

2006 중국 게임시장 진출 법률가이드북

-게임 콘텐츠에 대한 권리침해의 예방과 대응책-

머리말	4
제 1 장 게임콘텐츠의 보호와 관련한 중국 주요 법률에 대한 소개	7
제 1 절 저작권 개요.....	7
1. 저작권의 의의	7
2. 저작권의 특징	8
제 2 절 저작권의 발생.....	9
제 3 절 저작권자.....	10
1. 원시저작권자.....	10
2. 파생적인 저작권자.....	11
제 4 절 저작권의 객체.....	12
1. 저작권의 보호를 받을 수 있는 저작물	12
2. 저작권법의 보호를 받지 못하는 저작물.....	14
제 5 절 저작권의 구체 내용.....	15
1. 저작인격권	15
2. 저작재산권	17
제 6 절 저작권의 보호기간, 저작권에 대한 제한.....	19
1. 저작권의 보호기간	19
2. 권리에 대한 제한.....	20
제 7 절 컴퓨터프로그램 저작권에 대한 보호.....	25
1. 컴퓨터프로그램 저작권 보호에 대한 개요	25
2. 소프트웨어 저작권의 내용	26
3. 소프트웨어 저작권의 귀속	27
4. 보호기간.....	28
5. 소프트웨어의 합법적 복제물의 소유자가 향유하는 권리.....	30
6. 소프트웨어 저작권의 사용허락, 양도.....	30
제 2 장 외산 온라인게임의 중국시장 진출시 당면하게 될 권리침해와 관련한 법률문제	33
제 1 절 소프트웨어의 복제.....	33
1. 소프트웨어 복제의 개관.....	33

2. 권리침해에 대한 인정	34
제 2 절 “불법서버”와 관련된 법률문제	36
1. “불법서버” 개관	37
2. “불법서버”의 법적 성격	37
3. “불법서버” 및 “해킹” 단속과 관련된 정책	38
제 3 절 “해킹” 관련 법률문제	39
1. “해킹” 개관	39
2. 사례로 보는 “해킹”의 법적 성격	40
3. 목전 “해킹”에 대한 중국법률의 관련 규정	48
제 3 장 게임콘텐츠와 관련한 상표의 보호	51
제 1 절 상표법 개관	51
1. 상표의 개념 및 특징	51
2. 상표의 기능	52
3. 등록상표의 전용권에 대한 법률의 보호조치	53
제 2 절 상표권의 국제보호	60
1. <공업소유권을 보호하기 위한 파리협약>	60
2. <표장의 국제등록에 관한 마드리드협정>	61
제 3 절 상표등록의 절차	62
1. 출원	62
2. 심사 및 인가	63
3. 재심	63
4. 재심 결정	64
5. 이의	64
6. 이의에 대한 결정	65
7. 이의결정에 대한 재심	65
8. 등록사정, 공고	65
9. 상표등록의 쟁의	66
제 4 절 게임상표권에 관한 사례	66
1. 사건 개요	66
2. 상표등록의 의의	67
3. 사건 결과 및 분석	67
제 4 장 중국 온라인게임 산업정책 및 관련 주관 정부부문의 기능	69
제 1 절 외산 온라인게임의 중국내에서의 출판발행 요건	69
1. 내용에 대한 심사	69
2. 소프트웨어 제품의 등기	69
3. 수입업체에 대한 기본자격요건	70
제 2 절 온라인게임업체의 운영, 감독관리와 관련된 중국정부 각 부처의 기능	70
1. 신문출판총서 및 지방 출판행정관리 부문	70
2. 정보산업부	71
3. 문화부	71

4. 공안기관.....	71
5. 공상행정관리국	71
제 3 절 컴퓨터소프트웨어 저작권의 등기절차.....	73
1. 신청시 중국판권보호센터에 제출하여야 할 서류.....	73
2. 등기신청시 유의할 문제.....	74
3. 저작권 등기에 필요한 비용 및 시간.....	74
제 4 절 컴퓨터소프트웨어 제품의 등기절차.....	75
1. 소프트웨어 제품의 개념.....	75
2. 등기 및 기안 기관	75
3. 제출 서류	76
4. 등기의 효력 발생 및 유효기간	77
5. 수입산 소프트웨어 제품의 등기에 소요되는 시간 및 비용.....	77
제 5 장 침해에 대한 구제	78
제 1 절 민사적인 구제조치.....	78
1. 소송전 구제.....	78
2. 소송중의 구제	82
3. 소송종결후 구제.....	84
제 2 절 행정구제.....	86
1. 행정구제의 주요 방식	86
2. 기타 구제 경로	87
제 3 절 형사적 구제.....	87
1. 형사적 구제에 대한 법률의 규정	88
2. 형사적 구제의 구체적인 사례	89
제 6 장 권리침해분쟁 예방 조치.....	90
제 1 절 외국의 온라인게임기업과 중국의 온라인게임기업간의 합작방식	90
1) 권리금 방식	90
2) 이익 배분 방식	90
3) 판권에 대한 배타적인 사용 방식.....	90
4) 공동운영 방식.....	90
제 2 절 중국온라인게임기업이 통상 갖추어야 할 라이선스.....	91
1) 인터넷연결 부가통신업무 허가증(ISP증)	91
2) 전신 및 정보서비스업무 경영허가증(ICP증).....	91
3) 인터넷문화경영증.....	92
4) 전자출판물의 출판경영허가증.....	92
5) 기타 규정.....	92
제 3 절 계약 체결시 유의할 점.....	93
1. 사용 허락하는 권리의 범위.....	93
2. 비밀유지조항.....	93
3. 위약책임에 대한 약정	94

머리말

온라인게임은 정보통신망을 이용하여 오락을 즐기는 인터넷과 문화를 상호 결합한 산업이다. 최근 중국의 인터넷문화시장은 급속하게 발전하고 있으며 PC 방 등 인터넷 서비스 영업장소도 중국의 도시로부터 농촌에까지 급속하게 발전하고 있다. 인터넷의 신속한 보급과 아파트단지 그리고 매 가정에까지의 ADSL 의 연결은 중국의 온라인게임 시장의 신속한 발전을 촉진하고 있으며 거대한 산업적인 가치를 창조하고 있다.

통계자료에 따르면, 2000 년 중국의 온라인게임시장의 규모는 0.3 억원, 2001 년의 시장규모는 3.1 억원, 2002 년에는 전연도에 비해 213.8%나 증가한 9.1 억원에 달하고 있으며 2003 년에는 약 20 억원, 2004 년에는 36 억원에 달하였다. 짧디짧은 몇년간에 온라인게임의 시장규모는 100 여배나 늘어남과 동시에 온라인게임은 기타 관련 산업의 발전도 이끌고 있다. 예컨대 2004 년, 온라인게임은 통신업계의 업무수입을 150.7 억원이나 늘어나게 하였으며 IT 산업의 수입도 63.7 억원, 미디어 및 전통적인 출판업도 35.8 억 원이라는 수입을 올리게 하였다.

온라인게임은 이미 중국 인터넷기업의 이익창출의 주요 부분으로 되었다. 유명한 포털사이트인 Netease 의 2004 년도 수입중 온라인게임에 따른 수익은 62%, 기타 수입은 38%이다. 2004 년도 일부 온라인게임을 주요 영업으로 하거나 겸업으로 한 기업인 산다, The 9, Tencent 등 기업은 선후로 미국의 나스닥 또는 홍콩증시에 성공적으로 상장하였다. 그중 상해 산다는 온라인게임기업으로서 그 자산이 이미 포털 사이트를 초과하였는데 2005 년 9 월 5 일까지 그 시가는 이미 22 억달러를 초과하였다. 중국에서 온라인게임은 이미 경제 및 오락업의 중요한 지주와 문화산업의 잠재력이 있는 수익 포인트로 되고 있다.

이와 동시에 중국의 인터넷정보센터의 제 16 차 통계보고자료에 의하면, 2005 년 6 월 말까지 중국의 인터넷에 연결된 컴퓨터 수는 4,560 만 대이며, 인터넷접속 인구는 10,300 만명인데 그중 온라인게임의 유저 수는 2,300 만명이다. 유저가 반년 내에 온라인 게임의 아이템(이에는 장비, 무기, 신분 등이 포함됨)을 구매한 평균비용은 178 원 이다. 인터넷접속자중 온라인게임을 하는 유저는 23.4%를 차지하므로 얼핏 계산하더라도 반년간 아이템의 판매시장규모는 약 40 억원에 달하고 있다.

위 수치들로부터 본 바와 같이 중국의 온라인게임시장은 이미 거대한 시장 규모를 형성함과 동시에 향후의 성장속도 또한 급속할 것으로 보고 있다. 중국의 온라인 게임의 거대한 시장잠재력, 고수익율, 고성장 가능성 등은 온라인게임을 인터넷 관련 산업중 가장 인기있는 산업으로 성장시켰으며 고수익율은 많은 중국업체들에게 최대의 관심사로 작용을 하였다.

한국의 온라인게임은 2000 년부터 중국시장에 진입하기 시작한 이래 몇 년간의 발전 기간을 거쳐 이미 중국에서 그 인지도가 높고 상당한 시장점유율을 기록하고 있다. 그러나 한국의 온라인게임기업은 중국의 회사들과 합작하는 과정에서 많은 법적인 문제들에 부딪치고 있으며 크고 작은 분쟁 역시 끊이지 않고 있다. 이러한 것들은 한국의 온라인게임의 중국에서의 운영 및 발전에 막대한 영향을 미치고 있다. 액토즈, 위메이드와 상해 산다간의 <미르의 전설> 분쟁을 시작으로 그 이후에도 많은 게임들이 소스코드 유출, 불법서버 등 많은 문제들이 일어나고 있다, 로열티분쟁 등은 유저들이 선호하는 게임 그리고 시장성장 가능성이 양호하였던 게임 대부분이 법적인 문제로 중국에서 지속적으로 운영을 할 수 없게 되었다.

한중 업체간의 합작으로 인한 분쟁이외에 온라인게임 영역에서 가장 많이 존재하는 법적인 리스크는 주로 게임제품 자체의 권리에 대한 침해문제라고 할 수 있겠다. 온라인게임에 대한 법적인 보호면에서는 저작권 및 상표권에 대한 보호가 가장 시급한 문제이기도 하다. 온라인게임은 중국의 신흥산업이며 그 발전 또한 신속한 관계로 온라인게임 관련 법적인 문제에 대하여서는 명확한 규정 또는 전문적인 입법이 결여한 부분도 상당히 많다. 예컨대 최근에 불법서버, 해킹 등 현상이 범람하고 있으나 관련 법규에서는 이와 관련하여 명시적인 규정 또는 규범성 규정들을 두고 있지 않거나 원칙적인 규정만 두는 경우가 있다. 그러나 현실에서는 이러한 현상이 자주 일어나고 있기에 온라인게임 관련 업체 또는 관계자들은 이러한 문제에 관심을 가지지 않을 수 없게 되었다.

위의 여러가지 이유로 이 책에서는 저작권에 대한 보호제도 및 상표법 제도로부터 착안하여 주로 온라인게임의 권리보호와 관련된 일부 기본적인 저작권 및 상표법 등 법제도와 최근 중국 정부의 온라인게임에 관한 정책 등을 소개함과 동시에 침해발생시의 구제방법 그리고 기타 중국진출시에 유의하여야 할 몇가지 문제들에 대하여 요약 설명하기로 한다.

이 책을 쓰게 된 기본동기는 한국의 온라인게임업체들이 중국에 대한 일부 기본적

인 지적재산권 법률제도에 대하여 초보적인 이해를 도모 함으로써 한국업체의 권리 보호의식을 강화하고 권리보호능력을 향상하도록 하기 위해서이다. 아울러 온라인 게임업체들이 중국에서 합법적으로, 순조롭게, 안전하게 온라인게임을 운영하고 자체의 합법적인 권리를 보호함에 조금이나 법적인 측면에서 도움을 주고자 한다.

이 가이드북이 한국 온라인게임업체의 중국에서의 저작권, 상표권 및 기타 계약상의 권리들을 보호함에 다소 도움이 되기를 바란다.

2006년 5월

제1장 게임콘텐츠의 보호와 관련한 중국 주요 법률에 대한 소개

요점: 게임콘텐츠에 대한 지적재산권의 보호라 함은 주로 그 저작권에 대한 보호를 말한다. 또한 게임소프트웨어에 대한 권리침해라 함은 주로 게임소프트웨어의 저작권에 대한 침해로 가리킨다. 중국에서 온라인게임을 운영함과 관련하여 저작권에 대한 침해를 예방하기 위하여서는 우선 중국의 저작권제도에 대한 기본 이해가 필요하다고 생각한다. 비록 세계 각국의 저작권법의 기본체계는 동일하거나 유사한 부분이 많다고 할지라도 그 구체적인 규정에는 상당한 차이가 있을 수 있다. 따라서 이 장에서는 중국의 저작권의 개념 및 특징, 저작권의 발생, 저작권의 주체, 보호대상, 보호기간 및 저작권에 대한 제한 등 저작권 기본제도에 대하여 간략한 소개를 하고자 한다.

제 1 절 저작권 개요

요점: 이 절에서는 주로 중국의 <저작권법> 및 관련 규정에 따른 저작권이란 무엇이며 저작권이 성립하려면 어떠한 요건을 갖추어야 하며 이러한 저작권은 또 어떠한 특징이 있는가를 살펴보고자 한다.

1. 저작권의 의의

저작권 즉 판권이라 함은, 문학, 예술, 과학 저작물의 저작자 또는 기타 저작권자가 법정기간내에 저작물에 대하여 가지는 배타적인 권리를 말한다. 저작권으로 인정을 받으려면 다음의 요건들을 구비하여야 한다.

1) 정신적인 창작에 종사한 주체가 있어야 한다.

정신적 창작에 종사한 주체인 저작자(자연인), 저작자로 간주하는 법인 또는 기타 조직이 있어야 한다. 이는 명확한 창작의 주체가 없을 경우 저작물에 대한 저작권의 소유자가 누구인지에 대하여서는 불분명해 지기 때문이다.

2) 정신적 창작에 따른 성과물이 있어야 한다.

문학예술 및 과학 저작물은 저작권이 발생할 수 있는 전제와 토대로 되며 저작권에 따른 법률관계가 발생하는 법률사실로 된다. 민사법률관계로서의 저작권은 추상적인 것이 아닌 구체적인 것 즉 특정저작물에 따라 발생하는 권리여야 한다. 저작물이 없는 저작권이란 있을 수 없다.

3) 명확한 법적인 근거규정이 있어야 한다.

저작자가 정신적 성과인 저작물을 창작하였으나 저작권법은 일부 저작물 (예컨대 법률, 법규 및 행정, 사법 성격을 띠는 공문서)을 보호의 범주로 간주하지 않을 경우 이러한 저작물에 대하여서는 저작권을 운운할 수 없게 된다.

저작권은 통상 협의의 저작권과 광의의 저작권으로 구분할 수 있다. 협의의 저작권은, 저작물의 저작자가 법에 의해 향유하는 권리로서 이에 는 인격적인 권리와 재산적인 권리가 포함된다. 광의의 저작권에는 협의의 저작권 외에 실연자, 녹음녹화 제품의 제작자 및 방송프로그램의 제작자가 법에 의해 향유하는 권리도 포함된다. 이러한 권리를 저작인접권 또는 저작권과 관련된 권익이라고도 한다. 중국의 저작권법은 도서, 신문간행물의 출판자의 권리도 저작인접권의 범위에 포함시키고 있다.

2. 저작권의 특징

<민법통칙>에 따르면, 저작권은 민사상 권리의 일종으로서 지적재산권의 중요한 구성 부분으로 된다. 저작권은 다음의 3 가지 특징을 가진다.

1) 무형성

저작권의 객체 즉 보호대상인 저작물은 정신적 노력의 성과로서 유형재산권의 객체(예컨대 토지, 건물)와 상호 대응되는 무형의 재산이다. 따라서 저작권은 무형 재산권이라고도 한다. 이러한 재산은 다수인에 의해 단독으로 또는 반복적으로 이용함에도 그 재산의 가치를 떨어 뜨리지 않는 특징을 가지고 있다.

2) 시간성

저작권은 일정한 유효기간을 가지고 있음을 말한다. 저작권은 영구적인 것은 아니다. 저작물은 무형의 것으로서 이론적으로 보면 그 이용가치는 장기적으로 지속되거나 영구적이라고 할 수 있겠으나 법은 저작자와 기타 권리자에게 저작물의

이용과 관련하여 영구한 통제권은 부여하여 주지 않고 있기 때문이다. 저작물을 창작함에 있어서의 저작자의 노력은 유한한 것이기에 그 노동성과에 대하여 영구적으로 보수를 받는 것은 합리적이지 못하며, 저작자가 창작한 성과는 통상 선인의 저작물을 이용하여 새로이 창작한 것이므로 이러한 저작물을 영구히 독점하는 것은 불합리하며, 저작자는 그의 저작물에 따른 일정한 수익을 얻은 후 동 저작물에 대한 이용권리에 대한 보호를 종료하고 해당 저작물이 공중영역으로 반환하도록 함으로써 문화제품의 원가를 절감하고 저작물의 전파에 이롭도록 하며 대중의 문화영역에서의 소비에 필요하도록 하여야 하기 때문이다.

중국의 저작권법에서는 저작자의 인격권은 영구히 보호하고 있기에 저작권의 시간성이라는 특징은 저작재산권에만 국한된다고 하겠다.

3) 지역성

저작권은 일정한 국가 또는 지역에서만 유효하다. 저작권제도가 없는 나라에서는 설령 저작자가 저작물을 창작하더라도 저작물은 저작권으로서의 보호를 받을 수 없게 된다. 또한 관련되는 두개 또는 두개 이상의 나라 모두에 저작권법이 제정되어 있더라도 그들 상호간에 협정이 없다면 상대방국가에서 보호를 받을 수 없게 된다.

제 2 절 저작권의 발생

요점: 이 절에서는 저작권은 어떻게 발생되며 저작권으로 인정을 받으려면 반드시 등록, 등기 같은 절차를 이행해야 하는 지에 대하여 살펴 보기로 한다.

저작권의 발생에 관해 각국의 입법예로 보면 자연발생주의, 표기주의, 등록주의 등 3 대 원칙이 있다. 저작권의 자연발생주의에 따르면, 저작권은 저작물을 창작 완료한 때로부터 발생하게 됨으로 그 어떠한 수속도 이행할 필요가 없다. 현재 다수의 국가에서는 이 원칙을 취한다. 저작권의 표기주의에 따르면, 저작물은 창작하기만 하면 저작권이 발생하는데 이러한 저작물을 발표하기 위하여서는 반드시 일정한 표기를 하여야 하며 이러한 표기를 한 저작물만이 저작권으로서의 보호를 받을 수 있다. 표기를 하지 않을 경우 동 저작물은 저작권을 상실하게 되어 공중영역으로 진입하게 된다. 저작권의 등록주의에 따르면, 저작물은 반드시 등기등록을 하여야만 저작권이 발생한다. 해당 국가의 국내법의 요구에 따라 샘플 송부, 등기, 공시문 게재, 비용 납부 등 수속을 이행하여야만 저작물은 저작권으로서의 보호를 받을 수 있다.

저작권은 민사상 권리의 하나이다. 민사상의 권리는 대부분 등기·등록을 그 발생의 조건으로 하지 않기에 저작권의 발생 역시 별도의 수속에 의할 것을 요하지 않는다. <저작권법>의 관련 조항에 의하면, 중국은 저작물의 자연발생주의를 취하고 있다. 따라서 중국의 저작권법은 저작물은 창작함과 동시에 저작권이 발생한다고 인정하고 있다.

제 3 절 저작권자

요점: 이 절에서는 저작물을 창작한 저작자만 저작권법에서 인정하는 저작권자인지 아니면 저작권자에는 저작자외에 어떠한 주체가 포함되는 지에 대하여 살펴 보기로 한다.

저작권의 주체인 저작권자란, 저작권을 둘러싼 법률관계에서 권리를 향유하고 상응한 의무를 부담하는 자를 가리킨다. <저작권법>에 따르면, 저작권의 원시적인 주체는 저작자이다. 저작자에는 자연인, 법인 및 기타 조직이 포함되며 기타 자연인, 법인 또는 국가는 상속, 기증, 승계, 양도 등 방식에 따라 저작권의 주체로 되는 경우도 있다. 여기에서 저작권자와 저작자는 연관이 있으면서도 상호 다른 개념이다.

1. 원시저작권자

저작자는 저작권의 최초 취득자이다. 저작물은 창작 완료한 후 저작자는 법에 의해 자동적으로 그 저작물에 따른 저작인격권 및 저작재산권을 얻게 된다. 저작자는 크게 다음의 두가지로 나눌 수 있다.

1) 공민

<저작권법>에는, 저작물을 창작한 공민은 저작자라고 하였다. 공민이라도 저작물의 창작에 관련되면 모두 저작자라고 할 수 있는 것은 아니다. 공민이 저작자로 되기 위하여서는 다음의 요건들을 갖추어야 한다.

(1) 창작능력이 있어야 한다.

저작자는 자기의 정신적 노동으로 문학, 예술 및 과학 저작물을 창작하여야 한다.

(2) 창작활동에 직접 종사하여야 한다.

자기의 노동으로 저작물에 대하여 구상을 하고 어문자로 형성하는 등 활동을 함으로써 자기의 아이디어를 저작물에 주입하여야 한다. 예컨대 타인의 창작에 있어 업무기획만 하거나 보조적인 역할만 할 경우 저작자로 간주하지 않는다.

(3) 일정한 고정적인 형식으로 저작물을 창작하여야 한다.

예컨대 자기가 창작한 내용을 언어, 문자, 동작 등 외부에 알려 질 수 있는 객관적 형식으로 표현함을 가리킨다.

(4) 창작된 저작물은 법적인 보호성이 있어야 한다.

<저작권법>의 보호를 받는 저작물이어야말로 저작권법상의 저작자로 볼 수 있다.

2) 법인 또는 기타 조직

법인 또는 기타 조직이 기획하고 법인 또는 기타 조직의 의사에 따라 창작하였으며 법인 또는 기타 조직이 책임을 지는 저작물에 있어 법인 또는 기타 조직을 저작자로 본다.¹ 즉 위 조건에 부합되는 법인 또는 기타 조직은 원시적인 저작권자로 본다.

2. 파생적인 저작권자

이는 원시적인 저작권자에 대응되는 개념으로서 법이 정한 바에 따라 또는 약정에 따라 이미 저작권을 가지고 있는 자연인, 법인 등으로부터 저작재산권을 획득하거나 법에 의해 일부 저작인격권을 행사하는 자를 가리킨다. 주로 저작자가 아니면서 일부 저작권리를 향유하는 자연인, 법인 또는 기타 조직을 가리킨다. 국가도 이러한 권리를 획득하였을 경우 평등한 민사상의 주체로서 그러한 권리를 행사하게 된다. 파생적 저작권자는 여러가지 경로를 통해 저작권중의 일부 권리를 획득할 수 있다. 저작권을 취득하는 경로에 따라 파생적인 저작자는 다음의 두가지로 구분할 수 있다.

1) 법에 의해 발생하는 파생적인 저작권자

저작자이외의 공민, 법인 또는 기타 조직은 법에 의해 저작권의 주체로 될 수

¹ <저작권법>제 11 조

있다.²

직무저작물의 두가지 경우에 있어 저작자는 성명표시권을, 법인 및 기타 조직은 저작권의 기타 권리를 향유한다.³

위탁받아 창작한 저작물은 계약에 따라 저작권자로 될 수 있다.⁴

공민의 저작권은 권리자가 사망한 후 그 상속인이 동 저작재산권을 상속함으로써 저작권자로 된다.⁵ 저작권이 법인 또는 기타 조직에 속할 경우 법인 또는 기타 조직이 변경, 종료된 후 저작권은 권리의무를 승계하는 자 또는 기타 조직이 향유하며 승계하는 법인 또는 기타 조직이 없을 경우 국가가 향유한다.

2) 합의 등에 의해 발생하는 파생적 저작권자

이는 저작자와의 합의 또는 저작자의 일방적인 의사에 따라 저작권의 일부 권리를 향유하는 파생적 저작권자를 가리킨다. 예컨대 저작자와 체결한 계약에 따라 복제권, 발행권, 출판권을 가지는 출판사이다. 또 저작자의 유언에 따라 발표권, 저작재산권을 향유하는 자연인 또는 법인 등을 가리킨다.

제 4 절 저작권의 객체

요점: 이 절에서는 저작권법의 보호 대상에는 어떠한 저작물이 포함되는지에 대하여 살펴 보기로 한다.

저작권의 객체 즉 저작권법이 보호하는 대상은 문학, 예술 및 과학 영역에서의 저작물이다. 저작권의 보호를 받는 것은 인류의 사상, 감정적인 내용에 대한 표현 방식일 뿐 사상, 감정 자체는 아니다.

1. 저작권의 보호를 받을 수 있는 저작물

<저작권법>에서 가리키는 저작물이란 문학, 예술 및 과학 분야의 독창적이면서 그 어떠한 형태로 복제가 가능한 정신적 창작의 성과물을 가리킨다. 저작물은 저작권법의 보호대상으로 되기 위하여서는 다음의 몇가지 요건을 갖추어야 한다.

² <저작권법>제 9 조제 2 항

³ <저작권법>제 16 조제 3 항

⁴ <저작권법>제 17 조

⁵ <저작권법>제 19 조

1) 저작물은 일정한 사상 및 감정의 객관적인 표현방식을 갖추어야 한다.

저작권법의 보호대상은 인류의 사상과 표현의 창조적인 결합물이어야 함으로 저작권의 객체에는 사상과 표현의 두가지 요건이 갖추어져야 한다.

사상 또는 감정은 인류사회로부터 발생하는 사실이거나 발생은 하지 않았어도 인류에 의해 창조가능한 사실이어야 한다. 이러한 사실들은 저작물의 소재로 되며 이러한 소재에 대한 기획은 저작물의 특정 내용으로 된다. 소재는 인류의 사고와 관계없이 객관적으로 존재하는 사실이다. 시간이 얼마나 흘렀던 인류의 사상이 닿는 것이면 모두 소재로 될 수 있으며 누구나 모두 자유로이 이용할 수 있다. 따라서 소재에 대한 수집, 기록 및 단순한 발췌 등은 저작권상의 저작물로 볼 수 없다. 이러한 수집 및 기록은 사실에 대한 간단한 모음으로서 구체적이고 완벽하게 저작자가 표현하고자 하는 사상 및 감정을 반영하지는 않기 때문이다.

저작물이 되려면 객관적인 표현방식이 있어야 한다. 즉 저작물은 물질에 의한 감지성이 있어야 한다. 이른바 표현 또는 표현방식은 바로 저작자가 여하히 무형적이고 추상적인 사상을 언어, 문자, 소리, 색채, 기호 등 매개물을 통해 객관적으로 외부에 표현함으로써 일반 대중이 시각, 청각 또는 촉각 등 감각기관을 통해 그 존재를 느낄 수 있도록 하느냐 하는 것이다. 문자화하지 않은 연설 또는 즉흥음악 저작물 등은 모두 보호를 받는다. 이러한 저작물을 녹화 매개물에 녹화할 경우 이는 최초로 고정시키는 것이 아니라 복제를 하는 것이다. 그밖에 저작물은 사람들의 감각에 의해 감지될 수 있느냐, 혹은 기술장비 등의 도움을 받아야만 간접적으로 감지할 수 있느냐와는 무관하다. 방송국에서 직접 방송하여 나오는 프로그램은 직접 감지할 수 있는 저작물이다. 마찬가지로 사진기로 촬영한 저작물은 사진기에 저장되는 순간부터 저작권이 발생한다. 이러한 경우에 법적인 보호는 저작물이 사람의 감각기관에 의해 진정 감지할 때부터 시작하는 것이 아니다.

