

2021년 저작권법 테마 세미나

“ 미국 연방대법원의 Google v. Oracle 판결에서의
저작물 공정이용(fair use) 법리 ”



한국저작권위원회
KOREA COPYRIGHT COMMISSION

(사)한국지식재산학회



2021년 저작권법 테마 세미나

“ 미국 연방대법원의 Google v. Oracle 판결에서의
저작물 공정이용(fair use) 법리 ”

시간	세부 내용	
15:20 ~ 15:30	개회식 사회 : 조용순 교수(한세대학교)	
	개회사	김원오 회장(한국지식재산학회)
	축사	최병구 위원장(한국저작권위원회)
15:30 ~ 16:50	[제1세션] 우리 저작권법에의 함의	
	좌 장 : 한지영 교수(조선대학교)	
	발제	김창화 교수(한밭대학교)
16:50 ~ 18:00	[제2세션] 관련 산업에의 영향	
	좌 장 : 배대현 교수(경북대학교)	
	발제	정진근 교수(강원대학교)
	토론	박형욱 대표(디자인지식재산컨설팅) 최진원 교수(대구대학교) 나종갑 교수(연세대학교)

일시

2021. 6. 25.(금), 15:30~18:00

사전등록



 YouTube '저작권TV'에서

실시간 중계 예정



목 차

session 1. 우리 저작권법에의 함의

발제문

김 창 화 한밭대학교 교수 1

토론문1

고 재 린 한국저작권위원회 변호사 29

토론문2

김 병 만 서울중앙지방법원 지재전담부 판사 35

토론문3

곽 재 우 법무법인(유) 광장 변호사 41

목 차

session 2. 관련 산업에의 영향

발제문

정진근 강원대학교 교수 47

토론문1

박형욱 디자인지식재산컨설팅 대표 87

토론문2

최진원 대구대학교 교수 93

토론문3

나종갑 연세대학교 교수 99



개 회 사

반갑습니다. 한국지식재산학회 회장 김원오 교수입니다.

지난 5월 정기 세미나였던 춘계세미나에 이어 새롭게 기획한 ‘테마 세미나’를 개최할 수 있게 된 것을 무척 기쁘게 생각합니다.

특히 이번 테마 세미나는 ‘한국저작권위원회’와 의기투합하여 공동개최하는 것이란 점에서 무척 의미가 깊다고 생각합니다. 그동안 우리 한국지식재산학회는 주로 산업재산권 이슈를 학술대회 주제로 다루어왔지만, 이번 기회를 계기로 저작권 분야로 주제를 확대하여 명실상부한 지식재산학회로 재출범한 것이란 점에서 그렇습니다.

이번 세미나 공동개최 제안을 흔쾌히 수용해 주시고 장소제공과 경비지원까지 아끼지 아니하신 최병구 위원장님께 먼저 심심한 감사의 마음을 전합니다.

또한 세미나 기획과 준비과정을 도맡아 주신 정차호 기획담당 부회장님과 저작권 위원회와 연결고리 역할을 하시면서 공동개최가 원만히 이루어질 수 있도록 수고해 주신 정진근 강원대 로스쿨 원장님에게 감사드리며, 더욱이 오늘 다룰 Google v. Oracle 판결이 관련 산업에 미칠 영향에 관한 주제 발표까지 해 주신다니 더욱 감사합니다. 또한 학회 총무이사로 수고하시면서 오늘 다루게 될 사건 판결을 충실하게 소개하면서 우리 저작권법에의 함의를 발제해 주시는 한발대 김창화 교수님께도 감사드립니다.

오늘 세미나는 온라인/오프라인 혼합방식으로 진행되는데 좌장님, 발제자분들과 몇몇 토론자께서는 현장 참석하여 진행하고 있습니다. 오늘 세미나는 미 연방 대법원 판결 하나를 놓고 진행되는 테마 세미나지만 저작권 분야 연구와 경험이 풍부하신 두 중진 교수님인, 한지영 교수님과 배대헌 교수님을 좌장으로 모신 것에서 알 수 있듯이 다양한 분야의 최고의 전문가들을 모시고 깊이 있는 토론이 진행될 것입니다. 제1주제 발표와 관련해 고재린 변호사님(한국저작권위원회), 김병만 판사님(서울중앙지법 지재전담부), 곽재우 변호사님(법무법인 광장) 등 법조계의 실력자분들을 토론자로 모시게 된 것도 영광으로 생각합니다. 제2주제 발표와 관련해서도 박형욱 대표님(디자인지식재산컨설팅), 최진원 교수님(대구대학교), 나종갑 교수님(연세대학교)께서 열띤 토론을 해 주실 것으로 무척 기대됩니다.

오늘 다루게 될 주제는 저작권의 영원한 테마, 공정이용(fair use)입니다. 이미 구글의 도서관 프로젝트라는 대량 디지털화 문제의 재판과정에서도 10년을 끈 판결이 결국 공정이용으로 귀결된 바 있지만, 이 사건 판결은 공개 API 이슈로 무려 23조~33조 원에 달하는 손해배상액이 걸린 10년을 끈 분쟁에 대한 판결이며, 오픈소스 기반 SW 시장의 향방을 가늠한다는 점에서 더욱 의미가 크다고 생각하며 흥미진진할 것으로 여겨집니다. 마지막으로, 오늘 귀중한 시간을 내어 참석/참여해주신 모든 분께 다시 한 번 깊은 감사를 드리며, 아울러 이번 공동 학술세미나의 원활한 진행을 위해 수고해 주신 한국지식재산학회와 한국저작권위원회 연구원들과 실무자분들께도 깊은 감사를 드립니다. 아무쪼록 이번 학술 세미나가 SW와 AI가 이끌어 가는 지능정보화시대에 기술적 공·사용 문제를 깊이 천착해 볼 수 있는 계기를 제공할 것이라 믿으며 이것으로 개회사에 갈음할까 합니다.

2021. 6. 25.

한국지식재산학회장 **김 원 오**



축 사

안녕하십니까? 한국저작권위원회 위원장 최병구입니다.

한국지식재산학회와 한국저작권위원회의 「2021 저작권법 테마 세미나」 공동개최를 진심으로 축하드립니다.

먼저 그동안 우리나라 지식재산 발전을 위해 활발한 연구와 세미나를 진행하며 힘써 오신 한국지식재산학회 김원오 회장님과 학회원 여러분, 오늘 세미나에서 고견을 들려주실 한밭대학교 김창화 교수님, 강원대학교 정진근 교수님을 비롯하여 토론에 참여해주실 여러 학자 및 전문가분들의 노고에도 감사의 말씀을 드립니다. 아울러, 바쁘신 일정에도 불구하고 저작권법 테마 세미나에 관심을 가지고 온 오프라인으로 자리를 빛내주고 계신 모든 분들께 감사의 인사를 드립니다.

디지털 전환 시대에 빠르게 성장하는 주요 기술 분야에서 소프트웨어의 전략적 활용은 기업의 대표적인 경쟁력 확보수단이 되어 그 중요도가 높아지고 있는 반면, 다른 한편으로 해당 분야의 기업들이 새로운 소프트웨어의 개발을 위해 또는 상호 호환성 확보를 위해 기존의 프로그램 등을 적극적으로 활용하는 사례 역시 빈번해지고 있습니다.

이러한 상황 속에서 지난 4월, 10여 년간 이어진 구글과 오라클의 이른바 ‘자바 전쟁’이 막을 내리며, 美연방대법원은 컴퓨터프로그램의 소스코드 이용에 대한 공정이용 판단기준을 제시하였습니다. 이는 관련 분야에서의 저작물 활용 가능성을 확보하고 그 이용기준을 명확히 하여 향후 소프트웨어 산업의 혁신·성장을 더욱 도모하는 계기가 되리라 생각합니다.

오늘 세미나는 그간 모호했던 공정이용 범위에 대해 美연방대법원이 제시한 기준이 우리나라 저작권법과 소프트웨어 산업에서 시사하는 바가 무엇인지 논의하며 현시점에서 우리가 나아가야 할 방향을 제시할 수 있는 의미 있는 자리가 될 것으로 기대합니다.

우리 위원회는 소프트웨어 거래상 발생할 수 있는 위험에 대비하고 그 이용의 안정성을 도모하기 위해 ‘소프트웨어 임치제도’를 운영하는 한편, 오픈소스 소프트웨어에 대한 라이선스 준수사항과 국내외 최신 정보를 제공하는 ‘오픈소스 소프트웨어 라이선스 종합정보시스템’(Open Source License Information System, OLIS)을 구축하여 운영하는 등 저작권 보호와 이용 활성화를 위해 지속적인 노력을 해오고 있습니다.

이번 세미나를 계기로 우리 위원회는 각계의 전문가와 더욱 활발하게 소통하고, 디지털 기술 발전에 따라 변화할 미래 환경에 선제적으로 대응하기 위해 저작권 법·제도 개선 및 소프트웨어 산업 지원 방안을 더욱 적극적으로 고민하도록 하겠습니다.

끝으로, 오늘 행사를 준비해주신 관계자 여러분께 다시 한 번 깊은 감사의 인사를 드리며 이 자리에 함께하신 모든 분들의 건강과 번영을 기원합니다.

감사합니다.

2021. 6. 25.

한국저작권위원회 위원장 **최 병 구**



발제문



 김 창 화 한밭대학교 교수



Google v. Oracle 판결에서의 공정이용에 관한 연구

김창화 한밭대학교 교수

I. 서언

2005년 구글(Google)은 안드로이드(Android)를 매수하여 모바일 장치 소프트웨어 플랫폼을 개발하기 시작하였다. 당시, 많은 소프트웨어 개발자들은 오라클의 전신인 Sun Microsystems(이하 '썬'이라 한다)에 의해 개발된 자바(Java) 프로그래밍 언어를 사용하였고, 그들 중 다수는 새로운 소프트웨어를 개발하는데 썬의 자바 SE 플랫폼을 사용하였다. 이에, 구글은 썬과 자바 플랫폼 전체에 대한 라이선스 협상을 시작하였다. 하지만 구글의 오픈소스 플랫폼과 썬의 상호운용성(interoperability) 정책 간의 차이로 결렬되었다. 이후, 구글은 스마트폰에 대한 안드로이드 플랫폼을 구축하기 시작하여 수백만 줄의 새로운 코드를 작성하였다. 다만, 구글은 자바에 익숙한 프로그래머들이 안드로이드에서 쉽게 작업할 수 있도록 자바 SE 프로그램에서 약 11,500줄의 코드를 복제하였다. 2010년 오라클(Oracle)은 썬을 인수하였고, 그 직후 구글이 저작권을 침해하였다고 주장하면서, 소송을 제기하였다. 올해 4월, 미국 연방대법원은 이 사건(이하 '본 판결'이라 한다)에 대해, 프로그래머가 새롭고 변형적인 프로그램에서 작업하는데 축적된 재능을 이용할 수 있도록 하는 코드인 자바 SE API의 일부를 복제한 것은 공정이용(fair use)에 해당하여 침해가 성립하지 않는다고 판결하였다.¹⁾ 하지만 이러한 결정은 11년간의 오랜 법정 공방이 말해주듯이, 많은 논란의 소지 또한 남겼다. 특히, 반대의견(dissent)은 다수의견의 검토 절차부터 복제된 코드의 저작물성 판단, 공정이용의

1) Google LLC. v. Oracle America, Inc., 593 U.S. (2021).

4가지 요소에 관한 판단에 이르기까지 전체적인 부분에 대하여 강력한 반대의견을 제시하고 있다. 본 글은 대립하는 의견에서의 논쟁을 중심으로, 공정이용 관련 문제들을 살펴보고, 그에 따른 우리 법에의 함의를 살펴보고자 한다.

II. 관련 기술의 검토

본 판결에서 복제된 부분은 API(Application Programming Interface)로 불리는 도구(tool)의 일부로서, 이는 프로그램의 기능을 수행하기 위해 프로그래머가 코드를 처음부터 작성하지 않아도, 미리 작성된 코드를 사용할 수 있게 한다. 그리하여, 프로그래머는 API를 통해 복잡한 작업을 수행할 때, 미리 작성된 코드의 방대한 라이브러리를 이용할 수 있다. API는 또한, 컴퓨터 작업의 영역을 특별한 방식으로 나누고 정리하여, 프로그래머가 프로그램에 필요한 특정 작업을 선택할 수 있게 한다. 썬의 자바 API에서, 각각의 개별 작업은 “메소드(method)”로 알려져 있고, API는 다소 유사한 메소드를 더 큰 “클래스(class)”로 분류하고, 다소 유사한 클래스를 더 큰 “패키지(package)”로 분류한다. 이러한 메소드-클래스-패키지의 조직구조는 썬 자바 API의 “구조(structure), 순서(sequence), 조직(organization)” 또는 SSO로 일컬어진다.

각각의 작업에는 ‘실행코드(implementing code)’로 알려진 컴퓨터 코드가 존재하며, 이는 특정 작업을 수행할 방법을 컴퓨터에게 전달한다. 프로그래머는 특정 작업에 해당하는 명령들(commands)을 프로그램에 입력함으로써 실행코드 프로그램 중 어떤 것을 선택해야 하는지를 컴퓨터에게 전달한다. ‘메소드 호출 (method calls)’로 알려진 명령들은 실행코드에 작성된 프로그램을 선택하여 작업을 수행하는 데 도움을 준다. 자바 언어에 익숙한 사람들은 수많은 작업을 불러올 수 있는 수많은 메소드 호출을 이미 알고 있다. 메소드 호출은 특정 작업을 수행하는 방법을 컴퓨터에게 지시하는데 필요한 특정 실행코드를 실제로 찾고 불러오는데, 이는 ‘선언코드(declaring code)’라는 또 다른 유형의 코드를 통해 이루어진다. 선언코드도 API

일부이며, 각각의 작업에 대해 프로그래머가 입력한 특정 명령은 API 내의 특정 선언코드와 일치한다. 선언코드는 API의 전체 조직 시스템 내에서 각 작업의 이름과 각 작업의 위치 모두를 제공한다. 선언코드와 메소드 호출은 링크를 형성하여 프로그래머가 실행코드에 작성된 수천 개의 미리 작성된 작업을 이용할 수 있게 한다. 선언코드가 없다면, 프로그래머에 의해 입력된 메소드 호출은 실행코드를 불러오지 못한다. 따라서 선언코드는 썬 자바 API에서 최소한 2가지의 중요한 기능을 수행한다. 먼저, 선언코드는 프로그래머들을 위해 한 세트의 단축키 기능을 한다. 복잡한 실행코드를 메소드 호출과 연결하여, 프로그래머가 단순한 명령어 이상의 어떤 것도 배우지 않고, API의 작업 라이브러리에서 특정 작업을 선택할 수 있게 한다. 다음으로, 선언코드는 조직적 기능을 수행한다. 자바 기반 컴퓨터 시스템이 실행할 수 있는 수백만 가지의 다른 작업 세트 중 어떤 세트를 실행하기 원하는지, 어떻게 배열하고 분류할지를 구성한다.

위에서 살펴본 바와 같이, API는 3가지 필수적인 부분 즉, 실행코드, 메소드 호출, 선언코드로 나누어진다. 구글은 API가 불러오는 각각의 작업을 수행하는 그 자신의 실행코드를 작성하였다. 다음으로, API는 메소드 호출의 특정 명령을 각 작업의 호출과 연결하는데, 오라클은 프로그래머가 이러한 명령을 사용하는 것이 저작권 침해라고 주장하지 않았다. 마지막으로, API는 메소드 호출의 작성을 컴퓨터에 있는 특정 장소와 연결하는 선언코드를 포함하였는데, 오라클은 구글의 선언코드 사용이 저작권을 침해한다고 주장하였다. 구글은 37패키지에서 썬 자바 API의 선언코드를 복제하였고, 이는 구글이 특정 작업에 부여된 이름과 그러한 작업을 클래스와 패키지로 분류하는 양자 모두를 필연적으로 복제하였음을 의미한다. 이를 통해, 구글은 자바 프로그래밍 언어의 전문가인 프로그래머들이 이미 배운 '작업 호출(task calling)' 시스템을 사용할 수 있도록 하였다. 그 37패키지는 모바일 장치용 애플리케이션에서 프로그래머들에게 가장 유용할 것 같은 작업도 포함하였다. 그러한 패키지과 같은 선언코드를 사용함으로써, 안드로이드 플랫폼을 사용하는 프로그래머는 특정 작업을 호출하는데 이미 익숙한 메소드 호출에 의존할 수 있었다. 만일 그러한 복제가 없었다면, 프로그래머들은 동일한 작업을 호출하기 위해 완전히 새로운 시스템을 배워야 했을 것이다.

III. Google v. Oracle 판결의 검토

1. 공정이용의 인정 - 다수의견

다수의견은 2가지 문제 즉, 선언코드가 저작권으로 보호되는지와 선언코드에 대한 구글의 이용이 공정이용인지에 대하여 답해야 한다고 하였다. 그런데 돌연 당사자들의 분쟁을 해결하는 데 필요한 것 이상으로 답변해서는 안 된다고 하면서, 순전히 논의 차원에서 선언코드가 저작권으로 보호될 수 있다고 가정해버렸다. 그런 다음, 구글의 이용이 공정이용에 해당하는지를 바로 검토하기 시작하였고, 설명적 목적이라는 이유로 공정이용의 두 번째 판단 요소부터 살펴보기 시작하였다.

(1) 둘째 요소 - 저작물의 성격

다수의견은 문제가 된 선언코드가 본질적으로 기능적인 컴퓨터 프로그램이라는 점에서 다른 컴퓨터 프로그램 저작물들과 유사하지만, 이용자 인터페이스의 부분으로서 다음과 같은 이유로 일반적인 컴퓨터 프로그램들과는 다르다고 하였다. 우선, 그 이용이 보호되지 않는 아이디어(일반적인 작업 분배와 조직) 및 새로운 창작적 표현(안드로이드가 제작한 실행 코드)과 본질적으로 연결되어 있다는 것이다. 다음으로, 그것의 가치는 프로그래머들이 API 시스템을 배우기 위해 시간과 노력을 투자하는데서 비롯되며, 프로그래머들에게 그 시스템을 배우고 이용하도록 권하여 구글이 복제하지 않았던 썬의 실행코드를 계속 이용하도록 하는 노력에 그 가치가 있다는 것이다. 더불어, 다수의견은 선언코드가 저작권으로 보호받을 수 있을 수도 있지만, 실행코드와 비교할 때 저작권의 핵심(the core of copyright)에서 멀리 떨어져 있고, 이것은 항소법원과 반대의견의 우려 즉, 컴퓨터 프로그램에 대한 공정이용 인정이 저작권법에 의한 컴퓨터 프로그램 보호를 약화시킨다는 걱정을 감소시킬 수 있을 것이라고 하였다. 그리하여, 선언코드의 이러한 성격이 공정이용에 유리하게 작용한다고 하였다.

(2) 첫째 요소 - 이용의 목적과 특성

저작물의 이용이 공정이용이 되기 위해서는 ‘변형적(transformative)’이어야 한다.²⁾ 또한, 더 광범위하게는 그 이용이 창작성을 자극하는 저작권법의 목적을 달성하는 경우도 이와 같을 수 있다. 구글의 이용 목적은 썬이 프로그래머들에게 실행코드를 호출할 수 있도록 선언코드를 만든 것과 같았다. 또한, 구글의 이용은 새로운 제품을 만드는 것이었고, 프로그래머들에게 스마트폰 환경에서 매우 창작적이고 혁신적인 도구를 제공하는 것이어서, 저작권의 헌법적 기본 목적인 창작적 “진보(progress)”와도 일치한다.³⁾ 그리고 구글은 선언코드의 이용을 안드로이드와 관련된 작업 및 특정 프로그래밍으로 제한하였고, 스마트폰 프로그램에서 필요한 범위로 한정하였다. 따라서 구글의 행위는 기존 시스템의 단어나 구문을 다른 목적에 맞게 고치는 시스템의 구축 즉, 재실행(reimplementation)에 해당하며, 이를 통해 기존 시스템을 배웠던 프로그래머들이 새로운 곳에서 그들의 기본적인 기술을 사용할 수 있도록 하였다. 더 나아가, 인터페이스를 재실행하는 것은 컴퓨터 프로그램의 발전을 촉진하고, 프로그래머들이 습득한 기술을 사용하기 위해서나 서로 다른 프로그램들이 소통하는 데 필요하며, 해당 산업에서 이는 일반적이며, 썬도 기존의 인터페이스를 이용한 바 있다. 이러한 관련 사실들은 구글 복제의 목적과 특성이 공정이용에 유리하게 변형적이었다는 것을 보여준다.

(3) 셋째 요소 - 이용된 부분의 양과 상당성

복제된 선언코드의 양은 선언코드만을 분리하여 고려하면, 37페이지, 11,500줄의 코드에 해당하며, 이는 수백 개의 작업을 호출할 수 있어 적지 않은 수이다. 반면, 전체 286만 줄에서 고려할 때, 11,500줄은 약 0.4%에 해당하여 적은 수이다. 그렇다면, 어느 쪽 방법 즉, 분모가 무엇이 되어야 하는지를 판단할 필요가 있다. 선언

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

3) Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U. S. 340, 349-50 (1991) (“저작권의 기본적 목적은 저자의 노동을 보상하는 것이 아니라 학술(science)과 유용한 기술(useful arts)의 발전을 촉진하는 것이다. (U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8)).

코드의 목적은 특정 라인들을 호출하는 것이어서, 작업 실행라인들과 분리될 수 없고, 그 이용은 창작성이나 아름다움 때문이 아니라 프로그래머들이 익숙했기 때문이며, 다른 컴퓨터 환경을 위한 다른 작업 관련 시스템을 만들고 대중화하는 데 도움이 되는 플랫폼을 만드는 것이었다. 이러한 특징들은 API 전체를 고려하는 것이 더 좋은 방법이라는 것을 알려준다. 다음으로, ‘상당성(substantiality)’ 요소는 일반적으로 복제의 양이 타당하고 변형적인 목적과 관련되는 경우 공정이용에 유리하게 작용한다. 항소법원은 필수적인 170줄만 복제했어도 충분하였을 것이라고 하지만, 구글의 기본적 목적은 안드로이드 시스템에서 자바 언어를 단순히 사용할 수 있게 하는 것이 아니고, 프로그래머들이 안드로이드 플랫폼으로 스마트폰을 위한 새로운 프로그램을 작성할 때 선언코드를 사용하는 지식과 경험을 이용할 수 있도록 하는 것이기 때문에, 구글의 합법적 목적을 너무 좁게 보는 것이어서 타당하지 않다. 따라서 “상당성” 요소도 공정이용에 유리하게 작용한다.

(4) 넷째 요소 - 시장 영향

본 요소는 저작물의 시장 또는 가치에 대한 복제의 영향에 초점을 맞추고 있으며, 이를 판단하기 위해 저작권자가 잃을 수 있는 잠재적 손실을 고려할 수 있다.⁴⁾ 이 경우, 손실의 양뿐만 아니라 그 출처도 고려해야만 하며, 복제가 만들어낼 수 있는 공공의 이익도 함께 고려해야만 한다. 먼저, 잠재적 손실의 양에 대해, 안드로이드는 자바 SE의 실제 또는 잠재적 시장을 해치지 않았으며, 구글이 API 일부를 복사한 것과 관계없이 오라클은 시장에 성공적으로 진입할 수 없었을 것이다. 구글의 안드로이드 플랫폼은 더 큰 컴퓨터에서 더 작은 컴퓨터로 오라클의 코드를 대체하는 것이 아니라 자바와는 다른 더 발전된 시장을 만들었다. 두 제품은 다른 장치들에 있는 다른 유형의 제품이기에 때문에, 안드로이드는 자바 시장의 대체물이 아니다. 다음으로, 안드로이드 수익의 출처는 썬 자바 프로그램에 대한 제3자인 프로그래머들의 투자와

4) 상업적 목적으로 저작물 전체를 그대로 복제하는 것은 대체 시장을 만들어내고, 책을 영화로 만드는 것은 저작권자에게 잠재적이거나 추정적인 손실을 일으킨다. 이러한 손실은 저자들에게 창작적 표현을 자극하는 배타적 권리를 제공하는 저작권의 기본 목적에 어긋난다.

관련이 많고, 썬의 투자와는 관련이 적다. 저작권법은 창작물 운영 방법을 배우는 제3자의 투자를 보호하지는 않는다. 마지막으로, 썬 자바 API 학습에 대한 프로그래머들의 투자를 고려할 때, 오라클의 저작권 집행은 공중에게 해를 끼칠 위험이 있다. 유사한 API를 생산하는 비용과 어려움을 고려할 때, 집행을 허용하는 것은 API의 선언코드를 새로운 프로그램의 미래 창작성을 제한하는 잠금장치로 만들 것이고, 이 경우 그 오라클만이 열쇠를 갖게 되어, 오라클과 같이 인터페이스 저작권을 갖는 회사에만 이익을 줄 뿐이고, 이는 저작권의 기본적인 창작성 목표를 방해할 것이다. 결국, 안드로이드 시장에서 경쟁할 수 있는 썬의 능력에 대한 불확실성, 매출 손실의 출처, 그리고 창작성과 관련된 공중에 대한 피해의 위험을 고려할 때, 네 번째 요소인 시장 효과 역시 공정이용에 유리하게 작용한다.

(5) 결론

구글은 사용자 인터페이스를 재실행하였고, 이용자들이 새롭고 변형적인 프로그램에서 축적된 재능을 이용하는 데 필요한 것만을 취하였다. 따라서 구글의 API에 대한 복제는 공정이용에 해당한다.

2. 공정이용의 부정 - 반대의견

오라클은 소프트웨어 개발자들을 끌어들이 수 있는 프로그래밍 라이브러리를 개발하는데 수년을 보냈고, 그리하여 제품의 가치를 향상시켰다. 구글은 스마트폰의 운영 시스템인 안드로이드에 라이브러리를 사용하기 위해 라이선스를 구했지만 실패하였고, 그 후 라이브러리 중 11,500줄의 코드를 그대로 복제하였다. 이를 통해, 구글은 오라클과 아마존의 제휴 가치 중 97.5%를 감소시켰고, 자신들은 수백억 달러를 버는 등 세계 최대 모바일 운영체제로서 자리를 굳혔다. 그런데도, 다수의견은 구글의 복제가 공정이용이었다고 결정하였다. 이러한 결과는 선결문제 즉, “문제가 된 소프트웨어 코드가 저작권법에 따라 보호되는지”를 검토하지 않았기 때문이다.

