

대중음악 멜로디 관용구의 판단요소 -Someday 사건 대법원 판례를 중심으로-

김민기
여주대학교 실용음악과

A Study of Popular Music Melody Idioms

Min Ki Kim

Department of Popular Music, Yeosu Institute of Technology

요약 대중음악의 표절에 대한 논쟁은 다양한 미디어 매체를 통해 끊이지 않고 있다. 최근 트로트 장르에 대한 표절이수가 상당수 발생하며 또다시 대중음악의 멜로디 관용구에 대한 관심이 높아지고 있지만 그 기준이나 해석에 대한 해답은 어디에서도 찾기 힘들다. 논란의 배경에는 표절음악에 대한 객관적인 기준 없이 각자의 생각을 Youtube나 그 외 SNS로 전달하며 미디어 상에서 표절작이라는 기정사실로 확대되어 이에 대한 피해 사례도 발생하고 있다. 본 사건은 미디어 상에서 대중음악 표절논란으로 시작하여 대법원 판결까지 간 첫 번째 사건으로 그 의미가 크다. 1심과 2심 법원은 멜로디, 리듬, 화음부분을 비교 검토한 결과 실질적으로 동일하다고 인정하며 저작권침해를 인정하였으나 대법원은 서울고등법원으로 사건을 파기 환송함으로써 음악저작물의 침해 판단에 대한 법적 판단을 달리 하였다. 대법원은 1심에서 제시한 음악이 전체적으로는 저작권법에서 보호되는 창작물이라도 창작성이 없는 표현의 부분에 대해서는 보호하지 않는다는 취지를 나타내었다. 대법원은 1심 법원 판결 중 “비교대상1 부분과 원고 음악저작물 부분을 대비해 보면, 두 부분의 가락은 현저히 유사하고, 리듬도 유사하다.” 라는 판시를 인용하며 “원고 대비 부분에 가해진 수정·증감이나 변경은 새로운 창작성을 더한 정도에는 이르지 아니한 것으로 보인다.” 고 판단하였다. 그러므로 원고 대비 부분에 대해서 창작성을 인정하지 않았고 이 부분에 대한 원고의 복제권 등의 효력에 대해서도 인정하지 않았다. 이에 본 사건을 바탕으로 대중음악의 침해판단에서 멜로디의 본질적 특성을 비교 분석하고 음악저작물의 침해판단에 기준이 되는 실질적 유사성 판단 요소와 관용구 판단 요소를 연구해 보고자 한다.

Abstract Plagiarism concerns in the melody of popular music are on the rise. Despite these concerns, standards and methods for addressing these issues are lacking. This study is significant in the fact that it is the first case in the media which started as a controversy on plagiarism of popular music and even progressed to Supreme Court ruling. The first and second trial courts declared the existence of infringement of copyright by recognizing that the music in question was substantially alike as a result of comparing and reviewing the melody, rhythm, and harmony. However, the Supreme Court came to a different verdict on the infringement of musical work by reversing and remanding the case to the Seoul High Court. The Supreme Court indicated that even though the music presented in the first trial is a creative work entirely protected under the Copyright Act, expression without creativity is an area that is not protected under the law. Based on this case, this study seeks to compare and analyze the essential characteristics of melody in the judgment of infringement of copyrights in popular music, and factors related to the judgment of practical similarity and the judgment of idioms that are the criteria for judging infringement of musical work.

Keywords : Music copyright, Music Plagiarism, Music Works, Substantial Similarity, Music Authorized Infringement Judgment.

*Corresponding Author : Min Ki Kim(Yeosu Institute of Technology)

email: mkkim81@naver.com

Received September 29, 2020

Accepted November 6, 2020

Revised October 27, 2020

Published November 30, 2020

1. 서론

오늘날 대중음악의 '표절시비'는 인터넷, SNS 등 다양한 미디어 매체를 통해서 끊이지 않고 있다. 특히 각종 음원 차트 및 대중적 인지도가 높은 가수 또는 작곡가의 음악일수록 논란의 소지가 많은 편이다. 그런데 이러한 논란이 되는 배경에는 다수의 네티즌들이 표절음악에 대한 객관적인 기준 없이 각자의 생각을 Youtube나 SNS로 전달하며 대중들의 대중심리를 일으켜 실제 표절이 아님에도 표절작이라는 기정사실로 확대되어 퍼져나가는 경우가 있다. 최근에는 You Tube영상을 통해 유사한 부분의 음악을 교차 편집하여 마치 두곡이 모두 똑같은 것처럼 느껴지게 하는 등 사실을 왜곡 하는 경우도 많이 확인된다.

