

[이슈]

**컴퓨터프로그램 저작물의 저작물성과 공정이용 법리 판단  
- 오라클과 구글의 자바 API 사건을 중심으로 -**

박형욱

**1. 들어가는 글**

2018년 3월 27일 오라클과 구글의 8년간의 자바 API 저작권 침해 소송이 오라클의 승리로 일단락 지어졌다.<sup>1)</sup> 연방순회항소법원은 구글의 자바 API 패키지의 선언소스코드와 SSO의 무단이용은 미국 저작권법 제107조에 규정되어있는 공정이용 법리에 해당되지 않는다며 구글에게 저작권 침해를 판결하였다. 따라서 연방순회항소법원은 2016년 구글의 자바 API이용을 저작권법상 공정이용이라고 판결하고 오라클의 평결불복법률심리 신청을 기각한 캘리포니아 북부 지방법원의 판결을 파기하고 구글의 오라클에 대한 손해액 산정을 위해 사건을 캘리포니아 연방법원으로 환송했다. 이번 판결로 소프트웨어 업계의 개발자의 저작권 보호가 강화되고 인센티브도 증가될 것이다. 반면, 소프트웨어 업계에 라이선스 비용이 발생하고 개발자들의 프로그램 개발방식에 변화가 예상되는 등 향후 소프트웨어 개발과 기술 산업 전반에 큰 파장이 예상된다. 따라서 이러한 배경을 가지고 본고에서는 오라클과 구글의 저작권 침해 소송의 법적쟁점과 법원판단을 순차적인 방법으로 살펴보고자 한다. 그러면서 관련 저작권 법리도 함께 검토한다. 특히 컴퓨터프로그램의 저작물성을 판단하기 위한 저작권법의 기본 원칙들을 살펴보고 본 사건의 핵심 쟁점인 공정이용 법리에 대해 자세히 검토하고자 한다. 본 판결을 통해 저작권 침해소송에서 침해 행위를 판단하기 위해 그동안 적용해 왔던 실질적 유사성 판단과 더불어 공정이용 법리의 적용이 향후 더 확대될 것으로 예상이 된다. 소프트웨어 업계의 지속적인 혁신과 경쟁을 저해하지 않으면서, 저작권법의 기본 목적을 지켜나갈 수 있는 방법을 모색해야할 필요성을 시사해주는 중요한 판결이다.

**2. 배경**

1996년 썬 마이크로시스템즈(Sun Microsystems, Inc.,이하 “썬”이라고 한다)는 컴퓨터 프로그래밍을 위한 자바(Java) 플랫폼을 개발했으며 2010년 1월27일 오라클이 썬을 인수하면서 썬이 가지고 있는 특허와 저작권도 함께 인수하였다. 오라클이 인수한 가장 중요한 기술 중 하나는 자바 플랫폼이었다.<sup>2)</sup>

자바 플랫폼은 자바 프로그래밍 언어로 프로그램을 작성하고 실행하는 데 사용되는 소프트

1) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. March 27, 2018).

2) Complaint for Patent and Copyright Infringement ,2010 WL 3355241 (N.D.Cal.2010) (Trial Pleading),No. CV10-03561 LB.

웨어로서 프로그래머는 자바 플랫폼을 통하여 “서로 다른 유형의 컴퓨터 하드웨어에서 실행되는” 프로그램을 작성할 수 있다.<sup>3)</sup> 특히, 자바 플랫폼 중에서 Java 2 Standard Edition(이하 “자바 SE”라고 한다)은 자바 가상머신과 자바 API를 포함하고 있는데 자바 API는 일반적이고 고급 컴퓨터 기능을 위해 사전에 작성된 자바 소스 코드 프로그램의 모음이다.<sup>4)</sup> 이러한 자바 SE의 API가 오라클과 구글의 저작권침해 분쟁의 핵심 논쟁이 되었다.

사전 허락 없이 누구든지 이용할 수 있는 자바 프로그래밍 언어를 사용하는 사람이라면 누구나 다양한 기능을 수행하기 위해 사전에 작성된 프로그램 라이브러리를 사용할 수 있다. 하지만 오라클은 경쟁 플랫폼에서 API를 사용하거나 전자 장치에 임베디드 하려는 사용자에게는 라이선스 비용을 부과하면서 엄격한 호환성을 요구하였다.<sup>5)</sup> 오라클은 “OpenJDK”라는 오픈 소스 라이선스를 무료로 제공하였고<sup>6)</sup> “OpenJDK”의 패키지를 개선한 회사는 자바커뮤니티에 변경 사항을 무료로 제공하도록 하였다.<sup>7)</sup> 오라클은 자바를 사용하여 자체 스마트폰 플랫폼을 성공적으로 개발한 적은 없지만 모바일 장치용 자바 SE의 라이선스를 취득했다.

2005년에 구글은 모바일 기기용 소프트웨어 플랫폼을 개발하기 위한 계획으로 안드로이드사를 인수했으며 같은 해 모바일 기기용 자바 플랫폼 사용을 위한 썬 과의 라이선스를 계약하기 위하여 협상하였으나 무산되고 말았다.<sup>8)</sup> 이후 구글은 오라클과의 협상에서 기기 제조업체가 코드 수정 제한 없이 안드로이드에서 오라클의 API를 무료로 사용하는 것을 원했지만 이것은 오라클의 “한번 작성하면 어느 곳 에서나 실행(write once, run anywhere)할 수 있다”는 오라클의 철학에 반하는 것이어서 라이선스 협상은 거절되었다. 이후 구글은 자체 API를 개발하려고 노력했으나 성공하기 어려웠고 라이선스 협상도 난항에 이르게 되자 안드로이드용 앱을 개발할 수 있는 플랫폼을 빠른 시간 안에 개발하고자 라이선스 체결 없이 자바를 선택하였다.<sup>9)</sup> 즉, 구글은 자체 가상 머신인 “Dalvik 가상머신(Dalvik virtual machine, Dalvik VM)”을 설계하기 위하여 자바프로그래밍 언어를 사용하였고 모바일 기기의 핵심인 자바 API의 기능에 대한 자체 구현을 작성하였다. 구글은 안드로이드 플랫폼을 개발할 때 168개의 API 패키지를 포함하였는데 그중에 37개가 오라클과 구글 사건의 쟁점이 된 자바 API 패키지에 부합되는 것이다.<sup>10)</sup> 구글은 오라클의 37개의 자바 API 패키지에서 11,500줄의 선언문 코드를 글자 그대로(verbatim) 복제하고 또한 자바 API 패키지의 구조, 순서 및 조직(structure, sequence, and organization, 이하 “SSO”라고 한다)도 복제하였다. 2007년 구글은 모바일 기기용 안드로이드 소프트웨어 플랫폼을 발표했으며 무료로 스마트폰 제조업체에게 공개

3) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1348 (Fed. Cir., 2014).

4) Order Denying JMOL, 2016 WL 3181206, at \*3.

5) Oracle, 750 F.3d at 1350.

6) Order Denying JMOL, 2016 WL 3181206, at \*10.

7) Appellant Br. 53.

8) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1350.

9) Order Denying JMOL, 2016 WL 3181206, at \*6.

10) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1350.

하고 오픈소스 라이선스 하에 소스 코드를 게시하였다.

### 3. 소송경과 및 법원판단

#### (1) 오라클이 구글에 저작권 침해 소송제기-2010년 8월12일

2010년 8월 12일 오라클은 구글이 오라클의 저작권을 침해했다는 이유로 캘리포니아 북부 지방법원에 소송을 제기하였다.<sup>11)</sup> 오라클은 자사의 자바 플랫폼은 미국 저작권법 101조 이하에서 규정하고 있는 저작권의 보호 대상인 코드, 문서, 설정, 라이브러리 같은 독창적 자료의 상당한 양을 포함하고 있으며 구글은 이러한 오라클의 저작물과 관련된 2차적 저작물을 동의, 허가, 승인 혹은 라이선스를 받지 않고 고의적으로 그리고 불법적으로 복제, 작성, 발행하고 배포하여 저작권법 제106조에서 규정하고 있는 오라클의 저작권을 침해했다고 주장하였다.

또한 기기 제조업자들과 안드로이드 사용자들이 자바 플랫폼의 저작물성이 있는 부분이나 그것으로부터 파생된 저작물을 라이선스를 체결하지 않고 사용한 것에 대하여 구글이 제조업자들과 사용자들에게 오라클의 저작물과 2차적 저작물의 사용, 복제 그리고 배포를 장려하고 유도하고 허락함으로써 그들의 침해 행위에 유도적, 실질적으로 기여하였다고 오라클은 주장하였다.

오라클은 구글의 직접적, 유도된 침해는 고의적이고 의도된 것이며 이러한 불법적인 복제와 이용 배포는 저작권법 제106조의 규정에 근거한 오라클의 배타적인 권리를 침해하는 것이며 구글은 침해로 인해 부당한 이익과 이점을 얻었다고 주장하였다. 오라클은 또한 구글의 직접적 간접적 고의의 저작권 침해에 대한 결과로 회사의 영업과 명성 그리고 신용에 금전적 손실을 입었고 그것은 계속될 것 이라고 주장 하였다.

따라서 오라클은 법원에 구글이 저작권 침해의 책임이 있다는 판결을 해줄 것과 구글과 구글의 이해인들의 계속되는 저작권 침해의 행동에 대해 영구적 금지명령과 오라클의 저작권을 침해하여 만들어지고 사용되는 모든 복제물과 그러한 복제물의 생산수단을 압수하고 폐기 처분해줄 것을 요청했다. 손해배상에 대해서는 오라클의 법정손해배상액과 구글의 저작권 침해로 부터의 증거에 따른 실제손해액을 부여해주는 명령을 요청했다. 또한 모든 쟁점에 대하여 배심원 재판을 요청하였다.<sup>12)</sup>

11) Complaint for Patent and Copyright Infringement ,2010 WL 3355241 (N.D.Cal.2010) (Trial Pleading),No. CV10-03561 LB. 오라클은 구글에 대해 특허와 저작권 침해에 대한 소를 제기하였으나 본고에서는 저작권 침해문제만 다루고자 한다.

12) Complaint for Patent and Copyright Infringement ,2010 WL 3355241 (N.D.Cal.2010) (Trial Pleading),No. CV10-03561 LB pp 9-11.

## (2) 1심 법원판단 (캘리포니아 북부 지방법원)-2012년 5월31일

2012년 5월31일 캘리포니아 북부 지방법원은 자바 API 패키지들이 저작권의 보호대상이 아니라는 판결을 내렸다. 구글이 다른 구현(implementations)을 사용하여 자신의 소스코드를 작성한 것이기 때문에 오라클의 API 패키지와 동일한 기능을 제공하더라도 저작권 침해에 해당되지 않는다는 것이다.<sup>13)</sup>

메소드(method)를 구현하는 데 사용된 특정 코드가 다른 한, 누구나 저작권법에 따라 자바 API에서 사용된 어떤 메소드의 동일한 기능(function) 또는 설정(specification)을 정확히 수행 할 수 있도록 자신의 코드를 작성하는 것은 무료이다. 선언(declaration) 또는 메소드 헤더(method header) 라인이 동일하다는 것은 중요하지 않으며 자바 규칙에 따라 구현이 다른 경우에도 같은 기능을 지정하는 메소드를 선언하기 위해 동일해야한다. 따라서 아이디어나 기능을 표현할 수 있는 방법이 하나뿐이라면 누구나 자유롭게 그렇게 할 수 있으며 아무도 그 표현을 독점 할 수 없다고 판시했다. 한편 메소드와 클래스의 이름은 저작권법에서 이름이나 짧은 어구를 보호하지 않으므로 보호대상이 아니라고 판단하였다. 전반적인 이름 트리(tree)는 창의적인 요소를 가지고 있지만 실용적이고 기능적인 심볼 세트인 정확한 명령 구조이며 이 명령 구조는 저작권법 제102조(b)항<sup>14)</sup>에 의거한 시스템 또는 작동 방법이어서 저작권으로 보호 될 수 없다고 하였다. 명령 구조의 복제는 상호운용성(interoperability)을 위해 필요한 것이라고 판결하였다.<sup>15)</sup>

한편, 배심원단은 구글이 37개 자바 API 패키지의 컴파일이 가능한 코드와 9줄의 rangeCheck 코드를 침해했다고 판결했다. 그러나 구글의 이용 행위가 공정이용에 의해 보호되는 이용인지 여부에 대해서는 교착 상태에 있었다.<sup>16)</sup>

2012년 6월20일 캘리포니아 북부 지방법원은 최종판결에서 구글에 대해 자바 API 패키지의 선언소스코드와 SSO의 저작권 침해문제는 무죄를 판결하고 9줄의 rangeCheck 코드와 8개의 디컴파일된 보안파일들에 대해서는 침해를 인정하였다 그러나 당사자 약정에 따라 손해배상액을 0달러로 판결하였다.<sup>17)</sup> 한편 구글의 공정이용여부 판단에 대해서는 배심원단이 미결 상태로 두었기 때문에 1심 판결에서는 공정이용 판단은 유보되었다. 오라클은 이후 항소하였

13) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 872 F.Supp.2d 974 (2012); Oracle America, Inc. v. Google Inc., No. C 1003561 WHA. (N.D.Cal, May 31, 2012).

14) 17 U.S.C 102 2(b): (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

15) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 872 F.Supp.2d 976 (2012).

16) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 872 F.Supp.2d 976 (2012).

17) Oracle America, Inc. v. Google Inc., No. 3:10cv3561, 2012 WL 9028839 (N.D.Cal. June 20, 2012), ECF No. 1211.

으며 구글도 rangeCheck와 8개의 디컴파일에 대해 반대항소 하였다.

### (3) 2심 법원판단 (연방순회항소법원)- 2014년 5월9일

2014년 5월9일 연방순회항소법원은 다음의 이유를 들어 자바 API 의 선언소스코드와 SSO 의 저작물성을 부정한 1심 법원의 판결을 파기하였다. ① 오라클의 컴퓨터코드에 포함된 아이디어가 표현과 합체되지 않는다. ② 오라클의 선언소스코드는 저작권 보호가 부여되는 보호 가능한 표현을 포함하고 있다. ③ 컴퓨터로 하여금 동작을 수행하도록 명령하는 일련의 명령어들은 저작권 보호를 받을 수 있는 표현을 포함 할 수 있다. ④ 오라클의 API 패키지들이 단지 기능을 수행했다고 해서 저작권의 보호로부터 제외되는 것은 아니다. ⑤ 구글의 오라클의 소프트웨어에 대한 복제는 사소하지 않다. 따라서 법원은 37 개의 자바 API 패키지의 선언코드와 SSO가 저작권 보호를 받을 수 7있다는 결론을 내렸다. 그러므로 배심원단의 침해 판결을 복원하기 위한 지시와 함께 1심 법원의 저작물성 결정을 파기한다고 판결했다. 구글의 공정이용 여부에 대해서는 배심원단이 교착상태에 있어, 이 결정과 일관된 추후 절차를 위해 1심 법원으로 환송하였다.<sup>18)</sup>

이번 항소심에서의 논의의 핵심 쟁점은, 자바 API 패키지의 선언소스코드와 SSO의 저작물성 판단 그리고 구글의 자바 API 패키지이용의 공정이용 여부였다. 연방순회항소법원은 저작물성 판단을 위하여 아이디어와 표현의 이분법, 추상화-여과-비교 테스트, 합체의 원칙, 짧은 어구의 원칙, 표준적 삽화의 원칙을 적용하였다. 구글의 상호운용성 주장에 대해서는 저작물성 판단과 관계없다고 판시했으며, 공정이용 판단은 1심으로 환송하였다.<sup>19)</sup>

본 사건에서 연방순회항소법원은 1심 판결과 다르게, 오라클의 자바 API 패키지의 선언코드와 SSO의 저작물성을 인정하여, 구글에 저작권 침해 판결을 내렸다. 따라서 컴퓨터프로그램의 저작물성을 판단할 수 있는 중요한 저작권법의 기본 원칙을 먼저 살펴보기로 한다.

#### 1) 저작권 보호대상 으로서의 컴퓨터프로그램

저작권법은“어문 저작물”을 포함하여“유형의 표현 매체에 고정된 저작자의 독창적인 작품”을 보호한다.<sup>20)</sup> 컴퓨터프로그램은“일정한 결과를 산출하기 위하여 직접적, 간접적으로 컴퓨터에서 사용되는 일련의 지시나 명령”으로<sup>21)</sup> 저작권법에 규정되어있고. 어문저작물로 저작권 보호의 대상이 될 수 있다.<sup>22)</sup> 입법상 기록 또한 어문저작물 에는, 아이디어 자체와 구별되는 독창적인 아이디어를, 프로그래머가 표현할 수 있도록 저작자를 포함 시키는 정도의, 컴퓨터 프

18) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1339.(2014).

19) Id.

20) 17 U.S.C 102(a).

21) 17 U.S.C 101: 미국 CONTU의 추천에 의해 컴퓨터프로그램의 정의가 저작권법에 추가되었고, 1980년에 채택되어 현재의 규정에 남아있다.

22) See Atari Games Corp. v. Nintendo of Am.,Inc., 975 F.2d 832, 838 (Fed. Cir. 1992).

로그래미 포함되어 있다고 설명한다.<sup>23)</sup>

### 가) 독창성 (Originality)

법률상, 저작권 보호를 받기 위해서는 작품이“독창적(original)”이어야 한다. 독창적이라는 것은, 단지 다른 사람의 작품을 복제하지 않고, 저작자에 의해 독자적으로 창작되면 되고, 적어도 최소한의 창작성만 갖추면 된다.<sup>24)</sup>

### 나) 아이디어와 표현의 이분법 (The idea/expression dichotomy)

저작권 보호는 아이디어 그 자체가 아니라, 아이디어를 표현한 저작물에만 미친다.<sup>25)</sup> 특허와 달리, 저작권은 공개된 예술에 배타적 권리를 부여하지 않는다. 보호는 아이디어 그 자체가 아니라, 오로지 아이디어의 표현에만 부여된다. 이러한 구분을“아이디어와 표현의 이분법”이라고 부르며, 미국 저작권법 제102조(b)에 성문화 되어 있다. 의회는 제102조(b)가 저작권 보호의 범위를 확대하거나 축소하지 않으며, 그 목적은 표현과 아이디어 간의 기본적인 이분법이 변하지 않았다는 것을, 다시금 말하기 위한 것이라고 강조했다.<sup>26)</sup> 법원은 저작권법 제102조(b)에 포함된 몇 가지 원칙의 출처로 Baker 판결<sup>27)</sup>을 인용하고 있다. 즉, 컴퓨터프로그램과 관련하여 저작권 보호는 표현에만 적용되며, 아이디어, 시스템, 프로세스에는 적용되지 않는다. 그리고 컴퓨터 프로그램의 기능에 필연적으로 부수적인 요소도 보호할 수 없다는 것이다.<sup>28)</sup>

### 다) 합체의 원칙 (Merger Doctrine)

합체의 원칙은 아이디어와 표현의 이분법에 대한 예외로서 기능한다. 그것은 아이디어를 표현하는 제한된 수의 방법이 있을 때, 아이디어가 그 표현과 병합되어 표현은 보호되지 않게 된다는 원칙이다.<sup>29)</sup> 합체의 원칙에서는 누구나 그 표현에 대한 배타적인 저작권 소유권 주장을 막을 수 있다.<sup>30)</sup> 그러므로 합체의 원칙은 저작권 관련 소송에서 저작물성의 문제보다는, 침해의 긍정적 항변과 관련이 있다.<sup>31)</sup>

23) H.R.Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 54, reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5667.

24) Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 345, 111 S.Ct. 1282.

25) Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 217, 74 S.Ct. 460, 98 L.Ed. 630 (1954).

26) Feist, 499 U.S. at 356, 111 S.Ct. 1282 (quoting H.R.Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 54, reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5670).

27) Baker v. Selden, 101 U.S. 99,25 L.Ed. 841 (1879).

28) Computer Assocs. Int'l v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 70405 (2d Cir.1992) (“Altai”) (discussing Baker, 101 U.S. at 10304).

29) Altai, 982 F.2d at 70708.

30) Copyrightability Decision, 872F.Supp.2d at 998.

31) Kregos, 937 F.2d at 705.; Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1339.(2014) West Headnotes [16]참조.



본 사건의 2014년 항소심 판결에서 연방순회항소법원은 제9연방순회항소법원 법 (The Ninth Circuit Law)을 적용하여“컴퓨터프로그램 표현의 고유한 배열이 대체 표현이 가능한 이상, 프로세스와 합체되지 않는다.”<sup>32)</sup> 라고 인정했다. 또한, 1심 법원에서 합체 원칙을 잘못 적용했다는 오라클의 주장에 대하여, 썬과 오라클이 한 가지 방법 또는 제한된 방법으로 작성하지 않는 한, 합체 원칙으로 소스 코드를 선언하는 모든 라인에 대해 저작권 보호를 금지할 수 없다는 데 동의하였다.“구글이, 복제한 7000개의 라인을 선택하고 배열하는 데 있어, 무제한적인 옵션을”, 오라클이 가지고 있다는 것이 증거이다. 1심 법원이 인정한 것처럼, 안드로이드 메소드와 클래스 이름은, 자바에서 그들의 메소드 이름과 다를 수 있었지만, 여전히 작동하고 있었다. 결국, 대체 표현이 가능하기 때문에 합체는 없다는 것을 알 수 있다. 나아가 1심 법원이 구글이 복제하는 시점에, 합체 분석의 중점을 둔 것에 오류가 있다고 보았다.<sup>33)</sup> 저작물성과 보호가능한 행위의 보호 범위는 침해시가 아니라, 창작시에 평가되어야 하기 때문이다.<sup>34)</sup>

#### 라) 짧은 어구의 원칙 (Short Phrases)

1심에서 법원이“이름, 제목, 슬로건 같은 짧은 단어나 어구들은 저작권 보호 대상이 아니다.”<sup>35)</sup> 라고 한 것은 옳다. 그러나, 1심 법원은 문제가 되는 저작물이, 짧은 어구를 포함하는 지가 아니라, 오히려 그 어구가 창작적인 것인지 여부를 보고, 저작물성을 판단해야 한다는 것을 인식하지 못했다.<sup>36)</sup> 오라클은 API 패키지를 생성하고 관련 선언코드를 작성할 때, 메소드 선언의“선택 및 배열에 창작성이 적용되었기 때문에”, 저작권 보호를 받을 수 있는 보호 가능한 표현이 포함된다고 주장하였다. 따라서 연방순회항소법원은, 선언코드가 저작물성이 없다고 판단하는 데에, 1심법원이 짧은 어구 원칙을 적용한 것은 잘못된 것이라고 결론 내렸다.<sup>37)</sup>

#### 마) 표준적 삽화의 원칙 (Scenes a Faire)

표준적 삽화의 원칙은 합체의 원칙과 관계가 있으며, 창작적 표현이 저작권 보호를 받지 못하도록 하는 원칙이다.<sup>38)</sup> 즉“저작물의 표현 요소가 표준적, 상투적 또는 주제와 공통이거나 또는 공통 주제 또는 설정에서 필연적으로 따르는 경우 저작권 보호대상 에서 제외된다.”<sup>39)</sup> 이

32) Atari, 975 F.2d at 840. Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1339.(2014).

33) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1339.(2014) West Headnotes [22]참조.

34) See Apple Computer, Inc. v. Formula Int'l, Inc., 725 F.2d 521, 524 (9th Cir.1984).

35) 37 C.F.R. 202.1(a).

36) Copyrightability Decision, 872 F.Supp.2d at 976. ; Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1339.(2014) West Notes [23]참조.; See Soc'y of Holy Transfiguration Monastery, Inc. v. Gregory, ; 689 F.3d 29, 52 (1st Cir.2012).

37) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1339.(2014).

38) Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435,1444 (9th Cir.1994).

39) Mitel, 124 F.3d at 1374.

원칙 아래에서, “어떤 평범한 표현이 불가결하며, 자연적으로 주어진 아이디어의 취급과 관련되어 있을 때, 그 표현은 아이디어와 마찬가지로 취급되며, 따라서 저작권으로 보호되지 않는다.”<sup>40)</sup> 컴퓨터의 맥락에서 “표준적 삽화의 원칙은 특정 프로그램이 실행되는 컴퓨터의 기계적 설정, 또는 컴퓨터 산업에서 널리 받아들여지는 프로그래밍 관행과 같은, 외적인 요인(external factors)에 의해 지배되는 요소들도 보호대상에서 제외하도록 한다.”<sup>41)</sup>

연방순회항소법원은 문제가 되는 자바 API 패키지의 선언코드 또는 SSO의 저작물성 판단에, 표준적 삽화의 원칙이 영향을 미치지 않는다고 판단했다.<sup>42)</sup> 자바 API 패키지의 SSO가 독창적이고 창작적이며, 선언코드가 많은 수의 방법으로 작성되고 조직되어, 여전히 동일한 기능을 얻을 수 있었기 때문이다.

## 2) 컴퓨터프로그램의 문언적/비문언적 요소와 문언적/비문언적 복제

저작권 보호가 컴퓨터프로그램의 문언적(literal)인 요소뿐만 아니라, 비문언적(non-literal) 요소에도 이루어진다는 것은 잘 확립되어져왔다.<sup>43)</sup> 문언적 요소에는 소스코드와 목적코드가 있고, 저작권의 보호 대상이다. 비문언적 요소에는 프로그램의 순서(sequence), 구조(structure), 조직(organization) 및 프로그램의 사용자 인터페이스(interface)가 포함되며, 저작권의 보호 여부는 문제의 구성 요소가 아이디어 그 자체인지, 아니면 아이디어의 표현인지에 달려있어 표현을 구성할 경우에만 저작권의 보호를 받을 수 있다.<sup>44)</sup>

한편, 컴퓨터프로그램의 문언적 복제와 비문언적 복제의 의미는 저작권의 침해를 구성하는 행위와 관련된 의미라는 것에 주의해야 한다. “문언적 복제(literal copying)”는 원본 표현을 글자 그대로(verbatim) 복제하는 것이고 “비문언적 복제(non-literal copying)”는 의역하는(paraphrased) 것이다.<sup>45)</sup>

본 사건에서 오라클은 구글이 선언코드를 문언적으로 복제하고 SSO를 비문언적으로 복제한 것은 오라클의 저작권을 침해하는 행위라고 주장했다. 오라클은 선언코드가 축어적(verbatim)이며, 장(章) 제목과 주제 문장이 소설의 구조를 나타내는 것과 같이, 선언코드 라인이 API 패키지의 구조를 구현한다고 설명하고 있다.<sup>46)</sup> 또한, 구글이 패키지에 선언코드를 복제했을 때, 패키지 안에 썬과 오라클이 사용하는 패키지의 순서와 조직도 복제했다고 주장

40) Swirsky v. Carey, 376 F.3d 841, 850 (9th Cir.2004).

41) Softel, 118 F.3d at 963.

42) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1363(2014).

43) See Altai, 982 F.2d at 702.

44) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1340(2014).;

45) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1356(2014).; Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, 49 F.3d 807, 814 (1st Cir.1995).

46) Appellant Br. 45.; Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1356(2014).



했다.<sup>47)</sup> 오라클은 API 패키지의 비문언적요소인 구조, 순서 및 조직이 보호받을 자격이 있다고 주장하면서, 구글이 선언코드를 문자 그대로 복제한 다음, 자체 구현 코드를 작성하여 나머지 SSO를 의역으로 바꾸었다고 주장하였다. 따라서 SSO 전체와 관련하여 비문언적 그대로의 복제를 주장하였다.<sup>48)</sup>

### 3) 저작물성 판단

본 사건에서 1심 법원인 캘리포니아 북부 지방법원은 2012년 5월 오라클의 자바 API 패키지의 저작물성을 부정하는 판결을 내렸다. 오라클의 항소 이후 2014년 5월 연방순회항소법원은, 자바 API 패키지의 선언소스코드와 SSO의 저작물성을 인정하였고, 배심원이 미결한 공정이용 판단에 대해, 사건을 1심 법원으로 환송했다. 2014년 10월 구글이 연방대법원에 상고 허가를 신청했으나 2015년 6월 연방대법원은 저작권의 침해여부를 판단하지 않고 상고 허가신청을 기각하였다. 2016년 5월 지방법원의 파기환송심과 2018년 3월 본 사건의 두 번째 항소심에서는, 구글의 공정이용 여부만 쟁점으로 다루어졌으므로, 오라클의 자바 API 패키지의 저작물성은, 2014년 연방순회항소법원의 판결 이후 더 이상의 논쟁은 없었다.

본 사건에서 캘리포니아 북부 지방법원과 연방순회항소법원은, 오라클의 자바 API 패키지의 저작물성을 판단하기 위해서 아이디어와 표현의 이분법, 합체의 원칙, 짧은 어구 원칙, 표준적 삽화의 원칙, 추상화-여과-비교 테스트 등을 종합적으로 적용하였다. 추상화-여과-비교 테스트를 제외한 나머지 고려 사항들은 앞에서 살펴보았으므로, 여기서는 추상화-여과-비교 테스트에 대해서만 살펴보도록 한다.

#### 가) 추상화-여과-비교 테스트 (Abstraction-Filtration-Comparison Test)

컴퓨터프로그램의 비문언적 요소가 보호 가능한 표현을 구성하는지 여부를 평가할 때, 제9연방순회항소법원은 제2연방순회항소법원에서 공식화되고 다른 여러 법원에서 명시적으로 채택한, “추상화-여과-비교”테스트를 적용하였다.<sup>49)</sup> 이 테스트는 기능을 수행하는 모든 것이 필연적으로 저작물성이 없다는<sup>50)</sup>, 기존의 Lotus 판결<sup>51)</sup>의 공식을 거부하고, 또한 하나의 분리 가능한 아이디어가 컴퓨터프로그램에서 식별될 수 있다면, 다른 모든 것은 특정 프로그램에서 구체화 될 수 있다는 근거로, 보호할 수 있는 표현이어야 한다는, Whelan 판결<sup>52)</sup>의 가정

47) Appellant Br. 27.: Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1356(2014).

48) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1339.(2014).

49) Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1525 (9th Cir.1992).

50) See Mitel, 124 F.3d at 1372. : Mitel 판결에서는 Lotus 판결의 공식화를 거부하고 저작물의 요소가 운영 방법으로 특징지어질 수 있더라도, 그 요소는 저작권 보호를 받을 자격이 있는 표현을 포함할 수 있다고 결론을 내렸다. (Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1357(2014)).

51) Lotus, 49 F.3d at 815: (methods of operation are means by which a user operates something and any words used to effectuate that operation are unprotected expression).

52) Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222, 1236 (3d Cir.1986).: (everything not necessary to the purpose or function of a work is expression).

(assumption)에도 결함이 있어서 반영하지 않는다.

제2연방순회항소법원의 이 테스트는 3단계를 가진다. 우선 첫 번째 단계인 추상화 단계에서는, 침해 혐의가 있는 프로그램을 구성하는 구조적 부분으로 먼저 분류한다. 두 번째 단계인 여과 단계에서는, 아이디어와 아이디어에 필수적으로 부수적인 표현을 포함하여 모든 비보호 요소들을 제거한다. 마지막 단계에서는, 남아있는 창의적인 표현과 저작권을 침해하는 것으로 간주 되는 프로그램을 비교한다. 두 번째 단계에서 법원은, 표현이 프로그래머나 저자에게 독창적 인지 여부를 평가한다. 그다음 어떤 추상화 단계의 특별한 포함요인이, 효율성의 고려에 의해 지시되었는지, 프로그램 그 자체에 이미 외적인 요소에 의해 요구되었는지, 혹은 공공영역(public domain)에서 인용된 것인지 결정 해야한다. 이 모두가 보호대상 에서 제외되는 것들이기 때문이다. 이러한 결론은 독창성, 합체의 원칙과 표준적 삽화의 원칙과 같은 전통적인 저작권 원칙에 의해 정보가 제공되어야 한다. 모든 순회항소법원에서 3단계 테스트의 첫 번째 단계는 저작물성을 분석하는 것이고, 세 번째 단계는 침해문제를 분석하는 것으로 분명히 하고 있다. 본 사건과 관련하여 볼 때, 1심 법원은“추상화-여과-비교”테스트를 언급은 했지만, 실제 테스트를 하지는 않았다. 대신 2012년 5월 선언코드의 저작물성을 평가할 때, 저작권법의 기존 원칙들을 바로 적용하고, 제102(b)를 해석하여, 형식과 관계없이 상호운용에 필수적인 모든 기능적인 요소들에 대해 저작물성을 배제하였다.<sup>53)</sup>

#### (4) 연방대법원 상고 허가 신청 기각 - 2015년 6월

2014년 10월 구글은, 2014년 5월 연방순회항소법원 판결에 대해 연방대법원에 상고 허가를 신청하였다. 이후 2015년 1월 연방대법원은 법무부에 연방순회항소법원의 판결에 대한 의견 제출을 요청하였고, 이에 대해 법무부는 연방순회항소법원의 판결이 정당하다는 의견을 제출하였다. 연방대법원은 법무부의 의견을 그대로 받아들여 2015년 6월 구글의 상고 허가 신청을 기각하였다.<sup>54)</sup> 따라서 사건은 1심으로 환송이 되어 구글의 행위가 공정이용(fair use)에 해당되는지 여부가 다투어졌다.

#### (5) 지방법원의 파기환송심 - 2016년 6월8일

2016년 6월8일 캘리포니아 북부 지방법원은 연방순회항소법원에서 환송된 사건에 대하여, 구글의 자바 API 패키지 이용이 공정한지 여부에 대해서만 심리하였다. 배심원단은 침해로 의심받는 구글의 자바 API 이용행위가, 공정이용에 해당이 된다고 판단하였고,<sup>55)</sup> 북부 지방법원도 구글의 자바 API 패키지 이용은 공정하다고 판결하였다. 이에 오라클은 두 번째 항소를 하였다. 따라서 여기서는 본 사건과 관련하여 미국 저작권법 제107조에 규정되어있는 공정이용 법리를 구성하는 네 가지 요소를 중심으로 살펴보도록 한다.

53) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1357,1358. (2014).

54) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 135 S.Ct. 2887 (2015).

55) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 2016WL3181206, No.C10-03561WHA (N.D.Cal. June 08,2016).

## 1) 공정이용 법리 첫 번째 요소 ‘이용의 목적과 성격’

### 가) ‘상업적 이용’(Commercialism)

첫 번째 요소와 관련하여, 오라클은 구글이 썬과 오라클의 재산을 무시하고 불법복제한 것으로 보았다. “이용의 적절성(propriety of the use)”이 공정이용 조사에서 인지 가능한 고려인지 여부에 관한 지속적인 논의가 남아있다. 그럼에도 불구하고, 배심원단은 오라클의 요청에 따라, 구글이 첫 번째 법적 요소를 고려하는 과정에서 선의(good faith))로 행동했는지 여부를 고려하도록 지시받았다.<sup>56)</sup>

첫 번째 요소와 상업주의에 대해서, 구글이 상업적(commercial) 목적을 위해 37개의 자바 API 패키지에서 선언코드와 SSO를 복제했다는 것과, 배심원단도 그것이 공정이용에 대해 불리하게 작용한다는 것을 설명받은 것에 대해서는 논쟁의 여지가 없다. 그럼에도 불구하고, 배심원단은 구글이 안드로이드를 무료 오픈소스로 모든 사람들에게 개방하고 사용하게 한 것은, 비상업적(non-commercial) 목적일 뿐만 아니라, 소프트웨어 혁신을 공유하는 데 목적이 있다고 합리적으로 판단할 수 있었다. 게다가 썬은 안드로이드가 출시되기 전에 오픈소스로서 이용 가능한 “OpenJDK”를 개발하여, 썬 자체의 상업적 결실인 자바 SE 라이선스를 약화시킬 수도 있었다. 그러므로 구글의 상업적 이용이 공정이용의 판단에 불리할지라도, 배심원단은 안드로이드의 오픈소스 성격이 구글의 전체적인 상업적 목적을 강화시켰다고 합리적으로 평결할 수 있었다. 물론 완전한(wholly) 상업적 이용조차도 공정이용을 여전히 구성할 수는 있다.<sup>57)</sup> 그래서, 대안으로, 배심원단은 구글의 37개 자바 API 패키지로부터의 선언코드와 SSO의 이용이, 상업적 성격이 과도함에도 불구하고, 공정이용을 구성한다고 합리적으로 판단할 수 있었다.<sup>58)</sup>

### 나) ‘변형성’(Transformativeness)

변형성은 공정이용 첫 번째 요소인 ‘이용의 목적과 성격(The Purpose and Character of Use)’의 가장 중요한 구성요소이다. 만약 후발 이용자가 첫 번째 원작품에 새로운 것을 추가하고 새로운 목적이나 다른 성격을 추가하여, 원작에 새로운 표현(expression), 의미(meaning), 메시지(message)를 준다면 그것은 변형적 이용에 해당이 되어<sup>59)</sup> 저작권 침해의 예외 사유가 된다.

본 사건에서 오라클은 어떤 배심원단도, 구글이 안드로이드에서 37개의 자바 API 패키지로부

56) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 2016WL3181206, No.C10-03561WHA (N.D.Cal. June 08,2016).

57) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. at 585.: “the Supreme Court acknowledged that the transformative purpose of parody had a need to mimic an original to make its point, and thus, warranted copying some exact elements.” Id. at 58081. 참조.

58) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 2016WL3181206, No.C10-03561WHA (N.D.Cal. June 08,2016).

59) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

터 선언코드와 SSO를 이용하면서, 저작물에 새로운 표현, 의미 또는 메시지를 부여했는지에 대해, 합리적으로 판단할 수 없을 것이라고 주장했다. 특히, 오라클은 코드가 두 시스템의 메소드에 액세스 하기 위한 인터페이스 역할을 했기 때문에, 복제된 코드가 자바에서와 동일한 안드로이드 기능을 제공한다고 주장했다.<sup>60)</sup>

캘리포니아 북부 지방법원은 배심원단이 다음의 사항을 고려하여, 구글의 행위가 변형적 이용이라고 합리적 판단을 할 수 있었다.라고 판결했다. ① 구글이 166개의 자바 API 패키지 중 37개를 선택하여, ② 소형 배터리가 장착된 모바일 스마트폰 기기의 제한된 운영 환경에 맞게, 새로운 구현 코드로 다시 구현하고, ③ 모바일 스마트폰 플랫폼을 위해, 구글에서 작성한 새로운 메소드, 클래스 및 패키지와 결합된 모든 것이, 복제된 코드에 새로운 표현과 의미 또는 메시지를 제공하는 새로운 맥락을 구성했다.

