게임분쟁사례집

문 화 관 광 부
한국게임산업개발원

게임분쟁사례집을 발간하며 …

국내 게임산업은 고도성장을 지속하고 있습니다. 문화콘텐츠산업 중에서도 가장 높은 성장률을 기록하며 선도적인 역할을 하고 있습니다. 이러한 성장 뒤에는 게임에 대한 많은 분쟁들이 있었습니다. 게임의 산업적 연륜이 짧아 미처 법에 새롭게 적용되지 못한 측면도 있지만, 또한 다양한 법적 분쟁거리에 대한 낮은 이해가 어쩌면 더 컸기 때문이라고 하겠습니다.

이에 본 원에서는 게임업체의 실무활용 및 권익보호에 도움이 되고자 국내 게임업체 사이에 발생했던 분쟁을 유형별로 분류하여, 관련 분쟁 사례에 대한 분석과 법률적 해설을 담은『게임분쟁사례집』을 발간하였습니다.

내부 분쟁은 국내 게임업계의 성숙을 가져올 수 있는 계기가 될 수도 있지만, 국내외 시장 경쟁이 치열해지고 있는 상황에서 오히려 내적 역량과 외적 경쟁력을 약화시키는 요인으로 작용하고 있습니다. 본『게임분쟁사례집』은 불필요한 내부 소모전을 사전에 예방하고, 업계의 성숙한 성장에 도움이 되었으면 합니다.

특히 본『게임분쟁사례집』에서 다루고 있는 이슈들은 단지 국내만이 아니라 해외시장 진출 시에도 발생할 수 있는 것들입니다. 우리가 좋은 콘텐츠를 개발하여 새로운 시장을 개척하더라도 그에 따른 법적인 준비를 소홀히 한다면 그동안의 노력이 허사가 됩니다.

『게임분쟁사례집』은 앞으로 주기적으로 보완해 나갈 것입니다. 그리고 향후에는 해외의 분쟁사례들도 모아 발간할 예정입니다. 모쪼록 본『게임분쟁사례집』이 관련 실무에 도움이 되어 업계가 지속적인 성장을 이루어나가는데 보탬이 되었으면 합니다.

(재)한국게임산업개발원 원장 우 종 식

감수를 마치며 …

오락실을 다니며 오락을 해 본지가 얼마 되지 않은 것 같은데, 이제는 컴퓨터에서는 물론이고, 휴대폰 등의 휴대장치를 이용해서 게임을 하는 것이 일상적인 생활이 될 만큼 게임은 짧은 시간에 많은 변화와 발전을 하여왔다. 특히 우리나라의 경우 다른 나라보다 게임에 대한 일반인의 지대한 관심에 의하여 발달된 인프라 구축에 의해서 게임산업의 발전 속도가 더욱 빨랐다고 할 수 있다. 이렇게 빠른 시간에 발전하였기에 순기능도 있었지만 그와 아울러 분쟁도 다발되는 역기능도 발생하게 되었다. 이러한 분쟁이 많아지는데도 분쟁에 대한 적절한 기준이 없이 분쟁을 해결하는 것이 쉽지만은 않았다. 설상가상으로 우리나라가 다른 나라에 비해 게임산업에 있어서 고도의 성장을 해왔기 때문에 외국의 사례를 통해서 우리의 분쟁을 해결하는 것도 불가능한 부분이 생기도 하였다.

이러한 문제점을 인식하고 한국게임산업개발원에서는 게임과 관련된 분쟁사례를 조사·연구하기 시작하였다. 이에 작년부터 젊은 연구자와 법조인과 게임 전문가들이 모여 분쟁사례를 조사하고, 이에 대한 각자의 의견을 교환하여 많은 결과물들이 축적되었다. 이러한 축적물을 체계적으로 정리하여 이번 사례집을 편찬하게 되었다.

편찬작업을 하는 데 있어서 가장 중점을 둔 부분이라면, 법률가가 아닌 일반 게임전문가나 일반인들이 쉽게 이해하고, 이를 활용하여 게임산업이 발전하는 데 역점을 두었다. 그랬기 때문에 용어의 선택이라던지, 내용의 구성에 각별히 주의하였다. 하지만 판례를 소개한다던지, 이에 대한 해설을 하는 데 있어서는 부득이 전문용어를 쉬운 용어로 전부 대체하지 못 한 아쉬운 점도 없지 않다.

이 분쟁 사례집은 총 6장으로 구성되어 있다. 먼저 제1장의 ‘게임’에서는 게임과 관련한 기본적인 정의 및 이와 관련한 분쟁사례를 다루었다. 여기서의 사례는 단순한 형태가 대부분으로서 1990년대 초중반에 많이 나타난 사례들을 소개하였고, 제2장에서는 게임물 제공업과 관련된 분쟁사례를 다루었다. 이러한 ‘게임물제공업’은 1990년대 중후반에 많은 분쟁사례가 나타났고, 최근까지도 분쟁이 많은 오락실과 관련한 내용이 주종을 이루고 있다. 제1장과 제2장은 전통적인 게임과 관련한 분쟁

이라면, 제3장 이후는 최근의 게임산업 발전에 따른 새로운 유형의 분쟁이라고 볼 수 있다.

제3장의 '저작권'과 제4장의 '산업재산권'은 지적재산권과 관련한 게임의 분쟁사례들을 분석소개하였다. 게임에서 자주 발생할 수 있는 문제로서는 저작권문제가 이고 상표, 디자인, 특허 등의 문제가 발생할 수 있다. 특히 최근의 게임산업에서는 매우 중요한 문제로 대두되고 있어, 앞으로도 다양한 사례들이 나타날 것으로 예상된다. 가능한 많은 사례에 대한 분석을 통해서 향후의 분쟁에 대비를 할 수 있도록 노력하였다.

제5장의 '온라인게임사업자의 책임 문제'는 최근 부각되고 있는 소비자(이용자)권익보호와 깊은 관련이 있다. 제조물책임법(일명PL법)에서 유추할 수 있는 것처럼, 이제 게임산업은 단순히 제품만 잘 만들어서 발전할 수 있는 상황이 아니며 제품의 이용자에 대한 최대한의 권익보호가 수반되어야 한다. 때문에 제5장은 이러한 추세에 맞추어 이용자보호와 관련한 여러 분쟁을 분석하고 예측하고자 하였다.

제6장은 최근 가장 화두가 되고 있는 '아이템 및 사이버머니'와 관련된 분쟁사례를 다루었다. 아이템과 사이버머니는 가장 많은 논란을 야기하고 있으면서도 아직 이론적인 접근이 진지하게 이루어지지 못하고 있는 분야여서 이에 대한 연구의 어려움이 있었던 부분이다. 여러 사례를 통해서 추후의 이론적 접근에 도움이 되고자 하였으나 추후 더 많은 연구가 있었으면 한다.

처음 출판되는 게임분쟁사례집이기에 체계적이지 못하고, 조금은 허술한 부분이 있다. 하지만 이번 게임분쟁사례집을 기초로 더 많은 게임전문가들이 연구하여, 게임산업 발전에 도움이 되었으면 하는 바람이다.

부족한 사람으로서, 세미나를 진행하고 감수까지 맡게 되어 큰 영광이라고 생각하며, 이 책이 향후 게임산업과 게임문화의 발달에 다소나마 이바지할 수 있기를 바라며 이만 감수의 글을 마치고자 한다.

2005년 1월 吉日에 　한양대학교 법과대학 교수 윤 선 희

Contents

제1장 게임

1. 게임 및 게임물의 정의 1
(1) 게임의 정의 1
(2) 게임의 분류 5
2. 음반·비디오물및게임물에관한법률 연혁 8
3. 게임물의 범위에 관한 사례 10
(1) ‘쵸코볼자동판매기’ 사건 10
(2) ‘에잇라인’ 사건 31
(3) 유기기구 사행성 판단 사건 19

제2장 게임물 제공업

제1절 게임제공업

1. 게임제공업의 법적 정의 및 분류 25
2. 게임제공업에서 제외하는 일반영업소에서의 게임물 제공: 싱글로케이션 25
3. 일반게임장업의 등록 및 일반게임장의 게임물 설치비율 27
4. 게임제공업자의 준수사항 28
5. 복합유통·제공업 30
6. 학교보건법 위반 사례 30
(1) 학교환경위생정화구역 사건 30
(2) 학교보건법 부칙 위반 사건 35
7. 등록강제 사례 43
(1) 게임물제공업 등록제도의 위헌 여부 판단 사건 43
(2) 멀티게임장 등록강제 사건 50

제2절 사행성 게임

1. 사행성 게임의 개념 59
2. 전자게임의 베팅속성을 통한 사행성 분석 62
(1) 베팅액의 크기 63
(2) 베팅의 단위속도 64
(3) 베팅의 확장성 66
3. 사행성 게임에 관한 사례 67
(1) 사행행위와 영업정지: 아케이드 이큅먼트 사건 67
(2) 게임물 사행성 판단 및 싱글로케이션: 인형물뽑기 사건 71

제3절 등급분류

1. 게임물의 등급분류 제도 75
(1) 영상물등급위원회 개요 76
(2) 게임물의 등급분류 규정 77
(3) 온라인 게임물에 대한 정보통신윤리위원회의 사후심의 79
2. 온라인게임의 중복심의 문제: ‘리니지2’ 청소년유해매체물 지정 사건 81
3. 저작권과 등급분류에 관한 사례: ‘위닝 일레븐’ 사건 82
4. 청소년유해매체물 관련 사업자의 책임에 관한 사례: 스타크래프트 청소년 이용에 대한 PC방 업주의 책임 85
5. 불법게임물 수거, 폐기에 관한 사례 89
6. 검사필증 교부에 관한 사례: ‘뉴동물동물2’ 사건 93
7. 게임심의: 정읍시 사건 101

제3장 저작권

제1절 표절

1. 표절 109
(1) 표절의 개념 109
(2) 2차적저작물등의 작성 109
(3) 컴퓨터프로그램의 개작 113
2. 표절 분쟁에 관한 사례 115
(1) 알까기 게임 사건 115
(2) 봄버맨 표절 사건 120

(3) 건바운드 사건 124
(4) 미르의 전설-전기세계 사건 128

제2절 불법복제

1. 불법복제 132
(1) 저작권법상의 복제 132
(2) 컴퓨터프로그램보호법상의 복제 133
(3) 온라인디지털콘텐츠산업발전법상의 복제 135
2. 게임프로그램 불법 복제·배포등 137
(1) 백화점에서의 불법복제·배포 사건 137
(2) 전화 주문에 의한 불법복제·배포 사건 139
(3) PC통신 벼룩시장을 이용한 불법 복제·배포 사건 143
(4) 대학가에서의 불법 복제·배포 사건 147
(5) 음화판매: '큰날개' 사건 150
3. 불법서버에 관한 사례 159
(1) '라그나로크' 불법서버 사건 159
(2) '뮤' 불법서버 사건 160
4. 기술적보호조치: 시리얼넘버 무단게재 사건 161
5. 롬(ROM)등의 저장: 닌텐도 소프트웨어 복제 사건 167

제3절 라이센스

1. 라이센스의 개념과 중요성 170
(1) 라이센스의 개념 170
(2) 문화콘텐츠 라이센싱의 특성 170
(3) 라이센싱의 발생과 관련법률 171
(4) 관련법률 개요 171
(5) 게임 및 기타 문화콘텐츠 라이센싱과 관계 권리 173
2. 라이센싱의 구성요소 173
(1) 라이센싱 구성인의 사업과정 174
(2) 라이센싱의 장·단점 175
(3) 게임 산업에서의 라이센스 176
3. 라이센스 계약의 한계 177
(1) 독점라이센스계약의 한계: 바둑게임 '천하수담' 사건 177

(2) 원작 라이센싱의 한계: ‘리니지’ 사건 186
4. 2차적저작물과 라이센싱: ‘디아블로 2’ 공략지 사건 191
5. 초상권과 라이센싱: ‘젝스키스’ 사건 198

제4절 캐릭터등

1. 캐릭터 205
(1) 서 205
(2) 캐릭터의 정의와 종류 205
(3) 캐릭터의 상품화와 보호 207
(4) 캐릭터의 독자적인 저작물성 209
2. 게임 캐릭터의 무단 이용: 스타크래프트 ‘메딕’ 사건 211

제4장 산업재산권

제1절 특허

1. 특허제도의 개요 219
2. 특허출원 관련 220
3. 특허심사 관련 220
(1) 심사절차 관련 용어 220
(2) 특허심사절차 223
4. 실용신안 선등록 제도 224
5. 게임관련 특허권 분쟁사례 225
(1) 선불카드 방식 특허 관련 분쟁 225
(2) 700번 ARS 기반 과금시스템 특허 분쟁 225
(3) 아케이드용 PS2 케이스 관련 특허 분쟁 226
(4) 모바일 게임 특허 분쟁 228
(5) PC방 퍼블리싱 모델 특허 분쟁 228
6. 특허침해관련 권리범위확인: 인터넷 내기게임방 사건 232

제2절 의장

1. 의장의 정의 233
2. 의장의 개념, 기능 및 특징 233
3. 특유제도 234

4. 의장출원, 심사, 등록의 절차 234
5. 특허법과의 차이점 235
6. 의장권 침해에 관한 사례: DDR 의장 사건 236

제3절 상표

1. 상표의 정의 241
2. 주지저명성의 판단: ‘리니지’ 사건 243
3. 유사상표출원: ‘IMPRESSION’ 사건 254
4. 병행수입: 스타크래프트 병행수입 사건 260

제4절 부정경쟁행위

1. 부정경쟁행위의 개요 267
2. 상표등록을 통한 부정경쟁에 관한 사례 269
   (1) 상표등록과 부정경쟁: ‘풀스방’ 사건 269

제5장 온라인게임사업자의 책임 문제

제1절 온라인게임사업자와 개인정보보호

1. 개인정보의 의의 277
2. 온라인게임사업자에 의한 미성년자의 개인정보 수집 277
3. 타인의 개인정보를 이용한 회원가입 279
4. 게임사이트 회원 탈퇴와 개인정보 보호 279
5. 개인정보에 관한 분쟁사례 280
   (1) 미성년자의 개인정보에 관한 분쟁사례: 온라인게임사업자가 법정대리인의 동의를 구하지 않고 만14세미만 아동의 개인정보를 수집한 사건 280
   (2) 타인의 개인정보를 이용한 분쟁사례-1: 미성년자가 부모의 성명 및 주민등록번호로 게임사이트에 가입하여 결제한 요금의 환불을 요구한 사건 283
   (3) 타인의 개인정보를 이용한 분쟁사례-2: 만14세미만의 아동이 아버지의 성명 등을 이용한 온라인게임사이트에 가입한 사건 284
   (4) 게임사이트 회원탈퇴에 관한 분쟁사례-1: 온라인게임사업자가 회원탈퇴시 주민등록등본의 제출을 강요한 사건 285
   (5) 게임사이트 회원탈퇴에 관한 분쟁사례-2: 온라인게임사업자가 회원 탈퇴한 이용자의 사진을 파기하지 않아 사진이 누출된 사건 287

제2절 미성년자의 게임사용료의 결제 문제

1. 미성년자의 의의 290
2. 미성년자의 법률 행위 290
(1) 미성년자의 법률 행위 능력 290
(2) 예외적 적용 291
3. 미성년자의 결제 문제 293
4. 미성년자의 게임사용으로 인한 분쟁사례 294
(1) 유료게임관련 이용자 이익저해 행위 294
(2) 유료게임 이용결제관련 이용자 이익저해 행위 296
(3) 부모의 동의없이 만14세 미만 아동이 게임사이트에 가입, 수십만원의 요금을 결제한 사건 299

제3절 온라인게임사업자의 ISP 책임 문제

1. ISP의 의의 301
(1) ISP 정의 301
(2) ISP의 법적 책임 301
2. 온라인게임사업자로서 ISP 책임 문제 303
3. ISP와 관련된 분쟁사례 303
(1) 전자우편 유실사건 303

제4절 온라인게임 이용계정 삭제와 약관

1. 약관의 의의 307
2. 약관의 계약에의 편입 307
3. 게임 계정 삭제의 법률문제 308
4. 온라인게임 이용계정과 관련된 분쟁사례 308
(1) 게임 캐릭터 영구 압류 사건 308
(2) 게임시스템 오류로 인해 상실된 행운치 복구 청구사건 309
(3) 인터넷 게임 사이버몰에서 자신의 계정을 해킹당한 이용자가 계정의 복구를 신청한 사건 311

제5절 인터넷도박과 사행행위

1. 인터넷 도박의 의의 314
2. 도박장 개설죄 314
3. 인터넷상의 도박장 개설 314

4. 인터넷 도박장 개설에 관련된 분쟁사례 315
(1) 고스톱 고별대회 사건 315
(2) 게임머니 환전 사건 318

제6장 아이템 및 사이버머니

제1절 아이템과 관련된 사기 문제
1. 아이템의 개념 325
2. 아이템의 귀속 여부 325
(1) 게이머의 권리 326
(2) 게임사의 권리 328
3. 아이템의 재산적 가치 329
4. 아이템 사기 사례 330

제2절 아이템거래의 법률문제
1. 아이템거래의 의의 333
2. 아이템 현금거래의 문제점 333
3. 약관에 의한 가처분 334
4. 아이템거래 사이트 334
5. 공정거래위원회의 약관심사 결과 335
6. 아이템 거래에 관한 분쟁사례: 아이템거래 가처분 사건 335

제3절 사이버머니의 매매와 업무방해죄
1. 사이버머니의 의의 339
2. 사이버머니의 거래 339
3. 업무방해 여부 340
4. 사이버머니 거래에 관한 분쟁사례: 사이버머니 거래 사건 341

제4절 아바타 아이템의 법적 보호
1. 아바타 아이템의 의의 342
2. 아바타 아이템의 유형 342
3. 아바타의 법적 성질 343
4. 아바타 아이템에 관한 분쟁사례: 아바타 아이템 복제사건 343

제1장 게임

1. 게임 및 게임물의 정의

(1) 게임의 정의

어원학적으로 게임(game)은 유러피언 계통의 'ghem'에서 나왔으며 '흥겹다', '놀다'의 뜻을 가진 것으로 알려져 있다[1]. 최근 들어 게임은 여러 뜻으로 쓰여지고 있는데, 우선 게임과 관련한 기존 논의들을 살펴보겠다.

프로이드(Freud)(1961)는 직접 게임을 언급하지는 않았지만, 게임과 유사한 개념인 놀이(play)에 대해 언급하면서 게임의 한 특성을 이야기해준다[2]. 그에 의하면 게임이란 현실을 미루어둔 채, 그 속에서 활동력을 실험할 수 있는 에고의 기능이

1) 김창배, 1999,『21C 게임패러다임』, 서울: 지원미디어, 26면.

2) 우리말로는 Game이나 Play 모두 게임이나 놀이로 번역되어 쓰이고 있지만, 원어의 뜻은 다음의 표와 같은 차이점이 있다고 한다.

놀이(Play)	게임(Game)
특별한 목적이나 도달지점 없는 자발적인 활동 재미에 대한 욕구에 의해 동기화된다.	목표 지향적이고 진지함을 내포한다.
초기 유년기에서 놀이는 종종 '체하기'(pretense) - 내적욕구를 조절하고 통제할 수 있게 해주는 현실에 대한 상징화 -를 포함한다.	게임은 플레이어의 역할을 규정하는 규칙이 있고 이것은 행동에 대한 제한과 기대를 가능하게 한다.
이드 : 상상력	에고 : 주의력, 인내심
열린구조의 결말	경쟁을 내포하여 결과를 중시 사회적으로 인정되는 공격성 및 경쟁의 맥락을 제공해주는 "권력의 모델"
별로 상호의존적이지 않다	상호의존적 상호작용의 결과

Charles Schaefer & Steven Reid, 2001, Game Play : Therapeutic Use of Childhood Games, John Wiley & Sons, Inc: N.Y

따라서 엄밀한 의미에서 Game과 Play는 구분되어 번역되어야 하고, 구분되어 이용되어야 할 것이다. 하지만 이들의 구분은 명확하지 않으며, 현실적으로 큰 차이 없이 이용되고 있다. 후술하는 까이와의 '놀이와 인간'이라는 책의 원제목은 'Man, Play and Games'이다. Play와 Games를 묶어서 놀이라고만 번역을 하여 제목을 달았다. 이들이 명확한 구분을 할 만큼 분리되지 않고 있다는 현실을 반영한 것으로 여겨진다. 실제로 최근 Game의 개발, 이용이 활발해지며 Game의 개념적 영역이 확대되고 있는 추세에서 Play와의 명확한 구분은 거의 불가능한 지경이다.

프로이드는 Game이 아니라 Play에 대해 이야기를 한 것이지만, 현재의 Game의 의미와 큰 차이를 둔 것은 아니라 여겨지며, 따라서 프로이드의 언급을 Game에 소급하여 적용하는 것도 무리가 없다 판단된다.

다. 현실을 미루어둔 즉, 가상의 상황에서 활발히 활동하는 사람처럼 행동하려고 노력하는 것은 심적인 근심과 현실의 고뇌를 풀어준다는 것이다. 현실원칙(reality principle)보단 쾌락원칙(pleasure principle)에 주로 지배되는 것으로서 인간의 무의식적 정신활동이 발현되는 과정이라 할 수 있겠다. 무의식은 본질적으로 쾌락을 추구하고 현실에 대해 고려할 필요가 없기 때문에 소망과 환상을 통해 자신을 쉽게 표현하려 한다. 이러한 무의식의 발현기제로서 게임은 효과적인 자리를 점하고 있다.

게임에 대한 본격적인 학술적 접근은 호모루덴스(Homo Ludens)라는 용어를 만든 호이징거에 의해 시작된다. 호이징거(Huizinga)는 게임의 특징에 대해 다음과 같은 것들을 이야기 한다[3].

① 명령에 의한 게임은 이미 게임이 아니다. 자유라는 본질에 의해서만 게임은 자연의 진행과정과 구분된다. 게임은 결코 임무가 아니며 여유가 있을 때, 곧 자유시간에 행해지는 것이다.
② 게임은 일상적인 혹은 실제의 생활이 아니다. 실제의 삶을 벗어나서 아주 자유스러운 일시적인 활동의 영역으로 들어가는 것이다.
③ 게임은 장소와 지속성에서 일상적인 삶과는 구분된다. 즉, 장소의 격리성과 시간의 한계성이다. 게임은 어느 순간에 이르면 끝나게 되고, 게임은 놀이터 안에서 이루어진다.
④ 게임에는 규칙, 질서가 있다. 게임은 질서를 창조하며 질서 그 자체이다. 질서에서 어긋나게 되면 게임을 망치게 된다.
⑤ 게임에는 이해관계가 없다. 왜냐하면 게임의 즐거움 자체를 위해서 경기하기 때문이다. 게임이란 물질적인 이익과 연관되지 않는 활동이다.
⑥ 게임은 사회적교제다. 이것은 게이머들간의 지속적인 관계를 창출한다.

까이와(Caillois)는 호이징가의 게임에 대한 정의를 기본적으로 수용하고 있지만 그의 정의가 너무 단순화되어 있음을 지적한다. 호이징가에 의하면 게임은 모두 똑같은 요구에 대응하며 한결같이 똑같은 심리적 태도를 표현한 것처럼 취급된다는 것이다. 따라서 그는 게임의 특징에 대해 호이징가와 비슷하면서도 차별화되는 다음과 같은 점들을 언급하고 있다[4].

---

3) Huizinga. J, 김윤수 역, 1993,『호모루덴스 : 놀이와 문화에 관한 한 연구』, 서울: 까치.

4) Roger Caillois, 이상율 역, 1994,『놀이와 인간』, 서울: 문예출판사.

① 자유로운 활동
② 분리된 활동
③ 확정되어 있지 않은 활동
④ 비생산적인 활동
⑤ 규칙이 있는 활동
⑥ 허구적인 활동

위니콧(Winnicott)은 게임을 자아와 비자아 사이의 잠재적이며 과도기적인 경험영역으로 본다. 어떠한 사람도 내부와 외부현실 사이에서 오는 긴장으로부터 자유스러울 수 없다는 것을 전제로 하여 그는 제 3분야(the third area) 즉, 게임이라는 영역의 중요성을 강조하고 있다. 게임은 창조적 삶과 인간의 총체적 문화생활 속에서 발달하는데 이것은 개인이 객관적으로 인지되는 실제 세계와 대비되는 내적(Internal) 혹은 개인적(Personal) 심리적(Pshchic) 실재인 것이다. 개인과 환경 사이의 잠재적 공간 속에 이 경험영역이 존재하게 된다. 이 잠재적 공간은 개인과 개인 사이에서는 극단적으로 다양해진다. 하지만 심리적 실재와 실제 세계라는 두 지역은 상대적으로 안정적인데 심리적 실재는 생물학적으로, 실제 세계는 관습에 의해 결정되기 때문이다. 게임을 한다는 것은 자신 내부나 외부에서 하는 것이 아니다. 그것은 환상이 아니라 의식적인 착각이다. 이것은 현실에서 자아를 개발하고 인식하게끔 해준다. 이러한 관점에서 볼 때 게임은 사람의 일생에서 끊임없이 교육적 경험을 제공한다[5].

이러한 게임과 관련한 논의들을 토대로 최근 컴퓨터게임과 관련하여 여러 가지 구체적인 정의들이 언급되고 있다. 김창배는 '게임은 컴퓨터라는 하드웨어상에서 흥미를 유발하는 내용물이 어떤 규칙에 의거한 선택결정과정을 통해 진행되어 나가도록 컴퓨터프로그램에 의하여 제작된 것' 이라고 하고 있으며[6], 최유찬은 일본의 아카오 고우이치의 말을 인용하며 '놀이를 목적으로 한 프로그램' 이라는 정의를 지지하고 있다[7].

커뮤니케이션적인 측면에서 게임에 대한 일단의 정의를 구해볼 수도 있다. 커뮤니케이션 모델[8]과 게임의 특성들을 고려한다면 '컴퓨터를 매개체로 하여 현실을 벗

5) Winnicott, D, W. 1971. *Playing & Reality*. Routledge: N..Y

6) 김창배, 앞의 책

7) 최유찬, 2002,『컴퓨터게임의 이해』, 서울: 문학과학사

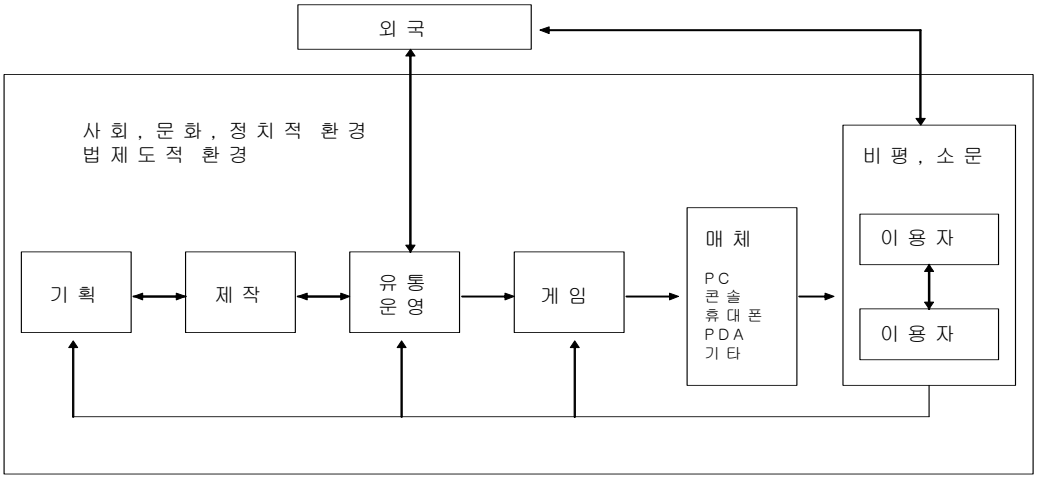
8) 게임커뮤니케이션 모델로는 다음과 같은 것을 찾을 수 있다.

어난 자유로운 상황[9]에서 일정한 규칙을 가지고 상호작용을 하는 것' 이라는 정의가 가능하다. 산업적, 사회문화적 영역들을 두루 고려하고 있다는 측면에서 이러한 정의도 상당한 유용성이 있다.

게임에 대한 정의는 법률에서도 찾을 수 있다. 음반·비디오물및게임물에관한법률에서는 게임물을 다음과 같이 정의하고 있다.

> 음반·비디오물및게임물에관한법률 제2조 제3호
>
> 3. "게임물"이라 함은 컴퓨터프로그램 등 정보처리기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다음 각호의 것을 제외한다.
>
> 가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것
>
> 나. 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로 문화관광부장관이 게임물로 규율할 필요가 없는 것으로 인정하여 고시하는 것

하지만 여기서의 정의는 게임의 특성을 두루 고려하여 내려진 것이라기보다는, 법률의 적용범위를 정하기 위하여 사용된 것이다[10]. 또한 게임 '물' 이라 하여 용어상 물적 실체를 전제하고 있기 때문에 최근의 게임의 특성과는 다소 맞지 않는다.



박태순, 2004, '커뮤니케이션 정책이론으로 본 게임심의', 『2003 미래게임포럼 보고서』, 한국게임산업개발원

9) 게임과 현실이 분리된 것인지, 혹은 명백히 분리하기 어려운 것인지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 최근 게임과 현실은 그리 명확히 구분되는 것이 아니라는 주장들이 많이 나오고 있기 때문이다. (최혜실, 2003,『디지털시대의 영상문화』, 서울: 소명)
이러한 논의는 어떠한 철학이론을 지지하는가, 현대사회를 어떻게 바라보는가 등의 문제와 연결되는 것으로서, 여기서 깊이 다룰 성격은 아닐 것이다. 다만 이 정의는 게임과 현실은 분리된다는 전통적인 논의들을 바탕으로 한다.

10) 김창배, 앞의 책, 29면

이에 반하여 최근에 제정안이 발표되었던 게임산업의진흥에관한법률에서는 게임과 게임물을 나누어 다음과 같이 정의하였다.

> 게임산업의진흥에관한법률제정안 제2조
> 1. “게임”이라 함은 일정한 규칙을 통해 오락적 만족을 느낄 수 있도록 하는 행위 또는 놀이를 말한다.
> 2. “게임물”이라 함은 게임을 할 수 있도록 제작된 영상물 또는 기기·장치·도구 등을 말한다. 또한 문화관광부장관이 게임물로 인정하여 고시하는 것을 포함한다.

게임의 본질적인 특성을 고려하여 “게임”에 대한 정의를 먼저 규정한 후, 법률적 적용범위를 정하기 위해 다시 “게임물”을 정의하고 있다는 점에서 앞서의 음반·비디오물및게임물에관한법률에 비하여 진일보했다고 볼 수 있다.

지금까지 게임과 관련한 여러 정의들을 살펴보았는데, 아직까지 통설로 자리 잡은 명확한 정의는 찾아볼 수 없었다. 이것은 게임이 본격적인 학술적 논의의 영역으로 들어 온지 얼마 되지 않았기 때문이며, 또한 게임이 계속 발전하면서 그 변화·확장하고 있기 때문일 것이다.

(2) 게임의 분류

게임은 크게 플랫폼별 분류와 내용별(장르별)로 분류된다. 플랫폼별 분류는 산업 동향과 관련한 분류체계로 많이 활용되고 있는데, 한국게임산업개발원의 〈대한민국 게임백서〉에서는 아래의 표와 같이 5가지로 분류를 하고 있다.

■ 플랫폼별 분류체계와 정의

구 분	정 의
아케이드게임	- 흔히 오락실이라고 불리는 컴퓨터게임장에 설치된 게임물을 의미하며, 전자게임과 기타게임으로 구분. · 전자게임 : 영상출력장치가 있는 게임기구에 롬에 기억된 게임만 할 수 있는 게임기구. · 기타게임 : 전자게임에 속하지 않는 게임기구로 체련용게임기, 경품게임기 등이 포함.
온라인게임	- 원격지에 떨어져 있는 서버급 컴퓨터에 통신망을 통해 접속하고 서버에 접속되어 있는 타인과 게임을 진행하는 유형의 게임을 의미. - 서버에 접속하지 않은 상태에서 사용자 개인이 자신의 PC에서 단독으로 게임실행이 불가능.
비디오게임	- 가정의 텔레비전 혹은 모니터에 게임기를 연결하고 조이스틱·조이패드 등을 이용하여 게임을 진행하는 것을 의미. - 플레이스테이션, Xbox, 드림캐스트 등의 게임기에서 작동.
모바일게임	- 휴대하고 다니면서 즐길 수 있는 게임을 의미. - 휴대폰, PDA등을 이용하여 조작되는 게임.
PC게임	- 개인용 컴퓨터를 기반으로 작동하는 게임물로서 게임 프로그램이 CD 등의 저장장치에 수록되어 유통되는 게임을 의미. - 멀티플레이 및 네트워크플레이가 지원되는 게임의 경우, 사용자 개인이 단독으로 PC를 대상으로 게임을 진행할 수 있다면 PC게임으로 분류.

게임에 대한 내용별(장르별) 구분은 쓰는 사람의 입장에 따라 매우 다양하다. 이는 장르라는 개념 자체가 역사적이며 유동적인 성격을 가지고 있기 때문이며, 또한 게임 자체가 계속 진화, 발전하고 있기 때문이다. 〈대한민국게임백서〉에서 이용하고 있는 장르구분은 다음과 같다.

■ 게임의 장르와 내용

장르명	내 용
커뮤니티게임	간단한 게임이나 퍼즐을 즐길 수 있으며, 사람들간의 커뮤니티 구성 및 활성화에 중점을 둔 게임으로 온라인게임에서 나타난다.
성인용 베팅게임	성인전용으로 만들어진 아케이드 베팅게임으로 상품권이나 경품을 취득할 수 있도록 되어 있다. 릴게임이나 스크린경마 등이 있다.
경품게임	인형이나 생필품 같은 경품을 취득할 수 있도록 한 아케이드게임으로 길거리에서 흔히 볼 수 있는 인형뽑기가 대표적이다.
아동용게임	유아, 아동용의 교육적 효과를 가진 게임으로 그림그리기, 그림찾기, 음악듣기 등의 비교적 단순한 기능을 갖는다.
교육용 에듀게임	특정한 교육목표를 위해서 만들어진 게임으로 비행조종시뮬레이션, 은행직무교육게임 등이 있다.
체감/체험 시뮬레이션게임	신체를 폭넓게 이용하여 즐기는 게임으로, 음악시뮬레이션게임이나 라이딩게임들이 포함된다.
건설/경영/육성 시뮬레이션게임	타이쿤시리즈와 같이 건설, 경영을 하거나 프린세스메이커와 같이 사람을 키우는 육성 게임 등이 있다.
슈팅게임	비행기 등을 이용하여 나오는 적들을 쏘아 없애는 방식의 게임으로 최근에는 사람끼리 슈팅을 하는 게임도 많이 등장하고 있다(FPS).
스포츠게임	야구, 농구, 아이스하키, 축구 등을 할 수 있는 게임으로 FIFA 축구, NBA 농구, 레이싱 게임 등이 있다
어드벤처	곳곳을 돌아다니며 힌트를 구해서 일정한 목적을 달성하는 방식의 게임. 그림판당고, 원숭이 섬의 비밀 등이 해당된다.
액션대전게임	스트리트파이터, 철권 등의 게임으로, 격투·대전을 벌이는 것을 주로 한다.
웹보드게임	웹상에서 즐기는 보드게임으로 고스톱, 포커 등을 말한다.
전략시뮬레이션 게임	전략적 요소가 삽입된 시뮬레이션 게임으로 삼국지, 스타크래프트 등이 해당된다.
롤플레잉게임	사용자가 특정한 인물의 역할을 하는 게임으로 창세기전, 리니지 등의 게임이 있다.

2. 음반·비디오물및게임물에관한법률 연혁

유기장업은 구 유기장법(1961. 12. 6. 법률 제810호로 제정되어 1981. 4. 13. 법률 제3441호로 유기장업법으로 개명되었으며 1984. 4. 10. 법률 제3729호로 전문개정되었다가 1986. 5. 10. 법률 제3822호 공중위생법 부칙 제2조의 규정에 의하여 폐지됨) 제2조 제1항, 제3조 제1항, 같은 법 시행령(1962. 9. 22. 각령 제972호로 개정된 것) 제1조 및 제2조의 규정에 의하여 1962. 9. 22.부터 허가를 받을 수 있는 공중유기시설에 포함되었다. 그러나 1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 유기장법시행령이 개정되면서 아케이드이큅프멘트의 유기장업은 유기장법시행령 제1조의 “이와 유사한 공중유기시설”의 정의규정과 제2조의 “제2종 유기장영업”에서 제외되어, 결과적으로 유기장영업의 허가대상에서 배제됨으로써 기존의 허가업소만이 영업을 계속해 오다 서서히 쇠퇴일로를 거쳐 현재는 사실상 전무한 상태이다.

아케이드이큅프멘트의 유기장업 영업은 1971. 12. 31. 대통령령 5916호로 개정된 유기장법시행령 제1조 및 제2조에 의해서 비록 그 허가대상에서는 제외되었지만, 같은 시행령 부칙 제2항에서 아케이드이큅프멘트의 유기장영업을 계속할 수 있도록 하는 경과규정을 둔 이래, 유기장업법시행령(1984. 7. 20. 대통령령 제11473호로 전문개정된 것) 부칙 제2항, 공중위생법(1986. 5. 10. 법률 제3822호로 제정된 것) 부칙 제3조제1항, 같은 법 시행령(1986. 11. 11. 대통령령 11999호로 제정된 것) 부칙 제6조의 규정에 의하여 30여 년간 허가당시의 구 유기장법을 적용받아 적법하게 영업을 하여 왔다. 즉 1971. 12. 31. 이후에는 아케이드이큅프멘트 유기장영업에 대하여 법령이 개정될 때마다 부칙에서 당시의 유기장법에 의하여 적법하게 허가를 받아 온 것으로 간주하여 영업을 계속할 수 있도록 하는 규정을 법의 제정 전까지는 두어 왔던 것이다.

그런데 1999. 2. 8. 법이 제정되면서 종전에 공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제5839호 공중위생관리법 제정으로 폐지)에서 규율하고 있던 유기장업이 폐지되고 새로이 “게임제공업”으로서(법 제2조 제3호 및 제5호 다목) 법에 의한 규율을 받게 되었다.

게임물을 규율하는 법률은 주무 부서의 업무이관 등으로 인해 기존의 공중위생법에서 현재 음반·비디오물및게임물에관한법률로 관장되고 있다. 이와 관련하여 게임물 내용의 심의 역시 한국컴퓨터게임산업중앙회로부터 한국공연예술진흥협의회

그리고 지금의 영상물등급위원회로 권한이 이양되어 왔다. 세부적인 사항은 아래와 같다.

○ 기존의 법률
- 문화관광부 : 음반및비디오물에관한법률(음반, 비디오물, 게임물(CD형태)규율)
- 보건복지부 : 공중위생법(컴퓨터게임장업, 종합유원시설업, 기타유기장업 규율, 아케이드게임 규율)
- 경 찰 청 : 풍속영업에관한법률(노래연습장업 규율)

○ 업무이관(’98.8.27 시행)
- 컴퓨터게임장업 ⇒ 음반·비디오물및게임물에관한법률로 관장(게임음반과)
- 노래연습장업 ⇒ 음반·비디오물및게임물에관한법률로 관장(전통지역문화과)
- 종합유원시설업, 기타유기장업 ⇒ 관광진흥법으로 관장(국민관광과)

※ 게임물 검사기관 : 한국컴퓨터게임산업중앙회⇒한국공연예술진흥협의회 (문화관광부고시 제1998-34호)

○ 음반·비디오물및게임물에관한법령 제정
- 음반·비디오물및게임물에관한법률(’99.2.8/법률 제5925호/’99.5.9시행)
- 동법 시행령(’99.5.15/대통령령 제16312호/’99.5.15시행)
- 동법 시행규칙(’99.5.21/문화관광부령 제212호/’99.5.21시행)

※ 게임물 등급분류기관 : 한국공연예술진흥협의회 ⇒ 영상물등급위원회(’99.6/공연법)

○ 음반·비디오물및게임물에관한법령 1차 전문개정
- 음반·비디오물및게임물에관한법률(’01.5.24/법률 제6473호/’01.9.25시행)
- 동법 시행령(대통령령 제17395호/’01.10.20시행)
- 동법 시행규칙(문화관광부령 제57호/’01.11.16시행)

○ 음반·비디오물및게임물에관한법령 2차 부분개정
- 음반·비디오물및게임물에관한법률(’01.12.29/법률 제6552호/’02.3.30시행)

· 주요내용 : 법 제38조(광고·선전의 제한 등) 제3항·제4항, 제47조(권한의 위임·위

탁) 제2항 제1호, 제51조(벌칙) 제4항

○ 음반·비디오물및게임물에관한법령 3차 부분개정
- 음반·비디오물및게임물에관한법률('04.1.29/법률 제7131호/'04.5.30시행)
· 주요내용 : 법 제20조(등급분류) 제2항, 제33조(행정제재처분의 승계 등) 제4항

3. 게임물의 범위에 관한 사례

(1) '쵸코볼자동판매기' 사건

- 창원지방법원 1999.6.4. 선고 98노2659 결정

사건 개요

사건은 1997.6.10. 경부터 같은 해 12.11. 경까지 창원시 반림동 모 아파트 상가 내 정모씨가 경영하는 문구점에 주모씨가 공급한 전자유기기구인 쵸코볼자동판매기 2대를 설치하고 성명불상의 초등학생들로 하여금 100원권 주화 1개를 투입하면 쵸코볼과자가 몇 개가 나온 후 약 2~ 분간 농구게임 등 오락을 하도록 하고 수입금의 70%를 설치업자 주모씨가 30%를 문구점 주인이 분배하여 유기장업을 한 것이다.

이러한 내용으로 고발되어 1998.12.7. 창원지방법원에서 무죄를 선고받았으나 검사의 항소에 의하여 상급심에서 1999.6.4. 공중위생법위반 혐의로 문구점주인 및 기계설치업자가 각각 50만원씩 벌금을 부과 받게 되었고 정씨와 주씨는 대법원에 상고했으나 대법원에서는 2001.5.15. 상고(대법원 99도2630 결정, 상고기각판결-무변론)를 모두 기각하므로 해서 벌금형이 확정되었다.

본 사건은 구 공중위생법 위반이 문제가 되었으며, 1심 판결(창원지방법원 1998.12.7. 선고 98고단1723 결정)에서는 구 공중위생법 시행규칙 [별표1] 5. 유기장업 나. 개별기준 컴퓨터게임장업에 의하면 전자비디오 오락기구는 ROM 기억소자만 장치되어 있어 새로운 입력을 할 수 없고 기억된 게임만 할 수 있는 것이어

야 한다고 규정하고 있는 점을 들어 그 외의 다른 기억소자를 사용하는 전자비디오 오락기구를 설치하는 경우까지 구 공중위생법으로 규율하는 경우 이는 죄형법정주의에 반한다고 하여 이 사건 쵸코볼자동판매기는 가정용 홈팩을 그 구성부분으로 하고 있으므로 구 공중위생법의 규율대상에서 제외된다고 한바 있다.

판결 요약

본 사건의 확정판결인 2심판결 내용은 아래와 같다.

이 사건 쵸코볼자동판매기는 모니터, 차광막, 이동용손잡이, 쵸코볼보관상자, 쵸코볼배출구, 동전투입구, 오락을 할 수 있는 작동레버 및 버튼 등으로 구성되어 있고, 100원 짜리 동전을 투입하면 쵸코볼이 배출구로 나온 후 2~3분가량 오락을 할 수 있도록 되어 있으며, 오락을 할 수 있는 구성체부분의 핵심인 기억소자 부분은 ROM(read-only-memory) 기억소자로 구성되어 있는 것이 아니라 가정용 홈팩으로 구성되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 비록 이 사건 쵸코볼자동판매기가 쵸코볼을 자동판매하기도 하나 위 인정과 같이 모니터가 설치되어 오락을 할 수도 있으므로 전자비디오 오락기구에도 해당된다. 구 공중위생법 시행령 제4조에 의하면 “전자유기기구 등을 설치, 운영하는 모든 컴퓨터게임장업은 시장 등의 허가를 받아야 하고, 같은 법 시행규칙에는 그러한 허가를 받기 위해서는 위에서 본 바와 같이 ROM 기억소자를 사용하는 전자비디오 오락기구만을 설치하는 외에 그 시설 및 설비기준을 갖추어야 한다.”고 규정하고 있는바 (한편 컴퓨터게임장업소에 설치하는 전자유기기구 등은 그 유기시설, 유기기구 또는 유기기구의 부분품의 제조, 수입 시에 보건복지부장과의 검사를 받아야 한다. 구 공중위생법 제12조의2, 같은 법 시행령 제7조의 6 참조), 이는 원칙적으로 전자유기기구를 설치, 운영하는 모든 컴퓨터게임장업은 허가를 받아야 하고, 허가를 받기위해서는 전자비디오 오락기구의 경우 ROM 기억소자만을 사용하여야 하며, 그 이외의 기억소자를 사용하는 전자비디오 오락기구는 구 공중위생법의 규율대상에서 제외되는 것이 아니라 그 사용마저도 금지되는 것이고, 가정용 홈팩을 내장한 전자유기기구라고 하더라도 영업의 목적으로 사용되는 경우에는 구 공중위생법의 규율대상에 포함되는 것이다.

연 구

게임물에 대해서는 「 -기시설 또는 유기기구를 갖추고 손님으로 하여금 대중오락을 하게 하는 영업은 다른 영업을 경영하면서 손님의 유치 또는 광고 등을 목적으로 유기시설 또는 유기기구를 설치하여 대중오락을 하게 하는 경우를 포함한다. 다만, 사행행위등규제및처벌특례법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위영업을 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외한다」 라고 정의된 유기장업의 유기기구로서 종래 공중위생법의 규율을 받아오다 음반·비디오및게임물에관한법률(이하 '음비게법'이라 한다)이 1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되면서 종전 공중위생법에서 유기장업 관련 규정은 삭제되고, 음비게법상 '게임제공업'으로 새로이 적용받게 되었다.

한편 음비게법상 게임물에 대해서는 '컴퓨터프로그램에 의하여 오락을 할 수 있도록 제작된 영상물(유형물에 고정여부를 가리지 아니 한다)과 오락을 위하여 게임제공업소 내에 설치, 운영하는 기타 게임기구'로 정의하였으나 위 사례에서 살펴볼 수 있는 것처럼 자동판매기와 게임기 기능을 부가하여 게임제공업소 내에 설치하지 않는 기기의 경우 유기기구(게임물)로서 규율 받는 것인지 여부가 문제되었다.

즉 게임물 정의 규정의 전단부는 매체의 성격이 설명되다가, 후단부에는 장소개념이 결합된 개념으로 모호성을 가지고 있어 인형뽑기 게임기, 게임기능이 부가된 자동판매기 등이 게임물이 아닌 것으로 문리적 해석이 가능하다는 문제가 있었다.

이에 대해 본 판결 이전에 문화관광부 내에서는 자동판매기능(주기능)에 부수적으로 게임물이 결합된 경우는 넓은 의미로 게임물이며, 자동판매기형 게임물에 대해서는 '① 오락제공만으로 작동할 수 없는 구조로 되어 있고 물품자동판매(투입금액에 상응하는 물품이 제공되어야 함)라는 주기능에 부수적으로 오락기능을 제공하도록 되어 있을 경우 ② 어느 경우에는 투입금액이상의 물품이 나오고 또 어느 경우에는 투입금액미만의 물품이 나오지 아니할 것 ③ 내장물품, 게임내용이 청소년에게 유해하지 아니할 것 ④ 게임의 결과에 따라 경품이 제공되지 아니할 것' 이라는 4가지 요건을 만족하는 경우에 사용할 수 있는 것으로 유권해석하고 있었다.

한편 본 판결에서는 자동판매기 기능과 게임기 기능이 결합한 경우(특히 게임기에 ROM이 아니라 가정용 홈팩을 내장한 경우)라 하더라도 영업의 목적으로 사용되는

경우에는 게임물로서 규율 받는 것으로 해석하고 있다.

본 판례를 존중하여 동 기기류를 게임물에 포함시킬 수 있도록 '게임물 정의' 규정을 보다 포괄적으로 정의하고자 2001.5.24. 법률 제6473호로 음비게법이 개정되었으며, 게임물을 '컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기'로 정의하여 종래 장소적 의미에서의 게임물의 개념을 보다 확장하였다고 볼 수 있다. 따라서 본 사례 등에서 문제가 된 인형뽑기 게임기, 게임기능이 부가된 자동판매기 등이 모두 게임물로서 음비게법에 의하여 규율 받을 수 있도록 한 것이다.

그러나 현재 음비게법상의 게임물의 개념은 상당히 포괄적이어서 오락성이 있는 노래방반주기 등이 게임물에 해당하는지의 여부가 문제되고 있다.

관련판례 및 참고문헌

문화관광부, 2003,『음반·비디오물및게임물에관한법령 실무편람』.
정경석, 2004,『엔터테인먼트 비즈니스 분쟁사례집』, 청림출판.

(2) '에잇라인' 사건

- 대법원 1991.7.9. 선고 91도1182 결정

사건 개요

본 사건은 일련의 게임물에 대하여 구 공중위생법의 적용을 받는 유기기구(게임물)인지 여부가 문제가 된 사례로서 사건 2심판결(서울지방법원 1991.3.28. 90노7724)의 주요 판결 이유를 살펴보면,

(1) 이사건 에잇라인은 손님이 오락기 투입구에 100원권 주화를 넣으면 화면에 기본점수 5점이 나오고 이 상태에서 스타트버튼을 누르면 화면에 9개의 그림(7, 스리바, 투바, 바, 수박, 종, 체리 등)이 나오는데 손님이 1베팅부터 32베팅(베팅은 점수와 같음)까지 사이에 마음대로 베팅을 하고 그에 따라 화면이 구르다가 멈출 때

가로, 세로, 대각선 중 하나라도 그림이 통일되면 그림의 종류에 따라 점수가 나와 5점을 100원으로 하여 투입금액의 2배 내지 1,200배를 따게 되고 점수가 0이면 돈을 잃게 되는 기구이고, (2) 고스톱은 손님이 오락기를 상대로 화투의 경우처럼 고스톱을 하는 것으로 100원에 1점이고 1베팅부터 10베팅까지 마음대로 베팅을 하여 고스톱기가 게임에 이기면 손님이 돈을 잃고 손님이 이기면 돈을 따는 기구이며, (3) 미식축구는 100원 주화를 넣으면 공 5개가 나오고 스타 버튼을 눌러서 공을 튕겨 구멍에 넣되 5개중 3개 이상이 가로, 세로, 대각선 중 한 줄이라도 나란히 되면 그 한 줄로 된 공의 수효에 따라 3개이면 400원, 4개이면 2,000원, 5개이면 10,000원을 따게 되고 공의 수효가 2개 이하이면 돈을 잃게 되는 기구임을 알 수 있는 바 위 인정 사실에 의하면 위와 같은 에잇라인, 고스톱기, 미식축구의 게임에 의하여 손님이 오락을 즐기고 다수고객의 출입으로 대중성을 띄우게 되어서, 대중오락성의 일면이 전혀 없는 것이 아님은 검사의 논지가 지적하는 바와 같다 할 것이다.

그러나 더 나아가 공중위생법과 복표발행현상기타사행행위단속법의 각 입법취지와 관계규정을 자세히 보건대, (1) 공중위생법은, 공중이용시설의 위생관리 등에 관한 사항을 규정함으로써 국민보건을 위한 위생수준을 향상시켜 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 하고(제1조), 그 규제대상 중 유기장업이라함은 유기시설을 갖추고 손님으로 하여금 대중오락을 하게하는 영업을 말하며 (제2조 제1항 제1호 바목), 유기장영업을 하려는 자는 법정시설 및 설비(면적, 채광, 환기, 조명시설, 세면화장시설등)를 갖추어 시장, 군수에게 신고하거나 허가를 받아야 하고(제3조, 제4조), 유기장업자는 손님으로 하여금 유기기구를 이용하여 도박 기타사행행위를 하게 하거나 위법하게 제조된 유기기구를 설치하여서는 아니 되고(제12조 제1항 제3호), 이상을 위반한 자는 처벌을 받게 되어 있으며(제42조 제1항 제1호, 제4호), (2) 한편 복표발행현상기타사행행위단속법은 복표발행, 현상 기타 유사사행행위를 단속함을 목적으로 하고(제1조), 그 단속대상 중 기타사행행위라 함은 타인으로부터 금품을 모아 우연의 결과에 의하여 특정인에게 재산상의 이익을 제공하고 다른 참가자에게 손실을 가져오게 하는 일체의 행위를 말하고, 유사사행행위라 함은 회전판 돌리기 추첨 기타 사행심을 유발할 우려가 있는 시설 또는 방법에 의하여 영리를 도모하는 행위를 말하는데(제2조), 위 행위는 원칙적으로 금지되고 예외적으로, 주로 외국인을 상대로 하는 오락시설로서 외화 획득에 특히 필요하다고 인정될

때, 공공복리향상을 위하여 특히 필요하다고 인정될 때, 상품의 판매선전을 위하여 필요하다고 인정 될 때에 한하여 서울특별시장, 도지사의 허가를 받아 위 각 행위를 할 수 있으며(제3조, 제4조)이를 위반한 자는 처벌을 받는다(제8조).

이상의 재구성을 바탕으로 하여 두 법률의 성격을 비교하면, 공중위생법에서 말하는 유기시설은 대중오락성을 개념요소로 하는 공중이용시설로서 공공복리증진의 차원에서 파악되고 있으며 따라서 법은 이를 원칙으로 허용하되 다만 공중이용이라는 특성에 비추어 공중이용에 적합하도록 하게 하기 위하여 일정한 시설면적, 채광, 환기, 조명시설, 화장시설 등을 갖추도록 규정하고 있음에 반하여, 복표발행현상기타사행행위단속법에서 말하는 유사사행행위는 사행성을 요소로 하고 국민의 근로정신을 타락시키는 것이므로 단속의 차원에서 파악되고 있으며 따라서 법은 이를 원칙으로 금지하되 다만 외화획득, 특정정책실현등 특히 법정 필요성이 있는 경우에 한하여 도지사들의 허가아래 이를 허용하고 있는 점이 선명하게 대비된다.

이제 이 사건 에잇라인, 고스톱기, 미식축구기를 두 법률의 규제제도에 비추어 보건데, 위 오락기구는 앞서와 같이 손님이 100원권 주화를 투입하고 스타트버튼을 눌러 화면에 나오는 그림이나 공을 작동하여서 우연한 확률에 따라 때로는 이를 베팅으로 확대시켜서 점수를 따고 그 점수에 따라 투입금의 1,200배까지의 금액을 따거나 투입금액을 잃게 되는 것임을 알 수 있으므로, 손님이 위 기구에 의한 게임의 전 과정을 통하여 스릴과 즐거움을 느끼게 된다 하더라도 위 기구는 대중에게 건전한 오락을 제공하는, 따라서 공공복리증진의 차원에서 법의 권장을 받을 수 있는 놀이기구라고 보기는 어렵다 할 것이고, 도리어 우연한 승패에 의하여 금전을 따고 잃는 것을 주목적으로 고안된 것으로 사행심의 자극·조장을 본질로 하는 것이라고 보기에 충분하다.

라고 하여 공중위생법상 소정의 유기기구에 해당하지 않는 것으로 판단하였다. 본 사건 대법원 판결 내용은 다음과 같다.

판결 요약

원심이 확정한 사실에 의하면, 이 사건에서 문제가 된 "에잇라인"은 손님이 오락기 투입구에 100원권 주화를 넣으면 화면에 기본점수 5점이 나오고 이 상태에서 스타트버튼을 누르면 화면에 9개의 그림이 나오는데 손님이 1베팅부터 32베팅까지 사이에 마음대로 베팅을 하고 그에 따라 화면이 구르다가 멈출 때 가로, 세로, 대각선 중 하나라도 그림이 통일되면 그림의 종류에 따라 점수가 나와 5점을 100원으로 하여 투입금액의 2배 내지 1,200배를 따게 되고 점수가 0이면 돈을 잃게 되는 기구이고, "고스톱"은 손님이 오락기를 상대로 화투의 경우처럼 고스톱을 하는 것으로 100원에 1점이고 1베팅부터 10베팅까지 마음대로 베팅을 하여 고스톱기가 게임에 이기면 손님이 돈을 잃고 손님이 이기면 돈을 따는 기구이며, "미식축구"는 100원 주화를 넣으면 공 5개가 나오고 스타트버튼을 눌러서 공을 튕겨 구멍에 넣되 5개중 3개 이상이 가로, 세로, 대각선 중 한 줄이라도 나란히 되면 그 한 줄로 된 공의 수효에 따라 3개이면 400원, 4개이면 2,000원, 5개이면 10,000원을 따게 되고 공의 수효가 2개 이하이면 돈을 잃게 되는 기구라는 것인바, 그렇다면 위와 같은 기구는 "에잇라인", "고스톱", "미식축구"의 게임에 의하여 손님이 오락을 즐기고 다수고객의 출입으로 대중성을 띄우게 되어서 대중오락성의 일면이 없는 것은 아니나 이는 대중에게 건전한 오락을 제공하는, 따라서 공공복리증진의 차원에서 법의 권장을 받을 수 있는 놀이기구라고 보기는 어렵고, 오히려 우연한 승패에 의하여 금전을 따고 잃는 것을 목적으로 고안된 것으로 사행심의 자극, 조장을 본질로 하는 것이라고 보아야 할 것이라는 원심의 판단은 정당하다.

따라서 이 사건 오락기구는 공중위생법 제2조 제1항 제1호 바목, 제12조 제2항 제3호 가목 소정의 유기시설 또는 유기기구에 해당하지 아니한다고 판단한 원심의 조처는 옳고 이를 다투는 논지는 이유가 없다.

연 구

음비게법 제2조제3호가목[11]에서는 타법령에 의해 규율되는 기구의 경우는 음비게

11) 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정 2004.1.29>
3. "게임물"이라 함은 컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다 음 각목의 1에 해당하는 것을 제외한다.
가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것

법상 게임물로 정의되지 않는다고 규정하고 있으며, 타법령에 의해 규율되는 기구라 함은 관광진흥법상의 카지노업에서 제공되는 기기·유원시설업의 유기기구, 사행행위등규제및처벌특례법상 사행기구 등을 의미한다고 볼 수 있다.[12)]

그러나 상기 기구들은 매체별 성격으로 명확히 구별되는 것은 아니다. 오락성, 유희성을 가진다는 점에서는 공통되며 카지노기기류나 사행기구에 비해 사행성의 정도가 낮아야 게임물로서 규정될 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

본 사례에서 법원은 다소의 대중 오락성이 있다 하더라도 우연한 승패에 의하여 금전을 따고 잃는 것을 목적으로 고안된 것에 대해 사행심을 자극, 조장하는 것은 공중위생법이 적용되는 유기기구에 해당하지 않는 것으로 보았다.

참고로 관광진흥법상 안전성검사 대상이 아닌 유기기구와 게임물의 중복성의 문제도 존재하는데 종전 공중위생법에서 유기기구로 같이 규율된 관계로 명확히 정의되지 못한 상태에서 양법으로 수용됨으로써 발생한 문제라 하겠다.

현행 관광진흥법상 유원시설업자에 대한 법적취급을 살펴보면 다음과 같다.

관광진흥법상 유원시설업의 종류(시행령 제2조제5호)

가. 종합유원시설업 : 유기시설 또는 유기기구를 갖추어 이를 관광객에게 이용하게 하는 업으로 대규모의 대지 또는 실내에서 법 제31조의 규정에 의한 안전성검사 대상 유기기구 6종류이상을 설치·운영하는 업

나. 일반유원시설업 : 유기시설 또는 유기기구를 갖추어 이를 관광객에게 이용하게 하는 업으로서 법 제31조의 규정에 의한 안전성검사 대상 유기기구 1종류이상을 설치·운영하는 업

다. 기타유원시설업 : 유기시설 또는 유기기구를 갖추어 이를 관광객에게 이용하게 하는 업으로서 법 제31조의 규정에 의한 안전성검사의 대상이 아닌 유기기구를 설치·운영하는 업

종합 및 일반 유원시설업의 경우 허가를 받아야 하고 기타유원시설업의경우 신고만 하면 되도록 되어있음을 알 수 있다.

12) 심의기관 : 게임물 → 영상물등급위원회 / 안전성대상이 아닌 유기기구 → 종합유원시설협회 / 카지노사행성기구 → 한국전기·전자통신연구원

현재 관광진흥법상 기타 유원시설업이 제공하는 안전성 검사대상이 아닌 기구(예: 놀이형 유기기구- 미니농구, 축구, 두더지, 해머, 승마시뮬레이션, 메달밀어내기, 빙고 등)는 음비게법상 게임물과 사실상 구별되지 않아 동일 기구에 대해 안전성검사 비대상 유기기구 확인 및 게임물 등급분류 심의를 병행하여 받고 있는 실정이다.

기타유원시설업에 설치, 운영되는 유기기구 역시 게임물의 성격을 가진 것이 다수 있는바 육체적 안전성검사만이 문제되는 것이 아니라 사행성, 선정성, 폭력성 등 청소년에 대한 정신적 유해여부를 심사할 방안이 요구된다할 것이고, 두 업종을 음비게법으로 일원화하고 안전성검사와 등급분류를 1개의 기관에서 일괄 관리하는 것이 바람직 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

도박기구시설을 갖추고 손님으로 하여금 도박 기타 사행행위를 하게 하는 행위가 공중위생법의 규제대상인지 여부에 대해 소극적으로 판단한 관련 판례에는 다음과 같은 것들이 있다.

대법원 1989.2.28. 선고 88도1685 판결
대법원 1989.11.24. 선고 89도1310 판결
대법원 1989.6.27. 선고 89도11 판결
대법원 1989.9.12. 선고 89도1277 판결
대법원 1990.2.13. 선고 89도1977 판결
대법원 1990.3.13. 선고 90도79 판결
대법원 1990.5.8. 선고 90도691 판결
대법원 1990.7.13. 선고 90도604 판결
대법원 1990.8.28. 선고 90도1313 판결
대법원 1991.2.12. 선고 90도1650 판결

(3) 유기기구 사행성 판단 사건

- 대법원 1990.4.10. 선고 90도174 결정

사건 개요

본 사건은 일련의 게임물에 대하여 구 공중위생법의 적용을 받는 유기기구(게임물)인지 여부가 문제가 된 사례로서 특히 게임물(유기기구) 형식, 내용의 심의기관에 의해 심의필한 게임물이라 하더라도 사법부에서 사행성을 달리 판단할 수 있다는 내용에 대한 것이다. 원심(대구지방법원 1989. 9. 22. 선고 89노1007 판결)의 주요 판결 이유를 살펴보면,

○ 범죄사실

피고인은 당국의 허가 없이 1989. 2. 5. 12:00경부터 같은 달 7. 04:00경까지 사이와 같은 달 21. 12:00경부터 그날 13:00경까지 사이에 대구 중구 화전동 14의 5 소재 약 10평의 점포에 보세오락실이라는 상호로 사행성유기기구인 속칭 에이트라인 11대, 고스톱기 4대등 합계 15대의 기계를 설치해 놓고 불특정 다수의 손님들을 상대로 100원 짜리 동전을 위 기계에 투입하여 각 기계에서 정해진 방법대로 돈을 따거나 잃게 되는 사행행위를 하게 하여 사행심을 유발할 우려가 있는 시설 또는 방법에 의하여 영리를 도모하는 행위를 한 것이다.

○ 무죄부분에 대한 판단

이 사건 주위적 공소사실의 요지는 "피고인은 당국의 허가 없이 1989. 2. 5. 12:00경부터 같은 달 7. 04:00경까지와 같은 달 21. 12:00경부터 그날 13:00경까지 사이에 대구 중구 화전동 14의 5 소재 약 10평가량의 점포에 보세 오락실이라는 상호로 사행성전자 유기기구인 에이트라인 11대, 고스톱기 4대등 합계 15대의 기계를 설치해 두고 그곳에 찾아오는 불특정 다수의 손님들을 상대로 100원짜리 동전을 위 기계에 투입하여 각 기계에서 정해진 방법대로 유기행위를 하게 하여 유기장 영업을 한 것이다"이고, 죄명은 "공중위생법위반", 적용법조는 " 공중위생법 제42조 제1항 제1호, 제4조 제1항"으로 되어 있으므로 직권으로 살피건대 공중위생법의 규제대상이 되는 유기장업은 유기시설을 갖추고 손님으로 하여금 대중오락을 하게 하는 영업을 말하는 것인바, 위에서 유기시설이라 함은 같은법 제3조 제1항,

같은법 시행규칙 제2조 별표1의 6에 규정된 시설 또는 이와 유사한 시설을 뜻하는 것이므로 위 유기시설에 해당하지 아니하는 도박기구시설을 갖추고 손님으로 하여금 도박기타 사행행위를 하게 하는 행위는 도박등 행위를 규제하는 법률의 적용대상이 됨은 별론으로 하고 공중위생법의 규제대상이 될 수 없다고 할 것인바, 위 공소사실에 의하면 피고인이 설치하였다는 에이트라인 및 고스톱기는 공중위생법 소정의 유기시설에 해당한다고 볼 수 없어 그 공소사실이 죄가 되지 아니한다 할 것이어서 이 사건 주위적 공소사실에 대하여는 형사소송법 제328조 제1항 제4호에 의하여 공소기각을 선고하여야 할 것이나 위에서 본 바와 같이 예비적 공소사실에 관하여 피고인을 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 공소기각의 선고를 하지 아니한다.

판 결

[사건번호] 대법원 1990.4.10. 선고 90도174 판결

[전 문]

[피 고 인] 정○○
[상 고 인] 검사
[원심판결] 대구지방법원 1989.9.22. 선고 89노1007 판결

[주 문]
상고를 기각한다.

[이 유]

1. 검사의 상고이유 제1점을 본다.

공중위생법 제2조 제1항 제1호 (바)목의 규정에 의하면 같은 법의 규제대상인 유기장업은 유기시설은 갖추고 손님으로 하여금 대중오락을 하게하는 영업을 말하므로, 같은 법 제42조 제1항 제1호의 벌칙적용대상인 무허가영업행위는 당국의 허가를 받음이 없이 위 법 제2조에 규정된 대중오락성의 영업을 하는 행위를 가리키는 것임이 명백하다. 한편 위 유기장업의 유기시설은 같은법 제3조 제1항, 같은법시행규칙 제2조 별표 1의

6(1989.8.3.개정 전의 것)에 규정된 시설 또는 이와 유사한 시설을 뜻하는 것이므로, 이러한 유기시설에 해당하지 않는 도박 또는 사행기구시설을 갖추고 손님으로 하여금 대중오락이 아닌 도박 기타 사행행위를 하게 하는 행위는 도박 등 행위를 규제하는 법률의 적용대상이 됨은 별론으로 하고 공중위생법의 규제대상이 될 수 없다고 할 것이다(당원 1989.2.28.선고 88도1685 판결; 1989.6.27.선고 89도11 판결; 1989.9.12.선고 89도1277 판결; 1989.11.24.선고 89도1310 판결; 1990.2.13.선고 89도1977 판결; 1990.3.13.선고 90도276 판결 각 참조).

다시 말하면, 공중위생법 제3조 제1항, 같은법시행규칙 제2조 별표 1의 6의 규정에 의한 전자유기시설은 전기용품안전관리법에 의한 형식승인을 받은 전자비디오 오락기구(하드웨어)와 보건사회부장관이 도박성 또는 사행성이 없다고 인정한 프로그램(소프트웨어)으로 구성되는바, 위와 같은 형식승인을 받은 기구와 공인된 프로그램을 사용하여 영업행위를 하는 경우는 물론, 위와 같은 형식승인을 받지 않은 기구와 공인되지 않은 프로그램을 사용하여 영업행위를 하는 경우라도 그것이 허가받은 기구 및 공인된 프로그램과 유사한 대중오락성을 가진 것이라면 위 공중위생법의 규재 대상이 될 것이나, 유사성이 전혀 없고 대중오락이 아닌 도박 또는 사행행위만을 목적으로 제작된 기구 또는 프로그램을 사용하여 영업을 하는 행위는 복표발행, 현상기타사행행위단속법의 규제대상이 될지언정 공중위생법의 규제대상이 될 수 없는 것이다.

또 이와 같은 전자유기시설에 있어서는 그것이 대중오락성의 유기기구인가 또는 도박성의 유기기구인가는 입력되는 프로그램(소프트웨어)에 의하여 좌우되는 것이므로, 동일한 전자비디오 오락기구(하드웨어)라도 여기에 입력되는 프로그램 (소프트웨어)이 전혀 다른 것이면 마치 기계식 대중오락기구와 기계식 도박기구를 같은 오락기구로 볼 수 없는 것처럼 전혀 별개의 유기기구로 볼 수밖에 없는 것이며, 동일한 비디오 오락기구를 사용한다는 사실만으로 입력되는 프로그램의 내용 여하에 관계없이 공중위생법 소정의 오락기구로 본다는 것은 공중위생법의 규제대상에 관한 법리와 그 규제대상인 유기시설의 기본적인 개념을 오해한 데에서 비롯된 것이다.

다만 공중위생법 제42조 제1항 제4호의 규정에 의하면 위와 같이 유기기구를 이용하여 도박 기타사행행위를 하게 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있는 한편, 복표발행, 현상기타사행위단속법 제8조 제1항 및 제2항의 규정에 의하면 복표발행, 현상외의 기타 사행행위에 대하여 3년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금 등과 유사사행행위에 대하여 6월 이하의 징역 또는 1만원 이하의 벌금 등에 처하도록 되어 있어서 대중오락기구에 의한 도박 기타 사행행위가 도박기구에 의한 행위

보다 더 무겁게 처벌되는 불균형이 있으나, 이는 입법의 불비라고 볼 수밖에 없으며(복표발행, 현상기타사행행위단속법은 1963.7.31. 이래 한 번도 개정된 일이 없다), 이러한 입법의 불비를 정당화하기 위하여 공중위생법의 규제대상과 유기시설의 개념에 관한 해석을 달리하는 것은 옳지 않다.

원심이 위와 같은 취지에서 피고인의 판시 소위에 대하여 공중위생법을 적용하지 아니하고 검사의 예비적 공소에 따라 복표발행, 현상기타사행행위단속법을 적용한 조치는 정당하고 소론과 같이 공중위생법의 유기기구에 관한 법리를 오해한 위법이 없으므로 이점 논지는 이유 없다.

2. 같은 상고이유 제2점을 본다.

형사소송법 제328조 제1항 제4호에 규정된 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때라 함은 공소장 기재사실 자체에 대한 판단으로 그 사실자체가 죄가 되지 아니함이 명백한 경우를 가리키는 것인 바, 공중위생법위반의 이 사건 주위적 공소사실에 기재된 유기기구인 에이트라인 및 고스톱기가 공중위생법 소정의 유기기구에 해당하는지의 여부는 위 공소사실 기재 자체에 의하여 명백하다고 할 수 없음에도 불구하고 원심이 위 주위적 공소사실에 대하여 형사소송법 제328조 제1항 제4호에 의하여 공소기각의 결정을 할 경우에 해당한다고 판시한 것은 적절하지 못하나, 원심은 복표발행, 현상기타사행행위단속법위반의 예비적 공소사실을 유죄로 인정함으로써 주위적 공소사실에 대하여 따로이 주문에서 공소기각의 선고를 하지 아니하였으므로 위와 같은 원심판단의 위법은 판결에 영향을 미치지 않은 것이어서 파기할 사유가 되지 못하므로 이점 논지도 이유 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

코 멘 트

본 사례에서 도박 또는 사행행위만을 목적으로 제작된 기구 또는 프로그램을 사용하여 영업하는 행위가 공중위생법의 규제대상인지 여부에 대해 판례는 소극적으로 판단하고 있다.

특히『설령 “전기용품안전관리법에 의한 형식승인을 받았거나 사단법인 한국전자유기장업협회[13]가 도박성이나 사행성이 없는 것으로 인정하여 점검필증을 부착한

유기기구라고 하더라도 도박성이나 사행성이 있는 유기기구인 이상 이는 공중위생법상 소정의 유기기구에 해당한다고 볼 수 없다』고 하여(대법원 1991.5.28. 선고 91도621 판결 등 참조) 게임물에 대한 사행성 판단은 사법부가 판단하는 것임을 명확히 하였다.

최근에도 한 지방법원이 영상물등급위원회(이하 '영등위'라 한다) 심의를 통과한 A게임을 제공한 B업소에 대해 음반·비디오물및게임물에관한법률과 사행행위등규제및처벌에관한특례법 위반으로 벌금형을 내린바 있다. 법원은 이 판결문에서 '영등위에서 18세 등급 판정을 받았다 하더라도 영등위가 게임물의 사행성 여부를 판단하는 최종기구도 아니고 위원회의 결정이 법원의 판단을 구속하지 않는다'면서 영등위와 사법부의 판단은 별개임을 밝혔다.[14]

영등위 심의기준에 의하면 사행행위등규제및처벌에관한특례법상의 사행기구의 경우 '이용불가' 결정을 내리도록하고 있으나, 설령 영등위로부터 '이용불가'가 아닌 '18세이용가' 등급분류를 받아 성인들을 대상으로 이용하는 경우라 하더라도 법원은 사행성에 대해 달리 판단하여 사행행위등규제및처벌에관한특례법상으로 규율할 수 있다고 한 것이다.

또한 본 판례에서는 입력되는 프로그램의 내용에 관계없이 전자오락기구 자체만을 가지고 공중위생법상의 유기시설로 볼 수 있는지 여부에 대해서 소극적으로 판단하였으며, 입력되는 게임 소프트웨어 내용을 중점적으로 판단하고 있음을 알 수 있다.

---

13) 1998년 한국공연예술진흥협회가 유기기구 심의 업무를 담당하기 전에 유기기구 심의를 담당하였던 단체(한국컴퓨터게임산업중앙회)

14) 전자신문 2004년 8월 3일자 기사 등 참조

제2장 게임물 제공업

제1절 게임제공업

1. 게임제공업의 법적 정의 및 분류

"게임제공업"이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위등규제및처벌특례법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계 없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등에 해당하는 경우를 제외한다. (음비게법 제2조제9호)

가. 청소년게임장 : 전체이용가 게임물만을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업
나. 일반게임장 : 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분·설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

2. 게임제공업에서 제외하는 일반영업소에서의 게임물 제공: 싱글로케이션

음반·비디오및게임물에관한법률시행령 제4조(게임제공업의 예외) [별표 1]

1. 종류 : 전체이용가게임물. 다만, 베팅기능 또는 경품제공기능을 포함하는 게임물은 제외한다.
2. 방법 등 : 1개의 영업소당 2대 이하의 게임물을 당해 영업소에 설치하는 방법에 의하되, 그 영업소[15]의 구체적인 범위에 관하여는 문화관광부장관이 교육인적자원부장관·행정자치부장관 및 산업자원부장관과의 협의를 거쳐 이를 정하여

15) 게임물과 관계없는 다른 영업을 경영하는 업소의 내부를 의미, 따라서 이용자가 실내에서 게임물을 이용하는 형태가 되어야 함.

고시한다.[16] 이 경우 3인 이상이 동시에 이용할 수 있는 방법에 의한 게임물은 그 이용자의 수와 동일한 대수의 게임물로 보되, 2인이 동시에 이용할 수 있는 게임물은 이를 1대로 본다

3. 위반시 취급 : [별표 1]을 위반한 경우에는 게임제공업 무등록(신고)업소로 단속. 다만, 게임물을 개·변조한 경우, 경품을 제공한 경우 등 그 위반사안에 따라 다를 수 있다.

게임제공업에서 제외하는 영업소의 범위 등 고시(문화관광부고시 제2002-12호/2002.10.12) 가운데 싱글로케이션에 대한 규율은 다음과 같다.

■ 운영지침 (이른바 싱글로케이션에 대한 규율)

1. 게임물의 종류
○ 영상물등급위원회에서 "전체이용가"로 등급분류를 받은 게임물만 설치 가능함. 다만, 베팅기능 또는 경품제공기능을 포함하는 게임물은 제외함.
○ 인형뽑기 등의 크레인게임물은 경품제공기능이 있는 게임물로 보지 아니함. 다만, 크레인게임물에서 배출되는 물품은 영상물등급위원회 에서 등급분류시에 정한 물품의 종류로 제한하며, 물품의 가격은 1만원 이내로 함.

2. 게임물의 설치 수량
○ 1개의 영업소당 2대의 게임물을 설치할 수 있음
○ 2인이 동시에 이용할 수 있는 게임물은 이를 1대로 보며, 3인 이상이 동시에 이용할 수 있는 방법에 의한 게임물은 이를 그 이용자의 수와 동일한 대수의 게임물로 봄

3. "영업을 영위하는 영업장소"(게임물의 설치장소)의 범위
○ 게임물을 설치할 수 있는 영업장소는 당해 영업소의 영업행위가 이루어지는 시설의 내부에 한함
○ 다만, 다음과 같이 「별도의 공간으로 명확히 구획된 장소」의 경우 게임물을 설치할 수 있음.
- 주된 영업시설에 부속하는 장소에서 게임제공 영업행위가 이루어지는 경우(예 : 문방구 등) 일반통행인에게 보이지 않도록 차단시설물을 설치한 장소
- 영업행위가 전적으로 실외에서 이루어지는 경우(예 : 실외 스포츠장 등) 당해 영업소의 이용고객에 한하여 게임물이 제공될 수 있도록 구획된 장소. 다만, 노점, 유사이동판매업 및 통신판매업 등 무점포 도·소매업소는 제외함

16) 이하 게임제공업소에서 제외하는 영업소의 범위 등 고시 사항 참조

- 울타리 등 경계물이 설치된 장소에서 영업행위가 실내·외부에서 동시에 이루어지는 경우(예 : 가든형 음식점 등) 당해 영업소의 이용고객에 한하여 게임물이 제공될 수 있도록 구획된 장소

○ 백화점 등 종합 도·소매점 내부에 다수의 영업장이 포함된 경우에는 각 영업장을 별개의 영업소로 봄

4. 게임물의 제공방법 등 기타사항

○ 게임물은 영상물등급위원회에서 등급분류 받은 대로 제공하여야 하며, 게임물을 개·변조하여 제공하여서는 아니됨.

○ 게임물을 제공하는 영업주가 임의대로 문구류 등 경품을 제공하는 등 이용자들이 게임을 하도록 유도하는 일체의 행위를 하여서는 아니됨.

○ 게임물은 당해 영업소의 영업행위가 이루어지는 시간에만 제공될 수 있으며, 영업소의 영업행위가 종료되면 당해 게임물을 이용할 수 없도록 전원을 끄거나, 잠금장치를 하는 등 필요한 조치를 하여야 함.

- 영업행위 종료이후 게임물을 이용하도록 하는 경우에는 무등록 게임제공업으로 간주됨.

3. 일반게임장업의 등록 및 일반게임장의 게임물 설치비율

일반게임장업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장, 군수 또는 구청장에게 등록하여야 한다.[17)18)] (음비게법 제27조 제1항)

일반게임장을 영위하는 자가 설치·운영할 수 있는 18세이용가게임물의 설치비율은 총 게임물 수[19)]의 100분의 60 이내로 한다. 다만, 관광진흥법상 제3조제1항의 규정에 의한 호텔업시설 및 유원시설업 시설 안에서 일반게임장을 영위하고자 하는 경우에는 그 설치비율을 100분의 80 이내로 한다 (동조 제2항 및 시행령 제11조)

17) PS2게임, X-Box게임, 게임큐브게임 등 비디오콘솔게임기를 공중에게 제공하는 경우에는 게임제공업으로 분류함. 따라서 설치비율 및 시설기준 등 등록요건과 등록절차는 현 게임제공업 등록과 동일하게 처리함.

18) 청소년게임장업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장, 군수, 구청장에게 신고하여야 한다. (음비게법 제26조 제2항)

19) 3인 이상의 이용자가 동시에 이용할 수 있는 게임물의 경우에는 그 이용자수를 게임물 수로 본다. 예; 경마게임, 메달게임이 6인용, 12인용인 경우 게임물 수를 6대, 12대로 봄.

4. 게임제공업자의 준수사항 (음비게법 제32조)

게임물제공업자는 다음 각호의 사항을 지켜야 한다.

1. 영업소안에 화재 또는 안전사고 예방을 위한 조치를 할 것
2. 게임제공업자는 게임물을 이용하여 도박 그 밖의 사행행위를 하게 하거나 이를 하도록 내버려 두지 아니할 것
3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것
   가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류외의 경품을 제공하는 행위
   나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위
4. 일반게임장업자는 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하여야 하며, 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지 표시를 할 것
5. 게임제공업자 또는 멀티미디어 문화콘텐츠 설비제공업자는 청소년이 이용할 수 있는 게임물 및 컴퓨터 설비 등에 음란물을 차단할 수 있는 프로그램 또는 장치를 설치하여야 하며 청소년에게 18세이용가 게임물을 이용할 수 있도록 제공하지 아니할 것. 다만, 음란물차단 프로그램 또는 장치의 설치에 있어서는 이를 설치할 필요가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(이하 생략)

① 일반게임장의 시설기준

○ 일반게임장은 게임물의 설치비율에 맞게 영업장 바닥면적도 같은 비율로 확보

○ 전체이용가 게임물은 주출입구에서 가까운 쪽에 설치토록 함.

○ 1.5미터 이상의 불투명한 칸막이 등 설치하되 천장까지 구획이 가능하나, 18세이용가 게임물구역의 밀실화를 방지하기 위하여 1.5미터이상인 경우에는 시야가 확보될 수 있게 하거나, 그렇지 않는 경우 출입문을 달지 않은 것이 바람직(출입문이 투명유리창인 경우는 가능)

○ 시행령 [별표4]의 “유통관련업자 준수사항” 안내문 등을 게시토록 함

② 게임제공업소에서의 경품취급 관련 고시[20] (문화관광부고시 제2002－18호/2002.12.30)

1. 경품의 종류

가. 경품으로 다음과 같은 종류를 제공할 수 있다. 다만, 경품제공을 통해 사행행위를 조장할 수 있는 유가증권(도서상품권·문화상품권 및 국민관광상품권 제외)이나 보석·귀금속류(금 14k 이상 포함), 생명체, 청소년 유해매체물, 기타 미풍양속을 해치게 할 수 있는 물품 등을 진열하거나 제공하여서는 아니된다.

(1) 완구류·문구류·캐릭터상품류·문화상품류·관광기념품류·액세서리류

(2) 도서상품권·문화상품권·국민관광상품권·관광진흥법에 의한 호텔업시설의 당해 호텔시설이용권

(3) 의류·생활필수품 등 일상생활에서 일반적으로 유통되는 물품

나. 경품 1개의 가격은 시중판매가격 기준 "전체이용가" 게임물의 경우 1만원, "18세이용가" 게임물의 경우 2만원을 초과하여서는 아니 된다. 다만, 관광진흥법에 의한 호텔업시설내의 일반게임장에서는 18세이용가 게임물의 경우 5만원 이내의 당해 호텔시설이용권을 제공할 수 있다.

이 경우 시중판매가격이라 함은 매입방법 등의 여하를 묻지 않고 일반 소매상점에서 판매되고 있는 동일상품 또는 유사상품과 비교해서 인정되는 가격을 말한다.

2. 경품제공방법

가. 당초 등급분류시에 경품지급기능이 있는 상태로 등급분류 받은 게임물에 한하여 게임의 그 결과에 따라 경품을 고객에게 제공할 수 있다.

나. 경품은 환전할 수 없으며 환전행위를 알선하여서도 아니 된다.

다. 경품은 경품의 수를 누적하여 경품의 종류를 벗어나는 경품으로 교환·제공할 수 없다.

라. 경품취급기준에 의해 제공되는 경품의 종류 및 가격이외의 경품과 다른 경품을 전시 또는 보관하여서는 아니 된다.

---

20) 음반·비디오물및게임물에관한법령실무편람, p.33 내용 참조, 2003.7., 문화관광부

○ 종전법률에서는 경품취급기준을 지침으로 운영되었다가 현행 법률에서는 고시로 운영토록 규정되어 있음

○ 따라서, 법제32조제3호의 규정에 의거 게임제공업(게임제공업을 구성하는 복합유통제공업 포함)의 경품취급기준 고시 시행

- 제정고시 : 문화관광부고시 제2002-2호(2002.02.09)로 시행

▶주요내용

· 도서상품권 및 문화상품권을 경품의 종류에 처음으로 포함

· 경품지급기능이 있는 상태로 등급분류를 받은 게임물에 한해 경품제공 가능. 즉, 모든 경품은 게임물의 지급장치를 통하여 제공하여야 함. 다만, 2002.2.9 이전 등급분류를 받은 게임물은 종전 경품취급기준의 지침에 따라 경품 제공은 가능하나 제정고시에 새로이 반영된 상품권류는 제공할 수 없음을 유의바람.

- 2차고시 : 문화관광부고시 제2002-18호(2002.12.30)로 개정시행

▶개정 주요내용

· 경품의 종류에 국민관광상품권을 포함(이유 : 국내 관광산업의 육성지원책 일환)

5. 복합유통、제공업

게임제공업 외에 음반등 판매업, 비디오물 대여업, 비디오물 시청제공업, PC방, 노래연습장업 가운데 2종류 이상의 영업을 동일한 장소에서 영위하는 영업을 말한다.(음비게법 제2조제12호) 이는 음비게법에서 규정하는 개별 유통관련업을 결합하여 운영하는 새로운 형태의 영업형태를 수용하기 위하여 규정된 것이다.

○ 시설기준

시행규칙 별표4에서 복합유통제공업은 구성업종별 시설기준을 충족해야 하며, 청소년의 출입이 제한되는 업종의 경우에는 청소년의 출입을 제한할 수 있는 구조를 갖추어야 하므로 복합유통제공업의 영업장은 공유통로를 확보하여 각 구성업종별로 출입할 수 있도록 하여야 한다.

○ 행정처분 기준

복합유통제공업(청소년게임장+노래연습장)을 구성하는 업종 중 한 업종
(예 : 노래연습장업)이 법률위반행위를 한 경우 개별적인 구성업종에 한하여 행정처분이 적용되는 것이 아니라 복합유통제공업 그 자체에 행정처분이 적용된다.

6. 학교보건법 위반 사례

(1) 학교환경위생정화구역 사건

- 서울고등법원 1998.2.11. 선고 97구27963 결정, 학교환경위생정화구역내금지행위시설해제(시설증설)불허가처분취소

사건 개요

원고가 1988년부터 학교 근처에서 경영하던 오락실에 대하여 관할구청이 서울북부교육청 정화위원회에 의뢰한 결과 상대정화구역에 위치하므로 1995년 12월까지 이전 또는 폐쇄하여야 한다고 결정하자, 원고가 학교환경 위생정화 구역 내 금지행

위 시설증설 불허가처분을 취소한다는 판결을 법원에 구하였으나, 원고의 시설은 학교보건법에 의한 상대정화구역에 해당된다고 하여 원고의 청구를 기각하였다.

판 결

[이 유]

1. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 당사자의 주장

(1) 피고의 주장 : 피고는 위 처분사유와 관계 법령의 규정을 들어 이 사건 처분이 적법하다고 주장한다.
(2) 원고의 주장 : 이에 대하여 원고는 첫째 위 오락실은 강북중학교로부터 직선거리로는 105m 거리에 위치하여 있지만, 도로를 따라 거리를 측정할 경우 200m 이상 떨어져 있어 강북중학교의 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 아니하며, 둘째 위 오락실과 시설 및 규모, 학교와의 거리가 유사한 '뉴킹오락실'에 대하여는 학교 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 아니한다고 인정하고서도 위 오락실에 대하여는 학교의 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 준다고 인정한 것은 형평성이 결여된 것이므로, 이 사건 처분은 위법하다고 주장한다.

나. 인정사실

앞서 채용한 증거들과 갑 제5, 6호증, 갑 제7호증의 1, 2, 을 제1 내지 9호증, 을 제10호증의 1, 2의 각 기재에 변론의 전취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있고, 갑 제8호증의 1, 2, 갑 제9호증의 1, 2, 3, 갑 제10호증, 갑 제11호증의 1 내지 8의 각 기재는 위 인정에 방해가 되지 아니하며, 원고의 위 주장사실 중 위 '뉴킹오락실'의 시설 및 규모, 학교와의 거리가 위 우리 오락실과 유사하다는 점은 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 달리 반증이 없다.

(1) 이 사건 건물은 위 강북중학교의 경계선으로부터 직선거리로 105m, 도로를 따라서는 200m 이상 떨어진 곳으로, 법 소정의 상대정화구역 내에 위치하고 있으며, 강북중학교 학생들의 주통학로는 아니지만 일반통학로변에 소재하고 있다.
(2) 원고는 1988.경 관할 구청장으로부터 '우리 오락실'이라는 상호로 유기장업허가를 받아 도봉세무서장에게 사업자등록을 한 후 이 사건 건물에 전자오락기 20대를 설치하여 전자유기장 영업을 해 왔다.
(3) 그런데 위에서 본 바와 같이 위 구 시행령이 개정되어 시행되면서 전자유기장이 정

화구역 내에서 설치가 금지되는 시설에 포함되게 됨에 따라, 서울 북부교육청 정화위원회는 법 제6조 제1항 단서의 규정에 의한 관할 구청으로부터의 심의요청을 받고 해당 학교장으로부터 정화구역 내 금지행위 및 시설에 대한 교육환경 저해 여부 조사서를 받아 당해 시설이 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 시설인지의 여부를 심의한 결과 1991. 12. 13. 위 우리 오락실은 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 시설로 심의되어, 위 우리 오락실은 1995. 12. 31.까지 이전 또는 폐쇄하여야 하는 시설로 되었다.

(4) 원고로부터 위 신청을 받은 피고는 1997. 5. 13. 학교환경위생정화위원회를 개최하여 위 오락실이 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 시설인지의 여부에 대하여 심의한 결과, 이 사건 건물이 상대정화구역 내로서 주택가 지역이지만 상가가 형성된 곳에 위치하며 강북중학교 학생들의 일반 통학로 변에 위치하고 있어 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 시설로 인정하여 이 사건 처분을 하였다.

다. 판단

위 인정사실에 의하면, 위 우리 오락실은 위 구 시행령에 따라 1995. 12. 31.까지 이전 또는 폐쇄되어야 할 시설로서 강북중학교의 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 시설이라 할 것이고, 위 '뉴킹오락실'의 시설 및 규모, 학교와의 거리가 위 우리 오락실과 유사하다는 점은 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 처분은 적법하고, 원고의 위 주장은 이유 없다 할 것이다.

2. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

연 구

본 사안에서 원고는 오락실을 1988년부터 영업해오고 있다가 법개정으로 인하여 학교보건법상 1995년 12년 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 하는 사업장이 되었다. 원고의 사업장은 학교로부터 직선거리로 105m 떨어져 있지만, 도로를 따라서는 200m 이상 떨어져 있기 때문에 사업장의 위치가 주택가지역이라는 주장을 하였다. 그러나 직선거리 105m는 학교보건법상 학교경계선으로부터 직선거리로 200미터까지의 지역인 상대정화구역에 해당되며, 서울북부교육청정화위원회의 심의에서도 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 시설로 심의되어 제6조 단서에 해당되지 못하게 되어 학교보건법 시행령 부칙에 의하여 1995년 12월 31일까지 이전 또는 폐

쇄의 대상이 된 것이다.

■ 학교보건법상 학교환경위생정화구역의 구분 및 금지행위 등

구 분	내 용
학교환경위생정화구역의 설정 (제5조)	○ ・ ㅓ생 및 학습환경을 보호하기 위하여 교육감은 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역을 설정 ○ 학교환경위생정화구역은 학교경계선으로부터 200미터를 초과할 수 없음 ○ 교육감의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 교육장에게 위임할 수 있음
학교환경위생정화구역(시행령 제3조)	○ 교육감이 학교환경위생정화구역(이하 "정화구역")을 설정할 때에는 절대정화구역과 상대정화구역으로 구분하여 설정 - 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지의 지역 - 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200미터까지의 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역
정화구역안에서의 금지행위 등(제6조)	○ 학교환경위생정화구역안에서는 다음에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니됨 1.~11.(생략) 12. 당구장(유아교육법 제2조제2호의 규정에 의한 유치원 및 고등교육법 제2조 각호의 규정에 의한 학교의 학교환경위생정화구역의 경우를 제외한다) 13. 사행행위장 및 경마장 14. 기타 제1호 내지 제13호와 유사한 행위 및 시설과 미풍양속을 해하는 행위 및 시설로서 대통령령으로 정하는 행위 및 시설 → 음반・ ㅣ디오물및게임물에관한법률 제2조제9호의 규정에 의한 게임제공업 시설 및 동조제10호의 규정에 의한 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업 시설(시행령 제4조의2 제1호)
정화구역안에서의 금지행위의 예외(제6조 단서)	○ 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외
구시행령 부칙 (1990. 12. 31. 대통령령 제13214호)	○ 시행령 시행전에 정화구역안에 설치한 시설로서 법 제6조제1항제1호 내지 제14호에 해당하는 시설은 1995년 12월 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 힘 ○ 단, 1991년 12월 31일까지 법 제6조제1항 단서의 규정에 의한 교육장의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니함

코 멘 트

학교 앞 문방구에 1~2대 설치하고 있는 오락기인 싱글로케이션의 경우 음반·비디오물및게임물에관한법률 제2조제9호의 규정에 의한 게임제공업 시설에서 제외되어 학교보건법상의 규율도 받지 않고 있다. 학교보건법이 제 역할을 하기 위해서는 적어도 절대정화구역 내에서의 싱글로케이션이 문방구 등에서 이용되지 않도록 철저한 관리가 요구된다.

■ 게임제공업 제외 게임의 법적근거

구 분	내 용
법	제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 9. "게임제공업"이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위등규제및처벌특례법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등에 해당하는 경우를 제외한다. 가. 청소년 게임장업 : 전체이용가 게임물만을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업 나. 일반 게임장업 : 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분·설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업
시행령	제4조 (게임제공업의 제외) 법 제2조제9호 각목외의 부분 단서에서 "대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등"이라 함은 별표 1과 같다.
별표	[별표1] 게임제공업에서 제외하는 게임물의 종류·방법 등(제4조관련) 1. 종류 : 전체이용가 게임물. 다만, 베팅기능 또는 경품제공기능을 포함하는 게임물은 제외한다. 2. 방법 등 : 1개의 영업소당 2대 이하의 게임물을 당해 영업소에 설치하는 방법에 의하되, 그 영업소의 구체적 범위에 관하여는 문화관광부장관이 교육인적자원부장관·정보통신부장관 및 산업자원부장관과의 협의를 거쳐 이를 정하여 고시한다. 이 경우 3인 이상이 동시에 이용할 수 있는 방법에 의한 게임물은 이를 그 이용자의 수와 동일한 대수의 게임물로 보되, 2인이 동시에 이용할 수 있는 게임물은 이를 1대로 본다.

관련판례 및 참고문헌

대법원 1998. 6. 18. 선고 97도2231 전원합의체 판결(공1998하, 1936)
대법원 1999. 10. 12. 선고 99도2309 판결(공1999하, 2379)

(2) 학교보건법 부칙 위반 사건

- 대법원 2000.11.16. 선고 98도3665 전원합의체 판결, 학교보건법위반

사건 개요

피고인은 1988년부터 학교환경위생 정화구역안에서 「컴퓨터게임장」시설을 하고 영업을 계속하여 왔다. 그러다가 1990년 12월 31일 학교보건법 시행령이 개정되어 「컴퓨터 게임장」도 금지행위로 추가되었다(학교보건법 시행령 제4조의 2 제1호). 그리고 시행령 부칙에서 이미 설치한 시설은 1995년 12월 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 한다고 규정하였다. 피고인은 위 유예기간이 경과한 이후에도 계속 「컴퓨터 게임장」을 운영했다는 이유로 기소된 사건으로 1심에서 유죄가 선고되었으며 원심[21]과 상고심 모두 기각되어 1심판결과 같이 유죄가 선고되었다.

판결 요약

구 학교보건법(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정되기 전의 것) 제19조는 그 법 제6조 제1항의 규정에 위반한 자를 처벌하도록 규정한다. 그 법 제6조 제1항에 의하여 금지되는 것은 시설명칭만을 표시한 제2호 내지 제14호의 경우를 포함하여 '제1호 내지 제14호에 열거 규정된 각 시설에서의 각 영업행위를 하는 것'이다. 제1호 내지 제14호에 의하여 '그 각 시설을 직접 건립하여 그 시설에서의 각 영업을 하는 행위'는 물론 '이미 타인에 의하여 건립되어 있는 각 시설을 매수, 임차하는 등의 방법으로 그 시설용도에 따른 영업을 하는 행위'가 금지되는 것이다.

그 법령이 시행되기 전부터 그 시설에서 영업해 오던 사람이 그 유예기간을 넘기고도 그대로 계속 영업을 한 이 사건과 같은 경우에는 그 시행령 부칙 제2항의 이전 또는 폐쇄명령에 위반한 부작위 때문에 처벌되는 것이 아니라 그 법령이 시행되고 그 유예기간이 지난 후에 그 시설에서 금지된 영업행위를 한 작위(作爲) 때문에 처벌되는 것이다.

한편, 이 사건 범행을 처벌하는 것이 소급입법에 의한 영업권 등 재산권의 박탈과 처벌을 금지하는 헌법 제13조 제2항, 제23조 제1항 규정에 위배된다 할 수 없으며, 또한, 이 사건 공소사실에 적용되는 처벌 근거규정이 아닌 그 시행령 부칙 조항이

21) 제주지법 1998. 10. 14. 선고 98노264 판결

헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위배되는 조항이라고 볼 수도 없다. 이 사건 공소사실에 적용될 법규인 그 법 제19조, 제6조 제1항, 그 시행령 제4조의2, 제1호의 규정은 위에서 본 바와 같이 그 금지의 대상인 '행위 및 시설'의 유형을 한정할 합리적 해석기준이 분명하여 처벌규정으로서의 명확성을 지니는 것이어서 헌법 제12조의 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

판 결

[주 문]

상고를 기각한다.

[이 유]

1. 범죄구성요건에 관하여

가. 학교의 보건관리와 학교환경 위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 등의 건강을 보호증진하게 함으로써 학교교육의 능률화를 목적으로 하는 구 학교보건법(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정되기 전의 것) 제19조는 그 법 제6조 제1항의 규정에 위반한 자를 처벌하도록 규정한다.

그리고 그 법 제6조 제1항은 "누구든지 학교환경 위생정화 구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니된다."고 규정하면서, ...(중략)... 제14호의 위임에 따른 그 법시행령(1998. 1. 16. 대통령령 제15607호로서 개정되기 직전의 것) 제4조의2는 "그 법 제6조 제1항의 정화구역 안에서 금지되는 시설은 다음과 같다."고 규정하고 제1호 '컴퓨터 게임장' 등 제6호까지의 시설이름만을 열거 규정하여 금지되는 행위를 열거하지는 아니하였다.

나. 그러한 법령 규정체계에서, 그 법 제6조 제1항에 의하여 금지되는 것은 시설명칭만을 표시한 제2호 내지 제14호의 경우를 포함하여 '제1호 내지 제14호에 열거 규정된 각 시설에서의 각 영업행위를 하는 것'이라고 풀이해야 할 것이다.

그 까닭은, 그 법 제6조 제1항 전단(前段)이 '행위 또는 시설'이라고 표현하지 아니하고 '행위 및 시설'이라고 하여 '행위'를 먼저 내세우면서 '시설'과 묶어서 일체로 표현하고 있으며, 그 법의 목적이 학교환경 위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학습을 소홀히 하는 것을 막아 학교교육의 능률화를 기하려는 데 있는 것인데 그 각 영업행위가 없으면 그

각 시설의 존재사실 자체만으로는 학생들의 학습소홀 등의 교육 유해환경 원인이 되지 않을 것이기 때문이다.

(중략)

그리고 그 법 시행령 제4조의2가 그 법 제6조 제1항 제14호에서 위임된 '행위 및 시설'을 규정하면서 "법 제6조 제1항 제14호의 규정에 의하여 대통령령으로 정하는 '시설'은 다음과 같다."고 하여 '행위 및 시설'이란 문언 대신 '시설'이란 문언만을 사용하여 그 시행령이 의도적으로 그 법조항의 적용범위를 좁히려는 취지를 나타낸 것은 아닌가 하는 의문이 들 수도 있으나, 위임규정인 그 법 제6조 제1항 전단과 제14호가 금지되는 '행위 및 시설'의 범위를 그 시행령에 위임한다고 미리 밝혀둠으로써 행위 또는 시설 중의 한 가지 선택을 위임한 것이 아니라 시설명칭의 범위를 한정하는 일만을 위임한 취지임이 분명하며, 그 시행령 제4조의2는 '행위 및 시설'을 규정한 것으로 풀이되는 그 법 제6조 제1항 제2호 내지 제13호와 마찬가지로 시설이름만을 열거하는 규정형식을 취하고 있는 터이므로 그 시행령 제4조의2 각 호의 경우도 그 법 제6조 제1항 제2호 내지 제13호의 해석과 마찬가지로 그 시설에서의 영업행위를 금지한다는 뜻으로 풀이되어야 하는 것이다.

따라서, 그 법 제6조 제1항 제2호 내지 제13호와 제14호의 수임규정인 대통령령 제4조의2 각 호에는 시설이름만이 열거되어 있지만, 그 조항과 그 법령의 전체적 내용이나 구조 등을 종합해 볼 때 그 제1호 내지 제14호에 의하여 '그 각 시설을 직접 건립하여 그 시설에서의 각 영업을 하는 행위'는 물론 '이미 타인에 의하여 건립되어 있는 각 시설을 매수, 임차하는 등의 방법으로 그 시설용도에 따른 영업을 하는 행위'가 금지되는 것이다.

다. 나아가 밝혀두건대, 그 법령 시행이전부터 그러한 시설에서 영업해 온 사람은 그 법 제20조, 그 시행령 부칙 제2항에 의하여 그 벌칙조항 적용의 유예기간을 부여받게 되며 그 결과 그 사람은 이전, 폐쇄의 유예기간인 1995. 12. 31. 후부터 각 영업행위를 금지당하는 것이므로, 그 법령이 시행되기 전부터 그 시설에서 영업해 오던 사람이 그 유예기간을 넘기고도 그대로 계속 영업을 한 이 사건과 같은 경우에는 그 시행령 부칙 제2항의 이전 또는 폐쇄명령에 위반한 부작위 때문에 처벌되는 것이 아니라 그 법령이 시행되고 그 유예기간이 지난 후에 그 시설에서 금지된 영업행위를 한 작위 때문에 처벌되는 것이다.

