

〈논 문〉

창작과 표절의 구별기준

丁 相 朝*

I. 머리말

500여 년간의 朝鮮 왕조 시대에는 과거가 중시되고 성현의 명언을 정확히 암기하는 것이 존경받았었지만,¹⁾ 知識과 情報가 附加價値의 생산에 직결되는 오늘날과 같은 知識基盤社會에서는, 과거보다는 현재와 미래를 위한 새로운 아이디어의 創作이 권장되고, 아이디어의 창작을 향한 경쟁이 치열하게 되었다. 아이디어의 창작을 둘러싼 경쟁이 치열해질수록, 자신의 아이디어를 보호하고자 하는 욕구와 이익이 커지게 된다. 모방보다는 창작이 더 중시되는 경제적 사회적 구조하에서는, 타인의 창작물을 표절하는 것이 그 타인의 개인적 이익을 해칠뿐만 아니라 궁극적으로는 사회전체의 문화와 과학의 발전을 저해하게 된다고 하는 인식이 형성되고, 결과적으로 표절은 금지되고 비난받아야 할 행위라고 하는 도덕적 규범이 형성된다.²⁾ 표절에 관한 도덕적 규범이 모두 법규범으로 성문화되거나 법원에 의해서 승인되는 것은 아니지만,³⁾ 표절을 비

* 서울대학교 法科大學 副教授

1) Ilhyung Lee, "Culturally-Based Copyright Systems: The U.S. and Korea in Conflict," 79 *Washington Univ. Law Quarterly* 1103(2001), p.1125; William P. Alford, *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*(Stanford University Press, 1995), p.25.

2) 서울대학교교수윤리위원회규정과 같이 대부분의 교육기관 또는 연구기관 등은 반윤리적인 품행을 한 자에 대한 징계를 하고 있는데, 표절이 반윤리적 행위의 하나로 인식되고 있고, 반윤리적 행위로서의 표절은 때로는 아이디어의 모방도 포함해서 저작권침해보다도 더 넓은 개념으로서 도덕적 규범의 일부를 형성하고 있다.

3) 저작권법은 저작권이 만료된 저작물은 만인의 공유대상으로 된다고 보고 있지만, 그와 같이 공유로 된 타인의 저작물도 출처표시를 하지 아니한 채 상당부분 이용한 경우에 표절이라고 윤리적 비난을 받게 되고, 저작권법은 창작적 표현만을 보호하고 있지만 일상적으로 타인의 아이디어를 그대로 모방한 경우에도 직종에 따라서는 표절이라는 윤리적 비난을 받는 경우가 많다. Stuart P. Green, "Plagiarism, Norms, And The

난하는 도덕규범이 확립되면 확립될수록 자신의 아이디어에 대한 모방 또는 표절을 금지시키고 그에 대한 손해배상 등의 구제를 받고자 하는 법적인 시도가 증가하게 된다.

창작의 보호와 표절의 금지에 관한 이러한 욕구와 이익은 지식기반사회 또는 시장경제에서 당연하고도 정당한 것으로 보게 되어, 창작의 보호를 위한 明示的 또는 默示的 契約의 집행에 법원이 긍정적으로 해석을 하고⁴⁾ 아이디어나 정보의 무단이용이나 표절을 위법하다고 보아서 不法行爲의 성립을 인정하며⁵⁾ 창작의 결과물에 대한 재산권으로 著作權, 意匠權, 特許權 등의 권리가 성문법에 의해서 인정된 것이라고 말할 수 있다.

창작의 보호와 표절의 금지는 창작자 개인의 재산보호를 위해서 뿐만 아니라 지식의 증가 및 경제의 발전을 위해서도 필요하고 법적으로 뒷받침될 필요가 있다고 하는 점에 대해서는, 선진국에서만 뿐만 아니라 국내에서 상당한 사회적 합의가 이루어진 것이라고 보여진다. 그러나, 어느 정도의 창작에 대해서 어느 정도 또는 어떠한 방법의 법적 보호를 부여할 것인지에 대해서는 아직도 많은 논란이 있고 관련된 法制度와 道德의 지속적인 상호영향의 한 장면을 목격할 수 있게 된다.⁶⁾ 특히, 오늘날 창작되는 대부분의 아이디어가 과거의 아이디어를 도외시한 채 발견하거나 생각해낸 전혀 새로운 아이디어가 아니고 과거의 아이디어를 다소 변형시키거나 조금 더 발전시킨 것인 경우가 많기 때문에, 어디까지가 표절이고 어디에서부터 창작이라고 말할 수 있는지의 구별

Limits Of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights,” 54 *Hastings L.J.* 167, at 200.

4) *Whitfield v. Lear*, 751 F.2d 90(2nd Cir., 1984); 우리나라에서도 서울민사지법 1995. 1. 18.자 94카합9052 결정에서, 실연자의 성명을 음반에 표시해 온 것이 음반업계의 관행이라면, 그와 반대되는 내용의 의사표시가 없는 한, 실연자와 음반제작업자와의 사이에 실연자의 성명을 음반에 표시하기로 하는 내용의 묵시적 계약이 체결된 것으로 볼 수 있다고 판시함으로써, 가수 등 실연자의 성명표시권이 저작권법에 규정되어 있지 않지만, 법원이 묵시적 계약의 형태로 예술적 창작의 철저한 보호를 위한 법적 시도에 법원이 긍정적으로 해석한 바 있다.

5) 서울지방법원 1996. 12. 20. 선고 96가합7170판결; 또한 서울지법 2001.12.7. 선고 2000가합54067 판결에서는 저작권의 침해라고 볼 수 없는 전자지도 사이트의 링크를 위법하다고 보아 상당한 손해배상을 명한 바 있다.

6) 관행이나 위법성 여부의 판단에 있어서 판단시점의 도덕이 법원의 판단에 영향을 미치게 될 수 있다는 점에서 도덕이 법에 영향을 미칠 수 있고, 다른 한편, 저작권법 등의 성문법이 제정되거나 개정됨으로써 창작과 표절에 관한 관행 및 도덕이 변할 수도 있다는 점에서 법과 도덕이 상호 영향을 받는다고 볼 수 있다.

기준을 정하는 것은 현실적으로 아주 어려운 문제이다. 물론, 창작과 표절의 구별기준은 소설, 학술서적, 음악, 미술 등 각 업계마다 다를 수 있고,⁷⁾ 불법행위에서의 위법성과 저작권법에서의 창작성 및 특허법에서의 진보성이⁸⁾ 각각 상이한 기준이라는 점도 부인할 수 없다. 따라서, 창작과 표절의 구별기준은 일률적으로 말하기 어렵지만, 창작결과물의 이용자가 한정되고 그 가치에 관한 개인적인 평가를 신뢰하는 것이 사회적으로 더 유용한 계약의 경우에는 창작성의 기준이 낮고, 제3자의 표절에 대한 구제를 청구하기 위한 불법행위의 경우에는 창작성의 기준이 계약의 경우에서보다는 더 높아야 할 것이다.⁹⁾ 다만, 저작권법과 특허법과 같은 성문법은 각각 창작성의 기준에 대해서 스스로 규정하고 있기 때문에, 창작과 표절의 구별기준에 관한 본고는 법해석의 문제로부터 출발하도록 한다. 이하에서는 표절이 특히 문제되는 著作権法에서의 창작과 표절의 구별기준에 대해서 외국이론과 국내이론을 검토해보기로 한다.

II. 창작적 아이디어의 保護

저작권법이 창작을 보호하고 표절은 금지하기 위해서 제정된 성문법이지만, 아이디어 자체는 보호하지 않고 그 아이디어의 창작적 표현만을 보호한다고 하는 아이디어·표현 이분법(idea/expression dichotomy)에 입각하고 있다. 따라서, 저작권법에서의 창작과 표절의 구별도 창작적인 표현과 표절 또는 모방한 표현의 구별기준을 찾는 문제에 한정된다. 다만, 창작과 표절을 구별하기 어려운 것처럼, 아래에서 보는 바와 같이 아이디어와 표현을 구별하는 것도 현실적으로 아주 어려운 문제이기 때문에, 우선 저작권법과 대조적으로 아이디어 자체를 보호하는 법제도부터 살펴보고 난 이후에 저작권법에서의 표절의 판단 기준을 검토해보기로 한다.

아이디어나 정보(information) 또는 사실(facts) 자체가 저작권법의 보호대상

7) 대법원91도2101판결에서는 시력표의 창작성을 인정함으로써 창작성의 기준을 낮게 파악하고 있음에 반해서, 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결에서는 제품사진의 창작성을 부인함으로써 창작성의 기준을 높게 파악하고 있다. 다만, 창작성 인정 기준에 관한 그러한 차이가 합리적이고 정당한 것인지에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

8) 저작권법 제2조 및 제4조 내지 제6조; 특허법 제29조.

9) Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*(Univ. Casebook Series, 1999), pp.31-51.

은 될 수 없지만, 特許權이나¹⁰⁾ 營業秘密의¹¹⁾ 보호대상으로 될 수 있음은 물론이다. 또한, 아이디어가 특허등록이 되어 있지 않거나 비밀성이 없는 등의 사유로 인해서 특허법이나 不正競爭防止및營業秘密의保護에관한法律에 의한 보호를 받지 못하는 경우에도 아이디어의 무단이용이 民法상 不法行爲나 不當利得으로 되는 경우도 있을 것이다.¹²⁾ 다만, 특허권 등 권리의 침해가 없는데도 불구하고 어떠한 경우에 아이디어의 무단이용이 違法한 것으로 판단될 수 있을지의 문제가 남게 된다.¹³⁾ 또한, 특허법이나 저작권법의 보호요건을 갖추지 못한 아이디어인 경우에도 당사자간의 明示的 또는 默示的 契約에 의해서 보호하는 것이 특허법 등의 법목적에 반하는 것이 아닌 한¹⁴⁾ 계약의 체결에

10) 생명체로부터 인위적으로 분리·확인되고 기능이 밝혀진 유전자염기서열 또는 발현유전자단편에 대한 특허권등록이 가능하고, 그러한 특허권은 궁극적으로 유전자 정보 자체를 보호하는 결과로 될 것이다: John Murray, "Owning Genes: Disputes Involving Dna Sequence Patents," 75 *Chi.-Kent L. Rev.* 231, at 237.

11) 인터넷상의 고객정보는 영업비밀로서 높은 경제적 가치를 가지고 보호의 대상으로 될 것이다: 예컨대, *Federal Trade Comm'n v. Toysmart.com, LLC*, No. 00-11341-RGS, First Amended Complaint(D. Mass. filed July 10, 2000), available at <<http://www.ftc.gov/os/2000/07/toysmartcomplaint.htm>>.

12) 서울지방법원 1996. 12. 20. 선고 96가합7170판결에서 원고는 맥주병에 온도감응태임을 부착하여 맥주의 맛이 가장 좋은 상태를 동 감응태임을 통해서 눈으로 확인할 수 있도록 하면서 구체적인 광고문구로서 "최상의 맛을 유지하는 온도 눈으로 확인하십시오"라는 문구를 제안하였으나, 피고 맥주회사는 원고의 광고아이디어를 수락하지 아니한 채 1년가량이 지난 후 독자적으로 온도감응잉크로 인쇄된 암반천연수마크를 병표지에 인쇄하여 제작하고 광고문구로 "가장 맛있는 온도가 되면 암반천연수 마크가 나타나는 하이트. 눈으로 확인하세요"라는 문구를 사용하여 광고를 한 사안에서, 서울지방법원은 온도감응태임을 부착한 병포장제조 아이디어는 선진국에서 이미 공지된 기술에 해당되기 때문에 영업비밀의 침해는 인정할 수 없다고 하면서도, 광고문구에 관한 아이디어를 도용한 것이라고 보아서 맥주회사는 손해배상책임을 진다고 판시한 것이다. 다만, 여기에서 피고의 손해배상책임이 불법행위로 인한 책임인지 아니면 부당이득의 반환인지 아니면 묵시적인 계약이 체결된 것으로 보아서 그 계약상의 책임인지 불분명하다.

13) 업계의 관행이나 약관의 사용에 의한 일정수익의 예상 또는 일반인의 의식이 위법성 판단의 기준이 될 수 있을 것이다.

