

한국 저작권 판례집 [11]



발 간 사

우리 위원회는 저작권에 대한 연구자료의 제공과 이를 통한 국내 저작권 제도의 선진화에 기여하고자 ‘저작권 관계 자료집’을 정기적으로 발행해 오고 있습니다.

위원회는 지난해까지 총 48종의 자료집을 발행하였고, 특별히 한국 판례집 시리즈가 저작권 분야 전문가 및 연구자들에게 많은 관심과 호평을 받고 있어, 작년에 이어 ‘한국 저작권 판례집(11)’을 내놓게 되었습니다.

이번 판례집에 수록된 판례는 모두 33건으로, 저작권 분야에서 쟁점이 되거나 의미 있는 판례들을 수집·선별하여 엮었습니다. 디지털시대 정보·문화산업 전반에 걸쳐 저작권 관련 분쟁과 그에 따른 판례가 해마다 늘고 있고, 그 중 새로운 쟁점이 되는 사안도 속속 등장하고 있습니다. 이에 위원회는 앞으로도 저작권 판례집을 시의적절하게 펴내 관계자 여러분들의 호응에 보답해 나가고자 합니다.

아무쪼록 □□한국 저작권 판례집(11)□□이 저작권계 연구자들 및 실무자들에게 유익하고, 저작권 연구와 저작권계 발전에 작으나마 보탬이 되기를 기원하며, 이 책이 나오기까지 도움을 주신 많은 분들과 예산 지원을 해주신 방송위원회에 깊은 감사를 드립니다.

2007년 11월 일

저작권위원회 위원장 노 태 섭

일러두기

이 판례집은 다음 몇 가지의 기본 원칙에 따라 편집·제작되었다.

1. 저작권법의 해석과 관련된 판례를 주로 하고, 기타 참고가 될 만한 관련 판례도 수록하였다.
2. 원칙적으로 판결 연월일 순서로 수록하였다. 다만, 한 사건의 상·하급심 판결은 한데 묶고, 연관 사건의 가처분, 민사, 형사 사건은 나누어 게재하였다.
3. 체제의 일관성을 유지하기 위하여 각 판결문의 형식을 일부 수정·보완한 것 말고는 판결원문을 가능한 한 가감·수정 없이 있는 그대로 수록하였다(판결문의 표현을 그대로 접할 수 있도록 맞춤법, 띄어쓰기, 문장부호에 따른 교정을 자제하였다).
4. 판결문의 당사자 표시에서, 자연인의 주민등록번호, 주소 또는 거소의 지번, 본적 등은 생략하였다. 또한, 입수된 원문 자료에서 생략되거나 누락된 정보는 불가피하게 생략하였다(경우에 따라 ○○으로 표시하였다).
5. 독자의 편의를 위해 사건의 쟁점을 중심으로 제목을 붙이고, 소송 대상 저작물의 명칭 등을 이용하여 사건명을 붙였다. 또한 판결문의 출전을 표시하고, 경우에 따라 참조판례를 표시하였으며, 위원회의 기 간행된 □□한국 저작권 판례집□□ 시리즈에 하급심 판결 등이 실린 경우에는 그 점도 아울러 밝혀 놓았다.
6. 활용의 편의를 위하여 자료집 맨 뒤에 판결 연월일 순으로 색인을 덧붙였다.

차 례

발 간 사	3
일러두기	5
1. 실질적 유사성과 출판권 침해 여부 - 만화 ‘전략 삼국지’ 사건	11
대법원 2005. 9. 9. 판결, 2003다47782, 저작권침해정지	
2. 뮤지컬의 공동저작물성 여부 - 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’ 사건	15
대법원 2005. 10. 4. 결정, 2004마639 공연금지가처분	
3. 어문저작물의 저작권 침해 여부 - ‘현대부동산학’ 사건	18
대법원 2005. 12. 23. 판결, 2005도6402 저작권법위반	
서울중앙지방법원 2005. 8. 19. 판결, 2003노2711 저작권법위반	
4. 환부사진의 저작물성(1) - ‘고주파수술기’ 사건	26
서울중앙지방법원 제12민사부 2006. 1. 27. 판결, 2003가합 57616	
저작권침해금지 등	
5. 응용미술저작물의 저작권 보호 - ‘목주반지 디자인’ 사건	42
서울중앙지방법원 제30형사부 2006. 2. 9. 판결, 2005노3421 저작권법위반	
6. 정당한 인용의 범위 - ‘썸네일 이미지 검색 서비스’ 사건	49
대법원 2006. 2. 9. 판결, 2005도7793 저작권법위반	
7. 온라인 음악 전송 서비스의 저작권 침해 여부 - ‘벅스뮤직’ 사건	52
서울중앙지방법원 제8형사부 2006. 2. 15. 판결, 2005노480	
가. 저작권법위반 / 나. 근로기준법위반	
8. 인터넷에 게시된 사진에 대한 저작권 침해 범위	76
서울중앙지방법원 2006. 3. 3. 판결, 2005가단283641 손해배상(지)	

9. 음악 파일공유(P2P) 서비스의 저작권 침해 여부(1) - ‘프루나 서비스’ 사건	80
서울중앙지방법원 2006. 3. 13. 결정, 2005카합4187 음반복제등금지가처분	
10. 음악저작물에 대한 저작권자 판단(1) - ‘돌아와요 부산항에’ 사건	88
서울서부지방법원 제12민사부 2006. 3. 17. 판결, 2004가합4676 손해배상(지) 등	
11. 제품 사진 및 설명서 등에 대한 저작권 침해 여부 - ‘야마하(YAMAHA)’ 사건	101
서울서부지방법원 제21민사부 2006. 3. 22. 결정, 2005카합1848 저작권등침해금지가처분	
12. 음반제작과 이용허락 범위(1) - ‘롯데리아’ 편집 음반 사건	110
대법원 2006.7.13. 판결, 2004다10756 채무부존재확인	
13. 게임 캐릭터의 실질적 유사성 판단 - 게임 ‘신야구’ 사건	113
서울중앙지방법원 제63민사부 2006. 7. 20. 판결, 2005가합76758 저작권침해금지	
14. ISP가 이용자의 저작권 침해행위에 대해 방조책임을 부담하는 요건	122
광주지방법원 제1형사부 2006. 8. 11. 판결, 2006노145 가. 저작권법위반(인정된 죄명 저작권법위반방조) 나. 청소년보호법위반	
15. 작고한 가수의 음반에 대한 음반제작자 등 판단 - ‘가수 김광석’ 사건(1)	130
서울중앙지방법원 2006. 10. 10. 판결, 2003가합66177 손해배상	
16. 작고한 가수의 음악저작물에 대한 저작권 귀속 분쟁 - ‘가수 김광석’ 사건(2)	157
서울고등법원 2006. 10. 11. 판결, 2006나4207 저작재산권(음악저작물) 등 확인	

17. 고등학교 시험문제의 저작물성	177
서울중앙지방법원 제61민사부 2006. 10. 18. 판결, 2005가합73377 손해배상(지)	
18. 음악저작물의 표절 여부 - MC몽과 린이 가창한 ‘너에게 쓰는 편지’ 사건	194
수원지방법원 2006. 10. 20. 판결, 사건 2006가합8583 손해배상(기)	
19. 영화 대사의 저작권 침해 여부 - 왕의 남자 ‘나 여기 있고 너 거기 있지’ 사건	201
서울고등법원 제4민사부 2006. 11. 14. 결정, 2006라503 영화상영금지가처분	
20. 사자(死者)에 대한 초상권 및 퍼블리시티권 보호 - ‘이효석’ 사건 ...	214
서울동부지법 2006. 12. 21. 판결, 2006가합6780 손해배상(기)등	
21. 음반제작과 이용허락 범위(2) - ‘베이비복스’ 편집음반 사건	220
대법원 2006.12.22. 판결, 2006다21002 손해배상(지) 서울고등법원 제4민사부 2006. 3.15. 판결, 2005나48392 손해배상(지)	
22. 어문저작물에 대한 저작권자 판단 - ‘2001 삼청교육대백서(상)’ 사건	238
서울고등법원 제4민사부 2007. 1. 10. 판결, 2006나34307 저작권확인등 서울중앙지방법원 제11민사부 2006. 3. 2. 판결 2005가합91290 저작권확인등	
23. 게임의 전개방식, 규칙 등의 실질적 유사성 판단	253
서울중앙지방법원 제61민사부 2007. 1. 17. 판결, 2005가합65093(본소) 저작권침해금지청구권등부존재확인 / 2006가합54557(반소) 저작권침해금지등	
24. 음악저작물에 대한 저작권자 판단(2) - ‘해변으로 가요’ 사건	275
부산고등법원 제2민사부, 2007. 1. 18. 판결, 2005나13004 저작권확인	
25. 음악파일공유(P2P) 서비스의 저작권 침해 여부(2) - ‘소리바다’ 사건	283
대법원 2007. 1. 25. 판결, 2005다11626 가처분이의	

26. 음반제작과 이용허락 범위(3) - ‘연가’ 편집음반 사건	288
대법원 2007. 2. 22. 판결, 2005다74894 저작권사용료	
27. 번역저작물과 원저작물의 실질적 유사성 판단 -	
소설 ‘당나귀’ 사건	294
대법원 2007. 3. 29. 판결, 2005다44138 저작권침해정지등	
28. 저작인접권의 이용허락 범위 - ‘봄여름가을겨울’ 사건	299
서울남부지방법원 제14민사부 2007. 4. 12. 판결, 2004가합14681 인세등	
29. 저작권법 제35조의 공중에게 개방된 장소의 범위 -	
‘호텔라운지에 전시된 미술저작물’ 사건	313
서울중앙지방법원 제13민사부 2007. 5. 17. 판결, 2006가합104292 손해배상(지)	
30. 뮤지컬제작자에 대한 저작권자 판단 - 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’	
사건	324
서울고등법원 제5민사부 2007. 5. 22. 판결, 2006나47785 공연금지 등	
31. 환부사진의 저작물성(2) - ‘모발이식사진’ 사건	351
서울중앙지방법원 제13민사부, 2007. 6. 21. 판결, 2007가합16095 손해배상(기)	
32. 2차적저작물에 대한 저작인격권 침해 여부 - ‘만화로 보는 그리스	
로마 신화’ 사건	364
서울중앙지방법원 2007. 6. 22. 판결, 2005가합53144 부당이득금반환등	
33. 드라마 시놉시스의 저작권 침해 여부 - ‘태왕사신기’ 사건	374
서울중앙지방법원 제8민사부 2007. 7. 13. 판결, 2006나16757 손해배상(지) 서울중앙지방법원 2006. 6. 30. 판결, 2005기단197078 손해배상(지)	
판례색인	412



1. 실질적 유사성과 출판권 침해 여부 - 만화 ‘전략 삼국지’ 사건

대법원 2005. 9. 9. 판결, 2003다47782 저작권침해정지

신 청 인 김종곤
소송대리인 법무법인 세진종합 법률사무소
담당변호사 이병열 외 3인

피신청인 주식회사 한국뉴턴
소송대리인 변호사 정성욱

원심판결 서울고법 2003. 8. 19. 선고 2002나22610 판결

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

이 유

1. 먼저 상고이유 제1점에 관하여 본다.

가. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여, 피고가 출판한 “슈퍼삼국지”와 원고가 그 저작권자로부터 출판권을 설정받아 출판한 “전략 삼국지”를 비교하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, “슈퍼삼국지”는

대표적인 등장인물들의 얼굴형이 “전략삼국지”의 그것과 확연히 달라 그림의 표현형식에 있어서 그 자체로 창작성이 인정될 정도로 독특하여 양 작품 사이에 실질적 유사성을 인정할 수 없으나, 말풍선 내의 대사의 흐름, 대사를 끊어 주는 시점 등에 있어서 양 작품 사이에 상당한 유사성이 발견되고, 양 작품 사이에는 원작이 나관중의 ‘삼국지연의’이기 때문이라는 것만으로는 설명할 수 없을 정도로 개개 컷의 구성, 컷 내의 그림의 배치, 컷 나누기에 있어 유사한 점을 많이 발견할 수 있고 이러한 정도의 유사성은 “슈퍼삼국지”의 저작과정에서 “전략삼국지”를 모방하지 않았다면 나올 수 없을 정도의 유사성이라고 보아야 하고, 총 10,816쪽인 “슈퍼삼국지”의 만화 쪽수 중 적어도 3,000쪽 이상의 일부 또는 전부의 컷에 있어서, 그 컷 내의 사람, 말, 배, 수레, 나무, 건물, 무기 등의 묘사 및 배치가 “전략삼국지”의 그것과 동일하거나 단지 좌우대칭으로 변형하거나 그 컷 내의 한 부분을 클로즈업(close-up)한 것이며, 또한 시각(視角), 목적물의 거리, 명암 등이 유사하여 “슈퍼삼국지” 중 3,000쪽 이상에서 전부 또는 일부 컷이 “전략삼국지”를 모방하여 제작되었다 할 것이어서, 비록 피고가 “슈퍼삼국지”를 저작함에 있어서 등장인물들에 관하여 독창적인 시각적 묘사를 하였다고 하더라도, 컷 나누기라든지 인물의 대화의 기재, 인물의 표정·동작 및 주변상황의 묘사 등에 있어서 “전략삼국지”를 상당 부분 모방하였으므로, 피고는 원고의 출판권을 침해하였다는 취지로 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 저작권법 제54조 소정의 출판권은 저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자와의 설정행위에서 정하는 바에 따라 저작물을 원작 그대로 출판하는 것을 그 내용으로 하는 권리인바, 제3자가 출판권자의 허락 없이 원작의 전부 또는 상당 부분과 동일성 있는 작품을 출판하는 때에는 출판권 침해가 성립된다 할 것이지만(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001도3115 판결 참조), 원작과의 동일성을 손상하는 정도로 원작을 변경하여 출판하는 때에는 저작

자의 2차적저작물작성권 침해에 해당할지언정 출판권자의 출판권 침해는 성립되지 않는다 할 것이다. 그리고 글과 그림이 유기적으로 결합된 만화저작물에 있어서 원작과 제3자가 출판한 작품과의 동일성 여부는 글과 그림의 표현형식, 연출의 방법(이야기의 전개순서에 따라 글과 그림으로 구성되는 개개의 장면을 구상하고 그 이야기의 전개를 위해 지면을 다양한 크기와 모양의 칸으로 분할하며 그 분할된 해당 칸에 구상한 장면을 배열하는 것) 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(2) 기록에 비추어 살펴보면, 피고 출판의 “슈퍼삼국지”와 원고 출판의 “전략삼국지”는 전체의 약 30% 가량에 해당되는 쪽의 전부 또는 일부 것에 있어서 말풍선 내의 대사의 흐름, 대사를 끊어주는 시점, 컷 나누기, 개개 컷의 구성, 컷 내의 그림의 배치, 인물의 표정·동작 및 주변의 묘사 등이 상당히 유사하지만, 그림의 표현형식에 있어서 “전략삼국지”는 약화체로 표현되어 있고 흑백의 단색으로 되어 있는 데에 비하여 “슈퍼삼국지”는 사실체로 표현되어 있고 컴퓨터 그래픽 채색작업에 의한 천연색으로 되어 있을 뿐만 아니라, 대표적인 등장인물들의 얼굴형이 “전략삼국지”의 그것과 확연히 달라 그 자체로 창작성이 인정될 정도로 독특하고, 원심이 채용한 원심의 한국만화애니메이션학회장에 대한 감정축탁 결과에 의하더라도 “슈퍼삼국지”는 스토리 전개 및 연출방식에서 “전략삼국지”를 표절하였을 가능성은 높지만, 그림체에서는 “전략삼국지”를 표절하였을 가능성이 매우 낮다고 되어 있는바, 사정이 이러하다면 앞에서 본 바와 같은 양 작품의 유사점만으로는 곧바로 “슈퍼삼국지”와 “전략삼국지”가 동일성이 있는 작품이라고 단정하기 어렵고, 오히려 “슈퍼삼국지”가 “전략삼국지”와의 동일성을 손상할 정도로 변경되었다고 볼 여지도 있다고 할 것이다.

