

MMORPGs에서의 머시니마와 공정이용 원칙에 관한 연구

서 계 원[†]

A Study of Machinima and Fair Use Doctrine in MMORPGs

Kye-Won Suh[†]

ABSTRACT

Machinima is a new medium of artistic expression that allows creators to produce faster and cheaper 3D animated works than ever before. However, the software owner controls all rights in the game. The principle of fair use allows for limited use of works without permission of the copyright owner for certain purposes. The application of the principle of fair use to any particular machinima will depend on the specific circumstances. In conclusion, in order to maintain the balance between the copyright owner and the user, the reasonable role of the court in Korea seems to be more important in interpreting the fair use clause.

Key words: MMORPGs, Machinima, Copyright Infringement, Fair Use Doctrine, Transformative Use, Non-Transformative Use

1. 서 론

MMORPGs는 대규모 다중플레이어 온라인 롤플레이팅게임(Massively Multiplayer Online Role Playing Games, 이하에서는 MMORPGs)을 말한다. MMORPGs를 운영하는 기업은 몇 대에서부터 수십 대에 이르는 서버를 사용해 하나의 가상 세계를 준비하고, 플레이어는 그 세계의 거주자가 되어 다른 유저와 협력 혹은 대립해 플레이할 수 있다. 특히, 비좁은 경계의 밖을 바꿀 수는 없는 다른 장르의 비디오 게임과는 대조적으로, MMORPGs는 플레이어가 스스로 그들의 의제를 설정하고 인터넷으로 연결된 수천(때로는 수백만의)의 다른 플레이어들과 매우 자세한 3차원 환경 속 어디에서든지 그들의 캐릭터를 조종할 수 있도록 한다. 더욱이 이러한 대다수의 게임들은, 플레이어들에게 그 가상 세계에서 그들의 캐

릭터의 외모와 인성, 그들의 소유물과 그의 거처를 공들여 만드는 데 있어서 광범위한 자유를 주는데, 이는 머시니메이터들(machinimators)에게 그 게임을 그들 자신의 창조적인 목표에 맞게 이용하기 쉽게 한다[1].

게임 제작 기술을 활용한 실시간 3D 애니메이션인 머시니마는 현재 미국의 게임팬덤에서 가장 왕성하게 제작되는 참여 문화의 한 종류이다. 또한 머시니마의 유행은 게임 산업의 새로운 기술과 관련 산업에 지대한 파급 효과를 만들어 내고 있다[2]. 대형 MMORPGs는 게임플레이만으로는 유저에게 전체적인 스토리를 전달하는 것이 불가능하기 때문에, 머시니마를 제작하여 영상적으로 유저에게 좀 더 구체적인 스토리를 전달하려고 노력하고 있다[3]. 최근 UCC(User Created Contents, 이하에서는 UCC) 문화가 게임을 통하여 진화하고 있다[4]. UCC는 사용

※ Corresponding Author : Kye-Won Suh, Address: (100-715) 30, Pil-dong-ro 1-gil, Jung-gu, Seoul, Korea, TEL : +82-2-2260-8652, FAX : +82-5-2260-3941 , E-mail : skwon@dongguk.edu

Receipt date : June 7, 2017, Approval date : June 7, 2017
[†] Dept. of Law, College of Law, Associate Professor, Dongguk University-Seoul

자들이 쓴 글, 게시판에 올리는 사진, 동영상 등 사용자가 직접 제작한 콘텐츠를 말한다[5]. 이들 영상 UCC 사이트들은 포토 전문 UCC, 실시간방송, 플래시 기반의 UCC 등과 같이 다루는 내용도 다양하다[4]. 아울러 유저들도 머시니마를 제작하여 UCC를 통해 다른 유저들과 지속적으로 게임스토리를 즐기고 있다[6]. 그러나 국내의 게임업계에서는 아직 이러한 독립된 매체 문화로 자리잡고 있는 머시니마에 대하여 체계적으로 연구되어 있지 않다.

머시니마는 게임 엔진(Game Engine)에서 실시간으로 생성되는 그래픽으로 제작되고 CG(Computer Graphic, 이하에서는 CG) 영화에 비해 품질이 떨어지지만, 간단한 공정을 거쳐 적은 비용과 빠른 시간 안에 제작할 수 있다는 장점이 있어 UGC(User Generated Contents) 등에 활발하게 사용되고 있다. 게임 엔진 기술이 발달하고 실력을 갖춘 아마추어들의 등장에 힘입어 최근에는 과거 CG 영화에 근접하는 품질의 머시니마 작품들이 등장하고 있다.

