

방송프로그램 포맷. 무엇으로 보고 어떤 기준으로 보호해야 할까?

-저작권법적 보호를 중심으로-

A Study on Legal Status and Standards of Infringement of Broadcasting Program Formats.

-Focusing on Copyright Law-

신 상 진*

Shin, Sang-Jin

목 차

- | | |
|----------------------|-------------------------|
| I. 서 론 | IV. 포맷의 성격을 무엇으로 볼 것인가? |
| II. 방송프로그램 포맷의 법적 보호 | - 저작권법상 위치에 대하여 |
| III. 대법원 “짜” 판결 분석 | V. 어떤 기준으로 포맷을 보호할 것인가? |
| | - 유사성 판단 기준에 대하여 |
| | VI. 결 어 |

방송 프로그램 포맷 시장이 확대되고 세계 시장에서 한국 방송프로그램 포맷의 인기가 높아지면서, 국내에서 포맷의 법적 보호 필요성에 대한 논의가 활발히 이루어져왔다. 그동안 포맷은 아이디어와 창작의 중간영역(gray area)에 놓여있다고 보아 저작권법의 보호 대상이 아니라는 게 일반적 시각이었으며 네덜란드, 미국, 영국 등 해외 포맷 강국들은 포맷의 법적 보호에 대해 일치된 입장을 보이고 있지 않다. 우리의 경우 2017년 11월 대법원이 에스비에스 “짜” 판결을 통해 리얼리티 프로그램의 저작권법적 보호를 인정하는 적극적인 판단을 내린 바 있다. 그러나 위 판결은 방송 프로그램 포맷을 저작권법적으로 보호할 수 있다는 결론만을 내리고 있을 뿐 포맷을 저작권법상 어떤 위치에서 보아야 하는지, 구체적인 침해 판단 기준이 무엇인지에 대해서는 명확히 제시하지 않고 있다. 포맷에 대하여는 그 자체

투고일 : 2018. 12. 31. / 심사외뢰일 : 2019. 1. 16. / 게재확정일 : 2019. 2. 7.

* (주)채널에이 · (주)동아일보사, 사내변호사

The Dong-A Ilbo · Channel A, In-house Counsel

를 독립된 하나의 저작물로 보는 방식, 편집저작물의 범주에서 보는 방식, 영상 저작물의 특정 형식에 한정된 창작적 요소로 보는 방식이 가능할 것이며, 이 중 편집 저작물의 범주에서 보는 방식이 구성요소의 선택과 배열의 특성에 집중하는 대법원의 판단취지에 부합하다는 점에서 적절하다고 생각한다. 포맷의 실질적 유사성 판단에 있어서는 프로그램 구성요소의 선택과 배열만을 대상으로 그것이 가져오는 전체적인 컨셉과 느낌의 유사도를 살피고, 각 구성요소들의 개별적인 유사도를 보조적으로 고려하여 판단하는 것이 포맷의 특성에 맞는 적절한 기준이 될 수 있을 것이다.

[주제어] 방송 프로그램 포맷, 저작권법, 편집저작물, 실질적 유사성, “짜” 판결

I. 서 론

매년 프랑스 칸에서 열리는 세계 최대 방송영상콘텐츠 마켓인 “미피티비(MIPTV, Marché International des Programmes de Télévision)”는 2010년부터 “미포맷(MIPFORMAT)”이라는 별도의 방송 프로그램 포맷 이벤트를 개최한다. 대규모 포맷 마켓과 함께 세계 각국의 신규 프로그램 포맷 쇼케이스가 열리는 위 행사에서 한국은 한국콘텐츠진흥원의 주도 아래 2016년부터 “케이 포맷”(K-Format)이라는 이름의 쇼케이스를 개최하여 한국 예능, 드라마 포맷의 판로를 적극적으로 개척해나가고 있다. 국내 방송 프로그램 포맷 수출 총액은 지상파 방송사업자의 경우 2015년에 전년 대비 391% 증가한 약 3,581만 달러이고 그 외 방송프로그램 제작자(PP, Program Provider)의 경우 전년 대비 144% 증가한 약 332만 달러에 이르며, 2016년 총 수출액은 약 5,492만 달러로 매년 증가추세를 이어가고 있다.¹⁾ 2017년에는 위 “미포맷” 행사에서만 약 3,769만 달러의 포맷 수출계약을 체결하기도 하였다.²⁾

방송프로그램 포맷 시장의 외연이 넓어지고 세계시장에서 한국 프로그램 포맷에 대한 주목도가 높아지면서 자연스럽게 방송 포맷의 가치를 법적으로 보호하기 위한 논의가 이루어져 왔다. 논의의 핵심은 주로 방송 프로그램 포맷을 창작적 표현으로 볼 수 있는지, 어떻게 보호할 수 있는지에 관한 것이었다. 2017년 리얼리티 방송 프로그램 포맷의 창작성을 인정하는 대법원의 적극적인 판결이 내려지면서, 이제 방송 포맷을 둘러싼 논의는

1) 정윤경/은혜정, 2017 방송포맷 수출입 현황 및 육성방안 수립 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2018, 34쪽.

2) 박정규, “중국 보고있나? ... 국내방송콘텐츠 해외시장서 성장세”, 뉴시스, 2017. 5. 16., <http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170516_0014897402&cID=10601&pID=10600>, 검색일: 2018.12.16.

저작권법적 보호의 가능성 아래 과연 포맷을 무엇으로 규정하고 어떤 기준으로 보호해야 할 것인지에 대해 구체적으로 이루어져야 할 시점에 이른 것으로 보인다. 이 글은 먼저 방송프로그램 포맷의 개념 및 저작권법상 보호 실익, 외국 법원의 태도를 살펴보고 위 대법원 판결을 자세히 분석한 후, 이를 바탕으로 포맷을 무엇으로, 즉 저작권법상 어떤 위치에 두고 보아야 하는지, 포맷 침해에 관하여 어떤 유사성 판단 기준을 적용해야 하는지에 대해 검토해보고자 한다.

II. 방송프로그램 포맷의 법적 보호

1. 방송 프로그램 포맷의 개념 및 성질

방송 프로그램 포맷에 대하여는 아직 명확한 정의가 내려지지 않은 상황이다. 방송 프로그램과 관련한 논의에서 포맷은 “시리즈로 제작되는 프로그램에서 각각의 에피소드를 관통하여 시리즈물 내내 변화하지 않고 유지되는 요소들의 집합을 가리키는 개념”으로 이해되며, 프로그램의 기획, 기본 틀, 컨셉 및 제작 노하우를 포함한다.³⁾ 포맷은 “일반적인 시놉시스와는 다르게 스크립트에 스토리 개요 이상의 광범위한 내용을 수반하여 시청자로 하여금 시리즈물을 연결시키는 통합 요소를 제공”하는 독특한 기능을 수행한다.⁴⁾

포맷의 개념은 방송사 간 소위 포맷을 “판매”한다고 이야기할 때 판매자가 구매자에게 어떤 급부를 제공하느냐를 살펴보면 그 실체를 이해하기 다소 용이해진다. 포맷을 판매할 때 판매자가 구매 당사자에게 “포맷 바이블”(Format Bible)이라는 문서를 제공하고, “플라잉 피디(Flying PD)”라는 인력을 파견하는 경우가 있다⁵⁾. 포맷 바이블은 일종의 방송프로그램 제작 매뉴얼로 샘플 스크립트, 플롯, 스토리라인, 캐릭터, 진행자 룰, 게임, 시청자와의 상호작용, 음악, 사운드효과, 비주얼 그래픽, 조명, 카메라워크, 편집⁶⁾에 이르기까지 거의 모든 구성요소에 대한 설명 또는 예시가 담겨 있다. 플라잉 피디는 해당

3) 손경한 편저, 방송저작권, 법문사, 2016, 58쪽.

4) 이상정/안효질/손승우/김형렬, 미래 저작권 정책방향 수립을 위한 연구, 한국저작권위원회, 2016, 61쪽.

5) 프로그램 기획단계 수준에서 프로그램 컨셉과 기획안, 초기 스크립트를 담은 “서면 포맷(Paper Format)”이 판매되는 경우도 있다.

6) 김명중/한선/정영희, 방송포맷의 권리보호 방안 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2012, 13쪽.

프로그램을 직접 제작한 경험이 있는 프로듀서로 구매자에게 파견되어 “포맷 바이블”의 구성요소에 대한 설명을 비롯해 응용방법, 바이블에 기재되어있지 않은 제작 노하우를 전수한다. 즉, 포맷은 프로그램을 구성하는 요소들이 제작 노하우와 함께 어우러져 그만의 고유함을 나타내는 특성 자체를 의미한다고 볼 수 있다.

