

저작권침해의 판단기준으로서의 실질적 유사성 -서울고법
2003.12.16. 선고 2003나6530 판결

저자: 정상조

발행년도: 2006

문헌: 정보법 판례백선

권호: I (2006년)

출처: 박영사

[520]

1. 사실의 개요

원고는 1987.4.경 장편소설 '비명(비명)을 찾아서: 경성(경성), 쇼우와 62년'(이하, '이 사건 소설'이라고 한다)을 저작한 작가이고, 피고는 영화의 기획, 제작 및 수입배급 등을 목적으로 설립된 회사로서, 2001.9.경 영화 '2009 로스트 메모리즈(Lost Memories)'(이하, '이 사건 영화'라고 한다)를 제작하였다. 이 사건 소설의 줄거리는 "1909. 10. 26. 하얼빈역에서 안중근 의사가 이토오 히로부미(이등박문) 일본 추밀원 의장을 암살하는데 실패하고, 이토오 히로부미는 16년을 더 살면서 일본 정계를 이끌어 나가 마침내 대동아공영권을 완성하는 가공의역사적 배경하에서, 일본이 70여 년간 통치를 하는 동안 조선에 대한 역사와 진실은 사라지고 주인공 기노시다 히데요(목하세영) 역시 가공의 역사만 배워 일본말을 모국어로 알고 자신의 직장생활과 작품활동에 전념하던 중 큰아버지를 통해 자신이 신라시대부터 내려오는 박 씨 가문의 사람임을 알게 되고, 조선인으로서 정체성을 찾기 위해 고민하던 중 일본 교토 제국대학에서 구한 조선역사와 조선어에 대한 책자 '조선통사', '삼국사기', '한글던' 등을 찾아 복사해 오다가 체포되어 사상범으로 몰린 후, 심한 취조와 재교육과정을 거쳐 겨우 석방되나, 이 과정에서 자신의 가정은 일본인 헌병 소좌인 아오키 류우자브로우에 의해 파탄되고 딸까지 능욕을 당할 위기에 처하자, 아오키를 살해하고 자신의 이름 박세영(박세영)을 찾고 잊혀진 조선어, 조선어 문학과 역사의 맥을 잇기 위해 상해에 있는 조선의 망명정부를 향하여 도피하게 된다"는 내용이다. 다른 한편, 이 사건 영화는 "한국은 2000년대에 들어서 남북 통일이 되어 동아시아의 강대국으로 성장했는데, 한·중·일 3개국이 공동으로 옛 고구려 지역을 조사하다가

[521]

타임머신과 같은 역할을 하는 '영고대'라는 유물과 영고대를 움직이는 열쇠 역할을 하는 초승달 모양의 돌칼인 '월령'이라는 유물을 발견한다. 이 두 유물은 먼저 일본의 손에 들어갔고, 일본은 이 유물들을 이용하여 '이노우에 겐지'라는 사람을 1909년으로 보낸다. 그리고 이노우에는 이토오 히로부미를 암살하려는 안중근 의사를 저격하여 암살기도는 실패로 끝나

고, 그 이후 역사는 바뀌어 일본이 계속 조선을 식민지로 지배하게 되며 동북아와 세계 정세에 영향력을 미치는 강대국으로 성장하게 된다. 한편, 일본의 식민지 지배하에 있는 경성(서울)에서는 조선인 사카모토 마사유키와 일본인 사이고 쇼지로가 특수수사요원으로서 활약을 하는데, 이들은 정계의 거물급 인사인 이노우에가 설립한 재단이 주최하는 유물 전시장에 침입한 반정부 레지스탕스 후레이센진(불령선인)들을 진압하기 위한 작전에 투입되어 그 사건을 조사하다가 일본이 위와 같이 영고대와 월령을 이용하여 역사를 바꾸었다는 사실을 알게 되고, 영고대를 이용하여 1909년의 하얼빈으로 돌아가게 되는데, 안중근 의사가 1909. 10. 26. 하얼빈역에서 이토오 히로부미를 암살하려는 순간, 사카모토는 안중근을 저격하려는 이노우에를 발견하고 그를 향해 총으로 겨누고, 사이고는 사카모토를 막기 위하여 그에게 다시 총으로 겨누게되지만, 사카모토는 이노우에와 사이고를 모두 쏘아서 안중근 의사가 이토오 히로부미의 암살기도를 성공적으로 마칠 수 있도록 도와주어 왜곡된 역사를 바로잡고, 광복군의 일원이 되어 항일투쟁을 한다"는 내용이다.

