

게임 저작권 관련 판례의 동향

법무법인 세화 / 정 경 석

주 제 어 ▶ 게임, 저작물, 게임저작물, 게임저작권, 게임캐릭터, 게임아이템, 저작권 침해, 표절, 기술적 보호조치

Key words ▶ Game, Copyright, Game Copyright, Game Character, Game Item, Copyright Infringement, Plagiarism, Technological Measure, Circumvention,

정 경 석(Chong, Kyong Sok)

서울대학교 법과대학을 졸업(1996)하였다. 1999년부터 현재까지 변호사 생활을 하고 있다. 집필한 게임 관련 논문으로는 “게임과 법률(2004)”, “게임저작물의 저작권침해(2005)”, “비디오게임에 있어 실질적 유사성 테스트와 시각적 동일성 기준(2006)” 등이 있다.

목 차

I. 머리말

II. 게임 내 캐릭터와 관련된 저작권 분쟁사례

1. 신아구 사건
 - 가. 사실관계
 - 나. 원고와 피고들의 주장 요지
 - 다. 판결의 요지
 - 라. 평석
2. 비엔비 사건
 - 가. 사실관계
 - 나. 원고와 피고의 주장 요지
 - 다. 판결의 요지
 - 라. 평석

3. 캔디바 사건
 - 가. 사실관계
 - 나. 판결의 요지
 - 다. 평석 - 게임 아바타의 저작물성

III. 게임 내 캐릭터 외의 다른 시각적 요소들에 대한 저작권 분쟁사례

1. 비엔비 사건

- 가. 사실관계 및 원고 및 피고의 주장 요지
- 나. 판결의 요지
- 다. 평석

2. 건바운드 사건

- 가. 사실관계
- 나. 판결의 요지
- 다. 평석

IV. 게임 프로그램의 저작권과 관련된 분쟁사례

1. PS2 모드칩 사건
 - 가. 사실관계
 - 나. 판결의 요지
 - 다. 평석
2. 미완성 게임프로그램 사건
 - 가. 사실관계
 - 나. 원고의 주장 요지
 - 다. 판결의 요지
 - 라. 평석
3. 경마게임 사건
 - 가. 사실관계
 - 나. 신청인 주장의 요지
 - 다. 판결의 요지
 - 라. 평석

V. 맺음말

게임산업의 급성장과 더불어 최근 게임저작권의 중요성이 강조되고 있다. 이제는 단순히 언론의 '표절' 논란을 지나 법원의 판결을 통해서 의미 있는 내용들이 선고되고 있다. 특히, 최근 법원의 판결을 통해서 선고된 게임 저작권 사례들은 대부분이 외국의 게임회사가 국내의 게임회사나 이용자를 상대로 한 것이어서 국제적인 분쟁의 양상을 띠고 있다.

그러나 게임저작권 관련 사례는 주로 게임저작물의 시각적 요소인 게임캐릭터나 게임아이템과 관련된 사례와 글이 소개되고 있어 본고에서는 게임저작권 중 (1) 영상저작권과 관련된 것은 ① 게임 내 캐릭터와 관련된 것과 ② 게임 내 다른 시각적 요소와 관련된 것으로 분류해 보았고, (2) 게임저작권 중 컴퓨터프로그램저작권이나 기술적 보호조치와 관련된 것도 게임저작권과 매우 밀접한 관련이 있으나 게임저작권과 관련하여 별로 주목을 받지 못하는 것 같아서 별도로 항을 나누어 관련 사례들을 살펴 보았다.

게임캐릭터의 저작권 침해와 관련해서는 신야구 사건이 현재 대법원에 계류 중이므로, 앞으로 이와 관련된 의미 있는 기준이 선고될 것으로 기대되고, 또 이로써 게임캐릭터 또는 게임의 시각적 이미지와 관련된 분쟁이 일단락될 것으로 생각되나, 여전히 시각적 이미지와 관련된 '표절' 논란은 앞으로도 지속될 것으로 보인다.

한편, 게임프로그램의 저작권과 관련된 분쟁은 PS2 모드칩 사건 이후로도 앞으로 기술이 계속 발전하면서 기술적 보호조치의 범위와 관련된 분쟁이 계속될 것으로 보이고, 게임 개발 과정에서 직원들이 이동하면서 발생하는 저작권 분쟁이나 영업금지가처분도 계속될 것으로 보이는바, 본고에서는 우선 사례들의 내용을 살펴보는 데 주안(主眼)을 두고자 한다.

Abstract

Recently, Korean courts have rendered many significant cases relating to game copyright. However, it seems to pay attention to the cases relating to game character copyright or the visual elements of the game. This article intends to comment on the game copyright cases from the three perspectives--first, game character copyright; second, other visual elements in game copyright; third, game computer program copyright.

With respect to game character copyright, New Baseball Game Case is currently pending in the Supreme Court, and we hope that the Court will provide us the standards to judge the copyright infringement in relation to game character copyright and other visual images in game copyright.

Circumvention to technological measures is a hot issue in game program copyright, and the Supreme Court has already rendered its observation on the provision of the Computer Program Protection Act, unlike other country's interpretation. However, with the development of game program or game technology, the number of dispute cases relating to it will increase.

During the course of game production and development, game program copyright matter will occur when the employees leave the company. The dispute will develop to preliminary injunction case to stop its business or infringement. Therefore, we need to review the requirements of preliminary injunction decision.



I. 머리말

우리나라 게임산업은 2000년대초 ‘온라인게임의 혁명’을 이루며 2001년부터 연평균 10%이상의 고도성장을 이루어왔다. 게임산업이 이와 같이 성장해 오면서 게임과 관련된 저작권 분쟁도 심심치 않게 등장했으며,¹⁾ 단순히 ‘표절’ 논란을 넘어서 소송으로까지 전개되어 법원의 의미 있는 판결이 선고된 사례들도 등장했다.

이에 발맞추어 게임저작물 또는 게임저작권과 관련된 논문들도 다수 발표되었고,²⁾ 그 중에는 일반 저작권과 달리 게임저작물이 갖는 특수성과 이를 고려한 저작권침해의 판단기준을 고찰해 보려는 시도³⁾도 있었다.⁴⁾

그러나 법원에서 선고된 게임저작권 관련 사례나 또는 게임저작권을 다루는 대부분의 글들은 기실(其實) 게임 속에 구현되는 시각적 요소 또는 화면구성의 저작권침해 문제를 다루고 있고, 이는 넓게 보면 미술저작물, 시각적 저작물 또는 캐릭터의 저작권침해 문제와 비슷한 부분들이 많다.⁵⁾

이에 본고에서는 게임저작물과 관련된 법원의 최근 주요 분쟁사례들을 단지 시각적 요소에만 치중하지 않고, 컴퓨터프로그램저작권이나 기술적 보호조치 등의 관점에서 이를 고찰해 보면서 게임저작권의 외연을 다시금 돌아보고자 한다.

먼저, 게임저작권 침해사례 중 게임 내 캐릭터와 관련된 저작권 분쟁사례를 살펴보고(I), 게임의 구성요소 중 게임캐릭터를 제외한 다른 요소와 관련된 저작권 분쟁사례를 살펴본다(II). 끝으로, 게임 프로그램과 관련된 저작권 분쟁사례를 살펴보기로(III) 하겠다.

1) 게임산업을 둘러싼 각종 분쟁사례에 대해서는 정경석, 엔터테인먼트 비즈니스 분쟁사례집, 정림출판, 2004년; 조원희, “게임저작물의 분쟁 사례”, 2004 게임저작물 보호방안과 분쟁사례 세미나, 한국게임산업개발원, 2004. 11. 24.; 게임분쟁사례집, 한국게임산업개발원, 2005년; 해외게임저작권 분쟁사례집, 한국게임산업개발원, 2006년; 해외게임분쟁사례집(특허편), 한국게임산업진흥원, 2007년을 각 참조하기 바란다.

2) 이상정, “게임저작물과 저작권”, 한국디지털재산법학회 춘계 세미나 자료집, 2002년; 류광현, “게임과 저작권”, 서울대학교 법학연구소 기술과 법센터 세미나, 2004. 11. 13.; 김형철, “게임저작물의 법적 보호방안”, 게임저작물 보호방안과 분쟁사례 세미나, 한국게임산업개발원, 2004. 11. 24.; 오승중, “게임저작물에 있어서 표절 판단”, 미래게임포럼 공개세미나, 한국게임산업개발원, 2004. 12. 13.; 정경석, “게임저작물의 저작권침해”, 인권과 정의 제346호, 대한변호사협회, 2005년; 강동세, “온라인게임과 저작권”, 중앙법학 제8집 제1호, 2006년; 정경석, “비디오게임에 있어 실질적 유사성 테스트와 시각적 동일성 기준”, Law & Technology, 서울대학교 기술과법센터, 2006년 등이 있다.

3) 예컨대, 정경석, “비디오게임에 있어 실질적 유사성 테스트와 시각적 동일성 기준”, Law & Technology, 서울대학교 기술과법센터, 2006년; 박상연, “게임의 실질적 유사성에 관한 사례 연구”, 한국정보법학회의 2007년 5월 정기사례연구회 등이 있다.

4) 최근 2008년 11월말에 저작권위원회는 게임업계 종사자들을 대상으로 저작권아카데미 ‘게임인 과정’을 운영하기도 하였다.

5) 이 점에 있어 최성준, “게임 캐릭터의 저작물성 및 실질적 유사성”, Law&Technology 제3권 제5호, 서울대학교 기술과법센터, 2007년 9월은 그 제목과 논점이 정확하다고 할 수 있다. 게임저작물은 여러 구성요소로 되어 있기 때문에, 그 저작물성이나 저작권침해가 된 부분별로 고찰하는 것이 필요하다.

II. 게임 내 캐릭터와 관련된 저작권 분쟁 사례

캐릭터는 일반적으로 “만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭”이라고 정의내릴 수 있다.⁶⁾ 좀더 짧고 명확하게는 “實存 또는 假象의 人物이나 物象 또는 그 性格 또는 이를 描寫 또는 指稱하는 것”이라고 정의내릴 수도 있으나, 넓게는 캐릭터란 그 캐릭터로서 표창되는 인물이나 물상의 명칭뿐만 아니라 그 특징이나 성격까지도 총체적으로 지칭하기도 하고, 때로는 좁게 보아 단순한 외형이나 시각적 이미지만을 캐릭터라고 부르기도 한다.

한편, 온라인게임에 등장하는 아바타(avatar)를 ‘사이버 캐릭터’ 또는 ‘온라인 캐릭터’, ‘온라인 정체성’이라고 하고 부르기도 하는데,⁸⁾ 아바타는 게임 내 등장하는 캐릭터이지만, 단순히 이용자가 게임을 즐기는 대상에서 지나지 않고 자신의 分身, 化身 또는 자신과 동일시하면서 게임을 즐기는 적극적인 존재라는 점에서 차이가 있다. 다만, 게임 캐릭터나 아바타나 컴퓨터게임 내에서 컴퓨터프로그램을 통해서 시각적으로 표현되기 때문에, 시각적인 저작물⁹⁾이라는 점에서는 동일하다고 볼 수 있으므로, 그 법적인 문제점들의 양상은 거의 같다.

또한, 온라인게임상에서 사방, 전쟁 등을 수행하기 위하여 필요한 여러 가지 물품을 게임 아이템(game item)이라고 하는데,¹⁰⁾ 게임 아이템도 컴퓨터프로그램을 통하여 표현되는 시각적 저작물이기 는 하지만, 이용자들 간에 거래의 대상이 되다보니 게임 캐릭터와는 그 법적인 문제점들이 다소 다르게 전개되기도 한다.¹¹⁾

이하에서는 게임 내 캐릭터 및 게임아이템의 저작물성 내지는 저작권침해가 문제된 신야구 사건(1)과 비엔비 사건(2) 및 캔디바 사건(3)을 살펴본 후에, 게임 내 캐릭터를 제외한 다른 요소, 즉, 게임 아이템이나 배경화면, 구성 등과 관련된 부분에 대해서는 별도로 항(III)을 나누어 살펴보기로 하겠다.

6) 이는 일찍이 우리 대법원이 1996년도에 미국 월트디즈니사의 미키마우스 캐릭터와 관련된 사건에서 내린 정의이다.

7) 이는 필자가 시도한 캐릭터의 정의방법으로서 캐릭터와 관련된 여러 가지 법적인 쟁점들에 대해서는 별도의 논문을 통해 다루고자 한다. 위와 같은 캐릭터의 정의로부터 실존캐릭터나 가상캐릭터, 인물캐릭터와 물상캐릭터, 시각적 캐릭터와 어문적 캐릭터를 모두 도출해 낼 수 있고, 단순한 명칭에서부터 성격까지도 캐릭터의 정의개념에 포섭시킬 수 있다. 게임캐릭터는 만화캐릭터와 영상캐릭터로 분류되는 시각적 캐릭터의 또 다른 모습으로서 만화나 영화, 애니메이션과도 밀접한 관련이 있다.

8) 아바타의 정의 및 이를 둘러싼 법적인 문제점들에 대해서는 박성호, “아바타의 법적 문제점”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2005년 7월호(제347호) 36면 이하 참조.

9) 시각적 저작물이 저작권법상 저작물의 분류방법은 아니나, 영상저작물이나 사진저작물, 미술저작물, 건축저작물 등과 같이 시각적으로 표현되는 저작물을 통칭하여 시각적 저작물로 부르기도 한다. 게임저작물 역시 모니터를 통해서 구현되는 대부분은 시각적 요소들로 이루어져 있다.

10) 정해성, “인터넷 게임 아이템 거래에 관한 법리”, 중앙법학 제5집 제3호, 중학법학회, 2003년 12월, 261면 참조.

