

논문 2020-1-1 <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2020.06.01>

민사소송법 개정에 따른 저작권 감정 제도의 실무적 대응 방안

김시열*†

A study on Practical Countermeasures of Copyright Appraisal with the Amendment of Civil Procedure Act in 2016

Si Yeol, Kim*†

요 약

2016년 3월 29일 개정된 민사소송법은 감정절차에 관한 변화를 가져왔다. 감정인의 의무 신실, 감정진술 방식의 변화, 비디오 중계를 통한 감정인신문 도입 등과 같은 제도 변화는, 그 동안 제기되어 온 소송절차 상 감정이 갖는 문제를 절차적으로 개선하는데 초점을 맞춘 것 이다. 이러한 변화는 민사소송 절차의 틀 안에서 이루어지던 저작권 감정 절차에도 영향을 미치게 된다. 이에 감정절차에 관한 민사소송법 개정이 저작권 감정절차에 미치는 문제, 즉 감정인 추가지정과 위임금지 문제, 복수감정 운영의 문제, 참여 전문가 공개 문제, 감정인 체계의 밀접성 문제 및 전문분야의 일치 문제에 대한 실무적 대응방안을 살펴보았다. 이를 통하여 저작권 감정 절차와 소송 절차 간 절차적 정합성을 확보하고 효과적인 감정 절차를 확립하기 위한 논의의 시작이 될 수 있을 것으로 본다.

Abstract

The March 29, 2016, amendment to the Civil Procedure Act introduced changes to the appraisal procedures, including new obligations for appraisers, changes in the modes of appraiser testimony, and questioning of appraisers through video conferencing, with all seemingly aimed at procedurally addressing the issues with appraisal in the context of court proceedings. The changes introduced by the amendment also affect the appraisal procedures for copyrights. In light of the above, this article examines how the amendment to the Civil Procedure Act affects the appraisal procedures for copyrights. Specific issues covered by this paper include: appointment of additional appraisers, prohibition of delegated appraisal, operation of the multiple appraisal system, disclosure of participating experts, proximity of the appraiser system, and congruence of areas of expertise.

한글키워드 : 민사소송법, 저작권감정, 감정인신문, 저작권법, 소프트웨어감정

keywords : Civil Procedure Act, copyright appraisal, expert witness interrogation, Copyright Act, software appraisal

* 한국지식재산연구원

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

접수일자: 2020.05.16. 심사완료: 2020.06.02.

게재확정: 2020.06.19.

1. 서론

민사소송 등 사법절차에서 감정의 중요성과 역할이 확대되고 있는데, 그에 비례하여 감정절

차에 대한 문제점 역시 지속적으로 제기되고 있다. 법원의 감정결과에 대한 의존도가 높아진 것에 비해 감정절차의 신뢰성이 계속 문제가 되어 왔기 때문이다. 이러한 배경에서 감정절차에 대한 실무적 개선 요구를 반영하여 민사소송법 제 333조 내지 제341조의 감정에 관한 규정이 2016년 3월 29일자로 개정되었다. 그간 실무적으로 법원과의 절차적 이견을 보여 왔던 저작권법 제 119조에 따라 수행되는 저작권 감정도 당연히 민사소송법 개정으로 인한 감정절차의 변화가 영향을 미칠 수 밖에 없다. 민사소송법 개정이 법원의 이해를 반영한 것이라는 점에 법원 절차와 다소 이견을 갖던 저작권 감정 제도에는 실무적으로 일련의 변화가 요구될 수 있다는 예상을 할 수 있다. 이에 개정된 민사소송법에 따른 소송에서의 감정절차 변화가 저작권 감정 제도에 어떠한 논의점을 가져올 것인지, 그리고 어떠한 방법으로의 대응이 요구될 것인지 살펴볼 필요가 있다.

2. 감정절차 관련 민사소송법 개정 사항

2.1 개정의 과정 및 배경

인증(人證)의 일종인 전문 분야에 관한 감정은 그 내용이 전문적이고 복잡할수록 자유심증주의 원칙 적용에 실질적인 한계가 발생할 수 밖에 없다[1]. 이는 경우에 따라 높은 감정료, 부실 및 불성실한 감정, 감정결과보고의 지연, 도덕적 해이 등 절차의 공정과 신속 및 경제성을 저해하는 문제를 초래하기도 하여 사법개혁의 차원에서 개선이 필요하다는 논의가 이어져왔다[2]. 특히 건설 감정의 경우 어느 분야의 감정보다도 논란의 소지가 많았다. 재판 현실상 감정의 상당부분을 감정인에게 조건없이 위임하고 있는 실정이다 보니

감정인 선정 및 전문성 등에 대한 문제가 종종 발생하였기 때문이다[3].

