

미국과 한국의 게임저작권 침해 사례 비교 연구

정 경 석
변호사

핵심 되는 말 :

비디오게임, 게임저작물, 게임영상, 게임화면, 게임그래픽, 게임이미지, 게임방식, 표절, 저작권침해, 필수장면, 표준삽화, 융합, 아이디어, 표현, 합체, 실질적 유사성, 분석적 분해, 이중테스트, 외부테스트, 내부테스트, 전체적인 개념과 느낌.

Key Words :

Video Game, Copyright Infringement, Merger, Scenes a Faire, Idea-Expression Dichotomy, Substantial Similarity, Analytical Dissection, Two-step Test, Extrinsic Test, Intrinsic Test, Bifurcated Test, Look and Feel, Total Concept and Feeling, Virtual Identity Standard..

정경석(Chong, Kyong Sok, Attorney at Law)

정경석은 1996년 서울대학교 법과대학 졸업하였다. 1999년부터 현재까지 변호사로 재직 중이다. 현재는 University of Washington School of Law에서 Intellectual Property Law & Policy에 연수 중이다. 영상물등급위원회 등급분류소위원(2001-2004)을 역임했으며, 추계예술대학교 문화산업대학원(2002, 2003)에서 강사로 활동했다. 저서로는 『게임저작물의 저작권 침해』(2005), 『엔터테인먼트 비즈니스 분쟁사례집』(2004), 『게임과 법률』(2004) 등 다수가 있다. kschong@u.washington.edu

목차

I. 머리말

II. 미국의 사례 연구

1. 'Scramble' 게임 사건 2. 가라테 게임 사건
3. 골프 게임 사건 4. 'Tricky Trapper' vs 'Mouser' 사건
5. 미국 판례에 나타난 게임저작물의 저작권침해 판단 기준

III. 한국의 사례 연구

1. 저작권침해에 관한 한국 법원의 판단 기준
2. '포트리스2 블루' vs '건바운드' 사건
3. 표절 의혹이 보도된 사례들

IV. 맺음말

국문 요약

우리나라에서는 신작 게임이 출시되면 통과의례처럼 '표절' 의혹 보도가 나가곤 한다. 그러나 국내에선 아직까지 게임저작물의 이미지와 관련된 저작권 침해 분쟁은 손으로 꼽을 만큼 그 수가 적고, 기존의 저작권 침해 판단 기준도 명확한 것은 아닌데다가 이를 게임에 적용해 본 예가 드물기 때문에, 실제로 그와 같은 분쟁이 법정까지 가게 될 경우, 그 결과를 예측하기가 쉽지 않다. 이에 그 동안 미국에서 게임 저작물의 시각적 요소와 관련된 분쟁 사례들을 찾아서 미국 법원의 판결 내용을 국내에 소개함으로써 그 판단기준과 적용례를 살펴보고자 하는 것이 본고의 목적이다. 특히, '백문(百聞)이 불여일견(不如一見)'이라, 시각적 저작물의 특성상 문제된 게임의 두 화면을 직접 비교해 볼 수 있는 기회를 갖고자 하는 것도 본고의 또 다른 목적이다. 미국의 판결 내용을 정리해 보면, 게임화면의 전체적인 개념과 느낌, 외관과 느낌을 합리적인 관찰자 수준에서 비교하는 방법을 기준으로 택하고 있다고 말할 수 있으나, 비디오게임의 내재적인 한계 또는 당해 게임 장르의 한계 등으로 인해 표현이 제약되거나 불가피하게 공통적인 표현인 경우, 이는 저작권법에 의해 보호받을 수 있는 표현이 아니라고 하고 있다. 이와 같은 기준과 적용은 아직 게임 저작물 침해에 대한 법원의 사례가 부족한 우리나라의 경우에도 그대로 적용될 수 있다고 생각된다.

I. 머리말

게임산업의 ‘표절’ 문제는 어제, 오늘의 얘기가 아니다. 게임신문이나 저널을 통해서 게임의 표절 의혹이 심심찮게 등장한다. 경고장을 보냈다는 기사가 나오기도 하고, 형사고소를 했다는 얘기도 들리고, 법적 대응을 검토하고 있다는 말도 들린다. 아예 당사자는 아무 말도 없는데 언론에서 먼저 의혹을 제기하기도 한다. 그러나 정작 뒷얘기는 없다. 저작권침해에 대한 책임을 지게 되었는지 아닌지.

우리나라의 법조계에 대한 비판도 항상 따라 다닌다. 게임에 대한 전문가가 없어서²⁾ 또는 표절을 판단하기 위한 기준이 없어서 게임업계의 표절을 더욱 부채질한다는 것이다. 게임업계는 따라서 윤리적인 비난과 함께 아예 더 나아가 게임을 하는 방식이나 게임에 대한 아이디어를 보호할 수 있는 대책을 요구하기도 한다. 저작권법의 형사 처벌이 너무 약하다는 비판과 함께 게임업계의 표절을 근절하기 위한 법적, 제도적인 개선이 이루어져야 창작의식을 고취시켜 게임업계가 발전할 수 있다는 제안도 나오고 있다.

또한 게임업계의 표절 문제는 일본, 중국, 미국 등과 국제적인 분쟁을 일으키기도 하고, 국내의 표절 논란은 우리 게임업체의 수출에 영향을 미치기 때문에 게임강국인 한국의 위상을 깎고 한류에 역행한다는 비난도 나온다. 이러한 시대적인 요구에 부응하기 위해 한국게임산업개발원이 주관하는 세미나를 비롯하여 각종 세미나에서 이제 게임 저작권의 문제는 항상 약방의 감초처럼 등장하고 있다.³⁾ 그러나 대부분 저작권의 일반론에 머물고 있어 구체적인 사례에 그 기준이 어떻게 적용될지에 대해서는 아쉬운 면이 있다.⁴⁾ 게임업체로서는 게임의 화면에 나타나는 시각적 요소나 게임의 진행방식 등에 대해 저작권법의 보호가 어떻게 이루어지는지 즉, 경쟁사의 게임이 자사의 게임에 대한 저작권을 침해하였는지가 가장 궁금한 부분일 것이다.

이에 필자는 그간 국내에서 ‘표절’ 문제가 되었던 사례들을 실제 게임의 스크린 샷(screen shot)⁵⁾을 비교해 가면서 그 침해 여부에 대한 논의를 하고자 한다.⁶⁾ 이와 같은 시도를 통하여 국내 게임 저작물의 저

1) ‘표절’이 법적인 용어는 아니나, 대법원도 “개작이라 함은 원 저작물을 기초로 하였으나 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있는 정도의 수정감을 가하거나 저작권법 제5조 제2항 각호의 방법에 의하여 복제하는 것을 말하는 것이므로, 원 저작물과 거의 동일하게 복제하는 이른바 도작, 표절 또는 원 저작물을 다소 이용하였으나 원 저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 신 저작물을 만드는 창작과는 다르다.”고 하여 원 저작물과 거의 동일하게 복제하는 의미로 사용하고 있으므로, 본고에서도 ‘표절’이라는 용어를 그와 같은 의미로 사용하기로 한다. 대법원 1990.2.27. 선고 89다카4342 판결

2) 전자신문 2004. 4. 19.자를 보면, “...엔트리브소프트(대표 김준영)은 최근 소니컴퓨터엔터테인먼트의 비디오게임 ‘모두의 골프’ 시리즈가 지난달 발표한 자사의 온라인 골프게임 ‘팡야’와 유사하다는 지적이 나오자, 곧바로 고문 변리사를 통해 저작권 침해 여부를 면밀히 검토하는 등 적극적인 대처방법을 강구하고 나섰다...”는 기사가 나오는데, 저작권법 문제를 ‘변리사’에게 자문을 구하는 게임업계의 ‘전문성’도 의미이다.

3) 이상정, “게임저작물과 저작권”, 한국디지털재산법학회 춘계 세미나 자료집, 2002년; 류광현, “게임과 저작권”, 서울대학교 법학연구소 기술과 법센터 세미나, 2004. 11. 13.; 김형렬, “게임저작물의 법적 보호방안”, 2004 게임저작물 보호방안과 분쟁사례 세미나, 한국게임산업개발원, 2004. 11. 24.; 오승중, “게임저작물에 있어서 표절 판단”, 미래게임포럼 공개세미나, 한국게임산업개발원, 2004. 12. 13.

4) 비디오게임의 저작물성이나 이를 구동하는 프로그램의 컴퓨터프로그램 저작물성도 비디오게임에 관한 하나의 법률적 쟁점이나 본고에서는 비디오게임의 화면 구성의 저작권침해 여부의 판단기준에 한해 논하기로 한다.

작권 침해 논란에 대한 실마리를 제공해서 앞으로 더 깊고 많은 토론이 이루어지기를 기대해 본다. 이하에서는 게임산업에 대한 분쟁사례가 발달되어 있는 미국의 사례를 중심으로 게임 저작물의 저작권 침해에 대한 기준과 그 적용을 검토해 보고(II부분), 우리나라의 기준과 사례들을 살펴보기로 하겠다(III부분).

II. 미국의 사례 연구

미국은 이른바 ‘Common Law’⁷⁾ 또는 ‘Case Law’⁸⁾ 체계의 국가이기 때문에 법전이나 법률보다는 실제 사례가 선례로써 매우 중요하다. 또한 기존의 선례와 나중의 사례에서 서로 다른 점, 같은 점을 비교, 분석해 내는 것이 변호사와 판사의 중요한 업무 중의 하나이고 여기에 많은 논의가 집중되어 있다.