해당 코드가 저작권에 의해 보호되는지에 대한 검토를 건너뛰므로써, 다수의견은 관련법을 무시하고, 공정이용 분석을 왜곡하였다. 관련법을 적정히 고려하였다면, 문제가 된 오라클의 코드는 저작권으로 보호받을 수 있고, 그에 대한 이용은 공정하지 않다고 결정하여야 했다.

(1) 선언코드의 저작물성

미국 저작권법은 컴퓨터 프로그램을 “특정 결과를 가져오기 위해 컴퓨터에서 직·간접적으로 사용되는 일련의 지시 또는 명령”으로 정의하고 있고,⁵⁾ 선언코드는 미리 작성된 실행코드를 작동시킴으로써 컴퓨터 기능을 간접적으로 수행하는 일련의 지시들이기 때문에, 정의상 컴퓨터 프로그램에 해당하여 저작권법에 따라 보호된다. 또한, 선언코드는 이러한 명시적 규정이 아니더라도, “극히 낮은” 창작성의 한계를 쉽게 충족할 수 있어 저작물성에 대한 일반적 테스트를 만족한다. 그런데, 구글은 실행코드가 저작권법에 의해 보호되는 것은 인정하지만, 선언코드는 훨씬 더 기능적이고, “작동방법(method of operation)”에 해당하여 제102조(b)에 의해 보호되지 않는다고 주장한다.⁶⁾ 하지만 선언코드는 실행코드 세트의 범위를 정하고, 프로그래머에게 단축키로서의 방법을 제공하기 때문에, 다수의견이 바르게 인식하고 있듯이, 선언코드와 실행코드는 불가분의 관계에 있다. 또한, 선언코드는 실행코드를 포함하고 있기 때문에, 그 자체는 어떠한 기능도 갖고 있지 않다. 그리고 선언코드가 없으면, 개발자들은 모든 프로그램을 처음부터 작성해야 하므로, 복잡한 프로그램을 만드는 데 엄청난 시간이 소요된다. 따라서 선언코드와 실행코드의 기능성은 일반적으로 함께 상승하고 함께 내려간다. 구글의 주장은 또한 ‘직접(실행코드)’과 ‘간접(선언코드)’을 구별하지 않고 둘 다 보호하려는 의회의 결단에 부합하지 않는다. 오라클은 선언코드를 사용하는 아이디어에 저작권을 가질 수 없지만, 라이브러리에서

5) 17 U.S.C. § 101.

6) 17 U.S.C. § 102(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.”).

발견된 아이디어의 구체적 표현에 대해서는 저작권을 가질 수 있다. 또한, 구글은 선언코드가 ‘합체의 원칙(merger doctrine)’에 따라 보호되지 않는다고 주장하지만, 애플과 마이크로소프트의 시도를 포함하여, 작성할 수 있는 수많은 방법이 있었기 때문에 옳지 않다. 따라서 선언코드의 저작물성은 인정된다.

(2) 선언코드의 공정이용

다수의견은 선언코드가 보호된다고 가정하고, 모든 공정이용 요소가 구글에 유리하다고 결론 내렸다. 그런데, 이러한 저작물성 검토의 생략은 방법론을 퇴보시켰고, 공정이용 분석에 필연적으로 영향을 미치는 주요 결론을 회피하도록 만들었다. 그리하여, 선언코드와 실행코드의 구별을 거부했던 의회의 결단과는 반대로 구별을 만들었고, 이러한 왜곡된 분석의 결과는 선언코드가 저작권의 보호를 받지 못하도록 하였다. 더욱이, 다수견해는 공정이용 판단 요소 중 두 가지 요소가 선례에 따를 때 더 중요함에도, 순차적 순서나 중요도 순서로 그 요소들을 평가하지 않고, 둘째 요소인 저작물의 특성부터 검토하기 시작하였다.⁷⁾ 이는 선언코드와 실행코드 사이의 구별을 만들기 위한 것이었으며, 이는 결과적으로 선언코드를 실행코드보다 덜 보호받을 가치가 있는 것으로 만들었다.

가. 저작물의 특성

본 요소는 저작물의 창작성이나 기능성의 수준을 평가하며, 저작물이 창작적이거나 정보적이거나 기능적일 때 공정이용에 유리한데, 코드는 주로 기능적이기 때문에 공정이용에 유리할 수 있다. 하지만, 법원이 코드의 저작권을 인정하고 있어서, 본 요소 하나만으로 공정이용을 결정할 수는 없다. 다수의견은 선언코드의 저작권을

7) 네 번째 요소(오라클 작품의 잠재적 시장에 대한 구글 복제의 영향)는 의심할 여지없이 공정이용의 가장 중요한 요소이다. Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U. S. 539, 566 (1985); 첫 번째 요소(그 이용이 상업적인지를 포함하여 이용의 목적과 특성)는 그것이 결정적일 수 있으므로, 두 번째로 중요하다. Id., at 550.

인정하지 않기 위해, 실행코드와 선언코드의 구별을 만들었고, 그 구별을 위해 본 요소를 사용하였다. 또한, 다수의견은 실행코드와 달리 선언코드는 제3자가 중요시할 때만 가치 있게 되고, 저작권 없는 아이디어와 결합하여 저작권의 핵심에 놓여있지 않다고 결론 내렸다. 하지만 의회는 범주적 구분을 거부하였고, 실행코드를 볼 수 없는 것과 달리 선언코드는 사용자 대면이어서 어찌 보면 저작권의 핵심에 더 가깝다. 그리고 저작권으로 보호받지 못하는 아이디어와 관련된다는 것이 저작권 보호를 막는 것은 아니다. 실행코드도 저작권을 받을 수 없는 컴퓨팅 작업 분배와 관련되어 있다. 그리고 선언코드는 프로그래머들이 미리 작성된 실행코드에 접근하는 방법이어서, 실행코드의 가치는 프로그래머들이 관련된 선언코드를 얼마나 중시하는가와 직접적으로 비례한다. 다수의견은 선언코드가 실행코드와 불가분의 관계가 있다고 올바르게 인식하고 있지만, 그 결론의 영향을 간과하였다. 다수의견은 선언코드의 성격이 보호할 가치가 없게 만든다는 잘못된 결론을 내린 후, 다른 요소들을 검토하였고, 이 첫 실수는 다수의견의 전체적 분석에 영향을 미쳤다.

나. 시장 영향

가장 중요한 공정이용 요소는 구글의 복제가 오라클 저작물의 잠재적 가치나 시장에 미치는 영향이다. 항소법원의 결정처럼, 구글의 복제로 인한 실재적·잠재적 피해의 증거는 압도적이었다. 오라클의 코드를 복제하여, 구글은 두 가지 방법으로 오라클의 잠재적 시장을 망쳤다. 첫째, 구글은 제작자들이 자바 플랫폼을 설치하기 위해 대가를 지급할 이유를 없앴다.⁸⁾ 둘째, 구글은 오라클이 스마트폰 운영체제 개발자에게 자바 플랫폼을 라이선스할 기회를 방해했다. 다수견해는 오라클이 스마트폰 시장에 성공적으로 진입하지 못했을 수도 있다고 하면서 피해를 일축하고 있지만, 이는 알 수 없는 일이다. 또한, 저작권자가 개발할 잠재적 시장뿐만 아니라 다른 사람이 개발할 수 있도록 라이선스할 수 있는 잠재적 시장도 살펴보았어야 한다. 다수의견은 저작권 집행이 오라클에게 안드로이드에 대한 프로그램의 미래

8) 구글의 안드로이드 출시 후, 아마존은 오라클과 97.5%의 라이선스 요금 할인을 협상하였고, 삼성은 오라클과의 계약을 4천만 달러에서 백만 달러로 떨어뜨렸다.

창작성을 제한할 수 있는 권한을 줌으로써 공중에게 피해를 줄 수 있다고 하였다. 하지만 이러한 잠금 효과(lock-in effect)는 다음과 같은 이유로 추측일 뿐이다: 오라클은 전에도 구속력(lock-in power)을 갖지 못하였으며; 오라클은 선언코드를 프로그래머들에게 자유롭게 이용할 수 있도록 하였으며; 향후 소송에서 오라클에게 안드로이드에 대한 지배권을 부여할 것이라는 잘못된 가정을 하고 있다. 더불어, 오라클이 할 수 있었던 것을 다수의견이 추측하였다면, 구글이 무엇을 해왔는지도 고려해야 했다. 다수의견은 오라클이 저작권 보호를 남용하고 시장을 독점하려는 시도를 했다고 하지만, 최근 안드로이드를 남용하여 독점금지법을 위반하고 기록적인 50억 달러의 벌금을 부과 받은 것은 구글이었기에, 구글이 더 큰 위협은 아닌지를 따져보았어야 했다. 오라클의 저작물을 복제함으로써, 구글은 오라클의 시장을 소멸시키고, 매년 수백억 달러를 벌어들이고 있는 모바일 운영체제를 만들었다. 만일 오라클의 잠재적 시장에 대한 이러한 영향이 구글에 유리하다면, 공정이용 분석에 큰 문제가 있는 것으로 볼 수밖에 없다.

다. 이용의 목적과 특성

두 번째로 중요한 요소인 이용의 목적과 특성은 그 이용이 상업적이었는지 그리고 변형적이었는지를 고려하도록 한다. 두 가지 측면 모두 오라클에게 크게 유리하다. 구글의 복제 특성은 압도적으로 상업적이다.⁹⁾ 수익의 규모가 결정적이진 않더라도 공정이용에 불리하게 작용할 수 있다. 다수의견은 상업적 이용이 공정이용을 항상 불리하게 하는 것은 아니라는 점을 지적함으로써, 압도적인 상업적 이용을 무시하려고 하였다. 물론, 충분히 변형적인 이용이라면 상업적 이용을 때때로 극복할 수도 있다. 하지만 오라클의 상업적으로 가치 있는 플랫폼을 자체 플랫폼으로 대체하려는 구글의 의도된 목적을 고려했어야 한다. 수백억 달러에 이르고 저작권의 시장을 파괴하는 복제에 대하여 공정이용을 인정할 수는 없다. 구글은 또한, 변형적인 이용에서도 나은 것이 없다. 구글이 대형 컴퓨터에서 소형 컴퓨터에 맞게 자바 코드를

9) 공정이용 관련 재판 직전 해인 2015년에만, 구글은 안드로이드로부터 180억 달러를 벌어들였다. 안드로이드가 세계 시장 점유율을 장악함에 따라, 그 수치는 급격히 증가했다.

고치는 것은 제107조의 예 중 어느 것보다도 낫지 않았다.¹⁰⁾ 구글은 힘들고 단조로운 일을 피하려고, 오라클이 했던 동일한 목적으로 선언코드를 사용했을 뿐이다. 항소 법원이 지적한 바와 같이, 저작물을 그대로 취하고, 경쟁 플랫폼에서 원본과 동일한 목적과 기능을 위해 사용하는 것에 대해서는 공정한 것이 아무것도 없다. 더욱이, 다수견해는 변형적 이용과 파생적(derivative) 이용을 혼동하였다. 변형적이 되려면 원작과 기본적으로 다른 어떤 것을 해야만 한다. 다수의견은 새로운 환경에서 동일한 목적을 단순히 제공하는 작품을 변형적이라고 하였지만, 그것은 파생적인 것이다. 의회는 저작권자가 “파생적인 작품을 준비하는 배타적 권리”를 가지고 있음을 명확히 하고 있다.¹¹⁾ 구글은 변형적인 상품을 만들었다기보다, 저작물을 이용함으로써 이익을 얻었을 뿐이다.

라. 이용된 부부의 양과 상당성

구글은 오라클의 작품 중 핵심을 복제했다고 했던 항소법원의 결론에 반박하지 않았다. 선언코드는 프로그래머들을 자바 플랫폼으로 끌어들이고, 구글이 그 코드에 그렇게 많은 관심을 기울인 이유이다. 구글은 그 코드를 그대로 복제하였고, 이는 공정이용에 불리하다. 다수의견도 이에 반대하지 않았지만, 구글이 새로운 상품들을 만드는 데 필요한 것 이상의 것을 취하지 않았다고 결론 내렸다. 그 분석은 구글의 이용이 변형적이지 않기 때문에 옳지 않다. 이 요소는 따라서 구글에 불리하다. 더욱이, 구글의 이용이 변형적이라고 해도, 원작의 작은 부분만을 구글이 복제하였다고 결론 내린 다수의견은 잘못되었다. 다수의견은 선언코드의 11,500줄(약 600 페이지를 채우기에 충분한)이 자바 플랫폼에서 코드의 일부일 뿐이라고 하였다. 하지만 걱정할 분모는 모든 코드가 아니라 선언코드이다. 복제된 작품이 원작품에 대한 시장 대체 또는 잠재적으로 라이선스 된 파생상품의 역할을 할 수 있다면 양적으로 상당한 것이다. 선언코드는 프로그래머들을 끌어들이고, 안드로이드를 오라클의

10) 제107조의 예들은 “비평, 코멘트, 뉴스 리포트, 교육 ..., 학문 또는 연구를 포함한다. 이러한 예들은 배타적이지 않고 예시적이다.

11) 17 U.S.C. §106(2).

자바 플랫폼 시장에 대한 대체로 만들었다. 구글의 복제는 질적으로나 양적으로 모두 충분했다.

(3) 결론

요약하면, 4개의 공정이용 요소 중 3개가 구글에게 불리하며, 구글에게 유리한 유일한 요소인 저작물의 특성만으로는 공정이용을 인정할 수 없다. 공정이용을 인정하는 것은 선언코드가 저작권으로 보호받을 수 있다는 의회의 결정을 부적절하게 무시하는 것이기 때문에 타당하지 않다. 따라서 공정이용은 성립하지 않는다.

3. 비교에 따른 쟁점의 제기

다수의견과 반대의견에서 가장 큰 차이를 보이는 부분은 선언코드의 보호 가능성이다. 다수의견은 선언코드의 저작물성이 있다고 가정하고 출발하였지만, 저작물의 특성에서 보호 가치가 없거나 매우 작다고 하였고, 반대의견은 저작권법의 컴퓨터 프로그램 정의에 '간접적인'이 포함된 것은 선언코드를 포함하는 것이어서 저작권으로 당연히 보호되어야 한다고 하였다. 그렇다면, 선언코드의 보호에 대하여 저작권법 제101조와 제102조(b)와 관련하여 살펴볼 필요가 있다. 다음으로, 다수의견과 반대의견은 시장효과, 이용의 목적과 특성, 이용된 부분의 양과 상당성 판단에 대해서도 같은 사실들을 매우 다르게 해석하고 있어, 이에 관한 판단의 타당성을 검토할 필요가 있다. 더불어, 다수의견과 반대의견의 해석을 전체적으로 비교함으로써, 판단에 영향을 끼친 저작권 보호에 대한 근본 인식을 확인하여 공정이용의 방향을 확인할 수 있다.

IV. 쟁점의 검토

1. 선언코드의 보호 여부

(1) 구체적 쟁점의 제기

반대의견은 선언코드가 저작권법 제101조의 컴퓨터 프로그램(컴퓨터에서 간접적으로 사용되는 지시)에 해당하고, 극히 낮은 창작성의 요건도 만족할 수 있어, 저작권법에 따라 보호된다고 하였다. 만일, 선언코드를 보호하지 않거나 실행코드와 다르게 구별한다면, 직·간접의 지시나 명령을 다 포함하고 있는 법률에 반하며, 선언코드는 실행코드와 밀접하게 관련되어 있어, 선언코드만 저작물성이 없을 수는 없다고 하였다. 또한, 선언코드를 작성하는 방법이 여럿 있을 수 있어 합체의 원칙도 적용될 수 없다고 하였다. 이에 반해, 다수의견은 비록 선언코드가 저작권으로 보호받을 수 있다고 가정하였지만, 공정이용의 두 번째 판단 요소에서 선언코드의 저작물성을 간접적으로 판단하였다. 여기서, 다수의견은 선언코드가 다른 컴퓨터 코드와는 달리 훨씬 기능적이어서 보호받기 어렵고, 보호를 받을 수 있더라도 매우 좁은 범위에서 가능하다고 하였다. 그렇다면, 양자의 타당성을 검토하기 위해서는 선언코드에 대한 저작권법 제102조(b)의 적용 여부와 창작성 여부를 살펴볼 필요가 있어 보인다.

(2) 제102조(b)의 적용

미국 저작권법 제102조(b)는 작동방법에 저작권 보호가 미치지 아니한다고 규정하고 있다.¹²⁾ 본 규정은 아이디어-표현 이분법(idea-expression dichotomy)을 성문화한 것이고, 이는 작동방법을 저작물성에서 명확하게 제외시킨다.¹³⁾ 아이디어

12) 앞의 각주 6번 참조.

13) Peter S. Menell, Rise of the API Copyright Dead?: An Updated Epitaph for Copyright Protection of Network and Functional Features of Computer Software, 31 Harv. J.L. & Tech. 305, 423 (2018).

-표현 이분법을 지원하기 위해, CONTU 보고서는 또한, “누구든지 기기가 모든 가능한 공정(process)을 수행하도록 하는데 항상 자유롭지만, 타인의 프로그램을 취하는 것은 자유롭지 않다”라고 선언하였다.¹⁴⁾ 하원 보고서도 컴퓨터 소프트웨어 저작권 보호와 아이디어-표현 이분법의 상호작용을 다음과 같이 표현했다: 제102조(b)의 의도는 프로그래머에 의해 채택된 표현이 컴퓨터 프로그램에서 저작권을 갖는 부분이고, 프로그램에서 구현한 실질적 공정이나 방법은 저작권법의 범위 내에 있지 않다는 것을 분명히 하는 것이다.¹⁵⁾ 이와 같은 것들은 API에서 실행코드와 선언 코드가 구별될 수 있고, 실행코드는 보호될 수 있는 컴퓨터 프로그램이고, 선언코드는 프로그램에서 구현한 실질적 공정이나 방법에 해당하여 보호될 수 없음을 보여준다.

제102조(b)는 또한 저작권법에 따른 보호를 받을 수 없게 하는 한계원칙으로 작용하여, 공정이용의 적용을 필요 없게 하며, 적용이 있더라도 공정이용에 매우 유리하게 작용한다. 실용품(usable articles), 타이프페이스(typeface) 그리고 건축적작물(architectural works)의 입법에서도 제102조(b)는 침해나 공정이용의 고려요소가 아니라 저작물성의 한계원칙으로 작용하였다. 실용품에 대해 입법기록은 실용품으로부터 분리되어 확인될 수 있는 요소들만이 저작권으로 보호받을 수 있다고 함으로써, 분리가능성을 한계 이슈로 보았다.¹⁶⁾ 또한, 1976년 저작권법 입법기록은 텍스트나 다른 인식 가능한 문자의 조합을 구성하는데 사용되는 실용적 기능은 저작권으로 보호받는 “그림, 그래픽 또는 조각 작품”으로 간주되지 않는다고 하면서, 저작권 보호에서 타이프페이스를 제외하였다.¹⁷⁾ 마지막으로, 1990년에 의회는 베른협약을 준수하는 차원에서, 건축물에 대한 보호를 확장하는 저작권법을 개정하였는데, 여기서 물리적 또는 개념적 분리가능성과 관계없이 디자인 요소들이 기능적으로 요구되지 않는 경우에만 보호될 수 있다고 하였다.¹⁸⁾

14) CONTU Report at 20.

15) H.R. Rep. No. 94-1476, at 56-57 (1976).

16) H.R. Rep. No. 94-1476, at 55 (1976).

17) Id.

18) Architectural Works Copyright Protection Act, Pub. L. No 101-650, 104 Stat. 5089 (1990).

더욱이, Baker v. Selden 판결¹⁹⁾과 그 이후 다른 관련 판례들은 실용품과 다른 기능적 저작물에 대한 저작권 보호에 대하여 매우 엄격하였음을 보여주고 있다. 먼저, 항소법원이 구속력 없다고 한 Lotus 사건에서, 메뉴 명령 체계는 사용자들에게 Lotus 1-2-3의 기능을 설명하고 보여주는 역할을 넘어 프로그램을 작동시키고 통제하는 방법의 역할을 하는 작동방법에 해당하기 때문에, 저작권으로 보호받을 수 없는 것으로 결정되었다.²⁰⁾ 다음으로, Sega v. Accolade 법원은 비디오 게임 콘솔과의 호환성을 위한 기능 요건들이 저작권에 의해 보호되지 않는 Sega 프로그램의 부분이고, 그러한 비디오 게임 플랫폼의 부분은 컴퓨터 시스템의 기능적 사양으로서 간단한 API에 해당하고, 상호운용성(compatibility)을 위해 필요한 인터페이스 사양은 저작권으로서 보호받을 수 없다고 하였다.²¹⁾ 이것은 CONTU 보고서 및 제102조(b)의 의도와 일치하며, 법원들 특히 제9항소법원이 두 번째 진입자가 독립적으로 기능적 사양을 재실행하는 한, 저작물성에 대한 상호운용성 예외를 인식하고 있음을 보여준다.²²⁾ 자바 API의 37패키지와 동일한 기능을 얻기 위해, 구글은 API의 정확한 선언코드를 복제해야만 했고, 이것들은 저작권으로 보호되지 않는 Sega의 프로그램 일부인 비디오 게임 콘솔과의 호환성을 위한 기능적 요건과 동일하다.

항소법원은 상호운용성에 대한 코드가 보호될 수 있는 것으로 판결함으로써, Apple v. Franklin에서의 부수적 의견(dicta) 즉, 원고가 저작물을 일단 만들면, 전체적 호환성을 얻기 위한 피고의 바람은 상업적이고 경쟁적인 목적이 된다는 이론을 부활시켰다.²³⁾ 그 의견은 작품의 일반적인 목적이나 기능에 필수적이지 않은 모든 것은 보호될 수 있다고 하는 것이며, 저자가 아이디어를 표현할 여러 방법을 갖는 한, 기능을 제공하더라도 원작품은 저작권 보호를 받을 자격이 있다고 하는 것이다. 이는 원고의 소프트웨어에 대한 특정 기능을 얻기 위해 피고가 독립적으로 그 코드를 작성하면, 그 문제를 풀 수 있지만, 이는 특정 기능을 프로그래밍 하는

19) 101 U.S. 99 (1879).

20) Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc., 516 U.S. 233 (1996).

21) 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

22) Menell, supra note 13, at 430.

23) Apple Comput., Inc. v. Franklin Comput. Corp., 714 F.2d 1240, 1253 (3d Cir. 1983).

여러 방법이 존재할 수 있는지를 단순히 묻는 것의 체계를 명백하게 거부한 Sega 결정과 정면으로 배치된다. 사실, 이러한 논쟁은 Lotus 사건 이후, 의회가 DMCA의 반우회 규정²⁴⁾들에 대한 상호운용성 면제를 채택하여, Sega 결정을 분명히 지지함으로써, TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc. 사건²⁵⁾에서 대법원이 기능적 특징들을 보호하는 유일한 수단은 특허법이며, 과잉보호를 신중하게 경계해야 한다는 원칙을 강화함으로써 최초의 API 저작권 전쟁은 끝이 났었다.

(3) 창작성

오라클은 API가 해리포터 소설과 같이 창작적이기 때문에 보호되어야 한다고 주장한다. 하지만 소프트웨어 디자인을 예술품과 비교하는 것은 지식재산 시스템의 기본적인 원칙과 맞지 않는다. 저작권법 목적상, 기술적(technological) 창작과 표현적(expressive) 창작은 다르다. 소설과 복잡한 API 디자인들은 둘 다 사전적 의미에서 창작적이라는 것에는 문제가 없지만, 지식재산법의 보호 유형과 관련되어 구별되어야 한다. 소설의 캐릭터, 셋팅, 줄거리 등의 요소에 대한 강력한 보호를 부여하는 것은 책의 기술이나 문학적 커뮤니케이션을 독점하는 것이 아니고, 다른 저자들은 여전히 마법사 스토리를 자유롭게 개발할 수 있기 때문이다. 하지만, API는 특정 디지털 기기의 ‘레버(lever)’와 ‘기어(gear)’들로서 기능하기 때문에, 그 기능을 하기 위해 복제되어야 한다. 따라서 동일한 입력에 반응하고 동일한 결과를 생산하는 컴퓨터를 만들기 위해 동일한 패키지 이름, 클래스 이름, 메소드 이름을 복제할 필요가 있다. 만일, 선언코드 내에서 다른 문자를 사용한다면 특정 기계가 작동하지 않게 된다. 이는 Sega 플랫폼에 대해 잘못된 활성화 코드가 있거나, Lotus 매크로에서 잘못된 문자를 사용하거나, ATM에 대한 잘못된 PIN을 사용하는 것과 다르지 않다.

24) 17 U.S. Code § 1201(a)(1)(A) (“No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.”).

25) 532 U.S. 23 (2001).

방법과 생성자의 조합에 저작권 보호를 제공하는 것은 특정 기계나 하위 기계를 독점할 수 있게 한다. 의회는 제102조(b)를 통해, 그리고 연방대법원은 Baker 판결을 통해, 기술 혁신의 목적 아래 이러한 보호를 금하고 있고, 그 보호는 특허에 맡기도록 하고 있다. 이러한 유형별 보호와 제한은 경쟁과 혁신을 촉진하고, 소비자는 플랫폼에 구속되지 않고, 경쟁자는 플랫폼을 확장하고 개선할 수 있는 더 큰 자유를 갖게 된다. 기술적 창작성과 표현적 창작성의 융합은 오라클을 비롯한 플랫폼 후원자들이 낮은 독창성을 넘어서면 100년 가까이 기술 플랫폼에 대한 접근을 효과적으로 제어할 수 있게 한다. 천만 명의 자바 프로그래머들에게 새로운 프로그래밍 플랫폼을 배우게 하는 것은 더 나은 플랫폼으로 전환하는 데 상당한 장애가 된다. 그것은 인적 자본과 코드 개발에 대한 투자를 방해한다. 볼랜드가 Lotus 1-2-3에서 실행되도록 설계된 매크로가 볼랜드의 4에서 작동할 수 있도록 하는 기능을 구현하는 것도 이와 같은 고려였다.