14) *Aronson v. Quick Point Pencil Co.*, 440 U.S. 257, 59 L.Ed. 2d 296(Supreme Court, 1979)에서는 특허출원중인 발명에 관한 실시허락계약을 체결하면서 특허거절이 되면 실시료를 절반으로 줄이기로 합의한 계약의 유효성이 문제된 사안에서 미국연방대법원은 그러한 계약이 발명의 인센티브를 줄이는 것도 아니고 발명의 공개를 방해하는 것도 아니기 때문에 특허법의 목적에 반하는 계약이라고 볼 수 없고 따라서 유효하다고 판시한 바 있는데, 이러한 미국판결례는 우리나라의 저작권법이나 특허법의 규정이 강행규정으로 해석되어 계약의 무효를 초래 할 수 있는지 여부에 관한 논의에 참고

의해서 아이디어의 보호를 받을 수는 있을 것이다. 예컨대, 아이디어의 무단이용이 위법한 것인지 여부에 대해서 논란이 있는 경우에도 아이디어의 이용에 관한 특정 업계의 관행이 있고 그러한 관행에 반해서 타인의 아이디어를 무단으로 이용한 경우에 당사자간에 관행과 동일한 내용의 묵시적 계약이 체결된 것으로 볼 수도 있다.¹⁵⁾ 다만, 契約에 의해서 보호하고자 하는 아이디어가 이미 널리 알려진 것에 불과하거나 추상적인 수준에 머물고 있는 경우에는 그러한 계약이 과연 체결되었다고 볼 수 있을지 의문이 제기될 수 있고¹⁶⁾ 또한 설사 유효한 계약이 체결되었다고 하더라도 원시적 이행불능이나 채무불이행에 해당된다고 볼 수도 있을 것이다. 계약에 의한 아이디어의 보호에 있어서도 아이디어의 新規性和 具體性이 결여되면 원고의 문제된 아이디어가 계약의 목적물에 해당되지 않는다거나 원고가 계약목적물인 아이디어를 제공하지 않았다고 판단될 가능성도 있지만, 아이디어의 무단이용이 不法行爲나 不當利得에 해당된다고 보기 위해서는 신규성과 구체성의 요건은 더욱 엄격히 요구된다고 말할 수 있다.¹⁷⁾ 아이디어의 신규성과 구체성은 불법행위나 부당이득에 있어서의 위법성이나 부당성을 인정하는 데 필요한 최소한의 요소가 되기 때문이다. 특히, 특허법이나 저작권법의 보호대상으로 될 수 없는 아이디어의 경우에 그 무단이용이 불법행위에 해당된다고 보기 위해서는 특허법이나 저작권법상 적법한 행위가 어떠한 이유나 요소가 추가되어서 위법성을 인정할 수 있게 되는지를 분명히 해야 하고, 그러한 위법성의 추가적 요소를 밝혀낼 수 없다면 아이디어의 무단이용을 불법행위로 해석하는 것이 특허법이나 저작권법과 상충될 수도 있다.¹⁸⁾

할 수 있다.

15) *Whitfield v. Lear*, 751 F.2d 90(2nd Cir., 1984).

16) 예컨대 *Sellers v. American Broadcasting Co.*, 668 F.2d 1207(11th Cir., 1982)에서는 유명가수 Elvis Presley의 사망원인에 대해서 아주 추상적이고 추측에 불과한 스토리를 방송국에 제공한 사안에서 제공된 스토리 또는 아이디어가 구체성과 신규성을 결하고 있기 때문에 방송국과의 사이에 보상계약이 체결되었다고 볼 수 없고 방송국이 원고의 스토리나 아이디어를 이용했다고 볼 수도 없다고 판시했다.

17) Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*(Univ. Casebook Series, 1999), pp.31-51.

18) *Sears v. Stiffel*, 376 U.S. 225; *Compco v. Daybrite*, 376 U.S. 234.

III. 著作權侵害로서의 剽竊의 判斷基準

저작권의 침해는 저작권자의 허락없이 그 저작물을 복제, 배포, 공연 등의 행위를 하고 그러한 행위가 “정당한 인용”¹⁹⁾ 등의 예외에 해당되지 않는 것을 말한다. 타인의 저작물과 완전히 동일한 사본(dead copy)을 만들어서 이용하는 경우에는 저작권침해여부의 판단이 비교적 용이하지만, 타인의 저작물과 동일하지 아니한 경우에는 어느 정도까지 유사한 사본을 만들어야 침해로 되는지 여부의 판단은 어려운 문제가 아닐 수 없다. 특히 양작품이 서로 유사한 경우에 표절 또는 저작권침해에 해당되는지 여부의 문제는, 저작권법상 아이디어/표현 이분법(idea/expression dichotomy) 및 公正利用(fair use)²⁰⁾의 문제와 결합되어 해석상 아주 어려운 문제의 하나로 제기된다.

저작권침해행위 가운데 복제는 저작물이라고 하는 무체재산(intangible property)을 눈으로 보거나 귀로 듣고 머리에 기억했다가 모방함으로써 이루어질 수도 있는 것이어서, 표절 또는 복제라고 하는 물리적 행위과정을 입증한다거나 무단복제가 무체재산의 “盜用(misappropriation)”에 해당된다는 것을 입증하는 것은 더욱 어려운 문제이다. 일반적으로, 점유의 이전을 수반하는 통상적인 절도를 입증하는 것보다 점유의 이전도 없이 비밀리에 일어나는 무체재산의 도용을 입증하는 것이 상대적으로 더 어렵다고 말할 수 있다. 피고가 원고의 저작물을 보거나 감상하고 그 아이디어와 표현을 모방할 수 있었다는 점을 입증하고 더 나아가 원고와 피고의 작품이 동일하거나 실질적으로 유사(substantially similar)하기 때문에 저작물의 도용이 있었다고 볼 수 있는 경우에 저작권침해는 성립된다고 보는 것이 국내외 판례와 학설의 기준이다. 일단, 피고가 원고의 저작물에 접근·의거했다는 점과 원피고의 작품이 동일하거나 실질적으로 유사하다는 점이 원고에 의해서 입증되면, 피고는 자신이 독자적으로 창작했다고 하는 것을 반증하지 못하는 한 무단복제의 책임을 면할 수 없게 된다. 다시 말해서, “저작물에의 접근(access)·의거와 실질적 유사성(substantial similarity)”이라는 기준은 저작권침해 또는 소위 표절 여부의 판단을 현실적으로 가능하게 하기 위한 실용적인 기준으로 확립된 것이다. 이를

19) 저작권법 제25조.

20) 우리 저작권법 제22조 내지 제35조는 저작권의 제한이라는 개념으로 규정하고 있다.

달리 표현하자면, “著作物에의 接近·依據”는 저작권침해과정을 밝히기 위한 증거법적 성격의 기준이고 “實質的 類似性”은 침해결과가 저작권법의 범목적²¹⁾에 비추어 허용될 수 없다는 것을 밝히기 위한 실체법적 기준이라고 말할 수 있다.²²⁾

1. 著作物에의 接近·依據

피고가 책이나 비디오를 보거나 음반을 들으면서 모방이나 표절을 하는 물리적 복제행위 자체를 입증하는 것이 거의 불가능하기 때문에, 저작권침해 여부를 판단하는 데 원피고 작품의 동일·유사성과 함께 피고의 원고 저작물에의 접근가능성이 현실적으로 중요한 판단기준이 된다. 우리 대법원 판례는 “의거관계”와 “실질적 유사성”을 침해여부의 판단기준으로 제시하고 있으나, 피고가 원고의 저작물에 의거해서 모방을 했는지 여부는 현실적으로 피고의 원고 저작물에의 접근 여부 또는 접근가능성에 의해서 판단할 수밖에 없다는 점에서 “의거관계”보다는 “접근가능성”이 보다 현실적인 판단기준 또는 용어라고 생각된다.²³⁾ 다시 말해서, 피고의 저작물 모방행위 또는 의거행위 자체가 피고의 개인 사무실이나 집에서 이루어지기 때문에 그 입증이 거의 불가능하기 때문에, 저작권침해 여부 판단기준으로서의 접근가능성은 피고가 원고의 저작물을 보거나 접할 수 있는 합리적인 기회(reasonable opportunity to view)가 있었다는 것을 밝히기 위한 현실적인 기준이 되는 것이다. 따라서, 피고의 접

21) 저작권법의 범목적은 어떻게 볼 것인가에 관한 법원의 시각에 따라서 실질적 유사성의 판단기준이 달라질 수도 있는데, 저작권법이 저작권이라는 인센티브를 통해서 창작을 촉진함으로써 문화적 총량을 증가시키고 궁극적으로 문화의 발전을 도모하는 것을 범목적이라고 본다면, 법원으로서 저작권침해 여부에 관한 명료한 기준을 일관되게 적용하고 저작권침해에 대해서는 엄정한 입장을 취하는 것이 그러한 범목적의 실현에 중요한 역할을 한다는 것도 분명하다. 특히, 막대한 저작물의 창작자이면서 소비자에 해당되는 방송국에 의한 저작권침해 여부에 관한 법원의 판단은 방송국에 의한 저작권준수의 노력 여부 특히 사내 침해예방의 규정과 노력에 영향을 미치고 장기적으로 국내의 창작문화의 발전여부에 지대한 영향을 미치게 된다.

22) Laurie Stearns, “Copy Wrong: Plagiarism, Process, Property, and the Law,” 80 *Cal. L. Rev.* 513(1992).

23) 다만, 대법원도 의거관계를 판단함에 있어서 피고가 원고의 저작물을 보거나 감상할 수 있었는지 여부 즉 접근가능성을 기준으로 하고 있기 때문에, 본고는 “접근가능성”과 “의거관계”를 동일한 의미 또는 대등한 역할을 가지는 것으로 전제하고 서술하도록 한다.

근가능성의 요건은 피고가 원고의 저작물을 접해서 현실적으로 읽거나 보거나 들은 경우에 한정되지 않고 피고가 원고의 저작물을 알고 있어서 그에 접근할 수 있는 구체적인 가능성이 있으면 충족된다.²⁴⁾

2. 接近·依據와 類似性的의 상호관계

저작권자는 피고에 의한 저작권의 침해를 주장하기 위해서 피고가 원고의 저작물에 접근해서 원고 저작물의 전부 또는 일부를 이용하여 동일하거나 유사한 작품을 만들었다는 점을 입증해야 한다. 그러나, 원피고 작품의 유사성이 너무나도 강해서 피고에 의한 무단복제를 추정할 수 있는 경우에는 피고가 원고 저작물에 접근·의거했다는 점이 반드시 입증되어야 할 필요는 없다.²⁵⁾ 원 피고 작품의 유사성이 너무나도 강해서 피고가 독자적으로 창작했다고 보기 어려운 경우에는, 피고의 접근가능성·의거관계에 관한 입증이 없더라도 피고의 무단복제를 인정할 수 있기 때문이다. 물론 컴퓨터프로그램의 경우와 같이 원피고 작품의 동일·유사성이 그 기능적 필요로 인해서 부득이하게 야기된 것이라면, 그러한 동일·유사성만으로는 피고의 무단복제를 추정할 수 없다.

IV. 實質的 類似性

원피고 작품의 實質的 類似性(substantial similarity)은 복제행위 가운데 위법한 복제행위 또는 저작권침해에 해당되는 복제행위가 무엇인지를 가려내기 위한 기준이다. 양 작품에 전혀 유사성이 없으면 저작권침해가 없다는 것이 명백하고, 다른 한편, 양 작품이 완전히 동일하다면 위법한 복제행위가 있고 저작권침해가 있다고 판단하는 데 아무런 어려움이 없다. 그러나, 양작품이 유사하지만 완전히 동일하지는 않은 중간 영역의 유사성이 있는 경우에는, 어느 정도의 유사성이 있어야 위법한 복제행위가 있다고 볼 수 있는지의 어려운 문제가 남아 있고,²⁶⁾ 그 판단기준으로 실질적 유사성이 판례와 학설에 의해서

24) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결도 피고가 원고의 저작물의 존재를 알고 있었다는 사실로부터 저작권침해의 의거관계가 추정된다고 판시한 바 있다.

25) *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421(9th Cir., 1987).