Case Law는 하나의 사례에 대해서 그 이후 이를 인용하는 사례, 부정하는 사례, 긍정하는 사례, 뒤집어진 사례 등이 복잡하게 얽혀 있고 이를 인용한 관련 논문이나 평석도 많아서 그 의미를 읽어내는 것도 쉽지 않다. 다만, 어느 분야에서 최초로 판단되었거나 중요한 쟁점에 대해 의미있는 판결이 내려졌을 경우에는 이를 ‘leading case’라 하여 그 이후 두고두고 인용된다.

하나의 사례에서 판사가 어떤 법원칙을 적용함에 있어 고려한 요소들은 나중에 그 사건 당사자의 이름을 따서 ‘___ test’, ‘___ factor’, ‘___ requirement’, ‘___ rule’ 등의 형식으로 이름붙이기도 한다.⁹⁾

아래에서는 필자가 보기에 국내에 소개하면 의미가 있겠다고 생각되는 미국의 게임 저작권 관련 판례를 검토하여 귀납적으로 게임 저작물의 저작권 침해 판단기준을 살펴보고, 또한 국내의 사례는 저작권 침해에 관한 국내 법원의 판단기준을 먼저 정리한 후, 연역적으로 이에 근거하여 국내에서 문제가 되었거나 문

5) 게임의 전체를 비교하지 않고 일부 스크린샷으로만 비교하는 것도 하나의 한계라고 할 수 있으나 법원에서 소송을 진행할 때도 어차피 정지된 화면의 제출과 비교가 우선시되고 실제 동작하는 게임에 대한 검증은 그 이후의 문제이다. 따라서 이를 결코 간과할 수가 없다. 미국에서는 스크린샷이 게임의 모든 이미지와 움직임을 묘사하고 있다면 그의 비교만으로도 증거법상 충분하다는 견해가 제시된 바 있다. Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc., 862 F.2d 204, 207 (9th Cir. 1988). 정지화면의 비교를 통해 ‘전체적인 느낌’만으로 판단하는 것도 문제지만 그 ‘느낌’을 또한 무시할 수 없는게 딜레마이기도 하다. 또한 게임은 일종의 영상 저작물로서 시각적인 비교없이 글로써 묘사하여 비교하는데에도 한계가 있다고 할 것이다. 본고에 사용된 스크린샷은 필자가 직접 해당 사이트에서 다운로드 받거나 인터넷에서 이미지 검색을 하거나 인터넷 뉴스 기사를 통해 수집한 자료들이다. 아래에서는 ‘스크린샷’, ‘게임 화면’, ‘게임 영상’, ‘게임의 그래픽 인터페이스’, ‘게임의 시각적 요소’ 등은 모두 같은 의미를 갖는 것으로 혼용해서 사용하도록 한다.

6) 다만, 국내에서 문제가 된 사례들의 경우, 간략하게 검토해 보기로 하고 그 경우이라도 검토의견은 필자의 개인적인 견해를 밝혀 둔다.

7) 이를 ‘보통법’이라고 번역하기도 한다.

8) 이를 ‘판례법’이라고 번역하기도 하는데 결국은 하나의 사례에서 법원이 발견한 법 적용 원리가 선례로써 나중의 사례에서 구속력을 갖는 법체계를 의미한다. 사례를 통해서 축적된 법 원리를 ‘common law’라고 하는데, 국회를 통과한 법(act)과는 다르다. 미국에서는 법조문 자체의 해석, 적용보다는 선례와의 비교, 분석이 더 중요한 의미를 갖는다. 법조문의 해석, 적용이 법원의 주된 업무가 되는 우리 법과 같은 체계를 ‘civil law(시민법)’ 체계라고 한다. 영미법과 대륙법의 중요한 차이가 여기에 있다.

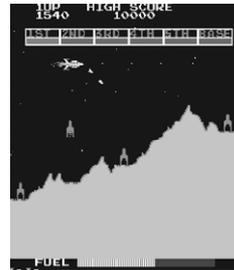
9) 예컨대, 저작권침해에 있어 실질적 유사성 여부를 판단하는 ‘이중테스트(bifurcated test)’는 미국 연방항소법원 제9회 순회법원이 Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald’s Corporation, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977) 사건에서 발달시킨 기준으로 이를 ‘Krofft Test’라고 하고, 미국 연방대법원이 CCNV v. Reid, 490 U.S. 730 (1989) 사건에서 고용 저작물과 독립적 저작물의 구별하기 위해 고려한 ‘13가지 요소’들을 ‘Reid test’ 또는 ‘Reid factors’라고 하는 것과 같다.

제의 소지가 있다고 보이는 사건들을 살펴보기로 하겠다.¹⁰⁾

1. ‘Scramble’ 게임 사건¹¹⁾



‘Scramble’ 게임 화면1



‘Scramble’ 게임 화면2

국내에도 이미 오래 전에 잘 알려진 ‘Scramble’ 게임은 미국의 Stern사(Stern Electronics, Inc.)가 그 시청각적 요소에 대해 저작권을 갖고 있고 그 제호에 대해서는 상표권을 갖고 있는 아케이드 게임이다. Stern사는 1981년 영국 런던의 게임쇼에서 위 게임을 처음 보고 그 저작권자인 일본의 코나미사의 독점적 라이선시를 통해 북미와 남미에 대한 독점적인 서브라이선스를 취득하였는데 굉장한 성공을 거두었다.

그런데 Omni사는 비디오게임의 배급업자로서 Stern사가 ‘Scramble’ 을 출시하자 동일한 ‘Scramble’ 마크가 찍힌 아케이드 외관에 Stern사의 게임과 시청각 요소도 동일한 게임을 판매하여 Stern사의 게임 보다 수백 불 낮은 가격에 판매하기 시작하였다.



Scramble 외관

미국 연방지방법원 뉴욕 동부지방법원은 Stern사의 가치분신청을 받아 들여 Omni사는 ‘Scramble’ 이라고 이름 붙여진 시청각 저작물에 대한 저작권 침해행위를 중지하고, 전자 비디오게임과 관련하여 ‘Scramble’ 상표를 사용하지 못하도록 결정을 내렸다.¹²⁾ 그러나 Omni사는 이에 대해 항소하였고, 항소이유로 Stern사의 ‘Scramble’ 게임에 있는 시각적 요소와 그에 수반하는 청각적 요소는 미국 저작권법이 요구하는 저작물로서의 ‘고정화(fixation)’ 요건과 ‘창작성(originality)’ 요건을 충족시키지 못한다고 주장하여¹³⁾ 미국 연방항소법원 제2회 순회법원이 이에 대해 판단하였다.¹⁴⁾

10) 미국에서 온라인 법률정보서비스를 유료로 제공하고 있는 Lexis(www.lexis.com)에서 ‘Pac-Man’ 이란 단어 하나로만 사건 검색을 해 보아도 무려 100개의 사건이 검색되고 게임회사 중의 하나인 ‘Nintendo’ 라는 이름으로 검색해도 그 정도의 사건이 검색된다. 2005년 2월 25일 방문.

11) Stern Electronics, Inc. v. Kaufman, 669 F.2d 852 (2d Cir. 1982).

12) 523 F.Supp. 635 (1981).

Omni사의 위와 같은 항소이유가 가능한 것은 미국 저작권법은 유형의 매체에 고정된 창작물에 한하여 저작권법에 의한 보호를 주고 있는데¹⁵⁾ ‘Scramble’ 게임의 스크린에 나타나는 시각적 이미지는 게임의 사용자에게 따라 달라지기 때문에¹⁶⁾ 유형의 매체에 고정되어 있다고 볼 수 없다고 생각할 수도 있기 때문이다. 그러나 제2회 순회법원은 “물론 ‘Scramble’ 게임의 시청각적 요소가 게임 이용자가 포탄이나 레이저를 발사하는 시간이나 정확도, 우주선의 루트와 속도 등에 따라 전체적으로 다른 것은 사실이지만 그 시청각적 요소의 많은 부분과 그 연속은 매 게임이 진행될 때마다 일정하다(constant).”고 보았다.¹⁷⁾ 따라서 그 ‘반복적인 연속(repetitive sequence)’은 시청각적 요소로써 저작권법의 보호를 받을 수 있는 것이다.

다음, 창작성 요건과 관련하여, Omni사의 주장은 두 단계로 변하는데, 처음에는 고정화 요건을 계속 공격하면서 게임의 이용자로 인하여 나타나는 게임의 작동화면은 각 화면이 창작물이기 때문에 오로지 그 ‘창작성’ 있는 화면에 한해서만 저작권법의 보호를 줄 수 있다고 하였다.¹⁸⁾ 그러나 위 주장은 위 고정화 요건에서 본 것처럼 각 게임에서 연속적으로 반복되는 시청각적 요소에 의해 받아들여질 수 없었다. 그러자 Omni사는 비디오게임의 모든 시청각적 요소는 이미 만들어진 컴퓨터프로그램에 의해 결정되는 것이기 때문에 창작성이 없다고 주장하였고, 이에 대해 제2회 순회법원은 게임의 시청각적 요소와 컴퓨터프로그램은 모두 게임의 구성요소로써 먼저 게임의 시청각적 요소에 대한 창작성이 발생한 이후에 컴퓨터프로그램이 씌어지는 창작 과정을 Omni사는 간과하였다고 판단하였다.

다만, 제2회 순회법원은 어느 순간에 반복적인 이미지의 연속이 저작권의 보호를 받을 수 있는 전체적인 화면의 상당한 부분이 되는지, 이미지의 연속이 표현의 특정한 형식으로써 단순한 추상적인 아이디어에 불과할 정도로 근소한 양을 포함하고 있는지에 대해서는 판단할 필요가 없다고 하였다.

13) Omni사는 코나미사와 Stern사가 ‘Scramble’ 게임에 대해 저작권법에 의한 보호를 받을 권리가 있는 것은 다투지 않았다. 다만, 그 권리는 컴퓨터프로그램에만 있는 것이지, 그 컴퓨터프로그램에 의해 결정되는 게임의 시청각적 요소에까지 저작권법에 의한 보호가 미치는 것은 아니라고 다투었다.