방송 포맷에 관한 가장 활발 논의는 그것이 아이디어냐, 표현이냐 하는 성질에 관한 것이다. 저작권법상 보호 가능한 저작물이기 위해서는 표현에 해당해야 하는 바, 방송 포맷이 단지 아이디어에 불과하다면 포맷만을 그대로 차용해 동일한 방송 프로그램을 제작할 경우 저작권 침해로 보기 어렵다. 반면, 이를 아이디어의 구체적인 표현으로 본다면 저작권법상 보호가 가능하다. 그동안 포맷은 아이디어를 넘는 차별화된 특징이 있기는 하나 표현화 된 창작물로 보기는 어려우므로 그 중간영역(gray area)에 놓여있다고 보아, 저작권법의 보호 대상이 아니라는 게 일반적 시각이었다.⁷⁾ 이러한 시각 하에 포맷의 저작권법적 보호에는 분명한 한계가 있었으며, 2017년 11월 “짜” 대법원 판결⁸⁾이 나오기 전까지 법원 역시 타 방송 프로그램의 포맷을 그대로 차용한 경우에도 저작권 침해를 인정하지 않았다.

2. 저작권법상 보호의 실익(부정경쟁방지법상 보호 비교)

방송 프로그램 포맷을 차용하는 행위에 대해 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’) 제2조 제1호 차목(이하 ‘차목’) 또는 카목(이하 ‘카목’)의 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 보아 법적으로 보호하는 방안도 생각해 볼 수 있으며, 1999년 덴마크 고등법원은 “덴마크 라디오 사건”(Denmark Radio v. Cealdor Productions Limited)⁹⁾에서 포맷을 베낀 행위를 부정경쟁방지법(Danish Marketing Practices Act)에 의해 보호한 바 있다.¹⁰⁾ 그러나, 부정경쟁방지법 차목의 경우 침해자가 거래교섭이나 거래과정에서 아이디어가 포함된 정보를 제작자로부터 제공받아야 한다는 요건을 충족해야 하므로 적용대상이 한정적일 수 밖에 없으며, 카목의 경우는 “상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과”, “공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법”, “경제적 이익 침해”

7) 주자람/정윤경/조연하/홍원식, 방송프로그램 포맷의 보호방안 연구, 한국저작권위원회, 2014, 41쪽.

8) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결.

9) Danmarks Radio v. Celador Productions Limited (1999) UfR 1762, (2000) ECDR158.

10) Edward Humphreys(ed.), *International Copyright and Intellectual Property Law*, Jönköping International Business School, 2008, pp.89-90.

에 대한 입증 부담이 있어 창작성만 인정되면 곧바로 저작물로서 보호되는 저작권법에 비해 용이하게 보호받기가 어렵다. “짜” 대법원 판결 사건에서도 민법 제750조 불법행위 성립여부를 살펴보는 과정에서 카목 적용과 관련하여 프로그램 장르의 차이, 공통부분 외에는 독자적인 아이디어를 바탕으로 비용과 노력을 들여 창작적 요소를 담은 사실을 들어 침해를 부정하였으며, 하급심에서도 법률상 보호가치 있는 이익을 침해하였는지 불분명하고 실제적인 영업상 손해 발생을 단정할 수 없다는 점 등을 들어 불법행위 성립을 인정하지 않았다. 아울러 별도의 형사벌을 두고 있지 않는 부정경쟁방지법 카목, 차목과 달리 저작권법은 형사처벌이 가능하다는 점, 장기간의 보호기간이 있다는 점까지 고려한다면 방송프로그램 포맷의 저작권법상 보호는 포맷 창작자의 권리를 더 용이하게, 그리고 강력하게 보호할 수 있다는 점에서 분명한 실익이 있다고 하겠다.

3. 방송 프로그램 포맷에 대한 외국 법원의 입장

방송 프로그램 포맷의 저작권법상 보호에 관해 시사점을 가질 수 있는 외국 법원의 판결을 살펴본다. 포맷의 저작권법 보호에 적극적인 판단을 내리고 있는 네덜란드와 함께 대표적인 포맷 강국인 미국, 영국 법원의 입장을 기술하고, 그 외 국가들의 경우를 본다.

3.1 네덜란드

네덜란드는 미국, 영국과 함께 손꼽히는 프로그램 포맷 시장의 강국으로, 이러한 시장 상황에 부합하게 법원 역시 포맷 권리 보호에 적극적인 입장이다. 네덜란드 법원은 방송 프로그램 포맷의 창작적 표현 가능성을 인정하여 저작권 보호 대상이라고 보고 있으며, 대표적으로 “캐스터웨이 대 엔데몰” 사건(Castaway Television Production Ltd. & Planet 24 Productions Limited v. Endemol)¹¹⁾을 통해 이러한 시각을 보여주고 있다.

해당 사건은 “서바이버”(Survivor)라는 프로그램 포맷을 제작한 영국 캐스터웨이 텔레비전 프로덕션(Castaway Television Production Ltd., 이하 “캐스터웨이”)이 “빅브라더”(Big Brother) 프로그램을 제작한 “엔데몰”(Endemol)사에 대해 저작권 침해를 주장한 사안으로, 결과적으로 네덜란드 법원은 두 프로그램의 유사성을 부정하여 저작권 침해로 보지

11) Netherlands Supreme Court in The Hague, LJN number: AO3162 Case no.: CO2/284HR(2004. 4).

는 않았으나 “서바이버”의 프로그램 포맷이 12개의 요소들로 독창성을 가지고 조합된 저작물임을 인정하였다. “서바이버” 프로그램은 격리된 공간에서 제한된 자원을 가지고 참가자들이 일종의 생존게임을 벌이는 형식이었는데, 법원은 프로그램 포맷의 저작권 침해는 프로그램 구성요소를 선택하는 유사성이 인식 가능한 정도로 이루어진 경우에 인정할 수 있다고 보면서, 얼마나 많은 구성요소를 차용해야 침해에 해당하는지는 사안마다 다르게 평가되어야 한다고 보았다. 이러한 기준에 따라 두 쇼 모두 외부세계와의 단절 등 상당부분 공통점이 있음에도 불구하고, 참가자들이 고립된 장소와 카메라 촬영 기법 요소에 차이가 있음을 이유로 침해가 인정되기 부족하다고 보았으며, 전반적인 인상도 다르다고 판단하였다.

3.2 미국

미국에서 프로그램 포맷의 법적 보호는 저작권법보다 계약법에 의존하고 있으며 포맷은 그 특성상 아이디어로 분류되기 때문에 저작권법상 저작물 분류 기준에 포함되지 않는다.¹²⁾ 법원 역시 포맷 저작권 보호에 대하여도 부정적인 입장을 보이고 있는 것으로 보인다. 다만, 프로그램의 아이디어 자체는 보호하기 어려우나 아이디어의 편집물은 보호받을 수 있다고 본 “씨비에스 대 에이비씨”(CBS Broadcasting Inc. v. ABC Inc.)¹³⁾ 판결이 있으며, 이는 미국에서 리얼리티 포맷 프로그램에 대한 최초의 저작권 판결이라는 점에서 의미가 있다. “서바이버” 프로그램의 미국판 제작사인 “서바이버 프로덕션”(Survivor Production LLC)과 씨비에스 방송사는 에이비씨 방송사가 방영한 “나는 유명인, 날 여기서 꺼내줘!”(I’m a celebrity, get me out of here!, 이하 “셀러브리티”)이라는 프로그램이 “서바이버”의 저작권을 침해하였다는 이유로 방송금지 가처분을 신청하였다. 에이비씨는 “셀러브리티” 프로그램의 고립과 생존이라는 유사한 요소를 차용하는 한편, 일반인이 아닌 연예인을 참가자로 하고 유머러스한 분위기로 내용을 구성하였다. 뉴욕 남부 연방지방법원은 프로그램의 전체적인 컨셉과 느낌, 주제, 등장인물, 플롯, 사건 전개과정, 속도, 배경 등의 요소들을 비교하여 판단한 결과 두 프로그램이 실질적 유사성을 인정하기 어렵다고 보았는데, 구체적으로는 컨셉과 느낌에 관해 이를 좌우하

12) 김명중/한선/정영희, 앞의 책, 74쪽.

13) CBS Broadcasting, Inc. v. ABC, Inc., No. 02 Civ. 8813 (LAP), 2003 U.S. Dist. LEXIS 20258 (S.D.N.Y. Jan. 13, 2003).

는 톤이 “서바이버”는 심각한 반면 “셀러브리티”는 코믹한 분위기로 다르고, 프로그램의 가치 측면에서 전자는 예술성이 돋보이는 반면 후자는 홈비디오 같은 느낌으로 서로 다르다고 하였다.¹⁴⁾ 이에 더해 참가자에 의한 탈락자 선정과 시청자에 의한 탈락자 선정, 일반인 참가자와 연예인 참가자, 팀 체제의 경쟁과 개별 경쟁 등 각 표현 요소들이 상이하다고 보아 침해를 부정하였다.