26) 그러한 고민이 입법에도 반영된 바 있는데, 예컨대 영국의 1911년 저작권법(Copyright Act 1911 (UK) 1 & 2 Geo 5, c 46)은 저작물의 전부 또는 상당부분을 어

원용되고 있는 것이다. 요컨대, 저작권법은 저작권자에게 창작적 표현의 도용을 금지할 수 있는 권리를 부여함으로써 창작을 촉진하고자 하는 법목적의 달성할 수 있는 것이므로, 실질적 유사성의 여부는 창작적 표현의 도용이 있었는지 여부를 판단하기 위한 실용적 기준인 것이다.²⁷⁾

1. 質的 判斷基準으로서의 實質的 類似性

저작권침해 여부의 판단기준으로서의 실질적 유사성은 量的인 판단기준(quantitative test)이라기보다는 質的인 判斷基準(qualitative test)이다.²⁸⁾ 따라서 유사점이 양적으로는 많지 않더라도 보호대상 저작물의 중요한 부분과 실질적으로 유사한 경우에는 저작권침해가 인정되어야 한다. 저작자의 창작적 노력이 함축되어 있는 중요한 부분이 도용되더라도 양적으로 많지 않다고 해서 저작권침해를 인정하지 않는다면 창작적 표현을 보호하고자 하는 저작권법의 법 목적을 달성할 수 없기 때문이다.²⁹⁾

실질적으로 유사한 부분이 양적으로는 많지 않지만 저작권침해가 인정된 국내사례는 찾기 어렵지만, 미국사례를 통해서 질적판단기준으로서의 의미를 음미해 볼 수 있다. 예컨대, Dawn Associates v. Links³⁰⁾사건에서, 피고가 원고의 영화와 상이하지만 유사한 공포영화를 배포·선전하기 위한 선전물에서 원고의 광고문안 가운데 “지옥이 가득 차게 되면 죽은 망령들이 지구를 떠돌아 다니게 된다(When there is no room in hell the dead will walk the earth)”라는 광고문구를 그대로 이용한 경우에, 일리노이 연방지방법원은 피고가 이용

떠한 형태로든 복제하거나 이용하는 것을 금지할 수 있는 권리를 가진다고 규정하게 되었다. 또한, 프랑스 지적재산권법 제122조의4(Code de la Propriete Intellectuelle, Art. L. 122-4)는 부분적 복제도 저작권침해에 해당된다고 명시적으로 규정하고 있지만 구체적인 판단기준은 정하지 않고 있다.

27) Andre Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*(Paris: Litec, 1994), p.217.

28) Nimmer on Copyright § 13[B][1][a], at 13-48.

29) National Institute Incorporated for Improvement of Memory v. Nutt, D.C., 28 F.2d 132, at 135; Universal Pictures Co. v. Harold Lloyd Corp., 162 F.2d 354(C.A.9, 1947)는 일부를 모방하더라도 중요한 장면을 20%가량 모방한 것은 저작권침해에 해당된다고 판시한 바 있다. 뒤의 “비문자적 모방”에 관한 설명에서 상세한 소개를 하도록 한다.

30) 203 U.S.P.Q. 831(N.D. Ill., 1978).

한 부분이 한 문장에 불과하더라도 원고의 영화광고물의 핵심적인 부분이기 때문에 저작권침해에 해당된다고 판시하였다.

드라마의 경우에는 단순한 사건이라도 저작자의 개성이 강하게 반영된 사건의 모방은 창작적인 표현의 모방으로서 저작권의 침해가 될 수 있다. 예컨대, 식사 중에 파테(pâte)³¹⁾ 속에서 반지를 발견하는 장면이 피고의 작품에서도 동일하게 나타난 경우에 당해 장면이 원고의 창작적 표현으로서 그러한 표현을 도용한 것만으로 저작권침해가 성립된다고 판시된 바 있다.³²⁾

실질적으로 유사한 부분이 저작물의 일부분에 한정된 경우에는 “비평이나 교육·연구를 위한 공정한 引用”³³⁾ 또는 영미법상 公正利用(fair use)에 해당되는지 여부가 어려운 문제로 제기된다. 상업적 목적으로 타인의 저작물 일부를 이용한 경우에 公正利用(Fair use)³⁴⁾의 예외를 인정하지 않고 저작권침해로 보는 선례로 Henry Holt v. Liggett³⁵⁾사건을 들 수 있다. 이 사건에서 원고는 Felderman 박사가 인간의 목소리가 어떻게 만들어지고 어떠한 요인에 의하여 영향을 받게 되는가에 관하여 저술한 책 “The Human Voice, its Care and Development”에 관하여 저작권을 가지고 있는데, 피고가 담배회사로서 “담배에 관한 기초지식”이라는 홍보용 책자를 만들면서 동 책자 속에 “담배가 당신의 목에 어떠한 영향을 미치는가?”라는 제목하에 Felderman박사 저서의 240면 내지 242면 나오는 내용의 일부를 인용하여 저작권침해여부가 문제되었다. 인용한 부분은 다음과 같다: “통계자료에 의하면 80퍼센트의 의사들이 흡연가에 해당된다. ... 흡연이 과식만큼만 유해할 뿐이라는 데 의견이 일치하고 있는 것으로 보인다..... 귀와 코 및 목에 관한 사례들을 보면, 흡연이 적절히 활용되는 한 청각기관들에 유해하지 않다고 확신한다.” 피고는 인용출처도 밝혔기 때문에 공정이용에 해당되고 따라서 저작권침해가 아니라고 주장하였지만, 원고는 인용된 내용 자체가 부정확하고 문제된 저서의 가장 중요한 부분이 이용된 것이어서 저작권침해에 해당된다고 주장하였는데, 법원은 양 작품사이에

31) pâte라고 함은 생선이나 고기를 잘게 썰어서 양념한 후 질그릇에서 끓인 후 식혀서 굳혀 만든 음식으로 버터처럼 빵에 발라 먹을 수 있는 요리

32) Cass. req., 27 déc. 1918.

33) 저작권법 제25조.

34) 우리나라 저작권법상 저작권침해의 예외로 인정되어 있는 “공표된 저작물의 인용”을 포함하는 포괄적 예외임.

35) 23 F.Supp. 302(E.D.Pa., 1938).

실질적 유사성이 있다고 보아 저작권침해를 인정하였다.

또한, *Universal City Studio v. Kamar Industries*³⁶⁾사건에서 피고 Kamar가 자신이 판매하는 음료수 잔(Mug: 유럽식 커피잔보다는 크고 맥주컵보다는 약간 작은 잔)과 연필통 등에 “I love you E.T.” 그리고 “E.T. phone home.”이라는 문구를 새겨서 판매하게 되자, 원고 Universal City Studio는 “E.T. The Extra-Terrestrial”이라는 영화를 제작하여 동 영화에 대한 저작권을 가지고 있는 회사로서 피고의 저작권침해를 주장하였는데, 텍사스연방지방법원은 피고가 이용한 두 문구가 원고의 영화로부터 취한 것이고 특히 동 영화의 중요한 대화내용이라는 것은 일반인의 시각에서 보아도 쉽게 알 수 있는 것이기 때문에 일응 저작권침해로 볼 수 있다고 판시하였다. 이 사건에서 동 연방법원은 동 영화를 통해서 개발된 “E.T.”라는 캐릭터에 대해서도 저작권법적 보호가 인정된다고 전제하고, 피고가 판매하는 상품에 “E.T.”라는 이름을 이용하는 것은 저작권침해에 해당한다고 판시하였다.

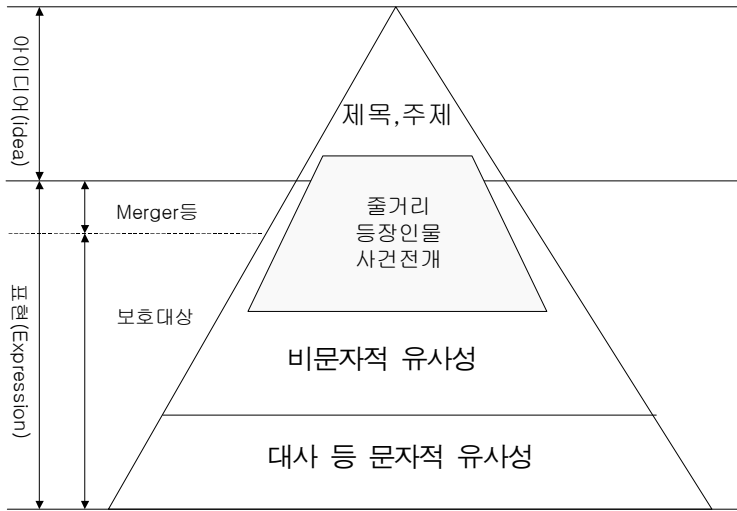
2. 아이디어 · 표현 이분법과의 관계

작품 전체 가운데 한 줄이나 한 단락 또는 중요하지 아니한 일부분만이 유사하다면 저작권침해가 있다고 말할 수 없으나, 어느 작품의 본질적인 부분이나 근본적인 구조가 다른 작품에서 그대로 모방되었다면 저작권침해에 해당되는 실질적 유사성이 있다고 말할 수 있다. 그러한 모방이 문자적인 표현 그대로 모방한 경우라면 실질적 유사성이 명백하지만, 저작권 보호는 문자와 문자간의 모방 또는 문자적 복제(literal reproduction)에 한정되는 것은 아니다. 다른 한편, 저작권법은 소위 아이디어 · 표현 이분법(idea/expression dichotomy)에 입각하고 있기 때문에, 아이디어의 모방이나 아이디어의 유사성만으로는 저작권침해가 성립되지 않는다. 따라서, 저작권침해 여부의 판단기준으로서의 실질적 유사성은 아이디어뿐만 아니라 “그 아이디어의 표현(expression of the idea)”에 있어서의 실질적 유사성을 의미한다. 우리나라 大法院도, 실질적인 유사성 여부를 판단함에 있어서, 저작물의 표현에 해당되고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 한다는 견해를 분명히 하고 있다.³⁷⁾ 실질적 유사성이라는

36) 217 U.S.P.Q. 1162(S.D.Tex., 1982).

37) 대법원 1991. 8. 13. 판결, 91다1642; 대법원 1993. 6. 8. 판결, 93다3073, 3080.

기준을 구체적인 작품의 비교에 적용하기 위해서는 그 작품의 아이디어는 무엇이고 어디서부터 비교의 대상 또는 보호받을 수 있는 표현에 해당되는지에 관한 판단이 선행되어야 한다. 무엇이 보호받을 수 없는 추상적 아이디어에 불과한 것이고 어디에서부터 보호받을 수 있는 표현에 해당되는지에 대해서는 영미의 판례를 통해서 발전되어 온 몇 가지 기준을 검토해볼 필요가 있다.



<그림 1> 실질적 유사성과 아이디어표현 이분법의 관계

3. 抽象化

표현에 있어서의 실질적 유사성 여부를 판단하기 위해서는 양작품의 구체적 표현에서부터 추상적 아이디어에 이르는 여러 단계의 抽象化(Abstraction)를 전제로 해서 일정한 단계까지의 표현을 대상으로 비교해야 한다. 다시 말해서, 저작자는 핵심적인 주제나 아이디어로부터 출발해서 구체적인 표현을 창작하게 되는 데 반해서, 저작권침해여부를 판단해야 하는 법원으로서 그 순서와 정반대의 순서로 창작과정을 소급하여 추적해 가면서 구체적인 표현으로부터 여러 단계의 추상화를 통해 저작자가 전달하고자 하는 아이디어나 주제가 무엇인지를 확인해보게 된다.³⁸⁾ 예컨대, 극본을 비롯한 대부분의 작품들은 문자

38) 소프트웨어의 경우에는, 법원이 逆分析(reverse engineering: 컴퓨터프로그램보호법 제2조 10호)과 유사한 방법에 의해서, 저작권자의 프로그램(“원 프로그램”)의 object

등으로 구성된 구체적인 표현으로부터 일련의 사건이나 내용의 전개 및 등장 인물의 상호관계를 추출할 수 있고 그로부터 추상화된 줄거리를 확인할 수 있을 것이면 그 후 또다시 여러 단계의 추상화 또는 일반화를 거치며 최종적으로는 그 극본이 무엇에 관한 것인지 또는 극본 제목만으로 구성된 아이디어만 남게 된다.³⁹⁾ 따라서, 抽象化(Abstraction)는 문자 등으로 구성된 구체적인 표현으로부터 여러 단계의 추상화를 해서 어느 단계부터 보호받을 수 없는 아이디어의 단계에 해당되는가의 판단을 비교적 객관화·시각화하기 위한 방법이다. 물론, 추상화도 어느 단계의 추상화에서부터 보호받지 못하는 아이디어라고 볼 수 있는지에 관한 일률적이고 구체적인 기준을 제시해주지는 못하지만, 아이디어와 표현의 구별을 객관화·시각화해서 실질적 유사성 여부를 판단하기 위한 개념적 도구로는 유용하다.