지방법원은 안드로이드가 단순히 원 저작물의 목적과 메시지 또는 의미를 변경하지 않고, 광범위한 저작물의 일부로 오라클의 저작물을 포함한 것이 아니며<sup>61)</sup>, 어떤 변화도 없이 광범위한 소프트웨어 플랫폼의 일부로 자바 플랫폼을 채택하지는 않았다고 판시했다. 대신, 안드로이드는 선택된 요소들을 통합시켜, 37개 패키지에서 모바일 스마트폰에 최적화된 모든 새로운 구현 코드와의 인터페이스에 대한 선언으로, 구글 자체에서 작성된 전혀 새로운 자바 패키지를 추가했다고 판단했다. 이것은 오라클 저작물의 데스크톱 목적과 구분되는 다른 목적을 가능하게 했다. 따라서 지방법원은 구글이 37개 자바 API 패키지의 선언코드와 SSO를, 스마트폰을 위한 오픈소스 모바일 운영 체제에 이용한 것이 변형적이라고 판결했다.

## 2) 공정이용 법리 두 번째 요소 ‘저작물의 성격’

공정이용 두 번째 요소인 ‘저작물의 성격(Nature of the Copyrighted Work)’은 침해로 간주 되는 작품의 성격을 말하는 것이 아니라, 저작권이 있는 저작물의 성격을 의미하는 것이다. 이 요소의 핵심은 저작물의 성격이 단순한 정보를 제공하는 것인지 아니면 창작적인 성격을 가지는지 여부이다.

지방법원은 두 번째 요소와 관련해서 다음의 사항을 배심원단이 인지하도록 요청하였다. “저작물의 성격” 요소는 전통적 어문 저작물이 지침서와 같은 정보저작물 보다 의도된 저작권 보호의 핵심에 더 가깝고, 창작적 글쓰기와 표현은 저작권 보호의 중심에 놓여있다는 것이다. 따라서, 일반적으로 정보저작물을 복제하는 것보다 전통적 문학작품을 복제하는 데에, 공정이용을 주장하는 것이 더 어렵다는 것이다.

한편, 오라클은 자바로 된 패키지에 이름과 조직을 만드는 많은 방법이 있다는 것과 구글이 안드로이드에 완전히 새로운 분류체계를 사용할 수 있었다는 것을 배심원단이 참고한다면, 배심

60) See Astrachan Testimony, Tr.1265; Bloch Testimony, Tr. 997.

61) See Dkt. No. 1780.

원단은 API를 디자인하는 과정이 매우 창작적인 일임이 틀림없고, 저작권 보호의 핵심이라고 결론 내릴 수 있었을 것이라고 주장하였다. 또한, 오라클은 썬에서 자바 API를 설계하고 안드로이드팀에서 근무한, 구글의 증인인 Joshua Bloch가 API를 디자인할 때 직면하는 어려움 중 하나는 “프로그래머가 원하는 것이 무엇인지 표현하는 최선의 방법을 찾는 복잡성”이라고 증언한 것을 인용하면서, API 디자인의 표현적 특징이 창작적이라는 것을 주장하였다.<sup>62)</sup> 그러나 Bolch가 특정 기능을 표현하는 것에 대한 도전을 말한 것을 오라클은 간과했다. 한편으로, 선언된 코드 라인과 SSO의 기능적 역할을 강조하고 “창조적”인 측면을 최소화하며 증언한 다른 증언도 있었다. 따라서, 배심원은 선언 코드와 SSO가 저작권 보호를 받을 만큼 충분히 창조적이었지만, 디자인에서 기능적 고려 사항이 지배적이었으므로, 두 번째 요소는 오라클을 지지하는 강력한 요소가 아니라는 사실을 합리적으로 알 수 있었다.<sup>63)</sup>

### 3) 공정이용 법리 세 번째 요소 ‘이용된 부분의 양과 상당성’

이용된 부분이 전체 저작물에서 차지하는 양과 상당성은, 공정이용의 세 번째 요소로서, 첫 번째 요소의 핵심구성요소인 “변형성”과도 상관이 있다. 법원은 배심원단이 구글이 37개의 API 패키지 중 시스템 간 사용의 일관성을 유지하기에 충분할 정도로, 최소한 양의 선언과 SSO만을 복제하고, 구현 코드는 복제하지 않은 것에 대하여, 그것은 변형적 이용에 합리적으로 필요한 만큼의 복제였다. 라는 합리적인 평결을 내릴 수 있었다고 판단했다. 복제된 코드의 라인은 저작물의 1%에 해당하는 아주 작은 부분을 차지한다고 하였다.

### 4) 공정이용 법리 네 번째 요소 ‘잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향’

네 번째 요소와 관련하여, 배심원단은 안드로이드의 선언코드와 SSO 이용이, 데스크톱 및 랩톱 컴퓨터를 위한 저작물 시장에 어떤 해도 끼치지 않았다는 것을 합리적으로 알 수 있었다. 그리고 자바 ME에 관해서도, 안드로이드가 출시되기 전에 썬이 예측한 대로, 자바 ME의 수익이 감소했기 때문에, 안드로이드는 자바 ME에 어떤 부정적인 영향도 주지 않았다고 배심원단은 합리적으로 판단할 수 있었다. 하지만 오라클은, 이 사건은 “자체사실”이 아닌 법의 문제로 결정되어야 하며, 구글의 복제는 저작권법 제107조 공정이용 조항의 어떤 법정 예시에도 해당이 되지 않는다고 주장하였다.<sup>64)</sup>

### 5) 2016년 파기환송심 - 배심원단 평결

캘리포니아 북부 지방법원은 배심원단이 공정이용 판단의 네 가지 요소에 대하여, 다음과 같은 합리적인 평결을 할 수 있었다.라고 판시했다. ① 첫 번째 요소에 대해서는, 구글의 이용은 상업적 이용으로, 선의의 변형적 이용에 해당된다. (i) 구글은 166개의 API 패키지 중 37개

62) Bloch Testimony, Tr. 1007.

63) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 2016WL3181206, No.C10-03561WHA (N.D.Cal. June 08,2016).

64) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 2016WL3181206, No.C10-03561WHA (N.D.Cal. June 08,2016).

를 선택하였고, (ii) 모든 구현 코드를 모바일 플랫폼용으로 재구현 시켰으며, (iii) 안드로이드와 함께 많은 새로운 패키지를 제공하였다. 구글의 내부 전자 메일에도 불구하고, 배심원단은 그것들 대부분이 구현 코드를 포함하여, 전체 자바 시스템을 사용하는 조인트 벤처에 대한 초기 협상과 관련된 것이며, 그러한 협상이 실패한 후에 구글은 사용의 시스템 간 일관성을 유지하기 위해서, 단지 37개 패키지의 선언을 복제하고 자체 구현 코드를 제공함으로써, 선의의 행동을 취한 것이다. ② 두 번째 요소에 대해서는, 구글이 복제한 코드는 고도로 창작적이지 않고, 주로 기능적이며, 보호의 가치가 덜하다. ③ 세 번째 요소에 대해서는, 구글은 단지 저작물의 소량의 선언코드만 복제하였고, 자바 시스템과 안드로이드 시스템 사이에서, 자바 프로그래머들의 혼동을 피하기 위해 복제한 것이다. ④ 네 번째 요소에 대해서는, 안드로이드가 저작물의 데스크톱 시장이나 어떠한 모바일 파생시장에도, 썬의 자체 기록을 통해 제시된 것처럼, 해를 끼치지 않았다는 것이다.<sup>65)</sup>

결론적으로, 환송심에서 캘리포니아 북부 지방법원은 배심원 평결에 따라, 구글의 오라클 37개 자바 API 패키지의 선언코드와 SSO 이용은 공정이용에 해당한다는 판결을 내렸다. 이에 오라클은 연방순회항소법원에 두 번째 항소를하였다.

#### (6) 두 번째 2심 법원판단 - 연방순회항소법원 - 2018년 3월27일

2018년 3월27일 미국 연방순회항소법원은, 구글의 안드로이드 운영체제 개발을 위한 오라클의 37개 자바 API 패키지의 선언소스코드와 SSO의 무단이용은, 미국 저작권법 제107조의 공정이용에 해당이 되지 않는 저작권 침해라고 최종 판결하면서, 2016년 구글의 자바 API 패키지 무단이용을 저작권법상 공정이용으로 판결하고, 오라클의 평결불복법률심리<sup>66)</sup> 신청을 기각한 캘리포니아 북부 지방법원 판결을 파기하며, 구글의 오라클에 대한 손해배상액 산정을 위해 사건을 캘리포니아 연방법원으로 환송하였다.<sup>67)</sup>

##### 1) 법적쟁점

2014년 5월9일 연방순회항소법원의 1차 항소심에서의 법적쟁점은, 오라클의 자바 API 패키지의 선언코드와 SSO의 저작물성 여부였다. 연방순회항소법원은 오라클의 자바 API 패키지의 저작물성을 인정하였고, 구글의 공정이용 항변은 배심원단의 미결로 1심 법원으로 환송하였다. 2016년 5월9일 캘리포니아 북부 지방법원은 구글의 공정이용 여부에 대해서만 심리하였고, 배심원단 평결에 따라 구글의 자바 API 이용행위가 공정이용에 해당한다고 판결했다. 2018년 3월27일 두 번째 항소심에서의 법적 쟁점은, 구글의 자바 API 패키지 이용행위가 공정이용에 해당이 되는지 여부였고, 연방순회항소법원은 구글의 행위는 공정이용에 해당 되지 않는다는 판결을 내렸다. 따라서 여기에서는 미국 저작권법의 공정이용 법리의 네 가지 요소

65) Id.

66) judgment as matter of law (JMOL).

67) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179. (Fed. Cir. March 27, 2018).



를 중심으로, 이번 항소심에서 연방순회항소법원이 구글의 자바 API 패키지 이용행위가 공정 이용에 해당하지 않는다고 판결한 이유를 살펴보기로 한다. 특히, 구글의 이용행위의 “변형적 이용” 여부와 “잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향”에 대해서 좀 더 자세히 검토하고자 한다.

### 가) 공정이용 법리 (Fair Use)

공정이용 법리는 1976년 미국 저작권법 제107조에 성문화되면서 시작된 법리이다.<sup>68)</sup> 저작권 보유자의 배타적 권리에 대한 제한적 예외로서 “비평, 논평, 뉴스 보도, 교육, 학문, 연구”의 목적을 위한 저작물의 이용은 허용된다는 법리이다.<sup>69)</sup> 이러한 공정이용 법리는 사건별로 판단될 것이 요구되며 다음의 네 가지 비 배타적 요소가 고려된다. ① 이러한 이용이 상업적 성격인지 혹은 비영리적 교육적 목적인지 여부를 포함한, 이용의 목적과 성격, ② 저작권을 가지고 있는 저작물의 성격, ③ 저작권이 있는 저작물 전체에서 이용된 부분의 양과 상당성, ④ 저작권이 있는 저작물의 잠재시장이나 가치에 미치는 영향.

## 2) 법원판단 - 연방순회항소법원 - 2018년 3월27일

### 가) 공정이용 (Fair Use)- 첫 번째 요소 (The Purpose and Character of the Use)

공정이용의 첫 번째 요소는 “이러한 이용이 상업적 성격인지 혹은 비영리적 교육적 목적인지 여부를 포함한, 이용의 목적과 성격”으로서 두 가지 중요한 구성 요소를 가진다. 첫 번째는 “이용이 교육적 이거나 공공의 이익을 목적으로 하지 않는 상업적 인지 여부”이고 두 번째 요소는 “새로운 작품이 변형적인지 혹은 단순히 원작을 대체하는지 여부”이다. 첫 번째 구성 요소는 사실의 문제이고 두 번째 구성 요소는 법의 문제이다. 더불어, 오라클이 지적한 것처럼, 법원들은 침해자가 악의(bad faith)로 행동했다는 결론을 뒷받침하는 사실도 때때로 고려한다.

#### a. 상업적 이용 (Commercial Use)

저작물의 이용이 상업적이라면, 공정이용 판단에 불리한 영향을 주는 경향이 있다.<sup>70)</sup> 그러나 법원은 후발적(secondary) 이용자가 원 저작물을 이용하면서 상업적 이익을 얻으려는 경우에, 복제자의 상업적 동기를 부당하게 강조하는 것은 공정이용에 대한 지나친 제한적인 시각으로 이어질 것이라고 보고 있다.<sup>71)</sup>

68) Campbell v. AcuffRose Music, Inc., 510 U.S. at 576, 114 S.Ct. 1164.

69) 17 U.S.C. 107.(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;(2) the nature of the copyrighted work;(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

70) See Harper & Row, 471 U.S. at 562, 105 S.Ct. 2218.

71) Am.Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913, 921 (2dCir. 1994); see also Infinity Broad. Corp. v. Kirkwood, 150 F.3d 104, 109 (2d Cir. 1998).

오라클은 구글이 수익성이 큰 안드로이드에 자바를 이용하여 수십억 달러를 벌었으며, 배심원 누구도 구글이 상업적이 아니라고 판단할 수 있는 사람은 없다고 주장하였다.

여기에 대하여 구글은 ① 구글이 오픈소스 라이선스에 따라 안드로이드를 무료로 제공했기 때문에, 배심원은 안드로이드를 비영리적 목적을 가진 것으로 판단했고, ② 구글의 수익은 안드로이드에 그전부터 존재한 검색 엔진의 광고에서 나왔기 때문에, 배심원은 구글의 행위가 상업적 이용이 아니라고 합리적으로 평결할 수 있었다. 라고 주장하였다.

법원은 이러한 구글의 주장을 모두 인정하지 않았다. 첫 번째 이유는, 안드로이드가 무료라는 사실은 구글의 자바 API 패키지이용이 비상업적이라는 것을 말해주지 않는다. 고객에게 “일반적으로 사야 하는 물건”을 무료로 제공하는 것이 상업적인 용도가 될 수 있다. Napster 판결<sup>72)</sup>에서 제9연방순회항소법원은, 저작권이 있는 저작물의 반복적이고 착취적인 복제는, 그것이 판매용으로 제공되지 않더라도 상업적 이용에 해당이 된다고 판결했다. 구글이 비상업적인 동기를 가질 수도 있다는 것은 법률문제와는 관련이 없다. 연방대법원은, Harper & Row 판결<sup>73)</sup>에서 The Nation지가 Harper & Row의 저서에서 발췌한 내용을, 대중에게 보도 가치가 있는 정보를 제공할 목적으로, 부분적으로 공개했을 때, 영리와 비영리 구분의 핵심은, 사용의 유일한 동기가 금전적 이득 인지 여부가 아니라, 사용자가 관습 가격을 지불하지 않고, 저작권 자료의 이용으로부터 이익을 얻는지 여부라고 판단하였다.<sup>74)</sup>

법원이 구글의 주장을 인정하지 않은 두 번째 이유는, 구글이 안드로이드가 아닌 광고로부터 수익이 나온다고 주장할지라도 상업성은 어떻게 구글이 수익을 냈는지에 달려 있지 않다. 더욱이 직접적 경제적 혜택은 상업적 이용을 설명하는데 요구되지 않는다고<sup>75)</sup> 판단했다. 따라서 법원은 구글의 API의 상업적 이용이 공정이용 판단에 불리한 요소로 작용한다고 판결했다.<sup>76)</sup>

#### b. 변형적 이용 (Transformative Use)

저작권법에서 ‘변형적’이라는 단어를 사용하고 있지는 않지만, 새로운 작품이 어느 정도까지 변형적인지 여부를 결정하는 것은, 공정이용의 첫 번째 요소의 중심 목적이라고 연방대법원은 판시해오고 있다.<sup>77)</sup> 변형적 작품은 저작권 범위 안에서 숨 실 공간을 보장하는 공정이용 법리의 핵심에 놓여있다. 그리고 새로운 작업이 더 변형적일수록, 공정이용의 판단에 불리한 영향을 줄 수 있는 상업주의(commmercialism) 같은 다른 요소의 중요성은 줄어들 것이다.<sup>78)</sup> 이

72) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001).

73) Harper & Row, 471 U.S. at 539, 105 S.Ct. 2218.

74) Harper & Row, 471 U.S. at 562, 105 S.Ct. 2218.

75) A&M Records, 239 F.3d at 1015.

76) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179. at \*12 (Fed. Cir. March 27, 2018).

77) Campbell, 510 U.S. at 579, 114 S.Ct.1164.

78) Id.

차적 작품이 원작에 새로운 표현, 의미, 메시지를 더해 원작을 변경(alter)하거나 아니면 원작으로부터 구별되는 새로운 목적을 제공한다면, 그 이용은 변형적이다. 그러한 이용이 저작권 보유자의 본질적(intrinsic)목적과 같은 경우, 그 이용은 공정이용 주장을 심하게 약하게 할 수도 있다.<sup>79)</sup>

변형적 이용이 공정이용 판단에 절대적으로 필요한 것은 아니지만, 과학과 예술을 증진하기 위한 저작권의 목표는, 일반적으로 변형적 작품의 창작에 의해 촉진된다.<sup>80)</sup> 제9연방순회항소 법원은 변형적 이용이 잘 정립된 패러디는 대다수 대중의 의견에 의해서가 아니라, 법의 문제라고 판시하면서 작품이 변형적 인지의 여부는 법의 문제라고 판결해오고 있다.<sup>81)</sup>

본 사건에서 오라클은 구글의 이용이 “새로운 표현, 의미 또는 메시지”로 API를 변경시키지 않았기 때문에 변형적이지 않다고 주장했다. 또한, 구글이 오라클과 동일한 목적으로 API 패키지를 사용한다는 것을 인정하기 때문에, 배심원이나 법원이 구글이 상업적 이용을 극복하기 위해, API를 충분히 변형 시켰다고 판단하는 것은 합리적이지 않다고 주장하였다.

구글은 답변에서 합리적인 배심원단은 구글이 데스크톱 및 서버가 아닌 스마트 폰을 위한 플랫폼인 안드로이드라는 새로운 환경에서, 자바 API 패키지의 적은 부분만을 사용했다는 결론을 내릴 수 있다고 했다. 그리고 선언문과 SSO가 안드로이드와 자바에서 동일한 기능을 수행할 수 있지만, 안드로이드의 핵심은 스마트폰을 위한 획기적인 플랫폼을 만드는 것이었기 때문에, 오라클과 다른 목적을 가진다는 것을 배심원단은 합리적으로 알 수 있다고 구글은 주장했다.