2015년 3월 10일 발족한 대법원의 '사실심 충실화 사법제도개선위원회'는 감정절차와 감정결과의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 회복하기 위하여 감정인의 전문성을 보장하고 당사자의 참여권과 공방권을 확충하는 것을 방향으로 하는 절차 개선을 추진하였다. 그 결과 감정인의 자기역량 고지의무, 감정위임 금지의무 등의 명문화, 감정에 필요한 자료의 사적 제공 금지, 아울러 감정결과에 대한 의견진술 기회 부여 및 구술심리 활성화, 감정인신문방식의 개선 등을 건의한 바 있다[4].

2016년 3월 29일자로 개정된 민사소송법 감정 관련 규정은 사실심 충실화 사법제도개선위원회의 건의를 반영[5]한 전혜철 의원 대표발의(의안번호 16056) 및 손해액 입증 완화를 개정 내용으로 하는 김희선 의원 대표발의(의안번호 1917826)의 각 민사소송법 개정안 내용을 통합·조정하여 법제사법위원회 대안으로 제안된 것이다. 다만, 감정절차와 관련한 사항은 전혜철 의원 대표발의 민사소송법 개정안에만 포함되어 있었으며, 현행 민사소송법의 관련 규정 역시 그와 거의 동일한 내용으로 개정되었다.

2.2 주요 개정 내용

첫째, 제335조의2(감정인의 의무)를 신설하여 감정인이 자기역량 고지의무, 감정위임 금지의무 등을 부담하도록 하였다. 감정인은 감정사항이 자신의 전문분야에 속하지 아니하는 경우 또는 그에 속하더라도 다른 감정인과 함께 감정을 하여야 하는 경우에는 곧바로 법원에 감정인의 지정 취소 또는 추가 지정을 요구하여야 하며(제1항), 감정인은 감정을 다른 사람에게 위임하여서는 아니 된다(제2항).

둘째, 제339조(감정진술의 방식) 제3항을 신설하여 법원이 감정결과에 관하여 당사자에게 서면이나 말로써 의견을 진술할 기회를 부여하도록 하였다. 또한 제339조의2(감정인신문의 방식)를 신설하여 감정인은 재판장이 신문하는 것을 원칙으로 하되(제1항), 합의부원은 재판장에게 알리고 신문할 수 있도록 하였다(제2항). 그리고 당사자는 재판장에게 알리고 신문할 수 있으나, 당사자의 신문이 중복되거나 쟁점과 관계가 없는 때, 그 밖에 필요한 사정이 있는 때에는 재판장은 당사자의 신문을 제한할 수 있다(제3항).

셋째, 제339조의3(비디오 등 중계장치 등에 의한 감정인신문)을 신설하여 감정인이 법정에서 직접 출석하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우 혹은 감정인이 외국에 거주하는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우 법원은 그 상당성이 인정되는 때에 당사자의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 신문할 수 있도록 하였다(제1항). 비디오 등 중계장치에 의한 감정인신문에 관하여는 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문 규정(제327조의2 제2항, 제3항)을 준용한다. 한편, 이 규정은 감정증인 신문에 대해 준용된다(제340조 단서).

넷째, 제341조(감정의 촉탁) 제3항을 신설하여 법원이 필요하다고 판단하여 공공기관·학교, 그 밖의 단체 또는 외국 공공기관이 지정한 사람으로 하여금 감정서를 설명하게 하는 경우(제2항) 비디오 등 중계장치 등에 의하여 설명할 수 있도록 하였다.

2.3 개정 사항의 검토

2.3.1 감정인의 의무

이는 과거 건설감정에서 나타난 부실 감정, 통외주(일괄 하도급) 등의 심각한 문제 등을 고려

한 것으로, 그 동안 명시적인 근거 규정 없이 적용되어 오던 감정인의 의무를 법률에 명시적으로 규정함으로써 부실한 감정에 대해 보다 엄격하게 대응하고 감정의 전문성 및 신뢰성을 높이고자 한 것으로 볼 수 있다[6]. 또한 복수감정 제도를 활용하도록 구체화하고 있다. 일반적으로는 전문가 1인이 감정인으로 지정되는 것이 일반적이거나 민사소송법 제339조에서 여러 감정인에게 감정을 명하는 경우에 다 함께 의견을 진술할 수 있게 할 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 고려할 때 기존 규정 하에서도 복수감정 제도는 인정된다고 할 수 있다[7]. 다만, 다수의 감정인들이 하나의 감정을 수행할 경우 사실상 감정의 위임이 발생할 가능성이 있으므로 이를 방지하기 위하여 복수 감정인이 공동으로 감정을 수행 시 모두 법원의 지정을 받도록 한 것이다.

2.3.2 감정진술 및 감정인신문의 방식

제출된 감정결과에의 내용을 검증하는 과정이 실무상 적절히 이루어지지 않는다는 문제에서 기인한 개정이다. 실무적으로 변론기일 혹은 사실조회 등을 통하여 당사자로 하여금 감정결과에 대한 의견을 진술할 수 있도록 하고 있으나, 이를 보다 명확하게 절차적으로 보장하고자 하는 것이다.