4. 類型 基準

아이디어와 표현의 구별은 가장 구체적인 표현으로부터 가장 추상적인 아이디어에까지 이르는 여러 단계의 추상화 단계 가운데 어느 중간 단계에서 찾을 수 있을 것이다. 그 구별을 가능하게 해주는 단계의 하나로, 작품의 類型(pattern), 그 사건의 전개(sequence of events), 상세한 줄거리(plot), 등장인물(character)의 성격과 상호관계 등으로서 구체화된 묘사 또는 표현은 보호받을 수 있는 것이다.⁴⁰⁾ 다시 말해서, 작품의 유형 등은 한편으로는 추상적인 인물 유형이나 대강의 줄거리와 같이 추상화된 것은 주제 그 자체와 구별하기 어려운 아이디어에 불과하지만,⁴¹⁾ 다른 한편으로는 구체적인 이야기 줄거리와 사

code와 source code와 같은 일련의 개별적 명령어를 확인하고 그러한 구체적 code 또는 표현으로부터 일련의 모듈로 구성된 계층적 구조를 도출할 수 있으며, 여러 단계의 추상화를 통해서 결국 프로그램을 처음 작성할 때의 블록 다이어그램(diagram)과 프로그램의 목적 또는 기능이라고 하는 아이디어를 찾아내게 된다: *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693(2d Cir. 1992).

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

40) Andre Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*(Paris: Litec, 1994), p.225.

41) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결은 추상적인 인물유형은 보호받을 수 없다고 판시하고 있지만, 반대로 구체화되고 상세한 이야기 줄거리와 사건전개 및 구체적인 등장인물의 성격과 상호관계는 보호받을 수 있는 표현이라는 점을 전제로 하고 있는 것으로 해석된다.

건의 전개 및 주요 등장인물의 성격과 상호관계를 표현하는 한도에서 충분히 보호받을 수 있는 구체적 표현에 해당되고 그러한 구체적이고 창작적인 줄거리나 사건전개 또는 등장인물을 모방한 경우의 非文字的 類似性(non-literal similarity)도 저작권침해의 근거가 될 수 있다.⁴²⁾

기본적으로 저작권법은 저작자의 개성이 나타나 있는 모든 창작적 요소들을 보호해주고 오직 그러한 창작적 요소에 한정되어야 하는 것이기 때문에, 구체화된 줄거리, 사건이나 장면의 전개, 등장인물의 성격과 상호관계와 같은 구체화되고 창작적인 작품유형은 저작권의 보호대상으로 되는 것이다.⁴³⁾ 특히, 극본이나 소설 등에서의 구체적인 대사는 대부분 평범하고 일상적인 대화로 구성되어 있어서, 마치 편집저작물에서 소재의 선택과 배열의 창작성이 그 소재의 창작성과는 별도로 보호받는 것처럼, 극본이나 소설 등에서 평범하고 일상적인 대화의 선택과 배열에 의해서 형성된 상세한 줄거리, 사건전개, 등장인물의 성격과 상호관계 또는 전체적인 유형(pattern)도 그 대화의 창작성과는 별도의 창작적 노력을 필요로 하고⁴⁴⁾ 창작적 표현으로서 보호받을 가치가 있다.⁴⁵⁾

이러한 유형기준을 “로미오와 줄리엣(Romeo and Juliet)”에 적용해보면 보다 명료하게 실질적 유사성의 판단기준을 확인해볼 수 있다. 로미오와 줄리엣은 “상호 적대적인 관계에 있는 양가의 남녀간에 이루어지는 사랑”에 관한 이야기로 요약 내지 추상화될 수 있고, 상호적대적인 양가 남녀간의 사랑이라는 아이디어는 무수히 많은 소설과 극본에서 활용되어온 아이디어이다. 예컨대, *Nichols v. Universal Pictures Co.*⁴⁶⁾에서 원피고 작품들의 공통점은 유대교 집안과 아일랜드 집안의 반목하는 양가 자녀의 사랑과 결혼이라고 하는 주제 및 아이디어에 한정되고, 그 주제를 표현하는 구체적인 줄거리와 사건전개 및 등장인물의 성격과 상호관계는 전혀 상이하기 때문에 저작권침해는 인정할 수 없다고 판시되었다.

42) 서울고법 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결.

43) Andre Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*(Paris: Litec, 1994), p.225.

44) Stephen Rebikoff, “Restructuring The Test for Copyright Infringement in Relation to Literary and Dramatic Plots,” 25 *Melbourne University Law Review* 340, at 360(2001).

45) *Dam v. Kirke La Shelle*, 175 F.902(2d Cir. 1910).

46) 45 F.2d 119(2d Cir. 1930).

실질적 유사성을 판단할 때 비교하는 대상은 작품의 주제나 추상적 아이디어는 아니지만 그러한 주제를 구체적으로 표현한 줄거리(detailed plot), 사건전개(sequence of events or episode), 등장인물의 성격과 상호관계(character relationship) 등의 유형을 서로 비교해서 소위 非文字的 模倣(non-literal copying) 여부는 살펴보아야 한다.⁴⁷⁾ 전술한 ‘Abie’s Irish Rose’ 사건과 대조될 수 있는 뮤지컬 및 영화로 뉴욕의 상호투쟁관계에 있는 청소년 갭단의 남녀구성원간의 사랑을 다룬 “West Side Story”를 들 수 있다. 물론, West Side Story는 로미오와 줄리엣과 그 주제와 아이디어도 동일하지만 구체적인 등장인물들의 상호관계와 사건들의 전개와 조합에 있어서도 실질적 유사성이 있어서, 만일 로미오와 줄리엣의 저작권 존속기간이 도과되지 않았다면 저작권침해로 인정되었을 것이라고 볼 수도 있다.⁴⁸⁾

요컨대, 극본이나 소설의 줄거리(plot)가 아이디어에 불과한지 아니면 표현으로서 보호받을 수 있는 것인지의 판단은 어느 정도로 구체화된 단계의 줄거리를 뜻하는지에 따라서 달라지게 된다.⁴⁹⁾ 예컨대, 적대적 관계에 있는 양가의 남녀간에 이루어지는 사랑이라는 주제는 구체적인 극본이나 소설을 창작하기

47) 예컨대, 낙오자나 힘없는 사람을 도와준다는 추상적 주제는 Aladdin부터 Zorro에 이르기까지 인류의 역사와 함께 해온 주제이므로 실질적 유사성 판단에 있어서 비교의 대상으로 될 수 없겠지만, 그러한 주제가 구체화된 줄거리로서 예컨대 Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353(9th Cir., 1990)에서처럼, 주인공 Equalizer가 공직선거에 출마하는 후보를 공갈하는 범죄집단과 맞서 싸우면서 그 과정에서 위협에 빠진 여자 주인공을 구해주고 범죄집단의 공갈기도를 차단하는 데 성공하지만 당해 후보를 출마를 철회하는 것으로 막을 내리는 줄거리는 저작권법에 의해서 보호받을 수 있는 표현으로서 실질적 유사성의 판단대상이 된다.

48) ① 적대적인 단체의 남녀의 사랑, ② 남녀가 댄스를 함으로써 서로 만나게 된 점, ③ 밤에 발코니(옥외계단)에서 서로의 사랑을 확인한 점, ④ 서로 약혼에 이르게 된 점, ⑤ 남녀가 서로 반드시 결혼을 하겠다고 맹세한 점, ⑥ 그 상호적대적인 단체간의 충돌 과정에서 그 여자의 사촌오빠가 그 남자 애인의 가장 친한 친구를 죽이게 된 점, ⑦ 특히 그 남자가 그의 가장 친한 친구의 손을 붙잡아서 상호무력충돌을 방지하려고 하는 과정에서 그 친구가 살해된 점, ⑧ 친구의 살해를 보복하기 위해서 남자가 여자의 사촌오빠를 살해하게 된 점, ⑨ 그 보복적 살인으로 인해서 남자는 도망가게 된 점, ⑩ 남자가 도망가 있는 곳을 찾아서 여자가 남자를 만나려고 시도한 점, ⑪ 여자가 남자의 은닉처를 찾아가서 만나려고 한 뜻이 남자에게 전달되지 못한 점, ⑫ 남자는 여자가 보복을 당해서 죽었다고 하는 잘못된 정보를 접하게 된 점, ⑬ 남자는 절망에 빠져서 자살하게 된 점: Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on copyright(New York: M. Bender, c1995), Vol. 3, at 13-37.

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

위한 일반적이고 추상적인 아이디어에 불과하지만, 구체적인 창작을 하는 과정에서 그러한 아이디어를 표현하기 위한 일련의 사건의 전개나 조합 또는 등장인물의 상호관계 또는 구체화된 줄거리는 극본이나 소설에 있어서 가장 창작적인 표현의 하나로서 저작권법에 의해서 보호되어야 하고,⁵⁰⁾ 그러한 구체적이고 창작적인 줄거리나 등장인물 또는 사건전개를 모방하는 소위 非文字的 模倣(non-literal copying)도 저작권침해로 된다.⁵¹⁾ 특히, 소설이나 극본에 나오는 등장인물들의 구체적인 대화내용은 극히 일상적이고 평범한 표현으로 구성되어 있기 때문에, 그러한 소설이나 극본의 창작적 요소는 그러한 평범한 대화의 배열뿐만 아니라 그러한 대화에 의해서 묘사되는 구체적 줄거리와 사건 전개 및 등장인물의 성격과 구도 등에서 찾아볼 수 있고, 그러한 줄거리와 사건전개 및 등장인물의 실질적 유사성이 입증되면 저작권침해로 인정된다.⁵²⁾

5. 전체적인 느낌과 의미

그림이나 비디오게임 또는 연하장과 같은 소위 시각예술(graphic works)의 경우에는 작품의 전체적인 느낌과 의미(total concept and feel)가 실질적으로 유사한지 여부에 따라서 저작권침해여부를 판단할 수 있다.⁵³⁾ 시각예술에서는 전체적인 느낌과 의미가 본래 창작하고자 의도한 표현 자체이거나 그러한 표현과 밀접히 융합되어 있는 판단요소이기 때문이다. 마찬가지로, 아동이나 청소년을 주된 독자 또는 시청자로 된 책자나 TV 프로그램도 그 전체적인 느낌과 의미에 있어서의 실질적 유사성 여부가 저작권침해여부의 판단기준이 될 수 있다.⁵⁴⁾

50) Stephen Rebkoff, "Restructuring The Test for Copyright Infringement in Relation to Literary and Dramatic Plots," 25 *Melbourne University Law Review* 340, at 360(2001).

51) *Shaw v. Lindheim*, 919 F.2d 1353(9th Cir., 1990).

52) *Universal City Studios, Inc. v. Film Ventures Intern., Inc.*, 543 F.Supp. 1134(D.C.Cal., 1982).

53) *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106(9th Cir. 1970); *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F.Supp. 222(M.Md. 1981).

54) *Ryeher v. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87(2d Cir. 1976); *Sid & Marty Krofft Television Productions v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157(9th Cir. 1977).

6. 視聽者 기준

실질적 유사성이란 풀어서 말하자면 피고의 작품 속에서 사람들이 원고의 작품 속에서 전달받은 사상이나 감정의 전부 또는 일부를 확인하거나 발견할 수 있는지 여부를 의미한다.⁵⁵⁾ 따라서, 전술한 바와 같이 아이디어와 표현을 분리해서 창작적 표현의 실질적 유사성이 있는지 여부를 판단함으로써 저작권 침해여부를 판단하더라도, 실무상으로는 “讀者들이나 視聽者들(audience)과 같은 통상적인 需要者(ordinary observer)들이 양작품을 실질적으로 유사하다고 볼 것인지 여부를 고려할 수 있다. 이러한 판단기준을 視聽者 기준(audience test)이라고 부른다. 기본적으로, 저작권법은 저작자에게 그 창작적 표현에 대한 일정한 수요자 시장을 보장해줌으로써 창작을 촉진시킨다고 하는 범목적의 달성할 수 있기 때문에, 바로 그 수요자들인 독자나 시청자들의 시각에서 창작적 표현이 도용되었는지 여부를 판단하는 것은 당연한 것이라고 볼 수도 있다. 다만, 시청자의 판단을 어떻게 확인하는지가 어려운 문제로 남는데, 시청자의 판단이라는 미명하에 판사의 개인적인 느낌이나 반응을 판단기준으로 삼아서는 아니될 것이고, 문제된 작품이 본래 겨냥한 수요자들(즉 문제된 작품이 합리적으로 예상한 연령과 교육수준의 독자나 시청자들)의 느낌이나 반응을 기준으로 삼아야 할 것이다.⁵⁶⁾

V. 보호받을 수 없는 아이디어의 범위

전술한 바와 같이 실질적 유사성은 아이디어·표현 이분법(idea/expression dichotomy)을 전제로 하고 있다. 따라서, 양작품의 아이디어가 실질적으로 유사하더라도 표절이나 저작권침해에 해당되지 않는다. 예컨대, 3명의 연인들의 삼각관계의 사랑과 같은 극본주제(theme)라거나⁵⁷⁾ 자서전에 나타나는 역사적 사실(facts) 등은 실질적 유사성의 판단에 있어서 비교대상으로 되지 않는다.