연방법원은 API를 독특한 기능이 아닌 변화 가능한 표현으로 취급하였다. 그런데, 저작권 관점에서, 중요한 문제는 특정한 방식으로 표현된 특정 명령 집합이 “특정 작업을 수행하는 유일한 필수 수단”인가 또는 그 지시들이 특별한 방법으로 표현되는 “프로그램에 구현된 실제 공정 또는 방법”을 효과적으로 하기 위한 유일한 방법인가이다. CONTU 보고서에서 보았듯이, 다른 사람의 프로그램을 취하지 않는 한, 특허가 없는 한 모든 실행 가능한 공정을 기계가 수행하게 하는 것은 항상 자유롭게 할 수 있다고 하였다. 따라서 이 테스트의 핵심은 일반적인 목적을 수행하는 코드를 작성하는 방법이 여러 가지가 있는지에 있지 않다. 의회는 아이디어 표현 이분법을 누구든지 특정 기능을 수행할 수 있는 기기를 만들 수 있게 하는 것으로 보았다. 아이디어 표현 이분법 하에서, 저작권 보호가 경쟁사를 특정 플랫폼으로부터 차단해서는 안 되며, 이는 특허에 의해서만 가능하도록 하여야 한다. 저작권 보호는 경쟁사가 자체 구현 코드를 작성하도록 요구할 수만 있다. 이러한 특정 결과를 달성하는 유일한 방법이 텍스트로 표현된 상세한 정보까지 문자 그대로 복사하는 것을 포함한다면 저작권법이 방해가 되어서는 안 된다. 구글은 바로 이 경로를 따랐다. 자바 API 37패키지의 특정한 기능을 달성하기 위해 노력했고, 라이선스하기 위한 협상이 난국에 이른 후, 독자적으로 자체 구현 코드를 작성했다. 오라클은 구글이

자사의 안드로이드 플랫폼이 37패키지의 자바 API의 특정한 기능을 수행하게 하려고 특정한 선언을 포함할 필요가 있었다는 것에 이의를 제기하지 않았다.

(4) 소결 및 우리 법에의 함의

앞에서 살펴본 바와 같이, 선언코드는 작동방법으로서 제102조(b)에 의해 저작물성이 없거나 매우 약하여 저작권 보호가 이루어지지 않거나 공정이용이 쉽게 적용되는 것이 타당하다고 생각된다. 이는 미국 저작권법 제102조(b)의 입법기록, CONTU 보고서나 선례 등에서 명확하게 나타나 있고, 과거 같은 논쟁에서도 미국의 입법(DMCA)과 대법원 결정은 이를 지지한 곳에서도 잘 나타나고 있다. 또한, 저작권법이 요구하는 표현적 창작성이 아닌 기술적 창작성을 선언코드에 잘못 적용함으로써 그 보호를 인정하는 것도 타당하지 않다. 지식재산 체계에서 그러한 창의성과 기능은 특허법에 의해 보호되어야 하고, 저작권법에서는 기능으로서의 보호를 금해야 한다. 또한, 다른 표현 수단이 존재하느냐를 살펴보는 판단 방법도 기능은 기능일 뿐, 특허가 존재하지 않는 한, 저작권법 내에서는 그 기능을 자유롭게 이용할 수 있어야 한다.

그렇다면, 우리나라는 어떨까? 우리 저작권법은 ‘컴퓨터프로그램저작물’을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”로 정의하고 있다. 이는 미국 저작권법 제101조와 동일하다. 하지만 우리 저작권법은 미국 저작권법 제102조(b)와 같이 일반적으로 보호받을 수 없는 대상을 규정하고 있지 않고, 프로그램 특례에서 프로그램 언어, 규약, 해법에 대한 보호를 인정하지 않고 있을 뿐이다.²⁶⁾ 따라서 아이디어-표현 이분법 등에 의한 저작권 기본 원칙에 따라 저작물성을 판단하고 있다. 우리나라에서 기능적 저작물의 침해를 판단하는 주요 원칙은 다른 표현 방법을 사용할 수 있었음에도 저작물의 구체적 표현을 동일하게 사용했는지 이다.²⁷⁾ 이는

26) 저작권법 제101조의2.

27) 오승중, 저작권법(제3판 전면개정판), 박영사, 2013, 148면.

다른 표현 방법의 양이 많으면, 보호 범위가 넓어지고, 그에 따라 공정이용의 가능성은 반비례하여 감소한다. 하지만, 이러한 판단은 실질적으로 기능을 보호하는 것이어서 저작권법의 한계를 넘는 것이다. 따라서 기능에 대한 부분을 저작권법에서 보호하지 않는 방향의 설정이 필요해 보인다.

2. 공정이용의 구체적 판단

(1) 구체적 쟁점의 제기

반대의견은 공정이용 4개의 요소들 모두가 구글에게 유리하다고 했던 다수의견과 달리, 4개의 공정이용 요소 중 저작물의 특성을 제외하고, 나머지 3개가 오라클에게 유리하다고 하였다. 먼저, 시장 영향에서 반대의견은 구글이 오라클의 시장을 소멸시키고 엄청난 이익을 얻었다고 하였으나, 다수의견은 오라클 능력의 불확실성, 매출 손실의 출처 그리고 공중들에게 창작성과 관련된 피해의 위험 때문에 시장 영향을 작게 판단하였다. 다음으로, 이용의 목적과 특성에서, 반대의견은 구글의 복제가 전적으로 상업적이고, 변형적이라기보다는 원본과 동일한 목적과 기능을 위해 사용하였기 때문에 파생적이라고 하였다. 이에 반해, 다수의견은 구글의 이용이 새로운 제품을 만들려는 것이었고, 스마트폰 이용을 확대하려는 것이어서 변형적이고, 다른 목적에 맞게 고치는 재실행에 해당한다고 하였다. 마지막으로, 이용된 부분의 양과 상당성에서, 반대의견은 복제된 11,500줄의 적정한 분모든 선언코드이고, 복제된 작품이 시장 대체나 파생상품의 역할을 하기 때문에 상당하다고 하였다. 반면, 다수의견은 전체 코드를 분모로 해야 하며, 이는 구글 복제의 특징 즉, 작업 실행라인에서 분리될 수 없으므로 그렇다고 하였다. 양쪽 중 어느 쪽이 타당한가를 명확하게 결정할 수는 없지만, 공정이용 판단에서 가장 중요한 2가지 요소 즉, 변형적인지 여부와 시장 영향을 살펴보면, 그 결론들에 이르게 한 양쪽의 기본적인 생각을 추론할 수는 있을 것이다.

(2) 변형적 이용과 시장 영향

저작물의 이용이 공정이용이 되기 위해서는 그 이용이 변형적이어야 한다.²⁸⁾ 변형적 이용은 “저작물을 새로운 표현, 의미 또는 메시지를 갖도록 변경하거나, 그 이상의 목적이나 다른 특성을 갖도록 새로운 어떤 것을 추가하는 것”을 말하며, “새 작품이 더 변형적일수록, 상업성과 같은 다른 요소들의 중요성은 줄어들 것이고, 공정이용의 성립에 더 많은 무게를 둘 수 있다.”²⁹⁾ 변형적 판단인지는 일반적으로 원작품으로부터 취해진 부분이 새로운 표현이나 의미를 추가함으로써 변형적인지 그리고 새로운 정보, 새로운 아름다움, 새로운 통찰력 그리고 이해를 만듦으로써 원작에 가치가 추가되었는지의 두 질문으로 판단된다.³⁰⁾ 본 판결에서 반대의견은 구글의 이용이 변형적 이용이 아니라, 파생적 이용이라고 하였다. 파생적 저작물은 “저작물이 개작, 변형, 또는 각색된 형태와 같이, 기존의 하나 또는 그 이상의 저작물을 기초로 하여 작성된 저작물을 말한다.”³¹⁾ 파생적 저작물을 만드는 것은 저작자의 배타적 권리가기 때문에, 타인이 이를 만들기 위해서는 저작권자의 동의를 받아야 한다.³²⁾ 변형적인지 파생적인지를 명확하게 구별하는 기준은 없으나, 일반적으로 원작에 새로운 창작적 표현이 추가되는 경우는 변형적이라 보고, 원작을 다른 매체로 옮기거나 작품이 표현되는 언어를 바꾸는 것은 파생적이라고 본다. 본 판결에서 구글의 이용이 어느 쪽인지는 명확하지 않고, 공정이용 분석 자체의 판단이 유연하고,³³⁾ 사실들에 따라 달라질 수 있어 그 결정은 쉽지 않다.³⁴⁾ 하지만 본 판결에서 양쪽의 의견이 극명하게 대립을 보이는 것은 그 이용을 바라보는 기본적인 시각이 다르기 때문인 것은 분명해 보인다. 다수의견은 새로운 창작물과 혁신이라는 공공성을 보다 강조함으로써 그 이용을 변형적으로 보았지만, 반대의견은 저작권자의 이익에 대한 손실에 집중하다 보니 그 이용이 파생적이 된 것이다.

28) Campbell, 510 U. S., at 586.

29) Id.

30) Richard Stim, Fair Use: What is Transformative? <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/fair-use-what-transformative.html>> (2021. 6. 14 최종방문).

31) 17 U.S.C. § 101.

32) 17 U.S.C. § 106(2).

33) Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2540 (2009).

34) Ned Snow, Fair Use as a Matter of Law, 89 Denv. U. L. Rev. 1, 4 (2011).

공정이용의 네 번째 요소인 시장 영향은 그 이용이 원작품의 잠재적 시장이나 실질적 가치에 영향을 주는가를 검토한다.³⁵⁾ 본 요건은 공정이용 판단의 4요소 중 가장 큰 영향력을 가지는 것으로 여겨지며,³⁶⁾ 원저작물 그 자체에 대한 시장에서의 영향뿐만 아니라 저작물의 이용과 관련된 시장에서의 영향도 함께 고려한다.³⁷⁾ 시장에 대한 영향은 이용이 원저작물의 시장을 억제하거나 파괴하는 경우를 의미하는 것이 아니라, 시장을 빼앗는 경우를 의미한다.³⁸⁾ 그리하여 법원은 그 이용이 원저작물에 대한 시장을 대체하는가를 고려한다.³⁹⁾ 또한, 이용의 주요 대상과 특성이 원저작물과 동일한 경우에 시장 침탈이나 대체가 잘 발생할 수 있다.⁴⁰⁾ 원작에 대한 시장을 실질적으로 방해하는 경우 공정이용에 불리한데, 원작품 시장에 상당한 영향을 끼치지 않는다고 해서 자동적으로 공정이용에 유리한 것도 아니며, 그 이용이 정당화될 수 있어야 한다.⁴¹⁾ 또한, 본 요소는 그 목적이 장래의 창작을 장려하기 위한 것이어서, 저작권의 목적을 발전시킬 수 있어야 한다.⁴²⁾ 본 판결에서 반대의견은 구글의 이용으로 인해 오라클이 실질적·잠재적으로 큰 손해를 입었다고 하나, 다수의견은 오라클의 능력에 대한 불확실성, 매출 손실의 출처, 공중에 대한 피해를 고려함으로써 시장 영향이 없는 것으로 보았다. 그런데, 이 부분에서도 앞의 변형적 이용과 동일하게 다수의견은 다른 프로그래머의 손실과 피해 등의 공공성 측면을 판단의 주요 고려요소로 하였지만, 반대의견은 이러한 고려가 없이 잠재적 가치의 상실과 시장에서의 피해에 집중하고 있었으며, 이러한 부분들이 판단에 결정적 역할을 한 것으로 보인다. 반대의견도 공중의 피해를 고려하긴 하였으나, 오라클이 이익과 관련하여 실질적 지배력을 갖고 있음을 간과하고 있는 듯하다.

35) 17 U.S.C. § 107(4).

36) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 566 (1985).

37) Id. at 568.

38) Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 258 (2d Cir. 2006) (quoting NXIVM Corp. v. Ross Inst., 364 F.3d 471, 481-82 (2d Cir. 2004)).

39) NXIVM, 364 F.3d at 481.

40) Cariou v. Prince, 714 F.3d 694, 709 (2d Cir. 2013).

41) Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1124 (1990).

42) Id. at 1109.

(3) 저작권의 목적

앞에서 살펴본 바와 같이, 공익성이 반대의견과 다수의견의 결정에 많은 영향을 끼쳤다고 보인다. 그렇다면, 이러한 영향이 타당한가? 공정이용 원칙은 저작물에 대한 접근을 허용하여, 이용자들이 표현의 자유, 교육, 문화 참여에 대한 권리를 실행할 수 있게 하고, 이를 통해 공공의 풍요라는 저작권의 기본적인 목적을 발전시킨다.⁴³⁾ 공정이용은 독점적 보호와 공중에 대한 혜택 사이의 저작권의 중심적 균형을 나타내기 때문에, 저작권법의 기본적인 정책이어서 저작권법에서 아주 중요하다.⁴⁴⁾ 그리하여, 공정이용은 독점의 지나친 부여를 막고, 지식에 대한 접근을 보호하여, 헌법 제1조의 목표를 달성할 수 있게 한다.⁴⁵⁾ 그렇다면, 공정이용 원칙이 이와 같은 역할을 하기 위해서는 저작권법 목적에 부합되도록 적용되어야 한다. 저작권법의 목적은 헌법의 저작권 조항(Copyright Clause)에 따를 때,⁴⁶⁾ 배움(learning)이나 지식(knowledge)을 의미하는 학술(science) 발전의 촉진이고, 이를 위해 저작자들에게 제한된 기간의 권리를 부여할 뿐이다.⁴⁷⁾ 따라서 저작권법이 궁극적으로 보호하는 것은 저작물을 타인에게 이용할 수 있도록 하는 저작권자의 권리가 아니라 저작물로부터 배우게 되는 미국 국민들의 권리이다.⁴⁸⁾ 따라서 저작권은 저작권자에게 간접적으로 부여되고, 이용자들에게 직접 부여되는 것이라 할 수 있다. 저작권법의 목적은 따라서 배움의 촉진, 공중 접근의 제공, 공유재산의 확대 3가지 원칙을 발전시키는 데 있다.⁴⁹⁾ 공정이용은 이러한 저작권법의 목적 아래에서 판단되어야 한다.

43) Haochen Sun, Fair Use as a Collective User Right, 90 N.C. L. Rev. 125, 144 (2011).

44) Michael J. Madison, Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform, 23 Cardozo Arts & Ent. L.J. 391, 392 (2005) (“The world is a better place in some small measure because fair use enables it to be so.”).

45) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219 (2003).

46) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8 (“To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”).

47) Lawrence B. Solum, Congress’s Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft, 36 Loy. L.A. L. Rev. 1, 47-53 (2002).

48) Craig Joyce & L. Ray Patterson, Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders’s View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, CClause 8 of The U.S. Constitution, 52 Emory L.J. 909, 940 (2003).

49) Id. at 946.

(4) 소결 및 우리 법에의 함의

구글의 이용은 구체적인 사실만을 보고 판단하면, 선언코드 그대로를 복제하고 있어 반대의견과 같이 변형적이라기보다는 파생적이고, 오라클에게 잠재적·실질적 손해를 끼친 것이 사실이기 때문에 시장에 영향을 끼친 것으로 보는 것이 맞다. 하지만, 이는 공익성을 함께 고려하지 않은 때에 그렇고, 공익성을 고려하게 되면, 즉, 창작적 표현과의 관련성, 프로그래머들의 시간과 노력에 대한 보호, 새로운 제품의 제작과 혁신적 도구의 제공, 다른 컴퓨터 환경을 위한 플랫폼의 생산과 같은 부분 같은 것들이 함께 고려되면, 구글의 이용은 변형적으로 변화되고, 시장에 대한 영향은 많이 감소한다. 따라서 공익성의 고려는 다수의견의 판단을 더 타당하게 만든다.⁵⁰⁾ 이러한 공익성은 저작권법의 목적 아래에서 판단되어야 하는 공정이용 원칙상 당연히 고려되어야 할 부분이다.

우리 저작권법은 제23조부터 제35조의4까지는 구체적인 공정이용의 경우를 규정하고, 제35조의5는 구체적인 경우 외에 공정이용이 될 수 있는지를 판단할 수 있는 일반 규정을 두고 있다. 또한, 컴퓨터 프로그램에 대해서는 저작권법 제101조의3에서 제101조의5까지에서 저작권의 제한 규정을 별도로 두고 있다. 선언코드와 같은 경우에는 구체적 공정이용 규정이 없어, 제35조의5에 의해 공정이용을 판단할 수밖에 없다. 우리 저작권법 제35조의5는 미국 저작권법을 도입한 것이어서, 그 판단 요소들은 거의 같지만,⁵¹⁾ 아직 본 규정을 적용한 사례들이 많지 않아 비교할만한 자료들이 많지 않다. 따라서 미국의 사례들은 우리의 사례에 적용될 때 많은 참고가 될 수밖에 없다. 특히, 본 판결에서 공정이용을 판단할 때 저작권법의 목적과 공공성을 고려한 것에 대해서는 앞으로 우리의 공정이용 판단에서 많은 참고가 될 수 있을 것으로 보인다.

50) 요소들은 문제가 된 이용이 침해를 구성하는지에 대한 결정을 함께 판단할 수 있게 한다. Lauren Gorab, A Fair Use to Remember: Restoring Application of the Fair Use Doctrine to Strengthen Copyright Law and Disarm Abusive Copyright Litigation, 87 Fordham L. Rev. 703, 710 (2018).

51) 우리 저작권법은 베른협약의 3단계 테스트 중 둘째와 셋째 요건을 제35조의5 제1항에 규정하고 있으나, 이는 제2항의 판단과 많은 부분이 겹쳐 큰 의미를 갖고 있지는 않는 것으로 보인다.

V. 결어

구글의 오라클 사건은 결국 구글의 승리로 끝이 났고, 이는 선언코드의 이용에 대하여 공정이용이 성립하여, 저작권 침해가 성립하지 않는다는 것을 의미한다. 그 이유로서, 선언코드는 작동방법이어서 제102조(b)에 의해 저작물성이 없거나 매우 약하여 저작권 보호가 이루어지지 않거나 공정이용이 쉽게 적용되는 대상이다. 또한, 선언코드의 창작성은 기술적 창작성이어서 보호를 인정할 수도 없고, 다른 표현이 있더라도 저작권법은 그 기능의 표현을 보호할 수는 없다. 그리고 변형적 인지와 시장의 영향에서도 구글의 이용은 공공성을 고려하지 않았다면, 공정이용에 불리하게 작용할 수 있으나, 창작적 표현과의 관련성, 프로그래머들의 보호, 새로운 혁신적 도구의 제공이라는 공공적 측면을 고려할 때, 공정이용에 유리하게 작용한다. 공정이용 판단에 이러한 방법들 즉, 저작물에 제102조(b)를 적용하여 저작물성을 판단하고, 기술적 창작성을 저작권 보호에서 제외하고, 공공성을 개별적 요소에서 고려하는 것은 또한, 공정이용 판단에서 가장 큰 문제가 되는 예측불가능성과 불확실성을 감소시키는데도 큰 역할을 할 것이다.⁵²⁾ 그리고 이러한 공정이용 판단 기준과 방법들은 같은 법 조항을 가진 우리나라에도 많은 지침이 될 수 있을 것이며, 특히, 저작물성에 대한 보호의 제한과 공공적 요소의 고려는 우리의 사례에 많은 참고가 될 수 있을 것으로 본다.

52) 공정이용 판단의 가장 큰 문제 중 하나는 사실에 따라 결과가 많이 다를 수 있음에도, 가이드를 제공할 수 없어, 공정이용 결과를 예측할 수 없고, 불확실하게 만든다는 것이다. Jason Mazzone, Administering Fair Use, 51 Wm. & Mary L. Rev. 395, 400 (2009); 이러한 문제는 이용자들이 책임을 판단할 수 없어, 위험회피를 일으킨다. Shyamkrishna Balganes, The Uneasy Case Against Copyright Trolls, 86 S. Cal. L. Rev. 723, 742-43 (2013); 그리고 이것은 창작적 활동을 떨어뜨려, 지식의 발전을 촉진하는 저작권의 목적에 부합하지 않는다. Sepehr Shahshahani, The Nirvana Fallacy in Fair Use Reform, 16 MINN. J.L. Sci. & Tech. 273, 277-278 (2015).

참고 문헌

〈국내 문헌〉

오승중, 저작권법(제3판 전면개정판), 박영사, 2013.

〈국외 문헌〉

Craig Joyce & L. Ray Patterson, Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders's View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, CClause 8 of The U.S. Constitution, 52 Emory L.J. 909 (2003).

Haochen Sun, Fair Use as a Collective User Right, 90 N.C. L. REV. 125 (2011).

Jason Mazzone, Administering Fair Use, 51 WM. & MARY L. REV. 395 (2009).

Lauren Gorab, A Fair Use to Remember: Restoring Application of the Fair Use Doctrine to Strengthen Copyright Law and Disarm Abusive Copyright Litigation, 87 Fordham L. Rev. 703 (2018).

Lawrence B. Solum, Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft, 36 Loy. L.A. L. Rev. 1 (2002).

Michael J. Madison, Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform, 23 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 391 (2005).

Ned Snow, Fair Use as a Matter of Law, 89 DENV. U. L. REV. 1 (2011).

Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses, 77 FORDHAM L. REV. 2537 (2009).

Peter S. Menell, Rise of the API Copyright Dead?: An Updated Epitaph for Copyright Protection of Network and Functional Features of Computer Software, 31 Harv. J.L. & Tech. 305 (2018).

Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

Sepehr Shahshahani, The Nirvana Fallacy in Fair Use Reform, 16 MINN. J.L. SCI. & TECH. 273 (2015).

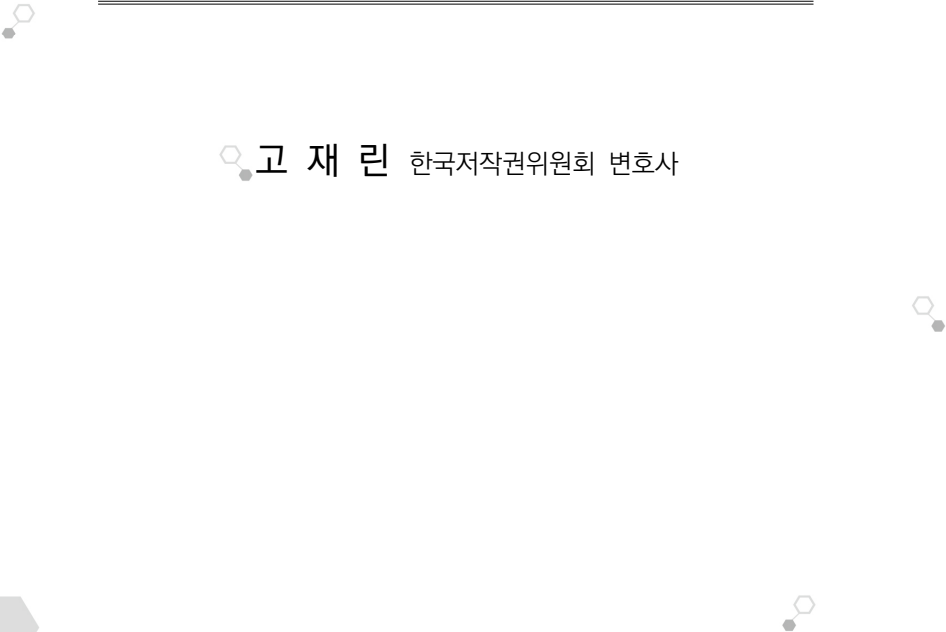
Shyamkrishna Balganesh, The Uneasy Case Against Copyright Trolls, 86 S. CAL. L. REV. 723 (2013).



토 론 문 1



고 재 린 한국저작권위원회 변호사



Google v. Oracle 판결의 우리 저작권법에의 함의

고재린 한국저작권위원회 변호사

I. 들어가며

우리 저작권법 제35조의5 제2항에서는 공정이용 판단의 4가지 고려 요소로 i) 저작물 이용의 목적 및 성격, ii) 저작물의 종류 및 용도, iii) 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, iv) 저작물의 이용이 그 저작물의 현재나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향을 규정하고 있습니다. 저작물의 공정이용에 관한 조항은 한미 FTA 협정 이행으로 인한 저작권법 개정 과정에서 신설되었으며, 미국 저작권법 제107조와 거의 유사한 내용을 담고 있습니다.

우리 대법원은 저작권법상 공정이용에 관한 일반조항이 도입되기 이전에 해석상 공정이용의 법리가 널리 인정되기는 어렵다는 입장입니다.⁵³⁾ 그러나 법원은 공정이용 조항이 신설되기 이전에 저작권법 제28조 공표된 저작물의 인용에 관하여, ‘정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용’한 것인가 여부를 판단하는 과정에서 저작물의 ‘인용 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부’ 등을 종합적으로 고려해왔습니다.⁵⁴⁾ 이처럼 미국 저작권법 제107조의 공정이용 판단의 4가지 요소는 우리 저작권법에 일반조항으로 공정이용이 도입되기 이전에도 저작재산권 제한 사유에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 중요한 참고 자료가 되어왔습니다. 이번 구글과 오라클의 소송에서의 공정이용에 대한 판단 기준 역시 우리 저작권법에 의한 공정이용 해당 여부를 판단하는데 있어 많은 참고가 될 수 있을 것으로 보입니다.

53) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결 참조.

54) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결, 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 등

II. 공정이용 판단에 미칠 영향

1. 저작물 이용의 목적과 성격

연방대법원은 구글의 저작물 이용 행위가 변형적(transformative)인지 여부를 판단하는 과정에서 구글의 이용은 새로운 제품을 만들고, 프로그래머들에게 매우 창작적이고 혁신적인 도구를 제공하는 것이어서 저작권의 헌법적 기본 목적인 창작적 진보에 부합한다는 점에 주목하였습니다. 이러한 태도는 우리 저작권법상 공정이용에 관하여 변형적 이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 저작권법의 목적 중 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함에 부합하는지 여부를 고려하는 방향으로 반영될 수 있을 것으로 보입니다.