3.3 영국

영국은 1993년 저작권법 제3조에 규정된 어문, 연극 및 음악 저작물에 방송프로그램 포맷을 보호하려는 시도가 있었으나 성공하지는 못하였으며, 포맷 보호에 관하여는 그동안 법원도 불확실한 입장을 취해왔다.¹⁵⁾ 그러나 최근 영국 고등법원이 주목할 만한 판결을 내렸는데, “범프 대 엔데몰”(Banner Universal Motion Pictures Ltd. v. Endemol Shine Group Ltd. & Anor)¹⁶⁾ 사건에서 포맷의 표현성 인정을 위한 최소한의 요건을 제시하며 포맷 보호에 적극적인 입장을 취하였다. “Banner Universal Motion Pictures Ltd.”(이하 “범프”)는 2003년 개발된 “미닛 워너”(MINUTE WINNER)라는 미니 게임쇼 포맷을 보유하고 있었는데, 참가자가 단 1분 동안 정해진 미션에 도전하는 내용이었다. 또한, 스튜디오 촬영 또는 길거리, 쇼핑몰, 집안 등 예상치 못한 장소에서 야외 촬영이 가능하고, 야외 촬영 시에도 사회자, 스톱워치, 촬영기사, 음향기사, 상품(방송 협찬물)만 있으면 되므로 저렴한 비용에 제작이 가능한 구성이었다. ‘범프’는 2005년 제작 협의 미팅 과정에서 스웨덴 방송사인 “프라이데이 티비”(Friday TV)에 “승리를 위해 당신에게 주어진 1분”(You have a minute to win it)이라는 캐치프레이즈와 함께 위 포맷을 공개하였는데, ‘프라이데이 티비’가 별도의 허락없이 위 포맷을 배포하여 2011년 영국 아이티비투(ITV2)채널에서 “미닛 투 윈 잇”(Minute to Win It)이라는 제목의 유사한 쇼 프로그램이 방영되기에 이르렀다. “범프”의 포맷 저작권 침해 주장에 대해 영국 고등법원이 받아들이지는 않았으나, 방송 프로그램 포맷이 “연극 저작물”로서 보호받을 수 있다는 점을 명확히 밝혔다. 법원은 최소한 TV 프로그램 포맷이 ① 명백하게 식별 가능한 수많은 특징들이 하나로 합쳐지는 경우 유사한 유형의 다른 프로그램과 구별되고 ② 이러한

14) 채정화/이영주, “방송 프로그램의 포맷에 대한 저작권 보호 및 실질적 유사성의 판단기준에 관한 연구”, 언론과학연구 제10권 제1호, 한국지역언론학회, 2010, 301-302쪽.

15) 이상정/안효질/손승우/김형렬, 앞의 책, 65쪽.

16) Banner Universal Motion Pictures Ltd. v. Endemol Shine Group Ltd. & Anor (2017) EWHC 2600(Ch).

현저한 특징들이 일관성 있는 틀 안에서 서로 연결되어 인식 가능한 형태로 반복적으로 복제될 수 있는 경우 TV 프로그램 포맷이 연극 저작물로서 보호될 수 있다고 보았다.¹⁷⁾ 나아가 이러한 판단 기준 아래, “미닛 위너” 포맷은 포맷 문서 내용으로 볼 때 그 내용이 불명확하고, 특징들이 하나로 합쳐져도 일관성 있는 틀이 없어 인식 가능한 형태의 차별성 있는 게임프로그램으로 복제될 수 없으므로, 침해가 인정되지 않는다고 판단하였다. 영국 법원의 위와 같은 판단은, 포맷이 창작적 표현임을 인정하는 한편, 연극 저작물의 범위에 적극적으로 포섭하여 이를 해결하였는 바, 포맷을 무엇으로 규정하여 보호해야 하는가에 대한 판단까지 내린 사례로 볼 수 있다.

3.4 그 외 국가들

독일의 경우 포맷은 저작권법상 보호받지 못한다는 입장으로, 대표적으로 “TV 디자인 사건”(TV Design v. Südwestrundfunk)에서 예능쇼 포맷은 프로그램 컨셉을 상세하게 설명하는데 불과하고 저작권법상의 저작물 예시에 포함되지 않는다고 판단한 바 있다.¹⁸⁾ 프랑스는 포맷이 창작성과 고정성 요건을 충족하지 못함을 이유로 저작권 보호에 부정적인 입장이나, 파리 지방법원이 포맷이 충분히 특정되고 개발자의 개성을 발현하는 창작적 선택의 결과라는 점이 입증된다면 저작권법상 보호를 받을 수 있다는 판단을 내리기도 하였다.¹⁹⁾ 남미권 포맷시장에서 큰 비중을 차지하고 있는 브라질의 경우, 법원은 TV 포맷이 저작권을 취득할 수 있는 작품이며 이를 모방할 경우 저작권 침해 및 부정경쟁 행위에 해당한다고 보고 있다.²⁰⁾

17) 박경신, “영국 법원, TV프로그램 포맷의 저작권 보호에 관한 가이드라인을 제시하다”, 저작권문화 2018년 2월호, 한국저작권위원회, 2018, 24쪽.

18) 홍승기, “TV방송프로그램 포맷 보호방안”, 정보법학 제20권 제2호, 한국정보법학회, 2016, 7쪽.

19) 홍승기, “방송프로그램 포맷의 저작물성”, 정보법학 제33권 제1호, 한국정보법학회, 2018, 47쪽.

20) 정윤경/은혜정, 앞의 책, 75쪽.

III. 대법원 “짜” 판결 분석

1. 판결내용

1.1 사실관계

주식회사 에스비에스(이하 “에스비에스”)는 2011년 3월 부터 “짜”이라는 제목의 영상물을 제작하여 방송해오고 있었는데, 해당 프로그램은 결혼적령기의 일반인 남녀가 “애정촌”이라는 공간에 모여 짝을 찾는 과정을 리얼리티 형식으로 녹화한 내용이다. 프로그램 참여자들은 생활비 집행, 의상 착용, 식사 방식, 개인정보 제공의 제한, 퇴소 등 “12강령”이라는 룰을 정해 이를 준수하면서 일주일 동안 자신의 이성 파트너를 찾는데 몰두하게 되는데, 시청자들은 성우의 내레이션과 함께 이러한 과정을 관찰자 시점에서 지켜보게 된다. 씨제이이엔엠 주식회사(이하 “씨제이이엔엠”)는 “에스비에스”의 위 프로그램을 본따 2개의 영상물을 제작, ① 2012년 자신의 “티비엔”(TVN) 방송채널의 “새러데이나잇 코리아”라는 예능 프로그램에서 “짜 재소자 특집”이라는 제목으로 약 6분 정도의 영상물을 4회에 걸쳐 방송하였고 ② 온라인 게임의 홍보를 목적으로 제작된 웹사이트에서 “짜꾼 게이머 특집”이라는 제목으로 3부에 걸쳐 총 46분 상당의 영상물을 전송하였다. 먼저 “짜 재소자 특집”의 경우 콩트 형식의 짜여진 극으로, ‘에스비에스’의 “짜” 프로그램에 참여한 남녀들이 재소자들이라는 설정 안에 코믹한 상황을 보여주는 것이 주요 내용이며, “짜꾼 게이머 특집”은 게임 홍보를 위한 이벤트성 영상으로 게임을 즐기는 사람들이 “애정촌 던전(Dungeon)”이라는 곳에 모여 주어진 게임 과제들을 수행하며 함께 게임을 할 상대방을 찾아가는 과정을 보여주는 내용이다. “에스비에스”는 2012년 “씨제이이엔엠”의 두 영상물이 “짜”의 복제권과 2차적 저작물작성권 및 저작인격권을 침해하였고, 위 제작, 방송이 부정경쟁행위에 해당함을 이유로 1억 5,000만원의 손해배상을 구하는 소송을 제기하였다.

1.2 하급심의 판단

2013년 8월 16일 내려진 서울중앙지방법원의 1심 판결²¹⁾과 2014년 7월 3일 내려진

21) 서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결.

서울고등법원의 2심 판결²²⁾ 모두 동일한 취지의 이유를 들어 저작권 침해를 부정하였다. 서울고등법원의 판단을 중심으로 살펴보면, 위 법원은 “짜 재소자 특집”, “짜공 게이머 특집” 모두 “짜”의 특정 장면이나 요소를 모방하여 제작되었음을 인정하면서도 각 프로그램과 “짜”의 8가지 구성요소들을 추려 비교한 바, 그 유사성을 비교하기에 앞서 각 특징들이 영상물의 창작적 표현에 해당한다고 볼 수 없으므로 저작권 침해에 해당하지 않는다고 판단하였다. 법원이 판단한 구성요소와 각 판단을 정리하면 아래 표와 같다.