2) 저작물은 문학, 예술 및 과학 영역에 속하는 것이어야 한다.

저작권법에서 저작물의 범위를 문학, 예술 및 과학의 범위내의 창작물로 정한 것은 바로 저작물과 기계제품을 구분하기 위하여서이다. 대다수의 국가의 저작권법 및 2 개 국제관권협약은 모두 저작권의 보호범위를 문학, 예술 및 과학 영역으로 제한하고 있다. 기능성, 실용성을 가지는 사상의 표현은 특허로서 보호하고 기능성, 실용성이 없는 사상의 표현은 저작권으로서 보호하고 있다.

3) 저작물은 반드시 독창성이 있어야 한다.

독창성은 저작물의 본질적인 속성이다. 창조성이 있는 저작물이어야만이 진정하게 저작자의 인격을 표현한 것으로서 저작자가 창작한 저작물로 될 수 있다.

2. 저작권법의 보호를 받지 못하는 저작물

법정요건에 부합되는 저작물은 통상 저작권법의 보호를 받을 수 있다. 그러나 입법기관은 자국의 정치, 경제, 문화 및 과학기술의 발전의 요구에 따라 또는 역사적인 배경과 장기간 형성된 윤리기준 등 제반 요소를 고려하여 일부 저작물에 대하여 보호를 하지 않음을 명백히 하고 있다.

1) 국가의 공무 성격을 가지는 저작물

법률, 법규, 국가기관의 결의, 결정, 명령 및 기타 입법, 행정, 사법 성격을 띠는 문건 및 정부의 정식 번역문은 비록 저작물의 범주에는 속하나 그러한 것들이 표현하는 것은 국가기관의 의사임으로 이러한 저작물에 독점권을 부여한다면 대중에로의 광범위한 전파와 대중의 이용을 제한하는 격이 되기에 중국의 저작권법에서는 각국의 법률에서와 마찬가지로 이를 보호하지 않는다.

2) 사회의 공익 성격을 가지는 저작물

신문, 잡지, 텔레비전, 라디오방송 등 매체를 통해 공개적으로 전달하는 시사보도 및 소식은 정보의 전달에 불과하기에 이에 독점권을 부여한다면 이러한 소식의 전파를 방해하게 됨으로 이러한 저작권은 보호를 받지 못한다.

3) 일반적인 상식성을 가지는 저작물

이에는 다음의 세가지가 포함된다. 첫째, 간단한 표어, 명단, 달력, 도량형표 등. 둘째, 간단배열에 불과한 기호 저작물, 예컨대 도면, 자모 등. 셋째, 기록문서, 예컨대 장부, 은행수표, 주소책, 보고표 등.

4) 법적으로 출판, 전파를 금지하는 저작물

법에 의해 출판, 전파를 금지하는 저작물이란, 저작물의 내용이 헌법, 법률을 위반하고 사회 공중이익을 침해하는 저작물로서 중국의 국가주권 및 영토완정을 위태롭게

하고 인민민주독재 정책을 반대하고 민족단결을 파괴하며 국제간의 교류를 방해하며 세계의 평화를 반대하고 공서양속을 위반하며 반동적이며 음란하고 봉건적 미신을 선양하는 저작물을 말한다. 즉 이러한 저작물은 저작권법의 보호를 받지 못한다.

제 5 절 저작권의 구체 내용

요점: 이 절에서는 중국의 저작권법에서 보호하는 저작권자의 권리에 어떠한 내용이 포함되며 이러한 권리는 구체적으로 어떠한 내용을 포함하고 있는 지에 대하여 살펴 보기로 한다.

저작권의 내용이라 함은, 저작권자가 향유하는 권리와 부담하여야 할 의무를 가리킨다. 중국의 저작권법에서 정한 저작권의 내용에는 저작인격권과 저작재산권이 포함된다. 저작인격권은 저작재산권을 실현하는 토대로 된다.

1. 저작인격권

저작인격권은 정신적 권리라고도 한다. 이는 저작자가 향유하는, 영구적이며 취소불가적인 권리이다. 베른협약⁶에 따르면, 저작인격권에는 공표권, 성명표시권, 수정권, 저작물의 동일성유지권 등 4 가지 내용이 포함된다. 중국의 <저작권법>제 10 조에서도 이와 동일한 규정을 두고 있다.

1) 공표권

저작물을 일반공중에게 공개하거나 공개하지 아니할 것을 결정할 권리를 가리킨다. 공표권은 저작인격권의 가장 중요한 내용의 하나로서 저작재산권을 실현하는 전제이기도 하다. 저작물은 공표를 하여야만 재산적 권리를 취득할 수 있다. 저작자의 동의없이 저작자가 공표하지 않은 저작물을 공표할 경우 이는 저작자의 인격권을 침해할 뿐만 아니라 저작자의 사생활보호권도 침해하게 된다.

2) 성명표시권

⁶ <문학 및 미술저작물 보호에 관한 국제협정>을 가리킨다.

저작자가 저작물을 공표함에 있어 저작자의 신분을 밝히기 위해 서명할 권리를 가리킨다. 여기에는 다음의 내용이 포함된다.

(1) 저작자는 저작물에 성명의 표시 여부, 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다. 저작자가 선택한 서명방식에 대하여 그 누구나 그 어떠한 명목으로든지 개편을 해서는 아니된다.

(2) 저작자는 그 저작물 또는 공동저작물의 창작에 참여하지 않은 자가 서명함을 금지할 권리가 있다. 성명표시권은 저작자의 창작에 의해 발생한 것으로서 인격적인 전속권리임으로 창작에 참가하지 않은 자는 타인의 저작물에 성명을 표시할 수 없다.

(3) 반대의 증거가 없는 한 저작물에 서명한 공민, 법인 또는 비법인단체는 저작자로 된다.

3) 수정권

저작자는 저작물을 수정하거나 타인에게 수권하여 수정하게 할 권리가 있다. 수정권은 통상 저작자가 행사한다. 단, 특수한 경우에는 타인이 행사하도록 할 수 있다. 신문사, 잡지사는 저작물에 대한 문자 수정, 삭제 등은 할 수 있으나 내용에 대한 수정은 저작자의 동의를 거쳐야 한다⁷.

저작자의 수정권은 저작물을 공표하기 전에 행할 수도 있고 저작물을 공표한 후에 행할 수도 있다. 예컨대 이미 출판발행한 저작물에 대하여 저작자는 출판할 때에만 수정을 할 수 있으며 이러한 수정은 출판발행인 및 이용자의 이익을 침해하지 않음을 전제로 한다. 저작물의 원본에 대한 소유권을 이미 이전한 미술저작물에 대하여 저작자는 원본에 대한 수정권을 행사하고자 할 경우 반드시 원본 소유권자의 동의를 얻어야 한다.

4) 저작물의 동일성유지권

저작자는 저작물이 왜곡되거나 무단으로 수정, 삭제되지 않도록 보호할 권리가 있다. 이는 저작물의 내용의 동일성에 대한 보호임과 동시에 저작자의 명예와 성망에 대한 보호이기도 하다. 저작물의 동일성유지권의 내용은 바로 저작물이 왜곡되지 않고 무단으로 수정, 삭제되지 않도록 보증하는 것이다. 왜곡이란, 저작물의 본의를 곡해함으로써 저작의 아이디어를 파괴하는 행위를 가리킨다. 무단으로 수정,

⁷ <저작권법>제 33 조

삭제한다 라는 것은, 저작물의 내용을 함부로 추가, 삭제, 변경하는 행위를 가리킨다.

2. 저작재산권

저작재산권이란, 저작권자가 저작물을 이용하거나 타인이 저작물을 이용함에 따른 금전적 보수를 취득할 수 있는 권리를 가리킨다. 저작재산권은 이용권 및 보수취득권이라고도 한다. 이에겐 복제, 공연, 방송, 전시, 발행, 영화촬영, 텔레비전녹화, 2 차적 저작물의 작성권, 인터넷을 통한 전송 등 방식에 따라 저작물을 이용하는 권리와 타인이 위의 방식에 따라 저작물을 이용하도록 허락함으로써 보수를 취득할 수 있는 권리가 포함된다.

1) 복제권

복제라 함은, 회화, 인쇄, 복사, 사진, 녹화, 재녹화 등 방식으로 저작물을 1부 또는 여러 부로 제작하는 행위를 가리킨다.⁸

복제권이러 함은, 저작물의 복제물을 제작하는 권리를 가리킨다. 이러한 복제권에는 저작물의 복제 수량, 방식, 시간 등을 결정할 권리가 포함되며 동시에 본인이 저작권을 가지는 저작물에 대한 타인의 복제를 금지시킬 권리가 포함된다. 저작권자의 허락 없이 타인의 저작물을 복제하는 행위는 권리침해로 된다.

2) 발행권 및 대여권

발행권이러 함은, 일반 공중에게 저작물의 복제품을 제공하는 권리를 가리킨다. 저작권자는 복제품의 발행 부수, 방식 및 범위를 결정할 권리가 있다. 저작권자의 허락 없이 복제저작물의 발행 부수 또는 범위를 함부로 확대하는 것은 모두 발행권을 침해하는 행위에 속한다.

대여권이러 함은, 타인이 임시로 영화 저작물 및 이와 유사한 촬영에 의한 방식으로 창작한 저작물, 컴퓨터소프트웨어를 유상으로 사용하게 하는 권리를 말한다. 컴퓨터소프트웨어가 대여의 주요 목적물이 아닐 경우는 이에 포함되지 않는다.

3) 공연권

⁸ <저작권법>제 10 조제 2 항(5)호

공연이란, 연주, 상연, 시낭송 등 직접적이거나 기술장비를 이용하여 음성, 표정, 동작을 통해 저작물을 재생하는 것을 말한다.

공연권이란, 저작권자가 자기가 창작한 저작물을 공연하거나 타인이 저작자의 저작물을 공연하도록 허락하는 권리를 가리킨다.

4) 방송권

방송이란, 무선 또는 유선 통신의 방법에 의하여 저작물을 전파함을 말한다. 녹음기로 테이프를 듣거나 또는 VTR을 통해 비디오테이프를 보는 경우는 <저작권법>제 10 조제 11 항⁹에서 가리키는 방송이 아니다.

방송권을 행사함에는 다음의 제한이 따른다. 라디오방송국, 텔레비전방송국은 타인의 미공표 저작물을 이용하여 라디오, 텔레비전 프로그램을 제작할 경우 저작권자의 허락을 받아야 하며 이에 보수를 지불하여야 한다. 라디오방송국, 텔레비전방송국은 이미 공표한 저작물을 이용하여 라디오, 텔레비전 프로그램을 제작할 경우 저작권자의 허락을 받을 필요는 없으나 저작권자가 명시적으로 이용을 유보한 저작물을 이용하여서는 아니 된다. 아울러 이 법에서 정한 바에 따라 보수를 지불하지 않아도 되는 경우외에는 규정에 따라 보수를 지불하여야 한다.¹⁰

5) 전시권

전시권이란, 미술저작물이나 사진저작물의 원본 또는 복제물을 공개적으로 전시할 권리를 말한다. 대부분의 나라들에서는 저작권법에 전시권을 명시하고 있으나 전시권의 적용대상에 대하여서는 다소 차이를 보이고 있다. 중국의 <저작권법>에서 정한 전시권은 미술저작물, 사진저작물의 원본 및 복제물로 제한한다.

전시권의 주된 내용은, 저작자 또는 기타 저작권자가 타인이 저작물을 공개적으로 진열, 전시하거나 공중장소에서 관람할 수 있도록 허락하거나 금지하는 권리이다. 미술 등 저작물의 원본의 소유권의 이전은 저작물의 저작권의 전이로 보지 않는다. 단, 미술저작물의 원본의 전시권은 원본의 소유자가 향유한다.¹¹ 이를 다시 해석하면 미술저작물의 원본을 전시하고자 할 경우 반드시 원본 소유자의 동의를 얻어야 함을 의미한다.

⁹ 제 10 조 제 11 항: 방송권, 즉 무선의 방법에 의해 공개적으로 저작물을 방송하거나 전파하는 것, 유선 전파 또는 재전파하는 방법으로 공중에게 저작물을 전파, 방송하는 것, 확성기 또는 기타 기호, 소리, 영상을 전송하는 유사한 도구에 의해 공중에게 저작물을 전파, 방송하는 권리를 가리킨다.

¹⁰ <저작권법> 제 42 조

¹¹ <저작권법> 제 18 조

6) 편집권

편집권이란, 저작권자가 자기의 저작물을 편집하거나 타인에게 편집을 허락하는 권리를 말한다.

편집권은 저작권자가 향유하는 권리의 하나로서 타인이 편집에 의한 방식으로 원저작자의 저작물을 이용할 경우 저작권자의 허락을 받아야 하며 동시에 보수를 지불하여야 한다. 신문, 잡지에 이미 공표한 저작물로서 저작권자가 전재, 발췌 등을 명시적으로 유보하는 성명을 게재한 것을 제외하고 기타 신문, 잡지는 전재를 할 수 있으나 저작물의 저작권자에게 보수를 지불하여야 한다.

7) 개작권, 번역권, 편집정리권

개작권이란, 원 저작물의 표현방식 또는 그 용도를 변경함으로써 독창성이 있는 새로운 저작물을 창작하는 권리를 말한다. 번역권이란, 저작물을 한가지 언어문자로부터 다른 한가지 또는 몇가지 언어문자로 전환하는 권리를 말한다. 편집정리권이란, 저작물의 글자, 단어, 문구에 대한 해석의 권리를 가리킨다.

저작권자는 본인이 전술한 권리를 행사할 수 있으며 타인에게 허락할 권리도 있다. 저작권자의 허락 없이 무단으로 개작, 번역, 편집정리를 하여서는 아니되며 규정에 따라 저작권자에게 보수를 지불하지 않아도 저작권에 대한 침해행위로 된다.

제 6 절 저작권의 보호기간, 저작권에 대한 제한

요점: 이 절에서는 저작권법에서 정한 저작물의 보호기간 및 이러한 저작권에 어떠한 제한이 따르는 지에 대하여 살펴 보고자 한다.

1. 저작권의 보호기간

<저작권법>의 관련 규정¹²에 따르면, 저작자의 성명표시권, 수정권, 저작물의 동일성유지권의 보호기간에 대하여서는 제한을 두지 않는다.

공민의 저작물의 공표권 및 기타 저작재산권의 권리보호기간은 저작자가 생존하는

¹² <저작권법> 제 20 조: 저작자의 성명표시권, 수정권, 저작물의 동일성유지권의 보호기간에 대하여서는 제한을 두지 않는다.

동안 및 사망 후 50 년간인데 이는 저작자가 사망한 후 50 년째의 12 월 31 일까지이다. 공동저작물일 경우 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 50 년째의 12 월 31 일까지이다.

법인 또는 기타 조직의 저작물, 법인 또는 기타 조직에서 향유하는 직무저작물의 저작권(성명표시권은 이에 포함되지 않음)의 공표권 및 기타 저작재산권의 권리보호 기간은 50 년인데 이는 저작물이 최초로 공표된 후 50 년째의 12 월 31 일까지이다. 저작물이 창작완료된 후 50 년간 공표되지 아니한 경우 법적인 보호를 받지 못한다.

영화저작물 및 영화제작과 유사한 방법으로 창작한 저작물, 사진저작물의 공표권 및 <저작권법>제 10 조 제 1 항(5)~(17)에서 정한 권리에 대한 보호기간은 50 년인데 이는 저작물을 최초로 공표한 후 50 년째의 12 월 31 일까지이다. 만약 저작물이 창작완료된 후 50 년간 공표되지 아니한 경우 법적인 보호를 받지 못한다.

2. 권리에 대한 제한

저작자의 권리에 대한 보호는 저작권 입법의 가장 주요한 목적이다. 그러나 만약 <저작권법>에서 저작자의 이익만 보호하고 저작자의 권리에 대하여 일정한 제한을 두지 않는다면 이는 저작물의 이용과 전파를 저해하게 됨으로 인류의 사상, 문화 및 예술의 향상발전에 불리하게 된다. 따라서 저작권자의 이익과 사회공중의 이익을 잘 조화하기 위하여 세계 각국은 저작권 입법시에 저작자의 대사회적인 의무를 규정하게 되는데 이는 바로 저작권자가 저작권을 행사함에 있어서의 제한으로 된다. 이러한 제한은 주로 저작권법에서 보편적으로 규정한 저작권에 대한 “합리적인 이용”, “법정허락” 및 “강제허락” 등이다. 그중 가장 보편적인 것은 “합리적인 이용”과 “법정허락”이다.

1) 저작권의 “합리적인 이용”

<저작권법>의 관련 규정에 따르면, 저작권자 이외의 타인은 일부 특수한 경우에는 저작권자가 저작권을 향유하고 있는 이미 공표된 저작물을 이용할 수 있다. 다시 말하면 법에 의해 저작권자가 행사할 수 있는 권리로 된 저작물에 대하여 저작권자의 허락을 얻지 않아도 되고 저작권자에게 보수를 지불하지 않아도 되지만 저작자의 성명, 저작물의 명칭은 명시하여야 하며 저작권자의 기타 권리를 침해해서는 아니 된다는 것이다. 엄밀히 말하면, 이러한 행위는 이미 저작권에 대한 침해를 구성하고

는 있으나 사회공중의 이익을 위한다는 점에서, 그리고 이러한 행위는 저작권자의 이익에 큰 해를 주지 않는다는 점에서 법적으로 권리침해행위로 간주하지 않는데 이를 이론적으로는 “합리적인 이용”이라고 한다.

<저작권법>에서는 합리적인 이용의 범위와 구체적인 방식에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.¹³

(1) 사적인 목적을 위한 이용

개인의 공부, 연구 또는 감상을 위해 타인이 이미 공표한 저작물을 이용할 수 있다. 요건은 다음과 같다. 첫째, 공부, 연구 또는 감상을 위한 이용은 가능하나 출판, 대역 또는 기타 영업성 목적을 위한 이용은 불허한다. 둘째, 개인의 전술한 목적을 위해서만 이용 가능하며 제 3 자 또는 가정, 근무지 등에서의 전파는 불허한다. 셋째, 이용하는 저작물은 이미 공표된 저작물이어야 하며 미공표된 저작물은 “합리적인 이용”의 범위에 속하지 아니한다.

(2) 공표된 저작물의 인용

어느 한 저작물을 소개하거나 평론하기 위하여 또는 어떠한 특정문제를 설명하기 위하여 저작물중에 타인이 이미 공표한 저작물을 적당히 인용할 수 있다. 요건은 다음과 같다. 첫째, 인용의 목적은 이용자의 사상 견해 또는 감정 등을 설명하기 위하여서야 한다. 둘째, 인용의 요구에 부합되어야 한다. 인용의 비율은 적당하여야 한다. 비율이 적당하지 않을 경우 베끼는 행위로 전환할 수 있다. 셋째, 인용되는 저작물은 반드시 이미 공표된 저작물이어야 하며 타인의 미공표된 저작물을 인용할 경우 타인의 저작물에 대한 공표권을 침해할 우려가 있다. 넷째, 타인의 저작물을 인용시 저작물의 출처 및 저작자의 성명을 밝혀야 한다.

(3) 시사보도를 위한 이용

시사보도를 위해 이미 발표한 저작물에 대한 신문, 간행물, 방송 등 매체의 재현 또는 인용은 불가피하게 된다. 이러한 경우도 합리적인 이용으로 볼 수 있는데 그 요건은 다음과 같다. 첫째, 재현 또는 인용은 시사보도를 위해서야 한다. 둘째, 재현 또는 인용한 저작물은 반드시 이미 공표한 저작물이어야 한다. 셋째, 인용한 량이

¹³ <저작권법>제 22 조

적당하여야 한다. 넷째, 인용한 저작물의 출처를 명시하여야 한다.

(4) 타 매체의 정치, 경제, 종교 등 시사보도를 이용

신문, 간행물, 방송 등 매체는 기타 신문, 간행물, 방송 등 매체에서 이미 공표한, 정치, 경제, 종교 문제에 대한 시사성 문장을 게재 또는 방송할 수 있다. 단, 저작자가 게재, 방송을 명시적으로 유보한다고 성명한 경우는 이에 포함되지 않는다. 이러한 이용의 범위는 정치, 경제, 종교 문제에 국한될 뿐 기타 보도는 합리적인 이용의 범위에 속하지 않는다.

(5) 공중집회에서의 연설 등의 이용

신문, 간행물, 방송 등 매체는 공중집회에서 공표한 연설을 게재 또는 방송할 수 있다. 단, 저작자가 게재, 방송을 명시적으로 유보한다고 성명한 경우는 이에 포함되지 않는다.

(6) 학교의 교육목적 등에의 이용

학교교과 또는 과학연구를 위해 이미 공표한 저작물을 번역하거나 소량 복제하여 학교교과 또는 과학연구인원의 이용에 제공할 수 있으나 출판발행은 할 수 없다. 이용자와 이용의 목적은 교수 및 과학연구 인원이 수업시간의 교학과 과학연구를 위해서만이어야 하며 출판발행을 하여서는 아니되며 학생의 공부에 사용하여서는 더더구나 아니된다.

(7) 공무집행으로 인한 이용

국가기관은 합리적인 범위내에서 이미 공표한 저작물을 이용할 수 있다. 국가기관이란, 국가의 입법기관, 행정기관, 사법기관, 법감독기관 및 군사기관을 말한다. 국가기관은 그 기능을 이행할 때 이미 공표한 저작물을 이용하는 목적은 공중, 사회 및 국가의 이익을 위해서이며 영리성 행위는 하지 않으므로 이는 합리적인 이용에 속한다. 여기에서의 합리적인 범위는 확대 해석해서는 아니되며 오로지 공무를 집행하고 국가기관의 기능을 수행할 때에 국한된다. 합리적인 범위를 초월한 이용은 합리적인 이용에 속하지 아니한다.

(8) 도서관 등에서의 이용

도서관, 기념관, 박물관, 미술관 등에서는 저작물의 진열 또는 보관을 위해 당관에서 보관하고 있는 저작물에 대하여 복제를 할 수 있다. 합리적인 이용으로 되려면 다음의 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 복제하는 저작물은 당관에서 보관하고 있는 저작물이어야 한다. 둘째, 공표여부와 관계없이 복제를 할 수 있다. 셋째, 복제의 목적은 당관에서 진열하고 보관하고 있는 저작물이어야 하며 대여, 판매 등에 이용하여서는 아니된다.

(9) 영리를 목적으로 하지 않는 공연

이미 공표된 저작물을 무료로 공연함으로써 공중으로부터 비용을 받지 않고 공연자에게도 보수를 지불하지 않음을 말한다. 여기에서의 무료공연이란 비영리성 공연으로서 관중으로부터 비용을 수취하지 않고 공연자에게도 보수를 지불하지 않는 공연을 말한다. 예컨대, 예술단체가 국가의 경전을 위해 무료로 공연을 할 경우 이에 이용된 저작물은 합리적인 이용의 대상으로 된다.

(10) 옥외 공중장소에서의 진열 등에 대한 이용

옥외 공중장소에 장착되거나 진열된 예술 저작물에 대한 회화, 사진, 녹화 등의 경우는 합리적인 이용으로 볼 수 있다. 예컨대 공중장소에 설치한 조각물에 대하여 회화, 사진, 녹화할 경우 저작권자의 허락을 거치지 않아도 되며 이에 보수를 지불하지 않아도 된다.

(11) 소수민족 언어문자로의 번역

중국의 공민, 법인 또는 기타 조직에서 이미 공표한 중문으로 창작된 저작물은 소수민족의 언어·문자로 번역하여 국내에서 출판·발행할 수 있다. 한족에 비하여 일부 소수민족의 경제 및 문화는 상대적으로 발달되지 못하고 있다. 소수민족의 교육, 문화 및 과학기술의 발전을 촉진하기 위한 위에서의 이용은 합리적인 이용으로 규정하고 있다. 여기에서는 두가지 요점에 유의하여야 한다. 첫째, 번역저작물의 출판발행의 범위는 중국 국내에 한정된다. 둘째, 번역되는 저작물은 중국의 공민, 법인 또는 기타 조직에서 이미 공표한, 한어문자로 창작된 저작물이어야 하며 외국인이 공표한, 한어문자로 창작된 저작물은 이에 속하지 않는다.

(12) 맹인문자로의 출판

이미 공표된 저작물을 맹인문자로 출판하는 경우이다. 타인이 이미 공표한 저작물을 번역하여 출판할 경우 저작권자의 허락을 받아야 함에도 맹인은 신체장애자로서 전반 사회 및 국가의 배려대상이므로 법률에서는 이미 공표한 저작물을 맹인문자로 번역하여 출판할 경우는 합리적인 이용으로 규정하고 있다.

2) 법정허락에 의한 이용

법정허락에 의한 이용은 각국의 저작권법에서 보편적으로 취하고 있는 제도이다. 일명 “법정허가증”이라고도 하는데 이는 법률의 직접적인 규정에 의해 특정방식으로 타인의 이미 공표한 저작물을 이용함에 있어 저작권자의 허락을 받지 않아도 되지만 저작권자에게 사용료를 지불하여야 하며 저작권자의 인격권 및 기타 제반 권리를 존중하는 제도이다. 나라별로 법정허락에 따른 이용의 범위에 대하여서는 다소 차이가 있으나 보편적으로는 이미 공표된 저작물에 국한된다. 아울러 저작권자가 이용 불허를 명시한 것은 여전히 법정허락의 범위에 포함되지 아니한다. 중국의 <저작권법>도 법정허락 제도를 허용하고 있는데 <저작권법> 제 23 조¹⁴, 제 32 조 제 2 항¹⁵, 제 39 조 제 3 항¹⁶, 제 42 조 제 2 항¹⁷, 제 43 조¹⁸ 등으로 구체적으로 규정하고 있다.

¹⁴ 9년제 의무교육을 실시하고 국가의 교육기획에 따른 교과서를 편찬하기 위한 경우 저작자가 이용불허를 성명한 것 외에는 저작권자의 허락을 얻지 않고 교과서 편찬과정에서 이미 공표한 저작물의 단락 또는 짧은 문자저작물, 음악저작물 또는 한쪽의 미술저작물, 사진저작물을 수록할 수 있으나 규정에 따라 보수는 지불하여야 하며 저작자의 성명, 저작물의 명칭을 명시하여야 하며 이 법에 따라 저작권자가 향유하는 기타 권리를 침해해서는 아니된다.

전항의 규정은 출판자, 공연자, 녹음녹화제작자, 방송국의 권리에 대한 제한에도 적용된다.

¹⁵ 저작물이 게재된 후 저작권자가 전제, 발췌를 불허한다고 성명을 발표한 것 외에 기타 신문, 간행물은 전제하거나 발췌문, 자료서서 게재할 수 있으나 저작권자에게 보수를 지불하여야 한다.

