

캐릭터의 부정사용과 저작권 침해*

-대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결을 참조하여-

Urheberverletzungen durch die unrechte Benutzung von Charakteren

최 상 필(Choi, Sang Pil)**

ABSTRACT

Heutzutage betrachten alle Länder der Welt die Kulturindustrie als ein wesentliches Element der Staatskunst und der öffentlichen Wohlfahrt. Im Kern dieser Kulturindustrie befindet sich Comics, Filme und Computerspiele. Damit stellt der wirksame Schutz von Charakteren eine Rechtsaufgabe von heute dar.

Da Charaktere besonders komplizierte Werke sind, stellt ihre Entwicklung eine kostenintensive und zeitaufwendige Arbeit dar. Dagegen ist es leicht und einfach, Charaktere zu kopieren, weil sie typische Werke der bildenden Künste sind, die mit den Augen wahrgenommen werden können. Diese besondere Eigenschaft der Charaktere bedeutet, dass deren Entwicklung ohne angemessenen Rechtsschutz unerreichbar ist, da die Mittel für neue Schöpfungen fehlen und so im Ergebnis die Kulturindustrie zurückzutreten.

Zur Förderung der Kulturindustrie schützen zwar die meisten Länder der Welt die Charaktere durch das Warenzeichengesetz, jedoch bleibt die gesetzlich unerlaubte Nutzung und Vervielfältigung von Charakteren heute noch ein großes Problem im Urheberrechtsbereich.

Key Words : 부정사용(unrechte Benutzung), 저작권침해(Urheberverletzung), 표현(Ausdruck), 보호가능성(Schutzfähigkeit), 컴퓨터게임(Computerspiele)

I. 서론

1. 문제의 제기

캐릭터는 소설이나 만화, 게임 등에 등장하는 사람이나 동물 또는 가상의 인물로서 독특한 개성과 이미지가 부여된 존재로 정의될 수 있다. 특히 애니메이션 캐릭터는 그 자체로서 표정과 동작, 대사에서 감정을 나타내고 관객이나 독자에게 이야기를 전달하

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

는 기능을 수행한다.¹⁾ 개성이 강하고 특징이 명확한 캐릭터일수록 고객흡인력이 뛰어나 상품화의 가치가 높다고 할 수 있으며, 때문에 이러한 캐릭터는 중요한 재산권의 객체로서 여러 법적 분쟁의 대상이 되기도 한다. 소설이나 시 등이 문화산업의 주류를 이루던 과거와 달리 오늘날은 만화영화나 컴퓨터게임이 고부가가치를 창출하는 문화아이콘으로 주목받고 있으며, 여기에서 파생하는 캐릭터 산업은 저작권과 상표권, 디자인권 등의 다양한 지적재산권과 각종 첨단기술이 결합된 문화기술복합산업이자, 인터넷의 보급으로 그 영역이 전세계로 확대되고 있는 초국가산업으로 각광받고 있다. 미국의 경우 가장 먼저 캐릭터를 상품화하여 세계 각국을 마케팅 대상으로 하고 있을 뿐 아니라,²⁾ 관련 법제도를 일찍부터 정비하여 캐릭터산업의 주도권을 계속 놓치지 않고 있는 실정이다.³⁾ 이미 국경이 없어진지 오래 된 캐릭터 시장에서 우리의 산업과 지적자산을 보호하기 위해서는 국내에서도 외국과의 분쟁을 대비한 캐릭터 관련 법규정 및 제도의 정비가 시급하다고 할 수 있으며, 이를 위해서는 학문적 이론 형성과 아울러 다양한 판례의 축적도 필요하다고 볼 수 있다. 이에 따라 본고에서는 일본에서 제작된 게임캐릭터를 국내 게임회사가 무단도용 하였는지가 문제된 '대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결'을 참조하여 이를 분석함으로써, 캐릭터의 저작물성이 인정되는가 여부 및 캐릭터에 관한 저작권침해가 성립되기 위한 요건에 관해 논하고자 한다.

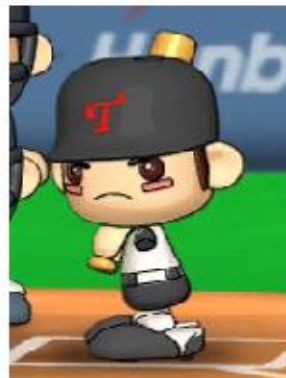
2. 사건의 개요

원고는 일본에서 1994년 출시된 '실황 파워볼 프로야구(이하 '실황야구')'라는 제호의 게임기용(PS2) 야구게임 소프트웨어의 저작권자인바, '실황야구'는 사람의 모습을 한 등장인물 대신에 귀엽고 친근감 있는 캐릭터를 이용한 야구게임을 제작하여 왔는데, 2000년경에 이르러 아래 그림 왼쪽의 모습(이하 '실황야구 캐릭터')을 갖추게 되었다. 그 후 원고는 2006년 초경 원고로부터 분할설립된 원고 승계참가인(이하 '원고측')에게 위 '실황야구' 캐릭터에 관한 저작권을 양도하였다. 피고 주식회사 A는 2005년 5월경 아래 그림 오른쪽 캐릭터(이하 '신야구 캐릭터')가 등장하는 '신야구'라는 제호의 온라인 야구게임을 제작하였고, 피고 주식회사 B는 자신이 운영하는 인터넷 사이트를 통해 위 야구게임을 제공하고 있다.

원고측은, 피고들이 원고측이 저작권을 갖는 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사한

- 1) 최윤선/김종덕, "한국의 사회문화적 변화가 애니메이션 캐릭터의 조형성에 미친 영향", 「기초조형학연구」, 한국기초조형학회, 2009, 475면.
- 2) 미국 캐릭터산업의 발전과정은 1920-30년대의 캐릭터 탄생 및 성립기, 1940-50년대의 캐릭터 비즈니스의 활성화, 1960년대의 정체기, 1970-90년대의 확장기, 1990년대 이후의 캐릭터 비즈니스의 국제화단계로 나눌 수 있다(이승재/윤명노, "애니메이션 캐릭터 산업의 현황과 전망에 관한 연구", 디지털디자인학연구 Vol. 7 No. 4, 136면, 표 1 참조).
- 3) 미국의 1998년 저작권기간연장법(Copyright Term Extension Act: CTEA)이 디즈니의 만화캐릭터인 미키마우스에 대한 계속적 보호를 위해 제정되었다는 것은 주지의 사실이다.

