

논문 2016-1-1

POSAR 테스트의 소개와 소프트웨어(SW) 감정에의 시사점

김시열*

An Introduction to POSAR Test and its Implications for Software Appraisal

Si-Yeol Kim*

요 약

.3단계 테스트(3-step test)는 최근 가장 각광받는 실질적유사성 판단 방식이지만 여전히 많은 문제를 내포하고 있다. 본 논문에서는 이에 대한 반성으로 최근 미국에서 제시된 POSAR 테스트에 관하여 살펴보고 우리나라의 소프트웨어(SW) 감정에 어떠한 시사점을 제공하는지에 관하여 살펴보았다.

Abstract

The 3-step test has recently come into the spotlight as a method for determining substantial similarity. The method, however, is still riddled with various issues. This study reflects on the current situation, and provides an overview of the POSAR Test recently proposed in the United States and its implications for software assessment in South Korea.

한글키워드 : POSAR TEST, AFC TEST, 3단계테스트, 실질적유사성, 소프트웨어 감정

keywords : POSAR TEST, AFC TEST, 3-step test, actual simliarity, software evaluation

I. 서 론

컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작권 침해 소송에 있어서 중요한 판단요소인 실질적 유사성을 밝히는 데는 미국의 제2연방항소법원에서 1992년

제시한 3단계 테스트의 활용이 최적의 방법이라는 인식이 최근 어느 정도 공감을 얻고 있다. 우리나라의 경우에는 법원에서 이를 전면적으로 받아들였다고 보기는 어려우나, 서울고등법원 2009. 5. 27. 선고 2006나113835, 2006나113842(병합) 판결에서와 같이 ‘추상화-여과-비교’의 과정을 적용하여 실질적 유사성을 판단한 사례도 발견할 수 있다. 물론 3단계 테스트를 정확히 반영하지 않은 것이라 하더라도 저작권법 상 기본원칙에

* 한국지식재산연구원 부연구위원, 법학박사
(email: sykimlaw@hanmail.net)
접수일자: 2016.5.10. 심사완료: 2016.5.27.
게재확정: 2016.6.19.

따른 분석은 어느 정도 이와 연관되는 특징이 높다는 점에 우리 역시 크게 거부감 없이 3단계 테스트를 받아들이고 있다는 점은 부정할 수 없다.

하지만 이 테스트가 실무적으로는 중요한 문제를 내포하고 있어 이에 대한 한계가 논의되기도 하고 있다. 이러한 상황에서 미국에서 기존 3단계 테스트에 대한 반성으로 새로운 실질적 유사성 판단 방식인 POSAR 테스트가 제시된 바 있어 살펴볼 필요가 있다.

2. 우리나라에서의 3단계 테스트

가. 저작권 침해입증 요건

컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작권 침해 분쟁에 있어서 저작권 침해여부를 입증하기 위한 요건은 완전히 일치하지 않으나,¹⁾ 판례의 입장이나 최근 학계의 주장 등을 보면 대체로 세 가지 요건을 충족할 것을 요구하는 것이 일반적이다.

이에 저작권 침해 여부를 입증하기 위해서 첫째, 원고가 유효한 저작권을 소유하고 있을 것, 둘째, 피고가 원고의 저작물에 의거(依據)하여 자신의 컴퓨터프로그램을 작성하였을 것, 셋째, 피고와 원고의 컴퓨터프로그램 사이에 동일성 내지 실질적 유사성이 존재할 것을 요건으로 하는 것이 보통이다.²⁾

저작권 침해 입증을 위한 세 가지 요건 중 가

장 중요한 것은 실질적 유사성의 존재를 입증하여야 하는 세 번째 요건이다. 실질적 유사성은 완전히 동일하거나 혹은 완전히 상이하지 않은 상태에서 어느 정도로 유사한 경우를 저작권 침해에 이르렀다고 볼 수 있을 것인가에 대한 문제이다. 즉 실질적이라는 점은 피고에게 저작권 침해의 책임을 물을 수 있을 정도의 유사성을 갖춘 경우를 의미하는 것이다.

물론 완전히 동일하게 복제한 것이 아닌 상태에서 피고의 컴퓨터프로그램이 원고의 것과 어느 정도 유사한 상태에 있는지, 또는 양자가 실질적인 정도로 유사한 상태에 있는지 여부를 판단하는 것은 그리 간단하지 않다. 실질적 유사성의 문제는 극단적으로 유사하지 않은 한쪽 끝에서부터 완전히 문자적으로 동일한 다른 한쪽 사이에 실질적 유사성의 경계를 긋는 선을 그리는 것이며,³⁾ 이 경계선은 저작권의 보호와 공정한 이용의 도모 사이에서 균형을 이루게 된다는 개념적 기준⁴⁾을 갖고 있다.⁵⁾

실질적 유사성은 아이디어가 아니라 창작성 있는 표현만을 궁극적인 보호의 대상으로 한다.

3) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 「Nimmer on Copyright」, Vol.IV, LexisNexis, 2010, 13-38면.

4) Nimmer 교수는 이점에 대해, 실질적 유사성의 판단, 즉 두 저작물이 어느 정도 유사한 것을 실질적으로 유사하다고 할 수 있겠는가라는 질문에 대해 명확히 경계선을 긋는 것은 매우 추상적인 작업이며, 저작권법 체계 안에서 가장 어려운 문제 중 하나이다라고 한 바 있다. Melville B. Nimmer & David Nimmer, 상계서(2010), 13-37면.

5) Nicholas R. Monlux, “An Invitation for Infringement : How the Ninth Circuit's Extrinsic and Intrinsic Similarity Tests Encourage Infringement : An Analysis Using *Reece v. Island Treasures Art Gallery*”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol.56, No.2-3, 2009, 543-544면.

1) Roger E. Schechter & John R. Thomas, 「Principles of Copyright Law」, Thomson Reuters, 2010, 364면.

2) 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007, 1069면; 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2007, 960면; 허희성, 「2011년 신저작권법 축조개설(下)」, 명문프리컴, 2011, 629면. 이러한 요건방식을 따르는 판례로는 대법원 2000. 9. 5. 선고 99다41879 판결, 서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2008가합93853 판결 등이 있다.

그런데 컴퓨터프로그램저작물에 대한 실질적 유사성 판단은 상당히 난해한 면이 있다. 실질적 유사성을 판단하기 위해서는 해당되는 저작물의 양적, 질적인 면을 고려하여야 하며, 문언적 표현 뿐만 아니라 비문언적 표현까지도 충분히 고려하여야 하는데, 컴퓨터프로그램의 경우에 있어서 그 특성상 이러한 구분이 정치하게 이루어지기란 매우 어렵기 때문이다. 특히 컴퓨터프로그램과 같은 기능적 저작물의 경우에는 기능적 요소와 표현적 요소의 경계가 분명하지 않으며, 기능을 구현하는 것이라는 자체의 목적으로 인하여 그 보호의 대상이 다른 문예적 저작물에 비하여 매우 협소할 수 밖에 없다.

컴퓨터프로그램저작물에 대한 실질적 유사성 판단을 위한 다양한 방식이 제시되고 활용되었음에도 많은 문제점들을 내포하고 있음에 따라 1992년 미국의 제2항소법원의 Altai 판결⁶⁾을 통하여 3단계 테스트(3-step test)가 제시되었다.

나. 3단계 테스트의 개념

Altai 판결⁷⁾에서 Walker 판사는 컴퓨터프로그램

6) Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., (2d Cir. 1992).

7) 원고는 CA-Schedular라는 프로그램(IBM 주컴퓨터가 수행하는 다양한 작업을 통제 목적, Adapter라는 부속 프로그램 존재)을 개발. IBM 컴퓨터는 크기에 따라 DOS/VSE, MVS 또는 CMS 등 세 가지 운영체제 중 하나를 포함하도록 설계되었는데, 어느 하나의 운영 체제를 위하여 만들어진 프로그램은 다른 운영체제에서는 작동되지 않았다. Adapter의 기능은 한 프로그램의 언어를 해당 컴퓨터의 운영체제가 이해할 수 있는 다른 언어로 번역해 주는 것이다.

피고는 ZEKE라는 프로그램을 제작하였는데, 이 프로그램은 원래 VSE 운영체제에서 작동되도록 만들어졌으나, 소비자들의 요구에 따라 MVS 운영체제에서도 작동이 되도록 수정할 필요가 있었다. 이에 피고는 CA의 컴퓨터 프로그래머인 A를 채용하여 A는 CA에서 소스코드를 가지고 나와 이를 이용하

람의 기능에 필연적으로 수반되는 요소들은 저작권법상 보호대상이 아니라는 점을 전제하며, 컴퓨터프로그램 구조 등에 대한 실질적 유사성을 추상화(abstraction), 여과(filteration) 및 비교(comparison) 과정을 거쳐 판단하도록 제시하였다.

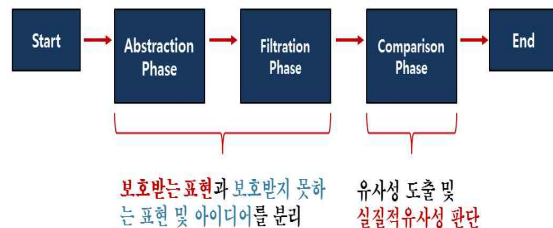


그림 1. 3단계테스트의 구조

Fig. 1. 3-step test scheme

추상화 과정은 프로그램의 소스코드로부터 시작하여 프로그램의 궁극적 기능에서 끝나는 것으로 역분석(reverse engineering)과 유사한 방식으로 비문언적 표현 요소를 구분하고, 아이디어와 표현을 구분하는 것이다. 여과 과정은 보호받지 못하는 표현으로부터 보호받는 표현을 분리하기 위한 것인데, 추상화를 거친 구조적 요소(structural components)들을 효율성에 의해서 지배되는 요소들(elements dictated by efficiency)인지, 외부요인에 의하여 지배되는 요소들(elements dictated by external factoes)인지 및 공유영역으로부터 가져온 요소들(elements taken from the public domain)인지 여부를 살펴보고 이를 제거한다. 이러한 요소들을 여과(제거)하는 과정을 거치게 되면 컴퓨터프로그램에서 보호받