11) 따라서 온라인게임의 아이템과 관련하여서는 그 거래의 규제나 아이템 거래와 관련된 문제, 즉, 형사법적인 범죄와 관련된 재물성 여부 등이 논의된다. 게임아이템의 법적인 성격이나 문제점과 관련하여서는, 이권호, “게임 디지털콘텐츠의 법적 성격에 대한 연구”, Law&Technology 제3권 제5호, 서울대학교 기술과법센터, 2007년 9월호, 127면 이하 참조.

1. 신야구 사건¹²⁾

가. 사실관계

- (1) 원고¹³⁾는 1994년 출시한 '실황 파워풀 프로야구(이하 '실황야구'라 한다)'라는 제호의 게임기용 야구게임 소프트웨어 캐릭터의 저작권자인바, 실황야구게임 캐릭터는 위 출시 이후 게임버전 별로 약간의 변화를 거듭하여 왔고, 2000년경에 이르러 타자와 투수의 각 앞, 옆, 뒷모습, 그리고 포수와 심판의 앞모습으로 구성된 원고 실황야구 캐릭터를 갖추게 되었다.
- (2) 피고 (주)네오플은 2005년 5월경 '신야구'라는 제호의 온라인 야구게임을 제작하였고, 피고 (주)한빛소프트는 자신이 운영하는 인터넷 사이트(www.hanbiton.com)를 통해 위 야구게임을 서비스 제공하고 있다.

나. 원고와 피고들의 주장 요지

- (1) 원고는, 피고들이 원고가 저작권을 갖는 원고 실황야구 캐릭터와 실질적으로 유사한 피고 신야구 캐릭터가 등장하는 신야구 게임을 제작, 제공함으로써, 원고의 원고 실황야구 캐릭터에 대한 복제권을 침해하였으므로, 신야구 캐릭터의 각 인물도형 및 위 각 인물도형에서 모자, 옷, 신발의 색채나 모양 또는 모자의 로고가 변경된 인물도형이 사용된 장면을 각 삭제하라는 등의 침해금지를 청구하였다.
- (2) 피고들은, 원고 실황야구 캐릭터는 창작성이 없어 저작권의 보호대상에 해당하지 않을 뿐 아니라, 피고 신야구 캐릭터는 그 표현형식에 있어서 원고 실황야구 캐릭터와 실질적으로 유사하지 않다고 다룬다.

다. 판결의 요지

- (1) 1심 판결¹⁴⁾의 요지

12) 경우에 따라서는 이 소송의 원고 회사의 이름을 따서 '코나미 사건'이라고 부르기도 한다.

13) 원래 소송에서는 원고가 코나미 가부시키 가이샤이고, 위 원고가 2006년초경 원고 회사로부터 분할설립된 가부시키 가이샤 코나미디지털엔터테인먼트에게 실황야구 캐릭터에 관한 저작권을 양도하였기 때문에, 원고에 대한 청구는 주장 자체로서 이유가 없고, 다만, 원고의 승계참가인인 가부시키가이샤 코나미디지털엔터테인먼트의 주장에 대해서만 판단하였으나, 본고에서는 달리 원고와 원고 승계참가인을 구별하지 않기로 한다.

14) 서울중앙지방법원 2006. 7. 20. 선고 2006가합76758 판결.

가) 의거요건 : 먼저, 피고 신야구 캐릭터가 원고 실황야구 캐릭터에 의거한 것인지에 관하여 보건
 대, 원고의 실황야구게임은 일본국 내에서만 시판되는 게임이기는 하나, 피고 네오플이 신야구
 게임을 제작하기 전에 이미 국내에 널리 유포되어 있었고, 피고 네오플의 구성원들도 신야구게
 임 제작 전에 실황야구게임을 접하였던 사실을 인정할 수 있는바, 원, 피고 각 캐릭터의 유사점
 을 더해 보면,¹⁵⁾ 피고 신야구 캐릭터는 원고 실황야구 캐릭터에 의거하여 제작되었다고 봄이 상
 당하다 할 것이다.

나) 실질적 유사성 요건: 다음으로, 원, 피고 각 캐릭터가 실질적으로 유사한지 여부에 관하여 본다.



피고 신야구 캐릭터



원고 실황야구 캐릭터

원, 피고 각 캐릭터를 비교하여 보면, 둘 다 귀여운 어린아이와 같은 모습을 하고 있는 점, 큰 머리와
 작은 몸체로 이루어져 있고, 머리 부분의 형태가 타원형에 가까우며, 몸체는 어깨와 목이 생략된 채 하
 체 부분으로 갈수록 넓어지는 원추형에 가까운 모양으로 둥글게 마무리 되어 있고, 하단부에 허리벨트
 를 배치함으로써 상, 하체가 구분되어 있으며, 양손은 원모양으로, 발은 가로로 긴 큰 타원형으로 되어
 있는 점, 다리가 생략되어 몸체와 발 사이에 공간을 두고 있는 점에서 유사하고, 또 각 캐릭터의 야구
 게임 중 역할에 필요한 장비의 모양, 타격과 투구 등 정지 동작이 유사한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위와 같은 각 캐릭터의 유사점은, 귀여운 이미지의 야구선수 캐릭터라는 아이디어에 기초하
 여, 인물의 모습을 일부 과장하거나 생략하여 익살스럽고 비현실적인 모습으로 나타내는 만화적 캐릭
 터와 같이, 각 신체 부위를 2등신 정도의 비율로 하여 머리의 크기를 과장하고 얼굴의 모습을 부각시

15) 흔히 저작권침해의 ① 주관적 요건으로 '의거' 또는 '접근' 요건과 ② 객관적 요건으로 '실질적 유사성' 요건을 든다. 그리고 '의거' 요건을 인정하는
 것은 위와 같은 접근 그 자체나 접근 가능성이나 접근 기회 또는 두 저작물 사이의 유사성 등에 의해서이다. 1심 판결에서 지칭하는 위 '유사성'은 저작
 권 침해판단의 객관적 요건인 '실질적 유사성'을 의미하는 것이 아님을 유념할 필요가 있다.

키도 다른 신체 부위의 모습은 생략하거나 단순하게 표현하는 한편, 역동성을 표현하기 위해 다리를 생략하되 발을 실제 비율보다 크게 표현한 데에서 기인한 것으로서, 이와 같은 표현은 원고 실황야구 캐릭터가 출시되기 이전에, 이미 만화, 게임, 인형 등에서 귀여운 이미지의 어린이이 같은 캐릭터들을 표현하는 데에 사용되었던 것이고, 나아가 장비의 형태나 경기동작은 야구게임의 특성상 필연적으로 유사하게 표현될 수밖에 없는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 유사점들만으로는 원, 피고 각 캐릭터의 창작적 표현형식이 실질적으로 유사하다고 할 수 없다.

다만, 원고가 위와 같은 신체의 형태를 기초로 얼굴의 생김새와 의상, 신발, 구비장비 등을 디자인하여 구체적으로 형상화한 실황야구 캐릭터의 모습은 다른 기존 캐릭터들과 구별되는 원고 나름대로의 특성이 부여되어 있어 창작적인 미감을 갖는다¹⁶⁾ 할 것이므로, 피고 신야구 캐릭터가 창작적 미감의 표현에 있어 원고 실황야구 캐릭터와 실질적으로 유사한지 여부를 살펴 보아야 할 것이다.¹⁷⁾

한편, 원, 피고 각 캐릭터의 구체적 차이가 각 개별적으로는 미세한 차이에 불과할지라도, 그 미세한 차이들의 조합이 캐릭터의 전체적인 미감에 큰 차이를 가져옴으로써, 피고의 신야구 캐릭터로부터 원고 실황야구 캐릭터의 본질적 특징이 감득(感得)되지 않는다¹⁸⁾ 할 것이다.

(2) 2심 판결¹⁹⁾의 요지

가) 캐릭터의 독자적 저작물성 : 이 사건 실황야구라는 저작물에서 등장하는 캐릭터가 독자적으로 저작권법상 보호를 받을 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 실황야구와 같은 저작물은 등장하는 여러 캐릭터, 플롯(plot), 게임의 전개, 다양한 선택, 도구 등 여러 가지 구성요소로 이루어지는 것이 보통인바, 원고가 창작성을 가진 저작물이라고 주장하는 실황야구 캐릭터는 이 사건 실황야구라는 저작물의 일부분에 불과하고, 이와 별도로 실황야구 캐릭터의 상품화 과정을 거쳐 독자적인 저작물성을 인정할 정도에 이르지 않는 한 독자적인 저작물성이 인정되는 캐릭터로 볼 수 없다.²⁰⁾

16) '창작적인 미감'을 단지 실질적 유사성의 판단기준뿐만 아니라 저작물성의 판단에서도 사용함으로써 마치 저작물의 성립요건에 창작성 외에 '미감'까지도 필요한 것은 아닌지 오해를 불러일으키는 표현을 쓰고 있다.

17) 1심은 이와 같은 관점에서, ① 먼저 투수와 타자의 각 앞모습, ② 몸체 ③ 팔, 다리 부분을 분석적으로 비교하여, "미감에 있어 차이가 있다."고 판단하였다.

18) '본질적인 특징이 감득된다.'는 것은 일본최고재판소의 판례에 등장하는 표현으로 보통 원작과 2차적 저작물 사이의 관계를 나타낼 때 쓰이는 문구이나(서울고등법원 1991. 9. 5.자 91라79 결정: 이른바 '애마부인 사건'), 1심 판결에서는 복제권 침해에 대해서 판단하면서 이와 같은 용어를 사용하여 저작권 침해 특히 복제권 침해에 있어서도 마치 침해물과 피침해물 사이에 본질적인 특징이 감득되어야 하는 것과 같은 혼란을 불러일으키고 있다. 위 애마부인 사건에서 법원은 "원저작물(소설)에 대한 2차적 저작물(영화)이 되기 위하여는 원저작물을 토대로 작성된 저작물이 단순히 사상, 주제, 소재 등이 같거나 유사한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 사건의 구성, 전개과정, 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어서 새로운 저작물로부터 원저작물의 본질적인 특징 자체를 직접 감득할 수 있어야 한다."고 판시한 바 있다. 일본의 宇田正夫 교수는 "乙저작물에 의해 甲저작물의 존재가 推知되는 경우, 乙저작물은 甲저작물의 2차적 저작물"이라고 하여, '推知'라는 용어를 쓰고 있다. 宇田正夫 著作權法概論(제10판, 一粒社, 2001년, 122면).

19) 서울고등법원 2007. 8. 22. 선고 2006나72392 판결. 현재 대법원 2007다63409호로 계류 중이다.

20) 우리나라의 하급심판결들은 캐릭터의 독자적인 저작물성을 인정하는 판결과 부정하는 판결이 혼재하고 있는데, 신야구 사건처럼 캐릭터를 별도의 저작물로 보지 않고 원래의 저작물의 일부로 보거나 캐릭터가 포함된 원래의 작품이 된다고 보는 판결로는 '피구왕 통기 사건(서울중앙지방법원 1998. 4. 3. 선고 96가합56868, 80106 판결)'과 '네티비 사건(부산지방법원 2005. 4. 12.자 2005카합77 결정)'이 있다. 다만, 최성준 판사는 적어도 명시적으로 캐릭터 자체의 독자적 저작물성을 부정한 판결은 찾을 수 없고, 대법원의 탑블레이드 사건은 최초로 캐릭터가 표현된 작품의 저작물성 인정 문제와 캐릭터 자체의 저작물성을 구별을 명백히 하면서 명시적으로 캐릭터 자체의 독자적인 저작물성을 인정하고 있다고 한다. 최성준, 앞의 글, 173면 참조.

또한, 저작권법 제2조 제1호는 저작권 보호의 대상이 되는 저작물이란 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다.”고 규정하고 있고, 이 창작물이란 표현 그 자체를 가리킨다는 것이 일반적인데, 캐릭터라는 것은 일정한 이름, 용모, 역할 등의 특징을 가진 등장인물이 반복하여 묘사됨으로써, 각각의 표현을 떠나 일반인의 머릿속에 형성된 일종의 이미지로서 표현과는 대비된다. 즉, 캐릭터란 그 개개장면의 구체적 표현으로부터 승화된 등장인물의 특징이라는 추상적 개념이지 구체적 표현이 아니며, 결국 그 자체가 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것이라고 볼 수 없는 것이다.

따라서 이 사건을 돌이켜 보면, 실황야구 캐릭터가 등장하는 실황야구 자체를 영상저작물로 보호하는 것으로 족하고, 별도로 실황야구 캐릭터 자체를 독립된 저작권법의 보호대상으로 보기에에는 부족하다 할 것이다.

나) 게임캐릭터의 2차적 저작물 작성권 침해와 실질적 유사성 : 한편, 제3자 실황야구 캐릭터를 표절하였다면²¹⁾ 그것이 사회통념상 실질적인 개변을 가한 것이 아니라 사소한 개변을 한 것에 불과하면 복제권의 침해에 해당할 것이고, 사소한 개변을 넘어서는 실질적인 개변이 이루어졌다고 하더라도 실질적 유사성의 범위 내에 있다면, 이는 허락 없이 원작에 대한 2차적 저작물을 만들어 낸 것으로 원저작자의 2차적 저작물 작성권을 침해한 것으로 규율할 수 있으나, 만일 실질적 유사성이 없다면 2차적 저작물이라고 볼 수 없다 할 것이다.

따라서 실황야구 캐릭터와 신야구 캐릭터 사이에 실질적인 유사성을 인정하기 어려우므로, 신야구 캐릭터는 실황야구 캐릭터와는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.²²⁾

라. 평석

신야구 사건은 컴퓨터게임 저작물에 나오는 캐릭터에 관한 저작권 침해 여부가 주된 쟁점이 된 최초의 사건으로 보인다.²³⁾

21) 이는 판결문상의 표현을 그대로 가져온 것인데, 착오 또는 오기가 있었던 것으로 보인다. “제3자 실황야구 캐릭터를 표절하였다면...”이라는 표현상 주어가 불분명하고(아마도 ‘제3자가’라고 하려다가 오타가 있었던 것으로 보인다), ‘표절’이라는 용어가 기존에 대법원판결에 등장하기도 하였으나, 법률적인 표현이 아님에도 불구하고 아무런 전후 설명 없이 그대로 쓴 점도 사문 의문이다.

