

# 모바일 게임 콘텐츠의 저작권 보호

## -일본 모바게사건 항소심판결 (知的財産高裁 2012년 8월 8일, 2012년 (ネ) 제10027호)을 중심으로-

고영수(일본테즈카이아대학 법학부 교수)

### 차 례

1. 서론
2. 모바게사건의 개요
3. 본건의 쟁점과 재판소의 판단
4. 판결의 분석
5. 결론

■ keyword : | 게임콘텐츠, 저작권 침해, 개변의 정도, 모바일 콘텐츠 |

## 1. 서론

휴대폰의 폭발적인 보급과 단말기 기능의 향상, 통신의 브로드밴드화 등으로 모바일 콘텐츠의 수요가 급증하고, 그 시장규모는 날로 급성장하고 있다.

모바일 환경에 있어서 콘텐츠 이용의 형태는 착신음악의 다운로드, 블로그나 게시판의 운영, 모바일 게임의 다운로드, 인터넷 옥션, P2P소프트의 다운로드 등으로 분류할 수 있다.

이러한 이용 형태 중에서 저작권법상 특히 문제가 되는 경우는 모바일 콘텐츠의 개발 단계에 있어서의 개발자간의 저작물 저촉의 문제, 저촉 유무에 관한 심사기관의 판단 유무나 그 책임, 위법 콘텐츠의 유통에 따르는 캐리어의 책임 범위, 사용자의 권리침해 성립 범위 등을 들 수 있다.

본 연구는 모바일 콘텐츠에 관련된 저작권 문제 중에서 최근 일본에서 큰 화제를 모았던 모바일 콘텐츠 개발자간 저작권 분쟁(특히 번안권<sup>1)</sup>)을 중심으로, 이를 소재로 저작권 침해 판단기준에 관하여 검토해 보기로 한다.

## 2. 모바게사건의 내용

### 2-1 사건의 개요

X(그리 주식회사, 1심원고, 항소인겸피항소인)는 인터넷을 이용한 각종 정보제공 서비스업 및 컴퓨터에 관한 하드웨어·소프트웨어의 개발, 제조, 판매, 리스 및 보수 서비스 등을 업으로 하는 회사로, 소셜·네트워킹·서비스(회원등록을 한 사용자가 자기의 프로필 페이지를 만들어, 일기를 쓰고, 테마별로 설정된 게시판 등을 통해, 친한 친구와의 커뮤니케이션이나, 멤버와의 정보교환을 즐길 수 있는 인터넷상의 커뮤니티형 서비스, 이하 SNS라 함)을 제공하는 인터넷 웹 사이트 「GREE」(이하 「GREE」라 함)를 휴대폰 및 퍼스널컴퓨터(이하 PC라 함)를 대상으로 운영하고 있다. X는 2007년경, 닌시를 소재로 한 휴대폰용 인터넷·게임인 X작품을 제작하여, SNS의 커뮤니케이션 기능과 연동시킨 SNS연동형 게임 제1탄으로 2007년 5월 24일부터 휴대폰용 GREE에서 그 회원을 대상으로 X작품의 공중송신에 의한 전송을 시작했다.

Y<sub>1</sub>(주식회사 D·N·A, 1심피고, 항소인겸피항소인)는 인터넷을 이용한 각종 정보처리 서비스, 정보제공 서비스, 소프트웨어의 기획, 개발, 설계, 제조, 판매, 임대, 운용 및 그 대리 등을 업으로 하는 회사로, 포털 사이트·서비스 겸 SNS를 제공하는 인터넷·웹 사이트 「모바게타운」을 휴대폰 및 PC를 대상으로 운영하고 있다.

Y<sub>2</sub>(주식회사 ORSO, 1심피고, 항소인겸피항소인)는 인터넷, 컴퓨터, 휴대폰, 비디오게임기기 등의 시스템 개발, 컨설턴트 업무, 게임소프트의 기획 제작, 제조, 판매 및 배급 등을 업으로 하는 회사이다. Y들은 Y작품을 공

1) 한국 저작권법은 번안권이라는 표현 대신 2차적저작물작성권(한국저작권법 제5조와 제22조참조)이라는 표현을 쓰고 있다. 본고에서는 일본법을 따라 번안권이라는 표현을 쓰기로 한다.

동 제작하여, 2009년 2월 25일 휴대폰용 모바일게타운에서 그 회원들에 대해 공중송신에 의한 전송을 시작했다.