2. 판결의 요지

이 사건 소설과 영화는 모두 안중근 의사가 하얼빈역에서 이토오 히로부미를 암살한 역사적 사실에 대하여 그 결말이 역사적 사실과 달리 암살이 미수에 그쳤다고 가정하면서 그 후의 역사 전개과정을 재구성하여 그것을 작품의 배경으로 삼는 대체역사 기법을 사용하고 있다는 점, 안중근 의사의 암살기도가 실패로 끝나 이토오 히로부미가 16년간 더 생존하면서 일본이 제2차 세계대전의 패전국을 면하고 세계적인 강대국으로 성장하고 한반도는 아직도 일본의 식민지 상태라는 가공의 배경을 설정하고 있는 점, 조선의 역사와 문화에 대해서 알지 못하고 스스로 일본인으로 인식하는 주인공이

[522]

차츰 조선의 역사와 조선인으로서의 정체성을 찾아가는 과정을 그리고 있다는 점에서 역사적 배경이나 상황설정이 다소 유사하다는 점을 부인할 수 없지만, 그러한 유사성은 대체역사의 기법이라고 하는 널리 알려진 방법의 유사성 및 배경과 상황이라고 하는 아이디어의 유사성에 불과한 것이고, 창작적인 표현에 있어서의 실질적인 유사성이나 종속관계를 인정할 수는 없다.

작품의 성격과 인물의 설정, 전개과정 등에 있어서도 양 작품은 상당한 차이를 보여주고 있다. 예컨대, 양 작품의 성격을 보면, 이 사건 소설은 쇼우와(소화) 62년 경성(경성)을 주 무대로 하여 주인공이 1년 동안 일상생활 속에서 겪게 되는 사건들을 시간적 순서에 따라 기술하면서 그 사건들 속에서 주로 주인공의 심리 및 내면의 갈등에 초점을 맞추고 있는 문학작품인데 반하여, 이 사건 영화는 2009년 경성을 배경으로 하여 조선인 출신인 주인공이 소속된 일본 경찰과 조선인 레지스탕스들과의 총격전 등 물리적인 충돌 장면을 중점적으로 부각하면서 영고대를 이용해서 1909년으로 돌아가 조작, 왜곡된 역사를 바로잡고, 그 과정에서 일본인 동료 수사요원과의 갈등과 오락적 요소를 강조한 SF액션영화라는 점에서 커다란 차이가 있다. 등장인물에 있어서도, 이 사건 소설의 주인공인 기노시타 히데요는 일본어만을 구사하고 취미로 시집을 내는 평범한 회사원인 기혼의 중년 남성으로서 일본인 직장상사(야마시타)의 조선인 차별과 직장 후배(시마즈 도키에)와의 연인관계를 통하여 일상에서 일어나는 사건에서의 주인공의 심리와 당시의 시대적 상황 등을 표현하고 있는 반면에, 이

사건 영화의 주인공인 사카모토 마사유키는 젊고 유능한 일본 경찰 조사국의 특수수사요원으로서 한국어도 자유롭게 구사하며, 레지스탕스, 직장 동료(사이고 쇼지로) 등과의 대립, 갈등관계 속에 놓여 있다. 또한, 그 전개과정과 결말에 있어서도 이 사건 소설에서는 주인공이 식민통치 하에서 조선의 역사와 조선인으로서의 정체성을 찾으려는 노력을 시도하다가 일본으로부터 박해를 받던 중 그 과정에서 가족들을 괴롭히는 일본군 헌병 아오키를 살해하고 조선의 망명정부가 있는 상해로 떠나게 된다는 내용으로서 대체역사 기법이 시종일관 유지되는데 반하여, 이 사건 영화에서는 주인공이 일본의 특수수사요원으로서 월령과 영고대를 이용하여 과거로 돌아가서 일본에 의해서 조작된 역사를 원래대로 바꾸어 2000년대의 통일된 한국으로 결말을 맺고 있다는 점에서 커다란 차이가 있다. 따라서, 양작품은 저작물의 성격이나 구체적인 인물 설정관계, 사건의

