가단12610 판결(확정).

고 설명한다.<sup>266)</sup> 이러한 입장에 의하면 실질적 유사성은 어디까지나 “원고의 저작물”에 있는 부분이 얼마나 유사하게 차용되었는가를 기준으로 판단하는 것이다. 미국의 다수 판례들<sup>267)</sup>도 “어떠한 표절자도 그가 표절하지 않은 부분이 얼마나 많은가를 보여줌으로써 책임을 회피할 수 없다”라는 입장을 밝히고 있고,<sup>268)</sup> 실질적 유사성 판단의 시금석(touchstone)은 두 작품 사이의 전체적인 유사성 여부이지 세세한 차이점 여부가 아니라고 판시한 판례<sup>269)</sup>도 있다. 따라서 피고는 단지 등장인물이나 사건을 추가하였다거나, 피고의 작품이 원고의 저작물보다 더 매력적이거나 판매가능성이 높다는 점을 들어 면책을 주장할 수 없다.<sup>270)</sup> 다만 Nimmer 교수는 비유사성의 정도가 유사성의 정도를 넘어서는 것 뿐만 아니라, 남아 있는 유사 부분이 원고의 저작물 안에서 양적으로나 질적으로 비중이 매우 낮은 경우에는 저작권침해가 발생하지 않는다고 한다.<sup>271)</sup>

이러한 논리는 ① 일단 피고의 작품 중 원고의 저작물에서 차용한 부분이 원고의 저작물과 실질적으로 유사한 이상, 그 부분 이외에 피고가 스스로 원

---

266) 이하 Nimmer, 전게서, §13.03, 13-53 내지 58면 참조.

267) Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49 (2d Cir. 1936) ; Universal Athletic Sales Co. v. Salkeld, 511 F.2d 904 (3d Cir. 1975) ; Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353, 1362 (9th Cir. 1990), cert denied, 423 U.S. 863 (1975) ; Steinberg v. Columbia Pictures Industries, 663 F.Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987).

268) 그러나 비유사성이 실질적 유사성 판단에 중요한 역할을 한다는 취지의 판례들도 있다. Creations Unlimited, Inc. v. McCain, 112 F.3d 814, 816 (5th Cir. 1997) ; Kaplan v. Stock Mkt. Photo Agency, Inc., 133 F.Supp.2d, 317, 322 (S.D.N.Y.2001).

269) Country Kids'N City Slicks, Inc. v. Sheen, 77 F.3d 1280 (10th Cir, 1996).

270) 피고가 팜플렛을 만들면서 원고의 책에서 세 문장을 복제하였고, 그 복제 부분이 피고의 팜플렛에서 차지하는 비중이 5%에 불과한 경우에도 저작권침해를 긍정한 Henry Holt & Co, Inc. v. Liggett & Myers Tobacco Co., 23 F.Supp 302 (E.D.Pa. 1938) 참조.

271) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-55면 참조.

고의 저작물과 유사하지 않는 새로운 부분을 추가하는 것만으로는 실질적 유사성이 부인되지 않고, ② 다만 유사한 부분이 원고의 저작물 안에서 양적으로나 질적으로 비중이 매우 낮은 경우에는 실질적 유사성이 부인된다는 것으로 요약된다.

우선 ②의 점과 관련하여서는, 피고가 차용한 부분이 원고의 저작물 중에서 질적인 비중도 낮고 양적으로도 미미하다면, 피고가 유사하지 않은 부분을 추가하였는가의 여부에 상관없이 그 자체로 위에서 살펴 본 양적 판단기준 및 질적 판단기준을 충족하지 못하여 처음부터 실질적 유사성이 인정되지 않는다. 그러므로 ②의 점은 비유사적 요소가 실질적 유사성의 판단에 미치는 영향과는 무관한 것으로서 체계상 부적절한 설명이다.

다음으로 ①의 점과 관련하여서는 피고가 원고의 저작물을 이용하면서도 그 위에 원고의 저작물과 유사하지 않는 부분을 추가한다는 사정만으로 저작권침해의 책임을 회피할 수 있다는 것은 부당한 결론이므로 타당한 해석이라고 하겠다.<sup>272)</sup> 이는 원고 저작물의 기반 위에서 피고가 스스로 새로운 창작적인 요소를 부가하여 만드는 2차적 저작물의 경우에도 실질적 유사성이 존재하는 것이므로 2차적 저작물 작성권 침해라는 저작권침해책임을 부과하는 점에서 명백하게 알 수 있다. 따라서 피고가 원고의 저작물에는 존재하지 않는 새로운 요소를 부가하였는가 여부는 복제권 등의 침해인가, 그렇지 않으면 더 나아가 2차적 저작물 작성권까지 침해되었는가를 구분하는 요소가 될 수 있을지언정 전체적인 저작권침해책임 여부를 구분하는 요소가 될 수는 없다. 그러한 의미에서 피고의 작품에 새로운 창작성이 부가되었으므로 양자 사이에 실질적 유사성이 인정되지 않아 저작권침해도 부정된다는 논리는 2차적 저작물 작성권의 침해도 저작권침해에 해당한다는 법원리를 제대로 포섭하지 못한 것이므로 정확하지 않다.<sup>273)</sup>

---

272) 오히려 어설피고 사소한 비유사적 요소들은 피고가 원고의 작품을 교묘하게 베꼈다는 반증으로 평가될 수도 있다. *Segrets, Inc. v. Gillman Knitwear Co., Inc.*, 207 F.3d 56 (1st Cir. 2000) ; *Concord Fabrics, Inc. v. Marcus Bros. Textile Corp.*, 409 F.2d 1315 (2d Cir. 1969).

273) 따라서 연표(年表)의 저작권침해에 관하여 다룬 대법원 1993.1.21.자 92마1081 결정이유에서 “피신청인이 출판한 ‘20세기 미술의 시각’에 실려 있는 연표는 신청인이 출

(나) 著作權侵害成立을 否定하는 原因이 될 수도 있음

그러나 피고가 새로운 요소를 추가하였다는 점을 실질적 유사성 판단의 고려대상에서 완전히 배제할 수는 없다. 피고의 작품에 부가된 새로운 창작적인 요소가 그 양이나 질의 면에서 원고 저작물에서 차용한 부분을 뛰어 넘어, 원고의 저작물과 종속성을 인정할 수 없는 완전히 새로운 창작물로 탄생한 경우에는 실질적 유사성을 인정할 수 없어 저작권침해책임을 부과하기 어렵다고 하여야 한다. 어느 정도에 이르러야 피고의 작품이 원고의 저작물과는 구별되는 별개의 독립저작물이 되는가에 관하여서는 일률적으로 이야기할 수 없다. 다만 그 과정에서 원고 저작물에서 차용된 창작적 표현의 범위와 정도 및 피고의 작품에 새로 부가된 창작적 표현의 범위와 정도를 상호 대비하여 비교형량하는 작업이 진행되어야 할 것이다.<sup>274)</sup> 이러한 관점에서 본다면 피고의 작품과 원고의 저작물 사이의 비유사성이 피고의 작품을 원고의 저작물과는 독립된 새로운 창작물로 보게 할 정도인가 하는 점은 저작권침해책임을 판단함에 있어서 고려되어야 할 요소이다.

비유사적 요소가 실질적 유사성 판단에 미치는 영향력의 정도는 저작물의 종류와 특성에 따라 달라질 수 있다. 우선 다양한 표현이 가능한 문예적 저작물에 있어서는 비유사적 요소가 실질적 유사성 판단에 미치는 영향은 상대적으로 적다. 반면 다양한 표현이 불가능하여 저작물에 대한 여러 가지 모습의 변경이 어려운 기능적·사실적 저작물에 있어서는 비유사적 요소가 실질적 유사성 판단에 미치는 영향이 상대적으로 크다. 다시 말해 똑같은 비중을 차지하는 비유사적 요소가 존재하더라도 문예적 저작물보다는 기능적·사실적 저작물에 있어서 실질적 유사성을 부정하는 근거로 작용할 가능성이 더욱 크다. 또한 같은 문예적 저작물이라고 하더라도 소설과 같은 어문저작물보다는 도안이나 만화캐릭터와 같은 시각적 저작물에 있어서 비유사적 요소가 실질적 유

---

판한 위 책에 실려 있는 연표의 항목의 선택과 배열을 참고하면서도 소재를 추가하고 배열을 달리하여 전체적으로 볼 때 자신의 창작성을 가미한 것으로서, 신청인이 출판한 위 책에 실려있는 연표의 창작성이 있는 부분을 그대로 모방한 것이라고 보기는 어렵다”라고 판시하면서 저작권침해를 부정한 부분은 마치 피고가 자신의 창작성을 가미하기만 하면 저작권침해에서 벗어난다는 오해를 불러일으킬 수 있는 내용이다.

274) 陸本英史, 전계 논문, 12면 참조.

사성을 부정하는 근거로 작용할 가능성이 더욱 크다. 예컨대 Warners Brothers, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 판결<sup>275)</sup>에서 미연방 제2항소법원은 “어떠한 표절자도 그가 표절하지 않은 부분이 얼마나 많은가를 보여줌으로써 책임을 회피할 수 없다”라는 원칙과 “피고는 의도적으로 충분한 변경을 가하여 원고의 저작물과 실질적 유사성을 소멸시킴으로써 정당하게 침해에서 벗어날 수 있다”라는 원칙<sup>276)</sup> 사이의 긴장관계는 전자의 원칙이 주로 어문저작물을 중심으로 형성된 반면 후자의 원칙이 주로 시각적 저작물을 중심으로 형성되었기 때문이라고 지적하고 있다. 즉 소설 등 어문저작물의 경우 사건의 연속적 전개가 저작물의 핵심 부분을 이루고 있으므로 그 핵심이 유사한 이상 사건전개과정에서 비유사한 요소를 첨가하더라도 그 유사성이 감소하는 정도가 크지 않지만, 시각적 또는 3차원적 저작물에 있어서는 그 작품 전체가 한꺼번에 인식되기 때문에 비유사한 요소가 그 전체적인 관념과 느낌에 줄 수 있는 영향은 크다는 것이다. 이 사건에서는 이러한 점을 들어 시각적 캐릭터로서의 슈퍼맨과 히글리<sup>277)</sup>는 서로 유사하지 않다는 결론을 내렸다.

#### (다) 要約

지금까지의 논의를 요약하면 다음과 같다.

우선 원고의 저작물 중 양적 판단기준과 질적 판단기준에 의하여 검토하였을 때 가치있는 부분이 무단으로 이용되었다면 설령 피고가 원고의 저작물에는 없는 부분을 부가하였다고 하더라도 실질적 유사성이 인정되는 것이 원칙이다. 피고가 부가한 부분이 창작성을 가진다고 하더라도 여전히 2차적 저작물 작성권 침해가 성립하고, 이 경우에도 양자 간에 실질적 유사성이 인정된다고 할 수 있다. 다만 피고가 창작성있는 표현을 부가하고, 그 부가된 부분이

---

275) 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983).

276) Eden Toys, Inc. v. Marshall Field & Co., 675 F.2d 498 (2d Cir. 1982) ; Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp. 630 F.2d 905 (2d Cir. 1980).

277) 미국의 유명한 텔레비전 시리즈였던 “The Greatest American Hero”에 나오는 초능력을 가진 주인공이다.

무단이용된 부분을 압도함으로써 피고의 작품이 원고의 저작물과는 본질적으로 다른 새로운 저작물을 구성하게 되었다면, 양자의 실질적 유사성은 부정된다.

### (3) 極少性 抗辯(De Minimis Defense)의 問題

#### (가) 極少性 抗辯의 意義

미국 판례법상 원고의 저작물 중 비중있는 부분이 상당한 정도로 차용되었다고 하더라도 그 차용 부분이 피고의 작품에서 차지하는 위치가 매우 미미한 경우에는 실질적 유사성이 인정되지 않는다고 항변할 수 있다. 이 항변을 극소성 항변(De Minimis Defense)이라고 한다. 원래 이 개념은 법은 사소한 것에 관여하지 않는다(de minimis non curat lex)는 고대의 법언에서 비롯된 것으로서 미국 법원은 이 개념에 기초한 극소성 항변을 인정하여 왔다.<sup>278)</sup> 이는 크게 보면 앞서 본 것처럼 비유사성이 유사성을 압도하여 원고의 저작물과 독립된 새로운 창작물로 볼 수 있는 경우 저작권침해책임이 성립하지 않는다는 논리의 연장선상에 서 있다. 최근에는 주로 음악저작물의 샘플링(sampling)과 관련하여 극소성 항변이 논의되는 경우가 많다.<sup>279)</sup>

극소성 항변에 관하여 자세하게 설명한 대표적인 판례로서 Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc. 판결<sup>280)</sup>을 들 수 있다. 이 사건은 피고 방송사가 텔레비전 프로그램에서 원고의 저작물인 포스터(poster)를 세트장식으로 사용한 경우 저작권침해 성립 여부가 문제되었던 사건이다. 결론적으로 법원은 피고의 극소성 항변을 받아들이지 않아 저작권침해를 인정하였지만 판결이유에서 극소성 항변에 관하여 비교적 자세하게 설명하고 있다. 위 판결에 의하면 저작권법에서 극소성 항변은 “엄밀한 의미에서 권리침해를 구성하지만 그 정도가 매우 사소하여 법이 이에 대한 법적 책임을 부과하지 않

278) Robert C. Osterberg & Eric C. Osterberg, Substantial Similarity in Copyright Law (2003), §2:1, 2-2면.

279) David S. Blessing, Who Speaks Latin Anymore? : Translating De Minimis Use For Application To Music Copyright Infringement And Sampling, 45 Wm & Mary L. Rev. 2399 (2004).

280) 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997).

는 경우”에 가능하다. 비록 피고가 원고의 저작물에 의거하여 자신의 작품을 만들었다고 하더라도 그 복제행위의 결과가 관찰하기에 충분할 정도에 이르지 못하여 질적으로 중요하지 않는 경우 극소성 항변이 성립된다. 한편 이와 같은 극소성 항변은 공정이용의 항변의 일종으로 행하여질 수도 있지만, 법원은 동일한 결론에 이르기 위하여 정교함을 요하는 공정이용의 항변을 심리하기보다는 복제의 위법한 침해행위성(actionable copying)을 부인하는 것이 더욱 적절하다고 하면서, 극소성 항변을 공정이용이 아닌 실질적 유사성의 문제로 파악하고 있다.

극소성의 항변을 받아들인 대표적인 사례인 Sandoval v. New Line Cinema Corp 판결<sup>281)</sup>에서는 영화사가 영화 안에서 사진작가의 사진들을 배경으로 사용한 경우 저작권침해가 인정될 것인가가 쟁점이 되었다. 위 사건에서 법원은 그 사진저작물들이 불충분한 조명 아래 먼 거리에서 촬영되어 영화 필름 안에서 초점의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라 11개의 각각 다른 장면에서 짧은 시간 동안 연관관계없이 드러나는 등 쉽게 그 사진을 식별하기 어려우므로 평균적인 보통 관찰자 입장에서는 그 사진저작물이 영화세트에 기여하는 장식적 효과를 인지하기 어렵다고 인정하면서, 피고의 극소성 항변을 받아들였다. 법원은 판결이유에서 극소성 항변이 받아들여지지 않았던 Ringgold 사건과 당해 사건을 구별하면서, Ringgold 사건에서는 미술저작물이 피고의 작품 안에서 명백하게 드러나서 평균적인 보통 관찰자의 입장에서도 이를 미술저작물로 인식하고 세세한 부분을 충분히 관찰할 수 있었던 점을 지적하고 있다. 결국 위 판례는 관찰가능성(observability)을 하나의 기준으로 제시하고 있는 것이다.<sup>282)</sup>

#### (나) 우리나라 著作權侵害訴訟과 極少性 抗辯

위에서 살펴 본 미국 판례법상 극소성 항변은 우리나라 저작권침해소송 체계에서 어떻게 위치지워질 수 있는가?

281) 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

282) Brett I. Kaplicer, Rap Music and De Minimis Copying Applying the Ringgold and Sandoval Approach to Digital Samples, 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 227 (2000) 참조.

우선 미국 판례법에 의하더라도 극소성 항변은 공정이용의 문제가 아닌 실질적 유사성의 문제로 다루어짐을 알 수 있다. 그런데 실질적 유사성은 저작권침해를 주장하는 원고가 그 침해요건의 하나로서 주장, 입증하여야 할 사항이다. 그러므로 극소성 항변은 소송법상 피고가 주장, 입증하여야 할 항변사항이 아니라 원고의 주장, 입증사항에 대한 부인에 불과하다고 하여야 할 것이다.

위 미국 판례들에 나타난 극소성 항변은 원고의 저작물의 피고의 작품에서 차지하는 위치나 비중과 관련된 것이다. 물론 극소성 항변은 원고의 저작물이 이용되었지만 시각적으로 관찰하기 어려운 특수한 상황의 맥락에서 인정되는 것이다. 그러나 이는 본질적으로, 원고의 저작물이 차용된 것은 맞지만 피고가 부가한 요소들이 질적으로나 양적으로 그 차용 부분을 압도하여 피고의 작품은 원고의 저작물과 구별되는 새로운 저작물이라는 주장에 해당한다. 그리고 이러한 주장은 위에서 본 것처럼 새로운 항변의 성격을 가진다기보다는 실질적 유사성의 부인에 해당한다. 따라서 우리나라 저작권침해소송에 있어서 극소성 항변을 별도의 방어방법으로 인정할 필요성은 없다고 할 것이다.

## 第2節 實質的 類似性 判斷의 方法的 側面

### 1. 概觀

그 동안 실질적 유사성 판단의 실체론과 관련하여 보호대상(아이디어와 표현의 구분)과 보호범위(표현과의 실질적 유사성의 판정)에 대하여 논의하였다. 이 장에서는 실질적 유사성 판단의 방법론에 관하여 논의하기로 한다. 실질적 유사성 판단의 방법론과 관련하여서는 다음과 같은 문제들이 있다.

첫 번째 문제는 누구의 관점에서 실질적 유사성을 판단할 것인가, 즉 판단 관점에 관한 것이다. 이는 특히 법률전문가가 아닌 배심원이 사실관계를 확정하는 미국의 소송제도 아래에서 중요한 비중을 가진 쟁점이 된다. 예를 들어 두 음악작품 사이의 실질적 유사성이 문제되는 경우, 그 음악작품이 유사한지 여부는 음악전문가와 일반인(배심원)의 관점 중 누구의 관점에 의하여 판명되어야 하는가의 문제이다. 일반인의 관점에 의하여 판단하여야 한다고 하더라도, 음악전문가의 감정결과가 일반인의 실질적 유사성 판단에 얼마나 영향을 미칠 수 있는지의 문제가 남는다.

두 번째 문제는 어떠한 방식에 따라 실질적 유사성을 판단할 것인가, 즉 판단방식에 관한 점이다. 실질적 유사성 판단의 실체론에서 살펴 본 두 가지 단계, 즉 보호대상의 확정(아이디어/표현 이분법)과 보호범위의 확정(표현과의 실질적 유사성 판정)은 실제 저작권침해판단과정에서 어려운 과제를 제시한다. 즉 아이디어/표현 이분법은 아이디어가 아닌 표현만 저작권의 보호대상이 된다는 이론이다. 따라서 실질적 유사성 판단도 원고의 창작물 중 보호받는 표현과 피고 작품 사이의 유사성 판단이다. 그렇다면 실질적 유사성을 판단할 때 원고의 작품 중 표현 부분만을 추출한 뒤 그 표현 부분과 피고의 작품을 비교하는 것인가, 그렇지 않으면 원고 작품 전체와 피고 작품 전체를 비교하여야 하는 것인가, 전자의 방식을 취한다면 원고의 작품에서 표현만 추출한 결과가 그것만으로 피고의 작품과 비교할 만한 실체가 있는 것인가(현실적으로 대부분의 창작물은 아이디어와 표현이 얽혀 있어 이를 관념적으로 분리하는 것은 가능할지 몰라도 실제 비교대상으로 삼을 수 있도록 가시적으로 분리하는 것은 쉽지 않다), 후자의 방식을 취한다면 저작권법에 의하여 보호받지

못하는 아이디어까지도 실질적 유사성 판단에 영향을 미치는 것이 아닌가 등의 의문이 뒤따르는데, 이러한 쟁점들이 판단방식에 관한 문제이다.

판단관점과 판단방식의 두 가지 문제는 서로 얽혀 있다. 보통 일반인은 아이디어와 표현을 구분하여 표현만 추출해 내는 작업을 하기에는 전문성이 모자라기 때문에, 일반인의 관점에서 실질적 유사성을 판단할 때에는 두 작품을 전체적으로 비교하여 그로부터 생성되는 주관적 느낌에 따라 실질적 유사성을 판단하게 될 가능성이 크다. 반면 전문가는 당해 분야에서 공유되어야 할 아이디어적 요소와 그 작품의 창작성을 구성하는 표현적 요소를 구분하는 능력을 가지고 있을 가능성이 크고, 따라서 이들은 두 작품으로부터 받는 주관적 느낌이 아니라 두 작품을 체계적으로 분석한 결과에 의하여 실질적 유사성을 판단하게 될 가능성이 크다. 결국 이 두 가지 문제를 종합하면 일반인이 전체적·주관적으로 느끼는 바에 의하여 판단할 것인지, 그렇지 않으면 전문가가 분석적·객관적으로 관찰한 바에 의하여 판단할 것인지를 문제로 귀착된다. 그러나 개념적으로 판단관점의 문제와 판단방식의 문제가 동일하다고는 할 수 없다. 이론적인 견지에서는 일반인도 분석적·객관적 접근방식에 의하여 실질적 유사성 판단을 행할 수 있고, 반대로 전문가도 전체적·주관적 접근방식에 의하여 실질적 유사성 판단을 행할 수 있다. 그러므로 이 논문에서는 판단방법과 관련하여 판단관점과 판단방식의 문제를 분리하여 살펴 보고자 하는 것이다.<sup>283)</sup>

이러한 판단방법론에 관하여서는 배심제도를 시행하고 있는 미국에서 주로 많이 논의되어 왔던 반면, 우리나라에서는 지금까지 주목할 만한 논의가 이루어지지 않았다. 그러나 위와 같은 판단관점과 판단방식의 문제는 우리나라에서도 여전히 논의될 필요가 있다. 그러므로 아래에서는 두 가지 문제에 관한 미국의 여러 가지 입장들을 개략적으로 소개한 뒤, 우리나라 저작권침해소송

---

283) Michael L. Sharb, Getting a "Total Concept and Feel" of Copyright Infringement, 64 U. Colo. L. Rev. 903 (1993)에서는 전체적인 관념과 느낌 테스트를 지지하면서 그 논리전개에 있어서 전체적인 관념과 느낌에 의하여 실질적 유사성을 판단하는 문제와 누구의 관점에서 실질적 유사성을 판단할 것인가의 문제를 분리하여 살펴보고 있는데, 이러한 입장 역시 판단방식과 판단관점의 개념적 분리를 전제로 한 것이라고 생각한다.

에 실제 원용되기에 적합한 실질적 유사성 판단방식을 제언하고자 한다.

## 2. 實質的 類似性的 判斷觀點

### 가. 普通 觀察者 觀點論

보통 관찰자(ordinary observer 또는 lay observer) 관점론은 보통의 관찰자가 원고와 피고의 작품 사이에 유사성이 있다고 인식하는가 여부에 따라 실질적 유사성을 결정한다는 입장이다.<sup>284)</sup> 여기에서 보통의 관찰자는 그 사회에서 평균적인 경험과 지식을 갖춘 가상의 관찰자이다. 따라서 실제 소송에서 판단을 행하는 주체가 평균인보다 훨씬 높은 전문성과 지식 및 경험을 가졌거나 반대로 평균인에 비하여 떨어지는 지각능력을 가졌다고 하더라도 판단은 어디까지나 평균인의 관점에서 이루어져야 한다. 다만 여기에서의 보통 관찰자는 항상 고정되어 있는 것은 아니고 저작물의 유형과 목적에 따라 달라질 수 있다.

보통 관찰자 관점론은 이후에 판단방식에서 등장하는 전체적 접근방식과 결합하여, 보통 관찰자가 즉각적으로 받는 인상에 따라 실질적 유사성을 판단하여야 한다는 논리로 발전하게 된다.

미 연방대법원은 아직 보통 관찰자 관점론을 채택할 것인가에 관하여 명시적인 입장을 표시한 판결을 한 바가 없으나, 미국 항소심 판례들을 보면 보통 관찰자 관점론이 주류를 이루고 있다.<sup>285)</sup> 우리나라에서는 이를 정면으로 다루고 있는 판례는 발견되지 않지만 나중에 살펴 보게 되는 것처럼 이를 당연한 전제로 삼고 있는 듯 하다. 일본 하급심 판례들도 명시적으로 보통 관찰자 관점론을 채택하고 있다. 예컨대 이른바 팩맨 비디오게임 사건에서 동경지방법 판소는 원고의 저작물인 비디오게임의 영상을 아는 통상인이라면 피고의 영상

---

284) 미국에서는 이를 Ordinary Observer Test 또는 Audience Test라고 표현하기도 한다. 다만 이는 실질적 유사성을 판정하기 위한 실제적인 테스트라기보다는 누구의 관점에서 실질적 유사성을 판정할 것인가 하는 관점론의 성격을 가지는 것이다.

285) King Features Syndicate v. Fleischer, 299 F. 533 (2d Cir. 1924) ; Educational Testing Serv. v. Katzman, 793 F.2d 533 (3d Cir, 1986) ; Funkhouser v. Loew's Inc., 208 F.2d 185 (8th Cir. 1954) ; Williams v. Kaag Mfrs., Inc., 338 F.2d 949 (9th Cir. 1964) 등 다수.

이 본건의 비디오게임에 근소한 수정을 가한 것일 뿐이라고 느낄 수 있는 정도의 동일성이 있다고 인정된다면 복제권침해가 성립한다고 판시하였고,<sup>286)</sup> 르포물을 텔레비전 드라마화한 것이 그 르포물에 대한 저작권을 침해한 것인가 여부가 문제된 사건에서 동경고등재판소는 일반인이 텔레비전 드라마를 시청하였을 때 원고 저작물이 드라마화된 것이라고 용이하게 인식할 수 있을 정도로 특징적, 개성적인 내용표현이 재현되고 있는지 여부에 따라 실질적 유사성 판단을 행하였다.<sup>287)</sup>

미국의 보통 관찰자 관점론에 의하면 “의거관계”에 대응하는 사실적 복제 행위(actual copying) 단계에서는 전문가들의 분석 및 증언이 이루어지지만, “실질적 유사성”에 대응하는 위법한 복제행위(actionable copying) 단계에서는 일반인들이 전문가들의 분석이나 증언의 도움을 받지 않은 채 전체적으로 두 작품을 비교하여 유사하다는 관념이나 느낌을 받는가에 따라 실질적 유사성을 판단하게 된다.<sup>288)</sup> 여기에서의 관념과 느낌은 자발적이고 즉각적인 것이어야 한다.<sup>289)</sup> 보통관찰자 관점론에 의하여 심리하더라도 통상 일반인이 증인으로 나와 양 작품에 대한 자신의 느낌을 증언하는 것은 불필요하고, 법관이나 배심원이 직접 그 실질적 유사성을 판단하는 것으로 족하다.<sup>290)</sup> 보통관찰자 관점론을 채택하는 경우 일반인들을 대상으로 두 작품이 유사하다고 느끼

---

286) 東京地裁 1994(平成 6). 1. 31. 선고, 平4(ワ)19495호 판결(判例時報 1496호, 111면), 한편 지도저작권침해사건에 있어서 통상인의 관찰에 의하여 판단하여야 한다는 것으로서 富山地判 1978(昭和 53). 9. 22. 선고 昭46(ワ)33호, 71호 판결 {判例ジュリスト(著作権判例百選), 53면} 참조.

287) 東京高裁 1994(平成 8). 4. 16. 선고 平5(ネ)3610호, 平5(ネ)3704호 판결(判例時報 1571호, 98면 이하).

288) Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946).

289) Harold Lloyd Corp. v. Witwer, 65 F.2d 1, 18 (9th Cir. 1933).

290) 다만 미국에서는 일반인의 증언을 증거로 받아들인 사례들도 있다. 예를 들어 두 노래의 실질적 유사성에 관한 출연자의 증언을 받아들인 MCA, Inc. v. Winson, 425 F.Supp. 443 (S.D.N.Y. 1976), 게임의 실질적 유사성에 관한 소매상들과 판매점원들의 증언을 받아들인 Atari, Inc. v. North America Phillips Consumer Electronics Corp., 672 F.2d 607 (7th Cir., 1982) 참조.

는지 여부에 관한 설문조사결과는 의미있는 증거가 될 수 있다. 그러나 설문조사결과는 설문대상자나 설문사항, 설문방식에 따라 달라질 수 있을 뿐만 아니라, 실질적 유사성의 개념에 대한 일반 대중의 이해가 충분하지 않다는 한계가 있으므로, 그러한 설문조사결과의 증거가치는 사실인정의 주체가 재량에 따라 판단할 문제이다.<sup>291)</sup>

보통 관찰자 관점론의 채택은 저작권재산을 보호하는 주된 목적과 부합한다. 저작권재산권은 저작물의 이용으로부터 생기는 경제적인 이익을 보호하기 위한 권리이다. 이러한 경제적인 이익은 궁극적으로 그 저작물의 수요자로부터 나온다. 영화는 그 영화를 보는 사람으로부터, 음악은 그 음악을 듣는 사람으로부터, 소설은 그 소설을 읽는 사람으로부터 경제적 이익을 획득한다. 만약 저작권재산권이 존재하지 않는다면 누구나 그 저작물과 동일하거나 유사한 작품을 만들어 당해 저작물의 수요자에 대한 독점적 지위를 감소시킴으로써 경제적 이익을 감소시키게 될 것이다. 하지만 그 저작물과 유사하지 않은 작품을 만들었다면 이는 기존 저작물의 수요를 대체하는 효과가 거의 없어 잠재적 수요자를 박탈하지 않을 것이고, 경제적 이익도 별로 감소하지 않을 것이다. 이처럼 저작물로부터 경제적 이익을 수취할 수 있는 권리가 침해되었는지 여부는 필연적으로 그 행위로 인하여 당해 저작물에 대한 수요가 감소하게 되었는가와 밀접한 관련이 있다.<sup>292)</sup> 이러한 논리를 따른다면, 저작권재산권 침해 여부

---

291) Warner Brothers Inc., v. American Broadcasting Companies, Inc. 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983) 판결에서는 널리 알려진 캐릭터인 슈퍼맨과 “The Greatest American Hero”라는 텔레비전 시리즈에 나오는 캐릭터인 헝클리 사이의 실질적 유사성이 문제되었다. 원고는 헝클리가 다른 캐릭터를 연상시킨다고 답변한 사람들 중 74%가 슈퍼맨이 연상된다고 답변하였다는 증거자료를 제출하였다. 그러나 법원은 결과적으로 양자의 실질적 유사성을 부정하였다. 그 판결이유에서 법원은 설문조사의 설문방식에 따라 그 결과의 의미가 달라질 수 있다는 점을 들어 대중에 대한 설문조사에 지나치게 의존하는 것에 따르는 위험성을 경고하고 있다.

292) 이와 같이 경제적 인센티브와의 상관관계에서 당해 저작물에 대한 수요감소 여부가 실질적 유사성 인정의 중요한 근거가 된다는 전제 위에서 일반 수요자의 관점에서 실질적 유사성을 판단하여야 한다는 논리를 주장하는 논문으로서, Sitzer, Michael Ferdinand, Copyright Infringement Actions : The Proper Role for Audience Reactions in Determining Substantial Similarity, 54 S.Cal.L.Rev. 385, 392 (1981)

는 대체재(代替財)로 인한 저작물 수요감소 여부의 문제로 귀착되고, 그 판단은 저작물에 대한 일반 수요자의 입장에서 이루어져야 한다. 그러므로 보통 관찰자 관점론에 있어서 보통 관찰자는 일반 수요자의 의미를 띤다고 할 수 있다.

#### 나. 專門家(Expert) 觀點論

전문가(Expert) 관점론은 보통 관찰자 관점론과 달리 당해 저작물에 관하여 전문적인 지식과 경험을 가진 사람의 관점에서 실질적 유사성 여부를 판단하여야 한다는 입장이다. 가령 소설의 경우 문학평론가, 음악의 경우 음악전문가, 컴퓨터프로그램의 경우 프로그래머의 관점에서 각각 실질적 유사성 여부를 결정한다는 것이다. 물론 실제 소송실무에서 위와 같은 각 분야의 전문가들이 당해 분야의 저작권침해소송에서 최종적인 판단주체가 될 수는 없다. 따라서 이 입장은 소송실무상으로는 위와 같은 전문가의 입장이 담긴 감정결과를 대폭 반영하여 실질적 유사성 여부를 결정하여야 한다는 입장이라고 할 수 있다.

미국에서는 앞서 본 것처럼 보통 관찰자 관점론이 대세를 이루고 있고, 전면적으로 전문가 관점론을 내세우는 이론은 발견되지 않는다. 하지만 뒤에서 보게 되는 것처럼 저작물의 특성과 내용에 따라서는 전문가의 관점에 의하여 실질적 유사성을 판단해야 한다는 판례들도 나오고 있다. 그러므로 여기에서의 전문가 관점론은 보통 관찰자 관점론과 대등한 관계에 있는 반대이론이라기보다는 보통관찰자 관점론에 대한 아래의 비판에 근거한 일종의 보완이론이라고 할 수 있다.

우선 보통 관찰자 관점론에서는 누가 보통 관찰자인가를 확정하는 것이 현실적으로 어렵다. 예를 들어 클래식 음악의 저작권침해사건에 있어서 어떠한 유형의 사람이 보통 관찰자인가? 직업적으로 클래식 음악을 듣고 평가하는 전문적인 평론가들로부터 클래식에 대하여는 완전히 무지한 사람들에 이르기까지 클래식 음악에 대한 경험이나 이해의 폭이 천차만별인데 그 중 누구를 보통 관찰자라고 할 수 있는가? 만약 보통 관찰자가 일반 수요자와 같은 개념이

---

; Susan A. Dunn, Defining the Scope of Copyright Protection for Computer Software, 38 Stan.L.Rev 497, 514 (1986) 참조.

라면 클래식음악의 일반 수요자는 전문평론가, 클래식 애호가, 레스토랑 주인, 평생 클래식 음반에 전혀 관심을 가지지 않는 사람들 중 누구인가? 결국 보통 관찰자 내지 일반 수요자의 관점에서 판단한다는 것은 어디까지나 결론을 정당화하기 위한 의제(擬制)에 불과할 뿐이고 실제로는 법관 또는 배심원<sup>293)</sup>이 자신의 개인적인 경험과 지식에 상당한 영향을 받는 가운데 자신의 관점에서 판단할 가능성이 큰 것 아닌가 하는 의문이 든다.

또한 보통 관찰자의 확정이 가능하더라도 저작권 침해 여부가 보통 관찰자의 주관적인 느낌에 의존하여 판단되는 경우 보통 관찰자에게는 다르다는 느낌을 주면서 실제로는 기술적이고 교묘한 표절행위를 통하여 저작물에 나타난 핵심적인 창작의 열매를 도용하는 행위는 어떻게 막을 것인가 하는 의문도 든다. 그 분야의 전문가들은 쉽게 그러한 행위를 포착할 수 있지만, 보통 관찰자들은 그러한 능력이 없기 때문에, 이러한 상황에서는 저작권침해를 방지하게 될 수도 있다.

보통 관찰자 관점론의 결정적인 맹점은 일반인들이 두 작품을 전체적으로 비교하여 받은 즉각적인 관념과 느낌에 의하여 실질적 유사성을 판단하는 경우 아이디어의 유사성으로 인하여 두 작품이 비슷하다는 느낌을 받은 경우에도 실질적 유사성이 인정된다고 판단할 가능성이 높아진다는 것이다.<sup>294)</sup> 이는 아이디어/표현 이분법의 취지를 무색하게 만드는 것일 뿐만 아니라 보상과 공유의 조화를 이루는 도구로서의 실질적 유사성 판단이 지나치게 보상 쪽으로 치우치게 만드는 원인이 될 수 있다.

이러한 여러 가지 문제점 때문에 미국에서도 컴퓨터프로그램저작물과 같이  

---

293) 미국의 경우 사실을 확정하는 작업은 원칙적으로 배심원(Jurors)의 몫이기 때문에 판단주체는 배심원이 될 것이다.

294) 예컨대 *Daly v. Palmer*, 6 F.Cas 1132, 1138 (C.C.S.D.N.Y. 1868)에서는 주인공이 철길에 묶여 있다가 접근해 오는 기차로부터 가까스로 탈출하는 장면이 유사하다고 하여 두 연극각본의 실질적 유사성을 인정하였다. 이러한 장면은 청중에게 상당히 강한 인상을 안겨다 줄 수 있는 것임에 틀림없다. 또한 이러한 장면이 두 연극에 등장한다면 청중의 입장에서는 두 연극이 비슷하다는 관념이나 느낌을 받을 여지도 충분히 있다. 그러나 아이디어/표현 이분법을 적용하면 위와 같은 장면은 그 세부적인 묘사가 유사하지 않는 한 누구나 이용할 수 있는 소재인 아이디어에 불과하다고 판명될 가능성이 크다.

기술적으로 복잡한 저작물에 대하여서는 프로그램 전문가의 관점에서 실질적 유사성을 판단함으로써 보통 관찰자 관점론을 사실상 포기하는 듯한 경향을 보여 주고 있다.<sup>295)</sup> 또한 음악저작물 가운데에서도 그 의도된 수요자가 일반인이 아니라 음악전문가라고 할 수 있는 합창단 지휘자인 저작물에 있어서는, 합창단 지휘자의 관점에서 음악저작물의 실질적 유사성을 판단할 수 있다고 하면서, 이 경우 음악전문가가 그 저작물과 다른 작품을 비교할 때 음반을 듣지 않고 인쇄된 악보를 읽는 방식을 택한다면, 심리과정에서 음반을 들어보지 않았다고 하여 위법은 아니라는 판례<sup>296)</sup>도 있다.

## 다. 檢討

### (1) 美國과 우리나라의 差異

미국에서는 결론에 이르게 되는 과정에서 사실의 문제(matter of fact)와 법의 문제(matter of law)를 엄격하게 구분하여 전자는 배심원이, 후자는 법관이 판단한다. 한편 원고의 저작물과 피고의 작품 사이에 실질적 유사성이 존재하는가 여부는 사실의 문제로 파악하기 때문에, 결국 실질적 유사성의 판단주체도 원칙적으로 배심원이 된다. 배심원은 일반 시민의 건전하고 평균적인 가치관과 경험, 지식을 갖춘 것으로 간주되고, 배심제도의 본질은 전문가나 법관이 아닌 이러한 일반 시민의 시각에 따라 사실인정을 하려는 데에 있는 것이므로, 저작권침해소송에 있어서 실질적 유사성도 전문가의 감정이 증거로 제출되지 않는 가운데 일반인이 직접적인 관찰로 받은 관념과 느낌에 따라 결정한다는 것이다. 전문가의 감정은 어디까지나 의거관계, 즉 사실적 복제

---

295) Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222, 1232 (3d Cir. 1986) ; Dynamic Microprocessor Assocs, v. EKD Computer Sales, 919 F.Supp. 101 (E.D.N.Y. 1996) ; Nimmer, 전제서, §13.03, 13-101면 ; Clapes, Lynch & Steinberg, Silicon Epics and Binary Bards : Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs, 34 UCLA L.Rev. 1493, 1571 (1987) ;. Jon O. Newman , New Lyrics for an Old Melody : The Idea/Expression Dichotomy in the Computer Age, 17 Cardozo Arts & Ent. L.J. 691 (1999) 참조.

296) Dawson v. Hinshaw Music, Inc., 905 F.2d 731 (4th Cir, 1990).

(actual copying) 요건을 판정함에 있어서 고려할 뿐이고, 이 단계에서 나타난 유사성의 증거는 배심원들이 다음 단계에서 실질적 유사성을 판단함에 있어서 증거로 쓰일 수 없다.<sup>297)</sup>

이러한 논리는 비교적 간단한 글이나 음악, 미술 등 문예적 저작물의 저작권 침해판단에는 잘 적용될 수 있었다. 그러나 저작물의 범위가 넓어지면서 일반인들이 쉽게 이해하기 어려운 복잡하고 기술적인 유형의 저작물들도 많이 등장하게 되었다. 설계도면이나 컴퓨터프로그램 등이 그 전형적인 예이고, 복잡한 소설이나 음악 같은 문예적 저작물도 일반인들이 쉽게 비교하여 유사성 여부를 판단하기 어려운 경우가 많다. 따라서 이러한 경우까지 포섭하는 일관된 방법론을 찾기 어렵다는 점을 인식하면서 컴퓨터프로그램과 같이 전문성을 요구하는 복잡한 분야에서 전문가 증언을 배심원이 사용할 수 있는 증거로서 허용한 판례들이 나타나기 시작하였다.<sup>298)</sup> 또한 연방 제4항소법원은 매우 전문화된 음악에 있어서 전문가의 증언을 배심원의 사실판단의 증거로 쓸 수 있게 하기도 하였다.<sup>299)</sup> 더 나아가 전문가의 입장을 배제하여야 할 아무런 합리적인 근거가 없다고 하면서 사안에 따라 자유롭게 이를 반영하여야 한다는 학자들의 견해들도 다수 존재한다.<sup>300)</sup>

---

297) *Arnstein v. Broadcast Music, Inc.*, 46 F.Supp. 379 (S.D.N.Y. 1942)에서는 두 음악저작물을 분석한 결과 유사성이 발견되었다고 하더라도 두 작품이 일반인의 귀에 다르게 들린다면 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 판시하였다.

298) *Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.*, 797 F.2d 1222, 1232 (3d Cir. 1986) ; *Computer Assocs., Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 713-14 (2d Cir. 1992) ; *Dynamic Microprocessor Assocs, v. EKD Computer Sales*, 919 F.Supp.101 (E.D.N.Y.1996) ; Nimmer, 전게서, §13.03, 13-101면 ; Clapes, Lynch & Steinberg, *Silicon Epics and Binary Bards*, 전게 논문, 1571면.

299) *Dawson v. Hinshaw Music Inc.*, 905 F.2d 731, 736-38 (4th Cir. 1990).

300) *Montgomery Frankel, From Krofft to Shaw and Beyond, The Shifting Test for Copyright Infringement in the Ninth Circuit*, 40 Copyright Law Symposium 429 (1997) ; *Michelle V. Francis, Musical Copyright Infringement : The Replacement of Arnstein v. Porter -- A More Comprehensive Use of Expert Testimony and the Implementation of an Actual Audience Test*, 17 *Pepperdine L.Rev.* 493 (1990) ; *Amy B. Cohen, Masking Copyright Decisionmaking : The*

배심제도가 실시되지 않고 있는 우리나라에서는 법률전문가인 법관이 제출된 모든 증거에 의하여 자유심증에 따라 사실인정을 하기 때문에 미국처럼 전문가 감정 또는 증언을 사실인정의 자료로 삼는가의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 여전히 법관이 누구의 관점에서 실질적 유사성을 판정하여야 하는가 하는 문제는 남는다. 이 부분에 관하여 우리나라 대법원 관례가 어떠한 태도를 취하는지 알 수 있는 길은 없다. 대부분의 일반적인 사건에 있어서 규범적 판단은 사회통념상 가장 평균적인 사람의 관점에서 행하여지는 것이 대원칙이라고 할 것이므로 그러한 의미에서 저작권침해사건에 있어서도 보통 관찰자 관점론을 취하는 것이 아닌가 하는 조심스러운 추측을 해 볼 수 있다. 다만 앞서 언급한 것처럼 배심제도가 존재하지 않는 우리나라에서는 전문가들의 감정이 증거방법의 하나로서 법관의 심증형성에 영향을 미치는 것은 당연하다. 따라서 미국의 보통 관찰자 관점론 중 일반인들이 전문가들의 분석의 도움을 받지 않은 채 자발적이고 즉각적인 관념과 느낌에 따라 실질적 유사성 판단을 행하여야 한다는 부분은 우리나라에 그대로 적용되기 어려운 부분이라고 보여진다. 그렇다면 우리나라에서는 현실적으로 전문가들의 도움이 필요한 복잡한 저작권침해사건에 있어서는 전문가의 관점을 충분히 고려하면서 실질적 유사성을 판단하고, 전문가들의 도움이 필요하지 않은 단순한 저작권침해사건에 있어서는 법관이 일반인의 관점에서 실질적 유사성을 판단한다고 할 수 있다. 이는 위에서 살펴 본 바와 같이 미국에서 일고 있는 전통적인 관점에 대한 수정론과 궤를 같이 하는 것이다.

## (2) 創作 인센티브와의 相關關係

이 논문은 저작권 제도에 관한 실정권적 입장을 기본으로 한다고 밝힌 바 있다. 실정권적 입장에 의하면 저작권 보호범위는 창작자들의 창작 인센티브에 어떠한 영향을 미치는가를 고려하여 결정하여야 한다고 설명하였다. 따라서 판단관점의 문제를 획일적으로 정하기보다는, 저작물의 유형과 특성을 고려하여 창작 인센티브와의 상관관계 아래에서 유연한 입장을 채택하는 것이 바람직하다. 원칙적으로 일반인의 관점에서 실질적 유사성을 판단하여야 할 것이지만, 필요한 경우에는 전문가의 관점에서 판단하거나 적어도 그 관점을

---

Meaninglessness of Substantial Similarity, 20 U.C. Davis L. Rev. 719 (1987).

고려하여야 할 때가 있다.

### (3) 一般 需要者의 觀點에서 判斷하는 경우

창작 인센티브 중 중요한 비중을 차지하는 것은 경제적 이익이다. 경제적 이익은 수요자들의 수요를 통하여 창출되기 때문에 두 작품이 실질적으로 유사한지 여부는 그 저작물의 잠재적 수요가 줄어드는가 여부에 따라 결정한다.<sup>301)</sup> 그렇다면 실질적 유사성 판단에 있어서는 일반 수요자에 해당하는 사람의 관점이 채택되는 것이 원칙이다.

여기에서의 일반 수요자는 보통 관찰자 또는 일반인과 같은 의미를 가지는 것이 대부분이다. 그러나 그 개념이 항상 일치하는 것은 아니다. 보통 관찰자는 특정한 저작물과의 연관성이 배제된 채 사회적으로 가장 평균적이고 합리적인 상식을 가진 사람을 의미하지만, 일반 수요자는 특정한 저작물의 내용이나 목적과 강한 연관성을 가지기 때문이다. 미국에서는 이와 같이 누가 일반 수요자 또는 보통 관찰자인가 하는 점이 저작물의 내용과 목적에 따라 연동하는 점에 주목하여 ‘의도된 청중 테스트’(intended audience test)라는 용어를 사용하기도 한다.<sup>302)</sup> 따라서 그 저작물의 특성과 내용에 따라 일반 수요자의 의미가 달라질 수 있음에 유의하여야 한다.<sup>303)</sup>

예를 들면 일반적인 저작물에 있어서 어린이들은 보통 관찰자 또는 일반 수요자의 지위에 있다고 할 수 없다. 그러나 어린이들을 판매대상으로 하는 장난감이나 게임에 있어서는 어린이들이 그 부모들과 함께 일반 수요자의 범주에 포함된다. 따라서 위와 같은 장난감이나 게임의 실질적 유사성이 문제되

---

301) 현실적으로 시장에서 판매되지 않고 있는 저작물의 경우 현실적인 수요자가 존재하지 않으나, 잠재적으로는 향후 저작물이 판매의 대상이 될 수 있으므로 잠재적 수요는 여전히 존재한다.

302) Paul M. Grinvalsky, Idea-Expression in Musical Analysis and the Role of the Intended Audience in Music Copyright Infringement, 28 Cal. W. L. Rev. 395 (1991).

303) Sitzer, Michael Ferdinand, Copyright Infringement Actions : The Proper Role for Audience Reactions in Determining Substantial Similarity, 54 S.Cal.L.Rev. 385, 387 (1981).

는 경우에는 부모들의 관점 뿐만 아니라 일반 수요자라고 할 수 있는 어린이들의 관점이 함께 고려되어야 한다.<sup>304)</sup> Lyons Partnership, L.P. v. Morris Costumes, Inc., 판결<sup>305)</sup>에서는 공룡 모양의 캐릭터인 Barney와 유사한 모습을 가진 Duffy the Dragon 의상을 판매한 사건이 문제되었다. 어른들은 주로 아이들을 즐겁게 할 목적으로 Duffy 의상을 구입하여 아이들의 생일파티에 이를 입고 나타나곤 했다. 어른들은 양자의 차이점을 쉽게 인식할 수 있었지만 2살 내지 5살의 아이들의 입장<sup>306)</sup>에서는 양자의 차이를 잘 인식하지 못하였다.<sup>307)</sup> 법원은 비록 Duffy 의상을 구입하는 주체는 어른들이지만 그 의상이 의도하는 수요자는 2살 내지 5살의 아이들이므로 이들의 관점에서 실질적 유사성을 판단하여야 한다고 판시하였다.

#### (4) 專門家の 觀點에서 判斷하거나 이를 考慮하는 경우

##### (가) 專門家が 著作物の 需要者인 경우

저작물의 수요자가 전문가라면 앞서 살펴 본 수요자 관점의 원칙에 의하더라도 전문가의 관점에서 실질적 유사성을 판단하여야 함은 당연하다. 예를 들어 오로지 컴퓨터 프로그래머에게만 판매되는 프로그램이 있다면 그 일반 수요자는 컴퓨터에 관한 전문지식이 없는 일반인이 아니라 평균적인 컴퓨터 프로그래머이다. 이 경우 컴퓨터프로그래밍에만 사용되는 프로그램의 실질적 유사성은 컴퓨터 문외한이 아닌 컴퓨터 프로그래머의 관점에서 판단되어야 하는

304) 어린이용 장난감 인형에 있어서 보통 관찰자(Ordinary observer)는 어린이에 해당하므로 법원이 이에 관한 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 어린이가 이를 어떻게 볼 것인가를 고려하여야 한다는 판례로서 Aliotti v. R.Dakin & Co., 831 F.2d 898, 902 (9th Cir. 1987) ; Ideal Toy Corp. v. Fab-Lu, Ltd., 261 F.Supp. 238, 241 (S.D.N.Y. 1966).

305) 243 F.3d 789 (4th Cir. 2001).

306) 법원은 이 연령대의 아이들이 수요자라고 보았다

307) 원고는 이를 입증하기 위하여 실제 500명의 어린이들 앞에 Duffy 의상을 입고 나타났을 때 아이들이 흥분하면서 'Barney'를 외치던 사례, 30여개의 신문기사에서 사실은 Duffy 의상을 입고 있던 사람을 Barney라고 표현한 사례 등에 관한 증언이나 서증을 제출하였다.

것이다. 또한 음악전문가를 위하여 편곡된 음악저작물은 음악전문가의 관점에서 판단하는 것이 상당하다.<sup>308)</sup>

**(나) 一般인이 著作物の 需要者이지만 著作物の 特性上 專門家の 判斷을 考慮하여야 하는 경우**

일반인이 저작물의 수요자라고 하더라도, 당해 저작물이 매우 기술적이고 복잡하여 일반인이 그 실질적 유사성을 판단하기에 곤란한 경우에는, 전문가의 관점을 고려하는 것이 필요하다. 이는 특히 컴퓨터프로그램과 같은 기능적 저작물에 있어서 필요하다. 일반인의 관념이나 느낌을 중시하는 보통관찰자 관점론은 관념이나 느낌에 그 핵심적 가치가 주어지는 문예적 저작물에 있어서는 타당할 수 있으나, 기능에 그 핵심적 가치가 주어지는 기능적 저작물에까지 그대로 적용하는 데에는 무리가 있기 때문이다.

물론 저작물의 유사성 판단에 전문적인 지식이 필요하다고 하여, 두 작품의 실질적 유사 여부를 반드시 저작, 창작에 종사하는 전문가의 감정에 의해서만 판단해야 되는 것은 아니고,<sup>309)</sup> 감정이 행하여진 경우에도 법원에게 전문가의 감정결과를 그대로 채용하여야 할 구속력이 발생하는 것은 아니다.<sup>310)</sup> 그러므로 전문가의 관점대로 판단한다는 표현보다는 전문가의 관점을 고려하여 판단한다는 표현이 적절하다.

**(다) 一般인이 著作物の 需要者이지만 剽竊이 매우 技術的으로 이루어져 一般인이 쉽게 觀察할 수 없는 경우**

창작 인센티브에는 경제적인 요소만 존재하는 것이 아니다. 예컨대 자신의 저작물에 대한 예술적 통제권, 명성, 프라이버시 등 비경제적 요소도 창작의

308) Dawson v. Hinshaw Music Inc., 905 F.2d 731, 736-38 (4th Cir. 1990).

309) 한복디자인의 실질적 유사성에 관한 대법원 1991.8.13. 선고 91다1642 판결 중 해당 이유부분 참조.

310) 소설과 영화 사이에 실질적 유사성이 있다고 판단한 감정결과에 대하여, 그 감정결과는 소설의 창작적인 표현형식 외에 아이디어의 유사성까지 포함해서 양자를 비교한 데 기인한 것이라고 판단되므로 받아들일 수 없다고 판시한 서울고등법원 2005. 2. 15.자2004라362 결정 참조.

인센티브가 될 수 있기 때문에 피고 작품의 유사성이 이러한 인센티브에 대한 해약을 미칠 정도가 되면 실질적 유사성을 인정하여야 한다.

그런데 앞서 보통 관찰자 관점론에 관한 유력한 비판 중 하나가 실질적으로는 무단으로 원고의 저작물을 차용하였으면서도 기술적이고 교묘한 포장을 통하여 전문성이 없는 보통 관찰자에게는 마치 두 작품이 다른 것처럼 느끼게 할 수 있는데 이 경우 저작권침해를 인정할 수 없다는 것이었다. 이는 저작물의 잠재적 수요를 감소시키지 않아 재정적 이익을 직접 해하지 않을지는 몰라도, 자신의 정신적 소산으로서의 창작물에 대한 통제권의 상실 등 비경제적 인센티브에 대한 해약을 불러일으킴으로써 여전히 창작 인센티브를 감소시키는 결과를 가져온다. 이러한 결과는 저작권법의 기본정신에 반하는 것이므로 창작 인센티브를 감소시키는 기술적인 표절에 대하여서는 전문가의 관점을 고려한 실질적 유사성 판단이 필요한 것이 아닌가 생각된다.<sup>311)</sup>

### 3. 實質的 類似性的 判斷方式

#### 가. 全體的 接近方式(Comprehensive Approach)

전체적 접근방식에 의하면, 법원은 두 작품 “전체”를 비교하여 양자가 실질적으로 유사한지 판단한다. 주로 보통 관찰자<sup>312)</sup> 또는 일반 수요자의 전체적인 관념과 느낌(total concept and feel)이 유사한가에 따라 실질적 유사성 여부를 결정한다.<sup>313)</sup> 그러므로 저작물의 표현 부분만 따로 떼어 놓은 다음 비

---

311) Harold Lloyd Corp. v. Witwer, 65 F.2d 1 (9th Cir. 1933) 및 McConnor v. Kaufman, 49 F.Supp. 738, 745 (S.D.N.Y. 1943)에서는 일반인들이 기술적인 표절을 포착하지 못하는 맹점에 대하여 언급하고 있다. 자세한 내용은 Nimmer, 전제서, §13.03 13-88, 89면 참조.

312) 이와 같이 전체적 접근방식에서는 보통 관찰자(Ordinary Observer)의 관점에서 느끼는 유사성을 강조하기 때문에 보통 관찰자 테스트(Ordinary Observer Test)라고 부르기도 한다(A Practitioner's Guide, Practicing Law Institute, 2003, 11:6 참조). 그러나 이후에 보게 될 분석적 접근방식에서도 판단관점의 주체는 당해 분야의 전문가가 아닌 보통의 관찰자이기 때문에 이를 보통 관찰자 테스트라고 부르는 것은 혼란을 가져올 수 있다.

교작업을 하는 것이 아니라, 이러한 여과 내지 추출작업없이 원고의 저작물과 피고의 작품 전체의 비교작업을 행한다. 이 방식의 특징은 두 작품 사이의 세세한 비유사성에 주목하기보다는 전체적인 유사성에 주목하는 것이다. 이는 판단관점론 중 보통 관찰자 관점론과 밀접한 관련이 있다.

이처럼 일반인의 전체적인 관념과 느낌을 판단기준으로 내세우는 입장은 본래 *Daly v. Palmer* 판결<sup>314)</sup>에서 비롯된 것이다.<sup>315)</sup> 이 사건에서는 두 작품에 철로에 묶여 있는 사람이 달려 오는 기차가 덮치기 바로 전에 그 곳을 벗어나는 유사한 장면이 들어있을 경우 실질적 유사성이 인정되는가 하는 점이 쟁점이 되었다. 법원은 실질적 유사성의 판단기준으로서 관객들에게 실질적으로 동일한 인상을 주고 마음 속에 동일한 감정을 불러일으키는가 여부를 들면서 두 작품의 실질적 유사성을 인정하였다.<sup>316)</sup>

이 방식은 저작권재산을 보호하는 취지에 부합하는 측면이 있다. 저작권재원은 저작물을 통하여 재산적 이익을 얻을 수 있는 독점권이다. 그런데 그 수요자에게 비슷한 관념과 느낌을 주는 침해물이 등장하면 이는 저작물에 대한 일종의 대체재(代替財)이므로 그만큼 진정한 저작물에 대한 수요가 감소한다. 이는 저작물을 통하여 얻을 수 있는 재산적 이익의 감소를 의미한다. 그러므로 저작권재원침해 여부를 판단하는 실질적 유사성도 양 작품에 대한 일반 수요자의 전체적인 관념과 느낌이 유사한가 여부에 의하여 정해진다는 것이다.

미국에서는 주로 아동용 도서<sup>317)</sup>와 같이 단순한 저작물이나 축하카드,<sup>318)</sup> 인형,<sup>319)</sup> 포스터,<sup>320)</sup> TV 광고,<sup>321)</sup> 가장무도회 복장,<sup>322)</sup> 비디오 게임의 스크

---

313) 전체적인 관념과 느낌에 의한 유사성은 부분적·문자적 유사성보다는 포괄적·비문자적 유사성과 더 깊은 관련성이 있다.

314) 6 F.Cas. 1132, No 3,552 (C.C. S.D.N.Y. 1968).

315) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-85면.

316) 다만 앞서 살펴 본 것처럼 위와 같은 장면은 그 세부적인 묘사가 유사하지 않는 한 아이디어간의 유사성으로 보는 것이 타당하다고 생각되므로 위와 같은 결론의 타당성은 의문스럽다.

317) *Reyher v. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87 (2d Cir. 1976).

318) *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

린 디스플레이<sup>323)</sup> 등 대중의 느낌에 호소하는 시청각적 저작물의 실질적 유사성을 판단함에 있어서 ‘전체적인 관념과 느낌’에 의존하는 전체적 접근방식을 활용하고 있다.<sup>324)</sup>

하지만 이 방식에 대하여서는 앞서 본 보통 관찰자 관점론에 대한 비판과 마찬가지로 비판이 가능하다. 즉 전체적인 관념이나 느낌의 유사성은 비단 저작권으로 보호받는 표현의 유사성 뿐만 아니라 저작권에 의하여 보호받지 못하는 아이디어의 유사성으로 인하여 발생할 수도 있는데 이를 정확하게 구분하지 못하는 일반 수요자들이 그 유사성이 아이디어와 표현 중 어느 것으로 인한 것인지를 염두에 두지 아니한 채 만연히 실질적 유사성을 인정할 가능성이 있는 것이다. 이러한 결과는 저작권 보호범위를 아이디어에까지 확장하는 결과를 가져온다. 이는 아이디어/표현 이분법을 통하여 달성하고자 하는 보상과 공유의 균형을 깨뜨릴 수 있다.

물론 전체적 접근방식이라고 하여 아이디어와 표현을 구분하지 않은 채 전체적인 관념이나 느낌만으로 저작권침해를 판단하자는 입장은 아니다. 배심원들은 판사로부터 저작권법에 의하여 보호받는 표현만으로 실질적 유사성을 판단하도록 하는 설명(instruction)을 듣게 될 것이다. 그러나 비전문가들이 그들의 관념이나 느낌에 따라 실질적 유사성을 판단하는 현실적인 과정에서 과연 아이디어와 표현의 구분을 충분히 고려한 실질적 유사성 판정이 이루어질

---

319) Recycled Paper Prods., Inc. v. Pat Fashions Indus., Inc., 731 F. Supp. 624 (S.D.N.Y. 1990) ; Little Souls, Inc. v. Les Petits., 789 F.Supp. 56 (D.Mass. 1992).

320) Mistretta v. Curole., 22 U.S.P.Q. 2d 1707 (E.D.La. 1992).

321) Soloflex Inc. v. Nordictrack Inc., 31 U.S.P.Q. 2d 1721 (D.Or. 1994).

322) National Theme Prods., Inc. v. Jerry B.Beck, Inc., 696 F.Supp. 1348 (S.D.Cal. 1988).

323) Atari, Inc. v. North Am. Philips Consumer Elec. Corp., 672. F.2d 607 (7th Cir. 1982) ; Broderbund Software v. Unison World, Inc., 648 F.Supp. 1127 (N.D.Cal. 1986).

324) 이상 오승종 외 1, 전게서, 472면에서 인용. 이 책에서는 이를 ‘외관이론’이라고 표현하고 있다.

수 있는지에 관한 의문은 여전히 남는다.

이러한 의문점 이외에도 앞서 보통관찰자 관점론에서 살펴 본 것처럼 교묘하고 기술적인 저작권침해행위를 방지하게 될 가능성이 높다는 점 역시 지적할 수 있다. 또한 원저작물에 상당한 정도의 새로운 창작성이 부가된 2차적 저작물의 작성행위 역시 원저작자의 허락없이 이루어졌다면 저작권침해행위에 해당하는데, 이러한 경우 과연 원저작물과 2차적 저작물의 전체적인 관념과 느낌이 유사하다고 볼 수 있는 것인지, 부분적·문자적 유사성만 존재하는 경우나 콜라주,<sup>325)</sup> 패러디와 같은 경우에도 실질적 유사성이 존재할 수 있는데 이때도 ‘전체적’인 관념과 느낌이 유사한 것인지도 의문이다. ‘관념’이나 ‘느낌’이라는 기준 자체가 매우 추상적이고 애매모호하여 실질적 유사성 판단에 관한 법적 안정성이 해쳐질 수 있다는 비판이나 ‘유사하다’라는 것과 ‘유사한 느낌이 든다’라는 것 사이에는 개념적 차이가 있다는 비판도 가능하다.

#### 나. 分析的 接近方式(Dissection Approach)

분석적 접근방식에 의하면, 법원은 우선 원고의 저작물에서 보호받는 요소와 보호받지 못하는 요소를 분석하여 보호받지 못하는 요소를 제거한 뒤, 보호받는 요소와 피고의 작품 사이의 실질적 유사성을 판단하게 된다. 이는 특히 컴퓨터프로그램의 저작권침해사건에서 주로 사용되어 온 방식으로서,<sup>326)</sup> “추상화-여과-비교 테스트(abstraction - filtration - comparison test)”라고 불리우기도 한다.

이 방식은 전체적 접근방식과 반대로 아이디어/표현 이분법에 충실한 방식이다. 실질적 유사성의 개념 자체가 “표현 사이의 실질적 유사성”이므로 논리

325) '콜라주(Collage)'는 '폴칠', '바르기' 따위의 의미였으나, 전용되어 화면에 인쇄물, 천, 쇠붙이, 나무조각, 모래, 나뭇잎등 여러 가지를 붙여서 구성하는 회화 기법 또는 그러한 기법에 의해 제작되는 회화를 가리킨다. 저작권침해와 관련하여서 타인의 저작물을 오려붙여 새로운 작품을 만드는 행위의 위법성이 문제될 수 있다.

326) 예컨대 Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435, 1445 (9th Cir. 1994), *cert denied* 513 U.S. 1184 (1995) ; Computer Assoc.Intl Inc. v. Altai.Inc., 982 F.2d 693, 714 (2d Cir. 1992), *cert denied*, 523. U.S. 1106 (1998) ; Computer Mgmt.Assistance Co. v. Robert F.DeCastro, Inc., 220 F.3d 396, 400-02 (5th Cir, 2000).

적으로 이러한 개념에 부합하는 방식이기도 하다. 이 방식은 판단관점론 중 보통 관찰자 관점론 및 전문가 관점론과 모두 관련성이 있다. 앞서 본 전체적 접근방식과 달리 전문가의 관점을 배척하지 않는다.

그러나 현실적으로 저작물을 여러 가지 요소로 분해하는 것은 매우 어려운 작업이다. 과연 어느 기준에 의하여 어느 정도까지 분해할 것인가를 결정하기가 곤란하다. 예컨대 회화와 같은 미술작품에 있어서 극단적인 분해작업이 이루어지게 되면, 선·색깔·점·여백 등 모든 회화에 공통되는 요소들만 남게 되는데, 이는 모두 아이디어 내지 소재에 해당하여 아무런 표현요소도 남지 않게 된다.<sup>327)</sup>

또한 설사 기본요소로 분해한 뒤 이를 아이디어와 표현으로 구분할 수 있다고 하더라도, 표현만의 비교는 대단히 비현실적이고 작위적인 비교가 될 가능성이 크다. 저작물은 이를 구성하는 개별적 요소가 아니라 그 요소가 어떻게 결합되어 있는가에 따라 그 특징이 달라진다. 특히 시각적 관념에 호소하는 미술저작물이나 사진저작물, 건축저작물의 경우에는 개별적인 요소가 어떠한 시각적 느낌을 불러일으키는 것이 아니라 그 개별적 요소가 어떻게 선택·배열·구성되었는가에 따라 시각적 느낌이 구성된다. 즉 요소 자체가 아닌 요소의 ‘결합’이 중요한 것이다. 한편 이러한 요소의 ‘결합’으로서의 선택·배열·구성은 하나의 유기체로 보아 전체적으로 판단하는 것이 타당하고, 이를 분해하여 판단한다는 것은 현실적으로나 개념적으로 쉽지 않다. 그러므로 분석적 접근 방식은 비교적 논리적·구조적 성격을 가지는 소설이나 음악, 컴퓨터프로그램의 경우에는 그 가치를 발휘할 수 있지만, 감성적·총합적 성격을 가지는 시각적 저작물의 경우에는 그 효용을 발휘하기가 힘들다.

---

327) CBS Broad Inc. v. ABC Inc., No 02 Civ. 8813 (S.D.N.Y. Jan 13, 2003) 참조. 이 판결에서 Preska 판사는 “만일 우리가 이러한 주장(분석적 접근방식을 지칭함. 필자 註)을 논리적으로 일관한다면, 우리는 창작적인 그림은 없다는 결론에 이르게 될 것이다. 왜냐하면 그림을 구성하는 모든 색깔은 과거 언젠가 한번씩 사용되었던 것들이기 때문이다”라고 지적함으로써 분석적 접근방식의 작위성을 비판하였다. 이 판결에 대한 평석으로서는 Thomas A. Smart et al, *Reality Check : When Will two TV shows in the same genre be considered substantially similar under copyright law?* 21 Ent & Sports La 1 (2003) 참조.

## 다. 2段階 接近方式(Bifurcated Approach)

2단계 접근방식은 전체적 접근방식과 분석적 접근방식의 내용들을 혼합하여 채택한 접근방식이다. 이 접근방식은 아래에서 살펴 보는 것처럼 미국 판례법상 가장 주요한 방식으로 채택되고 있다.

이 접근방식은 하나의 통일된 모습을 보이는 것이 아니라, 각 항소법원에 따라 조금씩 다른 모습으로 적용되고 있다. 그 중 연방 제2항소법원과 연방 제9항소법원의 방식은 대표적인 두 가지 방식으로 다른 항소법원들에 의하여 적용되고 있다.<sup>328)</sup> 두 입장은 모두 ① 전문가의 객관적인 분석이 허용되고 아이디어의 유사성까지도 고찰대상에 포함하는 부분과 ② 전문가의 객관적인 분석결과를 고려하지 않은 채 보통 관찰자가 두 작품을 전체적으로 관찰, 비교하여 그 느낌에 따라 유사성을 판단하는 부분으로 나누어진다는 공통점이 있다. 연방 제2항소법원의 기본적인 입장은 Arnstein 판결<sup>329)</sup>에서, 연방 제9항소법원의 기본적인 입장은 Krofft 판결<sup>330)</sup> 및 Shaw 판결<sup>331)</sup>에서 발견할 수 있는데, 아래에서는 이를 간략하게 소개하기로 한다.

### (1) Arnstein 判決의 基準(聯邦 第2抗訴法院의 基準)

Arnstein 판결은 여러 개의 음악저작물들에 관한 저작권자인 원고가 그의 저작권이 피고에 의하여 침해되었다고 주장하면서 소송을 제기한 사건에 관한 것이다. 이 사건에서 연방 제2항소법원은 저작권침해를 판단함에 있어서 최초로 두 단계의 판단기준을 제시하였는데 이 기준은 연방 제2항소법원의 저작권침해판단기준의 원형으로 자리잡았고, 이후 다른 연방 항소법원의 판단기준을 형성하는 데에도 커다란 영향을 미쳤다. Arnstein 판결에 의하면 실질적 유사성 판단은 두 단계로 나누어지는데, 그 중 첫 번째는 사실적 복제행위(actual copying)가 있었는지를 판단하는 단계이고, 두 번째는 부당한 차용행

---

328) Douglas Y'Barbo, *The Origin of the Contemporary Standard for Copyright Infringement*, 6 J. Intell. Prop. L 285 (1999).

329) Arnstein v Porter, 154 F.2d 264 (2d Cir. 1946).

330) Sid & Marty Krofft Television Products Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

331) Shaw v. Lindhem, 908 F.3d 531 (9th Cir. 1990).

위(improper appropriation)가 있었는가를 판단하는 단계이다.

첫 번째 단계인 사실적 복제행위 요건은 아이디어와 표현을 불문하고 피고가 원고의 저작물을 실제로 베꼈는가 여부에 관한 것이다. 그 입증은 직접적 혹은 간접적으로 이루어질 수 있는데 통상 접근가능성이라는 정황의 입증을 통하여 간접적으로 이루어지게 된다. 접근가능성이 입증된 경우는 물론 입증되지 않은 경우라고 하더라도 두 작품 사이에 현저한 유사성이 존재한다면 사실적 복제행위가 있었다고 판단할 개연성이 높아진다. 이러한 유사성의 판단에 있어서는 아이디어와 표현을 구분하지 않고 전체를 그 판단대상으로 삼는다. 또한 그 유사성 판단에 있어서는 단순히 일반인의 즉각적인 반응 뿐만 아니라 전문가에 의한 유사성 분석도 허용된다.

두 번째 단계는 부당한 차용행위의 존재이다. 부당한 차용행위는 사실적 복제행위와 구별된다. 사실적 복제행위의 입증단계에서 유사성이 존재하는 것으로 판명되더라도 그 유사성이 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 아이디어 간의 유사성으로 인한 것이라면 그것이 곧 부당한 차용행위에 해당하는 것은 아니다. 또한 사실적 복제행위가 있었다라도 그 복제의 대상이 저작물의 매우 적은 부분에 불과하여, 두 작품 사이에 전체적으로 실질적 유사성이 결여되는 경우 역시 사실적 복제행위 요건은 충족하면서 부당한 차용행위 요건은 충족하지 않게 된다. 결국 사실적 복제행위 이외에도 저작권법에 의하여 보호되는 표현간의 실질적 유사성이 입증될 때에 비로소 그 복제행위가 “위법”하다는 규범적 평가를 받게 된다.<sup>332)</sup> 이와 같은 실질적 유사성은 보통 관찰자가 두 작품을 전체적으로 관찰하여 느끼는 바에 따라 판단하게 된다. 이 단계에서 전문가의 증언이나 분석은 실질적 유사성의 판단에 쓰일 수 없다.

이러한 연방 제2항소법원의 두 단계는 우리나라 대법원 판례에 나타난 의

---

332) 만약 사실적 복제행위도 있고 두 작품의 표현 사이에 실질적 유사성도 존재하지만 그것이 자유이용의 범위에 포함되어 결론적으로 허용되는 복제행위라면 이 때에도 “부당한” 차용행위가 있었다고 볼 것인가? 논리적으로는 위의 두 가지 요건, 즉 의거요건과 실질적 유사성 요건은 저작권자인 원고가 주장, 입증하여야 할 사항이고, 그 복제행위가 자유이용의 범위에 포함되어 허용된다는 것은 상대방인 피고가 항변사항으로서 주장, 입증하여야 할 것이다. 따라서 일단 의거요건과 실질적 유사성 요건이 충족되면 일단 저작권침해행위가 있는 것으로 추정되지만, 피고가 자유이용항변을 성공시킴으로써 그 추정을 뒤엎는 구조로 이해하면 될 것이다.

