

저작권과 번역

이상모* · 김근우**

Sangmo Lee and Keunwoo Kim (2022). Copyright and Translation. *With the advent of translation systems that utilize artificial intelligence, discussions on artificial intelligence translation are taking place more actively than ever before. In cases such as the Bible, there is sometimes a need to re-translate a text despite the existence of prior translations based on the original text, which results in follow-up translations conducted by other translators. According to the current copyright law, translations are recognized as a type of independent secondary work. Therefore, it is necessary to analyze the relationship between translations and copyrights from a legal perspective. In particular, an in-depth review is required on how creativity, the element that is protected by copyright, is applied to translated works. Therefore, this paper examines the relationship between translated works and secondary works recognized by current copyright law, analyzes the criteria applicable to translated works, and examines such applicability through the analysis of state judgments made in relation to such works. (Korea Legislation Research Institute, Korea)*

Keywords: translation, work, copyright, creativity, infringement

주제어: 번역, 저작물, 저작권, 창작성, 침해

* 한국법제연구원 법령번역센터장 (제1저자)

** 한국저작권위원회 저작권법 강사 (교신저자)

1. 들어가면서

번역가들은 번역을 단순히 원문의 정확한 전달이 아닌 새로운 창작 행위로 보는 시각이 있다. 따라서 원문은 동일하더라도 그러한 번역의 결과물인 번역물은 여러 개가 존재할 수 있다. 그런데 현실에서는 원문을 바탕으로 진행된 번역물(1차적 번역물, 또는 선행 번역물)이 존재하지만, 동일한 원문에 대한 재번역의 필요성이 있어 다른 번역가가 다시 진행한 번역물(2차적 번역물 또는 후행 번역물)이 있을 경우가 자주 발생한다. 예를 들어, 성경은 다양한 버전의 번역물이 존재한다. 즉, 후행 번역물과 선행 번역물이 상당히 많은 부분 동일할 수 있다. 이는 후행 번역물이 선행 번역물을 참고하여 선행 번역물의 표현을 상당 부분 그대로 차용하고 사소한 변경만 가하기 때문이다. 이 경우 후행 번역물과 선행 번역물의 법적 관계는 어떻게 되는가? 현행 저작권법에 따르면, 번역을 독자적인 2차적 저작물로서 그 지위를 인정받고 있다. 따라서 선행 번역물에 대한 독자적인 보호가 인정되기 때문에, 후행 번역물이 창작적 표현을 차용하는 행위는 저작권 침해가 될 가능성이 높다.

본 논문은 이러한 번역물, 즉 번역저작물¹⁾에 대한 현실적인 문제에 착안하여, 우리나라 판례에 나타난 번역과 관련하여 논의될 수 있는 2차적 저작물 관련 사례를 분석함으로써, ‘번역’의 저작물성과 보호 범위 및 침해의 모습을 분석하고자 한다. 이를 위해 우선 현행 저작권법에서 인정하고 있는 번역저작물과 2차적 저작물에 대해서 살펴보고(Ⅱ), 번역저작물에 대하여 저작권법상 법리가 적용될 수 있는지에 대하여, 창작성 기준(Ⅲ)과 보호 범위(Ⅳ) 및 일반 저작권(Ⅴ)으로 세분하여 일반적인 저작권법의 법리가 적용가능한지에 대하여 검토한다.

2. 번역 저작물과 2차적 저작물

2.1. 번역저작물의 의의

저작권법상 ‘번역’(翻譯)이라는 용어는 2차적 저작물의 보호 규정에서 나타난

1) 본 논문에서는 번역물 역시 새로운 창작 행위가 더해졌다는 입장에서 ‘번역저작물’이라고 칭한다.

다. 저작권법에 따르면, “2차적 저작물이라 함은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물”²⁾을 말한다. 여기서 번역이란 어떤 저작물을 체계가 다른 언어로 재표현하는 것³⁾을 말하는데, 한문(漢文)을 현대어로 옮기는 경우도 번역에 해당할 수 있다.⁴⁾ 이처럼 원문을 번역하여 그 창작성이 인정된다면 저작권법상 2차적 저작물로서 독자적인 보호를 받을 수 있다.⁵⁾

저작권법이 번역저작물을 보호하려는 이유는 번역이 원저작물의 단순한 모방이 아니라 번역자가 원저작물의 내용과 분위기를 유지하면서 번역자 스스로의 판단에 따라 언어를 선택하고 문체를 구성하는 것으로, 창작과 동일한 정신적 산물로 보기 때문이다.⁶⁾ 이와는 달리, “번안”(飜案)은 각색·영화화 등에 의해 원저작물의 내면적인 형식을 유지하면서 외면적인 표현을 달리한 것이다.⁷⁾

2.2. 번역저작물과 2차적 저작물의 관계

번역저작물이 2차적 저작물로서 보호받기 위해서는, 번역저작물이 원저작물을 기초로 하되, 원저작물과 실질적 유사성을 유지해야 하고, 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정과 증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되어야 한다.⁸⁾ 따라서 2차적 저작물은 원저작물을 기초로 작성되었다는 “종속성”이 있고, 원저작물에 새로운 창작성이 부가되어 실질적인 개변이 있더라도 원저작물의 창작적 표현에 실질적으로 유사한 경우에 성립한다.⁹⁾ 여기서 “원저작물을 기초로 한다”는 의미는 “원저작물의 이용”이라고 할 수 있다. 이는 원저작물의 직접적인 이용뿐만 아니라 간접적인 이용도 포함한다. 요컨대, 원저작물을 이용하여 2차적 저작물을 작성한 경우뿐만 아니라 원저작물을 이용하여 작성한 2차적 저작물을 이용하여 다시 작성한 저작물(3차적 저작물¹⁰⁾)을 작성한 경우에도 3차적

2) 저작권법 제5조.