22) 원고는 1심에서 복제권 침해 주장이 받아들여지지 않자 2심에 와서는 2차적 저작물 작성권을 침해하였다고 주장하였으나, 2심 법원은 이와 같이 피고의 신야구 캐릭터는 원고의 실황야구 캐릭터와는 실질적 유사성이 없는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당하므로 2차적 저작물 작성권 침해 주장은 더 나아가 살필 필요가 없다고 하였다. 다만, 게임 캐릭터의 독자적 저작물성을 인정하지 않는 태도를 취하면서 신야구 캐릭터가 별개의 창작성 있는 저작물이라고 본 점은 앞뒤가 모순된 판단으로 보인다.

23) 최성준, 앞의 글, 178면 참조. 물론, 아래에서 보는 바와 같이 건바운드 사건이 시기적으로 먼저 앞서기는 한다. 기존에 우리나라에서는 만화나 영화 등 캐릭터의 제호나 명칭과 관련된 상표권 분쟁이나 캐릭터 관련 저작권 분쟁, 부정경쟁행위 분쟁이 있어 왔으나, 게임캐릭터와 관련된 저작권 분쟁에 대해 법원이 본격적으로 판단한 것은 신야구 사건이 최초인 것으로 보인다. 종래 캐릭터 관련 주요 사건들을 연도순으로 일별해 보면, 또박이 사건(77년), 배트맨 사건(90년), নিজ거복이 사건(92년), 롯데 사건(92년), 스머프사건(93년), 피구왕 통키 형사사건(94년), 미키마우스 사건(96년), GARFIELD사건(96년), TOM & JERRY 사건(97년), 피구왕 통키 사건 민사사건(98년), 리틀 밥독 사건(99년), 헬로 키티 사건(99년), 마시마로 사건(03년), 캔디바 사건(03년), 달마시안 사건(03), 정준하 사건(05년), 네티비 사건(05년), 탑블레이드 사건(05년), 행토리 사건(06년), 태왕사신기 사건(07년) 등이 있다.

(1) 게임캐릭터의 독자적인 저작물성

2심 판결 중 1심 판결과 달리 주목하여야 할 점은, 게임 캐릭터를 게임이라는 저작물의 한 구성요소로 보고 별도의 독립된 저작물로 보지 않았다는 점이다. 즉, 2심 판결은 캐릭터의 상품화 과정을 통해 독자적인 저작물성을 인정할 수도 있으나, 그렇지 않은 상황에서는 실황야구 게임 자체를 영상저작물로 인정하면 족하고, 별도로 실황야구 캐릭터 자체를 독립된 저작권의 보호대상으로 보기에 부족하다고 하면서도, 저작권 침해판단에 있어서는 결국 실황야구 캐릭터와 신야구 캐릭터의 실질적 유사성을 판단하고 있어서, 캐릭터의 독자적인 저작물성을 왜 논한 것인지, 그 실익은 무엇인지 등 앞뒤가 모순되는 듯한 혼란을 불러일으키고 있다.²⁴⁾ 또한, 캐릭터의 저작물성을 상품화와 연관시켜서 상품화 과정을 통해 독자적인 저작물성이 인정된다고 판단한 것도 문제가 있다.²⁵⁾

사견(私見)으로는, 게임 내 등장하는 캐릭터의 경우, 이를 독립된 시각적 저작물로 보든, 아니면 게임이라는 영상저작물의 일부로 보든, 결국 침해한 게임 내에 등장하는 캐릭터와 서로 실질적 유사성을 통해서 저작권 침해여부를 판단하게 되기 때문에, 게임 내 등장하는 캐릭터의 독자적 저작물성을 논하는 실익은 그리 크지 않다고 보고,²⁶⁾ 게임 내 등장하는 캐릭터의 독자적 저작물성을 인정함에 있어서도 당해 캐릭터가 상품화 과정을 거쳤는지를 고려하여야 할 논리필연적인 이유는 없다고 본다.

(2) 게임캐릭터의 실질적 유사성 판단기준

신야구 사건은 인간의 형상을 본 뜬 캐릭터의 실질적 유사성 판단과 관련하여 중요한 기준을 제시한 점에서 의미가 있다.²⁷⁾

즉, 법원은 “일반적으로 인간의 형상을 본 뜬 캐릭터는 얼굴의 생김새가 그 동일성 식별의 중요한 기준이 된다.”고 하면서, 야구선수 캐릭터들의 얼굴 부분 생김새나 얼굴의 상당 부분을 차지하고 있는 부속물의 구체적인 형태와 색상이 갖는 미감의 차이 또는 얼굴 내 이목구비의 생김새와 표정의 특징으로써 게임캐릭터의 실질적 유사성 여부를 판단하였는데, 이와 같은 기준은 앞으로 캐릭터 저작물뿐만 아니라 초상권 또는 퍼블리시티권 침해와 관련된 침해의 판단기준으로도 작용할 수 있다.

또한, 복제권 침해나 2차적 저작물 작성권 침해나 모두 그 판단기준은 실질적 유사성으로서, 실질적 유사성이 없다면 복제권은 물론이거니와 2차적 저작물 작성권 침해도 성립할 여지가 없다고 본 것은 저작권 침해에서 실질적 유사성이 갖는 의미를 명확히 한 것으로서 의미가 있다.²⁸⁾

24) 같은 뜻. 최성준, 앞의 글, 178면.

25) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결은 “만화영화의 캐릭터가 위 만화영화의 주인공으로 특정분야 또는 일반대중에게 널리 알려진 것이라거나 그 객용인력을 가졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항이 아니다.”라고 판시하고 있다.

26) 이는 어문저작물의 캐릭터나 다른 시각적 캐릭터의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

27) 다만, 캐릭터의 실질적 유사성의 판단기준에 있어 ‘전체적인 미감의 차이’라는 다소 주관적인 용어를 사용한 점은 앞으로 논란을 불러일으킬 소지가 많다.

28) 대개 2차적 저작물의 성립요건으로 ‘실질적 개변’을 들고 있는데, 실질적 개변이라는 것도 결국은 실질적 유사성이 있으면서 여기에 새로운 창작성을 부가한 것을 의미하는 것이다.

2. 비엔비 사건²⁹⁾

가. 사실관계

(1) 피고는 가정용 오프라인 게임인 '봄버맨'을 개발하여 1985년경 출시한 이래 이와 유사한 가정용 또는 오락실용 오프라인 아케이드 게임(이하 '봄버맨 게임'이라 한다)을 시리즈로 개발하여 서비스해 왔다. 봄버맨 게임의 기본 방식은 바둑판 모양의 플레이필드(playfield)에서 이용자가 조종하는 캐릭터가 폭탄을 설치하면 일정시간 경과 후 폭탄이 터지면서 화염이 십자 형태로 나오게 되고, 그 화염에 상대방 또는 자신의 캐릭터가 맞으면 캐릭터가 죽어 패하는 것이며, 위 플레이필드는 폭탄에 의해 파괴되는 소프트블록과 파괴되지 않는 하드블록, 캐릭터가 이동할 수 있는 통로로 구성되고, 소프트블록이 파괴되면 일정한 확률로 특정한 기능을 갖는 아이템이 나타난다.

(2) 원고는 '크레이지 아케이드 비엔비'라는 온라인 아케이드 게임(이하 '비엔비 게임'이라 한다)을 개발하여 2001년 10월경부터 서비스해왔다. 비엔비 게임의 기본 방식은 바둑판 모양의 플레이필드에서 이용자가 조종하는 캐릭터가 물풍선을 설치하면 일정시간 경과 후 물풍선이 터지면서 물줄기가 십자 형태로 나오게 되고, 그 물줄기에 상대방 또는 자신의 캐릭터가 맞으면 캐릭터가 물방울에 갇혀 일정시간 동안 물방울에서 빠져나오지 못할 경우 물방울이 터지면서 패하게 되는 것이며, 위 플레이필드는 물풍선에 의해 파괴되는 소프트블록과 파괴되지 않는 하드블록, 캐릭터가 이동할 수 있는 통로로 구성되고, 소프트블록이 파괴되면 일정한 확률로 특정한 기능을 갖는 아이템이 나타난다.

나. 원고와 피고의 주장 요지

(1) 원고는, 봄버맨 게임과 비엔비 게임은 진행방식이나 규칙 등에서 유사점이 있지만, 그러한 유사점은 아이디어에 불과하여 표현으로 보호될 수 없는 것이고, 가사 표현이라고 하더라도 어떠한 아이디어를 나타내는데 전형적인 표현에 해당하거나, 다른 게임에서 널리 사용된 공중의 영역에 속하는 것이어서 저작권법에 의해 보호될 수 없는 것이므로, 이러한 부분을 제외하고 구체적인 표현을 비교할 경우 봄버맨 게임과 비엔비 게임은 유사하지 아니하고, 따라서 비엔비 게임은 봄버맨 게임의 저작권을 침해하지 아니 한다³⁰⁾고 주장한다.

(2) 피고는, 비엔비 게임은 봄버맨 게임과 실질적으로 동일 또는 유사하여 봄버맨 게임의 복제권 또는 2차적 저작물 작성권을 침해한다고 주장한다.³¹⁾

29) 경우에 따라서는 원고 회사의 게임 이름을 따서 '봄버맨 사건'이라고 부르기도 한다.

30) 저작권침해소송에서 원고는 통상적으로 피고의 저작물이 원고의 저작권을 침해한다고 주장하나, 본 소송은 원고가 저작권침해를 주장하는 피고를 상대로 저작권침해금지청구권 부존재확인인 소를 제기하였기 때문에, 이와 같은 주장을 하게 된 것이다.

31) 피고는 "① 봄버맨 게임과 비엔비 게임은 '1매스 길이 단위로 격자화된 바둑판 모양의 플레이필드에 폭탄 또는 물풍선으로 파괴할 수 있는 1매스 길이의

다. 판결³²⁾의 요지

봄버맨 게임과 비엔비 게임의 캐릭터는 머리가 몸체에 비해서 크고 2등신에 가까우며, 얼굴에서 눈이 가장 부각되고, 손과 발이 짧으며, 모자 또는 헬멧, 벨트를 착용하고 있다는 유사점이 있으나, 이러한 유사점 중 신체의 특징은 귀여운 캐릭터라는 아이디어에 기초하여 귀엽다는 점을 적절히 표현하기 위하여 머리의 크기를 과장하고, 눈을 크게 하며, 다른 신체 부위인 손과 발을 단순하고 작게 표현한 데서 기인한 것으로 보이고, 널리 채택되는 형태라 할 것이며, 또한 게임의 용량과 캐릭터의 신속한 이동 등을 고려하여 캐릭터를 최대한 단순하게 만들고, 게임 이용자의 몰입성 등을 고려하여 특정 신체 부위만으로 눈에 잘 띄게 하도록 하는 등의 기술적, 현실적 제약을 받는 것으로 보이고, 모자 또는 헬멧이나 벨트를 착용한 캐릭터 역시 전형적으로 채택되는 캐릭터 형태일 뿐만 아니라, 구체적인 헬멧과 벨트의 형태, 캐릭터의 묘사에서도 차이가 있으므로, 위와 같은 유사점만으로는 각 캐릭터의 창작적 표현이 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.

봄버맨 게임의 아이템들이 갖는 기능 자체는 저작권법에 의해 보호되지 못하는 아이디어에 불과하나, 그 구체적인 표현이 유사한지 여부를 살펴보면,

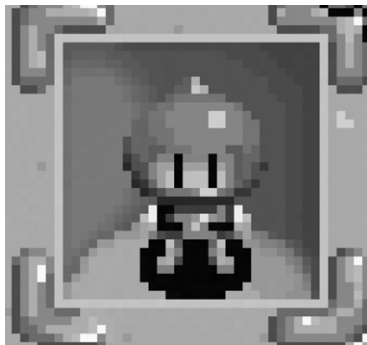
① 캐릭터의 이동속도가 빨라지는 아이템의 경우 롤러스케이트라는 유사점이 있으나, 바둑판모양이고 장애물인 블록이 많이 존재하는 플레이필드에서 상하좌우로 이동하는 캐릭터의 이동속도가 빨라지는 것을 표현하기 위하여 자동차, 자전거, 스케이트보드, 번개 등은 적절하지 않은 표현일 수 있어 롤