감정인신문은 감정인에게 최초로 출석을 요구하여 선서를 시킨 후 감정사항을 알리고 감정을 명하는 것과 감정인이 감정결과를 서면으로 제출한 후 법원에 대하여 보충진술을 하는 것으로 의미가 구분된다[8]. 민사소송법 제339조의2에서의 감정인신문은 후자를 대상으로 하는 것으로 볼 수 있다. 감정인신문의 방식을 별도로 규정하지 않았을 때에는 실무적으로 감정인신문과 민사소송법 제340조의 감정증인 신문이 명확히 구별되지 않는 경향도 나타났으나, 양자를 명확히 구분하여 감정인신문의 경우 증인신문과 달리 하였

다. 감정인신문과 관련하여서는 교호신문에 따른 당사자 측의 부담을 덜기 위하여 증인신문 방식을 준용하지 않도록 하고, 직권신문을 원칙으로 하되 당사자의 보충신문권을 보장하였다.

2.3.3 비디오 등 중계장치 등에 의한 감정인신문

이는 공익적 성격으로 인하여 적은 감정료를 감수한 상황에서 본래의 업무 외에 시간을 내야 한다는 점, 당사자 및 대리인을 대면하여 공방하여야 하는 점 등 감정인에 미치는 부담을 고려한 것이다. 부담으로 인하여 감정인 또는 감정증인의 법정 출석이 회피되는 상황에서 이들을 법정에 출석하도록 강제하는 것보다 법정에 출석하지 않더라도 그 진술을 들을 수 있도록 하는 절차를 마련하는 것이 타당하다는 점이 반영된 것이다 [9]. 특히 교호신문 방식을 택하고 있는 증인신문과 달리 감정인신문의 경우 직권신문을 원칙으로 하되 당사자의 보충신문권을 보장하는 제339조의 2와 관련하여서도 타당성이 인정된다.

감정인의 경우에는 감정결과에 대한 법원 및 당사자의 질의 등이 상당히 부담스럽게 인식되고 있는 것이 보통이다. 그러다 보니 감정인의 감정 기피 현상을 고려하여 감정인신문을 잘 활용하지 않는 경향이 나타나기도 한다[10]. 이는 결국 양질의 감정결과 획득 및 이를 통한 분쟁의 효과적 종식을 저해하는 요인으로 작용한다는 실무에서의 지적도 있다. 이에 감정인신문 과정에서 감정인으로 하여금 지나치게 부담을 갖지 않을 수 있도록 하여 감정 기피 현상을 개선하는 효과를 기대한 것으로 보인다.

2.3.4 감정의 촉탁

감정촉탁은 개인이 아닌 공공기관 등에 대해 법원의 필요에 의하여 직권으로 하는 것인데, 감정촉탁의 경우에 제출된 감정서가 불명하거나 불비한 점이 있으면 그 촉탁받은 공공기관 등의 구

성원 중 감정에 관여한 사람에게 감정서의 보충 설명을 요구할 수 있다(제341조 제2항). 이때 이루어지는 촉탁감정기관 신문에 대해 감정인신문에서 중계장치를 이용할 수 있도록 한 것을 준용함으로써 촉탁감정을 수행할 수 있는 전문기관들의 감정 기피 현상 역시 개선할 수 있도록 한 것이다. 저작권법 제119조에 따른 저작권 감정의 경우 실제 감정을 수행한 전문가와 감정촉탁기관 중 누가 신문 등에 대응하여야 할 것인지에 대한 논란이 있었던 것[11]은 감정인신문 등에 대한 부담을 잘 보여주는 사례이다. 이를 통하여 충실하고 효율적인 증거조사를 가능하게 할 수 있을 것을 기대한 것이다.

3. 저작권법 제119조에 의한 저작권 감정 체계

3.1 저작권 감정 절차의 체계

저작권법 제119조 제1항 1호는 법원으로부터 재판관을 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받는 경우에는 한국저작권위원회에서 감정을 실시할 수 있도록 하고 있다. 이때 감정의 주체가 한국저작권위원회라는 점에서 이는 민사소송법상 자연인으로서의 감정인이 아닌 민사소송법 제341조에서 정하는 촉탁의 방식으로 감정을 수행하는 것이라 할 수 있다.

이 법에 따른 감정제도의 구체적인 절차나 방법은 대통령령에 위임하고 있는데, 이에 관하여 「저작권법 시행령」은 제64조에서 자료의 제출(감정대상 저작물의 원본 또는 사본, 침해에 관한 감정 요청의 경우에는 관련 저작물들의 유사성을 비교할 수 있는 자료, 그 밖에 위원회가 감정에 필요하다고 판단하여 요청하는 자료) 및 감정전문위원회의 구성 등에 관하여 규정하며 구체적인 감정제도 절차에 관하여 한국저작권위원회

에 위임하고 있다. 또한 수익자 부담 원칙에 따라 감정수행에 따른 수수료를 의뢰인에게 청구할 수 있으며 그 금액은 위원회에서 정할 수 있도록 하였다. 실무적으로는 수수료 부과에 대해서 민사사건의 경우 소송의 원고 및 피고 중 실제적으로 감정을 요구한 측에서 한국저작권위원회에서 통보받은 감정비용을 관할 법원에 예납하고 감정이 완료된 후 해당 법원에서 한국저작권위원회로 납부하는 방식으로 이루어지며, 형사사건의 경우 국가가 유죄를 입증할 책임을 지므로 국가기관인 법원·검찰·경찰 등에서 감정수수료를 한국저작권위원회로 납입함으로써 감정이 수행되는 방식으로 운영되고 있다[12].