[523]

전개과정 및 결말, 사건의 표현방식 및 갈등의 해결방식 등에 있어서 상당한 차이가 있고, 이 사건 영화가 이 사건 소설의 2차적 저작물에 해당한다고 할 수 없을 뿐 아니라, 이 사건 소설의 동일성 유지권 등 저작인격권을 침해하였다고 볼 수 없다.

3. 해설

가. 문제의 소재

저작권침해 여부의 판단 특히 어느 작품이 다른 작품을 표절한 것인지 여부의 판단은 양작품이 실질적으로 유사한지 여부를 기준으로 판단하게 된다.주1) 그런데, 이 사건에서처럼 문제된 양작품이 그 문자적 표현이나 등장인물들의 구체적인 대사에 있어서는 상당히 다르고 오직 그 상황설정, 배경, 줄거리, 등장인물의 유형 등에 있어서만 유사한 경우에 저작권 침해에 해당되는 실질적 유사성이 있다고 볼 수 있는지에 관한 판단은 아주 어려운 문제로 제기되어 왔다. 기본적으로 저작권법은 아이디어/표현 이분법(idea/expression dichotomy)에 입각해서, 저작물의 창작적인 표현은 보호하지만 그러한 표현에 의해서 전달되는 아이디어 자체는 보호하지 않는다. 따라서, 저작권침해 여부의 판단기준도 양 작품의 아이디어에 있어서의 실질적 유사성을 기준으로 해서는 안되고 그 창작적 표현에 있어서의 실질적 유사성 여부를 기준으로 해야 한다. 한편, 아이디어와 표현은 칼로 무를 자르듯이 명쾌하게 분리하기 어렵기 때문에, 양 작품의 가장 구체적인 표현으로부터 가장 추상적인 아이디어에까지 이르는 여러 단계의 추상화 단계 가운데 양 작품의 유사하다고 문제된 부분 예컨대 상황 설정, 배경, 줄거리, 등장인물 등이 어느 단계에 해당되는지 면밀하게 분석할 필요가 있다. 다시 말해서, 작품의 유형, 추상적인 인물유형, 또는 대강의 줄거리와 같이 추상화된 것은 주제 그 자체와 구별하기 어려운 아이디어에 불과하지만,주2) 다른 한편으로 구체적이고 창작적인 이야기 줄거리(detailed plot)와 사건의 전개(sequence of events) 및 주요 등장인물의 성격과 상호관계(character

[524]

relationship)에 있어서 양작품이 실질적으로 유사해서 독자 또는 시청자의 머리 속에 실질적으로 유사한 그림이 그려진다면 양작품의 그러한 비문자적 유사성(non-literal similarity)도 저작권침해의 근거가 될 수 있다.주3) 요컨대, 줄거리, 사건전개, 등장인물 등이 아이디어에 불과한지 아니면 표현으로서 보호받을 수 있는 것인지를 판단은 어느 정도로 구체화된

단계의 줄거리, 사건전개, 등장인물의 성격과 상호관계를 뜻하는지에 따라서 달라지게 된다.
주4)

