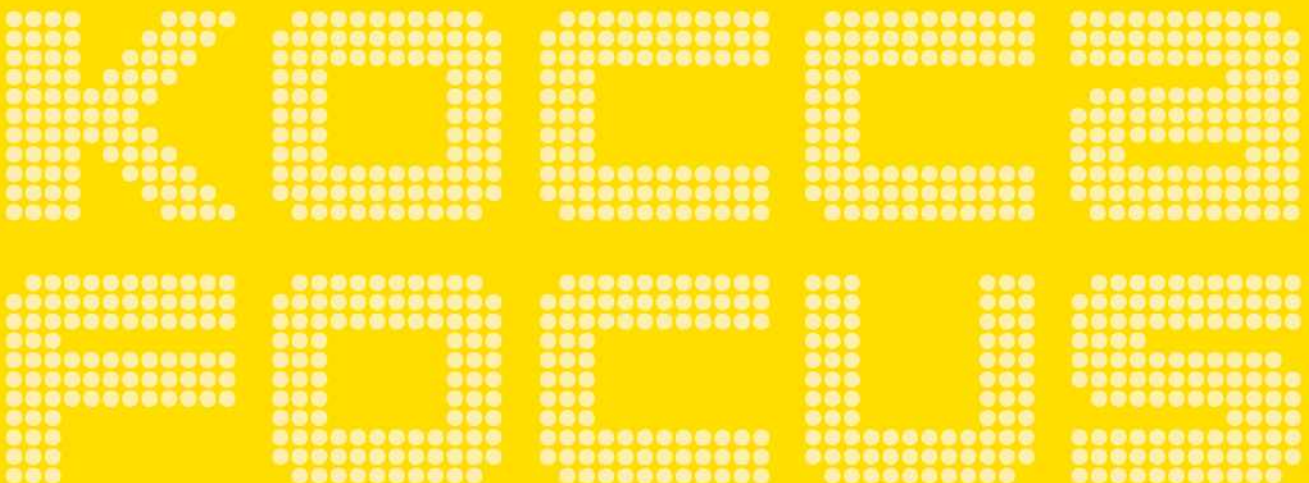


게임콘텐츠 분쟁사례에 따른 표절기준 및 시사점

2010. 12.

- I. 게임콘텐츠 현황
- II. 게임콘텐츠 분쟁사례 및 실태분석
- III. 게임콘텐츠 저작권침해(표절) 판단기준
- IV. 정리 및 시사점



요 약

- 게임콘텐츠는 스토리, 캐릭터, 음악, 미술 등이 결합된 복합형 문화콘텐츠이며 다른 콘텐츠와 달리 이용자의 참여 및 상호작용이 활발히 이루어지기 때문에 이용자간 새로운 커뮤니케이션 공간과 문화로 발전하고 있음
- 글로벌 게임콘텐츠시장 규모의 확장과 게임콘텐츠산업 및 플랫폼의 환경변화가 급물살을 타고 있는 가운데 게임콘텐츠의 저작권 침해를 비롯한 분쟁사례가 국내뿐만 아니라 범국제적으로 확산되고 있음
- 게임콘텐츠는 형태에 따라 ‘사업자간의 분쟁’, ‘사업자와 이용자간의 분쟁’, ‘게임개발 관련 분쟁’ 등으로 구분할 수 있음
- 첫째, 표절 분쟁의 경우에서 특징은 경쟁 게임업체의 게임저작물의 도용, 표절 분쟁이 있으며 둘째, 라이선스 분쟁은 주로 로열티, 후속버전 사용, 제3자 침해방지 등 라이선스와 관련된 분쟁으로서 게임업체와 사용자와의 분쟁이 대부분임
- 셋째, 캐릭터 아바타 도용은 표절분쟁과 유사하며 주로 게임 이외의 장르에 무단으로 OSMU(One Source Multi Use)하는 과정에서 발생하며 넷째, 영업비밀/부정경쟁과 관련된 분쟁으로서 타 게임기업의 영업비밀을 침해하거나 널리 알려진 게임과 유사한 게임 개발을 통한 영업상 이익을 침해한 경우를 들 수 있음
- 국내 게임콘텐츠의 대표적인 분쟁사례로는 <비앤비>(봄버맨), <건바운드>, <신야구> 게임사건을 예로 들 수 있고 해외 게임콘텐츠의 대표적인 분쟁사례로는 미국의 <가라테>, <Asteroide>, <Street Fighter>, 일본의 <티어링 사가>, <삼국지Ⅲ>, <디그더그> 등의 게임사건이 있음

- 넓은 의미에서 표절은 도덕적 비난의 대상을 포함하는 것이지만 이는 법적 인 문제가 아니라 일종의 직업윤리의 문제이기 때문에 사실 획일적 기준 마련이 불가능한데 다만, 특정 시점의 특정 집단에서 구속력없는 최소한의 기준을 자율적으로 결정하여 이를 일종의 가이드라인으로 운영할 수 있을 뿐임
- 게임콘텐츠의 영상저작물 및 프로그램저작물성 논란으로 인하여 최근 전 세계적으로 게임콘텐츠의 영상저작물성과 프로그램저작물성을 인정하는 분위기로 전환되었음
- 이후 게임콘텐츠 표절분쟁에서는 주로 실질적 유사성 여부에 대한 문제가 부각되었는데 초기 논의 대상은 서로 유사한 부분이 저작권법상 보호적격이 있는 부분인지 여부로 이른바 “아이디어 표현 이분법”의 적용과 관련된 문제였음
- 게임콘텐츠의 저작권 침해(표절) 여부의 판단기준으로는 게임콘텐츠에서 어떠한 저작권이 파생여부, 각각의 저작물에 대해 피고 게임콘텐츠에 대응하는 저작물과 비교하여 저작권 침해가 문제될 수 있는 저작물을 특정하고 양 저작물의 대비를 통하여 유사 요소 확정 여부, 유사 요소에 대하여 저작권법상 보호적격 정도, 보호적격이 인정된 유사 요소에 대한 저작권 침해가 인정될 만큼 “실질적 유사성” 여부, 게임콘텐츠 전체에 대한 편집저작물로서의 실질적 유사성 여부를 들 수 있음
- 결국 특정한 게임규칙을 비디오게임으로 제작함에 있어 특정 캐릭터와 아이템, 배경화면, 음향 등을 선택하고 조합하여 사용하는 것이 논리적·기능적·효율적 측면에서 필연적인 것이 아니라면 후발 경쟁업체가 이러한 선택과 조합을 그대로 사용하는 것은 개개의 구성요소가 저작권법상 보호적격이 없는 것이라도 게임콘텐츠 전체로서의 편집저작권을 침해하는 것으로 볼 여지가 있음

※ 본 KOCCA FOCUS 10-19는 2010년 본원에서 발주한 연구사업인 ‘윤선희·신재호·이헌희·박광호(2010)의 「게임콘텐츠 저작권 침해대응을 위한 표절기준 마련 기초 연구」’를 요약, 보완하였음

I. 게임콘텐츠 현황

1. 게임콘텐츠의 위상과 시장현황

□ 게임콘텐츠의 위상

- 게임콘텐츠는 스토리, 캐릭터, 음악, 미술 등이 결합된 복합형 문화콘텐츠이며 또한 기술을 기반으로 하는 문화콘텐츠로서 콘텐츠산업의 핵심 산업으로 자리 잡고 있음
- 다른 콘텐츠와 달리 이용자의 참여 및 상호작용이 활발히 이루어지기 때문에 이용자간 새로운 커뮤니케이션 공간과 문화로 발전하고 있음
- 게임콘텐츠는 문화콘텐츠로서 문화경제적 측면에서 긍정적 기능이 있는 반면, 게임 과몰입 등으로 인한 각종 사회문제에서 비롯된 부정적 측면을 내재하고 있음
- 게임산업의 비약적 발전 속에 PC게임, 아케이드 게임, 콘솔게임 등 다양한 장르의 게임이 존재하지만 국내의 경우, 온라인게임 시장 규모가 월등
- 한편, 국내 게임콘텐츠 산업이 글로벌 게임시장에서 선도적 위상을 점하고 있지만 최근 중국을 비롯한 주요국의 게임콘텐츠 발전에 따른 경쟁력 강화 전략 마련 시급

□ 게임콘텐츠 시장 현황

- 2009년 세계 게임시장은 전년대비 3.7% 증가한 1,098억 900만 달러로 추정
 - 6.9%의 성장률을 기록한 2008년에 비해 소폭 감소하였는데 이는 지난 2008년까지 10%대의 증가세를 이어오던 콘솔게임 시장이 기존 예상에 비해 빨리 포화 상태에 달하면서 -0.3% 감소세로 돌아선 것이 가장 큰 요인인 것으로 분석

<표 1> 세계 게임시장 규모 및 성장 추이(플랫폼별)

(단위: 백만 달러)