〈표 III-1〉 대법원 “짜” 판결 프로그램 구성요소별 판단내용

구성 요소	법원의 주요 판단
제목 표현방식	간판에 표시된 ‘짜’ 글자는 독립한 창작물이 아니며 창작성 요소 없음.
등장인물 표현방식	‘1호’, ‘2호’ 등 인물을 익명화해서 부르는 방식은 아이디어에 불과.
‘애정촌’ 표현방식	짧은 단어 조합에 불과. 창작적 표현 아님.
상황과 공간 표현방식	‘12강령’이나 펜션을 보여주는 방식 모두 아이디어 내지 흔히 사용되는 것으로 창작적 표현 아님.
출연자 등장방식	차량으로 도착, 펜션 앞마당 입장, 남자출연자 등장 후 여자 출연자 입장 등 구성 모두 아이디어에 해당.
자기소개 표현 방식 프로필 정리 장면	흔히 사용되는 방식이며 독창적인 화면구성이나 기법이 없으므로 창작성 없음.
등장인물의 마음을 표현하는 방식	도시락을 들고 맘에 드는 이성을 선택한다는 설정은 아이디어에 불과 창작적 표현 아님.
제작진 속마음 인터뷰	짜짓기 프로그램에서 널리 사용되는 것. 창작성 없음.
가족과 전화 통화	아이디어 내지는 일반 예능 프로그램에서 출연자와 상대방의 통화 장면에 흔히 사용되는 방식
데이트권리를 얻기 위한 게임	게임 방식은 단순한 아이디어에 지나지 않아 창작성 있는 표현 아님.
프로그램 종료 마지막 장면	시청자에게 안내를 위한 내용에 불과하고 독창성 있는 표현 아님.
내레이션을 통한 사건 전개	평서체와 문어체 사용, 목소리의 톤을 높게 하고 속도를 빠르게 하는 등 특징은 아이디어에 불과
대사의 동일, 유사성 (“짜 재소자 특집”)	단순 정보전달 내용에 불과하거나, 관용적으로 사용되는 표현을 인용한 것에 불과해 창작적 표현 아님.

법원은 위 특징들을 비교한 결과, 프로그램의 각 요소에 유사한 부분이 있다 하더라도 그 비중이 미미한 바, “짜” 영상의 저작권법 보호대상인 창작적 특성이 ‘씨제이 이엔엠’의 두 프로그램에 나타난다고 보기 어렵고, 표현형식에 상당한 차이가 있다고 볼 수 없다는 판단을 내렸다. 프로그램의 각 구성요소들 자체는 아이디어로서 창작적 표현이 없음을 확인하면서, 소위 ‘포맷’이라는 영역, 즉 각 요소들의 집합 내지 조합이 가질

22) 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결.

수 있는 특성에 대하여는 별도의 실시 내지 판단을 내리지 않은 것이다.

1.3 대법원의 판단

대법원은 2017년 11월 19일 1심, 2심과의 결론을 달리하여 리얼리티 방송프로그램인 “짜”이 저작물로서 보호받을 수 있음을 명확히 판시하면서, “짜공 게이머 특집”이 “짜”의 저작권을 침해하였음을 인정하였다. 대법원의 판단 중 방송 프로그램 포맷의 창작적 표현으로서의 보호를 적극적으로 인정하였다고 해석되는 판시 부분은 아래와 같다.

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. 따라서 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.

즉, 법원은 하급심이 프로그램의 각 요소에 한정해서만 창작성을 판단하였던 기준에서 한 걸음 나아가, 그 요소들이 제작자의 적극적인 의도와 방침에 따라 선택, 배열된 방식, 그 전체적인 어우러짐 자체에 대하여 창작성을 판단할 수 있다고 본 것이며 그러한 창작적 개성이 저작권법상 보호받을 수 있다고 판단한 것이다. 법원은 이와 같은 판시에 따라 “짜” 프로그램이 창작성을 가지는 표현이라고 보았다. 구체적으로 ① 기존의 짜짓기 프로그램과는 달리 사회자 없이 출연한 남녀들이 한 장소에 모여 합숙 생활을 하면서 미리 정한 규칙에 따라 행동하고 그 과정에서의 상호작용을 객관적으로 관찰하는 점 ② 출연 남녀들이 짜를 찾아가는 모습을 최대한 꾸밈없이 드러나도록 하고 시청자들이 이를 객관적으로 관찰하는 느낌을 갖도록 여러 요소들을 선택하고 결합하는 점을 들며, “축적된 방송 제작 경험과 지식을 바탕으로 위와 같은 프로그램의 성격에 비추어 필요하다고 판단된 요소들만을 선택하여 나름대로 편집 방침에 따라 배열한 원고 영상물은 이를 이루는 개별요소들의 창작성 인정 여부와는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 구체적으로 어우러져 위에서 본 기존의 방송 프로그램과는 구별되는 창작적 개성을 가지고 있다”고 판단하였다. 나아가 법원은 위와 같은 전제 아래 각 프로그램 별로 실질적 유사성을 판단하였는데, 그 실시에 부합하도록, 개별 요소들을 분리하여 보았던 하급심의 판단과 다르게 요소들의 선택 및 배열의 특징에 있어 얼마나 유사한지를 살펴보았다. 먼저 “짜 재소자 특집”에 대해, 리얼리티 방송 프로그램이 아니라 전문

연기자가 출연하여 대본에 따라 연기하는 성인 대상 코미디물이라는 점에서 성격이 다르고, 현실에서 발생하기 어려운 과장된 상황과 사건들이 극 전개에 중심을 이루어 전체적으로 가볍고 유머러스한 분위기가 느껴지도록 표현된 특징이 있는 바, 프로그램의 성격, 등장인물, 구체적인 사건의 진행과 내용 및 그 구성 등에서 표현상 상당한 차이가 있다고 하면서 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 보았다. 반면, “짜깁기 게이머 특집”에 대하여는 남녀 출연자들이 애정촌에 입소해 이성을 찾아가는 기본 구조를 그대로 차용하고, 복장과 호칭, 자기소개, 도시락을 먹을 이성 선택, 속마음 인터뷰 등 영상물 구성의 핵심 요소들을 그대로 사용하고 있으며, 이러한 요소들이 구체적으로 어우러져 시청자들이 남녀들을 객관적으로 관찰하는 특징의 리얼리티 방송 프로그램을 보는 느낌을 갖도록 표현되었는 바, 결국 구성요소의 선택과 배열에 관한 “짜”의 창작적 특성이 담겨 있어 실질적 유사성이 인정된다고 판단하였다. 이 같은 결론에 따라, 대법원은 영상물에 관한 구성요소의 선택과 배열에 따른 창작성에 대해 제대로 심리하지 아니한 채 그 저작물성을 부정해 판단하여 법리오해 및 심리미진으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기·환송하였다.²³⁾

2. 판결의 의의 및 한계

2.1 판결의 의의 - 포맷의 저작권법상 보호 가능성

“짜” 대법원 판결은 저작권 침해를 판단하는 데 있어 “포맷”이라는 직접적인 단어를 사용하지는 않았다. 방송 프로그램 포맷의 저작물성을 인정하여 독립된 저작물, 즉 “포맷 저작물”로 본 것인지 여부에 관하여도 명확하지 않다. 그러나 “프로그램의 개별 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열된 구체적인 어우러짐” 자체를 창작적 표현 요소로 인정하였는 바, 최소한 방송 프로그램의 “포맷”이라고 부를 수 있을 만한 요소를 저작권법상 보호할 수 있다는 의미로 해석할 수 있을 것으로 보인다.

그 동안 드라마와 같이 미리 짜여진 극이 아닌, 리얼리티 쇼나 게임쇼 등 구체적인 구성요소가 반복되면서 하나의 특징을 갖게 되는 방송 프로그램 형식의 경우 저작권법적 보호를 받기 어려웠다. 드라마의 경우를 살펴보면, 예를 들어 “여우와 솜사탕 사건”²⁴⁾에

23) 파기환송심(서울고등법원 2017나28964)에 대하여는 2018. 5. 18. 당사자 간 조정이 성립되어 사건이 종결되었으며, 성립된 조정의 내용에 관하여는 아직 공개된 바 없는 것으로 보인다.

서 법원은 드라마 “여우와 솜사탕”의 대본과 방송이 “사랑의 뭐길래” 대본의 저작권을 침해하였는지에 대해 판단하면서 각 작품의 포괄적, 비문자적 유사성과 부분적, 문자적 유사성을 비교하였는데, ① 전형적인 장면을 제외한 부분에 있어 드라마의 구체적인 줄거리나 사건의 전개과정, 주요 등장인물들 상호 간의 갈등구조나 그 조합의 유사성 ② 동일하거나 유사한 대사가 등장하는 점을 들어 침해를 인정하였다. 해당 판결에서 법원은 포괄적, 비문자적 유사성을 판단할 때 각 캐릭터간 이야기 부분을 구분하는 한편, 남녀주인공 집안의 분위기, 학력, 결혼 과정의 마찰, 주인공 어머니들의 고교동창 관계, 결혼반대 등 서로 대응되는 12개 부분의 세세한 줄거리 전개와 27개에 달하는 각 주요 캐릭터의 성격, 구도의 공통점을 이유로 유사성에 대한 판단을 내렸다. 이러한 극적 저작물의 경우와 직접적으로 비교하기는 어려울 것이나, 만약 이러한 판단 기준을 리얼리티 쇼나 게임쇼에 적용한다면 프로그램의 ‘포맷’ 자체를 그대로 가져가 방송한다 하더라도 대본이나 영상 저작물 모두에 대해 저작권 침해의 판단을 내리기는 상당히 어렵다. 프로그램 구성 요소의 조합에 반복되는 특징이 있을지는 몰라도 출연자의 개성에 따라 줄거리 전개가 달라지고, 캐릭터의 성격과 구도가 회차별로 천차만별일 수 밖에 없는 바, 포괄적 비문자적 유사성이 인정될 가능성이 희박하기 때문이다.