14) 따라서 위 사례는 미국뿐만 아니라 국내에서도 컴퓨터 게임에 등장하는 시청각적 요소가 별도로 저작권법에 의한 보호를 받을 수 있는가의 문제와 관련하여 흔히 언급되는 사건이다. 다만, 국내에서는 저작권법이 저작물의 성립요건으로 ‘고정화’를 요하는가와 관련하여 논란이 있기 때문에 논의의 전개가 약간 다르기는 하나 우리나라 저작권법도 ‘고정화’를 요구하고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각하므로 우리에게도 유효한 사례라고 할 것이다.

15) “Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.” 17 U.S.C. § 102(a).

16) 예컨대, 우주선이 적의 포탄을 피하지 못하면 파괴되고 적의 미사일 기지를 파괴시키면 그 이미지는 스크린에서 사라진다. 우주선의 진행 경로도 우주선의 높이와 속도 등의 조정에 따라 달라진다.

17) 예컨대, 우주선의 모양, 색깔, 크기, 적 비행기, 연료탱크, 지형 등. 또한, 청각적 요소들도 게임 사용자가 적 비행기를 격추시킬 때나 적의 총격으로부터 피하지 못했을 때의 음향이 일정하다고 보았다.

18) 결국 게임의 각 이용자들이 게임을 작동하는 것이 창작행위가 되고 그 창작행위(작동)로 인하여 나타나는 각 화면들이 별개의 저작물이 된다고 주장한 것이다.

2. 가라테 게임 사건¹⁹⁾

Data East는 미국 캘리포니아에 소재하고 있는 회사로써 아케이드 게임이나 가정용 게임에 구현된 시청각 작품을 디자인, 제조, 판매하는 영업을 하고 있다. Data East는 1984년경 ‘Karate Champ’ 라는 아케이드 게임과 가정용 게임을 출시하여 일본과 미국, 유럽에서 판매하였다. 특히, 미국에서는 그 시청각적 요소에 대해 미국 저작권청에 저작권 등록을 하였다. 그런데 Data East의 경쟁사인 영국의 System III Software, Ltd. 라는 회사가 1985년경 ‘International Karate’ 라는 이름의 가정용 게임을 영국에서 판매하다가 캘리포니아 소재 Epyx라는 회사를 통해 ‘World Karate Championship’ 라는 이름으로 미국 판매를 개시하였다.



Karate Champ 화면 1



World Karate Championship 화면 1
London을 배경으로 하고 있다.

위 두 경쟁 게임은 모두 가라테 게임 시합으로 두 명의 선수가 격투하는 장면을 묘사하는 시청각적 요소로 이루어져 있다. 특히, 위 두 게임은 선수들이 가라테의 특징적인 복장을 하고, 뒷배경 화면이 계속 변하고, 각 시합의 시작과 끝에는 한 명의 심판이 카툰 스타일의 풍선 모양으로 각 단계의 의미와 승패 여부를 선언하고 있다. 각 게임은 선수들이 벽돌을 격파하는 보너스 라운드가 있고, 선수들의 동작이나 점수를 매기는 방식도 유사하다.

이에 Data East는 Epyx를 상대로 저작권 침해, 상표권 침해, 영업외관(trade dress) 침해를 이유로 소송을 제기하였고 미국 연방지방법원 캘리포니아주 북부지방법원에서는 저작권 침해가 인정되어 가처분이 발령되었다. 위 법원은 Epyx의 게임에 표현된 그래픽의 질적인 수준을 제외하고는, 점수판 부분이나 심판의 외모, 그리고 보너스 단계의 사소한 특징까지도 두 게임이 ‘**질적으로 동일하다(qualitatively identical)**.’ 고 판단하였다.²⁰⁾

위와 같은 판단에 근거해 지방법원은 Epyx로 하여금 ‘Karate Game’, ‘World Karate

19) Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc., 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988).

20) 다만, 상표권 침해나 ‘trade dress’ 침해는 인정되지 않았다.

Championship’, ‘International Karate’에 표현된 저작물의 복제, 배포, 전시, 공연 등을 금하는 영구적인 조치(permanent relief)를 명하였고 Epyx가 배포한 게임의 리콜(recall)도 명령하였다. Epyx는 이에 대해 항소²¹⁾하였고 미국 연방항소법원 제9회 순회법원은 두 게임에서 묘사된 등장인물이 같은 동작을 하고, 심판에 의해 감독을 받고, 보너스 점수가 누적되는 기회가 주어지는 점 등이 비슷하기는 하지만, 그것이 저작권 침해를 인정할만한 ‘**실질적인 유사성(substantial similarity)**’ 까지 보장하는 것은 아니라고 판단하였다.

제9회 순회법원은 위 사례에서 두 게임의 실질적 유사성을 판단하기 위한 방법으로 제9회 순회법원이 발전시킨 ‘**2단계 테스트(two-step test)**’ 를 적용하였다. 즉, 첫 번째는 ‘**외부적 테스트(extrinsic test)**’ 로써 두 아이디어가 객관적으로 유사한지 살펴보는 방법으로 목록화와 분석이 가능한 구체적인 기준에 의해 실시한다. 이 단계에서는 이른바 ‘**분석적인 분해(analytical dissection)**’ 방법이 사용되는데 유사성에 대한 분석적인 분해를 하여 표현에 나타난 모든 유사성이 공통의 아이디어를 사용함으로써 인한 것이라면 이는 실질적인 유사성이 없는 것이고 따라서, 그와 같은 유사성은 ‘**보호받지 못하는 표현(unprotected expression)**’ 의 유사성에서 기인하는 것에 불과하다. 두 번째는 ‘**내부적 테스트(intrinsic test)**’ 로써 위와 같이 아이디어에 있어 유사성이 인정된다면 그 아이디어의 표현에 있어서도 유사성이 인정되는지를 판단하게 되는데 이 때 두 저작물 사이의 ‘**전체적인 개념과 느낌(total concept and feel)**’ 이 실질적으로 유사하면 그 유사성이 인정되는 것이다. 전체적인 개념과 느낌은 ‘**합리적인 관찰자(reasonable observer)**’²³⁾ 의 입장에서 **주관적으로** 판단하게 된다.²⁴⁾

한편, 위와 같은 테스트 결과 표현을 보호하는 것이 저작자에게 아이디어에 대한 독점권을 주게 된다면 결국 아이디어와 표현이 분리되지 않았기 때문에 이를 ‘아이디어와 표현의 합체 또는 융합’이라고 하는데 ‘사실적 저작물’이나 ‘필수장면’의 경우가 그러하다. 표현에 있어 실질적인 유사성은 없게 된다. 또한 주어진 아이디어를 처리하는데 있어 ‘**필수불가결**’하거나 ‘**최소한의 표준**’인 경우, 그 표현은 이른바 ‘**필수 장면(scenes a faire)**’으로써 아이디어로부터 필수적으로 수반되는 표현의 구성요소이기 때문에, 저작권법의 보호를 줄 수 없다.

지방법원은 유사성에 대한 분석적 분해 방법을 적용하여 가라테 격투경기를 묘사하는데 있어 다음과 같은 15가지 측면이 아이디어를 포함하고 있다고 보았다.

21) 우리나라의 민사소송절차로 보면 애초에 Data East가 신청하여 발령된 가처분결정에 대해 Epyx가 이의신청을 한 것이다. 우리나라의 경우 가처분 이의사건은 가처분을 발령한 재판부에서 다시 심리, 결정을 하는 점이 미국과 다르다.

22) 미국 법원 제도상 결국 ‘합리적인 배심원(reasonable jury)’이 될 것이다.

23) 다만, 미국의 판결도 위 기준의 구체적 적용에 있어서는 분석적 분해를 통해 저작권법에 의해 보호를 받는 부분만을 갖고서 서로 비교하여 실질적인 유사성 여부를 판단하기도 하고 저작권법에 의해 보호를 받지 않는 부분까지도 전체적으로 비교하여 실질적 유사성 여부를 판단하기도 하여 일률적으로 말하기는 어렵다.

24) 이를 ‘아이디어와 표현의 합체 또는 융합’이라고 하는데 ‘사실적 저작물’이나 ‘필수장면’의 경우가 그러하다.



Karate Champ 화면 2



Karate Champ 화면 3



World Karate Championship 화면2
(Early Knock-out 장면)

1. Each game has fourteen moves.
2. Each game has a two-player option.
3. Each game has a one-player option.
4. Each game has forward and backward somersault moves and about-face moves.
5. Each game has a squatting reverse punch wherein the heel is not on the ground.
6. Each game has an upper-lunge punch.
7. Each game has a back-foot sweep.
8. Each game has a jumping sidekick.
9. Each game has low kick.
10. Each game has a walk-backwards position.
11. Each game has changing background scenes.
12. Each game has 30-second countdown rounds.
13. Each game uses one referee.
14. In each game the referee says 'begin', 'stop', 'white', 'red', which is depicted by a cartoon-style speech balloon.
15. Each game has a provision for 100 bonus points per remaining second.

제9회 순회법원은 위 15가지 특징은 단지 게임의 절차, 일반적인 가라테 동작, 배경장면의 아이디어, 시간 요소, 심판, 컴퓨터 그래픽, 보너스 점수 등 가라테 스포츠와 컴퓨터에 '본질적인 제약(inherent constraint)' 에 지나지 않기 때문에 이는 가라테 시합이라는 아이디어를 표현하는 데 있어 필수적으로 수반되거나 또는 가라테 스포츠라는 아이디어와 '불가분적으로 결합' 되어 있거나 '표준적인 처리(standard treatment)' 라고 보아 보호받을 수 없다고 보았다.

