

11. 저작권의 침해와 구제 I

한밭대학교

김 창 화

저작권재산권 침해

➤ 저작권재산권 침해의 의의와 유형

- 의의: 저작물의 허락 받지 않은 이용
- 유형: dead copy, 실질적 동일성이 인정되는 경우, 실질적 유사성이 있는 경우, 독립된 저작물이 된 경우 – 앞의 두가지는 침해에 해당, 세번째는 2차적저작물작성권 침해, 마지막의 경우는 침해가 아님
- 침해관련 분쟁의 주된 쟁점: 실질적 유사성이 있느냐 여부
- 저작물 중 보호받지 못하는 요소: 공중의 영역(public domain), 아이디어·표현 이분법, 합체의 원칙

➤ 침해의 요건(3가지)

- 저작권 침해를 주장하는 자가 유효한 저작권을 가지고 있을 것
- 주관적 요건으로서 침해자의 저작물이 원고의 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것 (의거)
- 객관적 요건으로서 침해자의 저작물이 원고의 저작물과 동일성 내지는 중속성(실질적 유사성)을 가지고 있을 것 (부당한 이용)

저작권재산권 침해

➤ 주관적 요건 – 의거

- 의의: 저작권이 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것이 요구됨, 실제로 알지 못한 이상 이용한 것으로 되지 않아 의거성이 부정됨, 표현내용을 인식하고 있으면 족하고, 기존 저작물이 보호대상이 되는 저작물이라는 인식이나 저작자가 누구라는 사실에 대한 인식까지 요구하는 것은 아님
- 대상: 간접적으로 의거(복제물을 보고 베낀 경우)한 경우도 침해로 인정됨, 의거의 대상은 표현이어야 함, 잠재의식(무의식)의 의거는 원저작물을 이용하는 의사를 가지고 한 것이 아니므로 의거요건을 충족하지 않는 것으로 봄

➤ 의거의 입증

- 입증의 방법: 의거하여 이를 이용하였다는 점을 직접 또는 간접적인 증거에 의하여 입증할 수 있음, **직접적인 증거**는 자인하는 경우나 증인의 증언, **간접적인 증거**는 원고의 저작물에 **접근**하였다는 사실 등을 입증하여 그로부터 의거를 추정하는 방식이 일반적임, 대부분의 경우에는 간접적인 증거에 의해 이루어짐, **접근과 유사성에 의해 추정됨**, 현저한 유사성이 양 저작물 사이에 있다는 간접사실 등, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다8984 판결(선덕여왕 사건: 의거관계는 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이의 유사성이 인정되면 추정할 수 있고, 특히 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 **현저한 유사성**이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다)

저작권재산권 침해

- 접근과 유사성: 의거를 추정하는 간접사실 중 하나인 접근은 반드시 피고가 실제로 원고의 저작물을 보았거나 그 내용을 알았다는 것을 의미하는 것은 아니며, **보거나 접할 상당한 기회를 가졌다는 것을 포함하는 의미이며**, 판례는 그리하여 접근이라는 용어 대신 **접근가능성**이라는 용어를 사용하기도 함, 그러나 단순한 가능성만으로는 부족하고, 접근을 추정하기 위하여는 접근에 대한 **상당한 가능성**이 존재해야 하고, 단순히 접근할 기회가 있었을 것이라는 의심만으로 접근을 추정할 수는 없음, 더 나아가 두 저작물 사이에 유사성이 존재해야 함, **접근과 유사성의 두 가지 간접사실**이 모두 존재하여야 복제행위를 추정할 수 있음, 상호보완적 관계, **유사성이 강할수록 접근에 관한 증거가 상대적으로 부족하더라도 의거 또는 복제행위를 추정할 수 있는 가능성이 높아지게 됨**, 유사성이 전혀 없다면 접근에 관한 증거가 충분하다고 하더라도 의거 또는 복제행위를 인정할 수 없음