본 논문에서는 공정이용 원칙을 규정하고 있는 미국 연방저작권법 제107조 및 우리나라 저작권법 제26조의3을 살펴보고, 공정이용 원칙을 머시니마에 적용하여 이를 분석하도록 한다. 그 결과 개별적이고 구체적인 머시니메이터의 제작행위에 따른 저작권 침해 가능성을 검토하고, 이에 따른 시사점을 도출하도록 한다.

본 논문의 구성은 다음과 같다. 제2장에서 본 논문의 기본 이론이 되는 머시니마의 개념과 특징을 살펴본 다음, 제3장에서 미국에서의 머시니마와 공정이용 원칙을 설명한다. 여기에서는 공정이용의 네 가지 요건을 하나씩 검토하고, 머시니마에 적용하는 순서로 서술한다. 그리고 제4장에서는 우리나라의 머시니마에 관한 저작권 법리를 검토하고 구체적인 머시니메이터의 행위에 따른 공정이용 원칙의 적용가능성을 위해 네 가지 요소들을 하나씩 객관적인 지표로 비교하여 이를 평가하고 제5장에서 결론을 맺는다.

2. 머시니마의 개념과 특징

2.1 머시니마의 개념

머시니마(Machinima)는 컴퓨터 게임 엔진(Machine), 영화의 속성(Cinema), 애니메이션의 표현력(Animation)을 결합한 합성어로서, 컴퓨터 게임 엔

진으로 만드는 CG 동영상을 가리킨다. 본래의 어원은 머신(Machine)과 영화(Cinema)가 합쳐진 머시네마(Machinema)였으나, 머시니마(Machinima)로 철자가 잘못 알려진 이후에는 현재의 용어로 굳어지게 되었다고 한다[4]. 컴퓨터게임의 기술적 발전과 대중화로 인해 게임 플레이어들은 게임 엔진을 이용하여 영상적 표현방식을 만드는데, 이들은 자신들의 플레이 장면을 기록하여 편집 작업을 거쳐 대중에게 보여준다[6].

머시니마는 컴퓨터 그래픽 기술을 이용하여 만드는 영화의 일종으로, 게임 엔진 기술을 이용하여 영화와 애니메이션의 장면을 만들고, 실시간으로 제작하여 하나의 작품을 만들게 된다. 전통적인 영화와의 차이점은 배우, 장시간의 제작기간, 막대한 제작비용을 요구하는 단일 스토리인 전통 영화와는 달리, 머시니마는 게임 엔진을 이용하여 이미 제작된 배경과 배우 등 3차원 그래픽의 애니메이션을 단시간 내에 만들 수 있으며 후반에 성우의 더빙 및 효과음 정도의 작업을 추가하면 저렴한 제작비와 제작기간으로 멀티 스토리를 만들 수 있다는 특징이 있다. 즉, 게임 엔진을 이용하여 영화를 만드는 시대로 진화한 것이라고 말할 수 있다[7].

2.2 머시니마의 특징

머시니마가 각광을 받게 된 이유는 머시니마가 가지고 있는 게임 데이터의 활용이라는 장점 때문이다. 첫째, 기존 CG 영화, 3D 애니메이션 제작과정에 비해 비용이 적게 든다. 이미 게임에 있는 캐릭터들을 모델링하고 지형지물 등을 이용하여 연출적 편집을 하는 과정이기 때문에 따로 데이터를 만들 필요가 없이 개인 컴퓨터와 영상제작에 필요한 몇 가지 소프트웨어만 있으면 된다. 둘째, 기존 CG 영화, 3D 애니메이션 제작과정에 비해 시간이 적게 든다. 머시니마는 게임에 이미 세팅된 환경에서 영상을 리얼타임으로 만들어 내기 때문에 레코딩 과정만 있으면 된다. 머시니마는 영화의 사전시각화(Pre-visualization), 게임 내 컷씬(Cut Scene), UGC(User Generated Contents)등 다양한 용도로 사용되고 있다[8]. 이러한 장점에도 불구하고, 대중화가 되기에는 여러 가지 한계를 가지고 있다. 게임소스를 사용한다는 것은 표현에 있어 게임에 의존할 수밖에 없어 다소 부자연스럽다. 그러나 에픽게임즈(Epic Games)에 의해 개발

된 언리얼 엔진3(Unreal Engine3) 등 게임 엔진의 발달로 영상의 표현력이 많은 발전을 거듭하고 있고, 모션캡처, 폴리몰프 등 기존 애니메이션 기술의 도입으로 캐릭터들의 움직임 또한 자연스러워지고 있는 추세이다[6].