3) 이해완, (2015). 『저작권법 제3판(전면개정판)』. 박영사: 202; 中山信弘 지·윤선희 편저. (2008). 『저작권법』. 법문사: 115; 하용득(1988), 『저작권법』. 법령편찬보급회. 99.

4) 서울고등법원 1987. 8. 21. 선고 86나1846 판결.

5) 저작권법 제5조(2차적 저작물): ① 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 “2차적 저작물”이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다.

6) 하용득. (1988). 『저작권법』. 법령편찬보급회: 99-100.

7) 中山信弘 지·윤선희 편저. (2008). 『저작권법』. 법문사: 117.

8) 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결.

9) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

저작물이 원저작물의 창작적 표현을 그대로 이용하고 있다면 이는 원저작물의 2차적 저작물¹¹⁾이라고 할 수 있다.¹²⁾

3. 번역저작물에 대한 창작성 기준의 적용가능성

3.1. 저작권법과 창작성

일반 저작물의 창작성과 관련하여, 종래 법원은 “저작권법에 의하여 보호되는 저작물이 되기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물로서, 완전한 의미의 독창성은 아니지만, 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미한다. 따라서 이러한 요건을 충족하려며 저작물에 그 저작자 나름대로 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어야 하고, 그 정도는 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있으면 충분하다.”¹³⁾라고 보고 있다. 즉 단순히 남의 것을 모방한 정도를 벗어났다면 창작성을 인정하고 있다.

그러나 최근의 판례는 이와 달리한다. 즉, “저작권법 제2조 제1호는 저작물을 ‘문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물’로 규정하고 있기 때문에, 저작물로서 보호받기 위해 필요한 창작성이란, 완전한 의미의 독창성은 아니지만, 남의 것을 단순히 모방이 아니라 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있어야 함을 의미한다. 따라서 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있는 저작물이라고 할 수 없다”라고 보고 있다.¹⁴⁾ 이는 일반 저작물의 창작성

10) 저작권법상 ‘3차적 저작물’이라는 용어는 없다. 하지만, 원문이 번역된 후, 기 번역물을 참고하여 또 다시 원문을 번역하는 경우가 있는데, 본 논문에서는 각 번역물간의 구분을 위하여 시간적 순 후에 따라 나중에 번역된 번역물은 편의상 “n차적 저작물”이라고 한다.

11) 이는 인공지능(AI)을 이용한 번역물과 상당히 유사한 구조로 진행된다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 관계에 대한 분석은 인공지능을 활용한 번역물이 야기할 수 있는 저작권법적 문제에 대해서도 적용될 수 있다.

12) 이해완. (2015). 『저작권법 제3판(전면개정판)』, 박영사: 113; 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결.

13) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

14) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결.

을 판단할 때 모방의 범위를 벗어남과 아울러 저작자의 창조적 개성의 표현이 있어야 함을 강조하는 것이다.¹⁵⁾ 요컨대, 저작물의 창작성은 남의 것을 단순히 베끼지 않았다는 것에 더하여 누가 하더라도 같거나 비슷한 표현이 아닌 저작자의 창조적 개성이 있어야 그 창작성을 인정할 수 있다.

3.2. 2차적 저작물과 창작성

저작권법상 2차적 저작물로 보호받기 위해서는 원저작물과 실질적 유사성을 유지하면서 새로운 창작성이 부가되어야 한다. 여기서 2차적 저작물의 창작성의 정도는 일반 저작물의 창작성보다 더 높은 정도의 창작성이 요구된다는 것이 다수의 견해이다.¹⁶⁾

이에 대해 법원은 “원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고, 이에 사회 통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 필요하다. 원저작물에 다소의 수정·증감을 가한 데 불과하여 독창적인 저작물이라고 볼 수 없는 경우에는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다.”¹⁷⁾라고 본다.

요컨대, 2차적 저작물로 창작성을 인정받기 위해서는 사소한 수정이나 변경이 아닌 수정·증감의 정도가 새로운 창작성이 부기될 정도의 실질적 변경이 있어야 한다. 또한 일반저작물의 창작성 판단에서와는 다른 ‘사회적 통념’이라는 기준점을 제시한 점을 고려해 보아도 2차적 저작물의 창작성은 일반저작물보다 높은 정도의 창작성이 요구된다.

3.3. 관련 판결 분석

앞서 보았듯이 2차적 저작물의 창작성은 일반 저작물의 창작성보다 더 높은 정도의 창작성을 요구한다. 창작성은 저작물의 유형과 특성에 따라 판단하듯이, 번역 저작물도 번역저작물이 가지고 있는 고유한 속성에 기인하여 그 창작성의 정

15) 이상모. (2021). 「기계번역을 활용한 법령번역의 실제와 과제」. 『T&I REVIEW』 11(1): 51.