“짜” 대법원 판결은 리얼리티 쇼나 게임쇼 등 극작의 형식이 아닌 경우에도 저작권법상 보호를 받을 수 있는 길을 열어 주었다는 점에서 의미가 있다.²⁵⁾ “짜” 사건에서 대법원이 창작성을 인정한 부분은 개별적인 구성 요소들의 짜여진 열개, 즉 “어우러짐”이다. 극작의 경우에서 구체적인 장면과 캐릭터 설정 등 세세한 서사적인 부분을 통해 창작성을 인정하고 실질적 유사성을 비교하였다면, 리얼리티 프로그램은 짜여진 서사가 없는 그 특성을 고려하여 기술적인 장치요소까지 포함, 즉 무대, 배경, 소품, 음악, 진행방법, 게임규칙의 다양한 요소들과 그 요소들의 어우러짐 자체의 창작적 개성을 인정한 것이다. 대법원은 해당 판결이 “리얼리티 방송 프로그램”의 경우임을 한정하면서, 이를 “구체적인 대본이 없이 대략적인 구성안만을 기초로 출연자 등에 의하여 표출되는 상황을 담아 제작되는”으로 정의하였다. 위 정의를 따른다면 “짜”와 같은 프로그램 외에도, 퀴즈 쇼나 게임쇼 등 다양한 오락성 예능 프로그램에 대해 동일한 기준을 적용할 수 있는 바, 폭넓은 저작권법적 보호가 가능할 것으로 보인다.

24) 서울남부지방법원 2004. 2. 16. 선고 2002가합4017 판결.

25) 이와 같은 견해로 홍승기, “방송프로그램 포맷의 저작물성”, 37쪽; 박진선, “리얼리티 프로그램 포맷 보호의 신호탄 - 대법원, SBS <짜>의 저작물성 인정”, 방송문화 2018년 봄호, 한국방송협회, 2018, 149쪽; 박성수 외6, 한류방송콘텐츠 포맷 표절 분쟁 연구, 방송통신위원회, 2017, 34쪽.

2.2 판결의 한계 - 포맷의 성질 규정과 침해기준 명확화 필요성

판결의 의의 부분에서 언급한 바와 같이 “짜” 판결을 통해 방송 프로그램의 포맷을 저작권법적으로 보호할 수 있다는 대법원의 결론이 내리진 것으로 볼 수는 있겠으나 위 판결을 통해 포맷을 저작권법상 무엇으로 보아야 하는지, 구체적인 침해 판단 기준이 무엇인지에 대해까지는 구체적인 실시가 없기 때문에 이를 알기 어려운 한계가 있다.

먼저 포맷을 무엇으로 보아야 하는지에 관한 문제는, 방송 프로그램의 포맷 자체가 저작물성이 있으므로 하나의 독립된 저작물 유형으로 볼 수 있는 것인지, 개별 저작물을 구성하는 창작적 표현 부분 정도로 볼 수 있는지 등에 대한 논의로, 이는 곧 포맷을 어떤 단계에서부터 보호할 수 있는지 문제와도 연관되어 있다. 앞서 언급한 바와 같이 방송 프로그램 포맷은 “포맷 바이블”까지 완성된 수준이 아니더라도 그 개발단계나 목적에 따라 “서면 포맷”이 완성된 수준에 있을 수 있다. 포맷 분쟁은 문서 형태의 포맷이 작성되었으나 그를 기초로 한 영상물이 제작되지 않은 상태에서 침해가 발생한 경우, 영상물까지 제작된 상태에서 침해가 발생한 경우, 영상물은 제작되었으나 제대로 된 문서 형태의 포맷이 없는 상태인 경우²⁶⁾ 등 다양한 상황에서 발생할 수 있다. 만약 포맷 자체를 하나의 저작물로 본다면 아직 영상화가 되지 않은 “서면 포맷” 수준일지라도 그 특징적 개성에 따라 저작권법상 보호가 가능할 수 있을 것이다. 반면, 개별 저작물의 창작적 표현 요소 정도로만 본다면 영상물이 제작된 후에야 영상저작물 또는 편집저작물 등 범주에서 보호될 여지가 있다. 현재 “짜” 대법원 판결은 이에 대한 논의나 명확한 결론이 없어, 판시 내용을 바탕으로 포맷의 다양한 침해 양상에 대해 예측 가능성을 확보하기는 아직 어려워 보인다.

“짜” 대법원 판결 실시만으로는 프로그램 포맷과 관련한 구체적인 저작권 침해 판단 기준을 알아내기에 한계가 있다. 대법원은 판시사항에서 “리얼리티 방송 프로그램이 저작물로서 보호받을 수 있는지”, “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때 고려하여야 할 사항”을 명시하여 해당 판결이 리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부 판단기준에 대해 보여주고 있다는 점을 나타내고 있으나, 침해 판단 기준에 대하여는 단지 “두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단할 때에는, 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 하고, 표현형식이 아닌 사상 또는 감정 그 자체에 독창성·신규성이 있는지를 고려하여서는 아니 된다.”는 다소 원론적인

26) 홍승기, 위의 논문, 38쪽.

내용만을 밝히고 있을 뿐 구체적으로 어떤 기준에 따라야 하는지를 명시하고 있지 않다. “창작적인 표현형식에 해당하는 것만”을 대비해 보아야 한다는 점을 강조한 취지로 미루어볼 때, 리얼리티 프로그램의 경우 개별적 요소 자체를 비교할 것이 아니라 이러한 요소들이 어우러진 열개, 그 열개를 통해 표출되는 특징만을 살펴보고 침해 여부를 판단해야 한다는 점은 분명히 한 것으로 보인다. 그러나 무엇을 판단 대상으로 해야 하는지에 대한 문제에서 더 나아가, 판단 대상의 어떤 점을 보아야 침해를 판단할 수 있는지, 방송 포맷이 얼마나 유사해야 침해로 볼 수 있는지, 그 유사성 정도를 판단하기 위해 어떤 점을 고려해야 하는지에 대하여는 “짜” 프로그램에 대한 판단내용만으로는 명확한 기준을 도출하기 어렵다.

IV. 포맷의 성격을 무엇으로 볼 것인가? - 저작권법상 위치에 대하여

“짜” 대법원 판결을 통해 방송 프로그램 포맷의 저작권법적 보호가 가능하다는 결론이 내려진 것으로 보이나, 아직 포맷의 성격을 무엇으로 규정하여야 하는지에 관한 명확한 판단이 내려지지 않은 것으로 보이는 바, 이에 대해 고찰해본다. ① 포맷의 저작물성을 인정하여 “포맷 저작물”이라는 하나의 저작물 유형으로 보는 방식 ② 편집 저작물의 범주에서 보는 방식 ③ ‘리얼리티 방송 프로그램’이라는 특정 영상 저작물에 한정하여 창작성 요소로 보는 방식에 대해 각 살펴본다.

1. ‘포맷’ 자체를 독립된 저작물로 보는 방식

가장 적극적으로, 방송프로그램 포맷의 저작물성을 인정하여 그 자체를 창작성이 표현된 하나의 저작물로 볼 수 있다. “포맷”을 저작물로 볼 경우, 방송 프로그램 포맷에 대해 가장 강하게 보호가 가능해질 것으로 보인다. 방송 프로그램의 기획단계에서 포맷 개발자는 자신의 아이디어를 구체화하여 프로그램의 주요 성분과 각 성분의 결합방식, 진행방법, 출연자의 역할 등 프로그램 기획 요소들을 정리하고 이를 서면화하며, 아이디어가 10페이지 가량의 문서로 작성되어 “서면 포맷”이 된다.²⁷⁾ “포맷”을 저작물로 보게 되면 방송 프로그램으로 제작되어 영상 저작물로서 보호하거나 “포맷 바이블” 형태로

27) 홍순철, 텔레비전 프로그램 포맷 창작론, 한울아카데미, 2010, 35쪽.