현재 저작권법에 근거한 저작권 감정의 업무 절차는 크게 6단계로 구분되어 있다. 즉 ① 감정 촉탁(신청)서 및 감정자료의 제출, ② 제출된 감정자료의 분석 및 검토, ③ 예상감정비용 산출 및 통보, ④ 감정인 지정, ⑤ 감정전문위원회 심의, ⑥ 감정결과 통보이다. 부가적으로 제출된 감정자료의 분석결과 감정을 수행하기에 부족하거나 적절치 않은 상태라면 추가적인 자료요청을 할 수 있으며, 감정수행 후 감정전문위원회의 심의결과 보정이 필요한 경우에는 이를 보정하여야 한다[13].

감정을 의뢰하기 위해서는 법원 또는 수사기관 등의 공식적인 의뢰가 필요하며, 감정의 접수와 더불어 감정자료의 제출이 반드시 요청되고 있다(저작권법 시행령 제64조 제1항). 이는 의뢰에 따른 적절한 감정비용의 산정과 감정을 기획하기 위하여 일정수준 해당 감정건을 분석할 필요가 있기 때문이다. 다음으로 본격적인 감정을 수행하기 위해서는 감정건의 분석을 통하여 산출된 예상감정비용을 통보하고 이에 대한 비용이 납입되어야 한다. 민사소송 중인 사건의 경우 법원에 해당 금원을 예치하면 되고, 수사기관 및 형사소송의 경우에는 위원회에 해당 금원의 예납

이 이루어지면 가능하다. 예상감정비용의 예납이 이루어지면 해당 감정건을 수행하는데 가장 적절한 전문적 능력을 보유하고 있는 전문가를 통하여 감정을 수행하게 되고, 필요한 경우 복수의 전문가로 하여금 협업하도록 하고 있다. 도출된 감정결과는 감정전문위원회의 심의를 거쳐 감정서의 공정성, 적절성, 신뢰성 등을 평가하여, 실제적으로 또한 법률적으로 완성도 높은 감정결과를 제공할 수 있도록 하고 있다. 이렇게 도출된 감정결과는 의뢰기관으로 통보되며, 그 후 감정비용의 정산, 감정자료의 반환 및 감정에 관한 질의에 대한 응답 등의 후속 조치가 이루어진다.

이와 같은 감정절차는 민사소송법에 의한 법원의 감정 절차와 다소 충돌되는 부분이 있다는 점에 간혹 문제가 제기되기도 한다. 대표적인 예로 감정자료 제공 및 예상감정비용 산정과 관련한 절차 문제가 있다. 저작권법에 의한 저작권 감정은 실무상 감정이 촉탁된 이후에 이를 기초로 자료를 수령하고 예상감정비용을 산정하는 등 절차를 진행하나, 법원의 감정절차는 예상감정비용을 확인한 이후 감정인 지정 혹은 감정촉탁을 진행한다는 점 때문이다. 특히 법원의 입장에서는 감정이 촉탁된 상황이 아니므로 예상감정비용 산정 등을 위한 자료를 제공하는데도 상당히 제한적일 수 밖에 없고, 소송당사자의 동의가 전제된 감정수행에 있어서 예상감정비용을 확인할 수 없어서 선택을 위한 중요한 고려가 생략될 수 밖에 없는 등 저작권법에 의한 감정 실무에 있어서 아쉬움이 제기되기도 한다.

한편, 저작권법에 의한 감정절차가 제도화되어 있기는 하나, 그 외의 기관 역시 법원의 촉탁이 있는 경우 동종의 감정을 수행하는 것이 금지되어 있는 것은 아니라는 점을 고려할 필요도 있다. 이들의 경우에도 대체로 유사한 실무적 쟁점을 갖고 있을 것으로 보이기 때문이다.

3.2 감정인 개념의 구분

민사소송법에서 감정인이라 함은 법원의 판단 능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단(구체적 사실판단에 관한 감정)을 법원에 보고하게 하는 증거조사인 감정을 법원으로부터 명령받은 사람을 의미한다[14]. 한편, 사람, 즉 자연인을 전제로 한 감정인과 달리 공공기관 등을 대상으로 감정을 촉탁할 수 있다. 이때 감정을 수행하는 주체는 자연인이 아닌 촉탁기관이다. 그런데 촉탁의 경우 두 가지 방법으로 구분되는데, 감정촉탁을 받은 기관이 개인을 특정하고 그가 그의 명의로 감정을 수행하고 비용 역시 그 개인에게 지급되는 방식과 촉탁받은 기관이 기관의 명의로 감정을 수행하고 비용 역시 그 기관에게 지급되는 방식이다. 전자의 방식이 일반적으로 실무에서 활용되는 감정촉탁의 방식이다[15]. 한편, 저작권법 제119조에 의한 감정은 후자의 방식을 취하고 있다(이하에서 논의하는 감정촉탁은 후자의 방식을 전제로 한다).