머시니마는 일부 유저들에 의해 만들어지는 UCC 형태의 머시니마와 영화 제작사와 같이 전문적인 스튜디오에 의해서 만들어지는 머시니마로 나눌 수 있다. 예컨대, Illclan animation studios는 머시니마를 제작하기 위한 목적으로 자체 툴을 만들었고, <Tiny Nation>이라는 애니메이션 필름을 제작하여 발표하였다. <사우스파크> 시즌10의 8, 9화는 MMORPGs <월드오브워크래프트>를 활용한 머시니마를 오리지널 사우스파크 애니메이션 내에 삽입시킴으로써 흥미로운 스토리텔링을 선보이기도 했다[9]. 그러나 전문적인 회사의 작품으로서 머시니마는 3D 디지털 애니메이션 회사와의 경쟁에서도 크게 밀릴 수밖에 없다.

3. 미국에서의 머시니마와 공정이용 원칙

3.1 미국의 관련규정

미국의 공정이용 원칙(Fair Use Doctrine)은 *Folsom v. Marsh* 사건[10]에서 비롯되었다. 미국연방대법원에서는 “공정이용은 저작권침해 주장에 대하여 소송상 항변(affirmative defense)으로 작용한다.”라고 판시하였다. 이 원칙은 보통법의 원칙으로 발전하였고 1976년에 저작권법에 성문화되기에 이른다. 공정이용을 규정하고 있는 미국 연방저작권법 제107조는 법원으로 하여금 다음 네 가지 요건을 고려하도록 지시한다. 네 가지 요건으로는 (i) 그 이용의 목적과 성격, 그러한 이용이 상업적 이용인지 혹은 비영리적 교육적 목적인지 여부를 포함하는, (ii) 저작물의 성격, (iii) 전체로서 저작물과 관련되어 이용된 부분의 양과 상당성, 그리고 (iv) 잠재적 시장에 대한 그 이용의 효과 혹은 저작물의 가치가 있다[1].

3.2 네 가지 요건들(Four Factors)

① 제1요건: 이용의 목적과 성격(the Purpose and Character of the Use)

공정이용 판단의 첫 번째 요건은 법원은 “그러한 이용이 상업적 성격인지 혹은 비영리 교육적 목적인

지를 포함하는 이용의 목적과 성격”을 검토할 것을 요구한다. 레발(Pierre Leval) 판사[11]는 다른 세 가지 요건이 저작권자의 이익을 형량하는 데 비해, 이 요건은 저작물 이용자의 정당성을 확립한다고 하면서 “공정이용의 정신(soul of the fair use)”이라고 규정하였다.

주로 이용이 상업적 목적인지의 여부와 변형적 이용(transformative use)인가를 공정이용의 판단 요소로 삼는다. 그러나 영리적 목적을 가지면 언제나 공정이용이 될 수 없고 비영리적 목적을 위한 것이면 무조건 공정이용이 될 수 있는 것은 아니다[12]. 변형적 이용은 공정이용의 판단에 유리한 요소로 작용할 가능성이 많다.

② 제2요건: 저작물의 성격(the Nature of the Copyrighted Work)

공정이용 판단의 두 번째 요건은 원저작물이 저작권법이 장려하고 보호하고자 하는 종류의 범위에 해당하는지 여부와 관계된다. 이 분석에 의하면, 이용되는 저작물이 출판된 저작물(published works)과 출판되지 않은 저작물(unpublished works)인지, 그리고 사실에 기반을 둔 저작물(factual works, non-fiction)과 창작적 저작물(creative works, fiction)인지 여부가 문제가 된다. 공정이용은 출판된 저작물보다는 출판되지 않은 저작물에 대하여, 사실에 기반을 둔 저작물보다는 창작적 저작물에 대하여 더욱 제한적으로 적용된다[13]. 논픽션(nonfiction)에서는 사실적 이용의 필요성이 높기 때문에 그 창작에 있어서 중요한 부분에 창작적인 방법이 이용되었다 하더라도 그 부분이 주로 사실적인 내용이라면 사실에 관한 저작물로서, 공정한 이용이 될 가능성이 높다.

③ 제3요건: 이용된 부분의 양과 상당성(the Amount and Substantiality of the Portion Used)

공정이용 판단의 세 번째 요건인 ‘전체로서 저작물과 관련하여 이용된 부분의 양과 상당성’은 복제의 목적과 직접적으로 관련되어 있다. 법원은 이용된 부분의 양을 검사하고 그 이용목적에 비추어 과도한 것은 아닌지 결정한다[1]. 이 기준은 양과 질적인 측면을 모두 포함하고 있으며, 법원은 보호되는 저작물의 상당한 부분과 내용상 본질적 부분이 복제된 경우에는 공정한 이용으로 판단하지 않는다. 즉, 일단 양

적으로 적은 부분이 이용된 경우 공정이용에 해당될 수도 있지만 그것이 본질적 부분인 경우에는 공정이용이 되지 않는다.

