

방통융합정책연구 KCC-2017-33

한류방송콘텐츠 포맷 표절 분쟁 연구

A research on plagiarism disputes
surrounding *hallyu* broadcasting content format

박성수/박민철/이지은/류문예/김욱일/김유진/이영

2017. 12

연구기관 : 김·장 법률사무소



이 보고서는 2017년도 방송통신위원회 방송통신발전기금 방송통신
융합 정책연구사업의 연구결과로서 보고서 내용은 연구자의 견해
이며, 방송통신위원회의 공식입장과 다를 수 있습니다.

제 출 문

방송통신위원회 위원장 귀하

본 보고서를 『한류방송콘텐츠 포맷 표절 분쟁 연구』의
연구결과보고서로 제출합니다.

2017년 12월

연구기관 : 김·장 법률사무소

총괄책임자 : 박성수

참여연구원: 박민철, 이지은, 류문예

김욱일, 김유진, 이영

목 차

| | |
|-------------------------------------|----|
| 요약문 | i |
| 제1장 서론 | 1 |
| 제2장 방송 포맷의 정의 | 4 |
| 제1절 정의의 모호성 | 4 |
| 제2절 포맷의 유형 | 8 |
| 1. 시장에서 거래되는 방송 포맷의 형태에 대한 분석 | 8 |
| 2. 유형별 분류 | 12 |
| 3. 소결 | 14 |
| 제3장 방송 포맷의 저작권에 의한 보호 | 16 |
| 제1절 서론 | 16 |
| 제2절 방송 포맷의 저작물 인정 여부 | 17 |
| 1. 저작물의 개념 및 요건에 대한 이론 | 18 |
| 2. 저작권을 통한 보호가 부정되는 예외적인 경우 | 22 |
| 3. 방송 포맷의 저작물 인정 여부에 대한 검토 | 23 |
| 4. 사례의 분석 | 28 |
| 제3절 방송 포맷의 저작물 인정을 위한 방안 | 46 |
| 제4장 방송 포맷에 관한 저작권 침해 판단 | 50 |
| 제1절 서론 | 50 |
| 제2절 저작권 침해의 요건 및 판단 방법 | 50 |
| 1. 저작권 침해를 인정하기 위한 요건 | 50 |
| 2. 소결 : 방송 포맷의 경우 | 55 |
| 제3절 방송 포맷 관련 저작권 침해 판단 사례 | 56 |
| 제4절 결론 | 68 |

| | |
|---|------------|
| 제5장 저작권 침해 주장 외의 구제방안 | 71 |
| 제1절 개요 | 71 |
| 제2절 법률상 구제방안 | 71 |
| 1. 부정경쟁행위 | 72 |
| 2. 영업비밀 침해 | 73 |
| 3. FRAPA에 의한 방송 포맷 보호 | 73 |
| 4. 결론 | 75 |
| 제6장 중국에서의 방송 포맷 표절 실태 및 구제방안에 대한 고찰 | 76 |
| 제1절 중국 내 방송 포맷 표절 피해의 심각성 | 76 |
| 제2절 중국의 저작권 침해와 관련된 이론 | 80 |
| 1. 저작물 인정에 관한 이론과 사례 | 80 |
| 2. 저작권 침해에 관한 이론과 사례 | 82 |
| 3. 중국에서의 권리 구제 절차 | 87 |
| 제7장 실제 방송 포맷 표절 사례에서의 대응 방안 (중국을 중심으로) | 92 |
| 제1절 개요 | 92 |
| 제2절 사전적 대응 방안 | 92 |
| 제3절 사후적 대응 방안 | 95 |
| 제4절 결론 | 101 |
| 제8장 결론 | 102 |

표 목 차

| | |
|--|----|
| <표 2-1> 해외 문헌에서의 ‘방송프로그램 포맷’의 정의 | 4 |
| <표 2-2> 국내 문헌에서의 ‘방송프로그램 포맷’의 정의 | 5 |
| <표 2-3> 요소에 따른 포맷 개념의 단계별 구분 | 14 |
| <표 3-1> “짜깁” 사건에서 법원이 검토한 구성요소 및 전개 방식 | 31 |
| <표 3-2> “짜깁” 사건에서 법원이 판단한 “짜깁”의 주요 특징 | 33 |
| <표 3-3> “Survive!” 사례에서 원고가 주장한 표절 요소 | 41 |
| <표 4-1> “여우와 솜사탕” 사례에서 법원이 유사성을 인정한 표현들 | 54 |
| <표 4-2> “짜깁” 사건에서의 실질적 유사성에 대한 법원의 판단 부분 | 57 |
| <표 6-1> 정부기관에 대한 저작권 침해 신고의 개요 | 88 |
| <표 6-2> 법원에 대한 침해 금지 가처분 신청의 개요 | 89 |
| <표 6-3> 법원에 대한 침해 금지 청구 소송의 개요 | 90 |
| <표 7-1> 사전적 대응방안의 개요 | 93 |
| <표 7-2> FRAPA 방송 포맷 등록 조건 (2017. 12. 기준) | 94 |
| <표 7-3> 사후적 대응방안의 개요 | 96 |
| <표 7-4> 유형별 방송 포맷의 요소 및 분석의 개요 | 96 |
| <표 7-5> 분쟁 발생 시 법적 절차의 개요 | 99 |

그림 목 차

| | |
|--|----|
| [그림 2-1] 모런의 포맷 개념에 대한 분류 | 9 |
| [그림 3-1] 넥슨의 크레이지 아케이드 비엔비(좌)와 허드슨의 봄버맨 게임(우)의 구동 화면 비교 | 20 |
| [그림 3-2] 원고의 “짜” 과 피고의 “짜 재소자특집” 의 비교 | 29 |
| [그림 3-3] 원고의 “짜” 과 피고의 “게이머 특집방송 짜공” 의 비교 | 30 |
| [그림 3-4] 원고 Opportunity Knocks의 한 장면 | 35 |
| [그림 3-5] 피고 “Eeuwige Roem” 의 한 장면 | 37 |
| [그림 3-6] 원고 쇼 릴의 한 장면 | 39 |
| [그림 3-7] 피고 기네스 광고의 한 장면 | 39 |
| [그림 3-8] 피고 “Big Brother” 의 한 장면 | 41 |
| [그림 3-9] 원고 “Don’ t Get Mad··· Get Even” 의 한 장면 | 43 |
| [그림 3-10] 피고 “De Thuisploeg” 의 한 장면 | 44 |
| [그림 4-1] 피고 “Come and Have a Go..If You Think You’re Smart Enough” 의 한 장면 | 61 |
| [그림 4-2] 피고 “Pros v. Joes” 의 한 장면 | 65 |
| [그림 4-3] “Survivor” (좌)와 “I’ m a Celebrity” (우)의 한 장면 | 66 |
| [그림 4-4] “Big Brother” (좌)와 “Casa Dos Aristas” (우)의 한 장면 | 67 |
| [그림 6-1] Mnet의 “쇼미더머니” (좌)와 아이치이의 “랩오브차이나” (우) | 77 |
| [그림 6-2] tvN의 “윤식당” (좌)와 후난TV의 “중찬팅” (우) | 78 |
| [그림 6-3] 원고의 “마스크” (좌)와 피고의 “마스크” (우)의 한 장면 | 82 |
| [그림 6-4] “매화낙” (좌)과 “궁쇄연성” (우)의 한 장면 | 84 |
| [그림 6-5] “Gobinggo” (좌)과 “자자러텐텐” (우)의 한 장면 | 86 |

요 약 문

1. 제 목

한류방송콘텐츠 포맷 표절 분쟁 연구

2. 연구 목적 및 필요성

방송 콘텐츠 시장에서 방송 프로그램의 포맷이 가지는 상업적 가치가 날로 높아지고 있다. 모방과 답습에서 벗어나 이제는 독창적인 기획력과 높은 완성도를 자랑하게 된 한국의 콘텐츠는 한류를 기반으로 각국으로 뻗어나갔고, 한국은 방송 포맷 거래 시장에서 완전한 공급자의 위치에 서게 되었다.

그러나 방송 포맷의 가치가 높아진 만큼, 공들여 만든 인기 프로그램의 방송 포맷을 그대로 가져와 최소한의 변형만을 가하여 새로운 프로그램을 제작하는 표절 행위가 더욱 빈발하고 있다. 이와 같은 방송 포맷의 표절은 그 개발자로 하여금 방송 포맷을 판매할 수 있었던 기회를 상실하게 하는 직접적인 경제적 피해를 가져오는 것은 물론, 나아가 그 개발을 위해 비용과 노력을 아끼지 않은 제작진의 창작 의욕을 크게 저해할 뿐 아니라, 장기적으로는 방송 포맷의 상업적 가치를 훼손하여 방송 프로그램 포맷 시장이라는 새로운 시장의 성장을 막아 문화 산업 발전에 걸림돌로 작용할 가능성이 크다.

그와 같은 침해 행위로부터 권리자를 보호할 수 있는 구제수단에 대해서 많은 검토가 있어 왔지만, 실제로 피해를 입은 당사자들에게 어떠한 현실적인 방안을 제시해 주거나 방송 포맷에 대한 표절 행위를 실제로 방지하는 데까지는 대부분 미치지 못한 것이 사실이다. 따라서 본 연구는 오늘날 방송 포맷 표절 피해의 대부분이 외국 사업자에 의해 발생한다는 사실을 전제로, 저작권법 등 권리자가 법적으로 주장할 수 있는 권리 및 이론적 가능성을 검토한 후, 기존의 실제 사례들을 통해 국내외의 각국 법원이 방송 포맷 표절에 대해 가지는 입장을 살핍으로써 현 상황을 분석하고, 이러한 상황에서 권리자들이 활용 가능한 구제수단은 무엇인가에 대하여 가급적 사업자들에게 실용적인 안내서를

제공하는 것을 목표로 한다.

이러한 관점에서 본 연구서는 방송 포맷 표절 관련 분쟁의 역사에서 가장 실효적인 방송 포맷 보호 수단으로 선택되어 온 저작권 제도를 중심으로 국내외의 이론과 사례를 정리해 소개하였다. 무엇보다 현재 국내 방송 포맷에 대한 표절 행위가 집중적으로 발생하고 있는 곳은 중국이라고 할 것이므로, 중국 사업자에 대한 대응 방법에 관한 정보 공유가 가장 시급할 것으로 짐작된다. 이에 따라 중국에서는 법적으로 방송 포맷 표절 행위를 어떻게 보고 있는지, 그리고 중국 내에서 이용 가능한 구제수단은 무엇인지에 대하여 별도로 설명하기로 한다.

3. 연구의 구성 및 범위

본 연구는 총 8장으로 구성된다. 우선 제1장에서는 연구의 배경과 필요성, 방향에 대하여 보다 상세하게 설명한다. 이어 제2장에서는 방송 포맷의 개념 정의에 대한 국내외의 다양한 학설과 유형별 분류를 소개한다. 제3장에서는 저작물의 성립 요건과 예외에 대한 이론적 해설, 국내외 분쟁 사례에 대한 분석을 통해 방송 포맷이 어떠한 특성을 가질 때 저작권의 보호 대상으로 인정될 수 있는지 조명해보고 시사점을 제시한다. 제4장에서는 방송 포맷의 권리자가 저작권 침해를 주장하기 위한 요건을 살펴보고, 제5장에서는 저작권 침해를 다투는 것 외에 이론적 또는 실무적으로 접근 가능한 다양한 방안을 제시한다. 제6장에서는 특히 중국 내에서의 방송 포맷 표절 실태와 저작권 침해에 관한 이론과 분쟁 사례, 권리 구제 절차를 상세히 소개하고, 제7장에서는 표절 피해에 대비할 필요가 있는 사업자들이 참고할 수 있는 대응 방안을 메뉴얼의 형태로 각각 사전과 사후에 활용 가능한 것으로 나누어 제안 및 설명한다. 마지막으로 제8장에서는 궁극적인 문제 해결을 위하여 정부 차원의 정책적 대응이 필요하다는 시사점을 도출하며 논의를 마무리한다.

4. 연구 내용 및 결과

본 연구는 방송 포맷 표절에 대한 법적인 대응 방안을 검토 및 소개하는 것을 목적으로 하므로, 보호의 대상인 ‘방송 포맷’의 개념에 대하여 먼저 정리가 필요하다. 방송

포맷이 무엇을 가리키는지에 대하여는 국내외에서 다양하게 정의되어 왔으나, 자연적으로 명명된 후에 사후적으로 상품으로서의 거래 및 법적 보호의 필요성이 대두된 탓에 용어의 의미에 대해 일관된 합의가 도출되어 있지 않다. 보호 대상이 확정되지 않은 상태에서는 권리를 침해 당했다는 방송 포맷 권리자의 주장이 탄탄한 법적 근거와 일관성을 갖기 어렵다. 다만 다양한 형태로 존재하는 방송 포맷의 개념을 하나의 의미로 한정하여 정의할 경우 이에 해당하지 않는 요소들은 모두 보호의 대상이 아닌 것으로 해석되어 오히려 방송 포맷을 보호하고자 하는 본 연구서의 취지에 역행할 가능성이 있다. 따라서 방송 포맷의 보호를 위해서는 기존의 정의 방식에서 탈피하여 효율적인 접근 방식을 택하여 방송 포맷의 개념을 유형별로 분석하고 파악할 필요가 있다. 때문에 먼저 초기 기획 단계, 구체적인 제작 단계, 제작 완료 이후 단계라는 방송 프로그램의 제작 단계에 따라 실제 거래의 대상이 되는 방송 포맷이 무엇인지를 유형화하고, 이를 기초로 한 방송 포맷의 각 유형을 1 내지 3유형으로 명명하였다.

초기 기획 단계 시에 발생하는 1유형 방송 포맷은 방송 포맷 개발자가 창안한 아이디어를 토론과 브레인스토밍을 통해 새로운 프로그램의 주요 요소들로 확정된 상태를 가리킨다. 구체적인 제작 단계에서 발생하는 요소들을 주로 포함하는 2유형 방송 포맷은 스크립트, 캐릭터, 룰, 플롯 등 다른 프로그램과는 구별되는 고유한 구조 내지 스타일이 마련된 상태를 의미하며, 기존 학계의 정의도 대부분 이 단계에서의 포맷을 담아내는 데에 집중하는 경향이 발견된다. 마지막으로 제작 완료 이후 발생하는 요소까지 포함하는 3유형을 통해 2유형까지의 방송 포맷의 개념에 프로덕션 플랜, 예산, 편성 스케줄, 제작 시 주의사항 등 방송 외적인 측면의 노하우까지 종합적으로 더해지게 된다. 본 연구서는 위와 같이 프로그램 제작 요소에 따라 단계별로 유형화된 포맷 개념을 전제로 하여, 포맷의 법적 보호 가능성과 표절 대응 방안을 검토하였다.

방송 포맷 표절이 법적 분쟁으로 비화된 경우, 대부분의 사례에서 창작물에 투입된 정신적 노력을 보호하는 법적 수단인 저작권 침해 여부가 주된 쟁점으로 되어 왔다. 그러나 국내외 많은 사례에서 방송 포맷은 저작권의 보호 대상인 저작물로 볼 수 없다는 이유로 그 보호가 부정되어 왔는데, 이는 방송 포맷이 아이디어에 불과할 뿐 저작권의 보호 대상인 표현에 이르지 못하였음을 근거로 한다. 즉, 저작권법상 보호대상인 저작물로 인정되기 위한 요건은 일반적으로 2가지로 설명되는데 먼저 인간의 사상이나 감정을

표현한 것이어야 한다. 인간의 사상이나 감정이 담긴 것이라면 실용적인 사상의 전달이 주된 목적이어도 좋으나, 그것이 표현으로서 구체적으로 발현되지 않고 추상적인 아이디어 단계에 머무르는 한 자유로운 유통이 보장되어야 한다. 그렇기 때문에 표현에 이르지 못하는 아이디어는 저작물이 될 수 없다는 이론이 ‘아이디어와 표현의 이분법’이다. 다만 실제 사안에서 내재된 아이디어와 외부에 드러난 표현 양식을 구분하는 것은 매우 어렵기 때문에 분쟁 시에는 아이디어 단계를 벗어난 표현 요소를 정교하게 가려내어 유리하게 주장하는 것이 필요하다. 두 번째로 저작물은 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니라 저작자의 창조적 개성을 담고 있는 것이라야 한다. 그러나 일견 두 요건을 모두 충족했다고 하더라도 표현이 사실상 아이디어와 분리할 수 없는 것이라거나, 어떠한 주제를 다룰 때에 전형적으로 수반되는 표현이 사용된 것에 불과하다면 저작권적 보호가 부여되지 않는 등의 예외가 존재한다.

위와 같은 저작권의 성립 요건을 방송 포맷의 경우에 적용하여 보았을 때, 방송 포맷은 일반적으로 아이디어와 표현의 이분법이라는 벽에 부딪치기가 쉽다. 특히 예능 프로그램의 방송 포맷은 방송 프로그램의 구성 및 틀에 대한 제작 노하우의 개념이 강하여, 실제 촬영 과정에서 출연자들간의 상호 반응과 우연한 사고의 발생 등으로 완성될 때까지는 내용 확정이 불가능하다는 태생적 한계를 지니기 때문이다. 이와 같이 방송 포맷이 저작물로 인정될 가능성을 앞서 분류한 기준에 따라 조금 더 구체적으로 살펴보면, 1유형 방송 포맷의 경우 이는 새로운 프로그램의 아이디어 및 기본 컨셉을 그 내용으로 하기 때문에 표현이 아닌 아이디어의 영역에 머무를 가능성이 높다. 그러나 2유형의 경우 스토리, 캐릭터, 디자인, 음악 등 프로그램의 구체적인 요소들을 내용으로 하기 때문에 단순히 아이디어의 단계를 넘어선 ‘표현’의 영역에 이르렀다고 볼 여지가 상대적으로 크다. 반대로 3유형 방송 포맷의 경우, 캐스팅 플랜, 프로덕션 플랜, 예산, 방송 히스토리 등은 기능적인 면이나 실용적인 측면에 치중된 것으로서, 일반적으로 인간의 사상이나 감정이 표현된 것으로 보기 어렵고, 결국 저작물로 인정될 가능성은 상당히 낮다고 볼 수 있다.

한편, 창작성과 관련하여서는 특정 인기 장르의 방송 프로그램에 널리 공유되는 흔한 설정과 구성 요소들로 인하여 창작성이 부인되는 경우를 흔히 볼 수 있다. 방송 프로그램의 경우 동일한 아이디어를 표현하기 위한 표현 방식이 한정적인 경우가 많기 때문

에, 일응 표현에 해당함이 인정된다고 하여도 창작성이 부정될 여지가 충분히 존재하는 것이다. 이 점에서 편집물에 대하여 그 소재의 선택 배열 또는 구성에 존재하는 창작성을 근거로 저작권적 보호를 부여하는 편집저작물의 범리를 고려할 필요가 있다. 앞서 설명한 사유와 같이 방송 포맷에 저작권이 인정되지 못하더라도, 방송 포맷의 구성요소에 해당하는 개별 소재들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택, 배열되어 조화를 이룬다면 각각의 소재가 저작권적 보호에 적합한지를 불문하고 저작권이 성립된다는 주장이 설득력을 가질 수 있기 때문이다. 이와 관련하여서는 최근 대법원 또한 방송 포맷이 저작물로서 보호를 받을 수 있는지에 대해, “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는 그 프로그램을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성 외에도, 이러한 개별 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨에 따라 구체적으로 어우러져 그 프로그램 자체가 다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있어 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려함이 타당하다” 고 판시함으로써 유사한 관점에서 접근한바 있다.

방송 포맷이 저작물로서 인정되어 보호 받을 수 있는지 여부를 다룬 국내외 다수의 사례들을 분석하면, 각국 법원은 유사한 구조의 사안에서도 서로 다른 판단 기준이나 결론을 제시하고 있음을 알 수 있다. 그러나 이와 같은 서로 다른 판단 속에서도 각국 법원이 그 구체적인 근거로 제시한 여러 가지 고려 요소들 중에는 유의미하게 통용될 수 있는 요소들이 존재한다. 즉 방송 포맷이 문서화되어 있는지 여부가 중요한 요소로 고려된 사례가 있는가 하면, 극히 세부적인 설정이나 디자인에서의 독창성을 판단의 핵심 요소로 삼기도 하였다. 이와 같이 사례 분석을 통하여 발견된 시사점을 활용하여 방송 포맷의 저작물 인정 방안을 도출하였다.

보호하고자 하는 방송 포맷에 저작권을 인정받는 것과 타인의 표절 행위가 저작권 침해로 인정되는 것은 서로 다른 판단 과정을 거치는 별개의 문제이다. 즉 일정한 방송 포맷이 저작물로서 보호받을 가치를 인정 받았다고 하더라도, 이를 표절한 방송이 그 저작권을 침해하였다고 볼 수 없는 경우에는 저작권 침해를 근거로 방송의 중단이나 손해배상을 청구할 수 없기 때문이다. 따라서 본 연구서에는 앞서 살핀 바와 같이 방송 포맷을 저작물로 인정할 수 있는지에 이어, 방송 포맷에 대한 저작권 침해에 대하여도 이론과 사례를 통해 검토하였다. 저작권 침해 행위의 다양한 유형 중 방송 포맷 표절의

가장 기초적인 형태로 볼 수 있는 복제권 침해를 중심으로 저작권 침해의 요건을 살펴 보면, 먼저 양 저작물 사이의 유사성이 우연에 기한 것이 아니라 표절이 의심되는 표현이 기존 저작물에 의거하여 창작되었다는 주관적 요건이 인정되어야 한다. 그러나 침해자가 실제로 원저작물을 오감에 의해 접한 후에 창작을 하였다고 직접 증명하는 것은 극히 어려우므로, 실제로는 기존 저작물에 대한 접근 가능성을 함께 고려하거나 아니면 독립적으로 창작되었다고는 보기 어려운 현저한 유사성이 있는지 등을 판단하여 의거 여부를 추정하기도 한다. 또한, 저작권 침해가 인정되기 위해서는 원저작물과 침해가 의심되는 저작물 사이에 상당한 정도의 유사성, 이른바 실질적 유사성이 존재하여야 하는데, 실제 판단 과정에서는 두 작품이 주는 전체적인 관념과 느낌이 직관적으로 유사한지 살펴보는 방법, 또는 작품을 구성하는 개별적인 표현들이 얼마나 유사한지 검토하는 방법 등이 각각 활용되거나 때로는 병용되기도 한다. 이 때 유의할 것은 실질적 유사성의 비교 대상은 저작권법에 의해 보호받는 부분에 한정된다는 점이다. 즉, 표현으로 구체화되지 않은 인간의 사상 또는 감정 자체는 저작권법의 보호 대상이 아니므로, 아이디어가 유사한 것으로는 저작권 침해가 성립하지 않으며, 국내 판례 역시 실질적 유사성을 판단함에 있어 일관하여 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 대비하여 판단하고 있다.

방송 포맷의 경우, 저작권 침해를 주장하는 프로그램이 먼저 방영되거나 공개된 경우가 대다수이기 때문에 의거성은 상대적으로 무난하게 인정될 수 있으나, 모방 과정에서 일부 표현이 조금씩 변형되기 마련이므로 실질적 유사성까지는 인정받기 어려운 경우가 많다. 실제 국내외 사례를 검토하여 보아도 대부분의 사례에서 개별적 표현들이 서로 얼마나 유사한지를 들여다 보는 방법으로 침해 여부를 판단하였기 때문에, 방송 포맷에 대해 저작권 침해까지 인정된 사례는 아주 드물게 확인된다.

그러나 방송 포맷 표절의 경우 그 본질이 ‘컨셉 베끼기’에 있다는 점을 고려하여 보면 개별적 요소가 유사한지를 하나하나 비교하는 방법은 사안에 적합한 판단 방법이 될 수 없다. 포맷에 대한 온전한 보호를 위하여는 장기적인 관점에서 실질적 유사성의 판단 시 전체적인 관념과 느낌이 직관적으로 유사한지를 살피는 방식인 이른바 외관이론을 발전시킬 필요가 있다. 외관이론이 더욱 깊이 연구되면 보다 구체적인 기준들이 다양하게 제시될 것이며, 분쟁 당사자들이 이를 지속적으로 주장하고 활용함으로써 사

례가 축적될 수 있다. 그 경우 법원으로서도 조금 더 공정한 기준으로 외관이론에 따른 실질적 유사성 판단을 할 수 있을 뿐 아니라, 당사자들도 실질적 유사성이 인정되는 범위에 대한 예측 가능성을 보다 확보할 수 있을 것으로 보인다.

또한 당사자들로서는 방송 포맷을 일반 영상 저작물이 아닌 편집저작물로 주장하여 개별적 소재 단위의 유사성이 아닌 집합물로서의 유사성을 판단 받을 수 있도록 논리를 구성하는 것도 고려해볼 수 있을 것이다. 앞서 설명한 바와 같이 최근 대법원은 방송 포맷이 저작물로 보호되는지 여부에 대해, 개별 요소들의 창작성 인정 여부와는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 구체적으로 어우러져 기존의 방송 프로그램과는 구별되는 창작적 개성을 가지고 있음이 인정되면 저작권의 보호 대상에 해당한다는 취지로 판시하면서, 개별 요소들을 중심으로 저작권 침해 여부를 판단한 1심·2심과는 달리, 방송 프로그램 전체를 통해 실질적 유사성을 판단하였다. 이 사건에서 대법원은 일부 피고 영상물에 대해서는 최종적으로 원고 영상물의 저작권을 침해한다는 결론을 냈는데, 방송 포맷에 대한 저작권 침해 인정 사례가 세계적으로 흔치 않은 상황에서 대법원이 리얼리티 방송 프로그램의 개별 요소들의 선택과 배열이 저작물로 보호된다는 전제하에 저작권 침해를 인정하였다는 점은, 향후 방송 포맷의 보호를 위한 논의 발전에 있어 크게 고무적인 사항으로 생각된다.

한편, 방송 포맷 표절 분쟁에서 저작권 침해가 핵심 쟁점으로 빈번히 활용되는 것은 저작권 제도가 국제적으로 어느 정도 통일적인 내용으로 형성되어 있기 때문이다. 반면에 부정경쟁행위나 영업비밀 침해 등은 국가별로 법제도나 권리의 인정 범위가 상이하여 상대적으로 잘 활용되지 못하는 측면이 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 저작권 침해가 쉬이 인정되지 않는 경향으로 인하여 최근에는 부정경쟁행위나 영업비밀 침해와 같은 다양한 구제방안들이 모색되고 있다. 그 중 눈에 띄는 것이 법제도 외에 사적 단체 구성을 통한 대응 시도로서, FRAPA (Format Recognition and Protection Association) 라는 포맷인증보호협회가 제공하는 방송 포맷 보호 관련 서비스이다. FRAPA는 세계적으로 방송 포맷이 그 자체로서 독립적인 권리를 인정 받아 보호 받을 수 있도록 다양한 서비스를 제공하는데, 그 중 대표적인 것으로 방송 포맷의 등록(Format Registry) 서비스가 있다. 방송 포맷의 권리자는 FRAPA에 포맷을 사전에 등록해둠으로써 자신의 포맷이 저작물로 인정될 정도의 단계에 이르렀다는 점, 이미 특정 시점에 완성되어 문서화

되어 있었다는 점을 분쟁 발생 시에 용이하게 입증할 수 있다. 이 외에도 FRAPA는 특정한 방송이 타 방송을 복제한 것으로 볼 수 있을지 유사성에 대한 분석 서비스를 제공하며, 세계 지식 재산권 기구(World Intellectual Property Organization, “WIPO”)와의 협력 하에 중재 서비스를 제공하기도 한다. 물론 FRAPA의 의견에는 법적 구속력은 없으나, 세계적인 포맷 보호 단체의 공식적인 의견으로서 영향력을 갖는 것은 물론 사업자들에게는 대응 방향에 대한 훌륭한 나침반 역할을 할 수도 있다.

근래 중국에서 국내의 인기 방송 프로그램을 연이어 도용 및 표절하고 있어 이로 인한 국내 창작자들의 좌절과 낭패감이 상당하다. 정치적 환경과 사업자들의 현실적인 고려 등 여러 가지 사정으로 제대로 대응을 하지 못하고 있는 사이에 표절 수준은 점점 대담해져 왔다. 그러나 중국 정부는 근절을 위한 움직임을 보이기는커녕 오히려 토종 콘텐츠 제작 장려를 명목으로 합법적인 포맷 수입마저 제한하고 있으며, 북경시 고급인 민법원은 2015년 4월 8일 <예능 프로그램 저작권 분쟁사건 관련 여러 문제에 대한 해답>이라는 표제 하에, ‘예능 프로그램의 포맷은 여러 요소의 종합체로서 아이디어 차원의 것은 저작권의 보호를 받지 못하나, 문자각본, 춤/미술 디자인, 음악 등 작품에 속하는 것은 저작권으로서 보호를 받는다’ 고 일종의 공식적인 해석론을 제시한 바 있다. 이는 결국 중국 법원이, 구체적인 디자인이나 음악 등 개별 요소가 표절되지 않은 이상, 방송 포맷 자체에 대해서는 저작권에 의한 보호를 부정한 것으로 일반적으로 해석되고 있다. 그러나 정작 저작권 성립과 침해에 관한 중국의 이론과 사례를 살펴보면 앞서 소개한 다른 국내외의 정립된 이론과 크게 다르지 않다. 포맷이 저작물에 해당하는지 판단하면서 한국과 마찬가지로 아이디어와 표현의 이분법 원칙을 적용하고 있기도 하다. 권리 구제 절차에 있어서도 한국과 크게 다르지 않으므로, 저작권 침해 신고를 통한 행정적 구제수단, 침해 금지 가처분, 소송 등 이용 가능한 수단에 대하여 간략히 절차 내용과 장단점 등을 소개하였다. 또한 구제 절차 이외에 사업자 스스로 위험 요소를 줄이고 표절 관련 분쟁을 실효적으로 대비할 수 있는 종합적인 행동 매뉴얼을 사전적, 사후적 대응 방안으로서 별도로 수록하였다.

방송 사업자들이 표절 피해를 겪을 경우, 앞서 언급한 것과 같이 가장 활용성이 높은 수단인 저작권 침해 주장을 통해서도 만족스러운 법적 보호를 얻기 어려운 것이 현실이다. 또한 중국 등 외국의 침해자를 상대로 대응하는 과정에서 복합적인 요인이 난점으

로 작용하기도 한다. 국내 사업자들에게 현재와 같은 수준으로 포맷 표절 피해가 계속 된다면 창작 의지가 꺾이고 궁극적으로는 방송 산업의 발전에 악영향을 미치게 될 것이 명확히 예상되며, 이에 대하여는 이미 각계의 공감과 우려의 목소리가 높다. 방송 포맷이 한국의 대중문화에서 차지하고 있는 위상을 고려하여 볼 때, 향후 한류와 국내 방송 산업의 지속적인 발전을 위해서는 정부의 시급한 대응과 노력이 필요하다.

5. 정책적 활용 내용

본 연구에서는 실무적인 대응방안 제공이라는 목적에 적합한 최선의 시사점을 도출할 수 있도록 저작권 이론에 대한 면밀한 해설과 함께 각국의 분쟁 사례에 대한 폭넓은 검토를 병행하였다. 따라서 본 연구 결과는 한류 콘텐츠 표절 피해 방지 및 보호 방안 마련과 국내 사업자들에 대한 실무 교육 등의 자료로 활용될 수 있다. 또한 해외 주요국과의 방송 콘텐츠 관련 협약 체결, 국내에서의 저작권법 해석과 제·개정 논의를 위한 기초 자료로서도 활용가치가 있다.

6. 기대효과

본 정책 연구로서 방송 포맷의 저작권적 보호에 관한 실무적인 접근의 초석이 마련되었다. 아직은 이론적 검토를 주된 내용으로 하여 주의사항과 행동 요령, 구제 수단에 대한 간략한 정보를 제공하는 수준이나, 향후의 발전 방향은 사업자들이 보다 직관적으로 이해하고 행동으로 옮길 수 있는 상세한 실무 매뉴얼 작성으로까지 이어질 것이다. 본 연구 결과는 한류 방송 콘텐츠의 건전한 유통을 위한 학계의 논의와 정부의 지원책 마련에 활용될 수 있을 것으로 기대한다.

SUMMARY

1. Title

A research on plagiarism disputes surrounding *hallyu** broadcasting content format.