저작권재산권 침해

- 현저한 유사성: 원고 저작물과 피고 저작물 사이의 유사성이 실질적인 유사성을 넘어 충분히 현저한 유사성을 가지고 있는 경우에는 따로 접근의 입증을 요하지 않고 의거가 사실상 추정됨, 즉, **의거관계를 입증하기 위해서는 접근과 유사성 두 가지 간접사실을 입증하거나, 현저한 유사성이라는 한 가지 간접사실을 입증하면 됨**, 충분히 현저하다고 하기 위해서는 그 유사성이 우연의 일치나 공통의 소재 등으로는 어렵고, 오직 피고의 저작물이 원고의 저작물에 의거한 것에 의해서만 설명될 수 있는 정도의 것이어야 함, 물론 이러한 추정은 독립적으로 창작된 것임을 입증함으로써 번복 가능함, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결(의거관계는 기존의 저작물에 대한 접근 가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이의 유사성이 인정되면 추정할 수 있고, 특히 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다), **공통의 오류**(현저한 유사성의 대표적인 사례가 공통의 오류이며, 공통의 오류가 발견되면 의거가 사실상 추정됨, 지도나 전화번호 등에 오자를 집어 넣음, 주관적 요건에 대해서만 추정 가능할 뿐)

저작권재산권 침해

- 추정의 반복: 접근과 관련하여 피고가 접할 수 있는 매체를 통하여 널리 전파되지 아니하였다는 점을 입증하거나, 원고가 피고가 근무하는 회사에 자신의 저작물을 제출한 적이 있다는 점을 입증하였을 경우, 원고로부터 직접 저작물을 제출받은 사람이 피고의 작품활동과는 전혀 무관한 위치에 있었다는 점을 입증함으로써 접근을 부인할 수 있음, 원고의 저작물이 아닌 그와 유사한 제3의 저작물이 존재하고 피고는 그를 차용한 것임을 입증한다던가, 피고가 원고보다 먼저 창작하였다는 증거, 독립적으로 창작하였다는 증거에 의해 반복할 수 있음

➤ 객관적 요건 – 부당한 이용

- 피고가 원고의 저작물을 부당하게 이용하였을 것이 필요함
- 부당이용이 성립하기 위해서는 피고가 원고의 저작물 중 보호받는 표현을 이용하였을 것, 일반 청중이 원고의 저작물 중 보호받는 표현과 피고의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있음을 인식할 것의 두 가지 사실을 입증해야 함
- 실질적 유사성이 있는 경우 부당이용을 판단하는 하나의 기준 또는 판단자료가 됨
- 시장적 경쟁관계에 있는지 여부도 판단의 자료가 될 수 있음

저작권재산권 침해

➤ 침해의 판단 방법

- 아이디어와 표현의 구분

- 추상화이론: 하나의 저작물에서 보호를 받지 못하는 아이디어가 어느 지점에서부터 보호를 받을 수 있는 표현으로 구체화 하는지를 판단하기 위하여 저작물을 단계적으로 추상화해 나가는 방법을 사용함, 로미오와 줄리엣에서 적대적인 두 가문을 배경으로 한 젊은 남녀가 사랑에 빠지고 우여곡절 끝에 죽음에 이른다는 비극적인 사랑에 관한 작품이라든가, 두 젊은 남녀의 비극적인 애정극, 더 나아가서는 단지 애정극이라는 한 마디로 이를 추상화해 나갈 수 있는데, 그 중 어느 단계에서인가 아이디어와 표현의 경계선을 찾아낸다는 것임

- 유형이론: 추상화 이론에 대한 보완이론으로서 저작물의 유형은 추상화이론에서 살펴 본 보호받는 영역과 보호받지 못하는 영역 중 보호받는 영역에 속한다는 것임, 양 저작물 사이의 실질적 유사성을 인정하기 위해서는 단순히 사상, 주제가 같다는 것만으로는 부족하고 사건의 구성 및 전개과정과 등장 인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다는 취지의 판결(서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합 62247 판결)