나. 실질적 유사성의 판단기준

실질적 유사성(substantial similarity)은 표절행위 가운데 위법한 표절 또는 저작권침해에 해당되는 표절행위가 무엇인지를 가려내기 위한 기준이다. 저작권침해 여부의 판단기준으로서의 실질적 유사성에 관한 판단은 두 단계의 판단으로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 피고 작품이 원고 작품의 창작적 표현(protected expression)을 도용했는지 또는 양 작품의 유사한 줄거리, 사건전개, 등장인물 등이 창작적 표현에 해당되는지 여부에 관한 판단을 해야 한다. 둘째, 독자라거나 시청자와 같은 수요자(audience) 또는 "통상적 관찰자(ordinary observer)"의 시각에서 볼 때 원고의 "창작적 표현"과 그러한 창작적 표현을 도용한 피고의 작품이 실질적으로 유사하다고 볼 수 있는지를 주5) 또는 줄거리, 사건전개, 등장인물의 구체적이고 창작적인 표현에 이르기까지 실질적으로 유사해서 피고작품의 수요자는 원고작품을 더 이상 읽거나 감상할 필요가 없게 되었는지 여부에 관한 판단을 해야 한다. 주6)

(1) "창작적 표현"의 기준

저작권침해 여부를 판단하기 위해서는 피고작품이 원고작품의 "창작적 표현"을 도용했는지 여부를 살펴보아야 한다. 주7) 따라서, "창작적 표현"의 기준을 구체적인 분쟁에 적용하기 위해서는 문제된 작품의 아이디어는 무엇이고 어디서부터 비교의 대상 또는 보호받을 수 있는 표현에 해당되는지에 관한 판단이 선행되어야 한다. 무엇이 "보호받을 수 없는 추상적 아이디어"에

[525]

불과한 것이고 어디에서부터 "보호받을 수 있는 표현"에 해당되는지를 분석함에 있어서는, 소위 "추상화(abstraction)", "아이디어·표현의 융합(merger of idea and expression)", "전형적 삽화(scene a faire)"에 관한 이론을 참고할 필요가 있다.

추상화라고 함은, 저작자가 핵심적인 주제나 아이디어로부터 출발해서 구체적인 표현을 창작하게 되는데 반해서, 저작권침해 여부를 판단해야 하는 법원로서는 그러한 창작의 순서와 정반대의 순서로 소급해 가면서 구체적인 표현으로부터 여러 단계의 추상화(abstraction)를 통해 저작자가 전달하고자 하는 아이디어나 주제가 무엇인지를 확인해 보게 된다는 것이다. 주8) 예컨대, 소설이나 영화극본 등은 문자 등으로 구성된 구체적인 표현으로부터 일련의 사건전개(sequence of events)와 등장인물의 상호관계(character relationship)를 추출할 수 있고 그로부터 추상화된 줄거리와 작품의 성격을 확인할 수 있을 것이며 그 후 또 다시 여러 단계의 추상화 또는 일반화를 거치면 최종적으로는 그 극본이 무엇에 관한 것인지 또는 극본 제목만으로 구성된 아이디어만 남게 된다. 주9) 따라서, 추상화는 문자 등으로 구성된 구체적인 표현으로부터 여러 단계의 추상화를 거쳐서 어느 단계부터 보호받을 수 없는 아이디어의 단계에 해당되는가의 판단을 비교적 객관화·시각화하기 위한 방법이다.

"추상화"를 통해서 아이디어와 표현을 구별할 수 있는 경계선을 찾아낸다고 하더라도, 추상적 아이디어의 경계를 넘는 범위의 표현이 모두 언제나 저작권법에 의해서 보호되는 것은 아니다. 만일 특정 아이디어와 그 표현이 분리할 수 없을 정도로 융합(merger of idea and expression)되어 있는 경우에는, 표현에 대한 보호가 결과적으로 아이디어에 대한 보호로 되기 때문에, 아이디어와 표현이 융합되어 있는 경우에는 그 표현도 아이디어와 마찬가지로

보호받지 못한다는 법리가 발전되어 왔다. 마찬가지로 이유로, 어느 표현이 특정 아이디어를 표현하는 필수적이거나 전형적으로 사용되는 표현인 경우에, 그 표현의 저작권법적 보호는 아이디어의 보호와 마찬가지로의 결과로 되기 때문에 그러한 전형적 표현은 보호될 수 없다. 특정 아이디어를 다룸에 있어서 특정 표현을 사용하지 않을 수 없는 경우에, 그러한 필수적 또는 전형적