제작되어 어문 저작물로서 보호하지 않더라도 소재의 선택과 배열에 독창적인 특징만 드러나기만 한다면 이러한 “서면 포맷” 단계에서도 저작권법적 보호가 가능할 것이다. 실제 “서면 포맷” 단계에서 포맷이 판매되는 경우가 적지 않고, 앞서 살펴본 영국의 Banner Universal Motion Pictures Ltd. v. Endemol Shine Group Ltd. & Anor 사건의 경우와 같이 “서면 포맷” 단계의 프로그램을 제3자가 프로그램화하여 분쟁이 발생하는 경우가 있는 점을 고려한다면, 프로그램 포맷 제작자의 권리를 두텁게 보호하기 위해 포맷 자체를 저작물로 인정할 가능성이 있는 것이다. 아울러 “포맷” 자체를 저작물로 보호하게 되면, 그것이 최종적으로 어떤 형태를 통해 수용자에게 전달되는지에 관계없이 저작권 법상 보호가 가능한 이점을 생각해볼 수 있다. 앞서 언급한 “MINUTE WINNER” 게임쇼 포맷을 예로 들어보자. 다양한 장소에서 참가자들이 1분짜리 미션을 수행하는 방식이 구체성을 더해 하나의 “포맷” 저작물이 될 수 있다면, 이러한 게임쇼가 영상화된 방송 프로그램 뿐 아니라, 카메라를 거치지 않고 이러한 미션 수행을 대중 앞에 공연하는 것도 동일하게 저작권법의 보호를 받을 수 있을 것이다.

이와 같은 방식은 현재 저작권 제도에서의 저작권 등록에 대해 시사점을 준다. 저작자는 자신에 대한 정보와 함께 저작물의 제호, 공표 여부 등을 등록하여 한국저작권위원회에 저작권을 등록할 수 있으며 이를 통해 등록 저작물의 저작자로 추정되어(저작권법 제53조 제1항, 동조 제3항) 이에 대한 입증 책임을 전환하는 효과를 얻을 수 있다. 이러한 저작권 등록과정에 있어 문화체육관광부령에 따른 서식에 의해 등록신청이 이루어지는 데(저작권법 제55조 제1항, 동조 제2항), 저작권법 제4조 내지 제6조에 명시된 저작물의 유형에 따라 저작물의 종류를 기재하도록 요구하고 있으며 그 내용을 서류 또는 전자적 기록 매체로 제출하여야 한다. 이와 같은 신청방식에 맞추어 현재 방송 프로그램 포맷에 대해 저작권 등록을 하고자 할 경우 방송 프로그램의 기획안과 수 회분의 대본, 시놉시스 등을 어문저작물로 분류하여 제출하는 방법이 이용되어지곤 하는데, “포맷” 자체를 등록하는 것은 아니므로 해당 등록을 근거로 추정력의 효과를 주장할 수 있는지 확실치 않은 문제가 있다. 포맷을 저작물로 본다면 이를 별도의 유형으로 분류하고, 프로그램 구성요소 선택·배열의 창작적 개성을 소명할 수 있는 자료 제출을 통해 등록이 이루어질 수 있도록 제도의 개선이 요구되어질 것이다. 독립 비영리조직으로 2000년에 설립된 “프라파”(FRAPA, Format Recognition and Protection Association)의 경우, 지적재산권으로서의 보호를 목적으로 포맷 자체를 등록하도록 하여 인증하고 있으며, 구체적인 내용이 담겨있을 것을 권장하되 스크립트, 스토리라인 등 간략한 서면 형태로도 포맷 등록이

가능한 바²⁸⁾, 이를 참고 할 만하다.

그러나 “포맷”을 하나의 저작물로 볼 경우, 저작권의 보호범위가 너무 넓어지고, 아이디어와 표현의 경계가 지나치게 불명확해지는 문제가 발생할 수 있다. 서면 포맷이라는 초기 단계에서도 저작권법상 보호가 가능하다는 것은, 소재의 선택과 배열에 대한 창작적 개성을 나타낼 수 있다면 형태에 관계 없이, 즉 굳이 서면 포맷일 필요 없이 그것을 설명한 제작자의 진술이나 메모의 형태까지도 보호가 가능하다는 의미가 된다. 누군가는 머릿속에 짜놓은 아이디어를 말로 녹음해 놓은 후 그것이 하나의 포맷임을 주장할 수 있을 것이고, 누군가는 포맷을 형상화한 그림과 설명 정도로 저작물성을 주장할 수 있을 것이다. 이 같은 논리를 확장해가면 결국, 어느 단계가 보호할 수 있는 표현인지, 아이디어인지 가늠할 수 없게 되어버릴 수 있다. 아울러, 방송 프로그램을 제작하려는 자의 입장에서는 선행 프로그램들의 아이디어를 바탕으로 새로운 프로그램을 기획하는데 있어 큰 불안감을 가지게 될 수밖에 없으며, 자신이 만든 포맷이 이미 어딘가에 존재할 수도 있다는 생각에 창작 자체가 위축되어버릴 수 있다. 역으로 저작권법이 보호해야 할 창작의 가치가 침해되는 부정적인 결과를 초래할 수 있는 것이다.

2. 편집저작물의 범주에서 보는 방식

저작권법은 “저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 ‘소재’)의 집합물”을 편집물로 정의(제2조 제17호)하면서, “편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것”(제2조 제18호)을 편집저작물로 보호하고 있다. 이와 같은 정의에 따르면 방송 프로그램을 편집저작물로 보고 포맷을 편집저작물의 창작적 요소로 보아 저작권법상 보호하는 방식도 가능하다고 볼 수 있다. 편집물은 대표적으로 백과사전, 문학 전집, 판례집, 전화번호 등을 들 수 있는데 그 소재의 저작물성을 묻지 않고 소재의 창작적인 선택·배열에 의해 이루어지며, 수록된 개개의 저작물 등과는 별도로 그 전체가 독립한 저작물로서 보호된다.²⁹⁾ 방송프로그램 역시 영상, 그래픽, 캐릭터, 배경, 촬영기법, 게임 룰 등 저작물과 저작물이 아닌 다양한 소재들로 구성되고 이와는 별도로 그 소재들이 선택과 배열을 통해 독창적 개성을 가지게 되면 방송프로그램 자체가 독립한 저작물로 보호된다. “짜” 대법원 판결에서 리얼리티 방송 프로그램을 편집

28) 주자람/정운경/조연하/홍원식, 앞의 책, 11쪽.

29) 송영식/이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2011, 106쪽.

저작물로서 보호하는지에 대하여는 나타나지 않으나, 해당 프로그램이 “무대, 배경, 소품, 음악 진행방법, 게임 규칙 등 다양한 요소들로 구성”됨을 밝히면서, 그 요소들이 “선택되고 배열” 됨으로써 창작적 개성을 가지고 있는지를 고려해야 한다고 명시하고 있다. “소재”와 “요소”라는 개념의 차이만 있을 뿐 편집물의 저작물성을 인정하는 방식과 동일한 기준을 취하고 있는 것이다. 대법원 “썩” 판결 이전에도 방송프로그램 포맷에 대하여 “편집저작물”로 보거나 그와 같은 기준을 창작성을 인정할 수 있다는 주장이 국내 다수 제기된 바도 있다.³⁰⁾

구체적으로 포맷을 편집저작물의 특성에 대입하여 살펴보자. 편집저작물에서 ① 소재의 “선택”에 있어서의 창작성이라 함은 일정한 주제에 따라 편집물에 수록될 구성부분을 선별하는데 있어 기존의 저작물이나 각종 정보 등을 수집하되 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 버릴 것은 버리고 택하는 판단에 창작성이 있음을 의미하고, ② 소재의 “배열”에 있어서의 창작성은 단순히 선택된 소재 중 무엇을 앞에 두고 무엇을 뒤에 둘 것인지 그 순서를 결정하는 것 뿐만이 아니라, 지면이나 공간 속에서 어느 소재를 어느 위치에 배치할 것인지를 결정하는데 있어서의 창작성을 의미하며, ③ “구성”의 창작성은 소재의 ‘논리적 구조’의 창작성을 의미한다고 볼 수 있다.³¹⁾ 방송 프로그램 제작을 위하여 제작자는 일정한 제작의도나 방침에 따라 물, 캐릭터, 장소 등 다양한 요소를 선택하며, 이러한 선택 요소들을 프로그램 전체 흐름에 맞춰 시계열적으로 또는 하나의 화면 안에서 적절한 곳에 배치한다. “썩” 프로그램을 예로 든다면 프로그램 제작진은 출연자들의 선호도를 시청자들에게 어느 정도 보여주는 장치로서 도시락을 함께 먹을 이성을 고르는 이벤트를 선택할 수 있으며, 이러한 이벤트를 합숙과정의 초반부에 배치하거나 중반부에 배치하여 서로 다른 효과를 의도할 수 있다. 이러한 선택과 배열은 예로 든 하나의 이벤트 뿐 아니라 다양한 구성요소들과의 관계 속에서 제작진의 방침에 따라 조합되어 프로그램 특유의 독창적 개성을 나타낼 수 있으며, 이러한 창작성을 바탕으로 프로그램이 편집저작물에 해당함을 인정할 수 있는 것이다.