소프트블록과, 폭탄 또는 물풍선으로 파괴할 수 없는 하드블록이 존재하고, 1매스 길이의 크기이고 2등신으로 표현되는 캐릭터가 역시 1매스 크기인 통로를 상하좌우 방향으로 움직이며 폭탄 또는 물풍선을 캐릭터의 발 밑에 투여하는데, 투여된 폭탄 또는 물풍선이 3차례 수축, 팽창을 되풀이하다가 일정 시간의 경과 후 터지면서 십자 모양으로 퍼지는 화염 또는 물줄기를 일으키고, 여러 개의 폭탄 또는 물풍선이 있는 경우 한 폭탄 또는 물풍선이 터지면서 생긴 화염 또는 물줄기가 다른 폭탄 또는 물풍선에 닿으면 그 폭탄 또는 물풍선은 터질만큼의 시간이 경과되지 않았음에도 불구하고 위 화염 또는 물줄기의 영향으로 연쇄적으로 터지면서 다시 십자 모양의 화염 또는 물줄기를 일으키며, 화염 또는 물줄기에 소프트블록이 맞으면 빛깔과 형상이 변화하면서 파괴되고 캐릭터가 취할 수 있는 아이템이 일정한 비율로 생성되며, 색갈이 다른 형태의 폭탄 또는 물풍선 모양으로 되어 있어 설치할 수 있는 폭탄 또는 물풍선의 수를 증가시키거나, 롤러스케이트 형태로 되어 있어 캐릭터의 이동 스피드를 증가시키거나, 화염 또는 물줄기를 맞아도 동물은 소멸하지만 캐릭터에게는 화염 또는 물줄기의 영향이 미치지 않는 효과가 있는 동물을 탈 수 있거나, 장갑의 형태로 되어 있어 폭탄 또는 물풍선을 던질 수 있거나(던진 폭탄 또는 물풍선이 화염 끝에 도달하면 반대편 화염 끝으로부터 날아들어 몇 차례 바운드된 후 정지함), 신발의 형태로 되어 있어 폭탄 또는 물풍선을 찰 수 있거나, 우주선의 형태로 되어 있어 캐릭터가 아이템을 타고 소프트블록 위를 넘어갈 수 있는 기능의 아이템이 있고, 아이템 또한 화염 또는 물줄기에 맞으면 소멸하며, 이 화염 또는 물줄기는 격자화된 플레이필드의 매스 길이 단위로 미쳐 화염 또는 물줄기의 끝이 항상 매스의 가장자리까지 미치고 거기에서 더 넘어가지 않아 어디까지 미칠지 정확히 예측되고 캐릭터는 이 화염 또는 물줄기에 맞지 않기 위하여 화염 또는 물줄기가 미치지 않는 곳으로 도망하거나, 하드블록이나 소프트블록 뒤로 숨을 수 있는데, 이 화염 또는 물줄기가 미치는 범위는 폭탄 또는 물풍선이 놓여 있던 매스를 포함하여 처음에는 소프트블록 하나를 소멸시킬 수 있는 2매스 길이이고, 캐릭터가 특정한 아이템을 취득함에 따라 3매스, 4매스 길이로 연장되며, 캐릭터는 하드블록과 폭탄 또는 물풍선을 통과하지 못하고, 위와 같은 화염 또는 물줄기에 상대방 캐릭터가 맞던가 게임 이용자가 조종하는 캐릭터가 맞으면 맞은 캐릭터는 죽는 방식으로 승부를 겨루는 게임이라는 점에서 공통되는데, 이러한 공통점은 단순한 아이디어가 아니라 게임에 내재되어 있는 표현으로서 저작권법에 의해 보호되어야 하고, 봄버맨 게임의 위와 같은 표현은 종래의 게임에 없던 것일 뿐만 아니라 게임의 구성요소를 독창적으로 선택하고 배열한 것으로서 창작성이 인정되는 표현이다. ② 또한 비엔비 게임은 아이스 맵, 콘베이어 벨트 맵, 빌리지 맵 등 구체적인 맵의 형태와 배경 및 블록의 형태, 캐릭터 및 아이템의 모양 등 구체적인 외부적 표현에 있어서도 봄버맨 게임과 실질적으로 유사하다. ③ 위와 같이 비엔비 게임은 봄버맨 게임의 본질적인 특징으로서 내재적으로 표현된 게임의 진행과정, 방식, 규칙 등 근본적인 구조와 본질을 따라하여 전체적으로 관찰할 때 느낌이 매우 유사할 뿐만 아니라, 외부적, 시각적인 표현에서도 유사하다.”고 주장하였다.

32) 서울중앙지방법원 2007. 1. 17. 선고 2005가합65093(본소), 54557(반소) 판결. 위 판결에 대하여 원고와 피고 모두 항소하였으나 모두 취하하였다. 위 1심 사건의 주심이었던 박성연 판사는 한국정보보호학회 2007. 5. 정기사례연구회에서 ‘봄버맨 사건’을 중심으로 ‘게임의 실질적 유사성에 관한 사례 연구’를 발표하였고, 위 1심 사건의 원고 회사의 법무팀 안인숙 실장은 2008. 6. 연세대학교 법학과 대학원에서 ‘게임저작권침해의 판단기준’으로 석사학위 논문을 받았다.

러스케이트, 날개 달린 신발 등 몇 가지 가능한 선택 중 하나인 것으로 보이는 점, 그 구체적인 표현은 색채, 형태에서 뚜렷이 구별되고, 비엔비 게임의 롤러스케이트는 귀엽고 아기자기한 느낌이 강조되는 등 전체적인 미감에도 차이가 있는 점에 비추어 보면 실질적으로 유사하다고 볼 수 없고,

② 신발 아이템의 경우 봄버맨 게임은 구두, 비엔비 게임은 운동화 형태이고, 글러브 아이템의 경우 봄버맨 게임은 야구 장갑, 비엔비 게임은 권투장갑으로서 구별되며, 현실의 신발이나 글러브의 모양을 모방하여 표현한 것으로서 그 표현이 보호되기 어려울 뿐만 아니라, 구체적인 색채나 형태도 확연히 구별되며, 신발로 폭탄이나 물풍선을 찼을 때의 구체적 표현도 구별된다.



네오 봄버맨의 대표 캐릭터



비엔비의 대표 캐릭터

라. 평석

(1) 게임캐릭터의 실질적 유사성 판단기준

게임저작물의 실질적 유사성 판단은 게임을 구성하는 여러 가지 요소들의 유형에 따라 이루어지게 될 것인데, 게임의 컴퓨터프로그램의 실질적 유사성 판단에 있어서는 컴퓨터프로그램저작물의 실질적 유사성 판단기준을 적용하게 될 것이고,³³⁾ 게임화면이나 방식, 음악, 스토리 등의 실질적 유사성 여부가 문제된 경우에는 시각적 저작물이나 음악저작물 또는 어문저작물의 실질적 유사성 판단기준이 적용될 것이다.³⁴⁾

신야구 사건은 위에서 본 바와 같이, 사람의 형상을 본뜬 게임캐릭터의 경우 얼굴의 생김새의 동일성 또는 실질적 유사성 판단 기준을 제시하였다는 점에 의의가 있으나, 비엔비 판결은 게임캐릭터의 저작권침해와 관련하여서는 기본적으로 신야구 판결과 궤를 같이 한다고 할 것이다.³⁵⁾ 즉, 게임캐릭

33) 아래 '미완성 게임프로그램 사건' 참조

34) 권영준, 저작권침해판단론, 박영사, 2007년, 261면.

35) 다만, 게임저작물의 다른 구성요소, 즉, 배경화면이나 게임방식, 맵 등과 관련하여서는 '내재적 표현성' 여부가 문제되었으므로, 이하에서 별도로 다룬다.

터 또는 게임아이템을 비교함에 있어 그 구체적인 색채나 형태 등을 통해 나타나는 전체적인 미감이나 창작적인 미감의 차이로써 그 실질적 유사성을 판단한 점도 동일하고, 구체적으로 게임캐릭터의 여러 가지 요소들을 분석적으로 비교, 판단한 점도 동일하다. 또한, 실질적 유사성 여부를 ‘전체적인 미감’이나 ‘창작적인 미감’에 따라 판단함으로써, 게임저작물 그 중에서도 게임캐릭터와 관련해서는 미국에서 시각적 저작물의 저작권침해의 판단기준으로 거론되고 있는 이른바 ‘외관이론(look and feel theory)’ 또는 ‘전체적인 관념과 느낌(total concept and feel)’을 따른 것으로 생각된다.³⁶⁾

(2) 게임저작물에 있어 아이디어와 표현의 구별과 융합

게임캐릭터의 실질적 유사성을 비교함에 있어서는 창작적인 표현에 있어 실질적 유사성이 있는지 여부를 판단하여야 하는데, 게임캐릭터가 창작적인 표현인지 여부를 판단함에 있어, ‘전형적인 캐릭터’라든지 ‘널리 채택된 표현’, ‘기술적이고 현실적인 제약’에 의해 표현이 제한되는 경우 또는 ‘여러 게임에서 전형적으로 이용되는 사실상의 표준’인 경우에는 캐릭터의 저작권도 제한된다고 본 점에서 ‘아이디어와 표현의 구분 및 융합(dichotomy and unity of idea and expression)’을 적용하고 있음을 알 수 있다. 이는 기본적으로 게임저작물에 있어 저작권으로 보호받는 부분과 그렇지 않은 부분을 분리, 분해하여 저작권으로 보호받는 창작적인 표현만을 갖고서 비교해야 하는데, 그 창작적인 표현마저도 게임이 갖는 개념적, 기술적 등의 제약에 의해 제한되기 때문에, 저작권으로 보호받기 어려운 경우도 있다는 것이다.

결국, 아이디어와 표현의 구분 및 융합은 특히 게임저작물에 있어 중요한 기능을 담당하고 있다고 볼 수 있는데, 이는 저작권의 보호범위 또는 한계를 짓는 중요한 도구개념이고, 저작권의 침해 여부를 가리는 데 있어서도 매우 중요한 이론이다. 아이디어와 표현의 명확한 구분도 어렵지만, 양자가 혼합, 융합된 경우에도 역시 저작권법의 보호를 줄 수 없다고 하는 것이 이른바 아이디어와 표현의 융합(merger)이라고 하는데, 그 중 대표적인 것이 ‘사실상의 표준(de facto standard)’, ‘필수장면(scenes a faire)’인데, 게임의 경우에는 기능적인 측면도 있고, 가공적인 저작물의 성격도 함께 갖고 있으므로, 위와 같은 ‘합체의 원칙(merger doctrine)’과 ‘필수장면의 원칙’이 함께 적용될 가능성이 많다고 할 것이다.³⁷⁾

36) 대법원은 이미 기존에 한복디자인과 같은 시각적 저작물의 저작권침해에 있어서도 ‘전체적인 미감’을 실질적 유사성의 판단기준으로 제시한 바 있고(“저작물인 원고의 한복차마디자인 중 독창성이 인정되는 부분이 피고의 것과는 전체적인 띠의 모양과 넓이가 다를 뿐 아니라 그 안의 무늬의 소재, 배열방법 등에 있어서 차이가 있어 때때로 ‘전체적인 미감’이 유사하다고 보기는 어렵다.” 대법원 1991.8.13. 선고 91다1642 판결), 하급심의 경우에는 어문 저작물의 저작권침해에 있어서도 ‘전체적인 개념과 느낌’을 그 판단기준으로 제시한 바도 있다(“소설과 대본이라는 표현형식, 그 주제 및 구성에 있어서는 ‘전체적인 개념과 느낌’에 있어서 상당한 차이가 있음이 인정되나, 그 구성요소 중 일부 사건 및 대화와 어투에 있어서 공정한 이용 내지 양적 소량의 범위를 넘어서서 동일성이 인정되고, 부분적 문자적 유사성이 인정된다.” 서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결).

37) 이해완, 저작권법, 박영사, 2007년, 49면

3. 캔디바 사건

가. 사실관계³⁸⁾

소프트웨어 개발자인 신청인은 ‘캔디바’라는 사이트(www.candybar.co.kr)를 운영하면서 이용자들이 아바타를 선택하여 사용하는 서비스(이하 ‘아바타서비스’라고 한다)를 제공하였다. 아바타서비스는 기본의상의 아바타를 무료로 제공한 후 이용자들이 원하는 아이템(의상이나 소품 등)을 구입하여 장식하는 방식이다. 아이템의 제작과정은 밑그림을 작성한 후 어도비 포토샵(Adobe Photoshop) 프로그램을 이용해 아이템의 크기, 색상에 따른 좌표 값을 설정하고 이를 gif파일로 생성하는 것이다.

피신청인은 ‘조이미’라는 사이트(www.joyme.com)를 개설하여 아바타서비스를 제공하면서 신청인이 제작한 아이템의 저작권을 침해한 아이템을 판매하고 있으므로, 신청인은 피신청인 아이템의 전부 또는 일부를 이용자에게 송신하거나 수신하게 하여서는 아니 되며 피신청인의 서버 컴퓨터를 그 아이템의 송·수신을 위해 사용하여서는 아니 된다는 가처분 신청을 제기하였다.

나. 판결³⁹⁾의 요지

법원은 신청인의 아이템의 본질을 일단 컴퓨터프로그램으로 보고 있다. 신청인이 상당한 비용과 시간을 들여 아이템을 제작하였고, 일부 아이템의 밑그림 제작에 타인의 사진이나 삽화 등의 모티브를 얻은 것일지라도 아이템으로 제작하기 위해서는 제작자의 지적·정신적 노력이 투입됨으로써 창작성이 있다고 평가하였다. 그리고 신청인의 아이템과 피신청인의 아이템이 거의 유사한 점, 피신청인의 아이템이 시간적으로 뒤에 발표된 점,⁴⁰⁾ 제작도구를 사용하면 신청인의 아이템을 복제·변형하여 다른 형식의 파일로 변환하는 것이 기술적으로 가능한 점, 아이템이 사이트의 주된 수입원이라는 점을 판단의 근거로 하여 피신청인은 신청인의 창작성 있는 컴퓨터프로그램인 아이템에 대한 복제권, 저작권, 동일성 유지권을 침해하였다고 인정하였다.

법원은 또한, 신청인의 아이템이 창작성이 없다고 하여도 디지털콘텐츠로서 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하 ‘온디콘법’이라고 한다)상의 ‘온라인디지털콘텐츠’가 된다고 하여,⁴¹⁾ 피신청인이 아이템을 일반인에게 전송하는 행위는 경쟁사업자인 신청인의 ‘영업에 관한 이익을 침해하는 행위’가 되므로 어떤 법적 근거에서든 피신청인의 침해행위의 금지를 구할 피보전권리가 있다고 판단하였다.

38) 사실관계 및 판결의 요지 내용에 대해서는 오병철, “아바타의 아이템에 관하여 온라인디지털콘텐츠산업발전법에 의한 보호가 인정될 수 있는지 여부”, 정보법판례백선(II), 한국정보법학회, 박영사, 2006년, 579면 이하를 참조하였다.

39) 서울중앙지방법원 2003. 11. 14.자 2003카합2639 결정 및 2004. 3. 19. 선고 2003카합3852 판결

40) 유사성과 시간적인 선후관계가 저작권침해의 주관적 요건인 ‘의거’ 요건을 충족하는 간접사실로 작용한 것이다.