본건은 X가 Y들에 대해 Y들이 공동으로 제작하여 공중에 송신하고 있는 휴대전화기용 인터넷 게임 소프트웨어 「낚시게임타운2(釣りゲータウン2)」 (이하 「Y작품」이라 함)은 원고가 제작하여 공중에 송신하고 있는 휴대전화기용 인터넷 게임 소프트웨어 「낚시스타(釣りスタ)」 (이하 「X작품」이라 함)와 물고기를 유인하는 동작을 취하는 화면의 영상 및 그 변화의 형태나 사용자가 게임을 할 때 반드시 거치는 화면(주요화면)의 선택·배열 및 각 주요화면에서의 소재의 선택·배열 등에 있어서 유사한 것으로 Y작품을 제작하여 이를 공중송신하는 행위는 X의 X작품에 관한 저작권(변안권, 공중송신권) 및 저작자 인격권(동일성유지권)을 침해하고, (2) Y들이 Y작품의 특정 영상(Y영상1 및 2)을 Y들의 홈페이지에 게재하여 Y작품의 자타상품을 식별시키는 상품 등 표시로 이용하는 행위는 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호의 「혼동야기행위」에 해당하며, (3) Y들이 X에게 무단으로 X작품에 의거하여 Y작품을 제작하여 이를 전송하는 행위는 X작품의 가치에 무임승차하는 것으로 X의 법적 보호이익을 위법하게 침해(일본 민법 제709조, 제719조 제1항)한다고 주장하여, (1)저작권 및 저작자인격권 침해를 이유로 하는 Y작품의 공중송신 등의 금지 및 Y작품 영상의 말소, (2)부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호 위반을 이유로 하는 Y영상1 및 2의 말소, (3)저작권 침해, 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호 및 공동불법행위에 의한 손해배상으로서 Y작품의 배신개시일인 2009년 2월 25일부터 본건 제9회 변론준비절차기일인 2011년 7월 7일까지의 손해금 9억 4020만엔 및 이에 대한 동일부터 지급완료까지 민법 소정 비율 5%에 의한 지연손해금의 연대지급 및 저작권법 제115조, 부정경쟁방지법 제14조 또는 민법 제723조에 의거한 사죄광고의 게재를 청구한 사안이다.

원판결은 Y작품의 「물고기 유인화면」은 X작품의 「물고기 유인화면」에 관한 X의 저작권(변안권, 공중송신권) 및 저작인격권(동일성유지권)을 침해한다고 하였으나, 기타 저작권 및 저작인격권 침해의 주장을 인정하지 않고 Y들의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호에도 이익침해에 관한 불법행위에도 해당하지 않는다고 하여 X의 청구를 일부 인용하고 일부 기각하였다. 이에 X 및 Y들 쌍방이 항소를 제기하였다.

### 2-2 X 및 Y작품의 물고기 유인화면

1심 판결에서 인용된 X 및 Y작품의 물고기 유인화면은 아래 그림과 같은데 각각의 화면에 대해 판결이 인정된 내용을 정리하면 다음과 같다.

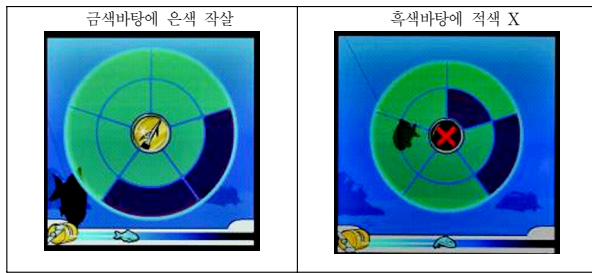


▶▶ 그림 1. X작품의 물고기 유인화면

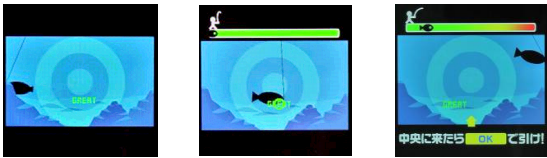


▶▶ 그림 2. Y작품의 물고기 유인화면

<p>녹색바탕</p>	<p>코인이 회전하는 듯한 움직임</p>
<p>은색바탕에 금색 낚시바늘</p>	<p>선명한 녹색바탕에 황색 별</p>



▶▶ 그림 3. Y작품의 화면



▶▶ 그림 4. X작품



▶▶ 그림 5. Y작품

#### (1) X작품의 물고기 유인화면

① 거의 정사각형의 화면 상부 약 5분의 1과 하부 약 5분의 1은 흑색으로 상부에는 유인 미터가 표시되고, 하부에는 「중앙에 오면 OK로 당겨라!」라고 하는 문자 등이 표시되는 경우가 있다. 수중 영상의 윤곽은 화면전체 가운데 약 5분의 3을 차지하는 가로가 긴 직사각형이다.

② 화면 가운데 수중 영상부분의 거의 중앙부에는 원형의 도형이 배치되고, 수중 영상의 상하면(上下面)에 원의 바깥 둘레 상하부가 약간 밀려나와 접하고 있다. 원형 도형은 중심에서 거의 등간격인 삼중 동심원이다.

③ 수중 화상은 수중을 바로 옆에서 수평방향의 시점에서 그린 것이며, 1마리의 흑색 물고기 그림자가 물고기 그림자를 측면에서 본 형태로 묘사하고 있고, 물고기 입에서부터 화상 상부를 향해 검색의 직선 낚시줄이 달려있다. 물고기 그림자는 상기 동심원보다 앞쪽에 배치되어 있다.

④ 수중 화면의 좌우 양단 및 하단에 접하여, 상기 동심원에 따른 것 같은 형태로 바위 그늘이 그려져 있고, 수초, 다른 생물, 거품 등은 그려져 있지 않다. 바위 그늘은 상기 동심원보다 앞쪽에 배치되어 있다.

⑤ 수중 화상의 색채는 전체적으로 어둑어둑한 청색이며, 원의 배색은 외측의 도넛 형상부분 및 중심의 원 부분에는 수중을 표현하는 청색보다도 얇은 색을 채용하고, 상기 도넛 형상부분과 중심의 원부분 사이에는 배경의 수중 화면이 그대로 표시되고 바위그늘이 다소 짙은 청색이다.