④ 제4요건: 저작물의 잠재적 시장 혹은 가치에 대한 그 이용의 효과(the Effect of the Use Upon the Potential Market for or Value of the Copyrighted Work)

공정이용 판단의 첫 번째 요건에 부가하여, 여러 법원과 평석자들은 명확하게, 그리고 암묵적으로 공정이용 심사의 가장 중요한 요건으로 네 번째 요건을 제시해왔다. 이는 흔히 법원에 의해 공정이용 여부를 검토하는 데 가장 중요한 요소로 간주되나, 다른 세 가지 요소와 함께 검토되어 판단된다고 보는 것이 옳다고 한다. 이 기준은 2차적 저작물 시장을 원저작물의 창작자들이 일반적으로 발전시키거나 다른 사람들이 발전시키도록 이용허가를 해 줄 것으로 정의하면서, 2차적 저작물을 위한 시장의 피해를 고려한다. 허락된 2차적 저작물의 이용허가로부터 나오는 부수적인 시장은, 만일 그 문제되는 이용이 허락받지 않은 2차적 저작물을 만드는 것일 뿐인 경우에는 피해를 입게 된다[1]. 즉, 저작물의 시장 또는 가치에 대해서 실제로 손해를 입혔을 필요는 없지만, 잠재적 시장에 실질적인 불이익을 야기한 경우에는 공정이용이 인정되지 않는다.

3.3 공정이용 조항을 머시니마에 적용

① 제1요건과 제4요건의 적용

제1요건은 머시니마가 지닌 잠재적인 특성, 곧 변형 가능성이 매우 높다는 점 때문에 매우 중요하다. 레벨(Leval) 판사의 지적과 같이, 첫 번째 요건을 공정이용의 정신으로 특징짓는 것은 타당하다. 이 요건은 2차 사용자(secondary user)에게 어떻게, 그리고 어느 정도로 그의 조치가 공정한 이용의 근본적인 방법을 더욱 발전시켜야 하는지, 다시 말해 “사회를 풍요롭게 하기 위하여 새로운 정보, 새로운 미학, 새로운 통찰과 이해의 창작에 의해 변형된, 소재로서” 현존하는 저작물을 이용하는 것을 보여줄 것을 요구한다.

제4요건인 시장의 대체성 문제에 있어서 법원이 전통적으로 판단해 왔던 세 가지 범주를 구분할 필요가 있다. 첫째는 저작권자가 여러 가지 이유에서, 문

제되는 이용을 활용하는 데 관심을 보이지 않는 경우이다. 대표적으로 패러디와 비판적 평론이 이 범주에 해당된다. 두 번째는 저작권자의 의사와 상관없이 이용을 할 수 없는 상황이다. 이러한 상황에서는 피해가 발생하지 않고 공정하게 만드는 저작권자의 이용이 무의미하거나 불가능한 경우이다[14]. 따라서 기술적 혹은 영업적 환경의 변화로 저작권자가 그러한 이용을 할 수 있고 그 실익이 존재한다면, 네 번째 요건의 피해를 인정할 수 있고 이 경우에는 공정이용의 가능성은 줄어들 것이다. 셋째, 저작권법이 저작권자에 대하여 그 시장을 활용하고 할 수 있는 경우임에도 권한을 부여하기를 거부하는 경우의 이용이 있다. 이 범주는 매우 변형적인 저작물을 포함하는데, 저작권자의 권리를 부정하는 것이 저작권법의 목적에 더욱 부합하기 때문이다.

MMORPGs는 플레이어 자신이 그의 캐릭터에 이름을 붙이고, 생김새를 결정하고, 무엇을 입을 것인지도 결정하며, 가장 중요한 것은 다른 플레이어들과 상호작용을 통하여 그 자신만의 개인적 스토리를 만들어가며 자신의 게임 경험을 가진 주인공을 창조한다는 사실을 매력적인 특징으로 홍보한다. 머시니마에 의해 대표되는 새롭고 다양한 형태의 변형이 가능하고, 상업적 목적을 판단하는 것도 쉽지 않다. 머시니메이터(machinimator)들은 게임의 동영상뿐만 아니라 가상 세계에서 보호되어야 할 스토리 요소를 침해하는 머시니마를 만들 수도 있고, 이 경우에 저작권자는 스토리와 등장인물에 관한 저작권침해 문제를 주장할 수 있으며, 이때 공정이용의 제1요건 하에서 2차 저작물의 목적을 분석하는 복잡한 과정이 필요할 것이다. 한편 영화제작자가 빈 주차장이나 도시의 거리를 이용하는 것과 같은 방법으로 이용하는 것도 가능하며, 이 경우에는 배타적으로 저작권침해라고 주장된 동영상 저작물에 초점을 맞추게 될 것이다.