그렇다면 원심으로서는 그림의 표현형식에서 나타나는 양 작품의 위와 같은 차이로 인하여 “슈퍼삼국지”가 “전략삼국지”와의 동일성을 손상할 정도로 변경되었는지, 아니면 그러한 차이에도 불구하고 “슈퍼삼국지”가 “전략삼국지”의 전부 또는 상당 부분과 동일성이 있다고 평가할 수 있는지 등에

관하여 더 심리해 본 연후에 출판권 침해 여부를 판단함이 상당하다 할 것임에도 불구하고, 원심은 이러한 점에 관하여는 심리해 보지도 아니한 채 피고가 “슈퍼삼국지”를 저작함에 있어서 컷 나누기라든지 인물의 대화의 기재, 인물의 표정·동작 및 주변상황 등의 묘사에 있어서 “전략삼국지”를 상당부분 모방하였다는 사정만으로 피고가 원고의 출판권을 침해하였다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 출판권 침해에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 결 론

그러므로 나머지 상고이유에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

2005. 9. 9.

재판장 대법관 양승태
대법관 이용우
주 심 대법관 이규홍
대법관 박재윤

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

[하급심 판결] 서울고등법원 2003. 8. 19. 2002나22610 판결.

저작권심의조정위원회, 「한국저작권판례집(8)」, 2004, 303~314쪽.

서울지방법원 제12민사부 2002. 4. 12. 2000가합83973 판결.

저작권심의조정위원회, 「한국저작권판례집(8)」, 2004, 314~323쪽.

2. 뮤지컬의 공동저작물성 여부 - 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’ 사건

대법원 2005. 10. 4. 결정, 2004마639 공연금지가처분

신청인, 재항고인 김용현외 2인(소송대리인 변호사 임동언)

피신청인, 상대방 주식회사 엠뮤지컬컴퍼니 외 1인
(소송대리인 법무법인 로고스 담당변호사 류두현)

원심결정 서울고법 2004. 7. 5. 2004라246 결정

주 문

재항고를 모두 기각한다.

이 유

저작권법 제2조 제13호는 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’을 공동저작물의 정의로 규정하고 있는바, 저작물의 창작에 복수의 사람이 관여하였다고 하더라도 각 사람의 창작활동의 성과를 분리하여 이용할 수 있는 경우에는 공동저작물이 아니라 이른바 결합저작물에 불과한 것이라고 보아야 한다.

원심은, 신청인들이 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’(이하 신청인들이 기획·제작한 뮤지컬을 ‘초연 뮤지컬’이라 하고, 피신청인들이 기획·제작한 뮤지컬을 ‘이 사건 뮤지컬’이라 한다)의 저작권자이거나 공동저작권자라는 신청인들

의 주장에 대하여 판단하기 위한 전제로서, 뮤지컬은 음악과 춤이 극의 구성·전개에 긴밀하게 짜 맞추어진 연극으로서, 각본, 악곡, 가사, 안무, 무대미술 등이 결합된 종합예술의 분야에 속하고 복수의 저작자에 의하여 외관상 하나의 저작물이 작성된 경우이기는 하나, 그 창작에 관여한 복수의 저작자들 각자의 이바지한 부분이 분리되어 이용될 수도 있다는 점에서, 공동저작물이 아닌 단독 저작물의 결합에 불과한 이른바 ‘결합저작물’이라고 봄이 상당하고, 한편 뮤지컬 자체는 연극저작물의 일종으로서 영상저작물과는 그 성격을 근본적으로 달리하기 때문에 영상물제작자에 관한 저작권법상의 특례 규정이 뮤지컬 제작자에게 적용될 여지가 없으므로 뮤지컬의 제작 전체를 기획하고 책임지는 뮤지컬 제작자라도 그가 뮤지컬의 완성에 창작적으로 기여한 바가 없는 이상 독자적인 저작권자라고 볼 수 없으며, 뮤지컬의 연기자, 연출자 등은 해당 뮤지컬에 관여한 실연자로서 그의 실연 자체에 대한 복제권 및 방송권 등 저작인접권을 가질 뿐이라고 판단하였는바, 기록과 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하여 수긍되고 거기에 재항고이유의 주장과 같은, 공동저작물에 관한 법리오해, 영상저작물에 관한 특례의 적용범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

원심은 나아가, 그 채용 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 비록 신청인 김용현, 설도윤이 초연 뮤지컬의 제작자, 신청인 배해일이 연출자로서 초연 뮤지컬의 제작 및 공연에 참여하고, 신청인 설도윤이 외국 영화로부터 초연 뮤지컬의 기본설정을 착안해 내어 이를 대본작가나 작곡가에게 제공하였으며, 신청인 배해일이 일부 대본의 수정이나 가사 작성에 관여함과 아울러 초연 뮤지컬의 제작과정 및 공연에 이르기까지 전체적인 조율과 지휘·감독을 한 바 있기는 하지만, 초연 뮤지컬의 대본을 실제로 완성한 오은희나 그 대본에 따라 곡을 붙인 최귀섭은 신청인들의 피용자가 아니라 독자적인 활동을 하면서 각자 그 스스로의 재량에 따라 예술적인 감각과 기술을 토대로 뮤지컬의 대본과 악곡을 작성할 능력이 있는 희곡작가 또는 작곡가로서, 신청인들로부터 대본작성 및 작곡에 대한 대가로 월급 형태의 급여가

아닌 완성된 작업의 대가를 지급받았으며, 오은희나 최귀섭이 초연 뮤지컬의 대본과 악곡에 관한 저작권을 신청인들에게 양도하였다고 볼 만한 아무런 자료가 없고, 또 연출자를 변경한 이 사건 뮤지컬이 배우들의 연기나 안무, 조명, 무대장치 등 연출자에 의해 달라질 수 있는 부분까지 초연 뮤지컬과 동일하다는 점에 대한 소명도 없으므로, 초연 뮤지컬의 제작자로서 그 완성에 창작적으로 기여한 바 없는 신청인 김용현, 설도윤이나 초연 뮤지컬의 연출자로서 이를 실연한 데 불과한 신청인 배해일은 초연 뮤지컬에 대한 저작권이나 저작인접권을 주장하여 피신청인들의 공연의 금지를 구할 수 없다고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당하여 수긍되고, 거기에 재항고이유의 주장과 같은 뮤지컬의 저작권 및 제작·배포권에 관한 법리오해나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다. 재항고이유에서 내세우는 대법원판결은 그 사안과 그 취지를 달리하여 이 사건의 적절한 선례가 될 수 없다.

그러므로 재항고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2005. 10. 4.

재판장	대법관	이용우
	대법관	이규홍
주 심	대법관	박재윤
	대법관	양승태

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

3. 어문저작물의 저작권 침해 여부 - ‘현대부동산학’ 사건

대법원 2005. 12. 23. 판결, 2005도6402 저작권법위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 에스앤피 담당변호사 신광옥외 9인

원심판결 서울중앙지법 2005. 8. 19. 선고 2003노2711 판결

주 문

상고를 기각한다.

이 유

1. 형사소송법 제298조 제4항은 공소사실의 변경 등이 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정될 때에는 피고인으로 하여금 필요한 방어의 준비를 하게 하기 위하여 공판절차를 정지할 수 있도록 규정하고 있는바, 공소사실의 일부 변경이 있고 법원이 그 변경을 이유로 공판절차를 정지하지 않았다고 하더라도 공판절차의 진행상황에 비추어 그 변경이 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 주지 않는 것으로 인정되는 경우에는 이를 위법하다고 할 수는 없는 것이다(대법원 1991. 10. 25. 선고 91도2085 판결,

1995. 1. 12. 선고 94도2687 판결, 1997. 9. 26. 선고 97도1594 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건은 원심 제12회 공판기일인 2005. 7. 13. 일단 변론종결되었다가 검사의 공소장변경 신청에 따라 변론이 재개되어 같은 해 7. 27. 속행된 공판기일에서, 원심법원이 당초의 공소사실 중 저작권 침해의 대상을 일부 축소하는 한편 침해된 저작재산권의 내용을 특정하는 내용의 공소장변경을 허가하고, 다시 변론을 종결한 후 판결을 선고한 사실을 알 수 있는바, 기록상 나타난 제1심 이후 원심까지의 공판절차 진행상황과 피고인의 주장·입증 내용, 특히 공소장변경에 대하여 피고인과 변호인으로부터 아무런 이의가 없었고, 또 변호인이 변경된 공소사실에 관한 변론요지서를 원심법원에 제출한 점 등에 비추어 보면, 원심이 공소장 변경 후 공판절차를 정지하지 아니하였다고 하더라도 이는 공소장의 변경으로 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정되지 않는다는 취지에서 한 것으로 보이므로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 절차위반의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 기록에 비추어 살펴보면, 피해자가 저술한 “현대부동산학”에 게재되어 있는 미국리얼터협회의 윤리강령 서문 일부에 대한 번역 표현이 어문저작물로서 저작권 보호대상이 된다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 심리미진이나 창작성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

2005. 12. 23.

재판장 대법관 김용담
주심 대법관 이강국
대법관 손지열
대법관 박시환

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

서울중앙지방법원 2005. 8. 19. 판결, 2003노2711 저작권법위반

피 고 인 피고인

항 소 인 피고인

검 사 박봉희

변 호 인 법무법인 에스앤피 담당변호사 서정욱

원심판결 서울중앙지방법원 2003. 3. 25. 선고 2002고단8191 판결

주 문

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 5,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한
기간 피고인을 노역장에 유치한다.

1. 피고인의 항소이유의 요지는 다음과 같다.

고소인 공소외 1은 “피고인과 도서출판 박문각의 사장인 공소외 2가 공모하여 고소인 저술의 ‘현대부동산학’ 등을 무단으로 발췌하여 공인중개사용 수험서적을 발행함으로써 고소인의 저작권을 침해하였다.”라는 내용으로 피고인과 공소외 2를 고소하였다가 이 사건 공소제기 전인 2002. 6. 26. 공소외 2에 대한 고소를 취소하였는데, 피고인은 출판사 사장인 공소외 2의 사용인 또는 종업원으로서 공소외 2의 출판 업무에 관하여 저작권법위반의 죄를 범한 때에 해당하므로 공소외 2는 저작권법 제103조 소정의 양벌규정에 의하여 처벌되는 자인바, 형사소송법 제233조 소정의 고소불가분 원칙은 양벌규정으로 처벌받는 자와 위법행위자 상호간에도 적용되는 것이어서 고소인의 공소외 2에 대한 고소 취소는 피고인에 대한 이 사건 공소사실에 대하여도 효력이 미치므로 이 사건 공소는 친고죄에 있어서 적법한 고소가 없이 제기된 것으로서 형사소송법 제327조 제2호에 따라 이 사건 공소를 기각하였어야 함에도 불구하고 원심은 그 판시와 같이 피고인을 유죄로 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

2. 이 법원은 다음과 같이 판단한다.

가. 피고인의 항소이유에 대한 판단

저작권법 제103조 소정의 양벌규정에 의하여 처벌되는 법인 또는 개인이 형사소송법 제233조에 의하여 고소 취소의 효력이 미치는 위법행위자의 공범에 해당되는지에 대하여 본다.

저작권법 제102조 본문은 “이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다.”라고 규정하고, 저작권법 제103조는 “법인의 대표자나 법인 또는 개인

의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.”라고 규정하는 한편, 형사소송법 제233조는 “친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다.”라고 규정하고 있고, 형사소송법 제233조에서 고소 취소의 효력이 미치는 공범은 임의적 공범 뿐 아니라 필요적 공범을 포함하는 것으로서(대법원 1985. 11. 12. 선고 85도1940 판결 참조) 하나의 범죄에 다수인이 참가한 형태를 통칭하는 것이다.

살피건대, 저작권법 제103조에서 정한 양벌규정은 직접 위법행위를 한 자 이외에 아무런 조건이나 면책조항 없이 그 업무의 주체 등을 당연히 처벌하도록 되어 있는 규정으로서 당해 위법행위와 별개의 범죄를 규정한 것이라고 할 수 없고(대법원 1996. 3. 12. 선고 94도2423 판결 참조) 업무주체가 위법행위자의 범행에 참가할 것을 그 처벌의 요건으로 하지도 아니하는 것이므로, 위 양벌규정에 의하여 위법행위자와 함께 당해 업무주체가 처벌을 받는 결과가 된다고 하더라도 이와 같은 사정만으로는 그 업무주체가 위법행위자의 범죄에 참가한 것으로 된다고 할 수 없고, 따라서 위 업무주체가 위법행위자와 형사소송법 제233조 소정의 공범 관계에 포함된다고 할 수도 없다.

따라서 위법행위자와 위와 같은 양벌규정에 의하여 함께 처벌되는 업무주체의 관계에 있는 경우에는 공범관계를 전제로 한 형사소송법 제233조가 적용되지 아니한다고 할 것이고, 달리 이와 같은 관계에 있는 경우에 형사소송법 제233조를 유추적용하여야 할 필요성이 있다고 인정되지도 아니하므로, 위와 같은 양벌규정에 의하여 처벌되는 업무주체에 대한 고소가 취소되었다고 하더라도 당해 위법 행위자에 대한 고소에는 아무런 영향을 미치지 아니한다고 할 것이다. 피고인의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 직권 판단

다만, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실을 변경하는 내용의 공소장

변경허가신청을 하여 이 법원이 이를 허가하였으므로, 변경 전의 공소사실을 심판대상으로 삼은 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

그러므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

범죄사실

피고인은 부동산 공인중개사 자격시험 대비 학원에서 강의를 하는 자인바, 2002. 1. 10. 경 서울 서초구 서초동 소재 ‘박문각’ 출판사를 통하여 학원 강의에 필요한 공인중개사 자격시험 대비 수험서인 ‘부동산학개론’을 저작하여 11,000권을 발행, 배포함에 있어, “현대부동산학, 1990. 10. 20. 초판, 1995. 9. 30. 개정 증보판”의 저술자인 피해자 공소외 1의 승낙을 받지 아니한 채, 피해자가 위 ‘현대부동산학’의 본문 중 제23, 24면에 미국리얼터협회(NAR : National Association of Realtors)의 윤리강령(Code of Ethics)의 서문의 일부의 번역 표현으로서 게재한 “토지란 모든 것의 아래에 있다. 자유주의적 제도와 우리들 문명의 생존과 성장은 토지의 현명한 활용과 소유권의 폭넓은 할당에 달려 있다. 우리는 국가와 국민들의 이익이 토지의 최고최선의 이용을 요구하며, 토지 소유권의 가장 폭넓은 배분을 요구하고 있다는 사실을 인식해야한다...”라는 표현을 피고인이 저술하는 위 ‘부동산학개론’의 제32면에 미국리얼터협회의 윤리강령의 서문의 일부의 번역표현으로서 그대로 동일하게 게재하여 이를 복제하고, 피해자가 저술한 위 ‘현대부동산학’ 중 별지 대조표의 ‘피해자 저작물(현대부동산학)’란 기재 각 부분을 피고인이 저술한 위 ‘부동산학개론’ 중 별지 대조표의 ‘피고인 저작물(부동산학개론)’란 기재 각 부분으로 요약 게재함에 있어, 각 표현상의 서술의 순서, 소재목의 설정, 표현방법 등을 동일 또는 유사하게 하여 위 ‘현대부동산학’의 일부에 관한 2차적 저작물을 작성함으로써, 피해자의 어문저작물인 위 ‘현대부동산학’의 위 각 일부에 관한 복제권 및 2차적 저작물작성권을 침해하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 당심 법정에서의 일부 진술
1. 당심 증인 공소외 3의 당심 법정에서의 진술
1. 원심 제4회 공판조서 중 원심 증인 공소외 4의 진술기재
1. 공소외 4에 대한 경찰 진술조서
1. 공소외 5, 공소외 2의 각 진술서
1. 고소장(공소외 1) 및 대조표
1. 대비표
1. 공소외 3, 공소외 6, 공소외 7작성의 감정의견서
1. 고소인 서적과 피고인 서적 대비자료
1. 현대부동산학(저자 공소외 1), 부동산학개론(저자 피고인외 4인)의 각 기재 및 현존

[법령의 적용]

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

구 저작권법(2003. 5. 27. 법률 제6881호로 개정되기 전의 것) 제97조
의5, 벌금형 선택

1. 노역장 유치

형법 제70조, 제69조 제2항

재판장 판사 이성훈

판사 신신호

판사 김수영

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

4. 환부사건의 저작물성(1) - ‘고주파수술기’ 사건

서울중앙지방법원 제12민사부 2006. 1. 27. 판결, 2003가합 57616 저작권침해금지 등

- 원 고 1. 오네스트메디칼 주식회사(株式會社 オネストメディカル)
일본국 동경도 에도가와구
대표이사 이나바 요시히코(稲葉 愈滋彦)
2. 모리 류헤이 (森 龍平)
일본국 시즈오카시 추오구
3. 다니구찌 사다유키 (谷口 定之)
일본국 오사카 이즈미사노시
의료법인 정생회 다니구찌병원
원고들 소송대리인 법무법인 아람
담당변호사 손경한, 윤춘주, 조준상, 송찬근, 정현해

- 피 고 1. 주식회사 썸텍
서울 강남구 논현동
대표이사 양희봉
2. 양희봉
서울 노원구 중계동
피고들 소송대리인 변호사 배진한

변론종결 2006. 1. 13.