캐릭터가 등장하는 '신야구' 게임을 제작·제공함으로써 원고측의 '실황야구' 캐릭터에 대한 복제권을 침해하였으므로, 피고들에 대하여 그 침해의 금지를 구한다고 주장하고, 이에 대하여 피고들은, '실황야구' 캐릭터는 창작성이 없어 저작권의 보호대상에 해당하지 않을 뿐 아니라, '신야구' 캐릭터는 그 표현형식에 있어서 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사하지 않다고 반박하였다. 또한, 원고측은 설사 '신야구' 캐릭터에 다소 변형된 부분이 있고, 일부 창작성이 인정된다고 하더라도 이는 '실황야구' 캐릭터의 2차적 저작물에 해당하므로, 피고들이 원고측이 가지는 '실황야구' 캐릭터의 2차적 저작물작성권을 침해하였으므로, 그 침해의 금지를 구한다고 주장하였다.



본 사건의 쟁점은 (1) 캐릭터가 독자적으로 저작물로 인정될 수 있는가, (2) '신야구' 캐릭터가 '실황야구' 캐릭터의 복제물 혹은 2차적 저작물로 인정될 수 있을 정도로 양자는 실질적 유사성을 가지는가이다. 원심법원은 쟁점 (1)에 대하여 '실황야구' 캐릭터는 이 사건 '실황야구'라는 저작물의 일부분에 불과하고, 이와 별도로 '실황야구' 캐릭터의 상품화 과정을 거쳐 독자적인 저작물성을 인정할 정도에 이르지 않는 한 독자적인 저작물성이 인정되는 캐릭터로 볼 수 없다고 판시하였다. 또 원심법원은 쟁점 (2)에 대하여는 '신야구' 캐릭터로부터 '실황야구' 캐릭터의 본질적 특징이 감득되지 않아 '실황야구' 캐릭터와 '신야구' 캐릭터 사이에 실질적인 유사성을 인정하기 어려우므로, '신야구' 캐릭터는 '실황야구' 캐릭터와는 별개의 창작성 있는 저작물이지만 2차적 저작물이 아니라고 판시하였다.⁴⁾ 이에 대하여 상고심인 대법원은 쟁점 (1)에 대하여 '실황야구'에 등장하는 '실황야구' 캐릭터는 야구선수 또는 심판에게 만화 속 등장인물과 같은 귀여운 이미지를 느낄 수 있도록 인물의 모습을 개성적으로 도안함으로써 저작권법이 요구하는 창작성의 요건을 갖추었으므로, 이는 창작성이 있는 저작물로서 원저작물인 게임물과 별개로 저작권법의 보호대상이 될 수 있고, 한편 위 '실황야구' 캐릭터에 관하여 상품화가 이루어졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어서 고

4) 서울고법 2007. 8. 22. 선고 2006나72392 판결, 제1심 판결은 서울중앙지법 2006. 7. 20. 선고 2005가합76758.

려할 사항이 아니므로 원심의 판단이 잘못되었다고 판시하였다. 그러나 정점 (2)에 대하여 대법원은 원심의 판단을 그대로 수용하여 양 캐릭터 사이에 실질적 유사성이 인정되지 아니하므로, '신야구' 캐릭터가 '실황야구' 캐릭터를 복제한 것이라고 볼 수 없음은 물론 '실황야구' 캐릭터의 2차적 저작물에 해당한다고도 볼 수 없다고 판시하였다.⁵⁾

II. 캐릭터의 독자적 저작물성

1. 캐릭터의 독자적 저작물성 인정 여부

우선 캐릭터가 그것이 등장하는 소설이나 만화, 영화 혹은 게임을 떠나 그것과는 별개의 독자적인 저작물로 성립할 수 있는가에 대하여 검토해 본다.

만약 캐릭터가 다른 지적재산권법에 의한 보호여부와는 별도로 저작권법에 의해 그 자체로 독자적 보호를 받을 수 있다면 무방식주의를 취하는 저작권발생의 원칙상 보호의 절차가 매우 간편하고 상대적으로 긴 보호기간을 향유할 수 있다는 장점이 있으므로 검토의 실익이 충분하다고 본다. 즉, 캐릭터가 독자적 저작물로 성립할 수 있으면 해당 캐릭터에 관하여 권리를 보유하는 자가 여러 측면에서 직접적인 보호를 받을 수 있겠지만, 그렇지 않은 경우에는 캐릭터는 그것이 바탕으로 하고 있는 소설이나 만화, 영화 및 게임이 저작물로서 보호받음에 따라 그 안에서 간접적인 보호를 받을 수밖에 없을 것이다.

우선 캐릭터의 독자적 저작물성을 긍정하는 입장은 캐릭터를 그 매체인 소설이나 만화, 영화 또는 게임과는 별개로 그 자체로서 생명력을 가지고 있는 독립된 저작물로 파악하고 있다. 즉, 캐릭터가 등장하는 소설은 어문저작물로, 만화는 미술저작물로, (만화) 영화는 영상저작물로, 게임은 프로그램저작물로 각각 보호를 받게 되겠지만 이와는 별도로 캐릭터 자체도 저작권법의 보호를 받는다고 하는 견해로 미국과 우리나라의 다수설로 소개되고 있다.⁶⁾

우리나라 대법원도 특정 회사가 저작권을 갖고 있는 저작물인 만화영화에 등장하는 캐릭터가 부착된 평이를 수입한 행위가 저작권 침해행위에 해당하는지가 문제된 사례에서 주식회사 손오공이 저작권을 갖고 있는 저작물인 '탑 블레이드(Top Blade)' 만화영화에 등장하는 캐릭터가 부착된 평이를 국내에 배포할 목적으로 중국으로부터 수입함으로써 위 회사의 저작권을 침해하였다고 판시하거나⁷⁾, 일련의 연속된 특정 만화영상저작물의 캐릭터가 어느 시점을 기준으로 하여 새로운 저작물로서 인정되기 위하여

5) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결.

6) 이해완, 저작권법, 박영사, 2007, 155면. 그밖에 다른 긍정설을 취하는 학자들의 소개는 같은 책 153면 각주 3 참조.

7) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결.