그러나 법원은 구글의 주장을 인정하지 않고, 구글의 자바 API 패키지의 이용은 법적인 문제로서, 변형적이지 않다고 판결했다. 그 이유는 ① 저작권법 제107조 서문에 나열된 용도와 맞지 않고, ② API 패키지의 목적은 자바 플랫폼의 패키지 목적과 동일하며, ③ 저작권이 있는 자료의 표현과 내용이나 메시지를 변경하지 않았으며, ④ 스마트폰은 새로운 환경(context)이 아니기 때문이다.

우선, 저작권법 제107조 서문에 있는 "비평, 논평, 뉴스 보도 등에 사용되는지 여부를 살펴본다면, 구글의 자바 API 패키지 이용은 법정 범주에 있지 않았다. 구글은 Sony 사건<sup>82)</sup>을 인용하면서, 제9연방순회항소법원이 컴퓨터 코드의 이용을 포함하는 다른 이용의 형식이 공정하다고 판결했다고 주장했다. 그러나 소니 사건에서 제9연방순회항소법원이 피고 Connectix사의 역분석과 소니 저작물의 중간복제가 공정하다고 판결한 이유는, 피고의 이용 목적이 소니 소프트웨어의 보호되지 않은 기능적 요소에 접속하기 위한 것이었고, 그것은 역분석을 통

79) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179. at \*13 (Fed. Cir. March 27, 2018).

80) Campbell, 510 U.S. at 579, 114 S.Ct. 1164.

81) Mattel, 353 F.3d at 801.

82) Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000).

해서만 가능했기 때문이다. 피고는 소비자가 컴퓨터에서 소니의 플레이 스테이션 콘솔을 위해 고안된 게임을 할 수 있게 해주는 소프트웨어 프로그램을 만들기 위해, 정보를 이용하여 “완전히 새로운 ... 코드”로 “완전히 새로운 제품”을 만들었으며, 중간 복제본은 “호환될 제품”이라고 설명했다. 오라클은 소니 사건에서 피고의 대단치 않은(modest) 수준의 변형도, 구글이 프로그래머들을 끌어들이기 위하여, 코드를 그대로 복제하고 새롭고 호환이 되지 않은 플랫폼을 만든 변형보다 훨씬 변형적이다. 라고 지적했다.

API 패키지가 “두 기능 모두에서 동일한 기능을 수행”하였다. 구글은 선언문과 관련 SSO를 포함하는 것이 자바 프로그래밍 언어에 익숙한 개발자의 이익을 위한 것이라고 인정했다. 구글이 선언 코드와 SSO의 정확한 복제를 하고 원본 자료와 동일한 목적으로 그 복제본을 이용했다는 사실은, 원작으로부터 구별되는 새로운 목적을 제공해야 변형적 이용이 된다는 공정이용의 두 번째 요소에 맞지 않는 것이다. 그것은 공정이용을 심각하게 약화시키는 것이다.

구글은 166개의 자바 SE API 패키지 중 37개에서만 선언 및 SSO를 선택적으로 사용하고, 자체 구현 코드를 작성했기 때문에 안드로이드가 변형적이라고 주장한다. 그러나 저작물의 일부분만을 선택하는 것은, 그 자체로 변형이 아니며<sup>83)</sup> 복제된 저작물의 양은 일반적으로 공정이용 판단과 관련이 있지만, 전반적인 저작물에 대한 상대적인 양뿐만 아니라, 복제된 자료의 품질과 중요성에 대한 고려도 있어야 한다. 구글이 자체 구현 코드를 작성한 것 역시 API의 이용이 변형적 인지 여부와는 관계가 없다. 첫 번째 항소심에서도 지적했듯이 “표절자는 그가 해적 행위를 하지 않은 점을 보여줌으로써 잘못을 변명 할 수 없다”<sup>84)</sup> 중요한 것은 구글이 복제하지 않은 부분을 다시 작성했는지 여부가 아니라, “복제한 원본 저작물의 표현적인 내용이나 메시지”를 변경했는지 여부이다. 구글이 API를 디자인하는 방법을 가르치는 것과 같이, 다른 용도로 API를 복제한 경우, 구글의 이용은 변형적이 될 수 있었지만, 변경 없이 한 플랫폼에서 다른 플랫폼으로 이동하는 것만으로 변형적이지 않다.

본 항소심에서 구글의 핵심 주장은 안드로이드가 변형적이라는 것이다. 구글이 37개 API 패키지의 선언과 SSO를, 새로운 환경 스마트폰에 통합시켰기 때문이라는 것이다. 그러나 자바 SE APIs 는 안드로이드가 시장에 진입하기 전에 스마트폰에 있었다는 기록이 있다. 오라클은 자바 SE가 SavaJe 모바일 폰에 있었고, 오라클은 자바 SE를 Danger 나 Nokia 같은 다른 스마트폰 제조업체에게 라이선스를 제공했다는 증거를 제시했다. 자바 SE 가 이미 스마트폰에 사용됐기 때문에, 구글은 저작권으로 보호받는 자료를 새로운 맥락에 변형하지 않았으며, 합리적인 배심원은 별다른 결론을 낼 수 없었다. <sup>85)</sup> 어떤 경우에도 물질을 새로운 맥락으로 이동시키는 것은, “급격히 다른 상황”이라 할지라도, 그 자체로는 변형적이지 않다. 이용은 다

83) See *L.A. News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F.3d 924, 93839 (9th Cir. 2002): “(LANS의 9 분 분량의 영상에서 가장 눈에 띄는 부분만 발췌한 발췌 내용만으로는 새로운 내용을 추가했다고 말할 수 없다.”)

84) *Oracle*, 750 F.3d at 1375. (quoting *Harper & Row*, 471 U.S. at 565, 105 S.Ct. 2218).

85) *Oracle America, Inc. v. Google LLC*, 886 F.3d 1179. at \*13 (Fed. Cir. March 27, 2018).

른 목적을 제공하거나, 원작에“표현, 의미 또는 메시지”를 변경하는 경우에만 변형적 이용이 된다. 법원은“복제본이 원본 저작물과 다른 기능을 수행하는 경우, 저작물의 정확한 복제본을 만드는 것조차 변형적일 수 있다”<sup>86)</sup> 라고 재표명했다. 복제가 축어적이고, 기능과 목적이 동일하고, 표현과 내용이나 메시지가 변경되지 않은 경우, 형식(예: 데스크톱 및 랩톱 컴퓨터에서 스마트폰 및 태블릿 으로)의 변경만으로는 이용이 변형적이라고 말하기에는 충분하지 않다. 따라서, 법원은 구글의 자바 API 패키지 이용은 변형적이지 않다고 판결했다.

### c. 악의 (Bad Faith)

첫 번째 요소인“이용의 목적과 성격”을 평가할 때, 제9연방순회항소법원은 “공정이용을 주장하는 당사자가, 선의(good faith)와 공정 거래(fair dealing) 원칙에 일반적으로 부합하는 방식으로 행동해야 한다는 일반적 규칙을” 적용한다.<sup>87)</sup> 부분적으로, 이것은 Harper & Row 사건에서 연방대법원이“공정이용은 선의 및 공정거래”를 전제로 하고 있음을 명시적으로 언급한 사실에 근거한다.<sup>88)</sup> 또한 제9연방순회항소법원이 말했듯이, 악의(bad faith)로 행동하는 사람은 공정이용에 대한 형평법적 방어를 언급하는 것이 금지되어야한다.<sup>89)</sup>

재판에서 오라클은 구글이“안드로이드를 시장에 빨리 출시하기 위한 가속기로서, 자바 API를 복제할 필요성을 느꼈다”는 증거를 제시했으며, 구글이 자바를 사용하기 위해서는 라이선스가 필요하다는 것을 알고 있었다고 주장했다. 이에 대해 구글은, 선언코드와 SSO가 개발자 관행의 문제와 자바 API의 독립적인 구현의 가용성으로, 자바 프로그래밍 언어의 대중성을 항상 시켰기 때문에, “자유롭게 사용하고 재구현할 수 있다고 믿었다”는 증거를 제시했다.<sup>90)</sup>

악의는 공정이용에 불리하게 작용하지만, 복제자의 선의는 공정이용에 유리하게 작용할 수 없다. 사실, 제9연방순회항소법원은 “피고인의 무고한 의도는 책임에 대한 방어를 구성하지 않는다”는 것을 명시적으로 인정했다.<sup>91)</sup>

궁극적으로, 법원은 배심원이 구글이 악의적인 행동을 취하지 않는다고 가정하더라도, 이용의 상업성이 높고 변형되지 않은 특성으로 인해, 첫 번째 요소가 공정이용에 판단에 불리할 수 있다는 결론을 강력하게 지지했다.

### 나) 공정이용 (Fair Use)- 두 번째 요소 (Nature of the Copyrighted Work)

공정이용의 두 번째 요소는“저작권을 가지고 있는 저작물의 성격”이다. 이 요소는 작품이 정보전달(informational)을 위한 것인지 아니면 창작적(creative)인 것인지에 달려있다.“소프

86) Kelly, 336 F.3d at 81819.

87) Perfect 10, 508 F.3d at 1164 n.8 (citing Harper & Row, 471 U.S. at 56263, 105 S.Ct. 2218).

88) Harper & Row, 471 U.S. at 562, 105 S.Ct. 2218.

89) Fisher, 794 F.2d at 436.

90) JMOL, 2016 WL 3181206, at \*7.

91) Monge, 688 F.3d at 1170.

트웨어 제품은 순수하게 창조적인 저작물은 아니지만”저작권법에서 컴퓨터 소프트웨어를 보호한다는 것은 잘 정립되어있다.<sup>92)</sup> 1980년 저작권법 개정으로 컴퓨터프로그램에 대한 저작권 보호가 명확하게 확장되었다.

지방법원은 배심원단이 API 디자인이 “과학이 아니라 예술”이라는 구글의 전문가 증언을 들었고, 선언코드와 SSO의 기능적 역할을 강조하고 창의적인 측면을 최소화하는 다른 증언도 들었기 때문에, 선언코드와 SSO가 저작권 보호를 받기에 충분할 만큼 창작적 이었지만, 디자인 할 때는 기능적 고려가 우세하다는 사실로 결론지을 수밖에 없다고 판결했다.

항소심에서 오라클은 API를 디자인하는 것은 매우 창작적인 과정이고, 패키지의 조직은 기능에 의하여 강제되지 않는다고 주장하면서, 이미 37개 자바 API의 선언코드와 SSO가 충분히 창작적이고 독창적이라고 2014년 연방항소법원은 판결했다.<sup>93)</sup> 고 주장하였다. 오라클은 지방법원이 API가 “기능적 역할”을 가지고 있기 때문에, 창조적일 수 없다고 가정하면서 실수를 범했다고 했다. 37개의 API 패키지에는 일정 수준의 창작성이 관련되어있으며, 합리적인 배심원은 그 결론에 동의할 수 없지만, 기능적 고려 사항이 중요하다는 결론을 내릴 수 있었다. 따라서 법원은 배심원단이 두 번째 요소가 공정이용 판단에 유리하다고 판단했을지라도, 전체적인 분석에 있어서는 중요성이 덜하다고 보았다.

#### 다) 공정이용 (Fair Use)- 세 번째 요소 (Amount and Substantiality of the Portion Used)

공정이용의 세 번째 요소는 침해 작품이 아닌 “저작권이 있는 저작물 전체에서 이용된 부분의 양과 상당성”이다. 세 번째 요소에 대한 쟁점은 사용된 저작물의 비율이 얼마인지가 중요한 것이 아니라, 이 요소가 유연하다는 것이다.<sup>94)</sup> 복제된 부분이 질적으로 중요한 경우에, 복제된 퍼센트는 공정이용 여부 판단의 방향을 결정하지 않는다.<sup>95)</sup> 이 요소는 의도한 용도에 필요한 것 이상을 이용하지만 않으면, 전체 저작물을 복제할 때에도 침해의 비난을 받지 않는다. 그러나 제9연방순회항소법원은 복제의 허용 정도가 이용의 목적과 성격에 따라 변하므로, 의도된 이용이 변형적일 때만 그렇다고 판시했다.<sup>96)</sup>

세 번째 요소를 평가하는 데 있어서, 지방법원은 배심원단이 구글이 37개의 API패키지 중 시스템 간 일관성을 유지하기에, 충분한 최소한 양의 선언과 SSO만을 복제하고 구현 코드는 복제하지 않았다는 것을 판단할 수 있었다고 설명했으며, 배심원단은 구글이 복제한 코드의 라인은 오라클 저작물의 1%도 안되는 적은 부분이라고 판단할 수 있었을 것이다. 라고 했다.

92) Wall Data, 447 F.3d at 780.

93) Oracle, 750 F.3d at 1356.

94) Monge, 688 F.3d at 1179.

95) Harper & Row, 471 U.S. at 566, 105 S.Ct. 2218.

96) Id.



하지만 연방순회항소법원은 그러한 결론이 이 기록에서 합리적이거나 충분하다고 동의하지 않았다.

환송심에서 구글과 오라클 당사자들은, 자바 언어를 작성하는 데에 단지 170개 라인이 필수적이라는 것을 인정했다. 그러나 구글은 11,500 라인을 복제하여, 자바를 작성하는데 필요한 라인보다 11,330개 라인을 더 복제했으며, 이것은 구글이 자바의 적은 퍼센트만 사용했다고 강조할지라도, 공정이용에 반하는 것이라고 법원은 판단했다. 그러나 구글은 SSO에 대해서는 37개의 API 패키지 전체를 복제했다고 법원은 설명하고 있다.

지방법원은 구글의 “시스템 간 일관성(inter-system consistency)을 유지”하려는 욕구(desire)는, “자바 시스템과 안드로이드 시스템 간의, 자바 프로그래머들 간의, 혼란을 피하기 위한 것”이라고 강조했다.<sup>97)</sup>

그러나 이전 항소에서 언급했듯이, 구글은 자사의 플랫폼과 오라클의 자바 플랫폼 사이에서 “시스템 간 일관성”을 조성하려고 하지 않았다.<sup>98)</sup> 그리고 구글은 이번 항소심에서<sup>99)</sup> 어떤 상호운용성(interoperability) 논쟁도 하지 않았다. 구글은 소프트웨어 개발자들이 자바 API 패키지를 이용하는데, 이미 숙련되고 경험이 많다는 사실을 이용하려고 했다. 그러나 저작물의 인기를 활용하기 위해서, 혹은 의도된 고객들의 기대를 맞추기 위해서, 복제할 본질적 권리는 없다.<sup>100)</sup> 따라서 소프트웨어 개발자들에게 친숙한, 저작권이 있는 자료의 그러한 측면을 가져와서, 같은 개발자들에게 인기가 있도록 디자인된, 유사한 작업을 만드는 것은 공정이용이 아니다.<sup>101)</sup> 라고 법원은 판단했다.

구글의 전문가는, 구글 역시 같은 기능을 얻기 위해서 API를 다르게 작성할 수도 있었다고 인정했을지라도, “구글이 기존의 개발자 커뮤니티를 활용하여 새로운 자료의 양을 최소화하고, 기존 지식을 극대화하는 것은 건전한 비즈니스 관행이었다.”라고 인정하였다.<sup>102)</sup> 이러한 이유를 들어 연방순회항소법원은 세 번째 요소가 공정이용 조사에 기껏해야 중립적이며, 판단에는 틀림없이 불리하게 작용한다고 판단했다.

#### 라) 공정이용(Fair Use)- 네 번째 요소 (Effect Upon the Potential Market)

네 번째 요소는 저작권이 있는 저작물의 잠재시장이나 가치에 미치는 영향이다. 연방대법원은

97) Order Denying JMOL, 2016 WL 3181206, at \*1011.

98) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1371 (2014).

99) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. March 27, 2018).

100) Id.

101) See Dr. Seuss Enters., 109 F.3d at 1401 (copying the most famous and well recognized aspects of a work “to get attention” or “to avoid the drudgery in working up something fresh” is not a fair use (quoting Campbell, 510 U.S. at 580, 114 S.Ct. 1164)).

102) Oracle Am., Inc. v. Google Inc., No. 3:10-cv-3561 (N.D. Cal. May 20, 2016), ECF No. 1930; Id. at 144:510.

네 번째 요소가 공정이용에 가장 중요한 단일 요소라고 하였다.<sup>103)</sup> 그러나 Campbell 사건에서의 후속 의견에서, 네 가지 요소 중 어느 것도 고립되어 보일 수 없으며 “저작권의 목적에 비추어 볼 때 결과가 함께 검토되어야 한다고 강조했다.”<sup>104)</sup>

항소심 에서 오라클은 구글의 복제로 인한 실제 및 잠재적 손해의 증거가 “압도적”이었고 주장하였다. 실제 시장에 끼친 해에 대하여는, 자바 SE가 안드로이드가 출시되기 전에, 초기 스마트폰을 포함하여 수년 동안 모바일 기기에서 이용되어왔다는 증거가 보여준다. 특히, 배심원단은 자바 SE가 이미 Blackberry, SavaJe, Danger 와 Nokia를 포함하여 스마트폰에 있었다는 증언을 들었다. 태블릿과 관련하여 오라클이 아마존 킨들 (Amazon Kindle)을 위해 자바 SE를 라이선스 하였다. 그러나 안드로이드가 출시된 후, 아마존은 자바 SE와 안드로이드 두 종류의 경쟁옵션에서 안드로이드를 선택했다. 배심원단은 아마존이 나중에 안드로이드를 사용하여 최신 e-reader 기에서 자바 SE를 사용하기 위해 가파른 할인을 협상할 수 있다는 사실을 사용했다는 증거를 들었다. 즉, 안드로이드가 자바 SE의 대체품으로 사용되었고 직접적인 시장에 영향을 미쳤다는 실질적인 증거가 있다. 실제 시장의 피해의 이러한 증거를 감안할 때 합리적인 배심원은 구글의 복제가 시장에 악영향을 끼치지 않는다고 결론을 내릴 수 없었을 것이다. 게다가 오라클이 안드로이드 출시 시점에 스마트폰에서 자바 SE에 라이선스를 부여했는지에 대한 분쟁이 있었지만, “공정이용은 실제적인 시장 피해뿐만 아니라 잠재시장에도 초점을 맞추고 있다.”<sup>105)</sup> 그런데도 지방법원은 오라클의 데스크톱과 랩톱 시장에만 초점을 맞추고, 구글의 복제가 오라클이 진입할 가능성이 있는 시장이나, 다른 사람들이 만들 수 있는 파생 제품에 어떻게 영향을 주는지 고려하지 않았다.

결론적으로 실제 및 잠재적 손해의 기록 증거를 감안할 때, 법원은 구글의 비제한적 이고 광범위한 행위는 원작과 2차적 저작물의 잠재적 시장에 상당히 부정적인 영향을 준다고 결론 내렸다. 그러므로 네 번째 요소는 오라클에게 심하게 유리하게 적용된다고 판결했다.

### 3) 공정이용의 네 가지 요소에 대한 최종 법원 판단

연방순회항소법원은 본 사건에 대하여 공정이용의 네 가지 요소 모두에 대한 분석을 한 결과를 저작권의 목적에 비추어 요소들을 함께 비교 검토했다. 구글이 상업적으로 오라클의 저작물을 이용하도록 허용하는 것은, 저작권의 목적을 발전시키지 못하게 하는 것이라고 결론지었다. 구글이 자체 API를 개발하거나 새로운 플랫폼을 개발하기 위해, 오라클의 API를 라이선스함으로써 창조적인 표현과 혁신을 일으켜, 저작권법의 목적 달성에 이바지했을 수 있었지만, 대신 구글은 오라클의 창조적 노력을 복제하기로 결정했다.