판결선고 2006. 1. 27.

주 문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

청구취지

1. 피고들은 별지 1 내지 6의 각 그림 및 사진을 복제, 배포, 전시, 전송하여서는 아니된다.
2. 피고들은 피고들이 보관하고 있는 별지 1 내지 6의 각 그림 및 사진이 사용된 홍보물을 폐기하라.
3. 피고들은 별지 7 기재 고주파수술기를 제조, 판매 또는 수출하여서는 아니된다.
4. 피고들은 별지 7 기재 고주파수술기의 제조에 관한 영업비밀을 사용 또는 공개하여서는 아니된다.
5. 피고들은 연대하여 원고 오네스트메디칼 주식회사에게 10억 원 및 이에 대한 이 사건 소장부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.
6. 피고들은 조선일보, 한국경제신문, 매일경제신문에 가로, 세로 각 10cm의 크기로 별지 8 기재의 사실광고를 각 1회 게재하라.

이 유

1. 기초사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제4 내지 10호증, 갑 제12 내지 14호증, 갑 제23호증의 1, 2, 갑 제24호증의 각 기재에 변론 전체의

취지를 종합하여 인정된다.

가. 원고 오네스트메디칼 주식회사(이하 ‘원고 회사’라 한다)는 고주파를 이용하여 환부를 절제하고 지혈할 수 있는 고주파수술기를 비롯한 의료용구를 생산, 판매하는 일본국 법인이고, 원고 모리 류헤이, 다니구찌 사다유키는 원고 회사의 지속적인 지원을 받아 고주파치료술을 개발해 온 산부인과 의사들이다(이하 위 두 사람을 ‘원고 의사들’이라 한다).

나. 별지 1 내지 5의 각 사진은 원고 의사들이 1977. 11.경부터 1997. 5.경까지 발표한 아래 논문들에 게재된 사진들로, 고주파수술기를 이용한 고주파치료술의 시술 장면 또는 시술 전후의 환부의 모습을 담고 있는데, 원고 의사들은 원고 회사에게 위 사진들을 상업적으로 독점 이용할 수 있는 권리를 부여하였고, 원고 회사는 생산, 판매하는 고주파수술기의 홍보물에 위 사진들을 이용하여 왔다.

(1) 별지 1(치핵치료 사진 10장) : 원고 모리 류헤이, ‘치핵치료에 있어서의 고주파응용’(1988. 4. 3.)

(2) 별지 2(고주파응고법 임상 사진 12장) : 원고 다니구찌 사다유키, ‘고주파응고법에 의한 자궁질부미란의 치료’(1977. 11.)

(3) 별지 3(근치적 고주파 엔추절제술 시술 사진 6장) : 원고 다니구찌 사다유키, ‘고주파원추절제기’(1993. 11.), ‘CIN에 의한 고주파응고법 및 근치적고주파원추절제술’(1997. 5.)

(4) 별지 4(치료경과 사진 8장) : (3)항 기재 1993. 11.자 논문

(5) 별지 5(절제된 표본 및 조직 사진 6장) : (3)항 기재 1993. 11.자 논문
다. 별지 6의 그림(왼쪽 상단의 사진을 제외한 4장. 이하 같다)은 원고 회사가 제작하여 그 고주파수술기 홍보물에 사용하고 있는 그림으로, 위 원고가 생산, 판매하는 고주파수술기의 작동 원리 및 방법을 나타내고 있다.

라. 피고 양희봉은 1993년경부터 원고 회사와 사이에 수입판매계약을 체결하고 위 원고가 생산하는 모델명 MGI-201 고주파수술기(이하 ‘MGI-201 제품’이라 한다)를 수입, 판매해 왔는데, 피고 양희봉은 원고 회사로부터

별지 1 내지 6의 사진 및 그림을 건네받아 MGI-201 제품의 국내 홍보물에 사용하여 왔으며, 1995. 2.경부터는 그가 설립한 피고 회사(당시 상호 주식회사 미키인터내셔널)가 위 수입판매자 지위를 승계하였다.

마. 피고 회사는 1999년경 원고 회사로부터 MGI-201 제품을 개량한 모델명 MGI-202 고주파수술기(주된 차이는 바이폴라 기능이 추가되었다는 것이다. 이하 ‘MGI-202 제품’이라 하고, MGI-201 제품과 합하여 ‘이 사건 제품’이라 한다)을 수입하기 위한 허가절차를 밟다가, 피고 회사의 신청 취하에 의해 그 절차가 중단되었는데, 피고 회사는 2001. 3.경 제품명 닥터오펜 ST-501 고주파수술기(이하 ‘ST-501 제품’이라 한다)를 개발하여 스스로 생산·판매하고 있고, 위 제품의 홍보물에는 별지 1 내지 6의 사진과 그림, 피고 회사의 인터넷 홈페이지에는 별지 2 내지 6의 사진과 그림이 실려 있다.

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고들의 주장

(1) 사진·그림 저작권 침해 관련 주장

별지 1 내지 5의 사진들(이하 ‘이 사건 사진’이라 한다)은 원고 의사들이 논문에 게재할 목적으로 촬영한 것으로, 게재된 논문의 내용의 일부를 형성하면서 그 기술된 내용을 시각적인 예시 형태로 압축적으로 보여주고 있는 학술적 창작물이므로, 재현하고 있는 피사체의 내용이 당해 학술연구의 내용과 목적을 얼마나 잘 반영하고 설명하고 있는가에 의하여 그 개성과 창조성이 결정된다고 할 것인데, 환부 및 치료법을 충분히 설명하기 위하여 저작자의 시험적인 수술법에 의하여 최적의 수술을 시행하면서, 수술에 의하여 나타난 환부를 경과에 따라 치료해 가면서 치료경과 중 정확한 촬영시점을 포착하여 촬영된 것일 뿐만 아니라, 피사체의 선택, 사진 구도 및 카메라 각도, 셔터 순간의 포착 등에서도 창작성이 있으므로, 저작권법의 보호를 받는 사진저작물에 해당한다.

또한, 별지 6의 그림(이하 ‘이 사건 그림’이라 한다)도 창작성이 있으므로 저작권법의 보호를 받는 저작물에 해당하는데, 원고 회사는 이 사건 사진·그림의 독점적 이용 권리자로서 피고들에게 위 원고의 고주파수술기를 수입, 판매하는 경우에만 사용할 것을 조건으로 그 이용을 허락한 것인데, 피고들은 그와 달리 자신들이 생산, 판매하는 ST-501 제품의 홍보물 및 홈페이지에 이를 사용함으로써 이 사건 사진에 관한 원고 의사들의 저작권, 이 사건 그림에 관한 원고 회사의 저작권을 침해하고 있으므로, 피고 회사 및 그 대표이사로서 침해행위를 주도한 피고 양회봉에 대하여 청구취지 제1항과 같은 행위의 금지 및 제2항과 같은 홍보물의 폐기, 제6항과 같은 명예회복을 위한 조치(저작권법 제95조)의 이행을 구한다.

또한 피고들은 연대하여, 이 사건 사진·그림의 독점적 이용권을 보유하고 있는 원고 회사에게, 그 저작권 침해로 인한 손해배상으로 7,920만 원[홍보물에 사용된 부분 관련 4,560만 원((사진 34장 + 그림 4장) × 40만 원/장·년 × 3년(2001. 6.경부터 2004. 6.경까지) + 홈페이지에 사용된 부분 관련 3,360만 원((사진 24장 + 그림 4장) × 40만 원/장·년 × 3년)]을 지급할 의무가 있다.

(2) 고주파수술기 관련 영업비밀침해·채무불이행 주장

(가) 피고들은 원고 회사가 생산한 MGI-201 제품의 국내 판매가 증가하자 스스로 고주파수술기를 생산하여 판매하기로 하고, 원고 회사로부터 그 생산에 필요한 영업비밀인 제조기술을 취득하기 위하여 원고 회사에게, 1997년경 국내에서 고주파수술기의 수입 규제가 심해져 관련기관이 수입의료기기 전부를 검사하는데 내전압시험에서 문제가 발생하였다면서 개조를 요구하여, 이를 믿은 원고 회사는 피고들에게 영업비밀인 MGI-201 제품의 전압·전류 검사방법, 측정방법 등을 자세하게 설명하여 주었고, 1999. 2.경에는 MGI-202 제품의 수입절차를 위하여 필요하다면서 그에 관한 자료를 요구하여 원고 회사는 위 제품의 회로도를 비롯한 이 사건 제품의 제조에 관한 영업비밀을 피고들에게 건네주었다.

피고들은 이와 같은 기망행위로 취득한 원고 회사의 영업비밀을 이용하여 2001. 3.경부터 원고의 이 사건 제품과 매우 유사한 ST-501 제품을 생산, 판매하기 시작하였는바, 피고들의 위와 같은 행위는 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)상 영업비밀침해행위에 해당하므로, 청구취지 제3, 4항 기재와 같은 침해행위의 금지를 구한다.

나아가, 피고들의 위와 같은 영업비밀침해행위로 원고 회사는 2,208,940,180 원[1,230대(225대(1998년부터 2000년까지 사이에 피고 회사가 원고 회사 제품을 복제하여 판매하기로 하였기 때문에 감소된 원고 회사 제품 판매량) + 1,105대(2001년부터 2004. 6.경까지 피고 회사 제품 판매량)] × 169,548엔/대(원고 회사 제품 1대당 이익) × 10.5922원/엔(2004. 10. 29. 기준 환율)]의 이익을 얻지 못하는 손해를 입었으므로(부정경쟁방지법 제14조의2 제1항), 피고들은 연대하여 원고 회사에게 위 손해 상당액을 배상할 책임이 있다.

(나) 또한, 원·피고 회사 사이의 대리점계약관계는 2001년까지 존속하였는바, 양자 사이의 법률관계에는 상법상 대리상에 관한 규정이 유추적용되거나, 위 계약관계가 상호간 신뢰에 기하여 형성되었고 피고 회사가 원고 회사에게 요청하여 제품의 개발, 효능에 관한 상세한 정보를 제공받은 점에 비추어 신의성실의 원칙에 기하여, 피고 회사는 원고 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무(민법 제681조), 경업금지의무(상법 제89조), 영업비밀 준수 의무(상법 제92조의 3)를 부담하는바, 피고 회사는 앞서 본 바와 같이 영업비밀을 취득하여 ST-501 제품을 생산, 판매함으로써 위와 같은 대리점 계약 및 신의성실의 원칙에 기한 의무를 위반하였으므로, 이를 원인으로 하여서도 원고 회사의 위 일실 손해를 배상할 책임이 있다.

(3) 의료용 화상기기 대물변제 관련 주장

피고 회사는 MGI-201 제품 대금의 대물변제 명목으로 원고 회사에게 의료용 화상기기 250대를 공급하였는데, 위 화상기기들은 가격에 합당한 성능을 갖추고 있지 아니하였을 뿐만 아니라, 피고 회사는 2002년경에는

원고 회사와 아무런 협의 없이 동일한 제품을 일본 내 다른 업체에 납품하기 까지 하였는바, 원고 회사는 피고 회사의 위와 같은 계약 위반으로 위 화상기 기 재고가 누적되어 1억 원 이상의 손해를 입었으므로, 피고 회사는 이를 배상할 책임이 있다.

(4) 손해배상의 일부 청구

결국 피고들이 원고 회사에게 지급하여야 할 손해배상액은 2,388,140,180원 (7,920만 원 + 2,208,940,180원 + 1억 원) 이상이지만, 우선 그 중 일부로 10억 원의 지급을 구한다.

나. 피고들의 주장

(1) 이 사건 사진·그림 관련 주장

① 이 사건 사진은 환자의 환부를 기계적으로 찍은 사진 등에 불과하여 촬영자의 개성과 창조성이 인정될 여지가 전혀 없고, 이 사건 그림도 창조성이 없으므로, 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 볼 수 없고, ② 이 사건 사진·그림은 원고 회사가 1993년경 피고들에게 자신의 제품을 공급하면서 제품 판매시 활용하도록 논문, 제품설명서, 홍보물 등과 함께 제공하여 준 것을 피고들이 편집하여 별도의 홍보물로 만든 것으로, 원고 회사의 승낙 아래 사용해 온 것이며, ③ 이 사건 사진·그림이 실린 홍보물은 제품 설명을 위해 무료로 배포하는 것일 뿐 판매용이 아니므로, 그로 인하여 피고들이 이익을 얻거나 원고 회사가 손해를 입은 바 없다.

(2) 고주파수술기 관련 주장

피고 회사는 국내 의료기 시장의 일제 제품 선호 경향으로 인하여 자체 제품 개발을 포기하고 원고 회사 제품을 수입·판매하여 왔으나, 경제 상황의 변화로 인하여 수지타산이 맞지 아니하여 수입을 중단하였을 뿐, 원고 회사를 기망하여 이 사건 제품 관련 영업비밀을 취득한 바 없다.

원고 회사의 이 사건 제품 회로 구성은 공지된 것이고, 원고 회사는 영업비밀이라고 주장하는 정보들에 관하여 그 비밀유지를 위한 노력을 기울이거나 피고 회사에게 비밀유지를 요청한 바도 없으므로, 영업비밀에 해당하지 않

는다(가사 영업비밀에 해당한다 하더라도, 1993년경부터 1999년경까지 6년 동안 피고 회사에 의한 이 사건 제품의 부분적 품질 개량, 다른 업체들의 유사품 제조 등으로 이미 비밀로서 존속할 여지가 없게 되었으며, 그와 같이 비밀로서 존속할 기간이 경과되었으므로, 1999년 무렵부터는 영업비밀로서의 성질이 소멸되었다).

또한 피고 회사는 1993년부터 1999년까지 대리점계약이 존속하는 동안 선관주의의무, 경업금지의무를 위반한 바 없고, 그 이후 원고 회사의 영업비밀을 침해한 적도 없다.