여 OSCAR 3.4를 개발하였다. 이의 소스코드 약 30% 가량이 Adapter를 베낀 것이다.

이에 OSCAR 3.4가 문제되자 A를 배제하고 다른 직원을 통해 OSCAR 3.5를 제작하였는데, 이때 OSCAR 3.5의 Adapter 저작권 침해 문제가 문제되었다.

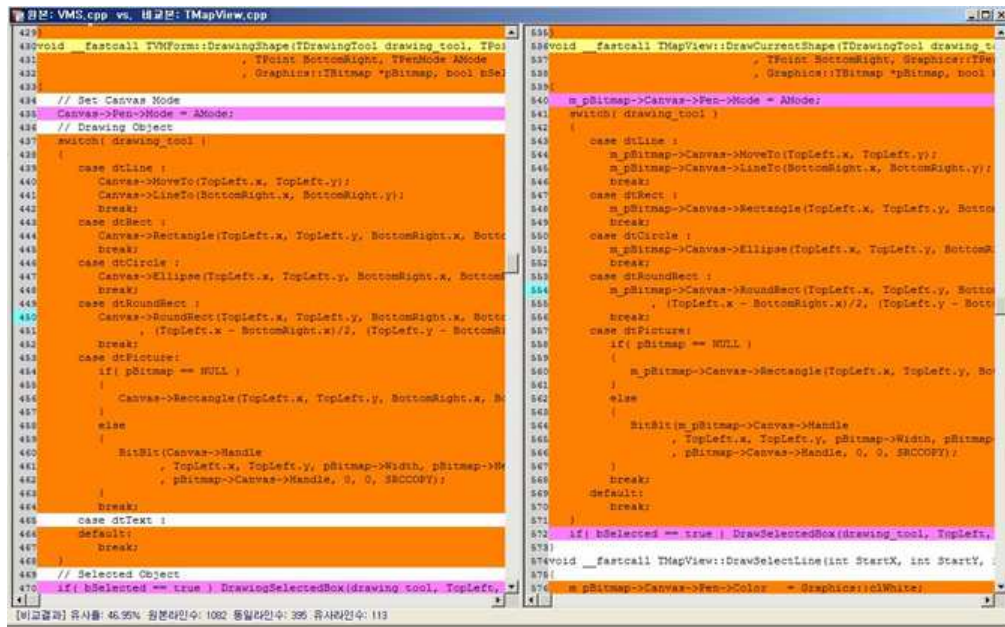


그림 2. 3단계테스트를 반영한 exEyes의 실행 화면
Fig. 2. exEyes window of 3-step test scheme

는 표현의 핵심(core)만 남게 된다. 이에 비교 과정에서 핵심(core)에 해당하는 표현에 대해 피고가 보호받는 표현의 실질적인 부분을 복제하였는지에 대해 판단하게 된다.⁸⁾

미국 제2연방항소법원의 Altai 판결 이후, 3단계 테스트는 제4연방항소법원, 제10연방항소법원 및 제11연방항소법원 등이 주로 활용하는 기준이 되었다. 하지만 실질적 유사성 판단을 위한 절대적 기준으로 적용하는 것이라 할 수는 없다.

8) 일반적으로 컴퓨터프로그램을 제작하는 과정에서는 대체로 공유영역에 속하는 부분이 많을 수 밖에 없고, 점차 이러한 경향이 강해지고 있기 때문에 3단계테스트 방식이 컴퓨터프로그램의 저작권에 대해 상대적으로 약한 수준의 보호를 제공할 수 밖에 없다는 견해가 있다. David I Bainbridge, 「Intellectual Property」, Pearson Education, fifth edition, 2002, 202면.

다. 우리 판례 및 실무상 3단계 테스트

우리나라의 판례를 살펴보면 명시적으로 3단계 테스트를 지칭하여 적용한다는 것을 찾기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 실질적인 내용을 보면 3단계 테스트와 유사한 방식을 활용하고 있음을 알 수 있다. 구체적으로는 비교대상 확정작업, 비교대상 제외라인 제거, 비보호라인제거 후 비교 등의 과정이 이루어지고 있는데, 이는 물론 3단계 테스트를 유사하게 적용하였다고 볼 수도 있으며, 반면 저작권의 내재적 본질에 따라 보호받는 표현을 구분해내는 과정이 3단계 테스트와 유사하게 나타난 것에 불과하다고 볼 수도 있다.