¹⁶ 녹음제작자는 타인이 이미 합법적으로 녹음제작한 녹음제품중의 음악저작물을 이용하여 녹음제품으로 제작할 경우 저작권자의 허락은 얻지 않아도 되나 보수는 지불하여야 한다. 단, 저작권자가 이용불허를 성명한 경우에는 이용할 수 없다.

¹⁷ 라디오방송국, 텔레비전방송국은 타인의 미공표저작물을 공표할 경우 저작권자의 허락을 얻어야 하며 이에 보수를 지불하여야 한다. 라디오방송국, 텔레비전방송국에서 타인의 이미 공표한 저작물을 방송할 경우 저작권자의 허락은 얻지 않아도 되나 이에 보수는 지불하여야 한다.

¹⁸ 라디오방송국, 텔레비전방송국은 이미 출판한 녹음제품을 방송할 경우 저작권자의 허락을 얻어야 하며 이에 보수를 지불하여야 한다. 당사자간에 별도의 약정이 있을 경우는 이에 포함되지 아니한다. 구체적인 방법은 국무원에서 정 한다.

제 7 절 컴퓨터프로그램 저작권에 대한 보호

요점: 온라인게임은 그 속성으로 보아 컴퓨터프로그램에 속한다고 할 수 있겠다. 컴퓨터프로그램은 <저작권법>에 따르는 보호를 받을 수 있는 외에 <컴퓨터소프트웨어보호조례>에 따른 보호를 받을 수 있다. <저작권법>은 기본법이며 <컴퓨터소프트웨어보호조례>는 전문법이다.

21 세기는 정보화의 시대이다. 컴퓨터는 우리의 매 가정에까지 보급되어 있고 사람들은 컴퓨터를 이용하여 업무, 생활, 사상의 교류를 광범위하게 진행하고 있다. 이제 컴퓨터는 우리들의 삶과 갈라 놓을 수 없는 한 부분으로 되고 있다. 컴퓨터는 사람들의 사회생활 곳곳에서 편의를 제공함과 동시에 컴퓨터를 둘러싼 많은 법적인 문제들도 이미 간과할 수 없는 지경에까지 이르렀다. 특히 컴퓨터프로그램에 대한 지적재산권으로서의 보호문제는 나라 각각의 자국법에 의해 해결하여야 할 문제임과 동시에 전 세계적인 범위에서 공동으로 해결하여야 할 문제이기도 하다.

개발업체로서는 상당한 인력, 물력, 재력을 투하하여 컴퓨터프로그램 및 관련 문서를 개발하게 되는데 이는 개발업체의 보귀한 무형자산으로 된다. 따라서 컴퓨터 제조업체와 소프트웨어의 개발업체 또는 개발인원의 최대의 관심사는 컴퓨터소프트웨어를 여하히 법에 따라 효과적인 보호를 받을 수 있을 것인가 하는 것이다.

1. 컴퓨터프로그램 저작권 보호에 대한 개요

1990 년 9 월 7 일 전국인민대표대회 상무위원회는 <저작권법>을 정식으로 통과하였다. 1991 년 6 월 1 일부터 시행하기로 한 <저작권법>¹⁹에서는 정식으로 컴퓨터소프트웨어를 저작물로 정하였다. 1991 년 6 월에는 <컴퓨터소프트웨어보호조례>를 제정하여 컴퓨터소프트웨어의 저작권에 대한 구체적인 보호방법을 제시하였다. <저작권법>은 컴퓨터프로그램보호와 관련한 일반법이며 <컴퓨터소프트웨어보호조례>는 소프트웨어보호에 있어서의 특별법이라 할 수 있겠다. 2001 년 12 월 20 일에는 <컴퓨터소프트웨어보호조례>를 개정하였다.

¹⁹ <저작권법> 제 3 조: 이 법에서 말하는 저작물이란, 다음의 형식으로 창작한 문학, 예술 및 자연 과학, 사회과학, 공정기술 등 저작물을 포함한다.

(8) 컴퓨터소프트웨어

컴퓨터소프트웨어란, 컴퓨터프로그램 및 관련 문서 (documentation)를 말한다.²⁰ 여기에서의 컴퓨터프로그램이란, 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리 기능을 가지는 장치내에서 행하는 코드화 명령어들의 순서(sequences) 또는 자동으로 코드화한 명령어 순서로 전환할 수 있는 기호화한 명령어의 순서 또는 기호화한 언어의 순서를 말한다. 동일한 컴퓨터프로그램의 소스코드(source code) 프로그램과 오브젝트코드(object code) 프로그램은 동일한 저작물로 본다.

문서라 함은, 프로그램을 설명할 수 있는 내용, 구성, 디자인, 사양, 개발현황, 테스트결과 및 이용방법에 대한 문자로 된 자료와 도표 등을 말한다. 예컨대 프로그램디자인 설명서, 흐름도, 사용자메뉴얼 등이다. 법률의 보호를 받는 소프트웨어는 반드시 개발인원이 독자적으로 개발하여야 하며 유형물에 고정시켜야 한다.

중국의 공민, 법인 또는 기타 조직은 공표여부와 관련없이 그가 개발한 소프트웨어에 대하여서는 이 조례에 따라 저작권을 향유한다. 외국인, 무국적자의 소프트웨어는 최초로 중국에서 발행할 경우 이 조례에 따라 저작권을 향유한다. 외국인, 무국적자의 소프트웨어는 개발업자의 소속국가 또는 경상거소지국가와 중국간에 체결한 협약 또는 중국이 참가한 국제협약에 따라 저작권을 향유할 경우 이 조례의 보호를 받는다.²¹

<컴퓨터소프트웨어보호조례>에서 보호하는 소프트웨어의 저작권은 소프트웨어의 개발을 위해 이용한 사상, 처리과정, 운영방법 또는 수학개념 등에는 미치지 아니한다.

2. 소프트웨어 저작권의 내용

소프트웨어의 저작권자는 다음의 권리를 향유한다.²²

1) 공표권: 소프트웨어를 공중에 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다.

2) 성명표시권: 개발업자의 신분에 대한 표시로서 소프트웨어에 서명할 권리를 가진다.

3) 수정권: 소프트웨어에 대한 보완, 삭제 또는 명령어, 언어 순서 등을 개변할

²⁰ <컴퓨터프로그램보호조례>제 2 조

²¹ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 5 조

²² <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 8 조

권리를 가진다.

4) 복제권: 소프트웨어를 1부 또는 여러 부로 제작할 권리를 가진다.

5) 발행권: 판매 또는 기증의 방식으로 공중에 소프트웨어의 원본 또는 복제물을 제공할 권리를 가진다.

6) 대여권: 유상으로 타인이 임시로 소프트웨어를 사용하도록 허락할 권리를 가진다. 소프트웨어가 대여의 주요 목적물이 아닌 경우는 이에 포함되지 아니한다.

7) 정보네트웍을 통한 전송권: 유선이나 무선 방식에 의해 공중에게 소프트웨어를 제공함으로써 공중이 그 개인이 정한 시간 및 장소에서 소프트웨어를 얻게 할 권리를 가진다.

8) 번역권: 원 소프트웨어를 어느 한 언어, 문자로부터 다른 한 언어, 문자로 변환하는 권리를 가진다.

9) 소프트웨어 저작권자가 향유하여야 할 기타의 권리: 소프트웨어의 저작권자는 타인이 그 소프트웨어를 사용할 수 있도록 허락함과 동시에 보수를 취득할 권리가 있다. 소프트웨어 저작권자는 그 소프트웨어를 전부 또는 일부를 양도할 수 있으며 이에 보수를 취득할 권리가 있다.

3. 소프트웨어 저작권의 귀속

1) 저작권자

소프트웨어의 저작권은 소프트웨어의 개발업자에게 속한다. 별도로 약정이 있을 경우는 이에 속하지 않는다. 만약 반대의 증거가 없으면 소프트웨어상에 서명한 자연인, 법인 또는 기타 조직은 개발업자로 된다.²³

2) 공동저작권자

2인 이상의 자연인, 법인 또는 기타 조직이 공동으로 개발한 소프트웨어의 저작권의 귀속은 공동으로 개발한 자간에 서면계약으로 정한다. 서면계약이 없거나 계약에 명확히 정하지 않은 경우에 공동으로 개발한 소프트웨어를 분할 사용 가능할

²³ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제9조

때에 는 개발한 자는 각자 개발한 부분에 대하여 단독으로 저작권을 향유한다. 공동으로 개발한 소프트웨어를 분할 사용할 수 없을 경우 그 저작권은 공동개발업자가 공동으로 향유하며 전원의 합의에 의해 행사해야 하며 정당한 이유없이 합의를 이루지 못한 경우 그 어느 개발업자가 양도권을 제외한 기타 권리를 행사함을 방해하여서는 아니된다. 단, 권리의 행사로 얻은 수익은 개발업자 전원에게 합리적으로 배분하여야 한다.²⁴

3) 위탁개발업자

타인의 위탁에 의해 개발한 소프트웨어의 저작권은 위탁자와 개발업자간에 체결하는 서면계약으로 정한다. 서면계약이 없거나 계약에 명확히 정하지 않을 경우 저작권은 개발업자에게 속한다.²⁵

4) 직무상 개발한 저작물의 저작자

자연인이 법인이나 기타 조직에서 근무하는 동안 개발한 소프트웨어에 관련하여 다음의 어느 한 호에 속할 경우 동 소프트웨어의 저작권은 동 법인 또는 기타 조직이 향유한다. 동 법인 또는 기타 조직은 소프트웨어를 개발한 자연인에게 상여금을 줄 수 있다.

(1) 근무중 개발목표를 명확히 정하고 개발한 소프트웨어여야 한다.

(2) 개발한 소프트웨어는 근무중 예견하였던 결과나 자연적으로 발생할 수 있는 결과여야 한다.

(3) 법인 또는 기타 조직의 자금, 전용설비, 미공개된 전문정보 등 물질, 기술 등을 이용하여 개발하였으며 법인 또는 기타 조직이 책임을 지는 소프트웨어여야 한다.²⁶

4. 보호기간

1) 발생시점

²⁴ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 10 조

²⁵ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 11 조

²⁶ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 13 조

기타 저작물의 저작권과 마찬가지로 소프트웨어의 저작권은 개발완료한 날로부터 발생한다.

2) 자연인의 저작권의 보호기간

자연인의 소프트웨어의 저작권에 대한 보호기간은 자연인의 생존하는 동안 및 사망 후 50 년간이다. 마감일짜는 자연인이 사망 후 제 50 년째의 12 월 31 일까지이다. 소프트웨어를 공동개발한 경우에는 맨 마지막으로 사망한 자연인이 사망한 후 제 50 년째의 12 월 31 일까지이다.

3) 직무상 저작권의 보호기간

법인 또는 기타 조직의 소프트웨어 저작권의 보호기간은 50 년이다. 마감 일짜는 최초로 공표한 후의 제 50 년째의 12 월 31 일까지이다. 단, 소프트웨어를 개발 완료한 날로부터 50 년간 공표하지 않았을 경우는 <컴퓨터소프트웨어보호조례>에 따른 보호를 받을 수 없다.

4) 저작권의 승계

소프트웨어의 저작권자인 자연인이 사망할 경우 동 소프트웨어의 보호기간내에 소프트웨어의 저작권자의 상속인은 <중화인민공화국상속법>의 관련 규정에 따라 <컴퓨터프로그램보호조례> 제 8 조에서 정한, 성명표시권을 제외한 기타 권리를 상속할 수 있다.

소프트웨어의 저작권이 법인 또는 기타 조직에 속할 경우 법인 또는 기타 조직이 변경 또는 종료된 후 그 저작권은 <컴퓨터프로그램보호조례>에서 정한 보호기간내에 그 권리와 의무를 승계하는 법인 또는 기타 조직이 향유한다. 그 권리 및 의무를 승계할 법인 또는 기타 조직이 없을 경우 국가가 향유한다.

5. 소프트웨어의 합법적 복제물의 소유자가 향유하는 권리

소프트웨어의 합법적인 복제물의 소유자는 다음의 권리를 향유한다.

1) 사용의 필요에 따라 동 소프트웨어를 컴퓨터 등 정보처리능력이 있는 장치내에 설치할 수 있다.

2) 복제물의 훼손에 대비하여 보존용 복제물(backup copy)을 만들 수 있다. 이러한 보존용 복제물은 어떠한 경우라도 타인이 이용하도록 제공하여서는 아니되며 소유자가 동 합법적 복제물에 대한 소유권을 상실할 경우 보존용 복제물을 전부 폐기하여야 한다.

3) 동 소프트웨어를 실제 컴퓨터의 응용환경에 이용하거나 그 기능을 개선하기 위하여 필요한 개정을 할 수 있다. 단, 계약에 별도로 정한 것 외에 동 소프트웨어의 저작권자의 허락이 없이는 제 3 자에게 개정한 후의 소프트웨어를 제공하여서는 아니된다.

6. 소프트웨어 저작권의 사용허락, 양도

1) 소프트웨어 저작권의 사용허락

(1) 정의

소프트웨어 저작권의 사용허락이라 함은, 저작권자가 일부 저작재산권을 일정한 기간내에 타인에게 허락하여 사용하게 하며 이에 보수를 취득하는, 저작권의 이용방식의 하나이다. 저작권에 대한 사용허락을 통해 허락을 받은 자는 일정한 범위와 시간내에 일정한 방식에 따라 저작물을 사용할 권리를 얻게 되며 저작권자는 이에 보수를 취득할 수 있다.

(2) 종류

소프트웨어의 저작권자는 타인에게 그 소프트웨어의 사용을 허락할 경우 통상 “일반 사용허락”의 방식과 “배타적 사용허락”의 방식중 어느 하나를 취하게 된다.

일반 사용허락이라 함은, 저작권자가 사용자에게 일정한 기간과 범위내에서 특정 방식에 따라 그 저작물을 비배타적으로 사용할 수 있도록 허락함을 말한다. 저작권자는 동일한 지역내에서 동시에 2 인 이상 사용자에게 그 저작물에 대한 사용허락을

할 수 있으며 저작권자 본인도 위 범위내에서 저작물을 사용할 수 있으며 사용허락을 받은 자들 사이에서는 상호 배척을 할 수 없다.

배타적 사용허락이라 함은, 저작권자가 사용자에게 일정한 기간과 범위내에서 특정방식에 따라 그 저작물을 배타적으로 사용하도록 허락함을 말한다. 사용허락을 받은 자는 저작권자를 포함한 타인이 동일한 방식으로 저작물을 사용할 수 없도록 할 권한이 있다.

(3) 사용허락의 강제 형식

타인이 소프트웨어 저작권을 행사하도록 허락할 경우 사용허락계약을 체결하여야 한다. 사용허락계약에 소프트웨어 저작권자가 명시적으로 허락하지 않은 권리에 대하여 허락받은 자는 행사할 수 없다.²⁷

타인에게 저작권의 배타적 사용허락을 한 경우 당사자는 반드시 서면에 의한 계약을 체결하여야 한다. 서면계약을 체결하지 않았거나 배타적 사용허락임을 명시하지 않은 경우 행사허락을 받은 권리는 일반 사용허락으로 본다.²⁸

2) 소프트웨어 저작권의 양도

(1) 의의

저작권의 양도란, 저작자 또는 기타 저작권자가 저작권중의 일부 또는 전부의 배타적 사용권을 타인에게 양도함을 말한다. 저작권의 양도를 통해 저작권자는 저작권중의 재산권리에 대한 처분권을 행사하며 양수인은 저작권의 승계주체로 된다.

(2) 대상

저작권의 양도의 목적물은 저작물의 표현방식이 아니라 저작물의 저작권 자체이다. 저작물의 표현방식의 양도는 저작권의 양도를 의미하는 것은 아니다. 이는 각국의 입법의 통례이다. 저작권의 양도에 있어 양수인은 원저작권자를 대체하여 저작권중의

²⁷ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 18 조

²⁸ <컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 19 조

일부 또는 전부 재산권의 소유자로 된다. 저작권자는 저작권양도계약을 통해 저작권 중의 전부 또는 일부 재산권리를 타인에게 양도하게 된다. 저작권의 양도계약이란, 저작권자가 그 저작물의 저작권중의 일부 또는 전부의 재산적인 권리를 양수자한테 양도하고 양수자는 이러한 재산적 권리를 취득함에 대한 합의이다.

(3) 형식

소프트웨어의 저작권자는 저작권중의 전부 또는 일부 재산권리를 타인에게 양도할 경우 반드시 서면으로 저작권양도계약을 체결하여야 한다. 배타적인 사용허락 계약 또는 소프트웨어의 저작권 양도계약을 체결한 후 당사자는 국무원저작권행정관리 부문에서 지정한 소프트웨어 등기기구에 등기할 수 있다.

제 2 장 외산 온라인게임의 중국시장 진출시 당면하게 될 권리침해와 관련한 법률문제

요점: 컴퓨터소프트웨어의 권리침해는 주로 불법복제의 형식으로 나타난다. 그러나 온라인게임은 그의 특수한 속성으로 말미암아 주로 게임의 서버프로그램에 대한 불법복제(즉 “불법서버”)의 형식으로 나타나고 있다. 아울러 “해킹”에 따른 권리침해문제도 중국의 온라인게임산업에 치명적인 타격을 주고 있다. 이 장에서는 복제(“불법서버”), “해킹” 등 권리침해행위에 대한 간략한 법적인 성격 과 사례에 대한 분석을 함으로써 한국의 게임업체들에 현 실태를 파악하고 이에 적절한 대응책을 갖도록 가이드 역할을 하고자 한다.

제 1 절 소프트웨어의 복제

요점: 온라인게임의 저작권에 대한 침해와 관련하여 게임소프트웨어에 대한 복제는 여타 컴퓨터소프트웨어에 비해 큰 비중을 차지하는 침해의 표현방식은 아니나 게임소프트웨어를 포함한 컴퓨터소프트웨어 영역에 있어 흔히 나타나는 침해의 방식이라 하겠다. 이 절에서는 소프트웨어의 복제 및 실무에서 소프트웨어에 대한 침해여부를 판단하는 기준 등을 소개하고자 한다.

1. 소프트웨어 복제의 개관

컴퓨터소프트웨어의 복제권이란, 소프트웨어를 1 부 또는 여러부 제작할 수 있는 권리를 말한다. <컴퓨터프로그램보호조례>의 관련 규정에는 소프트웨어의 권리침해 행위에 대하여 11 종²⁹으로 열거하였다. 그러나 실무에서 가장 많이 부딪치는 어려운

²⁹ 제 23 조: (1) 소프트웨어 저작권자의 허락 없이 그 소프트웨어를 공표 또는 등기하는 행위
(2) 타인의 소프트웨어를 자기의 소프트웨어로 하여 공표 또는 등기하는 행위
(3) 공동저작자의 허락 없이 타인과 공동으로 개발한 소프트웨어를 단독으로 개발완료한 것으로 하여 공표 또는 등기하는 행위
(4) 타인의 소프트웨어에 성명기재 또는 타인의 소프트웨어상의 성명표시를 변경하는 행위
(5) 소프트웨어 저작권자의 허락 없이 그 소프트웨어를 수정, 번역하는 행위
(6) 기타 소프트웨어 저작권을 침해하는 행위

제 24 조: (1) 저작권자의 소프트웨어를 복제하거나 일부 복제하는 행위

문제는 바로 저작권자의 허락 없이 또는 저작권의 합법적인 양수자의 동의 없이 불법으로 복제하는 행위이다. 소프트웨어는 기타 권리의 보호대상과 마찬가지로 모두 선인의 성과를 응용하게 되며 사회공중의 이익을 고려하게 된다. 따라서 실천에서 2 개 소프트웨어의 기능이 완전히 동일하거나 결과가 같더라도 이를 양자간에 필연적으로 권리침해관계가 성립된다고 단정하기는 어렵다. 저작권법이 보호하는 기타 저작물의 권리범위와 마찬가지로 <컴퓨터소프트웨어보호조례>는 개발자의 창조적인 부분만 보호하게 된다. 단, 일부 특수한 경우에 그들의 독창성에 동일한 점이 있더라도 필연코 권리침해행위가 존재한다는 결론을 도출할 수 없다.

2. 권리침해에 대한 인정

저작물의 독창성은 소프트웨어개발자의 권리보호의 기초이다. 소프트웨어의 권리침해 여부를 확인할 때 가장 먼저 체크해야 할 부분은 바로 소프트웨어의 독창성의 유무이다. 그다음 원고 및 피고측의 소프트웨어에 공중 영역에 속하는 부분, 표준화된 자료의 응용 부분, 제한을 받아야 할 부분이 있을 경우 이러한 부분은 우선 배제하여야 한다. 또한 소프트웨어를 개발할 때의 환경의 제한으로 말미암아 동일한 소프트웨어의 표현방식은 반드시 특정방식을 취해야 하는데 만약 피고의 소프트웨어에 이러한 현상이 있었다면 이는 권리침해로 볼 수 없게 된다.

1) 실질적 유사 여부에 대한 판단

소프트웨어의 선택가능한 표현방식이 제한을 받는 것인지에 대한 판단을 하기 위하여 통상 “제 3 자와의 비교” 방법을 취하고 있다. 즉 권리침해 분쟁과 관련된 원고와 피고 외의 제 3 자에게 원고의 소프트웨어의 기능, 목표, 환경대로 격리된 상태에서 새로운 소프트웨어를 개발하게 하는 것이다. 만약 동 신규 소프트웨어와 원고의 소프트웨어가 실질적으로 유사하다면 피고의 소프트웨어와 원고의 소프트웨어의 유사함은 바로 표현가능한 방식의 제한을 받았다고 볼 수 있다. 따라서 피고가 복제하거나 베꼈다고 볼 수 없다. 만약 제 3 자가 신규로 작성한 소프트웨어와 원고의 소프트웨어에 상호 유사성이 없다면 피고가 선택한 표현방식은 원고의 소프트웨어와 동일한 기능, 목표를 실현하기 위하여 반드시 필요한 방식이라고 보기는

-
- (2) 공중에 저작권자의 소프트웨어를 발행, 대여, 정보네트워크를 통해 전파하는 행위
 - (3) 저작권자가 그 소프트웨어 저작권을 보호하기 위하여 취한 기술적인 조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 행위
 - (4) 소프트웨어의 권리 관리에 관한 전자화한 정보를 고의로 삭제 또는 변경하는 행위
 - (5) 타인에게 저작권자의 소프트웨어의 저작권을 양도 또는 사용허락한 행위

어렵다.

따라서 여러가지 선택가능한 방식이 있음에도 피고의 소프트웨어와 원고의 소프트웨어의 유사성에 합리적인 이유가 없을 경우 창작과정에서의 우연한 합치라고 보기 어려움으로 권리침해의 필요요건을 구성한다. 다음 유사성 또는 동일성의 정도에 따라 권리침해의 구성여부를 판단해야 한다. 즉 2 개의 소프트웨어의 컴퓨터 프로그램과 문서의 유사성, 명령어, 심층 논리적인 설계 및 프로그램의 “외관 및 감수”의 유사성의 유무는 바로 실질적인 유사성 유무로 된다. 유사함이 인정될 경우 초보적으로 권리침해가 성립된다고 확정할 수 있다고 본다.

2) 사실상 원고의 소프트웨어를 접촉하였는 지에 대한 판단

만약 피고가 사실상 원고의 소프트웨어를 접촉한 적이 있음을 확정할 수 있고 동시에 피고가 원고의 소프트웨어와 완전히 또는 일부 동일한 소프트웨어를 작성하였다면 피고에게 과오가 있다고 인정하여 피고의 행위와 원고의 권리간의 침해관계는 인과관계가 성립된다고 볼 수 있다. 이러한 방법은 사실상 소프트웨어의 권리침해에 대한 간접적인 입증 판단의 원칙이 된다. 즉 “본질상의 유사성 + 접촉”의 원칙이다.

여기에서 한가지 유의할 점은 원고의 소프트웨어에 대한 피고의 접촉여부는 원고가 입증하여야 한다는 것이다. 단, 만약 원고와 피고의 소프트웨어 제품의 기능이 동일하고 피고가 원고의 제품을 접촉할 조건이 있었음을 입증할 수 있을 경우라도 양자간에 본질적인 유사성 또는 동일성이 있음을 증명할 수 없다면 이는 피고가 권리침해를 하였다고 인정할 수 없다.

3) 실무 관행

위에서 언급한 본질적인 유사성에 대한 기준은 확정하기 쉽지 않다. 실질적인 유사성이 우연이 아닌 필연적인 일치임을 증명하기에는 상당한 어려움이 있다. 2 개 소프트웨어 제품의 유사성 여부를 판단할 때 주로 문자부분의 유사성(예컨대 컴퓨터 프로그램의 명령어 및 소프트웨어의 소스코드중의 일부 설명, 명령어의 유사성) 및 비문자부분의 유사성으로 갈라 분석하여 본다. 특히 피고의 소프트웨어중에 원고의 소프트웨어와 동일한 오류가 생겼을 때 설령 유사한 부분이 양적으로는 비교적 적은 부분이라도 피고가 원고의 소프트웨어의 핵심부분을 베꼈다면 이는 권리침해를 구성한다. 비문자부분의 유사성 즉 2 개 프로그램의 설계구조, 편집순서 및 세부

구조상 많은 유사점이 있을 경우 “실질적인 유사성”을 구성한다.

소송실무에서는 일부 전문성이 비교적 강한 기술적인 문제에 대하여 흔히 감정 부문에 위탁하여 감정을 하도록 하며 이에 감정부문은 감정을 의뢰한 제품에 대하여 기술특징의 동일성 내지는 상이성에 대한 감정결론을 제출하기도 한다.

사례 1: 2000 년 6 월 마이크로소프트는 중국국가관권국에 북경○○○회사와 천진○○○회사에서 저작권자의 허락 없이 불법으로 마이크로소프트가 저작권을 가지고 있는 “연상조작시스템복구 CD 롬”을 복제하였다고 적발하였다. 조사결과 위 북경○○○회사와 천진○○○회사는 저작권자의 허락 없이 불법으로 “연상조작시스템 복구 CD 롬”을 복제한 사실이 인정되었으며 이에 마이크로소프트의 저작권을 침해하였다고 판정하였으며 이에 위 두 회사에 과태료, 불법소득 몰수의 처벌을 내렸다.

사례 2: 2000 년 3 월 북경 JR 회사는 북경 CHY 회사와 해구 SHJ 회사의 북경지점이 그들 회사의 홍보자료에 <예산대사 2001>이라는 소프트웨어를 판매한다고 한 사실을 발견하였다. JR 은 <예산대사 2001> 소프트웨어의 저작권자이며 이 저작권은 이미 등록된 것이다. 이에 JR 은 위 두 회사를 법원에 제소하였다. 법원의 심리결과 위 두회사의 소프트웨어와 JR 의 소프트웨어는 외관상, 기능 등 면에서 거의 동일할 뿐만 아니라 일부 우연히 나타나는 오류 등도 유사한 소프트웨어라고 판정하였다. 이에 법원은 위 두 회사의 행위는 원고인 JR 의 저작권에 대한 권리침해로 되며 복제 및 판매하는 행위를 정지하고 공개 사과하며 원고에게 인민폐 15 만원을 배상하도록 판결하였다.