(3) 의료용 화상기기 대물변제 관련 주장

피고 회사가 원고 회사에게 위 의료용 화상기기들을 공급한 것은 MGI-201 제품 대금의 대물변제를 위한 것이 아니라 독립적인 거래로서 한 것이고, 다만 상호 물품 공급 후 대금을 상계하였을 뿐이며, 위 제품은 세계 40여개국에 수출되는 우수한 제품으로 가격에 합당한 성능을 갖추고 있고, 피고들은 일본의 다른 업체에 직접적으로 동일 화상기기를 공급한 바 없다.

3. 이 사건 사진·그림 저작권 침해에 관한 청구에 대한 판단

가. 저작권법상 저작물은 문학·학술 또는 예술과 같은 문화의 영역에서 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물을 가리키므로, 그에 대한 저작권은 사상 등을 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식만을 보호대상으로 하는 것이어서, 표현의 내용이 된 사상이나 그 기초 이론 등은 저작권의 보호대상이 될 수 없다고 할 것이다.

따라서, 학술 논문의 일부로서 그 내용을 시각적으로 구체화하기 위하여 사용된 사진이라 하더라도, 저작권의 보호 대상이 되는 것은 그 사진에 의하여 표현되는 학술적 사상이나 이론이 아니라 이를 외부에 표현한 창작적인 표현 형식이므로, 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메

라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 사진저작물에 해당된다고 할 것이다.

아래에서는 이와 같은 법리에 따라 이 사건 사진이 저작권법에 의하여 보호되는 사진저작물에 해당하는지 여부를 살펴본다.

나. 갑 제4 내지 8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 별지 1의 사진들은 고주파수술기를 이용하여 치핵절제시술을 하는 과정을 촬영한 것으로, 고리형의 악세사리를 이용하여 치핵을 절제하는 장면, 수술 직후 지혈을 위하여 편평형 악세사리로 고주파응고법을 시술하면서 무결찰로 시행한 경우 출혈이 감소한 장면을 담고 있는 사실, ② 별지 2의 사진들은 고주파응고법에 의한 자궁질부미란 치료의 경과를 촬영한 것으로, 시술 직후 및 1 내지 3주 후의 환부 상태, 완전히 회복된 상태, 응고가 불충분하게 된 경우, 외자궁구의 협착이 발생한 경우를 담고 있는 사실, ③ 별지 3의 사진들은 고주파원추절제기를 이용한 시술방법을 촬영한 것으로, 환부를 절제하는 방법, 절제된 환부 부위를 반구형 악세사리로 응고하는 방법, 위와 같은 절제 및 응고 전후의 환부 상태를 담고 있는 사실, ④ 별지 4의 사진들은 고주파원추절제기를 사용한 절제 직후의 환부 모습, 절제 전후의 경과를 담고 있는 사실, ⑤ 별지 5의 사진들은 고주파원추절제기로 절제한 표본들을 촬영한 것으로, 그 크기를 나타내기 위해 눈금이 있는 자 옆에 표본을 놓고 촬영한 장면과, 시술로 인한 변성, 병변 등이 없음을 나타내기 위해 절제한 표본의 단면을 촬영한 장면을 담고 있는 사실, ⑥ 위 사진들은 모두 촬영 대상을 명확하게 나타내기 위해 촬영 대상을 중앙 부분에 위치시킨 채 근접한 상태에서 촬영된 것으로, 표현 형식에 있어서 특이점을 찾아볼 수 없는 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 사진들은 그 목적이 피사체 자체를 충실하게 표현하여 이를 정확하게 인식할 수 있도록 하기 위한 것으로, 그 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도,

셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 저작권법에 의하여 보호할 만한 촬영자의 개성과 창조성을 인정하기 어렵다고 할 것이므로, 이 사건 사진은 저작권법에 의하여 보호되는 사진저작물에 해당한다고 할 수 없어, 이와 다른 전제에 서 있는 원고들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

다. 또한 이 사건 그림에 관하여 살피건대, 갑 제2, 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 그림은 이 사건 제품을 이용한 치료의 원리 및 특징을 나타내기 위한 것으로, 미란(erosion; 진무름)치료의 작용기전, 이 사건 제품을 이용한 고주파응고법 치료의 원리와 응고 깊이·범위에 있어서의 특징을 도형을 이용하여 단순하게 도식화한 내용인 사실이 인정되는바, 위 인정사실에 의하면, 위 그림들은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 저작물로서, 그 표현 형식에 있어서 작성자의 창조적 개성이 드러나 있어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당한다고 할 것인데, 위 그림들의 내용에 비추어 보면 그 표현 형식에 있어서 작성자의 창조적 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 서 있는 원고 회사의 이 부분 주장 역시 모두 이유 없다.

4. 고주파수술기에 관한 청구에 대한 판단

가. 영업비밀침해에 기한 청구

(1) 부정경쟁방지법은 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하는 행위(제2조 제3호 가목), 계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하는 행위(같은 호 라목) 등을 영업비밀침해행위로 규정하고, 영업비밀 보유자에게 그 침해행위의 금지청구권, 침해로 인한 손해배

상청구권을 인정하고 있다(제10, 11조).

그런데 위 법에 정한 영업비밀침해행위에 해당하기 위해서는 그 전제로서 같은 법이 규정한 바에 따라 그 침해 대상이 영업비밀, 즉 ① 공언히 알려져 있지 아니하고 ② 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, ③ 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 ④ 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보에 해당하여야 하는바(제2조 제2호), 먼저 원고 회사가 피고 회사에게 제공한 정보가 위와 같은 영업비밀에 해당하는지 여부를 살펴 본다(6.05MHz대의 고주파, 350V의 출력전압을 사용하고, 시술과정에서 원추절제기를 사용할 수 있으며, 5mm 깊이까지 조직을 응고괴사시킨다는 등의 이 사건 제품의 특징 자체는 원고 회사의 영업비밀에 해당하지 않음이 분명하다).

(2) 갑 제18호증, 갑 제26 내지 28호증, 갑 제29호증의 1, 2, 갑 제30호증의 2, 갑 제31호증의 1, 2, 갑 제37호증의 1 내지 3, 갑 제38호증의 1 내지 3, 을 제17호증의 1 내지 3, 을 제19호증의 1 내지 5, 을 제33호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 회사는 1997. 4.경부터 1999. 2.경까지 사이에 원고 회사에게, ① 이 사건 제품의 일본품질보증기구·후생성 승인서, 품질인증서류, ② MGI-202 제품에 관한 카탈로그, Y2K 문제와 관계없음을 증명하는 확인서, 위 제품의 효과에 대한 임상논문집, ③ 이 사건 제품의 회로 구성 및 부품사양, 제조방법이 기재된 제품제조공법 문서, 제품 표준서, ④ 이 사건 제품의 마이스너(MISNER) 발진방식에 대한 상세한 자료, ⑤ MGI-201 제품의 출력 측정방법·측정수치·사용측정기에 대한 정보, ⑥ 접지저항의 측정에 사용된 측정기, 측정결과 차이의 원인, 접지저항의 측정방법에 대한 상세한 설명, ⑦ 부하저항기의 원리, 주파수누출전류 문제, 측정방법, ⑧ 내전압시험 중 전압의 변동 이유, 내전압시험의 방법 등의 문서 또는 정보를 보내 줄 것을 요청하였고, 원고 회사는 각 요청을 받은 무렵 피고 회사에게 위 문서·정보를 제공한 사실이 인정된다.

(3) 그러나 위 각 증거, 연세대학교 의료공학연구원장에 대한 감정촉탁결

과에 변론 전체의 취지를 종합하면, (i) 원고 회사가 제공한 위 정보 중 ①, ②항 문서에 기재된 각 정보, ③항 문서 중 회로 구성 및 부품사양에 관한 정보, ⑦항 중 부하저항기의 원리는 공연히 알려져 있지 않은 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, (ii) 갑 제38호증의 1, 갑 제39호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 바와 같이, 원고 회사의 취업규칙상 직원들에 대한 회사비밀 누설금지 의무, 문서·도서 배포금지 의무가 일반적으로 규정되어 있는 점(제21조 제5, 7호), 원고 회사가 발행하는 문서의 종류, 승인자, 보존기간을 정하고 있는 문서관리규정이 있는 점(제품표준서, 사양서, 구성재료·부품표는 승인자가 과장, 보존기간이 10년으로 규정되어 있다)만으로는 원고 회사가 상당한 노력을 기울여 위 (2)항 기재 각 정보를 비밀로써 관리하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, (iii) 원고 회사가 피고 회사에게 위 (2)항 기재 각 정보를 제공하면서 이를 비밀로 유지할 의무를 부과하였다는 점을 인정할 증거도 없으므로, 위 각 정보는 모두 부정경쟁방지법에 규정된 영업비밀에 해당한다고 볼 수 없다고 할 것이다(원고 회사가 주장하는 바와 같이, 이 사건 제품 제조시험에 필요한 정보는 원고 회사가 오랜 기간 동안 많은 비용을 투자하여 획득한 것으로, 피고들 외에는 다른 사람에게 전달한 바 없고, 피고들을 신뢰하였기 때문에 비밀유지의무를 부과하지 아니한 채 이를 제공하였다는 사정만으로는, 그 정보가 영업비밀에 해당한다고 볼 수 없다).

(4) 결국, 이와 다른 전제에 서 있는 원고 회사의 이 부분 주장도 모두 이유 없다.

나. 채무불이행에 기한 청구

(1) 먼저 원·피고 회사 사이 대리점계약의 존속기간에 관하여 살피건대, 갑 제25호증의 1, 3, 갑 제42호증의 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 회사가 원고 회사에게 2000. 3.경 15대, 2001. 2.경 10대, 2001. 7.경 2대의 MGI-201 제품을 주문하여 공급받은 사실을 인정되나, 한편 갑 제12, 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원·피고

회사는 계약기간을 1996. 12.까지, 1999. 12.까지로 정한 대리점 계약서를 두 차례 작성하였으나, 그 이후에는 위와 같은 대리점 계약서를 작성한 바 없는 사실, 피고 회사의 MGI-201 제품 수입량이 1999년에는 60대에 이르렀으나 2000년부터는 위와 같이 대폭 감소된 사실이 인정되는바, 위 인정사실에 의하면 원·피고 회사 사이의 대리점계약관계는 1999. 12.로 종료되었다고 할 것이다.

(2) 피고 회사가 2001. 3.경부터 ST-501 제품을 생산, 판매함으로써 원고 회사에 대한 경업금지의무, 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다는 원고 회사의 주장은, 앞서 본 바와 같이 대리점계약관계가 1999. 12. 종료되었다는 점에서 이유 없다.

또한, 상법상 대리상은 계약의 종료 후에도 계약과 관련하여 알게 된 본인의 영업상 비밀을 준수할 의무를 부담하나(제92조의 3), 이러한 의무를 부담하는 대리상은 일정한 상인을 위하여 거래의 대리 또는 중개를 하는 자로(제87조), 피고 회사와 같이 생산자로부터 제품을 매입하여 자기의 계산으로 판매하는 자는 위 규정에 정한 비밀준수의무를 부담한다고 볼 수 없고(앞서 본 바와 같이 피고 회사가 대리점계약 기간 동안 취득한 정보가 영업상 비밀에 해당한다고 보기도 어렵다), 그밖에 피고 회사가 원고 회사가 주장하는 바와 같은 신의성실의 원칙에 기한 법률상 의무를 부담한다는 점을 인정할 만한 자료도 없으므로, 결국 원고 회사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 의료용 화상기기 대물변제에 관한 청구에 대한 판단

피고 회사가 원고 회사에게 공급한 의료용 화상기기에 하자가 있었다는 점, 원·피고 회사 사이에 피고 회사가 원고 회사의 동의 없이는 위 기기를 일본 내 다른 업체에 공급하지 아니한다는 내용의 약정을 체결하는 등 피고 회사가 위와 같은 의무를 부담한다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 원고 회사의 이 부분 주장은 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

6. 결 론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 강민구
판사 김정아
판사 이기리

<별지 1~6 생략>

원고 오네스트메디칼 주식회사의 영업비밀을 이용하여 제조한 고주파수
술기

아래 원고 오네스트메디칼 주식회사의 고주파수술기 MGI-201 및
MGI-202 제조상의 영업비밀을 이용하여 제조한 Dr. Oppel(ST-501) 등
고주파수술기

모노폴라(monopolar), 바이폴라(bipolar)의 절환식으로서, 5극 진공관
(첨부 회로도의 ②부분)의 격자그리드와 양극(플레이트)의 주파수를 결정하
기 위해 코일 L(첨부 회로도의 ④부분)과 콘덴서 C(첨부 회로도의 ③부분)로
이루어진 독립된 탱크회로(tank circuit)와, 진공관의 양극에서 나온 출력의
일부를 코일 RHC(첨부 회로도 상단)와 코일 ④ 사이의 유도작용을 통하여
탱크회로로 귀환시키는 회로로서, 교류전원에 직접 연결되는 교류전원입력
부(첨부 회로도의 F1, F2)를 시점으로, 출력단자(MONO, BI)에 직접 연결된
부위가지를 종점으로 하여 이루어지며,

이와 같은 구성으로 발진상태와 휴지상태의 비율이 1:1로 반주기 전원변
조(半週期 電源變調)된 6 MHz 대(帶)의 주요 반송주파수를 생성하도록 구현
된 각 소자 및 소자 간의 결합 배선도로 이루어지는 발진회로를 포함하는
본체 회로의 구성 및 이를 도시한 첨부 회로도와 소자사양표{첨부 회로도
중 표시부인 모니터(MS, M, MONITOR) 및 풋스위치(Foot S.W.J)의 연결부
위 및 출력단자는 제외함}.

(첨부 회로도) : 생략

저작권침해 사실광고

하기인들은 일본의 모리 류헤이(森 龍平)와 다니구찌 사다유키(谷口 定之), 오네스트메디칼 주식회사의 고주파치료에 관한 사진 및 그림을 하기인의 고주파수술기의 홍보물에 임의로 게재하여 동인들의 저작권을 침해하는 불법행위를 함으로써, 2002월 -월 -일자로 법원으로부터 저작권침해금지를 명하는 판결을 받은 바 있기에 이러한 사실을 알립니다.

2003년 월 일

1. 주식회사 썸텍
주소
대표이사 양희봉
2. 양희봉
주소 끝.

[출 전] 판결 원문

5. 응용미술저작물의 저작권 보호 - ‘묵주반지 디자인’ 사건

서울중앙지방법원 제30형사부 2006. 2. 9. 판결, 2005노3421 저작권법위반

피 고 인 1. 이○○
2. 한○○

항 소 인 피고인들

원심판결 서울중앙지방법원 2005. 10. 13. 선고 2005고정2893 판결

주 문

원심판결을 모두 파기한다.
피고인들은 각 무죄.
피고인들에 대한 판결의 요지를 공시한다.

이 유

1. 항소이유의 요지

가. 이 사건 공소사실은 저작권법 제97조의5에 해당하는 죄로서 같은 법 제102조에 의하여 피해자 이○○의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 사건인데, 위 이○○의 배우자인 정○○이 고소하였을 뿐이고 위 이○○은 고소한 사실이 전혀 없으므로, 이 사건 공서는 그 제기 절차가 법률의 규정에

위반되어 무효인 때에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 이 사건 공소를 기각하여야 함에도, 원심은 이점을 간과하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 잘못을 저질렀다.