대중음악의 이러한 논란이 되는 표절 이슈들은 저작권법 안에서 판단하여 해결 되어야 한다는 것은 누구나 공감하고 있지만 우리 저작권법의 저작물 침해 판단 기준으로 모든 실제 사례들을 적용하기에는 한계성이 있어 보인다. 이를테면 대중음악의 저작물 침해 판단에 있어서 음악저작물의 특수성을 고려하여 어디까지를 관용구로 볼 것인가 그리고 관용구에 대한 구체적인 요소는 어떠한지 등 명확한 기준이 없으므로 침해 판단 절차에 실질적으로 적용하기는 쉽지 않다.

본 사건은 미디어 상에서 대중음악 표절논란으로 시작하여 대법원 판결까지 간 첫 번째 사건으로 그 의미가 크다. 1심과 2심은 원고의 주장을 받아들였지만 대법원은 서울고등법원으로 사건을 파기 환송함으로써 음악저작물의 침해 판단에 대한 법적 판단을 달리 하였다. 이에 본 사건을 바탕으로 음악저작물의 침해판단에 핵심적인 기준이 되는 실질적 유사성 판단 요소와 관용구 판단 요소에 대한 평설을 하고자 한다.

2. 사안의 개요

2.1 사실관계

원심의 사건은 지난 2011년 7월 12일 서울중앙지법에 원고인 '김신일' 씨가 피고인 '박진영'씨를 상대로 자신의 음악 저작물인 '내 남자에게'의 후렴구를 피고인 '박진영'씨가 허락 없이 사용하여 음악저작물에 관한 저작권을 침해하였다며 소송을 제기 하였다.

원고인 '김신일'은 Berklee College of Music 출신으로 유학 후 이문세 윤도현 등 실력파 뮤지션들과 음악작

업을 함께한 프로듀서 겸 작곡가 이다. '김신일'은 2005년 11월 발매된 'Ash'의 앨범 'I'm Your man'의 총 프로듀서를 맡았고 수록곡 중 '내 남자에게' 라는 곡을 직접 작곡 하여 각종 차트 음원 제공 사이트를 통해 꾸준히 유통되었다.

피고인 '박진영'은 1994년 '날 떠나지마'로 데뷔하여 가요계 정상을 경험한 인기 가수이자, 자신의 이름을 딴 대형 연예기획사 JYP엔터테인먼트의 대표 프로듀서로서 걸 그룹 원더걸스와 아이돌 2PM 등 수많은 가수들을 만든 제작자 이다. '박진영'은 2011년 KBS드라마 '드림하이' OST에 수록된 'IU'가 가창한 'Someday'의 작곡을 하였다. 박진영이 작곡한 'Someday'가 KBS드라마에 방영된 후 김신일이 작곡한 '내남자에게'의 음악과 유사하다며 대중들로부터 표절의 논란이 시작되었다. 논란은 각종 인터넷을 통해 후렴구 30초 정도가 유사하다는 주장으로 시작 되었고 이후 원고는 2011년 2월 11일 법적 소송을 알리는 통고서를 피고인 박진영의 소속사 JYP엔터테인먼트로 발송 하였다. 이 통고서에는 대학교수 등 음악 전문가들의 분석을 통해 해당 두 음악의 화성(Harmony)을 비교해보면 전체 87마디 가운데 7마디를 제외한 90% 이상의 화성이 유사하는 내용과 그밖의 표절 사실을 입증할 자료를 내용 증명으로 송부하였다.

이후 박진영측은 2011년 2월 15일 김신일이 작곡한 '내 남자에게'의 화성은 2004년 Tamia라는 가수가 발표한 'Officially missing you'라는 곡과 80%이상 동일하다며 반박하였고 후렴구 멜로디의 4마디는 미국의 가스펠 가수인 Kirk Franklin이 2002년 발표한'Hosanna'와 더 유사하다며 멜로디 표절을 반문 하였다. 이후 '김신일' 측은 피고 측과 합의가 이루어지지 않자 2011년 7월 12일 서울중앙지법에 'Someday'가 자신이 작곡한 '내 남자에게'의 저작권을 침해 하였다며 작곡자인 '박진영'을 상대로 손해배상 청구소송을 냈다.

2.2 주장의 요지 및 쟁점

2.2.1 원고측 주장

원고인 '김신일'은 후렴구를 곡 도입부에 먼저 배치하는 이례적인 기법을 따라하는 등 '내 남자에게'와 'someday'는 곡의 전체 구성에서 동일하고 나아가 화성, 가락, 리듬 등 세부적인 부분도 매우 유사하다"고 주장했다. 또한 자신의 후렴구 8마디는 본인이 독립적으로 창작한 부분으로 저작권법에서 보호받을만한 창작성이 인정된다며 피고의 음악 후렴구 8마디는 원고 음악의 2차적 저작물이라고 주장하면서 2차적 저작물 작성권 침해로

인한 손해배상 60,000,000원과 성명표시권 침해로 인한 손해배상 50,000,000원 등 총110,000,000원을 지급하라고 주장 하였다.