저작물을 축어적으로 경쟁 플랫폼에서 원본과 동일한 목적과 기능으로 사용하는 것은 공정하

103) Harper & Row, 471 U.S. at 566, 105 S.Ct. 2218.

104) 510 US at 578, 114 S.Ct. 1164.

105) Monge, 688 F.3d, 1181.

지 않다. 스마트폰은 의심의 여지없이 잠재적인 시장이었다. 안드로이드의 출시는 오라클의 자바 SE를 효과적으로 대체하여 오라클이 성장하는 시장에 참여하는 것을 막았다. 이러한 대체적 이용은 본질적으로 불공정하다. 연방순회항소법원은 첫 번째 요인과 네 번째 요인은 공정이용의 판단에 매우 불리하게 작용하는 것으로 판단하였고 두 번째 요소는 유리하게 작용하고 세 번째 요소는 중립적으로 작용하는 것으로 판단했다.

따라서 종합적으로 고려해 볼 때 구글의 37개의 API 패키지에 대한 선언코드와 SSO 이용은 공정한 이용이 아니라고 결론 내렸다.

법원은 공정이용에 대한 항변이 컴퓨터코드의 복제와 관련된 소송에서 결코 유지 될 수 없다고 결론지을 수 없다고 판단했다. 사실, 제9연방순회항소법원은 그러한 이용이 공정할 수 있음을 분명히 했기 때문이다.<sup>106)</sup> 그러나 본 사건은 Sony와 Sega의 쟁점과 현저히 다른 이슈에 관한 사실을 감안할 때, 구글이 코드를 복제하고 이용하는 것이 법의 문제로 공정하지 않다는 최종 판결을 내렸다.

## 4. 평가

본 판결은 두 가지 큰 중요한 의미를 가진다. 첫째는 연방항소법원이 오라클의 자바 API의 저작물성을 인정하면서 컴퓨터프로그램저작물의 비문언적 요소인 SSO의 저작물성을 인정했다는 것이며, 둘째는 구글의 자바 API 패키지의 이용이 공정이용이 아니라고 판단하면서, 공정이용을 판단하는 네가지 요소들을 판례를 통해 구체적으로 제시했다는 것이다.

### (1) 저작물성 판단

기능적 저작물의 성격을 가지는 컴퓨터프로그램에서, 가장 중요한 작업은 아이디어와 표현의 구분이다. 연방순회항소법원은 오라클의 자바 API의 저작물성을 판단하면서 저작권 보호는 아이디어 그 자체가 아니라, 아이디어의 표현에만 미친다는 기본 원칙을 재확인했다. 그러면서 아이디어와 표현의 이분법, 합체의 원칙, 표준적 삽화의 원칙, 추상화-여과-비교 테스트를 적용하였다. 특히, API의 비문언적 요소인 SSO 그 자체는 저작권법 제102(b)에 해당이 되어 그 자체로 저작권 보호대상이 아니지만, SSO가 독창적이며 선택과 배열에 창작성이 있다면, 단지 기능을 수행한다고 해서 저작권 보호를 금지하지 않는다고 판결하였다.<sup>107)</sup>

컴퓨터프로그램의 비문언적 요소의 저작권 보호여부에 대한 판단은 이미 Whelan 판결과 Altai 판결을 통해서 잘 확립이 되어왔다. 그러나, SSO같은 알고리즘에까지 저작권 보호가 미치는 경우, 아이디어에 대한 독점의 우려가 있고, 경제적 관점에서 바람직하지 못한 결과가 발생할 수 있다. 따라서 컴퓨터프로그램의 저작권 보호대상을 판단할 때 컴퓨터프로그램의 상호운용에 필요한 표준적 요소들은 신중하게 고려할 필요가 있어 보인다. 캘리포니아 버클리

106) Sony, 203 F.3d at 608; Sega, 977 F.2d at 1527-28.

107) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d at 1368(Fed. Cir.,2014).

법대 Pamela Samuelson 교수는 “소프트웨어 회사들이 저작권을 침해하지 않으면서 상호운용 가능한 컴퓨터프로그램을 어떻게 작성하는지 결정해야 하는 불확실성에 직면했다”며 자바 API의 저작물성 인정을 비판했다.<sup>108)</sup> 또한, EFF(Electronic Frontier Foundation)는 “주어진 메소드 기능을 선언하는 유일한 방법은, 그 기능을 사용하는 모든 사람들이, 같은 방식으로 코드의 특정 라인을 작성해야 한다는 것이다.” 따라서 코딩 언어는 저작권의 대상이 될 수 없다고 비판하였다.<sup>109)</sup>

## (2) 공정이용 판단

공정이용은 저작권 침해에서 가장 많이 사용되는 적극적 방어수단 중 하나이다. 미국 저작권법 제107조에서는 “비평, 논평, 뉴스보도, 교육, 학문, 연구”의 목적을 위한 저작물의 이용인 경우 저작권 침해행위로 보지 않는다. 또한, 개별 사안에서 법원은 구체적으로 ① 이용의 목적과 성격, ② 저작물의 성격, ③ 이용된 부분의 양과 상당성, ④ 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향의 네 가지 요소를 모두 고려하여 공정이용 여부를 판단한다. 본 사건에서 연방순회항소법원은 위의 네 가지 요소 모두를 저작권법의 목적에 비추어 함께 비교 검토하였다. 그리고 그 중 첫 번째 요소인 ‘이용의 목적과 성격’과 네 번째 요소인 ‘잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향’이 구글의 공정이용 판단에 불리하게 작용하였고, 두 번째 요소 ‘저작물의 성격’은 유리하게 작용하고 세 번째 요소 ‘이용된 부분의 양과 상당성’은 중립적으로 작용하는 것으로 판단하였다. 그것이 비상업적인 행위라고 하더라도 법적인 문제와는 관련이 없다고 판시했다. 변형성 여부에 대해서는, 저작권이 있는 작품을 글자 그대로 가져와, 경쟁 플랫폼에서 원작과 동일한 목적과 기능으로, 표현적 내용이나 메시지의 변경 없이, 포맷만 바꾸어 그대로 이용한 것은 변형적 이용이 아니라고 했다. 마지막으로 안드로이드 출시가 오라클의 자바 SE를 대체 하면서, 오라클의 시장참여를 막았기 때문에, 오라클의 실제적이고 잠재적인 스마트폰 시장에 해를 끼쳤다고 보았다. 따라서 전체적으로 네 가지 요소를 고려했을 때 구글의 행위가 공정 이용이 아니라고 판결하였다.

이번 공정이용 판결에 대해서는, 지지하는 입장보다는, 주로 비판하는 입장이 더 우세하였다. 비판이 제기된 내용 몇 가지를 살펴본다면 다음과 같다. 첫 번째 요소인, 변형성에 대하여, 컴퓨터프로그램과 같은 기능적 저작물의 경우, 복제된 요소는 항상 새로운 프로그램에서 동일한 기능을 수행하므로, 그것은 사실상 이용이 변형될 수 없다는 것을 의미하는 것이라는 의견이다. 그리고 법원이 제시한 사례와 관련 하여, 제9연방순회항소법원은 Sony 와 Sega 판결을 통해 공정이용의 결정은, 소프트웨어 같은 기능적 저작물을 다룰 때에는 더 미묘한 변형적 이용에 대한 분석이 필요함을 나타냈다. 그렇지 않으면 저작권이 합법적인 경쟁을 억제할 수 있기 때문이다. 그러나 연방순회항소법원은 이 사건에서 뉴스프로그램, 전기, 거리예술 및 코미디루틴과 관련된 사례에만 의존했다는 지적이 있다.

108) <https://reut.rs/2JduhGH>. 2018.04.23.최종방문.

109) <https://www.eff.org/cases/oracle-v-google>. 2018.04.23.최종방문 .

또한, 법원은 안드로이드가 스마트폰이라는 새로운 환경에서 운영되었기 때문에, 안드로이드에서 자바 선언을 사용하는 것이 변형적이라는 구글의 주장을 일축했다. 그리고 자바와 달리 안드로이드가 스마트폰에서 작동하도록 설계되었으며, 그 기능이 제한된 환경에서 작동하도록 최적화되었다는 증거를 간과했다. 따라서 법원은, 기능적 저작물을 다룰 때, 다른 환경에서 기능하도록 최적화를 새로운 상황으로 다루어야 한다는 의견이 제기되었다.

세 번째 요소인, 이용된 부분의 양과 상당성에 대하여, 법원은 구글이 소프트웨어 개발자들에게 익숙한 저작권보호 자료의 측면들을 활용하면, 동일한 개발자들에게 인기가 있는 유사 저작물을 만들 수 있는데 그것은 공정이용이 아니라고 판단하였다.<sup>110)</sup> 여기서, 법원이 “popular” 및 “popularity”라는 단어를 사용한 것은, 자바와 같은 프로그래밍 언어로 전문 기술을 개발하는데 프로그래머가 투자하는 정도를, 완전히 잘못 표현했다고 보았다. 왜냐하면, 소프트웨어 개발자들에게 익숙한 자료들을 활용하는 것은, 숙련된 프로그래머가 부족한, 소프트웨어 시장의 진입 장벽을 최소화 시켜주기 때문이다. 프로그래머가 새로운 프로그래밍 환경에서 작업하기 위해 완전히 새로운 프로그래밍 규칙을 배워야하는 경우, 특히 프로그래머를 끌어들이는 것이 어렵다는 것이 업계의 입장이다.

마지막으로 상호운용성에 대하여, 이번 항소심에서 연방순회항소법원은 2014년도에 구글이 구글의 플랫폼과 자바 사이에서 시스템 간 일관성을 조성하려 하지 않았다는 사실을 재확인했다. 구글이 자바 플랫폼과 호환이 되지 않고, 자바 프로그램과의 상호운용성을 허용하지 않기 위해 안드로이드를 특별히 설계했다고 밝혔다. 한편, 법원은 구글이 상호운용성 논쟁에 의존하지 않는다는 것을 관찰했다. 따라서 법원은 상호운용성을 달성하려는 구글의 욕구가 저작물성 판단과는 관련이 없고, 공정이용과 관련될 수 있다는 2014년 판결을 방해하진 않았다.<sup>111)</sup>

한편, 구글은 대법원에 이번 항소심 판결에 대해 상고 허가를 신청할 것으로 보인다. 대법원은 2014년 항소심 판결에 대한 저작권 침해여부를 판단하지 않고 구글의 상고 허가 신청을 2015년에 기각했다. 이번 연방순회항소법원의 판결은 공정이용에 관한 판결이기 때문에 구글의 상고 허가 신청이 받아들여질 가능성도 있다. 그렇다면, 2014년에 연방순회항소법원이 구글의 상호운용성 주장이 공정이용과 관련될 수 있다고 판결한 것에 대해 새로운 논쟁이 펼쳐질 것으로 예상되며, 대법원이 구글의 상호운용성과 산업표준화 주장을 받아들일 경우, 구글의 행위가 공정이용이 될 수도 있을 것으로 예측해본다.

110) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. March 27, 2018). :

“But there is no inherent right to copy in order to capitalize on the popularity of the copyrighted work or to meet the expectations of intended customers. Taking those aspects of the copyrighted material that were familiar to software developers to create a similar work designed to be popular with those same developers is not fair use.”

111) <https://bit.ly/2qPq3Oz> 2018.04.23. 최종방문.

## 5. 시사점

오라클과 구글의 연방순회항소법원 판결에 대하여, 업계와 학계에서는 지지와 비판의 의견이 분분하다. 지지하는 입장은 본 판결이 저작권법의 기본 원칙을 재확인한 판결이며, 창작자와 소비자를 불법적인 남용으로부터 보호할 수 있게 해준 판결이라는 것이다. 또한, 소프트웨어 산업에서 저작권 보호가 강화되어 프로그래머가 혁신에 대한 인센티브를 받을 수 있을 것이라고 하였다. 한편, 비판하는 입장은, 이번 판결이 수십년간의 소프트웨어 업계의 관행에 반하는 내용이며, 기술 산업의 경쟁력, 개방성, 발전에 치명적인 영향을 미칠 수 있다는 의견이다. 컴퓨터코드에 의존하여 앱을 만드는 개발자들은 제한된 자유 속에 창작 의욕이 저하될 염려가 있고, 저작권 침해에 대한 잠재적인 책임이 개발자에게 열려있음으로써 소프트웨어 혁신이 저해될 수 있다고 했다. 결국에 앱과 온라인서비스에서 가격 인상, 선택의 폭 축소, 소비자 제품의 악화 등 소비자는 더 많은 비용을 치루게 될 것이라는 것이다.

그동안 무료로 사용해오던 API 이용이 공정이용에 아닌 저작권 침해 행위로 판결이 남에 따라, 개인과 기업들은 오픈소스 소프트웨어의 사용에 주의를 더 기울일 것이며, 오픈소스 소프트웨어 침해 예방 교육프로그램은 확대될 것으로 예상된다. 향후 구글이 연방순회항소법원에 전원합의체 결정의 재심사를 요청하거나 대법원에 상고 허가를 신청할 것으로 예상되지만, API의 무단이용에 대한 새로운 소송이 제기되고 대기업들은 API 이용에 대한 라이선스 비용을 요구할 가능성이 커지는 등 소프트웨어 산업 전반에 큰 파장이 있을 것으로 예상된다. 오라클이 이전에 요구한 배상액이 88억 달러 이상이기 때문에 이번 판결에 대한 손해배상액은 더 커질 것으로 예상되는 가운데, 판결의 귀추를 지켜봐야 하겠지만, 소프트웨어 업계의 지속적인 혁신과 경쟁을 저해하지 않으면서, 저작권법의 기본 취지를 지켜나갈 수 있는 방법으로 분쟁이 해결되어야 할 것으로 보인다.



## [미국] 퍼블리시티권은 자신의 이미지를 통제할 권리가 아니라고 판결함

김지영 \*

### □ 배경

- 원고인 올리비아 드 하빌랜드(Olivia de Havilland, 이하 ‘원고’)는 「바람과 함께 사라지다 (1939)」, 「투 이지 치즈 오운(1946)」, 「상속녀(1949)」등에 출연한 영화배우로 두 차례의 아카데미 여우주연상을 수상한 적이 있다.
- 피고인 FX(이하 ‘피고’)는 미국의 케이블과 위성 텔레비전 채널 방송국으로 2017년 3월 8개의 파트로 구성된 다큐드라마인 Feud: Bette and Joan(이하 ‘해당 작품’)을 방송하였다.

### □ 소송 주요 내용

- 원고는 피고를 상대로 캘리포니아주 민법 제3344조에 의한 퍼블리시티권 침해와 코먼로(Common Law) 상의 그녀의 이름, 정체성 또는 이미지를 도용(appropriation)한 혐의로 소를 제기하였다.
- 텔레비전 프로그램에서 실제 사람을 묘사하는 것이 법률에서 말하는 인물의 이름을 사용 또는 제품, 상품에 ‘생김새’를 사용하는 것에 해당하는 것인지에 대한 판단이 필요하다.
- 이 사건 법원은 Sarver판결<sup>1)</sup>을 인용하며, 해당 사건이 미국 수정헌법 제1조에 의한 보호를 받을 자격이 있으며, 피고가 원고의 이름이나 초상에 대한 권리를 구매하지 않았다는 사실은 그러한 결론과 관련이 없는 것으로 간주했다.
- 또한 Zeta-Jones가 원고를 연기하면서 ‘bitch’라는 단어를 두 번 사용한 것이 모욕적이라는 주장에 대하여, 법원은 해당 작품에서 원고를 묘사한 것이 무척 공격적인 것은 아니며, 혹여 그렇다고 할지라도 원고가 명백하고 설득력있는 증거에 의하여 실제적인 악의를 증명하기에는 부족하다고 하였다.
- 결론적으로 법원은 Comedy III판결<sup>2)</sup>을 인용하며 퍼블리시티권은 미국 수정헌법 제1조와 마찬가지로 불쾌한 묘사를 검열함으로써 유명인의 이미지를 통제 할 권리가 없다고 판결내렸다.

\* 상명대학교 저작권보호학과 석박사 통합과정

1) Sarver v. Chartier, 813 F. 3d 891, Court of Appeals, 9th Circuit, 2016

2) COMEDY III PRODUCTIONS, INC. v. GARY SADERUP, INC., 25 Cal. 4th 387 (2001)

## □ 향후 전망

- 원고의 변호사는 이미 상고를 제기한 상황으로 향후 판결을 주목해야 할 것이다.
- 영화감독들과 영화제작사는 본 판결에 대하여 환영하고 있으며, MPAA는 성명서를 통하여 “영화제작사 그리고 창작자들에게는 중요한 판결이며 실제 사람들과 사건에서 영감을 받은 스토리로 제작되는 장르인 다큐드라마, 전기영화, 역사소설 그리고 다큐멘터리 같은 작품을 제작할 수 있도록 미국 수정헌법 제1조의 권리를 주장할 수 있다는 것을 재확인 시켜준”판결이라고 하였다.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2IT2dlg>
- \* <https://bit.ly/2ISMJ7h>

## [캐나다] 법원, 온라인상의 저작권 침해 플랫폼에 대한 웹 사이트 차단 및 조사·압수 명령을 승인하다

유현우 \*

캐나다 연방 항소법원은 2018년 2월 20일 Bell Canada v. Lackman 사건에서 저작권 침해 행위가 발생한 웹 사이트에 대한 차단 및 압류를 승인하는 임시적 금지명령(interim injunction) 및 조사·압수 명령(Anton Piller order)은 합법이며 적절하게 집행되었다고 판시함. 또한 Kodi 미디어 플레이어에 다수의 애드온(add-ons)을 호스팅하고 배포한 피고에게 중간적 금지명령(interlocutory injunction)을 내렸음. 법원은 이러한 애드온(add-ons) 기능이 저작권 침해물에 대한 공중의 접근을 용이하게 할 목적으로 설계된 것이 명백하고, 단순도관(merely a conduit)에 해당하지 않는다고 판단하였음.

### □ 사실관계

- 이번 사건의 원고이자 항소인들은 Bell, Rogers, Québecor 미디어 그룹의 소속으로, 캐나다에서 방송 프로그램을 제작하고 유통 및 재전송하는 방송사 및 방송 유통사이자 케이블 TV 업체들임.
- 피고 Adam Lackman은 항소인들의 인기 텔레비전 프로그램을 이용자들이 무단으로 시청할 수 있도록 특별히 설정된 애드온(add-ons) 기능 등을 홍보 및 배포하는 웹사이트 TVAddons(이하 '웹사이트')를 소유 및 운영하고 있었음.
- 이에 원고들은 2017년 6월 2일 연방 지방법원에 웹사이트로 인해 저작권이 침해 되었다고 주장하며, 이를 소유 및 운영하는 피고 Adam Lackman을 상대로 저작권 침해 소송을 제기하였음.