⑥ 물고기 그림자는 원반 모양의 동체와 삼각형의 꼬리지느러미의 조합으로 검게 그려져 있고, 낚시 바늘에 걸려든 물고기 그림자는 수중 전체를 여기 저기 움직이고, 낚시줄과 물고기 그림자는 추와 같은 움직임을 한다. 이 때 동심원이나 배경화상은 정지하고 있다.

⑦ 화면 상부의 흑색에는 초록·황색 및 빨간색으로 배합된 유인 미터가 배치되어, 그 좌단 상부에 장대를 가진 백색 사람과 그 내부에 흑색 물고기 그림자가 각각 표시되어 있다.

⑧ 물고기 그림자가 중앙의 원에 있을 때에 사용자가 결정 키를 누르면 「PERFECT」라고 표시가 된다. 같은 식으로, 중앙의 원과 바깥 둘레의 도넛 형상부분 사이에 물고기 그림자가 있을 때에 결정 키를 눌렀을 경우는 「GREAT」, 상기 도넛 형상부분의 안쪽에 물고기 그림자가 있을 때에 결정 키를 눌렀을 경우는 「GOOD」, 그 이외의 경우에 결정 키를 눌렀을 경우는 「BAD」라고 표시된다. 상기 문자는 물고기 그림자 근처에 작게 표시된다.

⑨ 물고기가 낚이면 수중 화상의 중앙에 오렌지와 황색이 배합된 「GET!」이라는 문자가 화면 가득 확대되어 표시되고, 상부의 유인 미터는 꺼져서 흑색이 되고, 하부 문자도 「OK」만 표시되고, 물고기를 놓치면 수중 화상의 중앙에 적색의 「Miss..」와 백색의 「놓쳤다…」라는 문자가 표시되어, 상부의 유인 미터는 꺼져 흑색이 되고, 하부 문자도 「OK」만이 표시된다.

#### (2) Y작품의 물고기 유인화면

① 거의 정사각형의 화면 하부에는 가늘고 긴 유인 미터가 표시되지만, 나머지 부분은 수중 영상이며, 수중 영상의 윤곽은 거의 정사각형이다.

② 화면의 거의 중앙부에는 원형 도형이 배치되어, 원형의 도형은 크기가 변화되지만 그것이 가장 클 때라도, 화면의 상하 좌우로 접할 일은 없다. 원형 도형은 중심에서 거의 등간격인 삼중 동심원으로, 그 중심 원으로부터 방사형태로 연결되는 5개의 경계선에 의해 11개의 패널

로 분할되고 있다.

③ 수중 화상은 수중을 바로 옆에서 수평방향의 시점에서 그린 것이고, 1마리의 흑색 물고기 그림자가 물고기 그림자를 전면에서 본 형태로 그려져 있고, 물고기의 입으로부터 화면의 좌측 윗부분을 향해 얇은 청색의 직선 낚싯줄이 달려 있다. 물고기 그림자는 상기 동심원보다 안쪽에 배치되어 있다.

④ 수중 화면의 좌단, 우단 및 하단에는 접하지 않는 위치에 바위 그늘이 그려져 있고, 수초, 다른 생물, 거품 등은 그려져 있지 않다. 바위 그늘은 상기 동심원보다 안쪽에 배치되어 있다. 동심원이 가장 커졌을 때는 바위 그늘이 동심원에 겹쳐진다.

⑤ 수중 화상의 색채는 전체적으로 청색이며, 원의 배색은 방사형태로 구분되는 11개의 패넬의 중심 원을 제외한 부분에 녹색과 보라색의 배색이 된다. 상기 방사형태의 경계부분은 배경 수중 화면이 그대로 표시되고, 바위 그늘은 다소 짙은 청색이다. 상기 동심원의 크기는 일정한 파라미터 값에 따라 9단계로 변화되고, 동심원의 배색 부분의 수 및 장소도 물고기 유인화면마다 다르고, 동일화면내에서도 변화된다. 또, 동심원의 중앙 원 부분은 코인이 회전하는 것 같은 움직임을 하고, 무늬 없는 녹색, 은색 배경에 금색의 낚싯바늘, 선명한 초록 배경에 노란 별 마크, 금색 배경에 은색의 작살, 흑색 배경에 적색 ×표시와 같은 5종류로 변화된다.

⑥ 물고기 그림자는 전면에서 본 형태로, 꼬리지느러미, 등지느러미, 가슴지느러미를 붙여서 검게 그려져 있다. 낚싯바늘에 걸려든 물고기 그림자는 수중 전체를 여기 저기 움직이지만, 매단 낚싯줄은 물고기의 움직임에 관계없이, 항상 화면의 좌측 위를 향해서 달려 있다. 이때, 배경화상은 정지하고 있지만, 동심원은 크기 등이 변화한다.

⑦ 화면 하부에 가늘고 긴 흰색 오목꼴을 두고, 청색과 배합된 유인 미터가 배치되어, 그 좌단에 노란 띠이, 그 내부에 청색 물고기가 각각 표시된다.