2.2.2 피고측 주장

피고인 ‘박진영’은 본인이 작성한 ‘Someday’는 독립적으로 작성 되었으며 원고의 앨범 중 본사건에 해당하는 곡은 9번 트랙으로 대중들에게 주목을 받지 못했던 곡이라며 피고가 원고의 곡을 듣지 못했음을 주장 하였다. 또한 원고의 곡 중 후렴구에 해당하는 8마디의 가락, 화성, 리듬, 배치 및 분량 등이 국내 및 해외의 음악에 일반적으로 사용되는 관용구이므로 창작성이 없고, 저작물 침해판단을 위해서 원고와 피고의 음악을 대비하기 위해서는 원고의 음악 중 창작성이 없는 부분을 제외한 나머지 부분만을 대비해야 하므로 본사건의 원고와 피고의 음악은 이에 해당하지 않는다고 주장하였다.

3. 법원의 판결

3.1 서울중앙지방법원의 판단(1심판결)

3.1.1 창작성 판단

2012년 2월 10일 서울중앙지방법원은 1심 판결에서 원고 음악과 선행곡 그리고 피고의 음악을 바탕으로 원고의 창작성에 대한 검토와 두 저작물 간에 실질적 유사성을 판단하였다. 우선 법원은 창작성의 기준을 “창작성이란 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도, 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이 아니라 작자 자신의 독자적인 사상이나 감정의 표현을 담고 있어야 한다는 것을 의미한다.(대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도 291 판결 등 참조)”고 정의하고 “음악저작물은 크게 가락(melody), 화음(harmony), 리듬(rhythm)으로 구성 되는데, 창작성이라는 측면에서 위 요소들 간 비중의 순위를 정하면 위와 같은 순서로 나열 할 수 있다. 또한 음악저작물의 가치는 소리의 전달에 의한 느낌 또는 관념에 있으므로, 창작성 또는 실질적 유사성은 듣는 사람의 느낌과 관념을 기준으로 전체적으로

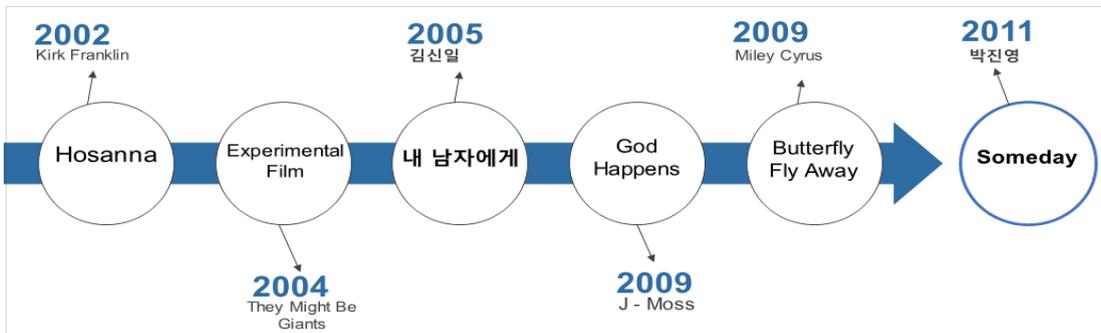


Fig. 1. similar melody presented by the defense

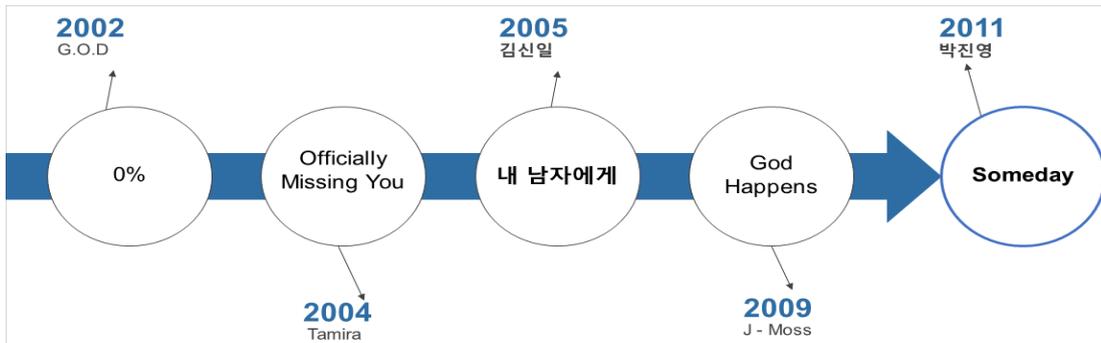


Fig. 2. Similar chord presented by the defense

판단되어야 한다. 나아가 음악저작물은 그 이용 가능한 소개에 한계가 있어 매우 보편적인 음이나 화음의 연속, 리듬의 설정 등은 공유되어야 할 것이므로, 만일 음악저작물 중 일부가 대중들에 의해 일반적으로 공유되어 온 관용구에 불과하다고 인정될 경우 그 부분은 저작권법에 의해 보호되지 않는다.”며 음악 저작물 침해판단에 대한 판단 기준을 제시 하였다.