미국의 경우와 유사하게 우리나라 역시 3단계 테스트를 어느 정도는 받아들이고 있음은 분명하나 역시 일반적인 기준으로의 지위를 갖고 작용한다고 보기에는 무리가 있다.

라. 3단계 테스트 활용상 문제점

3단계 테스트를 활용함에 있어 내재적 문제가 논란이 된다. 그 문제는 여과 과정을 수행할 때 지나치게 이루어지게 되면 저작권 침해 여부를 판단하기 위한 중요한 증거들이 제거되어 최종 판단에 고려되지 못할 수 있다는 점이다.⁹⁾

만약 중요한 증거, 즉 피고가 원고의 컴퓨터프로그램을 배껴서 자신의 것을 만들었다는 다양한 증거들이 있음에도 이들이 창작적 표현에 해당하지 못하는 주식 등에 불과하다면, 실질적 유사성의 판단에 이들 요소들이 고려되지 못하게 된다. 그렇다면 실질적 유사성과 저작권 침해여부의 판단이 과연 동일한 논리적 연관 혹은 실체의 연관을 갖고 이루어진다고 할 수 있는지 의문이다. 각각의 요소를 분석하는데 치중하는 나머지 정작 사건의 본질을 고려하는 데는 소홀할 수 밖에 없기 때문이다.

그리고 컴퓨터프로그램 저작권 침해 분쟁의 실무상 침해자는 원저작권자의 컴퓨터프로그램 저작물과 자신의 것이 상이함을 입증하는데 용이하도록 분쟁의 진행 과정에서 자신의 컴퓨터프로그램을 수정하는 경향이 있다. 이러한 변경행위는 실질적 유사성 판단결과를 왜곡하게 되며 법관으로 하여금 적절한 판단을 할 수 없도록 하는 장애로 작용한다.

아울러 컴퓨터프로그램저작물의 창작자가 보호받지 못하는 표현 요소들을 결합하여 컴퓨터프로그램을 작성한 경우에는 여과 과정을 거치면서 사용된 표현 요소가 모두 제거되어 결국 보호대상이 남지 않는 결과를 가져오기도 한다. 이러한 점은 컴퓨터프로그램을 개발할 때 오픈소스를 주

로 사용하는 최근의 현상에 비추어 보면 큰 문제의 소지가 있다고 생각된다. 왜냐하면 오픈소스도 타인이 창작한 것이므로 여과 과정을 거치게 되면 모두 제거되어야 하는 대상이므로 이를 제거하고 나면 결국 보호받는 컴퓨터프로그램이 존재하지 않게 되기 때문이다.

이와 같은 문제를 해결하기 위해 Julian Velasco는 3단계 테스트의 시행 이후, 여과된 표현요소들을 다시 살펴보는 ‘편집물’로서 보호할 수 있는 가능성이 있는지를 검토하는 방법을 제시하기도 하였다.¹⁰⁾ 특히 최근에는 기존의 3단계 테스트를 보완하여 5가지의 단계로 구분한 방식인 POSAR 테스트가 제기된 바 있다. 아직 구체적으로 판례에 적용되지는 않았으나 기존의 3단계 테스트의 여과 문제를 직접 해결하고자 하였다는 점에 의미가 있다고 생각한다. 이에 POSAR 테스트에 대해 구체적으로 살펴보고 현재 우리나라에서 이루어지는 SW감정의 시사점을 살펴보도록 한다.

3. POSAR 테스트의 분석

가. 발생배경

1992년부터 활용되어 오던 기존의 3단계 테스트가 갖는 한계, 특히 저작권 침해여부를 판단하기 위해 필요한 다양한 중요 증거¹¹⁾가 여과 과정

9) Vinod Polpaya Bhattathiripad, "Forensic of Software copyright Infringement Crimes: the Modern POSAR Test Juxtaposed with the Dated AFC Test", JDFSL V9N2, 2014, 75면.

10) Julian Velasco, "The copyrightability of nonliteral elements of computer programs", Columbia Law Review, January 1994, 18-19면.

11) 특히 비문자적 표현의 유사여부 분석이 사실상 3단계 테스트에서는 제외되는 경향이 높다는 점에 대한 반성에서 이들 요소를 저작권 침해의 증거로서 분석 틀 내부에서 다룰 수 있는 방법을 고민한 것이다.