⑧ 동심원의 녹색으로 배색된 부분에 물고기 그림자가 있을 때에 결정 키를 누르면, 화면 윗쪽에 「Good」이라고 녹색으로 표시된다. 같은 식으로, 동심원의 보라색으로 배색된 부분 및 동심원이외의 부분에 물고기 그림자가 있을 때에 결정 키를 누르면, 화면 상부에 「Out」이라고 적색으로 표시된다. 상기 문자는, 화면 윗쪽에 크게 표시된다. 또, 중심 원 부분에 물고기 그림자가 있을 때

에 결정 키를 누르면, 중심 원 부분의 표시에 따라, 「필살 꼭 묶음」, 「대박」 및 「1마리씩 낚기 모드」 등의 표시가 애니메이션으로 표시된다.

⑨ 물고기가 낚이면 동심원이 꺼져서 「낚였다!」라는 황색 문자가 화면 상부에서 중앙을 향해 움직이며 표시되고, 물고기를 놓치면 동심원 및 미터가 사라져 화면중앙에 백색으로 「놓쳤다!」 「결정 키를 누르세요」라고 표시된다.

⑩ Y작품의 물고기 유인화면의 모두에는, 앞에서 언급한 ②의 동심원이 나타나기 전에, 우선, 수중 화면을 물고기 그림자가 오른쪽에서 왼쪽에 이동하고, 또한 화면 안쪽으로 이동하는 화면이 있고, 그 이후에 동심원이 표시되고, 물고기 그림자가 안에서 앞으로 향해 오는 화면이 있다.

### 3. 본건의 쟁점과 재판소의 판단

본건의 쟁점은 위에서 언급한 바와 같이 (1)Y작품을 제작하여 공중송신하는 행위는 X의 X작품에 관한 저작권(변안권, 공중송신권) 및 저작자 인격권(동일성유지권)을 침해하는가, (2)Y들의 웹페이지에 Y작품의 물고기 유인화면을 게재하는 행위는 타인의 상품 등 표시로서 주지 상품과 동일 또는 유사의 상품 등 표시를 전기통신 회선을 통해 제공하여, 타인의 상품 또는 영업과 혼동을 일으키는 행위(부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호)에 해당하는가, (3)Y제품을 제작하여 공중에 송신하는 행위와 X의 법적 보호이익을 침해하는 불법행위에 해당하는가, (4) X의 손해는 얼마인가, (5)Y들에 의한 사죄광고의 필요 여부 등이었다.

본고에서는 본건의 분쟁 핵심이 저작권 침해 여부에 있음을 감안하여 저작권 및 저작자 인격권 침해 여부에 관한 쟁점에 한정하고, 본 쟁점에는 (i)Y작품에서 물고기 유인화면은 X작품의 물고기 유인화면에 관련된 X의 저작권 및 저작자 인격권을 침해하는가라는 쟁점과 (ii)Y작품에서의 주요화면의 변천은 X작품의 주요화면의 변천에 관한 X의 저작권 및 저작자 인격권을 침해하는가라는 쟁점이 있으나 본고에서는 전자의 쟁점만을 다루기로 한다. 제1심 판결에서는 X작품과 Y작품의 물고기 유인화면을 비교하여 변안권 침해를 인정하였으나 항소심 판결에서는 1심 판결을 반복하여 변안권 침해를 부정하였다.

### 3-1 제1심 판결

「휴대폰용 낚시 게임에 있어서 물고기 유인화면은 낚시바늘에 걸린 물고기를 사용자가 낚시줄을 감는 등의 조작을 해서 끌어당기는 과정을 영상적으로 표현한 부분이며, 이 화면의 표현 방법에 대해서는 ①수면보다 위나 수면, 수면 밑 중에 어느 부분을 어떤 시각에서 표현할 것인가, ②만약에 물밑만을 표현하게 된 경우 물고기의 모습이나 물고기의 배경을 어떻게 표현할 것인가, ③물고기가 낚시바늘에 걸렸을 때부터 물고기를 낚아 올리거나 또는 물고기를 놓칠 때까지의 사이에, 물고기를 어떻게 움직이게 해서, 어떤 경우에 물고기를 유인하기 쉽게 할 것인가(사용자가 낚시줄을 감는 타이밍을 어떻게 표현할 것인가)등의 점에 있어서, 여러 선택사항을 생각할 수 있다.

X작품은 이 물고기 유인 화면에 대해, 구체적 표현을 채용한 것이며, 특히, 수중에 삼중 동심원을 크게 표현하고, 낚시바늘에 걸린 물고기를 검은 물고기 그림자로써 수중 전체로 움직이게 하여, 물고기를 유인하는 타이밍을 물고기 그림자가 동심원의 소정의 위치에 왔을 때에 유인하기 쉽도록 표현한 점은 X작품 이전에 전송된 다른 낚시 게임에는 전혀 보이지 않은 것이며, 이 점에서 X작품의 제작자의 개성이 강하게 나타나 있는 것으로 인정된다.