저작권재산권 침해

- 보호받는 표현 및 청중 테스트
 - 부당이용이 되기 위해서는 보호받는 표현을 이용하였어야 함(보호받는 표현 테스트), 보호받는 창작적인 표현 부분을 보호받지 못하는 아이디어로부터 분리하는 것, 시장적 경쟁관계에 있는지 여부
 - 일반 청중이 실질적 유사성을 느낄 수 있어야(청중테스트)
- 전체적 판단방법과 분해식 판단방법
 - 전체적 판단방법은 보호를 받지 못하는 부분까지 포함하여 저작물 전체로서의 유사성을 판단하는 것, 분해식 판단방법은 보호받을 수 있는 부분만을 가지고 판단하는 방법
- 추상화-여과-비교 테스트
 - 보호받는 표현을 추상화와 여과단계에서 분리하고, 이후 비교하여 실질적 유사성 여부를 판단함

저작권재산권 침해 사례

➤ 어문저작물

- 논픽션 또는 기능적 어문저작물: 사건이나 전개과정 자체는 창작적 표현능력을 발휘할 수 있는 영역이 아님, 학술이론이나 사실정보는 아이디어의 영역에 속함
- 문예적 또는 픽션 어문저작물: 주제(theme)는 보호되지 않음, 기본적인 구성(사랑에 의한 교화 등)은 보호되지 않음, 필수장면의 원칙
- 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합 4017 판결: 여우와 솜사탕 사건은 드라마 대본 사이의 저작권 침해 여부가 다투어진 사건인데, 양 대본에 등장하는 남녀 주인공, 남자주인공 부모, 여자주인공 부모들의 성격이 유사한 점이 인정되고, 이에 따라 양 대본 모두 남자주인공과 여자주인공의 갈등, 남녀 주인공의 어머니들의 갈등 등 서로 상당 부분 대응되는 공통점이 있다고 한 후, 원고 대본에 등장하는 각각의 어문적 캐릭터는 저작권법의 보호를 받기 어려우나, 사건의 전개는 등장인물들 각자의 캐릭터 상호간의 갈등의 표출과 그 해소과정이라고 볼 수 있다는 점에서 그러한 캐릭터들의 조합은 저작권의 보호대상이 된다

저작권재산권 침해 사례

- 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결: 어떤 저작물이 원저작물에 대한 2차적 저작물이 되기 위하여는 단순히 사상(idea), 주제(theme) 또는 소재가 동일하거나 비슷한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 실질적 유사성(substantial similarity) 즉 사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 있어 공통점이 있어야 할 것인바, "행복은 성적순이 아니잖아요"라는 동일한 제명의 이 사건 무용극과 영화가 우리나라 청소년교육의 문제점과 경쟁위주의 사회현실을 고발하고 그 해결책을 모색한다는 내용의 주제에 있어 공통점이 있고 소재에 있어서도 유사한 점이 있으나 위 무용극은 3장에 걸쳐 각 장별로 공부하다 벌 서고 시험치기를 되풀이 하는 학생들의 일상생활과 경쟁사회 속에서 시험공부에 시달려온 한 여학생이 "난 1등 같은거 싫은데... 난 남을 사랑하며 친구와 살고 싶은데... 행복은 성적순이 아니잖아"라는 독백 끝에 쓰러지는 모습 및 기진맥진하여 쓰러졌던 청소년들이 고향의 봄을 부르며 소생하듯 일어나 우리나라 어린이들이 즐기던 놀이를 벌이는 모습 등을 무용과 배경음악, 효과 등을 통하여 상징적으로 표현하고 있는 반면 위 영화는 특정된 고교 2년생들의 삶이 구체적인 스토리별로 전개되어 가면서 그들의 욕구, 갈등, 희열, 좌절 등이 학교성적과 맞물리며 투영되는 등 그 등장인물과 사건전개 등 실질적 구성면에서 현저한 차이가 있어 무용극과 영화 사이에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현기법의 차이를 감안한다 하더라도 양자 사이에 원저작물과 2차적 저작물의 관계를 인정할 만한 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다.