또한 연방대법원은 저작물 이용의 목적이 상업적이라고 하여 공정이용 판단에 불리하게 보지 않았습니다. 저작물의 이용 목적이 상업적일 경우 비상업적인 이용에 비하여 공정이용으로 인정되는 범위가 좁을 수 있으나, 무조건 공정이용 판단에 불리하게 작용되지는 않다는 것을 확인할 수 있습니다.

2. 저작물의 종류 및 용도

연방대법원은 구글의 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 설명적 목적을 이유로 공정이용의 두 번째 요소인 ‘저작물의 성격’에 관한 판단을 먼저 하였습니다. 이러한 점에서 공정이용 여부를 판단하는 과정에서 반드시 법문에 규정되어 있는 순서대로 고려요소들을 살펴야 하는 것은 아니라고 보입니다.

연방대법원은 저작물의 성격을 판단함에 있어 구글이 복제한 선언코드의 경우 실행 코드와 비교하였을 때 저작권의 핵심에서 벗어나 있다는 점을 주목하여 공정이용에 긍정적인 요소로 판단하였습니다. 이러한 판단에 대하여, 발제하신 교수님께서 선언코드는 작동방법으로서 미국 저작권법 제102조(b)에 의해 저작물성이 없거나 매우 약하여 저작권 보호가 이루어지지 않거나 공정이용이 쉽게 적용되는 것이 타당

하며, 기능에 대한 부분을 저작권법에서 보호하지 않는 방향의 설정이 필요해 보인다는 의견을 주셨습니다. 기능적 저작물의 경우 창작성을 제한적으로 인정하거나 공정이용에 긍정적으로 작용할 수 있다는 점은 우리 저작권법에서도 유사하게 판단될 수 있을 것으로 보입니다. 관련하여 발제자님께 기능에 대한 부분을 저작권법에서 보호하지 않는 방향의 설정에 관하여 그 구체적인 내용이나 방향성에 대한 고견을 여쭙고 싶습니다.

3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성

연방대법원은 구글이 복제한 선언코드 11,500줄이 저작물 전체에서 차지하는 비중을 판단함에 있어서 그 분모를 전체 코드 286만 줄을 기준으로 설정하였습니다. 그 결과 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중이 0.4%에 불과하다고 보았습니다. 아울러 구글이 프로그래머들에게 스마트폰을 위한 새로운 프로그램을 작성할 때 선언코드를 사용하는 지식과 경험을 이용할 수 있도록 하는 것이기 때문에 상당성 요소 역시 긍정적으로 본 것으로 보입니다.

이용된 부분의 양을 살피는 과정에서 비교 대상을 어떻게 설정할 것인지, 그 중요성을 인정할 수 있는지는 저작물의 목적, 특징 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 법원에서 판단하게 될 것입니다. 다만 이러한 소송 과정에서 컴퓨터프로그램저작물이 이용된 정도에 대한 수치 등 객관적인 사항에 대한 확인은 한국저작권위원회의 SW 감정 절차를 이용하여 도움을 받을 수 있을 것으로 생각됩니다.

4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향


연방대법원은 썬의 능력에 대한 불확실성, 매출 손실의 출처, 그리고 창작성과 관련된 공중에 대한 피해의 위험을 고려할 때, 네 번째 요소 역시 공정이용에 유리

하게 작용된다고 판단하였습니다. 이러한 판단은 시장에서 저작자의 독점적 지위에 대한 경계와 업계에 미칠 파장을 종합적으로 고려한 것으로 보입니다. 이처럼 저작물의 이용이 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하는 과정에서 저작권법의 목적인 창작자의 권리보호와 공공의 이익을 어떻게 조화시킬 수 있을지에 대한 고민이 필연적으로 수반될 수밖에 없다고 생각합니다.


Ⅲ. 나가며

저작물 공정이용에 관한 일반조항의 경우 그 특성상 법원의 최종적인 판단이 있기 전에는 구체적인 행위가 공정이용에 해당할 수 있는지에 대한 기준이 명확하지 않다는 한계가 지적되어 왔습니다. 이에 한국저작권위원회는 ‘국내외 판례 조사 및 분석을 통한 공정이용(Fair Use) 가이드 제시를 위한 연구’를 진행하였고, 당시 구글과 오라클의 미국연방순회항소법원의 판결에 대한 분석도 이루어졌습니다. 구글과 오라클의 소송은 2010년 소가 제기된 이후 각 심급마다 엇갈린 판단이 내려졌고, 치열한 법리 다툼 끝에 구글이 자바 API의 일부를 복제한 것은 공정이용에 해당한다는 최종 판단이 내려졌습니다.

구글과 오라클 사건에서의 저작물 공정이용에 관한 법리는 특히 컴퓨터프로그램 저작물에 대한 상세한 공정이용 판단 기준을 제시하였다는 점에서 우리 저작권법의 공정이용 판단에도 많은 참고가 될 수 있을 것으로 생각합니다.



토론문 2



김병만 서울중앙지방법원 지재전담부 판사



Google v. Oracle 판결에서의 공정이용에 관한 연구

김 병 만 서울중앙지방법원 지재전담부 판사

먼저 바쁘신 중에도 훌륭한 발제를 해주신 김창화 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 저작물의 공정이용이라는 법리적 측면 외에도 관련 산업 분야에도 상당한 영향을 끼칠 것으로 예상되는 중요 판결을 심도 있게 고찰하고 관련 쟁점에 대해서 고민해볼 수 있는 좋은 기회였습니다. 아래에서는 발표문을 읽으면서 궁금했던 사항에 대해 의견을 여쭙고자 합니다.

1.

대상판결의 다수의견은 ‘분쟁 해결에 필요한 범위 이상을 판단하지 않겠다’는 이유로 선언코드가 저작권으로 보호될 수 있다고 가정한 다음, 공정이용에 초점을 맞추어 판단하였습니다. 이에 대하여 대상판결의 반대의견은 ‘다수의견이 선언코드의 저작물성을 정면으로 다루지 않았기 때문에 공정이용에 관한 판단에도 영향을 미쳤다’는 입장인 것으로 이해했고 제 직역 상 이 부분에 관심이 있습니다.

일반적으로는 청구원인에 해당하는 ‘저작물성’에 대한 원고의 증명 단계, 항변에 해당하는 ‘공정이용 해당성’에 대한 피고의 증명 단계 순으로 재판 심리가 진행될 것입니다. 그런데 위 반대의견의 취지대로 ‘저작물성’에 관한 심리의 정도에 따라 ‘공정이용 해당성’에 관한 판단에도 영향을 미칠 수 있다면, 재판 진행을 담당하는 법원으로서에는 그에 관한 문제점을 인식하고 있어야 할 것으로 보입니다.

이와 관련하여 대상판결이 시사 하는 바가 있는지, 재판 심리 과정에서 참고하거나 유의할 부분이 있을지 발표자께 조언을 구하고자 합니다.

2.

대상판결의 반대의견은 ‘선언코드는 사용자 대면이어서 어찌 보면 저작권의 핵심에 더 가깝다’고 실시하였습니다. 제 개인적으로도, 선언코드는 메소드(method)→클래스(class)→패키지(package)의 계층적 구조를 설계·구성하기 위한 선택·분류·배열이 집약된 결과물⁵⁵⁾로 프로그래머들이 해당 API를 사용(메소드 호출)하기 위해서 직접 코딩하는 부분에 해당하여 표현형식으로 볼 수 있고, 그 표현형식 즉, 선언코드의 문법(syntax)도 한정된 것으로 보기 어렵다는 생각을 가지고 있습니다.

나날이 늘어가는 컴퓨터프로그램 저작권 분쟁에서 어디까지를 창작성이 있는 표현형식으로 볼 것인지 어려운 경우를 많이 접하게 됩니다. 발표자께서는 선언코드의 보호 가능성과 관련하여 ‘지식재산 체계에서 기능은 특허법에 의해 보호되어야 하고, 저작권법에서는 기능으로서의 보호를 금해야 한다. 따라서 기능에 대한 부분을 저작권법에서 보호하지 않는 방향의 설정이 필요해 보인다’는 의견을 주셨습니다.

이와 관련하여 컴퓨터프로그램을 비롯한 기능적 저작물에 있어서 표현적 창작성과 기능적 창작성을 준별하기 위한 기준이나 고려 요소가 있을지 여쭙고 싶습니다.

3.


발표자께서는 ‘공익성’이 대상판결의 다수의견과 반대의견의 결정에 많은 영향을 끼쳤다고 보시면서, 공익성 즉, 창작적 표현과의 관련성, 프로그래머들의 시간과 노력에 대한 보호, 새로운 제품의 제작과 혁신적 도구의 제공, 다른 컴퓨터 환경을 위한 플랫폼의 생산 등을 고려하면 구글의 이용은 변형적 이용으로 볼 수 있고 시장에 대한 영향도 낮게 평가할 수 있다고 하셨습니다.

55) 선언코드를 통해 어떤 클래스와 메소드를 포함하는 어떤 패키지를 사용할 것인지 드러난다는 측면에서 선언코드는 계층적 구조를 설계하기 위한 선택, 분류, 배열의 결과가 집약되었다고 볼 수 있다는 의견입니다.


저작물성에 대한 보호의 제한에 있어서 공공적 요소의 고려를 강조하신 발표자의 견해에 적극 공감하는 바입니다. 다만, 자바(JAVA) 프로그램 언어가 처음부터 플랫폼에 독립적인 언어임(한번 작성한 자바 프로그램이 Virtual Machine을 통해 CPU나 운영체제의 종류와 무관하게 동일하게 동작하는 것)을 가장 큰 특징으로 하여 개발된 언어라는 점을 고려할 필요가 있는 것은 아닌지 의문이 듭니다. 자바 프로그램의 스마트폰 기기에의 적용 및 그 과정에서 많은 자바 프로그래머들의 유인은, 자바 프로그램 언어를 개발한 Sun Microsystems가 처음부터 의도한 '플랫폼 독립적 언어를 바탕으로 한 확장성'이라는 목적이 성공적으로 이루어진 경우로 볼 수 있고, 그렇게 본다면 자바 프로그램의 광범위한 보급과 그로 인한 두터운 사용자(프로그래머)층 형성이라는 성과가 공공적 요소로 높이 평가되어 자바 언어를 개발한 측이 처음부터 의도한 성과물을 누리지 못하게 만드는 역설적인 상황으로 귀결되었다고 평가할 수도 있지 않나 라는 생각입니다. 이러한 문제는 플랫폼의 중요성이 날로 강조되는 ICT 분야에서 새로운 시도에 대한 동기부여를 저해할 수 있다는 측면에서 시사 하는 바가 클 수 있다고 생각합니다.

저작권 분야의 오랜 이슈인 관련 산업의 향상발전을 위한 동기부여의 측면과 저작물의 공정한 이용을 도모하기 위한 공공성 측면의 조화로운 균형 문제는 최근 디지털 기술의 급속한 발전에 따라 갈수록 중요한 문제로 부각될 것으로 예상되고, 새로운 해석론의 필요성도 대두될 수 있다고 보입니다. 포괄적인 질문이긴 하지만, 이러한 문제의식에 관한 발표자의 특별한 의견이나 견해가 있으신지 여쭙고자 합니다.


부족한 이해를 바탕으로 토론을 하다 보니 미진한 점이 많을 것으로 생각합니다. 너그러운 이해를 구하며 이만 마치겠습니다. 감사합니다.



토 론 문 3



궁 재 우 법무법인(유) 광장 변호사



Google v. Oracle 판결에서의 저작물 공정이용 (fair use) 법리

곽재우 법무법인(유) 광장 변호사

- 우리 저작권법에의 함의 -

먼저 오늘 세미나 자리를 마련해 주시고 토론을 할 기회를 주신 한국지식재산학회 회장님, 한국저작권위원회 위원장님 및 운영진께 감사드립니다. 그리고 Google v. Oracle 판결에서의 저작물 공정이용(fair use) 법리에 관한 우리 저작권법에의 함의에 대해 심도 깊은 논의를 해주신 김창화 교수님께도 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 미연방 대법원 판결의 다수의견 및 반대의견을 일목요연하게 비교·정리 해주시고, 또 쟁점별로 우리 법에의 함의를 잘 설명해 주셔서 향후 관련 연구 및 실무에 큰 도움이 되리라 생각합니다.

이하에서는 관련하여 몇 가지 생각을 나누고 발표자의 고견을 여쭙고자 합니다.

I. 선언코드의 보호 여부

발표자님께서서는 우리나라 저작권법에 의할 때, 다른 표현 방법의 양 내지 가능성이 커질수록 공정이용의 가능성은 그에 반비례하여 감소하지만, 이러한 판단은 표현이 아니라 실질적으로 기능을 보호하는 것이어서 저작권법의 한계를 넘는 것이고, 따라서 이와 같은 기능에 대한 부분을 저작권법에서 보호하지 않는 방향의 설정이 필요하다고 결론짓고 계신 것으로 이해됩니다. 혹시 구체적으로 어떠한 방향 설정을 염두에 두고 계신 것인지 궁금합니다.

II. 공정이용의 구체적 판단

발표자님께서 지적하고 계시는 바와 같이 미연방 대법원은 이 사건에서 저작권의 공익성을 공정이용 여부 판단의 결정적 요소로 고려하고 있는 것으로 이해됩니다. 이와 관련하여 “저작권법이 궁극적으로 보호하는 것은 저작물을 타인에게 이용할 수 있도록 하는 저작권자의 권리가 아니라 저작물로부터 배우게 되는 국민들의 권리”라는 미국 헌법의 해석이 우리나라에도 그대로 적용될 수 있는 것인지 궁금합니다. 우리나라 헌법은 제22조 제2항에서 “저작자의 권리는 법률로써 보호한다”고 정하고 있고, 저작권법 제1조에서 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있습니다. 저작권법 규정에 의할 때 저작자의 권리 보호가 우선적으로 기재되어 있기는 하나, 저작자의 권리 보호와 저작물의 공정한 이용 도모는 ‘문화발전’이라고 하는 법목적의 달성을 위하여 채택한 두 가지의 수단으로써 동등한 지위를 가지는 것으로서 양자의 적절한 균형과 조화가 추구되어야 한다고 이해하고 있습니다. 그럼에도 위 미국 헌법의 해석처럼 궁극적 보호 대상을 하나만 고르라고 한다면 마찬가지로 저작물의 공정한 이용을 택해야 한다고 생각하시는지, 그렇지 않다면 그러한 입법 내지 해석의 차이로 인해 우리나라 법제 하에서는 동일한 사실관계에 대해 미연방 대법원 판결과 다른 결론이 내려지게 될 것인지에 관한 발표자님의 고견을 듣고 싶습니다.

III. 마치며

미연방 대법원은 컴퓨터 프로그램이 필연적으로 지니고 있는 기능적 요소로 인해 기존의 저작권 개념이 그대로 적용되어서는 곤란하고, 사용자 인터페이스를 새로운 분야에서 재구현하기 위해 필요한 코드만 복제한 구글의 행위는 공정이용에 해당한다고 판단한 것으로 이해됩니다. 즉, 미연방 대법원은 이 사건을 통해 컴퓨터 프로그램 관련 저작권의 범위가 지나치게 팽창되어 창의성과 기술의 발전을 저해하는 것에 대해 경계하는 입장을 취한 것으로 보입니다.

그런데 우리 저작권법도 제35조의5(저작물의 공정한 이용)에서 미국 저작권법상 공정이용의 법리를 수용하여, 위의 네 가지 요건을 공정이용 여부를 판단하는 요건으로 명시하고 있습니다. 따라서 이번 미연방 대법원 판결은 우리 IT 기업들의 프로그램 개발사업의 방향과 전략에도 적지 않은 영향을 미칠 것으로 생각됩니다.

출견으로는, 이번 판결 내용을 고려할 때, 향후 타사의 API Package를 이용해 프로그램을 개발하고자 하는 기업들로서는 1) 타사 API Package의 선언코드(declaring code)나 구조(structure), 시퀀스(sequence), 조직(organization)에 대한 이용을 넘어 실행코드(implementing code) 자체를 그대로 복제하여 이용하지 않도록 주의할 필요가 있고, 2) 타사 API Package 중 가능한 한 필요최소한의 부분만을 활용하도록 하며, 3) 타사 API Package 복제의 목적도 새로운 제품이나 혁신적인 도구를 만들기 위한 개발 과정의 일부로만 이용(소위 “변형적” 이용)하도록 이용 범위와 목적을 사전에 명확히 하고, 4) 타사 API Package를 이용해 개발하는 새로운 제품이 혁신적 기능을 구현함으로써 관련 시장이 확대될 수 있다는 점을 적극 주장하고, 이를 뒷받침할 수 있는 자료를 준비하는 등의 조치를 취할 필요가 있을 것으로 사료됩니다.


다시 한 번, 의미 있는 주제에 대해 일목요연하게 정리하여 발표하여 주신 발표자님께 감사의 말씀을 드리며, 향후 관련 연구 및 실무가 활발히 이루어지기를 기대하면서 토론을 마치도록 하겠습니다.



감사합니다.



발제문



 정진근 강원대학교 교수



Google v. Oracle 판결에서의 저작물 공정이용(fair use) 법리

정진근 강원대학교 교수

I. 머리말

구글과 오라클 간 JAVA API의 저작권 침해소송이 2021년 4월 5일 연방대법원 판결로 막을 내리게 되었다. 구글과 오라클 간 소송은 가장 널리 이용되는 컴퓨터 프로그래밍어인 JAVA 언어가 관계되어 있고, 대표적인 모바일 플랫폼인 안드로이드(Android) 플랫폼에서 이용됨으로써 침해여부가 다투어졌다는 점에서 세기의 대전으로 일컬어졌다. 저작권 침해가 인정될 경우 수조원 이상의 손해배상이 인정될 가능성이 있었고, 무엇보다도 안드로이드 플랫폼을 이용하는 모바일 디바이스(device) 제조업체들에게 연쇄적인 영향을 미칠 것으로 예상되어 왔다.

이미 많은 문헌에서 소개한 바와 같이,⁵⁶⁾ JAVA는 C-언어의 단점을 보완한 객체 지향형 언어(object oriented language)로서, 1996년 썬마이크로 시스템즈에 의해 개발되었다. 2010년 오라클이 썬마이크로 시스템즈를 인수·합병하여 오라클이 JAVA 개발 플랫폼의 저작권자가 되었다. 안드로이드 플랫폼을 개발·공유하고 있는 구글은 프로그래머들에게 가장 인기 있는 JAVA 언어를 이용한 소프트웨어개발키트(SDK : Software Development Kit)를 개발하면서 오라클과 JAVA 개발 플랫폼의

56) 소송의 경과에 대해서는 이미 수많은 문헌에서 정리하고 있으므로, 본고에서는 간략히 설명한다. 소송의 경과를 설명한 문헌으로는 권사현·박성필·김용길, “API의 저작권 보호에 관한 고찰 -자바 API의 저작물성을 중심으로-”, 지식재산연구(제12권 제3호), 한국지식재산연구원, 2017; 김도경, “응용프로그램 인터페이스(API)에 관한 Oracle v. Google 사건판결의 영향과 전망 -공정이용 인정여부를 중심으로-”, 경영법률(제30권 제3호), 한국경영법률학회, 2020; 육소영, “오라클과 구글의 저작권 분쟁과 산업계의 영향”, IT와 법 연구(제22집), 경북대학교 IT와 법 연구소, 2021; 정진근, “API의 저작물성에 관한 Oracle 판결의 영향”, 계간저작권(제114호), 한국저작권위원회, 2016 등.

이용허락을 구하였는데 합의가 이루어지지 않았고, 2005년 안드로이드 소프트웨어 개발키트를 개발하면서 JAVA SE(JAVA Standard Edition)로부터 차용한 API(Application Programming Interface)를 이용하였다.

소송은 크게 두 갈래로 진행되었다. 첫째는 JAVA API를 포함하여 구글이 JAVA SE로부터 차용한 것이 컴퓨터프로그램저작물인지에 관한 것이고, 둘째는 구글의 차용행위가 공정이용(fair use)에 해당하는 지이다.

첫째, 저작물성의 쟁점은 2015년 결론이 내려졌다. 2012년 캘리포니아 지방법원은 저작물성을 부정하였는데,⁵⁷⁾ 이에 반해 2014년 연방순회항소법원은 저작물성을 인정하였고, 공정이용에 해당하는지에 대해서는 결론을 유보한 채 하급심으로 환송하였다.⁵⁸⁾ 저작물성에 관한 구글의 상고신청은 2015년 연방대법원에 의해 기각되었다.⁵⁹⁾

이에, 구글과 오라클 간 소송전은 두 번째 국면에 접어들었다. 쟁점은 구글의 이용이 공정이용에 해당하는 지이다. 2016년 캘리포니아 지방법원은 구글의 행위가 공정이용이라고 판단하였으나,⁶⁰⁾ 2018년 연방순회항소법원은 공정이용을 인정하지 않았다.⁶¹⁾ 구글이 상고신청을 하였고, 이에 대한 판결이 2021년 4월 5일에 있었다. 미국 연방대법원은 구글의 손을 들어주었다.⁶²⁾

연방대법원이 JAVA API의 이용을 공정이용으로 인정한데 대해서는 두 가지 관점에서 깊은 논의가 필요해 보인다.

57) 872 F.Supp.2d 974 (N.D. Cal. 2012).

58) 750 F.3d 1339 (Fed. Cir. 2014).

59) 750 U.S. 1071 (2015).

60) 2016 WL 3181206 (N.D. Cal. 2016).

61) 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018).

62) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021); 이하 '대상판결'이라 함.

첫째는 공정이용의 법리에 관한 것이다. 대상판결에서 설명한 바와 같이 공정 이용의 판단은 사실을 기초로 법적 해석을 더하는 작업이다. 이를 위해 공정이용의 원칙이 형성되어 발전해왔다. 대상판결의 특징은 공정이용으로 인한 이익의 대상을 프로그래머라는 제3자로 설정하고 있으며, 플랫폼을 고려하여 변형적 이용(transformative use) 및 시장에 미치는 영향을 판단하고 있다. 간략히 정리하면 대상판결의 사건은 모바일 플랫폼에서 프로그래머를 위하여 JAVA API를 이용한 것이다. 이에 대한 대상판결의 타당성을 논하기로 한다.

둘째는 대상판결이 관련 산업에 미치는 영향이다. 이번 사건의 당사자인 구글은 안드로이드 플랫폼을 주도하고 있으며, 전세계 모바일 시장에서 안드로이드는 시장을 독점 내지 과점하는 플랫폼이다. 그러한 점을 고려할 때 구글의 행위가 공정이용으로 취급되는지 또는 그렇지 않은지에 대한 결론이 시장에 미치는 영향이 지대하다. 또한, 안드로이드 플랫폼은, 모바일 플랫폼 시장에 국한할 때, iOS 플랫폼과 경쟁하는 관계에 있으며, 플랫폼 시장으로 그 범위를 넓히면 마이크로소프트 윈도우즈(MS windows) 등과도 경쟁관계를 형성하고 있다. 그러한 점을 고려할 때 이번 판결로 JAVA API의 이용이 다른 플랫폼에서도 정당화될 가능성이 있다.

이러한 두 가지 관점을 접목하여 대상판결의 타당성을 논하기로 한다.

II. 대상판결의 주요 내용

대상판결은 미국 연방대법원의 BREYER 판사를 포함한 6인의 판사가 찬성하였으며, 이에 THOMAS, ALITO판사는 반대의견을 제시하였고, BARRETT판사는 참여하지 않았다. 이에 본고에서는 결정문을 토대로 하면서도, 반대의견 중 유의미한 의견을 반영하도록 하였다. 주요 내용은 아래와 같다.⁶³⁾

63) 대상판결의 내용에 관해서는 많은 문헌에서 소개하고 있으므로, 본고에서는 필자가 간략하게 저술한 정진근, “구글, 오라클과의 자바 저작권 소송에서 최종 승소”, *바르게 아는 저작권(지구촌 저작권2), 저작권 문화* (vol. 321), 2021.05., 18쪽~19쪽을 그대로 기술하며, 상세한 내용에 대해서는 아래 해당 항에서 기술한다.

연방대법원의 판단은 저작권의 존재의의에 관한 근본적 논의로부터 출발한다.

BREYER 판사 등 다수의견을 제시한 6명의 판사는 연방헌법에서 정한 목적에 따라 저작권법은 특별한 대가를 주는 대신 저렴한 복제를 허용하여야 하며, 저작권 보호가 소비자의 비용을 증가시키는 것은 저작권의 음역(copyright negative features)이라고 설명한다. 또한 공정이용은 형평의 원칙(equitable rule of reason)으로부터 도출되며, 이에 법원은 창작을 저해하지 않도록 경직된 적용을 회피해야 한다고 설명한다.⁶⁴⁾ 아울러, 공정이용의 문제는 사실을 기초로 하면서도 그것이 공정이용인지에 대한 법적 물음을 던져야 한다고 설명한다.

이러한 문제의식을 토대로 연방대법원은 미국 저작권법 제107조 요건을 판단한다. 판단의 내용은 아래와 같이 요약될 수 있다.

첫째, 저작물의 성격이다. 분쟁 대상인 선언코드는 JAVA API를 이용하는 응용 프로그램(application program)과 JAVA API에 의해 호출되어 이용되는 구현 프로그램(implementing code) 사이에서 인터페이스(interface)를 제공하는데, 스마트폰의 플랫폼 구축에 꼭 필요한 것이며, 기존에 오라클이 데스크톱(desktop)에 구현한 것과 비교할 때 새로운 창작적 표현의 일부이다.

둘째, 이용의 목적과 성격이다. 연방대법원은 JAVA API가 이용하는 용어와 구문을 이용하고는 있지만 이는 산업계에서 이미 널리 이용되는 것이고, 구글의 안드로이드 플랫폼이 상업적 목적을 가지고 있기는 하나 상업적 목적이 공정이용을 일체 부정하도록 하는 이유는 아니며, 궁극적으로 구글의 이용은 스마트폰을 위한 변형적 이용(transformative use)이라고 판단하였다.