한편, Y작품의 물고기 유인 화면은 X작품과 상이한 점이 있기는 하지만 X작품의 물고기 유인화면의 표현상의 본질적인 특징이라 할 수 있는 『수면위의 형상을 버리고 수중만을 바로 옆에서 수평방향의 시점에서 표현하고 있는 점』, 『수중 중앙에 삼중 동심원을 크게 표현하고 있는 점』, 『수중의 물고기를 검은 물고기 그림자로 표시하고, 물고기 그림자가 수중 전체를 여기 저기 움직이도록 하고, 수중의 배경은 전체적으로 약간 어두운 파랑계통의 색으로 통일하고, 물밑과 바위 그림자만을 배치한 점』, 『물고기를 유인하는 타이밍을 물고기 그림자가 동심원의 일정한 위치에 왔을 때에 결정 키를 누르면 물고기를 쉽게 유인할 수 있도록 한 점』에 관한 동일성은 Y작품 속에 유지되고 있다.

따라서 Y작품의 물고기 유인 화면은 X작품과의 동일성을 유지하면서, 동심원의 배색이나 물고기 그림자가 동심원상의 어느 위치에 있을 때 물고기를 쉽게 유인할 수 있을까라는 점에 변경을 가하여 새롭게 Y작품의 제작자의 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로 이

를 접한 자가 X작품의 물고기 유인 화면의 표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있는 것으로 인정된다. 또한 이 사실에 더하여 Y작품이 제작된 시기는 X작품이 제작된 시기의 약 2년 후인 점, Y들은 Y작품을 제작할 때에 X작품의 존재 및 그 내용을 알고 있었던 점을 고려하면, Y작품의 물고기 유인 화면은 X작품의 물고기 유인 화면에 의거해서 작성된 것이라 할 수 있고, X작품의 물고기 유인 화면을 변안한 것이 인정된다.」

### 3-2 항소심 판결

「저작물의 변안이란 기존 저작물에 의거하고 그 표현상의 본질적인 특징의 동일성을 유지하면서 구체적인 표현에 수정, 증감, 변경 등을 가하여 새롭게 사상 또는 감정을 창작적으로 표현함으로써 이를 접한 자가 기존 저작물의 표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있는 별도의 저작물을 창작하는 행위를 말한다. 그리고 사상, 감정 또는 아이디어, 사실 또는 사건 등 표현 그 자체가 아닌 부분이나 표현상의 창작성이 없는 부분에 있어서 기존 저작물과 동일성을 가지는 데 불과한 저작물을 창작하는 행위는 기존 저작물의 변안에 해당하지 않는다(최고재판소 2001년 6월 28일, 1999년(受)제922호).

또한 기존 저작물의 저작자의 의사에 반하여 표현상의 본질적인 특징의 동일성을 유지하면서 구체적 표현에 변경, 절제 기타 개변을 가하여 이를 접한 자가 기존 저작물의 표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있는 것을 창작하는 것은 저작권법 제20조 제2항에 해당하는 경우를 제외하고 동일성 유지권의 침해에 해당한다(최고재판소 1980년 3월 28일, 1976년(オ)제923호).」

「(1)X작품과 Y작품은 모두 휴대폰기기용으로 전송되는 소셜네트워크(social network) 시스템의 낚시 게임이며, 양 작품의 물고기 유인화면은 수면위의 형상을 화면에서 제외하고, 수중만이 바로 옆에서 수평방향으로 표현되고 있는 점, 수중 화상에는 화면의 거의 중앙에, 중심에서 거의 등간격인 삼중 동심원과 흑색의 물고기 그림자 및 낚시줄이 표현되고, 수중 화상의 배경은 물 색깔을 포함하여 전체적으로 청색으로, 아래쪽으로 바위 그림자가 표현되고 점, 낚시바늘에 걸린 물고기 그림자는 수중 전체를 배회하나 배경 화상은 정지하고 있는 점에서 공통된다.

(2)그러나, 원래 낚시 게임에 있어서 우선, 수중만을 표현하거나, 수중 화상에 물고기 그림자, 낚시줄 및 바위

그림자를 표현하는 것, 수중 화상의 배색이 전체적으로 청색인 것은 (중략) 다른 낚시 게임에도 존재하는 것인 이상, 실제의 수중 영상과 비교해도, 흔히 있는 표현이라고 하지 않을 수 없다.

다음으로 수중을 바로 옆에서 수평방향으로 표현하고, 물고기 그림자가 이리 저리 움직일 때에도 배경 화상은 정지하고 있는 것은 X작품의 특징의 하나이기도 하지만, 이러한 수법으로 수중 모양을 표현하는 것 자체는 아이디어라고 해야 할 것이다.

또, 삼중 동심원을 채용한 것은 종전의 낚시 게임에는 보이지 않는 것이지만, 궁도, 사격 및 다트 등에 있어서의 동심원을 낚시 게임에 응용한 것이라고 해야 하며, 낚시 게임에 동심원을 채용하는 것 자체는 아이디어의 범주에 속하는 것이다. 그리고, 동심원의 형태는 모두 화면의 거의 중앙에 표현되어, 중심에서 거의 등간격의 삼중 동심원이라는 점에 있어서는 공통되지만, 양자의 화면에 있어서의 수중 영상이 차지하는 부분이 X작품에서는 전체의 약 5분의 3에 지나지 않는 가로로 긴 직사각형으로, 이 때문에 동심원이 상하단으로 다소 밀려나와 접하고 있고, 크기 등도 변화가 없는 것에 반해, Y작품에서는 수중 영상이 화면전체의 거의 전부를 차지하는 정사각형으로, 크기가 변하는 동심원이 최대가 되었을 경우에도 상하단에 접하지 않고, 물고기 그림자가 이리 저리 움직이고 있는 동안의 동심원의 크기, 배색 및 중앙의 원 부분의 화상이 변화된다고 하는 구체적 표현에 있어서 다르다.