나. 위 이○○이 저작권을 주장하는 십자무늬목주반지와 장미계단목주반지(이하 ‘이 사건 각 목주반지’라 한다)는 저작권법의 보호대상인 저작물에 해당하지 아니하고, 가사 저작물에 해당한다고 하더라도 피고인들은 위 이○○으로부터 위 각 저작물에 대한 저작권을 양도받았거나, 아니면 적어도 위 각 저작물에 대한 이용 허락을 받았음에도, 원심은 사실을 오인하거나 저작물에 관한 법리를 오해하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 잘못을 저질렀다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 사건 공소사실의 요지는 피고인 이○○는 서울 종로구 묘동에서 보험사를 운영하는 사람, 피고인 한○○는 목주반지를 판매하는 사람인 바, (1) 피고인 이○○는 2002. 10. 23.경부터 2003. 6.경까지 사이에 위 보험사에서 위 이○○의 미술저작물인 십자무늬목주반지를 복제·판매함으로써 위 이○○의 저작권을 침해하고, (2) 피고인 한○○는 2002. 10. 23.경부터 2003. 3.경까지 사이에 서울 종로구 명동2가 소재 카톨릭 출판사 명동성물보급소에서, 그곳 업주 성명불상자에게 상피고인 이○○로부터 납품받은 위 이○○의 미술저작물인 장미계단목주반지의 복제품을 판매하여 위 이○○의 저작권을 침해하였다는 것이고, 이에 대하여 원심은 판시 각 증거를 종합하여 이 사건 공소 사실을 모두 유죄로 인정하였다.

나. 항소이유에 관한 판단

(1) 먼저, 위 이○○의 적법한 고소가 있었는지에 대하여 살펴건대, 고소는 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하고(형사소송법 제

237조 제1항), 검사 또는 사법경찰관이 구술에 의한 고소를 받은 때에는 조서를 작성하여야 하며(같은 조 제2항), 고소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있는바(같은 법 제236조), 기록에 의하면 위 이○○은 자신의 처인 정○○ 명의로 서울동대문경찰서에 2003. 2. 25.자 고소장을 접수하였으나, 위 ○○의 고소대리인으로서 경찰에 직접 출석하여 진술함에 있어 피고인들에 대한 이 사건 범죄사실을 신고하고 그들의 처벌을 구하는 의사표시를 하였으며, 그에 대한 사법경찰관은 위 이○○에 대한 진술조서(고소대리인)를 작성한 사실 등을 인정할 수 있으므로, 비록 위 고소장이 위 정○○ 명으로 작성·접수되었다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 위 이○○의 적법한 고소가 없었다고 볼 수는 없다고 할 것이다. 따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 다음으로, 이 사건 각 목주반지가 저작권법의 보호대상인 저작물에 해당하는지 여부에 대하여 살핀다.

(가) 저작권법은 제2조 제1호에서 ‘저작물’에 대하여 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다.”라고 규정하고, 제2조 제11의2호에서 ‘응용미술저작물’에 대하여 “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다.”라고 규정하는 한편, 제4조 제1항 제4호에서 “응용미술저작물” 등을 저작물로 예시함으로써, 응용미술저작물의 정의를 규정하고 응용미술저작물이 저작권의 보호대상임을 명백히 하고 있다(한편, 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것)은 제4조 제1항 제4호에서 “회화·서예·도안·조각·공예·응용미술작품 그 밖의 미술저작물” 등을 저작물로 예시하고 있었다).

(나) 이 사건 각 목주반지 자체가 일품제작의 미술공예품이 아님은 기록상 명백하므로, 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하기 위해서는 위 이○○이 저작권 등록한 위 각 목주반지 디자인이 위 이○○의 창작물로서 그 이용된 물품인 반지와 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것, 즉 저작권법의

보호대상인 응용미술저작물에 해당하여야 할 것이다(헌법재판소 2005. 2. 3.자 2004헌마478 결정 참조; 한편 위 이○○이 자신의 처인 정○○ 명의로 각 목주반지에 대하여 미술저작물로 저작권 등록을 한 것은 앞에서 인정한 바와 같으나, 우리나라 저작권법이 ‘무방식주의’를 채택하고 있는 이상, 등록이 저작권의 발생과 직접적인 관계가 있는 것은 아니므로, 위 각 목주반지 디자인이 저작권법의 보호대상인 응용미술저작물에 해당하는지 여부는 그 등록 여부에 상관없이 저작권법 규정에 따라 독자적으로 판단함이 옳다.

(다) 우선, 저작권등록부에 기재된 저작물의 내용을 살펴보면, 이 사건 십자무늬목주반지의 경우에는 “반지꼭지는 음악으로 조각된 라틴십자가 문양에 성혈(예수님이 흘린 거룩한 피)을 의미하는 붉은 색이 채색되어 있고, 반지에 둘레는 아무런 무늬가 없는 민자입니다.”라고 되어 있고(수사기록 34쪽 참조), 이 사건 장미계단목주반지에 대해서는 “반지꼭지는 음악으로 조각된 십자모양에 성혈(예수님이 흘린 거룩한 피)을 의미하는 붉은 색이 채색되어 있고, 반지둘레는 장미꽃 문양이 일정한 간격으로 반입체적으로 조각되어 있으며, 장미꽃 문양의 사이사이가 계단식으로 홈피 파여 있습니다. 또한 본 반지는 2겹으로 이루어져 있어서 반지의 전체 틀은 고정되어 있으면서, 안은 장미꽃 문양들을 목주의 작은 구슬처럼 도릴 수 있는 돌립반지입니다.”라고 되어 있다.

(라) 그러나, 수사기록과 당심에서 변호인 제출한 증거자료들을 종합하면, ① 목주반지는 통상적으로 둥근 반지의 형태에 1개의 십자가와 10개의 목주알이 돌출되어 있는데, 돌출된 목주알에는 일정한 문양이 새겨져 있거나 보석이 박혀 있는 점, ② 목주반지는 하나의 몸체로 구성되어 있는 일체형인 ‘일단 목주반지’와 두 겹으로 이루어져 있어서 반지의 전체 틀은 고정되어 있으면서 십자가와 10개의 목주알이 돌출되어 있는 가운데 부분을 돌릴 수 있는 분리형인 ‘돌립 목주반지’로 분류할 수 있는 점, ③ 십자가는 가장 대표적인 그리스도교의 상징들 가운데 하나인데, 그 문양이 전통적인 것이나 근대적인 것을 막론하고 모두 교회 내에서 보편적으로 사용되고 있으며,

목주반지에 돌출되어 있는 십자가 문양은 대개 성혈을 의미하는 붉은 색으로 채색되어 있는 점, ④ 우리나라에서는 목주알을 세면서 바치는 기도라는 뜻에서 ‘목주기도’라 부르지만, 서양에서는 ‘장미꽃다발 또는 장미꽃밭(라틴어 Rosarium, 이탈리아어 Rosario, 영어 Rosary) 기도’라고 부르므로, 목주알 하나는 장미 한 송이를 의미하기 때문에, 목주반지에는 장미꽃 문양이 보편적으로 사용되고 있는 점, ⑤ 이 사건 장미계단목주반지의 목주알에 새겨진 장미꽃 문양은 국내외에서 널리 판매되고 있는 목주반지에 새겨진 통상적인 장미꽃 문양과 별다른 차이가 없는 것으로 보이는 점 등을 알 수 있다.

(마) 그렇다면, 저작권등록부에 기재된 저작물의 내용을 통해 추려낼 수 있는 이 사건 각 목주반지 디자인, 즉 ① 위 각 목주반지의 기본적인 형상이나 모양 및 그 구성요소와 배치(일단 목주반지인지 돌립 목주반지인지와 반지 가운데에 일정한 간격으로 1개의 십자가와 10개의 목주알이 돌출되어 있는 것), ② 위 각 목주반지에 돌출되어 있는 십자가의 문양 및 색채, ③ 위 각 목주반지에 돌출되어 있는 10개의 목주알의 형태 및 문양 그 어느 것 하나 위 이○○의 ‘창작물’로서 위 각 목주반지와 구분되어 ‘독자성’을 인정할 수 있는 것이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(3) 나아가, 이 사건 각 목주반지 디자인이 저작권법의 보호대상이 될 수 있는지에 대하여 살핀다.

(가) 구 저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 전문개정되기 전의 것)은 미술저작물의 예시로서 “공예”를 규정하면서 ‘응용미술저작물’은 규정하지 아니하였다(제2조 참조). 위와 같은 전문개정을 통하여 “응용미술작품”을 순수미술작품과 같이 제한 없이 규정하였다(제4조 제1항 제4호 참조). 따라서 위 구 저작권법 하에서는 응용미술이라 하더라도 양산되는 공업제품에 이용되는 경우에는 의장법에 의하여 보호하였고, 저작권법으로는 보호되는 것은 일품제작의 미술공예품에 한정되었다.

그런데 위와 같이 전문개정된 저작권법 부칙 제1조는 “이 법은 1987년 7월 1일부터 시행한다.”라고 규정하고, 제2조 제1항은 “이 법 시행 전에

중전의 규정에 의하여 저작권의 전부 또는 일부가 소멸하였거나 보호를 받지 못한 저작물에 대하여는 그 부분에 대하여 이 법을 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있으므로, 응용미술작품이 1987. 7. 1. 이전에 창작되어 위 구 저작권법에 의하여 보호를 받지 못하였다면, 비록 그것이 ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것’이라 하더라도, 위와 같이 전문개정된 저작권법에 의하여도 보호를 받을 수가 없다고 할 것이다.

(나) 이 사건에 대하여 보건대, 기록상 이 사건 각 목주반지는 모두 1987. 7. 1. 이전에 고안된 것으로 보이므로, 가사 위 각 목주반지 디자인이 위 이○○의 창작물로서 그 이용된 물품인 반지와 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이라고 하더라도, 이에 대해서는 저작권법에 의한 보호가 주어질 수 없다고 할 것이다.

다. 소결론

이상에서 살펴본 바와 같이 이 사건 각 목주반지 디자인은 어느 모로 보나 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하지 아니하므로, 위 각 목주반지 디자인이 저작권법의 보호대상인 저작물에 해당함을 전제로 하는 피고인들에 대한 이 사건 공소사실은 나머지 점에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당함에도, 이 사건 각 목주반지가 미술저작물에 해당한다는 이유로 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 단정한 원심판결에는, 사실을 오인하였거나 응용미술저작물에 관한 법리를 오해한 위법이 있음이 분명하고, 이 점을 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결 론

이에 피고인들의 나머지 항소이유에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

이 사건 공소사실의 요지는 앞에서 본 바와 같은 바, 이는 파기 사유에서 밝힌 바와 같이 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 각 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항에 의하여 피고인들에 대한 판결의 요지를 공시하기로 한다.

재판장 판사 신영철
 판사 심 경
 판사 이상훈

[출 전] 판결 원문

6. 정당한 인용의 범위 - ‘썸네일 이미지 검색 서비스’ 사건

대법원 2006. 2. 9. 판결, 2005도7793 저작권법위반

피 고 인 피고인 1외 1인

상 고 인 검사

변 호 인 법무법인 지성 담당변호사 배대준

원심판결 서울중앙지법 2005. 9. 23. 선고 2004노1342 판결

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는데, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결, 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결 등 참조).

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2 주식회사(이하 ‘피고인 회사’라 한다)의 검색사이트에 썸네일 이미지의 형태로 게시된 공소외인의 사진작품들은 공소외인의 개인 홈페이지에서 이미 공표된 것인 점, 피고인 회사가 썸네일 이미지를 제공한 주요한 목적은 보다 나은 검색서비스의 제공을 위해 검색어와 관련된 이미지를 축소된 형태로 목록화하여 검색서비스를 이용하는 사람들에게 그 이미지의 위치정보를 제공하는 데 있는 것이지 피고인들이 공소외인의 사진을 예술작품으로서 전시하거나 판매하기 위하여 이를 수집하여 자신의 사이트에 게시한 것이 아닌 만큼 그 상업적인 성격은 간접적이고 부차적인 것에 불과한 점, 공소외인의 사진작품은 심미적이고 예술적인 목적을 가지고 있다고 할 수 있는 반면 피고인 회사의 사이트에 이미지화된 공소외인의 사진작품의 크기는 원본에 비해 훨씬 작은 가로 3cm, 세로 2.5cm 정도이고, 이를 클릭하는 경우 독립된 창으로 뜬다고 하더라도 가로 4cm, 세로 3cm 정도로 확대될 뿐 원본 사진과 같은 크기로 보여지지 아니할 뿐만 아니라 포토샵 프로그램을 이용하여 원본 사진과 같은 크기로 확대한 후 보정작업을 거친다 하더라도 열화현상으로 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운 만큼 피고인 회사 등이 저작물인 공소외인의 사진을 그 본질적인 면에서 사용한 것으로는 보기 어려운 점, 피고인 회사의 검색사이트의 이 사건 썸네일 이미지에 기재된 주소를 통하여 박범용의 홈페이지를 거쳐 공소외인의 홈페이지로 순차 링크됨으로써 이용자들을 결국 공소외인의 홈페이지로 끌어들이게 되는 만큼 피고인 회사가 공소외인의 사진을 이미지검색에 제공하기 위하여 압축된 크기의 이미지로 게시한 것이 공소외인의 작품사진에 대한 수요를 대체한다거나 공소외인의 사진 저작물에 대한 저작권침해의 가능성을 높이는 것으로 보기는 어려운 점, 이미지 검색을 이용하는 사용자들도 썸네일 이미지를 작품사진으로 감상하기보다는 이미지와 관련된 사이트를 찾아가는 통로로 인식할 가능성이 높은 점 및 썸네일 이미지의 사용은 검색사이트를 이용하는 사용자들에게 보다 완결된 정보를 제공하기 위한 공익적 측면이 강한 점 등 판시와

같은 사정 등을 종합하여 보면, 피고인 회사가 공소외인의 허락을 받지 아니하고 공소외인의 사진작품을 이미지검색의 이미지로 사용하였다고 하더라도 이러한 사용은 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것으로 봄이 상당하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 저작권법 제25조 소정의 정당한 이용에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 원심의 위와 같은 판단이 옳은 이상, 피고인들의 행위가 정당한 사용에 해당되지 않는다고 하더라도 피고인들에게 저작권법 위반에 대한 고의가 있었다고 보기 어렵다는 원심의 판단은, 위에서 본 판단에 덧붙여서 한 부가적·가정적 판단에 불과하여 판결 결과에 영향을 미칠 수 없으므로, 이에 관한 상고이유의 주장은 더 살펴 볼 것도 없이 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김지형
대법관 강신욱
주 심 대법관 고현철
대법관 양승태

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

7. 온라인 음악 전송 서비스의 저작권 침해 여부 - ‘벅스뮤직’ 사건

서울중앙지방법원 제8형사부 2006. 2. 15. 판결, 2005노480 가. 저작권법위반
/ 나. 근로기준법위반

피 고 인 1.가. 박OO, A주식회사 이사
2.가. 변OO, 주식회사B 이사
3.가.나. 이OO, C주식회사 대표이사
4.가. A주식회사 대표이사 김OO
5.가. 주식회사 B 대표이사 안OO

항 소 인 피고인 박OO, A주식회사, 주식회사 B 및
검사(피고인 박OO, 변OO, 이OO에 대하여)

검 사 민OO

변 호 인 법무법인 OO(피고인 박OO, A주식회사를 위하여)
담당 변호사 임OO, 임△△
변호사 김△△(피고인 변OO, 주식회사 B를 위한 사선 및
피고인 이OO을 위한 국선)

원심판결 서울중앙지방법원 2005. 1. 27. 선고 2003고단6560, 2003고단7900
(병합), 2003고단9434(병합), 2003고단9864(병합), 2003고
단10274(병합), 2004고단(1275(병합), 2004고단4133(병합),
2004고단5829(병합)



판결선고 2006. 2. 15.

주 문

원심판결 중 피고인 박○○, 변○○, A주식회사, 주식회사B에 대한 각 유죄부분과 원심 판결 중 피고인 이○○에 대한 부분을 각 파기한다.