구분	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
아케이드게임	32,464	38,787	39,028	32,914	31,420	31,524	32,262	33,146	33,995	34,861	35,710
PC게임	4,923	4,844	4,806	4,754	4,344	4,313	4,279	4,232	4,174	4,096	4,057
콘솔게임	22,988	27,012	32,966	47,610	53,353	53,192	52,699	54,998	57,493	60,426	63,048
온라인게임	3,164	4,718	6,583	8,757	10,682	13,107	15,922	18,820	21,416	24,227	27,006
모바일게임	1,760	2,718	3,869	4,990	6,099	7,673	9,147	10,236	11,348	12,495	13,600
합계	65,298	78,079	87,253	99,025	105,898	109,809	114,309	121,433	128,427	136,105	143,420

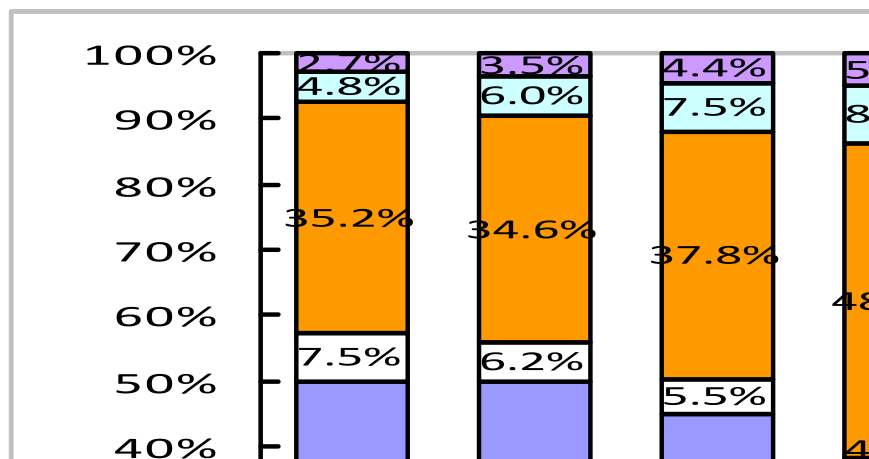
※출처: 한국콘텐츠진흥원, 「2009 해외콘텐츠시장조사(게임)」, 2010, 15면.

*주1 : 해외 온라인게임 시장규모는 가입비, 아이템 구매, 광고수익 등이 포함된 수치이며, 한국의 경우 아이템 구매와 PC방 매출액은 미포함

*주2 : 모바일게임의 경우 휴대폰이나 PDA와 같은 모바일 기기만 해당

- 플랫폼별 비중을 살펴보면, 모바일게임과 온라인게임의 비중이 각각 2014년에는 2009년에 비해 증가해 총 28.3%에 달할 것으로 예상되며 전통적으로 강세를 보여 오던 콘솔게임, 아케이드게임, PC게임의 경우에는 그 비중이 감소할 것으로 예상

[그림 1] 세계 게임시장 규모 및 성장 추이(플랫폼별)



※출처: 한국콘텐츠진흥원, 「2009 해외콘텐츠시장조사(게임)」, 2010, 16면.



- 국내 세계 게임시장에서의 국내 게임시장 비중을 살펴보면, 2008년 기준 대비 0.2%p 감소한 3.3%를 기록
- 2008년 매출액 기준, 세계 게임시장에서 국내 게임시장은 온라인게임(PC기반)이 22.5%(세계 2위)로 게임 플랫폼 가운데 가장 비중이 컸으며 다음으로 모바일게임 4.5%, 비디오게임(0.9%, PC게임 0.6%, 아케이드게임 0.4% 순으로 나타났음
- 한편, 국내 게임시장은 2008년 기준, 문화산업 전체 매출액 58조 9,511억원 가운데 5조 6,047억원으로 출판, 방송, 광고 다음으로 많은 매출액을 기록
 - 사업별로 구분하면, ‘게임 제작 및 배급업’(3조 5,884억원), ‘게임유통업’(2조 163억원) 순으로 나타났음

2. 게임콘텐츠 환경의 변화

□ 플랫폼의 환경변화

- 스마트 미디어 시대의 도래에 따라 모바일게임 개발업체의 신규 장르 개발, 수익모델 다변화, 플랫폼 기술력 향상과 콘텐츠의 다양화로 수익창출 용이
- 비디오게임 및 비디오게임기 등이 네트워크 연결이 가능해 짐에 따라 콘솔게임의 성장 가능성 대두
- 아케이드게임은 시장 규모는 여전히 작지만, 가족형 엔터테인먼트 공간을 구현한다는 의미에서 복합 엔터테인먼트 공간 형성이 가능하여 발전 가능성 내재

□ 게임 콘텐츠산업의 환경변화

- 과거 온라인게임 종주국인 한국이 중국 등 신흥시장의 부상과 게임콘텐츠 제작 기술 및 완성도의 성장으로 선두적 체제가 위협받고 있음
- 또한, 세계 게임시장에서 비디오게임의 비중이 절대적인 상황에서 국내 온라인 게임시장의 편중 현상을 극복할 수 있도록 네트워크 환경 기반의 차세대 게임콘텐츠 발전 전략 수립이 요구되고 있음

II. 게임콘텐츠 분쟁사례 및 실태분석

1. 게임콘텐츠 분쟁개요

□ 게임콘텐츠 분쟁형태

- 게임콘텐츠는 형태에 따라 ‘사업자간의 분쟁’, ‘사업자와 이용자간의 분쟁’, ‘게임개발 관련 분쟁’ 등으로 구분할 수 있음
- ‘사업자간의 분쟁’은 또 다시 ‘표절’, ‘라이선스’, ‘캐릭터 아바타 도용’, ‘기타’ 등으로 구분되며 첫째, 표절 분쟁의 경우에서 특징은 경쟁 게임업체의 게임저작물의 도용, 표절 분쟁으로서 <알까기 게임>, <봄버맨>, <비엔비>, <건바운드>, <미르의 전설> 등이 가장 대표적임
- 둘째, 라이선스 분쟁은 주로 로열티, 후속버전 사용, 제3자 침해방지 등 라이선스와 관련된 분쟁으로서 게임업체와 사용자와의 분쟁이 대부분으로 <테트리스>, <미르의 전설2>의 사례가 있음

- 셋째, 캐릭터 아바타 도용은 표절분쟁과 유사하며 주로 게임 이외의 장르에 무단으로 OSMU(One Source Multi Use)하는 과정에서 발생하며 <메딕>, <스타 크래프트>의 사건이 대표적임
- 넷째, 영업비밀/부정경쟁과 관련된 분쟁으로서 타 게임기업의 영업비밀을 침해하거나 널리 알려진 게임과 유사한 게임 개발을 통한 영업상 이익을 침해한 경우와 일본 격투게임인 <철권 4>의 한국판 <정발판> 국내 출시전 일본 정품의 밀수입 사건 등을 들 수 있음

□ 사업자와 이용자간의 분쟁

- 사업자와 이용자간의 분쟁 형태는 ‘불법 복제’, ‘프리서버’, ‘기술적 보호조치 무력화’, ‘기타’로 구분하여 설명할 수 있음
- 첫째, 불법 복제는 이용자들의 게임물 CD의 불법복제 및 배포 행위로서 이는 저작권법에 의해 주로 해결 가능
- 둘째, 프리서버는 정당한 권한 없이 타인의 게임 프로그램을 복제하여 다수의 네티즌이 이용할 수 있도록 온라인을 통해 무료 게임서비스를 제공하는 행위를 일컬으며 <라그나로크>, <뮤>, <미르의 전설2> 불법서버 사건을 예로 들 수 있음
- 셋째, 기술적 보호조치 무력화는 저작권법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위해 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치를 무력화하는 행위에 따라 발생하는 분쟁으로 시리얼넘버 무단개재(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도2900 결정), PS2 모드칩 사건(대법원 2006. 2. 24. 2004도2743) 등을 들 수 있음
- 넷째, 그 밖의 경우로서 ‘아바타’ 관련 분쟁과 ‘게임 매뉴얼 복제’ 관련 분쟁 및 ‘시스템장애’ 관련 분쟁 등이 있음