게다가, X작품에 있어서의 동심원의 배색이 가장 바깥쪽 도넛 형상부분 및 중심의 원 부분에는 수중을 표현하는 청색보다도 옅은 색을 이용하여, 상기 도넛 형상부분과 중심 원 부분 사이의 부분에는 배경의 수중 화면이 그대로 표시되어 있기 때문에, 동심원이 강조되고 있는 것이 아닌 것에 반해, Y작품에 있어서는 방사상으로 칸막이가 된 11개 패널 부분(중심 원 제외)에, 녹색과 보라색이 배색되어, 동심원의 존재가 강조되고 있는 점, 동심원의 패널 배색 부분의 수 및 장소도 물고기 유인화면마다 다르고, 동일화면내에서도 변화되는 점, 또한, 동심원의 중심 원 부분은 코인이 회전하는 듯한 움직임을 하고, 녹색무지, 은색 배경에 금색의 낚시바늘, 선명한 초록 배경에 노란 별 마크, 금색 배경에 은색의 작살, 흑색 배경에 적색 글자 ×표시와 같은 5종류로 변화하는 점 등에 있어서 다르다. 이 때문에 X작품 및 Y작품 모두 『삼중 동심원』이 표시된다고 하더라도, 구체적 표현이 다르기

때문에 이를 접하는 자의 인상이 반드시 동일한 것이라고는 말할 수 없다.

게다가, 흑색의 물고기 그림자와 낚시줄을 표현하고 있는 점에 대해서도, 낚시에 성공할 때까지의 물고기 모습을 물고기 그림자로 표현하고, 낚시줄도 표현하고 있는 게임은 (중략) 종전부터 존재하고 있었던 것이고, 흔히 있는 표현이라고 해야 한다. 게다가, 그 구체적 표현도 X작품의 물고기 그림자는 물고기를 측면에서 본 것인 데 반해, Y작품의 물고기 그림자는 전면에서 본 것인 점에서 다르다.

(3)이상과 같이, 추상적으로 말하면, X작품의 물고기 유인화면과 Y작품의 물고기 유인화면은 수면위의 모양이 화면에서 제거되고, 수중만이 바로 옆에서 수평방향으로 표현되고 있는 점, 수중 화상에는 화면 거의 중앙에 중심에서 거의 등간격인 삼중 동심원과, 흑색의 물고기 그림자 및 낚시줄이 표현되고, 수중의 화상 배경은 물색을 포함하여 전체적으로 청색으로, 아래쪽에 바위 그림자가 표현되어 있는 점, 낚시바늘에 걸린 물고기 그림자는 수중 전체를 이리 저리 움직이지만, 배경 화상은 정지하고 있는 점에 있어서 공통된다고 하더라도, 상기 공통부분은 표현 그 자체가 아닌 부분 또는 표현상의 창작성이 없는 부분에 지나지 않고, 또, 그 구체적 표현에 있어서도 다른 것이다.

그리고, X작품의 물고기 유인화면과 Y작품의 물고기 유인화면의 전체에 대해서, 동심원이 표시된 이후의 화면을 보아도, Y작품에 있어서는 우선, 수중이 표현되는 부분이 화면아래 옅은 부분을 제외한 거의 전체를 차지하는 정사각형이며, 가로로 긴 직사각형인 X작품의 수중이 표현된 부분과는 윤곽이 다르고, 그 때문에 동심원이 차지하는 크기나 위치 관계가 다르다. 또, Y작품에 있어서는 동심원이 양단에 접할 일이 없고, 물고기 그림자가 이리 저리 움직이고 있는 사이의 동심원의 크기, 패널의 배색 및 중심 원 부분의 그림이 변화하기 때문에, 동심원이 화면 상하단에 접하여 크기 등이 바뀔 일도 없는 X작품의 것과는 다르다. 게다가, Y작품에 있어서 유인 미터의 위치 및 형태, 물고기 그림자의 표현 방법 및 물고기 그림자와 동심원과의 전후관계나 중앙원 부분에 물고기 그림자가 있을 때에 결정 키를 누르면, 원 중심부분 표시에 따라 애니메이션이 표시되고, 그 후의 표시도 달라지게 되는 점 등에 있어서 X작품과 다른 것이다. 기타 (중략)동심원과 물고기 그림자의 위치 관계에 따라서 결정



키를 눌렀을 때의 구체적 표현에 있어서도 다르다. 한편, Y작품에 있어서는 동심원이 표시되기 전에 수중 화면을 물고기 그림자가 이동하는 장면이 존재한다.

이상과 같은 X작품의 물고기 유인화면과의 공통부분과 차이부분의 내용이나 창작성 유무 또는 정도에 비추어 보면, Y작품의 물고기 유인화면을 접하는 자가 그 전체로부터 받는 인상을 달리하고, X작품의 표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있다고 할 수는 없다.]