서는 종전의 캐릭터와는 동일성이 인정되지 아니할 정도의 전혀 새로운 창작물이어야 한다고 판시함으로써 긍정설의 입장을 보이고 있다.⁸⁾

이에 반하여 캐릭터의 독자적인 저작물성을 부정하는 입장은 캐릭터의 매체인 소설이나 만화, 영화 또는 게임을 각각 어문저작물이나 미술저작물, 영상저작물 및 프로그램저작물로 보호하는 것으로 족하며, 별도로 캐릭터 자체의 독자적인 저작물성을 인정할 필요는 없다고 주장한다. 즉, 저작물의 성립요건에 의하면 사상이나 감정이 외부에 표현되어야 하는데, 캐릭터는 등장인물의 성격, 특징, 외형을 총칭하는 것에 불과하므로 그 자체로 저작물로 인정될 수 없다고 보는 견해라고 할 수 있다. 일본의 다수설이며 우리나라에서는 최근 들어 유력설로 떠오르고 있다.⁹⁾

캐릭터의 독자적 저작물성을 긍정하는 대법원의 입장과 달리 하급심은 종종 이를 부정하는 판결을 내리고 있다. 즉, 소설이나 연극, 영화, 만화 등에 등장하는 인물(실존 인물이나 의인화된 동물을 포함)의 특징, 성격, 역할을 뜻하는 이른바 캐릭터는 일정한 이름, 용모, 역할 등에서 특징을 가진 위 인물이 반복하여 묘사됨으로써 각각의 표현을 떠나 독자의 머릿속에 형성된 일종의 이미지에 해당하여 그 자체가 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것이라고 할 수 없고, 따라서 캐릭터 그 자체가 저작권의 보호대상이 되는 저작물에 해당된다고 할 수는 없으며, 그 캐릭터가 표현된 구체적인 작품이 저작물(원저작물)이 된다고 보아야 한다고 판단하거나,¹⁰⁾ 등장인물 각자의 캐릭터는 저작권법의 보호대상에 해당한다고 보기 어렵지만 등장인물들의 조합은 갈등의 구체적인 내용과 결합하여 저작권의 보호대상이 된다고 하는 판결 등이 하급심에서 나오고 있다.¹¹⁾

캐릭터의 독자적 저작물성을 부정하는 견해는 캐릭터는 추상적인 관념이지 구체적 표현이 아니므로 저작물의 성립요건을 결하고 있으며, 대부분 업무상 저작물로 되는 캐릭터의 공표시점을 확정하기 어려워 보호기간 산정이 어렵다는 것을 긍정설의 문제점으로 지적한다¹²⁾. 생각건대, 언어적 묘사를 통해 추상적으로 감지되는 어문적 캐릭터의 경우에는 이러한 문제점 지적이 타당하다고 볼 수 있다. 캐릭터가 그 자체로서 직접적인 이미지를 표출하고 있지 않고, 상상속의 이미지에 머문다면 그것은 표현이 아니라 오히려 아이디어의 영역에 속하므로 아직까지는 저작물로 성립되었다고 볼 수 없기 때문이다. 그러나, 만화 주인공이나 게임의 등장인물과 같이 구체적 묘사를 통해 직접적으로 파악되는 시각적 캐릭터의 경우에는 위의 문제점이 나타날 가능성이 거의 없다고

8) 대법원 1997. 4. 22. 선고 96도1727 판결.

9) 정상조 편저, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 228면; 박성호, 캐릭터 상품화의 법적 보호, 현암사, 2006, 143면 이하.

10) 부산지법 2005. 4. 12. 자 2005카합77 결정.

11) 서울남부지법 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결.

12) 오승종, 저작권법, 박영사, 2008, 227-228.

할 수 있다. 현재 상품화와 관련되거나 실무적으로 분쟁의 대상이 되는 캐릭터는 대부분 시각적 캐릭터라고 할 수 있고, 이러한 시각적 캐릭터는 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”로서 저작물의 성립요건을 충족시킬 수 있을 뿐만 아니라, 공표시점 또한 명확하게 확정지을 수 있으므로 업무상 혹은 영상저작물로 성립한 경우에도 50년의 보호기간의 기산점을 정하는 것이 어렵지 않다고 할 수 있다. 또한 캐릭터의 독자적 저작물성을 인정할 경우, 해당 저작자의 권리를 이중으로 보호하는 효과를 얻음으로써 더 많은 창작을 유인할 수 있고, 이를 통해 문화 및 관련 산업의 발전에 이바지하는 저작권법의 궁극적인 목적달성도 추구할 수 있게 될 것이다. 이와 관련하여 부정설은 소송물의 개수와 罪數가 늘어나는 등 권리관계를 쓸데없이 복잡하게 만든다는 비판을 제기하고 있는데,¹³⁾ 형식상으로는 원래의 저작물과 캐릭터 저작물을 동시에 부정사용하는 것이 되어 두 개의 저작권침해가 발생하겠지만, 실제로 있어 이로 인한 가중처벌이 이루어질 가능성은 거의 없고 소송상의 복잡함을 이유로 실체상의 권리관계 확정을 회피할 이유는 없으므로 저작자를 두텁게 보호하는 긍정설이 타당하다고 본다.

캐릭터가 그것이 기초하고 있는 원저작물과 별도로 독자적으로 보호될 수 있는가 하는 문제에 관해 우리나라와 마찬가지로 미국에서도 저작물성 인정여부의 관점에서보다는 오히려 저작권침해 성립에 요구되는 실질적 유사성의 정도를 판단하는 것과 관련하여 더 의미 있게 논의되고 있다. 그러나, 소설이나 영화 및 TV에서의 원작과 별도의 저작물로 인정되는 속편보급의 증가는, 양자 속에서 동일하게 존재하는 캐릭터의 독자적 저작물성에 관한 논의의 실익을 인정하지 않을 수 없게 만들고 있다.¹⁴⁾ 미국 판례는 약간의 예외¹⁵⁾를 제외하고는 거의 압도적으로 캐릭터의 독자적 저작물성을 인정하는 경향을 보이고 있다.¹⁶⁾ 이러한 판례를 분석하면 캐릭터의 독자적 저작물성을 긍정하는 사례에서는 해당 캐릭터가 원고의 작품 속에서 명백히 묘사되고 이러한 묘사가 피고의 작품 속에 복제되어 있는 반면, 부정하는 사례에서는 단지 캐릭터의 종류만 유사하고 자세한 묘사부분은 유사하지 않은 경우가 대부분임을 알 수 있다.

독일에서도 어문적 캐릭터보다는 시각적 캐릭터가 훨씬 더 보호가능성을 인정받고 있다. 특히 만화 캐릭터의 경우에는 예술작품으로 인정되기에 충분한 개성을 가지고 있으므로 저작권적으로 보호되며, 만일 그러한 캐릭터가 혼동될 수 없는 외적표지나 독특한 행동방식 등에 의해 특별히 각인된 개성을 나타내고 있는 경우라면 더더욱 그 보호

13) 정상조 편저, 앞의 책, 228면.