라. 한편, 그 법 제19조 위반죄의 구성요건에 관한 이 판결의 해석과 다른 견해가 표명되었던 대법원 1998. 11. 13. 선고 98도2962 판결 등은 이 판결의 견해와 서로 저촉되는 범위안에서 변경하기로 한다. (유의 참조)

2. 헌법위반 여부에 관하여

가. 1990. 12. 31. 제13214호로 대통령령이 개정되면서 신설된 제4조의2 제1호와 부칙 제2항에 의하여 그 시행일 이후 그 정화구역 안에서 컴퓨터게임장을 설치하여 영업하는 것이 금지되는 한편, 그 시행 당시의 기존 시설은 관할교육장의 인정을 받지 못하면 규정된 유예기간 내에 이를 이전 또는 폐쇄하도록 하여 이미 컴퓨터게임장 영업허가를 받아 영업하고 있던 자도 그 유예기간이 경과한 이후에는 그 시설을 이용한 영업이 금지된 때문에 그 법령 시행당시의 기존 시설영업자에 있어서는 그들의 법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 마련된 그 유예기간 후의 컴퓨터게임장 시설에서의 영업행위가 처벌되는 것이지 그 유예기한까지의 컴퓨터게임장의 시설영업이나 이전, 폐쇄명령 위반 때문에 처벌되는 것은 아님이 이미 본 바와 같으므로, 이 사건 범행을 처벌하는 것이 소급입법에 의한 영업권 등 재산권의 박탈과 처벌을 금지하는 헌법 제13조 제2항, 제23조 제1항 규정에 위배된다 할 수 없으며, 또한, 이 사건 공소사실에 적용되는 처벌 근거규정이 아닌 그 시행령 부칙 조항이 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위배되는 조항이라고 볼 수도 없다(헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 98헌마480, 486 결정 참조).

나. 그리고 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌바(대법원 1998. 6. 18. 선고 97도2231 판결, 1999. 10. 12. 선고 99도2309 판결 등 참조), 이 사건 공소사실에 적용될 법규인 그 법 제19조, 제6조 제1항, 그 시행령 제4조의2, 제1호의 규정은 위에서 본 바와 같이 그 금지의 대상인 '행위 및 시설'의 유형을 한정할 합리적 해석기준이 분명하여 처벌규정으로서의 명확성을 지니는 것이어서 헌법 제12조의 죄형법정주의에 위반되지 않는 것이다.

연 구

1. 서설

학교보건법은 앞에서 살펴본 바와 같이 학교의 보건관리와 환경위생 정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호·증진함으로써 학교 교육의 능률화에 기함을 목적으로 제정된 법률이다. 이 목적을 달성하기 위하여 「학교환경위생정화구역」이 설정되며(제5조), 그 정화구역 안에서는 법에 정한 일정한 행위가 금지되고 금지행위에 제공되는 시설의 설치도 금지된다(제6조). 제14호에서 「기타 제1호 내지 제13호와 유사한 행위 및 시설과 미풍양속을 해하는 행위 및 시설로서 대통령령으로 정하는 행위 및 시설」이 규정되어 있으며, 시행령에 게임제공업 시설이 나열되어 있다.

■ 학교보건법 관련 사항

구 분	내 용
정화구역안에서의 금지행위 등(제6조)	○ 학교환경위생정화구역안에서는 다음에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니됨 1.~11.(생략) 12. 당구장(유아교육법 제2조제2호의 규정에 의한 유치원 및 고등교육법 제2조 각호의 규정에 의한 학교의 학교환경위생정화구역의 경우를 제외한다) 13. 사행행위장 및 경마장 14. 기타 제1호 내지 제13호와 유사한 행위 및 시설과 미풍양속을 해하는 행위 및 시설로서 대통령령으로 정하는 행위 및 시설 → 음반·비디오물및게임물에관한법률 제2조제9호의 규정에 의한 게임제공업 시설 및 동조제10호의 규정에 의한 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업 시설(시행령 제4조의2 제1호)
정화구역안에서의 금지행위의 예외(제6조 단서)	○ 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외
벌칙(제19조)	○ 제6조제1항의 규정에 위반한 자는 1년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금
구 시행령 부칙(1990. 12. 31. 대통령령 제13214호)	○ 시행령 시행전에 정화구역안에 설치한 시설로서 법 제6조제1항제1호 내지 제14호에 해당하는 시설은 1995년 12월 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 함 ○ 단, 1991년 12월 31일까지 법 제6조제1항 단서의 규정에 의한 교육장의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니함

2. 대법원의 판단

(1) 법 해석의 문제

이 사건과 관련하여 98도2962 판결의 경우에는 무죄로 된바가 있다. 98도2962 판결의 사건은 피고인이 1996. 11. 1.부터 정화구역내에서 전자오락기 55대를 설치하고 청소년을 대상으로 한 유기장업의 시설을 하였다는 공소사실을 인정한 다음 피고인의 행위는 「컴퓨터 게임장」에 관한 금지규정이 대통령령의 개정으로 새로 추가된 이후 신규로 시설을 설치하는 행위 「만」을 금지하는 것으로 해석하고, 그 이전에 설치한 시설을 계속 운영하는 행위는 금지된 것으로 볼 수 없다고 하였다.

그리고 부칙규정 즉 「컴퓨터 게임장」을 정화구역안에서의 새로운 금지행위로 규정하면서 5년간의 유예기간을 정한 규정은 「기존시설을 계속 운영하는 행위를 한정적으로 제한」한 것에 불과하며 이전·폐쇄 의무 위반에 대한 벌칙규정은 없다고 하였다. 그러면서 원심은 법 제6조 제1항, 제19조 및 시행령부칙 제2항의 적용범위를 오해하고 피고인에 대하여 유죄를 선고했다며 원심판결을 파기하였다.

이 판결에 대하여 학교보건법에 5년간의 유예기간을 둔 취지는 유예기간 경과후에는 기존에 설치하고 운영하던 행위도 전면금지되는 것으로 하여, 학교주변의 정화구역 내에서의 허용된 게임장 외에는 설치 및 영업 시설을 할 수 없도록 하여 학교보건환경을 개선하려는 것이 법의 취지이다. 대법원과 같이 5년간의 유예기간을 정한 부칙에 관하여 "기존 시설을 계속 운영하는 행위는 금지된 것으로 볼 수 없고 다만 시설을 이전·폐쇄할 의무를 부과한 것에 불과" 하다고 판단하는 경우 법의 목적은 상실된다는 비판이 있었다.[22)]

그러나 98도 3365 전원합의체 판결은 학교보건법 제6조 제1항에 의하여 금지되는 것은 시설명칭만을 표시한 제2호 내지 제14호의 경우를 포함하여 '제1호 내지 제14호에 열거 규정된 각 시설에서의 각 영업행위를 하는 것'이라고 풀이하고 있다. 그 이유로는, "법 제6조 제1항 전단(前段)이 '행위 또는 시설'이라고 표현하지 아니하고 '행위 및 시설'이라고 하여 '행위'를 먼저 내세우면서 '시설'과 묶어서 일체로 표현하고 있으며, 그 법의 목적이 학교환경 위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학습을 소홀히 하는 것을 막아 학교교육의 능률화를 기하려는 데 있는 것인데 그 각 영업행위가 없으면 그 각 시설의 존재사실 자체만으로는 학생들의 학습소홀 등의 교육 유해환경 원인이 되지 않을 것이기 때문이다." 라고 하여 그간의 비판을 해소하고 학교보건법의 제정취지에 맞게 판단하고 있다.

(2) 헌법위반 여부(죄형법정주의)

한편 학교보건법에 의하여 시행일 이후 그 정화구역 안에서 컴퓨터게임장을 설치하여 영업하는 것이 금지되는 한편, 그 시행 당시의 기존 시설은 관할교육장의 인정을 받지 못하면 규정된 5년의 유예기간 내에 이를 이전 또는 폐쇄하도록 하여 이미 컴퓨터게임장 영업허가를 받아 영업하고 있던 자도 그 유예기간이 경과한 이후에는 그 시설을 이용한 영업이 금지된다.

---

22) 강해룡, "학교환경 정화구역안에서 금지된 행위", 법률신문 1998. 12. 28.

이러한 규정에 대하여 이는 헌법상 소급입법금지(헌법 제13조 제2항)[23] 및 사유재산의 보장(헌법 제23조 제1항)[24]의 위반이 된다고 생각할 수 있다. 그러나 학교보건법의 취지는 그 법령 시행당시의 기존 시설영업자에 있어서는 그들의 법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 마련된 그 "유예기간 후의 컴퓨터게임장 시설에서의 영업행위가 처벌" 되는 것이고, 유예기간 후에의 영업으로 처벌을 받으므로, 이사건 범행을 처벌하는 것이 소급입법에 의한 영업권 등 재산권의 박탈과 처벌을 금지하는 헌법 제13조 제2항, 제23조 제1항 규정에 위배된다 할 수 없으며, 또한, 이 사건 공소사실에 적용되는 처벌 근거규정이 아닌 그 시행령 부칙 조항이 헌법 제75조[25]의 포괄위임금지원칙에 위배되는 조항이라고 볼 수도 없다고 할 것이다.[26]

그리고 학교보건법이 '행위 및 시설'의 유형이 제대로 갖추어지지 않는 등 죄형법정주의를 위반하고 있다고 하나, 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아니다.[27]

참고로 죄형법정주의란 '죄와 형의 내용은 미리 법에 정해져 있어야 한다'는 원칙이다. 죄형법정주의는 다음 4가지의 파생적 원칙이 있다.

■ 죄형법정주의의 파생원칙

구 분	내 용
관습형법 배제의 원칙 (법률주의)	○ 죄와 형의 내용이 담겨질 법은 법률의 형식을 띠어야 함. 즉, 국회를 통과한 법형식인 법률에 의해서만 죄와 형의 내용을 정할 수 있음 ○ 불문법인 관습법에 의해 죄와 형의 내용을 정하는 것은 금지
명확성의 원칙	○ 죄와 형을 규정하는 법률은 그 내용이 명확해야 함 - 법률에 의해 죄와 형을 규정한다 하더라도 그러한 법률의 내용이 불명확하고 애매모호하면 죄형법정주의 정신의 실현은 불가능

23) 헌법 제13조 ②모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.

24) 헌법 제23조 ①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

25) 헌법 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

26) 헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 98헌마480, 486 결정 참조

27) 대법원 1998. 6. 18. 선고 97도2231 결정, 1999. 10. 12. 선고 99도2309 결정 등 참조

유추해석 금지의 원칙	○ 죄와 형을 규정한 법률을 해석함에 있어서 유추해석은 허용되지 않음
소급형법 금지의 원칙	○ 죄와 형을 규정한 법률은 그 법률의 시행 이전에 행해진 행위에 대해 소급 적용되어서는 아니됨

이 사건에서는 피고에게 적용된 학교보건법이 공소사실에 적용되는 학교보건법 제19조, 제6조 제1항, 그 시행령 제4조의2, 제1호의 규정은 그 금지의 대상인 '행위 및 시설'의 유형을 한정할 합리적 해석기준이 분명하여 처벌규정으로서의 명확성을 지니는 것이어서 헌법 제12조의 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

코 멘 트

학교보건법에 5년간의 유예기간을 둔 취지는 유예기간 경과 후에는 기존에 설치하고 운영하던 행위도 전면금지되는 것으로 하여, 학교주변의 정화구역 내에서의 허용된 게임장 외에는 설치 및 영업 시설을 할 수 없도록 하여 학교보건환경을 개선하려는 것이다. 그러나 98도2962 판결에서는 이를 신규로 시설을 설치하는 행위 '만' 을 금지한다고 해석하여 그간 비판을 받아 왔다. 그러나 동 판결에서는 "각 시설에서의 각 영업행위" 라고 해석하여 영업행위까지 포섭하여 학교보건법의 제정 취지와 부합하게 해석하고 있다.

관련판례 및 참고문헌

헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 98헌마480, 486 결정
대법원 1999. 10. 12. 선고 99도2309 결정
대법원 1998. 6. 18. 선고 97도2231 결정
서울고등법원 1998. 2. 11. 97구27963, 학교환경위생정화구역내금지행위시설해제(시설증설)불허가처분취소
강해룡, "학교환경 정화구역안에서 금지된 행위", 법률신문 1998.12.28.

7. 등록강제 사례

(1) 게임물제공업 등록제도의 위헌 여부 판단 사건

– 헌법재판소 2002. 2.28. 선고 99헌바117 전원재판부

사건 개요

본 사건은 게임물의 제작 및 판매 · 배포가 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는지 여부에 대해서 적극적으로, 게임물판매업자가 되고자 하는 자로 하여금 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관 또는 시장 · 군수 · 자치구의 구청장에게 등록하도록 요구하는 것이 사전검열에 해당하는지 여부는 소극적으로 판단하였다. 또한 위와 같은 등록의무를 부과하고 이를 위반하는 자를 형사처벌하는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부에 대해서도 소극적으로, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부 및 행복추구권, 신체의 자유 및 재산권을 침해하는지 여부 역시 소극적으로 판단한 사건이다.

자세한 사건 개요는 이하 판결문의 [이유]의 '1. 사건의 개요 및 시판의 대상' 부분을 참조하면 된다.

판결 요지

가. 의사표현의 자유는 언론 · 출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없는바, 게임물은 예술표현의 수단이 될 수도 있으므로 그 제작 및 판매 배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는다.

나. 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사 · 선별하여 발표를 사전에 억제하는 제도를 뜻하는바, 이 사건 법률조항에 따른 등록사항을 살펴보면, "유통관련업자의 성명·주민등록번호·주소·본적, 상호(법인명), 영업소소재지, 업종"을 기재 내지 표시하도록 되어 있어 유통관련업자의 외형적이고 객관적인 사항에 한정되어 이 사건 등록제가 게임물의 내용을 심사 · 선별하여 게임물을 사전에 통

제하기 위한 규정이 아님이 명백하다.

다. 이 사건 법률조항 중 등록규정은 통계를 통한 정책자료의 활용, 행정대상의 실태파악을 통한 효율적인 법집행을 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 수긍되고, 처벌규정은 등록의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 방법의 적정성도 부인할 수 없다. 그리고 허가제가 아니라 등록제로 규정하여 게임물의 판매에 관하여 단지 형식적 심사에 그치도록 함으로써 그 규제수단도 최소한에 그치고 있고, 또한 게임물 판매업자의 위와 같은 등록의무는 이 법이 추구하고자 하는 입법목적과 비교하여 볼 때 법익의 균형을 상실하고 있지도 아니하다.

라. 영화진흥법상 영화업자에 대하여는 등록이 아닌 신고만으로 족하고 이를 위반하는 경우에도 과태료만을 부과하고 있으나, 영화영상물과 게임물과는 그 영업장소, 영업형태, 유통경로, 지적소유권의 침해태양, 청소년보호를 위한 대책 필요성의 정도가 서로 다른 만큼, 서로 다른 법률에서 서로 다른 형태로 규율하고 있다고 하여 그것 자체만으로 평등원칙에 위배된다고 단정할 수 없다.

마. 이 사건 법률조항은 게임물의 유통을 영업으로 하는 전문업자 즉, 게임물판매업자에게 단지 그 등록의무만을 규정하고 있고 이에 위반하는 경우의 처벌규정일 뿐이어서, 국민 개개인은 각자 개인의 기호와 취향에 따라 다른 사람과 영업적 차원이 아닌 개별적, 사적 차원에서 게임물의 교환 기타 처분이 가능하고, 그 범위 내에서는 수익도 가능하므로 이 사건 법률조항이 행복추구권이나 신체의 자유 및 재산권을 침해하는 규정이라는 청구인의 주장도 받아들일 수 없다.

판 결

[전 문]

[당 사 자] 청구인 황○○
대리인 대한법률구조공단소속공익법무관 이○○
[당해사건] 청주지방법원 충주지원 99고단670 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 위반

[주 문]

음반 · 비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제30조 제1호 중 게임물판매업자의 등록의무 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은「① 1999. 6. 1.경부터 같은 해 9. 6.경까지 사이에 충주시 연수동 ○○아파트 청구인의 집에서, 정당한 권리를 가지지 아니하고 컴퓨터를 이용하여 서울 이하불상지에서 구입한'다크스톤' 등 5종류의 컴퓨터 CD게임물 약 50개 정도를 복제 · 제작하고, ② 당국에 게임물판매업 등록을 하지 아니하고, 위 ①항과 같은 일시 · 장소에서 컴퓨터통신 나우누리 판매망 장터란에 "중고 게임을 처분합니다. 제가 소장하고 있는 CD와 하드를 백업해 드립니다. 연락처 ○○○-○○○○-○○○○."라고 게시한 다음 위와 같이 불법으로 복제 · 제작한 컴퓨터 CD게임물 '다크스톤' 등 5종류를 성명불상의 구매자들로부터 1개당 6,000원씩을 청구인의 예금통장으로 입금받고, 복제한 CD게임물을 우편으로 보내는 방법으로 약 50회에 걸쳐 위 CD게임물을 판매하였다.」는 공소사실로 청주지방법원 충주지원(99고단670)에 공소제기되었다.

(2) 청구인은 청주지방법원 충주지원에 소송 계속중, 게임물의 유통관련업자가 되고자 하는 자는 소관청에 등록을 하여야 하고 이를 위반하면 형사처벌하는 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제7조 제1항, 제30조 제1호가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청(99초190)을 하였으나 1999. 12. 9. 위 제청신청이 기각되자, 1999. 12. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 음반 · 비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되기 전의 것, 이하 "법"이라 한다) 제7조 제1항, 제30조 제1호 중 게임물판매업자의 등록의무 부분(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)의 위헌여부로서 그 규정 및 관련규정의 내용은 별지와 같다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 형사처벌을 배경으로 하여 등록을 강제함으로써 헌법상 보장된 신체의 자유를 침해하고, 자유롭게 게임물을 유통시키는 것을 막는 것이므로 행복추구권을 침해하며, 게임물의 표현 자체를 제약할 위험이 있어 표현의 자유를 침해하고, 게임물의

자유로운 수시처분을 제약하므로 재산권보장조항에 위배된다.

아울러 영화진흥법에 의하면 영화업자의 경우 신고로서 족하고, 신고하지 아니하고 영화를 제작 · 수입 · 배급 또는 상영한 자는 과태료에 처하도록 하고 있는바, 게임물이 이와 다르게 취급되는 것은 평등원칙에 위배되며 나아가 게임물유통관련업자의 미등록과 음란 · 폭력물의 범람과는 직접적인 관련이 없고 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있는 정도에 그치므로 이를 형사처벌까지 하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다.

나. 청주지방법원 충주지원의 위헌제청신청 기각이유

법 제30조 제1호에서는 게임물의 유통을 영업으로 하는 자만을 처벌대상으로 하고 있으므로, 개인이 자신의 기호에 따라 다른 사람과 게임물을 교환하는 등 영업이 아닌 형태로의 유통을 금지시키는 것이 아닌 이상 이를 행복추구권의 침해라고 할 수 없고, 영화와 게임물은 그 유통규모나 경로가 서로 같지 아니하고 지적소유권의 침해태양도 같지 아니한 만큼 영화와 게임물을 서로 다른 법률에서 서로 다른 형태로 규율하고 있다고 하여 평등원칙에 위반된다고 단정할 수 없다. 또한 등록하지 아니한 게임물유통관련업자에 대하여 형사처벌을 하도록 한 법률이 실질적으로 적법하지 아니하다거나 게임물의 표현자체를 제약한다고 볼 아무런 근거가 없고, 법 제30조 제1호에서는 게임물의 유통을 영업으로 하는 자만을 처벌대상으로 하고 있으므로 개인적으로 게임물을 즐기는 자가 자유로이 처분할 수 없도록 하거나 그 처분시에 이윤을 남기는 것을 금하고 있지 아니한 이상 이 사건 법률조항이 재산권보장조항을 침해한다고 할 수 없다. 나아가 법 제30조 제1호는 법 제7조 제1항에 의한 등록의 실효성을 확보하기 위한 처벌규정으로서 위 등록규정과 함께 통계를 통한 정책자료로의 활용이나 효율적인 법집행에 기여한다고 하겠으므로 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 위 등록규정을 위반한 자들은 비디오물이나 게임물의 유통질서를 교란하고 국가의 정책수립을 방해하는 자로서 사회질서를 훼손하였다는 사회적 비난을 면하기 어려운 자들이라고 할 것이어서 이들에 대하여 형사처벌을 하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반되는 것이 아니다.

다. 청주지방검찰청 충주지청장 및 문화관광부장관의 의견

대체로 위 충주지원의 위헌제청신청 기각이유와 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법목적

이 사건 법률조항 중 법 제7조 제1항(등록규정)은 게임물 판매업자가 되고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관 또는 시장 · 군수 · 자치구의 구청장에게 등록하여야 한다고 규정하고 있고, 제30조 제1호(처벌규정)는 그와 같은 등록을 하지 아니하고 게임물의 판매업을 하는 자를 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이러한 규정은 통계를 통한 정책자료의 활용, 행정대상의 실태파악

을 통한 효율적인 법집행을 위한 것이다(문화관광부장관의 2000. 2. 11.자, 의견서, 5면).

한편 이 법은 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되었는데, 행정규제의 완화를 위하여 종전의 음반·비디오물·게임물의 제작업 및 배급업을 등록영업에서 신고영업으로 전환하고, 그 "판매업" 및 대여업의 등록제를 폐지하여 자유업으로 전환하였다(대한민국 관보, 2001. 5. 24.자, 29면). 다만 비디오물 시청제공업, 일반게임장업 또는 노래연습장업을 영위하고자 하는 자와 그 영업을 포함하는 복합유통·제공업을 영위하고자 하는 자는 여전히 등록을 해야 한다(동법 제27조·제28조).

나. 게임물의 제작 및 판매와 표현의 자유

의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없다. 게임물은 예술표현의 수단이 될 수도 있으므로 그 제작 및 판매 $배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는다(헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 401-402 참조).

그러나 표현의 자유가 기본권으로 보장된다고 하여 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 우리 헌법이 제21조 제2항에서 "언론·출판에 대한 허가나 검열 … 는 인정되지 아니한다" 라고 특별히 규정하여, 언론·출판의 자유(표현의 자유)에 대하여 허가나 검열을 수단으로 한 제한만은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 불구하고 어떠한 경우라도 법률로써도 허용되지 아니하지만, 허가나 검열에 해당되지 아니하는 한 표현의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 일정한 제한을 받을 수 있다(헌재1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124-125).

다. 이 사건 등록제가 사전검열에 해당하는지 여부

헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 즉, 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하는 바, 사전허가금지의 보장은 어디까지나 언론·출판자유의 내재적 본질인 표현의 내용을 보장하는 것을 말한다(헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177, 189).

그런데 이 사건 등록규정이 정한 등록사항을 살펴보면, 그 사항이 "유통관련업자의 성명·주민등록번호·주소·본적, 상호(법인명), 영업소소재지, 업종"(법시행규칙 제4조 제2항, 별지 제3호서식)을 기재 내지 표시하도록 되어 있어 유통관련업자의 외형적이고 객관적인 사항에 한정되어 이 사건 등록제가 게임물의 내용을 심사·선별하여 게임물을 사전에 통제하기 위한 규정이 아님이 명백하다. 따라서 이 사건 등록제가 허가나 검열에 해당되어 헌법 제21조 제2항에 위반된다는 취지의 청구인의 주장은 이유 없다.

라. 과잉입법금지의 원칙 위반 여부

이 법은 음반·비디오물·게임물의 질적 향상을 도모하고 관련산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 높이고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1

조). 그리하여 이 사건 등록규정은 이러한 법의 목적에 이바지하고자 통계를 통한 정책자료의 활용, 행정대상의 실태파악을 통한 효율적인 법집행을 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 수긍되고, 나아가 이 사건 처벌규정은 등록의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 방법의 적정성도 부인할 수 없다.

그리고 허가제가 아니라 등록제로 규정하여 게임물의 판매에 관하여 단지 형식적 심사에 그치도록 함으로써 그 규제수단도 최소한에 그치고 있다.

또 등록사항도 게임물 판매업을 하는 자로서 당연히 준비하고 예상할 수 있는 게임물의 외형 및 판매업자의 신상에 관한 객관적 정보에 한정되어 게임물 판매업을 하고자 하는 자가 이 사건 등록규정에 의한 의무를 이행하기 위하여 달리 번잡한 준비나 설비를 하여야 할 의무를 부담하는 것도 아니다. 따라서 게임물 판매업자의 위와 같은 등록의무는 이 법이 추구하고자 하는 입법목적과 비교하여 볼 때 법익의 균형을 상실하고 있지도 아니하다.

한편 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 법정형의 종류와 범위의 결정은 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되는 분야이므로 헌법상의 평등의 원리 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 되는바(헌재 1997. 8. 21. 93헌바60, 판례집 9-2, 200, 207), 등록을 하지 아니하고 게임물의 판매업을 하는 자를 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 이 사건 처벌조항이 위와 같은 입법자의 입법형성권의 범위를 명백히 벗어난 것으로 보이지도 않는다.

마. 평등의 원칙 위반 여부

청구인의 주장과 같이 영화진흥법상 영화업자에 대하여는 등록이 아닌 신고만으로 족하고 이를 위반하는 경우에도 5천만원 이하의 과태료만을 부과하고 있다(동법 제4조 제1항, 제41조 제1호).

그러나 영화영상물과 게임물과는 그 매체적 특성, 영업 및 유통방법이 다르다는 점이 고려되어야 한다. 즉, 영화의 경우에는 그 영업장소와 영업방법 및 영상테이프의 유통방법이 대중에게 노출되는 공개적인 형태로 수행되기 때문에 사회적 여론에 의한 통제가 가능하고 따라서 관할 행정당국이 영화업의 현황을 파악함에 있어 상대적으로 큰 어려움이 없다. 예컨대 영화필름의 경우, 그 무단복제나 대량복제유통이 쉽지 않다. 반면에 게임물의 경우에는 영화에 비하여 그 유통경로, 영업장소 및 영업방법이 소규모인데다 개별적, 분산적, 폐쇄적이어서 공중에 쉽게 노출되지 않는 특성이 있다. 그 결과, 공중(여론)에 의한 사회적 통제가 어려워 대량복제의 가능성이나 은밀하게 불법 유통되기 쉽고 이에 대한 청소년들의 매체접근도 훨씬 용이하다.

이와 같이 영업장소, 영업형태, 유통경로, 지적소유권의 침해태양, 청소년보호를 위한 대책 필요성의 정도가 서로 다른 만큼, 서로 다른 법률에서 서로 다른 형태로 규율하고 있다고 하여 그것 자체만으로 평등원칙에 위배된다고 단정할 수 없다.

바. 행복추구권, 신체의 자유 및 재산권 침해 여부

이 사건 법률조항은 게임물의 유통을 영업으로 하는 전문업자 즉, 게임물판매업자에게 단지 그 등록의무만을 규정하고 있고 이에 위반하는 경우의 처벌규정일 뿐이다. 그리고 그것이 헌법 제21조 제2항이 금지하는 사전검열이 아니며, 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉입법금지 원칙에도 위반되지 아니함은 위에서 본 바와 같다.

결국 국민 개개인은 각자 개인의 기호와 취향에 따라 사람과 영업적 차원이 아닌 개별적, 사적 차원에서 게임물의 교환 기타 처분이 가능하고, 그 범위내에서는 수익도 가능하므로 이 사건 법률조항이 행복추구권이나 신체의 자유 및 재산권을 침해하는 규정이라는 청구인의 주장도 받아들일 수 없다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

연 구

본 심판은 음비게법 제7조(유통관련업자의 등록) 제1항『음반·비디오물·게임물 유통관련업자(이하 "유통관리업자"라 한다)가 되고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관 또는 시장·군수·자치구의 구청장에게 등록하여야 한다. (단서 생략)』에 대하여 게임물판매업자의 등록의무 부분이 헌법에 위반되는지에 대한 것이다.

헌법재판소는 게임물의 제작 및 판매·배포가 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는지 여부에 대하여는 의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없는 바, 게임물은 예술표현의 수단이 될 수도 있으므로 그 제작 및 판매·배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는다고 하였으며,

게임물판매업자가 되고자 하는 자로 하여금 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부 장관 또는 시장·군수·자치구의 구청장에게 등록하도록 요구하는 것이 사전검열에 해당하는지 여부에 대하여는 헌법 제 21조 제 2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 제도를 뜻하는 바, 이 사건 법률조항에 따른 등록사항을 살펴보면, "유통관련업자의 성명·주민등록번호·주소·본적, 상

호(법인명), 영업소소재지, 업종" 을 기재 내지 표시하도록 되어 있어 유통관련업자의 외형적이고 객관적인 사항에 한정되어 이 사건 등록제가 게임물의 내용을 심사·선별하여 게임물을 사전에 통제하기 위한 규정이 아님이 명백하다고 판단하였다.

또한 위와 같은 등록의무를 부과하고 이를 위반하는 자를 형사처벌하는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부에 대해서는 이 사건 법률조항 중 등록규정은 통계를 통한 정책자료의 활용, 행정대상의 실태파악을 통한 효율적인 법집행을 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 수긍되고, 처벌규정은 등록의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 방법의 적정성도 부인할 수 없다. 그리고 허가제가 아니라 등록제로 규정하여 게임물의 판매에 관하여 단지 형식적 심사에 그치도록 함으로써 그 규제수단도 최소한에 그치고 있고, 또한 게임물 판매업자의 위와 같은 등록의무는 이 법이 추구하고자 하는 입법목적과 비교하여 볼 때 법익의 균형을 상실하고 있지도 아니하다고 판단하였다.

코 멘 트

본 사건은 게임물 제공업의 등록에 관한 사전 검열 해당 여부를 판단한 것이며, 게임물 내용의 심의에 관한 음비게법상의 등급분류제도와 이용불가결정처분에 대한 사전 검열 해당 여부를 판단한 것은 아니다.

(2) 멀티게임장 등록강제 사건

– 행정심판위원회 의결 사건99-7835 등록강제처분취소청구

사건 개요

음반·비디오물및게임물에관한법률 제7조에 의하여 멀티게임장을 운영하는 자는 1999. 11. 8.까지 관할 등록청에 등록하도록 되어 있는 바, PC게임방을 운영하는 청구인이 1999. 11. 8. 문화관광부장관인 피청구인에게 등록강제를 취소해줄 것을 요구하는 이의신청서를 제출하자, 피청구인은 1999. 11. 18. 멀티게임장을 포함한 게임제공업소는 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의한 등록대상임을 알리는 민

원회신을 하였다.

그러나 국무총리 행정심판위원회는 피청구인인 문화관광부장관이 게임제공업소는 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의하여 등록대상임을 청구인에게 알려주는 '민원회신'은 공권력의 행사로서 '처분'이라고 할 수 없어 본 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구라하여 각하하였다.

판 결

[청 구 인] 박○○ (서울특별시 서대문구 ○○○동 ○○○-○○)
[피청구인] 문화관광부장관

청구인이 1999. 12. 1. 제기한 심판청구에 대하여 2000년도 제3회 국무총리행정심판위원회는 주문과 같이 의결한다.

[주 문] 청구인의 청구를 각하한다.

[청구취지] 피청구인이 청구인에 대하여 한 등록강제처분은 이를 취소한다.

[이 유]

1. 사건개요

1999. 2. 8. 제정되고 1999. 5. 8.부터 시행된 음반·비디오물및게임물에관한법률 제7조, 동법 부칙 제3조제9항 및 동법시행령 제11조의 규정에 의하면, 멀티게임장을 운영하는 자는 1999. 11. 8.까지 관할 등록청에 등록하도록 되어 있는 바, PC게임방을 운영하는 청구인이 1999. 11. 8. 피청구인에게 등록강제를 취소해줄 것을 요구하는 이의신청서를 제출하자, 피청구인은 1999. 11. 18. 멀티게임장을 포함한 게임제공업소는 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의한 등록대상임을 알리는 민원회신을 하였다.

2. 청구인 주장

이에 대하여 청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 피청구인은 전체이용가 등급의 게임물을 판매하는 것만을 전체이용가 등급의 분리형게임물만을 유통하는 경우라고 주장하나, 게임물 판매업소 중에서 18세이상 이용가 게임물은 판매하지 않고 전체이용가 게임물만 판매하는 업소는 존재하지 아니하므로 피청구인

의 주장은 억지주장에 불과하다.

나. 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제21조 및 동법시행령 제5조의 규정에 의하면, 게임장의 종류는 전용게임장, 종합게임장 및 일반PC게임장으로 구분되고, 전용게임장은 전자오락실을 말하고, 종합게임장은 전용바닥면적이 500m2이상인 시설을 갖추고 전체이용가 등급 및 18세이상이용가 등급의 게임을 할 수 있게 되어 있는 규모가 큰 게임장을 말하며, 일반PC게임장은 전용바닥면적이 500m2이하로서 전체이용가 등급의 게임만 할 수 있게 된 게임장을 말하는 바, 동법시행령 제12조제1호의 규정에 의하면, 전체이용가 등급의 비디오물만을 유통 또는 시청제공하거나 전체이용가 등급의 분리형 게임물만을 유통하는 경우에는 등록의무가 없고, 청구인이 운영하는 게임장의 전용바닥면적은 189.63m2로서 일반PC게임장에 해당하고 따라서 등록의무가 없다.

다. 피청구인은 멀티게임장에서 이용자에게 게임물을 제공하는 행위는 오락을 제공하는 행위이기 때문에 유통으로 볼 수 없다고 주장하나, 청소년보호법이 정의하는 바와 같이 유통이란 판매, 배포 및 대여를 포함하여 말하는 것이고, 인터넷PC방에서 PC게임을 하게 하는 것은 일정한 요금을 받고 일정한 시간 인터넷 PC와 게임PC를 사용하도록 빌려주었다가 반환받는 것으로서 대여행위임이 분명하고, 인터넷PC방에서 PC게임을 하게 하는 것이 대여가 분명한 이상 음반 · 비디오물및게임물에관한법률시행령 제12조제1호의 규정에 의하여 등록대상이 되지 아니한다.

라. 청구인이 운영하는 사업장은 음반 · 비디오물및게임물에관한법시행령 제12조제1호의 규정에 의한 등록예외 업종으로서 등록의무가 없음에도 불구하고 청구인은 부당한 공권력을 행사하여 청구인으로 하여금 1999. 11. 8.까지 관할구청에 사업을 등록하도록 강제하였고, 이를 취소하여 줄 것은 요구하는 청구인의 이의신청을 부당하게 기각하였다.

마. 청소년보호법상 인터넷PC방은 청소년유해업소로 규정되어 있지도 않고, 또 인터넷PC방이 비디오감상실보다 유해하지도 않음에도 불구하고, 전체이용가 등급의 비디오물만 시청하게 하는 비디오감상실에 대하여는 등록예외를 인정하면서, 전체이용가 등급의 게임물만 사용하는 인터넷PC게임장에 대하여 등록예외를 인정하지 아니하는 것은 인터넷PC게임장에 대하여 부당한 불이익을 주는 차별행정이다.

2. 청구인 주장

피청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 피청구인은 청구인에 대하여 게임장의 등록을 강제한 사실이 없을 뿐만 아니라, 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제7조 및 동법시행령 제11조의 규정상 멀티게임장(일명 PC게임방)을 운영하는 자는 관할등록청(시 · 군 · 구청)에 등록하도록 규정되어 있지만, 이는

법령에서 직접 규정한 사항으로서 행정심판의 대상이 아니다. 따라서 이 건 심판청구는 행정심판의 대상이 없고 행정심판의 대상이 아닌 것을 대상으로 제기된 부적법한 청구이므로 각하되어야 한다.

나. 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제7조의 규정에 의하면, 유통관련업자(게임제공업소)가 되고자 하는 자는 문화관광부장관이 정하는 시설을 갖추고 시장 · 군수 · 구청장에게 등록하도록 규정되어 있고, 동법 부칙 제3조제9항의 규정에 의하면, 이 법에 의한 등록은 1999. 11. 8.까지 하도록 되어 있으며, 동법시행령 제12조제5호의 규정에 의하면, '기타 게임에 제공되는 기구가 게임의 제공을 주된 기능으로 하지 아니하는 것으로 문화관광부장관이 정보통신부장관과 협의를 거쳐 고시하는' 게임제공을 주된 영업으로 하지 아니하는 영업형태를 문화관광부장관이 고시로 정하도록 되어 있는 바, 이 고시에 의한 멀티게임장 등록예외업소를 제외하고는 음반 · 비디오물및게임물에관한법률에 의한 등록의무가 부과되어 있다.

다. 음반 · 비디오물및게임물에관한법률시행령 제12조제1호의 규정에 의해 전체이용가 등급의 비디오물만을 유통 또는 시청제공하거나 전체이용가 등급의 분리형게임물만을 유통하는 경우 등록의무를 면제한 것은 게임물판매업소, 서점, 음반판매점 등에서 전체이용가 등급의 분리형게임물을 판매하는 경우에 등록의무가 없다는 것이고, 게임제공업소에서 전체이용가 등급의 게임물을 이용하는 것에 대하여 등록예외로 인정한 것이 아니다.

라. 법령에서 게임장을 전용게임장과 종합게임장으로 구분하는 것은 충분한 등록준비기간을 보장하고, 학교보건법, 학원의설립 · 운영에관한법률 등 관계법령의 적용을 달리할 필요성(멀티게임장의 경우 관계 법령에 저촉되더라도 2004. 12. 31.까지 이전 · 폐쇄유예)에 의한 것이지 등록대상여부와 관련이 없다.

마. 전체이용가 등급의 게임물을 오락제공하는 업소를 등록대상으로 할 것인지의 여부는 정책적 판단의 대상으로서 이를 등록대상으로 한 것이 청구인의 평등권을 침해한 것이 아니다.

4. 이 건 청구의 행정심판적격여부

가. 관계법령

행정심판법 제2조제1항, 제3조제1항

나. 판 단

살피건대, 처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용이라고 할 것인 바, 청구인의 요구는 법령의 규정 내용의 개정 또는 적용 제외를 구하는 단순한 민원에 불과하고, 이에 대

하여 피청구인이 게임제공업소는 음반 · 비디오물및게임물에관한법률에 의하여 등록대상임을 알려주는 민원회신은 공권력의 행사로서 처분이라고 할 수 없다 할 것이므로 이 건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구라 할 것이다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인의 청구는 심판제기요건을 결한 부적법한 심판청구라 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 의결한다.

연 구

1. 행정심판의 개요

행정심판은 위법 · 부당한 행정행위로 권익을 침해당한 사람이 행정기관에 시정을 구하는 행정쟁송 절차이다. 이는 행정소송제도와 함께 행정구제제도의 근간을 이룬다. 행정소송은 법원에서 관장하고 사실문제를 포함한 법률문제 판단을 대상으로 정식소송절차에 의해(구술심리주의) 국민의 권리를 구제함이 그 목적이다. 하지만 행정심판은 행정기관에 의하고 공익문제 또는 재량문제를 대상으로 약식쟁송절차(서면심리주의)에 의하며 자율적 행정통제와 사법기능 보충에 중심을 두고 있다.

행정심판법은 행정청의 위법이나 부당한 처분, 그밖에 공권력의 행사 · 불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 행정심판 절차를 통해 구제하고 동시에 행정의 적정한 운영을 목적으로 1984년 제정되었다.

행정심판의 대상은 행정청의 처분 또는 부작위이다. 다만, 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정심판을 제기할 수 없다(법 제3조). 행정심판법에서 "처분"이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하며, "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(법 제2조 제1항).

그리고 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(법 제2조 제2항).

2. 사안의 경우

사안의 경우 청구인의 요구는 법령의 규정 내용의 개정 또는 적용 제외를 구하는 민원에 대하여 피청구인인 문화관광부장관이 게임제공업소는 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의하여 등록대상임을 알려주는 '민원회신'은 공권력의 행사로서 처분이라고 할 수 없어 본 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구가 되어 각하되었다. 그리고 구법상의 등록사항은 법령에서 직접 규정한 사항으로 행정심판의 대상이 아니다.

따라서 이건 심판청구는 행정심판의 대상이 없고 행정심판의 대상이 아닌 것을 대상으로 하고 있어 각하된 것이다.

3. 구음비게법의 해석상의 다툼

음비게법상의 등록과 관련하여 청구인과 피청구인은 이의 해석상 다툼이 있었다. 일반 PC게임장의 등록대상 해당여부, 유통의 의미의 해석, 부당한 공권력 행사, 차별행정의 4가지 사항이었다.

논점에 따른 청구인과 피청구인의 주장을 살펴보면 다음의 표와 같다.

■ 청구인과 피청구인의 주장

논점	청구인	피청구인(문화관광부)
일반 PC게임장의 등록대상 해당여부	○ 전체이용가 등급의 분리형 게임물만을 유통하는 경우에는 등록의무가 없음(시행령 제12조제1호의 규정)	○ 1999년 11월 8일까지 유통관련업자(게임제공업소)는 등록(법 제7조 및 부칙 제3조제9항) ○ 고시에 의한 멀티게임장 등록예외업소를 제외하고는 음비게법상 등록의무가 부과(시행령 제12조제5호)
유통의 의미의 해석	○ 청소년보호법상 유통이란 판매, 배포 및 대여를 포함, 인터넷PC방에서 게임을 하게 하는 것은 일정한 요금을 받고 인터넷 PC와 게임PC를 사용하도록 빌려주었다가 반환받는 것으로서 대여행위(시행령 제12조제1호)	○ 전체이용가 등급의 분리형게임물만을 유통하는 경우 등록의무를 면제한 것은 게임물판매업소, 서점, 음반판매점 등에서 전체이용가 등급의 분리형게임물을 판매하는 경우에 등록의무가 없다는 것(시행령 제12조제1호)
부당한 공권력 행사	○ 청구인이 운영하는 사업장은 시행령 제12조제1호의 규정에 의한 등록	○ 게임장을 전용게임장과 종합게임장으로 구분하는 것은 충분한 등록준

	예외 업종인데, 청구인은 부당한 공권력을 행사하여 등록 강제	비기간을 보장하기 위함, 등록대상 여부와 관련 없음
차별행정 여부	○ 청소년보호법상 인터넷PC방은 청소년유해업소로 규정되어 있지도 않음, 비디오감상실보다 유해하지도 않음, 전체이용가 등급의 비디오물만 시청하게 하는 비디오감상실에 대하여는 등록예외를 인정하는데 비하여 인터넷PC방은 등록하게 하므로 차별행정	○ 전체이용가 등급의 게임물을 오락제공하는 업소를 등록대상으로 할 것인지의 여부는 정책적 판단의 대상으로서 이를 등록대상으로 한 것이 청구인의 평등권을 침해한 것이 아님

PC게임장의 등록대상 해당여부와 관련하여서는 1999년 당시 문화관광부의 고시에 의한 멀티게임장 등록예외업소를 제외하고는 음비게법상 등록하도록 되어 있으므로 등록하여야 했을 것이다. 유통의 의미와 관련하여서는 청구인은 청소년보호법상의 유통의 의미를 차용하여 대여행위로 유통에 해당되어 등록 면제대상으로 주장하고 있는데 반하여, 당시 문화관광부는 판매행위를 유통으로 파악하고 있었음을 알 수 있다. 그리고 게임장의 구분과 관련한 부당한 공권력 행사와 관련하여서는 종합게임장의 경우 학교보건법 등에 의하여 이전 또는 폐쇄 대상이 되므로 이를 구분하기 위함이라는 문화관광부의 의견이 타당성이 있다.[28] 차별행정과 관련하여서는 비디오감상실보다 유해한지의 비교 여부는 정책적 판단대상으로 청구인의 평등권을 침해한 것으로 보기에는 다소 무리가 있으리라 본다.

■ (구)음반·비디오물및게임물에관한법률(1999)상의 유통관련업자 등록 관련 규정

구 분	내 용
법	제7조 (유통관련업자의 등록) ① ┌반 · 비디오물 · 게임물 유통관련업자(이하 "유통관련업자"라 한다)가 되고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관 또는 시장 · 군수 · 자치구의 구청장에게 등록하여야 한다. 다만, 음반판매업만 영위하는 경우와 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

28) 1999년 음비게법 부칙 제6조 (학교보건법시행령 개정에 따른 경과조치)
① 이 영 시행당시 학교보건법에 의한 학교환경위생정화구역안에 설치되어 있는 학교보건법시행령 제4조의2제1호의 게임제공업 시설중 멀티게임장에 해당하는 시설은 학교보건법시행령 제4조의2제1호의 규정에 불구하고 2004년 12월 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 한다. 다만, 1999년 12월 31일까지 학교보건법 제6조제1항 단서의 규정에 의하여 교육감 또는 교육감이 위임한 자의 인정을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.
② 이 영 시행당시 학교보건법시행령 제4조의2제1호의 게임제공업시설중 멀티게임장에 해당하는 시설로서 미성년자를 주된 학습자로 하는 학원과 인접한 장소에 설치되어 있는 시설은 법률 제5925호 음반·비디오물및게임물에관한법률 부칙 제3조제9항의 규정에 의하여 동 시설을 게임제공업으로 등록함에 있어서 학원의설립·운영에관한법률시행령 제4조제2항의 규정에 의한 유해업소로 보지 아니한다.

법	② ㅣ디오물감상실업 · 게임제공업 또는 노래연습장업을 하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추고 제1항의 등록을 하여야 한다. ③ ㅣ5조의 규정은 유통관련업자의 등록에 대하여 이를 준용한다. 부칙 제3조 ⑨ 이 법의 시행으로 제작업자 또는 유통관련업자의 등록을 한 것으로 보는 자는 이 법 시행후 2월이내에 제11조의 규정에 의한 등록증을 교부받아야 하며, 이 법의 시행으로 제작업자 또는 유통관련업자로 등록하여야 할 자는 이 법 시행후 6월이내에 이 법에 의한 등록을 하여야 한다.
시행령	제12조 (유통관련업자의 등록 예외) 법 제7조제1항 단서에서 "대통령령이 정하는 경우"라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다. 1. 전체이용가 등급의 비디오물만을 유통 또는 시청제공하거나 전체이용가 등급의 분리형게임물만을 유통하는 경우 2. 연소자(18세미만의 자를 말한다. 이하 같다)의 출입이 금지된 영업소안에서 비디오물 또는 분리형게임물을 판매하는 경우 3. 공항등 보세구역안에서 비디오물 또는 분리형게임물을 판매하는 경우 4. 비디오물 대여업의 등록을 한 자가 비디오물을 판매하는 경우 5. 기타 게임에 제공되는 기구가 게임의 제공을 주된 기능으로 하지 아니하는 것으로 문화관광부장관이 정보통신부장관과의 협의를 거쳐 고시하는 경우

코 멘 트

최초에 PC방 영업과 관련한 등록에 관하여는 반발이 있었으나, 현재 멀티미디어문화콘텐츠설비제공업(PC방)의 경우는 2002년 1월 1일부터 자유업종화 되었다. 유통관련업의 신고·등록·자유업종화 구분은 다음과 같다.

■ 유통관련업의 신고·등록·자유업종화 구분

자 유 업 종	신 고 업 종	등 록 업 종
① ┌반·비디오물·게임물 판매업 (등록제⇒자유업종화, 음반판매업은 당초 자유업임) ② ㅣ디오물대여업 (등록제⇒자유업종화)	① ㅣ작업/배급업 (등록제⇒신고제) ② ┆소년게임장 ③ ┆티미디어문화콘텐츠설비제공업 ④ ┌합유통·제공업 ·신고대상 영업을 결합한 경우 ·신고대상영업+신고·등록대상 아닌 영업	① ㅣ디오물시청제공업 ·비디오물감상실업 ·비디오물소극장업 ·기타비디오물시청제공업 ② ┆반게임장업 ③ ┌래연습장업 ④ ┌록대상영업 포함하는 복합유통·제공업

* 출처: 문화관광부, 「음반·비디오물및게임물에관한법령 실무편람」, 2003, 22면.

이와 유사한 사례로는 행정심판위원회 의결 사건99-7835 등록강제처분취소청구 사례가 있다. 이 사건에서는 행정심판 청구의 요건 자체를 흠결하여 각하되었으나, 주된 내용을 살펴보자면 게임물제공업 중 일반게임장(18세이용가 게임물도 설치하는 경우)에 해당하는 이상 음비게법상의 등록의무를 준수하여야 하고, 문제된 장소가 이른바 싱글로케이션이 아니라면 관련 고시의 적용을 받을 수 없다고 하였다.

관련판례 및 참고문헌

행정심판위원회 의결 사건99-7835 등록강제처분취소청구
문화관광부, 「음반·비디오물및게임물에관한법령 실무편람」, 2003.

제2절 사행성 게임

1. 사행성 게임의 개념

게임의 역사에서 사행성의 요소는 필수불가결하다. 대부분의 게임에는 결과가 있으며, 그 결과가 게임에 대한 동기 및 몰입감을 더해 준다. 친구나 가족들 간의 게임인 경우 간단한 벌칙 혹은 보상이 결과로 주어지지만, 산업화된 게임의 경우에는 점수, 랭킹, 경품과 같은 사회적인 결과가 주어지며, 그 결과의 정도에 따라 게임을 하는 행위의 동기수준이 결정된다. 즉 행동주의 심리학에서 밝혀진 다른 인간의 행위와 마찬가지로 게임행위도 "결과의 크기가 행위의 정도를 결정한다."고 추론해 볼 수 있다[29]. 이는 복권의 경우에도 적용된다. 복권의 당청금이 커질수록 복권을 사는 행위는 증가된다. 다시 말하면, 사행성 게임의 경우에도 보상의 크기가 커질수록 게임의 행위는 증가되므로, 보상의 크기가 클수록 게임의 판매는 증가될 것이라 논리적으로 추측할 수 있다.

사행(射倖)이라는 개념은 국어사전에서 "요행을 바람"으로 정의되어 있다(한컴국어사전, 2002). 사행행위(射倖行爲)는 "요행을 바라는 행위"라고 정의될 수 있으며, 사행성(射倖性)이란 "요행을 바라는 성향(性向)이 있음"으로 정의될 수 있다. 그러므로 사행성 게임이란 "요행을 바라는 성향이 있는 게임"으로 정의 내릴 수 있다[30]. 법률적으로는 사행행위등규제및처벌특례법에서(1991년 전문개정) 다음과 같이 언급하고 있다.

제2조 (정의)
①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 〈개정 93.12.27, 94.8.3〉
1. "사행행위영업"이라 함은 다음 각목의 영업을 말한다.
가. 복표발행업 : 특정한 표찰을 발매하여 다수인으로부터 금품을 모아 추첨 등의 방법에 의하여 당첨자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업
나. 현상업 : 특정한 설문에 대하여 그 해답의 제시 또는 적중을 조건으로 응모자로부터 금품을 모아 그 설문에 대한 정답자나 적중자의 전부 또는 일부에 대하여 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업

29) 권준모, 2001,『심리학과 교육』, 서울: 학지사.
30) 권준모, 2000, '업소용게임과 사행성', 영상물등급위원회 세미나 자료

다. 삭제 〈94.8.3〉
라. 기타 사행행위업 : 가목 및 나목외에 영리를 목적으로 회전판돌리기 · 추첨 · 경품등 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등에 의한 영업으로서 대통령령이 정하는 영업
2. “사행기구제조업”이라 함은 사행행위영업에 이용되는 기계 · 기판 및 용구(이하 “사행기구”라 한다)를 제작 · 개조 또는 수리하는 영업을 말한다.
3. “사행기구판매업”이라 함은 사행기구를 판매 또는 수입하는 영업을 말한다.
②제1항 각호의 영업은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 세분할 수 있다.
(사행행위등규제및처벌특례법, 1991년 전문개정)

그러나, 이 정의에서도 사행성 게임 및 기구에 대한 개념적 정의보다는 예시를 통해서 정의하고 있다. 여기서 “회전판 돌리기, 추첨, 경품등 사행심을 유발할 우려가 있는 기구”라는 점은 주목할 만하다. 즉 “사행심을 유발할 우려가 있다”는 것은 기계의 속성을 말하는 것이다. 다시 말하면, 기계의 특정한 자극 속성이 사람들로 하여금 “요행을 바라는 심리”라는 반응을 일으키게 할 기구라고 정의하고 있는 셈이다. 이는 사행성 게임이 특정한 자체적 속성을 가지고 있다는 것을 말해준다.
게임에 관한 법률인 음반·비디오물및게임물에관한법률에서는(2001년 전문개정) 사행기구, 사행행위 및 사행성에 대한 언급은 있지만, 정의는 없다.

제2조(정의)
9. “게임제공업”이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위등규제및처벌특례법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계 없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등에 해당하는 경우를 제외한다.

제20조 (등급분류)
②비디오물 및 게임물의 등급은 다음 각호와 같다. 다만, 게임물의 경우에는 제2호의 등급분류기준에 불구하고 신청인의 요청에 의하여 전체이용가 · 12세이용가 · 15세이용가 및 18세이용가 등급으로 분류할 수 있으며 이 경우 등급분류의 기준은 제1호의 비디오물의 기준을 준용한다.
2. 게임물의 등급

가. 전체이용가 : 누구나 이용할 수 있는 것
나. 18세이용가 : 청소년은 이용할 수 없는 것

③위원회는 사행성이 지나친 것으로서 제2항의 규정에 의한 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대하여는 이용불가의 결정을 할 수 있다.

④위원회는 등급분류를 함에 있어서 비디오물 또는 게임물의 내용이 제35조제2항 각호의 1에 해당된다고 인정하는 경우 또는 게임물의 사행성여부를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 충분한 내용검토를 위하여 3월 이내의 기간을 정하여 등급분류를 보류할 수 있다.

제32조 (유통관련업자의 준수사항)

3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것
가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류외의 경품을 제공하는 행위
나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위

(음반·비디오 및 게임에 관한 법률, 2001년 개정)

음반·비디오물및게임물에관한법률에서 사행성 여부의 판단을 맡기고 있는 영상물등급위원회의 규정에도 사행성에 대한 정확한 정의는 찾아 볼 수 없고, 단지 사행성 게임의 예시 및 현금화 할 수 있는 결과에 대한 제한만을 규정하고 있다.

제15조(이용불가결정)

①지나친 사행심을 유발하는 화투, 포카, 로얄카지노, 슬롯머신, 빠징코, 경마 등의 게임을 이용하여 다자간에 사용할 수 있도록 한 경우에는 이용불가 결정을 할 수 있다.

②다자간에 네트워크(온라인게임 포함)를 구축하여 온라인상에서 얻은 점수를 현금화(계좌이체, 온라인송금, 사이버머니 등) 할 수 있는 경우 이용불가결정을 할 수 있다.

(영상물등급위원회 게임물등급분류기준, 2001년 개정)

이와 같이 사행성 게임을 직접적으로 규제하고 있는 관련 법률 및 규정에서도 사행성 게임에 대한 구체적이며 명확한 정의는 찾아볼 수 없다. 2002년 초반까지 영상물등급위원회 업소용게임 소위원회에서는 화투, 경마 및 포카게임의 경우 제한적으로 18세 이용가 등급분류를 하고 있으나, 슬롯머신, 빠징코 게임의 경우 사용불

가 판정을 내렸다. 그렇다면 법률적으로 게임의 사행성 여부 판정의 권한을 부여받은 영상물등급위원회의 판정대로 화투, 경마 및 포카게임은 사행성 게임이 아니며, 슬롯머신 및 빠징코 게임은 사행성 게임인가?

사행성 게임을 구분하는 것이 애매해지는 것은 사행성이라는 개념이 이분법적이 아니라 연속적이기 때문이다. 즉 사행성 게임에 대한 판단은 '이다/아니다' 의 차원이 아니라 한 게임이 '요행을 바라는 성향이 얼마 정도인가' 의 연속적 차원인 것이다.

학문적으로도 도박, 혹은 사행성 게임과 관련된 연구들은 논문의 절대량 자체도 적은 편이지만 대개의 경우 도박하는 사람과 관련된 심리학적 관점이나 정신의학적 관점에서 조명되었다. 또한 약간의 연구가 경제학적인 관점이나 사회학적 관점에서 조명하고자 하였다.

사행성 게임과 관련하여 유사한 용어로 도박, 투기 등이 쓰여 지고 있다. 도박에 대해 사회심리학자인 차재호는 "오락적인 요소를 갖추었으면서 금전 추구가 목적이 되고 있는 금전적인 모험의 게임" 이라고 정의하고 있다[31]. 사행성 게임을 위에서 정의한 바와 같이 "요행을 바라는 성향이 있는 게임" 으로 풀어본다면, 이러한 도박의 정의와 별반 다르지 않다. 다시 말하면, 사행성의 정도에서 대단히 심한 극단에 있는 게임의 경우 "도박" 이라는 명명(labeling)이 가능할 것이다. 그러나 산업계에서 도박이라는 용어 대신 게임이란 용어를 더 선호하는 이유는 도박이 지니는 부정적인 어감 대신에 다소간 가치중립적인 게임이라는 용어 사용이 더 적절하고, 무엇보다도 현대에 이르러 게임이 지니는 매체적 중요성 때문일 것이다[32]

2. 전자게임의 베팅속성을 통한 사행성 분석

사행성 게임에 관련된 이론으로서 심리학의 각성이론와 행동주의 심리학의 강화이론 그리고 사회학적인 접근인 까이와의 이론 등이 참조가 된다. 각성이론은 사행성 게임의 보상과 동기의 문제를 분석하는데 적합하며, 스키너의 이론은 사행성 게임에 대한 개인적, 심리학적 분석에 유용하다. 까이와의 이론은 사회적 맥락에서의

31) 차재호, 1988, 도박의 심리학적 이해, 『정신건강연구』7, 한양대학교 정신건강연구소,

32) 맥루한은 게임은 "우리의 사적인 자아가 아니라 사회적 자아의 확장이며, 그것은 또한 커뮤니케이션 미디어이기도 하다"고 하며 게임이 매스미디어임을 강조하고 있다.
Mcluhan, M., 1964, *Understanding Media: The Extentsion of Man*

사행성 게임을 검토하는데 도움을 준다[33]. 이들 이론을 통하여 사행성 게임에 대한 일단의 분석틀을 제시할 수 있다.

동전을 던져 앞/뒷면을 점쳐보는 행위를 사행성이 있다고 할 수는 없다. 사행성 게임이라고 할 때는 그러한 우연적 확률에 대한 보상이 전제되어야 한다. 그러한 보상은 그냥 주어지는 것이 아니고 먼저 게이머의 베팅에 대한 반대급부로 이루어진다. 따라서 베팅은 사행성 게임의 성격을 규정하는 한 중요한 요인이 된다. 이에 베팅을 중심틀로 하여 사행성 게임에 대해 다음의 3가지 방식으로 분류하여 그 성격들을 살펴보는 것이 가능해진다. 이것은 베팅의 크기, 시간, 공간적인 측면에서 사행성을 검토해보고자 하는 것이다.

(1) 베팅액의 크기

베팅액이 커지면 당연히 전체 게임의 판돈이 커지므로 이것은 판돈의 크기와도 비슷한 면이 있다. 보통 가위바위보는 사행성 게임으로 인식되지 않는다. 가위바위보를 하면서 손목 때리기를 한다면 사행성 게임이라 규정할 이유는 없을 것이다. 하지만 만원이나 십만원 정도의 큰 판돈을 걸고 가위바위보를 한다면 사정이 달라진다. 명절 때 친척들이 모여서 저렴한 판돈의 고스톱을 하는 것은 암묵적으로 인정하면서도 도박장에서의 큰 판돈의 고스톱은 완전한 도박이 되는 것도 마찬가지로 이해할 수 있을 것이다. 또한 베팅액은 결정적으로 배당의 크기를 결정한다. 그러므로 베팅액, 판돈의 액수가 사행성에 있어서는 가장 본질적인 요소일지 모르겠다. 비둘기가 아무리 스키너상자의 막대에 반응해도 먹이가 나오지 않는다면 비둘기가 계속해서 반응할 리 없다. 놀이의 타락은 현실과 연결될 때 이루어지는데 놀이와 현실을 가장 강력하게 매개해주는 것이 바로 경제적 보상인 것이다.

일반적으로 베팅액이 커질수록 그 사행성 역시 증대한다고 볼 수 있다. 앞서 고스톱의 예처럼 명절 때의 소액의 고스톱과 도박장에서의 거액의 고스톱을 동질적으로 볼 수 없다. 베팅액, 따라서 판돈까지도 커질 때 그 사행성이 커진다고 인식되는 것이다. 대부분의 사행성 게임이 그러한 원리에 따르기는 하지만 그것을 완전히 비례적인 관계로만 볼 수는 없다. 가령 복권의 가격이 오백원인 경우와 십만원인

33) 각 이론의 상세 내용에 대해서는 권준모, 박태순, 2001, '게임의 사행성', 『게임산업저널』창간호, 참조

경우, 십만원짜리 복권이 오백원의 그것보다 더 사행성이 높다고 보기 어렵다. 무엇보다도 십만원짜리 복권을 살 수 있는 사람이 그다지 많지 않을 것이며 지속적으로 사기는 더더욱 어려울 것이다. 고스톱의 경우도 지나치게 높은 베팅액으로는 게임 자체가 이루어지지도 않을뿐더러 지속적으로 판이 진행되기도 여러울 것이다. 비둘기는 먹이가 나오지 않을 때 반응을 멈출뿐더러 먹이가 지나치게 많이 나와서 소화하기 어려울 정도로 쌓여도 굳이 반응하지 않을 것이다. 중요한 점은 놀이와 현실을 가장 강력하게 매개시켜주는 베팅액에서 가장 사행성이 높다고 할 수 있을 것이다. 물론 그 액수는 게임의 성격에 따라, 그리고 게임을 하는 사람의 경제적 위치에 따라 달라질 것이다. 지방의 카지노까지 가서 슬롯머신을 즐길 수 있는 사람과 동네의 조그만 오락실에서 전자슬롯머신을 즐기는 사람과는 슬롯머신에 투입하는 베팅액이 달라질 것이다. 그러한 점에서 본다면 현재의 오백원의 복권 값은 그 구매자가 대부분 서민인 점을 감안할 때 가장 적절하게 사행성을 높이는 수준일 것이다.

그러므로, 사행성 게임류에서 배팅의 크기를 제한하는 것은 사행성의 정도를 제한하는 중요한 규제방법이라 할 수 있다. 일본의 사행성 유기기구에 대한 기준에서도 베팅의 크기를 제한하고 있다. 예컨대, 파친코 유기기구에서 "1분간 400엔의 유기요금에 상당하는 개수를 넘는 개수의 유기구(구슬)을 발사시킬 수 있는 성능을 가진 유기기구"라고 규정하고 있는 것도 이 때문일 것이다(일본 풍영적정화법령, 1998, 36면).

(2) 베팅의 단위속도

한번 베팅을 한 후 다음 베팅까지 걸리는 시간, 속도에 관한 문제이다. 그 속도가 빠르면 빠를수록 그만큼 사행성이 크다고 볼 수 있을 것이다. 우연에 의한 보상을 기대하는 시간이 짧아지기 때문이다. 또한 베팅의 단위속도가 빠르다는 것은 정해진 시간에 더 많은 베팅이 가능하다는 것도 의미한다.

몇 가지 게임의 예를 들어보자. 슬롯머신은 베팅을 한 후 한번 릴을 회전시키는 것이 한판의 게임이다. 이후 다시 베팅을 하고 릴을 회전시키는 것이 반복되는데 한번 베팅 후 다음 베팅까지 넘어가는 시간 즉, 게임 한판의 시간이 매우 짧다. 전자식 슬롯머신의 경우는 더 빨리질 수가 있는데 이들 기계의 경우 판마다 베팅액

을 새로 투입해야 하는 것이 아니라 ‘시작’ 버튼만 누르면 전회의 베팅액과 동일한 베팅액으로 게임이 진행된다. 심지어 ‘자동’ 버튼이 있는 경우는 ‘시작’ 버튼을 누를 필요도 없이 자동적으로 릴이 회전한다.

파친코는 단위속도라는 면에서 슬롯머신보다도 사행성이 높다고 볼 수 있다. 파친코는 지름 5mm의 쇠구슬을 계속해서 튕겨내는 게임으로 튕겨진 구슬이 일정한 홈에 들어가면 배당금을 받게 된다. 만일 1,000원에 구슬 10개를 받아 게임을 한다면 구슬 하나당 100원을 베팅하는 셈이 된다. 그런데 구슬 하나하나 모두 개별적으로 배당을 받을 가능성이 있으므로 구슬 하나를 튕기는 것을 넓게 보아 한판의 게임으로 볼 수도 있다. 이런 측면에서 본다면 그 단위속도는 슬롯머신에 비해 매우 빠른 것이 된다. 이와 같은 이유 때문에 일본의 사행성 유기기구에 대한 기준에서도 “보조물을 연속해서 작동시킬 수 있는 장치가 설치되어 있는 유기기구의 경우 보조물이 연속해서 작동하는 횟수가 16회를 넘는 성능을 가진 것”이라고 베팅의 단위속도를 통해 사행성 유기기구를 규정하고 있다(일본 풍영적정화법령, 1998, p36).

파친코와 더불어 비교할 수 있는 것이 구슬식 빙고게임이다. 구슬식 빙고는 파친코와 유사하게 구슬을 튕겨 홈에 집어넣는 게임이다. 하지만 보통은 16개의 구슬을 모두 튕기는 것이 한판의 게임이 된다. 모든 구슬이 1에서 16까지의 숫자가 새겨진 홈에 들어간 후, 구슬이 들어간 홈의 숫자의 조합으로 배당을 결정하지, 구슬 하나가 개별적으로 배당을 받을 가능성은 없는 것이다. 따라서 다음 베팅으로 넘어가는데 16개의 구슬 모두를 튕겨야 하며 그 베팅의 단위속도는 연속적으로 발사되는 파친코에 비해 현저히 떨어진다.

트럼프카드 7장을 가지고 게임을 하는 ‘포커’의 경우도 폭넓게 해석할 때 베팅의 속도가 문제가 된다. 포커는 3장부터 시작해서 점차 1장씩 카드를 받고, 총 7장이 되었을 때의 카드의 조합으로 승부를 가린다. 따라서 한판의 진행시간은 슬롯머신과 파친코에 비하면 상대적으로 떨어지는 편이다. 하지만 포커게임에서 문제가 되는 것은 카드 1장씩을 추가로 받으면서 계속 베팅을 할 수 있다는 점이다. 일반적으로 ‘Bet’, ‘Call’, ‘Raise’, ‘Fold’ 등으로 불리는 여러 베팅의 기능들이 있는데 이러한 게임 중간 중간의 베팅은 게임에서의 베팅사이의 간격(비록 그것이 동일한 한판의 게임 내에서라고 하더라도) 즉, 베팅의 단위속도를 현저하게 줄이는 역할을 하게 된다. 그러한 점에서 고스톱은 포커에 비해 사행성이 떨어진다고 생각할 수 있다. 게임 한판에 걸리는 시간이 포커와 비슷하다고 볼 수 있는데, 한판 전체가 끝나기까지 중간베팅, 추가베팅의 기능이 없기 때문이다.

카드게임은 포커 이외에도 많은 유형이 있고, 따라서 각 유형별로 그 특성을 살펴보아야 한다. 전자식 카드게임중에서 7장이 아닌 5장의 카드로 게임을 하는 'Five Card' 게임이 있다. 이것은 카드 5장을 받은 후 임의로 계속 쥐는 카드와 교체하는 카드를 선택할 수 있으며 카드를 교체한 후의 5장의 카드의 조합으로 배당을 결정한다. 중간에 베팅을 하는 기능은 없지만 게임 한판 한판의 진행속도가 상당히 빠른 게임이다.

반면에, 훌라는 처음 7장을 갖고 시작해서 자기 차례에서 카드 한 장을 집어오고, 한 장을 버리는 방식으로 진행되는데 먼저 손에 들고 있는 모든 카드를 버리는 사람이 이기게 된다. 이것이 포커와 대별되는 가장 큰 요인을 단위속도라는 측면에서 찾을 수 있다. 훌라는 게임 한판의 진행자체가 포커에 비해 길며 중간 중간 새로이 베팅을 하는 기능이 없다는 점에서 고스톱과 비슷한 측면이 있다.

복권은 예전에 일반적으로 1주일 단위로 추첨을 하여 당첨여부를 알 수 있게 한 정기식 복권과 근래에 많은 종류가 나오고 있는 즉석식 복권이 있다. 바로 당첨 여부를 알 수 있는 즉석식 복권이 정기식에 비해 상당히 사행성이 높다는 것을 알 수 있다.

이와 같이 베팅의 단위속도 측면에서 게임의 사행성정도를 본다면 슬롯머신과 파친코게임이 가장 사행성이 높다고 볼 수 있으며, 다음으로 포커게임이며, 고스톱, 훌라나 복권은 상대적은 낮다고 볼 수 있다.

(3) 베팅의 확장성

베팅의 단위속도가 시간적인 측면에서 고려한 것이라면 이것은 공간적인 측면이라고 볼 수 있는 것으로 게임 한판에서의 베팅 범위가 얼마나 확대될 수 있는가에 대한 관점이다. 쉽게 예를 들면 경마를 볼 수 있다. 보통 10여마리의 말이 달리고 각 말에 대해 단승식, 복승식으로 베팅을 할 수 있게 되어 있다. 가령 10마리의 말이라면 단승식 1,2,3.....9,10의 10개, 복승식 1-2,1-3,1-4,1-5,.....9-10의 45개의 베팅구역에 베팅이 가능하다. 비록 경마 자체는 게임의 진행속도가 앞서 예를 들었던 게임들에 비하면 다소 떨어지는 편이기는 하지만 이러한 베팅의 공간적 확대는 그러한 시간적 제한을 보완해준다.

경마 외에 예를 들 수 있는 것이 이른바 '띠식게임'으로 대만에서 유행하는 게임

이다. 이 게임은 보통 수종의 그림이 있고 미리 각 그림에 베팅을 해둔다. 그림 하나에 하든, 모든 그림에 베팅을 하든, 그것은 임의로 할 수 있다. 베팅한 후 게임을 시작하면 수종의 그림 중 한 그림에 불이 들어오고 그 그림에 베팅을 해놓았다면 일정 배당액을 받게 된다. 경마와 마찬가지로 베팅의 공간적 범위가 크다.

띠식게임과 비슷한 원리의 게임으로 '도리짓고땡'을 들 수 있다. 전자식 도리짓고땡의 경우 컴퓨터가 조종하는 카드패가 있고, 게이머가 베팅할 수 있는 카드패가 보통 4-5개 정도 있다. 게이머가 베팅한 카드패가 컴퓨터의 그것을 이기는 것들은 배당을 받게 되는 것으로 역시 베팅이 공간적으로 확대되고 있다.

베팅의 확장성을 대표적으로 보여주는 게임으로는 룰렛게임을 들 수 있을 것이다. 게임 자체는 원형판을 돌려 한 숫자(00-36사이)에 멈추게 하는 단순한 것이지만 그 베팅방식은 폭넓은 확장성을 지니고 있다. 즉, 각 숫자에의 베팅, 짝수 홀수에의 베팅, 흑색 적색에의 베팅 등 다양한 베팅방법을 지니고 있다.

앞서 언급한 구슬식 빙고가 아닌, 본래의 빙고게임은 룰렛과 비슷한 원리로 이해할 수 있을 것이다. 이것은 여러 개의 빙고판을 구매 혹은 베팅한다. 따라서 실질적으로 한 개의 빙고판을 구매하는 형식인 앞서의 구슬식 빙고게임에 비해서는 그 베팅의 확장성이 커져 사행성도 높다고 이해된다.

슬롯머신 게임의 경우도 사행성을 증가시키기 위해 베팅의 확장성을 크게 하고 있는 추세이다. 과거에는 3 X 3 라인의 가운데 들어가거나 혹은 최대한 9개 라인에 대한 베팅이 가능하도록 하였으나, 최근에는 라인을 더 늘려서 베팅의 확장성을 담보하고 있다.

3. 사행성 게임에 관한 사례

(1) 사행행위와 영업정지: 아케이드 이큅먼트 사건

- 서울행정법원 1999.11.16. 선고 99구14309 결정, 영업정지처분취소

사건 개요

원고는 1998년 12월 9일 종로구청장으로부터 컴퓨터게임장업 허가를 받아 컴퓨터

게임장업을 운영하여 왔다. 그러다가 아케이드 이큅먼트를 설치하여 손님들로 하여금 사행행위를 하게 하자 종로구청장은 구 공중위생법 제12조 제2항 제3호 가목, 제23조, 같은법시행규칙 제41조의 [별표7]의 2.업종별 기준, (5)유기장업 중 (사)항을 적용하여 원고에 대하여 1999년 4월 7일부터 1999년 7월 6일까지 3개월간 위 오락실의 영업정지를 명하는 내용의 처분을 하였다. 이에 원고는 종로구청장을 피고로 영업정지처분을 취소한다는 취지의 소를 서울행정법원에 제기하였으나 기각되었다.

판 결

[원 고] 권 ○ ○
서울 종로구 장사동 2**의 *
소송대리인 변호사 심 ○ ○

[피 고] 종로구청장
소송수행자 임 ○ ○

[주 문]
1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

[청 구 취 지]
피고가 1999. 4. 2. 원고에 대하여 한 영업정지처분을 취소한다(소장 기재 청구취지 중 처분일자 1999. 3. 22. 은 1999. 4. 2. 의 오기로 보인다).

[이 유]

1. 처분의 경위

〈인정근거〉
가. 원고는 1998. 12. 9. 피고로부터 컴퓨터게임장업 허가를 받아 서울 종로구 장사동 227의 1에서 토토 오락실 이라는 상호로 컴퓨터게임장업을 운영하여 왔다.

나. 피고는, 원고가 1999. 2. 25. 위 오락실에 아케이드 이큅먼트를 설치하여 손님들로 하여금 사행행위를 하게 하였다는 이유로 구 공중위생법(1999. 1. 21. 법률 제5654호로 개정되기 전의 것) 제12조 제2항 제3호 가목, 제23조, 같은법시행규칙 제41조 [별표 7]의

2. 업종별 기준, (5) 유기장업 중 (사)항을 각 적용하여, 1999. 4. 2. 원고에 대하여 1999. 4. 7.부터 1999. 7. 6.까지 3개월간 위 오락실의 영업정지를 명하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

원고는 생계를 유지하는데 적합한 사업체를 물색하던 중 여러 사람으로부터 돈을 빌려 이 사건 오락실 영업을 하게 되었다. 원고는 이 사건으로 적발되기 이전까지 법규를 위반하여 처벌받은 전력이 전혀 없다. 위와 같이 원고가 이 사건 오락실 영업을 하게 된 경위, 법규위반의 전력 등을 고려하여 보면, 이 사건 처분은 재량권을 일탈하였거나 남용한 위법한 처분이다.

나. 판 단

공중위생법이 유기장업을 경영하는 영업자로 하여금 사행행위를 하지 못하도록 규정한 것은 일반 국민들의 사행심을 조장함으로써 건전한 근로의욕을 상실시키는 것을 방지하고자 하는 데에 그 취지가 있다고 할 것인데, 원고는 이러한 공익 목적에 위배하여 손님들로 하여금 사행행위를 하게 하였다. 그리고, 행정처분의 기준을 정한 공중위생법시행규칙 제41조가 행정규칙의 성질을 가지는 것으로서 직접 국민을 기속하는 효력이 있는 것은 아니라 할 것이지만, 처분의 당부를 가리는 데 중요한 참작요소는 된다고 할 것인데, 이 사건 처분은 위 처분기준에 적합한 것으로 보인다. 이러한 점들 이외에 이 사건 처분의 근거가 된 위반행위의 내용 및 정도 등을 모두 고려하여 보면, 원고가 주장하는 바와 같은 사정을 감안한다 하더라도 이 사건 처분이 재량권을 일탈하였거나 남용한 위법한 처분이라고 볼 수는 없다.

4. 결 론

원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로, 이를 기각한다.

연 구

행정소송은 법원에서 관장하고 사실문제를 포함한 법률문제 판단을 대상으로 정식소송절차에 의해(구술심리주의) 국민의 권리를 구제함이 그 목적이다. 이에 대하여 행정심판은 위법 · 부당한 행정행위로 권익을 침해당한 사람이 행정기관에 시정을 구하는 행정쟁송 절차이다.

본 사안에서 원고는 본 사건 이전에는 법규를 위반하여 처벌받은 전력이 전혀 없

음에도 불구하고, 1회의 위반으로 3개월의 영업정지라는 행정처분을 당한 것은 오락실 영업 경위, 법규위반의 전력 등을 고려할 때 재량권을 일탈하였거나 남용하였다고 주장한다.

그러나 공중위생법이 유기장업을 경영하는 영업자로 하여금 사행행위를 하지 못하도록 규정한 것은 "일반 국민들의 사행심을 조장함으로써 건전한 근로의욕을 상실시키는 것을 방지하고자 하는 데에 그 취지"가 있다. 그리고 법의 위반에 대한 행정처분에 대한 사항이 법에 규정되어 있으므로 이 사건 처분이 적합하다고 한 법원의 판단이 옳다고 할 것이다.

■ 구공중위생법상의 관련 법규

제12조(영업소의 위생관리 및 영업자 준수사항)
② 위생접객업자(대통령령이 정하는 종사자를 포함한다) 는 다음 각호의 사항과 영업질서의 유지를 위하여 보건복지부령이 정하는 사항을 지켜야 한다.
3. 유기장업자
가. 손님에게 유기시설 또는 유기기구를 이용하여 도박 기타 사행행위를 하게 하거나 이를 하도록 내버려두어서는 아니된다.

제23조(행정처분)
① 시장 · 군수 · 구청장은 영업자등이 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 그 영업허가의 취소 또는 폐쇄명령을 하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업 또는 제조업의 정지를 명할 수 있다.

코 멘 트

현재 음반·비디오및게임물에관한법률에 의한 행정처분은 다음과 같으므로 참고하기 바란다.

■ 음반·비디오및게임물에관한법률 시행규칙 (별표 3. 일반 규정)

가. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 위반행위를 적발한 날 이전의 최근 1년 동안 동일위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용

나. 2 이상의 동일위반행위를 한 때(위반행위에 대한 행정처분절차가 진행중인 때에 추가로 행한 동일위반행위를 포함)에는 병합하여 처분하되, 이 경우 그 처분기준이 영업정지인 때에는 6월의 범위내에서 그 처분기준의 2분의 1까지 가중

다. 동일위반행위에 해당되지 아니하는 2이상의 위반행위 또는 동일위반행위에 해당하는 2이상의 위반행위를 포함하는 다수의 위반행위를 한 때(위반행위에 대한 행정처분절차가 진행중일 때에 추가로 행한 위반행위를 포함한다)에는 그 중 무거운 처분기준에 의하며, 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 6월의 범위내에서 그 중 무거운 처분기준(동일위반행위에 대하여 나목의 규정에 의하여 가중처분할 수 있는 경우에는 그 가중처분기간을 말한다)의 3분의 2까지 가중할 수 있으되, 각 위반행위별 처분기준을 합산한 기간을 초과할 수 없음, 이 경우 그 행정처분은 각각의 위반행위(2 이상의 동일위반행위의 경우에는 1회의의 위반행위로 봄)에 대한 행정처분

라. 동일위반행위로 4차의 행정처분까지 받은 후 다시 5차 이상 위반할 때는 해당 위반행위에 대한 4차 위반시의 처분기준이 영업정지 1월인 경우에는 영업정지 3월, 영업정지 2월인 경우에는 영업정지 4월, 영업정지 3월인 경우에는 영업정지 6월로 처분

마. 위반사항의 내용으로 보아 그 위반의 정도가 경미하거나 법 제45조 및 영 제20조제1항제2호의 규정에 의하여 모범유통관련업자로 지정된 경우 그 밖의 특별한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 시설기준에 의한 영업정지처분에 해당하는 경우에 한하여 그 처분기준의 2분의 1의 범위안에서 감경하여 처분, 이 경우 그 구체적인 감경기준은 시·군·구의 규칙으로 정할 수 있음

바. 영업정지 처분기간 1월은 이를 30일로 보며, 나목·다목 및 마목의 규정에 의하여 가중 또는 감경처분하고자 하는 경우 그 영업정지기간을 산정함에 있어 1일 미만은 이를 처분기간에서 제외

* 출처: 문화관광부, 「음반·비디오물및게임물에관한법령 실무편람」, 2003, 34면.

(2) 게임물 사행성 판단 및 싱글로케이션 : 인형물뽑기 사건

- 서울행정법원 2002.1.24. 선고 2001구43935 결정, 영업정지처분취소

사건 개요

본 사건은 게임제공업이 아닌 일반영업소에서 게임물을 설치, 운영하는 이른바 싱

글로케이션에 대한 것이다. 특히 설치, 운영하였던 인형뽑기 게임물에 대해 사행성을 조장하여 영업자 준수사항을 위반하였다는 이유로 영업정지 처분을 받은 것에 대해 취소 여부를 다툰 사건이다.

판 결

[사건번호] 서울행정법원 2002.1.24. 2001구43935, 영업정지처분취소

[당사자] 원고 서 ○○
피고 서울특별시 영등포구청장

[변론종결] 2001.12.20.

주 문
1. 피고가 2001.10.24.원고에 대하여 한 서울 영등포구 양평동 소재 휴게음식점 ○○다방에 대한 영업정지 2월의 처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

[청구취지]
주문과 같다.

이 유

1. 처분의 경위

피고는 2001.10.24.원고가 같은해 2.13.서울 영등포구 양평동 소재 휴게음식점인 ○○다방에서 불특정 다수인으로 하여금 사행성오락기인 인형뽑기기계(이하 '이 사건 기계 ' 라고 한다)를 이용하여 사행행위인 인형뽑기를 하게 하는 등의 영업자 준수사항을 위반하였다는 이유로 영업정지 2월의 이 사건 처분을 하였다.
[인정증거] 갑1,2호증,을1 내지 4호증의 각 기재

2. 처분의 적법 여부

가. 관계법령
-생략 -

나. 판단

(1) 이 사건 기계를 이용한 인형뽑기가 사행행위인지의 여부에 관한 판단

건전한 국민생활을 저해하는 과도한 사행심의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하기 위하여 사행행위관련영업의 지도와 규제 및 사행행위관련영업외의 사행성 기계 · 기구 등으로 사행행위를 하게 하는 자 등에 대한 처벌특례에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하는 사행행위등규제및처벌특례법은 '사행행위영업'이라 함은 복표발행업(특정한 표찰을 발매하여 다수인으로부터 금품을 모아 추첨 등의 방법에 의하여 당첨자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업) · 현상업(특정한 설문에 대하여 그 해답의 제시 또는 적중을 조건으로 응모자로부터 금품을 모아 그 설문에 대한 정답자나 적중자의 전부 또는 일부에 대하여 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업) · 기타 사행행위업(가목 및 나목 외에 영리를 목적으로 회전판돌리기 · 추첨 · 경품 등 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등에 의한 영업으로서 대통령령이 정하는 영업)이라고 정의하고(제2조 제1호),

사행행위등규제및처벌특례법시행령은 법 제2조 제1항 제1호 라목에서 '대통령령이 정하는 영업'이라 함은 회전판돌리기업(참가자에게 금품을 걸게 한 후 그림이나 숫자 등의 기호가 표시된 회전판이 돌고 있는 상태에서 화살 등을 쏘거나 던지게 하여 회전판이 정지되었을 때 그 화살 등이 명중시킨 기호에 따라 당첨금을 교부하는 행위를 하는 영업) · 추첨업(참가자에게 번호를 기입한 증표를 제공하고 지정일시에 추첨 등으로 당첨자를 선정하여 일정한 지급기준에 따라 당첨금을 교부하는 행위를 하는 영업) · 경품업 (참가자에게 등수를 기입한 증표를 제공하여 당해 증표에 표시된 등수 및 당첨금의 지급기준에 따라 당첨금을 교부하는 행위를 하는 영업)등을 말한다고 정의하고 있다(제1조의2).

그러므로 식품접객업자의 준수사항의 하나인 '기타 사행행위'라 함은 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등에 의한 행위로서 사행행위등규제및처벌특례법 소정의 적법한 허가를 받아 할 수 있는 사행행위뿐만 아니라 같은법에서 처벌대상으로 규정하고 있는 위법한 사행행위를 포함하여 같은법이 규정하는 모든 사행행위는 물론 같은법이 규정하지 아니하는 도박 기타 사행행위까지도 포함하는 넓은 개념이라고 할 것이다.

(2) 위에서 인용한 증거에 변론의 전취지를 종합하면, 원고는 위 ○○다방에 이 사건 기계를 설치하여 손님으로 하여금 2001.2.13. 22:05경 인형뽑기를 할 수 있도록 하였는데, 이 사건 기계는 동전을 동전 투입구에 투입하여 레바와 보턴을 조정하여 인형집게로 인형을 집어내는 것을 내용으로 하는 기계인 사실을 인정할 수 있고 반증이 없는바, 위에서 인정한 사실에 의하면 이 사건 기계도 일단 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등에 의한 행위로 볼 수 있으나, 한편 위에서 인용한 증거에 의하면, 이 사건 기계는 1회의 인형뽑기를 하는데 100원이고 500원이면 6회까지 할 수 있는 등으로 작동에 많은 돈이 들지 않은 점, 이 사건에서 뽑을 수 있는 인형은 50원~300원정도에 불과하여 처음 투입하는 돈 100원과 큰 차이가 나지 않은 점, 이 사건 기계 조작에 대한 숙련도에 의하여 인형을 뽑을 확률이 객관적으로 높아지는 점, 이 사건 기계는 다방이나 문방구 등에 많이 설치되어 있어 무료함을 달래거나 호기심에서 작동

해보는 정도인 점 등 이 사건 기계의 작동목적, 이 사건 기계에 1회 사용할 수 있는 돈의 액수 및 상품의 가액, 이 사건 기계의 작동방법 및 설치장소 등 제반사정을 고려하여 보면, 이 사건 기계에 의한 인형뽑기가 사행행위라고 보기 어렵다고 판단된다. 따라서 이 사건 처분은 처분요건을 흠결한 것으로서 위법하다.

3. 결 론

그렇다면, 이 사건 처분의 취소를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

연 구

본 판결은 사건 기계의 작동목적, 이 사건 기계에 1회 사용할 수 있는 돈의 액수 및 상품의 가액, 사건 기계의 작동방법 및 설치장소 등 제반사정을 고려하여 사행성을 판단하고 있음을 알 수 있으며 게임물의 사행성을 판단하는 요소의 기준을 나름대로 제시하였다는 점에서 의의가 있다고 본다.

위의 제반 판단 요소를 고려해볼 때 본 사건 게임물의 1회 투입금액과 산출 상품 가액이 비교적 소액이고, 서로 간에 큰 차이가 나지 않는다는 점 등의 이유로 사행행위등규제및처벌특례법상의 사행기구로 보기에 어렵다고 판단하였다. 따라서 이러한 인형뽑기 등의 크레인게임물을 음비게법상의 일반적인 게임물로 해석하였다고 볼 수 있다.

이와 관련해서 게임제공업으로 등록하지 않은 일반 영업소에서 게임물을 설치, 운영, 제공하는 이른바 싱글로케이션의 경우 문화관광부 고시등에 의해 규율받고 있는데 특히 이 사건 인형뽑기류의 크레인게임물에 대해서 문화관광부 고시에서는 경품제공기능이 있는 게임물로 보지 않아 경품취급기준을 만족하는 1만원 이내의 경품으로서 정하여진 종류에 한해 배출될 수 있도록 하고 있으며, 실내 혹은 별도의 공간으로 명확히 구획된 실외에서 1개 영업소당 2대의 게임물까지 영업시간동안 설치, 운영할 수 있도록 하고 있다.

한편 싱글로케이션의 경우 청소년게임장업과 달리 학교 반경 200미터 이내 정화구역에서도 영업 제한을 받지 않는다는 점, 단속이 어려워 게임물 등급, 설치 대수 등의 제한을 따르지 않는다는 점 등이 문제되고 있어 당초 아케이드 게임 산업의 활성화라는 취지에 반한다는 지적이 많은 실정이다.

제3절 등급분류

1. 게임물의 등급분류 제도[34)]

게임물에 대하여는 헌법상의 표현의 자유뿐만 아니라 형법상의 음란, 도박죄 관련 규정 역시 적용된다. 이러한 취지에 의하여 게임물의 사회적 영향을 고려하여 문제 소지에 대한 사전 검토하고, 이용자에 대해 게임 내용, 적절 이용 연령에 대한 정보를 제공하고자 게임물의 내용을 심의하는 게임물 등급분류제도가 운영되고 있다.

■ 각 게임물 심의기관 비교

	영상물등급위원회	정보통신윤리위원회	한국콘텐츠산업연합회
근거법률	음비게법	정보통신사업법 /청소년보호법	Gateway접속이용관련콘텐츠검증에관한협정서
심의대상	'게임물' (PC/온라인/비디오/모바일 /아케이드게임)	'온라인 정보'	'무선인터넷콘텐츠'
심의시점	사전+사후	사후	사전+사후
심의결과	전체/12세/15세/18세/이용불가	내용삭제/경고/이용정지 /해지	적합/부적합/보완, 시정요구
심의기준	폭력/음란/사행 *게임플랫폼별로 세부기준 적용	음란/폭력	음란/폭력/사행/ 기타 유해성
심의방법	신청접수	모니터링, 신고	신청접수, 모니터링, 신고

현재 게임물은 음반·비디오물및게임물에관한법률(이하 '음비게법'이라 한다)에 근거하여 영상물등급위원회(이하 '영등위'라 한다)의 사전심의가 이루어지고 있으며, 특히 온라인 게임물의 경우 전기통신사업법, 청소년보호법 등에 근거한 정보통신윤리위원회(이하 '정통윤'이라 한다)의 사후심의도 이루어지고 있다. 영등위의 심의는 유통 전 이용가능연령등급을 구분하여 사업자에게 강제하는 형태이며, 정통윤의 심의는 신고접수, 모니터링, 사업자의 요청에 의해 심의를 하는 형태이다. 모바일게임의 경우 영등위와 정통윤와 같은 정부기관이 아닌 민간단체를 통한 자율규제도

34) 한국게임산업개발원, 2004,「국내 게임물 심의제도 현황 및 개선방안』참조

이루어지고 있는데, 지난해(2003년) 11월부터 시행되고 있는 KIBA의 무선인터넷콘텐츠 자율심의가 그것이다.

(1) 영상물등급위원회 개요

영등위는 영화, 음반, 비디오물, 게임물 및 공연물과 그 광고·선전물에 대한 등급분류업무와 추천업무 등을 통해, 영상물에 적절한 연령별 등급을 부여함으로써 영상물의 공공성과 윤리성을 확보하고 국민의 문화생활의 질적 향상을 도모하는 한편, 선정성 · 폭력성 등의 유해영상물로부터 청소년을 보호하기 위하여 음비게법 제5조에 의하여 설립되었다.

영등위는 음비게법 제6조에 의거하여 영상물 등에 대한 등급분류 및 청소년 유해성 확인을 위한 심의·의결 업무를 수행할 뿐만 아니라 등급분류의 객관성 확보를 위한 조사·연구 업무를 수행한다.

> 음비게법 제5조(영상물등급위원회) 영화 · 음반 · 비디오물 · 게임물 및 공연물과 그 광고 · 선전물(이하 "영상물등"이라 한다)의 윤리성 및 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 영상물등급위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.
>
> 음비게법 제6조(직무) 위원회는 다음 각호의 사항을 심의、의결한다.
>
> 1. 영상물등의 등급분류 및 청소년 유해성 확인에 관한 사항
> 2. 영상물등의 등급분류에 따른 제작、유통、시청 또는 이용제공 여부의 확인 등 등급분류의 사후관리에 관한 사항
> 3. 위원회규정의 제정、개정에 관한 사항
> 4. 영상물등의 등급분류의 객관성 확보를 위한 조사、연구
> 5. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정되거나 위탁받은 사항

영등위는 영상물 등급분류 및 청소년 유해성 확인에 관하여 작품의 창의성과 자율성을 최대한 존중하는 범위에서 공익성과 공정성을 원칙으로 합리적인 심의업무를 수행한다.

■ 영상물등급위원회의 심의 매체물

영화	국내외 영화의 등급분류 및 외국영화 수입추천
비디오물	국내외 비디오물의 등급분류
게임물	국내외PC · 온라인 · 모바일게임물 및 게임제공업용 게임물의 등급분류
가요음반	외국음반의 수입추천 및 청소년 유해여부 음반결정
공연물	외국인의 국내공연추천 및 청소년 유해여부 결정
광고선전물	영화, 비디오, 게임물 등의 광고 · 선전물 연소자 유해여부 결정

(2) 게임물의 등급분류 규정

「음반·비디오물및게임물에관한법률」제20조제1항에 의하여 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 수입하고자 하는 자는 미리 당해 게임물의 내용에 관하여 영등위에 등급분류를 받아야 한다.

① 등급분류 대상 및 심의 시기

PC, 아케이드, 온라인, 모바일 게임이 등급분류 대상이 된다. 음비게법상의 게임물이라 함은 정보처리기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 의미한다.[35] 등급분류의 예외로는 온라인게임물(모바일게임 포함) 중 사행성, 선정성, 폭력성이 없는 바둑, 장기, 오목, 체스 게임이나 모바일 게임물 중 사행성, 선정성, 폭력성이 없는 축구, 배구, 농구 등 스포츠 게임이 있다.

온라인게임물은 오픈 베타 서비스 시점부터 영등위의 사전심의를 거쳐 등급분류를 받아야 한다. 단, 클로즈 베타 테스트 중 테스트 대상인원이 1,000명 이상 이거나 테스트기간이 2개월 이상인 경우에는 클로즈 베타 테스트라도 사전 등급분류를 받아야 한다.

② 등급분류 심의 내용

게임 자체의 특성에서 발생하는 내적 요소와 이용자간 상호작용성에서 발생하는

35) 상세한 내용은 제1장 '게임물의 정의' 참조

게임의 외적 요소를 구분하여 게임내용의 선정성 · 사행성 · 폭력성 등 게임의 내적 요소를 등급분류 기준으로 삼고 있다.

폭력성은 무기와 폭력의 리얼리티를 포함한 캐릭터의 모양, 무기의 형태 및 폭력의 정도, 선혈 및 신체손괴 묘사 유무, PvP(Player vs Player)와 PK (Player Killing) 유무 및 그로 인한 대가의 정도, 기타 사회윤리 등을 기준으로 판단된다. 선정성은 신체 노출 및 표현 정도, 성행위 묘사 유무, 청소년 성 상품화 유무, 기타 사회윤리 등이 그 판단 기준으로 작용한다. 사행성은 아이템 및 아바타의 현금판매 유무, 게임머니의 이용 및 이체 형태, 무료 충전 유무 등이 등급 판단의 기준이 된다.

③ 심의 결과

음비게법 제37조제2항에 의거 영등위로부터 등급분류 받은 게임물은 그 분류된 등급(전체/12세/15세/18세이용가) 등을 표시하여야 하며, 유형물에 고정되어 있지 아니한 게임물(온라인게임물)에 있어서는 그 이용자가 접할 수 있는 영상자료의 앞부분에 당해 게임물의 등급을 표시하되, 18세이용가 게임물의 경우에는 청소년 보호를 위한 경고문을 게재하여야 한다. 또한 사행성이 지나친 경우 이용불가 결정을 폭력성, 음란성이 지나치거나 사행성에 대해 추가 판단필요시에는 등급보류 결정을 영등위는 내릴 수 있다.[36)]

④ 온라인 게임물의 패치 심의

온라인 게임물의 경우 zone/캐릭터/아이템/PK/그래픽/내용/사이버머니/아이템몰 등의 변경 내용 중 심의당시에 비해 상당 부분이 게임에 영향을 줄 정도로 변경된 경우에는 이른바 패치심의 대상이 되며, 패치시점부터 30일 이내 영등위에 신고함을 원칙으로 한다. 심의 결과에 따라 기존의 등급을 유지하거나 재심을 거치게 된다.

⑤ 등급분류 관련 법적 의무

등급미분류 게임물이나 등급분류 받은 내용을 개변조한 게임물은 제공이 금지되며, 등급구분에 위반하여(즉, 해당등급 이하 사용자를 대상으로) 제공하는 것도 금지된다.

---

36) 등급보류 처분에 대해 비디오물의 경우 위헌소송중이며, 이러한 처분은 심의제도의 검열적 성격을 의미하므로 이른 시일 내에 철폐될 것으로 예상된다. 게임산업진흥법안 참조

또한 등급분류 받은 게임물에 대해서 등급표기 의무가 부여되며, 등급표기 방식은 ⅰ ⅱ .8세이용가 게임의 경우 청소년 보호위한 경고문 초기화면 중간부분에 게재(이 게임물은 18세이용가 게임물로 청소년은 이용할 수 없습니다.)가 필요하다.

(3) 온라인 게임물에 대한 정보통신윤리위원회의 사후심의

① 심의 결과

정통윤은 전기통신사업법에 따라 불법 · 청소년유해정보에 대한 모니터링 및 심의 · 의결, 불법 · 청소년유해정보신고센터(인터넷119) 운영, 인터넷 민간자율규제활동 지원, 인터넷내용등급서비스 제공, INHOPE 회원활동 및 국제협력체계 구축, 정보통신윤리 교육 · 홍보 프로그램 운영, 청소년권장사이트 선정 · 보급, 정보통신윤리 관련 정책연구 및 논의 활성화, 사이버명예훼손 · 성폭력분쟁조정센터 운영 등 '건전한 정보문화의 창달 및 전기통신의 올바른 이용환경 조성'을 위한 각종 활동을 전개하고 있다.

② 심의 절차

정통윤의 심의과정은 불법 · 청소년유해정보신고센터 운영을 통한 신고접수와 자체 모니터링을 통한 불건전정보 검색 등의 방법으로 심의대상을 인지하고, 심의안건의 유형에 따라 3개의 전문위원회에 의한 심의와 상임위원에 의한 약식심의절차를 두고 있다. 각 전문위원회와 상임전문위원의 심의를 지원하기 위하여 심의조정단내에 심의조정1팀, 심의조정2팀, 심의조정3팀 등 3개 부서를 두고 있다.

③ 심의 내용

정통윤은 통신게임, 실시간 전화정보서비스, PC통신, 이동통신, 위성통신 등을 통해서 제공되는 음란성·폭력성·사행성 관련 각종 불법·청소년유행정보를 심의하고 있다. 정보통신윤리심의규정(이하 심의규정) 제3조에 의하여 인터넷정보에 관한 심의는 그러한 정보에 대하여 이해득실 등을 상세하고 치밀하게 토의하는 것으로, 그 기본원칙은 '최소규제의 원칙', '공정성 및 객관성의 원칙', '신속성의 원칙', '비밀보호의 원칙'을 준수하도록 명문화하고 있다.

④ 심의 결과

정통윤은 전기통신사업법 제53조의2제4항제2호의 규정에 따라 정보를 심의하여 전기통신사업자에게 시정요구를 할 수 있다. 시정요구는 불법정보의 판단의 권고적 성격이며, '이용자에 대한 경고', '해당 정보의 삭제', '이용자에 대한 이용정지 및 이용해지' 등의 유형으로 나눈다(전기통신사업법시행령 제16조의4). 정통윤는 심의 결과 심의규정 제4조에 의하여 당해 정보가 청소년의 건전한 정서함양과 인격형성에 저해가 된다고 판단하는 때에는 청소년유해정보로 결정할 수 있고, 또 시행령 제16조의4제1항에 따라 심의규정 21조는 선량한 풍속을 저해하는 정보로 유통이 적합하지 아니한 불법정보에 해당하는 경우에는 전기통신사업자에게 이용자에 대한 경고, 해당정보의 삭제, 이용자에 대한 이용정지 및 이용해지 시정요구를 할 수 있도록 규정하고 있다.

⑤ 청소년유해매체물 결정

청소년유해매체물 제도는 청소년보호법에 근거하여 각종 청소년유해환경으로부터 청소년을 보호·구제하여 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 하기 위한 법적 장치로서, 정통윤은 전기통신회선을 통해 공개되어 유통되는 정보 중 청소년에게 유해하다고 판단되는 정보에 대해서는 청소년유해매체물로 결정(이하 '청소년유해정보')하여 이를 청소년보호위원회를 통해 고시하고 있다. 고시 이후 정보통신망을 통해 청소년유해매체물 정보를 유통시키는 때에는 [정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률]에 의거 '청소년유해매체물 표시의무(제42조)', '청소년유해매체물 광고금지의무(제42조의2)' 등을 준수하여야 한다.

■ 청소년유해매체물로 결정시 각종 규제 사항

① 청소년유해정보 표시의무
② 청소년유해매체물 광고 심의 및 광고 금지 의무
청소년유해매체물에 관한 광고는 영등위 심의 필요
상기광고는 청소년접근 제한된 장소, 매체를 통해서만 광고가능, 오후10시 이후 광고 방송 가능
③ 상대방연령확인 등 청소년 제공 금지 의무
청소년유해매체물 이용제공시 사용자의 연령을 확인하여야 하고, 청소년(19세 미만)에게 서비스 제공하여서는 안됨

2. 온라인게임의 중복심의 문제: ‘리니지2’ 청소년유해매체물 지정 사건

– 서울행정법원 2004.10.21. 선고 2004구합15840 결정

사건 개요

유명 온라인 MMORPG ‘리니지2’는 영상물등급위원회로부터 18세이용가 등급분류를 받은 바 있는데 2004년 5월에 정보통신윤리위원회로부터 청소년유해매체물(‘19세 이용가’)로 지정받은 것에 대해 행정소송을 제기하고, 2004년 7월 판결 선고시까지 매체물 지정 효력 집행 신청은 인정되어 왔으나, 2004년 10월 결국 유해매체물 지정결정 취소에 관한 본안에서 패소한 사건이다.

판결 요지

법원은『청소년들이 게임을 하면서 재물을 얻기 위해 상대방 캐릭터를 죽이는 상황에 반복노출되어 인간의 존엄성과 생명의 소중함을 경시하는 사고에 빠질 위험이 있다며 좋은 아이템을 얻기 위해 아이템 현금거래의 유혹을 뿌리칠 수 없는 사행성, 여성캐릭터의 특정부위를 세밀하게 묘사하는 등의 선정성이 인정된다고 하였으며 청소년보호의 필요성이 큰 현실에서는 게임물의 오락성이라는 면을 감안하더라도 이런 유해성이 용인될 수 없다』고 판단하였다.