「이상과 같이 Y작품의 물고기 유인화면은 아이디어 등 표현 그 자체가 아닌 부분 또는 표현상의 창작성이 없는 부분에 있어서 X작품의 물고기 유인화면과 동일성을 가지는 것에 불과한 것일 뿐 이를 접한 자가 X작품의 물고기 유인화면의 표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 없기 때문에 변안에 해당하지 않는다.」

## 4. 판례의 분석

### (1) 변안권 침해의 판단 수법

본건은 변안권의 적용범위가 문제가 된 사안인데, 일본 저작권법은 우리 저작권법과 마찬가지로 저작권법에 의한 보호 대상을 사상 또는 감정 그 자체가 아니라 사상 또는 감정의 창작적 표현에만 한정하고 있다. 이는 「아이디어·표현 이분론」에 근거한 것인데, 예를 들어 아이디어와 창작적 표현으로 완성된 어떤 저작물을 타인이 창작적 표현을 그대로 모방하여 표현을 한 경우에는 저작권 침해가 성립되나, 아이디어만을 모방하고 창작적 표현을 전혀 달리하여 별도의 저작물을 완성한 경우에는 저작권 침해 성립을 인정하지 않는다는 것이다. 그 취지는 하나의 아이디어로부터 다양한 표현이 가능할 수 있는데 만약에 이 아이디어 자체를 저작권으로 보호하게 되면 타인으로 하여금 다양한 표현의 기회를 보장할 수 없게 되어, 창작 활동을 지나치게 위축시킬 우려가 있고 나아가 문화의 발전도 기대할 수 없다는 데에 있다고 할 수 있다.

문제는 창작적 표현이 기존 저작물의 표현에 수정, 변경을 가한 경우 기존 저작물의 저작권 보호 범위가 어디까지 미치는지가 문제된다. 이에 대해 일본 저작권법 제 27조는 「저작자는 그의 저작물을 번역, 편곡 혹은 변형하거나 각색, 영화화, 기타 변안할 권리를 전유한다.」고 규정하여 저작권자에게 변안권을 인정하고 있다. 그러나

구체적 적용 요건에 대해서는 아무런 기준을 두고 있지 않기 때문에, 학설이나 판례에 의존할 수밖에 없다.

일본에서 변안의 해석에 관한 대표적인 판결은 江差追分 사건<sup>2)</sup> 최고재판소 판결이다. 그 이전까지 변안권 침해 유무는 2단계 테스트<sup>3)</sup>에 의해 결정되었다. 2단계 테스트란 「원고 저작물에만 착목하여 창작성을 판단한 다음 피고 저작물을 관찰하여 원고의 창작적 표현이라고 인정되는 부분이 피고 저작물에 재생되고 있는 지를 판단하는」 수법이다.

최고재판소 판결은 상기 3-2에서 언급한 바와 같이 변안권 침해의 해석기준을 다음과 같이 실시하고 있다. ① 「언어저작물의 변안이란 기존 저작물에 의거하고 그 표현상의 본질적인 특징의 동일성을 유지하면서 구체적인 표현에 수정, 증감, 변경 등을 가하여서 새롭게 사상 또는 감정을 창작적으로 표현함으로써 이를 접한 자가 기존 저작물의 표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있는 별도의 저작물을 창작하는 행위를 말한다.」 ② 「사상, 감정 또는 아이디어, 사실 또는 사건 등 표현 그 자체가 아닌 부분이나 표현상의 창작성이 없는 부분에 있어서 기존 저작물과 동일성을 가지는 데 불과한 저작물을 창작하는 행위는 기존 저작물의 변안에 해당하지 않는다.」

이 기준을 둘러싸고 두 견해가 대립하고 있다. 즉 ①의 「표현상의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있는 부분」과 ②의 「표현상의 창작성이 있는 부분」을 실질적으로 같은 의미로 볼 것인지(창작적 표현의 공통성 일원론) 아니면 양자를 다른 의미로 보아 별도의 요건으로 볼 것인지(본질적 특징의 직적감득 독자성설 또는 전체비교론, 이하 전체비교론이라 함)에 대한 대립이다.

양자의 구별 실익은 후자의 경우 표현상의 창작성이 인정되더라도 본질적인 특징을 직접 감득할 수 없다고 판단하는 경우에는 변안권 침해를 부정하게 된다는 점에 있다. 그 논거는 기존 저작물의 창작적 표현이 변안 대상 저작물 중에 재제(再製)되어 있어도 변안 대상 저작물

2) 이 사건은 江差追分(에사시오이와케, 북해도의 민요)에 관한 논픽션인 「북녘의 파도를 노래하다」라는 서적의 저작자인 원고가 「북해도스페셜·머나먼 유라시아의 노래-에사시오이와케 뿌리를 찾아」라는 TV프로그램의 프롤로그가 본건 서적을 변안했다고 하여 이 프로그램을 제작 방영한 NHK 등을 피고로 손해배상을 청구한 사안이다.

3) 田村善之 「著作権の保護範圍に關し著作物の『本質的な特徴の直接感得性』基準に獨自の意義を認めた裁判例(2·完) 一釣リゲータウン2事件一」知的財産法政策學研究42号 (2013年) 96면.

전체와의 관계에서 새롭게 가해진 창작적 표현 중에 매몰되어 희석된 상태가 된 경우라면 그 본질적 특징을 감득할 수 없다는 것이다<sup>4)</sup>.