창작성에 관한 1심 판결에서는 “원고 음악저작물이 공표되기 전 또는 후에 공표된 상당수의 음악저작물에서 원고 음악저작물과의 멜로디 또는 화음(harmony)의 유사성이 발견되지만, 원고 음악저작물의 창작성은 이를 구성하고 있는 개별음의 고저, 음의 장단의 복합적인 연속으로서 멜로디, 화음(harmony) 및 리듬에 원고의 독자적인 감정의 표현을 담고 있는지 여부에 의해 판단되어야 하는 바, 원고가 다른 음악저작물에 의거하여 원고 음악저작물을 작곡함으로써 스스로 타인의 저작권을 침해하였다거나, 원고 대비 부분이 오랫동안 수많은 음악저작물에 사용되고 일반 대중들에게 노출되어 공유의 영역이 되었다는 등의 사정이 인정되지 않는 이상, 남의 것을 모방하지 않고 원고 자신의 독자적인 감정의 표현을 담고

있다는 의미에서의 저작권법상 창작성은 인정된다”고 하여 원고의 작품 “내 남자에게”의 창작적 표현을 인정하였다.

3.1.2 실질적 유사성 판단

1심 법원은 원고와 피고의 실질적 유사성을 판단함에 있어 ‘2차적 저작물 작성권 침해의 판단 기준’과 ‘음악저작물의 유사성 판단 기준’ 2가지를 제시하였다. 먼저 2차적저작물 침해판단에 대해서 “2차적 저작물 작성권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이의 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 창작적인 표현 형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해야 한다.(대법원 2010.2.11. 선고 200763409 판결 참조)”는 판단 기준을 제시 하였고 이어 음악 저작물일 경우 “음악저작물의 구성요소인 가락의 동일·유사성을 첫째로 고려하여야 하고, 나아가 화음, 리듬,박자,템포 등의 요소에 대하여도 고려하여야 한다. 특히 가락을 비교하기 위해서는 가락의 동일성을 일정한 음열(Phrase) 단위로 비교한 후 그 비교 결과를 종합하여 판단하여야 한다.”는 기준을 제시 하였다. 1심 법원은 대비 부분의 멜로디를 악보와 비교표에

Fig. 3. A Sheet Music for the plaintiff ‘내 남자에게’

Fig. 4. A Sheet Music for the plaintiff ‘Someday’

Table 1. Melody theorem of comparison section.

	1마디	2마디	3마디	4마디
원고대비부분	솔미파솔파	-미레-도도미	-솔미파솔파	-미레-도도도
피고대비부분	솔미파솔파	-미레-도미미	-솔미파솔파	-미레-도도도

의해서 비교 분석하며 “원고 대비부분과 피고 대비부분은 2마디의 네 번째 음이 원고 대비부분은 ‘도’이고, 피고 대비부분은 ‘미’인 점만 제외하고 동일하다는 것을 알 수 있고 리듬과 화음(harmony)부분도 비교 검토한 결과 실질적으로 동일하다”고 인정하였다. 이에 1심 법원에서 피고는 원고의 작품에 대한 저작권침해를 인정하였다.

3.2 서울고등법원의 판단(2심판결요지)

서울고등법원은 본사건의 2심 판결에서도 원고의 주장을 받아들였다. 1심의 판결을 그대로 인용하며 피고가 원고에게 지급해야할 손해배상 금액만을 상향 하였다. 1심에서 피고가 지급해야할 손해배상금은 21,672,752원으로 이는 전체 손해금액 80,292,834원에서 유사한 부분의 음악이 차지하는 부분(86마디 중 20마디)에 해당하는 만큼을 계산한 것 이었다. 그러나 2심에서는 전체 손해금액을 92,326,776원으로 산정하고 이중 피고의 음악에서 대비 부분의 기여도를 40%로 판단하여 36,930,710원과 성명 표시권에 대한 손해배상액 20,000,000원을 더하여 총 56,930,710원을 원고에게 지급하라고 판결 하였다.