거관계와 실질적 유사성 단계에 각각 대응한다. 다만 전문가의 증언이나 분석의 허용 여부를 둘러싼 논의들은 미국에 특유한 것이다.

## (2) Krofft 判決 및 Shaw 判決의 基準(聯邦 第9抗訴法院의 基準)

연방 제9항소법원의 저작권침해판단기준은 Krofft 판결에 의하여 형성되었다. Krofft 판결은 TV 쇼의 저작권침해에 관하여 다루었다. 연방 제9항소법원은 실질적 유사성을 판단함에 있어서 다음의 두 가지 테스트를 거친다. 첫 번째 테스트는 외부적 테스트(extrinsic test)이고, 두 번째 테스트는 내부적 테스트(intrinsic test)이다.

외부적 테스트는 두 작품의 일반적인 아이디어(general ideas) 사이에 어느 정도의 유사성이 존재하는가를 판단하는 테스트이다. 이 단계에서는 분석적 접근이 필요하고, 이를 위하여 경우에 따라 전문가의 개입이 요구되기도 한다. 내부적 테스트는 두 작품의 표현 사이에 유사성이 존재하는가를 판단하는 테스트이다. 이 단계에서는 전문가(expert)가 아닌 합리적인 통상인(ordinary reasonable person)의 기준에서 전체적인 관념과 느낌에 의하여 주관적으로 그 유사성을 판정한다.<sup>333)</sup>

연방 제9항소법원의 Krofft 테스트는 연방 제2항소법원의 Arnstein 테스트 중 ‘사실적 복제행위’ 테스트를 ‘외부적 테스트’로 대체하면서, 아이디어와 표현을 구분하지 않고 전체적인 유사성을 고려하는 Arnstein 테스트와 달리 아이디어의 유사성만을 비교한다는 차이점이 있다. Arnstein 테스트의 ‘부당한 차용행위’ 테스트와 Krofft 테스트의 ‘내부적 테스트’는 비슷한 내용을 담고 있다.

Krofft 판결 이후 선고된 Shaw 판결에서는 외부적 테스트와 내부적 테스

---

333) Krofft 판결에서는 내부적 테스트의 내용으로서 원고의 저작물과 피고의 작품이 주는 전체적인 관념과 느낌이 유사한가 여부를 들고 있을 뿐이다. 이에 대하여 실질적 유사성은 원고의 저작물 전체가 아니라 원고의 저작물 중 보호받는 표현 부분에 관하여 존재하여야 하는 것인데 이를 명시하지 않은 것은 적절하지 않다. 실제로 그 뒤에 선고된 대부분의 연방 제9항소법원 판결들은 Krofft 판결에 나타난 내부적 테스트에 있어서의 유사성을 원고의 저작물 중 표현 부분과 피고의 작품 사이의 유사성으로 이해하여 적용하고 있다. Paul Goldstein, 전계서, §7.3.2. 7-36면 참조.

트를 각각 객관적 테스트(objective test)와 주관적 테스트(subjective test)로 새로이 명명하였고, 객관적 테스트에서는 아이디어 뿐만 아니라 표현까지 고려하여 전체로서의 유사성도 판정하여야 한다는 점, 주관적 테스트에서는 그 중 표현 부분에 대한 유사성을 판정하여야 한다는 점을 분명히 하였다.

### (3) 2段階 接近方式의 論理 및 이에 대한 評價

Arnstein 판결과 Krofft 판결로 대표되는 미국의 2단계 접근방식은 모두 객관적이고 분석적인 접근방식과 주관적이고 전체적인 접근방식을 혼용하고 있다는 점, 양자는 서로 분리된 테스트로서 서로 영향을 미치지 않고, 전자와 후자의 테스트를 차례대로 통과하는 경우에 한하여 실질적 유사성이 인정된다는 점에서 공통된다. 이는 표면적으로는 전문가와 일반인, 분석과 직관을 모두 아우른다는 점에서 일면 타당성이 있는 것처럼 보이기도 한다.

그러나 2단계 접근방식의 맹점은 위 두 가지 다른 접근방식이 서로 융화되지 못하고 있다는 데에 있다. Arnstein 판결의 경우에는 전문가의 분석은 어디까지나 의거단계에서만 작용될 뿐이고 막상 실질적 유사성 판단단계에서는 결국 일반인의 직관에 의존한다는 점에서 보통 관찰자 관점론 또는 전체적 접근방식에 가하여지는 비판을 피하지 못한다. Krofft 판결의 경우에는 전문가의 분석이 실질적 유사성 판단단계 중의 하나인 외부적 테스트 또는 객관적 테스트에 편입되어 있으나, 이 역시 실질적 유사성을 결정하는 최종 단계인 내부적 테스트 또는 주관적 테스트에 아무런 영향을 미치지 못한다는 면에 있어서는 Arnstein 판결과 본질적으로 다르지 않다. Shaw 판결은 Krofft 판결이 최종적으로 일반인의 전체적인 관념과 느낌에 실질적 유사성 여부의 결론을 의존함으로써 빠질 수 있었던 맹점을 가지고 있었던 것에 대하여, 일반인이 실질적 유사성 여부를 판단하여야 할 대상이 ‘전체’가 아닌 ‘표현’ 부분임을 분명히 함으로써 이를 극복하고자 하였다. 그러나 과연 일반인에게 작품의 일부인 ‘표현’ 부분만 비교대상으로 삼으면서 ‘전체적’인 관념과 느낌을 기준으로 실질적 유사성 여부를 궁극적으로 판단하게 하는 것이 타당한가에 대한 의문은 여전히 남는다.

요컨대 2단계 접근방식은 실질적 유사성 판단에 있어서 ‘전문가의 관점’ 및 ‘분석적 접근’이 중요하게 작용하는 저작물들이 얼마든지 있을 수 있는데

도, 위와 같은 관점 및 접근방식은 궁극적인 판단에는 제대로 역할을 하지 못한다는 것이 그 주된 문제점으로 지적될 수 있다.

## 라. 檢討

### (1) 分析的 接近方式의 原則的 妥當性

미국의 실질적 유사성 판단방식이 복잡한 양상으로 논의되는 것은 배심제도와 깊은 관련성을 가지고 있다. 배심제도 하에서는 사실의 문제(matter of fact)는 배심원이, 법의 문제(matter of law)는 법원이 판단한다. 배심원은 그 분야의 전문가가 아니라 일반 국민들 사이에서 선정되며, 일반인의 시각과 관점에서 사실인정을 행한다. 따라서 저작권침해사건에서도 최종적으로 배심원이 문외한의 입장에서 전문가의 입장을 고려하거나 저작물에 대한 체계적이고 논리적인 분석행위 없이 그들이 받는 느낌에 따라 실질적 유사성 여부를 판단한다.<sup>334)</sup> 그러나 저작권침해사건에서는 아이디어와 표현이 구분되어야 한다는 문제가 있고, 이를 위하여서는 전문가의 도움이 필요한 경우가 있다. 미국의 주류로 자리잡고 있는 2단계 판단방식도 저작물을 분석한다거나 전문가적 시각에서 유사성을 판단하는 등의 절차가 전체적인 실질적 유사성 판단과정에서 어디에 위치지워져야 하는 것인지에 관한 응답이다. 아울러 이 논문에서는 자세하게 언급하지 않았지만 2단계 판단방식에 관하여서는 그 각 단계가 사실의 문제와 법의 문제 중 어디에 해당하는지, 배심원의 사실인정없이도 법원이 독자적으로 판단할 수 있는 영역은 어디까지인지, 특히 사실관계에 다툼이 없을 때 행하는 약식결정(summary judgment)의 허용범위는 어디까지인지 등 여러 가지 복잡한 논의도 계속되고 있다.<sup>335)</sup>

반면 우리나라에서는 배심제도를 채택하지 않고 있어 법관이 사실문제와

---

334) 이러한 명제가 꼭 타당한지는 의문이다. 앞서 판단관점론에서 설명하였듯이 전문가의 분석이 실질적 유사성 판단에 미치는 영향은 사안 및 그 사안에서 문제되는 저작물의 특성에 따라 달라지는 것이지 일률적으로 그 허용 여부를 정할 것은 아니다. 이러한 보통 관찰자 관점론의 한계에 대하여서는 미국 안에서도 상당한 공감대가 이루어지고 있음은 판단관점론에서 살펴 보았다.

335) 자세한 내용은 Osterberg, 전게서, Chapter 3 'Tests for Substantial Similarity' 참조.

법률문제에 대한 전권을 가지고 있다. 그러므로 이 두 문제의 판단주체가 분리되어 있는 미국과는 달리 위와 같은 복잡한 논의과정이 큰 의미를 가지지 않는다. 더구나 자유심증주의의 원칙상 법관이 심증을 형성하는 데에 전문가의 분석결과를 참고하지 못하게 할 근거가 없기 때문에 주로 그 허용 여부를 둘러싸고 벌어지는 미국의 논의는 우리나라에 그대로 적용할 수 없는 것이다. 따라서 미국의 2단계 접근방식이 우리나라의 실제 재판과정에 가지는 실제적인 의미는 그리 크지 않다고 생각된다. 다만 아이디어/표현 이분법과 관련하여 실질적 유사성을 어떠한 논리적인 순서에 따라 판단할 것인가에 관한 문제는 여전히 남아 있다.

우리나라 대법원 판례들을 살펴 보면 창작성이 있는 표현의 부분만을 추출하여 비교의 대상을 확정된 뒤 피고의 작품과 유사성 여부를 검토하는 방식, 즉 위에서 본 분석적 접근방식을 취한 흔적들을 다수 발견할 수 있다. 즉 대법원은 한복디자인의 실질적 유사성에 관한 사례에서 “한복디자인이란 종래의 문화적 유산인 복식에 기초를 두고 이에 변형을 가해가는 것이므로 그 디자인 중 저작권에 의하여 보호되는 것은 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분만에 한하고 옛부터 전해 내려오는 제작기법이나 표현형식은 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 것이어서 저작권 보호의 대상이 되지 않는다고 할 것이므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위해 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 위 독창적인 부분을 가지고 대비를 해야 한다”라고 판시하여,<sup>336)</sup> 비교의 대상이 저작물 전체가 아닌 창작성있는 표현 부분임을 명백히 하고 있고, 이러한 취지는 그 뒤의 대법원 판결들에서 계속 반복되고 있다.<sup>337)</sup> 이러한 대법원의 태도는 ① 원고 저작물에서 아이디어와 표현의 구분 → ② 원고의 표현 부분과 피고 작품의 비교의 단계를 거치는 것으로서 위에서 본 분석적 접근방식 또는 컴퓨터프로그램저작물과 관련하여 미국 판례상 도입된 추상화-여과-비교 테스트(abstraction - filtration - comparison test)<sup>338)</sup>와도 맥락을 같이 하는 것이다.<sup>339)</sup> 이와 같은 대법원 판

---

336) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결.

337) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결 ; 1997. 9. 29. 97마330 결정 ; 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

례의 태도는 오로지 창작성있는 표현만 보호함으로써 공유의 원칙과 보상의 원칙을 조화롭게 달성하려는 저작권법의 태도와 일치하는 것으로서 원칙적으로 타당하다고 생각한다.<sup>340)</sup>

이러한 태도에 의하면 전체적인 관념과 느낌은 실질적 유사성을 판단함에 있어서 고려하는 수많은 요소들 중 하나에 불과한 것이기 때문에 그 관념과 느낌에 차이가 있다고 하더라도 실질적 유사성이 인정되는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 원고 저작물의 일부만을 이용하여 다른 요소를 부가한 경우, 원고 저작물과 피고 작품을 ‘전체’ 대 ‘전체’로 비교하면 그 관념과 느낌이 다를 수 있지만, 그 이용된 일부가 양적 및 질적 판단기준에 의할 때 원고 저작물 중 가치있는 표현부분이고, 피고 작품에 부가된 부분이 피고 작품을 별개의 독립저작물로 취급할 만큼 충분하지 못한 경우에는 여전히 저작권침해가 성립할 수 있는 것이다.

우리나라 하급심 판례 가운데에서도 국내 최초로 파리-다카르 랠리를 참가하여 완주한 교포 카레이서가 쓴 ‘사하라 일기’라는 서적과, 인기 만화작가가 그 카레이서와 유사한 주인공을 내세워 자동차 경주를 주제로 하여 제작한 ‘아스팔트 사나이’라는 만화 사이의 실질적 유사성을 판단하면서, 양 작품이 표현형식, 주제, 구성에 관한 전체적인 관념과 느낌에 있어서 상당한 차이가 있음이 인정되지만 일부 사건, 대화 및 사상의 표현에 있어서 동일성 내지 유사성이 인정되므로 실질적 유사성이 있다고 판단한 사례가 있다.<sup>341)</sup>

---

338) Computer Associate Int'l Inc. v. Altai Inc. 982 F.2d. 693 (2d Cir, 1992).

339) 원고의 표현 부분 가운데 피고에게 이용허락한 부분이 있다면 그 부분에 한하여서는 아무런 저작권침해가 발생하지 않는 것이므로 이를 실질적 유사성 판단의 비교대상에서 제외하여야 할 것이다. Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994) 판결에서도 원고와 피고 사이에 이용허락관계가 존재하는 사안에 관한 실질적 유사성이 문제되었는데, 법원은 원고가 저작권침해라고 주장한 부분 중 90%가 이미 적법하게 이용허락된 부분이라는 점을 들어 실질적 유사성을 부정하였다.

340) 전체적 관념과 느낌에 의존하는 전체적 접근방식보다 아이디어와 표현의 구분이 선행되는 분석적 접근방식의 타당성을 옹호하는 견해로서 Nimmer, 전게서, §13.03, 13-79 내지 84면 참조.

341) 서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결 (확정).

## (2) 3段階 接近方式의 提案

이와 같이 이론적으로는 아이디어/표현 이분법을 충실히 반영한 분석적 접근방식이 타당하나, 그 실제 적용에 있어서 ‘표현’을 ‘추출’한 뒤 이를 피고 작품과 ‘비교’한다는 것은 이론적으로는 명쾌해 보이지만 현실적으로는 대단히 애매모호한 작업이다. 실제로 법원이 실질적 유사성을 판단할 때에도 추상화(abstraction) 및 여과(filtration)와 비교(comparison)가 항상 그 순서대로 이루어지는 것은 아니다. 오히려 전체적 접근방식처럼 양 작품을 전체 대 전체로 비교하되 아이디어/표현 이분법을 염두에 두고 합목적적인 결론을 내리는 것이 현실적인 재판실무의 모습이다.

예를 들어 음악저작물의 저작권침해사건에 있어서도 먼저 원고의 음악저작물을 들으면서 이를 추상화하여 개별 요소들을 추출하고, 그 중 아이디어 부분과 표현 부분을 분리함으로써 표현 부분을 여과해 내고, 그 다음 피고의 작품을 들으면서 이를 표현으로 여과된 결과를 비교하는 것은 상당히 비현실적이다. 오히려 이 경우에도 일단 두 음악 전체를 순차적으로 듣고 나서 그 느낌으로 대강의 결론을 내린 뒤 그 검증작업으로서 개별적인 요소 분석 및 비교가 시작된다고 하는 것이 솔직한 고백일 것이다. 그러한 점에서 전체적 접근방식의 장점을 무시할 수 없다. 따라서 실질적 유사성 판단은 ① 대비를 통한 유사성 요소의 확정, ② 표현적 요소의 확정, ③ 유사성의 정도를 고려한 표현적 요소의 보호 여부 판단이라는 3단계에 따라 행하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>342)</sup>

---

342) 태진아의 인기가요 ‘사랑은 아무나 하나’가 기존 가요를 표절한 것인가가 문제되었던 사건에 관한 서울고등법원 2004. 3. 16. 선고 2002나61547 판결에서도 이와 유사한 논리적인 판단과정을 밝아 갔다는 점을 추론할 수 있다. 위 판결에서는 우선 ① 단계로서 문제가 된 두 가요에 있어서 유사성이 발견된다고 전제한 뒤, 리듬, 가락, 화성 사이에 전체적 혹은 부분적으로 존재하는 유사요소를 확정하였다. 나아가 ② 단계로서 구전 가요 부분(원고의 가요 중 가사 부분의 기본적인 리듬, 가락, 화성이 이에 해당한다고 판시)은 보호받을 수 없는 요소라고 하여 이를 비교대상에서 제외한 뒤, ③ 단계로서 위와 같이 아이디어 부분을 제외하고 난 후 남게 되는 전주 부분의 유사성만으로는 실질적 유사성이 있다고 하기 어렵다고 판단하여 결론적으로 실질적 유사성을 부정하였다.

### (가) 第1段階：對比를 통한 類似性 要素의 確定

실질적 유사성의 판단은 원고의 저작물을 분해하는 것이 아니라 두 작품을 대비함으로써 출발하는 것이 현실적인 재판실무이고, 또한 그렇게 하는 것이 자연스럽다. 그러므로 실질적 유사성 판단의 첫 번째 단계는 대비를 통한 유사성 요소의 확정이다. 이 단계는 ① 두 작품을 대비하는 부분과 ② 그 대비를 통하여 유사성 요소를 확정하는 부분으로 나누어진다.

우선 두 작품을 대비하는 부분에 관하여 살펴 본다. 두 작품을 대비할 때에는 전체 대 전체로 대비하는 것이 원칙이나, 부분적·문자적 유사성만 문제되는 경우에는 전체 대 전체의 대비작업은 현실적으로 필요가 없을 것이다.

이 단계에서 가장 먼저 문제되는 것은 누구의 관점에서 대비작업을 수행할 것인가 하는 점이다. 이는 앞서 판단관점론에서 충분히 논의하였다. 원칙적으로 그 저작물에 대한 일반적인 수요자의 관점에서 대비가 이루어진다. 그러나 일반적인 수요자의 관점에서는 두 작품의 실질적인 비교 자체가 곤란하거나, 그 비교가 가능하더라도 일반적인 수요자가 쉽게 포착할 수 없는 기술적인 표절의 의심이 있는 경우에는 전문가의 관점에서 비교를 행하여야 한다. 이 단계에서 다음으로 문제되는 것은 대비의 방법이다. 이는 저작물의 특성에 따라 달라지게 될 것이다. 어문저작물은 읽는 것으로, 음악저작물은 듣는 것으로, 시각적 저작물은 눈으로 관찰하는 것으로 대비작업을 행한다. 프로그램저작물의 경우 화면을 관찰하는 것만으로 그 코드를 확인할 수는 없으므로 별도로 소스코드가 제출되어야 할 것이고, 전문가에 의한 감정이 행하여지는 경우가 많을 것이다. 시각적 저작물처럼 동시 대비가 가능한 경우도 있을 수 있으나 기타 저작물은 이시(異時) 대비가 오히려 통상적인 모습이다.

다음으로 대비를 통하여 유사성 요소를 확정하는 부분에 관하여 살펴 본다. 이는 보통 두 작품의 대비결과 유사성이 느껴지거나 발견되는지를 확인하고, 그렇다면 어떠한 요소들이 유사성을 유발하는지를 확정하는 것이다. 물론 판단관점론에서 언급하였듯이 전체적인 관념과 느낌이 유사하지 않더라도 실질적 유사성이 인정될 수 있는 기술적 표절과 같은 경우도 존재하므로, 이러한 부분이 쟁점이 되고 있다면 전문가에 의하여 비유사하게 위장된 유사성 요소의 존재 여부를 검토하게 할 수 있다. 여기에서 특정하는 유사성 유발요소

가 아이디어인지 표현인지는 중요하지 않다. 이 단계에서 밝히고자 하는 것은 사실적인 의미의 유사성이 존재하는가 여부이기 때문이다.

이와 같이 제1단계로서의 대비 및 유사성 요소 확정단계는 두 작품을 전체 대 전체로 비교한다는 점에서는 전체적 접근방식과 유사하지만, 유사성 요소를 특정한다는 점에서는 분석적 접근방식과 유사하다. 그러나 전체적 관념과 느낌만을 내세우지 않고 전문가에 의한 대비도 허용한다는 점에서 전체적 접근방식과 차이가 있고, 요소의 분해 내지 분석이 선행되는 것이 아니라 전체적 대비에 의한 사실적 유사성 판단이 선행된다는 점에서 분석적 접근방식과 차이가 있다. 이 단계의 수행은 전체적 관념과 느낌 테스트로 인하여 아이디어/표현 이분론이 소홀해지거나 전문가의 관점이 간과됨으로써 보호의 사각지대에 놓일 수 있는 창작 인센티브를 보호해 낼 수 있다는 점, 원고 저작물의 모든 요소를 분해 또는 분석하는 것이 아니라 오로지 유사성을 유발하는 요소만 분석의 대상으로 확정한다는 점에서 전체적 접근방식 내지 분석적 접근방식의 단점을 보완한다.

#### (나) 第2段階：表現的 要素의 確定

만약 전체적 비교를 통하여 양자 사이에 사실적인 유사성이 인정된다고 판단되고 그 유사성을 발생시키는 요소까지 확정되었다면, 그 다음 단계로서 그 유사성 요소들 가운데 저작권법의 보호를 받을 수 있는 표현적 요소가 무엇인지를 확정한다.

어떠한 요소가 아이디어와 표현 중 어디에 해당하는가 하는 점에 관하여서는 이 장의 제1절 ‘실질적 유사성 판단의 실제적 측면’ 중 보호대상의 문제로 자세하게 살펴 보았다. 그 논의에 따르면 당해 요소가 어느 정도의 구체성, 독창성, 다양한 표현가능성을 가지고 있는지, 또한 창작소재로서의 성격이 존재하는지, 정책적인 견지에서 당해 요소를 독점적으로 보호하는 데에 들어가는 사회적 비용이 얼마나 높은지에 따라 그 아이디어 또는 표현으로서의 성격을 판단하게 된다.

이 작업이 보다 순조롭고 체계적으로 이루어지기 위하여서는 특정한 유형의 저작물을 구성하는 전형적인 요소들이 무엇인지, 그 중 표현성이 강한 요소들은 무엇인지가 미리 정리되어 있다면 좋을 것이다. 이 논문의 제5장에서

는 이러한 입장에 따라 각 저작물의 요소들을 아이디어성이 강한 요소와 표현성이 강한 요소로 구분하고 있다.

**(다) 第3段階：類似性の程度를考慮한表現的要素의保護與否判斷**

마지막으로 아이디어에 해당하는 유사성 요소들을 제외하고, 표현에 해당하는 유사성 요소들만을 가지고도 여전히 두 작품 사이에 저작권침해를 긍정하는 것이 저작권법의 목적상 타당한 것인지 검토한다. 이 단계도 궁극적으로는 표현적 요소만을 가지고 피고의 작품과 현실적으로 ‘비교’하는 것이 지나치게 작위적인 것이 아닌가 하는 비판을 받을 수 있다. 그러나 보다 정확하게 표현하자면 이 단계에서는 ‘비교’가 행하여진다고보다는 ‘정책적 판단’이 행하여지는 것이다.

이 단계에서 중요한 것은 다음의 세 가지이다. 첫 번째는 당해 표현적 요소가 창작자의 창작 인센티브에 얼마나 중요한 역할을 하는 것인가를 검토한다. 이는 다시 말해 표현적 요소가 당해 저작물에서 차지하는 본질적인 비중이 얼마나 큰가 하는 점이다. 이를 판단함에 있어서는 아이디어와 표현을 구분하는 다섯 가지 고려요소가 그대로 적용될 수 있으나, 특히 당해 요소가 어느 정도의 창작성을 가지고 있는지, 또한 어느 정도의 다양한 표현가능성이 있는지를 참고하여야 할 것이다. 두 번째는 당해 표현적 요소가 얼마나 유사하게 이용되었는가, 즉 유사성의 정도를 검토하는 것이다. 세 번째로 피고가 창작적인 요소를 부가하여 양 작품 사이에 유사하지 않은 요소들이 존재하는 경우에는, 그 유사하지 않은 요소들의 존재 및 비중이 위 표현적 요소를 압도하여 피고의 작품이 새로운 저작물로 보호받을 만한 가치를 가지게 되었는가를 검토한다.

그 요소의 창작적 비중이 크면 클수록, 또한 유사성의 정도가 높으면 높을수록 저작권침해가 인정될 가능성이 커지는 것이고, 궁극적으로는 판단주체의 판단재량이 개입하게 된다. 이 단계에서 판단주체는 스스로에게 “만약 당해 부분이 이 정도로 유사하게 이용되도록 놓아둔다면 창작자의 창작 인센티브가 의미있게 감소할 것인가?”라는 질문을 던지게 된다.

이러한 판단은 창작 인센티브를 고려한 정책적 판단이라는 점에서 관념과 느낌에 의존한 전체적 접근방식과 구별되고, 이러한 정책적 원리에 대한 명시

적인 언급이 없는 기존의 분석적 접근방식과 구별된다.

## 第5章 實質的 類似性的 類型別 判斷基準

### 第1節 概觀

#### 1. 著作物の 類型에 따른 實質的 類似性 判斷의 必要性

저작물은 수많은 종류의 창작물을 포섭하는 광범위한 개념이다. 이러한 창작물들에는 동일한 저작권법의 원리가 적용된다. 따라서 실질적 유사성 판단의 기본원리나 이에 기초한 실질적 유사성의 일반적 판단기준은 모든 유형의 저작물에 공통적으로 적용되는 것이다.

하지만 좀더 구체적으로 살펴 보면 각각의 창작물들은 서로 다른 특성과 내용을 가지고 있다. 실질적 유사성 판단은 사안중심적으로 이루어지기 때문에 이와 같은 창작물들의 개별적인 특성과 내용에 큰 영향을 받는다. 예컨대 소설의 실질적 유사성 판단과 컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단이 똑같은 모습으로 이루어질 수는 없다. 이는 실질적 유사성 판단이 궁극적으로는 바람직한 저작권 보호범위 설정이라는 정책적 목적을 달성하기 위한 수단이라는 점을 고려하면 더욱 쉽게 이해할 수 있다. 각 창작물들은 그 내재적 특성이 서로 틀릴 뿐만 아니라 생산자와 유통자 및 수요자를 둘러싼 외부적인 사회환경도 서로 틀리다. 그러므로 적정한 보호범위와 관련된 정책적 요구도 서로 틀릴 수 밖에 없다. 그렇다면 그 창작물들의 실질적 유사성 판단에 있어서는 서로 다른 사회적 환경과 정책적 요구를 충분히 반영하지 않으면 안 된다.

이 논문에서는 실질적 유사성 판단에 관한 포괄적이고 추상적인 원리는 저작물의 종류를 불문하고 동일하지만, 실질적 유사성 판단에 구체적으로 고려하여야 하는 지침은 저작물의 종류에 따라 달라질 수 있다는 전제 위에서 저작물의 유형에 따라 실질적 유사성에 판단기준을 유형별로 살펴 보기로 한다. 지금까지의 부분이 총론의 성격을 띠는 것이라면 이하 부분은 각론의 성격을 띤다고 할 수 있다.

#### 2. 著作物の 類型化

저작물의 유형에 따른 실질적 유사성의 판단에 관하여 고찰하기 위하여서

는, 저작물을 어떻게 유형화할 것인가에 관하여 검토하여야 한다. 논의의 목적을 효과적으로 달성하기 위하여서는, 수많은 저작물들 가운데 실질적 유사성 판단에 있어서 고려요소가 비슷한 저작물들을 각각 집단화하는 모습으로 유형화가 이루어져야 할 것이다. 아래에서는 다음 두 가지 방식에 따른 유형화 작업을 행하고자 한다.

#### 가. 著作物의 目的에 따른 分類 - 文藝的 著作物과 機能的 著作物

지금까지의 총론적 논의에 비추어 보면 실질적 유사성의 판단은 저작권 보호범위의 확정에 관한 문제이다. 한편 저작권 보호범위의 확정에 관하여는 특히 아이디어/표현 이분법과 관련하여 문예적 저작물과 기능적 저작물의 분류가 중요함은 총론 부분에서 살펴 본 바와 같다.

저작물은 크게 ‘예술성’의 발현을 주된 목적으로 하는 문예적 저작물과 ‘기능성’의 발현을 주된 목적으로 하는 기능적 저작물로 나눌 수 있다. ‘예술성’과 ‘기능성’을 구분하는 가장 근본적인 기준은 같은 아이디어에 대하여 얼마나 다양한 표현이 가능한가 여부이다.

문예적 저작물에서는 같은 아이디어에 대하여서도 다양한 표현이 가능하다. 따라서 다른 사람의 표현을 이용하지 않고도 같은 아이디어를 표현할 수 있는 다양한 길이 열려 있다. 다른 측면에서 파악하자면 다른 사람의 표현에 사소한 변형을 가하는 방법으로 실질적으로 다른 사람의 표현을 그대로 이용할 수 있는 길도 넓게 열려 있다. 이러한 이유 때문에 문예적 저작물에서는 실질적 유사성의 범위를 넓게 인정하여야 저작권자의 효과적 보호가 가능하다. 또한 이렇게 새기더라도 다양한 표현의 가능성 때문에 다른 창작자나 일반 대중에게 미치는 부정적인 효과도 크지 않다.

반면, 기능적 저작물은 같은 아이디어를 표현하는 방법이 매우 제한되어 있다. 따라서 같은 아이디어를 표현하기 위하여 부득이하게 다른 사람의 표현과 같거나 유사한 방식을 빌려야 하는 경우가 많다. 다른 측면에서 보자면 외형상 다른 사람의 표현과 유사한 표현을 이용하는 것 같아도 실제로는 그 표현의 배후에 있는 아이디어를 공유하는 것에 불과한 경우가 많다. 이러한 이유 때문에 기능적 저작물에서는 실질적 유사성의 범위를 좁게 인정하여야 아이디어/표현 이분법의 근본 정신이 구현된다. 또한 이렇게 새겨야 기능적 창

작물의 창작이 보다 용이해지는 것이므로 창작자들에게 불리한 것도 아니다.

문예적 저작물과 기능적 저작물 양자의 실질적 유사성 판단에 있어서 아이디어/표현 이분법은 매우 중요한 비중을 차지하지만, 특히 기능적 저작물에 있어서는 실질적 유사성 판단에 있어서 아이디어와 표현을 구분하는 작업이 차지하는 비중은 매우 높다. 기능적 저작물에 있어서는 저작권 보호범위가 좁은 관계로 일단 아이디어와 표현을 구분하는 작업이 끝나고 나면, 원고의 저작물과 거의 동일할 정도로 유사하게 복제하지 아니하는 한 저작권침해가 성립하지 않을 가능성이 크다. 따라서 기능적 저작물에 있어서 실질적 유사성 판단의 문제는 ‘아이디어와 표현의 구분’에 집중되고, ‘유사성의 정도’에 대한 판단은 상대적으로 그 비중이 덜한 것으로 인식된다.

#### 나. 著作物의 內容에 따른 分類 - 著作權法 第4條의 各 著作物

문예적 저작물과 기능적 저작물의 분류가 실질적 유사성 판단에 유용한 분류임에는 틀림없으나, 이러한 개괄적인 분류만으로는 각 저작물의 특성과 내용에 걸맞는 보다 구체적인 실질적 유사성 판단기준의 정립이 어렵다. 그러므로 보다 세분화된 유형화 작업이 필요하다고 할 것인데, 저작권법 제4조에서는 저작물의 내용에 따라 9가지 종류의 저작물을 예시하고 있으므로, 이에 관하여 살펴 보기로 한다.

저작권법 제4조에서는 저작물의 표현형식에 따라 저작물의 종류로서 ① 소설·시·논문·강연·연설·각본 그 밖의 어문저작물, ② 음악저작물, ③ 연극 및 무용·무연극 등을 포함하는 연극저작물, ④ 회화·서예·조각·공예·응용미술저작물 그 밖의 미술저작물, ⑤ 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서를 포함하는 건축저작물, ⑥ 사진 및 이와 유사한 제작방법으로 작성된 것을 포함하는 사진저작물, ⑦ 영상저작물, ⑧ 지도·도형·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물, ⑨ 컴퓨터프로그램저작물을 예시하고 있다.

그러나 이는 어디까지나 예시에 불과하므로 어느 저작물이 반드시 위 9가지 유형 중 어느 한 가지에 해당하여야 하는 것은 아니다. 또한 문화의 융합 현상이 발생하면서 동시에 여러 가지 유형의 저작물에 해당하는 복합적인 성격을 가지는 결합저작물이 늘어나고 있다. 예를 들어 뮤지컬은 시나리오 등 어문저작물과 음악저작물, 연극저작물, 소품이나 무대장치 등의 미술저작물 등

이 모두 함께 어우러진 결합저작물<sup>343)</sup>이고, 컴퓨터게임 역시 게임시나리오라는 어문저작물적 요소, 화면 및 음향이라는 시청각 저작물적 요소에 프로그램 저작물적 요소가 결합된 것이다.

일반적으로 어문저작물, 음악저작물, 미술저작물, 연극저작물, 영상저작물, 사진저작물 등은 문예적 저작물에 해당할 가능성이 큰 반면, 건축저작물, 도형저작물, 컴퓨터프로그램저작물은 기능적 저작물에 해당할 가능성이 크다. 그러나 궁극적으로 어느 유형의 저작물이 문예적 저작물과 기능적 저작물 중 어디에 속하는 것인가 하는 점에 관하여는 그 저작물의 개별적인 특성과 내용에 따라 결정하여야 하는 것이고, 이를 선불리 일반화할 수 있는 것은 아니다. 예컨대 일반적으로 문예적 저작물에 해당할 가능성이 큰 어문저작물 가운데에서도 사실보도를 내용으로 하는 신문기사나 각종 매뉴얼, 판례집 등 사실성과 기능성이 더 큰 것들이 있는 반면, 일반적으로 기능적 저작물에 해당할 가능성이 큰 건축저작물 가운데에서도 예술성이 극도로 강조되는 것들이 있을 수 있다.

### 3. 檢討 對象 및 檢討 方式

#### 가. 檢討 對象

이 논문의 이하 부분에서는 원칙적으로 저작권법 제4조에서 예시한 저작물의 분류방식을 기준으로 하여 각 유형의 저작물에 관한 실질적 유사성 판단기준을 검토하도록 하겠다. 하지만 저작권법 제4조에서 열거하는 저작물의 유형도 다양할 뿐만 아니라 단일 유형의 저작물 안에서도 여러 가지 다른 성격을 가지는 저작물들이 함께 존재하기 때문에, 이러한 모든 저작물들의 실질적 유사성 판단기준에 관하여 논의하는 것은 대단히 어렵다.

따라서 이 논문에서는 그 동안 실질적 유사성 여부를 둘러싸고 비교적 자주 문제가 되어 온 유형의 저작물들을 중심으로 하여 실질적 유사성 판단기준

---

343) 결합저작물은 여러 개의 단독저작물이 결합된 것이다. 이와 구별하여야 할 개념으로 공동저작물이 있는데, 저작권법 제2조 제13호에서는 공동저작물을 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’이라고 정의하고 있다. 이에 비추어 보면 결합저작물과 공동저작물의 구별기준은 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 있는가 여부에 달려 있다고 하겠다.

을 논의하고자 한다. 이러한 기준에 따라 살펴 보게 될 저작물의 유형은 ① 어문저작물(소설이나 각본을 중심으로), ② 음악저작물, ③ 시각적 저작물(미술저작물과 사진저작물), ④ 건축저작물, ⑤ 컴퓨터프로그램저작물, ⑥ 도형저작물(지도를 중심으로)이다. 저작권법 제4조에서 열거되었으나 검토대상에서 빠지게 되는 연극저작물과 영상저작물은 검토대상에 포함된 어문저작물, 음악저작물 및 시각적 저작물의 전부 또는 일부로 구성되는 경우가 많아 그 각각의 실질적 유사성 판단기준을 사안에 맞게 적용하면 될 것이므로 별도로 살펴 보지는 않는다.

한편 기타 문제로서 편집저작물과 2차적 저작물의 실질적 유사성 판단 및 표현매체가 달라지는 경우에 있어서 실질적 유사성 판단에 관하여서도 살펴 보하고자 한다. 편집저작물과 2차적 저작물은 저작물의 내용에 따른 유형이 아니므로 위에서 열거한 모든 저작물들이 편집저작물과 2차적 저작물의 모습을 띠 수 있으나, 일반적인 저작물의 실질적 유사성 판단과는 구별되는 특징적인 요소가 있기 때문에 이를 논의의 대상에 추가하는 것이다. 특히 대부분의 저작물은 기존의 소재를 선택, 배열하여 창작한다는 데에서 편집저작물적 요소를 가지고 있으므로, 편집저작물의 실질적 유사성 판단은 다른 저작물에도 중요한 시사점을 던져줄 수 있다.

#### 나. 檢討 方式

이 논문의 앞 부분에서는 실질적 유사성 판단의 기본원리에 대하여 논의한 후 이에 기초한 실질적 유사성의 일반적 판단기준을 살펴 보았다. 저작물의 유형별 실질적 유사성 판단기준을 논의함에 있어서도 이러한 일반적 판단기준이 출발점이 될 것이다.

각 절에서는 우선 검토의 범위를 확정하기 위하여 해당 저작물의 개념 정의로부터 출발하였다. 그 이외에 실질적 유사성 판단에 선행되어 이해되어야 할 관련 사항이 있는 경우에는 이 역시 간단하게 다루었다. 그 다음으로 각 저작물의 특성에 관하여 검토하였다. 실질적 유사성의 유형별 판단기준은 각 저작물의 특성과 밀접한 관련성이 있기 때문이다. 예를 들어 당해 저작물이 문예적 저작물로서의 성격이 강한지, 기능적 저작물로서의 성격이 강한지에 따라 실질적 유사성 판단의 엄격성이 달라질 수 있다. 또한 당해 저작물이 어

떠한 수요자에게 어떠한 목적으로 제공되고 어떠한 감각에 호소하는 것인가에 따라 실질적 유사성 판단관점이나 방법이 달라질 수 있다.

각 유형에 따른 실질적 유사성 판단기준에 관하여서는 제4장 제2절 ‘실질적 유사성 판단의 방법적 측면’ 중 ‘판단방식’과 관련하여 제안하였던 수정된 분석적 접근방식의 단계에 따라서 설명하였다. 즉 법관이 실제로 당해 저작물의 실질적 유사성 판단을 할 때 밟아가는 순차적인 단계별로 판단지침을 제시하고자 한 것이다. 그러므로 ① 대비를 통한 유사성 요소의 확정, ② 표현적 요소의 확정, ③ 유사성의 정도를 고려한 표현적 요소의 보호 여부 판단의 순서로 서술하였다. ①에서는 누구의 관점에서 비교할 것인지, 실제 대비는 어떠한 방식으로 이루어져야 하는지를 다루고, 유사성을 유발하는 요소를 특정하는 문제에 관하여 논의하였다. ②에서는 유사성을 유발하는 것으로 확정된 요소들 가운데에 저작권법에 의하여 보호되는 표현적인 요소를 구분해 내는 작업에 대하여 논의하였다. 여기에서는 제4장 제1절 ‘실질적 유사성 판단의 실체적 측면’ 중 ‘보호대상의 문제’로 논의하였던 아이디어/표현 이분법이 각 유형별로 어떻게 적용되는지 설명하였다. ③에서는 최종적으로 살아 남은 표현적 요소에 관하여, 유사성의 정도를 고려할 때 실질적 유사성을 인정하는 것이 타당한지에 관한 정책적 판단작업에 관하여 다루었다. 서론에서 언급하였듯이 이 최종 단계에서는 어느 정도의 판단재량이 개입하는 것이 불가피하다. 다만 그 재량권의 행사가 적정한 창작 인센티브의 보호라는 기본원리의 통제하에서 가급적 투명해질 수 있도록, 필요한 세부지침들을 제공하고자 하였다.

이러한 논의에서 필요한 것은 가능한 범위 내에서 각 저작물을 구성하는 전형적인 요소들을 분류하는 것이다. 예컨대 소설이나 각본과 같은 어문저작물은 궁극적으로 표현하고자 하는 주제가 존재하고, 그 주제를 구체화하기 위한 플롯 및 사건의 전개과정, 등장인물, 대사가 존재하며, 이러한 요소들이 묘사되는 과정에서 분위기나 세팅 및 속도가 가미되어 특정한 창작물로 탄생하게 된다. 또한 대중가요와 같은 음악저작물은 가락, 리듬, 화음이라는 세 가지 요소를 기본으로 하여 이들을 적절하게 조합, 배열함으로써 특징적인 느낌을 주는 음악으로 탄생하게 된다. 이처럼 저작물의 전형적인 요소들을 체계화한 뒤 그 각 요소들이 저작물에서 차지하는 비중과 성격을 살펴 본다면, 막연하

게만 느껴지던 아이디어와 표현의 구분이 더욱 선명해질 것이다. 아울러 유사성 판정단계에서 두 작품을 비교함에 있어서도 막연하게 두 작품을 비교하기 보다는 요소별로 비교를 함으로써 보다 정교하고 체계적인 유사성 판정이 행해질 수 있게 된다. 물론 요소별 비교로 실질적 유사성 판단이 종료되는 것은 아니다. 요소별 비교는 어디까지나 종합적인 실질적 유사성 판단을 용이하게 하기 위한 수단으로서, 궁극적으로는 각 요소의 비중 및 유사성의 정도를 고려하여 종합적인 관점에서 볼 때 실질적으로 유사한지를 판단하는 과정이 남아 있다.

또한 축적된 판례의 충분한 활용도 중요한 점이라고 할 수 있다. 비록 판례 하나 하나가 어떠한 결정적인 기준을 제시하는 것은 아니다. 하지만 국내외의 많은 판례들을 유형별 판단기준의 컨텐츠로 제공하면서, 침해 여부를 판단하는 감각을 얻을 수 있다.

한 가지 첨언할 것은, 실질적 유사성의 유형별 판단기준은 주로 실질적 유사성의 실체적 측면, 그 중에서도 특히 아이디어와 표현의 구분과 관련하여 차별성을 보인다는 것이다. 실질적 유사성의 일반적 판단기준 중 방법론에 해당하는 판단관점 및 판단방법의 문제는 컴퓨터프로그램 등 특수한 유형의 저작물을 제외하고는 저작물의 유형과 관계없이 대동소이하고, 일반적 판단기준에서 살펴 본 것 이상으로 구체화하기도 곤란한 성격을 가지고 있다. 또한 실질적 유사성의 일반적 판단기준 중 실체론에 해당하는 유사성의 판정문제도 각 작품의 구체적인 내용과 이용의 정도, 분량, 모습 등 사안에 특유한 변수들과 깊은 관련을 가지고 있어 일반적 판단기준에서 제시한 것에서 크게 나아간 세부적인 기준을 제시하기가 매우 어렵다. 그러므로 실질적 유사성의 유형별 판단기준과 관련하여서는 실체적 측면 중 아이디어와 표현의 구분이 가장 비중있게 다루어질 것이고, 실체적 측면 중 유사성의 판정과 관련하여서는 판단에 고려할 만한 지침들을 제시하되 실제 사안에서 어떻게 유사성 판정이 이루어졌는지를 논의하는 데에 비중을 둘 것이며, 방법적 측면과 관련하여서는 비교적 간결하게 서술하고자 한다.

## 第2節 語文著作物(小説 및 脚本을 중심으로)

### 1. 語文著作物の 意義

어문저작물은 문자 그대로 말(語)이나 글(文)로 이루어진 저작물이다. 저작권법 제4조 제1항 제1호에서는 소설·시·논문·강연·연술·각본 등을 어문저작물의 예로 들고 있다. 그러나 이는 어디까지나 예시에 불과하므로 어문저작물의 종류가 위에서 열거된 형태에 국한되는 것은 아니다. 어문저작물의 종류는 매우 다양하고, 판례에서도 교재,<sup>344)</sup> 편지,<sup>345)</sup> 대학입학 시험문제,<sup>346)</sup> 옥편,<sup>347)</sup> 홍보용 팜플렛,<sup>348)</sup> 강의록,<sup>349)</sup> 게임규칙집<sup>350)</sup> 등의 어문저작물의 저작권분쟁이 문제된 바 있다.

어문저작물 가운데에는 소설이나 각본 등과 마찬가지로 문예적 저작물로서의 성격을 가지는 것과 매뉴얼이나 역사서, 판례집 등과 마찬가지로 사실적 저작물의 성격을 가지는 것이 있다. 이러한 두 가지 유형의 저작물은 동일한 어문저작물이면서도 실질적 유사성 판단에 있어서는 다른 원리에 의하여 규율된다. 사실적 저작물에 해당하는 어문저작물의 경우 컴퓨터프로그램저작물, 건축저작물, 도형저작물 등의 기능적 저작물과 비슷한 성격을 가지고 있을 뿐만 아니라 편집저작물로서의 성격도 겸하고 있는 경우가 많아, 나중에 설명하게 될 이러한 저작물에 대한 실질적 유사성 판단기준이 상당 부분 적용될 수 있을 것이다. 그러므로 이 절에서는 소설이나 각본처럼 문예적 저작물로서의 성격이 강한 어문저작물에 대하여서만 검토하도록 한다(이하 편의상 소설 및 각

---

344) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결.

345) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결, *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) 참조.

346) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결.

347) 서울고등법원 1962. 5. 18. 선고 61나1243 판결.

348) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1597 판결.

349) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결.

350) *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967).

본을 ‘소설 등’이라고만 표현한다).

소설 등의 실질적 유사성을 다루고 있는 판례들은 다른 영역의 판례들에 비하여 상대적으로 그 숫자가 많다. 이러한 현상은 여러 가지로 분석될 수 있다. 우선 소설 등은 가장 보편적이고 널리 퍼져 있는 저작물의 형태이기 때문에 분쟁이 발생할 가능성도 크다. 또한 기능적 저작물이나 다른 문예적 저작물과 비교하여 보더라도 소설 등은 저작물성 단계를 통과하는 데에는 별 문제가 없기 때문에 실질적 유사성 판단단계가 문제될 가능성이 크다. 마지막으로 이 영역에 있어서는 드라마나 영화각본이 관련된 분쟁이 많은데, 드라마나 영화의 경우 이를 둘러싼 상당한 경제적 이해관계가 존재하기 때문에 송사(訟事)로 이어질 가능성도 큰 관계로 이 분야의 판례가 축적되기 쉬운 환경이다.

## 2. 語文著作物의 特性

소설 등은 줄거리를 중심으로 한다는 특성을 가지고 있다. 그 출발점은 주제이다. 주제를 줄거리의 형태로 표현하기 위하여서는 등장인물이 엮어 나가는 각종 사건들의 연속적인 전개가 필요하다. 많은 경우 등장인물들은 대사를 통하여 사건의 전개과정을 표현한다. 줄거리의 배경에 해당하는 세팅과 분위기, 줄거리의 속도 등도 주제의 표현에 효율적인 도구들이다.

미 연방 제9 항소법원에서는 이와 같은 소설 등의 특성에 착안하여 일련의 판례들<sup>351)</sup>을 통하여 소설 등의 구성요소를 크게 주제, 플롯 내지 사건의 전개과정, 등장인물, 대사, 세팅, 분위기를, 속도로 분류하고 있다.<sup>352)</sup> 이러한 분류방

351) Litchfield v. Spielberg, 736 F.2d 1352 (9th Cir, 1984) ; Berkic v, Crichton, 761 F.2d 1289 (9th Cir, 1985) ; Narell v. Freeman, 872 F.2d 907 (9th Cir, 1989) ; Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353 (9th Cir. 1990) 등 다수.

352) 실질적 유사성 판단의 방법론과 관련하여 이미 검토한 대로, 미 연방 제9항소법원에서는 저작권침해 여부를 판단함에 있어서 저작물의 구성요소에 대한 분석과 비교가 행하여지는 외부적 테스트(extrinsic test)와 두 작품간의 실질적 유사성 여부를 판단하는 내부적 테스트(intrinsic test)의 두 가지 단계를 거치는데, 전자는 법의 문제(matter of law)로서 법원이 판단하되 후자는 사실의 문제(matter of fact)로서 배심원이 판단하게 된다. 그런데 위에서 본 구성요소별 분석과 비교는 외부적 테스트(extrinsic test)의 단계에서 행하여지고, 이를 통하여 실질적 유사성이 1차적으로 인정되면 다음으로 일반인인 배심원들의 관점에서 실질적 유사성이 인정되는지 여부를 판정하게 된다. 우리나라

식은 소설 등의 특성과 부합하는 것일 뿐만 아니라 실질적 유사성 판단에 요긴한 도구적 틀로서 제공될 수 있으므로, 이 논문에서도 이러한 분류방식을 따르기로 한다.

이처럼 소설 등이 주제를 출발점으로 하여 창작자의 상상력에 의하여 문자로서 표현되는 과정은 통상 복합적인 과정이고, 이로 인하여 소설 등의 내용도 다른 저작물에 비하여 복잡하고 주로 독자들의 지각(知覺)에 호소한다.<sup>353)</sup> 예컨대 미술의 경우 짧은 시간에 시각을 통하여 그 표현이 추구하고자 하는 느낌을 받을 수 있고, 음악의 경우에도 음악이 연주되는 시간동안 청각을 통하여 그 표현에 의한 감흥을 느낄 수 있다. 그러나 소설 등의 경우 통상 그 저작물을 감상하는 데에 상당한 시간이 걸릴 뿐만 아니라 복잡하게 얽혀 있는 등장인물과 줄거리 등을 파악하고 느끼는 과정에서 인간의 사유과정이 개입되지 않으면 안 된다. 따라서 미술저작물이나 음악저작물과 비교할 때 소설 등은 그 유사성 판단에 있어서도 감성적 방식에 의한 즉흥적 판단보다는 이성적 방식에 의한 단계적 판단 쪽에 더 초점이 맞추어진다. 이러한 의미에서 소설 등의 실질적 유사성 판단에 있어서는, 저작물을 여러 가지 구성요소로 구분하여 그 구성요소 중 표현에 해당하는 부분의 실질적 유사성을 평가한 뒤 이를 토대로 하여 전체적으로 두 작품의 표현 사이에 실질적인 유사성이 있는가를 판단하는 방식이 더욱 요긴하게 활용된다고 할 것이다. 실무상 이러한 평가작업에서는 요소별로 두 작품의 유사한 부분을 대응시킨 도표를 작성하는 경우가 많다.<sup>354)</sup>

### 3. 語文著作物의 實質的 類似性 判斷

#### 가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定

라는 배심원 제도가 없고, 법관이 사실관계의 확정과 법률의 적용을 모두 행하므로 위와 같은 구분은 큰 의미가 없다.

353) 그 위에 연출과 연기, 영상, 무용, 음악 등이 추가되어 인간의 지각 외에도 시각(視覺), 청각(聽覺) 등 다른 감각에도 호소하는 뮤지컬이나 영화 등의 저작물 역시 그 기초는 어문저작물에 있다.

354) 예컨대 서울고등법원 1997. 7. 9. 선고 96나18627 판결 ; 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결 등 참조.

실질적 유사성 판단의 첫 번째 단계는 문제되는 두 작품을 대비하여 전체적으로 유사한지를 살피고, 유사하다면 그 유사성 요소를 확정하는 것이다. 여기에 있어서의 유사성 요소는 아이디어와 표현을 불문하고 유사하다고 판단되는 모든 요소를 의미하는 것이다. 이 단계에서 확정된 유사성 요소는 두 번째 단계에서 저작권법에 의하여 보호받는 표현과 그렇지 않은 아이디어로 분류된다.

### (1) 對比觀點

소설 등의 대비를 통한 유사성 요소의 확정은 보통 관찰자의 관점에서 행하여지는 것이 원칙이다. 대부분의 경우 소설 등의 수요자는 전문가가 아니라 일반인이기 때문이다. 그러므로 사회의 평균적인 성인의 관점에서 소설 등의 유사성을 판단하는 것이 타당하다.

다만 소설 등에 있어서도 그 이야기 전개가 매우 단순하고 감성에 호소하는 경향이 큰 어린이용 작품의 경우에는 어린이의 관점이 고려되어야 하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 Sid & Marty Krofft Television Prods, Inc. v. McDonald's Corp., 판결<sup>355</sup>)에서는 원고가 제작한 "H.R. Pufnstuf"라는 어린이용 텔레비전 프로그램의 저작권이 피고가 제작한 "McDonaldland"라는 텔레비전 광고로 인하여 침해되었는가 여부가 문제되었다. 그 판단관점에 관하여 판시하면서 미 연방 제9 항소법원은 원고와 피고의 작품이 모두 어린이를 대상으로 하고 있다는 점을 지적하였다. 그리고 어린이용 장난감에 관하여서는 어린이의 관점에서 실질적 유사성 판단을 행하여야 한다는 Ideal Toy Corp. v. Fab-Lu Ltd. 판결<sup>356</sup>)을 인용하면서 두 작품이 어린 사람의 마음과 상상력에 미치는 영향이 쟁점이라고 판시하였다. 이 판결은 소설이나 각본이 아니라 텔레비전 쇼에 관한 것이지만, 텔레비전 쇼에서도 주제와 그 주제를 표현하기 위한 등장인물, 줄거리 등이 있다는 점에서 소설 등과 유사한 면이 있으므로, 위 판결은 소설 등의 실질적 유사성 판단에 참고할 수 있다.

다만 ① 어린이용 소설이나 각본의 경우에도 오히려 그 구매 여부의 최종

---

355) 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

356) 261 F.Supp. 238 (S.D.N.Y. 1966), aff'd, 360 F.2d 1021 (2d Cir. 1966).

적인 판단주체는 어른이 되는 경우가 대부분이고,<sup>357)</sup> ② 엄밀히 말하자면 어린이들이 두 작품을 유사하다고 느끼게 하는 요소들은 소설 등의 핵심적인 창작요소라고 할 수 있는 사건의 전개과정이라기보다는 오히려 캐릭터 그 자체나 단편적인 장면에 불과한 경우가 많다. 그러므로, 어린이를 대상으로 만들어진 소설 등에 있어서 어린이의 관점은 종합적인 실질적 유사성 판단에 있어서 고려되어야 할 하나의 중요한 요소에 해당하는 것은 사실이지만, 오로지 어린이의 관점에서만 실질적 유사성을 판단하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 위에서 설명한 Krofft 판결이 그 판시의 근거로 인용한 Ideal Toy 판결에서도 보통 관찰자 테스트를 적용함에 있어서 어린이들이 고려대상에서 제외되어서는 안 된다는 취지로 판시하고 있을 뿐이어서<sup>358)</sup> 위 판결이 어린이용 제품에 관하여서는 오로지 어린이들의 관점에만 판단하여야 한다는 취지로까지 해석할 것은 아니다.

## (2) 對比方法

소설 등은 어문저작물이므로 이를 읽음으로써 양자를 대비한다. 부분적·문자적 유사성만 문제되는 경우에는 유사성 요소가 자동적으로 확정되므로, 유사성 요소를 찾기 위하여 전체를 대비할 필요는 없다. 그러나 포괄적·비문자적 유사성이 문제되는 경우에는 전체를 대비하여야 할 것이다.

양자를 대비함에 있어서는 상당한 정도의 이성적이고 논리적인 접근이 필요한 경우가 많다. 소설 등은 다른 문예적 저작물에 비하여 복잡하게 구성되어 있다. 그런데 소설 등의 핵심적인 부분인 사건의 전개과정 및 등장인물의 복합적인 상호관계는 단순한 감상에 의존한 비교와 친하지 않다. 특히 소설 등의 실질적 유사성 판단에 있어서는 부분적·문자적 유사성보다는 포괄적·비문자적 유사성이 문제되는 경우가 많고, 이러한 의미의 실질적 유사성 판단은 단순한 느낌에 따라 할 수 있는 성격의 것이 아니다. 이러한 의미에서 소설

357) 물론 이 경우에도 어린이들이 어떻게 느끼는가가 어른의 구매결정에 중요한 고려요소로 작용할 수는 있다. 그러나 이는 문자 그대로 하나의 고려요소일 뿐이고 어린이들의 관념이나 느낌이 전적으로 어른의 구매의사결정을 좌우한다고 보기는 어렵다.

358) 판결 원문에서는 “In applying the test of the average lay observer, children are not to be excluded…”라고 표현하고 있다.

등에 관하여서는 전체적인 관념과 느낌에 의존하여 실질적 유사성을 판단하는 방식은 적합하지 않다.

이를 수행함에 있어서 필요한 경우에는 전문가들의 의견이 고려되어야 한다. 소설 등의 실질적 유사성 판단에 관하여 법원의 촉탁에 의하여 감정이 이루어지는 경우는 많지 않지만, 실제 저작권 전문가들의 감정이 행하여져서 판결에 반영되기도 한다.<sup>359)</sup>

#### 나. 表現的 要素의 確定

대비를 통하여 열거되는 유사성 요소들이 모두 저작권법에 의하여 보호받는 표현적 요소에 해당하는 것은 아니다. 다음 단계로서 그 중 표현적 요소가 무엇인지를 걸러내는 작업이 필요하다. 다른 저작물과 마찬가지로 소설 등에 있어서도 아이디어와 표현의 구분이 실질적 유사성 판단의 핵심적인 비중을 차지하게 된다.

부분적·문자적 유사성이 존재하는 경우에는 많은 경우 그 유사 부분에 아이디어 뿐만 아니라 표현이 포함되어 있어 당해 부분이 표현에 해당하는지 여부를 살펴보아야 하는 단계가 생략될 수 있다.<sup>360)</sup> 반면, 포괄적·비문자적 유사

---

359) 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결.

360) 소설 등의 부분적·문자적 유사성과 관련하여 패스티쉬(pastiche)를 저작권법적으로 어떻게 평가할 것인가 하는 문제가 있다. 기존 작품을 비꼬거나 흉내내기 위한 유희적 성격이 강한 패러디(parody)와는 달리 패스티쉬는 기존 작품에 대한 가치중립적이고 순수한 모방행위이다. 이는 문학적인 짜깁기의 형태로 기존의 작품을 문맥과 상황에 맞게 재구성함으로써 새로운 의미를 창출하는 포스트모더니즘 양식의 한 표현기법으로 인정받고 있다. 패스티쉬인가 표절인가 하는 것은 종종 문단의 논란거리가 되기도 한다. 예를 들어 소설가 공지영의 소설 「더 이상 아름다운 방향은 없다」 중에 나오는 “온 몸이 감각이 무디어지고 이대로 영원히 쫓물처럼 녹아 땅 속으로 스며 들어갈 것만 같다. 어서 이 밤이 갔으면, 어서 이 가을이 갔으면, 어서 어서 해가 지고 달이 뜨고 아주 늙어버렸으면……, 이 젊음이 내게는 너무 힘겨워”라는 부분은 소설가 이인화의 소설 「내가 누구인지 말할 수 있는 자는 누구인가」에서 “온 몸의 감각이 무디어지고 이대로 쫓물처럼 녹아 땅 속으로 사라졌으면……어서 이 밤이 갔으면……, 어서 이 겨울이 갔으면……, 어서 어서 꽃이 지고 찬바람이 불고 아주아주 늙어버렸으면……. 잠 못드는 이 긴 세월이 힘겹다. 이 젊음이 내겐 힘겹다”라는 형태로 거의 그대로 옮겨졌

성이 존재하는 경우에는 그 유사한 요소가 아이디어와 표현 중 어디에 해당하는가 하는 어려운 쟁점부터 해결한 뒤 다시 유사성의 정도에 관하여 검토하여야 하므로 더욱 어려운 문제를 야기한다. 그러므로 아이디어와 표현의 구분은 주로 포괄적·비문자적 유사성과 관련하여 문제된다.

앞서 실질적 유사성의 일반적 판단기준 중 실체적 측면을 논함에 있어서, 아이디어와 표현의 구분에 있어서는 창작 인센티브가 부여되어야 할 사회적·정책적 가치가 있는 것이 무엇인가 하는 각도에서 당해 요소의 구체성, 독창성, 다양한 표현가능성, 소재성, 보호비용 등을 고려하여야 한다고 제시한 바 있다. 물론 소설 등을 구성하는 요소들 가운데 어느 것이 아이디어이고 어느 것이 표현인가를 일률적으로 단정할 수는 없다. 그러나 위에서 제시한 일반기준에 의하여 소설 등의 구성요소를 대강이나마 구분한다면, 그 중 비교적 추상적이고 소재성이 강하며 보호비용이 과다한 주제, 분위기, 세팅, 속도는 아이디어성이 강한 반면, 비교적 구체적이고 독창성이 드러나며 다양하게 표현할 수 있어 보호비용이 낮은 플롯 내지 사건의 전개과정, 등장인물, 대사는 표현성이 강하다고 할 수 있다.

## (1) 아이디어성이 강한 要素

### (가) 主題

---

는데, 이를 두고 패스티쉬인지 표절인지에 대한 논란이 있기도 하였다. 이상 정영길, “현대소설의 해체현상에 대한 고찰, -문학텍스트의 표절시비를 중심으로-”, 현대문학이론연구 3권, 1993년 및 이성욱, “심약한 지식인에 어울리는 파멸 ; 이인화의 「내가 누구인지 말할 수 있는 자는 누구인가」 표절시비에 대해”, 한길문학, 1992년 여름호 참조.

결국 패스티쉬는 형식적으로는 남의 저작물 중 일부를 그대로 가져오면서, 미학적으로는 새로운 작품 속에 새로운 의미를 가지게 하는 설정으로서의 의미를 가지는 것이다. 생각건대 패스티쉬의 문학적 의미는 별론으로 하고, 아직까지 패스티쉬라고 하여 특별한 취급을 받아야 한다는 사회적 공감대가 형성되었다고 보기에는 이르고 저작권법의 해석상으로도 이를 달리 취급할 이유는 발견되지 않는다. 그러므로 여러 작품의 해당 부분을 선택·배열한 것에 창작성이 인정되는 소위 창조적인 짜깁기의 수준에 이르면 편집저작물로서 인정받을 수 있을 것이나, 그렇지 않다면 저작권침해의 혐의를 벗기는 힘들 것이다.

소설 등의 주제는 그 작품에 나타난 기본적인 사상이나 아이디어이다. 컨셉이나 기본적인 상황설정 등도 여기에서의 주제 개념에 포함시킬 수 있다. 주제는 추상적으로 표현하면 그 작품이 무엇에 관한 것인가에 관하여 한 구절로 표현된 아이디어에 불과할 수도 있고, 구체적으로 표현하면 그 작품의 내용의 요지가 일부 포함된 다소 구체화된 모습으로 나타날 수도 있다. 예컨대 크리스토퍼 리가 주연한 1978년작 슈퍼맨의 영화각본의 주제는 ‘지구를 위기로부터 구하는 초능력자의 이야기’이지만, ‘먼 행성에서 출생하여 지구에 불시착하여 평소에는 평범한 기자로 살아가면서 다른 사람들이 위기에 처할 때에는 슈퍼맨으로 변신하여 악당들을 물리치고 사람들을 구하는 초능력자의 이야기’로 보다 구체화되어 표현할 수도 있다.

주제는 작품의 가장 일반·추상적인 골격 내지 형태에 해당하는 것으로서 구체성이 결여되어 있을 뿐만 아니라 만인이 공유하여야 할 소재로서의 성격을 가지고 있어 이를 보호할 경우 사회적 비용이 너무 커지기 때문에, 일반적으로 저작권법에 의하여 보호되는 표현의 영역 안에 포함시키기는 어렵다. 따라서 두 작품 사이에 주제가 비슷하다고 하더라도 그 사유만으로 두 작품 사이에 실질적 유사성이 인정되는 것은 아니고, 더 나아가 사건의 전개과정 등을 통하여 유사한 표현으로 나아갈 때 비로소 실질적 유사성이 인정된다.

주제의 표현성에 관한 우리나라 판례들로서는 일제 시대에 연해주로 이주한 한인들의 삶이라는 주제 자체는 저작권에 의하여 보호받지 못한다는 판례,<sup>361)</sup> 금권만능주의의 허상을 폭로하고 정서의 파탄현상 및 젊은이들의 갈등과 파행욕을 고발한다는 주제는 아이디어에 해당한다는 판례,<sup>362)</sup> 안중근 의사가 1909. 10. 26. 하얼빈역에서 이또우 히로부미를 암살한 역사적 사실에 대하여 그 결말이 역사적 사실과 달리 암살이 미수에 그쳤다고 가정하면서 그 후에 이또우 히로부미의 생존으로 일본이 세계적인 강대국으로 성장하면서 한반도가 아직 일본의 식민지 상태라는 가공의 배경 하에서, 조선의 역사와 문화에 대하여 알지 못하던 주인공이 차츰 조선인으로서의 정체성을 찾아간다는 주제상의 유사점만으로는 실질적 유사성이 인정되지 않는다는 판례<sup>363)</sup> 등이

361) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결.

362) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결(확정).

있다.

이에 관한 미국의 판례들을 살펴 보면, 장기를 필요로 하는 부유한 사람들에게 이를 팔기 위하여 젊고 건강한 사람들을 살해하는 범죄조직을 파헤치는 젊고 용감한 전문직 종사자의 이야기라는 공통점은 기본적인 아이디어나 일반적인 플롯에 불과하여 실질적 유사성을 인정할 수 없다는 판례,<sup>364)</sup> 유럽에서 샌프란시스코로 이주하여 온 부유한 유대인들의 상호관계와 삶을 그린 작품이라는 공통점이 있다는 점 역시 실질적 유사성을 인정하기에 부족하다는 판례<sup>365)</sup>가 있다. 또한 추상화 이론이 처음 주창된 Nichols 사건에서도 종교적, 인종적 배경이 다른 두 가정의 자녀들 사이의 결혼 및 이로 인한 두 가정의 반목과 화해라는 주제는 로미오와 줄리엣의 주제와 크게 다르지 않아 저작권법에 의하여 보호받는 표현에 포함되지 않는다고 하면서, 같은 주제를 공유하는 두 작품 사이의 실질적 유사성을 부정하였다.<sup>366)</sup> 그 이외에 엄마의 얼굴이 객관적으로는 아름답지 않아도 아이들에게는 가장 아름다운 것이라는 주제에 관한 텔레비전 스킷(skit, 촌극) “세상에서 가장 아름다운 여자(The Most Beautiful Woman in the World)”가 같은 주제에 관한 아이들의 동화책인 “내 엄마는 세상에서 가장 아름다운 여자예요(My Mother Is the Most Beautiful Woman in the World)”의 저작권을 침해하지 않았다는 판례<sup>367)</sup>를 비롯하여, 과거에 있었던 사건이 현재에 미치는 영향,<sup>368)</sup> 남편의 재정적 능력이 없는 가운데 아내가 생계를 책임지는 상황이 정상적인 결혼관계에 미치는 스트레스,<sup>369)</sup> 베트남 전쟁의 상황 아래에서 3명의 연인들 사이에 존재하는 삼각관계의 사랑,<sup>370)</sup> 제2차 세계대전 도중에 행방불명된 잠수함이 30년 후에 불가사의한 방법으로 떠오르는 사건<sup>371)</sup>에 관한 주제는 저작권법에 의하여 보

363) 서울고등법원 2003. 12. 16. 선고 2003나6530 판결(확정).

364) Berkic v. Crichton, 761 F.2d 1289 (9th Cir. 1985).

365) Narell v. Freeman, 872 F.2d 907 (9th Cir. 1989).

366) Nichols v. Universal Pictures, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

367) Reyher v. Children's Television Workshop, 533 F.2d 87 (2d Cir. 1976).

368) Herzog v. Castle Rock Entm't, 193 F.3d 1241 (11th Cir. 1999).

369) Shipman v. R.K.O. Radio Pictures, Inc., 100 F.2d 533, 537 (2d Cir. 1938).

호받지 못한다는 판례들이 있다.

일본에서도 오아와케부시(일본 민요의 일종)가 우랄 산맥 주변의 지역에서 발생하여 일본으로 전해지게 되었다는 것을 주제로 한 소설의 저작권 침해가 문제된 사건에서, 위와 같은 주제 자체는 저작권법에 의한 보호를 받지 못한다고 판시한 판례<sup>372)</sup>가 있다.

#### (나) 세팅

세팅은 작품의 배경을 의미한다. 이 배경에는 장소적, 사회적, 시대적 배경이 모두 포함된다. 세팅 역시 표현소재로서의 성격이 강할 뿐만 아니라, 특정 주제를 다룸에 있어서 불가피하게 등장하는 배경도 많아 다양한 표현가능성이 제약된다. 이러한 이유 때문에 세팅은 아이디어성이 강한 요소이다.

세팅 역시 실존하는 경우와 인위적으로 창조한 경우가 있다. 우선 실제로 존재하는 장소적, 시대적 배경을 내용으로 하는 세팅은 모두가 표현의 소재로 공유하여야 할 대상이기 때문에 저작권법에 의하여 보호를 받지 않는 아이디어의 영역에 속하고, 따라서 그러한 요소에 있어서의 공통점이 있다고 하여 실질적 유사성이 인정되지 않는다. 반면 인위적으로 설정된 세팅은 이론적으로는 창작적 표현에 포함될 가능성이 있지만, 현실적으로는 대부분의 경우 지나치게 포괄적이고 추상적인 표현방식에 지나지 않아 대부분 아이디어의 영역에 속하게 될 것이다.

따라서 경찰과 갱단의 총격전이 벌어지는 뉴욕시와 같은 배경<sup>373)</sup>이나 일제 시대의 연해주라는 배경<sup>374)</sup>은 아이디어에 해당할 뿐이다. 또한 민주화 및 반정부 시위가 격심하고 기업이 정치권력에 유착하여 편법으로 치부하는 등 기업윤리가 타락하고 정치권력이 부패하였을 당시의 서울을 시대적·장소적 배

---

370) Davis v. United Artists, Inc., 547 F.Supp. 722 (S.D.N.Y. 1982).

371) O'Neill v. Dell Publishing Co., 630 F.2d 685 (1st Cir. 1980).

372) 東京地裁 1996(平成 8). 9. 30. 선고 平3(7)5651호 판결(判例時報 1584호, 39면) 이하.

373) Sinicola v. Warner Bros. Inc., 948 F. Supp. 1176, 1189 (E.D.N.Y. 1996).

374) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결.

경으로 삼았다는 점이 공통된다고 하더라도 이는 아이디어의 유사성에 불과하다.<sup>375)</sup>

#### (다) 霧圍氣 및 速度

분위기는 당해 작품의 전체적인 느낌, 톤(tone)과 색깔을 의미하고, 속도는 작품에 나타난 줄거리의 완급(緩急)을 의미한다. 분위기나 속도 역시 추상적인 정도로밖에 표현될 수 없어서 아이디어성이 강한 요소들이다. 또한 소설 등의 전체 구조에서 차지하는 비중이 그리 크지 않기 때문에 핵심적인 가치를 중심으로 형성되는 창작 인센티브와도 큰 연관성이 없다. 그러므로 특수한 경우를 제외하고는 두 작품의 분위기나 속도가 유사하다고 하여 그 자체만으로 두 작품 사이의 실질적 유사성이 인정되는 것이 아니다.

예를 들어 Shaw 사건에서는 원고가 작성한 텔레비전 시리즈 극본과 피고 방송사(NBC)의 텔레비전 시리즈 사이의 실질적 유사성이 문제되었는데, 법원은 그 실질적 유사성 여부를 검토함에 있어서 양자의 분위기가 모두 불길하고 냉소적이다가 주인공의 승리로 밝아진다는 공통점을 가지고 있으나 이는 대부분의 액션 시리즈에 공통된 것이라고 판시하였다.<sup>376)</sup> 또한 흑인 여성의 강도 행각을 주제로 하는 영화각본 사이의 저작권침해가 문제된 Robinson 사건에 있어서, 법원은 두 작품이 모두 강도가 쫓기는 장면을 묘사하고 있고, 그 중 피고의 영화각본은 상당한 시간 동안 속도감있는 추격신을 묘사하고 있는 반면, 원고의 영화각본은 이와 같은 속도감있는 묘사 부분이 없다는 차이점이 있다고 인정하면서도, 설사 두 작품의 속도가 틀리다고 하더라도 속도의 유사성만으로는 두 작품 사이의 전체적인 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 판시하였다.<sup>377)</sup>

#### (2) 表現性이 강한 要素

---

375) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결 (확정).

376) Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353, 1363 (9th Cir. 1990).

377) Robinson v. New Line Cinema Corp., 42 F.Supp. 2d 578, 596 (D.Md.1999), 같은 취지로 Williams v. Crichton, 84 F.3d 581 (2d Cir. 1996) 참조.

## (가) 플롯이나 事件의 展開過程

### 1) 概念

플롯은 소설, 희곡, 각본 등의 스토리를 형성하는 줄거리 또는 줄거리에 나오는 여러 가지 사건을 하나로 짜는 작업과 그 수법이다.<sup>378)</sup>

사건의 전개과정은 흔히 ‘줄거리’라고도 표현되는 것으로서, 이야기 안에 등장하는 일련의 사건들의 시간적 전개과정 및 그 사건들을 통하여 나타나는 등장인물들의 설정, 그 상호관계 및 그 변화를 주된 내용으로 한다. 즉 사건의 전개과정에 있어서 중요한 요소들은 ① 개개의 사건들과 등장인물들의 설정, ② 사건들의 시간적 배열, ③ 등장인물 사이의 상호관계와 그 변화라고 할 수 있다.