② 제2요건의 적용

머시니메이터들에 의해 채택된 비디오 게임은 출판된 저작물이고, 따라서 출판/비출판 이분법은 별다른 영향을 미치지 못한다. 또한 대부분의 비디오 게임들은 그 내용이 있어 사실적이라기보다는 대부분 창작적이다. 따라서 본 요건은 문제된 머시니마가 변형적인 것으로 해석되는 경우에는 중요한 의미를

찾기 힘들다. 다만, 머시니마가 변형목적이 거의 없다고 해석되는 경우 이 요건은 머시니메이터들에 대해 매우 중요하게 될 것이다.

③ 제3요건의 적용

공정이용 판단의 제2요건과 같이, 제3요건의 중요성은 제1요건 하에 나타난 변형목적이 정도와 형태에 따라 다양해질 것이다. 이 요건을 충족시키기 위해서, 2차 사용자는 그 목적을 얻는 데 필요한 범위 내에서만 저작물을 이용했다는 것을 입증해야 한다.

첫째 양적인 이용에 대해서는, 예를 들어 게임의 가상적 환경을 영화를 찍는 방법으로만 이용했다면, 문제된 머시니마가 가진 변형목적을 염두에 둔 상태에서 취해진 자료의 양적, 질적 범위 모두를 분석하여 검토해야 한다. 침해된 저작물은 언제나 그 게임의 동영상적 측면을 포함하고 있기 때문에 법원은 무엇이 전체로서의 저작물을 구성하는지를 결정해야 한다. 머시니마 비디오는 싱글 프레임보다는 더 많은 양을 사용하지만, 대부분은 유튜브의 10분 제한에 알맞은 정도로 짧고, 평균 MMORPGs 플레이어가 사용하는 시간과 비교하면 적은 양이다.

둘째 질적인 이용에 대해서는, 머시니마에는 게임의 스토리 요소가 없거나, 있더라도 우연히 포함된 것이어서 장면을 취한 것의 중요성을 판단하는 것은 매우 어렵다. MMORPGs의 많은 플레이어는 강요된 규칙에도 불구하고 스스로 스토리를 만들어 내는 경우가 많기 때문에, 특정 이용자의 개인적 경험이 그 게임에서 핵심이라는 점을 주장할 수 있다면 매우 유용할 것이다.

4. 우리나라에서의 머시니마와 공정이용 원칙

4.1 우리나라의 관련규정

우리나라는 기존의 권리제한 규정을 그대로 두고 추가적인 일반조항의 조문을 신설함으로써 입법조항으로 인하여 발생할 수 있는 규율의 공백을 메우려는 방식으로 미국의 공정이용을 일부 도입하였다. 미국의 공정이용 조항을 도입한 이후에 저작권법이 일부 개정되었는데, 그 내용은 다음과 같다[15].

공정이용 조항은 다양한 분야에서 저작물 이용행위를 활성화함으로써 문화 및 관련 산업을 발전시키는 중요 목적을 수행하여야 할 것이나, 그 목적 및

고려 사항이 제한적이어서 목적 달성에 어려움이 있는 바 이를 정비할 필요가 있어 저작권법 제35조의3 제1항의 '보도·비평·교육·연구 등' 공정이용의 목적을 삭제하고, 제2항의 공정이용 판단 시 고려사항 중 '영리 또는 비영리성'을 삭제하였다[법률 제14083호, 2016.3.22., 일부개정].

저작권법 제35조의3(저작물의 공정한 이용) 제1항에서는 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다고 규정하고 있다.

제2항에서는 저작물 이용행위를 판단하는 고려요소로 (i) 이용의 목적 및 성격, (ii) 저작물의 종류 및 용도, (iii) 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, (iv) 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향을 들고 있다[16].

4.2 네 가지 고려사항

① 제1요건: 이용의 목적 및 성격

개정 전에는 '영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격'으로 규정되어 있었으나, 이번 법 개정으로 이 부분은 삭제되었다. 그러나 저작물의 이용이 영리적 목적을 가진 것인지 여부는 여전히 중요한 고려요소의 하나로 작용하고 있다. 상품광고의 경우가 영리성 또는 상업성의 정도가 가장 높은 편에 속하는 것은 사실이지만, 다음의 경우에는 공정이용의 가능성이 전적으로 부인되는 것은 아니다. 예를 들면 영화의 광고 포스터 등과 같이, 광고가 특정한 저작물의 연장으로서의 의미를 가지고 있는 경우에는 그 상업성의 정도는 다소 완화된다[17]. 또한 정치적인 광고[18], 다른 상품에 대한 비평의 요소를 포함한 비교 광고[19] 등은 공정이용으로 인정될 수 있다. 또한 변형적 이용에 해당할 경우에는 공정이용에 해당될 가능성이 상대적으로 높고, 대체적 이용에 해당될 경우에는 상대적으로 낮다고 할 수 있다[12].