□ 게임개발 관련 분쟁

- 게임개발 관련 분쟁 형태는 ‘초상권/퍼블리시티권’, ‘저작권 귀속(공유)’, ‘원저작자와의 분쟁’ 등으로 구분할 수 있음
- 첫째, 초상권/퍼블리시티권은 연예인 등의 초상을 게임캐릭터 등에 이용하여 이득이 발생한 경우의 분쟁으로서 과거 가수 켈스키스의 초상권 침해 사건(서울지방법원 1997. 12. 24. 97카합2594 결정)으로서 이들은 게임기의 수입 판매 등의 금지를 신청할 권리가 있다고 판시한 사례가 있음
- 둘째, 저작권 귀속(공유)의 사항은 원칙적으로 저작권은 저작자에게 있는 것이나 게임 개발을 의뢰한 자에게 양도하는 것으로 규정하는 경우가 많음. 아울러 개발자와 의뢰자가 저작권을 공유하거나 개발에 자금을 투여한 다수의 의뢰자가 저작권을 공유하는 경우도 많은데 이 경우 복잡한 법률문제가 발생함
- 셋째, 원저작자와의 분쟁으로 원저작자와 게임 개발자(게임 저작권자)와의 계약에 있어 다음과 같은 내용으로 분쟁이 발생하며 <레드문>, <리니지>(서울지방법원 2001. 7. 20. 2001카합537 결정) 등의 사례가 있음
 - 게임이 2차적 저작물인지 여부, 게임의 내용 및 범위
 - 게임 사용의 지역적 범위, 게임에 대한 사용권 허용
 - 캐릭터 사업: 고객 흡인력이 있는 기존의 게임 캐릭터를 선(先) 상표출원하여 등록상표는 상표권에 대한 분쟁으로 그리고 등록되지 않은 상표는 부정경쟁방지법 위반을 근거로 분쟁이 발생

2. 게임콘텐츠 분쟁사례 분석



□ 우리나라의 분쟁사례 분석

- 국내 게임콘텐츠의 대표적인 분쟁사례로는 <비엔비>(봄버맨), <건바운드>, <신야구> 게임사건을 예로 들 수 있음

<표 2> 국내 게임콘텐츠의 법적 분쟁사례

게임명	사건개요	판결내용	시사점
비엔비 (봄버맨)	<p>○봄버맨 게임은 1985년경 출시된 오락실용 오피라인 아케이드 게임으로 비둑판 모양의 플레이필드에서 폭탄을 설치하면 일정시간 경과 후 십자 모양으로 폭탄이 터지면서 캐릭터를 과멸하는 방식으로 블록 특성에 따라 아이템을 획득하는 게임임</p> <p>○비엔비 게임은 2001년경 출시된 온라인 아케이드 게임으로 봄버맨의 폭탄 대신 물풍선을 터뜨리는 방식을 제외하면 매우 유사하여 저작권 침해가 정당한 사건이었음</p>	<p>○ 판결번호: 서울중앙지방법원 2007.1.17. 선고 2005가합 65093(본소), 2006 가합 54557(반소) 판결</p> <p>○원저작물을 기초로 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되었지만 여전히 원저작물과 실질적으로 유사하여 원저작물어의 종속성이 인정되어야 함(2차적 저작물 작성권 침해의 경우)</p> <p>○그러나 게임의 각종 설정, 전개방식과 규칙 등을 전체로서 배열하고 선택하는 데 저작자의 다양한 표현의 여지가 없으므로 <봄버맨> 게임의 각종 설정, 전개방식, 규칙 등은 저작권법이 보호하는 내재적 표현으로 볼 수 없고 이를 제외하고 저작권법상 보호받는 플레이필드, 맵, 캐릭터, 아이템, 폭탄 등의 구체적인 표현에 있어 <비엔비>와 <봄버맨> 게임이 실질적으로 유사하지 않다고 보았음</p>	<p>○본 사안에서는 컴퓨터 게임이 갖는 제약에 의해 표현이 제한되는 경우에는 특정한 게임방식이나 규칙이 내재되어 있다고 하여 아이디어 차원을 넘어 작성자의 개성있는 표현에 이르렀다고 볼 수 없고 오히려 그러한 게임방식이나 규칙은 특정인에게 독점권이 있는 것이 아니라 누구나 자유롭게 사용하여 다양한 표현으로 다양한 게임을 만들 수 있도록 하여야 한다고 판시함</p> <p>○본 판결에서는 이동속도를 높이는 아이템이나 캐릭터 등의 경우 색채나 형태에서 구별되고 전체적 미감에서 차이가 난다는 점에서 실질적 유사성을 부인하였음. 이는 미국에서 시각적 저작물의 저작권 침해 판단기준으로 거론되고 있는 이른바 ‘외관 이론’ (Look and Feel Theory) 또는 ‘전체적인 관념과 느낌’ (total concept and feel)을 따른 것으로 생각됨</p>
	[봄버맨과 비엔비의 비교]		
	봄버맨	크레이지아케이드 비엔비	
건바운드	<p>○CCR사가 소프트닉스사의 <건바운드>(Gunbound)의 주요 캐릭터, 게임화면, 계기판, 맵, 게임방식 등의</p>	<p>○ 판결번호: 서울중앙지방법원 2002.2.19. 선고 2002가합1989 결정</p> <p>○법원은 프로그램저작권 침해는 소</p>	<p>○게임저작물의 저작권 침해 논란이 법정까지 가계된 최초의 사례로서 게임 저작물의 저작권을 프로그</p>

	<p>요소들에 대하여 자사 게임인 <포트리스 2 블루> 게임과 유사하다고 이의 제기한 사건임</p> <p>○이에 대하여 CCR사는 소트포닉스시를 상대로 영상저작물에 대한 저작권 및 2차적저작물작성권, 배포권 침해라는 주장에 따라 온라인게임 서비스 금지 가처분 신청을 하였음</p>	<p>명부족으로 판단하였고 영상저작권 침해에 대해서는 저작권침해를 주장하는 부분을 크게 창작성이 인정되는 부분과 인정되지 않는 부분으로 나누어 접근</p> <p>○첫째, 게임 중요요소 및 방식에서 이전 게임과 유사한 표현을 상당 부분 반영하여 독창성 인정에 부정적</p> <p>○둘째, <포트리스 2 블루>의 표현 가운데 회오리, 애니메이션 효과 등 일부 요소의 독창성을 인정, 결국 가처분 신청을 기각</p>	<p>램 저작권과 영상저작물의 저작권으로 두 가지 관점에서 판단한 점에서 의의가 있음</p> <p>○아이디어와 표현을 구별하지 않고 병렬적으로 나열하면서 창작성과 실질적 유사성을 판단한 점과 <비앤비> 사건이나 <신야구> 사건처럼 논리 전개가 상세하지 못한 점 등에 대한 비판적 견해도 있음</p> <p>○① 저작권으로 보호받지 못하는 아이디어 영역과 보호받을 수 있는 표현영역의 구분이 사실상 곤란한 점, ② 아이디어 영역에 속하는 대부분이 공중의 영역(public domain)에 있는 것이어서 창작성이 인정되지 않는다는 점, ③ 창작성이 인정되는 새로운 아이디어의 경우 저작권 보호가 가능한 지 여부에 논란이 없지 않은 점 등을 판결이유로 들 수 있음</p>
[건바운드와 포트리스 2 블루의 비교]			
	건바운드	포트리스 2 블루	
			
<p>신야구</p>	<p>○일본의 유명 게임사인 코나미가 네오플개발과 한빛소프트(유통)를 상대로 저작권 침해 금지소송을 제기</p> <p>○코나미는 네오플과 한빛소프트의 <신야구>가 자사의 야구 게임인 <실황 파워볼 프로야구>의 캐릭터, 모자, 옷, 신발의 색채나 모양 또는 모자의 로고가 변형, 사용된 장면을 삭제하고 게임소프트웨어 배포 판매, 인터넷 기타 다른 정보통신 매체를 이용하여 제3자가 이를 이용하거나</p>	<p>○판결 번호: 서울중앙지방법원 2006.7.20. 선고 2005가합76758 판결</p> <p>○게임 캐릭터의 모양에 관한 실질적 유사성을 비교해 앞서, <신야구>와 <실황파워볼 프로야구> 모두 귀여운 어린이와 같은 모습을 하고 있는 점, 큰 머리와 작은 몸체로 이루어진 기본형태, 또 각 캐릭터의 야구게임 중 역할에 필요한 장비의 모양, 티격과 투구 등 정지 동작이 유사한 사실을 인정할 수 있음</p> <p>○그러나 이러한 캐릭터의 유사점은 귀여운 이미지의 야구선수 캐릭터라는 아이디어에 기초하여 인물의 모습을 일부 과장하거나 생략하여 익살스</p>	<p>○게임의 저작물성과 관련하여 대부분 영상저작물성과 프로그램저작물성을 인정하는 것이 일반적이나 게임표절 분쟁에서 프로그램저작권의 침해를 다루는 사례는 많지 않음</p> <p>○유사한 표절 게임을 제작함에 있어 원작 게임의 프로그램 저작권을 침해하지 않는 범위에서 회피하여 프로그래밍하는 것이 용이하기 때문에 프로그램 저작권을 디플 실익이 없거나, 원작 게임도 기존에 이미 공개된 소스코드나</p>