3.3 대법원의 판단(대법원 2015. 8. 13. 선고 2013다14828 판결)

3.3.1 음악저작물 창작성 판단 기준

대법원은 음악 저작물의 구조를 정리하면서 1심 법원과 마찬가지로 1)“음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 리듬, 화성 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 하여 음악에 있어서 가장 중요한 비교 기준을 ‘가락’이라는 점을 확인 하였다. 그러나 음악저작물의 창작성 판단에서 2)“원저작물이 전체적으로 볼 때에는 저작권법이 정한 창작물에 해당한다 하더라도 그 내용 중 창작성이 없는 표현 부분에 대해서는 원저작물에

관한 복제권 등의 효력이 미치지 않는다. 따라서 음악저작물에 관한 저작권침해소송에서 원저작물 전체가 아니라 그 중 일부가 상대방 저작물에 복제되었다고 다루어지는 경우에는 먼저 원저작물 중 침해 여부가 다루어지는 부분이 창작성 있는 표현에 해당하는지 여부를 살펴보아야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다70520 판결 참조).”고 하여 1심 법원이 제시한 저작물의 유사 부분에 대한 창작성 판단 기준을 재해석 하여 판단 근거를 제시 하였다. 이러한 대법원의 판단 기준은 1심에서 제시한 음악저작물의 관용구에 대하여 확대해석 함으로서 해당 음악이 전체적으로는 저작권법에서 보호되는 창작물이라도 창작성이 없는 표현의 부분에 대해서는 복제권 등을 보호하지 않는다는 취지를 나타내었다.

3.3.2 원심판결에 대한 파기환송

대법원은 1심 법원 판결 중 “비교대상1(Hosanna) 부분과 원고 음악저작물(내남자친구에게) 부분을 대비해 보면, 원고 대비 부분의 시작 음이 ‘솔’인 데 비해 비교대상1 부분의 시작 음이 ‘도’인 정도의 차이가 있을 뿐이어서 두 부분의 가락은 현저히 유사하고, 리듬도 유사하다.” 라는 판시를 인용하며 “원고 대비 부분에 가해진 수정증감이나 변경은 새로운 창작성을 더한 정도에는 이르지 아니한 것으로 보인다.” 고 판단하였다. 그러므로 원고 대비 부분에 대해서 창작성을 인정하지 않았고 이 부분에 대한 원고의 복제권 등의 효력에 대해서도 인정하지 않았다. 또한 원심에 대해서 원고 대비 부분의 창작성에 관하여 제대로 심리·판단하지 못했다고 지적하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 파기 환송하였다.

4. 사안의 검토 및 평석

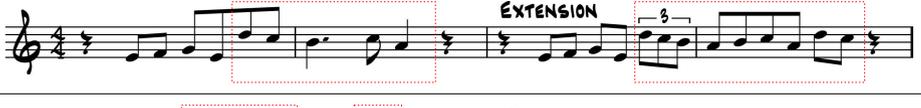
4.1 음악저작물의 실질적 유사성 판단

우리 법원은 음악저작물의 침해 판단에 일반 다른 저

Table 2. Suggesting Criteria for Determining the Creativity of Music Works.

1심 법원	대법원
1) 음악저작물은 크게 가락(melody), 화음(harmony), 리듬(rhythm)으로 구성 되는데, 창작성이라는 측면에서 위 요소들 간 비중의 순위를 정하면 위와 같은 순서로 나열 할 수 있다. 또한 음악저작물의 가치는 소리의 전달에 의한 느낌 또는 관념에 있으므로, 창작성 또는 실질적 유사성은 듣는 사람의 느낌과 관념을 기준으로 전체적으로 판단되어야 한다. 2) 음악저작물은 그 이용 가능한 소재에 한계가 있어 매우 보편적인 음이나 화음의 연속, 리듬의 설정 등은 공유되어야 할 것이므로, 만일 음악저작물 중 일부가 대중들에 의해 일반적으로 공유되어 온 관용구에 불과하다고 인정될 경우 그 부분은 저작권법에 의해 보호되지 않는다.	1) 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 리듬, 화성 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 2) 원저작물이 전체적으로 볼 때에는 저작권법이 정한 창작물에 해당한다 하더라도 그 내용 중 창작성이 없는 표현 부분에 대해서는 원저작물에 관한 복제권 등의 효력이 미치지 않는다.

Table 3. theorem of melody's manipulation method

	Phrase
Motif	
Repetition	
Pitch Variation	
Sequence	
Extension	
Truncation	

작물과 동일한 ①창작성, ②의거성, ③실질적 유사성을 검토하여 침해 판단을 하고 있다. 창작성이란 침해를 주장하는 원고의 저작물이 저작권에서 보호 받을 수 있는 창작성이 있는 표현에 해당되어야 하고, 의거성이란 침해를 했다고 의심되는 피고가 원고의 저작물에 접근하여 표현을 모방했다고 입증되어야 하는 판단 요소이다. 마지막으로 실질적 유사성이란 저작물의 침해 판단에 있어 가장 핵심이 되는 요소로서 두 저작물 간의 본질적 특성이 얼마만큼 유사한가? 즉, 원저작물의 표현상의 본질적인 특징이나 개성이 후속 작품에서 차용되었는지를 판단하는 요소이다.[1]