16) 오승중. (2007). 『저작권법』. 박영사: 146-147; 이해완. (2015). 『저작권법 제3판(전면개정판)』. 박영사: 206; 우성엽. (2008). 「2차적 저작물의 법률관계」. 『기술과 법』 4(5): 42.

17) 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결; 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

도를 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 번역저작물의 창작성은 어떤 기준으로 판단해야 하는가?

번역저작물도 기본적으로 2차적 저작물에 해당하기 때문에 일반 저작물의 창작성 기준이 적용되어야 한다. 다만 번역 저작물이라는 특성을 고려하면, 일반 저작물보다는 더 높은 정도가 요구되어야 할 것이다. 현재까지 번역저작물의 창작성에 관한 사례를 찾아보면 다음과 같다.

3.3.1. 번역저작물과 대상 저작물 사이에 실질적 유사성 관련

다음 판결은 번역저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 번역저작물과 대상 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지와 관련된 사례이다.

번역저작물의 창작성은, 원저작물을 언어체계가 다른 나라의 언어로 표현하기 위한 적절한 어휘와 구문의 선택 및 배열, 문장의 장단 및 서술의 순서, 원저작물에 대한 충실도, 문체, 어조 및 어감의 조절 등 번역자의 창의와 정신적 노력이 깃든 부분에 있는 것 같다. 번역저작물에 나타난 사건의 전개, 구체적인 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계, 배경설정 등은 경우에 따라서 원저작물의 창작적 표현에 해당할 수 있겠지만, 번역저작물의 창작적 표현이라 할 수 없다. 따라서 번역저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 번역저작물의 창작적인 표현에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.¹⁸⁾

여기에서 법원은 번역저작물의 창작성 여부를 판단하는 요소 4가지, 즉 적절한 어휘와 구문의 선택 및 배열, 문장의 장단 및 서술의 순서, 원저작물에 대한 충실도, 문체와 어조 및 어감의 조절을 들고 있다.

3.3.2. 저작권법상 2차적 저작물의 보호 요건 관련

다음 판결은 저작권법상 2차적 저작물의 보호 요건과 관련된 사례이다.

원저작물의 일부 내용을 발췌하였을 뿐이고 그 표현 형식에서 저작자 스스로의 정신적 노력의 산물이라고 할 만한 구체적인 표현을 가미하거나 수정한 내용이 거의 없을 경우에는 원저작물에 다소의 수정·증감을 가한 것에 불과하기 때문에 독창적인 저작물이라고 볼 수 없다.¹⁹⁾

18) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결.

19) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다66637 판결.

여기에서 법원은 ‘해당 번역저작물의 표현 형식에서 저작자 스스로의 정신적 노력의 산물이라고 할 만한 구체적인 표현의 가미나 수정이 있는지’를 창작성의 기준으로 삼고 있다.

3.3.3. 원저작물과 실질적 유사성의 유지와 관련

다음 판결은 원저작물과 실질적 유사성의 유지와 관련된 사례이다.

요약물이 그 원저작물과 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부는, 요약물이 원저작물의 기본으로 되는 개요, 구조, 주된 구성 등을 그대로 유지하고 있는지 여부, 요약물이 원저작물을 이루는 문장들중 일부만을 선택하여 발췌한 것이거나 발췌한 문장들의 표현을 단순히 단축한 정도에 불과한지 여부, 원저작물과 비교한 요약물의 상대적인 분량, 요약물의 원저작물에 대한 대체 가능성 유무 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 한편 저작권의 보호 대상은 인간의 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식이고, 거기에 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 또는 감정 그 자체는 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 아니므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현 형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 하고, 표현 형식이 아닌 사상 또는 감정 그 자체에 독창성·신규성이 있는지를 고려하여서는 안 된다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결 등 참조).²⁰⁾

여기에서 법원은 원저작물을 요약하여 번역한 요약물에 대한 창작성 여부를 다룬 것으로, 요약물이 문장들의 표현을 단순히 단축한 정도에 불과한 것인지, 원저작물과 비교한 요약물의 상대적인 분량이 어느 정도인지, 요약물의 원저작물에 대한 대체 가능성이 있는지를 기준으로 삼고 있다.

3.3.4. 회복저작물을 원저작물로 하는 2차적 저작물 이용행위의 범위 관련

다음 판결은 회복저작물²¹⁾을 원저작물로 하는 2차적 저작물 이용행위의 범위와 관련된 사례이다.

20) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결.

21) “회복저작물”이란 1995년 개정 저작권법으로 소급적으로 저작권법의 보호를 받게 된 외국인의 저작물을 말한다.

회복저작물을 원저작물로 하는 2차적 저작물로서 1995. 1. 1. 전에 작성된 것을 계속 이용하는 행위에 대한 규정으로 새로운 저작물을 창작하는 것을 허용하는 규정으로 보기 어렵고, 2차적 저작물의 이용행위를 지나치게 넓게 인정하게 되면 회복저작물의 저작자 보호가 형해화되거나 회복저작물 저작자의 2차적 저작물 작성권을 침해할 수 있다. 따라서 회복저작물을 원저작물로 하는 2차적 저작물과 이를 이용한 저작물이 실질적으로 유사하더라도, 위 2차적 저작물을 수정·변경하면서 부가한 새로운 창작성이 양적·질적으로 상당하여 사회 통념상 새로운 저작물로 볼 정도에 이르렀다면, 위 부칙 제4조 제3항이 규정하는 2차적 저작물의 이용행위에는 포함되지 않는다.²²⁾

여기에서 법원은 2차적 저작물인 번역저작물의 창작성에 있어서 그 새로운 창작성이 질적·양적인 모든 면에서의 상당성을 요구하고 있다.