14) Nimmer, Nimmer on Copyright, LexisNexis, 2006, § 2.12.

15) Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930); Stern v. U.S., 164 F. Supp. 847 (E.D. La. 1958).

16) Walt Disney Prods., v. Air Pirates, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978); Atari, Inc. v. North Am. Philips Consumer Elecs. Corp., 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982); DC Comics, Inc. v. Reel Fantasy, Inc., 696 F.2d 24 (2d Cir. 1982); Filmvideo Releasing Corp. v. Hastings, 509 F. Supp. 60 (S.D.N.Y. 1981); Universal City Studios, Inc. v. Kamar Indus., Inc., 217 U.S.P.Q. 1162 (S.D. Tex. 1982).

가능성이 인정된다고 한다.¹⁷⁾ 또한 만화캐릭터의 보호는 다양한 자세의 구체적인 묘사나 독창적인 방법으로 표현되는 분장과 머리모양 등에 한정되는 것이 아니라, 그러한 모든 개별적 묘사를 바탕으로 하는 모습 그 자체에도 미친다는 것이 학설의 일반적인 경향이다.¹⁸⁾ 독일 법원도 이러한 학설의 입장을 수용하여 만화캐릭터의 저작물성을 인정하는 다수의 판결을 내어 놓고 있다.¹⁹⁾

2. 캐릭터의 보호범위

캐릭터 자체의 저작물성과는 별도로 캐릭터의 명칭에 저작권적 보호가 주어질 수 있는가도 문제될 수 있다. 예를 들어, 만화 주인공인 돌리라는 캐릭터와는 별도로 돌리라는 이름 자체가 저작물로서 보호될 수 있는가의 문제로, 다른 일반 저작물에 있어서의 제호와 마찬가지로 그 보호를 부정하는 것이 판례이며,²⁰⁾ 학설의 입장도 마찬가지로 보인다.²¹⁾ 저작물의 제호를 통해 해당 저작물의 내용을 압축적으로 표현하기 위해 단어의 선택 등 창작적 노력이 투입될 수는 있지만, 한 두 개의 단어 혹은 하나의 문장 정도로 그 저작물의 내용을 구체적으로 나타내기는 역부족이므로, 인간의 사상 또는 감정을 표현해야 하는 저작권법 제2조 1호상의 저작물의 성립요건을 충족시킬 수 없어 제호 자체가 저작물로 인정되기는 힘들 것으로 본다. 판례도 “저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 함은 문학·학술 또는 예술에 속하는 것으로서 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것을 말하므로, 어문 저작물인 서적 중 저작자의 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 부분이라고 볼 수 없는 단순한 서적의 제호나 저작자 또는 출판사의 상호 등은 저작물로서 보호받을 수 없다”고 판시한 바 있다.²²⁾

또한 짧은 표현에 저작권적 보호를 주면, 결과적으로 유사한 다른 제호의 성립을 방해하여 자유로운 창작활동 자체가 위축될 수 있으므로 제호의 저작물성을 부정하는 것이 타당하며, 일반적인 저작물의 제호보다 더 짧게 표현되는 캐릭터의 명칭은 더더욱 저작권적 보호를 향유할 수 없다고 할 것이다. 저명한 저작물의 제호나 그 캐릭터의 명칭을 상표로 사용하는 것이 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하는 행위라고 볼 수 있느냐가 문제된 사건에서도 법원은 “저작물의 제호나 캐릭터의 명칭은 그 자체

17) Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, C.H.Beck, 2004, §24 Rdnr 22; Staehle, „Plagiat bei Verwendung eines literarischen Stoffes für Filmwerke“, GRUR 1975, S. 541 ff.

18) Schricker, Urheberrecht-Kommentar, C.H.Beck, 2006, §2 Rdnr. 147; Schulze, „Urheber- und leistungsschutzrechtliche Fragen virtueller Figuren“, ZUM 1997, S. 77 ff.

19) BGH 11.03.1993 I 2R 264/91 „Asterix-Persiflagen“, GRUR 1994, S. 191 ff.; BGH 11.03.1993 I 2R 263/91 „Alcolix“, GRUR 1994, S. 206 ff.; BGH 8. 7. 2004 - I 2R 25/02 „Reichweite des Urheberrechtsschutzes für eine plastische Tierfigur“, GRUR 2004, S. 855 ff.

20) 대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결.

21) 이해완, 앞의 책, 173면; 오승중, 앞의 책, 234면.

22) 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다273 판결.

만으로는 사상 또는 감정의 표현이라고 보기 어려워 저작권법 제2조 제1호에서 저작권의 보호대상으로 규정한 저작물이라고 할 수 없고, 따라서 특단의 사정이 없는 한 누구나 이를 자유롭게 사용할 수 있는 것이므로, 비록 저작물이나 그 캐릭터가 주지·저명한 것이라고 하더라도 저작물 자체 또는 캐릭터 자체에 내재된 재산적 가치는 별론으로 하고 이러한 제호나 캐릭터의 명칭에 어떤 재산적 가치가 화체되어 있다고 할 수는 없으므로, 상표를 등록하여 사용하는 행위가 저작권을 침해하는 행위라고 할 수 없는 이상은, 저명한 저작물의 제호 또는 그 캐릭터의 명칭을 모방한 표장을 사용한다는 사실만으로 저작물에 내재된 재산적 가치를 직접적으로 침해하는 행위로서 상표법 제7조 제1항 제4호 소정의 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하는 행위라고 할 수 없다"고 판시한 바 있다.²³⁾ 또한 소설 "애마부인"의 여주인공의 캐릭터를 그대로 표현하고 있는 영화 "애마부인 5"가 소설 "애마부인"의 제호를 그대로 사용하고 있는바, "애마부인"이라는 제호는 자유분방한 섹스에 대한 사상, 감정을 나타낸 것으로서 그 자체가 저작권법상의 보호를 받는 저작물이므로 해당 저작권자의 동의 없이 이를 사용하여 영화 "애마부인 5"를 제작하는 행위는 저작권법 제16조에서 정하고 있는 복제권의 침해라는 주장이 제기된 사건에서, "일반적으로 저작물의 제호 자체는 저작물의 표지에 불과하고 독립된 사상, 감정의 창작적 표현이라고 보기 어려워 저작물로서의 요건을 구비하지 못하고 있다 할 것이므로 위 소설의 제호인 "애마부인"이 저작물임을 전제로 하는 주장은 이유 없다"고 판시하였다.²⁴⁾