제 2 절 “불법서버”와 관련된 법률문제

요점: “불법서버”는 온라인게임 영역에서의 가장 전형적인 권리침해의 방식이다. 중국에서의 불법서버의 출현은 온라인게임의 저작권자의 권익을 직접적으로 침해할 뿐만 아니라 온라인게임산업 전체를 위태롭게 하고 있다. 이 절에서는 “불법서버”의 법적인 성격 및 이에 대한 중국 정부의 대책 등을 소개하고자 한다.

1. “불법서버” 개관

상해 산다는 2001 년 초에 한국의 액토즈와 계약금 30 만달러에 27%의 로열티를 지불하는 조건으로 <미르의 전설>의 중국내의 대리운영권을 얻었다. 약 반년이후 산다는 온라인게임시장의 40%라는 높은 점유율을 기록하게 되었으며 2001 년에 이르러 산다의 수입은 천만원을 넘었으며 2002 년에는 4 억원(미수 2.5 억원을 포함)에 달하게 되었다. 그중 액토즈가 계약에 따라 지불받은 로열티 금액은 약 1.2 억원에 달한다. 그러나 산다와 액토즈는 모두 이러한 시장을 확고히 지켜내지 못하였다. 산다와 액토즈가 막대한 수익을 올리고 있는 동안 중국 국내에서는 산다 및 액토즈와 달리 별도로 서버 즉 “불법서버”를 설치하고 있었다. 이른바 “불법서버”, “불법서버 사건”으로 말미암아 합법적인 게임서버상의 유저 수의 감소에 따라 산다와 액토즈의 수입도 감소하게 되었다.

2. “불법서버”의 법적 성격

<“불법서버”, “해킹”을 전문적으로 퇴치할데 관한 신문출판총서, 정보산업부, 국가공상행정관리총국, 국가관권국, 전국“음란물퇴치”작업팀관공실의 통지>에 따르면, “불법서버” 및 “해킹”이란, 허락 또는 수권 없이 합법적인 온라인게임의 저작물을 출판 하거나 타인이 판권을 향유하는 온라인게임 저작권의 기술적 보호조치를 파괴하며 저작물의 데이터베이스를 수정하거나 사사로이 서버를 설치하고 게임 포인트 카드를 제작하고 타인이 합법적으로 출판 또는 판권을 보유하고 있는 온라인게임의 저작물을 운영 또는 서버에 연결시킴으로써 폭리를 취하고 타인의 이익을 침해하는 불법행위를 말한다. 여기에서는 “불법서버” 및 “해킹”의 개념에 대하여 구분하지 않고 있다. 비록 “불법서버” 및 “해킹”은 모두 타인의 저작권을 침해하는 불법행위 이기는 하지만 이 두가지 행위에는 차이가 있다. 이에 업계에서는 “불법서버” 및 “해킹”에 대해 일반적으로 다음과 같이 정의하고 있다.

“불법서버” 즉 사설서버라 함은, 판권소유자의 허락 없이 불법으로 서버프로그램을 얻은 후 사사로이 설치한 온라인게임의 서버를 말한다. 일부 사이트 또는 개인은 불법경로를 통해 게임의 서버프로그램을 입수한 후 사사로이 서버를 설치하고 유저들에게 무료 또는 저렴한 가격으로 온라인서비스를 제공한다.

“불법서버”문제는 개별적인 “불법서버”업자의 영리성을 위한 행위로부터 이미 산업으로까지 발전하고 있는 추세이다. “불법서버”업자는 온라인게임의 판권료 및 로열티

를 지불할 필요가 없기에 그들의 목표는 단기적인 폭리를 취하는 것이다. “불법서버”는 소프트웨어의 저작권을 무자비하게 침해하고 있다. 가장 큰 피해자는 유저 또는 개발자가 아닌 전반 게임산업이다.

3. “불법서버” 및 “해킹” 단속과 관련된 정책

“불법서버”의 출현은 합법적 경영자의 사업에 막대한 피해를 갖다 주고 있다. <미르의 전설>을 예로 들어 보자. <미르의 전설>은 2000년 9월부터 중국에서 운영하기 시작한 이래 온라인상 동시접속자는 신속하게 늘어나고 있었다. 2003년 10월부터 국내에는 대량의 “불법서버”가 나타나기 시작하였는데 이때로부터 <미르의 전설>의 온라인상 동시 접속자의 수는 더이상 증가추세를 보이지 못하였다. 이는 <미르의 전설>의 중국내 대리 운영업체의 수입에 큰 타격을 주었다. 이미 “불법서버”를 설치한 PC 방, 그리고 더욱 많은 PC 방은 유저들을 쟁탈하기 위하여 “불법서버”의 대열에 가입하였다.

온라인게임시장에 있어서의 “불법서버”의 피해에 대해 중국 정부 관계 부처는 고도의 중시를 하고 있다. 문화부, 중앙문명판공실, 정보산업부,公安부, 국가공상행정관리국총국은 2005년 6월 9일 연합으로 <온라인게임사업을 정화할데 관한 통지>를 공표하면서 “불법서버”, “해킹” 등 지적재산권을 침해하고 시장질서를 교란하는 위법행위를 온라인게임의 정화의 중점대상으로 규정하였다.

중국 문화부, 정보산업부는 2005년 7월 12일 연합으로 <온라인게임의 발전 및 관리에 관한 약간의 의견>을 공표하였다. 동 의견에서는 “불법서버”, “해킹” 등 불법행위에 대한 규제의 강도를 높일 것을 명확히 지적하였다. 동시에 “불법서버”, “해킹”은 모두 허락 없이 무단으로 인터넷을 이용하여 온라인게임의 경영활동에 종사하는 불법행위로서 <무허가경영자에 대한 조사처리방법>에 따라 근절하여야 할 행위로 정하였다. PC 방에 대한 관리를 강화하고 PC 방의 “불법서버”, “해킹” 행위를 근절하기 위하여 통신관리 부처는 문화부에서 제공한 처벌인정의견 및 인터넷 IP 등 관련 정보에 따라 인터넷관리에 관한 행정법규에 따라 조사하고 처리한다고 정하였다.

사례: 2005년 10월 12일 상해시보탁구인민법원은 중국에서의 첫 “불법서버”에 대한 사건을 심리하였다.

예웨이룽, 유탕춘 등 피고 2인은 모두 온라인게임의 애호자였다. 그들은

“불법서버”를 이용하기 시작할 초기에는 “게임을 즐기기 위한 비용을 지불할 필요가 없다”고 생각하였다. “불법서버”를 이용하는 과정에서 위 피고 2 인과 PC 방의 주인인 나즈귀어(별도 처리)와 “불법서버”를 설치함에 관한 구상을 하면서 정식 합법서버와 달리 저렴한 비용으로 유저들에게 게임을 제공함으로써 이윤을 얻을 계획을 세웠다. 이에 3 인은 <미르의 전설 3>을 그들의 타겟으로 정하였다. 위 3 인은 각 1 만원, 1 만원, 3 만원을 출자하여 게임의 온라인버전 및 관련 기자재 등을 구입하였다. 유탕춘은 기술의 유지를, 예웨이룽은 유저들을 유치, 나즈귀어는 전반적인 기획 및 관리를 책임졌다.

2005 년 1 월, 유탕춘은 자기의 명의로 이우시 2 대은행에 3 개 구좌를 개설하였고 이를 인터넷상에 게재함으로써 유저들이 사용료를 납부하도록 하였다. 구좌개설후 90 원, 300 원짜리 회원제 카드를 제시였으며 전국 각지로부터 <미르의 전설 3>의 유저들을 대량 유치하였다. 2005 년 5 월 25 일까지 동 “불법서버”에 접속하는 회원수는 2,000 명에 달하였으며 위법소득액은 50 만원을 넘었다.

2005 년 2 월 광주광통통신유한공사의 상해지점은 공안기관에 위 3 인이 경영하는 <천자미르>는 <미르의 전설 3>의 온라인게임의 저작권을 침해하였다고 고발하였다.

현재 이 사건은 심리중에 있어 판결은 나오지 않았으므로 그 결과는 알 수 없다.

제 3 절 “해킹” 관련 법률문제

요점: “불법서버”와 마찬가지로 “해킹” 역시 온라인게임산업에 있어서의 또다른 권리 침해행위이다.
이 절에서는 “해킹”의 법적인 성격 및 이에 대한 중국 정부의 대책 등을 소개하고자 한다.

1. “해킹” 개관

온라인 게임에서의 “해킹”이란, 게임의 일종의 외부보조프로그램으로서 유저들이 자동적으로 게임의 동작을 발생하고 게임온라인데이터베이스 및 게임롬데이터 등을 변경함으로써 유저들이 최소 시간과 비용으로 레벨상승 및 임무완성을 하도록 도와

주는 불법프로그램을 말한다.

게임의 “해킹”은 주로 게임의 개발업자를 타깃으로 하고 있다. 기술적인 측면에서 보면 “해킹”은 동작모방기술형 해킹과 패킹화한 기술(封包技术)을 사용한 해킹으로 구분할 수 있겠다. 이 두가지 상이한 기술에 따른 “해킹”이 온라인게임에 가져다 주는 영향도 상이할 뿐만 아니라 위법성 측면에서의 표현도 완전히 같지는 않다. 동작모방기술형 “해킹”은 통상 온라인게임소프트웨어의 운행데이터를 수정하지 않으며 온라인게임의 룰을 수정하지 않고 게임자체의 형평성에는 손상을 주지 않으며 온라인게임산업에 주는 피해는 크지 않다. 저작권의 각도에서 분석하여 보면, 이러한 “해킹”이 침해하는 것은 “소프트웨어의 저작권자가 향유하여야 할 기타의 권리”로서 이는 민사상의 권리침해에 속한다. 패킹화한 기술을 사용한 해킹은 흔히 게임저작물의 데이터를 변경하고 게임의 룰을 개변하는 역할을 하는데 이러한 해킹은 유저들이 대량으로 사용하기만 하면 게임의 공정성 및 취미성을 해할 수 있고 온라인게임의 정상적인 운영에 영향을 주거나 지어 유저들이 해킹한 게임을 계속적으로 사용할 경우 온라인게임산업의 건강한 발전을 엄중히 저해하게 되는, 온라인게임의 “킬러”이다. 온라인게임의 운영업체와 많은 유저들이 비난하는 것도 바로 이런 유형의 해킹이다. 법집행기관도 실무에서 이러한 해킹을 타깃으로 집법 활동을 하고 있다.

2. 사례로 보는 “해킹”의 법적 성격

1) 사건의 배경 자료

2005년 1월, 북경시 어느 한 집법기관은 “007 지능해킹”(“007 智能外挂”) 저작권 권리침해사건(이하 “007 사건”이라 함)을 조사, 처리하였다. “007 사건”에 대한 수사를 거쳐 “007” 등 불법사이트는 권리인의 허락 없이 무단으로 게임 3G 소프트웨어(이하 “3G 소프트웨어”라 함)의 클라이언트프로그램의 일부 도해의 내용을 복제한 후 불법 사이트에 게재함으로써 공중이 열람, 사용 및 다운할 수 있게 하였는데 이러한 행위는 <저작권법>제 47 조제 1 항제 1 호에서 정한, 타인의 저작물을 불법으로 복제하여 정보 통신망을 통해 전파하는 행위로 된다고 인정하였다. 그 사이트에 발포한 이른바 “지능미르 3G 해킹”도 일부 3G 소프트웨어를 복제하였다는 혐의가 있으며 동 소프트웨어도 운행과정에서 3G 소프트웨어의 클라이언트프로그램의 기술적 보호조치를 파괴하였다. 이는 원프로그램의 저작물의 동일성유지권과 소프트웨어 저작권자의 저작물에 대한 수정권을 침해한다는 혐의도 있다.

이에 집법인원들은 위 행위는 <저작권법>제 47 조제 1 항제 1 호³⁰ 및 <컴퓨터소프트웨어보호조례>제 24 조제 1 항제 1 호제 3 호³¹의 규정을 위반한 것으로서 저작권 행정관리부문을 이를 조사, 처리하여야 한다고 인정하였다.

2) 집법기관에서 인정 사실 및 성격

동 사건에서 집법기관은 해킹사이트의 불법행위에는 주로 다음의 두가지 부분이 포함된다고 인정하고 있다.

(1) 게임소프트웨어의 클라이언트프로그램중 일부 도해 및 온라인게임 소프트웨어의 도형을 복제한 후 불법사이트에 올림으로써 공중이 열람, 사용 및 다운로드할 수 있도록 한 행위가 있다.

(2) 불법사이트에서 발포한 “해킹”소프트웨어는 타인의 컴퓨터소프트웨어를 복제, 타인의 소프트웨어의 기술적인 보호조치를 회피하고 원 프로그램의 저작물의 동일성 유지권을 파괴한 혐의가 있으며 소프트웨어 저작권자의 저작물의 수정권을 침해한 혐의도 있다.

위 (1)의 행위는 전통적인 해적행위에 속한다. 고객을 유지하고 자기를 소개할 목적으로만 “해킹”제품을 이러한 사이트에 올려 놓는 행위만을 가지고 “해킹”사이트를 조사한다면 이러한 해킹사이트는 더이상 이와 유사한 자료를 게재하지 않고 다른 방식으로 홍보를 함으로써 집법기관의 조사·처리를 피할 수 있을 것이다.

³⁰ <저작권법>제 47 조: 다음의 권리침해행위가 있을 경우 정상에 따라 권리침해 중지, 영향제거, 사과, 손해배상 등 민사상 책임을 진다. 동시에 공중이익을 해하였을 경우 저작권 행정관리부문을 그 권리침해행위를 정지할 것을 명할 수 있으며 불법소득을 몰수하고 권리침해 복제물을 몰수, 파기함과 동시에 과태료를 부과할 수 있다. 그 정상이 엄중할 경우 저작권행정관리부문을 저작권침해에 해당하는 복제품의 제작에 해당하는 자재, 도구, 장비 등을 몰수할 수 있다. 범죄를 구성할 경우 법에 의해 형사책임을 추궁한다.

(1) 저작권자의 허락없이 그 저작물을 복제, 발행, 공연, 방영, 방송, 편집, 정보망을 통해 공중에 전파하는 행위, 이 법에 따로 정한 경우는 이에 포함되지 않는다.

³¹ <컴퓨터프로그램보호조례> 제 24 조:

<중화인민공화국저작권법>, 이 조례 또는 기타 법률, 행정법규에서 따로 정한 것 외에 저작권자의 허락없이 다음의 권리침해행위가 있을 경우 정상에 따라 권리침해 중지, 영향제거, 사과, 손해배상 등 민사상 책임을 진다. 동시에 공중이익을 해하였을 경우 저작권 행정관리부문을 그 권리침해행위를 정지할 것을 명할 수 있으며 불법소득을 몰수하고 권리침해 복제물을 몰수, 파기함과 동시에 과태료를 부과할 수 있다. 그 정상이 엄중할 경우 저작권행정관리부문을 저작권침해에 해당하는 복제품의 제작에 해당하는 자재, 도구, 장비 등을 몰수할 수 있다. 형사범죄에 해당할 경우 저작권침해죄, 권리침해복제품 판매죄에 관한 형법의 규정에 따라 그 형사책임을 추궁한다.

(1) 저작권자의 소프트웨어를 복제 또는 일부 복제한 경우

(3) 저작권자가 그 소프트웨어를 보호하기 위하여 취하는 기술적인 조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 경우

위 (2)의 행위에는 사실상 다음의 3 부분의 내용이 포함된다. 첫째, 일부 타인의 컴퓨터소프트웨어를 복제하는 행위. 둘째, 기술의 보호조치를 회피하는 행위. 셋째, 타인의 저작물의 동일성유지권을 파괴하며 저작권자의 수정권을 침해하는 행위 등이다. (2)의 행위는 위 (1)의 행위에 비하여 권리자에 대한 침해의 정도가 더 심각하고 많은 사회적인 부정적인 영향을 초래하는 관계로 다음의 3.에서는 주로 (2)에 대한 세부적인 분석을 하기로 한다.

3) “007 사건”에 대한 분석

재래의 소프트웨어의 저작권에 대한 침해행위는 주로 해적 즉 타인이 저작권을 향유하는 소프트웨어를 불법복제, 발행, 정보통신망을 통해 전파하는 행위로 표현된다. 그러나 “해킹”은 위의 해적 침해행위와 현저히 다른 특징을 가진다. “해킹”당한 소프트웨어와 비교할 때 “해킹”소프트웨어는 새로운 소프트웨어로서 이는 “해킹”당한 소프트웨어에 대한 단순복제는 아니다. 따라서 이를 일괄적으로 불법복제로 단정할 수 없다. 바로 이러한 점은 집법기관의 조사, 처리 작업에 큰 어려움을 제공하였으며 위 “007 사건”의 조사, 처리 과정에서 집법인원들은 “해킹”한 소프트웨어의 제작자, 발행자의 불법행위를 인정할 때 주로 불법복제, 기술적 보호조치의 회피, 타인의 저작물에 대한 불법수정 등 요소를 종합적으로 분석하였다.

(1) “007 사건”의 해킹의 3G 소프트웨어의 복제권에 대한 침해여부

<컴퓨터소프트웨어보호조례>제 24 조제 1 항에서 정한 바에 따르면, 권리인의 허락 없이 저작권자의 소프트웨어를 복제 또는 일부 복제하는 행위는 권리침해행위에 속한다. 만약 조사의 결과 “해킹”소프트웨어가 온라인게임소프트웨어의 프로그램을 전부 또는 일부 복제하였음을 입증할 경우 이러한 것만으로도 그 제작자, 발행자를 처벌할 수 있을 것인데 실무에서는 전부 또는 일부 복제 사실을 입증하기가 그리 쉽지 않다. “해킹”프로그램은 상대적으로 온라인게임소프트웨어와는 독립적인 신규 프로그램으로서 프로그램 자체의 대소, 외관상 특징, 사용기능상 모두 온라인게임의 소프트웨어와는 본질적인 차이가 있다. 다시말하면 그 외부적인 특징으로부터는 권리침해에 해당하는 복제행위의 유무를 판단할 수 없다. 이를 판단하려면 반드시 프로그램의 소스코드로부터 시작하여 “해킹”의 프로그램과 온라인게임의 소프트

웨어의 프로그램에 대하여 비교하고 감정을 하여야 한다. 이러한 작업을 하는 전제는 “해킹”프로그램과 온라인게임의 프로그램의 소스코드를 입수하였어야 한다. 목전의 상황으로 보면 온라인게임의 운영업체는 대부분 외국의 저작권자의 저작물을 대리 운영하기에 운영업체는 소스코드를 제공할 수 없으며 “해킹”제작자는 절대 자진하여 “해킹”소프트웨어의 소스코드를 드러 내지 않는다. 이렇게 되면 이 두개 프로그램에 대해 역변환을 할 수 밖에 없는데 목전의 기술적인 조건하에서는 상당히 긴 시간과 원가를 필요로 하기에 실제 업무에서는 이 역변환을 하여 검증할 가능성이 극히 적다고 본다.

“007 사건”을 수사하는 과정에서 집행인원들은 “해킹”프로그램과 온라인게임 프로그램간에는 상호 연관이 있다는 원리로부터 출발하여 2 개 프로그램에 일정한 정도의 동일성이 존재한다고 판단하였다. 실험적으로 집행인원들은 일부 관건어에 대한 기술적인 분석을 진행하였다. 그 결과 해킹프로그램에서는 온라인게임의 프로그램의 명령어 및 함수를 적당히 사용하고 있으며 이러한 명령어와 함수는 바로 온라인게임프로그램의 구성부분임을 발견하였다. 집행인원들은 이에 따라 해킹프로그램의 제작자가 온라인게임의 소프트웨어를 일부 복제할 가능성이 있을 것으로 판단하였다. 그러나 기술적인 원인으로 집행인원들은 일부 관건어구에 대하여서만 비교를 하였으나 전부의 역변환은 하지 못하였다. 2 개 소프트웨어간에 동일한 어구가 얼마나 되며 해킹소프트웨어가 저작권법상의 “전부 또는 일부 복제”로 인정하기에 충분한 증거가 있는 지에 대하여서는 여전히 의문을 남겨 놓고 있다. 동시에 집행의 효율성 또는 원가성을 고려할 때 이러한 방식은 추천할 만한 방식은 아니라고 판단한다.

결론적으로 “해킹”류의 사건에는 불법복제에 관한 법률의 규정들을 그대로 적용함은 적절치 않다고 판단한다.

(2) “007 사건”에서의 해킹은 3G 소프트웨어의 기술적 조치를 기피 또는 파괴한 것인가?

소프트웨어의 저작권을 보호하기 위하여 취한 저작권자의 기술적인 조치를 고의

로 회피하거나 파괴하는 행위는 권리침해를 구성한다고 정하였다.³² 따라서 “해킹” 소프트웨어의 개발, 운영 과정중 저작권자가 그 소프트웨어의 저작권을 보호하기 위하여 취한 기술적 조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 행위가 있음을 인정하기만 하면 “해킹”소프트웨어에 대한 제작자, 운영자는 처벌할 수 있다.

이러한 목적에 도달하기 위해서 우선 “해킹”당한 온라인게임의 소프트웨어는 기술적 보호조치를 취한 것인지에 대한 확인이 필요하며 다음으로 “해킹”소프트웨어의 제작자, 운영업체에서 이러한 기술적 조치를 고의로 회피하였거나 파괴한 행위가 있는 지에 대하여 확인하여야 한다.

“007 사건”에서 3G 소프트웨어는 외국으로부터 수입한 것이므로 국내의 운영업체는 동 소프트웨어의 소스프로그램을 보유하고 있지 않기에 기술적 보호조치가 취하여져 있는지, 취하였다면 그 기술적 조치는 무엇인지 등에 대하여서는 더더구나 알 수 없었다. 집법인원들의 제의하에 국내의 운영업체는 외국의 저작권자와 잘 협의한 결과 저작권자의 도움으로 저작권자로부터 동 온라인게임의 소프트웨어 설계와 관련한 비밀번호를 설정한 전용통신함수 및 클라이언트 프로그램에 대한 비밀번호를 설정한 함수를 입수할 수 있게 되었다.

(3) “소프트웨어의 저작권을 보호하기 위하여 취한 저작권자의 기술적 조치”를 어떻게 이해하여야 하는지?

이에 대해 크게 두가지 관점이 있다.

하나는, 저작권법에서 말하는 “기술적 조치”란 저작물에 대한 방문 또는 사용을 통제하기 위하여 취한, 즉 저작물의 불법복제 또는 허락 없이 사용함을 통제하기 위한 조치라고 해석하고 있다. “007 사건”에서 저작권자가 사용한 비밀번호 부착 전용통신함수는 소프트웨어 서버프로그램과 클라이언트프로그램간의 정상적인 데이터교환을 위한 것이며 클라이언트 프로그램에 비밀번호를 설정한 것은 프로그램의 소스코드의 독해를 방지하기 위하여서이다. 이러한 비밀번호 설정은 컴퓨터 소프트웨어가 불법복제되거나 사용됨을 보호하기 위하여 취한 것이 아니다. 따라서 저작권법상의 기술적 조치로 되지는 않는다.

다른 하나는, “저작권을 보호하기 위하여 취한 저작권자의 기술적 조치”에서의

³² <컴퓨터프로그램보호조례>제 24 조제 3 항

“저작권”에는 저작권자가 향유하여야 할 모든 권리가 포함된다고 해석하고 있다. 예컨대, 공표권, 복제권, 발행권, 정보망을 통한 전과권, 번역권, 수정권 및 소프트웨어의 저작권자가 향유하여야 할 기타의 권리 등이 포함된다. 다시 말하면 법률에서 명확히 사용방식을 허락한 것 외에 그 어떠한 목적으로든 이러한 기술적 조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 행위는 저작권법에서 금지하는 권리침해행위로 된다. 만약 어느 한 “해킹”소프트웨어의 개발자가 소프트웨어의 저작권을 보호하기 위하여 취한 저작권자의 기술적 조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 행위를 실행 하였으며 이러한 실행행위의 목적은 온라인게임소프트웨어의 소스코드를 얻기 위함이고 이에 근거하여 게임소프트웨어의 설정을 변경하는 게임의 룰을 제작하고 발행할 경우 이는 <컴퓨터프로그램보호조례>제 17 조에서 정한 합리적인 이용의 범주에 속하지 않는다.

법리를 따지면, “해킹”소프트웨어의 개발자의 이러한 기술적 조치를 회피하는 행위는 마땅히 법률에 의해 금지되어야 한다. 금지되지 않을 경우 기술적 조치의 회피를 금지하는 저작권법상의 규정은 온라인게임의 소프트웨어에 있어서는 그 의미를 상실하게 된다. 온라인게임의 소프트웨어의 운영은 주로 유저들로부터 온라인 사용료를 수수하는 방식으로 그 보수를 얻게 되는데 허락 없이 동 소프트웨어를 사용함과 동시에 온라인상 사용료를 지불하는 행위는 게임운영업체에는 큰 손해를 주지 않는다. 반대로 게임의 온라인 유저 수를 증가할 수도 있게 된다. 이러한 부분을 감안하여 많은 온라인게임 소프트웨어의 클라이언트프로그램은 모두 유저들에게 무료로 제공하고 있다. 가끔씩 비용을 받더라도 이는 자료비에 해당하는 극히 적은 비용이기에 게임운영업체의 영리에 있어 클라이언트프로그램의 판매에 의한 이익은 거의 산정하지 않고 있다. 반대로 온라인게임의 프로그램 소스코드 및 전용통신함수 프로그램은 게임운영업체에는 매우 중요한 의미가 있다. 소스코드는 불법복제자들에 의해 입수되면 이러한 소스코드에 따라 게임의 “해킹”프로그램을 작성하여 공중에 제공함으로써 “해킹”프로그램으로 하여금 게임의 룰을 수정하게 함으로써 게임이 공정성 및 취미성을 상실하게 되어 게임의 정상적인 운영과 사용을 방해하게 되는데 이는 온라인게임의 운영업체에 중대한 타격으로 된다. 따라서 <저작권법>에서 정한 기술적 조치에 대한 규정을 “저작물에 대한 복제 또는 사용을 취해 취한 기술적 조치”로만 이해해서는 아니 된다.

(4) 클라이언트프로그램에 비밀번호를 설정하는 조치

3G 소프트웨어프로그램에 비밀번호 함수를 설정하였는데 이러한 함수를 독해 또는 고의로 회피하는 기술적 수단을 취하지 않으면 동 클라이언트프로그램의 소스코드를 얻을 수 없다고 집법인원들은 인정하였다. “007 해킹”소프트웨어에 포함된 온라인게임의 클라이언트프로그램의 내용은 동 소프트웨어의 개발자가 소프트웨어의 개발과정에서 이러한 프로그램 코드를 얻었음을 입증한다. 이로부터 3G 프로그램의 클라이언트프로그램의 기술적 조치를 고의적으로 회피 또는 파괴하였다고 역추리할 수 있다. 그러나 이는 추측에 불과할 뿐 “007”소프트웨어 개발자가 다른 경로를 통해 이러한 프로그램의 코드를 입수할 가능성은 배제할 수 없으며 “해킹”소프트웨어의 개발자가 확실히 기술적 조치를 회피하는 행위를 실행하였음을 증명하는 증거가 없는 한 사건의 성격을 단정할 수 있는 근거로는 되지 않는다.