결국, 지방법원은 배경장면과 점수판에만 저작권법의 보호를 한정하여야 하는데 이를 확대한 잘못이 있

고, 배경장면과 점수판은 서로 다르며 점수를 매기는 방식은 유사하지만 그것은 결정적인 것이 아니라고 하였다. 위와 같은 두 가지 특징에 근거한다면 변별력있는 17.5세의 소년²⁵⁾은 두 게임을 서로 실질적으로 같다고 보지 않을 것이라고 하였다.

3. 골프 게임 사건²⁶⁾

Incredibles Technologies, Inc.('IT')는 미국 일리노이주 알링턴에 근거지를 두고서 'Golden Tee' 및 'Golden Tee Fore'²⁷⁾라는 유명한 비디오 아케이드 골프게임을 제작하는 회사이고 Global VR('GVR')은 IT의 경쟁사로서 미국 캘리포니아주 산호세에 근거를 두고 있는 회사인데 역시 골프게임인 'PGA Golf Tour'라는 게임을 제작하여 판매하였다.



Golden Tee (Coral 배경)



Golden Tee (Pine 배경)

GVR은 스포츠 게임업체의 강자인 EA Sports로부터 PC게임인 "Tiger Woods Golf"의 프로그램에 대한 라이선스²⁸⁾를 얻어서 아케이드용 골프게임을 개발하였는데 기존의 Golden Tee 사용자들이 자신의 게임을 사용하는데 있어 아무 어려움이 없도록 Golden Tee의 아케이드 게임박스나 조종판(control panel)에 있는 트랙볼(trackball)과 버튼의 모습까지도 그대로 따라 했다.²⁹⁾

따라서 IT의 Golden Tee게임과 GVR의 PGA Golf Tour 게임은 클럽선택, 플레이하고 있는 홀(hole)을 위에서 바라다보는 지도, 바람세기, 그린(green)의 경사도, 점수카드, 일정 형태의 성공한 샷에 대한 득점 등 여러 가지 특징이나 묘사가 상당히 유사하였고 위 대부분은 Tiger Woods Golf 게임에도 있는 것들이

25) 지방법원은 'Karate Champ'를 구입하는 일반적인 연령은 17.5세이고, 주로 남성이며, 게임에 대한 지식과 비판력이 있는 것으로 본 것인데 비디오게임의 실질적 유사성의 판단 주체를 구체적으로 실시한 점에 의의가 있다.

26) *Incredible Technologies, Inc. v. Virtual Technologies, Inc.*, 284 F.Supp. 2d 1069 (N.D.Ill, 2003).

27) 2002 및 2003버전도 있다.

28) EA는 GVR이 아케이드용 골프게임을 개발하는 데 있어 EA의 제품임을 인식할 수 있도록 그 색깔이나 로고 등을 EA의 지시에 따르도록 하였고 PGA Golf Tour의 개발과정을 감독하여 게임의 디자인에 대한 최종적인 선택권까지 갖고 있었다.

29) 이 과정에서 GVR은 아케이드박스 안에 있는 Golden Tee게임을 얻어서 이를 하도급 회사에 보냈고 조종판의 사진도 하도급 회사에 보내어 Golden Tee의 아케이드박스에 넣어서 그 조종판까지도 그대로 사용할 수 있는 게임의 제작을 의뢰했다.

었다. 또한 조종판의 경우 색깔과 설명을 제외하고는 크기, 모양, 위치 등은 거의 동일하였다.



Golden Tee Fore! 화면 1



PGA Golf Tour 화면 1

다만, 두 게임은 중요하고 의미있는 부분에서 차이를 나타내는데, 그것은 Golden Tee는 ‘판타지’ 골프 코스를 이용함에 있어 다른 모든 아케이드 게임과 마찬가지로 ‘플레이어1’, ‘플레이어2’ 라는 일반적인 명칭을 사용하는데, PGA Tour Golf는 페블 비치(Pebble Beach) 등과 같은 실제 골프 코스를 이용하고, 콜린 몽고메리 등과 같은 실제 프로 골프 선수들과 동일한 선수를 선택하여 게임을 할 수도 있다. 또한 아케이드 게임의 외관에 있어서도 Golden Tee의 옆모습은 마치 미국 캘리포니아(California)주의 모습과 같은 날카로운 곡선을 이루고 있지만 PGA Tour Golf의 옆쪽 외관은 좀 더 넓고 마치 미국 네바다(Nevada) 주의 모습과 같은데다가 특히 PGA Tour Golf의 옆에는 EA의 이름과 로고가 있어서 이용자들이 Golden Tee 게임으로 혼동할 여지는 없었다.



Golden Tee의 옆모습



PGA Tour Golf의 옆모습

이에 IT는 GVR을 상대로 가처분(preliminary injunction)을 제기하면서 저작권침해와 **영업외관 (trade dress)**의 침해를 주장하였다.³⁰⁾ 우리 법원에 위와 같은 내용의 가처분이 신청되었다면 몇 번의 심문기일이 진행된 이후에 보통 2-3개월이 걸려 그 결정이 문서로 고지될 것이다.³¹⁾ 미국 일리노이주 북부 지방법원은 6일 동안 증거에 관한 심문을 하고, 그 동안 두 게임의 개발자 및 두 게임의 전문적인 플레이어들을 비롯한 많은 사람들을 증인으로 심문하였다. 두 게임의 이미지에 대한 정지사진과 동작을 촬영한 비

디오도 제출되었고 실제로 두 게임을 작동하면서 비교할 수 있도록 아케이드 게임기를 법원에 제출하기도 하였다.

법원은 우선 아케이드 게임박스와 조종판에 대해서는 저작권법에 의한 보호를 줄 수 없다고 하였다.³²⁾ 다음, 게임화면의 이미지에 대해서는 “합리적인 사람이 보았을 때, GVR이 IT의 게임화면에 나타난 저작권법에 의해 보호를 받는 표현의 전체적인 개념과 느낌을 복제하였다고 결론을 내릴 수 있는지 여부에 달려 있다.”고 하여 역시 위 가라테 게임 사건과 마찬가지로 전체적인 개념과 느낌 이론을 적용하였다.

그 결과 법원은 IT가 주장하는 저작권 침해부분은 대부분 비디오 골프게임이라는 주제에 표준적이거나 공통적인 또는 아케이드 비디오게임을 제작할 때 표준적이거나 공통적인 표현에 지나지 않는다고 보았다. 예컨대, 바람세기를 측정하는 것이나 클럽을 선택하는 것은 실제 골프게임에서도 있는 것으로 골프를 비디오게임으로 정확하게 묘사하는데 있어 필수불가결하고, 메뉴 스크린이나 선수의 포기 선택과 같은 것은 아케이드 게임 포맷에 있어 스크린의 가장자리에 아이콘 모양으로 고정될 수밖에 없는 표준적인 것이다. 따라서 그와 같은 요소들이 최소한 모양, 크기, 색깔, 연속, 배치 등에 있어서 보호를 받을 수도 있지만 ‘필수장면³³⁾’으로 취급되기 때문에 오직 ‘시각적으로 완전하게 동일한 경우(virtually identical copying)’에만 보호받을 수 있을 것이다.³⁴⁾

4. ‘Tricky Trapper’ vs ‘Mouser’ 사건³⁵⁾

Frybarger는 Gebell사에 의해 고용되어 일하면서 ‘Tricky Trapper’라는 게임을 묘사하는 디자인 그

30) 이 사건에서는 아케이드 게임기의 박스나 조종판에 대한 ‘trade dress’ 침해가 주장되었는데, 법원에서는 아래에서 보는 바와 같이 실질적 유사성이 없기 때문에 ‘trade dress’ 침해 여부는 더 나아가 판단하지 않았다. 이와는 별론으로, 컴퓨터프로그램의 그래픽 사용자 인터페이스(Graphic User Interface)의 ‘trade dress’에 대한 보호 논의도 있으나, 이에 대한 구체적인 논의는 본고의 범위를 넘어서므로 결론적으로, 게임화면에 이를 적용하기는 어려울 것이라는 견해만 피력하기로 한다. ‘trade dress’란 ‘total image of the business’로써 우리말로는 적당한 용어를 찾기가 쉽지 않으나 일용 ‘영업외관’ 정도로 번역하는 것이 타당할 듯 싶다. 우리 법상 관련된 법조항은 부정경쟁 방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률의 ‘상품의 용기, 포장, 기타 타인의 상품임을 표시한 표시’ 정도가 될 것이다. 필자도 영상물 등급위원회 아케이드 게임 등급분류 소위원으로 재임하면서 아케이드 게임기의 외관에 대해 위와 같은 비슷한 문제의 소지가 있는 사례를 경험한 바 있으나, 법적인 분쟁까지 간 적은 없는 것으로 기억된다. 아케이드 게임박스의 외관에 대한 디자인 침해 문제를 제기해 볼 수도 있을 것이다.

31) 물론, 경우에 따라서는 더 오래 걸리는 사건도 있고, 가처분 사건이기는 하지만 본안소송과 같은 변론이 진행되어 자세한 심리가 이루어질 수도 있다.

32) 여기에 대해서도 그 논증이 있으나, 본고의 목적상 이는 생략하기로 한다.

33) Pac-Man 비디오게임의 저작권침해가 문제된 사건에서 미국 연방항소법원 제7회 순회법원은 “Scenes a faire refers to incidents, characters or settings which are as a practical matter indispensable, or at least standard, in the treatment of a given topic.”이라고 언급한 바 있다. Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp., 672 F.2d 607, 616 (C.A.III., 1982). (quoting Alexander v. Haley, 460 F.Supp. 40, 45 (S.D.N.Y. 1978)).