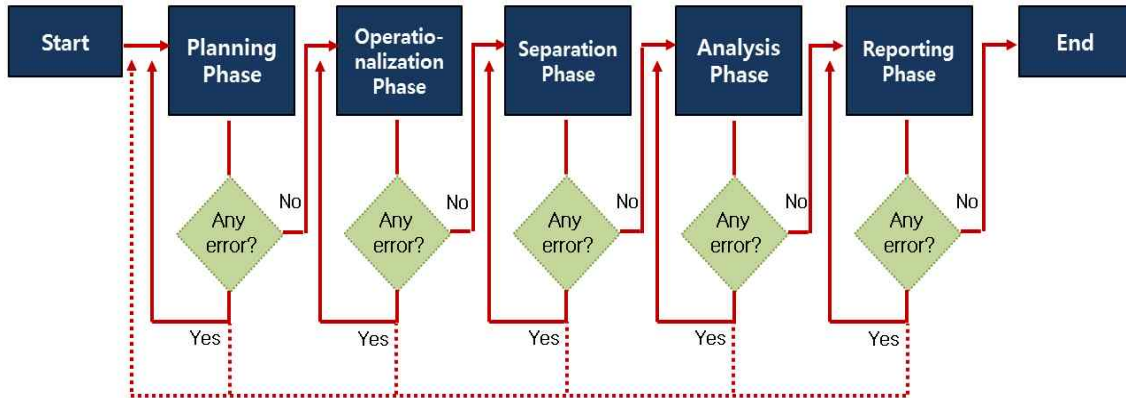


그림 3. POSAR 테스트의 구조
Fig. 3. Architecture of POSAR test

을 거치면서 제거될 수 있다는 문제의 인식이 높에 이루어지고 있었다. 이에 다양한 실질적 유사성 판단 방식 중 최근 3단계 테스트의 확장된 개념으로서 POSAR 테스트가 제시되었다. 즉, 기존의 3단계 테스트가 소프트웨어 저작권 침해소송에서 활용되는 과정에서 법적 가치에 대한 판단영역에서 한계를 드러내게 됨에 따라 이를 보완한 새로운 분석 및 비교 방식이 필요함에 따른 것이다.

POSAR 테스트는 아직 법원에 의하여 인정을 받고 활용되는 상태는 아니며, 단순히 두 컴퓨터 프로그램 사이의 유사성을 탐지하는 것 뿐만 아니라 해당 분석결과가 법정에서 실질적 유사성 판단을 위해 적절히 활용될 수 있도록 하는 것을 목적으로 하고 있다.

POSAR 테스트를 수행하기 위해서는 몇 가지 고려사항이 존재한다. 첫째, 주식·실수·오류·데이터베이스필드의 적절성·매뉴얼·다큐먼트 등의 사실요소들에 대한 중요성을 평가에 포함시켜 기존에는 방식의 한계 상 분석단계에서 고려되지 못하였던 다양한 요소들을 고려할 수 있어야 한다는 점이다. 둘째, 저작권 침해 시점의 컴퓨터프로그램과 이후 수정한 컴퓨터프로그램의

차이를 구분하여 이를 명확히 제시하고 각 제시도니 결과에 대한 의미를 정확히 부여하도록 하여야 한다는 점이다. 셋째, 분석 및 비교 결과에 대한 보고 시 법적인 관점에서 보고서를 작성하여 기술영역과 법영역의 교량의 역할을 수행할 수 있어야 한다는 점이다.

나. POSAR 테스트의 기본구조¹²⁾

POSAR 테스트는 ‘구도(Planning)-정제(Operationalization)-분리(Separation)-분석(Analysis)-보고(Reporting)’의 과정으로 구성된다. 기존의 3단계 테스트와 상이한 점은 과정의 단계가 3개에서 5개로 증가한 것 외에도 일단 특정의 단계에 진입하면 기존의 단계로 회기할 수 없는 단방향적 구성이었던 것에서 탈피하여 이전 단계로 회기하여 오류를 수정할 수 있도록 소프트웨어 공학의 개념적 특징을 반영하여 입체적인 분석과 판단이 가능하도록 하였다는 점이다.

12) POSAR 테스트에 대한 구체적인 설명은 Vinod Polpaya Bhattathiripad, 「Judiciary-Friendly Forensics of Software Copyright Infringement」, IGI Global, 2014, 187-218면에서 정리하였다.

각 단계별로 살펴보도록 한다.

첫째, 구도(Planning) 단계이다. 본 단계는 원고 및 피고의 컴퓨터프로그램을 대상으로 추상화(abstraction)를 진행하는 과정이다. 이를 통하여 저작권 침해판단을 위한 가치있는 증거(석·실수·오류·데이터베이스필드의 적절성·매뉴얼·다큐먼트 등)의 최종분석 및 보고 단계까지 유지를 고려하게 된다.