	<p>전송배포하는 행위를 금지하고 관련 자료를 폐기하는 것은 주요 내용으로 하고 있음</p>	<p>럽고 비현실적인 모습으로 나타내는 만화적 캐릭터와 같이 표현하고 있는데 이는 과거에도 이미 만화, 게임, 인형 등에서 빈번하게 사용되었던 것이고 나아가 장비의 형태나 경기동작은 야구게임의 특성상 필연적으로 유사하게 표현될 수밖에 없는 것이라 할 것이므로 이러한 유사점들만으로는 원, 피고 각 캐릭터의 창작적 표현 형식이 실질적으로 유사하다고 할 수 없다고 판시했음</p> <p>○기타 판결번호 서울고법 2007.8.22. 선고 2006나72392 판결, 대법원 2010.2.11. 선고 2007다63409 판결</p>	<p>컴포넌트 등을 단순히 조합하여 프로그래밍 되어 있기 때문에 창작성이 있는 자신의 프로그램 저작권을 근거로 저작권 침해를 주장하기가 용이하지 않기 때문일 것으로 판단</p> <p>○ 때문에 게임 표절분쟁에서는 영상저작물의 소재라 할 수 있는 캐릭터, 아이템과 같은 시각적 요소에 대한 표절 문제로 분쟁이 집중되고 있음</p> <p>○본 시안은 게임표절 분쟁 중 특히 캐릭터의 실질적 유사판단에 대한 최초의 대법원 판결임</p>
[신야구와 신행파워볼 프로야구 비교]			
신야구		신행파워볼 프로야구	
			

□ 해외의 분쟁사례 분석

- 해외 게임콘텐츠의 대표적인 분쟁사례로는 미국의 <가라테>, <Asteroide>, <Street Fighter>, 일본의 <티어링 사가>, <삼국지III>, <디그더그> 등의 게임사건이 있음

<표 3> 해외 게임콘텐츠의 법적 분쟁사례

게임명	사건개요	판결내용	시사점
<p>가라테 (미국)</p>	<p>○미국 데이터이스트(Data East USA, Inc.)사는 1984년 <가라테 챔피언>(Karate Champ)라는 아케이드게임</p>	<p>○판결번호: Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc., 862 F.2d 204 (9th Cir.(Cal.), Nov 30, 1988)</p>	<p>○ 이 판결은 실질적 유사성과 관련하여 미국연방항소법원 제9순회법원이 발한 전사킨 “2단계 테스트</p>

	<p>과 가정용게임을 출시하였음</p> <p>○한편, 경쟁사인 영국의 시스템 쓰리 소프트웨어(System III Software, Ltd.)사가 1985년 <인터내셔널 가라테>(International Karate)라는 이름의 가정용게임을 출시하였고 곧 이어 미국에도 에픽스(Epyx, Inc.)사를 통해 <월드 가라테 챔피언십(World Karate Championship)이라는 이름으로 판매를 시작</p> <p>○이에 데이터 이스트사는 에픽스사를 상대로 저작권 침해, 상표권침해, 트레이드 드레스(trade dress) 침해를 이유로 그와 같은 침해행위를 금지하는 소송을 제기, 미국연방지방법원 캘리포니아주 북부지방법원에서 저작권침해가 인정되어 저작권침해금지처분이 명령하였으나 곧 이어 에픽스사의 항소에 의해 저작권침해를 인정하지 않은 사건임</p>	<p>○미국연방항소법원 제9순회법원은 데이터 이스트사와 에픽스사의 두 가라테 게임에서 묘사된 등장인물이 같은 동작으로 하고 심판에 의해 감독을 받고, 보너스 점수가 누적되는 기호가 주어지는 점 등이 비슷하기는 하지만, 그것이 저작권침해를 인정할 만큼 “실질적인 유사성(qualitatively identical)”까지 보장하는 것은 아니라고 하면서 미국 연방항소법원 제9순회법원이 판례를 통하여 형성시킨 저작권 침해의 실질적 유사성을 판단하는 기준인 ‘2단계 테스트(two-step test-외부 테스트(extrinsic test), 내부 테스트(intrinsic test))’를 적용하였음</p> <p>○미국 연방항소법원 제9순회법원은 데이터 이스트사와 에픽스사의 가라테 게임에 공통적으로 나타나는 게임의 절차, 일반적인 가라테 동작, 배경 장면의 아이디어, 시간 요소 심판, 컴퓨터 그래픽, 보너스 점수 등은 가라테 게임과 컴퓨터에 ‘본질적인 제약’(inherent constraint)으로서 이는 가라테 게임이라는 아이디어를 표현하는 데 있어 필수적으로 수반되거나 또는 가라테 게임이라는 아이디어와 불가분적으로 결합되어 있거나 ‘표준적인 처리’(standard treatment)이기 때문에 저작권법의 보호를 받을 수 없다고 하였다.</p>	<p>트”(two-step test) 이론이 적용된 사례임</p> <p>○즉, 제9순회법원이 발전시킨 판례 이론인 2단계 테스트를 이용하여 보호되는 부분을 가려내는 외적인 테스트와 그렇게 하여 추출된 표현 자체의 유사성을 가리기 위한 내적인 테스트를 가차게 함으로써, 저작권 침해 문제를 보다 체계적으로 접근할 수 있는 논리적 판단 구조를 마련하였음</p>
<p>Asteroide (미국)</p>	<p>○비디오게임사인 Atari는 어뮤즈먼트사의 비디오게임인 <Meteos>가 당사 게임인 ‘Asteroide’의 저작권을 침해하였다고 주장하여 제조 및 판매를 중지시키고자 소를 제기</p> <p>○법원은 두 게임의 디자인 특성(design features)들이 상당히 유사하지만 게임에 있어서 실질적 유사성(substantial similarity)이</p>	<p>○판결번호: Atari, Inc. v. Amusement World, Inc. 547 F.Supp. 222 (D. Md. 1981)</p> <p>○1981년 피고인 어뮤즈먼트사는 <Meteos>라는 비디오게임을 출시하였는데 원고는 피고의 게임이 원고게임과 실질적으로 유사하다고 주장하면서 판매금지 경고장(a cease and desist letter)을 보냈고 피고가 이를 무시하자 이후 원고는 제조 및 판매금지 신청을 하였음</p> <p>○법원은 “피고의 게임은 원고의 게</p>	<p>○본 판결은 저작물의 보호범위와 관련하여 ‘아이디어 표현 이분법’을 기본원칙으로 적용하고 있으며 특정 아이디어를 표현하는 방법이 한 가지뿐이거나 극히 제한되어 있는 경우에는 그것이 표현이라도 저작권의 보호가 주어지는 아니 된다는 ‘합체의 원칙’도 적용하고 있음</p> <p>○즉, 단순한 게임방법이</p>

	<p>없다고 판사하여 원고의 주장을 받아들이지 아니한 사건임</p>	<p>임에 기초하였으며 원고의 아이디어를 이용하였다고도 볼 수 있으나 저작권법은 그러한 행위를 금지하지 않는다고 하면서 저작권법의 보호대상은 아이디어 표현이지 아이디어 그 자체는 아니다” 라고 하였음</p> <p>○따라서 피고는 원고의 아이디어와 그 아이디어와 필연적으로 연관된 표현들을 일부 사용하였으나 나머지 부분에 있어서 피고의 표현들은 원고의 표현과 다르므로 피고의 게임은 원고의 게임과 실질적으로 유사하지 않으며 원고의 저작권을 침해한 것이 아니라고 판사했음</p>	<p>저작권의 보호대상이 되는 것이 아니라, 게임의 아이디어를 구체적으로 표현한 형식에 보호를 부여하게 됨. 따라서 게임의 저작권적 보호대상은 게임의 규칙, 진행방식 등 게임의 아이디어가 보호되는 것이 아니고 게임을 구체적으로 표현한 프로그램이나 화면상에 나타날 수 있는 영상 등이 보호대상이 되는 것임</p>
<p>Street Fighter (미국)</p>	<p>○1991년 2월에 소개된 <Street Fighter II>는 미국 캡콤사가 개발한 비디오게임임</p> <p>○한편, 데이터리스트사는 1993년 <Fighter’s History>라는 비디오게임을 출시하였는데 캡콤사는 미국 연방지방법원 캘리포니아주 북부지방법원에 <Fighter’s History>에 대하여 판매 및 배포금지 가처분 신청을 하였으나 위 지방법원은 캡콤사의 가처분 신청을 기각하였음</p>	<p>○판결번호: Capcom USA, Inc. v. East Corp., 1994 WL 1751482 (N. D. Cal. 1994)</p> <p>○게임에 대한 접근 요건과 관련하여 <Street Fighter II>는 미국과 일본에서 이용자들에게 널리 배포되었으므로 그 사실은 데이터리스트사가 이에 접근하였음을 입증한다고 보았음</p> <p>○이 사건에서는 데이터리스트사의 개발팀이 <Street Fighter II>를 연구했음을 스스로 인정하였으나 실질적 유사성과 관련해서는 캡콤사가 주장하는 네 가지 주된 범주(등장인물, 특정 동작과 공격의 조합, 제어연속, 게임의 일반적인 연출과 흐름)에 있어서의 실질적 유사성을 인정하지 않음</p>	<p>○실질적 유사성과 관련하여 미국 연방항소법원 제9 순회법원은 2단계의 실질적 유사성 테스트 이론을 발전시켰음</p> <p>○첫째, 표현의 ‘외부 테스트’ 또는 ‘객관적 분석’을 이용한 실질적 유사성 테스트이고 둘째, 숨어 있는 아이디어의 표현에 있어 실질적 유사성이 있는지 여부를 살펴보는 ‘내부 테스트’ 또는 ‘주관적 테스트’ 임</p> <p>○이율러 테스트의 분석에는 제외되어야 할 보호받지 못하는 몇 가지 영역을 찾아냄</p>
<p>티어링 사가 (일본)</p>	<p>○2000년 일본의 엔터브레 인사와 <파이어 엠블럼> 스텝들이 대거 포진된 티르나노그사는 공동저작권을 보유하고 있는 닌텐도와 협의 없이 <파이어 엠</p>	<p>○판결번호: 2002(平成 14). 11. 14 東京地裁 2001년 (7) 제15594호, 2004(平成 16). 11. 24 東京高裁 2002년 (ネ) 제6311호(상고 각하 확정)</p> <p>○<파이어 엠블럼>과 <티어링 사가></p>	<p>○본 판결은 저작권 침해에 있어 실질적 유사성 판단을 상세히 다룬 사건으로 원고 및 피고의 주장들이 상세히 기재되어 있고 또한 언급된 모든 주장에</p>