41) 다만, 가처분인가판결에서는 컴퓨터프로그램으로서의 보호와 함께 예비적으로 온라인디지털콘텐츠로서의 보호를 인정한 가처분 결정과는 달리, 전적으로 온라인디지털콘텐츠로서의 보호만을 언급하였으나, 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법 및 온디콘법 사이의 보충적 관계를 고려하면, 이에 대한 논리적인 설명이 전제되었어야 한다고 본다.

다. 평석-게임아바타의 저작물성

게임아이템의 저작권적인 보호와 관련하여서는, 우선적으로 게임아이템이 저작권법상 저작물인지 또는 컴퓨터프로그램보호법상 컴퓨터프로그램저작물인지를 살펴보아야 할 것이다. 즉, 게임아이템이 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”인지 또는 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”인지를 먼저 따져 보아야 한다.

이에 대해 법원은 게임아이템은 “아도비 포토샵 프로그램을 이용하여 컴퓨터 내에서 선택된 아이템이 아바타에 적용되어 아바타와 일체로 구현된다는 특정한 결과를 얻기 위한 일련의 지시, 명령으로 이루어진 컴퓨터프로그램”이라고 인정하였으나, 컴퓨터게임에서 게임을 작동시키는 게임프로그램이 컴퓨터프로그램저작물인 것이고, 컴퓨터화면에서 구현되는 캐릭터나 아이템, 화면 또는 그 움직임 등의 시청각적 효과는 바로 게임프로그램을 통한 ‘특정한 결과’에 지나지 않는다.⁴²⁾ 따라서 결국 법원은 컴퓨터프로그램과 그 결과물을 혼동하여 결국 컴퓨터프로그램을 통한 결과물까지도 컴퓨터프로그램으로 보는 오류를 범한 것이라고 판단된다.

따라서 게임아이템이 컴퓨터프로그램인지 여부를 먼저 검토하여 컴퓨터프로그램이 아니라면,⁴³⁾ 창작성은 있는 것인지 여부를 검토하여 저작권법에 따른 보호를 줄 수 있는지 여부를 판단하고, 저작물성을 인정할 수 없다면, 온디콘법에 따른 보호를 줄 수 있는지 여부를 판단하는 것이 논리적인 순서⁴⁴⁾였을 것이다.⁴⁵⁾ 왜냐 하면, 온디콘법에 따라 온라인게임의 아바타나 아이템을 보호하는 실익은 당해 아바타나 아이템에 창작성이 없어 저작물성을 인정하기 어렵거나 주지성이 없어 부정경쟁방지법에 따른 보호를 줄 수 없는 경우에 있기 때문이다.⁴⁶⁾

42) 정경석, “게임저작물의 저작권침해”, 인권과 정의 제346호, 대한변호사협회, 2005년 6월호, 57~59면 참조.

43) 이 때에 검토하는 것은 컴퓨터프로그램저작물성 중 창작성 요건을 제외한 나머지 요건들일 것이다.

44) 물론, 논리의 판단 순서상으로는 창작성 여부를 먼저 판단하여 창작성이 없으면 온디콘법으로, 창작성이 있다면 컴퓨터프로그램저작물인지 여부를 따지는 것도 하나의 방법은 될 수 있을 것이다.

45) 다만, 가처분인가판결에서는 온디콘법에 따른 보호만을 언급하였으므로, 결국 법원은 해당 게임아이템이 저작물이나 컴퓨터프로그램저작물은 아닌 것으로 보았다고 볼 수도 있다.

46) 박성호, 앞의 글, 55면 참조.

III. 게임 내 캐릭터외의 다른 시각적 요소들에 대한 저작권 분쟁 사례

1. 비엔비 사건

가. 사실관계 및 원고 및 피고의 주장 요지

II.2.가. 및 나.항의 내용과 동일하다.

나. 판결의 요지

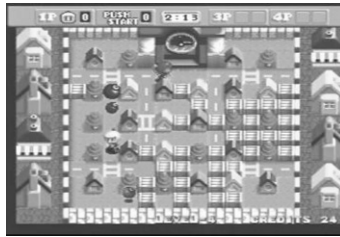
봄버맨 게임은 직사각형의 플레이필드 안에서 폭탄을 이용하여 상대방 캐릭터를 죽이는 것을 기본 원리로 하는 게임인바, 이러한 기본 설정하에서 게임의 전개방식과 규칙을 매우 다양하게 표현할 수 있다고 보기 어렵다. 즉, 캐릭터가 게임진행과정에서 소설과 유사하게 어떠한 에피소드나 스토리를 형성해 나가는 것도 아니고, 배경의 변화에 따라 배경과 캐릭터가 상호 영향을 받는 것도 아니며, 폭탄으로 상대방을 제압하는 방식이나 규칙에 다양한 표현가능성이 있는 것도 아니므로, 직사각형 플레이필드 안에서 캐릭터를 조종하고, 폭탄을 설치하여 상대방 캐릭터를 죽이는 전개과정과 규칙설정에 다양한 개성이 반영되는 데는 한계가 있다고 보여진다.

직사각형 플레이필드 안에서 폭탄을 이용하여 상대방 캐릭터를 죽이는 것을 기본원리로 하는 게임에서, '캐릭터가 격자 모양으로 구성된 맵을 수평 혹은 수직으로 장애물을 피해 이동하면서 폭탄을 설치하여 적을 처치하는데, 폭탄은 설치된 후 일정 시간이 경과하면 십자형으로 화염을 내뿜으며 폭발하고, 화염의 길이는 매스 단위로 미쳐 상대방 캐릭터가 맞으면 승리하고, 패하지 않기 위하여는 그 화염을 피하기 위해 블록 뒤로 숨는' 게임전개방식은 표준적인 선택에 불과하고 다양하게 표현될 여지가 크지 않다고 할 것이어서, 작성자의 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다.

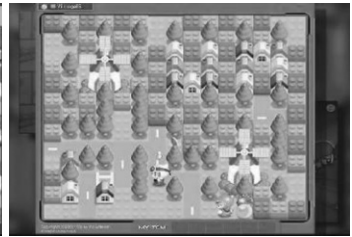
또한, 소프트블록 및 하드블록의 구성과 아이템에 관하여 보건대, 블록이 폭탄 등에 의하여 파괴되는 소프트블록과 파괴되지 않는 하드블록으로 나뉘어 구성되는 것은 이미 게임에서 널리 활용되던 것이므로 공공의 지적 자산⁴⁷⁾이라 할 것이고, 소프트블록이 파괴되면 일정한 확률로 아이템이 생성되는 것 역시 소프트블록과 아이템이 있는 게임에서 사실상 표준적으로 채택되는 구성이라 할 것이며, 봄버맨 게임과 같이 캐릭터의 이동과 폭탄설치가 이용자가 조작할 수 있는 게임내용의 전부인 게임에서,

47) 이른바 '퍼블릭 도메인(public domain)'이라 불리는 것으로서 이는 공공재로서 이를 이용하는 것은 저작권침해를 구성하지 않는다. 다만, 퍼블릭 도메인을 이용하여 새로운 창작성을 부가하였을 경우에는 별도의 저작물로 보호받을 수 있을 것이나, 퍼블릭 도메인을 이용함으로써 인한 표현방법의 제한 때문에 보호받는 범위가 제한될 수도 있다. '퍼블릭 도메인'에 대해서는 최정환, "Public Domain의 새로운 이해", 계간 저작권 제69호, 저작권심의조정위원회, 2006년 불호 참조.

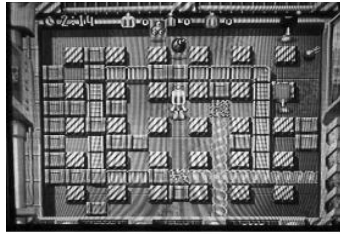
캐릭터 이동을 빠르게 하거나, 설치할 수 있는 폭탄 개수를 증가시키거나, 폭탄의 화염이 미치는 범위를 증가시키거나, 폭탄을 손으로 밀거나 발로 차는 기능을 갖는 아이템은 누구나 떠올리게 되는 아이템으로서 통상 사용될 것이고, 해골 모양 아이템을 먹으면 캐릭터 조작에 장애가 생겨 게임의 재미가 커지도록 하는 것도 아이템과 캐릭터가 있는 게임에서 통상 채택되는 것에 불과하며, 폭



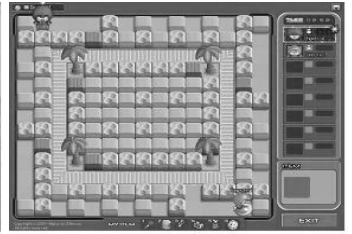
봄버맨 게임의 빌리지 맵



비엔비 게임의 빌리지 맵



봄버맨 게임의 콘베이어벨트 맵



비엔비 게임의 콘베이어벨트 맵

탄과 장애물 역할을 하는 블록을 캐릭터가 통과하지 못하여 캐릭터가 이들에 의해 갇힐 수 있다는 설정이나, 화염이 소프트블록을 파괴하면 더 이상 나아가지 못한다는 설정, 아이템도 화염을 맞으면 소멸한다는 설정은 각 블록과 폭탄의 특성에 비추어 다양한 표현의 여지가 없는 것으로 보이고, 폭탄을 아이템을 이용해 던질 경우 폭탄이 화면의 끝에 도달하면 폭탄이 터지거나 화면 밖으로 사라지거나 반대쪽 화면에서 나오면서 몇 차례 바운드 된 후 정지하는 것이나 소프트블록이 빗갈과 형상이 변하면서 소멸하는 것도 그 구체적인 표현형태가 아니라 그와 같은 설정 자체에 다른 다양한 선택의 여지가 있다고 보기 어렵다. 따라서 위와 같은 게임 전개방식 및 규칙, 아이템의 기능 등에 작성자의 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다.⁴⁸⁾

결국, 봄버맨 게임에 관하여 피고가 주장하는 내재적 표현은, 다양한 표현 가운데서 저작자가 자신의 개성을 드러낸 것이라고 보기 어려워 저작권법이 보호하는 표현이라고 볼 수 없고(이를 저작권법이 보호하여 피고가 독점할 수 있도록 한다면 직사각형의 플레이필드 내에서 폭탄을 터뜨려 상대방 캐릭터를 제압하는 것을 기본원리로 하는 게임은 모두 봄버맨 게임의 저작권을 침해하게 될 우려가 있다), 위와 같은 게임방식이나 규칙 등이 이를 표현하는 구체적인 플레이필드, 맵, 캐릭터, 아이템, 폭탄 등의 디자인, 색채, 음향 등과 결합하여 표현된 경우에 그러한 구체적인 표현만이 저작권법에 의하여 보

48) "눈사람과 이글루가 등장하는 맵, 콘베이어 벨트가 등장하는 맵"과 관련하여서도, "그러한 배경을 선택하였다는 것만으로 작성자의 개성이 나타나 있다고 보기 어렵고, 그 구체적인 배경의 묘사가 유사한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것이다. 나아가 위와 같은 게임의 전개방식, 플레이필드와 맵의 구성, 폭탄 및 블록, 아이템의 구성과 기능, 게임의 재미를 위한 각종 설정 등을 전체로서 배열하고 선택하는데 저작자의 개성있는 표현의 여지가 크다고도 볼 수 없다."고 판단하였다.

호반을 수 있다고 할 것이며, 따라서 비엔비 게임과의 실질적 유사성을 판단함에 있어 위와 같은 요소를 제외한 나머지 표현만을 대비하여야 할 것이다.⁴⁹⁾

다. 평석

(1) 게임저작물의 창작성과 실질적 유사성

저작물의 성립요건으로서의 ‘창작성’이란 저작권법의 용어인 ‘창작물⁵⁰⁾’에 대한 해석의 문제이다. 이에 대해서는 ‘독자적 작성’의 의미로 보는 견해와 ‘독자적 작성’ 외에 저작자의 ‘창조적 개성’이 필요하다는 견해로 나뉘어져 있다.⁵¹⁾ 창작성을 독자적 작성으로 보는 견해는 남의 것을 보고 베끼지 않아서 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있는 정도이면 충분하다고 하고, 그것외에 추가로 창조적 개성까지 요구하는 견해는 창조적 개성은 정도를 포함하는 개념이므로, 기능적 저작물이나 실용적 저작물, 편집저작물의 경우에는 해당 저작물의 특성에 비추어 일정한 정도의 창조적 개성을 요구하고 그것을 엄격하게 심사한다고 볼 수 있다.⁵²⁾

비엔비 사건의 경우, 명시적으로 창조적 개성이 필요하다고까지 판시하지는 않았으나, 게임의 전개 방식, 규칙, 아이템의 기능⁵³⁾에 대해 다양한 표현방식이 존재하지 않고 선택이 제한됨으로 인해 작성자의 개성이 드러나 있지 않다고 보아, 게임저작물의 창작성에 있어 단순히 독자적 작성만으로는 부족하고 창조적 개성이 필요하다고 본 것으로 판단된다.⁵⁴⁾ 결국, 게임저작물에 있어 게임캐릭터를 제외한 나머지 요소들 중 게임의 전개방식이나 규칙, 게임아이템의 기능 등과 같은 것들은 기본적으로 아이디어에 속하는 영역으로서 저작권법의 보호대상이 될 수 없다고 할 것인데, 그 이유는 다양한 표현방법이 있는 것이 아니라서 작성자의 창조적 개성이 결여되어 있기 때문이라고 볼 수 있겠다.

한편, 붐버맨 게임의 저작권자인 일본의 허드슨사는 게임의 전개방식, 플레이필드와 맵의 구성, 폭탄 및 블록, 아이템의 구성과 기능 및 그 선택과 배열 등이 단순한 아이디어가 아니라 여러 가지 다양한 표현형태가 있는데, 붐버맨 게임은 그 중 저작자의 개성을 드러내는 표현이기 때문에, 내재적 표현

49) 이에 따라 법원은 플레이필드 및 맵과 블록의 구성과 형태에 대하여 판단을 하였는바, 특히 필드와 맵, 블록의 구체적인 시각적 형태만을 비교하였는데, 아이스맨, 콘베이어 벨트 맵, 빌리지 맵의 표현의 실질적 유사성 여부에 대하여 색상이나 형태가 구체적으로 다르고 전체적인 느낌이나 미감도 다르다고 판단하였다.