30) 정윤경/신지연, “프로그램 포맷의 법적 위상과 보호 방안에 관한 연구: 분쟁사례분석 및 법전문가 심층면접을 중심으로”, 방송문화연구 제22권 제1호, KBS 방송문화연구소, 2010, 213쪽; 김대규, “방송프로그램포맷의 저작권법상 보호방안”, 방송통신전파저널 통권 제50호, 한국방송통신전파진흥원, 2012, 14쪽; 채정화/이영주, 앞의 논문, 288쪽.

31) 오승중, “편집저작물의 특수성에 관한 고찰”, 홍익법학 제16권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 10쪽.

3. 영상 저작물의 특정 형식에 한정된 창작적 요소로 보는 방식

대법원의 판결을 아주 제한적으로 해석한다면, 오직 ‘리얼리티 방송 프로그램’이라는 영상저작물의 한 형식에 있어 특별한 창작적 요소를 인정했다고 볼 수 있다. 대법원은 판결문 전체에서 해당 판결이 포맷 일반에 대한 판단임을 드러내지 않고, 판시사항에서는 “이른바 ‘리얼리티 방송 프로그램’이 저작물로서 보호받을 수 있는지”, “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때 고려하여야 할 사항”, 판결요지에서는 “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는”이라고 명시하고 있어, 마치 “리얼리티 방송 프로그램”에 한정된 해석임을 반복하여 표시하는 듯 한 인상을 준다. 이와 같은 제한적 해석에 따를 경우, 결국 저작물로서 완성된 형태의 ‘리얼리티 방송 프로그램’이 전제되어야만 창작적 요소를 고려하게 될 가능성이 높고, 다양한 장르의 방송 프로그램에서 발생하는 표절이나 과도한 모방 등의 행위로부터 저작물을 보호하기 어려운 한계가 있다고 생각한다.

V. 어떤 기준으로 포맷을 보호할 것인가?

- 유사성 판단 기준에 대하여

1. 대법원의 침해 판단기준

앞서 언급한 바와 같이 “짜” 대법원 판결을 통해 살펴볼 수 있는 포맷 침해 판단기준은 실질적 유사성을 판단하기 위해 저작물의 어떤 부분을 놓고 비교해야 하는지 정도이다. 즉 대상 프로그램의 침해 여부를 판단하려면 창작적 요소인 “구성요소의 선택과 배열”을 놓고 살펴보아야 한다는 것이다. 다만, 대법원이 “짜” 프로그램에 대하여 실질적 유사성이 인정될 여지가 있다고 본 판단과정을 살펴보면, 이를 일반화하기는 어렵다 하더라도 어떠한 기준으로 판단을 내렸는지 가능해 볼 수는 있다. 개별 요소의 선택과 배열이 주는 영상물의 특징을 살펴보는 데 있어 법원은 프로그램의 전체적인 분위기를 중요하게 살펴보았다. “씨비에스 대 에이비씨” 판결에서 프로그램의 컨셉과 느낌을 좌우하는 톤이 한 쪽은 심각하고 예술성 있는 반면 다른 쪽은 코믹하고 흠비디오스러운 느낌이라고 비교 판단하였던 것과 유사하게 프로그램 성격에 맞춰 프로그램이 전체적으로 어떤

분위기를 풍기는지를 유사성 판단 기준으로 삼았으며, “짹 재소자 특집”의 경우 프로그램의 성격이 다르고, “짹”과 달리 가볍고 유머러스한 분위기가 느껴지도록 표현된 차이를 근거로 실질적 유사성을 부정하였다. “짹짹 게이머 특집”의 경우에도 구성요소의 유사점을 살피는 한편, 전체적으로 시청자로 하여금 동일한 특징의 프로그램을 보는 느낌을 갖도록 표현되었음을 이유로 실질적 유사성을 인정하였다. 즉, 대법원은 외관이론(total concept and feel test)에 따라 소재의 선택과 배열을 통해 프로그램이 주는 전체적인 컨셉과 느낌을 비중있게 살펴 판단한다고 해석할 수 있는 것이다.

외관이론은 실질적 유사성을 보는데 있어 저작물을 전체적으로 판단하는 방법으로, 개별적인 소재를 분할하여 판단하기보다는 소재의 선택과 배열에 집중하는 편집저작물의 접근방식과 일응 유사한 점이 있다고 평가된다.³²⁾ “포맷”이 선택과 배열의 개성적 특징 자체를 의미하는 것이고 그 개성적 특징이 어느 한 부분적인 요소만을 본다고 떠올려지는 것은 아니므로 전체적인 개념과 느낌을 중심으로 판단할 필요가 있는 바, 외관이론에 중점을 둔 대법원의 판단기준은 일견 합리성이 있다고 보인다. 다만, 외관이론은 ‘컨셉’은 그 자체가 저작권법으로 보호될 수 없는 요소이므로 이를 고려하는 것은 잘못이고, ‘느낌’은 비전형적이고 모호한 용어로서 법적인 분석이 불가능하다는 점에서 상당한 비판이 제기된다.³³⁾ 이러한 비판점을 고려해볼 때, 외관이론만을 전적으로 취해 방송프로그램 포맷의 실질적 유사성을 판단한다면 법관의 주관적인 판단에 따라 침해여부가 결정될 가능성이 있다는 점에서 그 한계가 있다. 대법원 역시 외관이론에만 의존해 실질적 유사성을 판단하지는 않은 것으로 보이며, 특히 “짹짹 게이머 특집”의 경우 “핵심 요소들을 그대로 사용”하고 있다는 점을 분명히 하며 유사성 인정의 근거로 삼기도 하였다.

2. 유사성 판단 기준의 정립

방송프로그램 포맷의 저작권법적 보호를 위해 “포맷” 침해의 판단기준을 정립할 필요가 있다. 명확한 침해기준에 따라 기존의 포맷은 그 독창적 개성을 법적으로 보호 받고, 다른 창작자 역시 침해행위에 대한 예측 가능성을 가지고 법의 테두리 안에서 새로운 창작행위의 동기를 가질 수 있다.

32) 오승중, 저작권법, 박영사, 2012, 993쪽.

33) 오승중/이해완, 저작권법, 박영사, 2000, 473쪽.

특히 실질적 유사성 판단 기준에 관하여, 편집 저작물의 실질적 유사성 판단기준을 참고할 필요가 있다. 대법원이 창작적 요소로 “포맷”을 지칭한 개념이 편집저작물과 유사하고, 포맷을 편집저작물의 범주 안에서 보호하는 것이 현재의 저작권법 체계에서 큰 변화 없이 보호의 목적을 이룰 수 있는 방법으로 보일 뿐 아니라, 프로그램 영상과 같이 구체적인 형태를 띠고 있는 단계에서의 보호를 통해 아이디어 보호로의 지나친 확장을 경계할 수 있는 이점이 있기 때문이다. 편집저작물의 경우 편집저작물을 전체로 복제하여야만 저작자의 권리를 침해하는 것은 아니며, 편집저작물 중 소재의 선택이나 배열에 관하여 창작성이 있는 부분을 이용하면 반드시 전부를 이용하지 아니하더라도 저작권을 침해한 것으로 인정된다. 일부 이용의 경우에도 그 이용량과는 관계없이, 그 부분이 소재의 선택 또는 배열에 있어 편집저작물의 일부라는 점이 연상 또는 감지될 정도라면 편집저작권이 미친다.³⁴⁾ 아울러, 편집저작물의 구체적인 실질적 유사성 판단에 있어서는 선택 또는 배열된 소재 자체가 얼마나 유사한가 여부도 고려되는 바, 동일한 소재선택의 가능성이 상당히 낮은 경우임에도 소재들이 유사할 경우에는 실질적 유사성이 인정되기 쉽고, 반대로 별다른 선택 가능성 없이 해당 소재들이 선택될 수밖에 없는 경우라면 그 자체로는 실질적 유사성을 인정하기 어렵다.³⁵⁾

방송 프로그램도 이와 마찬가지로, 이용한 양과 상관없이 소재의 선택이나 배열의 개성이 동일한지, 즉 “포맷”을 차용했는지 여부에 따라 저작권 침해를 판단하는 것을 원칙으로, 구체적인 실질적 유사성 판단 단계에서 “포맷”을 구성하는 각 요소들 자체의 유사성 역시 고려할 필요가 있다. 여기서 대법원이 “짜” 판결에서 적용한 것으로 보이는 외관이론에 비중을 둔 판단기준 역시 포맷의 유사성을 보기 위한 방식으로 합리성이 있다고 보이는 바, 함께 적용되어야 한다. 다만, 전체적인 컨셉과 느낌이라는 것은 보는 사람에 따라 주관적일 수 있으므로, 보충적으로 각 요소들이 얼마나 유사한지를 살펴 실질적 유사성에 대한 최종적인 판단을 내려야 할 것이다. 정리하자면, ① 방송 프로그램에 있어 유사한 분량이 어느 정도인지 볼 것이 아니라 구성요소의 선택과 배열이 유사한지를 살피고 ② 선택과 배열의 특징을 통해 프로그램이 주는 전체적인 컨셉과 느낌이 얼마나 유사한지 살피고 ③ 특징을 발현하는 각 구성요소를 얼마나 차용하였는지를 보조적인 고려 수단으로 활용하여 유사성을 판단하는 것이다. 앞서 살펴본 “캐스터웨이 대 엔데몰” 사례를 예로 들어보면, 두 프로그램의 소재의 선택과 배열이 주는 전체적인

34) 오승중, 앞의 책, 183쪽.