플롯과 사건의 전개과정은 모두 사건의 서술을 그 내용으로 하는 개념이라는 측면에서 공통되지만, 플롯은 사건의 전개과정과 비교할 때 논리적인 인과관계에 의한 사건의 구성적 발전(Structural Development)이라는 측면에 더욱 중점을 두고 있다는 차이점이 있다. 따라서 플롯은 사건의 논리적·인과적·구조적 서술, 사건의 전개과정은 사건의 시간적 서술에 각각 초점을 맞춘 개념으로서 엄밀히 말하자면 두 개념은 서로 구별되어야 한다. 우리나라의 하급심 판결 중에도 “양 저작물 사이의 실질적 유사성을 인정하기 위해서는 단순히 사상(idea), 주제(theme)가 같다는 것만으로는 부족하고, 사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다”라고 하여 플롯과 사건의 전개과정의 개념을 구분한 판결<sup>379)</sup>이 있다.

다만 이와 같은 차이에도 불구하고 실질적 유사성을 판단함에 있어서 플롯과 사건의 전개과정을 구별하여 별도로 고찰하여야 하는지는 의문이다. 사건의 전개과정은 사건의 시간적 서술에 초점을 맞추지만, 그 서술에는 필연적으로 그 사건배열의 근간이 되는 논리나 인과관계가 내재되어 있는 것으로서, 사건의 전개과정을 고려함에 있어서는 그와 같은 논리적·구조적인 측면을 고려하지 않을 수 없는 것이다. 또한 사건의 전개과정이라는 개념은 플롯에 비하여 일반인들이 보다 평이하게 이해할 수 있는 개념이라고 생각된다. 이와

---

378) 동아세계대백과사전 29권, 동아출판사, 1988, 244면

379) 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결.

같이 사건의 전개과정이라는 하나의 개념만 사용하더라도 저작권침해소송의 맥락에 있어서는 큰 무리가 없을 것으로 생각되므로, 편의상 아래에서는 특별한 사정이 없는 한 이를 일괄하여 ‘사건의 전개과정’이라는 용어로 통칭<sup>380)</sup>하기로 한다.<sup>381)</sup>

## 2) 事件의 展開過程의 表現性

사건의 전개과정은 그 창작성과 구체성의 정도에 따라 표현의 영역에 속할 수도 있고 아이디어의 영역에 속할 수도 있다. 이러한 점에서 Learned Hand 판사는 Nichols v. Universal Pictures Corp. 판결<sup>382)</sup>에서 스토리를 구성하는 구체적인 사건들로부터 추상적이고 일반적인 주제에 이르기까지 계속되는 추상화(abstraction)의 과정 어느 지점에 아이디어와 표현의 경계선이 존재한다고 판시한 바 있다. 이러한 판시내용에 의하면 구체적으로 나타난 사건의 전개과정은 표현에 해당하지만 그 추상화의 과정에서 아이디어의 영역으로 넘어갈 수도 있다는 것이다. 다만 이러한 이론은 구체적일수록 표현성이 강하여지고 추상적일수록 아이디어성이 강하여진다는 일반적인 원칙을 확인하여 주고 있을 뿐, 그 이상의 기준은 제시하지 못하고 있다. Zechariah Chafee 교수의 ‘유형테스트’(pattern test)에서도 소설 등에 있어서 아이디어와 표현 사이의 경계선 설정에 있어서 하나의 중요한 지침을 제공하고 있다.<sup>383)</sup> Chafee 교수에 의하면 작품의 유형에도 저작권의 보호가 미친다. 한편 작품의 유형은 사건의 전개와 등장인물의 상호관계의 발전을 의미한다. 따라서 위 테스트에 의하면 사건의 전개과정은 표현에 해당한다는 것이다.<sup>384)</sup> 하지만 사건의 전개

---

380) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결에서는 ‘플롯’에 대한 언급없이 ‘사건의 전개방식’이라는 용어를 사용하고 있다.

381) 이러한 이유에서 미국의 Shaw v. Lindhem, 908 F.3d 531 (9th Cir. 1990) 판결도 플롯과 사건의 전개과정을 별도의 요소로 구분하여 각각 다른 분석을 행하기보다는 이를 일괄하여 분석의 대상으로 삼았고, Osterberg, 전게서 중 §4:2에서도 같은 방식을 취하고 있다.

382) 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

383) Zechariah Chafee, Reflections on the Law of Copyright, 45 Colum.L.Rev. 503, 513 (1945), Nimmer, 전게서, §13.03, 13-32면에서 재인용.

과정이라고 하여 무조건 표현성이 인정되는 것은 아니므로, Chafee 교수의 진의(眞意)는 “구체적으로 표현된” 사건의 전개과정에 표현성을 부여하고자 하는 것이었을 것이다.

한때 우리나라 대법원은 “아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물이 될 수 없으며...”라고 하여 마치 소설의 스토리는 원칙적으로 아이디어에 속하지만 예외적으로 저작권의 보호대상이 되는 것 같이 판시하기도 하였으나,<sup>385)</sup> 이는 소설의 스토리도 그 창작성과 구체성의 정도에 따라 얼마든지 표현성이 인정된다는 점에서 잘못된 것이다. 그 이후에 아이디어/표현 이분법에 관하여 나타난 대법원 판례들에서는 이러한 취지의 판시는 발견되지 않고 있다.

사건의 전개과정이 지극히 포괄적이고 추상적으로 나타나면 앞서 살펴 본 주제 또는 사상과 맞닿게 되어 저작권에 의한 보호를 받지 못할 가능성이 크다. 또한 사건의 전개과정이 구체적으로 나타나 있다고 하더라도 그것이 일반적이고 전형적인 것에 불과하다면 이 역시 저작권의 보호를 받지 못할 것이다. 예컨대, ① 계속하여 동일한 날이 반복되는 상황에 갇힌 사람의 이야기<sup>386)</sup> ② 나이많은 백인이 흑인 하인과의 관계를 통하여 인종차별의식을 극복하는 이야기<sup>387)</sup> ③ 외계인이 지구에 와서 인간 가족과 친하게 지내면서 인간들의 습관을 배우고, 악인들에게 대항하다가 다시 외계로 돌아가는 이야기<sup>388)</sup>

---

384) 유형이론은 아이디어/표현 이분법의 일반 이론과 함께 소개되는 경우가 대부분이다.

그러나 유형이론은 주로 소설 등 어문저작물에 적용될 수 있는 것일 뿐 다른 유형의 저작물에 당연히 확장, 적용될 수 있는 기준은 아니다. 또한 어문저작물의 표현을 구성하는 요소가 플롯이나 사건의 전개과정에 국한되는 것은 아니다. 따라서 유형이론이 모든 저작물 또는 어문저작물의 실질적 유사성을 판단하는 데에 완결된 기준을 제시하여 주는 이론이라고는 할 수 없다.

385) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결, 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결.

386) Arden v. Columbia Pictures Indus. Inc., 908 F.Supp. 1248, 1260 (S.D.N.Y. 1995).

387) Denker v. Uhry, 820 F.Supp. 722 (S.D.N.Y. 1992).

④ 사람들에게 매우 작은 크기로 변신하게 하는 과학적인 물질을 사용하는 주인공들의 이야기<sup>389)</sup> ⑤ 부유한 외국의 왕자가 아내를 찾아 미국으로 건너와서 부모들의 반대에도 불구하고 사랑하는 여자와 결혼하여 고국으로 귀환하는 이야기<sup>390)</sup>, ⑥ 정글에서 보물을 탈취하는 것에 관한 작품에 있어서, 뱀들이 사는 동굴에 보물이 숨겨져 있고, 그 뱀들을 쫓아내기 위하여 불을 사용하며, 새가 정글의 침입자를 놀라게 하고, 지친 여행자가 선술집에서 위안을 찾는 이야기<sup>391)</sup> 등은 일반적이고 전형적인 플롯 내지 사건전개과정에 불과하여 표현성이 부정되었다.<sup>392)</sup> 우리나라 하급심 판례 중에는 원고가 자신이 작성한 시나리오 ‘야망의 도시’의 저작권이 MBC 텔레비전 드라마 ‘유산’에 의하여 침해되었다고 주장하는 사건에 있어서, 두 작품 모두 사건의 전개과정의 기본적인 골격에 있어서 ① 대기업의 총수가 갑자기 죽고, 후계자인 맏아들이 미국에서 급히 귀국하며, 부친의 죽음에 대하여 의문이 제기되면서 추리극의 형태로 발전하는 점, ② 귀국한 자식은 부친의 자리를 승계받고자 하나 미리 계획된 음모에 의하여 방해받게 되고, 기업을 빼앗으려고 계획한 조직적 범죄의 주범은 측근 인물임이 밝혀지는 점, ③ 이 음모를 감추기 위한 연쇄적 범죄 및 살인이 행하여지고 결정적 증거로 테이프(‘야망의 도시’에서는 비디오 테이프, ‘유산’에서는 녹음 테이프)가 제시되는 점, ④ 이에 국면이 전환되어 공범들은 자중지란을 일으키고 배신당한 하수인이 주범을 권총으로 쏘아 죽임으로써 결말에 이르는 점 등 유사성이 인정된다고 하면서도, 구체적인 표현에 있어서의 비유사성<sup>393)</sup>을 들어 실질적 유사성을 부인한 사례가 있는데, 이 역

388) *Litchfield v. Spielberg*, 736 F.2d 1352 (9th Cir. 1984).

389) *Kouf v. Walt Disney Pictures & Television*, 16 F.3d 1042 (9th Cir. 1994).

390) *Beal v. Paramount Pictures Corp.*, 20 F.3d 454 (11th Cir. 1994), *Herzog v. Castle Rock Entm't*, 193 F.3d 1241 (11th Cir. 1999).

391) *Zambito v. Paramount Pictures Corp.*, 613 F.Supp. 1107 (E.D.N.Y.), *aff'd*, 788 F.2d 2 (2d Cir. 1985).

392) Osterberg 전제서, § 4:2

393) 판결에서는 양 작품은 분량면에서 큰 차이가 있고, 별개의 작의(作意)와 작풍(作風)을 지니고 있을 뿐만 아니라 전체 내용과 등장인물의 수, 성격의 다양성, 사건의 복잡

시 위에 열거한 사건의 전개과정이 그 자체로 저작권의 보호를 받을 정도로 충분히 구체적이지 못하다고 판단한 결과이다.<sup>394)</sup>

또한 역사적인 사실에 기반한 사건의 전개과정은 그 속성상 누가 표현하더라도 비슷할 수 밖에 없으므로, 구체적인 표현양식 자체만 저작권법의 보호를 받게 된다. 예를 들어 일제 치하에 식민지를 탈출하여 연해주에 정착하였다가 1937년 스탈린에 의하여 중앙아시아로 강제이주되는 일련의 전개과정<sup>395)</sup>이나, 핵물리학자 이휘소의 개인적인 경력과 활동, 핵무기 개발을 향하여 박정희가 은밀하고도 집요한 노력을 하면서 위 이휘소의 도움을 받았던 점, 박정희 사망 후 국내에서는 핵무기 개발을 저지하려는 미국이 배후에서 이를 교사하였을 것이라는 소문이 나돌았던 점 등으로 이어지는 전개과정<sup>396)</sup> 자체는 저작권법의 보호를 받지 못한다.

그러나 일반적이고 전형적인 정도를 벗어나 구체적이고 특징적으로 표현된 사건의 전개과정은 표현의 영역에 속하여 저작권법의 보호를 받게 된다. 예를 들어 식인상어에 관한 공포를 다룬 두 영화인 원고의 "Jaws"와 피고의 "Great White" 사이의 실질적 유사성 여부가 문제된 Universal Studio, Inc. v. Film Ventures Intern., Inc. 판결<sup>397)</sup>에서, 법원은 양 작품의 기본적인 이야기 줄거리에 있어서 ① 지방자치단체의 정치인이 그 지방의 관광산업에 미치는 악영향을 고려해서 상어에 관한 소식을 경시하고 억제한 점, ② 양 작품 모두 영국식 억양을 가진 사람이 상어에 의해서 잡혀먹는다는 점, ③ "Great White"에서는 상어전문가가 문제의 식인상어로 하여금 다이너마이트를 삼키게 해서 상어를 죽이는데, "Jaws"에서는 그 지역 경찰책임자가 문제의 식인상

---

성, 구성의 치밀성, 심리묘사의 심층성, 극 전개의 능숙성, 극 분위기 및 기법의 격차 등으로 인하여 각자의 독창성을 구비하고 있는 점 등을 비유사성의 내용으로 들고 있다.

394) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결(확정).

395) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결.

396) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결, 원심판결은 서울고등법원 1997. 7. 9. 선고 96나18627 판결.

397) 543 F. Supp. 1134 (D.C.Cal., 1982).

어로 하여금 압축공기통을 삼키게 하여 그 폭발과 더불어 상어가 죽게 한다는 점에서 실질적으로 유사하고, 양 작품의 사건전개에 있어서도 청소년들이 해변에서 노는 모습과 긴장감이 도는 음향으로부터 시작해서 실종사건의 발생, 식인상어의 공격, 상어전문가에 의한 조사와 위험성의 경고, 흥미를 자아내기 위한 가짜 경고들, 정치인의 정치적 목적의 반응, 식인상어를 폭발시켜 죽게 만드는 것으로 마감하는 상세한 사건전개가 실질적으로 유사하다고 판단하여 저작권침해를 인정하였다.<sup>398)</sup>

### 3) 事件의 展開過程의 表現性 與否에 관한 假想의 事例

사건의 전개과정이 어느 정도의 구체성을 가지고 묘사되어야 표현성이 인정되는가에 대한 이해를 돕기 위하여 미국의 두 문헌에 나오는 가상의 사례들을 소개하기로 한다.

#### (i) ‘로미오와 줄리엣’과 ‘West Side Story’의 사례

Nimmer 교수의 주석서에서는 셰익스피어의 ‘로미오와 줄리엣’과 뮤지컬 ‘West Side Story’의 두 가지 사건의 전개과정을 서로 비교하면서 다음과 같은 공통적인 요소들이 있다고 설명하면서 이러한 정도의 유사성이 있다면 표현에 실질적 유사성이 있는 것으로 판단할 수 있다고 하고 있다.<sup>399)</sup>

- ① 소년과 소녀는 각각 서로 적대적인 그룹에 속해 있다.
- ② 그들은 무도회에서 만난다.
- ③ 그들은 밤에 발코니(비상계단)에서 서로의 사랑을 확인한다.
- ④ 소녀는 다른 사람과 약혼한다.
- ⑤ 소년과 소녀는 결혼의 맹세를 한다.

398) 판결내용은 정상조, 전계 논문 131-132면에서 인용. 위 판결에서는 그 이외에도 양 작품의 등장인물에 있어서 광적인 공격습성을 가진 상어, 영국 억양을 가진 상어잡이 선장, 식인상어의 등장을 정치적으로 이용하는 정치인, 식인상어의 위험성을 절실하게 호소하는 상어전문가 등의 등장인물에 관한 상세한 묘사가 실질적으로 유사하다고 판시하였다.

399) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-33면.

- ⑥ 적대적인 두 그룹의 사람들이 만나게 되고, 소녀의 사촌오빠(오빠)가 소년의 가장 친한 친구를 살해한다.
- ⑦ 이는 소년이 가장 친한 친구의 손을 잡아 폭력을 방지하려는 과정에서 벌어진다.
- ⑧ 보복하기 위하여 소년은 소녀의 사촌오빠(오빠)를 살해한다.
- ⑨ 결국 소년은 망명한다(은신한다)
- ⑩ 소녀가 소년을 만나고자 하는 계획이 담긴 메시지가 소년의 은신처에 보내진다.⑪ 위 메시지는 소년에게 전달되지 않는다.
- ⑫ 소년은 소녀가 죽었다는 잘못된 정보를 받게 된다.
- ⑬ 슬픔에 겨워 소년은 스스로 목숨을 끊는다(자신이 살해되도록 한다).

(ii) 'Shane'과 'Pale Rider'의 사례

반면 또다른 예로서 Robert C. Osterberg와 Eric C. Osterberg는 조지 스티븐스 감독의 1953년작 서부영화인 "Shane"과 클린트 이스트우드 감독의 1985년작 서부영화인 "Pale Rider"의 사건의 전개과정을 비교하면서, 아래와 같이 일반적인 전개과정에서 유사성을 보이지만, 이러한 전개과정의 구체성이 표현의 정도에 이르지 못하였고, 오히려 그 세부적인 내용에서 다른 표현이 사용됨으로써 실질적 유사성이 인정되지 않는다고 하고 있다.<sup>400)</sup>

**【Shane의 사건전개】**

- ① 지역의 농부들이 그 지역에 강한 이해관계를 가진 사람(cattle baron)과 대립한다.
- ② Cattle baron은 농부들을 몰아 내기 위하여 비열한 수법을 사용한다.
- ③ 주인공이 말을 타고 마을로 들어 와서 한 농부의 가족들과 함께 머무르면서, Cattle baron에 맞서 싸울 것을 권유한다.
- ④ 그 가족의 소년은 주인공을 영웅으로 생각한다.
- ⑤ Cattle baron은 악한 총잡이에게 의뢰하여 농부들을 몰아내 줄 것을 의뢰한다.

---

400) Osterberg, 전제서, §4:2.

- ⑥ 주인공과 악당 사이에 권총 결투가 벌어진다.
- ⑦ 마침내 주인공이 승리한 뒤 말을 타고 마을을 떠나는데, 농부들은 감사하게 생각하고 소년은 슬퍼한다.

**【Pale Rider의 사건전개】**

- ① 지역에서 금을 채광하는 광부들이 그 지역에 강한 이해관계를 가진 채광회사와 대립한다.
- ② 채광회사들은 광부들을 몰아 내기 위하여 비열한 수법을 사용한다.
- ③ 주인공이 말을 타고 마을로 들어 와서 한 광부의 가족들과 함께 머무르면서, 채광회사와 맞서 싸울 것을 권유한다.
- ④ 그 가족의 소녀는 주인공을 영웅으로 생각한다.
- ⑤ 채광회사는 악한 총잡이에게 의뢰하여 광부들을 몰아내 줄 것을 의뢰한다.
- ⑥ 주인공과 악당 사이에 권총 결투가 벌어진다.
- ⑦ 마침내 주인공이 승리한 뒤 말을 타고 마을을 떠나는데, 광부들은 감사하게 생각하고 소녀는 슬퍼한다.

(iii) 두 가지 사례의 비교

결국 사건의 전개과정이 아이디어와 표현 중 어느 곳에 해당하는가 하는 것은 그 전개과정이 얼마나 구체적으로 표현되어 있는가에 따라 결정된다.

먼저 제시한 ‘로미오와 줄리엣’과 ‘West Side Story’의 사례에 있어서 서로 적대적인 가문의 두 남녀가 만나서 사랑하다가 함께 비극적인 최후를 맞는다는 구성은 비극적인 남녀의 러브스토리에서 흔히 예상되는 일반적인 전개과정이라고 할 수 있다. 그러나 이들이 처음 만나서 사랑에 빠지게 된 경위(무도회에서 만나 발코니에서 사랑을 확인)나 비극적인 일련의 사건들의 내용(소녀측의 오빠 또는 사촌오빠가 살해되는 과정), 두 남녀가 최후를 맞이하는 이유(소녀가 죽었다는 잘못된 정보 때문에 소년이 죽음에 이르게 됨) 등 구체적인 줄거리는 비극적인 남녀의 러브스토리에서 등장할 수 있는 여러 가지 다양한 줄거리들 중에서 의도적으로 선택된 것으로서 저작자의 창작성이 드러나게 되는 부분이므로 이러한 세부적인 줄거리까지 유사하다면 창작성있는 표현이 유사하다고 보게 되는 것이다.

그러나 두 번째로 제시한 'Shane'과 'Pale Rider'의 사례에 있어서는 외부에서 말을 타고 온 영웅이 약하고 선한 사람들을 괴롭히고 있는 악당을 물리치고 사람들을 구한 뒤 다시 홀연히 말을 타고 떠난다는 서부영화의 보편적인 사건전개에 있어서만 공통점을 보이고 있을 뿐이고, 이를 기반으로 한 세부적인 줄거리에서는 차이점을 보이고 있으므로 단지 아이디어만의 공통성이 존재할 뿐 실질적 유사성이 존재하지 않는다고 보는 것이다.

#### (나) 登場人物

등장인물도 소설 등의 중요한 구성요소로서 표현에 해당할 가능성이 크다. 일찍이 Zechariah Chafee 교수도 저작권의 보호가 미치는 작품의 유형으로서 사건의 전개과정과 함께 등장인물의 상호관계의 발전을 든 바 있다.<sup>401)</sup> 등장인물은 사건의 전개과정과 독립된 요소라기보다는 사건의 전개과정과 밀접한 관련성을 가지면서 함께 얽혀 있는 요소이다. 또한 실질적 유사성 판단요소로서의 등장인물은 그 자체의 성격과 묘사 뿐 아니라 다른 등장인물과의 상호관계가 중요하다.

일반적으로 단순하고 평면적이고 일상적인 등장인물보다는 복잡하고 구체적이고 독창적으로 개발된 등장인물이 표현으로 보호받을 가능성이 크다.<sup>402)</sup> 따라서 일상적이고 전형적인 등장인물의 유사성은 실질적 유사성 판단에 중요한 영향을 미치지 어렵다.<sup>403)</sup> 예를 들어 Rice v. Fox Broad Co. 판결<sup>404)</sup>에서는 마술사가 등장하는 가정용 비디오의 저작권자가 역시 마술사가 등장하는 텔레비전 프로그램이 저작권침해물임을 주장하였는데, 법원은 원고 저작물에 묘사된 마술사는 그 자체가 저작물로서 보호받는 것이 아닐 뿐만 아니라, 가면을 쓴 마술사가 각종 마술을 선보이면서 신비스러운 품행을 보이는 것은 모든 마술사들에게 일반적이고 공통적인 것이기 때문에 그와 같은 유사함만으로

---

401) Zechariah Chafee, 전제 논문 참조.

402) Nichols v. Universal Pictures Co., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

403) 추상적인 인물유형은 보호받을 수 없다는 국내 판례로서 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결.

404) 330 F.3d 1170 (9th Cir. 2003).

는 실질적 유사성을 구성할 수 없다고 판시하였다. 또한 Herzog v. Castle Rock Entm't 판결<sup>405)</sup>에서는 원고의 영화각본 “Lone Star”과 피고의 영화각본 “Concealed”의 실질적 유사성이 문제되었는데, 법원은 여러 가지 요소들을 대비하는 가운데 등장인물에 관하여서도 포괄적인 유사성만으로는 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 판시하였다. 즉 “Lone Star”에 등장하는 주인공인 Marty와 “Concealed”에 등장하는 주인공인 Sam은 모두 치안관(Sheriff) 출신의 부친을 두고 있는 경찰관들이라는 공통점을 공유하고 있으나, 이러한 공통점은 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 아이디어에 불과할 뿐이고 오히려 주인공들의 배경, 성격, 그리고 영화각본에 드러나는 주인공들의 목적(Marty는 New York시의 경찰관으로 일하다가 아동납치사건에서 무기를 사용하는 것을 주저하는 바람에 그 아동이 사망하는 사고가 발생한 이후 Waukeena라는 소도시로 와서 자신이 여전히 경찰관으로서 업무를 잘 수행할 수 있다는 것을 스스로 증명해 보이려고 더 열심히 그 지역의 살인사건을 파헤치는 반면, Sam은 옛날에 자신의 부친이 애인과 자신 사이를 갈라 놓은 것에 일종의 적개심을 품고 자신의 부친이 살인자라는 의심이 드는 40년된 살인미제사건을 파헤친다) 등에서 서로 차이점을 보이고 있다는 점을 들고 있다.

반면 추상적 인물유형 뿐만 아니라 그 등장인물의 외모, 성격, 배경, 특성, 다른 등장인물들과의 상호관계 등이 모두 비슷하다면 그 등장인물은 표현에 해당하게 되어 그 유사성은 저작권침해요건으로서의 실질적 유사성을 인정하는 유력한 근거가 될 수 있다. 예를 들어 Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp. 판결<sup>406)</sup>에서 법원은 원고의 연극각본 “Dishonored Lady”와 피고의 연극각본 “Letty Lynton”에 나오는 두 주인공의 공통점을 세세하게 열거한 뒤 이를 실질적 유사성을 인정하는 유력한 사정으로 판시하였다. 법원은 피고의 작품에 나오는 주인공 Letty는 원고의 저작물에 나오는 주인공 Madeleine Cary처럼 태생적으로 변덕스럽고, 스캔들에 연루된 모험적인 부모가 있는데 그 중 한 명은 살해되고 다른 한 명은 사회에서 소외받는 처지가 되었으며, 차원높은 사랑에 의하여 새로운 삶을 찾게 되는 등 등장인물 사이

---

405) 193 F.3d 1241 (11th Cir. 1999).

406) 81 F.2d 4 (2d Cir. 1936).

에 상당한 유사성이 발견된다고 판시하였다. 또한 식인상어에 관한 공포를 다룬 두 영화 사이의 실질적 유사성 여부가 문제된 Universal Studio, Inc. v. Film Ventures Intern., Inc. 판결<sup>407)</sup>에서는 양 작품의 등장인물에 있어서 광적인 공격습성을 가진 상어, 영국 억양을 가진 상어잡이 선장, 식인상어의 등장을 정치적으로 이용하는 정치인, 식인상어의 위험성을 절실하게 호소하는 상어전문가 등의 등장인물에 관한 상세한 묘사가 실질적으로 유사하다는 점을 저작권침해의 한 근거로 판시하였다.<sup>408)</sup>

소설 등에 나타나는 등장인물 또는 캐릭터가 그 자체로서 저작물성을 인정받을 수 있는가 하는 점도 논의의 대상이 되지만, 그 등장인물의 비중이 너무나 커서 등장인물 자체가 이야기를 구성할 정도에 이르는 경우(character constitutes the story being told)에 한하여 자체적인 저작물로 보호받을 수 있다는 것이 미국의 판례이다.<sup>409)</sup>

#### (다) 臺詞

대사(dialogue)<sup>410)</sup> 역시 표현성이 강한 요소 중의 하나이다.<sup>411)</sup> 대사 또는 그 대사에 수반되는 어투는 소설 등을 구성하는 요소들 가운데에서 가장 직접적으로 작가의 사상을 표현하는 수단 중의 하나이다.<sup>412)</sup> 일반적으로 대사의

407) 543 F. Supp. 1134 (D.C.Cal., 1982).

408) 정상조, 전계 논문, 131면에서 인용.

409) Warner Bros. Pictures v. Columbia Broad. Sys., 216 F.2d 945 (9th Cir. 1954).

410) Dialogue는 ‘대화’로 표현하는 것이 더 적절하나, 대화는 두 사람 이상의 존재를 전제로 하는 것인데 어문저작물에 있어서는 언어적 표현이 항상 두 사람 사이에 이루어지는 것이 아니라 독백과 같은 일방적 표현도 있을 수 있으므로, 아래에서는 보다 포괄적인 의미를 가지는 ‘대사’라는 용어를 사용하기로 한다.

411) Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930) 참조.

412) 젊은 법조인이 검사 및 변호사로서 활동하며 겪게 되는 고민과 갈등을 법조계 내부 관계 및 사건 의뢰인들과의 관계를 중심으로 엮은 소설 “하얀나라 까만나라”의 저작권 침해가 문제된 사건에서, 서울고등법원은 어문저작물의 구성요소 중 하나로서 ‘대화와 어투’(dialogue and language)를 들면서 대화와 어투에 있어서의 유사성을 실질적 유사성을 인정하는 하나의 근거로 들고 있다(서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나

유사성은 부분적·문자적 유사성에 해당한다. 대사의 표현성은 그 독창성 및 구체성에 따라 많이 좌우된다. 미적 표현으로서의 성격이 두드러지거나, 비교적 긴 대화는 표현에 해당할 가능성이 크다.<sup>413)</sup>

그러나 모든 대사가 당연히 표현에 해당하는 것은 아니다. 일상 생활 속에서 흔히 반복되는 대사는 소재성이 강하고 다양한 표현가능성이 낮아 보호로 인한 비용이 높다. 그러므로 이러한 유형의 대사는 아이디어로서 공유되는 것이 타당하다. 또한 단순한 구(句)나 절(節) 또는 한 문장으로 이루어진 통상적인 표현은 구체성이 결여되어 있어 표현성이 낮아진다.<sup>414)</sup> 미국 판례 중에는 일련의 가족관계를 “동요하는 네트워크(staggering network)”로, 진흙투성이의 거리를 “우로(牛路, cow path)”로, 보물을 찾아다니는 사람들을 “금을 찾는 사람들의 무리(hordes of gold seekers)”로 표현한 부분을 복제하였다고 하더라도 이는 저작권침해에 해당하지 않는다고 판시한 사례가 있다.<sup>415)</sup> 공통적인 주제로부터 자연스럽게 도출되는 대화내용 역시 보호받지 못한다.<sup>416)</sup>

#### 다. 類似性의 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷

18736 판결, 이 판결에 대한 상고기각판결로서 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다49639 판결). 하지만 어투는 대화 또는 대사에 포함될 수 있는 요소이므로 어투를 별도의 구성요소로 들 필요성까지는 느끼지 못한다.

413) Paramount Pictures Corp. v. Carol Publ'g Group, 11 F.Supp.2d 329, 333 (S.D.N.Y. 1998), aff'd, 181 F.3d 83 (2d Cir. 1999).

414) 짧은 문장이 표현에 해당하는가 하는 점은 일률적으로 말하기 어렵다. 미국 판례들을 살펴 보면, “You've got the right one, uh-huh”는 저작권 보호를 받을 수 없다고 한 사례 {Takeall v. Pepsico, Inc., 14 F.3d 596 (4th Cir. 1993)} 이 있는가 하면, “Euclid alone has looked on Beauty bare”과 “Twas brillig and the slithy toves”, {Heim v. Universal Pictures Co., 154 F.2d 480 (2d Cir. 1946)} , ”I love you E.T.”,와 “E.T. Phone Home” {Universal City Studios, Inc. v. Kamar Indus., Inc., 217 U.S.P.Q.1162 (S.D.Tex. 1982)} 는 저작권 보호를 받을 수 있다고 한 사례도 있다. Paul Goldstein, 전게서, 2:100면 참조.

415) Narell v. Freeman, 872 F.2d 907, 911, 10 U.S.P.Q.2d(BNA) 1596, 1599 (9th Cir. 1989)

416) 위 판례 참조.

표현적 요소를 분리해 내는 두 번째 단계가 끝나면, 마지막 단계로서 표현적 요소에 관한 유사성의 정도가 실질적 유사성에 이를 정도인지를 판정한다. 이 논문의 제5장 제2절에서는 원고 저작물로부터 이용된 부분에 나타난 창작성과 다양한 표현가능성의 정도가 높을수록 실질적 유사성의 인정범위가 넓어진다는 점, 또한 유사성 판정은 원고의 저작물로부터 이용된 부분의 양(量)과 질(質) 두 가지 요소에 의하여 영향을 받는데 그 중 질적 판단기준은 양적 판단기준보다 더 큰 비중을 가진다는 점을 언급하였다.

결국 유사성 판정에 있어서는 원고 저작물 중 창작 인센티브와 밀접한 관련을 가지는 핵심 부분이 무엇인지를 고려하여 그 비중에 따라 유사성을 판단하여야 하는 것이다. 그런데 소설 등은 ‘줄거리’를 중심으로 하는 저작물이므로 유사성 판정에 있어서도 줄거리를 이루는 사건의 전개과정이나 등장인물, 대사가 비중있게 고려되어야 하는 반면, 분위기나 세팅, 속도, 주제 등의 요소는 비록 표현성이 인정된다고 하더라도 그 고려비중이 낮다.

#### (1) 事件의 展開過程에 관한 類似性 判定 - 表現의 具體性 考慮

사건의 전개과정은 유사성 판정에 있어서도 가장 중요한 비중을 차지하는 요소이다. 사건의 전개과정이 유사하다고 하기 위하여서는 이야기 속에 등장하는 사건들의 내용이 유사하여야 하고, 그 사건들이 유사한 방법으로 배열, 조합되어야 한다. 일반적으로 동일한 역사적 사실과 배경을 다루는 어문저작물의 경우에는 이미 확정된 역사적 사실을 그 소재로 하고 있는 관계로 누가 이를 기반으로 소설이나 희곡을 창작하더라도 그 사건전개과정은 비슷하여 질 수 밖에 없으므로, 역사물(歷史物)의 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 이러한 특성을 충분히 고려하여야 한다.<sup>417)</sup> 표현성이 인정되는 사건의 전개과정

---

417) 이른바 ‘까레이스키 사건’에 관하여 대법원은 일제치하에 연해주로 이주한 한인들의 삶이라는 공통된 배경과 사실을 소재로 한 두 작품 사이의 유사성은 공통의 역사적 사실을 소재로 하고 있는 데서 오는 결과일 뿐이라고 하면서 실질적 유사성을 부정한 바 있다(대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결). 반면 정유재판 당시 남원성 싸움에서 조선군민이 일치되어 왜군에 항쟁하다가 옥쇄하였다는 역사적 사실을 그 배경으로 하는 두 희곡의 실질적 유사성에 관하여, 역사적 사실, 인물 또는 배경은 저작권법에 의한 보호를 받는 부분이 아니라 할 것이나, 두 희곡 전체의 구도와 진행방식, 인물설

사이에서도 그 표현의 구체성은 천차만별인데, 구체성이 높은 전개과정의 유사성은 결정적으로 고려되어야 할 요소이지만 구체성이 낮은 전개과정의 유사성만으로 막바로 실질적 유사성이 인정되는 것은 아니다. 따라서 사건의 전개과정에서 나타나는 구체성과 다양성에 있어서 차이가 큰 경우에는 비록 포괄적으로 보면 사건의 전개과정에 있어서 유사한 점이 발견된다고 하더라도 실질적 유사성을 인정하기 어렵다.<sup>418)</sup>

대체적인 국내외 판례의 경향은 실질적 유사성에 이를 정도로 사건의 전개과정이 유사하다고 하기 위하여서는 원고의 저작물에 나타난 사건의 전개과정이 상당히 구체적이어야 하고, 그러한 전개과정의 구체적이고 세부적인 특징들이 피고의 작품에도 나타나 있어야 할 것을 요구하고 있다.<sup>419)</sup> 이러한 점

---

정과 줄거리, 장면설정 및 대사의 흐름이 유사할 뿐만 아니라 역사적 사실을 오인하여 전개한 부분까지 유사한 점을 들어 실질적 유사성을 인정한 하급심 판례(전주지방법원 남원지원 2004. 12. 22. 선고 2002가단3038 판결, 확정)도 있다.

418) 서울남부지방법원 2005. 2. 16.자 2004카합2256 결정. 법원은 이 사건에서 문제되는 만화와 드라마는 모두 삼푸 또는 알약을 이용한 미녀로의 변신과 변신 이후에 일어나는 연예인과의 사귀 등 일련의 사건들을 공통의 소재 및 공통된 사건전개방식으로 취하고 있다는 점에서 유사하다고 보면서도, 신청인의 만화는 못생긴 외모 때문에 따돌림을 받던 여고생 신동선이 우연히 변신약을 손에 넣게 되어 미녀 새라로 변신, 친구들도 만들게 되고 연예인 연빈과도 사귀게 되지만, 이후 연빈에게 변신약의 비밀을 들리게 되어 그 비밀을 지키기 위해 연빈이 시키는 대로 온갖 고생을 하게 된다는 내용으로서 이야기의 구성이 단조롭고 등장인물의 성격 등도 비교적 단순한데 반하여, 피신청인의 드라마는 등장인물의 성격이 보다 다양하고 사건의 전개방식도 복잡하며, 이야기의 구성이나 인물의 심리묘사 등도 치밀하고, 극 전체의 완성도, 분위기 및 기법 등에 격차가 있어 전체적인 느낌으로 볼 때 이 사건 만화와는 그 예술성과 창작성을 달리 하는 별개의 작품이라 봄이 상당하다고 판시하였다. 그 이외에도 이야기의 구성이나 등장인물의 다양성, 복잡성, 치밀성의 차이에 주목한 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 및 원고의 저작물이 22권의 단행본 만환인데 비하여, 피고의 저작물은 A4 용지 약 26면 분량의 시놉시스에 불과해 세부적인 내용의 유사성 판단이 가능하지 않다고 보고 실질적 유사성을 부정한 서울중앙지방법원 2006. 6. 30. 선고 2005가단197078 판결 참조.

419) 남자주인공과 여자주인공의 사랑과 결혼을 둘러싼 두 집안의 이야기를 그린 드라마 대본에 관하여 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결은 양 작품은

때문에 소설 등에 관한 실질적 유사성이 문제되는 경우에도 구체적인 부분에 있어서는 유사하지 않다는 점들을 이유로 원고의 청구가 기각되는 경우가 많다.<sup>420)</sup>

## (2) 登場人物에 관한 類似性 判定 - 登場人物의 獨創性 및 開發程度, 相互關係 考慮

등장인물의 유사성은 그 다음으로 비중있게 고려되어야 할 요소들이다. 등장인물이 유사하다고 하기 위하여서는 등장인물의 외모, 성격, 배경, 특성, 어투 등 등장인물 자체가 유사하여야 하고, 그 등장인물과 다른 등장인물들과의 상호관계가 유사하여야 한다.

이용된 등장인물의 모습, 성격, 신체적 특징, 행동양식, 직업, 성별, 이름, 인종, 습관, 말투 등이 더 구체적으로 개발된 것일수록 실질적 유사성의 인정

---

남녀주인공 집안의 가풍, 남녀주인공이 결혼에 이르게 되는 과정, 남녀주인공의 어머니들 사이의 관계, 결혼에 대한 양 집안의 입장, 주인공 어머니들 사이의 반목, 혼수과정에서의 갈등, 결혼식을 전후한 여자주인공 모녀 사이의 갈등, 결혼 후 시아버지가 며느리의 의견을 존중하고 변화를 허락하는 장면, 양가 어머니들이 결혼 이후에 화해에 이르게 되는 장면, 남자주인공이 결혼 과정에서 여자주인공에게 길들여지는 과정, 주인공 부부가 처갓집에 실망하여 나와버리는 장면 등에서 공통된다고 하여 실질적 유사성을 인정하고 있다.

420) 우리나라의 경우 소설 등의 저작권침해사건에서 실질적 유사성이 인정된 판례로서는 이른바 여우와 솜사탕 드라마에 관한 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결(확정), 정유재란 당시 남원성 싸움을 소재로 한 희곡에 관한 전주지방법원 남원지원 2004. 12. 22. 선고 2002가단3038 판결(확정), 소설 ‘하얀나라 까만나라’에 관한 서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결(상고기각판결로 확정)이 있다. 반면 이른바 드라마 ‘까레이스키’에 관한 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결, 소설 ‘무궁화 꽃이 피었습니다’에 관한 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결, 영화 ‘귀신이 산다’에 관한 서울고등법원 2005. 2. 15.자 2004라362 결정(확정), 영화 ‘애마부인’에 관한 서울고등법원 1991. 9. 5.자 91라79 결정(확정), 무용극 ‘행복은 성적순이 아니잖아요’에 관한 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결(확정), 만화 ‘바람의 나라’ 및 드라마 ‘태왕사신기’의 시놉시스에 관한 서울중앙지방법원 2006. 6. 30. 선고 2005가단197078 판결(2006. 11. 30. 현재 서울중앙지방법원 2006나16757 사건으로 항소심 계속 중)에서는 모두 실질적 유사성을 부정하였다.

범위가 넓어지는 것이므로, 그 유사성이 실질적 유사성으로 이어질 가능성이 크다.<sup>421)</sup> 반면 등장인물의 추상적 유사성은 실질적 유사성의 근거가 되지 않는다. 아울러 그 등장인물이 소설 등에서 차지하는 비중이 크면 클수록 실질적 유사성은 넓은 범위로 인정되어야 한다.

또한 등장인물들의 설정 및 상호관계가 유사성도 유사성 판정에 중요한 영향을 미친다. 예컨대 미첼 마가렛의 “바람과 함께 사라지다”의 저작권 침해 여부가 문제되었던 사건에서 미 연방 제11 항소법원은 피고측 작품인 “The Wind Done Gone”은 위 저작물에서 15명의 캐릭터들(Scarlett O'Hara, Rhett Butler, Bonnie Butler, Melanie Wilkes, Ashley Wilkes, Gerald O'Hara, Ellen O'Hara, Mammy, Pork, Dilcey, Prissy, Belle Watling, Carreen O'Hara, Stuart and Brenton Tarleton, Jeems, Phillippe, Aunt Pittypat)과 그 상호관계를 차용하여 왔다는 점을 실질적 유사성 인정의 한 중요한 근거로서 제시하였다.<sup>422)</sup> 이른바 여우와 솜사탕 사건에 관한 서울남부 지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결<sup>423)</sup>에서도 주요 등장인물 상호간의 갈등구조나 그 조합이 양자 사이에 상당할 정도로 동일하거나 유사하고 그 갈등의 내용이 구체적인 줄거리나 사건의 전개과정을 통하여 볼 때 양자가 상당 부분 대응된다는 점을 실질적 유사성 인정의 근거로 들고 있다.<sup>424)</sup>

---

421) Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), cert denied, 282 U.S. 902 (1931).

422) Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257, 1267.

423) 이 판결은 서울고등법원 2005. 9. 13. 선고 2004나27480호 항소기각판결로 그대로 확정되었다.

424) 양자 모두 ① 남자주인공의 아버지는 제왕적 가부장이자 구두쇠로서 부인과 딸에게 엄격하고 구속적이지만 아들에게는 자유방임적이며, 며느리를 위하는 마음이 각별하여 각본의 후반부에는 며느리 영향으로 부인에게 친절해지며, 중소기업의 사장으로서 겉보기보다 내실이 튼튼한 알부자라는 점, ② 남자주인공의 어머니는 부잣집 고명딸로 태어나 고등학교 때도 집안이 부유하고 학력이 좋은 편이었으나 가난한 남자에게 시집간 이후로 현재의 신세를 한탄하고 심애(구자)에 대해 질투심을 느끼고, 아들에게 집착하는 편이며, 남편의 권위에 순종하는 편이지만 동시에 남편에게 조아리며 사는 신세에 대한 불만이 있고, 약간의 사치에 대한 열망이 있으면서 주책없고 빈정거리기 좋아하는

### (3) 臺詞에 관한 類似性 判定 - 臺詞의 比重 및 흐름의 調節樣式 고려

대사의 유사성은 부분적·문자적 유사성의 문제이기 때문에 다른 요소에 비하여 판단하기가 쉽다. 대사의 유사성은 별지의 형식으로 정리되어 소장이나 판결에 첨부되는 경우가 많다. 대사의 표현 자체는 평범하다고 하더라도 그 대사가 전체의 흐름 속에서 차지하는 비중이 큰 의미있는 것이라면, 이러한 맥락의 대사를 가져오는 것은 전체적으로 실질적 유사성을 판단할 때에 비중 있게 고려되어야 한다.<sup>425)</sup> 따라서 일에 중독된 아버지가 크리스마스 이브에 아들이 좋아하는 가장 인기있는 장난감을 사기 위하여 장난감 가게에 급하게 들어서서 그 장난감을 골랐다가 갑자기 멈추어 스스로에게 “내가 무엇을 하고 있는 것이지?”(What am I doing?)이라고 자문하고 장난감을 반납하는 장면에 있어서 “내가 무엇을 하고 있는 것이지?”라는 대사는 지극히 일반적인 것이지만 만약 그 대사가 이야기의 핵심과 맞닿아 있는 중요한 대사라면 비슷한 맥락과 장면에서 위와 동일한 대사를 사용하는 것은 실질적 유사성을 인정하는

---

경향을 가지는 점, ③ 여자주인공의 아버지는 가정적이고 현대적인 가장으로서 구박받는 남자주인공 사위를 감싸주고 좋아하고, 부인을 위하는 마음이 지극한 공처가 스타일인 점, ④ 여자주인공의 어머니는 고등학교 때는 평범하다가 현재는 상당한 부를 가지고 있고, 주인공인 딸에 대한 기대가 크고 페미니스트적인 사고방식을 가지고 있으며, 주인공 외 다른 딸에 대해서는 보수적이고 조건 좋은 남편 만나 시집가는 것을 매우 중요하게 생각하고, 조건이 좋은 사위와 그렇지 않은 사위에 대한 차별이 심한 점, ⑤ 남자주인공은 어머니의 사랑을 많이 받고, 자유인으로 살아가는 인생에 대한 동경이 있으며, 욕하는 성질과 허풍이 심하고 능글맞으며, 외모가 준수해서 여자들로부터 인기가 좋아 결혼 전 여러 여자를 사귀고, 여자주인공과 결혼할 생각이 없었으나 결국 결혼하게 되었는데, 아내에게 걸으로는 엄격하지만 실은 공처가로서 부드러운 면이 있어 부인이 계속 공부하는 것을 인정해 주고 도와준다는 점, ⑥ 여자주인공은 어려서부터 수재로서 명문대학을 졸업한 엘리트 여성으로 어머니의 공부에 관한 전폭적인 지원을 받고 커다란 기대를 받아왔으며, 자기의견이 확실하지만 고지식한 면이 있고 당차고, 자기 일이 자기 뜻대로 되지 않으면 잘 울고 남편(혼전 남자주인공)을 때리기도 하며, 시집에서 잘 적응하고 시아버지와 관계가 돈독하며 의외로 애교를 잘 부린다는 점에서 각각 공통된다.

425) Universal City Studios, Inc. v. Kamar Indus., Inc., 217 U.S.P.Q.1162 (S.D.Tex. 1982)에서 법원은 원고가 제작한 영화 ET에서 “I love you, E.T.”와 “E.T. Phone Home”이라는 중요한 대사내용을 이용한 것을 저작권침해라고 판단하였다.

하나의 요소가 될 수 있다.<sup>426)</sup>

만화에 있어서는 대사의 유사성 자체 뿐만 아니라 대사의 흐름을 어떻게 조절하였는가가 중요한 고려요소가 될 수 있다. 만화는 이야기를 전개해 나감에 있어서 지면을 다양한 크기와 모양의 칸으로 분할하여 그 분할된 해당 칸에 구상한 장면 및 대사를 담아내는데, 이 때 말풍선 내의 대사의 흐름, 대사를 끊어주는 시점, 컷 나누기, 개개 컷의 구성 등이 유사한지 여부가 고려된다.<sup>427)</sup>

**(라) 其他 要素들의 考慮 - 主題, 세팅, 霧圍氣, 速度는 주로 消極的 要素로 考慮**

주제나 세팅, 분위기, 속도는 표현성이 부정될 가능성이 클 뿐만 아니라 표현성이 인정된다고 하더라도 그 유사성은 실질적 유사성을 인정하는 데에 중요한 비중을 차지하지 않는다. 다만 이러한 요소들이 다른 경우에는 실질적 유사성을 부정하는 근거로서 활용될 가능성은 크다.

따라서 주제가 다른 경우에는 실질적 유사성이 부정될 가능성이 크다.<sup>428)</sup> 예컨대 공룡이 서식하는 인조공원을 배경으로 한 소설 주라기공원과 동명의 영화 사이의 저작권침해가 문제된 사건에서 법원은 실질적 유사성을 부인하는 근거 중 하나로서, 주라기공원은 유전공학, 이기심, 욕심, 자연이 통제 대상

---

426) Melody Jackson, *Jingling All the Way to the Bank, A Real-Life Screenwriter's \$ 19,000,000 Story*, *Creative Screenwriting*, March/April 2002 at 12, Nick Gladden, *When California Dreamin' Becomes a Hollywood Nightmare ; Copyright Infringement and the Motion Picture Screenplay : Toward an Improved Framework*, 10 *J.Intell.Prop.L.* 359, 382에서 재인용.

427) 이른바 만화 삼국지에 관한 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다47782 판결.

428) 다만 현실적으로는 다른 표현적 요소들은 실질적으로 유사한데 주제만 다른 상황을 상정하기는 쉽지 않으므로 단지 주제가 다르다는 사유 하나만으로 실질적 유사성을 부인하는 경우는 거의 없을 것이고, 오히려 주제가 다르다면 그 주제를 구현하기 위한 분위기(Mood)나 등장인물의 설정, 사건전개의 내용 등 구체적 표현양식 역시 달라질 가능성이 커지게 될 것이므로, 이러한 점들을 종합하여 실질적 유사성이 부정된다고 보는 것이 더욱 정확할 것이다.

이 된다고 믿는 인간의 오만불손함 등을 그 주된 주제로 하는 반면 원고의 공룡 관련 아동용 도서에서는 그러한 주제들을 발견할 수 없다는 점을 들고 있다.<sup>429)</sup>

분위기가 다른 경우도 마찬가지이다. 따라서 비슷한 내용의 줄거리라고 하더라도 이를 담백하고 명량한 분위기에 담아낸 작품과 뒤틀리고 냉소적인 분위기에 담아낸 작품은 일반인들에게 서로 다른 느낌을 주기 때문에 실질적 유사성이 인정되지 않을 가능성이 크다. 예컨대 고향으로 돌아온 여성 형사가 남성 중심의 경찰관 사회에서 자신에게 닥치는 생명의 위험을 무릅쓰고 수상한 살인사건들을 파헤치는 것을 내용으로 하면서 긴박하게 진행되면서 진지하고 긴장된 분위기를 풍기는 원고의 영화각본 “Concealed”와, 살인사건을 조사한다는 공통된 내용을 대상으로 하면서도 주인공에 대한 위협이나 폭력은 존재하지 않고 주인공들 사이의 로맨스에도 초점이 맞추어져서 느릿한 속도로 진행되면서 긴박감없이 관객으로 하여금 심사숙고하게 만드는 피고의 영화각본 “Lone Star” 사이에는 분위기와 속도가 다르고, 이는 실질적 유사성을 부인하는 하나의 근거로 사용될 수 있다는 판례,<sup>430)</sup> 매일 반복되는 날의 함정 속에 갇혀 버린 사람을 주제로 한 소설과 영화 사이의 실질적 유사성을 판단함에 있어서, 원고의 소설 “One Fine Day”는 어둡고 내성적이고 불가사의한 분위기의 작품으로서 주인공인 Rob이 매일 반복되는 날로부터 탈출하지 못하는 것으로부터 느끼는 절망과 좌절이 소설 전반에 퍼져 있는 반면, 피고의 영화 “Groundhog Day”는 주인공인 Phil이 같은 상황 속에서 감수성이 예민한 사람으로 변화하면서 Rita라는 여자와 사랑에 빠지게 되는 것을 그리면서 전반적으로 유머와 로맨스가 깔려 있다는 분위기상의 차이점을 제시하면서 이러한 분위기의 차이로 인하여 두 작품의 전체적인 관념과 느낌이 달라졌다는 점을 판시한 판례<sup>431)</sup> 등이 그 사례들이다. 우리 나라 하급심 판례로서, 시나리오 ‘야망의 도시’와 드라마 ‘유산’의 실질적 유사성이 문제된 사건에서, ‘야망

---

429) Williams v. Crichton, 84 F.3d 581, 589 (2d Cir. 1996).

430) Herzog v. Castle Rock Entm't 193 F.3d 1241, 1259 (11th Cir. 1999).

431) Arden v. Columbia Pictures Indus., Inc., 908 F.Supp. 1248, 1260 (S.D.N.Y. 1995).

의 도시’는 단순하고 짧은 줄거리의 실험성 짙고 혼한 외화풍의 폭력 추리물인 반면, ‘유산’은 복잡하고 늘어진 전형적 한국풍의 심리극적 장편 홈 드라마인 점에서 작풍(作風)이 다르다는 것을 실질적 유사성을 부정하는 근거의 하나로 들고 있는 판례<sup>432)</sup>, 불교의 윤회사상을 바탕으로 남녀 간의 애절한 사랑을 서정적인 묘사한 전형적이고 전통적인 문학작품과 코믹 공포영화로서 전체적으로 해학적이고 가벼운 인상을 주는 현대적인 형태의 귀신영화 사이의 분위기 차이를 실질적 유사성 부정근거로 들고 있는 판례<sup>433)</sup>가 있다.

### 第3節 音樂著作物

#### 1. 音樂著作物의 意義

우리나라 저작권법에서는 음악저작물에 대한 별도의 개념 조항을 두고 있지 않다. 일반적으로 음악저작물은 “소리의 높이, 길이, 세기를 조화시켜서 일정한 느낌이나 감정을 창작적으로 표현한 것<sup>434)</sup>”, 또는 “음(音)에 의하여 표현된 저작물<sup>435)</sup>”로 정의된다. 어떠한 정의에 의하더라도 음악저작물은 음(音) 또는 소리를 그 핵심요소로 한다.

음악은 악기를 수단으로 하는 기악과 사람의 소리를 수단으로 하는 성악으로 나누어지는데, 그 중 성악에는 가사가 수반되는 경우가 대부분이다. 소리가 아닌 글이나 말로 이루어진 가사는 원래 어문저작물의 성격을 띠는 것이나, 소리와 결합할 때 넓은 의미의 음악저작물의 일부를 이루게 된다.<sup>436)</sup> 이와 같이 음악저작물은 소리를 필수적인 수단으로 하되, 경우에 따라 가사를 보조적 수단으로 하는 창작물이므로, 음악저작물은 소리를 바탕으로 하여 사상이나 감정을 표현한 창작물이라고 정의할 수 있다.

432) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결(확정).

433) 서울고등법원 2005. 2. 15.자 2004라362 결정(확정).

434) 정상조, 전계서, 238면.

435) 송영식, 이상정, 저작권법개설, 전정판, 세창출판사, 2000, 58면 ; 허희성, 신저작권법 축조개설(上), 저작권아카데미, 2000, 106면 ; 오승중 외 1, 전계서, 59면.

436) 미국 저작권법에서는 악곡에 수반되는 가사가 음악저작물의 일부임을 명시하고 있다. 17 U.S.C. §102(a).

음악저작물을 구성하는 소리는 악보의 형태로 표현될 수도 있고, 음반의 형태로 고정될 수도 있다. 그러나 악보나 음반 자체가 독립하여 음악저작물이 되는 것은 아니다. 그러므로 악보나 음반을 복제하는 것은 이에 내재되어 있는 음악저작물을 복제하는 것이 되어 음악저작권의 침해를 형성하는 것이다. 저작권법 제2조 제14호에서는 복제의 개념을 정의하면서 ‘악보’를 저작물의 하나로 예시하고 있는 듯한 표현을 사용하고 있으나, 악보는 음악을 고정하기 위한 매체나 수단일 뿐 그 자체가 음악이 될 수는 없다.<sup>437)</sup> 한편 저작권법상 음반제작자는 음악저작물의 창작자와 별도로 음반에 대한 저작인접권<sup>438)</sup>을 부여받고 있다.

음악저작권 침해사건의 대부분은 고전음악(classical music)이 아닌 대중음악(popular music)의 영역에서 발생한다.<sup>439)</sup> 이는 대중음악의 수요자가 훨씬 광범위하여 그 경제적인 가치가 훨씬 크기 때문이다. 음반제작이나 인터넷

---

437) 채명기, “악보를 저작물로 지칭, 문제있다.” 저작권문화 제122호, 저작권심의조정위원회, 2004년 10월호, 19면.

438) 우리나라 저작권법에서는 음반제작자에게 복제·배포권(제67조), 음반의 거래제공 및 대여허락권(제67조의 2), 전송권(제67조의 3), 방송사업자의 음반제작자에 대한 보상청구권(제68조)을 인정하고 있다.

439) 그 동안 국내 가요계에서는 끊임없이 표절논란이 있어 왔다. 과거에는 주로 국내 가수들이 외국 노래를 표절한 것과 관련한 논란이 있었다. 표절의 원곡으로 회자되고 있는 외국 노래들을 모은 편집음반이 정식음반으로 발매되기도 하였다(예컨대 ‘디 오리지널’(The Original)이라는 이름의 이 음반에는 여성 3인조 그룹 S.E.S의 히트곡 ‘드림스 컴 트루’와 흡사한 2인조 댄스그룹 ‘나일론 비트’의 ‘라이크 어 폴’, ‘룰라’의 ‘날개 잃은 천사’와 자주 비교된 래퍼 ‘새기’의 ‘오 캐롤라이나’, 남성 댄스그룹 ‘신화’의 ‘네버 캔 리와인드’가 표절했다는 시비가 있는 ‘백스트리트 보이즈’의 ‘더 폴’, 여성 3인조 ‘O-24’의 ‘블라인드 페이스’와 비슷한 미국 10대 여자가수 브리트니 스피어스의 ‘웁스 아이 디드 이트 어게인’ 등 16곡이 수록되었다. 2001. 8. 20.자 문화일보 참조). 반면 이른바 한류열풍이 불면서 우리나라 가수들이 부른 노래들이 아시아권의 다른 나라에서 표절되었다는 의혹도 제기된 사례도 있다. 헤럴드경제 2005. 3. 10.자 기사에 의하면 대만의 인기 여가수 왕심룡의 신곡 ‘허니’가 이정현의 ‘섬머댄스’를 표절하였다는 의혹이 제기되었다. 하지만 이러한 사례들은 모두 논란으로만 그쳤을 뿐 실제 법원에 소송이 제기된 사례는 거의 없었다.

과일공유와 관련된 분쟁도 대부분 대중음악에 관하여 발생한다.

## 2. 音樂著作物의 特性

### 가. 소리가 傳達하는 느낌이나 觀念에 그 價値가 있음

음악저작물은 소리를 그 핵심요소로 하고 있기 때문에 인간의 청각(聽覺)을 통하여 감정에 직접 호소하는 표현물이다. 소리가 인간의 귀에 전달되면 어떠한 감정과 느낌을 불러일으키게 된다. 그리고 소리의 발생과 전달, 감흥의 발생이라는 일련의 과정에서 논리적인 인식작용이 개입될 여지가 적다. 그러한 의미에서 음악저작물은 감성적인 저작물이다. 이는 컴퓨터프로그램이나 지도와 같은 기능적 저작물과 비교할 때에도 그러할 뿐만 아니라, 시각(視覺) 이외에도 지각(知覺) 작용을 요구하는 어문저작물과 비교할 때에도 그러하다.

이와 같은 음악저작물의 감성적 특성은 그 저작권침해여부를 판단함에 있어서도 충분히 고려되어야 한다. 따라서 음악저작물의 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 실제 음악을 듣는 사람이 가지는 느낌이나 관념이 중요한 요소로 고려되어야 한다.

### 나. 利用可能한 素材에 限界가 있음

음악저작물이 저작물로서의 가치를 가지기 위하여서는 사람들이 선호하는 감정과 느낌을 불러일으킬 수 있어야 한다.<sup>440)</sup> 창작자들은 소리의 고저와 장단, 강약을 적절하게 사용하여 이와 같은 목적을 달성하고자 한다. 이론적으로는 소리배합의 경우의 수는 대단히 많지만 그 중 사람들의 귀에 긍정적으로 호소할 수 있는 소리의 배합은 제한되어 있다.<sup>441)</sup>

예컨대 가락의 경우 서양음악에서는 도(C), 레(D), 미(E), 파(F), 솔(G), 라

---

440) 사람들이 선호하는 감정과 느낌이 반드시 밝고 행복한 것을 의미하는 것은 아니다. 때로 사람들을 슬프게 하는 어두운 음악이나, 사람들의 호기심을 자극하는 복잡하고 기괴한 음악도 사람들의 선호대상에 포함될 수 있다.

441) Darrell v. Joe Morris Music Co., 133 F.2d 80 (2d. Cir. 1940) 판결에서는 “음표의 배열가능성은 매우 많지만 그 중 일부의 배열만이 듣기 좋은 느낌을 주고, 그보다도 더 적은 숫자의 배열만이 대중의 유아적인(infantile) 취향에 부합하므로, 동일한 음의 배열이 반복된다고 하여 곧 표절이 되는 것은 아니다”라고 판시하고 있다.

(A), 시(B)의 7음으로 이루어진 7음 음계(heptatonic)를 그 기본으로 사용하고, 우리나라 음악의 경우 흔히 5성(五聲)이라고 알려진 궁(宮;C)·상(商;D)·각(角;E)·치(徵;G)·우(羽;A)의 5음으로 이루어진 5음 음계(pentatonic)를 사용하는 등, 현실세계에 존재하는 수많은 소리 가운데에서도 실제 음악저작물의 소재로 쓰여지는 음은 제한되어 있다. 또한 음악을 연주하는 수단의 한계를 고려하여야 하므로, 위와 같이 제한되어 있는 음들 가운데에서도 일정한 음역(音域) 이내에 존재하는 음들만 사용될 수 있다. 특히 성악곡의 경우 사람의 목소리가 낼 수 있는 음역이 넓지 않아 그 제한이 더욱 크다.

화음과 관련하여서 보더라도 화음에는 어울림음(協和音)과 안어울림음(不協和音)이 있는데, 안어울림음만으로 이루어진 음악은 사람들이 선호하는 감정과 느낌을 불러 일으키기 어렵다.

소리의 장단이나 강약을 그 구성요소로 하는 리듬 역시 시대에 따라 표준화되어 있는 리듬들이 존재할 뿐만 아니라 악보에 표기되어야 한다는 제약 때문에 다양성을 추구하는 데에도 한계가 존재한다.

이러한 음악저작물의 소재상 한계는 특히 아이디어와 표현을 구분하는 데 있어서 충분히 참작되어야 한다.

### 3. 音樂著作物의 實質的 類似性 判斷

#### 가. 對比를 통한 類似性 要素 確定

##### (1) 對比觀點

어문저작물에서 설명하였던 것처럼 일반 수요자 이론이 그대로 적용된다. 여기에서 음악저작물의 수요자는 그 음악이 의도하는 청중을 의미한다.<sup>442)</sup> 그러므로 주로 10대를 위한 대중음악이라면 10대 청소년의 관점에서, 클래식 음악이라면 클래식을 즐기는 대중의 관점에서 그 유사성 여부를 판단한다. 같은 맥락에서 음악 전문가가 음악저작물의 수요자라면 그 관점에서 실질적 유사성 여부를 판단하여야 한다. Dawson v. Hinshaw Music, Inc. 판결<sup>443)</sup>은

442) Paul M. Grinvalsky, Idea-Expression in Musical Analysis and the Role of the Intended Audience in Music Copyright Infringement, 28 Cal.W.L.Rev. 395 (1991).

또한 Dawson v. Hinshaw Music, Inc., 905 F.2d 731, 737 (4th Cir. 1990) 참조.

443) 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990).

이러한 사안을 다루고 있다. 이 사건에서는 흑인영가를 편곡하였던 Dawson 이, 같은 곡을 유사하게 편곡한 Martin 및 그 편곡 악보를 출판한 출판사인 Hinshaw사를 상대로 저작권침해를 주장하였다. 1심 법원에서는 음악전문가의 분석에 의하면 Dawson의 편곡은 그 패턴이나 주제 및 구성에 있어서 다른 흑인영가와 구별되는 참신함이 있고, 이러한 참신한 패턴은 Martin의 편곡에서도 유사하게 나타난다고 인정하면서도, 보통 관찰자 테스트에 의하여 일반인에게 두 악보를 제시하였을 때에는 일반인이 양자가 실질적으로 유사하다고 판단할 것인지 여부는 알 수 없다고 하여 원고의 청구를 기각하였다.<sup>444)</sup> 그러나 항소심 법원인 연방 제4항소법원에서는 ‘의도된 관찰자 테스트’(intended audience test)의 당위성을 역설하면서 일반 대중가요와는 달리 흑인영가의 편곡물은 주로 합창단 지휘자들에 의하여 구매될 가능성이 높다는 이유로 전문성을 가진 음악인의 관점에서 실질적 유사성 여부를 판단하는 것이 타당하다고 판시하여 원심 판결을 파기하였다.

## (2) 對比方法

음악저작물은 그 표현에 일정한 시간을 요구할 뿐만 아니라, 그 시간 동안은 다른 음악저작물을 중복하여 감상하기 어렵다는 특성이 있다.<sup>445)</sup> 물론 두 작품의 악보를 놓고 이를 동시에 비교·분석하는 것은 가능하다. 하지만 악보 자체는 음악저작물이 고정되어 있는 매체에 불과할 뿐 독립적인 음악저작물에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 악보를 통한 동시비교·분석은 음악저작물의 일반적인 수요자들이 아닌 음악전문가들에 의하여서만 행하여질 수 있는 방법에 불과하다. 따라서 음악전문가가 아닌 법관이나 배심원들이 음악저작물의 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 두 개의 음악작품을 순차적으로 감상하는 것

444) 이 사건은 배심원에 의하지 않고 판사가 사실인정을 한 소위 Bench Trial 사건이었다. 한편 원고인 Dawson은 증거로서 양 편곡의 악보들만 제시하였을 뿐 녹음물은 제시하지 않았으므로 법원은 악보들에 의하여서만 실질적 유사성 여부를 판단하였다.

445) 이에 반하여 시각적 저작물은 관찰 즉시 감흥을 불러일으키므로 동시비교가 가능하고, 어문저작물 역시 엄밀한 의미의 동시비교가 가능하지는 않지만 이 역시 시각을 통하여 인지되는 저작물이므로 부분적·비문자적 유사성과 관련하여서는 동시비교가 가능하다.

이 필수적이다. 악보를 동시에 비교·분석할 수 있는 능력을 가진 음악전문가라고 하더라도 이 방법에 전적으로 의지하는 것이 아니라 통상 먼저 두 작품을 순차적으로 들어본 뒤에(audition) 악보를 비교하는(transcription) 순서에 따라 검토한다.<sup>446)</sup>

이러한 대비과정에서 유사한 감흥이 일어나는지를 검토하고, 어떠한 요소로 인하여 유사성이 유발되었는지를 확정한다. 경우에 따라서는 유사한 요소가 존재함에도 불구하고 그 요소로 인하여 생성되는 느낌은 다를 수 있다. 예컨대 가락의 핵심적인 부분을 차용하더라도 프레이즈 끝 부분에 다른 음을 부가하는 등의 기술적인 변형을 가하거나, 장조에서 단조로 변경하는 등 전반적인 분위기를 바꾸거나, 리듬과 화음 또는 연주악기를 변경하는 등의 방법으로 전체적인 느낌을 다르게 하는 것이 가능하다. 이러한 경우에는 음악전문가의 관점에서 유사한 요소가 존재하는지를 확정할 필요가 있고, 경우에 따라서는 음악전문가의 감정이 필요할 수도 있다.

#### 나. 表現的 要素의 確定

대비를 통하여 유사성 요소가 확정되면 그 중 저작권에 의하여 보호되는 표현적 요소가 무엇인지를 가려낸다. 음악저작물은 일반적으로 ① 가락, ② 리듬, ③ 화음으로 구성된다. 이러한 세 가지 요소들이 일정한 질서에 따라 선택, 배열된 것을 음악적 구조라고 한다.<sup>447)</sup>

실질적 유사성의 일반적 판단기준 중 실체적 측면을 논함에 있어서, 아이디어와 표현의 구분에 있어서는 당해 요소의 구체성, 독창성, 다양한 표현가능성, 소재성, 보호비용 등을 고려하여야 한다고 제시한 바 있다. 음악저작물에 있어서 가장 구체적이고 독창적이며 다양한 형태로 표현되는 것은 가락이다.

---

446) Mark Avsec, Nonconventional Musical Analysis and Disguised Infringement : Clever Musical Tricks to Divide the Wealth of Tin Pan Alley, 52 Clev. St. L. Rev. 339, 354 (2004).

447) 그 이외에도 어문저작물의 성격을 가지는 가사가 음악저작물의 일부를 이룰 수 있다는 것도 위에서 본 바와 같다. 다만 가사에 있어서 아이디어와 표현의 구분은 어문저작물에 있어서와 유사하므로 여기에서는 순수한 음악적 요소에 대하여서만 살펴보도록 한다.

일반적으로 창작자는 가락의 생성과 표현에 가장 많은 정신적 노력을 투여하고, 음악을 소비하는 주체 역시 가락에 의하여 그 이용 여부를 결정한다. 그러므로 음악저작물 중 창작 인센티브와 밀접한 연관성을 가지는 요소로서 표현성이 가장 강한 것은 가락이다. 반면 리듬과 화음은 일종의 소재로서 기능하는 경우가 많고 관행에 구속되는 경우가 많아 다양한 표현가능성이 제약되며 이를 보호하는 데에 들어가는 사회적 비용이 크다. 이러한 면에서 리듬과 화음은 아이디어성이 강하다고 할 수 있다.

## (1) 아이디어성이 강한 要素

### (가) 리듬

리듬은 음의 장단과 강약이 시간적으로 조합된 것이다.<sup>448)</sup> 가락이 음악저작물의 내용물에 해당한다면 리듬은 그 내용물을 담아내는 골격에 해당한다. 미국의 음악학자인 Christine Ammer는 리듬이 유형(pattern), 박자(beat), 속도(speed)의 세 가지 요소로 나누어진다고 하였다.<sup>449)</sup> 이와 같이 속도가 리듬의 한 요소에 불과한 이상 속도를 나타내는 템포(tempo)는 리듬과 같은 차원의 개념이 아니라 리듬의 하위개념으로 파악하는 것이 타당하다. 가장 보편적인 리듬의 예로서 4분의 3 박자의 경우 “강-약-약”, 4분의 4 박자의 경우 “강-약-중간-약”의 리듬을 들 수 있다.

리듬은 추상적인 형태로 표현된다. 또한 시간과 강조점을 조절함으로써 리듬에 어느 정도까지 변화를 줄 수 있지만 음악의 관행상 리듬의 다양성은 제한되어 있다. 따라서 일반적으로 리듬이 창작성있는 표현에 해당한다고 하기는 어렵다.<sup>450)</sup> 따라서 리듬은 음악의 세 가지 요소 가운데 아이디어성이 가장 강한 요소라고 할 수 있다.

다만 그 리듬의 독특한 정도가 매우 높아서 그 리듬을 들으면 막바로 어떠

---

448) 이성호, “저작권침해 여부의 판단기준과 각종 저작물의 유형별 특성에 따른 실제적 적용”, 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집, 법실천의 제문제(1996), 730면.

449) Christine Ammer, *The Harper Dictionary of Music* (2d ed. 1987), 357면.

450) 이성호, 전계 논문, 730면, *Northern Music Corp. v. King Record Distrib. Co.*, 105 F.Supp. 393 (S.D.N.Y. 1952).

한 곡이 생각날 정도에 이른다면, 그러한 리듬은 창작성있는 표현에 해당하므로 이를 차용하는 경우 표현에 관한 실질적 유사성이 인정될 가능성이 크다. 또한 특정한 경우에는 가락이 일정한 형태로 계속하여 반복됨으로써 마치 리듬과 같은 기능을 수행하는 경우도 있다. 이러한 경우 그러한 의미의 리듬은 관행적인 표현이 아니라 그 곡에 독창적인 표현일 가능성이 크다. 예컨대 Fred Fisher v. Dillingham 판결<sup>451)</sup>에서는 두 작품의 가락이 유사하지 않음에도 불구하고 유사한 오스티나토(ostinato)를 사용하는 경우에 저작권침해를 인정하였다. 오스티나토는 어떤 일정한 음형(音型)을 같은 성부(聲部)에서 같은 음높이로 계속 되풀이하는 수법으로서 리듬 그 자체는 아니지만 리듬과 매우 유사한 기능을 수행한다.

#### (나) 和音

화음은 높이가 다른 2개 이상의 음이 동시에 울려서 생기는 합성음이다.<sup>452)</sup> 화음은 그 자체가 곡을 주도한다기보다는 가락을 보조하면서 전체적으로 곡의 분위기를 깊고 풍성하게 나타내는 역할을 수행한다.

모든 화음은 구성음들 사이에 어울리는 정도에 따라 어울림음(協和音)과 안어울림음(不協和音)으로 구분된다. 안어울림음만으로 음악이 이루어지는 경우 음악의 수요가 많지 않을 것이므로, 통상 어울림음을 위주로 전개하되 음악적 표현을 위하여 필요한 경우에는 안어울림음을 삽입한다. 어울림음을 위주로 한 악곡 구성에 있어서는 1도(I) 화음(으뜸화음), 4도(IV) 화음(버금딸림화음), 5도(V) 화음(딸림화음)의 주요 3화음과 같이 주로 많이 사용되는 표준적인 화음들이 있다. 이러한 화음들은 음악적 창작과정에 있어서 일종의 소재로서 기능하는 것이므로 아이디어로서의 성격이 강하다.