50) 제2조 제1호에서 ‘저작물’을 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”이라고 정의내리고 있다.

51) 이에 대해서는 이해완, 앞의 책, 25면 이하 참조.

52) 이해완, 앞의 책, 27면

53) 게임저작권의 침해와 관련된 하급심판결에는 “게임을 하는 방식이나 규칙, 기본원리는 아이디어에 속하기 때문에 저작권법에 따른 보호를 받을 수 없다.”는 표현이 황용 등장한다. 그밖에도 ‘추상적인 게임의 장르’, ‘기본적인 게임의 배경’, ‘게임의 전개방식이나 규칙’, ‘게임의 단계변화’, ‘아이템의 기능’, ‘캐릭터가 활약하는 배경과 도구’, ‘게임의 진행이나 결과를 알려주는 정보표시’ 등도 아이디어에 속한다고 보고 있다.

54) 같은 뜻, 이해완, 앞의 책, 46면

55)으로서 저작권법에 따른 보호를 받을 수 있다고 주장하였다.⁵⁶⁾ 그러나 법원은 어느 정도 구체적이거나 표현으로 볼 수 있는지에 관하여는 일반론적인 기준을 제시하기 어렵고, 구체성, 다양한 표현가능성, 창작성 등의 여러 요소를 고려하고, 표준적 삽화의 원칙, 사실상 표준의 원칙이 갖는 고려 등도 감안하여 저작권법이 보호하는 표현으로 볼 수 있는지 여부를 논증하였는바,⁵⁷⁾ 결국 위와 같은 점을 감안해 보았을 때 창조적 개성이 드러나 있지 않기 때문에 창작성을 인정할 수 없고, 그렇기 때문에 내재적으로라도 창작적인 표현이 될 수 없다고 본 것이다.

(2) 게임저작물에 있어 아이디어와 표현의 구별과 융합

저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 '창작적인 표현형식'인데, 대법원은 "표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작물이 될 수 없다."⁵⁸⁾고 하여 이른바 '아이디어와 표현의 이분법(idea-expression dichotomy)'을 받아들인 것을 전제로 아이디어를 저작권법의 보호대상으로 보고 있지 않다.⁵⁹⁾

위와 같은 아이디어와 표현의 이분법에 따라, 대법원은 어문저작물의 경우, "소설 등에 있어서 '추상적인 인물의 유형' 혹은 어떤 주제를 다루는 데 있어 '전형적으로 수반되는 사건이나 배경'⁶⁰⁾ 등은 아이디어의 영역에 속하는 것들로서 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다."고 판시한 바 있다.⁶¹⁾ 위와 같은 아이디어와 표현의 이분법이 게임저작물에 적용될 경우, "컴퓨터라는 표현매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현하는 것이 불가피한 경우"⁶²⁾에는 아이디어의 영역에 속하게 되어 저작권법의 보호를 줄 수 없다고 할 것인데, 비엔비 사건의 경우도, 게임에 있어 '표준적인 선택', '이미 다른 게임에서 널리 활용되고 있는 것', '통상 채택되는 것'은 그 표현방법 자체가 기술적으로 또는 본질적으로 제

55) 소설이나 연극, 영화처럼 일정한 스토리가 있는 저작물의 경우, 위와 같은 스토리나 줄거리를 구성하는 여러 등장인물의 교차, 사건의 전개과정, 플롯 등은 문자적인 '표현'은 아니지만, '포괄적, 비문자적 표현'으로서 보호받을 수 있는데, 게임저작물의 경우에도 이에 대응하여 '표현'이 아닌 '아이디어'의 영역에 속하지만, 내재적으로는 표현에 해당한다는 주장을 하였다. 일본에서는 등장인물의 교차, 사건의 전개과정, 플롯 등과 같은 구체적인 문자표현이 아닌 것을 '내부적 형식'이라고 하여 이 또한 보호대상이 된다고 보고 있다. 이는 기본적으로 미국에서의 '아이디어와 표현의 이분법'에 대응하는 독일의 '내용-형식 이분법'을 기본 전제로 하고 있다.

56) 비엔비 사건이 앞서 선고된 신야구 사건의 영향을 받은 점도 있으나, 이 점에 있어서는 신야구 사건과 다르다. 즉, 신야구 사건은 주로 게임캐릭터의 실질적 유사성 여부가 문제된 것이나, 비엔비 사건의 경우, 게임의 전개방식이나 맵의 구성과 같이 기본적으로 아이디어의 영역에 속하지만 구체적으로 유사한 경우, 이를 아이디어가 아닌 표현으로 봐야 한다는 주장이 제기되었던 것이다. 박상연, 앞의 글, 15~16면 참조.

57) 박상연, 앞의 글, 31면, 각주 39) 참조.

58) 대법원 1997. 9. 29. 자 97마330 결정, 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 등 참조.

59) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결. 우리 저작권법은 미국 저작권법과는 달리 아이디어에 대해 특별히 언급하고 있지는 않으나, 저작권법의 개념논리상으로도 아이디어는 보호받을 수 없다고 해석을 이끌어 낼 수는 있을 것이다. 다만, 저작권법 제7조에서 아이디어와 표현의 이분법의 법적인 근거를 찾는 견해도 있다. 정상조 편저, 주해 저작권법, 박영사, 2007년, 22면 참조.

60) 이 점에 있어 대법원은 이른바 'Scenes a Faire'라는 '필수장면', '표준삽화' 이론을 받아들이고 있는 것으로 생각된다. 필수장면이론은 아이디어와 표현의 융합된 대표적인 예 중의 하나라고 할 것이다.

61) 그밖에도 하급심 판결례에서는 '속독법의 기본원리', '희랍어의 학습방법', '게임을 하는 방식' 등은 아이디어에 속하여 보호받을 수 없다고 판시한 사례들이 있다.

62) 아래 건바운드 사건의 결정 내용 참조.

한되어 이는 아이디어와 표현이 융합되어 결국 아이디어의 영역에 속하므로, 저작권법에 따른 보호를 받을 수 없다고 보았다. 다만, 위와 같이 제한된 표현의 경우에도 구체적으로 표현되면 보호를 받을 수도 있을 것이나, 이 경우에도 그 표현이 시각적으로 거의 동일하게 복제된 경우(virtually identical copying)에만 저작권침해로 인정될 수 있을 것이고, 이것이 게임저작물의 특성이 반영된 저작권침해의 판단기준이라고 할 수 있다.

결국, 게임주제나 방식은 실제로 존재하는 것이거나 그렇지 않더라도 이미 관행화된 게임양식에 따른 것이라면 필수장면의 원칙의 상당한 정도로 적용되어 매우 세부적인 부분까지 복제가 일어나지 않는 한 저작권의 보호가 배척된다고 볼 수 있을 것이다.⁶³⁾

2. 건바운드 사건⁶⁴⁾

가. 사실관계

신청인이 온라인을 통해 서비스하고 있는 ‘포트리스 2 블루’라는 게임(이하 ‘이 사건 게임’이라 한다)은 온라인상에서 접속 이용자 각자가 선택한 탱크를 사용하여 제한 시간 내에 각도와 거리, 바람의 세기 등을 고려하여 상대방 탱크를 향해 포탄을 발사하여 맞춤으로써 상대방 탱크의 에너지를 모두 소진시키거나 상대방 탱크의 주위 지형을 함몰시켜 그 탱크가 함몰된 지형으로 추락하게 되면 승리하는 게임으로서, 컴퓨터프로그램저작물 또는 저작권법상 영상저작물에 해당하고, 신청인은 2000. 9. 30. 저작권법에 따라 이 사건 게임에 대하여 저작권 등록을 마친 저작권자인데, 피신청인들이 이 사건 게임의 탱크 캐릭터, 포탄, 게임화면, 계기판, 맵(바탕화면), 게임방식 등의 중요 요소들에 있어 극히 유사하거나 가사 일부 변형 또는 추가한 부분에 창작성이 인정되더라도 2차적 저작물에 불과한 온라인 게임인 “건바운드(Gunbound)”를 제작하여 신청인의 허락 없이 피신청인 (주)소프트닉스가 운영하는 www.softnyx.co.kr, www.gunbound.com 및 피신청인 (주)넥슨이 운영하는 www.nexon.com 등에 올려놓고 일반인들이 이 게임을 온라인상에서 무상으로 접속 이용할 수 있도록 하는 등 신청인의 이 사건 게임에 대한 저작권을 침해하고 있으므로, 이를 막기 위하여 시급히 온라인게임의 서비스중지를 주장한다.

63) 권영준, 저작권침해판단론, 박영사, 2007년, 264면. 매우 세부적인 부분까지의 복제가 일어났다는 것은 결국 거의 동일한 수준의 복제, 즉, ‘virtually identical copying’을 의미한다고 볼 수 있다.

64) 경우에 따라서는 상대방 게임의 이름을 따서 ‘포트리스2블루 사건’이라고 부르기도 한다.

나. 판결⁶⁵⁾의 요지

먼저, 피신청인들이 신청인의 이 사건 게임 프로그램 저작권을 침해하는지에 관하여는 기록에 제출된 자료만으로는 이에 대한 소명이 부족하다.

다음으로, 신청인의 이 사건 게임에 대한 영상저작권이 침해되었는지를 보건대, 이 사건 게임이 저작권법상의 보호를 받는다고 하더라도 그 내용이 게임의 규칙, 진행방식 등 게임에 관한 아이디어까지 저작권으로서 보호되는 것은 아니고 저작물에 나타난 구체적인 표현을 도용한 경우에 한하여 저작권의 침해에 대한 구제가 인정된다 할 것인바, 기록상 이 사건 게임과 피신청인들의 건바운드 게임은 포탄 폭발의 모양, 폭발에 의하여 지형이 파괴되는 모양, 캐릭터 손상시 모양, 채팅창·시간제한·파워게이지·랜덤·캐릭터 능력치에 관한 표현 등 상당부분에 있어서 동일하거나 유사하다고 보기 어렵다.

한편, 이 사건 게임에 사용된 '턴제 슈팅방식'은 이 사건 게임이 최초 제작된 1997년 이전에 이미 스코치, 워즈(1994년), 워즈 II(1997년) 등의 게임에 도입된 방식으로서, 이 사건 게임의 목적, 게임 조작 방법, 진행방식, 승리조건 등이 위 스코치나 워즈 게임과 동일하거나 유사할 뿐 아니라, 이 사건 게임에 나타나는 바람게이지·지형·시간제한·포탄·캐릭터·아이템 생성·무기·캐릭터의 턴 애니메이션·턴 넘김 버튼 등 게임의 중요 요소들도 이전 게임에서 동일하거나 유사하게 표현되었던 점(그밖에 이 사건 게임에는 턴제 슈팅게임 외의 다른 장르의 게임들에 사용된 요소들이 일부 사용되기도 하였다) 등 기록상의 제반사정에 비추어 보면 이 사건 게임의 상당부분은 그 이전에 제작된 게임에 사용된 요소들을 반영하여 제작되었다고 볼 여지가 충분하다 할 것이어서 선뜻 그 독창성을 인정하기 곤란하다.

또한, 이 사건 게임에 사용된 일부 아이디어는 컴퓨터라는 표현 매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현되는 것이 불가피하다고 보이는데, 이러한 경우에 있어서까지 저작권법에 의하여 보호해야 할 가치가 있는 것인지도 의문이라 할 것이다.

다. 평석

법원은 게임 프로그램 저작권 침해에 대해서는 소명이 부족하다고 하여 배척하였는바, 실제로 게임의 컴퓨터프로그램저작권 침해도 함께 주장되었는지는 불분명하나, 게임이라는 저작물을 컴퓨터프로그램 저작물과 영상저작물의 두 가지 관점에서 고찰한 점은 의의가 있다고 할 것이다. 그러나 게임의 영상저작물성과 관련하여서는 게임의 시각적 요소나 이미지, 게임의 방식이나 원리, 게임의 기능 등을 그 속성에 따라 따로 구별하지 않고 병렬적으로 나열하면서 창작성, 실질적 유사성 등을 판단하고 있다.

65) 서울중앙지방법원 2002. 9. 19.자 2002카합1989 결정

건바운드 사건은 게임저작물의 시각적 이미지와 관련된 저작권침해 논란이 법정까지 가게 된 최초의 사례이나, 그 중요성에도 불구하고, 신야구 사건이나 비엔비 사건처럼 논리전개가 상세하지는 않고, 저작권침해를 단지 창작성 여부나 아이디어와 표현의 이분법으로만 해결하려고만 한 오류가 있다고 생각된다.⁶⁶⁾ 또한, 가처분의 성격상 보전의 필요성에 의해 피보전권리 부분이 제대로 판단되지 아니한 측면도 있다.⁶⁷⁾ 다만, 건바운드 사건은 게임저작물의 저작권 침해 판단에 있어서 기본적으로 분석 접근방법(dissection approach)을 따른 사례라고 보는 견해도 있다.⁶⁸⁾

IV. 게임 프로그램의 저작권과 관련된 분쟁사례

게임의 저작물성은 위에서 본 바와 같이 크게 컴퓨터프로그램저작물성과 영상저작물성으로 나누어 볼 수 있는데, 국내에서는 이미 II.항 및 III.항에서 살펴본 바와 같이, 전자와 관련된 분쟁사례보다는 후자와 관련된 분쟁사례가 주로 일본의 게임회사에 의해 제기되어 법원의 판결이 선고되었다. 컴퓨터 프로그램저작권 침해와 관련된 사례 중 주목할 만한 사례로는 아래와 같은 것들이 발견되고 있다.