### □ 소송의 경과

- 원고들은 웹사이트의 저작권 침해적인 특성과 피고의 과거 불법적인 활동들을 감안하여, 2017년 6월 9일 LeBlanc 판사에게 임시적 금지명령(interim injunction) 및 조사·압수 명령(Anton Piller order)을 일방적으로(ex parte) 요청하였고, 법원으로부터 이를 발부 받았음.

\* 단국대학교 일반대학원 IT법학협동과정 지식재산권법 전공 박사과정



- 임시적 금지명령으로 인해 피고는 웹사이트의 운영에 더 이상 직접적으로 관여할 수 없게 되었고, 특히 법원으로부터 권한을 부여 받은 집행관(bailiff)과 컴퓨터 기술자가 웹사이트의 서버와 도메인 네임이 법원의 관할 밖으로 전송되지 않도록 이에 대한 차단 및 관리·감독을 맡게 되었음.
- 법원은 집행관이 관련 증거를 압수 및 복사할 수 있도록 하고, 원고들의 사무 변호사(solicitors)가 피고에게 웹사이트의 운영에 대해 질문할 수 있도록 조사·압수 명령(Anton Piller order)을 내렸음.
- 원고들은 2017년 6월 21일 명령은 합법적으로 집행되었고, 임시적 금지명령(interim injunction)을 중간적 금지명령(interlocutory injunction)으로 전환해야 한다는 Bell 판사의 판사가 있기 전부터 무리하게 피고를 조사하고 압박하였음.

- 이에 Bell 판사는 본 사건을 처음부터(de novo) 다시 검토하고 2017년 6월 20일 원고들의 조사 및 압수행위는 위법이라고 인정하면서, 원고들이 제출한 증거들이 피고가 저작권 침해를 했다는 명쾌하고 확실한 논거(strong prima facie case)가 되지 않기 때문에 조사·압수 명령(Anton Piller order)은 무효라고 판시하였음. 또한 원고가 압수한 모든 물품 및 자료를 피고에게 반환하도록 명령하였음<sup>1)</sup>.
- 관련 웹사이트 및 서버에 대한 통제권이 법원의 관할에서 벗어나게 될 가능성과 중요한 전자 증거가 파괴·은닉될 위험성을 우려한 원고들은 긴급하게 연방 항소법원에 계류 중 항소 사건의 유예(stay pending appeal)를 요청하였고 Stratas 판사는 요청을 받아들임<sup>2)</sup>.

### □ 연방 항소법원의 판단<sup>3)</sup>

- 연방 항소법원은 위의 Bell 판사의 판단이 기존 선례 및 저작권법을 오해하고 증거를 해석할 때 발생할 수 있는 명백한 오류에 기인한 것으로서 Bell 판사가 이전에 내린 모든 명령은 무효라고 판시하였음. 또한 임시적 금지명령(interim injunction) 및 조사·압수 명령(Anton Piller order)은 합법적으로 집행되었다고 판단하고 원고가 피고에게 요청한 중간적 금지명령(interlocutory injunction)을 부과하였음.
- 법원은 Bell 판사가 피고의 위성 TV 신호와 관련한 저작권 침해 행위와 탈옥된(jail-broken) 셋톱박스 판매 행위 등 피고의 과거 불법적인 활동들을 감안했었어야 한다고 지적하였음. 또한, 피고가 이전에도 경찰관에게 거짓말을 하여 유죄판결을 받은 경력이 있고, 본 사건과 관련한 임시 명령(interim order)의 집행 과정에서도 원고들의 사무 변호사(solicitors)에게 거짓말을 하고 중대한 증거를 은폐하려고 시도하는 등 피고를 신뢰할 수

1) 2017 FC 634.

2) 2017 FCA 154.

3) 2018 FCA 42.

없다고 판단하였음.

- 특히 법원은 웹사이트와 같은 온라인 자산은 다른 곳으로 쉽게 이동 가능하고 어디서든 재 활성화 될 수 있기 때문에, 법원으로부터 권한을 부여 받은 컴퓨터 기술자가 피고의 웹사이트, 서버, 소셜 미디어 등을 완전히 차단하고 집행관(bailiff)이 웹사이트의 전송을 관리·감독 할 수 있도록 원고들이 요청한 임시적 금지명령(interim injunction)의 집행은 정당화 되어야 한다고 판시함.

## □ 평가

- 이번 캐나다 연방 항소법원의 판결은 캐나다 법원이 미디어 불법 복제 행위를 억제하기 위해 특별한 구제방안을 모색할 것이며, 이러한 구제방안을 유연하게 운영하면서도 필요한 경우에는 웹사이트의 차단 및 이전 조치 등을 승인할 수 있음을 시사한 것으로 평가되고 있음.
- 그동안 불법적인 저작권 침해행위로 인해 막대한 피해를 입어 온 캐나다 미디어 산업의 저작권자들은 저작권 침해 생태계에 대한 이해를 바탕으로 합리적인 구제방안을 마련했다고 평가되는 이번 연방 항소법원의 판결을 통해 자신들의 권리를 보다 강화할 수 있을 것으로 기대하고 있음.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2uOadbn>
- \* <https://bit.ly/2GT3rWK>
- \* <https://bit.ly/2uMCb7v>
- \* <https://bit.ly/2EITdc0>
- \* <https://bit.ly/2uQwUMI>

## [EU] 유럽의회, 언론출판사의 저작권접권을 강화하는 수정안 제출로 다시 논란

박희영 \*

유럽의회 법률위원회의 협상대표가 통신사를 언론출판사의 저작권접권의 주체로 인정하고 언론출판사에게 저작권접권의 이행을 강제하고 있을 뿐 아니라 저작자의 권리를 확대하는 수정안을 제출함에 따라 저작권접권의 도입 논쟁이 다시 시작되어 법률위원회와 유럽의회의 논의 결과가 주목됨.

### □ 배경

- 유럽위원회는 EU의 저작권법을 통일하기 위하여 ‘디지털 단일 시장 저작권 지침 안’(이하 ‘지침 안’)을 2016년 9월 제출하여 현재 EU 저작권법 개정 작업이 진행 중임. 이 지침에는 언론출판사의 저작권접권이 포함되어 있음.
- 언론출판사의 저작권접권이란 검색엔진제공자와 같은 정보사회서비스 제공자가 언론출판사가 생산한 기사 등 언론출판물을 인터넷에서 이용하는 경우 언론출판사가 보상을 청구할 수 있는 권리를 말함.
- 현재 독일과 스페인 저작권법은 이러한 저작권접권을 두고 있음. 독일의 저작권접권은 언론출판사와 정보사회서비스제공자 사이의 합의에 따라 자율적으로 행사가 가능함에 반하여 스페인의 경우 출판사는 저작권접권을 강제적으로 이행할 의무가 있음.
- 유럽의회 법률위원회는 2017년 3월 17일 유럽위원회의 지침 안에 대해서 변경 안을 제출함. 법률위원회는 그 당시 언론출판사의 저작권접권 도입을 반대하는 대신 언론출판물에 포함되어 있는 저작물의 저작자를 대신하여 언론출판사가 자신의 이름으로 직접 소송을 제기할 수 있는 권리(즉 독자적 소송제기권)를 부여하기로 함.
- 한편, 유럽의회 법률위원회는 언론출판사의 저작권접권이 EU 차원에서 필요한 지에 대하여 연구를 위탁함. 이 보고서는 2017년 10월 이러한 저작권접권을 도입할 필요가 없다는 결과를 제시함.
- 이러한 변경 안과 연구결과에도 불구하고 법률위원회의 협상대표(유럽위원회, 유럽의회,

\* 독일 막스플랑크 국제형법연구소 연구원, 법학박사



유럽이사회의 삼자협상에서 유럽의회의 협상대표인 Axel Voss 의원은 2018년 3월 29일 언론출판사의 저작권접권을 유럽위원회의 지침 안보다 더욱 강화하는 수정안을 제출함.

## □ 유럽위원회의 언론출판사의 저작권접권에 관한 지침 안 제11조

- 언론출판사가 생산한 언론출판물을 제삼자가 디지털 형태로 이용하는 경우 정보사회저작권지침(2001/29/EC)에 규정된 복제권(지침 제2항)과 공중송신권(지침 제3조 제2항)을 언론출판사에게 부여함(지침 안 제11조 제1항). 언론출판사는 자신들의 언론출판물을 복제하는 것과 공중의 이용에 제공하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리를 가지며 이를 언론출판사의 ‘언론출판권’(a press publishers right)이라 함.
- 언론출판권은 언론출판물에 포함되어 있는 저작물 및 보호대상의 저작자나 권리자의 권리를 침해해서는 안 되고, 저작자나 권리자의 이익에 반하여 적용되어서도 안 됨(지침 안 제11조 제2항).
- 정보사회저작권지침 제5조(저작권의 예외 및 제한), 제6조(기술 조치에 관한 의무), 제7조(권리관리정보에 관한 의무), 제8조(제재 및 구제)는 언론출판권에도 준용됨(지침 안 제11조 제3항).
- 언론출판권은 언론출판물의 생산 후 20년이 지나면 소멸함. 이 기간은 출판된 날의 다음 연도 1월 1일부터 계산됨(지침 안 제11조 제4항).

## □ EU 법률위원회의 수정안의 주요 내용

- 언론출판사의 저작권접권의 주체에 언론출판사 외에 ‘통신사’를 포함시킴. 독일 통신사 dpa와 프랑스 통신사 AFP가 그 동안 지속적인 입법 로비를 하여 반영된 것임(수정안 제11조 제1항)
- 정보사회저작권지침(2001/29/EC)의 복제권(제2항)과 공중송신권(제3조 제2항) 외에 대여권과 대출권 및 지식재산 분야에서의 특정 저작권접권에 관한 지침(2006/115/EC)의 대여권 및 대출권(제3조)과 배포권(제9조)도 저작권접권에 포함시킴(수정안 제11조 제1항).
- 스페인의 입법 형식에 따라 언론출판사와 통신사에게 저작권접권의 이행을 강제함(수정안 제11조 제1항).
- 개인이용자가 언론출판물을 정당하게 사적으로 이용하거나 비상업적으로 이용하는 경우에는 언론출판사의 저작권접권이 적용되지 않음(수정안 제11조 제1a항).
- 저작권접권은 공중송신에 해당되지 않는 링크 행위에는 적용되지 않음(수정안 제11조 제

2a항). 유럽사법재판소의 판결<sup>1)</sup>에 따라 권리자의 동의를 받아 인터넷에서 공중의 이용에 제공되는 콘텐츠에 링크하는 행위와 다른 웹사이트에 게시된 저작물이 불법이라는 것을 알지 못했거나 합리적으로 알지 못했던 사람이 비영리 목적으로 권리자의 동의 없이 다른 웹사이트에서 이용할 수 있는 콘텐츠에 링크하는 행위에는 이 권리가 적용되지 않음.

- 언론출판물에 포함되어 있는 저작물의 저작자는 언론출판사나 통신사에게 저작물 이용에 관한 적절한 보상을 청구할 수 있음은 물론 정보사회서비스제공자가 언론출판물을 2차적으로 이용하여 언론출판사와 통신사가 받게 되는 부가 수입에 대해서도 배당을 요청할 수 있음(수정안 제11조 제4a항).

## □ 평가 및 전망

- 법률위원회의 수정안은 특히 언론출판사와 통신사에게 저작인접권의 이행을 강제하고 있고 허용되는 링크의 범위가 너무 제한적이라는 점에서 비판을 받고 있으나 통신사를 권리의 주체로 인정한 점과 저작자의 권리를 확대한 점에서 긍정적으로 평가되고 있음.
- 따라서 이 수정안이 법률위원회와 유럽의회를 통과할지 그 결과가 주목됨. 만일 의회를 통과하면 유럽위원회, 유럽의회, 유럽이사회의 삼자협상에 의해서 최종 결정됨.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2JORJef>
- \* <https://bit.ly/2H1QHOB>

1) Judgement of 8 September 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644.

## [EU] 회원국 국민이 임시적으로 다른 회원국에 체류하는 동안에도 자신의 거주국에서 가입한 유료 온라인 콘텐츠 서비스를 이용할 수 있도록 허용되다

박경신 \*

회원국 국민이 임시적으로 다른 회원국에 체류하는 동안에도 자신의 거주국에서 가입한 유료 온라인 콘텐츠 서비스를 이용할 수 있도록 허용하는 규칙이 4월 1일부터 시행됨. 동 규칙의 시행에 따라, 온라인 콘텐츠 서비스의 국경 간 이동 가능성을 금하거나 특정 시간대로 이동 가능성을 제한하는 계약을 비롯한 동 규칙에 반하는 계약은 집행이 불가능함.

### □ 배경

- 2015년 5월 6일 유럽 위원회는 유럽 저작권법의 조화를 포함하여 2016년 말까지 시행할 3대 중점 전략과 16개의 세부 과제로 이루어진 ‘유럽 디지털 싱글 마켓 전략(A Digital Single Market Strategy for Europe)’을 발표함.
- 2015년 12월 유럽 위원회는 콘텐츠에 관한 접근 보장을 EU 전체로 확대하는 것을 주요 골자로 하는 구체적 실천 계획인 ‘현대적인, 보다 유럽적인 저작권 체계를 향하여 (Towards a modern, more European Copyright Framework)’를 발표함. 이와 함께 디지털 싱글 마켓 전략의 16개의 세부 과제 중 첫 번째로 조치로 국경 간 온라인 콘텐츠 서비스의 자유로운 이동을 보장하는 규칙을 제안함.
- 2016년 9월 ‘유럽 디지털 단일 시장에서의 저작권 지침안’이 작성되었으나 동 지침안에 의하면 TV와 라디오 방송의 경우에만 국경 간 자유로운 이동이 허용되며 VOD나 온라인 스트리밍 서비스는 적용 대상에서 제외됨.
- 2017년 2월 유럽 위원회는 VOD 및 스트리밍 방식을 포함한 온라인 가입 서비스에 있어서도 국경 간 자유로운 이동을 허용하는 내용으로 새롭게 합의함.
- 2017년 6월 유럽 의회 및 유럽 위원회는 디지털 단일시장 전략의 일환으로 거주국에서 유료 온라인 콘텐츠 서비스에 가입한 자가 다른 회원국에서도 별도의 추가 요금 없이 동일한 서비스를 이용할 수 있도록 하는 것을 골자로 하는 온라인 콘텐츠 서비스의 자유로운 국경

\* 경희사이버대학교 교수/아트로센터 디렉터

이동에 관한 규칙을 승인함.

○ 온라인 콘텐츠 서비스의 자유로운 국경 이동에 관한 규칙<sup>1)</sup>이 2018년 4월 1일부터 시행됨.

## □ 동 규칙의 주요 내용

○ 동 규칙에서 사용되는 용어의 뜻은 다음과 같음.

- ‘가입자(subscriber)’는 온라인 콘텐츠 서비스 제공자와의 계약에 기하여 대가를 지급하거나 지급하지 않고 거주국에서 온라인 콘텐츠 서비스에 접근하여 이용할 수 있는 소비자를 의미함.

- ‘온라인 콘텐츠 서비스’는 서비스 제공자가 이동가능성을 기반으로 자신의 거주국의 가입자에게 합의된 조건에 따라 온라인으로 적법하게 제공하는 서비스로, EU 시청각미디어 서비스지침의 범위 내의 시청각미디어 서비스 또는 저작물, 기타 대상물이나 방송사업자의 전송에 대한 접근 및 이용을 제공하는 서비스를 의미함.

- ‘임시적으로 체류하는(temporarily present)’는 거주국 이외의 회원국에 한정된 기간 동안 가입자가 존재하는 것을 의미함.

- ‘이동가능한(portable)’은 가입자가 특정 지역에 제한되지 않은 채 가입자의 거주국의 온라인 콘텐츠 서비스에 효과적으로 접근하여 이용할 수 있음을 의미함.

○ 동 규칙은 유료 온라인 콘텐츠 서비스에만 적용됨. 다만 무료 온라인 콘텐츠 서비스의 경우에도 가입자의 거주국에 대한 인증 요건을 준수한다면 동 규칙의 적용 범위에 포함되는 것을 선택할 수 있음.

○ 유료 온라인 콘텐츠 서비스의 제공자는 가입자가 자신의 거주국이 아닌 회원국에 임시로 체류하는 경우에도, 자신의 거주국에서와 동일한 방식으로 서비스에 접근하고 이를 이용할 수 있도록 허용하여야 함. 이러한 의무에는 가입자가 거주국에서와 동일한 숫자의 가입자가 동일한 기능을 가진, 동일한 범위와 동일한 수량의 기기를 통하여 동일한 콘텐츠에 접근할 수 있도록 서비스를 제공하는 것도 포함됨. 유료 온라인 콘텐츠 서비스 제공자는 가입자의 이러한 접근 및 이용에 대하여 추가 요금을 부과해서는 아니 됨.

- 그러나 유료 온라인 콘텐츠 서비스 제공자와 가입자 간의 특약이 없는 한 서비스 제공자가 가입자의 거주국에서 서비스를 제공해야 하는 경우라도 서비스 전달 품질 요건을 이행할 필요는 없음.

1) Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market

- 거주국 이외의 회원국에 임시로 체류하는 가입자에 대한 동 규칙 하에서의 온라인 콘텐츠 서비스 제공과 이러한 서비스에 대한 가입자의 접근 및 이용은 가입자의 거주국에서만 발생하는 것으로 간주됨.
- 유료 온라인 콘텐츠 서비스의 제공을 위한 계약 체결 및 계약 갱신 시 서비스 제공자는 다음 중 2개 이하의 수단을 사용함으로써 가입자의 거주국을 인증해야 함: (a) 신분증, 전자 식별수단이나 기타 가입자의 거주국을 확인하는 유효한 식별 문서, (b) 은행 계좌나 신용카드 번호와 같은 지급 수단 세부 사항, (c) 셋톱박스, 디코더 또는 가입자에게 서비스를 제공하기 위하여 사용되는 이와 유사한 기기의 설치 장소, (d) 회원국에 제공된 여타 서비스를 위한 가입자의 사용료 납부, (e) 회원국과 연관된 가입자의 인터넷이나 전화 서비스 제공 계약이나 이와 유사한 유형의 계약, (f) 해당 정보가 일반에 공개된 경우라면 지역 선거인 명부, (g) 지방세 납부, (h) 회원국과 연관된 가입자의 공과금 고지서, (i) 가입자의 청구서 주소, (j) 회원국 내 가입자의 주소를 확인하는 가입자의 신고서, (k) 가입자가 온라인 콘텐츠 서비스에 접근한 회원국을 확인하기 위한 IP 주소 확인. 다만 서비스 제공자가 거주국 인증을 위하여 사용하는 수단은 합리적이고 비례적이며 효율적이어야 함.
- 무료 온라인 콘텐츠 서비스 제공자는 유료 서비스 제공자와 달리, 동 규칙에 따라 서비스 제공자가 가입자의 거주국을 인증하는 조건 하에서, 임시로 회원국에 체류하는 가입자가 온라인 콘텐츠 서비스에 접근하여 이용할 수 있도록 결정할 수 있음.
- 온라인 콘텐츠 서비스의 국경 간 이동 가능성을 금지하거나 특정 시간대로 이동 가능성을 제한하는 계약을 비롯한 동 규칙에 반하는 계약은 집행이 불가능함. 이러한 계약에는 서비스 제공자와 저작권이나 관련 권리를 보유하는 자 또는 온라인 콘텐츠 서비스의 콘텐츠에 대한 권리를 보유하고 있는 권리자간의 계약 뿐 아니라 서비스 제공자와 가입자 간의 계약이 포함됨.
- 가입자의 거주국에 대한 인증 목적을 포함하여 동 규칙 하에서 다루지는 개인 정보의 처리는 EU 개인정보보호지침 및 EU 사생활 보호 및 전자통신지침을 준수하여 이루어져야 함.