다만 화음 자체가 아닌 화음의 전개(chord progressions)는 경우에 따라 표현으로서의 성격을 가지게 될 수도 있다. 보편적인 화음의 전개는 아이디어의 영역에 속하므로 이것이 유사하다고 하여 실질적 유사성이 인정될 수는 없으나,<sup>453)</sup> 독특한 화음의 연속적인 전개는 저작권법에 의하여 보호받는 표현에

---

451) 298 F. 145 (S.D.N.Y. 1924).

452) 동아세계대백과사전 30권, 동아출판사, 1988, 30면

해당한다. 그러므로 이와 실질적으로 유사한 화음의 전개가 피고의 작품에 나타나 있다면 실질적 유사성을 인정할 가능성이 높아진다.<sup>454)</sup> 예컨대 Gaste v. Kaiserman 판결<sup>455)</sup>에서 미 연방 제2항소법원은 원고의 저작물에 나타나 있는 ‘독특한 음악적 지문’(unique musical fingerprint)에 주목하였다. 판결 이유에 의하면 대부분의 음악에 있어서 속 7도 화음(dominant seventh chord)<sup>456)</sup>은 그보다 네 음이 높은 장조 또는 단조의 화음으로 전개되는 것으로서 예컨대 B 속7도 화음의 경우 E 속7도 장조 또는 단조의 화음으로 전개되는 것이 통상적인 예인데, 이 사건에서 문제된 두 음악저작물은 모두 이러한 화음전개방식을 따르지 않고 매우 독특한 조옮김을 통하여 창의적인 방법으로 화성이 전개되면서 그 전개방식이 동일하였다. 원고 측 전문가는 “어떠한 곡에서도 이와 같이 독특한 방법에 의한 변형을 보지 못하였다”라고 증언하였으며, 법원 역시 이러한 경우에는 위 화성전개에 표현성이 인정될 수 있다고 판시하였다.

또한 우리 나라 하급심 판례로서는 가요 "칵테일 사랑"은 주멜로디를 그대로 둔 채 코러스를 부가한 이른바 "코러스 편곡"으로 코러스가 상당한 비중을 차지하고 있고, 코러스 부분이 단순히 주멜로디를 토대로 단순히 화음을 넣은 수준을 뛰어넘어 편곡자의 노력과 음악적 재능을 투입하여 만들어져 독창성이 있으므로, 저작권법상 2차적 저작권으로서 보호받을 만한 창작성이 있다고 한

---

453) McRae v. Smith, 968 F.Supp. 559, 562, 44 U.S.P.Q. 2d(BNA) 1131 (D.Colo. 1997) 판결에서는 I-IV-V 진행으로 알려져 있는 두 노래의 화성(chord) 진행은 서양음악에 있어서 가장 흔한 화성진행으로서 현저한 유사성을 인정하는 근거가 될 수 없다고 판시하였다.

454) John R. Autry, Toward a Definition of Striking Similarity in Infringement Actions for Copyrighted Musical Works, 37 J.Intell.Prop.L. 113, 134 (2002).

455) 863 F.2d 1061, 9 U.S.P.Q.2d(BNA) 1300 (2d Cir. 1988).

456) 7도 화음은 가장 낮은 음에서 가장 높은 음까지의 거리가 7도에 해당하는 경우로서 ‘도’가 출발음이라면 ‘시’가 7도 화음이다. 그러므로 일반적으로 7도 화음은 ‘도-미-솔-시’로 구성된다. 한편 속 7도 화음은 기본음(root) - 장3도(3rd) - 단3도(5th) - 단3도(7th)로 구성된 화음이다.

[http://cafe.naver.com/music sense/626\(2005.11.15.\)](http://cafe.naver.com/music sense/626(2005.11.15.))

사례<sup>457)</sup>가 있는데, 이는 가락화한 화음의 표현성을 인정한 예이다.

## (2) 表現性이 강한 要素

리듬이나 화음과 달리 가락은 표현성이 강한 요소이다. 가락은 고저(高低)와 장단(長短)이 있는 음의 연속이다.<sup>458)</sup> 여기에서의 “음”은 특별한 사정이 없는 한 기존 음계에 기반을 둔 정돈된 음 또는 고른 음을 의미하고, “연속”은 음악적 표현의도를 지닌 계속성을 의미한다.

한편 가락은 음의 고저(pitch) 뿐만 아니라 음의 장단(duration)이 복합된 것이다. 예를 들어 다(C)장조로 편곡된 동요 산토끼에서 처음 부분인 “산토끼 토끼야”는 음의 고저라는 측면에서는 “솔미미 솔미도”로 표현되고, 음의 장단이라는 측면에서는 “2분음표(□□)(솔) - 이하 4분음표(↓)(미미 솔미도)”로 표현된다. 이 두 가지가 합쳐졌을 때 우리가 산토끼의 처음 부분으로 알고 있는 음악이 표현되는 것이다. 이처럼 음의 고저와 장단이 어우러져 다채로운 내용의 가락을 만들어내는데, 음의 장단은 리듬의 구성요소이기도 하므로, 가락과 리듬은 완전히 분리된 요소가 아니라 서로 교차하는 부분을 공유하는 관계를 가지는 관련 요소이다.

가락은 창작자의 창작성이 고스란히 발현되는 표현적 요소로서 음악저작물에 있어서 가장 핵심적인 비중을 차지한다. 두 작품 사이의 실질적 유사성에 대한 느낌은 하나의 음악저작물을 먼저 감상한 뒤 머리 속에 청각적인 잔상(殘像)을 가지고 있다가, 다른 음악저작물을 감상하면서 그 잔상과 비교하는 과정에서 발생하게 된다. 그런데 사람들의 기억 속에 남겨지는 음악의 잔상은 가락일 가능성이 크다. 그러므로 음악저작물의 실질적 유사성 판단에 있어서 가락이 차지하는 비중은 매우 크다고 할 것이다.

그러나 가락이라고 하여 무조건 표현에 해당하는 것은 아니다. 창작자들은 개별적인 음을 연속적으로 배열함으로써 가락을 표현한다. 그런데 음의 연속적 배열인 가락은 사람들의 귀에 거슬리지 않는 것이라야 하고 연주가능한 것이어야 하며(특히 사람의 목소리를 사용하는 성악의 경우), 음악적 관행에서

---

457) 서울민사지방법원 1995. 1. 18.자 94카합9052 결정.

458) 오승중 외 1, 전계서, 63면.

크게 벗어나지 않는 것이어야 한다는 외부적인 제약을 받는다.<sup>459)</sup> 특히 대중 음악에 있어서는 대부분의 노래들의 길이가 상대적으로 짧을 뿐만 아니라, 작곡가가 사용할 수 있는 음표와 코드(chord)의 수가 제한되어 있으며, 많이 사용되는 공통적인 음악적 주제가 여러 대중음악에 반복하여 나타나는 경향이 있다는 것을 염두에 두어야 한다.<sup>460)</sup> 이러한 이유로 대중음악의 저작권침해사건에 있어서는 원고가 창작성있는 표현이라고 주장하는 부분이 공유의 영역에 해당하는 것이 아닌지가 다투어지는 경우가 많다.<sup>461)</sup> 만약 공유에 해당한다면 이는 아이디어로 취급되어야 한다. 우리나라 대법원은 ‘사랑은 아무나 하나’ 사건에서, 공유에 속하는 구전가요 2개의 리듬, 가락, 화성에 약간의 변형을 가하여 이를 적절하게 배치하고, 디스코풍의 경쾌한 템포를 적용하면서 전주와 간주 부분을 부가한 원고의 가요 중 구전가요의 가락 부분은 실질적 유사성의 인정근거가 될 수 없음을 명백하게 판시하고 있다.<sup>462)</sup>

그렇다면 가락에 있어서 아이디어와 표현의 경계선은 어떠한가? 가락의 소재가 되는 개별적인 음이나 그 음이 기반을 두고 있는 음계가 공유의 대상인 아이디어에 속하는 것은 명백하다. 또한 가락이 기반을 두는 특정한 조(調)<sup>463)</sup> 및 그 조가 연출하는 분위기<sup>464)</sup>가 아이디어에 속하는 점 역시 분명하

459) *McRae v. Smith*, 968 F.Supp. 559, 562, 44 U.S.P.Q. 2d(BNA) 1131 (D.Colo. 1997).

460) *McRae v. Smith*, 968 F.Supp. 559 (D.Colorado. 1997), *Gaste v. Kaiserman*, 863 F.2d 1061 (2d Cir. 1988), 음악저작권침해가 문제되었던 일본의 最高裁 1978(昭和 53). 9. 7. 선고 昭50(オ)324호 판결(判例時報 906호 38면)에서도 두 작품의 선율 사이의 유사성을 인정하면서도 이는 유행가에서 흔히 쓰이는 음형에 해당하여 우연히 유사성이 나타날 가능성이 있다고 하여 의거관계를 부정하였다.

461) 이미 공유에 속하는 구전가요의 가락에 기초한 부분에 대한 저작권 보호를 부인한 판례로서 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결. 또한 바하의 음악에서 발견되는 세 음표의 구절로 이루어진 부분에 관하여 저작권 보호를 부인한 판례로서 *Ferguson v. National Broadcasting Co.*, 584 F.2d 111 (5th Cir. 1978).

462) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결. 이 판결은 현재까지 음악저작물의 실질적 유사성에 관하여 다룬 유일한 대법원 판결이다. 이에 관한 하급심 판결로서는 서울지방법원 2000. 8. 18. 선고 99가합19143 판결, 수원지방법원 2006. 10. 20. 선고 2006가합8583 판결 정도가 발견된다.

다.<sup>465)</sup> 그 가락이 어떠한 음악적 수단에 의하여 연주되도록 의도되었는가 하는 점도 그 의도가 매우 독특하고 참신한 것이 아니라면 아이디어에 속한다. 그러므로 두 작품 사이에 “남성 성악가가 현악합주에 맞추어 부르는 D 단조의 슬픈 가락”이라는 공통점이 존재한다고 하더라도 이는 아이디어의 공통점에 불과하다.<sup>466)</sup> 또한 음악의 조(調)와 화음의 제약으로 인하여 비슷하여질 수 밖에 없는 가락의 전개 정도만으로도 구체적 표현에 해당한다고 하기 어렵다. 따라서 다(C) 장조의 으뜸화음(도·미·솔로 구성)을 가락으로 전개해 나가면서 있어서는 필연적으로 으뜸화음의 구성요소를 이루는 도·미·솔을 핵심적인 가락요소로 사용할 수 밖에 없는데, 이와 같은 한계에서 오는 가락의 유사성만으로는 저작권침해를 인정할 수 없다.

하지만 기본적인 음계 및 음에 기초한 관습적인 음의 연속적 배열에서 벗어나서 음을 창작성있게 배열하는 경우에는 저작권법에 의하여 보호받는 표현이 된다. 특히 현대 음악에 있어서는 가락이 일정한 원칙에 따라 움직이던 과거의 경향이 점차 파괴되어 가고 있는데, 이 때 가락의 표현성의 범위는 더욱 넓어지게 된다. 또한 이미 존재하는 음악을 편곡하였다면 그 편곡의 범위 내에서는 창작성이 인정되어 그 부분은 표현적 요소로 취급된다.<sup>467)</sup>

---

463) 조(調)에는 장조(長調)와 단조(短調)가 있고, 장조와 단조 내에서도 어떠한 음이 기본음으로 취급되는가에 따라서 A, B, C 순으로 나누어진다. 예를 들어 A(라)가 기본음이 되는 단조는 A 단조이다.

464) 일반적으로 장조는 밝은 분위기를, 단조는 어두운 분위기를 연출한다. 다만 리듬과 화성의 배열에 따라 그 반대의 분위기를 조성할 수 있는 가능성도 있다.

465) 이처럼 조(調)는 누구나 공유할 수 있는 아이디어이지 저작권법에 의하여 보호받는 표현이 아니므로, 다른 사람의 가락에 조만 바꾸는 것은 새로운 저작물의 창작이 아니라 저작권침해행위이다. *Nom Music, Inc. v. Kaslin*, 227 F.Supp. 922 (S.D.N.Y. 1964) 참조.

466) Mark Avsec, 전개 논문 353면.

467) 쇼팽(Chopin)이 작곡한 “강아지 왈츠” 및 헨리 반 게일(Henry Van Gael)이 작곡한 “내 마음의 노래”를 어린이나 초보자들도 쉽고 재미있게 연주할 수 있도록 조옮김을 하고 운지법이나 꾸밈음을 간략하게 고치는 등 어렵거나 부적절한 부분을 수정을 가한 부분에 관한 창작성을 인정한 대법원 1997. 5. 28. 선고 96다2460 판결 ; 대중가요를

#### 다. 類似性의 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷

실질적 유사성 판단의 마지막 단계로서, 존재하는 유사성의 정도를 고려할 때 창작 인센티브를 보호하기 위하여 당해 표현적 요소를 보호할 필요가 있는지 여부를 판단한다.

유사성 판정의 기본 원리는 원고의 음악저작물로부터 이용된 부분에 나타난 창작성과 다양한 표현가능성의 정도가 높을수록 실질적 유사성의 인정범위가 넓어진다는 점, 또한 유사성 판정은 원고의 저작물로부터 이용된 부분의 양(量)과 질(質) 두 가지 요소에 의하여 영향을 받는데 그 중 질적 판단기준은 양적 판단기준보다 더 큰 비중을 가진다는 점이다. 이러한 일반 법리에 비추어 보면 음악저작물의 유사성 판정에 있어서 가장 중요한 비중을 차지하는 것은 창작성의 정도가 높고 다양한 표현이 가능하여 창작 인센티브와 밀접한 관련성을 가지는 가락이다. 리듬이나 화음에 표현성이 인정되는 경우는 많지 않으므로 그 유사성의 판정 역시 음악저작물의 실질적 유사성 판단에서 차지하는 비중은 미미하다. 가락, 리듬, 화음의 세 가지 요소들은 유기적인 관계를 가지면서 서로 복합적으로 배열되어 있는 것이므로, 위 요소들을 고려함에 있어서는 그 각각의 요소들의 상호영향이나 결합관계에도 주의를 기울여야 한다.<sup>468)</sup>

유사성 판단에서 가장 중요한 비중을 차지하는 가락의 보호정도가 어떠한가에 관하여서는 궁극적으로는 개별적인 사안의 내용에 따라 판단하는 수 밖에 없겠으나, 다음과 같은 정도의 지침은 제시할 수 있다.

##### (1) 個別的 音標가 아니라 音標의 連續性이 重要하게 考慮됨

가락의 유사성 판정에 있어서는 개별적인 음표의 유사정보다는 그 음표가 어떻게 결합되어 연속되는가가 중요한 것이다. 따라서 유사성 판정에 있어서는 전체적으로 얼마나 많은 개별적인 음표가 유사하게 사용되었는가는 큰 의미를 가지지 않고, 연속된 음표가 얼마나 많은지, 또한 그 연속성의 정도가 어

---

컴퓨터용 음악으로 편곡한 곡들에 대한 2차적 저작물성을 인정한 대법원 2002. 1. 25. 판결 99도863 판결 참조.

468) Aaron Kyet, An Improved Framework for Music Plagiarism Litigation, 76 Cal.L.Rev. 421 (1988).

떠한지가 중요한 의미를 가지게 된다. 즉 유사성이 존재하는 가락의 연속성이 높을수록 실질적 유사성을 인정할 가능성이 커진다. McRae v. Smith 판결<sup>469)</sup>에서는 두 노래 사이에 동일하게 연속된 세 음표가 존재하지 않는다는 점을 유사성 부정의 근거로 들고 있다. 이러한 논리는 화음의 전개에 있어서도 마찬가지로 적용된다.<sup>470)</sup>

## (2) 核心的인 부분과 非核心的인 부분의 區別이 必要함

가락 가운데에서도 핵심적인 부분과 비핵심적인 부분이 존재하는데, 그 중 핵심적인 부분의 표절은 실질적 유사성의 인정가능성을 높여준다. 따라서 핵심적인 부분이 표절된 경우 그 부분이 비록 양적으로 많지 않다고 하더라도 저작권침해가 인정될 수 있다. 많은 음악가들이 생각하는 것처럼 음악저작물의 세 마디를 복제하는 것만으로는 결코 저작권침해가 발생하지 않는다는 관념은 아무런 근거가 없는 것이므로,<sup>471)</sup> 2마디<sup>472)</sup> 또는 6개 음표<sup>473)</sup>를 베낀 경우에도 저작권침해가 발생할 수 있다.

핵심적으로 취급되는 가락에 있어서 리듬이나 화음도 다른 부분의 리듬이나 화음과 비교하여 볼 때 상대적으로 더 중요한 비중을 가지고 고려된다.<sup>474)</sup> 전주나 간주는 일반적으로 본 가락과 비교할 때 그 비중이 떨어지므로, 전주나 간주만을 이용한 경우에 있어서 실질적 유사성의 인정범위는 핵심적 가락을 이용한 경우와 비교할 때 상대적으로 좁아진다.

---

469) 968 F.Supp. 559, 562, 44 U.S.P.Q. 2d(BNA) 1131 (D.Colo. 1997).

470) 수원지방법원 2006. 10. 20. 선고 2006가합8583 판결(확정)에서는 대중가요의 표절 여부에 관한 사건을 다루었는데, 이 판결에서는 문제되는 두 곡을 C장조로 변경하여 화성진행을 대비한 뒤 실질적 유사성을 인정하였다.

471) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-49면.

472) Robertson v. Batten, Barton, Durstine & Osborn, Inc., 146 F.Supp. 795 (S.D.Cal. 1956).

473) Boosney v. Empire Music Co., 224 F.Supp. 646 (S.D.N.Y. 1915).

474) 위 McRae 판결.

### (3) 形式的·機械的 比較結果는 단순한 參考에 불과함

다른 저작물과 마찬가지로 음악저작물에 있어서도 획일적인 기준에 따른 비교결과는 하나의 참고자료가 될 수는 있다. 예를 들어 일본 최고재판소 판결<sup>475)</sup>에서는 문제가 된 甲과 乙의 두 곡의 음고(音高)가 수량적으로 얼마나 일치하는가에 관하여 형식적·기계적 비교를 행한 뒤, 제1 프레이즈(phrase)는 16음 중 11음이, 제2 프레이즈는 16음 중 12음이, 제3 프레이즈는 16음 중 14음이, 제4 프레이즈 중 프레이즈 d는 16음 중 6음이, 프레이즈 h는 16음 중 12음이 일치하여 乙곡의 전체 128음 중 92음(약 72%)가 이에 대응하는 甲곡의 가락과 동일한 음고를 사용하고 있다고 판시하였고, 결론적으로 위 두 곡의 실질적 유사성을 긍정하였다. 그러나 다만 일본 최고재판소는 이러한 형식적, 기계적 방법에 의한 수량적 비교 자체만으로 막바로 저작권 침해를 인정할 수는 없다는 점을 분명히 하고 있고, 궁극적으로는 가락의 상당 부분이 실질적으로 동일하고, 나아가 가락 전체의 조립에 있어서의 구성에 있어서도 유사하다는 점을 저작권 침해의 직접적인 근거로 제시하고 있다. 이와 같이 형식적·기계적 비교에 따른 결과는 단순한 참고자료일 뿐 실질적 유사성 판정에 결정적인 영향을 미치지 못한다.<sup>476)</sup>

---

475) 最高裁, 2003(平成 15). 3. 11. 판결, 本橋光一郎, 本橋美光智子 共著, 要約 著作権判例 212, 學陽書房, 2005, 101면 참조. 이에 대한 1심 판결은 東京地裁, 2000(平成 12). 2. 18. 선고 平10(ワ)17119호, 平10(ワ)21184호, 平10(ワ)21285호 판결(判例タイムス 1024호, 295면), 2심 판결은 東京高裁, 2002(平成 14). 9. 6. 선고 平12(ネ)1516호 판결(判例タイム스 1110호, 211면).

476) 다른 저작물과 마찬가지로 음악저작물에 있어서도 획일적인 기준을 정립하는 것은 불가능하다. 과거 우리나라의 공연윤리위원회는 1979. 3. 8. 제18차 가요·음반전문심의회에서 음반사전심의에 사용할 다음과 같은 창작곡의 표절 결정기준을 세운 바 있다.

1. 주요 동기가 동일 내지 흡사한 경우 표절로 인정함.
2. 가. 주요 동기라 함은 4/4, 4/2, 6/8, 5/4 박자는 첫 2소절, 2/4, 2/2, 3/8, 3/4 박자는 첫 4소절  
나. 흡사하다 함은, 박자 분할이 동일하고 한 두 음의 음정만 다른 경우를 말함.
3. 주요 동기 이외는 1항의 소절 수의 배수를 표절로 인정함.

디지털 기술이 발달하면서 양 작품을 디지털 파일(예컨대 wav 파일) 형태의 시계열 데이터로 변환하여 그 중 연주 부분만을 추출한 뒤 이를 각각 스펙트로그램(spectrogram)<sup>477</sup>으로 표시하여 일정한 함수에 따라 상관관계를 구하는 방법으로 음악저작물의 표절 여부를 판정하는 기법도 발달하기 시작하였다.<sup>478</sup> 이러한 방법 역시 음악저작물의 실질적 유사성을 판단하는 데에 참고자료가 될 수 있음은 물론이나, 궁극적으로는 인간의 규범적 판단이 개입되어야 할 부분이므로, 컴퓨터프로그램에 의한 판정결과에 구속될 필요는 없다.

---

4/4, 4/2, 6/8, 5/4 박자는 첫 4소절, 2/4, 2/2, 3/8, 3/4 박자는 첫 8소절

4. 음형은 동일 내지 흡사하고 박자의 분할 배분만 변경된 것은 표절로 간주함

그러나 다양한 모습을 가진 음악저작물들 사이의 실질적 유사성 문제에 관하여 위와 같은 기준이 획일적이고 기계적인 모습으로 적용될 수는 없다. 위 기준도 음반사전심의 제도가 폐지되고, 한국공연예술진흥협회의 설립과 더불어 한국공연윤리위원회가 해체되면서 더 이상 사용되지 않고 있다.

477) 음향의 공명 특성을 분석하기 위해서 주파수를 띠 영역으로 세밀하게 구분하여 그 속의 에너지의 시간 변화를 나타낸 그림을 스펙트로그램(spectrogram)이라고 한다. <http://blog.daum.net/bjjang00/3800936>에서 인용.

478) 디지털컨텐츠감정에 관한 연구(Ⅰ), 한국소프트웨어감정연구회(연구책임자 : 이규대), 프로그램심의조정위원회, 2002, 129면 이하 참조. 또한 박정일·김상욱, “멀티미디어 데이터베이스 : 음악 데이터베이스를 이용한 음악 표절 감지 시스템 개발”, 멀티미디어학회논문지, Vol.8, No.1, 2005 참조.

## 第4節 視覺的 著作物

### 1. 視覺的 著作物의 意義

#### 가. 視覺的 著作物의 範圍

저작권법 제4조에 예시된 저작물의 유형 가운데에는 시각적인 표현을 중심으로 하는 것들이 존재한다. 미술저작물, 사진저작물, 건축저작물이 그 대표적인 유형들이다. 우리나라 저작권법은 미술저작물, 건축저작물과 사진저작물을 각각 다른 종류의 저작물로 예시하면서도, 세 가지 저작물에 공통적으로 전시권을 부여하는 한편, 저작인격권과 저작권제한 등에 관하여 공통적인 예외를 마련하고 있다.<sup>479)</sup> 이 세 가지 저작물이 모두 시각적 표현을 통하여 감흥을 일으키는 저작물이라는 공통점을 반영한 결과이다.

이러한 공통적인 특징 때문에 이 세 가지 저작물의 실질적 유사성 판단 역시 비슷한 모습으로 이루어진다. 그러므로 이 세 가지 저작물을 시각적 저작물이라는 하나의 포괄적 유형으로 묶어 실질적 유사성 판단기준을 검토하는 것이 효율적이다.<sup>480)</sup> 다만 건축저작물은 상대적으로 그 기능성과 실용성이 훨씬 높다는 점에서 미술저작물이나 사진저작물과 구별되므로 이 논문에서는 편의상 미술저작물과 사진저작물을 통칭하여 시각적 저작물이라고 하여 검토대상으로 삼되, 건축저작물에 대하여는 다음 절에서 살펴 보기로 한다.

#### 나. 美術著作物의 概念

통상 미술저작물은 ‘회화, 서예, 조각, 공예, 응용미술저작물 등과 같이 이차원 또는 삼차원적인 아름다움을 시각적으로 표현한 저작물<sup>481)</sup>’ 또는 ‘형상 또는 색채에 의하여 미적으로 표현되어 있는 저작물’<sup>482)</sup>로 정의된다.

우리나라 저작권법에서는 미술저작물에 대한 개념정의조항을 두지 않고, 다만 제4조 제1항 제4호에서는 회화, 서예, 조각, 공예, 응용미술저작물 등을

479) 저작권법 제11조 제3항, 제19조, 제32조.

480) 저작권법에서는 별도로 시각적 저작물이라는 개념은 사용하지 않고 있다.

481) 정상조, 전계서, 239면.

482) 송영식 외 1, 전계서, 59면 ; 오승중 외 1, 전계서, 64면 ; 허희성, 전계서, 108면.

미술저작물의 종류로 예시하고 있다. 이 중 회화, 서예 등은 평면적인 외형으로 감상하는 미술작품이고, 조각, 공예 등은 입체적인 외형으로 감상하는 미술작품이다.<sup>483)</sup> 또한 응용미술저작물은 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다.<sup>484)</sup> 이러한 응용미술저작물은 감상을 주된 목적으로 하는 순수미술과 대비되는 개념으로서 실용성과 산업성이 가미된 미술저작물이다.<sup>485)</sup> 다만 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 정도의 미술허적 가치가 있어야 하므로 독자적인 미술작품으로서의 가치가 없는 산업디자인은 응용미술저작물로 보호받을 수 없다.<sup>486)</sup>

#### 다. 寫眞著作物の 概念

사진저작물은 ‘사진 및 이와 유사한 제작방법으로 작성된 저작물’<sup>487)</sup> 내지 ‘사상 또는 감정을 일정한 영상에 의하여 표현한 저작물’<sup>488)</sup>로 정의된다.

---

483) 허희성, 전계서, 108면.

484) 저작권법 제2조 제11의2.

485) 응용미술저작물은 디자인보호법(구 의장법)에 의하여 보호되는 디자인과 중복될 수도 있다. 참고로 디자인보호법 제2조 제1호에서는 ‘디자인’이 물품(물품의 부분 및 글자체를 포함한다)의 형상, 모양, 색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것이라고 정의하고 있다.

486) 생활한복의 디자인이 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있지 않아 저작물로 보호되지 않는다고 판시한 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결, 서체도안은 거기에 미적인 요소가 가미되어 있다고 하더라도 그 자체가 실용적인 기능과 별도로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어서 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 경우에만 저작물로서 보호된다고 판시한 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결,

철제 울타리 디자인이 울타리의 기능과 물리적 혹은 관념적으로 구분되어 독자성을 가지는 정도의 미적 가치를 가지지 않아 저작물로 보호되지 않는다고 판시한 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2004나48890(기타 다수 병합사건, 그 사건번호는 생략) 판결 등 참조.

487) 저작권법 제4조 제1항 제6호, 정상조, 전계서, 250면.

사진은 순수한 미술작품과는 달리 그 창작과정에 기계적·화학적 방법이 개입한다는 데에서 커다란 차이점이 있다. 본래 사진은 이미 존재하는 피사체를 대상으로 사진기로 촬영하면 생성되는 것으로서, 그 생성과정에서 동원되는 피사체와 사진기 모두 촬영자가 만든 것이 아니라 이미 주어진 것이다. 이러한 점 때문에 과연 이처럼 기계적·화학적 과정이 개입되어 만들어진 사진도 이를 촬영한 사람의 저작물로 인정할 수 있는가가 논란이 될 수 있다.

그러나 유명한 사진작가인 Edward Weston은, 사진작가는 카메라의 위치, 앵글, 렌즈의 초점거리, 피사체에 가하여지는 빛의 양, 컬러 필터의 사용, 노출시간, 감광유제나 현상방법을 조정함으로써 동일한 대상에 대하여서도 무한하게 다양한 작품을 만들어낼 수 있다고 밝힌 바 있다.<sup>489)</sup> 즉 사진은 기계적 조작과정을 거쳐 탄생하지만, 그 기계적 조작은 인간의 창의적인 조작 의지에 의하여 이루어지는 것이다.<sup>490)</sup> 이와 같이 사진에도 사람의 창작성이 개입될 여지가 충분히 있기 때문에 오늘날 사진은 저작물의 한 유형으로 널리 인정되고 있다.

이에 관하여 미국 연방대법원은 1884년 *Burrow-Guiles Lithographic Co. v. Sarony* 판결<sup>491)</sup>을 선고하면서, 오스카 와일드를 촬영한 사진의 저작물성에 관하여 촬영자가 사진촬영대상인 오스카 와일드로 하여금 포즈를 취하게 하고, 의상·휘장 기타 악세사리들을 선택·배열하며, 사진촬영대상이 우아한 윤곽을 나타내도록 빛과 그림자를 조정함으로써 희망하는 바대로의 표현을 제안, 유발하였다면 창작자는 사진에 대하여 저작권에 의한 보호를 부여받는다 고 판시하였다.

베른조약 제2조에서도 사진저작물을 저작권 보호대상으로 정하고 있다. 원래 베른조약을 체결하기 위한 1885년 외교회의에서는 사진의 저작물성에 대하여 궁극적인 합의가 이루어지지 않았고, 그 다음해에 정식으로 성립된 베른

---

488) 송영식 외 2, 전계서, 480면, 오승중 외 1, 전계서, 74면.

489) *Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc.*, 225 F.3d 1068, 1076 (9th Cir. 2000)에서 인용.

490) 전규완, “사진의 창작성”, 저작권 문화 106호, 저작권심의조정위원회, 2003, 12면.

491) 111 U.S. 53 (1884).

조약에서도 특정 회원국이 사진을 예술저작물의 하나로 보호하거나 특별법에 의하여 보호하는 경우에는 당해 회원국은 그러한 사진저작물에 대하여 내국민 대우의 원칙에 따른 보호를 해야 하지만, 저작권법적 보호 또는 특별법적 보호의 존속기간은 상호주의의 원칙에 의한다고 규정하였다가, 1948년의 브뤼셀 개정에 이르러서야 사진저작물이 정식으로 문예적 저작물의 하나로 규정된 것이다.<sup>492)</sup>

우리나라 대법원도 사진저작물의 창작성에 관하여, “저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는바, 사진저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도와 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다”라고 판시하고 있다.<sup>493)</sup> 따라서 단지 피사체를 충실하게 표현한 것에 지나지 않는 사진에 대하여서는 저작물성이 부인되지만,<sup>494)</sup> 광고의 효과를 극대화할 목적으로 특정한 이미지를 부각시키기 위하여 피사체를 조화롭게 배치하여 촬영한 사진에는 저작물성이 인정된다.<sup>495)</sup> 결국 사진저작물은 피사체에 대한 사진촬영이라는 기계적인 과정을 넘어 촬영과정에 있어서 촬영자의 창작성이 반영되

---

492) 정상조, 전계서, 251면.

493) 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결.

494) 대전지방법원 2003. 7. 24. 선고 2003가합725 판결(항소심에서 화해권고결정으로 확정), 서울중앙지방법원 2004. 7. 9. 선고 2003가합30062 판결(확정). 한편 東京地裁 1998(平成 10). 11. 30. 판결은 원화(原畵)를 촬영한 사진의 저작물성을 부정하였는데, 그 판시 내용을 보면 “촬영대상이 평면적인 경우에는 정면으로부터 촬영하는 외에 촬영위치를 선택할 여지가 없는 이상, 위 인정과 같은 기술적인 배려도 원화를 가능한 한 충실하게 재현하기 위하여 이루어진 것이고 독자적으로 무엇인가를 부가한 것이 아니므로, 그와 같은 사진은 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것...이라고 할 수 없다”고 판시하였다. 권택수, “사진저작물이 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당하기 위한 요건(2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결)”, 대법원판례해설 37호, 법원도서관, 2001, 340면에서 재인용.

495) 서울중앙지방법원 2003. 5. 16. 선고 2001가합78237 판결(확정).

어야 저작물로 인정된다고 할 수 있다.<sup>496)</sup>

## 2. 視覺的 著作物의 特性

### 가. 多樣한 性格의 著作物이 存在함

어떠한 유형의 저작물이건 그 유형 안에서도 여러 가지 다양한 종류의 세부적인 저작물들이 존재하기 마련이다. 그러나 이 논문에서 살펴 보고 있는 어문저작물이나 음악저작물은 문예적 성격이 강하고, 컴퓨터프로그램저작물이나 건축저작물, 도형저작물은 기능적 성격이 강하다는 일반적인 경향을 보이는 반면, 시각적 저작물은 본래 문예적 특성을 가지고 있으면서도 특히 산업에 응용되는 빈도가 높아 그 안에서도 문예적 저작물과 기능적 저작물의 뚜렷한 양극화 현상을 보이고 있다. 이는 순수미술과 응용미술이 존재하는 미술저작물과 예술사진과 실용사진이 존재하는 사진저작물에 공히 적용되는 것이다. 그러므로 시각적 저작물에 있어서 저작권으로 보호되는 범위와 실질적 유사성을 판단하는 방법은 일률적으로 정하기가 어렵고, 문예적·시각적 저작물과 기능적·시각적 저작물로 나누어 각각의 특성에 맞는 접근방법을 채택할 필요가 있다.

### 나. 卽興的이고 視覺的인 느낌에 그 價値가 있음

한편 시각적 저작물에 속하는 미술저작물과 사진저작물은 모두 보는 사람의 시각에 호소한다는 특성을 가지고 있다. 소설 등과 같이 지각에 호소하는 어문저작물은 그 저작물에 대한 관념이나 느낌을 가지기 위하여서는 그 저작물의 내용을 인지하고 사유하는 과정을 필요로 한다. 가요와 같이 청각에 호소하는 음악저작물은 그 저작물에 대한 관념이나 느낌을 가지기 위하여서는 일정한 길이를 가지는 음악저작물을 일정한 시간에 걸쳐서 듣는 과정을 필요로 한다. 하지만 시각적 저작물은 일반적으로 어문저작물에서 요구하는 정도

---

496) 권택수, 전계 논문에서는 저작물성이 없는 사진의 예로서 ① 사진이나 기타 인쇄물의 단순한 복제에 지나지 않는 것, 예컨대 서화집이나 사진첩 등을 그대로 평면적으로 복제한 경우, ② 실용만을 목적으로 제작된 사진, 예컨대 주민등록증, 운전면허증, 여권 등 각종 증명사진, 속도단속용 자동사진, ③ 기계의 부품 등의 카탈로그 사진 등을 들고 있다.

의 인지 및 사유과정을 필요로 하지 않고, 음악저작물에서 요구하는 정도의 시간을 필요로 하지 않는다. 즉 시각적 저작물은 감상자의 시각에 직접 호소하고 그 반응도 즉각적이다. 이러한 시각적 저작물의 특성은 나중에 보게 되는 바와 같이 특히 시각적 저작물의 실질적 유사성 판단의 방법적인 측면에 영향을 미친다.

### 3. 視覺的 著作物의 實質的 類似性 判斷

#### 가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定

##### (1) 對比觀點

시각적 저작물은 그것이 문예적이건 실용적이건 대부분 일반인들을 그 대상으로 한다. 그러므로 시각적 저작물은 일반적 판단기준에서 살펴 본 바와 같이 일반 수요자에 해당하는 보통 관찰자의 관점에서 두 작품의 대비작업을 수행한다.<sup>497)</sup> 이는 어문저작물이나 음악저작물에 있어서 설명한 바와 마찬가지로 지이다.

##### (2) 對比方法

두 개의 작품은 전체 대 전체로 대비하여 그 전체적인 관념과 느낌이 유사한지를 파악한다. 시각적 저작물은 수요자들을 단계적이고 이성적으로 설득하는 것이 아니라 즉흥적이고 감성적인 느낌에 호소하는 특성을 가지고 있다. 또한 어문저작물이나 음악저작물 등 다른 문예적 저작물과 달리 동시비교가 가능하므로 그 감흥을 즉시 비교하는 것도 용이하다. 따라서 시각적 저작물의 실질적 유사성 판단에 있어서는 보통 사람들이 가지는 전체적인 관념과 느낌이 대단히 중요한 비중을 차지한다.<sup>498)</sup> 이러한 이유 때문에 미국 판례법상 '

---

497) 일본에서도 시각적 저작물과 관련하여 일반인이 피고의 작품을 보았을 때 원고의 저작물을 감지하거나 인식할 수 있는가 여부에 따라 그 실질적 유사성 여부를 판단하고 있다. 이른바 사자에 양 사건에 관한 東京地裁 1976(昭和 51). 5. 26. 선고, 昭46(7)151호 판결 및 라이더맨 사건에 관한 東京地裁 1977(昭和 52). 11. 14. 선고, 昭49(7)5415호 판결 참조.

498) 보통 관찰자의 전체적인 관념과 느낌에 의하여 실질적 유사성을 인정한 판결로서 Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970) ;

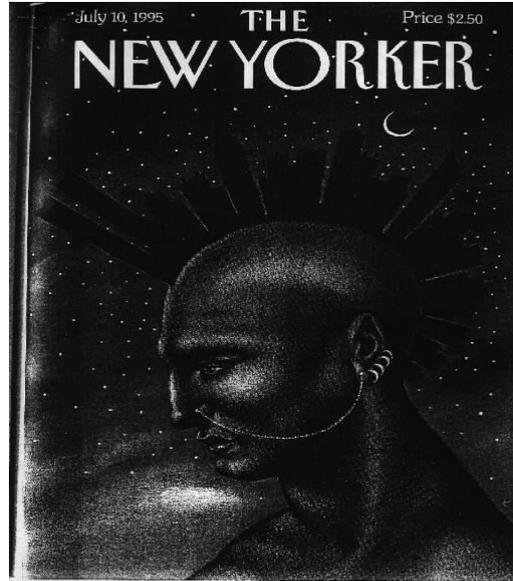
전체적 관념과 느낌의 테스트'는 시각적 저작물을 중심으로 태동하여 발전되어 왔다.499)

다만 전체적 관념과 느낌은 대단히 광범위한 개념으로서 어느 만큼 엄격하게 파악하는가에 따라 사람마다 그 유사성에 대한 판단이 틀릴 수 있다. 예를 들어 Kerr v. New Yorker Magazine 판결<sup>500</sup>)에 나타난 다음 두 가지 그림을 보도록 하자. 이 판결에서는 뉴욕의 스카이라인을 닮은 모호크(mohawk) 머리스타일<sup>501</sup>)을 한 사람들을 그린 두 삽화의 실질적 유사성이 문제되었다. 두 삽화의 전체적 관념과 느낌이 비슷한가?



Loomskill, Inc. v. Stein & Fishman Fabrics, Inc., 332 F.Supp. 1288 (S.D.N.Y. 1971) 등 참조.

499) Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970) ; Recycled Paper Prods., Inc. v. Pat Fashions Indus., Inc., 731 F. Supp. 624 (S.D.N.Y. 1990) ; Little Souls, Inc. v. Les Petits., 789 F.Supp. 56 (D.Mass. 1992) ; Mistretta v. Curole., 22 U.S.P.Q. 2d 1707 (E.D.La 1992) ; Atari, Inc. v. North Am. Philips Consumer Elec. Corp., 672. F.2d 607 (7th Cir. 1982) ; Broderbund Software v. Unison World, Inc., 648 F.Supp. 1127 (N.D.Cal. 1986) 등 참조.



【그림 1-1】 원고의 삽화

【그림 1-2】 피고의 삽화

두 삽화는 모호크 스타일의 머리에 뉴욕의 스카이라인의 머리 스타일을 한 남자라는 매우 독창적인 주제를 공유하고 있다. 이러한 점에 주목한다면 전체적 관념과 느낌은 비슷하다고 할 수도 있다. 그러나 실제 판결에서는 두 삽화에 나타난 색깔, 눈의 방향, 남자의 복장, 머리카락으로 묘사된 건물의 모양, 삽화의 배경 등이 다르게 표현되어 있다는 점에 주목하여 두 삽화의 전체적인 관념과 느낌이 완전히 다르다(entirely different)고 판시한 뒤 실질적 유사성을 부정하였다. 이는 일반인의 관점에서 본 전체적인 관념과 느낌은 어느 정도의 엄격성을 요구하는가에 따라 주관적이고 자의적일 수 있다는 것을 시사한다.

따라서 전체적 관념과 느낌이 어떠한가 하는 점 못지 않게 중요한 것은 어

500) 63 F.Supp. 2d. 320 (S.D.N.Y. 1999).

501) Mohawk는 북미 인디언의 한 종족으로서 Mohawk hairstyle은 머리 중간 부분에만 머리카락을 남겨 놓고 양쪽으로 모두 밀어 버리는 스타일을 의미한다.

떠한 요소로 인하여 그러한 전체적 관념과 느낌이 생성되었는가 하는 점이다. 그러므로 단지 전체적 관념과 느낌이 유사한지 여부를 판단하는 데에서 그칠 것이 아니라, 무슨 요소로 인하여 그러한 유사감이 발생하였는지를 확정하여야 한다.<sup>502)</sup> 이러한 유사성 요소의 확정은 그 다음 단계인 표현 요소의 확정을 위한 준비작업으로서의 의미를 가진다. 위 삽화의 경우에는 ‘헤어스타일로 묘사된 뉴욕의 스카이라인’이 유사성 요소의 핵심이므로 전체적 관념과 느낌이 어떠한가의 단계에서 실질적 유사성 판단을 종료할 것이 아니라 유사성 유발요소가 무엇이고, 이는 아이디어와 표현 중 어디에 해당하는지, 표현이라면 어느 정도로 보호되어야 하는 것인지를 판단하는 작업으로 나아가야 하는 것이다.<sup>503)</sup>

대비과정에 있어서 시각적 저작물은 문자 그대로 시각적 ‘관찰’이 이루어져야 하는 것이므로 그 관찰의 방법 역시 검토하여야 한다. 시각적 저작물의 대비는 보통의 사람들이 저작물을 바라보는 보통의 거리에서 통상적인 방법으로 관찰하였을 때를 기준으로 행한다.<sup>504)</sup> ‘보통의 거리’가 어느 정도인가 하는 점

---

502) 예컨대 Paul Goldstein 교수는 *Novelty Textile Mills, Inc. v. Joan Fabrics Corp.*, 558 F.2d 1090 (2d Cir. 1977) 판결을 비롯하여 지나치게 인상(impression)에 의존하여 실질적 유사성을 판단한 나머지 아이디어와 표현의 구분을 간과한 판례들의 태도는 부적절하다고 비판하고 있다. Paul Goldstein, 전게서, 8:25면.

503) 위 판결에서는 이 요소가 ‘아이디어’라고 판시하였다. 그러나 원고의 그림에 나타난 구체적인 표현형식으로서의 뉴욕 스카이라인은 ‘표현’이라고 보는 것이 타당하다. 물론 이러한 요소를 어느 정도로까지 보호할 것인가 하는 점은 그 표현이 전체 그림에서 차지하는 비중이 얼마나 독창적인 것인지, 얼마나 유사하게 이용되었는지, 비유사적 요소의 부가로 인하여 두 삽화의 미감이 얼마나 달라졌는지 등의 요소를 고려하여 판단하여야 할 것이다. 위 판결이유에서 확정된 사실관계에 의하면 “헤어스타일로 표현된 뉴욕 스카이라인으로서 일련의 마천루 건물이 묘사된 것”이라는 요소를 넘어서는 세부적인 표현양식에 있어서는 양자가 차이를 보이고 있다는 것이다. 이는 결국 위 요소에 대하여 독점권을 부여하는 것이 저작권법의 목적상 타당한 것인가 하는 문제로 귀착된다. 필자는 위와 같은 요소의 독창성, 구체성에 비추어 볼 때에 이는 저작권법에 의하여 보호되는 것이 타당하다고 생각한다.

504) 이성호, “저작권침해 여부의 판단기준과 각종 저작물의 유형별 특성에 따른 실제적 적용”, 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집, 법실천의 제문제(1996), 740면.

은 당해 시각적 저작물의 용도와 내용에 따라 결정한다.<sup>505)</sup> 이러한 견지에서 Soptra Fabrics Corp. v. Stafford Knitting Mills, Inc. 판결<sup>506)</sup>에서는 당해 디자인이 옷에 사용되는 것이므로 비록 가까이서 상세하게 관찰하였을 때에는 식별할 수 있는 구체적인 차이점들도 몇 피트 떨어져서 보게 되면 식별할 수 없게 된다는 사정을 고려하여야 한다고 판시하면서, 위와 같은 차이점들을 이유로 실질적 유사성을 부정한 1심 판결을 파기하고 실질적 유사성을 인정하였다. 그러므로 법정에서 자세히 관찰하면 약간의 차이가 발견되는 경우라도 몇 발자국 떨어져서 관찰하면 그러한 차이점이 사라지는 경우이거나,<sup>507)</sup> 통상의 관찰자가 특별히 다른 점을 찾아내려고 의식하지 않는 한 차이점을 간과하고 두 디자인이 미학적으로 호소하는 바가 서로 동일한 것으로 인식하는 경우<sup>508)</sup>에는 저작권침해를 인정하게 된다.<sup>509)</sup>

#### 나. 表現的 要素의 確定

전체적인 대비를 통하여 전체적인 관념과 느낌이 유사한지, 그렇다면 어떠한 요소로 인하여 유사성이 발생하였는지를 확정하였다면, 다음 단계로서 그 유사성 요소 중 표현 요소가 무엇인지를 확정하는 작업이 필요하다. 한편 문예적·시각적 저작물과 기능적·시각적 저작물의 특성이 다르므로 아이디어와 표현의 구분 역시 다른 모습으로 이루어지게 된다.

#### (1) 文藝的·視覺的 著作物에 있어서 아이디어와 표현의 區分

시각적 저작물은 누구나 이용할 수 있는 소재를 창조적으로 선택하고 배열하여 새로운 가치를 창출해 낸다는 점에서 편집저작물과 유사한 성격을 가진

---

505) Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487, 488 (2d Cir. 1960).

506) 490 F.2d 1092 (2d Cir. 1974).

507) Soptra Fabrics Corp. v. Stafford Knitting Mills, Inc., 490 F.2d 1092 (2d Cir. 1974).

508) Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487 (2d Cir. 1960).

509) 이성호, 전계 논문, 741면.

다. 아이디어와 표현의 구분기준으로 제시한 다섯 가지 요소 가운데 ‘소재성’은 시각적 저작물의 아이디어와 표현을 구분하는 데에 가장 중요한 기능을 발휘한다. 따라서 미적 가치의 창출에 동원되는 소재성이 강한 요소는 아이디어, 그 결과물은 표현에 해당한다.

문예적·시각적 저작물은 기능적·시각적 저작물과 달리 거의 대부분의 저작물에 있어서 표현적인 요소가 발견된다. 비록 소재가 동일하다고 하더라도 이를 동원하여 저작물을 작성하는 과정에서 개인의 개성과 관점이 발현되지 않을 수 없기 때문이다. 이러한 점에서 표현적인 요소의 존재 자체가 중요한 쟁점이 되는 기능적·시각적 저작물과 차이를 보인다.

문예적·시각적 저작물에 있어서는 색, 선, 형태, 재료, 재료의 특성에서 필수불가결하게 도출되는 표현상 특징, 관행화된 화풍이나 스타일 등 표현방법, 객관적으로 실재하는 묘사의 대상, 묘사의 대상이 통상적으로 취하는 자세 등은 모두 소재성이 강하여 아이디어에 해당한다. 어느 대상을 시각적으로 묘사할 때 당연히 수반될 수 밖에 없는 표현들도 아이디어로 취급되어 저작권법에 의한 보호가 부정된다.<sup>510)</sup> 그 시대를 지배하는 공통된 양식에 바탕을 둔 유사한 표현형식과 내용 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다.<sup>511)</sup> 화가가 그의 미술저작물에 표시한 서명(署名) 역시 그 저작물이 자신의 작품임을 표시하는 수단에 불과하여 특별한 사정이 없는 한 그 자체가 예술적 감정이나 사상의 표현을 위한 것이라고는 할 수 없다.<sup>512)</sup>

반면 위와 같은 요소들을 저작자가 독자적으로 조합하고 배열한 것이 보호받는 표현에 해당한다.<sup>513)</sup> 예컨대 그림에 있어서 기본적인 요소인 색상, 원근법, 기하학적 형태, 묘사대상<sup>514)</sup> 등의 창작적 구성, 배열 및 조합은 보호받는

---

510) Kerr v. New Yorker Magazine, Inc., 63 F.Supp. 2d 320, 325 (S.D.N.Y. 1999).

511) 예를 들면 20세기 초반의 큐비즘(cubism)이라는 공통적 양식에 바탕을 둔 피카소(P.Picasson)와 브라크(G.Braque)의 작업에서 이러한 경향을 잘 엿볼 수 있다. 윤민희, “현대 시각 디자인에서 표절시비에 대한 재고”, 서울디자인포럼학회 디자인학연구집 Vol 6. No 1. 2000, 151면.

512) 대법원 2000. 4. 21. 선고 97후860, 877, 884 판결.

513) 이성호, 전계 논문, 738면.

표현에 해당한다.<sup>515)</sup> 조각에 있어서는 대상, 재료,<sup>516)</sup> 세팅, 포즈와 자세, 비율, 얼굴의 표현, 스타일, 조각을 구성하는 요소들의 상호배열, 구체성의 정도 등이 저작권에 의하여 보호받는 표현 요소이다.<sup>517)</sup> 시각적 요소에 청각적 요소가 결합된 저작물에 있어서는 청각적 요소도 표현 요소의 하나로 취급되어 실질적 유사성 판단에 중요한 비중을 차지할 수 있다. *Worlds of Wonder, Inc. v. Vector Intercontinental, Inc.* 판결<sup>518)</sup>에서 법원은, 카세트 플레이어가 설치되어 눈, 코, 입을 움직이면서 동화를 읽어 주는 기능이 설치된 곰 인형의 실질적 유사성을 판단하면서 곰 인형이 동화를 읽어 줄 때에 보여 주는 눈, 코, 입의 움직임과 함께 두 인형의 테이프에서 나오는 목소리와 음색, 높이, 속도의 유사성을 비교한 뒤 두 인형이 풍기는 전체적인 관념과 느낌이 비슷하다고 판단하였다.

사진에 있어서도 피사체 및 배경의 선택과 그 상호배열, 피사체가 포즈를 취할 수 있는 경우에는 그 포즈의 설정, 촬영거리의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라의 위치 및 앵글의 설정, 조명의 활용, 그림자의 처리, 사진촬영 기법의 동원, 셔터찬스의 포착 등에 창작성이 개입되었다면 이를 통하여 나타

---

514) 시각적 저작물에 있어서 동일한 대상을 묘사하는 경우에는더라도 그 묘사관점과 묘사의 구체적인 방법을 달리하면 별도의 저작물이다. 똑같이 두 마리의 홍관조(紅冠鳥)를 묘사한 두 장의 사실화(事實畫)가 구체적 표현에 있어서는 의미있는 차이점을 보인다고 하여 저작권침해를 부정한 판례로서 *Franklin Mint Corp. v. Nat'l Wildlife Art Exchange*, 575 F.2d 62 (3d Cir), cert denied, 439 U.S. 880 (1978).

515) 이성호, 전계 논문, 738면.

516) 조각에 사용되는 재료는 공유되어야 하는 것이므로 재료가 같다는 사정은 실질적 유사성을 인정하는 근거가 될 수 없다. *L.Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486, 489 (2d Cir.), cert denied, 429 U.S. 857 (1976), *Rundstadler Studios, Inc. v. MCM Ltd. P'ship*, 768 F.Supp. 1292 (N.D.Ill. 1991) 참조.

517) *Osterberg* 전게서, § 10:3, 10-9면, *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 308 (2d Cir. 1991) ; *Concrete Mach. Co., Inc. v. Classic Lawn Ornaments, Inc.*, 843 F.2d 600, 607 (1st Cir. 1988) ; *Sandberg & Sikorski Corp. v. Andin Int'l Inc.*, 50 U.S.P.Q. 2d 1699 (S.D.N.Y. 1999) 참조.

518) 653 F.Supp. 135 (N.D.Ohio. 1986).

난 결과물은 표현으로 인정될 가능성이 크다.

어문저작물에서는 사건의 전개과정이나 등장인물, 대사를 표현성이 강한 요소로 제시하였고, 음악저작물에서는 가락을 표현성이 강한 요소로 제시하였으나, 미술저작물의 경우는 특정한 요소가 표현성이 강하다고 하기보다는 여러 가지 소재들을 조합하고 배열한 결과물로서의 형상이 표현성이 강하다고 표현할 수 밖에 없다. 한편 그 조합과 배열의 모습은 대단히 다양하고 광범위하기 때문에 표현성이 강한 요소가 무엇인지를 더 이상 구체화하기는 곤란한 면이 있다.

## (2) 機能的·視覺的 著作物에 있어서 아이디어와 표현의 區分

미술저작물 가운데 기능적 저작물에 해당하는 것은 응용미술저작물이다. 응용미술저작물은 개념상 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말한다. 따라서 문예적인 미술저작물과는 달리 물품과 구분되는 독자성을 인정받을 때에 비로소 저작물성이 인정된다. 과연 여기에서의 독자성이 창작성과 같은 개념인지에 대하여서는 논란이 있을 수 있으나, 분리가능성으로서의 독자성은 개념적으로 창작성과는 별도의 요건이라고 보아야 할 것이다. 따라서 응용미술저작물에 있어서는 과연 당해 작품이 창작성 및 독자성이 있는 표현을 갖추고 있는 저작물에 해당하는가가 중요하게 문제된다.<sup>519)</sup> 이는 아이디어에 해당하

---

519) 우리 나라 대법원은 응용미술저작물의 저작권침해가 문제된 사건에서 저작물성의 문제를 가장 비중있게 다루고 있다. 직물디자인에 관한 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도 3266 판결에서 대법원은 “응용미술작품에 대하여는 원칙적으로 의장법에 의한 보호로써 충분하고 예외적으로 저작권법에 의한 보호가 중첩적으로 주어진다고 보는 것이 의장법 및 저작권법의 입법취지라 할 것이므로, 산업상의 대량생산에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 모든 응용미술작품이 곧바로 저작권법상의 저작물로 보호된다고 할 수는 없고, 그 중에서도 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 위에서 말하는 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하여야만 저작물로서 보호된다고 할 것이다”라고 전제한 뒤 당해 사건에서 문제된 염직도안은 응용미술품의 일종이긴 하나 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하지 않는다고 판시함으로써, 직물디자인의 저작물성 자체를 부정하고 더 나아가 실질적 유사성의 판단에는 이르지 않았다. 한편 이른바 히딩크 넥타이 사건에 관한 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결

는 실용적 내지 산업적 요소와 표현에 해당하는 독자적 내지 창작적 요소를 구분하는 작업이 저작물성의 판단 단계에서 집중적으로 이루어진다는 것을 의미한다.

우리 나라 대법원 판례는 응용미술저작물에 관하여 “독립적인 예술적 특성이나 가치”를 창작적 표현요소로 파악함으로써 “독립성”과 “예술성”을 강조한다.<sup>520)</sup> 미국 저작권법 제101조 및 제102조에서는 응용미술에 해당하는 실용품(useful article)의 디자인이 그 제품의 실용적인 면으로부터 분리하여 인식할 수 있을 정도의 그림, 그래픽 또는 조각 등의 형상을 포함할 때 저작물로 보호된다고 함으로써 분리가능성(separability)을 강조한다. 그 용어의 사용이 서로 다르긴 하지만, 분리가능한 것은 독립성을 갖춘 것이고, 미술저작물에서 가지는 가장 핵심적인 가치가 미적 가치이므로, 요약하자면 응용미술저작물의 표현은 실용적·기능적 측면으로부터 독립된 미적 가치라고 할 수 있다. 따라서 응용미술저작물의 실질적 유사성 판단은 실용성과 기능성의 지배를 받는 디자인의 요소가 아니라 실용적인 면으로부터 구분되는 미적인 디자인 요소를 기준으로 행하여야 한다.

예컨대 직물디자인과 관련하여서는 그 디자인을 구성하는 개별적이고 구체적인 형상,<sup>521)</sup> 레이아웃(layout),<sup>522)</sup> 색상<sup>523)</sup> 및 그 전체적인 선택·조정·배열을

에서는 우리 민족 전래의 태극문양 및 팔괘문양을 상하좌우로 연속 반복한 일명 ‘히딩크 넥타이’의 도안이 응용미술저작물에 해당할 수도 있는 점을 들어 이에 대한 저작물성을 부인한 원심판결을 파기한 바 있다.

520) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결 ; 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결 ; 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결.

521) 직물디자인에 있어서 그 디자인을 구성하는 핵심적인 형상은 실질적 유사성을 판정함에 있어서 가장 중요한 요소이다. 하지만 통상적인 꽃이나 기하학적 형상 등을 공통적으로 사용하였다는 사유만으로는 두 형상이 거의 동일할 정도에 이르지 않는 이상 실질적 유사성을 인정하기 어렵다. Folio Impressions Inc. v. Byer Cal., 937 F.2d 759 (2d Cir. 1991) ; Dan Rivers, Inc. v. Sanders Sale Enters., Inc., 97 F.Supp. 2d 426 (S.D.N.Y. 2000) ; Covington Indus. v. Culp, Inc., 50 U.S.P.Q.2d 1543 (S.D.N.Y. 1999) 참조.

522) 레이아웃은 개별적인 형상들이 연속적으로 배열된 형태를 의미하고, 이 역시 개별적 형상과 마찬가지로 직물디자인의 실질적 유사성을 판단하는 데에 중요한 비중을 차지

표현적 요소로 보아 이를 기준으로 실질적 유사성을 판단한다.<sup>524)</sup> 또한 인형도 응용미술저작물에 해당하는바, 사람 모습의 인형과 관련하여서는 얼굴의 모습, 얼굴의 표정, 크기, 본체와 사지의 유형, 자세, 머리카락, 의상과 악세서리, 나이, 시선 등을 표현요소들로 파악하여 이부터 도출되는 전체적인 느낌을 고려하고,<sup>525)</sup> 동물 모습의 인형과 관련하여서는 털의 색깔과 결, 머리·얼굴·몸·꼬리의 형상, 재질, 앞발, 시선 등을 표현요소들로 보아 이로부터 도출되는 전체적인 느낌을 고려한다.<sup>526)</sup> 우리나라 하급심 판례 가운데에는 상업용 도안의 동일성 유지권 침해 여부가 문제된 사건에서,<sup>527)</sup> 동물(너구리)을 의인화한 두 도안의 유사성 여부를 판단하기 위하여는 그 도안 자체만이 갖는 고유한 개성과 인격을 창조하였느냐 하는 점, 즉 동물의 선택, 성격 설정, 의상의 종류, 체형의 비례, 동작의 특성, 얼굴의 특징적 모양과 표정, 어떤 소도구를 선택, 사용하고 있으며 어떤 모습으로 어떤 내용의 의사를 전달하는가, 동물의 특징과 이미지를 어느 부분에서 어떻게 표현했는가 하는 점 등을 기준으로 하여 후에 만들어진 피신청인의 도안이 신청인의 도안과 유사한 이미지로 만들어진

하는 요소이다. *Concord Fabrics, Inc. v. Marcus Brothers Textile Corp.*, 409 F.2d 1315 (2d Cir. 1969)에서는 사각형 안에 원이 들어 있는 유사한 패턴을 유사한 치수와 색상과 함께 사용한 경우 실질적 유사성을 인정하였다.

523) 색상은 그 자체로 저작권의 보호를 받지 않지만 다른 요소들과 결합하여 실질적 유사성을 판단하는 하나의 요소로서 기능한다. 따라서 특정한 직물디자인에 있어서 어떤 색상체계나 배열이 중요한 비중을 차지하고, 이것이 피고의 직물디자인에 반영되어 있다면, 이는 실질적 유사성을 고려하는 요소가 될 수 있다 {*Knitwaves, Inc. v. Lollytogs Ltd., Inc.*, 71 F.3d 996, 1004-1005 (2d Cir. 1995)} . 하지만 동일한 디자인에 있어서 색상만 다른 경우에 그러한 사정은 실질적 유사성을 부인하는 근거가 될 수 없다 {*Segrets, Inc. v. Gillman Knitwear Co., Inc.*, 207 F.3d 56, 62 (1st Cir), cert denied, 531 U.S.827 (2000)} . *Osterberg*, 전계서, §10:5.4, 10-17.

524) *Osterberg*, 전계서, §10:5, 10-13 내지 20면 참조.

525) *Osterberg*, 전계서, §10:6, 10-21면, *Fisher-Price, Inc. v. Well-Made Toy Mfg. Corp.*, 28 U.S.P.Q. 2d 1623 (W.D.N.Y. 1993).

526) *Gund Inc. v. SKM Enters., Inc.*, 691 F.Supp 643 (S.D.N.Y. 2001) ; *Quaker Oats Co. v. Mel Appel Enters.*, 703 F.Supp. 1054 (S.D.N.Y. 1989).

527) 서울고등법원 1990. 6. 25.자 89라55 결정(확정).

것이 있는가, 전체적으로 동일한 모양으로 디자인되었는가, 동일한 동물을 유사한 느낌으로 동일한 의상을 입혀 비슷한 동작으로 비슷한 뜻을 전달하는 그림을 유사한 표현기법으로 디자인했는가 하는 점 등에 관하여 살펴보아야 할 것이라고 판시하고 있는바, 이 역시 상업용 도안에 있어서 표현적 요소가 무엇인가를 밝히는 데에 참고가 될 만하다.

사진 가운데에서도 상업적 사진이나 사실적 사진 역시 응용미술저작물과 마찬가지로 사실성이나 기능적 측면은 아이디어에 해당한다는 점을 염두에 두어야 한다.

햄(ham) 제품에 대한 광고용 카탈로그 사진의 저작물성을 다룬 우리나라 대법원 판례<sup>528)</sup>에서는, 햄 제품에 대한 광고용 카탈로그 사진을 햄제품 자체를 촬영하는 사진(제품사진)과, 이러한 햄제품을 다른 장식물이나 과일, 술병 등과 조화롭게 배치하여 촬영함으로써 제품의 이미지를 부각시켜 광고의 효과를 극대화하기 위한 사진(이미지사진)으로 대별한 뒤 그 중 제품사진은 비록 광고사진작가인 원고의 기술에 의하여 촬영되었다고 하더라도, 그 목적은 그 피사체인 햄제품 자체만을 충실하게 표현하여 광고라는 실용적인 목적을 달성하기 위한 것이고, 다만 이때 그와 같은 목적에 부응하기 위하여 그 분야의 고도의 기술을 가지고 있는 원고의 사진기술을 이용한 것에 불과하며 거기에 저작권법에 의하여 보호할 만한 원고의 어떤 창작적 노력 내지 개성을 인정하기 어렵다 할 것으로서 위 제품사진이 저작권법에 의한 사진저작물에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>529)</sup>

#### 다. 類似性的 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷

##### (1) 創作性 및 多樣的 表現可能性의 程度 考慮

일반적 판단기준과 관련하여 살펴 보았듯이 유사성 판정의 대원칙은 창작성의 정도 및 다양한 표현가능성의 정도에 따라 실질적 유사성의 인정범위가

528) 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결.

529) 이는 거의 모든 사진에 대하여 저작물성을 인정하는 미국의 입장과 다른 것이다. Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc., 225 F.3d 1068, 1076 (9th Cir. 2000) ; Keith Lupton, Photographs and the Concept of Originality in Copyright Law, 10 E.I.P.R. 257 (1988) 참조.

달라진다는 것이다.

첫 번째로 창작성의 정도가 클수록 실질적 유사성의 인정범위는 넓어진다. 예를 들어 인형 가운데에도 이미 존재하는 형상을 인형으로 창작하는 경우<sup>530)</sup>와 창작자가 상상을 통하여 이끌어낸 형상이거나 이미 존재하는 것을 창조적으로 변형시킨 형상을 인형으로 창작하는 경우<sup>531)</sup>가 있다. 전자와 달리 후자의 경우 그 형상의 전부 또는 일부 자체도 창작성있는 표현으로서 저작권의 보호대상이 되므로 실질적 유사성의 범위가 더욱 넓어진다. 인형의 경우 시각적 저작물의 일종인 응용미술저작물의 성격을 가지지만, 그 목적과 기능을 고려하면 시각 뿐만 아니라 촉각도 그 저작물의 가치를 결정하는 경우가 많다. 따라서 독특한 성격의 재료를 사용하여 새로운 촉각을 선사하는 특징을 가진 인형에 있어서 그러한 촉각적 요소 역시 저작권 보호의 대상이 되는 것이 타당하다. 예컨대 어느 방향으로나 구부리거나 접을 수 있고 탄력성이 뛰어나서 강하게 잡을 경우 매우 작은 부피로 줄어들 수 있는 Smooshee 계열

---

530) 일반적인 곰인형의 형태를 가지면서 재질 및 제작기법에 있어서 곰인형의 겉에 뽀얗이 원단을 입힘으로써 털을 없애고 표면을 뽀얗이도록 한 점에 특색이 있는 소위 뽀얗이 곰에 관하여, 상품과 분리된 독립적인 예술적 특성이나 가치를 지니고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당한다고 보기 어렵다고 하여 저작물성을 부인한 서울지방법원 남부지원 2001. 5. 25. 선고 2000가합7289 판결 참조(서울고등법원 2001나33774 판결 및 대법원 2002다21462 판결로 각각 항소기각 및 상고기각).

531) 기존 토끼를 창조적으로 변형시켜 이른바 엽기토끼로 널리 알려진 마시마로의 저작물성이 문제되었던 사건에서, 서울고등법원 2004. 2. 11. 선고 2003나28448 판결(대법원 2004. 6. 14. 2004다15096 심리불속행기각 판결로 확정)에서는 “피고가 창작한 마시마로는 별지 목록 2 기재와 같이 머리를 몸통보다 크게 강조하고 눈, 코, 입이 아래쪽으로 물려있으며, 귀는 가늘고 작은 유선형으로, 눈은 양옆으로 처진 직선의 형태로 표현되어 전체적으로 나약하고 귀여운 기존의 토끼 이미지와는 달리 반항적인 모습으로 표현되어 있는바, 앞서 본 바와 같이 7회까지 연재된 플래쉬 애니메이션에서 전개되는 독창적이고 엽기적인 내용과, 마시마로라는 등장인물의 반항적인 성격이 몸통보다 큰 머리, 가늘고 작은 귀, 일직선으로 닫힌 눈 등의 특징적인 표현으로 나타난 것으로서, 피고 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도에 이르렀다고 봄이 상당하다 할 것이므로 저작권법에서 요구하는 창작성의 요건을 일응 충족하였다고 할 것이다”라고 판시하여 그 저작물성을 긍정하였다.

의 인형을 처음 창작한 저작자에 대하여, 이러한 인형은 기존의 표준적인 인형의 모습으로부터 창작된 것이 아니기 때문에 매우 넓은 범위의 저작권 보호를 받을 수 있다고 판시한 미국 판례<sup>532)</sup>가 있다.

두 번째로 다양한 표현가능성이 높을수록 실질적 유사성의 인정범위는 넓어진다. 예컨대 그림 가운데에서도 예능적 묘사가 이루어지는 그림과 사실적 묘사가 이루어지는 그림 사이에 실질적 유사성 판단의 엄격성에 차이가 있다. Franklin Mint Corp. v. Mat'l Wildlife Art Exch., Inc.판결<sup>533)</sup>에서 미국 제3 연방항소법원은 "미술의 세계에서 저작권이 어떻게 경계지워질 것인가는 화가의 스타일에 달려 있다. 모네와 같이 Rouen 성당의 정면에 비치는 빛에 의하여 생성되는 인상을 심사숙고하는 화가는 쉽게 저작권침해의 시도를 할 수 없는 작품을 만들어낸다.<sup>534)</sup> 반면 사진과 같은 명확함과 정확함을 가지는 묘사품을 만들어내는 화가는 동일한 대상에 동일한 기술로 묘사한 다른 사람의 저작권침해행위를 증명하는 데에 상당한 어려움을 겪을 것이다<sup>535)</sup>"라고 밝힌 바 있다. 또한 동일한 대상에 대하여서도 여러 가지 표현이 가능한 조각의 경우에는 실질적 유사성의 폭은 넓어지고, 사소한 표현상의 차이점만으로 실질적 유사성을 부인할 수 없다. 예컨대 Concrete Machinery v. Classic Lawn Ornaments 판결<sup>536)</sup>에서는 동물의 형상을 갖춘 조각의 실질적 유사성 판단이 문제되었는데, 그 조각의 크기가 다르거나 약간 다른 방법으로 자세를 취하고 있다는 정도의 사소한 차이점만으로는 실질적 유사성을 부정할 수 없다고 판시하였다.

## (2) 非類似 要素의 考慮

아이디어가 아닌 표현에 해당하는 요소들의 비교에 있어서도 통상 유사한 부분과 비유사한 부분이 함께 존재하는 경우가 대부분이다. 이 때 실질적 유

---

532) Quaker Oats Co. v. Mel Appel Enters., 703 F.Supp. 1054 (S.D.N.Y. 1989).

533) 575 F.2d 62, 65 (3d Cir, 1978).

534) 이는 결국 당해 저작물의 보호범위가 넓다는 것을 의미한다.

535) 이는 결국 당해 저작물의 보호범위가 좁다는 것을 의미한다.

536) 843 F.2d 609 (1st Cir. 1988).

사성을 인정할 것인가는 피고의 작품에만 존재하는 창작적인 요소가 그 양이나 질의 면에서 원고 저작물에서 차용한 부분을 압도하여, 원고의 저작물과 종속성을 인정할 수 없는 새로운 창작물로 인정할 것인가의 여부에 따라 각 사안별로 해결할 수 밖에 없는 것이다.

비유사적 요소가 최종적인 유사성 판정에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여는 다음 세 가지 지침을 제시할 수 있다.

**(가) 다른 著作物에 비해 非類似的 要素에 相對적으로 더 큰 영향을 받음**

첫 번째로 다른 유형의 저작물에 비하여 시각적 저작물의 실질적 유사성 판단은 비유사적인 요소에 상대적으로 더 큰 영향을 받는다. 시각적 저작물은 각종 요소들을 배열하고 결합하여 최종적으로 생성된 미적 형상에 그 가치가 있는 것이다. 그리고 이러한 미적 형상은 그 수요자들에게 단계적으로나 이성적인 방법이 아닌 즉흥적이고 감상적인 방법으로 호소한다. 한편 비유사적인 요소의 부가는 단지 저작물을 구성하는 다른 요소가 부가되었다는 차원을 넘어서서 모든 요소들이 결합하여 창출되는 형상 자체에 큰 영향을 미칠 수 있다. 다시 말하여 일정한 정도를 넘어서는 비유사적 요소의 부가는 양적 변형이 아닌 질적 변형을 가져오는 경향이 크다는 것이다. 이는 다른 사람의 소설에 나타난 구체적인 등장인물과 사건의 전개과정을 이용하였다면 여기에 비유사적인 요소를 부가한다고 하더라도 그 기존의 이용 부분이 질적으로 변형될 가능성이 크지 않는 것과 구분된다. 따라서 피고가 의도적으로 충분한 변경을 가하여 원고의 저작물과 실질적 유사성을 소멸시킴으로써 정당하게 침해에서 벗어날 수 있다는 원칙은 시각적 저작물에 관하여 형성되어 온 것이다.<sup>537)</sup>

이와 관련하여 서울고등법원 2004. 12. 15.자 2004라552 결정<sup>538)</sup>을 살펴 보도록 한다. 이 사건에서는 민속무속미술가가 자신의 그림에다가 동양의 음양

---

537) Eden Toys, Inc. v. Marshall Field & Co., 675 F.2d 498 (2d Cir. 1982) ; Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp. 630 F.2d 905 (2d Cir. 1980) ; Warners Brothers, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983).

538) 이 사건은 대법원 2005마15호로 재항고되었으나 2005. 3. 29. 심리불속행으로 재항고기각되어 그대로 확정되었다.