다음으로 캐릭터가 시간이 지남에 따라 다른 모습으로 바뀌었을 경우 계속적 보호가 가능한가에 대해 논한다. 이는 결국 변화된 캐릭터에 대해 2차적 저작물 내지 전혀 새로운 저작물성을 인정할 수 있을 것인가의 문제로 귀결된다. 2차적 저작물의 성립요건과 독자적 저작물로서의 성립요건은 물론 차이가 있지만, 새롭게 창작적 표현이 행해져야 한다는 점에서는 유사한 점이 있다. 즉, 원래의 캐릭터를 바탕으로 하는 새로운 캐릭터가 2차적 저작물로 인정되기 위해서는 양자 사이에 비록 실질적 유사성은 있지만 변경된 부분이 창작적 표현을 띄고 있어야 하며, 변경된 캐릭터가 아예 독자적인 저작물로 인정되기 위해서는 원래의 캐릭터와는 그 동일성을 찾아볼 수 없을 정도의 독창적 창작물로 성립해야만 할 것이다. 판례도 미국 '터너 홈 엔터테인먼트사'가 저작권을 가지는 '툼앤제리' 캐릭터를 국내회사가 무단으로 부착하여 티셔츠를 제조·판매한 사건에서 만화영화의 독특하고 특징적인 등장인물인 이른바 캐릭터를 복제하여 상표로 사용하는 것도 저작권의 침해가 된다는 전제 하에, "툼앤제리" 캐릭터는 세계저작권협약(U.C.C.)의 대한민국 내 발효일인 1987. 10. 1. 이전에 창작된 저작물로서 구 저작권법(1985. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 단서에 의하여 저작물로서의 보호대상이 되지 아니할 뿐만 아니라, 위 '툼앤제리'의 연속저작물 중 위 협약의

23) 특허법원 2003. 8. 14. 선고 2003허2027 판결.

24) 서울고법 1991. 9. 5. 선고 91라79결정.

발효일 이후에 새로 창작된 부분이 있다고 하더라도 이는 이미 공표된 종전의 저작물을 바탕으로 하여 창작되어 사용된 것이므로, 피고인이 이를 사용하였다고 하더라도 위협약의 발효일 이후에 새로이 창작된 '툼앤제리'의 저작권을 침해한 것이라고 볼 수 없다"고 판시하면서,²⁵⁾ "일련의 연속된 특정 만화영상저작물의 캐릭터가 어느 시점을 기준으로 하여 새로운 저작물로서 인정되기 위하여서는 종전의 캐릭터와는 동일성이 인정되지 아니할 정도의 전혀 새로운 창작물이어야 한다"는 입장을 보이고 있다.²⁶⁾

따라서 변화된 캐릭터의 경우, 원래의 캐릭터와 동일성이 인정되지 않는 새로운 저작물로서 성립하거나 2차적 저작물로 인정될 수 있을 정도의 창작성이 부가되었다면 계속해서 보호가 가능하지만, 그렇지 않은 경우에는 원래의 캐릭터에 인정되는 보호기간이 경과하였다면 더 이상 저작권적 보호를 향유할 수 없을 것이다.

그밖에 원작과 속편에 동일하게 존재하는 캐릭터의 경우 새롭게 보호될 수 있는지도 문제된다. 이를 위해서는 캐릭터를 어문적 캐릭터와 시각적 캐릭터로 나누어 살펴본다. 먼저 어문적 캐릭터는 대부분 보호받지 못하는 아이디어에 속하기 때문에 이러한 어문적 캐릭터를 무단이용하여 속편을 제작하여도 저작권 침해가 발생하지 않는다고 할 수 있다. 원작과 별도로 속편 자체는 매화의 스토리가 각각 독립된 저작물로 인정될 수 있으나, 그 안에 등장하는 캐릭터는 언어적 묘사를 통하여 독자의 머릿속에 상징적으로 존재하므로 사실상 독자적 저작물성을 인정받기 어려울 것이다. 따라서 어문적 캐릭터는 원작에 이어 속편에 계속 등장하여도 특별한 보호가능성의 문제가 발생하지 않고, 해당 어문저작물만이 실질적 유사성이 인정될 경우 2차적 저작물로 성립될 뿐이다.

다음으로 뽀빠이나 돌리 같은 시각적 캐릭터는 그 자체로 저작물성이 인정될 뿐만 아니라 해당 저작물의 핵심적 요소이므로 후속편 자체는 2차적 저작물로 인정될 수 있

25) 이에 관하여는 대법원 2000. 5. 30. 선고 98후843 판결 참조: 구 저작권법(1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항에 의하면 "외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다. 다만, 당해 조약 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호되지 아니한다."고 규정하였고, 1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정된 저작권법은 위 제3조 단서조항을 삭제하여 외국인의 저작물에 대한 소급보호를 인정하면서도 그 경과조치로서 부칙(1995. 12. 6.) 제3조에서 "제3조 제1항 ... 에 의하여 보호되는 외국인의 저작물 ...로서 이 법 시행 전에 공표된 것(이하 '회복저작물 등'이라 한다)의 저작권 ... 는 당해 회복저작물 등이 대한민국에서 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다."고 규정하고 있는바, 'TOM & JERRY' 만화영상물이 1940년 만화영화에 상영되어 공연되었음을 알 수 있고, 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 전문 개정되기 전의 저작권법 제33조에 의하면, 'TOM & JERRY' 만화영상물과 같이 회사가 저작자인 경우 그 존속기간은 공연한 날로부터 30년이므로, 결국 'TOM & JERRY'의 저작권은 이미 1970년 말에 그 존속기간이 만료되어 소멸되었다고 볼 것이므로, 저작권법 부칙(1995. 12. 6.) 제3조에 따른 회복저작물의 보호를 받지 못한다고 할 것이고, 또한 위 'TOM & JERRY'의 저작물은 세계저작권협약(UCC: Universal Copyright Convention)의 대한민국 내 발효일인 1987. 10. 1. 이전에 창작된 것이어서 위 1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 저작권법 제3조 제1항 단서에 의하여도 저작물로서의 보호대상이 되지 아니하므로, 등록상표가 위 'TOM & JERRY'를 모방하여 출원등록한 것이라고 하더라도 저작권을 침해한 것이라고 볼 수 없다고 함(출처: [공 2000.7.15.(110),1566]).

26) 대법원 1997. 4. 22. 선고 96도1727 판결.