기존 3단계 테스트 등에서 컴퓨터프로그램저작물의 추상화는 1) 목적(the main purpose), 2) 프로그램의 구조(the program structure or architecture), 3) 모듈(Modules), 4) 알고리즘 및 데이터 구조(Algorithms and data structure), 5) 소스코드(Source code) 및 6) 목적코드(Object code)의 과정으로 진행되는 것이 일반적이다. 그런데 POSAR 테스트에서는 구도 단계에서 추상화를 진행할 때 다음의 세 가지 요구가 추가된다, 1) 추상화 단계에서 가치있는 증거의 고려, 2) 컴퓨터프로그램 상 실수(공통의 오류 등)를 가치있는 증거로서 활용, 3) 가치있는 증거가 추상화 등의 과정에서 분석대상에서 제외되어 버리지 않도록 할 것이 요구된다.

이러한 과정을 거쳐 추상화가 이루어진 원고 및 피고의 컴퓨터프로그램 비교 쌍은 완전히 정제된 것으로 볼 수는 없으며, 다음 단계의 진행을 위한 요소로 작용한다.

둘째, 정제(Operationalization) 단계이다. 이는 여과와 비슷한 과정으로 컴퓨터프로그램저작물 중 나타난 표현 중에서 비슷하게 나타날 수 밖에 없는 표현을 유사성의 판단 대상에서 제거하는 것을 의미한다. 이때 제거의 대상인 표현 요소는 1) 효율성의 추구로 인하여 사실상 강제될 수 밖에 없는 표현(아이디어·표현의 합체), 2) 하드웨어 시스템의 기능 등과 같이 외부적 요인에 의하여 강제되는 표현, 3) 공유(Public domain)의 영역에 포함되는 표현, 4) 사실에 해당하는 표현이

해당한다.

이러한 정제 과정을 진행할 때에는 저작권 침해 행위 이후 피고의 컴퓨터프로그램 수정행위를 의심하고 이를 탐지할 수 있어야 하며, 컴퓨터프로그램의 패턴 및 디자인과 연관된 사항을 고려하여야 한다.

이러한 과정을 거쳐 어느 정도 정제가 이루어진 원고 및 피고의 컴퓨터프로그램 비교 쌍은 저작권법상 아직 완전히 정제된 것이라 할 수는 없으며, 다음 단계의 진행을 위한 요소로 작용한다.

셋째, 분리(Separation) 단계이다. 본 단계는 저작권 침해행위 이후 소송의 객체인 컴퓨터프로그램저작물의 변경행위를 탐지하고 이를 고려하여 적절한 비교대상을 마련하는 과정이다. 즉, 피고의 입장에서 저작권 침해의 인정을 회피하기 위한 목적으로 일부 침해당시의 컴퓨터프로그램에서 일부 변경을 통하여 유사성을 낮추는 시도를 무력화시키기 위함이다. 피고, 즉 침해자의 저작권 침해행위 이후 수정한 부분을 특정하고 이를 걸러내기 위해서는 복잡한 과정이 수반될 수밖에 없으며, 증거적 효력을 제공할 수 있는 많은 데이터¹³⁾의 처리가 요구되는 과정이라 할 수 있다.

이러한 분리 과정을 거치게 되면 세 가지의 결과물 쌍이 존재하게 된다. 이는 Set A : 제출된 상태(수정된 컴퓨터프로그램저작물 자체) 상에서의 양 컴퓨터프로그램의 비교 쌍 코드, Set B : 수정되기 전의 상태를 고려한 양 컴퓨터프로그램의 비교 쌍 코드, Set C : 증거적 요소에 대한 비교 쌍이다. 이때 Set C는 유사성 비교의 직접적인 수행대상은 아닐 수 있다.

넷째, 분석(Analysis) 단계이다. 본 단계는 원고 및 피고의 컴퓨터프로그램저작물을 비교하여 분석하는 과정으로, 비교 이외에도 침해자인 피고에 의하여 수정된 부분의 판별, 기술적 제한으

13) 소프트웨어 개발 및 유지에 관한 로그정보 등.

로 인하여 유사할 수 밖에 없는 표현요소 분석 등도 수행하게 된다.

분석의 절차를 보면, 먼저 앞에서의 Set A를 비교하여 양자간 유사성과 공통점을 도출한다. 그리고 양자 간의 전체적 느낌·컴퓨터프로그램상의 오류·작성상 실수 등과 같은 저작권 침해를 의심할 수 있도록 하는 증거들을 제시하기 위한 비교를 수행한다. 이후 Set B를 각각 분리하여 비교하고, Set C의 각 요소를 분리하여 분석 및 위의 비교 결과를 보완하는 사항을 도출하게 된다.

이러한 과정을 거쳐 코드의 유사성 비교결과, 증거적 요소에 대한 유사성 비교 결과 및 수정된 사항에 대한 분석 결과 등의 결과물이 도출된다. 특히 이 부분은 3단계 테스트와 중요하게 구분되는 부분으로서, 기존 단일한 비교쌍의 도출을 통한 유사성 판단 방식에서 다양한 비교쌍의 도출을 통한 유사성 판단 방식으로 전환될 수 있게 되었다. 특히 비교쌍의 다양화는 수치등을 통한 정량적 유사성의 활용을 제한하고 다양한 정보를 고려한 정성적 판단을 유도한다는 점에 우리나라에 있어서는 매우 큰 시사점을 준다.