55) Andre Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*(Paris: Litec, 1994), p.228.

56) 아이디어와 표현의 구별이 어려운 사실저작물이나 편집저작물의 경우에 시청자 기준에 의존함으로써 오히려 저작권법의 목적에 반하는 결과를 얻게 되는 것은 아닌가 하는 의문을 제기하기도 하는 견해도 있다: Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on copyright*(New York: M. Bender, c1995), Vol. 3, at 13-90.

57) Davis v. United Artists, Inc., 547 F.Supp. 722(S.D.N.Y. 1982).

물론, 후술하는 바와 같이 그러한 주제를 표현하기 위한 구체적 사건의 전개(sequence of events), 상세한 줄거리(plot), 사실의 표현(expression of fact)⁵⁸⁾ 등은 저작권법의 보호대상으로 되고 실질적 유사성의 비교대상이 된다. 요컨대, 저작권법은 저작자의 창작적 표현을 보호해주는 것이므로 창작적 표현이면 그 표현이 문자적(literal)인 것이거나 비문자적(non-literal)인 것이거나 모두 보호해야 할 필요가 있고, 표현의 창작성이 높으면 그 보호되는 표현의 범위도 넓게 인정되고 창작성이 낮으면 그 보호되는 범위도 좁게 인정되는 얇은 저작권(thin copyright)이 부여될 뿐이다.⁵⁹⁾ 다만, 구체적으로 어느 범위의 아이디어까지 저작권법에 의해서 보호받을 수 없는 아이디어에 해당되는지에 관한 구체적인 기준을 확립적으로 정하기는 어렵고, 아이디어·표현의 융합과 표준적 삽화(scene a faire)의 원칙 등 많은 이론과 기준이 발전되어 왔다.

1. 아이디어·표현의 융합

저작권법은 창작적 표현만을 보호하고 그 표현을 통해서 전달되는 아이디어 자체는 보호하지 않는다는 아이디어·표현 이분법에 입각하고 있다. 그런데, 만일 아이디어와 그 표현이 분리할 수 없을 정도로 융합되어 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. 아이디어·표현의 융합(merger of idea and expression)이란 어떠한 아이디어를 표현하는 데 있어 실질적으로 한 가지 방법만이 있거나 또는 하나 이상의 표현방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현 방법에 한계가 있다면, 저작권법은 그러한 표현을 보호하지 않거나 그 제한된 표현과 완전히 동일한 모방만을 금지하는 방향으로 해석된다는 것이다.

아이디어·표현의 융합은 저작물의 종류 또는 그에 포함된 아이디어의 종류에 따라서 달라진다. 예컨대, 소설이나 극본과 같은 文藝著作物(literary and artistic works)은 표현방법이 다양한 만큼 전혀 상이한 표현으로 동일한 아이디어를 표현하는 것이 가능하고, 따라서 문예저작물에서의 각 표현은 넓은 범

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

59) Andre Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*(Paris: Litec, 1994), p.229.

위에서 보호하고 모방은 허용하지 않는 것이 저작권법정책에 부합된다. 이에 반하여, 사실과 정보의 전달을 주된 목적으로 하고 있는 소위 事實著作物(factual works) 또는 機能著作物(functional works)은 하나의 아이디어나 기능을 표현하는데 하나 또는 제한된 방법의 표현만이 존재하기 때문에 그에 관한 저작권 보호범위를 좁게 해석하지 않으면 그 아이디어나 기능까지 보호하는 불합리한 결과를 가져오게 된다. 예컨대, 문법을 설명하기 위한 제한된 표현,⁶⁰⁾ 업무의 효율성을 추구하기 위한 공란의 서식,⁶¹⁾ 또는 일정한 기능의 수행에 필수적인 모듈과 그 표현⁶²⁾ 등은 아이디어와 융합되어 있다고 볼 수 있는 한도에서 저작권 보호를 받지 못한다.

2. 표준적 삽화의 원칙

어느 표현이 특정 아이디어의 표현에 표준적이거나 필수적인 경우에는 그 표현의 보호는 아이디어의 보호와 마찬가지로 되기 때문에 보호될 수 없다는 것을 특히 표준적 삽화의 원칙(scenes `a faire doctrine)이라고 부른다. 역사적 또는 가공적 주제를 다룸에 있어서 특정 표현을 사용하지 않을 수 없는 경우에, 그러한 표준적 또는 필수적 삽화나 표현은 우선 창작성이 없고 그와 실질적으로 유사한 표현을 위법하다고 말할 수 없기 때문에 저작권의 보호대상에서 제외되는 것이다. 미국의 판례는 이러한 표현들은 저작권 보호대상이 될 수 없는 소위 ‘표준적 삽화’라고 명명한 바 있으나, 표준적 삽화라고 저작권보호대상에서 제외된 사례는 많지 않다.⁶³⁾ 다만, 역사적 사실을 소설이나 드라마로 제작한 소위 역사소설이나 역사드라마의 경우에는 아이디어·표현이분법에 따라서 역사적 사실 자체는 보호받을 수 없고 그러한 역사적 사실의 묘사에 필수적으로 수반되는 장면이나 사건 등도 보호받을 수 없다.

표준적 삽화의 예를 보자면, 국내사례 가운데 “일제치하에 연해주로 이주한

60) 희랍어의 분석방법은 어문법적인 원리나 아이디어에 해당되는 것으로 저작권의 보호대상으로 될 수 없기 때문에, 설사 그러한 원리나 아이디어를 이용하더라도 구체적인 표현까지 베끼지 않는 한 저작권침해는 인정되지 아니한다고 판시된 바 있다: 대법원 1993.6.8. 선고 93다3073 판결; 대법원 1999.10.22. 선고 98도112 판결.

61) Baker v. Selden, 101 U.S. 99(Supreme Court, 1879).

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

63) Leslie A. Kurtz, "Copyright: The Scenes A Faire Doctrine," 41 Fla. L. Rev. 79(1989).

한인들의 삶”이라는 역사적 사실을 소재로 한 소설과 드라마의 실질적 유사성을 비교함에 있어서, 주인공들의 일제 식민지로부터의 탈출, 연해주에의 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙아시아로의 강제이주, 제정 러시아의 붕괴, 볼셰비키 혁명(1917년), 적백내전, 소련공산정권의 수립, 스탈린의 공포정치 등의 공통의 역사적 사실과 그에 필수적으로 수반되는 사건과 장면들은 비교대상에서 제외된 바 있다.⁶⁴⁾ 외국사례로, *Hoehling v. Universal City Studios Inc.*⁶⁵⁾은 힌덴베르그(*Hindenberg*) 사건을 다룬 것인데, 이 사건 중에 나타나는 맥주홀 장면에서 “Heil Hitler”를 외치는 장면이나 특정 독일노래가 나오는 장면은 나치독일의 생활을 다루는 데 있어서 불가피하거나 아니면 최소한 표준적인 장면이기 때문에 이러한 것들을 공통적으로 사용했다는 사실은 저작권침해의 증거가 될 수 없다고 판시한 것이다.

또한, 표준적 삽화의 원칙은 소프트웨어 저작권 침해 사건에서 보호될 수 없는 아이디어를 여과해 내는 데에도 사용될 수 있다. 소프트웨어 저작권 침해 사건에서 표준적 삽화의 원칙을 적용함에 있어 특히 다음과 같은 경우에는 프로그램의 선택 범위, 즉 표현의 범위가 실질적으로 제한될 수밖에 없음을 인정하였다. 다시 말하면 첫째, 어떤 특정 프로그램이 실행되는 컴퓨터의 기계적 요소, 둘째 그 프로그램이 다른 프로그램과 함께 작동될 수 있도록 만드는 호환성 요건, 셋째 컴퓨터 제조업자의 디자인 표준, 넷째 그 프로그램이 사용되고 있는 산업에 있어서의 요구조건, 다섯째 컴퓨터업계 안에서 일반적으로 승인된 프로그램 관행과 같은 외부적인 고려요소들에 의해서 프로그램이 규정지어지는 경우, 이와 같은 요소에 의해 규정된 프로그램 구조들은 저작권법 상의 표준적 삽화의 원칙에 따라 저작권법에 의해 보호될 수 없다고 판시된 바 있다.⁶⁶⁾

VI. 表現의 範圍: 보호받을 수 있는 表現

1. 文藝著作物에서의 表現

저작권법은 저작권이라고 하는 인센티브를 줌으로써 저자의 창작을 유도하

64) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결.

65) 618 F.2d 972(2d Cir.), cert denied 449 U.S. 841(1980). 뒤에서 “사실저작물”에 관한 설명에서 상세한 소개를 한다.

66) *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693(2nd Cir., 1992); *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204(9th Cir., 1988).

고 학문과 예술의 발전을 도모하는 것을 그 범목적으로 삼고 있기 때문에, 저작권법은 저작물의 창작적인 표현을 보호하되 동 저작물의 아이디어는 보호하지 않음으로써 그러한 아이디어의 전파와 활용에 의하여 학문과 예술이 발전되도록 하고 있다. 아이디어는 저작권법의 보호대상에서 제외된다는 것을 전제로 하고 있는 저작권법정책은, 필연적으로 저작권침해 여부를 판단하는 기준으로서의 實質的 類似性 및 보호되는 表現의 範圍가 저작물의 종류 또는 그에 포함된 아이디어의 종류에 따라서 달라질 수밖에 없게 되는 결과를 가져다준다.⁶⁷⁾ 예컨대, 남녀간의 사랑과 같은 아이디어는 아주 다양한 방법으로 표현될 수 있는 데 반하여 역사적 사실이나 과학적 진실과 같은 아이디어는 아주 제한된 방법으로만 표현될 수 있을 뿐이기 때문이다. 소설이나 극본과 같은 文藝著作物(literary and artistic works)은 전자의 경우에 해당되는 바, 표현방법이 다양한 만큼 전혀 상이한 표현으로 동일한 아이디어를 표현하는 것도 가능하고, 따라서 문예저작물에서의 표현은 넓은 범위에서 보호하고 엄격히 모방을 허용하지 않는 것이 저작권법정책에 부합된다. 외국사례들을 보더라도, 문예저작물은 저작자의 개성이 강하게 반영되어 창작성이 높은 경우가 많기 때문에, 보호되는 표현의 범위도 넓게 인정되는 경향이 있다.⁶⁸⁾ 이에 반하여, 사실과 정보의 전달 또는 일정 기능의 수행을 주된 목적으로 하고 있는 소위 事實著作物(factual works)이나 機能著作物(functional works)⁶⁹⁾은 후자의 경우에 속하고, 그 표현방법이 제한되어 있어서 그에 관한 저작권 보호범위를 좁게 해석하지 않으면 그 사실과 정보까지 보호하는 불합리한 결과를 가져올 수도 있게 된다.⁷⁰⁾ 역사적 사실을 소재로 해서 창작한 소설이나 드라마의 저작권자도 역사적 사실 자체를 독점할 수는 없다는 점에서 사실저작물과 마찬가지로 좁은 범위의 저작권보호만을 받을 수 있을 뿐이다.⁷¹⁾

67) Paul Goldstein, *Copyright*(Little, Brown and Co., 1996), Vol.2, at 8:2; John W. Hazard, Jr., *Copyright Law in Business & Practice*(New York, Prentice Hall, 1994), pp.7-14.

68) Andre Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*(Paris: Litec, 1994), p.229.

69) 사실저작물로는 전화번호부를 그리고 기능저작물로는 요리책이라거나 컴퓨터 프로그램을 들 수 있다.

70) 대법원 제1부 1993. 6. 8. 판결, 93다3073,3080(원심판결: 서울고등법원 1992. 11. 17. 선고, 91나54789,54796).

71) 예컨대, 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결.