	<p>블럼과 같은 세계관에 대륙만 다른 게임을 개발하고 심지어 게임 타이틀조차 이름만으로도 <파이어 엠블럼>과 유사한 <엠블럼 사가>로 명명하였음</p> <p>○그러나 닌텐도는 <엠블럼 사가>의 개발 당시부터 명칭과 게임성의 변경을 요구했고 제품판에서 <엠블럼 사가>는 <타어링 사가>로 변경되었음</p> <p>○이러한 사정으로 닌텐도와 같은 기종으로 게임을 출시할 수 없어 결국 닌텐도64의 경쟁기종인 PS(플레이스테이션)로 게임을 출시, 30만장 이상의 판매고를 올림</p> <p>○이에 닌텐도는 <타어링 사가>의 판매금지 및 손해배상을 요구하는 소송을 제기한 사건임</p>	<p>양 게임 화면의 동일성을 하나하나 구체적으로 대비해 보고 공통부분에서 창작적 표현 내지 창작적 특징을 검독할 수 있는지 여부를 판정하였는 바, 결론적으로는 저작권침해를 부정하였음</p> <p>○또한 양 게임은 아이디어 등의 표현 그 자체가 아닌 부분 또는 창작성이 부족한 표현에 있어 공통되는 것에 지나지 않는 것이기에 <타어링 사가> 게임에 접한 자가 <파이어 엠블럼>의 표현상의 본질적인 특징을 터득한 것은 곤란하다 할 것이며 <타어링 사가> 게임이 <파이어 엠블럼>의 번안(2차적 저작물)에 해당한다고 인정할 수 없음</p> <p>○이 밖에 <타어링 사가> 게임의 “전투 맵을 플레이하는 장면” 이 <파이어 엠블럼> 전체의 번안이라는 선택적 주장과 <타어링 사가> 게임의 “전투 맵을 플레이하는 장면” 이 <파이어 엠블럼> 게임의 “전투 맵을 플레이하는 장면” 의 번안에 해당한다는 선택적 주장을 주장하였지만 동일한 취지로 번안은 모두 인정한 것을 할 수 없다고 하여 저작권법에 근거한 청구는 이유가 없다고 판결하였음</p>	<p>대한 법원의 판정이 상세히 설명되어 있어 판결문의 분량이 100페이지 이상임</p> <p>○결국 원심과 마찬가지로 2차적 저작물 작성권(번안권) 침해는 인정되지 않았고 2005년 일본 최고재판소가 닌텐도측의 상고를 각하해 2심 판결이 확정된 사건임</p> <p>○한편, 본 사안에서 저작권법에 근거한 모든 청구는 모두 인용되지 않았지만 부정경쟁방지법에 근거한 예비적 청구가 인용되어 엔터브레인이 닌텐도에 약 7천 6백만엔을 지불하라는 손해배상책임이 인정되었음</p>
<p>삼국지Ⅲ (일본)</p>	<p>○원고는 1992년 <삼국지Ⅲ>라는 컴퓨터용 시뮬레이션 게임 프로그램을 개발하였으며 본건 저작물에 관한 저작권을 보유하고 있었음</p> <p>○한편, 피고는 1993년 이후, 상품명 <삼국지Ⅲ 비공식 가이드북></p>	<p>○판결번호: 1999(平成 11). 3. 18 東京高裁 1995년 (ネ) 제3344호 (판례시보 1684호 112면)</p> <p>○피고 프로그램은 사용자가 플로피 디스크에 포함되어 있는 데이터에 캐릭터의 능력치를 입력하는 작업이 이루어지게 한 것으로 피고 프로그램을 사용하여 사용자가 신무장 등을 등록하고 특정 수치 이상을 초과하는 능력치를 설정하여도 원고 저작물의 메</p>	<p>○본 사안은 동일성 유지의 객체가 실행 파일 및 라이브러리 파일에만 해당하느냐 아니면 데이터 파일 등도 해당이 되는지 특히, 이 사건에서처럼 통상 우리가 세이브 파일이라고 하는 것에도 해당되는지 여부에 대한 판결임</p> <p>○본 판결에서는 지사와 명령이 포함되지 않은 단</p>

	<p>이라는 서적을 발매하였고 이 서적에는 별지 물건목록을 기재한 프로그램을 포함하는 플로피디스크가 첨부되어 있었음</p> <p>○본건은 피고가 제조 및 배포하는 플로피디스크에 기억되어 있는 프로그램이 원고의 저작물인 프로그램에 관한 동일성유지권을 침해한다고 하여 원고가 피고에 대하여 프로그램이 기억된 컴퓨터용 기억매체의 제조 및 배포 금지를 청구한 사건임</p>	<p>인 프로그램, 데이터 등록용 프로그램, 체크루틴 프로그램이 개변되는 것은 아님</p> <p>○이러한 이유로 동경고등법원은 피고 프로그램에 의해 제공된 데이터내 일정 수치를 초과하는 능력치를 입력하는 것이 원고 저작물의 동일성을 침해하는 행위가 아니라고 판단한 사건임</p>	<p>순한 파일인 데이터 파일의 프로그램 저작물성을 부인하고 메인 프로그램, 데이터 등록용 프로그램, 체크루틴 프로그램만을 동일성 유지의 대상으로서의 저작물로 보았음</p> <p>○한편 이차적 저작물작성권(일본 저작권법상 번안권) 침해 여부도 논란이 될 수 있는데 실제 번안권의 침해 주장이 항소심에서 추가되었지만 제공된 데이터가 저작물이 아니라고 판단됨에 따라 더 이상 판단의 대상이 되지 못함</p>
<p>디그더그 (일본)</p>	<p>○비디오게임을 제조하는 반다이 남코 게임즈사는 비디오게임 <디그더그>를 개발, 판매하고 있음</p> <p>○한편, 소외(訴外) A사, B사는 <디그더그>의 프린트 시트 기반(PCB)에 부착된 ROM에 고정되어 있는 오버젝트 프로그램을 다른 ROM에 저장하고 이를 이용하여 게임의 제목 등을 약간만 수정하여 <디그더그>와 거의 같은 내용의 비디오 게임 <디그제그>를 318대 제조했고 C사는 이것을 사들여 판매했음</p> <p>○<디그더그> 제조사는 C사를 상대로 <디그제그>의 PCB 양도, 대여 금지 및 폐기에 손해 배상을 청구하는 소송을 제기했고 C사</p>	<p>○판결번호 1985. 3. 8 東京地裁 1984년 (가) 제1261호</p> <p>○원고는 청구원인으로서 주장하기를 <디그더그>의 소스프로그램은 극히 높은 수준의 영상, 음악, 효과음 및 스토리를 표현하기 위해 필요한 여러 종류의 문제를 세분화하여 분석하고 그것에 대해 각각 해법을 발견하여 그 발견된 해법에 따라 작성된 플로차트에 근거하여 전문적 지식을 가지고 있는 제3자에게 전달 가능한 기호어(어셈블리어언어)에 따라 각종 명령 및 그 외 정보의 조직으로서 표현된 것이라고 하였음</p> <p>○위의 해법의 발견 및 명령의 조직 방법에 있어서 프로그램은 그 작성자에 의해 개성적인 상이점이 생겼다는 것이 명확하기 때문에 위의 각 프로그램은 그 작성자의 독자적인 학술적 사상의 창작적 표현이고 저작권법상 보호되는 저작물에 해당하여 그 오버</p>	<p>○종래, 비디오게임의 무단복제를 둘러싼 저작권 침해 사건에 있어서는 비디오 게임기의 ROM에 고정되어 있는 컴퓨터 프로그램 저작권으로 접근하는 것과 게임 영상 (시각적 표현) 저작권에 접근하는 것의 두 가지 종류가 있었는데 본 판결은 비디오 게임에 대해 영화저작물성과 프로그램저작물성을 모두 인정한 판결임</p> <p>○피고가 출두하지 않아 의제자백이 인정된 케이스로 판결 이유가 대부분 원고의 주장이라는 점에서 한계가 있지만 내용적으로는 주목할 만한 판결이라 할 수 있음</p>