오행사상을 기초로 중앙과 동서남북의 방위를 의미하는 황(黃)·청(靑)·백(白)·적(赤)·흑(黑)의 5가지 색, 이른바 ‘오방색(五方色)’으로 구성된 색띠로 화면의 사각형 테두리를 두르고 그 안의 중심부에 또 다른 그림을 배치하는 표현기법을 사용하여 작성한 도안의 표절이 문제되었다. 이 사건과 대비되었던 도안은 가운데에는 승무를 하는 여승의 얼굴과 자신의 사진을 좌우에 배치하고 주위의 사각형 테두리에 색동무늬의 띠를 두름과 아울러, 네 귀퉁이에 건곤감리(乾坤坎離)의 4괘 문양을 그려 넣은 광고선전물 도안이었다. 두 도안은 오방색을 주조로 한 동양적 분위기의 색띠를 서양화의 테두리에 배치하여 액자처럼 표현하였다는 점에서 유사하였으나, 법원은 사각형 테두리 안의 개개의 색상, 색채배열 및 구체적인 형태에서 그 문양이 틀리다는 점, 색띠가 연속되지 못한 채 적색 바탕에 검은 색으로 건곤감리의 4괘를 그려 넣은 네 귀퉁이의 정사각형 도형과 연결된 점 등 여러 가지 차이점을 들어 실질적 유사성을 부정하였다.<sup>539)</sup>

그 이외에도 비즈니스맨이 높은 건물에서 밑에 있는 도시의 거리로 발걸음을 옮기기 위하여 고민하는 모습을 담은 두 사진의 실질적 유사성에 관하여 다른 Kaplan v. Stock Mkt. Photo Agency, Inc. 판결<sup>540)</sup>도 참고할 만하다. 이 판결에서 뉴욕주 연방지방법원은 두 사진 사이에 비즈니스맨이 한 도시의 높은 건물 가장자리에서 지상에 있는 거리로 발걸음을 옮기려고 하는 모습을 담은 두 사진의 실질적 유사성을 부정하였다. 두 사진에 나타난 남자는 모두 세로 줄무늬 양복을 입고 있고, 끝에 날개가 달린 구두를 신고 있어 유사한 복장을 하고 있었고, 두 사진 모두 비즈니스맨이 건물에서 아래 쪽의 거리를 바라보는 앵글과 관점에서 촬영된 유사점이 있으나, 두 사진의 배경과 관점의 표현,<sup>541)</sup> 건물 밑의 거리와 그 위에서 벌어지고 있는 활동내용이나 비즈니스

539) 이 사건 결정문에서는 피신청인의 도안 안에 있는 여승의 얼굴과 피신청인 스스로의 사진 및 그 주위의 테두리는 모두 피신청인의 작품에서 유래한 것이라는 점을 설시하면서 그 도안은 피신청인 자신의 음양조형주의 표현기법에 의하여 제작한 작품이라고 봄이 상당하다고 하고 있는데, 이러한 설시내용이 신청인의 도안에 창작성이 없다거나 의거관계를 부정한다는 취지로 제시된 것인지, 그렇지 않으면 실질적 유사성을 부정하는 하나의 근거로 제시하는 것인지는 분명하지 않다.

540) 133 F. Supp. 2d 317 (S.D.N.Y. 2001).

맨 주위의 환경,<sup>542)</sup> 조명과 그림자 처리와 색상<sup>543)</sup> 등이 서로 다른 느낌이나 분위기를 형성하고 있어 실질적으로 유사하지 않다고 보았다.

이처럼 비유사적 요소의 부가가 쉽게 전체적 미감을 변형시키는 시각적 저작물의 특성을 고려하면, 그 문예적인 특성에도 불구하고 실제로 실질적 유사성이 인정되는 예가 많지 않다는 경향을 이해할 수 있다.

#### (나) 核心的인 部分이 利用되었다면 非類似的 要素의 영향력은 줄어듬

두 번째로 창작성이나 다양한 표현가능성의 정도가 높아 저작물의 핵심적인 비중을 차지하는 부분이 이용되었을수록 비유사적인 요소가 미치는 영향력은 적어진다. 이에 관하여서는 Steinberg v. Columbia Pictures, Inc 판결<sup>544)</sup>을 사례로 들어 살펴 보기로 한다. 이 판결에서는 뉴욕을 중심으로 세계를 바라 보는 것을 주제로 한 삽화와 포스터 사이의 실질적 유사성이 문제되었다.

그림 1-1은 원고의 삽화이고, 그림 1-2는 피고의 포스터이다. 법원은 두

---

541) 원고의 사진은 건물 밑에 넓게 펼쳐져 있는 거리와 자동차들을 강조하는 등 넓이(breadth)를 느끼게 하는 반면, 피고의 사진은 깊이(depth)를 강조하는 보다 좁고 수직적인 사진으로서 거리 건너편에서 날카로운 수평, 수직선으로 구성된 높은 건물들을 강조하고 있다

542) 원고의 사진은 두 개의 거리가 하나로 합쳐지고 거리 위에는 대부분 노란색의 택시들이 왼쪽에서 오른쪽으로 여러 차선을 따라 일방통행하고 있으며, 비즈니스맨은 혼자서 닳고 철로 만들어진 돌출부 위에서 서 있는 내용을 담고 있는 반면, 피고의 사진은 좁은 거리의 양 차선에서 자동차 등이 쌍방통행하고, 비즈니스맨은 왼쪽에 비둘기와 가방이 보이며 부드럽고 콘크리트로 만들어진 돌출부 위에서 서 있는 내용을 담고 있다

543) 원고의 사진은 사진 전체를 대각선으로 가로지르는 분명한 그림자를 담고 있고 그 그림자는 비즈니스맨의 신발과 건물 옥상을 향하고 있는데, 이는 철로 만들어진 돌출부와 함께 어우러져 음침하고 생각에 잠기게 하는 분위기를 형성하는 반면, 피고의 사진에는 아무런 그림자도 없고 거리 건너편의 빌딩이 밝은 햇살로 가득차 있어 감상자의 주의를 건물의 기하학적 형상으로 이끄는 효과를 보여 주고 있고, 이러한 빛의 존재와 색깔은 심사숙고하거나 침체되어 있는 분위기가 아니라 모험적이고 호기심을 자극하는 가벼운 분위기를 형성함으로써 원고의 사진과는 달리 감상자로 하여금 비즈니스맨의 불안정하고 위험한 현실을 잊어버리게 하고 있다

544) 663 F.Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987).

작품이 모두 뉴욕의 관점에서 세계를 조감한다는 주제를 다루고 있을 뿐만 아니라 구체적인 표현에 있어서도 ① 맨해튼에서 강 건너에 있는 세계를 조감하는 것을 단순하고 변덕스러운 스타일로 묘사한 점, ② 맨해튼 내부의 네 블록을 상세하게 묘사하면서 맨해튼을 벗어나면서는 극도로 단순화하여 묘사한 점, ③ 하늘을 표현하기 위하여 그림 상단에 푸른색으로 칠해진 얇은 띠를 그리고 있는 점 ④ 그 이외에도 급수탑(water tower), 자동차, 주차장 위의 붉은 표지판, 그 이외의 건물들의 모양, 창문, 배치 등이 유사한 점 등을 지적하면서, 그 중에서도 특히 뉴욕시 내부를 묘사하기 위한 다양한 표현수단이 있는데도 두 그림 모두 맨해튼 내부의 네 블록을 상세하게 묘사한 것에 주목하였다.

원고의 삽화에 나타난 요소들 가운데에 뉴욕을 묘사한 점, 높은 곳에서 바라보는 관점으로 묘사한 점, 뉴욕의 건물과 차량들을 묘사한 점, 뉴욕의 허드슨 강을 묘사한 점은 추상적인데다가 독창적이지 못하고, 뉴욕을 묘사함에 있어서 수반되는 것으로서 그 다양한 표현가능성이 제약되는 것으로서 아이디어에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 원고의 삽화 중 핵심적인 가치는 ‘뉴욕 중심’에서 ‘세계를 바라보는’ 사고의 표현방식이다. 이러한 표현은 여러 가지의 독창적이고 다양한 모습으로 나타낼 수 있는데, 원고는 그 중 ① 뉴욕은 전면부에 위치시키되 나머지 세계는 후면부에 위치시키고, ② 뉴욕은 자세하게 묘사되 나머지 세계는 단순하게 묘사하며, ③ 뉴욕과 세계 사이를 물로 차단함으로써 두 영역의 차별성을 부각시키고, ④ 뉴욕의 중심부에 세계로 나아가는 대로를 묘사하는 방법을 선택하였고, 이러한 선택과 표현은 독창성, 구체성

【그림 2-1】 원고의 삽화

【그림 2-2】 피고의 포스터

이 높은 것이었다. 그런데 이러한 요소가 피고의 포스터에 이용되었고, 더 나아가 건물들의 모양이나 창문, 배치, 차량이나 사람들의 분포, 진행방향 등 세



부적인 표현부분까지 이용되었다면 원고의 삽화 중 창작 인센티브가 가장 높게 부여되어야 하는 부분이 이용되었다고 할 수 있다. 따라서 법원은 세부적인 차이점들이 다수 존재함에도 불구하고 실질적 유사성이 인정되어야 한다는 결론에 이르렀고 이 결론은 타당한 것으로 생각한다.

**(다) 表現媒體의 變更으로 인한 不可避한 非類似性은 考慮對象에서 除外함**

세 번째로 매체의 변경으로 인하여 불가피하게 발생하는 비유사적인 요소는 유사성 판정에 큰 영향을 미치지 않는다. 시각적 저작물은 2차원과 3차원을 넘나든다. 예를 들어 원고의 그림을 피고가 조각으로 만들어 그림의 저작권을 침해하였다고 주장하는 사례와 같이 2차원적 저작물인 그림과 3차원적 저작물인 조각의 실질적 유사성을 판정하여야 하는 경우이다.<sup>545)</sup> 이 경우에도 매체의 차이로 부득이하게 발생하는 차이점에 집착하여 실질적 유사성을 판단

545) 2차원적인 만화의 등장인물을 3차원적인 인형과 장난감으로 만든 경우에 실질적 유사성을 인정하여 저작권침해를 긍정한 *Fleischer Studios, Inc. v. Ralph A. Freundlich, Inc.*, 73 F.2d 276 (2d Cir. 1934) 참조.

하는 것은 타당하지 않다. 따라서 그림이 대상의 전면(前面)을 묘사하였고, 조각이 그 전면 뿐만 아니라 측면(側面)과 후면(後面)을 추가하여 묘사하였다고 하더라도 실질적 유사성 판단은 양자에 모두 존재하는 전면의 비교를 통하여 행한다.

## 第5節 建築著作物

### 1. 建築著作物の意義

#### 가. 建築著作物の概念

저작권법에서는 건축저작물의 개념을 별도로 정의하지 않은 채 다만 “건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서”를 포함한다고만 규정하고 있다.<sup>546)</sup> 따라서 이 조항을 문언대로 해석하면 건축저작물은 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도서 이외의 모습으로도 존재할 수 있다. 예컨대 설계도서의 개념을 좁게 파악할 경우 건축물에 관한 초기 디자인이 나타난 스kets치는 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도서 중 어느 유형에도 속하지 않으나 건축저작물로서 보호되는 유형이다.<sup>547)</sup> 하지만 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도서의 개념을 넓게 파악한다면, 위와 같은 스kets치는 설계도서에 포함될 수 있고, 다른 건축 관련 저작물 역시 위 세 가지 유형 중 하나에 포함시킬 수 있다. 이와 같은 입장에서 건축저작물의 개념을 정의하자면, 건축저작물은 사상과 감정이 표현된 창작물로서의 건축물<sup>548)</sup> 및 그 건축을 위한 모형이나 설계도서이다.

546) 저작권법 제4조 제5호.

547) 건축구상이 담겨 있는 스케치를 건축저작물로 인정한 東京地裁 2000(平成 12). 8. 30. 선고 平11(ワ)29127호, 平12(ワ)5331호 판결(判例タイムズ 1042호, 269면) 참조.

548) 우리 나라에서는 1957. 1. 28.에 제정된 최초의 저작권법 제2조에서 저작물의 예시 중 “건축”, “도형”, “모형”을 포함시킴으로써 처음부터 건축물 자체에 대한 저작권을 부여하였고, 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 저작권법을 개정하면서 현행 저작권법과 같이 건축저작물에 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도서가 포함된다는 점을 명시하여 이를 재차 확인하였다. 반면 미국에서는 원래 설계도서나 모형은 어문저작물이나 회화·그래픽·조각저작물의 일종으로 보호하고 건축물은 실용품(usable article)의 일종으로 보아 건축물의 미적 부분이 그 실용적 기능으로부터 물리적으로나 관념적으로 분리가능할 때(physically or conceptually separable)에만 예외적으로 조각저작물의 일종으로 저작권에 의한 보호를 부여하여 왔다. 예컨대 *Demetriades v. Kaufmann*, 680 F.Supp. 658 (S.D.N.Y. 1988) 판결에서는 이웃에 있는 주택의 설계도면을 베낀 설계도면에 기하여 거의 동일한 주택을 건축한 피고의 행위에 대하여, 설계도면의 작성은 저작권침해에 해당하지만 주택의 건축은 저작권침해에 해당하지 않는다고 판시하였다. 그러나 그 후 미국이 1989. 3. 1. 문학적·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약에 가

우선 건축물은 건축하여 이룬 구조물로서 주거가 가능한 것은 물론이고, 주거를 목적으로 하지 않는 구조물들, 예컨대 교회나 정자, 전시장, 가설건축물 등도 포함한다.<sup>549)</sup> 건축법에서는 건축물에 대한 정의 규정<sup>550)</sup>을 두고 있으나, 위 법은 행정규제에 관한 법이므로 그 건축물의 개념이 반드시 건축저작물에 포함되는 건축물의 개념과 일치하는 것은 아니다. 예컨대 예술성에 초점이 맞추어진 건축물 중에는 지붕과 기둥 또는 벽이 존재하지 않는 것도 있을 수 있는데, 이는 건축법상 규제를 받는 건축물에는 해당하지 않지만 건축저작물의 개념에는 포함될 수 있다.<sup>551)</sup>

설계도서는 건축물을 만들기 전에 그 건축물의 구조나 디자인, 건축물에

---

입하면서 건축물을 저작권으로 보호하는 위 협약에 자국의 저작권법을 일치시키기 위하여 1990. 12. 1.부터 건축저작물보호법(The Architectural Works Protection Act of 1990)을 시행하였다. 이로써 미국은 설계도서나 모형에 이어 건축물의 디자인에 대하여서도 저작권의 보호를 부여하고 있다.

549) 오승중 외 1, 전게서, 66면, 건축물의 구성부분을 이루는 철제올타리에 대하여 건축물과 떼내어 별도의 독립된 건축저작물로 볼 수 없다고 한 하급심 판례로서 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2004나48890 판결(확정) 참조.

550) 건축법 제2조 제1항 제2호에서는 건축물을 「토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부속되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 기타 대통령령이 정하는 것」이라고 정의한다.

551) 건축물에 부속된 조각의 경우 그것이 건축물의 일부인지 그렇지 않으면 독자적인 조각저작물인지 여부는 그 권리범위와 관련하여 매우 중요한 의미를 가질 수 있다. 저작권법 제32조 제2항에서는 개방된 장소에 향시 전시되어 있는 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물은 어떠한 방법으로든지 이를 복제할 수 있다고 규정하면서도 ‘건축물을 건축물로 복제하는 경우’(제1호)와 ‘조각 또는 회화를 조각 또는 회화로 복제하는 경우’(제2호)에는 그 허용범위에서 제외하고 있다. 만약 개방된 장소에 있는 건축물에 부속된 조각을 건축물의 일부로 본다면 이를 조각 또는 회화로 재현하는 것이 허용될 수 있으나, 이를 건축물과 구분되는 별도의 조각으로 본다면 이를 조각 또는 회화로 재현하는 것이 허용되지 않는다. *Leicester v. Warner Bros.*, 232 F.3d 1212 (9th Cir. 2000)판결에서는 건축물 중 예술적으로 표현된 건물벽과 탑 부분이 건축물의 일부인지 조각저작물인지가 문제되었는데, 이에 대하여 연방 제9항소법원에서는 이러한 부분은 건축물의 표현양식 중 필수적인 점이라고 판시하면서 이 부분에 대한 사진 기타 회화적인 복제물을 만드는 것이 허용된다고 판시하였다.

소요되는 재료와 공사비, 공법 등에 관한 계획을 구체적으로 명시한 도면<sup>552)</sup> 또는 서류를 의미한다. 건축법이나 그 시행규칙에서도 설계도서에 관한 정의 규정<sup>553)</sup>을 두고 있으나, 건축저작물의 일종으로서의 설계도서가 건축법상 설계도서의 개념보다 더 포괄적이라는 점은 앞서 건축물에서 설명한 것과 마찬가지로이다. 설계도서는 저작권법 제4조 제1항 제8호에 의하여 도형저작물로서도 보호받을 수 있다.<sup>554)</sup>

건축을 위한 모형은 2차원의 설계도서에 따라 건축하였을 때에 3차원적으로 나타나게 될 건축물의 형상과 구조를 미리 알 수 있도록 제작된 모형을 의미한다. 예를 들어 아파트 모델하우스에 설치된 아파트 단지의 모형도 미적 부분에 있어서의 창작성이 나타나 있다면 건축저작물로서 보호받는다.

#### 나. 建築著作物에 있어서 複製의 概念

건축저작물의 저작권침해에 있어서 실질적 유사성 판단이 문제되는 것은 통상 복제권 침해 및 복제의 방법에 의한 2차적 저작물 작성권 침해<sup>555)</sup>의 경

---

552) 모형도, 투시도, 배치도, 평면도, 정면도, 배면도, 측면도, 내부상세도 등이 그 예이다. 서울지방법원 1995. 8. 18. 선고 95가합52463 판결(확정)에서는 호텔의 모형도 및 투시도에 대한 저작재산권침해를 다루고 있는바, 이 판례는 국내에서 건축저작물의 실질적 유사성을 다룬 최초의 것이다. 다만 실질적 유사성을 인정하면서 그 근거는 명확하게 설시하지 않고 있다.

553) 건축법 제2조 제14호 및 동법 시행규칙 제1조의 2.

554) 우리나라 저작권법은 제4조 제1항 제8호에서 도형저작물로서 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물을 예시하면서, 이와는 따로 제5호에서 건축을 위한 모형 및 설계도서를 건축저작물에 포함시키고 있다. 참고로 일본 저작권법 제10조 저작물의 예시규정에 따르면, 같은 조 제5호의 건축저작물에는 건축물만이 해당되고, 설계도면 등은 같은 조 제6호에서 건축저작물과 독립하여 규정하고 있다. 반면 미국 저작권법은 제101조에서 건축설계도면은 건축저작물과 미술저작물 양쪽에 해당하는 것으로 정의하고 있다. 이렇게 본다면 우리나라 저작권법의 규정은 미국과 유사하며, 건축설계도면은 도형저작물과 건축저작물의 양면성을 가지고 있는 것으로 파악할 수 있다. 이상 오승중, “건축저작물과 저작권”, 저스티스 제33권 제4호, 261면에서 인용.

555) 대개 건축설계과정은 그 단계에 따라 기본설계와 실시설계로 나누어지는데, 건축주가 입찰과정에서 자신에게 제출된 여러 가지 기본설계안 중 마음에 드는 설계안을 제

우이다.<sup>556)</sup> 앞서 본 것처럼 건축저작물에는 설계도서와 모형 및 건축물의 세 가지 유형이 있는데, 같은 유형 안에서의 복제행위가 복제권침해에 해당하는 것은 당연하다. 그러므로 타인의 설계도서를 베낀 설계도서나 타인의 건축물을 보고 베낀 건축물의 신축행위는 모두 복제권침해에 해당한다. 한편 한 유형에서 다른 유형으로 복제하는 행위가 복제권침해에 해당하는가에 관하여서는 아래에서 그 경우를 나누어 살펴 보기로 한다.

### (1) 他人의 模型이나 設計圖書에 따라 建築物을 施工하는 行爲의 複製性

저작권법 제2조 제14호에서는 “복제”를 “인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”이라고 정의하면서, 건축물의 경우에는 “그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것”을 포함한다고 덧붙이고 있다.<sup>557)</sup> 따라서 타인의 모형 또는 설계

---

출한 사람을 실시설계자로 결정하지 않은 채, 이를 자신이 선정한 다른 실시설계자에게 넘겨서 그 기본설계에 기하여 실시설계를 하게 하는 경우가 종종 발생하는바, 이러한 경우가 2차적 저작물 작성권 침해의 대표적인 예이다. 고영희, “건축설계도서의 저작권 보호”, 저작권 2002 가을호 21, 22면 참조.

556) 다른 저작물과 마찬가지로 건축저작물의 저작권침해는 저작재산권침해와 저작인격권 침해가 동시에 이루어지는 것이 대부분이다. 예컨대 타인의 건축저작물을 무단으로 복제하거나 이에 기하여 2차적 저작물을 작성하는 행위는 저작재산권으로서의 복제권 및 2차적 저작물작성권의 침해이지만, 이와 동시에 저작권자의 성명을 표시하지 않은 채 저작물을 이용하였다는 면에서는 저작재산권으로서의 성명표시권의 침해이기도 하다. 그 이외에도 타인의 건축저작물을 변형하여 복제한 경우에는 동일성유지권, 아직 공표되지 않은 타인의 건축저작물을 복제하여 공표한 경우에는 공표권의 침해가 문제된다. 따라서 실제 소송에 있어서는 저작재산권침해 뿐만 아니라 저작인격권침해가 함께 문제되는 경우가 많다는 것을 참고할 필요가 있다.

557) 오승중 외 1, 전게서, 71면에서는 이 조항에 대하여 아래와 같이 설명하고 있다.

“문제는 甲이 설계도만 작성하고 아직 그에 따른 건축을 하지 아니하였는데, 乙이 그 설계도를 암기하거나 또는 다른 경로로 입수하여(따라서 설계도 자체의 복제는 하지 아니하였다), 그에 따라 甲보다 앞서서 건물 X를 건축한 경우이다. 이 때에는 설계도 자체의 복제행위도 없고 그렇다고 아직 존재하지도 않는 건축물에 대한 복제가 있었다고 말할 수도 없는데, 이를 침해로 인정하지 못한다면 정의관념에 반하게 된다. 따라서 이와 같은 경우에도 침해가 성립할 수 있도록 한 것이 바로 저작권법 제2조 제14호의 규

도서에 따라 건축물을 시공하는 행위는 복제에 해당한다.

원래 1957년에 제정된 저작권법 제23조에서는 “실시권(實施權)”이라는 표제 하에 “저작자는 그 저작물을 건조(建造) 기타의 방법으로 실시할 권리가 있다”라고 규정함으로써 실시권의 개념을 두고 있었고, 타인의 설계도서에 따라 시공하는 것은 그 설계도서의 실시권 침해에 해당하였다. 그런데 각국의 저작권법이나 국제협약에는 실시 또는 실시권이란 용어가 없고 이를 복제에 포함시키고 있으므로,<sup>558)</sup> 1986. 12. 31. 저작권법 전문개정시 현행법과 같이 이를 복제의 개념에 포섭시키게 된 것이다.<sup>559)</sup>

## (2) 타인의 建築物에 따라 設計圖書나 模型을 作成하는 行爲의 複製性

타인이 이미 건축한 건축물을 보고 이를 반영한 설계도서나 모형을 제작하는 것도 건축저작물의 복제에 해당하는가? 이는 일종의 역분석(reverse engineering)에 해당하는 행위이다.

설계도서나 모형과 건축물은 궁극적으로 동일한 아이디어에 기초하여 표현된 것이지만, 그 표현양식이 현저하게 틀리다. 따라서 이러한 점에 주목하여 원칙적으로 설계도서나 모형과 건축물 사이에는 저작권법상 복제 행위가 성립할 수 없다고 새길 수도 있다. 이 입장에 의하면 설계도서에 기한 건축물의 시공도 복제에 해당한다는 점을 따로 명시한 것은 주의적 의미가 아니라 형성적 의미를 가진다고 보게 된다.

---

정인 것이다”. 한편 이영애, “건축저작권과 건축설계계약”, 민사판례연구 23권, 2000, 605면에서는 이 조항에 대하여 아래와 같이 설명하고 있다. “이 규정은 결국 설계도면에는 이미 관념적인 건축물이 표현되어 있다고 보는 것이다. 그러므로 설계도면에 따라 건축을 하는 것은 설사 아직 현실적인 건축물이 존재하지 않는다 하더라도 그 설계도면에 따라 관념적으로 표현되어 있는 건축물을 복제하는 것이 되어 복제권의 침해가 성립한다. 일반적으로 저작권의 보호는 기존에 존재하는 저작물에 대하여 발생하는 것이 원칙이나, 이에 대한 특수한 예외로서 설계도면에 표현된 관념적인 건축저작물의 복제를 현실의 건축저작물의 복제와 동일하게 보는 것이다”

558) 영국 저작권법 제17조 ; 프랑스 저작권법 제122조의 3 ; 일본 저작권법 제2조 제1항 제15호 등.

559) 허희성, 전계서, 77면.

그러나 동일한 사상이나 감정이 표현된 때에는 비록 그 표현양식이 틀리더라도 복제가 인정되는 경우는 많다. 조각을 회화나 사진으로 복제하는 것이 그 대표적인 사례이다. 그러므로 타인의 건축물을 검토한 후 그 미적 특징을 설계도서나 모형에 반영하였다면 복제행위가 성립하지 않는다고 볼 이유가 없다. 따라서 건축저작물 내의 유형간 복제행위는 가능하다. 이 입장에 의하면 설계도서에 기한 건축물의 시공이 복제에 해당한다는 규정은 주의적인 의미를 가진다고 보게 된다.

## 2. 建築著作物의 特性

### 가. 建築著作物의 機能性

건축저작물은 문예적 저작물에 해당하는 어문저작물이나 음악저작물, 미술저작물 등과 비교할 때 실용성과 기능성이 매우 큰 비중을 차지하는 저작물이라는 특성을 가지고 있다. 이러한 기능적 저작물로서의 특성은 실질적 유사성의 판단에도 큰 영향을 미치게 된다.

일반적으로 건축물에는 지붕과 기둥이나 벽이 존재하여야 하고,<sup>560)</sup> 집이나 사무실과 같이 사람의 존거공간(存居空間)으로 사용되는 건축물은 그 용도에 적합하게 방, 창문, 현관문, 복도 등을 갖추어야 하기 때문에 이와 같이 건축물 본래의 목적과 기능에 부합하기 위한 범위 내에서 대부분의 건축물들은 유사한 모습을 가지게 된다. 이처럼 실용성과 기능성의 지배를 받는 영역에 있어서 저작권적 보호를 부여하게 되면 먼저 저작권을 취득한 사람의 저작권을 침해하지 않고서는 건축물 본래의 목적과 용도를 달성하지 못한다는 결과가 발생하게 된다. 따라서 건축저작물에 있어서의 저작권의 보호는 실용성과 기능성의 제한을 강하게 받는다.

건축저작물에 구현하고자 하는 창작성은 앞서 본 실용성과 기능성 이외에도 다른 외부적인 제약을 받기 쉽다. 통상 건축은 건축가 뿐만 아니라 건축주, 기술자, 하수급인 등 여러 분야의 주체들이 참여하고 이들의 요구와 필요사항을 절충하는 과정에서 건축가의 창작성이 희생될 수 있다. 또한 건축물이 위치한 대지의 현황이나 위치, 면적, 주위의 환경 등 물리적 환경과 각종 공사

560) 이러한 요건을 갖추지 않은 예술적 건축물도 존재할 수 있음은 앞서 살펴 본 바와 같다.

법적 제약 등 규범적 환경, 인근 주민들이나 환경단체의 이해관계 등 사회적 환경, 건축물의 건축에 소요되는 비용과 이익을 둘러싼 재정적 환경 등도 건축가의 창작성에 대한 한계를 설정하게 된다. 이처럼 건축저작물은 창작자의 창작활동에 대한 여러 가지 외부적인 제약요인들이 존재한다는 특성을 가지고 있다.<sup>561)</sup>

#### 나. 建築著作物の 創作性

그러나 건축저작물의 실용성과 기능성이나 위와 같은 기타 제약요소들의 존재에도 불구하고, 건축저작물의 핵심이라고 할 수 있는 건축디자인의 영역에서는 여전히 건축가들의 창작성 내지 예술성이 발현될 여지가 있다.<sup>562)</sup> 또한 이러한 건축저작물의 창작성은 실용성이나 기능성과도 양립할 수 있다. 그 중 건축저작물의 실용성은 저작권에 의하여 보호받을 수 없지만, 건축저작물의 창작성은 다른 어느 저작물에 나타난 창작성있는 표현과 마찬가지로 보호받을 가치가 있다.

---

561) 참고로 건축물은 저작자와 소유자가 분리되는 경우가 많기 때문에 양자의 이해관계 조정이 필요하다. 우선 건축저작물에 있어서 저작자는 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리, 즉 동일성유지권을 가지나 무조건 동일성유지권을 관철한다면 건축저작물에 해당하는 건축물의 소유자는 그 저작권자의 허락없이 건축물을 증축·개축하는 등 이를 변경하는 행위를 할 수 없는 결과에 이른다. 그러나 이는 건축저작물의 저작권 보호라는 명분 하에 건축주의 소유권 및 건축물이 원래 가지고 있는 실용성과 기능성을 심히 해치는 부당한 결과이다. 따라서 저작권법 제13조 제2항 제2호에서는 건축저작물의 저작자라고 하더라도 “건축물의 증축·개축 그 밖의 변형”에 대하여는 이의를 할 수 없다는 예외조항을 두고 있다. 또한 건축물은 그 목적과 용도 때문에 일반 공중에 개방된 장소에 세워지는 경우가 많다. 이러한 개방성에 주목하여 저작자와 일반 공중의 이해관계를 조정하는 조항이 마련되어 있다. 저작권법 제32조 제2항에 의하면 원칙적으로 건축저작물을 포함한 미술저작물 등(미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물)은 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖의 일반공중에 개방된 장소에 항상 전시하는 경우에는 이를 복제할 수 있다. 그러므로 일반 공중에 개방된 장소에 있는 건축물을 사진으로 촬영하거나 비디오로 녹화하는 경우, 건축물을 그림으로 재생하는 것은 복제에 해당하지만 저작권침해에 해당하지 않는다. 다만, 저작권법 제32조 제2항 제1호에 의하면 건축물을 건축물로 복제하는 것은 허용되지 않는다.

562) Bradford Perkins, "Building Design", Architect's Handbook § 2.5.

건축저작물에 있어서 창작성은 어느 정도로 요구되는가 하는 문제가 있다. 건축저작물은 궁전이나 개선문 등 역사적 건축물로서 대표되는 바와 같이 지적 활동에 의하여 창작된 건축예술이라고 평가되는 건축물에 한하고 일반 건축물은 건축저작물에 포함되지 않는다고 하여, 건축저작물의 창작성을 상당히 높은 정도로 요구하는 견해<sup>563)</sup>가 있다. 반면 예술성이나 미술성 등 다분히 주관적인 요소에 따라서 건축저작물의 저작물성을 판단하는 것에 대하여 의문을 제기하면서, 건축저작물도 저작물의 한 종류로서 예시되어 있는 이상 건축물 자체의 창작성 유무에 따라서 그 저작물성을 판단하되, 그 판단과정에서 건축저작물 특유의 주거성, 실용성, 기능성을 고려하여야 한다는 견해<sup>564)</sup>도 있다. 한편 저작권으로 보호되는 건축물이 예술성이 높은 사원이나 궁전, 박물관, 올림픽기념탑 등에 한정된다고 볼 것은 아니고, 빌딩이나 일반주택 등이라고 하더라도 아주 흔한 것이 아니고 사회통념상 미술범위에 속한다고 인정되는 경우에는 이에 속한다는 견해<sup>565)</sup>는 절충적 견해라고 할 수 있다.

일반적으로 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것이 아니고, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.<sup>566)</sup> 건축저작물이라고 하여 그 창작성 판단에 이러한 일반론의 예외를 인정할 근거는 없다. 특히 건축저작물은 조각 등 미술저작물과 구별되는 것으로서 개념적으로도 반드시 예술성에 준하는 정도의 창작성을 요구할 이유가 없다. 따라서 위와 같은 일반론에 따라 건축저작물에 있어서의 창작성 역시 작자가 남의 것을 모방하여 건축저작물을 제작한 것이 아니고 작자 자신의 독자적 표현이 나타나기만 하면 인정된다고 할 것이다.

건축저작물의 창작성 개념을 일반적인 저작물의 창작성 개념과 달리 설정

563) 허희성, 신저작권법 축조해설, 범우사, 1988, 49면.

564) 오승중, 전계 논문, 262면.

565) 송영식, 이상정, 황중환 공저, 지적소유권법, 제7전정판(2001), 육법사, 480면.

566) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

하려는 시도들은, 건축저작물의 창작성이 너무 쉽게 인정되는 경우 그 저작권 보호범위가 지나치게 확대됨으로써 건축저작물의 기능성과 충돌하게 된다는 우려에 기인한 것이다. 하지만 앞서 본 일반적인 창작성 개념에 의하더라도 건축저작물의 창작성이 인정되기 위하여서는 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현이 개입되어야 하는 것인데, 오래된 건축관습 또는 건축물 자체가 추구하는 기능성과 실용성 때문에 누구나 유사하게 사용하는 건축디자인의 경우 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현이 개입된 결과라고 보기 어려워 창작성이 인정되지 않을 것이다. 이처럼 결과적으로 창작성의 인정범위가 좁아지는 것은 창작성의 개념 자체가 틀러지는 것과 구별하여야 한다. 그러므로 기존 창작성의 개념을 그대로 가져오더라도 부당한 결과가 생기지 않는다.

또한 창작성이 인정되는 건축저작물에 관하여서도, 건축저작물에 부여되는 저작권은 이른바 약한 저작권(thin copyright)으로서 어문저작물 등 문예적 저작물에 비하여 저작권침해판단에 있어서 실질적 유사성의 범위를 엄격하게 해석하기 때문에, 그 저작권 보호범위가 지나치게 확대될 우려는 거의 없다.

그러므로 건축저작물의 창작성에 예술성이라는 이질적인 개념요소를 끌어 들여 일반 저작물과 달리 해석할 이유는 없고,<sup>567)</sup> 다만 창작성 여부의 판단 및 실질적 유사성 여부의 판단에서 기능적 저작물로서의 건축저작물의 특성을 충실히 반영하는 것으로 족하다고 할 것이다.

### 3. 建築著作物の 實質的 類似性 判斷

#### 가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定

##### (1) 對比觀點

건축저작물은 보통 건축전문가에 의하여 작성된다. 그러나 건축저작물의 핵심은 설계도면이나 건축물이 가지는 기능에 있지 않고 그 전체적인 외관 내지 디자인에 있다. 그러므로 그 본질에 있어서 건축저작물은 기능성이 강하여 아이디어와 표현의 구분이 더욱 엄격하게 이루어져야 한다는 점만 제외하면 일반적인 시각적 저작물과 다를 것이 없다. 따라서 일반적인 시각적 저작물과

---

567) 같은 취지의 견해로 고영희, 전제 논문, 29면.

마찬가지로 건축저작물 역시 보통 관찰자의 관점에서 대비하는 것으로 족하다.<sup>568)</sup>

건축물로 시공되지 않은 상태의 복잡한 설계도면과 같이 일반인이 쉽게 이해할 수 없는 전문적인 저작물의 경우에는 전문가의 도움이 필요할 수 있다. 그러나 이 경우에도 설계도면을 통하여 가상적으로 표현할 수 있는 건축물의 실질적 유사성은 그 건축물이 실제로 존재하는 경우와 마찬가지로 일반인의 관점에서 행한다.

## (2) 對比方法

1차적으로는 건축저작물을 전체 대 전체로 대비하여 유사한 느낌이 드는지를 판단하고, 2차적으로는 그 유사함이 어떠한 개별적 요소에서 기인하는 것인지를 확정한다. 건축저작물의 실질적 유사성은 전체적인 외관 내지 디자인에 있어서의 유사성이므로 전체 대 전체의 대비만으로 족하다고 생각할 수도 있다. 그러나 전체로서의 유사성은 아이디어적 요소로 인하여 발생하는 것일 수도 있는 관계로, 어떠한 개별적인 요소로 인하여 전체로서의 유사성이 느껴지는지를 판단하기 위하여서는 유사성을 유발하는 개별적인 요소도 파악할 필요가 있다.

### 나. 表現的 要素의 確定

앞서 건축저작물은 기능성과 창작성을 함께 가지고 있다고 설명하였다. 건축저작물에 있어서 아이디어와 표현의 구분은 기능성의 지배를 받는 요소와 창작성의 지배를 받는 요소로 나누는 작업이다. 따라서 건축저작물에 있어서 표준적이고 기능적인 요소들은 아이디어에 해당하지만, 그러한 요소들을 포함하여 각종 소재의 선택·배열·구성의 창작성으로 인하여 표출되는 미적인 형상은 표현에 해당한다.

#### (1) 아이디어성이 강한 要素

건축저작물은 건축물의 편의성, 실용성 및 효율성 등의 기능적 가치에 중

---

568) 일반인이 두 건물을 볼 때 유사성이 느껴지는가의 관점에서 실질적 유사성을 판단한 판례로서 서울지방법원 의정부지원 2000. 7. 11. 선고 99고단4209 판결 참조.

점을 두어 제작, 건축될 수 밖에 없고, 그 기능을 구현하는 표현방법에 있어 다양성이 제한되어 있는 관계로 현실적으로 저작권적 보호가 인정되는 부분은 극히 제한될 수 밖에 없다.<sup>569)</sup> 이는 “Scènes à faire”의 법리 또는 합체의 원칙(merger doctrine)이 적용된 결과라고도 볼 수 있다.<sup>570)</sup>

일반적으로 건축물의 미적인 형상은 저작권의 보호를 받을 수 있으나, 그 형상 가운데에도 표준적이고 기능적인 요소들, 예컨대 창문이나 문과 같은 구성요소들로 인한 형상은 저작권의 보호를 받을 수 없다. 미국 저작권법에서도 건축저작물은 전체적인 형상, 그리고 공간과 디자인적 요소의 배열과 결합을 포함하지만 개별적인 표준사양들은 포함하지 않는다고 규정하고 있다.<sup>571)</sup> 따라서 건물의 용도실현, 공간의 활용, 조망 및 채광의 확보, 관련 법령의 준수, 대지의 조건 및 현황 등 외부적·기능적 요인에 영향을 받아 설계·건축된 요소들은 아이디어에 해당한다.

특히 일반 주택이나 아파트, 근린생활시설과 같이 건축물의 편의성, 실용성 및 효율성 등의 기능적 가치에 중점이 주어지는 경우에는 저작권의 보호를 받을 수 없거나 그 보호범위가 매우 좁아질 수 밖에 없다. 예컨대 공동주택의 설계도서에 나타난 각 동의 구조 및 배치계획, 단위세대 평면계획, 입면계획, 단면계획 등이나<sup>572)</sup> 34평형 아파트의 설계도면에 나타난 공간 및 요소들의 배치 및 구성<sup>573)</sup>은 아이디어에 해당하고, 근린생활시설인 건축물 오른쪽에 주

---

569) 서울고등법원 2004. 10. 6.자 2004라21 결정(확정). 이 결정이유에서는 설계도서와 같이 표현형태가 극히 제한된 기능적 저작물에 저작권 침해가 인정되기 위하여는 그 설계도서에 나타난 표현의 세세한 부분까지 거의 동일하게 모방한 경우라야 한다고 판시하고 있다.

570) 이와 같은 건축저작물의 기능성 이외에도 건축에 있어서 타인의 건축물을 모방하는 것은 상당한 역사적인 뿌리가 있고 불가피한 측면도 있기 때문에, 과거부터 현재에 이르기까지 관행적으로 이루어져 왔고 너그럽게 받아 들여 왔다는 점에 주목하는 견해도 있다. Adam T. Mow, Building with Style : Testing the Boundaries of the Architectural Works Copyright Protection Act, 2004 Utah L. Rev. 853.

571) 17 U.S.C. §101.

572) 서울고등법원 2004. 10. 6.자 2004라21 결정(확정).

573) 서울고등법원 2004. 9. 22.자 2004라312 결정(확정), 이 사건에서 법원은 34-35평

차타위가 있고 왼쪽에 건물이 배치되어 있고, 주차타위와 건물 사이에 지상주차장을 배치시켜 놓았으며, 자동차가 다니는 동선과 사람이 다닐 수 있는 동선을 완전히 구분시켜 놓았고, 지하 1층 주차장에 대지 고저차로 인해 생기는 공간을 활용하기 위해 중층을 신설하여 선컨(574)을 두어 지하 1층을 지상 1층처럼 자연채광이 되도록 설계하였다는 등의 특징들도 아이디어에 해당하거나 극히 제한된 표현형태의 하나에 불과하다.<sup>575)</sup> 특정한 기능을 구현하는 설비를 통상적인 방법으로 표현한 설계도면도 저작권법의 보호를 받을 수 없다.<sup>576)</sup>

## (2) 表現性이 강한 要素

건축저작물의 창작성있는 표현은 건축물에 의하여 표현된 미적 형상으로서의 전체적인 디자인이다.<sup>577)</sup> 건축저작물은 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 편집저작물에 가까운 특성을 가진다. 따라서 건축물을 구성하는 문,

형 아파트 설계도면에 있어서 욕실을 현관 측부에 배치하지 않고 안쪽에 배치함으로써 양쪽에 신발장을 두어 충분한 수납 공간을 확보한 점, 주방에 냉장고를 배치할 수 있도록 부부욕실 배치와 더불어 계획한 점, 안방에 후면 발코니와 파우더룸, 수납 공간을 같이 배치하여 발코니 확장시 수납 공간을 강화할 수 있는 점 등의 설계상 특징들은 수납 공간을 확보한다는 등 아파트 내부 공간 활용의 편의성을 도모하기 위한 공간 및 요소들의 배치 및 구성에 관련된 것으로 기능적 요소라 할 것이므로, 그 자체로는 아이디어에 해당하여 저작권적인 보호 대상이 될 수 없다고 판시하였다.

574) 자연채광과 환기를 위한 천정 개방형 시공.

575) 대구지방법원 2004. 11. 2. 선고 2003가합10005 판결(확정).

576) 화상전송설비에 대한 설계도면의 저작물성을 부정한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결. 이와 달리 일본 하급심 판례 중에는 금속가공용기계의 설계도면에 관하여 기계공학상의 기술적 사상이 표현된 것으로 창작성을 인정한 판례가 있다. 大阪地裁 1992(平成 4). 4. 30. 선고 昭61(ワ)4752호 판결(判例時報 1436호 104면), 이에 대한 해설로서 서달주, “공작기계 설계도의 저작물성 여부”, 저작권문화 131호, 2005년 참조. 위 해설에 의하면 위 설계도면에 나타난 기술적 사상은 달리 표현할 가능성이 거의 없어 창작성을 인정하는 것은 법리적으로 무리한 구성이지만, 원래 저작권법에서 도형저작물을 인정한 취지는 그 작성에 들어가는 고도의 기술과 경비에 비추어 볼 때 극히 경미한 창작성이라고 하더라도 너그럽게 인정하여 주는 것이므로 이러한 관점에서 창작성이 희박하더라도 이를 너그럽게 해석하고 보호의 대상으로 삼는 방향이 타당하다는 것이다.

창문, 방, 계단, 복도 등의 개별적인 요소들은 그 자체로서는 건축저작권의 보호대상에 포함되지 않으나, 그 요소들을 선택하고 배열한 전체로서의 디자인에 창작성이 있을 때에는 건축저작물로 인정받는다. 1990년 건축저작물보호법을 제정하는 과정에서 작성된 미 의회 보고서에서 건축저작물의 저작권침해 판단과 관련하여 제안한 소위 2단계 테스트(Two-part Test)<sup>578)</sup>는 건축저작물 중 보호되는 표현 부분을 확정하는 데 있어 참고할 만 하다. 이 보고서에 의하면 건축저작물의 저작권침해판단의 첫 번째 단계에서는 건축물의 전체적인 형상과 인테리어 디자인에서 창작적인 요소들이 있는지를 검토한다. 만약 창작적인 요소들이 있다면, 두 번째 단계로 나아가 그 요소들이 기능적으로 요구되는 것인지를 검토한다. 오로지 기능적으로 요구되는 것이 아닌 창작적 요소들만 물리적 혹은 관념적 분리가능성 여부와 관계없이 저작권에 의한 보호를 받는다.<sup>579)</sup>

건축저작물의 디자인에는 기능적인 요청으로부터 자유로운 미적 요소가 존재하여야 한다. 예를 들어 우리나라에서는 둥근 형태의 기둥에 버섯 모양으로 건축한 건축물에 관한 저작권침해를 긍정한 사례가 있는데,<sup>580)</sup> 이 사건 건축

577) 대림산업에서는 2005년 9월에 업계 최초로 아파트 `e-편한세상' 외관에 대한 저작권 32건을 등록한 바 있다. 등록된 디자인은 지붕 구조물의 경우 구조물 중간 중간에 서 있는 가벽에 컬러로 포인트를 주어 지루하지 않고 생동감있게 연출했으며 옥탑은 개방공간을 넓게 해 시원한 느낌을 주고 알루미늄 바를 이용해 세련된 이미지도 강조한 것이라고 한다. 2005. 9. 15.자 한겨레신문 참조.

578) H.R. Rep. No 101-735, 101st Cong., 2d Session, at 6(1990).

579) 미국의 저작권 법리에 의하면 회화·그래픽 또는 조각저작물 중 실용품(usable article)은 그 미적 특징이 기능적 특징으로부터 물리적 또는 관념적으로 분리가능할 때 비로소 저작권에 의한 보호를 받게 된다 {Esquire Inc., v. Ringer, 591 F.2d 796, 807 (D.C. Cir. 1978), Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, 632 F.2d 989 (2d Cir. 1980) 등 참조} . 2단계 테스트의 두 번째 단계에서 물리적 또는 관념적 분리가능성 여부를 따지지 않는다는 것은 건축저작물이 회화·그래픽 또는 조각저작물과는 별도 유형의 저작물임을 전제로 한 것이다.

580) 서울지방법원 의정부지원 2000. 7. 11. 선고 99고단4209 판결(서울지방법원 2000. 11. 8. 선고 2000노6604 판결로 항소기각, 대법원 2001. 1. 19. 2000도5295 판결로 상고기각).

물은 일반적인 건축물과 달리 상당한 정도의 독특함과 예술성이 가미된 건축물로서 그러한 미적 부분을 창작성있는 표현으로 인정하는 데에 무리가 없었을 것으로 보인다.

또한 기능적인 요청에 의한 것이라고 하더라도 여러 가지 다양한 표현이 가능하고, 그 중 하나의 표현이 구체화된 경우에는 표현성이 인정된다. 예를 들어 택지개발지역에 대한 설계도에서, 시가지 중심부에 수평과 수직의 +자의 교차로를 마련하여 수평축 위쪽은 격자형으로 도로 배치하고 수평축 하부쪽은 반원의 모양이 되도록 굴곡된 도로를 동심형상으로 중복하여 배치한 뒤 +자 중앙에서 방사상으로 도로가 뻗어나가고 건물도 방사상으로 배치함을 특징으로 하고 있다면, 비록 그러한 특징들이 어느 정도 기능적 요청에 의한 것이라고 하더라도 설계자의 경험, 사상에 의하여 선택된 구체적 표현으로서 저작권에 의하여 보호된다.<sup>581)</sup>

한편 우리 나라 하급심 판례 중에는 폐비행기를 구입하여 이를 절단 해체

---

581) 서울지방법원 2000. 6. 2. 선고 99가합12579 판결(확정). 이 사건에서 법원은 피고 건축설계회사가 위 저작물에 의거하여 설계도서를 작성하였고, 양자를 비교하여 보면 표현방식, 주제, 구성에 있어서는 전체적인 개념과 느낌에 상당한 차이가 있음을 인정할 수 있지만, 위에서 열거한 원고의 설계도에 나타난 특징들을 그대로 가지고 있는 점에 비추어 볼 때 원고의 위 저작물의 공정한 인용 내지 양적 소량의 범위를 넘어서 원고의 위 저작물과 본질적인 부분에 있어서 실질적인 유사성이 있다고 인정하였다. 다만 건축저작물은 시각적인 미감과 밀접한 관련이 있는 저작물로서 전체적인 개념과 느낌이 실질적 유사성 판단에서 차지하는 비중이 크다고 할 것인데, 양자가 전체적인 개념과 느낌에 있어서 상당한 차이가 있다고 인정하면서 실질적 유사성이 있다는 결론에 이르기 위하여서는 이에 대하여 납득할 수 있는 충분한 설명이 있었어야 하는 것이 아닌가 하는 아쉬움이 든다. 차라리 원고 설계도에서 인용된 표현요소가 원고 설계도 안에서 양적으로나 질적으로 핵심적인 부분이라는 점, 그 표현요소가 피고 설계도 안에서 실질적으로 유사한 모습으로 재현되고 있는 점, 피고 설계도에서는 원고 설계도와 차이가 있는 부분도 있으나 이러한 사정만으로는 실질적 유사성을 부정하기 어렵다는 점을 차례대로 판시하는 것이 적절하였을 것이다. 또한 실질적 유사성을 인정하면서 판시한 “공정한 인용…의 범위를 넘어서”라는 부분 역시 저작권침해소송의 입증체계와 부합하지 않는 판시이다. 공정한 인용이라는 표현은 저작권법 제25조의 “…정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다”라는 부분에서 유래한 듯 한데, 이는 원고의 실질적 유사성 입증이 성공한 이후에 문제되는 피고의 항변사항이기 때문이다.

한 후 그 폐비행기 동체 부분을 6개의 기둥으로 지지된 철골 프레임 상에 조립하여 비행기 동체를 원형 그대로 공중에 설치하고, 지상으로부터 출입문에 이르기까지 비행기 트랩과 같은 모양의 계단을 설치하며, 비행기의 측면에 별도의 건물을 축조하여 이를 비행기 내부와 연결하여 건물의 일부로 활용하고, 비행기 출입문들 중 일부를 떼어내고 투명창을 설치하는 등의 방식으로 레스토랑을 건축한 사안에서 이러한 특징들은 폐비행기를 지상에 고정하여 건물을 건축하고 식당영업을 하기 위한 기능적 요소이고, 원고의 레스토랑 건물이 기능적 요소를 넘어서 그 전체적인 외관에 있어서 창작적인 디자인 요소를 갖추었다고 볼 수 없어서 건축저작물에 해당하지 아니한다고 판단한 사례가 있다.<sup>582)</sup> 그러나 이 판례의 결론이 타당한지는 의문이다. 폐비행기를 활용하여 디자인한 건축물은 그 외관에 있어서 평범하지 않은 미적 형상을 나타내게 되고 이러한 형상에는 창작성이 있다고 보는 것이 타당하다. 법원이 기능적 요소로 들고 있는 것, 즉 “폐비행기를 지상에 고정하여 건물을 건축하고 식당영업을 하기 위한 목적”을 달성하기 위하여 반드시 원고의 건축물과 같은 외관을 갖추어야 하는 것은 아니므로, 위와 같은 원고의 건축디자인은 창작성있는 표현이라고 보아야 할 것이다. 물론 이러한 표현 요소가 “실질적으로 유사”하게 이용되었는지 여부는 별개의 문제이다.

#### 다. 類似性의 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷

표현 요소가 확정되면 마지막으로 표현 요소의 보호가치와 유사성의 정도를 형량하여 실질적 유사성 여부에 대한 결론을 내린다. 제3장의 일반론에서 설명하였듯이 창작 인센티브와 가장 밀접한 관련성을 가지는 핵심적인 부분일수록 보호범위가 넓어질 것이고, 건축저작물에 있어서는 전체로서의 건축디자인이 얼마나 구체적이고 독창적으로 표현되었는지, 다양한 표현가능성이 존재하였는지에 따라 결정될 것이다.

전체로서의 디자인이 유사성 판정의 대상이므로 법원은 건축물을 구성하는 개별적인 요소들 사이의 공통점과 차이점의 명단을 작성하여 비교하는 것만으로 실질적 유사성 판단을 행하여서는 안 되고, 그 개별적인 요소들이 배치, 조

582) 서울고등법원 2001. 8. 14. 선고 2000나38178 판결(확정).

합되어 이루는 전체로서의 건축디자인을 고려하여 실질적 유사성 판단을 행하여야 한다. 따라서 건축저작물의 개별적인 요소에 해당하는 문, 창문, 방, 계단, 화장실, 차고 등에 관한 평면적 비교만 행할 것이 아니라, 그러한 요소들이 전체적으로 어떻게 선택·배열·구성되었는지에 관한 입체적 비교까지 행하여 두 건축저작물의 전체적인 디자인이 창작 인센티브를 의미있게 감소시킬 정도의 유사성에 도달하였는지를 검토하여야 한다. 전체적인 외관과 관념이 비슷하다면 사소한 차이점은 실질적 유사성을 인정하는 데에 큰 장애가 되지 않는다.<sup>583)</sup> 이와 같이 개별적인 구성요소들의 비교에 그치는 것이 아니라 그 총합(總合)으로서의 외관을 비교한다는 면에서 부분적·문자적 유사성보다는 포괄적·비문자적 유사성이 더욱 중요하다.

Sturdza v. United Arab Emirates 판결<sup>584)</sup>은 개별적인 구성요소 사이에는 차이가 있으나 그 구성요소들이 결합하여 형성하는 전체적인 외관이 비슷한 경우에는 실질적 유사성이 인정된다는 점을 시사해 주는 판결이다. 이 사건에서는 아랍에미리트연합국(UAE)의 미국 대사관 건축디자인 입찰에 응찰한 두 설계도서에 나타난 아랍풍 디자인 건축물의 실질적 유사성 여부가 쟁점이 되고 있다. 이 사건의 1심은 개별적인 요소들을 비교하면서 그 구체적인 표현이 다르다고 하여 실질적 유사성을 부정하였다. 그러나 항소심은 개별적인 디자인 요소에 있어서 양 디자인의 차이점이 발견되기도 하지만, 두 디자인의 “전체적인 외관과 느낌”이 유사하다는 점에 주목하였다. 다음에는 두 건축물의 디자인 그림이 실려 있다.

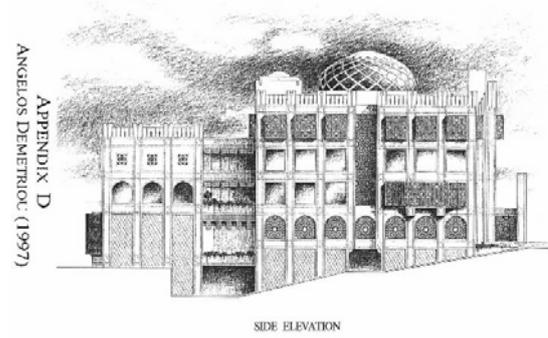
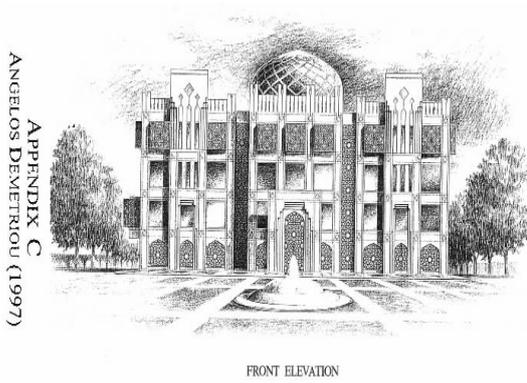
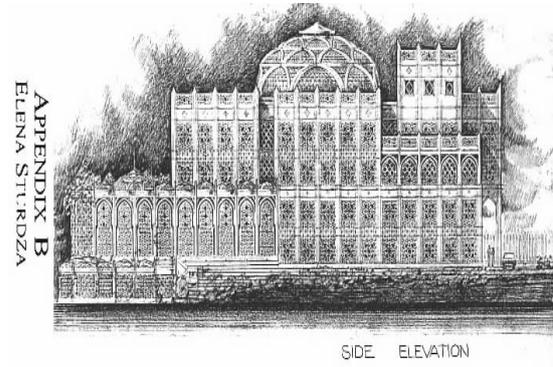
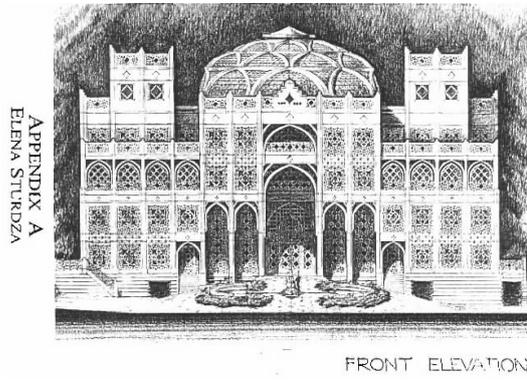
【그림 3-1】 원고의 건축물(정면)

【그림 3-2】 원고의 건축물(측면)

---

583) Atari, Inc. v. Am. Philips Consumer Elec. Corp., 672 F.2d 607, 618 (7th Cir. 1982) 참조.

584) Sturdza v. United Arab Emirates, 281 F.3d. 1287 (D.C.Cir. 2002).



【그림 3-3】 피고의 건축물(정면)  
면)

【그림 3-4】 피고의 건축물(측  
면)

【그림 3-5】 피고의 건축물(전경)

APPENDIX E  
ANGELOS DEMETRIOU (1993)



두 건축물은 모두 ① 아랍풍의 디자인을 가지고 있고, ② 둥근 돔(dome)의 위치는 틀리지만 외관상 중앙에서 솟아 올라 건물 전면을 향하는 외관을 가지고 있으며, ③ 그 좌우로 탑과 흉벽으로 이루어진 건물 부분이 존재하고, ④ 돔의 높이나 건물 중앙부이 비례한 폭이 유사하며, ⑤ 건물 중앙부가 약간 앞으로 돌출되어 있고,<sup>585)</sup>⑥ 디자인의 돔은 다른 장식패턴에도 불구하고 유사한 효과를 창출하고 있으며, ⑦ 건물 전면의 아치 내부의 장식패턴이나 창(window)의 격자무늬가 유사하다는 공통점을 가지고 있었다. 반면 개별적인 요소들을 하나씩 대비하면 세세한 차이점들도 많이 발견되었는데, 예를 들어 원고의 돔은 건물의 중앙부에 위치하고 유리로 만들어져 햇빛이 투과되게 디자인된 반면, 피고의 돔은 건물의 전면부에 위치하면서 불투명한 재료를 사용하도록 디자인되는 등의 차이점이 있었다.

향소심에서는 개별요소들에 대하여서도 세세한 차이점은 있으나 전체적으로는 비슷한 효과를 창출하고 있다는 점을 들면서, 1심이 세세한 차이점에 집착한 나머지 두 디자인의 전체적인 외관과 느낌이 유사하다는 점을 간과하였다고 판시하였다. 결론적으로 향소심은 피고는 UAE에서 요구하는 이슬람풍을 창출하기 위하여 두 건물의 규모, 모양, 전면에서 바라본 탑과 흉벽 및 돔의 위치, 전면의 입구 근처에 피라미드같이 모여있는 뾰족한 아치 등 여러 가지 요소들을 원고와 유사한 방법으로 배열, 조합함으로써 비슷한 외관을 창출하였으므로 원고의 디자인과 실질적으로 유사하다고 결론을 내렸다. 이 판례는 건축저작물을 일종의 편집저작물과 비슷한 성격을 가지는 저작물로 파악하면서, 개별적인 요소들이 가지는 차이점에 집착할 것이 아니라 그 개별적인 요

585) 원고의 건축물에 대한 전경(全景)도면이 존재하지 않아 그림으로 확인되지 않는다.

소들이 유사하게 배열되어 전체적으로 비슷한 외관과 느낌을 주는가 여부에 초점을 맞출 것을 판시하고 있다.

다만 전체적인 디자인의 유사 여부를 검토함에 있어서 개별적인 구성요소들의 비교 자체가 금지되는 것은 아니고, 오히려 전체적 디자인의 유사 여부를 판단함에 있어서 중요한 참고자료가 될 수 있다.<sup>586)</sup> 예컨대 크기,<sup>587)</sup> 창 의 숫자와 배치,<sup>588)</sup> 건물의 돌출형태,<sup>589)</sup> 차고의 방향,<sup>590)</sup> 입구가 개설된 지점,<sup>591)</sup> 계단의 위치,<sup>592)</sup> 재료,<sup>593)</sup> 지붕의 종류,<sup>594)</sup> 벽의 각도,<sup>595)</sup> 기타 건물에 존재하는 이례적인 특색들<sup>596)</sup>은 전체로서의 외관을 구성하는 데에 중요한 역

---

586) 건축설계도의 저작권침해사건에서 평면도에 나타난 각종 치수, 계단이나 파이프, 계량기 박스의 위치, 출입구 등 개별적 구성요소들의 유사성을 인정된 뒤 복제권침해를 인정한 일본 판례로서 東京地裁 1985(昭和 60). 4. 26. 선고 昭(ワ)2143호 판결(判例타임스 566호, 267면) 참조.

587) 예컨대 두 주택의 전체적 디자인을 비교함에 있어서 그 주거공간의 크기가 각각 193제곱피트와 403제곱피트로 다르다는 것을 의미있는 차이점이라고 판시한 Kootenia Homes Inc. v. Reliable Homes, Inc, No 00-1117, 2002 U.S.Dist. Lexis 235 ; 또한 방의 크기를 고려한 John Alden Homes, Inc v. Kangas, 142 F.Supp.2d 1338, 1345 (M.D.Fla. 2001) 참조.

588) 위 Kootenia Homes Inc. 판결 및 Arthur Rutenberg Corp. v. Parrino, 664 F.Supp. 479, 481 (M.D.Fla. 1987).

589) 위 Kootenia Homes Inc. 판결.

590) 위 Kootenia Homes Inc. 판결.

591) Ronald Mayotte & Assoc., 885 F.Supp. 148 (E.D.Mich. 1994).

592) 위 Kootenia Homes Inc. 판결 및 Ronald Mayotte & Assoc. 판결.

593) CSM Investors, Inc. v. Everest Dev., Ltd., 840 F.Supp. 1304, 1311 (D. Minn. 1994) ; Arthur Rutenberg Corp. v. Parrino, 664 F.Supp. 479, 481 (M.D.Fal. 1987).

594) Nelson-Salabes, Inc. v. Morningside Holdings of Satyr Hill, L.L.C., 2001 WL419002 at 5 (D. Md. Feb 16. 2001).

595) 위 Arthur Rutenberg Corp. 판결.

596) 만약 두 건축저작물이 톱니 모양의 하역문(sawtooth loading doors)이나 난간으로

할을 하는 요소들이므로 유사성 판정에 있어서 이에 대한 비교는 의미있는 것이다.<sup>597)</sup>

---

된 벽(parapet wall)과 같이 통상 찾아보기 어려운 특색들을 똑같이 가지고 있다면 이러한 유사점은 중요하다. 위 CSM Investors, Inc. 판결 참조.

597) 이상 판결들은 Osterberg, 전계서, §11:2.에서 재인용.

## 第6節 컴퓨터프로그램著作物

### 1. 컴퓨터프로그램著作物の 意義

#### 가. 컴퓨터프로그램의 概念

컴퓨터프로그램저작물은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시, 명령으로 표현된 것을 말한다.<sup>598)</sup> 다시 말하자면 컴퓨터프로그램(이하 편의상 목차를 제외하고는 ‘프로그램’이라고 하기로 한다)은 특정한 기능을 수행함에 있어서 필요한 지시, 명령체계의 논리적 표현물이다.

통상적으로 프로그램은 소프트웨어와 같은 의미로 사용되기도 한다. 그러나 소프트웨어개발촉진법 제2조 제2호는 소프트웨어를 “프로그램과 이를 작성하기 위하여 사용된 설계서, 기술서 기타 관련자료”로 정의하고 있다. 그러므로 소프트웨어는 프로그램 이외에도 프로그램의 개발과 사용에 필요한 보조적인 문서를 포함하는 넓은 개념이라고 할 수 있다.<sup>599)</sup>

프로그램 개발은 해결되어야 할 문제 또는 자동화하여야 할 작업을 명확하게 정의하는 것으로부터 출발한다.<sup>600)</sup> 그 이후 프로그램에 사용할 데이터 구조와 알고리즘(algorithm)<sup>601)</sup>을 특정함으로써 프로그램의 개요를 작성한다.<sup>602)</sup> 이러한 개요는 프로그램의 다양한 모듈이나 서브루틴 사이의 관계를 보여 주는 플로우차트(flowchart)의 형태로 나타나기도 한다.<sup>603)</sup> 한편 위와

---

598) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1항.

599) 저작권법 II, 2001년, 사법연수원, 84면 참조.

600) Dae-Hwan Koo, Information Technology and Law, - Computer Programs and Intellectual Property Law in the US, Europe, Japan, Korea -, Pakyoungsa, 2005, 48면.

601) 알고리즘은 프로그램의 명령체계에 나타나는 일련의 논리 내지 해법을 의미한다. 알고리즘 자체와 알고리즘이 표현된 문서는 구별되어야 한다.

602) Dae-Hwan Koo, 전게서, 51면.

603) Dae-Hwan Koo, 전게서, 같은 면.

같은 프로그램의 논리구조는 프로그램 언어에 의하여 작성된 코드로 표현된다. 프로그램 언어는 프로그램을 표현하는 수단으로서의 문자·기호 및 그 체계이다. 이와 같이 프로그램 언어를 이용하여 알고리즘을 구체적인 명령코드로 작성하는 작업을 프로그래밍이라고 하고, 특히 컴퓨터의 명령코드를 쓰는 작업을 코딩(coding)이라고 한다.<sup>604)</sup> 요컨대 프로그램 작성단계는 ① 프로그램의 과제를 파악하고, ② 과제를 수행하기 위한 논리를 세우고(알고리즘의 작성), ③ 컴퓨터가 이해할 수 있도록 프로그램 언어를 사용하여 그 논리를 표현하는(원시코드 작성 및 목적코드로의 변환) 것으로 요약될 수 있다. 이러한 단계를 거쳐서 프로그램이 완성되면 하드웨어에 설치되어 실제 구동할 수 있는 상태에 놓이게 된다.

#### 나. 컴퓨터프로그램의 著作物性

오늘날 프로그램의 효용과 비중은 대단히 크다고 할 수 있다. 이러한 프로그램을 어떠한 법체계에 의하여 보호하는 것이 가장 적합한가에 관하여 그동안 상당한 논의가 있어 왔다. 프로그램의 지적재산권법에 의한 보호는 특허법적 보호, 영업비밀법적 보호, 저작권법적 보호의 세 가지 측면으로 나누어 볼 수 있다.<sup>605)</sup> 초기에는 프로그램이 가지는 기능성과 관련하여 과연 프로그램이

---

604) 컴퓨터가 처음 나타난 1950년대 초기까지는 프로그래밍은 숫자를 나열한 명령코드를 쓰는 것이었다. 이것을 하급언어(lower level language)라고 한다. 그러나 그 후 인간이 외우기 쉬운 기호나 언어·수식을 사용해서 프로그램을 쓰고, 그것을 일단 컴퓨터에 넣어서 컴퓨터 자신의 명령코드로 고쳐 그것으로부터 계산을 실시하는 방식이 고안되었다. 이것은 프로그램을 만드는 작업의 일부를 컴퓨터 자체에 부담시켜 작업 능력을 향상시키자는 방식이다. 위와 같이 인간이 인식할 수 있는 기호나 언어·수식으로 구성된 프로그램 언어를 상급언어(higher level language)라고 한다. 많이 쓰이는 프로그램 언어로는 Visual Basic, C, C++, C#, COBOL, FORTRAN, JAVA, ASP 등이 있다.

오늘날 프로그래머는 상급언어를 사용하여 코드를 작성한다. 이와 같이 인간이 인식할 수 있는 언어에 의하여 만들어지는 최초의 코드를 원시코드 또는 소스코드(Source Code)라고 한다. 원시코드가 만들어지면 이를 컴퓨터가 인식할 수 있는 형태의 하급언어로 변환하는 작업이 수행된다. 이러한 언어변환작업을 컴파일링(compiling)이라고 한다. 컴파일링을 통하여 변환된 기계어 코드를 목적코드 또는 오브젝트코드(Object Code)라고 한다.

저작권법의 보호대상인 저작물에 해당하는가 하는 점에 대하여 의견이 일치하였던 것은 아니다. 그러나 프로그램도 기능적 저작물의 일종으로서 저작권법의 보호대상이 된다는 견해가 주도적인 지위를 차지하게 되었고,<sup>605)</sup> 저작권법적 보호방식은 프로그램에 대한 지배적인 보호방식으로 자리잡게 되었다. 오늘날 대부분의 나라들은 프로그램의 저작물성을 인정하고 저작권법에 의하여 이를 보호하고 있고, TRIPs 협정 제10조 제1항에서도 프로그램이 베른협약상 어문저작물로 보호되어야 한다고 규정하고 있다. 우리나라 역시 저작권법 제4조 제9호에서 프로그램을 저작물의 한 종류로 예시하고 있고, 컴퓨터프로그램 보호법을 별도로 제정하여 시행하고 있다.

#### 다. 컴퓨터프로그램과 使用者 인터페이스

앞서 본 바와 같이 프로그램은 알고리즘의 골격 위에서 작성된 일련의 코드들로 구성된다. 그러므로 프로그램에 대한 저작권법적 보호논의는 이러한 알고리즘이나 코드에 대하여 보호를 부여할 것인가, 그 보호의 정도는 어떠하여야 하는가 하는 점에 대한 것이다.

그런데 위와 같이 일정한 알고리즘에 기초하여 코딩을 통하여 프로그램이 탄생한다고 하더라도, 이 프로그램을 실제 구동함에 있어서는 여러 가지 프로그램 외적인 요소들이 함께 작동하여야 한다. 예를 들어 실제 프로그램의 구동을 위하여서는 명령이나 지시를 입력할 수 있는 장치와 그 수행결과를 출력할 수 있는 장치, 즉 입출력장치가 필요하다. 또한 프로그램을 사용하는 주체

---

605) 세 가지 보호의 장단점에 관하여서는 Dae-Hwan Koo, 전제서, 281 내지 284면 참조.

606) 1961년 11월 30일에 북미 항공협회가 미 저작권청에 최초로 프로그램등록신청을 하여 1964년 6월경 프로그램에 대한 최초의 저작권등록이 이루어졌고, 미국의 1976년 개정 저작권법에서는 제101조의 “어문저작물”(Literary Works)의 개념을 정의함에 있어서 당해 창작물이 테이프나 디스크, 카드 등 어느 매체에 저장되더라도 무방한 것으로 함으로써 프로그램의 어문저작물 인정가능성을 열어 놓았다. 또한 1975년에 설립된 ‘신기술에 의한 저작물사용에 관한 국가위원회’(The National Commission on New Technological Use of Copyright Works, CONTU)의 보고서에 따라 1980년 저작권법의 일부 개정에 따라 프로그램을 저작권의 보호대상에 명시적으로 포함시켰다.

와 프로그램 사이에 의사소통체계가 일치할 필요성도 있다. 이는 사용자 인터페이스(user interface)의 문제이다.

사용자 인터페이스는 하드웨어와 소프트웨어 및 사용자 사이의 상호교환, 상호연결 및 상호작용을 가능하게 하는 프로그램의 구성 부분을 말한다.<sup>607)</sup> 이는 다시 하드웨어 사용자 인터페이스와 소프트웨어 사용자 인터페이스로 나누어 볼 수 있다. 이 중 하드웨어와 사용자 사이의 인터페이스는 하드웨어 사용자 인터페이스라고 할 수 있는데, 키보드나 마우스, 터치패드와 같은 입력장치나 프린터나 모니터와 같은 출력장치가 이에 속한다. 한편 소프트웨어와 사용자 사이의 인터페이스는 소프트웨어 사용자 인터페이스라고 할 수 있는데, 좁은 의미의 사용자 인터페이스는 바로 이 소프트웨어 사용자 인터페이스를 지칭한다. 좁은 의미의 사용자 인터페이스는 사용자와 프로그램 사이의 의사전달체계 및 그 표현방식으로 구성된다. 예를 들어 메뉴명령체계, 메뉴구조, 아이콘이나 대화창 등 스크린 디스플레이, 모니터에 나타나는 프로그램의 총체적 사용환경 등은 사용자가 프로그램에 지시를 내리기도 하고 프로그램으로부터 메시지를 받기도 하는 의사전달체계이다. 이와 같이 프로그램이 사용자와 상호접촉하고 영향을 주고 받는 대면선(對面線) 내지 의사전달체계를 사용자 인터페이스라고 하고, 이 논문에서는 이와 같은 좁은 의미의 사용자 인터페이스를 “사용자 인터페이스”라고 지칭하기로 한다.

사용자 인터페이스는 프로그램의 일부를 구성할 수도 있으나 항상 그러한 것은 아니다. 예를 들어 스크린 디스플레이는 프로그램 그 자체를 구성하는 알고리즘 및 코드와는 구별된다. 예를 들어 동일한 메뉴화면이라고 하더라도 서로 다른 코드로 작성될 수 있으므로, 메뉴화면의 동일성이 곧 코드에 관한 저작권침해를 의미하는 것은 아니다.<sup>608)</sup> 그러나 이러한 요소들도 프로그램과 밀접한 관련성을 가지고 있으므로 이 논문에서는 편의상 이를 프로그램저작권 침해의 관련 문제로서 함께 다루기로 한다.