64) 이와 관련하여 Breyer판사는 “공정이용에 관한 사항이라면, 법적이거나 원칙을 넘어 형평에 걸맞아야 한다.(As far as contemporary fair use is concerned, we have described the doctrine as an ‘equitable,’ not a ‘legal, doctrine’.)”는 점을 강조한다. 그럼에도 불구하고 이 부분에 대해 인용문을 달지 않았는데, 그 이유는 인용할 선례가 없었기 때문이라고 한다. 물론, 이에 대해 과거의 논의가 있기는 했지만 이러한 논의는 판례의 태도가 아닌 논의선상의 내용에 불과했다. 그런 점에서 본 판결의 관점은 매우 독특한 것이라는 견해와 설명이 있다. 이상의 견해와 설명은 William F. Patry, *Patry on Fair Use* § 1:4 (May 2021 Update).

셋째, 이용된 양과 질이다. 구글이 이용한 11,500줄은 JAVA API 전체의 0.4%에 불과하고, 복제된 부분이 독립적으로 가치를 갖는 것은 아니다. 주목할 점은 연방항소법원은 JAVA와의 호환성을 위해 필요한 부분이 170줄에 불과하다고 했으나, 연방대법원은 11,500줄 모두가 프로그래머의 프로그램 개발을 위해 필요한 부분이라고 판단하였다는 점이다.

넷째, 시장에 미치는 영향이다. 연방대법원은 랩톱(laptop)과 데스크톱이 오라클 JAVA API의 주요시장이라고 하면서, 오라클이 스마트폰 시장에 성공적으로 진입하기 어렵다는 이유를 들며 잠재적인 시장에 미치는 영향도 크지 않다고 판단하였다. 이에 대해서는 소송과정에서 오라클이 장래 모바일을 위한 JAVA 플랫폼을 개발할 것이라고 주장한 점을 고려할 때 논란의 여지가 있어 보인다. 성공적이지 않은 시장을 잠재적 시장에서 배제하였기 때문이다. 반대의견을 제시한 THOMAS 판사 역시 이번 판결이 오라클의 잠재적 시장을 초토화시켰다고 비판한다. 이번 판결로 디바이스 제작자와 프로그램 개발자들의 책임이 사라졌다는 점을 그 이유로 들고 있다.

이와 같은 연방대법원의 판결에 대해 일부 학자들은 공정이용원칙이 법원의 원하는 결과(desired result)를 얻기 위해 이용되었고, 이 과정에서 법원이 인정한 사실과 법적 해석은 놀랍다는 견해도 피력하고 있다. 그 이유로는 이번 판결로 컴퓨터프로그램이 기능적이라거나 작동방법이라는 이유로 대규모의 차용이 가능해졌으며, 이와 같은 결론은 결국 컴퓨터프로그램을 저작권으로 보호하는 방법 그 자체에 대한 문제 제기로 이어질 수 있도록 하게 되었다는 데서 찾는다.⁶⁵⁾

65) 본 절의 내용은 Ralph C. Nash, Enforcing the copyright on a computer program: Not so easy, 35 Nash & Cibinic Rep. NL ¶131 (May 2021)을 요약한 것임.

Ⅲ. 컴퓨터프로그램저작물 그리고 JAVA API의 의의 및 특징

1. 개요

대상판결은 컴퓨터프로그램, 그 중에서도 소프트웨어 개발 플랫폼과 관련하여 공정이용을 어떻게 판단할 것인지에 대해 중요한 사례로 기억될 것이다. 데스크톱의 플랫폼 강자와 모바일 플랫폼 강자 간의 대결이라는 점에서도 그러하지만, 공정이용의 기준을 상당히 완화한 것으로 평가될 수 있기 때문이다.

특히, 개발 플랫폼은 공익을 위한 것으로 판단하기에 매우 유리한 성격을 가지고 있으며, 변형적 이용을 도출하는데 플랫폼의 변경을 고려하고 있다.

이러한 문제들을 명확히 인식하기 위해 컴퓨터프로그램저작물 및 JAVA API의 의의와 특징을 토대로 쟁점을 이해할 필요가 있다.

2. 컴퓨터프로그램저작물의 의의와 특징

컴퓨터프로그램저작물은 저작물의 한 유형이다. 우리 저작권법은 제4조 제1항 제9호에 ‘컴퓨터프로그램저작물’을 예시하고 있다.⁶⁶⁾ 한편, 미국 저작권법은 제102조 (a)항⁶⁷⁾에서 저작물을 분류하고 있는데, 컴퓨터프로그램저작물을 제1호의 어문저작물 (literary works)로 보면서 제101조⁶⁸⁾에서 컴퓨터프로그램을 정의하고 있다.

이와 같이 컴퓨터프로그램을 저작물의 한 유형으로 보는 것은 국제적으로 합의된 것이다. 컴퓨터프로그램을 저작물로 인정할 것인지는 1974년 설립된 CONTU(the

66) 저작권법 제2조 16. “컴퓨터프로그램저작물”은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다.

67) 17 U.S.C. §102 (a).

68) 17 U.S.C. §101. 우리 저작권법 제2조 제16호의 정의와 동일한 것으로 평가된다.

national Commission On New Technological Uses of copyrighted works)의 논의로부터 시작되었으며,⁶⁹⁾ 1979년 CONTU는 컴퓨터프로그램을 저작물로 보호하는 방안을 제시하였다.⁷⁰⁾ 그 후 미국의 주도로 전 세계 국가의 저작권법에서 컴퓨터프로그램을 저작물의 일유형으로 포섭하였으며, WTO TRIPs 제10조 제1항에서 “컴퓨터프로그램은, 소스코드인지 목적코드인지와 관계없이, 1971년 베른 협약에서 정한 어문저작물로 보호되어야 한다.”고 규정함으로써 컴퓨터프로그램 저작물은 어문저작물로 보호받게 되었다.

이와 같이 컴퓨터프로그램을 어문저작물로 본다는 합의가 있음에도 불구하고, 컴퓨터프로그램저작물은 다른 저작물과는 다른 특징이 있다.

첫째, 저작물이 하나의 대상이 아니다. 음악저작물은 ‘음(音)’이 저작물인 대상이며, 미술저작물은 미술적 표현이 저작물인 대상이다. 일반적인 어문저작물은 보호대상이 글로 표현된다. 반면, 컴퓨터프로그램저작물은 소스코드(source code), 목적코드(object code)로 구분될 수 있는데, 목적코드는 실행코드(executive code) 외에도 실행코드가 참조하는 라이브러리(library), 디자인요소들(design materials) 등 많은 대상들을 포함한다.⁷¹⁾

둘째, 위 첫째의 특징으로 컴퓨터프로그램은 영업비밀, 저작권, 특허권 등 다수의 지식재산권에 의해 보호될 수 있다. WTO TRIPs 제10조 제1항은 컴퓨터프로그램을 어문저작물로 보호한다고 규정하고 있어, 컴퓨터프로그램저작물은 원칙적으로 저작권을 보호된다. 각국의 저작권법 제도 역시 이러한 시각을 반영하고 있다. 그럼에도 불구하고 전전 유통되는 목적코드가 아닌 영업비밀로 보호되는 소스코드를 불법적

69) Pamela Samuelson, Allocating ownership rights in Computer-generated works, 47 U. Pitt. L. Rev. 1185 (1986) at 1193.

70) National Commission On New Tech. Uses of Copyrighted Works, Final Report (1979).

71) 영국 저작권법 등 유럽 국가들의 저작권법은 컴퓨터프로그램과 디자인요소들을 모두 컴퓨터프로그램으로 본다는 규정을 가지고 있어 목적코드와 디자인요소들이 구분되나, 우리 저작권법은 그러한 규정이 없으므로 디자인요소들이 목적코드에 포함되는 것으로 기술하였다. 이에 대해서는 디자인요소들이 별도의 저작물, 예를 들어 음악저작물 또는 미술저작물에 해당된다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 디자인요소들이 독자적으로 분리되어 가치를 갖지 않는 한, 목적코드의 일부분으로 이해하는 것이 현재 컴퓨터프로그램저작물을 고려할 때 타당할 것이다.

으로 캐내는 행위는 영업비밀 침해행위로 규제된다.⁷²⁾ 아울러, 컴퓨터프로그램이 기계나 장치와 결합하거나 이러한 결합에 의해 구현되는 기술적 방법이 기술발명으로 취급될 수도 있다. 소위 SW특허로도 보호된다. 이처럼 컴퓨터프로그램은 저작권 외에 영업비밀, 그리고 특허권에 의해서도 보호되는 특징이 있다. 일반적으로 공표된 어문저작물은 글의 표현에 의해 누구나 인식할 수 있는 상태가 될 것이므로 영업비밀 침해행위가 발생할 여지가 없고, 특허발명 그 자체가 될 가능성도 없다.

셋째, 컴퓨터프로그램은 저작자가 창작성을 부가한 표현이 이용자가 향유하는 표현과 다르다. 컴퓨터프로그램은 소스코드가 저작자의 창작적 표현이다. 반면, 이용자는 목적코드를 컴퓨터에 복제·설치하여 이용하게 되므로, 이용하는 지시·명령은 목적 코드이다. 또한, 이용자의 저작물 향유대상은 프로그램의 동작(behavior)이다. 이와 같이 “소스코드-목적코드-동작”이 컴퓨터프로그램저작물의 유기적 일체를 이룬다. 이로부터 동작을 보호하는 SSO(Sequence, Structure and Organization)의 보호 문제가 대두된다.

넷째, 컴퓨터프로그램은 그 자체로 이용의 대상인 동시에 또 다른 저작물 창작을 위한 도구로서의 성격을 갖는다. 소위 저작툴(authoring tool)의 역할을 하는 컴퓨터프로그램이 존재한다. [한글] 프로그램은 어문저작물 등을 창작하기 위한 저작툴이며, [photoshop]은 미술저작물 등을 창작하기 위한 저작툴이다. 이번 사건의 대상인 JAVA SE는 응용프로그램(application program) 창작을 위한 저작툴이다.

대상 판결과 깊은 관련이 있는 특성이 바로 위 넷째의 저작툴로서의 컴퓨터프로그램의 특징이다. JAVA SE는 JAVA 언어를 이용하여 응용프로그램을 창작하기 위한 저작플랫폼이기 때문이다.

72) 컴퓨터프로그램 소스코드를 영업비밀로 인정한 사례로는 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012도12828 판결 등.

3. JAVA 플랫폼의 구성과 특징

JAVA 플랫폼은 크게 3개의 구성부분으로 구분할 수 있다.

첫째는 JAVA 언어 체계를 구성하고, 구문(syntax)과 의미(semantics)를 정의하며, 라이브러리 등 개발을 위한 보조자료 등을 구성함으로써, SW개발도구로서의 틀을 체계적으로 제시하는 SSO이다.

둘째는 실제로 목표한 업무 또는 과제를 수행하는 구현코드(implementing code)⁷³⁾이다. 구현코드는 최종사용자(end user)가 원하는 수많은 업무나 과제를 수행하기 위해 제공되는 코드인데, 그러한 업무나 과제는 최종 이용자에 따라 다양할 것이다. 백인백색(百人百色)으로 원하는 업무나 과제가 다양할 것이기 때문이다. 그러한 다양한 업무나 과제를 미리 예상하여 구현코드를 준비하게 되는데, 준비된 구현코드가 많을수록 개발 플랫폼의 경쟁력은 높아지게 된다. 양적으로 볼 때 구현코드는 JAVA SE 플랫폼의 대부분을 차지한다. 구글은 구현코드를 스스로 창작하였다.

셋째는 JAVA SSO를 토대로 구현코드를 호출하기 위한 선언코드(declaring code)이다. 프로그래머(programmer)는 선언코드를 이용하여 미리 준비된 구현코드를 호출하게 되는데, 그런 점에서 선언코드는 프로그래머의 목적과 구현코드 간의 인터페이스를 제공한다. 이로부터 JAVA API라는 명칭을 이용하는 것이라고 생각된다. 즉, 프로그래머가 계획한 업무 또는 목적-)JAVA API를 이용한 선언코드->호출되어 동작하는 구현코드의 구조가 형성된다. 프로그래머는 자신이 목표한 업무를 정의하거나 설계한 후, 선언코드를 이용하여 구현코드를 호출하게 되는데, 호출된 구현코드는 프로그래머가 의도한 업무나 과제를 수행하게 되므로, 프로그래머의 입장에서 구현코드는 '블랙박스(black box)'로 인식되면 충분한다. 블랙박스라는 의미는 프로그래머가 입력(input)과 출력(output)만을 인식하고, 그 내부의 프로세스에 대해서는 알지 못 하거나 알지 못 해도 무방한 영역을 일컫는 의미로 업계에서 널리 쓰이는 용어이다.

73) 대상판례는 과제구현프로그램(task-implementing program) 또는 구현프로그램(implementing program)이란 용어를 사용하고 있기도 하나, 본고에서 구현코드란 과제구현프로그램, 구현프로그램을 포함하는 개념으로 사용함.

선언코드에서 API를 이용하기 위해 쓰이는 형식(syntax)이 JAVA Command인데, 이 형식에 따라 ‘package’, ‘class’, ‘method’의 순서로 호출하게 된다. ‘package’는 JAVA의 구현코드의 최상위 카테고리, 그 다음 카테고리는 ‘class’로, 그 하위 카테고리 ‘method’로 이해하면 된다.

이와 같이 선언코드는 궁극적으로 구현프로그램의 method를 호출하는 역할을 하는데, 이는 인터넷 세계에서 ‘링크(link)’와 유사하다.

최근 컴퓨터프로그램 개발 플랫폼은 프로그래머가 손쉽게 프로그래밍을 할 수 있도록 많은 필요과제를 예측하고 이를 마련해두는데, 이로부터 프로그래머는 미리 마련된 소재프로그램들을 선택하여 배치하고 붙이는 과정을 통해 프로그래밍을 완성한다. 조립식 건물 조립을 상상하면 이해가 쉽다. 건물의 구성부분들이 다양하게 마련되어 있을수록 더욱 다양한 집을 지을 수 있듯이, 다양한 구현코드들을 갖춘 개발 플랫폼일수록 프로그래머들에게 선호된다. 업계에서는 이를 ‘글루프로그래밍(glue-programming)’이라고 하는데, 필자는 ‘블록쌓기 프로그래밍’이란 용어를 쓴다.

4. 구글이 JAVA API를 복제한 이유

이번 사건에서 구글은 구현코드를 독자적으로 창작하였다.⁷⁴⁾ 반면, JAVA API 중 선언코드 37개를 무단으로 이용하였다. 그 양은 JAVA API 전체 286만 라인 중 0.4%인 11,500라인이다.⁷⁵⁾

여기에서 의문이 제기된다. 구글은 엄청난 분량의 SDK를 독자적으로 창작하면서 왜 전체 286만 라인 중 0.4%에 불과한 11,500라인의 선언코드를 복제하였는가?

이에 대해 대상판례는 두 가지 관점에서 설명한다.⁷⁶⁾ 첫째는 플랫폼 개발자인 구글의 입장에서 볼 때 37개 패키지가 이동통신기기(mobile devices)에서 동작하는

74) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1193.

75) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1205.

76) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1193-1194.

응용프로그램을 위한 가장 유용한 부분이며, 둘째는 이런 부분의 선언코드를 바꿀 경우 프로그래머는 JAVA 체계를 새롭게 학습해야 하는 불편함이 있다고 한다. 즉, 이동통신기기에서 이용하는데 있어서 필수적인 패키지에 관한 선언방식을 바꿀 경우 이는 프로그래머에 많은 혼란을 주게 된다는 것이다.

5. JAVA API의 저작물성에 관한 논쟁의 전개

JAVA API의 특성과 이동통신기기에서의 필수적 요소라는 특징으로부터 저작물성에 관한 논쟁이 전개되기도 했다.

하급심에서 법원은 1)구글이 구현코드를 스스로 창작한데 주목하고, 2)구글이 복제한 것은 JAVA 언어에 익숙한 프로그래머가 유사한 작업을 수행하는데 필요한 선언코드와 SSO에 국한된다는 점을 토대로, 결국 이러한 구글의 이용은 미국 저작권법 제102조 (b)항⁷⁷⁾의 ‘system or method of operation’이라고 판단함으로써 저작물로 보호하지 않는다는 점을 확인한 바도 있다.⁷⁸⁾ 이는 공정이용 판단 전에 저작물로서의 보호를 부정한 것인데, 연방순회항소법원은 이를 파기하였고,⁷⁹⁾ 연방순회항소법원의 판단은 상고기각을 통해 확정되었다.⁸⁰⁾ 이로써 JAVA API 패키지 37개가 저작권 보호의 대상에서 제외된다는 연방저작권법 제102조 (b)항은 적용되지 않게 되었다.

따라서 대상판결의 주된 쟁점은 선언코드의 복제가 공정이용에 해당되는지에 초점이 맞추어졌다.

77) 17 U.S.C. §102 (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.

78) 872 F.Supp.2d 974 (N.D. Cal. 2012) at 975-977.

79) 750 F.3d 1339 (Fed. Cir. 2014) at 1354-1361.

80) 570 U.S. 1071 (2015).

IV. 쟁점(1) : 공정이용 판단에 있어 이용자는 누구인가?

1. 개요

공정이용은 문화발전이라는 저작권법의 목적을 달성하기 위한 양대 축 중 하나이다. 즉, 저작권법은 창작을 장려하는 동시에 공정한 이용을 통한 대중화를 가능하게 함으로써 궁극적으로 문화의 향상발전에 이바지하게 된다.

이러한 목적 중에서 가장 먼저 고려되어야 할 목적이 바로 미래의 창작자들에게 그들의 저작물에 대한 독점적 권리라는 인센티브를 부여하는 것이다.⁸¹⁾ 이 때 창작자는 저작자 그리고 저작인접권자를 가리킨다.

한편, 저작권법제도는 공정한 이용을 도모한다. 공정이용 역시 저작권법의 궁극적 목적인 문화발전 또는 과학 및 예술분야의 발전을 촉진하기 위한 것이다. 이러한 공정이용은 저작권자의 허락 없이 저작물을 이용할 수 있도록 하는데, 미국의 경우 판례로부터 발전하여 의회의 입법으로 저작권법에 규정되었으나 여전히 “명확한 정의를 내리기를 회피한다(eludes precise definition).”는 비판⁸²⁾이 제기될 정도로 예나 지금이나 여전히 모호한 개념으로 취급된다.

이와 같이 저작권법은 창작과 이용을 모두 보호하는데, 창작을 하는 자는 창작자이고 이용을 하는 자는 이용자이다. 그렇다면, 공정한 이용인지를 판단할 때 ‘이용’과 ‘공정’ 간에는 어떠한 관계가 필요한가? 구체적으로는 저작물 이용자의 입장에서 저작자와의 관계에 있어서의 공정인가 또는 이용으로부터 파생되는 결과의 공정인지에 대한 의문이 제기될 수 있다.

통상 공정이용은 이용자의 이익을 위한 것인 경우가 많다. 예를 들어 사적이용인 경우 공정이용의 주체와 공정이용으로부터 발생하는 이익의 귀속주체는 사적으로 복제를 하는 자이다.

81) James M. Sweeney, Copyrighted Laws: Enabling and preserving access to Incorporated Private Standards, 101 Minn. L. Rev. 1331 (2017) at 1341.

82) C. T. Drechsler, Extent of Doctrine of “Fair Use” under federal Copyright Act, 23 A.L.R.3d 139 (Originally published in 1969) at § 2. General observations and comments.

한편 컴퓨터프로그램저작물, 그 중에서도 컴퓨터프로그램저작물 창작을 위한 플랫폼으로서의 컴퓨터프로그램저작물의 이용에 따른 이익의 귀속주체 문제는 다른 저작물들과는 다른 궤를 형성한다. 이번 사건에서 저작권자는 오라클임이 명확한데 반해, 이용자는 구글인지 아니면 구글이 구축한 SDK 이용자인지, 또는 구글이 구축한 SDK를 이용하여 창작한 컴퓨터프로그램저작물의 최종이용자인지 모호하다.

이러한 대상판결의 타당성에 대해 논한다.

2. 대상판결의 내용

대상판결은 공정이용 논의를 위해 미국 수정헌법 제8조로부터 설명을 시작한다. 미국 수정헌법 제8조는 과학과 예술분야의 발전을 촉진하기 위하여 제한된 기간 동안 저작자 및 발명자에게 배타적인 권리를 부여한다고 규정한다. 미국 의회는 저작권법을 제정할 권한을 미국 헌법으로부터 부여받고 있는데, 미국 헌법은 저작권 등을 부여함으로써 과학과 예술분야의 발전을 촉진한다는 목적을 밝히고 있다.⁸³⁾ 한편, 대한민국 헌법 제22조 제1항은 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다고 한 후, 동조 제2항에서 저작자 등의 권리는 법률로써 보호한다고 명시하고 있다. 아울러, 제37조 제2항에서 국민의 권리는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 한다. 이러한 헌법의 토대 위에서 우리 저작권법 제1조는 저작권법의 궁극적 목적을 문화 및 관련 산업의 향상발전으로 설정하고, 궁극적 목적을 위한 수단 또는 저작권법의 세분화된 목적으로부터 저작자의 보호와 공정한 이용의 도모를 명시하고 있다. 이와 같이, 미국의 법제도와 우리 법제도는 저작권 등 지식재산권 제도의 목적을 헌법에 명시하고 있는지 또는 저작권법에 명시하고 있는지의 차이는 있을 뿐, 헌법으로부터 수권한 바에 따라 국회에서 제정한 저작권법제도에 저작권 및 공정이용을 동시에 두고, 이로부터 문화발전을 위한 정교한 균형을 유지하도록 한다.

83) James M. Sweeney, Copyrighted Laws: Enabling and preserving access to Incorporated Private Standards, 101 Minn. L. Rev. 1331 (2017) at 1342.

이에 더하여 대상판결은 미국 수정헌법 제8조에서 부여한 특별한 권리의 대가가 저렴한 복제의 허용에 있으며, 그럼에도 불구하고 저작권 보호로 ‘이용자’에게 비용을 증가시키게 된다면 이는 저작권제도의 음역으로 봐야 한다고 설명한다. 또한 공정 이용이 본래 형평의 원칙으로부터 기인한 것인데, 이로부터 법원은 헌법이 설계한 창작에 의한 진보를 저해하는 방식으로의 엄격한 저작권법 적용을 회피하도록 한다고 설명한다. 또한, 법관은 기술적 변화를 고려함으로써 사법적 균형을 유지하여야 하고 이를 통해 진보를 이루어야 한다고 한다.⁸⁴⁾

이를 토대로 대상판결은 구글의 SDK를 이용하는 또는 이용할 것으로 예상되는 프로그래머를 공정이용 판단의 이용자로 보고 있다.

3. JAVA 개발 플랫폼 관련 창작과 이용의 구조

JAVA 개발 플랫폼을 이용한 창작과 이용 관계는 다음과 같이 도시될 수 있다.



84) 본 절의 내용은 Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1195-1197.

위 도시된 표를 보면, 오라클은 데스크톱 환경을 위한 자바 개발 플랫폼의 저작권자이고, 오라클이 저작권을 갖는 API를 복제하여 차용한 자는 구글이다. 이들 간에는 분쟁이 발생하였으므로, 붉은 색으로 표시하고 있다. 한편, 구글이 구축한 모바일 자바 개발 플랫폼을 이용하는 프로그래머, 그리고 이들 프로그래머가 창작한 프로그램을 최종적으로 소비하는 최종이용자가 존재한다. 프로그래머는 구글의 고객이고, 프로그램 최종 이용자는 프로그래머의 고객이다. 구글과 프로그래머, 그리고 프로그래머와 최종 이용자 간에는 이번 사건과 관련된 어떠한 분쟁도 발생하고 있지 않는다. 그런 점에서 프로그래머와 최종 이용자는 구글의 편에 서 있다고도 볼 수 있다.

이러한 구조에서 대상판결은 이용자를 구글이 아닌 프로그래머로 보고 있다. 프로그래머를 이용자로 지목하는 것은 대상 판결의 여러 곳에서 찾을 수 있다. 이를 단계별로 기술하면, 판례는 user interface의 이용자가 programmer임을 확인한 후,⁸⁵⁾ 본 사례가 프로그래머로 하여금 프로그램을 작성하기 위한 학습 또는 사용을 장려하는데 그 가치가 있다고 하며,⁸⁶⁾ 그 결과 구글의 플랫폼이 프로그래머들에 의해 사용되어 진보를 이루게 하는 것으로서 새로운 플랫폼의 창출에 해당한다고 설명한다.⁸⁷⁾

4. 소결 - 대상판결에 대한 이해와 비판

1) 공정이용의 판단기준으로서 공중의 이익

앞서 설명한 바와 같이, 헌법은 의회에 저작권을 인정할 권한을 부여하고 있는데, 그 이유는 과학과 예술분야의 진보를 위한 것이다. 그러한 목적에 따라 저작자에게

85) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1201; user interface의 이용자가 programmer임을 확인하고 있다(It provides a way through which users(here the programmers) can manipulate and control task-performing computer programs via a series of menu commands).-본 설시의 토대는 Lotus Development Corp., 49 F3d at 809로부터 찾는다,

86) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1202; 본 사례가 프로그래머로 하여금 프로그램을 작성하기 위한 학습 또는 사용을 장려하는데 그 가치가 있다고 설명한다.

87) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1203; 구글의 플랫폼이 프로그래머들에 의해 사용되어 진보를 이루게 하는 것으로서 새로운 플랫폼의 창출에 해당한다고 설명한다.

일정한 권리를 부여하고, 반면 공중의 이익을 위한 규정을 갖게 된다. 이 때 저작자에 대한 권리부여에 상응하는 것이 공정이용인데, 공정이용은 공중의 이익(public interests)을 위한 것이다. 정리하면, 저작자에게의 권리부여와 공중의 이익을 위한 공정이용은 모두 과학과 예술분야의 진보를 위한 것인데, 그러한 점을 고려할 때 저작자에게 대가를 지급하는 것과 공정이용을 허용하는 것은 저작권법의 이차적 목적이라고 할 수 있다.⁸⁸⁾

이러한 설명이 토대 위에서 볼 때, 공정이용은 공중의 이익을 위한 것이므로, 저작물 이용자를 반드시 원저작물을 직접 이용하는 자로 한정할 필요는 없을 것으로 생각된다. 공정이용은 그 대상을 저작물 이용자에 한정하여 판단하는 것은 아니고, 공중의 이익에 적합한지를 토대로 판단해야 할 것이기 때문이다. 따라서, 공정이용 여부의 판단은 궁극적으로 과학과 예술분야의 진보를 위해 유익한 것인지를 판단해야 한다.