후자의 방식에서 저작권법에 의한 저작권 감정은 복수의 인력이 투입되어 이루어지는 것이 보통이며, 전문성의 보완을 위해 외부 전문가를 감정에 참여시키는 경우 그의 지위에 대해 실무적으로 혼란이 있음이 종종 보여진다. 감정에 참여하는 외부 전문가를 통상 감정인이라 칭하는데, 그 외부 전문가는 감정을 촉탁받은 기관의 내부 관계에 의하여 감정에 참여하는 것이지, 그 외부 전문가가 법원의 명령에 의하여 해당 감정에 참여하는 것이 아님을 고려할 때, 설사 감정인이라는 용어를 동일하게 사용하고 있다고 하더라도 이는 민사소송법에서 지칭하는 감정인은 아니다. 따라서 감정촉탁기관의 내부 관계로서 활용되는 외부 전문가인 감정인은 민사소송 체계에

서의 감정인과는 구별된다. 그런데 실무적으로 법원은 후자 방식에서의 감정촉탁기관 내부 관계에 불과한 외부 전문가인 감정인을 전자 방식에서의 개인 전문가와 동일하게 대하는 경우를 종종 보일 때가 있다. 특히 주로 변론기일에 이루어지는 감정서 설명을 민사소송법 제341조 제2항(법원은 필요하다고 인정하면 공공기관·학교, 그 밖의 단체 또는 외국 공공기관이 지정한 사람으로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있다.)에 따라 감정에 참여한 외부 전문가에 의하는 것이 불가능한 것은 아니지만, 감정촉탁 절차의 의의를 고려할 때 감정서를 설명하는 자는 감정촉탁기관에 속한 자이어야 하는 것이 타당하다는 비판과의 충돌이 있다.

4. 민사소송법 개정이 저작권 감정 실무에 미치는 문제 검토

4.1 감정인 추가지정 등과 감정 위임금지 문제

이 부분의 민사소송법 개정 사항은 감정의 수행 과정에서 적절한 감정결과를 이끌어내기 위하여 법원에서 이를 통제할 수 있도록 함을 의도하는 것으로 생각된다. 그러나 자연인인 전문가를 전제로 한 민사소송법상 감정인과 달리 다수의 내부 참여자(내부 관계에 의하여 감정에 참여하게 된 외부 전문가 포함)를 통하여 수행되는 촉탁에 의한 감정(앞선 분류에 따르면 후자에 해당)의 경우 이와 같은 의무가 그대로 적용되기에는 어려움이 있을 것이다. 다만, 촉탁기관 자체가 민사소송법 제335조의2에서 규정된 감정인의 의무를 적절히 이행하는 것으로 볼 수 없는 경우에는 감정촉탁 기관 입장에서 주의가 필요하다. 감정을 특정 공공기관 등에 촉탁하는 것은 감정을 위한 전문성과 공정성 등을 고려하여 해당 기관

이 이를 충족한다는 점을 전제한 것이다. 그런데 만일 감정을 촉탁받은 기관이 감정을 수행하는 과정에서 단순히 형식적 중간자로서만 작용한다면 감정촉탁의 진체가 충족되지 않는 것으로 볼 수 있으며, 위임금지 의무의 위반 등이 문제될 수도 있다고 본다. 이에 감정촉탁을 받은 기관이 사안에 따른 개별 전문성을 고려하여 외부 전문가를 감정에 참여시키는 것은 불가피한 일일 수 있다고 보이나, 그 외부 전문가가 감정을 촉탁받은 기관과 어떠한 관계 속에서 감정에 참여하고 있는지, 감정 수행 과정에서 외부 전문가의 역할이 어느 정도의 비중을 차지하는지, 감정촉탁기관의 역할은 무엇인지 등의 실제적인 점이 이 의무 위반 여부를 판단하는데 영향을 미칠 것으로 생각한다.