---

607) 송재섭, “컴퓨터 사용자 인터페이스의 법적 보호”, 서울대학교 석사학위논문, 2003년, 초록에서 인용.

608) 정상조, “컴퓨터 인터페이스 보호범위”, 법실천의 제문제 ; 동천 김인섭 변호사 화갑 기념논문집, 1996, 793면.

## 2. 컴퓨터프로그램著作物の 特性

첫 번째로 프로그램은 대단히 기능적이고 논리적인 저작물이다. 이와 같이 프로그램에 내재한 논리성으로 인하여 문학, 연극, 음악 등 전통적인 저작물과 비교하여 볼 때 상대적으로 표현의 다양성이 줄어든다. 또한 표준화나 호환성이라는 외부적인 요소도 표현의 다양성을 제약한다. 논리적으로는 다양한 표현방법의 가능성이 열려 있어도 효율성의 측면에서 사실상 하나의 표현방법을 채택하는 것이 강제되어지는 상황도 있다. 예를 들어 이미 특정한 방식이 프로그램 사용자들 사이에 표준으로 자리잡은 경우에는 불가피하게 그 표준에 부합하는 방식으로 표현방법을 일치시켜 나가게 된다. 만약 시장에서 사실상 확립된 표준을 따르지 않게 되면, 프로그램 개발자들은 이미 그 표준에 익숙해진 사용자들로부터 자신들이 개발한 프로그램이 외면당하는 불이익을 당할 수 있고, 사용자들의 입장에서 다른 프로그램을 사용할 때마다 새로운 방식을 익히거나 파일의 포맷을 변환하는 등의 희생을 감당해야 한다.<sup>609)</sup> 이와 같은 프로그램의 표현에 대한 이론적, 사실적 제약요소들은 프로그램의 아이디어와 표현의 구분에 있어서 충분히 참작되어야 한다.

두 번째로 프로그램은 저작권법뿐만 아니라 특허법에 의하여서도 보호된다. 따라서 다른 보호방식과의 상관관계를 염두에 두고 보호범위를 설정하여야 한다. 예를 들어 프로그램에 대한 특허법적 보호를 위하여 프로그램은 신규성과 진보성을 갖추어야 하는 반면, 저작권법적 보호를 위하여서는 창작성을 갖추기만 하면 된다. 특허를 받기 위하여서는 상당한 시간과 비용을 들여 엄격한 행정절차를 거쳐 권리를 등록하여야 하지만, 저작권의 탄생에는 아무런 절차와 방식을 요하지 않는다. 저작권의 존속기간은 일반적으로 특허권의 존속기간보다 장기간이다. 더구나 프로그램은 최초의 프로그램에 계속적인 업그레이드 과정을 거쳐 버전(version)을 향상시켜 나가는 경우가 많은데 이는 2차적 저작물의 작성에 해당하여 그 작성시로부터 또다시 저작권의 보호기간이 기산되므로 저작권 보호기간은 사실상 계속하여 연장될 수 있다. 이러한 상황에서 저작권의 보호범위가 지나치게 넓어져서 알고리즘까지 보호하게 될 경우에는 프로그램에 대한 특허제도를 유명무실하게 만들 수 있다. 따라서 프

---

609) Dae-Hwan Koo, 전게서, 57, 58면.

프로그램의 저작권 보호범위를 설정함에 있어서는 프로그램에 대한 특허제도와 의 상관관계를 감안할 필요가 있다.

세 번째로 프로그램은 다른 문예적 저작물과 달리 그 작성 및 이해에 상당히 전문적인 지식을 요하는 경우가 많다. 따라서 일반인이 두 개의 프로그램을 비교한 뒤 그 유사성을 판정하는 데에는 상당한 곤란함이 뒤따른다. 이와 같은 프로그램의 특성으로 말미암아 전통적인 보통 관찰자 테스트에 의하여 프로그램의 실질적 유사성 판단을 행하는 것이 타당한가 하는 부분에 관하여 많은 비판적 견해들이 제기되어 왔다. 이는 아래에서 더 자세하게 살펴 보기로 한다.

### 3. 컴퓨터프로그램著作物の 實質的 類似性 判斷

#### 가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定

##### (1) 對比觀點

실질적 유사성 판단의 첫 번째 단계는 두 프로그램을 전체적으로 대비하여 유사한 요소를 확정하는 것이다. 그런데 일반인에게 보여지는 것은 프로그램 그 자체라기보다는 프로그램의 구동결과물로서의 화면이다. 따라서 두 프로그램을 대비한다는 것은 그 출력결과물로서의 화면을 대비함을 의미하는 것이 아니다. 여기에서 대비의 대상은 프로그램 자체를 구성하는 기능이나 논리의 표현물이다. 그런데 이는 눈에 보이는 것이 아니다. 그러므로 두 프로그램을 전체적으로 대비함에 있어서 일반인이 마치 시각적 저작물처럼 두 프로그램의 전체적인 관념과 느낌이 유사한지를 검토하는 것은 불가능하고, 소스코드의 문언적 표현 및 그 코드와 관련된 일련의 논리적·계층적 구조를 시각화하여 대비하게 된다.

한편 이러한 대비작업은 프로그램에 대한 전문적인 이해를 필요로 하는 경우가 많다. 그러므로 누구의 관점에서 프로그램의 대비가 행하여져야 하는 것인가가 문제된다. 전통적으로는 저작물의 실질적 유사성 판단관점에 관하여서는 보통 관찰자 관점론이 널리 적용되어 왔다. 이는 시각적인 요소가 가미된 프로그램의 외적 측면과 관련하여서는 어느 정도 수긍할 수도 있으나, 프로그램 코드의 비교를 수반하는 프로그램의 내적 측면과 관련하여서는 쉽게 받아들이기 어려운 것이다. 이러한 문제점 때문에 미국에서도 프로그램저작물에

대하여서는 프로그램 전문가의 관점에서 그 유사성을 판단하여야 한다는 논의가 설득력을 얻고 있고, 프로그램저작권침해사건에서 전문가 증언을 배심원이 사용할 수 있는 증거로서 허용한 판례들도 나타나기 시작하였다.<sup>610)</sup> 예를 들어 Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory 판결<sup>611)</sup>에서 연방 제3항소법원은 보통 관찰자 테스트는 복잡한 컴퓨터프로그램 저작권침해사건에는 적합하지 않다고 판시하였다. 또한 외부적 테스트 및 내부적 테스트와 관련하여서도, 내부적 테스트에 있어서 사실인정의 주체인 배심원이 외부적 테스트에서 행하여진 전문가의 증언을 잊어버리라고 요청하는 것은 적합하지 않다고 판시하였다.<sup>612)</sup> 이러한 Whelan 판결의 취지는 그 이후에 행하여진 판결들에 의하여 받아들여지고 학자들의 지지를 받음으로써 프로그램에 있어서 판단관점은 일반인이 아닌 전문가라는 입장이 정립되었다.<sup>613)</sup>

이러한 입장은 우리나라에서도 마찬가지로 적용된다. 예를 들어 주가분석 프로그램저작권 침해사건에서 서울고등법원은 “...프로그램이 동일 내지 유사하다고 하려면 전문가가 프로그램의 원시코드(source code)를 비교 분석한다

---

610) Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222, 1232 (3d Cir. 1986) ; Computer Assocs., Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 713-14 (2d Cir. 1992) ; Dynamic Microprocessor Assocs, v. EKD Computer Sales, 919 F.Supp. 101 (E.D.N.Y. 1996) ; Nimmer, 전게서, §13.03, 13-101면 ; Clapes, Lynch & Steinberg, Silicon Epics and Binary Bards : Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs, 34 UCLA L.Rev. 1493, 1571 (1987).

611) 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

612) 이 사건의 판결이유를 작성하였던 Becker 판사는 내부적 테스트에 있어서 전문가의 증언을 허용하는 것의 근거로서 사실인정의 주체에게 유용한 경우에는 전문가의 증언을 증거로 허용한다고 규정한 미 연방 증거규칙 제702조를 들고 있다.

613) Dynamic Microprocessor Assocs, v. EKD Computer Sales, 919 F.Supp. 101 (E.D.N.Y. 1996), Nimmer, 전게서, §13.03, 13-101면, Clapes, Lynch & Steinberg, Silicon Epics and Binary Bards : Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs, 34 UCLA L.Rev. 1493, 1571 (1987). Jon O.Newman, New Lyrics for an Old Melody : The Idea/Expression Dichotomy in the Computer Age, 17 Cardozo Arts & Ent. L.J. 691 (1999) 참조.

거나 그에 준하는 방법으로 그 구조가 동일 내지 유사함을 증명하여야 할 것인데…”라고 판시하여 전문가 관점론을 채택하고 있다.<sup>614)</sup>

다만 시각적 저작물로서의 성격을 가지는 스크린 디스플레이의 경우에는 일반적인 시각적 저작물과 마찬가지로 일반인이 시각적인 방법으로 대비하는 것이 얼마든지 가능하다. 게임화면이나 아이콘 등이 그 대표적인 예이다. 이 경우에는 일반인의 관점에서 두 프로그램의 화면을 대비하는 것이 타당하다.

## (2) 對比方法

우리 나라의 저작권침해소송에서 실질적 유사성을 판단하는 법관은 통상적으로 프로그램의 코드를 대비하여 유사성 요소를 발견할 만한 전문적인 지식과 경험을 갖추고 있지 않다. 따라서 일반적으로 전문가를 통하여 프로그램 감정의 형태로 위 작업을 행하게 된다. 저작권침해소송에 있어서 프로그램 감정은 민사소송법 제333조에 의한 감정, 같은 법 제340조에 의한 감정증언, 같은 법 제341조에 의한 감정촉탁의 방법으로 이루어진다. 또한 컴퓨터프로그램심의조정위원회에 의한 조정절차에서도 컴퓨터프로그램보호법 제38조의 2에 따라 프로그램에 관한 감정을 실시할 수 있다.<sup>615)</sup>

시각적 저작물로서의 성격을 가지는 스크린 디스플레이의 경우에는 두 화면을 시각적으로 관찰하여 유사한 요소를 확정하게 된다. 일반적인 시각적 저

614) 서울고등법원 1993. 6. 18. 선고 92나64646 판결.

615) 컴퓨터프로그램보호법 제35조 제1항에 의하면 프로그램저작권 그 밖에 프로그램과 관련된 사항을 심의하고 이 법에 의하여 보호되는 권리에 관한 분쟁에 대하여 알선·조정하기 위하여 프로그램심의조정위원회를 두도록 하고 있다. 한편 위 위원회에서 2003년에 발간한 컴퓨터프로그램 분쟁조정사례집에서는 여러 가지 분쟁사례들을 소개하고 있는데, 그 중 데이터관리프로그램, 키워드검색프로그램, 운전시물레이터프로그램, 토목현장계측프로그램, 신탁회계정보시스템, 선물회원사시스템, 메이크업프로그램, 무료통화서비스프로그램, 시스템솔루션프로그램, 골판지관련프로그램, 판매제고프로그램, 복합운송프로그램, 백신자동업그레이드프로그램, 휴대폰썬제작프로그램, 인터넷알까기프로그램, 인터넷복권프로그램, 전압기록계 컨트롤 및 분석프로그램 등에 관한 분쟁에서 실질적 유사성 여부가 문제된 바 있다. 그 중 다수의 분쟁에서 프로그램감정이 행하여져서 그 감정결과에 따라 조정절차가 진행되었다. 자세한 내용은 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램 분쟁조정사례집, 제1권(1995 - 2002년), 2003년 참조.

작물과 마찬가지로 두 화면의 대비는 통상적으로 관찰하는 거리에서 행한다. 따라서 스크린 디스플레이는 통상적으로 모니터를 바라보는 거리에서 관찰하는 것이 상당하다.

#### 나. 表現的 要素의 確定

대비를 통하여 유사성 요소가 확정되면 그 다음 단계로서 그 요소들 가운데 어떠한 것이 저작권법의 보호를 받을 수 있는 표현 요소에 해당하는가를 확정하여야 한다. 기능적 저작물로서의 성격을 가지는 프로그램에 있어서 아이디어와 표현을 구분하는 작업은 대단히 중요한 것이다. 그 동안 프로그램저작권침해에 관한 미국의 판례들도 대부분 프로그램에 있어서 아이디어와 표현이 무엇인가 하는 점을 집중적으로 다루어 왔다. 아래에서는 프로그램 자체의 아이디어/표현 구분과 사용자 인터페이스의 아이디어/표현 구분으로 나누어 살펴 보도록 한다.

#### (1) 프로그램에 있어서 아이디어와 表現

##### (가) 아이디어로서의 알고리즘과 表現으로서의 코드

프로그램의 알고리즘은 아이디어에 해당하는 부분으로서 저작권법에 의하여 보호되지 않고, 코드는 그 알고리즘의 표현에 해당하는 부분으로서<sup>616)</sup> 저작권법에 의하여 보호된다.<sup>617)</sup> 따라서 저작권법의 일반적인 아이디어/표현 이분법은 프로그램저작물에 있어서는 알고리즘/코드 이분법으로 치환할 수 있다. 다만 알고리즘이 저작권보호의 대상이 되지 않더라도 만약 그것이 수학적 공식에 머무르는 것이 아니라 특정한 제조방법이나 기구와 결합하여 기술적 작용효과를 얻을 수 있다면 다른 특허요건들을 충족한다는 전제에서 특허의 대상이 될 수 있음은 물론이다.

---

616) 알고리즘이 동일하다고 하여 논리필연적으로 이를 표현하는 코드의 내용도 동일한 것은 아니다. 예를 들어 특정 기능을 수행하는 프로그램에 있어서 알고리즘이 동일하다고 하더라도 프로그래머의 개성에 따라서는 이를 코딩하는 과정에서 알고리즘의 구현 방법이 달라질 수 있다는 것이다. 이러한 점 때문에 코드에는 알고리즘과 달리 “표현적 요소”가 존재하는 것이다.

617) 오승중 외 1, 전계서, 618, 619면 참조.

한편 코드 중에서 사람이 인식할 수 있는 언어로 이루어진 원시코드가 저작권 보호대상이라는 점에 대하여는 문제가 없었으나, 기계어로 이루어진 목적코드가 저작권법의 보호대상인 표현에 해당하는지에 관하여는 논란이 있었던 때도 있었다. 그러나 앞서 본 바와 같이 목적코드와 원시코드는 그 형식에 있어서만 차이가 있을 뿐이고 실질에 있어서는 차이가 없기 때문에 원시코드가 저작권의 보호대상이라면 목적코드도 당연히 저작권의 보호대상에 포함된다고 하여야 할 것이다.<sup>618)</sup> 또한 코드로 이루어진 프로그램인 이상 그것이 운영체제 프로그램이건 응용프로그램이건 차이를 둘 필요는 없다.

그러므로 두 프로그램의 대비를 통하여 열거되는 유사성 요소 중 알고리즘에 해당하는 부분은 제거하고, 코드에 해당하는 부분은 남겨 놓아야 한다.

#### (나) 알고리즘의 非文言的 表現의 保護 與否

##### 1) 문제의 소재

코드가 저작권법의 보호대상인 “표현”에 해당한다면 코드 자체를 문언적으로 복제하는 경우에는 저작권침해가 성립하는 것이 명백하다. 그런데 형식적으로는 코드를 달리하고 있으나, 그 코드를 근간으로 하는 일련의 모듈로 구성된 계층적 구조가 유사한 경우 등 실질적으로는 그 코드를 통하여 표현하고자 하는 바를 차용하고 있다면 이 경우에도 저작권침해를 인정할 수 있는 것인가? 이는 알고리즘의 비문언적 표현도 저작권법에 의하여 보호되는 표현인지, 바꾸어 말하면 코드의 비문언적 복제에 관하여 저작권침해가 성립하는지 여부의 문제이다. 이 문제는 프로그램에 대한 저작권 보호범위의 설정과 밀접한 관련성을 가지고 있다. 왜냐하면 비문언적 복제의 범위를 넓게 이해하게 되면 코드 안에 포함되어 있는 아이디어의 복제까지도 저작권침해로 인정하게 되어 저작권 보호범위가 지나치게 넓어지는 결과가 발생하게 되고, 그렇다고 하여 비문언적 복제의 범위를 지나치게 좁게 이해하게 되면 코드를 그대로 베

---

618) 미국에서는 Williams Electronics v. Artic International 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982) ; Apple Computer Inc, v. Franklin Computer Corp. 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983) 등의 판례에서 목적코드가 저작권법의 보호대상이라는 점을 확인한 바 있고, TRIPs 제10조 제1항은 원시코드와 목적코드가 모두 어문저작물로서 보호된다는 점을 명시하고 있다.

끼는 경우를 제외하고는 저작권침해성립의 여지가 거의 없어지게 되어 저작권 보호범위가 지나치게 좁아지는 결과가 발생하기 때문이다. 따라서 코드의 비문언적 복제에 있어서 어떠한 기준에 따라 어느 정도까지를 저작권침해로 인정할 것인가 하는 점은 프로그램저작권침해에 있어서 가장 중요한 쟁점이었다.

## 2) 미국 판례의 동향

### ① Whelan, Inc., v. Jaslow Dental Laboratory, Inc 판결<sup>619)</sup>

프로그램에 대한 저작권의 보호가 어느 범위까지 미치는 것인가 하는 문제를 처음 본격적으로 다룬 것은 연방 제3항소법원이었다. 연방 제3항소법원은 Whelan, Inc., v. Jaslow Dental Laboratory, Inc 판결에서 코드의 비문언적 복제가 저작권침해에 해당하는가에 관하여 다루었다. 이 사건에서는 치과기공소 장부관리 프로그램 사이의 저작권침해가 문제되었다. 두 프로그램은 서로 다른 프로그램 언어로 작성되어 서로 다른 사양의 컴퓨터에서 구동되는 것으로서 코드의 문언적 표현은 상당한 차이를 보이고 있었다. 그러나 두 프로그램은 파일 구조나 스크린 출력 등 구조적인 면에서 실질적인 동일성을 띠고 있었고, 중요한 서브루틴(sub-routine)에 있어서도 거의 동일한 내용을 보이고 있었다. 법원은 먼저 프로그램이 어문저작물에 해당하고, 어문저작물에 있어서는 문언적 요소 사이에 유사성이 존재하지 않더라도 저작권침해가 성립될 수 있다는 점을 전제하였다. 희곡이나 소설에 있어서도 문언적 요소가 아닌 플롯이나 스토리 구성에 대한 표절이 저작권침해로 인정될 수 있으므로 프로그램에 있어서 비문언적 요소도 저작권의 보호대상에 해당한다고 전제하였다. 한편 비문언적 요소 가운데에서도 어디까지가 아이디어이고 어디까지가 표현인가 하는 문제에 관하여서는 다음과 같이 판시하였다. 즉 법원은 실용적 저작물에 있어서는 당해 저작물의 목적이나 기능이 “아이디어”이고, 그러한 목적이나 기능달성에 필수적이지 않은 모든 것은 “표현”이라고 하면서, 만약 특정한 목적이나 기능을 달성하기 위하여 여러 가지의 수단이 병렬적으로 존재한다면 그 수단은 목적달성에 필수적인 것이라고 할 수 없으므로 “표현”에 해당한다는 논리를 전개하였다.<sup>620)</sup> 이러한 논리에 입각하여 보면 이 사건에서

619) 797 F. 2d 1222 (3d. Cir. 1986).

문제되는 두 프로그램의 목적 내지 기능은 모두 치과기공소 장부의 체계적인 관리라고 할 수 있는데, 이를 달성하기 위한 프로그램의 구조나 배열 및 조직은 여러 가지가 존재할 수 있기 때문에 위와 같은 요소들은 “아이디어”가 아니라 “표현”에 해당한다고 판시하였다. 따라서 프로그램의 구체적인 구조, 배열, 조직도 저작권의 보호대상이라는 결론에 이른 뒤 두 프로그램 사이에 실질적 유사성이 존재한다고 판단한 1심 판결은 정당하다고 판시하였다.<sup>621)</sup>

② Computer Associate Int'l Inc. v. Altai Inc. 판결<sup>622)</sup>

Whelan 판결은 프로그램의 저작권보호범위에 관하여 명시적으로 다루었다는 점에서는 큰 의미를 가졌으나, 프로그램의 구조나 배열 및 조직에 대해서 까지 저작권 보호를 미치게 하는 것은 사실상 알고리즘에도 저작권 보호를 미치게 하는 것이라는 비판을 받게 되었다.<sup>623)</sup> 이러한 논란 뒤에 다시 한번 프로그램의 저작권 보호범위에 관한 기준정립을 시도한 것은 연방 제2항소법원이었다. 연방 제2항소법원은 Computer Associate Int'l Inc. v. Altai Inc. 판결에서 종전의 Whelan 판결을 비판하면서,<sup>624)</sup> 새로운 저작권 보호범위 기준

---

620) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-124면에서는 이러한 Whelan 판결에서 내세우는 논리의 결정적인 약점은 컴퓨터프로그램저작물에는 여러 개의 아이디어가 존재할 수 있음에도 불구하고 위 판결에서는 그 저작물의 목적이나 기능이라는 오로지 하나의 아이디어만 존재한다고 전제한다는 점에 있다고 지적한다.

621) 반면 연방 제5항소법원의 Plain Cotton Cooperative Association of Lubbock v. Goodpasture Computer Service, Inc., 807 F.2d 1256 (5th Cir. 1987) 판결과 연방 제9항소법원의 Data East U.S.A. Inc. v. Epys, Inc., 862 F.2d 204 (4th Cir. 1988) 판결에서는 Whelan 판결의 이러한 입장을 채택하지 아니하였다. 이원형, “컴퓨터프로그램의 비문자적 요소의 법적 보호문제에 관한 고찰”, 창작과 권리 1999년 겨울호(제17호), 44 내지 47면 참조.

622) 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

623) Nimmer, 전게서, §13.03, 13-42면 참조.

624) 위 판결은 Whelan 판결에 의하면 프로그램의 전체적인 목적을 제외한 모든 요소들, 즉 프로그램이나 데이터의 구조, 연산방식, 스크린 디스플레이, 출력포맷, 프로그래밍 스타일 등이 “표현”으로 저작권법의 보호를 받게 되는데, 이는 사실상 신규성, 진보성, 기술결합성 등 특허법에서 요구하는 요건을 충족하지 않고도 프로그램의 아이디

을 제시하였다. 연방 제2항소법원은 원칙적으로 프로그램의 비문언적 요소도 저작권보호의 대상이 된다고 전제하면서도, 그 중 효율성 및 외부적 요인에 의하여 지배되는 요소, 공유의 영역에 속하는 요소는 저작권 보호범위에서 제외하여야 한다고 판시하여 Whelan 판결에서 제시하였던 비문언적 표현의 범위를 크게 축소하였다. 이를 좀더 자세하게 살펴 보도록 한다.

연방 제2항소법원은 우선 Whelan 판결에서 연방 제3항소법원이 보여준 아이디어/표현 이분법에 대한 접근방법은 지나치게 형이상학적이었고 실제적인 요소들에 대한 고려가 결핍되었다는 점을 지적하였다. 그러면서 아이디어/표현의 구분과 관련하여 그 동안 존재하던 추상화 테스트나 아이디어/표현 합체이론, 표준적 삽화의 원칙 등을 고려하여 추상화(abstraction) - 여과(filtration) - 비교(comparison)의 3단계 테스트를 제안하였다.

첫 번째 단계는 추상화 단계로서 문언적 코드에서부터 프로그램의 궁극적 기능에 대한 설명에 이르기까지 프로그램 작성의 역순으로 프로그램을 구성하는 부분들을 모두 분해하는 단계이다.<sup>625)</sup> 이는 Nichols 판결에서 Learned Hand 판사가 도입한 추상화 테스트와 유사하다. 두 번째 단계는 여과 단계로서 분해된 부분들 중에서 프로그램 자체의 기능이나 목적, 추상적인 아이디어, 아이디어와 합체된 표현, 공유의 영역(public domain)에서 인용된 부분 등 저작권의 보호를 받을 수 없는 요소들을 하나씩 제거하여 마침내 창작적 표현의 핵심만 남을 때까지 여과해 나가는 단계이다. 세 번째 단계는 비교 단계로서, 남아 있는 창작적 표현들을 상호 비교하여 그 실질적 유사성을 판단하는 단계이다. 이와 같은 3단계 테스트는 그 이후 다른 연방항소법원에 의하여서도 계속 적용되었다.<sup>626)</sup>

---

어에 대하여 광범위한 보호를 부여하는 것이 되어 부당하다고 비판하였다.

625) Gatesrubber Co. v. Bando Chemical Indus. Ltd., 9 F.3d 823, 824 (10th Cir. 1993) 판결에서는 추상화 단계에 관하여 보다 자세한 설명을 시도하였다. 즉 위 판결에 의하면 프로그램은 ① 프로그램의 주된 목적 ② 프로그램의 구조 또는 설계 ③ 모듈 ④ 알고리즘과 데이터 구조 ⑤ 원시코드 ⑥ 목적코드의 6가지 단계로 나누어진 다.

626) Gatesrubber Co. v. Bando Chemical Indus. Ltd., 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993) ; Bateman v. Mnemonics, Inc., 79 F.3d 1532 (11th Cir. 1996).

3) 알고리즘의 비문언적 표현의 보호범위 - 구체적으로 표현된 논리구조를 보호하되, 외부적 요인에 의한 유사요소는 보호범위에서 제외

이 논문의 제3장에서는 아이디어와 표현의 구분은 정책적으로 독점권을 부여하여야 할 부분이 무엇인지를 확정하는 작업이라고 설명하였다. 또한 양자를 구분하는 다섯 가지 고려요소로서 ① 추상성/구체성, ② 비독창성/독창성, ③ 유일성/다양성, ④ 소재성/비소재성 ⑤ 고비용/저비용을 제시하였다. 이는 정책적인 판단작업이므로 알고리즘/코드 이분법을 기계적으로 일관하여 논리구조는 무조건 표현으로 보호받지 못한다는 주장은 타당하지 않다. 알고리즘의 비문언적 표현이라고 하더라도 저작권에 의한 정책적 보호가치가 있으면 표현의 영역에 속하는 것이다. 다만 앞에서 설명하였듯이 프로그램은 저작권법 뿐만 아니라 특허법에 의하여서도 보호된다는 특성이 존재하므로, 그 비문언적 표현에 대한 저작권의 보호범위를 확대하여 실질적으로 추상적인 알고리즘 자체에 대한 보호까지 부여하는 것은 특허법의 취지를 무색하게 하는 것으로서 타당하지 않다. 따라서 알고리즘의 비문언적 표현은 제한적으로만 보호된다. 그 제한원리는 아래와 같다.

우선 Whelan 판결<sup>627</sup>)에서 보호대상으로 제시한 프로그램의 구조, 배열 및 조직은 지나치게 추상적이어서 이를 일반적인 표현 요소로 파악하는 것은 타당하지 않다. 우리 나라에는 컴퓨터프로그램보호법에 정한 프로그램저작권에는 프로그램의 언어, 규약, 해법이 포함되지 아니할 뿐 아니라 프로그램에 내포된 독창적인 고안이나 프로그램의 기능 자체도 특허로서 보호됨은 별론으로 하고 프로그램저작권의 보호대상이 되지 아니하며 다만 프로그램상에 구현된 고안의 표현, 즉 프로그램의 구조만이 그 보호대상으로 된다고 하여 마치 Whelan 판결을 따르는 듯한 느낌을 주는 하급심 판결례<sup>628</sup>)가 있으나, 프로그램의 구조는 프로그램의 기능과 불가분의 관계에 있는 경우가 많으므로 이를 일반적인 보호대상으로 규정하는 것은 타당하지 않다.

그 구체적인 보호범위에 관하여서는 Altai 판결<sup>629</sup>)에서 제시한 기준이 타

---

627) 797 F.2d 1222 (3d. Cir. 1986).

628) 서울고등법원 1993. 6. 18. 선고 92나64646 판결. 이 사건에서는 주가분석프로그램들 사이의 저작권침해가 문제되었는데, 원고는 양자의 통신프로그램의 구조가 같다는 점을 침해의 근거 중 하나로 주장하였다.

당하다고 생각한다. 위 판결에서는 주로 아이디어와 표현을 구분하는 고려요소 중 ‘다양한 표현가능성’과 ‘사회적 보호비용’에 주목하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 즉 비문언적 표현들 가운데 추상적인 아이디어에 해당하는 요소들 이외에도 효율성의 고려에 의하여 지배되는 요소들, 외적인 요인(external factor)에 의하여 지배되는 요소들은 보호대상에서 제외되어야 한다는 것이다. Altai 판결은 이러한 외적 요인으로서 특정한 프로그램이 실행되는 컴퓨터의 기계적인 요소, 어떤 프로그램이 다른 프로그램과 상호결합하여 사용될 수 있도록 하는 호환성 요건, 컴퓨터 제조업자들의 디자인 표준, 그 프로그램이 사용되는 산업계에서의 요구, 컴퓨터 업계 내에서 널리 받아들여지는 프로그래밍 관행 등을 들고 있다. 이러한 외적인 요인에 의하여 지배되는 코드의 비문언적 부분은 다양한 표현가능성이 제약받게 될 뿐만 아니라, 이를 우회하도록 강요하는 것은 후발 프로그램 제작자 뿐만 아니라 표준성과 호환성의 혜택을 입고 있는 소비자들에게도 커다란 비용부담을 요구하는 것이다. 그러므로 이러한 요소들은 아이디어로 취급하는 것이 타당하다.

효율성의 고려에 의하여 지배되는 요소들을 보호대상에서 제외하는 것은 이른바 아이디어-표현 합체이론을 프로그램에 대한 관계에서 수정, 보완하는 측면을 가지고 있다.<sup>630)</sup> 즉 어떠한 기능을 수행하기 위한 프로그램 기술방법이 여러 가지가 있을 경우에도 그 방법들 사이에 효율성에 차이가 있어 결국 효율성이 높은 방법은 한 가지 뿐이라고 하게 되면, 아이디어와 표현이 사실상 합체된다는 것이다.<sup>631)</sup> .

## (2) 使用者 인터페이스에 있어서 아이디어와 表現

### (가) 文藝的 要素와 機能的 要素의 區分

사용자 인터페이스에서도 문예적 요소와 기능적 요소가 존재한다.

우선 문예적 요소에 관하여 살펴보기로 한다. 사용자 인터페이스는 프로그램과 사람 사이의 상호작용을 그 내용으로 하고 있어 사람의 이해를 돕기 위한 심미적, 어문적 표현이 수반되기 때문에 창작적인 요소를 쉽게 발견할 수

629) 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

630) 오승종 외 1, 전계서, 620면 참조.

631) 오승종 외 1, 전계서, 620면 참조.

있다. 그러므로 프로그램의 외적 측면은 내적 측면과 비교하여 그 표현의 영역이 더욱 넓다고 할 수 있다. 통상 사용자 인터페이스의 문예적 요소는 시각적 형태로 나타나게 된다. 예를 들어 전자오락화면과 같이 상당한 예술성과 창작성이 가미된 스크린 디스플레이는 일종의 시각적 저작물과 같은 취급을 받게 된다.<sup>632)</sup> 사용자와 소프트웨어 사이의 의사소통창구에 해당하는 개별적인 아이콘이나 대화창의 구체적인 모습과 색깔 등도 문예적 성격을 가지므로 표현성이 인정될 가능성이 높다.

다음으로 기능적 요소에 관하여 살펴보기로 한다. 위에서 본 문예적 요소가 구체적이고 개별적으로 나타난 시각적 요소인 경우가 많다면, 기능적 요소는 그 배후에 존재하는 추상적이고 구조적으로 존재하는 지각적 요소인 경우가 많다. 예를 들어 전체적인 메뉴구조나 의사소통체계 등이 그것이다. 그러나 사용자 인터페이스에 있어서의 기능적 요소는 본질적으로 아이디어성이 강한 요소라기보다는 본래는 표현적 성격이 존재하였지만 사실상 표준화로 인하여 아이디어성을 가지게 된 요소인 경우가 많다. 예를 들어 종전 운영체제(예를 들어 MS-DOS)에서는 사용자와 프로그램 사이의 의사전달체계는 텍스트(예를 들어 "COPY", "DELETE" 등의 명령어)였는데, 그 이후 운영체제(예를 들어 MS WINDOW)에서는 그 의사전달체계가 그래픽 환경으로 바뀌게 되어 사용자가 훨씬 쉽게 프로그램을 이해, 운용할 수 있게 되었다. 또한 메뉴명령어의 표현(예를 들어 "불러오기", "저장하기", "도움말" 등)이나 메뉴의 구조(예를 들어 메인 메뉴의 특정 항목에 마우스를 갖다 대면 서브 메뉴가 밑으로 펼쳐지는 풀다운 메뉴), 대화창이나 스크롤 바(scroll bar) 등도 사용자와 프로그램 사이의 의사소통을 더욱 원활하게 만들었다. 이러한 표현방식은 대단히 창작적이고 유용한 것이고, 그에 비례하여 보호의 필요성도 높아진다. 또한 사용자 인터페이스의 개발자들의 입장에서는 이를 저작권으로 보호하여 주기를 희망할 것이다. 그러나 다른 한편 소프트웨어 산업은 정보화 사회의 총아로서 급성장하고 있고, 그 어떠한 산업보다도 국제화, 표준화가 잘 발생하고 있는 영역이다. 프로그램의 경우 소비자가 많은 상품의 가치와 효용이 점점 올라가는 네트워크 효과(network effect), 이로 인하여 어느 상품이 시장에서 주도

---

632) 정상조, 전제 "컴퓨터 인터페이스 보호범위", 791면.

권을 가지게 되면 경쟁자가 쉽게 배제되어 사실상 독점상태가 형성되는 티핑 효과(tipping effect), 이와 같은 독점상태가 형성되면 소비자로서는 그 상품을 계속하여 선택할 수 밖에 없게 되는 고착효과(locked in effect)가 쉽게 일어나므로 사실상의 표준화가 발생할 가능성이 크다.<sup>633)</sup> 그런데 사용자 인터페이스에 대한 사실상의 표준화가 일어난 이후에도 그 인터페이스에 대한 강한 저작권 보호가 이루어진다면 그 인터페이스를 이용한 제품의 개발이나 그 구입에 소요되는 비용이 높아지게 된다. 정책적인 관점에서 볼 때 이는 바람직하지 못한 결과에 도달할 가능성이 높다. 따라서 보상의 원칙과 공유의 원칙을 조화롭게 추구하기 위하여서는 사실상의 표준화가 이루어진 사용자 인터페이스에 대하여는 이를 저작권의 보호범위에서 제외하거나 그 보호범위를 매우 좁게 해석할 필요가 있다. 아래에서 살펴 보게 될 미국의 판례들도 특히 표준화나 호환성의 관점에서 사용자 인터페이스의 저작권 보호범위를 좁게 해석하고 있다.<sup>634)</sup>

---

633) 정연덕, “IT(Information Technology)의 표준과 지적재산권의 문제에 관한 법적 연구”, 인터넷법률 통권 제30호, 2005, 65-67면 참조.

634) 이와 관련하여 여전히 여러 가지 의문점이 남는다. 즉 뛰어난 혁신을 통하여 우수한 인터페이스를 개발하여 시장을 석권함으로써 그 프로그램이 사용자들에 의하여 표준으로 선택되었다면, 오히려 그 프로그램을 넓게 보호하는 것이 인센티브 부여라는 측면에서 더 합당한 것은 아닌지, 창작성은 있지만 시장의 표준으로 채택되지 못한 정도의 인터페이스는 보다 강한 보호를 받는 것인지, 만약 그러하다면 오히려 뛰어난 인터페이스는 약한 보호를, 그렇지 못한 인터페이스는 강한 보호를 받게 되는 모순된 상황이 발생하는 것은 아닌지, 만약 표준화가 프로그램저작권 보호범위를 제약하는 요소로 작용한다면 구체적으로 어느 시점에 표준화가 이루어졌다고 판단할 수 있는지 등의 의문점 등이 그것이다. 그러나 저작권의 정책성을 강조하는 관점에서 선다면 저작권은 어디까지나 공공정책에 부합하는 한도 내에서만 부여되는 독점권이므로 정책적 환경의 변화에 따라 더 이상 독점적 보호가 적합하지 않게 되었다면 저작권보호의 대상에서 배제하는 것은 허용된다고 볼 수 있다. 언제부터 표준화가 일어나는가 하는 문제는 대단히 확정하기 곤란하다. 그러나 실제 저작권침해소송에서는 침해행위시점에 표준화가 되어 있었는가의 여부를 따지면 족한 것이므로 굳이 어느 시점부터 표준화가 되기 시작하는가를 따질 실익은 크지 않다고 생각한다.

## (나) 美國 判例의 動向

1) Apple Computer, Inc v. Microsoft Corp & Hewlett-Packard, Co. 판결<sup>635)</sup> - GUI의 저작물성

이 사건에서는 Microsoft사(이하 'MS사'라고 한다)의 Windows 2.03 및 3.0 프로그램과 Hewlett-Packard사(이하 'HP사'라고 한다)의 New wave 프로그램이 Apple사가 매킨토시 프로그램에서 사용한 그래픽 사용자 인터페이스(GUI)에 대한 저작권을 침해하였는가가 문제된 사건이다. 원래 MS사와 HP사는 Windows 1.0 및 Multiplan 등 프로그램에 GUI를 사용함에 있어서 Apple사와 라이선스계약을 체결한 상태였다. 그런데 그 이후 양사가 Windows 2.03 및 3.0과 New wave 프로그램 등을 개발하면서 라이선스계약에서 허락된 범위를 넘어서서 Apple사의 GUI를 사용하였다고 하여, Apple사가 양사를 상대로 소송을 제기한 것이었다.

연방 제9항소법원은 GUI 자체의 저작물성은 부정하지 않았다. 그러나 저작권침해가 입증되기 위하여서는 표현 사이의 실질적 유사성이 인정되어야 하는데, 라이선스계약이 존재하는 경우에는 이미 이용허락된 부분은 그 비교대상에서 제외하고, 이용허락되지 않은 부분에 대하여서만 유사성 여부를 비교하여야 한다고 하였다. 한편 피고들의 프로그램에서 사용된 GUI의 대부분이 이미 라이선스계약을 통하여 이용허락된 부분이고, 나머지 부분에 관하여서는 실질적 동일성을 인정할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

여기에서 주목할 것은 위 판결의 결론이라기보다는 GUI의 저작권보호범위에 관한 법원의 판시내용이다. 법원은 GUI를 구성하는 요소들 중에서 저작권에 의하여 보호받을 수 없는 요소들을 제거한 후에 유사성 판단을 해야 한다고 판시하였다. 한편 GUI 구성요소들의 저작권 보호판단에 있어서 아이디어와 표현의 합체 이론 및 표준적 삽화의 원칙(Scènes à faire) 등을 원용하면서 GUI의 기능성으로 인하여 그 보호범위가 상당히 제한되어야 한다고 하였다. 즉 법원은 GUI가 예술성 이외에 기능성을 가지고 있다고 하면서, 하드웨어적 제약, 친사용자적인 디자인의 요구, 커뮤니케이션의 원활성 요구, 기타 이와 유사한 환경적, 인간공학적 요소들은 저작권 보호의 반경을 제한하고 있다고 판시하였다. 법원은 예를 들어 비디오 게임의 유사한 특징들이 아이디어

---

635) 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994).

를 표현함에 있어서 불가피한 제약 또는 표준화로 인한 것이라면 이는 아이디어처럼 다루어져야 할 것이라고 하였다. 또한 겹치는 창(overlapping windows)과 관련하여서는, 프로그램 제작자가 하나 이상의 창을 하나의 화면에 함께 보여주는 방법은 마둑판식으로 창을 배열하거나 겹치게 배열하는 두 가지 방법으로 국한되므로, 창을 겹치게 배열하는 방식은 표현으로서 보호받을 수 없다고 하였다.

2) Lotus Dev. Corp v. Borland Int'l, Inc 판결<sup>636)</sup> - 메뉴구조의 저작물성<sup>637)</sup>

먼저 사실관계를 간단히 소개하면 다음과 같다. 원고인 Lotus사는 Lotus 1-2-3이라는 스프레드시트(Spreadsheet) 프로그램을 개발, 판매하는 회사이다. 한편 피고인 Borland사는 역시 스프레드시트 프로그램인 Quattro Pro를 개발, 판매하는 회사이다. Lotus 1-2-3(이하 'Lotus'라고 약칭)은 스프레드시트 프로그램 시장에서 주도적인 지위를 차지하고 있었다. 따라서 사용자들은 Lotus 프로그램의 메뉴와 서브메뉴상에 나타난 명령어 및 매크로 기능에 상당히 익숙해져 있는 상태였다. 한편 그 뒤에 피고인 Borland사가 개발한 Quattro Pro는 원고가 개발한 Lotus 프로그램의 명령어 및 메뉴체계에 익숙해져 있는 일반 사용자들이 새로운 명령어나 메뉴체계를 익히지 않고서도 쉽게 사용할 수 있도록 그 명령어의 표현 및 메뉴구조를 Lotus 프로그램과 거의 동일하게 배열하였다. 이와 같은 사용자 인터페이스의 유사함에도 불구하고 프로그램의 기초가 되는 코드 자체는 서로 유사하지 않았다.

원고인 Lotus사는 메뉴구조가 저작권법의 보호대상이라는 점을 전제로 하

---

636) 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995).

637) Lotus Dev. Corp v. Borland Int'l, Inc 판결 이전에 메뉴구조의 저작물성에 관하여 다룬 판례로 Lotus Dev. Corp v. Paperback Software International 판결(740 F. Supp. 37. MA. D.C. 1990)이 있었다. 위 판결에서 메사추세츠 연방지방법원의 Keeton 판사는 Lotus사의 두 줄로 이동하도록 한 메뉴(two line moving cursor menu)방식에 관한 저작권보호를 인정하면서 이를 모방한 Paperback사의 행위는 저작권침해에 해당한다고 판시하였다. 이 사건에 관한 1심 판결에 대하여 Paperback사는 항소하지 않았다. 그 이후 Keeton 판사는 이 글에서 다루게 되는 Lotus Dev. Corp v. Borland Int'l, Inc 사건의 1심 담당판사를 맡았다.

여, 피고인 Borland사가 Lotus 프로그램의 메뉴구조를 베낀 것은 저작권침해에 해당한다고 주장하였다. 반면 피고인 Borland사는 미국 저작권법 제102조 (b)<sup>638</sup>에서는 조작방법(method of operation)을 저작권법의 보호대상에서 제외하고 있고, Lotus 프로그램의 메뉴구조는 조작방법에 해당하므로, 저작권법에 의하여 보호받을 수 없는 대상이라고 주장하였다.

이에 대하여 1심인 메사추세츠 연방지방법원에서는 프로그램의 메뉴구조도 표현된 이상 저작권법의 보호를 받을 수 있다고 판시하였다.<sup>639</sup> 위 법원에서는 메뉴명령어나 메뉴구조가 조작방법으로서의 측면을 가지고 있다는 이유만으로 저작권법에 의하여 보호받지 못한다는 것은 논리의 비약이라고 보았다. 즉 프로그램 역시 넓은 의미에서 보면 “조작방법”에 해당할 수 있지만, 그럼에도 불구하고 미국 저작권법 제101조에서는 프로그램을 저작물로서 보호하고 있다. 따라서 프로그램의 조작방법 역시 메뉴구조의 형태로 외부적으로 표현된다면 이는 저작권법에 의한 보호대상이 된다고 보았다. 한편 법원은 피고가 원고의 메뉴명령어 및 메뉴체계를 그대로 사용하지 않고 새로운 메뉴명령어 및 메뉴체계를 도입할 수 있었음에도 불구하고<sup>640</sup> 원고의 것과 거의 유사한 메뉴를 사용한 것에 주목하였다.

하지만 연방 제1항소법원은 Lotus 프로그램 메뉴구조의 저작물성을 부인하여 1심 판결을 파기하였다. 연방항소법원에서는 위 메뉴구조가 아이디어나 표현이냐의 문제를 판단하기에 앞서, 미국 저작권법 제102조 (b)항의 조작방법에 해당하는가 문제를 먼저 판단하여야 한다고 하였다. 즉 위 조항에 의하면 조작방법에 해당하는 것은 그것이 아이디어 자체이건 아이디어에 기하여

---

638) 미국 저작권법 제102조 (b)항의 내용은 앞에서 이미 소개한 바 있으나, 다시 그 면으로 돌아가는 수고를 덜기 위하여 다시 한번 이 곳에서 그 전문을 소개한다. 위 조항에서는 『어떠한 경우에도 당해 저작물의 아이디어, 절차, 공정, 체계, 조작방법, 개념, 원칙 또는 발견에 대하여는, 그것이 어떠한 형식에 의하여 기술, 설명, 예시되거나 저작물에 포함되더라도, 저작권 보호가 미치지 아니한다』라고 규정하고 있다.

639) 788 F.Supp. 78 (D. Mass. 1992).

640) 연방지방법원은 예컨대 “Quit”라는 명령어는 “Exit”로, “Copy”라는 명령어는 “Close” “Ditto”, “Duplicate”, “Imitate” “Mimic”, “Replicate”, “Reproduce” 등으로 대체될 수 있다고 판시하였다.

표현된 것이건간에 저작권법의 보호대상에서 배제된다는 것이다.

법원은 어떠한 대상을 어떻게 조작할 것인가에 관한 방법을 설명한 텍스트에 대하여 저작권보호가 미친다고 하여 그 조작방법 자체에까지 저작권이 미치는 것이 아니라고 하였다. 따라서 사람들이 그 텍스트를 그대로 복제한다면 저작권침해의 책임을 질 수 있으나, 그 텍스트에서 설명된 조작방법은 자유롭게 이용할 수 있는 것이라고 하였다. 한편 Lotus의 메뉴구조는 단지 Lotus 프로그램의 기능을 사용자들에게 설명하거나 표현하는 것에 그치지 않고, Lotus 프로그램을 통제하고 조작하는 수단을 제공하여 주는 것이므로, 이는 Lotus라는 스프레드시트 프로그램을 조작하는 방법 그 자체에 해당하는 것이어서 저작권법의 보호를 받을 수 없는 것이라고 판시하였다.<sup>641)</sup> 법원은 이러한 결론에 이르는 데에 있어서, 만약 Lotus측의 주장에 따르면 사용자들은 여러 가지 프로그램을 사용할 때 각 프로그램마다 동일한 기능에 대하여 다르게 정하여진 사용방법을 배워서 익혀야 하는데 이는 매우 불합리하다고 지적하여, 표준화에 의한 호환성의 요구도 적극적으로 고려하고 있다.

#### (다) 사용자 인터페이스에 있어서의 表現的 要素 - 아이디어/표현 合體理論의 適用

스크린 디스플레이처럼 시각적 저작물의 성격을 가지는 사용자 인터페이스에 있어서는 시각적 저작물에 있어서 아이디어와 표현의 구분기준이 그대로 적용될 수 있다. 하지만 일반적인 시각적 저작물과는 달리 스크린 디스플레이에 있어서도 그 기능적 의미를 충분히 고려하여 저작권의 보호범위를 설정하여야 한다. 따라서 스크린 디스플레이 가운데에서도 기능적 요소의 제약을 받는 부분에 관하여서는 함부로 표현성을 인정하여서는 안 될 것이다. 따라서 어떠한 아이디어를 나타냄에 있어서 필수적으로 수반되거나 표준화되어 있는 화면은 표준적 삽화의 원칙 또는 아이디어/표현 합체이론에 따라 표현성을 인정하기 어렵다.<sup>642)</sup>

641) 메뉴구조에 대하여 저작권 보호를 부정하는 태도는 Mitek Holdings, Inc. v. Arce Engineering Co., Inc., 89F.3d 1548 (11th Cir. 1996) 판결에서도 이어졌다.

642) 예를 들어 가라테 게임의 화면에서 보여지는 가라테의 동작이 유사하다고 하더라도 이는 가라테에 내재한 것으로서 유사하게 표현될 수 밖에 없으므로 이를 실질적 유사

프로그램규약 또는 프로그램조작방법으로서의 성격을 가지는 사용자 인터페이스는 표현성이 부정된다고 할 수 있다. 우리나라의 컴퓨터프로그램보호법 제3조 제1항 제3호에서는 프로그램규약을 “특정한 프로그램에 있어서 프로그램언어의 용법에 관한 특별한 약속”이라고 규정하면서 프로그램언어, 해법과 마찬가지로 프로그램규약에는 위 법이 적용되지 않는다고 규정하고 있기 때문이다. 그러나 사용자 인터페이스에 내재하는 논리 자체가 저작권의 보호대상이 될 수는 없더라도 그것이 창작적인 프로그램의 형태로 표현되었을 때에는 저작권의 보호대상이 될 수 있다. 다만 사용자 인터페이스의 기능적, 규약적 성격 및 사용자 인터페이스의 표준화 및 호환성의 요구로 말미암아 이에 대한 저작권 보호는 상당한 정도로 제한될 수 밖에 없을 것이다. 이에 관하여 국내에서는 입법정책의 문제제기 차원에서, 인터페이스를 개발한 주체가 법적 보호를 받지 못하게 되는 것은 투자유인의 관점에서 적절하지 않으므로, 짧은 독점사용기간이나 보상청구권을 인정하여 주는 것이 타당하다는 견해도 있다.<sup>643)</sup>

#### 다. 類似性의 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷

두 프로그램의 대비를 통하여 확정된 유사성 요소들 가운데에서 아이디어와 표현을 구분하여 표현 요소만 남게 되면, 마지막으로 그 표현 요소에 존재하는 유사성이 창작 인센티브를 의미있게 감소시키는지 여부에 대한 정책적 판단을 행하게 된다.

일반적으로 프로그램은 그 기능성과 논리성으로 말미암아 문예적 저작물과 비교할 때 표현의 독창성 및 다양한 표현가능성이 낮아 이를 강하게 보호하는 것은 사회적 비용을 증가시키게 되므로, 실질적 유사성의 인정범위가 좁다고 보아야 한다. 이와 같은 견지에서 Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp.<sup>644)</sup>에서는 기능적 저작물의 일종인 컴퓨터프로그램에 관하여서는 오로지 약

성의 근거로 삼을 수 없다고 한 Data East USA, Inc., v. Epyx, Inc., 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988) 판결 참조.

643) 김원오(책임연구자), 컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구, 프로그램심의 조정위원회, 2004, 94면.

644) 35 F.3d 1435, 1439, 1442 (9th Cir. 1994).

한(thin) 저작권보호, 즉 실질적으로 동일한 복제(virtually identical copying)로부터의 보호만 적절하다고 판시하였다.<sup>645)</sup>

어느 정도의 복제가 실질적으로 유사한 복제인가에 관하여서는 사안에서 문제되는 프로그램의 특성과 내용 및 이용의 모습에 따라 달라지게 될 것이다. 어문저작물의 실질적 유사성 판단에 있어서 부분적·문자적 유사성과 포괄적·비문자적 유사성이 문제되는 것처럼, 프로그램저작물의 유사성 판정에 있어서는 객관적 유사성과 구조적 유사성이 문제된다.<sup>646)</sup> 객관적 유사성이란 양 프로그램의 소스코드를 일대일로 문자적으로 대응시켜 검출되는 유사성이고, 구조적 유사성이란 양 프로그램의 시스템 구조층(system structure layer), 즉 프로그램의 파일 및 자료구조, 사용자 인터페이스 또는 설계구조의 비교를 통하여 검출되는 유사성이다.<sup>647)</sup>

우선 객관적 유사성이 문제되는 코드의 문언적 복제의 경우에는 코드가 그대로 복제되는 경우이므로 유사성 자체에 대한 문제는 발생하지 않는다. 그러나 과연 복제된 부분이 창작자의 창작 인센티브를 감소시킬 만큼 당해 프로그램에서 질적인 비중을 차지하는 부분인가에 대한 판단 과정은 남아 있다. 만약 복제된 코드가 당해 프로그램에서 차지하는 양적인 비중이 적다고 하더라도 프로그램 전체의 기능을 수행하는 데에 실질적인 역할을 수행하는 부분이라면 그 문언적 복제는 실질적 유사성의 요건을 충족한다고 보아야 할 것이다.

다음으로 구조적 유사성이 문제되는 코드의 비문언적 복제의 경우에는 그 구조가운데 당해 프로그램의 목적과 기능을 수행하는 데에 필수불가결한 단계를 넘어서서 프로그램 제작자의 창작적 노력이 발현되기 시작한 구체적인 설계구조에 있어서 어느 정도의 유사성을 가지는가를 비교한다. 이러한 과정에서 여러 가지 표절 검출 소프트웨어가 도구로 사용되기도 한다.<sup>648)</sup> 그러나 이

---

645) Lloyd L.Weinreb, Copyright for Functional Expression, 111 Harv.L.Rev. 1149, 1250 (1989)도 같은 취지.

646) 김우정, “프로그램 표절 감지기법에 관한 연구”, 석사학위논문, 홍익대학교 정보대학원, 2002, 15면.

647) 김우정, 전제 논문, 같은 면.

경우에도 궁극적으로는 프로그램을 구성하는 각종 요소의 중요성을 고려하여 가중치에 의한 복제도 계산이 이루어져야 하는 것이므로, 프로그램의 실질적 유사성 여부는 궁극적으로 법관의 재량적 판단이 개입되어야 할 부분이다. 결국 프로그램 저작권에 의하여 보호하고자 하는 창작 인센티브는 프로그램의 기능을 수행함에 있어서 동원된 표현 요소들이다. 그렇다면 코드로 표현된 논리구조 가운데에서 프로그램의 기능을 수행함에 있어서 얼마나 중요한 비중을 차지하는가가 1차적인 고려요소가 될 것이고, 그 요소들 가운데 구체적이고 독창적이며 달리 표현될 가능성이 있었던 부분이 복제된 경우에는 실질적 유사성의 인정범위가 상대적으로 넓어진다고 할 수 있다.

사용자 인터페이스에 있어서도 마찬가지로의 지침이 적용될 수 있다. 따라서 실질적 유사성에 달하는 정도의 유사성인가 하는 부분은 당해 프로그램의 기능수행에 있어서의 중요성, 표현에 있어서의 구체성 및 독창성, 다양한 표현가능성을 염두에 두어 판단한다. 예를 들어 추가분석 프로그램의 실질적 유사성에 관하여 다른 우리 나라의 하급심 판결<sup>649)</sup>에서는 두 프로그램의 통신상태 변경방법, 날짜 입력방법, 날짜 입력방법, 주식정보 입력방법, 관심종목 나열방법, 차트분석메뉴, 일봉의 표현방법, 각종 주가차트의 구현방법, 예약상태변경방법 등이 유사하다고 하더라도 그것만으로 실질적 유사성이 있다고 단정할 수 없다고 판시하였는데, 이는 추가분석 프로그램의 기능 및 추가분석에 사용되는 각종 표현방식의 정형화에 비추어 볼 때 거의 동일할 정도로 복제되지 아니하면 실질적 유사성을 인정할 수 없다는 의미로 해석되어질 수 있다.

---

648) 국내의 주요 표절검출 소프트웨어로서 KAIST의 Clonechecker와 부산대의 LOFC가 있다. 전자는 단순히 두 프로그램의 텍스트만을 비교하는 것과 달리 프로그램에서 사용된 이름 등을 생략하고 두 프로그램의 구문 구조(abstract tree)를 비교함으로써 변수 이름 바꾸기, 함수 순서 바꾸기 등에 영향을 받지 않는 소프트웨어이다. 후자는 키워드를 텍스트상의 순서가 아닌 기능적 순서에 따라 나열함으로써 소스코드의 위치를 바꾸거나 다른 파일로 옮겨도 적발이 가능하도록 한 소프트웨어이다. 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터소프트웨어감정관련 국내외 동향조사 및 분석, 수탁기관 : 한국소프트웨어감정연구회(연구책임자 조동욱), 2002, 36-38면 참조.

649) 서울고등법원 1993. 6. 18. 선고 92나64646 판결.

#### 4. 其他 - 게임著作物の 實質的 類似性 判斷

최근 게임산업이 급성장하면서 게임저작물의 저작권침해가 문제될 여지가 늘어나게 되었다. 특히 우리나라는 게임왕국이라고 불리울 만큼 게임개발 및 이용이 폭발적이다. 게임 역시 창작성이 인정된다면 저작물에 해당한다. 게임은 여러 가지 유형의 저작물이 결합된 형태로 이루어진다. 게임저작물은 크게 프로그램저작물에 해당하는 부분과 영상저작물에 해당하는 부분<sup>650)</sup>으로 나누어진다. 전자는 게임의 코드를 뜻하고, 후자는 게임화면으로 구현되는 시각적·청각적 요소 또는 게임방식이나 게임스토리 등으로 구현되는 어문적 요소를 뜻한다.<sup>651)</sup>

이와 같이 게임은 여러 가지 실질적인 요소들로 구성되어 있으므로, 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우에도 문제되는 부분의 유형에 따른 기준에 의한 판단이 이루어져야 한다. 그러므로 게임 프로그램 코드의 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우와 게임화면이나 방식, 스토리 등의 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우는 그 판단기준이 달라져야 할 것이다. 게임 프로그램 코드의 실질적 유사성 여부가 문제되는 사건에 있어서는 일반적인 프로그램저작물의 실질적 유사성 판단기준이 그대로 원용된다. 반면 게임화면이나 방식, 음악, 스토리 등의 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우에는 시각적 저작물이나 음악저작물 또는 어문저작물의 실질적 유사성 판단기준이 적용된다.

예컨대 Atari, Inc. v. Midway Mfg. Co., 판결<sup>652)</sup>에서는 비디오게임인 팩맨(Pac Man)과 먼치킨(K. C. Munchkin) 사이의 실질적 유사성 여부가 문제되었는데, 법원은 게임에 등장하는 "Gobbler"과 "Ghost monster"의 모습, 그 등장주체가 화면 위에서 돌아다니는 방식, 이들이 죽은 후 소생하는 방식 등이 비슷하다는 점에 주목하여 실질적 유사성을 긍정하였고, Midway Mfg.

---

650) Midway Mfg. Co. v. Artic International Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983) 및 M.Kramer manufacturing Co., Inc. v. Andrews, 783 F.2d 421 (4th Cir. 1986)에서는 비디오게임의 영상을 독립된 시청각적 저작물로 인정하였다.

651) 창작성의 요건을 충족할 수 있다면, 게임의 정지된 그래픽 화면은 미술저작물로 보호받을 수 있고, 게임에 사용된 음악은 음악저작물로 보호받을 수 있다. 정경석, '게임 저작물의 저작권 침해', 인권과 정의 346호, 대한변호사협회, 2005. 6., 61면 참조.

652) 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982).

Co. v. Bandai America Inc. 판결<sup>653</sup>)에서는 게임의 등장인물과 그 움직임, 게임의 스타일과 진행방식, 화면의 배경 이외에도 주제음악이 같다는 점도 실질적 유사성을 인정하는 하나의 근거로 제시하였다.

그러나 게임방식이나 배경, 등장인물의 움직임이 당해 게임의 기능상 유사할 수 밖에 없는 것이라면 이러한 부분에 유사성이 존재한다고 하더라도 이는 아이디어와 표현이 합체된 경우에 해당하여 실질적 유사성이 부정된다. 예를 들어 가라데 게임의 실질적 유사성이 문제된 Data East USA, Inc. v. EPYX, Inc., 판결<sup>654</sup>)에서는 두 가지 게임의 진행방식, 등장인물의 움직임, 화면의 묘사방식 등에 모두 15가지의 유사성<sup>655</sup>)이 인정된다고 하면서도, 이는 가라데라는 스포츠 자체에 내재하여 있는 제약으로 인하여 유사해진 것이라고 판시하여 그 실질적 유사성을 부정하였다. 또한 골프게임의 실질적 유사성이 문제된 Incredible Technologies, Inc. v. Virtual Technologies, Inc. 판결<sup>656</sup>)에서는 클럽선택, 플레이하는 홀(hole)을 위에서 내려다 보는 지도, 풍속의 측정, 그린(green)의 경사도, 점수카드, 일정 형태의 성공한 샷에 대한 득점 등이 유사하더라도 이는 골프를 게임으로 정확하게 묘사하는 데 필수불가결하고, 메뉴 스크린이나 선수의 포기, 선택과 같은 것은 아케이드 게임 포맷에 있어 스크린의 가장자리에 아이콘 모양으로 고정될 수 밖에 없는 표준적인 것으

---

653) 546 F.Supp. 125 (D.N.J. 1982).

654) 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988)

655) 그 15가지의 유사성을 요약하자면 두 게임 모두 ① 14개의 움직임을 사용하고 있고, ② 두 명이 함께 게임할 수 있으며, ③ 혼자 게임할 수도 있으며, ④ 전방 및 후방 공중제비돌기와 180도 방향전환을 하고, ⑤ 발이 공중에서 떨어진 채로 쪼그리고 앉아 역회전하며 주먹을 지르며, ⑥ 상단 찌르기 펀치를 구사하고, ⑦ 발로 쓸듯이 뒤로 후퇴하며, ⑧ 날아 옆차기를 하고, ⑨ 로우 킥(low kick)을 구사하며, ⑩ 뒷걸음치는 자세가 있으며, ⑪ 배경화면이 바뀌고, ⑫ 30초로 이루어진 카운트다운 라운드(countdown round)의 방식으로 게임이 진행되며, ⑬ 한 명의 심판이 등장하고, ⑭ 게임에서 그 심판은 “시작(begin)”, “그만(stop)”, “백색(white)”, “적색(red)”이라고 말하는데 만화처럼 말풍선 안에 표시되며, ⑮ (게임 후) 남아있는 초에 비례하여 100점씩 보너스 포인트가 부여된다는 것이다.

656) 284 F.Supp. 2d 1069 (N.D. Ill. 2003).

로서 이러한 요소들은 최소한 모양, 크기, 색깔, 연속, 배치 등에 있어서 보호를 받을 수도 있으나 필수적인 장면으로 취급되므로 오직 실질적으로 동일한 복제의 경우에만 보호를 받을 수 있다고 판시하였다.<sup>657)</sup>

우리나라 하급심 판례 가운데에도 온라인 게임의 저작권침해가 문제된 사례가 있다.<sup>658)</sup> 이 사건은 프로그램저작물로서의 게임저작권침해가 아니라 영상저작물로서의 게임저작권침해가 문제된 것이다.<sup>659)</sup> 이 사건 신청인이 온라인을 통해 서비스하고 있는 ‘포트리스 2 블루’는 온라인상에서 접속 이용자 각자가 선택한 탱크를 사용하여 제한 시간 내에 각도와 거래, 바람의 세기 등을 고려하여 상대방 탱크를 향해 포탄을 발사하여 맞춤으로써 상대방 탱크의 에너지를 모두 소진시키거나 상대방 탱크의 주위 지형을 함몰시켜 그 탱크가 함몰된 지형으로 추락하게 되면 승리하는 게임이다. 신청인은 피신청인들의 온라인게임인 ‘건바운드’가 신청인의 포트리스 2 블루게임과 탱크 캐릭터, 포탄, 게임 화면, 계기판, 맵(바탕화면), 게임 방식 등의 중요 요소들에 있어 극히 유사하다고 주장하였다.

법원은 “이 사건 게임이 저작권법상의 보호를 받는다고 하더라도 그 내용인 게임의 규칙, 진행방식 등 게임에 관한 아이디어까지 저작권으로서 보호되는 것은 아니고 저작물에 나타난 구체적인 표현을 도용한 경우에 한하여 저작권의 침해에 대한 구제가 인정된다. 기록상 이 사건 게임과 피신청인들의 건바운드 게임은 포탄 폭발의 모양, 폭발에 의하여 지형이 파괴되는 모양, 캐릭터 손상시 모양, 채팅창·시간제한·과워게이지·랜덤·캐릭터 능력치에 관한 표현 등 상당 부분에 있어 동일하거나 유사하다고 보기 어렵고, 한편 이 사건 게임에 사용된 ‘턴제 슈팅 방식’은 이 사건 게임이 최초 제작된 1997년 이전에 이미 스코치, 워즈, 워즈 II 등의 게임에 도입된 방식으로서, 이 사건 게임의 목

---

657) 강동세, “온라인게임과 저작권”, 2005. 12. 16. 중앙대학교 법학연구소 문화예술법센터, 「온라인게임 무엇이 문제인가 - 온라인게임의 현황과 법적 과제」 발표문 중 26면 참조.

658) 서울지방법원 2002. 9. 19.자 2002카합1989 결정.

659) 이 사건 결정문을 입수하지 못한 관계로 그 결정이유는 정경석, 전계 논문, 64 내지 66면 및 조원희, ‘게임 표절 사건에서의 법률적 쟁점, -’건바운드‘ 사건을 중심으로-’, 저작권문화 125호, 2005. 1. 9면에 기재된 내용을 인용하기로 한다.

적, 게임 조작 방법, 진행 방식, 승리 조건 등이 위 스코치나 워즈 게임과 동일하거나 유사할 뿐 아니라, 이 사건 게임에 나타난 바람 게이지·지형·시간제한·포탄·캐릭터·아이템 생성·무기·캐릭터의 턴 애니메이션·턴 넘김 버튼 등 게임의 중요 요소들도 이전 게임에서 동일하거나 유사하게 표현되었던 점 등 기록상의 제반 사정에 비추어 보면 이 사건 게임의 상당 부분은 그 이전에 제작된 게임에 사용된 요소들을 반영하여 제작되었다고 볼 여지가 충분하다 할 것이어서 선뜻 그 독창성을 인정하기 곤란하며, 이 사건 게임에 사용된 일부 아이디어는 컴퓨터라는 표현 매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현되는 것에 불가피하다고 보이는바, 이러한 경우에 있어서까지 저작권법에 의하여 보호해야 할 가치가 있는 것인지도 의문이라 할 것이다”라고 판단한 뒤 나아가 실질적 유사성도 인정되지 않으며 보전의 필요성도 인정되지 않는다고 보아 가처분신청을 기각하였다. 위 결정은 게임방식에 관하여서는 창작성을 부인하고, 게임화면표현에 관하여서는 실질적 유사성을 부인하고 있는바, 게임방식의 저작권 보호가 좁아야 한다는 점은 타당성이 있다고 생각되고, 게임화면표현에 관한 판시 부분의 타당성은 위 결정이유만으로는 판단하기 어렵다.

요컨대, 게임저작물의 경우에도 프로그램적 측면에 대해서는 프로그램의 기준이, 영상물적 측면에 대하여는 어문저작물이나 시각적 저작물의 기준이 그대로 적용된다. 게임의 진행방식, 그 진행에 동원되는 시각적 도구, 게임화면의 배경, 게임의 등장인물 및 그 행태 등이 주된 쟁점으로 떠오르는 경우가 대부분이다. 게임주제나 방식이 골프나 가라데 등 실제로 존재하는 것이거나 그렇지 않더라도 이미 관행화된 게임양식에 따른 것이라면 표준적 삽화의 원칙이 상당한 정도로 적용되어 매우 세부적인 부분까지 복제가 일어나지 아니하는 한 저작권의 보호가 배척되는 경향을 보이고 있다.

## 第7節 圖形著作物 - 地圖를 中心으로

### 1. 圖形著作物 및 地圖의 意義

#### 가. 圖形著作物의 概念

도형저작물은 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형 등에 사람의 사상 또는 감정이 표현된 저작물이다.<sup>660)</sup> 도형저작물 가운데 주로 저작권침해가 문제되는 것은 지도와 설계도이다. 설계도와 관련하여서는 이미 건축저작물 부분에서 검토한 바 있다. 따라서 여기에서는 지도를 중심으로 하여 논의를 진행하고자 한다.

#### 나. 地圖의 概念

지도는 지표상의 산맥·하천 등의 자연적 현상과 도로·도시·건물 등의 인문적 현상을 일정한 축적으로 미리 약속한 특정한 기호를 사용하여 객관적으로 표현한 것이다.<sup>661)</sup> 자연적·인문적 현상의 표현에 창작성이 있는 지도는 저작물로 보호받는다. 저작권법 제4조 제8호에서도 지도를 도형저작물의 하나로 예시하고 있다.

지도는 통상 종이의 형태로 작성되지만, 정보를 디지털화하여 제공하는 전자지도의 형태로 작성하는 것도 가능하다. 전자지도 검색서비스의 프레임 링크에 의한 손해배상책임이 문제되었던 사건에서 서울지방법원은 지표상의 자연적 현상들과 인문적 현상들에 관한 지리정보를 체계적으로 정리하여 이를 전산화함으로써 컴퓨터 등의 정보처리장치 등을 통하여 손쉽게 원하는 지리정보를 검색할 수 있도록 한 전자지도는 저작권의 보호대상이 된다는 점을 전제로 하여 판단하였다.<sup>662)</sup>

지도는 내용에 따라 일반도(一般圖)와 주제도(主題圖)로 나누어진다. 일반도는 지형·행정경계·교통망·가옥·토지이용 등 일반적인 내용이 종합적으로 나타나 있는 것으로서 한국전도나 세계전도 등이 그 예이다. 주제도는 특정한

660) 오승중 외 1, 전계서, 81면.

661) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결.

662) 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결 (확정).

사항만을 중심으로 선택하여 나타내는 것으로서 토지이용도·식물분포도·지질도·교통도 등이 그 예이다.<sup>663)</sup>

한편 지도는 축척에 따라 대축척지도와 소축척지도로 구분된다. 대축척지도는 1 : 50,000 또는 1 : 25,000의 축척을 사용하는 지도로서 군사나 학술연구, 도시계획 등의 목적으로 좁은 범위의 지역을 세밀하게 나타낼 때 사용된다. 소축척지도는 1 : 50,000을 초과하는 축소를 사용하는 지도로서 교육용 지도 등 넓은 범위의 지역을 개략적으로 나타낼 때 사용된다.

## 2. 地圖著作物의 特性

### 가. 事實的 著作物 또는 機能的 著作物로서의 特性

지도는 원칙적으로 실제 존재하는 자연적·인문적 현상을 정확하고 효과적으로 전달하는 데에 그 목적이 있다. 따라서 가치있는 지도는 사실전달기능이 뛰어난 지도이다. 그러한 점에서 지도는 사실적 저작물 또는 기능적 저작물로서의 성격이 강하다.

이러한 지도의 특성은 지도의 실질적 유사성 판단에 큰 영향을 미친다. 실질적 유사성의 법리는 창작자들이 공유대상인 아이디어나 사실에 기초하여 새로운 표현을 창출해낼 수 있도록 하는 인센티브를 실질적으로 보호하기 위한 것이므로, 저작권의 보호범위 역시 창작적인 표현에 국한되어야 한다. 그런데 실질적 유사성의 일반적 판단기준에 의하면, 다양한 표현가능성이 낮거나 창작의 소재로서의 성격이 강한 요소들은 아이디어로 취급되는 경향이 강할 뿐만 아니라 설령 표현에 해당하더라도 그 실질적 유사성의 범위가 좁아지므로, 창작의 소재로서의 ‘자연적·인문적 현상’을 ‘정확’하게 전달하여야 하는 지도의 특성상 그 저작권의 보호범위는 좁아질 수 밖에 없다. 그러므로 지도의 사실적 저작물 또는 기능적 저작물로서의 특성은 지도에 대하여 약한 저작권이 부여되는 근거가 된다.

### 나. 編輯著作物로서의 特性

실제 존재하는 자연적·인문적 현상은 워낙 그 숫자가 많고 다양하기 때문

---

663) 동아세계대백과사전 25권, 동아출판사, 1988, 617면.

에 이 모두를 완벽하게 지도에 재현하는 것은 불가능하다. 따라서 필연적으로 수많은 현상 가운데 어느 것을 소재로 삼을 것인가 하는 소재의 선택 문제가 발생하게 된다. 이는 특히 광범위한 지역에 존재하는 현상을 제약된 지면 위에 표현하여야 하는 소축척지도에서 더욱 중요한 문제로 떠오르게 된다. 이와 같이 지도에 있어서는 표현할 소재의 선택이 중요하게 다루어진다는 점에서 편집저작물과 비슷한 성격을 띠게 된다.

이러한 특성은 지도저작물의 실질적 유사성 판단에 있어서 어떠한 소재를 취사선택할 것인가가 중요한 고려요소로 등장하는 것과 깊은 관련이 있다.

#### 다. 視覺的 著作物로서의 特性

마지막으로 지도는 정보를 시각적 방법으로 전달하는 도구이므로 시각적 저작물, 특히 미술저작물로서의 성격을 띠게 된다. 관광지도나 예술지도와 같은 경우에 그러한 성격이 강하게 나타난다. 이러한 종류의 지도일수록 저작자의 개성이 두드러지게 나타나게 되어 저작물성이 인정될 가능성이 증가된다.

이러한 특성으로 말미암아 지도저작물에서는 미술저작물이나 건축저작물 같은 시각저작물과 마찬가지로 그 지도를 보는 사람이 가지는 전체적인 느낌이 중요한 요소로 고려된다.