저작재산권 침해 사례

- 서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결: 실질적 유사성에는 작품속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우(이른바 포괄적 비문자적 유사성: comprehensive nonliteral similarity)와 작품속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 유사성이 인정되는 경우(이른바 부분적 문자적 유사성: fragmented literal similarity)가 있다고 할 것이며, 원고의 이 사건 소설과 위 피고의 "연인"이라는 연속극의 대본을 비교해 보면, 원고의 이 사건 소설과 위 피고의 대본 사이에는 소설과 대본이라는 표현형식, 그 주제 및 구성에 있어서는 전체적인 개념과 느낌에 있어서 상당한 차이가 있음이 인정되나 그 구성요소 중 일부 사건 및 대화와 어투에 있어서 공정한 인용 내지 양적 소량의 범위를 넘어서서 원고의 이 사건 소설과 동일성이 인정되고, 부분적 문자적 유사성이 인정되는 이상, 위 피고의 "연인"이라는 연속극의 대본의 일부는 원고의 이 사건 소설의 존재를 알고 이에 의거하여 이루어진 것으로서 비록 원고의 이 사건 소설의 일부라고 할지라도 그 본질적인 부분과 실질적 유사성이 있고 이른바 통상적인 아이디어(idea)의 영역을 넘어서 위 소설의 경험적, 구체적 표현을 무단이용하였다고 보이므로 원고의 이 사건 소설의 저작권을 침해한 것이 된다고 할 것이다

저작권재산권 침해 사례

➤ 시각저작물

- 전체적인 컨셉과 느낌에 의해 판단
- 서울지방법원 2002. 9. 19.자 2002카합1989 결정: 건바운드 사건, 게임저작물의 구성요소 중 게임의 규칙과 진행방식과 같은 부분은 아이디어에 해당하여 보호범위 밖에 있음을 밝히고 있음, 합체의 원칙
- 서울중앙지방법원 2007. 1. 17. 선고 2005가합65093 판결: 붐버맨 사건, 게임방식이나 규칙은 특정인에게 독점권이 있는 것이 아니라 누구나 자유롭게 사용하여 다양한 표현으로 다양한 게임을 만들 수 있도록 하여야 한다
- 캐릭터: 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결: 101마리 달마시안은 디즈니의 정신적인 노력과 고심 끝에 만들어진 달마시안 캐릭터는 저작권법에서 요구하는 창작성의 요건을 갖추었다(원래 자연계에 존재하지만 만화주인공으로서만이 가질 수 있는 독특한 사랑스러움과 친숙함 등을 느낄 수 있도록 캐릭터를 고안하였음, 창작성을 인정)

저작재산권 침해 사례

- 사진저작물: 술섬사진 사건(서울중앙지방법원 2014. 3. 27. 선고 2013가합527718 판결: 자연 경관은 만인에게 공유되는 창작의 소재로서 촬영자가 피사체에 **어떠한 변경을 가하는 것이 사실상 불가능하다는 점**을 고려할 때 다양한 표현 가능성이 있다고 보기 어려우므로, 갑의 사진과 병회사의 사진이 모두 같은 촬영지점에서 풍경을 표현하고 있어 전체적인 콘셉트 등이 유사하다고 하더라도 그 자체만으로는 저작권의 보호대상이 된다고 보기 어렵고, 양 사진이 각기 다른 계절과 시각에 촬영된 것으로 보이는 점 등에 비추어 이를 실질적으로 유사하다고 할 수 없다)