## □ 평가 및 전망

- 동 규칙은 소비자의 EU 내 온라인 콘텐츠 서비스의 자유로운 사용을 위한 법적인 근거를 마련하였으며, 국경 간 이동성의 보장이 새로운 소비자의 권리로 인식될 수 있는 근거를 제공한 것으로 평가됨.
- 동 규칙은 2017년 6월부터 시행된 EU 내 휴대폰 데이터 로밍 가격 면제 조치와 함께 온라인 콘텐츠 시장에 큰 영향을 미칠 것으로 예상됨.

- 동 규칙의 시행에 따라 다른 회원국에 임시로 체류하는 가입자에 의한 온라인 콘텐츠 서비스에 대한 접근과 이용이 가입자의 거주국에서만 발생하는 것으로 간주되어 저작권 처리가 명확해짐.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2vi5sr9>
- \* <https://bit.ly/2qw0CAy>
- \* <https://bit.ly/2HBjxT3>
- \* <https://bit.ly/2JFFpNu>



## [아일랜드] 비상업적 연구를 위한 문자와 데이터 분석을 위한 복제물에 대하여 저작권을 제한하는 개정안을 발표하다

최푸름 \*

아일랜드 정부는 데이터와 텍스트 마이닝(TDM)에 대한 저작권법 상 예외를 담은 저작권법 개정 초안을 발표함. 이 개정 초안은 아일랜드 저작권 현대화 보고서와 유럽연합 정보사회 지침 제 5항 (3)(a) 을 아일랜드 저작권법 제53조A에 도입한 것으로, 연구 목적을 가진 자가 합법적이며 비영리적으로 마이닝된 (모아진) 데이터를 사용하는 경우 이 예외가 적용됨. 그러나 지금까지 각 회원국은 국내적으로 TDM의 예외를 규정할 권한을 인정받지 않았다는 점과 유럽연합 정보사회 지침이 정의하는 TDM의 예외가 이번 아일랜드의 것과 차이점을 가진다는 점에서 유럽 연합의 TDM 관련 규정에 대한 움직임이 주목됨.

### □ 배경

- 2013년, TDM<sup>1)</sup> 예외 조항이 ‘아일랜드 저작권 현대화 보고서 (Modernising Copyright Report)’에서 처음 제안됨. 이 보고서의 목적은 아일랜드 저작권법을 검토하여 기술의 발전을 저해하는 부분을 찾아내는 것과 해당 부분을 제거하기 위한 해결책을 찾고 이를 아일랜드 법에 적용시키는 것, 마지막으로 미국 저작권법상의 공정이용(fair use)을 조사하여 이 원칙이 아일랜드와 유럽연합에도 적용할 수 있는지 검토하는 것임. 특히, 공정이용에 대한 부분은 ‘콘텐츠 마이닝(Content-mining)<sup>2)</sup>’과 연관되어 이 보고서 전체에 걸쳐 폭넓게 논의되어 있음. 구체적으로 교육과 연구 분야와 같이 기술의 발전에 기여하여 후대의 발전에 기여할 수 있는 분야가 거론됨.
- 2018년 3월, 아일랜드 정부는 이러한 ‘아일랜드 저작권 현대화 보고서’와 유럽연합 정보사회 지침<sup>3)</sup>을 기반으로 하여 TDM 예외 조항 도입을 담은 저작권법 개정 초안을 발표함.

\* University of Debrecen, LL.M

1) 데이터 마이닝과 텍스트 마이닝을 나타내는 약어(Text and Data Mining)

\* 데이터 마이닝: 대규모로 저장된 데이터베이스 안에서 체계적이고 자동적으로 가치 있는 정보를 찾아내는 인간 활동이나 그 결과물

\* 텍스트 마이닝: 비정형 텍스트 데이터에서 가치와 의미가 있는 정보를 찾아내는 기술

2) 아일랜드 저작권 현대화 보고서에서 TDM을 일컫는 단어, (<https://bit.ly/2ESz2mx> 85페이지 참고)

3) Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related right in the information society.

## □ 내용

- 저작물의 복제와 복사본의 가용성: 어떤 원 저작물(콘텐츠 마이닝으로 생성된 결과물)이 합법적으로 이용되었다는 것을 전제로 할 때, 비영리적인 연구만을 목적으로 하는 개인이 충분한 확인을 거쳐서 컴퓨터 분석으로 조사하기 위해 만든 그 저작물의 복사본은 원 저작물이 장래에 계속 이용될 수 있는지 여부에 상관없이 침해로 간주되지 않음.
- 단, 그 복사본이 비영리적 연구를 목적으로 하는 개인이나 저작권자의 허락을 받은 자가 아닌 정당한 권원 없는 자에게 전달되는 경우는 저작권 침해임. 또한 그 복사본이 비영리적 연구가 아닌 다른 용도로 쓰이는 경우에도 저작권 침해로 간주됨, 따라서 유럽 정보사회 지침과 동일하게, TDM의 예외는 비영리 목적일 때에만 허용된다는 사실을 알 수 있음.
- TDM의 예외 사항을 적용받을 수 있는 자: 유럽 집행 위원회가 ‘오직 연구 목적을 가진 단체에게만 TDM 예외 조항이 적용된다’라고 제한한 것과 달리, 아일랜드의 저작권법 개정 초안은 TDM의 예외가 적용될 수 있는 사람/단체를 제한하지 않음.
- 따라서 이러한 아일랜드의 저작권법 개정 방향은 영국 저작권법 제29조A<sup>4)</sup>와 비슷하나 유럽 연합이 TDM의 예외에 대해 내린 정의와는 다름. 유럽연합 정보사회 지침 제 5항 (3) (a)<sup>5)</sup>은 연구 목적을 가진 단체(Research organisations)에의 TDM 예외만 인정하는 것에 반해, 해당 지침에서 파생된 아일랜드의 TDM 예외 조항은 이를 제한하지 않음. 즉, 비영리적 연구 목적을 가진 한, 연구 단체가 아닌 누구나 TDM의 예외를 이용할 수 있다는 해석이 가능함<sup>6)</sup>.

## □ 평가 및 전망

- 아일랜드 저작권법의 목적 중 하나는 저작권과 이에 인접한 권리를 현대적이고 효과적이며, 효율적인 기술 중립적인 수단으로 보호하는 것과 문화 창달을 저해하는 저작물의 불법 이용을 저지하는 것임. 짧게 말하면, 저작물의 보호를 통해 저작권자의 권리와 문화 창달에 기여하는 것이 아일랜드 저작권법의 목적이라고 할 수 있음. 따라서 저작권의 제한을 조율하는 것 또한 문화 창달을 위한 저작권법의 역할임. 이번 개정안에 담긴 ‘콘텐츠 마이닝’의 예외 조항은 아일랜드가 미국의 공정이용을 받아들여 비상업적 연구를 위한 문자와 데이터 분석을 위한 복제물에 대하여 권리를 제한하는 것이 후대의 기술과 문화 창달에 기여할 것이라는 아일랜드 정부의 입장과 기대감을 보여줌.
- 디지털 단일 시장에서의 저작권에 대한 지침의 제안서(Proposal for a Directive on

4) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/29A>

5) 저작자의 이름을 포함한 출처가 표시되는 한, 교육이나 과학적 연구를 위한 목적으로만 TDM의 예외를 허용한다. 다만, 이 예외는 비상업적인 목적에 의해 달성될 수 있는 범위 내에서 정의되지 않는 한 허용된다.

6) [goo.gl/qTuRP8](http://goo.gl/qTuRP8)

copyright in the Digital Single Market)에 따르면, 유럽연합의 저작권 관련 지침의 목표들 중 하나는 유럽 연합 각 회원국의 저작권법을 통일(Harmonising)하는 것임<sup>7)</sup>. 이를 통해 유럽 연합 집행 위원회가 유럽 차원이 아닌 회원국 차원에서 TDM의 예외를 논하는 것을 제한해 왔다는 사실을 알 수 있음. 게다가 유럽 연합이 정의하는 예외는 이번 아일랜드가 발표한 저작권법 개정 초안과 비슷한 부분은 있으나 해당 예외가 적용될 수 있는 사람이나 단체의 범위가 다르다는 점에서 완전히 동일하지는 않음. 아일랜드가 ‘유럽 연합의 지침을 국내법으로 도입하는 것’ 또한 저작권법의 목적으로 삼고 있음에 따라 이번 저작권법 개정 초안이 과연 통과될 것인지에 대한 관심이 집중되고 있음.

- 하지만 해당 제안서는 유럽 연합 이사회의 견해에 따라 변경될 수 있는 여지가 있음. 실제로 이사회가 검토한 최근 제안서에 따르면<sup>8)</sup> 특정 조건이 충족됨에 따라, 회원 각 국에게 TDM의 예외를 규정할 수 있는 권한이 있다고 해석함.
- 따라서 이번 아일랜드의 움직임이 유럽 연합이 지금까지 일관적으로 유지해왔던 TDM의 예외에 대한 입장을 바꿀 것인지, 그리고 다른 유럽 연합의 회원국들이 이에 따른 국내법을 도입하도록 하는 계기가 될 것인지에 대해 귀추가 주목됨.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2ESz2mx>
- \* <https://goo.gl/oMT3cq>
- \* <https://bit.ly/2leRDLk>

---

7) <https://bit.ly/2qG2syX>

8) <https://goo.gl/Ti5PhB>

## [영국] 정부, 온라인에서의 불법저작물 이용을 어렵게 만들어 저작권 침해를 막기 위한 계획을 담은 백서 발간

김혜성 \*

2018년 3월 28일 영국 디지털문화미디어체육부는 창조 산업의 중요성을 인식하고, 창조 산업의 성장에 장애물이 되고 있는 온라인 저작권 침해를 근절하기 위한 계획을 담은 백서를 발간함. 정부가 우선 온라인 서비스 제공자가 저작권자와의 합의 과정을 통해 스스로 동의한 실무준칙에 따라 불법 콘텐츠의 제공을 차단할 기회를 주고 있다는 점에 의미가 있음.

### □ 개관

- 총 부가가치가 920억 파운드이고 2백만 개의 일자리를 제공하고 있으며 평균 경제성장률보다 2배 빠르게 성장하고 있는 창조 산업(creative industry)은 영국이 세계 시장에서 경쟁 우위를 차지할 수 있게 하는 핵심 산업임.
- 그러나 온라인 저작권 침해는 여전히 창조 산업의 성장을 막는 심각한 장애물이 되고 있음.
- 불법 스트리밍이나 스트림 리핑(stream ripping)<sup>1)</sup> 기술의 발달로 인해 창작자에게 정당한 보상을 하지 않고도 콘텐츠를 무단 이용하는 것이 더욱 쉬워지고 있음.
- 2018년 3월 28일 영국 디지털문화미디어체육부(Department for Digital, Culture, Media and Sports, DCMS)는 창조 산업이 지속적으로 성장할 수 있는 환경을 조성하기 위한 방안 중 하나로 온라인 저작권 침해를 막기 위한 계획을 담은 백서인 Industrial Strategy Creative Industries Sector Deal을 발간함.

### □ 창조 산업 지원을 위해 정부가 현재 시행하고 있는 정책

- 정부는 영화 세금 경감(film tax relief)을 통해 2017년에만 4억 1,500만 파운드를 지원하는 등 창조 산업 세금 경감 정책을 시행하고 있음.
- 정부가 2007년부터 세금을 경감해 주는 방식으로 영화, TV, 비디오 게임 산업 분야에 총 110억 파운드 이상을 지원함으로써 2016년에는 이 분야의 총 부가가치는 132억 파운

\* 현송 법률사무소 변호사, 서울대학교 법학석사, 이화여대 법학전문석사

1) 스트리밍 방식으로 재생되는 음악이나 동영상을 녹음·녹화해 불법 음원 파일을 제작하는 것

드, 일자리는 158,000개가 되었음.

- 정부가 영국 런던경찰청 지적재산권 범죄 전담반(Police IP Crime Unit, PIPCU)에 재정적 지원을 함으로써 지적재산권 침해 범죄 적발에 적극적으로 나서 상당한 성과를 거두고 있음.

- 총 1억 파운드에 해당하는 지적재산권의 침해 범죄 적발
- 1,100여개 이상의 불법 저작물 제공 웹사이트의 접속 차단
- 불법 저작물 제공 웹사이트의 광고 수입 64% 감소

## □ 온라인 저작권 침해를 막기 위한 정부의 계획

- 정부는 창조 산업을 지원하기 위한 정책 중 하나로 지적재산권 보호를 강화하고자 함.
- 저작권 침해를 근절하고 창조 산업의 발전을 통한 가치 창출을 증대시키기 위해, 정부는 직접적인 이해관계자라고 할 수 있는 온라인 서비스 제공자와 저작권자가 새로운 실무준칙(Codes of Practice in: social media, digital advertising and online marketplaces)의 필요성을 인식하여 그 제정에 공감할 수 있는 기회를 마련할 것임.
  - 이미 정부는 2017년에 검색 엔진들과 창조 산업계가 협력하여 소비자들의 불법 웹사이트 이용을 막기 위한 실무준칙을 마련하도록 이끌었고, 이 실무준칙은 벌써 검색 결과에서 불법 웹사이트가 눈에 띄게 줄어들게 하는 등의 성과를 보이고 있음.
- 이를 위하여, 정부는 고위 정부 대표의 주재 하에 저작권자, 온라인 광고 산업계, 온라인 서비스 제공자들이 모여 온라인 저작권 침해를 줄이기 위한 조치를 도출해 낼 기회를 마련할 것임.
  - 온라인 저작권 침해를 줄이기 위한 조치에는 불법 콘텐츠의 적발·삭제, 침해 통지 및 삭제 제도가 제대로 시행될 수 있게 하는 것, 불법 저작물 제공 웹사이트의 수입이 감소되게 하는 것, 콘텐츠 보호에 대한 저작권자의 부담을 줄이는 것 등이 포함될 수 있음.
- 이러한 이해관계자들의 자발적인 논의를 통해 2018년 12월 31일까지 만족스러운 결과가 도출되지 않을 경우, 정부는 온라인에서의 불법 저작물 이용을 어렵게 만들어 저작권 침해를 막기 위한 입법적 조치를 할 예정임.
  - 정부는 입법적 조치를 검토함에 있어 불법 웹사이트의 접속을 차단하는 행정적 조치의 도입 및 그 효과, 저작권 침해 통지와 차단유지(notice and staydown) 제도의 도입 등을 고려할 것임.

- 저작권 침해 위험성 교육을 통해 소비자들이 온라인에서 합법적인 콘텐츠를 이용할 수 있게 하려는 저작권 교육 캠페인 ‘Get it Right’의 성공을 위해, 정부는 3년 간 200만 파운드를 지원할 것임.
- 이와 같은 정부의 노력에 더하여 창조 산업 스스로도 중소기업에게 온라인에서 콘텐츠를 지키는 방법을 교육·훈련하고, 기업들이 서로 협력해서 콘텐츠 불법 이용을 적발해 내는 등 지적재산권 보호를 위한 노력을 전개할 것임.

## □ 평가

- 정부가 처음부터 정부 주도로 제정된 법률에 의해 온라인 서비스 제공자에게 일방적으로 의무를 지우지 않고, 우선 저작권자와 온라인 서비스 제공자가 합의를 통해 실무준칙을 도출하고 온라인 서비스 제공자가 해당 실무준칙에 따라 불법 콘텐츠의 제공을 차단할 기회를 주고 있다는 점에 의미가 있음.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2JJN79g>
- \* <https://bit.ly/2qyMacd>
- \* <https://bit.ly/2vgM5P1>
- \* <https://bit.ly/2H2Q4QE>



## [뉴질랜드] 공정이용 조항 도입 등 저작권에 대한 보다 유연한 접근 방식이 뉴질랜드의 혁신과 경제성장을 가져올 것으로 전망되다

유현우 \*

2018년 3월 12일 뉴질랜드에서 발표된 보고서에 따르면 공정이용과 같은 저작권 예외에 대한 보다 유연한 접근 방식이 텍스트 및 데이터 마이닝에서부터 머신 러닝과 클라우드 컴퓨팅에 이르기까지 뉴질랜드의 디지털 활동과 혁신을 촉진시키고 162억 달러에 이르는 디지털 경제의 성장을 가속화할 것으로 전망되었음.

### □ 개요

- 2018년 3월 12일 뉴질랜드에서 ‘디지털 시대의 저작권(Copyright in the Digital Age)’이라는 제목의 보고서가 발표되었음. 동 보고서는 구글의 위탁을 받아 Deloitte Access Economics에 의해 작성된 것으로서 이에 따르면 보다 탄력적이고 유연한 저작권법의 도입이 뉴질랜드의 경제 성장을 이끌고 디지털 경제로의 전환을 가져올 것으로 전망되었음.

### □ 주요 내용

- 동 보고서에 따르면 특히 공정이용(fair use) 조항의 도입과 같은 저작권 예외에 대한 보다 유연한 접근 방식이 텍스트 및 데이터 마이닝에서부터 머신 러닝과 클라우드 컴퓨팅에 이르기까지 뉴질랜드의 디지털 활동과 혁신을 촉진시키고 162억 달러에 이르는 디지털 경제의 성장을 가속화할 것으로 예측되었음.
  - 뉴질랜드 저작권법은 현재 저작권의 예외 조항으로서 특정한 저작물에 대해 자유로운 이용을 인정하는 이른바 공정 거래(fair dealing) 제도를 운영하고 있음.
  - 이러한 현재의 저작권 시스템은 오늘날 디지털 시대를 반영하지 못하고 오늘날 급변하는 기술 변화에 따라가지 못한다는 문제점이 지적되고 있음.
  - 새로운 기술 환경에 대응하기 위해 현재의 공정 거래(fair dealing) 조항에 예외 조항을 추가 내지 확대하고 특히 저작물을 사회적으로 유익하고 변형적으로, 원저작물의 시장에 부정적인 영향을 미치지 않도록 이용함으로써 현재의 저작권법 체계를 보다 탄력적이고 유연하게 할 수 있다는 평가임.

\* 단국대학교 일반대학원 IT법학협동과정 지식재산권법 전공 박사과정

- 저작권 예외에 대한 보다 유연한 접근방식은 소위 “고아 저작물”이라고 불리는 저작권자를 식별할 수 없는 저작물을 혁신적이고 생산적으로 이용하기를 원하는 사람들에게 실질적인 이익을 제공하고 라이선스 협상 과정에서의 비용을 절감할 수 있을 것으로 기대되고 있음.
- 동 보고서에서는 유연한 저작권 체제의 도입으로 인해 저작권자들의 수입 감소에 영향을 미칠 수 있다는 우려를 인정했지만 공정이용 원칙에 기초한 보호 장치들과 리믹스, 저작물의 변형적 이용 등과 함께 저작물의 이용이 훨씬 증가할 것으로 예상되기 때문에 수입 감소에 대한 우려를 상쇄할 것으로 전망하였음.