다섯째, 보고(Reporting) 단계이다. 본 단계는 비교 및 분석 결과를 왜곡없이 정확하게 법관에게 전달할 수 있도록 하는 과정을 의미한다. 이는 판단의 주체가 법관에서 점차 전문가로 이동하고 있는 최근의 전문소송에서의 현상을 고려할 때 매우 중요한 부분이라 볼 수 있다. 이에 분석 및 비교 결과에 대한 보고를 함에 있어서 법적인 관점에서 보고서를 작성하고, 단순히 기술적 측면에서의 사실전달은 제한하도록 하고 있다.

다. 3단계 테스트와 POSAR 테스트의 비교

첫째, 순환적인 소프트웨어의 본성을 반영하였다. 저작권 침해판단을 위한 소프트웨어 포렌식

이 갖는 순환적인 본성을 고려하여, 기존의 3단계 테스트에서 발생하는 오류들에 대한 대응의 적절성을 확보할 수 있다. 둘째, 저작권 침해 문제의 제기 이후 침해자에 의한 수정 부분을 탐지 및 최종판단에 고려하게 된다. 다양한 증거 등을 통하여 저작권 침해 이후 유사성을 낮추어 보이게 하기 위한 침해자의 수정 부분을 탐지 및 고려하고 이를 최종적인 실질적 유사성 판단에 반영하도록 한다. 셋째, 비교대상에서 제외되는 사항에 대한 면밀한 조사가 이루어진다. 기존의 3단계 테스트에서는 검토되기 전에 분석대상에서 제거되었던 다양한 비보호대상을 면밀히 조사 및 검토함으로써 저작권 침해, 특히 실질적 유사성에 관한 입체적인 판단이 가능하게 될 수 있다. 넷째, 증거수집 및 분석결과에 대한 보고서 작성의 효과성이 높아졌다고 할 수 있다.

이를 현재 한국저작권위원회에서 이루어지고 있는 소프트웨어(SW) 감정과 비교하여 살펴본다.

현재 소프트웨어 감정은 기본적으로 3단계 테스트 방식을 적용하고 있다고 볼 수 있다. 이는 앞서 살펴본 유사도분석도구인 exEyes의 구현 내용을 보아도 알 수 있는데, 추상화 단계를 엄격하게 다루고 있지는 않지만, 보호받는 표현 부분을 분리하여 보호받지 못하는 대상을 여과한 후 남은 핵심 부분만을 대상으로 비교를 수행하는 방식은 3단계 테스트와 사실 동일한 방식이다. 소프트웨어 감정에서 유사도 도출은 원본기준방식과 비교본기준방식, 공통비교방식과 전체비교방식, 모듈간 비교, 비문자적 표현 비교, 바이너리 비교 등 다양한 방식으로 이루어지고 있다. 특히 소스코드 중 주석 및 공통의 오류 등 저작권 침해의 증거 요소들은 보고서에 별도로 제시할 의무는 부여하고 있지 않는다. 이러한 방식의 장점으로는 저작권 문제와 관련성이 낮은 것으로 보이더라도 다양한 기술적 정보의 분석결과

를 제공함으로써 문제해결에 다양한 활용이 가능하게 한다는 점이다.

이를 POSAR 테스트와 비교하여 생각해보면, 현재 소프트웨어(SW) 감정 역시 소스코드의 단순 비교에 머무르고 있지 않으며, 다양한 요소들에 대한 입체적인 고려를 반영하고 있다는 점에 유사한 부분이 있다고 할 수 있다. 다만, 개별적인 계산방식의 통일이 이루어지고 있지는 않으며, 다양한 고려가 정치하게 일관된 하나의 체계를 이루고 있는 것이 아니라는 한계가 존재한다.

4. 시사점

지금까지 3단계 테스트와 최근 논의가 시작된 POSAR 테스트를 비교하고, 이를 현재의 소프트웨어(SW) 감정과 비교해 살펴보았다. 그 결과 다음과 같은 시사점을 생각해볼 수 있다.

첫째, 소프트웨어(SW) 감정의 대외적 환경변화에 대응할 수 있는 대비가 필요하다. 기존의 기술정보에 대한 감정수행기관 및 서울대학교 기술과법센터 등 이외에도 2016년 하반기 출범 예정인 '기술사건 공공감정 서비스'의 업무범위와 소프트웨어(SW) 감정의 범위가 상당히 중복됨에 따라 전문성 등의 비교우위를 확보하는 노력이 필요하다.