<p>는 구두변론에도 출두하지 않고 준비서면도 제출하지 않았음</p>	<p>젝트 프로그램은 위 프로그램 복제물에 해당함</p> <p>○이상에서 서술한 것과 같이 <디그더그>는 영화저작물에 해당하는 것과 함께 그 오브젝트 프로그램은 저작권상 보호되는 저작물에 해당하는 것임</p> <p>○피고 C사는 구두변론기일에 출두하지 않고 답변서와 그 외 준비서면도 제출하지 않았으므로 청구원인 사실은 모두 자백한 것으로 간주하며 위 사실에 의하면 원고의 청구는 어떠한 것에도 이유가 있기에 이를 인용함</p>	
--	---	--

□ 소결

- 넓은 의미에서 표절은 도덕적 비난의 대상을 포함하는 것이지만 이는 법적인 문제가 아니라 일종의 직업윤리의 문제이기 때문에 사실 확실적 기준 마련이 불가능
- 다만, 특정 시점의 특정 집단에서 구속력없는 최소한의 기준을 자율적으로 결정하여 이를 일종의 가이드라인으로 운영할 수 있을 뿐임
- 게임콘텐츠의 영상저작물 및 프로그램저작물성 논란으로 인하여 최근 전 세계적으로 게임콘텐츠의 영상저작물성과 프로그램저작물성을 인정하는 분위기로 전환되었음
 - 나아가 미국의 <스크램블> 과 일본의 <디그더그> 게임사건에서는 게임콘텐츠가 프로그램저작물성과 영상저작물성(시각적 저작물성)을 동시에 독립적으로 갖고 있음을 분명히 하였음

- 이후 게임콘텐츠 표절분쟁에서는 주로 실질적 유사성 여부에 대한 문제가 부각되었는데 초기 논의 대상은 서로 유사한 부분이 저작권법상 보호적격이 있는 부분인지 여부로 이른바 “아이디어 표현 이분법”의 적용과 관련된 문제였음
 - 예컨대 미국의 <Asteroide> 게임사건은 게임콘텐츠에서 보호적격이 없는 ‘아이디어’ 영역과 보호적격이 인정되는 ‘표현’을 구별하고 <Street Fighter> 게임사건 등에서는 아이디어 표현 이분법의 파생원칙을 적용하고 있음
 - 여기서 이분법의 파생원칙 이라함은 ‘합체의 원칙’(merger doctrine), ‘필수장면의 원칙’(scènes à faire) 등을 말하는데 이를 적용하여 보호적격이 인정되는 ‘표현’이라 하여도 일정한 경우 저작권 보호가 부정될 수 있다는 것을 보여주는 사례임
- 국내 게임콘텐츠에 대한 표절 분쟁 사례는 지난 2002년 <건바운드> 게임사건이 처음으로 시각적 요소의 표절 여부가 주된 쟁점이었음
 - 이러한 이유에서 논란의 중심인 독자적 저작물성에 대해 <신야구> 게임사건에서는 이를 인정하는 대법원의 판결이 나왔고 이 사건에서 캐릭터의 실질적 판단방법이 자세히 다루어졌음
- 한편, 최근 게임콘텐츠의 표절 분쟁은 내재적 표현의 실질적 유사성 여부를 판단한 <비앤지>, 동일성 유지권 침해 여부가 논란이 된 일본의 <삼국지 III>, 2차적저작물작성권(번안권) 침해 여부를 판단한 일본의 <티어링 사가> 등 매우 다양하고 복잡한 양상을 띠고 있음

Ⅲ. 게임콘텐츠 저작권침해(표절) 판단기준

□ 개념의 정리

- 본고에서 논의하고 있는 게임콘텐츠의 “표절”과 “저작권 침해”가 다소 혼용되고 있으나 엄밀히 말하면 단순한 copying이외에 “고의(intent)”로 “출처(attribution)”를 오인시키며 자기 것처럼 이용하는 표절과 저작권 침해는 별개의 개념임
 - 본고에서의 저작권 침해 대응을 위한 표절기준 마련은 저작권 침해를 원저작물을 기초로 새로운 콘텐츠를 제작하는 과정에서 발생하는 “복제권 및 2차적저작물 작성권의 침해”로 한정하여 논의하고 있기 때문에 창작 결과물의 이용보다 창작과정을 중시하여 판단하는 표절과 유사한 점이 있음
 - 그 이유는 표절이 원저작물의 순수한 이용행위가 아닌 원저작물을 기초로 새로운 콘텐츠를 제작하는 과정에서만 야기되는 문제이기 때문임
- 따라서 본고에서 논의되는 “게임콘텐츠 표절”이란 저작물을 포괄할 수 있는 문화콘텐츠의 일종인 (광의의) 비디오게임을 기초로 유사한 새로운 게임을 제작함에 있어 저작권법상 복제권 내지 2차적저작물작성권 침해가 문제되는 경우를 의미함

1. 게임콘텐츠의 구성요소

□ 개요

- 게임콘텐츠는 프로그램저작물, 영상저작물, 시나리오와 같은 어문저작물, 캐릭터

터, 아바타, 배경 등과 같은 미술저작물, 음악, 음향 등과 음악저작물 등 다양한 콘텐츠가 유기적으로 융합되어 있는 종합적 콘텐츠임

- 게임콘텐츠는 프로그램저작물성과 영상저작물성, 소재저작물의 집합저작물성 및 이러한 구성요소들에 대한 복합저작물성을 가지며 구체적 내용은 다음과 같음
 - 첫째, 게임플레이어의 조작에 의해 일정한 시나리오와 게임규칙(rule)에 따라 반응하는 소재저작물(캐릭터, 아이템, 배경 등)을 포함하며 둘째, 이러한 소재저작물을 이용하여 일정한 시나리오에 따라 전개되는 영상저작물성을 가짐. 셋째, 일정한 게임규칙(rule)과 시나리오를 실현시키기 위한 프로그램저작물성을 갖는 동시에 넷째, 이러한 모든 구성 요소들의 집합저작물이며 다섯째, 이러한 구성요소들을 조합한 일종의 편집저작물 성격의 복합저작물성을 가짐

□ 저작권 침해의 판단요소

- 게임콘텐츠의 저작권 침해를 판단, 보호받기 위해서는 창작성 요건을 갖추었는지 검토가 필요하며 개별 요건은 다음과 같음
 - 첫째, 게임콘텐츠의 프로그램적 요소에 창작성이 인정되어 프로그램저작물로서 보호받을 수 있는지 검토 필요
 - 둘째, 캐릭터, 아바타, 그래픽 사용자 인터페이스(GUI), 맵(map)이나 배경화면과 같은 특정 영상, 배경음악이나 효과음향 등의 소재저작물 중 창작성이 인정되어 저작권법상 보호받을 수 있는 구성요소를 찾아내야 함
 - 셋째, 게임콘텐츠가 영상저작물로서 창작성 인정여부의 판단 요구
 - 넷째, 게임콘텐츠가 그 전체로서 구성요소의 선택 또는 조합에 창작성이 인정될 수 있는 일종의 편집저작물로서 평가받을 수 있는지 검토 필요
- 이로써 하나의 게임콘텐츠로부터 여러 가지 저작권이 파생될 수 있으며(파생되

는 모든 저작권이 게임제작자에게 귀속되는 것은 아님), 게임콘텐츠는 각각 독립적인 다양한 저작권에 의하여 보호받을 수 있기 때문에 저작권 침해여부를 판단하기 위해서는 저작물성이 인정되는 모든 저작권에 대하여 각각 별도로 저작권 침해 여부의 판단이 필요함

2. 게임콘텐츠 아이디어 표현의 이분법 적용

□ 아이디어 표현에 대한 이분법의 재해석

- 저작물의 보호범위는 표현이나 형식 그 자체에 한정되는 것이 아님. 저작권의 지분권으로 2차적저작물작성권을 인정하는 바와 같이 표현이나 형식 그 자체를 변경한 새로운 저작물에 대해 여전히 원저작물의 종속성을 인정하여 저작권 침해를 긍정하고 있음
- 아이디어 표현 이분법과 내용 형식 이분법에서도 이러한 사정을 고려하여 “내재적 표현”(non-literal expression), 내면적 형식이라는 개념을 도입하여 저작권법상 보호되어야 할 부분의 경계를 수정하고 있지만 내면적 형식(내재적 표현)과 저작물의 내용(아이디어)은 불가분적으로 서로 맞물려 있고 양자는 서로에게 영향을 주고 있기 때문에 양자를 명확하게 분리하는 것은 불가능
- 즉, 내용이나 형식이나, 표현이나 아이디어나 여부로 보호자격을 결정하는 것이 아니라 개인적 특성에 속하는지 여부인 창작성에 기초하여 보호자격을 결정함
- 결국 아이디어나 내용도 후발주자의 새로운 창작에 필수적인 소재가 아니라면 즉, 저작권에 의한 보호가 새로운 창작의 걸림돌이 되지 않고 오히려 창작의욕을 고취시킬 수 있다면 저작권의 보호대상에서 더 이상 제외된다고 말할 수 없음¹⁾