침해판단에서 가장 핵심이 되는 실질적 유사성 판단은 각각의 저작물마다 특징이 다르고, 표현으로 판단되는 범위가 다르기 때문에 기본적으로 저작물의 특수한 성격을 잘 파악하여 판단하여야 한다.[2] 우리 법원이 음악 저작물의 유사성 판단하는 과정을 살펴보면 음악에서 유사한 부분을 추출하여 이중 아이디어라고 생각되는 요소를 제외시키고 표현에 해당하는 요소를 비교하는 '추상화 여과 비교 테스트'를 적용하는 것으로 생각된다. 그런데 논자는 이러한 비교 방식이 음악 저작물의 본질적인 특징이나 개성이 후속 작품에 차용 되었는지를 판단하는 방식

인지에 대해서는 매우 조심스럽다.

다음은 대중음악의 침해판단에서 실질적 유사성 판단의 핵심이 되는 멜로디의 본질적 특성과 본사건의 원고와 피고의 음악을 분석하여 법원의 판결과 비교해 본다.

4.1.1 대중음악 멜로디의 본질적 특성

본 사건에서 법원은 두 음악의 유사성을 판단함에 있어서 음악의 구성 요소인 가락, 화음, 리듬을 기준으로 이중 인간의 감정을 나타내는데 가장 중요한 가락을 대중음악의 핵심요소라 하여 가락을 가장 우선으로 고려해야 하는 요소라고 제시하였지만 가락의 본질적 특성(개성)에 대한 언급은 없었다.

음악의 구성요소(가락,화성,리듬)중 화성과 리듬은 가락의 표현을 극대화 시켜주는 기능적인 역할을 담당하고 있어 특별한 경우를 제외하고 대부분의 경우에는 저작권으로 보호되지 않는 아이디어적인 영역이라고 볼 수 있다. 반면 음악의 핵심이 되는 가락은 모든 경우를 표현으로 보아 저작권법에서 보호해야 하는지에 대해서 우리 법원은 판례에서는 “멜로디를 만드는 방법은 이론적으로는 무한하나 실질적으로 대중의 귀에 듣기 좋은 멜로디를 만드는 경우는 한정되어 있다”고 하여 모든 멜로디를

Table 3. analysis of music scores on the plaintiff's side.

music scores on the plaintiff's side "내남자에게"	
Motif	
Motif + Repeat (Prase)	
Motif + Repeat+ Through Composed (Period)	

인간의 사상과 감정을 표현한 창작물로 보호되는 것에 대해서 부정적이라는 입장이다.[3]

멜로디는 기본적으로 음표의 연속적인 조합으로 형성 되는데 멜로디를 만들기 위한 최소한의 단위가 바로 동기(Motif)이다. 이러한 최소한의 아이디어인 동기에서 출발 하여 완성된 멜로디로 발전시키기 위해서는 일정한 멜로디 발전 방식 또는 Through Composed 방식에 의 해서 악절로 완성 된다. 음악이론에서 주로 작곡법 이라고 불리는 멜로디 발전 방식은 클래식 시대부터 재즈 시대를 거쳐 대중음악에 이르기 까지 작곡에 대한 분석을 통해 이론화 시켜왔다. 주어진 동기에서 어떠한 발전 방법을 사용하여 창작자의 감정을 표현 하느냐에 따라 각 기 다른 완성된 멜로디가 만들어 진다.

위의 도표는 대중음악에서 많이 사용하는 멜로디 발전 방법을 몇 가지만 나열 하였다. 모두 같은 동기에서 시작 하여 각기 다른 발전방식을 통해 작은악절을 형성하였다. 이처럼 동기는 보통 한마디 또는 두마디로 형성되며 동기가 발전하면 작은악절을 이루고 두 개의 작은악절이 모여서 큰악절이 된다. 동기(motif)를 사용하여 발전시킨 음악의 경우 같은 동기라도 어떻게 발전 하느냐에 따라 다른 결과물이 만들어지기 때문에 음악에서의 동기

(motif)는 아이디어 영역으로 판단하는 것이 바람직하고, 이를 발전시키는 방법 또한 누구나 사용할 수 있는 표현 방식으로 규정하는 것이 바람직해 보인다. 다만 유사한 동기과 유사한 발전 방식을 사용하는 경우 보통관찰자 입장에서 두음악의 음열(작은악절-phrase) 멜로디가 동일하게 들리는 경우가 발생하나 이는 완성된 멜로디로 보기 어려우므로 이후에 진행되는 멜로디를 종합하여 전체를 판단하는 것이 바람직하다고 생각된다. 다음은 본사건의 두 멜로디가 어떻게 유사한지 그리고 이러한 경우 어떠한 분석방법을 통해 침해판단의 기준을 만들 수 있는지 확인해 보도록 한다.