2) 대상판결의 타당성

위와 같이, 공정이용은 공중의 이익을 위한 것이고, 대상판결에서 설명한 바와 같이 공정이용은 저작물 이용자의 부담을 강화하는 것을 최대한 억제함으로써 저작권법 제도의 음역을 최소화하고 그 결과 공중의 이익을 최대화하기 위한 도구로 이용될 수 있다. 대상판결은 JAVA API 패키지를 이용하는데 대해 이를 공정이용으로 보지 않으면 프로그래머들은 JAVA 언어를 이용하기 위해 선언코드 작성방법을 새롭게 배워야 하고, 이로부터 프로그래머의 창작을 방해한다는 이유를 들고 있다. 이러한 미연방대법원의 설명은 예술분야의 발전 또는 문화의 발전이라는 관점에서는 매우 자연스럽게 이해된다.

그럼에도 불구하고, 지금까지 판례에서 직접적인 이용자가 아닌, 간접적 이용자의 이익을 고려한 경우를 찾을 수 없다.

88) American Law Reports, Extent of Doctrine of "Fair Use" under federal Copyright Act, 23 A.L.R.3d 139 (Originally published in 1969) § 4[b] Justification and rationale of "fair use" concept - Public policy; theory of constitutional desirability.

대상판례 역시 본 사건의 공정이용을 인정하는 근거로 몇몇 판례를 제시하고 있는데, 기능적인 부분의 이용 또는 사실적인 부분의 이용에 대해 저작권의 보호 범위가 좁아지고 반대로 공정이용으로 볼 가능성이 커진다는 근거를 토대로 하면서도, 호환성 확보를 위한 저작물 이용⁸⁹⁾, 역공정을 위한 일시적 복제⁹⁰⁾, 그리고 경쟁 상품을 개발하는 사전적 단계에서의 복제⁹¹⁾ 사례를 제시하고 있다. 그러나 이러한 사례들은 모두 피고 등 당사자의 이용행위에 관한 것이고, 그 주된 이익 역시 당사자들을 위한 사례이다.

한편, 대상판결과 같이 직접적인 이용자 외에 원저작물을 차용한 저작물을 이용하는 이용자 등 간접적인 이용자들의 이익을 토대로 하고 있는 판결로는 미국의 Lotus사건의 판결⁹²⁾이 있다. Lotus판결에서 메뉴체계는 작동방식이나 작동방법으로 저작권의 보호대상이 될 수 없다고 하였다. 또한, QWERTY라는 키보드 역시 사실상의 표준에 해당하는 경우 이는 아이디어와 표현이 합체되었다고 보아 보호받는 저작물로 인정되지 않았다. Lotus 판결 등 많은 사건에서 QWERTY 키보드에 대한 언급을 하고 있는데, 법원은 메뉴나 패턴에 관한 독점권이 부여되면, QWERTY 키보드를 배운 타이피스트가 누구의 포로가 되는 것처럼 Lotus 1-2-3의 명령 구조를 배웠거나 자체 매크로를 고안 한 사용자는 Lotus에 기속된다고 판시하고 있다.⁹³⁾

이와 같이 미국의 Lotus사건의 판결은 대상판결과 같이 최종 이용자들의 편의를 토대로 하고 있는데, 이들 판결에서는 공정이용 여부가 쟁점이 되지 않았고 저작물 성과 관련된 쟁점이 있었을 뿐이다.

즉, 미국 저작권법 제102조 (b)항은 아이디어(idea), 프로시저(procedure), 프로세스(process), 시스템, 작동방법(method of operation), 개념(concept), 원칙(principle), 발견(discovery)은 저작권에 의한 보호가 되지 않음을 명시하고 있는데,⁹⁴⁾ 이에 해당하는 경우에는 저작권의 보호대상에서 배제되므로 공정이용인지의 여부를 판단할 필요가 없다.

89) Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F. 3d 522, 543-545 (CA6 2004).

90) Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F. 3d 596, 603-608 (CA9 2000).

91) Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F. 2d 1510, 1521-1527 (CA0 1992).

92) Lotus Development Corp. v. Borland Int'l, Inc., 49 F.3d 807 (CA1 1995) at 820.

93) Lotus Development Corp. v. Borland Int'l, Inc., 49 F.3d 807 (CA1 1995) at 821.

94) 17 U.S.C. §102(Subject matter of copyright: In general) (b).

JAVA API의 선언코드가 미국 저작권법 제102조 (b)항에서 열거한 사항에 해당되는지에 대해서는 대상판결 과정에서도 논의되고 있다. BREAYER판사가 “소스코드 인터페이스가 쿼티(QWERTY) 키보드와 유사한 것인가”라고 질문한데 대해, 평론가는 오라클의 JAVA API가 이런 배열순서와 성격이 유사하다면 저작권 보호 대상이 아니지 않느냐는 취지의 질문이라고 이해하고 있는데, 이에 대한 오라클의 답변은 “QWERTY엔 어떤 표현도 들어있지 않다. 그건 순전히 기계적인 것에 불과하다”고 반박했다고 한다.⁹⁵⁾ 또한 학계에서도 Lotus판결의 법리를 적용하는데 대해 비판적인 견해가 제시되고 있는데, “Lotus 판결과 같이 컴퓨터프로그램은 기능적인 특징을 가지고 있어 전통적인 저작권 개념을 그대로 적용하기 어렵다는 점이 인정되지만, 그렇더라도 저작권 개념의 본질을 변경해서는 안 된다”고 비판하기도 한다.⁹⁶⁾ 반대 의견을 제시한 THOMAS판사 역시 선언코드를 창작하는 데에는 다양한 서술방식이 있다고 하면서, 이로부터 미국 저작권법 제102조 (b)항을 적용하는 것은 본 항이 아이디어-표현 이분법으로부터 도출되는 것으로 합체의 원칙이 적용될 수 없다고 설명하고 있다.⁹⁷⁾

반대로, JAVA API가 소프트웨어 개발자들에 의해 광범위하게 사용되어 사실상 표준이 되었다고 보여지므로 이용자들을 위하여 그 독점권 행사가 제한되어야 할 것이라는 견해가 제기되고 있기도 하다.⁹⁸⁾ 표준과 표준을 이용하는 행위 간에는 호환성을 확보하도록 하고 혁신 비용을 균등하게 분배하도록 할 필요가 있으며, 표현의 다양성을 제한하는 역할을 하는 경우도 있는데 이러한 락인(rocked-in) 현상을 고려할 필요가 있다.⁹⁹⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해 특허법 제도에서는 FRAND(Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) 조건을 적용하기도 하는데, 특허법은 발명이 얼마나 가치가 있는지와 관계없이 표준이 시장지배력을 강화할 수 있다는 점에서 독점적 권리를 자동적으로 부여하지는 않으며, FRAND는 친경쟁적인

95) 김익현 미디어연구소장, “구글·오라클, 미 대법원서 ‘자바전쟁’; 최종 승부”, ZDNet Korea 2020.10.08 일자. <https://zdnet.co.kr/view/?no=20201008104543> (2021. 5. 13. visited).

96) William F. Party, Patry on Fair Use § 1:4 (May 2021 Update).

97) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1213-1214.

98) 육소영, “오라클과 구글의 저작권 분쟁과 산업계의 영향”, IT와 법 연구(제22집), 경북대학교 IT와 법 연구소, 2021, 125쪽.

99) Benjamin Hendricks, Brian P. Quinn, The Hold-Up Tug-of-War-Paradigm Shifts in the application of antitrust to industry standards, 28 No. 1 Competition: J. Anti., UCL & Privacy Sec. L. Assoc. 35 (2018) at 36 참조.

시장 구축에 필요한 피난처로 취급된다.¹⁰⁰⁾ 그러나 독점권의 행사, 그 중에서도 FRAND 원칙의 적용은 공정이용의 인정과는 궤가 다른 해결방법으로 대상판결의 결론과는 다른 접근방법이다.

위의 논의와 관련하여, 대상판결에서는 미국 저작권법 제102조 (b)항을 적용하지 않았다. 아울러, 하급심법원에서 이미 복제된 37개의 JAVA API 선언코드 11,500 라인이 창작적이며, 선언코드를 구글이 그대로 복제하였다는 점이 확정되었고, 구글도 이를 인정하였다.¹⁰¹⁾

생각건대, 상당한 분량으로 기술된 선언코드 전체를 아이디어-표현 이분법에 따라 저작권의 보호대상에서 제외하기는 어려웠던 것으로 생각된다. 또한, Apple과 MS는 오라클의 선언코드를 차용하지 않고 스스로 개발하였다는 점에서 합체의 원칙을 적용하는 데도 어려움이 있었을 것으로 생각된다.

결과적으로 대상판결은 구글이 차용한 JAVA API 선언코드를 저작권 보호대상에서 제외하는 대신 공정이용의 범위를 넓혀 면책하는 방법을 채택하고 있다. 즉, 대상판결은 공정이용의 이익을 얻게 되는 자의 범위를 확장함으로써, 결과적으로 공정이용이 될 가능성을 높이고 있다.

이와 같은 대상판결에 대해서는, SDK 간접적 이용자인 프로그래머는 SDK를 이용대가 없이 이용함으로써 언제나 이익을 얻게 되는데, 이러한 이익을 공중의 이익으로 보는 것은 지나치게 공정이용의 범위를 넓히는 효과를 가져올 수 있다는 점에서 비판의 여지가 있다. 즉, 코드차용자의 이익을 넘어 차용된 코드를 이용하는 자의 이익까지 고려하는 것은 코드차용을 언제나 정당화하는 결과를 낳을 수 있으며, 이는 반대로 코드창작자의 저작권을 형해화하는 결과를 낳을 수 있다는 점에서 비판이 가능하다.

대상판결은 기존 판례와 비교할 때 이러한 점에서 공정이용의 범위를 획기적으로 확장한 것으로 이해될 수 있다.

100) Benjamin Hendricks, Brian P. Quinn, The Hold-Up Tug-of-War-Paradigm Shifts in the application of antitrust to industry standards, 28 No. 1 Competition: J. Anti., UCL & Privacy Sec. L. Assoc. 35 (2018) at 38-41.

101) 886 F. 3d 1179 (Fed. Cir. 2018).

V. 쟁점(2) : JAVA API의 이용은 변형적 이용인가?

1. 개요

변형적 이용은 Campbell사건¹⁰²⁾에서 연방대법원이 1990년 법을 토대로 제시한 것인데, 이차적 이용으로 무엇인가 새로운 것을 추가하고 있고, 이 때 새로운 목적이나 다른 성격을 가짐으로써 이용된 저작물에 새로운 표현, 의미 또는 메시지를 변경하는 것을 의미한다.¹⁰³⁾ 국내 문헌에서는 변형적 이용(transformative use)이란 원저작물을 이용한 결과물이 단순히 원저작물을 대체하는 수준을 넘어 원저작물에 없거나 또는 원저작물과는 다른 사상이나 감정을 전달함으로써 원저작물과는 별개의 목적이나 성격을 갖게 되는 경우를 말한다고 설명하고 있기도 하다.¹⁰⁴⁾ 대상판결에서는 “변형적이란 무엇인가 새롭고 중요한 것을 부가하는 이용”이라고 설명한다.¹⁰⁵⁾

이러한 정의를 토대로 할 때 변형적 이용인지의 여부는 원저작물이 가지고 있는 고유한 목적과 동일한 목적으로 이용한 것인지, 아니면 원저작물과는 별개의 다른 목적으로 이용한 것인지를 중심으로 결정된다는 점에서 공정이용 판단의 제1 요소인 ‘이용의 목적 및 성격’을 판단하는 중요한 지표로 고려되고 있다.¹⁰⁶⁾ 한편, 구체적으로는 이용의 목적 또는 성격을 판단하는데 있어 새로운 표현인지의 여부, 새로운 의미나 메시지를 부여하여 원저작물을 변경하고 있는지의 여부를 고려할 필요가 있다. 미국 판례는 이용의 목적과 성격을 판단한데 있어 1994년 Campbell판결 이전까지 상업적인지 또는 비상업적인지를 토대로 판단하는 경향이 있었으나, Campbell 판결 이후 ‘변형적인 이용’ 여부를 고려하기 시작했다.¹⁰⁷⁾

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

103) Laura A. Heymann, Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response, 31 Colum. J.L. & Arts 445 (2008) at 447; Matthew D. Bunker, Eroding Fair Use: The “Transformative” Use Doctrine after COMPBELL, 7 Comm. L. & Pol’y 1 (2002) at 2.

104) 오승중, 「저작권법(제4판)」, 박영사, 2016, 863쪽.

105) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1203.

106) 오승중, 「저작권법(제4판)」, 박영사, 2016, 863-864쪽.

107) 김도경, “응용프로그램인터페이스(API)에 관한 Oracle v. Google 사건판결의 영향과 전망 -공정이용 인정여부를 중심으로-”, 경영법률(제30권 제3호), 한국경영법률학회, 2020, 179쪽 각주 36).

이와 같은 변형적 이용인지의 여부가 곧바로 공정이용을 인정하는 것은 아니지만, 최근 미국의 판례는 변형적 이용인지의 여부에 따라 판단하는 경우가 다수 존재하며, 이러한 경향은 최근 들어 널리 일반화되고 있다.

이번 사례 역시 변형적 이용이란 요소가 공정이용을 인정하는데 중요한 역할을 하고 있다고 분석되고 있다.¹⁰⁸⁾ 이에, JAVA API의 이용이 변형적 이용인지에 대한 대상판결의 판단을 토대로 그 타당성을 검토한다.

2. 대상판결의 내용

연방순회항소법원은 구글의 이용행위가 공정이용 요건 4가지 중 어느 하나도 충족하지 않았다고 하면서 변형적 이용을 부정한 바 있다. 특히, 모바일 환경에서 구글이 반드시 이용해야 하는 최소한의 양을 단지 170라인이라고 보았는데, 이에 대해서는 양 당사자도 동의하였다.

이에 대상판결은 공정이용 판단의 제1 요소인 저작물의 성격과 관련하여, JAVA API는 본질적으로 ‘User Interface’이며, 선언코드는 범용시스템(general system)과 필연적인 결합(inextricably bound) 관계에 있다고 설명한다. 즉, 스마트폰이라는 시스템과 필연적인 결합이 요구되며, 기능적인 요소를 가지고 있고, 다른 컴퓨터 프로그램과는 달리 저작권으로 보호되지 않는 아이디어와 결합해야 할 운명을 가지고 있다고 설명한다.¹⁰⁹⁾

또한, 변형적 이용이란 새로운 무엇인가를 추가해야 하는데, 스마트폰이라는 새로운 시스템에서 이용되고 있고, 이를 통해 진보를 추구하고 있다는 점에서 변형적 이용이라고 판단한다. 이에 더하여 컴퓨터프로그램의 구문(syntax)을 재사용하는 행위는 산업계에서 널리 이용되고 있는 것이라고 설명한다.¹¹⁰⁾

108) David H. Herrington, et al, The Supreme Court’s decision in Google v. Oracle: Transformative use of popular code can be ‘fair use’, 2021 PRINDBRF 0161 (May 13, 2021).

109) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1201-1202.

110) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1203.

물론, 구글의 JAVA API 이용은 상업적인 것으로서 공정이용을 인정할 때 불리한 요소로 작용할 것이다. 그럼에도 불구하고 상업적 이용이 미국 저작권법 제107조의 공정이용 여부를 판단하는데 있어 절대적인 것은 아니다.

3. 소결 - 대상판결에 대한 이해와 비판

이상의 대상판결의 요지는 구글이 스마트폰이라는 모바일 시스템에서 이용할 수 있도록 JAVA API를 이용한 것은 변형적 이용이며, 이에 더하여 구글이 복제한 선언코드는 모바일 시스템과 결합되어야 하는 속성을 가지고 있는 한편, JAVA의 SSO와 구현프로그램을 연결하는 역할을 하는 것으로서, 코드의 일부 재사용은 공정이용으로 보아야 한다는 것이다.

그러나 대상판결의 태도는 기존 변형적 이용에 관한 논의의 틀을 벗어난 것으로 평가될 수 있다.

변형적 이용을 토대로 공정이용을 판단하는데 있어 학자들의 견해는 다소 상이하게 전개되고 있는데, 일부 학자들은 경제적 이유를 토대로 변형적 이용이 인정될 수 있다는 주장을 제기하는 한편 다른 학자들은 이차적 이용이 생산적인지 또는 보완적 인지에 따라 변형적 이용인지의 판단을 달리해야 한다고 주장한다.¹¹¹⁾

이에 대해 판단건대, 변형적 이용으로 인정되기 위해서는 원저작물과는 다른 사상이나 감정을 전달함으로써 별개의 목적이나 성격을 가져야 하고, 원저작물의 의도했던 목적과는 다른 목적이 인정되어야 할 것이며, 그 결과 저작물에 새로운 표현, 의미 또는 메시지를 변경해야 한다. 무엇인가 새롭고 중요한 것을 추가하는 이용이어야 한다.

그러나 이번 사안의 경우 구글의 SDK는 오라클의 JAVA SE와 비교할 때, 결합하는 시스템이 데스크톱에서 모바일로 변경된 것 이외에는 다른 차이를 찾아보기 어렵다. 선언코드는 여전히 JAVA의 명령체제와 구현프로그램 간의 인터페이스를

111) Laura A. Heymann, Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response, 31 Colum. J.L. & Arts 445 (2008) at 447.

제공하고 있을 뿐이고, 복제된 코드는 JAVA SE에서와 같이 프로그래머에게 구현 코드를 호출할 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 바뀐 것은 시스템이 동작하는 플랫폼이 데스크톱에서 모바일 플랫폼으로 변경된 것에 불과하다는 평가가 가능하다.

플랫폼의 변경은 미디어(media) 또는 채널(channel)의 변경과 유사하다고 평가될 수도 있다. 운용 매체 또는 전달 매체의 변경만이 존재할 뿐 복제된 저작물의 목적이나 사상 또는 감정의 변경이 발견되지 않으며, 이러한 변경은 여전히 프로그래머가 자신이 이용하던 방법 그대로 구현코드를 호출하도록 하고 있을 뿐이다.

그러한 점에서 변형적 이용이라고 보는 대상판결의 태도는 의문의 여지가 있으며, 플랫폼 또는 매체의 변경으로 변형적 이용을 주장할 수 있다는 해석론으로 확대될 경우 저작권자의 보호는 매우 제한될 수밖에 없다.

VI. 쟁점(3) : 이용된 자바 선언코드의 양과 질

1. 개요

공정이용 판단의 3번째 요소는 이용된 저작물의 양과 질에 관한 것이다. 양적인 분석은 저작물의 전체에서 차지하는 비중을 판단함으로써 이루어진다. 한편 질적인 분석은 좀 더 심도 깊은 논의를 필요로 하는데, 이용된 부분이 저작물의 핵심적인 부분인지의 여부를 고려해야 한다.¹¹²⁾

이와 관련하여 미국 법원은 적은 부분이 이용된 경우에도 이용된 부분이 피이용 저작물의 중요한 부분이라면 공정이용을 인정하지 않는 경향이 있으며, 양과 질을 고려하는 경우 침해저작물이 아닌 피이용저작물을 토대로 판단하는 경향이 있다.¹¹³⁾

이러한 점을 토대로 대상판결의 타당성을 살펴보기로 한다.

112) Nora E. Field, Liri Silver, COPYRIGHT ON CAMPUS, CULM MA-CLE 3-1 (2012) at §3.4.2 The Four Fair Use Factors.

113) Theodore Z. Wyman, Litigating Fair Use Defense in Copyright Law, 136 Am. Jur. Trials 193 (Originally published in 2014) at §12 Third statutory factor - Amount and substantiality of copyrighted portion used.

2. 대상판결의 내용

대상판결은 공정이용 판단의 제3 요소인 복제된 양과 질을 판단하고 있다.

이에 대해 대상판결은 구글이 복제한 11,500라인은 JAVA API 286만 여 라인 중 0.4%에 불과하고, 복제된 부분은 구글이 프로그래머로 하여금 JAVA 언어를 이용하여 새로운 프로그램을 개발하는데 필요한 부분이라고 설명한다.¹¹⁴⁾ 또한, 앞서 기술한 바와 같이 차용된 부분이 그 자체로 독립적인 저작물로 취급되지 않는다.

그 결과 복제된 양과 질은 미연방대법원이 공정이용을 인정하는데 긍정적 요소로 동작한다.

3. 소결 - 대상판결에 대한 이해와 비판

복제된 양과 질을 고려하여 공정이용 여부를 판단하는 것은 다른 사례에서도 찾아볼 수 있는 접근방법이다. 그러나 이러한 판단은 복제된 부분이 그 자체로 독립적인 부분인지 또는 전체 시스템의 일부로 이용되는지에 따라 그 결과가 달라질 수 있다. 만약 복제된 부분이 전체 시스템의 일부로 이용되는 경우라면 그 양을 판단하는데 있어 전체 시스템의 양을 토대로 판단해야 할 것이지만, 복제된 부분이 그 자체로 독립적인 부분이라면 복제된 부분만을 토대로 판단하는 것이 타당할 것이기 때문이다. 또한, 그 질에 관한 평가는 독자적인 저작물로 보호하기 위한 가치를 고려할 필요가 있다.

대상판결의 태도는 위와 같은 점을 고려할 때 납득하기 어렵다.

JAVA API는 도서관의 서재와 같은 역할을 한다. 하나하나의 API는 그 자체로 프로그램 개발 플랫폼의 가치를 제고한다. 서재의 책이 많은 도서관이 서재의 책이 적은 도서관보다 더 가치가 있듯이, 미리 마련된 구현코드의 수와 이를 호출하는

114) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1204-1206.

선언코드의 수는 프로그램 개발 플랫폼의 가치를 제고한다. 도서관이 서적을 지속적으로 추가 구매하듯이 프로그램 개발 플랫폼은 지속적으로 구현코드와 이를 호출하는 선언코드를 추가하여야 한다. 그런 관점에서 볼 때, 선언코드와 구현코드는 유기적인 관계를 가지고 있으며, 각각의 유기적인 선언코드+구현코드는 독자적인 가치를 갖는다. 따라서, 전체 JAVA API의 0.4%라는 점만을 고려하여 그 양을 평가하는 것은 납득하기 어렵다. 오히려, 구글이 스스로 창작한 구현코드를 호출하기 위해 필요한 선언코드의 구문을 차용하는 것이라는 점에서 미국 저작권법 제102조 (b)항의 저작권으로 보호받지 못 하는 ‘system or method of operation’으로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.¹¹⁵⁾

또한, 복제된 부분의 질은 의심할 여지없이 매우 중요한 가치가 있다고 생각된다. 구글이 수백만 라인을 독자적으로 창작하면서도 불과 0.4%에 불과한 11,500라인을 복제한 데에서 그러한 생각은 확신을 더하게 된다. 이 부분은 모바일 시스템에서 JAVA 언어를 이용하는데 필수적이며, 더욱이 모바일 개발 플랫폼을 만드는 구글에게는 더 없이 중요한 요소이고, 더 나아가 이 부분을 변경하는 것도 용이하지 않을 것이라는 추정이 가능하기 때문이다.

그런 점에서 복제된 부분의 양과 질은 공정이용을 부정하는 요소로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

이에 더하여 고려해야 할 사실로는 항소심에서는 JAVA SE와 구글의 SDK 간 호환성 확보를 위해 170라인만 필요하다고 한데 반해,¹¹⁶⁾ 대상판결은 11,500라인 모두가 모바일 환경에서 JAVA 언어로 프로그램을 개발하는데 필요하다고 판단한 부분이다.¹¹⁷⁾ 대상판결이 11,500라인의 필요성을 인정한 이유가 호환성 확보를 넘는 것으로 인정될 수 있는 부분인데, 그 필요성에 관한 구체적인 설명이 아쉽다. 오히려 Apple과 MS가 구글과는 달리 스스로 선언코드를 창작했다는 점을 고려하면, 11,500라인이 모두 필요한 부분으로 인정될 수 있을지 의문이 든다.

115) 그럼에도 불구하고, 앞서 기술한 바와 같이 대상판결에서는 제102조 (b)항의 적용을 부정하였다.

116) 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018) at 1206.

117) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1205.

VII. 쟁점(4) : 시장에 미치는 영향

1. 개요

저작물의 가치 또는 잠재적 시장에 미치는 영향은 공정이용 판단의 4번째 요소이다. 저작권법은 공정이용 판단의 요소 4가지 각각에 가중치를 부여하고 있지 않지만, 많은 법원들이 4번째 요소인 저작물의 가치 또는 잠재적 시장에 미치는 영향을 가장 중요한 요소로 고려하는 것이 일반적이라고 한다.¹¹⁸⁾

시장에 미치는 영향이란 피이용저작물의 저작권이 속한 시장을 빼앗는 것과 관련이 되는데, 이때는 무단이용으로 발생한 손해를 고려하는 것과 더불어 그러한 행위가 금지되지 않는 경우 파생적인 저작물에 의한 잠재적 시장과 장래에 저작권자가 라이선스함으로써 발생할 수 있는 잠재적 시장에서 발생할 수 있는 악영향에 대한 고려가 필요하다.¹¹⁹⁾

이러한 점을 토대로 대상판결의 의미를 살펴보기로 한다.

이상과 같은 대상판결의 내용은 변형적 이용이 인정되기 위해서는 새로운 시장을 창출하여야 하는데, 새로운 시장이 이용자의 기여에 의해 주로 창출된 것일 뿐 저작권자의 기여에 의한 것이 아닌 경우 변형적 이용이 인정될 수 있다¹²⁰⁾는 주장과 유사한 면이 있다.

118) Theodore Z. Wyman, Litigating Fair Use Defense in Copyright Law, 136 Am. Jur. Trials 193 (Originally published in 2014) at §13 Fourth statutory factor – Effect of use on potential market for or value of copyrighted work.