(5) 저작권자가 동 온라인게임의 소프트웨어에 설계한 전용통신 비밀번호 설정 조치에 대한 분석

온라인게임은 운영과정에서 클라이언트프로그램과 서버프로그램에 대하여 연속적인 데이터 교환을 하여야만 게임의 기능을 실현할 수 있다. 온라인환경속에서의 데이터 교환의 안전성을 확보하기 위하여 게임의 소프트웨어의 클라이언트프로그램과 서버프로그램에 각기 비밀번호 설정, 패킹함수를 설치하였는데 이러한 함수는 프로그램의 구성부분이 되며 매번 클라이언트와 서버의 데이터교환은 이러한 프로그램으로부터 우선 데이터에 대한 비밀번호 설정, 패킹 후 다시 데이터교환을 진행한다. 이러한 비밀번호 설정, 패킹기술은 온라인게임의 소프트웨어가 온라인 환경하에서의 데이터교환을 정상적으로 진행할 수 있음을 보장한다. 정상적인 데이터교환을 진행하여야만 온라인게임의 소프트웨어의 운영 기능을 실현할 수 있다. 만약 우리가 인터넷을 통한 온라인게임의 소프트웨어의 운영을 저작권자가 향유하여야 하는 권리의 일종으로 간주한다면 이러한 비밀번호 설정의 조치는 저작권자가 그러한 권리가 타인에 의해 침해당하지 않도록 취한 기술적인 조치로 된다.

“007 사건”에서 해킹소프트웨어의 핵심기능은 바로 이러한 비밀번호 설정, 패킹기술을 회피하고 온라인게임의 정상적인 운용에 필요한 데이터를 입수함으로써 이러한 데이터에 대한 변경을 한후 동일한 비밀번호를 설정한 패킹기술을 서버에 발송하여 “해킹”소프트웨어의 사용자가 게임의 데이터 변경을 실현하도록 함과 동시에 게임의 룰을 개변하는 기능을 말한다. 이로부터 보다 깊이 “007”해킹 소프트웨어에는 3G 소프트웨어의 비밀번호를 설정한 패킹기술을 회피하거나 독해하는 프로그램이 포함되어 있으며 3G 프로그램중의 비밀번호를 설정한 패킹기술도 포함되어 있다. 동 “해킹”소프트웨어의 개발자가 이러한 프로그램을 사용하는 목적은 3G 소프트웨어의 기술적 보호조치를 회피함으로써 “007” 소프트웨어로 하여금 3G 소프트웨어의 운영규칙을 수정하는 기능을 가지게 하는 것이다. 이러한 의미에서 해킹소프트웨어의 제작자, 발행자는 컴퓨터소프트웨어보호조례 제 24 조제 1 항제 3 호의 규정을 위반한 것으로 된다.

(6) “007”해킹이 3G 소프트웨어의 저작물의 수정권을 침해하였는지에 대한 분석

i. 서버프로그램과 클라이언트프로그램은 하나의 프로그램이다.

온라인게임은 저작권법에서 보호하는 저작물로서 컴퓨터소프트웨어의 형식으로 표현된다. 온라인게임과 일반 컴퓨터소프트웨어의 최대의 구별점은 바로 전산망을 이용하여야 하며 게임의 유저들을 통해 컴퓨터단말기에 설치한 클라이언트프로그램과 게임운영업체에서 설치한 온라인게임서버간의 온라인데이터의 교환을 통해 게임의 기능을 실현한다는 점이다. 이 과정에서 유저들이 사용하는 클라이언트 프로그램은 온라인게임 소프트웨어의 한 구성부분으로서 이는 반드시 게임운영업체의 서버에 설치된 다른 한 온라인게임의 프로그램을 통해 인터넷환경에서 공동으로 역할을 하여야 정상적으로 사용할 수 있다. 따라서 저작권법은 게임 클라이언트프로그램과 서버프로그램을 하나의 온라인게임소프트웨어 저작물로서 보호를 하게 된다.

ii. 데이터교환은 소프트웨어의 내부 운행과정이다.

저작권법상 클라이언트프로그램과 서버프로그램간의 데이터교환은 온라인게임

소프트웨어의 내부적인 운행과정에 속하며 “007”해킹 소프트웨어를 운행할 때 3G 소프트웨어의 정상적인 운행으로부터 발생한 데이터에 대하여 포착 및 수정을 하며 3G 소프트웨어 서버에 수정한 후의 데이터를 발송하면 그 프로그램 자체에서 설정한 게임의 룰은 변경된다. 이러한 행위는 당연히 게임소프트웨어 저작물에 대한 수정행위로서 이러한 해킹소프트웨어를 제작하고 발행하는 행위는 온라인게임 소프트웨어의 저작물의 수정권을 침해하는 행위로 된다.

3. 목전 “해킹”에 대한 중국법률의 관련 규정

1) “해킹”으로 인한 분쟁에 대한 처리 현황

2003 년, 유저가 “해킹”프로그램을 사용하자 운영업체에서 동 유저의 계정 사용 정지조치를 취한데 대해 유저가 운영업체를 상대로 소송을 제기한 사례가 있었다.

현재 유저가 “해킹”프로그램을 사용함에 따른 게임운영업체와의 분쟁은 주로 게임에서 “해킹”프로그램을 사용한 유저의 계정(ID)를 말소함에 따른 유저가 게임운영업체에 대한 제소형식이 주요이다. 단 현재 중국법상 “해킹”프로그램 사용의 법적 후과에 대한 전문적인 법적 규정이 없으므로 관련 사법기관에서는 위 분쟁에 대한 처리과정중 일정한 애로사항이 존재한다.

(1) “해킹” 사용행위에 대한 입증이 비교적 어렵다.

실무상 게임운영업체가 “해킹”프로그램 사용을 이유로 유저의 계정을 말소하였을 경우 게임운영업체는 이에 대한 입증책임을 부담하여야 한다. 단 일부 기술상의 제한으로 인하여 게임운영업체는 이에 대한 입증을 충분히 할수 없는 것이 현실적이다. 즉 온라인게임은 플레이과정중 클라이언트프로그램과 서버사이에 부단히 데이터교환을 진행하여야 한다. 단 현재 기술상의 원인으로 게임운영업체는 게임플레이 과정중의 backup file 전부를 보존할 수 없으며 오직 최후 수치만을 보존한다. 이로 인하여 게임운영업체는 “해킹”프로그램 사용중의 데이터교환 전체를 법원에 제출할 수 없으므로 유저가 해킹프로그램을 사용하였다는 가장 중요한 증거를 제출할 수 없다.

(2) “해킹” 관련 유저와 운영업체간의 분쟁은 계약 분쟁으로 처리하여야 한다.

“해킹”프로그램을 사용하였다는 이유로 임의로 유저의 계정을 말소함에 따른 유저와 게임 운영업체간의 분쟁은 계약 분쟁의 성격을 띠고 있다. 비록 “해킹”프로그램의 사용에 대한 전문입법은 없으나 일응 운영업체와 그 유저사이의 계약해지의 성격이 있으므로 이는 <계약법> 및 기타 관련 규정에 따라 처리해야 할 문제라고 생각한다.

2) “해킹”프로그램 사용행위에 대한 행정주무부처의 단속조치

(1) 특별조치

2003년 12월 18일 신문출판총서, 정부산업부, 국가공상행정관리총국, 국가관권국 등은 공동으로 <“불법서버”, “해킹”에 대한 단속을 강화함에 관한 통지>를 공표였다. <통지>의 규정에 의하면 위 부문은 공동으로 “불법서버”, “해킹”을 설치한 사이트를 폐쇄, “불법서버” 및 “해킹”을 제공하는 PC 방을 폐쇄, 관련 CD-ROM 을 제조, 판매하는 행위에 대한 규제 강화 등 방식을 통하여 “불법서버” 및 “해킹”에 대한 단속을 강화한다고 정하였다.

(2) PC방에서 해킹을 다운로드하여 유저에게 제공하는 행위에 대한 규제

2004년 4월 16일에 국가관권국은 <PC방에서 “해킹”프로그램을 다운로드 및 사용하는 행위에 대한 법적책임 추궁 여부에 대한 의견>을 공표하였다. 동 <의견>에 의하면, PC방에서 고의로 “해킹”프로그램을 다운로드하여 유저에게 제공하는 행위와 PC방에서 유저가PC방의 서버를 이용하여 “해킹”프로그램을 다운로드함을 알면서도 이를 저지하지 않거나 동 “해킹”프로그램을 기타 유저에게 제공하는 행위는 <중화인민공화국저작권법>제 47 조 제 6 항, 제 7 항의 규정을 위반한 행위에 속한다.³³

³³ <저작권법>제 47 조: 다음의 권리침해행위가 있을 경우 정상에 따라 권리침해 중지, 영향제거, 사과, 손해배상 등 민사상 책임을 부담하여야 한다. 권리침해와 동시에 공중이익을 해하였을 경우 저작권행정관리부문은 그 권리침해행위를 정지할 것을 명할 수 있으며 불법소득을 몰수하고 권리침해 복제물을 몰수, 파괴함과 동시에 과태료를 부과할 수 있다. 그 정상이 엄중할 경우 저작권행정관리부문은 저작권침해에 해당하는 복제품의 제작에 해당하는 자재, 도구, 장비 등을 동시에 몰수할 수 있다. 범죄를 구성할 경우 법에 의해 형사책임을 추궁한다.

(6) 저작권자 또는 저작권 관련 기타 권리인의 허락 없이 권리인이 저작물, 녹음녹화 제품 등 저작물의 저작권 및 기타 저작권 관련 권리를

PC방의 사업자는 기타 제 3 자가 다운로드한 “해킹”프로그램을 발견할 경우 즉시 삭제하여야 하며 삭제요청을 거절할 경우 고의적인 권리침해행위에 따른 법적 책임을 추궁한다.

보호하기 위한 기술적 보호조치를 회피하거나 고의로 파괴하는 행위.
단 법률, 행정법규에서 예외규정이 있는 경우를 제외.

(7) 저작권자 또는 저작권 관련 기타 권리인의 허락 없이 저작물, 녹음녹화 제품 등 저작물의 권리보호전자정보를 고의로 삭제하거나 변경하는 행위. 단 법률, 행정법규에서 예외규정이 있는 경우를 제외.

제 3 장 게임콘텐츠와 관련한 상표의 보호

요점: 온라인게임의 상표는 다른 게임과 상호 구별하는 징표이다. 상표권이 침해당하면 유저들이 오인할 수 있어 그 시장점유율에 직접적인 영향을 주게 된다. 이 장에서는 중국의 상표권의 기본제도에 대한 소개를 통하여 독자들이 관련 법률의 규정에 따라 그 상표권을 보호받을 수 있도록 도움을 주고자 한다.

제 1 절 상표법 개관

요약: 이 절에서는 상표의 기본개념, 특징, 기능 및 상표전용권에 대한 침해의 형태 등에 대한 소개를 통해 독자들이 중국의 상표법제도의 기본 내용과 온라인 게임의 상표 관련 부분을 상호 결부시켜 온라인게임에 관련된 상표에 대하여 여하히 보호조치를 취할 것이며 권리침해를 당했을 때에 취할 수 있는 구제 조치 등에 대하여 상식적으로 파악하도록 도움을 주고자 한다.

1. 상표의 개념 및 특징

상표는 상품 및 서비스의 표장이다. 상표는 상품의 생산자, 경영자, 서비스 제공자가 그가 생산하고 판매하는 상품 또는 제공하는 제품이 시장에서 기타 상품 또는 서비스와 상호 구별하기 위하여 사용하는 표장이다. 이러한 표장은 통상 문자, 도형 또는 문자와 도형의 결합에 대한 표시이며 상품 또는 상품의 포장에, 서비스장소 또는 서비스설명서에 부착하게 된다. 상표는 다음의 특징을 가진다.

1) 상표는 상품과 서비스의 표장이다.

상표는 상품 및 서비스와 밀접한 연관이 있는데 상품의 생산, 경영 및 상업서비스 영역의 특정표장이다. 상표의 이러한 특징은 국가, 군대, 정당, 사단, 문체 조직 등의 표시와 상호 구별하기 위한 것이며 기타 상품 및 서비스업과 관련없는 단순한 미술저작물과 상호 구별하기 위한 것이다.

2) 상표는 다른 상품의 생산자, 경영자 또는 서비스 제공자의 상품 또는 서비스의

표시와 구별하기 위한 표시이다.

상품의 생산 또는 상업서비스 영역에서의 일부 표시는 상표가 아니다. 예컨대 상품의 정결도를 표시하는 기호, 상품의 독성을 표시하는 기호, 금속의 순금도를 표시하는 기호, 품질인증표시 등은 상품의 성질 또는 품질을 나타내는 통용적인 표시로서 상이한 상품이 생산자, 경영자 또는 서비스자 및 그 상품 또는 서비스와 상호 구별하는 역할을 할 수 없기에 이는 상표가 아니다.

3) 상표는 현저한 특징을 가지는 표장이다.

상표사용의 문자, 도형 또는 그 결합은 마땅히 현저한 특징이 있어야 하며 식별을 하기에 편리해야 한다. 상품의 생산자, 경영자 또는 상업서비스자가 사용하는 표시는 객관적으로 상품 및 서비스와 상호 구별되는 표시가 아니면 상표로 될 수 없다.

2. 상표의 기능

상표는 상품을 식별하는 기능을 가지고 있다. 상표의 이러한 식별기능은 상표의 가장 기본적이고 고유한 특징이다. 상표의 이러한 고유적이고 가장 기본적인 상품 식별기능으로부터 다음의 3개 기능이 파생되고 있다.

1) 출처표시기능

시장경쟁이 갈수록 치열해 지는 지금에 있어서 생산자, 경영자의 입장에서 보면 상표의 출처표시기능은 특히 중요한 의미를 가진다. 시장에는 등록상표를 사용하는 상품과 동일하거나 유사한 상품이 허다히 나타날 수 있으며 이러한 상품은 서로 다른 업체가 생산할 수 있다. 각 업체의 생산여건, 기술성, 경영관리 및 상업신용이 각이함으로 그 상품의 품질도 각기 차이를 보이고 있다. 생산업체들은 치열한 시장경쟁에서 우위를 차지하기 위하여서는 소비자가 많은 상품중에서 자기의 상품을 선택할 것을 희망하게 된다. 그러나 광범위한 소비자로서는 상품을 감별, 구별함에 필요한 지식, 경험 및 요령들을 두루 구비하고 있지 못하기에 상품에 표기가 없다면 소비자는 그 많은 상품중에서 각자의 취향에 맞는 상품을 선택하지 어렵게 된다. 상표는 바로 소비자가 자기가 원하는 상품을 쉽게 선택할 수 있도록 도와 주는 역할을 하고 있다. 소비자는 동일한 상표를 사용하고 있는 상품 또는 서비스로부터 동 상품 또는 서비스는 동일한 생산업체 또는 판매자가 제공하였거나 동일한 상표를

사용하고 있는 업체간에는 일종의 밀접한 관계가 있음을 판단할 수 있게 된다.

2) 품질보증기능

상표가 표명하는 상품 및 서비스 품질은 상품 및 서비스의 출처표기기능에 못지 않게 매우 중요한 역할을 한다. 상표가 가지고 있는 상품 또는 서비스 항목의 출처를 표명하는 기능은 궁극적으로는 안정적인 품질을 기반으로 하고 있다. 상표가 가지고 있는, 상품 또는 서비스항목의 출처표명기능이 소비자에 대해 흡인력을 가지는 것은 한가지 상표가 한가지 품질을 대표하기 때문이며 동일한 상표를 사용한다고 함은 동 상품 또는 서비스가 동일한 품질을 가지고 있음을 의미하고 있기 때문이다.

3) 광고선전기능

상표는 상품의 품질과 신용의 징표이므로 상표에 대한 선전을 통해 상표의 지명도를 신속하게 높일 수 있으며 광범위한 시장반응을 일으킬 수 있다. 구체적으로 말하면, 상표의 광고선전의 기능은 크게 다음의 두가지가 있다.

(1) 상표자체는 일종의 무언의 광고이다.

상표는 상품 또는 서비스의 출처를 표명할 수 있기에 소비자로 하여금 이는 업체의 상품 또는 어느 경영자의 서비스 항목인지, 그리고 그 상품 또는 서비스항목의 품질 기준은 어떠한 지에 대하여 파악할 수 있게 한다.

(2) 상표는 광고선전의 핵심이다.

현대적인 양산체제 및 상품교환체제하에서 상표를 이용하여 상품에 대한 광고선전을 하는 것은 광고의 일반적인 형식과 중요한 내용으로 되고 있다. 현대적인 상업경쟁에 있어 사람들은 상표의 광고선전기능을 갈수록 중요시하고 있다. 이는 제품의 판로를 넓히고 시장점유율을 높이고 양호한 경제적인 효율을 얻을 수 있는 역할을 할 수 있기 때문이다.

3. 등록상표의 전용권에 대한 법률의 보호조치

중국의 법률은 상표의 권리침해행위에 대한 처리의 각도로부터 상표의 전용권을 보호하고 있다.

1) 상표의 권리침해행위의 개념 및 주요 표현 형태

상표의 권리침해행위란, 타인의 상표권에 대한 불법침해를 함으로써 법에 따른 책임을 부담하는 행위를 말한다. <상표법>의 관련 규정에 따르면, 상표의 권리침해 행위에는 다음의 형태가 있다.

(1) 등록상표 소유자의 허락 없이 동일한 상품 또는 유사한 상품에 그 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 사용하는 행위

이는 가장 보편적인 권리침해행위로서 그 기본특징은 무단 사용인데 그것이 고의든 과실이든 막론하고 모두 권리침해를 구성한다. 사용방식에는 상표를 상품의 포장 또는 용기에 부착하는 것과 상표를 상품에 직접 사용하는 것, 그리고 광고선전, 상품의 전시에 사용하는 것 등이 포함된다. 상표를 사용하는 상품에는 유통에 들어가는 상품도 포함되며 판매를 위한 보관, 운송, 광고선전 또는 전시하는 상품도 포함된다. 등록상표의 소유권자의 동의없이 동일한 상품에 그 등록상표를 사용하는 행위는 일명 허위등록상표행위라고도 하는데 이는 상표권에 대한 엄중한 침해행위로 된다.

(2) 허위등록상표임을 알면서 상품을 판매하는 행위

이는 상품의 판매자가 실시하는 또 다른 상표권리침해행위로서 간접적인 권리침해 행위에 속한다. 이러한 권리침해행위는 비록 타인의 등록상표를 직접 불법으로 사용하지는 않았지만 객관적으로는 권리침해자가 그 권리침해의 목적을 실현하고 불법이익을 취득함에 조건을 제공하였는데 이는 상표권자의 이익을 침해한 것으로서 그 권리침해의 책임을 추궁하여야 한다.

이러한 권리침해행위는 “알고 있었던 것”을 그 요건으로 한다.³⁴ 즉 판매자가 그가 판매하고자 하는 상품이 이미 타인의 등록상표를 모조하였거나 허위임을 알았거나 알고 있었음에도 여전히 동 상품을 판매하는 행위는 권리침해를 구성한다. 판매중인 상품에 대하여서는 판매자가 권리침해 상품임을 알면서도 판매할 경우 즉각 판매를 정지하여야 하며 계속 판매할 경우 이는 권리침해를 구성한다.

(3) 타인의 등록상표의 표지를 위조, 무단 제조 또는 위조하거나 무단 제조한 표지를 판매하는 행위

이런 유형의 권리침해행위의 표현방식은 다음과 같다.

첫째, 타인의 등록상표를 위조한 것.

³⁴<상표법>제 52 조제 2 항

둘째, 상표등록자의 동의 없이 그 상표를 위탁제조하거나 수권받아 제조하는 것.
셋째, 상표등록자가 수여한 권한을 초월하여 등록상표를 임의로 제조한 것.
넷째, 위조, 무단 제조한 등록상표를 판매하는 것, 이에는 상표로 사용할 수 있는 손상된 상표, 불량상표, 폐기한 상표 등이 포함된다.

(4) 기타 권리침해 행위

실생활속에서 타인의 상표권을 침해하는 행위는 그 유형이 다양하다. 위 세가지 행위의외 실천에서는 각양각색의 침해행위 즉 “기타 권리침해행위”가 나타날 수 있는데 이러한 경우를 대비해 <상표법>에서는 제재할 근거를 두고 있다. 이러한 권리 침해행위에는 크게 다음의 세가지가 포함된다.

첫째, 타인의 등록상표전용권을 침해하고 있음을 알고 있었거나 알았어야 하는 상품판매행위. 이 유형의 권리침해행위의 범위는 “위조 또는 모조한 등록상표를 사용하는 상품을 판매하는 모든 행위”보다 훨씬 더 넓다. 이에는 권리침해 상표를 사용하는 상품에 대한 판매행위가 포함되며 행위자의 주관적인 측면에서는 고의의 “알고 있었음”을 포함할 뿐만 아니라 “알고 있었어야 할” 것에 대한 법적인 추정도 포함된다.

둘째, 동일한 상품 또는 유사한 상품에 타인의 등록상표 또는 유사한 문자, 도형을 상품의 명칭 또는 상품의 외부포장으로 사용함으로써 오인시킬 만한 경우. 이러한 권리침해행위를 확인함에 있어 관건은 당사자의 행위는 소비자를 “오인”시킴으로써 타인의 등록상표전용권에 피해를 주느냐 하는 것이다. “오인을 시킬만”하다는 것은 상품의 출처에 대한 오인을 가리킬 뿐만 아니라 소비자에게 행위자와 상표등록자간에 일부 특수한 관계가 있다는 착오적인 인식을 시키는 것도 포함된다.

셋째, 타인의 등록상표전용권을 침해하는 행위에 저장, 운송, 우편송달, 은닉 등 편의를 제공하는 행위. 이러한 권리침해행위는 고의를 그 구성요건으로 한다. 그 행위의 주체는 권리침해자를 도와주는 자이다.

2) 상표의 권리침해행위에 대한 인정의 기준

권리침해를 인정할 때 등록상표의 표지를 그 기준으로 하며 등록상표전용권자의 상표의 실제사용 여부는 그 기준으로 하지 않는다. 권리침해를 인정할 때에도 상표권자가 상표를 사용함에 있어 등록표기를 사용하였는 지는 그 요건으로 하지

않는다.

3) 등록상표에 대한 법적 보호방식 및 구체적인 내용

(1) 등록상표에 대한 민법상의 보호

상표의 권리침해행위에 따른 민사상의 책임방식에는 다음의 것들이 포함된다.

첫째, 침해정지

이 책임방식에 따르면, 권리침해자는 실시중인 또는 실시준비중인 권리침해 행위를 정지하도록 요구할 수 있으며 상표권 소유자도 법원에 권리침해자가 실시중인 권리 침해행위를 중지시킬 것을 요구할 수 있다. 침해정지를 명하는 목적은 권리인의 더 큰 손해를 미연에 방지하기 위하여서이다.

둘째, 영향제거, 명예회복

이 책임방식은 상표의 권리침해로 인해 상표권자가 장기적인 노력으로 얻은 신용과 명성을 침해함으로써 제품의 사용자와 소비자가 상표권자 및 그 상품에 대한 평가를 저하시키는 경우에 적용한다. 법원은 권리침해자에게 영향을 준 범위내에서 영향을 제거함으로써 상표권자의 명예를 회복시키도록 명할 수 있다.

셋째, 공개 사과

공개 사과란, 권리침해자가 자기의 행위에 대한 반성의 표현으로서 이는 상표권자에 대한 정신적인 보상이라 하겠다. 법원은 권리침해자에게 구두 또는 서면의 방식(신문잡지, 라디오방송, 텔레비전방송 등 매체도 포함)으로 상표권자에게 공개적으로 사과를 함으로써 상표권자의 명예와 신용을 유지시키고 회복하도록 명할 수 있다.

넷째, 손해배상

손해배상은 민사상 책임부담의 가장 보편적인 방식의 하나이다. 즉 상표권자에게 침해에 따른 손실을 상응한 가치를 가지는 재산으로 보상해 주도록 함으로써 권리침해행위에 따른 상표권자의 손실에 대한 후과를 만회하기 위함이다. 권리 침해자는 그의 침해행위로 인해 상표권자가 입은 경제적인 손실에 대한 충분한 경제배상을 하여야 하는데 이는 바로 상표권자가 법원에 그의 등록상표전용권에 대한 보호를 구하는 가장 주요한 목적이다.

상표전용권 침해의 배상액은 권리침해자가 권리침해기간내에 그의 권리침해로 인해 얻은 이익 또는 상표권자가 침해기간내에 입은 손해이다. 이에는 권리침해자가 권리침해행위를 저지시키기 위해 지불한 합리적인 대가도 포함된다. 전항에서 말하는 권리침해자가 권리침해로 인해 얻은 이익 또는 피침해자가 권리침해로 인해 받은 손해에 대해 확정하기 어려운 경우 법원은 권리침해행위의 정상에 따라 50 만원 이하의 배상을 명할 수 있다.³⁵

(2) 등록상표에 대한 행정법령상의 보호

국가공상행정관리국의 상표국은 전국의 상표 등록 및 관리 업무를 관장한다. 각 지방 공상행정관리기관은 등록상표에 대해 보호할 책임이 있으며 등록상표전용권을 침해하는 행위를 조사, 처리할 권한이 있다.

첫째, 상표의 권리침해행위를 저지하는 행정 조치

공상행정관리기관은 상표분쟁을 처리할 때 다음의 여러가지 조치들을 취하여 그러한 행위들을 저지시킬 수 있다. i. 판매를 즉각 중지할 것을 명한다. ii. 권리침해상표를 회수하여 파기한다. iii. 상표의 권리침해에 직접적으로, 전용한 모듈, 인쇄판 및 기타 도구를 회수한다. 전술한 조치를 취하였음에도 권리침해행위를 저지할 수 없거나 침해한 상표와 상품을 분리할 수 없을 경우에는 권리침해 물품을 파기할 것을 명함과 동시에 파기함을 감독한다.

등록상표전용권은 침해하였으나 범죄는 구성하지 않을 경우 공상행정관리기관은 그 정상에 따라 불법경영액의 50% 이하 또는 침해로 인해 얻은 이익의 5 배 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 상표전용권을 침해한 업체에 대하여서는 그 직접적인 책임자에 대하여 정상에 따라 1 만원이하의 과태료를 부과할 수 있다. 범죄혐의가 있을 경우 즉시 사법기관으로 이송하여 법에 따라 처리하도록 한다. 공상행정관리기관은 상표의 권리침해행위를 저지할데 대한 행정적 조치를 취할 경우 구체적인 사안에 따라 그 처벌방식을 선택할 수 있다. 경우에 따라 어느 한가지 처벌조치를 취할 수도 있고 두가지 이상 처벌조치를 동시에 취할 수도 있다.

둘째, 상표권리침해사건의 처벌에 대한 행정 재심

등록상표전용권 침해처리에 대한 공상행정관리기관의 결정에 불복할 경우 당사자는 결정통지를 받은 날로부터 15 일 이내에 상급 공상행정관리기관에 재심을 신청할 수

³⁵ <상표법>제 56 조

있다. 상급 공상행정관리기관은 재심신청을 받은 날로부터 2 개월 이내에 재심결정을 내려야 한다.