34) 위 사건에서도 법원은 가라테 게임 사건과 마찬가지로 골프게임을 제작하는데 있어 ‘골프’라는 스포츠 게임과 아케이드 게임에 내재된 게임의 특징들이 유사할 뿐이라고 보아 저작권 침해를 인정하지 않았다.

35) Frybarger v. International Business Machines Corporation, 812 F.2d 525 (9th Cir. 1987).

림(design drawing)과 흐름도(flow chart)를 비밀공개 약정에 따라 Gebelli사에 제출하였고 Gebelli사의 요청에 의해 컴퓨터프로그램과 게임을 할 수 있는 디스크도 제공하였다. Frybarger가 Gebelli사에 일하는 동안 Gebelli사는 IBM과 IBM의 PC를 위한 전자 비디오프로그램에 대한 자문계약을 체결하고 있었는데 IBM과 세 개의 비디오게임을 개발하기로 하는 게임개발 계약을 체결하였다.

Gebelli사가 IBM에 제출한 스토리보드(storyboard) 중의 하나는 'Mouser' 게임에 관한 것인데 Gebelli사는 곧 이를 완성하여 저작권 등록을 하고 IBM도 이에 대한 마케팅과 배급을 시작했다. 이에 Frybarger는 'Tricky Trapper' 게임에 대해 저작권 등록을 하고 Gebelli사와 IBM을 상대로 저작권 침해 금지소송을 제기하였다.

미국 연방항소법원 제9회 순회법원은 Frybarger와 Gebelli사의 게임 사이에는 다음과 같은 12개의 비슷한 특징이 있으나 이는 비디오게임의 기본적인 아이디어를 구성하는 것에 지나지 않는 것으로 설령, 그것이 표현된다고 하더라도 이는 주어진 아이디어를 처리하는데 있어 '표준적' 이거나 '필수불가결' 한 것으로서 저작권법의 보호를 받을 수 없다고 하였다.

- 1) The display screen of each game is filled with straight rows of pivot points on a solid colored background.
- 2) Between some of the pivot points are solid lines, connecting two pivot points.
- 3) There is a single protagonist.
- 4) The single protagonist has legs and a face.
- 5) The single protagonist moves vertically and horizontally between rows of pivot points.
- 6) The single protagonist may cause one end of a line to come unattached from one pivot point and attach to a different pivot point by bumping into the line as the protagonist moves between rows of pivot points.
- 7) There is more than one antagonist.
- 8) Each antagonist moves toward the general location of the protagonist.
- 9) If an antagonist bumps into the protagonist, the progress of play stops.
- 10) An antagonist will be immobilized if it is surrounded on three sides by lines and the protagonist bumps a line across the fourth side, closing off the only remaining avenue of exit.
- 11) The player may obtain points by causing the protagonist to elude and 'trap' antagonists.
- 12) The speed at which the protagonist and antagonists move increases as the game progresses.

우리나라에서도 게임개발자와 회사 사이에 충분히 발생할 수 있는 유형의 분쟁이라고 생각하는데 이는 ‘아이디어의 제출(idea submission)’이나 ‘고용 저작물(work made for hire)’이라는 또 다른 쟁점을 야기할 수도 있다.

5. 미국 판례에 나타난 게임저작물의 저작권침해 판단 기준

미국의 법원 조직상 연방대법원의 판결 외에 연방항소법원 제2회 순회법원과 제9회 순회법원은 각각 뉴욕 주와 캘리포니아 주를 관할하는 법원으로써 지적재산권과 관련된 의미있는 판결을 많이 선고하고 있다. 위 사건들의 일부도 제2회 순회법원과 제9회 순회법원에서 선고된 사건들로서 게임 저작물의 이미지와 관련된 저작권 침해 사건이나 사용자 인터페이스의 저작권 침해 사건에서 자주 인용되고 있고 그 만큼 중요한 의미를 갖고 있어 우리에게도 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

위 판결들을 검토해 보면, 미국 법원은 저작권 침해의 요건으로 1) 원고가 적법한 저작권을 갖고 있을 것, 2) 피고는 원고의 저작물에 접근(access)할 수 있는 기회를 가졌을 것, 3) 원고와 피고의 저작물 사이에는 실질적 유사성이 있을 것을 요구하고 있고 그 중 실질적 유사성과 관련해서는 아이디어와 표현 모두에 있어 실질적인 유사성이 있어야 한다고 판시하고 있음을 알 수 있다. 또한, 게임의 이미지 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부와 관련해서는 이른바 ‘이중 테스트’ 기준을 적용하여 결과적으로는 ‘전체적인 개념과 느낌’에 의해 이를 판단하고 있다.³⁶⁾ ‘전체적인 느낌과 기준’은 다분히 주관적인 요소가 많기 때문에 비판을 많이 받기도 하지만, 여전히 유효한 판단기준으로 작용하고 있음을 알 수 있다. 다만, 미국 법원은 위와 같은 기준을 적용한 후 비디오게임의 특성상 비디오게임의 기본적인 아이디어 또는 컴퓨터라는 매체에 내재된 본질적인 한계, 그리고 비디오 게임을 통해 표현되는 일반화된 게임이나 스포츠 자체의 한계로 인해 표현이 필수불가결하거나 공통적이거나 표준적일 수밖에 없는 표현에 대해서는 이를 ‘필수장면’으로 보아 저작권법에 의한 보호를 주지 않고 있다.

따라서 게임 저작물의 이미지는 ‘시각적으로 완전히 동일하게 복제(virtually identical copying)’하지 않는 한 저작권 침해를 인정하기가 쉽지 않을 것이고 이를 ‘시각적 동일 기준(virtual identity standard)’이라고 부른다.

36) 다만, 제2회 순회법원은 제9회 순회법원의 ‘이중테스트’ 이론을 채택하고 있지는 않다.

Ⅲ. 한국의 사례 연구

1. 저작권침해에 관한 한국 법원의 판단 기준

우리나라에서 게임 저작물에 관하여 저작권 침해의 판단기준을 별도로 실시한 판결은 아래 ‘포트리스2 블루’ 사건을 제외하고는 찾아보기 어렵다.³⁷⁾ 따라서 기존에 법원이 저작권 침해 사건에서 저작권 침해의 판단기준으로 판시한 내용들을 먼저 정리하여 이를 게임 저작물에 유추해 보는 수밖에 없을 것이다.

먼저, 우리 대법원은 저작권법상 보호의 대상이 되는 저작물은 “학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물”이어야 하므로, 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 **‘창작적인 표현형식’**이다. “표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 ‘소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는’³⁸⁾ 원칙적으로 저작물이 될 수 없다.”고 하여 **‘아이디어와 표현의 이분법(idea-expression dichotomy)’**을 전제로 아이디어를 저작권법의 보호대상으로 보고 있지 않다.³⁹⁾

다음, 대법원은 아이디어와 표현의 이분법에 따라 아이디어와 표현의 구별을 시도한 바 있는데, 드라마의 시놉시스(synopsis)가 소설의 저작권을 침해하였다고 주장된 사건에서 “소설 등에 있어서 **‘추상적인 인물의 유형’** 혹은 어떤 주제를 다루는 데 있어 **‘전형적으로 수반되는 사건이나 배경’**⁴⁰⁾ 등은 아이디어의 영역에 속하는 것들로서 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁴¹⁾ 하급심 판결례에서도 “컴퓨터라는 표현매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현하는 것이 불가피하다.”⁴²⁾, “동일한 서체 도안에 대하여는 항상 동일한 또는 아주 유사한 좌표값을 갖는 원시코드로 표현될 수밖에 없다.”⁴³⁾, “대부분 선

37) 찾아보기 어렵다는 것은 법원의 판결이 공개되지 않기 때문에 그만큼 알려진 것이 없다는 이야기이다. 앞으로 대법원 판결 외에 하급심 판결도 전부 공개되고, 그에 대한 활발한 비판도 이루어지는 날이 있기를 기대해 본다.

38) ‘소설의 스토리’는 결국 아이디어임에도 불구하고 마치 저작권법에 의한 보호를 줄 수 있다는 입장인데, 대법원의 위와 같은 표현은 대법원 1997. 9. 29. 자 97마330 결정, 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 등에서는 아무런 이유도 제시하지 않고 삭제되어 보이지 않는다.

39) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결. 위 판결의 내용은 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결에서도 다시 한 번 반복되고 있다. 그러나 우리 저작권법은 저작물을 “문학·예술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라고만 정의할 뿐이고(제2조 제1호), 미국 저작권법과는 달리 아이디어에 대해 특별히 언급하고 있지는 않다. 미국 저작권법은 “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.”라고 명시적으로 아이디어에 대해서는 저작권법의 보호가 미치지 않음을 규정하고 있다. 17 U.S.C. § 102(b).

40) 이 점에 있어 대법원은 이른바 ‘Scenes a Faire’라는 ‘필수장면’, ‘표준삽화’ 이론을 받아들이고 있는 것으로 생각된다. 위와 동일한 내용의 설시는 소설 ‘비명을 찾아서’와 영화 ‘로스트 메모리즈’ 사이에 저작권 침해가 문제된 사례에서도 보인다. 서울서부지방법원 2002. 12. 18. 선고 2002가합984 판결.

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

42) 아래 포트리스2블루 사건의 결정 내용 참조.

도적인 업체에 의하여 개발되어 사용되고 있고, 그 프로그램이 이미 ‘표준적’인 것이 되어 버려 이를 바탕으로 다른 개발업체들이 일부 개량하고 독창적인 부분을 추가하여 개발하고 있다.”⁴⁴⁾고 하여 저작권법의 보호범위를 제한하는 ‘아이디어와 표현의 융합’, ‘사실상의 표준’ 이론 또는 ‘필수장면’ 이론을 수용하고 있다고 생각된다.