2. 非文字的 模倣

문예저작물의 경우에는 사실저작물이나 기능저작물과 달리 文字的 表現 뿐만 아니라 그 줄거리, 등장인물, 사건전개 등도 비교적 넓게 보호된다. 문예저작물에 대한 저작권의 보호가 문자적 표현에 한정된다면, 표절을 하고자 하는 자는 사소한 변경에 의해서 용이하게 책임을 면할 수 있기 때문이다.⁷²⁾ 文字는 문예저작물의 한가지 표현방법에 불과하고, 소설이나 극본 등에 있어서 구체화된 이야기 줄거리나 등장인물의 성격과 상호관계 및 사건전개 등은 저자가 독자나 시청자들에게 묘사해서 전달하고자 하는 가장 구체화되고 창작적인 표현인 것이다. 따라서, 극본에 나오는 등장인물들의 구체적인 대화는 극히 일상적이고 평범한 표현으로 구성되어 있기 때문에, 그러한 대화를 바꾼다고 하더라도 그러한 대화에 의해서 묘사되는 구체적 줄거리와 사건전개 및 등장인물의 성격과 구도 등이 실질적으로 유사한 소위 非文字的 模倣(non-literal copying)도 저작권침해의 책임을 면할 수 없다.⁷³⁾ 국내에는, 소설이나 극본의

72) *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121(2 Cir. 1930); *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157(C.A.Cal. 1977); 예컨대, *Twentieth Century-Fox Film Corp. v. MCA, Inc.*, 715 F.2d 1327(C.A.Cal.,1983)사건에서는 양 작품의 구체적인 대화는 전혀 다르지만, ① 민주적 세력의 전체주의적 세력의 우주에서의 전쟁, ② *Star Wars*에서 젊은 영웅의 아버지가 민주적 세력의 지도자였고 *Battlestar*에서는 젊은 영웅의 아버지가 민주적 세력의 현재의 지도자로 등장한 점, ③ 민주적 세력의 지도자는 나이가 많고 지혜와 지도력을 가지고 있어서 전체주의적 세력의 지도자를 압도한다는 점, ④ 민주적 세력의 기반이 되는 행성 전체가 파괴된다는 점, ⑤ 여자 주인공이 전체주의 세력에 의해서 감옥에 갇히게 된다는 점, ⑥ 주인공의 한명이 집에 돌아와 보니 자신의 집이 모두 파괴되어 있다는 점, ⑦ 양 진영간의 탐색과 구출작전이 교차한다는 점, ⑧ 젊은 주인공의 친구(비행사)와 민주적 세력의 지도자의 딸이 서로 사랑한다는 점, ⑨ 민주적 세력을 도와주는 우호적 로봇이 전체주의 세력에 의해서 크게 손상되거나(*Star Wars*) 파괴된다는 점 (*Battlestar*), ⑩ 아주 기괴하게 생긴 우주생명체에 의해서 음악공연이 이루어지는 장면 ⑪ 우주용 자동차 (교통수단)이 우주시대의 다른 제품과는 달리 현재의 통상적인 모습과 아주 유사하게 디자인되었다는 점, ⑫ 영화의 절정은 민주적 세력의 우주비행사가 전체주의 세력본부를 공습하는 장면이라는 점, ⑬ 양 작품 도무에서 민주적 세력의 영웅들에게 훈장을 수여하면서 막을 내린다는 점의 13가지 항목의 유사성이 있는 한, 양 작품의 실질적 유사성이 없다고 단정할 수 없기 때문에 저작권침해를 부인하는 중간판결이 부당하다고 과기하고 사건을 다시 원심법원으로 환송한 바 있다.

73) *Davis v. E. I. DuPont de Nemours & Co.*, 240 F.Supp. 612(D.C.N.Y. 1965); 1932년에 제작되고 1959년에 개작된 *Tarzan*이라는 영화도 1912년에 쓰여진 소설원본과 구체적인 대화내용과 사건전개에 있어서는 상이하지만 전체적인 줄거리와 주된 배경 그리고 등장인물의 성격과 상호관계에 있어서는 실질적으로 유사하다고 판시된 바 있

비문자적 모방이 저작권침해에 해당되는지를 정면으로 다룬 사례가 드물지만, 법조소설의 줄거리, 등장인물, 사건전개를 상당히 모방해서 드라마극본을 집필한 사례에서 비문자적 모방이 저작권침해로 된다고 인정한 사례가 있어서,⁷⁴⁾ 국내 법원의 견해도 비문자적 모방을 저작권침해로 본다고 조심스럽게 말할 수 있고, 이러한 해석론은 저작권법이 창작적 표현을 장려해서 문화의 발전을 도모한다고 하는 범목적의 공통으로 하는 한 비교법적 검토결과도 유용한 판단기준이 될 수 있을 것이다. 이하에서는 미국사례를 상세히 살펴보도록 한다.

(1) 줄거리의 중요한 부분을 구성하는 사건의 유사성

Universal Pictures Co. v. Harold Lloyd Corp.⁷⁵⁾사건에서, 원고 Harold Lloyd는 1931년 및 1932년도에 Bruckman을 고용해서 ‘Movie Crazy’라는 영화를 제작해서 상영했고, 피고 Universal은 1943년에 Bruckman을 고용해서 ‘So's Your Uncle’이라는 제목의 영화를 제작해서 원고의 이의제기를 받은 이후에도 미국 전역의 5천여 극장에서 상영했다. 피고의 영화를 제작함에 있어서 피고회사와 Bruckman은 의도적으로 원고회사 영화 가운데 ‘마술사의 외투’에 관한 57개의 연속적인 장면들을 모방해서 피고회사의 영화에 삽입했다. 원고영화 ‘Movie Crazy’에서 문제된 ‘마술사의 외투’에 관한 장면은 주인공이 착오에 의해서 우연히 얻게 된 입장권을 가지고 무도회에 참석해서 화장실에 가서 자신의 외투를 벗어놓고 일을 보고 있는 사이에 그 외투가 옷걸이에서 떨어졌고 곧이어 화장실로 들어온 마술사가 옷걸이의 바로 그 자리에 외투를 걸어 놓고 일을 보자 주인공이 일보고 난 후 마술사의 외투를 자신의 외투로 착각하고 바꿔입게 되었고, 무대에서 춤을 추자 외투에서 비둘기가 날아가고 흰색 쥐가 기어나오고 계란이 줄줄이 굴러나오는 등 우스운 광경이 연이어지고, 곧이어 화장실에서 돌아온 진짜 마술사가 외투를 되돌려 받으면서 주인공이 본래 초청대상도 아니었음이 탄로나게 되어 주인공은 무도회장에서 쫓겨나게 되는 일련의 장면이다. 피고영화 ‘So's Your Uncle’에서는 주인공이 자신의 삼촌으로 가장하고 다른 남녀친구와 함께 night club에 가서 춤추기 위해서 종업원에게 외투를 가져달라고 부탁하자 그 종업원이 실수로 마술사의 외투를 가져다 주게 되어

다(Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc., 683 F.2d 610(C.A.N.Y., 1982).

74) 서울고법 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결.

75) 162 F.2d 354(C.A.9, 1947).

마술사의 외투를 입게 된 주인공이 원고영화에서와 동일한 우스꽝스러운 장면을 연출하게 되고 외투를 분실하게 된 마술사가 종업원에게 항의하는 일련의 장면이 포함되어 있다. 이 사건에서 피고는 문제된 마술사의 외투장면들은 모두 문제된 영화의 흥행을 부추기기 위한 첨가물에 불과하고 영화줄거리와 무관한 것으로서 너무나도 평범한 장면들이라고 항변했지만, 연방지방법원은 마술사의 외투장면이 원피고 작품의 남녀주인공들의 화해를 하는 계기로 삽입되어 전체 줄거리의 출발과 완성을 연결지워 주는 중요한 장면들이고 전체 장면들의 20%를 차지하고 있다고 전제하고 마술사의 외투장면을 모방한 것은 저작권침해에 해당된다고 판시했고, 연방항소법원도 항소를 기각함으로써 원심법원의 판단이 옳다는 것을 확인했다. 또한, 피고는 문제된 장면의 일부를 삭제하거나 추가하는 등의 변경을 가하고 장소와 대화를 모두 상이하게 만들었기 때문에 실질적 유사성이 없다고 항변했으나, 법원은 실질적 유사성의 판단이 文字的 表現에 국한되지 않고 문제된 이야기 줄거리, 등장인물이나 사건과 장면에 의해서 묘사되는 표현에도 그대로 적용되고 줄거리 등의 모방과 같은 소위 非文字的 模倣(non-literal copying)은 저작권침해에 해당된다고 판시했다.⁷⁶⁾ 그리고, 피고는 문제된 장면의 실질적 유사성이 있다고 하더라도 모두 평범한 장면들로 구성되어 있기 때문에 창작적 표현으로서 보호받을 수 없는 것이라고 항변했지만, 법원은 원고 작품에 나타난 문제된 장면들의 조합과 배열에 의해서 나타나는 표현은 창작적 표현에 해당되기 때문에 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있고 그러한 장면들의 조합과 배열을 모방한 피고는 그 책임을 져야 한다고 판시했다.⁷⁷⁾

(2) 줄거리 · 등장인물 · 사건전개의 유사성

양작품의 문자적 표현은 상이하지만 구체적인 줄거리를 유사하게 만든 비문자적 모방도 저작권침해로 된다고 판단한 또 다른 사례로 *Universal City Studios, Inc. v. Film Ventures Intern., Inc.*⁷⁸⁾를 볼 수 있다. 원고 *Universal*의 영화는 “*Jaws*”라는 영화이고, 피고의 영화는 “*Great White*”인데 양작품 모두 식인상어에 관한 공포를 다룬 영화인데, 그 줄거리, 등장인물, 사건전개 등에

76) 162 F.2d at 362.

77) 162 F.2d at 363.

78) 543 F.Supp. 1134(D.C.Cal., 1982).

의해서 묘사된 표현까지도 실질적으로 유사해서 저작권침해로 된다고 판시되었다. 이 판결의 특징은 비문자적 모방 여부 판단함에 있어서 크게 ① 이야기 줄거리, ② 등장인물, ③ 사건전개의 세 가지로 나누어서 비교적 분석적으로 판단하려고 했다는 점이다. 우선, 양작품의 기본적인 이야기 줄거리에 있어서, ① 지방자치단체의 정치인(“Great White”에서는 단체장후보 “Jaws”에서는 시장)이 그 지방의 관광산업에 미치는 악영향을 고려해서 상어에 관한 소식을 경시하고 억제한 점, ② 양 작품 모두에서 영국식 억양을 가진 사람이 상어에 의해서 잡혀먹는다는 점, ③ “Great White”에서는 상어전문가가 문제의 식인상어로 하여금 다이내마이트를 삼키게 해서 상어를 죽이는데, “Jaws”에서는 그 지역 경찰책임자가 문제의 식인상어로 하여금 압축공기통을 삼키게 해서 그 폭발과 더불어 상어가 죽게 한다는 점에서 실질적으로 유사하다고 판단되었다. 양작품의 등장인물에 있어서도 광적인 공격습성을 가진 상어, 영국억양을 가진 상어잡이 선장, 식인상어의 등장을 정치적으로 이용하는 정치인, 식인상어의 위협성을 절실하게 호소하는 상어전문가 등의 등장인물에 관한 상세한 묘사가 실질적으로 유사하다.⁷⁹⁾ 양작품의 사건전개에 있어서도, 청소년들이 해변에서 노는 모습과 긴장감도는 음향으로부터 시작해서 실종사건의 발생, 식인상어의 공격, 상어전문가에 의한 조사와 위협성의 경고, 흥미를 자아내기 위한 가짜 경고들, 정치인의 정치적 목적의 반응, 식인상어를 폭발시켜 죽게 만드는

79) ① 양작품에서 상어는 가장 주요한 캐릭터로 등장하는데, 식량을 구하기 위한 목적 이외의 다른 알 수 없는 목적으로 그리고 광적으로 사람과 보트를 공격하는 특징을 가지고 있고, 사람들에게 의해서 공격을 받게 되면 도망가기보다는 공격하고자 하는 사람들에게 대항해서 싸운다는 점, ② 양작품에서 영국억양을 가지고 상어잡이에 노련한 선장이 상어를 찾아 배를 타고 나가서 결국에는 상어에 잡혀먹히고 마는 점, ③ 양작품에 등장하는 정치인도 실질적으로 유사한데, “Great White”에서는 지방자치단체장 후보가 특히 식인상어의 출몰이 windsurfing 대회와 자신의 선거운동에 미치는 악영향을 걱정하면서 상어전문가의 아들이 식인상어에 의해서 공격을 받고 다치게 되자 병원에 찾아가서 통탄함을 표시하면서 스스로 상어포획을 시도하게 되며, “Jaws”에서는 시장이 7월 4일 독립기념일 행사의 참여관광객이 줄어들까 걱정하면서 경찰과출소장의 아들이 상어로 인해서 공포에 질리게 된 것을 알고 병원에 가서 사과한 후 전문가를 고용해서 상어잡이를 지시한 점, ④ 마지막으로 “Great White”에서의 상어전문가는 “Jaws”에 등장하는 상어전문가와 지방경찰과출소장의 성격을 결합한 사람에게 해당되는데, “Jaws”의 상어전문가가 마을 전체에 상어의 위협성을 경고하려고 했던 것처럼 “Great White”의 상어전문가도 마찬가지로 경고를 하고, “Jaws”의 파출소장에게 금발머리 부인이 있고 식인상어에 의해서 공격을 당하여 다친 아들이 있는 것처럼 “Great White”의 상어전문가도 마찬가지로 부인과 아들이 있다는 점에서 실질적으로 유사하다고 판단되었다: 543 F.Supp. 1134, at 1138.