셋째, 상표의 권리침해사건 처벌에 대한 행정 소송

당사자는 등록상표전용권에 대한 공상행정관리부문의 처리결정, 재심결정에 불복할 경우 통지를 받은 날로부터 15 일 이내에 법원에 소를 제기할 수 있다. 15 일이 경과하였으나 소를 제기하지 않으면서도 결정을 집행하지 않을 경우 관련 공상행정관리기관은 법원에 강제신청을 한다.

상표의 행정소송에 있어서의 피고는 확정적이다. 즉 상표의 권리침해사건에 대한 처리를 한 공상행정관리기관이다. 재심을 거친 사건에 있어 재심기관이 원 구체적인 행정행위를 유지할 것을 결정한 경우 원 구체적인 행정행위를 한 행정기관은 피고로 된다. 재심기관에서 원 구체적인 행정행위를 변경한 경우 재심기관은 피고로 된다. 두개이상 행정기관에서 동일한 구체적인 행정행위를 한 경우 공동으로 구체적인 행정행위를 한 기관은 공동피고로 된다. 행정기관에서 위탁한 조직에서 한 구체적인 행정행위에 있어 위탁한 기관은 피고로 된다.

(3) 등록상표에 대한 형법상의 보호

첫째, 상표권을 침해한 형사 범죄행위

<상표법>의 규정에 따르면 다음의 행위는 그 정상이 엄중할 경우 범죄를 구성할 수 있다. i. 타인의 등록상표를 모조 또는 위조하는 행위. ii. 타인의 등록상표를 위조, 무단 제조하거나 이러한 상표를 판매하는 행위. iii. 위조 등록상표를 부착한 상품인줄 알면서 판매하는 행위. 위 행위가 범죄를 구성할 경우 법에 따라 그 형사적인 책임을 추궁하여야 한다. 전국인민대표대회의 <위조등록상표 관련 범죄행위에 대한 보충 규정>에서는 이러한 범죄의 구체적인 형사책임에 대한 규정을 두고 있다.

둘째, 상표권침해죄의 구성요건

상표권침해죄의 구성요건에는 다음의 4 가지가 포함된다.

- i. 상표권침해죄가 침해하는 객체는 국가의 상표관리제도와 등록상표전용권이다.
- ii. 상표권침해죄는 객관적으로 상표의 관리법규를 위반한 것으로 표현된다. 타인의 등록상표를 위조하여 사용하거나 위조 등록상표를 부착한 상품인 것을 알면서도 판매, 타인의 등록상표를 위조, 무단 제조하거나 타인의 등록상표를 위조, 무단 제조한 것을 판매하는 행위이다.

iii. 상표침해권죄의 주체는 관련 업체의 직접적인 책임자와 기타 직접적인 책임자일 수도 있고 사영업자 또는 기타 개인일 수도 있다.

iv. 상표권침해죄는 직접적인 고의가 있어야 한다. 상표권침해의 목적은 영리 또는 기타 불법이익을 얻기 위한 것이다. 어떠한 목적을 위해서나 또는 어떠한 동기로부터 출발하였건 모두 상표권침해죄의 구성에 영향을 주지 않는다. 행위자가 권리침해의 고의가 없으면 과실로 권리침해를 하였을 경우 일반적인 상표의 권리침해로 처리하여 행위자의 민사책임과 행정적인 책임은 추궁하지만 상표권침해죄로는 인정하지 않는다.

상표권침해죄를 구성하는 위 4 가지 요건은 반드시 동시에 구비되어야 범죄를 구성한다.

셋째, 상표권침해죄에 대한 처리

<상표법>, <형법>의 규정에 따르면, 법원은 상표권침해죄에 대하여 권리침해자에게 권리침해에 따른 손해를 배상하도록 명하는 외에 법에 따라 권리침해자의 형사적인 책임을 추궁한다.

등록상표소유권자의 허락 없이 동일한 상품에 그 등록상표와 동일한 상표를 사용하여 그 불법소득액이 비교적 크거나 기타 엄중한 정상이 있을 경우 3 년 이하의 유기징역 또는 구역³⁶에 처하며 벌금을 병과하거나 단독으로 부과할 수도 있다. 불법소득액이 거대할 경우 3 년 이상 7 년 이하의 유기징역에 처할 수 있으며 벌금에 처한다.

타인의 등록상표를 위조하거나 무단 제조, 위조 또는 무단 제조한 등록상표를 판매하였을 때 불법소득액이 비교적 크거나 기타 엄중한 정상이 있을 경우 3 년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과하거나 단독으로 벌금에 처할 수 있다.

기업 또는 단체에서 이런 유형의 범죄를 범하였을 경우 해당 업체 또는 단체에 대하여 벌금을 부과할 수 있으며 그 직접 책임자 또는 기타 책임자에 대하여서는 위 규정에 따른 형사책임을 추궁한다.

³⁶ <형법>에서 가리키는 주형의 일종으로서 최장 6 개월, 최단 1 개월의 실형을 가리킨다.

제 2 절 상표권의 국제보호

요점: 이 절에서는 중국의 국제상표권에 관한 보호제도에 대한 소개를 통해 외국의 온라인게임의 개발업체가 중국내에서 여하히 그의 상표권을 보호받을 것인지에 대하여 소개하고자 한다.

목전 160 여개의 국가와 지구에서는 상표법률제도를 두고 있다. 기타 지적재산권과 마찬가지로 상표는 상표의 등록국가 또는 권리발생국의 국내에서만 유효하다. 상표법률 제도가 확립될 초기 즉 상표를 한 국가내에서만 출원하여야 한다는 예속을 여하히 벗어나 국제적인 범위내에서 광범위하게 적용할 수 있겠느냐 하는 즉 이른바 상표권의 지역성 문제는 각국의 보편적인 관심사로 되었다. 외국인과 자국민에 대한 대우가 다름으로 하여 상표는 외국에서 등록출원하거나 보호를 받으려면 반드시 출원 관련 각국의 법률에서 정한 바에 따라 각기 진행하여야 하기 때문이다. 따라서 상표권에 관한 국제적인 보호의 목소리는 갈수록 높아졌다. 이에 일부 국가사이에 지어는 세계적인 범위내에서 통일적인 상표법률제도를 확립함으로써 상표권이 국제적인 보호를 받을 수 있도록 하였다.

1. <공업소유권을 보호하기 위한 파리협약>

상표권에 관한 국제보호는 <파리협약>의 중요한 내용이다. <파리협약>의 일부 기본원칙은 특허에만 적용되는 것이 아니라 상표에도 적용된다. 그밖에 <파리협약>에서는 상표보호에서의 최저 요구도 정하고 있다.

1) 국민대우 원칙

국민대우의 원칙은 <파리협약>의 기본원칙이다. 상표보호의 각도에서 보면 각 동맹국은 반드시 법적으로 기타 동맹국의 국민에게 자국 국민에게 주는 대우와 동등한 대우를 주어야 한다. 비동맹국의 국민에 대하여서는 예컨대 어느 한 동맹국에 주소가 있거나 실제로 공상업활동에 종사하는 영업장소가 있을 경우 동 동맹국의 국민과 동등한 대우를 향유할 수 있다. 여기에서 말하는 국민에는 자연인 및 법인이 포함된다. 그밖에 국민대우의 원칙은 각 동맹국이 각기 자국의 법률(이에는 성문화된 법전, 단행법, 법원의 판례, 행정관리상의 관례 등이 포함됨)에 따라 자국민에게 주는 대우와 동일한 대우를 가리킨다.

2) 우선권 원칙

<파리협약>에 따르면, 국민대우를 향유하는 동맹국의 어느 한 출원자가 한건의 상표를 우선 어느 한 동맹국에 등록출원을 하였을 경우 동 출원일로부터 6 개월 이내에 출원한 자가 기타 동맹국에 동일한 신청을 할 때 이러한 동맹국은 반드시 출원자가 동맹국에서 맨 처음으로 출원서를 제출한 날짜를 자국에서의 출원일로 하여야 한다.

<파리협약>에 따르면, 우선권원칙은 상표 부분에서는 상품의 등록상표에만 제한된다. 즉 우선권은 통상 서비스표에 적용되지 않는다. 물론 이러한 것은 서비스표에 등록보호를 하는 국가에서 우선권의 원칙을 적용함에 지장을 주지 않는다.

2. <표장의 국제등록에 관한 마드리드협정>

<마드리드협정>의 주요 내용은 상표의 국제등록 문제를 해결하는 것이다. 국제등록의 대상에는 상품의 상표와 서비스표가 포함된다. 협정에 따르면, 동맹국의 그 어떠한 출원자나 그 소속국가에서 어느 한 상표의 등록을 하였을 경우 동 상표는 세계지적재산권조직의 국제국에 국제등록을 출원할 수 있다. 국제국은 출원을 접수한 후 공고를 하며 출원인이 보호를 요구하는 동맹국에 통지를 발송한다. 보호를 요구하는 동맹국은 국제국의 통지를 받은 후 1 년이내에 보호여부를 결정할 권한이 있다. 만약 1 년 이내에 국제국에 해당 동맹국에서의 등록을 각하함에 관한 성명을 제기하지 않을 경우 상표는 이미 해당 동맹국에서 등록된 것으로 간주한다. 협정에 따르면, 국제상표등록 출원인은 우선 그 소속국가에서 등록하여야 소속국가의 등록당국에서 세계지적재산권조직의 국제국에 국제등록 출원을 제기할 수 있다. 이른바 소속국이라 함은 출원인의 소속국가 또는 그 영토내에 진실하고 유효한 주소 또는 영업장소가 있는 동맹국을 가리킨다.

제 3 절 상표등록의 절차

요점: 이 절에서는 온라인게임을 포함한 상품의 상표등록 절차에 대한 요약 소개를 하고자 한다.

1. 출원

1) 상표출원의 원칙

<상표법>은 상표의 자발적 등록과 강제등록을 상호 결부한 원칙을 취하고 있다. 기업, 사업단위 및 개인사업자가 생산, 판매하는 상품 또는 제공하는 서비스항목에 대하여 상표전용권을 취득할 필요가 있을 경우 상표국에 상품의 상표등록을 출원하여야 한다.³⁷ 국가에서 반드시 등록상표를 사용하여야 한다고 정한 상품에 대하여서는 반드시 출원을 하여야 하며 등록을 하지 않은 상품은 시장에서 판매하여서는 아니 된다.³⁸

“1 종 상품, 1 상표, 1 출원”의 상표등록출원의 원칙에 따라 상표등록을 출원하고자 하는 자는 상품분류표에 따라 상표를 사용하는 상품의 유형 또는 상품의 명칭을 기재하여야 한다. 동일한 출원자가 다른 유형의 상품에 동일한 상표를 사용하고저 할 경우 상품분류표에 따라 각기 등록 출원을 하여야 한다. 등록상표를 동일한 유형의 기타 상품에 사용하고저 할 경우도 별도로 등록을 출원해야 한다.

상표등록 출원인은 반드시 상표등록출원서를 작성하여야 하며 상표등록을 출원시에는 요구에 부합되는 상표의 도면 견본과 동시에 출원료 및 등록비용 등을 공상 행정관리국에 납부하여야 한다.

2) 외국인 또는 외국기업의 중국내에서의 상표등록 방법

외국인 또는 외국기업³⁹ 이 중국내에서 상표를 등록하고자 할 경우 반드시 그 소속국가와 중화인민공화국간에 체결한 협정 또는 공동으로 참가한 국제협약에

³⁷ <상표법>제 4 조

³⁸ <상표법>제 6 조

³⁹ <상표법>제 18 조: 이 법에서 말하는 외국인 또는 외국기업이란, 중국내에 경상거소가 없거나 영업 장소가 없는 외국인 또는 외국기업을 말한다.

따르거나 대등의 원칙에 따라 처리해야 한다.

외국인 또는 외국업체가 중국에서 상표를 등록하고 상표 관련 사무를 처리할 때 반드시 중국 정부에서 인정하는 상표대리라이센스를 가지고 있는 조직에 위임하여 처리해야 한다.

당사자는 상표대리조직에 위임하여 상표등록 또는 기타 상표 관련 사무를 처리할 때 위임장을 발급하여야 한다. 위임장에는 대리사항 및 대리권한을 명확히 기재하여야 하며 위임자의 국적을 반드시 기재하여야 한다.

위임장 및 관련 증명서류는 공증, 인증을 하여야 하며 대등의 원칙에 따라 관련 사무를 처리한다.

2. 심사 및 인가

상표국은 출원을 받은 후 상표등록에 대하여 형식적인 심사와 실질적인 심사를 한다. 실질적인 심사의 결과는 두가지로 나눈다.

1) <상표법>의 관련 규정에 부합될 경우 상표국은 초보적인 결정을 내림과 동시에 이를 공고한다.

2) <상표법>의 관련 규정에 부합되지 않거나 타인이 동일한 상품 또는 유사한 상품에 이미 등록하였거나 예비심사를 한 상표와 동일하거나 유사하다는 초보적인 결정을 내릴 경우 상표국은 출원을 각하하며 공고를 하지 않는다. 상표국은 출원 내용을 보정하여야 한다고 초보적인 결정을 내렸을 경우 출원인에게 15 일 이내에 보정할 것을 통지할 수 있다. 보정하지 않았거나 기간을 경과하여 보정하였거나 보정한 후에도 여전히 요구에 부합되지 않을 경우 출원을 각하하며 이에 <각하통지서>를 발급한다.

3. 재심

상표국에서 위 2. 2)에 따른 상표등록의 출원을 각하하는 결정을 내릴 경우 출원인은 이에 불복하면 <각하통지서>를 수령한 날로부터 15 일 이내에 <상표법>의 규정에 따라 상표평심위원회에 재심을 신청할 수 있다. 만약 상표등록 출원인이 그 본인의 의사가 아닌 기타 특수원인에 의해 법정 15 일 이내에 재심청구를 할 수 없을 경우 30 일 연기신청을 할 수 있으며 연기한 후에도 여전히 청구를 할 수 없을 경우

제 2 차 연기신청을 할 수 있다. 연기기간은 여전히 30 일이다. 연기신청을 할 경우 반드시 <연기신청서>를 작성하여야 하며 연기신청에 대한 비준여부는 상표평심 위원회에서 정한다.

상표출원인은 우선 <각하상표재심신청서>를 작성하여야 하며 상표평심위원회는 신청서 및 기타 자료를 받은 후에 형식적인 심사를 거쳐 각하상표재심출원인의 자격요건을 심사하고 재심자료의 불비여부를 심사하며 법정 기간내에 신청을 제출한 것인지도 심사하여야 한다.

형식적인 심사요구에 부합되지 않음으로 상표평심위원회는 보정할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 각하상표재심신청자에게 일정한 기간내에 보정할 것을 요구할 수 있으며 보정하는 서면 문건은 상표평심위원회에 동시에 송부해야 하며 기간이 경과할 경우 수리하지 않는다.

상표평심위원회는 법정조건에 완전히 부합되는 상표를 각하한 재심신청은 수리하며 전면적인 심사, 평가를 진행한다. 심사, 평가 내용에는 다음의 것들이 포함된다. 상표는 등록상표로서의 현저한 특징을 갖추었는지, 금지조항을 위반하였는지, 동일한 상품 또는 유사한 상품에 선등록, 선 예비심사, 선출원, 동일한 일자에 출원하였으나 선사용 등이 있는 지에 대한 심사를 한다.

4. 재심 결정

상표평심위원회는 심사토론을 거쳐 재심결정을 내린다.

- 1) 상표의 원 각하결정을 부인하고 예비심사결정을 내림과 동시에 공고를 한다.
- 2) 재심청구가 성립되지 아니함으로 상표국의 원 각하결정을 유지함과 동시에 재심청구를 각하한다. 상표평심위원회의 재심결정에 불복할 경우 당사자는 법원에 소송을 제기할 수 있다.

5. 이의

초보적인 심사결정을 내린 상표는 공고일로부터 3 개월 내에 그 어떠한 자나 이의를 제기할 수 있다. 여기서 말하는 이의란, 상표국에서 1 상표등록출원에 대하여 예비심사결정을 하고 공고를 한 이후의 법정기간내에 동 공고에서의 상표는 등록하여서는 아니 된다는 의견을 상표국에 제출함을 말한다.

초보적인 심사·결정한 상표에 대하여 이의를 제기한 자의 이유는 주로 다음의 몇가지로 나눌 수 있다. 상표등록출원의 절차에 하자가 있다고 주장하는 경우, 상표에 법률에서 정한 사용금지조항을 위반한 부분이 있다고 주장하는 경우, 상표와 선등록 또는 초보적인 심사결정을 한 상표간에 충돌이 생겼다고 주장하는 경우, 상표와 <상표법>의 기타 관련 규정이 상호 부합되지 않는다고 주장하는 경우 등이다.

이의는 반드시 정한 기간내에 서면으로 제출하여야 한다. 이의신청자는 상표국에 <상표이의서>의 원본 및 부분을 각 1 통씩 제출하여야 하며 이의상표에 관한 정황 및 이의의 이유 등을 기재하여야 한다. 상표국은 <상표이의서>를 등록출원인에게 교부하여야 하며 통지를 받은 날로부터 30 일 이내에 서면으로 답변을 해야 한다.

6. 이의에 대한 결정

상표국은 이의에 대한 심사를 한 후 당사자가 진술한 사실과 이유에 따라 결정을 내린다. 결정의 결과는 두가지이다.

- 1) 이의가 성립됨으로 동 상표의 초보적인 심사·결정을 취소한다.
- 2) 이의는 성립되지 않음으로 이의자의 신청을 각하한다.

7. 이의결정에 대한 재심

상표등록의 출원인 또는 이의신청자는 상표국의 이의에 대한 결정에 불복할 경우 <상표이의결정서>를 수령한 날로부터 15 일 이내에 상표평심위원회에 재심을 신청할 수 있으며 “상표이의재심청구서”의 원본 및 부분을 각 1 통씩 제출하여야 한다. 정한 기간내에 신청을 제출하지 않을 경우에는 연기신청을 제출할 수 있다. 상표평심위원회는 신청서 1 통을 다른 일방 당사자에게 송달하여 해당 당사자에게 정한 기간내에 답변을 할 수 있도록 요구한다.

상표평심위원회는 쌍방의 의견을 들은 후 쌍방의 진술한 사실과 이유를 분석한 후 법에 따라 등록 또는 불등록 결정을 내림과 동시에 재심결정서를 쌍방 당사자에게 교부 하고 상표등록기관에 1 부 송부한다. 결정에 불복할 경우 당사자는 법원에 소를 제기할 수 있다.

8. 등록사정, 공고

초보적인 심사결정을 거쳐 공고한 상표에 대하여 이의가 없거나 이의가 성립되지 않는다고 결정할 경우 등록을 해 주며 “상표등록증”을 발급함과 동시에 공고를 한다.

이의가 성립된다고 결정한 경우 등록사정을 하지 않는다.

<상표법>에서 정한 바에 따르면 이미 등록된 상표에 상표법을 위반하는, 사용 금지하는 문자, 도형을 사용하였거나 기만의 수법으로 또는 기타 부정한 수법으로 등록을 설정한 경우 상표국은 동 등록상표를 취소한다. 기타 단위 또는 개인은 상표평심위원회에 동 등록상표를 취소하는 결정을 청구할 수 있다. 취소된 등록상표의 전용권은 처음부터 존재하지 않은 것으로 간주한다. 단, 등록상표의 취소결정은 취소전에 상표의 권리침해사건에 대한 법원의 판결, 결정 및 이에 대한 집행, 상표권리침해사건에 대한 공상행정관리기관의 처리결정 및 이에 대한 집행, 이미 이행한 상표의 양도 및 사용허여계약 등에는 소급력이 없다. 상표등록자의 악의로 타인에게 손해를 입혔을 경우 배상을 하여야 한다.

9. 상표등록의 쟁의

이미 등록된 상표에 대하여 쟁의가 있을 경우 동 상표의 등록설정일로부터 1년 이내에 상표평심위원회에 결정신청을 할 수 있다. 상표평심위원회는 결정신청을 접수한 후 관련 당사자들에게 통지를 하여 정한 기간내에 답변을 할 것을 통지하며 등록설정 이전에 이미 이의를 제출하였고 결정을 한 상표는 다시 동일한 사실과 이유로 결정신청을 하여서는 아니된다. 상표평심위원회에서 등록상표를 유지하거나 취소할 결정을 한 후 서면으로 관련 당사자에게 통지를 하여야 한다. 당사자는 결정에 불복할 경우 법원에 소송을 제기할 수 있다.

제 4 절 게임상표권에 관한 사례

요점: 이 절에서는 사례분석을 통하여 온라인게임업에 있어서의 상표등록의 중요성 및 상표등록시 유의하여야 할 문제점을 다루고자 한다.

1. 사건 개요

Winking Entertainment Corporation 의 연구인원들이 2년간 개발한 MMORPG 의 대작인 <아라비안 나이트>(天方夜譚)의 클로즈베타기간내에 레이첼(雷爵)사에서는 온라인게임 <동화>의 홍보물에서 <동화>의 명칭을 <아라비안 나이트>(天方夜譚)라고 변경하여 동 홍보물을 시장에 투입하고자 하였다. 이는 Winking Entertainment

Corporation 의 <아라비안 나이트> 게임의 명칭과 동일하다. Winking Entertainment Corporation 는 이미 <아라비안 나이트>라는 상표를 등록하였고 이에 관련 수속을 마친 상태였다. 그후 Winking Entertainment Corporation 는 <아라비안 나이트 Online>에 대하여 대대적인 선전을 하였으며 이에 대한 유저와 사회의 여론은 상당히 좋았다. 레이췌이사가 동일한 명칭을 사용한 게임을 출시한 후 Winking Entertainment Corporation 은 레이췌이사와 협상을 하였으나 쌍방은 합의를 보지 못하였다.

현행 <상표법실시조례>제 29 조에 따르면, “상표법제 41 조 3 항에서 가리키는 이미 등록된 상표에 이의가 있을 경우란, 선등록출원한 상표등록자가 타인이 사용하는 등록상표가 그가 등록을 출원한 상표와 동일한 상품 또는 유사한 상품에 동일하거나 유사한 상품을 사용한다고 인정함을 말한다.” 상표의 동일 또는 유사함으로 인해 소비자가 혼동, 오인을 하도록 한다고 함에 있어서의 “혼동”은 이미 혼동을 발생한 “사실”을 가리킬 뿐만 아니라 “혼동”을 하게 할 수 있는 “가능성”도 포함된다. 따라서 후 등록출원을 한 상표에 소비자가 선등록출원을 한 상표와 혼동, 오인할 소지가 있을 경우 후 등록출원한 상표는 반드시 취소하여야 한다. Winking Entertainment Corporation 은 이미 2003 년도에 <아라비안 나이트>를 온라인게임 제품의 상표로 등록을 하였었다.

2. 상표등록의 의의

제품의 명칭은 상품 및 기업의 상징으로서 기업의 경제활동에서 중요한 의의를 가진다. 온라인게임에 있어 제품의 명칭은 특히 동 제품을 합법적으로 운영할 수 있는 가에 대한 근거로 되기도 한다. 제품의 등록상표는 기업의 이익창출, 게임의 품질을 보증, 시장경쟁력을 향상함에 모두 중요한 의의를 가진다.

3. 사건 결과 및 분석

쌍방의 반복적인 협상을 거쳐 레이췌이사는 동 상표를 사용하지 않기로 한발 물러섰다. 그후 얼마 지나지 않아 레이췌이사는 <동화의 아라비안 나이트> (童话之天方夜谭) 라는 명칭을 사용한 게임소프트웨어가 판매를 중단함과 동시에 <아라비안나이트> (一千零一夜)로 명칭을 변경한 동일한 게임소프트웨어를 시중에 대량 판매하였다.

<아라비안 나이트>(天方夜譚)은 Winking Entertainment Corporation 의 합법적인 등록상표이다. 비록 아라비안나이트의 중문명칭은 외관상으로는 서로 다른 것으로 보여지나 실질적으로 이와 유사한 명칭을 사용한 레이췌이사의 행위는 Winking Entertainment Corporation 의 상표권을 침해한 혐의가 다분하다고 판단된다. 이 사건에 대한 최종 판결은 아직 내려 지지 않고 있다.

제 4 장 중국 온라인게임 산업정책 및 관련 주관 정부부문의 기능

요점: 이 장에서는 외국의 온라인업체의 게임을 중국내에서 운영함과 관련하여 알아두면 편리한 관련 정부 부처 및 각 부처별 기능, 정책에 대하여 요약 소개하고자 한다.

제 1 절 외산 온라인게임의 중국내에서의 출판발행 요건

요점: 외국의 온라인게임을 중국내에서 출판발행함에는 외국의 온라인게임의 개발자와 중국내의 수입자간에 합의가 있더라도 정부에서 요구하는 발행요건을 갖추어야 합법적으로 발행할 수 있다.

1. 내용에 대한 심사

<문화제품의 수입관리를 강화할데 관한 방법>에 따르면, 문화부는 수입산 인터넷 문화제품의 내용에 대한 심사를 진행하며 온라인게임의 서비스에 대한 감독 관리를 진행한다. 중국은 오락프로그램의 수입 관련 WTO 가입시의 약속을 준수하는 전제하에서 세계 각국의 우수한 온라인게임의 제품을 선택적으로 수입하도록 함으로써 중국의 국정에 부합되지 않거나 불건전한 내용을 포함한 해외 온라인게임의 침입을 방지하고자 한다. 미성년자를 대상으로 하는 게임소프트웨어의 내용에 대하여서는 특히 엄격히 심사하며 미성년자들의 범죄행위를 유발하고 음란, 색정, 도박, 폭력, 미신, 국가의 안전 등을 해하는 내용이 담긴 게임소프트웨어의 제품에 대한 검사를 강화하고 있다. 어떠한 업체나 개인이나 모두 문화부의 기준을 거치지 않고서는 함부로 해외의 온라인게임의 제품을 수입하고 전파하거나 유통하지 못한다.

2. 소프트웨어 제품의 등기

문화부의 내용 심사를 거치지 않고 정보산업부의 <소프트웨어관리방법>에 따른 등기 또는 기안을 하지 않은 온라인게임의 제품은 일률로 중국내에서 운영할 수 없으며 전자경기 등 온라인게임의 경기성을 띠는 항목으로 정할 수 없다. 함부로

온라인게임의 제품을 수입하여 전파하는 경우 문화부는 관련 서버를 제공한 자에 대하여 조사, 처리를 하며 통신관리부문은 문화부에서 제공한 서면 인정 자료에 따라 처벌의견을 발표하며 인터넷관리에 관한 행정법규에서 정한 바에 따라 관련 사이트에 대한 처리를 한다.

3. 수입업체에 대한 기본자격요건

문화부의 비준을 받은 인터넷문화경영허가증을 취득한 온라인게임기업은 온라인 게임의 운영권과 동시에 게임제품의 수입권을 동시에 얻게 된다. 신규 설립하는 온라인게임기업의 등록 자본금은 성, 자치구, 직할시 내의 운영업체이든 전국 단위에서의 운영업체이든 관계없이 전부 인민폐 1,000 만원으로 정하였다.