35) 최상필, “편집저작물의 창작성과 저작권침해”, 강원법학 제33권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 479쪽.

컨셉과 느낌이 유사한 것으로 보아 이에 중요도를 두고, 각 구성요소의 차용 정도를 보충적으로 살펴, 대부분의 구성요소가 일치도를 보이는 데 대해 원래 판결과는 달리 저작권 침해를 인정하는 결론이 나올 수도 있을 것이다.

VI. 결 어

“짜” 대법원 판결에 대해 방송프로그램 포맷을 독립된 저작물로 보호하는 의미로 해석하기는 어려울 것으로 보인다. 편집저작물의 저작물성 인정과 동일한 논리로 방송 프로그램 포맷을 창작적 요소로서 보호하는 방식을 취한 것이라 생각되며, 이와 같은 방식은 기존의 우리 저작권법 체계 안에서 큰 이질성 없이 적용 가능하고, 방송 프로그램에 대해 제작자의 창작 의지를 지나치게 제한하지 않으면서 포맷의 저작권법적 보호를 이룰 수 있는 방안으로 보인다. 아울러 포맷 침해에 대하여는, 구성요소의 선택과 배열만을 대상으로 하여 저작물의 전체적인 컨셉과 느낌을 중점적으로 보되, 개별 요소들의 차용 정도를 고려하여 실질적 유사성에 대한 판단을 내리는 것이 프로그램 포맷의 특성에 부합하는 적절한 기준이 될 수 있지 않을까 한다. 다만, 영상저작물의 각 구성요소가 편집저작물에서 규정하는 “소재”의 의미에 포섭될 수 있는지, 편집저작물의 범주에서 보게 된다면 영상물 제작단계 이전에 기획된 구체적인 포맷에 대한 보호가 부족해지는 것은 아닌지 등 다양한 비판점이 있을 것으로 보이며, 실질적 유사성 판단기준의 적절성에 대하여도 더 깊은 고민이 필요할 것이라 생각한다.

2018년 10월 국회 과학기술정보방송통신위원회 소속 김성수 의원이 방송통신위원회, 방송사, 방송 프로그램 제작사로부터 제출받은 ‘중국 방송사의 국내 포맷 표절 의혹 현황’에 따르면, 국내 방송사들의 프로그램 포맷이 별도의 라이선스 없이 중국에 방송된 건수는 총 34건에 달하며, 최근 2년간 발생한 건만 15건에 이른다.³⁶⁾ 비단 중국의 경우로만 좁혀서 생각하지 않더라도, 독창성과 상품성을 갖춘 한국 방송 프로그램 포맷은 국내 뿐 아니라 세계 어디에서든 저작권 침해의 대상이 될 수 있다. 물론, 방송 프로그램 포맷의 저작권법적 보호를 부정하는 중국이나 여타 외국의 방송 사업자에 대하여 저작권 침해의 문제를 제기하는 데에는 분명 한계가 있을 것이나, 국내에서부터 포맷의 저작권

36) 이정현, “‘미우새’도 ‘프듀’도...중국이 표절한 국내 예능 34건”, 연합뉴스, 2018. 10. 7., <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181007055300005?input=1195m>>, 검색일: 2018.12.16.

법적 보호에 대한 명확한 기준을 정립해 두는 것은, 최소한 국내에서의 침해를 방지하고 외국 제작사에 의한 침해에 대해 분명한 목소리로 보호를 요구하는 근거가 될 수 있다는 점에서 그 의미가 있다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 김명중/한선/정영희, 방송포맷의 권리보호 방안 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2012.
- 박성수와 6, 한류방송콘텐츠 포맷 표절 분쟁 연구, 방송통신위원회, 2017.
- 손경한 편저, 방송저작권, 법문사, 2016.
- 송영식/이상정, 저작권법 개설, 세창출판사, 2011.
- 오승종, 저작권법, 박영사, 2012.
- 오승종/이해완, 저작권법, 박영사, 2000.
- 이상정/안효질/손승우/김형렬, 미래 저작권 정책방향 수립을 위한 연구, 한국저작권 위원회, 2016.
- 정윤경/은혜정, 2017 방송포맷 수출입 현황 및 육성방안 수립 연구, 한국콘텐츠 진흥원, 2018.
- 주자람/정윤경/조연하/홍원식, 방송프로그램 포맷의 보호방안 연구, 한국저작권위원회, 2014.
- 홍순철, 텔레비전 프로그램 포맷 창작론, 한울아카데미, 2010.
- Edward Humphreys(ed.), *International Copyright and Intellectual Property Law*, Jönköping International Business School, 2008.

2. 학술지

- 김대규, “방송프로그램포맷의 저작권법상 보호방안”, 방송통신전파저널 통권 제50호, 한국방송통신전파진흥원, 2012, 14-26쪽.
- 박경신, “영국 법원, TV프로그램 포맷의 저작권 보호에 관한 가이드라인을 제시하다”, 저작권문화 2018년 2월호, 한국저작권위원회, 2018, 23-24쪽.
- 박진선, “리얼리티 프로그램 포맷 보호의 신호탄- 대법원, SBS <썸>의 저작물성 인정”, 방송문화 2018년 봄호, 한국방송협회, 2018, 147-170쪽.
- 오승종, “편집저작물의 특수성에 관한 고찰”, 홍익법학 제16권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 1-33쪽.

- 정윤경/신지연, “프로그램 포맷의 법적 위상과 보호 방안에 관한 연구: 분쟁사례분석 및 법전문가 심층면접을 중심으로”, 방송문화연구 제22권 제1호, KBS 방송문화연구소, 2010, 205-231쪽.
- 채정화/이영주, “방송 프로그램의 포맷에 대한 저작권 보호 및 실질적 유사성의 판단기준에 관한 연구”, 언론과학연구 제10권 제1호, 한국지역언론학회, 2010, 301-302쪽, 288-321쪽.
- 최상필, “편집저작물의 창작성과 저작권침해”, 강원법학 제33권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 473-501쪽.
- 홍승기, “방송프로그램 포맷의 저작물성”, 정보법학 제33권 제1호, 한국정보법학회, 2018, 29-58쪽.
- _____, “TV방송프로그램 포맷 보호방안”, 정보법학 제20권 제2호, 한국정보법학회, 2016, 1-29쪽.

3. 신문기사

- 박정규, “중국 보고있나? ... 국내방송콘텐츠 해외시장서 성장세”, 뉴시스, 2017. 5. 16., <http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170516_0014897402&cID=10601&pID=10600>, 검색일: 2018.12.16.
- 이정현, “‘미우새’도 ‘프듀’도...중국이 표절한 국내 예능 34건”, 연합뉴스, 2018. 10. 7., <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181007055300005?input=1195m>>, 검색일: 2018. 12.16.

[Abstract]

A Study on Legal Status and Standards of Infringement of Broadcasting Program Formats.

—Focusing on Copyright Law—

Shin, Sang-Jin*

According to the expansion of the broadcasting program format market and the increasing popularity of the Korean broadcasting format, a lively discussion of the legal protection of the broadcasting format has been taken place in Korea. The current opinion over the broadcasting program format is that the format is not the subject of the legal protection because the format is in the gray area between the idea and the expression. And the attitudes toward the broadcasting format of the nations which have a big power over the broadcasting format such as the America, Netherlands, England does not coincide one another. The Korean Supreme court, in 2017, November, have a positive ruling towards the broad casting format which have found that the reality program's copyright needs to be legally protected through the case of the SBS program "JJACK". But this ruling does not have definite standards of the infringement of copyright of the broadcasting program format and does not have concrete criteria of the opinion how to see the broadcasting format in the copyright law but to uphold the legal protection right of the broadcasting format. There are 3 attitudes toward the broadcasting format. The first is to see the broadcasting program format as a separate independent work, and the second is to see as a compilation work, and the third is to see as an element of the creation limited to the specific form of the cinematographic work. The second attitude seeing as a compilation work corresponds with the Korean Supreme court's opinion which concentrates on the selection of the components and the characteristics of the arrangement. In this regards, the second attitudes is proper position to see the broadcasting format as a copyright for the legal protection. When examining of the substantial similarity

* The Dong-A Ilbo • Channel A, In-house Counsel

of the broadcasting program format, first intensively look into the selection and the arrangements of the components of the program and see the difference of the concept and the feeling. And secondly see the individual similarity of the components of the format. This kind of approach can be the appropriate standard to distinguish the difference of the broadcasting program format considering the characteristics of the copyright in the light of legal protection.

[Key Words] broadcasting program format, copyright law, compilation works, substantial similarity, TV show “JJACK” case