1. PS2 모드칩 사건

가. 사실관계

소니 엔터테인먼트사가 제작한 플레이스테이션 2라는 게임기 본체(이하 'PS2' 라고만 한다)에서만 실행되는 이 사건 게임프로그램은 CD-ROM이나 DVD-ROM과 같은 저장매체(이하 'CD' 라고만 한다)에 저장되어 판매되고 있는데, 그 정품 게임 CD에는 게임프로그램 외에도 액세스 코드(Access Code)가 수록·저장되어 있고, PS2에는 부트롬(BOOT ROM)이 내장되어 있어 PS2에 삽입되는 게임 CD에 액세스 코드가 수록되어 있는지를 검색한 후 액세스 코드 없이 게임프로그램만 저장된 CD는 프

66) 이에 대한 비판은 정경석, "게임저작물의 저작권 침해", 인권과 정의 제346호, 대한변호사협회, 2005년 및 정경석, "미국과 한국의 게임저작권 침해사례 비교연구", 게임산업저널, 한국게임산업개발원, 2005년 참조.

67) 법원은 "이 사건 게임에서 독창성이 인정되는 부분은 극히 일부에 불과한 점, 건바운드 게임에 나타나는 표현 중 상당부분은 이 사건 게임과 비교할 때 실질적인 유사성을 인정하기 어려운 점, 건바운드 게임은 길드 생성 및 지원 기능, 게임 버디 기능, 아바타 시스템, 게임모드의 다양성(주얼모드, 싱글모드, 태그모드, 스코어모드 등), 문디스크에 의하여 결정되는 게임환경, 게임마스터가 사용자들이 사용할 수 있는 아이템의 종류를 제한하거나 게임참여자들의 게임시작 위치를 정하는 방법을 선택할 수 있는 기능, 대화풍선, 새로운 무기들의 사용 등 이 사건 게임을 비롯한 이전의 단체 슈팅방식의 게임과 비교해 볼 때 독창적이거나 훨씬 개선된 요소들을 많이 담고 있는 점 기타 기록상 소명되는 제반사정을 종합적으로 고려하면 가처분을 발령할 보전의 필요성도 인정하기 어렵다."고 판시하였다.

68) 오승중, 저작권법, 박영사, 2007년, 1086면 참조. 그러나 굳이 말하자면, 게임저작물의 구성요소 중 저작권 침해로 판단하기 위해 저작권으로 보호받는 부분과 그렇지 않은 부분을 나누어 고찰하였고, 유사한 부분이 저작권으로 보호를 받는 부분인지를 판단하기 위해 취한 필수불가결한 접근방법이라고 본다. 그렇지 않고 전체적으로 동등그려서 비교, 판단할 수는 없을 것이다.

로그램 실행이 되지 않도록 설계되어 있다. 따라서 통상적인 장치나 프로그램에 의해서도 이 사건 게임프로그램의 복제는 가능하지만 엑세스 코드의 복제는 불가능하기 때문에, 불법으로 복제된 게임 CD로는 PS2에서 프로그램을 실행할 수 없다.

피고인이 PS2에 장착하여 준 모드칩(Mod Chip, 일명 ‘블루메시아칩’)이라는 부품은 엑세스 코드가 수행하는 역할을 대신하는 것으로서, 엑세스 코드 없이 게임프로그램만 복제·저장된 CD가 PS2에 삽입되더라도 PS2의 부트롬으로 하여금 엑세스 코드가 수록되어 있는 정품 CD인 것으로 인식하게 함으로써 불법으로 복제된 게임 CD도 프로그램 실행이 가능하도록 하는 장치이다.

나. 판결⁶⁹⁾의 요지

컴퓨터프로그램 보호법 제30조 제1항 본문, 제2항은 “누구든지 상당히 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니 되며, 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있고, 제46조 제1항 제3호는 위 규정을 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 법 제2조 제9호, 제7조를 종합하면 위 ‘기술적 보호조치’란 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 및 기타 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치를 의미하는 것으로 봄이 상당하다.

엑세스 코드나 부트롬만으로 이 사건 게임프로그램의 물리적인 복제 자체를 막을 수는 없는 것이지만, 통상적인 장치나 프로그램만으로는 엑세스 코드의 복제가 불가능하여 설사 불법으로 게임프로그램을 복제한다 하더라도 PS2를 통한 프로그램의 실행은 할 수 없는 만큼, 엑세스 코드는 게임프로그램의 물리적인 복제를 막는 것과 동등한 효과가 있는 기술적 보호조치에 해당한다고 할 것이고, 따라서 피고인이 모드칩을 장착함으로써 엑세스 코드가 없는 복제 게임 CD도 PS2를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 행위는 법 제30조 제2항 소정의 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 해당한다고 봄이 상당하다.

69) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2004도2743 판결

다. 평석

PS2 모드칩 사건은 기술적 보호조치의 범위 및 그 무력화 행위에 관하여 구체적으로 판단한 최초의⁷⁰⁾ 대법원 판결로서 그 의의가 크고,⁷¹⁾ 컴퓨터프로그램 보호법상의 기술적 보호조치를 국내법의 입법 목적, 그 조문의 규정내용을 종합하여 외국의 유사한 사례에서와 달리 독자적으로 그 판단기준을 제시한 판결인 점에 그 의의가 있다.⁷²⁾

기술적 보호조치는 보통 ① 저작물에 대한 접근(access)을 통제하기 위한 기술적 보호조치(이른바 ‘접근통제’ 기술적 보호조치)와 ② 저작물의 복제 등 이용행위를 통제하기 위한 기술적 보호조치(이른바 ‘이용통제’ 또는 ‘권리통제’ 기술적 보호조치)로 분류되는데, 우리나라 컴퓨터프로그램보호법상 ‘기술적 보호조치’란 “프로그램에 관한 식별번호·고유번호의 입력, 암호화 기타 컴퓨터프로그램보호법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”라고 규정하여(제2조 제9호), 이용통제장치를 입법화한 것으로 보고 있다.⁷³⁾ 따라서 PS2 모드칩 사건의 쟁점은 소니의 액세스 코드가 컴퓨터프로그램보호법이 보호하고자 하는 기술적 보호조치에 해당하고 모드칩이 컴퓨터프로그램보호법이 금지하고 있는 좌절도구에 해당하는가의 여부에 있다. 그러나 대법원은 액세스 코드에 대하여 접근통제와 이용통제의 이분법적인 분석보다는 실질적인 의미에서 기술적 보호조치를 파악하고 이러한 논쟁은 회피한 것으로 보인다.⁷⁴⁾

2. 미완성 게임프로그램 사건

가. 사실관계

원고는 2000. 8.경 ‘갑’ 회사를 합병하는 방식으로 ‘X’ 라는 온라인게임 프로그램의 저작권 등을 양수하였고, 위 프로그램을 기초로 2000. 9.경부터 ‘A’ 를 개발하기 시작하였다.

원고의 대표이사 ‘을’ 은 2000. 12. 하순경 인터넷 사업부에서 웹디자인 업무를 하던 직원을 비롯한 2명을 영입팀으로 인사발령하였고, 원고의 이사였던 피고는 2000. 12. 31.까지만 출근하고 2001. 2.

70) 위 PS2 모드칩 사건 이후 최근에도 서울남부지방법원에서 닌텐도 DS라이트의 기술적 보호조치를 회피하는 이른바 ‘R4’ 칩에 대해 컴퓨터프로그램보호법위반이 인정된 사례가 있다. 기술적 보호조치에 관한 규정이 없던 구 컴퓨터프로그램보호법하에서도 대법원은 “시리얼번호는 컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단인 기술적 보호조치”라고 판시한 바는 있다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도2900 판결 참조). 다만, 시리얼번호를 인터넷에 복제, 게재한 것이 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치를 무력화하는 장치나 기술에 해당하는지에 대해서는 논란이 있다.

71) 최성준, “기술적 보호조치 무력화 행위에 관하여”, Law & Technology 제2권 제3호, 서울대학교 기술과법센터, 2006년 5월 참조.

72) 강기중, 대법원판례해설 제62호(2006년 하반기), 법원도서관, 2006년 12월, 156면 이하 참조. 다만, 이에 대해서는 “형법의 보충적인 성질, 소비자의 정당한 게임이용권리, 다국적기업인 소니 엔터테인먼트사의 활동 그리고 대법원의 정책법원성을 고려하면 부당하고, 소비자의 권리 및 저작권의 자유롭고 합리적인 이용을 과도하게 제한하는 판결”이라는 비판도 있으나, 적절한 견해로 보기 어렵다. 정준모, “PS2 모드칩 설치의 기술적 보호조치 위반여부”, 저작권 문화, 저작권위원회, 2006년 5월호 참조.

73) 이대희, “기술적 보호조치의 범위 설정”, 계간 저작권 제74호, 저작권위원회, 2006년 6월호, 55면 참조.

74) 이대희, 앞의 글, 54면 및 56면 참조.

중순경 사직서를 제출한 후 2001. 2. 24. 피고 회사를 설립하고 그 대표이사로 취임하였다.

원고는 그 후 게임개발팀 직원들을 새로 채용하고, 다른 사람이 개발하여 놓은 프로그램을 중간에 이어받는 것보다는 새로 개발하는 것이 나을 것이라는 전문가의 조언에 따라 'A' 프로그램을 새로 개발하여 2001. 10.경부터 무료로 시험용 서비스를 제공하였으나, 수익성이 없는 것으로 판단하여 정식 서비스를 개시하지 않은 채 개발을 포기하였다.

퇴사 피고들은 원고로부터 면직당하거나 퇴사한 후 피고 회사에 입사하였는데, 원고 개발팀 소속이었던 직원들은 대부분 피고 회사에서 'A'와 유사한 온라인게임 프로그램인 'B'의 개발 업무를 수행하였고, 'B'는 2001년 하반기부터 무료로 시험용 서비스가 제공되기 시작하였으나, 2005. 1.경 정식 서비스를 개시하지 못한 채 서비스 제공이 중단되었다.

나. 원고의 주장요지

피고 회사를 제외한 나머지 피고들은 원고의 직원들이었고, 원고는 거액을 들여 'A'라는 온라인게임 프로그램을 개발 중이었는데, 퇴사 피고들은 원고의 게임개발팀 직원 전원이 퇴사하게 되면 위 게임을 완성하지 못하고 재정 곤란으로 파산하게 될 것임을 잘 알면서도 사전에 공모하여 2001. 1. 4. 일시에 무단결근하는 방법으로 원고를 퇴사 한 후 2001. 2. 24. 원고와 동일하게 온라인게임 프로그램을 개발하는 피고 회사를 설립하였다.

피고는 위와 같이 피고 회사를 설립하여 'A'를 불법복제한 'B'라는 온라인게임 프로그램을 제작함으로써 'A'에 관한 원고의 프로그램 저작권을 침해하였고, 그로 인하여 원고는 최소한 3억 원의 재산상 손해, 5,000만 원의 정신적 손해를 입었으므로, 피고들은 연대하여 원고에게 그 중 일부로 6,000만 원(재산상 손해 5,000만 원 + 위자료 1,000만 원)을 지급할 의무가 있다.

다. 판결⁷⁵⁾의 요지

① 'B' 프로그램의 개발자들 중에는 원고 재직 당시 'A' 프로그램 개발 업무에 종사하던 사람들이 다수 포함되어 있는 점, ② 'B' 프로그램의 원시코드에는, 퇴사피고들 중 한 명인 피고가 원고로부터 퇴사 전인 2000. 12. 20. 작성하였다거나(file2.cpp) 퇴사 피고들이 원고로부터 퇴사하기 전인 2000. 12. 26. 최종적으로 수정되었다(command4.cpp)는 내용의 주석문, "현실의 50초(IT)가 A에서 5분"이라는 주석문(update.cpp)이 기재되어 있는 하위 프로그램이 포함되어 있는 점, ③ 'A'와 'B'가 모두 공개되어 있는 프로그램을 기초로 하고 있는 것을 고려하더라도 'B'의 'A' 복제도가 40.3%(서버 부

75) 서울중앙지방법원 2006. 4. 21. 선고 2003가합95465 판결

분), 67.9%(클라이언트 부분)에 이르는 점 등을 종합하여 보면, 'B'는 업무상 창작된 프로그램인 'A'의 저작자인 원고의 허락 없이 이를 개작한 프로그램으로, 피고 회사와 그 대표이사인 피고는 'B'를 저작함으로써 'A'에 관한 원고의 프로그램 저작권을 침해하였다고 할 것이므로('A'가 'X' 프로그램을 개작한 프로그램이라 하더라도 독자적인 프로그램으로서 보호된다), 위 피고들은 원고에게 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.⁷⁶⁾

피고들은, 'A'는 2001. 1.경 그 개발이 중단될 당시 완성되지 아니한 상태로 캐릭터가 화면에서 이동하는 정도로만 개발되어 있었고, 'B' 또한 시험용 서비스만 제공되고 완성되기 이전에 개발이 포기되어, 양 프로그램 모두 미완성의 것이므로 프로그램 저작권 침해가 문제되지 않는다는 취지의 주장을 하나, 전체 프로그램의 일부로서 독립하여 기능할 수 있는 하위 프로그램도 컴퓨터프로그램보호법에 의해 보호되는 컴퓨터프로그램저작물에 해당하는데, 위 피고들 주장 자체에 의하더라도 개발 중단 당시 'A'의 하위 프로그램들 중 일부는 독립하여 기능할 수 있는 상태였고, 이러한 하위 프로그램을 개작하여 창작된 'B' 또한 시험용 서비스를 제공할 수 있을 정도로 하위 프로그램들이 완성된 상태였다고 할 것이어서, 'A'와 'B'가 전체로서 완성되지 아니한 상태였다는 사정은 'A'의 하위 프로그램에 대한 원고의 프로그램 저작권 침해 여부에 영향을 미치지 못한다.