* Hallyu literally translates to the “Korean Wave” and refers to the worldwide increase in popularity of South Korean media.

2. Objective and Significance of Research

There has been a rise in format plagiarism (i.e., copying the television format of a popular program to produce a new program) following the increase in the commercial value of television formats in the broadcasting content market. Such format plagiarism not only brings direct economic damage by depriving the developer of the opportunity to sell the television format, but also demotivates the creative will of producers. It may, in the long-run, hinder the growth of the broadcasting market and impede the development of the culture industry by undermining the commercial value of television formats.

The purpose of this research is to examine: (i) the legal rights available to victims of plagiarism and set out theoretical possibilities; (ii) analyze the position of domestic and foreign courts toward television format plagiarism by examining legal precedents; and (iii) provide a practical guideline to businesses regarding the remedies available.

3. Contents and Scope of Research

This research consists of eight chapters. In Chapter 1, we introduce the background and necessity of this research. In Chapter 2, we introduce a variety of domestic and international theories regarding the definition of the television format and classify

various definitions by type. In Chapter 3, we present theoretical commentary on the requirements to be considered a copyrighted work and case examples of domestic and international disputes surrounding these requirements. In Chapter 4, we explore the requirements for copyright infringement. In Chapter 5, we present various theoretical and practical measures which may be taken in addition to copyright claims. In Chapter 6, we provide a detailed introduction of television format plagiarism, theories relating to copyright infringement and case examples of disputes on the matter, and remedy procedures in China. In Chapter 7, we present countermeasures businesses can refer to in the form of a manual. Finally, in Chapter 8, we conclude the discussion with a proposal to find a government level policy response as the ultimate solution to the problem.

4. Research Findings

In order to protect television formats from plagiarism, the definition of “television format,” which is the subject of protection, must first be determined. There is no consensus as to what television format refers to. If the definition of television format is limited to a single meaning, all types of content which do not fit into this meaning would fall outside the scope of protection; this would be contrary to the purpose of this research. Accordingly, we examine the various types of television formats and its subjects at different phases of program production; on this basis, we classify the types of television format (Type 1 to Type 3).

Pursuant to an analysis of whether television formats (based on types) can be protected as a copyrighted works, it is highly likely that Type 1, which refers to ideas or concepts in the early stages of broadcasting program, will not be considered as copyrighted works because it falls within the domain of ideas rather than expressions. However, the contents of Type 2, which consists of specific elements of a program, such as stories, characters, designs and music, is relatively more likely to be protected

as copyrighted works as it reaches the domain of “expressions” beyond mere ideas. Nevertheless, on many occasions, plagiarism of Type 2 is not recognized as copyright infringement as the specific details of the two television programs are different. Finally, Type 3, which refers to factors external to actual broadcasting such as casting plans, production plans, budgets, etc., is unlikely to be recognized as copyrighted works as it is difficult to consider such factors as expressions of human thoughts and feelings.

Having a copyright recognized based on television formats and having a copyright infringement by a third party recognized are two distinctly different matters, and assessed based on different considerations. To have a copyright infringement recognized, it must first be acknowledged that the similarity between the two works was not created by chance but rather, based on plagiarism, intentionally relying on the existing works. Furthermore, there must exist a substantial similarity between the original creative work and the work suspected of infringement, must also be recognized. In the case of television formats, reliance is relatively easily recognized as the program claiming copyright infringement is ordinarily broadcasted or disclosed to the public earlier than the infringing works. However, because some expressions will inevitably change slightly in the imitation process, there may be difficulty recognizing a substantial similarity in most instances. From a review of domestic and international cases, practically, copyright infringement for television format has only rarely been recognized.

There is little difference between the Chinese and Korean theories regarding copyright infringement of television format plagiarism. Nevertheless, the Chinese government and the Chinese courts generally not attempted to prevent television format plagiarism. As a result, it is realistically difficult for broadcasting companies to obtain satisfactory legal protection through available legal remedies. Given the status of television formats in Korean popular culture, it is necessary for the government to promptly respond and make efforts on this matter for continuous development of

hallyu and the domestic broadcasting industry.

5. Policy Implications

The findings of this research may be used as reference materials to prepare methods of plagiarism prevention and protection of *hallyu* contents, as well as for educational purposes for domestic businesses. This research may also be used as a basis for any discussion on signing agreements relating to broadcasting content with major foreign countries and interpreting, enacting or amending Korean copyright laws.

6. Expectations

Through this policy research, a foundation for a practical approach for television format copyright protection has been created. We hope it may lead to a preparation of a detailed field manual which businesses may more intuitively understand and act upon. We hope the findings of this research will be useful for discussions in the academia and preparation of government support plans for a healthy distribution of *hallyu* broadcasting content.

CONTENTS

Chapter 1. Introduction

Chapter 2. Definition of Television Format

Chapter 3. Copyright Protection of Television Format

Chapter 4. Determination of Copyright Infringement for
Television Format

Chapter 5. Remedies Available Other than Copyright
Infringement Claims

Chapter 6. Considerations on Television Format Plagiarism
and Remedies in China

Chapter 7. Practical Response Manual for Television
Format Plagiarism

Chapter 8. Conclusion

제 1 장 서론

세계적으로 방송 포맷¹⁾의 상업적 가치가 인정되고 시장이 형성되기 시작한 것이 어제 오늘의 일은 아니다. 글로벌 방송 포맷 시장의 선두주자인 영국의 BBC는 1993년 이미 방송 포맷 관련 부서(Format Licensing Division)를 발족한 바 있으며, 2000년에는 방송 포맷의 표절 방지, 법적 구속력을 지닌 규범의 강화, 방송 포맷 표절에 대한 제재를 목적으로 하는 포맷인증보호협회(Format Recognition and Protection Association, 이하 “FRAPA”)가 설립되기도 하였다. 이와 같은 방송 포맷 시장의 성장세는 2000년대 들어 더욱 뚜렷이 나타나고 있는데, 예를 들어 한국콘텐츠진흥원의 통계에 따르면 국내 방송 포맷의 수출 규모는 2013년 기준 전년 대비 139%의 성장률을 기록했으며 수출 총액은 미화 309만 9,000달러에 달하였고, 영국 역시 동일한 기간 동안 117%의 성장률을 기록하였다.²⁾

그런데 이와 같은 방송 포맷 시장의 성장과 함께, 인기 방송 프로그램의 포맷을 그대로 가져와 부수적인 구성요소만을 조금씩 변경하여 신규 프로그램을 제작하는 표절 문제의 심각성도 커지고 있다. 특히 인터넷 발달을 계기로 방송 콘텐츠 및 이를 구성하는 오락적 요소에 대한 국가별 또는 문화권별 시청자들 사이의 취향 및 기호의 차이가 점점 벌어져가고 있는 추세는 방송 포맷 표절 문제가 국제적으로 더욱 빈발하게 되는 시장 환경을 마련하였다.

더욱이 최근 수년간 이루어진 한류 문화의 급격한 확산은 우리나라로 하여금 이와 같은 방송 포맷 표절의 문제를 더 이상 남의 문제가 아닌 우리 자신의 문제로 만들었다. 특히 방송 포맷 표절이 가장 빈번하게 일어나고 있는 중국에서는, 이러한 방송 포맷 표절을 정부가 사실상 규제하고 있지 않을 뿐 아니라 법원 또한 방송 포맷에 대한 저작권

1) ‘방송 포맷’ 외에도 ‘TV 포맷’, ‘방송 프로그램 포맷’ 등 다양한 명칭이 존재하는데, 본 연구서에서는 원칙적으로 ‘방송 포맷’으로 용어를 통일하여 사용하되, 맥락에 따라 방송 프로그램 포맷 등의 용어를 함께 사용하기로 한다.

2) 한국콘텐츠진흥원(2015), “방송 수출입 현황조사연구”, pp.24·54.

침해를 인정하는 것에 부정적인 입장이어서, 사실상 방송 포맷의 표절이 공공연하게 용인되는 것이나 다름없는 상황이다.

이와 같은 방송 포맷의 표절은 그 개발자로 하여금 방송 포맷을 판매할 수 있었던 기회를 상실하게 하는 직접적인 경제적 피해를 가져오는 것은 물론, 나아가 그 개발을 위해 비용과 노력을 아끼지 않은 제작진의 창작 의욕을 크게 저해할 뿐 아니라, 장기적으로는 방송 포맷의 상업적 가치를 훼손하여 방송 프로그램 포맷 시장이라는 새로운 시장의 성장을 막아 문화 산업 발전에 걸림돌로 작용할 가능성이 크다.

따라서 우리나라의 방송 산업의 현재와 미래를 보호하기 위해서는 한류 방송콘텐츠에 대해 방송 포맷 표절이 발생하는 경우에 대한 대응방안을 모색해볼 필요가 있다. 구체적인 대응방안으로서 저작권의 침해 주장, 부정경쟁 관련 법 위반, 일반 민사상 손해배상 청구 및 가처분 등 몇 가지를 생각해볼 수 있으나, 그 중 가장 유력하고 실제 사례에서 활용도가 높은 것은 저작권 침해 주장이다. 이는 특히 방송 포맷의 표절이 하나의 국가 내에서 발생하기보다는 제3국에서 침해가 발생하는 국제 분쟁의 성격을 가지는 경우가 많다는 점을 고려할 때, 저작권이 다른 법률에 비하여 어느 정도 세계적으로 공통된 원칙을 가지고 있으며, 특히 이른바 베른 협약(Berne Convention/International Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)³⁾에 의해 가입국 사이에서는 저작권 보호를 주장하는 것이 상대적으로 용이하여 다른 권리에 비해 보호 가능성이 높기 때문이다. 이에 따라 실제로 국제 방송 포맷 표절 분쟁과 관련된 대부분의 사례에서는 원고가 저작권의 침해를 주장하였고, 법원 또한 저작권의 침해 여부를 위주로 판단해 왔다.

물론, 저작권 침해 외에도 부정경쟁 관련 법 위반, 민사상 손해배상 청구 및 가처분 등 다른 권리 또한 주장해 볼 여지가 있고, 실제로 이러한 권리들이 주장된 사례도 있다. 그러나 다양한 국가에 의해 표절이 이루어지는 방송 포맷의 표절 분쟁의 국제적 성

3) 정식 명칭은 '문학·예술 저작물의 보호를 위한 베른협약'이다. 저작권의 국제적 보호를 위한 조약으로 1886년 스위스의 수도 베른에서 최초 제정되어 그 후 두 번의 추가협정서와 다섯 번의 개정을 거쳤다. 2006년 기준으로 162개국이 동 협약에 가입했으며 우리나라는 1996. 6. 21. 가입신청서를 기탁했으며 1996. 9. 21. 그 효력이 발생하였다. 내국 민대우의 원칙과 보호국법주의, 최소보호의 원칙 등을 그 주요 내용으로 한다.

격을 고려할 때, 각 나라마다 관련 법률 체계나 권리의 성격이 상이한 경우 실질적으로 상대방에게 이를 소로써 주장하는 것에는 어려움이 따른다. 따라서 저작권에 비해 상대적으로 이들 권리들이 주장되는 경우는 적으며, 주장되더라도 저작권 침해와 함께 또는 예비적으로 주장되는 경우가 대부분인 것으로 보인다.

따라서 이하에서는 저작권 침해 주장을 중심으로 방송포맷 표절이 발생하는 경우 다양한 대응방안을 살펴봄, 방송 포맷 표절 분쟁의 현황을 분석하여 향후 방안을 제시해 보고자 한다. 다만, 이러한 검토에 앞서 가장 우선적으로 선결되어야 할 것은, 우리가 보호하고자 하는 “방송 포맷” 개념에 대한 정리이다. 방송 포맷에 대해서는 세계적으로 통용되는 정의가 없고, 각 학자마다 주장하는 개념이 다르며, 학계에서 논의되는 방송 포맷과 실제 비즈니스에서 거래의 대상이 되는 방송 포맷에도 차이가 있다. 이와 같이 논하고자 하는 방송 포맷의 개념이 확립되지 않은 상태에서는 보호 방안을 찾는 논의의 방향성도 함께 흐트러질 수 있으므로, 이하에서는 먼저 본 연구서에서 다루고자 하는 방송 포맷의 정의에서부터 논의를 시작하고자 한다.

제 2 장 방송 포맷의 정의

제 1 절 정의의 모호성

오늘날 방송 포맷이란 개념은 전세계적으로 광범위하게 사용되고 있음에도 불구하고 통일된 의미를 가지지 못한 채 서로 다른 맥락에서 사용되고 있다. 포맷은 사전적으로는 양식, 서식, 형식 등을 가리키지만, 전문가들이 방송 업계에서 ‘방송 포맷’이라는 단어를 사용할 때 그 구체적인 의미는 방송 포맷이라는 단어가 사용된 맥락이나 말하는 이의 위치에 따라 달라지곤 한다.

이와 같이 방송 포맷의 정의와 범위에 대해서는 학자들 사이에서도 의견이 다르며, 통상적으로 업계에서 사용되는 추상적인 기준이 있을 뿐 합의된 내용은 없다. 방송 포맷이라는 용어의 모호성을 살펴보기 위해 한국저작권위원회에서 발표한 국내외 문헌 등을 통한 방송 포맷의 정의의 예시 중 일부를 간략히 살펴보면 <표 2-1> 및 <표 2-2>와 같다.⁴⁾

<표 2-1> 해외 문헌에서의 ‘방송프로그램 포맷’의 정의

- 일련의 시리즈물 프로그램에서 각각의 에피소드를 관통하여 시리즈물 내내 변하지 않고 꾸준히 유지되는 요소들을 집합적으로 칭하는 용어(Moran, 1998)⁵⁾
- 프로그램의 오리지널 아이디어가 해외 시장에 판매되어 적용 가능하도록, 다른 나라로 수출되더라도 동일한 내용과 품질의 콘텐츠가 제작될 수 있게 하는 프로그램 콘셉트의 집합(Schmitt et al., 2005)⁶⁾
- ‘명사’로서는 본질적으로 어떤 프로그램을 다른 장소와 시기에 적용할 수 있도록 하는 정보와 노하우의 총체적 집합체를, ‘동사’로서는 프로그램의 요소들을 체계적으로 기록하고 조직화해서 어떤 프로그램의 응용 가능성을 높이는 행위를 의미(Moran&Malbon,

4) 한국저작권위원회(2014), “방송프로그램 포맷의 보호방안 연구”, pp.30~33. 해당 연구에서 한국저작권위원회는 “방송프로그램을 제작하기 위한 독창적이고 구체적인 체제로서 줄거리, 진행방법, 세트, 디자인, 출연자의 행위 등을 포함하는 제작 계획 또는 기법”을 방송 포맷의 정의로 제안하고 있다.

2006)⁷⁾

- 프로그램을 제작하도록 도와주는 제작 및 컨설팅 지침서로서 프로그램을 창의적으로 만들 수 있는 모든 단계와 지식 경험, 노하우 등이 기록되어 있는 가이드북인 포맷 바이블까지 포맷의 범위에 포함됨(Waller, 2008)⁸⁾
- 프로그램 구성 및 그와 관련된 일련의 이벤트, 브랜딩, 스타일을 포함한 프로그램에 내재된 아이디어 일체(Wallace, 2008)⁹⁾
- 다른 지역에서 프로그램을 다시 제작하는 데 필요한 가이드라인 내지 제작법, 혹은 다시 찍히는 과정 및 행위(Moran, 2009)¹⁰⁾
- 매 회 반복될 것을 의도한 주요등장인물들이 진행하는 틀로서, 세팅, 주제, 전제, 시리즈의 기본 스토리라인, 세부 캐릭터를 포함한 주요등장인물 및 그들간의 상호작용(미국작가협회)¹¹⁾
- 각각의 에피소드 속에 담긴 내용·순서라 할 수 있는 프로그램의 구조, 시리즈와 경쟁의 구조 그리고 외관, 스타일, 그래픽, 음악으로 이루어진 브랜딩 등의 구성요소(Fremmentle Media)¹²⁾
- 저작권을 가지고 특정한 프로그램을 각 지역 버전으로 제작, 방영할 수 있는 라이선스(Zeal Entertainment)¹³⁾

<표 2-2> 국내 문헌에서의 ‘방송프로그램 포맷’의 정의

- 프로그램 체제나 구성 등을 포함하여 다른 프로그램과 구별할 수 있을 정도의 프로그램 계획으로, 창작 아이디어와 저작물의 중간단계(정용준, 2003)¹⁴⁾
- 프로그램에 대한 일종의 약식기획(informal plan)으로, 프로그램의 시작에서부터 종료까지 연출자가 보고 지시할 내용을 이야기하듯 서술해놓은 것. 텔레비전 쇼의 경우, 게임의

5) Albert Moran(2013), 『TV Format Mogul』, Intellect Ltd., p.13.

6) 이준근(2013. 6.), “프로그램 포맷 수출 차세대 한류의 희망”, 『신문과 방송』, p.82.

7) 배진아·박주연(2010), “TV 포맷의 유형화 탐색”, 『방송과 커뮤니케이션』 제11권 제1호, p.125.

8) 채정화·이영주(2010), “방송 프로그램의 포맷에 대한 저작권 보호 및 실질적 유사성의 판단 기준에 관한 연구”, 『언론과학연구』 제10권 제1호, p.292.

9) 배진아(2008), “방송 시장의 포맷거래에 관한 연구”, 『방송과 커뮤니케이션』 제9권 제2호, p.10.

10) 배진아·박주연(2010), p.125.

11) Writers Guild of America(2011), “2008 Theatrical and Television Basic Agreement”, p.22.

12) 배진아(2008), p.11.

13) 배진아(2008), p.11.

개념, 출연자의 행위, 세트, 디자인, 프로그램 제목이나 보고, 플롯이나 여러 가지 질문 기법 등 창조적인 요소를 의미(하윤금, 2005)¹⁵⁾

- 프로그램이 갖추고 있는 일정한 구성이나 틀을 뜻하는 용어로서, 특정 프로그램이 가지고 있는 내용이나 형식상의 독창적인 요소들을 지칭(배진아, 2008)¹⁶⁾
- 특히 시리즈물의 경우 각각의 에피소드에도 변하지 않고 지켜지는 프로그램의 본질적인 요소, 외관, 스타일 등¹⁷⁾(은혜정, 2008)
- 프로그램에서 ‘빵틀’은 동일하고 내용물만 바뀐 것, 또는 요리의 조리법과 같은 것으로 풀이할 수 있음. 구체적으로 게임쇼의 구성요소가 되는 틀은 게임의 규칙, 프로그램에 사용되는 구호들, 상품 부여방식, 세트 구성, 컴퓨터 그래픽 등을 지칭(홍순철 외 3명, 2008)¹⁸⁾
- 협의의 포맷은 프로그램에 대한 일종의 약식기획으로 프로그램의 표현 방식 및 특징 유형이 매회 반복되면서 일관되게 나타나는 요소이며, 광의의 포맷은 최근 프로그램을 거래하면서 사용되는 포맷 바이블을 포함하는 개념¹⁹⁾(채정화·이영주, 2010)
- 프로그램의 구성이나 전개 등에 관한 기본적인 기획으로서 개별 출연자나 사건 등에 관계없이 유지되는 골격²⁰⁾(임원선, 2014)

방송 포맷이 이처럼 다양한 형태로 다르게 정의 내려지고 있는 이유는 포맷이라는 용어가 현장에서 자연스럽게 사용되면서 발전한 것이며, 포맷이 거래 대상으로 간주되면서 경제적인 가치가 생기자 이를 개념화하고 일정한 범주를 생성하기 위해 다양한 사람들이 의견을 냈기 때문으로 보인다.

나아가 단지 관행적으로 업계에서 통용되는 정의가 아니라, 권리보호를 위해 법적, 제도적 차원에서 방송 포맷을 정의하는 것에는 어려움이 있다. 이러한 어려움은 특히, 포맷의 권리를 법적으로 보호하기 위해서는 창작물의 형태로 표현되거나 발표된 실체가 있어야 하는데, 포맷의 성격상 문서화된 서류로 표현하지 않는 제작 노하우나 제작 환경을 통칭하는 경우가 많다는 점에서 기인한다.

14) 정용준(2003. 1.), “떠오르는 아시아의 프로그램 포맷 시장”, 『방송문화』, p.6.

15) 하윤금(2005. 5), “왜 프로그램 포맷을 이야기하는가”, 『방송문화』, p.38-41.

16) 배진아(2008), p.10.

17) 은혜정(2008a), “국제적 유통상품으로서의 TV 포맷의 최근 경향과 한국 포맷의 해외 진출 가능성에 대한 연구”, 『한국방송학보』 제22권 제6호, p.329.

18) 홍순철·정윤경·신지연·김숙(2008. 12.), 『디지털미디어콘텐츠 포맷 산업 활성화를 위한 지적재산권 기초연구』, 한국예술종합학교, p.1.

19) 채정화·이영주(2010), p.293.

20) 임원선(2014), 『실무자를 위한 저작권법』, 한국저작권위원회, p.213.

이에 대하여 국내 한 학자는 포맷은 제작 노하우 등과 같이 단순하고 추상적인 아이디어에서부터 저작권으로 보호할 수 있는 완성본 사이에 놓여 있는 중간영역(gray area)에 해당한다고 보기도 하였다.²¹⁾ 즉 추상적 아이디어와, 그와 같은 아이디어를 구체화시킨 실체 사이의 중간 영역에 해당하므로 구체적인 정의에 어려움이 있다는 것이다.

이러한 어려움에도 불구하고, 방송 포맷의 개념을 확립하고 정의 내리려는 시도는 지속되고 있다. 보호대상이 확정되지 않는 이상, 권리를 침해했다는 주장은 그 법적 근거가 모호해지고 일관성을 가지기 어렵기 때문이다. 나아가 장기적인 관점에서, 방송 포맷의 일관된 정의 수립은 방송 프로그램 제작자들로 하여금 방송 포맷이 어떤 범위에서 보호를 받을 수 있을지 예측 가능성을 높여주고, 권리 보호를 위한 수단을 스스로 파악하는데 긍정적인 영향을 미친다.

그러나 한편으로는, 본 연구서의 주제인 방송 포맷의 보호라는 목적 하에서는, 방송 포맷이 하나의 의미로 국한되어야 하는 것은 아니다. 구체적인 사례마다 그 침해 태양에 맞추어 가장 효율적으로 권리를 주장할 수 있는 형태를 방송 포맷으로 정의한 후, 해당 정의에 부합하는 방식으로 권리의 침해를 주장하는 것이 방송 포맷의 보호를 위해서는 더욱 효율적일 수 있기 때문이다. 예를 들어, 무대 세트가 표절된 경우 기존 방송 포맷의 정의에 무대세트가 포함되는지 여부를 검토하여 포함되지 않는다면 권리의 주장을 포기할 것이 아니라, 방송 포맷에 대한 여러 견해들 중 무대 세트를 포함시킬 수 있는 개념으로 방송 포맷을 정의한 후 그러한 방송 포맷에 대해 어떤 권리 주장이 가능할지를 최대한 검토하는 것이 권리의 보호를 위해서는 효율적일 것이다.

오히려 방송 포맷을 하나의 의미로 한정하는 경우, 보호의 필요성이 있음에도 이러한 정의를 만족시키지 못하는 경우에는 권리가 인정되는 것이 더욱 어려워지는 역효과가 나타나게 된다. 나아가 미처 예상하지 못했던 새로운 형태의 방송 포맷에 대해서는 기존의 정의가 이를 포섭하지 못하여 보호가 소홀해짐으로써 오히려 방송 포맷에 대한 새로운 시도를 저해하는 부작용이 나타날 우려마저 있다.

따라서 방송 포맷을 하나로 정의 내리기보다는, 다양한 방송 포맷의 정의에 대한 견해를 유형화함으로써 이를 통해 각 유형별로 주장할 수 있는 근거와 보호 가능성 등을

21) 하윤금(2005. 5), pp.38-41.

검토하는 것이 방송 포맷의 보호를 위한 효과적인 접근방법일 수 있다. 이하에서는 방송 포맷에 대한 다양한 정의가 존재할 수 있다는 사실을 전제한 후 그 보호를 위해 가장 효율적인 방식의 접근 방법을 모색해보기로 한다.

제 2 절 포맷의 유형

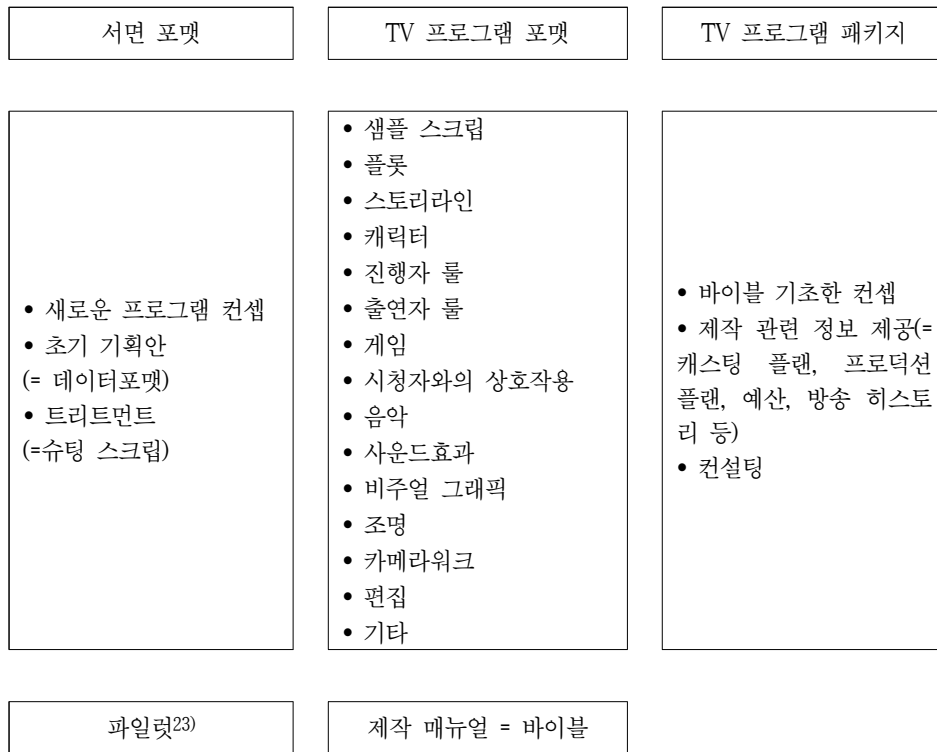
1. 시장에서 거래되는 방송 포맷의 형태에 대한 분석

방송 포맷의 정의를 분류하는 데는 여러 가지 접근 방식이 있을 것이지만, 그에 앞서 방송 포맷이 실제로 시장에서 거래되는 방식을 먼저 개략적으로 이해할 필요가 있다. 방송 포맷이라는 용어 자체가 시장에서 거래되는 상품으로서 시작된 것이며, 이는 시장에서 하나의 경제적 가치 단위로 이미 인정을 받은 것이기 때문에 권리 보호의 필요성이 인정되는 가장 기본적인 단위로 볼 수 있기 때문이다.

예를 들어, 방송 포맷 연구와 관련하여 전문가로 알려진 알버트 모란(Albert Moran)은 포맷을 기획(devising), 개발(development), 유통배급(distribution) 단계 세 가지로 구분하고, 각각의 결과물로 서면 포맷(paper format), 프로그램 포맷(program format), 포맷 패키지(format package)를 창출한다고 정의하며, 이 모든 과정이 거래 대상에 포함될 수 있다고 본바 있다.²²⁾

22) 한국콘텐츠진흥원(2012), “방송 포맷의 권리보호 방안 연구”, pp.12~13.

[그림 2-1] 모런의 포맷 개념에 대한 분류



이와 같은 모런의 유형화는 시장에서 거래되는 방송 포맷의 개념을 이해하는데 큰 도움이 되는데, 다만 방송 포맷이 시장에서 거래되는 경우에도 그 거래 대상이 이와 같이 정형화되어 있는 것은 아니다. 좁게는 대략적인 아이디어와 구조만을 판매하는 단계에서부터 넓게는 세부적인 방송 프로그램의 콘텐츠는 물론 제목까지 그대로 사용할 수 있도록 판매하는 경우, 나아가 방송 콘텐츠뿐 아니라 관련 제작을 위한 노하우까지 하나의 패키지로 제공하는 방식 등 다양한 방식으로 판매가 이루어지고 있기 때문에, 실제 시장에서 거래되는 방식을 기준으로 방송 포맷을 정의하더라도 통일된 기준이 제시되는 것은 아니다.

따라서 실제 거래되는 방식을 기준으로 하더라도, 방송 포맷의 보다 효율적인 보호를

23) 방송국이 광고주 획득을 위해 데모용으로 만드는 프로그램 견본을 의미한다.

위해서는 방송 포맷에 대한 개념을 하나로 정의하기 보다는 유형화를 통해 살펴보는 것이 바람직하다. 방송 포맷의 판매는 프로그램의 제작 단계의 진행과 밀접한 관련성이 있으므로 이하에서는 앞서 살핀 모런의 이론을 참조하여 프로그램의 제작 단계에 따라 방송 포맷을 크게 세 가지 단계로 나누어 보기로 한다.

참고로, 거래의 대상으로서의 방송 포맷이든, 강학적 의미의 방송 포맷이든 이론적으로는 반드시 서면화를 전제로 하는 것은 아니다. 방송 프로그램의 아이디어가 구두로 전달되는 경우도 있고, 타 사업자가 방송을 통해 최종 결과물인 영상만을 보고 그 내용을 표절하는 것도 얼마든지 가능하다. 그러나 적어도 거래 대상으로서의 방송 포맷을 논함에 있어서는 방송 포맷이 기본적으로 서면화됨을 전제하도록 하는데, 이는 방송 포맷이 큰 비용으로 거래됨에도 불구하고 아무런 유형적인 물질 없이 대가의 지급이 이루어지는 것은 보통 상정하기 어렵기 때문이다.

거래 대상인 방송 포맷의 첫째 단계로는 초기 기획 단계를 상정할 수 있다. 이 단계에서는 새로운 프로그램에 대한 아이디어를 제안하고 프로그램을 이끌어갈 전반적인 컨셉을 정하게 된다. 특히, 프로그램 기획단계에서 포맷 개발자가 자신의 아이디어를 구체화하고 관련된 요소를 정리하여 10페이지 가량의 문서로 만들 경우 이를 ‘서면 포맷’이라 한다.

이 단계에서의 방송 포맷은 아직 대략적인 아이디어나 기획의 선에 머무르는 것으로서, 새로운 프로그램의 컨셉, 초기 기획안, 트리트먼트 정도가 이러한 서면 포맷 단계에 해당한다. 구체적인 화면 구도, 무대 디자인, 캐릭터나 스토리 등은 아직까지 정해지지 않은 단계로서, 서면 포맷 단계의 여러 방송 포맷들 중 논의를 거쳐 가능성을 인정 받은 일부 포맷들만이 그 다음 단계로 진행하게 된다.

둘째는 프로그램의 구체적인 제작 단계로서, 모런이 말한 개발(development) 단계에 대응한다. 구체적인 제작 단계에서는 프로그램의 스토리, 캐릭터의 성격, 구체적인 틀, 음악, 디자인 등 프로그램을 구성하는 요소들이 하나하나 정해지게 된다. 이러한 과정에서 이른바 방송 포맷의 ‘바이블’이 작성되기도 하는데, 이는 작가는 제작 노트에서부터 몇 백 페이지 달하는 문서에 이르기까지 프로그램의 전체 세부사항과 가이드 내용을 서류 형식으로 정리한 것을 가리킨다.²⁴⁾ 제작 매뉴얼이라고도 불리는 바이블은 각각의 에피소드 속에 담긴 내용 순서로서 프로그램의 구조, 프로그램 외관, 스타일, 비주얼 그

래픽, 음악과 사운드 효과, 캐릭터, 룰, 조명 등 프로그램과 관련된 모든 세부사항을 정리한 것으로 제작 가이드 북이라고 할 수 있다.²⁴⁾

셋째는 프로그램 제작 완료 이후의 단계로서, 기획이나 홍보 등 프로그램 외적 요소들까지 정해지게 된다. 이때 ‘기획’은 제작과 관련된 구체적인 예산안, 캐스팅이나 인력 자원의 배치, 투자 등을 의미하는 것이며 프로그램에 대한 아이디어를 정리하는 단계인 초기 기획과는 구분된다. 모런의 유형화에 따르면 유통배급(distribution) 단계에 대응한다고 볼 수 있으나, 다만 이와 같은 프로그램 외적 요소는 앞서 설명한 ‘초기 기획’이나 ‘프로그램 제작’과는 달리, 시간적 선후 관계에 있는 것은 아니고 방송 포맷의 제작 전 과정에 걸쳐 병렬적으로 진행된다는 차이가 있다. 다만, 프로그램 외적 요소는 프로그램의 제작이 완료된 이후에도 나타난다는 특징을 가지며 이에 따라 거래 대상으로서 프로그램 외적 요소들이 모두 포함되기 위해서는 프로그램의 제작이 완료된 이후 패키지로서 판매되는 것이 일반적이다. 따라서 본 연구서에서는 논의의 편의상 해당 요소들의 통합적인 거래가 가능해지는 단계로 볼 수 있는 프로그램 제작 완료 이후 단계로 분류하기로 한다.