또한, 대법원은 위와 같이 아이디어와 표현을 구별한 후, 그 표현 중에서도 저작권법이 보호하는 것은 “저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분”에 한 한다고 하고 있으므로 결국 저작권법의 보호대상이 되기 위해서는 첫째, 아이디어가 아닌 표현에 해당할 것, 둘째, 저작자의 독창성이 나타나 있을 것을 요한다.”⁴⁵⁾고 할 것이다. 여기서 저작자의 ‘독창성’과 관련하여 대법원은 ‘남의 것을 베끼지 않았을 것’⁴⁶⁾과 ‘최소한도의 창작성’을 필요로 한다고 보고 있다.⁴⁷⁾

대법원은 위와 같이 성립된 저작물의 침해 여부를 가리기 위하여 “두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 한다.”고 한다.⁴⁸⁾ 위와 같이 실질적 유사성을 대비함에 있어서는 나중에 창작된 저작물이 먼저 창작된 저작물에 ‘의거’하여 이를 ‘이용’하였을 것을 요구한다.⁴⁹⁾

한편, 하급심 판결에서는 어문 저작물의 저작권 침해와 관련하여 “저작권 침해가 인정되기 위하여는 첫째, 침해자가 저작권이 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것과 둘째, 저작권이 있는 저작물과 침해자의 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있어야 하는데 실질적 유사성에는 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 포괄적인 유사성이 인정되는 경우(이른바 ‘포괄적 비문자적 유사성’)와 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되

43) 서울고등법원 1999. 4. 7. 선고 98나23616 판결.

44) 특허소송의 실무, 대한변호사협회, 2002년 266면 이하 판결 참조.

45) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결.

46) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결에서는 “다른 저작물과 구분될 정도로 저작자의 개성이 나타나 있지 아니하여 창작성이 인정되지 않는 경우에는 이 역시 저작권의 보호대상이 될 수가 없다.”고 하여 이를 ‘다른 저작물과 구분될 정도의 개성’이라고 하고 있다.

47) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결. 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결에서는 “저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 ‘창작적인 표현형식에 해당하는 것’만을 가지고 대비하여야 한다.”고 하고 있다. 따라서 만약 2차적 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단하려고 할 경우에는 원 저작물에 새롭게 부가한 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다. 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

48) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결; 대법원 1997. 9. 29. 자 97마330 결정. 대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결은 나아가 “원칙적으로 표현 내용이 되는 아이디어나 그 기초 이론 등에 있어서의 유사성은 그에 아무런 영향을 미칠 수 없을 뿐만 아니라 표현 형식에 해당하는 부분이라 하여도 창작성이 인정되지 아니하는 부분은 이를 고려할 여지가 없다.”고 하고 있다.

49) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결. 따라서 두 저작물 사이에 객관적으로 실질적 유사성이 인정되더라도 주관적으로 ‘의거’, ‘이용’ 또는 ‘접근’ 관계가 인정되지 않으면 저작권 침해가 성립되지 않는다. 단순한 우연의 일치, 공통의 소재를 이용하는데서 오는 자연적 결과인 경우, 혹은 공유에 속하게 된 다른 저작물을 공히 이용하는데서 오는 결과인 경우에는 저작권침해가 인정될 수 없다. 위와 같은 이유로 하여 저작권침해를 인정하지 않은 사례로는 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나19909 판결 및 1999. 4. 7. 선고 98나23616 판결; 서울중앙지방법원 2002. 1. 11. 선고 2001가합4687 판결 참조.

는 유사성이 인정되는 경우(이른바 ‘**부분적 문자적 유사성**’)가 있다.”⁵⁰⁾고 하여 저작권 침해의 인정 요건을 좀 더 명확히 하면서 실질적 유사성도 구별하여 파악하고 있다.⁵¹⁾

그러나 실질적 유사성 여부를 판단하는 기준에 대해서는 이를 이론적으로 특별히 언급하고 있는 판결은 보이지 않는다. 다만, 법원은 무용극과 영화 사이의 저작권 침해 여부를 판단하면서 “**사건의 구성 및 전개 과정과 등장인물의 교차** 등에 공통점이 있어야 한다.”⁵²⁾고 하고, 한복디자이너의 저작권 침해가 문제된 사건에서 “저작물인 원고의 한복치마 디자인 중 독창성이 인정되는 부분이 피고의 것과는 전체적인 띠모양과 넓이가 다를 뿐 아니라 그 안의 무늬의 소재, 배열방법 등에 있어서 차이가 있어 띠부분의 ‘**전체적인 미감**’이 유사하다고 보기는 어렵다.”⁵³⁾고 하거나, 소설과 연속극 대본 사이의 저작권 침해가 문제가 된 사건에서 “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.”⁵⁴⁾고 하여 마치 미국 연방항소 법원 제9회 순회법원이 이중 테스트에서 사용하는 용어와 유사한 용어를 쓰고 있기는 하다.⁵⁵⁾

우리 법원의 저작권 침해와 관하여 판시한 위 내용은 어문 저작물이나 컴퓨터프로그램 저작물 등과 관련된 것이고 게임의 화면구성은 시각적, 청각적 요소를 주요소로 하고 있어 저작물의 유형이 서로 같지는 않으나 위 판시 내용 중 ‘전형적으로 수반되는 사건이나 배경’, ‘컴퓨터라는 표현 매체의 한계성’, ‘이미 표준적인 것이 되어 버린 것’, ‘근본적인 본질 또는 구조의 복제’, ‘전체적인 미감’, ‘전체적인 개념과 느낌’ 등은 일반적인 저작물의 저작권 침해와 관련하여 적용될 수 있는 기준으로써 게임저작물의 실질적 유사성을 판단하는데에도 그대로 원용될 수 있으리라고 생각된다.

50) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나19909 판결 및 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결; 서울중앙지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합 72771 판결.

51) 다만, 우리 법원의 판결문은 ‘인용’에 인색하기 때문에(하급심이 상급심의 판결을 인용하기는 해도 상급심이 하급심의 판결을 인용하지는 않는다. 또한, 법조문의 해석과 관련하여서도 논문이나 저서를 인용하지도 않는다), 저작권법에 표현되어 있지 않은 위와 같은 요건과 구분을 어떠한 근거에서 그렇게 해석하게 되었는지 또는 단순히 미국의 이론을 받아들인 것인지에 대해서는 판결문만 보아서는 알 수가 없다.

52) 서울중앙지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결. 서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결은 “어문 저작물 중 소설, 극본, 시나리오 등과 같은 저작물은 등장인물과 작품의 전개과정(이른바 ‘sequence’)의 결합에 의해 이루어지는 것이고, 작품의 전개과정은 아이디어, 주제, 구성, 사건, 대화와 어투 등으로 이루어지는 것인데 이러한 각 구성요소 중 각 저작물에 특이한 사건이나 대화 또는 어투는 그 저작권 침해여부를 판단함에 있어 중요한 요소가 된다.”고 한다.

53) 대법원 1991.8.13. 선고 91다1642 판결.

54) 서울고등법원 1995. 10. 19. 선고 95나18736 판결.

55) 그러나 우리 법원이 명시적으로 미국의 이중 테스트 기준을 채택한 것으로는 생각되지 않는다. 또한, 미국의 이중 테스트 이론은 외부 테스트에서 전문가의 분석적인 의견이 필요하다고 하는데 우리 법원은 “두 저작물의 실질적 유사 여부를 반드시 저작, 창작에 종사하는 전문가의 감정에 의해서만 판단해야 되는 것은 아니다.”고 하여 이에 대해 부정적이다. 대법원 1991.8.13. 선고 91다1642 판결; 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나19909 판결 참조.

2. '포트리스2 블루' vs '건바운드' 사건⁵⁶⁾

CCR의 '포트리스2 블루' 온라인 게임은 온라인 상에서 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 게임이다. CCR은 소프트닉스가 포트리스2 블루 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 CCR의 허락 없이 인터넷 사이트 등에 올려놓고 일반인들이 이 게임을 온라인상에서 무상으로 접속 이용할 수 있도록 하는 등 CCR의 포트리스2 블루 게임에 대한 저작권을 침해하고 있다고 주장하면서 건바운드의 서비스금지 가처분신청을 하였다.



포트리스2블루



건바운드

위의 사건은 게임 저작물의 이미지와 관련된 저작권 침해 논란이 법정까지 가게 된 최초의 사례이나, 게임의 저작물성이나 게임 저작물의 저작권 침해 판단기준과 관련하여서는 이론의 전개가 자세하게 이루어진 느낌은 들지 않는다. 또한, 온라인게임의 화면에 대한 저작권 침해 여부와 관련하여서는 실질적 유사성을 판단하기보다는 '포트리스2 블루'에 창작성이 있는지를 따져 이를 부인하였다. 즉, 법원은 '포트리스2 블루'에 사용된 '턴제 슈팅방식'은 이 사건 게임이 최초 제작된 1997년 이전에 이미 스코치, 워즈(1994년), 워즈 II(1997년) 등의 게임에 도입된 방식으로써, 포트리스2 블루 게임의 목적, 게임 조작방법, 진행방식, 승리조건 등이 위 스코치나 워즈 게임과 동일하거나 유사할 뿐 아니라, 포트리스2 블루에 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 등 포트리스2 블루

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

게임의 상당부분은 그 이전에 제작된 게임에 사용된 요소들을 반영하여 제작되었다고 볼 여지가 충분하다 할 것이어서 선뜻 그 독창성을 인정하기 곤란하다고 하였다.