4.2 복수감정 운영의 문제

개정된 민사소송법은 다른 감정인과 함께 감정을 하여야 하는 경우에는 곧바로 법원에 감정인 추가 지정을 요구(제335조의2 제1항)하여야 함을 명시하였다. 일반적으로 감정은 사안에 따라 자연인 전문가 단독으로 수행하기도 하며, 세부적인 분야가 결합되어 있는 경우 각각의 전문가의 협업으로 진행하기도 한다. 이러한 협업에 의한 감정을 구체적인 방식에 따라 복수감정 혹은 컨퍼런스감정으로 지칭한다. 대법원은 사안이 복잡해지고 다분야의 전문성이 함께 고려되는 경향이 높아지는 최근 상황을 고려하여 복수감정 혹은 컨퍼런스감정의 제도화 필요성을 인식하고 이의 적극적 활용을 위한 논의를 진행하기도 하였다[16]. 컴퓨터프로그램을 대상으로 하는 저작권 감정 역시 감정대상이 속한 세부 기술분야의 다양성에 따라 혹은 기술분야와 법률분야의 융합적 검토를 위해 복수 전문가에 의하여 이루어지는 경우를 종종 볼 수 있다. 이러한 상황에서 감

정에 참여하는 전문가들을 명확히 함으로써 법원 입장에서는 감정 수행 결과에 대한 논의를 효과적으로 하기 위한 목적으로 민사소송법의 규정이 개정된 것으로 생각된다. 다만, 이번 개정은 각 분야의 전문가가 협업하여 감정을 수행하는 방식에 대해서는 오히려 효율성을 떨어뜨린다는 지적이 있다[17].

감정촉탁에 의하여 진행되는 저작권법 제119조에 의한 감정은 표면적으로는 단일의 기관을 대상으로 촉탁이 이루어짐에 따라 진행되므로 단독으로 감정을 수행하는 외관을 갖는다. 저작권법에 의한 감정기관인 한국저작권위원회는 실무적으로 감정을 실제 수행한다기 보다는 감정의 창구 역할을 수행하는 경향이 있는 것이 현실이다. 이에 외부 전문가가 내부 관계에 의한 감정인으로서 대부분의 감정을 수행하는데, 이러한 구조를 민사소송법 제335조의2 제1항의 규정과 어떻게 연결하여 생각해보아야 할지 검토가 필요하다.

이 문제는 저작권법 제119조에 의한 감정 시 감정에 참여하는 외부 전문가의 지위를 어떻게 보느냐에 따라 것으로 생각된다. 첫째, 외부 전문가를 감정을 촉탁받은 기관과 구별되는 별도의 감정 참여자로 볼 경우, 그 외부 전문가는 민사소송법 제335조의2 제1항에 따라 법원에 감정인 추가 지정이 요청되어야 하고, 법원의 지정이 있는 경우 감정을 촉탁받은 기관과 공동 감정을 수행하는 것으로 볼 수 있다. 둘째, 외부 전문가를 촉탁받은 기관의 내부 관계에 속하는 것으로 볼 경우, 그 외부 전문가는 해당 기관과의 내부적 관계에 따라 민사소송법상의 감정인은 아니므로 민사소송법 제335조의2 제1항과의 문제는 발생하지 않는다고 본다. 다만, 이 경우에는 앞서 언급한 것과 같이 감정을 촉탁받은 기관이 단순히 중간자적 역할만 수행하고, 실질적으로 감정은 외부 전문가에 의하여 수행되는 경우 동조 제2항의

의무, 즉 위탁금지 의무를 위반한 것에 해당하게 될 문제의 가능성이 있다. 결국 저작권법에 의한 저작권 감정의 경우 둘째 방식을 전제할 수 밖에 없는데, 이때 감정기관은 감정에 참여하는 주체로서 실질적인 역할을 수행하여야 하며 단순히 중간자적 역할만을 수행하여서는 안된다.

4.3 촉탁감정에 참여한 전문가 공개 문제

감정촉탁을 수행하는데 있어서 법원의 이해와 촉탁감정 수행기관의 이해가 크게 충돌되는 부분은 감정에 참여한 실제 인원의 공개 여부에 대한 문제이다. 감정이 촉탁되더라도 실제 감정을 수행할 자가 명확하게 특정되어 있는 등의 경우에는 문제가 안되나, 그렇지 않은 경우에 감정을 촉탁받은 기관의 명의로 감정결과가 제시되는 상황에서 실제 감정을 수행한 내부 직원 및 해당 기관과 내부적 관계에 의해 감정에 참여한 외부 전문가의 경우 참여인력의 공개는 매우 불편한 일임에 틀림없다. 참여인력의 비공개는 감정이 부실하게 이루어진 것에 대한 책임을 회피하기 위함이라기 보다는 타인의 송사에 깊이 참여하게 되는데 따른 불편함에 대한 배려와 누군가의 압력에서 벗어나 공정하고 소신있는 감정을 수행하고자 함을 이유로 볼 수 있다. 이러한 문제를 다 소나마 개선하기 위해서 개정 민사소송법에서는 비디오 중계장치 등에 의해 감정인신문이 가능하도록 제도를 개선한 바 있다(민사소송법 제339조의3, 제341조 제3항).