는 여지가 있다고 볼 수 있다. 이 경우 2차적 저작물에 새로이 부가된 창작적 표현 부분에만 저작권이 미치므로 보호범위도 거기에 한정된다.²⁷⁾ 예를 들어 만화를 기초로 만화영화를 만들더라도 새로이 부가된 부분만이 보호되므로 원래의 만화캐릭터는 원작만화의 보호기간 또는 원작만화에 등장한 시점부터만 보호된다. 만일 후속편에서 원작에서 변경된 캐릭터가 등장한 경우라면 이는 캐릭터 자체의 2차적 저작물 성립여부 및 전혀 새로운 독자적 저작물의 인정여부가 문제되는 것인바, 이에 관해서는 위에서 이미 설명하였으므로 생략한다.

3. 본 사건 판결의 검토

이 사건 원심법원은 '실황야구'와 같은 저작물은 등장하는 여러 캐릭터, 플롯(plot), 게임의 전개, 다양한 선택, 도구 등 여러 가지 구성요소로 이루어지는 것이 보통인바, 원고 승계참가인이 창작성을 가진 저작물이라고 주장하는 별지 대비목록 중 '실황야구' 캐릭터는 이 사건 '실황야구'라는 저작물의 일부분에 불과하고, 이와 별도로 '실황야구' 캐릭터의 상품화 과정을 거쳐 독자적인 저작물성을 인정할 정도에 이르지 않는 한 독자적인 저작물성이 인정되는 캐릭터로 볼 수 없으며, 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 대비되는 것이라고 판시하였다. 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 것이어서 이 사건 '실황야구' 캐릭터가 등장하는 '실황야구' 자체를 영상저작물로 보호하는 것으로 족하고, 별도로 '실황야구' 캐릭터 자체를 독립된 저작권법의 보호대상으로 보기에에는 부족하다고 판단하고 있다.

그러나 저작권법 제2조 제1호의 저작물의 개념정의에도 나와 있듯이, 저작물의 성립요건을 판단함에 있어서는 "인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물"인가를 기준으로 해야 하며 "상품화"와 같은 다른 기준을 추가하는 것은 결과적으로 다양한 창작물의 보호를 어렵게 만들어 문화의 향상발전을 추구하는 저작권법의 목적에 배치되고 만다. 또한 어문적 캐릭터와 달리 시각적 캐릭터는 그 자체의 특징적 시각표현을 통하여 작가의 감정이나 해당 장면의 스토리를 전달하는 기능을 수행하므로 저작권법상의 저작물의 개념정의에도 부합한다고 할 수 있다. 따라서 상고심인 대법원이 "야구를 소재로 한 게임물인 원심 판시 '실황야구'에 등장하는 '실황야구' 캐릭터는 야구선수 또는 심판

27) 오승종, 앞의 책, 234면.

에게 만화 속 등장인물과 같은 귀여운 이미지를 느낄 수 있도록 인물의 모습을 개성적으로 도안함으로써 저작권법이 요구하는 창작성의 요건을 갖추었으므로, 이는 창작성이 있는 저작물로서 원저작물인 게임물과 별개로 저작권법의 보호대상이 될 수 있고, 한편 위 '실황야구' 캐릭터에 관하여 상품화가 이루어졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항이 아니다"라고 판시하면서, "원심이 캐릭터라 함은 일정한 이름, 용모, 역할 등의 특징을 가진 등장인물이 반복하여 묘사됨으로써, 각각의 표현을 떠나 일반인의 머릿속에 형성된 일종의 이미지로서 표현과는 대비된다는 견제에서, 위 '실황야구' 캐릭터가 상품화 과정을 거쳐 독자적인 저작물성을 인정할 정도에 이르지 않았다는 이유로 독립된 저작권법의 보호대상으로 보기에 부족하다고 판단한 것은 잘못"이라고 지적하고 있는 것은 타당한 판단이라고 하겠다. 캐릭터의 저작물성이 문제된 다른 사건에서도 대법원은 저작권법 제2조 제1호의 요건 이외에 다른 요건을 판단기준으로 삼는 것은 부당하다고 하는 입장을 견지하고 있다. 즉, "저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되나, 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위해서는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다"고 하면서,²⁸⁾ "만화영화의 캐릭터의 저작물성이 문제된 경우, 만화영화의 주인공으로 특정분야 또는 일반대중에게 널리 알려진 것이라거나 고객흡인력을 가졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항이 아니다"라고 판시하고 있다.²⁹⁾ 생각건대, 캐릭터가 어떤 대상의 특징적 이미지에 대한 개념적 총체이기 때문에 저작물의 개념요건인 "인간의 사상 또는 감정의 창작적 표현"으로 볼 수 없어 저작물성을 부인하는 것은 그 주장의 수증여부를 떠나 캐릭터의 해석에 대한 관점의 차이로 이해할 수 있겠지만, '상품화'라는 법에서 요구하지 않는 다른 기준을 추가하여 해당 캐릭터의 저작물성을 판단하는 것은 앞으로 모든 다른 창작물에 대한 저작물성의 판단을 불확실하게 만들어 법적 안정성을 심히 해칠 우려가 있으므로 지양되어야 할 것으로 본다. 이것이 허용된다면 다른 종류의 저작물을 판단하는데도 또 다른 새로운 기준이 개입될 여지를 주는 등 법관에 의한 자의적 판단으로 말미암아 저작물에 관한 저작권법상의 개념규정이 형해화 할 우려도 발생할 수 있을 것이다. 따라서 저작권법상의 보호를 받는 저작물의 성립여부에 관해서는 저작권법 제2조 제1호의 개념규정에 충실하게 판단해야 하며, 이 사건 대법원이 이에 따라 저작물성을 판단함에 있어 "상품화"와 같은 다른 요건을 배제하고 있는 것은 타당한 태도라고 하겠다. 또한 이 사건 캐릭터는 동영상 컴퓨터게임에 등장하는 시각적 캐릭터로서 다른 일반인들이

28) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결; 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결.

29) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결.

야구선수로 느낄 수 있는 이미지를 개성적으로 표현한 창작물에 해당하므로 미술저작물에 해당한다고 할 수 있고, 이를 위해 특별한 예술적 수준을 요구하는 것도 아니므로 별 다른 어려움 없이 저작권적 보호를 받을 수 있다고 본다.