이와 같은 프로그램 제작 완료 이후 단계에서는 방송 포맷을 ‘TV 프로그램 포맷 패키지’의 형태로 거래할 수 있게 된다. 이 때는 포맷 바이블에 더하여 포맷 구입자가 제작을 원활하게 할 수 있도록 현지화 과정에서 필요한 편성 스케줄이나 제작시 주의사항 및 다른 나라 방영시 도달한 시청률과 타깃 시청자 분석 등 컨설팅 내용까지 포함될 수 있다. 방송 포맷 거래에 있어 현지 파견 PD(이른바, Flying PD)가 수입국에 직접 가

24) 은혜정(2008b), “방송포맷 산업현황과 포맷 개발의 필요성”

25) 한편, 바이블에는 프로그램의 구조, 그래픽, 음악으로 이루어진 블랜딩 요소뿐만 아니라, 해당 프로그램이 다른 나라에 방영되었을 때의 시청률, 타깃 시청층 분석, 편성 스케줄, 제작 시 주의사항이 포함된 컨설팅 보고서까지 광범위하게 포함될 수 있다(은혜정, 2008). 이러한 요소는 본 연구서에 따르면 프로그램의 제작이 아닌 제작 전후 기획 단계에 해당하며, 모런의 유형화에 따르더라도 개발(development) 단계라기 보다는 유통배급(distribution) 단계에 해당하는 것으로서, 바이블이 포함하는 영역이 프로그램 ‘제작’에만 한정되지 않음을 알 수 있다. 다만, 본 연구서에서는 논의의 편의를 위해 일반적으로 바이블의 주요 내용들이 전반적으로 결정·정리되는 프로그램 제작 단계에서 바이블이 제작되는 것으로 서술하였다.

서 예산이나 제작 노하우, 연락 업무 등을 담당해주는 경우도 종종 있는데, 이 또한 포맷 패키지에 포함된다. 이와 같이 현지 파견 PD가 프로그램 진행자의 말투, 카메라 각도, 진행방식 등 세세한 부분까지 상담해 주는 경우에는 ‘상담 서비스’도 포맷의 거래 범주에 포함될 수 있다.

2. 유형별 분류

방송 프로그램이란 수많은 요소들의 결합물이다. 플롯, 스토리라인, 캐릭터, 각종 톨, 음악, 비주얼 그래픽, 조명 등 수 없이 많은 요소들이 유기적으로 결합하여 하나의 방송 프로그램이 도출된다. 따라서 가장 쉽게 생각해볼 수 있는 방송 포맷의 정의에 대한 접근 방식은 이와 같이 ‘요소’를 기준으로, 방송 프로그램을 이루는 각각의 요소들 및 그 집합이 곧 방송 포맷을 의미한다는 해석이다. 실제로, 거래대상이 되는 방송 포맷의 정의와 달리, 강학적으로 방송 포맷에 대한 정의를 내리는 가장 일반적인 접근 방식은, 방송 포맷을 구성하는 ‘요소’를 기준으로 정의하는 것이다.

예를 들어 모런은 방송 포맷을 “일련의 시리즈물 프로그램에서 각각의 에피소드를 관통하여 시리즈물 내내 변하지 않고 꾸준히 유지되는 요소들을 집합적으로 칭하는 용어”라고 정의한바 있다.²⁶⁾ 미국 작가협회 또한 방송 포맷을 “매 회 반복될 것을 의도한 주요 등장인물들이 진행하는 톨로서, 세팅, 주제, 전제, 시리즈의 기본 스토리라인, 세부 캐릭터를 포함한 주요등장인물 및 그들간의 상호작용”이라고 정의하여 방송 프로그램을 구성하는 각 특징적인 요소들이 곧 방송 포맷이라는 접근 방식을 택한 것을 볼 수 있다.

그러나 방송 프로그램을 이루는 요소는 수없이 많기 때문에 방송 프로그램을 이루는 요소들이 곧 방송 포맷이라고 정의하는 것은 방송 포맷의 보호 범위에 대한 아무런 구체적인 기준을 제시하지 못한다. 따라서 방송 포맷의 효과적인 보호를 위해서는 방송 포맷을 어느 정도 유형화하여 각 유형에 따른 보호 요소들과 각각의 특성을 살필 필요가 있는데, 앞서 살핀 거래 대상으로서의 방송 포맷의 유형은 이러한 유형화를 위해서

26) Albert Moran(1988), Copycat TV: Globalization, Program Formats and Cultural Identity, Bedfordshire, UK: Univ. of Luton Press.

도 효과적으로 기능할 것으로 판단된다. 따라서 본 연구서에서는 앞서 살핀 바와 같이 ‘실제 거래의 대상이 되는 단위’를 기준으로 하여, 각 제작 단계에 따라 발생하는 요소들을 기준으로 방송 포맷의 정의를 유형화하기로 한다.

초기 기획 단계에서 나타나는 1유형 포맷은 ‘컨셉’, ‘기획’ 등 대략적인 아이디어를 의미하는데, 포맷 개발자가 아이디어를 토론과 브레인 스토밍을 거쳐 새로운 프로그램에 대한 주요 요소들을 확정하는 것을 의미한다.

기존 학계에서의 정의 중 “프로그램 체제나 구성 등을 포함하여 다른 프로그램과 구별할 수 있을 정도의 프로그램 계획으로, 창작 아이디어와 저작물의 중간단계(정용준, 2003)” 나 “프로그램이 갖추고 있는 일정한 구성이나 틀을 뜻하는 용어로서, 특정 프로그램이 가지고 있는 내용이나 형식상의 독창적인 요소들(배진아, 2008)”, “프로그램의 구성이나 전개 등에 관한 기본적인 기획으로서 개별 출연자나 사건 등에 관계없이 유지되는 골격(임원선, 2014)” 등이 위 1유형 포맷의 의미에 유사하다고 볼 수 있을 것이다.

프로그램 제작 단계인 2유형 포맷으로는 위 단계가 조금 더 구체화 되어 스크립트, 캐릭터, 톨, 플롯 등 다른 프로그램과 구별되는 고유한 구조 내지 스타일을 갖게 되었을 때를 의미한다. 1유형이 추상적인 아이디어적 요소를 많이 포함하고 있다면 2유형 포맷은 구체적인 요소, 예를 들어 “개별출연자나 캐릭터, 사건 내지 진행방식의 반복성” 등을 통해 타 포맷과 구분될 수 있는 정도의 요소를 담고 있어야 할 필요가 있다.

예를 들어 SBS의 런닝맨의 경우 출연자들이 서로를 일정한 목적 하에 추격한다는 아이디어는 1유형의 요소에 해당한다고 볼 수 있지만, 등 뒤에 이름표를 달고 있으며 추격전을 통해 이를 떼다거나 이름표를 부착하는 방식이나 그 디자인, 팀을 구성하는 방식과 팀 구성원들의 캐릭터 등은 1유형의 아이디어가 보다 구체적으로 표현된 것으로서, 이를 2유형 포맷으로 칭하고자 한다.

대부분의 학계에서의 정의는 위 2유형 포맷에 해당하는 요소들을 담고자 노력하고 있다. 예를 들어 “특히 시리즈물의 경우 각각의 에피소드에도 변하지 않고 지켜지는 프로그램의 본질적인 요소, 외관, 스타일 등(은혜정, 2008)”, “게임쇼의 구성요소가 되는 틀은 게임의 규칙, 프로그램에 사용되는 구호들, 상품 부여방식, 세트 구성, 컴퓨터 그래픽 등을 지칭(홍순철 외 3명, 2008)”, “텔레비전 쇼의 경우, 게임의 개념, 출연자의 행

위, 세트, 디자인, 프로그램 제목이나 보고, 플롯이나 여러 가지 질문 기법 등 창조적인 요소를 의미(하윤금, 2005)”, “프로그램 구성 및 그와 관련된 일련의 이벤트, 브랜딩, 스타일을 포함한 프로그램에 내재된 아이디어 일체(Wallace, 2008)”, “매 회 반복될 것을 의도한 주요등장인물들이 진행하는 틀로서, 세팅, 주제, 전제, 시리즈의 기본 스토리라인, 세부 캐릭터를 포함한 주요 등장인물 및 그들간의 상호작용(미국작가협회)”이라는 기존 정의가 위 2유형 포맷의 정의에 포함된다 볼 것이다.²⁷⁾

마지막으로 프로그램 제작 완료 이후²⁸⁾ 단계인 3유형 포맷으로는 위 단계에서 더 나아가 방송 외적인 문제, 즉 프로덕션 플랜, 예산, 편성 스케줄이나 제작 시 주의사항 등 제작 관련한 모든 노하우 등을 종합적으로 포함한 개념을 상정할 수 있다. 기존 학계의 정의 중 “세트나 디자인, 제작 계획 또는 기법” 까지 포함하는 정의의 유형이 이에 해당한다고 볼 것이다.

3. 소결

이와 같은 요소에 따른 구분을 앞서 살핀 거래 대상으로서의 방송 포맷에 대응하면 <표 2-3>과 같다.

27) 그러나 1유형과 2유형의 구분이 명확한 것은 아니며 이는 방송 프로그램의 제작이라는 ‘연속적’인 과정을 강학적으로 유형화시켜 구분한 것에 불과하다. 따라서 본 연구서에서 2유형으로 정한 어떤 요소들은 프로그램에 따라서는 제작 초반부터 나타날 수도 있고, 반대로 1유형에 해당하는 요소들이 프로그램의 구체적인 제작 단계가 지나서 등장하는 경우도 얼마든지 있을 수 있다.

28) 앞서 설명한 바와 같이 1, 2유형과 서로 시간적 선후 관계에 있는 것은 아니고 방송 포맷의 제작 전과정에 걸쳐 병렬적으로 진행되는 것이나, 관련 요소들이 패키지로서 판매되는 것은 프로그램의 제작 완료 이후 가능하다는 점을 고려하여 본 연구서에서는 논의의 편의상 프로그램 제작 완료 이후 단계로 지칭하기로 한다.

〈표 2-3〉 요소에 따른 포맷 개념의 유형별 구분

| 유형 | 내용 | 발생 또는 거래 시기 |
|-----|--|-------------|
| 1유형 | <ul style="list-style-type: none"> • 새로운 프로그램의 아이디어 및 기본 컨셉 | 초기 기획 단계 |
| 2유형 | <ul style="list-style-type: none"> • 프로그램의 구조, 프로그램 외관, 스타일, 비주얼 그래픽, 음악과 사운드 효과, 캐릭터, 룰, 조명 등 프로그램을 구성하는 요소들 | 제작 단계 |
| 3유형 | <ul style="list-style-type: none"> • 프로그램 외적 요소들(캐스팅 플랜, 프로덕션 플랜, 예산, 방송 히스토리 등) • 컨설팅, 상담 서비스 | 제작 완료 이후 |

방송 포맷의 ‘보호’ 라는 관점에서 방송 포맷을 유형화하는 것은, 결국 표절로 인하여 권리 침해를 주장하는 자가 ‘무엇이’ 침해되었다고 주장할 수 있는지를 살피기 위한 목적이다. 실제 대부분의 방송 포맷 표절 분쟁은, 서면 포맷, 바이블 등 거래 대상이 되는 서면들을 직접 복제한 것이 아니라²⁹⁾ 프로그램 자체를 통해 그 특징적인 요소들을 표절함으로써 발생한다.

따라서 본 연구서에는 법적인 보호 대상으로서의 방송 포맷의 정의를 하나로 한정하는 것이 아니라, 방송 포맷에 포함되는 요소에 따라 분류한 유형을 기준으로 방송 포맷을 유형화하고, 각 유형별 방송 포맷의 보호 가능성 및 향후 대응 방안을 살피고자 한다.

29) 물론 서면 포맷, 바이블 등도 어문저작물로서 권리 침해의 대상이 될 수 있으나, 이는 실제 사례를 찾기 어려울 뿐 아니라 ‘방송 포맷’ 표절 분쟁 사례의 연구라는 본 연구의 취지에도 부합하지 않으므로 논외로 한다.

제 3 장 방송 포맷의 저작권에 의한 보호

제 1 절 서론

방송 포맷의 모방 또는 표절이 문제되는 경우 원작자의 권리 보호 방안으로서 가장 먼저 검토하게 되는 것은 창작물에 투입된 정신적 노력을 보호하는 수단인 저작권으로, 한국콘텐츠진흥원이 인용한 영국 Bournemouth University의 Sukhpreet Singh 교수의 통계자료에 따르면 해당 통계자료의 조사 대상이 된 전세계적으로 1987년부터 2007년까지 발생한 TV 프로그램 포맷 관련 분쟁 총 41건 중 저작권 침해를 주장한 사례가 34건에 달하고 있다.³⁰⁾ 2007년 이후로는 동일한 주제로 집계된 통계수치는 발견되지 않으나, 최근의 사례에서도 저작권 침해 여부가 주된 쟁점으로 다투어지고 있으며 방송 포맷의 보호를 목적으로 하는 세계 최대 기구인 FRAPA가 2017년 4월 발표한 내용에 따르면³¹⁾도 여전히 대부분의 분쟁 사례들에서의 쟁점은 저작권법 위반에 집중되어 있는 것으로 보인다.

근래에 이르러 포맷에 대한 저작권적 보호에 관한 논의는 전통적인 관점인 분쟁 상황에서의 사후적 공격 방어논리 대비책의 차원을 넘어서고 있다. 방송 포맷의 상품화와 관련하여 안전한 거래 인프라를 구축하거나 거래 참여자가 상품의 완결성을 확보하기 위해 저작권 인정 요소를 구비하려는 시도 등으로 보다 적극적이고 선제적인 검토가 이루어지고 있는 추세이다. 따라서 방송 포맷이 저작권으로 보호될 수 있는지 여부는 방송 포맷 보호의 실효성 확보를 위해 무엇보다 중요한 항목으로 볼 수 있다.

30) 한국콘텐츠진흥원(2012), p.37.

31) FRAPA 2017. 4. 3.자 보도자료 “Formats are protected by law” 참고. 원문은 다음과 같다. “Many legal cases are centered on copyright law but, increasingly, format creators have looked beyond this and pursued claims for passing off, unfair competition and breach of confidence with great degrees of success. The 2017 report considers these cases in detail and the protection available to media formats around the world.”

방송 포맷에 대한 저작권의 침해가 인정되기 위한 검토는 크게 2단계로 나누어볼 수 있다. 방송 포맷이 ‘저작물’로서 인정될 것과 타 프로그램에 의한 ‘침해’가 인정될 것 두 가지가 그것이다.

저작권법은 원칙적으로 ‘저작물’을 보호 대상으로 삼고 있기 때문에 만약 방송 포맷이 저작물로서 인정되지 않는다면, 더 나아가 살펴볼 것 없이 방송 포맷에 대한 저작권은 주장될 수 없다. 그러나 방송 포맷이 저작물로 인정된 경우에도, 저작권을 침해한 것으로 주장되는 타 방송이 권리주장자의 방송과 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다면, 이를 표절한 것으로 보기 어렵다면 결국 저작권 침해는 인정되지 않는다. 이하에서 각 쟁점을 나누어 살펴도록 하겠다.

제 2 절 방송 포맷의 저작물 인정 여부

방송 포맷의 보호에 대한 필요성에 대한 세계적인 공감대가 형성되고 있음에도 불구하고 포맷이 과연 저작물인지 여부, 정확히는 포맷이 어떤 요소를 충족하고 있을 때 저작물로 인정받을 수 있는지에 대하여는 현재까지도 명확한 결론이 내려지지 않고 있다. 이는 아직까지도 포맷은 저작물로 인정되는 ‘표현’보다는 추상적인 ‘아이디어’에 가까운 것이라는 관점이 보다 우세하기 때문이다. 저작물 인정 여부 단계에서부터 논의가 충분히 심화되지 못하고 있기 때문에 저작권 침해 여부의 판단 기준에 대해서도 특별한 기준이 제시되지 못하는 경향이 발견된다.

따라서 아래에서는 법적인 관점에서 우선 저작물에 대한 일반 이론을 간략하게 살펴보고, 포맷에 대해 저작권을 통한 권리 보호를 부여하려는 시도가 번번이 저지되는 지점이 무엇인지, 이에 관한 학계의 서로 다른 입장과 각국 사법 당국의 판단 내용은 어떠한 것이 있는지 소개하도록 하겠다.³²⁾

32) 원칙적으로 저작권 보호는 속지주의에 기반한 국내법의 권한으로부터 발생하기 때문에, 개별적인 포맷 저작물에 관한 법적 보호를 살펴보기 위해서는 포맷이 제작된 국가 별로 구체적인 검토가 필요하다. 그러나 주요 포맷의 거래나 유통에 관여하는 국가들이 모두 베른 협정에 가입되어 있고, 저작권 보호의 정신은 국가를 막론하고 동일하기 때문에 통용될 수 있는 총론 수준의 저작권법을 통해 정리하는 것이 가능하다. 정윤경·

1. 저작물의 개념 및 요건에 대한 이론

저작권법의 목적은 저작자의 권리 보호 및 저작물의 공정한 이용 도모로서,³³⁾ 저작물을 그 보호대상으로 하므로 저작물에 해당하지 않는다면 저작권법에 따른 보호를 주장하기는 어렵다. 따라서 방송 포맷이 저작권법에 따라 보호되기 위해서는 먼저 저작권법상 저작물로 인정될 필요가 있는데, 저작권법 제2조 제1호는 저작물에 대하여 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물” 이라고 정의 내리고 있다. 정의 내용으로부터 확인되는 것과 같이 저작물의 요건은 ‘인간의 사상이나 감정의 표현’ 과 ‘창작성’ 이라는 두 가지로 정리되고, 둘 중 하나를 결하는 경우 저작물에 해당하지 않아 원칙적으로 저작권법에 의해 보호받지 못한다.

가. 인간의 사상이나 감정의 표현

우선 저작물은 인간의 사상이나 감정을 표현한 것이어야 한다. 인간의 사상 또는 감정이 담겨 있어야 하므로 그렇지 않은 순수한 기술적 고안, 정보의 나열만을 요소로 하는 물건은 저작물에서 제외된다.³⁴⁾ 다만, 비록 어떠한 기능이나 실용적인 사상을 전달하기 위한 것이 주된 목적이더라도 그 과정에서 사상이나 감정이 표현된 것으로 볼 수 있다면 이른바 기능적 저작물³⁵⁾에 해당한다고 인정될 수 있다.

방송 포맷의 저작물 인정 여부와 관련하여 특히 문제되는 것은 ‘표현’ 이라는 뒷부

신지연(2010.6), “프로그램 포맷의 법적 위상과 보호방안에 관한 연구”, 『방송문화연구』 제22권 제1호 참고.

33) 저작권법 제1조 (목적) 이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.

34) 원고가 선하증권에 기재된 조건, 내용에 대해 저작권을 주장한 일본의 한 사례에서 법원은 원고의 사상이 전혀 표현되어 있지 않으므로 원고가 계약 조항을 작성하기 위해 얼마나 연구나 노력을 하였든 그러한 사정은 저작권 보호의 대상이 될 수 없다는 취지로 판시한 바 있다(소화 40. 8. 31. 선고 소39(와) 2686호 판결).

35) 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 저작물을 의미한다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결 등 참조).

분의 요건이다. 저작물의 정의에 따를 때 저작권법에 따른 보호 대상은 표현에 한정되므로, 구체적으로 발현되지 않은 추상적 아이디어 단계에 머무르는 한 저작물에 해당하지 않는다. 이는 특허법이 산업상 유용한 기술적 아이디어 자체를 보호하고, 아이디어가 동일하다면 명세서 등을 통해 달리 표현하더라도 독립된 발명으로 보호하지 않는 것과 대조된다.³⁶⁾

즉 저작물로서 보호받는 것은 인간의 사상이나 감정 자체가 아니라 그러한 사상이나 감정이 표현된 상태이며, 이는 아이디어와 표현의 이분법이라는 저작권법의 주요 원칙을 이룬다.

○ 아이디어와 표현의 이분법

저작권법이 보호하고 있는 것은 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 표현 내용에 해당하는 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물은 될 수 없다.³⁷⁾ 이는 아이디어와 사상의 자유로운 유통을 보장함으로써 국민의 알 권리를 충족시키고 동시에 표현의 자유와 저작권제도 사이의 균형을 유지하는 지렛대 역할을 한다.³⁸⁾ 이는 방송 포맷의 경우에도 마찬가지로서, 만약 방송 포맷에 내재된 아이디어와 사상을 저작물로서 보호하는 경우에는 해당 방송 포맷이 두텁게 보호가 되는 것은 물론이지만, 그 반작용으로 다른 사업자들의 방송 제작의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 나타날 수 있다. 예를 들어, “일반인들 중 노래를 잘하는 사람을 오디션을 통해 선발하여 가수로 데뷔시키는 리얼리티 쇼” 라는 방송 포맷의 아이디어를 저작물로서 보

36) 조영선(2016), 『지적재산권법』, 박영사, p.258.

37) “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 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” (대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073 판결).

38) 권영준(2007), 『저작권침해판단론-실질적 유사성을 중심으로』, 박영사

호하는 경우, 구체적인 오디션 방식, 프로그램의 진행 방식, 출연진의 구성 등을 아무리 새로운 방식으로 만들더라도, 가창을 주제로 한 오디션 방식의 리얼리티 쇼는 모두 제작이 불가능해지는 결과를 낳게 되는 것이다.

그러나 실제 사안에서 ‘내재된 아이디어’와 ‘외부에 드러난 표현 형식’을 구분하는 것은 매우 어려운데, 착상에 해당하는 아이디어 부분과 이를 구현한 표현 부분을 분리하여 저작권으로 보호할 것인지 판단한 대표적인 사례로서 ‘봄버맨’ 사례가 있다.

오락실용 유명 아케이드 게임인 봄버맨 시리즈는 이용자가 선택한 캐릭터를 통해 바둑판 모양의 플레이 필드에서 물풍선을 이용하여 폭탄을 터뜨려 가며 진행되는 게임이다. 그런데 다른 게임회사인 넥슨이 이와 매우 흡사한 플레이 및 전개 방식을 가진 “크레이지 아케이드 비엔비” 게임을 출시하여 성공을 거두자, 넥슨이 봄버맨 시리즈의 개발사인 일본 허드슨사의 저작권을 침해한 것인가가 문제되었다.³⁹⁾

[그림 3-1] 넥슨의 크레이지 아케이드 비엔비(좌)와 허드슨의 봄버맨 게임(우)의 구동 화면 비교



해당 사례에서 법원은 추상적인 게임의 장르, 기본적인 게임의 배경, 게임의 전개방식, 규칙, 게임의 단계 변화 등은 게임의 개념 방식 해법 창작도구로서 아이디어에 불과

39) 서울중앙지방법원 2007. 1. 17. 선고 2005가합65093 판결

하여 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다고 하며 넥슨의 손을 들었다.

법원은 한편 “게임의 전개방식, 규칙 등이 게임 저작물의 내재적 표현으로 인정되어 저작권의 보호대상이 되기 위하여는 그러한 게임의 전개방식, 규칙 그 자체 또는 그러한 것들의 선택과 배열 그 자체가 무한히 많은 표현형태 중에 저작자의 개성을 드러내는 것이어서 표현으로 볼 수 있는 경우여야” 한다고 덧붙이면서 게임의 전개방식이나 규칙은 제외한 채 게임 내 플레이필드, 캐릭터, 아이템의 외관 등 보호 받을 수 있는 “표현” 사이의 유사성만을 기준으로 저작권 침해 여부를 판단하였다.

게임 전개 방식 중 일부 요소를 예시로 들어 설명하자면 캐릭터에게 이동성을 부여하는 창작 과정에서 움직임 입력 1회에 상하좌우 1칸씩만 이동 가능하도록 하며 1칸 크기의 장애물에 의해 진로가 방해된다는 설정(아이디어)으로 인하여 바둑판 모양의 플레이필드 위 1칸 크기의 장애물이 흩어져 있는 형상으로 게임 화면(표현)이 구성되는 것인데, 설정이 유사하다고 하더라도 이를 게임 화면으로 구현하는 방식이 다르다면 저작권 침해는 성립하지 않는다는 것이다.

나. 창작성

저작물로서 보호받기 위하여는 표현에 창작성이 인정되어야 한다. 판례가 제시하는 창작성의 기준은 “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 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도” 이다.⁴⁰⁾

이후의 판례에서는 더 나아가 “누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있는 저작물이라고 할 수 없다” 고 판시하여⁴¹⁾ 창작성은 남의 것을 모방하지 않았다는 독자성 이외에도 작성자의 창조적 개성이라는 요소를 요구하고 있다.

40) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결 등

41) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결 등

2. 저작권을 통한 보호가 부정되는 예외적인 경우

추상적 아이디어 단계에 머무르지 않고 표현에 이르렀다고 하더라도, 결과적으로 저작권을 통한 보호가 부여되지 않거나 침해로 인정되지 않는 경우들이 종종 존재한다. 그 중 해외에서 발전한 이론으로서 방송 포맷 표절 사례에서 나타날 수 있는 대표적인 것에 합체의 원칙, 필수장면의 원칙 등이 있다.

가. 합체의 원칙과 사실상의 표준

아이디어의 영역을 벗어나 표현의 단계에 이른 것이라고 하여 모든 경우에 저작권을 통한 보호가 인정되는 것 역시 아니다. 일정한 경우 아이디어와 표현의 분리가 불가능한 경우가 있는데, 특정한 아이디어를 표현하고자 할 때 그 방법이 단 한 가지밖에 없거나 극히 제한되어 있을 경우 이를 표현에 해당한다고 하여 저작권을 인정할 경우 아이디어의 독점을 가져오는 결과가 되기 때문이며, 이를 합체의 원칙이라고 한다.

대표적인 판례로서 미국의 *Morrissey v. Procter & Gamble Co.* 사건에서 법원은 사회 보장번호를 이용한 경품 추첨 유형의 판매 촉진 경연대회 규칙집은 그 아이디어를 표현하는 방법이 매우 제한되어 있어 누가 표현하더라도 유사할 수밖에 없으므로 이러한 경우에게까지 저작권 보호를 인정하면 해당 아이디어에 대한 향후의 이용 가능성을 사실상 소진하는 것과 같은 결과를 초래한다고 판시하며 저작권에 의한 보호를 부정하였다.⁴²⁾

위 봄버맨 판결에서도 유사한 관점을 확인할 수 있는데, “어떠한 아이디어를 표현하는 데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현 방법에 한계가 있는 경우에는 그러한 표현은 저작권법의 보호대상이 되지 아니하거나 그 제한된 표현을 그대로 모방한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것이어서 위와 같은 아이디어를 게임화하는 데 있어 필수불가결하거나 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현 등은 저작권법에 의한 보호대상이 될 수 없다.” 는 판시는 합체의 원칙 이론을 수용한 것으로 보인다.⁴³⁾

42) *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 154 U.S.P.Q. (BNA) 193 (1st Cir. 1967)

한편 창작 당시에는 아이디어와 표현이 일체되어 있지 않았으나, 시간이 흐른 후 어떠한 표현방식이 특정한 아이디어에 대한 사실상의 표준으로 자리잡은 경우에는 후발적인 합체가 인정되어 마찬가지로 표현에 대한 저작권적 보호가 부정되고, 이 경우를 사실상의 표준이라고 한다. 특히 표준화가 두드러지는 사용자 인터페이스에 일반적으로 적용되는 이론이다(대표적인 예시로서 키보드 자판 배열 방식 ‘qwerty’ 등).

나. 필수장면의 원칙

필수장면의 원칙이란 소설이나 희곡 등의 극저작물에 주로 적용되는 것으로서, 저작물 내에 특정한 아이디어를 구현하고자 할 때 필연적으로 수반되기 마련인 표현에는 저작권 보호를 부여하지 않는다는 원칙이다. 기본적인 플롯 또는 등장인물의 타입 등과 같이 저작물의 보호를 받지 못하는 아이디어가 전형적으로 예정하고 있는 사건이라든지 등장인물의 성격타입 등과 같은 요소들에 대해서는 저작권으로 보호해서는 안 된다는 것이다.⁴⁴⁾

유사한 취지로서 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결은 소설 등에 있어서 추상적인 인물의 유형 또는 어떤 주제를 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건이나 배경 등은 아이디어의 영역에 속하는 것들로서 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다고 판시하였고, 위 봄버맨 판결도 ‘아이디어를 게임화하는데 있어 필수불가결하거나 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현’이라는 문구를 사용하였다는데 필수장면의 원칙과 궤를 같이 하는 것으로 해석할 수 있다.

3. 방송 포맷의 저작물 인정 여부에 관한 검토

가. 인간의 사상이나 감정의 표현

앞서 언급한 바와 같이 저작권법 제2조 제1호에 따라 저작물은 우선 “인간의 사상

43) 그 외에도 대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결, 서울중앙지방법원 2002. 9. 18. 2002카합1989 결정 등에서 합체의 원칙의 법리를 확인할 수 있다.

44) 박영길(2003), “저작권에 있어서의 아이디어 보호 - 미국 판례를 중심으로”, 『계간 저작권』 제16권 제1호, p.20.

또는 감정을 표현” 하여야 하며, 표현에 이르지 않고 아이디어의 영역에 머무른 경우에는 저작물로서 보호되지 못한다. 그런데 방송 포맷의 제작은 고도의 창의성이 요구되는 작업임에도 현재에 이르기까지 포맷을 저작권으로 보호해야 한다는 인식은 아직 확립되지 못하였다. 이는 기본적으로 아이디어와 표현의 이분법의 관점에서 방송 포맷은 표현으로서 완성된 것이 아니라 아이디어의 영역에 더욱 가깝다는 한계로 인한 것으로 보인다(다만, 이러한 맥락에서 언급되는 방송 포맷은 앞서 설명한 유형화에 따를 때 1유형 방송 포맷을 의미하는 것으로 볼 수 있다).

이는 주로 리얼리티 프로그램을 위해 작성되는 방송 포맷과 드라마, 영화, 연극 등의 극저작물과의 차이를 보면 보다 선명하게 드러난다. 극저작물은 주제, 기획의도, 줄거리, 등장인물 등을 간략히 제시하는 시놉시스 단계에서부터 출발하여 최종 저작물을 상연하기 직전 단계로서 대본이 완성되어 고정된 표현이 존재한다. 이에 비해 방송 포맷의 경우는 방송 프로그램의 구성과 틀에 대한 제작 노하우로서, 아무리 세밀하게 짜여진다 한들 촬영이 이루어지기 전까지 프로그램의 내용을 확정할 수 없다. 특히 출연자의 즉각적인 반응이나 출연자 사이의 상호 반응이 중시되는 리얼리티 프로그램의 특성상 이러한 특징은 방송 포맷이 갖는 태생적 한계에 가깝다.

이와 같은 ‘표현’ 요건의 충족 여부는, 앞서 살핀 방송 포맷의 단계별 유형에 따라 달리 판단될 여지가 크다. 즉, 1유형 방송 포맷의 경우, 이는 새로운 프로그램의 아이디어 및 기본 컨셉을 그 내용으로 하기 때문에 표현이 아닌 아이디어의 영역에 머무를 가능성이 높다. 따라서 만약 소송에서 원고가 자신의 방송 프로그램의 기본적인 컨셉이 표절되었음을 이유로 저작권 침해를 주장하는 경우에는, 저작권 성립이 인정되지 않아 기각될 가능성이 높다는 것이다.

이에 비하여, 2유형 방송 포맷의 경우 스토리, 캐릭터, 디자인, 음악 등 프로그램의 구체적인 요소들을 그 내용으로 하기 때문에 단순히 아이디어의 단계를 넘어선 ‘표현’의 영역에 이르렀다고 볼 여지가 크다.