② 제2요건: 저작물의 종류 및 용도

공정이용 판단에 있어 두 번째는 저작물의 종류 및 용도를 고려하여야 한다. 제2요소와 관련하여 미

국의 판례는 저작물의 성격이 사실적·정보적인 성격을 많이 가지고 있을수록 그 이용행위가 공정이용이 될 가능성이 높아지고[20], 이와 반대로 창조적인 것으로 인정될 경우에는 상대적으로 낮아진다[21].

③ 제3요건: 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성

공정이용의 판단에 있어 세 번째는 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성을 고려하여야 한다. 기본적으로 이용된 저작물 전체를 기준으로 하여, 양적·질적 비중을 판단하여야 하고, 그것을 이용하여 새로 만들어진 저작물을 기준으로 하여서만 판단해서는 안 된다. 일반적으로 양적인 비중과 질적인 비중 중에서 판례는 질적인 측면이 더 중요성을 가지는 것으로 본다[13]. 타인의 저작물 중 일부분만을 이용한 경우 그 양이 극히 적어 중요성을 갖추지 못한 경우에는 저작권 침해요건인 실질적 유사성이 인정되지 않을 수 있고, 이 경우는 침해 자체가 부정되는 경우이므로 공정이용을 따질 필요도 없다[15].

④ 제4요건: 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

공정이용의 판단에 있어 네 번째는 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향을 고려하여야 한다. 이 요소는 네 가지 고려요소 중에 결론에 해당하는 부분으로서 가장 중요한 요소라고 할 수 있다. 피고의 저작물이 원고의 그것과 경쟁관계에 있을 때 원저작물에 대한 수요를 대체하는 경우에 해당되어, 제4요소에 있어서 공정이용의 인정에 매우 불리한 요소가 된다[22]. 시장경쟁 여부를 판단할 때에 권리자가 이미 진입한 시장뿐만 아니라 아직 진입하지 않은 시장이라도 권리자가 진입할 것으로 예상되는 시장은 경쟁관계 등을 판단할 때 함께 고려되어야 한다[23].

⑤ 검토

공정이용에 관한 저작권법 제35조의3(저작물의 공정한 이용)은 미국 연방저작권법 제107조의 규정에 따른 네 가지 요소를 참고하여 명확한 법적 규정을 마련해 줌으로써 법적 안정성을 높일 수 있다는 점에서 바람직하다고 생각한다. 우리나라에 공정이

용에 관한 일반조항이 도입되기 전에도 판례는 저작권법 제28조(공표된 저작물의 인용)를 공정이용에 관한 일반조항의 성격을 가지는 것으로 해석하고, 이미 미국의 공정이용 원칙을 우리나라의 실무에도 적용해온 측면이 있다. 미국은 제107조에 대하여 비교적 풍부한 사례가 형성되어 있으므로, 그 판례들을 참고하여 판단기준을 적용할 수 있다고 본다. 향후 국내의 판례가 본격적으로 축적될 경우에는 합리적인 판단을 내리는 데 더욱 기여할 것으로 예상된다.

4.3 공정이용 조항을 머시니마에 적용

① 제1요건과 제4요건의 적용

머시니마에 대한 분석은 공정이용의 제1요건과 특정 MMORPGs의 이용이 변형적 이용인가에 대한 평가를 필요로 한다.

(i) 만일 게임이 독특한 특징과 이름을 담고 있지 않고 전통적인 애니메이션 기법을 사용하고 있다면, 원래의 표현적 가치를 도용한 것이 아니라 그것을 차용하여 새로운 정보, 새로운 미적 특징, 새로운 통찰과 이해를 창조하는 데 사용되었다고 볼 수 있으므로 변형적 이용(transformative use)이라고 판단할 가능성이 높아진다. 반면에 머시니메이터가 그의 웹사이트에서 광고로부터 얻는 경제적 수입이나 DVD를 판매해서 얻는 수익이 존재한다면, 어느 정도 본질적으로 공정이용에 반할 수 있는 상업적인 특징을 가진다고 평가할 수 있다. 이를 종합적으로 고려하여 평가하면, 머시니마가 상업적인 성격을 가진다고 하더라도 변형적인 성격이 매우 강하면 공정이용심사의 제1요건을 통과할 가능성은 높아질 것이다.