3.3.5. 원문이 동일한 복수 번역문에서 복제를 인정하기 위한 판단 방법 관련

다음 판결은 원문이 동일한 복수 번역문에 있어서 복제를 인정하기 위한 판단 방법과 관련된 사례이다.

복수의 번역문이 존재하는 경우 그 번역의 기초로 된 원문이 동일하면 그 내용이나 용어 자체가 부분적으로 동일한 표현으로 이루어져 있는 것은 당연하기 때문에, 그것만으로 일방의 번역문이 다른 번역문을 복제한 것이라고 단정할 수 없다. 따라서 저작물을 복제하는 경우라고 함은 기존의 저작물에 의거한 것일 뿐만 아니라 그 저작물의 내용 및 형체를 충분히 추지할 수 있도록 재제되어 그와 동일한 것이라고 볼 수 있을 때를 말하는데, 이러한 의거성 내지 동일성 여부는 구체적으로 원문의 번역에 임하는 기본적 태도를 바탕으로 신중하게 판단하여야 한다. 또한 새로운 성경의 번역작업에 이르게 된 동기와 경위, 성경의 실제 내용에 있어 이전의 다른 성경의 오역된 부분이나 불분명한 부분을 수정하여 그 표현을 바꾸거나 그 뜻을 분명히 하고, 어려운 고어나 한자어 및 어법에 맞지 않는 부분을 현대 표준어로 쉽게 바꾸거나 현재 시행되고 있는 한글 맞춤법 통일안에 따라 수정을 가하는 등 신학적 측면이나 어문학적 측면에서 대폭적인 수정, 보완한 것인 점 등 제반 사정에 비추어 새로운 성경이 이전 성경에 상당 부분을 의거한 것이기는 하나 그 내용 및 형체를 추지할 수 있도록 재제되어 그와 동일한 것이라고 할 수 없고, 새로운 성경 제작자의 정신적 노작의 소산인 사상이나 생각의 독창성이 나름대로 표현되어 있다고 보기에 족하다.²³⁾

22) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도6425 판결.

여기에서 법원은 복수의 번역저작물, 즉 하나의 원작에 대해 시간적 간격을 두고 후속적으로 번역이 행해진 경우, 후속 번역저작물이 먼저 번역된 저작물의 저작권을 침해하였는지를 판단한 것으로, 현재 번역저작권 침해의 대부분의 경우라고 할 수 있기 때문에, 하급심 판단이지만 시사하는 바가 크다. 해당 사건에서 창작성 여부를 판가름하는 기준으로는, 번역작업에 이르게 된 동기와 경위, 오역된 부분과 불분명한 부분의 수정 및 표현의 변경, 어려운 고어나 한자어 및 어법에 맞지 않는 부분을 현대 표준어로의 변경, 현행 맞춤법의 변화에 따른 수정, 신학적 측면이나 어문학적 측면에서 대폭적인 수정과 보완을 들고 있다.

3.4. 소결

이상의 판결을 살펴볼 때, 번역저작물도 2차적 저작물의 하나로써 사회 통념상 누가 해도 그러한 수준을 넘어서 번역자의 창조적 개성이 드러나 있어야 그 창작성을 인정받을 수 있는 것으로 보인다.²⁴⁾ 따라서 번역저작물의 창작성은 “어휘와 구문의 선택 및 배열, 문장의 장단 및 서술의 순서, 원저작물에 대한 충실도, 문체, 어조 및 어감의 조절 등”을 고려하여야 하고, 이러한 창작성의 질적 측면 뿐만 아니라 양적측면이 함께 고려되어야 한다.

4. 번역저작물에 대한 보호범위의 적용가능성

4.1. 저작권법상 번역저작권의 보호범위

저작권법상 번역저작물은 원저작물을 기초로 하여 작성되지만 독립한 별개의 저작물로 취급하기 때문에, 번역저작자는 원작을 번역함으로써 해당 번역물에 대해 번역과 동시에 저작인격권 및 저작재산권을 취득하게 된다. 다른 2차적 저작물과 마찬가지로 번역저작물은 독자적인 저작물로서 보호를 받더라도 그 저작권의

23) 서울지법 북부지원 1997. 11. 5. 자 97카합2072 결정.

24) 번역 저작물에 있어서 원저작물에 대한 종속적 한계라 할 수 있는 원문의 충실성을 고려한다면 표현의 선택이 좁기 때문에 2차적 저작물에서 요구되는 정도의 창작성을 요구하는 것은 무리일 수 있다는 견해도 있다. 정상조. (2006). 「번역저작물의 보호와 구제방법」. 『기술과 법』 2(6): 115.