그러나 위와 같은 태도는 미국의 Scramble 사건과 매우 대조적이다. Scramble 사건에서는 그 저작물 성 요건과 관련하여 ‘고정화’ 요건과 ‘창작성’ 요건만을 검토하였고 그 창작성을 인정하는데도 큰 어려움이 없었는데, 우리 법원은 단지 아이디어에 불과한 게임의 방식에 대해 기존의 방식과 유사하다고 판단하면서⁵⁷⁾ 구체적인 게임의 요소들도 그 이전 게임에 사용된 요소를 반영하여 제작하였기 때문에 그 독창성을 인정하기 어렵다고 하여 아예 저작물성을 부인하고는 저작권침해 여부에 대해서 판단을 하지 않은 것이다.



스포테인먼트 2002. 7. 9.자

한편, 위 판시 내용은 저작권 침해 여부와 관련하여 실질적 유사성 여부를 판단하는 미국 연방항소법원 제9회 순회법원의 이중 테스트 이론과 유사한 구조를 띠고 있기도 하다. 즉, 앞부분에서 턴제 슈팅방식의 유사성을 검토한 것은 ‘외부적 테스트’에 상응하고 뒷부분에서 구체적인 표현의 유사성을 살펴보는 것은 ‘내부적 테스트’와 매우 유사하다. 그러나 위와 같은 테스트는 창작성을 판단하는 기준이 아니라 실질적 유사성을 판단하는 기준으로써 포트리스2 블루 게임의 창작성을 판단하는 데 적용될 기준이 아니라고 할 것이다. 물론, 우리 법원이 저작물의 창작성을 남의 것을 베끼지 않았을 정도로 요구하고 있기 때문에⁵⁸⁾ 남의 것과 유사한지 여부로 창작성을 판단해 볼 수도 있을 것이나 그 경우에도 비교의 대상은 게임의 방식과 같은 아이디어가 아니라 구체적인 표현이어야 할 것이고, 포트리스2 블루의 창작성은 충분히 인정된다고 생각된다.

또한 법원은 포트리스2 블루에 사용된 일부 아이디어는 컴퓨터라는 표현 매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현되는 것이 불가피하다고 보이는 바, 이러한 경우에 있어서까지 저작권법에 의하여 보호해야 할 가치가 있는 것인지도 의문이라고 하였는데, 이 점은 위에서 살펴본 미국의 사례들에서 모두 등장하는 검토요소로써 제대로 파악하였다고 생각된다. 그러나 포트리스2 블루에서 컴퓨터라는 매체의 한계로 인한 필수불가결한 표현이 어떠한 것인지 두 게임을 비교해 가면서 구체적으로 실시하지 않은 아쉬움이 있다. 어떠한 요소들이 턴제 슈팅방식 게임 또는 컴퓨터에 내재된 본

57) 게임의 방식은 아이디어로써 보호받을 수 없다는 판시는 하급심 판결에서 가끔 등장하고 있다. 서울중앙지방법원 2001. 7. 28.자 2000카합3658 결정 등.

58) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

질적인 제한인지를 분석하여야 그것이 아이디어인지, 표현인지를 판단할 수 있고 나아가 보호받는 표현인지 아닌지를 말할 수 있을 것이다.

법원은 또한 포트리스2 블루에서 볼 수 있는 표현 중 회오리, 애니메이션 효과 등 일부 요소들은 독창성이 인정될 소지가 있고 소프트닉스도 그러한 요소를 '건바운드' 게임에 반영하였다고 보기는 하다고 하여 게임 이미지의 창작성과 그 실질적 유사성을 일부 인정하는 듯한 판시를 하기는 하였으나 이 사건에 가처분이 발령됨으로 인하여 CCR이 얻게 되는 이득은 별무한 반면, 소프트닉스가 입게 될 손실의 정도는 훨씬 크다고 하여 보전의 필요성이 없다고 하였다.

우리 법원은 중요한 가처분 사건에서 흔히 보전의 필요성 요건으로 도피하여 판단을 회피하는 경향이 있는데 피보전권리의 존재 여부에 논의의 중점을 두어 가급적 피보전권리의 존부로 가처분의 발령 여부를 판단하는 것이 바람직하다고 할 것이다.⁵⁹⁾ 한편, 포트리스2 블루와 건바운드의 게임 내용 중 포탄 폭발의 모양, 폭발에 의하여 지형이 파괴되는 모양, 캐릭터 손상 시 모양, 채팅창·시간제한·파워게이지·랜덤·캐릭터 능력치에 관한 표현 등에 대해서는 바로 동일하거나 유사하다고 보기 어렵다고 판단하였는데, 법원 결정은 '전체적으로' 무엇을 비교대상으로 하고, 어떻게 비교하였는지 모호한 느낌이다. '부분적으로' 창작성과 실질적 유사성을 인정하면서 한편으로 창작성과 실질적 유사성을 부인하는 방법으로 실질적인 판단을 하지 않은 것으로 생각된다.

3. 표절 의혹이 보도된 사례들

우리나라 게임산업의 표절 의혹 보도는 무슨 흥역처럼 반드시 앓아야 되는 병처럼 생각되는 경우가 많다. 그러나 실제 법원의 판결을 받은 사례는 현재까지 포트리스2 블루가 유일하고 아래에서 비교, 검토하는 게임들은 언론에서 표절 의혹이 보도되었거나 또는 필자가 개인적으로 인지하여 알고 있는 것들로서 그 표절 여부에 대해 살펴보도록 하겠다.

먼저, '팡야' 골프 게임과 관련하여 "표절의 차원을 넘어서 완전히 베꼈다는게 전문가들의 한결같은 지적"이다. "국산 온라인 게임의 표절이 도를 넘어서고 있다."는 보도가 있었다.⁶⁰⁾ 그러나 위 미국의 골프 게임 사건과 비교해 보면 아래 국내의 골프게임들은 오히려 유사한 느낌이 덜 하다. 골프선수로 등장하는 캐릭터의 모습도 전혀 다르고, 배경화면의 모습도 나무가 있고 멀리 산이 보이기는 하나 구체적인 표현은 다 다르다. 바닥에 라인이 그려진 모습이나 캐디가 등장하는 모습, 골프를 하는 자세 등이 오로지 유사한 점이라고 할 수 있겠지만, 이는 골프를 비디오 게임화 시키는데 있어 필수적인 장면이 지나지 않는다고 할

59) 물론, 가처분 발령의 또 하나의 요건인 보전의 필요성을 부정하거나 폄하하는 것은 아니나, 보전의 필요성이라는 것이 실무상 상당히 자의적으로 흐를 소지가 많은데다가 구체적인 판단을 회피하는 도피처로 사용될 가능성이 많다.

60) 오마이뉴스 2004. 5. 8.자 참조.

것이며 화면 하단의 게이지 모양은 비디오게임의 특성상 불가피한 요소라고 할 것이다.



렛츠골프



팡야



모두의 골프 (게임큐브용)



모두의 골프 (PS2용)

아래의 야구 게임도 위 골프게임과 마찬가지로 할 것이다. 타자로 등장한 캐릭터의 모습이 어느 면에서 유사하기는 하나, 시각적으로 완전히 동일하지는 않다. 기타 그라운드의 모습이니 야구장의 모습이 비슷하다고 할 수 있을지는 몰라도 포수의 모습을 보여주는 장면이나 주자의 진출상황을 보여주는 모습 등이 다르고, 실제로 그와 같은 기능은 야구를 게임화할 때 일반화된 공통적인 표현이라고 할 것이다.



네오플의 '신야구'



코나미의 '실황 파워풀 프로야구'

일본 닌텐도의 '마리오카트'와 넥슨의 '카트라이더' 역시 현재 진행형의 게임저작권 침해사건이다. 과연 국내 법원이나 혹은 일본 법원에 저작권 침해 소송이 제기될지 두고 보아야 할 것이나, 위에서 보는 스포츠 게임과 마찬가지로 이 역시 저작권 침해를 인정하기에는 여러가지 어려움이 있다고 생각된다. 즉, 일반적인 자동차 경주를 게임화시킬 때 나타나는 표현의 제약을 생각해 본다면 아래의 두 게임 사이에 실질적인 유사성을 찾기는 매우 어렵다. 일부 언론보도에 의하면, "너무나도 똑같은 게임방식이 문제가 되고 있다.", "게임의 분위기가 흡사하다.", "90% 정도의 비슷한 점을 갖고 있다."고 하나, 이는 모두 아이디어에 관한 것에 지나지 않고 게임 저작물의 실질적 유사성을 위와 같이 계량화할 수도 없다.



마리오카트

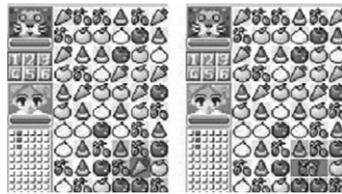


카트라이더

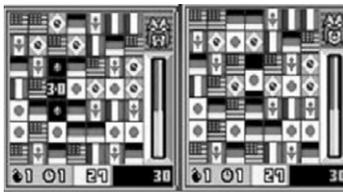
게임을 하는 방식이나 원리는 아이디어로써 보호받을 수 없음에도 불구하고, 이와 관련된 표절 논란은 계속 재현되고 있다. 예컨대, 아래 ‘고로고로츨’과 ‘푸키푸키’, ‘주주클럽’은 모두 미국의 ‘비주얼드’ 게임의 저작권을 침해한 것으로 형사고소가 제기되거나 내용증명이 발송되었다고 한다.⁶¹⁾ 그러나 이는 게임의 방식만 동일할 뿐이지 아래에서 보는 바와 같이 그 방식의 표현은 모두 다르다. 동일한 모양이나 색깔을 세 개 나란히 맞추면 없어지는 게임의 방식은 그 단순성과 간편함 때문에 아래에 등장하는 게임 외에도 요즘 전자사전이나 PDA, 핸드폰에 아예 장착되어 나오고 있는 실정이고, 아래에서 보는 테트리스 게임방식과 결합된 게임도 있다. 그러나 그 표현은 도형으로 할 수도 있고, 과일 모양으로 할 수도 있고, 국기 모양으로 할 수도 있고, 동물의 모습으로 할 수도 있는 것이다.