**(2) 본 판결에 있어서의 변안권 침해의 판단 수법**

본 판결은 江差追分사건 최고재 판결에서 채용한 수법인 여과 테스트를 그대로 답습한 것으로 볼 수 있다. 여과테스트란 변안권 침해 판단에 있어서 「처음부터 피고가 이용하고 있는 저작물까지도 관찰한 다음 원고와 피고 쌍방에 공통되는 요소를 추출하여 그 곳이 창작적인 표현으로 인정되는지 여부를 음미하는」 수법이다<sup>5)</sup>. 즉, 江差追分사건 최고재 판결이 채용한 변안권 침해 판단 절차는 ①우선 동일성을 가지는 부분이 어디지를 인정하고, ②동일성이 있는 부분이 창작적 표현인지 여부를 판단하고, ③상기 ②가 인정된다면 다음으로 표현상의 본질적인 특징에 대해 직접 감득 유무를 판단하는 것이다. 그리고 상기 ②를 판단함에 있어서는 江差追分사건 최고재 판결이 언급한 「표현상의 창작성이 없는 부분」의 기존 저작물과 동일성 유무를 판단하게 된다. 따라서 ②의 단계에서 창작성이 부인되면 ③의 판단까지는 진행되지 않게 된다<sup>6)</sup>. 본 최고재 판결이후로 여과테스트는 변안권 침해 판단기준으로 정착되어 왔다고 할 수 있다.

1심에서는 상기 3-1에서 언급한 바와 같이, Y작품과의 공통부분의 창작성, 표현상의 본질적 특징 직접 감득성, Y작품의 X작품 의거성 등을 인정하여 변안권 침해를 인정하였으나, 항소심에서는 상기 3-2와 같이 양 작품 간의 공통부분의 창작성을 부정하고, 표현상의 본질적 특징의 직접 감득성도 부인함으로써 변안권 침해를 인정하지 않았다.

따라서 본 판결은 「창작적 표현의 공통성 일원론」적인 입장을 취한 것이 아니고 「본질적 특징의 직접감득 독자성설」 전체의 입장을 취한 것이라고 할 수 있다.

본 판결에 대해서는 여러 학자들 사이에 평석이 있었는데, 항소심 판결을 비판하는 입장이 우세한 것 같다. 그 이유로는 다수의 선행 작품이 경합하는 낚시 게임 분야에 있어서 처음으로 채용된 표현에 대해 그 선택의 폭

을 넓게 인정하지 않는 것은 결과적으로 본 분야의 선행자 이익의 경시로 이어질 수밖에 없다는 견해<sup>7)</sup>, 창작성 판단에 있어 침해가 주장되고 있는 부분 전체에 대한 판단이 결여되었다는 견해<sup>8)</sup>, X가 특정하지 않은 부분까지도 포함하여 변안 성립 여부에 대해 판단한 것은 민사소송법상 처분권주의에 위반될 우려가 있다는 견해<sup>9)</sup>, 전체 비교론을 채용할 경우 비교대상인 「전체」의 범위가 불명확하여 결과적으로 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 견해<sup>10)</sup> 등이 보인다.

**5. 결론**

본 판결은 변안권 침해의 성립 여부에 관한 판단에 있어서 전체비교론의 입장에서 변안권 침해를 부정하였다. 이에 대한 학설상 비판이 많이 있음을 감안하여 향후 변안권 침해 판단을 위한 기준이나 가이드라인을 마련하는 것이 긴요한 과제라 할 수 있다. 저작권법상 문화의 발전이란 최종목적 달성을 위해서 저작권자의 보호뿐만 아니라 공정한 사용 기회를 보장하는 것 또한 매우 중요한 목표라 할 수 있다. 변안권 관련 논의는 바로 저작권법의 향후 방향을 제시하는 데 있어서나 기존 저작물의 공정한 이용활성화를 위해서 간과할 수 없는 주제라 하지 않을 수 없다.

본 연구는 平成23年度 帝塚山學園의 特別研究費助成에 의한 연구 성과의 일부이다.

**저자소개**

● **고 영 수(Young-Soo Goh)** 정회원



- 1991년 2월 : 영남대학교 법학과 (법학사)
- 1994년 3월 : 일본 오사카대학 대학원 법학연구과 (법학석사)
- 1999년 3월 : 일본 오사카대학 대학원 법학연구과 (법학박사)
- 2004년 ~ 현재 : 일본 테즈가야마대학 법학부 교수

<관심분야> : 지적재산법, 저작권, 콘텐츠, 지적재산관리

4) 駒田泰土 「表現の全体(まとまり)は部分についての翻案を否定しうるか—釣りゲータウン2事件知財高裁判決の検討」 知的財産法政策學研究43号 (2013年) 129면.

5) 이상 關智文: 전계평석 10면.

6) 關智文 「グリー對ディー・エヌ・エー事件控訴審判決」 C I P I CジャーナルVol.212(2013)10면.

7) 小泉直樹 「知財判例速報『いわゆる全体比較論を採用した事例』」ジュリスト1446号6면.

8) 駒田泰土, 전계평석 126면.

9) 駒田泰土, 전계평석 128면.

10) 駒田泰土, 전계평석 132면.