피고인 박○○을 벌금 10,000,000원에, 피고인 변○○을 벌금 8,000,000원에, 피고인 이○○을 징역 6월에, 피고인 A주식회사를 벌금 10,000,000원에, 피고인 주식회사 B를 벌금 8,000,000원에 각 처한다.

피고인 박○○, 변○○이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 각 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인 박○○, 변○○을 노역장에 각 유치한다.

피고인 박○○에 대한 원심판결 선고 전의 구금일수 2일을 위 벌금에 관한 노역장유치 기간에 산입한다.

다만, 피고인 이○○에 대하여 이 판결 확정일로부터 1년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 박○○, 변○○, A주식회사, 주식회사 B에 대하여 위 각 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 사건 공소사실 중 피고인 박○○, A주식회사에 대한 별지 범죄일람표 1-1-(2), 1-1-(3), 1-2-(2), 4-1-(2), 5-3, 6, 7-2, 7-3, 8에 관한 각 저작권법위반의 점과 피고인 변○○, 주식회사 B에 대한 별지 범죄일람표 2-2에 관한 각 저작권법위반의 점 및 피고인 이○○에 대한 별지 범죄일람표 3-2에 관한 각 저작권법위반의 점은 각 무죄.

1. 항소이유의 요지

가. 피고인 박○○, A주식회사의 항소이유의 요지는 다음과 같다.

(1) 범죄일시에 대한 사실오인

피고인 박○○, A주식회사가 원심 판시 범죄사실 1, 2항 기재 각 복제일시에 그 각 판시와 같은 각 복제행위를 한 바 없음에도 불구하고, 원심은 채증법칙을 위배하고 사실을 오인하여 피고인 박○○, A주식회사가 원심 판시 범죄사실 1, 2항 기재 각 복제일시에 그 각 판시와 같은 복제행위를 하였다고 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(2) 저작권접권의 귀속에 관한 채증법칙위배, 사실오인 및 법리오해

피고인 박○○, A주식회사의 각 원심 판시 1, 2항 기재 각 범행은 친고죄로서, 원심 판시 범죄사실 1, 2항 기재 각 음원에 대한 각 음반제작자로서의 저작권접권을 갖는 저작권법 제2조 제7호 소정의 음반제작자 또는 그로부터 적법하게 저작권접권을 양수한 자의 적법한 고소가 있어야 논할 수 있는데, 피고인 박○○, A주식회사를 고소한 이 사건 고소인들 중 상당수는 적법한 고소권자가 아님에도 불구하고, 원심은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하고 법리를 오해하여 이 사건 고소인들이 모두 적법한 고소권자인 것으로 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 1987. 7. 1. 전에 제작된 음원에 대한 저작권접권의 침해에 대한 채증법칙위배, 사실오인, 법리오해

(가) 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정되어 1987. 7. 1.부터 시행되기 전의 구 저작권법은 음반을 저작물로 규정하였다가 구 저작권법이 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정되어 1987. 7. 1.부터 시행되면서 비로소 음반제작자의 저작권접권에 관한 규정이 신설되었는바, 1987. 7. 1. 전에 제작된 음반에 수록된 음원의 경우에는 위 개정법률에서 신설된 음반제작자

의 저작인접권의 침해란 인정될 여지가 없고 다만 음반제작자의 창작성이 인정될 경우에 음반제작자가 갖는 저작권의 침해로 처벌할 여지는 있으나, 이와 같이 1987. 7. 1. 전에 제작된 음원에 대하여 음반제작자가 갖는 저작권의 침해로 처벌하려면 위 개정법률 부칙 제8조에 의하여 위 법률 제3916호로 개정되기 전의 구 저작권법 상의 처벌규정에 의하여 처벌하여야 함에도 불구하고, 원심은 이 점에 관한 법리를 오해하여 피고인 박OO, A주식회사가 1987. 7. 1. 전에 제작된 음원을 복제하여 음반제작자인 고소인들의 저작인접권을 침해하였다는 공소사실에 대하여 현행 저작권법을 적용하여 피고인 박OO, A주식회사를 처벌함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(나) 1987. 7. 1. 전에 제작된 음반에 수록된 음원에 대한 음반제작자의 저작권을 인정하기 위하여 요구되는 음반제작자의 창작성은 음반제작자가 단순히 곡을 구체적인 음으로 구현하여 이를 유형물에 고정하는 것만으로는 당연히 인정될 수 없고, 음반제작자가 음반제작과정에서 한 구체적 역할의 정도의 따라 인정되는 것임에도 불구하고, 원심은 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위배하고 사실을 오인하여 피고인 박OO, A주식회사가 저작권 또는 저작인접권을 침해하였다는 1987. 7. 1. 전에 제작된 음원에 대하여 그 음반제작자가 음반제작과정에서 구체적으로 어떠한 역할을 하였는지 여부에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한 채 유형물에 음을 고정하였다는 사실만으로 위 각 음반에 대하여 당연히 음반제작자의 창작성이 있다고 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(4) HTTP 방식에 의한 저작인접권 침해에 대한 사실오인 및 법리오해
피고인 박OO, A주식회사가 한 원심 판시 HTTP 방식의 서비스는 복제에 해당하는 다운로드 방식의 서비스와 다른 것으로서, HTTP 방식에 의한 서비스로 인하여 이용자의 임시폴더나 하드디스크에 음원파일이 일시적으로 남는다고 하더라도 음원파일이 유형물에 고정되었다고 볼 수 있을 정도의 영속적인 저장행위가 수반되지 아니하므로, 이는 음반제작자의 저작인접권의 침해에 해당하지 않는 전송행위에 수반된 한 현상에 불과할 뿐, 복제에



해당한다고 할 수 없으며, 다만, 이용자가 임시폴더에 남아 있는 음원이 없어지기 전에 이를 자신의 하드디스크에 저장하는 경우에는 비로소 복제가 이루어지나, 이는 이용자의 사적인 복제로서 허용되는 정당한 행위일 뿐이므로 피고인 박OO, A주식회사가 형사상 책임을 진다고 할 수 없음에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하고 이 점에 관한 법리를 오해하여 HTTP 방식의 서비스의 경우에도 저작권접권의 침해가 인정되는 것으로 잘못 판단함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(5) 저작권 보호기간의 경과에 따른 저작권 소멸에 관한 법리오해

위 법률 제3916호로 개정되기 전의 구 저작권법 제33조, 위 개정법률 부칙 제3조 등의 규정에 의하면 1987. 7. 1. 전에 발매된 음반에 수록된 음원에 대한 음반제작자의 저작권은 음반 발매일로부터 저작권 보호기간 30년이 경과하면 소멸하는바, 원심이 유죄로 인정한 피고인 박OO, A주식회사에 대한 이 사건 범죄사실 기재 각 음원 중에는 원심판결문 첨부 범죄일람표 1-1의 번호 772 내지 725번, 2423 내지 2433번 등과 같이 복제 당시 발매일로부터 저작권 보호기간 30년이 경과함으로써 이미 저작권이 소멸한 음원들이 상당수 포함되어 있음에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하고 이 점에 관한 법리를 오해하여 이미 저작권이 소멸한 음원에 대한 공소사실까지 모두 유죄로 잘못 판단함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

나. 피고인 주식회사 B의 항소이유

원심이 피고인 주식회사 B에 대하여 선고한 형(벌금 1,000만 원)이 너무 무거워 부당하다.

다. 검사의 항소이유

원심이 피고인 박OO, 변OO, 이OO에 대하여 선고한 각 형(피고인 박OO: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 피고인 변OO: 징역 8월, 집행유예 2년, 피고인 이OO: 징역 1년, 집행유예 2년)이 너무 가벼워 부당하다.

2. 이 법원의 판단

위 각 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 보건대, 검사는 당시에 이르러 피고인 박OO, 변OO, A주식회사, 주식회사 B에 대한 각 공소사실 및 피고인 이OO에 대한 저작권법위반의 점에 대한 공소사실의 각 일부를 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하여 이 부분에 대한 이 법원의 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분에 대한 변경전의 각 공소사실 및 이와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 나머지 각 공소사실을 심판대상으로 삼아 유죄로 인정하여 피고인들에게 각 1개의 형을 선고한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결 론

따라서 위 각 항소이유에 관한 판단을 생략한 채{다만, 위 1의 가의 (4)항 기재의 점에 대하여는 뒤에서 판단하기로 한다} 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

범죄사실

피고인 박OO은 2000. 2.경부터 2005. 3. 31.경까지 A주식회사의 대표이사로 재직한 자이고, 피고인 A주식회사는 유무선망을 통한 음악서비스 및 판매업 등을 목적으로 설립된 법인이며, 피고인 변OO은 2000. 4. 28.부터 현재까지 주식회사 B의 이사로 재직하면서 실질적으로 위 회사를 경영하는 자이고, 피고인 주식회사 B는 인터넷을 통한 한국 및 외국의 대중음악 홍보업 등을 목적으로 설립된 법인이며, 피고인 이OO은 인터넷 콘텐츠 제공업체인 C 주식회사의 대표이사인바,

1. 피고인 박OO은

2000. 2.경부터 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 사이트인 A뮤직을 개설·운영하면서 위 인터넷 사이트의 인지도를 높여 회원증가를 도모하고, 위 인터넷 사이트상에 배너 광고 등을 유치하여 광고주들로부터 광고비를 받거나 채팅, 영화, 음악메일, 컬러링 등의 유료서비스를 제공하여 회원들로부터 정보이용료 등을 받는 방법으로 영업상의 이익을 취득하기 위하여

가. (1) 2002. 8. 10.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, 2002. 8. 8. 발매된 앨범명 미상의 음반에 수록된 가수 이현옥이 부른 ‘꿈을 꾸 후에’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박OO이 운영하는 웹사이트의 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 000 대표 000의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 별지 범죄 일람표 1-1-(1)의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 같은 장소에서 같은 방법으로 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(2) 위 1의 가의 (1)항 기재와 같이 컴퓨터압축파일의 형태로 복제, 저장한 음원 파일을 이용하여 위 인터넷 사이트에 접속하는 이용자들이 하여금 그들이 원하는 음악을 실시간으로 검색하여 감상할 수 있도록 하는 서비스를 제공함에 있어 2003. 5. 1. 이전까지는 스트리밍서비스(Streaming Service) 방식으로 운영하던 중 이용자의 접속증가에 따라 위 사이트의 인터넷 트래픽이 증가하여 기존의 인터넷 접속회선과 서비스 방식으로 감당할 수 없게 되자, 서비스 방식을 다운로드 서비스(Downloading Service) 방식인 HTTP 방식으로 변경한 다음,

2003. 5. 5.경부터 2003. 5. 11.경까지 사이에 성남시 분당구 야탑동 소재 KT IDC센터에서, 위 A뮤직 사이트에 접속한 이용자들에게 ‘3집-Extreme Happiness’ 라는 앨범에 수록된 가수 UN이 부른 ‘Crazy for you’라는 노래를 위와 같은 방법으로 청취하게 하면서 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 저장하고 있던 위 노래의 음원파일을 83,915회에 걸쳐 다운로드 방식으로



이용자들의 컴퓨터 하드디스크에 복제하여 줌으로써 위 음원에 대한 피해자 000 대표 000의 저작권접권을 83,915회 침해한 것을 비롯하여, 위 기간 동안에 같은 방법으로 별지 범죄일람표 1-2-(1)의 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 ‘접속횟수’란 기재 각 횟수에 걸쳐 각 침해하고,

나. (1) 2000. 2. 17.경 부산 부산진구 범천동 전문건설회관 19층 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, 1998. 11. 발매된 ‘샵1집’이라는 앨범에 수록된 가수 샵이 부른 ‘에볼루션 2, 3’라는 노래의 음원파일을 컴퓨터압축파일의 형태로 변환하여 피고인 박OO이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제하여 위 음원에 대한 피해자 주식회사 00000000000의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 4-1-(1)의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(2) 2000. 11. 13.경 피고인 박OO 운영의 위 사이트에 2000. 11. 11. 발매된 ‘지오디 3집’이라는 앨범에 수록된 가수 지오디가 부른 ‘파리’라는 노래의 음원파일을 위 1의 나의 (1)항 기재와 같은 방법으로 무단 복제하여 위 음원에 대한 피해자 주식회사 싸이더스에이치큐의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 4-2의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 피해자 주식회사 000000000의 각 저작권접권을 각 침해하고,

다. 2002. 12. 15.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, ‘2집-Face(2001)’이라는 앨범에 수록된 가수 김상민이 부른 ‘가시리 이별 Part 1’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박OO이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제하여 위 음원에 대한 피해자 주식회사 0000000000000000의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 7-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한



‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

2. 피고인 A주식회사는

제1항 기재 각 일사장소에서 당시 피고인 A주식회사의 대표이사이던 피고인 박OO이 피고인 A주식회사의 업무에 관하여 제1항 기재와 같이 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

3. 피고인 변OO은

2001. 4.경부터 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 주식회사 B 사무실에서 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 사이트인 D를 개설·운영하면서 위 인터넷 사이트의 인지도를 높여 회원증가를 도모하고, 위 인터넷 사이트에 배너광고 등을 유치하여 광고주들로부터 광고비를 받거나 기타 유료서비스를 제공하여 회원들로부터 이용료 등을 받는 방법으로 영업상의 이익을 취득하기 위하여,

가. 2002. 10. 22.경 1991.경 발매된 앨범명 미상의 음반에 수록된 가수 양희은이 부른 ‘사랑-그 쓸쓸함에 대하여’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(wma 파일)의 형태로 변환하여 피고인 변OO이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 OOOOOO의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 2-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

나. 2002. 6. 12.경 ‘H.O.T. 1집’이라는 앨범에 수록된 가수 H.O.T.가 부른 ‘CANDY’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일의 형태로 변환하여 피고인 변OO이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 OOOOOOOOOO의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 5-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

4. 피고인 주식회사 B는

위 제3항 기재 일시·장소에서 피고인 주식회사 B의 이사로서 실질적인 대표인 피고인 변OO이 피고인 주식회사 B의 업무에 관하여 위 3항 기재와 같이 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

5. 피고인 이OO은

가. 2001. 8.경부터 서울 서초구 서초2동 1337-3 소재 삼동빌딩 3층 C주식회사 사무실에서 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 사이트인 E를 개설운영하면서 위 인터넷 사이트의 인지도를 높여 회원증가를 도모하고, 위 인터넷 사이트상에 배너광고 등을 유치하여 광고주들로부터 광고비를 받거나 기타 유료서비스를 제공하여 회원들로부터 이용료 등을 받는 방법으로 영업상의 이익을 취득하기 위하여

(1) 2001. 12. 15.경 같은 날 발매된 ‘동행’이라는 앨범에 수록된 가수 최유나가 부른 ‘여심’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(wma파일)의 형태로 변환하여 피고인 이OO이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 OOOO의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 3-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(2) 2001. 6. 15.경 ‘H.O.T. 1집’이라는 앨범에 수록된 가수 H.O.T.가 부른 ‘CANDY’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일의 형태로 변환하여 피고인 이OO이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 OOOOOOOOOO의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 5-2의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

나. 2003. 2. 10.부터 2003. 11. 20.까지 서울 서초구 서초동 1588 벨타워 비즈니스텔 204호 소재 주식회사 C에서 근무하다가 퇴직한 근로자 OOO의 2003. 4월, 5월, 6월, 9월, 10월, 11월 임금 합계 5,244,300원을 당사자



간 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니한 것을 비롯하여, 별지 개인별 체불금품내역서 기재와 같이 근로자 9명의 임금 및 퇴직금 합계 금 135,429,570원을 각 당사자 간 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 각 지급하지 아니하였다.