특히『장면이 게임운영에 필수적인 것인지, 게임의 진행과 직접적인 관련이 없어 단순화, 생략할 수 있음에도 불구하고 의도적으로 강조한 것인지 등을 선정성 등의 판단 기준으로 보고, 원고의 특정 비디오게임을 들어 선정성 등의 판단의 형평성에 대한 주장도 청소년측에서의 접근성 등의 면을 이유로 온라인게임물과 비디오게임물을 같이 볼 수 없다』고 판단하였다.

『영상물등급위원회(영등위)로부터 18세이용가 결정을 받았다는 점을 고려하더라도 청소년 보호의 필요성이 더욱 커지는 상황에서 청소년유해매체물에 대한 단속의 필요성이 보다 절실한 점에 비추어 볼 때 정보통신윤리위원회가 재량권을 일탈, 남용했다고 할 수도 없다』고 중복심의 문제 대해서 간단히 판단하였다.

연 구

앞서 살펴본 것과 같이 온라인게임물에 대해서는 영등위에 의한 사전 심의와 정통윤에 의한 사후 심의가 병행되어 왔다. 특히 이러한 온라인게임물 중복심의와 관련해서는 영등위와 정통윤의 상이한 심의기준, 관련법령에 따른 상이한 청소년 연령기준의 적용, 중복적인 규제(등급 표기 문제등)가 문제가 되어 왔다. 이러한 문제를 감안하여 2004년 9월경 온라인게임물의 심의에 대하여 영등위로 단일화하는 내용의 국무조정실의 조정도 이루어진바 있다.

본 사건은 영등위로부터 18세이용가 등급분류를 받은 리니지2 게임물이 다시 정통윤으로부터 청소년유해매체물로 지정받아 이중규제에 놓이게 됨으로써 문제가 된 사건이지만 본 사례에서는 아직 이중규제에 대해 충분한 변론이 이루어지지 않음으로써 향후 이중심의와 관련된 사법부의 판단이 주목된다.

주목할 만한 것은 법원이 온라인 게임물의 선정성, 폭력성 등 표현의 정도에 대해 인터넷이라는 매체의 접근 용이성을 근거로 기타 아케이드, PC 게임물 등에 비해 엄격하게 판단한다는 점이며 이는 온라인 게임물의 표현의 정도와 등급분류 판단의 주요 기준을 판시한 것으로 생각된다.

향후 온라인 게임물에 대한 중복심의 문제에 대해서는 입법적으로 통일된 기준, 절차에 따라 이루어지는 것이 게임사용자와 공급자 모두에게 바람직하다할 것이다.

3. 저작권과 등급분류에 관한 사례: ‘위닝 일레븐’ 사건

– 서울행정법원 2004구합14342 등급분류결정취소

사건 개요

국내 G사는 일본 K사가 2003년 8월 제작한 '월드사커위닝일레븐7인터내셔널' DVD 게임물을 수입해 2004년 1월 이를 바탕으로 오락실용 게임기 7개를 제작, 영상물등급위원회(이하 ‘영등위’라 한다)에 외국게임물 등급분류신청을 했다. 당시 K사는 영등위에 G사가 등급분류 신청한 게임기가 저작권을 침해했기 때문에 등급분

류신청을 반려하거나 유보할 것을 요구했으나 영상물등급위원회는 '등급분류를 하는 기관'이라는 이유로 K사의 요구를 받아들이지 않고 모두 '전체 이용가' 등급분류 결정을 내렸다.

이에 일본 K사는 2004. 5. 행정법원에 영등위를 상대로 '무권리자의 영등위 등급분류 취소소송' 을 제기하였으며 법원은 K사의 주장을 받아들여 위닝일레븐 게임의 등급분류를 취소하라고 판결하였다.

본 사례는 게임물에 관하여 무권리자가 부당한 방법으로 등급분류결정을 받은 경우에 이를 취소하여야 한다는 내용으로, 향후, 퍼블리셔의 권리를 무단으로 침해하는 업체에 대한 강력한 제재를 취할 수 있는 계기가 된 점에서 의미를 가지는 사건이다.

판결 요지

○ 원고(K사)의 주장

G사는 원고의 사전허락없이 "위닝일레븐" 게임물을 오락실용 게임기에 결합하여 정당한 권리없는 상태에서 등급분류결정을 받았으며, 이는 원고의 저작권, 공연권 및 배포권을 침해하는 위법한 처분이므로 취소되어야 하고, K사가 제기한 등급분류취소신청에 대한 거부처분도 위법하므로 취소되어야 한다.

○ 피고(영등위)의 주장

원고는 등급분류결정의 이해관계자에 불과하므로 등급분류결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다. 피고는 게임물의 내용에 대한 심사 후 등급을 부여하는 기관이며, 저작권침해여부를 심사할 권한이나 의무가 없다. 음비게법 제20조의 3은 비디오물의 부당한 등급분류에 대한 직권취소 규정이므로 G사의 건에 적용할 수 없다.

○ 법원의 판단

음비게법 제20조의 3[37] 및 영등위 심의절차규정의 내용과 입법취지를 비추어 볼 때, 영등위는 등급분류신청단계에서 정당한 권리자임을 증명하는 서면의 제출여부 등 형식적 심사를 통하여 등급분류 신청자가 정당한 권리자인지 여부를 심사할 권한과 의무가 있고, 등급분류 후에라도 등급분류물이 저작권 등 정당한 권리를 침해

37) 비디오물의 등급분류를 신청하는 자는 그 비디오물의 제작 또는 배급에 관한 정당한 권리를 가진 자임을 증명하는 서류를 갖추어 등급분류를 신청하여야 한다.

한 것으로 인정된 때에는 등급분류를 취소할 권한과 의무가 있다. 비록 영등위가 동 조항을 비디오물에 한정하여 적용하여야한다고 주장하나, 게임산업 규모와 영역의 확대 등에 비추어 볼 때 비디오물과 마찬가지로 저작권의 권리를 보호할 필요성이 크므로 비디오물의 등급분류에 한정된 규정이라고 볼 수 없고, 게임물도 비디오물과 마찬가지로 적용돼야 할 것이다.

따라서, G사가 원작자 표시란에 K사라고 표시하지 않고 정당한 권한이 있는 것처럼 표시하여 정당한 권리에 대한 형식적 심사를 할 수 없도록 한 것은 정당한 권리자가 아니면서 부당한 방법으로 등급분류 결정을 받았으므로 그 등급분류결정을 취소하여야 한다. 그럼에도, 그 취소를 구하는 원고의 신청을 거부한 것은 위법하므로 거부처분을 취소하여야 한다.

코 멘 트

2001년 1월말 게임물의 저작권자가 저작권 침해를 이유로 법원에 등급분류신청된 게임물에 대하여 영등위는 수입추천 및 필증발급을 하여서는 아니된다는 내용의 가처분신청을 한 적이 있다. 이에 대해 법원은 “영등위가 게임물 등의 저작권 내지 저작인접권 등을 심사하여야 한다거나 그 추천행위가 저작권 등에 대하여 침해행위가 된다는 점에 대한 소명이 부족하고 달리 이를 소명할만한 자료가 없다.”고 기각한 바 있다. (서울지방법원 2001.2.20.자 2001카합250결정)

즉, 영등위의 등급분류와 관련하여 저작권의 판단은 직무범위에 포함되지 않는다고 해석한 사례라 할 수 있는데 본 사례는 무권리자에 의한 등급분류신청은 비록 등급분류가 내려졌다고 하더라도 사후에 취소될 수 있고, 무권리자의 범위에는 게임물 저작권을 침해하는 자를 포함한다고 하여 반대의 입장을 취하고 있다.

사견으로는 영등위는 사법기관의 성격을 가진다고 할 수 없으므로, 저작권의 귀속, 침해의 문제 등에 대하여 판단한 후 등급분류 신청인이 신청에 대한 정당한 권원을 갖고 있는지까지 판단하는 것은 적절하지 아니하다고 생각된다.

4. 청소년유해매체물 관련 사업자의 책임에 관한 사례: 스타크래프트 청소년 이용에 대한 PC방 업주의 책임

– 헌법재판소 2000.6.29. 선고 99헌가16 전원재판부 판결

사건 개요

청소년보호법은 청소년유해매체물을 청소년을 대상으로 판매, 대여, 배포하거나 시청 · 관람 · 이용에 제공하는 행위를 금지하고, 영리를 목적으로 그러한 행위를 하는 자에 대하여 형벌을 가하는 규정을 두고 있다. 그런데 무엇이 금지의 대상이 되는 청소년유해매체물인지를 결정하는 것과 관련하여 위 법은 청소년보호위원회 또는 법령에 의하여 당해 매체물의 윤리성 · 건전성의 심의를 할 수 있는 기관이 매체물의 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다고 정하고 있다.

이에 따라 한국공연예술진흥협의회는 CD-ROM인 '스타크래프트(STARCRAFT)'를 폭력성이 높다는 이유로 청소년유해매체물로 결정하였는데, 당해사건의 피고인은 자신이 경영하는 PC게임방에서 청소년으로 하여금 '스타크래프트' PC게임을 하게 하는 등 영리를 목적으로 청소년유해매체물을 청소년의 이용에 제공한 혐의로 법원에 기소되었고, 법원은 직권으로 헌법재판소에 위 청소년보호법 규정들에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

판결 요지

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 청소년유해매체물 여부의 결정권한을 청소년보호위원회 등에게 부여한 것이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

주요 요지는 형벌법규는 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 예외적으로 법규명령 등에 위임을 허용한다 하더라도 그 위임은 특히 긴급할 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 그 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 행위일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다. 또한 형벌법규는 법률이 처벌하고

자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 한다.

청소년에게 유해한 매체물을 지정하여 청소년에 대한 판매 · 대여 등을 제한하고자 하는 경우에는 각 매체물의 내용을 실제로 확인하여 유해성 여부를 판단할 수밖에 없는데, 그때마다 법 또는 하위법령을 개정하여 직접 개별 매체물을 규정하는 것은 현실적으로 거의 불가능하고, 규제의 실효성도 기할 수 없게 될 것이므로 청소년유해매체물이 결과적으로 범죄구성요건의 일부를 이루게 되더라도 처벌조항에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관인 청소년보호위원회 등에 위임하여 그로 하여금 청소년유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 할 것이다. 또한 청소년보호법과 이에 근거한 시행규칙은 어떠한 매체물이 청소년유해매체물로 결정 · 확인될지 그 대강을 예측할 수 있도록 하고 있으며, 청소년유해매체물의 결정을 관보에 고시하고 주기적으로 청소년유해매체물목록표를 작성하도록 하고 있으므로 처벌의 대상행위가 무엇인지는 이러한 절차를 통하여 보다 명확해지게 된다.

그러므로 청소년보호법 규정은 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다.

나아가 청소년보호위원회 등에 의한 청소년유해매체물의 결정이 청소년보호법이 정하는 위임의 범위 내에서 행하여지는 이상 법률상 구성요건의 내용을 보충하는 것에 불과하므로 이를 토대로 재판이 행하여진다 하더라도 사실확정과 법률의 해석 · 적용에 관한 법관의 고유권한이 박탈된 것이라 할 수 없다. 더욱이 법관은 청소년보호위원회 등의 결정이 적법하게 이루어진 것인지에 관하여 독자적으로 판단하여 이를 기초로 재판할 수도 있으므로 청소년유해매체물의 결정권한을 청소년보호위원회 등에 부여하고 있다고 하여 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

판 결

[판시사항]

1. 행정기관인 청소년보호위원회 등으로 하여금 청소년유해매체물을 결정하도록 하고, 그 결정된 매체물을 청소년에게 판매 등을 하는 경우 형사처벌하도록 하는 것이 죄형법정주의에 위반되는지 여부(소극)

2. 구성요건의 일부를 행정기관이 결정하도록 한 위의 규정이 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석 · 적용하는 재판(법관에 의한 재판)을 받을 권리를 침해하는 것인지 여부(소극)

[결정요지] (전문 생략)

1. 청소년에게 유해한 매체물을 적시하여 청소년에 대한 판매 · 대여 등을 제한하고자 하는 경우에는 각 매체물의 내용을 실제로 확인하여 유해성 여부를 판단할 수밖에 없는데, 그때마다 법 또는 하위법령을 개정하여 직접 개별 매체물을 규정하는 것은 현실적으로 거의 불가능하고 법령의 개정에 소요되는 시일로 인하여 규제의 실효성도 기할 수 없게 될 것이므로 청소년유해매체물이 결과적으로 범죄의 구성요건의 일부를 이루게 되더라도 이 사건 법률조항에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관(청소년보호위원회 등)에 위임하여 그 행정기관으로 하여금 청소년유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 할 것이다. 또 법 제10조 제1항은 청소년유해매체물의 결정기준으로서 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적이거나 음란한 것, 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것 등을 규정하여 어떤 매체물이 청소년보호위원회 등에 의하여 청소년유해매체물로 결정 · 확인될지 그 대강을 예측할 수 있도록 하고 있으며, 법 제21조 등과 법시행규칙은 청소년유해매체물의 결정을 관보에 고시하고 주기적으로 청소년유해매체물목록표를 작성하도록 하고 있으므로 처벌의 대상행위가 무엇인지는 이러한 절차를 통하여 보다 명확해지게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다.

2. 청소년보호위원회 등에 의한 청소년유해매체물의 결정은 그것이 이 사건 법률조항에 따라 그 위임의 범위 내에서 행하여지는 이상 법률상 구성요건의 내용을 보충하는 것에 불과하므로 이를 토대로 재판이 행하여진다 하더라도 그로 인하여 사실확정과 법률의 해석 · 적용에 관한 법관의 고유권한이 박탈된 것이라 할 수 없으며, 더욱이 법관은 청소년보호위원회 등의 결정이 적법하게 이루어진 것인지에 관하여 독자적으로 판단하여 이를 기초로 재판할 수도 있으므로 청소년유해매체물의 결정권한을 청소년보호위원회 등에 부여하고 있다고 하여 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

[심판대상조문]

청소년보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 개정되기 전의 것) 제8조(청소년유해매체물의 심의 · 결정)①제27조의 규정에 의한 청소년보호위원회(이하 "청소년보호위원회"라 한다)는 제7조의 규정에 의한 매체물의 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다. 다만, 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 당해 매체물의 윤리성 · 건전성의 심의를 할 수 있는 기관(이하 "각 심의기관"이라 한다)이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
②～⑥ 생략

[참조조문]

청소년보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1."청소년"이라 함은 18세 미만의 자를 말한다.
2."매체물"이라 함은 제7조 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.
3."청소년유해매체물"이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 것을 말한다.
가.제8조 및 제12조의 규정에 의하여 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인한 매체물
나.제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정(이하 "결정"이라 한다)한 매체물
4.~7. 생략

청소년보호법 제10조(청소년유해매체물의 심의기준) ①청소년보호위원회와 각 심의기관은 제8조의 규정에 의한 심의를 함에 있어서 당해 매체물이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다.
1.청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
2.청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것
3.성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것
4.청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적 · 비윤리적인 것
5.기타 청소년의 정신적 · 신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것
② 제1항의 규정에 의한 기준을 구체적으로 적용함에 있어서는 현재 국내사회에서의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적 · 예술적 · 교육적 · 의학적 · 과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려하여야 한다.
③ 생략

청소년보호법 제12조(유해매체물의 자율규제) ①매체물과 관련된 단체는 자율적으로 청소년 유해여부를 결정하고 청소년보호위원회에 그 결정한 내용의 확인을 요청할 수 있다.
②제1항의 규정에 의한 확인요청을 받은 청소년보호위원회는 그 결정내용이 적합한 경우에는 확인을 하여야 하며, 필요한 경우 이를 각 심의기관에 위탁하여 처리할 수 있다.
③~⑦ 생략

청소년보호법 제17조(판매금지 등)①청소년유해매체물은 이를 청소년을 대상으로 판매, 대여, 배포하거나 시청 · 관람 · 이용에 제공하여서는 아니된다.
②~④ 생략

청소년보호법 제50조(벌칙)다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
1.영리를 목적으로 제17조 제1항의 규정을 위반한 자

2.~5. 생략

【참조판례】

1. 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341, 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 220

코 멘 트

위 사건은 청소년유해매체물을 청소년에게 제공하는 경우 처벌에 관한 청소년보호법 규정이 죄형법정주의에 반하는지, 행정기관으로부터 청소년유해매체물 여부를 판단 받도록 하는 심의제도가 법관에 의해 사실의 확정 및 법률의 해석, 적용을 받을 권리 즉, 재판청구권을 침해하는 것이 아닌지 여부에 대하여 '유해매체물 지정기준 등을 명확히 하여 공시하고 있으므로 법률조항이 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다'하였고, 청소년보호위원회 등에 의한 청소년유해매체물의 결정은 그것이 이 사건 법률조항에 따라 그 위임의 범위 내에서 행하여지는 이상 법률상 구성요건의 내용을 보충하는 것에 불과하므로 재판청구권을 침해하는 것은 아니라 하였다.

이러한 헌법재판소의 판단은 영등위의 심의제도에 대해서도 동일하게 적용될 수 있는 심의제도 및 관련 의무규정의 적법성을 보장하는 내용이라 하겠다.

5. 불법게임물 수거, 폐기에 관한 사례

- 헌법재판소 2002.10.31. 선고 2000헌가12 판결

사건 개요

(1) 제청신청인은 울산 중구 성남동 255의 3에서 '코리아나 컴퓨터 게임장'을 운영하면서, '트로피'라는 게임물을 설치하여 영업하고 있는 자이다.

(2) 문화관광부장관은 서울지방검찰청 동부지청으로부터 게임물 제작업자가 1998. 4. 8. 위 게임물을 '램프식'으로 검사받은 다음 이와는 전혀 다른 형태의 '릴식'게임기로 불법 제조하여 유통하고 있다는 통보를 받고, 1999. 12. 21. 각 시·도에

게임제공업주 책임 하에 '릴식 트로피' 게임물을 2000. 1. 15.까지 자진하여 폐기하도록 조치하고, 위 기한 이후부터는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호의 규정에 의하여 위 게임기의 기판을 수거·폐기하도록 조치하라는 내용의 공문을 보냈다(이하 문화관광부장관의 위 행위를 "이 사건 지시"라 한다).

(3) 이에 울산광역시 중구청장은 2000. 5. 1. 그 소속 공무원으로 하여금 제청신청인 경영의 위 게임장을 단속하게 하여, 그곳에 있던 제청신청인 소유의 '릴식 트로피' 기판 7대를 '등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물'이라는 이유로, 위 법률조항에 의하여 수거하게 하였다(이하 울산광역시 중구청장의 위 행위를 "이 사건 수거처분"이라 한다).

(4) 이에 제청신청인은 2000. 5. 18. 서울행정법원 2000구14510호로 문화관광부장관과 울산광역시 중구청장을 피고로 하여, 우선 문화관광부장관과 울산광역시 중구청장이 함께 이 사건 수거처분을 하였음을 전제로, 주위적으로는 문화관광부장관의 이 사건 지시, 문화관광부장관과 울산광역시 중구청장의 이 사건 수거처분의 각 무효확인을 구하고, 예비적으로는 울산광역시 중구청장의 이 사건 수거처분의 취소를 구하는 본안소송을 제기하는 한편, 위 법률조항 중 게임물에 관한 규정 부분에 대하여 위헌제청신청을 하였고(같은 법원 2000아1105), 같은 법원은 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

판 결

[판시사항]

가. 관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 4호 중 게임물에 관한 규정 부분(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

나. 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

[재판요지] (전문생략)

가. (1) 이 사건 법률조항의 입법목적은 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임

물과 다른 내용의 게임물(이하 "불법게임물"이라 한다)의 유통을 방지함으로써 게임물의 등급분류제를 정착시키고, 나아가 불법게임물로 인한 사행성의 조장을 억제하여 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 법률조항에서 불법게임물을 즉시 수거·폐기할 수 있도록 하는 행정상 즉시강제의 근거를 규정한 것은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단의 하나가 될 수 있다.

(2) 불법게임물은 불법현장에서 이를 즉시 수거하지 않으면 증거인멸의 가능성이 있고, 그 사행성으로 인한 폐해를 막기 어려우며, 대량으로 복제되어 유통될 가능성이 있어, 불법게임물에 대하여 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤란하다고 할 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 설정은 위와 같은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정된다. 또한 이 사건 법률조항은 수거에 그치지 아니하고 폐기까지 가능하도록 규정하고 있으나, 이는 수거한 불법게임물의 사후처리와 관련하여 폐기의 필요성이 인정되는 경우에 대비하여 근거규정을 둔 것으로서 실제로 폐기에 나아감에 있어서는 비례의 원칙에 의한 엄격한 제한을 받는다고 할 것이므로, 이를 두고 과도한 입법이라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성의 요건을 위반한 것으로는 볼 수 없고, 또한 이 사건 법률조항이 불법게임물의 수거·폐기에 관한 행정상 즉시강제를 허용함으로써 게임제공업주 등이 입게 되는 불이익보다는 이를 허용함으로써 보호되는 공익이 더 크다고 볼 수 있으므로, 법익의 균형성의 원칙에 위배되는 것도 아니다.

(3) 결국 이 사건 법률조항에 의한 행정상 즉시강제의 허용은 과잉금지의 원칙의 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로, 위 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

나. 재판청구권은 권리보호절차의 개설과 개설된 절차에의 접근의 효율성에 관한 절차법적 요청으로서, 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법에 의하여 구체적으로 형성·실현되며, 또한 이에 의하여 제한되는 것인바, 이 사건 법률조항은 행정상 즉시강제에 관한 근거규정으로서 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 전혀 갖고 있지 아니하기 때문에, 이 사건 법률조항에 의하여는 재판청구권이 침해될 여지가 없다.

다. 이 사건 법률조항은 앞에서 본바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없고, 위 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제4항에서 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제6항에서 수거 등 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시

하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보기도 어렵다.

[재판관 권성, 재판관 주선회의 반대의견]

행정상 즉시강제에 관한 실정법상의 근거를 둠에 있어서는 가능하면 그 허용범위를 최소한도로 하여 규정하여야 하므로, 행정상 즉시강제 중 대물적 강제의 근거조항을 설정함에 있어서 그 범위를 수거만이 아니라 폐기까지 확장하는 것이 정당화되려면 그 대상물을 즉시 폐기해야 할 필요성, 즉 폐기 자체의 독자적인 긴급성이 인정되어야만 한다. 이 사건의 경우 행정상 즉시강제의 발동을 요구하는 행정목적의 실현은 불법게임물의 수거만으로도 충분히 가능함에도 불구하고, 행정상 즉시강제의 근거조항에서 폐기까지 가능하도록 규정하고 있는 부분은 피해의 최소성의 요건에 위배되는 과도한 입법으로서 헌법에 위반된다.

◈ 참조법령

구 음반 · 비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 · 제2항 · 제3항 · 제5항, 제24조 제4항 · 제6항 【심판대상조문】 구 음반 · 비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분

코 멘 트

등급분류 받지 않거나, 개변조된 게임물에 대하여 음비게법에서 수거, 폐기할 수 있도록 한 규정의 경우 '폐기'라는 행정법상 강제 규정이 사업자들의 재산권을 침해하는지 여부에 대하여 소수의 반대의견에도 불구하고 헌법재판소는 폐기 규정의 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로, 위 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다고 한 것이다.

6. 검사필증 교부에 관한 사례: ‘뉴동물동물2’ 사건

– 행정심판 의결 사건01-1611 검사필증교부신청거부처분취소청구

사건 개요

○○전자산업이 2001. 1. 13. 영상물등급위원회에게 "뉴동물동물2 검사필증교부"와 관련된 탄원서를 제출하였으나, 영상물등급위원회은 위 뉴동물동물2는 공중위생법에 의한 한국공연예술진흥협의회(이하 "공진협"이라 한다)에서 검사합격을 받은 게임물로서 종전의 공중위생법에 의한 합격기준과 현재의 음반·비디오물및게임물에관한법률(이하 "음비게법"이라 한다)에 의한 등급분류기준이 다르고, 문화관광부고시에 의한 제1차등급분류대상 게임물에 해당하므로 등급분류를 받아야 한다는 이유로 2001. 1. 29. 검사필증을 교부할 수 없다고 통보(이하 "이 건 처분"이라 한다)하였다.

이에 ○○전자산업이 이 사건 게임이 음반·비디오물및게임물에관한법률 시행일인 1999. 5. 9. 이후인 1999. 6. 1. 등급분류를 받았으므로 다시 등급분류를 받을 필요가 없다는 이유로 영상물등급위원회를 상대로 행정심판을 제기하였고, 행정심판원은 이를 받아들였다.

판 결

[당사자]
청 구 인 000(00전자산업 대표)
대구광역시 중구 00동 0-0번지 00전자산업
대리인 변호사 000
피청구인 영상물등급위원회

청구인이 2001. 2. 7. 제기한 심판청구에 대하여 2001년도 제11회 국무총리행정심판위원회는 주문과 같이 의결한다.

주 문

피청구인은 2001. 1. 29. 청구인에 대하여 한 검사필증교부신청거부처분은 이를 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

[이 유]

1. 사건개요

청구인이 2001. 1. 13. 피청구인에게 "뉴동물동물2 검사필증교부"와 관련된 탄원서를 제출하였으나, 피청구인은 위 뉴동물동물2는 공중위생법에 의한 한국공연예술진흥협의회(이하 "공진협"이라 한다)에서 검사합격을 받은 게임물로서 종전의 공중위생법에 의한 합격기준과 현재의 음반 · 비디오물및게임물에관한법률(이하 "음비게법"이라 한다)에 의한 등급분류기준이 다르고, 문화관광부고시에 의한 제1차등급분류대상게임물에 해당하므로 등급분류를 받아야 한다는 이유로 2001. 1. 29. 검사필증을 교부할 수 없다고 통보(이하 "이 건 처분"이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

이에 대하여 청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 청구외 000은 뉴동물동물2 게임물에 대하여 음비게법이 시행된 후인 1999. 6. 1. 공진협으로부터 검사합격을 받고 그 당시 뉴동물동물2의 검사필증 1,000매를 교부받았다.

나. 뉴동물동물2 게임물에 대한 권리를 위 000(00시스템 대표)은 청구외 000(00전자 대표)에게, 위 000은 청구외 000(00게임기 대표)에게, 위 000은 2000. 9. 15. 청구인에게 양도하였다.

다. 그 후 청구인은 2001. 1. 13. 피청구인에게 검사필증재교부신청을 하였으나 피청구인은 이를 거부하였는바, 음비게법 부칙 제5조(검사등에 관한 경과조치)에 "이 법 시행당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행후 2년 이내에 이 법에 의한 등급분류를 받아야 한다"고 규정하고 있으나 이는 이 법 시행일인 1999. 5. 9.이전에 검사를 받은 게임물을 대상으로 하고 있다고 할 수 있으므로 그 이후에 검사합격을 받은 이 건 게임물은 2년 이내에 등급분류를 받아야 하는 대상 게임물이 아니며, 또한 위 게임물을 검사받을 때에 공연법 부칙 제2조제2항에 규정에 의하여 공진협이 피청구인의 업무를 대행하였으므로 피청구인으로부터 검사합격을 받은 것으로 보아야 하는 점, 설사, 위 부칙에 따라 음비게법 시행후 2년 이내에 등급분류를 받아야 한다고 하더라도 위 2년의 유보기간내에는 기존의 권리가 그대로 인정된다 할 것임에도 불구하고 이 건 게임물의 검사필증교부 자체를 거부하는 것은 재량권의 범위를 일탈 · 남용한 것이므로 이 건 처분은 위법 · 부당하다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 피청구인이 청구인의 “뉴동물동물2 검사필증과 관련한 탄원서”에 대하여 2001. 1. 29. “뉴동물동물2의 검사필증재교부 관련 민원회신”에서 밝힌 바와 같이 이 건 게임물은 음비게법 부칙 제5조(검사등에 관한 경과조치) 및 동법시행령 제3조(유기장업에 관한 경과조치)에 의거하여 제정된 문화관광부고시 1999-31호(1999. 12. 7.)에 의한 제1차 등급분류대상게임물에 해당되는 게임물로서 검사필증을 교부받기 위해서는 먼저 등급분류신청을 하여 등급분류를 받아야 한다.

나. 음비게법 부칙 제3조제3항에서 “이 법 시행 당시 종전의 음비게법의 규정에 의하여 한국공연예술진흥협의회가 행한 각종 행위는 그에 해당하는 이 법에 의한 행위로 본다”고 되어 있으나, 종전의 공진협이 행한 행위가 신법인 음비게법령에 배치되지 않는 한도내에서 연속성이 유지된다고 해석할 수 있으며, 종전의 공중위생법에 의한 합격기준과 현재의 음비게법령에 의한 등급분류기준이 다른 점, 음비게법령 개정취지 등에 비추어 볼 때 이 건 처분은 적법 · 타당하다.

4. 이 건 처분의 위법 · 부당여부

가. 관계법령

공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제5839호로 폐지되기 이전의 것) 제12조의2

동법시행령(1999. 12. 27. 대통령령 제16619호로 폐지되기 이전의 것) 제7조의6, 제27조

행정권한의위임및위탁에관한규정(1998. 9. 14. 대통령령 제15884호로 개정되기 이전의 것) 제34조

음반 · 비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정) 제18조, 제27조, 부칙 제5조

동법시행령 부칙(1999. 5. 15. 대통령령 제16312호로 제정) 제3조제2항

공연법(1999. 2. 8. 되기 이전의 것 법률 제5924호로) 부칙 제2조제2항, 제3조

나. 판 단

(1) 청구인 및 피청구인이 제출한 탄원서, 게임물검사필증요청에 대한 회신, 검사결과확인서, 관련 민원회신, 인증서 등 각 사본 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 행정권한의위임위및위탁에관한규정(1998. 8. 11. 개정공포, 1998. 8. 27. 시행)의 개정에 따라 당시의 공중위생법 제12조의2의 규정에 의한 유기기구 등의 검사업무가 보건복지부에서 문화관광부로 위탁되었다.

(나) 문화관광부장관은 1998. 8. 18. 유기기구의 검사기준과 방법을 정하여 이를 고시(1998-34호)하였다.

(다) 1999. 2. 8.자 공연법개정법률(법률 제5924호, 1999. 5. 9. 시행) 부칙 제2조제2항에 의하면, “위원회가 구성될 때까지는 종전의 공연법 제25조의3의 규정에 의한 한국공연예술진흥협의회가 위원회의 업무를 대행한다”고 되어 있고, 같은 날 자 음비게법(법률 제5925호, 1999. 5. 9. 시행) 부칙 제5조에 의하면, "이 법 시행당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행후 2년이내에 이 법에 의하여 등급분류를 받아야 한다"고 되어 있다.

(라) 청구외 000(00시스템 대표)은 1999. 5. 7. “뉴동물동물2”에 대하여 유기기구검사신청을 하였으며, 공진협은 1999. 6. 1. 위 게임물에 대하여 문화관광부고시 1998-34호(1998. 8. 18.)에 의거하여 1999. 6. 1. 검사결과확인서를 교부하였다.

(마) 인증서에 의하면, 위 검사를 받은 뉴동물동물2 게임물에 대한 권리를 위 000은 청구외 000(00전자 대표)에게, 위 000은 청구외 000(00게임기 대표)에게, 위 000은 2000. 9. 15. 청구인에게 양도하였다.

(바) 청구인은 2001. 1. 13. 문화관광부장관에게 “-- 1999. 9.경 전자게임기 프로그램(뉴동물동물2) 저작권자로부터 자금난과 영업이 어렵다고 해 동업을 제의받고 정부에서 검사합격한 게임물임을 명확히 확인한 다음 흔쾌히 제의를 받아들여 -- 프로그램 완성품 2천장과 반제품 3천장을 생산하게 되었다. -- 검사필증 재교부불허를 철회해주시고 재교부를 조속히 해주시기 바란다”라는 내용의 탄원서를 제출하였으며, 문화관광부장관은 2001. 1. 16. 피청구인에게 이를 이첩하였다.

(사) 피청구인은 2001. 1. 29. 게임물검사필증요청에 대한 회신에서 “업소용게임물 ‘뉴동물동물2’는 문화관광부고시 1998-34에 의거 종전의 공중위생법에 의해 구 한국공연예술진흥협의회에서 1999. 6. 1. 검사결과 합격된 작품이나, 영상물등급위원회에서 이미 회신한 바와 같이 공중위생법에 의한 한국공연예술진흥협의회의 검사작품에 대하여 등급필증을 교부할 수 없다. 또한, 음비게법 부칙 제5조 및 동법시행령 부칙 제3조제2항의 규정에 따라 뉴동물동물2는 문화관광부고시 1999-31호에 따라 제1차 등급분류대상 게임물로 고시된 게임물인 바, 등급필증을 신청하기 위해서는 영상물등급위원회의 재등급분류를 필한 후 그 결과에 따라 새로이 발급절차를 밟아야 함을 알려드린다”고 회신하였다

(아) 문화관광부장관은 1999. 12. 11. 제1차 등급분류대상 게임물을 정하여 이를 고시(1999-31호)하였으며, 이 건 뉴동물동물2 게임물은 제1차 등급분류대상 게임물로 되어 있다.

(2) 살피건대, 종전에는 이 건 게임물은 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받도록 하였으나 1999. 5. 9. 새로운 등급분류기준을 규정한 음비게법이 제정·시행되었고, 음비

게법 부칙 제5조에 의하면, “이 법 시행 당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행후 2년이내에 이 법에 의한 등급분류를 받아야 한다”고 되어 있는 바, 먼저, 청구인은 음비게법 시행일 이후인 1999. 6. 1. 이 건 게임물에 대하여 검사합격을 받았으므로 이 건 게임물은 동법에 의하여 검사를 받은 것으로 보아야 하고 따라서 동법 부칙 제5조의 적용대상이 아니라고 주장하나, 위 인정사실에 의하면, 청구외 송봉일은 이 건 게임물에 대하여 1999. 5. 7. 공진협에 검사신청을 하여 1999. 6. 1. 공중위생법령에 의한 문화관광부고시 1998-34호에 의거하여 검사합격을 받은 후 검사필증을 수령한 사실에 비추어 볼 때, 이 건 게임물은 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물로서 음비게법 부칙 제5조의 적용을 받는 게임물로 보아야 할 것이므로 위 송봉일의 권리를 승계한 청구인의 위 주장은 이유없다고 할 것이다.

다음으로, 피청구인은 이 건 게임물은 음비게법 부칙 제5조 및 동법시행령 제3조에 의거하여 제정된 문화관광부고시 1999-31호(1999. 12. 7.)에 의한 제1차 등급분류대상게임물에 해당되는 게임물로서 먼저 등급분류를 받아야 한다고 주장하나, 음비게법 부칙 제5조에 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행후 2년 이내에 이 법에 의한 등급분류를 받아야 한다고 되어 있는 것으로 보아 종전의 공중위생법에 의거하여 검사합격을 받은 게임물은 위 기간내에는 그 권리가 그대로 인정된다 할 것이므로 이에 대한 피청구인의 주장은 이유없다고 할 것이다.

그렇다면, 음비게법령에 의한 등급분류를 받지 않았다는 이유로 한 피청구인의 이 건 처분은 위법 · 부당하다고 할 것이다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인의 청구는 이유있다고 인정되므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 의결한다.

연 구

본 사안은 유기기구 등에 관한 검사업무가 보건복지부에서 문화관광부로 위탁되고, 그 뒤 음비게법이 제정되어, 영상물등급위원회가 구성되기 이전에는 한국공연예술진흥협의회가 영등위의 업무를 대신하도록 하고 있었던 시기에 본 사건 게임이 등급분류를 받았고 이의 효력이 문제된 사안이다.

사안이 다소 복잡하게 보일 수 있어서 날짜별 사건을 나열하면 다음과 같다.

■ 사건 진행 개요

날 짜	사 건
1998년 8월 11일	○ 행정권한의 위임위탁에 관한 규정 개정 - 유기기구 등의 검사업무가 보건복지부에서 문화관광부로 위탁
1998년 8월 18일	○ 문화관광부 장관 유기기구의 검사기준과 방법 고시(1998-34호)
1999년 2월 8일	○ 공연법 개정 부칙 제2조 (영상물등급위원회의 구성) ① 1원회는 이 법 시행일부터 1월 이내에 구성하여야 한다. ② 1원회가 구성될 때까지는 종전의 공연법 제25조의3의 규정에 의한 한국공연예술진흥협의회가 위원회의 업무를 대행한다. ○ 음반·비디오물및게임물에관한법률 제정 부칙 제5조 (검사 등에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행후 2년이내에 이 법에 의하여 등급분류를 받아야 한다.
1999년 5월 7일	○ 청구외 ○○○ “뉴동물동물2” 유기기구검사신청
1999년 6월 1일	○ 문화관광부 고시(1998-34호)에 의거하여 한국공연예술진흥협의회 청구외 ○○○에게 검사확인서 교부
1999년 6월 9일	○ 영상물등급위원회 발족
2000년 9월 15일	○ 청구외 ○○○이 게임에 대한 권리를 청구인에게 양도
2001년 1월 13일	○ 게임 생산에 따라 문화관광부에 검사필증 재교부 탄원서 제출
2001년 1월 16일	○ 문화관광부 영상물등급위원회에 이첩
2001년 1월 29일	○ 영상물등급위원회 검사필증 재교부 불가통보

1999년 2월 8일 음비게법이 제정되었고, 1999년 5월 9일 시행되게 되었다. 이 사건 게임은 영등위가 발족하기 이전에 공연법 부칙에 의하여 한국공연예술진흥협의회에 의하여 정당하게 등급판정을 받았으며, 그 시기도 음비게법 시행 이후인 6월 1일이다. 따라서 종전의 공중위생법에 의거하여 검사합격을 받은 게임물인 본 사건 게임은 그 권리가 그대로 인정될 것이며, 1999년 6월 9일 발족된 영등위가 이후에 음비게법에 의하여 등급분류를 받은 본 사건 게임을 음비게법령에 의한 등급분류를 받지 않았다는 이유로 한 피청구인의 이 건 처분은 위법·부당하다고 할

것이다.

코 멘 트

게임기는 반드시 게임내용물에 대하여 등급분류를 받아야 한다. 따라서 등급분류를 받은 게임기에 대해서는 반드시 등급분류필증을 부착하여 유통하여야 하며, 영업의 승계를 제외하고는 매매나 증여의 대상이 되지 아니한다.[38]

현재 유통되고 있는 게임기는 ① (사)한국컴퓨터게임산업중앙회의 점검을 받은 게임물, ② ③ 1999년 6월 28일부터 영상물등급위원회의 등급분류를 받은 게임물로 구분할 수 있다.

■ 협회에 따른 필증의 구분

구분	내 용
한국컴퓨터게임산업중앙회	○ 1989년 2월부터 제작 부착하였으며, PCB 기판에는 「프로그램 점검필증」을 부착하였으며, 체련용 게임물에는 「체련용기구점검 표찰」을 부착하였음. ○ 한컴산의 경우 비디오 게임기에는 그 게임기가 특수한 게임기 케이스를 필요로 하더라도 「프로그램 점검필증」을 기판에 부착토록 하였으며, 비디오 게임기가 아닌 체련용 게임기나, 경품게임기에도 체련용 점검표찰을 게임기 외부에 부착되어 있는 것이 원칙.
한국공연예술진흥협의회	○ 1998년 8월 27일부터 보건복지부의 업무를 이관 받아 심의를 실시한 공진협은 업소용 게임물을 PCB 게임은 '전자'로 분류하고 체련용 유기기구나 기판과 케이스를 일체형으로 심의신청을 할 경우 기타 게임물로 구분하여 심의번호를 부여하고 심의필증을 교부함.

38) 제20조 (등급분류)①비디오물 및 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 배급하고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를 받아야 한다.
⑥ 위원회는 등급분류의 결정을 한 경우에는 해당 등급을 기재한 등급분류필증을 신청인에게 교부하여야 한다.
제21조 (위법한 비디오물·게임물의 판매금지 등)
④누구든지 제20조제6항의 규정에 의한 등급분류필증을 위원회규정이 정하는 바에 의하여 당해 게임물에 부착하지 아니한 상태에서 이를 유통 또는 이용에 제공하여서는 아니된다. <개정 2004.1.29>
⑤제20조제6항의 규정에 의하여 교부되는 등급분류필증은 제33조의 규정에 의한 영업의 승계의 경우를 제외하고는 이를 매매 또는 증여하여서는 아니된다.

영상물 등급위원회	○ 영상물등급위원회는 게임물에 대한 이용등급을 부여함으로써 게임물에 대한 이용을 제한하는 등급분류심의를 실시함. ○ 제작(수입·복제)한 자의 상호·등록번호·제조(수입)연월일·등급(등급분류번호)를 표시함. 업소용 게임물은 전체이용가와 18세이용가 등급으로 분류됨으로써 게임물을 '일체형:전자' 와 '일체형' 으로 구분 ○ 등급분류번호는 일체형:전자는 P(program 약자)로 표시하며, 일체형은 A(all 약자)로 표시하여 구분 ※공중위생법상 프로그램, 체련용으로 구분하여 경품·비경품게임에 대한 명확한 구분규정이 없으나 음비게법상 경품·비경품게임의 구분기준은 명확함(등록분류필증에 A로 표기된 게임물에 한해 경품게임물로 오락제공 할 수 있음) -전자(P)로 등급분류를 받은 것을 경품게임기구로 사용할 수 없음. 따라서, 이 경우 지도·단속가능) ※등급분류필증 부착위치 : 일체형:전자 P → 기판, 일체형 A → 케이스외부

* 출처: 문화관광부, 「음반·비디오물및게임물에관한법령 실무편람」, 2003, 70~71면 재구성.

따라서 업소용 게임물은 각 검사(심의)기관에서 등급분류필증을 확인함으로써 그 적법성 여부를 확인할 수 있다. 따라서 등급분류필증이 부착되어 있지 않으면 일단 단속의 대상이 된다. 또한 필증이 부착되어 있다 하더라도 제작업자 또는 유통업자가 불법으로 필증을 위조 제작하여 부착하는 경우도 상당수 있으며, 게임내용물을 심의 받은 제품과 다르게 변·개조 한 후 필증을 부착하여 유통시키는 경우도 매우 많으므로 주의하여야 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

문화관광부, 「음반·비디오물및게임물에관한법령 실무편람」, 2003.

7. 게임심의: 정읍시 사건

– 행정심판 의결 사건02-03050 게임기사용불가통보취소청구

사건 개요

1999년 2월 8일 음반·비디오물및게임물에관한법률이 제정되면서 종전 공중위생법에 의거해 "합격" 또는 "불합격"의 심의를 받았던 게임물에 대해서 1999년 5월 8일부터 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의거하여 2년 내에 다시 등급분류를 받도록 되어 있었다.

이에 대하여 청구인은 음반·비디오물및게임물에관한법률이 재등급분류를 받지 아니한 게임물로 오락제공을 한 게임제공업자에게 행정처분 및 형사처벌을 하도록 규정하고 있기 때문에 소급입법에 기하여 재산권 박탈 및 형사처벌을 할 수 없다는 헌법 제13조를 위반한 것으로 헌법에 위반된 법령이며, 영상물등급위원회의 처분이 부당하다 등의 이유로 문화관광부장관을 피청구인으로 하여 행정심판을 청구하였다. 그러나 행정심판원은 문화관광부의 행정처분에 대한 안내는 청구인들의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 '처분'이라고 볼 수 없어, 청구인들의 청구는 행정심판의 대상이 되지 아니한 사항에 대하여 제기된 부적법한 심판청구라 하여 각하되었다.

판 결

[청 구 인] 별지와 같다
전라북도 00시 00동 000의0 00빌딩 0층
청구인들 대리인 변호사 0 0 0

[피청구인] 문화관광부장관

청구인들이 2002. 2. 8. 제기한 심판청구에 대하여 2002년도 제17회 국무총리행정심판위원회는 주문과 같이 의결한다.

[주 문]
청구인들의 청구를 각하한다.

[청구취지]

피청구인이 2001. 11. 29. 청구인들에 대하여 한 게임기사용불가통보는 이를 취소한다.

[이 유]

1. 사건개요

음반 · 비디오물및게임물에관한법률이 제정(1999. 2. 8.)되면서 종전 공중위생법에 의거해 "합격" 또는 "불합격"의 심의를 받았던 게임물에 대해서 1999. 5. 8.부터 음반 · 비디오물및게임물에관한법률에 의거하여 2년 내에 다시 등급분류를 받도록 되어 있는 바, 전라북도 정읍시 공무원이 2001. 11. 29. 음반 · 비디오물 및 게임물에 관한 법령 개정과 관련하여 청구인들에 대하여 교육을 실시하던 중 문화관광부 고시에 따라 영상물등급위원회가 제작하여 배포한 재등급분류결과 목록을 참고로 하여 청구인들이 작성한 업소별 게임물 내역서의 비고란에 등급분류내용(전체이용가, 18세이용가, 등급분류미필)을 고무인으로 날인하여 배포하면서 등급분류가 미필된 게임물을 사용할 경우 행정처분 및 형사처벌을 받을 수 있으므로 2001. 12. 24.부터 등급분류 미필로 구분된 게임물을 사용하지 말라고 구두로 고지하였다.

2. 청구인 주장

이에 대하여 청구인들은 다음과 같이 주장한다.

가. 청구인들은 공중위생법에 의거해 적법한 절차에 따라서 등급분류를 받아서 사용하고 있음에도 불구하고 음반 · 비디오물및게임물에관한법률이 제정 및 개정됨에 따라 동법 부칙 제5조의 규정에서 종전의 공중위생법에 의하여 검사를 받은 게임물에 대해 재등급분류를 받아야 한다고 되어 있는 바, 게임제공업자들이 게임물에 대해서 재등급분류를 신청할 수 있는 절차나 방법을 규정해 놓지 않아서 게임제공업자인 청구인들이 문제의 게임물들에 대하여 등급분류를 받지 못하여 결국 이를 사용하지 못하게 된 것이므로, 재등급분류를 받지 아니한 게임물로 오락제공을 한 게임제공업자에게 행정처분 및 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 동법은 소급입법에 기하여 재산권 박탈 및 형사처벌을 할 수 없다는 헌법 제13조를 위반한 것으로 헌법에 위반된 법령이고, 위험의 법령에 기하여 재등급분류 미필을 이유로 한 이 건 처분은 취소되어야 한다.

나. 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제18조의 규정에 의하면, 영상물등급위원회는 공중위생법에 의거해 심의를 받은 게임물들에 대해 전체이용가, 18세이용가 등의 등급분류, 사용불가결정, 등급분류보류 등으로 등급을 결정할 수 있다고 되어 있는 바, 영상물등급위원회가 게임물들에 대해 직권으로 자체심사를 하여 자료부족으로 자체심사를 할 수 없거나 가지고 있는 자료만으로 어느 등급으로도 판단하기 어려운 게임물에 대해서 집중심의 대상으로 분류하고 이 같은 사실을 재등록 신청권자나 해당 게임물의 소지자인 청구인들

에게 통보함이 없이 재등급분류 미필로 처리하였고, 정읍시장을 통하여 이를 일방적으로 사용불가로 처리하여 폐기하도록 시달한 점, 집중심의대상으로 분류된 게임물에 대해서 등급을 부여하든지 아니면 사용불가로 결정해야 함에도 불구하고 청구인들이 재등급분류 신청을 하지 않았다는 이유로 청구인들이 동종의 게임물을 사용하지 못하도록 한 것은 위법 · 부당하다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 이에 대하여 다음과 같이 주장한다.

가. 재등급분류란 종전 공중위생법에 의거 심의(“합격” 또는 “불합격”만을 심의)를 받아 사용 중인 게임물을 음반 · 비디오물및게임물에관한법률(1998. 2. 8. 법률 제5925로 제정된 것)에 의거해 경과규정을 두고 2년 내에 영상물등급위원회로부터 다시 등급분류를 받도록 한 것이고, 개정된 음반 · 비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정된 것)에서 2001. 8. 7까지 재등급분류를 받도록 되어 있으며 종전의 전용게임장 및 일반게임장이 일반게임장 및 청소년게임장으로 각각 업종이 변경됨에 따라 종전 전용게임장 또는 일반게임장에서 사용해 온 게임물 중 재등급분류를 받지 아니한 즉 등급분류 미필의 게임물의 경우 동 업종의 갱신 기한인 2001. 12. 24. 이후에는 사용할 수 없게 되었는 바, 관계법령에 의거하여 고시 및 영상물등급위원회의 심의절차에 따라 재등급분류를 실시하였다.

나. 피청구인이 영상물등급위원회에서 제작하여 배포한 재등급분류결과 목록을 참고로 하여 “영업장별 보유 게임물 전수조사서”상의 비고란에 “미필” 뿐만 아니라 “전체이용가” 및 “18세이용가” 등 등급분류내용을 표시하여 등급분류를 받지 아니한 등급분류 미필의 게임물을 사용해서는 안된다는 법적 준수사항을 공지하였는바, 이는 개정된 음반 · 비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의거해 등급분류를 받지 아니한 게임물을 사용함으로써 발생할 수 있는 형사처벌 및 행정처분으로부터 청구인들을 보호하기 위해 취한 단순한 안내에 불과하여 행정심판법 제2조의 처분이라고 볼 수 없으므로, 청구인들의 이 건 청구는 각하되어야 한다.

4. 이 건 청구의 행정심판적격여부

가. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조

나. 판 단

(1) 청구인들 및 피청구인이 제출한 심판청구서, 영업장별 보유 게임물 전수조사서, 재등급분류 대상 게임물에 대한 재등급분류 결과 목록, 정읍시의 법령 개정관련 교육자료, 재등급분류미필게임물 사용불가 안내에 대한 영등물등급심사위원장의 의견서 등 각 사

본의 기재를 종합해 보면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 재등급분류 대상 게임물에 대한 재등급분류 결과목록에 의하면, 음반 · 비디오물및게임물에관한법률이 제정됨에 따라 게임물의 등급분류기준이 달라져 피청구인이 1999. 12. 7. 474종의 게임물을 제1차 재등급분류 대상으로 지정 · 고시하였고, 2001. 4. 27. 624종의 게임물을 제2차 재등급분류 대상으로 지정 · 고시하였으며, 그 후 영상물등급위원회는 위와 같이 재등급분류 대상으로 지정된 총 1,098종의 게임물 중 44종을 "전체이용가"로, 3종을 "18세 이용가"로 등급분류하고 나머지 1,051종의 게임물에 대하여는 게임물 설명서가 없거나 사행행위 · 선정성 · 폭력성 등의 우려가 있다는 이유로 "집중심의 대상"으로 분류하여 등급분류를 보류하였다.

(나) 피청구인이 "재등급분류결과 게임물에 대한 처리계획"에 따라 2001. 11. 29. 음반 · 비디오물및게임물에관한법률의 제정 및 개정내용에 대해 게임물 제공업자들에게 교육을 실시하던 중 영상물등급위원회에서 제작하여 관계기관에 배포한 재등급분류결과 목록을 참고로 하여 실제 유통되고 있는 재등급분류대상게임물을 파악하고자 청구인들에게 작성하게 한 업소별 게임물 내역서의 비고란에 등릅분류내용(전체이용가, 18세이용가, 등급분류미필)을 고무인으로 날인하여 배포하면서 등급분류가 미필된 게임물을 사용할 경우 행정처분 및 형사처벌을 받을 수 있으므로 2001. 12. 24.부터 등급분류 미필로 구분된 게임물을 사용하지 말라고 구두로 고지하였다.

(다) 청구인들은 피청구인이 2001. 11. 29. 청구인들이 작성한 영업장별 보유 게임별 전수조사서의 비고란에 "미필"로 날인하여 청구인들에게 교부하고, 등급분류 미필로 표시된 게임물들은 2001. 12. 24. 이후부터 사용할 수 없다고 구두로 통지한 것이 부당하다는 이유로 2002. 2. 8. 이 건 행정심판을 청구하였다.

(2) 살피건대, 행정심판법 제2조에 "처분"이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 규정되어 있고, 동법 제3조에 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 행정심판을 제기할 수 있도록 규정되어 있는 바, 피청구인이 청구인들에 대하여 게임기에 관련한 법령개정내용을 교육하면서 영상물등급위원회에서 제작하여 배포한 재등급분류결과 목록을 참고로 하여 "영업장별 보유 게임물 전수조사서"상의 비고란에 "미필", "전체이용가" 및 "18세이용가" 등 등급분류내용을 표시하여 등급분류를 받지 아니한 등급분류 미필의 게임물을 사용할 경우 개정된 음반 · 비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의거해 형사처벌 및 행정처분을 받을 수 있으므로 사용을 하지 말라고 구두로 고지한 것은 단순한 안내 및 지도에 불과하여 청구인들의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정심판법 제2조의 처분이라고 볼 수 없으므로, 청구인들의 이 건 청구는 행정심판의 대상이 되지 아니한 사항에 대하여 제기된 부적법한 심판청구라 할 것이다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인들의 청구는 심판제기요건을 결한 부적법한 심판청구라 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 의결한다.

연 구

본 사안은 공중위생법에 의하여 등급분류를 받고 영업하고 있었던 청구인들이 음비게법의 제정 및 개정에 따라 재등급분류가 필요한 게임들에 대하여 영등위가 자료 등을 통하여 자체적으로 등급분류를 할 수 없는 것을 "집중심의대상"으로 분류하여 등급분류를 보류한 것에 대하여 논란이 된 사안이다.

음반·비디오물및게임물에관한법률이 제정됨에 따라 게임물의 등급분류기준이 달라져 문화관광부가 1999년 12월 7일 474종의 게임물을 제1차 재등급분류 대상으로 지정·고시하였고, 2001년 4월 27일 624종의 게임물을 제2차 재등급분류 대상으로 지정·고시하였으며, 그 후 영상물등급위원회는 위와 같이 재등급분류 대상으로 지정된 총 1,098종의 게임물 중 44종을 "전체이용가"로, 3종을 "18세이용가"로 등급분류하고 나머지 1,051종의 게임물에 대하여는 게임물 설명서가 없거나 사행행위·선정성·폭력성 등의 우려가 있다는 이유로 "집중심의대상"으로 분류하여 등급분류를 보류하였다.

그리고 문화관광부가 "재등급분류결과 게임물에 대한 처리계획"에 따라 2001년 11월 29일 음반·비디오물및게임물에관한법률의 제정 및 개정내용에 대해 게임물 제공업자들에게 교육을 실시하던 중 영상물등급위원회에서 제작하여 관계기관에 배포한 재등급분류결과 목록을 참고로 하여 실제 유통되고 있는 재등급분류대상 게임물을 파악하고자 청구인들에게 작성하게 한 업소별 게임물 내역서의 비고란에 등분류내용을 고무인으로 날인하여 배포하면서 등급분류가 미필된 게임물을 사용할 경우 행정처분 및 형사처벌을 받을 수 있으므로 2001. 12. 24.부터 등급분류 미필로 구분된 게임물을 사용하지 말라고 구두로 고지하였다.

이에 대하여 청구인에 의하여 행정심판이 제기되었으며, 청구인과 피청구인이 주장한 내용은 다음과 같다.

■ 청구인과 피청구인의 주장

논점	청구인	피청구인(문화관광부)
음비게법의 부당성	○ 공중위생법에 의거해 적법한 절차에 따라서 등급분류를 받아서 사용하고 있음에도 불구하고 음비게법의 제·개정으로 이미 검사받은 게임물에 대해 재등급분류를 받아야 함 - 게임물에 한 재등급분류를 신청절차와 방법 미규정으로 게임물들에 대한 등급분류 받지 못함 ○ 재등급분류를 받지 아니한 게임물로 오락제공을 한 게임제공업자에게 행정처분 및 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 동법은 소급입법에 기하여 재산권 박탈 및 형사처벌을 할 수 없다는 헌법 제13조를 위반한 것	○ 재등급분류란 종전 공중위생법에 의거 심의를 받아 사용중인 게임물을 음비게법에 의해 2년의 경과규정을 두고 영상물등급위원회로부터 다시 등급분류를 받도록 한 것 ○ 2001년 개정된 음반·비디오물및게임물에관한법률에서 2001. 8. 7까지 재등급분류를 받도록 되어 있음 ○ 이러한 음비게법에 의거하여 고시 및 영상물등급위원회의 심의절차에 따라 재등급분류를 실시한 것임
문화관광부 및 영상물등급위원회 행위의 부당성	○ 영상물등급위원회가 게임물들에 대해 직권으로 등급 판단이 어려운 게임물에 대해서 집중심의대상으로 분류 ○ 이 같은 사실을 재등록 신청권자나 해당 게임물의 소지자인 청구인들에게 통보함이 없이 재등급분류 미필로 처리 ○ 정읍시장을 통하여 이를 일방적으로 사용불가로 처리하여 폐기하도록 시달 ○ 청구인들이 재등급분류신청을 하지 않았다는 이유로 청구인들이 동종의 게임물을 사용하지 못하도록 한 것은 위법·부당 - 집중심의대상으로 분류된 게임물에 대해서 등급을 부여하든지 아니면 사용불가로 결정하였어야 할 것임	○ 문화관광부가 영상물등급위원회에서 제작하여 배포한 재등급분류결과 목록을 참고로 하여 "영업장별 보유게임물 전수조사서"상의 비고란에 " 미필" 뿐만 아니라 "전체이용가" 및 "18세이용가" 등 등급분류내용을 표시하여 등급분류를 받지 아니한 등급분류 미필의 게임물을 사용해서는 안된다는 법적 준수사항을 공지 ○ 이는 개정된 음반·비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의거해 등급분류를 받지 아니한 게임물을 사용함으로써 발생할 수 있는 형사처벌 및 행정처분으로부터 청구인들을 보호하기 위해 취한 단순한 안내 ○ 이는 행정심판법 제2조의 처분이라고 볼 수 없으므로, 청구인들의 이건 청구는 각하되어야 할 것임

이는 공중위생법에 의하면 “합격”, “불합격”의 두 가지 등급분류에 대하여, 음비게법이 제정되면서 4가지의 등급분류로 세분화에 됨에 따라, 청구인의 법률의 이해부족 및 재등급분류 절차의 불편함이 그 원인으로 작용한 것으로 판단된다.

■ 게임물심의관련 제도 변화과정

<table>
<tr><td>구 분</td><td colspan="2">1998</td><td>1999</td><td colspan="2">2000</td><td colspan="2">2001</td></tr>
<tr><td>소관부처</td><td colspan="2">보건복지부</td><td colspan="5">(8.27)
문화관광부</td></tr>
<tr><td>심의기관</td><td colspan="2">한컴산
-합격/불합격</td><td>(8.27)
공진협
-합격/불합격</td><td colspan="4">(6.7)
영상물등급위원회
전체이용가/18세이용가</td></tr>
<tr><td>적용법률</td><td colspan="3">공중위생법</td><td colspan="2">(5.9)
음·비게임물에관한법률</td><td>(5.9)</td><td>(9.25)개정법률
(10.20)시행령
(11.)시행규칙</td></tr>
<tr><td>유통중인
게임물</td><td colspan="3">●●●●●●●●●
(합격게임물)</td><td colspan="2">(6.7)
●△●△●△●△●△
(합격,등급분류된 게임물혼용)</td><td colspan="2">※ 종전 법에 의해 5.9까지 등급분류
※ 개정법률에 의거 등급분류신청기간을 8.7까지 연장</td></tr>
<tr><td>재등급
분류</td><td colspan="3"></td><td colspan="2">(5.9)
재등급분류 기한
(법 시행후 2년이내)</td><td>(5.9)</td><td>(9.29)
재등급분류공지</td></tr>
<tr><td colspan="8">※
● : 공중위생법에 의거 한국컴퓨터게임산업중앙회, 공연예술진흥협의회에서 심의한 “합격게임물”
△ : 음비게법에 따라 영상물등급위원회에서 “등급분류”한 게임물
※ 재등급분류결과(2001.9.29/영등위) 등급분류미필된 게임물은 2001.12.31까지 기존 게임제공업에서 사용가능토록 허용하였으나, 2002.1.1이후부터는 등급분류미필게임물은 등급분류를 받지 아니한 게임물로 간주하여 이를 유통· 제공하는 경우에는 법 제21조제1항의 규정을 적용함.</td></tr>
</table>

* 출처: 문화관광부, 「음반·비디오물및게임물에관한 법령 실무편람」, 2003, 18면.

코 멘 트

새로운 법률이 제정되고, 이에 따라 업체의 불편함이 가중되는 경우가 있다. 이번 사안의 경우도 기존의 등급분류에 의하여 영업을 영위하였는데, 음비게법의 제정에 따라 재등급분류라는 업체의 불편함이 가중되었다. 그러나 이는 청소년 보호 등 사

회적 필요성에 따라 법이 제정되었으며, 등급분류 사항도 법으로 규정된 사항이었다.

한편, 행정심판의 심사 대상은 부작위와 처분 등에 한정된다. '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"이므로 본사안의 경우는 이에 해당되지 않았다.

행정심판 제기 전 행정청의 행위가 행정심판의 대상행위인지 면밀한 검토가 필요하다고 하겠다.

제3장 저작권

제1절 표절

1. 표절

(1) 표절의 개념

'표절(plagiarism)'은 일반적으로 남의 작품등을 무단으로 베껴 쓰는 행위로 이해되고 있으며, '모방', '모작', '도용', '도작', '변작' 등의 용어와 혼용하여 쓰고 있다. 저작권과 밀접한 개념이기는 하나 현행 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상의 용어는 아니며, 허락을 받지 아니하는 등 정당한 권원 없이 복제 또는 개변(이하 2차적저작물등의 작성 또는 프로그램저작물의 개작)하는 것이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 즉, 타인의 저작물의 전부나 일부를 그대로 또는 변경을 가하여 자신의 저작물인 것으로 공표·이용하는 행위를 말한다.[39] 따라서 표절과 관련하여 법적인 검토가 필요한 부분은 복제와 개변이다. 그러나 광의로는 타인의 아이디어를 차용하거나 모방·도용하는 경우까지도 포함하여 표절로 이해하는 것이 일반사회의 통념으로 보인다. 다만, 이 경우에 아이디어가 저작권의 보호대상이 아니라는 점에서 복제·개변과는 다른 접근이 필요하다고 하겠다.

이하에서는 협의의 표절이라고 할 수 있는 (무단)개변을 중심으로 다루기로 한다. 복제에 관해서는 후술한다.

(2) 2차적저작물등의 작성

먼저 저작권법상의 2차적저작물등의 작성에 의한 개변을 살핀다.

39) 도작이나 표절은 타인의 저작물을 무단히 이용한다는 점에서 무단이용의 한 유형이지만, 일반적인 무단이용과 구별되는 특징으로서 '타인의 저작물을 마치 자신의 저작물인 양 발표한다'는 요소가 첨가되어 있어 윤리적 비난가능성이 더욱 높은 경우이다. 저작권침해가 되기 위해서는 무단이용을 함으로써 족하고 위와 같은 의미의 도작이나 표절일 것을 요하는 것은 아니며, 다만 그러한 의미의 도작 또는 표절인 경우에는 지적재산권의 침해와 동시에 저작권자의 저작인격권 중 성명표시권을 침해하는 것이 된다(오승종·이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2004, 468면).

(가) 2차적저작물의 성립요건

'2차적저작물' 은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물을 말한다. 따라서 2차적저작물로 성립하기 위해서는 첫째, 기존의 저작물에 기초(또는 의거)하여 작성한 것이어야 한다. 단순히 사상(idea), 주제(theme)나 소재가 같거나 비슷한 것만으로는 부족하고 두 저작물간에 실질적 유사성, 즉 사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다.[40] 또는 당해 공통점을 통해 새로운 저작물로부터 원저작물의 본질적인 특징 자체를 직접 감득[41]할 수 있어야 2차적저작물이 된다고 할 것이다. 그러나 원저작물을 이용하여 이에 의거하였다 하더라도 일반 사회통념상 전혀 별개의 독립적인 새로운 저작물이라고 인정될 정도의 것을 창출하였다면 이는 2차적저작물이 아니라 독립의 새로운 저작물[42]이라 할 것이다. 구체적으로 줄거리나 전개과정 등에 현저한 차이가 있어서 양자 사이에 원저작물과 2차적저작물의 관계를 인정할 만한 본질적인 특징 자체를 함께 하고 있다고 볼 수 없는 경우에는 실질적 유사성이 없는 별개의 저작물이라고 할 것이며,[43] 그 등장인물이라든지 사건전개 등 실질적 구성면에 있어 현저한 차이가 있어 양자 사이에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현기법의 차이를 감안하더라도 양자 사이에 원작과 2차적저작물의 관계를 인정할 만한 실질적 유사성이 있다고 볼 수 없다[44]고 한 사례 등이 있다.

둘째, 창작물이어야 한다. 이때 작성방법은 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법을 포함한다. 창작물이란 독창적으로 표현한 것을 말하며, '창작성' 과 '객관성' 을 그 요건으로 한다.

'창작성' 은 상대적 개념으로서 타인의 것을 베끼지 아니하고 자신의 노력에 의해 독창적으로 작성하는 것을 의미한다. 즉, 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 소산으로서

40) 서울민사지법 1990.9.28 선고, 89가합62247 결정.

41) 서울고법 1991.9.5 선고, 91라79 결정.

42) 서울민사지법 남부지원 1989.12.8 선고, 88가합2442 결정.

43) 서울고등법원 1991.9.5 선고, 91라79 결정.

44) 서울민사지방법원 1990.9.20 선고, 89가합62247 결정.

의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있는 정도이면 충분하다[45]고 하겠다. 그 학문적·예술적 가치의 고저는 문제되지 아니한다. 따라서 특허법상의 신규성이나 진보성과도 다르다고 하겠다.

'객관성' 은 나타내고자 하는 사상·감정 등이 외부로 표현되어 객관적으로 파악 가능한 상태로 존재하는 것을 의미한다. 즉, 제3자가 자신의 아이디어등을 이해할 수 있도록 원고·악보 등의 구체적 형태로 표현되어야 한다. 다만, 유체물에 반드시 고정될 것을 요하지는 아니한다. 이는 우리 저작권법이 저작물의 성립에 있어 고정성을 그 요건으로 하고 있지 아니하기 때문이다. 그러나 예외적으로 영상저작물의 경우에 "연속적인 영상이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의한 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것"이라 정의하고 있어 일견 유형물에의 고정을 요건으로 하고 있다고 보여진다. 참고로 베른협약은 일반적인 또는 특정한 범주의 저작물이 유형적인 형태로 고정되어 있지 아니하는 한 보호되지 아니한다고 규정하는 것에 대해 동맹국의 입법에 맡기고 있다.[46]

따라서 기존 원저작물에 단순히 구두점이나 용어를 변경하는 등의 다소의 수정·증감을 하는 것은 원저작물의 복제물 작성에 불과한 것이며, 2차적저작물로서 보호받기 위해서는 원저작물과 구분되는 새로운 창작성이 추가되어야 한다.

(나) 2차적저작물의 보호

2차적저저작물은 독자적인 저작물로서 보호되며, 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다. 이를 분설하여 살피면 다음과 같다.

첫째, 2차적저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다. 따라서 그 저작자는 원저작물의 저작자와 마찬가지로 저작인격권은 물론 그 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물 또는 그 저작물을 구성부분으로 하는 편집저작물을 작성하여 이용할 권리인 '2차적저작물등의 작성권' 등의 저작재산권을 갖는다. 그리고 원저작자의 허락이나 동의 없이 작성된 2차적저작물이라고 하더라도 현행 저작권법이 원저작자의 허락을 성립요건으로 하고 있지 아니하므로 당해 2차적저작물 자체의 저작권 발생과 그 보호를 받는 것에는 변함이 없다.[47] 다만, 이 경우 원저작자의 권리를 침해

45) 대법원 1995.11.14 선고, 94도2238 결정.

46) 베른협약 article2 (2).

하는 것이 되어 그에 따른 책임을 지거나 처벌을 받을 수는 있을 것이다.

2차적저작물의 저작권은 원저작물의 저작권과 독립하여 존재하므로, 원저작물의 저작권이 보호기간 만료등에 의해 소멸된 경우라 하더라도 2차적저작물의 저작권 행사에는 아무런 영향이 없다. 이 경우에 당해 2차적저작물을 이용하고자 한다면 이미 원저작물의 저작권은 소멸되었으므로 2차적저작물의 저작자에게만 그 허락을 얻으면 된다. 저작권이 소멸된 원저작물을 이용하는데는 아무런 허락을 요하지 아니한다.

그리고 2차적저작물이 독자적인 저작물로서 보호받는 범위는 당해 2차적저작물의 저작자에 의해 창작성이 가미된 부분에 한하므로, 2차적저작물 중 그 원저작물로부터 가져 온 부분은 그 보호가 미치지 아니한다. 따라서 제3자가 당해 원저작물을 구성하는 부분만을 복제하였다면 이는 원저작물의 저작권을 침해한 것이고 2차적저작물의 저작권을 침해한 것은 아니다.

둘째, 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 2차적저작물을 작성하여 이용하는 것은 원저작자의 허락을 요하며, 제3자가 당해 2차적저작물을 다시 이용하여 작성하는 경우에는 2차적저작물의 저작자 뿐만 아니라 원저작자의 허락도 얻어야 한다. 그리고 이는 '2차적저작물의 2차적저작물' 의 경우에도 마찬가지이다.

(다) 편집저작물

'편집저작물' 은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다. 여기서 '편집물' 이라 함은 소재(저작물이나 부호·문자·음성·음향·영상 그 밖의 자료)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다. 편집저작물 역시 독자적인 저작물서 보호되며, 그 편집저작물의 구성부분이 되는 소재의 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리에 영향을 미치지 아니한다. '2차적저작물등의 작성권' 의 대상이 되는 것도 마찬가지이다.

따라서 편집저작물은 소재의 저작물성 여부를 묻지 아니하고, 그 전체가 독립된 저작물로서 보호된다. 단순한 요약·수집 등에 그치지 아니하고 그 작성·종합·배열 그

47) 구법(제5조)에서는 "타인의 저작물을 그 창작자의 동의를 얻어 번역, 개작 또는 편집한 자는 원저작자의 권리를 해하지 않는 범위 내에 있어서 이를 본 법에 의한 저작자로 본다"고 규정하였다. 따라서 동법에 의하면 창작자의 동의 없이 번역, 개작 또는 편집한 자는 당해 법에 의한 저작자로서의 보호를 받을 수 없을 것이다.

리고 전체적인 체제에 있어서 독창성이 있는 경우에 편집저작물로서 보호된다고 하겠다.[48] 주의 할 것은 편집저작물에 대한 독자적인 저작물로서의 보호는 편집저작물 저작자의 창작성이 나타나 있는 부분에 한하고, 각 소재의 저작권에는 영향을 미치지 아니하므로, 제3자가 편집저작물을 구성하는 소재 또는 그 소재의 일부를 복제하는 것은 당해 편집저작물에 대한 저작권침해가 아니다. 따라서 해당 소재가 저작물일 경우에 개별 소재 저작자의 허락을 얻는 것으로 족하며, 편집저작물의 저작자의 허락까지는 필요없다. 그러나 편집저작물 전체를 복제하는 경우에는 편집저작물의 저작자와 개별 소재저작물의 저작자의 허락을 모두 얻어야 한다.

(3) 컴퓨터프로그램의 개작

다음으로 컴퓨터프로그램보호법상의 프로그램 개작에 의한 개변에 대해 살핀다.

'개작' 이라 함은 원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위를 말한다.[49] 대체적으로 버전업, 업그레이드, 컨버전 등이 이러한 개념에 속한다고 할 수 있을 것이다.

개작된 프로그램은 독자적인 프로그램으로서 보호된다.[50] 따라서 2차적저작물등의 작성의 경우와 마찬가지로 개작된 프로그램에 대해서도 원프로그램과 동일한 프로그램저작권이 발생한다. 다만, 원프로그램 저작자의 동의 없이 무단으로 개작한 프로그램에 대해서도 당해 개작자에게 저작권이 발생하는가에 대해선 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 그러나 이 경우에도 2차적저작물등의 작성과 마찬가지로 프로그램저작권은 발생하되 그로 인한 책임은 부담하게 된다고 보는 것이 일반적이다. 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법의 취지를 살피건대 동의 없는 개작 프로그램이라고 하더라도 당해 프로그램에 대한 저작권은 발생하고 그 개작한 자에게 귀속한다고 보는 것이 타당하다.

---

48) 서울민사지법 1995.4.7 선고, 94가합63879 결정 참조.

49) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제4호.

50) 컴퓨터프로그램보호법 제3조 제2항.

프로그램저작자는 공표권·성명표시권·동일성유지권(프로그램저작인격권)과 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리(프로그램저작재산권)를 가진다.[51] 따라서 프로그램저작자는 프로그램의 개작을 허락할 권리를 가진다. 이는 저작권법상의 2차적저작물등의 작성권에 유사한 권리라고 할 수 있다. 문제는 개작할 권리(이하 '개작권')와 번역할 권리(이하 '번역권')간의 관계가 모호하다는 점이다. 컴퓨터프로그램보호법은 번역권을 인정하고 있음에도 '번역'이 무엇인가에 대한 명시적인 정의를 하고 있지 않으며, 저작권법은 '번역'을 2차적저작물 작성 방법 중의 하나로 예시하고 있어 그 명확한 해석에 혼란이 있다.

우선 번역과 관련하여, 저작권법상의 번역이란 서로 다른 언어체계(문자, 문법 등)를 가지고 있는 외국어간에 의미상의 동일성을 유지하면서 그 표현을 변환하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 국어를 영어 또는 일어로 바꾸거나 그 반대의 경우가 이에 속한다고 하겠다. 그러나 점자문·암호문·속기문 등을 해독가능한 형태의 문자로 변환하는 경우와 고어를 현대어로 바꾸는 것이 이에 해당하는지에 대해서는 의문이다. 이에 대해 전자는 번역이 아니고 후자는 번역이라고 하는 견해[52]가 있다.
컴퓨터프로그램보호법상의 번역은 서로 다른 프로그램언어(프로그램을 표현하는 수단으로서의 문자·기호 및 그 체계)간의 변환으로 이해되며, 창작성 없는 기계적·자동적인 형태의 변환은 제외된다고 보는 것이 타당할 것이다. 통상 베이직, 포트란, 코볼, 파스칼, C 등의 언어간에 상호 변환하는 경우가 이에 해당한다고 할 수 있다. 이에 대해 "번역은 UNIX용 프로그램을 MS-DOS용 프로그램으로 번역하는 경우와 같이 OS프로그램을 달리하는 경우나 호환성 없는 정보처리장치 사이의 경우에만 발생한다"는 견해[53]가 있다.

한편, 번역과 개작의 관계에 대해서는 "프로그램보호법상의 번역권 역시 넓은 의미의 개작권에 포함되는 것으로서 원프로그램에 새로운 창작성을 부가하여 다른 언어로 변환하는 행위를 말하는 것으로 보는 것이 타당하다"는 견해[54]가 있다. 동 견해에 따른다면, 원프로그램을 번역한 프로그램이 완전히 별개의 새로운 프로그램을 창작한 정도에 이른 것이 아니라면 개작된 프로그램에 해당한다고 하겠다.

---

51) 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제1항.

52) 허희성, 2000 신저작권법 축조개설(상), 저작권아카데미, 2000, 124면.

53) 윤선희, 지적재산권법(6정판), 세창출판사, 2004, 354면.

54) 오승종·이해완, 전게서, 683면.

2. 표절 분쟁에 관한 사례

(1) 알까기 게임 사건

사건 개요

신청인 (주)○○○는 자사 게임사이트의 대표적인 인기 게임 '○○알까기' 게임과 그 서비스 내용이나 인터페이스 등이 유사한 알까기 게임을 동종 경쟁사인 (주)×××가 자신의 사이트에서 운영하자 저작권침해사실의 통보와 함께 시정조치를 요구하였으나 피신청인의 특별한 조치가 없자 프로그램심의조정위원회에 조정을 신청하였다. 이후 분쟁의 조속한 해결을 위해 지속적인 비공식 만남을 가졌고 조정 전에 양 사의 화해가 이루어진 사건이다.

조정 합의

1. 사건의 개요

가. 신청인 (주)○○○는 2000년 9월부터 자사가 운영하는 모게임사이트에 ○○알까기 게임을 등재하는 한편 프로그램을 프로그램심의조정위원회에 등록한 저작권자이다.

나. 이 알까기 게임이 상기 사이트의 대표게임으로 인기를 끌었고, 동종경쟁사인 (주)×××가 운영하는 사이트에서 게임서비스의 내용이나 인터페이스 등이 유사한 알까기게임을 운영하자 신청인은 저작권침해사실을 통보하고 시정조치 않으면 법적 조치를 밟겠다고 하였다.

다. 피신청인이 특별한 조치가 없자 신청인은 2001. 6. 18. 본 위원회에 다음과 같은 내용의 조정을 신청하였다.

[신청취지]

o 피신청인이 제작·보유하고 있는 본 건 침해 S/W프로그램을 조정 성립 일로부터 3일 이내에 삭제처분하고 신청인의 확인을 받을 것.

o 3대 중앙일간지, 경제지, 스포츠지 각 1개의 매체를 선택하여 사과광고(5단×절반Size) 게재 및 피신청인의 사이트에 사과문을 게재할 것

[신청원인]

가. 신청인은 2000년 9월부터 자사의 사이트에 ○○알까기 등재와 더불어 프로그램 등

록(프로그램등록증서 723××호)을 완료하여 서비스를 시행하는 저작권자임.

나. ○○알까기가 이 사이트의 대표게임으로 인기를 끌자 동종 경쟁사인 피신청인이 자사가 운영하는 사이트에서 게임서비스 내용이나 인터페이스가 동일한 알까기를 무단으로 시행하여 프로그램의 저작권을 침해한 사실이 있음.

다. 이에 신청인은 심히 재산적·정신적 손해를 보고 있기에 위와 같은 저작권 침해사실을 피신청인에게 통보하고(전화통화, 별첨 내용증명 우편물참조), 신청취지상의 내용을 이행할 것을 요구하였으나, 이에 불응하므로 본 조정을 신청하기에 이른 것임.

※ 첨부 1. 내용증명 우편사본 1부, 2. 프로그램등록증 사본 1부

※ 프로그램등록증상 나타난 주요내용을 보면 다음과 같다.

- 적용분야 : 온라인게임
- 특 징 : 물리적 계산공식을 이용한 로직으로 TCP/IP를 기반으로 온라인으로 즐길 수 있는 게임. 전통가족놀이인 ○○알까기를 온라인 상에서 서비스함
- 사용방법 : turn방식으로 마우스를 이용하여 ○○알을 선택하고 파워와 각도를 조절하여 상대방의 알을 판에서 떨어뜨림

2. 조정의 진행

(1) 조정회의

개시전조정신청서를 접수한 위원회에서는 피신청인인 (주)×××에 조정신청사실을 통보하자, 피신청인은 신청인의 주장에 대한 다음과 같은 요지의 준비서면을 제출하였다.

준비서면 (피신청인 작성)

가. 신청인이 ○○알까기 게임의 프로그램 등록을 이유로 저작권자임을 주장하고 있는 것에 대하여

→ 당사는 신청인의 해당 콘텐츠를 무단 불법 복제한 사실이 없으며, 자체 순수게임기술과 창작표현을 곁들여 만들었다. 또한 ○○알까기 자체는 전통놀이를 온라인상에 구현한 것에 불과하므로 이에 대한 저작권은 인정할 수 없다.

나. 신청인의 ○○알까기와 당사의 알까기가 게임서비스 내용 및 인터페이스 등이 동일하다고 주장하는 것에 대하여

→ 게임서비스 내용상 ○○알까기의 경첩 달린 판, 알의 크기 및 배열의 형태, 게임진행방식은 오프라인의 ○○알까기 내용을 그대로 따른 것이므로 창작적인 요소가 아니다. 인터페이스 또한 이미 수많은 웹보드 게임에서 동일 또는 비슷한 형태로 이미 사용하고 있다. 배경, 디자인, 힘의 세기 및 드래그 모양이 다를 뿐 아니라 당사의 알까기가 위치이동, 파워기능, 알 크기 전환기능 및 순간제거기능 면에서 확실히 차별된 것이다. 오히려 신청인이 자사의 ○○알까기의 업그레이드 버전을 출시하면서 당사의 게임디자

인 색감, 귀속말 기능, 소리끄리 기능, 신고기능 및 풀 스크린 기능 등 각종 게임아이템을 모방하였다.

다. 보충의견

국내 다수의 웹보드 게임업체는 오프라인의 각종 놀이 및 게임을 온라인상의 네트워크 게임으로 개발, 선의의 경쟁을 하면서 서비스 운영 등에 대한 노하우를 축적하고 있다. 웹보드 게임업계가 형성된 지 3년여가 지났지만 단 한번도 저작권침해문제가 발생되지 않았다. 그것은 웹보드 게임이 오프라인에서 즐기던 각종 놀이 및 게임을 온라인상에서 구현한 것에 불과하므로 고유한 창작물로 볼 수 없기 때문이며, 게임방법 및 인터페이스 역시 대부분의 게임에서 구현할 수 있는 방법이 제한적이기 때문에 이 또한 저작권 침해로 보지 않기 때문이다. 신청인의 주장대로라면 현재 온라인상에 서비스하고 있는 화투, 포커, 바둑, 장기, 오목, 윷놀이, 자치기, 당구, 낚시 등 거의 모든 게임이 처음 개발한 회사만 제외하고 나머지 회사는 게임서비스를 할 수 없다는 것인데, 이는 곧 미시적 안목에서 게임산업의 정체성과 획일성을 의미함과 동시에 게임산업의 다양성을 가로막는 일이며, 국내 게임산업의 성장을 가로막는 것이 될 것이다.

(2) 제1차 조정회의(2001. 7. 9)

첫 조정회의에서는 양 사 모두 대표이사가 직접 참석하였다. 조정회의 개최 전에는 이상의 논의에서와 같이 저작권 귀속 및 침해 논란이 쉽게 이루어지지 않을 것으로 보였다. 그러나 양 사는 분쟁에 대한 조속한 해결을 위한 타협을 위하여 계속적으로 비공식적 만남을 가졌고, 수차례에 걸친 회의의 결과 어느 정도 합의점에 도달한 상태에서 첫 조정회의가 개최되었다. 조정부에서는 일단 양 사의 의견이 반영된 합의서를 제출 받아 각 합의조문에 대하여 검토하고 양 사의 의견을 확인한 후 다음과 같은 내용의 최종 합의문을 작성하였다.

[합의내용]

가. 피신청인은 신청인의 ○○알까기 프로그램의 저작권자임을 인정한다.

나. 피신청인은 신청인의 ○○알까기 프로그램에 대한 영구적인 사용권을 가지며 그 대가로 2001년 8월 ×일 까지 금 2,000만원(부가세별도)을 피신청인에게 지급한다.

다. 피신청인은 신청인이 운영하는 웹사이트에 ○○알까기 (계약일 이후 게임명칭이 변경될 경우에도 통상 상기명칭을 말한다)에 대하여 신청인이 원저작권자라는 표시〔Copyright by ○○○〕를 하여야 한다.

라. 피신청인은 알까기 S/W 저작권 사용계약에 의하여 개발 서비스하게 되는 알까기를 피신청인이 운영하는 사이트에서만 서비스 할 수 있으며 제3자에게 해당게임 콘텐츠를 임대·판매 영업행위 및 이를 위한 광고홍보를 할 수 없다.

마. 다만 피신청인의 전체 웹사이트의 해외 판매 시에 한하여 신청인과 사전 협의 하에 알까기의 인터페이스, 내용 등을 달리하여 판매할 수 있다.

바. 신청인과 피신청인은 호혜적(互惠的) 상호 사업성공을 위해 서로 협의를 통해 중복되지 않는 게임개발과 교류 비즈니스 모델의 개발, 서비스 운영, 마케팅 등을 지속적

으로 추진하기로 한다.

사. 기타 쌍방이 지켜야 할 부수적인 사항은 2001년 7월 ×일 작성의 ○○알까기 S/W 저작권 사용계약서에 따른다.

아. 조정성립금 일금 20만원은 양당사자가 각각 1/2씩 부담한다.

3. 조정 후기

본 건과 같은 경우 오프라인상의 전통놀이를 온라인상으로 옮겨 놓은 것에 불과하여 결국 그 것을 구현하는 방법 및 아이템 등에 대한 복제여부가 중요 쟁점이 된다. 알까기라는 아이템에 대하여 창작성이 부여될 수는 없을 것이다. 또한 게임으로 구현하는 과정에서 독자적 기술로 달리 구현되었다면 아이디어만을 차용한 것이 되어서 저작권을 침해하였다고는 보기 어려웠던 것으로 보인다. 다만 본 건의 경우 양 사가 조정 전에 이미 화해하고 조정회의시에는 합의문작성만 이루어짐에 따라 주요 쟁점 및 당사자의 주장에 대한 조정부의 판단이 이뤄지지 못하였다. 최근 온라인 게임에 관한 질의 및 관련 분쟁이 빈번하고 있어 심도 있는 논의가 없었다는 면에서 아쉬운 점도 있지만, 당사자가 원만히 합의한 것은 다행스런 일이다.

연 구

저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하므로 저작권법이 있는 것은 사상·감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적 표현형식이고, 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성·신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물이 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작인격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니하고, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니다.[55] 따라서 저작권의 보호대상은 아이디어가 아닌 표현에 해당하고, 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분에 한하므로 저작권의 침해여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 나타난 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 한다.[56] 즉, 어떤 이론이 아무리 독창적이라 하더라도 그것은 아이디어 영역에 속

55) 대법원 1993.6.8 선고, 93다3073, 3080(반소) 결정.

하는 것이므로 저작권의 보호대상이 될 수 없고, 그 이론을 이용하는 경우에도 구체적인 표현까지 베끼지 않았다면 저작권의 침해가 되지 아니한다고 하겠다. 그러므로 작풍이나 스타일의 모방, 아이디어의 이용은 저작권을 침해하는 것이 아니며, 표현형식의 도용만이 침해를 구성한다. 단순히 매체나 표현형식을 변환하는 것은 저작권 침해이다.

이와 같이 '저작권으로 보호되는 것은 아이디어(사상 또는 감정)가 아닌 그 표현'이라고 하는 이론이 '아이디어·표현 이분법(Idea-Expression Dichotomy)'이다.

코 멘 트

이 사건은 조정 전 화해가 된 사건이다. 따라서 합의문 작성의 배경이나 사건의 실체에 대해 파악하기는 어렵다. 그러나 보여지는 사실관계 따르면 이 사건은 양사가 서비스하는 게임의 표절시비로부터 시작된 것으로 당해 '알까기' 게임류가 저작권의 보호대상이 되는가와 그럴 경우에 침해 여부가 문제된다.

알까기 게임이 저작권법상의 보호를 받는다고 하더라도 게임의 규칙, 진행방식 등 게임에 관한 아이디어까지 저작권으로서 보호되는 것은 아니고, 저작물에 나타난 구체적인 표현을 도용한 경우에 한하여 저작권 침해에 대한 구제가 인정될 것이다.

그리고 게임의 상당부분이 이전 게임에 사용된 요소들(조작방법, 진행방식 등)을 반영하여 제작되었다고 볼 여지가 충분하다면 그 독창성을 인정하기는 곤란할 것이며, 게임에 적용된 아이디어가 컴퓨터라는 표현 매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현되는 것이 불가피하다면 그러한 경우에까지 저작권법의 보호가 미치기는 어려울 것이다.

나아가 양 게임의 표현 중 상당부분이 실질적 유사성을 인정하기 어렵고, 분쟁 대상 게임을 포함하여 이전의 다른 게임과 비교하여 볼 때 독창적이거나 훨씬 개선된 요소들을 많이 담고 있다면, 이 경우에 가처분 발령으로 신청인이 얻게 되는 이득은 별무(別無)하다고 보이는 반면 피신청인들이 입게 될 손실의 정도가 훨씬 크다고 할 것이어서, 현 단계에서 급박하게 가처분을 발령할 보전의 필요성도 인정된다고 보기 어렵다[57]고 할 것이다.

---

56) 대법원 1991.8.13 선고, 91다1642 결정.

57) 서울지방법원 2002. 9. 19. 선고, 2002카합1989 결정.

이 사건에서 게임진행 방식, 알까기의 경첩 달린 판, 알의 크기 및 배열의 형태 등이 오프라인의 알까기 게임과 동일하고, 인터페이스 역시 이미 다른 웹보드 게임에서 동일·유사한 형태로 사용하고 있던 것이라면, 이는 아이디어에 해당하거나 그 독창성을 인정하기 곤란하므로 저작권법의 보호가 미치기 어려울 것이다. 또한 게임의 여러 구성요소와 기능이 차별화 되어 있고, 오히려 신청인의 게임이 피신청인 게임의 디자인, 기능 등 각종 구성 요소들을 모방하였거나 뒤떨어져 있다면, 이 경우 역시 표절의 근거가 되기에는 부족하다고 할 것이다.

현재 각종 웹보드 게임이 개발되고 있다. 그 대부분은 누구나가 알고 있고 즐기고 있는 기존 오프라인상의 각종 놀이나 게임(화투, 포커, 바둑, 장기, 오목, 윷놀이, 자치기, 당구, 낚시 등)을 온라인상에 구현한 것이다. 따라서 아이디어에 불과한 게임방식에 창작성을 인정하여 독점배타적인 권리를 부여하는 것은 적절해 보이지 않으며, 인터페이스등을 구현함에 있어 그 표현 방법이 제한적인 경우에는 저작권의 보호 역시 제한적이어야 할 것이다. 그러므로 같은 방식의 게임이라 하더라도 그 구현방법과 표현이 다르다면 창작성이 있다고 보아야 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

프로그램심의조정위원회
(http://www.pdmc.or.kr/2003-1/work/dispute/board/case_view.jsp).
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(2) 봄버맨 표절 사건

사건 개요

국내 게임업체 A사는 국내 동시접속자 33만명을 기록한 자사의 인기 온라인게임 'OOO'(이하 'B게임'이라 한다)가 일본 게임업체 허드슨의 '봄버맨'을 표절했다는 의

혹을 받자 1년간의 저작권 침해여부 논란 끝에 2003년 4월 허드슨의 저작권을 인정하고, '봄버맨'의 일부를 이용하는 라이센스 계약을 체결하기로 합의한 사건이다.

B게임은 서비스가 시작될 때부터 일본 허드슨사의 아케이드게임 '봄버맨'과 게임 진행방식 등이 매우 유사하다는 지적을 받아왔으며, 이후 가입자 수가 급증하자 허드슨과 봄버맨의 온라인게임개발계약을 체결한 국내 게임개발사 C사(현재는 엠게임이 봄버맨의 국내 온라인게임 관련 저작권을 가지고 있음)가 A사측에 이의를 제기하게 되었고, 이에 A사는 허드슨·C사와 저작권 문제에 대한 협상을 시작하게 되었다. 처음 A사는 자사의 B게임과 봄버맨은 장르만 같고 서로 다른 게임으로서 모방한 것이 아니라고 주장하였다. 당시 C사는 이미 허드슨과 봄버맨의 온라인서비스에 관한 라이선스 계약을 맺고 '온라인 봄버맨' 제작에 나선 상태였다. 이후 A사가 모방사실을 인정하고 협상안을 제시하였으나 금액 등의 차이가 커 허드슨과의 협상이 결렬되었다. 그리고 협상 중에 A사가 중국으로 먼저 수출함으로써 허드슨과 C사의 중국 수출이 어려움을 겪게 되기도 하였다. 그러나 2003년 B게임을 통한 세계 게임 시장 진출을 위해 협력하는 것이 전략적으로 바람직하다는 점에 양사가 동의함에 따라 급속히 합의점을 찾게 되었고, A사가 허드슨의 '봄버맨'에 대한 저작권의 일부분을 인정하고 '봄버맨'의 일부 이용에 대한 라이선스료를 러닝로열티 개념이 아닌 일정 금액 형태로 허드슨 측에 지급함과 더불어, PC 기반의 온라인 게임인 B게임을 모바일, 콘솔 등 다양한 플랫폼으로 공동개발(멀티플랫폼화)하기로 합의함으로써, 1년간 끌어온 저작권 분쟁이 일단락되었다.

연 구

1. 아이디어·표현 이분법(idea-expression dichotomy)

어떤 작품이 저작물로 성립하였다고 하더라도 그 저작물을 이루는 구성요소 모두가 저작권의 보호대상이 되는 것은 아니다. 따라서 저작물의 구성요소 중 어느 범위까지를 저작권으로 보호할 것인지가 문제된다. 저작물의 구성요소를 보호받는 요소와 보호받지 못하는 요소로 구분하는 문제에 대하여 미국의 판례법은 이른바 '아이디어·표현 이분법'이라는 방식을 개발하였다.[58] 이에 따르면 저작물 전체가 저작

58) 아이디어·표현 이분법의 기원은 문예작품이 관련된 Nichols 사건에서 Learned Hand 판사에 의하여 시도되었다. Hand 판사는 문예물은 등장인물(characters)과 시퀀스(sequence)로 나누어 볼 수 있는데, 그 중 시퀀스를 예로

권의 보호를 받는 것은 아니며, 보호를 받지 못하는 부분도 포함하는데, 이를 비록 다른 사람들이 허락 없이 복제를 하더라도 저작권침해가 되지 않는다. 즉, 아이디어는 보호를 하지 아니하며 표현, 그 중에서도 창작성을 가진 표현만이 저작권의 보호를 받는 것이다. 현재 저작권 실무에 있어서 전 세계적으로 주류의 지위를 차지하고 있고, 우리나라 판례도 이를 받아들이고 있다.

2. 아이디어·표현의 합체(merge)

아이디어·표현 이분법의 기본 개념은 아이디어가 아닌 표현을 보호한다는 것이다. 그러나 아이디어와 표현이 너무 밀접하게 연결되어 이를 따로 구분하는 것이 어려운 경우에는 비록 표현이라고 하더라도 저작권에 의한 보호를 줄 수가 없게 되는데, 그것은 이러한 표현에 보호를 해 주게 되면 부득이 그와 밀접하게 연관되어 있는 아이디어에까지 보호를 해 주는 결과를 초래하게 되고, 그렇게 되면 아이디어는 만인공유의 영역에 두어 다른 창작자에 대한 창작의 자유를 확보해 주려는 저작권법의 기본취지가 몰각될 수 있기 때문이다.

아이디어와 표현의 합체에는 일반적으로 다음과 같은 세 가지 경우가 있다.[59]

① 합체의 원칙(merger doctrine) - 비록 창작적인 표현이라고 하더라도 해당 저작물의 사상이나 감정, 즉 아이디어가 오직 그 표현방법 외에는 달리 효과적으로 표현할 방법이 없는 경우에는 그 표현에 대하여는 저작권의 보호가 주어져서는 아니 된다는 원칙이다.

② 사실상의 표준(de facto standards) 원칙 - 저작자가 창작을 할 당시에는 그 작품에 내재된 아이디어를 표현하는 방법이 많이 있었는데, 나중에 가서 그 방법이 여러 가지 현실적인 여건상 제한되는 경우, 즉 창작 당시에는 합체가 일어나지 않았으나 시간이 흐른 후 그 표현방식이 업계의 사실상의 표준이 되어 버림으로써

들면 보호받을 수 없는 사상(idea)으로부터 비교적 보호받기 힘든 주제(theme), 보호받을 수 있는지 여부가 다투어질 수 있는 구성(plot), 비교적 보호받기 쉬운 사건(incident), 보호받을 것이 거의 확실시되는 대화나 어투(dialogue and language) 등으로 구성되어 있다고 하였다. 그리고 이와 같이 구성요소들을 보다 근본적인 것으로부터 세부적인 것으로 차례로 배열하였을 때 그 중 어느 경계선에서 보호받을 수 있는 부분과 보호받을 수 없는 부분이 나누어진다는 것이다(오승종, "게임저작물에 있어서의 표절 판단", 2004 미래게임포럼 공개세미나, 한국게임산업개발원, 2004.12.13, 3면).

59) 이하 오승종, 전게논문, 5면.

후발적인 합체가 일어나는 경우에도 역시 그 표현에 대하여는 저작권의 보호가 주어져서는 아니 된다는 원칙이다.

③ 필수장면의 원칙 - 소설이나 희곡과 같은 문예적 저작물에 있어서 그 작품에 내재되어 있는 보호받지 못하는 아이디어(예컨대 소설의 주제나 기본적인 플롯)가 전형적으로 예정하고 있는 사건들이라든가, 등장인물의 성격타입 등과 같은 요소들에 대하여는 설사 그러한 요소들이 표현에 해당한다고 하더라도 저작권의 보호를 주어서는 아니 된다는 원칙이다.

코 멘 트

이 사건 역시 가장 먼저 문제되는 것은 동일·유사한 게임진행방식등이 저작권의 보호대상이 되는가이다. 게임의 장르가 같다보면 진행방식이 유사해질 수밖에 없는 측면이 있는데, 이 경우 그 표현 역시 유사해지기 마련이다. 따라서 어느 범위까지 저작권의 보호가 미치는 창작성 있는 표현에 해당하는가가 문제이다. 아이디어·표현이분법과 아이디어·표현 합체 이론에 따라 저작권의 보호가 인정되는 부분이 결정되면 이를 중심으로 저작권 침해여부를 따져 보아야 할 것이다.

그러나 이 사건에서 A사는 '봄버맨' 모방사실과 이에 대한 허드슨의 저작권 일부를 인정하고 라이센스 계약을 체결하기로 합의해 버렸다. 어떠한 이유로 모방사실을 인정했는지, 어느 부분을 어느 범위까지 모방했는지, 저작권을 인정한 부분이 어디까지인지는 불분명하다. 다만, 더 이상의 분쟁을 막고 상호 협력·발전을 위한 합의를 이끌어낸 점은 다행스러운 일이라고 할 수 있을 것이다.

관련판례 및 참고문헌

넥슨 홈페이지 : www.nexon.com
허드슨 홈페이지 : www.hudson.co.jp
매일경제 2003.4.3.
머니투데이 2003.4.3.
전자신문 2003.4.3.
스포츠투데이 2002.12.4.

내외경제 2002.12.13.
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(3) 건바운드 사건

– 서울지방법원 2002. 9. 19. 선고, 2002카합1989 결정

사건 개요

턴제 방식의 온라인 슈팅게임인 '포트리스' 서비스를 제공해온 C사는 '건바운드' 게임이 자사의 포트리스 게임과 캐릭터, 포탄, 게임화면, 계기판, 맵, 게임방식등 6개 부문에서 유사하다고 지적하고, 이에 따른 저작권 침해와 피해발생을 이유로 '건바운드 서비스금지 가처분'을 서울지방법원에 신청하였다. 이에 대하여 '건바운드' 게임을 서비스하는 A사와 B사는 C사가 제기한 6개 부문의 유사성에 대해 반박하면서 '건바운드'가 기존 포트리스와는 다른 독자적인 게임이라고 주장하였지만 법원은 이를 기각하였다.

서울지방법원은 결정문에서 포트리스의 일부 독창성은 인정되나 피보전권리 및 보전의 필요성에 대한 소명이 부족해 이유가 없으므로 기각했다고 밝혔다. 즉, 독창성을 인정해 가처분 명령을 내릴지라도 신청자가 얻는 이익은 크지 않은 반면, 피신청인이 입게 될 손실이 더 크다고 판단하였다.

판결 요지

이 사건 게임이 저작권법상의 보호를 받는다고 하더라도 그 내용이 게임의 규칙, 진행방식 등 게임에 관한 아이디어까지 저작권으로서 보호되는 것은 아니고, 저작물에 나타난 구체적인 표현을 도용한 경우에 한하여 저작권 침해에 대한 구제가 인정된다. 기록상 이 사건 게임과 피신청인들의 건바운드 게임은 포탄 폭발의 모양, 폭발에 의하여 지형이 파괴되는 모양, 캐릭터 손상의 모양, 채팅창·시간제한·파워게이지·랜덤·캐릭터 능력치에 관한 표현 등 상당부분에 있어 동일하거나 유사하다

고 보기 어렵고, 한편 이 사건 게임에 사용된 '턴제 슈팅방식'은 이 사건 게임이 최초로 제작된 1997년 이전에 이미 스코치, 웜즈, 웜즈II 등의 게임에 도입된 방식으로서, 이 사건 게임의 목적, 게임 조작방법, 진행방식, 승리조건 등이 위 스코치나 웜즈 게임과 동일하거나 유사할 뿐만 아니라, 이 사건 게임에 나타난 바람 게이지·지형·시간제한·포탄·캐릭터·아이템 생성·무기·캐릭터의 턴 애니메이션·턴 넘김 버튼 등 게임의 중요 요소들도 이전 게임에서 동일하거나 유사하게 표현되었던 점 등 기록상의 제반사정에 비추어 보면 이 사건 게임의 상당부분은 그 이전에 제작된 게임에 사용된 요소들을 반영하여 제작되었다고 볼 여지가 충분하다 할 것이어서 선뜻 그 독창성을 인정하기 곤란하며, 이 사건 게임에 사용된 일부 아이디어는 컴퓨터라는 표현 매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현되는 것이 불가피하다고 보이는바, 이러한 경우에 있어서까지 저작권법에 의하여 보호해야 할 가치가 있는 것인지도 의문이라 할 것이다 … 건바운드 게임에 나타나는 표현 중 상당부분은 이 사건 게임과 비교할 때 실질적 유사성을 인정하기 어려운 점, 건바운드 게임은 길드 생성 및 지원 기능, 게임 버디기능, 아바타 시스템, 게임모드의 다양성(쥬얼모드, 싱글모드, 태그모드, 스코어모드 등), 문디스크에 의하여 결정되는 게임환경, 게임마스터가 사용자들이 사용할 수 있는 아이템의 종류를 제한하거나 게임 참여자들의 게임시작 위치를 정하는 방법을 선택할 수 있는 기능, 대화풍선, 새로운 무기들의 사용 등 이 사건 게임을 비롯한 이전의 턴제 슈팅방식의 게임과 비교하여 볼 때 독창적이거나 훨씬 개선된 요소들을 많이 담고 있는 점 등을 고려하여 보면 이 사건 가처분 발령으로 신청인이 얻게 되는 이득은 별무(別無)하다고 보이는 반면 피신청인들이 입게 될 손실의 정도가 훨씬 크다고 할 것이어서, 현 단계에서 급박하게 가처분을 발령할 보전의 필요성도 인정된다고 보기 어렵다.[60]

연 구

저작권의 보호 대상과 그 범위를 정함에 있어 아이디어·표현 이분법은 매우 중요한 이론이다. 그러나 구성요소의 상대적 특성으로 인해 언제나 아이디어와 표현이 명확히 구분될 수 있는 것은 아니다. 보호대상이 되는 표현은 일반적으로 문자적·외적 표현(literal expression)과 비문자적·내적 표현(non-literal expression)으로 나뉘어 지는데, 이 때 저작권의 보호가 문자적·외적 표현에만 미치는지와 비문자적·

60) 서울지방법원 2002. 9. 19. 선고, 2002카합1989 결정; 오승종, 전게논문 23-24면에서 재인용.