한편, 3유형 방송 포맷의 경우, 캐스팅 플랜, 프로덕션 플랜, 예산, 방송 히스토리 등은 기능적인 면이나 실용적인 측면에 치중된 것으로서, 일반적으로 인간의 사상이나 감정이 표현된 것으로 보기 어렵다. 따라서, 3유형 방송 포맷에 대해 저작물 성립이 인정될 가능성은 상당히 낮다고 할 수 있으며, 실제로 이에 대해 저작권 침해를 주장하는

사례 또한 찾기 어렵다.⁴⁵⁾

나. 창작성

저작권법이 요구하는 저작물의 요건 중 다른 하나는 ‘작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현’을 담고 있어야 한다는 창작성이다. 방송 포맷에 대한 저작권적 보호와 관련하여서는 창작성 요건이 시비의 대상이 되기도 한다. 특히 리얼리티 프로그램 중에서도 많은 비율을 차지하는 인기 포맷인 서바이벌이나 오디션, 퀴즈 등의 유형에서 반복되는 구성요소에 대하여 어느 프로그램에나 포함되어 있는 경쟁 구도 또는 갈등 요소, 생존자 선정 방식 등에 대해 창작성이 부인되는 경우가 쉽게 발견된다.

이에 따라 앞서 2유형 방송 포맷이 ‘표현’의 영역에 이르렀다고 인정되더라도, 구체적인 사례에서는 창작성이 부정될 여지가 크다. 앞서 설명한 바와 같이 “어떠한 아이디어를 표현하는 데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현 방법에 한계가 있는 경우에는 그러한 표현은 저작권법의 보호대상이 되지 아니” 하는데, 방송 프로그램은 동일한 아이디어를 표현하기 위해 그 표현 방식이 한정되는 경우가 많기 때문이다.

다. 편집저작물에 대한 논의

방송 포맷이 저작물에 해당하는지를 검토하면서 눈 여겨 보아야 할 부분 중 하나가 ‘편집저작물’이다. 편집저작물이란, 편집물로서 그 소재의 선택 배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다(저작권법 제2조 18호). 편집물에는 논문, 수치, 도형, 기타 자료의 집합물로서 이를 정보처리장치를 이용하여 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 것(데이터베이스)이 포함되며(저작권법 제6조), 소재에 대해 저작권이 있는지 여부, 또는 소재가 저작물에 해당하는지 여부를 불문하고 선택과 배열, 구성에 창작성이 인정된다면 저작물로 보호하는 것이다. 따라서 소재 자체의 생성이나 수집에 있어서의 노력은 창작성의 내용에 포함될 수 없음을 유의해야 한다.⁴⁶⁾

45) 따라서 3유형 방송 포맷은 저작권 보호 항목보다는, 영업 비밀 침해 등 그 외 권리 주장을 통한 보호 가능성의 검토가 필요하다.

소재 자체가 저작물에 해당하는지를 묻지 않고, 구성과 배열에 대해 저작권적인 보호를 부여한다는 점에서 편집저작물은 아이디어들을 취사선택하여 나열 및 구성하는 것을 개념 요소로 하는 방송 포맷에 대한 저작권적 보호 방안으로 제시되고 있다.

한편 편집저작물 역시 일반적인 저작물과 동일하게 아이디어와 표현의 이분법이 적용을 받으므로 편집저작물 역시 창작성이 있는 표현에 해당하여야 한다. 편집저작물에 관한 하급심 판례 역시 “기존에 널리 알려진 풍속의 내용과 그 해석을 다루고 있기는 하지만 그 목차나 각 소주제의 선택 등은 신청인이 독자적으로 구성한 것으로 기존에 출판되지 아니한 창작성이 인정되고, 보호의 범위는 기존에 널리 알려진 풍속의 내용에 대한 편집 구성에 관한 창작성 및 풍속에 해석에 대한 독창적이면서도 외부에 표현된 형식에 한한다”고 설시하여, 널리 알려진 풍속을 설명하는 구체적인 내용이 저작물로 인정되는지 여부와는 별개로, 그 설명을 위한 목차, 제목 등의 편집 구성 방식에 대해서도 창작성이 인정되어 저작물로 인정될 수 있다는 취지로 판시한바 있다.⁴⁷⁾

소재의 선택과 배열, 구성에 어느 정도의 창조적 개성이 요구되는지에 대한 기준과 관련하여 편집저작물에 해당하지 않는다고 결론지은 판결들에서 사용된 기준을 참고하면, “남의 것을 복제한 것이 아니라는 것과 최소한의 창작성이 있다는 것”⁴⁸⁾ 또는 “소재를 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 수집, 선택 배열 또는 분류하는 데 창의성을 발휘한 것”⁴⁹⁾으로서 단지 소재를 잡다하게 끌어모은 것이거나 기계적으로 배열한데 그친 것은 편집저작물로서 보호될 수 없다고 한다.

이와 같은 편집저작물이 방송 포맷과 관련하여 큰 의미를 가지는 것은, 앞서 살핀 바와 같이 1유형 방송 포맷의 경우 표현으로 인정되기 어렵고, 2유형 방송 포맷의 경우 창작성이 부정되는 경우가 많은바, 이를 극복하는 적절한 대안이 될 수 있기 때문이다. 즉, 1유형 방송 포맷의 경우 아이디어에 불과하여 결국 저작물로서의 요건을 충족하지 못하는 경우가 많지만 그럼에도 불구하고 여전히 1유형 방송 포맷에 대한 보호가 필요하고 실제로 많은 사례에서 여전히 1유형 방송 포맷에 대한 권리 침해가 주장되는 이유

46) 이해완(2012), 『저작권법』, 박영사, p.155.

47) 서울서부지방법원 2004. 6. 28. 선고 2004카합271 결정

48) 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결

49) 서울지방법원 1998. 7. 10. 선고 97가합75507 판결

는, 2유형 방송 포맷의 경우 각 요소들의 구체적인 표현을 조금만 변경하여도 유사하지 않다는 이유로 침해가 부정될 가능성이 높고, 실제 많은 침해자들이 이와 같이 2유형 방송 포맷 침해가 인정되지 않도록 교묘하게 표현을 변경하는 경우가 많기 때문이다.

이와 같이 표현을 일부 변경함에 따라 2유형 방송 포맷의 각 요소들에 대한 저작권 침해가 인정되지 않고, 1유형 방송 포맷은 표현에 이르지 못했음을 이유로 저작권 침해가 부정되는 경우, 여전히 프로그램의 전체적인 컨셉이나 구도가 매우 유사하고, 이에 따라 시청자들이 유사한 프로그램이라고 인식함에도 불구하고 방송 포맷에 대한 보호가 취약해지는 허점이 발생한다.

이와 같은 상황에서 원고가 고려할 수 있는 것이 ‘편집저작물’에 대한 권리 침해 주장이다. 즉, 방송 포맷을 구성하는 각각의 요소는 저작권법의 보호를 받는 부분과 받지 않는 부분이 구분 되지만, 방송 포맷을 하나의 편집저작물로 본다면, 그 안에 구성되어 있는 소재가 저작권법의 적용대상인지를 불문하고 소재의 선택·배열 또는 구성이 창작성이 인정된다면 이 역시도 편집저작물로서 보호가 가능하게 되는 것이다.⁵⁰⁾ 국내 하급심들 중에는 인터넷 홈페이지의 개별적인 요소들은 저작물로 인정되지 않더라도, 각 요소들의 배치를 통해 이루어진 홈페이지 전체는 편집저작물로서 인정한 사례가 있다.⁵¹⁾

편집저작물은 개별적인 요소들의 유사성을 기준으로 침해를 판단하는 것이 아니라 그 요소들이 모여 이룬 집합물로서의 방송 프로그램 전체를 두고 침해 여부를 판단해야 하기 때문에 방송 포맷 표절의 실태에도 가장 부합하는 방식의 이론으로 볼 수 있다.

최근 대법원 또한 방송 포맷이 저작물로서 보호를 받을 수 있는지에 대해 이와 유사한 관점에서 접근한 바 있는데, “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는 그 프로그램을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성 외에도, 이러한 개별 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨에 따라 구체적으로 어우러져 그 프로그램 자체가 다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있어 저작물로서 보

50) 김대규(2012), “방송프로그램포맷의 저작권법상 보호방안”, 『방송통신전파저널』 제 50호, p.21.

51) 서울지방법원 2003. 8. 19. 선고 2003카합1713 판결

호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려함이 타당하다” 고 판시한바 있다(대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결). 대법원이 비록 편집저작물의 성립 여부에 대해 명시적인 판단을 한 것은 아니지만, 개별 요소들이 “선택되고 배열됨에 따라”, “다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성” 을 가졌는지를 기준으로 저작물 여부를 판단하는 것은 편집저작물의 성립에 대한 판단 기준과 매우 유사하므로, 방송 프로그램의 개별적인 요소들 보호 여부와는 별도로, 그 전체가 편집저작물로서 보호 받을 수 있음을 인정한 취지로 해석할 여지가 있다. 본 판결은 국내에서 방송 포맷의 저작물 인정 가능성을 직접적으로 다룬 최초의 판례로서 큰 의미를 가지는 바, 다음 항에서 상세히 설명 하도록 한다.

4. 사례의 분석

방송 포맷에 대한 분쟁은 이를 직접 다룬 국내 사례를 찾기 어렵고, 세계적으로도 분쟁의 빈도에 비할 때 판결까지 이른 사례는 아직 많지 않은 편이다. 나아가 판결까지 이른 경우에도 실제로 저작권 침해까지 인정된 사례는 더욱 드물다고 할 수 있는바, 이하에서는 국내외 분쟁 사례들에서 언급된 방송 포맷의 저작물 인정 여부에 대한 판단 기준을 살펴보도록 하겠다.

가. 국내 분쟁 사례

국내에서 ‘방송 포맷’ 이 권한 없이 복제되어 저작권이 침해되었다고 주장한 사례는 흔치 않으나, 리얼리티 프로그램 “짜” 을 제작한 SBS가 CJ E&M이 제작하는 “SNL 코리아” 중 한 코너에서 “짜” 을 패러디하여 “짜 재소자특집” 등의 시리즈를 4회에 걸쳐 방영한 것, 그리고 CJ E&M이 온라인 게임을 홍보하기 위해 제작한 이벤트성 영상 저작물인 “게이머특집방송 짜궁” 에 대하여 SBS가 보유하는 영상저작물 저작권 침해 등을 주장하였고, 이 사건에서 법원은 해당 방송을 구성하는 개별 요소들이 저작물에 해당하는지 및 나아가 이러한 개별요소들의 선택과 배열이 별도로 저작물로 인정될 수 있는지 여부에 대해 판단한 바 있다.

[그림 3-2] 원고의 “짹” 과 피고의 “짹 재소자특집” 의 비교



[그림 3-3] 원고의 “짜” 과 피고의 “게이머 특집방송 짜궁” 의 비교

| 원고의 “짜” | 피고의 “게이머 특집방송 짜궁” |
|---|--|
|  |  |
|  |  |
|  |  |

“짜” 사건의 결론을 먼저 제시하자면 법원은 “짜 재소자특집” 에 대해서는 저작권 침해를 주장하는 원고의 주장을 받아들이지 않았으나, “게이머특집방송 짜궁” 에 대해서는 저작권 침해를 인정하였다. 이 사건에서 각각의 영상물에 대해 원고의 저작권 침

해 주장을 인용하거나 할 수 없다고 본 구체적인 이유에 대해서는 1·2심의 판단과 3심의 판단이 달라졌다.

먼저 1·2심 판결⁵²⁾의 내용을 살펴보면, 법원이 저작권 침해 여부를 판단하기 위해 검토한 요소들은 다음과 같은 구성 요소 또는 전개 방식이다.

〈표 3-1〉 “짹” 사건에서 법원이 검토한 구성요소 및 전개 방식

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">• 저작물의 제목을 표현하는 방식• 등장인물을 표현하는 방식 (‘남자 ○호’ 등의 호칭, 특정 문구가 기재된 복장)• 출연자 집단별 저작물 제목 표현 (‘애정촌 ○기’ 등의 호칭)• 상황과 공간을 표현하는 방식 (‘짹 12강령’ 족자, 펜션 촬영 구도)• 출연자의 등장 방식 (트렁크 등을 가지고 펜션 앞마당으로 등장)• 자기소개 표현 방식• 등장인물의 마음을 표현하는 방식 (도시락 선택)• 제작진과의 속마음 인터뷰• 가족과의 전화 통화• 데이트권을 얻기 위한 게임• 프로그램 종료 마지막 장면 (참가희망자 안내 문구)• 내레이션을 통한 사건 전개 (관찰자적 입장을 강조하는 내레이션)• 사용된 대사의 유사성• 프로필 정리 장면 (화면 왼쪽에 고딕체로 제시 등) |
|--|

그러나 위 요소 중 대부분에 대하여 1·2심 법원은 저작물에 해당하지 않는다고 판시하였는데, 그 이유는 저작권의 보호 대상이 되지 않는 아이디어에 불과하다거나, 다른 영상저작물에서 흔히 사용되는 것으로서 어떠한 창작적 요소가 포함되어 있지 않다는 것이다.

원고는 여러 내레이션 문구 또는 대사에 대해서도 저작권의 침해를 주장하였으나, 법원은 이들 모두 단순히 정보전달을 위한 내용에 불과하거나 관용적으로 사용되는 표현으로서 창작적 표현에 해당하지 않는다고 판단하면서, 다만, 내레이션 중 “우리는 모두 애정의 시대를 살고 있다. 당신은 그리고 당신의 짹은 애정촌의 그 누구와 닮아있는

52) 서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결, 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결

가” 라는 문구에 대해 유일하게 창작성을 인정하였다. 즉, 법원은 위 내레이션 문구에 대해서는 “사회의 축소판이라는 애정촌이라는 장소, 상황을 설정하고 그 안에서 결혼 적령기인 일반 남녀가 실제 짝을 찾아가는 과정을 통해서 한국인의 짝에 대한 희생과 배려, 그리고 사랑을 돌아보게 한다는 원고의 기획의도가 함축적으로 표현” 된 것이라는 점을 인정하여 창작성을 인정하였다. 다만 해당 문구의 저작권 침해 여부의 판단 부분에 가서는 당초 원고의 기획의도와는 전혀 다른 맥락에서 사용되었음을 근거로 하여 실질적인 유사성을 부정하였는데, 이에 대해서는 후술하기로 한다.

1심·2심 법원이 SBS가 주장한 “짝” 의 구성 요소들을 모두 아이디어 또는 아이디어와 표현의 중간 영역으로 보아 저작권을 통한 보호를 일률적으로 부정한 점에 있어서, 해당 구성요소들을 독특하게 구성하고 배열한 점에 있어서 편집저작물로서 보호될 여지는 없는지, 또한 그 결합 방식에 있어 창작성이 인정될 수 있는 것은 아닌지에 대해 주장 및 판단이 이루어지지 않았다. 이는 1심 법원이 판시하고 있는 바와 같이 “원고는 원고 영상저작물에 있어서 “첫 만남 - 각자의 프로필 공개 - 프로필 공개 후 상대 선택 - 원하는 상대방부터 선택 받기 위한 동성 간의 경쟁 및 이성 간의 교감 - 최종 선택” 과 같은 일반적인 소재 및 전개에 대한 저작권 침해를 주장하는 것이 아니라 각 단계에 보이는 독창적인 표현에 대해 저작권 침해를 주장” 하였기 때문으로 보인다.⁵³⁾

그러나 상고심 법원, 즉 대법원⁵⁴⁾은 위와 같이 개별 요소들의 저작권 침해 여부만을 판단한 1·2심에서 한걸음 더 나아가, 이러한 개별 요소들의 선택과 배열을 통해 저작물로 보호될 수 있는지 여부를 판단하였다. 즉, 대법원은 “리얼리티 방송 프로그램은 무대, 배경, 소품, 음악, 진행방법, 게임규칙 등 다양한 요소들로 구성되고, 이러한 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨으로써 다른 프로그램과 확연히 구별되는 특징이나 개성이 나타날 수 있다” 고 전제하면서, “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는 그 프로그램을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성 외에도, 이러한 개별 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨에 따

53) 원고는 준비서면에서 원고 영상저작물의 소재의 조합, 구성 내지 방송 ‘포맷’ 에 대한 보호를 주장하는 것이 아니라는 것을 반복하여 밝혔다고 한다.

54) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결

라 구체적으로 어우러져 그 프로그램 자체가 다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있어 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려함이 타당하다” 고 판단하였다.

이와 같은 판단 기준에 따라 대법원은 SBS의 “짜” 이 저작물로 보호될 수 있는지 여부를 검토하였는데, “짜” 을 구성하는 개별적인 요소들은 아이디어의 영역에 속하거나 다른 프로그램에서도 이미 사용되는 등의 사정으로 인하여 그 자체로는 창작성을 인정하기 부족한 점이 있다는 사실을 인정하면서도, SBS측의 축적된 방송 제작 경험과 지식을 바탕으로 해당 프로그램의 성격에 비추어 필요하다고 판단된 요소들만을 선택하여 나름대로의 편집 방침에 따라 배열한 것으로서, 개별요소들의 창작성 인정여부는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 구체적으로 어우러져 기존의 방송 프로그램과는 구별되는 창작적 개성을 가지고 있음을 인정하였다. 대법원이 이와 같은 판단을 위해 고려한 기존 유사 프로그램들과 구분되는 SBS “짜” 의 주요 특징들은 아래와 같다.

<표 3-2> “짜” 사건에서 법원이 판단한 “짜” 의 주요 특징

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • “짜” 은 프로그램을 진행하는 사회자 없이 출연진들이 한 장소에 모여 합숙 생활을 하면서 제작진이 정한 규칙에 따라 행동하고 그 과정에서 일어나는 상호작용을 대상으로 삼아 객관적으로 관찰할 수 있도록 한다는 점 • 출연자들의 신상정보가 드러나지 않도록 하고 통일된 유니폼을 입도록 하며, 출연자들을 조금 더 객관화된 대상으로 표현하기 위해 남자 1호, 2호 등과 같은 호칭을 사용하는 점 • 자기소개 시간을 통해 매력을 드러내도록 하는 등 일반 사회에서 짝을 찾기 위한 경쟁의 모습을 좀 더 축소하여 상징적으로 보여주는 점 • 제작진과의 속마음 인터뷰나 가족과의 전화 통화 등을 통해 출연자의 솔직한 모습과 속마음을 드러내도록 하는 점 • 다큐멘터리 프로그램과 같이 평어체와 문어체를 사용하는 성우의 내레이션을 통해 시청자로 하여금 객관적으로 관찰하는 느낌을 극대화하고 있는 점 |
|---|

비록 이 사건은 리얼리티 방송 프로그램을 그 판단 대상으로 한정하고 있으나, 이와 같은 대법원의 취지는 방송 포맷 전체에 대해 충분히 확장 가능할 것으로 보인다. 특히, 앞서 설명한 바와 같이 1유형 포맷의 경우 표현의 단계에 이르지 못했다는 이유로, 2유형 포맷의 경우 실질적 유사성이 인정되지 않는다는 이유로 방송 포맷에 대한 저작권

침해가 일반적으로 부정되고 있는 상황에서, 위 대법원 판결은 방송 포맷을 이루는 개별 요소들의 선택과 배열에 독립적인 저작물로서의 보호를 인정한 것으로서 방송 포맷의 보호를 위해 매우 긍정적으로 평가될 수 있다. 특히 비록 편집저작물의 성립 여부에 대해 명시적인 판단을 한 것은 아니지만, 개별 요소들의 선택과 배열이라는 대법원이 제시한 저작물 판단 기준은 편집저작물의 성립에 대한 판단 기준과 매우 유사한 바, 방송 프로그램의 개별적인 요소들 보호 여부와는 별도로 방송 포맷 전체가 편집저작물로서 보호 받을 수 있음을 인정한 취지로 해석할 여지가 있음은 앞서 설명한 바와 같다.

다만, 대법원은 결론적으로는 원고의 “짜” 과 피고의 “짜 제소자특집” 에 대해서는 영상물 사이에 실질적 유사성이 인정되지 않는다는 이유로 저작권의 침해는 부정하면서도, 이와 달리 피고의 “게이머특집방송 짜궁” 에 대해서는 저작권 침해가 인정될 수 있다는 취지의 판결을 하였는데, 이에 대해서는 후술하도록 한다.

나. 해외 분쟁 사례⁵⁵⁾

1) 방송포맷을 저작물로 인정하지 않은 사례

□ 영국

○ “Opportunity Knocks” 사례⁵⁶⁾

영국의 재능(talent) 경연 프로그램인 “Opportunity Knocks” 의 제작자가 뉴질랜드에서 동일한 제목으로 방영된 프로그램이 “Opportunity Knocks” 의 진행 방식, 캐치프레이즈 등을 차용하여 자신이 저작권을 보유하고 있는 방송 포맷을 침해하였다고 주장한 사례이다. “Opportunity Knocks” 는 참가자들이 공연을 하면 관객들이 투표를 하는 컨셉으로, 매 공연이 끝날 때마다 관객들의 박수 소리가 측정되어 나온다(단 박수 소리 측정 결과는 투표에 포함되지 않음).

55) 중국의 사례는 별도의 목차로 따로 소개하기로 한다.

56) Green vs. Broadcasting Corporation of New Zealand, [1989] R.P.C. 700 (Privy Council)

[그림 3-4] 원고 Opportunity Knocks의 한 장면



이 사건에서 구체적으로 원고는 프로그램의 “대본과 극적인 포맷(scripts and dramatic format)” 이 저작물이라고 주장하면서, 피고가 방송 프로그램의 타이틀, “당신에게 기회가 찾아옵니다(for you, Opportunity Knocks)”, “결정의 시간입니다(make your mind time)” 등의 문구, ‘스폰서’가 참가자들의 사연을 설명하는 구조, 청중들의 반응도를 측정하기 위하여 박수 소리의 크기를 이용하는 방식 등을 모방하였다고 주장했다.

이에 대해, 법원은 먼저 원고가 말하는 “대본”에 어떤 내용들이 들어있는지에 관한 증거가 없기 때문에 원고가 주장하는 “대본”은 그저 텔런트 쇼의 전반적인 컨셉이나 포맷에 대한 아이디어에 불과하고 저작물로 간주할만한 명확한 요소들이 없어 저작물이 될 수 없다고 판단하였다. 이에 대해서는 법원이 대본의 저작물로서의 보호 자체를 부정한 것이라기보다, 원고가 “scripts and dramatic format”의 저작권 보호를 청구하였음에도 불구하고 그 대상인 스크립트를 증거로 제출하지 못하여 증거 부족으로 기각당한 것이라는 분석도 다수 존재한다.

나아가 이 사건 법원은 원고가 주장한 “극적인 포맷” 또한 저작권의 보호 대상이 될 수 없다고 판단하였다. 즉, 프로그램의 “포맷”에 해당한다고 지칭할 수 있는 구성

요소는 해당 프로그램 내에서 반복적이지만 비연속적으로 등장하는 일정한 문구들 또는 장치와 함께 특정한 방식으로 활용되는 특징이라고 진제한 후, 원고가 프로그램 포맷이라고 지칭하는 문구 등의 요소는 공동으로도 개별적으로도 저작권의 보호를 받을 수 없는 것이라고 판단하였다. 그러면서 저작권을 인정하여 독점적 보호를 부여하기 위해서는 그 대상이 일정한 확실성(certainty)을 가져야 하는데, “Opportunity Knocks”가 가지고 있는 요소들은 그러한 확실성을 결하고 있다고 있다는 지적과 함께 극적인 포맷으로서 고려되기 위하여서는 프로그램의 내용에 해당하는 공연(재능 경연)에 대한 단순한 액세스리로서의 기능 이외에 상호간 연결되는 통합성(unity)이 인정되어야 한다고 부언했다.

이 사건은 영국에서 방송 포맷에 대한 저작권 보호 여부를 판단한 최초의 사례로서, 원고가 주장한 방송 포맷은 아이디어에 불과하여 표현물로 보기 어렵고, 결국 저작권의 보호 대상이 될 수 없다고 판단하였다. 이러한 법원의 태도는 이후 방송 포맷의 보호에 관한 영국 법원의 판결들에 영향을 미친 것으로 보인다.

□ 독일

○ “L’ école des fans” 사례⁵⁷⁾

TV-Design이라는 업체가 저작권자로부터 프랑스 어린이 프로그램 “L’ école des fans” 포맷의 독일판 제작에 대해 허락을 얻은 후 방송사(Südwestrundfunk)에 제작을 문의하였으나, 방송사가 이를 거절하여 놓고 독일판을 제작 및 방영하여 제소된 사례이다. 원고는 어린이들이 무대에서 노래 부르고 유명 인사들과 인터뷰를 한 뒤 평가 받는 어린이용 프로그램인 “L’ école des fans”를, 피고가 유사한 컨셉의 “Kinderquatsch mit Michael”를 제작함으로써 방송 포맷 저작권을 침해하였다고 주장하였다.

이 사건에서 법원은 저작권은 허구를 포함하는 작품에 대해서만 인정된다는 전제 하에, 예능 프로그램의 포맷은 프로그램의 컨셉을 설명하는 것에 불과하므로 저작물에 포함되지 않는다고 판시하였다.

독일 저작권법상 저작물 요건으로 허구성이 요구되지 않고, 다큐멘터리 영화 등에 대

57) TV-Design v. Südwestrundfunk Federal Court of Justice (2004) IIC 987

하여도 저작권을 인정해 온 점에 비추어 동 판결에 대하여는 독일 연방 대법원이 포맷이 저작물로서 보호될 수 있는 조건과 포맷이 어느 정도로 보호될 수 있는가 하는 문제를 혼동하고 있다는 지적도 발견된다.⁵⁸⁾

□ 벨기에

○ “Super Champs” 사례⁵⁹⁾

원고는 몇 년을 거쳐 “Super Champs”라는 프로그램의 포맷을 제작하였고, 그 프로그램 제안서를 여러 프로듀서들에게 보냈는데, 이 중에는 피고도 포함되어 있었다. 이후 피고는 “Eeuwige Roem”라는 프로그램을 방영하였는데, 원고는 이 프로그램이 원고 프로그램 제안서에 있는 포맷 내용을 베껴서 만든 프로그램이라고 주장하였다.

[그림 3-5] 피고 “Eeuwige Roem” 의 한 장면



“Super Champs”는 제일 다재다능한 출연자를 발견하기 위해, 이전의 운동선수 11명들을 외진 장소에 다양한 육체적인 테스트와 미션들을 시키는 컨셉이다. 원고는 피고

58) 홍승기(2015), “TV 방송프로그램 포맷 보호방안”, 『정보법학』 제20권 제2호, p.8.

59) K. Verbraeken v VRT & BVBA De Filistijnen (2008, Belgium) Rb. Brussel 28 februari 2008, AM 2008, 114

가 원고의 동의 없이 Super Champs에있는 핵심적인 특징들을 따라 했다고 주장하였다.

이에 대해 법원은 프로그램 제안서만으로는 에피소드의 구성, 길이 및 진행 유형 등을 시각화할 수 없으므로 저작물로서 인정될 수 없다고 판단하였다. 이때 시각화가 가능한지를 저작물 인정의 기준으로 결정한 이유는 프로그램 제안서만으로는 포맷이 충분히 설명되지 않았다는 점이었다. 나아가 이 사건에서 법원은 원고의 개성과 독창성을 증명할 수 있는 저자의 지적 노력(intellectual effort) 또한 입증되지 않아 저작물로 인정할 수 없다고 판단하였다.

이 사건은 방송 포맷 자체에 대한 저작권 침해를 주장한 다른 사례와는 달리, 문서화된 제안서에 대한 저작권 침해를 주장하였음에도 저작물 여부가 부정된 사례라는 점에서 주목할 만하다.

2) 방송포맷을 저작물로 인정한 사례

□ 영국

○ “기네스 CF” 사례⁶⁰⁾

원고는 자신의 쇼 릴(프로덕션의 주요 영상물을 모아 놓은 작품집)을 피고인 기네스의 아일랜드 에이전시에게 보냈지만 이후 해당 에이전시의 함께 일하자는 오퍼를 거절하였다. 그러나 피고 측에선 원고가 보냈던 쇼 릴과 상당히 비슷한 광고물을 방송하였고, 이에 원고는 해당 광고물이 자신의 쇼 릴과 비슷한 컨셉과 점프컷 테크닉을 사용하였다는 이유 등을 근거로 피고가 자신의 쇼 릴을 표절하였다고 주장하였다.

60) Mehdi Norowzian v Arks Ltd. v Guinness Brewing Worldwide Ltd. (No.2) CA 11 Nov 1999. 방송 포맷이 저작물에 해당하는지를 직접적으로 다룬 사례는 아니지만, 방송 저작물 표절과 관련하여 중요한 시사점을 가지고 있다.

[그림 3-6] 원고 쇼 릴의 한 장면



[그림 3-7] 피고 기네스 광고의 한 장면



쇼 릴과 기네스의 광고 모두 한 남자가 배경에서 춤을 추고 있는 모습을 담고 있으며, 양자 모두 점프 컷(Jump-cut) 편집을 사용하였는데 이는 댄서가 실제로 못하는 빠른 동작을 생성하여 더욱 더 동력 있는 영상을 만들어준다.

법원에서는 원고가 만든 쇼 릴에 들어있는 “퍼포먼스”가 저작물로 인정된다고 판단하였다. 법원은 1988 Copyright Act에 따라 저작물로 인정되는 “dramatic work”에는 말 또는 음악이 포함되거나 포함되어 있지 않은 행동들 중 관객들 앞에서 공연될 수 있는 모든 행동들이 포함된다고 설명하였으며, 나아가 베른 협약에 따라 저작물로 인정되는지 여부까지 살필 필요성은 없다고 판단하였다.⁶¹⁾

이와 같이 퍼포먼스에 대하여 저작권적 보호가 인정된 사례는, 예능 프로그램의 방송 포맷에는 퍼포먼스가 포함되는 경우가 많다는 점에서, 방송 포맷 표절 침해 사건의 원고가 자신의 프로그램의 어떠한 요소가 타방에 의해 침해되었는지를 판단하는 과정에서 참조할 만하다.

□ 네덜란드

○ “Survive!” 사례⁶²⁾

“Survive!”는 출연진들을 제한된 공간 안에 가둔 후 관찰하는 리얼리티 프로그램으로, 원고는 피고가 제작한 “Big Brother”가 “Survive!”의 포맷을 표절했다고 주장하면서 구체적으로 아래의 12가지 요소를 제시했다.

61) 다만, 결론적으로 이 사건에서 법원은 저작권의 ‘침해’를 인정하지는 않았다.

62) Castaway Television Productions & Another v Endemol Entertainment & Another 1999

[그림 3-8] 피고 “Big Brother” 의 한 장면



<표 3-3> “Survive!” 사례에서 원고가 주장한 표절 요소

1. 다양한 배경을 가진 몇 명의 사람들로 이루어진 소규모의 그룹이 바깥 세상과 단절되어 이동의 자유에 상당한 제한을 받는다.
2. TV 카메라들은 출연진들을 항상 따라다닌다.
3. 출연진들을 24시간 동안 촬영한다.
4. 이 프로그램은 일지처럼 방송되며 하루 동안 방송된다.
5. 출연진들은 주어진 과제를 수행해야 하며, 이에 따라 보너스를 받을 수도 있다.
6. 출연진들은 자립적으로 행동해야 한다.
7. 출연진들은 그룹에서 제외될 사람을 투표하며 계속해서 자신의 이익을 챙길 것인지 그룹 모두의 이익을 챙길 것인지 선택해야 한다.
8. 출연진들은 심리학자들과 프로듀서가 뽑는다.
9. 그룹은 프로듀서가 허락하지 않는 이상 바깥 세상과 연락할 수 없다.
10. 그룹은 오직 제한된 개수의 개인 소지품을 소지할 수 있다.
11. 출연진들은 실험에 대한 자신의 의견을 담은 개인 비디오 영상을 찍어야 한다.
12. 마지막까지 남은 출연진 1명만 상금을 얻고 나머지는 아무 것도 얻지 못한다.

이 사건에서 원고는 프로그램 제안서를 법원에 증거로 제출하였는데, 해당 제안서에는 법원은 원고의 프로그램 제안서가 저작물로 인정될 수 있는지에 대해 판결하였다. 제안서는 (i) 프로그램 포맷에 관한 17페이지 상당의 설명과 (ii) 게임의 룰에 대한 10페이지 상당의 설명, 그리고 (iii) 방송 제작 방법에 관한 15페이지 상당의 설명을 포함하였다. 프로그램 포맷에 관한 설명엔 원고가 주장하는 12가지 요소들에 관한 설명도 포함되어 있었다.