119) Theodore Z. Wyman, Litigating Fair Use Defense in Copyright Law, 136 Am. Jur. Trials 193 (Originally published in 2014) at §13 Fourth statutory factor – Effect of use on potential market for or value of copyrighted work.

120) Laura A. Heymann, Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response, 31 Colum. J.L. & Arts 445 (2008) at 465.

3. 소결 - 대상판결에 대한 이해와 비판

대상판결의 요지는 오라클의 JAVA SE의 주요 시장이 랩톱(laptop) 또는 데스크톱(desktop)이며, 스마트폰을 중심으로 하는 모바일 시장에 성공적으로 진입할 것을 기대하기 어렵다는 판단을 토대로 잠재적 시장가치에 미치는 영향을 인정하기 어렵다는 것이다.

이는 스마트폰 시장의 운영체제 플랫폼이 애플사의 iOS와 구글의 안드로이드로 양분되어 있다는 점을 고려할 때 일견 타당한 판단으로 보인다.

그러나 모바일 플랫폼 시장과 모바일 플랫폼에서 동작하는 애플리케이션 시장, 그리고 미들웨어 시장은 달리 보아야 한다. 양분된 플랫폼을 토대로 하는 수많은 성공적인 애플리케이션 시장과 미들웨어 시장이 존재하기 때문이다 우리는 윈도우즈로 대표되는 데스크톱 운영 플랫폼을 MS가 사실상 독점하고 있다고 하더라도 그로부터 포토샵(photoshop) 등 제3 사업자의 프로그램의 성공가능성을 배제하지 않으며, 포토샵 등 제3 사업자의 프로그램이 현재 데스크톱에서만 성공적이라고 하여 모바일 시장에서의 성공가능성을 일체 부정할 수는 없다.

한편 모바일 플랫폼과 프로그램 개발 플랫폼을 별개의 시장을 보는 경우, 구글 역시 SDK라는 프로그램 개발 플랫폼을 개발하는 하나의 사업자에 불과하다.

더 나아가 모바일 플랫폼에서의 오라클의 성공은 반드시 모바일 환경에서 유용한 프로그램 개발 플랫폼을 개발하여 제공해야 한다는 것만을 의미하는 것은 아니다. 오라클은 모바일 환경에서 프로그램 개발 플랫폼을 개발하려는 사업자들에게 자신의 JAVA API를 복제하여 이용하도록 허락함으로써 이익을 얻을 수 있기 때문이다. 반대의견을 제시한 THOMAS판사가 지적한 바와 같이,¹²¹⁾ 구글은 2005년, 2006년 최소한 4차례 오라클로부터 이용허락(license)을 얻기 위한 노력을 하였고, Apple과 MS는 스스로 개발하였다는 점에서도 오라클은 이용허락 대가를 얻을 수 있는 가능

121) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1212.

성이 여전히 존재한다. 뿐만 아니라 모바일 스마트폰 플랫폼 시장을 구글과 함께 양분하고 있는 Apple의 경우 독자적인 개발이 있었다는 점에서 구글이 애플사에 비해 혜택을 보고 있음을 부인할 수 없다.

특히, 대상판결이 인정한 바와 같이 복제된 부분이 모바일 환경에서 꼭 필요한 부분이라면, 이는 오라클이 모바일 시장에서 살아남을 수 있다는 의미 또는 모바일 환경에서 저작권 이용에 대한 대가로부터의 수익을 얻을 수 있다는 역설적 의미로 이해될 수도 있다.

이에 더하여 변형적 이용인지 여부를 판단하는데 있어 시장에 미치는 영향이 어떠한 의미를 갖는지에 대해서는 퍼블리시터권에 관한 Comedy III Prods 사건¹²²⁾을 고려할 필요가 있는데, 이 사건에서 법원은 시장에 미치는 영향이 유명인의 명성에서 비롯되는지 또는 그렇지 않은지를 고려하고 있다.¹²³⁾ 이 사건에서 법원이 제시한 질문을 JAVA API에 관한 본 판결에 적용하면, JAVA API가 모바일 시장에 미치는 영향은 JAVA API로부터 비롯되는 것인지 또는 모바일 스마트폰 플랫폼인 안드로이드로부터 비롯되는 것인지로 변경할 수 있다. 생각건대, JAVA API 시장에서 발생하는 시장가치는 JAVA API로부터 주로 비롯된다. 따라서, 시장에 미치는 영향의 판단은 매우 신중할 필요가 있다.

반대의견에서도 이러한 점을 강력히 개진하고 있는데, JAVA API 선언코드의 이용으로 구글은 이익을 얻고 있는데 반해, 구글, 스마트폰 제조업자, 프로그래머는 플랫폼을 이용하는데 대해 더 이상 돈을 내야할 이유를 발견할 수 없게 되었다고 하며, 구글이 안드로이드를 출시한 이후 아마존(Amazon)은 킨들(kindle) 장치에 JAVA 플랫폼을 임베드(embed)하기 위한 라이선스를 위한 오라클과의 협상에서 라이선스 비용을 97.5%나 할인하고 있으며, 삼성 역시 4,000만 달러에서 1백만 달러로 비용을 낮추게 되었음을 지적하고 있다.¹²⁴⁾

122) Comedy III Prods, Inc. v. Gary Saderup, Inc., 25 Cal. 4th 387, 407 (Cal. 2001).

123) Laura A. Heymann, Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response, 31 Colum. J.L. & Arts 445 (2008) at footnote 104) 참조.

124) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1216.

이와 같이 이번 판결로 오라클은 안드로이드 플랫폼 시장에 진입할 가능성이 현저히 낮아지거나 상실되었으며, 모바일 플랫폼 경쟁자인 Apple에 의한 코드 차용이 있는 경우에도 동일한 논리로 저작권을 주장할 수 없게 되었고, 관련 시장에서 라이선스 비용에 큰 영향을 받고 있다. 특히, 플랫폼을 달리하는 시장에서 플랫폼 시장을 독점하거나 과점하는 자에 대해 저작권을 적절한 수준으로 주장할 수 있을 것인지에 대해 생각할 때 매우 우려스럽다.

생각건대, 대상판결은 플랫폼과 그 플랫폼 위에서 제공되는 개발 플랫폼, 더 나아가서는 플랫폼 위에서 동작하는 애플리케이션 시장에까지 저작권자의 잠재적 시장의 영향을 인정하지 않는 논거가 될 수 있다. 그러한 점에서 향후 시장에 나쁜 신호를 주게 될 것으로 보인다.

VIII. 대상판결이 산업에 미치는 영향

1. 대상판결이 오라클과 JAVA API를 직접 이용한 자 간에 미치는 영향

이번 사건에 대하여 오라클이 구글에 청구한 손해배상액은 90억 달러로 한화 기준 10조가 넘는다. 따라서 이번 판결은 구글의 손해배상을 면하게 하였다는 점에서 구글의 경쟁력을 강화하는 한편 손해배상을 크게 절감하는 효과를 가져온다.

또한, 대상판결에서 구글의 이용행위가 공정이용으로 인정되지 않았다면 단순히 구글의 손해배상으로 인한 영향을 넘어 스마트폰 등 모바일 산업 전체에 상당한 영향을 미쳤을 것으로 예상된다. 우리나라의 경제와 스마트폰 산업의 주축을 이루고 있는 삼성전자, LG전자 등 구글의 안드로이드 플랫폼을 탑재하고 있는 기업들에게도 고스란히 그 영향이 미칠 수밖에 없기 때문이다.¹²⁵⁾

이러한 영향은 대상판결로 인해 발생한 직접적인 영향으로 설명될 수 있다.

125) 김도경, “응용프로그램인터페이스(API)에 관한 Oracle v. Google 사건판결의 영향과 전망 -공정이용 인정 여부를 중심으로-”, 경영법률(제30권 제3호), 한국경영법률학회, 2020, 169쪽.

2. 대상판결이 프로그램 환경에 미치는 영향

이번 판결은 공정이용을 옹호하는 자들에게 반가운 승전보로 인식되고 있는데, 특히 데스크톱 컴퓨터 환경에서 모바일 플랫폼 환경으로 바꾼 소스 코드가 충분히 변형적이라고 본 법원의 판단은 추후 저작권 침해 피고들이 항변 논거로 자주 인용할 것이라는 전망이 나오고 있다.¹²⁶⁾

이러한 가운데, 향후 타사의 API Package를 이용해 프로그램을 개발하고자 하는 기업들로서는 1)타사 API Package의 선언코드(declaring code)나 구조(structure), 시퀀스(sequence), 조직(organization)에 대한 이용을 넘어 실행코드(implementing code) 자체를 그대로 복제하여 이용하지 않도록 주의할 필요가 있고, 2)타사 API Package 중 가능한 한 필요최소한의 부분만을 활용하도록 하며, 3)타사 API Package 복제의 목적도 새로운 제품이나 혁신적인 도구를 만들기 위한 개발 과정의 일부로만 이용(소위 ‘변형적’ 이용)하도록 이용 범위와 목적을 사전에 명확히 하고, 4)타사 API Package를 이용해 개발하는 새로운 제품이 혁신적 기능을 구현함으로써 관련 시장이 확대될 수 있다는 점을 적극 주장하고, 이를 뒷받침할 수 있는 자료를 준비하는 등의 조치를 취할 필요가 있다는 전문가의 조언까지 등장하고 있다.¹²⁷⁾

이와 같이 이번 판결로 프로그래머의 입장에서는 자바 언어를 이용한 프로그램 개발이 더욱 용이해졌고, 특히 다양한 플랫폼에서의 프로그램 개발이 가능해졌다. 그 결과 반대의견을 제시한 THOMAS판사가 지적한 바와 같이 프로그래머는 더 이상 오라클에 저작권료를 지급할 것인지를 고민할 필요 없게 되었다.

이에 대해 IT업계 개발자와 산업 관계자들 간에는 기존 기술을 토대로 새로운 제품을 개발하는 관행에 지각 변동을 가져올 수 있다고 하는 주장이 제기되고 있다.¹²⁸⁾

126) 박다미(미국 뉴욕무역관), “오라클의 자바 API를 둘러싼 세기의 저작권 침해 소송, 구글의 역전승으로 종결”, KOTRA 해외시장 뉴스(투자진출), <http://https://news.kotra.or.kr/user/globalBbs/kotranews/6/globalBbsDataView.do?setIdx=322&dataIdx=188132> (2021. 06. 08. 방문).

127) “프로그래밍 언어 목제 행위가 공정이용에 해당하는지에 관한 최근 미국 연방 대법원 판결과 그 시사점”, Lee&KO 지식재산권 그룹 NEWSLETTER (May 2021) (<http://https://www.leeko.com/news/ip/202105/20210518.pdf>) 3쪽 (2021. 06. 08. 방문).

또한, 연방대법원의 판결은 컴퓨터프로그래머, 컴퓨터기술 관련 기업, 그리고 학계로부터 나침반(compass)을 잃게 한다는 비판도 제기되고 있다.¹²⁹⁾ 저작물성의 판단은 법률의 적용과 그 요건이 비교적 객관적이고 예측이 가능하다고 할 수 있는데, 이와 비교할 때 공정이용의 인정 요건은 모호하여 그 결과를 예측하기 힘들다는 특징이 있기 때문이다.

실제로 소송 과정에서도 오라클의 입장을 지지하는 견해와 반대하는 견해가 팽팽하게 대립하기도 했다. 연방대법원 판결 중에 제출된 많은 전문가들의 의견서 역시 오라클의 입장을 지지하는 판결은 컴퓨터 산업에 부정적 역할을 할 것이라는 입장을 표명하였는데, 이러한 입장을 피력한 단체로는 IBM, 컴퓨터통신산업협회(Computer & Communication Industry Association), 인터넷협회(Internet Association), 파이썬(Python) 소프트웨어재단, 그 외 컴퓨터전문가들과 저작권학자들이 있다. 이에 반해 조지 메이슨 대학의 Sandra Aistars교수를 포함한 9명의 지식재산권법 교수 및 뉴스매체연합 등에서는 오라클을 지지하는 의견서를 대법원에 제출하였는데, 이들 의견들은 팽팽하게 대립하였다.¹³⁰⁾

3. 대상판결이 컴퓨터 산업 및 플랫폼 산업에 미치는 영향

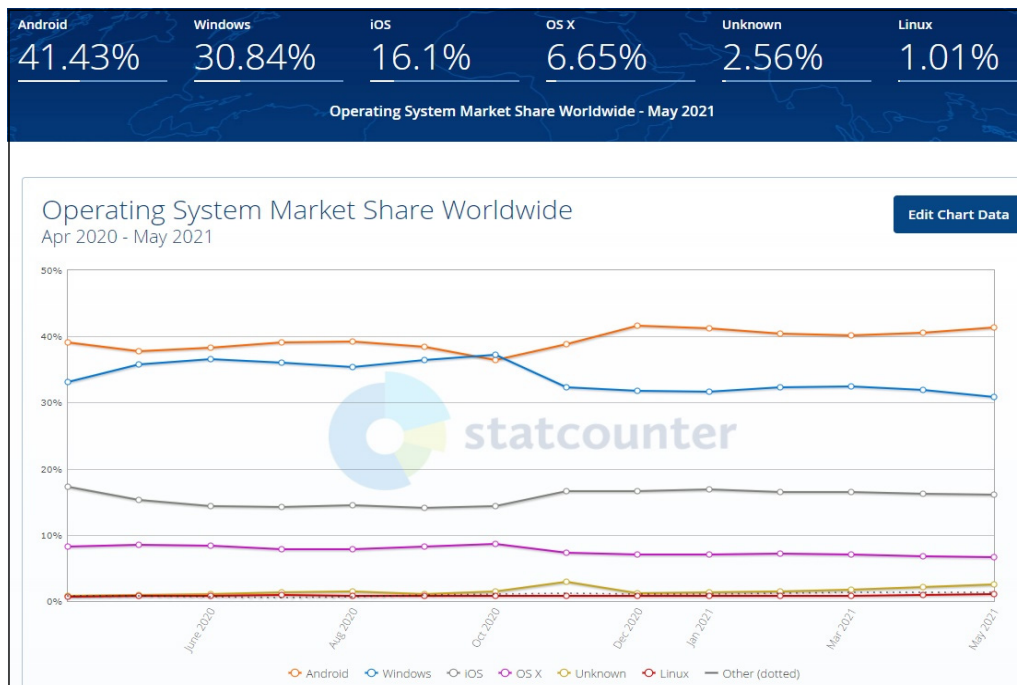
이번 판결로 인한 간접적이면서도 중요한 영향은 플랫폼에의 종속성을 강화하는데 있을 것으로 생각된다. 대상판결이 구글의 안드로이드 모바일 플랫폼 경쟁력을 토대로 오라클의 모바일 플랫폼 시장에의 진입가능성을 인정하고 있지 않기 때문이다.

구체적으로는, 실제 시장 점유율에서 구글의 입지가 더욱 커질 전망이다.

128) 김도경, “응용프로그램인터페이스(API)에 관한 Oracle v. Google 사건판결의 영향과 전망 -공정이용 인정 여부를 중심으로-”, 경영법률(제30권 제3호), 한국경영법률학회, 2020, 169쪽.

129) Christopher M. Bruno, Darra S. Loganzo, Software Copyrightability: Where we are and what's to come, 33 No. 5 IPTLJ 3 (May 2021).

130) 본 절의 내용은 육소영, “오라클과 구글의 저작권 분쟁과 산업계의 영향”, IT와 법 연구(제22집), 경북대학교 IT와 법 연구소, 2021, 104쪽.



〈운영체제 세계시장 점유율〉¹³¹⁾

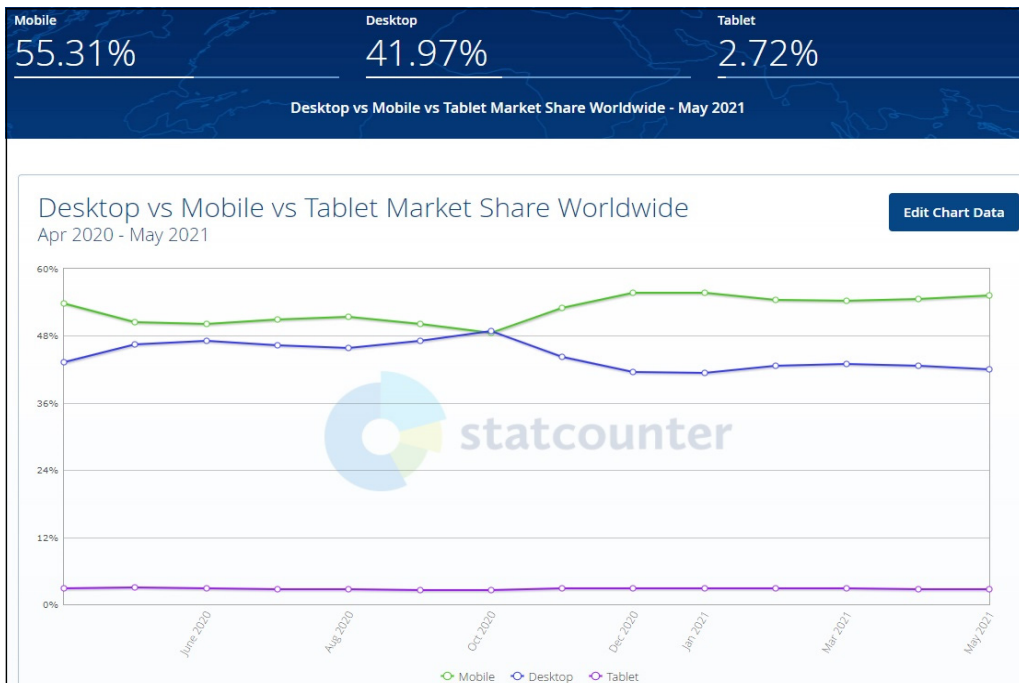
위의 도표와 같이, 웹기반 통계를 제공하는 스탯카운터의 통계에 따르면 안드로이드 플랫폼은 전 세계 운영체제 시장에서 41.43%로 윈도우즈 30.84%, iOS 16.1%와 대비할 때 우위를 점유하고 있으며, 안드로이드와 iOS를 합산한 모바일 플랫폼은 72.27%로 과점을 넘어 독점에 가까운 시장 점유율을 보이고 있다.

향후 안드로이드 플랫폼의 시장 점유율은 더욱 커질 것으로 예상된다. 연방대법원의 다수설을 제시한 BREYER판사의 의견을 보더라도 구글의 안드로이드 플랫폼이 무료로 자유롭게 이용할 수 있도록 하고는 있지만, JAVA API의 이용은 안드로이드 플랫폼에서 응용프로그램을 창작하려는 프로그래머들을 안드로이드 플랫폼으로 유인하는 효과가 있으며, 이들이 창작한 응용프로그램의 증가로 인해 궁극적으로는 최종 이용자들이 안드로이드 플랫폼을 이용하게 될 것이므로, 결국 안드로이드

131) <http://gs.statcounter.com/os-market-share> (2021.06.03. visited).

플랫폼 기반의 스마트폰 등 모바일 기기를 판매하면서 구글의 이익은 증대될 것으로 보인다.¹³²⁾ 또한 인터넷 검색시장을 장악하고 있는 구글이 모바일 프로그램 개발 플랫폼까지 경쟁우위를 차지하게 되면서 안드로이드의 플레이스토어(play store)는 iOS의 앱스토어(App store)와의 경쟁에서 그 지위가 더욱 강화될 것이라고 예측된다.¹³³⁾

이러한 결과는 미국 자본주의가 독점을 혐오하며, 이러한 미국의 경제정책이 Apple과 Microsoft사이의 분쟁결과에 영향을 미쳤고, 이번 오라클과 구글 간의 분쟁에도 영향을 미칠 것이라는 예상에 반하는 것인데,¹³⁴⁾ 결과적으로 대법판결은 구글의 독점을 강화하는 쪽으로 결론지어졌다.



〈데스크탑 vs 모바일 vs 태블릿 간 세계시장 점유율〉¹³⁵⁾

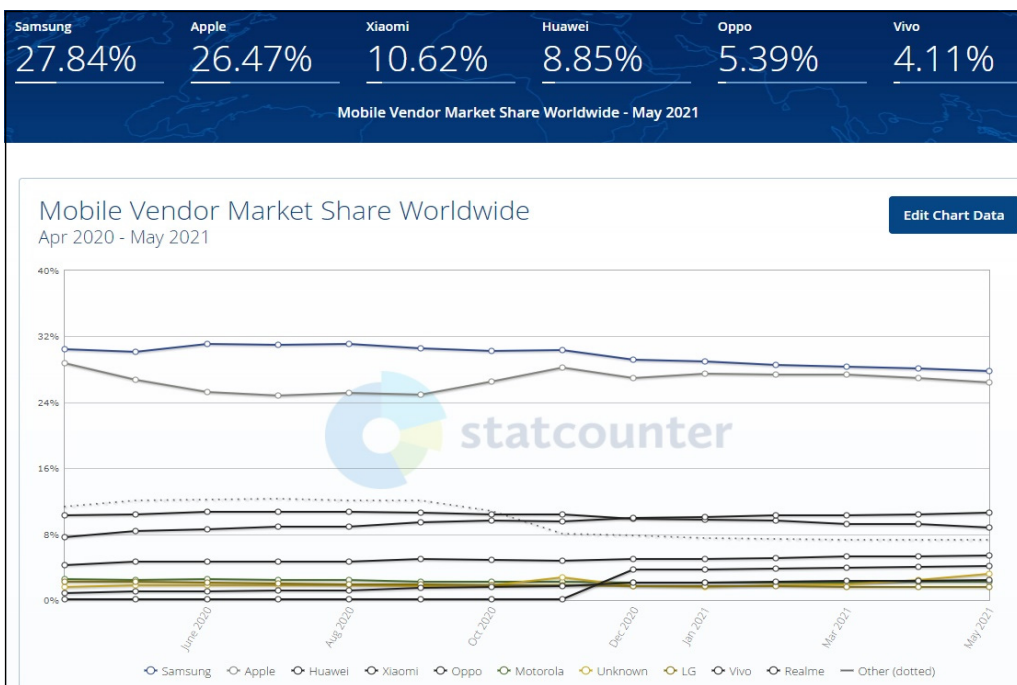
132) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021) at 1190.

133) “API 공정이용 관련 유럽위원회 심결 및 미국 법원의 결정이 앱개발 시장에 미치는 영향”, <http://www.kisa.or.kr> > jsp > downloadAction (2021. 06. 01. 방문) 5쪽.

134) 육소영, “오라클과 구글의 저작권 분쟁과 산업계의 영향”, IT와 법 연구(제22집), 경북대학교 IT와 법 연구소, 2021, 90쪽.

135) <http://gs.statcounter.com/os-market-share> (2021.06.03. visited).

또한, 이번 판결로 모바일 플랫폼으로의 집중 효과가 나타날 것으로 전망된다. 위의 도표와 같이 현재에도 모바일 플랫폼은 55.31%의 시장점유율로 41.97%인 데스크톱 시장 점유율을 넘어서고 있다. 모바일 플랫폼으로의 시장 이전현상은 오래전부터 전개되어왔다. 이에 더하여 JAVA Programming Platform의 강화는 다양한 응용프로그램의 개발을 촉진하게 될 것이고, 이로부터 모바일 플랫폼 시장 점유율 제고는 명약관화한 것으로 보인다.



〈모바일 제조사별 세계시장 점유율〉¹³⁶⁾

마지막으로 안드로이드 플랫폼을 이용하는 스마트폰 제조사들의 경쟁력과 시장 점유율 역시 상승할 것으로 예상되는데, 그 이유는 위에서 기술한 바와 같이 JAVA Programming Platform과 응용프로그램 창작 활성화로 인한 것이다.

¹³⁶⁾ <http://gs.statcounter.com/os-market-share> (2021.06.03. visited).

위 도표와 같이 스마트폰 제조업체 중에서는 삼성전자(27.84%)와 Apple(26.47%)이 시장을 선도하고 있는데, iOS를 운영체제로 하는 Apple에 비해 안드로이드를 운영체제로 하는 삼성전자가 수혜기업이 될 것으로 전망된다. 이 외에도 안드로이드를 운영체제로 하는 스마트폰 제조업체로는 LG, HUAWEI, HTC, MOTOROLA 등이 있다. 특히, 최근들어 LG가 스마트폰 사업을 접은 후 LG전자의 빈자리를 놓고 삼성과 Apple 간에 경쟁이 본격화된다는 언론보도¹³⁷⁾가 나오고 있는데, 삼성전자의 경쟁력 강화는 삼성과 Apple 간의 경쟁에도 일정한 영향을 줄 것으로 예상된다.

IX. 맺음말

2021년 4월 5일 모바일 플랫폼을 대표하는 구글과 소프트웨어 개발 플랫폼을 대표하는 오라클 간 세기의 대전은 막을 내렸다. 그 과정에서 컴퓨터프로그램의 저작물성과 공정이용에 관한 첨예하면서도 미묘한 기준에 대한 많은 논의가 있었다. 컴퓨터프로그램저작물과 소프트웨어 개발 플랫폼의 특성, 그리고 운영체제 간 플랫폼이 어떠한 영향을 미치는 지에 관해 교과서적인 정보를 제공하고 있다는 점에서 대상판결은 큰 의미를 갖는다. 또한, 이로 인해 안드로이드로 대표되는 모바일 플랫폼과 이를 토대로 디바이스를 제조하는 자, 그리고 프로그래머들에게 큰 의미를 갖는 판례로 기억될 것이다. 결국, 대상판결은 컴퓨터프로그램저작물성, 공정이용 법리에 많은 영향을 주는 것에 그치지 않고, 관련 산업에도 큰 영향을 끼치게 될 것이다.

특히, 공정이용의 판단은 사실을 기초로 하면서도 법리적 해석론을 통해 이루어져야 하고, 그 과정에서 창작과 혁신이 저해되지 않아야 하며 저작권제도에 의한 음역을 제거하기 위해 동작해야 한다는 대상판결의 태도는 공정이용의 목적에 따라 그 범위가 넓어질 수 있음을 의미한다.