III. 복제권과 2차적 저작물 작성권 침해여부

1. 복제의 의미와 범위

우리 저작권법상 복제는 여러 가지 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것으로 정의되고 있다. 물론 아이디어와 표현의 이분법에 따라 저작권침해 행위로서의 복제는 표현의 복제를 의미하며, 따라서 아이디어를 도용했다 하더라도 표현이 다르면 복제가 아니게 된다. 또한 표현부분을 복제했다라도 창작성이 있는 부분을 복제하지 않고 일반적으로 사용되는 표현을 본 땀다면 복제가 아니며, 저작물을 원형 그대로 복제하지 않고 다소의 수정증감을 가했다 하더라도 원저작물과의 실질적 동일성이 인정되면 복제로 인정된다. 즉, 새로운 창작성이 더해지지 않은 채 사소한 변경만이 가해진 경우라면 복제권 침해가 성립하는 것이다.

2. 2차적 저작물의 성립여부

기존의 저작물을 단순히 약간 변형한 정도가 아닌, 이를 다시 대폭 내지 다른 느낌으로 변경한 경우에는 2차적 저작물의 성립여부가 문제된다. 2차적 저작물은 우리 저작권법 제5조에서 규정하고 있는 대로 원래의 저작물을 토대로 거기에 다시 창작성을 가해서 새로운 저작물을 만든 경우에 인정된다.³⁰⁾

2차적 저작물이 성립하기 위해서는 먼저 바탕이 되는 원저작물을 기초로 할 것이 요구된다. 원저작물을 기초로 하지 않은 경우에는 2차적 저작물이 아니라 아예 새로운 독자적인 원저작물이 발생하기 때문이다. 원저작물을 기초로 한다는 것은 단지 아이디어가 같다는 것만으로는 부족하고 두 작품 간에 실질적인 유사성이 존재해야 한다는 것을 뜻하며, 예를 들어 영어로 제작된 영상물을 한국어로 더빙한 경우가 여기에 해당된다고 할 수 있다.

다음으로 2차적 저작물로 인정되기 위해서는 창작성이 가미되어야 한다. 원저작물을 기초로 하면서 창작성이 빠진다면 이것은 그냥 복제에 불과하다. 일반적으로 소설을 영화화 했을 경우에는 연기자들이 등장하고 영상화면이 제공되기 때문에, 그리고 외국저

30) 이하 2차적 저작물의 성립요건에 관해서는 최상필, “UCC에 관한 저작권적 고찰”, 재산법연구 제26권 제3호(하), 198면 참조.

작물을 한국말로 번역했을 경우에는 어휘의 선택이라든지 문맥의 흐름을 해석하는 데 독자성이 있다고 볼 수 있기 때문에 2차적 저작물로 인정될 수 있다. 캐릭터에 있어서는, 예를 들어 만화영화 돌리의 기존의 캐릭터를 각색 혹은 변형하여 여자 아기공룡을 만든 경우라면 새로운 창작성이 부가된 것으로 보아 2차적 저작물로의 성립이 인정될 수 있다고 하겠다.

마지막으로 2차적 저작물은 원저작물의 표현부분을 차용한 것이어야 한다. 원저작물의 표현에 기초한 것이 아니고, 아이디어를 기초로 했을 경우에는 아이디어와 표현의 이분법에 의해 2차적 저작물이 아니라 새로운 독립된 저작물이 발생하게 된다. 예를 들어, 아기공룡 돌리 만화를 보고 영감을 얻어 아기사자 캐릭터를 만든 경우라면 이것은 2차적 저작물이 아니라 하나의 완전히 새로운 저작물이 발생하는 것이다.

이상의 요건 중 실제로 있어 가장 문제가 되는 것은 역시 실질적 유사성이 존재하는가에 대한 판단이 될 것이다.

3. 본 사건 판결의 검토

이 사건 원심법원은 '실황야구' 게임은 일본국 내에서만 시판되는 게임이기는 하나 피고 A가 '신야구' 게임을 제작하기 전에 이미 국내에 널리 유포되어 있었고, 피고 A의 구성원들도 '신야구' 게임 제작 전에 '실황야구' 게임을 접하였던 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에다가 원·피고 각 캐릭터의 유사점을 더해 보면, '신야구' 캐릭터는 '실황야구' 캐릭터에 의거하여 제작되었다고 보고 있다. 그러나 원·피고 각 캐릭터의 구체적 차이가 각 개별적으로는 미세한 차이에 불과할지라도, 그 미세한 차이들의 조합이 캐릭터의 전체적인 미감에 큰 차이를 가져옴으로써, '신야구' 캐릭터로부터 '실황야구' 캐릭터의 본질적 특징이 감득되지 않는다 할 것이고, 따라서 '실황야구' 캐릭터와 '신야구' 캐릭터 사이에 실질적인 유사성을 인정하기 어려우므로, '신야구' 캐릭터는 '실황야구' 캐릭터와는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하고 상고심인 대법원도 이를 수용하고 있다.

생각컨대, 피고의 캐릭터가 이미 원고의 캐릭터에 의거하고 있고 각 부분별로 미세한 차이밖에 없다면 전체적으로 두 캐릭터 사이에 비록 미감의 차이가 적지 않게 난다 하더라도 전혀 별개의 작품으로 보는 것은 문제가 있는 것으로 판단된다. 즉, 캐릭터와 같은 시각적 저작물은 감상자의 시각에 직접 호소하고 그 반응도 즉각적이므로,³¹⁾ 두 개의 캐릭터의 차이점을 발견하기 위해 상세한 관찰이 필요하다면 실질적 유사성을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 상세한 관찰 이후에 발견되는 차이점들은 2차적 저작물로 인정되기 위한 또 다른 요건인 "새로운 창작성의 가미"로 인정할 수 있을 것이다. 물론 각 개별적인 사건에 있어 캐릭터들 사이에 실질적 유사성을 판단하는 것이 쉬운

31) 권영준, 저작권침해판단론, 박영사, 2007, 208면.

일은 아니며, 일반적으로 적용될 수 있는 획일적인 기준을 정립할 수 있는 것도 아니므로, 법원이 이 사건 캐릭터를 얼굴, 몸체, 팔, 다리 등으로 나누어 실질적 유사성을 검토하는 치밀함을 보인 것에는 경의를 표한다. 그러나, 시각적 캐릭터는 위에서도 언급했듯이 즉각적인 반응을 통해 직접적으로 느끼는 것을 통해 전체적인 유사성을 판단하는 것이 타당하며, 미세한 차이를 부분적으로 검토해 이를 실질적 유사성 판단에 적용하는 것은 다른 어문저작물이나 음악저작물에는 적용될 수 있을지 몰라도 시각적 캐릭터의 경우에는 그 본질적인 특성을 무시하는 것으로 적절한 방법이 아니라고 본다. 따라서 전체적인 시각적 느낌이 비슷하다면 실질적 유사성을 인정하고, 다른 미세한 부분의 차이점들은 새로운 창작성이 부가되었는지 여부의 검토에 고려하여 2차적 저작물 성립여부를 판단하는데 참고해야 할 것이다. 이 사건 법원이 피고의 캐릭터가 원고의 캐릭터에 의거하고 있다는 점을 인정하고 있는 것은 해당 캐릭터가 시각적 캐릭터라는 것을 감안한다면 결국 실질적 유사성을 긍정하는 것으로 볼 수 있겠다.