제 2 절 온라인게임업체의 운영, 감독관리와 관련된 중국정부 각 부처의 기능

요점: 이 절에서는 온라인게임기업의 운영 및 온라인게임업에 대한 감독 관리와 관련한 중국 정부의 부처별 기능을 소개하고자 한다.

1. 신문출판총서 및 지방 출판행정관리 부문

《행정심사비준항목에 반드시 행정허가의 설정을 보류하여야 할 국무원의 결정》(《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》)에 따르면, 신문출판총서는 해외 저작권자가 중국에서의 출판을 허락한 전자출판물(인터넷 게임 저작물 포함)의 심사비준을 책임진다.

《국무원의 전자 및 인터넷 게임출판물의 심사비준권 분장 결정에 대한 신문출판총서, 국가관권국의 통지》(《新闻出版总署、国家版权局关于落实国务院归口审批电子和互联网游戏出版物决定的通知》)에 따르면, 온라인게임의 출판기구는 수입산 온라인 게임의 클라이언트프로그램의 CD 롬을 출판할 수 있다고 하였다. 온라인 게임의 출판기구는 성, 자치구, 직할시 출판행정 부문으로부터 전자출판물의 서호(书号) 및 <전자출판물복제위탁서>(电子出版物复制委托书)를 발급받아야 한다.

2. 정보산업부

《소프트웨어제품관리방법》(《软件产品管理办法》)에 따르면, 정보산업부는 전국의 소프트웨어 제품의 관리를 책임진다. 소프트웨어 제품은 등기 및 기안 제도를 실시한다. 소프트웨어 제품을 등기 및 기안하지 않거나 등기가 취소된 소프트웨어 제품은 중국 국내에서 경영하거나 판매하여서는 아니된다. 소프트웨어의 수입산품(수입 소프트웨어의 현지화 제품 포함)의 등기신청은 소프트웨어업종협회(中国软件行业协会)에서 일괄적으로 접수하고 중국소프트웨어등기센터에서 실질적인 심사를 한 후 정보산업부의 최종 인가를 받으면 정보산업부에서 소프트웨어 제품 등기번호 및 소프트웨어등기증서(软件产品登记证书)를 발급하여 준다.

3. 문화부

<인터넷문화관리잠정규정>(互联网文化管理暂行规定) 및 <온라인게임제품 내용심사를 강화할데 관한 통지>(关于加强网络游戏产品内容审查工作的通知) 통지에 따르면, 중화인민공화국 경내에서 온라인을 통해 또는 이동적인 외국온라인게임의 전파와 관련하여 반드시 문화부의 내용심사를 거쳐야만 운영을 개시할 수 있다. 온라인게임 제품의 수입신청을 하는 경영업체는 반드시 문화부에서 발급하는 《인터넷문화경영 허가증》(网络文化经营许可证)을 취득하여야 한다.

4. 공안기관

공안기관은 온라인게임을 이용하여 음란성, 도박성 등 유해 정보를 전파하는 업체에 대한 감독관리를 진행한다. 공안기관은 온라인게임을 이용하여 범죄활동을 하는 사이트 및 운영업체 및 관련 인원에 대한 처벌조치를 취한다.

5. 공상행정관리국

공상행정관리부문은 온라인게임경영업체의 시장진입에 대한 관리를 한다. 문화부의 허가를 취득하지 않은 업체에 대하여서는 영업집조⁴⁰를 발급하지 않는다. 영업집조를 가지고 있지 않는 경영업체에 대한 숙청 업무를 담당한다. 온라인게임 경영업체에 대한 감독관리도 이에 포함된다.

⁴⁰ 사업자등록증에 해당하다.

중국의 온라인게임산업은 최근 몇년내에 출현하고 발전하기 시작하는 산업이므로 이에 대한 정부관리체계는 잘 정비되어 있지 않은 상황이다. 이에 대한 각 정부기관은 일부는 중복되어 있는 한편 일부 관리업무는 맹점이기도 하다. 현재 중국에서 관련 각 정부 기관들은 각기 독자적으로 온라인게임업체에 대한 관리기능을 수행하는 한편 어느 한 부처를 주축으로 기타 정부 부처와 공동으로 연합감독관리를 하기도 한다.

이해의 편의를 위해 아래에 온라인게임업체의 설립, 운영, 온라인게임의 수입 등 순서에 따라 위 정부기관들의 주요 기능을 요약하여 소개하도록 하겠다.

번호	관장업무	세부업무	관련 부서
1	회사 설립 관련	회사 설립에 관한 일반등록	공상행정관리부문
		중외합작온라인게임운영업체의 설립	상무부, 정보산업부
		<인터넷문화경영허가증>라이센스의 취득	문화부
		온라인게임 출판업체 자격 심사 및 관리	신문출판총서
2	온라인게임의 권리 취득 관련	온라인게임의 소프트웨어 등기	정보산업부
		온라인게임의 콘텐츠 심의 및 관리	신문출판총서, 문화부
		온라인게임 판권 심사 및 관리	신문출판총서
3	온라인게임의 수입	수입 게임물의 콘텐츠 심의	문화부
4	온라인게임업체의 운영 관련	온라인게임을 이용하여 음란성 도박성 등 유해정보를 전파하는 행위에 대한 단속	공안기관
		PC 방에 대한 관리	문화부
		온라인게임업체의 인터넷 접속 및 보안에 대한 관리	정보산업부
		온라인게임경영업체의 영업집조 취득 여부 및 기타 불법경영행위 존재 여부에 대한 관리	공상행정기관

제 3 절 컴퓨터소프트웨어 저작권의 등기절차

요점: 온라인게임업체는 컴퓨터소프트웨어에 대하여 저작권등기를 할 수 있다. 중국의 관련 법률에서는 등기를 강요하지 않는다. 등기여부는 저작권자가 결정할 사항이지만 컴퓨터소프트웨어의 저작권을 중국의 국가관권 행정관리부문에 등기하는 것은 나름대로의 의미가 있다고 판단한다. 예컨대 향후 소프트웨어의 권리침해분쟁이 발생하였을 경우 유효한 증거로 되기도 하며 이로써 악의의 제 3 자에게 대항할 수 있게 된다.

이 절에서는 중국의 소프트웨어 저작권등기에 관한 절차와 등기에 제출하여야 할 서류 등을 소개하자 한다.

<컴퓨터프로그램저작권등기방법>에 따르면, 국가관권국은 전국의 소프트웨어의 저작권등기관리 업무를 관장한다. 국가관권국은 중국관권보호센터를 소프트웨어의 등기기구로 지정하였다. 저작권자는 본인 또는 대리인에 위임하여 중국관권보호센터에 소정의 양식 (www.ccopyright.com.cn에서 다운 받을 수 있음)에 따라 <컴퓨터 소프트웨어저작권 등기신청표>를 작성한 후 다음의 서류를 동시에 작성하여 관권 보호센터에 제출하여야 한다.

1. 신청시 중국관권보호센터에 제출하여야 할 서류⁴¹

- (1) 요구에 따라 작성한 프로그램 저작권 등록 신청서
- (2) 프로그램의 감별 자료
- (3) 관련 증명문건

위 (2)의 감별자료에는 프로그램과 문서의 감별자료가 포함된다.

프로그램과 문서의 감별자료에는 소스코드와 일종 문서의 전후 각각 연속 30 페이지로 구성되어야 한다. 모든 프로그램과 문서가 60 페이지 미만일 경우에는 모든 소스코드와 문서를 제공하여야 한다. 특수 상황을 제외하고 프로그램은 매 페이지 50 행 이상이고, 문서는 매 페이지 30 행 이상으로 한다.⁴²

위 (3)의 증명문건에는 다음의 문건들이 포함된다.

⁴¹ <컴퓨터프로그램저작권등기방법> 제 9 조

⁴² <컴퓨터프로그램저작권등기방법> 제 10 조

- i. 자연인, 법인 또는 기타 조직의 신분증명
- ii. 저작권 귀속에 대한 서면계약 또는 프로젝트임무서가 있을 경우에는 계약서 또는 프로젝트임무서
- iii. 원 프로그램 저작자의 허락을 받은 후 기존 프로그램 위에 개발한 프로그램은 원 저작자의 허락 증명
- iv. 권리 상속인, 양수인 또는 승계인은 권리의 상속, 양속 또는 승계에 대한 증명을 제출.⁴³

2. 등기신청시 유의할 문제

소프트웨어의 저작권 등기를 신청할 경우 아래 각 호의 방법 중 하나를 선택하여 감별자료로 하고 별도로 보관을 요청할 수 있다.

- (1) 소스코드의 전후 각각 연속 30 페이지, 그중 기밀부분은 흑색, 폭넓은 사체 음영으로 표시한다. 단, 음영처리 부분은 제공한 소프코드의 50%를 초과하지 못한다.
- (2) 소스코드의 연속 전 10 페이지, 소스코드의 임의 부분의 연속 50 페이지.
- (3) 오브젝트코드의 전후 각각 연속 30 페이지, 소스코드 임의 부분의 연속 20 페이지 문서를 별도로 보관하는 경우에는 전항의 규정에 따라 처리한다.

그밖에 저작권 등기시 신청인은 소스코드, 문서 또는 샘플을 봉인하여 보관할 것을 신청할 수 있다. 신청자 또는 사법기관이외에 어떠한 자도 이를 개봉할 수 없다.

3. 저작권 등기에 필요한 비용 및 시간

(1) 비용

건당 인민폐 250 원, 저작권증서 책자 비용 50 원이다. 감별 자료에 대한 특별 보관신청시에는 건당 320 원을 추가로 납부한다. 감별자료를 봉인하여 보관 요청할 경우 건당 120 원을 추가로 납부한다.

(2) 시간

제출자료를 전부, 완벽하게 제출한 전제하에서 접수일로부터 약 2 주-3 주 정도 소요된다.

⁴³ <컴퓨터프로그램저작권등기방법> 제 11 조

제 4 절 컴퓨터소프트웨어 제품의 등기절차

요점: 위 제 3 절의 요점 부분에서 언급하였 듯이 컴퓨터소프트웨어의 저작권 등기는 강제적인 절차가 아니다. 그러나 소프트웨어 제품을 중국내에서 운영 또는 판매할 경우 반드시소프트웨어제품에 대한 등기 및 기안을 하여야 한다. 외국의 게임소프트웨어의 제품을 중국내에서 운영하고 판매하고자 할 경우에는 중국내의 수입업체가 주체로 되어 이러한 등기 및 기안 절차를 진행해야 한다. 한국의 게임업체는 직접 등기 및 기안을 신청할 수는 없지만 수입업체에 이러한 부분을 주지시키고 진행여부를 감독함에 도움을 주고자 그 절차 및 관련 사항들에 대하여 요약 소개하기로 한다.

1. 소프트웨어 제품의 개념

소프트웨어 제품이란, 사용자에게 제공하는 컴퓨터소프트웨어, 정보시스템 또는 설비에 장착한 소프트웨어 또는 컴퓨터SI, 응용서비스 등 기술서비스를 제공하는 컴퓨터소프트웨어를 말한다.⁴⁴

국산소프트웨어란, 중국 국내에서 개발, 생산한 소프트웨어 제품을 말한다.

수입소프트웨어란, 중국 국외에서 개발하고 여러가지 형식으로 중국에서 생산, 경영하는 소프트웨어 제품을 말한다.

2. 등기 및 기안 기관

1) 국산 소프트웨어 제품의 등기 및 기안 기관⁴⁵

(1) 등기신청 접수 창구: 각 성, 자치구, 직할시 소프트웨어제품의 등기기구

(2) 비준기관: 각 성, 자치구, 직할시 정보산업 주관 부문.

비준시 국산소프트 웨어제품의 등기번호 및 소프트 웨어제품 등기 증서를 발급한다.

(3) 기안기관: 각 성, 자치구, 직할시 세무부문, 정보산업부 전자정보제품관리사.

⁴⁴ <소프트웨어제품관리방법> 제 3 조

⁴⁵ <소프트웨어제품관리방법> 제 9 조

2) 수입산 소프트웨어 제품의 등기 및 기안 기관⁴⁶

- (1) 등기신청 접수 창구: 중국소프트웨어업종협회
- (2) 비준기관: 정보산업부

비준시 국산소프트웨어제품의 등기번호 및 소프트웨어제품 등기증서를 발급한다.

3. 제출 서류

1) 국산 소프트웨어 제품의 등기에 필요한 제출 서류⁴⁷

국산소프트웨어 제품의 개발, 생산 업체는 다음의 서류들을 등기기관에 제출하여야 한다.

- (1) 소프트웨어제품 등기신청표
- (2) 기업법인 영업집조 부분 및 복사본
- (3) 등기신청을 하는 소프트웨어의 샘플
- (4) 중국 국내에서 개발하였으며 신청업체가 지적재산권을 가지고 있음을 증명하는 유효 문건
- (5) 정보산업부에서 수권한 소프트웨어검사기구에서 테스트한 증명자료
- (6) 기타 제출하여야 할 자료.

2) 수입산 소프트웨어 제품의 등기에 필요한 제출 서류⁴⁸

수입소프트웨어 제품의 등기기관은 수입업체에서 진행한다.

- (1) 소프트웨어제품 등기신청표
- (2) 신청 업체의 영업집조 부분 및 복사본
- (3) 소프트웨어의 샘플
- (4) 동 소프트웨어제품의 저작권자가 중국에서 경영을 하도록 수권한 증명자료
- (5) 정보산업부에서 수권한 소프트웨어검사기구에서 발급한 테스트결과 또는 정보산업부에서 인정하는 기타 테스트자료
- (6) 소프트웨어제품이 국가의 소프트웨어의 수입정책 및 규정에 부합됨을 증명하는 자료 등 기타 제출하여야 할 자료.

⁴⁶ <소프트웨어제품관리방법> 제 10 조

⁴⁷ <소프트웨어제품관리방법> 제 8 조

⁴⁸ <소프트웨어제품관리방법> 제 11 조

4. 등기의 효력 발생 및 유효기간⁴⁹

위에서의 국산 소프트웨어제품이나 수입산 소프트웨어제품이나 모두 소프트웨어
품등기증서를 발급받은 후 정보산업부에서 통고를 하면 등기기안을 완료하여 효력을
발생한다.

소프트웨어제품의 등기 유효기간은 5 년이다. 기간만료후 신청에 의해 연기할 수
있다.

5. 수입산 소프트웨어 제품의 등기에 소요되는 시간 및 비용

위의 자료들에 대한 하자가 없을 경우 접수일로부터 약 2 개월 정도 소요된다. 비용
은 건당 인민폐 1,000 원이다.

<소프트웨어제품관리방법> 제 12 조

제 5 장 침해에 대한 구제

요점: 이 장에서는 외국의 게임업체들의 중국 진출시 중국내에서 저작권에 대한 침해를 당하였을 경우 어떠한 구제조치를 취하여야 할 지에 대하여 소개하고자 한다. 이는 현재 실무에서 가장 많이 문의하는 사항이기도 하다. 이 장에서의 소개를 통해 이미 진출한 한국의 게임업체는 물론이고 진출을 준비하고 있는 업체에게 도움을 줄 것으로 생각한다.

제 1 절 민사적인 구제조치

요점: 저작권자는 그의 저작권이 타인에 의해 침해당했을 경우 가장 빨리, 그리고 효과적으로 취할 수 있는 조치는 바로 민사상의 구제조치이다. 따라서 이 절에서는 중국의 법률에서 정한 민사상의 구제조치의 내용, 절차 등에 대하여 상세하게 소개하고자 한다.

통상 저작권자는 권리침해를 당했을 경우 처음부터 소송으로 들어 가지는 않는다. 즉 소송으로 들어 가기 전에 가능한 조치들을 취해 보고 정말 가능성이 없을 경우 소송에 들어 가게 된다. 이때에는 향후의 소송에서 승소를 할 경우를 대비하여 소송직전에 일부 유효한 조치들을 취하게 된다. 이 절에서는 침해발생후에 저작권자가 취할 수 있는 조치 등에 대하여 시간, 절차 순에 따라 설명하고자 한다.

1. 소송전 구제

소송전 구제라 함은, 권리인이 법원에 소를 제기하기 전에 사안의 긴박성에 따라서 법이 정한 바에 따라 법원에 구제를 청구함을 말한다. 이때의 긴박성이라 함은, 지적재산권자가 타인이 권리침해 행위를 하고 있거나 침해를 하려고 함을 알았을 때에 적시에 저지하지 않으면 그의 합법적인 권익에 미봉할 수 없는 손해를 입힐 경우를 가리킨다. 법원이 권리인의 신청에 따라 이러한 구제조치를 취한 후 권리인은 일정한 기간내에 법원에 소를 제기하여야 한다. 소를 제기하지 않을 경우 법원은 구제조치를 해제한다. 즉 소송전의 구제조치는 임시조치라고도 한다. 권리인의 청구의 내용에 따라 소송전 구제는 소송전 금지령, 소송전 증거보전조치 및 소송전 재산보전 조치로 나눌 수 있다.

1) 소송전 금지령 및 그 적용 요건

소송전 금지령이라 함은, 법원이 당사자에 대한 작위 또는 부작위 명령을 가리킨다. 소송전 금지령은 일명 권리인이 소를 제기하기 전에 법원에 침해행위 혐의자에 대한 작위 또는 부작위 명령을 청구하는 행위이다.

(1) 소송전 금지령의 목적

지적재산권자에게 있어 발생중인 권리침해행위를 저지하는 권리는 이미 발생한 권리침해행위로 인해 경제적인 배상을 받을 권리보다 더 중요하다고 할 수 있겠다. 다수의 경우에 권리침해자가 피해자의 상업적인 신용 및 시장점유율 등에 입히는 손해는 금전으로 배상하기 어렵기 때문이다. 소송전 금지령의 목적은 바로 적시에 이미 실행하고 있거나 곧 실행예정인 권리침해행위를 저지시킴으로써 권리자의 목적이 실현될 수 있도록 함에 보장역할을 할 수 있도록 하는 것이다.

(2) 소송전 금지령의 적용 요건

소송전 금지령의 결정여부는 권리인 및 침해혐의자의 이익에 중대한 영향을 미친다. 만약 법원에서 소송전 금지령을 내리지 않을 경우 권리인의 상업신용 및 시장점유율 등에 입히는 손해를 금전으로 회복하기 어려운 정도일 수도 있다. 마찬가지로 법원에서 내리는 소송전 금지령이 적절하지 않으면 침해혐의자가 이로 인해 입은 손해 역시 회복하기 어려울 것이다. 따라서 소송전 금지령을 신청함에는 일정한 요건을 구비할 것을 요한다.

중국의 현행 특허법, 상표법 및 저작권법에서는 각각 실시중인 또는 곧 실시예정인 지적재산권에 대한 권리침해행위에 대하여 만약 적시에 저지시키지 않으면 권리자의 합법적인 권익에 미봉하기 어려운 손해를 입힐 경우 권리인은 법원에 소송전 금지령을 신청할 수 있다는 규정을 두고 있다. 이는 소송전 금지령을 적용할 수 있는 통상적인 요건이라 하겠다.

<저작권법> 제 49 조 제 1 항에서는, “저작권자 또는 저작권과 관련이 있는 권리인이 타인이 권리침해행위를 실시중이거나 곧 실시예정임을 증명할 만한 증거가 있고 만약 적시에 저지하지 않으면 그의 합법적인 권익에 회복할 수 없는 손해를 입게 된다는 증거가 있을 경우 소를 제기하기 전에 인민법원에 관련 행위를 정지시킬 명령 및

재산보전 조치를 신청할 수 있다.”고 정하였다.

소송전 금지령 신청의 요건은 크게 다음의 두가지로 나눈다.

I. 신청자에게 피신청인이 그의 저작권을 침해하는 행위를 실시중이거나 곧 실시예정임을 증명할 수 있는 증거를 제시할 것을 요구한다.

II. 만약 소송전 금지령을 취하지 않으면 신청인의 합법적인 권익에 회복할 수 없는 손해를 입힐 수 있어야 함을 요한다.

2) 소송전 증거의 보전

(1) 소송전 증거보전의 의의 및 목적

i. 의의

소송전 증거보전이란, 증거의 멸실 또는 향후 확보하기 어려운 상황에서 권리인이 소를 제기하기 전에 법원에 동 증거를 확보할 것을 청구하는 구제조치의 하나이다.

ii. 목적

소송전 보전의 목적은, 침해행위혐의자와 관련 있는 증거를 보전함으로써 지적재산권자의 이익을 보호하며 권리침해행위를 제재하기 위해 필요한 증거를 확보하기 위함이다. 침해행위혐의와 관련된 증거에는 침해를 구성하는 증거, 예컨대 침해혐의 제품을 복제, 판매와 관련한 증거 및 침해혐의 행위로 인해 부담하여야 할 민사상 책임의 증거, 예컨대 침해혐의 행위와 관련한 재무 장부책들 및 침해혐의 제품을 제조, 판매 및 그로 인해 얻은 이익 등 증거도 포함된다.

(2) 증거보전의 적용 요건 및 절차

<저작권법> 제 50 조에서는, “권리침해행위를 저지하기 위하여 증거가 멸실 또는 향후 확보하기 어려운 경우에는 저작권자 또는 저작권과 관련된 권리인은 소를 제기하기 전에 인민법원에 증거의 보전을 신청할 수 있다.”고 정하였다.

이에 법원은 48 시간 이내에 결정을 내려야 하며 보전조치를 취하기로 결정한 경우에는

즉시 집행을 개시하여야 한다.

법원은 이에 신청인에게 담보를 제공할 것을 명할 수 있으며 신청인이 담보를 제공하지 않을 경우 그 신청을 기각할 수 있다.

신청인이 법원에 보전조치를 취한 후 15 일 이내에 소를 제기하지 않을 경우 법원은 보전조치를 해제하여야 한다.

(3) 보전조치를 신청할 때 유의하여야 할 문제

소송전 증거의 보전신청을 제기할 때 신청인은 증거의 멸실 가능성 또는 향후 확보하기 어려운 이유를 설명하는 외에 그 본인 또는 그의 대리인이 자체로 증거를 수집하기에 어려움이 있음을 구체적으로 설명하여야 한다. 지적재산권 소송에 있어 특히 컴퓨터소프트웨어, 인터넷 등 유형의 분쟁에 있어 침해의 증거는 매우 용이하게 소멸될 수 있다. 일부 증거 예컨대 피신청인이 인터넷에서 불법복제하는 행위 또는 허위선전을 하는 등 부정당경쟁행위에 관한 증거는 취한 시간이 조금만 지체되어도 곧 소멸되기도 한다. 당사자는 자체로 또는 공증기관의 협조하에서 이러한 증거들을 취할 수 있기에 법원에 소송전 증거의 보전조치를 신청하는 것보다 오히려 신속하고 효과적일 것이며 제한적인 사법자원을 절약하게 할 수 있기 때문에 당사자는 법원에 이러한 증거의 보전신청을 하지 않는다.

3) 소송전 재산보전

(1) 의의 및 목적

소송전 재산보전이란, 권리인이 소를 제기하기 전에 법원에 관련 재산을 동결하고 차압함으로써 권리자가 회복하기 어려운 손해를 피면하게 하기 위한 구제조치의 일종이다.

소송전 재산보전의 목적은, 신청인의 합법적인 권익으로 하여금 회복하기 어려운 손해를 피면하게 하기 위함이다. 여기에서의 재산에는 두가지가 포함된다. 하나는 침해혐의를 받는 상품, 다른 하나는 피신청인이 민사상 책임을 부담하도록 할 수 있는 자산이다. 침해혐의를 받는 상품은 만약 신청자가 소송전 보전조치를 취하지 않을 경우 시장에 임의로 유통됨으로 신청인에게 상업적인 명예, 시장점유율 등 무형자산에 회복할 수 없는 손해를 입힐 수 있다. 피신청인의 책임재산에 대한 보전은 바로 법원의 판결의 집행을 보장하게 되는 것이다. 일부 피신청인은 신청인이

곧 권리침해소송을 제기하고자 할 때 패소가능성이 있음을 알고 있기 때문에 법의 제재를 벗어나기 위하여 신청인이 소를 제기하기 전에 자기의 자산을 처분하거나 이전하게 됨으로 이렇게 되면 신청인은 승소를 하더라도 판결서의 집행이 어려워진다. 이러한 상황에 대비하여 만약 소송전 재산보전 조치를 취하지 않으면 신청자에게는 회복할 수 없는 손해가 발생할 수 있게 된다.

(2) 소송전 보전의 적용 요건

소송전 재산보전에 관하여 민사소송법에서 정한 요건은, “긴급한 상황에서 재산보전을 신청하지 않으면 그의 합법적인 이익에 회복하기 어려운 손해를 초래하게 된다.”로 정하고 있다. “회복하기 어려운 손해”란 법원이 소송전 재산보전을 취할 것인 지에 대하여 결정할 때의 중요한 요인으로 된다. 이는 소송전 금지령을 결정할 때와 동일하다. 소송전 재산보전의 실질적인 후과는 소송전 금지령의 후과와 동일하며 동시에 침해혐의상품이 상업적인 유통단계로 진입하지 못하도록 통제할 수 있다.

2. 소송중의 구제

권리인의 청구의 내용에 따라 소송중의 구제는 소송중 재산보전, 소송중 증거보전 및 권리인의 정황지득권에 대한 보호로 구분할 수 있겠다.

1) 소송중 재산보전, 증거보전

소송중 재산보전이란, 소송과정에서 원고가 법원에 피고의 관련 재산에 대한 동결, 차압을 청구함으로써 법원의 판결에 따라 집행을 할 수 있도록 하는 구제조치의 일종이다.

소송중 증거보전이란, 증거가 멸실되거나 향후 취하기 어려울 경우 원고가 법원에 동 증거를 취할 것을 청구하는 구제조치의 일종이다.

소송중 재산보전과 소송전 재산보전의 목적은 다르다. 소송전 재산보전의 목적은, 긴급상황에서는 법에 따라 피신청인의 재산에 대한 보전을 신청함으로써 이해관계인의 합법적인 권익이 회복할 수 없는 손해를 피면하기 위함이다. 그와는 달리 소송중의 재산보전의 목적은 피고의 재산을 보전함으로써 어느 한 당사자의

행위 또는 기타 원인으로 인해 판결이 집행될 수 없어 집행하기 어려움을 피면하기 위한 것이다. 소송중 재산보전은 통상 원고의 신청에 의해 진행된다.

소송중 증거보전의 목적, 소송중 증거보전의 적용 요건 및 담보 등에 대하여서는 소송전 증거의 보전과 동일하나 보전 신청의 시점만 다르다.

2) 권리인의 정황지득권에 대한 보호

(1) 권리인의 정황지득권 제도의 연혁

소송중 증거보전 및 소송전 증거보전은 모두 소송절차상 권리인에게 주는 구제 조치의 하나이다. 권리인은 증거의 보전을 신청할 수 있고 법원도 보전조치를 취할 데 관한 결정은 할 수 있으나 지적재산권 소송에 있어 증거는 용이하게 멸실되고 은닉될 수 있기에 이러한 보전조치를 취하더라도 관련 증거를 전부 보전한다고 하기는 어렵다. 예컨대 일본手冢주식회사와 북경헤이바우전기회사 등 5 개 판매 업체에 《狮王大帝》라는 그림영화 저작권분쟁에서 원고인 일본手冢주식회사는 각기 피고측으로부터 침해 제품인 CD 롬을 한장 구매하면서 구매과정 전반에 대하여 공증하였다. 소송진행중 4 개 회사 즉 피고는 한장만 판매(즉 공증에 의해 보전한 한장), 그것도 상황을 모르는 상태에서 판매하였다고 진술하면서 그 물품의 출처를 모른다고 답변하였다. 이러한 상황에서 권리인은 증거보전조치를 취하더라도 권리 침해제품의 복제측에 대한 증거 및 정보를 얻을 수 있다고는 보장할 수 없다. 이는 소송제도 자체에 고유한 문제로서 제도적인 측면에서 그 해결방안을 고려해 보아야 할 바이다. 권리인이 향유하는 지득권제도는 바로 이러한 문제들을 해결할 수 있다.