법원은 원고의 프로그램 포맷이 저작물로 인정된다고 판단하였다. 법원은 원고가 주장하는 각 요소들 자체는 저작물이 아니지만 그 요소들이 모두 합쳐졌을 경우엔 독특한 제작물로 인정되어 저작권이 부여된다고 설명하였는데, 다만 구체적으로 얼마나 많은 요소들이 모여야 저작물이 되는지에 대해서는 명확히 판단하지 아니하였다.⁶³⁾

□ 벨기에

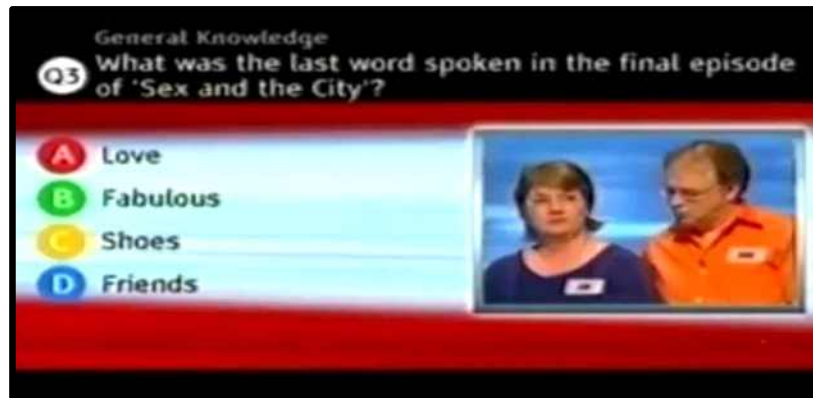
○ “Don’ t Get Mad… Get Even” 사례⁶⁴⁾

원고는 퀴즈쇼 프로그램인 “Don’t Get Mad... Get Even” 을 제작하였고, 이 프로그램은 피고의 채널인 VRT에 방영되었다. 이후 2004년에 원고와 피고는 원고 프로그램의 포맷 라이선스 계약에 대한 협상이 시도하였지만 성사되지 않았고, 피고는 2005년에 유사한 형태의 퀴즈쇼인 “De Thuisploeg” 를 방영하기 시작하였다. 이에 원고는 피고가 자신의 프로그램의 포맷을 표절했다고 주장했다.

63) 다만, 결론적으로 이 사건에서 법원은 저작권의 ‘침해’ 를 인정하지는 않았다.

64) Tailor-Made Films Ltd v VRT (2005, Belgium) Rb. Brussel 24 oktober 2005

[그림 3-9] 원고 “Don’ t Get Mad… Get Even” 의 한 장면



[그림 3-10] 피고 “De Thuisploeg” 의 한 장면



이에 대해 법원은 TV 포맷에 있어서는 제작자의 창의력이 작품에 표현되는 한 다른 도안들과 같은 방식으로 저작권 보호가 이루어져야 한다고 전제하면서, 원고의 방송 포맷이 디자인과 독창성의 조건들을 만족하고 있으므로 저작물로 인정될 수 있다고 판단하였다.

특히 이러한 판단 과정에서 법원은 제작자의 창의력과 독창성을 증명하기 위해서는

그의 지적 노력(intellectual effort)이 보여 져야 한다고 설명했는데 원고의 포맷의 경우 포맷의 요소들이 개별적으로는 독창성을 보이지 않지만 다양한 요소들을 병합시키는 것에 있어서 제작자의 창의력과 개성을 입증할 수 있다고 판단했다. 이에 따라 프로그램의 출연자의 수, 퀴즈 규칙, 퀴즈 문제 유형, 쌍방향적 관객 사이의 상호 작용 등의 프로그램 특징들이 병합되어 저작물로 인정 받을 수 있다고 판단하였는데, 이는 우리 법상 “편집저작물”의 개념과 유사한 측면이 있다.⁶⁵⁾

□ 브라질

○ “Big Brother” 사례⁶⁶⁾

대표적인 관찰 리얼리티 프로그램인 “Big Brother”를 제작한 네덜란드의 제작사 Endemol이 브라질판을 제작 및 방영하기 위해 브라질의 TV SBT와 계약 체결을 추진하였으나 실패한 후⁶⁷⁾ TV Globo와 계약을 체결하였는데, TV SBT가 허락 없이 “Big Brother”와 유사한 “Casa dos Artistas”를 제작한 행위에 대해 저작권 침해를 주장한 사안이다.

이 사건에서 법원은 “Big Brother”의 포맷은 단순히 사람들을 집 안에 감금하여 두고 관찰하는 것에 한정되지 않으며, 출연자들이 기거할 거주 공간, 카메라의 설치 위치, 출연자들에게 부착되는 마이크 사용법, 음악의 종류, 출연자들이 외부 세계와 연결되는 방식 등을 모두 포함하고 있으므로, “Big Brother”의 포맷에 다른 관찰물과는 구별되는 고유한 개성을 부여하는 요소라는 점을 인정하였다. 또한 포맷의 도입, 중반, 종반부는 각각 프로그램의 전개방식을 상세히 묘사하고 있으며 기술적, 경제적, 상업적, 운영 측면의 가이드를 포함하고 있다는 점을 언급하며, 이러한 측면을 고려하였을 때 포맷은 저작권에 의한 보호 대상이 된다고 실시하였다.⁶⁸⁾

65) 다만, 결론적으로 이 사건에서 법원은 저작권의 ‘침해’를 인정하지는 않았다.

66) TV Globo & Endemol v TVSBT 4a Vara civil de Osasco, Case No. 2315/01 and 2543/01

67) Endemol은 계약 협상 과정에서 TV SBT에게 바이블을 포함한 포맷 정보를 공개하였다.

68) 법원은 최종적으로 저작권 침해를 인정하였다(본 연구서 67면 참조).

□ 미국

○ “Laser Blitz” 사례⁶⁹⁾

레이저 총을 발사하여 퀴즈에 뮤직비디오에 관한 퀴즈를 맞추는 형식의 게임 프로그램 “Laser Blitz”의 제작사 Sheehan이 과거에 프로그램 컨셉을 설명하고 계약을 추진한바 있던 MTV가 유사한 방식으로 원격조종장치를 이용해 퀴즈를 맞추는 <Remote Control>을 방영하자 이에 대해 저작권 침해를 주장한 사안이다.

법원은 이 사례에서 비록 최종적으로 실질적 유사성은 부정하였으나, 원고의 포맷 중 참가자가 실제로 작동되는 레이저 총으로 화면을 특정 부분을 쏘는 능력을 시험 받는다는 요소, 그러한 방식의 게임을 통해 출연자들에게 뮤직비디오 관련 지식을 묻는 등의 요소는 독창적인 것으로서 그 자체로 저작물로서 보호받을 수 있다고 판시하였다. 원고가 선택한 요소 자체는 흔한 것이나, 그 결합을 통해 독창적인 결과가 생성되었다는 점을 주목한 것으로 보인다.⁷⁰⁾

제 3 절 방송 포맷의 저작물 인정을 위한 방안

이와 같이 방송 포맷이 저작물에 해당하는지 다룬 사례들을 검토하면, 일관된 기준을 찾기 어려울 뿐 아니라 유사한 쟁점에 관해 서로 다른 결론을 내리는 것으로 보이는 경우마저 어렵지 않게 발견할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 다양한 사례를 검토함으로써 전세계 각국의 법원들이 저작물인정 여부에 대해 어느 정도의 공통적인 인식과 전제를 가지고 있다는 점은 다시 한번 확인할 수 있었으며, 이는 자신의 방송 포맷을 저작물로 인정받기 위해 방송 프로그램 제작자들이 고려해야 할 사항들에 관해 몇 가지 시사점을 제시한다.

① 중요 요소들은 문서화한다.

69) Sheehan v. MTV Networks, No. 89-CIV-6244 (LJF), 1992 WL 58876, 2 (S.D.N.Y. Mar. 13, 1992)

70) 다만, 결론적으로 이 사건에서 법원은 저작권의 ‘침해’를 인정하지는 않았다.

방송 포맷의 문서화는, 해당 문서 자체의 저작권 침해를 주장하지 않는 이상, 원칙적으로 방송 포맷의 저작권 침해를 주장하기 위한 요건은 아니다. 예를 들어, 슈퍼스타 K와 같이 일반인 오디션을 통해 가수를 선발하는 컨셉을 표절한 경우, 이러한 컨셉이 저작물로 인정될 수 있는지에 대한 판단은 해당 컨셉이 아이디어의 단계를 넘어 표현에 이르렀다고 볼 수 있는지, 창작성을 갖추고 있는지 등을 통해 이루어지는 것이지, ‘일반인 오디션을 통해 가수를 선발’ 한다는 컨셉이 문서화되어 있다고 해서 결론이 달라지는 것은 아니다.

그럼에도 불구하고 많은 사례들에서 방송 포맷이 문서화되었는지 여부가 중요 판단 요소로 작용한 경우가 있다. 엄밀하게 이는 저작물로서의 요건이라기보다는, 법원에 자신의 방송 포맷의 특성을 얼마나 ‘증명’ 했느냐의 문제에 가깝다. 특히 1유형 방송 포맷에 대한 침해를 주장하는 경우, 방송 프로그램의 ‘컨셉’이라는 것은 같은 프로그램을 보아도 사람마다 다르게 느낄 수 있는 주관적인 것이기 때문에, 법원으로서도 프로그램을 보았을 때 컨셉이 비슷하다는 이유만으로 표절을 인정하기에는 부담이 있을 수밖에 없다. 이러한 상황에서 해당 컨셉이 문서화되어 있다면 법원으로서도 이러한 컨셉을 저작물로 인정하고 침해 여부를 판단함에 있어 상대적으로 부담을 덜 수 있는 것이다. 실무에 비추어 보았을 때 이러한 1유형 방송 포맷의 문서화는 ‘제안서’의 형태로 많이 나타나게 된다.

이와 같은 증명력 관점에서 살폈을 때, 방송 포맷 문서화의 필요성은 2유형 방송포맷도 마찬가지이다. 구체적인 프로그램의 요소들도 문서화되어 있을 때 법원에 현출하는 것이 용이할 뿐 아니라 저작물로 인정받을 가능성을 더욱 높이게 된다.

② 독창성을 최대한 확보한다.

시청률을 확보해야 하는 방송 제작자의 입장에서는 굳이 다시 언급할 필요성이 없는 항목일 수 있지만, 저작물 여부를 판단한 사례들에서도 이와 같은 독창성을 고려한 사례들을 종종 발견할 수 있다.

예를 들어, 미국의 “Lazer Blitz” 사례에서 뮤직비디오 관련 퀴즈에 레이저 총을 사

용한 점에 대해 법원이 독창성을 인정함으로써 저작물로 인정한 사례가 그러하다.

따라서 프로그램의 컨셉 자체가 독창적인 경우는 물론, 전체적인 컨셉은 평이하더라도 구체적인 각 진행 요소들에 독창성이 가미되어 있는 경우는 그렇지 않은 경우에 비해 저작물로 인정될 가능성이 높다.

③ 특유의 디자인을 생성한다.

방송 포맷에서 특정한 디자인이 사용된 경우 이러한 디자인에 대해서는 저작물에 해당한다고 일반적으로 널리 인정되고 있다. 따라서 방송 포맷에 자신만의 디자인을 생성하여 활용하는 것은, 방송 포맷의 저작물 인정에 도움이 될 수 있다.

다만, 이러한 디자인은 2유형 방송 포맷에 해당하며, 방송 프로그램을 구성하는 구체적인 요소들인 2유형 방송 포맷의 경우 1유형과는 달리 저작물에 해당한다는 것 자체는 쉽게 인정되더라도 침해자가 조금만 구체적인 표현을 수정하면 ‘침해’가 부정될 가능성이 높다. 따라서 침해자들 또한 디자인을 복제하는 것은 저작권 침해로 인정될 가능성이 높다는 것을 알기 때문에 이를 교묘하게 피하는 경우가 많다.

그럼에도 불구하고, 디자인적 요소들이 방송 프로그램의 진행이나 콘텐츠와 밀접한 관련을 가지고 있는 경우에는 이를 완전히 제외하고 방송 포맷을 표절하는 것이 쉽지 않을 수 있기 때문에, 여전히 방송 제작자로서는 고려해볼 만한 사항이다.

④ 분쟁 시에는 다양한 방안을 모두 주장한다.

만약 방송 포맷 표절에 대한 분쟁이 발생하는 경우, 권리를 주장하는 자로서는 여러 가지 방안을 동시에 주장하는 것이 저작물로 인정 받을 가능성을 높일 수 있다.

즉, 1유형 방송 포맷에 대한 침해만을 주장하는 경우, 법원이 ‘아이디어’에 불과하다는 이유로 저작물에 해당하지 않는다고 판단하면 더 나아가 어떠한 판단도 받지 못하고 청구가 기각된다. 따라서 2유형 방송 포맷에 대해서도 함께 침해를 주장함으로써, 구체적인 요소들에 대한 표절이 존재하는지도 함께 판단 받을 필요성이 있다.

반대로, 2유형 방송 포맷에 대해서만 침해를 주장하는 경우에는, 침해자가 전체적인

컨셉은 유지하면서 구체적인 표현들을 조금씩 수정하였다면 결국 침해를 인정 받기 어렵게 된다. 따라서 1유형 방송 포맷에 대해서도 함께 권리를 주장함으로써 법원을 통해 다방면에 걸친 검토를 받아볼 필요가 있다.

이때 특히 고려할 수 있는 사항이, 방송 포맷 전체를 편집저작물로서 주장하는 것이다. 이는 구체적인 요소들의 배열, 구성 등에 대해 저작권적 보호를 인정하는 것이기 때문에 1유형, 2유형 방송 포맷이 각각 저작물에 해당되지 않는다고 하더라도, 이를 총칭하여 편집저작물로서 인정될 가능성은 여전히 남아있다. 해외 사례들 중에서도 해당 프로그램의 특징들을 종합적으로 보았을 때 저작물로 인정될 수 있다고 판단한 경우가 존재한다.

제 4 장 방송 포맷에 관한 저작권 침해 판단

제 1 절 서론

앞서 설명한 바와 같이, 저작권 침해가 문제되는 경우 침해되었음이 주장되는 대상이 저작권법상 보호되는 저작물에 해당하는지의 문제와, 저작물임이 인정되더라도 그에 대한 저작권의 침해가 인정되는지 여부는 별개의 문제이다. 즉, 저작물로서의 인정 요건을 충족하여 방송 포맷의 제작자 또는 정당한 권리자가 방송 포맷에 대해 저작권을 갖는다고 하여도, 그와 유사한 방송 프로그램이 제작되었을 때 언제나 저작권 침해가 인정되는 것은 아니다. 어렵게 저작물로 인정받았더라도 저작권의 침해에 이르렀는지 여부는 별도의 판단 과정을 거쳐야 한다.

이와 관련하여, 방송 포맷의 모방에 관하여서는 “표절”이라는 용어가 자주 사용되나 표절이 반드시 저작권의 “침해”를 의미한다고 볼 수는 없다. 표절이라 함은 다른 사람이 창작한 저작물의 일부 또는 전부를 도용하여 사용하여 자신의 창작물인 것처럼 발표하는 것을 가리키는데,⁷¹⁾ 일부 저작권 침해와 중첩되는 의미를 가지기는 하나, 표절은 법적인 개념이 아닌 일상 용어로서 윤리적 관점에서의 비난의 색채를 강하게 띠고 있는 탓에 의미 범위가 다소 넓기 때문이다. 따라서 일반적으로 표절이라고 평가되는 사례라고 하더라도 그러한 행위에 대한 법적 평가가 저작권의 침해로 인정되는 경우와 그렇지 않은 경우가 있을 수 있는바, 아래에서는 저작권 침해 행위를 구성하는 요건과 그 판단 방법에 대하여 소개한다.

제 2 절 저작권 침해의 요건 및 판단 방법

1. 저작권 침해를 인정하기 위한 요건

71) 출처: 두산백과

저작권 침해행위는 행위의 내용에 따라 다양한 유형으로 분류되며, 적용되는 저작권 법의 구체적인 규정도 각기 달라질 수 있다. 예를 들어, 타인이 제작한 방송 프로그램을 정당한 권한 없이 TV 채널을 통해 방송할 경우에는 방송권 침해가 성립하고, 온라인상 자신의 블로그에 동영상을 게시하면 전송권을 침해하게 되며, DVD 등으로 제작할 경우에는 복제권 침해가 성립할 수 있다. 본 연구서에서는 타인의 저작물을 이용하여 다른 작품을 만드는 행위, 즉 타인이 기존에 제작한 방송 포맷을 차용하고 이에 수정·변경을 가하여 유사한 프로그램을 제작하는 행위가 저작권 침해를 구성하는 경우를 다루고 있는데,⁷²⁾ 이러한 행위는 유사성의 정도나 행위의 태양에 따라 그 법률적인 판단이 달라질 수 있다. 즉, 수정·변경된 부분에 대해 창작성을 인정할 수 없는 경우에는 복제권 침해로, 새로운 창작성이 가해졌음이 인정되는 경우에는 단순 복제가 아닌, 2차적저작물 작성권 침해로 의율될 가능성이 높다. 다만, 2차적저작물 작성권 침해의 경우라고 하더라도 그 판단 기준은 복제권 침해의 경우와 대체로 유사하므로 본 연구서에서는 논의의 편의상 복제권 침해를 기준으로 그 요건을 살펴보고자 한다.

복제권의 침해가 인정되기 위해서는 ① 객관적 요건으로서 두 저작물이 유사해야 한다는 실질적 유사성뿐 아니라, ② 주관적 요건으로서 침해자가 침해 대상 저작물에 의거하여 저작물을 창작하였다는 의거성, 두 가지 요건이 모두 충족되어야 한다. 즉, 두 저작물이 객관적으로 유사하지 않은 경우 저작권 침해가 인정될 수 없음은 물론, 객관적으로 유사하더라도 그것이 다른 저작물을 모방하였기 때문이 아니라 단순히 우연의 일치로 유사성을 가지게 된 경우 등에는 이를 저작권 침해로 볼 수는 없다는 것이다. 전자의 경우 양 저작물이 유사한지 여부를 객관적으로 판단한다는 점에서 객관적 요건으로, 후자의 경우 저작자가 의도적으로 타 저작물의 특징을 모방한 것인지 라는 개인의 의사를 기준으로 판단한다는 점에서 주관적 요건(이러한 면에서 형법상 범죄가 성립하기 위한 요건으로서 ‘고의’와 유사한 성격을 가진다)으로 불린다. 이하에서 두 요건을 조금 더 상세히 살펴보고자 한다.

72) 이 경우에도 유사성의 정도나 행위의 태양에 따라 복제권 또는 2차적저작물 작성권 등으로 저작권 침해의 유형은 달라질 수 있다. 다만, 2차적저작물 작성권 침해의 경우라고 하더라도 그 판단 기준은 복제권 침해의 경우와 대체로 유사하므로 본 연구서에서는 복제권 침해를 기준으로 설명하기로 한다.

가. 주관적 요건 - 의거성

먼저 저작권 침해가 인정되기 위하여서는 기존 저작물과의 유사성이 창작자들 사이의 우연한 발상의 일치에서 귀결된 것이 아니라, 침해 여부가 문제된 표현이 기존의 저작물에 ‘의거’ 하여 창작된 것이어야 한다. 두 개의 작품의 객관적인 유사성만으로는 저작권 침해가 인정될 수 없으며, 실제로 침해 행위자가 타인의 저작물을 접한 후 이를 이용하였어야 한다는 것이다.

이로 인하여 작품 간의 유사성이 우연의 일치로 인한 것이거나 또는 공통의 소재를 이용한 데서 오는 자연적인 귀결인 경우, 또는 전래의 문화유산이나 저작권이 소멸한 저작물 등의 공중의 영역에 속하는 저작물을 이용한 결과인 경우에는 침해되었음을 주장하는 저작물에 의거하여 작성된 것으로 볼 수 없어 저작물의 침해가 인정되지 않는다.⁷³⁾ 실제 분쟁 사례에서는 원고의 저작물이 아직 공표되지 않은 상태이고 달리 피고가 원고의 저작물을 접할 수 있는 기회가 없어 이를 이용하여 저작물을 작성하는 것이 불가능하였다는 이유로 의거성이 부정됨을 주장하는 경우를 종종 찾아볼 수 있다.⁷⁴⁾

그러나 저작권 침해 행위가 이루어지는 첫 단계는 침해 행위자가 기존의 저작물을 오감(五感)을 통해 직접 경험하는 것이 될 것이나, 그와 같은 최초 단계의 침해행위가 언제 어떻게 이루어졌는지를 직접적으로 증명하는 것은 불가능에 가깝다. 또한 행위자가 원저작물을 보거나 듣고 이에 ‘의거’ 하여 자신의 작품을 창작했음을 증명하는 것도 특별히 예외적인 사정이 존재하지 않는 한은 극히 어렵다. 이에 법원은 의거관계의 판단 시에 추정을 활용한다. 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 직접 증거에 의해 인정되지 아니하더라도, “기존의 저작물에 대한 접근 가능성”과 “대상 저작물과 기존의 저작물 사이에 유사성”이 함께 인정되거나, 그렇지 않더라도

73) 이해완(2012), p.781.

74) 예를 들어, 방송 드라마가 뮤지컬 대본의 내용을 표절하였다는 이유로 저작권 침해가 주장된 사건에서 대법원은 뮤지컬 대본 전체가 공개된 적이 없어 피고들이 정상적인 방법으로 그 대본을 입수하거나 구체적인 내용을 알 수 없었다는 점, 달리 뮤지컬 대본이 피고들에게 유출되었다는 증거를 찾아볼 수 없다는 점 등을 근거로 접근가능성을 부정한바 있다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다8984 판결).

독립적으로 작성되었다고는 볼 수 없을 정도의 “현저한 유사성”이 인정될 경우에는 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점은 사실상 추정된다는 것이다.⁷⁵⁾ 반대로 대상 저작물이 기존의 저작물보다 후에 창작되었다고 하더라도, 기존의 저작물이 작성되기 이전에 이미 대상 저작물의 구체적인 기획이 존재하였음이 입증된 경우와 같이, 기존의 저작물과 무관하게 독립적으로 창작되었다고 볼만한 사정이 인정되는 경우에는 그러한 추정이 성립하기 어렵게 된다.

나. 객관적 요건 - 실질적 유사성

한편 저작권의 침해가 인정되기 위한 당연한 요건으로서, 원저작물과 침해가 의심되는 저작물 사이에 상당한 정도로 유사성이 인정되어야 한다. 이를 일반적으로 실질적 유사성이라고 하며, 실질적 유사성의 비교 대상은 저작권법에 의해 보호받는 부분에 한정된다. 표현으로 구체화되지 않은 인간의 사상 또는 감정 자체는 저작권법의 보호 대상이 아니므로, 아이디어가 유사한 것으로는 침해가 성립하지 않으며 판례 역시 일관하여 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 대비하여 판단하고 있다.⁷⁶⁾

다만 작품 사이에 존재하는 유사성이 어느 정도에 이르러야 저작권 침해에 이를 만큼 실질적으로 유사하다고 평가할 수 있는지의 판단은 매우 어려우며, 그 방법론도 간명하게 정리되어 있지 않다. 크게 분류하였을 때, 일반적인 저작물 수요자의 입장에서 두 작품을 전체적으로 비교하였을 때 받는 관념과 느낌이 직관적으로 비슷한지 여부를 판단하는 이른바 외관이론과, 저작권법상 보호되는 표현의 요소와 그 외의 요소로 분해⁷⁷⁾한 뒤 표현만을 대상으로 각각 개별적으로 유사 여부를 대비하는 방법이 있으며

75) “이와 같은 의거관계는 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이의 유사성이 인정되면 추정할 수 있고, 특히 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다.” (대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다8984 판결) 여기서 참고할 점은, 의거관계를 추정할 수 있게 하는 유사성은 이하에서 설명하는 객관적 요건인 ‘실질적 유사성’과는 다른 개념으로서, 반드시 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부 역시 함께 참작된다는 것이다(같은 판례).

76) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2013다14378 판결 등

두 가지 판단 방법이 병용되기도 한다.

실제 사례들에서 우리 법원은 일반적으로 전체적인 느낌보다는, 구체적인 장면들이나 표현들을 하나하나 적시하며 양자의 유사성을 판단하는 방식을 취하는 경우가 많은 것으로 보인다. 예를 들어, 2001년 방영된 MBC 드라마 “여우와 솜사탕” 이 1992년 방영된 김수현 작가의 드라마 “사랑이 뭐길래” 를 표절하였다고 논란이 된 사건에 대해 판단한 하급심 판례는 “남자 주인공과 여자 주인공의 사랑과 결혼을 둘러싼 두 집안의 이야기가 주된 줄거리라고 할 것인데, 이러한 주된 줄거리 부분은 소재로서 아이디어에 해당하는 부분이므로 이 부분이 유사하다고 하여 실질적 유사성이 있다고 보기는 어렵다” 고 하여 전체적인 줄거리는 아이디어에 불과하여 저작물로 보호된다고 볼 수 없다는 전제 하에, 표현에 해당하는 구체적인 줄거리나 사건 전개 of 측면의 유사성을 각 요소별로 일일이 판단하여 저작권 침해를 인정하였다.⁷⁸⁾ 법원이 제시한 유사성이 인정되는 구체적인 표현들은 아래와 같다.

<표 4-1> “여우와 솜사탕” 사례에서 법원이 유사성을 인정한 표현들

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. 남녀주인공의 가풍이 가부장적인 분위기와 개방적인 분위기로 대조되며, 여자주인공은 학력이 높고 어머니로부터 기대를 받고 자라온 수재라는 점2. 여자주인공이 남자주인공에게 먼저 청혼하지만 남자주인공에게는 다른 여자친구도 있어 마찰을 빚게 되며, 남자주인공은 처음에 결혼을 완강히 반대하다가 결국에는 받아들인다는 점3. 남녀 주인공의 어머니들이 고교동창 사이로서 오랜만에 재회하나 서로 껄끄러운 관계라는 점4. 여자주인공의 어머니가 장래가 유망한 딸의 공부를 위해 결혼에 반대하나 아버지는 결혼을 적극 지원하며, 남자주인공의 집에서는 적극적으로 결혼에 찬성한다는 점5. 남녀주인공의 어머니들이 상견례 자리에서 만나 결혼에 결사적으로 반대하게 되고 여고 동창생의 행동으로 갈등이 커진다는 점6. 결혼 결정 후 혼수준비과정에서 실랑이를 벌이게 되고 결국 혼수를 줄이는 쪽으로 합의를 분다는 점7. 결혼식 전후로 여자주인공과 그 어머니의 갈등이 깊어진다는 점8. 여자주인공이 시집살이를 하면서 집안의 보수적인 분위기를 바꾸자고 제안하고 시아버지는 변화를 허락한다는 점 |
|---|

77) 이 분해의 단계를 이론적으로 ‘여과’ 라고 지칭하기도 한다.

78) 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결

9. 양가의 어머니들은 자녀들의 결혼 이후 서로를 이해하고 동정하며 마음을 터놓고 지내게 된다는 점
10. 결혼 후 여자주인공이 주도권을 잡고 남자주인공이 여자주인공에게 상당히 길들여진다는 점
11. 주인공 부부는 처가에서 동서가 될 사람과의 차별을 경험하고 처갓집을 나와버리는 사태가 발생한다는 점
12. 남자주인공의 어머니들은 결혼 이후로 집안에서 자신의 발언권을 강화하고자 노력한다는 점

다만, 이와 같이 구체적인 표현들에 대해 일일이 실질적 유사성 여부를 판단하는 방식에 의하더라도, 각 구체적인 표현들이 어느 정도로 유사하여야 실질적 유사성을 지닌다고 볼 수 있는지, 또한 전체 저작물 중 구체적인 표현이 유사한 부분이 어느 정도 존재하여야 저작물 전체에 대해 실질적 유사성을 인정할 수 있는지에 대해서는 여전히 분명한 기준은 제시되고 있지 않은 상황이다.

2. 소결 : 방송 포맷의 경우

위와 같이 저작권의 침해가 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 의거성과 객관적인 요건으로서 실질적 유사성이 모두 인정되어야 하는바, 저작권 침해 관련 분쟁이 발생한 경우에 원저작권자가 권리 침해를 주장하기 위하여는 먼저 앞서 설명한 대로 자신의 작품이 창작성 등 저작물의 요건을 갖추어 저작권법에 의해 보호되는 저작물이라는 점과 함께, 상대방의 저작물이 자신의 저작물을 이용한 것이라는 점(의거성), 그리고 두 개 저작물 사이에 실질적 유사성이 존재한다는 점을 입증하여야 한다.

이와 같은 요건들이 방송 포맷 표절 분쟁에서 적용되는 것을 예상하여 보면, 아직 방영이 이루어지지 않은 제작 중인 방송 프로그램의 경우에는 침해자가 해당 방송 프로그램의 포맷을 다른 경로로 입수하였을 것이라는 사정⁷⁹⁾이 없다면 의거성을 입증하기 어려울 수 있지만, 적어도 이미 방영이 이루어진 방송 프로그램의 경우에는 누구나 접근이 가능하였으므로 상대적으로 의거성이 쉽게 인정될 여지가 많다.

반대로, 방송 포맷 표절의 경우에는 전체적인 아이디어나 느낌은 유사하게 모방하면

79) 예를 들어, 포맷 제작자가 방송사에 제안서를 제출하였더니 방송사가 이를 무단으로 사용한 경우를 생각해볼 수 있다.

서도 구체적인 표현들은 조금씩 변형하는 경우가 많기 때문에, 실질적 유사성이 인정되는지가 주로 문제된다. 특히 앞서 설명한 외관이론이 아닌 구체적인 표현을 개별적으로 판단하는 방식에 따르면 방송 포맷 표절의 경우 실질적 유사성이 인정될 가능성은 더욱 낮아지게 된다.

따라서 이하에서는 방송 포맷 표절 사례에서 주로 문제되는 ‘실질적 유사성’ 요건을 중심으로, 법원이 어떤 기준으로 이를 판단하여 왔는지 간략히 살펴본 후, 향후 대응 방향에 대해 고찰해보기로 한다.

제 3 절 방송 포맷 관련 저작권 침해 판단 사례

방송 포맷이 저작물에 해당하는지가 문제된 사례들은 앞서 살핀바 있다. 여기서는 방송 포맷이 저작물에 해당한다고 인정되었음을 전제로,⁸⁰⁾ 표절 행위가 저작물의 ‘침해’에까지 이르렀는지를 판단한 사례들을 살펴보도록 한다.

가. 국내 분쟁 사례

포맷 관련 국내 분쟁 사례로 소개한 “짜” 사건⁸¹⁾에서도 마찬가지로 저작권 침해 여부가 판단되었고, 특히 1심 및 2심에서는 구체적인 표현 하나하나에 대한 실질적 유사성을 판단하는 방법이 활용되었다.⁸²⁾

1심 및 2심 법원이 저작권 침해에 대해 판단하는 과정에서 먼저 “원고가 독창적인 장면으로서 저작권법의 보호 대상이라 주장하는 원고 영상저작물의 장면들은 상당부분 저작권법의 보호대상이라 할 수 없는 아이디어의 영역에 포함되는 것에 불과하거나, 이

80) 참고로, 논리적으로는 저작물 해당 여부를 판단한 후 인정되는 경우에만 침해 여부를 판단하는 것이 옳을 것이지만, 실제 사례에서는 저작물 해당 여부에 대한 직접적인 설시 없이 바로 침해를 부정한 경우들도 존재한다.

81) 서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결, 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결.

82) 본건에서는 피고가 원고의 영상저작물을 모방하였음을 스스로 인정하여 의거성은 문제되지 않았다.