보호범위는 번역자가 원저작물에 새로이 부가시킨 창작적 표현에만 한정된다.²⁵⁾ 판례도 “원저작물을 언어체계가 다른 나라의 언어로 표현하기 위한 적절한 어휘와 구문의 선택 및 배열, 문장의 장단 및 서술의 순서, 원저작물에 대한 충실도, 문체, 어조 및 어감의 조절 등 번역자의 창의와 정신적 노력이 깃들기 부분”으로 그 보호범위를 한정하고 있다.²⁶⁾

따라서 번역저작권의 구체적인 보호범위도 일반저작물의 창작성의 보호 정도와 마찬가지로 해당 번역의 창작성의 정도에 따라 다르다. 즉 번역에 일상적인 용어가 사용되었는지 아니면 특유하거나 고유의 표현으로 구성되어 있는지 혹은 직역한 것인지 아니면 의역인 것인지에 따라 그 보호범위가 달라질 것이다. 요컨대, 번역자의 특유하거나 고유한 표현의 수준 높은 의역부분은 양적으로 조금만 도용해도 저작권침해에 해당할 수 있으나 상대적으로 일상적인 용어로 구성된 직역부분은 그 보호정도가 낮아질 수 있다.²⁷⁾

4.2. 번역저작물과 대상저작물간의 의거 및 실질적 유사성 판단

4.2.1. 의거성

2차적 저작물 작성권 침해는 원저작물에 의거하여 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되었지만, 원저작물에 있어서 종속성 또는 실질적 유사성이 인정되는 경우에 발생한다. 따라서 저작권침해가 인정되기 위해서는 우선 피고의 저작물이 원고의 원저작물에 “의거하여”²⁸⁾ 이용하였을 것이라는 주관적 요건과, 피고의 저작물이 원고의 원저작물과의 사이에 “질적 유사성”이 있는지의 주관적 요건으로 나눌 수 있다.²⁹⁾ 이에 대해 법원은 다음과 같이 판단하고 있다.

25) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

26) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결.

27) Paul Goldstein, Copyright(Little, Brown and Co., 1996), Vol.2, at 8:2, Andre Lucas, Trait de la proprit  litteraire & artistique(Paris: Litec, 1994): 229; 정상조. (2006). 「번역저작물의 보호와 구제방법」. 『기술과 법』 2(6): 118에서 재인용.

28) 법원의 판결문에서 표현된 ‘의거관계’의 용어 대신에 ‘접근’이나 ‘접근 가능성’이라고 표현하기도 한다.

29) 여기에서 피고의 저작물이 원고의 저작물에 ‘의거하여’ 제작된 것인지의 의거성 판단은 직접적으로 원저작물의 창작적 표현을 이용한 경우는 물론이고 저작권법상 보호받지 못하는 아이디어 영역의 이용에서도 의거관계를 판단한다. 또한 피고가 원고의 원저작물을 보고 베낀 경우뿐만 아니

대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 직접 인정되는 경우 뿐만 아니라 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 인정되지 않더라도 기존의 저작물에 대한 접근가능성이 있는 경우, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이에 실질적 유사성 등의 간접사실이 인정될 경우, 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 사실상 추정된다고 할 수 있지만, 대상 저작물이 기존의 저작물보다 먼저 창작되었거나 후에 창작되었다고 하더라도 기존의 저작물과 무관하게 독립적으로 창작되었다고 볼 만한 간접사실이 인정되는 경우에는 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 추정된다고 단정하기 어렵다.³⁰⁾

저작권법이 보호하는 복제권의 침해가 있다고 하기 위하여는 실질적 유사성이 외에 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다. 여기서 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 직접 인정되지 아니하더라도 기존의 저작물에 대한 접근 가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이에 실질적 유사성 등의 간접사실이 인정되면 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점은 사실상 추정된다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결 참조). 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결 참조).³¹⁾

4.2.2. 실질적 유사성

피고 저작물이 원고 저작물에 실질적으로 유사한 것인지에 대한 판단은 원고 원저작물의 창작적 표현 부분만을 대비하여 판단하여야 한다는 것이 통설적 입장이다.³²⁾ 법원도 같은 입장을 취하고 있다.³³⁾ 이것은 저작물의 창작적 표현만을 보

라 원고의 원저작물을 베낀 저작물을 이용한 경우인 간접적인 이용의 경우에도 2차적 저작물 작성권 침해가 인정된다고 할 것이다. 오영준. (2007). 「번역저작권 침해 여부의 판단기준과 독점적 번역출판권자의 채권자대위권 행사」. 『사법』 창간호: 359; 이해완. (2015). 『저작권법 제3판(전면개정판)』. 박영사: 1010.

30) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결.

31) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2012다73493,73509 판결.

32) 오영준. (2007). 「번역저작권 침해 여부의 판단기준과 독점적 번역출판권자의 채권자대위권 행사」. 『사법』 창간호: 359; 정상조. (2006). 「번역저작물의 보호와 구제방법」. 『기술과 법』 2(6): 120; 우성엽. (2008). 「2차적 저작물의 법률관계」. 『기술과 법』 4(5): 49.

33) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

호하는 저작권법의 모방 금지권이라는 입법취지에 부합한다고 볼 수 있다. 특히 어문저작물에 있어서 양 저작물의 유사성의 형태는 포괄적·비문언적 유사성 (comprehensive nonliteral similarity)과 부분적·문언적 유사성(fragmented literal similarity)으로 나누어 볼 수 있다. “부분적·문언적 유사성”³⁴⁾의 경우는 원고의 작품 속에 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 문언적 표현이 복제된 경우에 해당함에 반하여, 포괄적·비문언적 유사성은 피고가 원고의 작품 속의 근본적인 본질 또는 비문언적 표현을 복제함으로써 원고와 피고의 작품 사이에 비록 문장 대 문장으로 대응되는 유사성은 없어도 전체로서 포괄적인 유사성이 있다고 하는 경우이다.

저작권의 보호는 저작물의 “문언적 표현”뿐만 아니라 “문언적 표현”에도 미치는 것으로 보아야 하기 때문에 양자의 실질적 유사성을 판단하여야 한다.³⁵⁾ 또한 문언적 유사성을 판단함에 있어서 그 양적인 상당성도 중요하지만 소량이 인용되었다고 하더라도 그것이 질적인 측면에서 실질적 유사성이 있다고 보는 견해도 있다.³⁶⁾ 따라서 어문저작물의 경우 단 몇 개의 문장만을 인용하였더라도 해당 문장이 전체 저작물에서 차지하는 비중, 창작성의 정도나 문장의 길이 등을 종합적으로 판단하여 실질적 유사성 여부를 판단하여야 할 것이다.³⁷⁾

4.3. 소결

번역저작물이 저작권 침해로 판단되는 형태에 있어서 의거관계와 실질적 유사성이 문제될 수 있는 경우는, 기존의 번역저작물을 이용하면서 원저작물을 번역한 경우와 원저작물에 의거하지 아니하고 기존의 번역저작물만을 이용하는 경우이다.

위 두 가지의 경우 의거관계를 판단함에 있어서는 앞서 보았듯이 저작권법상 보호되는 “표현”과 보호되지 않는 “아이디어”를 모두 고려하여야 할 것이다. 또한

34) 인공지능 번역시스템을 활용한 번역은 대부분 여기에 해당한다.

35) M. B. Melvil B. Nimmer, David Nimmer, Nimmer on Copyright III, 1989: 199-201; 이해완. (2015). 『저작권법 제3판(전면개정판)』. 박영사: 1011-1013면에서 재인용.

36) 정상조. (2006). 「번역저작물의 보호와 구제방법」. 『기술과 법』 2(6): 121.

37) Dawn Assorts. V. Links 사건에서 미국 법원은 유사한 공포물 광고 문구에 사용된 “지옥에 죽은 자들의 공간이 부족해지면 죽은 자들이 땅으로 내려올 것이다(When there is no room in hell, the dead will walk the earth)”라는 한 문장만으로도 저작권 침해를 인정하였다(Dawn Associates v. Links, 203USPQ 831(N.D. II 1978).

해당 번역저작물의 실질적 유사성을 판단함에 있어서도 “표현”에 해당하는 부분만이 그 비교대상이 될 것이다.³⁸⁾ 판례도 “대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있다. 따라서 대상 저작물이 번역저작물에 의거하여 작성되었는지 여부를 판단함에 있어서 저작권법에 의하여 보호받지 못한 표현 등의 유사성을 참작할 수 있다”³⁹⁾고 하여, 양 저작물 사이의 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서도 동일하게 위와 같은 부분 등의 유사성을 참작하여야 하는 것은 아니다.

5. 번역저작물에 ‘일반 저작권’의 적용 가능성

5.1. 공표권과 성명표시권

저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다(저작권법 제11조 제1항). 또한 원저작자의 동의를 얻어 작성된 2차적 저작물 또는 편집 저작물이 공표된 경우에는 그 원저작물도 공표된 것으로 본다(동조 제4항). 따라서 미공표된 원저작물을 원저작자의 동의를 받지 아니하고 번역하여 출판하였다면 원저작자의 2차적 저작물 작성권뿐 아니라 원저작자의 공표권도 발생한다. 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다(저작권법 제12조 제1항). 또한 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우가 아니라면, 저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다(동조 제2항).

번역저작물은 원저작물과는 별개의 저작물이지만 학설은 해당 2차적 저작물이

38) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도6425 판결.

39) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결.

원저작물과의 실질적 유사성이 인정된다면 원저작자의 성명을 표시하여야 한다는 데 일치하고 있다. 이에 대한 대법원 판례는 없으나, 하급심은 부정과⁴⁰⁾ 긍정의 판례⁴¹⁾ 상존하고 있다. 먼저 이를 긍정하는 판례는 다음과 같다.

원저작권자의 성명표시권, 동일성 유지권은 2차적 저작물인 이 사건 백과사전을 토대로 창작된 2차적 저작물이다. 따라서 원저작물 원저작권자의 성명표시권, 동일성 유지권은 2차적 저작물인 이 사건 CD에 미치지 않는다. 따라서 CD 내용을 인터넷으로 검색하도록 서비스하면서 명칭을 원저작물과 달리하였다고 하더라도 원저작권자의 동일성 유지권을 침해하였다고 할 수 없다.⁴²⁾

다음으로 이를 부정하는 판례는 다음과 같다.