1) 아이디어 표현 이분법이나 내용 형식 이분법에서는 이러한 아이디어나 내용을 표현이나 형식의 범

- 한편, 실질적 유사성은 포괄적 비문어적 유사를 포함하는 것이며 이는 “내재적 표현”(non-literal expression) 내지 “내면적 형식”(inner form)의 유사를 의미하는 것으로 생각할 수 있음
- 아이디어 표현 이분법을 내용과 형식으로 구분하는 학설²⁾에서는 표현을 외면적 형식과 내면적 형식으로 나누어 외면적 형식과 내면적 형식 양자 모두 표현으로서 보호하며 내재적 표현(내면적 형식)을 유지하면서 외면적 표현(외면적 형식)만을 변경한 경우가 2차적 저작이라고 보는 견해도 있음
 - 즉, 창작성은 저작물의 여러 구성요소에서 구현될 수 있는데 새로운 창작성이 부여된 2차적저작물은 외면적 표현(외면적 형식)에만 새로운 창작성이 가미된 것으로 보는 것임

□ 아이디어 표현에 대한 이분법의 적용

- 게임콘텐츠의 저작권 침해 판단에서 아이디어 표현 이분법의 적용은 저작권법상 보호요소의 확정에 그 의의가 있음
- 보호요소의 확정에는 방법론적으로 두 가지 접근 방법이 있음
 - 첫째, 원고 저작물을 분해하여 구성요소를 찾아내고 이러한 구성요소에 대해 아이디어 표현 이분법을 적용하여 보호적격이 없는 구성요소를 제거한 후 보호적격이 있는 구성요소만으로 이에 대응하는 피고 저작물의 구성요소와 비교·판단하는 방법

주로 파악하는 이론이다. 즉, 아이디어, 내용, 표현, 형식은 매우 다의적으로 사용되고 있다는 점에 항상 유의하여야 한다.

2) 내용 형식 이분법에서는 아이디어 표현 이분법상 표현을 외부에 표현된 객관적 구성을 의미하는 외면적 형식과 저작권의 사상감정의 체계를 의미하는 내면적 형식으로 나누어 양자 모두 표현으로서 보호하고 그 내부에 있는 내용이 저작권법에서 보호되지 않는 사상감정이라고 하고 있다.

- 둘째, 원고 저작물과 피고 저작물의 유사요소를 먼저 확정하고 이러한 유사요소에 대하여 아이디어 표현 이분법을 적용하여 보호적격이 있는지 여부를 판단하는 방법
- 두 가지 접근방법에 실익이 없어 보일 수도 있으나 특히, 게임콘텐츠와 같이 여러 구성요소가 유기적으로 결합하여 편집저작물성까지를 고려하여야 하는 경우에는 유사요소를 먼저 확정하는 접근방법이 타당한 결과를 도출할 수 있음
- 보호적격이 있는지 여부를 결정하는 방법에 대해서는 정책적 판단이 개입되어야 결정할 수 있는 아이디어 또는 표현인지에 대한 구별보다 먼저 창작성이 인정될 수 있는 부분 즉, “개인적 특성부분”인지 여부에 대한 판단을 통하여 보호적격이 없는 구성요소를 제외할 필요가 있음
 - 이러한 판단만으로도 보호적격이 없는 아이디어 표현 이분법에서 말하는 아이디어 영역은 상당 부분 제거될 수 있으며 이 때 보호대상을 제한하는 합체의 원칙(merger doctrine), 필수 장면의 원칙(scènes à faire), 사실상의 표준(de facto standards) 원칙이 적용됨
- 한편, 창작성의 개념을 달리 생각하여 이러한 문제를 해결할 수도 있음. 즉, 창작성의 개념을 개성 표현의 문제로 보는 것이 아니라 다른 표현의 선택 가능성이 어느 정도 존재하고 있는지(선택의 폭)의 문제로 파악하는 것임
 - 이러한 새로운 창작성 개념에서는 기능상사실상의 요소에 의하여 표현의 선택이 실질적으로 제한되는 경우 창작성이 없는 표현으로 보아 보호대상에서 제외되는 것임
 - 즉, 게임방식이나 배경, 등장인물의 움직임이 당해 게임의 기능상 유사할 수밖에 없는 것이라면 이러한 부분에 유사성이 존재한다고 하더라도 이는 아이디어와 표현이 합체된 경우에 해당하여 실질적 유사성이 부정됨

3. 구체적 판단방법

□ 구성요소간의 실질적 유사성 판단

- 게임저작물은 크게 프로그램저작물에 해당하는 부분과 영상저작물에 해당하는 부분³⁾으로 구분할 수 있는데 전자는 게임의 코드를 뜻하고 후자는 게임화면으로 구현되는 시각적·청각적 요소 또는 게임방식이나 게임스토리 등으로 구현되는 어문적 요소를 뜻함
- 이와 같이 게임은 여러 가지 이질적인 요소들로 구성되어 있으므로 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우에도 문제되는 부분의 유형에 따른 기준에 의한 판단이 이루어져야 함
- 게임프로그램 코드의 실질적 유사성 여부가 문제되는 경우에는 프로그램저작물의 실질적 유사성 판단방법에 따라 저작권 침해 여부를 판단함
 - 첫째, 게임화면이나 캐릭터 등의 경우, 시각적 저작물의 실질적 유사성 판단방법에 의해 판단하고 둘째, 배경음악이나 효과음향 등의 경우 음악저작물의 실질적 유사성 판단방법을 셋째, 시나리오나 게임의 전개방식 등은 어문저작물의 실질적 유사성 판단방법에 의해 저작권 침해 여부를 판단하는 것이 바람직함
- 요컨대, 실질적 유사성은 외면적 표현(외면적 형식)의 유사성과 내재적 표현(내면적 형식)의 유사성을 나누어 판단하여야 하며 먼저, 외면적 표현의 유사성은 원칙적으로 일반 수요자를 기준으로 판단하는 것이 타당할 것임
- 일반 수요자가 보았을 때 원작과 오인 또는 혼동을 야기할 정도로 비슷하거나 (동일성의 범위) 시장수요를 대체할 수 있는 경우(실질적 동일성의 범위) 외면

3) Midway Mfg, Co. v. Artic International Inc., 704 F,2d 1009(7th Cir. 1983) 및 M.Kramer manufacturing Co., Inc. v. Andrew, 783 F.2d 421(4th Cir. 1986)에서는 비디오게임의 영상을 독립된 시청각적 저작물로 인정하였다.

적 표현이 실질적으로 유사한 것으로 판단할 수 있음

- 아울러 저작권이 새로운 창작의 충분한 경제적 인센티브가 되기 위해서는 시장수요를 대체할 수 있는 범위까지 실질적 유사범위로 인정해주는 것이 타당할 것임
- 한편, 게임콘텐츠에서 파생된 저작권 중 게임콘텐츠의 일부를 저작물로 하는 저작권 침해가 인정되는 경우 게임콘텐츠 전체에 대한 저작권 침해와 구별할 필요 있음
- 게임콘텐츠의 일부를 구성하는 소재저작물에 대한 저작권 침해를 게임콘텐츠 전체에 대한 저작권 침해로 취급한다면 침해금지 청구의 대상, 손해배상액의 산정 등 침해구제에 있어 불합리한 점이 발생할 수 있음
- 저작권 침해가 인정되는 해당 소재 저작물을 변경하거나 회피 설계하여 게임콘텐츠를 계속 이용할 수 있는 길을 열어 두는 것이 양자간의 합리적인 이해 조정의 지름길이 될 것임

□ 전체로서의 실질적 유사성 판단

- 편집저작물⁴⁾로서의 저작권 침해 여부 판단은 게임콘텐츠가 그 전체로서 편집저작물성을 갖춘 경우 즉, 구성요소들의 선택, 조합, 전개, 구체화 등에 있어 창작성이 인정되는 경우에 한하여 가능함
- 다만, 편집저작물의 창작성 판단은 소재의 저작물성을 고려하지 않기 때문에 저작권법상 보호적격을 갖추지 못한 구성요소(이미 공지되어 창작성없는 요소나

4) 저작권법 제2조[정의] 17. “편집물”은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 “소재”라 한다)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다.

18. “편집저작물”은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다.

제6조 (편집저작물) ① 편집저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다.