미 다른 영상저작물에서 사용되고 있었던 장면으로서 창작성을 인정하기 어려운 것이어서, 실질적인 유사성이 있는가 여부를 판단함에 있어서 고려할 수 없는 부분” 이라고 하며 원고의 저작물 중 저작물로 보호되지 않는 부분을 분리하였으며, “우리는 모두 애정의 시대를 살고 있다. 당신은 그리고 당신의 짝은 애정촌의 그 누구와 닮아있는가” 라는 문구에 대해서만 유일하게 창작성을 인정하였음은 앞서 살핀 바와 같다. 이에 따라 1심·2심에서는 저작물로 인정할 수 있는 부분인 위 내레이션 문구에 한하여 실질적 유사성이 판단되었는데, 법원은 해당 내레이션 문구에 대해서도 구체적인 사건을 다르게 표현해 내어 그 표현형식에 상당한 차이가 있다는 이유로 결국 실질적 유사성을 부정하였고, 그 외에도 침해가 주장된 분량이 전체 중 일부분에 불과하다는 점, 원고의 영상저작물과 피고의 영상저작물들은 구체적 사건을 표현해내는 방식이 다르다는 점 등을 함께 고려하여 결국 피고의 “ 짹 재소자특집 ” 및 “ 게이머특집방송 짹궁 ” 에 대한 저작권 침해를 인정하지 아니하였다.

〈표 4-2〉 “ 짹 ” 사건에서의 실질적 유사성에 대한 법원의 판단 부분

서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결
 그러나 한편 피고 영상저작물 1에서 위 문구가 사용된 장면을 구체적으로 살펴보면 피고 영상저작물 1 ‘1부’ 마지막 장면의 경우 애정촌에 모인 재소자들이 서로를 폭행하는 등 난동이 일어난 상황에서 방화범인 남자 4호가 그 기회를 이용하여 불을 질러 펜션에 화재가 발생한 장면에서의 내레이션 문구로 사용되었으며, 피고 영상저작물 1 ‘3부’ 마지막 장면의 경우 동성 성추행범으로 묘사되는 남자 1호가 여자 2호가 여장을 한 남성임을 알아차리고 여자 2호를 성추행하는 장면에서 내레이션 문구로 사용된 것으로, 비록 피고 영상저작물 1에 위와 같이 동일하거나 유사한 문구가 사용되었다 할지라도 그 취지가 한국인의 짹에 대한 희생과 배려, 그리고 사랑을 묘사하기 위한 것이 아님이 명백하여, 원고 영상저작물과 피고 영상저작물 1에서의 위 각 문구가 표현하고 있는 것이 동일하거나 유사하다고 단정하기 어렵다.⁸³⁾

83) 이와 같이 법원은 내레이션 문구 자체의 동일성·유사성을 인정하면서도 그 표현형식이 다르다는 이유로 실질적 유사성을 부정하였고, 이에 따라 결론적으로 “피고 영상저작물은 출연자들 사이의 구체적 사건을 원고 영상저작물과는 다르게 표현해 냄으로써 그 표현형식에 상당한 차이가 있으므로, 원고 영상저작물과 피고 영상저작물이 실질적으로 유사하다거나 종속관계에 있다고 보기 어렵다.” 고 판시하여 저작물 전체에 대한 실질적 유사성을 부정하였는데(서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판

한편, 대법원⁸⁴⁾은 “짜” 을 구성하는 개별적인 요소들은 아이디어의 영역에 속하거나 다른 프로그램에서도 이미 사용되는 등의 사정으로 인하여 그 자체로는 창작성을 인정하기 부족한 점이 있다는 사실을 인정하면서도, 개별요소들의 창작성 인정여부와는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 구체적으로 어우러져 기존의 방송 프로그램과는 구별되는 창작적 개성을 가지고 있음을 인정하여 저작권의 보호 대상에 해당한다는 취지로 판시하였음은 앞서 살핀 바와 같다. 이에 따라 대법원은 개별요소들을 중심으로 저작권 침해 여부를 판단한 1심·2심과는 달리, 방송 프로그램 전체를 통해 실질적 유사성을 판단하였다.

대법원은 “짜 재소자특집” 에 대해서는 실질적 유사성을 부정하면서도, “게이머특집방송 짜궁” 에 대해서는 실질적 유사성이 인정될 수 있다는 취지로 판시하면서, “게이머특집방송 짜궁” 에 대한 부분에 대해서만 원심 판결을 파기하고 환송하였다. 각 영상저작물에 대해 대법원이 실질적 유사성을 판단한 구체적인 내용은 아래와 같다.

① “짜 재소자특집” 의 경우⁸⁵⁾

- 원고의 영상물은 대본 없이 진행되는 리얼리티 방송 프로그램인 반면, 피고의 영상물은 구체적인 대본에 따라 연기하는 성인 대상 코미디물이다.
- 원고의 영상물은 전체적으로 심각하고 긴장감 있는 느낌을 주도록 이루어진 개별 요소들의 선택 및 배열이 영상물의 특징을 이루는 반면, 피고 영상물은 전체적으로 가볍고 유머러스한 분위기가 느껴지도록 표현된 것을 특징으로 한다.

결), 이러한 법원의 판단에 대해서는 비록 구체적인 표현 방식이 달라 저작물 전체에 대한 실질적 유사성이 부정되더라도 내레이션 문구 자체에 대해서는 실질적 유사성이 성립할 수 있었던 것은 아닌지에 대한 의문이 있다(이러한 문구 사용이 공정이용 등 저작권 제한 사유에 해당하는지 여부는 별론으로 한다).

84) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결

85) “짜 재소자특집” 은 실질적 유사성은 인정되나, 다만 “짜” 을 패러디를 한 것으로 볼 수 있어 공정이용에 해당하여 저작권 침해로 보기 어렵다는 견해도 있다.

② “게이머특집방송 짝궁”의 경우

- 피고의 영상물은 남녀 출연자들이 애정촌에 입소하여 원하는 이성을 찾아가는 원고 영상물의 기본적인 구조를 그대로 차용하고, 입소 과정, 복장, 호칭 등 원고 영상물을 구성하는 핵심 요소들을 그대로 사용하고 있다.
- 피고의 영상물은 원고의 영상물과 마찬가지로 시청자들로 하여금 출연한 남녀들을 객관적으로 관찰하는 것을 특징으로 하는 리얼리티 방송 프로그램을 보는 느낌을 갖도록 표현되어 있다.
- 피고의 영상물이 게임물을 홍보할 목적으로 작성된 것이라고 하더라도, 시청자들의 입장에서는 원고 영상물과 피고 영상물 사이에 이로 인한 표현상의 차이를 느끼기는 어렵다.

위와 같은 이유로 대법원은 “게이머특집방송 짝궁”의 경우 구성요소의 선택과 배열에 관한 원고 영상물의 창작적 특성이 담겨 있어 실질적 유사성이 인정된다고 볼 여지가 있다고 판단하였다.

대법원의 실질적 유사성 여부에 대한 판단이 적절하였는지, 이 사례에서 제시된 구성요소의 선택과 배열의 유사성에 대한 판단 기준이 적절하였는지, 나아가 그 유사성 판단에 대해 보다 더 구체적인 기준을 제시할 수는 없을지에 대해서는 향후 지속적인 논의가 필요한 부분이다. 그러나 적어도 방송 포맷에 대한 저작권 침해 인정 사례가 세계적으로 흔치 않은 상황에서 대법원이 리얼리티 방송 프로그램의 개별 요소들의 선택과 배열이 저작물로 보호된다는 전제 하에 저작권 침해를 인정하였다는 점은, 향후 방송 포맷의 보호를 위한 논의 발전에 있어 크게 고무적인 사항으로 생각된다.

나. 해외 분쟁 사례⁸⁶⁾

1) 저작권 침해를 부정한 사례

86) 중국의 사례는 별도의 목차로 따로 소개하기로 한다.

□ 영국

○ “기네스 CF” 사례⁸⁷⁾

앞서 소개한 기네스 CF 사례에서 법원은 원고가 제작한 퍼포먼스가 저작물에 해당한다는 점은 긍정하였으나, 퍼포먼스의 구체적인 표현들을 검토하여 양자가 다른 특징을 가짐을 근거로 피고의 저작물이 원고의 저작물을 복제한 것이라거나 또는 이를 포함하고 있다고 볼 수 없으며, 한편으로는 촬영 및 편집 스타일과 기법에서 현저한 유사성이 발견되나, 스타일과 기법에 대하여는 저작권이 인정될 수 없다고 하며 저작권 침해를 부정하였다.

이와 같이 본 판결에서 확인되는 영국 법원의 태도는, 저작권 침해 여부의 판단을 위한 실질적 유사성의 평가 대상이 저작권법상 보호되는 표현의 요소로 한정된다는 우리 법원의 기본적인 입장과도 일치하는 것으로 해석될 수 있을 것으로 보인다.

○ “Cash Call Challenge” 사례⁸⁸⁾

원고는 2002년과 2003년 피고에게 여러 차례에 걸쳐 가칭 “Cash Call Challenge” 라는 게임 쇼 포맷을 제안하였는데, 피고의 채널인 BBC에서 원고가 제출한 제안서 내의 포맷과 유사한 내용으로 “Come and Have a Go..If You Think You’re Smart Enough” 라는 프로그램이 방영되자 이에 대하여 저작권 침해를 주장했다. 원고는 본인이 기획한 퀴즈 프로그램의 형식이, 기존의 퀴즈 프로그램 시청자들이 퀴즈에 함께 참여하지 못하는 답답함을 해소할 수 있는 시청자 참여가 가능한 생방송 퀴즈 형식이라는 점을 주장하며 피고의 프로그램이 주요한 부분에서 이와 유사하다고 주장했다. 그 외에도 퀴즈의 내용이 논리에 바탕한 일반 상식 또는 사진, 영화, 음악 등에 관한 것이라는 점, 최종 라운드에서 참가자는 가족 또는 친구의 도움을 얻을 수 있다는 점 등을 주장했다.

87) Mehdi Norowzian v Arks Ltd. v Guinness Brewing Worldwide Ltd. (No.2) CA 11 Nov 1999.

88) Robin Meakin v British Broadcasting Corporation and others [2010]

[그림 4-1] 피고 “Come and Have a Go..If You Think You’re Smart Enough” 의 한 장면



그러나 법원은 이 사건에서 저작권 침해를 인정하지 않았는데, 원고가 주장하는 유사성이 매우 추상화된 수준에서의 일반적인 유사성(very general similarities at a high level of abstraction)에 불과하다는 점을 근거로 했다. 이는 유사성이 발견되는 부분이 아이디어의 영역에 한정된다는 점을 지적한 것으로도 해석할 수 있는데, 위 기네스 CF 사례와 같이 유사성의 판단 대상에 대해 한국 법원과 동일한 기본 입장을 보인 것으로 평가된다.

한편 이 사례에서 법원은 피고의 임직원이 원고가 발송한 제안서를 보았다는 근거가 없다는 점을 언급하며 피고의 프로그램이 원고의 제안서로부터 발전된 것이라는 입증이 되지 않았다고도 판시하였는데, 이는 앞서 설명한 저작권 침해의 요건 중 의거성을 부정할 것으로도 해석될 수 있다.

□ 네덜란드

- “Survive!” 사례⁸⁹⁾

법원은 원고가 피고가 표절하였다고 주장한 12가지의 요소⁹⁰⁾ 중 일부 요소에 대해서

89) Castaway Television Productions & Another v Endemol Entertainment & Another 1999

90) 법원은 원고가 주장한 아래 12가지 요소들 중 9~11번 항목에 있어서는 상당히 유사하다고 판단하였다.

는 상당한 유사성을 갖는다고 판단하면서도 이것만으로 저작권 침해로 인정하기는 부족하다고 결론지었으며 유사성을 가진 부분에 있어서도 표현 방식에는 차이가 있다고 판단하였다. 예를 들어, 두 개의 방송프로그램은 참가자들이 외부와 단절되었다는 점은 유사하지만 단절되어 기거하는 장소의 특성이 분명히 구분되고(외딴 섬과 실내 공간), 촬영 방식에도 차이가 존재한다는 점(카메라맨이 따라다니며 촬영하는 방식과 고정 카메라를 장착하여 감시하는 듯이 촬영하는 방식) 등을 지적하면서 개별적인 요소들이 다르다고 보아 침해를 부정한 것이다.

법원은 위 판결에서 포맷은 저작권으로 보호받을 수 없는 요소들의 조합으로 이루어지는 것이라고 전제하며, 이러한 다수의 요소들을 선정하는 방식이 현저하게 복제되었을 경우에만 침해가 성립할 수 있다고 판시했다.

이와 같은 태도는 포맷을 구성하는 개별적 요소는 저작권법상 보호받지 못하는 것이나 그 요소의 선정 자체를 저작권 보호의 대상으로 인식하는 것으로 볼 수 있다. 이는 ‘편집물로서 그 소재의 선택 배열 또는 구성에 창작성이 있는 것’을 편집저작물로 인정하면서, 소재가 저작물에 해당하는지 여부를 불문하고 선택과 배열, 구성에 창작성이 인정된다면 저작물로 보호하고자 하는 국내법의 편집저작물에 대한 저작권 인정 및 침해에 관한 법리와 유사한 것으로 해석된다.

-
- ① 다양한 배경을 가진 몇 명의 사람들로 이루어진 소규모의 그룹이 바깥 세상과 단절되어 이동의 자유에 상당한 제한을 받는다.
 - ② TV 카메라들은 출연진들을 항상 따라다닌다.
 - ③ 출연진들을 24시간 동안 촬영한다.
 - ④ 이 프로그램은 일지처럼 방송되며 하루 동안 방송된다.
 - ⑤ 출연진들은 주어진 과제를 수행해야 하며, 이에 따라 보너스를 받을 수도 있다.
 - ⑥ 출연진들은 자립적으로 행동해야 한다.
 - ⑦ 출연진들은 그룹에서 제외될 사람을 투표하며 계속해서 자신의 이익을 챙길 것인지 그룹 모두의 이익을 챙길 것인지 선택해야 한다.
 - ⑧ 출연진들은 심리학자들과 프로듀서가 뿔는다.
 - ⑨ 그룹은 프로듀서가 허락하지 않는 이상 바깥 세상과 연락할 수 없다.
 - ⑩ 그룹은 오직 제한된 개수의 개인 소지품을 소지할 수 있다.
 - ⑪ 출연진들은 실험에 대한 자신의 의견을 담은 개인 비디오 영상을 찍어야 한다.
 - ⑫ 마지막까지 남은 출연진 1명만 상금을 얻고 나머지는 아무 것도 얻지 못한다.

□ 벨기에

○ “Don’ t Get Mad… Get Even” 사례⁹¹⁾

원고는 퀴즈쇼 프로그램인 “Don’t Get Mad… Get Even” 을 제작하였고, 이 프로그램은 피고의 채널인 VRT에 방영되었다. 이후 2004년에 원고와 피고는 원고 프로그램의 포맷 라이선스 계약에 대한 협상을 시도하였지만 성사되지 않았고, 피고는 2005년에 유사한 형태의 퀴즈쇼인 “De Thuisploeg” 를 방영하기 시작하자 원고가 자신의 프로그램의 포맷이 표절되었음을 주장한 사례이다.

법원은 이 사건에서 TV 포맷에 있어서는 제작자의 창의력이 작품에 표현되는 한 다른 도안들과 같은 방식으로 저작권 보호가 이루어져야 한다고 전제하여, 원고의 방송 포맷이 디자인과 독창성의 조건들을 만족하고 있으므로 저작물로 인정될 수 있다고 판단하면서도,⁹²⁾ 두 개 방송 프로그램 사이에 중요한 부분에서 차이점이 있음을 언급하며 저작권의 침해에 해당하지 않는다고 판단하였다. 구체적으로 법원은, 원고의 방송은 생방송이었던 반면 피고가 제작한 방송 프로그램은 생방송이 아니었다는 점, 원고의 방송은 중간에 광고를 위한 시간이 있었던 반면 피고의 프로그램은 그렇지 않았다는 점, 피고의 세트 디자인은 가정집 거실의 느낌을 재현하였으며 주요 색감은 원고의 파란색과는 다른 빨간색을 사용하여 원고의 세트 디자인과 차이가 있었다는 점, 관객들과의 상호작용 방식이 원고의 프로그램과는 다르다는 점, 팀 구성 방식이 서로 다르다는 점 등을 차이점으로 지적했다.

□ 미국

○ “Laser Blitz” 사례⁹³⁾

레이저 총을 발사하여 뮤직비디오에 관한 퀴즈를 맞추는 형식의 게임 프로그램이 표절되었음이 주장된 사례에서, 법원은 원고의 포맷 중 참가자가 실제로 작동되는 레이저 총으로 화면을 특정 부분을 쏘는 능력을 시험 받는다는 요소, 그러한 방식의 게임을 통

91) Tailor-Made Films Ltd v VRT (2005, Belgium) Rb. Brussel 24 oktober 2005

92) 본 연구서 42면 참조

93) Sheehan v. MTV Networks, No. 89-CIV-6244 (LJF), 1992 WL 58876, 2 (S.D.N.Y. Mar. 13, 1992)

해 출연자들에게 뮤직비디오 관련 지식을 묻는 등의 요소는 독창적인 것으로서 그 자체로 저작물로서 보호받을 수 있다고 판시하면서도, 두 프로그램 사이에 실질적인 유사성(substantial similarity)이 존재하지 않는다고 판단하였다.

즉, 법원은 비록 2개 프로그램 모두 3명의 참여자가 경쟁자를 제거하기 위하여 여러 차례 게임을 하고, 진행자는 참여자들에게 질문을 던지며, 휴대용 기기가 사용되기는 하나 이러한 장치들은 모두 일반적인 게임 쇼에 공통되는 것으로 보았으며 그 외 두 저작물 간 구조, 규칙, 스타일 등은 동일하다고 볼 수 없으며, 오히려 피고 방송 프로그램의 독창적인 표현들이 다수 존재한다고 판단하였다.

○ “Two Left Feet” 사례⁹⁴⁾

방송 포맷 제작자인 원고는 2004년 스포츠 주제의 리얼리티 프로그램인 “Two Left Feet” 을 기획 및 제안하였는데, 2006년 피고 채널에서 이와 유사한 “Pros v. Joes” 가 방영되었다. 원고는 두 프로그램의 유사점으로 프로 선수들과 아마추어 선수들 간의 경쟁을 그리고 있다는 점, 농구, 하키, 야구, 풋볼 종목에서 대결이 이루어졌다는 점, 전혀 다른 개성과 이력을 가진 2명의 심판관이 등장한다는 점, 유명 축구 스타가 게스트로 출연한다는 점, 프로그램 홍보를 위한 문구가 실질적으로 동일하다는 점 등을 들어 피고의 저작권 침해를 주장했다.

94) *Castorina v. Spike Cable Networks, Inc.*, 784 F. Supp. 2d 107 (E.D.N.Y. 2011)

[그림 4-2] 피고 “Pros v. Joes” 의 한 장면



법원은 이 사례에서 저작권 침해가 성립하기 위해서는 원저작권자가 원저작물에서 선택, 병용(coordination), 배열한 요소들을 원래의 방식대로 도용하였음을 입증하여야 하고, 아이디어 자체가 아닌 아이디어의 표현 측면에서 실질적인 유사성이 인정되어야 한다고 판시했다. 이를 바탕으로 원고의 저작물인 기획안은 한정된 범위에서만 독창적인 소재 선택, 병용, 배열이 이루어졌으며 대부분 일반적인 스포츠 리얼리티 프로그램에 고유한 내용을 포함하고 있을 뿐이라는 점을 지적했다.

이에 더하여 “Two Left Feet” 은 선악 구도의 심판관 캐릭터에 크게 의존하는 반면 “Pros v. Joes” 에는 그러한 특성이 없고, 승자를 가르는 시스템에서도 구체적인 차이가 확인된다는 점, 경기 진행에 있어서도 정통 스포츠 경기방식과 약간의 장치가 더해진 방식(컨베이어 벨트 위에서 슛을 하는 등)으로 차이가 나는 등으로 양 저작물 사이에는 실질적인 차이점이 존재하므로 피고의 저작권 침해는 성립하지 않는다고 판시하였다.

○ “Survivor” 사례⁹⁵⁾

원고는 오지를 배경으로 표류자에 해당하는 각 출연자들이 서로 경쟁하며 탈락을 피

95) CBS Broad., Inc. v. ABC, Inc., No. 02-CV-08813-LAP, 2003 WL 23407514 (S.D.N.Y. Jan. 14, 2003)

해 살아남는 것을 기본 컨셉으로 하는 리얼리티 프로그램 “Survivor” 를 방영한 방송사로써, 피고가 방영하던 “I’ m a Celebrity, Get Me Out of Here” 역시 연예인 출연자들이 오지에서 벌이는 생존 경쟁을 기본 테마로 하며 개별 요소들이 유사하므로 원고의 저작권을 침해하였다고 주장하며 방송중지가처분을 신청하였다.

[그림 4-3] “Survivor” (상)와 “I’ m a Celebrity” (하)의 한 장면



원고는 특히 서로 모르는 사람들을 오지에 떨어뜨려 생존하도록 하고, 출연자들에게 일단의 과제를 부여하며 각 회별로 탈락 의식을 통해 1인씩 추방하는 등의 요소를 결합시킨 진행 방식이 유사하다는 점을 들어 저작권 침해를 주장하였으나, 법원은 2개 프로그램이 전체적인 컨셉과 느낌(total concept and feel)이 서로 달라 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다고 결론지었다. 법원은 특히 각 프로그램의 느낌, 정서의 차이를 지적하였는데 “Survivor” 는 진행자가 매회 심각한 분위기로 이끌어 나가며 경쟁자들은 음식과 백만 달러의 상금을 위한 치열한 경쟁을 치르고, 카메라도 항상 긴장한 출연자들의

얼굴에 포커스를 맞추는 반면 “Celebrity” 는 진행자가 재치 있는 말로 진행을 하며, 경쟁자들을 조롱하기도 하고, 경쟁자들이 익살스러운 장면을 연출하여 코믹한 톤을 유지한다는 점에 주목해 서로 아이디어는 유사하지만 그것을 표현하는 방식은 다르다는 점을 짚어냈다.

2) 저작권 침해를 인정한 사례

□ 브라질

○ “Big brother” 사례⁹⁶⁾

브라질 방송사인 원고는 관찰 리얼리티 프로그램인 “Big Brother” 의 저작권을 소유하는 Endemol로부터 “Big Brother” 포맷 라이선스를 구입한 자로서, 같은 브라질 방송국인 피고가 이전에 Endemol과 라이선스 관련 협의 과정에서 프로그램에 대한 정보들을 제공받은 피고가 “Casa Dos Aristas” 라는 유사 프로그램을 제작하여 방영하자 이에 대해 방영금지과 손해배상을 구한 사례이다.

[그림 4-4] “Big Brother” (상)와 “Casa Dos Aristas” (하)의 한 장면



96) TV Globo Ltd/Endemol Entertainment International BV v. TV SBT (16 June 2003, Brazilian Civil Court)



피고는 두 프로그램 사이에 실질적 유사성이 부족하다고 주장하며, 특히 감금과 관찰이 원고가 라이선스를 보유하는 프로그램만이 가지는 새로운 아이디어가 아니라고 항변했지만, 법원은 “Big Brother”의 포맷 바이블은 단순한 감금과 관찰이라는 설정을 넘어 출연자 신체에 부착하는 마이크의 사용, 음악의 종류, 출연자들이 외부 세계와 접촉하는 방법, 다양한 활동 내용 등을 모두 담고 있었으며 피고는 자신의 포맷을 브라질 저작권 당국에 등록하기 전에 Endemol의 포맷에 이미 접근(access)하였고, 실제로도 두 프로그램 사이에 위와 같은 요소들에 대한 명백한 유사성이 있으므로 저작권 침해가 인정된다고 판시하였다.

제 4 절 결론

방송 포맷에 대한 표절이 저작권 침해로 인정되기 위해서는 해당 방송 포맷이 저작물로 인정되어야 함은 물론, 의거성 및 실질적 유사성이 인정되어야 한다. 그러나 앞서 살핀 바와 같이, 법원이 방송 포맷을 저작물로 인정한 사례를 찾기 힘들뿐 아니라, 나아가 의거성 및 실질적 유사성까지 인정한 사례는 더욱 찾기 어려운 상황임을 알 수 있다.

국내 법원뿐 아니라 해외 법원들 또한 (일부 전체적인 느낌에 대해 함께 언급한 사례는 있더라도) 대부분 방송 포맷의 실질적 유사성 판단에 관하여 개별적인 표현의 유사성을 판단하는 방식을 취했다는 사실을 알 수 있는데, 전반적인 아이디어나 컨셉을 차용하는 경우가 많은 방송 포맷의 표절 사례에 있어서는, 이와 같은 방식의 비교를 통해서 향후로도 실질적 유사성이 인정될 가능성이 높아지기는 어렵다고 보인다. 나아가

이러한 방식의 비교라면, 침해자로서는 구체적인 표현들을 조금씩만 변경하면 전체적으로 동일한 컨셉을 사용하여 방송 포맷 표절로 인한 이익을 누리면서도 충분히 저작권 침해 소지를 벗어날 수 있게 된다.

현실적인 측면을 고려할 때, 법원이 이와 같은 방식으로 실질적 유사성을 판단하는 것은 충분히 이해할 수 있는 일이다. 전체적인 느낌을 비교하는 방식으로는 어떤 기준으로 유사성을 판단할 것인지 명확하지 않을 뿐 아니라, 어떤 결론을 내리더라도 자의적인 판단에 대한 비난을 벗어날 수 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 방송 포맷 표절의 본질은 ‘컨셉’의 모방에 있다는 점을 고려할 때, 전체적인 느낌의 유사성을 기준으로 삼지 않고는 방송 포맷에 대한 보호는 결코 온전해질 수 없다.

이러한 전체적인 느낌의 유사성 판단은 결국 외관이론에 의한 판단을 의미한다. 외관이론이 실제 사례에서 법원에 의해 언급된 경우도 있는데, 미국 연방 뉴욕남부지방법원은 원고 CBS의 “Survivor” 프로그램과 피고 FOX Broadcasting의 “Boot Camp” 사이의 분쟁에서 프로그램의 ‘외관과 느낌(look and feel)’이 동일하다는 원고의 주장에 대해, ‘전체적인 컨셉과 느낌(total concept and feel)’이 실질적 유사성을 판단하는데 가장 적합한 도구라고 판시한바 있다.⁹⁷⁾ 나아가 앞서 설명한 CBS의 “Survivor”와 ABC의 “I’m a Celebrity, Get Me Out of Here” 사이의 분쟁 사례에서도 법원은 전체적인 컨셉과 느낌이 서로 다르다는 이유로 저작물 침해를 부정한 바 있다.

외관이론에 따른 실질적 유사성에 대한 판단 기준이 아직까지 명확하지 않은 것은 사실이다. 그러나 장기적인 관점에서 방송 포맷의 법적 보호를 고려한다면, 외관이론의 발전이 필요하다고 생각된다. 외관이론이 더욱 연구되어 다양한 구체적인 기준들이 제시되고, 당사자들이 이를 지속적으로 주장하여 사례가 축적된다면, 법원으로서도 조금 더 공정한 기준으로 외관이론에 따른 실질적 유사성 판단을 할 수 있을 뿐 아니라, 당사자들로서도 보다 어떤 범위에서 실질적 유사성이 인정되는지 예측 가능성을 확보할 수 있을 것으로 보인다.

또한, 당사자들로서는 구체적인 사례에 있어 방송 포맷을 일반적인 영상 저작물이 아

97) 다만, 본 사례는 당사자간 화해로 종결되어 최종 판결문은 존재하지 않아 앞서 분쟁 사례로는 소개하지 아니하였다.

닌 ‘편집저작물’로 주장하는 것을 고려할 필요가 있다. 이는 앞서 설명한 바와 같이 편집저작물은 개별적인 요소들의 유사성을 기준으로 침해 여부를 판단하는 것이 아니라 그 요소들이 모여 이룬 집합물로서의 방송 프로그램 전체를 두고 침해 여부를 판단해야 하기 때문이다.⁹⁸⁾ 이러한 편집저작물로서의 주장은 외관 이론과도 궤를 같이 하는 것으로서, 방송 포맷의 편집저작물로서의 침해 여부에 대한 선례가 축적되면 이는 외관이론에 따른 실질적 유사성 판단 기준의 적용에 긍정적인 영향을 미칠 것으로 기대된다.

98) 본 연구서 27면 참조

제 5 장 저작권 침해 주장 외의 구제방안

제 1 절 개요

이미 언급한 바와 같이 방송 포맷에 대한 표절이 이루어진 경우 피해자가 주장할 수 있는 권리 또는 수단이 저작권 침해뿐인 것은 아니며, 피해자로서는 자신의 영업비밀이 침해되었다거나 침해자가 부정경쟁행위에 관한 법률을 위반하였음을 주장해 볼 여지도 있다. 그러나 영업비밀 침해와 같은 주장은 공개된 방송의 경우 이를 영업비밀로 볼 수 없어 이를 이용하여 그 포맷을 표절한 경우에는 영업비밀 침해를 주장하기 어려워 방송 포맷 표절 행위에 일반적인 구제 수단으로 생각하기는 어렵다. 나아가 이와 같은 주장들은 각 나라마다 규제 내용이 통일되어 있지 않으므로 주로 국제 분쟁의 성격을 가지는 방송 포맷 표절 사례에서는 활용에 어려움이 존재한다.

그럼에도 최근에는 부정경쟁이나 영업비밀의 침해를 주장하는 사례들이 점차 증가하고 있다고 하는데,⁹⁹⁾ 이는 저작권 침해가 잘 인정되지 않는 세계 분쟁 사례들의 경향이 반영된 것으로 보인다. 이하에서는 국내법을 기준으로 간략하게 부정경쟁 및 영업비밀 침해 주장의 요건 및 효과를 살펴보기로 한다. 나아가 법적 구제방안은 아니지만, 세계적인 방송 포맷 보호를 위한 협회인 FRAPA는 방송 포맷의 보호를 위한 몇 가지 서비스를 제공하고 있으므로 이에 대해 간략히 소개하고 그 의미를 생각해보기로 한다.

제 2 절 법률상 구제방안

99) FRAPA 2017. 4. 3.자 보도자료 “Formats are protected by law” 참고. 원문은 다음과 같다. “Many legal cases are centered on copyright law but, increasingly, format creators have looked beyond this and pursued claims for passing off, unfair competition and breach of confidence with great degrees of success. The 2017 report considers these cases in detail and the protection available to media formats around the world.”

1. 부정경쟁행위

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’)은 다양한 형태의 부정경쟁행위를 규정하고 있는데, 동법은 포괄적 규정으로 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 그 유형 중 하나로 명시하고 있다(부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목). 따라서 방송 프로그램의 제작자로서는 방송 포맷이 표절된 경우, 해당 방송 포맷이 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’라는 점, 이러한 표절이 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’이라는 점, 이로 인해 자신의 ‘경제적 이익이 침해’되었다는 점 등을 입증함으로써 침해자의 부정경쟁방지법 위반을 주장할 수 있다.

그러나 이와 같은 부정경쟁행위에 대한 포괄적 규정은 2014년 도입되어 아직 많은 선례가 존재하지 않으며 추상적인 요건들로 인하여 그 구체적인 범위에 대해 다툼이 많아, 부정경쟁행위에 해당하는 표절행위의 범위를 예측하기 어렵다. 나아가 부정경쟁방지법은 피해자에 대해 금지 또는 예방청구권, 침해자에 대해 손해배상책임 등 민사적인 책임을 인정하고 있을 뿐이어서, 저작권 침해나 영업비밀 침해와 같이 형사범죄를 주장할 수 있는 경우에 비해 그 실효성은 상대적으로 낮은 측면이 있다.

참고로, 앞서 살핀 “짜” 사건¹⁰⁰⁾에서 원고인 SBS는 저작권 침해뿐 아니라, 피고의 영상저작물들이 “짜” 방송프로그램의 상품주체를 혼동하게 한다거나 상품표지의 식별력 및 명성을 손상시켰다는 이유로 부정경쟁방지법 위반 또한 주장하였다. 그러나 법원은 원고 영상저작물의 각 장면들이 상품표지로서 수요자 사이에 현저하게 인식된 주지성을 취득하였다고 보기 어렵다는 등의 이유로 부정경쟁방지법 위반에는 해당하지 않는다고 판시한바 있다. 이 사건은 대법원이 피고의 일부 영상저작물에 대해 저작권 침해를 인정할 수 있다는 취지로 판시하였음에도 불구하고, 원고의 부정경쟁방지법 위반 주장을 기각한 원심의 판단에 대해서는 수긍하였다는 점에서, 부정경쟁행위를 근거로 한 방송 포맷 보호에 현실적인 한계가 존재함을 다시 한 번 보여 주고 있다.

100) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결 등

2. 영업비밀 침해

“영업비밀”이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다(부정경쟁방지법 제2조 제2호). 따라서 방송 포맷이 이와 같은 영업비밀로 유지되고 있고 그럼에도 불구하고 부정한 수단으로 이러한 방송 포맷에 관한 정보를 취득하거나 이를 사용하는 경우, 또는 이러한 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 목적으로 이를 사용하는 경우 등에는 영업비밀의 침해가 인정될 수 있다.

따라서 방송 포맷 표절 사례에서 이러한 영업비밀의 침해를 주장하기 위해서는, 먼저 방송 포맷이 “합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지” 될 필요가 있다. 따라서 이와 관련하여서는 방송 프로그램 제작 과정에 참여하는 직원들로부터 방송 포맷에 관한 기획안이나 컨셉 등의 정보를 비밀로 유지할 것에 대한 서약서를 미리 받아두는 것도 고려해 볼 수 있다. 다만, 이미 공개된 방송에 대해서는 영업비밀로 볼 수 없으므로, 공개된 방송을 보고 포맷을 표절하는 경우에는 영업비밀 침해 주장이 어렵다는 한계가 있다.

3. FRAPA에 의한 방송 포맷 보호

FRAPA는 2000년에 설립된 방송 포맷의 표절 방지, 법적 구속력을 지닌 규범의 강화, 방송 포맷 표절에 대한 제재를 목적으로 하는 포맷인증보호협회(Format Recognition and Protection Association)이다. 방송 제작과 관련된 100여 개 이상의 기업을 회원으로 두고 있는 FRAPA는 저명한 방송 포맷 제작자와 유통업자, 방송인 등을 주요 구성원들로 하고 있으며, 현재 방송 포맷과 관련하여서는 세계적으로 가장 권위 있는 단체로 인정 받고 있는데, FRAPA는 방송 포맷과 관련한 세계 동향을 리서치하여 매년 발표하는 일(이른바, FRAPA Legal Report)은 물론, 이 외에도 방송 포맷의 실효성 있는 보호를 위해 여러 서비스를 제공하는바, 그 주요 예를 들면 아래와 같다.

가. 방송 포맷 등록 (Format Registry)

실제 방송 포맷 표절 분쟁 사례에서 원고들은 자신의 방송 포맷이 저작물로 인정될

정도의 단계에 이르렀다는 점에 대해 별다른 자료가 없어 입증에 곤란을 겪는 경우가 많다. 해당 방송 포맷이 문서화되었는지 여부가 분쟁에서 쟁점이 되기도 하는바, FRAPA는 이와 같은 이유로 방송 포맷이 저작물로 인정되지 못하는 경우를 방지하기 위하여 회원사들로 하여금 방송 포맷의 등록 서비스를 제공한다.

이와 같이 FRAPA에 방송 포맷으로 등록되었음이 해당 방송 포맷이 법적으로 저작물로 인정되었음을 의미하는 것은 아니지만, 향후 분쟁이 발생하는 경우 방송 포맷 개발자로서는 자신의 방송 포맷이 개발된 시점 및 방송 포맷을 구성하는 주요 요소들에 대한 입증이 상당히 용이해지는 효과가 있다.¹⁰¹⁾

나. 방송 포맷 분석 (Analysis Services)

FRAPA는 방송 포맷 표절에 관한 당사자의 신청이 있는 경우, 일정한 방송이 타 방송을 복제(copy)한 것으로 인정될 수 있을지 여부에 대한 분석을 제공한다. 이러한 과정에서 FRAPA는 일반적인 법원의 판단 방식에 따라 개별적인 장면 별로 신청인이 제출한 두 방송이 어느 정도 유사한지 및 어떤 차이점이 있는지에 대해 판단하고, 최종적인 유사성에 대한 결론을 제시한다.

FRAPA가 저작권 침해 여부에 대해 ‘예 또는 아니오’로 단정적인 결론을 제시하는 것은 아니며, FRAPA의 결정에 법적 구속력이 있는 것도 아니다. 그러나 FRAPA가 세계적인 방송 포맷 보호 단체로서 가지는 지위를 고려할 때 유사성이 인정될 수 있다는 FRAPA의 의견은 각 국의 법원에 상당한 영향력을 가질 것으로 보이며, 그렇지 않더라도 오랜 노하우를 가지고 있는 FRAPA가 두 방송의 개별적인 장면들에 대해 유사성을 분석한 보고서는 방송 포맷 제작자로 하여금 법원에 어떤 방식으로 저작권 침해를 주장할 수 있을지에 대한 아이디어의 단초를 제공할 수 있을 것이다.

다. 분쟁 중재 (WIPO Dispute Resolution)

FRAPA는 방송 포맷과 관련하여 분쟁이 발생하는 경우 이를 원만히 해결할 수 있다

101) 이러한 취지로, 한국콘텐츠진흥원도 “포맷저작권 보호 위한 프라파(FRAPA) 등록지 원사 모집 공고”를 낸바 있다(공고 제2015-3811호).

록 세계 지식 재산권 기구(World Intellectual Property Organization, “WIPO”)와의 협력 하에 중재 서비스를 제공한다. FRAPA에 따르면 FRAPA의 중재 서비스에 의해 분쟁이 해결되는 비율은 80%에 달한다고 한다.

이와 같은 분쟁 중재 서비스는 세계적으로 권위 있는 전문가들의 판단을 통해 원만한 분쟁의 해결을 도모할 수 있다는 점에서 장점이 있으나, 다만 분쟁의 상대방이 중재 절차 자체에 응하지 않는 경우 그 참여를 강제할 수 없다는 점에서 한계가 있다.

4. 결론

위와 같은 부정경쟁행위 주장이나 영업비밀 침해 주장은 해당하는 행위의 유형이 한정되어 있을 뿐 아니라 국제 분쟁에서의 활용에는 한계가 있다. 나아가 FRAPA의 방송 포맷 보호 수단들 또한 강제력이 있는 것은 아니라는 점에서 한계를 가진다.

그럼에도 불구하고, 피해자로서는 자신의 권리를 보호하기 위해 가능한 모든 수단을 강구하는 것이 당연하며, 그 수단에는 이와 같은 부정경쟁행위 주장이나 영업비밀 침해 주장 등¹⁰²⁾도 포함될 것이다. 따라서 실제 방송 포맷 표절이 발생하는 경우, 피해자로서는 자신의 사례가 저작권 침해뿐 아니라, 부정경쟁행위에 해당하거나 영업비밀 침해에 해당할 수 있는지 여부도 함께 검토할 필요성이 있다.

나아가 FRAPA에 의한 서비스들 또한 비록 강제력은 없더라도 구체적인 분쟁 사례에서 증거 또는 참고자료로 활용되어 법원의 판단에 영향을 줄 여지가 크다. 따라서 피해자로서는 자신의 방송 포맷 보호를 위해 FRAPA의 서비스를 이용하는 것 또한 적극적으로 검토할 필요가 있다.¹⁰³⁾

102) 상표권 침해 주장이 논의되는 경우도 있으나, 방송 포맷 자체에 대한 보호로 볼 수 없으므로 본 연구서에서는 논외로 하기로 한다.

103) 다만, FRAPA의 서비스는 원칙적으로 유료로 제공되므로, 실제로 서비스를 이용하기 위해서는 이러한 사정도 고려하여야 한다.

제 6 장 중국에서의 방송포맷 표절 실태 및 구제방안에 대한 고찰

제 1 절 중국내 방송 포맷 표절 피해의 심각성

중국의 저작권 침해 이론도 기본적으로 한국의 그것과 유사하며, 사실상 동일한 기준으로 판단된다. 다만, 실제 사례에서 중국 정부 또는 법원이 방송 포맷에 대한 표절을 저작권 침해로 인정한 사례는 찾아볼 수 없으며 이에 따라 방송 포맷에 대한 표절이 만연하고 있는 실정이다. 예를 들어, 2016. 10. 13. 국회의원 김병욱(교육문화체육관광위원회 소속 위원)의 보도자료에 따르면 최근 3년 동안 중국 내 각 방송사에 정식으로 판권 계약을 맺고 방송된 프로그램은 23개이나, 정당한 권한 없이 국내 인기 프로그램의 상당 부분을 도용하여 제작 및 방송하여 표절 논란이 일고 있는 것이 최소 11편 정도로 확인된다. 그 중 <1박2일>, <무한도전>, <꽃보다 누나> 등은 중국 내 특정 방송국이 포맷 등을 정식 수입하였음에도 다른 방송국에서 표절 프로그램을 방송하기도 했다. 특히 2017년에 들어서는 <윤식당>, <프로듀스 101>, <효리네 민박>, <쇼미더머니> 등의 인기 프로그램이 점점 더 대담한 수준으로 연이어 표절 피해를 당하며 문제가 깊어지고 있다.

[그림 6-1] Mnet의 “쇼미더머니” (좌)와 아이치이의 “랩오브차이나” (우)



[그림 6-2] tvN의 “윤식당” (좌)와 후난TV의 “중찬팅” (우)



이와 같이 표절 논란이 반복될 때마다 해당 방송사들이 중국 정부 또는 방송사에 문제를 제기하며 해명을 요청하기도 했지만 대부분 “대응이 불가하다”, “권리 보호가 어렵다” 또는 “방송 프로그램 컨셉상 유사할 뿐이다”는 식의 무책임한 태도를 보여 왔다. 그럼에도 불구하고 국내 방송사들은 방송 프로그램의 최대 수출국 중 하나인 중국을 자극할 경우 다른 프로그램의 수출 판로가 막힐 수 있다는 우려 등 여러 현실적인 사정으로 인해 대응을 단념하는 경향을 보이고 있다.

더구나 중국 정부는 토종 콘텐츠 제작의 장려 등을 명목으로 하여 합법적인 포맷 수입을 제한하는 정책을 펼치고 있기까지 하다. 중국 내 미디어를 총괄 관리하는 정부기관인 광전총국¹⁰⁴은 2016년 7월 1일부터 시행된 “TV 방송 프로그램의 자율 신규 제작에 관한 통지”를 통하여 모든 위성종합채널은 1년에 1개 예능 프로그램 포맷만을 수입 가능한 것으로 정하였다. 또한 적법하게 수입하였더라도 첫번째 해에는 프라임 타임인 19시 30분부터 22시 30분까지의 시간대에는 방송하지 못하도록 하였으며, 예능 프로그램 포맷을 수입하거나 또는 외국과의 합작 형식으로 제작할 경우에는 광전총국에 등기하도록 하였다. 위와 같은 금지의무를 위반할 경우에는 관련 포맷으로 제작된 프로그램은 방송을 할 수 없고 해당 채널은 차년도에 해외 포맷을 수입할 수 없도록 하여 강제성을 확보하였다. 이와 같은 당국의 폐쇄적인 태도와 규제 역시 현재 중국과의 정치적 관계에 더하여 중국 방송국들의 무책임한 표절을 초래하는 주요 요인이 되고 있는 것으로 보인다.

그렇다면 과연 중국은 방송 포맷에 대한 저작권의 성립 여부 및 침해 가능성이라는 원론적인 문제에 관하여는 어떠한 법리를 갖고 있는 것인지, 법적인 관점에서 한국과 차이가 있는 것인지, 실제로 침해가 문제된 사례에서 중국 법원은 어떻게 판단을 하였는지를 살펴보고 중국에서 이용 가능한 권리 구제 절차에 무엇이 있을지 소개하도록 하겠다.

104) 공식 기관명은 ‘중화인민공화국국가신문출판광전총국(中化人们共和国国家新闻出版广电总局)’으로서, 중국 내 TV 라디오 방송 및 영화 산업을 관장하는 국무원 직속 기구이다.

제 2 절 중국의 저작권 침해와 관련된 이론

1. 저작물 인정에 관한 이론과 사례

중국에서도 방송 포맷이 저작물에 해당하는지를 판단할 때 한국과 마찬가지로 아이디어와 표현의 이분법 원칙을 적용하여, 방송 포맷이 저작권적 보호가 인정되는 ‘표현’ 인지를 검토하고 있다.

방송 포맷이 저작물에 해당하는지에 대하여서는 중국의 학계 내에서도 견해가 통일되어 있지 않은데, 먼저 방송포맷은 아이디어에 불과하다는 주장의 경우 방송포맷은 전체적으로 방송을 어떻게 제작할 것인가 대한 절차와 대략적인 아이디어만 제공하기 때문에 표현 방식이라고 말할 수 없다는 점을 근거로 내세운다. 제작 과정에서 그와 같은 아이디어를 수정, 변형해나가며 각본, 무대, 디자인, 음악 등을 만들고 촬영과 편집을 거쳐 최종적인 방송에 이르는 것인데 이 중 각본, 무대, 디자인, 음악 등은 별도의 표현으로서 작품이 되나 방송 포맷에 녹아 있는 아이디어와 기획은 고정적인 매체를 통해 표현되지 않았으므로 저작권법의 보호를 받지 못한다는 것이다.¹⁰⁵⁾

반면 방송 포맷은 중국 저작권법 실시조례 제2조상의 ‘문학, 예술과 과학영역에서 독창적이고 일정한 형식으로 복제가 가능한 지적인 성과’ 라는 요건을 만족하여 저작물에 해당한다는 견해도 있다. 각 요건을 분석하여 보다 구체적으로 설명하면, 먼저 ‘독창적’이라는 것은 독립적인 사고를 통한 노동의 결과로서 타인의 창작 성과를 복사한 것이 아니라는 의미와 작가의 개성과 인격이 그러한 독창적인 노동으로서 작품에 투영되어 있어야 한다는 의미인데, 방송 포맷은 제작자의 창조적인 아이디어와 개성이 반영되어 제작되므로 본 요건을 충족했다는 것이다. 한편 언어, 문자 등의 각종 표현 방식을 갖추었으며 실제로도 관련 판매를 통해 합법적 복제가 일어나고 있으므로 ‘일정한 형식으로 복제가 가능’하다는 점이 입증된 것이라고 한다. 마지막으로 ‘지력적인 성과’란 창작자의 지력과 창조성으로 완성된 작품은 일정한 상업성을 갖추며 대중 사회

105) 邹桦(2012), “浅析电视节目模板的著作权保护—探究思想与表达二分法的新发展”, 『法制博览』

에 공개 또는 개방되어 그러한 창조성을 대중들이 광범위하게 알 수 있게끔 충분히 발휘되었을 것을 의미하는데¹⁰⁶⁾, 방송 포맷은 그와 같은 요건 역시 갖추었다는 것이다.¹⁰⁷⁾

북경시 고급인민법원은 2015년 4월 8일 <예능 프로그램 저작권 분쟁사건 관련 여러 문제에 대한 해답>¹⁰⁸⁾이라는 포제 하에 일종의 공식적인 해석론을 제시하였는데, 이에 따르면 예능 프로그램의 포맷은 여러 요소의 종합체로서 아이디어 차원의 것은 저작권의 보호를 받지 못하나, 문자각본, 춤/미술 디자인, 음악 등 작품에 속하는 것은 저작권으로서 보호를 받는다고 하여 아이디어와 표현의 이분법을 수용하였다.¹⁰⁹⁾

방송 포맷의 저작물 인정 여부 판단에 관한 중국의 대표적인 사례를 소개하면 다음과 같다.

○ “마스크(面罩)” 사례 (중국, 2005)¹¹⁰⁾

중국의 세희회사가 2004년 11월 제작하여 국가방송국을 통해 방영한 “마스크”는 국가 계획생육위원회 산하 중국인구홍보교육센터와 공동 제작한 프로그램으로, 관객이 모두 마스크를 쓰고 참여하여 대화를 하는 것을 특징으로 하여 당시 방송 전부터 많은 화제가 되었다. 해당 방송은 2004년 12월경 잠정적으로 방영이 중단되었는데 2005년 4월 다른 방송국인 SOHO여인채널에서 이와 유사한 “마스크”라는 토크쇼 형식의 프로그램을 방영하기 시작했다. 이에 대해 세희회사는 저작권 침해를 주장하며 소를 제기하였으나 법원으로부터 저작권 침해를 인정할 수 없다는 이유로 기각 당하였는데, 중국 내에서 방송 포맷에 관한 최초의 저작권 분쟁 사례로 확인된다.

106) 朱谢群(2004), 『创新性智力成果与知识产权』, 法律出版社

107) 李薇(2016), “我国电视节目模式的法律保护路径探析”

108) 법원의 해답 또는 해석은 법적 효력은 없으나 하급 법원에서 자주 발생하는 문제점에 대하여 상급인민법원에서 정해주는 가이드라인의 기능을 한다. 고급인민법원의 해답은 산하의 중급인민법원과 기층법원에서 따르게 되고 최고인민법원의 해석은 전국 법원에서 따르게 된다. 현재 북경시 고급인민법원만 관련 해답이 있고 다른 성/직할시의 고급인민법원 또는 최고인민법원은 관련 해답이나 해석이 없다.

109) 이와 관련하여 대표적인 사례가 아래 소개한 “마스크” 사례이다.

110) 북경시 해전구 인민법원 해민초자 제15050호 민사판결문

[그림 6-3] 원고의 “마스크” (좌)와 피고의 “마스크” (우)의 한 장면



해당 판결에서 법원은 저작권은 작품에 담긴 사상 또는 관념을 보호하는 것이 아니라 구체화된 표현을 보호하는 것이라는 점을 전제로, 원고 세희회사가 주장하는 구상, 창의는 저작권법에서 보호하는 작품의 범위에 포함되지 않고 그러한 구상 또는 창의를 언어, 문자, 부호, 색상, 소리, 형태 등 객관적인 형식을 통해 표현되었을 때 비로소 보호될 수 있다고 판시하였다.

자료의 공개 범위가 한정되어 있어 해당 사건에서 원고가 “마스크” 프로그램 제작시의 구상과 창의를 어느 정도까지 구체화하여 주장하였는지는 알기 어려우나, 최소한 중국 내에서도 저작권법 범리로서 아이디어와 표현의 이분법 원칙을 수용하고 있음을 본 판결을 통해 알 수 있다.

2. 저작권 침해에 관한 이론과 사례

가. 저작권 침해의 성립 요건

저작권 침해 판단은 ‘접촉’ 과 ‘실질적 유사성’ 이라는 기준을 중첩적으로 적용하여 사실상 우리나라의 저작권 침해 판단 기준인 의거성 및 실질적 유사성과 동일한 모습을 띠고 있다.

먼저 ‘접촉’ 이라 함은 표절작의 제작자가 원 권리자의 작품을 경험할 수 있는 기회가 있었던 경우와 같이 원작을 알 수 있었던 것을 가리킨다. 한국에서의 의거성 요건에

상응한다. 접촉 사실에 대한 증명은 원작이 이미 공개적으로 방송되었다거나 원 권리자가 침해자에게 관련 자료를 제공한 사실 등에 대한 입증을 통해 이루어진다. 한편 원작이 게재, 전시, 방송, 공연, 상영 등의 방식으로 공개되었을 경우 대중에 대해 발표한 것으로 간주되며, 그러한 경우 통상적으로 침해자가 원작을 인지하고 접촉한 것으로 추정되는 등 간주와 추정이 활용되기도 한다. 접촉의 전제 조건으로서 해당 방송 포맷이 저작물이 인정되어야 함은 물론이다.¹¹¹⁾

또한 한국과 동일하게 실질적 유사성 역시 요구된다. 실제 판단에 있어서는 “개요식 단계별 테스트”를 활용하는데, 양 저작물 내용의 개요에 대해 비교를 진행하는 것이다. 만약 유사성 또는 동일성이 추상적인 사상 수준에서만 발견된다면 실질적 유사성이 인정되지 않으나, 비교적 구체적인 사상 수준에서 유사하거나 동일할 경우에는 실질적 유사성이 인정된다. 주로 작품의 줄거리, 배경, 주요내용, 스타일, 인물의 개성과 사건 순서 등의 요소를 기준으로 대조하여 유사한 대상이 추상적인 단위일수록 보호 수준은 낮아지게 된다¹¹²⁾.

나. 저작권 침해 인정 사례

실퍼본 바와 같이 중국에서의 저작권 침해의 성립 요건도 이론상으로는 우리 나라의 저작권 침해 법리와 크게 다르지 않은 것으로 보인다. 중국이 매우 제한적인 범위 내에서만 판례를 공개하고 있기 때문에 위 법리를 반영하여 판단한 사례를 확보하기는 어려웠으나, 앞서 방송 포맷에 관한 마스크 사례 이외에 참고할 만한 저작권 침해 사안을 2건 더 소개하도록 한다.

○ “매화낙(梅花烙)” 사례¹¹³⁾

원고는 드라마 시나리오인 “매화낙”을 집필하여 1992년 10월 공표한 자로서, 해당

111) 路陆青(2016), “论电视节目模式的著作权法保护”, pp.39-40.

112) 路陆青(2016)

113) 북경고급인민법원 (2015)고민(지)중자제1039호 판결. 최고인민법원이 선정한 2015년 10대 지식재산권 전형 사례 중 1건으로서, 저작권 침해에 관한 접촉과 유사성 요건의 판단 기준에 대하여 자세히 판시한 사례이다.

시나리오는 드라마화되어 각각 1993년과 1994년에 대만과 중국에서 방영되었고, 원고는 시나리오와 줄거리가 유사한 소설 “매화낙”을 1993년 대만과 중국에서 출판하기도 하였다. 그런데 2014년 중국에서 방영된 드라마 “궁궐연성”과 그 시나리오가 “매화낙”과 인물 설정, 인물 관계, 줄거리 등에서 매우 유사하자 원고는 “궁궐연성”의 시나리오 작가와 드라마 제작사들을 피고로 하여 손해배상과 공개 사과를 소송상 청구하였다.

[그림 6-4] “매화낙” (상)과 “궁궐연성” (하)의 한 장면



이 사건에서 법원은 “궁궐연성”의 시나리오 작가인 피고1이 “매화낙”을 시청한 사실이 있고 이러한 사실은 피고1의 SNS 게시물을 통하여도 확인된다는 점을 근거로

“매화낙” 시나리오에 접촉하였음을 추정하였다. 또한 법원은 원고가 주장한 21개의 유사성 요소에 대하여 그 중 3개는 공지의 소재로서 저작권법의 보호범위에 속하지 않으며, 9개는 실질적 유사성이 부족하다고 보았다. 그러나 나머지 9개 요소에서 실질적 유사성을 인정하였는데, 문학 작품에서 구체적인 인물 설정, 줄거리 구조, 내적 논리관계의 결합은 저작권법에서 보호하는 표현이라는 점을 전제로 2개 작품 사이에 표현으로 인정되는 줄거리 설정이 일정 정도 유사하고, 그러한 유사점이 많지 않더라도 관객이 침해 작품을 감상하면서 특정 작품에서 갖고 온 요소임을 알 수 있을 경우 실질적 유사성이 인정된다고 판시하기도 하였다.

본 판결은 중국 내에서의 저작권 침해 사례에 대한 것이며 극저작물의 저작권 침해가 문제된 사안이므로 방송 포맷 관련 저작권 분쟁에서 원용 가치가 높다고 단언할 수는 없지만, 적어도 법원에서도 한국과 유사한 법리를 적용하여 저작권 침해 결론을 내리고 있으며, 저작권 침해 행위의 불법성을 근거로 하여 손해배상뿐 아니라 저작권법상의 근거 규정에 따라 콘텐츠의 방영과 복제를 즉시 중단할 것을 명하였다는 점¹¹⁴⁾을 주목할 필요가 있을 것으로 생각된다.

○ “Gobinggo” 사례¹¹⁵⁾

이 사건의 원고 ECM은 1998. 3. 25. Gobinggo 방송 프로그램 합작계약을 체결하고 피고 산둥성 방송국에게 산둥성에서 독점적으로 방송하고 사용할 수 있는 권리를 부여함과 동시에 피고의 방송 프로그램 제작을 도와주고 설비, 소프트웨어와 방송제작 자문을 제공하기로 하였다. 합작계약에 의하면 피고는 원고에게 328,422달러를 3번에 나누어 지불하기로 하였으나 피고는 1998. 4. 25. 그 일부인 131,369달러를 지불 후, 잔액을 지불하지 않았다. 피고가 제작한 중국판 Gobinggo 방송(자자러텐텐)은 1998. 6. 16.부터 방송

114) 중국 저작권법 제47조 다음 각 호의 권리 침해행위가 있을 경우 정상에 따라 침해 중지, 영향 제거, 사과, 손실배상 등 민사책임을 부담한다.

(6) 저작권자의 허가 없이 전시, 영화 촬영 및 영화 촬영과 유사한 방법으로 작품을 사용하거나 또는 각색, 번역, 주석 등 방식으로 작품을 사용한 행위. 다만 이 법에서 별도로 규정하는 것은 제외한다.

115) 산둥성 제남시 중급인민법원 (2003)제민3초자 제4호 판결

하기 시작하였고 1999. 8.초에 위 합작 계약의 만기가 도래하였다.

[그림 6-5] “Gobinggo” (상)과 “자자러텐텐” (하)의 한 장면



원고는 계약에 따라 Gobinggo 방송을 위한 권리를 피고에게 부여하고, 방송 제작매뉴얼, 컴퓨터 설비 등뿐 아니라 노하우를 포함한 자원, 기술 등을 전수하고 전문가를 현장에 보내 방송제작을 지도하였음에도 불구하고, 피고는 잔액을 지불하지 않았고 합작계약이 만기로 종료된 이후 원고와 계약연장을 하지 않은 상황에서 Gobinggo 방송을 계속 방영함으로써 원고의 권리를 침해하였다고 주장하였다.

이에 반해, 피고는 원고가 중앙 제2방송국과 “럭키52(幸运52)” 방송 계약을 체결하여 동일한 방송 포맷을 중앙 제2방송국에 판매한 것으로 인해 피고의 시청률이 영향을

받았기 때문에 나머지 대금을 지불하지 않은 것이 정당하다고 주장하였다. 또한 계약서 만기 후에는 원고가 피고한테 어떠한 작품도 제공하지 않았기 때문에 원고는 저작권을 주장할 수 없고, 나아가 피고의 “자자러텐텐”은 피고가 새롭게 창작한 방송이므로 저작권 침해가 아니라고 주장하였다.

이 사건에서 법원은 원고와 피고 사이에 체결된 합작계약은 서로 진실되고 명확한 의사를 표현한 것이기 때문에 피고는 계약서에 따라 대금을 지불해야 한다고 판시하면서도, 다만 계약서 만기 후의 침해행위에 대해서는 원고의 손해배상청구를 기각하였다. 즉, 법원은 이 사건에서 방송포맷이 저작물에 해당하는지 여부를 판단한 것은 아니며, 단순한 계약분쟁으로 보아 계약법에 따라 손해배상 의무가 있는지를 판단하였다.

본 사례는 중국에서 방송 포맷에 대한 저작권적 보호를 인정받기 어려운 상황에서, 계약을 통하여 방송 포맷에 대한 권리의 보호 가능성을 모색하는 것이 실효성을 가질 수 있다는 점을 보여 준다.

3. 중국에서의 권리 구제 절차

중국에서의 권리 구제 절차도 한국에서의 통상적인 권리 구제 절차와 유사하며, 특기할 만한 차이점이 있는 것은 아니나 어떠한 절차가 이용 가능하며 중국에서의 표절 피해에 대응하고자 하는 사업자들이 알아두어야 할 요건, 특징 등에 대하여 간략히 소개한다.

- 행정적 구제 수단: 중국 국무원 산하 국가 판권국과 지방행정관리기관에 대한 저작권 침해 신고¹¹⁶⁾

중국에서 방송 포맷이 표절된 경우, 권리자가 우선 고려해 볼 수 있는 절차는 중국 국무원 산하 국가 판권국과 지방행정관리기관에 저작권이 침해되었음을 신고하는 것이다. 침해 사실의 개요와 자신의 저작권을 입증할 수 있는 증거 등을 갖추어 신고가 이루어지면, 해당 행정부서는 최소 2명 이상의 집행원을 지정하여 사건을 조사 및 처리하

116) 2009년 개정 저작권행정처벌 실시방법

게 된다. 만약 담당자가 저작권 침해를 인정하는 경우에는 침해 작품을 몰수하고 벌금 등의 조치를 취할 수도 있다.

법원을 통한 소송에 비해 비교적 비용의 부담이 적고 절차적으로 간편하게 이용할 수 있다는 점에서 장점이 있으나, 법리적인 판단보다는 중국 정부의 정책에 따른 판단이 이루어질 가능성이 높다는 한계가 있다. 관련 내용을 간략하게 표로 정리하면 아래와 같다.

<표 6-1> 정부기관에 대한 저작권 침해 신고의 개요

| | | |
|----------------------------|---|---|
| 관할 | 침해행위지, 침해결과 발생지, 침해 결과물 보관지 또는 압류지의 행정부서 | |
| 제출 자료 | 신청서 | 신고인 성명, 주소, 사실관계의 요지, 사유 등 기재 |
| | 권리증명 | 원고, 작품등기증, 저작권 계약서 등기증, 인증기관에서 발급받은 증명, 계약서 등 |
| | 증거 | 피침해 작품, 기타 증거 |
| 절차 | <ul style="list-style-type: none"> • 행정부서는 신고 접수 후 15 영업일 내 청구인에게 입안 및 통지 • 수리 시 최소 2명 이상의 집행원을 지정하여 처리 • 조사 종결 후 집행원이 조사보고 작성 • 행정처벌을 결정할 경우 당사자에게 행정처벌 사전 통지서를 송달 또는 공고 • 당사자가 변론을 요구할 경우 송달받은 후 7일 이내 또는 공고일로부터 30일 이내에 의견, 증거 등을 제출하여야 함 | |
| 행정처벌¹¹⁷⁾ | <ul style="list-style-type: none"> • 침해가 인정될 경우 신고를 받은 국가 판권국 또는 행정당국은 침해 증거를 포함한 아래의 처분을 할 수 있음. 몰수한 제품은 모두 소각함 • 경고, 벌금, 위법소득 몰수, 침해 작품 몰수, 침해 작품을 설치한 설비 몰수, 침해 작품을 제작하는 데에 사용한 도구, 설비, 재료 등을 몰수, 기타 관련 법령에서 규정한 행정처분 | |
| 장단점 | <ul style="list-style-type: none"> • 소송보다 시간과 비용이 적게 소요됨 • 침해자가 행정처분에 대하여 행정 재송을 제기하는 경우에도 집행이 정지되지 않음 • 손해배상은 청구하지 못함 | |

- 침해 금지 가처분¹¹⁸⁾

117) 중국 저작권법 실시조례 제36조, 중국 저작권법 제48조

118) 중국 민사소송법 제101조, 제108조 및 중국 저작권법 제50조 내지 제51조

법원을 통한 사법적 구제절차로서 현재 방영 되고 있는 방송을 긴급히 중지시키거나, 혹은 방영이 예정된 방송이 방영되지 못하도록 하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우 고려될 수 있는 수단이다. 관할 법원에 침해 사실의 개요와 자신의 저작권을 입증할 수 있는 증거 등을 갖추어 가처분 신청서를 제출하면 법원은 사건 접수 후 48시간 이내에 결정을 내리게 된다. 만약 가처분 신청이 인용된다고 하더라도, 가처분은 어디까지나 긴급한 필요에 따른 임시적인 조치에 불과하므로 가처분 결정 후 15일 이내에 제소 또는 중재를 신청하여야 그 효력이 유지된다.

관련 내용을 간략하게 표로 정리하면 아래와 같다.

<표 6-2> 법원에 대한 침해 금지 가처분 신청의 개요

| | |
|--------------|--|
| 내용 | 소송을 제기하기 이전에 긴급한 손해를 방지하기 위하여 침해 금지 가처분을 구함 |
| 관할 | 침해행위지, 피신청인 주소지 또는 사건에 관할권이 있는 법원 |
| 요건 | 현재 침해가 계속되고 있거나 침해가 예상되는 긴급한 사정으로 인해 금지청구를 하지 않으면 신청인의 합법적인 권리에 회복할 수 없는 손해가 발생할 경우 |
| 담보 제공 | 담보를 제공하여야 함 (피청구인에게 손실 발생이 예상되는 범위 내) |
| 절차 진행 | <ul style="list-style-type: none"> • 법원은 즉시 피신청인에게 통보 (최장 5일 이내) • 사건 접수 후 48시간 이내에 결정 • 양 당사자는 법원의 결정에 대해 10일 이내에 불복 신청 가능하나, 불복 여부와 무관하게 결정의 효력이 유지됨 • 가처분 결정 후 15일 이내에 제소 또는 중재를 신청하여야만 가처분 효력이 유지됨 |

• 소송상의 청구

법원을 통한 사법적 구제절차로서 침해 영상의 방영 중지를 청구하거나, 손해배상 등을 청구하는 소송을 의미하며, 종국적인 수단으로 볼 수 있다. 관할 법원에 입증자료를 포함한 소장을 접수함으로써 절차가 개시되며, 저작권 침해 사실을 알았거나 알았어야 하는 날로부터 2년 내로 소송을 제기해야 한다는 제소 가능 기간이 정해져 있음에 유의해야 한다.