내적 표현과 아이디어간의 구별이 문제된다. 그러나 적어도 문자적·외적 표현의 보호만으로는 적절한 저작권의 보호가 이루어지기 어렵다는 점은 분명해 보인다. 이는 사소한 개변에 불과한 표현에 대해서도 저작권의 보호가 주어질 수 있다는 점에서 부당한 측면이 있다. 따라서 표현의 보호는 문자적·외적 표현의 보호만으로 달성되기 어렵다고 하겠다. 그렇다면 비문자적·내적 표현까지 보호하여야 할 것인데, 문제는 어디까지를 비문자적·내적 표현으로 보아야 할 것인가이다. 즉, 아이디어와 표현을 구별하기 위한 판단기준이 필요하다고 하겠다. 이는 결국 실질적 유사성 판단에 관한 문제가 될 것이다. 특히 컴퓨터프로그램저작물은 그 성질상 어문저작물등의 일반저작물과 차이가 있음에도 불구하고 과연 이와 동일한 기준을 가지고 일률적인 적용을 하는 것이 타당한가에 대한 고찰을 요한다고 하겠다.

컴퓨터프로그램의 보호범위와 관련해 제1세대의 논의가 컴퓨터프로그램을 저작권으로 보호할 것인가 또는 컴퓨터프로그램의 문자적 요소가 저작물성을 가지는가에 대한 것이었다면, 제2세대의 논의는 컴퓨터프로그램의 비문자적 요소가 보호대상이 되는가 또는 그 보호범위는 어디까지인가라고 할 수 있는데, 이른바 'SSO(Structure, Sequence, Organization)' 이론이 그것이다. 즉, 컴퓨터프로그램의 비문자적 표현인 '구조·순서·조직'이 프로그램저작권의 보호대상이 되는가이다.

미국의 경우 'Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. 사건(Whelan사건)'[61]에서 컴퓨터프로그램에 대한 저작권의 보호는 프로그램의 문자코드를 넘어 그 구조, 순서, 조직(SSO)에까지 미친다고 한 바 있다. 그러나 이에 대해 저작권의 보호가 과도하다면서 어문저작물과 혼동한 결과라는 비판이 제기되기도 하였다. 이후에도 계속하여 찬성 또는 반대하는 판례가 이어졌으며, 대체적으로 저작권의 지나친 보호범위의 확장을 제한하는 경향을 보여왔다. 현재 가장 일반적으로 채택되고 있는 실질적 유사성 판단 이론은 1992년 'Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc. 사건(Altai사건)'[62]에서 처음 적용된 '연속여과이론(Successive Filtering Test)'[63]으로서, 기본적으로는 Whelan사건 법원의 컴퓨터프로그램의 비문자적 표현에 대한 저작권 보호에 찬성하면서도, SSO이론에 대한 비판과 함께, (i)추상화(abstraction), (ii)여과(filtering)[64], (iii)비교(comparison)

61) 797 F.2d 1222(3d Cir. 1986).

62) 982 F. 2d. 693(2d Cir. 1992).

63) 'Gates Rubber/Altai/Nimmer Method'라고도 한다.

64) 여과단계에서는 보호받을 수 없는 요소인 (i)추상적인 아이디어에 해당하는 요소들(아이디어·표현 합체이론 적용), (ii)효율성의 고려에 의하여 지배되는 요소들(아이디어·표현 합체이론의 수정·보완), (iii)외적인 요인에의하여 지배되는 요소들(표준삽화의 원칙 적용), (iv)공유(public domain)에 해당하는 요소들을 제외한다(자세한

의 3단계 논리과정을 거쳐야 한다고 한다.

코 멘 트

이 사건 판결 역시 저작물의 보호범위와 관련하여 아이디어·표현 이분법을 기본적인 원칙으로 적용하고 있다. 그리하여 게임저작물의 구성요소 중 게임의 규칙, 진행방식과 같은 부분은 아이디어에 해당하여 저작권의 보호범위 밖에 있음을 밝히고 있다.

또한 이 판결은 공중의 영역(public domain)에 있는 요소 또는 이미 다른 게임에 존재하고 있어 신청인의 '포트리스2 블루'의 창작적인 표현이라고 보기 어려운 요소들도 보호대상에서 제외하고 있다. 그리고 아이디어/표현 이분법과 밀접한 관련을 가지고 있는 이른바 '합체의 원칙'을 적용하고 있는 판시도 엿볼 수 있다. 즉, 신청인의 '포트리스2 블루'에 사용된 일부 아이디어는 컴퓨터라는 표현 매체의 한계성 때문에 특정 형태로 표현되는 것이 불가피하다고 보고, 그러한 경우에는 저작권의 보호를 줄 수 없다는 취지의 판시를 하고 있는데, 이는 특정 아이디어를 표현하는 방법이 한 가지 뿐이거나 극히 제한되어 있는 경우에는 그것이 표현이라 하더라도 저작권의 보호가 주어져서는 아니 된다는 '합체의 원칙'을 적용한 것이라고 볼 수 있다.

또한 저작권침해 여부를 판단함에 있어서 기준이 되는 것은 원고와 피고의 저작물이 얼마나 유사한지, 즉 서로 유사한 부분이 얼마나 많고 그 부분이 얼마나 중요한지 하는 점이다. 따라서 원고와 피고의 저작물이 서로 다른 부분이 얼마나 많으냐 또는 피고의 저작물이 원고의 저작물보다 얼마나 개량 또는 발전된 것이냐 하는 점은 원칙적으로 침해판단에 있어서 중요한 고려요소는 아니다. 그러나 이 사건 판시에서 보는 바와 같이 원고와 피고의 게임저작물 중 서로 다른 부분, 또는 원고의 저작물보다 피고의 저작물에서 더 발전된 부분 등으로 인하여 가처분의 또 다른 요건인 보전의 필요성이 부정될 수는 있다는 점을 위 판결은 보여주고 있다.[65]

한편, 이 사건의 발단이 포트리스 게임 개발자가 퇴사 후에 동일 장르의 게임인 건바운드를 개발하였다는 점에서 '단체명의저작물 또는 업무상 창작한 프로그램의

것은 오승종·이해완, 전게서 666면-668면 참조).

65) 오승종, 전게 논문, 24-25면.

저작자’와 ‘영업비밀’ 보호 문제도 거론될 수 있을 것으로 보인다. 우선 저작권법상 법인등(법인·단체 그 밖의 사용자)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물로서 법인등의 명의 공표된 단체명의저작물의 경우에는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 경우에는 그 법인등이 저작자가 되는 것이 원칙이다. 다만, 예외로 기명저작물의 경우에는 그러하지 아니하다.[66] 다음으로 컴퓨터프로그램보호법에 있어서도 법인등(국가· ·단체 그 밖의 사용자)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인등을 당해 프로그램의 저작자로 한다[67]고 규정하고 있어, 일반적으로 게임소프트웨어의 저작자는 개발자 본인이 아닌 개발사가 된다는 점에서 개발자가 퇴사하여 게임소프트웨어등을 개발하는 경우에 주의가 요구된다. 경우에 따라서는 영업비밀로도 보호될 여지가 있으므로 이에 대한 문제도 고려되어야 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

서울지방법원 2002. 9. 19. 선고, 2002카합1989결정
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(4) 미르의 전설-전기세계 사건

사건 개요

게임개발사 위메이드엔터테인먼트가 자사의 온라인게임 ‘미르의 전설’을 서비스하는 중국 게임서비스업체 샨다사를 상대로 샨다사가 순수하게 개발했다고 주장하는 ‘전기세계’가 ‘미르의 전설2’와 ‘미르의 전설3’를 상당 부분을 표절하고 도용한 것으로 판단해 북경인민법원에 샨다사를 제소한 사건이다.

66) 저작권법 제9조.

67) 컴퓨터프로그램보호법 제5조.

‘미르의 전설2’는 중국 내에서 동시접속자 75만명을 기록하며 세계 최고의 온라인 게임 동시접속자 기록을 보유한 게임으로 위메이드엔터테인먼트는 샨다가 불법서버등을 이유로 ‘미르의 전설2’에 대한 로열티를 미지급하자 계약을 중도해지한 바 있다. 공동판권을 보유한 액토즈소프트도 이번 소송에 합의하였으나 위메이드엔터테인먼트와 별도로 샨다와 로열티문제를 합의했으며 지분문제로 위메이드엔터테인먼트와 맞고소까지 가는 등의 갈등이 있어 왔다. 이에 위메이드엔터테인먼트 측은 액토즈소프트가 지적재산권 침해 사실을 문제 삼지 않고 샨다와 합의했다며 이에 반발하였다.

※ 위메이드엔터테인먼트 측의 주장 (‘전기세계’의 표절 내용)

○ 계약 중도 해지 이전의 침해 내용

샨다는 2001년 서비스계약을 체결하여 2003년 1월 28일 계약이 해지되기 이전에도 〈미르의 전설〉에 대한 지적재산권 침해 행위를 일삼았다. 샨다는 국내의 기술진이 중국서버에 업데이트하지 않은 내용을 무단으로 중국 〈전기〉(미르의 전설2의 중국서비스명)에 업데이트하였으며, 이는 〈미르의 전설2〉에 국한되는 것이 아니라 〈미르의 전설3〉까지 포함하는 수준에 이르고 있었다.

○ 전기 세계의 침해 내용

현재 샨다는 자체 개발했다고 주장하는 온라인 롤플레잉게임 〈전기세계〉를 정식서비스 중이다. 그러나 〈전기세계〉는 순수 창작게임으로 인정할 수 없는 요소를 무수하게 갖추고 있는 게임이다. 〈전기세계〉는 온라인 롤플레잉 게임의 핵심인 캐릭터 레벨상승 방법, 캐릭터 육성법 및 캐릭터별 무공 종류 및 무공수련법, 아이템, 인터페이스, 그래픽, 사운드 등 게임의 전반적인 부분에 있어 〈미르의 전설〉 고유의 시스템을 정확하게 도용하고 있다. 이것은 일반적인 온라인 롤플레잉 게임들이 공통으로 지니고 있는 요소들을 차치하더라도, 그 유사성의 범주를 크게 벗어나 있는 것이다. 2003년 7월 샨다의 천톈초 대표이사가 기자간담회에서 두 게임의 프로그램개발 언어의 차이점을 들어 지적재산권 침해 의혹을 부인하려 한 것은 게임개발에 관련 기본적인 지식의 부재를 대변하는 것에 불과하다.

연 구

저작권법상의 권리침해는 크게 (i)저작인격권의 침해, (ii)저작재산권의 침해, (iii)출판권의 침해, (iv)저작인접권의 침해, (v)데이터베이스제작자의 권리의 침해[68] 등의 5가지로 구분할 수 있다. 컴퓨터프로그램보호법은 (i)(ii)만을 다루고 있다. 가장 흔히 거론되는 것이 저작재산권의 침해이므로 이를 중심으로 살피면, 저작재산권 침해 유형에는 무단이용, 부정이용(또는 허락범위 외 이용), 침해의 의제가 있다.

저작권침해가 인정되기 위하여서는 두 가지 요건을 충족하여야 한다. 첫째, 원고(저작권침해를 주장하는 자)에게 해당 저작물에 대한 저작권이 있어야 한다. 둘째 피고에 의한 무단이용 또는 부정이용이 있어야 한다. 이는 다시 주관적 요건으로서 침해자의 저작물이 원고의 저작물에 '의거'(依據)[69]하여 그것을 이용하였을 것을 요하며, 객관적 요건으로서 침해자의 저작물이 원고의 저작물과 동일성(복제권 침해의 경우) 내지는 종속성(2차적저작물작성권 침해의 경우)을 가지고 있어야 한다(실질적 유사성).[70] 그러나 동일성과 종속성도 결국은 유사성 판단에 의존하게 되므로, 실질적 유사성이 있으면 동일성 또는 종속성이 인정되고, 저작재산권의 침해가 있는 것으로 본다.

게임소프트웨어는 프로그램저작물 뿐만 아니라 영상저작물로서도 보호 가능하다. 그리고 각각에 대한 보호는 별개로서 행해질 수 있다고 본다. 즉, 영상 등이 유사하다고 곧 프로그램저작권 침해라고 하기는 어렵다. 별도의 침해 기준에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 게임소프트웨어는 상황에 따라 유리한 쪽으로 프로그램저작물 또는 영상저작물로서의 보호를 주장하면 될 것이다.

---

68) 이 경우는 특히 창작성 없는 데이터베이스의 보호와 관련해 구분의 실익이 있을 것이다.

69) 주관적 요건으로 '접근(access)'이라는 용어를 사용하기도 한다(정상조). 그러나 이에 반대하면서 양자가 동일 개념이 아니라는 견해가 있다. 즉, 의거는 실제로 어떤 저작물을 보거나 접하여 그것을 인용하였음을 의미하는 것이고, 접근은 어떤 저작물을 보거나 접할 상당한 기회를 가졌다는 것이라고 한다. 따라서 동 견해에 의하면 접근은 침해의 주관적 요건 자체가 아니라 주관적 요건의 입증의 부담을 경감하기 위한 보다 실제적인 도구개념으로 본다(오승종·이해완). 한편, 저작권 침해라고 하기 위해서는 (i)원고에게 저작권이 있을 것, (ii)피고에 의한 도용이 있어야 할 것의 두 요건을 충족하여야 하며, 후자의 경우에 도용을 직접적인 증거에 의하여 입증하기 곤란하므로 이를 추정할 수 있는 간접사실로서 i)피고가 원고저작물을 도용할 수 있는 상당한 기회를 가졌다는 의미에서 '접근'과 ii) 원고의 저작물과 피고의 저작물간에 있어서 '실질적 유사성'이 있어야 한다는 견해도 있다(송영식·이상정, 전게서, 286-287면).

70) 이를 세가지 요건(원고의 유효한 저작권, 주관적 요건: 의거, 객관적 요건: 실질적 유사성)으로 나누는 견해(오승종, 전게논문. 5면)도 있으나 결과적으로는 마찬가지인 것으로 보인다.

코 멘 트

우선 전기세계의 침해가 주장되는 부분(캐릭터 레벨상승 방법, 캐릭터 육성법 및 캐릭터별 무공 종류 및 무공수련법, 아이템, 인터페이스, 그래픽, 사운드 등 게임의 전반적인 부분)이 저작권의 보호가 미치는 대상인지 살펴야 할 것이다. 만약 이러한 것들이 일반적인 온라인 롤플레잉 게임들이 공통으로 지니고 있는 보편적 요소들에 불과하다면 저작권법의 보호를 받기가 힘들 것이다. 다음으로 상기의 저작권침해 요건을 만족하고 있는지를 검토해야 할 것이다. 이때 저작권침해는 영상저작물 또는 프로그램저작물로 나누어 별개로 판단할 수 있을 것이다.[71]

관련판례 및 참고문헌

전자신문, 매일경제, 한국경제(2003.10.16)
위메이드엔터테인먼트 보도자료(2004.1.6)
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

71) 중국 저작권법등이 정한 바에 따라야 할 것이다. 그러나 중국 역시 베른협약, WTO/TRIPS 등의 가입국이라는 점에서 국제조약 준수의무를 부담하고 있으므로, 그 기본은 크게 다르지 않을 것으로 보인다.

제2절 불법복제

1. 불법복제

(1) 저작권법상의 복제

저작자는 그 저작물을 복제할 권리를 가진다.[72] 그리고 복제는 "인쇄 · 사진 · 복사 · 녹음 · 녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을, 각본 · 악보 그 밖의 이와 유사한 저작물의 경우에는 그 저작물의 공연 · 실연 또는 방송을 녹음하거나 녹화하는 것을 포함" 한다.[73]

첫째, 복제는 유형물에의 '고정' 을 요건으로 한다. 유형물로 다시 제작하는 경우도 '고정' 할 것을 전제로 한다고 보면, 고정 여부를 묻지 아니하는 저작물의 성립요건과는 다르다고 하겠다. 그러므로 공연, 방송 등 유형물에 고정되지 아니하는 형태로 복제 또는 전파되는 이른바 '무형복제' 또는 '무형적 전파' 는 복제에 해당한다고 볼 수 없으며, 이는 오히려 공연권과 방송권의 대상이 된다고 하겠다. 이를 분명히 하기 위해 법은 "각본 · 악보 그 밖의 이와 유사한 저작물의 경우에는 그 저작물의 공연 · 실연 또는 방송을 녹음하거나 녹화하는 것" 을 복제에 포함시키고 있다.

둘째, 복제 '방법' 은 가시적인 방법(인쇄 · 사진 · 복사 등) 뿐만 아니라 비가시적인 방법(녹음 · 녹화 등 재생을 필요로 하는 형태의 방법)에 의한 복제도 포함한다. 그 밖에 필사에 의한 것이든 기계적·전자적·광학적·화학적 방법에 의한 것이든 그 방법이나 수단을 가리지 아니한다. 다만, 컴퓨터 모니터 화면에 현시를 통해 단순히 감상 또는 열람만 하는 경우에 이를 복제로 볼 것인지가 문제이다(소위 '일시적 저장/복제' 의 문제). 이에 대해서는 복제로 보는 견해, 전시로 보는 견해, 공연으로 보는 견해, 전송으로 보는 견해 등이 있다.

셋째, 고정되거나 다시 제작되는 '유형물' 의 종류에도 제한이 없다. 종이, 플라스틱, 직물 등뿐만 아니라 자기테이프, 하드디스크, CD, DVD 등의 전자적 기록매체도 포함한다. 따라서 아무런 창작성도 가하지 않고 단순히 매체만을 변경하여 수록하는 것은 복제에 불과하다고 하겠다.

---

72) 저작권법 제16조.

73) 저작권법 제2조 제14호.

넷째, 건축물의 경우에 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것도 복제에 해당한다. 완성된 건축물을 그대로 재시공하거나 건축 설계도서 등을 인쇄·복사하는 등의 행위는 당연히 복제에 해당한다고 보여지나, 아직 건축물이 완성되지 않은 경우에 당해 설계도서등을 기초로 건물을 시공하는 것이 과연 복제에 해당하는가(건축물의 복제도 설계도서등의 복제도 아닐 수 있으며, 이의 적절한 보호방법이 문제)에 대한 의문이 있을 수 있으므로 이를 분명히 하기 위한 규정이다. 이와 관련해 문제가 되는 것은 건축물에만 한정하고 있는 법문의 취지로 보건대 건축물이 아닌 기타의 모형 또는 설계도서에 따른 재현·제작 등은 복제에 해당하지 않는다고 볼 수 있는지 이다. 이에 대해 "건축물이 아닌 다른 도형저작물의 실시, 예컨대 자동차 설계, 기계모형에 따른 실물의 제작과 같은 실시행위에 대해여는 법이 복제권의 부여대상에서 제외하고 있는 것으로 보아야 할 것"이라는 견해[74]가 있다. 그리고 2차적저작물 중 변형저작물(특히 미술저작물의 소위 '이종복제'의 경우), 캐릭터 상품화와의 관계에 있어서도 문제가 될 수 있을 것이다.

그 밖에 복제에는 원작품을 복제하는 '직접복제' 뿐만 아니라 그 복제물을 다시 복제하는 '간접복제'도 포함된다. '전부복제'일 것을 요하지 아니하며, '일부복제'라 하더라도 그 복제한 부분이 질적인 측면에서 창작성이 있고 양적으로도 일정한 정도에 이른 것이라면 복제에 해당한다(데이터베이스와 온라인디지털콘텐츠의 복제는 별론으로 한다). 문언적인 표현(타인이 인식할 수 있도록 문자·언어 등을 통해 객관화된 것)뿐만 아니라 비문언적 표현(문언적 표현에 내재하고 있는 비문언적 요소로서 문언적 표현과 아이디어의 중간에 위치함)에 대한 복제도 실질적 유사성이 있다면 복제라고 할 수 있을 것이다.

한편, 법원은 "… 저작물을 복제하는 경우라 함은 기존의 저작물에 의거한 것일 뿐만 아니라 그 저작물의 내용 및 형체를 충분히 주지할 수 있도록 게재되어 그와 동일한 것이라고 볼 수 있을 때를 가리키고, …"[75]라고 한 바 있다.

(2) 컴퓨터프로그램보호법상의 복제

컴퓨터프로그램저작물(특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진

74) 오승종·이해완, 전게서, 277면.

75) 서울지법 1997.11.5, 97카합2072 결정(이른바 '성격개역판' 사건).

장치 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련이 지시·명령으로 표현된 창작물, 이하 ‘프로그램 ‘이라 한다)[76]을 창작한 자를 프로그램저작자라 하며, 프로그램저작자는 프로그램을 복제할 권리를 갖는다. 컴퓨터프로그램보호법은 “프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위”[77]를 ’ 복제 ‘로 규정하고 있다.

‘복제’가 되기 위해서는 첫째, 프로그램을 유형물에 고정시켜야 한다. 이점에서는 저작권법과 동일하다. 또한, 스트리밍등의 방식(즉, 영구적인 형태의 저장 없이 램 등에의 일시적인 저장)으로 프로그램을 이용하는 경우에 복제에 해당하는가의 문제도 마찬가지이다.

둘째, 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하여야 한다. 일부 수정·증감을 하였더라도 전체적으로 그 동일성을 인정함에 차이가 없다면, 이는 새로운 창작성을 더하였다고 보기 어려울 것이다. 따라서 복제에 해당한다. 그러나 기존의 프로그램을 개변함에 있어 새로운 창작성을 더하여 수정·증감한 것이라면 이는 2차적프로그램의 작성으로서 ‘개작’에 해당한다고 볼 수 있다. 나아가 그 창작성의 정도가 매우 커서 개작 프로그램이 아닌 전혀 별개의 프로그램으로 인정할 정도에 이르렀다면 이는 독립의 새로운 프로그램저작물이라고 하겠다.

한편, (i)특정 프로그램 언어로 작성된 프로그램을 다른 언어로 변환하는 경우, (ii)기록매체를 바꾸어 프로그램을 수록하는 경우, (iii)원시프로그램을 목적프로그램으로 변환하는 경우 또는 그 역변환의 경우 (iv) 프로그램을 실행하는 경우 등이 복제에 해당하는지가 문제된다. 이를 분설하여 살펴본다.

(i)에 있어서 복제에 해당하는 것은 특정 언어로 작성된 프로그램을 새로운 창작성을 더함이 없이 ‘기계적 또는 자동적’으로 다른 언어로 변환하는 경우에 한한다. 만약 변환에 새로운 창작성이 더해졌다면 이는 달리 보아야 할 것이다. 따라서 일률적으로 프로그램 언어의 변환을 복제라고 하는 것은 무리라고 본다. 변환의 난이도와 그에 수반되어지는 창작성의 여부등을 따져 판단하여야 할 것이다. OS를 달리하거나 호환성이 없는 정보처리장치간이라 하더라도 새로운 창작성을 더함이 없이 ‘기계적이거나 자동적’으로 변환한 것에 불과하다면 이 경우 역시 복제로 볼 수 있을 것이다.

(ii)는 특정 기록매체(자기테이프, 플로피디스크, CD, DVD, 하드디스크 등)에 저

76) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호.

77) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제3호.

장되어 있는 프로그램을 다른 기록매체로 이전시키는 경우로서, 단순한 기록매체의 변경은 새로운 창작성이 더해진 것이라고 할 수 없으므로 복제에 불과하다고 하겠다. 이때 CD등에 담겨있는 프로그램을 종이등의 인쇄 매체물로 출력하는 행위도 복제에 해당한다.

(iii)의 경우에 문제되는 것은 원시프로그램에서 목적프로그램으로의 변환 또는 그 역변환이 단순히 복제에 불과한 것인지, 2차적프로그램의 작성(프로그램의 개작 또는 번역)인지이다. 그러나 원시프로그램을 목적프로그램으로 변환하는 과정은 일반적으로 인터프리터, 컴파일러, 어셈블러 등의 변환 프로그램에 의해 기계적·자동적으로 이루어지므로 개작된 프로그램 또는 별개의 독립된 프로그램으로 인정할 만한 새로운 창작성이 더해지지 않았다는 점에서 복제에 해당한다고 보아야 할 것이다. 목적프로그램을 원시프로그램으로 역변환하는 경우에도 아무런 창작성의 가미없이 역변환 프로그램(decompiler, disassembler 등)에 의하여 기계적·자동적으로 이루어졌다면, 이 역시 복제에 해당한다. 다만, 역변환을 함에 있어 인간의 노력에 의해 창작성이 더해진 경우라면 이는 프로그램의 개작 또는 번역으로 볼 수 있을 것이다.

(iv)의 주요 쟁점은 프로그램 실행시 발생하는 램(RAM)상의 일시적 저장이 복제에 해당하는가와 이른바 '사용권'의 인정여부 등이다. 이와 관련하여 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하고 있다.

(3) 온라인디지털콘텐츠산업발전법상의 복제

'디지털콘텐츠'라 함은 부호·문자·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것을 말한다.[78] 따라서 게임 및 그 캐릭터는 일반적으로 디지털콘텐츠의 요건을 만족한다고 보여진다. 그리고 '온라인디지털콘텐츠'는 정보통신망[79]에서 사용되는 디지털콘텐츠[80]를 말하므로 온라인 게임과 그 캐릭터가 이에

78) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제1호.

79) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조제1항제1호의 규정에 의한 정보통신망을 말한다. 즉, 전기통신설비(전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 기타 전기통신에 필요한 설비)를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.

80) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제2호.

해당할 것이다.

온라인디지털콘텐츠산업발전법상의 ‘복제’는 온라인디지털콘텐츠(이하 ‘온라인콘텐츠’라 한다)를 전자적 매체 등 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며,[81] 누구든지 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니된다(다만, 온라인콘텐츠를 최초로 제작하여 표시한 날부터 5년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다).[82] 이를 위반하는 행위(이하 ‘위반행위’라 한다)로 자신의 영업에 관한 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 그 위반행위의 중지나 예방 및 그 위반행위로 인한 손해의 배상을 법원에 청구할 수 있다.[83] 또한 그 위반행위로 온라인콘텐츠제작자의 영업에 관한 이익을 현저하게 침해한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하게 된다.[84] 다만, 이 경우에 손해배상청구 등을 할 수 있는 자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.[85]

따라서 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 게임 또는 그 등장 캐릭터의 전부 또는 상당한 부분을 복제하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니된다. 이때 당해 게임 또는 캐릭터는 상당한 노력으로 제작한 것이면 족하므로 그 저작물성 여부는 묻지 아니한다. 문제는 당해 게임 또는 캐릭터가 보호요건인 표시를 하였는가 이다. 즉, 온라인콘텐츠제작자는 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일, 온라인콘텐츠 제작자의 성명(법인인 경우에는 법인의 명칭), 온라인콘텐츠의 이용조건 등을 온라인콘텐츠 또는 그 포장에 표시하여야 하는데,[86] 표시가 없는 게임 또는 캐릭터는 보호요건을 결하였으므로 복제등에 의한 영업이익의 침해를 구제받을 수 없다고 할 것이다. 따라서 온라인콘텐츠 제작자[87](즉, 게임개발사)가 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 보호를 받기 위해서는 반

81) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제7호.

82) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제18조 제1항.

83) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제19조 제1항.

84) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제22조 제1항.

85) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제22조 제2항.

86) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제17조 제1항. 그 밖에 표시사항, 표시방법 등 표시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(온라인디지털콘텐츠산업발전법 제17조 제2항).

87) 온라인디지털콘텐츠제작에 있어 그 전체를 기획하고 책임을 지는 자를 말하며 이들로부터 적법하게 그 지위를 양수한 자를 포함한다(온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제6호). 여기서 “온라인디지털콘텐츠제작”이라 함은 정보통신망에서 사용하기 위하여 디지털형태의 원정보를 가공하거나 디지털형태외의 원정보를 디지털방식으로 전환 또는 가공하는 것을 말한다(동법 제2조 제5호).

드시 ‘표시’를 하여야 한다. 다만, 온라인콘텐츠제작자가 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법의 보호를 받는 경우에는 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법이 온라인디지털콘텐츠산업발전법에 우선하여 적용되므로,[88] 그 표시여부를 떠나 당해 게임 또는 캐릭터가 해당하는 저작물의 종류에 따라 보호받으면 될 것이다.

2. 게임프로그램 불법 복제·배포등

(1) 백화점에서의 불법복제·배포 사건

- 프로그램심의조정위원회 2002조정○, 게임프로그램등의 무단복제에 따른 손해배상금 조정

사건 개요

신청인이 피신청인의 게임프로그램등을 PC 하드디스크에 무단 복제하거나 CD에 불법복제하여 배포하는 등의 피신청인의 프로그램 저작권을 침해함에 따른 손해배상금을 지급하는 과정에서 신청인과 피신청인간에 적절한 손해배상금액을 도출하지 못하여 이에 대한 조정을 구한 사건이다.

조 정

게임프로그램등의 무단복제에 따른 손해배상금 조정

- 사건번호 : 프로그램심의조정위원회 2002조정○
- 조정결과 : 조정취하
- 신청취지 : 적절한 손해배상금액에 대한 도출

□ 신청개요

신청인은 국내에서 컴퓨터 하드웨어 등 제조, 판매업을 하는 회사이며, 피신청인은 게임

88) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제21조.

프로그램등의 개발 유통업을 하는 회사들이다. 신청인의 6개 백화점 직영 판매점에서 신청인의 사용인이 2002년 ○월에 피신청인 회사들이 개발·유통하고 있는 게임프로그램을 PC 하드디스크에 무단 복제하거나 CD에 불법복제하여 배포함에 따라 신청인들의 프로그램 저작권을 침해한 사안이다.

이 과정에서 피신청인이 신청인의 프로그램 저작권침해행위를 하도록 집요하게 유도한 부분이 있어 손해배상금 지급에 있어 양사간 적절한 손해배상금액을 제시하지 못하였으므로 이에 대한 조정을 구한 사안이다.

□ 처리결과

당사자간 조정외 원만한 합의에 따른 조정취하

연 구

'컴퓨터프로그램저작물' 이라 함은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리 능력을 가진 장치(이하 '컴퓨터' 라 한다) 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말하며,[89] 이를 창작한 자를 프로그램저작자라고 한다.[90] 프로그램저작작는 프로그램저작권을 가지며,크게 프로그램저작인격권으로서의 공표권·성명표시권·동일성유지권과 프로그램저작재산권으로서의 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리로 구성된다. 프로그램저작권은 프로그램이 창작된 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.[91] 프로그램저작권은 그 프로그램이 공표된 다음 연도부터 50년간 존속하는 것을 원칙으로 한다.[92]

코멘트

게임프로그램은 프로그램저작물이라고 할 수 있으며, 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위는 컴퓨터프로그램보호법상의 복제에 해당한다. CD나 하드디스크에서 하드디스크, CD 등으로의 단순한 매

89) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호.

90) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제2호.

91) 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제2항.

92) 컴퓨터프로그램보호법 제7조 제3항.

체 변경도 복제이므로, 게임프로그램을 PC 하드디스크에 무단 복제하거나 CD에 불법복제하는 것은 프로그램저작권 중 복제할 권리(즉, 복제권)의 침해라고 할 수 있다. 그 복제물을 정당한 권원없이 배포하는 것 역시 프로그램저작권(즉, 배포권)의 침해이다. 이 경우 프로그램저작권자등은 권리의 침해에 대한 구제를 받을 수 있는데, 민사적 또는 형사적 방법이 고려될 수 있다. 민사적 구제로는 침해의 정지·예방이나 손해배상의 청구를 할 수 있으며, 침해자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액이 손해액으로 추정된다. 그리고 실시료 상당액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있으며, 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있다. 형사적 제재로는 징역 또는 벌금에 처할 수 있다. 이 경우 복제권·배포권 등의 침해죄는 친고죄로서 프로그램저작권자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 그리고 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 프로그램저작권 침해행위등을 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 해당 벌칙의 벌금형을 과할 수 있다.

관련판례 및 참고문헌

송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(2) 전화 주문에 의한 불법복제·배포 사건

- 서울지방법원 1999.6.8. 선고, 99고단6422 결정

사건 개요

정당한 권리 없이 스타크래프트 등의 정품CD를 공CD에 복제하여 전화로 주문한 불특정 다수인에게 판매함으로써 프로그램저작권을 침해한 사건(동시에 등록없이, 영리를 목적으로 게임물을 복제 제작 · 판매하여 음반·비디오물및게임물에관한법률을

위반한 사건)이다.

판 결

[사　　건] 99고단6422 음반 · 비디오물및게임물에관한법률위반, 컴퓨터프로그램보호법위반, 음란물건제조, 음란물건판매, 음란필름소지
[피　고] ○○○, 상업
[검　사] ○○○

[주　문]
피고인을 징역 10월에 처한다.
이 판결 선고 전의 구금일수 30일을 위 형에 산입한다.
다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.
압수된 증제1호 내지 증제18호를 몰수한다.

[이　유]

범 죄 사 실
피고인은 주거지인 서울 서초구 방배본동 7**의 ** 소재 컨테이너박스에 컴퓨터용 컴팩트디스크(이하 '씨디'라고만 한다) 복제, 컴퓨터통신 및 전화판매를 위한 컴퓨터 2대, 그 주변기기, 전화 등을 설치하여 놓고 컴퓨터 관련 서비스업에 종사하는 자인바,

1. 당국에 비디오물 제작업 및 유통관련업 등록없이, 1999. 1. 초순경부터 같은 해 6. 8. 01:00경까지 위 주거지에서, 영리를 목적으로, 나체의 남녀가 성교하는 장면을 담은 그림 및 동영상 파일을 컴퓨터통신으로 입수하여 공 씨디에 수록한 음란물건인 속칭 포르노씨디 비디오물 127종을 제조한 후, 전화로 주문한 불특정 다수인에게 위 포르노씨디를 다시 공 씨디에 복제 제조한 포르노씨디를 1장당 금 10,000원을 받고 건네주어 위 포르노씨디 비디오물 약 250장을 판매하고,

2. 정당한 권리 없이, 전항 기재 같은 일시 · 장소에서, 저작권자가 각 주식회사 한빛소프트, 주식회사 한글과컴퓨터, 미합중국 마이크로소프트사(Microsoft Corporation)인 컴퓨터프로그램 스타크래프트 , 글 97", "MS오피스 의 각 정품씨디를 공 씨디에 각 복제하는 방법으로 복제 씨디 약 650개를 제작한 후, 전화로 주문한 불특정 다수인에게 위 복제씨디 1장당 금 10,000원을 받고 건네주어, 복제와 배포의 방법으로 각 프로그램저작권을 침해함과 동시에 당국에 게임물 유통관련업 등록없이, 영리를 목적으로, 위와 같이 게임물인 위 스타크래프트 프로그램을 복제 제작 · 판매하여 게임물 판매업을 영위하고,

3. 판매할 목적으로, 1999. 6. 8. 01:00경 위 주거지에서, 나체의 남녀가 성교하는 내용을 담은 음란필름인 속칭 포르노비디오테이프 8장을 소지하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 법정진술과 적법하게 채택되어 조사된 증거들에 의하면 판시 사실은 그 증명이 있다.

법령의 적용

1. 해당법조 : 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제29조 제1항 제1호, 제9호, 제4조, 제30조 제1호, 제7조 제1항, 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제1항 제1호, 형법 제244조, 제243조
1. 상상적 경합 : 형법 제40조, 제50조
1. 경합범 가중 : 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조
1. 미결구금일수 산입 : 형법 제57조
1. 집행유예 : 형법 제62조 제1항
1. 몰수 : 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제29조 제2항 제1호, 제5호

연구

컴퓨터프로그램보호법은 일정한 경우에 정보통신부장관이 관계공무원으로 하여금 부정복제물등의 수거조치등을 할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다.[93] 즉, 정보통신부장관은 (i)정당한 권원을 가지지 아니한 자가 유통 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 복제한 프로그램, (ii)정당한 권원을 가지지 아니한 자가 정보통신망을 통하여 판매 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 전송하는 프로그램, (iii)프로그램저작권을 침해하는 방법으로 제작된 프로그램을 그 사정을 알면서 취득한 자가 업무상 사용하는 프로그램, (iv)정보통신망을 통하여 전송하는 기술적보호조치[94]를 무력하게 하는 정보, (v)기술적보호조치의 무력화를 행하기 위하여 제작된 기기, 장치, 부품, 프로그램 등에 해당하는 프로그램, 정보 또는 기기 등을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거·삭제·폐기하게 할 수 있다.

이 경우 관계공무원이 당해 프로그램 또는 기기등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하여야 하여야 하며, 수거 등의 처분을 하는 관계공무원은

93) 컴퓨터프로그램보호법 제34조.

94) '기술적보호조치'라 함은 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치를 말한다(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호).

그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

그리고 정보통신부장관은 관계공무원이 수거등을 함에 있어서 기술적 자문 및 이에 준하는 지원이 필요한 때에는 프로그램심의조정위원회 또는 프로그램저작권 보호와 관련된 협회 등의 단체에 협조를 요청할 수 있으며, 정보통신망을 통하여 (i)~(v)의 프로그램 또는 정보가 전송되거나 게시된 경우에 프로그램심의조정위원회의 심의를 거쳐 온라인서비스제공자에게 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 거부·정지 또는 제한 등을 하도록 명할 수 있다.

따라서, 정보통신부장관은 정당한 권원을 가지지 아니한 자가 판매등의 영리를 목적으로 복제한 게임등의 컴퓨터프로그램저작물(이하 '프로그램'이라 한다)을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거·삭제·폐기하게 할 수 있다.

코멘트

정당한 권리 없이 정품CD에 수록된 스타크래프트 등의 프로그램을 공CD에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위는 불법 복제에 해당하며, 이러한 침해행위에 의하여 만들어진 복제물 CD를 전화주문에 의해 불특정 다수인에게 판매하는 것은 배포권의 침해라고 할 수 있다. 따라서 프로그램저작권을 침해하였다.

그리고 정당한 권원을 가지지 아니하고 판매등의 영리를 목적으로 복제하였으므로, 정보통신부장관은 당해 게임 프로그램을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거·삭제·폐기하게 할 수 있을 것이다.

관련판례 및 참고문헌

서울지방법원 1999.6.8. 99고단6422
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(3) PC통신 벼룩시장을 이용한 불법 복제·배포 사건

– 서울지방법원 2000.3.22. 선고 2000고단1862 결정

사건 개요

등록을 하지 아니하고, 자신의 집에서 게임물 CD를 복사하여 제조한 후 PC통신 벼룩시장란을 통해 구입을 희망하는 가입자들에게 게임물 목록을 보내주고 주문을 받는 방법으로 게임물 CD를 판매한 사건이다.

판 결

[사　　건] 2000고단1862 음반·비디오물및게임물에관한법률위반, 컴퓨터프로그램보호법위반, 방문판매등에관한법률위반
[피　고] ○○○, 무직
[검　사] ○○○

[주　문]
피고인을 징역 1년에 처한다.
이 판결 선고 전 구금일수 38일을 위 형에 산입한다.
다만 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.
압수된 증 제1호부터 제6호를 각 몰수한다.

[이　유]

범 죄 사 실

피고인은,
1. 음반 및 게임물의 제작 및 판매업 등록을 하지 아니하고, 1999. 1. 중순경부터 2000. 2. 14.까지 서울 강남구 압구정동 433 현대아파트 ***동 ****호 소재 피고인의 집에서 컴퓨터 1대 및 씨디 복제기 1대를 설치하고, 록스 , 모터레이서2 , 케이크 등의 게임물 씨디를 복사하여 제조한 후 피씨통신 유니텔 벼룩시장란에 구입을 희망하는 가입자들에게 게임물 목록을 보내 주문을 받는 방법으로 게임물 씨디 1,000여장, 판매시가 약 7,000,000원 상당을 판매하고,

2. 위 일시 장소에서 미국 마이크로소프트사에서 프로그램 저작권을 보유하고 있는 윈도

우 98 등 컴퓨터프로그램을 마음대로 복제하여 전항기재와 같은 방법으로 프로그램 씨디 80여장 판매시가 약 800,000원 상당을 판매하여 위 프로그램 저작권자의 저작권을 침해하고,

3. 통신판매업 신고를 하지 아니하고, 위 일시장소에서 위 각 항 기재와 같이 전기통신을 이용하여 복제씨디의 광고를 하고 소비자로부터 청약을 받아 복제씨디를 판매하여 통신판매업을 영위하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 법정진술
1. 강민지에 대한 경찰압수조서의 기재
1. 경찰압수조서의 기재
1. 수사보고(복제프로그램의 수량 및 가격)의 기재
1. 고객명단 ID, 고객주소지, 통장세부거래내역서의 각 기재

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당 법조
   음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제29조 제1항 제1호, 제4조, 제30조 제1호, 제7조 제1항, 제29조 제2항 제1호, 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제1항 제1호, 방문판매등에관한법률 제61조 제5호, 제17조 제1항
1. 경합범가중 : 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조
1. 미결구금일수 산입 : 형법 제57조
1. 집행유예 : 형법 제62조 제1항
1. 몰수 : 형법 제48조 제1항 제1호, 제2호

연구

프로그램저작권의 종류와 그 침해에 대해서는 이미 전술하였으므로 이하에서는 프로그램저작권이 제한되는 경우를 중심으로 살펴보도록 한다.

저작권은 지적재산권의 일종으로서 배타적인 권리이다.[95] 그러나 다른 재산권과 마찬가지로 저작권도 절대적인 것은 아니며 그 자체에 내재하는 한계가 있다. 따라서

95) 이와 관련하여 저작권은 모방금지권으로서 차단효가 있는 독점적인 권리인 산업재산권과는 다르다는 견해가 있다(송영식·이상정, 전게서 118-120면 참조).

공익등의 목적을 위해 제한될 수 있다. 즉, 법은 일정한 경우(자유이용, 강제허락, 존속기간 종료 등)에 저작권자의 허락 없이도 누구나 자유롭게 저작물을 이용할 수 있도록 하고 있는데, 이는 저작권 제도가 저작자등의 권리를 보호하는 것 외에도 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 궁극적으로 문화의 향상발전에 이바지하는 것을 그 목적으로 하고 있다는 점에서 그러하다.

컴퓨터프로그램보호법도 '컴퓨터프로그램저작물의 저작자의 권리 그 밖에 컴퓨터프로그램저작물과 관련된 권리를 보호하고 그 공정한 이용을 도모하여 당해 관련산업과 기술을 진흥함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적'으로 하고 있다는 점에서 그 기본적인 취지에 있어서 저작권법과 크게 다르지 아니하다. 다만, 문화발전이 아닌 경제발전을 그 궁극적인 목적으로 하고 있다는 점이 다를 뿐이다.

컴퓨터프로그램보호법상 프로그램저작권의 제한은 크게 (i)일반적인 제한과 (ii)특수한 제한으로 구분해 볼 수 있다. 전자는 주로 동법 제12조 각호에 해당하는 경우로서, i)재판 또는 수사를 위하여 복제하는 경우, ii)초·중등교육법, 고등교육법에 의한 학교 및 다른 법률의 규정에 의하여 설립된 교육기관(상급학교 입학을 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우, iii)초·중등교육법에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 교육목적을 위한 교과용 도서에 게재하기 위하여 복제하는 경우, iv)가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우(이른바 '사적복제'), v)초·중등교육법, 고등교육법에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 입학시험 그 밖의 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제 또는 배포하는 경우, vi)프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험 목적으로 복제하는 경우(정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자가 당해 프로그램을 사용중인 때에 한한다)(이른바 '리버스엔지니어링') 중의 1에 해당하는 경우에는, 그 목적상 필요한 범위안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

후자는 i)호환성확보를 위한 프로그램코드역분석[96](동법 제12조의2)과 ii)멸실 등의

96) "프로그램코드역분석"이라 함은 독립적으로 창작된 프로그램과 다른 프로그램과의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램코드를 복제 또는 변환하는 것을 말한다(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제10호).

방지를 위한 프로그램사용자에 의한 복제 등(동법 제14조)의 경우에 해당한다. 이를 분설하여 살펴보면 다음과 같다. 우선 i)의 경우에, 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램저작권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램코드역분석을 할 수 있다. 그리고 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 호환 목적외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우와 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우에는 이를 사용할 수 없다. ii)는 프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위안에서 당해 복제물을 복제할 수 있는 경우로, 프로그램의 복제물을 소지·사용하는 자는 당해 프로그램의 복제물을 소지·사용할 권리를 상실한 때에는 그 프로그램저작권자의 특별한 의사표시가 없는 한 그 복제한 것을 폐기하여야 한다. 다만, 프로그램의 복제물을 소지·사용할 권리가 당해 복제물이 멸실됨으로 인하여 상실된 경우에는 그러하지 아니하다.

코멘트

정당한 권원없이 게임물 CD를 복사하여 판매하는 것은 프로그램저작권자등의 복제·배포할 권리를 침해한 것이며 이를 위해 어떤 방법(오프라인 또는 온라인)으로 고객유인 행위를 하였는가는 문제되지 아니한다. 따라서 PC통신 벼룩시장란을 통해 구입 희망자들에게 게임물 목록을 보내고 주문을 받는 방법으로 CD를 복사·판매하는 것은 복제권 및 배포권의 침해가 된다고 하겠다. 온라인 전송의 방식으로 판매하였다면 이는 배포권이 아닌 전송권 침해에 해당한다. 다만, 이 사건에서 자신의 집에서 복제한 것이 컴퓨터프로그램보호법 제12조상의 프로그램저작권의 제한(프로그램저작권자의 허락없이도 복제·배포가 가능한 경우), 특히 개인적인 사용을 목적으로 하는 '사적복제'에 해당하여 자유로운 복제 또는 배포가 가능할 뿐만 아니라 프로그램저작권의 침해도 성립하지 아니한다고 주장할 수도 있으나, 이는 잘못된 것이다. 사적복제가 허용되는 조건은 매우 제한적이어서 (i)가정과 같은 장소에서 (ii)개인적인 목적으로 (iii)그러나 영리를 목적으로 하는 경우를 제외하며, (iv)그 목적상 필요한 범위안에서 (v)공표된 프로그램을 복제할 수 있다. (vi)다만,

프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우는 그러하지 아니하다. 따라서 이 사건에서는, 자신의 집에서 복제했다는 것 외에는 개인적인 목적을 떠나 비영리적으로 복제하였을 뿐만 아니라 그 목적상 필요한 범위를 벗어난 복제를 하였고, 복제의 부수 등도 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하는 정도에 이르고 있다고 보여지므로 프로그램저작권이 제한되는 사적복제에 해당한다고 보기 어렵다 할 것이다. 그러므로 이 사건에서 게임CD의 무단 복제·배포(혹은 전송)는 프로그램저작권 침해 행위라고 할 수 있다. 또한 부정복제물등의 수거조치등(제34조)의 대상도 될 수 있을 것이다.

관련판례 및 참고문헌

서울지방법원 2000.3.22. 2000고단1862
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(4) 대학가에서의 불법 복제·배포 사건

– 서울지방법원 2000.3.22. 선고 2000고단1807 결정

사건 개요

음반 및 게임물 제작업의 등록을 하지 아니하고, 자신의 집에서 판매할 목적으로 스타크래프트 등의 게임CD를 복제하여 제작하여 대학교 부근에서 성명불상의 대학생 및 일반인등에게 판매한 사건이다.

판 결

[사 건] 2000고단1807
가. 음반·비디오물및게임물에관한법률위반

나. 컴퓨터프로그램보호법위반
[피 고] ○○○, 무직 ****호
[검 사] ○○○

[주 문]
피고인을 징역 1년에 처한다.
이 판결 선고 전 구금일수 37일을 위 형에 산입한다.
다만 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.
압수된 CD레코더기 1대, CD 582장(증 제1호부터 증 제5호)을 모두 몰수한다.
피고인으로부터 7,800,000원을 추징한다.

[이 유]

범 죄 사 실

피고인은 일정한 직업이 없는 자인 바,
1. 음반 및 게임물 제작업 등록을 하지 아니하고, 1999. 7. 중 순경부터 2000. 2. 15.경까지 안성시 공도면 진사리 36의 1 주은청솔아파트 ***동 ****호 피고인의 집에서 판매할 목적으로 컴퓨터 1대 및 씨디복제기 2대 등을 이용하여 스타크래프트 등 게임씨디 1,400여점, 국내 가요씨디 30점을 복제하여 제작하고,

2. 게임물 판매업 등록을 하지 아니하고, 전항 일시경 서울 성동구 소재 ○○대학교, 안성시 소재 □□대학교 안성 캠퍼스 및 평택시 소재 △△대학교 부근에서 전항 기재와 같이 복제한 스타크래프트 등 게임씨디 1,045점 시가 780만원 상당을 성명불상의 대학생 및 일반인등에게 판매하고,

3. 전항 일시경 위 피고인의 집에서 피해자인 미국 마이크로소프트 회사에서 프로그램 저작권을 보유한 윈도우98 등 프로그램 700여점을 복제하고, 위 ○○대학교 등지에서 위와 같이 복제한 윈도우98 등 프로그램 660점 시가 500만원 상당을 판매하여 위 피해자 회사의 프로그램 저작권을 침해하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 법정진술
1. 우체국 통장 사본의 기재
1. 판매기록수첩 사본의 기재
1. 상표등록원부의 기재
1. 압수된 CD레코더기 1대, CD 582장(증 제1호부터 증 제5호)의 각 현존

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당 법조 및 형의 선택
   음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제29조 제1항 제1호, 제4조, 제30조 제1호, 제7조 제1항, 컴퓨터프로그램보호법(1986. 12. 31. 법률 제3920호) 제34조 제1항 제1호 (각 징역형 선택)
1. 경합범가중 : 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조
1. 미결구금일수 산입 : 형법 제57조
1. 집행유예 : 형법 제62조 제1항
1. 몰수, 추징 : 음반 · 비디오물및게임물에관한법률 제29조 제2항 제1호

연구

누구든지 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해하거나 다른 사람의 프로그램배타적발행권등[97]을 복제·배포 및 전송의 방법으로 침해하여서는 아니된다.[98] 이를 위반한 자는 3년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.[99] 즉, 징역 또는 벌금 중에서 선택할 수 있을 뿐만 아니라 동시에 두 가지 형벌을 지우는 것도 가능하다(상습범은 5년이하의 징역 또는 7천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과).[100] 그러나 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등[101]의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.[102]

코멘트

정당한 권원없이 판매를 목적으로 스타크래프트 등의 게임CD를 자신의 집에서 복제·제작하여, 대학생 및 일반인등에게 판매하였으므로 프로그램저작권(복제권, 배포

97) 프로그램저작권자는 다른 사람에게 그 저작물에 대하여 독점적으로 복제하여 배포 또는 전송할 수 있도록 하는 배타적 권리인 '프로그램배타적발행권등'을 설정할 수 있다. 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 3년간 존속한다.

98) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제1항.

99) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항.

100) 컴퓨터프로그램보호법 제47조.

101) 프로그램배타적발행권등의 설정을 받은 자를 말하며, 그 설정행위로 인한 범위안에서 프로그램배타적발행권등을 행사할 권리를 가진다. 프로그램배타적발행권자등은 프로그램저작권자의 동의없이 제3자에게 프로그램배타적발행권을 양도할 수 없다.

102) 컴퓨터프로그램보호법 제48조.

권) 침해에 해당한다. 배포는 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 행위를 말하므로, 어느 장소에서 판매하였는지와 그 영리유무는 문제되지 아니한다고 하겠다.

관련판례 및 참고문헌

서울지방법원 2000.3.22. 2000고단1807
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(5) 음화판매: '큰날개' 사건

– 대법원 1999.2.24. 선고 98도3140 결정, 음화판매

사건 개요

피고인들은 컴퓨터프로그래머인데, 컴퓨터통신정보제공자(이른바 IP)로 일하고 있는 소외의 자와 공모하여 1997년 주식회사 "큰날개"를 설립하여 그곳에 컴퓨터와 컴퓨터정보통신설비 등을 갖춘 후 사설게시판을 개설하고 음란 컴퓨터프로그램파일을 판매하다가, 음화판매죄 및 컴퓨터프로그램보호법 위반으로 고소당하였고, 음화판매죄는 인정되고, 컴퓨터프로그램보호법은 친고죄 요건 미비로 기각되었다. 그러나 대법원에서는 음란한 영상을 담은 컴퓨터프로그램이 형법 제243조의 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당하는지 않는다고 판시하였다.

판결 요지

피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 컴퓨터프로그램보호법위반죄의 공소사실의 요지는, 피고인들이 컴퓨터통신망을 이용하여 저작권자인 피해자 동서게임채널의 "DARK EARTH" 등의 게임프로그램을 판매하여 저작권을 침해한 것이라고 함에 있는바, 이는 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제1항 제1호에 해당하는 죄로서 같은

법 제36조에 의하여 저작권자의 고소가 있어야 논할 수 있는 사건인바, 기록을 살펴보아도 고소권자가 피고인들에 대하여 고소한 사실을 인정할 자료가 없으므로, 위 공소는 고소없이 공소가 제기된 것이어서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로 형사소송법 제327호 제2호에 의하여 공소를 기각한다.

형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인들의 위와 같은 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고 원심이 형법 제243조의 규정을 적용하여 유죄의 판결을 한 데에는 위 형법 제243조의 음화판매죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

판 결

【원심판결】 98노1970 컴퓨터프로그램보호법위반, 음화판매

[이 유]

변호인의 항소이유의 요지는, 첫째 컴퓨터프그램보호법위반죄에 대하여, 이는 친고죄인바 고소권자의 고소가 없으므로 위 부분에 대한 공소를 기각하여야 할 것임에도 원심이 친고죄의 법리를 오해하여 피고인들에 대하여 유죄를 선고하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 둘째 판시 음화판매죄에 대하여, 피고인들은 공소외 김○○이 통신망에 올린 음란자료를 적시에 모니터링하여 경고, 삭제 등의 조치를 취하지 못한 것일 뿐 위 김○○과 공모하여 음화를 판매한 사실이 없음에도 원심이 사실을 오인하여 피고인들에 대하여 유죄를 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이며, 셋째 피고인들에 대한 원심의 형량이 너무 무거워서 부당하다는 데 있다.

그러므로 먼저 법리오해에 관한 항소이유에 관하여 살피건대, 이 사건 공소사실 중 컴퓨터프로그램보호법위반죄의 공소사실의 요지는, 피고인들이 컴퓨터통신망을 이용하여 저작권자인 피해자 동서게임채널의 "DARK EARTH" 등의 게임프로그램을 판매하여 저작권을 침해한 것이라고 함에 있는바, 이는 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제1항 제1호에 해당하는 죄로서 같은 법 제36조에 의하여 저작권자의 고소가 있어야 논할 수 있는 사건인바, 수사기록 제363정의 기재에 의하면, 미국의 마이크로소프트 코퍼레이션, 로터스 디벨로프먼트 코퍼레이션 등 10개 회사가 국내대리인 법무법인 ○○ 담당변호사 한○○

를 통하여 고소를 제기한 사실은 인정되나, 이 사건에서 기소된 내용은 동서게임채널 등의 "DARK EARTH" 등의 게임프로그램에 관한 것으로서 위 마이크로소프트 코퍼레이션 등의 소프트웨어와는 하등 상관이 없으므로 위 마이크로소프트 코퍼레이션 등의 고소를 적법한 고소권자의 고소라고 볼 수 없고, 달리 기록을 살펴보아도 위 게임프로그램에 대하여 적법한 권한을 가진 고소권자가 피고인들에 대하여 고소한 사실을 인정할 자료가 없으므로, 위 공소는 고소없이 공소가 제기된 것이어서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로 형사소송법 제327호 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 할 것임에도 원심이 이를 간과하고 피고인들에 대하여 유죄를 선고하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다 할 것이므로 이를 지적하는 위 항소논지는 이유있다.

다음으로 사실오인의 항소이유에 관하여 살피건대, 원심이 적법한 증거조사를 거쳐 채택한 증거를 종합하면, 원심이 판시한 바와 같이 피고인들이 위 김ㅇㅇ과 공모하여 음란영상화면이 수록된 컴퓨터프로그램파일을 판매한 사실을 인정하기에 넉넉하므로 위 항소논지는 이유없다 할 것이나, 한편 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 피고인들에 대한 공소사실을 피고인들이 음란 영상화면이 수록된 컴퓨터프로그램파일을 판매한 방법과 회수 등을 구체적으로 특정하는 내용의 공소장변경신청을 하여 본원이 이를 허가하였으므로, 결국 변경전의 공소사실 및 적용법조에 터잡은 원심판결은 나머지 양형부당의 항소이유에 관하여 판단할 필요없이 유지할 수 없다 할 것이다.

이에 본원은 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

[범죄사실]

피고인들은 컴퓨터프로그래머로 일하는 자들인바, 컴퓨터통신정보제공자(이른바 IP)로 일하고 있는 공소외 김ㅇㅇ과 공모하여, 1997. 4.경부터 같은 해 12.경까지 서울 강동구 천호동 151의 2 소재 ㅇㅇ오피스텔 ***호에 컴퓨터정보통신회사인 주식회사 큰날개를 설립하여 그곳에 컴퓨터와 SUN E-300 등 시가 3억원 상당의 컴퓨터정보통신설비를 갖춘 후 "BIG"이라는 사설게시판, 이른바 BBS를 개설하여 정회원 1인당 월 88,000원, 비회원 1분당 10원의 정보통신이용료명목의 수수료를 받고서, 컴퓨터통신망을 이용하여 별지 범죄일람표 기재와 같이 유작Ⅱ, 아끼꼬, 온니유, 발렌타인키스, 세자매, 시뮬섹스, 임간학원 등 남녀의 성기장면이나 성행위장면을 노골적으로 촬영하거나 또는 그린 영상화면을 수록한 컴퓨터프로그램파일 73개를 판매하였다.

[공소기각부분]

피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 컴퓨터프로그램보호법위반죄의 공소사실의 요지는, 피고인들이 컴퓨터통신망을 이용하여 저작권자인 피해자 동서게임채널의 "DARK

EARTH" 등의 게임프로그램을 판매하여 저작권을 침해한 것이라고 함에 있는바, 이는 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제1항 제1호에 해당하는 죄로서 같은 법 제36조에 의하여 저작권자의 고소가 있어야 논할 수 있는 사건인바, 기록을 살펴보아도 고소권자가 피고인들에 대하여 고소한 사실을 인정할 자료가 없으므로, 위 공소는 고소없이 공소가 제기된 것이어서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로 형사소송법 제327호 제2호에 의하여 공소를 기각한다.

【대법원판결】 98도3140 판결, 음화판매

[이 유]

원심이 적용한 법률에 관하여 직권으로 판단한다.

원심판결은, 피고인들이 컴퓨터통신정보제공자로 일하고 있는 공소외 김ㅇㅇ과 공모하여, 1997. 4.경부터 같은 해 12.경까지 컴퓨터정보통신회사인 주식회사 큰날개를 설립하여 'BIG'이라는 사설게시판을 개설하여 수수료를 받고서 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일 73개를 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매하였다는 공소사실에 대하여 형법 제243조, 제30조를 적용하여 유죄로 판결하였다.

그러나 형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인들의 위와 같은 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고 원심이 형법 제243조의 규정을 적용하여 유죄의 판결을 한 데에는 위 형법 제243조의 음화판매죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

그러므로 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

연 구

이 사건은 형법상 '음화반포죄'와 컴퓨터프로그램보호법의 친고죄가 문제된 사건이다. 이하에서는 이에 대하여 살펴보도록 하겠다.

1. 형법상의 음란물 규제

① 음란성

대표적인 음란물 규제 법규는 형법 제243조이다.[103] 이 조항에 의하면 음란물에 관한 죄는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 경우에 성립한다. 음란물에 관한 죄는 사회의 선량한 성풍속을 보호하기 위한 것으로서 추상적 위험범[104]에 해당한다.

제243조의 행위 객체인 음화 등은 '음란한 문서·도화·필름 기타 물건'이므로 음란성이 먼저 문제가 된다. 음란성에 대하여 통설은 '그 내용이 성욕을 자극 또는 흥분시키고 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다'라고 하고 있다.[105] 그러나 이에 대하여 음란물에 대한 개념이 시대적, 사회적 가치관에 따라 변하는 상대적 개념이고, 법관의 자의적인 판단을 허용할 여지가 있어 사례에 따라 법해석이나 법적용에 많은 차이를 가져올 수 있다는 비판도 제기되고 있다.

② 문서·도화·필름 기타 물건

피고는 유작Ⅱ 아끼꼬, 온니유, 발렌타인키스, 세자매, 시뮬섹스, 임간학원 등 남녀의 성기장면이나 성행위장면을 노골적으로 촬영하거나 또는 그린 영상화면인 컴퓨터프로그램을 판매하였는데, 이것이 형법 제243조의 음란한 '기타 물건'에 해당될 수 있는 것이 문제된다.

본 사건에서는 형법 제243조를 적용하였다. 그러나 대법원은 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터프로그램화일은 동죄의 음란한 '기타 물건'으로 볼 수 없다고 판시한 것이다. 결국 이 판례에 의하면 형법 제243조의 음화반포죄는 사이버음란물에 대해서는 적용될 수 없다는 결과가 된다는 점에서 많은 비판을 받고 있다. 또한 음란물에 대한 개념이 시대적, 사회적 가치관에 따라 변하는 상대적 개념이고, 법관의 자의적인 판단을 허용할 여지가 있어 사례에 따라 법해석이나 법적용에 많은 차이를 가져올 수 있다는 비판도 제기되고 있다.

---

103) 형법 제243조 (음화반포등) 음란한 문서·도화·필름 기타 물건을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

104) 추상적 위험범이란 구성요건적 행위만으로 이미 추상적 위험이 법률적으로 인정되어 기수에 이르는 범죄를 말한다.

105) 대법원 1987.12.22. 87도2331; 대법원 1982.2.9. 81도2281

2. 컴퓨터프로그램보호법상의 친고죄

이 사건에서 검사측은 형법 제243조 이외에 게임프로그램을 판매하였으므로 컴퓨터 프로그램 저작권을 침해한 것이라고 하고 있다. 그러나 컴퓨터프로그램보호법은 저작권자의 고소가 있어야 죄를 논할 수 있는 친고죄가 대부분이다.

(1) 고소의 의의

형사소송법상 '고소'란 범죄사건의 피해자 및 그와 일정한 관계에 있는 자가 수사기관에 대하여 그 '범죄의 사실'을 신고함으로써 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 범죄사실을 신고하는 것이므로 고소대상인 범죄사실이 특정되어야 한다. 그러나 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는가를 확정할 수 있는 정도이면 족하며, 고소인의 범행 일시·장소·방법이나 죄명까지 상세히 지적하는 것을 요하지는 않는다.[106]

(2) 친고죄 인정 이유

친고죄에 있어서는 고소가 적법하게 취소된 경우를 포함하여 유효한 고소가 없는 경우 검사는 공소제기를 할 수 없으므로 고소는 소송조건이 된다. 어떠한 죄가 친고죄인지는 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법 등 각 실체법에서 정하고 있다.

친고죄를 인정하는 이유는 크게 두 가지이다. 첫째, 공소를 제기하여 피해사실을 널리 알릴 경우 강간죄, 사자(死者)의 명예훼손죄, 업무상비밀누설죄 등과 같이 피해자의 명예·비밀을 해할 우려가 있는 경우가 있기 때문이다. 둘째는 사익성이 강하여 국가적 형벌에 대한 간섭 없이 내부적으로 해결하면 바람직하다는 이유에서 피해자의 의사를 무시하면서까지 공소를 제기할 수 없다는 이유에서이다.[107] 즉, 친고죄에서 문제되는 행위의 일반적 가벌성 보다 오히려 피해자에게 불리하고 피해를 주는 불필요한 형사소송을 방지하는 소송법상의 효과를 중요시하고 있는 것이다.

---

106) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 1987, 187면.

107) 한국소프트웨어자작권협회, 「SW저작권과 관련한 친고죄와 단속권에 관한 연구」, 2001, 46면.

■ 컴퓨터프로그램보호법상의 죄

구분	관계조문
친고죄	ㅇ 제29조 제1항의 규정을 위반 - 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제、개작、번역、배포、발행 및 전송의 방법으로 침해하거나 다른 사람의 프로그램배타적발행권등을 복제、배포 및 전송의 방법으로 침해 ㅇ 제29조제4항제1호 및 제2호의 규정에 해당하는 행위 - 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위 - 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호의 수입 프로그램을 포함한다)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위 ㅇ 제30조 기술적보호조치의 침해 등의 금지 규정을 위반한 자 ㅇ 제29조제2항의 규정을 위반한 자 - 정당한 권원없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경 ㅇ 제29조제4항 제3호의 규정에 해당하는 행위를 한 자 - 정당한 권한없이 고의로 권리관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위
비친고죄	ㅇ 제30조 제2항의 규정을 위반 - 기술적보호조치를 무력화하는 기기、장치、부품 등을 제조、수입하거나 공중에 양도、대여 또는 유통 - 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송、배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공 ㅇ 제29조제3항의 규정을 위반한 자 - 제23조의 규정에 의한 프로그램의 등록 - 제24조의 규정에 의한 프로그램의 복제물의 제출 - 제26조의 규정에 의한 프로그램저작권의 이전등록 등 ㅇ 제20조제1항의 규정에 의한 지정을 받지 아니하고 프로그램저작권위탁관리업무를 한 자 ㅇ 제20조제2항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 프로그램저작권의 대리 또는 중개업을 한 자

컴퓨터프로그램의 경우 사익성이 강하여 내부적으로 해결하면 바람직하다는 이유가 강하므로 저작권자의 고소가 있어야 한다.[108] 본 사건의 경우 동서게임채널 등의 "DARK EARTH" 등의 게임프로그램이 침해되었는데, 마이크로소프트 코퍼레이션 등의 소프트웨어와는 하등 상관이 없으므로 위 마이크로소프트 코퍼레이션 등의 고소를 적법한 고소권자의 고소라고 볼 수 없고, 달리 기록을 살펴보아도 위 게

108) 제48조 (고소) 제46조제1항(제3호의 경우중 제30조제2항의 규정을 위반한 경우를 제외한다) 및 동조 제3항제2호·제4호의 죄는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

임프로그램에 대하여 적법한 권한을 가진 고소권자가 피고인들에 대하여 고소한 사실을 인정할 자료가 없으므로, 고소없이 공소가 제기된 본 사건에서는 공소기각 선고를 하여야 하는 경우에 해당되어 공소를 기각한 것이다.

(3) 사법경찰법상의 단속

소프트웨어의 경우 이의 불법복제가 만연하기 때문에 "단속" 이 행하여질 필요가 있다. 불법유통의 방지를 강화하기 위해서는 일반 공무원에 단속권한을 줄 수 있는 근거 법인 「사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률」에 그 직무를 행할 자와 단속범위가 명시되어야 한다. 형사소송법 제197조에서는 '특별사법경찰관리' 라 하여 '삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다.' 라고 하고 있다. 이의 직무를 정하고 있는 법이 「사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률」이다. 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아서 수사를 할 수 있다. 컴퓨터프로그램에 대한 단속권의 부여[109]는 미국과의 정치적·외교적 결정의 결과[110]이다.

코 멘 트

본 사건은 컴퓨터프로그램보호법상의 음란성과 친고죄에 대하여 문제된 사건이다. 과거에는 음란한 내용을 담은 컴퓨터프로그램을 판매한 자는 음화판매죄가 성립하는 경우가 있으며, 이에 해당하지 않는다 하더라도 전기통신사업법상의 불온통신이 될 수 있는 가능성이 있었다. 그런데 2002년 6월 27일 헌법재판소가 전기통신사업

109) 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률 제5조 제26호 및 제6조 제21호
제6조 (직무범위와 수사관할) 제4조 및 제5조의 규정에 의하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자의 직무범위와 수사관할은 다음에 게기한 범죄에 한한다.
21. 제5조제26호에 규정된 자에 있어서는 그 소속관서관할구역안에서 발생하는 다음 각목의 범죄
가. 전파법중 무선설비 또는 전자파장해기기에 관한 범죄
나. 전기통신기본법중 전기통신설비 또는 전기통신기자재에 관한 범죄
다. 컴퓨터프로그램보호법중 프로그램저작권 침해에 관한 범죄
라. 통신비밀보호법 제10조제1항 또는 제4항의 규정에 위반되는 범죄

110) 미국 무역대표부(USTR: office of the United States Trade Representative)는 '1974년 통상법 제182조 (Special 301조)'에 의거, 매년 4월 30일까지 지적재산권 분야 우선협상대상국(PFC : Priority Foreign Country)을 지정하며, PFC 지정시 국별 지재권보호 수준에 대해 우선감시대상국(PWL : Priority Watch List), 감시대상국(WL: Watch List) 지정 결과도 함께 발표하고 있다. 그간 국내에서 미국의 소프트웨어의 불법복제가 만연함에 따라 미국은 우리나라를 PWL로 지정하였고, 법무부가 정보통신부의 SW 불법복제 단속공무원들에게 사법경찰권 부여를 약속함으로써 한국의 지적재산권보호 등급은 PWL에서 WL로 하향 조정되었으며, 이후 2003년 7월 18일 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률이 개정되어 정보통신부의 SW 단속공무원에게 사법경찰권을 부여하게 된 것이다.

법상의 볼온통신[111]을 위헌이라고 판단하였으며, 현재 이 규정은 삭제되었다.[112]

그리고 컴퓨터프로그램보호법은 피해자 및 그와 일정한 관계에 있는 자가 수사기관에 대하여 '범죄의 사실'을 신고함으로써 범인의 처벌을 구하는 의사표시가 있어야하는 친고죄임에 주의하여야 한다. 이는 앞에서 살펴본바와 같이 저작권자, 컴퓨터프로그램저작자의 권리는 사익성이 강하여 내부적으로 해결하면 바람직하다는 이유가 강하기 때문일 것이다. 이와 대조적으로 상표는 '출처표시의 기능'을 주된 기능으로 하는데, 이는 사회질서와 관련이 있으므로 국가의 공권력이 발동하여 처벌할 수 있도록 되어 있는 비친고죄이다.

그러나 위에서 살펴본바와 같이 사회질서와 관련 있는 등록, 신고, 대리중개, 신탁, 기술보호조치 관련 규정의 경우 비친고죄이므로 유념하여야 할 것이다.

한편 사법경찰의직무를행할자와그직무범위등에관한법률에 의하여 게임의 경우 정보통신부 관련 공무원이 이를 적발할 수 있는 경우가 있으므로 친고죄에 대한 어느 정도의 보충적인 역할을 하고 있다.

관련판례 및 참고문헌

대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결

111) 구 전기통신사업법 제53조 제1항에서는 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다고 규정하고 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상을 대통령령에 위임하고 있다. 그리고 제3항에서 정보통신부장관은 전기통신사업자로 하여금 불온통신의 취급을 거부·정비 또는 제한하도록 명할 수 있도록 하고 이를 위반할 경우 제71조에서 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있었다.
대통령령 제16조에서는 불온통신으로 ①범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신, ②반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신, ③선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신이라고 규정하고 있었다.

112) 헌법재판소의 이번 결정은 지난 1999년 6월 한 대학생이 PC통신에 게시판에 올린 자신의 글이 삭제되고 통신이용이 중지된 데 항의해 표현의 자유침해라며 1999년 8월 헌법소원심판을 청구한 데 대한 것이다. 이 대학생은 당시 PC통신 '나우누리'의 한 동호회 게시판에 '서해안 총격전, 어설프다 김대중'이라는 글을 올렸다가 정통부 장관의 명령에 따라 나우누리 운영자에 의하여 게시 글이 삭제되고 1개월간 나우누리 이용 중지 처분을 받았다.

3. 불법서버에 관한 사례

(1) ‘라그나로크’ 불법 서버 사건

사건 개요

2004년 5월 국내 게임개발사 G사가 온라인게임 ‘라그나로크 온라인’의 프리서버 운영자에 대해 제기한 약식기소 재판에서 서울중앙지방법원이 전원(7명)에게 벌금형을 선고한 사건이다.

판결 요지

재판부는 프리서버 운영자들이 G사의 ‘라그나로크’ 게임을 정당한 권한없이 복제 전송하는 방법으로 다수 네티즌에게 무료로 제공함으로써 G사의 프로그램 저작권을 침해했다고 판시하였다.

연구 및 코멘트

이 사건에서 ‘프리서버’ 또는 ‘불법서버’라 함은 정당한 권원없이 타인의 게임 프로그램을 복제하여 다수의 네티즌이 이용할 수 있도록 온라인을 통해 무료 게임서비스를 제공하는 특정 서버를 말한다고 보여진다. 그렇다고 한다면, 당해 서비스는 공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 '전송 ‘ 행위에 해당하며, 이를 정당한 권원없이 하였으므로 전송권의 침해가 될 것이다. 그리고 당해 서버에 게임 프로그램을 무단 복제한 것은 당연히 복제권의 침해이다. 이때 게임 서비스의 무료 여부는 묻지 아니한다. 다만, 프로그램저작권의 제한에 해당하는지가 문제될 수 있으나, 이 역시 해당하지 아니한다고 판단된다. 따라서 프리서버 운영자들이 게임 프로그램 ‘라그나로크’를 정당한 권원 없이 복제·전송하는 방법으로 다수의 네티즌에게 무료로 서비스 제공하는 것은 당해 게임의 개발사인 G사의 프로그램 저작권을 침해하는 행위이다.

관련판례 및 참고문헌

전자신문 2004.5.14.
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

(2) '뮤' 불법서버 사건

사건 개요

게임사 J사가 자사의 온라인게임 '뮤'의 불법 사설서버를 운영한 PC방 업주 등을 형사고소한 사건으로 PC방 업주등은 '뮤'를 운영할 수 있는 사설서버 구동 프로그램을 설치하고 특정 IP주소에 접속하면 무료로 '뮤'를 이용할 수 있다는 사실을 다음, 네이버 등 유명 인터넷 카페에 홍보하다 뮤 이용자의 제보를 받은 J사에 의해 적발되었다.

연 구

불법서버를 운영하는 것은 복제·전송권의 침해가 될 수 있다. 이에 대한 것은 이미 다른 사건에서 살펴보았다. 한편, 소스코드의 유출과 관련해 저작권외에 영업비밀 또는 계약을 통한 보호를 생각해 볼 수 있다. 즉, 공개되어 판매되고 있는 목적코드와는 달리 소스코드는 비공개되어 비밀로 유지되고 있는 경우가 많으므로 일정한 경우에 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률에 의한 보호도 고려해 볼 수 있을 것이다.[113] 그리고 공개된 프로그램의 경우에도 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 원리에 따라 프로그램의 '표현'만을 보호하는 데 반하여, 영업비밀보호법은 '아이디어'도 보호하므로 그 프로그램의 아이디어에 해당하는 부분이 여전히 영업비밀로서 보호받을 가능성이 있다[114]고 한다. 게임 프로그램의 개발과정에 참여한

113) 송영식·이상정, 전게서, 363면 참조.
114) 자세한 것은 오승종·이해완, 전게서, 619-620면 참조.

종업원이나 프로그램 등록업무에 종사하는 자에게 비밀유지의무를 부과함으로써도 보호될 수 있을 것이다.

코 멘 트

현재 중국에서 운영되던 불법서버의 소스코드가 국내에서 음성적으로 거래되고 있다고 한다. 그리고 카페 등을 통해 빠르게 확산되는 등 국내에서도 불법서버가 속속 등장하고 있다. 따라서 모니터링 전담직원을 두는 등의 불법서버 차단을 위한 대책마련이 시급하다고 하겠다.

관련판례 및 참고문헌

연합뉴스 2004.6.3.
한국경제 2004.6.4.
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

4. 기술적보호조치: 시리얼넘버 무단게재 사건

- 대법원 2002.6.28. 선고 2001도2900 결정, 컴퓨터프로그램보호법위반

사건 개요

이 사건의 공소사실 요지는, '피고인은 1998. 4.경부터 2000. 3. 3.경까지 경북 울진읍 소재 피고인의 집에서 피해자 C사의 대표 장○○이 미국 H사로부터 1999. 11. 22.부터 2000. 12. 31.까지 기간을 정하여 한국내 저작권을 양도받은 컴퓨터관리 프로그램인 'H********-**'의 비밀번호(시리얼번호)를 자신의 홈페이지에 무단으로 복제, 배포하여 프로그램 저작권을 침해하였다.'는 것인바, 원심은 제1심이 그 판시 채용증거들에 의하여 이를 유죄로 인정하고 컴퓨터프로그램보호법 부칙

제2항, 구 컴퓨터프로그램보호법(2000. 1. 28. 법률 제6233호로 전문 개정되기 전의 것) 제34조 제1항 제1호를 적용하여 처단한 것을 그대로 유지하였다.

판결 요지

구 컴퓨터프로그램보호법의 보호대상인 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시, 명령으로 표현된 것을 말하는데(동법 제2조 제1호), 컴퓨터프로그램 시리얼번호는 컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단인 기술적 보호조치로서, 컴퓨터프로그램에 특정한 포맷으로 된 시리얼번호가 입력되면 인스톨을 진행하도록 하는 등의 지시, 명령이 표현된 프로그램에서 받아 처리하는 데이터에 불과하여 시리얼번호의 복제 또는 배포행위 자체는 컴퓨터프로그램의 공표·복제·개작·번역·배포·발행 또는 전송에 해당하지 아니할 뿐 아니라 위와 같은 행위만으로는 컴퓨터프로그램저작권이 침해되었다고 단정할 수 없고, 다만 복제 또는 배포된 시리얼번호를 사용하여 누군가가 프로그램복제를 하고 그 행위가 컴퓨터프로그램저작권을 침해하는 행위로 처벌되는 행위라면 시리얼번호의 복제 또는 배포행위는 위와 같은 행위를 용이하게 하는 행위로서 경우에 따라 프로그램저작권 침해행위의 방조범이 될 수 있을 뿐이다(방조범으로 처벌하기 위하여는, 공소사실에 그 전제가 되는 정범의 범죄구성을 충족하는 구체적 사실을 기재하여야 하는바, 이 사건 공소사실에는 그러한 기재가 없다).

그럼에도 불구하고, 원심은 피고인이 컴퓨터관리 프로그램인 'H********-**'의 시리얼번호를 피고인의 홈페이지에 복제하고 이를 게재하는 방식으로 배포한 것만으로도 구 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제1항 제1호 소정의 컴퓨터프로그램저작권을 침해하는 행위에 해당한다고 판단하여 피고인에 대한 범죄사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 컴퓨터프로그램보호법상의 컴퓨터프로그램저작권의 침해에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

연 구

게임 등 컴퓨터프로그램의 설치 또는 사용 시 적법한 사용자임을 확인하기 위하여 사용자에게 일정한 일련번호를 부여하고 이 번호를 입력해야만 설치되거나 사

용할 수 있도록 하는 경우가 있다. 이 경우의 일련번호가 시리얼번호(serial number)이다. CD케이스 등에 미리 번호를 부여하여 판매하는 경우도 있고, 사용자가 입력하는 특정정보를 변환하여 시리얼번호를 생성하여 부여하는 경우도 있다. 일부 기능을 제한하거나 사용기간을 제한하여 시험적으로 사용하게 하는 쉐어웨어(shareware)인 경우 일정한 사용료를 저작권자에게 지급하면 인터넷을 통해 시리얼번호를 부여받아 제한 없이 프로그램을 사용할 수 있도록 하기도 한다.[115]

시리얼번호는 컴퓨터프로그램의 설치와 사용에 필수적인 역할을 하며, 특히 정당한 권한 없이 컴퓨터프로그램을 사용하는 것을 차단하여 불법복제를 막는 역할을 한다. 하지만 시리얼번호는 지시 또는 명령이 아니며 이를 생성하는 방법에는 독창성이 존재할 수 있어도 시리얼번호 그 자체에 창작성이 있다고 보기 어렵다. 따라서 시리얼번호는 컴퓨터프로그램 저작물이 아니다.[116] 그러나 대법원은 시리얼번호를 '컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단인 기술적 보호조치'라고 하고 있다.

위 사건에서 침해행위의 시점은 1998년 4월경부터 2000년 3월 3일경이다. 이후 2000년 1월 28일 개정법은 '기술적 보호조치의 침해 등의 금지' 조항을 신설하였고, 부칙에서 그 시행일을 공포 후 6월이 경과한 날로부터 규정하고 개정법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용은 종전의 규정에 의한다고 하고 있다. 따라서 이 사건에 대하여 기술적 보호조치의 침해 등의 금지 규정은 적용되지 않는다고 할 것이다.

그렇다 하더라도 이러한 게임 등 컴퓨터프로그램의 경우 기술적보호조치는 중요한 의미를 가진다. 그러나 기술적보호조치의 회피를 통한 사이버머니 해킹 등의 사건이 실제로 벌어지고 있다.[117] 현재 인터넷 상에서는 P2P프로그램, 와레즈(warez) 사이트 등을 통해 컴퓨터프로그램과 시리얼번호 등이 공공연히 복제·배포·전송되고

115) 박덕영, "시리얼번호 게시와 컴퓨터프로그램저작권 침해", 계간 저작권, 2004년 봄호, 81면.

116) 박덕영, 앞의 글, 82면.

117) 대구지검 특수부 권익환 검사는 23일 인터넷 게임사이트를 해킹해 고액 사이버머니 보유자의 ID와 비밀번호를 알아낸 뒤 중개상에게 건네준 혐의(정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률위반)로 이모(33), 신모(32)씨 등 2명에 대해 구속영장을 청구했다. 이씨 등은 지난 19일과 20일 부산시 모 PC방에서 해킹 프로그램을 이용해 인터넷 게임사이트에 접속해 알아낸 고액의 사이버머니 보유자의 ID와 비밀번호를 중개상에게 건네주는 방법으로 모두 313차례에 걸쳐 게임사이트를 해킹한 뒤 사이버머니 환전금액 2억여 원을 송금받아 나눠가진 혐의다. 검찰은 이들이 이틀간 해킹한 사이버머니 액수가 천문학적 숫자로 송금받은 환전금액이 2억원에 달하는 점을 중시해 조직적인 범죄 가능성이 큰 것으로 보고 관련자와 여죄 등을 계속 수사 중이다.(연합뉴스. 2004. 8. 23.)

있으며, 제한이 걸린 쉐어웨어(shareware)는 합법적인 사이트에서 내려받기(download)를 하는 한편 이를 완전하게 사용하기 위해 시리얼번호나 시리얼번호생성기 등은 따로 내려받기를 하고 있는 현실을 감안할 때, 현행법의 기술적 보호조치 침해 금지 규정을 이 사건에 적용할 경우에 그 결과는 중요한 의미가 있을 것이다.

① 기술적 보호조치의 의의

기술적 보호조치란 간단히 말해 게임 등 콘텐츠의 무단 복제 등의 불법 이용 행위를 방지하기 위한 기술적 보호수단 내지는 장치를 말한다. 이에 관해 WIPO저작권조약(WIPO Copyright Treaty)에서는 근거 조항인 제11조(기술보호조치에 관한 의무)에서 '이 조약 또는 베른협약상의 권리의 행사와 관련하여 저작자가 이용하는 효과적인 기술보호조치(effective technological measures)'로서 ' 자신의 저작물에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술보호조치 '라고만 적고 있어 정확히 기술적 보호조치가 무엇인가에 대해서는 밝히고 있지 아니하다. 기술적 보호 조치에 대한 각국의 정의는 상이하며 직접적인 정의보다는 간접적인 정의를 통해 기술보호조치를 설명하고 있다. 또한 구체적인 규정보다는 추상적이고 포괄적인 규정을 두고 있다.[118]

② 기술적 보호조치 무력화 금지

컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호는 기술적 보호조치를 "프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치" 라고 정의하고 있다. 그리고 동법 제30조에서 정당한 권원 없이 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 것을 금지하고, 기술적 보호조치를 무력화하는 기기, 장치, 부품 등을 제조·수입하거나 양도·대여 또는 유통을 금지한다. 또한 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술의 제공을 금지하고 있다.[119]

---

118) 한국소프트웨진흥원, 「디지털콘텐츠의 기술보호조치 보호방안에 관한 연구」, 2001, 5~6면.

119) 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치 관련 규정은 2000년 1월 28일 전문개정시 최초로 도입되었으며, 2001년 1월 16일 개정시에 일부개정이 되었다.

즉 컴퓨터프로그램보호법은 기술적 보호조치를 무력화시키는 행위 자체와 기술적 보호조치를 무력화시키는 기술이나 도구 등의 거래를 함께 금지하고 있음을 알 수 있다. 또한 정의 규정에서 알 수 있는 바와 같이 그 보호범위가 프로그램저작권을 보호하기 위한 기술적 보호조치에 한정되며, 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치(접근통제)를 규율하지 않고 있다.[120]

③ 시리얼번호와 기술적 보호조치

현행 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치는 '프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치'라고 정의되고 있다. 이 정의규정의 해석과 관련하여 시리얼번호가 기술적 보호조치 해당하는지 여부에 대해서는 상반된 의견이 존재하고 있다.

즉 일견에서는 컴퓨터프로그램보호법이 기술적 보호조치를 정의하면서 그 예로 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력을 들고 있으므로, 현행법상 정당한 권한 없이 프로그램을 설치하여 사용하는 것을 막기 위한 시리얼번호는 프로그램에 관한 식별번호·고유번호로서 기술적 보호조치에 해당한다고 본다. 따라서 정당한 권원 없이 시리얼번호를 사용하여 프로그램을 설치하거나 사용하는 것은 기술적 보호조치의 회피, 제거 또는 손괴에 해당하는 것으로 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항 각호가 규정하고 있는 예외에 해당하지 않는 한 기술적 보호조치의 침해가 된다고 한다. 또한 이 견해는 시리얼번호를 인터넷상의 자신의 홈페이지게시판에 게시하는 행위가 컴퓨터프로그램보호법 제30조에 해당하는지의 여부에 대해, 시리얼번호는 '기술적 보호조치를 무력화하는 기술'에 해당하는 것으로 판단하고 홈페이지에 게시하는 행위는 제공하는 것이 되므로 금지된다고 한다.[121]

한편 이와는 달리, 동 정의규정에 따르면 시리얼번호를 넣어야만 프로그램이 인스톨되도록 설계되어 있는 '시스템'이 '기술적 보호조치'에 해당함에는 아무런 의문이 없으나, 시리얼번호는 '기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램" 또는 "기술적 보호

120) 기술적 보호조치는 이용되는 목적에 따라 1)접근통제(access control)를 위한 기술적 보호조치와 2) 이용통제(use control)를 위한(저작권을 보호하기 위한) 기술적 보호조치로 구분되며, 기술적 보호조치의 입법이 금지하는 내용은 1)기술적 보호조치의 좌절행위 자체의 금지와 2) 좌절시키기 위한 도구 등의 거래행위(예비적 행위, preparatory activity)의 금지로 구분된다(이대희, "디지털환경에서의 접근권의 인정에 관한 연구", 창작과 권리, 세창출판사, 2004년 봄호, 110면).

121) 박덕영, 앞의 논문. 84면.

조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등’ 에 해당한다고 보기 어려우므로, 현행법의 기술적 보호조치에 관한 규정을 적용하더라도 본건 사안과 같은 경우를 처벌하기는 쉽지 않다는 견해가 있다.[122)]

코 멘 트

시리얼번호는 컴퓨터프로그램의 설치와 사용에 필수적인 역할을 하며, 특히 정당한 권한 없이 컴퓨터프로그램을 사용하는 것을 차단하여 불법복제를 막는 역할을 한다. 그러나, 시리얼번호는 컴퓨터 내에서 사용되지만 지시 또는 명령이 아니고, 표현된 것이지만 시리얼번호 그 자체에 창작성이 있다고 보기 어려우므로 시리얼번호는 컴퓨터프로그램저작물이 아니다.

그러나 대법원은 시리얼번호를 “컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단인 기술적 보호조치”라고 하고 있다. 그러나 현행 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호를 면밀히 살펴보면 “프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”라고 기술적 보호조치의 일례를 들고 있는 것으로 보아, 시리얼번호를 입력하여야만 프로그램을 설치·사용할 수 있도록 고안되어 있는 “시스템”이 기술적 보호조치에 해당하는 것이지, 단지 시리얼번호 그 자체는 기술적 보호조치는 아니라고 할 것이다.

또한 시리얼번호 그 자체는 동법 제30조 제2항의 “기술적 보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품”, “기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램” 또는 “기술적 보호조치를 무력화하는 기술” 어디에도 해당되지 않는다고 할 것이다. 그러므로 정당한 권원 없이 시리얼번호를 사용하여 프로그램(기술적 보호조치를 장착한)을 설치·사용하는 행위는 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항에 해당하여 처벌할 수 있으나, 시리얼번호 그 자체만을 홈페이지에 게시한 행위는 동법 제30조에 의해 처벌하기는 곤란하다. 그러나 정범과 범행이 적시된다면 저작권침해의 방조범으로 처벌할 가능하다고 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004,

122) 오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004, 679면.

한국소프트웨진흥원,「디지털콘텐츠의 기술보호조치 보호방안에 관한 연구」, 2001,
이대희, “디지털환경에서의 접근권의 인정에 관한 연구”, 창작과 권리, 세창 출판사, 2004년 봄호
박덕영, “시리얼번호 게시와 컴퓨터프로그램저작권 침해”, 계간 저작권, 2004년 봄호.

5. 롬(ROM)등의 저장: 닌텐도 소프트웨어 복제 사건

사건 개요

1995년 1월 닌텐도사가 미국의 시애틀 지방법원에 국내 S사의 마스크롬 일부제품이 자사의 비디오게임소프트웨어를 침해했다고 제소하였고, 이에 S사는 같은 해 2월 닌텐도 미국현지법인을 상대로 명예훼손 및 S사 고객과의 계약이행방해를 이유로 미국 시애틀 지방법원에 맞제소하였다. 이후 양사가 제소 중인 닌텐도 소프트웨어 불법복제 및 명예훼손에 대한 소송을 각각 취하키로 합의한 사건이다.
닌텐도는 S사가 닌텐도 게임소프트웨어를 복제하지 않았으며 문제된 소프트웨어는 단순히 제3자로부터 S사에 제공된 것임을 인정했고, 양사는 손해배상을 포함한 어떠한 대가도 지불하지 않으며 닌텐도가 제공한 스크린 시스템을 사용하여 향후 불법복제의 재발을 방지키로 합의하였다.

연구

‘복제’라 함은 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위를 말하므로, 프로그램이 어떤 매체에 수록되든지 유형물에 고정되는 것으로 족하다. 즉, 프로그램이 유형물에 고정되어 다시 제작되기만 하면 되므로 그 고정되는 매체의 종류를 묻지 아니한다. ‘롬’등의 기록매체에 저장되는 경우도 역시 복제에 해당한다고 하겠다. 이때 정당한 권원없이 복제하였다면 저작권침해가 될 것이다. 다만, ‘램’등의 일시적 저장장치에 수록되는 경우도 복제로 볼 것인가에 대해서는 아직 논란의 여지가 있다. 유형물에의 ‘고정’ 요건을 어떻게 해

석할 것인가가 주요 쟁점이라 하겠다.

코멘트

이 사건의 경우 닌텐도의 비디오게임소프트웨어가 일부의 '마스크롬'에 복제된 것은 사실이나 그것이 제3자에 의한 것이고, 닌텐도가 제공한 스크린 시스템을 사용하여 향후의 불법복제 재발을 방지토록 함으로써, 더 이상 문제 삼지 않기로 한 것으로 보인다. 자세한 사실관계나 합의 내용의 파악이 곤란하므로 여기서는 비디오게임소프트웨어의 '마스크롬'이라는 기록매체에 수록되는 것이 복제에 해당하는가를 중심으로 살핀다.

먼저 마스크롬(Mask ROM)은 제작회사가 고객등의 요구에 따라 각종 정보나 자료를 미리 기록하여 생산한 것으로, ROM의 일종이다. 따라서 읽기만 가능하며 사용자가 그 내용을 변경할 수는 없다. 비휘발성 메모리이므로 전원이 나가도 기억된 정보는 지워지지 않는다.[123] 따라서 비디오게임소프트웨어가 유형물인 롬(칩)에 충분히 고정되었다고 볼 수 있으므로 복제에 해당한다 할 것이다. 문제는 단순히 제3자가 제공한 게임소프트웨어가 일부 복제된 경우에 직접적인 복제권의 침해가 있었다고 볼 수 있는가일 것이다. 직접침해 여부는 별론으로 한다 하더라도 간접침해 또는 기여책임·대위책임등의 적용도 고려해 볼 수 있을 것이다. 그러나 제시된 사건의 개요만으로는 이에 대한 구체적인 판단은 어려워 보인다.

한편, 침해의제와 관련해 우리 컴퓨터프로그램보호법(제29조제4항)은 직접적인 프로그램저작권 침해가 아니더라도 (i)프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위, (ii)프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물((i)의 수입 프로그램 포함)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위, (iii) 정당한 권한없이 고의로 권리관리정보[124]를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위를 하는 경우에는, 해당 프로그램저작권을 침

123) 주로 바이오스나 비디오카드·프린터 등의 폰트정보 저장(이를 보통 '폰트-ROM'이라고 함), 게임기의 소프트웨어 저장매체, 전자 악기나 사전 등에 사용되고 있다.

124) "권리관리정보"라 함은 (i)프로그램저작물에 관한 정보, (ii)프로그램저작물의 저작자 및 권리자를 식별하기 위한 정보, (iii)프로그램저작물의 사용방법 및 조건에 관한 정보의 1에 해당하는 정보 또는 그 정보를 나타내는 숫자나 부호로서 원프로그램 또는 그 복제물에 부착되거나 그 실행 또는 전송에 수반되는 것을 말한다(컴퓨터프로그램보호법 제2조제8호).

해하는 것으로 보고 있다는 점에서 직접침해 외의 사례에 대한 적용여부를 고려해 볼 수 있을 것이다.

관련판례 및 참고문헌

전자신문 1995.4.4.
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

제3절 라이센스

1. 라이센스[125]의 개념과 중요성

(1) 라이센스의 개념

우리가 흔히 말하는 판권[126] 또는 라이센스 계약은 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권, 저작권 등 지적재산권을 가지고 있는 개인 또는 단체가 타인에게 대가를 받고, 계약 등을 통하여 제3자에게 그 지적재산권을 사용할 수 있는 권리를 부여하는 것을 의미한다. 이는 특허, 실용신안, 의장, 상표, 저작권, 기업비밀, 노하우 등 지적재산권을 가지고 있는 라이센서(licensor)는 지적재산권의 일정 영역을 이 권리를 대여 받는 자인 라이센시(licensee)에게 계약기간 동안 양도하는 것이며, 사용권 계약이라고 할 수 있다.

라이센시는 라이센싱 계약을 통해서 특정 제품을 생산·사용·양도·판매·전시 등을 할 수 있고 그 보상으로 일정한 대가(Royalty)를 지급하게 된다.

(2) 문화콘텐츠 라이센싱의 특성

문화콘텐츠 라이센싱은 법적으로 보호받는 지적재산권에 관한 권리에 대하여 라이센서와 라이센시의 이용허락에 관한 계약과정이다.

게임 등의 문화콘텐츠는 문화예술과 관련이 있어 저작권과 상표권, 의장권이 주로 문제가 되며, 기술적 사상의 창작과 관련된 '발명' 및 '고안'에 따른 권리인 특허권 및 실용신안과는 직접적인 관련보다는 문화콘텐츠에 부수한 기술에 대한 특허 및 실용신안권의 사용이 있을 수 있다.

문화콘텐츠는 유·무선인터넷을 통한 유통이 용이하고, 다양한 형태로 가공·재구성할 수 있는 장점이 있으며, 출판, 만화, 캐릭터, 광고, 패션, 방송드라마, 음악, 영

125) 한국문화콘텐츠진흥원, 문화콘텐츠산업라이선싱 실태조사, 2004, 3~9면 참조

126) 판권은 다른 한편으로 출판권을 의미하기도 하는데, 이는 저작물을 원작 그대로 인쇄하거나 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 복제·판매할 권리를 할한다. 출판권에는 저작자가 당연히 가지는 저작권의 일부 권능으로서의 출판권(복제권)과 저작권자로부터 출판권을 설정받은 자가 계약에 따라 가지는 설정출판권이 있다. 그러나 게임 산업에서의 판권은 이러한 출판권의 의미가 아니라, 캐릭터 등 지적재산물을 게임에 이용할 수 있는 "라이센스"계약을 의미한다.

화, 애니메이션, 모바일콘텐츠, 에듀테인먼트, 산업디자인, 상표, 의장, 비즈니스 방법(Business Model), 영업비밀 등 다양 분야로의 라이센싱이 가능하다.

문화콘텐츠의 원소스 멀티유즈의 특성에 다른 라이센싱의 활성화는 라이센스 비즈니스를 만들어낸다.

(3) 라이센싱의 발생과 관련법률

라이센서가 되기 위해서는 법률에 의하여 지적재산권(Intellectual Property)을 보유하여야 한다.

우리나라는 현행법에서 '발명'에 관한 '특허권'을 특허법에서, '고안'에 대한 '실용신안권'을 실용신안법에서, '의장권'을 의장법에서, '등록상표'에 관한 상표권을 상표법에서, '저작권'과 '저작인접권' 및 '데이터베이스'에 관한 권리를 저작권법에서, '컴퓨터프로그램'은 '컴퓨터프로그램보호법'에서 각각 보호하고 있으며, 널리 알려진 '주지상표'나 '상호' 등과 '영업비밀'은 부정경쟁방지법에서 보호하고 있다. 이를 총칭하여 지적재산권법이라고 할 수 있으며, 민법이나 상법도 보충적으로 지적재산을 보호한다(민법이나 상법의 특별법이 지적재산권법이라고 할 수 있음).

지적재산권의 보호의 취지는 관련법(法)이 지적재산권자에게 지적재산권에 대한 배타적권리를 인정하여 타인의 모방이나, 모용으로부터 보호하기 위함이다. 지적재산권자만이 자기의 지적창작물을 이용할 수 있으며, 제3자가 이를 이용하려면 지적재산권자의 허락을 받아야 하며, 이용허락의 권리범위, 장소, 대가(Royalty) 등을 라이센서와 라이센시 사이에 약정한 것이 라이센싱 계약인 것이다.

(4) 관련법률 개요

라이센싱 관련 법률의 특징을 고찰하면 다음과 같다.

	특허·실용신안법	의장법	상표법	부정경쟁방지법	저작권법
법의 목적	발명·실용적 고안의 보호, 기술의 발전, 국가산업발전기여	의장 창작보호를 통한 사용자의 신용보호, 수요자 이익보호, 국가산업발전	상표보호를 통한 상표 사용자의 신용보호, 수요자 이익 보호, 국가산업발전	부정한 상업상 경쟁방지를 통한 상거래 질서유지	저작권자의 권리, 저작인접권의 보호와 저작물의 공정이용을 통한 문화발전
보호 대상	자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작(발명, 실용신안)	시각을 통하여 미감을 일으키는 물품의 모양·색체, 또는 이들의 결합(산업디자인)	상품의 생산·제조·가공·판매업자가 사용하는 특별 현저한 기호, 문자, 도형 및 이들의 결합 및 이들과 색체와의 결합	국내에서 널리 인식된 상표·상호·기타 상품 및 영업상의 표지, 영업비밀	문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물(저작권, 저작인접권, 출판권, 컴퓨터프로그램, 데이터베이스 포함)
보호 요건	산업상 이용가능성, 신규성, 진보성	공업상 이용가능성, 신규성, 창작비용이성	식별가능성 (특별현저성)	주지성	창작성
권리 내용	독점적 실시(생산, 사용, 판매, 수입, 전시)	독점적 실시(생산, 사용, 판매, 수입, 전시)	독점적 사용	부정 경쟁행위의 청구(반사적으로 독점적 사용보장	저작재산권 및 저작인격권
보호 기간	발명: 등록·출원일로부터 20년 실용신안 : 등록·출원일로부터 10년	등록일로부터 15년	등록일로부터 10년, 10년간 계속갱신 가능	없음(주지성·비밀성상실시까지 영구보호)	저작자 생존 및 사후 50년, 인접권자 실연방송·음반고정시 50년, D/B 5년
권리 발생	등록(특허청)	등록(특허청)	등록(특허청)	주지성획득시	창작시 *등록(저작권심의조정위원회)은 제3자 대항요건
침해 구제	금지청구, 손해배상, 부당이득반환청구, 형사처벌(친고죄)	금지청구, 손해배상, 부당이득반환청구, 형사처벌(친고죄)	금지청구, 손해배상, 부당이득반환청구, 형사처벌(비친고죄)	금지청구, 손해배상, 부당이득반환청구, 형사처벌(비친고죄)	금지청구, 손해배상, 부당이득반환청구, 형사처벌(비친고죄)

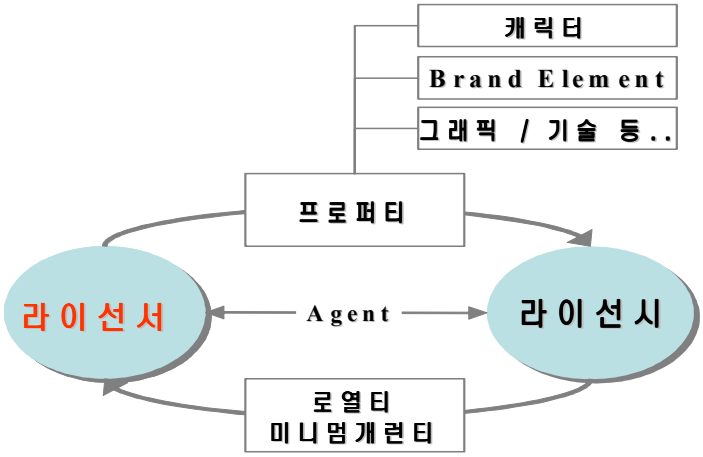
출처: 송영식·이상정, 지적재산법, 2001, 44~45면 재구성

(5) 게임 및 기타 문화콘텐츠 라이센싱과 관계 권리

분류	관련 권리
게임	○ 게임저작자(스토리제작, 기획)의 저작권 ○ 프로그램저작자의 복제, 개작, 배포, 발행 및 전송, 대여권 ○ 게임에서 사용되는 캐릭터의 저작권 ○ 게임상표권
애니메이션	○ 원작자(시나리오작가 등)의 영상화허락권(각색권) ○ 영상화된 저작물의 다른 영상물영상화에 대한 재허락권 ○ 영상저작물의 복제권, 배포권, 방송권, 공연권 ○ 캐릭터사용시 캐릭터작가의 이용허락 또는 애니메이션제작자의 상품화권
캐릭터	○ 순수 미술저작물로서의 저작권 ○ 표장(서비스표)로서의 상표권 ○ 물품에 사용할 경우의 의장권
만화(출판)	○ 만화저작자의 저작권/설정된 출판권 ○ 캐릭터(미술)저작권 ○ 캐릭터를 물품에 적용한 경우의 의장권
모바일	○ 모바일캐릭터저작권 ○ 음원저작권/음반제작자의 저작인접권 ○ 모바일용 게임에 관한 권리 ○ 모바일서비스업체에 라이센스, 서비스 임대, 콘텐츠 제공시 서비스 계약에 관한 라이센스
음악	○ 음악저작권(가사, 곡) ○ 저작인접권(음원)

2. 라이센싱의 구성요소

라이센싱의 구성요소는 라이센서, 라이센시, 라이센스 에이전트, 프로퍼티(권리), 로열티/개런티라고 할 수 있다.