것으로 마감하는 상세한 사건전개가 실질적으로 유사하다고 판단되어,⁸⁰⁾ 저작권침해가 인정되었다.

(3) 소결

문자적 표현은 상이하지만 비문자적 모방(non-literal copying)도 저작권침해로 된다고 판단한 국내의 사례를 검토해 보면,⁸¹⁾ 비문자적 모방여부를 판단하

80) ① 양작품은 모두 청소년들이 해변에서 놀고 있는 장면으로부터 시작하는데, “Great White”에서는 windsurfer의 수면 아래 모습을 보여주면서 긴장감 도는 음향이 일정 기간 나오다가 식인상어에 잡아먹히게 되는 장면이 나오고, “Jaws”는 수영하는 사람의 수면 아래 모습을 보여주면서 긴장감 도는 음향이 일정기간 나오다가 식인상어에 의해서 잡혀먹는 첫 번째 희생자로 되는 장면이 나오는 점, ② “Great White”에서는 상어전문가의 집으로 장면이 바뀌어, 그 딸이 귀가하자 상어전문가가 실종된 windsurfer를 찾아 나서고 surfboard 조각을 발견해서 검토해본 후 상어의 공격을 받은 것이라고 결론내리게 되고, “Jaws”에서는 파출소장의 집으로 장면이 바뀌어서 그 아들이 귀가하자 수영하던 사람이 실종되었다는 전화를 받고 출동해서 실종된 사람의 신체 일부를 발견하고 상어의 공격을 받은 결과라고 결론내리게 되는 점, ③ “Great White”에서 다시 긴장감 도는 음향과 함께 보트가 나오고 식인상어가 그 보트를 공격해서 그 보트 속의 소녀가 물속으로 빠지게 하지만 상어에게 먹히기 직전에 구조되고, “Jaws”에서는 유사한 보트장면이 나오면서 그 보트 속의 소년이 물속에 빠지지만 상어에게 먹히기 직전에 구조된다는 점, ④ “Great White”에서는 물 위에 떠 있는 빈 보트에 어부의 팔이 떨어져 있는 것이 발견되고 상어전문가는 단체장후보에게 상어공격의 위험을 경고하고, “Jaws”에서는 파출소장과 과학자가 물위에 떠 있는 빈 보트를 발견하고 그 속의 어부의 시체와 보트위의 상어 이빨자국을 검사한 후 시장에게 상어공격의 위험성에 대해서 경고한다는 점, ⑤ “Great White”에서는 상어 지느러미같이 보이는 surfboard 조각이 물위에 떠가는 것이 나타나고, “Jaws”에서는 상어의 머리처럼 보이는 목욕용 모자가 물위에 떠내려가는 것이 나타나서, 공포감을 가져다주는 가짜 경고들이 공통적으로 나타난다는 점, ⑥ “Great White”에서는 단체장후보가 windsurfing 대회를 취소하지 않고 강행하기 위해서 그리고 “Jaws”에서는 7월 4일 독립기념일행사를 취소하지 않고 추진하기 위해서, 각각 동일하지 않지만 유사한 상어출몰 해안에 안전조치를 취한다는 점, ⑦ 식인상어가 조그만 보트를 공격해서 그 보트가 뒤집혀지자 그 속에 타고 있었던 사람이 식인상어에 잡혀 먹힌다는 점, ⑧ “Great White”에서는 그 지방언론의 보도기자와 카메라기자가 특종기사를 잡기 위해서 부두가에 상어용 고기를 내려놓자 상어가 그 미끼와 함께 부두시설도 물어뜯어서 부두위에 있던 사람들이 넘어져 바닷물 속에 빠져서 상어의 공격을 받은 후 가까스로 도망쳐 나오고, “Jaws”에서는 상금을 바라고 기이한 장면을 연출해내는 것을 직업으로 삼는 두 명이 유사한 방식으로 미끼를 놔두었다가 그중 한명이 바다에 굴러 떨어졌다가 상어의 공격을 받기 직전에 겨우 헤엄쳐 나온 점, ⑨ 단체장 후보와 시장 모두 사회와 통탄감을 표하기 위한 행동을 취한다는 점, ⑩ 상어로 하여금 다이너마이트(Great White) 또는 압축공기통(Jaws)을 삼키게 해서 폭발시켜 죽게 만드는 마지막 장면 등에서 양작품의 실질적 유사성이 있다고 판단되었다. 543 F.Supp. 1134, at 1139.

기 위해서 양작품의 이야기 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계, 일련의 사건 전개를 각각 비교해서 살펴보는 것이 객관적 분석을 가능하게 해준다는 점을 알 수 있다.

3. 事實著作物

事實著作物(factual works)의 경우에도 표절의 결과 실질적 유사성이 인정되면 저작권침해가 성립될 수 있음은 물론이지만,⁸²⁾ 사실저작물에서 사실 자체는 보호될 수 없기 때문에 결과적으로 그 보호범위 또는 표현의 범위가 문예 저작물의 경우보다는 좁게 인정되는 경향이 있다. 또한, 역사적 사실을 소설이나 드라마로 제작한 소위 역사소설이나 역사드라마의 경우에도 아이디어·표현 이분법에 따라서 역사적 사실 자체는 보호받을 수 없고 그러한 역사적 사실의 묘사에 필수적으로 수반되는 장면이나 사건 등도 보호받을 수 없다는 점에서는 사실저작물과 유사하다. 예컨대, “일제치하에 연해주로 이주한 한인들의 삶”이라는 역사적 사실을 소재로 한 소설과 드라마의 실질적 유사성을 비교함에 있어서, 주인공들의 일제 식민지로부터의 탈출, 연해주에의 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙아시아로의 강제이주 등의 역사적 사실 또는 그에 필수적으로 수반되는 사건과 장면들은 비교대상에서 제외된다.⁸³⁾ 또한, 전형적인 사실저작물에 관한 사건은 아니지만, 문법 교재의 표절 여부가 문제된 사건에서도, 대법원은 아이디어집중적이고 사실과 정보를 기술하는 형식의 저작물과 예술적이고 주관적인 묘사로 이루어진 문예작품을 구별해야 함을 인

81) Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353(9th Cir., 1990).

82) Folsom v. Marsh, 9 Fed. Cas. 342(C.C.D.Mass. 1841)사건에서 원고는 각종 공식문서와 서신 등의 방대한 史料를 토대로 하여 약 7000쪽에 달하는 12권짜리 “Writings of President Washington”이라는 제목의 전기를 출판하였는데, 피고는 워싱턴 대통령에 관한 866페이지에 달하는 전기를 출판하면서 그 중 353페이지에 달하는 분량은 원고의 전기로부터 그대로 발췌하여 이용하였는데, 미국연방대법원의 스토리대법관은 원고 저작물의 전부가 이용되지 아니했어도 중요한 일부가 이용되었기 때문에 저작권침해에 해당된다고 판시하였다.

83) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결은 문제된 양작품이 “일제치하에 연해주로 이주한 한인들의 삶”이라는 역사적 사실을 소재로 하고 있기 때문에, 주인공들의 일제 식민지로부터의 탈출, 연해주에의 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙아시아로의 강제이주, 제정 러시아의 붕괴, 볼셰비키 혁명(1917년), 적백내전, 소련공산정권의 수립, 스탈린의 공포정치 등의 공통의 역사적 사실과 그에 필수적으로 수반되는 사건과 장면들은 비교대상에서 제외된다고 판시한 바 있다.

정하고 있다.⁸⁴⁾

(1) 역사적 사실의 소설화

事實著作物 등에 관한 저작권보호범위가 극본과 같은 문학작품에서보다 좁게 해석된 사례들이 미국에는 다수가 있는 바, 참고로 대표적인 미국판례를 검토해 본다. 예컨대, *Hoehling v. Universal City Studios*⁸⁵⁾사건에서, 원고 Hoehling은 거대한 호화비행선 Hindenburg의 폭발로 인하여 36명의 사망을 초래한 사건에 관한 상세한 설명과 나름대로의 분석을 내용으로 하여 책을 출판하였고, 그 후 소외인 Mooney는 원고의 책을 토대로 하되 역사적 서술보다는 가공적 주제로 변형한 문학적 묘사를 주된 내용으로 하는 책을 출판하게 되었으며, Mooney 책의 출판을 맡은 출판사는 피고인 영화제작회사 Universal City Studios(이하에서는 UCS)와 협상하여 동 저서를 영화로 각색, 제작하여 배포하는 권리를 양도하였고, 피고는 동 양도계약에 의하여 극본작가로 하여금 각색하게 한 후 영화를 제작하여 배포하게 되자, 저작권침해를 주장하는 소가 제기되었으나, 연방지방법원과 연방항소법원은 모두 저작권침해를 인정하지 아니하였다.

원고는 Hindenburg폭발사건에 관한 책을 저술하기 위하여 엄청난 분량의 자료를 조사하고 폭발사고에서 살아남은 사람가운데 저술당시 생존하고 있는 사람들에게 대한 방대한 인터뷰작업도 수행하여, 1937년에 발생한 역사적 사실을 상세하고 정확하게 기술하기 위한 창작적 노력을 기울인 점을 강조하면서, 자신의 저서는 Spehl이라는 사람의 의도적인 사보타지에 의해서 비행선이 폭발된 것이라는 내용으로 되어 있는데 피고의 극본과 영화도 자신의 저서를 토대로 하여 유사한 스토리로 되어 있다는 점을 들어서 저작권침해를 주장했다.

84) 대법원 제1부 1993. 6. 8. 선고 93다3073,3080 판결에서 대법원은 희랍어의 문법에 관한 단어의 음절부분과 이를 가로로 그은 선에 수직선을 넣어 도식화하여 희랍어의 문법적 특성에 관하여 설명한 부분은, 여러가지 표현형식이 있을 수 있는 문예작품과는 달리 그 성질상 표현형식에 있어서 개성이 있기 어려울 뿐만아니라 원피고가 사용하기 이전부터 보편적으로 사용되어 온 것이라는 판단을 전제로 하여, 표절로 인한 저작권침해를 인정하지 아니하였다. 이 사건에서 표절여부가 문제된 다른 부분에 관해서도 대법원은, 희랍어의 분석방법은 어문법적인 원리나 아이디어에 해당되는 것으로 저작권의 보호대상으로 될 수 없기 때문에, 설사 그러한 원리나 아이디어를 이용하더라도 구체적인 표현까지 베끼지 않는 한 저작권침해는 인정되지 아니한다고 판시하였다. 대법원 1997.9.29., 97마330 결정은 그러한 대법원 판례를 그대로 따르고 있다.

85) 618 F.2d 972(2d Cir., 1980).

특히, 원고는 자신의 주장을 뒷받침하기 위하여, *Detective Comics v. Bruns Pub.*⁸⁶⁾사건에서 원고의 “슈퍼맨”이라고 하는 난공불락의 창작적 초인간에 관한 스토리를 모방한 피고에게 저작권침해의 책임을 인정하여 넓은 범위의 저작권보호를 인정한 판례를 들면서, 이번 사건의 피고 U.C.S.의 극본 및 영화가 원고 자신의 저서가 주된 내용으로 삼고 있는 “사보타지에 의한 비행선 폭파”의 스토리를 모방하고 있기 때문에 저작권침해가 성립된다고 주장하였다. 사실, 1937년 폭발사고 당시의 자료를 보면, 미국과 독일의 수사기관들이 사고원인을 조사한 결과 고도의 정전기가 발생하였거나 폭발지역에 있었던 대형화재가 비행선 내의 수소를 점화시켰을 가능성을 제시하고 동시에 사보타지에 의해서 의도적으로 폭파되었을 가능성도 배제하지 않고 있었다. 원고는 다양한 인터뷰와 자료들을 분석해봄으로써, Spehl의 여자친구가 공산주의자로서 평소에 독일 나찌정권의 우월성을 깨뜨려야 한다고 믿고 있었고 Spehl은 그러한 여자친구에 영향을 받아서 비행선을 폭파하게 되었을 가능성이 크다는 결론에 도달하여, 사보타지를 사고원인으로 보는 해석론을 구체화한 것이다. 이에 대하여 피고는 원고의 저술 이전에도 사보타지를 주된 사고원인으로 지적한 저술들이 있었다는 점을 들고 또한 피고 자신의 극본과 영화는 폭파의 주범 Boerth가 파시스트반대파로서 나찌의 정보요원을 오히려 설득하여 그와 함께 비행선 폭파를 범하게 된다는 내용으로 되어 있기 때문에 원고 작품과의 사이에 실질적 유사성도 없다고 반박하였다.