4.1.2 '내남자에게' vs 'Someday'악보 비교 분석

본 사건에서 1심 법원은 두곡의 실질적 유사성을 판단 함에 있어 "특히 가락을 비교하기 위해서는 가락의 동일성을 일정한 음열(Phrase) 단위로 비교한 후 그 비교 결과를 종합하여 판단하여야 한다."는 기준을 제시하였다. 그러나 이러한 비교 범위가 실질적 유사성 판단에서는 멜로디 작곡의 특수성을 감안하여 판단 할 때 적절한 범위인지 그리고 그 비교 방법은 음악을 창작하는 실무자들에게 공감대를 형성 할 수 있는지 본사건의 유사 부분

Table 4. analysis of music scores on the defense's side.

music scores on the defense's side. "Someday"	
Motif	
Motif + Repeat. Variation (Phrase)	
Motif + Repeat+ Through Composed (Period)	

의 악보를 비교분석하여 판단해 보도록 한다.

[Table 4]에서 원고가 작곡한 '내남자에게'의 멜로디는 두마디 동기를 사용하여 3~4마디에서 동기의 반복(Repetition)을 통해 발전 시켜 나가고 이후 Thought Composed 방식으로 큰악절의 멜로디가 완성되었다. 즉 동기를 반복시킴으로서 멜로디의 변형 없이 가사만 변하는 방법과 이후에 가사를 표현하기에 적절한 멜로디진행으로 큰악절을 완성하였다.

피고가 작곡한 'Someday'의 멜로디는 원고와 동일하게 2마디 동기를 사용하였고 발전방식도 반복(Repetition) 방식으로 같지만 이후 5~8마디는 Thought Composed 되어 큰악절을 완성 하였다.

우리 법원은 1심 판결에서 두 음악의 실질적 유사성 판단에서 비교범위를 1마디부터 4마디 그리고 5마디부터 8마디를 나누어 이중 1마디부터 4마디는 멜로디와 화성 그리고 리듬이 동일하다는 판결을 하였다. 또한 나머지 5마디부터 8마디는 멜로디가 유사하지 않아 화성과 리듬은 비교할 필요가 없다고 설명 하였다.

앞에서 살펴본 멜로디의 발전 방식과 법원의 이러한 판결은 멜로디의 본질적 특성을 판단함에 완성된 멜로디의 기준을 어떻게 보느냐에 따라 판단의 관점이 다르게

느껴진다. 멜로디의 구성을 세분화 하여 나누어 비교하면 세분화된 멜로디는 동일하게 판단 될 수 있으나 완성된 멜로디를 종합하여 비교 했을 때에도 동일한 음악으로 판단되는지 검토할 필요가 있어 보인다. 때문에 1심 법원은 음악의 비교 범위를 음열(Phrase)로 하여 두 곡이 유사 부분만을 비교하여 동일하다고 판시한데에는 많은 아쉬움이 남는다.

4.2 음악저작물의 관용구 판단

우리 법원은 음악 저작물 침해관련 판결에서 '관용구'의 의미를 "대중들에 의해 일반적으로 공유되어 온 관용구에 불과하다고 인정될 경우, 그 부분은 저작권법에 의해 보호되지 않는다." [4-1]고 하여 일반적으로 공유되어 온 음악적 표현을 인용한 경우 침해로 판단하지 않는다고 설명하고 있다. 그러나 여기서 법원이 이야기 하는 '일반적으로 공유되어온 음악'의 범위를 어디까지로 보아야 하는지 그 기준이나 선례연구가 존재하지 않아 본 판결에 대한 아쉬움이 남아있다. 또한 피고가 관용구의 인용 또는 사용하여 창작된 표현 일 경우 원고의 침해 주장에도 불구하고 피고의 창작성이 인정되어 침해가 아니라고 판결하고 있는바 관용의 범위 및 그 기준은 침해 판단에

Table 4. a comparative table of melodies and harmonies between the preceding works and the original music.

	compare1	compare2	Plaintiff	compare3	compare4	compare5	compare6
Published	2002	2004	2005	2009	2009	2002	2003
Song	Hosanna	Experimental Film	내 남자에게	God Happens	Butterfly Fly Away	0%	Officially Missing You
Melody	similarity	similarity	similarity	similarity	X		
Harmony			similarity	similarity		similarity	similarity

서 상당히 중요하다고 판단된다.[5]

본 사건에서 1심 법원은 피고가 제시한 선행음악들과 원고의 음악을 비교하면서, 원고의 음악과 선행 음악의 유사함은 인정하면서도 “원고가 다른 음악저작물에 의거하여 원고 음악저작물을 작곡함으로써 스스로 타인의 저작권을 침해하였다거나, 원고 대비 부분이 오랫동안 수많은 음악저작물에 사용되고 일반 대중들에게 노출되어 공유의 영역이 되었다는 등의 사정이 인정되지 않는 이상, 남의 것을 모방하지 않고 원고 자신의 독자적인 감정의 표현을 담고 있다는 의미에서의 저작권법상 창작성은 인정된다”라고 하며 유사한 선행 저작물이 존재는 인정하면서도 관용구로 판단하지 않았다.