■ 라이센싱 사업의 구성

(1) 라이센싱 구성인의 사업과정

○ 라이센서(Licenser)

라이센서란 저작재산권자를 주로 지칭하며, 저작자와는 구별되는 개념이다. 라이센서와 저작자·상표권자·의장권자는 동일할 수도 있으나 저작재산권(복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 전시권, 배포권, 2차적저작물 작성권)이 양도된 경우 이를 양도 받은자가 라이센서가 된다. 라이센서는 저작권 또는 상표법 하에 법적인 보호를 받음으로써 자산에 대한 라이센싱 사업을 안전하게 운영한다.

라이센서는 사용을 허락하는 자산의 사용에 대한 가이드북을 개발하여 그 자산이 구축하고 있는 이미지나 연상, 디자인 등의 아이덴티티(Identity)를 유지하는데 이용하며 라이센싱 된 모든 유형/무형의 상품 디자인 승인을 통해 상품의 출시 전 총체적인 품질관리를 한다.

○ 라이센시(자산 사용권자/상품화권자)

라이센시란 지적재산권의 사용권자 또는 상품화권자로서 라이센스 계약을 통해 라이센스를 획득하여 상품판매 및 매출의 증가를 위해 이용한다. 라이센시는 라이센서가 제공하는 가이드북을 이용하여 상품을 디자인하고 자산에 대한 이미지 일

관성을 유지하면서 라이센스 상품을 판매한다.

○ 라이센스 에이전트

라이센서는 라이센서가 직접 사업을 운영하지 않고 에이전트를 통해 라이센스 사업을 위탁하며, 이러한 업무를 주로 담당하는 곳이 라이센스 에이전트이다. 라이센스 에이전트는 라이센스 사업상의 계약 교섭 및 제품 승인 과정 등과 같은 라이센스 사업의 업무를 위탁받아 운영하고 그에 대한 대가로 모든 로열티 수익의 일정 비율을 통해 수익을 창출한다.

(2) 라이센싱의 장·단점

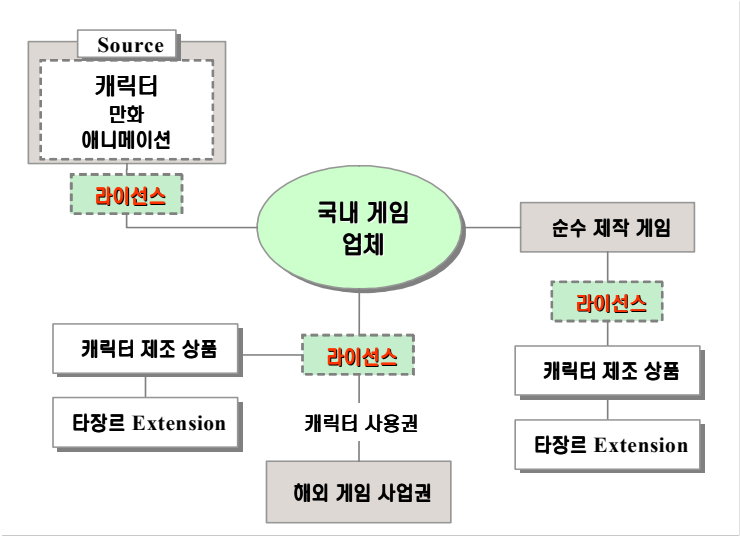
○ 라이센서의 측면

새로운 유형/무형의 상품 시장에 진입하는 방법의 하나로 라이센싱을 사용한다. 라이센서는 자신이 소유한 자산에 대한 사용권리만을 라이센싱을 통해 제공함으로써 별도의 투자나 자금 없이 낮은 위험으로 수익을 창출할 수 있다. 그러나 소유권자가 가지는 자산이 사용권자에 의해 이미지가 손상될 경우 그 자산의 가치가 하락하는 위험이 있다.

○ 라이센시의 측면

라이센서 된 지적재산(Property)은 이미 소비자들에게 인지도를 가지고 있거나 브랜드로서 가치를 지니고 있으므로 라이센시의 유형 또는 무형의 상품을 판매하는데 보증적 효과를 가지게 된다.

(3) 게임 산업에서의 라이센스



■ 게임 산업에서 라이센스 사업

○ 해외 게임의 캐릭터 사용권을 이용한 라이센스

해외 게임의 국내 유통 및 캐릭터 사용권을 이용하여서는 라이센스 사업을 실행하고 해외 게임 저작권 업체와 수익을 분배하여 수익을 창출할 수 있다.

○ 국내 콘텐츠의 라이센스를 사용한 게임

국내 만화원작, 애니메이션, 캐릭터 등의 콘텐츠를 라이센스하여 게임을 개발하는 경우도 많다. 이러한 경우 개발된 게임의 유통을 통해 수익을 창출하거나 캐릭터 상품에 대해서도 라이센스권을 소유하여 수익을 창출할 수 있다.

○ 순수 자체 제작 게임

게임업체가 순수 자체 제작한 게임을 라이센스 계약을 통해 만화, 애니메이션, 캐릭터 제조 상품 등으로 사업영역을 확대하여 수익을 창출할 수 있다.

3. 라이센스 계약의 한계

(1) 독점라이센스계약의 한계: 바둑게임 ‘천하수담’ 사건

– 서울지방법원 2001. 6. 8. 선고 2000가합20323 결정, 손해배상(기)

사건 개요

컴퓨터 바둑게임 “핸드톡(Handtalk)”의 저작권자인 원고인 첸지잉(중국)씨로부터 한국내 독점적 제품생산·판매권한을 부여받은 소외 (주)사위컴손이 첸지잉씨의 사전 동의 없이 피고 한글과컴퓨터에게 독점판매권을 넘겼고, 한글과컴퓨터는 "천하수담 "이라는 이름으로 개발원을 ‘(주)사위컴손’으로 표기해 판매하여 왔다. 이에 첸씨가 한글과컴퓨터를 상대로 "저작권자인 원고의 동의 없이 한글과컴퓨터 측이 프로그램을 판매해 온 것은 저작권법위반"이라며 낸 손해배상 청구소송에서 법원이 "피고인 한글과컴퓨터는 원고인 첸지잉씨에게 금 40,961,298원 및 이에 대한 이자를 지급하라"는 취지의 원고 일부 승소 판결을 내린 사건이다.

판결 요지

원고가 이 사건 프로그램의 프로그램저작권자인 사실, 피고 회사가 이 사건 프로그램을 국내판매의 목적에 적합하게 변형시켜 제조한 뒤 ‘천하수담’ 및 ‘천하수담 97’이라는 명칭을 붙여 판매한 사실, 피고 회사가 원고로부터 이 사건 프로그램의 제조, 판매에 관하여 명시적인 동의나 승낙을 얻은 바 없는 사실은 위에서 인정한 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고 회사는 원고의 프로그램저작권을 침해하였다고 할 것이어서, 피고 회사는 원고에게 위 침해행위로 인한 손해를 배상하여야 할 것이다.

판 결

[사 건] 서울지방법원 2001. 6. 8. 선고 2000가합20323 손해배상(기)
[원 고] 첸지잉
[피 고] 주식회사 한글과컴퓨터

1. 손해배상책임의 발생

가. 기초사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1호증 내지 갑 제5호증, 갑 제7호증의 3, 4, 12, 14의 각 기재에 변론의 전취지를 종합하여 인정할 수 있고, 달리 반증없다.

(1) 당사자의 지위

원고는 바둑게임용 컴퓨터프로그램인 "Go software 'Handtalk' for IBM-PC compatible, 1996 버젼(version) 및 1997 버젼"(이하 '이 사건 프로그램'이라고 한다)을 개발한 이 사건 프로그램의 프로그램저작권자이고, 피고 회사는 정보시스템 컨설팅, 응용패키지 개발 등을 목적으로 하여 설립된 법인으로서 이 사건 프로그램을 기반으로 하여 국내판매용으로 제작된 별지 목록기재 컴퓨터프로그램을 제조, 판매한 회사이다.

(2) 원고와 소외 주식회사 사위컴손 사이의 관계

(가) 원고는 1995. 11. 24. 소외 주식회사 사위컴손(이하 '소외 사위컴손'이라고 한다)과 사이에, 원고가 소외 사위컴손에게 이 사건 프로그램에 관한 대한민국 내의 독점적인 제품생산·판매권한을 1995. 11. 30.부터 1996. 12. 31.까지 부여하고, 소외 사위컴손은 원고에게 계약금으로 미화 15,000달러를, 프로그램저작권 사용료로 제품 총판매가격에 6%의 비율을 곱한 금액에서 위 계약금 상당액을 공제한 금액을 각 지급하기로 하는 내용의 라이센스(Licence)계약(이하 '원계약'이라고 한다)을 체결하였고, 또한 같은 날 원고와 소외 사위컴손은 원계약의 기간만료 후 재계약하는 번거로움을 덜기 위하여 그 계약기간을 1997. 1. 1.부터 같은 해 12. 31.까지로 연장하고 그 이외의 사항은 원계약과 동일한 내용의 계약(이하 '추가계약'이라고 한다)을 체결하였다.

(나) 소외 사위컴손은 원계약에 따라 원고로부터 이 사건 프로그램 1996 버젼에 관한 소프트웨어 원본을 인도받은 후, 계약금으로 원고에게 미화 15,000달러를 지급하였고, 1997. 2.경 위 1996 버젼에 관한 사용료 명목으로 원고에게 미화 1,034달러를 추가지급하였다.

(다) 한편 소외 사위컴손이 추가계약에 따른 계약금 미화 15,000달러 및 프로그램저작권 사용료를 지급하지 않자, 원고는 수 차례에 걸쳐 지급독촉을 한 끝에 1998. 6. 23. 소외 사위컴손에게 계약금 및 저작권사용료 미지급 등을 이유로 계약을 해지한다는 통지를 하였다.

(3) 소외 사위컴손과 피고 회사의 관계

(가) 한편 소외 사위컴손은 원고와 원계약을 체결한 이후인 1996. 1. 10. 피고 회사와의 사이에, 소외 사위컴손이 이 사건 프로그램 1996 버젼에 관한 소프트웨어 원본을 피고

회사에게 제공하면, 피고 회사가 이를 이용하여 이 사건 프로그램의 국내판매용 프로그램이라고 할 수 있는 별지 목록기재 제1 프로그램[127]을 제작, 판매하기로 하는 내용의 독점판매권 부여계약(이하 '제1 독점판매계약'이라고 한다)을 체결하였다.

(나) 1997. 8. 25. 위 사위컴손과 피고는 다시 이 사건 프로그램 1997 버젼이 포함되어 있는 별지 목록기재 제2 프로그램[128]에 관하여 위와 비슷한 내용의 독점판매권 부여계약(이하 '제2 독점판매계약'이라고 한다)을 체결하였다(계약서상으로는 제1, 2 독점판매계약이 피고 회사의 계열회사인 소외 주식회사 한컴서비스와 소외 사위컴손 사이에 체결된 것으로 되어 있지만, 갑 제7호증의 15 내지 23의 각 기재에 의하면 소외 사위컴손에게 계약금 또는 사용료를 지급한 주체가 피고 회사인 사실이 인정되고 반증없으며, 별지 목록기재 각 프로그램의 판매주체가 피고 회사인 점은 아래에서 인정하는 바이므로, 이러한 점들을 종합하여 보면 피고 회사가 위 각 계약의 실질적인 당사자라고 보아야 할 것이다).

(다) 위 각 계약에 따라 피고 회사는 이 사건 프로그램에 '천하수담' 및 '천하수담97'이라는 명칭을 부가하여 판매자는 피고 회사, 개발원은 소외 사위컴손으로 표시하여 시중에 판매하였다.

(4) 원고와 피고 회사의 관계

피고 회사가 이 사건 프로그램을 제조, 판매함에 있어서 원고로부터 명시적인 동의나 승낙을 얻은 사실은 없다.

나. 판단

(1) 원고가 이 사건 프로그램의 프로그램저작권자인 사실, 피고 회사가 이 사건 프로그램을 국내판매의 목적에 적합하게 변형시켜 제조한 뒤 '천하수담' 및 '천하수담 97'이라는 명칭을 붙여 판매한 사실, 피고 회사가 원고로부터 이 사건 프로그램의 제조, 판매에 관하여 명시적인 동의나 승낙을 얻은 바 없는 사실은 위에서 인정한 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고 회사는 원고의 프로그램저작권을 침해하였다고 할 것이어서, 피고 회사는 원고에게 위 침해행위로 인한 손해를 배상하여야 할 것이다.

---

127) 제품명 : 천하수담(天下手談)
제품에 대한 설명 : 게임용 바둑프로그램으로 96년도 버젼임.
응창기배 세계컴퓨터 바둑대회 우승프로그램
개발자 : 원고
개발원 : 주식회사 사위컴손
판매원 : 피고

128) 제품명 : 천하수담(天下手談) 97
제품에 대한 설명 : 게임용 바둑프로그램으로 97년도 버젼임.
응창기배 세계컴퓨터 바둑대회 우승프로그램
개발자 : 원고
개발원 : 주식회사 사위컴손
판매원 : 피고.

(2) 이에 대하여 피고 회사는, 원계약 및 추가계약에 따라 소외 사위컴손이 원고로부터 이 사건 프로그램에 관하여 국내에서의 독점적인 생산·판매권을 부여받았고 달리 위 계약에서 그 구체적인 판매방식에 관하여 제한을 두지 않았으므로 소외 사위컴손이 이 사건 프로그램의 판매를 원활하게 하기 위하여 피고 회사의 유통망을 활용하기로 하고, 피고 회사로 하여금 이 사건 프로그램을 판매하게 하였다고 하더라도 이는 판매권의 이전이라기보다는 위탁판매에 불과한 것이어서 이러한 행위가 원고의 소외 사위컴손에 대한 이용허락의 범위를 벗어난 것이라고는 할 수 없고, 또한 원계약에 따르면 소외 사위컴손은 이 사건 프로그램의 저작권을 제3자에게 제공할 수 있는 권리까지 허락받았다고 보아야 할 것이므로, 피고 회사가 원고의 프로그램저작권을 침해하였다고 볼 수 없다고 주장한다.

살피건대, 갑 제7호증의 3, 4, 12, 14의 각 기재에 변론의 전취지를 더해보면, 원고와 소외 사위컴손 사이의 원계약에는 ① 원고는 소외 사위컴손에게 대한민국 내 이 사건 프로그램 판매를 위하여 독점적인 제조 및 배포권을 부여한다(제2조) ② 원고는 소외 사위컴손이 원고에게 요청하는 경우, 제2조에 언급된 이 사건 프로그램의 저작권을 제3자에게 제공할 권리를 소외 사위컴손에게 허락하여야 한다(제3조) ③ 소외 사위컴손이 원고로부터 부여받은 판매권을 이전하는 경우에는 사전통지없이 계약이 종료된다(제11조)라고 규정되어 있고, 소외 사위컴손과 피고 회사 사이의 제1, 2 독점판매계약에는 ① 피고 회사가 제품에 관하여 국내 독점판매권을 가지기로 한다(제1 독점판매계약 제10조, 제2 독점판매계약 제8조) ② 제품의 홍보 내지 광고는 피고 회사가 책임지기로 한다(제1 독점판매계약 제9조, 제2 독점판매계약 제3조 제1항) ③ 피고 회사는 제품판매가액의 일정비율을 로얄티로서 소외 사위컴손에게 지급한다(제1 독점판매계약 제3조, 제2독점판매계약 제4조)라고 규정되어 있는 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증없다.

위 인정사실에 의하면, 소외 사위컴손이 피고 회사의 유통망을 활용하여 이 사건 프로그램을 판매하였다기보다는 이 사건 프로그램의 국내 판매에 관한 모든 권한을 피고 회사에게 이전하였다고 보아야 할 것인데, 원계약에서 이와 같은 판매권의 이전을 계약종료사유로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 이러한 판매권이전행위는 원계약의 이용허락 범위를 벗어난 것이고, 또한 소외 사위컴손이 원계약 제3조에 의하여 이 사건 프로그램저작권을 이용할 권리를 제3자에게 제공하기 위하여서는 원고에게 이를 요청하여 그로부터 허락을 받는 절차를 거쳐야 하는 것인데 소외 사위컴손이 그러한 절차를 거쳤다는 점에 관하여 아무런 주장, 입증이 없으므로, 결국 피고 회사의 위 주장은 이유없다.

(3) 피고 회사는 다시, 원고는 소외 사위컴손이 이 사건 프로그램을 직접 판매하지 않고, 피고 회사를 통하여 이를 판매하는 것을 알고 있었음에도 불구하고, 수년간 아무런 이의를 제기하지 않은 채 소외 사위컴손으로부터 추가적인 사용료를 지급받기까지 하였으므로, 피고 회사의 판매행위를 묵시적으로 승인하였다고 보아야 할 것이라고 주장하므로 살피건대, 원고가 피고 회사의 판매행위를 알고도 아무런 이의를 제기하지 않았다는 점에 부합하는 듯한 을 제1호증의 1, 을 제2호증의 각 기재 및 증인 박상현의 증언은 믿지 아니하거나 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고 회사의 위 주장도 이유없다.

(4) 피고 회사는 마지막으로, 피고 회사의 행위가 프로그램저작권침해에 해당한다고 하더라도, 피고 회사가 손해배상책임을 부담하기 위하여서는 더 나아가 피고 회사에 고의 또는 과실이 있다는 점이 인정되어야 하는데, 피고 회사에게 어떠한 귀책사유도 있다고 할 수 없으므로, 피고 회사는 손해배상책임을 지지 않는다고 주장하므로 살피건대, 피고 회사가 소외 사위컴손과 독점판매권 부여계약을 체결할 당시 이 사건 프로그램의 저작권자가 원고임을 알았음에도 불구하고 별도로 원고에게 이 사건 프로그램저작물의 사용과 관련하여 문의를 하거나 동의를 구한 바 없는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 이러한 사실에 의하면 피고 회사의 프로그램저작권침해행위에 과실이 있다고 인정할 수 있으므로, 피고 회사의 위 주장 역시 이유없다.

(5) 따라서 피고 회사는 원고에게 프로그램저작권침해로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무가 있다.

3. 손해배상의 범위

가. 나아가 손해배상의 범위에 관하여 살피건대, 컴퓨터프로그램보호법 제32조 제4항에 의하면 프로그램저작권 침해에 있어서 프로그램저작권자가 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 할 수 있다고 할 것이다.

나. 한편, 원계약 및 추가계약에 의하면 소외 사위컴손은 이 사건 프로그램의 사용료로서 원고에게 국내판매액의 6%에 해당하는 금액을 지급하는 것으로 정하되, 우선 원고에게 정액으로 계약금 미화 15,000달러를 지급하고, 위 비율에 의하여 계산한 사용료의 총액이 15,000달러를 초과하는 경우에는 그 초과액을 원고에게 추가로 지급하기로 한 사실, 이에 따라 소외 사위컴손은 원계약에 따라 이 사건 프로그램 1996 버젼의 사용료로 원고에게 15,000달러를 지급하였고, 그 이후 추가사용료로 1,034달러를 지급하여 총 16,034달러를 지급한 사실, 그러나 소외 사위컴손은 추가계약에 따른 계약금이나 추가사용료는 더 이상 지급하지 않은 사실은 위에서 인정한 바와 같고, 갑 제7호증의 9, 13의 각 기재에 의하면 피고 회사의 이 사건 프로그램 1996 버젼 판매가격총액은 금 602,000,000원 상당(실제로는 할인하여 금 421,400,000원), 1997 버젼 판매가격총액은 금 304,920,000원 상당(실제로는 할인하여 금 213,440,000원)인 사실, 피고 회사는 소외 사위컴손과의 독점판매권 부여계약에 따라 이 사건 프로그램 1996 버젼의 사용료로 소외 사위컴손에게 금 141,945,455원을 지급한 사실을 인정할 수 있고, 반증없다.

다. 위 인정사실에 의하면, 이 사건 프로그램에 관한 프로그램저작권의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액은 이 사건 프로그램의 판매가격총액에 6%의 비율을 곱하여 산출된 사용료 상당액과 미화 15,000달러 중 더 많은 금액이라고 할 것인바, 이러한 기준에 따르면, 1996 버젼에 관한 통상사용료는 금 36,120,000원(602,000,000원 × 0.06)이고, 1997 버젼에 관한 통상사용료는 금 19,320,000원 {판매가격총액의 6%에 해당하는 금

18,295,200원은 아래의 환율에 따라 원화로 환산한 미화 15,000달러에 미치지 못하므로, 미화 15,000달러를 통상사용료로 하기로 한다. 한편 1997 버젼에 관한 판매는 소외 사위컴손과 피고 회사 사이에 체결된 1997. 8. 25.자 제2 독점판매계약 이후부터 현재에 이르기까지 계속되고 있다고 보여지므로, 이 사건 변론종결 당시의 환율인 달러당 1288원(원 미만은 버림)을 적용하여 위 15,000달러를 원화로 환산하면 금 19,320,000원(15,000 × 1288)이 된다} 이다.

따라서 피고 회사의 프로그램저작권 침해행위로 인하여 원고가 입은 손해액은 금 55,440,000원(36,120,000 + 19,320,000)이 됨은 계산상 명백하다.

라. 한편 앞서 인정한 바와 같이 실제 국내에서 이 사건 프로그램을 판매한 것은 소외 사위컴손이 아니라 피고 회사인 점, 피고 회사는 소외 사위컴손에게 제1 독점판매계약의 내용에 따라 1996 버젼의 판매가격총액에 일정한 비율을 곱하여 산정한 사용료 금 141,945,455원을 지급한 점, 소외 사위컴손은 다시 원계약의 내용에 따라 위 1996 버젼에 대한 피고 회사의 판매가격총액을 기준으로 하여 산정한 사용료 미화 16,034달러를 원고에게 지급한 점에 비추어 보면, 원고는 이 사건 프로그램 1996 버젼에 관하여 피고 회사의 프로그램저작권침해행위, 즉 국내판매행위로 인하여 발생한 이익을 소외 사위컴손으로부터 사용료의 형태로 지급받아 취득하였다고 할 것이므로, 손익상계의 법리에 따라 원고가 소외 사위컴손으로부터 지급받은 미화 16,034달러는 위 손해액에서 공제하는 것이 타당하고, 이를 원화로 환산하면 금 14,478,702원이 되므로 {이 사건 프로그램 1996 버젼의 판매행위는 1997. 8. 25. 피고 회사가 소외 사위컴손과 제2 독점판매계약을 체결하여 이 사건 프로그램 1997 버젼을 판매하기 시작한 시점에 종료되었다고 봄이 상당하므로, 1997. 8. 25. 당시의 환율인 달러당 903원(원 미만 버림)을 적용하여 원화로 환산하면 금 14,478,702원(16,034 × 903)이 된다} , 결국 피고 회사가 원고에게 손해배상으로서 지급하여야 할 금액은 금 40,961,298원(55,440,000 − 14,478,702)이다.

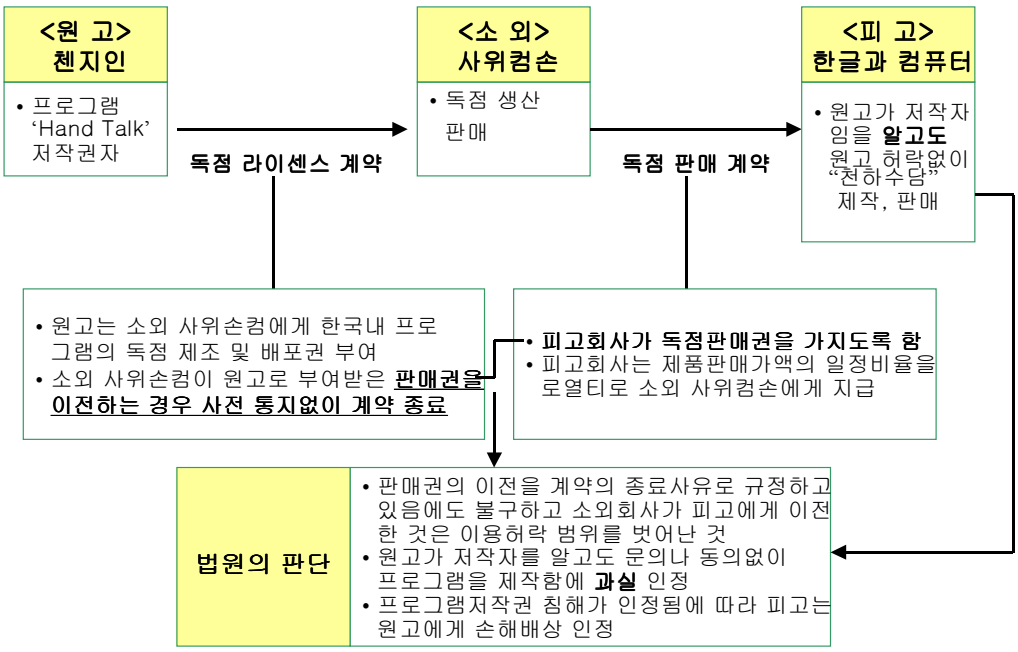
마. 원고는, 피고가 침해행위에 의하여 얻은 총 매출액이 금 634,840,000원이므로 동액 상당의 이익을 얻었다고 할 것이므로 컴퓨터프로그램보호법 제32조 제3항, 제4항에 의하여 위 이익액을 손해배상액으로서 구한다고 주장하고 있는바, 위 조항에 의하여 손해액으로 추정되는 이익은 총 매출액을 뜻하는 것이 아니라 총 매출액에서 제조원가나 월차임 및 일반관리비 등의 비용을 공제한 이익을 뜻하는 것이므로 원고로서는 이와 같이 비용을 공제한 이익이 얼마인가에 관하여 주장, 입증하여야 함에도 불구하고, 매출액이 얼마인가의 점 이외에는 아무런 주장, 입증을 하지 않고 있으므로, 위에서 최종적으로 인정한 손해액을 초과하는 원고의 주장부분은 이유없다.

4. 결론

그렇다면 피고 회사는 원고에게 금 40,961,298원 및 원고가 구하는 바에 따라 이에 대한 이 사건 청구취지변경서 송달일 다음날인 2001. 4. 7.부터 이 사건 판결선고일인 2001. 6.

8.까지는 민법 소정의 연 5푼의, 그 다음날부터 완제일까지는 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 2할 5푼의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 할 것이므로(원고는 이 사건 청구취지변경서 송달 다음날부터 이 판결선고일까지의 기간에 대하여서도 위 특례법 소정 비율에 의한 지연손해금의 지급을 구하나 피고 회사가 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되므로 위 기간에 대하여는 위 특례법을 적용하지 아니한다) 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

연 구



■ 천하수담 사건 개요 및 법원의 판단

본 사안에서 살펴볼 것은 원고와 소외회사 그리고 피고간의 라이센스 계약의 해석 및 프로그램저작권의 침해 요건과 그 손해배상이 문제된다.

1. 라이센스 계약

피고회사가 독점권을 가지게 되는 것으로 소외회사와 피고가 제1 및 제2독점계약

을 체결하였으므로 라이센스 계약에 있어서는 소외 사위컴손이 피고 회사의 유통망을 활용하여 프로그램을 판매하였다기보다는 이 사건 프로그램의 국내 판매에 관한 모든 권한을 피고 회사에게 이전한 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 원계약에서 이와 같은 판매권의 이전을 계약종료사유로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 이러한 판매권이전행위는 원계약의 이용허락 범위를 벗어난 것이다.

■ 원고와 소외회사

구 분	사위컴손	첸지잉(원고)
원계약	○ 대한민국 내의 독점적인 제품생산·판매권한 (1995. 11. 30.~1996. 12. 31.)	○ 미화 15,000달러 또는 총판매액의6%중 높은 금액 지급 - 계약금으로 미화 15,000달러를 지급, 1997. 2.경 사용료 명목으로 미화 1,034달러를 추가지급 받음
추가계약	○ 대한민국 내의 독점적인 제품생산·판매권한 (1997. 1. 1.~1997. 12. 31.)	○ 계약금 미화 15,000달러 및 프로그램저작권 사용료 지급받지 못함, 1998. 6. 23. 사위컴손에게 계약금 및 저작권사용료 미지급 등을 이유로 계약을 해지

■ 사위컴손과 피고

구 분	사위컴손	피고 한글과 컴퓨터(피고)
제1독점 판매계약	○ 1996 버젼에 관한 소프트웨어 원본을 피고 회사에게 제공	○ 피고 회사가 이를 이용하여 이 사건 프로그램의 국내판매용 프로그램인 “천하수담” 제작, 판매
제2독점 판매계약	○ 1997 버젼에 관한 소프트웨어 원본을 피고 회사에게 제공	○ 피고 회사가 이를 이용하여 이 사건 프로그램의 국내판매용 프로그램인 “천하수담 97” 제작, 판매

2. 프로그램저작권의 침해

피고가 이 사건 프로그램의 프로그램저작권자인 사실, 피고 회사가 이 사건 프로그램을 국내판매의 목적에 적합하게 변형시켜 제조한 뒤 ‘천하수담’ 및 ‘천하수담 97’이라는 명칭을 붙여 판매한 행위는 원고의 동의 없이 국내판매목적에 맞게 변형시키고 판매한 것은 프로그램 저작권 중 복제 및 배포권 침해와 프로그램 동일성 유지권을 침해한 것이며, 성명표시는 사건개요에서 소외회사로 하였으므로 피고는 원고의 성명표시권까지 침해했다고 볼 수 있다.

그리고 프로그램도 저작물로서 창작과 동시에 저작물성이 인정되며(무방식주의), 원고가 프로그램에 그의 이름을 표기하여 두었다면 원고가 프로그램저작자로 추정될 것이다. 그러나 이 사건에서는 원 계약서에 원고가 저작자임을 명시하였고, 소외 화사와 피고가 계약시 이를 알았고 그가 저작자임을 인정한데에는 다툼이 없었다.

한편, 피고 회사가 원고로부터 이 사건 프로그램의 제조, 판매에 관하여 명시적인 동의나 승낙을 얻은 바 없는 사실이 인정되므로 피고 회사는 원고의 프로그램저작권을 침해하였다고 할 것이며, 피고 회사는 원고에게 위 침해행위로 인한 손해를 배상하여야 한다. 그런데, 손해배상의 요건으로는 침해자의 고의 또는 과실이 필요한데, 피고 회사가 소외 사위컴손과 독점판매권 부여계약을 체결할 당시 이 사건 프로그램의 저작권자가 원고임을 알았음에도 불구하고 별도로 원고에게 이 사건 프로그램저작물의 사용과 관련하여 문의를 하거나 동의를 구한 바 없었으므로 과실이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이는 중대한 주의의무 위반이기 때문이다.

3. 손해배상의 산정

원고가 받을 수 있는 손해배상의 범위는 피고회사기 천하수담 1996 버전 및 1997년 버전의 판매가격 총액에서 6%, 또는 미화 1500불 중 많은 금액이다.

(1) 원고의 손해액

① 1996년 판매가격 총액은 602,000,000×0.06= **금 36,120,000원**

② < **금 19,320,000원**

(= 미화 1,500달러→이 사건 변론종결 당시의 환율은 1288원, ∴ 15,000 × 1,288= 19,320,000)

∴ 피고 회사의 행위로 인하여 원고가 입은 손해액=① ② 55,440,000원

(2) 손해배상금 중 원고의 공제액

소외회사가 1996버전에 대하여 원고에게 지급한 금액= 16,034달러(1500달러 + 1034달러) × 903원(97. 8. 25. 당시의 환율)=금 14,478,702원

따라서 원고에게 손해배상으로서 지급하여야 할 금액은 금 40,961,298원(55,440,000 - 14,478,702)이 된다.

코 멘 트

저작권이 있는 경우에는 제3자가 저작권자와의 계약서 등을 근거로 양도가능함을 주장하는 경우일지라도 한번 더 저작자에게 문의하는 것이 바람직 할 것이다. 저작자는 첫 번째 계약을 맺은 당사자가 허락없이 제3자에게 그 지분권 등을 양도하는 것을 꺼려하는 경우가 있기 때문이다. 법적으로 독점적 이용허락권을 보유한 자는 그 지분권을 저작자의 허락 없이도 제3자에게 양도할 수 있지만, 이를 계약으로 방지하는 경우가 있으며, 심지어 이 경우 이러한 행위를 계약의 해지사유로 계약서에 명시하는 경우가 종종 있으므로 주의하여야 할 것이다. 특히, 라이센스 계약을 체결할 시에는 상대방에게 이용허락을 얻은 지분의 범위(복제권, 전송권, 배포권 등)와 이용허락의 장소의 범위, 그리고 계약기간을 잘 확인하여 숙지하는 것이 중요하다.

관련판례 및 참고문헌

한국문화콘텐츠진흥원, 문화콘텐츠산업라이선싱 실태조사, 2004

(2) 원작 라이센싱의 한계: ‘리니지’ 사건

– 서울지방법원 2001.7.20. 선고 2001카합537 결정, 계약위반행위등중지가처분

사건 개요

본 사건에서 신청인인 만화 ‘리니지’의 원작자 신○○씨가 원작사용계약에도 불구하고, 본 사건에서 피신청인인 A사가 온라인 게임 ‘리니지’의 인기에 힘입어 ‘리니지Ⅱ’의 개발 및 리니지의 등장 캐릭터를 팬시·의류·사무용품에 활용한다는 방침아래 캐릭터 사업을 추진하고, 제3자의 ‘리니지’ 게임의 제작 또는 서비스를 하고 있었다. 이에 신○○씨는 이러한 A사의 행위가 계약위반이고, 이러한 계약위반으로 입게 되는 손해를 피하기 위해서는 시급성이 요구되므로 A사측의 이러한 행위를 중지시키기 위한 조건으로, A사측의 계약위반 행위가 발생 시에는 신○○씨에게 매일 1억원을 지급하여야 한다는 취지의 가처분신청을 법원에 제기했다. 그러나 법

원 측은 사건의 급박한 보전필요성이 인정되지 아니한다고 하여 가처분신청을 기각하였다.

판 결

1. 신청원인

신청인의 신청원인 요지는 다음과 같다.

신청인은 1984년부터 활동하여온 만화가로서 1993년경부터 1996년경까지 사이에 '윙크'라는 만화잡지에 "리니지(Lineage)"라는 만화(이하 이사건 만화라고 한다)를 연제하였다가 후에 이사건 만화를 총 10권의 단행본 만화로 출간하였는데, 이사건 만화는 연재당시부터 오랫동안 상당한 인기를 얻은 만화이다.

신청인은, 1999. 1. 19. 피신청인과 사이에 이사건 만화를 제목, 인물설정, 배경설정, 지명, 인명, 일러스트 등을 이용하여 온라인 게임을 제작, 서비스할 수 있는 권한을 부여하는 내용의 리니지원작사용계약(이하 이사건 계약)을 체결하였는데, 위 계약에 따르면 피신청인은 위와같이 온라인게임을 제작할 수 있는 권한만을 부여받았을 뿐이고, 그 계약상의 권리를 제3자에게 양도할 수 없도록 하고 있다.

그런데, 피신청인은 이 사건 계약에 따라 제작한 온라인 게임이 성공을 거두자 위 계약상 부여된 권한을 넘어 온라인게임에서 파생된 캐릭터를 이용한 상품을 제조, 판매하기 시작하였고, 위 "리니지(Lineage)"에 관하여 상표의 등록 및 등록출원을 하였으며, 대만 등 외국의 업체와 라이센스계약을 체결하여 위 온라인게임의 제작 및 서비스에 관한 권한을 제3자에 양도하였다.

이러한 피신청인의 행위는 이사건 계약을 위반한 것이고 이에 신청인이 이 계약을 해지하여 위계약은 종료되었으므로, 피신청인은 이 사건 계약에서 신청인으로부터 부여받은 권한을 더 이상 행사할 수 없게 되었다.

따라서, 피신청인에 대하여 이러한 계약위반행위로 인하여 신청인이 입게 되는 손해를 피하기 위하여 시급히 신청취지 기재와 같은 행위의 금지를 구한다는 것이다.

2. 판단

그러므로 살피건데, 기록에 나타난 이 사건 계약의 체결경위와 그 내용, 그 사건에서 신청인이 계약위반이라고 주장하는 피신청인의 일련의 행위들과 이 사건계약내용과의 관계, 피신청인을 포함하여 이사건 만화에 관하여 신청인으로부터 권한을 부여받은 자들의 사이의 이해관계, 이 사건 분쟁에 대한 교섭경과 및 당사자 사이에 합의가 결렬된 경위 기타 이사건 심문에 나타난 제반사정에 비추어 보면, 피신청인의 계약위반으로 이사건 계약이 해지됨으로써 피신청인이 이사건 계약상의 권리를 상실하였다거나 현 단계에서 피신청인에

대하여 신청취지의 기재와 같은 행위들을 즉시 중지할 것을 명할 정도로 급박한 보전의 필요성이 있다고는 선뜻 단정하기 어렵고 달리 이에 대한 소명도 부족하다.

3. 결론

그렇다면, 이사건 신청은 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

연 구

본 리니지 사건은 원소스 멀티유즈환경에서의 분쟁을 다룬 신호탄으로 사회적으로 많은 관심을 불러일으켰다. 리니지와 관련하여서는 이 사건뿐만 아니라 상표와 관련된 분쟁도 있었다.[129]

위 판결문을 바탕으로 신청인의 이용허락범위와 피신청인의 행위에 대한 법적 문제점을 고찰하여보겠다.

본 사건의 내용은 신청인의 「만화를 이용하여 게임을 제작 서비스할 수 있는 권한」을 부여하는 계약을 체결하였는데, 피신청인은 「① 파생된 캐릭터를 이용한 상품을 제조, 판매, ② ③ 재만 등 외국의 업체와 라이센스계약을 체결하여 위 온라인게임의 제작 및 서비스에 관한 권한을 제3자에 양도」의 행위를 하였다는 것이다.

만화의 원작을 게임을 제작하도록 한 것은 원작의 모티브를 통하여 2차적 저작물을 작성함을 허락하는 것이다. 2차적저작물이란 '원저작물을 번역· · · ㅏ색· ¦상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물'을 말하며 2차적저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다(저작권법 제5조 제1항). 저작권법은 무방식주의이므로 2차적저작물의 작성에는 원작자의 동의가 없어도 저작물의 성립성에는 문제가 없으나, 원작자는 저작재산권 중의 하나인 2차적저작물작성권을 가지므로[130] 이를 원적으로 침해하고 있는 상태가 잠재되어 있으며, 이러한 2차적저작물을 제3자에게 이용하도록 하면 저작권법 제43조 제3항[131]에 위배된다. 따라서 원작자의 작품을 통하

129) 이는 "상표편"에서 자세히 설명하도록 한다.

130) 저작권법 제21조 (2차적저작물등의 작성권) 저작자는 그 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물 또는 그 저작물을 구성부분으로 하는 편집저작물을 작성하여 이용할 권리를 가진다.

131) 저작권법 제42조 (저작물의 이용허락) ①저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
②제1항의 규정에 의하여 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.
③제1항의 규정에 의한 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의없이 제3자에게

여 2차적저작물을 작성할 때에는 이를 동의하는 것을 내용으로 하는 '저작권이용허락계약'을 작성하여 분쟁의 소지를 사전에 예방할 필요가 있다.

그러나 게임의 등장인물 줄거리 등의 내용이 원작과 유사할지라도, 2차적저작물인 게임 '리니지'를 각색하여 게임 '리니지II'를 개발하거나 서비스하게 하는 데, 원작자의 권리가 미친다고 보기에는 불분명하다. 2차적저작물(게임 리니지)을 통하여 개작된 3차적저작물(게임 리니지II)을 제3자가 캐릭터와 게임의 줄거리 등에서 원작임을 인지하지 못한다면 이는 독립된 저작물이 될 여지가 있기 때문이다. 특히 아이디어 표현이분법에서 저작권법은 아이디어를 보호하지 아니하고 그 표현을 보호하고 있기 때문에,[132] 그 표현이 다르다면 2차적저작물에서 점점 멀어지게 되는 것이어서 원작자의 권리 또한 점점 미치기 어려워지게 될 것이다.

피신청인의 행위 중 "① 파생된 캐릭터를 이용한 상품을 제조, 판매"한 행위는 만화와 게임의 캐릭터 표현이 달라지게 되면 게임에서 파생된 캐릭터상품은 2차적저작물이라 할 수 없을 것이고, "② 리니지(Lineage)"에 관하여 상표의 등록 및 등록출원"의 경우 상표편에서 설명하겠지만, 만화 리니지의 제호는 저작물성이 없으며, 주지·저명하지도 아니하고, 이를 금지하는 사항이 신청인과 피신청인 사이의 계약내용에도 없으므로 상표출원을 저지할 이유로는 불충분하다. 그리고 "③ 대만 등 외국의 업체와 라이센스계약을 체결하여 위 온라인게임의 제작 및 서비스에 관한 권한을 제3자에 양도"한 행위는 게임 '리니지'를 각색하여 게임 '리니지II'를 개발한 내용인데, 이는 위에서 설명한 바와 같이 2차적저작물의 독립성에 기하여 원작자의 권리가 무한히 미치기는 어려울 것이다. 즉, 원작자의 권리는 게임 '리니지'에 대하여 캐릭터, 줄거리 등에 대한 표현이 유사한 부분에만 미친다고 할 것이다.

그리고 가처분의 경우 다툼이 있는 권리관계에 대하여 현재의 위해를 피하고 다툼의 종결에 이르기까지 권리관계 본래의 상태를 유지 보전함을 목적으로 하는 것이다. 즉, 특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 강포(强暴)를 방지하기 위하여 또는 기타 필요한 이유에 의하여야 한다.[133] 본 사건의 경우 이러한 이유가 인정되지 아니하여서 기각되었다.

이후 신○○씨는 저작권을 양도하고 상표등록 무효소송을 취하하였으며, A사는

이를 양도할 수 없다.

132) 이를 "아이디어·표현 이분법"이라고 하며, 저작권의 보호대상은 "창작성(아이디어)이 외부적으로 표현된 것" 그것이라고 할 수 있다. 아이디어는 공중의 역역이므로 보호되지 않는다는 원리이다. 이를 인정하면 기본권인 헌법상 '표현의 자유'를 침해하게 된다.

133) 구 민사소송법 제714조 제2항 단서.

이에 대한 금원을 지급하는 등의 합의를 하였다.

■ 리니지 분쟁 합의 내용[134)]

합의	A사	원작자 신○○씨
합의 내용	○ 신○○씨를 게임 '리니지' 원작자로 인정 ○ 저작권을 양도받는 대가로 10억원을 신○○씨에게 지급 ○ 1000주의 주식 배정 ○ 만화의 출판에 대해서는 신○○씨가 사용하는데 무리가 없도록 배려 ○ 신○○씨를 고문으로 위촉	○ 만화 리니지에 대한 저작권 양도 (만화 리니지와 이를 원저작물로 하는 2차적 저작물에 대한 권리 포함) ○ A사를 상대로 제기한 모든 소송 취하
	○ 리니지를 세계적인 문화콘텐츠로 발전시키는데 노력을 같이 하기로 함	

코 멘 트

이 사건은 문화콘텐츠의 특성인 원소스 멀티유즈와 관련된 계약의 효력범위가 문제가 된 사건이었다. 분쟁의 발단은 계약서의 미비와 저작권법 등 관련 법률이해의 부족에서 비롯된다. 그런데 2차적저작물의 경우 이 권리범위의 효력이 보는 이 마다 그 관점이 달라서 문제이다. 원작사용을 바탕으로 2차적 저작물 작성에 대한 계약을 체결하여 2차적저작물을 완성하였다면 이에 대한 권리는 2차적저작물 작성자에게 있다고 할 것이며, 2차적저작물 작성자의 창작적 노력도 인정되어야 한다. 그러나 저작권이 비록 아이디어표현이분법을 고수하고 있지만, 원작에서 얻은 영감도 무시할 수 는 없는 부분으로 양측이 결국 합의하여 사건이 원만히 해결 된 것은 다행스러운 일이다.

가처분은 정당한 권리가 침해될 급박한 상황에서 인정될 수 있으므로 가처분 신청에 있어서 주의를 요한다고 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

김형렬·김윤명,「온라인게임콘텐츠와 디지털 저작권」, 진한도서, 2003, 259면.

134) 김형렬·김윤명,「온라인게임콘텐츠와 디지털 저작권」, 진한도서, 2003, 259면.

오승종·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001.
이시윤, 「민사소송법」, 박영사, 2003.

4. 2차적저작물과 라이센싱: ‘디아블로2’ 공략지 사건

– 2000가합3658

사건 개요

미국의 블리자드사가 개발한 게임 “Diablo Ⅱ 에 대하여 맥밀란 USA의 브레디게임즈가 Diablo Ⅱ 게임 공식가이드북을 제작·판매하였고, 원고는 1999년 계약을 통하여 브레디게임즈에게 공식적 독점권을 부여받아 한국어 번역판인 “디아블로 Ⅱ 공식가이드 북”을 발간하였다. 피고는 2000년 9월 ‘게임○○’를 창간하면서 “디아블로 Ⅱ ㅣ 완전공략”을 특집으로 기획하여 책을 발간하였다. 이에 원고는 피고와 저작권 침해 등을 다투었는데, 법원은 피고가 저작권을 침해한 것이 아니라고 판결한 사건이다.

판결 요지

가. 디아블로Ⅱ ㅣ 대한 독점적 지위

원래 디아블로 Ⅱ ⁚ 블리자드 엔터테인먼트가 개발한 컴퓨터 게임이고, 블리자드 게임즈는 블리자드 엔터테인먼트로부터 공식가이드의 독점적 출판권만을 부여받았는데, 원고는 브레디게임즈와 사이에 공식가이드의 한국어 번역판에 관한 독점적 출판권을 부여받는 계약한 사실은 앞서 본바와 같다. 살피건데 가사 블리자드 엔터테인먼트가 디아블로 Ⅱ ㅣ 관한 독점적 지위를 양도받았는지에 관하여, 갑제2호증(블리자드엔터테인먼트의 서신)의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 자료가 없다.

나. 공식가이드의 침해여부

원고가 브래디게임즈로부터 공식가이드에 관하여 독점적 지위를 부여받았다 하

더라도, 공식가이드나 게임○○와 같은 게임의 해설서의 경우 그 게임의 공략방법을 서술하는 것이고, 그것이 게임을 하는 방법에 관한 기본원리나 아이디어까지 보호되는 것이 아니며, 저작물에 나타난 구체적인 표현을 도용한 경우에 한해서 저작권에 대한 구제가 인정된다. 그런데 이 사건에 있어서, 원고가 주장하는 공식가이드와 게임○○의 공통점 내지는 유사성을 도용하였다고는 볼 수 없고, 달리 게임○○가 공식가이드의 전체적인 구성, 서술의 순서, 용어의 선택, 표현방법 등 구체적인 표현을 도용한 것으로 저작권을 침해하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

다. 한국어판 침해여부

원고가 공식가이드의 한국어 번역판에 대한 2차적 저작권을 가지고 있다하더라도, 원고는 번역판을 2001. 7. 경 발간하였고, 피고는 게임○○를 2000. 9. 중순경 발간하였으므로, 게임아이가 더 늦게 발간된 한국어 번역판을 침해하였다는 원고의 주장은 그 주장자체에서 이유 없다.

연 구

원고와 같이 독점출판권을 가지는 경우 저작권의 효력범위는 한국지역에서의 저작권자의 저작재산권 부분이다. 따라서 만일 원고와 같은 책을 복제하여 판매한다면, 원고는 미국에 있는 저작권자를 대리하여 복제권·배포권 침해 등을 이유로 소송을 제기할 수 있다.

그러나 이러한 행위가 저작권침해가 아니라면 이러한 권리를 행사할 수 없다. 피고의 행위는 게임을 하는 방법에 관한 기본원리나 아이디어의 공통점을 지적하고 있을 뿐이며, 원고의 공식가이드의 전체적인 구성, 서술의 순서, 용어의 선택, 그 표현방법 등 구체적인 표현을 도용한 것으로 볼 수 없으므로 저작권을 침해한 것이 아니라고 법원은 판단하고 있다.

이는 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 사상과 감정을 표현한 것이어야 하므로 그 아이디어는 보호되지 않는다는 '아이디어·표현 이분법' 이 적용된 것이다.

그럼 과연 어떠한 경우에 저작물성이 인정되어 저작자가 될 수 있으며 이에 따라 저작권침해가 발생 시 권리주장을 할 수 있는지 살펴보자.

저작물의 요건

저작권법에 의하여 보호를 받기 위해서는 먼저 저작물에 속하여야 한다. 저작권법에서는 저작물을 '문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물'이라고 규정하고 있다(제2조 제1항). 따라서 저작권법에 의해 보호 되는 저작물이기 위하여는 다음의 요건들을 충족하여야 한다.

1. 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속할 것

저작물로 인정되기 위한 요건의 하나로 법문은 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속할 것을 요구하고 있다. 다만, 문학, 학술, 예술의 개념에 관하여는 그 각각의 의미를 개별적으로 확정하려고 할 것이 아니라 이것을 하나의 知的·文化的 포괄개념으로 파악하여야 할 것이다.[135] 따라서, 넓은 의미의 '지적·문화적 창작'을 내포하고 있는 것이면 저작물로 인정될 수 있다고 본다.

그렇지만 이 요건은 지적소유권 중 산업재산권의 영역으로부터 저작권의 영역을 구별시켜 주는 의미를 띠고 있다. 즉, 순수하게 산업적, 기술적인 고안품(실용품)은 포괄적 개념으로서의 '문학·학술 또는 예술'의 범위에 속하지 아니하기 때문에 저작물이 될 수 없으며, 특허법, 실용신안법 등이 요구하는 일정한 요건을 충족할 경우에 산업재산권의 객체로서 보호받을 수 있을 뿐이다.

2. 창작물일 것

저작물이 되려면 창작성의 요건과 객관적 표현의 요건을 갖추어야 한다.

(1) 창작성

◉ 창작성의 의의

창작성이란 그 저작물이 기존의 다른 저작물을 베끼지 않았다는 것 또는 저작물의 작성이 개인적인 정신활동의 소산이라는 것을 의미한다. 이는 특허법이나 실용신안법에서 요구되어지는 신규성처럼 '기존의 것과 다른 새로운 것' 이라는 의미는 아니다.

---

135) 加戸守行,「著作權法逐條講義」, 社團法人著作權情報センタ, 1994. 21頁

저작권법상의 저작물이기 위한 요건으로서의 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 의미한다. 이렇게 창작성의 개념을 넓게 잡고 있는 것은, 저작자가 저작물을 창작함에 있어 항상 어떤 형태로든 선인의 문화적 유산을 승계하는 것이며, 완전히 독창적인 작품이란 사실상 존재하지 않기 때문이기도 하지만, 저작권법의 보호범위를 가급적 넓게 잡아 저작자들에 대한 보호를 충실히 하고자 하는 노력에서 비롯된 해석이라 할 수 있다.

따라서 창작성의 요건을 충족하기 위해서는 질의 측면에서 반드시 학술적 또는 예술적으로 높은 평가를 받을 것이 요구되지 아니하고 양의 측면에서도 창작성이 상당한 정도에 이르러야 하는 것이 아니다. 창작적이기 위해서는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.[136] 우리나라에는 창작성의 개념에 대한 구체적인 명문은 없으며 판례와 이론에 맡겨져 있다.

◉ 관련 판례

□ 대법원 1993.1.21. 선고 92마1081 결정(미술사연표 사건)

〈사실관계〉

신청인이 번역출판한 「20세기 미술의 모험」이라는 책에는 1900년부터 1989년까지의 미술분야에서의 중요 사건 및 사실을 연대순으로 선택·배열하여 미술분야가 아닌 문학·음악 및 공연예술·영화·과학·기술·정치 및 기타의 항목도 함께 대비하여 각 분야의 중요한 역사적 사실을 간략하게 수록한 연표가 들어있었는데, 피신청인이 출판한 「20세기 미술의 시각」이라는 책에도 12쪽부터 29쪽에 걸쳐 있는 연표에 미술분야에서의 역사적인 중요 사건 및 사실을 인접분야의 역사적 사건 및 사실과 함께 수록하고 있고, 그 항목의 일부가 신청인이 출판한 책의 연표항목과 일치하고 있었던 사안이다.

〈법원의 판단〉

법원은 “신청인이 출판한 책에 실려 있는 연표는 그 원저작물의 저작자가 자신의

136) 대법원, 1995. 11.14 선고, 94도2238 판결.

축적된 학식과 경험을 바탕으로 하여 그 목적에 적합하도록 자신의 판단에 따라 취사선택한 사항을 수록한 것으로서 그 소재의 선택이나 배열이 독자적인 독창성이 있는 것이라고 볼 여지가 있다”고 판시하였다. 다만, “피신청인이 출판한 책에 실려 있는 연표는 신청인이 출판한 책에 실려 있는 연표의 항목의 선택과 배열을 참고하면서도 소재를 추가하고 배열을 달리하여 전체적으로 볼 때 자신의 창작성을 가미한 것으로서, 신청인이 출판한 책에 실려 있는 부분을 그대로 모방한 것이라고 보기는 어려우므로 피신청인이 신청인의 편집저작권을 침해하였다고 볼 수 없다”고 하였다.

□ 서울지방법원 1995.4.7. 선고 94가합63879 결정(자동차운전면허문제집 사건)

〈사실관계〉

원고는 운전면허시험안내·교통법규요점정리·교통법규예상문제·자동차구조요점정리·자동차구조예상문제의 골격을 지닌 '운전면허학과시험'이라는 제호의 책을 집필·발행하여 왔는데, 피고가 위 저작물과 동일한 구성과 대동소이한 내용을 담은 「운전면허시험문제집」이라는 제호의 책을 발행하자 피고를 상대로 저작권침해로 인한 손해배상을 구한 사건이다.

〈법원의 판단〉

법원은 원고가 발행한 “이 사건 저작물은 국가의 법령이나 타인의 저작물을 평면적으로 요약하고 기출문제 등을 수집한 것에 그치지 않고, 우선 운전면허시험안내 편에서는 운전면허시험을 준비함에 있어서 필수적인 일반적인 지식이나 자료들을 수집·소개하고 있으며, 교통법령요점정리 편에서는 국가의 법령 중 출제가능성이 높은 법률·시행령·시행규칙을 선별하여 요약·정리·해설하되 해당 법률과 시행령, 시행규칙을 관련항목에 따라 묶어서 정리하였고, 자동차구조요점정리 편에서는 복잡한 자동차구조에 관한 이론 중 출제가능성이 높은 부분만을 발췌하여 적절히 그림 등을 덧붙여 정리하는 등 가급적 간단명료하고 통일적인 정리가 될 수 있도록 노력하였고, 각 이론부분설명에 따라 예상문제를 직접 작성하기도 하고 기출문제를 일부 수집하기도 하여 이를 적절하게 종합·배열하고 있으며, 이 사건 저작물 이전에 이 사건 저작물과 동일하거나 유사한 체제를 갖춘 저작물이 있었다는 점을 인정할 자료가 없으므로 이 사건 저작물의 전체적인 체제 또한 일응 그 독창성을 지

니고 있는 것이라고 할 것이니, 결국 이 사건 저작물은 그 소재의 선택 및 배열이 창작성을 지닌 저작권법이 보호하는 편집저작물에 해당한다" 고 판시하고 피고가 원고의 저작권을 침해하였음을 인정하였다.

□ 東京地裁 八王子支部 昭和 9. 2. 10.판결

〈사실관계〉

원고 鈴木榮治는 게이트볼이란 경기를 창작 · 고안하였고, 이와 함께 1948년 3월 경기방법 설명 및 경기규칙 등으로 된 「레크레이션 스포츠, 게이트볼」을 저술하였다. 피고는 게이트볼 관련 社團을 운영하면서 원고 각 규칙서의 선공·후공의 순번 결정 방법, 문장의 표현방법에 약간의 이동이 있음에 불과「게이트 볼 경기규칙」이라는 제목의 규칙서를 출판하여 저작권 침해를 다투게 된 사건이다.

〈법원의 판단〉

원고 각 규칙서는 鈴木榮治가 고안한 게이트볼 경기에 관해서, 게이트볼 경기의 유래, 레크레이션 스포츠로서의 의의, 경기방식, 경기규칙 등의 전부 내지 일부를 고유의 정신작업에 의거하여 언어로 표현한 것이고, 그 각 표현은 스포츠라고 하는 문화적 범주에 속하는 창작물로서 저작물성을 가진다고 하여야 한다. 이 점에 관해 피고는 경기규칙을 표현한 부분은 사상 · 감정 외의 기계적으로 표현되어 있는 것이므로 이 저작물성에는 문제가 있다고 주장함에도 불구하고, 새로이 창작된 스포츠 경기에 관하여 그 경기하는 방식 중 어느 부분을 어떠한 형식 · 표현으로 경기규칙으로서 추출 · 규정하는가는 저작자의 사상을 빼고는 전혀 생각할 수 없고, 본 건 원고 각 규칙서의 규칙 자체도 鈴木榮治의 독창적인 것인 점은 앞에 인정한 바대로이고 그것은 문화적 소산이라고 하기에 충분한 창작성을 구비하고 있는 것이므로, 그 저작물성 자체를 부정할 수는 없다고 하여야 한다.

◉ 아이디어와 표현의 구별(idea-expression dichotomy)

'아이디어·표현 이분법' 이란 저작권의 보호는 표현에만 미치며, 그 소재가 되는 '아이디어(idea)' 에는 미치지 아니한다. 실제소송에 있어서도 아이디어와 표현을 구분하는 것이 어려운 쟁점의 하나이다. 미국 저작권법 제102조(b)에 '어떠한 경우에

있어서도, 저작자의 원저작물에 대한 저작권보호는 그 형태 여하를 불문하고 당해 저작물에 기술, 설명, 예시 또는 수록된 관념, 절차, 체제, 조작방법, 개념, 원칙 또는 발명에 대하여는 적용하지 아니한다' 라고 규정되어 있다.

우리나라의 경우 법문에는 없지만 대법원판례에서 이를 인정하고 있다. 우리에게 '희랍어분석방법 사건' 이라고 잘 알려진 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073,3080 판결은 "저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하므로 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식이고, 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물이 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작인격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니하고, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 학술적인 내용은 만민에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니다" 라고 판시하고 있다.

이는 사상, 관념 등을 표현한 저작물에 있어서 그 저작물의 특수한 표현 형태 뿐만 아니라 그 속에 표현된 아이디어나 이론 등의 사상, 관념 자체에 대해서까지 저작자의 배타적 권리를 인정할 경우에는 저작자에 의하여 표현된 사상, 관념 등이 여러 가지 형태로 자유롭게 순환하는 것을 가로막음으로써 학문, 문학, 예술 등의 발전을 저해하여 저작권법의 본래취지에 오히려 역행하는 결과를 가져올 수 있으므로 그러한 사상, 관념 등에 대하여는 비록 그것이 당해 저작자의 독창성에 기한 것이라 하더라도 저작권법에 의한 보호가 미치지 않는 것으로 봄이 마땅하다는 취지에서 나온 이론이다.

(2) 객관적 표현

저작물이 저작물로서 보호받기 위해서는 일정한 형식으로 객관화되어 외부에 표현되어야 한다. 그 표현수단에는 제한이 없으며 또한 표현의 완성도 요하지 않는다. 그러나 표현이 유형물에 고정되어야 할 필요는 없다.[137] 따라서 즉흥적인 연설, 강연 또는 자작곡 노래나 자작시 낭송 등도 저작물로 성립할 수 있다.[138]

137) 한편, 미국을 비롯한 영미법계의 저작권법에서는 저작물의 성립요건으로 유형물에의 고정 (fixation in a tangible medium of expression)을 요건으로 하고 있다.

코 멘 트

저작권이 있거나, 이를 독점 라이센스 계약 등을 통하여 이를 복제·배포할 권리를 가진다고 하더라도, 아이디어의 영역에 있는 경우는 보호되지 못하므로, 제3자가 라이센스 계약과 관련된 범위의 저작물을 창작하는 경우에 있어서 그 표현이 다르다면 이는 저작물로서 독자적으로 보호됨을 유의하여야 할 것이다.

5. 초상권과 라이센싱: '젝스키스' 사건

– 서울지방법원 1997.12.24. 선고 97카합2954 결정, 게임기수입및판매금지가처분

사건 개요

1997년 6월경 황○○는 국내 6인조 음악그룹 젝스키스의 메니지먼트사인 J기획에서 초상권을 1년간 양도받은 K기획과 젝스키스의 초상권을 이용한 미니게임기 포켓제키를 제작·판매하는 계약을 체결하였다. 그리고 D사는 황○○에게 게임기를 납품하기로 하는 계약을 체결하였다. 그러나 황○○가 K기획에게 초상권 사용료를 지급하지 아니하자 1999년 9월 계약을 해지하였다. 그 후 피신청인인 D사는 K기획과 게임기 납품에 대한 협의에 이르지 못한 채 중국에서 수입한 위 게임기를 수입하여 국내에 판매하였다. 이에 본래 젝스키스의 메니지먼트사인 J기획이 위 게임기의 수입판매 금지를 청구하였고, 법원에서 이를 인정하였다.

판 결

[주 문]

1. 신청인이 이 결정을 고지받은 날로부터 7일 이내에 피신청인을 위하여 보증으로 각 금 20,000,000원을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약체결문서를 제출하는 것을 조건으로,

---

138) 다만, 영상저작물은 저작권법 상의 개념규정이 "연속적인 영상이 '수록'된 창작물"로 되어 있으므로, 유형물에의 고정을 필요로 하는 것으로 해석될 수 있다.

가. 피신청인은 액정 미니 게임기 포켓제키의 수입, 판매 및 배포를 하여서는 아니된다.

나. 피신청인의 위 게임기의 완성품, 반제품, 시제품, 부분품에 대한 점유를 풀고, 신청인이 위임하는 집행관에게 그 보관을 명한다.

다. 집행관은 위 가. 나. 항의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

2. 피신청인은 금300,000,000원을 공탁하고 위 명령의 집행정지 또는 그 취소를 신청할 수 있다.

3. 신청인의 나머지 신청을 기각한다.

4. 신청비용은 피신청인의 부담으로 한다.

피보전 권리 초상권에 기한 금지청구권

[이 유]

기록에 의하면, 신청인은 1997. 4. 22. 국내 6인조 음악그룹인 젝스키스(SECHS KIES)의 매니지먼트사인 신청외 주식회사 K기획으로부터 위 음악그룹에 관한 모든 초상권과 홍보관리권을 계약일로부터 1년간 일괄 이양받은 사실, 위 주식회사 K기획은 1997. 6. 9. 신청외 황ㅇㅇ와 사이에 캐릭터사용계약을 체결하여 위 황ㅇㅇ에게 위 음악그룹의 캐릭터를 이용하여 미니게임기 포켓제키 를 제작, 판매하는 것을 허락하였다가 그 후 위 황ㅇㅇ가 사용료 계약금을 지급하지 아니하였다는 이유로 1997. 9. 18. 위 캐릭터사용계약을 해지한 사실, 한편 피신청인은 1997. 6.경 위 황ㅇㅇ에게 포켓제키 게임기를 납품하기로 하는 계약을 체결하였는데 위 주식회사 K기획에서 위 황ㅇㅇ에 대하여 캐릭터사용계약을 해지한 이후 직접 초상권 사용권자인 위 주식회사 K기획과 위 게임기 납품에 관한 협의를 하다가 결국 합의에 이르지 못한 사실, 그 후 피신청인은 신청인이나 위 주식회사 K기획으로부터 아무런 허락을 받지 아니하고 중국에서 제작한 위 게임기를 수입하여 국내에 판매하고 있는 사실이 인정된다.

그렇다면, 피신청인은 위 음악그룹에 대한 초상권의 사용허락 없이 이 사건 게임기를 수입 판매하고 있다고 할 것이므로, 위 음악그룹의 초상권 사용권자인 신청인은 피신청인에 대하여 위 게임기의 수입 판매 등의 금지를 구할 권리가 있다고 할 것이다.

다만, 이 사건 가처분의 피보전권리는 신청인이 피신청인으로부터 신청인이 원하는 초상권 사용료를 지급받음으로써, 즉 금전적 보상에 의하여 그 종국의 목적을 달성할 수 있는 경우에 해당한다고 할 것이고, 기록에 나타난 제반 사정을 고려하면, 신청인이 이 사건 게임기 판매와 관련하여 얻을 수 있는 이익은 3억원 정도로 봄이 상당하다.

따라서, 이 사건 신청은 일부 이유있으므로, 주문과 같이 결정한다.

연 구

자신의 모습을 제3자가 함부로 그리거나 사진 촬영 등의 방법으로 자신의 초상을 마음대로 이용할 수 없도록 하는 권리를「초상권」이라 한다. 이 초상권의 내용에는 2가지 측면이 있다. 하나는 프라이버시라는 권리의 측면이고, 또 다른 하나는 재산권으로서의 권리의 측면이다.

1. 프라이버시권으로서의 초상권

프라이버시권은 일반인들은 자신의 사진과 성명을 무턱대고 신문과 잡지 등에 게재시키거나, 자신의 영화가 TV에 방송된 경우 혐오, 수치, 불쾌 등의 정신적 고통을 느끼는 것이 지극히 통상적이다. 이와 같은 경우 민법의 불법행위에 근거하여 당사자를 소송할 수 있다. 단, 프라이버시권은 어떤 조건하에서는 그 초상권이 제한된다. 그것은 표현에 함축된 공공의 이익의 가치가 초상의 공표보다 우월한 경우이다. 예를 들어, 공중의 집합장소에 중요사건 범인의 얼굴사진, 초상화를 걸거나 유명인의 초상을 지폐와 수표에 사용하고 있는 경우이다.[139]

그러나 연예인과 같은 유명인의 초상권은 일정의 제한을 받는다. 배우, 가수, 스포츠선수 등은 일반인과는 다르게 그 직업의 특성상 초상의 이용에 대해서는 일반대중에 공개될 것을 희망 또는 의욕하고 있기 때문이다. 일반에게 지명도가 높다면 탤런트로서의 가치도 높다. 따라서 유명인의 프라이버시권은 일반인의 그것과는 달리 크게 제한을 받는다.

2. 재산권으로서의 초상권(퍼블리시티권)

재산권으로서의 초상권은 주로 연예인과 관련이 있다. 유명인은 프라이버시권으로서의 초상권을 제한받는 대신에 그 사회적 평가, 명성, 인상 등이 상품 기타 선전과 판매촉진에 기대되는 효과인 고객흡인력(Goodwill)이 부여되는 경우에는 자기의 초상권을 제3자에게 독점적으로 이용시킬 수 있는 권리를 가지게 된다.[140]

---

139) 安藤和宏 「よくわかる音樂著作權ビジネス 基礎編」, Rittor Music, 2002. 266頁

140) 이를 미국 등에서는 퍼블리시티권, 일본에서는 이를 번역하여 초상영리권이라 부르기도 한다.

■ 초상권의 구분 및 내용 비교

구분		권리의 내용	침해의 양태	법적 구제
초상권	인격적 이익 (Privacy권)	무단으로 촬영·공표되지 아니할 권리	정신적 고통	침해정지, 위자료·명예회복의 청구
	재산적 이익 (Publicity권)	초상의 사용을 독점할 수 있는 권리(양도가능)	경제적 손실	침해정지, 손해배상, 부당이득반환청구

*출처: 정상기, "PUBLICITY권(權)에 관한 소고(小考)", 한국저작권논문선집[2], 133면; 정경석,「엔터테인먼트비즈니스분쟁사례집」, 청림출판, 2004, 111면에서 재인용

3. 관련 판결

(1) 국내판결

서울지법 남부지원 1997. 8. 7. 선고 97가합8022 판결[141]에서는 초상권에 대한 법적정의, 인정 이유, 파생권리에 대하여 판시하고 있는데, 다음과 같이 설명하고 있다.

「초상권이라 함은 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적 · 재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장이다.

이러한 초상권에 대하여 현행 법령상 명문의 규정은 없으나, 헌법 제10조가 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하고 있는바, 여기서 국가가 보장하여야 할 인간으로서의 존엄과 가치는 생명권, 명예권, 성명권 등을 포괄하는 일반적 인격권을 의미한다. 따라서 이 일반적 인격권에는 개별적인 인격권으로서의 초상권이 포함된다고 보아야 한다.

한편, 민법 제750조 제1항이 "타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다."고 규정

141) 이는 TV에 대학 신입생 환영회 장면을 당초의 약속과 달리 부정적인 내용으로 방송하고 본인의 동의 없이 대화장면을 방송한 행위가 사생활의 자유 및 초상권을 침해하였다고 본 사례이다.

하고 있으므로 이러한 규정들이 초상권 인정의 근거가 될 수 있다.

초상권은 첫째, 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 알 수 있는 신체적 특징을 함부로 촬영 또는 작성되지 아니할 권리(촬영 · 작성 거절권), 둘째, 촬영된 사진 또는 작성된 초상이 함부로 공표 · 복제되지 아니할 권리(공표거절권), 셋째, 초상이 함부로 영리목적에 이용되지 아니할 권리(초상영리권)가 포함된다.

초상권의 내용인 공표거절권과 관련하여 보면 승낙에 의하여 촬영된 사진이라도 이를 함부로 공표하는 행위, 일단 공표된 사진이라도 다른 목적에 사용하는 행위는 모두 초상권의 침해에 해당한다.」

(2) 일본판결(마크 레스너 사건)

일본에서는 퍼블리시티권에 관한 판례로서 「마크 레스너」사건에 대한 판결이 있다.[142] 마크 레스너는 영화「작은 사랑의 멜로디」의 주연배우로 세계적인 아역스타로 대단한 인기를 가진 영국인이다. 그의 주연영화「작은 목격자」의 하나의 씬이 롯데제과의 CM에 채용되어 그때「마크 레스너도 좋아한다」라는 나레이션이 삽입되었다. 본 커머셜 기획은 해당영화의 상연권과 선전권(선전을 위한 영화의 발췌 씬을 3분 이내로 TV방영할 수 있는 권리)를 가진 동경 제일필름이었으며, 이는 소위 상품선전과 영화선전을 조합한 필름 타이업 방식이라고 불리우는 것이었다. 그러나 마크 레스너는 동경제일필름과 롯데에 대하여 성명권, 초상권의 침해를 이유로 재산적 침해 1500만엔, 위자료 500만엔의 배상과 함께 사죄광고의 신문게재를 구했다.

재판의 판결에서 우선 프라이버시로서의 초상권에 대하여 동경지방법원은 다음과 같이 판시하였다.

「통상인의 감수성에 기하여 고려하건데, 사람이 감히 그 성명을 제3자에게 사용하거나 또는 그 초상을 타인의 눈에 보이게 하는 것은 그 사람에게 혐오, 수치, 불쾌 등의 정신적 고통을 주는 것이라 할 수 있다. 따라서 사람에 관한 정신적 고통이 수반되는 것은 당연히 보호받을 생활상 이익이 있다고 말하지 아니할 수 없다. 따라서 그 이익은 지금 단순히 윤리, 도덕의 영역으로 보호되는 것으로 족한 성질의 것이 아니라, 법 영역에서 그 보호가 도모되어야 할 고도의 인격적 이익(이를 성명권, 초상권으로 칭할 것인지의 여부는 별론으로한다)이라 할 수 있다.」[143]

142) 東京地裁 昭和51年6月29日判決

143) 作花文雄 「著作權法 基礎と 應用 」,發明協會 2003. 397頁

다음으로 퍼블리시티권으로서의 초상권에 대하여 아래와 같이 판시하였다.

「배우 등의 성명과 초상권을 상품 등으로 선전에 이용함에 따라 배우 등의 사회적 평가, 명성, 인상 등이 그 상품 등의 선전, 판매 촉진에 기대되는 효과를 얻는 경우에는, 이를 배우 등의 측면에서 살펴보면 배우 등은 스스로 가치를 얻은 명성에 따라서 자기의 성명과 초상을 대가를 지불한 제3자에게 전속적으로 이용시킬 수 있는 권리를 가지고 있다.」

분명히 사람에게 고객흡인력이 구비되어 있는 경우에는 퍼블리시티권을 가지고 있으며, 제3자는 이 성명과 초상을 이용할 수 없다.

이와 같은 판결은 마크 레스너의 초상권을 전면적으로 인정하여, 피고에게 재산적 손해로서 50만엔, 정신적 손해로서 50만엔의 지급을 명하였다.

코 멘 트

연예인의 초상을 T셔츠, 문구류에 이용하는 경우 상품에 고객흡인력이 구비된다. 연예인의 초상을 게임캐릭터에 이용하는 경우도 마찬가지이다. 통상 초상권을 관리하고 있는 것은 아티스트의 프로덕션이며 큰 수입원의 하나이다.[144] 그러나 이의 매상이 크기 때문에 그 부정이용이 횡행하고 있는 것이 현실이다.

본 사안의 경우에도 젝스키스의 기획사가 이를 침해하는 피신청인에게 초상권 침해에 근거하여 게임기수입및판매금지가처분을 신청하였다. 유명인의 초상을 이용하여 게임이나, 캐릭터, 기타 상품을 제조·판매하는 경우는 연예인의 초상권을 침해하는 것이며, 이는 특히 고객흡인력에 기인한 연예인 및 기획사의 경제적인 잠재수입을 침해하는 것이므로, 매니지먼트사 또는 연예인과 직접 협의하여 관련 상품을 제작하도록 주의하여야 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

144) 실제로 연예인이 기획사에서 소속되고, 이를 메니지먼트하고 수익분배 등을 목적으로 하는 "전속계약서"의 경우 다음과 같은 조항이 포함되어 있으며, 예시하면 다음과 같다.

제○조 (연예활동)

"을"의 연예 활동에 대한 구체적 사항은 아래와 같다.

1. 라디오 방송 및 텔레비젼 출연
2. 광고 출연 (CF)
3. 야간 유흥업소
4. 각종 선전문
5. 지방 공연 및 행사
6. 기타 모든 방송, 행사 출연
7. 초청 출연(디너쇼 및 훼스티발)
8. 영화 출연(비디오 제작 포함)
9. 국내.외 가요계 행사
10. 국내.외 공연(콘서트 포함)
11. 간행물 및 사진촬영(정사진)

서울지법 남부지원 1997. 8. 7. 선고 97가합8022 결정
東京地裁 昭和51年6月29日判決
정경석, 「엔터테인먼트비즈니스분쟁사례집」, 청림출판, 2004.
作花文雄, 「著作權法-基礎と 應用-」,發明協會, 2003.
安藤和宏, 「よくわかる音樂著作權ビジネス(基礎編)」, Rittor Music, 2002.

제4절 캐릭터등

1. 캐릭터

(1) 서

캐릭터는 흔히 작품 속에 등장하거나 매체등을 통해 접하는 가공의 또는 실재의 인물·동물·물건 등의 명칭·외형·행동·역할·성격·이미지 내지는 그것들의 총체를 말한다. 캐릭터가 가지는 고객흡인력 또는 광고효과 등을 이용하여 상품화하는 경우에 그에 따른 경제적 가치 등을 어떻게 보호할 것인가가 문제된다. 즉, 타인이 정당한 권원에 의하지 아니하고 자신의 캐릭터를 상품이나 서비스 등에 이용하는 경우에 이를 어떤 법적 근거로 보호할 수 있는가이다. 대략 저작권법, 의장법, 상표법, 부정경쟁방지법 등에 의한 보호방법이 고려될 수 있을 것이다. 그러나 거래관행은 주로 저작권법적 보호에 의존하며, 이른바 '상품화권' 계약을 통해 이루어지는 것이 일반적이다. 이때 중요한 것은 바로 캐릭터의 독자적인 저작물성 여부이다.

(2) 캐릭터의 정의와 종류

캐릭터는 그 실재성 여부에 따라 실재 캐릭터(real character)와 창작 캐릭터(invented character)로 나눌 수 있고, 표현형식(또는 시각성 여부)에 따라 시각적 캐릭터(visual character)와 어문적 캐릭터(literary character)로 구분하는 것이 보통이다. 이를 실재 캐릭터, 팬시풀 캐릭터(fanciful character: 만화등의 캐릭터로서 시각적 캐릭터에 비견될 수 있을 것임), 가공의 캐릭터(fictional character: 소설등의 캐릭터로서 어문적 캐릭터에 비견될 수 있을 것임)로 나누기도 한다. 그리고 매체등을 통해 고객흡인력을 갖게 된 후 상품화되는 캐릭터(이를 '시리즈 캐릭터'라고도 함)와는 달리 처음부터 상품화를 목적으로 만들어진 캐릭터로서 오리지널 캐릭터(original character)가 있다. '헬로키티'나 '롯티'가 그 대표적인 예이다.

실무상 주로 다루어지는 것은 창작 캐릭터이며, 그 중에서도 시각적 캐릭터일 것

이다. 어문적 캐릭터는 캐릭터의 독자적인 저작물성과 관련하여 특히 문제가 된다.

연예인 등의 실재 캐릭터에 대한 보호는 오히려 '퍼블리시티권' 이나 '초상권' 의 문제로 다루어지는 것이 일반적이다. 실제 인물을 캐리커쳐등으로 표현하는 것 자체만으로는 타인의 저작권 침해가 발생할 여지가 없기 때문이다. 다만, 그 결과물이 창작적 표현에 속하고, 이를 무단 이용하였다면 저작권 침해가 될 것이다. 그러나 실제 인물의 극중 캐릭터(즉, 실제 자신의 모습이 아닌 가공의 이미지)를 무단 이용하는 경우에는 퍼블리시티권·초상권과 함께 저작권 침해 여부도 다투어질 수 있을 것이다. 이와 관련해 TV드라마 '임꺽정' 의 주인공으로 분장한 원고의 모습과 유사한 인물화를 위장약 광고에 사용한 사건(이른바 '임꺽정' 사건)에서 법원은 당해 인물화가 "위 드라마의 주인공으로 분장한 원고의 모습 중 특징적인 부분들이 대부분 표현되어 있을 뿐만 아니라 광대뼈, 콧날, 얼굴 윤곽도 원고의 실제 모습과 유사하고,…, 위 드라마를 보았거나 원고를 알고 있는 사람이라면 누구나 이 사건 인물화를 보고 위 드라마의 임꺽정 역과 그 임꺽정으로 분장한 원고의 모습을 떠올리기 충분하다 할 것이므로, 적어도 위 드라마가 방영되는 동안에는 이 사건 인물화는 원고의 초상과 동일시된다고 보는 것이 상당하다"[145]고 판시하였다. 기간의 제한을 두기는 했으나 누구에게나 거의 동일하게 인식되어지는 어문적 캐릭터의 전형적인 이미지나 표준적인 모습을 표현·분장한 것에 불과한 경우에 과연 그 배역을 맡은 자에 대해 개별적인 보호가 미치는 것이 적절한가에 대한 의문이 남는다. 그러나 당해 배우만의 특징적인 부분들이 강하게 부각되어 그 차별성에 보호의 필요성이 인정된다면, 이 경우에는 달리 볼 여지가 있을 것이다. 다만, 그 기준과 범위가 어디까지인지가 문제될 것이다.

오리지널 캐릭터는 처음부터 상품·서비스등에 먼저 공표·이용될 것을 목적으로 응용미술저작물(물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것으로 말하며, 디자인등을 포함한다)[146]의 형태로 만들어진 것이라는 점에서 일단 작품이나 매체를 통해 공표되어 그 나름의 아이덴티티(identity)를 형성하게 되는 일반적인 캐릭터와는 다르다고 하겠다. 따라서, 오리지널 캐릭터는 '스토리성' 을 전제로 하지 않았으므로 이를 캐릭터라고 하는 것은 부당한 확대해석이며,[147] 이른바 '저작권의 2단 구조(캐릭터가

145) 서울고법 1998.10.13 선고, 97나43323 결정.

146) 저작권법 제2조 제11의2.

147) 허희성, "캐릭터의 법적보호", 「저작권학회보」(제30호), 1990, 3-4면.

표현된 저작물의 저작권과 캐릭터 자체의 저작권)' 문제를 논할 실익이 없으므로 그냥 (응용)미술저작물로 취급하면 족하다[148]고 한다.

■ 캐릭터의 종류

구분	종류	내용	비고
실재성 여부	실재 캐릭터 (real character)	실재의 인물·동물 등을 대상으로 한 것	영화배우, 탤런트, 가수, 운동선수 등
	창작 캐릭터 (invented character)	실재하지 않고 창작된 것으로서 작품속의 가상적인 존재	제임스본드, 셜록홈즈, 미키마우스, 뽀빠이
표현형식 (시각성 여부)	시각적 캐릭터 (visual character)	시각적으로 인식이 가능한 형태로 표현된 그림, 만화, 영화 등에 등장하는 인물·동물 등	미키마우스, 뽀빠이
	어문적 캐릭터 (literary character)	어문적인 형태로 표현된 소설등에 등장하는 인물·동물 등	셜록홈즈, 임꺽정
창작목적	오리지널 캐릭터 (original character)	처음부터 상품화를 목적으로 창작된 것	헬로키티, 롯티

(3) 캐릭터의 상품화와 보호

캐릭터를 장난감, 문구, 의류, 장식품 등의 상품이나 그 포장·용기, 서비스 등에 모양이나 디자인 등으로 이용할 때 이를 캐릭터의 '상품화(character merchandising)'라고 한다. 그리고 당해 캐릭터에 대한 이용(상품화)을 허락할 수 있는 권리를 '상품화권'이라 한다. 상품화권은 실정법상의 권리가 아니므로 그 내용과 범위 등이 명확하지 아니하며, 저작권·상표권·의장권 등과 같은 독자적인 권리도 아니다. 따라서 상품화권은 고객흡인력 등을 통해 그 경제적 가치를 갖는 캐릭터에 대한 정당한 권원자를 보호할 필요성에 따라 도출된 개념이다.

148) 박성호, "캐릭터의 저작권법 이외의 법률에 의한 권리보호-산업재산권 관련 법률을 중심으로", 캐릭터 권리보호를 위한 지적재산권 세미나(2003.11.24), 7-8면.

캐릭터는 그 특성에 따라 상표법, 부정경쟁방지법, 의장법, 저작권법 등에 의한 보호를 받을 수 있다. 예를 들어 캐릭터(명칭, 형상 등)를 특정상품에 대해 상표등록을 하여 두는 경우에는 상표법에 의한 보호를 받을 수 있다. 그러나 캐릭터를 상표등록 하였더라도 제3자가 당해 캐릭터를 '상표적 방법'으로 사용하지 아니하고 단순히 장식적·의장적으로 사용하였다면 이를 상표권 침해로 볼 수 있는지가 문제된다. 긍정하는 견해와 부정하는 견해(상표적 사용을 겸비한 것이라고 함)가 있다.

캐릭터가 상품표지 또는 영업표지로서 주지성을 획득한 경우에는 부정경쟁방지법에 의한 보호를 받을 수 있다. 즉, 캐릭터는 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것이 아니므로 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법에 규정된 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고 그 캐릭터에 대한 상품화사업이 이루어지고, 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화계약에 따라 캐릭터 사용허락을 받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다.[149] 그러나 저명한 캐릭터가 여러 종류의 상품에 동시에 사용되고 있는 경우에는 어느 상품 또는 영업주체의 표지라고 인식되기 어려우므로 부정경쟁방지법상의 혼동야기행위에 해당하지 않을 수 있다는 점을 유의해야 할 것이다.[150]

신규성 등의 요건을 갖추어 물품별로 등록을 하였다면 의장법으로도 보호가 가능하다.

저작권법에 의한 보호는 권리의 발생이 용이하고 보호범위가 포괄적이며 보호기간이 장기간이라는 점에서 가장 선호하는 보호방법이다. 이 경우 캐릭터의 독자적인 저작물성 인정여부에 따라 직접적인 보호방법과 간접적인 보호방법이 고려될 수 있다. 전자는 그 등장하는 작품등과는 별개로 캐릭터 자체의 독자적인 저작물성을 인정받아 직접 저작권법의 보호를 받는 경우이고, 후자는 캐릭터 자체의 독자적인 저작물성은 부인되지만 그것이 등장하는 소설·만화·영화 등의 작품(매체)을 저작

149) 대법원 1996.9.6 선고, 96도139 결정.

150) 서울지방법원 1991.1.23 선고, 90가합31607 결정.

물로 보호함으로써 간접적으로 보호받는 경우이다. 따라서 전자의 경우에 캐릭터의 독자적 저작물성의 기준이 중요한 문제가 된다. 이외에도 온라인디지털콘텐츠산업 발전법이나 컴퓨터프로그램보호법에 의한 보호도 생각해 볼 수 있을 것이다.

(4) 캐릭터의 독자적인 저작물성

캐릭터가 독자적인 저작물로서 보호받기 위해서는 우선 저작물로서 성립하여야 한다. 따라서 캐릭터는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 한다.[151] 또한 사상 또는 감정을 표현한 것이어야 한다. 즉, 인간의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정에 관한 창작적인 표현물이어야 한다.[152] 따라서 캐릭터가 '표현'에 해당하는가가 관건이다.

캐릭터의 저작물성을 긍정하는 견해에 따르면 '표현'은 반드시 구체적일 것을 요하지 아니한다. 따라서 그 등장하는 작품이 각각의 특징에 따른 저작물로서 보호받는 것과는 별개로 캐릭터 자체도 독자적인 저작물로서 보호받는다. 캐릭터(표현)는 총체적인 아이덴티티로서 작품을 통해 전체적으로 감지할 수 있으면 족하므로, 원래의 표현을 벗어난 경우에도 그 보호가 미친다. 따라서 일반 저작물보다 캐릭터의 보호범위가 더 포괄적일 수 있다. 이와 같이 긍정설에 의하는 경우 캐릭터를 용이하면서도 보다 강하게 보호할 수 있을 뿐만 아니라 독자적인 보호로 인해 거래의 안전과 활성화에도 기여하게 된다는 장점이 있다. 그럼에도 불구하고 특히 어문적 캐릭터의 경우에는 저작권의 보호대상이 아닌 '아이디어'에 해당하기 쉽고 '표현'이라 하더라도 '합체의 원칙(merger doctrine)', '필수장면(Scenes a Faire) 이론' 등의 적용에 따라 그 보호가 매우 제한적일 수 있다. 또한 독자적인 저작물로 성립하기 위해서 'specificity test(개발의 정도)', 'story being told test' 등의 기준[153]을 만족해야 하는 것으로 본다면, 어문적 캐릭터 자체가 독자적인 저작물로서 저작권법의 보호를 받기는 쉽지 않을 것이다.

---

151) 저작권법 제2조 제1호.

152) 대법원 1977.12.13 선고, 77누76 결정; 대법원 1979.12.28 선고, 79도1482 결정.

153) 이는 미국의 판례를 통하여 개발된 기준으로서, 전자는 'Nichols 사건', 후자는 'Maltese Falcon 사건'에서 각각 제시된 것이다.

한편, 부정설에 의하면 캐릭터는 작품의 구체적인 표현으로부터 승화·인식되어지는 등장인물 등의 명칭·외형·행동·역할·성격·이미지 등을 총칭하거나 그 총체적인 아이덴티티로서 추상적인 개념 또는 사상·감정에 불과할 뿐이므로 그 자체가 구체적인 표현에 해당하지 아니한다. 따라서 저작물로서의 성립요건을 결하고 있으며, 캐릭터가 등장하는 각각의 작품을 개별 저작물로서 보호하면 되는 것이지 캐릭터를 독자적인 저작물로서 보호할 필요까지는 없다고 한다. 즉, 간접적인 보호방법을 취하게 된다. 이에 따르면 예를 들어 캐릭터에 변경을 가해 기존에는 없는 새로운 모습을 작성하였을 때 그것이 저작물의 사소한 개변에 불과한 경우에는 복제권, 실질적인 개변에 해당하는 경우에는 2차적저작물작성권의 침해를 주장할 수 있을 것이다. 그리고 캐릭터의 독자적인 저작물성을 인정하는 경우에는 단지 캐릭터 원화를 저작만 한 자에 대한 보호가 캐릭터의 공표와 지속적인 홍보를 통해 이를 개발해 온 자에 대한 보호보다 더 클 수 있다는 점에서 불합리하다는 입장이다. 또한 캐릭터가 단체명의저작물이나 영상저작물일 경우가 많을 것이므로 그 보호기간을 기산함에 있어 공표시점을 정하여야 하는데 계속적인 공표·홍보를 통해 형성되어가는 캐릭터의 특성상 그 시점을 특정하기기가 어렵다는 문제를 지적한다.

국가별로 보면 미국은 주로 긍정설의 입장인 반면 일본은 부정설[154]이 우세한 것으로 보인다. 그러나 '사자에상' 사건 등을 통해 긍정적인 견해도 제시되고 있다. 우리나라는 학설의 경우 긍정설과 부정설이 대립하고 있다.[155] 판례의 경우는 약간 모호한 부분이 있기는 하나 대부분 긍정설의 입장인 것으로 보인다.[156] 다만, 주목되는 것은 거의 시각적 캐릭터를 그 대상으로 하고 있다는 점이다.

---

154) 일본 최고재판소 1997.7.17 선고, 평성(オ) 제1443호 판결(일명 '뽀빠이 넥타이' 사건); 동경지재 1977.11.14 선고, 소화49(ワ)제5415호 결정(일명 '라이더 맨' 사건) 등.

155) 긍정설이 통설이라고 보는 견해도 있음.(오승종·이해완, 전게서, 146면.)

156) 서울고법 1992.12.23 선고, 92나15668 결정(일명 '닌자 거북이' 사건); 서울지법 1996.6.18선고, 96노369 결정; 대법원 1997.4.22 선고, 96도1727 결정(이상 일명 '톰앤제리' 사건); 대법원 1999.5.14 선고, 99도115 결정(일명 '리틀밥독' 사건); 서울지법 남부지원 2003.3.27선고, 2002가합84 결정(일명 '마시마로' 사건) 등.
한편, 서울형사지법 1994.11.29 선고, 94노3573 결정; 서울지법 1998.4.3 선고, 96가합56868(본소), 96가합80106(반소)(이상 일명 '피구왕 통키' 사건) 등은 모호한 입장(예를 들어 "저작물로서 보호되어야 할 것"이라면서도 "원래의 저작물의 일부로서 보호를 받는다 할 것"이라고 함) ; 서울고법 1999.12.21선고, 99나23521 결정(일명 '헬로 키티' 사건)은 오리지널 캐릭터에 관한 사건으로서 "캐릭터가 그 자체로서 생명력을 갖는 독립된 저작물로 인정될 경우 그 내용에 따라 어문저작물 또는 미술저작물에 해당하여 저작권법의 보호대상이 된다"고 함. 이에 대해 당해 사건이 캐릭터 자체의 저작물성을 논하기에 부적절한 면이 있다는 견해가 있음(박성호, 전게논문, 10면).

2. 게임 캐릭터의 무단 이용: 스타크래프트 ‘메딕’ 사건

사건 개요

‘스타크래프트’ 게임 개발사인 미국 블리자드 엔터테인먼트와 캐릭터 라이선스 계약을 체결한 K사가 한국통신프리텔의 ‘N016’ 기업광고를 제작한 J기획이 스타크래프에 등장하는 ‘메딕(위생병)’ 캐릭터를 사전허락 없이 무단으로 사용했다고 서울지방법원에 광고금지 가처분 신청을 낸 사건이다.

미국의 블리자드엔터테인먼트와 라이선스 계약을 체결하여 국내 및 아시아지역에서의 독점적인 스타크래프트 캐릭터 사업권을 확보했다고 주장하는 K사는, J기획과 한국통신프리텔이 ‘N016’ 기업광고 중에 스타크래프트 등장하는 캐릭터인 ‘메딕(위생병)’을 사용하자, 저작권침해를 주장하며 무단사용에 대한 시정조치를 취해줄 것을 수차례 요청하였다. 더불어 J기획에 메딕 캐릭터 사용료로 3억원을 요구하였다. 그러나 이에 대해 J기획측은 K사가 스타크래프트 캐릭터 라이선스를 확보하기 전에 스타크래프트 게임 판매원인 H사를 통해 캐릭터 사용권을 획득했기 때문에 무단 사용했다는 주장은 부당하며, 50여개에 달하는 스타크래프트 캐릭터에 대해 K사가 블리자드 측에 2년치 로열티로 총 15만 달러(약 1억8000만원)를 지불한 만큼 한 개의 캐릭터에 대해 3억원을 요구하는 것은 독점권을 남용하는 것이라는 주장과 함께 2000만원을 제시했다. 그리고 스타크래프트 캐릭터가 들어간 광고가 문제시되자 가처분신청 전 각 방송사에 해당광고를 중지해줄 것을 요청했다. 그러나 K사는 스타크래프트 정도의 인지도를 갖고 있는 캐릭터가 방송광고에 사용될 경우 1개당 10억원 정도의 가치는 충분하며, K사의 캐릭터 사업중 TV광고가 가장 비중이 큰 사업이라고 주장하며 J기획의 제안을 거절했다. 한편, H사측은 J기획에 스타크래프트 캐릭터 사용을 허락한 사실을 인정하고 K사와 J기획이 원만하게 문제를 해결하도록 중재에 나섰으나 실패했다. 결국 K사는 양사를 상대로 서울지방법원에 광고금지 가처분신청을 냈다.

연 구

1. 라이센스·계약에 대한 검토

이 사건의 핵심은 J기획이 '메딕' 캐릭터를 무단으로 사용했는가 이다. 따라서 J기획이 정당한 권원자로부터 당해 캐릭터의 이용허락을 받았는지가 가장 문제된다. 그렇다면 메딕 캐릭터에 대한 이용허락 권원을 가지고 있다고 추정되거나 주장하고 있는 H사와 K사에 대한 검토가 있어야 할 것이다.

일단 분명하다고 보여지는 것은 J기획이 H사로부터의 이용허락을 근거로 한국통신 프리텔의 'N016' 기업광고 제작을 위해 당해 캐릭터를 사용한 바 있으며, 이에 대해 K사가 양사를 상대로 서울지방법원에 광고금지 가처분신청을 냈다는 사실이다.

그러나 스타크래프트 게임 판매원인 H사가 J기획에 당해 캐릭터의 사용을 허락할 수 있는 정당한 권원을 가지고 있었는지와 우리나라와 아시아지역에서의 독점적인 스타크래프트 캐릭터 사업권을 확보했다고 주장하는 K사가 실제로 블리자드사와 그러한 내용의 라이선스 계약을 체결하였는지에 대해서는, 제시된 사건의 개요만으로는 정확한 사실관계를 파악하기 어렵다. 따라서 라이센스·계약 자체와 관련된 문제(이와 더불어 독점권 남용 여부와 가처분의 필요성 등)에 대한 검토는 별론으로 하고, 이하에서는 가정된 상황 하에서 캐릭터의 법적 보호를 중심으로 당해 문제를 다루기로 한다.

2. 저작권법에 의한 캐릭터의 보호

캐릭터에 대한 저작권법적 보호에는 캐릭터 자체의 저작물성을 인정하여, 그 등장 저작물에 대한 보호와는 별개로, 독립적으로 직접 보호하는 방법(직접적 보호)과 그 등장하는 작품 또는 매체를 영상저작물·미술저작물 등으로 간접 보호하는 방법(간접적 보호)이 있다. 이를 분설하여 살핀다.

3. 직접적인 보호: 캐릭터 자체의 독립적 보호

캐릭터를 직접적으로 보호하기 위해서는 캐릭터의 독자적 저작물성이 인정되어야 한다. 이에 대해 긍정설과 부정설이 대립하고 있음은 이미 살펴보았다. 부정설은 결국 간접적인 보호방법으로 족하다는 견해이므로 이하에서는 긍정설의 입장에서 캐릭터의 독자적인 보호에 대해서만 검토하기로 한다.

저작권법에 의한 캐릭터 자체의 독립적인 보호는 당해 캐릭터가 어떤 유형의 캐릭터인가에 따라 그 요건과 방법, 범위, 침해판단기준 등이 다를 수 있다. 따라서 캐릭터의 유형을 파악하고 그 유형별 보호요건과 방법·범위 등을 검토해 보아야 할 것이다. 사례의 내용상 문제의 캐릭터가 실재 캐릭터와는 무관한 것으로 보이므로 창작적 캐릭터의 어문적 캐릭터와 시각적 캐릭터로만 나누어 살핀다.

4. 어문적 캐릭터에 대한 보호

일반적으로 어문적 캐릭터는 시각적 캐릭터보다 그 독자적인 저작물성을 인정받기 어렵다. 즉, 어문적 캐릭터는 명칭(이름, 성명), 시각적 요소(용모, 자태 등), 청각적 요소(목소리, 말투 등), 성격적 요소(성질, 행동양식 등) 등으로 구성되는데, 캐릭터의 명칭 그 자체는 저작물의 제호와 마찬가지로 저작권법의 보호를 받을 수 없으며(그러나 강한 식별력을 갖는다는 점에서 이것이 도용되었다면 캐릭터 자체에 대한 도용의 추정도 어느 정도는 가능할 것이다), 나머지 요소들도 다른 캐릭터와 확연히 구분될 수 있을 정도의 개성을 가지고 있지 않다면, 당해 캐릭터는 단지 일반적 또는 표준적인 캐릭터에 불과할 가능성이 높고, 그 경우에는 '창작의 도구(building blocks)'로서 아이디어에 해당하여 아이디어·표현 이분법에 따라 저작권법의 보호가 미치지 못하게 될 것이다. 표현에 해당한다고 하더라도 '합체의 원칙(merger doctrine)'이나 '필수장면(Scenes a Faire) 이론' 등의 적용을 통해 저작권법의 보호가 제한받을 수 있다.

어문적 캐릭터가 독자적인 저작물로 성립하기 위한 요건으로, 미국의 판례의 경우에 'Specificity test(개발의 정도)', 'Story being told test' 기준을 제시하고 있다. 전자는 'Nichols' 사건[157]을 통해 형성된 기준으로서, 캐릭터의 개발 정도가 적으

면 적을수록 저작권의 보호도 더 적고, 세밀하게 묘사되면 될수록 더 크게 보호될 수 있다고 한다. 따라서 개성화·특성화의 정도가 크면 클수록 그 보호 가능성이 높아진다고 하겠다. 후자는 'Maltese Falcon' 사건[158]에서 제시된 기준으로, Specificity test(개발의 정도) 보다 엄격한 요건을 적용하고 있다. 예를 들어 캐릭터 자체가 스토리를 구성하는 정도, 즉 캐릭터의 specificity가 매우 커서 플롯(plot: 구체적인 표현의 변경과 무관하게 동일성을 가지고 유지되는 내면적 구조)의 주요 부분을 구성하고, 당해 캐릭터가 없으면 스토리의 전개(플롯의 진행)가 불가능한 정도에까지 이르러야 비로소 전체적인 스토리 또는 그 등장 소설과는 별개의 저작물로서 저작권법의 보호가 가능하다. 캐릭터가 단순히 이야기 진행을 위한 '운송수단(vehicle)' 또는 게임을 하기 위한 '장기말(chessman)'에 불과하다면 저작권법의 보호를 독자적으로 받을 수 없다고 하겠다. 그러나 이러한 기준에 의하면 그 보호대상이 매우 한정적일 수밖에 없어 오히려 캐릭터의 표절을 양산하게 될 수 있다는 지적이 있다.[159] 실제로 '캐릭터가 곧 스토리를 구성' 하여 '캐릭터 없이는 스토리의 전개가 불가능한 경우' 라는 것은 극히 예외적인 상황을 전제로 한 것이 아닌가 한다. 따라서 어문적 캐릭터 자체 또는 그 각각의 구성요소가 저작권법의 보호를 받기란 매우 어려운 일이라고 하겠다. 그리고 어문적 캐릭터는 시각적 캐릭터의 경우보다 스토리상의 다른 캐릭터에 대한 의존도가 높다는 점에서도 더욱 그러하다. 이에 대해 "개별적인 캐릭터로서가 아닌 다른 캐릭터들과 밀접하게 관련된 '집합적 캐릭터(characters as a group)'로서만 보호" 를 받는 것이 아닌가 하는 의문이 있다는 견해[160]가 있다. 다만, 미국의 경우에 영화 '로키(Rocky)Ⅳ 사건[161]에서 '로키' 라는 캐릭터가 저작권법의 보호를 받을 수 있을 정도로 충분히 개발된 캐릭터이므로, '로키Ⅲ Ⅳ 의 초록을 작성한 앤더슨에 대해 오히려 록키 캐릭터의 저작권 침해를 인정한 사례가 있어 주목된다.

캐릭터 자체의 저작권 침해가 인정되기 위해서는 캐릭터가 독자적인 저작물로 성립하는 것은 물론 창작적인 표현 부분에 대한 무단이용 등이 있어야 한다. 캐릭터

157) Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119(2d Cir. 193).

158) Warner Bros., Inc. v. Columbia Broadcasting System., 216 F.2d 945(9th Cir. 1954), cert, 348 U.S. 971(1995).

159) Goodis v. United Artists Television, 425 F.2d 397(2d Cir. 1970).

160) 오승종·이해완, 전게서, 139면.

161) Anderson v. Stallone., 11 U.S.P.Q. 2d 1161(C.D. Cal. 1989).

의 개괄적·추상적인 부분을 복제하는 것은 오히려 저작권법의 보호대상이 아닌 아이디어를 이용한 것에 불과하여 저작권 침해에 해당하기 어렵다고 하겠다. 그러므로 캐릭터의 구성요소들을 전체적으로 살펴 총체적인 아이덴티티가 무단이용 되었는지(즉, 침해물로부터 당해 캐릭터의 아이덴티티를 감지할 수 있는지)의 여부에 따라 그 침해여부를 판단하여야 할 것이다.