### 3. 地圖著作物의 實質的 類似性 判斷

#### 가. 對比를 통한 類似性 要素의 確定

##### (1) 對比觀點

실질적 유사성 판단의 첫 번째 단계는 문제가 된 두 개의 지도를 대비하는 것이다. 그 대비작업은 다른 저작물들과 마찬가지로 일반인의 관점에서 행한다. 이는 앞서 살펴본 다른 저작물들과 마찬가지로 더 이상의 설명은 생략한다.

##### (2) 對比方法

1차적으로는 두 지도를 전체적으로 파악하여 그 전체적 관념이나 느낌의 유사성 여부를 판단하고, 2차적으로는 두 지도를 분석하여 각 지도를 구성하는 요소들의 유사성 여부를 판단한다.

지도는 자연적·인문적 현상을 정확하게 전달하는 것을 주된 기능으로 한다. 그러므로 지도는 누가 만들더라도 유사할 수 밖에 없는 특성을 가지고 있다. 따라서 대비작업을 통하여 나열될 수 있는 유사성 요소는 대단히 많을 수 있다. 그렇다면 저작권법에 의하여 보호받을 수 없는 것임이 명확한 자연적·인문적 현상 자체의 동일성을 파악하는 것은 큰 의미가 없다. 따라서 지도에 나타난 자연적·인문적 현상의 동일성 또는 유사성은 1단계에서부터 생략할 수 있다. 그러나 자연적·인문적 현상 중 어떠한 것을 선택하고 어떠한 것을 생략하였는지, 또한 얼마나 구체적인 현상까지 선택하였는지 등의 요소들은 실질적 유사성 판단에 중요한 의미를 가질 수 있으므로 이러한 점에 대한 대비작업은 이루어져야 한다.

#### 나. 表現的 要素의 確定

실질적 유사성 판단의 다음 단계는 대비작업을 통하여 추출된 유사성 요소 중 어느 것이 표현에 해당하고 어느 것이 아이디어에 해당하는가를 가려내는 작업이다. 지도는 사실적 저작물이므로 그 아이디어와 표현을 구분함에 있어서 사실 그 자체 또는 사실을 표현함에 있어서 필수적으로 수반되는 표현방식에 독점권을 부여하지 않도록 유의하여야 한다. 이러한 요소들은 모두 “소재” 또는 “창작의 도구”로서의 성격이 강하여 이를 독점적으로 보호할 때 발생하는 사회적 비용이 너무 높아 저작권으로 보호하는 것이 타당하지 않기 때문이다.

대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결은 지도의 저작권침해를 다루고 있는 유일한 대법원 판례로서 지도에 있어서 아이디어와 표현의 구분에 관하여 명확한 기준을 제시하고 있다. 위 판결에서는 “일반적으로 지도는 지표상의 산맥·하천 등의 자연적 현상과 도로·도시·건물 등의 인문적 현상을 일정한 축적으로 미리 약속한 특정한 기호를 사용하여 객관적으로 표현한 것으로서 지도상에 표현되는 자연적 현상과 인문적 현상은 사실 그 자체로서 저작권의 보호대상이 아니라고 할 것이어서 지도의 창작성 유무의 판단에 있어서는 지도의 내용이 되는 자연적 현상과 인문적 현상을 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였는지 여부와 그 표현된 내용의 취사선택에 창작성이 있는지

여부가 기준이 된다고 할 것이고, 한편 지도의 표현방식에 있어서도 미리 약속된 특정의 기호를 사용하여야 하는 등 상당한 제한이 있어 동일한 지역을 대상으로 하는 것인 한 그 내용 자체는 어느 정도 유사성을 가질 수밖에 없는 것이다.”라고 밝히고 있다.

요약하자면, 아이디어에 해당하거나 아이디어와 마찬가지로 취급되는 것은 ① 표현대상으로서의 자연적·인문적 현상, ② 이를 표현하는 데에 전형적으로 사용되는 방식이고, 표현에 해당하는 것은 ① 표현내용의 취사선택 및 ② 전형적이지 않은 표현방식이다.

### (1) 아이디어성이 강한 要素

#### (가) 地圖의 表現素材인 自然的·人文的 現象

우선 지도의 표현소재인 자연적·인문적 현상 자체는 사실에 해당하므로 일종의 아이디어로서 저작권의 보호대상이 되지 않는다. 따라서 실제로 존재하는 자연적·인문적 현상을 정확하고 효과적으로 재현하였다고 하여 그 자체로 표현성이 인정되는 것은 아니다. 또한 자연적·인문적 현상의 동일성으로 말미암아 양 지도가 유사하여졌다고 하여 실질적 유사성을 인정할 수도 없다.

설령 그 동안 남이 알지 못하던 새로운 장소를 발견하였다고 하더라도, 그 발견자가 그 장소에 관한 자연적·인문적 현상에 관하여 어떠한 형태의 독점권을 가질 수 없다. 예컨대 Hayden v. Chalfant Press, Inc. 판결<sup>664</sup>)에서는 미국 캘리포니아주 High Sierras 지역의 사냥 및 낚시용 지도의 저작권침해가 문제되었다. 이 사건에서 원고는 자신이 상당한 기간 동안 조사를 통하여 호수, 시내, 샘 등의 자연지형과 상업적 관광지점의 이름을 붙여 지도를 제작하였는데, 피고들의 지도는 그러한 이름들을 그대로 표기하고 있다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 원고가 위와 같은 이름을 붙였다고 하더라도 그 이름에 대하여 저작권을 주장할 수 없는 것이라고 판시하였다.

#### (나) 地圖의 慣行的인 表現方式이나 使用記號

자연적·인문적 현상을 표현함에 있어서 미리 약속된 특정의 기호나 방식을

---

664) 281 F.2d 543 (9th Cir. 1960).

사용하는 표현 부분에는 창작성이 인정되지 않고, 따라서 이러한 부분의 유사성은 실질적 유사성을 인정하는 근거로 사용될 수 없다. 일반적으로 지도에 사용되는 기호에 따라 표현하는 것, 예를 들어 산을 ‘▲’으로 표시한다든가 온천을 ‘♨’로 표시하는 것은 표현 요소에 해당하지 않는다. 또한 지역의 높이에 따라 색깔을 달리 사용한다거나 방위 표시를 사용하는 것 역시 미리 약속된 특성의 기호나 방식에 해당하여 표현으로 인정되지 않는다.

## (2) 表現性이 강한 要素

### (가) 素材의 創作的 取舍選擇의 結果物

동일한 자연적·인문적 현상이라고 하더라도 지도를 작성하는 주체의 개성, 학식, 경험 및 관점에 따라 그 중 지도상에 표현할 소재를 취사선택하여 이를 표현하는 과정에서 그 개성과 창조성이 나타날 여지가 충분히 있다. 이와 같이 창작적인 취사선택에 기하여 표현된 결과물 저작권법에 의하여 보호받는 표현 요소에 해당하므로, 소재의 취사선택에 있어서의 유사성은 실질적 유사성을 인정하는 근거가 될 수 있다. 기존의 어느 지도를 기본으로 하고 거기에 다른 지도들로부터 편집하거나 종합한 특징들을 가미하는 한편, 기존의 지도에 나오지 않는 새로운 정보를 추가한 지도의 경우, 지도 저작자의 독창성은 전에 발견되지 않은 경계표지를 새로이 묘사하거나 축척 또는 위치를 교정, 개선하는 데에서만 인정되는 것이 아니라, 기존의 요소들을 선택하고 도안하며 종합하는 데에서도 인정된다.<sup>665)</sup>

지도의 작성은 국토지리원에 의한 공공측량 결과를 포함하여 기존의 소재를 이용하는 경우가 많고, 이렇게 기존의 소재를 이용한 지도가 새로운 저작물로 인정받을 수 있는가의 여부는 결국 소재의 취사선택이 독자적 사고에 의한 것인가에 의하여 결정된다.<sup>666)</sup>

외국의 판례들을 보면 이를 주로 창작성의 문제로 다루고 있다. 하지만 창

---

665) United States v. Hamilton, 583 F.2d 448 (9th Cir. 1978), 이성호, 전제 논문, 743면.

666) 박정화, “지도가 저작권법상 보호되는 저작물로서 창작성이 있는지 여부의 판단 기준(2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결 : 공2003하, 2150)”, 대법원 판례해설, 통권 제47호, 법원도서관, 2004, 357면.

작성있는 저작물이라는 것은 곧 창작성있는 표현의 존재를 그 당연한 전제로 하고 있으므로, 아래의 판례들은 어떠한 요소에 표현성이 인정되는가 하는 점에 있어서도 참고할 수 있다. 예컨대 미국에서는 여러 가지 소재들을 종합하여 그 사이에 존재하는 불일치를 시정하고 최종 지도에 담아낼 사항들을 선별하며 일반인에게 유용한 방법으로 표현한 부동산 소유관계 지도에 관하여 창작성을 인정한 사례가 있다.<sup>667)</sup> 또한 일본에서는 선행 지도를 기초로 가필 또는 번안을 하였다고 하더라도 자신의 학식과 경험을 토대로 그 용도에 맞추어 축척의 대소에 따라 각종 소재를 그 목적에 맞게 취사선택한 후 일정한 물체표면에 편집·결합해서 표현하여 다른 유사 작품과 비교하여 구별할 수 있는 독자의 창작성이 있는 것이라면 저작권법에 의한 보호를 받을 수 있다는 판례도 있다.<sup>668)</sup> 학습용 일본지도에 표시한 지명의 선택에 있어서 각 지역의 문화 정도, 인구밀접상태 등을 고려하여 저자의 선택에 의하여 필요하다고 생각되는 것을 표시하는 등 저자의 학식, 경험, 개성 등이 반영되었다고 하여 저작물성을 인정한 판례도 있다.<sup>669)</sup>

#### (나) 選擇된 素材의 創作的인 表現

객관적으로 존재하는 현상이라고 하더라도 창작적인 방법에 의하여 표현하였다면 그러한 요소들도 표현적 요소로서 저작권의 보호를 받는다. 예를 들어 자신만의 색상과 기호를 사용하거나 중요한 지점을 예술적으로 장식하는 등의 방법으로 현상을 표현하는 경우 그 표현은 저작권법에 의하여 보호되는 창작성있는 표현이고, 이를 모방하는 경우에는 저작권침해가 성립한다. 이러한 표현은 특히 입체관광지도나 예술지도처럼 시각적인 미감(美感)을 동시에 추구하는 지도에 있어서 쉽게 발견된다.

표현에 창작성이 인정되는 이상 지도제작자가 위와 같이 표현되는 현상을

667) Mason v. Montgomery Data, Inc., 967 F.2d 135 (5th Cir. 1992).

668) 東京地裁 1969(昭和 44). 5. 31. 선고, 昭41(特わ) 142호 판결(判例時報 580호, 92면), 富山地裁 1978(昭和 53). 9. 22. 선고 昭46(ワ)33호, 71호 판결 {判例ジュリスト(著作権判例百選), 53면} 참조, 박정화, 전게 논문, 358면에서 재인용.

669) 大阪地裁, 1951(昭和 26). 10. 18. 선고 昭24(ワ)909호 판결, 本橋光一郎, 本橋美光 智子 共著, 要約 著作権判例 212, 學陽書房, 2005, 194면에서 인용.

직접 관찰하였는지 여부는 창작성 또는 실질적 유사성 판단에 아무런 영향을 미치지 못한다. 과거 미국 판례들 가운데에는 지도에 대한 저작권 보호의 요건으로서 지도제작자가 현장에서 직접 관찰하였을 것을 요구한 판례들도 있었다.<sup>670)</sup> 그러나 이는 모두 창작자의 노력을 저작권 보호의 근거로 본 이마의 땀방울(sweat of the brow) 이론이 영향력을 미치던 때의 판례로서 이를 폐기하고 저작권 보호의 요건으로 창작성을 요구한 Feist v. Rural Telephone 판결<sup>671)</sup> 이후에는 더 이상 적용되기 어려운 판례들이다.<sup>672)</sup>

#### 다. 類似性의 程度를 考慮한 表現的 要素의 保護 與否 判斷

마지막 단계는 표현 요소가 얼마나 유사하게 이용되고 있는지를 고려하여 창작 인센티브의 의미있는 감소가 발생하였는가를 판단하는 단계이다. 소재의 취사선택 및 그 표현에 창작성이 있는 경우에 저작권법에 의하여 보호받는 표현으로 인정되는 것이므로, 위 단계 역시 두 가지 측면을 중심으로 진행된다.

구체적이고 독창적이며 다양한 표현가능성 가운데에 선택된 표현 요소일수록 창작 인센티브의 부여 필요성이 큰 것이므로 실질적 유사성의 인정범위가 넓은 반면, 추상적이고 정형적이며 다양하게 표현될 수 없으며 소재성이 강하고 사회적 보호비용이 높은 표현 요소일수록 창작 인센티브의 부여 필요성이 적은 것이므로 아이디어에 해당하거나 설사 표현에 해당하더라도 그 실질적 유사성의 인정범위는 극히 좁아지게 된다.

지도는 본질적으로 어느 정도까지는 기능적이고 사실적이다. 그러므로 일반적으로 지도의 실질적 유사성의 인정범위는 매우 좁다. 일본에서는 주택지도의 창작성에 관하여, 주택지도는 특정한 시, 군, 구의 가로(街路) 및 가옥을 주된 게재대상으로 하여 약도적 수법을 이용하여 가로에 따라 각종 건축물,

---

670) Amesterdam v. Triangle Publications, Inc., 189 F.2d 104 (3d Cir. 1951) ; Alaska Map Serv., Inc. v. Roberts, 368 F.Supp. 578 (D.Alaska. 1973) ; Marken & Bielfield, Inc. v. Baughman Co., 162 F.Supp. 561 (E.D.Va. 1957) ; Andrews v. Guenther Publishing Co., 60 F.2d 555 (S.D.N.Y. 1932), Paul Goldstein, 전게서, 2:156면에서 재인용.

671) 499 U.S. 340 (1991).

672) Paul Goldstein, 전게서, 2:157-158면.

가옥의 위치관계를 표시하고 명칭, 거주자명, 지번 등을 기입하는 방식으로 제작되는 것인데, 그 취사선택의 대상이 자동적으로 정하여지고, 이에 이용되는 지도의 제작기법이 대동소이하기 때문에 일반 지도와 비교할 때에 그 저작물성이 더 제약되어야 한다고 판시한 하급심 판례가 있는바,<sup>673)</sup> 이는 이러한 원리를 반영한 것이다. 다만 이와 같이 지도의 기능성과 사실성을 창작성 단계에서 주로 반영하려고 하는 데에는 문제가 있을 수 있다. 앞서 살펴 본 우리나라 대법원 판례<sup>674)</sup>에서는 전국도로지도에서 전국을 권역과 구획으로 나누고, 도로 사이의 구간거리를 표시하며, 각종 색상과 기호를 통하여 지역과 지형지물을 표시하는 등의 표현방식이 유사한 경우라고 하더라도 이는 기존 지도책들이 채택하였던 표현방식과 동일 또는 유사하거나 국내외에서 보편적으로 통용되는 기호의 형태를 약간 변형시킨 것에 불과하여 창작성을 인정할 수 없다고 판시하였다.<sup>675)</sup> 지도의 저작권 보호범위가 제약되어야 한다는 점에서

673) 富山地裁 1978(昭和 53). 9. 22. 선고 昭和 46(ワ)33호, 71호 판결 ; 吉田大輔, ‘事實に密着した著作物の著作権の侵害’, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997, 144면 참조.

674) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결.

675) 원심판결(서울고등법원 2001. 5. 29. 선고 2000나16673 판결)에서는, 원고가 자신이 발행한 지도책들의 창작성에 대한 근거사실로 내세우는 사실 중 ① 전국을 권역으로 나누어 각 권역마다 다른 색상을 부여하고 위 권역을 다시 구획으로 나누어 각 구획마다 다른 번호를 부여한 후 구획번호 순으로 각 구획에 대한 세부지도를 편제하고, 속표지 상반부에 천연색 고속도로 사진을 배경으로 제호와 출판사를 표시하고, 하반부에 지도에 사용된 기호를 설명하는 범례를 표시한 점, 권말에 찾아보기 면을 만들어 지명·관광서·대학·언론기관·금융기관·종합병원 등 주요 기관의 지도상의 위치와 전화번호를 수록하면서 찾아보기 다음에 전국의 호텔 목록과 전국 유명 음식점 안내를 수록한 점, ② 각 구획면의 좌우 상단 모서리에는 그 구획이 속하는 권역의 색상을 바탕색으로 사각형을 만들어 사각형안에 구획번호를 역상으로 표시하고, 그 옆에 지명을 흑색으로 표시하면서, 각 구획면의 상하좌우 여백 중앙에 굵은 화살표를 하고 화살표의 중앙에 연속되는 지역의 구획번호를 표시하고, 하단 여백 우측 끝 부분에 그 구획의 위치를 도해식으로 표시한 점, 각 구획면의 가로·세로를 각각 나누어 좌표로 설정한 다음 구획면 가장자리에 테두리를 둘러 그 위에 각 좌표를 표시한 점, 도로의 구간거리를 표시한 점, ③ 지표상의 자연적·인문적 현상을 표시하는 기호에 있어, 도로의 경우 도로 종류에 따라 각각 다른 색상을 사용하고, 주유소·국보·보물·사적·절·계곡 등 주요장소 및 관광지

는 이론이 있을 수 없으나 과연 위와 같은 사안에서 원고의 지도책에 전혀 창작성이 없는 것인지는, 창작성의 정도를 높게 요구하지 않는 대법원 판례의 기본적인 태도에 비추어 볼 때 의문이다. 만약 원고의 지도책을 그대로 복제하여 판매하여도 저작권법상 아무런 문제가 없는 것인가 하는 관점에서 파악한다면 이를 더욱 잘 이해할 수 있다. 그러므로 지도에 있어서도 표현적 요소가 있는 경우에는 창작성을 인정하되, 실질적 유사성은 거의 동일하게 이용하는 경우에 한하여 인정하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

다만 예술적이거나 미적인 요소가 가미되었거나 자연적·인문적 현상을 독특한 방식으로 표현한 지도의 경우에는 상대적으로 실질적 유사성 인정범위가 넓어질 수 있다. 우리나라 하급심 판례로서는 의도적인 왜곡표현으로 춘천시의 다운타운 지역을 크게 나타내고, 다운타운 지역으로부터 원거리에 산재되어 있는 남이섬과 같은 관광명소들을 실제보다 가까운 거리에 배치함으로써 관광객으로 하여금 한눈에 관광명소를 볼 수 있도록 하는 특징을 가진 관광지도의 복제권 침해를 인정한 사례가 있다.<sup>676)</sup> 또한 일반적인 내용을 종합적으로 전달하는 일반도(一般圖)보다는 특정한 사항에 대하여 전문적으로 전달하는 주제도(主題圖)의 경우에 지도를 작성하는 주체의 개성, 학식, 경험 및 관점이 나타날 여지가 많으므로, 일반도보다는 주제도에 있어서의 유사성 인정범위가 넓어진다.

---

등은 색상이 있는 약기호로 표현한 점, ④ 서울에서 각 시·군까지의 거리를 시군거리표로 표현한 점, ⑤ 건물의 표시를 실형으로 표시하고, 건물의 용도별로 색상을 구분한 점, ⑥ 아파트의 동별로 동번호와 아파트 평수를 표기한 점 등의 표현방식과 그 표현된 내용의 취사선택에 있어서 동일 또는 유사성을 인정하면서도 본문에서 설명한 바와 같은 이유로 그 창작성을 인정할 수 없다고 판시하였고, 이 판단은 대법원에서 그대로 유지되었다.

676) 서울중앙지방법원 2005. 8. 11. 선고 2005가단12610 판결.

## 第8節 其他 問題

### 1. 編輯著作物의 實質的 類似性 判斷

#### 가. 編輯著作物의 意義

편집물은 저작물이나 부호·문자·음성·영향·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 “소재”라 한다)의 집합물을 말하는 것으로서 데이터베이스도 포함된다. 한편 편집저작물은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것이다. 우리나라 대법원도 편집물이 편집저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 소재를 수집, 분류, 선택하고 배열하여 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 한다고 판시하고 있다.<sup>677)</sup> 이는 단순한 노동의 투입만으로 저작물성이 인정된다는 노동이론과 일정한 정도의 창작성이 존재하여야 한다는 유인이론 중 유인이론의 입장에 기한 것이다.<sup>678)</sup>

우리나라 판례들을 살펴 보면 편집저작물성을 긍정한 것으로서 민속도감이나 도안에 수록된 도형,<sup>679)</sup> 논문 1편이 실린 별쇄본 형식의 논문집,<sup>680)</sup> 미술사 연표,<sup>681)</sup> 경매정보지<sup>682)</sup> 등이 있고, 편집저작물성을 부정한 것으로서 성서주해보감,<sup>683)</sup> 12권으로 분책한 성경,<sup>684)</sup> 글자교육카드,<sup>685)</sup> 경마예상지<sup>686)</sup> 등

---

677) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결.

678) 미국 연방대법원도 편집저작물의 일종인 전화번호부의 저작물성이 문제되었던 Feist Publication, Inc. v. Telephone Service. Co., 499 U.S. 340 (1991) 판결에서 저작물로 보호받기 위한 요건으로서 창작성을 요구하면서 위 전화번호부에 어떠한 창작성을 인정할 수 없어 저작물성을 부정함으로써 유인이론의 입장을 취함을 명백하게 하였다. 한편 전화번호부의 저작물성을 인정한 일본 판례로서는 大阪地裁 1982(昭和 57). 3. 30. 선고 昭1(ワ)4278호 판결 참조.

679) 대법원 1979. 12. 28. 선고 79도1482 판결.

680) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92도569 판결.

681) 대법원 1993. 1. 21. 92마1081 결정.

682) 대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2440 판결.

683) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92도2963 판결.

684) 서울고등법원 1996. 8. 21. 96라95 결정(확정).

이 있다.

편집저작물은 독자적인 저작물로서 보호되지만, 편집저작물의 보호는 그 편집저작물의 구성부분이 되는 소재의 저작권 그 밖에 저작권법에 의하여 보호되는 권리에 영향을 미치지 않는다. 따라서 일정한 기준에 따라 다수의 논문을 모아서 이를 창작성있게 배열한 논문집의 발간자는 편집저작물로서의 논문집에 대한 저작권을 취득하지만, 개별적인 논문의 저작자는 여전히 이와 별도로 당해 논문에 대한 저작권을 보유한다.<sup>687)</sup> 그러므로 논문집을 무단복제하는 경우에는 편집저작물로서의 논문집 뿐만 아니라 개별 논문에 대한 저작권도 동시에 침해하게 된다. 이 때문에 제3자가 편집저작물을 이용하는 경우에는 편집저작권자로부터 이용허락을 얻는 외에 이를 구성하는 개개의 저작물의 저작권자로부터도 허락을 얻어야 한다.

#### 나. 編輯著作物의 特性

편집저작물은 그 저작물의 구성부분이 되는 소재 자체가 아니라 그 소재의 “선택”, “배열” 또는 “구성”에 초점이 맞추어진다는 특성이 있다. 따라서 편집저작물의 창작성 인정 및 실질적 유사성 역시 소재 자체가 아니라 그 소재의 선택, 배열 또는 구성을 기준으로 판단한다.<sup>688)</sup>

---

685) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결.

686) 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결 ; 대법원 2000. 6. 23. 선고 99다57133 판결.

687) 대법원 2004. 8. 16. 선고 2002다47792 판결에서는 “타인의 저작물을 소재로 하여 편집저작물을 작성하는 경우 편집저작물이 독자적인 저작물로서 보호받기는 하지만, 그 보호가 미치는 부분은 편집저작자의 독자적인 개성이 나타나 있는 부분, 즉 소재의 선택·배열에 있어서 창작성이 있는 부분만이고, 편집저작물의 보호는 그 편집저작물의 구성부분이 되는 소재의 저작권 그 밖에 저작권법에 의하여 보호되는 권리에 영향을 미치지 아니하므로, 소재 저작물의 저작권자의 동의를 얻어 편집저작물을 작성하였다 하더라도, 소재 저작물의 저작권자가 그 이용을 허락한 기간이 경과한 후 계속하여 편집저작물을 복제, 배포하는 행위는 소재 저작물을 권원 없이 복제, 배포하는 행위로서 소재 저작물 저작자의 저작권을 침해하는 결과를 가져온다”라고 판시하였다.

688) 통계자료를 기초로 작성한 보고서의 편집저작물성을 인정하면서도 소재의 선택이나

다만 일반적인 저작물도 편집저작물과 유사한 성격을 가지는 경우가 많다. 대부분의 저작물은 그 저작물을 구성하는 각종 요소들의 선택과 배열 또는 구성을 통하여 탄생하게 된다. 예를 들어 건축저작물의 핵심은 건축디자인의 전체적인 형상인데 이 형상은 문, 기둥, 창문, 계단, 건축장식 등 개별적인 구성요소를 어떻게 선택·배열할 것인가에 따라 달라지게 된다. 소설과 같은 어문저작물의 핵심은 구체적인 줄거리 또는 사건의 전개과정인데, 이는 소설의 구성요소인 등장인물과 이들을 중심으로 일어나는 개별적인 사건들을 어떻게 선택·배열할 것인가에 따라 달라지게 된다. 음악저작물은 가락, 화음, 리듬을 어떻게 선택·배열하여 음악적 구조를 만들어내는가에 따라 그 가치가 달라지게 된다. 따라서 일반저작물에 있어서의 창작성도 그 저작물을 이루는 개별적 구성요소들의 선택과 배열에 상당한 영향을 받게 되고, 창작성있는 표현의 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서도 이를 고려하지 않을 수 없다. 물론 이러한 개별적 구성요소가 편집저작물에 있어서의 소재<sup>689)</sup>에 해당하는 것은 아니지만, 개별요소를 선택·배열하여 전체로서의 저작물을 창작하는 전체적인 메카니즘에 있어서는 서로 유사하다.

그러므로 편집저작물에 있어서 소재의 선택과 배열에 창작성이 있는지, 창작성이 있다면 그 선택과 배열이 실질적으로 유사한지 여부의 판단에 있어서는 일반저작물에 있어서 창작성 판단과 실질적 유사성 판단의 기준을 상당 부분 참고할 수 있다.

편집저작물에 관한 우리나라 대법원 판례에 의하면, 편집물이 저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 소재를 수집·분류·선택하고 배열하여 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 하는바, 그 창작성은 작품이 저자 자신의 작품으로서 남의 것을 복제한 것이 아니라는 것과 최소한도의 창작성이 있는 것을 의미하므로 반드시 작품의 수준이 높아야 하는 것은 아니지만, 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한의 창작성은 있어야 하고, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 성질의 것이라면

---

배열을 배긴 것이 아니라 통계자료를 이용한 것에 불과하다면 저작권침해에 해당하지 않는다는 취지의 서울지방법원 2001. 11. 30. 선고 2001가합17140 판결(확정) 참조.

689) 앞서 본 바와 같이 저작권법 제2조 제12의2호에 의하면 소재는 “저작물이나 부호·문자·음성·음향·영상 그 밖의 형태의 자료”이다.

거기에 창작성이 있다고 할 수 없다.<sup>690)</sup> 따라서 예컨대 법조 유관기관 및 단체에 관한 사항과 소송 등 업무처리에 필요한 사항 등을 손쉽게 찾아 볼 수 있도록 한 기능을 가지고 있다고 하더라도 그 수첩에 수록된 자료들은 누구나 쉽게 구할 수 있는 것으로서 그러한 자료의 편집에서 통상적으로 행하여지는 편집방법에 따라 배열된 것이라면 원고의 개성이 나타나 있지도 아니하므로 원고의 수첩은 그 소재의 선택 또는 배열에 창작성이 있는 편집물이라고 할 수 없다.<sup>691)</sup>

#### 다. 編輯著作物의 實質的 類似性 判斷

##### (1) 編輯著作物에서 利用된 量

편집저작물에서 이용된 양이 편집저작물의 실질적 유사성 판단에 어떠한 영향을 미치는가 여부를 살펴보기에 앞서, 과연 편집저작물 전체가 복제되어야만 편집저작물의 저작권이 침해되는가 여부에 관하여 논의하기로 한다.

일본의 경우 종래 구저작권법 제14조에서 편집저작자는 그 편집물의 전체에 관하여만 저작권을 가진다고 규정하고 있었다. 따라서 편집물의 일부만 복제하는 경우에는 편집저작권의 침해가 성립하지 않는가 하는 의문이 있었다. 그러나 일본에서는 그 후 위 규정을 삭제함으로써 편집저작물 중 소재의 선택 또는 배열이 창작성이 있는 부분을 이용하면 반드시 전체를 이용하지 않더라도 편집저작권의 침해가 된다는 점을 명백하게 하였다.<sup>692)</sup> 우리나라 대법원도 1900년부터 1989년까지의 미술분야에서의 중요 사건 및 사실을 연대순으로 선택·배열하여 10년 단위로 위 책에 각 분산하여 수록하면서 미술분야가 아닌 문학·음악 및 공연예술·영화·과학·기술·정치 및 기타의 항목도 함께 대비하여 각 분야의 중요한 역사적 사실을 간략하게 수록한 연표의 저작권침해가 문제된 사건<sup>693)</sup>에서, 편집저작권은 편집저작물 전체를 이용할 경우에만 적용된다

---

690) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결, 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결, 2003. 11. 28. 선고 2001다9359 판결.

691) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다9359 판결.

692) 여미숙, “편집저작물의 의의 및 보호범위”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망; 심당 송상현 선생 화갑기념논문집(2002), 866면.

는 전체 위에서 편집저작물의 일부만 이용한 경우 저작권침해가 성립하지 않는다고 판단한 원심결정<sup>694</sup>)과 달리, 편집저작물을 전체로 이용(예를 들면 복제)하여야만 저작자의 권리를 침해하는 것은 아니므로 그 편집저작물 중 소재의 선택이나 배열에 관하여 창작성이 있는 부분을 이용하면 반드시 전부를 이용하지 아니하더라도 저작권을 침해한 것으로 인정될 수 있다고 밝힌 바 있다. 따라서 편집저작물 중 일부만 이용하더라도 그 일부에 소재의 선택이나 배열에 관하여 창작성이 있는 부분이 나타나 있다면 저작권침해가 성립한다.

다음으로 문제되는 것은 얼마나 많은 양이 이용되었는가에 따라 실질적 유사성의 인정가능성이 어떠한 영향을 받는가 하는 점이다. 이용된 양이 많아질수록 그 중에 소재의 선택이나 배열에 관하여 창작성이 있는 부분이 포함될 가능성이 높아진다. 그러한 의미에서 이용된 양은 실질적 유사성 인정가능성과 비례관계에 있다. 그러나 이용된 양이 적다고 하더라도 일단 그 안에 소재의 선택이나 배열에 관한 창작성이 존재한다면, 더 이상 이용된 양은 중요하지 않다. 따라서 신문의 지면 한 장에도 소재의 선택·배열이라는 창작의 성과가 표현되었다면 편집저작물이 되므로, 이를 그대로 재작(再作)하거나 요약한 것도 편집저작물의 저작권의 침해가 된다.<sup>695</sup>)

이는 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송하여야 권리침해가 성립하는 데이터베이스의 경우와 구별되는 것이다. 데이터베이스는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 그 소재를 개별적으로 접근 또는 검색할 수 있도록 한 것으로서, 편집저작물과 달리 소재의 배열 또는 구성에 창작성을 요구하지 않고 있기 때문이다.

## (2) 素材의 選擇

### (가) 選擇된 素材들이 類似하면 實質的 類似性的 認定可能性이 높아짐

편집저작물에 있어서 실질적 유사성 판단은 편집저작물에 나타난 소재의 선택이나 배열에 관한 창작성이 대상 작품에 얼마나 유사하게 구현되었는가에

---

693) 대법원 1993.1.21.자 92마1081 결정.

694) 서울고등법원 1992. 11. 6.자 91라149 결정.

695) 여미숙, 전계 논문, 866면, 이상경, 전계서, 696면.

관한 것이다. 따라서 편집저작물의 실질적 유사성 판단에 있어서 먼저 고려하여야 할 사항은 양 작품에서 선택된 소재들의 유사성이 얼마나 인정되는가 여부이다. 소재들 사이의 유사성이 높다면 실질적 유사성이 인정될 가능성이 높아지는 것이고, 소재들 사이의 유사성이 낮다면 실질적 유사성이 인정될 가능성이 낮아지는 것이다.

소재선택의 폭이 넓어서 우연히 동일하거나 유사한 소재들을 선택할 가능성이 낮은데도 불구하고, 결과적으로 양 작품에서 선택된 소재들이 유사하다는 것은 실질적 유사성의 인정가능성을 더욱 높이는 것이다. 그러나 소재선택의 폭이 좁아 누가 선택하더라도 그 소재들이 유사하여 질 수 밖에 없다면 그 사정만으로 실질적 유사성의 인정가능성이 높아진다고 할 수는 없다. 따라서 편집저작물의 실질적 유사성 판단의 일환으로 선택된 소재가 얼마나 유사한가를 고려할 때에는 소재선택의 폭이 얼마나 넓은가에 대한 고찰도 수반되어야 한다.

미국 잡지, 소설 등으로부터 약 3,000어의 표준적인 영어단어, 속어 및 관용구를 사용빈도에 따라 선택하여 나열한 미국어요어집(美國語要語集)의 저작권침해가 문제된 사건에서 동경지방법원은 "편집저작물도 일반 저작물과 마찬가지로 선인(先人)의 학술적 편집저작물을 참고한 후 스스로 소재의 선택을 행한 결과 상당히 유사하게 된 것이 있을 수 있다. 소재의 선택의 폭이 한정되어 있는 경우에는 동일한 것을 선택하는 것에 대하여 선행의 선택행위를 모방한 것이라고 하는 것은 적당하지 않음에 비하여, 소재의 선택의 폭이 넓고 선인의 저작물을 참고로 한 후 독자적 선택을 행하는 것이 가능하고 다른 소재를 선택하여도 그것이 적절한 것인 한 학술적 가치를 손상시킬 염려가 없는 경우까지 안이하게 선인이 선택한 소재를 그대로 또는 일부 수정하여 이용하는 것은 그 소재의 선택에 든 선인의 노력에 편승하는 것이고 학술적 저작물이라고 하더라도 선인의 선택행위를 모방했다는 비난을 면하기 어렵다고 할 수 있다. 이 점은 영일사전(英日辭典)의 편집에 있어서도 마찬가지이고, 문례의 선택에 관하여 말하자면 관용적 문장에 대하여는 위의 전자의 선택의 폭이 협소한 경우에 해당하고 관용적이 아닌 문장에 대하여는 위의 후자의 선택의 폭이 넓은 경우에 해당한다고 할 수 있다. 이상의 관점에 서면 피고가 요어집에 수록한 문례 중에서 상당수의 문례를 그대로 또는 일부 수정하여 피고사전

에 수록한 행위는 원고의 문례의 선택에 의거하여 이를 모방한 것이므로 그 한도에서 원고가 가지는 요어집(要語集)에 대한 편집저작권을 침해한 것이라고 하지 않을 수 없다"라고 판시하고 있는바, 이는 참고할 만하다.<sup>696)</sup>

**(나) 選擇된 素材들이 다르면 實質的 類似性的 認定可能性이 낮아지지만 그 事由만으로 實質的 類似性이 否定되는 것은 아님**

한편 소재가 다르다면 그 자체로 실질적 유사성이 부정되는가 하는 문제가 발생한다.

일반적으로 선택된 소재들이 다르면 실질적 유사성의 인정가능성은 낮아진다. 예를 들어 일본의 하급심 판례 가운데에는 상품 카탈로그의 배열방법에 일부 유사성이 발견되더라도 피고의 카탈로그에는 원고의 카탈로그와는 전혀 다른 상품사진이 게재되어 있는 이상 편집저작권의 침해가 발생하지 않는다고 판시한 것이 있다.<sup>697)</sup>

그러나 선택된 소재들이 다르다는 이유만으로 당연히 실질적 유사성이 부정되는 것은 아니다. 편집저작물의 창작성은 소재의 선택·배열 또는 구성에 존재하는 것인데, 이 경우 ‘소재의 선택’과 ‘소재의 배열 또는 구성’ 모두에 창작성이 있어야 하는 것이 아니라 그 중 어느 하나에라도 창작성이 인정되면 족하다고 새겨야 할 것이다.<sup>698)</sup> 이러한 의미에서 우리나라 대법원 판례들도 ‘소재의 선택이나 배열’이라는 표현을 쓰고 있다.<sup>699)</sup> 그러므로 소재가 다르더라도 편집저작물의 표현의 동일성이 인정되는 경우에는 저작권침해가 될 것이다. 이에 관하여 일본에는 원고와 피고의 회사안내팜플렛을 비교하여 보면 그

---

696) 東京地裁 1984(昭和 59). 5. 14. 선고, 昭52(ワ)2028호, 昭53(ワ)6990호 판결(判例時報 1116호 123면; 判例タイムズ 525호 323면); 東京高裁 1985(昭和 60). 11. 14. 선고, 昭59(ネ)1446호 판결(無體裁集 17권 3호 544면).

697) 大阪地裁 1995(平成 7). 3. 28. 선고 平4(ワ)1958호 판결(知裁集 27권 1호, 210면).

698) 강석규, “저작권법상 편집저작물이 갖추어야 할 창작성의 정도”, 부산판례연구회 판례연구 제16집(2005. 2.), 861면.

699) 대법원 1993.1.21.자 92마1081 결정; 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결; 1996. 12. 6. 선고 96도2440 판결.

소재를 이루는 개개의 사진, 레이아웃, 기사가 전부 다르지만 개개의 사진이 이미지 사진이고 그 피사체가 유사하며 이로부터 풍기는 인상이 공통되고 있는 점에 주목하여 소재의 선택 및 배열에 유사성이 있다고 인정한 판례<sup>700)</sup>가 있다.

### (3) 選擇된 素材의 配列 또는 構成

선택된 소재를 어떻게 배열 또는 구성하였는가 하는 점은 편집저작물에 있어서 대단히 중요한 요소이다. 그러므로 실질적 유사성을 판단함에 있어서 이러한 요소는 비중있게 고려되어야 한다.

다만 소재의 선택이나 배열방식이 작품의 본질이나 목적에 비추어 서로 유사하게 될 수 밖에 없다면 그러한 사정만으로 실질적 유사성이 인정되지 않는다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. 경마예상지의 저작권침해 여부가 문제된 사안<sup>701)</sup>에서, 대법원은 “편집물이 저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 소재를 수집·분류·선택하고 배열하여 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 하는바, 그 창작성은 작품이 저자 자신의 작품으로서 남의 것을 복제한 것이 아니라는 것과 최소한도의 창작성이 있다는 것을 의미하므로 반드시 작품의 수준이 높아야 하는 것은 아니지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한의 창작성은 있어야 하고, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수 밖에 없는 성질의 것이라면 거기에 창작성이 있다고 할 수 없다<sup>702)</sup>”라고 전제한 뒤, 경마예상지의 내용 중 피고들에 의하여 저작권이 침해되었다고 주장하는 부분은 모두 한국마사회 등으로부터 제공받은 자료를 과거부터 누구나 사용해 오던 도표 등 일반적인 표현방식으로 편집한 것에 불과하거나 누가 하더라도 같거나 비슷할 수 밖에 없는 표현방식이라고 판단하여 그 저작권침해를 부정한 바 있다. 또한 우리 민족의 다양한 문화와 풍속을 어린이들에게 소개하기 위한 목적으로 작성된 두 도서 사이의 실질적 유사성이 문제된 서적인쇄및판매금지가처분사건에서 서울서부지방법원은 비록 양 도

---

700) 東京高裁 1995(平成 7). 1. 31. 선고 平6(ネ)1610호 판결(判例時報 1525호, 150면).

701) 대법원 2000. 6. 23. 선고 99다57133 판결.

702) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결.

서의 목차 구성과 소주제의 분류 등 그 편집의 방식이 전체적으로 유사하기는 하나, 양 도서는 모두 어린이를 대상으로 하여 기존의 다양한 풍속과 그에 대한 의미를 쉽게 풀이하는 것을 목적으로 하고 있고, 이를 위해 가장 적당한 방식을 취함에 따라 그 구성 또한 비슷해질 수밖에 없는 것이므로 이를 가지고 양자 사이에 실질적 유사성이 인정된다고 할 수 없다고 판시하였다.<sup>703)</sup> 또한 감정평가회사가 각종 건축물의 가격감정평가 등에 사용될 수 있는 표준적인 자료로서 발간한 “건물신축단가기준표”에 대한 저작권침해가 문제된 사안<sup>704)</sup>에서, 서울고등법원은 이에 대하여 편집저작물로서의 창작성을 인정한 뒤,<sup>705)</sup> 이와 같이 기능적 성질을 띤 편집저작물은 그 사상이나 아이디어를 표현하는 형식이 제한될 수 밖에 없으므로, 그 무단이용으로 인한 저작권침해는 그 편집체계 및 구성, 선택된 소재 및 이의 배열 등을 상당부분 그대로 사용

703) 서울서부지방법원 2004. 6. 28.자 2004카합271 결정(확정).

704) 서울고등법원 2004. 6. 2. 선고 2003나80316 판결(대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다33414 판결로 심리불속행 상고기각).

705) 법원은 위 건물신축단가기준표는 건축물의 m<sup>2</sup>당 신축 공사비를 표로 작성한 것인바, 여기에 사용된 건축물의 명칭, 용어 및 공사단가 등 개개의 소재는 기존의 법령상 또는 업계 관행상의 명칭, 용어에 불과하거나 사실에 기초한 산술적인 계산 등에 의하여 용이하게 산출될 수 있으므로, 이러한 것들은 누가 하더라도 같거나 비슷하게 표현될 수밖에 없는 성질의 것이어서 그러한 소재 자체에 관하여는 저작물이 갖추어야 할 창작성이 있다고 보기는 어렵다 할 것이라고 보았으나, 다른 한편 원고는 1969년부터 각종 건축물의 가격감정평가 등에 사용될 수 있는 표준적인 자료로서 지속적으로 건물신축 표준단가표를 수정·보완하여 왔던 점, 이 사건 제1출판물은 그 핵심적인 부분인 “제2장 건물표준단가”에서 각 건물을 용도, 구조 및 지붕틀에 따라 4단계로 구분한 후, 각 구분번호(분류번호)별로 1면을 할애하여 그 각각의 지면의 상단부에 ① 분류번호, 용도, 구조, 급수, 표준단가) 및 ② 내용연수를 배치하고, 이어 하단으로 가면서 ③ 바닥, 내벽 등 5개 항목으로 구분하여 설명한 주요재료 및 실내마감표, ④ 가설공사 등 10여개 내외의 세부공사별로 m<sup>2</sup>당 산정한 공사비의 적산표를 각 배치하고 있는데, 이와 같이 건물감정 평가를 정확하고 용이하게 하기 위한 목적으로 건물을 나름대로 분류하고, 그 각각의 건물에 대하여 세부항목별로 공사비 적산표를 두고 있는 구성체계를 가지고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 건물신축단가표는 비록 기능적 성격을 띠고 있기는 하나, 전체로서 볼 때 그 소재의 선택 및 배열에 있어 편집저작물로서 요구되는 최소한의 창작성을 만족한다고 볼 것이라고 판시하였다.

하는 등의 경우와 같이 제한된 범위에서만 인정되어야 할 것이라고 전제하고, 구성체계가 일부 유사하기는 하나 구체적인 항목의 추출, 배치에 차이가 있는 점 등을 들어 실질적 유사성을 부정한 바 있다.

## 2. 2차적 著作物의 實質的 類似性 判斷

### 가. 2차적 著作物의 概念

2차적 저작물은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상 제작 그 밖의 방법으로 창작한 창작물이다. 예컨대 외국소설을 우리 말로 번역하거나,<sup>706)</sup> 독창곡을 합창곡으로 편곡하거나, 신문 기사를 요약<sup>707)</sup>하거나,<sup>708)</sup> 컴퓨터프로그램을 업그레이드하는 행위 등은 2차적 저작물 작성행위에 해당할 수 있다. 미국 저작권법 제101조는 파생저작물(derivative work)이라는 용어를 사용한다.

2차적 저작물은 원저작물을 그 출발점으로 한다. 그러므로 원저작물을 이용할 것을 그 첫 번째 요건으로 한다. 공유의 영역에 속하여 저작권보호의 대상이 되지 않는 작품을 기초로 한 저작물도 2차적 저작물에 해당하는가? 이 점에 대하여는 논란이 있을 수는 있으나, 저작권법 제5조에서의 “원저작물”은 저작권법 제2조 제1호에서 정의하고 있듯이 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”에 속하면 족한 것이고, 반드시 그 저작자가 알려져 있거나 저작권재산권 보호기간 중에 있을 것을 요하지 않는다고 새겨야 할 것이다. 결국

---

706) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카4342 판결은 국내 소설가의 소설을 영어로 번역한 것은 개작(현행 저작권법의 용어로는 2차적 저작물 작성)에 해당하여 번역저작권으로 보호받는다고 판시하였다. 이에 대한 평석으로는 임치용, “번역저작권”, 국민과 사법 ; 윤관 대법원장 퇴임기념, 박영사, 1999. 참조

707) 미국 저작권법 제101조에서는 2차적 저작물(Derivative Work)의 정의규정에서 ‘요약’(abridgment)과 ‘압축’(condensation)도 2차적 저작물 작성행위의 예로 들고 있다.

708) 東京地裁 1994(平成 6). 2. 18. 선고 平4(ワ)2085호 판결(知的裁集 26권 1호, 114면)에서는 각종 일간신문 기사를 수집, 정리, 요약하는 과정에서 그 소재가 된 신문기사의 표현 일부를 생략하거나 단축하고, 서술순서를 변경한 경우 변안권 침해에 해당한다고 판시하였다. 이 판결에 대한 평석으로서는 山神清和, “新聞記事の翻案による著作権侵害”, JURIST No. 1141, 1998. 9. 및 中島徹, “個々マの新聞記事の著作権侵害を認定した事例”, 判例時報 1506호 참조.

2차적 저작물의 법리는 당해 저작물의 표현 중 자신이 창출한 창작적 요소와 그렇지 아니한 창작적 요소가 혼재하는 경우 그 이중성을 어떻게 저작권 보호 범위에 반영하는가의 문제인데, 자신이 창출하지 아니한 창작적 요소를 끌어 온다는 점에서는 그것이 저작재산권 보호기간 내에 있는 저작물이건 아니건 본질적인 차이가 없기 때문이다. 이와 관련하여 공유(公有)의 범위 내에 있는 구전가요를 기초로 만든 가요에 2차적 저작물의 법리를 적용한 우리나라의 판례<sup>709)</sup>가 있다. 미국 저작권법 제101조에서는 2차적 저작물(derivative work)이 이미 존재하는 저작물(preexisting work)에 기반을 두고 있을 것을 요구하고 있는데, 판례상으로는 공유의 영역에 들어간 작품에 기반한 저작물도 2차적 저작물의 범주에 포함시키고 있다.<sup>710)</sup>

한편 2차적 저작물은 원저작물과 구별되는 새로운 창작성이 존재하여야 한다.<sup>711)</sup> 따라서 창작성의 부가를 그 두 번째 요건으로 한다.<sup>712)</sup> 2차적 저작물

---

709) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

710) Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc., 191 F.2d 99 (2nd Cir. 1951) ; Silverman v. CBS, Inc., 870 F.2d 40 (2d Cir), cert. denied, 492 U.S. 907 (1989) ; L.Batlin & Son, Inc. v. Snyder, 536 F.2d 486 (2d Cir. 1976).

711) 따라서 원저작물에 다소의 수정·증감이나 변경을 가한 것에 불과할 뿐 새로운 창작성의 부가가 이루어졌다고 보기 어려우면 이는 복제에 해당할 뿐 2차적 저작물의 작성에 해당하지 않는다.

712) 2차적 저작물로 인정받기 위하여 요구되는 창작성의 정도는 어떠한가? 일반적으로 저작권법상 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다(대법원 1995. 11. 14. 94도2238 판결, 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결, 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결, 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결, 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결 등 참조). 따라서 저작물로 인정받기 위한 창작성의 정도는 그리 높지 않다. 그런데 처음부터 공유에 속하는 아이디어들을 소재로 하여 창작성을 창출해 내는 일반저작물과 달리, 이미 존재하는 타인의 저작물 위에 자신의 창작성을 얹어서 만드는 2차적 저작물의 경우에는, 위와 같이 낮은 정도의 창작성만으로 부족하고, 더 실질적이고 높은 정도의 창작성(some

에 또다른 창작성을 부가하여 만든 저작물은 3차적 저작물로서의 성격을 가지는데, 이 역시 2차적 저작물의 범주에 포함시켜 파악한다. 원저작물의 이용 정도에 비하여 창작성 부가정도가 훨씬 많아서 원저작물과 새 저작물 사이에 종속성 또는 실질적 유사성이 인정되지 않을 정도가 되면, 그 새 저작물은 원저작물의 2차적 저작물이 아니라 독립된 저작물이 된다. 원저작물에 대한 개변(改變)의 정도가 커짐에 따라 순차적으로 원저작물의 복제(다소의 수정, 증감을 가한 것에 불과한 경우) ⇒ 2차적 저작물의 작성(창작성을 부가한 경우) ⇒ 새로운 저작물의 작성(원저작물과 종속성 내지 실질적 유사성을 인정할 수 없을 정도로 많은 개변이 일어난 경우)으로 인정받게 된다.<sup>713)</sup>

2차적 저작물과 편집저작물은 모두 이미 존재하는 소재들을 기반으로 하여 새로운 저작권법적 이해관계를 창출한다는 공통점이 있지만, 2차적 저작물의 기반이 되는 소재는 타인의 저작물이라야 하고 그 저작물 위에 창작성을 수반하는 개변이 발생하여야 하는 반면, 편집저작물의 기반이 되는 소재는 저작물일 필요가 없고 그 저작물 자체에 창작성있는 개변을 가할 필요도 없다는 점에서 양자는 차이가 있다.<sup>714)</sup>

---

substantial, not merely trivial originality)이 요구된다고 보는 것이 일반적이다(Batlin & Son, Inc. v. Snyder, 536 F.2d 486, 2d Cir. 1976 판결에서는 미국에 널리 알려진 철제 Uncle Sam 저금통에 기초하여 이와 비슷한 플라스틱제의 Uncle Sam 저금통을 만든 것에 관하여 양자는 거의 같아서 창작성을 인정할 수 없기 때문에 2차적 저작물로 인정할 수 없다고 하면서, 2차적 저작물에 요구되는 창작성의 정도에 관하여 위와 같이 표현하였다). 그러므로 일반 저작물과 2차적 저작물은 요구되는 창작성의 정도에 있어서 차이가 있다.

713) 구 저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정되기 전의 것) 제5조에서는 “2차적 저작물 작성” 대신 “개작”이라는 용어를 사용하고 있었는데, 이에 관하여 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카4342 판결에서는 ‘개작’이라 함은 원저작물을 기초로 하였으나 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있는 정도의 수정 증감을 가하거나 위 법 제5조 제2항 각호의 방법에 의하여 복제하는 것을 말하는 것이므로 원저작물과 거의 동일하게 복제하는 이른바 도작, 표절 또는 원저작물을 다소 이용하였으나 원저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 신저작물을 만드는 창작과는 다르다고 하여, 도작 내지 표절 - 개작 - 창작을 구분하고 있다.

714) Osterberg, 전제서, 15-1면.

## 나. 2차적 著作物의 特性

‘원저작물의 이용’과 ‘창작성의 부가’라는 두 가지 요소는 2차적 저작물의 이중적 성격에 그대로 반영된다. 우선 2차적 저작물은 원저작물에 대하여 종속성을 가지기 때문에 원저작권자의 동의없이 원저작물을 이용하여 2차적 저작물을 만드는 경우에는 2차적 저작물 작성권의 침해를 구성한다. 반면 2차적 저작물은 원저작물에 별도의 창작성이 부가된 것이기 때문에 그 창작성의 범위 내에서는 원저작물과 별도로 독자적인 저작물로 보호된다.<sup>715)</sup> 따라서 제3자가 2차적 저작물을 무단이용하는 경우에는 이에 대하여 저작권침해임을 주장할 수 있다. 요컨대 2차적 저작물은 원저작물에 대한 종속성으로 말미암아 내부적 관계(원저작권자와의 관계)에서는 원저작물을 무단이용한 범위 내에서 저작권침해물로 취급되면서, 원저작물과 구별되는 창작성으로 말미암아 외부적 관계(제3자와의 관계)에서는 그 부가된 창작성의 범위 내에서 독자적인 저작물로 취급된다.

## 다. 2차적 著作物의 實質的 類似性 判斷

### (1) 2차적 著作物 作成權 侵害와 實質的 類似性

2차적 저작물 작성권은 원저작물을 기초로 하여 ‘새로운 저작물’을 ‘작성’할 수 있는 권리라는 점에서, ‘원저작물’을 ‘이용’할 수 있는 복제권 등 다른 저작재산권과 커다란 차이가 있다. 2차적 저작물 작성권 침해나 복제권 침해나 저작재산권침해라는 점에서는 매한가지이지만, 복제권 등의 이용허락만 하고 2차적 저작물 작성에 대한 이용허락은 하지 않는 경우가 종종 있기 때문에 복제권 침해인지 그렇지 않으면 2차적 저작물 작성권 침해인지의 문제가 중요하게 떠오르는 경우가 있다.<sup>716)</sup>

이와 관련하여 주로 복제권 침해와 관련하여 발전되어 온 실질적 유사성의

---

715) 피해자의 저작이 원저작물과의 관계에서 이것을 토대로 하였다는 의미에서 종속성을 인정할 수 있어 소위 2차적 저작물에 해당한다 할지라도 원저작자에 대한 관계에서 저작권침해로 되는 것은 별 문제로 하고 저작권법상 2차적 저작물로 보호된다고 판시한 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결 참조.

716) 예컨대 Gilliam v. ABC, 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976)은 이러한 사안을 다루고 있다.

법리가 2차적 저작물 작성권 침해사례에도 그대로 적용될 수 있는가가 문제된다. 실질적 유사성의 법리에 따르면 저작물과 침해물 사이에 실질적 유사성이 존재할 때 저작권침해가 성립한다. 그런데 2차적 저작물은 비록 원저작물과의 관계에서 침해물로서의 성격을 가지지만 다른 한편 독자적 저작물로서의 성격도 가지기 때문에 과연 이러한 경우에도 양자 사이에 실질적 유사성이 존재한다고 말할 수 있는 것인가, 차라리 2차적 저작물 작성에 의한 저작권침해에 있어서는 별도의 기준이 필요한 것이 아닌가 하는 의문이 드는 것이다.

그러나 2차적 저작물 작성권 침해에 관하여서도 복제권 침해와 마찬가지로 실질적 유사성 판단기준이 그대로 적용되어야 할 것으로 생각한다. 2차적 저작물은 앞서 본 바와 같이 ‘원저작물의 이용’과 ‘창작성의 부가’라는 두 가지 요소로 구성된다. 그 중 ‘원저작물의 이용’이라는 측면에 있어서는 복제권 침해와 2차적 저작물 작성권 침해는 다를 것이 없다. 이용된 부분이 ‘원저작물’ 안에서 양적으로나 질적으로 차지하는 비중이 크다면 실질적 유사성이 인정된다. ‘창작성의 부가’라는 측면에 있어서 복제권 침해와 2차적 저작물 작성권 침해는 차이가 있다. 그러나 원저작물에서 이용한 부분에 새로운 부분을 부가하였다고 하여 실질적 유사성이 부정되는 것은 아니다. 그러므로 2차적 저작물도 원저작물과 사이에 실질적 유사성이 존재한다. 따라서 실질적 유사성의 법리는 2차적 저작물에도 그대로 적용된다.<sup>717)</sup>

---

717) 실질적 유사성의 기준을 2차적 저작물의 판별에 적용하는 것에 대한 비판적 입장으로서 Carol S. Curme, *Derivative Works of Video Game Displays: Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.*, 964 F.2d 965(9th Cir. 1992), 61 U.Cin.L.Rev. 999, 1029 (1993); Christian H. Nandan, *A Proposal to Recognize Component Works: How a Teddy Bears on the Competing Ends of Copyright Law*, 78 Calif.L.Rev. 1633, 1643-1644 (1990). 그 주된 논거를 보면 실질적 유사성은 본래 어떤 저작물이 베껴졌는가, 즉 복제권이 침해되었는가를 판단하는 기준이고, 2차적 저작물은 그 본질상 원저작물을 바탕으로 하면서도 원저작물과는 같지 않은 것이므로 이 실질적 유사성의 기준을 2차적 저작물의 판별에 사용하는 것은 부적절하고, 또한 원저작물에 대한 수요를 잠탈하는 위법한 저작물도 원저작물과 유사하지만 않으면 2차적 저작물이 아닌 것으로 판단될 수 있는 위험이 있다는 것이다. 이상 이상훈, “미국 저작권법상 2차적 저작물의 보호”, 재판자료 89집, 법원도서관, 2000, 542면에서 재인용.

우리나라 대법원은 2차적 저작물로 보호받기 위한 요건에 관하여 “2차적 저작물로 보호받으려면 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고, 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되어야 하는 것이며, 원저작물에 다소의 수정·증감을 가한 데 불과하여 독창적인 저작물이라고 볼 수 없는 경우에는 저작권법의 보호를 받을 수 없다”라고 판시함으로써<sup>718)</sup> 원저작물과 2차적 저작물 사이에는 실질적 유사성 관계가 존재한다는 입장을 취하고 있고,<sup>719)</sup> 미국에도 같은 취지의 판례들이 다수 있다.<sup>720)</sup>

이와 같이 원저작물과 실질적 유사성이 인정되는 한도 내에서만 2차적 저작물성을 인정한다는 법리는 2차적 저작물의 범위를 합리적으로 제한함으로써 적절한 저작권 보호범위 설정에 크게 기여한다. 타인의 저작물에 기초하여 자신의 창작성을 부가하는 창작행위는 매우 널리 퍼져있는 창작관행이다. 이를 2차적 저작물 작성행위로 보게 되면 원저작자와의 관계에서 저작권침해행위가 되는 것이고, 새로운 저작물 작성행위로 보게 되면 저작권침해행위가 되지 않는다. 따라서 2차적 저작물의 범위가 지나치게 넓어지면 원저작물의 저작권자는 강하게 보호되는 반면 다른 창작자의 창작활동에 장애가 될 수 있고, 반대로 2차적 저작물의 범위가 지나치게 좁아지면 원저작물의 저작권자

---

718) 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결.

719) ‘개작이라 함은 원저작물을 기초로 하였으나 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정증감을 가하거나 법 제5조 제2항 각호의 방법에 의하여 복제하는 것을 말하는 것이므로 원저작물과 거의 동일하게 복제하는 이른바 도작, 표절 또는 원저작물을 다소 이용하였으나 원저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 신저작물을 만드는 창작과는 다르다’라고 판시한 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카4342 판결 ; 1997. 5. 28. 선고 96다2460 판결 및 ‘원저작물(소설)에 대한 2차적 저작물(영화)이 되기 위하여는 원저작물을 토대로 작성된 저작물이 단순히 사상, 주제, 소재 등이 같거나 유사한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 사건의 구성, 전개과정, 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어서 새로운 저작물로부터 원저작물의 본질적인 특징 자체를 직접 감득할 수 있어야 한다’한다는 서울고등법원 1991. 9. 5.자 91라79 결정도 같은 취지이다.

720) 예를 들어 *Litchfield v. Spielberg*, 736 F.2d 1352 (9th Cir. 1984) ; *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*, 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988).

보호가 소홀하다는 지적을 받을 수 있다. 이 때 실질적 유사성은 2차적 저작물의 범위를 합리적으로 설정하는 도구로 기능한다.<sup>721)</sup>

## (2) 2차적 著作物의 著作權侵害와 實質的 類似性

2차적 저작물 중 원저작물에서 이용된 부분은 2차적 저작물 작성자가 창작한 부분이 아니다. 그러므로 2차적 저작물 작성자에게 부여되는 저작권의 보호범위는 오로지 2차적 저작물 작성자가 스스로 부가한 창작성있는 표현 부분에 국한된다. 따라서 2차적 저작물에 대한 저작권침해사건에서 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서는 원저작물에 새롭게 부가한 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.<sup>722)</sup> 이는 2차적 저작물의 실질적 유사성 판단을 위하여서는 원저작물에 속하는 부분과 창작성을 부가한 부분을 구별하는 작업이 선행되어야 한다는 것을 의미한다. 이와 관련하여 원고의 작품이 2차적 저작물이 아니라 원저작물의 복제에 불과하다는 주장이 제기되는 경우가 많다.

음악저작물에 관하여 논의하면서 살펴 본 태진아의 ‘사랑은 아무나 하나’ 사건에서, 우리나라 대법원은 원고가 공유의 영역에 있는 구전가요에서 차용한 부분에 관하여서는 저작권의 보호가 부여되지 않기 때문에 이를 제외한 나머지 부분만 가지고 피고의 작품과 비교하여 실질적 유사성 여부를 판단하여

---

721) 이에 대하여 이상훈, 전계 논문, 542면에서는 2차적 저작물은 원저작물에 근거하여 이를 고쳐 만들거나 변형시키거나 응용한 것이므로 2차적 저작물이 원저작물에 근거한 것인지 가리기 위하여 두 저작물을 비교하는 것은 당연하고, 원저작물과 약간의 유사성만 있으면 2차적 저작물로 인정될 수도 있는 위험성을 배제하기 위하여 두 저작물간에 실질적 유사성이 있을 것을 요구한다는 점에서 그 원칙의 의의를 인정할 수 있으나, 한편 2차적 저작물이 되려면 기존 저작물의 요소에 독창적 표현요소가 부가되어 전체로서 원저작물과는 다른 시장을 위한 새로운 저작물이 되어야 하는 것인데, 원저작물과의 실질적 유사성을 지나치게 강조하게 되면 2차적 저작물의 독립적 지위는 무시되고 2차적 저작권을 복제권과 별개로 인정하는 의미가 퇴색되므로 이 원칙을 지나치게 강조할 것은 아니라고 하고 있다.

722) 金井重彦, 小倉秀夫 編著, 著作權法コンメンタル(下), 東京布井出版, 2001, 218면, 東京地裁 1999(平成 11). 11. 17. 선고 平10(ワ)16389호 판결(判例時報 1704호, 134면).

야 한다고 판시한 바 있다.<sup>723)</sup> 또한 ‘삼국지연의’를 원작으로 한 만화작품 사이의 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 공유에 속하는 삼국지의 스토리는 비교대상에서 제외되어야 한다고 판시한 판례<sup>724)</sup>, 번역저작권자에게는 창작성이 있는 번역 표현 부분에 대하여만 저작권이 있고 줄거리 부분에 대하여는 저작권이 없으므로 줄거리의 유사성이 실질적 유사성의 인정근거가 될 수 없다고 한 판례<sup>725)</sup>도 있다. 일본 판례로서 원고의 인형은 기존의 외국 저작물에 기초하여 만들어진 2차적 저작물이고, 원고와 피고의 인형 간에 발견되는 공통점은 모두 기존 저작물로부터 오는 것이므로 2차적 저작물의 복제권이 침해되지 않았다고 판시한 것이 있다.<sup>726)</sup> 이와 같이 2차적 저작물 중 창작성이 부가된 부분만을 실질적 유사성 판단의 비교대상으로 삼는다는 법리는 미국 판례에서도 나타나고 있다.<sup>727)</sup>

#### 라. 其他 問題 - 2차적 著作物 作成權은 別途의 訴訟物인지 與否

저작권침해를 이유로 한 소송에서 통상 원고는 ‘저작재산권 중 복제권’, ‘저작인격권 중 동일성유지권’과 같이 침해당하는 권리의 내용을 특정하게 된다. 한편 피고의 작품이 원고의 저작물과 실질적으로 유사하지만 창작성이 부가되는 경우 저작재산권 중 복제권 침해는 성립하지 않지만 2차적 저작물 작성권 침해는 성립하게 된다. 그런데 원고가 복제권 침해만을 주장할 뿐 2차적 저작물 작성권 침해를 명시적으로 주장하지 않는 경우에도 법원은 이를 판단할 수 있는가?

이는 실무상 종종 문제될 수 있는 쟁점으로서 저작권침해소송에 있어서의 소송물 이론의 문제로 귀착된다. 소송물 또는 소송상 청구는 토지 및 사물관할의 유무, 중복제소 여부, 청구의 변경 내지 병합 여부, 기관력의 객관적 범

723) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

724) 서울고등법원 2003. 8. 19. 선고 2002나22610 판결.

725) 서울고등법원 2005. 7. 13. 2004나86199 판결.

726) 東京高裁 2001(平成 13). 5. 30. 선고 平12(ネ)7호 판결(判例時報 1797호, 111면).

727) 예컨대 Theotokatos v. Sara Lee Personal Products, 971 F.Supp. 332 (N.D.Ill. 1997).

위 등 소송의 전 과정에서 중요한 의미를 가지는 개념이다. 소송물을 어떻게 결정하는가에 관하여 크게 구소송물이론과 신소송물이론이 대립하고 있다. 구소송물이론은 소송물을 실체법상 권리 또는 법률관계의 주장으로 파악하는 견해이다. 반면 신소송물이론은 소송물을 실체법적으로 파악하지 않고 소송법적으로 파악하는 견해이다. 한편 절충적 견해로서 신실체법설이 있는데, 이는 전통적인 민법상의 청구권 개념 자체를 수정하여 수정된 의미의 실체법상의 청구권의 주장을 소송물로 파악하는 이론이다. 우리나라에서는 구소송물이론이 통설, 판례의 지위를 차지하고 있다. 두 이론에 대한 상세한 설명 및 이에 대한 평가는 민사소송법의 영역으로 미루기로 하고, 일단 여기에서는 우리나라 판례가 주로 취하고 있는 구소송물이론의 입장에 따라 저작권침해소송에 있어서의 소송물을 살펴 보기로 한다.

현행 저작권법의 구조를 보면 제3절의 표제를 저작인격권으로 정하고 제11조에서 제13조까지 공표권·성명표시권·동일성유지권에 관하여 각각 규정하고 있고, 제5절의 표지를 저작재산권으로 정하고 제16조에서 제21조까지 복제권·공연권·방송권·전송권·전시권·배포권·2차적 저작물등의 작성권에 관하여 각각 규정하고 있다. 한편 그 권리발생요건과 효과도 동일하지 않다. 이러한 실체법상 조항의 구조와 성격에 의할 때 저작인격권이나 저작재산권을 이루는 개별적인 권리들은 저작인격권이나 저작재산권이라는 동일한 권리의 한 내용에 불과하다기보다는 독립적인 권리라고 파악하여야 한다. 그렇다면 구소송물이론에 의하는 이상 위 각 권리에 기한 청구는 별개의 소송물로 보는 것이 이론상 일관된다고 할 것이다.<sup>728)</sup> 이러한 결론에 의하면, 저작권침해소송에 있어서 원고가 복제권 침해만을 주장할 뿐 2차적 저작물 작성권 침해를 주장하지 않는다면 법원이 함부로 2차적 저작물 작성권 침해에 대하여 판단할 수 없다.<sup>729)</sup> 그러므로 복제권침해에 기한 소송계속 중 동일한 사실관계에 기초하여

728) 이상경, 지적재산권소송법, 육법사, 1998년, 646면.

729) 2차적 저작물 작성권 침해는 필연적으로 원저작물의 변경을 가져오게 된다. 이 경우 2차적 저작물 작성권 침해와 별도로 동일성유지권 침해가 성립하는가가 문제될 수 있는데, 두 개의 권리는 각각 별개의 요건과 성격을 가진 것으로서 양립가능하다. 서울동부지방법원 2004. 9. 30. 선고 2004가합4292 판결(확정)은 원고의 조형물의 본질적인 부분을 변경한 피고의 행위에 대하여 2차적 저작물 작성권 침해와 별도로 동일성유지

2차적 저작물 작성권 침해에 기한 소송을 제기하였다고 하더라도 중복제소가 되는 것이 아니고,<sup>730)</sup> 동일한 소송절차에서 전자의 청구를 후자의 청구로 추가하거나 변경하는 것은 민사소송법 제253조의 소의 객관적 병합 및 제262조의 청구의 변경에 해당하며, 복제권 침해에 기한 청구에 대한 판결이 확정되었더라도 그 기판력은 2차적 저작물 작성권 침해에 기한 청구에 미치지 않는다.<sup>731)</sup>

---

권 침해가 성립한다고 판시하였다. 다만 이 경우에도 두 권리에 기한 청구는 각각 별개의 소송물이므로 원고는 동일성유지권 침해주장을 별도로 하여야 한다.

730) 일본의 最高裁, 2003(平成 15). 3. 11. 판결은 이러한 사안을 다루고 있다. 원고는 1심에서 음악저작물의 복제권침해를 주장하였다가 패소하자, 항소심에서 편곡권(2차적 저작물 작성권)침해를 주장하여 승소하였고, 이 결론은 상고심에서도 유지되었다.

731) 다만 위와 같은 결론은 어디까지나 구 소송물이론에 충실할 때에 도출되는 것이고, 소송물이론에 관하여 유연한 입장을 취하게 되면 다른 결론도 가능하다. 저작권법 제91조는 ‘저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자’는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해정지청구권 등을 행사할 수 있다고 규정하고 있고, 저작권법 제93조에서는 ‘저작재산권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리(저작인격권을 제외한다)를 가진 자’는 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있음을 전제로 손해배상액의 산정에 관한 규정을 두고 있으며, 저작권법 제95조에서는 ‘저작자’는 ‘고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 조항들은 마치 저작권침해에 기한 각종 청구에 있어서는 저작재산권 또는 저작인격권이 하나의 권리로 취급되는 듯한 느낌을 주고 있다. 실제 소송에서는 저작재산권이나 저작인격권 자체의 침해여부가 심리대상이고 그 중 개별적인 권리침해주장은 공격방어방법처럼 인식되어 소송이 수행되는 경우도 적지 않고, 여러 판례들의 판결이 유에서도 결론 부분에서 ‘복제권 침해’나 ‘공연권 침해’ 등 구체적인 권리침해태양을 적시하지 않은 채 저작재산권이나 저작인격권이 침해되었다고만 적시하는 등 마치 저작재산권이나 저작인격권 그 자체가 소송물인 것처럼 운영되는 실무 경향도 발견된다.

이처럼 복제권과 2차적 저작물 작성권이 서로 다른 개별적 권리라고 하더라도, 그 침해로 인하여 발생하는 법적 효과는 동일한 점, 위와 같은 개별적인 권리들은 저작재산권 또는 저작인격권이라는 하나의 포괄적인 권리에서 발생하는 지분적 권리로서의 성격이 강한 점, 구소송물이론에 대하여 일반적으로 가하여지는 비판처럼 구소송물이론에 의하면 복제권침해를 주장하면서 소를 제기하였다가 패소판결이 확정되면 다시 2차적 저작물등의 작성권 침해의 소를 제기하더라도 기판력에 저촉되지 않는다고 새기게

### 3. 두 作品의 表現媒體가 다른 경우의 實質的 類似性 判斷

소설을 영화화하거나,<sup>732)</sup> 안무(按舞)를 사진으로 표현하거나,<sup>733)</sup> 만화주인공을 인형으로 만들거나,<sup>734)</sup> 사진을 조각으로 표현하는 경우<sup>735)</sup>처럼 실질적으로 같은 내용의 창작물이 여러 가지 다른 매체에 의하여 표현되는 경우는 흔하게 찾아 볼 수 있고, 이러한 경우에도 저작권침해가 발생할 수 있다. 그런데 다른 매체로 표현된 창작물 상호간의 실질적 유사성 판단이 문제되는 경우 매체의 이질성을 얼마나 고려하여야 하는가?

표현매체가 다른 경우의 실질적 유사성 판단의 쟁점은, 표현매체가 달라짐으로 인하여 발생하는 비유사성이 실질적 유사성 판단에 어느 정도까지 영향을 미치는가 하는 점이다. 우선 이는 비유사적 요소가 실질적 유사성 판단에 미치는 영향이 어떠한가에 관한 일반 이론과 결부시켜 생각할 필요가 있다. 이 논문의 총론 부분에서 논의한 바에 의하면 실질적 유사성의 판정에 있어서는 이용된 부분이 ‘원고’의 저작물에서 어떠한 비중을 차지하는가 하는 점이 중요한 것이고, ‘피고’의 작품에서 어떠한 비중을 차지하는가 하는 점은 부수적인 것이다. 따라서 원고의 저작물 중 가치있는 부분이 무단이용되었다면 피고의 작품에서 유사하지 않은 다른 요소들을 부가하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 곧 저작권침해가 부정되는 것이 아니다. 이는 표현매체가 달라짐으로 인하여 발생하는 비유사적 요소에 대하여서도 마찬가지이다. 특히 표현매체가 달라지면서 불가피하게 비유사적 요소가 발생하는 경우 그러한 비유사

---

되는바 이는 사실상 동일한 사실관계와 피침해이익에 관한 분쟁을 인위적으로 나누는 것으로서 소송경제나 분쟁의 1회적 해결이라는 관점에서 바람직하지 않고 소송당사자의 진정한 의사에도 부합하지 않는다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 현실적으로 하나의 저작권침해행위에 관하여 여러 개의 권리가 침해되는 경우에 이를 별개의 소송물로 보는 구소송물 이론의 입장이 타당한지에 관하여서는 향후 추가적인 논의가 필요하다고 생각한다.