증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실에 대한 증거의 요지는 “1. 피고인 박○○, 변○○, 이○○의 당심법정에서의 각 진술”을 추가하는 외에는 원심판결의 각 해당란 기재와 같으므로, 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

피고인 박○○의 판시 1의 각 행위 : 각 구 저작권법(2003. 5. 27. 법률 제6881호로 개정되어 2003. 7. 1.부터 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제97조의5(각 벌금형 선택) 피고인 A주식회사의 판시 2의 각 행위 : 각 구 저작권법 제103조, 제97조의5 피고인 변○○의 판시 1의 가의 각 행위 및 판시 1의 나,의 각 행위 중 별지 범죄 일람표 5-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자가 2003. 7. 1. 전인 각 행위 : 각 구 저작권법 제97조의5(각 벌금형 선택) 피고인 변○○의 판시 1의 나,의 각 행위 중 별지 범죄일람표 5-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자가 2003. 7. 1. 이후인 각 행위 : 각 저작권법 제97조의5(각 벌금형 선택) 피고인 주식회사 B의 판시 4의 각 행위 중 별지 범죄일람표 2-1 기재 각 행위 및 별지 범죄일람표 5-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자가 2003. 7. 1. 전인 각 행위 : 각 구 저작권법 제103조, 제97조의5 피고인 주식회사 B의 판시 4의 각 행위 중 별지 범죄일람표 5-1의 ‘복제일자’란 기재 각 일자가 2003. 7. 1. 이후인 각 행위 : 각 저작권법 제103조, 제97조의

5 피고인 이○○의 판시 5의 가의 각 행위 : 각 구 저작권법 제97조의5(각 징역형 선택)

피고인 이○○의 판시 5의 나 의 각 행위 : 각 구 근로기준법(2005. 3.

31. 법률 제7465호로 개정되기 전의 것) 제112조, 제36조(각 징역형 선택)

1. 경합범가중(피고인들)

각 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조

1. 노역장유치(피고인 박○○, 변○○)

각 형법 제70조, 제69조 제2항

1. 미결구금일수의 산입(피고인 박○○)

형법 제57조

1. 집행유예(피고인 이○○)

형법 제62조 제1항

1. 가납명령(피고인 박○○, 변○○, A주식회사, 주식회사 B)

각 형사소송법 제334조 제1항

피고인 박○○, A주식회사의 변호인의 주장에 대한 판단

1. 피고인 박○○, A주식회사의 변호인은 다음과 같은 취지의 주장을 한다.

즉, HTTP 방식의 서비스는 복제에 해당하는 다운로드 방식의 서비스와 다른 것으로서, HTTP 방식에 의한 서비스로 인하여 이용자의 임시폴더나 하드디스크에 음원파일이 일시적으로 남는다고 하더라도 음원파일이 유형물에 고정되었다고 볼 수 있을 정도의 영속적인 저장행위가 수반되지 아니하므로, 이는 음반제작자의 저작권점권의 침해에 해당하지 않는 전송행위에 수반된 한 현상에 불과할 뿐, 복제에 해당한다고 할 수 없으며, 다만, 이용자가 임시폴더에 남아 있는 음원이 없어지기 전에 이를 자신의 하드디스크에 저장하는 경우에는 비로소 복제가 이루어지나, 이는 이용자의 사적인 복제로서 허용되는 정당한 행위일 뿐이므로 피고인 박○○, A주식회사가 형사상



책임을 진다고 할 수 없으므로, HTTP방식의 서비스의 경우에는 이를 저작권 인접권 침해로 처벌 할 수 없다.

2. 이에 대하여 이 법원은 다음과 같이 판단한다.

가. 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 판시 범죄사실 1의 가의 (2)항 기재와 같은 HTTP 방식에 의한 서비스의 경우 이용자들이 노래듣기를 선택하면 피고인 A주식회사 측의 서버에서 전송된 해당 곡의 컴퓨터압축파일(asf파일)이 이용자 컴퓨터의 하드디스크의 임시폴더에 다운로드되어 재생되는데, 이와 같이 임시폴더에 다운로드된 파일은 미리 설정된 위 임시폴더의 사용공간이 다 채워지기 전에는 삭제되지 않고 위 임시폴더에 저장된 상태로 계속 남아 있게 되는 사실을 인정할 수 있다.

나. 위 인정사실에 의하면, 피고인 박○○, A주식회사가 한 HTTP 방식에 의한 서비스의 경우에는 이용자가 별도로 복제행위를 하는지의 여부와 관계없이 위 피고인들의 위 HTTP 방식에 의한 서비스 자체만으로도 해당 곡의 음원파일에 대하여 저작권법 제2조 제14호 소정의 복제가 이루어졌다고 할 것이므로, 위 피고인들의 변호인의 위 주장은 이유 없다.

양형이유

피고인 박○○은 피고인 A주식회사를 설립하여 인터넷 음악시장이 오늘에 이르기까지 많은 비용을 투자하면서 기술적 어려움을 극복하고 인터넷과 디지털을 이용한 음악시장의 새로운 영역의 개척을 선도함으로써 현재 이러한 인터넷과 디지털을 이용한 음악시장이 고전적인 음악시장의 규모를 뛰어넘어 음악시장 전반의 성장잠재력으로 부상함에 있어 피고인 박○○이 기여한 바가 적지 아니한 점, 피고인들은 이 사건 범행 당시 각 음원의 저작권 및 실연자의 저작권접권에 관하여는 저작권자인 한국음악저작권협회나 실연자 단체인 한국예술실연자단체연합으로부터 스트리밍서비스를 위한 이용 허락을 받았으나, 음반제작자의 저작권접권에 관하여는 피고인들의 사업

초기에는 이를 통합하여 관리하여 주는 단체가 없어 각 저작권집권자로부터 이용허락을 받기가 매우 어려웠고, 사업이 본격적으로 진행되던 2003. 3. 17.경에서야 사단법인 한국음원제작자협회가 문화관광부장관으로부터 허가를 받아 음원관리에 나설 수 있게 되어 사실상 그때부터 이용허락을 받기 위한 협상의 여지가 있었던 점, 피고인들의 스트리밍 서비스는 그 자체로서는 복제가 일어나지 않고 다만 스트리밍 서비스를 위하여 음반제작자의 동의 없이 서버에 음원파일을 저장한 경우에는 복제가 일어나 음반제작자의 저작권집권을 침해하게 되므로, 다운로드 방식에 의하여 서비스하는 경우보다 저작권집권 침해의 가능성이 적은 점, 음반제작자들의 요구에 따라 피고인 변○○, 이○○, 주식회사 B는 2003. 7. 1.부터, 피고인 박○○, A주식회사는 2005. 10.부터 자신들이 운영중인 각 음악사이트를 모두 유료화한 점, 피고인 박○○과 변○○은 당시에 이르러 이 사건 고소인들 중 상당수와 합의하여 그들이 피고인 박○○, 변○○에 대한 각 고소를 취하하거나 피고인 박○○, 변○○의 처벌을 원하지 아니하고 있는 점, 피고인 이○○이 현재 인터넷 음악서비스 사업의 계속을 포기한 점, 피고인 이○○이 임금을 체불한 경위와 체불임금의 정도 및 그밖에 피고인들이 이 사건 범행에 이르게 된 경위 및 동기 및 이 사건 각 범행의 규모 및 정도, 범행 후의 정황, 피고인 박○○, 변○○, 이○○의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 여러 가지 양형의 조건들을 참작하여 피고인들에게 주문 기재와 같은 형을 선고하기로 한다.

무죄부분

1. 이 부분 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인 박○○은 인터넷 콘텐츠 제공업체인 피고인 A주식회사의 대표이사인 자이고, 피고인 A주식회사는 유무선망을 통한 음악서비스 및 판매업 등을 목적으로 설립된 법인이며, 피고인 변○○은 인터넷 콘텐츠 제공업체인



피고인 주식회사 B의 실질적인 대표인 자이고, 피고인 주식회사 B는 인터넷을 통한 한국 및 외국의 대중음악 홍보업 등을 목적으로 설립된 법인이며, 피고인 이○○은 인터넷 콘텐츠 제공업체인 C 주식회사 의 대표이사인 자인바, 가. 피고인 박○○은,

2000. 2.경부터 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 사이트인 A뮤직을 개설.운영하면서 위 인터넷 사이트의 인지도를 높여 회원증가를 도모하고 회원증가를 도모하고, 위 인터넷 사이트상에 배너광고 등을 유치하여 광고주들로부터 광고비를 받거나 채팅, 영화, 음악메일, 컬러링 등의 유료서비스를 제공하여 회원들로부터 정보이용료 등을 받는 방법으로 영업상의 이익을 취득하기 위하여

(1) 2001. 6. 10.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, 2001. 6. 5. 발매된 ‘BROKEN SILENCE’라는 앨범에 수록된 가수 FOXY BROWN이 부른 ‘NULL’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 별지 범죄일람표 1-1-(2)의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 같은 장소에서 같은 방법으로 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(2) 2002. 9. 9.경 위 1의 가의 (1)항 기재 장소에서 2000. 6. 14. 발매된 앨범명 미상의 음반에 수록된 가수 고효경이 부른 ‘너랑나랑’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트의 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 ○○○○유한회사의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 별지 범죄일람표 1-1-(3)의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 같은 장소에서 같은 방법으로 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(3) 위 1의 가의 (1), (2)항 기재와 같이 컴퓨터압축파일의 형태로 복제, 저장한 음원 파일을 이용하여 위 인터넷 사이트에 접속하는 이용자들이 하여금 그들이 원하는 음악을 실시간으로 검색하여 감상할 수 있도록 하는 서비스를 제공함에 있어 2003. 5. 1. 이전까지는 스트리밍서비스(Streaming Service) 방식으로 운영하던 중 이용자의 접속 증가에 따라 위 사이트의 인터넷 트래픽이 증가하여 기존의 인터넷 접속회선과 서비스 방식으로 감당할 수 없게 되자, 서비스 방식을 다운로드 서비스(Downloading Service) 방식인 HTTP 방식으로 변경한 다음,

2003. 5. 5.경부터 2003. 5. 11.경까지 사이에 성남시 분당구 야탑동 소재 KT IDC센터에서, 위 A뮤직 사이트에 접속한 이용자들에게 ‘1집 - Y||K’라는 앨범에 수록된 가수 Y2K가 부른 ‘비련’이라는 노래를 위와 같은 방법으로 청취하게 하면서 컴퓨터압축 파일(asf 파일)의 형태로 저장하고 있던 위 노래의 음원파일을 2,125회에 걸쳐 다운로드 방식으로 이용자들의 컴퓨터 하드디스크에 복제하여 줌으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○○의 저작권접권을 2,125회 침해한 것을 비롯하여, 위 기간 동안에 같은 방법으로 별지 범죄일람표 1-2-(2)의 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 ‘접속횟수’란 기재 각 횟수에 걸쳐 각 침해하고,

(4) 2000. 2. 17.경 부산 부산진구 범천동 전문건설회관 19층 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, 1999. 5.경 발매된 ‘이브 2집’이라는 앨범에 수록된 가수 이브가 부른 ‘컴온’이라는 노래의 음원파일을 컴퓨터압축파일의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트의 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 4-1-(2)의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(5) 2003. 7. 24.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사



사무실에서, ‘H.O.T. 1집’이라는 앨범에 수록된 가수 H.O.T.가 부른 ‘널 사랑한 만큼’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 노래에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람 표 5-3의 ‘기소된 복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(6) 2003. 8. 6.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, 2003. 8. 5. 발매된 앨범명 미상의 음반에 수록된 가수 이정이 부른 ‘다신’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 노래에 대한 피해자 ○○○○○○○○ 대표 ○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 6의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 피해자 ○○○○○○○○ 대표 ○○○의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(7) 2002. 12. 15.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, ‘1집-Kimsangmin’이라는 앨범에 수록된 가수 김상민이 부른 ‘Until’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 노래에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 7-2의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○○○○○의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(8) 2002. 12. 28.경 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, 1999. 5.경 발매된 ‘1집-SONYA ALL BEST’라는 앨범에 수록된 가수 소냐가 부른 ‘너의 향기’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf파일)의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트 서

버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 노래에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 7-3의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○○의 각 저작권접권을 각 침해하고,

(9) 2003. 11. 26.경 서울 강남구 737-7 스타타워 빌딩 18층 소재 피고인 A주식회사 사무실에서, ‘1집-KOOJUNYUP’이라는 앨범에 수록된 가수 구준엽이 부른 ‘도피’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(asf 파일)의 형태로 변환하여 피고인 박○○이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 노래에 대한 피해자 ○○○○○○○○ 대표 000의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 8의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 피해자 ○○○○○○○○의 대표 000의 각 저작권접권을 각 침해하고,

나. 피고인 A주식회사는

위 1의 가항 기재 각 일사·장소에서 당시 피고인 A주식회사의 대표이사이던 피고인 박○○이 피고인 A주식회사의 업무에 관하여 위 1의 가항 기재와 같이 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

다. 피고인 변○○은,

2001. 4.경부터 성남시 분당구 야탑동 343-1 소재 피고인 주식회사 B 사무실에서 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 사이트인 D를 개설·운영하면서 위 인터넷 사이트의 인지도를 높여 회원증가를 도모하고, 위 인터넷 사이트에 배너광고 등을 유치하여 광고주들로부터 광고비를 받거나 기타 유료서비스를 제공하여 회원들로부터 이용료 등을 받는 방법으로 영업상의 이익을 취득하기 위하여,

2002. 10. 30.경 앨범명 미상의 음반에 수록된 가수 DIE ANOTHER DAY SDTK가 부른 ‘DIE ANOTHER DAY (RADIO EDIT)’라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(wma파일)의 형태로 변환하여 피고인 변○○



이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 ○○○○○○○주식회사의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 2-2의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

라. 피고인 주식회사 B는

위 1의 다항 기재 일사장소에서 피고인 주식회사 B의 이사로서 실질적인 대표인 피고인 변○○이 피고인 주식회사 B의 업무에 관하여 위 1의 다항 기재와 같이 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하고,

마. 피고인 이○○은

2001. 8.경부터 서울 서초구 서초2동 1337-3 소재 삼동빌딩 3층 C 주식회사 사무실에서 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 사이트인 E를 개설·운영하면서 위 인터넷 사이트의 인지도를 높여 회원증가를 도모하고, 위 인터넷 사이트에 배너광고 등을 유치하여 광고주들로부터 광고비를 받거나 기타 유료 서비스를 제공하여 회원들로부터 이용료 등을 받는 방법으로 영업상의 이익을 취득하기 위하여,

2002. 5. 23.경 ‘베스트’라는 앨범에 수록된 가수 클론이 부른 ‘잘못된 만남’이라는 노래의 음원파일(wav파일)을 컴퓨터압축파일(wma파일)의 형태로 변환하여 피고인 이○○이 운영하는 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 무단 복제함으로써 위 음원에 대한 피해자 주식회사 ○○○○○○○의 저작권접권을 침해한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 별지 범죄일람표 3-2의 ‘복제일자’란 기재 각 일자에 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 ‘피해자’란 기재 각 피해자의 각 저작권접권을 각 침해하였다.

2. 이에 대하여 이 법원은 다음과 같이 판단한다.