5. 시각적 캐릭터에 대한 보호

시각적 캐릭터는 대체적으로 어문적 캐릭터보다는 그 독자적 저작물성을 인정받기가 쉬운 측면이 있다. 이는 시각적 이미지가 더해짐으로써 창작적 표현이라는 저작물의 성립요건을 보다 용이하게 만족시킬 수 있기 때문이다. 따라서 어문적 캐릭터보다 쉽게 저작권의 보호를 받을 수 있다. 시각적 캐릭터의 독자적 저작물성을 인정한 대표적인 예로는 미국 월트디즈니의 '미키마우스등 패러디' 사건(9th Cir, 1978)[162]과 일본 '사자에 상' 사건(동경지재, 1976)이 그러하다. '미키마우스등 패러디' 사건에서 법원은 캐릭터 자체에 대한 저작권 보호를 인정하였으며, '사자에 상' 사건에서는 신문연재만화의 등장인물을 관광버스에 그려 넣고 운행한 것에 대해 저작권을 침해한 것이라고 하였다.

한편, 시각적 캐릭터 역시 그 구체적인 표현으로부터 승화되어 전체적으로 인식되는 하나의 관념적 실체라고 한다면, 반드시 시각적인 요소만으로 구성된다고 볼 수 없고, 미술저작물·영상저작물 또는 어문저작물 등이 혼합된 형태의 특수한 저작물이라고 보는 견해도 있다.

6. 간접적인 보호: 캐릭터의 등장 작품을 보호

캐릭터 자체가 아닌 캐릭터가 등장하는 작품을 그 특성에 따라 어문저작물·미술저작물·영상저작물 등으로 보호함으로써 캐릭터를 간접적으로 보호하는 경우로, 캐릭터의 저작물성을 부인(캐릭터 자체는 구체적인 표현이 아닌 그로부터 인식되는 추상적인 아이디어에 불과하므로 저작물의 성립요건을 결하고 있다)하는 견해가 취할 수 있는 보호방법이 될 것이다. 그러나 캐릭터 자체가 저작권법의 보호대상이 되는가의 여부와는 무관한 문제이다. 긍정설에 기한 캐릭터의 직접적인 보호가 곧 그

162) Walt Disney Production v. Air Pirates, 581 F. 2d 751(9th Cir. 1978).

등장 저작물에 대한 보호까지 배제하는 것은 아니며, 필요한 경우에는 캐릭터에 대한 직접적인 보호와는 별개로 당해 저작물에 대한 보호를 주장할 수도 있을 것이다.

이 견해에 따른다면, 캐릭터 모습의 단순한 변화(예를 들어 원작에는 없는 다른 동작의 표현)의 경우는 사소한 개변에 해당하므로 복제권의 침해에 해당하고, 실질적 개변이라고 하더라도 이는 2차적저작물작성권을 침해한 것으로 볼 수 있으므로, 캐릭터 자체를 독립적으로 보호할 필요는 없다고 하겠다. 그러나 캐릭터의 저작물성을 인정하는 견해에 따른다면, 시리즈물의 경우에 등장인물의 역할·용모·자태 등(이를 총칭하여 표현한 것이 캐릭터)은 지속성을 가지고 있고, 언어로 표현된 화제나 줄거리 또는 특정 장면에서의 특정 등장인물의 표정, 신체의 움직임 등을 초월한 것이므로, 저작권을 침해한 것[163]으로 해석될 것이다.

TV영화의 주인공 '라이더맨'의 헬멧과 거의 유사한 모양의 헬멧을 제조·판매한 사건(이른바 '라이더맨' 사건)[164]에서 일본 법원은 부분적인 약간의 차이가 있으나 전체적으로는 '라이더맨'의 헬멧으로 인식하기에 충분하므로, 당해 헬멧을 제조·판매하는 것은 '라이더맨' 캐릭터를 이용한 것으로, 캐릭터 자체가 아닌 '영화저작물'의 저작권 침해에 해당한다고 판시하였다.[165] 그리고 만화 캐릭터인 '뽀빠이'를 넥타이에 부착·판매한 사건(이른바 '뽀빠이 넥타이' 사건)[166]에서는 캐릭터가 표현이 아닌 추상적인 개념이며 독자적인 저작물로 볼 수 없다고 하였다.

원작의 캐릭터를 이용한 속편의 경우에 대체적으로 어문적 저작물은 독립된 저작물로, 시각적 캐릭터는 2차적저작물로 보는 경우가 많을 것이다. 저작자의 동의 없이 원작 소설 '애마부인'의 여주인공 캐릭터를 이용해 영화 '애마부인5'을 제작한

163) 동경지재 1976.5.26 판결(일명 '사자에상' 사건).

164) 동경지재 1977.11.14 선고, 소화49(ワ)제5415호 결정.

165) 그러나 이 사건의 경우에 등장인물이 착용하는 헬멧만의 복제로도 영화저작물에 대한 저작권 침해를 주장할 수 있는지가 문제된다. 일반적으로 부분복제라 하더라도 그것이 저작물의 실질적인 부분이거나 본질적 특징을 감득할 수 있는 정도라면 저작권 침해라고 볼 여지가 있으나, 본 사건이 과연 그 경우에 해당하는지는 의문이다. 이에 대해 동 법원은 당해 영화저작물을 기술(記述)적 저작물인 동시에 회화적 저작물로 보고, 그 등장인물은 회화저작물의 한 형태이므로 헬멧은 회화적저작물을 구성하는 하나의 요소를 복제한 것이라 하여, 영화저작물을 침해한 것으로 판단하였다. 이 경우 누구를 기준으로 '본질적인 특징을 감득'한 것으로 보았느냐가 중요할 것이다.

166) 일본 최고재판소 1997.7.17 선고, 평성(オ) 제1443호 결정.

사건(이른바 ‘애마부인’ 사건)에서 법원은 “… 말을 타는 여자주인공의 모습을 등장시킨다는 점에 있어서 유사점은 있어 보이나 그 정도의 유사점은 본질적인 것이라 할 수 없고, … , 그 줄거리도 차이가 있고, 그에 따른 전개과정도 현저한 차이가 있어서 양자 사이에 원저작물과 2차적저작물의 관계를 인정할 만한 본질적인 특징 자체를 함께 하고 있다고 볼 수 없으므로 영화 ‘애마부인5’는 소설 ‘애마부인’과는 실질적 유사성이 없는 별개의 저작물”[167]이라고 한 사례가 있다. 즉, 원작의 어문적 캐릭터를 이용하여 속편을 제작하는 경우에, 캐릭터나 사상·주재·소재 등이 동일·유사하다는 것만으로는 “본질적인 특징 자체를 직접 감득할 수 있다”고 할 수 없고 어문적 캐릭터의 대부분이 ‘표현’이라기보다는 ‘아이디어’에 해당한다고 보면, 저작권 침해가 발생한다고 보기는 어려울 것이다.

일정한 등장인물, 배경 등의 기본적인 구성을 중심으로 매회 새로운 스토리가 전개되는 연속방송극의 시나리오나 연작소설에 있어서도 그 기본적인 구성과 매회의 스토리에 대한 보호가 문제되는 바, 기본적 구성이나 유형(pattern)은 저작권의 보호를 받지 못하므로 매회의 각 스토리를 독립된 저작물로 보아야 할 경우가 많을 것이다.

즉, 시리즈물에서 당해 프로그램의 일체성을 확보하고, 당해 프로그램을 다른 프로그램과 구별할 수 있는 고정되고 반복되는 요소들은 대체로 저작권법상 보호되기 힘든 아이디어 영역에 속하는 경우가 많을 것이나, 포맷에서 더 나아가 전체적인 줄거리나 에피소드 등이 비슷한 경우에는 저작권침해로 될 가능성이 높다고 하겠다. 그러나 새롭고 구체적인 포맷은 저작권법으로 보호해야 한다는 주장도 있다.[168]

한편, 시간의 경과에 따른 캐릭터의 모습 변화와 관련하여, 우리나라 대법원은 만화영화의 주인공인 ‘톰과 제리(Tom&Jerry)’ 캐릭터를 티셔츠에 인쇄·판매한 사건(‘톰과 제리’ 사건)[169]에서 “일련의 연속된 특정 만화영상저작물의 캐릭터가 어느 시점을 기준으로 하여 새로운 저작물로 인정되기 위하여서는 종전의 캐릭터와는 동일성이 인정되지 아니할 정도의 전혀 새로운 창작물이어야 한다”고 판시한 바 있다.

---

167) 서울고등법원 1991.9.5 선고, 91라79 결정.

168) 송영식·이상정, 전게서, 46면.

169) 대법원 1997.4.22 선고, 96도1727 판결.

7. 다른 지적재산권법에 의한 캐릭터의 보호

캐릭터는 저작권법 외에 상표법, 의장법, 부정경쟁방지법 등의 다른 지적재산권법에 의해서도 보호될 수 있다. 이에 관해 이미 전술하였으므로 자세한 것은 생략한다.

8. 결론

문제가 된 '메딕(위생병/간호사)' 캐릭터는 미국의 게임 개발사인 블리자드사의 유명 게임인 '스타크래프트'에 등장하는 50여개의 게임 캐릭터 중의 하나로서, 캐릭터의 종류 중 창작 캐릭터, 그 중에서도 시각적 캐릭터에 해당한다. 그리고 당해 캐릭터가 등장하는 게임이 아이디어의 창작적 표현으로서 저작물의 성립요건을 만족한다고 보여지므로 저작권법에 의한 보호가 가능하리라 본다. 다만, '메딕' 캐릭터 자체의 독자적인 저작물성을 긍정하여 직접적인 보호를 할 것인가의 문제가 남는다. 이때 '메딕' 캐릭터에 대한 독자적인 보호와 그 등장 게임저작물에 대한 보호는 별개라 할 것이다.

긍정설에 의한다면 '메딕' 캐릭터의 광고 이용에 대해 그 등장 게임저작물은 별론으로 하더라도 우선 캐릭터 자체에 관한 정당한 권원을 가진 자의 허락을 얻어야 할 것이다. 부정설에 따른다면 '메딕' 캐릭터가 등장하는 게임저작물에 대해 저작권을 가진 자의 이용허락등을 얻어야 할 것이다. 따라서 블리자드와 K사·H사의 라이센스 계약의 내용이 무엇인가가 중요하다. 정당한 권원의 유무는 물론 그 허락받은 권리의 범위를 명확히 파악하는 것이 이 사건의 해결을 위한 관건이 될 것이다.

코 멘 트

문제가 발생하자 '메딕' 캐릭터가 포함된 광고가 일시 중단되었으나, 이후 다른 모양의 로봇 캐릭터를 등장시켜 광고를 재개하였다.

관련판례 및 참고문헌

전자신문 1999.9.1, 1999.9.9
송영식·이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2003.
윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2004.
오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004.

제4장 산업재산권

제1절 특허

1. 특허제도의 개요[170]

○ 특허제도의 목적

특허제도는 발명을 보호·장려함으로써 국가산업의 발전을 도모하기 위한 제도이며(특허법 제1조), 이를 달성하기 위하여 「기술공개의 대가로 특허권을 부여」하는 것을 구체적인 수단으로 사용하고 있다. 즉, 기술을 공개하여 기술축적, 공개기술 활용을 도모하고 산업발전에 이바지 하게 되며, 이에 대한 대가로 발명자에게 특허권이라는 독점권을 부여하여 산업화촉진, 발명의욕 고취를 이끌어 내고 산업발전에 이바지 하게 된다.

○ 특허요건

특허권을 받기 위하여 출원발명이 갖추어야 할 요건으로는 출원발명은 산업에 이용할 수 있어야 하며(산업상 이용가능성), 출원하기 전에 이미 알려진 기술(선행기술)이 아니어야 하고(신규성), 선행기술과 다른 것이라 하더라도 그 선행기술로부터 쉽게 생각해 낼 수 없는 것이어야 한다는(진보성) 등이 있다.

○ 특허권의 효력

특허권의 존속기간은 특허출원일로부터 등록후 20년 (실용신안권 10년)까지 이며 권리를 획득한 국가 내에만 효력이 발생한다. (속지주의)

○ 권리의 대상

발명은 물건, 물질 및 방법 발명이 있으나 실용신안권의 대상인 고안은 물건에 한정된다.

---

170) 특허청, 2004,「특허제도개요」

2. 특허출원 관련

○ 선출원주의

발명이 이루어진 시기에 관계없이 특허청에 먼저 출원한 발명에 권리를 부여한다는 특허 요건이다. 기술의 공개에 대한 대가로 권리를 부여한다는 의미에서 합리적이며 신속한 발명의 공개를 유도할 수 있는 장점이 있다.

○ 발명과 고안

특허권은 발명에 대하여 부여하고 실용신안권은 고안에 대하여 부여한다. 특허법상에는 발명과 고안은 구분되고 있으며 발명은 고안에 비하여 고도한 것으로 정의되고 있다.

- 발명의 정의: 자연법칙을 이용한 기술사상의 창작으로서 高度한 것
- 고안의 정의: 자연법칙을 이용한 기술사상의 창작

○ 출원서류의 구성

출원 서류는 출원인, 대리인, 출원일 및 발명의 명칭 등을 기재한 출원서, 발명의 상세한 설명(발명의 목적, 구성 및 효과 등을 기재), 청구범위(특허발명의 보호범위) 등을 기재한 명세서, 도면 및 요약서로 구성되어 있다.

3. 특허심사 관련

(1) 심사절차 관련 용어

○ 방식심사

서식의 필수사항 기재여부, 기간의 준수여부, 증명서 첨부 여부, 수수료 납부 여부 등 절차상의 흠결을 점검하는 심사를 말한다.

○ 실체심사

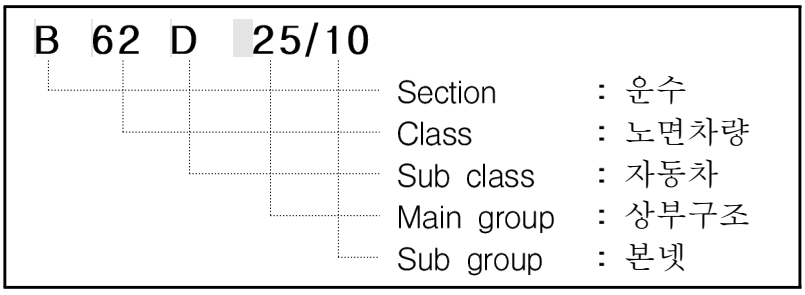
특허요건, 즉 산업상 이용가능성, 신규성 및 진보성을 판단하는 심사를 말하며, 이

와 함께 공개의 대가로 특허를 부여하게 되므로 일반인이 알아볼 수 있도록 기재하고 있는가를 동시에 심사하고 있다.

○ 국제특허분류(IPC, International Patent Classification)

WIPO가 주관하는 IPC협정에 따라 채택된 기술에 대한 국제적으로 통일된 분류체계를 말한다. 특허문헌의 분류 및 검색에 활용되며, 특허청에서는 심사관에게 출원의 심사를 배당하는 기준으로 사용하고 있다.

※ '75년 시행, 5년마다 개정되며 현재 제7판이 사용되고 있음



○ 심사청구제도

심사업무를 경감하기 위하여 모든 출원을 심사하는 대신 출원인이 심사를 청구한 출원에 대해서만 심사하는 제도이다. 특허출원에 대하여 출원 후 5년간 심사청구를 하지 않으면 출원이 없었던 것으로 간주하는데 출원인이 특허출원한 후 심사청구를 하지 않는 출원의 대표적인 것으로 방어출원을 들 수 있다.

○ 출원공개제도

출원공개제도는 출원 후 1년 6개월이 경과하면 그 기술내용을 특허청이 공보의 형태로 일반인에게 공개하는 제도를 말한다. 심사가 지연될 경우 출원기술의 공개가 늦어지는 것을 방지하기 위하여 도입하였으며 만약 출원공개가 없다면, 출원기술은 심사종결 후 특허공보로서 공개된다.

출원공개 후, 제3자가 공개된 기술내용을 실시하는 경우, 출원인은 그 발명이 출원된 발명임을 서면으로 경고할 수 있으며, 경고일로부터 특허권 설정등록일까지의 실시에 대한 보상금을 권리획득 후 청구할 수 있다. (가보호권리)

○ 심사착수 및 1차처리(First Action)

심사관이 출원에 대하여 최초로 심사에 대한 의견을 통지하는 것을 심사착수라 하고 이때의 조치를 1차 처리(First Action)라 한다. 모든 요건을 충족하였을 경우에는 특허결정 등본의 발송, 요건을 충족하지 못한 경우에는 의견제출통지서의 발송이 각각 First Action 이 되며, 특허요건을 충족하지 못한 사항(거절이유)을 발견한 때, 심사관은 그 거절이유를 의견제출통지서에 기재하여 출원인에게 통지한다.

○ 심사처리 기간

심사청구일로부터 심사착수 시점까지의 소요기간을 말한다.

○ 의견서 및 보정서

심사관이 행한 의견제출통지에 대응하여, 출원인은 2개월 이내에 심사관의 거절이유에 대하여 의견을 진술하거나(의견서) 거절이유를 해소하기 위하여, 명세서 또는 도면을 수정할 수 있다(보정서).

○ 특허결정과 거절결정

특허결정은 해당 출원이 특허요건을 충족하는 경우, 심사관이 특허를 부여하기로 결정하는 행위이다. 특허결정이 되면 출원인은 등록료를 납부하여 특허권을 설정등록한다. 이때부터 권리가 발생된다.

반면 거절결정은 출원인이 제출한 의견서 및 보정서에 의하여 거절이유가 해소되지 않은 경우 특허를 부여하지 않기로 결정하는 행위를 말한다.

○ 거절결정불복심판

거절결정을 받은 자가 특허심판원에 거절결정이 잘못되었음을 주장하면서 그 거절결정의 취소를 요구하는 심판절차이다.

○ 이의신청제도

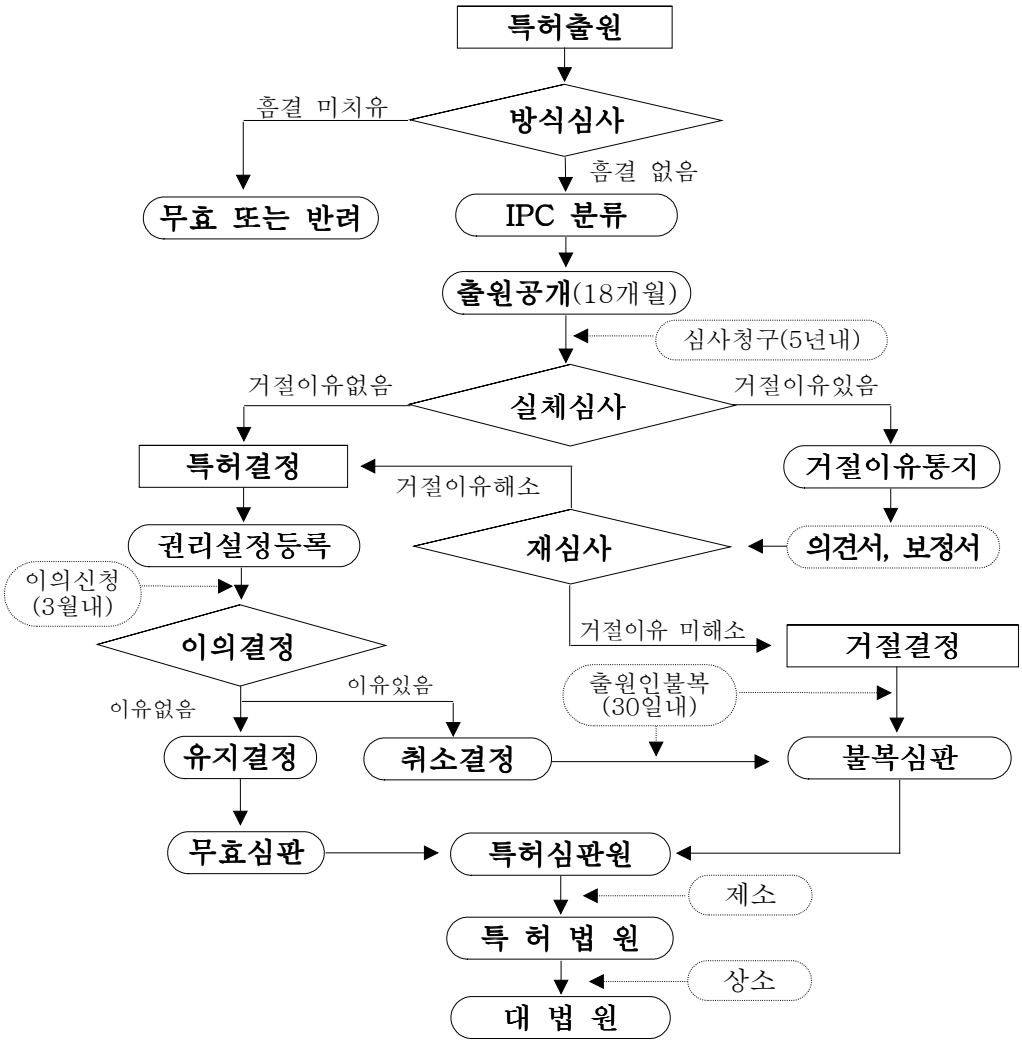
일반공중이 특허가 잘못 부여되었음을 이유로 그 특허의 취소를 요구할 수 있도록 하는 제도로서 심사관이 행한 심사에 대한 일반공중이 보완심사 역할을 하고, 흠결 있는 특허를 신속히 취소함으로써 부실권리의 존속을 방지한다.

○ 무효심판

심사관 또는 이해관계인이 특허권에 대하여, 무효사유(특허요건, 기재불비, 모인 출원 등)가 있음을 이유로 그 특허권을 무효시켜 줄 것을 요구하는 심판절차이다. 무효심결이 확정되면 그 특허권은 처음부터 없었던 것으로 간주된다.

(2) 특허심사절차

이상에서 살펴본 심사절차를 시간에 흐름에 따른 도표로 살펴보면 아래와 같다.



■ 특허심사절차 흐름도

4. 실용신안 선등록 제도

○ 실용신안제도의 개요

실용신안제도는 선등록 후심사제도로 운영되고 있는데 이는 출원에 대하여 특허요건에 대한 판단을 하지 않고 방식심사만을 수행한 후 권리를 부여하는 방식으로 부실권리의 행사로 인한 제3자의 피해를 방지하기 위하여 기술평가제도로 도입하였다. 즉, 권리를 부여받은 후 기술평가(실체심사에 해당)를 청구하여 유효한 권리임을 확인하는 기술평가서를 제시하여야만 권리행사 가능하다.

○ 실용신안제도 도입의 배경

출원의 증가로 특허출원의 심사처리기간이 '96년 37개월에 이르게 됨에 따라 심사처리기간의 장기화문제를 근본적으로 해소하고 심사물량을 감소시키기 위하여 1999.7.1. 도입하였다.

○ 제도의 특징

실용신안출원의 출원 후 심사관은 방식심사를 수행한 후 3개월 내에 권리를 부여하고 기술평가청구가 있는 경우에는 청구 후 7개월 내에 기술평가를 종료하도록 심사처리기간이 훈령에 정해져 있어 조기에 권리획득이 가능하다.

특허로 출원한 후 실용신안으로 출원할 수 있고 실용신안으로 출원한 후 특허로 출원할 수 있으며(이중출원) 따라서 조기에 부여받은 실용신안권을 행사하다가 나중에 특허권이 부여되면 실용신안권을 포기하고 권리행사기간이 긴 특허권으로 바꾸어 권리를 계속 행사할 수 있다.

○ 심사절차

선등록 후심사제도이므로 ① → ② → ③ 등록 → ④ → ⑤ 권리행사의 과정을 거친다.

5. 게임관련 특허권 분쟁사례

게임관련 특허권 분쟁 사건은 침해금지가처분 사건이 대부분이어서 구체적인 판결문을 입수하기 곤란하여 내용을 소개하는 기사 위주로 이하에 정리하기로 한다.

(1) 선불카드 방식 특허 관련 분쟁

게임페이 '넥슨' 상대 소송 기각 (디지털타임스 2004/5/24 인용)

"스크래치 방식 카드기술 영업비밀 가치 상실"
선불카드 제작 업체인 게임페이가 넥슨을 상대로 서울지방법원에 냈던 '게임 선불카드 판매 및 배포 등 금지 가처분 신청'이 지난 15일 기각된 것으로 확인됐다.
게임페이는 지난 2월 넥슨이 자사 게임 쿠폰 발행 기술을 무단으로 도용해 게임 선불카드를 발행했다며, 사용금지 가처분 신청을 서울지법에 제출한 바 있다.
당시 게임페이 측은 "회사가 특허 출원한 스크래치 방식의 카드를 넥슨이 발매하고 있다"고 주장하며, 넥슨의 아이디어 도용 의혹을 제기했다. 게임페이는 영업을 위해 지난해 말 선불카드 제작에 필요한 핵심 기술을 포함한 사업제안서를 넥슨 측에 발송했는데, 넥슨이 이를 무단으로 사용해 넥슨 선불카드를 출시, 판매했다고 주장했다.
이에 대해 법원은 기각판결문에서 "게임페이가 주장하는 기술은 이미 널리 적용되고 있는 기술"이라며 "게임페이가 보낸 사업제안서에 기술내용이 적시되었다고 볼 수 없고, 만일 기술이 적시됐다고 해도 이미 영업비밀로서의 가치를 상실했다"며 기각판결 이유를 밝혔다.
넥슨의 한 관계자는 "게임페이의 근거 없는 가처분 신청으로 기업이미지에 손상을 입은 부분에 관해 명예훼손 소송 및 손해배상 청구도 검토하고 있다"고 말했다. / 이근형기자

(2) 700번 ARS 기반 과금시스템 특허 분쟁

700번 ARS 기반 과금시스템 특허 논란 (전자신문 2001/04/24 인용)

700번 ARS 기반의 과금시스템을 둘러싸고 특허 분쟁이 발생, 이를 이용해 과금을 징수하고 있는 상당수 게임 업체들이 서비스 중단 등 선의의 피해가 우려된다.
인터넷 지불 솔루션 업체인 아이엠피비전(대표 김영길)은 최근 네오위즈 · 소프트가족 · 코인츠 등 3사에 대해 자사의 과금시스템의 특허를 침해한 시스템으로 게임 과금을 징수하고 있다며 이를 즉각 중단해 줄 것을 최근 요청했다.

아이엠피비전은 또 이들 3사의 솔루션을 이용해 과금을 징수하고 있는 게임 10개사에 대해서도 이같은 내용의 사실증명을 발송했다.
문제가 된 과금시스템은 700 ARS를 이용해 게임 콘텐츠 등의 사용량에 따라 요금을 지불하는 솔루션으로 아이엠피비전 측은 자사가 지난해 11월 특허(제 281445호 전화자동응답기를 이용한 전자결제시스템 및 이를 이용한 전자결제 방법)를 취득했다는 것.
아이엠피비전은 이달 말까지 솔루션 3개사 및 10개 게임업체들이 뚜렷한 입장을 밝히지 않을 경우 특허권 침해 혐의로 검찰에 고소하는 한편 특허 사용중지 가처분 신청을 법원에 제출할 계획이다.
아이엠피비전의 한 관계자는 "비록 게임 업체들이 선의의 피해자 일 수 있지만 특허 소송에서 패소할 경우 매출의 5%를 손해배상액으로 물릴 수밖에 없다"고 밝혔다.
이에 따라 소프트가족 등 전자결제 솔루션 업체들을 통해 과금을 징수하고 있는 엔씨소프트 · 넥슨 · 위즈게이트 · 액토즈 · 한빛소프트 · 제이씨엔터테인먼트 · 시멘텍 · 이미르엔터테인먼트 · 이야기 등 10개 게임업체의 과금시스템은 상황에 따라 서비스 중단위기에 처할 수 도 있을 것으로 예상된다.
그러나 네오위즈 · 소프트가족 · 코인츠 등 솔루션 제공 업체들은 아이엠피비전 측의 주장에 대해 터무니없는 논리를 펴고 있다며 이를 반박하고 있다. 이를테면 700 ARS를 이용한 과금방식의 경우 업체마다 다소 유사해 보일 수 있지만 내용적으로는 전혀 다르다는 설명이다.
소프트가족의 한 관계자는 "아이엠피비전은 회원들의 ID를 이용해 사이버 통장으로 결제하는 방식을 채택하고 있는 반면 본사의 솔루션은 700 전화를 통해 인증을 받아 사용하고 있다"면서 "아이엠피비전 측이 자사가 갖고 있는 특허의 범위를 지나치게 확대 해석하고 있는 것 같다"고 말했다. / 이창희기자(changhlee@etnews.co.kr)

(3) 아케이드용 PS2 케이스 관련 특허 분쟁

엑스토, 상업용 PS2 특허권 이상무 (문화포럼뉴스 2004/1/17 인용)

나 이사의 특허권, 현 과금장치와 상이
4~5월경 판결, 100% 승소 확신 가져
상업용 플레이스테이션(PS)2에 대한 '과금 장치에 대한 특허권' 분쟁이 액스토시스템의 고소로 인해 새로운 국면으로 치닫고 있다.
현재 중점적으로 특허권 분쟁이 일어나고 있는 것은 플스방 내에 설치되고 있는 일체형 PS2에 대한 동전 투입을 통해 게임을 플레이 할 수 있도록 하는 과금 장치.
이 과금 장치에 대해 특허권을 주장하고 있는 나재환 리오엔터테인먼트 이사는 지난해 12월30일 소니컴퓨터엔터테인먼트코리아(대표 윤여을, 이하 SCEK), LG상사, SK주식회사 등 플스방 사업 관련 업체 관계자 13명을 '특허법 위반 혐의로 형사 고소'했다.
하지만 상업용 PS2에 과금 장치 등을 설치, 일체형 PS2를 제작하고 있는 엑스토시스템(대

표 김봉훈, 이하 엑스토)은 나 이사의 특허권은 현 상업용 PS2 과금 장치의 특허권 위반과는 전혀 상관이 없다며 나 이사의 주장을 전면 부정했다.

김봉훈 엑스토 대표는 "나 이사가 1993년 신청한 특허발명(특허등록제10-0064328-00-00 '가정용 오락기의 사업용화 제어장치'), 2000년의 등록고안(실용신안등록제20-0191318-00-00 '가정용 게임기를 사업용화 시키는 제어장치')은 엑스토의 특허출원(특 2003-2245818 '콘솔게임용 과금장치 및 과금방법')과 구성요건을 비교했을 때 전혀 상이한 것"이라며 "나 이사는 이런 차이점을 무시하고 억지를 주장하는 것"이라고 밝혔다.

그 근거에 대해 김 대표는 "우리 특허의 핵심부품인 컨트롤 보드(Control Board)에 나 이사 실용신안에서 설명하는 영상신호증폭부가 있어야 하는데 우리 부품에는 트랜지스터를 사용하는 영상신호증폭부가 없다"며 "지난 6일, 이 문제로 서초경찰서 조사계에서 나 이사와 대질심문을 받았는데 이 자리에서 나 이사는 자신의 특허권이 침해당했다고 주장하는 근거인 영상신호증폭부를 제대로 설명하지도 못하면서 트랜지스터도 없는 영상콘넥터가 영상신호증폭부라고 억지를 부렸다"고 전했다.

김 대표의 주장은 작업처리 과정이 전혀 다른 즉, 프로세싱 자체가 완전히 다른 특허인데 나 이사는 기술적인 밑바탕도 없이 무턱대고 이런 분쟁을 일으켰다는 것.

김 대표는 "특허라는 것은 그 실용신안을 보고 다른 이가 제품을 만들 수 있어야 하는데 나 이사의 이 실용신안을 갖고는 만들 수 없다"라며 "나 이사의 특허는 시스템에 대한 이해 없이 단순히 포괄적으로 시스템을 포함시킨 단순히 분쟁을 위한 문서에 지나지 않는다"고 규정했다.

이번 분쟁이 터지기 전, 나 이사가 여러번 접촉을 해와 '함께 손을 잡자'고 제의했음을 밝힌 김 대표는 "하지만 나는 그런 것을 상도(商道)차원에서 단호히 거절했다.

SCEK는 이런 분쟁을 원하지 않는 입장이고 그냥 이렇게 당하면 플스방을 시작하려는 사람들이 위축될 것이 뻔하기 때문에 나 이사의 등록고안(실용신안등록제20-0191318-00-00 '가정용 게임기를 사업용화 시키는 제어장치')을 무력화시키는 무효심판청구(사건번호2003당2301)를 지난해 10월 29일 제기했고 무고 · 출판물에 의한 명예훼손 · 업무방해의 건으로 12월 31일 나 이사를 고소했다"고 밝혔다.

김 대표는 또 이번 특허 분쟁과 고소는 4월~5월경이면 결론이 날 것으로 예상된다며 "프로세싱이 다른 나 이사 등록고안의 '청구의 범위' 부분은 100% 액스토가 승소할 것"이라고 자신, "비디오게임 시장의 형성기인 지금 이런 분쟁으로 서로 힘을 빼 안타깝다. 빨리 이 문제가 해결돼 플스방에 대한 산업육성이 이루어지길 바란다"고 말했다.

플스방 관련 업체들을 보호하기 위해 이번 분쟁에 뛰어들었음을 밝힌 김 대표는 "지능적인 언론플레이를 통해 우리를 흠집을 낸 것에 대해 나 이사는 언론을 통해 공식적으로 사과해야 할 것"이라며 이번 특허권 분쟁에서의 승리를 확신했다.

한편 강희원 SCEK 마케팅본부 과장은 이번 특허권 분쟁에 대해 "SCEK는 우리와 계약한 엑스토의 특허가 정당하다고 본다"는 입장을 밝히기도 했다.

양측의 이런 전혀 다른 주장에 대해 법원이 어떤 판결을 내릴지 플스방 관련 업체와 플스방 업주 등 관계자들의 초미의 관심사로 떠오르고 있다.

김태용 기자 (acay@forumnews.co.kr), 김정태 기자(nowhere@forumnews.co.kr)

(4) 모바일 게임 특허 분쟁

모바일 게임업계 특허소송 논란 (전자신문 2002.01.04 인용)

한 벤처기업이 휴대폰을 이용한 게임 서비스에 대한 특허를 취득, 현재 모바일 게임을 서비스 중인 이동통신업체와 게임업체를 상대로 서비스 중지 가처분 신청을 제기한 사실이 뒤늦게 알려져 논란이 일고 있다.
교육 솔루션 업체인 열린교육(대표 전형선)은 최근 서울지방법원에 KTF·SK텔레콤·LG텔레콤·신세기통신 등 이동통신업체와 컴투스·웹이앤지코리아 등 모바일 게임개발업체를 상대로 특허권 침해금지 가처분 소송을 냈다.
열린교육은 이에 대한 근거로 지난 7월 특허청으로부터 취득한 '이동통신단말기를 이용한 게임서비스 제공방법'에 대한 특허(제0302510호)를 제시한 것으로 알려졌다. 열린교육이 취득한 특허는 '휴대폰 등 이동통신단말기를 이용해 게임을 다운로드해 플레이하는 비즈니스 모델'을 주요 골자로 하고 있다.
이에 따라 열린교육이 이번 소송에서 승소할 경우 이동통신업체들이 휴대폰을 이용한 모바일 게임 서비스를 전면 중지해야 하는 등 엄청난 파장을 불러올 것으로 예상된다. 이 같은 사실이 알려지자 특허소송에 휘말린 이동통신업체와 게임업체들은 법무팀을 가동, 열린교육이 취득한 특허에 대해 이의 신청을 제기하는 등 대책 마련에 부심하고 있다.
KTF 한 관계자는 "국내외에서 보편적으로 사용되는 사업모델에 대해 특허가 나온 것은 분명 특허 실질검사에서 착오가 있었던 게 분명하다"고 주장했다. 이에 대해 전형선 사장은 "지난 99년 1월 처음으로 특허 신청을 할 당시 모바일 게임 서비스는 아주 생소한 비즈니스 모델이었다"며 "이미 수차례의 심의 절차를 통해 특허를 받은 만큼 특허권은 인정돼야 한다"고 반박했다. / 장지영기자 (jyajang@etnews.co.kr)

(5) PC방 퍼블리싱 모델 특허 분쟁

"게임사가 내 특허권을 침해했다" (게임신문 2004/1/19 인용)

김동주씨 넥슨, 넷마블 등 4개사에 경고장 발송
4개 게임사 "주장과는 다르다" "침해 아니다"
게임계에도 BM 분쟁 신호탄 될 듯

최근 인터넷경매 방식을 둘러싸고 한·미 업체간의 첨예한 대립이 보도된바 있다. 업체간의 비즈니스 모델(BM) 분쟁이 예견되는 가운데, 게임사들이 PC방에 게임을 서비스하고 과금하는 방식에 대해 특허권을 가진 개인(전직 PC방 사장)이 게임업체들을 대상으로 특허권

리의 침해를 주장하고 있어 관심이 모아지고 있다.

지난해 8월까지 PC방을 운영했던 김동주씨는 지난 2000년 7월 '웹사이트 통합 유료 서비스 시스템 및 방법'이라는 발명의 명칭으로 심사를 거쳐 2002년 8월 등록을 마쳤고, 지난해 11월부터 순차적으로 여러 게임사들이 이 특허권리를 침해하고 있다는 요지의 경고장을 성암국제특허법률사무소를 통해 NHN(한게임), 플레너스(넷마블), 넥슨, 비바박스에 발송, 답변서를 접수받은 상태이다.

※ 양측의 입장 정리

김동주	해당게임사(한게임, 넷마블, 넥슨, 비바박스)의 PC방 유료화 모델은 본인이 소유한 특허권 '웹사이트 통합 유료 서비스 시스템 및 방법'을 침해하였음. 합의를 통한 손해보상 요구.
NHN(한게임)	자사의 서비스는 김동주씨가 주장하는 등록특허 구성요소 모두를 포함하고 있지 않아, 특허권 침해가 아님.
플레너스(넷마블)	김동주씨가 주장하는 사이트별 접속횟수, 이용시간 등에 의한 과금방식이 아니라 계약에 따라 일정액을 지급하는 방식으로 특허권 침해 가능성 없다.
넥슨, 비바박스	특허권 내용 검토중.

△특허권의 내용

김동주씨가 소유하고 있는 특허권의 내용은 크게 여러 종류의 게임을 서비스하는 게임사들이 일정 단계의 인증을 통해 PC방에 과금하는 '통합 유료 시스템'과 그 인증과정을 통해 접속 횟수 및 접속 시간 등의 통계시스템으로 각 사이트별 이용료의 공정한 분배가 이뤄지도록 하는 '이용료 분배 방법'으로 나뉜다.
김동주씨는 “지난 2000년 게임과 관련한 PC방 서비스 사업을 계획하고 있던 중 현재 경고장을 발송했던 게임사들과 사업적으로 논의한 적이 있다, 현재 PC방에 과금하고 있는 한게임, 넷마블 등이 그 당시에는 'PC방에서 돈 받을 생각이 없다'라고 말해 이 사업을 중간에 접었다”라며 “이 같은 게임사들의 현재 PC방 유료화 모델이 2000년 정도 내가 제안했던 내용들을 토대로 했을 수도 있다. 이에 소유하고 있는 특허권리의 침해를 주장하는 것이다”라고 밝혔다.

△특허권리자의 입장

특허권리자인 김동주씨는 “게임사가 PC방에 과금하기 위해서는 단순하게 말하면 PC방 IP를 확인, 혹은 인증하는 단계와 통계시스템을 통해 요금을 분배하는 방식으로 이루어진다. 이에 여러 게임들을 퍼블리싱하는 게임업체에만 경고장을 발송했다”고 전했다.

그러면서 출원 및 등록 시기가 한참 지난 후에 본인의 특허권 침해를 주장하는 이유에 대해서는 “이 사업모델 특허를 출원한 2000년 당시에는 정작 게임 퍼블리싱을 하고 있다고 말할 만한 게임사가 없었다”라며 “개별 게임사들과 접촉하기도 했지만, 사업모델 특허에 대해서 별로 인정하고 있지 않은 것 같다. 우선 경고장을 발송해 답변을 들었고 원만한 합의가 이뤄지지 않는다면 소송도 준비하고 있다. 특허권의 권리범위를 확인하는 청구범위확인심판 과정은 길면 6개월 이상 걸린다고 들었다”고 설명했다.

△NHN(한게임), 플레너스(넷마블) 등의 답변서 요지

NHN(한게임)측은 김동주씨가 성암국제법률사무소를 통해 발송한 경고장에 대해 “특허권의 침해가 인정되기 위해서는 등록특허의 모든 구성요소를 다 포함해야 하나 한게임은 구성요소 모두를 포함하고 있지 아니하므로 김동주씨의 특허권을 침해하고 있지 않다”고 밝혔다.
플레너스(넷마블)측은 “특허의 주요 내용은 각 이용자의 사이트별 접속횟수와 접속시간에 기초하여 이용료의 분배를 행하는 방식을 구비하고 있으나, 플레너스의 시스템은 사전에 행하여진 계약에 따라 각 게임업자에게 총매출액의 일정액을 지급하는 방식이다”라며 “접속횟수나 이용시간의 통계치를 산출하는 장치를 구비하고 있지 않아 특허권의 침해가 될 가능성이 없다”고 전했다.
이 밖에 넥슨과 비바박스측은 “특허권 내용을 검토 중”이라는 답변을 보내왔다.
이번 특허권 문제를 담당하고 있는 성암국제특허법률사무소의 배성호 변리사는 “'웹사이트 통합 유료 서비스 시스템 및 방법'에 대한 김동주씨의 특허는 비즈니스 모델 특허에 해당하는데, 게임업계에서는 이런 분쟁이 처음인 것으로 안다”라며 “미국 등 비교적 사업모델(BM)의 특허사례 등이 풍부한 예를 활용할 것이다. 그동안 게임사들이 부당이익을 취한 것으로 판결된다면 특허권자인 김동주씨는 이에 대한 손해보상을 받을 수 있을 것”이라고 설명했다.

코 멘 트

전형적인 특허권의 행사와 방어에 관한 사례 중 일부에 관한 기사이다. 기술을 대상으로 하는 특허는 비록 영업모델에 관한 것이라도 온라인 시스템에서 구현되는 경우 90년대 후반부부터 BM(Business Method)특허 역시 인정되고 있는데, 본 사안에서 문제된 특허들 역시 BM특허로 볼 수 있다. BM 특허에 관해서는 전통적인 기술특허와 대비하여 특허성을 인정할 수 있느냐의 여부에 대하여 논란이 있으나 현행법상으로는 특허권의 독점배타권을 인정받고 있음이 분명하다.[171] 따라서 기존의 아케이드 게임 등뿐만 아니라 모바일, 온라인 게임에 대해서도 게임의 특징적인

171) 참고로 미국, 일본, 한국에서는 비교적 BM특허의 특허성이 높게 인정되는 편이나 EU, 중국등에서는 상당히 제한적으로 특허를 받고 있는 실정이다.

알고리즘, 영업모델에 대하여 특허권을 획득할 수 있는 것이다.

특허권의 행사는 민사적으로는 침해금지청구권 및 손해배상청구권의 행사가 주된 것이며, 형사적으로는 특허권 침해죄에 대하여 처벌을 구하는 것이다. 민사적 권리행사는 주로 법원에 소를 제기함으로써 진행되며, 형사적 권리행사는 수사기관에 고소함으로써 진행되는 것이 일반적이다.

실무적으로 특허권자는 제3자가 실시하는 서비스, 제품이 자신의 특허내용과 동일하다고 판단되는 경우 전문적으로 특허 침해를 판단하는 변리사, 변호사 등을 통해 침해 사실에 대해 내용증명우편으로 경고장을 발송하여 특허권 공격에 관한 절차를 개시함이 일반적이다.

이에 제3자는 침해라고 판단되는 경우 침해의 중지, 로열티 지급 등을 통해 사적으로 분쟁을 해결하는 것이 일반적이며, 침해라고 판단되지 않는 경우 본격적인 방어 조치를 취하게 된다. 방어 조치로는 특허권의 효력을 무효로 하기위해 특허심판원에 무효심판을 청구하거나, 특허심판원에 자기 실시 기술이 특허권의 권리범위에 속하는지 여부를 판단 받는 권리범위확인심판을 청구하는 것이 있다. 참고로 권리범위확인심판은 법원에서 침해 여부 판단을 법적으로 구속하지 않는 행정적 판단이다.

특허권의 침해 여부는 명세서[172] 중 특허청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여지며 기본적으로 all element rule(구성요건완비의 원칙)[173]에 의하여 청구범위에 기재된 발명의 구성 요소를 모두 동일하게 포함하여 제3자가 업으로서 실시하는 경우 특허권의 침해로 판단한다. 다만 실시 기술이 특허발명의 구성 요소를 모두 포함하지는 않더라도 실질적인 기술 가치가 균등한 경우 침해로 해석하는 균등론(Doctrine of Equivalents) 역시 판례에 의해 뒷받침 되고 있다. 균등론에 의한 침해가 성립하기 위해서는 과제의 해결원리가 공통되고, 상이한 구성이 치환 가능하며 용이할 것을 요건으로 하고 있다.[174]

---

172) 특허출원 서류에는 출원서, 명세서, 도면, 요약서가 있으며 명세서에는 ①발명의 명칭 ②도면의 간단한 설명 ③발명의 상세한 설명 ④특허청구범위가 기재된다.

173) 특허청구범위는 발명의 구성에 없어서는 아니되는 필수적 사항만으로 이루어지므로 특허청구범위에 기재된 구성 요소 전부를 실시하는 경우에만 침해 범위로 판단할 수 있다는 원칙이다. 따라서 필수 구성 중에 일부라도 결여된 경우 원칙적으로는 특허 침해가 성립되지 않는다.

174) 대법원 2000.7.28.선고 97후2200 판결 등 다수

6. 특허침해관련 권리범위확인: 인터넷 내기게임방 사건

– 특허심판원 2002당30 결정

사건 개요

인터넷 내기게임방 운용방법에 대하여 특허권을 획득한 본 사건 피청구인이 청구인을 대상으로 특허권을 행사하자 청구인은 특허심판원에 대하여 청구인이 실시하는 기술(이른바 (가)호 발명)이 해당 특허권의 권리범위에 속하지 않는다고 확인판단해줄 것을 청구한 사건이다.

심결 요지

이 사건에 대해 특허심판원은 피청구인의 특허발명의 구성이 특허출원일 전에 이미 공지되어 비록 등록무효가 되기 전이라 하더라도 유효한 권리로 인정할 수 없다고 판단하였고, 뿐만 아니라 청구인이 실시하는 (가)호 발명이 피청구인의 특허발명의 구성을 모두 포함하지는 않다고 판단하여 결국 청구인의 실시행위가 피청구인의 특허권을 침해하는 것은 아니라고 판단하였다.

코 멘 트

권리범위확인심판에서 제3자가 특허 침해가 아니라고 주장하는 논리는 주로 ① 특허권의 내용 자체가 이미 공지된 증거자료에 의해 특허출원일 전에 개시된 바 자유기술(public domain)에 속한다는 주장, ② 특허권의 내용 구성과 상이하여 특허구성을 모두 포함하지는 않는다는 주장이 있다.

이하 사례에서는 위 두 가지 논리의 주장을 모두 받아들여 청구인의 (가)호 발명이 특허권리범위에 속하지 않는다고 판단하였다.

제2절 의장

1. 의장의 정의

의장이란 물품(물품의 부분을 포함한다)의 형상· · ㅓ채 또는 이들을 결합한 것(형태)으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것을 말한다. 일반적으로는 디자인(design)이라고도 부른다.

2. 의장의 개념, 기능 및 특징

이하 의장법상 의장의 개념 및 기능상의 특징을 살펴보기로 한다.

① 의장법상 의장은 물품을 전제한다.

일반적으로 말하는 디자인의 개념은 단순히 형태에 대한 개념이다. 그러나 의장법상 의장이 되기 위해서는 반드시 형태가 화채, 구현될 물품을 전제로 한다.

② 의장의 기능

의장은 물품의 미적인 형태이므로 근본적으로 미적인 기능을 발휘한다. 즉, 의장의 미적인 기능에 의해 수요자의 수요를 촉발하게 되는 것이다. 다만 산업입법인 의장법에서는 포괄적인 의미의 산업디자인을 의미하는 것이므로 미학적인 수준은 고려 대상이 되지 않는다. 한편 의장은 대상이 되는 물품이 시장에서 거래, 유통되는 과정에서 의장 자체로서 해당 물품을 식별하게 하는 물품 식별 기능을 가지게 된다. 일종의 입체 상표로서의 기능을 수행하게 되는 것이다. 예를 들어 일반적인 국내 자동차의 디자인을 상정했을 때 굳이 상표를 보지 않고, 디자인만 보더라도 물품의 출처를 인식할 수 있게 되는 것이다.

③ 의장의 특성

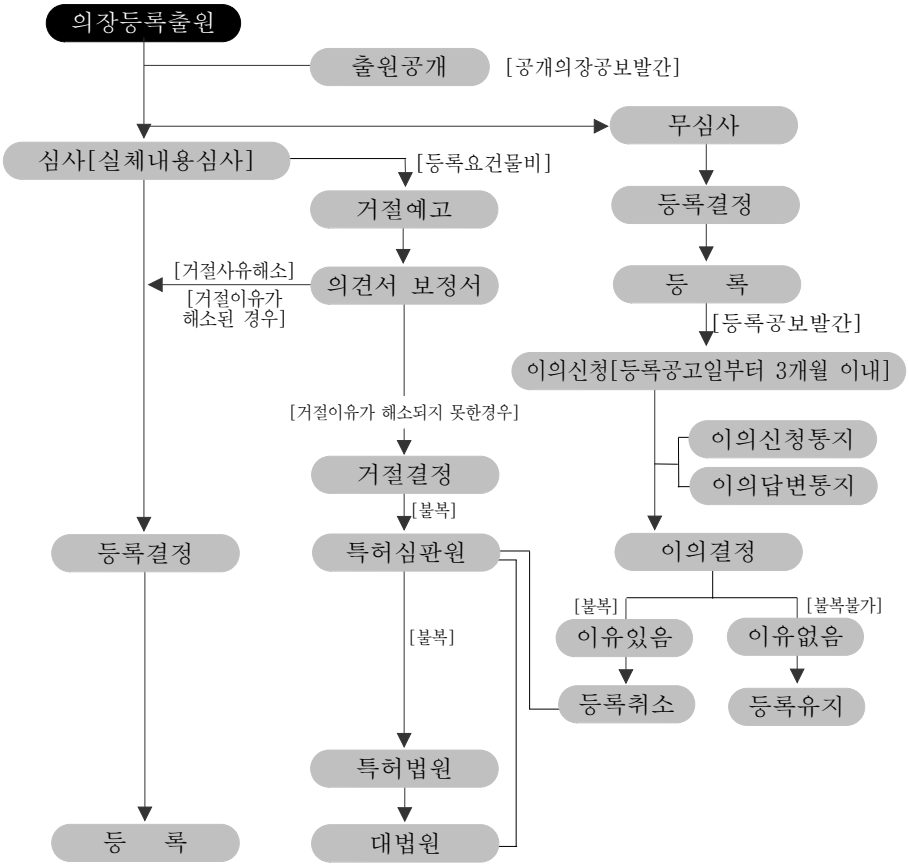
이상에서 살펴본 것과 같이 의장은 물품의 외관을 대상으로 하는 바 모방이 용이하고, 유행성이 강하며, 권리범위가 협소하고, 수명주기(life cycle)가 짧은 특성이 있어 의장법은 타 산업재산권법과 구별되는 특유의 제도를 통해 권리자를 보호하고 있다.

3. 특유제도

의장은 침해가 매우 용이한 편이라 의장법에는 침해 예방을 위해 i) 침해로 보는 행위 규정(法63), ii) 의장등록표시 규정(法79) 뿐만 아니라 iii) 유사의장 제도(法7)를 규정하고 있다. 또한 의장은 물품의 외관으로 외부에 공개되기 쉬운바 i) 등록 후 공고 제도뿐만 아니라 ii) 비밀의장(法13), iii) 신청에 따른 출원공개 (法23-2) 규정을 의장법에 규정하고 있다. 그리고 의장은 물품의 외관으로 권리범위가 한정되어 권리범위가 협소하므로 충분한 권리 보호를 위해 i) 침해로 보는 행위 규정(法63) 뿐만 아니라 ii) 등록의장의 유사한 의장의 보호(法41), iii) 유사의장 제도(法7)를 의장법에 규정하고 있다. 한편 의장은 유행성이 강하므로 신속하게 권리화 될 수 있도록 의장법에서 i) 등록후 공고 제도, ii) 우선심사신청 제도뿐만 아니라 iii)일부 무심사등록제도를 규정하고 있다.

4. 의장출원, 심사, 등록의 절차

의장등록출원, 심사, 등록 절차는 기본적으로 이미 살펴본 특허출원 절차를 준용한다. 시간에 흐름에 따른 프로세스를 상세하게 살펴보면 아래 그림과 같다.



의장등록 절차

5. 특허법과의 차이점

① 존속 기간

의장권의 존속기간이 설정등록일로부터 15년간임에 반하여(法40), 특허권은 설정등록일로부터 출원일 후 20년, 실용신안권은 설정등록이 된 날부터 출원일 후 10년이 되는 날까지 존속한다. 또한 특허권은 특허법 제89조에 의한 일정 요건을 충족하면 5년의 기간 내에서 당해 특허권의 존속기간을 연장할 수 있다.

② 권리 범위

특허권, 실용신안권은 명세서 기재사항 중 청구범위에 의해 보호범위가 정해지며 특허발명, 등록실용신안과 동일한[175] 발명, 고안에 대해 적극적, 소극적 효력이 미친다. 그러나 의장은 물품의 외관이라는 특성상 3자에 의한 모방이 쉬운 반면 동일성 범위가 도면등에 의해 극히 한정적으로 인정되므로 보호의 실효성을 위해 등록의장에 유사한 의장까지 적극적, 소극적 효력이 미친다. 그리고 의장은 물품의 외관 형태에 관한 것이므로 특허발명, 등록실용신안과 달리 도면이 보호범위를 정하는데 중요한 기준이 된다. (法43)

6. 의장권 침해에 관한 사례: DDR 의장 사건

– 특허법원 2001.9.13. 선고 2001허1549 결정, 권리범위확인(의)

사건 개요

댄스시뮬레이션 게임기 의장에 대하여 권리를 갖고 있던 외국업체가 동종의 게임기를 실시하던 한국업체에 의장권을 행사한 사례로 등록의장의 권리범위에 속하는지 여부를 판단 받고자 한 심판이다.

판결 요약

대상물품의 기본적인 형태를 공통으로 이용하고 있는 의장의 유사 여부를 판단함에 있어서 기본적인 형태를 제외한 나머지 모양들의 구체적인 차이에 중점을 두어야 할 것인바, 비록 광고표시등에 부착된 스피커와 조명등 부분에서는 심미감에 차이가 있다고 보기 어렵지만, 나머지 부분들의 차이점을 종합하면 양 의장은 심미감에 있어서 많은 차이가 있다고 보여진다고 하여 비유사하다고 판단, (가)호 의장(한국업체의 의장)이 등록의장의 권리범위에 속하지 않는다고 하였다.

175) 일정한 경우 균등물 범위까지 확장되나 유사범위로까지 확장되는 것은 아니다.

연 구

실무적으로 게임에 있어 의장권은 주로 아케이드 게임의 게임기의 외관 케이스를 두고 문제가 되고 있으며, 게임상의 그래픽의 경우 구체적인 물품의 형태가 아니므로 의장권으로는 보호받지 못하는 것이 원칙이다.

다만 2003년 7월부터 그래픽 이미지에 대해서도 화상디자인으로 보호받을 수 있는 제도가 신설되었으나 다수개의 동적이미지로 이루어져 있어 개별적인 의장권으로 보호받기 어려운 것은 마찬가지이다. 이러한 그래픽 이미지들에 대해서는 주로 저작권으로 보호받는 것이 일반적이다.

위 사례는 의장권 행사와 방어에 관한 가장 유명한 케이스로서 댄스시뮬레이션 게임기의 의장권을 두고 일본업체와 한국업체가 다툰 사건이다.

의장권은 특허권과 달리 의장이 물품의 구체적인 외관 형태를 대상으로 하는 것이어서 모방되기 쉽고, 권리도 외관에 한정되어 보다 좁게 형성될 수 있다는 점을 고려하여 특허권의 경우 동일하게 실시해야 침해로 성립되는 것에 반해, 의장권의 경우 등록의장에 유사한 의장을 실시하여도 권리의 침해로 인정한다.

본 사건에서 유사의장제도 및 이용관계에 관한 논점은 별론으로 하고 의장이 유사한지 여부를 판단하는 방법에 대해 다양한 기준을 들어 법원이 판단하고 있음을 알 수 있으며, 대상물품의 기본적인 형태를 공통으로 이용하고 있는 의장의 유사여부를 판단함에 있어서 기본적인 형태를 제외한 나머지 모양들의 구체적인 차이에 중점을 두어야 할 것인바, 비록 광고표시등에 부착된 스피커와 조명등 부분에서는 심미감에 차이가 있다고 보기 어렵지만, 나머지 부분들의 차이점을 종합하면 양 의장은 심미감에 있어서 많은 차이가 있다고 보여진다 하여 비유사하다고 판단한 사례이다.

참고로 본 사건은 본 특허법원 판결에 대한 대법원 상고 사건 진행 중 당사자간의 합의로 종결되었다.

판례등에서 일반적으로 의장의 유사여부를 판단하는 기준으로는 다음과 같다.

1. 원칙적 기준

(1) 판단 주체

- 의장의 대상이 되는 물품이 유통과정에서 일반수요자를 기준으로 관찰하여 다른 물품과 혼동할 우려가 있는 경우에는 유사한 의장으로 본다.
- 혼동할 우려가 있을 정도로 유사하지는 않더라도 그 의장 분야의 형태적 흐름을 기초로 두 의장을 관찰하여 창작의 공통성이 인정되는 경우에도 유사한 의장으로 본다.

(2) 관찰 및 판단 방법

유사여부는 전체적으로 관찰하여 종합적으로 판단한다.
- 관찰방법 : 육안으로 비교하여 관찰하여야 하며 확대경, 현미경 등을 사용하여 관찰하여서는 아니 된다.
- 전체적 판단 : 의장의 요부 판단과 그 비교만으로 의장의 유사여부를 판단할 것이 아니라 의장을 전체 대 전체로서 대비 관찰하여야 한다는 것을 의미한다. 따라서 부분적으로 유사하더라도 전체적으로 유사하지 아니하면 비유사의장으로, 부분적으로 다른 점이 있더라도 전체적으로 유사하면 유사한 의장으로 판단한다.

2. 의장의 물품, 형태에 따른 판단

(1) 물품에 따른 판단

- 동일 또는 유사물품간에 있어서만 유사여부를 판단한다.
- 동일물품이란 용도와 기능이 동일한 것을 말하고 (예 태엽식, 자동식, 전자식 손목시계) 유사물품이란 용도가 동일하고 기능이 다른 것을 말한다. (예 볼펜과 만년필, 탁상시계와 손목시계)[176]
- 원래 비유사물품인 경우에 있어서도 용도상으로 혼용될 수 있는 것은 유사한 물품으로 볼 수 있다. (예 수저통과 연필통)[177]

176) 그러나 용도와 기능을 엄격하게 구별하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 물품의 다용도, 다기능화에 의해 상기와 같은 기준으로 물품의 동일, 유사를 판단하는 것은 용이하지 않은 실정이다.

(2) 형태에 따른 판단

- 형상이나 모양 중 어느 하나가 유사하지 아니하면 원칙적으로 유사하지 아니한 의장으로 보되, 형상이나 모양이 의장의 미감에 미친 영향의 정도 등을 종합적으로 고려하여 의장전체로서 판단한다.
- 모양의 유사여부는 주제의 표현방법과 배열, 무늬의 크기 및 색채 등을 종합하여 판단한다.
- 색채는 모양을 구성하지 아니하는 한, 유사여부 판단의 요소로 고려하지 않는다. 모양을 이루는 경우 명도를 중심으로 한 톤의 차이에 의해 판단한다.

3. 참고적 판단

(1) 참신한 의장일수록 유사의 폭은 넓고 동 종류의 것이 많이 나올수록 유사의 폭은 좁게 본다. 따라서 새로운 물품이나 특이한 형상, 모양은 유사 폭이 넓다.
유사의 폭이 비교적 좁은 것으로는 ① 옛날부터 흔히 사용되고 또한 여러 가지 의장이 많이 창작되었던 것(직물, 칼, 식기 등), ② 단순한 형태의 것으로서 옛날부터 사용되어 오던 것(젓가락, 편지지 등), ③ 구조적으로 그 의장을 크게 변화시킬 수 없는 것(자전거, 쌍안경, 운동화 등), ④ 유행의 변화에 한도가 있는 것(신사복, 한복 등) 등이 있고, 유사의 폭이 비교적 넓은 것으로는 ① ② 동종류의 물품에서 특히 새로운 부분, ③ 특이한 형상에 첨가되는 모양이 있다.

(2) 물품의 잘 보이는 면에 유사여부 판단의 비중을 둔다. (예 TV정면)[178]

---

177) 관련 판례(2001.06.29. 대법원 선고 2000후3388 판결)
『이 사건 등록의장(등록번호 제190190호)의 물품인 음식 찌꺼기 발효통은 그 의장공보의 설명란에 기재된 바와 같이 통 내부에 음식 찌꺼기와 혐기성 미생물을 넣고 뚜껑으로 밀폐시켜 발효되도록 함으로써 유기질 비료로 사용하기 위한 것으로서 내부 바닥이 이중으로 되어 있고, 그 하단부에는 물기 등을 배출하기 위한 배출구 및 마개가 설치되어 있어 단순히 일반쓰레기를 담는 인용의장 1(일본국 의장등록 제342630호)의 물품인 쓰레기통과는 용도와 기능이 상이한 면이 있는 것은 사실이나, 또 다른 한편으로 살펴보면, 양 물품의 뚜껑과 몸체의 크기 및 결합이 유사하고, 다만 이 사건 등록의장의 경우에는 통 내부의 음식 찌꺼기의 물을 밖으로 배출시킬 수 있는 기능이 있는 차이만 있으며, 인용의장 1의 쓰레기통도 음식 찌꺼기를 담아 일정 기간 보관할 수 있고, 이 사건 등록의장의 물품도 경우에 따라 일반쓰레기를 담아 사용할 수 있는 것이어서 양 물품은 용도상 서로 혼용될 수 있는 점이 있다 할 것이므로 결국 양 의장의 물품은 서로 유사하다 할 것이다.』

178) 다만 잘 보이지 않더라도 수요자가 관심을 갖고 관찰하고, 창작적 가치가 있는 부분은 유사판단 비중을 둔다. (예 운동화의 밑바닥)

(3) 물품 중 당연히 있어야 할 부분은 적게 평가하고 다양한 변화가 가능한 부분을 주로 평가한다. (㉠ 수저의 경우 손잡이 부분의 형태에 비중을 두고 판단한다.)

(4) 상식적인 범위 내에서의 물품의 대소의 차이는 유사여부 판단의 요소로 고려하지 않는다.

(5) 재질은 그 자체가 모양이나 색채로서 표현되는 경우에만 유사여부 판단의 요소로 참작한다.

(6) 기능, 구조, 정밀도, 내구력, 제조방법은 그 자체가 외관으로 표현되지 않는 한 유사여부 판단의 요소가 될 수 없다.

4. 판례

의장의 유사 여부는 이를 구성하는 각 요소를 분리하여 개별적으로 대비할 것이 아니라 그 외관을 전체적으로 대비 관찰하여 보는 사람으로 하여금 상이한 심미감을 느끼게 하는지의 여부에 따라 판단하여야 하므로 그 지배적인 특징이 유사하다면 세부적인 점에 다소 차이가 있을지라도 유사하다고 보아야 한다. (대법원 1996. 11. 12. 선고 96후443 판결 등 다수)

제3절 상표

1. 상표의 정의

"상표"라 함은 상품을 생산・ ・ 증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 것으로 기호・ ・ ・ 입체적 형장 또는 이들을 결합한 것 또는 이들 각각에 색채를 결합한 것을 포함한다(상표법 제2조 제1호). 상표는 자타의 상품을 식별하기 위하여 상품에 부착하거나 광고 등을 위해 사용하는 표장으로서 상품이나 서비스의 동일성을 표시하는 "출처표시의 기능"을 주된 기능으로 하며, 이밖에 품질보증적 기능, 광고적 기능을 가지고 있다.

상표권의 효력으로 상표는 등록할 경우 상표권자는 “지정상품”에 관하여 그 등록상표를 사용할 권리를 독점하는 적극적인 독점권과 타인이 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 동일 또는 유사한 지정상품에 사용하는 경우 그 사용을 금지할 수 있는 소극적인 금지권을 행사할 수 있다.

상표의 가장 중요한 기능은 자타상품식별기능이기 때문에 상표로 등록되기 위해서는 우선 식별력이 있어야 하며, 식별력이 없는 것으로 인정되는 것으로는 상표법 제6조에 열거되어 있다. 그리고 식별력은 있으나 비록 상표가 적극적 요건으로서의 식별력을 가지고 있다 하더라도 그 상표를 등록하여 독점배타적 성질의 상표권을 부여하는 경우 공익상 또는 타인의 이익을 침해하는 경우 당해 상표의 등록을 배제하도록 하는 규정이 상표법 제7조에서 제한열거적으로 규정되어 있다.

■ 상표 식별력 흠결 및 부등록 사유

구 분	내 용
상표 식별력 흠결 (상표법 제6조 제1항)	① 상품의 보통명칭 - 상표가 특정상품과 관련하여 그 상품의 명칭을 나타내는 상표 (U 스낵제품-Corn Chip, 과자-호도과자, 자동차-Car) ② 관용상표 - 동종업자들 사이에서 특정 종류의 상품에 관용적으로 쓰이는 표장 (U 과자류-깡, 청주-정종, 직물-Tex) ③ 성질표시적 상표 - 산지표시 : 당해 상품의 생산지를 표시하는 것 (U 사과-대구, 모시-한산, 굴비-영광) - 품질표시 : 당해 상품의 품질의 상태, 우수성 등을 표시하는 것 (U 上, 中, 下, 특선, Super) - 원재료표시 : 당해 상품의 원재료로 쓰이는 상품의 명칭을 표시하는 것 (U 양복-Wool, 넥타이-Silk) - 효능표시 : 당해 상품의 효과나 성능 등을 표시하는 상표 (U TV-HITEK, 복사기-Quick Copy) - 용도표시 : 당해 상품의 쓰임새를 나타내는 상표 (U 가방-학생, 의류-Lady) - 수량표시 : 2컬레, 100미터 등 - 형상표시 : 당해 상품의 평상 · 모양 · 크기 등을 표시하는 것을 말합니다. (U 소형, 대형, 캡슐, SLIM) - 생산방법 · 가공방법 · 사업방법표시 : 당해 상품의 생산 · 가공 · 사용방법을 표시하는 상표 (U 농산물-자연농법, 구두-수제, 책상-조립) - 시기표시 : 당해 상품의 사용시기등을 표시하는 것 (U 타이어-전천후, 의류-봄 · 여름 · 가을 · 겨울) ④ 현저한 지리적 명칭, 그 약어 또는 지도 - 수요자에게 현저하게 인식된 지리적인 명칭 (U 금강산, 백두산, 뉴욕 등) ⑤ 흔한 성 또는 명칭 - 흔히 있는 자연인의 성 또는 법인, 단체, 상호임을 표시하는 명칭 (U 이씨, 김씨, 사장, 상사, 조합, 총장 등) ⑥ 간단하고 흔히 있는 표장 - 상표의 구성이 간단하고 또한 흔히 있는 표장 (U 123, ONE, TWO, ß 등) ⑦ 기타 식별력이 없는 표장 - 일반적으로 쓰이는 구호, 표어, 인사말 등 (U Believe it or not, I can do, www 등) * 단, ③, ④, ⑤, ⑥의 사유에 해당하더라도 출원전에 사용한 결과 그 상표가 수요자간에 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가 현저히 인식되어 있는 상표는 등록을 받을 수 있음(상표법 제6조 제2항)

상표 부등록 사유 (상표법 제7조 제1항)	① 대한민국의 국기 · 국장, 파리협약동맹국·세계무역기구 회원국 또는 상표법조약 체약국의 훈장 · 포장, 적십자 · 올림픽 등의 공공마크와 동일 또는 유사한 상표 (U 무궁화 도형, IMF, WTO 등) ② 국가 · 민족 · 공공단체 · 종교 등과의 관계를 허위로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕할 염려가 있는 상표 (U 양키, Negro 등) ③ 국가 · 공공단체 또는 비영리 공익법인의 표장으로서 저명한 것과 동일 또는 유사한 상표 (U YMCA, KBS, 적십자 등) **④ 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표** (U 외설적인 도형이나 문자, 사기꾼, 소매치기 등의 문자) ⑤ 정부 또는 외국정부가 개최하거나 정부 또는 외국정부의 승인을 얻어 개최하는 박람회의 상패 · 상장 또는 포장과 동일 또는 유사한 표장이 있는 상표 ⑥ 저명한 타인의 성명 · 명칭 또는 상호 · 초상 등을 포함하는 상표 (U DJ, JP, 한전, 주공 등) ⑦ 타인의 선등록상표와 동일 또는 유사한 상표 ⑧ 상표권이 소멸한 날로부터 1년을 경과하지 아니한 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표 ⑨ 주지상표와 동일 또는 유사한 상표 ⑩ 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표 **⑪ 상품의 품질을 오인하게 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표** ⑫ 주지 · 저명한 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표 ⑬ 상품 또는 그 상품의 표장의 기능을 확보하는데 불가결한 입체적 형상만으로 된 상표 ⑭ 세계무역기구(WTO) 회원국내의 포도주 및 증류주의 산지에 관한 지리적 표시로서 구성되거나 동표시를 포함하는 상표로서 포도주 · 증류주 또는 이와 유사한 상품에 사용하고자 하는 상표

* 출처: 특허청 홈페이지(http://www.kipo.go.kr) "지재권재도해설" 중 상표부분, 재구성.

2. 주지저명성의 판단: '리니지' 사건

– 특허심판원 2000당2106 결정 (상표등록 제466499호 무효심판)

상표법상에서 '주지(周知)상표'란 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 상표를 말하고, '저명(著名)상표는 그 인식의 정도가 심화되어 이종상품·영업에 이르기까지 혼동을 초래할 염려가 있는 상표를 말한다.[179]

179) 문삼섭, 상표법, 세창출판사, 2002. 7, p. 349.

일반적으로 주지성은 당해 상품에 관한 수요자 및 거래자 등 거래관계자 중에 압도적 다수부분에게 당해 상표의 존재가 인식되는 정도에까지 이른 것을 의미하고, 저명성은 당해 상표에 관하여 일정의 양질감이 표창되고 당해 상품에 대한 관계거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 된 것을 의미한다.
아래의 만화 '리니지'의 경우에는 주지저명성이 없다고 보았다.

사건 개요

'리니지'의 원작자 신○○씨(청구인)는 엔씨소프트(피청구인)가 '리니지'라는 상표를 등록해 놓은 상태지만 원작자의 사전동의 없이 무단으로 이 상표를 등록했다며 상표권 무효심판을 제기하였다. 이에 재판부는 '리니지'가 만화 독자 사이에서는 만화의 제호로서 인지도가 있었다고 볼 수 있으나 만화의 제호 자체는 저작권으로 보호되지 아니하며, 상표의 주지 저명성으로 연결되는 것이 아니라고 하였다. 그리고 양 당사자간 맺은 계약 내용 중에는 엔씨소프트의 상표등록에 대해 제약을 가하는 어떠한 내용도 없을 뿐만 아니라 계약 내용에 따라 개발된 제품 등에 사용하던 이름을 상표로서 등록을 받은 행위가 상표법상 타인의 상표 등을 모방한 행위에 해당된다고 볼 수 없어 기각하였다.

판결 요지

가. 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당하는지의 여부

만화 "리니지"는 만화 독자들 사이에서는 만화의 제호로서 어느 정도 알려져 있다고 볼 수 있으나 만화의 제호 자체는 저작권으로 보호되는 것이 아닐 뿐더러, 상표의 주지저명성으로 연결되는 것이 아니므로 "리니지"라는 상표 또는 이들의 캐릭터를 통한 상품화 사업이 어느 정도의 규모로 이루어졌는가가 인용상표의 주지저명성을 판단하는 기초가 될 것으로 보이는 바, 이건 심판에 제출된 자료에서는 "리니지"와 관련한 상품화 사업이 있었음은 확인이 되나 그것이 주지저명성을 얻을 정도의 규모로 이루어졌다고 판단하기에는 근거가 불충분하다. 따라서 인용표장이 주지저명하다고 볼 수 없으므로 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 할 수 없을 것이다.

나. 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하는지의 여부

이건 등록상표의 등록시점에서 인용표장이 국내의 일반 수요자나 거래자에게 청구인의 표장으로 알려져 있는가의 여부를 살펴보면, 위 가항에서 본 바와 같이 청구인은 인용표장에 대한 상품화 사업을 하였으나 소비자나 수요자가 이건 등록상표나 그 지정상품을 볼 때 청구인의 것으로 인식된다고 할 정도로 사업화가 이루어진 것은 아니라는 점, 청구인의 상품화 내용들이 이건 등록상표의 지정상품과는 거리가 멀다는 점, 피청구인의 온라인게임 개발후 이것이 폭발적인 인기를 얻게되자 게임의 급성장으로 인하여 "리니지"가 게임의 명칭으로 널리 알려지게 되었다는 점[(을)제1호증에 의하여 확인이 됨] 등으로 미루어 볼 때 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다고 볼 수 없다.

다. 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하는지의 여부

상표법 제7조 제1항 제12호는 국내 또는 외국의 수요자간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표는 등록을 받을 수 없다고 규정하고 있는 바, 이에 해당하는지의 여부를 판단해 볼 때 인용표장이 청구인의 상표로 현저하게 인식되어 있다고 볼 수 없음은 앞서 살핀 바와 같고 피청구인이 부정한 목적으로 이건 등록상표를 사용한다는 증거도 달리 발견되지 아니하므로 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 아니한다.

판 결

1. 당사자의 주장

가. 청구인의 주장

청구인은 2000. 12. 29. "등록 제466499호 상표의 등록을 무효로 한다. 심판비용은 피청구인의 부담으로 한다."라는 취지의 심결을 구하는 상표등록무효심판을 청구하고, 그 이유의 요지로서 등록 제466499호 상표(이하 "이건 등록상표"라 한다)는 청구인의 만화로 유명해져 상품화사업에 있어서도 널리 알려져 있는 "리니지" 표장(이하 "인용표장"이라 한다)의 주지성에 편승할 목적으로 피청구인이 자신의 상표로 출원한 것으로 피청구인의 행위는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당하고, 인용표장을 토대로한 상품화 사업에 힘입어 청구인의 만화의 캐릭터을 이용한 팬시상품 등은 상표로도 널리 알려지게 됨에 따라 이건 등록상표는 청구인과 관련이 있는 것으로 상품의 품질을 오인하게 하거나 수

요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하여 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하며, 피청구인이 부정한 목적을 가지고 이건 등록상표를 등록 받았기 때문에 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당한다고 주장하면서 (갑)제1호증 내지 (갑)제13호증을 제출하였다.

나. 피청구인의 반론

이에 대하여 피청구인은 주문과 같은 취지의 심결을 구하고, 그 이유의 요지로서 청구인이 제출한 증거로는 인용표장의 저명성을 입증할 수 없으며 이건 등록상표의 출원행위가 인용표장을 도용하여 출원한 것이라고 할 수 없으므로 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당하지 아니하며, 이건 등록상표가 수요자를 기만할 염려가 있다거나 출처의 혼동을 가져올 염려가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라 청구인에게 손해를 가하려는 등 부정한 목적으로 등록된 상표라는 사실이 입증되지 아니 하므로 상표법 제7조 제1항 제11호 및 제12호에 해당하지 않는다고 주장하면서 (을)제1호증 내지 (을)제7호증을 제출하였다.

2. 이건 등록상표

이건 등록상표는 1999. 5. 15. 출원, 2000. 3. 13. 등록된 것으로서 그 상표의 구성은 "Lineage"와 같고, 지정상품은 상품류구분 제9류 "광디스크, 자기디스크, 자기테이프, 기록된 컴퓨터소프트웨어, 자기식 크레디트카드, 녹음디스크, 영사된 필름, 녹음테이프, 기록된 컴퓨터작동 프로그램, 기록된 컴퓨터프로그램" 등이며 현재 피청구인이 이건 등록상표의 상표권자임을 그 상표등록원부에 의하여 알 수 있다.

3. 이해관계의 유무

청구인은 자신의 저작물이라고 주장하는 만화(제목:리니지)의 작가임이 여러 증거자료에 의하여 확인이 되고, 피청구인을 상대로 저작물의 침해행위에 해당하는 행위의 중지를 요청하는 가처분신청을 서울지방법원에 청구하였음이 (갑)제13호증에 의하여 확인이 되므로 이건 심판은 이해관계인에 의한 적법한 청구라고 인정된다.

4. 판 단

가. 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당하는지의 여부

상표법 제7조 제1항 제4호에서 "공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표"라 함은 상표의 구성 자체 또는 그 상표가 그 지정상품에 사용되는 경우 일반 수요자에게 주는 의미나 내용이 사회공공의 질서에 위반하거나 사회 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 반하는 경우를 말한다고 할 것인 바, 인용상표가 주지, 저명하지 아니하다면 비록 인용상표가 창작성 있는 것이라고 하더라도 이를 모방하여 지정상품을 달리하여 출원한 것 자체만으로는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 할 수

없다(대법원 1997. 10. 14. 선고 96후2296 판결 참조).

이를 기초로 하여 양당사자가 제출한 자료와 주장을 종합하여 보면, 청구인은 1993년경부터 1996년까지 주식회사 서울문화사가 발행하는 만화잡지인 '윙크'에 '리니지(Lineage)'라는 만화를 연재하였고 후일 이를 모아 단행본으로 발간한 사실, 1996. 4. 1. 부터 5. 10.까지 전국의 28,000여명의 만화애호가들을 대상으로 하여 만화영화로 만들기에 적합한 원작을 묻는 앙케이트조사 결과 '리니지'가 7위(1998표)를 차지한 사실, 1994년과 1995년 중에 '윙크'잡지의 부록의 형태로서 'Lineage Character Note Book', 리니지 일러스트파일, 리니지팬시가방, Lineage Summer Calendar 등이 제작 공급되었으나 어느 정도로 어떻게 공급되었는지에 대해서는 파악이 되지 않는다는 사실, 청구인이 1996년부터 'MinkWink' 및 '대원C&A'와 제휴하여 본격적인 상품화사업에 착수하였다는 주장을 하고 있으나 이를 입증할 수 있는 자료가 부족하다는 사실, 1999. 1. 19. 청구인과 피청구인은 '리니지 원작 사용계약'을 체결하였으나 피청구인이 계약의 내용을 위반하였다는 사유로 청구인이 2000. 12. 28.자로 계약의 해지를 통지하고 2001. 2. 21. 서울지방법원에 "계약위반행위 등 중지가처분"을 신청한 사실 등이 확인이 된다.

이와 같은 사실로 미루어 볼 때 청구인의 만화 "리니지"는 만화 독자들 사이에서는 만화의 제호로서 어느 정도 알려져 있다고 볼 수 있으나 만화의 제호 자체는 저작권으로 보호되는 것이 아닐 뿐더러, 상표의 주지저명성으로 연결되는 것이 아니므로 "리니지"라는 상표 또는 이들의 캐릭터를 통한 상품화 사업이 어느 정도의 규모로 이루어졌는가가 인용상표의 주지저명성을 판단하는 기초가 될 것으로 보이는 바, 이건 심판에 제출된 자료에서는 "리니지"와 관련한 상품화 사업이 있었음은 확인이 되나 그것이 주지저명성을 얻을 정도의 규모로 이루어졌다고 판단하기에는 근거가 불충분하다. 따라서 인용표장이 주지저명하다고 볼 수 없으므로 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 할 수 없을 것이다. 설령 주지저명성에 대한 판단을 유보하고 이건 등록상표가 타인의 상표 등을 모방함으로써 동법조의 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표에 해당하는 지의 여부를 살펴본다고 하더라도 청구인과 피청구인이 맺은 계약의 내용[(갑)제12호증]으로 볼 때 피청구인은 청구인의 원작 중 제목, 인물설정, 지명, 인명, 일러스트 등을 이용하여 필요한 한도 내에서 게임을 제작하고 서비스 또는 판매를 할 수 있으며 제작결과물에 대하여 광고, 홍보, 캐릭터 등으로 활용할 수 있다고 기재되어 있어 독점적인 권리를 갖는 것으로 해석되고 이를 상표로 등록받는다 하더라도 그것이 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해하는 것으로 보여지지는 아니한다.

더 나아가 피청구인의 구체적 개별적 행위가 계약을 위반했는지의 여부에 대하여는 계약의 일반 법원칙에 따라서 판단되어야 할 것이지만 계약의 내용 중에는 피청구인의 상표등록에 대해 제약을 가하는 어떠한 내용도 없을 뿐만 아니라 계약 내용에 따라 개발된 제품 등에 사용하던 이름을 상표로서 등록을 받은 행위가 상표법상 타인의 상표 등을 모방한 행위에 해당한다고는 볼 수 없어 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하는지의 여부

상표법 제7조 제1항 제11호에서 수요자를 기만할 염려가 있는 상표를 등록 받을 수 없다고 규정한 취지는 기존의 상표를 보호하기 위한 것이 아니라 이미 특정인의 상표라고 인식된 상표를 사용하는 상품의 품질, 출처 등에 관한 일반수요자의 오인, 혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 목적이 있으므로 수요자를 기만할 염려가 있다고 하기 위하여는 인용상품이나 인용상표가 반드시 주지, 저명하여야 하는 것은 아니지만 적어도 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 그 상품이나 상표라고 하면 특정인의 상품이나 상표라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있어야 할 것이다(대법원 1991. 1. 11. 선고 90후311 판결, 1992. 7. 28. 선고 92후278 판결, 1993. 2. 9. 선고 92후674 판결, 1994. 5. 13. 선고 93후1131 판결 등 참조).

이를 토대로 이건 등록상표의 등록시점에서 인용표장이 국내의 일반 수요자나 거래자에게 청구인의 표장으로 알려져 있는가의 여부를 살펴보면, 위 가항에서 본 바와 같이 청구인은 인용표장에 대한 상품화 사업을 하였으나 소비자나 수요자가 이건 등록상표나 그 지정상품을 볼 때 청구인의 것으로 인식된다고 할 정도로 사업화가 이루어진 것은 아니라는 점, 청구인의 상품화 내용들이 이건 등록상표의 지정상품과는 거리가 멀다는 점, 피청구인의 온라인게임 개발후 이것이 폭발적인 인기를 얻게 되자 게임의 급성장으로 인하여 "리니지"가 게임의 명칭으로 널리 알려지게 되었다는 점[(을)제1호증에 의하여 확인이 됨] 등으로 미루어 볼 때 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이건 등록상표는 인용표장과의 유사여부를 논할 필요 없이 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하지 아니한다.

다. 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하는지의 여부

상표법 제7조 제1항 제12호는 국내 또는 외국의 수요자간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표는 등록을 받을 수 없다고 규정하고 있는 바, 이에 해당하는지의 여부를 판단해 볼 때 인용표장이 청구인의 상표로 현저하게 인식되어 있다고 볼 수 없음은 앞서 살핀 바와 같고 피청구인이 부정한 목적으로 이건 등록상표를 사용한다는 증거도 달리 발견되지 아니하므로 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 아니한다.

5. 결 론

이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호, 제11호 및 제12호에 해당하지 아니하므로 청구인의 주장은 받아들이지 아니하며, 기타 당사자간에 주장하는 바가 있으나 이건 심결에 영향이 없는 것이므로 그에 대한 구체적인 설명을 생략하고, 이건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 심결한다.

연 구

이 사건은 게임 '리니지'의 출원이 제7조 제1항 제4호 "공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표" 또는 제7조 제1항 제11호 "상품의 품질을 오인하게 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표", 그리고 제7조 제1항 제12호 "국내 또는 외국의 수요자간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표"에 해당되어 상표무효사유에 해당되는지의 여부가 문제된다.

상표무효심사청구는 이해관계인 또는 심사관이 할 수 있다. 무효심판을 청구 할 수 있는 "이해관계인"이라 함은 그 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용한 바 있거나 현재 사용하고 있는 자, 또는 등록된 상표가 지정하는 상품과 동종의 상품을 판매하고 있음으로써 피청구인의 상표소멸에 직접적 이해관계가 있는 자를 말한다.[180] 이 사건의 경우 만화 "리니지"의 저작자가 청구인임이 확인이 되고, 저작물침해행위중지등 가처분을 청구한 것이 인정되므로 이해관계가 있는 적법한 청구인임이 인정되었다.

문제는 상표 "리니지"가 상표법 제7조 제1항 제4호 및 제11호에 해당되는지의 여부이다.

먼저, 상표법 제7조 제1항 제4호의 해당여부를 살펴보자. 대법원 판례는 상표법 제7조 제1항 제4호의 해당여부 판단에 있어서 "공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표"라 함은 "상표의 구성 자체 또는 그 상표가 그 지정상품에 사용되는 경우 일반수요자에게 주는 의미나 내용이 사회공공의 질서에 위반하거나 사회 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 반하는 경우를 말한다고 할 것인 바, 인용상표가 주지, 저명하지 아니하다면 비록 인용상표가 창작성 있는 것이라고 하더라도 이를 모방하여 지정상품을 달리하여 출원한 것 자체만으로는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1997. 10. 14. 선고 96후2296 판결 참조)."라는 입장을 취하고 있다.

한편, 특허법원 판례[181]에서는 제7조 제1항 제4호가 "…… 이미 국내 또는 해외의 거래자 또는 수요자간에 특정인의 상표라고 현저하게 인식될 수 있을 정도로 알려

180) 대법원 1996. 3. 12. 선고 95후1401 판결 등.

181) 특허법원 1998. 06. 11. 선고, 98허1730 판결; 1998. 08. 20. 선고, 98허2993 판결; 1999. 05. 20. 선고, 98허1107 판결 등 다수

져 있고 또 상표권자의 선전, 광고 및 다년간의 지속적인 사용을 통하여 영업상 신용이나 고객흡인력 등의 무형적 가치가 축적된 상표를 모방하여 출원하는 것은 상표법 제7조 제1항 제4호에 관한 법리상 그 사회적 타당성을 결여한 것이고 또 상표정책상으로도 그 출원을 억제하는 것이 합당한 만큼 그와 같은 모방상표는 위 법조 소정의 공공질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표 …… 라는 의미로 판시하고 있다. 이는 공서양속의 경우를 넓게 인정한 것이다.

이에 대하여 상표심사기준 제18조는 아래표에서와 같이 이에 대한 기준을 제시하고 있다. 또한 제7조 제1항 제4호에 속하는 상표로서 상품의 품질을 오인케 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표는 제7조 제1항 제11호 "상품의 품질을 오인하게 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표"의 적용을 함께 적용하도록 하고 있다.[182]

■ 상표법 제7조 제1항 제4호의 상표심사기준 및 해석참고 자료

상표심사기준(2001. 12. 28 특허청 예규 제22호)	해석참고자료
제18조(공공의 질서에 반하는 상표) ①법제7조제1항제4호(이하 "본호"라 한다)에서 규정하는 『공공의 질서』라 함은 실정법상의 공법질서, 국제신뢰 또는 일반 사회질서는 물론 공정하고 신용있는 거래질서와 인간의 존엄과 가치, 평등권 보장등 자유민주주의 기본질서도 포함한다. ②본호가 규정하는『선량한 풍속』이라 함은 전통적 가치중 미풍양속등 사회통념상 존중되고 있는 사회적 윤이 및 도덕질서는 물론 자유시민으로서 지켜야 할 공중도덕을 포함한다. ③본호가 규정하는 공서양속을 문란하게 할 염려가 있는 상표라 함은 상표의 구성자체는 물론이고 상표의 구성자체는 그러하지 아니하더라도 지정상품에 사용함으로써 제1항 및 제2항에 위반하는 경우를 말한다.	1. 제1항에서 규정하는 실정법상의 공법질서 또는 사회질서를 문란케 할 염려가 있는 상표라함은 다른 법률에 의하여 사용이 금지되거나 당해 상표사용행위가 명백히 다른 법률에 위반되는 상표를 지칭한다. 2. 사회주의 또는 공산주의혁명, 인민민주주의 또는 민중민주주의혁명, 노동자 계급독재, 김일성주체사상등 자유민주주의 기본질서를 부정하는 내용의 상표는 제1항에 해당하는 것으로 본다. 3. 국제간의 선린관계 또는 신뢰관계를 저해할 우려가 있는 상표는 공공의 질서에 반하는 상표로 본다. 4. 상표의 구성자체가 과격한 슬로건으로 이루어진 상표, 문자나 도형을 읽는 방법 또는 보는 방법에 따라서 일반인에게 외설한 인상을 주거나, 성적흥분 또는 수치심을 유발할 수 있는 상표는 선량한 풍속에 저촉된 상표로 본다. 5. 사기꾼, 소매치기, 새치기, 뇌물, 가로채기등 형사상범죄에 해당하는 용어나 공중도덕감정을 저해하는 상표는 공서양속에 반하는 상표로 본다. 6. 사이비종교, 부적등 미신을 조장하거나 국민간의 불신과 지역감정을 조장하는 문자나 도형은 공서양속에 반하는 상표로 본다. 7. 개인이 법인 또는 단체명의 상표를 출원하거나 수요자에게 공법상 특수법인 또는 공공연구기관으로 오해를 유발할 우려가 있는 상표는 신의성실의 원칙, 공정하고 신용있는 거래질서등을 침해할 우려가 있는 공서양속에 반하는 상표로 본다. 에는 공서양속에 반하는 상표로 보지 아니한다.

182) 상표심사기준 제18조, 해석참고자료 11. 참조

④창작성이 인정되는 타인의 상표를 동일 또는 극히 유사하게 모방하여 동일 또는 유사상품에 출원하였음이 이의신청 등을 통하여 객관적으로 입증되는 출원상표는 제1항에서 규정하는 공정하고 신용있는 거래질서를 문란하게 할 염려가 있는 상표로 본다. 다만 타인의 상표가 국내·외에서 알려진 정도에 따라 지정상품의 적용범위를 다르게 판단할 수 있다.	8. 외국문자상표의 경우에 그 의미가 공서양속에 반하는 상표라 하더라도 우리나라 국민의 일반적인 외국어 지식수준으로 보아 그러한 의미로 이해할 수 없는 때에는 공서양속에 반하는 상표로 보지 아니한다. 9. 타인의 저명한 저작권을 침해하거나 저명한 고인의 성명 등을 도용하여 출원한 상표는 공정하고 신용있는 거래질서 등 국제간의 신용질서를 침해할 우려가 있는 공서양속에 반하는 상표로 본다. 다만 저명한 고인의 성명 등의 경우 고인과 관련있는 기념사업회, 기념재단, 후원연구소나 단체 등의 동의가 있거나 고인의 성명을 관리하고 있는 기념재단, 기념사업회 등이 있는지 확인할 수 없거나 존재할 가능성이 없을 정도로 오래된 고인의 경우에는 다르게 판단할 수 있다. 10. 제4항에서 규정하는 타인의 상표를 모방하여 출원한 상표라 함은 타인의 창작성 있는 서체·도형 등의 상표를 동일 또는 극히 유사하게 출원하였거나 법제23조제1항제3호에 해당됨이 이의신청등을 통해서 입증되는 상표를 말한다. 11. 제7호, 제8호, 제9호, 제10호에 해당하는 상표인 경우 상품의 품질을 오인케 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표는 상표법 제7조제1항제11호를 함께 적용한다. 12. 본호의 규정은 원칙적으로 상표등록여부 결정시를 기준으로 하여 판단한다.

이러한 배경 하에 특허심판원의 심결을 살펴보면, 만화잡지인 만화 “리니지”는 만화 독자들 사이에서는 만화의 제호로서 어느 정도 알려져 있다고 볼 수 있다는 입장이다.[183] 그러나 만화의 제호 자체는 저작권으로 보호되는 것이 아니며, 이러한 경우 이는 상표의 주지저명성으로 연결되는 것이 아니라는 것이다. 한편, “리니지”라는 상표 또는 이들의 캐릭터를 통한 상품화 사업이 어느 정도의 규모로 이루어졌는가가 인용상표의 주지저명성을 판단하는 기초가 될 것인데, 이건 심판에 제출된 자료에서는 “리니지”와 관련한 상품화 사업이 있었음은 확인이 되나 그것이 주지저명성을 얻을 정도의 규모로 이루어졌다고 판단하기에는 근거가 불충분하여 인용표장이 주지저명하다고 볼 수 없으므로 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 할 수 없다고 하고 있다.

이는 상표심사기준 제18조 및 해석참고자료를 살펴보아도, 만화의 제호는 저작물이 아니므로 이는 공서양속에 반하지 아니하고(해석참고자료 9.), 청구인이 리니지

183) ①'윙크'에 '리니지(Lineage)'라는 만화를 연재 및 발간, ②만화애호가들을 대상으로 하여 만화영화로 만들기에 적합한 원작을 묻는 앙케에트조사 결과 '리니지'가 7위(1998표)를 차지, ③ '윙크'잡지의 부록의 형태로서 'Lineage Character Note Book', 리니지 일러스트파일, 리니지쾐시가방, Lineage Summer Calendar 등이 제작 공급(어느 정도로 어떻게 공급되었는지에 대해서는 파악이 되지 않음), ④'MinkWink' 및 '대원C&A'와 제휴하여 본격적인 상품화사업에 착수하였다는 주장(입증자료 부족)

와 관련된 상품화 사업을 하였더라도 이는 주지저명성이 없으므로 공정하고 신용있는 거래질서를 문란하게 한 것이 아니다고 판단하였음이 이해된다.

그리고 심결의 '판단'에서 청구인과 피천구인의 계약내용에 이에 더불어 주지저명성을 굳이 판단하지 않더라도 "제목, 인물설정, 지명, 인명, 일러스트 등을 이용하여 필요한 한도 내에서 게임을 제작하고 서비스 또는 판매를 할 수 있으며 제작결과물에 대하여 광고, 홍보, 캐릭터 등으로 활용할 수 있다"고 기재되어 이는 "독점적인 권리"를 갖는 것으로 해석되므로 이를 상표등록 받는다고 하여도 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해하는 것으로 보여지지 하니하며, 계약의 내용 중에는 피청구인의 상표등록에 대해 제약을 가하는 어떠한 내용도 없고, 계약 내용에 따라 "개발된 제품 등에 사용하던 이름을 상표로서 등록을 받은 행위"가 상표법상 타인의 상표 등을 모방한 행위에 해당한다고는 볼 수 없어 이건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 볼 수 없다고 하고 있다.

한편 제7조 제1항 제4호에 속하는 상표로서 상품의 품질을 오인케 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표는 제7조 제1항 제11호 "상품의 품질을 오인하게 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표"의 적용을 함께 적용하도록 하고 있다. 상표법 제7조 제1항 제11호의 중 "수요자를 기만한다"라 함은 그 상품 또는 상표가 수요자로 하여금 다른 기업의 상품 또는 상표로 오인을 유발할 우려가 있는 경우라고 할 것인데,[184] 이의 판단에 있어서는 주지저명하지는 않더라도 적어도 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 적어도 국내의 일반거래에 있어서 특정인의 상품 또는 상표라고 인정되어야 한다고 심결에서 관련 판례를 근거로 들어가며 밝히고 있다. 심결에서는 ① 청구인이 '리니지'와 관련하여 상품화 사업을 하였더라도 수요자에게 청구인의 것이라고 인식될 정도로 사업화가 되지 않았고, ② 청구인의 상품화 내용이 지정상품과는 거리가 멀고, ③ 게임의 급성장으로 인하여 '리니지'는 오히려 게임의 명칭으로 널리 알려지게 된 점을 들어 제7조 제1항 제11호에 해당되지 않는다고 하고 있다.

청구인 상품이 주지저명하지 아니하고, 상표의 유사여부는 그 상품 또는 서비스의

184) 상표심사기준 제25조(품질의 오인 또는 수요자기만) ①법제7조제1항제11호(이하 "본호"라 한다)에 규정하는 「상품의 품질을 오인케 한다」라 함은 상품의 품질 자체의 오인은 물론 상품자체을 오인케 할 경우를 포함한다.
②제1항에서 규정하는 상품의 품질 자체의 오인은 품질이 그 상품에 실질적으로 존재하느냐를 불문하고 그 상품이 그러한 품질을 가지고 있는 것으로 수요자에게 오인될 가능성이 있는 경우를 말하고 상품의 오인은 지정상품과의 관계에서 수요자에게 상품이 오인될 가능성이 있는 때를 말한다.
③본호에서 규정하는 「수요자를 기만한다」라 함은 그 상품 또는 상표가 수요자로 하여금 외국 또는 다른 기업의 상품 또는 상표로 오인을 유발할 우려가 있는 경우를 말하며 출원인의 기만의 의사 유무를 불문한다.

분류군이 비슷해야 그 유사성을 판단할 수 있는데, 이의 전제가 되는 서비스 분류가 다르다는 점을 지적하고 있다. 심결 본문에 나오듯이 피청구인의 지정상품은 상품류 구분 제9류 "광디스크, 자기디스크, 자기테이프, 기록된 컴퓨터소프트웨어, 자기식 크레디트카드, 녹음디스크, 영사된 필름, 녹음테이프, 기록된 컴퓨터작동 프로그램, 기록된 컴퓨터프로그램" 등이다. 만일 팬시사업 등과 관련하여 지정하여 상표등록을 한다면 이의 지정상품은 제16류 "종이, 판지 및 이들의 제품, 인쇄물, 제본용 재료, 사진, 문방구 등" 이 될 것이다.[185]

마지막으로 이건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호 "국내 또는 외국의 수요자간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표" 에 해당되는지의 여부에 있어서는 '리니지' 가 청구인의 상표로 현저하게 인식되어 있다고 볼 수 없고, 피청구인이 부정한 목적으로 이건 등록상표를 사용한다는 증거가 없으므로 이에 해당되지 아니한다고 하고 있다.

코 멘 트

이 사건에서 보듯이 상표의 경우 주지저명하지 않은 경우에는 상표의 부등록사유가 되지 않으므로 이를 등록할 수 있다. 그리고 흔히 실무에 있는 분들 중 상표를 처음 접하시는 분들의 경우 상표는 모든 상품에 미치는 것으로 오해를 하는 경우가 종종 있다. 상표의 효력은 그 지정상품 또는 서비스에 한하기 때문에 같은 상표를 서로 다른 상품류로 지정하는 경우(가방류로 하여 출원하는 경우와 소프트웨어로 출원하는 각각의 경우)에는 상호 저촉되지 않는다는 것에 주의해야 한다.

관련판례 및 참고문헌

최성우, 「주제별 상표법」, 한빛지적소유권센터, 2000.

이경호, "상표법 제7조 제1항 제12호의 적용에 있어서 周知(度) 또는 著名(性)의 用例에 대한 고찰(상)", http://www.kipo.go.kr/home/portal/html/news/NewKnowU12.html

樋口豊治, "商標法上の上品役務とその類否", 素漂 金明信 先生 回甲記念論文集, 2004.

185) 상품분류에 관하여는 특허청홈페이지(http://www.kipo.go.kr), '정보검색' 중 '상품분류'를, 상품·서비스의 유사여부판단은 "유사상품·서비스업 심사기준(2002. 6. 26. 특허청 예규 제 23 호)" 참조.

3. 유사상표출원: ‘IMPRESSION’ 사건

– 특허법원 2002허5098 결정, 거절결정(상)

상표법 제7조에는 상표등록을 받을 수 없는 상표에 대한 개별적인 사안들이 정의되어 있다. 그중에서 유사상표에 대한 규정은 제7조 제1항에 있다. “선출원에 의한 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표로서 그 등록상표의 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표”가 동일유사상표이다.

이 말을 알기 쉽게 풀이하면, 어떤 사람이 출원한 “A+”라는 상표가 다른 사람이 먼저 출원한 “A”라는 상표와 비슷하고, 또한 “A+”라는 상표를 사용하겠다고 지정한 제품이나 서비스가 먼저 출원된 “A”라는 상표와 같거나 비슷하면 상표등록을 받을 수 없다는 뜻이다.

상표의 유사여부를 심사할 때는 첫째, 지정상품이 유사한지를 먼저 살펴보며, 지정상품이 유사하다고 판단되면 둘째, 상표 자체의 유사성을 따져서 상표등록 여부를 결정짓게 된다.

사건 개요

국내 주식회사 L사가 “Impression”이라는 상표를 ‘컴퓨터전자오락기구’를 포함하고 있는 제39류로 상품구분하여 1992년 12월 17일 출원하였고, 1994년 1월 15일 상표 제283183호로 등록되었다. 이후 미국의 온라인 게임회사 S사가 2000년 5월 22일 이와 유사한 상표를 ‘컴퓨터게임 및 소프트웨어 및 게임메뉴얼’을 지정상품으로 하여 출원하였으나, L사의 선출원 상표와 유사하여 2001년 12월 11일 출원이 거절결정 되자, 2002년 특허심판원에 이에 대한 거절결정 불복심판을 청구하였다. 그러나 이것도 같은 이유로 기각되었으며, 이에 불복한 S사(이 사건 원고)는 특허심판원의 심결을 취소하기 위하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하였지만 역시 “타인의 선등록 상표와 동일 또는 유사한 상표(상표법 제7조 제1항 제7호)”에 해당된다고 판단되어 청구가 기각된 사건이다.

판결 요지

가. 출원상표 중 “CITY BUILDING SERIES” 및 “IMPRESSIONS”와 인용상표가 식별력이 있는지의 여부

이 사건 출원상표의 지정상품 '컴퓨터게임 소프트웨어 및 게임매뉴얼' 은 '도시빌딩(건물)을 건설하는 컴퓨터 게임에 관한 소프트웨어 또는 매뉴얼' 을 포함하는 것이므로, 이 사건 출원상표 중 "CITY BUILDING SERIES" 는 '도시빌딩(건물)시리즈' 등의 의미를 갖는 서술적 표현으로서 이 사건 출원상표의 지정상품의 용도, 효능 등의 성질을 표시하는 표장으로서 식별력이 없다고 할 것이다.