한편 머시니메이터가 게임의 허구적 세계의 스토리를 이야기하고 있고, 다수의 식별되는 스토리와 캐릭터 요소들을 이용하고 있다고 가정하면 비변형적 이용(non-transformative use)이라고 평가할 가능성이 높아진다. 그 결과 동영상 저작물과 게임의 스토리 및 캐릭터 모두에 대하여 저작권이 침해되고 있다고 평가할 수 있다. 이 경우에는 저작물의 변형적 목적 때문에 무시되었던 저작물 이용의 상업적 성격은 중요한 의미를 갖게 되며, 공정이용 심사의 제1요건을 통과하기 어렵게 된다. 반면에 비상업적 성격을 갖는다면 원칙적으로 비변형적 이용이 공정이용에 대한 제1요건에 위배되는 것이지만, 이러한 경향을 다소 약화시킨다.

(ii) 공정이용의 제4요건은 저작물의 변형적 이용에 영향을 받는다. 만일 머시니메이터의 창작과 판매 수입이 게임의 시장에 대하여 심사할 만한 피해를 주는지, 또는 그 대신에 제35조의3이 보호하려는 종류의 잠재적인 시장에 단순히 진입하였는지 여부를 평가해야 한다. 만일 머시니메이터의 판매가 온라인 게임의 판매와 경쟁하지 않고 부수적인 2차적 저작물 시장의 어떤 것과도 경쟁하지 않는다면, 제4요건도 통과할 가능성이 높아지게 된다. 왜냐하면 이는 저작권자가 관심이 없었던 틈새시장이나 잠재적 시장에 해당된다고 해석될 수 있기 때문이다.

이와 반대로 공정이용의 제4요건 또한 비변형적 이용에 영향을 받는다. 왜냐하면 문제되는 시장은 2차적 저작물의 이용허락을 위한 시장으로 정의될 수 있고 잠재적으로 중요한 것이어서 저작권법의 목적의 관점에서 본다면 머시니마가 공정이용이 아닌 것으로 해석될 가능성이 높아지고, 그 결과 제4요건을 통과할 가능성이 낮아지게 된다.

② 제2요건의 적용

만일 머시니메이터의 저작물 이용이 매우 변형적인 이용이라고 해석된다면, 제2요건은 중요성이 떨어지게 되고, 제2요건도 통과할 수 있을 것으로 본다. 반대로 비변형적인 이용이라고 해석된다면, 복제된 소재는 분명히 창작적인 성격을 띠게 되고 공정이용의 제2요건은 중요성을 다시 회복하게 된다.

③ 제3요건의 적용

머시니메이터의 저작물 이용이 매우 변형적인 이용이었다면, 제3요건의 양적 측면의 목적을 위하여 머시니메이터가 10분짜리 분량의 게임 장면을 사용하였고 이에 비하여 게임에서는 거의 무한인 양의 리플레이가 가능하다고 가정하면, 이것은 매우 적은 가상 세계의 게임 경험을 의미한다. 또한 질적 측면의 목적을 위하여 머시니메이터가 능동적으로 식별되고 쉽게 알 수 있는 스토리나 설정된 요소들을 사용하지 않으려 노력했다면, 제3요건도 통과할 가능성이 높아진다.

이에 비하여 비변형적인 이용이었다고 본다면, 머시니메이터가 양적 측면의 목적을 위하여 위와 동일한 분량의 게임 장면을 사용하였더라도 질적 측면의 중요성은 더욱 커지게 된다. 왜냐하면 그 장면이 계

입의 설정, 스토리, 그리고 캐릭터의 요소를 대표하기 때문이다. 이러한 점에서 복제된 장면은 저작물의 핵심에 더 근접하고 있다고 평가할 수 있고, 따라서 공정이용이 아니라는 쪽으로 기울게 된다.

④ 검토

가정적 상황이지만, 앞에서 언급한 바와 같이 머시니메이터가 게임저작물을 이용한 것에 대한 정당성은 매우 변형적인 이용이었다는 데 있으며, 제1요건은 이러한 점에서 주목할 만하다. 또한 공정이용의 다른 요건도 개별적으로, 혹은 공동으로 게임 저작권자의 권리를 강조하는 부분이 없다면, 해당 머시니마는 공정이용을 구성할 가능성이 높다고 평가할 수 있다. 이와 반대로 비변형적 이용이었다면, 공정이용이라고 할 수 없다는 결론을 내리게 될 가능성이 높아진다.