이 문제에 대해서는 의견이 대립된다. 공정설의 입장에서는 감정을 촉탁받은 기관의 공정성과 전문성 등을 고려하더라도 실제 감정을 수행하는 자를 특정할 수 있어야 민사소송법 제336조에서 보장하는 감정인 기피신청권 등을 행사할 수 있어 공정한 감정이 보장될 수 있다고 한다. 반면, 부정설의 입장에서는 실제 감정을 수행하는 전문

가의 실명이 공개되지 않아야 보다 다른 요인의 영향을 받지 않고 공정한 감정을 수행할 수 있다고 한다. 또한 감정인 기피신청권 등의 남발로 감정의 신속성 등이 저해되고, 감정결과를 방어적으로 제시할 수 밖에 없게 된다고 비판한다 [18]. 아울러 감정인 기피신청의 대상은 실제 감정에 참여하는 자연인이 아닌 촉탁기관이므로 굳이 실제 감정수행 전문가의 실명을 공개할 필요가 없다고 볼 수도 있다.

감정을 촉탁하는 목적이 공정성의 확보에만 있는 것이 아니며, 공정성을 비롯하여 신속성, 전문성, 경제성을 모두 고려하여야 한다는 것을 생각하면, 부정설의 입장이 타당한 것으로 생각한다. 촉탁에 의하여 기관의 명의로 감정이 이루어지므로 감정의 수행 주체는 기관이며, 실제 감정에 참여하는 전문가 등의 경우 그 내부 관계에 불과하므로 그 개개인이 감정결과를 대표할 수 없다고 보기 때문이다. 더군다나 민사소송법 제341조에서 촉탁감정 제도를 마련하고 있는 이유가 특정 개인인 전문가에 의한 감정이 사실상 적절하지 않은 경우를 대비한 것임을 생각하면, 감정결과의 설명 등을 실제 감정을 수행한 자에 의하지 못할 수 있다는 점은 촉탁감정의 한계로 볼 수 밖에는 없다고 생각한다.

4.4 감정인 체계의 밀접성 문제

앞에서도 언급한 바와 같이 감정을 촉탁받은 기관이 단순히 중간자적 역할만을 수행하고, 실제적인 감정은 외부 전문가에 의하여 수행되는 경우 민사소송법 제335조의2 제2항에서 금지하는 위임금지에 해당할 수 있다는 우려가 있다. 저작권법 제119조에 의한 감정 실무는 설사 실제적인 감정의 상당 부분을 외부 전문가에 의하여 진행하더라도 해당 감정결과에 대한 심의 등을 촉탁받은 기관에서 진행함으로써 이를 단순히 위임에

이른 것으로 볼 수 있는지 여부에 대해서 애매한 점이 있기는 하다. 그럼에도 감정의 실제에 있어서 촉탁받은 기관이 적극적으로 참여하지 못한다는 점은 사실상 감정을 위임한 것이라는 비판을 무시할 수는 없을 것으로 본다. 이에 실무적으로 감정을 촉탁받은 기관은 전문성의 확보를 위하여 외부 전문가와 협업을 할 수 있겠지만, 기관 자체로도 실제 협업이 이루어질 수 있도록 인력과 환경을 갖추어야 하며, 사실상 감정을 위임하는 모습으로 나타나지 않도록 할 필요가 있다. 아울러, 앞서 살펴본 바와 같이 촉탁감정에 참여하는 외부 전문가를 외부에 공개하는 것에 대한 부정적 태도를 전제로, 최근 소송대상의 복잡·전문화로 인하여 법관의 역할과 감정인 역할의 교차 현상이 발생^[19]하고 있음을 고려하면, 결국 감정을 촉탁 받은 기관에서 이와 같은 연결고리의 역할을 충분히 수행하여야 한다고 본다.

4.5 전문분야의 일치 문제

이 부분의 민사소송법 개정 사항은 감정을 수행하기에 부적절한 능력을 갖춘 감정인이 부실한 감정결과를 도출하는 것을 방지하기 위한 것이다. 이를 감정촉탁 절차에 비추어 적용하면 촉탁을 받는 공공기관 등이 해당 사안의 감정을 수행하기 위한 전문성을 갖추고 있어야 한다는 것으로 해석이 가능할 것이다. 다만, 이때 명칭이나 업무 영역에 한정하여 전문성 여부 등을 판단하여야 할 것인지, 아니면 표면적 요소에 한정하지 않고 해당 기관의 구성원 및 자체 능력의 실질을 고려하여 판단할 것인지 고민이 요구된다. 현재 법원의 실무를 보면 후자에 따르고 있는 것으로 보인다. 한편, 대표적인 예로 한국저작권위원회에서 소프트웨어 완성도 등에 대한 감정을 수행하고 있는 것을 들 수 있다. 한국저작권위원회의 경우 저작권법 제119조에 근거하여 감정 사업을

수행하는데, 동조에서 명시한 감정의 범위는 저작권에 관계된 것으로 한정된다. 다만, 실무적으로 업무규정 제18조를 통해 저작권법에서 정한 범위 이외에 대한 소프트웨어 완성도 감정 등의 경우까지 수행범위로 포함하고 있다.