732) Roy Export Establishment Co. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 672 F.2d 1095 (2d Cir. 1982).

733) Horgan v. Macmillan Inc., 789 F.2d 157 (2d Cir. 1986).

734) Filmvideo Releasing Corp. v. Hastings, 668 F.2d 91 (2d Cir. 1981).

735) Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (9th Cir.), cert. denied, 506 U.S. 934 (1992).

적 요소가 실질적 유사성을 부정하는 데에 차지하는 비중은 더욱 감소한다.<sup>736)</sup> 만약 표현매체만 달리함으로써 저작권침해의 책임으로부터 쉽게 벗어날 수 있다면, 오늘날과 같이 표현의 수단이 다양해진 상황에서는 창작자의 창작핵심이 도용당하면서도 이에 대한 구제는 이루어지지 않는 사태가 빈발하게 되어 저작권법이 추구하는 본래의 목적을 달성할 수 없기 때문이다.<sup>737)</sup>

이러한 이유 때문에 미국에서는 빈번하게 문제되는 소설과 영화 사이의 실질적 유사성 판단에 있어서 시각적 묘사나 특수효과 등 영화에서 발견되는 이질적인 요소들은 별로 중요하지 않게 취급하면서 마치 두 작품이 모두 어문저작물인 것처럼 주제, 사건의 전개과정, 등장인물, 속도, 대사, 세팅, 분위기 등의 요소들에 관하여 실질적 유사성 검토를 집중하는 경향이 발견된다.<sup>738)</sup>

표현매체의 차이로 발생하는 공간적 제약으로 인한 비유사성은 실질적 유사성 판단에서 비중있게 고려할 요소가 아니다. 예컨대 영화와 연극이 동일한 줄거리를 표현하는 경우에도, 연극은 무대라는 공간적 제약으로 인하여 세팅과 이를 배경으로 한 사건의 묘사가 제한될 수 밖에 없는 반면, 영화는 훨씬 더 다양한 수단을 동원하여 광범위한 세팅과 이를 전제로 한 다양한 사건의

---

736) 피고가 원고의 만화캐릭터와 유사한 장난감을 만들어서 저작권침해 여부가 문제된 King Features Syndicate v. Fleischer, 299 F.533, 536 (2d Cir. 1924) 판결에서는 “우리는 실체나 아이디어를 차용하여 다른 매체를 통하여 이를 재생산하고 그 형상과 세부적인 모습을 묘사함에 있어서 캐릭터의 진정한 복제품이 될 정도로 모방한 경우에 저작권침해를 회피할 수 있으리라고 생각하지 않는다. … 이는…예술가의 재능을 무단이 용하는 것이다(We do not think it avoids the infringement of the copyright to take the substance or idea, and produce it through a different medium, and picturing in shape and details sufficient imitation to make it a true copy of the character…Doing this is…appropriating the genius of the artist).”라고 판시하고 있다.

737) 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결에서는 무용극을 영화화한 경우의 실질적 유사성 판단이 문제되었다. 이 사건에서 법원은 무용극과 영화 사이에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현기법의 차이를 감안하더라도 양자 사이에 원작과 2차적 저작물의 관계를 인정할 만한 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

738) Osterberg, 전게서, 7-3면, Williams v. Crichton, 84 F.3d 581 (2d Cir. 1996) 참조.

묘사가 가능하다는 차이점이 있는데, 이러한 불가피한 차이점으로 인하여 발생하는 비유사성은 실질적 유사성 판단에서 중요하지 않다.<sup>739)</sup>

시간적 제약으로 인하여 발생하는 비유사성의 비중도 고려대상에서 제외하거나 고려하더라도 그 비중이 높지 않아야 한다. Filmvideo Releasing Corp. v. Hastings 판결<sup>740)</sup>에서는 소설과 영화 사이의 저작권침해 여부가 문제되었는데, 이 사건에서 영화제작사는 영화가 소설에 기반을 둔 점을 인정하면서도 소설과 영화 사이에 존재하는 차이점들을 부각시키면서 양자의 실질적 유사성이 존재하지 않는다고 주장하였다. 그런데 법원은 이러한 차이점의 존재에도 불구하고 전체적으로 볼 때 양자가 실질적으로 유사하다는 결론에 이르렀다. 그 과정에서 법원은 소설을 영화로 바꾸는 과정에서 300페이지가 넘는 분량을 65분 안에 압축하여 동일하거나 유사한 메시지를 표현하기 위하여서는, 소설에 나온 캐릭터가 일부 삭제되기도 하고, 소설과는 다른 캐릭터에 그 대사와 연기가 주어지는 등 어느 정도의 편집이 불가피하다는 점을 지적하였다. 이와 같이 매체가 변경됨으로써 발생하는 시간적 제약 역시 불가피한 비유사적 요소들을 야기하는데, 이러한 요소들이 실질적 유사성 판단에 큰 비중으로 고려되어서는 안 된다.

---

739) Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Stonesifer, 140 F.2d 579, 583 (9th Cir. 1944).

740) 509 F. Supp. 60 (S.D.N.Y. 1981).

## 第6章 結論

필자는 이 논문의 서론 부분에서 ① 실질적 유사성 판단의 배후에 흐르는 실체적인 기본원리를 연구하는 것, ② 실질적 유사성에 관한 이론적 체계화를 이루는 것, ③ 가급적 다양한 판례들을 분석하여 저작물의 유형에 따른 실질적 유사성 판단에 도움을 주기 위한 지침을 제시하는 것의 세 가지를 이 논문의 목적으로 제시하였다. 이제 이 논문의 결론 부분에서는 위와 같이 제시된 논문의 목적에 관하여 이 논문이 중국적으로 이야기하고자 하는 바를 차례대로 제시하고, 이 논문의 한계에 대한 평가와 향후 이 주제에 대한 연구방향에 관한 제언을 행하고자 한다.

첫 번째로 제시하였던 이 논문의 목적은 실질적 유사성 판단의 배후에 흐르는 실체적인 기본원리를 연구하는 것이었다. 이에 관하여서는 주로 이 논문의 제3장 「실질적 유사성 판단의 기본원리」에서 다루었다. 이 부분에 관하여 이 논문의 결론은 “창작 인센티브를 의미있게 감소시키는 정도의 유사성이 실질적 유사성이다”라는 것이다.

실질적 유사성 판단에 관한 기존의 학술적인 논의나 판례이론에서 공통적으로 도출되는 실질적 유사성 판단원리는 “일반인의 관점에서 저작물의 표현 부분이 실질적으로 유사하게 이용되었다고 느끼면 실질적으로 유사하다”라는 것이었다. 이러한 원리가 타당하지 않은 것은 아니지만, 실질적 유사성이 인정되는 경우에 “왜” 그러한 것인가라는 질문에 관하여서는 결국 “실질적으로 유사하다고 느끼면 실질적으로 유사하다”라는 순환논리를 제시할 수 밖에 없어 실체적인 내용이 담긴 답변을 하지 못한다는 취약점이 있었다.

이 논문은 하나의 법체계에 존재하는 법리들은 그 법체계가 지향하는 궁극적 목적 아래에서 서로 유기적인 기능을 수행하고 있다는 점에 대한 인식에서 출발하였다. 저작권법의 목적은 가장 포괄적이고 추상적인 형태로 논의되는 거시적인 쟁점이고, 실질적 유사성 판단은 저작권침해분쟁의 실제 현장에서 가장 개별적이고 구체적으로 행하여지는 미시적인 쟁점이다. 이 논문에서는

양쪽 끝에 위치한 두 가지 쟁점 사이에 논리적 연결고리를 생성해냄으로써 포괄적인 저작권법의 목적이 개별적인 실질적 유사성 판단의 현장에도 반영될 수 있는 이론적인 틀을 생성하기 위하여 노력하였다.

저작권법은 사회의 문화를 발전시키기 위하여 저작자에게 창작 인센티브를 부여하여 창작물을 생산하게 하고, 일반 대중이 이를 공정하게 이용할 수 있도록 하는 것을 그 목적으로 하는 규범체계이다. 저작권은 저작자에게 자신의 창작물에 대한 제한된 독점권을 부여함으로써 창작으로 나아가게 하는 인센티브로서의 본질을 가진다. 저작권 제도에 있어서는 보상과 공유의 두 가지 가치가 조화를 이루어야 하는 것이므로 저작권 제도를 운영함에 있어서 가장 중요한 과제는 어느 정도 크기의 창작 인센티브를 부여하는 것이 적정한가, 즉 저작권 보호범위 설정은 어떻게 이루어져야 하는가를 고민하고 해결하는 것이다.

그런데 실질적 유사성의 법리는 저작물성의 제한, 저작재산권의 보호기간 제한, 저작물의 자유이용 범위 설정과 함께 저작권 보호범위의 설정을 위한 중요한 정책적 도구 중 하나이다. 타인의 저작물의 핵심을 도용하면서도 중대하지 않은 변형을 가하여 저작권침해의 책임을 회피하도록 방지하는 것은 창작자의 창작 인센티브를 과도하게 감소시켜 저작권법의 목적 실현에 지장을 주게 되는 것인데, 실질적 유사성의 법리는 이를 효과적으로 규제하여 창작 인센티브를 실효성있게 보호하고자 하는 취지를 가지고 있다. 그러므로 실질적 유사성 판단은 창작자의 창작 인센티브를 의미있게 감소시키는가라는 기준에서 행하여지는 것이 타당하다. 이는 법관이 실질적 유사성을 판단하는 마지막 단계에서 자신의 판단재량을 행사할 때 스스로에게 “만약 당해 부분이 자유롭게 이용되도록 놓아 둔다면 창작자의 창작 인센티브가 의미있는 정도로 감소할 것인가?”라는 질문을 던져야 한다는 점을 의미한다.

창작 인센티브를 이해함에 있어서는 다음 두 가지 점이 고려되어야 한다.

우선 창작 인센티브 가운데에는 저작물을 통한 현실적·잠재적 이익실현가능성이라는 경제적 인센티브 뿐만 아니라 저작물에 대한 프라이버시, 예술적 통제권, 공헌의 인정 등 비경제적 인센티브도 포함된다는 점이다. 이러한 입장에 따르면 저작물의 핵심적인 부분을 도용하면서도 이를 기술적으로 포장하여 일반 수요자의 입장에서는 두 작품이 서로 다르다는 느낌을 받게 하는 경우에

는 수요감소로 인한 경제적 인센티브의 감소는 일어나지 않겠지만, 작품의 핵심적인 부분에 대한 통제권이나 공헌을 상실함으로써 비경제적 인센티브의 감소가 일어나게 될 것이므로 실질적 유사성이 인정될 것이다.

다음으로 창작 인센티브를 부여받는 주체인 창작자는 1차적으로는 당해 창작물을 공급하는 위치에 있지만 2차적으로는 다른 창작물을 수요하는 위치도 함께 가지고 있다는 점이다. 대부분의 창작활동은 다른 사람의 창작물로부터 완전히 자유롭지 못하기 때문이다. 그러므로 저작권법이 추구하는 보상과 공유의 이념이 조화롭게 달성될 수 있도록 적절한 창작 인센티브의 크기를 설정함에 있어서는, 이와 같은 창작자의 이중적인 지위를 고려하여야 한다. 지나치게 과도한 실질적 유사성의 인정은 다른 사람의 창작물을 어느 정도 이용할 수 밖에 없는 대부분 창작자들의 창작 의욕을 꺾어 오히려 사회전체적으로는 창작 인센티브가 감소하는 결과를 가져오게 될 것이다. 따라서 공급자로서 가지는 창작 인센티브와 수요자로서 가지는 창작 인센티브의 총합(總合)이 최고에 이르는 정도의 저작권 보호가 가장 적절한 보호범위라고 할 수 있다.

이처럼 저작권법의 목적에서 출발하여 창작 인센티브와의 상관관계에서 실질적 유사성을 판단한다는 것은 하나의 포괄적인 원리에 해당하므로 이를 적용한다고 하여 막바로 개별적이고 구체적인 사안에 관한 답변을 이끌어 낼 수 있는 것은 아니다. 그러나 위와 같은 기본원리의 제시를 통하여 왜 실질적 유사성을 인정할 수 있는가라는 질문에 대하여 실체적인 내용이 담긴 답변이 가능해 질 것이다. 또한 실질적 유사성 판단과 관련하여 제시된 각종 기준들을 하나로 엮어 주면서 방향을 제시하여 주는 지도원리로서의 기능도 수행하게 될 것이다.

두 번째로 제시하였던 이 논문의 목적은 실질적 유사성의 이론적 체계화였다. 이는 그 동안 기존 문헌들에서는 실질적 유사성에 관하여 논의되었던 각종 쟁점들을 설명하면서도 그 쟁점들에 체계적인 지위를 부여하고자 하는 노력이 다소 소홀하였다는 문제의식에서 출발한 것이었다. 이 부분은 주로 이 논문의 제4장 「실질적 유사성의 일반적 판단기준」에서 논의하였다. 제4장에서는 실질적 유사성의 일반적 판단기준을 크게 실체적인 측면과 방법적인 측면으로 나누고, 실체적인 측면은 보호대상과 보호범위로, 방법적인 측면은 판

단관점과 판단방식으로 나누었다. 또한 그 동안 실질적 유사성을 둘러싸고 논의되었던 각종 쟁점들을 위 틀 안에 논리적으로 위치시켰다. 이 논문이 제시한 틀에 따르면 그 동안 미국 판례 및 문헌들을 통하여 등장하였던 테스트들 가운데 추상화 테스트나 유형 테스트는 실제적인 측면 중 보호대상에 관한 것이고, 양적 판단기준 내지 질적 판단기준은 보호범위에 관한 것이며, 보통 관찰자 테스트는 방법적인 측면 중 판단관점에 관한 것이며, 전체적 관념과 느낌 테스트는 판단방식에 관한 것으로서, 이들은 병렬적으로 나열될 수 있는 것이 아니라 모두 다른 체계적 의미를 가지고 있음을 명확하게 알 수 있다.

실질적 유사성 판단의 실제적 측면에서는 “무엇”을 “어느 정도까지” 보호할 것인가 하는 점을 다루었다.

무엇을 보호할 것인가 하는 점은 보호대상의 확정 문제이다. 최종적인 유사성 판정을 위하여서는 무슨 요소가 저작권법의 보호를 받는지, 바꾸어 말하여 무슨 요소를 가지고 유사성 판정을 행할 것인지를 확정하여야 한다. 저작권은 창작 인센티브로서의 본질을 가지는 것인바, 창작 인센티브로서의 독점권을 부여할 만한 사회적 가치가 있는 부분은 ‘표현’이고 그렇지 않은 부분은 ‘아이디어’에 해당한다. 이 논문에서는 ① 구체성, ② 독창성 ③ 다양한 표현가능성, ④ 비소재성, ⑤ 사회적 비용의 비과다성의 다섯 가지 요소를 고려하여, 이러한 성격들이 강하게 나타나 있는 요소일수록 저작권에 의한 보호가치가 높은 표현일 가능성이 높다는 기준을 제시하였다.

어느 정도까지 보호할 것인가 하는 점은 보호범위의 확정 문제이다. 보호대상의 확정 문제가 어떠한 요소에 창작 인센티브가 부여되어야 할 것인가의 문제라면, 보호범위의 확정 문제는 그 요소에 어느 정도의 창작 인센티브를 부여할 것인가 하는 문제이다. 위에서 제시한 다섯 가지의 고려 요소는 보호범위 확정의 문제에도 그대로 적용될 것이다. 유사성 판정에 동원되는 이른바 질적 판단기준도 결국 당해 저작물이 가지는 고유한 가치를 반영하는 핵심적인 부분일수록 유사성의 인정범위가 넓어져야 한다는 것으로서 위와 같은 요소들을 고려한 결과이다.

실질적 유사성 판단의 방법적 측면에서는 “누구의” 관점에서 “어떻게” 판단할 것인가 하는 점을 다루었다.

누구의 관점에서 판단할 것인가 하는 점에 관하여는 주로 미국에서 논의되

어 왔는데, 보통 관찰자 테스트가 주류적인 입장을 이루어 왔다. 이러한 입장은 다음 두 가지 점에서 정당성을 부여받을 수 있다. 첫 번째로 저작권법은 사회의 문화발전을 위하여 그 수단으로서 창작 인센티브를 부여하는 것으로서 그 종국적인 혜택은 사회의 구성원들이 입게 되는 것이다. 그렇다면 창작 인센티브를 부여할 요소를 확정하고 그 부여의 정도를 정하는 것도 사회 전체에서 평균적인 지위를 차지하는 보통 관찰자의 관점에서 행하는 것이 바람직하다. 두 번째로 창작 인센티브의 중요한 비중을 차지하는 것은 경제적 인센티브이다. 한편 경제적 인센티브는 그 저작물의 일반적인 수요자의 이용행위에 의하여 실현되는데, 일반적인 수요자의 입장에서 유사하다고 느끼는 작품이 유통된다면 경제적 인센티브에 해악이 발생하게 될 것이다. 그러므로 일반적인 수요자의 입장에서 실질적 유사성을 판단하는 것은 특히 경제적 인센티브의 실현과 밀접한 관련성이 있다. 다만 이러한 원칙적인 입장에는 예외가 필요하다는 것이 이 논문의 입장이다. 전문가가 저작물의 수요자인 경우, 일반인이 쉽게 유사성을 판단할 수 없는 특성의 저작물인 경우, 일반인이 쉽게 발견할 수 없는 기술적 표절의 경우에는 전문가의 관점이 고려되어야 한다는 것이다. 이렇게 함으로써 일반인의 관점에만 의할 때에 포착될 수 없는 침해행위와 창작 인센티브의 상관관계가 실질적 유사성 판단에 제대로 반영될 수 있다.

어떻게 판단할 것인가 하는 점은 그 동안 누구의 관점에서 보호할 것인가 하는 문제와 뚜렷이 구별되지 않은 채 논의되어 온 경향이 있다. 그러나 판단 관점과 판단방식의 문제는 개념적으로 구별되어야 한다는 것이 이 논문의 입장이다. 판단방식에 관하여서는 크게 “전체적으로” 비교할 것인가, “분석하여” 비교할 것인가 하는 두 개의 입장이 대립되어 왔다. 미국 판례에서는 이 두 가지를 혼합한 2단계 접근방식이 주류적인 입장으로 자리잡게 되었다. 그러나 2단계 접근방식도 최종 단계에서는 전체적 접근방식에 의존함으로써 전체적 접근방식이 받는 비판에서 자유롭지 못하게 되었다. 이 논문에서는 적절한 창작 인센티브의 부여는 아이디어와 표현의 구분에서 출발하는 것이고, 그 정신은 분석적 접근방식에서 더욱 잘 구현되어 있으므로 분석적 접근방식이 원칙적으로 타당하다는 입장을 취하였다. 그러나 저작물의 요소별 분리작업을 모두 거친 후 그 중 표현에 해당하는 부분만 여과하여 피고의 작품과 대비하는

분석적 접근방식은 ① 추상화작업이 선행됨으로써 유사성과 관계없는 요소까지 모두 분리하여야 한다는 점에서 낭비적이고, ② 여과된 표현 부분만으로 대비작업을 하는 것은 관념적으로는 가능하지만 현실적으로는 곤란하다는 비판을 받을 수 있다. 따라서 이 논문에서는 두 작품을 전체적으로 대비하여 유사한 요소를 확정된 후, 그 요소 중 표현적 요소를 확정하고, 마지막으로 그 표현적 요소가 창작 인센티브에 어떠한 비중을 차지하는지, 그 표현 부분과 피고 작품 사이의 유사성의 정도가 창작 인센티브를 어느 정도 감소시키는지에 따라 실질적 유사성 여부를 결정한다는 3단계 접근방식을 제안하였다.

세 번째로 제시하였던 이 논문의 목적은 가급적 다양한 판례들을 분석하여 저작물의 유형에 따라 적용할 수 있는 실질적 유사성 판단의 지침을 제공하고자 하는 것이었다. 이 부분은 이 논문의 제5장 「실질적 유사성의 유형별 판단기준」에서 다루어지고 있다. 실질적 유사성의 일반적 판단기준은 개별적인 저작물의 유형에 투영되는 과정에서 그 저작물의 특성에 영향을 받아 구체적인 적용모습이 달라지게 되므로, 실질적 유사성의 유형별 판단기준의 정립이 필요하다. 실질적 유사성의 일반적 판단기준은 저작물의 유형과 특성에 따라 그 구체적인 적용의 모습이 달라지게 되고, 또 달라져야만 한다. 이는 저작물의 내재적 특성과 외부적 환경을 둘러싼 창작 인센티브의 내용이 조금씩 틀리기 때문이다.

이 논문에서는 저작물을 유형화한 뒤 그 특성을 고찰하고, 제4장에서 살펴본 실질적 유사성의 일반적 판단기준이 어떠한 모습으로 적용되는지에 관하여 연구하였다. 각 저작물의 실질적 유사성 판단은, 두 작품의 대비를 통하여 유사성을 유발하는 요소들을 확정된 뒤 그 요소들 중 표현적 요소를 분리하고, 사안에 존재하는 유사성의 정도 및 표현적 요소가 창작 인센티브에 가지는 의미를 고려하여 저작권법의 목적상 이를 금지 또는 허용하는 것이 타당한지를 판단하는 단계로 이루어지게 된다. 보다 체계적인 유형별 판단기준을 정립하기 위하여서는 일반적으로 저작물을 구성하는 각종 전형적인 요소들을 정하고, 그 요소가 표현에 해당하는지, 또한 유사성 판단에 있어서 그 요소가 얼마나 비중있게 고려되어야 하는지를 검토하는 방식이 필요하다. 소설과 같은 어문저작물의 경우 주제, 사건의 전개과정, 등장인물, 대사, 분위기, 세팅, 속도

의 요소들을 고려하되 사건의 전개과정 및 등장인물에 대한 검토가 가장 핵심적인 비중을 차지한다. 음악저작물의 경우 가락, 리듬, 화음 및 이를 배열한 음악적 구조를 고려하되 가락에 대한 검토가 가장 핵심적인 비중을 차지한다. 미술저작물이나 사진저작물의 경우 색, 선, 형상, 스타일, 재료, 묘사대상 등 소재적 요소들이 아이디어에 해당하고, 그 소재적 요소들의 창작적 선택, 배열을 통하여 창출된 미적 형상이 표현에 해당하는데, 특히 유사하지 않은 부분까지 고려하여 전체적인 미감이 어떠한가를 주로 고려한다. 건축저작물의 경우 기본적으로 시각적 저작물의 성격을 가지지만 기능성이 강하다는 특성을 가지고 있으므로, 건축저작물을 구성하는 개별적 요소들이 어떠한 전체적 디자인을 형성하는가에 실질적 유사성 판단의 핵심이 있되, 기능성으로 인한 표준적 삽화의 원칙 또는 아이디어/표현 합체이론의 적용이 빈번함을 염두에 두어야 한다. 컴퓨터프로그램저작물의 경우 알고리즘으로 일컬어지는 기술적 사상이 구체적으로 표현된 코드가 저작권 보호의 대상인데, 구체성과 창작성을 갖추었다면 코드의 비문언적 부분까지도 표현으로 보호할 수 있으나 기능성, 호환성, 표준성 등 프로그램에 특유한 외부적 요소들이 그 보호범위의 제약원리로 작동함을 인식하여야 한다. 도형저작물, 특히 지도의 경우 객관적으로 존재하는 자연적·인문적 현상을 정확하게 전달한다는 지도 본래의 기능은 독점적 보호대상이 아님을 염두에 두고, 지도에 표현할 소재의 선택 및 그 표현방식의 창작성 및 유사성을 검토하여야 한다.

이 논문에서는 위와 같이 유사성 판단기준을 제시하면서도 그 구체화에는 본질적으로 한계가 있을 수 밖에 없다는 점을 감안하였고, 이를 보완하기 위하여 경험적 사례로서의 판례들을 가급적 많이 반영하였다. 현실적인 실질적 유사성 판단에 더 큰 참고가 되기 위하여서는 위 판례들의 사실관계와 판결이유를 자세히 소개하고 이를 평가하는 작업도 의미있었을 것이나, 이러한 작업은 논문의 선명성을 떨어뜨릴 수 있기에 특별한 사정이 없는 한 판례들의 내용은 논문의 서술내용을 보강하는 자료로만 활용하였다.

이와 같이 이 논문에는 서론 부분에서 제시한 세 가지 목적을 달성하기 위한 노력의 결과물이 담겨 있으나, 여전히 여러 가지 한계를 가지고 있음을 자인하지 않을 수 없다. 특히 이 논문에서 제시한 실질적 유사성 판단의 기본원

리와 일반적 판단기준이 개별적 유형의 저작물에 적용되는 과정에서 제시한 판단지침들이 보다 더 구체화되지 못한 점은 이 논문의 한계로 남는다. 이러한 구체화의 한계는 실질적 유사성 판단기준 정립을 위하여 서술된 국내외의 기존 문헌들에서도 그대로 관찰되는 것으로서 실질적 유사성이 가지는 사안중심적 특성에서 불가피하게 유래하는 측면도 있다. 그러나 향후 이러한 점들은 다음과 같은 연구를 통하여 어느 정도 극복되어질 수 있다고 생각한다.

우선 개별적인 유형의 저작물에 어느 만큼의 창작 인센티브가 부여되어야 하는가 하는 점은 그 저작물의 내부적인 특성과 외부적인 환경의 두 가지 측면에 의하여 좌우된다. 그러므로 이 두 가지 측면에 대한 깊이있는 연구를 통하여 당해 유형의 저작물에 있어서 창작 인센티브를 좌우하는 요소들이 무엇인지, 그 비중은 어느 정도인지를 발견해 나감으로써 더 구체적인 실질적 유사성 판단기준의 정립이 가능할 수 있으리라 생각한다. 또한 저작물의 사회적 의미가 변화되어 가면서 그 판단기준 역시 변화되어 가야 하는 것이므로 이러한 작업은 계속적으로 수정, 보완될 필요가 있다. 이와 관련하여 창작의 과정은 어떠한고 창작의 주체가 지출하는 비용과 노력은 그 창작단계에 따라 어떻게 달라지는지, 그 저작물 중 어떠한 요소가 수요자들의 저작물 이용으로 유인하는 효과가 큰 것인지에 대한 실증적인 연구도 창작 인센티브의 규명에 크게 도움이 될 수 있을 것이다. 창작 주체가 일련의 창작과정에서 가장 핵심적인 노력을 기울여 수행하는 단계에서 생성한 요소이고, 이로 인하여 저작물의 수요가 창출되는 것이라면, 그 요소는 저작권에 의하여 더욱 강하게 보호되어야 할 것이다. 이러한 연구는 법률가의 노력만으로 수행할 수 있는 것이 아니므로 당해 저작물에 관한 전문가들과의 협력연구가 필요할 것이다.

다음으로 향후 축적될 판례들에 대하여 계속적으로 깊이있는 검토작업을 수행하는 것 역시 실질적 유사성 판단기준의 구체화에 도움을 주게 될 것이다. 특히 이 논문에서는 뮤지컬이나 컴퓨터게임, 디지털 음악 등 비교적 새롭게 등장한 저작물의 실질적 유사성 판단기준을 구체적으로 제시하지 못하였다. 이는 1차적으로는 위에서 제시한 저작물의 내재적 특성과 외부적 환경에 대하여 이 논문에서 깊이있고 체계적인 연구를 수행하지 못한 데에서 기인하

는 것이나, 2차적으로는 이러한 유형의 저작물에 관한 판례들이 축적되지 않은 데에서 기인하는 면도 있다. 그러므로 특히 이러한 유형의 저작물들에 대하여 향후 생성될 판례들의 비판적 검토는 그 실질적 유사성 판단기준의 구체화에 도움을 줄 것이다. 아울러 문학이나 음악과 같은 전통적인 영역에 있어서도 패스티쉬나 패러디, 샘플링과 같이 기존 창작물을 이용하여 예술적으로 표현하는 방법에 관하여 끊임없는 변화가 일어나고 있는바, 이러한 새로운 표현양식이 실질적 유사성 판단에 미치는 상관관계에 관하여서도 향후 법원의 판단이 내려진다면 연구에 귀중한 가치를 지니게 될 것이다.

마지막으로 실질적 유사성은 저작권법이 추구하는 정책적인 목적을 달성하기 위한 도구라는 점을 강조한 이 논문의 입장에 선다면, 저작권 제도의 거시적인 운용방향에 대한 논의 역시 실질적 유사성 판단에 영향을 미치게 될 것이다. 그러므로 과연 저작권 제도가 이 사회에서 어떠한 기능을 수행하여야 하는 것인가, 저작권 제도를 운용함에 있어서 보상의 원칙과 공유의 원칙은 어떻게 조화롭게 상생할 수 있는 것인가에 관한 끊임없는 논의는 향후 실질적 유사성을 연구함에 있어서 중요한 지침이 될 것이다.

그 동안 실질적 유사성 판단기준에 관한 국내의 판례나 연구성과가 많지 않았던 현실에 비추어 보면 이 논문은 실질적 유사성 판단기준의 연구에 관한 첫 걸음에 불과할지도 모른다. 어느새 사회의 중심에 등장하게 된 저작권 제도를 둘러싼 각종 분쟁에 있어서 법적 안정성을 높이고 사회적 비용을 줄이기 위하여 향후 실질적 유사성 판단기준에 관한 지속적인 연구와 판례의 축적을 기대하여 본다.

## 參 考 文 獻

### 1. 國內文獻

(가나다 순)

#### 가. 單行本

- \*. 법원행정처, 재판자료 제56·57집, 지적소유권에 관한 제문제(上)(下), 법원도서관, 1992.
- \*. 사법연수원, 저작권법(Ⅰ)(Ⅱ), 2001.
- \*. 강동세, 지적재산권의 형사적 이해, 세창출판사, 2003.
- \*. Dae-Hwan Koo, Information Technology and Law, - Computer Programs and Intellectual Property Law in the US, Europe, Japan, Korea -, Pakyoungsa, 2005
- \*. 손경한 편저, 사이버지적재산권법, 법영사, 2004.
- \*. 송영식·이상정·황종환 공저, 지적소유권법(上)(下), 제7전정판, 육법사, 2001.
- \*. 송영식·이상정, 저작권법개설, 전정판, 세창출판사, 2000.
- \*. 오승중·이해완, 저작권법, 개정판, 박영사, 2001.
- \*. 이상경, 지적재산권소송법, 육법사, 1998.
- \*. 이시윤, 민사소송법, 신정4판, 박영사, 2001.
- \*. 장주영, 미국저작권판례, 육법사, 2003.
- \*. 저작권심의조정위원회, 저작권표준용어집, 1993.
- \*. 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004.
- \*. 정상조 편저, 지적재산권법강의, 홍문사, 1997.
- \*. 최용규, 박형준, 김관조 공저, 지적재산권 분쟁소송 - 법리와 실제 -, 홍문관, 2004.
- \*. 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램보호법 주요판례집, 2004.
- \*. 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구,

수탁기관 : 숙명여자대학교(연구책임자 김원오), 2004.

- \*. 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터프로그램 분쟁조정사례집, 제1권(1995 - 2002년), 2003.
- \*. 프로그램심의조정위원회, 디지털컨텐츠감정에 관한 연구(I), 수탁기관 : 한국소프트웨어감정연구회(책임연구자 이규대), 2002.
- \*. 프로그램심의조정위원회, 컴퓨터소프트웨어감정관련 국내외 동향조사 및 분석, 수탁기관 : 한국소프트웨어감정연구회(연구책임자 조동욱), 2002.
- \*. 허희성, 신저작권법 축조개설(上)(下), 저작권아카데미, 2000.

#### 나. 論文

- \*. 광경직, “창작성의 개념”, 한국저작권논문선집(2), 한국저작권심의조정위원회, 1995.
- \*. 고영희, “건축설계도서의 저작권 보호”, 계간 저작권 2002년 가을호.
- \*. 권영준, “컴퓨터프로그램저작권과 아이디어/표현 이분법”, 사이버지적재산권법, 법영사, 2004.
- \*. 권택수, “사진저작물이 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당하기 위한 요건(2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결)”, 대법원판례해설 37호, 법원도서관, 2001.
- \*. 김경중, “편집저작권의 침해”, 대법원판례해설 19-2호, 법원도서관, 1993.
- \*. 김수현, “예술작품에 대한 표절판정의 논리”, 미학 Vol 18. 한국미학회, 1993.
- \*. 김우정, “프로그램 표절 감정기법에 관한 연구”, 석사학위논문, 홍익대학교 정보대학원, 2002.
- \*. 문건영, 판례해설 “「사랑은 아무나 하나」 저작권침해 아니다”, 저작권문화 제121호, 저작권심의조정위원회, 2004.
- \*. 박성호, “저작물의 보호범위 - 희랍어 분석방법 사건”, 한국저작권판례평석집(1), 저작권심의조정위원회, 1998.
- \*. 박용규, “미국 판례성 저작권침해판단의 구조와 그 기준”, 재판자료 제65집, 법원도서관, 1994.

- \*. 박익환, “저작권침해소송에서의 기본 공격방어방법”, 법학연구 제4집, 인하대학교, 2001.
- \*. 박익환, 판례해설 “만화저작물의 창작성 판단요소”, 저작권문화 111호, 저작권심의조정위원회, 2003. 11.
- \*. 박정일·김상욱, “멀티미디어 데이터베이스 : 음악 데이터베이스를 이용한 음악 표절 감지 시스템 개발”, 멀티미디어학회논문지, Vol.8, No.1, 2005.
- \*. 박정화, “지도가 저작권법상 보호되는 저작물로서 창작성이 있는지 여부의 판단 기준(2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결 : 공2003하, 2150)”, 대법원 판례해설, 통권 제47호, 법원도서관, 2004.
- \*. 배대헌, “지적재산권 개념의 형성과 그 발전”, 매산 송영식 선생 화갑기념 「지적재산권법의 제문제」, 세창출판사, 2004.
- \*. 서달주, “공작기계 설계도의 저작물성 여부”, 저작권문화 131호, 2005.
- \*. 손흥수, “설계도면의 저작물성(대상판결 : 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결)”, 저스티스 제84호, 2005.
- \*. 송재섭, “컴퓨터 사용자 인터페이스의 법적 보호”, 서울대학교 석사학위논문, 2003.
- \*. 오승중, “건축저작물과 저작권”, 저스티스 제33권 제4호, 2000.
- \*. 오승중, “저작권침해에 있어서 실질적 유사성 요건과 그 판단기준”, 매산 송영식 선생 화갑기념 「지적재산권법의 제문제」, 세창출판사, 2004.
- \*. 오승중, “저작권침해의 판단기준에 관한 연구”, 서강대학교 박사학위논문, 2005.
- \*. 여미숙, “편집저작물의 의의 및 보호범위”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망; 심당 송상현 선생 화갑기념논문집, 박영사, 2002.
- \*. 원종규, “컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 연구 : 민·형사적 구제제도를 중심으로”, 경희대 국제법무대학원 석사학위논문, 2003.
- \*. 윤민희, “현대 시각 디자인에서 표절시비에 대한 재고”, 서울디자인포럼학회 디자인학연구집 Vol 6. No 1. 2000.
- \*. 이상연, “표절과 그 패러다임에 관한 연구 - 어문저작물을 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문, 1996.
- \*. 이상정, “저작물의 보호범위”, 계간 저작권, 1999년 봄호.
- \*. 이상정, “저작물의 제호의 보호에 관한 판례, 실무의 경향과 그 비판”, 계

간 저작권, 1997년 여름호.

- \*. 이상훈, “미국 저작권법상 2차적 저작물의 보호”, 재판자료 89집, 법원도서관, 2000.
- \*. 이성호, “지적재산권에 대한 침해와 침해자의 고의·과실”, 사법논집 제28집, 1997.
- \*. 이성호, “저작권침해 여부의 판단기준과 각종 저작물의 유형별 특성에 따른 실제적 적용”, 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집. 법실천의 제문제, 1996.
- \*. 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구”, 계간 저작권, 2004년 겨울호.
- \*. 이영애, “건축저작권과 건축설계계약”, 민사판례연구 23권, 2001.
- \*. 이원형, “컴퓨터프로그램의 비문자적 요소의 법적 보호문제에 관한 고찰”, 창작과 권리 1999년 겨울호(제17호).
- \*. 이태중, “동일한 주제의 드라마가 기존 소설의 저작권을 침해하는 것으로 인정하기 위한 요건(2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결)”, 법원도서관, 대법원 판례해설 통권 제 35호, 2001.
- \*. 이형하, “언론 출판의 자유와 저작권의 상충과 조정 -헌법상 언론 출판의 자유를 이유로 하여 저작권침해에 대한 면책특권을 인정할 것인가?”, 헌법판례연구 I, 한국사법행정학회, 1993.
- \*. 이해완, “저작권의 침해와 그 구제”, 재판자료 제57집, 지적소유권에 관한 제문제(下), 법원행정처, 1992.
- \*. 임치용, “번역저작권”, 국민과 사법 ; 윤관 대법원장 퇴임기념, 박영사, 1999.
- \*. 전규완, “사진의 창작성”, 저작권 문화 106호, 저작권심의조정위원회, 2003. 6.
- \*. 정경석, “게임저작물의 저작권 침해”, 인권과 정의 346호, 대한변호사협회, 2005. 6.
- \*. 정상기, “Idea/Expression 이분법에 대한 소고(1)”, 계간 저작권 1993년 여름호.
- \*. 정상조, “창작과 표절의 구별기준”, 서울대 법학 제44권 제1호, 2003.
- \*. 정상조, “컴퓨터 인터페이스 보호범위”, 법실천의 제문제 ; 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집, 1996.
- \*. 정상조, “저작물의 창작성과 저작권법의 역할”, 계간 저작권 1992년 봄호.
- \*. 정영길, “현대소설의 해체현상에 대한 고찰, - 문학텍스트의 표절시비를 중

심으로”, 현대문학이론연구 3권, 1993.

- \*. 정연덕, “IT(Information Technology)의 표준과 지적재산권의 문제에 관한 법적 연구”, 인터넷법률 통권 제30호, 2005.
- \*. 조영선, “판례에 나타난 저작물의 창작성 - 부인된 사례의 유형화를 중심으로 -”, 법조 50권 12호, 2001.
- \*. 조원희, “게임 표절 사건에서의 법률적 쟁점 - '건바운드' 사건을 중심으로”, 저작권문화 제125호, 2005. 1.
- \*. 채명기, “악보를 저작물로 지칭, 문제있다.” 저작권문화 제122호, 2004. 10.
- \*. 홍승기, “소설과 영화 사이의 저작권 침해판단”, 저작권문화 제128호, 저작권심의조정위원회, 2005. 4.
- \*. 허희성, “음악저작물의 창작성과 실질적 유사성, - 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 -”, 계간 저작권 2004년 겨울호.

## 2. 外國文獻

(미국 문헌은 알파벳 순, 일본 문헌은 연대순)

### 가. 單行本

- \*. Craig Joyce et al., *Copyright Law* (6th ed. 2003).
- \*. Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (2002).
- \*. Paul Goldstein, *Copyright*, (2d ed. 1996).
- \*. Practising Law Institute, *A Practitioner's Guide* (2003).
- \*. Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, *Copyright* (6th ed. 2003).
- \*. Robert C. Osterberg & Eric C. Osterberg, *Substantial Similarity in Copyright Law* (2003).
- \*. Stephen M. McJohn, *Intellectual Property, Examples & Explanation* (2003).
- \*. Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004).
- \*. William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003).

- \*. 小酒禮, 最新判例解説集, 民事篇, 法曹會, 1982.
- \*. 清永利亮, 著作権侵害訴訟, 新・實務民事訴訟講座 5卷, 日本評論社. 1983.
- \*. 秋吉愼弘, 著作権關係事件の研究, 判例時報社, 1987.
- \*. 齊藤 博, 牧野利秋 編, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997.
- \*. 清永利亮, 設樂降一 編, 現代 裁判法大系 26, 知的財産權, 新日本法規社, 1999.
- \*. 金井重彦, 小倉秀夫 編著, 著作権法コンメンタール(上), 東京布井出版, 2000.
- \*. 金井重彦, 小倉秀夫 編著, 著作権法コンメンタール(下), 東京布井出版, 2001.
- \*. 清水辛雄, 著作権判例百選, ジュリスト 別冊 157号, 2001.
- \*. 三山峻司, 松村信夫, 實務解説 知的財産權訴訟, 法律文化社, 2003.
- \*. 加戸守行, 著作権法逐條講義, 四訂新版, 著作権情報 センタ, 2003.
- \*. 作花文雄, 著作権法の基礎と應用, 發明協會, 2003.
- \*. 本橋光一郎, 本橋美光智子 共著, 要約 著作権判例 212, 學陽書房, 2005.
- \*. 半田正夫, 著作権法概説, 第12版, 一粉社, 2005.
- \*. 法學書院, 著作権法・不正競争防止法 コンメンタール, 改訂 第2版, 2004.

#### 나. 論文

- \*. Aaron Kyet, *An Improved Framework for Music Plagiarism Litigation*, 76 Cal.L.Rev. 421 (1988).
- \*. Adam T. Mow, *Building with Style : Testing the Boundaries of the Architectural Works Copyright Protection Act*, 2004 Utah L. Rev. 853 (2004).
- \*. Alan Latman, *Probative Similarity as Proof of Copying : Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement*, 90 Colum. L. Rev. 1187 (1990).
- \*. Amy B. Cohen, *Masking Copyright Decisionmaking : The Meaninglessness of Substantial Similarity*, 20 U.C. Davis L. Rev. 719

(1987).

- \*. Brett I. Kaplicer, *Rap Music and De Minimis Copying Applying the Ringgold and Sandoval Approach to Digital Samples*, 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 227 (2000).
- \*. Clapes, Lynch & Steinberg, *Silicon Epics and Binary Bards : Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs*, 34 UCLA L.Rev.1493 (1987).
- \*. David S. Blessing, *Who Speaks Latin Anymore? : Translating De Minimis Use For Application To Music Copyright Infringement And Sampling*, 45 Wm & Mary L. Rev. 2399 (2004).
- \*. Douglas Y'Barbo, *The Origin of the Contemporary Standard for Copyright Infringement*, 6 J. Intell. Prop. L 285 (1999).
- \*. Gillian K. Hadfield, *The Economics of Copyright : An Historical Perspective*, 38 Copyright Law Symposium 412 (1992).
- \*. Glynn S. Lunney Jr., *The Death of Copyright : Digital Technology, Private Copying and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 Va L. Rev 813 (2001).
- \*. Jon O. Newman, *New Lyrics for an Old Melody : The Idea/Expression Dichotomy in the Computer Age*, 17 Cardozo Arts & Ent. L.J. 691 (1999).
- \*. John Autry, *Toward a Definition of Striking Similarity in Infringement Actions for Copyrighted Musical Work*, 37 J.Intell Prop.L. 113 (2002).
- \*. John Cady, *Copyrighting Computer Programs : Distinguishing Expression from Ideas*, 22 Temp.Envntl.L.& Tech. J. 15 (2003).
- \*. Keith Lupton, *Photographs and the Concept of Originality in Copyright Law*, 10 E.I.P.R. 257 (1988).
- \*. Laura G. Lape, *The Metaphysics of the Law : Bringing Substantial Similarity Down to Earth*, 98 Dick. L. Rev. 181 (1994).
- \*. Lloyd L.Weinreb, *Copyright for Functional Expression*, 111 Harv.L.Rev. 1149 (1998).

- \*. Mark Avsec, *Nonconventional Musical Analysis and Disguised Infringement : Clever Musical Tricks to Divide the Wealth of Tin Pan Alley*, 52 Clev. St. L. Rev. 339 (2004).
- \*. Melody Jackson, *Jingling All the Way to the Bank, A Real-Life Screenwriter's \$ 19,000,000 Story*, Creative Screenwriting, March/April 2002.
- \*. Michael L. Sharb, *Getting a "Total Concept and Feel" of Copyright Infringement*, 64 U. Colo. L. Rev. 903 (1993).
- \*. Michelle V. Francis, *Musical Copyright Infringement : The Replacement of Arnstein v. Porter -- A More Comprehensive Use of Expert Testimony and the Implementation of an Actual Audience Test*, 17 Pepperdine L.Rev. 493 (1990).
- \*. Montgomery Frankel, *From Krofft to Shaw and Beyond, The Shifting Test for Copyright Infringement in the Ninth Circuit*, 40 Copyright Law Symposium 429 (1997).
- \*. Nick Gladden, *When California Dreamin' Becomes a Hollywood Nightmare ; Copyright Infringement and the Motion Picture Screenplay : Toward an Improved Framework*, 10 J. Intell. Prop. L. 359 (2003).
- \*. Paul M.Grivalisky, *Idea-Expression in Musical Analysis and the Role of the Intended Audience in Music Copyright Infringement*, 28 Cal. W. L. Rev.395 (1991).
- \*. Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright : The Metamorphoses of "Authorship"*, 1991 Duke L.J. 455 (1991).
- \*. Raymond Ku, *The Creative Destruction of Copyright : Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 U. Chi. L. Rev. 263 (2002).
- \*. Sitzer, Michael Ferdinand, *Copyright Infringement Actions : The Proper Role for Audience Reactions in Determining Substantial Similarity*, 54 S.Cal.L.Rev. 385 (1981).

- \*. Stephen Breyer, *The uneasy case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 Harv. L. Rev. 281 (1970).
- \*. Steve P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Property Rights in Information : Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-run Reward System*, 9 Fordham Intell.Prop.Media & Ent.L.J. 301 (1998).
- \*. Steven Shavell & Tanguy Van Ypersele, *Rewards versus Intellectual Property Rights*, 44 J.L. & Econ 525 (2001).
- \*. Stuart E. Jones, *Copyright Protection of Architectural Works : My House is My Castle, But Can I Protect it From Infringemnt?*, 8 No.2.Intell.Prop.L.Bull.1 (2003).
- \*. Susan A. Dunn, *Defining the Scope of Copyright Protection for Computer Software*, 38 Stan.L.Rev 497 (1986).
- \*. Thomas A. Smart et al, *Reality Check : When Will two TV shows in the same genre be considered substantially similar under copyright law?* 21-SUM Ent & Sports Law 1 (2003).
- \*. William A. Hall, *Kohus v. Mariol : The Sixth Circuit Adopts Two-Step Test for Substantial Similarity in Copyright Infringement*, 34 U.Mem.L.Rev. 995 (2004).
- \*. William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J.Legal Stud.325 (1989).
- \*. 光石俊郎, “著作権法の依據におけるついで”, 知的財産権の現代的課題 : 本間崇先生還暦記念, 信山社, 1995.
- \*. 西田美昭, “複製権の侵害の判断の基本的考え方”, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997.
- \*. 茶園成樹, “新聞記事の要約”, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997.
- \*. 吉田大輔, “事實に密着した著作物の著作権の侵害”, 裁判實務大系 27, 知的財産關係訴訟法, 青林書院, 1997.
- \*. 青柳吟子, “著作権訴訟の要件事實”, 裁判實務大系 27, 青林書院, 1997.
- \*. 山神清和, “新聞記事の翻案による著作権侵害”, ジュリスト, No. 1141, 1998.

- \*. 中島徹, “個々マの 新聞記事の著作権侵害を認定した事例”, 判例時報 1506  
号.
- \*. 陸本英史, “著作権侵害の判断について(上)“, 判例時報 1595号.
- \*. 陸本英史, “著作権侵害の判断について(下)“, 判例時報 1596号.

## 判例 索引

### 1. 國內 判例

대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결	15, 102
대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카2472 판결	46
대법원 1987. 10. 26. 선고 87다카1279 판결	46
대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결	12
대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카4342 판결	40, 310
대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결	17, 100, 144
대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1597 판결	169
대법원 1991. 12. 27. 선고 91후1076 판결	53
대법원 1992. 6. 23. 선고 91도2101 판결	17
대법원 1993. 5. 11. 선고 92다52870 판결	19
대법원 1993. 1. 21.자 92마1081 결정	126, 300, 302
대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073,3080 판결	89, 100, 169, 182
대법원 1994. 11. 22. 선고 94다5458 판결	46
대법원 1995. 11. 14. 94도2238 판결	14, 17, 308
대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결	226, 227
대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결	42
대법원 1996. 6. 11. 선고 95다49639 판결	190
대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결	100, 169, 182, 299, 302
대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결	41
대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결	216, 227
대법원 1996. 8. 23. 선고 96다273 판결	15, 102

대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2440 판결	302
대법원 1997. 5. 28. 선고 96다2460 판결	210, 310
대법원 1997. 9. 29.자 97마330 결정	30, 114
대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결	14, 169, 303
대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결	184, 194
대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결	100
대법원 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결	14
대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결	14
대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결	216, 227
대법원 2000. 6. 23. 선고 99다57133 판결	303
대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결	2, 38, 100, 103, 176, 178, 184, 193
대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결	14, 16, 17, 229
대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결	210, 310
대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4849 판결	21
대법원 2003. 2. 28. 선고 2001도3115 판결	37
대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결	24
대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결	286, 289, 294
대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다9359 판결	299
대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결	2, 3, 51, 105, 209, 306, 312
대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결	227
대법원 2004. 8. 16. 선고 2002다47792 판결	297
대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결	16, 249
대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다47782 판결	3, 38
서울고등법원 1962. 5. 18. 선고 61나1243 판결	169

서울고등법원 1989. 4. 11.자 89라28 결정	15
서울고등법원 1987. 8. 21. 선고 86나1846 판결	40
서울고등법원 1990. 6. 25.자 89라55 결정	34, 229
서울고등법원 1991. 9. 5.자 91라79 결정	15, 194, 310
서울고등법원 1992. 11. 6.자 91라149 결정	300
서울고등법원 1993. 6. 18. 선고 92나64646 판결	29, 265, 271, 281
서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결	26, 40, 122, 176, 179, 184, 198
서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결	190
서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나15229 판결	15
서울고등법원 1998. 7. 15. 선고 98나1661 판결	20
서울고등법원 2001. 8. 14. 선고 2000나38178 판결	16, 252
서울고등법원 2002. 5. 8. 선고 2001나58919 판결	21
서울고등법원 2002. 9. 4. 선고 2002나3596 판결	15
서울고등법원 2003. 8. 19. 선고 2002나22610 판결	312
서울고등법원 2003. 9. 17.자 2003라191 결정	106
서울고등법원 2003. 12. 16. 선고 2003나6530 판결	177
서울고등법원 2004. 2. 11. 선고 2003나28448 판결	230
서울고등법원 2004. 3. 16. 선고 2002나61547 판결	157
서울고등법원 2004. 6. 2. 선고 2003나80316 판결	304
서울고등법원 2004. 9. 22.자 2004라312 결정	249
서울고등법원 2004. 10. 6.자 2004라21 결정	16, 249
서울고등법원 2004. 12. 15.자 2004라552 결정	233
서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결	24
서울고등법원 2005. 2. 15.자 2004라362 결정	29, 144, 194
서울고등법원 2005. 7. 13. 2004나86199 판결	312

서울고등법원	2005. 7. 13. 선고 2004나86199 판결	31, 117
서울고등법원	2001. 5. 29. 선고 2000나16673 판결	294
서울민사지방법원	1988. 3. 18. 선고 87카53920 판결	31
서울민사지방법원	1989. 7. 26.자 89카13692 결정	19
서울민사지방법원	1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결	194, 316
서울민사지방법원	1993. 12. 29. 선고 93카합9920 판결	21
서울민사지방법원	1995. 1. 18.자 94카합9052 결정	207
서울지방법원	1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결	180
서울지방법원	1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결	169
서울지방법원	1995. 8. 18. 선고 95가합52463 판결	240
서울지방법원	1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결	117, 157
서울지방법원	1999. 7. 23. 선고 98가합16239 판결	117
서울지방법원	2000. 6. 2. 선고 99가합12579 판결	118, 251
서울지방법원	2000. 8. 18. 선고 99가합19143 판결	209
서울지방법원	2001. 3. 16. 선고 99가합93776 판결	100
서울지방법원	2001. 11. 1.자 2001카합1837 결정	87
서울지방법원	2001. 11. 30. 선고 2001가합17140 판결	298
서울지방법원	2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결	286
서울지방법원	2002. 1. 11. 선고 2001가합4687 판결	34
서울지방법원	2002. 9. 19.자 2002카합1989 결정	284
서울지방법원	2003. 5. 16. 선고 2001가합78237 판결	218
서울지방법원	2003. 9. 30.자 2003카합2114 결정	24, 47
서울중앙지방법원	2004. 3. 18.자 2004카합344 결정	87
서울중앙지방법원	2004. 4. 30. 선고 2003가합84823 판결	100
서울중앙지방법원	2004. 7. 9. 선고 2003가합30062 판결	218
서울중앙지방법원	2004. 11. 4. 선고 2004가합22068 판결	21

서울중앙지방법원	2004. 11. 16. 선고 2002나40684 판결	35, 100
서울중앙지방법원	2005. 5. 19. 선고 2004가합56061, 78753 판결	21
서울중앙지방법원	2005. 6. 22. 선고 2003가합87723 판결	29
서울중앙지방법원	2005. 8. 11. 선고 2005가단12610 판결	123, 295
서울지방법원 남부지원	2001. 5. 25. 선고 2000가합7289 판결	230
서울남부지방법원	2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결	30, 174, 193
서울남부지방법원	2005. 2. 16.자 2004카합2256 결정	193
서울지방법원 북부지원	1997. 11. 5. 자 97카합2072 결정	26, 115
서울지방법원 서부지원	1990. 9. 21.자 90카6150 결정	15
서울지방법원 서부지원	2002. 3. 27. 선고 2001가합3917 판결	38, 120
서울서부지방법원	2004. 6. 28.자 2004카합271 결정	40, 100, 304
서울지방법원 의정부지원	2000. 7. 11. 선고 99고단4209 판결	247, 251
수원지방법원 성남지원	2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결	24
수원지방법원 성남지원	2004. 7. 22.자 2004카합125 결정	47
대전지방법원	2003. 7. 24. 선고 2003가합725 판결	218
대구지방법원	2004. 11. 2. 선고 2003가합10005 판결	249
전주지방법원 남원지원	2004. 12. 22. 선고 2002가단3038 판결	192

## 2. 美國 判例

ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.	27
Alaska Map Serv., Inc. v. Roberts	293
Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.	46
Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.	306

Aliotti v. R.Dakin & Co. 143  
 Amesterdam v. Triangle Publications, Inc. 293  
 Andrews v. Guenther Publishing Co. 293  
 Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp. 18, 148, 275  
 Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp. 112  
 Arden v. Columbia Pictures Indus., Inc. 104, 182, 198  
 Arnstein v. Broadcast Music, Inc. 140  
 Arnstein v Porter 135, 150  
 Arthur Rutenberg Corp. v. Parrino 256  
 Assessment Technologies of Wisconsin, L.L.C. v. WIREdata, Inc.  
 46  
 Association of American Medical Colleges v. Mikaelian 31  
 Atari, Inc. v. Am. Philips Consumer Elec. Corp. 135, 147, 221, 253  
 Atari, Inc. v. Midway Mfg. Co. 282  
 Baker v. Selden 97  
 Bateman v. Mnemonics, Inc. 271  
 Baxter v. MCA Inc. 30, 116  
 Beal v. Paramount Pictures Corp. 104, 183  
 Berkic v, Crichton 170, 177  
 Bibbero Systems Inc. v. Colwell Systems Inc. 97  
 Boosney v. Empire Music Co. 117, 212  
 Brief English Sys. v. Owen 99  
 Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd, 27  
 Broderbund Software v. Unison World, Inc. 147, 221  
 Burrow-Guiles Lithographic Co. v. Sarony 217  
 Cain v. Universal Pictures Co. 109

Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Group, Inc. 33  
 Computer Associate Int'l Inc. v. Altai Inc. 102, 107, 112, 140, 264, 269  
 Computer Mgmt.Assistance Co. v. Robert F.DeCastro, Inc. 148  
 Concord Fabrics, Inc. v. Marcus Bros. Textile Corp. 31, 126, 228  
 Concrete Machinery v. Classic Lawn Ornaments 225, 232  
 Country Kids'N City Slicks, Inc. v. Sheen 34, 125  
 Covington Indus. v. Culp, Inc. 228  
 Creations Unlimited, Inc. v. McCain 125  
 CSM Investors, Inc. v. Everest Dev., Ltd. 256  
 Cybermedi, Inc. v. Symantec Corp. 33  
 Daly v. Palmer 138  
 Dam Things from Denmark v. Russ Berrie & Co. 33  
 Dan Rivers, Inc. v. Sanders Sale Enters. Inc. 228  
 Darrell v. Joe Morris Music Co. 201  
 Data East U.S.A. Inc. v. Epys, Inc. 269, 279, 283  
 Davis v. United Artists, Inc. 178  
 Dawn Associates v. Links 118  
 Dawson v. Hinshaw Music Inc 139, 144, 202  
 Demetriades v. Kaufmann 238  
 Denker v. Uhry 104, 182  
 Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp. 128, 233  
 Dynamic Microprocessor Assocs, v. EKD Computer Sales 139, 140, 264  
 Eden Toys, Inc. v. Marshall Field & Co. 128, 233  
 Educational Testing Serv. v. Katzman 134  
 E.F.Johnson Co. v. Uniden Corp. of Am. 33  
 Eng'g Dynamics, Inc. v. Structural Software, Inc. 33

Esquire Inc., v. Ringer 250  
 Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc. 217, 230  
 Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co. 13, 293, 296  
 Ferguson v. National Broadcasting Co. 29, 209  
 Filmvideo Releasing Corp. v. Hastings 315, 317  
 Fisher-Price, Inc. v. Well-Made Toy Mfg. Corp. 228  
 Fleischer Studios, Inc. v. Ralph A.Freundlich, Inc. 237  
 Folio Impressions Inc. v. Byer Cal 228  
 Franklin Mint Corp. v. Mat'l Wildlife Art Exch.Inc. 231  
 Fred Fisher v. Dillingham 205  
 Funkhouser v. Loew's Inc. 134  
 Gaste v. Kaiserman 207  
 Gates Rubber Co. v. Bando Chem.Indus., Ltd 33, 271  
 Gilliam v. ABC 309  
 Gund Inc. v. SKM Enters., Inc. 228  
 Harold Lloyd Corp. v. Witwer 135, 145  
 Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 62, 94, 119  
 Hayden v. Chalfant Press, Inc. 290  
 Heim v. Universal Pictures Co. 191  
 Henry Holt & Co, Inc. v. Liggett & Myers Tobacco Co. 117, 125  
 Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian 107  
 Herzog v. Castle Rock Entm't 104, 177, 183, 188, 198  
 Hoehling v. Universal City Studio Inc. 104  
 Horgan v. Macmillan Inc. 315  
 Ideal Toy Corp. v. Fab-Lu, Ltd. 143  
 Incredible Technologies, Inc. v. Virtual Technologies, Inc. 283

International News Service v. Associated Press	66
Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos.	117
John Alden Homes, Inc v. Kangas	256
Kaplan v. Stock Mkt. Photo Agency, Inc.	125, 234
Kern River Gas Transmission Co. v. Coastal Corp.	107
Kerr v. New Yorker Magazine	221
Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl	250
King Features Syndicate v. Fleischer	134, 316
Knitwaves, Inc. v. Lollytogs Ltd., Inc.	228
Kouf v. Walt Disney Pictures & Television	183
Kregos v. Associated Press	112
L.Batlin & Son, Inc. v. Snyder	306
Landsberg v. Scrabble Corssword Game Players, Inc.	18
Lasercomb America, Inc. v. Reynolds	46
Laureyssens v. Idea Group Inc.	33
Leicester v. Warner Bros	239
Lisa Frank, Inc. v. Impact Int'l Inc.	27
Litchfield v. Spielberg	170, 182, 310
Little Souls, Inc. v. Les Petits	147, 221
Loomskill, Inc. v. Stein & Fishman Fabrics, Inc.	220
Lotus Dev. Corp v. Borland Int'l, Inc.	33, 112, 276
Lotus Dev. Corp v. Paperback Software International	107, 276
Lyons Partnership, L.P. v. Morris Costumes, Inc.	143
M.Kramer manufacturing Co., Inc. v. Andrews	282
M.S.R.Imports, Inc. v. R.E.Greenspan Co.	28

Marken & Bielfield, Inc. v. Baughman Co.	293
Mason v. Montgomery Data, Inc.	292
Matthews v. Freedman.	102
Mazer v. Stein	62
MCA, Inc. v. Winlson	135
McConnor v. Kaufman	145
McDonald v. Multimedia Enter. Inc.	116
McRae v. Smith	206
Midway Mfg. Co. v. Artic International Inc.	282
Mistretta v. Curole	147, 221
Mitek Holdings, Inc. v. Arce Eng'g Co., Inc.	33, 278
Morrissey v. Procter & Gamble Co.	107, 169
Morton Salt Co. v. G.S.Suppiger	46
Narell v. Freeman	170, 177, 191
Nash v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.	111
National Theme Prods., Inc. v. Jerry B.Beck, Inc.	147
Nichols v. Universal Pictures Co.	52, 94, 97, 115, 181, 188
Nihon Keizai Shimbun Inc., v. Comline Bus. Data, Inc.	116
Nom Music, Inc. v. Kaslin	209
Norse v. Henry Holt & Co.	116
Northern Music Corp. v. King Record Distrib. Co.	205
Novelty Textile Mills, Inc. v. Joan Fabrics Corp.	222
O'Neill v. Dell Publishing Co.	178
Paramount Pictures Corp. v. Carol Publ'g Group	191
Peter Pan Fabrics v. Martin Werner	52, 115, 223
Plain Cotton Cooperative Association of Lubbock v. Goodpasture	

Computer Service, Inc. 269  
 Practice Management Information Corp. v. American Medical Ass'n  
 46  
 Quaker Oats Co. v. Mel Appel Enters 228, 231  
 Recycled Paper Prods., Inc. v. Pat Fashions Indus., Inc. 147, 221  
 Rehyer v. Children's Television Workshop 110, 146, 177  
 Repp v. Webber 33  
 Rice v. Fox Broad Co. 188  
 Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc. 116, 129  
 Robertson v. Batten, Barton, Durstine & Osborn, Inc. 117, 212  
 Robinson v. New Line Cinema Corp. 110, 179  
 Rogers v. Koons 225, 315  
 Ronald Mayotte & Assoc 256  
 Roth Greeting Cards v. United Card Co. 146, 220, 221  
 Roy Export Establishment Co. v. Columbia Broadcasting System, Inc.  
 315  
 Rundstadler Studios, Inc. v. MCM Ltd. P'ship 225  
 S.A.M. Elecs., Inc. v. Osarapasop 102  
 Salinger v. Random House, Inc. 169  
 Sandberg & Sikorski Corp. v. Andin Int'l Inc. 225  
 Sandoval v. New Line Cinema Corp. 130  
 Schwartz v. Universal Pictures Co. 109  
 Segrets, Inc. v. Gillman Knitwear Co. Inc. 126, 228  
 Shaw v. Lindheim 124, 150, 170, 179  
 Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp. 124, 189  
 Shipman v. R.K.O. Radio Pictures, Inc. 177

Sid & Marty Krofft Television Prods, Inc. v. McDonald's Corp.	150 ,
	172
Silverman v. CBS, Inc.	306
Simonton v. Gordon	110
Sinicola v. Warner Bros., Inc.	178
Smith v. Little, Brown & Co.	30
Soloflex Inc. v. Nordictrack Inc.	147
Soptra Fabrics Corp. v. Stafford Knitting Mills, Inc.	223
Steinberg v. Columbia Pictures Industries	124, 235
Sturdza v. United Arab Emirates	253
Takeall v. Pepsico, Inc.	191
Taylor Instrument Cos. v. Fawley-Brost Co.	97, 99
Taylor Instruments Companies v. Fawley-Brost Co.	97
Theotokatos v. Sara Lee Personal Products	312
Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Stonesifer	317
United States v. Hamilton	291
Universal Athletic Sales Co. v. Salkeld	124
Universal City Studios, Inc. v. Kamar Indus., Inc.	117, 191
Universal Studio, Inc. v. Film Ventures Intern., Inc.	184, 189
Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.	310
Waken v. White & Wyckoff Mfg.Co.	117
Walker v. Time-Life Films, Inc.	110
Warner Bros. Inc. v. Am. Broad. Cos., Inc.	65
Warner Bros. Pictures v. Columbia Broad. Sys	190
Warner Brothers Inc., v. American Broadcasting Companies, Inc.	127, 136,233

Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.	139, 140, 264, 268
Whist Club v. Foster	99
Williams Elecs., Inc. v. Arctic Int'l Inc.	33
Williams v. Crichton	110, 134, 179, 197, 317
Worlds of Wonder, Inc. v. Vector Intercontinental, Inc.	225
Zambito v. Paramount Pictures Corp.	183

### 3. 日本 判例

最高裁 1970(昭和 55). 3. 28. 선고 昭51(オ)923호 판결	114
最高裁 1978(昭和 53). 9. 7. 선고 昭50(オ)324호 판결	208
東京高裁 1985(昭和 60). 11. 14. 선고 昭59(ネ)1446호 판결	302
東京高裁 1989(平成 1). 6. 20. 선고 平元(ワ)327호 판결	32
東京高裁 1992(平成 4). 9. 24. 선고 平3(ネ)835호 판결	114
東京高裁 1994(平成 8). 4. 16. 선고 平5(ネ)3610호, 平5(ネ)3704호 판결	29, 135
東京高裁 1995(平成 7). 1. 31. 선고 平6(ネ)1610호 판결	114, 303
東京高裁 2001(平成 13). 5. 30. 선고 平12(ネ)7호 판결	312
東京高裁, 2002(平成 14). 9. 6. 선고 平12(ネ)1516호 판결	212
東京地裁 1969(昭和 44). 5. 31. 선고 昭41(特わ)142호 판결	292
東京地裁 1976(昭和 51). 5. 26. 선고 昭46(ワ)151호 판결	220
東京地裁 1977(昭和 52). 11. 14. 선고 昭49(ワ)5415호 판결	220
東京地裁 1984(昭和 59). 5. 14. 선고 昭52(ワ)2028호, 昭53(ワ)6990호 판결	302
東京地裁 1985(昭和 60). 4. 26. 선고 昭(ワ)2143호 판결	256
東京地裁 1993(平成 5). 8. 30. 선고 昭63(ワ)6004호 판결	114

東京地裁 1994(平成 6). 1. 31. 선고 평4(㉿)19495호 판결	135
東京地裁 1994(平成 6). 2. 18. 선고 평4(㉿)2085호 판결	305
東京地裁 1996(平成 8). 9. 30. 선고 평3(㉿)5651호 판결	32, 114, 178
東京地裁 1998(平成 10). 11. 27. 선고 평5(㉿)11758호 판결	28
東京地裁 1999(平成 11). 1. 29. 선고 평10(㉿)21662호 판결	28
東京地裁 1999(平成 11). 11. 17. 선고 평10(㉿)16389호 판결	311
東京地裁, 2000(平成 12). 2. 18. 선고 평10(㉿)17119호, 평10(㉿)21184호, 평10(㉿)21285호 판결	212
東京地裁 2000(平成 12). 8. 30. 선고 평11(㉿)29127호, 평12(㉿)5331호 판결	238
東京地裁 2004(平成 16). 3. 24. 선고 평14(㉿)28035호 판결	15
大阪地裁 1951(昭和 26). 10. 18. 선고 昭24(㉿)909호 판결	292
大阪地裁 1982(昭和 57). 3. 30. 선고 昭1(㉿)4278호 판결	296
大阪地裁 1992(平成 4). 4. 30. 선고 昭61(㉿)4752호 판결	249
大阪地裁 1995(平成 7). 3. 28. 선고 평4(㉿)1958호 판결	302
富山地判 1978(昭和 53). 9. 22. 선고 昭和 46(㉿)33호, 71호 판결	123, 135, 292, 294

## Abstract

The theory of substantial similarity states that copyright infringement takes place when there is substantial similarity between the plaintiff's copyrighted work and the defendant's work, even when they are not completely identical to each other. Although substantial similarity is considered one of the most significant and controversial issues concerning copyright infringement litigations, substantial similarity standard is highly difficult to generalize. Hence, it raises one of the most difficult questions in the realm of copyright law.

However, making continuing efforts to set up a more systematic and detailed substantial similarity standard is definitely necessary in order to enhance legal stability and reduce social costs with regard to copyright related disputes. Unfortunately, relatively few researches have been devoted to the comprehensive study on substantial similarity standard in Korea. With this in mind, this thesis aims to study the underlying principle that governs the determination of substantial similarity, to provide a consistent and systematic framework encompassing all the relevant issues, and to suggest useful guidelines on deciding substantial similarity regarding each form of the copyrighted work.

In the first place, this thesis argues that substantial similarity is similarity that meaningfully reduces the incentive to create. It has been claimed that substantial similarity exists when an ordinary observer feels that the expressive part of the copyrighted work has been improperly appropriated. However, this does not give us any significant and substantive answer as to why some similarities are substantial and why some are not. To give meaningful answers to this question, we

need to understand what the purpose of copyright law is and how the substantial similarity theory performs its function with regard to that very purpose. The ultimate purpose of copyright legislation is to foster the growth of learning and culture for the public welfare by giving substantial incentives to the creators. Therefore, striking a delicate balance between the protection to which creators are entitled and the freedom that exists for the public to access and use the copyrighted works, or in other words, defining the scope of copyright protection, is perhaps the most significant issue in the area of copyright law. The scope of copyright protection is largely influenced by the scope of substantial similarity. Thus, determining substantial similarity is about deciding how much incentive should be given to the creators. To be more specific, the court should handle the substantial similarity issue in relation with the incentives to create. Therefore, the final question the fact finder should ask oneself in the process of deciding substantial similarity would be "Will the incentive to create meaningfully be reduced if we leave this similar work alone without holding it liable?". Through this process, the link will be created between the most comprehensive, abstract purpose of the copyright regime and the most specific, detailed finding of substantial similarity.

Secondly, this thesis viewed general standard of substantial similarity from two different aspects. The first aspect, what I would call a substantive aspect, is about what and how much to protect. As to the "what to protect" issue, idea/expression dichotomy matters. The distinction between ideas and expressions is influenced by the attributes and the social surroundings of each copyrighted work. In general, the more specific, creative elements which can be expressed in many different ways, and which are not building blocks and not

socially expensive to protect are more likely to fall on the expression side. As to the "how much to protect" issue, the degree of similarity to constitute copyright infringement is largely dependant on the qualitative value of the appropriated portion, the quantum of originality and the availability of variations of expression in plaintiff's work. The second aspect, what I would call a methodological aspect, is about the perspective and the process in deciding substantial similarity. As to the "perspective" issue, it is adequate to view the two works at issue from the standpoint of an ordinary observer. However, in some copyright infringement actions where the complexity of the subject matter or artfully camouflaged plagiarism is at issue, expert testimony may play an important role with respect to the substantial similarity analysis. As to the "process" issue, dissection approach, which eliminates unprotected elements first and then move on to determine substantial similarity comparing only protected elements with the allegedly infringing work, seems theoretically correct. But in reality, what I would call a three-step approach seems more adequate. This process would be to compare two works as a whole and figure out the similar elements, remove unprotected elements from the list, and then finally make value judgment whether the remaining similarities can still justify an illegal appropriation.

Lastly, this thesis provided detailed guidelines concerning each type of copyrighted work, reflecting a considerable number of foreign and domestic relevant cases. The substantial similarity standard will vary with the type of work at issue. Different elements and policy needs should be reflected in the process of judging substantial similarity. For instance, the scope of substantial similarity ought to be different between a novel and a software. Finding out the stereotype elements

of each copyrighted work, and to study the expressiveness and the significance of those elements will be greatly helpful in setting forth the guiding principles.

Providing a detailed substantial similarity standard has its limit due to its highly fact-specific feature. It is also closely related to the scope of copyright protection, which is always changeable according to the emergence of new types of work, technologies or forms of expressions. Therefore, substantial similarity standard ought to be flexible in order to embrace all those changes to take place in the future. To upgrade the standard, we need to constantly consider the optimum scope of copyright protection, perform more profound investigations on the features and surroundings of the respective copyrighted work, and continually analyze upcoming decisions.

Key words : Substantial similarity, Copyrighted work, Copyright Infringement, Scope of Copyright Protection, Idea/expression dichotomy, Plagiarism

Student ID Number : 2000-30805