비주얼드



고로고로츨



푸키푸키



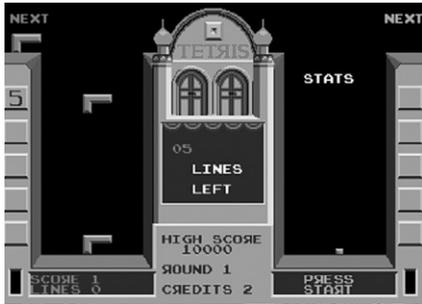
주주클럽

게임을 하는 방식에 관한 분쟁의 대표적인 것은 ‘테트리스’ 게임 사건이다. “테트리스 게임의 명칭과 위에서 아래로 떨어져 빈 곳을 채우는 방식의 게임은 테트리스의 저작권을 침해한 것이다.”라는 주장과 보도도 있었다. 그러나 게임의 ‘명칭’, ‘제호’나 ‘타이틀’은 저작물이 아니라는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 특별히 상표등록을 하지않는 한 이에 대해 권리주장을 하기는 어렵다.⁶²⁾ 테트리스(Tetris)는 1985년 러시아의 알렉세이 파지노프가 이를 개발하였으나 현재는 미국의 더 테트리스 컴퍼니(The Tetris Company, LLC)라는 회사가 그 저작권을 갖고 있는 것으로 알려져 있고 국내에도 그 저작권 행사를 한 적이 있다.⁶³⁾

61) 아이뉴스 2004. 10. 22.자, 디지털타임즈 2004. 6. 15.자

62) 물론 부정경쟁 방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 따른 부정경쟁 행위의 주장은 경우에 따라 가능할 수도 있다.

63) 경향신문 2003. 4. 14.자 참조. 테트리스 저작물에 대한 저작권자가 누구인지에 대해서도 논란이 있으나, 아래에서는 저작권의 침해와 관련된 부분만 간단하게 살펴보기로 한다.



본래 테트리스

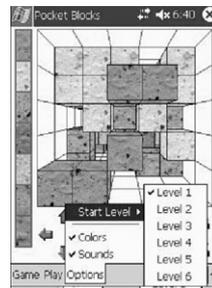


넷마블의 테트리스

테트리스는 4개의 정사각형을 조합해 만든 영어 알파벳 J, L, S, O, Z, T, I 모양의 7가지 블록을 떨어 뜨려 차곡차곡 빈칸이 없도록 채우면 사라지는 퍼즐형 게임이다. 본래 테트리스의 블록 모양과 블록의 개수, 채워지는 방식을 그대로 사용할 경우에는 설령 블록을 과일이나 다른 모양으로 변형하고 색깔을 바꾸고 다른 기능을 추가하더라도 테트리스의 저작권이 침해되었다고 인정될 가능성이 많다. 그러나 떨어지는 블록의 모양과 채워지는 방식이 바뀔 경우에는 그 게임이 전혀 별개의 저작물인지 아니면 테트리스의 2차적 저작물인지 논란의 소지가 있을 수 있다.⁶⁴⁾



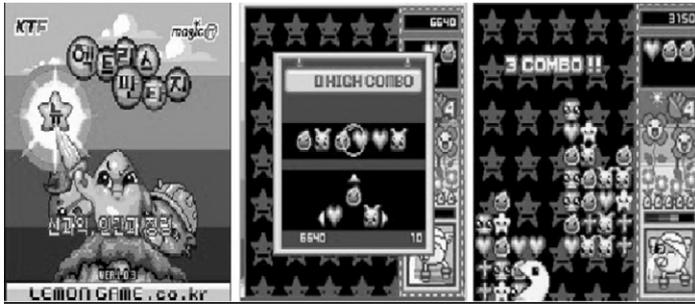
테트리스 미션 2004



3차원 테트리스

예컨대, '3차원 테트리스' 나 '헥사 테트리스' 처럼 하나의 블록을 구성하는 정사각형의 숫자가 바뀌고, 블록의 모양도 달라지면서 그 블록을 채우는 방식도 입체형으로 바뀐 경우, 또는 본래 테트리스와 블록 모양은 같으나, 그 블록 안에 들어 있는 모양이나 색깔을 맞추어서 마치 비주얼드처럼 같은 모양이나 색깔이 3개가 되면 없어지는 게임이 될 경우에 본래 테트리스의 2차적 저작물로서 저작권을 침해한 것인지, 아니면 전혀 별개의 저작물로서 저작권 침해가 문제되지 않는 것인지 논란의 소지가 있다. 나아가 남녀의 성교 체위 형태를 맞추는 성인용 게임인 '섹트리스'의 경우는 블록 방식이 아닌데 이 경우에도 테트리스의 2차적 저작물인지 논란의 소지가 있을 수 있다. 그러나 아래 '헥트리스'와 '섹트리스'는 전혀 별개의 저작물로 볼 소지가 많다고 할 것이다.

64) 테트리스와 관련된 분쟁에 대해서는 게임산업저널 2005년 가을호에 '테트리스 게임 분쟁사'라는 제목으로 별도로 기고할 생각이다.



헥트리스



섹트리스 또는 누드테트리스

IV. 맺음말

우리나라의 게임이 세계로 진출하면서 최근 넥슨의 '카트라이더'나 웹젠의 '위키'에서 보듯이 게임제작물의 표절 논란은 국제적인 분쟁 양상을 띠고 상대방의 태도도 적극적인 공세로 보도되고 있다. 물론, 그와 같은 입장은 우리 게임산업에 대한 외국의 영업적인 전략 차원에서 이루어질 수도 있다. 그러나 이제 우리 게임개발자들도 이른바 대작 게임을 준비하는 과정에서 충분한 법적인 검토를 하여야 한다고 생각한다. 그와 같은 예방적인 검토를 거치고 사후에 적극적인 입장을 견지함으로써 '표절'이라는 장애를 극복할 수 있다고 생각된다.

또한 게임제작물의 '표절' 의혹 보도도 자제해야 할 것으로 생각된다. 공식적으로 소송이 제기되거나 또는 상대방에서 보도자료를 통해 입장을 표명하지 않는 한 그와 같은 '의혹' 보도가 오히려 제 살을 깎아서 우리 게임업계의 창작의욕을 저하시키고 수출에 역효과를 불러일으킬 수도 있다. 표절 의혹이 강하게 들 때는 CCR처럼 법원에 소송을 제기하여 법원의 판단을 받고 그 판단에 따르면 될 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 미국이나 우리나라나 법원에서 게임 저작물의 시각적 요소는 저작권에 의한 보호를 받기가 어려므로 쉽지 않은 면이 있다. 다만, 아쉬운 점이 있다면, 국내에서는 아직 게임 저작물의 저작권 침해에 대한 이론과 사례가 그렇게 발달하지 않았다는 것이다. 이에 대해서는 여러가지 이유가 있을 수 있겠지만 역설적으로, 그와 같은 이론과 사례의 발달은 보다 많은 분쟁을 통해서 이루어진다는 것이다. 게임산업에 대한 법률전문가도 게임업계가 적극적으로 법적인 검토를 하고 적극적으로 소송을 제기함으로써 양성되는 측면이 있다는 것도 또한 역설적이다. 앞으로도 우리나라에서 게임 저작물의 표절 분쟁은 계속되리라고 예상되고 본고에서 살펴본 미국의 사례와 한국의 사례들은 선례로서 중요한 의미를 가질 것이라고 믿는다.

| 참고문헌 |

- 김형렬, 2004, “게임저작물의 법적 보호방안”, 2004 게임저작물 보호방안과 분쟁사례 세미나, 한국게임산업개발원
- 류광현, 2004, “게임과 저작권”, 서울대학교 법학연구소 기술과 법센터 세미나
- 오승중, 2004, “게임저작물에 있어서 표절 판단”, 미래게임포럼 공개세미나, 한국게임산업개발원
- 이상정, 2002, “게임저작물과 저작권”, 한국디지털재산법학회 춘계 세미나 자료집
- 정경석, 2004, 「엔터테인먼트 비즈니스 분쟁사례집」, 청림출판
- 서울중앙지방법원 2002. 9. 19.자 2002카합1989 결정
- Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc., 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988)
- Frybarger v. International Business Machines Corporation, 812 F.2d 525 (9th Cir. 1987)
- Incredible Technologies, Inc. v. Virtual Technologies, Inc., 284 F.Supp. 2d 1069 (N.D.Ill. 2003)
- Stern Electronics, Inc. v. Kaufman, 669 F.2d 852 (2d Cir. 1982)

Comparative Case Study on Game Copyright Infringement between US and Korea

Chong, Kyong Sok / Attorney at Law

Whenever a new game is developed and published in Korea, the Korean journals tend to cast suspicion of copyright infringement on it. It looks like a passage ritual. Copyright infringement issue has been one of the hot controversies in the Korean game industry. It sometimes gives rise to an international dispute between a Korean game developer and a foreign game company, such as a Japanese company or U.S. company. Most of the suspicious disputes are related to visual or graphic elements of video game screen. However, few of them went to the courts in Korea. The Korean legal society is criticized as well by the press that there is no expert concerning game business. On the contrary, in U.S., many copyright infringement cases are developed in game industry. This article is designed to introduce U.S. court's decision on copyright infringement case relating to visual element of video game, and try to apply U.S. court's standards to Korean cases. Before that, we are also going to review Korean court's ruling regarding idea-expression dichotomy, originality, and substantial similarity. In conclusion, it is very hard to protect visual elements of video game in U.S. and Korea because of virtual identity standard.