(2) 권리인의 지득권제도에 대한 법률의 지지

중국 최고인민법원에서 2001 년 12 월 21 일에 공포한, <민사소송증거에 관한 약간의 규정> 제 75 조에서 정한 바에 따르면, “일방 당사자가 증거를 보유하고 있음에도 정당한 이유없이 제공을 거절하고 있음을 입증할 만한 증거가 있을 경우 상대방 당사자가 동 증거의 내용이 증거소지자에게 불리하다고 주장할 경우 동 주장은 성립되는 것으로 추정한다.”라고 정하였다. 위 사례중 만약 소송에서 원고가 피고에 대한 불법복제행위를 실시하였음에 대한 주장을 철회하지 않는다면 원고는 피고에게 관련 해당 권리침해제품의 복제자에 관한 정보 및 증거를 제출할 것을 요구할 수 있다. 만약 피고가 동 정보 및 증거의 제공을 거절할 경우 상기 규정에

따라 법원은 피고를 동 권리침해 제품의 복제자라고 추정하여 피고에게 권리침해 책임을 부여할 수 있다.

3. 소송종결후 구제

지적재산권자가 소송전 및 소송중에 얻는 구제는 임시적인 구제에 속할 뿐 종국적인 구제는 법원에서 권리침해자에게 내리는 민사적인 책임에서 나타나게 된다. 권리인의 각도에서 보면 권리침해자가 부담하여야 할 민사상 책임은 바로 침해당한 권리에 대한 구제이다.

1) 권리침해자가 부담하는 민사상 책임의 방식

권리침해자가 법에 의해 민사상 책임을 부담하는 방식은 권리침해의 책임에 대한 구체적인 관철로서 권리침해자는 권리인에게 의무를 이행하여야 한다. 권리침해의 민사상 책임의 주요 방식은 손해배상이다. 그밖에 기타 방식에 의한 책임도 부여할 수 있다. <민법통칙>제 134 조⁵⁰에서는 10 종의 민사책임의 방식을 정하였다.

(1) 지적재산권 침해의 민사상 책임 방식

지적재산권에 대한 침해는 민사상 권리침해의 하나이다. 따라서 지적재산권의 침해에 대한 민사상 책임방식을 정할 때에는 <민법통칙>제 134 조의 규정을 적용하여야 한다. 단, 통상의 민사상 권리침해에 비하면 지적재산권에 대한 권리침해는 자체의 특징을 가짐으로 <민법통칙>제 118 조에서는 지적재산권을 침해하는 민사상 책임 방식에 대하여 침해의 정지, 영향의 제거, 손해배상으로 정하고 있다.

(2) 저작권법에서 정한 권리침해에 대한 민사상의 책임 방식

⁵⁰ 민사상 책임을 부담하는 방식은 다음과 같다.

- (1) 침해 정지
- (2) 장애 제거
- (3) 위협 제거
- (4) 재산반환
- (5) 원상회복
- (6) 수리, 재제작, 교환
- (7) 손해배상
- (8) 위약금지불
- (9) 영향제거, 명예회복
- (10) 공개사과

<저작권법>에서는 권리침해행위에 대한 민사상 책임방식에 대하여 별도의 규정을 두고 있다. 예컨대 <저작권법> 제 46 조에서는 권리침해행위로 인해 부담하여야 할 민사상의 책임방식에 대하여 침해의 정지, 영향의 제거, 공개 사과, 손해배상으로 정하였다. 그밖에 특별히 엄중한 권리침해행위 및 공중이익을 해하는 침해행위 등에 대하여서는 <저작권법>제 46 조에서 정한 4 가지 민사상 책임형식외에 행정적 책임 즉 불법소득 몰수, 침해 복제품 등을 몰수, 파기하는 책임도 부여하고 있다.

(3) 기타 법률, 법규에서 정한 권리침해에 관한 민사상 책임 방식

<컴퓨터소프트웨어보호조례> 제 23 조에서는 일부 특수 소프트웨어의 저작권의 침해행위에 대하여 침해의 정지, 영향의 제거, 공개 사과, 손해배상 등 형식의 민사상 책임에 대하여 정하고 있다.

<집적회로도면설계보호조례>제 30 조에서는 권리침해에 대한 민사상 책임방식에 대하여 침해의 정지, 영향의 제거, 손해배상 등으로 정하였다.

2) 민사상 책임의 기능

민사상 책임은 예방, 원상회복, 징벌 기능을 가진다. 그중 원상회복은 가장 대표적인 기능이라 하겠다.

(1) 예방의 기능

민사책임의 예방기능은 주로 <민법통칙>제 134 조에서 정한 침해의 정지, 장애의 제거, 위협의 제거 등 3 가지 민사상 책임 방식에서 구현된다.

(2) 원상회복의 기능

원상회복은 피해자로 하여금 손해발생의 사건이 발생하지 않았을 때와 동일한 처지에 놓이게 하도록 하는 기능을 한다. 이는 주로 <민법통칙> 제 134 조에서 정한 손해배상, 영향 제거, 명예회복 및 공개사과 등 민사상 책임방식 위에서 이루어 지는 것이다.

(3) 징벌의 기능

민사상의 책임은 일부 경우에는 징벌의 기능을 가진다. 예컨대 위약금은 징벌의 성격, 과태료 및 불법소득의 몰수 등도 징벌의 성격을 띤다.

지적재산권 침해에 대한 민사상의 책임은 당연히 민사상 책임의 모든 기능을 가지고 있다. 위에서 설명한 바와 같이 중국법에서 정한 지적재산권 침해에 관한 민사상책임방식에는 주로 침해의 정지, 손해배상, 영향제거 및 공개 사과가 포함된다. 지적재산권 침해에 대한 민사상 책임의 예방기능은 주로 침해의 정지에서 표현되는데 원상회복의 기능은 주로 나머지 3 가지 책임방식으로 나타난다. 민사상 책임의 징벌기능은 지적재산권의 침해소송에서 특히 뚜렷하게 나타난다. 예컨대 특정지적재산권의 로열티의 합리적인 배수(倍数) 또는 법정배상으로 그 배상액을 산정하고 권리침해 제품, 침해도구의 회수 및 파괴 등 면에서 그 징벌성을 구현하고 있다.

제 2 절 행정구제

요점: 온라인게임의 저작권자는 권리침해를 당했을 경우 민사책임과는 별도로 행정기관에 구제를 청구할 수 있다. 이 절에서는 주로 행정기관이 권리인의 권리가 침해를 당했을 경우 취할 수 있는 행정적인 구제조치에 대하여 소개하고자 한다.

행정구제란, 권리인이 그 권리가 침해를 받았을 경우 행정기관에 청구하여 구제를 받음을 말한다. 중국의 지적재산권 관련 전문입법에서는 권리침해의 행정적 구제에 대하여 일부 규정들을 두고 있다.

1. 행정구제의 주요 방식

중국의 저작권행정관리부문은 저작권사건에 대한 조사, 처리업무를 진행한다. 구제방식에는 다음의 것들이 포함된다.

1) 권리침해행위에 대한 정지를 명함

현행 <저작권법> 제 46 조, 제 47 조에서 정한 권리침해행위에 대해 저작권자는 저작권행정관리부문에 조사 및 처리를 요구할 수 있다. 권리침해가 성립된다고 인정

할 경우 동 부문은 권리침해자에게 권리침해행위를 정지할 것을 명할 수 있다. 만약 권리침해자가 행정관리부문의 결정에 불복하면 행정소송을 제기할 수 있다. 만약 권리침해자가 법률이 정한 바에 따라 행정소송을 제기하지 않았고 권리침해행위를 정지하지도 않을 경우 저작권행정관리부문은 법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

2) 권리침해자에 대한 행정적 처벌

각이한 유형의 지적재산권 권리침해분쟁에서 행정관리부문이 권리침해자에게 주는 처벌의 유형에는 여러가지가 있다. 즉 행정관리부문은 불법소득을 몰수하고 권리침해 복제품을 몰수 및 파기하며 과태료를 부과하며 주로 침해 복제품의 제작에 사용하였던 자재, 도구, 장비 등을 몰수하는 등 행정적 처벌조치를 취할 수 있다.⁵¹

그밖에 지적재산권 침해분쟁별로 행정주관부문에서 권리침해자를 처벌하는 요건도 상이하다. 저작권행정관리부문은 권리침해행위와 동시에 공중이익을 해하거나 정상이 엄중할 경우에 권리침해자에게 행정처벌을 줄 수 있다.

2. 기타 구제 경로

2005년 6월 9일에 문화부, 중앙문명판공실, 정보산업부,公安부, 국가공상행정 관리총국에서 공표한 <온라인게임사업을 정화할데 관한 통지>에 따르면, 그 누구나 온라인게임의 권리침해 또는 불법 운영사실을 알고 있을 경우 위 부문에 검거하여 조사·처리하도록 요구할 수 있다.

제 3 절 형사적 구제

요점: 민사적 구제 및 행정적 구제외에 저작권침해의 정상이 엄중할 경우 형사적인 구제 방식을 취할 수 있으며 이에 권리침해자는 형사 책임을 부담하게 된다. 이 절에서는 저작권침해죄의 구성 요건, 정상, 양형의 폭 등에 대하여 간략하게 소개하고자 한다.

지적재산권의 형사적 구제라 함은, 사법기관에서 권리침해행위자의 형사적 책임을 추궁함으로써 지적재산권자에 주는 구제방식을 말한다.

⁵¹ <저작권법>제 47 조

1. 형사적 구제에 대한 법률의 규정

1979 년도의 <형법>에서는 저작권에 대한 형사적 구제에 대하여 언급하지 않았으며 1990년에 채택한 <저작권법>에서도 이에 대한 규정을 두지 않았다. 저작권자의 권익에 대한 보호를 강화하고 저작권 및 저작권과 관련된 권익의 침해에 대한 범죄를 징벌하기 위하여 1994년 7월 5일 전국인민대표대회 상무위원회 제 8 차회의에서는 <저작권을 침해하는 범죄를 징벌할데 관한 결정>을 통과하였으며 형법에 대해 보충규정을 두게 되었다. 이는 저작권에 대한 형사적 구제를 처음으로 단행법규의 형식으로 정한 것이다. 최고인민법원에서는 그 이듬해에 동 법률의 약간의 문제에 대한 사법해석을 두었다.

1) 저작권침해죄

1997년에 채택한 <형법>개정안에서는 <형법> 제 217 조에 대하여 다음과 같이 정하였다. 영리를 목적으로 한 다음의 저작권에 대한 권리침해는 위법소득액이 비교적 크거나 기타 정상이 엄중할 경우 3년이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과하거나 단독으로 부과할 수 있으며 위법소득액이 거대하거나 기타 특별히 엄중한 정상이 있을 경우 3년이상 7년이하의 유기징역에 처하며 벌금을 병과한다.

- i. 저작권자의 허락 없이 그 문자저작물, 음악, 영화, 텔레비전, 녹화 저작물, 컴퓨터소프트웨어 및 기타 저작물을 복제·발행한 경우.
- ii. 타인이 독점출판권을 향유하고 있는 도서를 출판한 경우.
- iii. 녹음, 녹화 제작자의 허락 없이 그가 제작한 녹음, 녹화 저작물을 복제·발행한 경우.
- iv. 가짜로 서명한 타인의 미술 저작물을 제작·판매한 경우.

2) 권리침해 복제품판매죄

<형법> 제 218 조에 따르면, 영리의 목적으로 이 법 제 217 조에서 정한 권리침해 복제품임을 알면서 판매한 경우 그 위법소득액이 거대할 때에는 3년이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과 또는 단독으로 부과한다.

3) 형사적 구제 경로

지적재산권자는 형사적 구제를 받고자 할 경우, 즉 행위자의 형사적 책임을

추궁하고자 할 경우 공안기관에 사건신고를 할 수 있으며 공안기관은 사건에 대하여 수사를 하며 수사 종결후 검찰원에 이송하여 공소를 하게 된다. 이에 법원은 심리를 거쳐 형사책임의 추궁여부를 결정한다.

2. 형사적 구제의 구체적인 사례

신강위그르자치구에서의 첫 온라인게임저작권에 대한 침해사건은 2004년 11월 5일 우루무치시 사구 인민법원에서 판결을 하였다. 결과 “동방구락부”의 사업자인 손씨 형제는 사사로이 PC 방에 <미르 2>의 불법서버를 설치하였다. 이에 각 1년 유기징역에, 유예 1년, 벌금 2만원씩 부과하였다.

2003년 4월 손씨형제는 방문판매업자의 제안을 받고 400원에 그들이 운영하는 PC 방에 <미르 2>게임서버를 설치하였다. 동 서버를 설치한 후 PC 방의 영업은 현저히 좋아지기 시작하였다. 이에 손씨형제는 PC 방에 또 <미르 2>의 게임서버를 설치 하였다. 검찰의 수사에 의하면, 손씨형제가 인터넷을 이용하여 공중에게 <미르 2> 게임을 제공하였는데 2004년 1/4 분기의 수입은 10만여원에 달하였다.

법원은 심리를 거쳐, 상해 산다는 저작권자의 수권을 받아 중국내에서 독점적으로 운영하는 <미르 2>의 온라인게임의 운영업체이며 손씨형제는 저작권자의 수권을 받지 않고 사사로이 서버를 설치하고 대가를 받았으며 그 액수가 비교적 큼으로 온라인 저작권침해죄로 성립된다고 판결하였다.

제 6 장 권리침해분쟁 예방 조치

요점: 이 절에서는 이미 중국에 진출하였거나 향후 진출하고자 하는 기업이 중국내에서의 권리침해분쟁을 예방하기 위하여 알아두면 도움이 될만한 약간의 문제에 대하여 요약 설명하기로 한다.

제 1 절 외국의 온라인게임기업과 중국의 온라인게임기업간의 합작방식

외국의 온라인게임기업이 중국에서 온라인게임을 운영하기 위하여서는 통상 다음의 몇가지 방식을 취한다.

1) 권리금 방식

이러한 경우에 중국의 게임대리업체가 제작하는 상업적인 판매용도에 사용하는 게임 관련 포인트카드, 주변제품 등은 일정한 고정 주기마다 주기별로 제작한 제품의 시장소매가의 일정한 비율에 따라 외국의 게임업체에게 권리금을 지불한다. 이에는 동 제품의 판매여부를 묻지 아니한다.

2) 이익 배분 방식

이 방식은 외국의 게임업체와 중국의 대리업체간에 사전에 이익의 배분에 관하여 협상을 하고 이에 관련 계약을 체결함으로써 일정기간마다 그 기간내의 수익의 일정한 부분을 계약에 따라 게임업체에 지불하는 방식이다.

3) 판권에 대한 배타적인 사용 방식

이 방식은 중국의 대리업체가 외국의 게임업체로부터 일정한 사용료를 지불하고 이에 일정한 지역내에서 일정한 기간동안 배타적으로 사용함을 말한다.

4) 공동운영 방식

외국의 게임업체와 중국의 업체는 중국내에 합자의 방식으로 공동으로 투자하여 공동으로 운영하는 방식을 말한다.

제 2 절 중국온라인게임기업이 통상 갖추어야 할 라이선스

위의 어느 모델을 취하든 중국측 운영업체는 반드시 중국경내에서 온라인게임을 운영하기 위하여서는 일정한 요건과 이에 상응한 라이선스를 갖추어야 한다.

1) 인터넷연결 부가통신업무 허가증(ISP 증)

인터넷과 관련된 사업을 영위하기 위한 업체에 대하여 인터넷경영허가증제도를 실시한다. 인터넷연결경영허가증(ISP 증)은 동 사업을 영위하는 업체의 주관 부문(통상 성, 자치구, 직할시 통신관리기구)에서 발급하며 국무원정보화사업팀 판공실에 기안을 한다. 주관 부문은 관련 업체에 대한 연검을 진행한다.

2) 전신 및 정보서비스업무 경영허가증(ICP 증)

ICP 증의 신청은 <중화인민공화국전신및정보서비스업무경영허가증>이다. 인터넷을 통해 인터넷접속 사용자에게 유상으로 정보, 온라인광고, 홈페이지제작, 서버내 저장공간, 특정 정보의 내용을 유상으로 제공, 전자상거래 및 기타 온라인 응용서비스를 제공하는 회사는 반드시 온라인경영허가증을 취득하여야 한다. 각 성, 자치구, 직할시의 ICP 증은 동 성, 자치구, 직할시의 전신관리국에서 발급한다.

<인터넷정보서비스관리방법>에 따르면, 중국의 인터넷서비스업체는 크게 경영성 업체와 비경영성업체의 2 대 유형으로 나눈다. 경영성인터넷정보서비스란, 인터넷을 통해 온라인 유저에게 유상으로 정보를 제공하거나 홈페이지를 제작해 주는 등 서비스를 말한다. 비경영성인터넷정보서비스란, 인터넷을 통해 온라인유저에게 무상으로 공개적인, 공유성 정보를 제공해 주는 서비스활동을 말한다. 국가는 경영성인터넷정보서비스에 대하여서는 허가제도를 실시한다. 비경영성인터넷 정보서비스에 대하여서는 기안제도를 실시한다. 허가를 취득하지 않았거나 기안수속을 하지 않은 업체는 인터넷정보서비스 업무를 영위할 수 없다.

경영허가증을 취득하지 않고 함부로 경영성인터넷정보서비스 업무에 종사하거나 허가의 범위를 초월하여 서비스를 제공할 경우 각 성, 자치구, 직할시 전신관리 기구는 기한부로 시정할 것을 명할 수 있으며 위법소득이 있을 경우 위법소득을 몰수하며 위법소득의 3 배 이상 5 배 이하의 과태료를 부과한다. 위법소득이 없거나

위법소득이 5 만원이하일 경우 10 만원이상 100 만원 이하의 과태료를 부과하며 정상이 입증할 경우 해당 사이트를 폐쇄시킨다.

3) 인터넷문화경영증

<인터넷문화관리잠정규정>, <온라인게임 제품의 내용심사 사업을 강화할데 대한 통지>에 따르면, 중화인민공화국의 경내에서 외국의 온라인게임 제품을 인터넷을 통해 또는 이동통신을 통해 전파할 경우 반드시 문화부의 내용심사를 거쳐야 운영할 수 있다. 온라인게임제품을 수입하는 경영업체는 반드시 문화부에서 발급한 <인터넷문화경영허가증>을 취득하여야 한다.

4) 전자출판물의 출판경영허가증

<전자출판물관리규정>제 8 조에 따르면, 국가는 전자출판물의 출판, 복제, 수입, 발행에 대하여 허가증제도를 실시한다. 어떠한 단위나 개인이든지 허가를 받지 않고는 전항에서 정한 전자출판물의 경영활동에 종사하여서는 아니된다. 전자출판물의 경영업체는 경영장소에 허가증을 게시함으로써 수시로 행정관리부문의 검사를 받도록 하여야 한다. 전자출판물의 경영업체는 출판행정관리부문에서 발급한 경영범위내에서 전자출판물의 경영활동에 종사하여야 한다.

전자출판물의 출판업체를 설립할 경우 신청자는 기업의 소재지의 성, 자치구, 직할시의 신문출판국에 신청하여야 하며 성, 자치구, 직할시의 동의를 얻은 후 신문출판서의 심사비준을 받아야 한다.⁵²

전자출판물의 출판업체의 설립신청은 신문출판서의 비준을 거친 후 신청자는 비준결정 통지를 수령한 날로부터 60 일 이내에 소재지의 성, 자치구, 직할시 신문출판국에登記하여야 하며 <전자출판물출판경영허가증>을 발급받아야 한다.

전자출판물의 출판업체는 등기후 <전자출판물출판경영허가증>을 소지하고 소재지의 공상행정관리국으로부터 영업집조를 취득하여야 한다.

5) 기타 규정

신문출판총서, 국가관권국은 연합으로 <국무원에서 일괄적으로 전자 및 인터넷 게임출판물의 심사비준을 결정할데 관한 통지>를 공포하였다. <통지>에 따르면, 전자,

⁵² <전자출판물관리규정>제 18 조

온라인게임의 출판물을 수입하기 전에 <저작권법>의 관련 규정에 따라 합법적인 수권을 받아야 하며 이에 출판계약을 체결하고 저작권계약에 대한 기안수속을 이행하여야 한다. 출판행정부문에서 발급한 전자출판물의 발행허가증을 소지한 업체, 기구 또는 개인은 각종 전자제품의 시장, 소프트웨어의 판매점, PC 방 등을 포함하여 일률로 전자게임출판물, 인터넷게임출판물의 클라이언트프로그램의 CD-ROM, 게임포인트카드의 발행업무에 종사하여서는 아니 된다.

제 3 절 계약 체결시 유의할 점

요점: 당사자사이에 비즈니스 차원에서의 합작의향이 확정될 경우 통상 라이선스 계약 및 비밀유지계약 등 계약을 체결하게 된다. 당사자 특히 라이선서는 권리의 보호와 관련하여 다음의 몇가지 사항에 유의하여야 할 것으로 본다.

1. 사용 허락하는 권리의 범위

통상 외국의 온라인게임업체와 중국 대륙의 회사간에 온라인게임을 공동으로 운영할 경우 배타적인, 독점권을 허여하는 방식으로 진행한다. 즉 저작권자는 사용자에게 일정한 기간 및 범위내에서 특정방식으로 타인에게 독점적으로 저작물을 사용하도록 허락한다. 사용자는 저작권자를 포함한 타인이 동일한 방식으로 저작물을 사용함을 배제한다. 이에선 온라인게임의 운영과정에서 필요한 소프트웨어와 관련된 모든 저작권, 예컨대 장르, 인물, 배경, 도구, 도해, 문자, 상표 등등이 포함된다. 아울러 피허여자가 동 게임을 현지화할 권리도 포함된다.

구체적인 계약 조항에서는 반드시 위의 권리범위를 구체적으로, 명확하게 정하여야 한다.

2. 비밀유지조항

합작 쌍방은 합작 관련 협상이 시작될 때 상업적인 각도에서 고려하여 비밀유지계약을 체결하게 된다. 비밀유지계약 체결의 목적은 중방 합작자가 협상과정에서 그리고 게임의 운영과정에서 권리자의 모든 정보에 대한 공개, 전파를 제한함으로써 권리자의 합법적인 권리 및 상업적인 이익을 보장하기 위함이다. 그 주요 내용에는 다음의 것들이 포함된다.

(1) 경영관리에 관한 정보

이에는 업무기획 및 계획, 영업실적 및 재무데이터, 관리제도, 업무운영 문서 및 기타 유사한 정보가 포함된다.

(2) 기술에 대한 정보

이에는 기술의 노하우, 사상, 게임의 명칭, 게임의 아이디어, 내용, 도해, 문자 설계방안, 기술방안, 실시계획, 컨설팅보고서, 컴퓨터프로그램(소스코드와 오브젝트 코드), 기타 유사한 정보가 포함된다.

(3) 쌍방 합작과 관련된 자료

이에는 쌍방간의 합작 의향, 진척도, 계획, 합작과정에서 형성된 관련 구두, 서면에 의한 자료, 회의요지, 실시과정 및 내역, 계약의 조항 및 가격, 테스트목적으로 중방에 제공한 사이트, 사용자명, 비밀번호, 테스트에 의해 형성된 데이터베이스 정보, 제 3자가 테스트목적으로 제공한 프라이버시 정보 및 기타 유사한 정보가 포함된다.

다음의 내용은 포함되지 않는다.

이미 공중에 의해 알려졌거나 숙지자의 원인으로 인해 공개된 정보, 숙지자가 이미 정보제공자에 의해 정보를 알기 이전에 합법적인 경로를 통해 알고 있는 정보, 숙지자가 독자적으로 개발하였거나 합법적으로 얻은 정보.

3. 위약책임에 대한 약정

외국의 게임업체와 중국의 퍼블리셔간의 합작방식은 다양하고 또 개개의 방식마다에 따르는 당사자간의 권리의무는 상당히 복잡하다. 만약 당사자간에 그들의 의무를 성실히 이행하지 않으면 합작 전반에 영향을 주게 되며 지어는 합작이 결렬되거나 상대방에게 치명적인 손실도 초래하게 된다.

상호 계약을 엄숙하게 대하고 성실히 이행하고 계약에 대한 불이행 또는 불완전 이행시 상대방에 대한 손실을 최대한 만회하기 위하여 흔히 계약에 위약책임 조항을 둔다. 이러한 위약책임조항은 상세히 정하여야 향후 문제발생시 문제해결에 직접적인 근거를 제시할 수 있다. 특히 위약금 조항을 정할 때 단계별로, 그 구체적인 액수를 정확히 산정하여 보다 근사하게 정함이 좋을 것으로 사료된다.

4. 법률의 적용에 대한 약정

통상 중국과 외국의 온라인게임업체간의 합작에 있어 당사자중 적어도 어느 하나는 외국의 기업 또는 자연인으로써 계약에서 적용하는 법률에 대하여 어느 한 나라의 법률에 대하여 명확히 할 것을 요구하고 있다.

단, 중국의 <민법통칙>제 145조, <계약법>제 126조 등에서는, “섭외계약의 당사자는 계약의 쟁의를 처리함에 관련된 법률을 선택할 수 있다. 단, 법률에서 따로 정한 것은 이에 포함되지 않는다.”고 정하였다.

즉 중국의 관련 법률에서는 섭외계약의 경우 당사자의 선택에 따른 법률적용을 원칙으로 하고 있으나 다음의 경우는 반드시 중국의 법률을 적용할 것을 요하고 있다. 즉 중외합자경영기업계약, 중외합작경영기업 및 중외합작자연자원합작계약은 반드시 중국의 법률을 적용하여야 한다.

당사자가 외국의 법률을 선택할 경우 중국법률의 기본원칙과 사회공중이익을 해하여서는 아니된다.

만약 당사자가 계약에 적용법률을 명시하지 않을 경우 반드시 계약과 가장 밀접한 연관이 있는 국가의 법률을 적용하여야 하는데 통상 중국과 외국의 온라인게임업체간의 합작에 있어 당사자중 적어도 하나는 중국의 업체, 그리고 중국내에서 이행하게 됨으로 계약과 밀접한 연관이 있는 국가는 중국이 된다.

끝으로 한국과 중국의 온라인게임 업체간의 합작에 있어 각이한 합작방식에 따른 여러 계약들을 체결하여야 하는데 체결시 유의하여야 할 사항들이 상당히 많다. 향후 특히 중국에 진출하는 한국 업체들은 계약체결에 신중성을 기해야 하며 법률전문가의 조언을 받아 최대한 향후 발생하게 될 문제점들을 점검하고 불이익을 당하지 않도록 미연에 방지하기에 노력해야 할 것이다.