저작물의 원작품이나 그 복제물에 저작자로서의 성명 또는 그의 예명·아호·약칭 등으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시된 자, 저작물을 공연·방송 또는 전송함에 있어 저작자로서의 실명 또는 저작자의 널리 알려진 이명으로서 표시된 자는 저작자로 추정된다. 어떤 저작물이 원저작물에 대한 2차적 저작물이 되기 위해서는 단순히 사상, 주제 또는 소재가 같거나 비슷한 것만으로는 부족하고 원저작물을 토대로 새로운 창작성을 가하여 사회 통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도로 만들어지고 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 유지되어야 한다.⁴³⁾

5.2. 동일성 유지권

저작자는 자신의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다(저작권법 제13조 제1항). 따라서 타인의 저작물을 이용하면서 저작자의 허락이 없이 원칙적으로 타인의 저작물을 변경할 수 없다. 원저작자의 허락을 받은 2차적 저작물의 저작자는 원저작물의 본질적 내용을 변경하지 않는다면 이용과정에서의 수정과 변경이 허용된다. 그러나 2차적 저작물 작성권에 대한 허락을 받지 아니한 2차적 저작물의 저작자는 저작재산권인 2차적 저작물 작성권 침해와 더불어 원저

40) 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결.

41) 서울고등법원 2002. 10. 22. 선고 2001나37271 판결; 서울고등법원 1999. 5. 19. 선고 98나35459 판결; 서울고등법원 2007. 2. 7. 선고 2005나20837 판결.

42) 서울고등법원 2002. 10. 22. 선고 2001나37271 판결

43) 서울서부지법 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결

작물의 동일성 유지권을 침해가 발생할 수 있다. 이것은 2차적 저작물 작성과정에서 필연적으로 원저작물의 수정이나 변경이 가해지기 때문이다. 이에 대해 원저작자의 허락이 없는 2차적 저작물의 작성에 있어 원저작물의 동일성유지권 침해가 일어날 수 있다는 것이 통설적 견해이다.⁴⁴⁾ 이에 대하여 긍정과 부정의 판례가 상존하고 있다. 먼저 이를 긍정하는 판례는 다음과 같다.

다른 사람의 저작물을 원저작자의 이름으로 무단히 복제하면 복제권의 침해가 되는 것이고 이 경우 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정증감이나 변경을 가하더라도 원저작물의 재제 또는 동일성이 인식되거나 감지되는 정도이면 복제로 보아야 할 것이며 원저작물의 일부분을 재제하는 경우에도 그것이 원저작물의 본질적인 부분의 재제라면 역시 복제에 해당한다. 원저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 변경을 가한 것이라 하여도 원저작물의 재제 또는 동일성이 감지되는 정도이면 복제가 되는 것이고 이 같은 복제물이 타인의 저작물로 공표되게 되면 원저작자의 성명 표시권의 침해가 있었다고 보아야 할 것이고, 원저작물을 복제함에 있어 함부로 그 저작물의 내용, 형식, 제호에 변경을 가한 경우에는 원저작자의 동일성 유지권을 침해한 경우에 해당한다. 저작자는 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있는 것으로서 저작인격권이 침해되었다면 특별한 사정이 없는 한 저작자는 그의 명예와 감정에 손상을 입는 정신적 고통을 받았다고 보는 것이 경험법칙에 합치된다.⁴⁵⁾

다음으로 이를 부정하는 판례는 다음과 같다.

피고는 원고의 동의 없이 ‘돌아와요 충무항에’ 가사를 토대로 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사를 만들고 그에 곡을 붙인 노래가 수록된 조용필의 음반을 제작·발표하였으므로, 원고의 ‘돌아와요 충무항에’ 가사의 저작권에 기한 2차적 저작물 작성권을 침해하였다. 다만, 2차적 저작물인 개편된 노래가사를 발표함에 있어 원저작물인 노래 가사의 작사자를 표시하지 않았다는 사정만으로는 원저작자의 저작인격권인 성명표시권을 침해하였다고 할 수 없고, 새로운 독창성을 갖는 2차적 저작물로 인정된 이상 원저작자에 대한 2차적 저작물작성권 침해가 성

44) 송영식·이상정. (2015). 『저작권법』. 세창출판사: 146; 이해완. (2015). 『저작권법 제3판(전면개정판)』. 박영사: 406; 이상정. (2019). 「저작인격권의 연혁과 해석상 몇 가지 쟁점에 관한 소고」. 『정보법학』 23(2): 33-70; 서울남부지방법원 1989. 12. 8. 선고 88가합2442 판결, 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결.

45) 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결.

립되는 외에 저작인격권인 동일성유지권도 덧붙여 침해된다고 할 수는 없다.⁴⁶⁾

5.3. 소결

위에서 부정적인 입장의 판례는 ‘원저작물에 대해 새로운 독창성을 갖는 2차적 저작물로 인정된 이상 원저작자에 대한 2차적 저작물작성권 침해가 성립되는 외에 저작인격권인 동일성 유지권도 덧붙여 침해된다고 할 수는 없다’라고 보았다. 그러나 통설은 2차적 저작물 작성과정에서 필연적으로 원저작물의 수정이나 변경이 필연적으로 수반되기 때문에 저작자의 인격적 이익을 충실히 보호한다는 취지에서 2차적 저작물을 작성하는 경우 동일성 유지권 침해를 긍정하고 있다.