5. 결론

음악 저작물의 관용구에 대한 정의는 존재하지 않으나 법원의 음악저작물 침해 판단에서 선행 저작물과 원고의 악보를 비교하여 유사한 멜로디가 존재했는가를 기준으로 판단하여 왔다. 일반적인 관용구의 의미를 통해서 음악 저작물에서 관용구의 의미를 유추해볼 때 우리법원이 검토하고 있는 선행저작물의 존재만으로는 음악저작물의 관용적인 표현이라는 당위성을 입증하기에는 어려움이 있어 보인다. 관용구의 일반적인 사전적 의미를 살펴보면 ‘습관으로 오랫동안 널리 사용되어 온 한 묶음의 단어·문구나 표현’을 의미하는데 음악 저작물에서 정리해 놓은 습관적인 멜로디 즉, 멜로디 관용구는 존재하지 않기 때문이다. 대신에 음악 저작물의 창작에 있어서 누구나 자유롭게 사용 할 수 있는 음악적 지식 또는 산업적 공감의 관용적인 표현 방식은 존재하지만 이 또한 습관적인 표현이라기보다는 기능적인 표현방식이라 생각된다.

음악 저작물의 관용구의 판단요소에 대한 선행 연구는 많이 존재하지 않는다. 다만 일부 법원에 제출된 감정의 견서에서 판단의 요소들로 검토되어진 의견이 존재하는

것으로 보인다. 제시된 의견을 종합해 보면 ‘관용구의 범위는 정해져 있지 않지만 ①특정 음악의 장르에 사용되는 리듬, ②공통 관습적으로 사용되는 어법, ③음악이 갖는 공통적인 속성을 음악저작물의 관용구’로 보아야 한다는 의견이다. 그러나 이러한 의견 역시 추상적인 기준으로 하여 합의된 요소들이 정리되어 있는 것은 아니지만 음악 작곡의 창작적 관례 또는 관습을 이야기 하고 있다는 측면에서 음악 전문가로서 그 이해가 어렵지 않다.

본 연구에서는 대중음악 표절 사건에 대한 대법원의 판단을 통해 음악저작물의 창작성 판단 및 실질적 유사성 판단 기준 나아가 그 판단 과정에서 음악의 관용적 표현 요소 등에 대해서 연구하였다. 명확한 정의나 판단 기준이 마련되기 어렵다는 점에서 법원의 판단으로 그 기준을 제시하였다. 다만 법원의 이해를 돕기 위해서는 보다 구체적인 요소에 대한 연구와 검토가 필요하다고 생각하며, 본 학술논문을 토대로 음악저작물의 관용구의 대한 논의가 지속적으로 전개되었으면 하는 바람으로 본 논문을 마무리 하고자 한다.

References

- [1] Kyung-suk Kim, “Reconstruction of the ‘Substantial Similarity’ concept in Copyright Infringement judgment - Through a comparative review of continental laws on criteria of similarity”, Korea Copyright Commission, vol.28, no.3, pp. 5-45 (41 pages), 2015.
<https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiOrteView.kci?sereArticleSearchBean.artid=ART002037209>
- [2] Seung-Jong Oh, “Copyright Law”, Parkyoungsa, 215 page
<http://www.pybook.co.kr/mall/book/pys?goodsno=1176&ssort=&ppt=&page=&query=%EC%A0%80%EC%9E%91%EA%B6%8C%EB%B2%95>
- [3] Decision of the Court Number 2006가합8583, Suwon

District Court, 2006.10.26.

[4] Decision of the Court Number 2010가단 86875, Seoul Central District Court, 2011.4.13.

[5] Kyung-ho Lee/Jun-Keun Jeong, "Study on the rule for filtering by conventional idioms on musical works' plagiarism", Korea Association of Information Law, vol.18, no.1, pp. 171-201 (31 pages), 2014.
<https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiView.kci?sereArticleSearchBean.artid=ART001873307>

김민기(Min Ki Kim)

[중신회원]



- 2007년 12월 : Berklee College of Music(Music Production & Engineering학사)
- 2011년 8월 : 단국대학교 대중문화예술 대학원 (대중음악 제작.경영 석사)

- 2019년 12월 : 상명대학교 저작권보호학 (박사수료)
- 2017년 3월 ~ 현재 : 여주대학교 실용음악과 조교수

<관심분야>

음악 저작권, 대중음악 제작