5. 결론

저작권 감정에 있어서 촉탁감정을 대하는 법원의 실무적 관행과 저작권 감정을 수행하는 기관이 갖는 업무수행 방식 차이는 양자간의 불만족을 초래하는 주요 원인으로 작용한다. 특히 감정 수행을 위한 구체적인 주체를 특정하고, 그로 하여금 법원과 협의하도록 하는 법원의 실무 관행과 달리, 법원과의 협의를 진행할 자와 실제 감정의 전부를 수행하는 자가 불일치하다는 점이 법원에서의 불만으로 나타나고 있는 것으로 보인다. 감정의 촉탁 역시 소송에서 법관의 판단을 보조하기 위한 수단이라는 점을 고려하면 이러한 문제를 단순히 양자 간의 불가피한 차이만으로 치부하고 방치할 수 있는 것은 아니라 생각된다. 이점에 있어서 과거 수차례 저작권 감정제도의 개선이 요구^[20]되기도 하였으나, 인력 및 예산의 한계 등 현실적인 문제로 인하여 현재 적절히 대응하지 못하는 것으로 평가된다. 더군다나 감정 절차에 관한 민사소송법 개정으로 감정 수행에 대한 엄격성이 높아진 상황에서 이 엄격성의 요구가 기존 저작권 감정 제도의 약한 고리에 영향을 미친다는 점은 제도적 차원의 적절한 대응을 위한 노력이 필요하다는 점을 상기시킨다. 이와 같은 전제에서 저작권법 제119조에 따른 촉탁감정의 개선은 법원의 입장에서 촉탁감정의 본질 및 이를 수행하는 감정기관 실무에 대한 이해와 배려가 요구되며, 감정수행기관 입장에서는 효과적인 문제해결을 위한 법원의 필요를 실무적 안

정성을 유지하며 최대한 충족시킬 수 있는 방안을 찾도록 하여야 함을 고려하여 면밀한 실무적 논의가 이루어져야 한다.

참 고 문 헌

- [1] 강성수, 전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, p.33, 2016. ISBN: 979-11-86491-53-9
- [2] 이시윤, 신민사소송법, 박영사, p.50, 2017. ISBN: 9791130330334
- [3] 김시열, 저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구, 한국저작권위원회, p.57, 2013. ISBN: 978-89-6120-236-7
- [4] 대법원 보도자료(2015.3.23.), “2015. 3. 23. 사실심 충실화 사법제도개선위원회 제2차 회의 개최”
- [5] “성폭력피해자 ‘원격’ 증언 가능해지나”, 머니투데이 기사, Jul 15, 2015. <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015071500557627144&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.daum.net/>
- [6] 강성수, 전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, pp.220-222, 2016. ISBN: 979-11-86491-53-9
- [7] 강성수, 전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, p.223, 2016. ISBN: 979-11-86491-53-9
- [8] 법원행정처, 법원실무제요 민사소송[III], 법원행정처, p.160, 2014. 발간등록번호 32-9740029-000722-01
- [9] 강성수, 전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, p.240, 2016. ISBN: 979-11-86491-53-9
- [10] 윤재윤, “전문소송의 감정절차에 대하여 - 건설감정의 표준절차를 중심으로-”, 법조 제 51권 제11호, p.262, 2002.
- [11] (사)한국소프트웨어감정평가학회 제29회 추계학술대회(2018. 11. 16.) 패널 토의 내용 참조.
- [12] 김시열, 저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구, 한국저작권위원회, pp.12-13, 2013. ISBN: 978-89-6120-236-7
- [13] 문화체육관광부·한국저작권위원회, 2011 저작권 백서, 문화체육관광부, p.263, 2012.
- [14] 법원행정처, 법원실무제요 민사소송[III], 법원행정처, p.151, 2014. 발간등록번호 32-9740029-000722-01
- [15] 법원행정처, 법원실무제요 민사소송[III], 법원행정처, p.170, 2014. 발간등록번호 32-9740029-000722-01
- [16] “대법원-대한변협, 신체감정촉탁기관 확대 추진”, 법률저널 기사, Nov 15, 2016. <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=42600/>
- [17] “개정 민사소송법에서 신설된 335조의2(감정인 의무)의 진정한 의미”, 로타임즈 기사, Jun 16, 2016. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?Serial=101216/>
- [18] “진료기록 감정에 최소 6개월... 소송 당사자 속 탄다”, 로타임즈 기사, Mar 23, 2020. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=160291/>
- [19] 김시열, 저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구, 한국저작권위원회, p.169, 2013. ISBN: 978-89-6120-236-7
- [20] 이철남, 일반저작물 감정 인용율 제고를 위한 감정매뉴얼 개발 연구, 한국저작권위원회, pp.66-67, 2015, ISBN: 987-89-6120-322-7

— 저 자 소 개 —



김시열(Si Yeol, Kim)

2012.8 숭실대학교 대학원, 법학박사
2007.6-2012.6 한국저작권위원회
2015.9-2019.8 숭실대학교 법학과 겸임교수
2012.6-현재 한국지식재산연구원 부연구위원
<주관심분야> 저작권 분쟁, 실질적 유사성