## □ 평가 및 견해

- 동 보고서를 작성한 Deloitte Access Economics의 담당자 Linda Meade에 따르면 현재와 같은 뉴질랜드의 저작권법 체계로는 혁신을 기대할 수 없으며, 특히 저작권 예외에 대한 보다 유연하고 탄력적인 접근 없이는 디지털 시대의 높은 생산성과 경제적 이익을 도모하기 어려울 것이라는 견해를 나타냄.
- 또한 공정이용(fair use) 제도의 도입을 통해 뉴질랜드가 미국, 이스라엘, 한국, 싱가포르 등 디지털 혁신을 선도하며 많은 수혜를 입고 있는 혁신 선도 국가(leading innovator nations)들과 나란히 할 수 있을 것이며, 영국과 캐나다도 공정거래(fair dealing) 조항의 확대를 통해 저작권 정책의 유연성을 강화하고 있다고 평가함.

## □ 참고 자료

- \* <https://bit.ly/2HnvnIT>
- \* <https://bit.ly/2H4iSbi>
- \* <https://bit.ly/2ouW8N3>
- \* <https://bit.ly/2HCuKma>
- \* <https://bit.ly/2HARbbb>

## [일본] 임프레스 종합 연구소, 정액제 음악 전송 서비스의 이용에 관한 조사 결과 발표

권용수 \*

임프레스 종합연구소가 실시한 2018년 정액제 음악 전송 서비스의 이용 실태 조사의 결과에 의하면 정액제 음악 전송 서비스의 이용률은 2017년 조사 대비 2.2% 증가된 14.1%이며 이용자의 70.8%는 해당 서비스에 만족하였음. 한편 2017년 발매된 음성 AI 어시스턴트 탑재 ‘스마트 스피커’는 정액제 음악 전송 서비스 이용률 증가에 긍정적 영향을 미친 것으로 나타남.

### □ 정액제 음악 전송 서비스 이용 실태 조사

- 일본에서는 2012년부터 정액제 음악 전송 서비스가 제공되었음.
- 2017년에는 음성 AI 어시스턴트를 탑재한 ‘스마트 스피커’가 국내에 출시되었고 그 주요 기능의 하나로서 정액제 음악 전송 서비스 이용이 주목받았음.
- 한편 2017년에는 ‘스마트 스피커’를 판매하는 아마존(Amazon)이 새로운 서비스 ‘Amazon Music Unlimited’를 시작하여 경쟁이 격화되었음.
- 임프레스 종합연구소<sup>1)</sup>는 2018년 3월 5일~9일까지 정액제 음악 전송 서비스의 이용 실태 조사를 실시하고 그 결과를 발표함.

### □ 주요 내용

- 정액제 음악 전송 서비스 이용률은 2017년 조사 보다 2.2% 증가한 14.1%를 기록함.
  - 음악 전송 서비스 이용 경험자 비율은 무료 서비스만을 이용하는 이용자 6.5%, 이용경험자 12.4%를 포함하여 33.0%를 기록함.
  - 유료 서비스 이용률은 50대 남성이 18.3%로 가장 높았고 40대 남성이 17.9%, 20대 남성이 17.6%로 뒤를 이음. 무료 서비스 이용률은 남성 보다 여성이 높았고, 10대 여성의 비율이 12.7%로 독보적이었음.

\* 건국대학교 일반대학원 법학박사

1) 임프레스 종합연구소는 임프레스 그룹에서 IT 관련 미디어 사업을 담당하는 임프레스(주)의 싱크탱크임.



- ‘스마트 스피커’의 보유 비율은 7.4%였지만 인지도는 63.6%를 기록함.
  - ‘스마트 스피커’ 보유자의 정액제 음악 전송 서비스 이용률은 43.1%인 반면, 비보유자의 이용률은 11.8%에 불과함.
- 정액제 음악 전송 서비스를 이용하지 않는 주요 이유는 ‘매월 이용료를 지급하고 싶지 않다’, ‘이용료가 비싸다’, ‘무료 서비스만으로 충분하다’ 등이었음. 특히 10대나 20대 여성이 이러한 인식을 가지고 있었음.
- 아마존이 프라임 회원에게 제공하는 ‘prime Music’의 이용률이 가장 높았고, 무료 서비스가 있는 ‘Spotify’, 1곡 30초 듣기 기능이 있는 ‘LINE MUSIC’의 이용률이 뒤를 이음.
  - 13~19세 남녀나 20대 여성 중에는 ‘LINE MUSIC’ 이용자가 가장 많았으나 그 밖의 연령대에서는 ‘prime Music’ 이용자가 가장 많았음.
- 음악 전송 서비스 이용 계기로는 ‘다른 서비스의 부수적 서비스로 이용할 수 있기 때문’, ‘CD를 사거나 빌리는 것 보다 금전적으로 이득이기 때문’, ‘캠페인이 있었기 때문’ 등이 있었음.
  - 전체 이용 계기 중에 ‘스마트 스피커를 구입해서’는 3.4%였지만, 답변자를 ‘스마트 스피커’ 보유자로 한정하면 19.4%로 2번째 높은 비율을 기록함.
- 음악 전송 서비스를 선택하는 주요 이유에는 ‘월 이용료가 싸다’, ‘다른 서비스의 부수적 서비스로 이용할 수 있다’, ‘좋아하는 아티스트의 음악이 있다’, ‘악곡수가 많다’, ‘계속 무료로 이용할 수 있다’, ‘오프라인에서 재생할 수 있다’ 등이 있었음.
  - 이용료, 통신 환경에 관계없이 음악을 즐길 수 있는 편리성, 아티스트나 악곡 수가 중요한 기준이었음.
- 이용 기기에 관한 설문에서는 89.2%가 ‘스마트 폰’이라고 응답하였고, 8.9%만이 ‘스마트 스피커’를 이용한다고 응답함. 다만 ‘스마트 스피커’ 이용률이 저조한 이유는 아직 ‘스마트 스피커’의 보유 비율이 낮고 이번 조사 대상이 스마트 폰이나 태블릿 이용자였기 때문임.
  - ‘스마트 스피커’ 이용자의 64%는 ‘스마트 스피커’로 인해 정액제 음악 전송 서비스의 이용 빈도가 늘었다고 응답함.
- 이용자 중 70.8%가 정액제 음악 전송 서비스에 만족하는 것으로 나타남. 만족도는 무료 서비스 이용자 보다 유료 서비스 이용자가 높았음.
- 만족하지 않는다고 답변한 주요 이유에는 ‘좋아하는 가수의 곡이 전송되지 않는다’, ‘악곡

수가 적다' 등이 있었음. 이러한 이유를 든 이용자는 무료 서비스 이용자 보다 유료 서비스 이용자가 많았음.

○ 정액제 음악 전송 서비스 업체는 2017년 조사 때보다 국내 인기 아티스트나 전송 악곡 수를 늘렸음.

- 전송 악곡 수가 많은 음악 전송 서비스는 'Apple Music', 'LINE MUSIC', 'AWA' 순이었음.

## □ 평가 및 전망

○ 이번 조사에서는 음성 AI 어시스턴트를 탑재한 '스마트 스피커'가 정액제 음악 전송 서비스에 미친 영향이 주목을 받았음. 아직은 '스마트 스피커'의 보유 비율이 낮은 상황이지만 정액제 음악 전송 서비스 이용에 긍정적 영향을 미친 것으로 나타남.

○ 최근 정액제 음악 전송 서비스 분야에서는 이용자가 선호하는 아티스트나 전송 악곡 수의 증가, 주목받고 있는 '스마트 스피커'에 대한 대응, 요금 플랜 개선, 어플리케이션의 기능과 이용의 편리성 향상 등이 진행되고 있음. 앞으로는 보다 편리하고 세련된 서비스를 향한 경쟁이 심화될 것으로 전망됨.

## □ 참고 자료

\* <https://www.impress.co.jp/newsrelease/2018/03/20180330-01.html>

## [일본] 법원, 일러스트가 사진 저작물의 본질적 특성을 침해하지 않는 한 저작권 침해로 볼 수 없다

권용수 \*

원고는 원고가 판매하는 사진집의 사진을 허락 없이 일러스트화한 피고에 대해 저작권 침해를 이유로 손해배상을 청구하는 소송을 제기함. 법원은 피고의 일러스트가 원고가 판매하는 사진집의 사진을 참고한 것은 맞지만 피사체의 배치나 구도, 피사체와 광선의 관계, 색채의 배합, 피사체와 배경의 콘트라스트 등 해당 사진의 창작성을 인정한 본질적 특성까지 재현한 것은 아니라는 이유로 피고의 저작권 침해를 부정함.

### □ 사실관계

- 원고는 사진, 컴퓨터 그래픽스(CG), 동영상, 일러스트 등 영상 콘텐츠 판매·촬영업무를 목적으로 하는 주식회사임.
- 원고는 사진집 CD ‘Makunouchi 043 Christmas Couple’(이하 ‘사진집’)을 A 주식회사의 웹 사이트에서 4만 1040엔에 판매하였음.
- 사진집에는 75점의 사진이 수록되어 있었고 그 중에 ‘커피를 마시는 남성’이라는 사진(이하 ‘이 사건 사진’)이 수록되어 있었음.
- 2015년 10월 피고는 동인지 이벤트에 출품하는 작품의 표지를 작성할 때 인터넷에서 ‘커피를 마시는 남성’을 검색하여 나온 이 사건 사진을 참고하여 일러스트를 그림. 같은 달 18일 피고는 해당 일러스트를 표지에 게재한 소설동인지를 동인지 이벤트에 출품하여 50권을 판매함.
- 2016년 7월 피고는 일러스트를 그릴 때 참고한 사진이 사진집에 수록되어 판매되고 있는 것임을 알게 됨. 이에 피고는 허락 없이 이 사건 사진을 참고한 것을 사죄하고 이용료 지급요청에 응할 것이라는 뜻의 메일을 송부함.
- 원고는 피고에게 손해배상금으로서 이 사건 사진의 판매가격 20배에 달하는 54만 엔의 지급을 청구함.
- 그러나 피고는 원고의 청구에 응하지 않았음. 이에 원고는 피고의 저작권 침해를 이유로

\* 건국대학교 일반대학원 법학박사



62만 3000엔의 손해배상금을 청구하는 소를 도쿄지방법원에 제기함.

## □ 사건의 쟁점

- 사건의 쟁점은 이 사건 사진이 저작물에 해당하는지, 원고가 그 사진의 저작권자인지, 피고가 그 사진의 저작권을 침해했는지였음.

## □ 법원의 판단

- 이 사건 사진이 저작물에 해당하는지에 대한 판단

- 사진은 피사체의 선택·조합·배치, 구도·카메라 앵글의 설정, 셔터찬스의 포착, 피사체와 광선의 관계, 음영의 부여 방식, 색채의 배합, 부분 강조·생략, 배경 등 여러 요소로 구성된 하나의 표현임. 촬영자의 개성이 이러한 요소에 어떠한 형태로든 나타나면 창작성이 인정되어 저작물에 해당한다고 할 수 있음.
- 피고는 이 사건 사진의 배경, 조명·광량, 색조는 어디에서나 볼 수 있는 평범하고 흔한 표현으로서 창작성이 존재하지 않기 때문에 저작물에 해당한다고 볼 수 없다고 주장함.
- 법원은 배경, 조명·광량, 색조 등 일부 요소가 흔한 표현이라고 하여 그 사진의 창작성을 즉시 부정하여야 하는 것은 아니라고 지적함. 이 사건 사진은 피사체의 배치나 구도, 피사체와 광선의 관계, 색채의 배합, 피사체와 배경의 콘트라스트 등 종합적 표현에서 촬영자의 개성이 나타나므로 전체적으로 보면 창작성이 인정된다고 판단함.

- 원고가 이 사건 사진의 저작권자인지에 대한 판단

- 사진의 창작성은 촬영자의 촬영에 의해 생기는 것이기 때문에 이 사건 사진의 저작권은 원시적으로 촬영자에게 귀속함.
- 원고는 이 사건 사진의 촬영자와 체결한 계약을 근거로 촬영자로부터 저작권을 포함한 모든 권리를 양도받았다고 주장함.
- 법원은 원고와 촬영자가 체결한 도급 계약에 저작권을 포함한 모든 권리의 양도에 관한 규정이 있음을 인정하면서도 촬영자가 이 사건 사진을 해당 계약에 근거하여 촬영하였음을 증명할 근거가 없음을 지적함.
- 또한 원고가 이 사건 사진의 판매에 관해 촬영자와 비독점적 사용 허락 계약을 체결한 것을 지적하며 원고가 비독점적 사용 허락만을 받았을 가능성을 부정할 수 없다고 판단함.
- 법원은 원고가 이 사건 사진의 저작권을 가지고 있다고 인정할 만한 충분한 증거가 없다고 판단함. 한편 원고가 비독점적 사용권자라면 사용 허락을 받은 저작물에 관한 저작권

침해자에게 손해배상을 청구할 수 없음을 덧붙여 언급함.

○ 피고가 이 사건 사진의 저작권을 침해했는지에 대한 판단

- 이 사건 사진의 표현상의 본질적 특징은 피사체의 배치나 구도, 피사체와 광선의 관계, 색채의 배합, 피사체와 배경의 콘트라스트 등임.
- 피고의 일러스트는 이 사건 사진을 참고한 것으로서 오른손에 커피잔을 들고 입 주변에 유지하고 있는 피사체 남성의 오른손 및 커피잔을 포함한 머리부터 가슴까지의 윤곽이 이 사건 사진과 동일함.
- 그러나 피고의 일러스트는 ① 이 사건 사진의 본질적 특성 중 하나인 피사체와 광선의 관계를 재현하지 않고 해당 사진에는 없는 흰색 선을 표현하였다는 것, ② 색채의 배합이 표현되지 않는 흑백 일러스트라는 것, ③ 배경이 흰색 또는 회색이고 피사체와 배경의 콘트라스트는 표현하지 않았다는 것, ④ 피사체의 코나 입, 셔츠 등의 표현이 다르다는 것 등 이 사건 사진과의 차이가 인정됨.
- 법원은 피고의 일러스트가 이 사건 사진의 표현상의 본질적 특징까지는 재현하고 있지 않음을 이유로 해당 사진의 복제나 번안에 해당하지 않는다고 판단함.

○ 법원은 2018년 3월 29일 원고의 청구를 기각하는 판결을 내림.

□ 참고 자료

\* <https://ipforce.jp/Hanketsu/jiken/no/12146>

## [중국] 법원, 모바일 게임의 운영 화면은 저작물이며 인터페이스 및 게임 규칙 중 과반수의 항목이 일치하면 실질적으로 유사하다고 판결함

백지연 \*

중국 강소성 소주시 중급법원은 모바일 게임의 운영 화면이 “영화 촬영과 유사한 방식으로 제작된 저작물”에 해당하므로 저작물로 보아야 한다고 판시함. 원고 게임 저작물의 39가지 게임 방법 중 20가지의 게임 방법의 주 사용자 인터페이스가 유사함을 이유로 실질적 유사성을 인정함.

### □ 사건의 경과

- 원고는 2014년 9월 독자 개발한 모바일 게임을 출시함. 2015년 7월 피고는 동명 소설을 각색하여 제작한 본 사건의 모바일 게임을 출시함.
- 원고는 2015년 8월 1일 기자회견을 통해 피고가 출품한 모바일 게임이 자신의 모바일 게임 간 데이터 설정, 게임의 규칙 및 사용자 인터페이스 등의 부분에서 실질적 유사성이 있다고 주장함. 피고의 게임은 원고의 배경 및 캐릭터, 음향 효과 등에 있어서도 원고의 것과 매우 유사하며 이는 원고의 복제권, 네트워크 전송권, 각색권 침해에 해당한다고 소를 제기함.
- 피고는 게임의 운영 화면, 규칙 및 사용자 인터페이스는 아이디어에 가까우므로 저작권법의 보호 대상에 해당하지 않는다고 반박함. 원고가 유사하다고 주장한 배경설정, 캐릭터, 음향 효과에서는 분명한 차이가 존재하므로 침해가 구성되지 않는다고 주장함.

### □ 법원의 판단

- 법원은 모바일 게임의 운영 화면이 “영화 촬영과 유사한 방식으로 제작된 저작물”<sup>1)</sup>에 해당하므로 저작물로 보아야 한다고 판시함. 모바일 게임의 운영 화면은 이용자가 인지 및 감지하는 표현방식의 하나라고 설명하고 있으며, 이용자들이 연속적으로 조작하고 화면에 “연속적으로 움직이는 이미지”를 구현하므로 “영화 촬영과 유사한 방식으로 제작된 저작물”로 보아야 함. 저작물이 표현 효과에 있어 “영화 촬영과 유사한 방식으로 제작된 저작물”의 창작성 기준을 만족하면 구체적인 제작 방법은 저작물 여부를 판단하는 데 있어 영향을 줄 수

\* 북경대학교 법학석사

1) 중국 저작권법 제3조: 이 법에서 말하는 ‘저작물’(作品)은 다음 형식으로 창작된 문학, 예술과 자연과학, 사회과학, 공기술(工程技術) 등의 저작물을 포함한다. (6) 영화저작물(電影作品) 및 영화촬영과 유사한 방식으로 창작한 저작물

없음. 본 안 중 원고의 저작물은 창작성 기준에 부합하므로 저작물로 보아야 함.

- 법원은 원고 저작물의 39가지 게임 방법 중 20가지의 인터페이스와 서브 인터페이스가 피고의 게임 저작물과 유사하다고 판결함. 또한, ARPG 유형의 게임에서 사용되는 13가지 주요 게임 규칙 중 7가지가 같음을 이유로 두 작품 간의 실질적 유사성을 인정함. 추가로 법원은 게임 내 상점에서 판매하는 가상 화폐와 인민폐의 교환 비율 및 상품의 가격 책정이 같은 구조로 이루어져 있으며, 게임 시작 부분의 시범 조작 인터페이스가 고도로 유사함을 지적했음. 피고가 원고의 게임의 과반수의 인터페이스를 복제하여 사용했으며, 이는 공정 이용의 범위를 넘어서는 것으로 저작권 침해에 해당한다고 인정함.
- 법원은 피고가 원고에게 3000만 위안(한화 약 51억 2340만 원)을 배상할 것을 명령함.

## □ 평가

- 본 판결은 게임 운영 화면이 “영화 촬영과 유사한 방식으로 제작된 저작물”에 해당한다고 명시함에 그 의미가 있으며 업계 내 가장 큰 손해배상액이 결정된 사건임.
- 원고 측은 배상액 전부를 게임저작권 보호 기금 및 게임특허권 보호 기금을 조성하는데 사용할 것이라고 밝혔으며, 본 판결은 중소기업 모바일 게임의 지식재산권 보호에 큰 의미를 시사한다고 함.

## □ 참고 자료

\* <http://news.zhichanli.cn/article/6108.html>