저작권재산권 침해 사례

➤ 음악저작물

- 판단의 일반원칙: **리듬, 가락, 화성**
- 의거관계의 판단: 음악저작물에 있어서 의거관계의 입증은 단순히 상당한 정도의 또는 현저한 유사성이 있다는 것만으로는 부족한 경우가 많고, 다른 독립적인 증거, 즉 피고가 실제로 원고의 음악을 복제하였다는 객관적이고 외부적인 증거를 요구하는 경향이 나타나게 됨(서울중앙지방법원 2008카합1964 판결은 SK텔레콤이 티링이라는 명칭으로 제작하여 광고음악 내지 이동통신 서비스 식별음 등으로 사용함으로써 유명해진 솔미파라솔로 구성된 전자음이 신청인의 가요곡에 대한 저작권을 침해하였다고 주장한 사례에서 피신청인의 티링 음악은 불과 4, 5개의 제한된 음만으로 1내지 2초 사이에 소비자에게 해당 상품에 대한 단순하면서도 완결된 이미지를 전달하여야 하는 이른바 징글음악으로서 그 분량과 단순성에 더하여 대중의 취향에 부합할 수 있는 듣기 좋은 음의 배열은 한정되어 있는 점을 감안할 때, 양자의 의거관계가 추정될 만한 현저한 유사성을 인정하려면, 일반적인 보통의 감상자를 기준으로 하여 양자가 멜로디나 리듬뿐만 아니라 화성 및 실제 연주가 가창에서의 음색 등을 종합한 **전체적인 느낌**에서 전면적으로 중복되는 정도에 이르어야 할 것이다)

저작권재산권 침해 사례

- 실질적 유사성의 판단: **여섯 마디의 법칙**, 판례는 이를 배척(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결, 사랑은 아무나 하나 사건: 원고들이 속칭 "영자송"이라는 구전가요와 그의 아류로 여겨지는 다른 구전가요(아래에서는 편의상 "구전 여자야"라고 한다)를 기초로 작성한 가요 "여자야"(아래에서는 '이 사건 가요'라고 한다)는 두 구전가요의 리듬, 가락, 화성에 사소한 변형을 가하는 데 그치지 않고 두 구전가요를 자연스럽게 연결될 수 있도록 적절히 배치하고 여기에 디스코 풍의 경쾌한 템포(J=130)를 적용함과 아울러 전주 및 간주 부분을 새로 추가함으로써 사회통념상 그 기초로 한 구전가요들과는 구분되는 새로운 저작물로서 저작권법 제5조 제1항 소정의 2차적 저작물에 해당하기는 하지만, 피고 조방헌이 피고 박제성(그 음반의 표지에는 "박재성"이라고 인쇄되어 있다.)의 편곡을 거쳐 작성한 가요 "사랑은 아무나 하나"(아래에서는 '대상 가요'라고 한다)는 구전가요에서 따온 부분을 제외하면 그 전주 부분 5마디가 이 사건 가요의 전주 및 간주 부분과 유사하기는 하나 그것만으로는 이 사건 가요와 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다)

저작권재산권 침해 사례

➤ 기능적 저작물

- 양식(blank form): Mazer v. Stein 판결 – 부기방식에 관하여 저술한 원고의 책에 대하여 피고가 양식의 칸을 그와 다르게 배치하고 제목을 다르게 달 경우 비록 피고의 서적이 원고의 서적과 유사한 결과를 달성하기 위한 것이라 하더라도 저작권침해는 성립하지 않는다는 것이다
- 지도: 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결: 대표적인 기능적 저작물인 지도 및 그러한 지도를 포함한 여행안내책자와 관련하여 저작권재산권 침해의 요건을 엄격하게 적용한 사례
- 설계도면: 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결: 아파트 내부 평면도 및 배치도와 관련하여 이미 존재하는 아파트 평면도 및 배치도 형식을 다소 변용한 것에 불과한 것으로 보이는 점 등을 이유로 침해를 부정함
- 그래픽 사용자 인터페이스(GUI): 컴퓨터 사용자와 그 프로그램이 내장된 컴퓨터 사이에서 일종의 중개인 내지 통역인의 역할을 하는 GUI는 예술성보다는 신속한 작동과 오류의 최소화를 위한 기능성 및 효율성의 확보를 주된 목적으로 함, 부정하는 견해(합체의 원칙)와 긍정하는 견해(최소한도의 창작성)로 나뉨