[526]

표현이나 삽화는 우선 창작성이 없고 그와 실질적으로 유사한 표현을 위법하다고 말할 수 없기 때문에 저작권의 보호대상에서 제외한다는 것이 전형적 삽화의 원칙(scenes a faire doctrine)이다.주10)

(2) 통상적 수요자/관찰자 기준

양작품의 줄거리, 사건전개, 등장인물의 유사성이 "창작적 표현의 도용"으로서 저작권침해에 해당될 정도인지 여부를 판단함에 있어서는, 원고의 작품이 겨냥하고 있는 "독자들이나 시청자들(audience)" 또는 원고 작품의 통상적인 수요자/관찰자(ordinary observer)들이 원고와 피고의 작품을 실질적으로 유사한 것으로 볼 것인지 여부를 고려할 수 있다. 기본적으로, 저작권법은 저작자에게 그 창작적 표현에 대한 일정한 수요자 시장을 보장해 줌으로써 창작촉진이라고 하는 법목적의 달성을 수 있기 때문에, 바로 그러한 수요자 기준(audience test) 또는 관찰자 기준(ordinary observer test)에 입각해서 줄거리, 사건전개, 등장인물의 유사성의 정도가 양작품의 시장을 상호대체할 정도에 해당되는지 여부를 판단하는 것이 유용한 판단기준이 될 것이다. 그러나 "수요자 또는 통상적 관찰자"의 시각에서 판단한다고 해서 여론 조사하듯이 일반인의 느낌을 조사해야 하는 것은 아니다. 문제된 작품의 "수요자"의 시각에서 수요자를 기준으로 "법원"이 창작적 표현에 있어서의 실질적 유사성을 비교해야 한다는 것을 의미할 뿐이다. 일반인의 느낌을 조사하게 되면, 오히려 창작적 표현에 한정하지 않고 아이디어의 유사성까지도 포함해서 판단하는 오류를 범할 수 있기 때문이다.주 11)

다. 대상판결의 의의

대상판결은 저작권침해 여부의 판단기준으로 "실질적 유사성"이라는 기준이 저작물의 상황 설정, 줄거리, 사건전개, 등장인물에 어떻게 적용되는지를 잘 보여 준 좋은 선례로서의 의미를 가진다. 특히, 대상판결은 단순한 상황설정이나 추상적 인물유형 또는 대체역사의 서술 방법론에 있어서의 유사성은 저작권침해에 해당되는 "창작적 표현의 실질적 유사성"의 정도에 이르지 않는다는 점을 잘 설명해 주고 있다. 특히, 대상판결은 통상적 수요자/관찰자의

[527]

시각에서 대체역사의 방법론에 충실한 문학작품과 오락적 요소를 강조한 SF 액션영화의 상당한 차이점을 중시하고 있는 것으로 보인다.

주1)

줄고, "창작과 표절의 구별기준", 서울대학교 법학 44권 1호(2003.3.), 107 이하.

주2)

[대법원 2000.10.24. 선고 99다10813 판결.](#)

주3)

[서울고법 1995.10.19. 선고 95나18736 판결.](#)

주4)

Leslie A.Kurtz, Speaking To The Ghost: Idea And Expression In Copyright, 47 U.Miami L. Rev. 1221(1993).

주5)

[대법원 1998.7.10. 선고 97다34839 판결.](#)

주6)

Paul Goldstein, Copyright(Little, Brown and Co., 1996), Vol. 2, 7: 21.

주7)

[대법원 1991.8.13. 선고 91다1642 판결: 1993.6.8. 선고93다3073, 3080 판결.](#)

주8)

Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F 2d 119(2d Cir. 1930)에서 유래된다.

주9)

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

주10)

[대법원 2000.10.24. 선고 99다10813 판결.](#)

주11)

Melville B.Nimmer&David Nimmer, Nimmer on copyright(New York: M.Bender, c1995), §13 [B] [1] [a] , at 13-48.