나. 이 사건 출원상표와 인용상표의 표장이 유사한지의 여부

양 상표는 도형의 유무, 문자의 배치형태 및 글자수 등에 있어서 현저하게 차이가 있어 외관에 있어서는 유사하지 아니하다. 그러나 호칭 및 관념에 있어서는, 이 사건 출원상표의 문자부분 중 "CITY BUILDING SERIES" 는 식별력이 없는 부분이므로, 이 사건 출원상표는 식별력 있는 요부인 "IMPRESSIONS" 에 의하여 호칭되고 관념될 수 있다. 따라서 이 사건 출원상표가 "IMPRESSIONS" 만에 의하여 "임프레션즈" 로 호칭되고 '인상, 감명, 느낌 ' 등으로 관념되는 경우 인용상표와 그 호칭 및 관념이 동일·유사하다.

판 결

1. 기초사실

가. 이 사건 출원상표의 내용

⑴ 출원번호: 제2000 - 24341호
⑵ 출원일: 2000. 5. 22.
⑶ 표장:

⑷ 지정상품{상표법시행규칙 제6조 제1항의 별표 1 상품류 구분 제9류}: 컴퓨터게임 소프트웨어 및 게임매뉴얼

나. 인용상표의 내용

⑴ 등록번호: 제283183호
⑵ 등록일(출원일): 1994. 1. 15.(1992. 12. 17.)

⑶ 표장: IMPRESSION
⑷ 지정상품{구 상표법시행규칙(1998. 2. 23. 통상산업부령 제83호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항의 별표 1 상품류 구분 제39류}: 배전반, 백열전구, 건전지, 전기냉장고, 오실로그래프, 동력케이블, 티브이게임세트, 모사전송기, 녹음기계기구, 전자계산기, 레코드플레이어, 콤팩트디스크플레이어, 컴퓨터전자오락기구, 전기절연용애자

다. 이 사건 심결의 경위

원고는, 이 사건 출원상표에 관하여 특허청에 상표등록출원을 하였으나, 특허청은 2001. 12. 10. 이 사건 출원상표는 선등록상표인 인용상표와 유사하다는 이유로 상표법 제7조 제1항 제7호의 규정에 의하여 거절결정을 하였다.
이에 원고는 위 거절결정의 취소를 구하는 심판을 청구하였던바, 특허심판원은 이심판청구 사건을 2002원389호로 심리하여 2002. 6. 29. 다음 라.항과 같은 이유로 원고의 심판청구를 기각하는 이 사건 심결을 하였다.

라. 이 사건 심결 이유의 요지

⑴ 이 사건 출원상표는 문자부분의 “CITY BUILDING SERIES"와 ”IMPRESSION"이 표장의 상부와 하부에 분리되어 있어 일체적으로 구성된 것이라고 할 수 없으므로 “시티빌딩시리즈” 또는 “임프레션”으로 분리되어 호칭하는 것이 자연스럽고, ‘도시건설시리즈’ 또는 ‘도시건물시리즈’와 ‘인상, 감동’ 등으로 관념될 수 있으며, 이 사건 출원상표 중 “CITY BUILDING SERIES"는 서술적이고 기술적인 표장이어서 식별력이 매우 약한 부분인데, 한편 인용상표는 ”임프레션“으로 호칭되고 ‘인상, 감동’으로 관념되므로, 이 사건 출원상표가 ”IMPRESSION"만으로 분리되어 호칭되고 관념되는 경우에 양 상표는 그 호칭 및 관념이 동일하다. 그리고 양 상표는 그 지정상품도 유사하므로 양 상표가 그 지정상품에 사용되는 경우 일반 수요자 또는 거래자로 하여금 상품 출처의 오인·혼동을 불러일으킬 우려가 있다.
⑵ 따라서 상표법 제7조 제1항 제7호의 규정에 의하여 이 사건 출원상표의 등록을 거절한 원결정은 정당하다.

2. 원고가 주장하는 심결 취소사유의 요지

도형과 여러 개 영문자 단어들이 결합하여 구성된 이 사건 출원상표는 그 특징적인 도형 부분에 의하여 인용상표와 외관이 현저하게 달라 전체로서 명확하게 구별되고, 호칭 및 관념에 있어서도 “CITY BUILDING SERIES" 부분이 강하게 인식되어 인용상표와 쉽게 구별되므로, 이 사건 출원상표와 인용상표는 그 외관, 호칭 및 관념이 상이하여 전체적으로 서로 유사하지 아니한 상표이다.

3. 판단

가. 이 사건 출원상표와 인용상표의 표장의 유사 여부

⑴ 우선 이 사건 출원상표 중 “CITY BUILDING SERIES" 및 ” IMPRESSIONS"와 인용상표가 식별력이 있는지를 살펴본다.

을 2의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 도시건설에 관한 컴퓨터 게임인 "시저 Ⅲ(Caeser Ⅲ)", "제우스: 마스터 오브 올림푸스(Zeus: Master of Olympus) " 등의 임프레션 게임 시리즈(Impressions Games)를 개발하여 보급하여 온 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 출원상표의 지정상품 ‘컴퓨터게임 소프트웨어 및 게임 매뉴얼’은 ‘도시빌딩(건물)을 건설하는 컴퓨터 게임에 관한 소프트웨어 또는 매뉴얼’을 포함하는 것이므로, 이 사건 출원상표 중 “CITY BUILDING SERIES"는 ‘도시빌딩(건물)시리즈’ 등의 의미를 갖는 서술적 표현으로서 이 사건 출원상표의 지정상품의 용도, 효능 등의 성질을 표시하는 표장으로서 식별력이 없다고 할 것이다.

그리고 이 사건 출원상표 중 “IMPRESSIONS"는 "IMPRESSION”에 “S"를 결합한 복수 형태이므로, 이 사건 출원상표 중 “IMPRESSIONS"과 인용상표는 모두 ‘인상, 감명, 느낌’ 등의 의미를 갖는데, 이 사건 출원상표와 인용상표의 지정상품에서 일반적으로 사용되는 단어가 아닐 뿐 아니라 ” IMPRESSION(S)"이라는 표장을 그 지정상품에 사용하는 경우 일반 수요자들이 그 품질이 아주 훌륭한 것이라고 직감할 수 있다고 할 수도 없으므로, 이 사건 출원상표 중 “IMPRESSIONS"과 인용상표는 그 지정상품과 관련하여 식별력이 있다고 할 것이다.

⑵ 다음으로 이 사건 출원상표와 인용상표의 표장이 유사한지를 살펴본다.

이 사건 출원상표는 도형 “ ”과 그 도형의 중간 부분의 위·아래에 에 작은 글씨로 표기된 영문자 “CITY BUILDING SERIES" 및 ” IMPRESSIONS"가 결합하여 구성된 상표이고, 인용상표는 영문자 “IMPRESSION"만으로 구성된 상표인바, 양 상표는 도형의 유무, 문자의 배치형태 및 글자수 등에 있어서 현저하게 차이가 있어 외관에 있어서는 유사하지 아니하다.

그러나 호칭 및 관념에 있어서는, 이 사건 출원상표 중 도형부분과 문자부분은 이를 분리하여 관찰하면 자연스럽지 못할 정도로 일련불가분적으로 결합되어 있다고 할 수 없고, 이 사건 출원상표의 문자부분 중 “CITY BUILDING SERIES"는 앞서 본 바와 같이 식별력이 없는 부분이므로, 이 사건 출원상표는 식별력 있는 요부인 ” IMPRESSIONS"에 의하여 호칭되고 관념될 수 있다. 따라서 이 사건 출원상표가 ” IMPRESSIONS"만에 의하여 “임프레션즈”로 호칭되고 “인상, 감명, 느낌 ‘ 등으로 관념되는 경우 인용상표와 그 호칭 및 관념이 동일·유사하다.

그러므로 이 사건 출원상표와 인용상표는 그 외관은 유사하지 아니하나 그 요부의 호칭 및

관념이 동일·유사하여 전체적, 객관적, 이격적으로 관찰하면 동일·유사한 지정상품에 사용하는 경우 상품 출처의 오인·혼동을 일으킬 염려가 있으므로 전체적으로 서로 유사한 표장이다.

나. 이 사건 출원상표와 인용상표의 지정상품의 유사 여부

이 사건 출원상표의 지정상품과 인용상표의 지정상품 중 '컴퓨터전자오락기구'는 모두 컴퓨터전자오락에 관한 컴퓨터소프트웨어 또는 하드웨어에 속하는 상품으로서, 컴퓨터를 이용한 게임이나 오락을 하기 위한 것이므로 그 용도가 동일하거나 유사하고, 컴퓨터게임 제품을 생산하는 업체에 의하여 생산되어 컴퓨터게임 제품을 판매하는 유통망을 통하여 판매되고 있으며 컴퓨터게임 등을 하는 사람들이 수요자라고 할 것이어서, 생산부분, 판매부문 및 수요자의 범위 등이 동일하거나 중복되므로, 서로 동일·유사한 상품이다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 출원상표는 상표법 제7조 제1항 제7호의 규정에 의하여 등록될 수 없으므로, 이와 결론이 같은 이 사건 심결은 정당하고, 원고의 청구는 이유 없어 기각한다.

연 구

이 사건은 상표법 제7조 제1항 제7호 "선출원에 의한 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표로서 그 등록상표의 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표"에 대한 판단 여부가 문제된 사건이다.

1. 선출원에 의한 타인의 등록상표

① 타인

타인(他人)이라 함은 법률상 다른 주체를 의미하므로 동일한 기업그룹 내에 속한다 할지라도 권리주체가 다른 계열회사는 타인에 해당된다. 또한 인용표장의 권리자가 2인 이상일 경우에는 그 구성원의 전부가 일치하지 아니하는 한 타인에 해당하는 것으로 본다(상표심사기준 제21조 해석참고자료 1).

② 선출원

상표심사기준에는 타인의 선출원에 의한 선등록상표를 말하며 후출원에 의한 선등록 상표는 이에 포함되지 않는다고 규정한다. 그리고 후출원에 의한 선등록상표

는 동일·유사한 선출원 상표의 등록을 거부하지 못하므로, 이 경우 선등록 상표가 심판 또는 재판에 의하여 무효로 확정되지 않는 한 두 권리는 병존하는 것으로 하고 있다.

2. 상표의 동일 또는 유사

상표의 동일 또는 유사를 판단함에 있어서는 전체적, 객관적, 이격적 관찰을 원칙으로 하되 상표구성 중 "인상적인 부분(요부)"에 대하여 중점적으로 비교한다. 상표의 유사판단은 원칙적으로 상표의 칭호, 외관, 관념 중 어느 하나가 유사하여 거래상 상품출처의 오인, 혼동의 우려가 있는 상표는 유사한 것으로 본다. 다만, 칭호, 외관, 관념 중 어느 하나가 유사하더라도 전체적으로 현격한 차이가 있어 거래상 상품의 출처오인, 혼동을 일으킬 염려가 없는 때에는 그러하지 아니하다. 그리고 상표의 유사여부판단은 그 상표가 사용될 상품의 주된 수요계층과 기타 상품의 거래실정을 고려하여 '평균수요자의 주의력을 기준'으로 판단하여야 한다.(상표심사기준 제21조 제2~4항)

본 사건의 원고(미국의 온라인게임회사 S사)가 '컴퓨터게임 및 소프트웨어 및 게임메뉴얼'을 지정상품으로 하여 출원한 상표가 "CITY BUILDING SERIES"와 "IMPRESSION"이 표장의 상부와 하부에 분리되어 있다고 하더라도 이 사건 출원상표 중 도형부분과 문자부분은 이를 분리하여 관찰하면 자연스럽지 못할 정도로 일련 불가분적으로 결합되어 있다고 할 수 없고, 이 사건 출원상표의 문자부분 중 "CITY BUILDING SERIES"는 "도시빌딩을 건설하는 컴퓨터게임의 소프트웨어 또는 매뉴얼"의 의미를 포함하고 있으며, 특히 "CITY BUILDING SERIES"는 "도시빌딩 시리즈"라는 서술적 표장이므로 식별력이 없다.

따라서 앞에서 살펴본바와 같이 상표구성 중 식별력 있는 "인상적인 부분(요부)"인 "IMPRESSIONS"에 의하여 "임프레션즈"로 호칭되고 '인상, 감명, 느낌' 등으로 관념된다. 인용상표인 L사의 "IMPRESSION"은 글자 수는 다르나 호칭 및 관념이 유사하다.

따라서 법원의 판단과 같이 S사의 출원 상표와 인용상표는 도형의 유무, 문자의 배치형태 및 글자 수에 있어서 차이가 있어 외관은 비유사하나 그 상표의 요부만으로 판단할 때는 유사하고, 지정상품류인 L사의 '컴퓨터전자오락기구'와 유사하므

로 상표법 제7조 제1항 제7호에 의하여 등록될 수 없다고 한 것은 타당하다.

코 멘 트

게임과 관련하여서는 지정상품류가 유사하므로 상표의 동일유사 여부가 문제되는 경우가 종종 있다. 상표의 동일 또는 유사를 판단함에 있어서는 인상적인 부분(요부)에 대하여 전체적, 객관적, 이격적으로 관찰한다. 이격적 관찰이라 함은 대비적 관찰에 대응한 개념으로서 후자는 양상표를 나란히 놓고 유사여부를 판단하는 방법이고, 전자는 때와 장소를 달리하여 상표를 접하는 수요자의 불확실한 기억을 토대로 하여 유사여부를 판단하는 방법을 말한다.

그리하여 상표의 칭호, 외관, 관념 중 어느 하나가 유사하여 거래상 상품출처의 오인, 혼동의 우려가 있는 상표는 유사한 것으로 보고 있다. 그리고 상표의 유사여부판단은 그 상표가 사용될 상품의 주된 수요계층과 기타 상품의 거래 실정을 고려하여 '평균수요자의 주의력을 기준'으로 판단하고 있음을 유의하도록 한다.

관련판례 및 참고문헌

특허심판원 2002원389호 사건

4. 병행수입: 스타크래프트 병행수입 사건

- 무역위원회 제2002-15호, 컴퓨터게임 소프트웨어 수입의 상표전용사용권침해 여부 조사(2002. 6. 27)

"병행수입(Parallel Import or Gray Import)"이란 독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우, 외국에서 적법하게 상표를 사용할 수 있는 권리를 가진 자에 의하여 상표가 부착되어 배포된 상품인 '진정상품(眞正商品)'을 제3자가 다른 유통경로를 통해 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 것을 말한다.

사건 개요

H사가 국내 판권을 소유하고 있는 ‘스타크래프트’, ‘디아블로 2’ 등의 밀리언셀러가 용산에 둥지를 틀고 있는 몇몇 게임유통사에 의해 직수입되어 일반소비자들에게 유통되기 시작하자, H사는 자사가 판권을 소유한 게임에 대해 법적인 상표권 등록을 취득한 뒤 2002년 2월 서울지방법원에 판매금지가처분 신청서를 제출하였고, 법원이 이를 받아들이자, 2003년 3월 용산전자상가를 중심으로 대대적인 가압류조치를 하였다. 이에 반발하는 B사 등 직수입상들이 가압류는 부당하다며 2002년 3월 이의신청을 제기하였다.

이와는 별도로 스타크래프트와 디아블로에 대해 미국 DAI사로부터 국내 상표전용사용권을 설정한 H사(본 사건의 ‘신청인’)는 이들 게임을 외국의 유통업자로부터 직수입해 국내에 판매해온 B사와 N사(본 사건의 ‘피신청인’)에 대해 자사의 지적재산권(상표전용사용권)을 침해하는 불공정무역행위로 간주하여 2002년 2월 이에 대한 조사 및 수입금지조치를 무역위원회에 요청하였다. 이에 산업자원부 무역위원회는 2002년 6월 28일 '스타크래프트'와 '디아블로'를 병행수입해온 B사와 N사에 대해 수입 행위를 중지하는 시정조치명령을 부과하였다.

의 결

의안번호 : 제2002-15호
조사번호 : 구제 4-1-2002-3
건 명 : 컴퓨터게임 소프트웨어 수입의 상표전용사용권침해여부 조사

무역위원회는 상기 건에 대하여 적법한 심의를 거쳐 주문과 같이 의결한다.

- 주 문 -

1. 무역위원회는 (주)○엔○와 ○○○ 인터랙티브에 대하여 향후 컴퓨터게임 소프트웨어(스타크래프트 및 디아블로)의 수입행위를 중지하는 시정조치 명령을 부과할 것을 의결한다.

[심의요지]

(주)○엔○와 ○○○ 인터랙티브(이하 “피신청인”이라 지칭함)가 컴퓨터게임 소프트웨어(스

타크래프트 및 디아블로 : 이하 “본건게임물”이라 지칭함)를 이에 대한 국내 상표전용사용권자인 (주)ㅇㅇ소프트(이하 “신청인”이라 지칭함)의 허락없이 외국 유통업자로부터 직수입하여 국내에서 판매하는 행위에 대하여 무역위원회(이하 “위원회”라 약칭함)는 관련법규에 따라서 다음과 같이 심의하였다.

– 다 음 –

위원회는 피신청인의 병행수입 행위가 신청인의 지적재산권(상표전용사용권)을 침해하는지 여부를 판단하기 위하여 무역조사실이제출한 『컴퓨터게임 소프트웨어 수입의 상표전용사용권 침해여부조사보고서』(이하 “조사보고서”라 약칭함)를 검토하였다.
동 조사보고서에 의하면, 신청인은 청소년들에게 폭발적인 인기를 끌고 있는 본건 게임물에 대하여 미국 블리자드社로부터 국내 상표전용사용권을 설정한 자로서, 피신청인이 본건 게임물을 외국의유통업자로부터 직수입하여 국내에서 판매하는 행위가 「불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률」제4조제1호에서 금지하고 있는 불공정한 무역행위로서 신청인의 지적재산권(상표전용사용권)을 침해하므로 이에 대한 조사 및 적절한 조치를 요청하였다.

병행수입(parallel importation)이란, 외국에서 적법하게 상표가 부착되어 유통되는 진정상품을 제3자가 국내의 상표권자 또는 상표전용사용권자의 허락 없이 수입하는 행위로서, 지금까지 이의 허용여부에 대해서는 현행 국내법상 명시적인 실체법적 판단기준이 없는 가운데 케이스별로 판례에 의하여 부분적으로 논의되는데 그쳐 왔다.
따라서, 위원회는 국내외 제도 및 판례에 대한 심도 있는 검토를 통하여 다음과 같은 5가지의 구체적인 병행수입 허용요건을 제시하고, 동 요건에의 충족 혹은 합치여부를 바탕으로 본건 게임물에 대한 병행수입 허용여부를 최종적으로 판단하였다.

〈 병행수입의 허용 요건 〉
① 국내 상표권자등에 의한 해당 권리의 등록 여부
② 외국 상표권자와 국내 상표권자등과의 동일성 여부
③ 국내 상표권자등에 의한 해당 상품의 제조·판매 여부
④ 국내 상품과 병행수입 상품간 품질의 동일성 여부
⑤ 기존 상표권자등의 독자적인 신용(Goodwill) 형성 여부

상기 허용 요건에 따르면, 첫째, 신청인은 본건 게임물에 대하여 2002. 1. 22자로 대한민국 전역을 지역으로 2002.12.31까지 유효한 상표전용사용권을 특허청에 등록하였고, 둘째, 신청인과 블리자드社간에는 동일인 관계(동일회사, 계열회사, 수입대리점)가 없는 것으로 확인되었으며, 셋째, 신청인은 블리자드社로부터 제공받은 마스터 CD를 이용하여 LG LCD 청주공장에서 OEM방식으로 국내 공급용 제품을 제작판매하고 있었고, 넷째, 한글용으로 제공될 뿐만 아니라 15세 이용이 가능한 ‘틴버전’으로 제작·판매되는 신청인의 제품은 피신청인의 병행수입품과 품질의 차이가 있는 것으로 인정되었으며, 다섯째, ‘98.4월 이후에 신

청인은 본건 게임물의 인지도 향상 및 유지를 위하여 전용 웹사이트 개설·운영, 전용서버 증설, 콜 센터 운영 등 다양한 투자를 실시함으로써 독자적인 신용(Goodwill)을 형성하는 등 5가지 요건 모두 피신청인의 본건 게임물에 대한 병행수입행위는 신청인의 지적재산권(상표전용사용권)을 침해하는 것으로서 금지 가능한 것으로 조사되었다.

이에 따라, 위원회는 「불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률」제10조의 규정에 따라 피신청인에 대하여 향후 본건 게임물에 대한 수입행위를 중지토록 하는 시정조치 명령을 부과할 것을 의결하였다.

연 구

그간 병행수입과 관련하여 이를 인정하는 판결과 그렇지 않은 판결이 있었는데, 게임과 관련하여서 무역위원회가 그 기준을 제시하였다. 이하에서는 병행수입의 의의와 어떠한 경우 병행수입이 금지되는 것인지 살펴보도록 하겠다.[186]

병행수입(Parallel Import or Gray Import)이란 독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품(즉, 외국에서 적법하게 상표를 사용할 수 있는 권리가 있는 자에 의하여 상표가 부착되어 배포된 상품)을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 것을 말한다.

■ 병행수입의 허용론과 금지론 비교[187]

구분	내 용	근 거
금지론	ㅇ상표권은 각국마다 독립적이므로 진정상품인지 여부에 관계없이 수입국의 상표권자 또는 전용사용권자의 허락없이 동일한 상표가 부착된 상품을 수입하는 것은 상표권의 침해	ㅇ속지주의 원칙(파리조약 제6조 제3항)[188] ㅇ병행수입품의 판매업자는 정당권리자의 광고 및 투자, 대고객 서비스 체제에 무임승차하여 부당이득 ㅇ병행수입품은 A/S등의 품질관리에 문제가 있어 정당권리자의 신용훼손 및 소비자에게 손해 미칠 우려 ㅇ금지권이 각국별로 미치지 않는다면 각국별로 등록 이유가 없고, 사용권제도도 무의미해짐

186) 하급심 판결인 판매금지가처분의 전문을 입수하지 못하여, 무역위원회의 의결로 병행수입에 관한 문제를 고찰함을 양해 바란다. 무역위원회의 결정은 병행수입의 기준을 제시하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

187) 최성우, 앞의책, 452~453면 재구성.

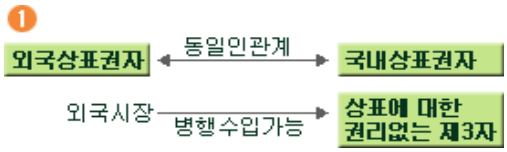
188) 제6조(상표 : 등록조건, 상이한 국가에서의 동일한 상표 보호의 독립)
3. 일 동맹국에서 정당하게 등록된 상표는 원국가를 포함하는 타 동맹국에서 등록된 상표와 독립적인 것으로 간주된다.

허용론	ㅇ상표권을 일단 적법하게 사용하여 상품을 유통하였다면 국내외를 막론하고 상표권은 이미 소모된 것이므로 권리주장을 할 수 없음(국제적 소진론) ㅇ병행수입이 상표의 출처표시기능을 해하지 않고 공중에게 오인·혼동을 생기게 할 위험이 없는 때에는 상표의 기능이 침해당하는 것이 아니므로 상표권의 침해가 아님(상표기능론)	ㅇ소비자들은 다양한 종류의 상품을 저렴한 가격으로 구입할 선택권 있음 ㅇ병행수입을 금지하면 가격차별 및 재판매가격 유지행위를 통해 국제시장을 통제하려는 다국적기업의 독점이윤만을 보장하는 것이 됨 ㅇ상표의 출처표시기능이 약화되고 품질보증기능이 강화되는 현실에서 수요자의 신뢰이익을 해칠 염려가 크지 않음

병행수입은 그 허용여부에 따라 금지론과 허용론이 나누어진다. 상표법은 '수입'을 상표의 사용의 하나로 정의하고(상표법 제2조 제1항 제6호 나목),[189] 정당한 권원 없이 제3자가 등록상표와 동일 유사한 상표를 동일 또는 유사상품에 사용하는 것을 상표권의 침해로 규정하고 있다(상표법 제66조).[190] 따라서 상표법대로 해석하는 한 진정상품이라 할지라도 국내의 등록상표권의 효력범위에 속하는 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 상표법 각 규정은 상표법의 목적과 상표의 기능에 비추어 합목적적으로 해석되어야 한다는 점에서 국제적소진론이나 상표기능론을 배척하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.[191]

한편, 병행수입과 관련하여 병행수입허용기준(지적재산권보호를위한수출입통관사무처리에관한고시 제1-3조)에는 다음의 경우에 병행수입을 허용한다.

① 국내외 상표권자가 동일인이거나 계열회사관계(주식의 30%이상을 소유하면서 최다출자자인 경우), 수입대리점관계 등 동일인으로 볼 수 있는 관계(이하 동일인관계라 한다)가 있는 경우



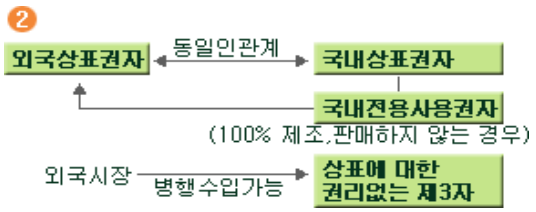
② 외국의 상표권자와 동일인관계에 있는 국내상표권자로부터 전용사용권을 설정

189) 상표법 제2조(정의) ①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
6. "상표의 사용"이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.
나. 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 **수입**하는 행위

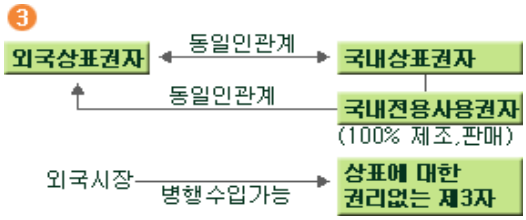
190) 상표법 제66조 (침해로 보는 행위) 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 상표권 또는 전용사용권을 침해한 것으로 본다.
1. 타인의 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 타인의 등록상표와 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위

191) 최성우, 「주제별 상표법」, 한빛지적소유권센터, 2000, 455면.

받은 경우



③ 다만 외국의 상표권자와 동일인관계에 있는 국내상표권자로부터 전용사용권을 설정 받은 국내전용사용권자가 당해상표가 부착된 물품을 제조·판매하는 경우에는 국내전용사용권자와 외국의 상표권자가 동일인 관계에 있는 경우



그리고 이번 무역위원회는 국내외 제도 및 판례에 대한 심도 있는 검토를 통하여 다음과 같은 5가지의 구체적인 병행수입 허용여부에 관한 심판기준을 국내 최초로 제시하였으며, 이 기준의 충족 또는 합치여부를 바탕으로 본건 컴퓨터게임 소프트웨어에 대한 병행수입 허용여부를 판단하였다.

■ 무역위원회의 병행수입 판단기준 및 근거

병행수입판단 기준	근 거
① 국내 상표권자등에 의한 해당 권리의 등록 여부	○ H사(본 사건 '신청인')는 스타크래프트(상표등록번호 제492769호)와 디아블로(상표등록번호 제476880호)에 대하여 특허청 상표등록원부에 상표전용사용권을 등록하였고, 이러한 등록된 권리는 법적으로 보호할 필요성이 있으므로 병행수입을 금지
② 외국 상표권자와 국내 상표권자등과의 동일성 여부	○ H사와 미국 블리자드社가 동일인 관계인 경우에 병행수입을 금지하면 과다한 독점이익을 보장하는 결과를 초래하게 되므로 병행수입을 허용하는 것이 바람직하며, 본건의 경우에는 동일인 관계가 아니므로 병행수입을 금지
③ 국내 상표권자등에 의한 해당 상품의 제조·판매 여부	○ H사가 미국 블리자드社로부터 스타크래프트와 디아블로를 수입하여 판매하지 않고 국내에서 제조·판매하는 경우 이로 인한 고용, 생산유발, 소득창출 등의 효과가 국내에서 발생하므로 병행수입을 금지하여 H사의 투자활동을 보호
④ 국내 상품과 병행수	○ H사의 제품과 병행수입품 간에 품질의 차이가 있는 경우에 병행수

입 상품간 품질의 동일성 여부	입을 허용하면 소비자는 A/S등의 측면에서 품질이 떨어지는 병행수입품을 H사의 제품으로 오인하여 구입할 가능성이 있고, 이는 결국 소비자의 피해로 귀결될 수 있으므로 이러한 경우에는 병행수입을 금지함으로써 소비자를 보호
⑤ 국내 상표권자등의 독자적인 신용(Goodwill) 형성 여부	ㅇ H사가 전용 웹사이트 개설 및 운영, 전용서버 증설, 콜센터 운영 등을 통하여 이미 다양한 투자를 함으로써 독자적인 신용(Goodwill)을 형성한 경우에는 병행수입을 금지하여 이에 대한 병행수입업자의 무임승차(free-riding)행위를 막음

코 멘 트

진정상품의 병행수입을 허용할 것인지의 문제는 상표권자와 소비자 및 병행수입업자의 이익이 첨예하게 대립되는 문제이다. 교통과 통신의 발달, 상품유통의 촉진, 경쟁촉진, 물가안정 및 수요자의 후생증대와 같은 국가정책적인 목적 등을 고려할 때 병행수입을 완전히 저지할 수는 없다. 문제는 상표권자의 신용을 보호하고, 병행수입업자의 부당한 편승을 방지하며, 상품품질의 동일성을 보장하여 일반 수요자가 손해를 보지 않도록 합리적인 균형점을 찾는 일이다.

이번 사건과 같이 병행수입으로 정당한 상표권을 가진 상표권자의 이익을 침해하는 경우가 발생될 수 있으므로 무역위원회의 이번 판단기준을 잘 숙지하여 미연에 분쟁을 방지하여야 할 것이다.

한편, 본 사건의 신청인인 H사는 일부 수입업체에 대한 무역위원회의 병행수입금지 결정에도 불구하고 무분별한 병행수입이 지속되고 있다며 병행수입품의 범람에 대한 적극적 대응하기 위하여 2004. 8. 26.일 미국 블리자드엔터테인먼트의 게임을 대상으로 병행수입품 사용에 대해 대대적인 단속에 나서기로 했다고 공시했다. 또한 병행수입품을 PC방 등에서 상업적으로 사용하는 것에 대해 8월 말부터 본격적인 단속에 나서고 향후 해당 수입업체와 유통사 등을 상대로 법적 절차를 진행할 계획이라고 한다.

관련판례 및 참고문헌

최성우, 「주제별 상표법」, 한빛지적소유권센터, 2000,

제4절 부정경쟁행위

1. 부정경쟁행위의 개요

부정경쟁방지및영업비밀에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)은 타인의 등록 혹은 미등록 저명상표에 대해서 그 상표의 가치나 영업주체를 혼동하게 하는 특정 행위를 열거하는 방식으로 규제하고 있다.

부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 대한 규제방법으로, 민사적으로는 부정경쟁행위로 인하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에게 부정경쟁행위 금지청구권(부정경쟁방지법 제4조), 손해배상청구권(동법 제5조) 및 신용회복조치청구권(동법 제6조) 등을 부여하고 있고, 또한 부정경쟁행위를 하는 자에게 특허청장의 시정권고(동법 제8조)라는 행정 규제를 인정하고 있으며, 형사처벌 규정(동법 제18조, 제19조)도 두고 있다.

상표는 기본적 기능으로 자타상품(自他商品)을 식별하는 기능을 하여 일반 수요자가 해당 상표를 혼동하지 않게 하며,[192] 이에 관해서는 상표법 및 부정경쟁방지법에 규율하고 있다. 이러한 상표의 자타상품식별기능으로 인해 일반 수요자들은 상품에 대한 오인·혼동이 없이 생활할 수 있으며, 상표 사용자의 업무상의 신용유지를 도모하고, 수요자의 이익이 보호된다.

상표법과 부정경쟁방지법은 보호방법에 있어서 차이점을 가지고 있다. 상표는 특정한 영업주체의 상품을 표창하는 것으로서 그 출처의 동일성을 식별하게 함으로써 그 상품의 품위 및 성질을 보증하는 작용을 하며, 상표법은 이와 같은 상표의 출처 식별 및 품질보증의 기능을 보호함으로써 당해 상표의 사용에 의하여 축조된 상표권자의 기업신뢰이익을 보호하고 유통질서를 유지하며 수요자로 하여금 상품의 출처의 동일성을 식별하게 하여 수요자가 요구하는 일정한 품질의 상품 구입을 가능하게 함으로써 수요자의 이익을 보호한다.[193]

---

192) 상표는 자타상품식별력(自他商標識別力)이라는 기본적인 기능 말고도 파생적 기능으로 품질보증기능, 출처표시기능, 광고기능, 선전기능, 신용보증기능, 소비자 보호기능, 재산적 기능 등 다양한 기능을 가지고 있다.

193) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결.

■ 부정경쟁방지법에 열거된 부정경쟁행위의 종류

구 분	내 용
상품주체혼동 야기행위 (제2조 제1항 가목)	○ 국내에 널리 인식된 타인의 성명、상호、상표、상품의 용기、포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매、반포 또는 수입、수출하여 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위
영업주체혼동 야기행위 (제2조 제1항 나목)	○ 국내에 널리 인식된 타인의 성명、상호、표장 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 하는 행위
유명상표 식별력·명성 손상행위 (제2조 제1항 다목)	○ 가목 또는 나목의 규정에 의한 혼동을 하게 하는 행위외에 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명、상호、상표、상품의 용기、포장 그밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매、반포 또는 수입、수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위
원산지 허위표시행위 (제2조 제1항 라목)	○ 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매、반포 또는 수입、수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위
상품출처지 오인야기행위 (제2조 제1항 마목)	○ 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산、제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매、반포 또는 수입、수출하는 행위
상품사칭 및 상품의 질량오인야기행위 (제2조 제1항 바목)	○ 타인의 상품을 사칭하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질、내용、제조방법、용도 또는 수량의 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매、반포 또는 수입、수출하는 행위
대리인의 상표무단사용행위 (제2조 제1항 사목)	○ 공업소유권의보호를위한파리협약(이하 "파리협약"이라 한다) 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 상표법조약의 체약국에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위를 한 날부터 1년 이전에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 당해 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 이와 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매、반포 또는 수입、수출하는 행위
도메인네임 부정취득행위 (제2조 제1항 아목)	○ 정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명、상호、상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록、보유、이전 또는 사용하는 행위 (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적 (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적 (3) 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적
상품형태모방행위 (제2조 제1항 자목)	○ 타인이 제작한 상품의 형태(형상、모양、색채、광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품을 양도、대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입、수출하는 행위. 다만, 다음 어느 하나에 해당하는 행위를 제외 (1) 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 경과된 상품의 형태를 모방한 상품을 양도、대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입、수출하는 행위 (2) 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일 또는 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 갖는 형태를 모방한 상품을 양도、대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입、수출하는 행위

2. 상표등록을 통한 부정경쟁에 관한 사례

(1) 상표등록과 부정경쟁: ‘풀스방’ 사건

– 서울고등법원 2004.10.14. 선고 2004라363 결정, 부정경쟁행위금지등가처분

사건 개요

채권자인 P사가 ‘풀스방 닷컴’, ‘풀스방’ 또는 ‘PSBANG', 'PS방’이란 표지를 상품분류 다류에 상표등록한 후 이를 사용하여 비디오콘솔 게임방의 체인점을 모집하던 중, 일본 ○○컴퓨터엔터테인먼트의 국내법인인 S사가 비디오콘솔게임기인 ‘플레이스테이션2’를 정식발매하기 시작하였다. 채무자인 S사는 주식회사 L상사 등과 가정용으로만 공급되던 ‘플레이스테이션2’를 게임방 등의 영업용으로 공급하기로 하는 판매계약을 체결하였고, S사가 제작·발행하는 잡지나 게임에 “풀스방”이란 표지를 “플레이스테이션2를 이용하여 여러 사람이 함께 비디오게임을 즐길 수 있는 게임방”이란 의미로 표시하여 사용하였다.

이에 채권자인 P사는 S사에 대하여 부정경쟁방지법 및 상표법에 기하여 관련제품 등을 수입, 제작, 판매, 반포, 유통 등을 금지하는 부정경쟁행위등 금지가처분을 신청하였으나 법원에서 기각되었다.

판결 요지

가. 부정경쟁방지법에 기한 주장에 대한 판단

‘풀스2’, ‘PS2’는 채권자의 이 사건 각 표지에 관한 상표등록출원 이전에 이미 채권자의 영업이 아닌 채무자의 ‘플레이스테이션’ 상품 또는 서비스를 나타내는 표지로서 국내에 널리 인식되어 주지성을 획득하였다고 할 것이므로 이 사건 각 서비스표가 채권자의 영업임을 표시하는 주지표지임을 전제로 하는 채권자의 주장은 이유없다.

나. 상표법에 기한 주장에 대한 판단

상표권의 등록이 자기의 상품이 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널이 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표

를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁 행위를 목적으로 하는 것으로서 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없다.

판 결

[주 문]

1. 채권자의 항고를 기각한다.
2. 항고비용은 채권자의 부담으로 한다.

[신청취지 및 항고취지]

제1심 결정을 취소한다. 채무자는 별지 제2 내지 4 목록 기재 서비스표를 사용한 별지 제1목록 기재 제품 등을 수입, 제작, 판매, 반포, 유통하여서는 아니되고, 위 서비스표를 채무자가 수입, 제작, 발행하는 상품 등에 표시하는 방법으로 채권자의 업무를 방해하는 일체의 행위를 하여서는 아니된다. 채무자는 위 제품들에 대한 점유를 풀고 이를 채권자가 위임하는 집행관에게 인도하여야 한다. 집행관은 위 명력의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

[이 유]

1. 기초사실

이 사건 기록 및 심문 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사실이 소명된다.

가. 채권자는 2002. 10. 16. 설립되어 비디오콘솔 게임방 프렌차이즈 회사를 영위하는 회사이고, 채무자는 일본국 법인 "ㅇㅇ컴퓨터엔터테인먼트(ㅇㅇㅇㅇ Computer Entertainment, 이하 '신청의 회사'라고 한다)"의 국내 법인으로서 신청의 회사가 제조 공급하는 비디오콘솔 게임기인 "플레이스테이션2(PlayStation2, 이하 '이 사건 게임기'라한다)" 및 이에 구동되는 게임 소프트웨어의 시판, 공급 등 국내 영업을 담당하고 있는 회사이다.

나. 채권자는 2002. 10. 21. 별지 제2목록 기재 "풀스방.com"(이하 이 사건 제1 서비스표라 한다), 별지 제3목록 기재 "PSBANG.COM"(하 이 사건 제2 서비스표라 한다)를 각 등

록 출원하였고, 위 각 서비스표는 2004. 2. 20. 각 등록되었다. 채권자는 2002. 10. 경부터 '풀스방 닷컴'. '풀스방' 또는 'PSBANG', 'PS방'이란 표지를 사용하여 비디오콘솔 게임방의 체인점을 모집하였고, 현재까지 다수의 체인점과 계약을 체결하였다.

다. 한편, 채무자는 2002. 2.경 국내에서 이 사건 게임기를 정식발매하기 시작하였고, 2003. 5. 경부터 신청의 주식회사 ○○상사 등과 사이에 가정용으로만 공급되던 이 사건 게임기를 게임방 등의 영업용으로 공급하기로 하는 판매계약을 체결하였는데, 2003. 8.경부터 현재까지 채무자가 제작, 발행하는 잡지나 게임인 별지 제1목록 기재 각 제품 등에 "풀스방"이란 표지를 "플레이스테이션2를 이용하여 여러 사람이 함께 비디오게임을 즐길 수 있는 게임방"이란 의미로 사용, 표시하고 있다.

2. 채권자의 주장 요지

채권자는 이사건 신청원인으로, 채권자가 이 사건 각 서비스표의 상품권자이고 이 사건 각 서비스표는 채권자의 비디오콘솔 게임방 영업임을 표시하는 고유한 영업표지로 국내에 널리 알려져 있는데, 채무자가 제작, 발행하는 잡지나 게임에서 이 사건 각 서비스표를 '채무자가 공급하는 이 사건 게임기를 이용한 게임방'이란 의미로 한정하여 사용함으로써 ① 부정경쟁방지및영업비밀에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다) 제2조 제1호 나, 다목을 위반하여 채권자의 영업과 혼동을 불러일으키거나 이 사건 각 서비스표의 식별력을 손상케 하였고, ② 이 사건 각 서비스표의 식별력을 약화시켜 채권자의 상표법상의 권리를 침해하고 채무자의 영업을 방해하고 있으므로, 이로 인하여 채권자가 입게 될 회복 곤란한 손해를 방지하기 위하여 신청취지와 같은 가처분을 구한다고 주장한다.

3. 판단

가. 부정경쟁방지법에 기한 주장에 대한 판단

그러므로 먼저, 채권자의 주장과 같이 이 사건 각 서비스표가 채권자의 비디오콘솔 게임방 영업임을 표시하는 고유한 영업표지로 국내에 널리 알려져 있는지에 관하여 보건데, 소갑 제2호증, 소갑 제3호증의 1, 2, 소갑 제4,5호증, 소갑 제6호증의 1 내지 7의 각 기재만으로는 이를 소명하기에 부족하고 달리 이를 소명할 자료가 없으며, 오히려 기록에 의하면 이 사건 게임기는 2000년 개발된 이후 현재까지 전 세계적으로 약 7천만대 이상이 판매되었고 채무자가 2002. 2.경 국내에서 정식으로 발매하기 전에도 약20만대 정도가 보급되어 있었던 사실, 이 사건 게임기는 현재 전 세계 비디오게임 시장의 60%이상, 국내 비디오게임 시장의 75% 이상을 점유하고 있었던 사실, 2000경부터 중앙일보 등 주요 일간지를 비롯한 각종 신문사에서 이 사건 게임기를 '풀스2' 또는 'PS2'란 약칭으로 호칭하였고, 1999. 5.경 '풀스사랑'이란 명칭의 인터넷동호회가 개설되는 등 이 사건 게임기의 사용자들 사이에서도 위와 같은 약칭이 널리 사용되고 있는 사실, 채권자도 사업계획서(소갑 제2호증)에서 '풀스방'은 비디오게임기의 대표 브랜드인 '플레이스테이션2'를

이용한 플레이스테이션방을 연상시키기 위함이라 기재한 사실이 소명되는 바, 위 소명사실에 의하면 '풀스2', 'PS2'는 채권자의 이 사건 각 표지에 관한 상표등록출원 이전에 이미 채권자의 영업이 아닌 채무자의 '플레이스테이션' 상품 또는 서비스를 나타내는 표지로서 국내에 널리 인식되어 주지성을 획득하였다고 할 것이므로 이 사건 각 서비스표가 채권자의 영업임을 표시하는 주지표지임을 전제로 하는 채권자의 위 주장은 이유없다.

나. 상표법에 기한 주장에 대한 판단

채권자의 주장과 같이 채무자의 행위가 채권자의 서비스표권을 침해하는 것이 되기 위해서는 채무자가 채권자의 서비스표와 동일, 유사한 표장을 채권자의 서비스표와 동일 유사한 서비스 또는 상품에 사용하는 것이 '서비스적 상표' 또는 '상표의 사용'에 해당하여야 할 것인 바, 채무자가 제작 발행하는 잡지나 게임에서 이사건 각 서비스표를 '채무자가 공급하는 이사건 게임기를 이용한 게임방'이란 의미로 한정하여 사용한다는 것이 '서비스표적 사용' 또는 '상표적 사용'에 해당된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 한편 상표권의 등록이 자기의 상품이 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁 행위를 목적으로 하는 것으로서 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없다고 할 것인바, 앞서 소명된 사실에 의하면 채권자의 이 사건 각 서비스표에 대한 상표등록 출원은 채무자의 '플레이스테이션' 상품 또는 서비스를 나타내는 위 표지의 고객흡인력에 무상으로 편승하여 자신의 상품 또는 서비스판매를 촉진할 의도에서 행하여진 것이라고 봄이 상당하고, 비록 채권자가 주지표지에 '방.com' 또는 'BANG.COM'을 부가하여 등록하였다 하더라도, '방' 및 ' BANG' 부분은 '어떤 행위를 할 수 있는 공간'이라는 뜻으로서 서비스를 제공하는 장소의 의미이고, '.com' 부분은 회사 등 상업적 실체에 부여하는 일반 최상위 도메인 이름으로서 각 그 식별력이 없으므로, 채권자가 이 사건 각 서비스표를 채권자 명의로 상표등록을 마쳤다고 하더라도 채무자에 대하여 상표권자로서의 권리를 주장함은 권리남용으로서 허용될 수 없다고 할 것이어서 결국 상표법에 기한 채권자의 위주장도 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 채권자의 이 사건 신청은 피보전권리 및 그 보전의 필요성에 대한 소명이 모두 부족하여 이유 없으므로 이를 기각한 것인바, 제1심[194] 결정은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 채권자의 항고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

194) 서울중앙지방법원 2004.5.13.선고 2004카합944 결정.

연 구

1. 채권자가 부정경쟁방지법 및 상표법에 기하여 부정경쟁행위등가처분등을 신청하였는데, 이는 기각되었다. 채권자는 논거로 ① 부정경쟁방지및영업비밀에관한법률 제2조 제1호 나, 다목을 위반하여 채권자의 영업과 혼동을 불러일으키거나 이 사건 각 서비스표의 식별력을 손상케 하였고, ② 이 사건 각 서비스표의 식별력을 약화시켜 채권자의 상표법상의 권리를 침해하고 채무자의 영업을 방해하고 있으므로, 이로 인하여 채권자가 입게 될 회복 곤란한 손해를 방지하기 위하여 신청취지와 같은 가처분을 구한다고 주장하였다.

2. 부정경쟁방지법상의 채권자의 주장 및 검토

채권자는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 나목의 "영업주체혼동야기행위", 동조 제2항의 "유명상표의 식별력명성손상행위"를 근거로 채권자의 영업과 혼동을 일으켜 식별력을 손상시킨다고 주장하고 있다.

제2조 제1항 나목의 규정은 타인의 영업표지[195]를 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 행위를 규제하는 것으로, 타인의 신용을 화체한 표지를 이용하여 타인의 고객을 탈취하는 행위를 대상으로 하는 점에서 가목의 상품주체 혼동야기행위와 같지만 상품에 관한 신용이 아니라 영업 자체에 대한 신용을 보호한다는 점에서 차이가 있다.

제2조 제1항 다목은 유명상표의 식별력·명성손상행위는 정당한 이유없이 유명상표의 표지의 식별력이나 명성을 부당하게 손상시키는 행위를 말하며 이는 부정경쟁행위이다.

부정경쟁방지법에서의 주지성 판단은 상표법에서의 주지성판단과 유사하다.

부정경쟁방지법에서의 주지성판단에 있어서 판례[196]는 "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목의 '국내에 널리 인식된 타인의 상호 · 상표'라 함은 국내 전역 또는 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 널리 알려진 정도로써 족하고,

195) 영업표지란 타인의 영업임을 표시하는 표지를 말하며 이에는 성명, 상호나 그 약칭(예: 대한항공→KAL) 또는 그 도형(예: KAL의 태극마크와 비슷한 도형), 이들의 결합, 기타 표장 등이 모두 포함된다. 기타영업표지에는 영업임을 표시하는 슬로건, 캐치프레이즈 및 점원의 제복과 같은 트레이드드레스도 포함된다(황종환·이상정·송영식, 지적소유권법 (하), 육법사, 2003, 412~413면).

196) 대법원 1997. 2. 5. 96마364 결정

그 상표 등의 등록 여부와는 관계없는 것이고, 널리 알려진 상표 등인지 여부는 그 사용의 기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 일응의 기준이 된다할 것이다.” 라고 하고 있다.

상표법상에서 주지상표란 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 상표를 말하고, 저명상표는 그 인식의 정도가 심화되어 이종상품·영업에 이르기까지 혼동을 초래할 염려가 있는 상표를 말한다.[197] 일반적으로 주지성은 당해 상품에 관한 수요자 및 거래자 등 거래관계자 중에 압도적 다수부분에게 당해 상표의 존재가 인식되는 정도에까지 이른 것을 의미하고, 저명성은 당해 상표에 관하여 일정의 양질감이 표창되고 당해 상품에 대한 관계거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 된 것을 의미한다고 한다.[198]

주지상표에 있어서 인식의 정도에 있어서도 주지상표는 당해 상품에 관한 거래자 및 수요자 등 거래관계자의 전반에 인식될 정도를 요하며, 저명상표는 이종상품·영업의 수요자 및 거래자의 압도적 다수가 인식할 것을 요한다.[199] 범위에 있어서도 주지상표는 상표 및 상품의 동일·유사한 범위 내에서 혼동가능성을 판단하지만 저명상표는 표장의 동일·유사한 범위는 물론 모티브가 같은 경우에도 해당되며, 동종상품 외에 이종상품이나 영업에 이르기까지 혼동여부를 판단해야한다.[200]

위 사안의 경우 채권자가 상표등록하기 전에, 이미 플레이스테이션 게임기는 2000년 개발된 이후 현재까지 전 세계적으로 약 7천만대 이상이 판매되어 채무자가 2002년 2월경 국내에서 정식으로 발매하기 전에도 약20만대 정도가 보급되어 있었고, 이 사건 게임기(‘플레이스테이션2’)는 현재 전 세계 비디오게임 시장의 60%이상, 국내 비디오게임 시장의 75% 이상을 점유하고 있었던 사실, 2000년경부터 중앙일보 등 주요 일간지를 비롯한 각종 신문사에서 이 사건 게임기를 ‘풀스2’ 또는 ‘PS2’ 란 약칭으로 호칭되었으며, 1999년 5월경 ‘풀스사랑’ 이란 명칭의 인터넷 동호회가 개설되는 등 이 사건 게임기의 사용자들 사이에서도 위와 같은 약칭이

197) 문삼섭, 상표법, 세창출판사, 2002. 349면.

198) 황종환·이상정·송영식, 앞의 책, 148~149면.

199) 미등록주지상표의 보호가 등록주의의 예외로서 인정하기 위해서는 주지상표의 존재가 적어도 거래사회에서 공시되는 정도에 이르러야하고, 등록절차를 게을리한 자를 두텁게 보호할 필요성이 없다는 점, 특허처의 심사상의 편익, 절차상의 신속성 확보, 등록상표권자의 권리의 안정성 측면 등을 고려하여야 하는데 이러한 요소를 고려할 때 본 호에 있어서의 주지성의 정도는 당해 상표품에 대하여 일반 수요자 대부분이 당해 상표를 인식하고 있는 정도의 상당히 고도한 정도의 주지성을 요한다고 보는 입장도 있다(한국공업소유권아카데미 연구실 편, 상표법 문제연구, (주)한빛지적소유권센터, 1992,131면).

200) 윤선희, 「지적재산권법(제6정판)」, 세창출판사, 2003, 422면.

널리 사용되고 있는 사실과 채권자도 사업계획서(소갑 제2호증)에서 '풀스방'은 비디오게임기의 대표 브랜드인 '플레이스테이션2'를 이용한 플레이스테이션방을 연상시키기 위함이라 기재한 사실이 소명되었다.

이에 따라 '풀스2', 'PS2'는 채권자의 이 사건 각 표지에 관한 상표등록출원 이전에 이미 채권자의 영업이 아닌 채무자의 '플레이스테이션' 상품 또는 서비스를 나타내는 표지로서 국내에 널리 인식되어 주지성을 획득하였다고 법원은 판단하였다. 이에 따라 채권자의 서비스표가 채권자의 영업임을 표시하는 주지표지임을 전제로 하는 채권자의 주장은 받아들여지지 않았다.

3. 상표적 사용 및 권리남용

채권자는 이 사건 각 서비스표의 식별력을 약화시켜 채권자의 상표법상의 권리를 침해하고 채무자의 영업을 방해한다고 주장하였다.

그러나 채권자의 주장과 같이 채무자의 행위가 채권자의 서비스표권을 침해하는 것이 되기 위해서는 채무자가 채권자의 서비스표와 동일, 유사한 표장을 채권자의 서비스표와 동일 유사한 서비스 또는 상품에 사용하는 것이 '서비스적 상표' 또는 '상표의 사용'에 해당하여야 한다.

판례에서는 상표적 사용과 관련하여 "타인의 등록상표와 유사한 표장을 이용한 경우라고 하더라도 그것이 상표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 출처 표시를 위한 것이 아니어서 상표의 사용으로 인식될 수 없는 경우에는 등록상표의 상표권을 침해한 것이라고 할 수 없다"라고 하고 있다.[201]

이 사건에서는 채무자가 제작 발행하는 잡지나 게임에서 이 사건 각 서비스표를 '채무자가 공급하는 이 사건 게임기를 이용한 게임방'이란 의미로 한정하여 사용한다는 것이 '서비스표적 사용' 또는 '상표적 사용'에 해당된다고 보기 어렵다고 법원은 판단하고 있다.

법원은 오히려 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 채권자의 행위는 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁 행위를 목적으로 하는 것으로서 권리행사의 외형을 갖추었

201) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도1424 판결; 2001. 6. 12. 선고 2001도1682 판결 참조.

다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용하는 것에 해당된다고 판단하고 있다.

코 멘 트

부정경쟁방지법에서의 주지성의 정도는 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 것을 말하는 바, 플레이스테이션은 이에 해당된다고 법원은 판단하였다. 그리고 이렇게 주지성을 가진 표지를 먼저 상표등록하였다 하더라도 이는 상표권등록이 자타상품의 식별을 목적으로 한 것이 아니라 이에 편승하여 일반수요자의 혼동을 초래하는 것은 권리남용으로 법원은 판단하였다.

이와 같이 주지 저명한 타인의 상표 또는 서비스표를 이용하는 것은 먼저 상표등록을 하더라도 권리남용이 되는 수가 있으므로 주의하여야 할 것이다.

관련판례 및 참고문헌

대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결.
대법원 1997. 2. 14. 선고 96도1424 판결.
대법원; 2001. 6. 12. 선고 2001도1682 판결.
문삼섭, 상표법, 세창출판사, 2002.
윤선희, 지적재산권법 제6정판, 세창출판사, 2003.
한국공업소유권아카데미 연구실 편, 상표법 문제연구, (주)한빛지적소유권센터, 1992.
황종환·이상정·송영식, 지적소유권법 (하), 육법사, 2003.

제5장 온라인게임사업자의 책임 문제

제1절 온라인게임사업자와 개인정보보호

1. 개인정보의 의의

개인정보라 함은 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 등에 의하여 당해 개인을 알아볼 수 있는 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등의 정보(당해 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없는 경우에는 다른 정보와 용이하게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.[202] 이외에도 실제 인터넷사업자의 경우에는 서비스이용약관에서 규정하고 있는 이용자 ID 및 비밀번호를 포함한 회원정보를 개인정보로 규정하고 있다.[203]

개인정보에 대한 여러 법들이 존재하지만 개별 법들은 개별법의 제정 목적에 따라 필요한 부분에서만 개인정보에 대해서 규정하고 있기 때문에 법제도의 정비가 필요한 부분이다. 그렇지만 실무에서 다루어져야할 부분은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 "정보통신망법"이라 한다)이라고 할 것이다.

2. 온라인게임사업자에 의한 미성년자의 개인정보 수집

가. 미성년자의 회원가입

온라인 서비스의 경우 회원제로 운영되는 서비스가 많기 때문에 가입자에 대한 개인정보를 수집하는 경우가 많다. 이 경우, 만14세미만의 미성년자를 회원으로 받아들이게 되는데, 이때 정보통신망법에서는 미성년자는 일반 성년자와는 달리 법정

202) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제6호.

203) 엠파스(www.empas.com) 서비스 이용약관 제2조 참조.

대리인의 동의를 받아야 한다. 왜냐하면 만14세미만의 미성년자의 경우 가치판단능력이 떨어지기 때문에 개인정보 제공에 대한 판단을 부모 등 법정대리인에게 확인할 수 있도록 규정한 것이다.[204] 따라서, 이러한 동의요건을 갖추지 아니한 채 만14세미만 미성년자의 개인정보를 수집하게 되면 정보통신망법 위반으로 1천만원 이하의 과태료 처분을 받게 된다.[205]

나. 법정대리인의 동의

아동의 개인정보를 수집할 때 법정대리인의 동의를 얻는 절차는 다음과 같다. 즉, 서비스제공자는 아동의 연령 또는 주민등록번호 등의 확인을 통해 14세 미만인지 여부를 확인하고, 아동에게 쉽게 이해할 수 있는 평이한 표현으로 개인정보의 수집·이용 목적과 부모 동의가 필요하다는 취지를 설명한다. 이때, 부모의 성명, 연락처 등 필요한 최소한의 정보를 요구한다.

부모의 연락처 수집시에는 거주지 주소, 전화번호(유·무선), 팩스, 전자우편 등에서 특정 연락처를 제공토록 강제할 수 없으며 아동·부모의 자유의사에 따라 선택하여 제공토록 안내하며, 부모의 실명확인을 위해 필요한 경우 주민등록번호, 주민등록등본, 부모의 신용카드번호(비밀번호 두자리 포함), 부모의 핸드폰 번호 등을 추가로 요구할 수 있으나 실명확인외의 다른 용도로 이용하지 못하며 실명확인 후에는 입증용도외 불필요한 정보는 파기하여야 한다.

수집한 부모의 연락처를 통해 아동의 개인정보 수집·이용 목적, 수집항목, 아동 및 부모의 열람·정정·동의철회 요구권, 개인정보 보유기간 등 법상 고지의무 사항을 부모에게 알리고 부모의 동의를 얻는다.

부모가 동의한 내용을 향후 입증을 위해 유지·관리하고 부모에게 알린 수집항목별로 아동의 개인정보를 수집하면 된다.

또한, 인터넷상에서 직접 부모의 동의를 얻는 방법은 부모만이 알고 있는 정보를 입력하고 동의여부 의사표시를 할 수 있도록 하여야 한다. 주민등록번호는 민감한 정보이나 가정내에서는 쉽게 얻을 수 있는 정보로 부모만이 알고 있는 정보는 아니라는 것이 일반적 시각이며, 성인의 경우, 신용카드·비밀번호를 통한 본인 확인이 온라인상에서 일반화되어 있고 해당 정보는 부모만이 알 수 있는 정보로서 함부로 유통되지 않는 것으로 인정된다.

204) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제31조(법정대리인의 권리).

205) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제67조(과태료).

3. 타인의 개인정보를 이용한 회원가입

가. 타인의 개인정보 도용

정보통신망법 제49조에서는 누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니된다라고 규정하고 있다. 즉, 일종의 비밀누설죄를 규정하고 있다. 따라서 타인의 개인정보를 수집하거나 이를 이용하는 경우라고 한다면 위법행위에 대한 책임을 질 것이며, 미성년자가 행위당사자였다고 한다면 법정대리인에게 미성년자의 행위에 대해 관리의 의무에 따른 책임을 지울 수 있다고 할 것이다.

나. 관리책임

타인의 개인정보를 이용하여 위법행위를 한 당사자는 자신의 개인정보에 대한 관리책임을 진다고 하겠다. 또한, 개인정보를 도용한 자가 자신의 자녀인 경우에는 부모가 자녀에 대한 관리감독에 대한 책임을 진다. 다만, 부모의 개인정보를 이용하는 경우라고 한다면, 형법상의 범죄요건을 구성하기는 어렵다고 보며 제3자에 대한 경우에 있어서 관리책임을 법정대리인에게 지울 수는 있다고 본다.

다. 벌칙

정보통신망법 제62조에 의거, 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 징역이나, 제67조에 의거, 1000만원 이하의 과태료 처분에 처해지게 된다.

4. 게임사이트 회원 탈퇴와 개인정보 보호

가. 개인정보제공 동의의 철회

이용자가 온라인게임사업자의 사이트에 회원으로 가입하는 경우, 개인정보를 제공

하게 된다. 그리고 이용자는 언제라도 이용계약을 해지할 수 있으며 개인정보제공을 철회할 수 있다.[206] 이때 온라인게임사업자는 회원의 개인정보를 삭제하여야 한다.

나. 회원탈퇴시 개인정보 처리

정보통신서비스제공자등은 이용자가 정보통신망법 제30조 제1항의 규정에 의하여 동의를 철회한 경우에는 지체없이 수집된 개인정보를 파기하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다. 또한 정보통신서비스제공자등은 이용자로부터 제1항 및 제2항의 규정에 의한 동의의 철회, 개인정보의 열람 또는 정정의 요구를 받은 경우에는 정보통신망법 제22조 및 제23조의 규정에 의하여 개인정보를 수집하는 방법보다 쉽게 할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 한다.

다. 벌칙

이를 위반한 경우, 정보통신망법 제67조에 의거 1천만원 이하의 과태료 처분을 받게 된다.

5. 개인정보에 관한 분쟁사례

(1) 미성년자의 개인정보에 관한 분쟁사례: 온라인게임사업자가 법정대리인의 동의를 구하지 않고 만14세미만 아동의 개인정보를 수집한 사건

사건 개요

신청인 A는 2002. 6. 23. 5월분 전화요금이 평소보다 과다하게 부과된 사실을 발견, 6. 25. 전화국에 문의한 결과 당해 요금에 자신의 아들인 B(만 10세)가 X사(이

206) 정보통신망법 제30조 ①이용자는 정보통신서비스제공자등에 대하여 언제든지 제22조제1항 본문, 제23조제1항 단서 및 제24조제1항 본문의 규정에 의한 동의를 철회할 수 있다.

하 ‘피신청인’이라 한다)의 온라인게임사이트에서 이용한 요금이 포함되었기 때문임을 확인하였다.

신청인은 전화요금을 기한내 납부한 후, 다음날 피신청인에게 관련 요금의 환불과 자신의 아들인 B의 회원탈퇴를 요구하였으나 피신청인이 이를 거부한 바, 신청인은 자신의 아들 B의 회원가입 및 유료서비스 이용은 자신의 동의없이 이루어진 행위임을 주장하며 B가 사용한 유료서비스의 요금 및 동 사건과 관련하여 입은 추가손해 등 총 164,578원을 배상하여줄 것과 B의 회원탈퇴 및 개인정보 삭제조치를 요구하며 개인정보분쟁조정위원회에 조정신청을 하였다.

이에 대해 피신청인은 자사가 만 14세미만 아동으로부터 개인정보를 수집하는 경우 부모의 동의를 얻는 절차를 마련하고 있으므로 신청인의 요구는 부당하다고 주장하였다. 또한 피신청인은 본 사건의 경우 신청인의 아들 B가 회원 가입시나 유료서비스 이용시 마치 부모의 동의가 있는 것처럼 허위로 입력란에 표시하였기 때문에 발생한 사건이라고 주장하였다. 특히, 피신청인은 아동을 무조건 회원탈퇴 시키는 것은 아동의 정서함양에 부정적 영향을 미칠 수 있어 신청이 요구하는 회원탈퇴 조치요구는 받아들일 수 없다고 답변하였다.

조정 요지

가. 피신청인이 만14세미만의 아동으로부터 개인정보를 수집하는 경우, 법정대리인의 동의를 얻었는지 여부

피신청인은 만14세미만의 아동으로부터 개인정보를 수집하는 경우에 당해 아동이 “만14세미만의 이용자로 부모님의 동의를 얻었습니다.”라는 문구에 체크하도록 하고 있으며, 당해 아동이 이에 직접 체크한 경우 법정대리인의 동의를 얻었다고 주장하고 있다. 그러나 피신청인의 동의 획득방법은 법정대리인으로부터 동의를 얻는 것이 아니라 아동이 부모에게 동의를 얻었음을 확인하는 것에 불과한 것인바, 피신청인이 아동의 법정대리인으로부터 진정한 동의를 얻었다고 볼 수 없다.

또한, 정보통신망법 제31조의 취지는 이성적 판단이 미숙한 아동의 개인정보를 특별히 보호하는데 목적이 있는 것이므로 아동으로부터 개인정보를 수집하는 경우에는 기술적인 조치가 가능한 범위에서 신뢰성 있는 진정한 법정대리인의 동의가 필요하다.

나. 피신청인이 배상하여야할 금액

피신청인은 만14세미만 아동의 개인정보 수집시 법정대리인의 동의를 얻었다고 볼 수 없는 바, B가 이용한 유료서비스의 사용금액에 대하여 전액(157,000원) 환불하여야 할 것이며, 신청인의 요구에 즉각적으로 조치하지 않으므로 인하여 발생한 우편료 및 전화사용료에 대해서도 배상하여야 한다. 또한 법정대리인의 동의없이 회원가입이 이루어졌으므로 피신청인은 B에 대한 회원탈퇴 및 개인정보 삭제조치도 이행하여야 한다.

다. 조정결정

조정부는 "피신청인은 법정대리인의 동의없이 신청인의 아들인 B의 개인정보를 수집함으로써 신청인에게 입힌 피해의 보상으로 금 164,578원을 조정이 성립한 날로부터 7일 이내에 신청인에게 지급하고, 조정이 성립한 날로부터 5일 이내에 신청인의 아들 B의 회원탈퇴 및 개인정보 파기조치를 하라."라는 결정을 내렸다.

코 멘 트

개인정보를 수집할 때, 단순하게 '법정대리인의 동의를 얻었다'라는 확인은 정보통신망법 제31조 입법취지인 미성년자의 판단능력에 대한 법적 보호라는 측면에서 미흡하다는 점을 확인한 것이라고 할 수 있다. 따라서, 이러한 경우 정보통신망법을 위반한 것이라고 볼 수 있기 때문에 신청인의 요구를 들어준 것이라고 생각된다.

또한, 미성년자의 정보수집에 따른 법률위반에 대한 개인정보분쟁조정위원회의 결정은 실제 사업자의 입장에서 상당히 어려운 부분이다. 현실적으로 미성년자의 보호라는 측면이 무엇보다도 중요하지만 기술적으로나 법적으로 미성년자에 대한 확인이 거의 불가능하기 때문에 이에 대한 부담을 사업자가 지는 것은 위험책임의 원칙에 따라 당연하지만 미성년자의 적극적인 사술행위에 대한 측면에서 회사는 법적인 판단이 아닌 정책적 판단으로 결정하게 된다.

(2) 타인의 개인정보를 이용한 분쟁사례-1: 미성년자가 부모의 성명 및 주민등록번호로 게임사이트에 가입하여 결제한 요금의 환불을 요구한 사건

사건 개요

신청인은 자신의 자녀(만12세)가 자신의 동의없이 피신청인이 운영하는 온라인 게임사이트에 회원으로 가입, 유료 콘텐츠를 이용하여 관련 요금이 청구된 것을 발견하고 피신청인에게 관련 요금의 환불 및 회원탈퇴를 요구하였으나, 신청인의 자녀는 회원가입시 부모의 주민등록번호로 가입된 것으로 확인된 바, 피신청인은 관련 요금의 환불을 거부하였다. 이에 신청인은 자신의 자녀가 만12세의 미성년자로서 판단능력이 부족하여 부모의 주민등록번호로 피신청인이 운영하는 게임사이트에 가입, 요금을 결제한 것이라면서 관련 요금의 환불 및 회원탈퇴를 요구하며 개인정보분쟁조정위원회에 조정을 신청한 사건이다.

조정 요지

신청인은 자신의 자녀는 만12세의 미성년자이며 자신은 회원가입 및 관련 요금의 결제에 동의한 바 없는 바, 비록 자신의 자녀가 부모의 주민등록번호를 이용해 피신청인의 게임사이트에 가입하였을지라도 피신청인은 자신의 자녀가 결제한 요금을 환불해 주는 것이 마땅하다고 주장하였다. 이에 대해 피신청인은 신청인의 자녀가 비록 미성년자이기는 하나 회원 가입시 부모의 주민등록번호로 가입하였기 때문에 자사는 당해 아동이 미성년자인줄 몰랐을 뿐만 아니라, 이 경우 해당 아동이 적극적인 사술(詐術)을 사용하여 자신들을 기망한 것이기 때문에 관련 요금을 환불할 수 없다고 하였다.

개인정보분쟁조정위원회는 신청인의 자녀가 임의로 아버지의 성명과 주민등록번호를 이용하여 피신청인의 게임사이트에 회원으로 가입하였으므로 피신청인이 정보통신망법 제31조제1항의 규정에 위반하여 법정대리인의 동의 없이 아동의 개인정보를 수집하였다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 민사상으로 신청인이 피신청인에게 요금 반환청구권이 있다고 할지라도 자녀에 대한 감독의무를 소홀히 한데 따른 손해배상의무가 있으므로 신청인의 반환청구권과 피신청인의 손해배상청구권을 상호 상계[207]함이 타당한 바, 피신청인은 관련 요금을 환불할 의무가 없다고

결정하였다.

코 멘 트

타인의 개인정보를 입력하여 가입하는 것은 정보통신망법 제49조를 위반한 것이라고 볼 수 있다. 그렇지만 신청인이 자녀에 의하여 가입이 이루어진 경우에 있어서 그 책임을 물을 수는 없고, 다만 온라인게임사업자에 대해 도용된 개인정보의 삭제나 정정을 요구할 수 있을 것이다. 그렇지 아니할 경우 사업자는 정보통신망법 제67조에 의하여 1000만원 이하의 과태료 처분을 받게된다.

(3) 타인의 개인정보를 이용한 분쟁사례-2: 만14세미만의 아동이 아버지의 성명 등을 이용한 온라인게임사이트에 가입한 사건

사건 개요

신청인 A는 자신의 아들 B(만12세)가 자신의 동의없이 피신청인이 운영하는 온라인게임사이트에 회원으로 가입, 유료콘텐츠를 이용하여 관련 요금이 청구된 것을 발견하여 피신청인에게 관련 요금의 환불 및 회원탈퇴를 요구하였다. 그러나 신청인의 자녀는 회원가입시 부모의 주민등록번호로 가입된 것으로 확인된 바, 피신청인은 관련 요금의 환불을 거부하였다. 이에 신청인은 자신의 자녀가 만12세의 미성년자로서 판단능력이 부족하여 부모의 주민등록번호로 피신청인이 운영하는 게임사이트에 가입, 요금 결제한 것이라면서 관련 요금의 환불 및 회원탈퇴를 요구하며 개인정보분재조정위원회에 조정을 신청하였다.

이에 대해 피신청인은 신청인의 자녀가 비록 미성년자이기는 하나 회원가입시 부모의 주민등록번호로 가입하였기 때문에 자사는 당해 아동이 미성년자인줄 몰랐을 뿐만 아니라 이 경우 해당 아동이 적극적으로 사술을 사용하여 자신들을 기망하였기 때문에 관련 요금을 환불할 수 없다고 주장하였다.

---

207) 상계(相計)란 채무자와 채권자가 서로서로에 대하여 동종의 채권을 갖는 경우에 채무자의 상계의 의사표시만으로 그 채권과 채무를 대등액만큼 소멸시키는 것을 말한다.
(엠파스 백과사전 http://100.empas.com/dicsearch/pentry.html/?i=1463000&v=45)

조정 요지

본 사안은 신청인의 자녀가 부모의 성명 및 주민등록번호로 가입한 경우 피신청인이 관련 요금을 환불하여야하는지 여부에 대한 것으로써, 피신청인의 게임사이트는 만14세미만 아동의 회원가입을 금지하거나 현저히 어렵게 하고 있지 않음에도 불구하고 신청인의 자녀가 부모의 성명 및 주민등록번호를 이용해 피신청인의 게임사이트에 가입한 바, 본 사건의 경우 피신청인이 만 14세미만 아동의 개인정보수집시 법정대리인의 동의를 얻도록 규정하고 있는 정보통신망법 제31조를 위반하였다고 볼 수 없으며, 또한 민법 제755조에 따르면 신청인은 자신의 자녀가 신청인의 성명 등을 이용하여 피신청인의 온라인게임사이트에 가입하여 임으로 결제하지 못하도록 감독할 의무가 있는 바, 신청인이 이러한 감독의무를 게을리 하여 관련요금이 부과된 것에 대하여 책임을 면할 수 없다고 하였다.

만12세인 신청인의 자녀가 신청인의 주민등록번호로 피신청인이 운영하는 게임사이트에 가입하여 결제한 요금에 대한 환불을 요구하는 신청인의 주장은 이유없는 바, 신청인의 요구를 기각하였다.

코 멘 트

신청인의 아들이 신청인의 주민등록번호 등으로 가입하여 유료결제한 것은 신청인의 관리감독 의무를 게을리한 것이기 때문에 이는 피신청인이 미성년자의 개인정보를 수집할 경우, 법정대리인의 동의를 얻도록 규정하고 있는 정보통신망법 제31조를 위반한 것이라고 볼 수 없다. 따라서, 사업자가 이러한 경우에 있다고 한다면 당연히 환불의 의무는 없다고 할 것이며, 다만 신청인인 회원탈퇴를 원한다면 본인확인을 통하여 계약해지를 할 수는 있을 것이다.

(4) 게임사이트 회원탈퇴에 관한 분쟁사례-1: 온라인게임사업자가 회원탈퇴시 주민등록등본의 제출을 강요한 사건

사건 개요

신청인은 피신청인이 서비스하는 온라인게임의 회원으로 가입하여 이용하여오던 중, 회원탈퇴를 요청하였으나 피신청인으로부터 본인확인이 필요하다면서 주민등록등본의 제출을 요구받았다. 이에 신청인은 회원탈퇴 조건으로 가입당시 제공한 개인정보 외에 추가적으로 개인정보를 요구하는 것은 부당하다며 즉각적인 회원탈퇴를 요구하며 개인정보분쟁조정위원회에 조정을 신청하였다.

이에 대해 피신청인은 자사의 경우 온라인게임을 이용하면서 회원이 직접 게임캐릭터를 선택하여 성장시키거나 각종 아이템을 수집·교환하는 것이 가능하므로 회원의 게임관련 정보를 안정적으로 관리할 의무가 있다고 주장하였다. 즉, 자사가 회원탈퇴 과정에서 주민등록 등초본을 요구하는 것은 아이디등의 도용을 통한 회원의 게임관련 정보(게임실적, 캐릭터 레벨 등)의 훼손 등을 방지하기 위한 필수불가결한 조치라며 신청인의 요구를 거부하였다.

조정 요지

피신청인의 회원탈퇴 절차에 대한 위법 여부에 있어서, 정보통신망법 제30조 제6항에 따르면, 정보통신서비스제공자는 이용자로부터 개인정보 수집에 대한 동의철회 또는 개인정보 열람·정정을 요구받을 경우, 최초 개인정보를 수집할 때의 방법보다 쉽게 할 수 있도록 조치하여야함을 규정하고 있다. 그러나 피신청인은 회원가입시와는 달리 회원탈퇴의 경우 특별히 주민등록등본 등 추가적인 정보를 요구하고 있는 바, 이는 이용자의 동의 철회요구에 대해 복잡한 절차를 마련하여 회원탈퇴를 어렵게 한 것이라고 볼 수 있고, 결국 동조의 취지에 반하는 것으로 판단된다.

따라서, 피신청인은 주민등록등본등 추가적인 정보제공 없이 가입보다 쉽게 회원탈퇴가 가능하도록 조속히 그 절차를 개선하고 조정성립 후 5일 이내에 신청인의 회원탈퇴 및 개인정보파기 조치를 하여야 한다.

코 멘 트

피신청인의 주장도 일견 타당하다고 볼 수 있으나 정보통신망법 제30조의 입법취지는 개인정보자기관리권에 대한 입법취지라고 볼 수 있기 때문에 회사가 과도하

게 개인정보를 추가로 요구하는 것은 위법하다고 할 수 있다. 만약 제3자가 임의로 이러한 요구를 한다면, 회사는 개인정보의 관리는 본인에게 있기 때문에 그에 근거하여 항변할 수 있을 것이므로, 개인확인으로서 추가정보를 요구하는 것은 불필요하다고 본다.

따라서, 회원탈퇴시 추가적인 정보의 요청은 정보통신망법 제30조 제6항을 위반한 것인지에 대한 것이며, 당연히 회원이 탈퇴하는 즉시 온라인게임사업자는 당해 이용자의 개인정보를 삭제하여야할 법적 의무를 부담하는 것이라고 하겠다.

(5) 게임사이트 회원탈퇴에 관한 분쟁사례-2: 온라인게임사업자가 회원 탈퇴한 이용자의 사진을 파기하지 않아 사진이 누출된 사건

사건 개요

신청인 A는 2001년 피신청인 X사가 운영하는 온라인게임사이트에 회원으로 가입하여 이용하다가 2002.8.2.자로 회원에서 탈퇴하였다. 당시 신청인은 00호랑나비라는 ID를 이용하면서, 자신의 포토앨범에 자신의 사진 등을 직접 게재한 바 있다.

청구외 B는 2002.8월 말 X사에 회원가입을 하고 신청인이 사용하던 ID인 00호랑나비를 발급받았는데, 당시 ID 00호랑나비는 포토앨범에는 신청인이 예전에 게시한 사진이 그대로 노출되어 있었다.

피신청인은 신청인의 회원탈퇴 이후 6개월이 경과한 시점까지 신청인의 주민등록번호, 해지일시 등을 보유하고 있는 것으로 확인되었다. 이에 신청인은 피신청인이 자신의 회원탈퇴 이후에도 주민등록번호, 사진 등 개인정보를 파기하지 않고 보유하고 있을 뿐만 아니라 피신청인이 관리를 소홀히 하여 자신의 사진 등 개인정보를 타인에게 누출시킴으로써 성적 수모를 받게 하였다며 피신청인에게 공개 사과와 함께 자신이 입은 정신적 피해에 대한 배상으로 금 500만원을 요구하였다.

이에 대해 피신청인은 자사의 개인정보보호정책상 명시된 보유기간을 넘어 신청인의 개인정보를 보유한데 대해 자사의 과실을 인정하였다. 특히, 신청인의 포토앨범에 게재되어있던 신청인의 사진 등을 청구외 B의 포토앨범을 통해 누출시킨 것은 자사의 기술상 오류임을 인정하였다. 다만, 피신청인은 신청인이 요구한 공개사과는 이행할 의사가 있지만 신청인이 입은 정신적 피해에 대한 보상은 거절하였다.

조정 요지

가. 판단

① 피신청인이 개인정보보호정책상의 개인정보 보유기간을 넘어 신청인의 개인정보를 파기하지 않고 보유하였는지 여부

피신청인은 자사 개인정보보호정책에 해지 신청후 3주 동안만 고객의 개인정보를 보유하며 당해 기간이 경과한 이후 고객의 모든 개인정보를 즉시 파기한다고 명시하였음에도 불구하고 신청인이 회원탈퇴한 지 6개월이 경과한 시점까지도 신청인의 주민등록번호, 해지일시, 포토앨범 내의 사진을 파기하지 않고 보유하고 있었는바, 이는 정보통신망법 제30조 제3항을 위반한 것으로 판단된다.

② 피신청인이 기술적·관리적 조치를 미비하여 신청인의 개인정보를 누출하였는지 여부

피신청인은 자사 게임서버에 대한 관리를 소홀히 하여 신청인이 탈퇴한 이후에도 신청인의 포토앨범의 관련 자료를 삭제하지 않고 있다가 신청인의 탈퇴이후 신청인이 사용하던 ID를 재발급 받은 청구외 B의 포토앨범에 그대로 노출되도록 하였는바 이는 정보통신망법 제28조를 위반한 것으로 판단된다.

③ 신청인의 손해 및 인과관계

신청인은 2002.8.2.자로 피신청인의 온라인게임 서비스에서 회원탈퇴를 하면서 자신이 포토앨범에 게시한 사진이 모두 파기될 것이며, 더 이상 피신청인의 게임사이트에서 공개되지 않을 것이라고 예상하였을 것으로 판단된다. 그러나 피신청인의 과실로 인하여 신청인의 사진 등이 계속적으로 공개되었으며 이 사진으로 인하여 방명록에 성적 모욕감을 느끼게 하는 글이 게시된 점등을 고려할 때, 신청인의 사생활의 자유와 초상권이 침해된 것으로 판단된다.

나. 조정결정

피신청인은 신청인의 회원탈퇴 이후에도 신청인의 개인정보를 파기하지 않고 보유하고 있다가 이를 타인에게 누출시켰는바, 이로 인해 신청인이 입은 정신적 피해

에 대한 보상으로 금 1,500,000원을 조정이 성립한 날로부터 7일 이내에 신청인에게 지급하라는 결정을 내렸다.

코 멘 트

피신청인은 신청인의 개인정보에 대해 보유의 권리가 없음에도 보유한 것은 정보통신망법을 위반한 것으로 이로 인하여 타인이 신청인의 개인정보를 지니도록 방치하였고, 신청인은 이 사진으로 인하여 방명록에 성적 모욕감을 느끼게 하는 글이 게시된 점 등을 고려할 때, 신청인의 사생활의 자유와 초상권이 침해된 것이라고 본다. 따라서 신청인에 대한 정신적인 손해에 대한 배상을 인정한 사례라고 할 것이다.

제2절 미성년자의 게임사용료의 결제 문제

1. 미성년자의 의의

민법 제4조에 의하면 만20세의 경우에 성년자가 된다고 규정하고 있으므로, 만20세 미만의 경우를 미성년자라고 할 것이다. 다만 청소년보호법은 만19세 미만의 자에 대해 청소년으로 규정하고 있기 때문에 특별법 우선의 원칙에 의하여, 각 법에서 규정하고 있는 입법목적에 따라 나이에 대한 적용이 이루어지고 있다. 따라서, 일반적인 재산이나 상속 등 권리관계의 변동에 대해서는 민법의 미성년자 규정을 적용받게 되나 개인정보의 수집 또는 제공이나 유해매체물 규정 등에 대해서는 정보통신망법이나 청소년보호법 등 관련 법제의 적용을 받게된다.

2. 미성년자의 법률 행위

(1) 미성년자의 법률 행위 능력

미성년자는 독자적으로 법률행위를 할 수 있는 능력이 없기 때문에 법률행위를 함에 있어서 부모나 법정대리인의 동의를 받아야 한다. 그렇지 않는 법률행위는 취소가 가능하며, 이는 상대적으로 능력이 낮은 미성년자의 행위를 보호하고자하는 것이다. 민법상 만20세 미만의 미성년자의 법률행위는 법정대리인의 동의를 거치도록 규정하고 있으며, 이는 강행규정으로 당사자간의 합의로서도 다르게 효력을 변화시킬 수 없는 사안이라고 하겠다. 따라서, 미성년자와 맺은 가입, 결제 등은 미성년자 자신이나 법정대리인에 의하여 취소가 가능하다고 할 것이다.

미성년자의 행위능력에 대한 특례를 규정한 민법의 취지는 의사능력이 없는 자를 의사무능력자로 간주하여 법률행위를 무효화시켜 거래의 안정을 꾀하는 데에 있다고 하겠다. 따라서, 미성년자가 법률행위를 하려면 원칙적으로 법정대리인의 동의를 얻도록 하고 있다. 이를 위반한 경우에는 미성년자 자신이나 법정대리인이 동의

없이 한 행위에 대해서는 취소할 수 있도록 하고 있다(민법 제5조). 참고로, 법정대리인의 동의에 대한 입증책임은 그 동의가 있었음을 주장하는 자에게 있다고 할 것이다. 법정대리인은 미성년자의 경우에는 친권자가 되며, 친권자가 없으면 후견인이 법정대리인이 된다.

(2) 예외적 적용

민법은 미성년자에 의한 재산적 법률행위가 빈번하게 발생하고 있기 때문에 법정대리인의 동의없이 미성년자가 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있도록 예외를 두고 있다. 즉, 미성년자의 행위능력을 제한하는 원칙을 그대로 무제한 적으로 적용한다면 미성년자를 보호하는 데는 충실할 것이지만, 미성년자의 행동은 극도로 위축되어 정상적인 일상생활이 불가능하고 그것은 특별한 법적 보호대상인 미성년자를 위해서도 바람직하지 않다고 한다.[208]

가. 단순히 권리만을 얻거나 또는 의무만을 면하는 행위

단순히 권리만을 얻거나 또는 의무만을 면하는 행위의 경우 미성년자에게 이익이 되고 불이익이 될 수 있는 사항은 없기 때문에 미성년자 보호라는 입법취지와 대치되지 않는 바, 미성년자의 법률행위를 인정하고 있다. 그렇지만 인터넷사이트에 가입시 사은품을 주는 경우가 미성년자에게 있어서 단순하게 이익이 되는 것인지는 의문이 있다. 왜냐하면 개인정보를 제공하지 않는 경우라면 모르겠지만 개인정보를 제공하는 경우에 있어서 회원 가입자 수나 회원의 개인정보는 회사의 영업자산이 되기 때문에, 미성년자가 회원가입을 하고 개인정보를 제공하는 경우에는 법정대리인의 동의가 필요하다 하겠다. 이에 대해서는 뒷부분에서 다시 논하기로 한다.

나. 처분이 허락된 재산의 처분행위

법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있도록 하고 있다. 용돈의 형식으로 법정대리인이 미성년자에게 급부한 재산의 경우는 미성년자가 임의로 처리할 수 있다. 그렇지만 용돈으로 급여한 재산의 처분에

208) 오병철, 인터넷에서의 미성년자의 행위능력과 그 보호, 인터넷법률 통권 제12호, 법무부, 2002.5, 45-46면.

있어서 그 범위에 대한 부분에서 많은 논란이 있다. 이를테면, 처분을 허락한 재산의 사용목적을 정한 경우와 그렇지 않은 경우에 대한 것이라고 하겠다. 사용목적을 제한한다는 것이 법정대리인의 위치에서 미성년자의 보호 내지 책임에 있어 보다 의미있는 것이라고 할지라도 실질적으로 그러한 범위를 정하여 허락하는 것 자체가 미성년자의 권리를 지극히 제한하는 것은 아닌지 하는 점이다. 따라서 그 범위를 제한하였다고 하더라도, 임의로 처분할 수 있다고 하는 것이 타당하다고 본다. 그러나 범위의 제한과 관련하여 문제가 없다고 하더라도 포괄적인 허용은 타당하지 않다고 하겠다. 이는 본 규정이 미성년자의 보호라는 측면에 있는 것이지 거래의 안정성 확보에 있는 것은 아니기 때문이다.

다. 영업이 허락된 미성년자의 그 영업에 관한 행위

미성년자가 법정대리인으로부터 특정의 영업을 허락받은 경우에는 그 영업에 관하여 성년자와 동일한 행위능력을 가진다. 영업의 범위는 사업에 한하지 않고, 널리 영리를 목적으로 하는 독립적·계속적 사업을 뜻하는 것으로 이해되고 있으며, 따라서 공업이나 농업 기타의 사업은 물론이고 자유업도 포함된다.[209] 따라서 영업범위가 제한되는 것은 아니다. 다만 영업의 종류를 특정하도록 하고 있다. 종류를 특정하지 않을 경우에는 미성년자의 보호라는 제도의 목적에 반하기 때문이다.[210]

라. 혼인한 미성년자의 행위

미성년자가 혼인을 하게 되면 성년자로 의제된다. 따라서 혼인한 미성년자는 성년자와 같은 행위능력을 가지게 된다. 다만 혼인은 사실혼이 아닌 법률혼으로 한정되며, 성년의제가 되는 시점을 확인할 필요가 있다. 이는 법적 안정성을 담보할 필요가 있기 때문이다.

마. 대리행위 등

미성년자의 행위능력을 제한하는 것은 무능력자인 미성년자 본인의 보호를 위한

209) 곽윤직, 민법총칙(7판), 박영사, 2002, 89면.

210) 곽윤직, 전게서, 89면.

것이기 때문에 타인의 대리인으로서 법률행위를 하는 데에는 무능력자로서 그 행위능력이 제한되지는 않는다.

3. 미성년자의 결제 문제

가. 미성년자의 결제

이용료의 결제는 유료서비스를 이용할 경우에 지불수단을 통하여 이루어지므로, 만20세 이상의 성년자에게는 문제될 것은 없으나 만20세 미만의 미성년자의 경우에는 법률행위로서 회원가입시와 마찬가지로 법정대리인의 동의를 받아야할 사항이며, 결제는 실제 금전거래이기 때문에 회원가입시 개인정보수집에 관한 정보통신망법상 법정대리인의 동의요건이 만14세 미만의 아동에 대해 적용되는 것과는 달리 만20세 미만의 미성년자에게 적용되는 차이가 있다. 그러나 실제 만14세 이상과 만20세 미만의 연령에 대해 사업자에게 혼란을 주고 있는 것이 사실이라고 하겠다.

나. 용돈 조항

법정대리인의 동의를 받아서 가능하며, 동의없이 이루어지는 법률행위는 취소 가능하다고 할 것이다. 다만, 미성년자는 독자적으로 법률행위를 하지 못하나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위에 대해서는 가능하다. 또한 소위 용돈조항이라고 할 수 있는 처분을 허락한 재산의 경우에는 법정대리인의 동의없이 임의 처분이 가능하다. 따라서 용돈으로 미성년자가 결제한다면 문제될 것이 없을 것이지만 실질적으로 용돈으로 결제가 이루어진 것인지를 사업자가 확인할 수 없기 때문에 실무에서는 문제가 되고 있다.

다. 미성년자의 사술

미성년자의 결제행위에 있어서 법정대리인의 주민등록번호 등 개인정보를 허위로

입력하는 것과 같이 사술(詐術, 타인을 속이기 위하여 사용하는 허위의 수단)이 포함된 부분이 있다면 미성년자의 법률행위는 취소할 수 없다. 하지만 실무에서는 이러한 경우까지도 취소와 같이 이용료에 대한 환불이 이루어지고 있는 것이 현실이다. 그러나 원칙적으로 미성년자의 법률행위에 있어서 미성년자가 거래 상대방에 대하여 자신이 미성년자가 아니거나 법정대리인의 동의를 얻었다는 사술을 행한 경우에는 미성년자의 사술로서 당해 법률행위의 취소가 불가능하다고 할 것이다.

4. 미성년자의 게임사용으로 인한 분쟁사례

(1) 유료게임관련 이용자 이익저해 행위

- 정보통신위원회 200207조사043

사건 개요

정보통신위원회는 피인지인 A사의 유료 인터넷게임과 관련하여 '미성년자 유료게임서비스 관련 이용약관 규정, 미성년자에 대한 법정대리인의 동의 절차, 이용자 불만신고의 처리결과의 위법성 여부' 를 조사하였다. 그 결과, 피인지인은 유료게임서비스 이용과 관련한 이용약관 등에 미성년자를 만14세 미만으로 규정하여 만14세~만20세 미만의 미성년자에게는 법정대리인의 아무런 동의도 받지 않고 유료 서비스를 제공하였으며, 만14세 미만의 미성년자의 경우에도 회원가입시에는 법정대리인의 동의를 받으면서 실제 유료 게임 사용을 위한 요금결제에 대해서는 동의를 받지 않고 이용토록 하여 과다한 요금이 부과되도록 하였다. 또한, 피인지인은「퀴즈캐시이용약관」등에 미성년자의 과다한 요금 결제를 방지하기 위한 취지로 18세 미만의 이용자에 대해 ID당 5만원의 한도액을 규정하여 공시하였으나, 실제로는 한 가입자가 여러 개의 ID를 생성할 수 있도록 허용함으로써 한도액을 초과한 월 5만5천원~14만5천원의 이용료를 부과하여 이용자의 이익을 저해한 사실이 있다.

심결 요지

민법상 미성년자는 만20세 미만이고, 유료서비스 이용과 관련한 요금결제의 경우 법정대리인의 동의가 필요함에도 불구하고, 미성년자를 만14세미만으로 규정하고, 미성년자의 요금결제시 법정대리인의 동의를 받지 않고 이용토록 하여 과다하게 요금을 부과한 행위는 이용자의 이익을 현저히 저해하는 행위로서「전기통신사업의 금지행위의유형및기준」제24조(기타 이용자이익저해행위)제2호에 해당되어 전기통신사업법 제36조의3(금지행위)제1항제4호 및 동 법 제65조(시정명령등)제1항제2호를 위반한 것으로 판단되며, 또한, 미성년자의 경우, 유료 서비스 이용시 ID당 한도액만을 규정하여 공시하고, 1인이 복수의 ID를 갖는 경우 한도액을 초과할 수 있다는 사실을 법정대리인에게 공시하지 않고 과다한 이용요금을 부과한 행위는 이용자의 이익을 현저히 저해하는 업무처리 행위로서 전기통신사업법 제65조(시정명령등)제1항제2호에 해당되는 것으로 판단된다.[211]

… …

피인지인의 전기통신사업법 위반행위에 대하여 동법 제37조제1항 및 제65조제1항의 규정에 의하여 다음과 같이 시정할 것을 명한바 있다.

첫째, 피인지인은 시정명령을 받은 날부터 14일 이내에 유료서비스 관련 이용약관 규정중 미성년자의 기준은 민법의 규정을 준용하여 변경하고 변경사실을 피인지인의 인터넷 홈페이지에 공시하며, 미성년자의 유료서비스 이용과 관련한 요금결제에 대해 법정대리인의 실질적인 동의를 받는 절차를 마련하여 시행토록 명한다. 둘째, ID 기준으로 정해진「퀴즈캐시이용약관」상 한도액을 계정단위로 변경하거나, 각각의 ID별로 한도액이 설정되어 여러 개의 ID를 이용할 경우 더 많은 이용요금이 청구될 수 있다는 내용을 이용약관에 규정하고 피인지인의 인터넷 홈페이지에 공시토록 명한다. 다만, 변경내용 등은 통신위원회와 사전 협의를 거친 것이어야 한다. 셋째, 피인지인은 시정명령 받은 사실을 시정명을 받은 날부터 14일 이내에 피인지인의 홈페이지 초기화면에 7일간 공표토록 명한다. 다만, 공표문안 등은 정보통신위원회와 사전협의를 거친 것이어야 한다.

---

211) 피인지인은 상기 시정명령의 이행결과를 이행 종료일부터 10일 이내에 서울체신청장과 통신위원회에 각각 보고하여야 한다. 만약 이 시정명령에 불복이 있는 경우 행정심판법 제18조의 규정에 의거 시정명령을 받은 날부터 90일 이내에 정보통신부장관을 경유하여 국무총리행정심판위원회에 심판청구를 할 수 있다.

코 멘 트

본 심결은 정보통신위원회가 2002년 내린 사안으로 미성년자의 결제행위는 온라인게임서비스 제공자가 이용자의 이익을 현저하게 저해하는 것이기 때문에 전기통신사업법에 근거하여 시정명령을 내린 것이라고 할 수 있다. 또한, 피인지인 A사는 2003년에도 동일한 사안으로 정보통신위원회로부터 과태료 처분을 받은 바 있다.

그렇지만 여전히 정보통신위원회가 근거하고 있는 전기통신사업법 제65조의 근거가 타당한 것인지는 의문이라고 할 것이다. 왜냐하면, 온라인게임사업자는 최선의 정책과 대응을 통하여 미성년자의 게임이용을 제한하고 또한 부모인증절차를 거치게 하므로써 어느 정도 자율적으로 규제를 해오고 있었기 때문이다. 여기에 추가하여 미성년자가 사술로써 행한 경우까지도 포함시킨다면 더욱 사업자의 입장에서는 규제가 될 수밖에 없다고 본다.

현재 온라인게임사업자들은 미성년자 및 법정대리인이 환불을 요구하는 경우에 정책적으로 환불을 해주고 있는 실정으로 명확한 근거규정이라고 보기 어려운 전기통신사업법 보다는 자율적인 규제와 명확한 기술적 솔루션 내지 가이드라인을 정부가 제공해주는 것이 바람직할 것이다.

(2) 유료게임 이용결제관련 이용자 이익저해 행위

– 정보통신위원회 200309조사052

사건 개요

정보통신위원회사무국에서 2003.9.17.~9.19. 동안 피인지인을 방문하여 피인지인이 2003.6.~8월 기간의 신규회원중 유료게임을 이용한 미성년자에 대한 위법성 여부 등을 조사한 결과, 피인지인은 일부 유료서비스 이용약관에 “14세 미만의 미성년자가 7만원 이상의 전화결제시 법정대리인(부모)의 동의 없이 신청한 경우 승인하지 않는다” 라고만 규정하고, 14세부터 만20세 미만 미성년자의 유료게임 이용결제시 법정대리인(부모)의 동의절차를 거쳐야 한다는 내용을 명시하지 않았으며, 실제 2003.6.~2003.8. 기간 동안 신규회원으로 가입하고 유료게임(아바타 포함)을 이용한 미성년자 가입자 총 45,048명의 요금결제시, 별도의 법정대리인(부모)의 동

의절차를 거치지 않고 이용요금을 부과하였다.

또한, 피인지인이 요금을 부과할 때에는 유료게임 제공주체, 요금 상세내역 및 이의신청방법 등 이용자가 기본적으로 알아야 할 정보사항을 고지하여야 함에도 불구하고, 유료게임 이용요금을 통신사업자 등을 통해 통합청구하면서 일반전화 고지서의 경우에는 “결제대행사업자의 상호명 및 콘텐츠이용료”로, 휴대폰의 경우에는 “결제대행사업자의 상호명 또는 소액결제”로, 신용카드의 경우에는 “결제대행사업자”만 표기하는 등 상세한 내역을 고지하지 않으므로써 이용자의 이익을 현저히 저해한 사실이 있다.

이에 정보통신위원회는 11월 10일 위 피인지인의 전기통신사업법 위반행위에 대하여 동법 제37조의2의 규정에 의하여 과징금 24,000,000원의 납부명령을 내린바 있다.

심결 요지

피인지인이 민법상 미성년자는 만20세 미만이고, 유료서비스 이용과 관련된 결제행위는 법정대리인(부모)의 동의가 필요함에도 불구하고, 이와 같은 내용을 일부 유료서비스 이용약관에 명확하게 명시하지 않고 동의절차를 일률적으로 생략한 행위를 볼 때, 피인지인의 전자결제 수단중 신용카드 및 휴대폰 등의 경우에는 소지자의 관리책임이 인정되는 정도에 따라 위법성이 완화될 수 있으나, 미성년자에게 노출된 정보만으로 결제가 가능한 유선전화(ARS)의 경우에는 별도의 법정대리인(부모)의 동의절차 없이 이용요금을 법정대리인(부모)의 전화요금에 통합·부과한 것은 이용자 이익을 현저히 저해한 행위로서 전기통신사업법 제36조의3(금지행위)제1항제4호를 위반한 것으로 판단된다.

또한, 피인지인이 유료게임의 이용요금을 통신사업자 등을 통해 전화요금 등과 통합청구하면서 이용자에게 요금의 상세내역, 제공회사명 및 이의신청방법 등을 고지하지 않은 행위는 미성년자가 법정대리인(부모)의 동의를 받지 않고 결제한 경우 등과 같이 이용자 권익침해 내용의 인지와 실제 권익침해시 필요한 대응을 어렵게 하는 등 이용자 이익을 현저히 저해한 행위로서 전기통신사업법 제36조의3(금지행위)제1항제4호를 위반한 것으로 판단된다.

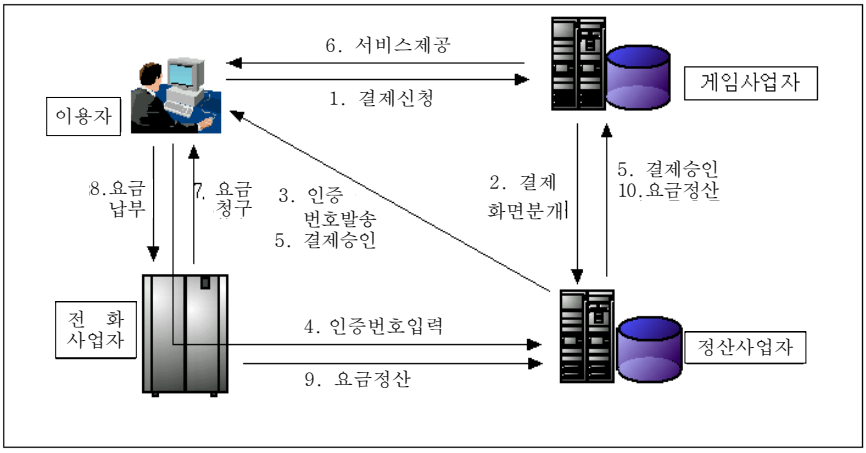
코 멘 트

가. 동의에 대한 입증 자료 확보

미성년자 가입이나 결제 동의에 대한 입증책임은 사업자측에서 지기 때문에 회사는 회원의 가입이나 결제 동의에 대해 입증할 수 있는 근거를 마련하여야 할 것이다(대법원 1970.2.24, 69다1568 판결). 따라서 결제시 법정대리인의 동의가 있었음을 확인할 수 있는 서류를 갖추어야 하며, 유선으로 동의를 받는 경우에는 이를 녹취하여 보관하여야할 것이다.

나. 안전한 결제 수단의 확보

일반적으로 요금결제방법에는 무통장입금, 신용카드, 인터넷뱅킹, OK캐쉬백, 휴대폰, ARS 등의 방법이 있으며 휴대폰결제는 휴대폰번호와 주민등록번호를 결제화면에 입력하면, 인증번호가 문자메시지로 휴대폰에 송신되고, 송신된 인증번호를 결제화면에 입력하면 결제가 완료되며, ARS결제는 결제할 전화번호를 인터넷을 통해 입력하고 화면에 표시된 인증번호를 전화를 통한 ARS서비스를 이용하여 입력한 후, PC화면에서 확인버튼을 클릭함으로 결제가 완료된다.



■ ARS결제 흐름도[212)]

212) 2003 통신위원회 심결집, 통신위원회, 2003, 516면.

다. 포괄적 동의서의 활용

포괄적 동의서는 만20세 미만의 회원 가입시 개인정보 수집, 회원가입, 유료서비스 이용료 결제 및 결제 한도 등에 대한 사항에 대하여 법정대리인의 동의를 얻는 방법으로, 회원가입과 동시에 결제문제를 해결할 수 있는 방법이라고 할 것이다. 즉, 미성년자의 경우 개별적으로 법정대리인에게 결제에 대한 동의를 받는다는 것은 한계가 있기 때문에 회원 가입 당시에 법정대리인으로부터 요금결제에 대한 사항에 대하여 한 번에 동의 받는 방안이라고 할 수 있다. 구체적으로 사이트 이름, 사용요금이나 가격 상한선 등을 지정하여 동의한 경우에는 그 범위에서만 동의가 있는 것으로 보는 견해가 있다[213].

다만, 포괄적 동의에 대해서 용돈과 같은 소액의 일정 한도를 정하여 동의를 받는 것에 대해서 법적인 문제가 없다는 학계의 견해가 있지만, 용도와 액수의 범위를 정하지 아니하는 포괄적 동의자체는 허용되지 아니한 것으로 보고 있기 때문에 명시적으로 한도 등을 부모 등 법정대리인에게 설명하여 동의를 받는다면 문제는 없을 것이다.