② 편집저작물의 보호는 그 편집저작물의 구성부분이 되는 소재의 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 영향을 미치지 아니한다.

소재(素材)성이 강한 아이디어적 요소 등)들로서 조합된 게임콘텐츠에 특히 유용하고 유의미한 판단으로 인식됨

- 이 때 편집저작물의 창작성이란 정의규정에서와 같이 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성을 포함하는 것을 말하며(저작권법 제2조 제18호), 이 때의 창작성은 中山信弘 교수가 말하는 새로운 개념의 창작성⁵⁾ 즉, 선택의 여지가 존재하는지 여부로 판단하는 것이 타당할 것임
 - 게임콘텐츠의 구성요소들을 선택하여 조합한 것이 동일한 소재(내용, 아이디어)를 표현함에 있어 기능상·사실상의 제약요건에 의하여 종속된 것이 아니며 효율성, 경제성 등을 고려한 다른 선택과 조합이 가능하다면 편집저작물로서 보호되어야 한다는 것임
- 저작권침해(표절) 여부가 논란이 되는 게임콘텐츠는 상호간에 ① 창작성이 인정되지 않거나 ② 보호기간이 만료되거나 ③ 소재성이 강한 아이디어적 요소들이기 때문에 저작권법상 보호적격이 인정되지 않는 구성요소들이 상당부분 일치하는 경우, 요소들의 선택이나 조합이 사실상 또는 기능상 필연적인지 여부에 따라 저작권 침해 여부가 결정된다는 것임

IV. 정리 및 시사점

□ 게임콘텐츠의 저작권 침해(표절) 여부의 판단 기준

- 첫째, 게임콘텐츠에서 어떠한 저작권이 파생되었는지에 대한 검토
 - 게임콘텐츠의 저작물성과 구성요소와 관련된 문제로 게임제작에 사용된 원저

5) 새로운 창작성의 개념이란, 창작성의 개념을 개성의 표현의 문제로 보는 것이 아니라 다른 표현의 선택 가능성이 어느 정도 존재하고 있는지(선택의 폭)의 문제로 파악하는 하는 것이다(中山信弘(윤선희 편역), 앞의 책, 52면 이하 참조).

작물의 저작권은 원저작물의 저작권자에게 유보되기 때문에 모든 저작권이 반드시 게임제작사에게 귀속되는 것은 아님

- 그러나 업무상저작물 규정(저작권법 제9조)이나 영상저작물 특례규정(저작권법 제100조)에 의해 프로그램저작물로서의 저작권, 영상저작물로서의 저작권, 편집저작물로서의 저작권은 물론 게임제작 과정에서 창작된 대부분의 소재저작물에 대한 저작권은 게임제작사에게 귀속됨
- 둘째, 각각의 저작물에 대해 피고 게임콘텐츠에 대응하는 저작물과 비교하여 저작권 침해가 문제될 수 있는 저작물을 특정하고 양 저작물의 대비를 통하여 유사 요소를 확정함
- 셋째, 유사 요소에 대하여 저작권법상 보호적격 정도를 판단, 저작권 침해 여부를 결정
 - 이는 아이디어 표현 이분법의 적용과 관련된 문제로 유사 요소 확정이 보호적격 판단보다 선행되어야 함
 - 보호적격 인정 여부는 일반적으로 보호적격이 없는 부분을 제외하는 방법으로 행해지는데 가장 먼저 창작성이 인정될 수 있는 부분 즉, 개인적 특성부분인지 여부에 대한 판단을 통해 보호적격이 없는 구성요소를 제외할 필요가 있음
 - 이러한 판단만으로도 보호적격이 없는 아이디어 표현 이분법에서의 아이디어 영역은 상당 부분 제거될 수 있기 때문임
 - 특히 저작권 침해 대응을 위한 표절기준을 마련하기 위해서는 이러한 보호적격 판단을 관련 업계에서 사전에 예측 가능하도록 조치해야 할 것임
 - 이를 위해서는 표절 관련 저작권 침해 분쟁에서 창작성이 없기 때문에 보호적격이 부정되는 경우와 아이디어적 성격이 강하기 때문에 보호적격이 부정되는 경우를 명확히 구별할 필요가 있음
 - 또한 앞서 언급한 합체의 원칙, 일수장면의 원칙, 사실상의 표준 원칙이 적용

되는 저작권 보호가 부적합한 요소들에 대한 판단자료로 축적되고 유형화되어야 할 것임

- 넷째, 보호적격이 인정된 유사 요소에 대한 저작권 침해가 인정될 만큼 “실질적 유사성” 여부 판단
 - 실질적 유사성은 “실질적 동일성”과 “종속성”을 포괄하는 개념으로 복제권 침해가 인정되는 동일성(완전 동일과 실질적 동일을 포함) 범위와 2차적저작물작성권 침해가 인정되는 종속성 범위를 포괄하는 의미라 할 것임
 - 실질적 유사성 판단에 대해서도 판단기준과 판단방법이 보다 구체적으로 제시되어야 저작권 침해 대응을 위한 표절기준이 마련될 수 있을 것임
 - 사실 실질적 유사성 여부를 사전에 판단할 수 있는 기준을 제시하는 것은 불가능할지 모르나 그 판단기준과 판단방법을 제시함으로써 어느 정도 유사한 경우 저작권 침해가 인정될 수 있는지 미리 짐작할 수 있도록 하여야 함
 - 한편, 게임콘텐츠에서 파생된 여러 가지 저작권 가운데 게임콘텐츠의 일부를 저작물로 하는 저작권부터 실질적 유사성 판단이 필요하며 구체적인 실질적 유사성 판단은 해당하는 저작물의 실질적 유사성 판단방법을 따름
 - 이러한 실질적 유사성 판단 결과 게임콘텐츠의 일부를 저작물로 하는 저작권의 침해가 인정되는 경우에는 게임콘텐츠 전체에 대한 저작권 침해와 구별할 필요가 있음
 - 만일, 게임콘텐츠의 일부를 구성하는 소재저작물에 대한 저작권 침해를 게임콘텐츠 전체에 대한 저작권 침해로 취급한다면 침해금지청구의 대상, 손해배상액의 산정 등 침해구제에 있어 불합리한 점이 발생할 수 있기 때문임
 - 다만, 일부 소재저작물에 대한 저작권 침해에 있어 전체에 대한 저작권 침해와 달리 어떻게 침해금지청구의 대상을 확정하고 손해배상액은 어떻게 산정할 것인가에 대한 실무상의 문제가 있음

- 다섯째, 게임콘텐츠 전체에 대한 편집저작물로서의 실질적 유사성 판단 필요
 - 전체적 판단방법에 의한 판단은 모든 저작물을 마치 보호받는 요소들과 보호받지 못하는 요소들이 선택·배열된 일종의 편집저작물로 간주하여 저작권 침해의 판단을 하는 것이라고도 볼 수 있음
 - 편집저작물로서의 저작권 침해 여부 판단은 게임콘텐츠가 그 전체로서 편집저작물성을 갖춘 경우 즉, 구성요소들의 선택, 조합, 전개, 구체화 등에 있어 창작성이 인정되는 경우에 한해 가능함
 - 그러나 이론적으로 편집저작물의 창작성 판단을 논의할 수 있지만 어느 정도의 구성요소가 어떻게 조합되어야 창작성이 인정될 수 있는지는 매우 난해한 문제임
 - 또한, 게임콘텐츠의 경우 국내 저작권법상 편집저작물과 약간의 차이가 있어 게임콘텐츠를 현행 저작권법상 편집저작물에 해당한다고 단언하기 어려움
 - 즉, 편집저작물은 기본적으로 소재들을 전혀 변형없이 사용하여 표현하지만 게임콘텐츠의 경우에는 아이디어적 요소들이 구성요소가 될 수 있으며 구성요소들이 조합하는 과정에서 변형이 일어날 수 있다는 점에서 차이가 있음
 - 그리고 편집저작물의 창작성은 소재의 선택, 배열 또는 구성에서 파악하는데 반해 게임콘텐츠는 소재의 선택, 조합방법에서 파악하여야 한다는 점도 차이나는 부분임
- 결국 특정한 게임규칙을 비디오게임으로 제작함에 있어 특정 캐릭터와 아이템, 배경화면, 음향 등을 선택하고 조합하여 사용하는 것이 논리적·기능적·효율적 측면에서 필연적인 것이 아니라면 후발 경쟁업체가 이러한 선택과 조합을 그대로 사용하는 것은 개개의 구성요소가 저작권법상 보호적격이 없는 것이라도 게임콘텐츠 전체로서의 편집저작권을 침해하는 것으로 볼 여지가 있음

<참고문헌>

윤선희외, 게임콘텐츠 저작권 침해대응을 위한 표절기준 마련 기초연구, 2010

한국게임산업개발원, 해외게임분쟁사례집[저작권편], 2006.

한국문화콘텐츠진흥원, 문화콘텐츠의 유통활성화를 위한 문화산업진흥기본법 개선방안 연구, 2004.