라. 평석

위 사건의 사실관계를 보면, 게임개발회사에서 전직, 이직, 퇴직 과정에서 흔히 있게 되는 영업비밀 침해 또는 저작권 침해 사건의 전형을 보는 것 같다.⁷⁷⁾ 컴퓨터프로그램의 개발과정에서 흔히 있게 되는 개작과 관련하여 컴퓨터프로그램보호법은 개작된 프로그램도 독자적인 프로그램으로 보호된다고 명시적으로 규정하고 있기 때문에, 'X' 프로그램을 개작한 'A' 프로그램은 별도의 프로그램으로서 보호를 받는다.⁷⁸⁾

여기서 한 가지 생각해 볼 점은, 만약 피고들이 'A' 프로그램을 이용하고자 할 경우, 'A' 프로그램의 저작자인 원고뿐만 아니라 원저작물인 'X' 프로그램의 저작자인 갑회사로부터도 사용허락을

76) 손해배상의 범위와 관련하여서는, ① 'A'는 이미 완성된 온라인게임 프로그램인 'X'를 기초로 2000. 9.경부터 2001. 1.경까지 작업이 진행된 상태에서 개발이 중단된 점, ② 원고는 '갑'에게 'X' 프로그램에 대한 권리 등에 대한 대가로 1억 원을 지급하였는데, 2001. 5. 17. 위 양도수 계약 및 관련 특약을 합의 해제하면서 '갑'에게 'X' 프로그램에 대한 권리를 다시 양도하여 주고 6,000만 원을 반환받은 점, ③ 원고는 '갑'과 사이의 위 합의 해제 당시, 'A'에 대한 권리는 원고가 보유하고, 갑이 그와 유사한 기획의 프로그램을 개발하는 것에 관하여 원고에게 피해가 없는 한 이의를 제기하지 않기로 약정하였는데, '갑'은 2001. 7.경 피고 회사의 대표이사로 취임하였다가 2002. 1.경 사임하고 피고 회사에서 퇴직한 점, ④ 'A'와 'B' 모두 정식 서비스를 개시하지 못하여 아무런 수익을 거두지 못한 채 시험용 서비스 제공 단계에서 서비스가 중단된 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 원고의 위 프로그램 저작권 침해로 인한 재산상 손해액은 2,000만 원 정도로 봄이 상당하다."고 판시하였다.

77) 최근에도 엔씨소프트의 리니지3 개발 과정 중 직원들이 퇴사하면서 분쟁이 제기되어 퇴사한 직원들 중 일부가 기소된 바도 있다. 머니투데이 2008. 12. 5.자 기사.

78) '개작'이란 원프로그램의 일련의 지시, 명령의 전부 또는 상당 부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위로서(제2조 제4호), 2차적 저작물 작성 방법의 한 형태로 볼 수 있다. 보통 2차적 저작물의 작성시에는 원저작자의 허락이 필요하다고 해석되고 있다.

받아야 하는지 여부이다.⁷⁹⁾ 컴퓨터프로그램보호법에는 저작권법 제5조 제2항과 같은 규정이 없으나, 이를 주의적 규정으로 보고, 또한 개작 프로그램에도 원프로그램의 창작적 요소가 잔존할 것이며, 개작 프로그램을 이용할 경우 원프로그램저작권자의 허락도 필요한 것은 당연할 것이다.⁸⁰⁾

또한, 전체 프로그램의 일부로서 독립하여 기능할 수 있는 하위 프로그램도 컴퓨터프로그램보호법에 의해 보호되는 별도의 컴퓨터프로그램저작물에 해당한다고 판시한 점에도 주의를 요한다.

3. 경마게임 사건

가. 사실관계

신청인 회사는 전자게임 전문 업체로서 ‘아케이드 경마게임’ 및 ‘트리플 크라운’이라는 컴퓨터 게임프로그램(이하 ‘이 사건 프로그램’이라 한다)을 개발하여 이 사건 프로그램에 대한 프로그램저작권을 취득하였다.

에이맥스는 게임기 제조 및 도·소매업을 영위하는 회사로서 2003. 1.경 신청인 회사의 허락을 받아 이 사건 프로그램과 이를 이용하여 스크린 경마게임을 할 수 있는 경마게임기기(이하 ‘이 사건 프로그램 및 게임기기’라 한다)를 제작하되, 신청인 회사와 정식으로 게임기기 납품계약을 체결한 전국의 각 게임장에만 이 사건 프로그램 및 게임기기를 공급하여 주기로 하는 계약을 구두로 체결하고 계속적으로 거래를 하였다.

피신청인은 건물에서 일반게임장업을 영위하고 있는 자인바, 2004. 2.말경 에이맥스로부터 이 사건 프로그램과 게임기기를 매수하여 자신의 게임장에 설치하고 이를 사용하여 영업을 하고 있다.

나. 신청인 주장의 요지

에이맥스가 이 사건 프로그램과 관련한 신청인 회사의 영업비밀을 사용하여 신청인 회사가 개발하여 프로그램저작권을 취득한 이 사건 프로그램 및 게임기기를 피신청인에게 매도하여 신청인 회사의 프로그램저작권을 침해함과 동시에 신청인 회사의 영업비밀을 침해하고 있고, 또한 피신청인도 신청인 회사의 동의 없이 에이맥스로부터 매수한 이 사건 프로그램 및 게임기기를 사용하여 게임장 영업을 하여 신청인 회사의 프로그램저작권을 침해함과 동시에 부정하게 공개된 영업비밀을 취득하거나 사용하여 영업비밀을 침해하고 있으므로, 이로 인한 신청인의 급박한 손해를 방지하기 위하여 피신청인의 게임기기 55대에 대한 점유를 푸는 취지의 가처분을 구한다.

79) 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법 제5조 제2항 “2차적 저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니 한다.”라는 규정이 없기 때문에 이와 같은 논란이 발생할 수 있다.

80) 김규성, 컴퓨터프로그램보호법, 세창출판사, 2007년, 29면 참조.

다. 판결의 요지

에이맥스가 피신청인에게 무단으로 이 사건 프로그램 및 게임기기를 판매함으로써 신청인 회사 입은 손실은 신청인 회사가 직접 피신청인에게 이 사건 프로그램 및 게임기기를 판매하였다면 얻을 수 있었던 판매대금 상당액이고, 이후 피신청인이 이 사건 게임기기를 계속 사용함으로써 인하여 추가로 손해가 발생할 염려는 없어 보이는 점, 한편, 피신청인이 현재 영업에 사용하고 있는 이 사건 게임기기를 사용하지 못하게 함으로써 피신청인이 입은 손실은 상당히 클 것으로 예상되는 점 등의 사정들에 비추어 보면, 신청인이 제출하고 있는 모든 자료를 종합하더라도 본안판결 전에 피신청인의 영업에 사용 중인 이 사건 게임기기의 사용을 금지하지 않으면 신청인이 회복할 수 없는 현저한 손해를 입게 될 우려가 있다고 보기는 어렵고, 가사 신청인이 어떠한 손해를 입게 된다 하더라도 이는 장차 에이맥스 또는 피신청인의 금전배상으로 충분히 전보될 수 있는 것으로 보이고⁸¹⁾ 달리 보전의 필요성을 인정할 만한 자료도 찾아 볼 수 없다.

라. 평석

저작권침해에 대한 침해금지나 영업금지와 같은 가처분은 임시의 지위를 정하는 가처분으로서 다툼 있는 권리관계에 관하여 본안소송의 확정까지 가처분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 기타 보전에 필요한 사유가 있는 때에 한하여 허용되는 응급적·잠정적 처분이고, 이러한 가처분을 필요로 하는지의 여부는 당해 가처분 신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 기타의 제반 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 할 것인바,⁸²⁾ 이와 같은 보전의 필요성 판단에 있어 법원의 재량이 있기 때문에, 때로는 침해가 명백한 것 같은데도 보전의 필요성을 이유로 가처분 발령이 부정되기도 하고, 침해가 명백하다고 하여 보전의 필요성을 인정하여 가처분이 발령되기도 한다.

저작권 침해로 인한 가처분에서 피보전권리는 저작권 침해금지청구권이라고 할 것인데, 모든 보전 처분에 있어서는 피보전권리와 보전의 필요성의 존재에 관한 소명이 있어야 하고, 이 두 요건은 서로 별개의 독립된 요건이기 때문에 그 심리에 있어서도 상호 관계없이 독립적으로 심리되어야 하는바,⁸³⁾ 위 사건에서는 저작권 침해가 인정되어 피보전권리에 대한 소명이 있는 것 같음에도 불구하고, 보전의 필요성이 없다는 이유로 가처분신청을 기각하였다. 그러나 대법원은 가처분신청의 보전의 필요성이 인정되지 아니한다는 판단이 정당한 이상, 피보전권리의 존부에 대한 명시적인 판단을 하지 아니하고

81) 금전배상으로 손해가 전보될 수 있다는 부분은 보전의 필요성 판단에서 늘 고려하는 요소 중의 하나이다.

82) 대법원 2007. 7. 2.자 2005마1944 결정.

83) 대법원 2005. 8. 19.자 2003마482 결정.

바로 가치분의 보전의 필요성에 대한 판단에 나아간 것이 잘못이라고 할 수는 없다고 하므로,⁸⁴⁾ 이 점을 유념하여야 할 것이다.

V. 맺음말

이상으로 게임 저작권과 관련된 최근의 분쟁사례들을 살펴보았는데, 게임의 저작권 관련 분쟁은 크게 그 시각적 요소에 관한 영상저작물 또는 게임캐릭터 저작권 관련 분쟁과 게임의 컴퓨터프로그램에 관련된 분쟁으로 나누어 볼 수 있다. 게임캐릭터와 관련된 분쟁은 이미 신야구 사건과 비엔비 사건을 통하여 어느 정도 판단기준이 정립되었다고 볼 수 있으나, 앞으로 신야구 사건의 대법원 판결을 통하여 그 기준이 보다 구체화될 것으로 보인다. 다만, 게임캐릭터와 관련된 저작권침해에 있어서는 그 기술적 또는 현실적인 제약이나 표준장면 이론 등에 의해 아이디어와 표현이 융합되는 경우가 많아, 시각적인 요소가 거의 시각적으로 동일할 정도로 구체적이고 세부적인 표현에서도 복제가 되어야 저작권침해가 인정될 수 있을 것으로 보인다.

또한, 비엔비 사건을 통하여 게임의 구성요소 중 게임규칙이나 방법, 기능과 같은 아이디어에 속하는 것들이 어느 정도 구체화되었을 때 내재적인 표현으로 인정되어 보호받을 수 있는가도 문제되었으나, 이에 대한 일반적인 기준은 제시하기 어렵고, 결국 그 창작성이나 구체성, 아이디어와 표현의 융합 등을 고려하여 개별적으로 판단하는 수밖에 없을 것이며, 그 창작성의 정도는 보다 엄격하게 요구될 수밖에 없을 것이다.

위와 같은 두 가지 점은 모두 게임저작물의 특성에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다.

한편, 게임프로그램과 관련된 저작권 분쟁 중 PS2 모드칩 사건에서는 기술적 보호조치의 범위와 관련하여, 대법원이 다른 나라의 해석과 달리 독자적인 판단을 하였는바, 앞으로도 기술의 발전에 따른 기술적 보호조치의 범위와 관련된 분쟁은 계속될 것으로 보인다. 또한, 게임프로그램 개발 과정에서 담당 직원들이 퇴사하여 새로운 게임을 만드는 경우, 프로그램저작권 침해와 관련된 실질적 유사성 문제도 대두될 수 있을 것이고, 개작인지 아닌지 여부도 문제될 것으로 보인다. 이는 컴퓨터프로그램저작물의 실질적 유사성 판단기준이 그대로 적용될 것이고, 게임저작물이라고 하여 특별히 달리 취급될 것은 없을 것으로 보인다. 또한, 위와 같은 게임저작물의 저작권침해로 인한 분쟁이 저작권침해금지 가치분이나 영업금지가치분의 형태로 제기되는 경우가 많은데, 이 경우 보전의 필요성 요건만으로도 저작권침해 여부를 판단하지 않고 기각할 수 있으므로 주의를 요한다고 할 것이다.

84) 대법원 2007.7.26. 자 2005마972 결정

참고문헌

- 권영준, 저작권침해판단론, 박영사, 2007년
- 박성호, “아바타의 법적 문제점”, 인권과 정의 제347호 36면 이하, 대한변호사협회, 2005년 7월호
- 박상언, “게임의 실질적 유사성에 관한 사례 연구”, 한국정보법학회 2007. 5. 정기사례연구회 발표 자료
- 안인숙, “게임저작권침해의 판단기준”, 연세대학교 법학과 대학원 석사학위논문, 2008. 6.
- 오병철, “아바타의 아이টে에 관하여 온라인디지털콘텐츠산업발전법에 의한 보호가 인정될 수 있는지 여부”, 정보법판례백선(I), 한국정보법학회, 박영사, 2006년
- 오승중, 저작권법, 박영사, 2007년
- 이권호, “게임 디지털콘텐츠의 법적 성격에 대한 연구”, Law&Technology 제3권 제5호, 서울대학교 기술과법센터, 2007년 9월호
- 이대희, “기술적 보호조치의 범위 설정”, 계간 저작권 제74호, 저작권위원회, 2006년 6월호
- 이해완, 저작권법, 박영사, 2007년
- 정경석, “게임저작물의 저작권침해”, 인권과 정의 제346호, 대한변호사협회, 2005년
- 정경석, “비디오게임에 있어 실질적 유사성 테스트와 시각적 동일성 기준”, Law & Technology, 서울대학교 기술과법센터, 2006년
- 정해상, “인터넷 게임 아이템 거래에 관한 법리”, 중앙법학 제5집 제3호, 중학법학회, 2003년 12월
- 최성준, “게임 캐릭터의 저작물성 및 실질적 유사성”, Law&Technology 제3권 제5호, 서울대학교 기술과법센터, 2007년 9월호
- 최성준, “기술적 보호조치 무력화 행위에 관하여”, Law&Technology 제2권 제3호, 서울대학교 기술과법센터, 2006년 5월