둘째, 10여 년간 쌓아온 감정방식 및 기준 등을 정리하고 이를 체계적으로 확립할 필요가 있을 것으로 생각된다. POSAR 테스트 역시 기존의 3단계 테스트를 반성적으로 발전시키려는 시도 하에 제시될 수 있었던 것인데, 소프트웨어(SW) 감정의 경험적 기준 및 방법을 체계화시키고 이를 구체화하는 노력이 필요하다. 이에 유사성 판단방식을 적용한 사례를 분석하고 이를 유형화하여 법적 의미를 도출하여야 한다. 실례를 보면 법적으로 동일한 주체의 성격을 갖는 감

정이 이루어진 경우에도 다양한 방식이 적용되는데, 개별 사건의 시각이 아닌 감정 전체의 시각에서 보면 각 방식 간 상호 모순되는 현상도 존재하는 것이 사실이다. 지금까지의 상당수 판례 역시 소프트웨어(SW) 감정 결과를 반영하고 이를 통하여 확립된 것으로 볼 수도 있으므로, 현재까지 활용 및 연구되어 온 소프트웨어(SW) 감정의 방식을 체계화하고 이를 점차 고도화하는 작업이 이제는 필요할 것이다.¹⁴⁾

셋째, 감정의 전문성 확대가 필요하다. 기술적 전문성과 감정의 전문성은 동일한 의미가 아니다. 점차 감정의 전문성이 크게 요구되는 상황에서 기술적 전문성의 틀을 벗어나지 못한다면 적절한 감정결과를 도출할 수 없으며, 이는 법관으로 하여금 감정결과에서 큰 효용을 얻지 못하는 결과를 가져온다. 즉, 실무적으로는 그 동안의 감정 경험, 경험적 지식에 의한 감정 전문성을 확대시킬 수 있는 노력이 필요하다. 아울러 융합적 지식 영역에 대한 감정방법을 고민할 필요도 있다.

넷째, 기술적 영역과 법적 영역의 교량 역할을 확대할 필요가 있다. POSAR 테스트도 가장 중요하게 다루던 요소 중 하나가 감정결과를 효율적으로 법관에게 전달할 수 있는지에 대한 방법이었다. 이처럼 기술적 혹은 특수한 법 분야에 대한 전문성이 깊어질수록 해당 분야에 대한 일반지식을 갖고 있을 뿐인 법관에게 이를 적절히 이해시킬 수 있는 방법을 찾는 것은 매우 중요한 것이다. 이에 현재의 기술적 분석 및 진술을 법적인 영역에 대입할 수 있도록 중간적 변환작업이 필요하며, 이의 체계적 정리 및 표준화가 요구된다고 볼 수 있다. 판례상의 기준을 막연히 따르기 보다는 이를 선도할 수 있도록 지속적인

14) 덧붙이면, 새로운 방식을 도출하자는 것이 아니라 기존의 방식들을 체계화하여 하나의 방식으로 정립하자는 것이다.

연구가 필요하다. 특히 워킹그룹의 활용을 통하여 적당한 깊이의 넓은 연구 결과를 확보하는 것은 아이디어의 다양성, 그리고 다양한 검토를 통한 최적의 방안도출을 도모할 수 있다는 점에 상당히 유용할 것으로 생각된다.

참 고 문 헌

- [1] 오승중, “저작권법”, 박영사, 2007.
- [2] 정상조 편, “저작권법 주해”, 박영사, 2007.
- [3] 허희성, “2011년 신저작권법 축조개설(下)”, 명문프리컴, 2011.
- [4] Robert C. Osterberg, Eric C. Osterberg, “Substantial Similarity in Copyright Law”, 2005.
- [5] David I. Bainbridge, “Intellectual Property(5th Ed.)”, Pearson Education, 2002.
- [6] Melville B. Nimmer, David Nimmer, “Nimmer on Copyright”, LexisNexis, Vol. IV, 2010.
- [7] Roger E. Schechter, John R. Thomas, “Principles of Copyright Law”, Thomson Reuters, 2010.
- [8] Vinod Polpaya Bhattathiripad, “Judiciary-Friendly Forensics of Software Copyright Infringement”, IGI Global, 2014.
- [9] Julian Velasco, “The copyrightability of nonliteral elements of computer programs”, Columbia Law Review, Jan. 1994.
- [10] Nicholas R. Monlux, “An Invitation for Infringement : How the Ninth Circuit’s Extrinsic and Intrinsic Similarity Tests Encourage Infringement : An Analysis Using Reece v. Island Treasures Art Gallery”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol.56, No.2-3, 2009.
- [11] Vinod Polpaya Bhattathiripad, “Forensic of Software copyright Infringement Crimes: the Modern POSAR Test Juxtaposed with the Dated AFC Test”, JDFSLS V9N2, 2014.

저 자 소 개



김시열(Si-Yeol Kim)

2012 숭실대학교 대학원 법학박사
 2007-2012 한국저작권위원회
 2012- 現 한국지식재산연구원 부연구위원
 2015- 現 숭실대학교 법과대학 겸임교수

<주관심분야 : 실질적유사성, 저작권침해 등>