(3) 부모의 동의없이 만14세 미만 아동이 게임사이트에 가입, 수십만원의 요금을 결제한 사건

사건 개요

신청인은 초등학생 자녀(만 10세)를 둔 부모인데 신청인이 회원가입에 동의한 바 없음에도 불구하고 자신의 자녀가 피신청인이 운영하는 온라인 게임사이트에 회원으로 가입하여 약 15만원을 결제한 것을 발견, 관련 요금의 환불 및 해당 아동의 탈퇴 조치를 요구한 사건이다. 이에 대해 피신청인은 만14세 미만 아동의 개인정보 수집시 부모의 동의를 얻는 절차를 마련하고 있다면서, 본 사건은 신청인의 자녀가 회원가입 및 유료서비스 이용시 부모의 동의가 없었음에도 마치 동의가 있었던 것으로 허위 기재하여 발생한 것이라고 주장하였다.

213) 유창호, 전자거래에서 행위무능력제도의 실효성 확보에 관한 법제연구, 법제연구원, 2002, 36면.

결정 요지

정보통신분쟁조정위원회는 피신청인의 경우 만14세 미만 아동으로부터 개인정보를 수집하는 경우에 당해 아동이 “만14세 미만의 이용자로 부모님의 동의를 얻었습니다” 라는 문구에 체크하게 하는 방법으로 법정대리인의 동의를 얻는 절차를 마련하였는바, 이는 법정대리인으로부터 동의를 얻은 것이 아니라 아동이 부모에게 동의를 얻었음을 확인하는 것에 불과한 것이므로 피신청인이 아동의 법정대리인으로부터 진정한 동의를 얻었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 이성적 판단이 아직 미숙한 아동의 개인정보를 특별히 보호하는 정보통신망법 제31조의 취지상 아동으로부터 개인정보를 수집하는 경우에는 기술적인 조치가 가능한 범위에서 신뢰성 있는 진정한 법정대리인의 동의가 필요하다고 보아 피신청인의 절차는 이에 부합하지 않는다고 판단하였다. 따라서 위원회는 피신청인에게 즉시 관련 요금을 환불할 것과 해당 아동에 대한 회원탈퇴를 조치하라고 결정하였다.

코 멘 트

개인정보를 수집할 때, 단순하게 ‘법정대리인의 동의를 얻었다’ 라는 확인은 정보통신망법 제31조 입법취지인 미성년자의 판단능력에 대한 법적 보호라는 측면에서 미흡하다는 점을 확인한 것이라고 할 수 있을 것이다. 따라서, 이러한 경우 정보통신망법을 위반한 것이라고 볼 수 있기 때문에 신청인의 요구를 들어준 것이라고 생각된다.

제3절 온라인게임사업자의 ISP 책임 문제

1. ISP의 의의

(1) ISP 정의

2003년 시행된 개정 저작권법에서 처음으로 '온라인서비스제공자(ISP, internet service provider)'라는 정의가 들어가, 저작권의 유통과 관련된 ISP 책임규정을 두고 있다. 저작권법에서는 온라인서비스제공자를 다른 사람들의 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조제1항제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자로 정의하고 있다.[214] 저작권법상 ISP의 개념과는 별개로 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」에서는 '정보통신서비스제공자'를 '전기통신사업법 제2조제1항제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자'로 정의하고 있다.

(2) ISP의 법적 책임

일반적으로 ISP에 대한 법적 책임을 우리나라에서는 유형화시켜 분류시켜놓지는 않고 있다. 또한 미국에서도 저작권 등의 침해행위로서 책임을 유형화시켜놓지 않고, 다만 법원에서 ISP의 책임을 논하면서 직접침해, 기여침해, 대위침해 등으로 유형화시키고 있다.

가. 직접책임

직접책임은 다른 법에서 금지하고 있는 행위를 ISP가 행한 자신의 행위 또는 과실에 대한 책임을 말한다. 직접침해는 ISP가 사실상 현시(顯示)하고 배포한 경우에 해당하는 것으로, 직접적인 저작권 침해에 해당한다.[215] 다만 ISP의 책임논의에 있

214) 저작권법 제2조(정의) 제22호.

어서 직접적인 침해를 하게 되는 이용자는 그 경제적 지위가 미약하기 때문에 저작권자 등은 그 책임을 당해 침해자라고 할 수 있는 이용자에게 묻기에는 어려움이 있다고 할 것이다.

나. 간접책임

① 기여책임

기여책임은 우리법상에서 교사 또는 방조에 의한 공동불법행위와 유사한 개념으로 직접 침해자의 침해행위를 알거나 알 수 있었던 상태에서 그 침해행위에 기여한 경우에 해당한다.[216] 기여침해는 침해행위와의 관계에 기초하여 결정되나 반드시 직접적인 침해와 관계가 있을 필요는 없고 기여침해자에 대하여 직접적인 침해와 관련된 서비스나 장비의 제공에 대한 책임이 제기될 수도 있다.[217] 원래 기여책임은 저작권법에서 유래된 개념은 아니고 판례를 통하여 발전해온 개념이라고 하겠다. 특히, 미국 특허법상 규정된 성문의 법리로서, 판례법상 저작권침해에도 적용된 경우라고 한다.[218]

② 대위책임

대위책임은 우리법상 사용자책임에 의한 불법행위와 유사한 개념으로서, 직접침해자의 행위를 감독할 수 있는 권한이 존재하고, 직접침해자의 침해행위를 통하여 재정적인 이익을 얻는 경우에 해당한다. 즉, 두 주체간의 관계에 기초하여 사실적으로 타인의 권리침해를 감독할 지위와 능력이 있으며 타인의 행위의 결과로부터 금전적 이득을 취득한 자가 그 타인을 대위하여 부담하게 되는 책임을 말한다.[219]

ISP의 책임문제는 정보통신망에서 유통되는 정보에 대한 자유로운 이용이라는 측면에서 이용자의 권리와 저작권자의 권리의 충돌문제에서 비롯된다고 본다. 직접책임의 문제는 크게 어렵지 않지만, 실질적으로 ISP가 직접적으로 침해행위를 하는 경우가 드물기 때문에 이에 대한 논의는 그리 많지 않다고 본다. 다만, 간접침해에

---

215) 김동근, 온라인 서비스제공자의 법적 책임에 관한 연구, 전북대학교 박사학위논문, 2000, 142면.

216) 권영준, 온라인서비스제공자의 법적 책임, 서울대학교 석사학위 청구논문, 2000, 25면.

217) 임원석 역, 미국NII지적소유권작업반, 초고속정보통신망과 저작권, 한울아카데미, 1996, 102면.

218) 권영준, 전게 논문, 27면.

219) 박익환, 저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임 문제, 계간저작권(가을호), 1996, 65면.

대한 부분으로서, ISP가 정보나 자료를 직접 제공하지 않거나 또는 타인의 저작권 등을 침해하는 자료를 인터넷에 올리는 것을 격려하거나 권유하지 않고 단순히 그 고객의 자료를 전달하는 매개자로서의 역할을 한다면 그 ISP가 자신의 서비스시스템에 저장된 것이 타인의 저작물이라는 것을 알고 있다고 보기 어려울 것이다.[220] 이러한 측면에서 ISP에 대한 면책논의가 이루어지고 있고, 각국에서는 일정한 경우이외에 ISP로서 책임을 묻도록 하고 있다. 그렇지만 인터넷은 범세계적인 특성을 지니므로, 어느 일국에서 ISP의 책임문제에 대한 법규를 제정하였다고 하더라도, 문제가 해결되는 것은 아니다.

2. 온라인게임사업자로서 ISP 책임 문제

온라인게임을 서비스하는 사업자도 ISP에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서, ISP로서 게임사업자는 위의 제반 원칙과 법적인 의무를 부담하여야 한다.

게임사업자의 책임문제가 될 수 있는 부분은 자료유실, 아이템계정의 삭제, 사기 등에 대한 책임, 이용자의 개인정보, 결제문제 등 다양한 형태에 대한 책임문제가 발생할 수 있을 것이다. ISP에 대한 책임문제에서는 결제, 개인정보, 아이템을 매개로 하는 사기나 절도 등에 대한 사항은 별도의 장에서 설명하고자 한다.

3. ISP와 관련된 분쟁사례

(1) 전자우편 유실사건

- 서울지방법원 2002.7.24 선고 2002나6868 결정

본 사례는 전자우편의 소실과 관련된 사건으로 온라인게임과 깊은 연관성은 없지

220) 안효질, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구(연구보고서 2002-3), 프로그램심의조정위원회, 2002, 135면.

만 정보나 자료의 소실이라는 측면에서 살펴본다면 기본적인 법리가 다르지 않기 때문에 실무에서 참조하기 좋은 자료가 될 것으로 본다.

사건 개요

피고회사 갑은(이하 '피고회사' 라 한다) 1995. 2. 16. 컴퓨터 프로그램의 개발·제조·판매업, 정보처리 및 부가통신업 등을 목적으로 설립된 주식회사로서, 1997. 5. 경부터 인터넷상의 무료 전자우편 서비스 사이트인 A(www.○○○○○○.net)를 운영하다 1999. 7.경부터는 무료로 전자우편, 온라인동호회, 홈쇼핑(home shopping) 등 각종 서비스를 제공하는 사이트들을 통합·연결하는 포털(portal) 사이트 B(www.○○○○.net)으로 전환하여 운영하고 있다. 한편 피고회사는 1998. 4. 18.자로 위 사이트의 이용자약관(이하 '구약관'이라 한다)을 제정하여 운영하다, 2000. 5. 3.자로 위 약관을 변경(이하 '신약관'이라 한다)한 바 있다.

원고 을은 1998. 5. 15.경 원고 병은 1998. 12. 4.경 각기 피고회사와 사이에서 회원가입계약을 체결하고 그 무렵부터 피고회사로부터 전자우편서비스를 제공받아 왔다. 그런데, 2000. 5. 11.경 피고회사의 컴퓨터시스템에 원인불명의 장애가 발생하여 12시간가량 전자우편서비스 제공이 중단됨과 동시에 원고들의 회원정보, 원고들이 그 동안 전자우편을 교환하던 다른 인터넷이용자들의 주소록정보 및 원고들이 그 동안 위 서비스를 통하여 수신한 후 원고들 계정의 편지함에 보관 중이던 전자우편들이 모두 복구불가능하게 삭제되는 사고가 발생하여 이에 따른 손해배상을 제기하였다.

판결 요지

약관의규제에관한법률 제3조의 취지에 비추어 보면, 일단 약관부 계약이 유효하게 체결된 이후 사업자가 약관을 변경할 경우 같은 조 소정의 명시·설명의무 이행을 통하여 이용자에게 그 인식가능성을 보장하였다면 그로써 변경된 약관의 효력을 인정할 수 있다. 원고들이 최초로 전자우편서비스 이용약정을 체결할 당시 적용에 동의한 구약관 제3조는 "… 변경된 약관은 서비스화면에 게재하거나 기타 다른 방법으로 이용자에게 공지함으로써 효력을 발생합니다."라고 규정하고 있었던 사실이 인정되므로, 피고 회사는 위 사이트를 통하여 변경된 신약관을 게재함으로써 그

이용자들이 일반적으로 예상하는 방법으로 약관을 명시할 의무를 다하였다고 봄이 상당하다. 전자우편서비스를 일정기간 제공받지 못하게 됨으로써 그 이용자가 입게 되는 통상의 재산적 손해는 이용이 중단된 기간 동안의 서비스이용료 상당액이다.

일반적으로 전자우편은 송신자와 수신자가 각기 접속하여 이용하는 온라인서비스 제공자의 메일서버를 매개로 하여 전자문서를 송·수신함으로써 이루어지는 비동시적인 정보전달 수단으로써, 수신자가 자신이 이용하는 메일서버에 실제로 접속하여 수신된 전자우편을 확인하기까지의 기간동안 수신된 전자문서 및 송신자의 전자우편 주소 등 관련 자료를 보관하는 기능이 필연적으로 요청되므로 전자우편서비스의 이용에 관한 약정이 체결된 경우 전자우편서비스 제공자로서는 그 약정에 따른 주된 의무로서 전자우편의 송·수신기능뿐 아니라 수신된 전자우편 관련 정보에 대한 1차적 저장기능이 안정적이고 지속적으로 수행되도록 노력할 의무가 있다.

전자우편서비스 제공자가 저장된 자료의 유실이 예상되는 경우 이를 이용자에게 사전에 고지할 의무 내지 평소 불의의 장애발생에 대비하여 2차적인 저장장치를 마련하는 등의 방법으로 이용자의 자료가 유실되지 않도록 조치할 의무는, 그 성격상 전자우편의 본질적 기능에서 요청되는 전자우편서비스 제공자의 주된 의무에 수반되어 인정되는 부수적 의무에 불과하다 할 것이므로 그러한 의무의 존부 및 범위는 당해 전자우편서비스 이용약정의 내용 내지 약관의 취지, 관련 법령의 규정, 전자우편서비스 제공자의 기술적·재정적 한계, 전자우편서비스 이용자들이 제공하는 대가관계 등을 고려하는 전제 아래 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적으로 기대 가능한 수준에서만 인정된다고 봄이 상당하다.

원고들은 전자우편서비스의 이용자들이 서비스 이용의 대가로 당해 사이트의 회원으로 가입함으로써 개인신상정보 내지 서비스 이용 행태 정보를 제공하게 되고, 피고 회사는 이를 기반으로 한 광고 등을 수입원으로 삼고 있다는 점을 근거로, 비록 이용자들이 전자우편서비스를 무료로 이용하고 있다 하더라도 이 사건 전자우편서비스 이용계약을 무상계약이라고 할 수는 없으며 따라서 피고 회사에게 인정되는 의무 역시 이에 상응하는 수준의 것이어야 한다고 주장하나, 피고 회사가 개인신상정보를 타인에게 누설·제공함으로써 이익을 얻는 것이 아닌 이상 개인신상정보의 제공 자체가 서비스 이용의 대가라고는 볼 수 없고, 또한 이용 행태 정보는 개개인의 서비스 이용내역에 관한 자료를 피고 회사측이 수집·가공하고 분석하여 얻어낸 2차적 정보로서 이를 이용자가 제공한 정보라고 단정할 수 없다라고 판단하였다.

코 멘 트

전자우편서비스 제공자는 특별한 사정이 없는 한 지속적으로 서비스를 제공할 의무가 있지만 원고가 지적한 사고는 불가항력적이거나 경과실에 의한 것이므로 손해배상 책임을 인정할 수 없다고 판결한 것이라고 하겠다. 전자우편 제공업체에 전자우편 저장에 대한 1차 저장의무는 있지만 2차 저장장치를 마련하는 것은 부수적인 의무라고 보아, 그 책임을 인정하지 아니하였다고 본다.

온라인게임서비스 제공자의 경우도 생각해 볼 수 있는 점은 온라인게임서비스 제공자가 제공하고 있는 게임이 유료라고 한다면, 이용자의 입장에서 이용자가 손실당한 아이템이나 가중치 등의 복구 및 이에 따른 손해배상이 받아들여질 수 있다는 점이다. 물론 아이템이나 가중치를 실제 현금으로 산정하는 것은 쉽지 않다고 보기 때문에 동일한 아이템 등으로 복구해주는 것은 가능한 점이 아닌가 생각한다.

제4절 온라인게임 이용계정 삭제와 약관

1. 약관의 의의

약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과의 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말한다. 현대의 계약에는 거의 대부분의 영업종목에 약관이 이용되고 있다. 통상 계약은 청약과 승낙에 의해 성립하는 것이 일반적이고, 약관에 의한 계약체결도 이 범주에 속한다. 이러한 약관은 현대 산업사회의 대량거래관계를 신속하고 통일적으로 처리하는 장점을 가지고 있으나, 약관 작성과정에서 사업자에게 유리하게 내용이 구성되기 때문에 고객에게는 불리한 조항들이 다수 존재하게 되어 계약당사자간의 형평에 부합되지 않는다는 단점을 지니고 있다.

2. 약관의 계약에의 편입

약관이 계약으로 성립되기 위해서는 사업자가 제안한 약관에 대해 고객이 이를 받아들일 것을 승낙하여야 하는데 이를 “약관의 계약에의 편입”이라고 한다. 약관이 계약으로 편입되는 요건으로서 고객이 당해 약관 전체를 계약으로서 수용하는 의사가 있으면 족하고, 일반 계약에서와 같이 약관의 개별조문에 대한 개별적인 동의를 요하는 것은 아니다.

이러한 경우 약관이 계약법적으로 편입될 수 있느냐에 대한 논란이 있을 수 있으나 부정할 수 있는 근거는 크지 않다고 본다. 명시의무 및 설명의무를 충분히 하였느냐에 대한 것이 논란이 될 수 있으나 홈페이지상에 약관을 충분히 고지하였다는 점에서 명시의무를 다하였고 볼 수 있다. 또한, 통상의 관념에 의하여 약관에 대해 리뷰하였고, 이의 내용에 대한 동의를 하였다는 점에서 설명의무에 준하는 인지를 하였다고 추단할 수 있을 것이다. 따라서 약관자체는 충분히 계약체결의 구성요건을 갖춘 것이라고 볼 수 있다.

3. 게임 계정 삭제의 법률문제

게임사는 특정한 경우에 회원의 계정을 삭제하도록 규정하고 있다. 예를 들면, 현금거래 등을 하는 경우가 발각되면 사전에 당해 계정을 영구삭제처리하고 있다는 점이다. 그렇지만 계약내용으로써 약관의 내용을 실행함에 있어서 당사자에 대해 충분한 소명조치를 취하였는지가 논란이 될 수 있다. 회사가 이러한 규정을 작의적으로 해석하여 적용하게 된다면 이용자로서 소비자의 권익이 심대하게 손상될 수 있기 때문이다. 따라서 약관의 규정에 근거하여 계정을 삭제하는 경우라고 하더라도 충분한 소명절차를 거치지 아니하는 경우에는 절차상의 위법논란에서 자유로울 수는 없다고 본다.

4. 온라인게임 이용계정과 관련된 분쟁사례

(1) 게임 캐릭터 영구 압류 사건

- 서울지방법원 2002.10.16 선고 2002가소125182 결정

사건 개요

이 사건에서 원고는 온라인 게임 A 내의 자유게시판에 아이템거래에 관련된 글을 올렸다가 게임회사(이하 '피고회사'라 한다.)에 의해 글이 삭제되고, 캐릭터가 영구 압류되는 조치를 당하자, 3년 간 위 게임을 해서 얻은 개인 정보물에 대하여 이를 부당하게 압류 당함으로써 그 동안의 계정사용비, 게임(PC)방 이용비, 투자한 시간 등이 모두 수포로 돌아갔고 이는 행복추구권을 침해하였다는 이유로 재산상의 손해배상 및 위자료 2,000만원을 청구하는 소송을 제기하였다. 아울러 원고는 당해 소송에서 A 게임상의 아이템이 이용자 개인의 소유인지 게임사업자의 소유인지를 법원이 밝혀 줄 것을 구하였다.[221] 본 사건은 피고회사가 승소하였다.

221) 백강진, 온라인게임사업자의 책임, 「온라인게임의 법적 문제점」, 2004-9회 워크숍 자료, 서울대학교 기술과 법센터, 2004.

판결 요지

본 사건은 판결문이 공개되지 아니하여 그 구체적인 사실관계는 물론 판결 결과에 대해서 확인할 수 없었다. 더욱이 소액심판사건의 경우, 판결문에 구체적인 사유 및 판결내용을 달지 않기 때문에 구체적인 판시사항을 본 사례집에서 적시하기는 힘들다고 하겠다.

코 멘 트

2002.10.16 법원은 원고패소 판결을 내렸고, 2002.11.19 원고가 항소를 하지 않아 판결 확정되었다. 소액사건의 경우 판결문에 그 이유를 생략하는 것이 일반적이기 때문에 원고가 패소한 이유를 확인할 수는 없으나, 2000년도 공정거래위원회의 약관심사 결과[222]와 같이 아이템은 회사의 저작물이며 게이머는 약관의 내용에 따라 이를 이용할 권리를 갖는다는 전제하에 스스로 약관을 위반하여 회사로부터 받는 제재에 대해 당해 위반자가 손해배상을 청구함은 그 이유가 없다고 판단한 것이라고 본다. 다만, 게임사의 일방적인 조치가 타당한 것인지는 여전히 의문이라고 하겠다.

(2) 게임시스템 오류로 인해 상실된 행운치 복구 청구사건

사건 개요

본 사건의 신청인은 피신청인의 운영하는 온라인게임사이트에서 자신의 캐릭터가 사용하는 아이템의 행운치를 올리기 위해 특수 아이템 90개를 사용하여 행운치를 올려놓고 로그아웃한 후에 신청인의 가족이 다시 접속하여 확인한 결과, 행운치가 당초 올려져있던 수준보다 낮게 되어있어 피신청인인 서비스업체측에 시스템상의 오류문제를 제기하여 여러 차례에 걸쳐 오류수정을 요구하였다. 그러나 피신청인은 원인이 규명되지 않은 오류에 대해서는 업체가 책임질 수 없으며 사용자가 책임을 져야 한다고 주장하였고, 이에 신청인은 서비스업체의 부당함을 시정하기 위하여

222) 제6장. 제2절. 5.공정거래위원회의 약관심사 결과 참조. 본 서 OOO면.

조정을 신청을 하였다.

조정 요지

가. 당사자의 주장

신청인은 서비스업체에서 주장하는 사용자측의 잘못이라는 부분에 대해 객관적인 입증자료를 요청하였으나 업체에서는 객관적인 자료에 의해서가 아닌 업체의 주관적 판단으로 답변을 함으로써 유료 사용자인 고객의 알권리를 침해하였다. 업체직원의 요구대로 게임 시스템상의 오류를 직접 목격한 신청인측 증인 4명이 사실확인서를 업체에 제출하였고, 당해 게임의 수많은 오류로 인해 이미 많은 피해자들이 발생하고 있음에도 불구하고 업체는 무성의한 태도로 사용자의 주장을 계속 무시하였다. 계정을 타인에게 양도하거나 판매한 것도 아니고 다만 본인이 게임을 하다가 잠시 친척이나 친구가 대신 게임을 하도록 한 것인데 이것도 위법이라는 피신청인의 주장은 합리적이지 못하며, 사용자와 업체가 정당하고 공정한 관계를 유지하는 것이 사회의 관례이며, 고객이 비용을 지불하고서도 정당한 대우를 받을 수 없는 것은 소비자보호 원칙이나 법, 관례에 어긋나며 이는 반드시 개선해야할 사항이라고 생각한다. 신청인에게 행운치를 4로 복구해주든지, 아니면 본인이 사용한 아이템의 현물거래가격으로 보상해 줄 것을 요구하였다.

이에 대해 피신청인은 온라인게임상에서 특정 아이템을 사용할 경우 아이템에 행운이 붙거나 아무런 효과가 없거나 저주가 부는 등 3가지 가능성이 있으며, 대부분의 경우 아무 효과가 없으며, 특정 아이템을 사용·교환·습득한 사실에 대해서는 로그파일을 통해 확인 가능하지만 이를 사용한 결과로서 행운이 붙는지 저주가 붙는지는 시스템의 로그파일로 남지 않기 때문에 확인이 불가능한 실정이다.
신청인의 경우, 본인의 정보 및 계정, 캐릭터를 다른 사람과 공유하였으며, 또한 행운치가 4가 된 이후에는 해당 아이템을 사용할 경우 행운치를 더 붙일 확률이 떨어짐에도 불구하고 계속적으로 이를 사용한 것이 확인되었으며, 이는 전체 서버 및 프로그램의 오류라고 보기 어렵고 신청인 개인정보 및 계정, 캐릭터의 유출 및 공유로 인한 과실로 판단되며, 약관상 개인의 계정 및 캐릭터는 다른 사람에게 공유·매매·양도할 수 없으며, 이로 인해 발생하는 피해에 대해서는 업체가 책임지지

않는다.
약관상 아이템거래는 금지되어 있으며, 현금거래가 인정될 경우 해당 계정은 영구정지 조치하게 되므로 특정 아이템의 현물거래 가격으로 보상하는 것은 곤란하며, 고객에 대한 서비스 차원에서 신청인에게 행운치 복구를 해주는 것은 선례를 남기게 되므로 이 또한 곤란하다고 하겠다.

나. 조정

신청인은 피신청인이 운영하는 온라인게임 사이트의 유료 이용자로 가입하여 게임을 하여온 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으나 신청인 등 4명의 사실확인서의 개재 내용에 의할 경우 신청인이 게임에 접속하여 행운치를 올려주는 특수 아이템을 사용하여 아이템의 행운치를 일정 수준으로 상향한 후 로그아웃하였다가 다시 로그인하였는데, 게임시스템 상의 오류로 행운치가 3으로 되어있었다고 하는 부분에 대한 사실관계에 있어 의견차이가 있다.
본 사안의 정황을 보다 명확하게 파악하기 위하여 신청인과 조정부는 피신청인에게 신청인의 특수 아이템 사용내역을 담고있는 시스템 로그파일을 요구하였으나 제시하지 않았고 또한 해당 특수 아이템을 사용한 결과는 시스템상 로그파일로서 남지 않는다고 주장함으로써 자신의 주장에 대한 근거를 전혀 제시하지 못하였다. 이에 피신청인의 입증책임을 다하지 못함에 따라 조정부는 신청인의 주장을 사실로서 인정할 수밖에 없기에 주문과 같이 결정한다.

코 멘 트

조정부는 피신청인에게 신청인의 게임캐릭터의 행운치를 신청인이 올려놓았던 원래 수준으로 원상 복구할 것을 조정결정하였으나 본 결정에 대해 피신청인이 수락을 거부하였다고 한다.

(3) 인터넷 게임 사이버몰에서 자신의 계정을 해킹당한 이용자가 계정의 복구를 신청한 사건

사건 개요

본 사건 신청인은 인터넷 온라인게임 사이버몰에서 본인 계정을 제3자가 사용 중이라는 사실 알게 되어 해킹신고를 하였으나 해킹한 자가 주민등록번호 재등록 기간에 신청인 계정의 주민등록번호 및 비밀번호를 갱신하여 주민등록번호가 변경되어 해킹신고가 되지 않았다.

해킹 신고를 위한 절차요건으로 신청인은 주민등록등본을 보냈으나 누락되어 등본 송달일이 입증되지 못하였으며, 신청인은 다시 계정 복구를 요청하고 3주 이상 경과 후 주민등록등본을 팩스로 송부하였고 이를 수령한 피신청인은 팩스 수신 확인 후에 계정을 압류하고 1주일 정도의 확인할 기간이 필요하다고 신청인에게 고지하였다.

피신청인이 계정을 압류한 후에 10일이 경과한 후에도 동 계정이 회복되지 않았으므로 신청인은 계정 회복을 청구하는 메일을 보내고 9월 19일 전자거래분쟁조정위원회에 계정 복구를 청구 취지로 조정을 신청하였으며, 9월 20일 신청인의 주민등록번호로 계정이 재등록되었으나 캐릭터가 이전 상태로 복구되지 않았으므로 다시 이의 복구를 청구하였다.

조정 요지

가. 당사자 주장

신청인은, 신청인에게 비밀번호 유출에 대한 과실이 없으며, 피신청인 측에서 2달 동안 처리를 안 해 줌으로써 2달 동안 계정의 사용을 못하였다. 따라서 그에 대한 보상으로 자신의 게임 상 케릭터의 레벨을 올려주고, 아이템을 추가해 주며 해킹시 가지고 있던 것들의 복구를 하여야 한다고 주장하였다.

이에 대해 피신청인은

- 계정 정보가 바뀐 데는 일차적으로 그 계정 정보를 사용자 본인이 노출했기 때문. 사용자가 계정 정보에 조금이라도 주의를 했다면 해킹은 일어나지 않았을 것이고, 사용자 약관에 의하면 계정 정보 관리의 책임은 본인에게 있으며 이를 소홀히 하여 발생하는 이용상의 손해, 또는 제 3자에 의한 부정사용 등의 결과에 대해서

는 책임을 지지 않는다고 고지되어 있으므로 계정 관리 책임은 사용자에게 있다.
- 시스템상 한 사람의 게임기록을 두 달 이전으로 돌리는 것은 불가능하고, 당사의 게임의 특성상 그 기록의 보관에 한계가 있으므로 이전의 기록은 이미 그 기간을 넘기는 것으로 데이터도 확인이 불가능하므로 복구해 줄 수 없다.
- 처리 지연 주장에 대해 해킹신고에 따른 주민등록등본 도착 후 그 계정이 어떻게 해서 다른 사람의 이름으로 실명 등록이 되었는지 확인해 볼 필요도 있기 때문에 일단 계정을 압류해 놓고 그 계정을 사용하던 사용자에게도 이의를 제공할 수 있는 기한을 주어야 했다. 따라서 계정이 압류 후 계정의 정보를 변경하는데, 업무처리상 약간 지연되었다. 계정에 대하서 완전한 확인작업이 끝난 것은 기간상으로 약 20여일이었기 때문에 보상이 필요할 만큼의 지연은 아니었다라고 주장하였다.

나. 조정

피신청인 측에서 시스템상 보존이 안 되어 확인할 수 없으므로 복구해 줄 수 없다고 하였던 부분에 대하여 신청인의 피신청인에 대한 복구청구 이메일을 신뢰, 신청인이 분실했다고 주장하는 아이템을 복구하여 주는 것으로 한다. 본 조정안에 대해 당사자는 수락하였다.

코 멘 트

신청인의 ID와 비밀번호를 제3자가 사용하게 되었고, 그 제3자가 피신청인의 실명제 기간에 주민등록번호를 재등록했는데, 그 당시 피신청인은 이의 본인여부를 어떻게 확인하였는지가 쟁점이라고 본다.

ID와 비밀번호의 계정정보가 제3자에게 유포된 것이 신청인의 과실인지 또는 피신청인의 과실인지는 판단되지 아니하였으나, 피신청인의 본인확인을 위한 실명제 기간동안 제3자가 신청인의 ID와 비밀번호를 가지고 사용하다가 주민등록번호와 비밀번호를 재등록하였을 때 피신청인이 이에 대한 사실을 일일이 대조하여 재등록할 수 없었던 것은 사실이며, 신청인이 7월 24일 해킹당한 후로 9월 20일 재등록기간까지 약 두 달간 계정을 사용하지 못했다는 것도 사실이라고 할 것이다.

따라서, 피신청인은 게임을 소비자에게 이용하게 하고 그 이용이 해킹 등으로 침해당했다는 이용자의 신고가 있을 때는 피해회복을 위해 최선의 협조를 해주는 것이 정당하다는 담당조정부의 의견이라고 본다.

제5절 인터넷도박과 사행행위

1. 인터넷 도박의 의의

인터넷을 통한 도박이나 사행행위는 인터넷이란 특성 때문에 이를 규제하거나 쉽게 대응할 수 없는 한계를 지닌다고 할 것이다. 그렇기 때문에 인터넷상에서 이루어지고 있는 도박 및 도박을 할 수 있는 장소를 개설하는 경우에 대해서도 규제할 필요성이 제기되고 있는 것이다. 그렇지만 인터넷이라는 무형의 공간이 과연 실제 도박을 할 수 있는 장소에 해당하는지는 해석이 달리될 수 있다고 본다. 다만, 대법원은 인터넷상에서 도박을 할 수 있도록 장소를 개설하는 것을 도박장 개설죄에 해당한다고 판시한 바 있다. 이하 도박장 개설죄에 대해 살펴보고 인터넷상에서 이루어지고 있는 도박장 개설죄에 대해 분쟁사례를 중심으로 살펴보고자 한다.

2. 도박장 개설죄

도박개장죄가 성립하기 위해서는 영리의 목적으로 도박의 장소를 개설하여야 한다. 여기서 '도박'이란 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 것을 의미하는 것으로, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우라도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지 않는다 할 것이다

3. 인터넷상의 도박장 개설

인터넷상에서 도박행위를 할 수 있도록 사이트를 개설한 것이 도박장 개설죄에

해당하는지 여부에 대한 것으로서 앞에서 말한 바와 같이 영리의 목적으로 도박의 장소를 개설하여야 하므로, 인터넷상에서 이루어지는 도박장의 경우에도 이러한 구성요건을 갖춘다고 보지 않을 특단의 사정이 없기 때문에 인터넷사의 도박장 개설죄를 부인할 수는 없을 것이다. 다만, 단순하게 특정 사이트를 홍보할 목적으로 이루어진 경우라고 한다면 그 취지에 따른 참작은 될 수 있을지라도 범죄자체를 부인할 수는 없을 것으로 사료된다.

4. 인터넷 도박장 개설에 관련된 분쟁사례

(1) 고스톱 고별대회 사건

– 대법원 2002.4.12 선고, 2001도5802 결정, 도박개장

사건 개요

피고인 갑과 을은 각각 A 주식회사의 대표이사, 인터넷사업팀장으로 피고인들이 운영하는 인터넷 고스톱게임 사이트를 유료로 전화하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 2000. 1. 20. '1차 고스톱 고별대회'를 개최하였다. 대회는 참가자 1인당 금 3만원씩의 참가비를 받고 2000. 12. 8.부터 같은 달 13.까지 위 사이트에서 제공하는 고스톱게임을 하게 하여 1등부터 9등까지 선발 후 상금을 지급하는 내용으로, 실제 129명이 참가하여 총 387만원의 참가비가 A 회사에 송금되었으며 A 회사는 대회 입상자에 대한 상금으로 1등 200만원, 2등 80만원, 3등 50만원, 4 내지 6등 각 20만원, 7 내지 9등 각 10만원 합계 420만원을 지출하였다.

본 사건의 1심(서울지방법원 2001.6.15. 선고 2001고단1381 판결)은 피고들에게 도박개장죄를 들어 유죄를 선고하였으며, 피고인들은 '① 사실을 오인하였거나 도박개장죄의 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다. ② 원심의 형량은 너무 무거워서 부당하다' 는 이유로 항소(서울지방법원 2001.10.16 선고 2001노5722판결)하였으나 법원은 양형부당만을 인정하였다.

판 결

[사건번호] 대법원2002. 4. 12.선고 2001도5802 판결 도박개장

[판시사항]
[1] 형법 제247조 소정의 도박개장죄의 성립 요건
[2] 인터넷상의 도박개장죄를 인정한 사례

[판결요지]

[1] 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로서 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것으로, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다.
[2] 인터넷 고스톱게임 사이트를 유료화하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 고스톱 대회를 개최하면서 참가자들로부터 참가비를 받고 입상자들에게 상금을 지급한 행위에 대하여 도박개장죄를 인정한 사례.

[참조조문] [1] 형법 제247조 / [2] 형법 제247조

[전 문]

[피고인] 정ㅇㅇ 외 1인
[상고인] 피고인들
[변호인] 변호사 윤ㅇㅇ
[원심판결] 서울지법 200 1. 10. 16. 선고 2001노5722 판결

[주 문] 상고를 모두 기각한다.

[이 유]

_ 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로서 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를

의미하는 것으로, 반드시도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다고 할 것이다.

_ 원심은, 공소외 ○○○○○○○○ 주식회사의 설립자 겸 대표이사와 인터넷 사업팀장인 피고인들은 위 회사가 운영하는 인터넷 고스톱게임 사이트를 유료로 전환하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 2000. 11. 20. 이 사건 공소사실 기재와 같은 공지사항을 게시하여 '1차 고스톱 고별대회'를 개최하게 된 사실, 대회에는 129명이 참가하였고, 참가자 1인당 3만 원씩 합계 387만 원의 참가비가 회사에 송금된 사실, 피고인들은 2000. 12. 8.부터 같은 달 13.까지 참가자들로 하여금 인터넷을 통해 사이트에서 제공하는 고스톱게임을 하게 하여 1등부터 9등까지를 선발한 사실, 위 회사는 대회 참가자들로부터 참가비 합계 387만 원의 수입을 얻는 데 비하여 대회 입상자에 대한 상금으로 1등 200만 원, 2등80만 원, 3등 50만 원, 4 내지 6등 각 20만 원, 7 내지 9등 각 10만 원 합계 420만 원을 지출한 사실을 인정한 다음, 비록 피고인들이 고스톱대회를 개최하게 된 직접적인 목적이 그들이 운영하는 인터넷 사이트를 유료로 전환하는 과정에서 홍보를 위한 것이었고, 고스톱대회를 개최한 결과 이득을 보지 못하고 오히려 손해를 보았다고 하더라도, 피고인들로서는 고스톱대회를 통하여 장차 유료로 전환하게 될 그들 운영의 인터넷 사이트를 홍보함으로써 궁극적으로는 사이트의 유료 수입을 극대화하려는 목적으로 고스톱대회를 개최한 것이고, 또한 피고인들이 고스톱대회를 개최한 결과 손해를 보았다는 사정은 대회 참가자의 수가 적었다는 우연한 사정으로 발생한 것에 불과하므로, 피고인들에게 있어서 '영리의 목적'은 인정된다 할 것이고, 한편 고스톱대회의 입상자들이 지급받기로 한 상금은 참가자들의 참가비 총액에 상관없이 일정액으로 정하여져 있기는 하나, 상금의 주요한 원천이 참가자들의 참가비에 있는 이상 궁극적으로 상금의 득실이 우연한 승부에 의하여 좌우되는 고스톱의 결과에 의하게 되는 점, 도박에 있어서 재물의 득실이 반드시 우연한 승부의 승패 결과에 정확하게 일치할 필요는 없고, 또한 1 대 1 또는 1 대 2 등의 방식으로 재물의 득실이 이루어질 필요도 없는 점 등에 비추어, 참가자들의 고스톱대회 참여는 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 '도박'에 해당한다고 판단하여, 피고인들에 대하여 유죄를 선고한 제1심을 유지하였다.

_ 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 법리오해, 채증법칙 위반, 심리미진 등의 위법이 없다.

_ 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

코 멘 트

형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로서 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것으로, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다고 할 것이다.

(2) 게임머니 환전 사건

- 서울지방법원 2001노7858 결정

사건 개요

갑은 ○○포유(1999.8.경 설립) 대표이사로 인터넷 게임 사이트를 운영하였으며, 사이트 회원들에게 무료로 게임을 제공하면서 각 게임의 단계마다 퀴즈형식의 광고를 보도록 하는 인터넷 광고대행업을 하였다. 갑은 회원들에게 사이트의 게임랜드(일반 오락실에서 제공하는 테트리스 등의 게임 제공)를 통해 획득한 ○○머니를 가지고 파이브포커, 빠칭코, 러시안룰렛 및 ○○해전 게임(이하 이 사건 '게임'이라고 한다) 등을 할 수 있도록 하였는데, 일정한 목표 점수를 획득한 회원에게는 상금으로 일정한 ○○머니를 지급하고 일정액 이상이 되면 현금으로 환전·지급받을 수 있도록 하였다.

갑은 2000.12.11경 회사의 광고수주가 적음에 반해 회원들에게 지급하는 현금이 부담되자 회사가 지급하는 현금부담을 축소하고, 을(동 회사 마케팅 부장)과 상의하여 게임랜드를 거치지 않고 직접 ○○머니를 현금 등으로도 구입하도록 하는 등의 게임운영방식을 변경하였다.

법원은 갑과 을 모두에게 형법 제247조(도박개장죄)를 들어 유죄를 선고하였다.

판결 요지

가. 인정사실

증거들 및 피고인 갑에 대한 경찰 피의자신문조서의 진술기재에 의하면, ① 피고인이 대표이사로 재직하는 주식회사 ○○포유는 1999. 8.경 전자상거래와 광고대행업 등을 목적으로 설립된 회사로서, 이 사건 공소장 기재의 인터넷 게임 사이트(이하 이 사건 '사이트'라고 한다)를 통하여 여러 가지 게임을 제공하되, 누구나 무료로 위 회사의 회원으로 가입하여 이 사건 사이트에 접속하여 게임을 하는 회원들로 하여금 각 게임의 단계마다 퀴즈형식의 광고를 보도록 하는 방식으로 인터넷을 통한 광고대행업을 운영한 사실, ② 위 회사가 이 사건 사이트를 통하여 제공한 게임은 게임랜드, 카지노랜드, 배팅랜드, 배틀랜드의 4개 부분으로 구분되어 있고, 이 사건 공소장 기재의 파이브포커, 빠칭코, 러시안룰렛 및 ○○해전 게임(이하 이 사건 게임이라고 한다) 등을 제공하는 카지노랜드나 배틀랜드에 접속하기 위하여는 사이버머니인 ○○머니가 필요한 사실, ③ 이 사건 게임 중 ○○해전은 게임의 상대방이 컴퓨터가 아닌 타인인 네트워크 게임으로서 그 승부에 따라 승자가 패자의 ○○머니를 획득할 수 있는 방식이고, 이를 제외한 나머지 게임들은 이용자가 상대방 없이 혼자서 이미 컴퓨터에 저장된 프로그램이 정한 바에 따라 컴퓨터와 게임을 하는 것이기는 하나, 그 게임 내용은 모양이 같거나 숫자가 동일하거나 하는 등의 점수 방법에 따라 승부를 결정하는 등으로 모두 우연한 결과에 따라 그 승부가 결정되도록 하는 방식의 게임인 사실, ④ 회원이 ○○머니를 취득하기 위하여는 먼저 게임랜드에 접속하여 일반 오락실에서 제공하는 테트리스 등의 게임을 통하여 이를 획득할 수 있도록 운영한 사실, 카지노랜드 등에서 일정한 목표 점수를 획득한 회원에게는 상금으로 일정한 ○○머니를 지급하나, 상금으로 지급할 ○○머니는 목표점수를 취득한 회원들의 수만큼 나누어 균등하여 분할지급하며, 일정액 이상의 ○○머니를 취득한 회원은 그 필요에 따라 매월 1일부터 5일까지 사이에 ○○머니를 현금으로 환전하여 지급받을 수 있도록 한 사실, ⑤ 피고인은 2000. 12. 11.경 위 회사의 광고 수주는 적음에 반하여 회원들에게 지급하는 현금이 부담되자, ○○머니를 현금 등으로도 구입하도록 함으로써 위 회사가 지급하는 현금 부담을 축소함과 아울러 이 사건 게임 등의 활성화를 통한 위 회사의 매출 증대를 위하여 위 회사의 마케팅 부장인 원심 공동피고인 을과 상의하여 회원이 위 회사의 예금통장

에 현금을 입금하거나 신용카드를 사용하여 ○○머니를 직접 구입한 다음 게임랜드를 거치지 않고 직접 카지노랜드 등에 접속하여 ○○머니를 지급하고 이 사건 게임을 할 수 있도록 게임 운영방식을 변경하기로 한 다음, 이 사건 공소사실 기재와 같은 내용의 안내를 이 사건 사이트에 게시한 사실, ⑥ 그 당시 회원이 현금 등으로 ○○머니를 구입함에 있어, 1000○○머니 미만 보유자만이 이를 구입할 수 있도록 하였으나, 신규로 ○○머니를 구입하는 회원에게는 특별히 1회 매입금액상의 제한은 없었던 사실, 한편 2000. 7.부터 같은 해 12.까지 사이에 이 사건 사이트에 제공된 이 사건 게임 등을 통하여 1개월 동안 획득한 ○○머니를 교환하여 현금으로 지급받은 액수가 금 100,000원 이상인 회원이 상당수이고, 금 1,000,000원 이상을 지급받은 회원도 있는 사실을 인정할 수 있다.

나. 피고인의 항소 요지

첫째로, 피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같은 내용의 광고를 게재하고 게임을 올린 사실은 있으나, 이러한 행위를 형법 제247조 소정의 도박개장죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반하고, 둘째로, 이 사건 공소사실에 기재된 게임은 모두 일방 당사자가 컴퓨터인 기계와 게임을 하는 일명 '로봇게임'으로서 당사자 쌍방을 반드시 필요로 하는 도박이라고 할 수 없어, 도박이 아닌 위 게임에 관하여 광고를 한 피고인에 대하여 영리를 목적으로 도박을 할 수 있는 장소를 제공하는 행위를 처벌하는 도박개장죄로 처벌할 수 없으며, 셋째로, 이 사건 공소사실 기재에 의하더라도, 피고인은 자신이 대표이사로 있는 주식회사 ○○포유의 홈페이지에 광고를 게재한 것에 불과하고, 실제로 이와 같은 광고를 보고 현금 등으로 사이버머니인 ○○머니의 매매가 이루어진 바도 없어, 이는 도박개장죄를 예비하거나 미수에 그친 것에 불과하다고 할 것인데, 법률상 도박개장죄의 예비나 미수를 처벌할 규정이 없고, 마지막으로, 가사 위 게임이 도박에 해당하더라도, 위 게임을 아주 잘하는 사람도 이를 통하여 하루에 금 3,000원 정도의 이익을 얻을 수 있음에 불과하여, 위 게임은 일시오락의 정도에 불과한 것으로서 위법성의 조각된다고 할 것임에도, 원심이 이 사건 공소사실을 그대로 받아 들여 피고인에게 유죄를 선고하였으니 원심판결은 사실을 오인하거나 도박개장죄 등에 관한 법리를 오해한 결과 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 법원의 판단

먼저, 피고인의 이 사건 행위를 도박개장죄로 처벌함은 죄형법정주의에 반함과 아울러 이 사건 게임은 일명 '로봇게임'에 해당하여 이를 도박이라고 할 수 없으므로, 피고인이 도박을 개장한 것이 아니라는 주장에 관하여 본다.

이 사건 게임 중 ○○해전을 제외한 나머지 게임들은 모두 회원이 혼자서 컴퓨터에 제공된 프로그램이 정한 바에 따라 컴퓨터와 게임을 하는 방식이기는 하나, 회원이 현금을 지급하거나 신용카드를 이용하여 일정한 제한 없이 구입한 ○○머니를 지급하고서 우연한 승부에 의하여 좌우되는 이 사건 게임을 통하여 ○○머니의 득실이 결정되는 점과, 이 사건 게임을 통하여 회원이 획득한 ○○머니가 30,000 ○○머니 이상일 경우에는 현금과 1:1의 비율로 교환할 수 있는 점 및 도박에 있어서 재물의 득실이 반드시 우연한 승부의 승패 결과에 정확하게 일치할 필요는 없고, 또한 1 대 1 또는 1 대 2 등의 방식으로 재물의 득실이 이루어질 필요도 없는 점 등을 고려하면, 회원들이 이 사건 게임 참여는 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실이 결정되는 '도박'이라고 할 수 있고, 또한, 도박개장죄 성립에 필요한 '영리의 목적'은 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 인정됨과 아울러 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지 않는 점에 비추어 볼 때, 비록 이 사건에서 실제로 현금 등으로 ○○머니를 구입한 회원이 없었다고 하더라도, 회원들이 이 사건 게임을 하기 위하여는 일정한 ○○머니를 피고인측에게 지급하여야 하는 점과, 장차 이 사건 게임 등의 활성화를 통한 위 회사의 매출 증대 등을 목적으로 피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같은 내용의 글을 게시한 점 등을 고려하면, 피고인에게 영리의 목적도 인정된다고 할 것이어서, 이 사건 공소사실에 대하여 피고인을 도박개장죄로 처벌할 수 있다고 봄이 상당하므로, 피고인의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

다음으로, 피고인의 이 사건 행위는 도박개장죄를 예비하거나 미수에 그친 것에 불과하여 처벌할 수 없다는 주장에 관하여 보건대, 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 기수가 된다고 할 것이고, 도박할 사람을 유인하거나 실제로 도박이 이루어져야 성립하는 것은 아니라고 할 것인바, 피고인은 이 사건 공소사실 기재와 같이 영리의 목적으로 회원들로 하여금 현금 등으로 장차 현금으로 환전이 가능한 ○○머니를 구입하도록 하여 도박에 해당하는 이 사건 게임을 할 수 있도록 하여 도박장소를 개설하였다고 볼 것

이므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

마지막으로, 이 사건 게임은 일시오락에 불과하여 도박에 해당하지 않는다는 주장에 관하여 보건대, 도박죄에 있어서 일시오락의 정도는 도박의 시간과 장소, 도박자의 사회적 지위 및 재산정도, 재물의 근소성, 그 밖에 도박에 이르게 된 경위 등 모든 사정을 참조하여 구체적으로 판단하여야 할 것인바(대법원 1985. 11. 12. 선고 85도2096 판결 등 참조), 우선 피고인 주장과 같이 이 사건 게임을 통하여 회원이 하루에 얻을 수 있는 이득이 반드시 금 3,000원 정도에 불과하다고 볼 자료가 없음과 아울러 단순히 이 사건 게임을 통하여 얻을 재물의 액수만을 근거로 이 사건 게임이 일시오락의 정도에 불과하여 그 위법성이 조각된다고 볼 수는 없고, 오히려 앞서 본 바와 같이 2000. 7.부터 같은 해 12.까지 사이에 이 사건 게임 등을 통하여 한달에 현금 100,000원 이상을 취득한 회원들이 상당수에 이르렀던 점(이에 대하여 피고인은, 1999. 10.부터 2000. 12. 17.까지 사이에 회원들이 다른 회원들을 가입시킬 때마다 1인당 금 300원 내지 500원의 추천격려금을 별도로 지급하였고, 우수 추천인에게는 매월 금 100,000원 내지 500,000원을 지급하였던 관계로 회원들 중 고액의 현금을 지급받은 자가 다수 있는 것이라는 주장도 하나, 피고인이 당심 제10회 공판기일에 제출한 참고자료에 의하더라도, 회원들 중에는 추천격려금과 무관하게 금 100,000원 이상의 고액 수령자가 있음이 인정된다)과 이 사건 게임을 이용하는 회원들 중에 사실상 미성년자가 있을 가능성을 배제할 수 없는 점 및 이 사건 게임이 다중이 이용하는 인터넷상에 게시되어 있어 그로 인한 전파 효과가 지대한 점 등을 종합하면, 이 사건 게임이 일시오락의 정도에 불과하다고 보기는 어려우므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

따라서, 원심판결이 피고인에 대한 이 사건 공소사실에 관하여 형법 제247조 소정의 도박개장죄의 유죄를 인정한 것은 정당하고, 달리 원심판결에 도박개장죄 등에 관한 법리오해의 위법도 인정되지 않으므로, 피고인이 이 부분 주장을 받아들일 수 없다.

코 멘 트

형법 제247조 소정의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로서, 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물

의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것으로, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다고 할 것이다(대법원 2002.4.12. 선고 2001도5802 판결 참조).

따라서 본 사례에서도 도박장개설죄에 대한 대법원 판례를 원용하여 유죄를 판결한 것이라고 하겠다.

제6장 아이템 및 사이버머니

제1절 아이템과 관련된 사기 문제

1. 아이템의 개념

게임 아이템(game item)은 게임의 진행을 위하여 이용자가 사용할 수 있는 도구라고 할 것이다. 또한 아이템을 게임 프로그램에 의해 생성된 컴퓨터 파일로서 머드게임 내의 각종 특성치 중에서 다른 아바타와 게임상 교환이나 거래 할 수 있는 것으로 보며, 사이버머니처럼 가상현실이나 공간을 제공하는 컴퓨터 게임 내에서 가치를 갖는 재화로 보기도 한다. 이 경우에는 저작물과 물건의 중간에 위치하는 대상으로 파악하기도 한다.[223]

2. 아이템의 귀속 여부

게임상에서 게임을 즐기기 위하여 사용할 수 있는 권리이외에, 물론 게이머는 게임사가 금하고 있는 아이템의 현실거래를 암묵적으로 행하고 있지만, 게임아이템에 대해서 이용자가 가질 수 있는 권리는 현실적으로 없다고 할 것이다. 그렇지만 게이머는 실제 많은 비용을 투자하여 획득한 아이템에 대하여 현실적인 소유권을 주장하고 있다. 그리고 해킹이나 게임서버의 에러로 인하여 발생하는 게임정보의 소실에 대해서 게임사에 배상을 요구하기도 한다. 당연히 게임사의 고의나 과실에 의해 게이머에게 손해를 발생하게 한 경우에는 배상을 하여야하겠지만 그 손해를 산정하는 것이 어렵다고 할 것이다.

---

223) 윤웅기, 온라인게임의 법적 문제, 벤처법률지원센터 세미나 자료, 1999.

(1) 게이머의 권리

게이머는 자신의 게임캐릭터가 가지고 있는 아이템에 대해서 게임사나 상대 게이머에 대해서 어떠한 권리를 주장할 수 있는가? 게임사는 가입약관에서 게임상에서 사용할 수 있는 권리이외에는 어떠한 것도 허용하지 않고 있다. 약관이 계약에 포함되는 것이기 때문에 계약관계로서 게이머의 권리는 게임사에서 설정한 만큼밖에 허용되지 못한다.

따라서 게이머는 자신이 게임을 통하여 획득한 아이템에 대해서 주장할 수 있는 권리는 없다고 할 것이다. 물론 게임자체에서 상당한 프리미엄이 부가되기는 하지만 그러한 프리미엄은 일종의 임대차의 경우에 많이 볼 수 있는 권리금과 같기 때문에 계약당사자가 아닌 임대인을 상대로 주장할 수 없는 것과 같은 이치로 이해할 수 있을 것이다. 이하에서 게이머가 주장할 수 있는 내용을 살펴보고자 한다.

가. 저작권으로서의 접근

아이템자체가 저작권법에서 요구하는 창작성을 가진 저작물이라면 저작권법의 보호를 받게 되며, 저작권자는 아이템을 제작한 자에게 귀속하게 된다. 게이머가 아이템을 온라인게임상에서 창작한 자라고 볼 수 없기 때문에 저작권자가 될 수 없다. 물론 게임상에서 게이머가 저작행위를 하게 된다면 창작자가 될 수도 있겠지만 현실적으로 그러한 경우는 예견되지 않을 것이다. 다만, 컴퓨터가 작성한 창작물은 어떻게 볼 것인지에 대해서 결국 컴퓨터는 프로그래머나 운영자에 의하여 기획되고 의도된 결과물을 창출하는 것으로 볼 수 있기 때문에 컴퓨터프로그램보호법 제5조[224]의 적용을 받을 수 있다고 본다. 그렇지만 아이템자체를 다른 원저작물에서 라이센스형태로 이용하지 않는 이상 자체 제작하여 사용하기 때문에 직무저작물의 형태로 저작권이 회사에게 유보되어져 있을 것이다. 따라서 게임아이템이나 아바타의 저작권은 게임사에게 있다고 보는 것이 타당하며, 게이머가 저작권이 있는 아이템이나 아바타의 저작권을 가지고 있다는 주장을 펴기는 어려울 것이다.

게임을 하는 행위가 저작인접권의 대상이 되기 때문에 게임자체를 실연권의 형태로 보자는 견해가 있으나 게임행위를 실연으로 본다면, 그 자체를 촬영하여 매체에

224) 컴퓨터프로그램보호법 제5조(업무상 창작한 프로그램의 저작자) 국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서 "법인등"이라 한다)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인등을 당해 프로그램의 저작자로 한다.

고정치 않는 이상 어떠한 권리도 아니다. 또한 게임아이템이나 아바타가 프로그램 작성자뿐만 아니라 게임을 하는 자에 의해 공동으로 만들어지는 공동저작물이라는 견해도 있으나, 이 경우 정해진 조작 방법에 따라 단순히 조작을 하는 행위는 창작적 행위라 할 수 없고 게임을 함으로써 게임의 핵심적인 부분, 즉 반복되는 패턴과 전체적인 이미지가 달라지는 것도 아니므로 게임을 하는 자는 저작자라 할 수 없으며[225] 작성자가 저작자이다.[226] 이렇게 보건데, 게이머가 저작권에 근거하여 주장할 수 있는 것은 없다고 하겠다.

나. 채권적 이용권

게임에 대한 이용권이기 때문에 게임의 개별적 구성요소가 아닌 게임 시작 시에 게이머에게 부여된 가치만을 평가받아야 한다. 이러한 경우에 민법상의 가공과의 관계를 어떻게 볼 것인지도 생각해보아야 할 것이다. 민법상의 가공에 대해 개념은 물건이나 소유권을 대상으로 하기 때문에 게임에서도 적용될 것인지에 대해서는 의문이지만 유추해석해보면 결국 게임을 통한 것 자체가 게임아이템의 실질적인 가치체계의 형성이라는 점에서 무형적 가치를 형성하게된 것이다. 그렇지만 게임아이템에 상표법리를 적용하기에는 기본적으로 소유관계를 벗어난 경우와는 다른 출발이기 때문에 타당한지는 의문이나 도메인네임의 경우에는 이러한 권리관계를 형성하는 과도기적 관계가 될 수 있다. 다만, 도메인네임은 등록원부가 있기 때문에 이에 근거하지 않는 도메인네임은 실제 사용되어질 수 없는 것으로 창작행위나 존재자체가 없는 상태에서 도메인네임을 이용권체계로 포섭하기에는 어려움이 따르나 등록부에 기재된 이후부터는 거래대상이 됨으로 하여 물건이나 디지털정보의 형태로 포섭될 여지는 있다. 도메인네임은 그 자체가 의미를 가지는 것이라기보다는 특정한 홈페이지를 표시하는 식별표지라는 점에서 일반적인 디지털정보와는 차이가 있다. 물론 식별표지는 특정한 정보를 내포하는 2차적 정보로서 작용하기 때문에 정보자체가 될 수도 있지만 1차 정보와는 그 역할이나 내용면에서 차이가 있는 개념이라고 본다.

단순하게 게이머는 게임사와의 계약을 통하여 당해 게임캐릭터를 통하여 부수된 아이템을 게임의 룰에 따라 취득하거나 이용할 수 있는 권리를 행사할 수 있을 뿐이다.

---

225) 최성우, 저작권법, 2000, 531면.

226) 이상정, 게임저작물과 저작권, 디지털게임에 관한 법률문제, 한국디지털재산법학회 춘계세미나 자료집, 2002, 83면.

(2) 게임사의 권리

게임사는 이미 약관에서 아이템의 양도를 금하고 있으며, 게임아이템의 소유는 게임사가 가지고 있음을 명시하였고, 가입 시에 이용자인 게이머는 이에 동의한 것이기 때문에 부가적인 권리를 가질 수 있는 성질의 것이 아니라고 주장한다. 그리고 저작권적 접근에 대해서는 결국 게임이라는 저작물을 이용하는 행위이기 때문에 게이머에게 주어질 수 있는 저작권과 관련된 권리는 없다는 점이다. 더욱이 저작권은 창작자에게 주어지는 권리이기 때문에 단순하게 게임을 이용하는 게이머의 창작행위가 주어질 수 없다는 점이다. 또한 설령 저작인접권에 대한 권리를 가진다고 하더라도 게임을 실연하는 행위에 대해 주어지는 것이 그것으로 인하여 발생하는 결과가 없는 것에 대해서 저작재산권에 대한 권리가 없다는 주장이다. 이 같은 게임사의 입장을 공정거래위원회에서 그 타당성을 확정지었기 때문에 게이머의 주장을 사실상 받아들이기는 어렵지 않나 생각한다.

가. 권리금[227]

기본적으로 게임사는 가입계약을 맺을 경우에 가지는 가치이상의 것을 인정하지 않을 것이고, 이는 게이머들 사이에서 게임아이템에 프리미엄이 발생하여 거래가격이 매겨지는 것에 대해서 임대인이라고 볼 수 있는 게임사에게는 프리미엄에 대해 주장할 수 없는 것과 마찬가지이다.

판례의 입장도 임차인 상호간에서 권리금은 인정될 수 있다고 하여도 임차인이 임대인에 대하여 권리금을 주장할 수 없다고 한다. 따라서 전체 게임아이템에 대하여 모든 게이머는 포괄적 이용허락을 받아 사용하는 것과 같기 때문에 이용을 통하여 얻은 권리금은 게이머 상호간에서 주장할 수 있는 것이지만 직접적으로 어떠한 혜택도 받지 않는 게임사에게 이를 주장하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 물론, 현금거래를 하기위하여 보다 많은 시간을 게임에 투자하게 됨으로써 게임사는 간접적인 이득을 보는 것은 아닌가라고 주장할 수 있을 것이다.

나. 공정거래위원회 약관심사 결과

아이템의 거래에 대한 공정거래위원회의 약관심사결과를 보면, “아이디(캐릭터)·아

227) 윤웅기, "MMORPG 게임 아이템현금거래에 대한 법정책적 고찰" 한국게임산업개발원 주최 미래게임포럼 공개세미나자료 2004.12

이템 매매를 금지하는 것은 게임사업자가 게임상품이나 서비스 이용조건을 설정할 수 있듯이 선택조건의 문제로서 게임이용자의 본질적인 이용권리를 제한하는 조항으로 볼 수 없다.”고 전제한 뒤 방법론으로 “게임이용계약을 해석하더라도, 이는 아이템·캐릭터 프로그램 저작권에 대한 양도계약이 아니라 엄연히 게임이라는 게임서비스 회사 소유의 지적재산권(컴퓨터 프로그램)에 대한 온라인 서비스 사용권을 이용고객이 받는 형식의 프로그램 사용허락에 대한 계약으로서 게임상의 모든 정보(캐릭터, 아이템)는 게임서비스 전체에 대한 이용계약에 포함되는 것일 뿐이며, 사용료 역시 게임서비스 전체에 대해 지불되는 것이지 그 일부인 아이템 획득에 지불되는 것은 아니라 할 것이다.”라고 지적하고 있다.

3. 아이템의 재산적 가치

가. 재산적 가치

재산상의 이득이라 함은 일반적으로 재물 이외에 재산적 가치가 있는 모든 이익을 의미한다. 아이템에 대해 재물성을 인정하지 못하고, 다만 아이템으로 인하여 재산상의 이득을 취할 수 있기 때문에 해석론상 아이템에 대한 재산상의 이득은 인정하고 있는 것이 일반적인 견해로 보여진다.

나. 재산범죄의 유형

아이템의 취득이 재물의 절취에는 해당하지 않더라도 재산상의 이득을 취득한 경우에는 포함될 수 있는가 하는 것이 남은 문제이다. 재산범죄에서 행위객체로 규정하고 있는 재물과 재산상의 이익이라는 개념은 서로 다른 개념이기 때문이다. 현행 형법상 절도죄, 횡령죄, 장물죄, 손괴죄 등을 제외한 나머지 재산범죄에서는 재물과 재산상의 이익을 동시에, 또는 재산상의 이익만을 행위객체로 규정하고 있다. 전자의 예로는 강도죄(제333조), 사기죄(제347조)[228], 공갈죄(제350조)를, 후자의

228) 2002. 9. 3. 서울지법 의정부지원 형사1단독 안기환(安起煥)부장판사는 인터넷게임 ‘리니지’의 ‘아덴’을 판다고 속여 돈을 가로챈 혐의(사기 등)의 박모(20.남양주시 화도읍), 황모(20), 이모(20), 강모(20)씨 등 20세 피고인 4명에게 징역 1년6월에서 2년씩의 실형을 선고했고 그 이유로 “피해자와 피해액이 많지만 회복되지

예로는 배임죄(제355조 2항)를 들 수 있다. 만일 아이템의 취득이 재산상의 이익이라는 행위객체에 해당될 수 있다면 재물만을 행위객체로 하는 재산범죄는 성립될 수 없겠지만, 재산상의 이익을 행위객체로 하는 재산범죄는 성립될 여지가 있다.[229]

4. 아이템 사기 사례

– 서울지방법원 2000.11.8 선고, 2000고단1366 판결[230]

사건 개요

갑(피고인)은 게임방에서 알고 지내던 J가 2000. 3. 3. 23:30경 고양시 덕양구 관산동 소재 해커인터넷 PC방에서 을(피해자)에게 공소외 L 계정의 리니지 게임 아이템(리니지 게임에서 사용되는 인터넷상의 가상 무기와 방어구)을 잃게 되자, J, L, B와 함께 을을 직접 찾아가 이를 빼앗아 오기로 하고는 공동하여, 2000. 3. 4. 05:20경 을이 종업원으로 근무하는 서울 서대문구 북아현 1동 136-9 지하 1층 소재 네트온 PC방으로 찾아갔다. 갑은 주먹으로 을의 얼굴을 3회 때리고, L은 손바닥으로 을의 머리를 수회 때렸으며, J와 B는 을의 주위에서 세를 과시하며 을에게 리니지 게임 아이템을 돌려달라고 하고 그에 불응하면 을에게 어떤 위해를 가할 듯한 태도를 보였다. 이에 겁을 먹은 을로부터 을의 리니지 게임 계정(ID)과 비밀번호를 알아낸 다음 갑이 그 곳에 있던 컴퓨터를 이용하여 을 계정의 리니지 게임 아이템인 일본도, 반사 방패, 판금 갑옷, 부츠, 보호망토, 기사의 면갑 등 6점 등 시가 합계 약 20만원 상당을 甲의 계정으로 옮겨가고, 을에게 치료일수 미상의 구강내부 열창상을 입혔다.

본 사안에 대해 법원은 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항, 제1항, 형법 제350조 제1항, 제257조 제1항, 즉 상해죄와 공갈죄를 적용하여 징역 6월의 실형을 선고하였다.

않았고 최근 증가하는 불특정 다수를 상대로 한 사이버머니 사기의 예방적 차원에서 이와 같이 선고한다" 고 밝혔다. 박 피고인 등은 지난해 6월부터 지난 3월까지 구리시 수택동 등 PC방에서 인터넷게임 리니지 사이트 대화창에 게임상의 화폐인 아덴을 싸게 판다고 허위 광고를 내 이에 속은 300여명의 피해자로부터 412회에 걸쳐 6천180여만원을 송금 받아 편취한 것이다.

229) 변종필, 인터넷게임아이템과 재산범죄, 인터넷법률 제5호, 45면.

230) 본 판례의 사실관계는 변종필교수의 인터넷게임아이템과 재산범죄(인터넷법률 제5호)를 참조하였다.

연 구

단독판사 관할사건으로서 그 비중이 상대적으로 적다고 하겠지만, 인터넷 게임상의 아이템이 재물성을 갖는지 여부와 관련하여 처음으로 나온 법원의 판단이어서 주목할 만한 충분한 가치가 있다고 하겠다.

우선 위 판결의 적용법조를 보면, 폭행으로 인한 상해부분에 대해서는 기본적으로 형법 제257조 제1항을 적용하고, 공갈부분에 있어서는 2인 이상이 공동하여 범하는 경우에 이를 가중처벌하는 규정을 둔 폭력행위등처벌에관한법률에 따라 규율하였다. 본 장의 주제와 관련하여 문제가 되는 것은 공갈죄를 적용한 후자의 부분이다. 형법 제350조 제1항에 의하면 "사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천 만원 이하의 벌금에 처한다"고 규정되어 있다. 그런데 이 규정에 의하면 재산상의 이익 및 재물이 동시에 공갈죄의 행위객체로 되어 있다. 위 판결과 관련하여 논란의 여지가 있는 것은 바로 이 부분이다. 위 판결이 위 사안에 대해 공갈죄를 적용하긴 했으나 공갈죄를 인정한 것이 재물을 교부받은 것으로 본 때문인지 아니면 재산상의 이익을 취득한 것으로 본 때문인지는 위 판결내용만으로는 정확히 알 수가 없다. 그럼에도 어떤 자료에 의하면 위 판결을 아이템의 재물성을 인정한 판결로 단정짓고 있어, 과연 그렇게 보아야 하는 것인지 의문을 자아낸다. 이런 의문이 근거 있는 것이라면 위 판결이 아이템의 재물성을 인정했다고 섣불리 단정하기는 어려울 것이다. 왜냐하면 위 사안의 경우 법원이 아이템을 재물이라는 행위객체로 본 것이 아니라 재산상의 이익을 취득한 것이라 보아 공갈죄를 인정했을 수도 있기 때문이다. 이렇게 볼 때 위 판결에 대한 단정적 태도는 일시 유보시켜 둘 수밖에 없으며, 게임아이템의 재물성을 인정할 것인지 여부에 대한 세부적 검토가 선행되어야 하리라 본다.

코 멘 트

인터넷게임아이템과 관련된 사고를 유형별로 분석해보면 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 먼저, 게임 상대방을 찾아가 폭력을 행사하고 비밀번호를 알아내어 아이템을 빼앗았다면 이는 상해죄와 공갈죄를 구성하게 된다. 폭력행사가 폭행죄 또는 상해죄를 구성하는 것은 형법상 당연하겠지만 게임아이템을 빼앗은 것이 공

갈죄가 되는가에 대하여는 논의가 있었다. 그것은 게임아이템의 재물성을 인정할 수 있는가 아니면 재산적 가치가 있는 것인가에 대한 판단이 문제되었기 때문이라고 한다.[231]

둘째로, 아이템이 절도죄의 요건이 되는지에 대해 보면, 절도죄가 성립하기 위해서는 아이템이 재물의 개념에 해당되어야 한다. 따라서, 현행 형법상 정보나 권리 등에 대해 재물성을 인정하고 있지 아니한 상태에서 아이템에 대해서도 물건으로 볼 수 없기 때문에 아이템을 절도죄의 객체로 볼 수 없다고 할 것이다.

셋째로, 게임아이템을 팔겠다고 속이고 돈만 가로챈 경우는 전형적인 사기의 유형이므로 형법상 사기죄를 적용하는데 어려움이 없을 것이다. 또한, 돈을 주겠다고 속이고 게임아이템을 가로챈 경우는 역시 게임아이템의 재물성 또는 재산적 가치의 인정여부가 법적용의 전제조건이 될 것이다. 판결 내용이 게임아이템의 재물성을 인정한 것이라고 보는 견해에 의하면 절도죄나 사기죄를 적용하는데 문제가 없는 반면, 재물성을 인정한 것은 아니고 재산적 가치를 인정한데 그친 것으로 보아야 한다는 견해에 따르면 절도죄는 인정할 수 없을 것이나 사기죄는 인정할 수 있을 것이다. 사기죄의 적용은 일반적인 견해라고 할 것이다.

넷째로, 게임아이템 소유자의 승낙 없이 해킹을 통하여 비밀번호를 알아낸 후 아이템을 훔쳐내었다면 절도죄의 여부가 문제될 터인데 재물성이 없다는 견해에 서면 절도죄를 적용할 수 없게 된다. 그러나 해킹이라는 범죄행위에 대하여는 정보통신망이용촉진법상 정보통신망무단침입죄 및 정보훼손·비밀침해죄 등을 적용할 수 있을 것이다.[232]

---

231) 변종필, 전게 논문.

232) 변종필, 전게논문.

제2절 아이템거래의 법률문제

1. 아이템거래의 의의

아이템거래라 함은 게임상의 아이템을 게임 내 또는 게임 외 중계사이트 등에서 일정한 대가를 지불하고 아이템의 사용권을 상대방에게 양도하는 것이라고 할 수 있다. 물론, 현실적으로 현금이 오가는 것은 게임외적인 사항이지만 게임 내에서 아이템을 양도하는 개념이기 때문에 명확하게 그 현상을 구분하기는 쉽지 않다고 하겠다.

2. 아이템 현금거래의 문제점

실제 게임상의 아이템 거래는 게임의 룰에 따라 이루어질 수 있지만 금전을 매개로 하는 거래가 상당수 이루어지고 있는 것이 현실이다. 아이템거래 시장은 온라인 게임산업의 시장규모를 능가하고 있다.

현재 가입약관을 통하여 아이템의 양도를 금지하는 것은 단순한 무상이전이 아닌 현금이나 금전을 매개한 거래의 경우로 한정하고 있다. 문제는 온라인게임을 즐기기 위해서 게임을 하는 것이 아니라, 아이템이 돈을 벌기 위한 수단이 되어버린다는 점에서 게임자체의 왜곡이나 선의의 피해자가 생길 수 있으며, 특정 게이머에게 아이템이 집중되는 현상이 발생하게 되는 것이다. 이러한 결과 좀 더 우위에 있는 아이템을 구입하려고 하고, 수요자가 증가함으로써 아이템의 현실거래가격이 높아지게 되고, PK(player killing)가 이루어지게 되는 것이다. 그러한 결과 범죄행위나 불법행위가 발생하게 되고, 아이템을 매개로 하는 성매매가 이루어지는 경우까지도 발생하게 된다.

따라서 이러한 문제점들을 방지하기 위하여 게임사들은 게임아이템의 현금거래를 금지하고 있는 것이다. 그렇지만 게임내에서 아이템 거래내용을 확인할 수 있는 방법이 없기 때문에 현금거래를 금지할 수 있는 현실적인 방법은 없다고 할 것이다.

3. 약관에 의한 가처분

경매사이트 자체는 게임사에 가입한 계약당사자가 아니기 때문에 게임사가 경매사이트에 대해서 아이템의 양도를 가능하도록 하는 행위에 대하여 문제를 제기할 수 없을 것이다. 즉, 문제제기는 가능하지만 소정의 목적을 달성하기는 어려울 것이라는 점이다.

실례를 보면, 웹젠이라는 온라인게임사가 아이템베이라는 경매사이트에 대해서 아이템경매를 중지해달라는 가처분 신청 사건에서 법원은 가처분을 인정하지 않았다. 그 이유는 게임사가 아이템경매를 저지할 수 있는 권원이 없기 때문에 가처분 신청자체가 적격하지 못하다는 것이다. 즉, 거래사이트가 게임사와 가입계약을 통하여 가입약관의 적용을 받게 되는 계약당사자가 아니기 때문이다. 다만, 거래사이트가 게임사에서 금하고 있는 아이템의 현금거래를 방조하거나 조장하는 역할을 할 수도 있다는 점에서 방조나 공범의 형태가 될 수 있다. 소리바다사건에서 소리바다 측에서는 어떠한 직접적인 역할을 한 것이 아니지만 방조범으로서 가처분이 이루어진 것과 다름이 없다.

4. 아이템거래 사이트

최근에는 공개적으로 웹사이트상에서 아이템거래가 이루어지고 있다. 공개적으로 이루어진다는 점에서 거래자체에 대한 불신은 적어졌다는 생각은 들지만, 아이템의 현금거래가 더욱 활성화됨으로써 프로게이머와 같이 게임을 즐김으로써 게임을 영리수단으로 활용하는 것이 아닌 게임아이템으로 영리를 얻고자하여 게임자체의 아이템을 획득해나가는 경향이 더욱 커질 수도 있다는 우려도 있다.

기본적으로 아이템의 경매는 특정한 경매사이트에서 게이머가 자신이 소유하고 있는 게임아이템을 불특정 다수를 대상으로 청약하는 것이고 이를 다른 게이머가 승낙하여 자신의 캐릭터에 이전될 수 있도록 하는 일련의 계약형태라고 볼 수 있다. 보통 아이템의 양도는 게임자체에서 이루어지는 것이 아닌 싸우는 과정에서 얻게 되기 때문에 거래자체가 어렵고 다만, 싸움의 형태를 통하여 거래에 제공되고 있는 것이다. 최근에는 아이템경매사이트가 개설되어 운영 중에 있으며, 한편으로

긍정적인 작용을 할 것으로 기대되지만 다른 측면에서는 아이템거래를 부추기는 면도 있기 때문에 양면을 속단하기는 어렵다고 본다. 다만 게래 자체가 기존의 직거래와는 달리 안전성을 갖는다는 점에서 소비자보호라는 측면에서 본다면 바람직하다고 볼 수도 있을 것이다.

5. 공정거래위원회의 약관심사 결과

공정거래위원회는 "민법 제98조는 '물건이라 함은 유체물 및 전기, 기타 관리 가능한 자연력'이라고 규정하고 있는데, 아이템은 0과 1의 조합인 수치에 불과하므로 물건에 해당하지 않으므로 소유권의 객체에도 해당되지 않는다"고 하면서, 아이템 등의 거래가 현행법상 허용되는가에 대해서는 "현행법상 아이템 매매를 금지하는 법률이 없고 거래 행위가 민법상 무효가 될 만큼 반사회적인 행위라고 보기는 어려우므로 거래 자체는 가능하다"라는 입장이다. 다만, 온라인 게임사들의 약관 재심사에서는 "온라인 게임에 등장하는 캐릭터와 아이템의 매매를 금지하는 현행 게임 이용 약관은 적법하다"라는 판정을 내렸다. 그리고 게임사들이 금지하는 것은 현금거래에 한정하고 있다. 이는 게이머들끼리 아이템을 거래하는 것 자체까지 문제삼는 것은 아니라고 본다.

6. 아이템 거래에 관한 분쟁사례: 아이템거래 가처분 사건

- 서울지방법원 2002.10.24 선고 2002카합1031 판결

사건 개요

갑은 'M'라는 명칭의 온라인 게임서비스(이하 'M게임'이라고 한다)를 제공하는 회사고, 을은 온라인 게임의 이용자계정, 아이템 등의 실시간 경매, 판매, 역경매 등의 서비스를 제공하는 웹사이트(이하 'A사이트'라고 한다)의 운영자다.

갑이 제공하는 M게임은 게임이용자가 이용자계정을 설정하여 갑과의 사이에 게임

서비스 이용계약을 체결한 후 게임 내에서 레벨업과 아이템의 장착을 통하여 자신의 캐릭터를 성장시키는 유료 성장형 역할분담게임으로, M게임의 이용약관 제7조 제7호, 제8호는 '게임이용자는 이용자계정을 타인에게 양도하거나 현금에 판매하는 행위, 게임 내에서 획득한 아이템의 현금매매행위를 하여서는 아니된다'고 규정하고 있다.

을이 운영하는 A사이트는 M게임을 비롯한 온라인 게임이용자들 사이에 이용자계정, 캐릭터, 아이템 등의 교환이 합의되는 경우 아이템 등을 사고자 하는 사람으로부터 금액을 입금 받은 후 판매하고자 하는 사람에게 이 사실을 통지하고, 판매자의 아이템 등이 구매자에게로 이전되었음을 구매자로부터 확인한 후 입금액을 판매자에게 지급하는 절차에 따라 아이템 등의 거래를 중개하고 있다.

이에 갑은 '을은 A사이트를 접속하는 이용자들이 A사이트의 서비스를 이용하여 이용자들 사이에서 갑이 운영하는 온라인 머그게임 M게임의 이용자계정, 캐릭터, 게임아이템을 매매하는 행위를 중개하거나 중개수수료를 받거나 방치하여서는 아니된다'며 2002. 8. 20. 서울지방법원에 온라인게임아이템등의거래중개행위금지가처분을 신청하였으나, 법원은 'M게임이용계약의 당사자가 아닌 을에 대하여 게임이용자의 권리를 제한하는 위 약관의 효력을 주장할 수는 없다고 보고 달리 피보전권리 및 보전의 필요성을 소명할 자료가 부족하다'며 신청을 기각하였다.

판 결

[사건번호] 2002카합1031 온라인게임아이템등의거래중개행위금지가처분
[채권자] 주식회사 OO
[채무자] 김OO 제3채무자
[재판부] 제6민사부 나

주 문

1. 신청인의 신청을 기각한다.
2. 신청비용은 신청인의 부담으로 한다.

신 청 취 지

피신청인은 피신청인이 운영하는 웹사이트 OOOOO닷컴(www.OOOOO.com)에 접속하는 이용자들이 이 웹사이트상의 서비스를 이용하여 이용자들 사이에서 신청인이 운영하

는 온라인 머그게임 M의 이용자계정, 캐릭터, 게임아이템을 매매하는 행위를 중개하거나 중개수수료를 받거나 방치하여서는 아니된다. 피신청인은 전항의 명령의 취지를 전항의 웹사이트 초기 서비스화면에서 적절한 방법으로 게시하여야 한다. 피신청인이 제1항 기재 의무를 위반한 경우에는 위반하는 건당 금 1,000,000원을, 제2항 기재 의무를 위반하는 경우에는 1일당 금 100,000원씩을 신청인에게 지급하라.

이 유

1. 기록에 의하면 다음의 각 사실이 소명된다.

가. 신청인은 'M'라는 명칭의 온라인 게임서비스(이하 'M게임'이라고 한다)를 제공하는 회사고, 피신청인은 온라인 게임의 이용자계정, 아이템 등의 실시간 경매, 판매, 역경매 등의 서비스를 제공하는 웹사이트 OOOOO닷컴(www.OOOOO.com, 이하 'A'라고 한다)의 운영자다. 나. 신청인이 제공하는 M게임은, 게임이용자가 이용자계정을 설정하여 신청인과 사이에 게임서비스 이용계약을 체결한 후 게임 내에서 거미, 버지드래곤 등 몬스터의 사냥을 통해 레벨을 높이고, 칼, 방패, 갑옷 등의 '아이템' 및 게임내의 화폐인 '젠'이나 화폐처럼 통용되는 '축복의 보석'을 얻으며, 이러한 '젠'이나 '축복의 보석'을 교환매체로 하여 게임 내에서 '아이템'을 거래할 수 있고, 레벨업과 아이템의 장착을 통하여 자신의 캐릭터를 성장시키는 유료 성장형 역할분담게임이다. 다. 뮤게임의 이용 약관 제7조 제7호, 제8호는, 게임이용자는 이용자계정을 타인에게 양도하거나 현금에 판매하는 행위, 게임 내에서 획득한 아이템의 현금매매행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 라. 피신청인이 운영하는 A는, M게임을 비롯한 온라인 게임이용자들 사이에 이용자계정, 캐릭터, 아이템 등의 교환이 합의되는 경우 아이템 등을 사고자 하는 사람으로부터 금액을 입금받은 후 판매하고자 하는 사람에게 이 사실을 통지하고, 판매자의 아이템 등이 구매자에게로 이전되었음을 구매자로부터 확인한 후 입금액을 판매자에게 지급하는 절차에 따라 아이템 등의 거래를 중개하고 있다.

2. 주장 및 판단

신청인은, 이용자계정, 캐릭터, 게임아이템 등에 대한 M게임 이용자들의 권리는 게임서비스 전체에 대한 이용계약에 포함되는 신청인 소유의 지적재산권(컴퓨터프로그램)에 대한 온라인 서비스 사용권이므로 이를 약관에 의하여 제한할 수 있는데 피신청인이 M게임이용자들의 약관에 위배된 아이템 등의 양도를 중개함으로써 M게임의 공정한 게임룰을 파괴하고 게임이용자들의 피해신고로 인한 항의처리업무, 아이템 현금거래에 대한 모

니터링 업무를 증가시켜 업무를 방해하고, 결국 M게임의 대외적 신뢰도 저하 및 게임에 대한 흥미 저하로 인하여 영업이익이 감소될 것이므로 아이템 등의 중개행위를 금지하여야 한다고 주장하나, 신청인의 주장에 의하더라도 M게임이용계약의 당사자가 아닌 피신청인에 대하여 게임이용자의 권리를 제한하는 위 약관의 효력을 주장할 수는 없다고 보이고 달리 피보전권리 및 보전의 필요성을 소명할 자료가 부족하다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 신청은 이유없어 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

코 멘 트

본 사건은 아이템거래중계사이트인 A를 운영하는 피신청인에 대해 신청인은 자사의 아이템이 거래되지 아니하도록 가처분 신청을 한 것이지만 법원은 이용자와 신청인 사이에 약관을 근거로 맺은 계약은 제3자인 피신청인에 대해서까지 효력을 미치는 것이 아니기 때문에 가처분 신청에 대한 이유가 없다고 기각한 판결이다. 결국, 계약당사자가 아닌 제3자에 의한 가처분신청이라는 점에서 그 내용을 다투지 아니한 것이라고 하겠다.

제3절 사이버머니의 매매와 업무방해죄

1. 사이버머니의 의의

사이버머니란 인터넷과 같은 정보통신망에 대한 지불수단으로 인정된 화폐부호라고 한다.[233] 그렇지만 게임상의 사이버머니라 함은 이러한 일반적인 지불수단으로써 전자화폐를 의미하는 지불수단이 아닌 게임내에서 사용할 수 있는 게임머니를 의미한다고 할 것이다. 물론, 게임을 이용하기 위하여 필요한 것과 게임사이트내에서 아이템을 구입하거나 이용할 수 있는 것으로 나뉘어 질 수 있는데 후자는 일반적인 현금의 개념이 강한 것인데 반해, 전자는 게임에 한정된 사적 계약에 의하여 융통되는 지불수단이라고 할 것이다.

2. 사이버머니의 거래

사이버머니 현금거래는 게임회사에서 약관으로 정해놓은 것일 뿐이기 때문에 위법행위는 아니라고 할 것이다. 단지, 사이버머니 거래는 게임회사와 회원 간의 약속으로 한쪽이 약관을 위반할 경우, 회원자격을 정지시키거나 임의탈퇴의 벌칙으로써 해결하는 경우가 많다고 할 것이다. 다만, 현재의 사이버머니와 관련하여 문제가 되는 것은 타인의 주민등록번호 등 신용정보를 도용하여 사이버머니의 거래에 이용하기 때문에 문제가 되고 있다고 할 것이다.

---

233) 정완, 전자상거래 관련범죄의 규제에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 100면.

3. 업무방해 여부

가. 관련 규정

형법 제314조는 업무방해의 경우, 형법 제313조[234]의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5 년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며, 컴퓨터업무방해죄의 경우에 컴퓨터등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자도 제1항의 형과 같게 처벌하도록 하고 있다.

나. 업무방해의 의의

여기서 업무란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하는 것으로, 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있는 것이면 되고 그 업무의 기초가 된 계약 또는 행정행위 등이 반드시 적법하여야 하는 것은 아니며, 업무방해죄의 성립에 있어서는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니며, 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하는 것이면 족하다.(91도944)

사이버머니의 매매행위와 관련해서는 형법상 업무방해죄로 기소되기도 하였고, 이에 대한 유죄판결을 이유로 게임아이템 거래 중개행위에 대해 민사상 업무방해를 이유로 한 가처분신청이 제기되기도 하였으나 민사상의 업무방해죄는 형사상의 업무방해죄와 같이 허위사실의 유포나 위계 또는 위력을 구성요건으로 필요로 하는 것이 아니므로 폭행, 협박 등 위력을 행사하지 아니하더라도 타인의 업무 예컨대, 물품의 운반, 선적을 방해하는 행위가 있었고, 이로 인하여 손해가 발생하였다면 그 손해를 배상할 책임이 있다(81다414)고 하여 서로 그 성립요건이 다르고, 특히 가처분의 경우에는 보전의 필요성도 있어야 하므로, 형법상 업무방해죄와 민법상 업무방해를 같이 볼 것은 아니다.

---

234) 형법 제313조(신용훼손) 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 사이버머니 거래에 관한 분쟁사례: 사이버머니 거래 사건

– 서울지방법원 2001.12.27선고 2001고단10486 판결

사건 개요

G주식회사에서 운용하는 게임사이트에서 무료로 제공되는 머니 및 판수를 제한하고 있고, 그 사이버머니가 소진되었을 때는 아이템구입, 월회비 지급, 제휴업체가입, 물품구입 등을 통해 사이버머니를 충전해 사용할 수 있으며, 가입회원들의 집속시간 및 수에 따라 유치한 광고비의 액수가 결정되기에 게임을 공정하게 운영하지 않으면 회원들이 위와 같은 아이템 구입 등 유료서비스를 이용하지 않게되고 회원들의 이탈이 늘어나는 등 폐해가 심각하여 게임의 공정한 운영이 회사의 사활을 좌우하는 중요한 열쇠가 되므로, 위 회사에서는 게임의 공정한 운영을 위하여 사이버머니나 아이템의 매매뿐만 아니라 게임의 승부를 조작하는 행위를 엄격히 금하고 있음에도 불구하고, 피고인은 주거지에서 컴퓨터를 이용해 위 사이트에 접속하여 포커방으로 들어가 사이버머니를 판매하려는 N과 미리 짜고 게임에서 이겨 N의 계정에서 피고인의 계정으로 사이버머니를 옮기는 수법으로 속칭 ‘수혈’의 방법과 N의 게임계정 ID와 비밀번호를 알려주는 속칭 계정양도의 방법으로 26회에 걸쳐 약 3억원 상당의 사이버머니를 구입한 다음, 이를 같은 방법으로 M등에게 200여회에 걸처 3억2천만원을 받고 위 사이버머니를 매도함으로써 위 G주식회사의 공정한 게임운영업무를 방해하였다.

판결 요지

본 사건의 판결문이 공개되지 아니하여, 구체적인 사실관계에 관해서는 공개된 문헌에 게재된 사항을 발췌하였으나 판결요지에 대해서 언급된 부분은 찾지 못하여 생략하기로 한다.

코 멘 트

본 판결은 사이버머니의 거래가 게임사업자의 업무를 방해한 것인지에 대한 판단이라고 본다. 형법은 업무방해에 대해 포괄적으로 인정하는 것으로 보이기 때문에 사이버머니의 교환이 일견, 업무방해의 요건을 구성하는 것이라고 보여진다.

제4절 아바타 아이템의 법적 보호

1. 아바타 아이템의 의의

아바타(Avatar)[235]란 '신이 인간이나 동물의 몸을 빌려 땅에 내려온다' 는 힌두 신화에서 유래된 것으로서 분신이라는 뜻을 지닌다.[236] 이러한 의미의 아바타라는 용어는 인터넷 서비스 분야에 있어서 인터넷과 같은 사이버스페이스에서 사용자의 역할을 대신하는 애니메이션 캐릭터로 3차원이나 가상현실 게임 또는 웹상의 채팅 등에서 자기 자신을 나타내는 그래픽 아이콘으로 이해될 수 있다.[237] 이처럼 아바타에 대해서 다양한 정의를 내릴 수 있지만 판례에서 언급된 아바타에 대해 법원은 "사이버스페이스 상에서 이용자의 분신을 의미하는 시각적 이미지" 로 보기도 한다[238].

2. 아바타 아이템의 유형

아바타를 제작하는 방법에 따라 차원형(dimension) 아바타로서 2D, 2.5D, 3D형 등으로 구분할 수 있다. 즉, 아바타는 단순하게 이미지를 형상화시키는 것에서 부터 다양한 폴리곤의 집합으로 이루어지는 2D, 2.5D형, 3D형 아바타가 있으며, 아바타가 제작자의 창작성을 기반으로 이루어지는 것이냐, 아니면 기존의 캐릭터를 바탕으로 아바타를 제작하느냐에 따라 단순한 저작물이나 온라인콘텐츠 또는 컴퓨터프로그램인지 여부가 판단될 것이다.

또한, 아바타 작업을 하게되는 기본 도안이 기존의 캐릭터를 이용하는지 아니면 서비스제공자가 순수 창작한 것인지에 따라 캐릭터 아바타와 창작 아바타로 구분할 수 있을 것이다. 기존의 캐릭터는 사이버 캐릭터화 될 수 있다는 장점을 지니기

235) 아바타는 아바따라는 '내려오다'라는 뜻을 지닌 동사 '아바뜨르(ava-tr)'의 명사형으로, 신이 지상에 강림함 또는 지상에 강림한 신의 화신을 뜻한다. 산스크리트 '아바따라'는 힌디어에서 '아바따르'로 발음되는데, '아바타'는 힌디어 '아바따르'에서 맨 끝의 '르'발음이 탈락된 형태이다. 두산동아백과사전, http://100.empas.com/entry.html/?i=746590&v=43&Ad=Encyber, 2004년 1월 25일 방문.

236) 최세경, 소비문화적 현상으로서 네트워크 게임 연구, 성균관대학교 석사학위 논문, 2000.6, 67면.

237) 3D 아바타제작기술, 월간디지털콘텐츠, 2003.9, 92면.

238) 2003.11.14 결정, 서울지법 2003카합2639 저작권침해금지가처분.

때문에 이미 인지도 있는 캐릭터를 바탕으로 아바타화 한다면, 이용자의 입장에서는 해당 캐릭터가 표현된 영화, 드라마 등에서의 가상현실을 자신의 아바타를 통해서 이룰 수 있을 것이다. 서비스사업자가 자체적으로 제작한 아바타의 경우라면 순수 창작형 아바타라고 할 것이다. 결국, 아바타의 제작은 단순하게 디지털화하느냐 아니면 그 자체가 창작성을 가지는 정도의 노력이 들어가느냐에 따라서 저작권법적 접근, 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 접근 또는 화상디자인(의장법상의 디자인)으로 접근할 것인지 결정될 수 있을 것이다.

3. 아바타의 법적 성질

아바타 아이템 자체를 볼 때, 아바타 아이템은 현행 법제하에서는 독자적인 물건으로서 소유권을 이용자가 주장하기는 어렵다고 본다. 다만, 그 자체에 대한 저작권이나 온라인디지털콘텐츠로서 성격을 갖는 경우에 있어서 해당 법의 보호대상이 될 수 있을 것이다. 그리고 최근 의장법으로 아이콘 등을 보호한다는 점에서 아바타 아이템도 의장법상 디자인이 될 수 있을 것이다. 따라서, 저작권법제와 산업재산권법제의 중복 내지 충돌을 가져올 수도 있다는 문제가 내재하게 된다.

4. 아바타 아이템에 관한 분쟁사례: 아바타 아이템 복제사건

- 서울지법 2003.11.14 선고 2003카합2639 판결

사건 개요

신청인은 아바타를 제공하고 아이템을 사이버머니로 구입할 수 있도록 서비스하고 있는 회사로, 피신청인이 무단으로 신청인의 아바타를 복제하여 자사의 서비스에 제공하자, 피신청인을 저작권법 위반을 기화로 인터넷, PC통신이나 피신청인의 웹사이트에서 아이템을 송수신하거나 서비스에 이용하는 것에 대한 금지를 구하는 가처분을 법원에 신청하였다.

이에 법원은 피신청인의 저작권침해를 인정하고 침해행위의 금지 결정을 내린 사건으로 본 결정에서 법원은 아바타와 관련된 분쟁해결을 위하여 컴퓨터프로그램보호법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 등 2가지 법제의 적용가능성을 제시하였다고 본다. 다만, 온라인디지털콘텐츠산업발전법상 우선조항에 따라 창작성이 있는 아바타의 경우에는 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법이 우선 적용된다. 최근 특허청은 화상디자인의 의장법적 보호를 위하여 의장심사기준을 개정한 바 있는데, 본 판결에서는 의장법적 고려는 이루어지지 아니하였다.

판결 요지

신청인의 아이템은 포토샵 프로그램을 이용하여 컴퓨터 내에서 선택된 아이템이 아바타에 적용되어 아바타와 일체로 구현된다는 특정한 결과를 얻기 위한 일련의 지시, 명령으로 이루어진 컴퓨터프로그램으로서, 신청인은 상당한 비용과 시간을 들여 신청인의 아이템을 제작하였고, 비록 신청인의 일부 아이템의 경우 사진 등을 참조하였다 하더라도 이를 컴퓨터 모니터상에 구현되는 아이템으로 제작하기 위하여는 선의 윤곽, 색의 배치와 수 등을 수정하는 작업을 거쳐야 하는 점 등 기록상 소명되는 사정에 비추어 볼 때 신청인의 아이템은 제작자의 지적·정신적 노력이 투입됨으로써 창작성을 지니고 있다고 할 것이다.

신청인의 아이템과 피신청인 아이템은 모양, 색채, 소품의 존재와 위치 등에서 거의 유사한 점, 신청인들의 아이템이 발표된 후 피신청인의 아이템이 발표된 점, 포토샵 프로그램 등 제작도구들을 사용하면 기존의 아이템을 복제·변형하고 이를 다른 형식의 파일로 변환하는 것도 충분히 가능한 점, 아바타의 아이템이 사이트의 주된 수입원이 되고 있는 일반적인 경향 등 기록상 소명되는 사정을 종합하여 보면, 피신청인의 아이템은 신청인의 아이템을 제작 도구를 이용하여 복제·변형하는 방식으로 작성되었다고 보이므로, 피신청인은 신청인의 창작성 있는 컴퓨터프로그램인 신청인의 아이템에 대한 복제권, 개작권, 동일성유지권을 침해하였다고 할 것이다.

설령 신청인의 아이템이 창작성이 없다 하더라도, 신청인의 아이템은 신청인이 운영하는 인터넷 사이트에서 사용되는 디지털콘텐츠로서 온라인디지털콘텐츠산업발전법상의 온라인디지털콘텐츠라 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 신청인과 같이 아이템의 판매로 수익을 올리고 있는 피신청인이 신청인의 상당한 노력으로 제작하여

표시된 아이템을 복제·변형하여 인터넷 등을 통하여 일반인에게 전송하는 행위는 경쟁사업자인 신청인의 영업에 관한 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 할 것이어서 어느 모로 보나 신청인은 피신청인의 침해행위의 금지를 구할 피보전권리가 있다고 할 것이다.

연 구

1. 컴퓨터프로그램저작권 침해 여부

아바타는 그 제작형태에 따라 달라지겠지만 최소한의 창작요건에 본다면 저작물성을 가진다고 볼 수 있으며, 복제하여 서비스하였다면 복제권은 물론 전송권을 침해한 것이라고 하겠다.

그렇지만 이와 같은 최소한의 창작성 요건을 갖춘 아바타가 아니라면, 저작권법제의 보호는 불가능하다고 할 것이다. 다만, 최근에 개정된 저작권법상 데이테베이스제작자의 보호요건에서 본다면, 데이터베이스라 함은 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 그 소재를 개별적으로 접근 또는 검색할 수 있도록 한 것을 말한다(저작권법 제2조 제12의4 참조). 그리고 이러한 데이터베이스를 제작한 자를 데이터베이스제작자라 하며, 데이터베이스의 제작 또는 그 소재의 갱신·검증 또는 보충에 인적 또는 물적으로 상당한 투자를 한 자로 저작권법은 정의하고 있다(저작권법 제2조 제12의5 참조). 따라서, 아바타의 집합을 데이터베이스라고 볼 수 있으며, 데이터베이스를 제작한 사업자를 데이터베이스제작자로 볼 수 있을 것이다.

저작권법의 보호대상은 표현된 창작물을 말한다고 하겠다. 아이디어라고 하더라도 이것이 아바타로 표현된 경우라면 아이디어·표현 이분법에 의하여 보호받는 저작물이라고 할 것이다. 따라서 표현된 아바타를 제3자가 무단으로 복제하여 서비스하였다고 한다면 그 침해에 대한 판단 기준으로서 실질적 유사성과 접근가능성이 요구된다고 하겠다. 접근가능성은 이미 인터넷상에서 공개되어 서비스가 이루어져왔기 때문에 접근가능성은 문제될 것은 없다고 할 것이다. 다만, 실질적 유사성의 판단에 있어서는 표현된 아바타의 경우 단순한 것이라고 한다면 실질적 유사성을 좁게 해석할 수밖에 없을 것이다. 이미 동일 유사하게 표현될 수밖에 없는 아바타에 대해서 유사성을 넓게 해석하게 된다면 아이디어·표현에 대한 원칙이 몰각될 수 있기 때문이다.

2. 온라인디지털콘텐츠제작자의 권리 침해 여부

온라인디지털콘텐츠산업발전법은 창작성 유무와 상관없이 온라인디지털콘텐츠 제작자의 보호를 목적으로 하고 있다. 따라서, 당해 콘텐츠가 아닌 콘텐츠를 제작한 제작자의 보호를 위한 법률이라고 할 것이다. 다만 동법의 보호를 위해서는 앞서 논의하였듯이 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제17조[239]의 표시요건을 충족한 온라인디지털콘텐츠에 해당하다고 하겠다. 동 결정에서 법원은 온라인디지털콘텐츠산업발전법상 보호가능성을 언급하였기 때문에 온라인디지털콘텐츠산업발전법상의 표시요건을 충족하였다고 추단할 수 있으나 구체적으로 논의된 것이 아니기 때문에 확실한 것이라고 보기는 어렵다. 더욱이 온라인디지털콘텐츠산업발전법상 표시요건이 대단히 복잡하고 다양한 요건을 구비토록 하기 때문에 실무상 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 보호가능성은 그리 크지 않다. 따라서 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 개정을 통한 효율성 있는 표시제도를 도입하여야할 것이다.

코 멘 트

본 결정은 가처분사건으로 가처분 이의가 진행되었으며, 가처분이의에서도 온라인디지털콘텐츠산업발전법 위반으로 가처분이 이용되었다. 본 결정은 아바타라는 새로운 개념과 서비스에 대한 법률적인 판단이 내려졌다는 점과 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 적용가능성을 내비치는 사건이라는 점에서 의의를 갖는다고 하겠다. 또한, 아바타라는 새로운 인터넷 서비스에 대한 법적 접근이 이루어졌지만 결국, 쟁점은 현행 법제하에서의 해석이라는 점에서 법률 적용상의 한계는 없었다고 본다. 다만, 복제의 판단정도와 기준에 대해서 객관화시킬 수 있을지는 의문이라고 할 것이다. 즉, 실질적 유사성에 대한 기준을 제시할 수 있는지에 대해서는 의문이라고 할 것이다.

더욱이 아이템의 법적인 보호에 있어서도 소스코드도 존재하지 않고 지시·명령관계의 존부도 명확하지 않는 아이템을 굳이 컴퓨터프로그램으로 보호하기 보다는 저작물성 판단에 있어 좀 더 전향적인 입장을 취하여 응용미술저작물 내지 미술저작물의 저작권으로 보호하는 것이 더 공감할 수 있는 보호방법이었다라는 비판도 있다.

239) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제17조(표시) 온라인콘텐츠제작자는 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일, 온라인콘텐츠 제작자의 성명(법인인 경우에는 법인의 명칭), 온라인콘텐츠의 이용조건 등을 온라인콘텐츠 또는 그 포장에 표시하여야 한다.
②그 밖에 표시사항, 표시방법 등 표시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

「게임분쟁사례집」집필 참여자

집필·편집 총괄: 김민규 한국게임산업개발원 산업정책팀장

연구·집필: 윤선희 한양대학교 법과대학 교수(감수)

김형렬 성균관대 법대 박사과정 수료
한국사이버대학교 겸임교수

김윤명 경희대 대학원 박사 수료
경희법학연구소 연구원
현, 지식발전소(엠파스) Senior Staff

조용순 한양대학교 대학원 박사과정
현, 한국문화콘텐츠진흥원 정책개발팀 연구원

최근우 변리사
현, NHN corp. 글로벌운영센터 법무담당

박태순 한국게임산업개발원 산업정책팀 전임연구원

김문경 한국게임산업개발원 산업정책팀 연구원

편 집: 한국게임산업개발원 산업정책팀

게임분쟁사례집

발행일 : 1판 1쇄 (2005. 2.)

발행인 : 우종식

발행처 : (재)한국게임산업개발원
전화: 02)3424-1845

인 쇄 : (주) 서보미디어
전화: 02)2253-7800

ISBN 89-90296-32-3 93360

* 본 보고서 내용의 무단전재를 금하며, 가공·인용할 때에는 반드시 (재)한국게임산업개발원, '게임분쟁사례집'라고 밝혀주시기 바랍니다.