그럼에도 불구하고, 공정이용이 지향하는 공중의 이익을 고려하는 과정에서 프로그램코드를 차용한 자를 넘어 플랫폼을 이용하는 프로그래머의 이익을 고려하고 있는

137) “LG폰 철수에 삼성폰 독주 체제...애플 ‘건재구’”, 파이낸셜뉴스 2021. 05. 31.일자 (2021. 06. 08. 방문) 등.

점은 아이디어-표현 이분법 또는 합체의 원칙을 적용했던 판례에서는 발견되지만 공정이용의 판단을 위한 대상으로서는 매우 생소하다는 점을 유념해야 한다. 이와 같이 공중의 이익을 판단하기 위한 이용자의 범위 확대는 자칫 공정이용 그 자체의 범위를 무한히 확장할 수 있게 한다.

또한, JAVA API 이용행위는 데스크톱에서 모바일 환경으로의 플랫폼 변경만이 있을 뿐 자바 언어를 이용한 개발 플랫폼이라는 점에서는 동일한 사안으로 평가될 수 있음에도 불구하고 변형적 이용을 인정하고 있고, 라이브러리 등의 이용에 있어 그 양과 질을 전체 라이브러리를 기준으로 판단하는 대상판결의 태도는 타당하지 않은 면이 있다.

이에 더하여 잠재적 시장의 의미를 성공적으로 진입할 수 있는 시장으로 한정하고 있는 점은 잠재적 시장에 대한 법리 오해로 평가될 여지가 있다.

그러한 점에서 대상판결은 구글의 안드로이드 모바일 소프트웨어 개발 플랫폼에 면죄부를 부여하기 위한 목적을 먼저 설정하고 이를 법리적으로 무리하게 설명하고 있다는 비판이 가능하다고 본다. 또한, 대상판결의 공정이용 법리가 무분별하게 다른 사건들에게까지 효과가 미칠 수 있는 지에 대해서는 향후 논의가 필요해 보인다. 생각건대, 이번 판결은 컴퓨터프로그램, 그 중에서도 개발 플랫폼의 도구인 API 이용에 관한 것이라는 점을 이해하고, 모든 저작물에 확대해석을 경계해야 할 것으로 생각된다.

결과적으로 대상판결은 구글, 그리고 안드로이드 플랫폼을 이용하는 디바이스 제조사 및 프로그래머들에게 손해배상책임을 면제도록 하였고, 천문학적인 손해 배상을 면하게 된 구글 등은 관련 산업에서 그간 이어져온 산업경쟁력을 유지할 수 있게 해주고 있다. 또한, 안드로이드 플랫폼에서 자바 API를 이용한 애플리케이션 개발을 위한 장애가 제거되면서 안드로이드 플랫폼, 안드로이드 플랫폼을 토대로 하는 디바이스와 애플리케이션의 시장 점유율 확대가 예상된다. 국내 기업 중에는 안드로이드 플랫폼을 토대로 삼성전자 등이 스마트폰 등을 제조하고 있으며, 플레이스토어에 애플리케이션을 제공하는 프로그래머들 역시 간접적인 이익을 얻을 것으로 예상되고 있어, 국내 산업 관점에서는 이익이 되는 판결이 될 것이다.

[참고문헌]

오승종, 「저작권법(제4판)」, 박영사, 2016

김도경, “응용프로그램인터페이스(API)에 관한 Oracle v. Google 사건판결의 영향과 전망 -공정 이용 인정여부를 중심으로-”, 경영법률(제30권 제3호), 한국경영법률학회, 2020

김익현 미디어연구소장, “구글·오라클, 미 대법원서 ‘자바전쟁’; 최종 승부”, ZDNet Korea 2020. 10.08일자. <https://zdnet.co.kr/view/?no=20201008104543> (2021. 5. 13. visited)

권사현·박성필·김용길, “API의 저작권 보호에 관한 고찰 -자바 API의 저작물성을 중심으로-”, 지식재산연구(제12권 제3호), 한국지식재산연구원, 2017

박다미(미국 뉴욕무역관), “오라클의 자바 API를 둘러싼 세기의 저작권 침해 소송, 구글의 역전승으로 종결”, KOTRA 해외시장 뉴스(투자진출), <http://https://news.kotra.or.kr/user/globalBbs/kotranews/6/globalBbsDataView.do?setIdx=322&dataIdx=188132> (2021. 06. 08. 방문)

육소영, “오라클과 구글의 저작권 분쟁과 산업계의 영향”, IT와 법 연구(제22집), 경북대학교 IT와 법 연구소, 2021

정진근, “구글, 오라클과의 자바 저작권 소송에서 최종 승소”, 바르게 아는 저작권(지구촌 저작권2), 저작권 문화(vol. 321), 2021.05.

정진근, “API의 저작물성에 관한 Oracle 판결의 영향”, 계간저작권(제114호), 한국저작권위원회, 2016


“프로그래밍 언어 복제 행위가 공정이용에 해당하는지에 관한 최근 미국 연방 대법원 판결과 그 시사점”, Lee&KO 지식재산권 그룹 NEWSLETTER (May 2021) (<http://https://www.leeko.com/newsl/ip/202105/20210518.pdf>) (2021. 06. 08. 방문)

“API 공정이용 관련 유럽위원회 심결 및 미국 법원의 결정이 앱개발 시장에 미치는 영향”, <http://www.kisa.or.kr> > jsp > downloadAction (2021. 06. 01. 방문)


“LG폰 철수에 삼성fon 독주 체제...애플 ‘견재구’”, 파이낸셜뉴스 2021. 05. 31.일자 (2021. 06. 08. 방문)

American Law Reports, Extent of Doctrine of “Fair Use” under federal Copyright Act, 23 A.L.R.3d 139 (Originally published in 1969) § 4[b] Justification and rationale of “fair use” concept - Public policy; theory of constitutional desirability.

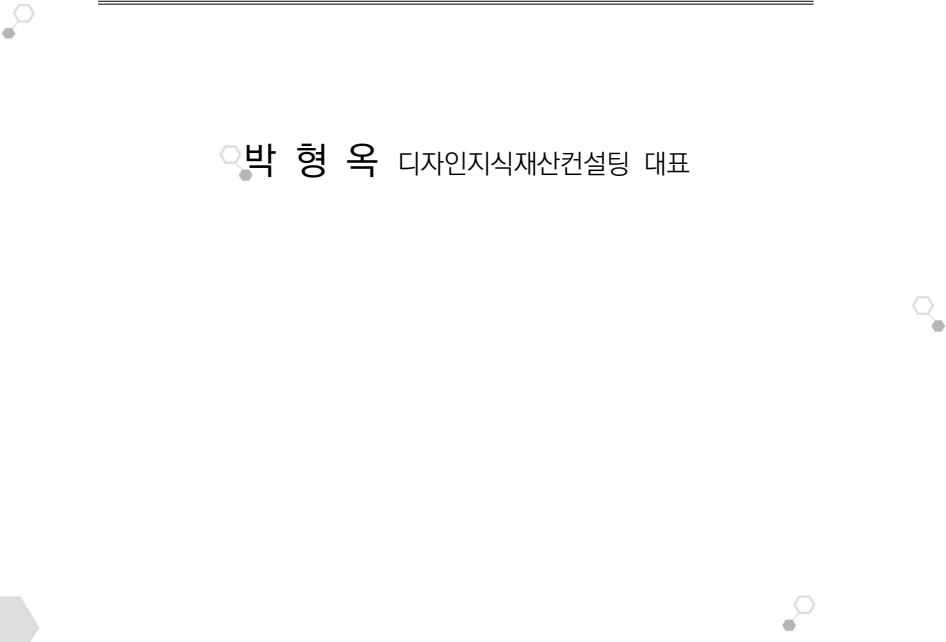
- Benjamin Hendricks, Brian P. Quinn, The Hold-Up Tug-of-War-Paradigm Shifts in the application of antitrust to industry standards, 28 No. 1 Competition: J. Anti., UCL & Privacy Sec. L. Assoc. 35 (2018)
- C. Nash, Enforcing the copyright on a computer program: Not so easy, 35 Nash & Cibinic Rep. NL ¶31 (May 2021)
- C. T. Drechsler, Extent of Doctrine of “Fair Use” under federal Copyright Act, 23 A.L.R.3d 139 (Originally published in 1969)
- Christopher M. Bruno, Darra S. Loganzo, Software Copyrightability: Where we are and what’s to come, 33 No. 5 IPTLJ 3 (May 2021).
- David H. Herrington, et al, The Supreme Court’s decision in Google v. Oracle: Transformative use of popular code can be ‘fair use’, 2021 PRINDBRF 0161 (May 13, 2021).
- James M. Sweeney, Copyrighted Laws: Enabling and preserving access to Incorporated Private Standards, 101 Minn. L. Rev. 1331 (2017)
- Laura A. Heymann, Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response, 31 Colum. J.L. & Arts 445 (2008)
- Matthew D. Bunker, Eroding Fair Use: The “Transformative” Use Doctrine after COMPBELL, 7 Comm. L. & Pol’y 1 (2002)
- National Commission On New Tech. Uses of Copyrighted Works, Final Report (1979)
- Nora E. Field, Liri Silver, COPYRIGHT ON CAMPUS, CULM MA-CLE 3-1 (2012)
- Pamela Samuelson, Allocating ownership rights in Computer-generated works, 47 U. Pitt. L. Rev. 1185 (1986)
- Ralph C. Nash, Enforcing the copyright on a computer program: Not so easy, 35 Nash & Cibinic Rep. NL ¶31 (May 2021)
- Theodore Z. Wyman, Litigating Fair Use Defense in Copyright Law, 136 Am. Jur. Trials 193 (Originally published in 2014)
- William F. Party, Patry on Fair Use § 1:4 (May 2021 Update).



토론문 1



● 박 형 옥 디자인지식재산컨설팅 대표



미국 연방대법원의 Google v. Oracle 판결에서의 저작물 공정이용(fair use) 법리

박형욱 디자인지식재산컨설팅 대표

1.

구글과 오라클간 JAVA API 저작권 침해소송에 대한 미연방대법원 판결의 주요 내용과 공정이용 법리를 분석한 뒤 연방대법원의 판결을 비판적으로 검토하면서, 이 사건 판결이 컴퓨터 산업 및 플랫폼 산업에 향후 미칠 영향에 대하여 발표를 해주신데 대하여, 정진근 교수님의 노고에 깊은 감사를 드립니다. 특히 공정이용의 판단기준으로서 공중의 이익, 자바 API의 이용이 변형적 이용인지 여부 그리고 모바일 플랫폼 시장에 있어서 이 사건 판결이 주는 영향에 대한 쟁점들을 검토한 점은 향후 관련 연구에 상당한 도움이 될 것으로 보입니다. 다만, 교수님의 정교한 분석에 대부분의 발표 내용에 전적인 지지를 보내면서도, 일부 견해를 달리하거나 의구심이 생기는 점에 대하여 질의를 하고자 합니다.

2.

우선, 발표자께서는 발표문 9페이지에서 미국 수정헌법 제8조를 언급하면서 우리 헌법 제22조 제1항과 동조 제2항 그리고 제37조 제2항을 대비하여 언급하였습니다. 그러면서 “공정이용은 공중의 이익을 위한 것이므로, 저작물 이용자를 반드시 원 저작물을 직접 이용하는 자로 한정할 필요는 없을 것이며 공정이용은 그 대상을 저작물 이용자에게 한정하여 판단하는 것은 아니고, 공중의 이익에 적합한지를 토대로 판단해야 할 것이기 때문이다.”라고 하였습니다. 따라서 대상판결이 JAVA

API 패키지를 이용하는데 대해 이를 공정이용으로 보지 않으면 프로그래머들이 JAVA 언어를 이용하기 위하여 새로 선언코드 작성방법을 새롭게 배워야하며, 이로 인해 프로그래머의 창작이 방해된다는 이유를 들었다고 하면서 이러한 미연방대법원의 설명은 예술분야의 발전 또는 문화의 발전 이라는 관점에서 매우 자연스럽게 이해된다고 하였습니다. 반면 대상판결이 구글이 차용한 JAVA API 선언코드를 저작권 보호대상에서 제외하는 대신 공정이용의 범위를 넓혀 면책하는 방법을 채택하고 있어 대상판결은 공정이용의 이익을 얻게 되는 자의 범위를 확장하여 결과적으로 공정이용이 될 가능성을 높이고 있다고 우려하는 견해를 제시해주었습니다.

이에 대하여 우리 헌법 제22조 제2항을 살펴보면 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”라고 규정함으로써 저작재산권의 헌법적 보장을 명시하면서 지적재산권중 저작권과 같은 창작법에 속하는 권리들에 대한 특별한 법적 보호의 근거를 마련하고 있습니다. 또한 일반적인 재산권 보장 규정인 헌법 제23조 제1항에서는 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정하고 있으며 제2항에서는 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있으며 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있습니다. 즉, 제2항은 재산권의 내재적 한계를 가지는 것으로 헌법에서 이미 보장된 사유재산권의 내용을 전제로 그 한계를 설정하는 것입니다.¹³⁸⁾ 또한 저작권법 제35조의5(저작물의 공정한 이용) 제1항에서는 “제23조부터 제35조의 4까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.”고 규정하고 있습니다.

따라서 “공정이용이 공중의 이익을 위한 것이고 공정이용은 그 대상을 저작물 이용자에게 한정하여 판단하는 것은 아니고, 공중의 이익에 적합한지를 토대로 판단해야 할 것이기 때문에 미연방대법원의 설명은 예술분야의 발전 또는 문화의 발전 이라는 관점에서 매우 자연스럽게 이해된다.”는 견해는 자칫 발표자의 입장과

138) 박성호, 저작권법(제2판), 박영사(2017), 527면 참조.

달리, 우리 저작권법 공정이용 법리의 해석에 적용하여 볼 때 이 사건의 관련 산업 뿐만 아니라 예술, 패션, 디자인 산업 분야의 창작자나 프로그램의 개발자들의 창작적 노력이 공중의 이익을 위하여 나아가 저작권법의 목적인 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 이바지함에 무조건 포기되어야 할 재산이 될 수 있다고 받아들여 질 수 있는 표현인 듯합니다. 물론 대상판결이 공정이용의 이익을 얻게 되는 자의 범위를 확장하여 결과적으로 공정이용이 될 가능성을 높이고 있다고 우려하는 견해를 제시해주신 점은 확인하였습니다.

한편 구글은 한국의 개발자들을 위한 Google Developers 국문 블로그에서 구글이 코틀린(Kotlin) 프로그래밍 언어를 안드로이드의 공식 언어로 추가하였다고 발표하며 Expedia, Flipboard, Pinterest, Square 등 여러 주요 개발업체가 이미 프로덕션 앱에 활용하기 위해 코틀린을 도입하였고 코틀린은 자바 프로그래밍 언어 와도 잘 연동되며 두 언어 사이에서 상호 운용할 수 있다는 점이 코틀린의 큰 이점 중 하나라고 발표하였습니다.¹³⁹⁾ 코틀린은 2011년에 발표되어 첫 번째 프리뷰는 2012년에 출시되었습니다.


이와 같은 상황을 참고하면, 대상판결이 구글이 아닌 프로그래머를 이용자로 보고 자바 프로그래머들이 JAVA 언어를 이용하기 위하여 새로 선언코드 작성방법을 새롭게 배워야하며, 이로 인해 프로그래머의 창작이 방해된다는 이유를 들어, 구글의 자바 API의 사용이 모바일 자바개발 플랫폼 이용자인 프로그래머들에게 프로그램을 작성하기 위한 학습 또는 사용을 장려하는데 가치가 있으며 구글의 플랫폼이 프로그래머들에 의하여 사용되어 진보를 이루게 하는 것으로 그 결과 구글의 플랫폼이 프로그래머들의 사용되어 진보를 이루게 하는 것으로서 새로운 플랫폼의 창출에 해당한다고 설명하는 것은 수긍하기 어렵습니다.

정리하면 발표자께서는 공정이용이 공중의 이익을 위한 것으로 이 사건에서 오라클 자바API를 무단 사용한 구글의 행위가 공정이용 법리에 합당한 행위였다고 생각 하는지 궁금합니다. 그리고 공중의 이익의 경계를 어디 까지 어떤 기준으로 보아야


139) <https://developers-kr.googleblog.com/2017/06/android-announces-support-for-kotlin.html>. (2021.06.18. 최종접속).

할지도 궁금합니다. 우리 헌법이 제23조 제2항에서는 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있으면서도 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있는 점을 비교해볼 때 대상판결에서 적용한 공정 이용법리를 우리법 해석에 적용할 때 신중함이 요구됩니다. 한편 미국은 수정헌법 제8조에 우리 헌법 제23조 제3항에 해당하는 조항은 없는지 궁금합니다.

그 밖의 내용들은 다른 토론자분들께서 질의해주실 것으로 생각하여 저는 이상 토론을 마칩니다. 정진근 교수님의 발표에 다시 한 번 감사를 드립니다. -끝-.



토론문 2



 최진원 대구대학교 교수



Google v. Oracle 판결에서의 저작물 공정이용 법리

최진원 대구대학교 교수

‘2010년 오라클이 구글을 상대로 제기한 저작권 침해 주장은 세계의 이목을 집중시켰습니다. 우리나라 돈으로 10조원이 넘는 손해배상청구금액도 놀라웠지만, 누가 이기든지 관련 산업에 엄청난 영향을 미칠 것으로 예상되었기 때문입니다. 구글은 안드로이드를 통해 2015년까지 420억 달러 이상의 광고 수익을 얻은 것으로 알려졌으며, KOSPI 시총의 25%를 차지하는 삼성전자는 글로벌 스마트폰 출하량의 21.7%의 비중으로 점유율 세계 1위를 차지하고 있는 안드로이드 진영의 대표 주자이므로 우리나라 산업계에 미치는 영향도 적지 않을 것입니다.

구글의 승리 자체는 그간의 과정에 비추어 어느 정도 예상했던 결과입니다만, 정리하고 넘어가야 할 중요한 쟁점들을 담고 있으며 그 시사점에 대해 반드시 짚고 넘어가야 할 의미있는 판결이라고 생각됩니다.

오늘 정진근 교수님의 탁견이 담긴 발표문을 통해, 10년 분쟁의 역사와 장문의 판결문들의 핵심적인 쟁점들을 짧은 시간에 정리할 수 있는 기회를 주신 점에 대해 먼저 감사의 말씀을 드립니다.

미국 대법원은 이번 판결이 패러디나 저널리즘 등 기존의 공정이용 판례를 뒤집거나 수정하는 것이 아니며, 구글과 오라클이 처한 구체적인 사실 상황에 한정된 결정이라는 점을 강조하였습니다. Apple과 Microsoft의 GUI 저작권분쟁에서 법원은 인터페이스의 보호에 인색한 모습을 보여주었던 것과 맥락을 같이 하는 부분도 있다고 생각합니다. 국내에도 Lotus 판결이 GUI 산업 활성화에 큰 기여를 했다고 평가한 선행 연구가 있으며, 대법관 출신인 톰 골드스타인 구글 측 변호인은

대법원 구두 변론 당시 “소프트웨어 인터페이스를 재사용한다는 오랜 관행은 현대 소프트웨어 발전에 중요하다”고 주장하기도 했습니다. 사실 오라클도 아마존웹 서비스(AWS)의 API를 베껴서 사용한 적이 있습니다. 상대적으로 컴퓨터프로그램 저작물의 보호 범위에 대한 연구가 많지 않은데, 차제에 적절한 균형점에 대한 거시적인 검토가 이루어지길 기대합니다.

귀중한 시간을 저의 단견에 할애하기 보다는, 깊이 있는 연구를 수행하신 발표자의 말씀을 조금이라도 더 듣는 것이 바람직하다는 생각에서, 몇 가지 질문을 드리는 것으로 토론을 갈음하고자 합니다.

오라클이 소송을 제기한 지 무려 10년이 넘는 세월이 흐른 뒤 드디어 ‘구글의 역전승’이라는 결말에 이르렀습니다만, 역전에 역전을 거듭한 소송 과정에서 알 수 있듯이, 오라클의 입장에 대한 지지와 반대가 팽팽하게 대립해 왔습니다.

이번 구글 v. 오라클 판결문에 대해 발표자께서는 “공정이용의 범위를 획기적으로 확장한 것”이라고 평가하고 있으며, 동시에 법리적 문제점에 대해서도 상세하게 지적해 주셨습니다. 우리나라에도 미국 저작권법 제107조와 유사한 법 제35조의5가 있습니다. 우리나라 **법원의 저작권법 제35조의5 운영 실무에 비추어, 구글 v 오라클 사건의 준거법이 우리 저작권법이었다고 가정한다면, 어떠한 판결이 나왔을 것으로 생각하시는지** 여쭙습니다.

저작물성이나 공정이용 여부 역시 결국은 이해관계의 조정이라는 저작권법적 균형점을 찾기 위한 노력의 일환입니다. 저작권의 보호가 개발자의 창작 의욕에 기름을 부어 줄 것이라고 기대할 수 있겠지만, 단기적으로는 -특히 우리나라 입장에서- 독점적 보호의 제한이 경제적으로 도움이 될 것으로 보입니다.

발표자께서도 삼성전자를 비롯한 ‘국내 사업자들에게는 이익’이 되는 판결이 될 수 있다고 발표문에 적어 주셨습니다. 그런데 우리나라 저작권법 제1조에는 컴퓨터 프로그램보호법과 합쳐지는 과정에서 산업 발전을 목적으로 명시하고 있기도 합니다. 저작권법상 ‘관련 산업의 발전’이라는 목적 구현을 위해, 컴퓨터프로그램 보호의 범위를 일반 저작물과 달리 어떻게 조정해야 한다고 보시는지요. 또한 산업계의 현실

- 특히 국내 산업계의 이익-이 저작물성 판단이나 공정이용 조항 해석에 어떠한 영향을 미쳐야 한다고 보시는지 궁금합니다.

마지막으로 최근 ‘만물 부경법설’ 이란 조롱이 있을 만큼, 저작권법의 보호 범위와 부정경쟁방지법의 경계가 논란이 되고 있는데, **부정경쟁방지법의 역할**에 대해서도 간략하게 첨언 부탁드립니다.



토론문 3



 나종갑 연세대학교 교수



Google v. Oracle 판결에서의 저작물 공정이용범리

나 종 갑 연세대학교 교수

정진근 교수님의 발표에 감사드립니다. 저는 위 판결과 발표에 대하여 다음과 같은 의견을 첨부합니다.

첫째, 본 사건에서 문제된 선언코드는 지방법원 판단과 같이 미국 저작권법 §제 102조 (b)항의 ‘system or method of operation’이라고 하는 것이 타당한 것이 아닐까 합니다. 왜냐하면, 호환프로그램이 원프로그램을 이용하는 것은 그 프로그램의 소스코드의 표현을 이용하는 것이 아니라 그 프로그램의 기능을 이용하는 것으로 볼 수 있기 때문입니다.

둘째, 본 사건 판결은 미국법과 미국 연방대법원이 기반하고 있는 실용주의 철학을 반영한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 이 사건의 경우, 공정이용에 프로그램의 최종이용자로서 공정사용의 주체가 구글이 아닌 공중으로 보았다는 것이 그 증거로 볼 수 있습니다. 그동안 연방대법원은 Betamax case (Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984))에서도 저작권으로 보호 받는 영상의 녹화는 time shift에 해당하여 공정이용이라는 판결을 하였는데, 이 판결의 궁극적은 바탕은 최대다수의 최대행복이라는 실용주의 철학을 반영하여 궁극적으로 공중으로 저작권 침해로부터 보호한 것으로 볼 수 있습니다.

이러한 입장은 제9순회법원의 Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994) 판결에서도 보인다고 생각되는데, MS 프로그램의 GUI가 Apple의 Lisa 와 Macintosh O/S와 유사하다고 주장했습니다. 9순회법원은 Apple cannot get patent-like protection for the idea of a graphical user

interface, or the idea of a desktop metaphor which concededly came from Xerox." 라고 판시했습니다. 본 판결도 결국 Apple 에 대한 경쟁제품이 시장에 출현하는 것은 공중의 이익이 증진되는 것이라는 점을 고려한 것이 아닌가 합니다.

물론, Google v. Oracle 사건에서 문제된 선언코드를 이용한 것이 기능적인 것으로서 저작권 보호의 대상이 아니라는 지방법원 판결과 같은 논리를 바탕으로 공정사용법리를 도입하였다면 금상첨화였을 것 같기는 하지만, 공정사용법리를 도입하여 궁극적으로 공중을 보호했다는 점에서 가치가 있는 판결로 보입니다.

셋째, 만일 우리 저작권법하에서 Google v. Oracle 사건이 문제되었다면 어떤 법리를 도입할 수 있을지 궁금합니다. 우리 저작권법은 명시적으로 프로그램의 공정사용 조항을 두고 있습니다.

제101조의4(프로그램코드역분석)

- ① 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자는 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우에는 해당 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램의 저작재산권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램코드역분석을 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 이용할 수 없다.

- 1. **호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우**
- 2. 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 그 밖에 프로그램의 저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우

본 조항하에서 호환 목적으로는 문제된 프로그램을 사용할 수 있다는 반대해석이 가능합니다. 따라서 Google v. Oracle 사건도 본 조항의 적용이 가능할 수 있지 않을까 합니다.

저는 앞서 Google v. Oracle 사건과 Betamax 사건 그리고 Apple v. Microsofe 사건은 미국 법원이 첨단기술의 발전에 지대한 영향을 미쳤고, 그 판결들의 바탕에는 실용주의 철학이 있다고 판단됩니다. 이것이 과학기술에 대한 사법적극주의이고, 이러한 결과는 성공적이었다고 말씀드릴 수 있을 것 같습니다.

또한 호환성을 공정사용으로 인정하지 않는 경우, 자연독점에 의한 이익이 저작권자에게 부당하게 귀속될 수 있고, 이는 자신의 노력에 의한 가치보다 더 많은 가치가 저작권자에게 귀속되는 것이 되어 부당하다는 로크철학도 반영된 것이라고 볼 수 있습니다.

위 3가지에 대한 발표자께서는 어떤 생각을 가지시는지 의견을 말씀해주시면 감사드리겠습니다.



2021년
저작권법
테마 세미나



한국저작권위원회
KOREA COPYRIGHT COMMISSION

(사)한국지식재산학회