5. 결 론

저작권법의 가장 중요한 목적은 “창작의욕을 과도하게 축소시키지 않으면서 창조적인 사고를 자극하고 저작물의 공정한 이용을 도모하는 것”이라고 할 수 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여, 저작권법은 서로 생산적이고 긴장 관계에 있는 두 가지 원칙을 채택하였다. 즉, 창작행위를 행한 저작물의 저작자에게 독점권을 인정하고, 이러한 권리에 기해 중대한 법적 이익이 침해되지 않는 범위에서 저작권에 신중한 제한을 가하는 것이다. MMORPGs 저작권자와 머시니메이터의 긴장 관계는 이러한 관점에서 설명할 수 있고, 이와 같은 개선방안은 공정이용 원칙에 의해 창조적으로 재설정됨으로써 잠재적 예술가들에게 진입장벽을 낮추면서, 새로운 예술 형태를 자유롭게 확립하는 데 도움을 준다. 따라서 저작권자와 이용자 간의 균형을 유지하기 위해서는, 특히 공정이용 조항의 해석에 있어서 우리나라 법원의 합리적인 역할이 보다 중요해질 것으로 판단된다.

REFERENCE

- [1] C. Reid, “Fair Game: The Application of Fair Use Doctrine to Machinima,” *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 19, pp. 831-876,

- 2009.
- [2] S.S. Oh and S.J. Park, "Game Fan-dom of Generative the Secondary Culture-Based On Machinima," *Journal of the Korea Contents Association*, Vol. 9, No. 11, pp. 130-139, 2009.
- [3] Y.J. Park, "A Study of Visual Media Scalability by Machinima in MMORPG," *Journal of The Korean Society for Computer Game*, Vol. 25, No. 2, pp. 105-111, 2012.
- [4] J.H. Bae, "Serve-Side Automatic Code Conversion System for Game UCC Based Video Management," *Journal of The Korean Society for Computer Game*, No. 16, pp. 107-114, 2009.
- [5] H.J. Lee, "UCC Copyrighg, Research About a New Paradigm," *Proceeding of the Fall Conference of the Korea Multimedia Society*, pp. 149-152, 2007.
- [6] KOCCA, *Fusion Contents of Games and Cinema: Machinima*, In-depth Report of CT, 2012.
- [7] Paul Marino, *The Art of Machinima*, Paraglyph Press, Phoenix, 2004.
- [8] C.H. Jeong and M.J. Kim, "Comparative Analysis for Production Pipeline Between 3D Animation and Machinima," *Journal of the Korea Entertainment Industry Association*, Vol. 10, No. 2, pp. 313-321, 2016.
- [9] D.E. Lee, "A Comparative Study for Digital Animation Production using Database," *Journal of Korea Multimedia Society*, Vol. 11, No. 1, pp. 96-105, 2008.
- [10] Folsom v. Marsh, U.S. Circuit Court for the District of Massachusetts, *Federal Cases*, <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238> (accessed May, 15, 2017).
- [11] P.N. Leval, "Toward a Fair Use Standard," *Harvard Law Review*, Vol. 103, pp. 1105-1136, 1990.
- [12] Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., *U.S. Reports*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/> (accessed May, 15, 2017).
- [13] Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, *U.S. Reports*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html> (accessed May, 15, 2017).
- [14] American Geophysical Union v. Texaco Inc., U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *Federal Reporter*, https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/60_F3d_913.htm (accessed May, 15, 2017).
- [15] K.W. Suh, "An Empirical Study on Adoption of Fair Use to Copyright Law in Korea," *Law Review*, Vol. 51, No. 4, pp. 159-192, 2010.
- [16] S.J. Jeong and J.S. Park, *Intellectual Property*, Hongmoonsa, Seoul, 2011.
- [17] Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *Federal Reporter*, <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5152> (accessed May, 15, 2017).
- [18] MasterCard Intern. Inc. v. Nader 2000 Primary Committee, Inc., U.S. District Court for the S.D. New York, United States Patents Quarterly, <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5161> (accessed May, 15, 2017).
- [19] Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Federal Reporter*, <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5207> (accessed May, 15, 2017).
- [20] National Business Lists, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc., U.S. District Court for the Northern District of Illinois, *Federal Reporter* - <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/552/89/1525794/> (accessed May, 15, 2017).
- [21] Bridge Publications, Inc. v. Vien, U.S. District Court for the Southern District of California, *Federal Reporter*, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/827/629/1458675/> (accessed May, 15, 2017).
- [22] Supreme Court Decision, <http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intesrch/sjo030.do?q=2005%EB%8F%847783&tabGbnCd=#1496731568850>

(accessed May, 15, 2017).

[23] Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp., U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *Federal Reporter*, <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/730/47/345291/> (accessed May, 15, 2017).



서 계 원

2004년 2월 서울대학교 법학과 박사
사 지적재산권법 전공

2004년 3월~2005년 2월 : 서울대
학교 박사후과정 연구원
(Post. Doc.)

2005년 9월~ 2006년 2월 : 영산대
학교 법률학부 조교수

2006년 3월~2011년 8월 동국대학교 법과대학 조교수

2011년 9월~현재 동국대학교 법과대학 부교수

관심분야 : 콘텐츠 법제도, 게임법제도, 콘텐츠와 법, 게임
산업정책