6. 마치며

번역물이 저작권법상 2차적 저작물로서 보호받기 위해서는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고, 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되어야 한다.⁴⁷⁾ 실제 번역에 있어서의 문제는 후행번역물의 선행번역물에 대한 저작권 침해의 문제이다. 요컨대, 하나의 원문을 기초로 하여 1차적 번역물(선행 번역물)을 제작한 경우 후행 번역물이 독자적인 창작적 번역인지 선행번역물의 창작적 표현을 이용한 번역물인지의 판단이다.

이와 관련한 최근 법원의 판단을 적용해 본다면, 우선 후행번역물이 선행번역물에 의거하여 작성되었는지 여부를 판단함에 있어서는 저작권으로 보호 받는 창작적 표현뿐만 아니라 보호받지 못하는 표현이 유사한지 여부를 함께 참작하여야 하고, 후행번역물이 선행번역물에 실질적 유사성이 있는지를 판단하기 위해서는 선행번역물의 창작적 표현에 해당하는 부분만을 후행번역물에 대비하여 판단하여야 한다.

위와 같은 저작재산권 침해와는 별개로, 후행번역물이 선행번역물을 이용한 경

46) 서울남부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결.

47) 이상모. (2021). 「기계번역을 활용한 법령번역의 실제와 과제」. 『T&I REVIEW』 11(1): 54. 번역저작권 침해 여부의 판단기준과 독점적 번역출판권자의 채권자대위권 행사

우, 선행번역물의 출처나 성명표시를 하여야 하고, 이를 게을리 한 경우에는 선행 번역자의 인격적 이익을 소홀히 한 것으로 성명표시권 침해의 가능성이나 출처표시 위반의 가능성이 있다.

한편 통설에 따르면, 후행번역물이 원작의 저작권법상 보호영역이 아닌 아이디어 부분만을 이용하고 선행번역물의 창작적 표현을 이용하여 새로운 형태의 저작물을 창작한 경우, 선행번역물에 대한 2차적 저작물에 해당하고, 이 과정에서 선행번역자의 허락없이 2차적 저작물이 작성된 경우라면 2차적 저작물 작성에 있어 저작물의 내용이나 형식의 변경은 필연적이므로 선행번역자의 동일성 유지권 침해의 여지가 있다. 다만 법령번역의 특성상 원문에 대한 상당한 충실성을 요구하므로 창작적 표현 정도가 넓은 소설과 같이 2차적 저작물의 보호범위의 법리를 그대로 적용하기 위해서는 좀더 심도있는 연구가 진행되어야 할 것이다.

참고문헌

- 송영식·이상정. (2015). 『저작권법』. 서울: 세창출판사.
- 오승중. (2007). 『저작권법』. 서울: 박영사.
- 오영준. (2007). 「번역저작권 침해 여부의 판단기준과 독점적 번역출판권자의 채권자대위권 행사」. 『사법』 창간호: 355-362.
- 우성엽. (2008). 「2차적 저작물의 법률관계」. 『기술과 법』 4(5): 36-55.
- 이상모. (2021). 「기계번역을 활용한 법령번역의 실제와 과제」. 『T&I REVIEW』 11(1): 35-56.
- 이상정. (2019). 「저작권인격권의 연혁과 해석상 몇 가지 쟁점에 관한 소고」. 『정보법학』 23(2): 33-70.
- 이해완. (2015). 『저작권법』 제3판(전면개정판). 서울: 박영사.
- 정상조. (2006). 「번역저작물의 보호와 구제방법」. 『기술과 법』 2(6): 114-126.
- 하용득. (1988). 『저작권법』. 서울: 법령편찬보급회.
- 中山信弘. (2008). 『저작권법』(윤선희 역). 서울: 법문사.
-
- 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결.
- 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.
- 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.
- 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결.
- 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결.
- 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.
- 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결.
- 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결.
- 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결.
- 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다66637 판결.
- 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결.
- 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결.
- 대법원 2014. 1. 29. 선고 2012다73493,73509 판결.
- 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도6425 판결.
- 서울고등법원 1999. 5. 19. 선고 98나35459 판결.
- 서울고등법원 2002. 10. 22. 선고 2001나37271 판결.
- 서울고등법원 2007. 2. 7. 선고 2005나20837 판결.
- 서울남부지방법원 1989. 12. 8. 선고 88가합2442 판결.
- 서울남부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결.
- 서울서부지법 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결.

서울지법 북부지원 1997. 11. 5. 자 97카합2072 결정.

This paper was received on 26 October 2022; revised on 19 December 2022; and accepted on 20 December 2022.

Author's email address

peacekeeper@klri.re.kr

kkgw123@naver.com

About the author

Sangmo Lee (first author) received a master's degree in international law from Kyung Hee University in 2000 and a Ph.D degree in international economic law from China University of Political Science and Law (CUPL) in 2009. His Major research areas include WTO, FTA, international investment and Chinese law. He has long been in charge of international cooperation projects, including research on ODA-related laws in the KLRI. Now He is responsible for Korean-English and Korean-Chinese legal translation project at Korea Law Translation Center of KLRI since 2018.

Keunwoo Kim (corresponding author) is a Lecturer of Korea Copyright Commission. His research interests include copyright on translation.