당사자들의 이러한 주장들에 대해서 연방법원은, 원고가 원용하고 있는 *Detective Comics*판례는 슈퍼맨이라는 가공의 초인간에 관한 문학작품에 있어서 넓은 범위의 저작권보호범위가 인정된 것인 데 반하여, 이 사건에서는 원고 작품의 비행선 폭파이라고하는 역사적 사건을 분석·기술하고 있는 사실저작물이기 때문에 저작권보호범위가 좁게 인정될 수밖에 없고 따라서 양 작품 사이에는 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다. 이 사건에 참조할 판례로 법원은 Howard Hughes의 傳記에 관한 저작권침해여부를 다룬 *Rosemont v. Random House*⁸⁷⁾판례를 들었다. 여기에서 원피고의 작품들이 모두 억만장자 Howard Hughes라는 동일인에 관한 傳記이기 때문에 유사한 스토리에 입각하고 있음은 불가피한 것으로 저작권침해에 해당되지 않는다고 판시

86) 111 F.2d 432(2d. Cir. 1940).

87) 366 F.2d 303(2d Cir., 1966), cert. denied, 385 U.S. 1009(1967).

하면서, 저작권법정책을 고려해볼 때 역사 및 전기작품에 내재된 사실과 정보에 대해서는 저작권법적 보호를 인정하지 않고 일반공중이 널리 공유하도록 해야 하기 때문에 그러한 사실과 정보만을 이용하는 것은 저작권침해에 해당되지 않는다는 점을 강조하였다. 요컨대, 사실저작물에 대한 저작권 보호는 그 표현에만 제한되고 그 내용인 사실 또는 정보 자체는 보호대상으로 될 수 없으며, 그 표현방법에도 제한되는 경우가 많아서 보호범위가 축소된다는 것이다. Hoehling사건에서도 비행선 폭발 또는 사보타지에 관련된 사실 또는 해석론 자체는 저작권법적 보호의 대상이 될 수 없고, 동일한 역사적 사실을 기술하기 위하여 필수불가결한 표현(scenes a faire)으로서 독일병사들의 통상적인 대화 또는 독일국가 등은 저작권의 보호대상으로 될 수 없다고 판시되었다.

(2) 게임방법에 관한 설명

또한, Landsberg v. Scrabble⁸⁸⁾사건에서 원고 Landsberg는 Scrabble이라는 단어게임의 우승자로서 체계적인 게임방법을 원고로 작성하여 “Championship Scrabble Strategy”라는 제목의 책을 출판하고자 하였고, 동 출판을 위하여 “Scrabble”을 제작·판매하고 있는 “Scrabble”이라는 상표에 대한 상표권을 가지고 있는 피고 “Scrabble”회사에 대하여 “Scrabble”이라는 명칭의 이용허락을 요청하였지만, 피고는 이용허락여부를 검토하기 위하여 필요하다고 하면서 원고로부터 넘겨받은 원고사본을 토대로 하여 약간의 표현을 바꾸어서 “Scrabble”게임설명서를 제작·판매하였고, 이에 따라서 원고는 저작권침해의 소를 제기하여 연방지방법원에서는 저작권침해가 인정되었으나 항소법원에서는 원고 저작물이 사실저작물로서 표현방법이 제한된 것이어서 보호범위가 좁게 해석되어야 한다는 전제 위에서, 피고의 설명서가 상이한 표현으로 구성되어 있는 한 원피고 작품사이에 실질적 유사성이 있다고 보기 어렵고 따라서 저작권침해에 해당되지 않는다고 판시되었다. 구체적인 예문을 들어보면 원고의 책자에 “자신의 차례가 될 때마다 매번 가장 많은 점수를 얻으려고만 하는 경기자는 게임을 잘 하는 경기자라고 볼 수 없다”는 문구가 나오는데, 연방항소법원은 이 문구 속의 아이디어가 표현될 수 있는 방법은 아주 제한적인 것이라는 점을 강조한 것이다. 연방항소법원에 의하면 원고 책자와 같은 사실저작물의 경우에는 피고가 완전히 동일한 표현을 그대로 이용하지 않는 한 저작

88) 736 F.2d 485(9th Cir., 1984).

권침해를 제한적으로만 인정해야 할 것이라고 판시하면서, 다만 피고가 원고의 책자사본을 넘겨받으면서 동 저작물을 공개하거나 이용하지 않는다는 묵시적약속을 한 것으로 볼 수 있다면 그러한 묵시적 계약의 위반에 해당될 수는 있을 것이라고 하면서 지방법원으로 하여금 계약위반여부에 관한 심리를 다시 하도록 명령하였다.

4. 部分的 文字的 類似性

문자적 표현에 있어서 실질적으로 유사하다면 저작권침해가 인정될 수 있음은 명백하다. 다만, 저작권침해 여부의 판단기준으로서의 실질적 유사성은 量的인 판단기준(quantitative test)이라기보다는 質的인 判斷基準(qualitative test)이다.⁸⁹⁾ 따라서 유사점이 양적으로는 많지 않더라도 보호대상 저작물의 중요한 부분과 실질적으로 유사한 경우에는 저작권침해가 인정되어야 한다. 저작자의 창작적 노력이 함축되어 있는 중요한 부분이 도용되더라도 양적으로 많지 않다고 해서 저작권침해를 인정하지 않는다면 창작적 표현을 보호하고자 하는 저작권법의 범목적을 달성할 수 없기 때문이다. 미국 사례 가운데는 한 개의 창작적인 문장이나⁹⁰⁾ 두세 페이지 분량의⁹¹⁾ 창작적인 표현만을 모방해서 저작권침해가 인정된 다수의 사례가 있다. 특히, 극본이나 드라마의 경우에는 이야기 줄거리, 등장인물, 사건전개 등이 창작적 표현의 핵심이기 때문에, 줄거리 등의 비문자적 유사성이 있으면 문자적 표현에 있어서 전혀 상이하더라도 줄거리 등의 비문자적 유사성이 있다는 사실만으로 저작권침해가 인정될 수 있기 때문에,⁹²⁾ 문자적 유사성이 비문자적 유사성과 함께 저작권침해를 인정하게 되는 근거도 되고 동시에 문자적 유사성이 비문자적 유사성을 확인해주고 입증해주는 의미도 가지게 된다.

89) IV. 1. “質的 判斷基準으로서의 實質的 類似性”의 전술 내용 참고.

90) Dawn Associates v. Links, 203 U.S.P.Q. 831(N.D. Ill., 1978); Universal City Studio v. Kamar Industries, 217 U.S.P.Q. 1162(S.D.Tex., 1982).

91) Henry Holt v. Liggett, 23 F.Supp. 302(E.D.Pa., 1938).

92) Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353(9th Cir., 1990); Twentieth Century-Fox Film Corp. v. MCA, Inc., 715 F.2d 1327(C.A.Cal.,1983); Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc., 683 F.2d 610(C.A.N.Y., 1982); Universal Pictures Co. v. Harold Lloyd Corp., 162 F.2d 354(C.A.9, 1947); Universal City Studios, Inc. v. Film Ventures Intern., Inc., 543 F.Supp. 1134(D.C.Cal., 1982).

VII. 결론

저작권침해 또는 표절에 해당되는지 여부를 판단하기 위한 기준으로서, 국내외 학설과 판례는 흔히 “저작물에의 접근(access)과 실질적 유사성(substantial similarity)”이라는 기준을 가장 현실적이고 실용적인 기준으로 제시하고 있다. 여기에서 “저작물에의 접근 여부”의 기준은 표절이라고 하는 물리적 행위를 했거나 할 수 있는 지위에 있었는지를 판단하기 위한 행위론적·증거법적 기준인 데 반하여, 실질적 유사성의 기준은 표절의 결과물이 저작권법의 법목적에 비추어 저작권법상 허용되어서는 안되는 위법한 것인지 여부를 판단하기 위한 법정정책적이고 실체법적인 기준이라고 성격지을 수 있다.

저작권법은 아이디어와 표현을 구별해서 창작적 표현은 보호하지만 그에 의해서 전달되는 아이디어 자체는 보호하지 않는다고 하는 아이디어·표현 이분법에 입각하고 있다. 따라서, 저작권침해 또는 표절여부의 판단기준으로서의 실질적 유사성을 판단함에 있어서도, 문제된 양 작품의 표현이 실질적으로 유사한지 여부를 판단해야 한다. 다만, 저작물의 아이디어와 표현을 구별해내는 것은 아주 어려운 문제이고 궁극적으로 저작권법의 법 목적을 어떻게 보는가라고 하는 법정정책 시각의 반영이기도 한 것이다. 일반적으로 말해서, 어디까지가 아이디어에 해당되고 어디에서부터 구체적 표현이라고 말할 수 있는지에 대해서는, 특정 저작물이 무한한 상상과 예술적인 창작이 중시되는 文藝著作物(literary and artistic works)에 해당되는지 아니면 객관적인 사실이나 새로운 기능의 전달이 중시되는 事實著作物(factual works)이나 機能著作物(functional works)에 해당되는지에 따라서 달라질 수 있다. 文藝著作物은 事實著作物이나 機能著作物과는 달리, 작가의 창작적이고 예술적인 표현으로 구성되어 있고 따라서 저작권에 의해서 보호되는 표현의 범위가 넓게 인정될 수 있다. 예컨대, 사랑을 소재로 한 소설이나 극본 등에 있어서 구체화된 이야기 줄거리나 등장인물의 성격과 상호관계 및 사건전개 등은, 문자적 표현과 더불어 저자가 독자나 시청자들에게 묘사해서 전달하고자 하는 가장 구체화되고 창작적인 표현의 하나로서 넓은 저작권 보호 또는 강한 보호를 받을 수 있을 것이다. 이와는 반대로, 과거의 역사적 사실을 소재로 해서 창작된 역사소설이나 역사드라마는 사실저작물과 마찬가지로 그 보호받는 표현의 범위가 제한되는 소위 좁고 약한 저작권(thin copyright)의 보호대상이 될 것이다.

<Abstract>

Substantial Similarity Tests as Applied to Artistic and Functional Works

Sang Jo JONG*

While imitation was respected for more than 500 years in the Chosun Dynasty, creativity and originality is now of much more value than before as Korea moves toward a knowledge-based society. In parallel with the increase in the economic value of knowledge, demands for creative ideas and original expression have grown up rapidly for the past few decades. Accordingly, an increasing number of disputes have centered around the idea/expression dichotomy and any similarity between a copyrighted work and allegedly infringing work.

Supreme Court of Korea has shown its conflicting views on idea/expression dichotomy and originality criteria. For example, while it required a very low level of originality with regard to a eye-test chart, it denied copyright protection for a photograph made for a purpose of merchandise catalogue on the grounds that originality or artistic elements in the photograph in question was not enough for copyright protection. It is interesting to see whether these apparently conflicting views of the Supreme Court might affect its decisions on substantial similarity in cases of copyright infringement.

This paper then moves on to the main topic of the substantial similarity test. Having found that there are relatively few decisions on the substantial similarity, the author first tries and introduces to the paper a brief analysis of various tests adopted by U.S. courts, which are found as unanimous in distinguishing artistic works from functional works. In the field of artistic

* Associate Professor of Law, Seoul National University

works, there often exist a variety of ways of expressing the same idea and, accordingly, artistic works are granted a broad scope of copyright. By contrast, functional works are given relatively thin copyright since their expression is often limited or directed by their functions themselves.

When courts in Korea face artistic works, however, they appear to have difficulty in dealing with copyright protection for plot, characters, events in novels or dramas. The author argues in this paper that, since detailed plot, characters, and events in artistic works are mostly the gist of original expression in the works, substantial similarity in the detailed plot, characters and events must be a good evidence of copyright infringement. Especially, broadcasting companies and film companies are the major figures in cultural industry which produces and distributes artistic works, judicial decisions on any copyright infringement by broadcasting companies or film companies might have significant impact upon economic incentives to creation and, thus, upon the just budding market of culture. It remains to be seen how the judicial courts answer the question of the scope and extent of copyright protection for creative or original elements and the task for tackling plagiarism in Korea.