그밖에 두 캐릭터의 차이점을 검토하면서 미감을 기준으로 삼는 것도 문제라고 본다. 비록 게임 캐릭터가 시각적 캐릭터로서 미술저작물의 범주에 속한다고 볼 수 있지만, 일반적인 회화나 디자인처럼 심미적인 창작성이 요구되는 것이 아니라 해당 캐릭터의 형태나 표정 등 객관적인 특징에서 창작성을 찾게 되는 것이므로 미감을 기준으로 실질적 유사성을 판단하는 것은 타당한 방법이 아닐 것이다.³²⁾ 결과적으로 법원은 문제되는 두개의 게임캐릭터에 관한 시각적 특성을 오해하고 실질적 유사성을 발견하기 위한 방법을 잘 못 적용함으로써, 2차적 저작물의 성립여부에 관하여 타당한 판단을 하지 못한 것으로 보인다.

V. 결론

이상에서 살펴 본 바와 같이 유사한 시각적 캐릭터의 저작권침해와 관련해서는 두 가지 논점을 가지고 판단하게 된다. 우선 해당 캐릭터가 그것이 기초하고 하고 있는 만화나 게임 등 원저작물과는 별도로 독자적인 저작물성이 인정될 수 있는가의 문제이다. 독자적 저작물성이 인정된다면 유사한 캐릭터를 사용하는 자에게 바로 해당 캐릭터의 저작권침해에 대한 책임을 직접적으로 물을 수 있게 되어 저작권자의 권리행사를 용이하게 할 수 있게 한다. 반대로 독자적 저작물성이 부정된다면 해당 캐릭터가 기초하고 있는 원저작물에 대한 저작권침해를 주장함으로써만 간접적으로 보호받게 된다. 이는 결국 유사 캐릭터 사용자에게 대해 구체적으로 긍정설의 경우에는 복제권 및 2차적 저작

32) 실제로 법원은 디자인의 실질적 유사성 판단과 관련해서는 미감의 유사성을 주로 판단하고 있다(대법원 1991.8.13. 선고 91다1642 판결: 저작물인 원고의 한복치마디자인 중 독창성이 인정되는 부분이 피고의 것과는 전체적인 피의 모양과 넓이가 다를 뿐 아니라 그 안의 무늬의 소재, 배열방법 등에 있어서 차이가 있어 피부분의 전체적인 미감이 유사하다고 보기는 어렵다).

물작성권 침해책임을 물을 수 있으며, 부정설의 경우에는 2차적 저작물작성권 침해책임만을 물을 수 있는 것으로 나타난다. 캐릭터 저작자의 권리를 두텁게 보호하고 가급적 많은 창작물 작성을 유인할 수 있다는 점에서 긍정설에 찬성하며 본 사건에서 캐릭터 자체의 독자적 저작물성을 인정하는 대법원의 입장을 지지한다.

다음으로 유사한 캐릭터가 복제권이나 2차적 저작물작성권을 침해하였음을 판단하기 위하여 두 캐릭터 사이에 실질적 유사성이 있음을 검토해야 한다. 이러한 실질적 유사성의 판단을 위해서는 저작물의 종류별로 분석방법과 기준을 달리해야 하며, 본 사건처럼 시각적 캐릭터의 경우에는 둘 사이의 차이점을 찾기 위해 상세한 관찰이 필요하다면 이미 실질적 유사성이 있는 것으로 보아야 하며, 또한 미감의 차이가 그 기준으로 적용되는 것은 적절치 못하다고 본다.

또 다른 문제는 저작권침해의 판단에 있어서 국가간의 산업경쟁적 측면이 정책적 요소로서 작용될 소지가 있다는 점이다. 외국의 저작물에 대해 국내의 저작물이 권리침해적 요소를 가지고 있는 경우, 해당 산업의 보호를 위해 가급적 국내 저작물에 유리한 판결이 내려질 수 있으며, 이는 모든 국가의 경우에 공통적으로 보이지 않게 작용되는 고려요인이라고 할 수 있다. 비록 법원의 중립성과 법관의 판단을 존중하며 실제적 진실과 구체적 타당성을 추구함으로써 우리사회의 정의를 구현하는 사법부의 입장을 지지하지만, 저작물의 제작에 대한 불법성 여부의 판단이 게임이나 출판 등 문화 관련 산업에 미치는 영향을 무시할 수 없고, 국가와 국민의 이익을 위해 봉사하는 것이 법원 등 국가기관의 임무라는 점을 감안하면 엄격한 법리적 판단과의 사이에 갈등의 소지는 충분히 존재할 수 있을 것이다.

<참고문헌>

- 권영준, 저작권침해판단론, 박영사, 2007
박성호, 캐릭터 상품화의 법적 보호, 현암사, 2006
오승종, 저작권법, 박영사, 2008
이승재/윤명노, "애니메이션 캐릭터 산업의 현황과 전망에 관한 연구", 디지털디자인학연구 Vol. 7 No. 4
이해완, 저작권법, 박영사, 2007
정상조 편저, 저작권법 주해, 박영사, 2007
최상필, "UCC에 관한 저작권적 고찰", 재산법연구 제26권 제3호(하), 2010
최문선/김종덕, "한국의 사회문화적 변화가 애니메이션 캐릭터의 조형성에 미친 영향", 「기초조형학연구」, 한국기초조형학회, 2009

- Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, C.H.Beck, 2004
Nimmer, Nimmer on Copyright, LexisNexis, 2006
Schricker, Urheberrecht-Kommentar, C.H.Beck, 2006
Schulze, „Urheber-und leistungsschutzrechtliche Fragen virtueller Figuren., ZUM 1997
Staehle, „Plagiat bei Verwendung eines literarischen Stoffes für Filmwerke., GRUR 1975

투고일자 : 2010. 2. 7

개제확정 : 2010. 3. 15