관련 내용을 간략하게 표로 정리하면 아래와 같다.

<표 6-3> 법원에 대한 침해 금지 청구 소송의 개요

| | |
|----------------------------|--|
| 내용 | 소로써 침해 중지, 영향 제거, 사과, 손해배상 등을 구함 |
| 관할 | 침해행위지, 침해결과 발생지, 침해 결과물 보관지 또는 압류지의 법원 |
| 제소기간 | <ul style="list-style-type: none"> • 저작권자가 침해 행위를 알았거나 알았어야 하는 날로부터 2년 • 위 2년이 경과되었으나 침해 행위가 여전히 계속되고 있으며 저작권도 보호 기간 내에 있을 경우에는 제소가 가능하나 손해배상액은 제소일로부터 2년간 발생한 것을 기초로 산정함 |
| 손해배상¹¹⁹⁾ | <ul style="list-style-type: none"> • 저작권 기타 권리를 침해하였다고 인정될 경우, 침해자는 권리자에게 발생한 실제 손해액을 배상하여야 하며, 손해액을 산정하기 어려운 경우에는 침해자의 불법적인 소득에 따라 배상하도록 할 수 있음 • 손해배상액에는 권리 침해 행위를 제지하기 위하여 권리자가 합리적인 범위에서 지출한 비용이 포함되어야 함 • 권리자의 손해액 또는 침해자의 소득액을 확정하지 못할 경우에는 법원이 권리 침해 행위의 정상에 입각하여 50만 위안 이하의 배상을 판결함 |

4. 소결

현재 광전중국을 비롯한 중국 정부는 중국 방송사 등의 방송 포맷 표절 사례에 대하여 표절 사실을 인정하거나 또는 이를 방지하는 데에 소극적인 태도를 보이고 있으며, 정부의 이와 같은 방관적인 자세는 결과적으로 중국 내 사업자들의 포맷 표절 행위를 조장하는 효과마저 일으키고 있는 것이 사실이다.

앞서 국내 사업자들이 이용 가능한 중국 내의 법적 절차를 소개하기는 하였으나, 중국 당국의 폐쇄적인 특성, 해외 방송 포맷의 표절을 용인하는 사회적인 분위기를 감안하였을 때 위와 같은 제도가 법적 또는 이론적으로 이용 가능하다는 점만으로는 국내 사업자들에게 현실적인 도움과 위안이 되기는 어려울 것으로 보인다. 또한 사업자들이 직접 권리 구제 절차를 진행하기에는, 중국과의 비즈니스 관계나 여론 악화 등 고려하여야 할 다른 요소들이 많다는 문제점도 남아 있다.

119) 중국 저작권법 제47조, 제49조

이러한 점을 고려할 때 현 단계에서는 무엇보다 정부 차원의 적극적인 대응이 필요한 것으로 보인다. 표절 피해로 고심하는 사업자들도 중국의 개별 방송국은커녕 거듭되는 표절 문제를 해결할 책임이 있는 광전총국마저도 국내 사업자들을 전혀 상대하려 하지 않는다는 것을 호소하고 있다. 중국을 상대로 하여 사업자들보다는 상대적으로 훨씬 실효성 있는 소통 채널과 협상력을 보유하고 있는 당국이 나서서 관행 또는 제도의 단계적인 개선을 이끌어 낼 수 있도록 하는 시도가 필요한 때이다.

제 7 장 실제 방송 포맷 표절 사례에서의 대응 매뉴얼 (중국을 중심으로)

제 1 절 개요

지금까지 저작권 침해를 인정받기 위한 각종 요건, 저작권 외의 구제수단 등을 살펴 보았는바, 앞서 설명한 내용들을 구체적인 분쟁 사례가 발생하는 경우 이에 대한 대응 방안을 매뉴얼의 형태로 다시 한 번 정리해보고자 한다. 이와 같은 대응방안은 그 표절이 어떤 국가에 의해 이루어지는지에 따라 어느 정도 달라질 수밖에 없는데, 국내 방송 포맷에 대한 표절은 주로 중국에서 이루어지고 있다는 점에서 본 연구서에서는 중국을 중심으로 이를 살펴보기로 한다.¹²⁰⁾

제 2 절 사전적 대응방안

실제 표절 사례가 발생하기 전, 이와 같은 표절의 발생을 예방하거나 차후 분쟁이 생기는 경우 권리 보호를 보호하기 위한 사전적인 조치를 취해두는 경우, 분쟁이 발생할 가능성을 낮출 수 있고 나아가 분쟁이 발생하는 경우 권리를 보호 받기에 용이할 수 있으므로, 구체적인 분쟁 발생 전에 미리 사전적인 조치를 취하는 것이 필요하다. 이러한 사전적 대응방안으로는 아래와 같은 조치들을 고려해 볼 수 있다.

120) 독립된 매뉴얼로 이용 가능한 형태로 구성하기 위해, 본 장에서는 앞서 설명한 내용들이 일부 중복되더라도 필요한 범위에서 이를 다시 인용하고자 한다.

<표 7-1> 사전적 대응방안의 개요

| 순번 | 대응방안 |
|----|---------------------------------------|
| 1 | 중요 요소들은 문서화한다. |
| 2 | FRAPA(포맷인증보호협회)를 통해 자신의 방송 포맷을 등록해둔다. |
| 3 | 독창성을 최대한 확보하고 제3자의 표절을 어렵게 만든다. |
| 4 | 직원들로부터 방송 포맷을 영업비밀로 취급하겠다는 서약서를 받는다. |
| 5 | 포맷 판매 계약시 표절을 금지하는 규정을 포함시킨다. |

① 중요 요소들은 문서화한다.

구체적인 분쟁 사례에서 저작권 침해를 주장하기 위한 1차적인 관문은 방송 포맷이 저작물로 인정되는 것이다. 저작권법이 보호하고 있는 것은 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 표현 내용에 해당하는 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작물은 될 수 없다. 이를 아이디어와 표현의 이분법이라고 하며, 방송 포맷 표절 분쟁과 관련된 다수의 사례들에서 각국의 법원은 이와 같이 방송 포맷이 아이디어에 불과하다는 이유로 저작물로 볼 수 없어 결국 저작권의 보호를 받지 못한다고 판시한바 있다. 따라서 사업자로서는 향후 분쟁이 발생하는 경우를 대비하여 자신의 방송 포맷이 저작물로 인정받을 수 있는 가능성을 가급적 높여 두는 것이 바람직한데, 특히 자신의 방송 포맷이 단순한 아이디어 단계에 머무르는 것이 아니라 구체적인 실체를 가지고 있음을 증명할 수 있는 문서화된 자료가 존재한다면 큰 도움이 될 수 있다.

따라서 방송의 기획·제작 단계에서부터 방송 포맷을 구성하는 주요 요소들에 대해서는 기획안, 제안서, 바이블 등의 형태로 문서화하고 이를 보관할 필요가 있다.

② FRAPA(포맷인증보호협회)를 통해 자신의 방송 포맷을 등록해둔다.

FRAPA는 2000년에 설립된 방송 포맷의 표절 방지, 법적 구속력을 지닌 규범의 강화, 방송 포맷 표절에 대한 제재를 목적으로 하는 포맷인증보호협회(Format Recognition and Protection Association)로서, 방송 포맷과 관련하여서는 세계적으로 가장 권위 있는 단체로 인정 받고 있다. FRAPA는 방송 포맷의 보호를 위해 다양한 서비스를 제공하는데 그 중에는 방송 포맷 등록(Format Registry) 서비스가 포함된다. FRAPA에 방송 포맷으로 등록되었음이 해당 방송 포맷이 법적으로 저작물로 인정되었음을 의미하는 것은 아니지만, 향후 분쟁이 발생하는 경우 중요한 입증 자료가 될 수 있다.

FRAPA의 방송 포맷 등록 시스템은 “FRAPA Registration System”, 약칭으로 FRS라고도 불리는데, FRAPA 회원의 경우와 비회원의 경우 등록을 위한 수수료 및 관련 조건에 차이가 있다. 2017년 12월을 기준으로 하였을 때 FRS 등록을 위한 조건은 아래와 같다.¹²¹⁾

<표 7-2> FRAPA 방송 포맷 등록 조건 (2017. 12. 기준)

| 구분 | 등록 수수료 | 업데이트 | 관련 자료 | 등록 유지 기간 | 갱신 수수료 |
|-----|--------|------|------------|----------|--------|
| 회원 | 75 유로 | 무료 | 영상 업로드 무제한 | 3년 | 50 유로 |
| 비회원 | 150 유로 | 불가 | 영상 업로드 불가 | 3년 | 150 유로 |

③ 독창성을 최대한 확보하고 제3자의 표절을 어렵게 만든다.

방송 프로그램 제작 시에는 최대한 독창적인 요소들을 부각시킬 수 있도록 하며, 특유의 디자인을 생성한다. 방송 포맷 분쟁 사례들 중 이와 같은 독창적인 요소가 인정되어 방송 포맷이 저작물로 인정된 사례들이 다수 존재하기 때문이다. 특히, 침해자들은 디자인과 같은 구체적인 요소들을 그대로 복제하는 것이 저작권 침해로 인정될 가능성이 높다는 것을 알고 이를 교묘하게 피하는 경우가 많기 때문에, 이러한 독창적인 요소들이나 디자인이 방송에서 필수적인 요소로 기능하도록 하는 경우 타인이 이러한 요소를 제외하고는 방송 포맷을 표절하는 것을 어렵게 만드는 효과를 기대할 수 있다.

121) <https://www.frapa.org/frapa-registration-system/> 참조

④ 직원들로부터 방송 포맷을 영업비밀로 취급하겠다는 서약서를 받는다.

방송 프로그램 제작 과정에서 방송 포맷이 외부로 유출되어 표절되는 경우, 방송 포맷이 영업비밀로 취급되었다면 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해를 주장해볼 여지가 있다. 따라서 평소 직원들로부터 방송 포맷을 영업비밀로 취급하겠다는 서약서를 받아 두는 경우, 향후 이러한 영업비밀 침해 주장이 용이해질 수 있다.

⑤ 포맷 판매 계약 시 계약 종료 이후에도 표절을 금지하는 규정을 포함시킨다.

권리자와 상대방이 협의하여 방송 포맷이 판매된 후 계약 기간이 만료되자 상대방이 더 이상 계약을 갱신하지 아니하고 무단으로 권리자의 방송 포맷을 표절하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 비록 저작권 침해의 주장이 받아들여지지 않는다고 하더라도, 만약 최초 판매 계약 시에 계약 종료 이후에도 동일 또는 유사한 포맷의 방송 프로그램을 제작 및 방영하는 것을 금지하는 규정을 미리 포함시켜 두었다면 계약에 근거한 가처분 내지 소송을 진행할 수 있으며, 저작권 침해 주장에 비해 상대적으로 그 인용 가능성이 높을 수 있다.

제 3 절 사후적 대응방안

사전적 조치에도 불구하고 방송 포맷이 표절되었음이 확인된 경우, 권리자로서는 다음과 같은 조치들을 고려해볼 수 있다. 이하의 조치들은 시간의 흐름에 따라 취해야 할 조치들을 서술한 것이지만 이러한 순서가 절대적인 것은 아니며 사안에 따라 변동되거나 수 개의 조치가 동시에 진행될 수도 있다.

〈표 7-3〉 사후적 대응방안의 개요

| 순번 | 대응방안 |
|----|-------------------|
| 1 | 표절 현황을 확인한다. |
| 2 | 침해자와 협의를 진행한다. |
| 3 | 언론 대응의 필요성을 검토한다. |
| 4 | 가능한 법적인 절차를 검토한다. |

① 표절 현황을 확인한다.

방송의 어떠한 요소가 표절되었는지 및 그 정도에 따라 대응 방향이 달라질 수 있다. 따라서 가장 먼저 누가 어떤 요소를 표절했는지를 확인하고, 가급적 이를 상세히 분석한다. 예를 들어, 제목을 표절했 경우에는 상표권 침해, 도안이나 디자인이 복제된 경우에는 미술저작물에 대한 침해, 대사나 문구가 표절된 경우에는 어문저작물에 대한 침해를, 이와 같은 구체적인 표현은 유사하지 않지만 전체적인 컨셉이 동일한 경우에는 편집저작물로서의 침해 등을 고려해 볼 수 있다. 또한, 표절된 부분이 저작물로 인정될 것인지를 예상하기 위해서는 표절된 부분이 다음과 같은 유형 분류 중 어디에 해당하는지도 검토할 필요가 있다.

〈표 7-4〉 유형별 방송 포맷의 요소 및 분석의 개요

| 유형 | 내용 | 비고 |
|-----|--|---|
| 1유형 | • 새로운 프로그램의 아이디어 및 기본 컨셉 | 저작물로 인정될 가능성이 상대적으로 낮음 |
| 2유형 | • 프로그램의 구조, 프로그램 외관, 스타일, 비주얼 그래픽, 음악과 사운드 효과, 캐릭터, 룰, 조명 등 프로그램을 구성하는 요소들 | 저작물로 인정될 가능성은 높으나, 실질적 유사성이 부정될 가능성이 높음 |
| 3유형 | • 프로그램 외적 요소들(캐스팅 플랜, 프로덕션 플랜, 예산, 방송 히스토리 등) • 컨설팅, 상담 서비스 | 저작물로 인정될 가능성이 매우 낮음 |

이때, 보다 구체적인 판단을 위해서는 앞서 언급한 FRAPA로부터 유사성에 대한 분석의 자문을 받는 것도 고려할 필요가 있다. FRAPA는 방송 포맷 표절에 관한 당사자의 신청이 있는 경우, 일정한 방송이 타 방송을 복제(copy)한 것으로 인정될 수 있을지 여부에 대한 분석을 제공한다. 이러한 과정에서 FRAPA는 일반적인 법원의 판단 방식에 따라 개별적인 장면 별로 신청인이 제출한 두 방송이 어느 정도 유사한지 및 어떤 차이점이 있는지에 대해 판단하고, 최종적인 유사성에 대한 결론을 제시하므로 사업자로서는 이를 참조할 수 있다. 다만, FRAPA가 저작권 침해 여부에 대해 ‘예 또는 아니오’로 단정적인 결론을 제시하는 것은 아니며, FRAPA의 결정에 법적 구속력이 있는 것은 아니다.

② 침해자와 협의를 진행한다.

구체적인 경우에 따라 달라질 수 있지만, 일반적으로는 침해자와 협의를 진행하고, 그 입장을 확인할 필요가 있다. 만약 일정한 보상금 지급 등 협상이 가능한 경우에는 이를 적극적으로 검토할 필요가 있으며, 중국 법원이 방송 포맷에 대한 보호에 소극적인 점을 고려할 때 FRAPA를 통한 중재 절차를 제안해 볼 수도 있다. 특히 앞 단계에서 표절 현황을 확인한 결과, 구체적인 표현에 대해서는 유사한 부분이 드물고, 표절된 부분 또한 1유형 방송 포맷에 불과한 경우에는 향후 소송을 제기하더라도 저작권 침해가 인정되기 어렵다는 점을 고려하여 이러한 협의 과정에 적극적으로 나설 필요가 있다.

이와 같은 협의 과정에서 법률 전문가의 조력이 필요한 경우가 있을 수 있으나, 경우에 따라 법률 전문가가 협의 과정의 전면에 나서는 것은 되려 상대방과의 관계를 경직되게 만들 수 있다. 따라서 이는 상대방과의 관계 및 분쟁을 둘러싼 여러 가지 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

③ 언론 대응의 필요성을 검토한다.

위와 같은 침해자와의 협의 진행과 동시에, 권리자로서는 언론 대응의 필요성을 검토

할 필요가 있다. 언론 대응은 상대방 사업자를 압박하기 위해 매우 유용한 수단이 될 수 있지만, 반대로 지나친 비난으로 중국 여론을 자극하게 되는 경우에는 오히려 권리자가 의도하지 않은 손해를 입게 될 가능성이 있다. 따라서 언론 대응을 검토함에 있어서는 그 장단점 및 예상되는 효과 등을 신중하게 고려할 필요가 있으며, 그 과정에서 PR 컨설팅 회사와 같은 외부 전문가의 조력을 받는 것도 고려해볼 수 있다. 특히 언론 대응을 결정하는 경우, 공표되는 문언이나 전달하고자 하는 메시지에 대해서는 그 파급 효과에 대한 철저한 사전 검토가 필요하다.

④ 가능한 법적인 절차를 검토한다.

침해자가 보상에 대한 의지가 없거나 중재 절차에 응할 의사가 없음이 명확하여 협의에 의한 원만한 합의가 어려운 경우, 법적인 대응을 준비해야 한다. 앞서 소개한 바와 같이 중국에서 행할 수 있는 주요 대응 절차는 크게 정부기관에 대한 저작권 침해 신고, 법원에 대한 가처분 신청, 소송상 청구 세 가지가 있다. 이러한 세 가지 절차는 서로의 관계를 고려할 때 그 순서대로 필요성을 검토해 나가는 것이 효율적이다. 즉, 일반적으로 정부기관에 대한 신고는 비용이 적게 들고 쉽게 할 수 있다는 점에서 법원에 대한 소송보다 먼저 필요성을 검토하는 것이 바람직하다. 그리고 가처분 신청의 경우 소송상 청구에 앞서 긴급한 손해를 막기 위해 임시 조치를 구하는 것이므로 그 개념상 소송상 청구보다 선행할 필요가 있으나, 구체적인 사정에 따라 가처분 신청을 정부기관에 대한 신고나 소 제기와 동시에 진행하는 것도 고려해 볼 수 있다.

<표 7-5> 분쟁 발생 시 법적 절차의 개요

| 절차 | 비고 |
|--------------------|---|
| 정부기관에 대한 저작권 침해 신고 | <ul style="list-style-type: none"> • 상대적으로 비용이 낮음 • 중국 정부의 입장을 고려할 때 실효성이 낮음 |
| 가처분 신청 | <ul style="list-style-type: none"> • 인정되는 경우 신속하게 침해 방송을 중지할 수 있음 • 단순한 경제적 손해에 불과하여 가처분 인용 가능성이 낮음 |
| 소송의 제기 | <ul style="list-style-type: none"> • 당사자로서는 다양한 측면의 권리를 모두 주장할 수 있음 • 판결을 받기까지 시간이 오래 걸릴 수 있음 • 현재 중국 법원의 입장에 따르면 승소 가능성이 낮음 |

• 정부기관에 대한 저작권 침해 신고

권리자는 침해 사실의 개요와 자신의 저작권을 입증할 수 있는 증거 등을 갖추어 중국 정부기관에 방송 포맷에 대한 저작권 침해를 신고할 수 있다. 만약 정부기관이 저작권 침해를 인정하는 경우 정부차원에서의 시정명령 등 조치가 이루어질 가능성이 있다. 법원을 통한 소송에 비해 비교적 비용의 부담이 적고 절차적으로 간편하게 이용할 수 있다는 점에서 장점이 있으나, 다만, 법리적인 판단보다는 중국 정부의 정책에 따른 판단이 이루어질 가능성이 높으며 현재 중국 광전총국이 방송 포맷에 대한 보호에 대해 소극적인 입장이라는 점을 고려할 때, 그 실효성은 크지 않다고 보인다.

• 가처분 신청

현재 방영 되고 있는 방송을 긴급히 중지시키거나, 혹은 방영이 예정된 방송이 방영 되지 못하도록 하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우 법원에 임시적으로 방송의 중지를 청구할 수 있다. 다만, 담보를 제공해야 할 수 있으며, 방송 포맷 표절의 경우 그 침해 방송을 중지할 긴급한 필요성이 인정되기는 어렵다는 점에서(단순한 경제적 손해는 이후 보상이 가능하므로 일반적으로 긴급한 필요로 해석되지 않는다) 가처분을 신청할 실효성은 크지 않다.

관할 법원에 침해 사실의 개요와 자신의 저작권을 입증할 수 있는 증거 등을 갖추어 가처분 신청서를 제출하면 법원은 사건 접수 후 48시간 이내에 결정을 내리게 된다. 만약 가처분 신청이 인용된다고 하더라도, 가처분은 어디까지나 긴급한 필요에 따른 임시적인 조치에 불과하므로 가처분 결정 후 15일 이내에 제소 또는 중재를 신청하여야 그 효력이 유지된다.

• 소송의 제기

중국 법원에 표절 방송의 방영을 중지하고 침해자로 하여금 표절에 따른 손해를 배상할 것을 청구하는 소송을 제기한다. 이 때 어떤 근거로 방영 금지와 손해배상을 청구하는지는 구체적인 표절 방식에 따라 달라질 수 있는데, 권리자로서는 생각할 수 있는 권리를 가급적 최대한 모아 청구하는 것이 바람직하다. 앞서 검토했던 바와 같이 권리자가 고려해 볼 수 있는 주장에는 대략 아래와 같은 항목들이 있다.

- 저작권 침해: 중국의 저작권법에 따라 보호되는 저작권이 침해되었음을 주장한다. 권리자로서는 미술저작물, 어문저작물, 편집저작물 등 가능한 다양한 저작물의 형태를 주장할 필요가 있다.
- 부당경쟁행위¹²²⁾: 방송 포맷을 무단으로 표절하는 행위는 중국의 반부당경쟁법에 따라 금지되는 부당한 경쟁행위에 해당함을 주장한다.
- 영업비밀 침해¹²³⁾: 직원 등을 통해 방송 포맷이 유출되었다고 볼 수 있는 사정이

122) 2018. 1. 1.부터 시행되는 중국의 반부당경쟁법 제2조는 “경영자는 시장거래에서 자원 평등, 공평, 성실, 신의 원칙을 따르고 법률과 상업도덕을 준수해야 한다.” 고 규정하고 있지만 원칙적이고 추상적인 내용에 불과하여 아직까지 실무적으로 활용될 것을 기대하기는 어려운 상황이다.

123) <반부당경쟁법> 제9조 경영자는 하기 수단으로 영업비밀을 침해하지 못한다.

- (1) 절도, 뇌물, 사기, 협박 또는 기타 부당 수단으로 권리자의 영업비밀을 취득하는 경우
- (2) 전항의 수단으로 취득한 권리자의 영업비밀을 공개, 사용하거나 타인이 사용하도록 허용하는 경우
- (3) 약정을 위반하거나 권리자의 영업비밀 유지 관련 요구를 위반하고 취득한 영업비밀을 공개, 사용하거나 타인이 사용하도록 허용하는 경우

있는 경우에는 침해자가 부당한 수단으로 권리자의 방송 포맷에 관한 영업비밀을 취득하였다는 이유로 중국의 반부당경쟁법에 따른 영업비밀 침해를 주장한다.

- 상표권 침해: 방송사 또는 제작사, 프로그램의 브랜드가 상표로 등록되어 있고 이러한 상표가 무단으로 사용된 경우에는 상표권 침해를 주장한다.

제 4 절 결 론

방송 포맷이 표절된 경우 방송 제작자로서는 위와 같은 단계로 대응 방안을 검토해 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 대응 방안은 일반적인 방안들을 예시로 든 것에 불과할 뿐, 구체적인 사례에 따라 위와 같은 대응 방안이 적절하지 않을 수도 있고, 논의되지 않은 더 효율적인 방안이 존재할 수 있으므로 권리자로서는 자신의 권리를 보호하기 위한 최선의 방안을 이끌어내기 위해 고민하고 노력해야 할 것이다.

제 8 장 결 론

방송 포맷의 경제적 가치가 날로 증대하고 있음에도 불구하고, 세계적으로 표절 사례는 빈발하고 있으며 그에 대한 적절한 보호도 이루어지고 있지 못한 것이 현실이다. 앞서 살핀 바와 같이 국내외를 막론하고 방송 포맷에 대한 저작권 침해가 인정된 사례는 매우 드물어 정당한 권리자들이 자신의 권리를 제대로 보호 받고 있지 못한바, 이는 방송 포맷 산업의 발전에 악영향을 미칠 것임이 명백하다. 방송 포맷의 보호를 위한 구체 방안에 대한 연구가 시급한 시점이다.

방송 포맷의 보호를 위해 가장 우선적으로 생각해볼 수 있는 것은 저작권이다. 저작권의 경우 세계적으로 어느 정도 공통의 이해를 가지고 있기 때문에 다른 권리에 비해 국제 분쟁에 있어 주장이 용이하다는 장점이 있다. 실제로 방송 포맷 표절 분쟁에 있어서 저작권 침해가 가장 빈번하게 주장되어 왔으나, 구체적인 사례에서 방송 포맷의 표절이 저작권 침해로 인정 받은 사례는 드물다. 이는 방송 포맷을 방송 프로그램의 아이디어나 컨셉으로 보는 경우에는 저작권의 보호 대상인 표현에 이르지 못했다는 이유로, 방송 포맷을 방송 프로그램을 구성하는 구체적인 음악, 미술 등의 요소로 보는 경우에는 양자의 유사성이 부족하다는 이유로 저작권 침해가 부정되는 경우가 많기 때문이다.

사업자들로서는 저작권 외에도 부정경쟁행위, 영업비밀 침해 행위 등을 주장해볼 수 있고, 실제로 그러한 사례들이 늘어나고 있으나, 부정경쟁행위, 영업비밀 침해 행위의 경우 각 나라마다 이를 규제하는 법률의 내용에 차이가 있고 그 적용에 여러 가지 조건이 존재하여 이를 근거로 국제 분쟁에서 방송 포맷이 보호되기에는 한계가 있다. 국제적인 포맷인증보호협회인 FRAPA (Format Recognition and Protection Association)가 제공하는 다양한 서비스를 통해서도 방송 포맷의 보호를 도모해볼 수 있겠으나, 어디까지나 강제력이 없는 협회에 불과하다는 점에서 마찬가지로 그 한계가 명확하다.

결국 현재로서는 방송 포맷의 표절 분쟁에 있어 분명한 해결책이 제시되고 있지는 못한 상황이다. 한국 방송 포맷의 경우 중국 사업자들에게 표절을 당하는 경우가 많은데, 이는 중국 정부가 표절 행위를 단속하는 데에 소극적인 입장을 취하고 있어 사실상 중

국 사업자들의 방송 포맷 표절을 부추기는 효과가 발생하고 있다는 점에서 비롯한다. 물론 이론적으로는 한국 방송 사업자들 또한 중국 정부기관에 저작권 침해 신고를 하거나, 법원을 통해 가처분 신청 또는 소 제기를 함으로써 자신의 권리를 보호할 수 있는 방안이 존재한다. 그러나 국내 방송사업자들로서는 이와 같은 중국 사업자의 방송 포맷 표절 행위에 대해 소송 제기 등 적극적인 조치를 하고 싶더라도, 중국 내 법적 구제수단에 대한 이용의 어려움, 법적 절차를 위해 소요되는 비용 부담 등뿐 아니라, 이러한 조치로 인한 중국 내 여론 악화 등 비즈니스 차원에서의 고려 사항들로 인해 좌절되는 경우가 많다.

결국, 방송 포맷 표절의 문제는 사업자들에게만 맡겨 놓을 수는 없으며, 정부 대 정부 차원에서 해결이 필요하다. 방송 포맷이 한국의 대중문화에서 상당한 비중을 차지하고 있다는 점을 고려하더라도 향후 한류의 지속적인 발전을 위해서는 정부 차원의 보호가 시급하다 할 것이다. 정부와 사업자의 상호 협력을 통한 적극적인 대응으로 한국의 방송 포맷이 세계적으로 가치를 인정받고 그 노력에 합당한 보호를 받기를 기대하며, 본 연구가 이러한 방송 포맷의 보호에 일조할 수 있기를 바란다.

참 고 문 헌

국내 문헌

- 권영준(2007), 『저작권침해판단론-실질적 유사성을 중심으로』, 박영사
- 박영길(2003), “저작권에 있어서의 아이디어 보호 - 미국 판례를 중심으로”, 『계간 저작권』 제16권 제1호
- 배진아(2008), “방송 시장의 포맷거래에 관한 연구”, 『방송과 커뮤니케이션』 제9권 제2호
- 배진아·박주연(2010), “TV 포맷의 유형화 탐색”, 『방송과 커뮤니케이션』 제11권 제1호
- 은혜정(2008a), “국제적 유통상품으로서의 TV 포맷의 최근 경향과 한국 포맷의 해외진출 가능성에 대한 연구”, 『한국방송학보』 제22권 제6호
- 은혜정(2008b), “방송포맷 산업현황과 포맷 개발의 필요성”
- 이준근(2013. 6.), “프로그램 포맷 수출 차세대 한류의 희망”, 『신문과 방송』
- 이해완(2012), 『저작권법』, 박영사
- 임원선(2014), 『실무자를 위한 저작권법』, 한국저작권위원회
- 정용준(2003. 1.), “떠오르는 아시아의 프로그램 포맷 시장”, 『방송문화』
- 정윤경·신지연(2010), “프로그램 포맷의 법적 위상과 보호방안에 관한 연구”, 『방송문화연구』 제22권 제1호
- 조영선(2016), 『지적재산권법』, 박영사
- 채정화·이영주(2010), “방송 프로그램의 포맷에 대한 저작권 보호 및 실질적 유사성의 판단 기준에 관한 연구”, 『언론과학연구』, 제10권 제1호
- 하윤금(2005. 5), “왜 프로그램 포맷을 이야기하는가”, 『방송문화』
- 한국저작권위원회(2014), “방송프로그램 포맷의 보호방안 연구”,
- 한국콘텐츠진흥원(2012), “방송 포맷의 권리보호 방안 연구”, KOCCA 연구보고서 12-40

한국콘텐츠진흥원(2015), “방송 수출입 현황조사연구”, KOCCA 연구보고서 15-12
홍순철·정윤경·신지연·김숙(2008. 12.), 『디지털미디어콘텐츠 포맷 산업 활성화를 위
한 지적재산권 기초연구』, 한국예술종합학교
홍승기(2015), “TV 방송프로그램 포맷 보호방안”, 『정보법학』 제20권 제2호

해외 문헌

Albert Moran(2013), 『TV Format Mogul』, Intellect Ltd.
Albert Moran(1988), Copycat Television: Globalization, Program Formats and Cultural
Identity, Indiana University Press
Writers Guild of America(2011), “2008 Theatrical and Television Basic Agreement”
路陆青(2016), “论电视节目模式的著作权法保护”
李薇(2016), “我国电视节目模式的法律保护路径探析”
邹桦(2012), “浅析电视节目模板的著作权保护—探究思想与表达二分法的新发展”, 『法制
博览』
朱谢群(2004), 『创新性智力成果与知识产权』, 法律出版社

저 자 소 개

박 성 수

- 서울대 법과대학원 박사
- University of Michigan Law School LL.M.
- 제 31 회 사법시험 합격
- 수원지방법원 부장판사
- 현 김·장 법률사무소 변호사

박 민 철

- 서울대 법과대학 학사
- U.C Berkely Law School (Visiting Scholar)
- 제44회 사법시험 합격
- 정보통신부, 방송통신위원회
- 현 김·장 법률사무소 변호사

이 지 은

- 서울대 공과대학 학사
- U.C Berkely Law School LL.M.
- 제46회 사법시험 합격
- 현 김·장 법률사무소 변호사

류 문 예

- 중국 후룬강대학교 서언학과 학사
- 중국 칭화대학교 법학석사
- 현 김·장 법률사무소 중국변호사

김 욱 일

- 고려대 법과대학 학사
- 제50회 사법시험 합격
- 현 김·장 법률사무소 변호사

김 유 진

- 고려대 법과대학 학사
- 고려대학교 법학전문대학원 석사
- 제5회 변호사시험 합격
- 현 김·장 법률사무소 변호사

이 영

- 중국 복단대학교 신문방송 학사
- 중국 인민대학교 법학 석사
- 삼성전자 상해지사
- 김·장 법률사무소 중국변호사

방송융합정책연구 KCC-2017-33

한류방송콘텐츠 포맷 포질 분쟁 연구

2017년 12월 30일 인쇄
2017년 12월 30일 발행

발행인 방송통신위원회 위원장

발행처 방송통신위원회

경기도 과천시 관문로 47

정부과천청사

TEL: 02-2110-1323

Homepage: www.kcc.go.kr