가. 먼저, 위 각 공소사실 중 피고인 박○○에 대한 위 1의 가의 (1)항 기재 공소사실 {즉, 별지 범죄일람표 1-1-(2)에 관한 부분}, 위 1의 가의 (3)항 기재 공소사실 {즉, 별지 범죄일람표 1-2-(2)에 관한 부분}, 위 1의

가의 (4)항 기재 공소사실{즉, 별지 범죄일람표 4-1-(2)에 관한 부분}, 위 1의 가의 (6)항 기재 공소사실(즉, 별지 범죄일람표 6에 관한 부분), 위 1의 가의 (7)항 기재 공소사실(즉, 별지 범죄일람표 7-2에 관한 부분), 위 1의 가의 (9)항 기재 공소사실(즉, 별지 범죄일람표 8에 관한 부분), 피고인 A주식 회사에 대한 위 1의 나항 기재 공소사실 중 위 1의 가의 (1)항, 위 1의 가의 (3)항, 위 1의 가의 (4)항, 위 1의 가의 (6)항, 위 1의 가의 (7)항, 위 1의 가의 (9)항 기재 각 공소사실에 관한 부분{즉, 별지 범죄일람표 1-1-(2), 1-2-(2), 4-1-(2), 6, 7-2, 8에 관한 부분}, 피고인 변○○에 대한 위 1의 다항 및 피고인 주식회사 B에 대한 위 1의 라항 기재 각 공소사실 기재 공소사실(즉, 각 별지 범죄일람표 2-2에 관한 부분) 및 피고인 이○○에 대한 위 1의 마항 기재 공소사실(즉, 별지 범죄일람표 3-2에 관한 부분)에 대하여 본다.

(1) 이에 대하여 피고인들은 위 각 공소사실 기재 피해자들은 저작권법 제2조 제7호 소정의 음반제작자가 아니고 이러한 음반제작자로부터 그 저작권접권을 양수한 바도 없으므로, 위 각 공소사실 기재 복제일자 당시에 그 각 해당 음원에 대한 저작인접권자가 아니라는 취지의 변소를 한다.

(2) 그러므로, 위 각 공소사실 기재 피해자들이 위 각 공소사실 기재 복제일자 당시에 저작권법 제2조 제7호 소정의 음반제작자, 즉 음을 음반에 맨 처음 고정한 자에 해당하거나 또는 그러한 음반제작자로부터 그 각 해당 음원에 대한 저작인접권을 양수하여 이를 보유하고 있었는지의 점에 관하여 보건대, 이에 부합하는 듯한 당심증인 ○○○의 수사기관 및 당심법정에서의 각 진술, 원심증인 ○○○, ○○○, ○○○의 원심법정에서의 각 진술, 원심증인 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○의 원심법정에서의 각 일부 진술, 위 각 공소사실 기재 피해자들 작성의 각 고소장의 각 기재는 원심증인 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○의 원심법정에서의 각 일부 진술, 한국음원제작자협의회 작성의 2004. 12. 2.자 확인서(공판기록 5권 2045쪽~2056쪽), 한국음원제작자협의회 작성의 2004. 11. 30.자 확인서(공판기록 4권 1766



쪽~1775쪽), 한국음원제작자협회 작성의 2004. 12. 2.자 확인서(공판기록 5권 2405쪽~2056쪽), 업무계약서(공판기록 6권 2889쪽), ○○○○○○ 작성의 확인서(공판기록 6권 2599쪽), 주식회사 ○○○○○○ 작성의 확인서(공판기록 6권 2600쪽), ○○○○○○○○, ○○○○○○○○○, ○○○○○○○○의 각 권리 관련 문서(공판기록 4권 1456쪽~1479쪽), 각 인터넷출력물(오이뮤직 검색결과), 각 A사이트 출력물의 기재 등에 비추어 믿기 어렵거나 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 위 채용한 증거들에 의하면, 위 각 공소사실 기재 피해자들은 그 각 해당 음을 음반에 맨 처음 고정한 마스터 테이프를 제작한 저작권법 제2조 제7호 소정의 음반 제작자로부터 마스터 테이프를 이용하여 판매용 음반을 복제, 판매할 수 있는 이용허락을 받은 자에 불과한 사실을 인정할 수 있을 뿐이다.

(3) 그렇다면, 위 각 공소사실은 죄가 되지 아니하거나 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로(대법원 2002. 3. 15. 선고 2002도81 판결 참조), 위 각 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조에 의하여 무죄를 선고한다.

나. 다음, 위 각 공소사실 중 피고인 박○○에 대한 위 1의 가의 (2)항 기재 공소사실 {즉, 별지 범죄일람표 1-1-(3)에 관한 부분}, 위 1의 가의 (8)항 기재 각 공소사실(즉, 별지 범죄일람표 7-3에 관한 부분) 및 피고인 A주식회사에 대한 위 1의 나항 기재 공소 사실 중 위 1의 가의 (2)항, 위 1의 가의 (8)항 기재 각 공소사실에 관한 부분(즉 별지 범죄일람표 1-1-(3), 7-3에 관한 부분)에 대하여 본다.

(1) 이에 대하여 피고인 박○○, A주식회사는 위 각 공소사실 기재 각 복제일자에 그 각 기재와 같은 복제행위를 한 바 없고, 별지 범죄일람표 1-1-(3), 7-3의 ‘피고인 주장 복제일자’란 기재 각 일자에 위 각 공소사실 기재와 같은 복제행위를 하였다는 취지의 변소를 한다.

(2) 그러므로, 피고인 박○○, A주식회사가 위 각 공소사실 기재 각 복제일자에 그 각 기재와 같은 복제행위를 하였는지의 점에 관하여 보건대, 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여

조사한 증거들을 종합하면, 피고인 박○○은 1999. 10.경부터 인터넷 음악 파일 콘텐츠 제공 서비스업체인 A뮤직을 개설, 운영하기 위한 영업준비를 하면서 당시까지 발매된 음반에 수록된 음원에 대하여는 위 영업준비 기간 내에 위 공소사실 기재와 같은 복제행위를 하여 그 각 음원을 피고인 A주식 회사가 운영하는 웹사이트의 서버에 저장하였고, 이후 새로이 발매된 음반에 수록된 음원에 대하여는 최소한 각 음반발매일로부터 1주일 이내에 음원을 복제하여 위 서버에 저장하였던 사실을 인정할 수 있을 뿐이다.

(3) 그렇다면, 위 각 공소사실은 죄가 되지 아니하거나 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 위 각 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조에 의하여 무죄를 선고한다.

다. 마지막으로, 피고인 박○○에 대한 위 1의 가의 (5)항 기재 공소사실(즉 별지 범죄 일람표 5-3에 관한 부분) 및 피고인 A주식회사에 대한 위 1의 나항 기재 공소사실 중 위 1의 가의(5)항 기재 공소사실에 관한 부분(즉 별지 범죄일람표 5-3에 관한 부분)에 대하여 본다.

(1) 검사는, 피고인 박○○이 위 공소사실 기재 범행일자(즉 별지 범죄일람표 5-3의 ‘기소된 복제일자’란 기재 각 일자) 전에 같은 표의 ‘음원표시’란 기재 각 음원에 대한 음원파일을 최초로 복제하여 피고인 A주식회사의 웹사이트의 서버에 저장한 바 있으나, 그 후 위 서버를 장기간 사용함으로써 스트리밍 서비스의 속도가 느려지고 버그가 발생하는 등 장애가 생겨서 이를 방지하기 위하여 피고인 박○○이 별지 범죄일람표 5-3의 ‘기소된 복제일자’란 기재 각 일자에 서버에 저장되어 있던 각 해당 음원에 대한 기존 컴퓨터 압축파일을 모두 삭제하고 기존의 컴퓨터압축파일을 별도로 저장한 백업용 하드디스크를 이용하여 새로이 각 해당 음원에 대한 컴퓨터압축파일을 복제하여 위 서버에 저장하였다는 취지의 주장을 하고, 피고인 박○○, A주식회사는 위 일자에 위 공소사실 기재와 같은 복제는 이루어진 바 없고, 별지 범죄일람표 5-3의 ‘피고인 주장 복제일자’란 기재 각 일자에 위 공소사실 기재와 같은 복제가 이루어졌다는 취지로 변소한다.



(2) 그러므로, 별지 범죄일람표 5-3의 ‘기소된 복제일자’란 기재 각 일자에 위 공소 사실 기재와 같은 복제행위가 이루어졌는지의 점에 관하여 보건대, 이에 부합하는 증거로는 피고인 박○○이 작성하여 2003. 10. 14. 검찰에 제출한 진술서의 “별지 범죄일람표 5-3의 ‘음원표시’란 기재 각 음원의 최종등록일이 2003. 7. 24.경이다”라는 취지의 진술기재 및 당심증인 ○○○의 검찰 및 당심법정에서의 진술이 있다.

(3) 그런데, 피고인 박○○의 당심법정에서의 진술, ○○○, ○○○○ 작성의 각 사실확인서의 각 기재 및 그밖에 기록에 나타난 자료들을 종합하면, 피고인 박○○은 위 A뮤직을 통하여 인터넷 음악파일 콘텐츠 제공 서비스를 하기 위하여 스트리밍서버와 음원서버 등 2종류의 서버를 구축하였는데, 음원서버는 하드디스크에 음반제작자들이 발매한 음반에 수록된 음원파일을 컴퓨터압축파일로 변환하여 저장하는데 사용되는 서버이고 스트리밍서버는 이용자들의 정보를 저장하고 트래픽을 분산하여 이용자들에게 스트리밍 서비스를 제공하는 중계 역할을 담당하는 서버인 사실, 피고인 박○○은 1999. 10.경부터 음원서버에 당시까지 발매된 음반에 수록된 11,000곡 정도의 음원에 대한 컴퓨터 압축파일을 저장하여 위 A뮤직을 통하여 인터넷 음원파일 콘텐츠 제공 서비스를 시작하다가 2000. 2. 17.경 기존의 개인사업체를 법인화하여 피고인 A주식회사를 설립하면서 백업용 서버를 새로이 구축하였는데, 1999. 10.경부터 2000. 2.경까지 사이에는 새로운 음반이 발매되면 그 음반발매일로부터 1주일 이내에 그 음반에 수록된 음원에 대한 컴퓨터압축파일을 음원서버의 하드디스크에 저장하는 방법으로 음원을 서버에 저장하다가 1~3주 간격으로 일괄적으로 기존의 음원서버의 하드디스크를 백업하여 백업용 하드디스크를 만들었는데 이러한 백업용 하드디스크를 만드는 과정에서 기존의 음원서버에 저장되어 있던 음원에 대한 컴퓨터압축파일 전체가 일괄적으로 백업용 하드디스크에 복제되었던 사실, 그러나 피고인 A주식회사는 2000. 2. 17.경 별도로 백업용 서버를 구축하면서 당시까지 서버에 저장하였던 모든 음원의 컴퓨터압축파일을 새로이 서버에 다시 저장

하여 복제하였고 그 이후부터는 음원서버의 하드디스크에 음원을 저장할 때 동시에 백업용 서버에서도 음원의 저장이 이루어지기 때문에 이전처럼 기존의 음원서버에 저장된 음원에 대하여 사후에 별도로 백업용 하드디스크를 만들 필요가 없었고, 다만 피고인 박○○은 각 서버의 운영시스템(OS프로그램)이 장기간의 계속적인 사용으로 인하여 장애를 일으켜 서비스 속도가 저하되자 이를 방지하기 위하여 주기적으로 서버의 기존 운영시스템을 삭제하고 새로운 운영시스템을 설치하는 작업을 하였는데, 이러한 작업 과정에서는 음원서버에 저장된 각 음원에 대한 컴퓨터압축파일은 그대로 유지되고 그에 대한 삭제나 새로운 복제는 일어나지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 비추어 보면, 별지 범죄일람표 5-3의 ‘기소된 복제일자’란 기재 각 일자에 위 공소사실 기재와 같은 복제행위가 이루어졌다는 점에 부합하는 듯한 피고인 박○○ 작성의 위 진술서의 진술기재 및 당심증인 ○○○의 검찰 및 당심법정에서의 각 진술은 믿기 어렵거나 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(4) 그렇다면, 위 공소사실은 죄가 되지 아니하거나 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 위 각 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조에 의하여 무죄를 선고한다.

재판장 판사 이성훈

판사 신신호

판사 김수영

[출 전] 판결 원문

8. 인터넷상에서 스크랩을 허용한 사진에 대한 저작권 침해 여부

서울중앙지방법원 2006. 3. 3. 판결, 2005가단283641 손해배상(지)

피 고 주식회사 ○○전자

변론종결 2006. 2. 10.

판결선고 2006. 3. 3.

주 문

1. 피고는 원고에게 1,500,000원 및 그에 대하여 2004. 7. 5.부터 2006. 3. 3.까지는 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 이를 5분하여 그 중 4는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

피고는 원고에게 30,000,000원 및 이에 대하여 2004. 7. 5.부터 이 사건 판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 아마추어 사진작가로서 2003. 10. 31. 충북 청주 톨게이트 인근의 가로수 길을 촬영한 사진(이하 이 사건 사진이라고 한다)을 촬영하여 2003. 11. 1. 인터넷 네이버닷컴 포토갤러리(지역, 명물) 코너(이하 이 사건 갤러리라고 한다)에 “가을 속으로”라는 제목으로 게시하였다.

나. 이 사건 갤러리에 사진을 게시함에 있어서 사진 게시자는 그 게시된 사진을 다른 사람이 자신의 블로그, 카페, 포토데스크 등에 옮겨가는 것(이하 스크랩이라고 표현하기로 한다)을 승낙할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있는데, 원고는 이 사건 사진을 게시하면서 스크랩을 승낙하였다.

다. 피고는 차량항법장치(CNS) 텔레메스틱 단말기, LCD 모니터, 핸드프리 등을 만드는 회사로서, 2004. 7. 5.경부터 2005. 9.경까지 이 사건 갤러리에 게시되어 있던 이 사건 사진을 피고 회사 홈페이지의 내비게이션 제품 홍보 이미지로 사용하였는데, 그 과정에서 원고로부터 별도의 승낙을 받지 않았다.

라. 원고는 2005. 7. 8.경 피고를 상대로 저작권심의조정위원회에 저작권 분쟁조정신청을 하면서 손해배상 200만원 및 이 사건 사진의 사용중지를 구하였으나, 피고가 사진의 사용중지에는 응하지만, 손해배상은 할 수 없다는 입장을 견지하여 결국 조정이 결렬되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6호증, 을 제1, 3호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지.

2. 주장 및 판단

가. 저작권침해여부에 대한 판단

위 인정사실에 의하면 원고는 이 사건 사진의 저작권자라고 할 것인데,

피고는 원고로부터 아무런 승낙을 받지 않고 이 사건 사진을 영리의 목적으로 사용하였으므로 이는 특별한 사정이 없는 한 원고의 이 사건 사진에 대한 저작권을 침해하는 불법행위에 해당한다고 할 것이다.

나. 피고의 주장에 대한 판단

피고는 원고가 이 사건 사진을 이 사건 갤러리에 게시하면서 다른 사람들이 자유롭게 스크랩해갈 수 있도록 승낙하였으므로, 저작권침해에 해당하지 않는다고 주장한다. 그러므로 살피건대, 원고가 이 사건 사진을 게시하면서 스크랩을 허용하였음은 앞에서 본 바와 같으나, 이는 이 사건 갤러리를 이용하는 사람들이 자신의 블로그, 카페 등에 비영리적인 목적으로 사진을 옮기는 범위에서 승낙을 한 것으로 볼 것이고, 이 사건의 경우와 같이 피고가 자신의 회사 홈페이지에서 영리의 목적으로 이 사건 사진을 사용하는 것까지 허락한 것으로 볼 수는 없으므로 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 손해배상의 범위에 대한 판단

그렇다면, 원고로서는 피고를 상대로 피고의 이 사건 사진에 대한 저작권 침해행위로 인하여 입은 재산적, 정신적 손해의 배상을 구할 수 있다고 할 것인바, 원고가 자신이 아마추어 사진작가인 점에 비추어 재산적 손해의 배상은 구하지 않고, 위자료 명목의 금원의 지급만을 구하고 있으므로 그 배상의 범위에 관하여 살피건대, 원고가 이 사건 사진을 스크랩이 가능한 상태로 이 사건 갤러리에 게시한 점, 원고가 저작권심의조정위원회의 조정 절차를 통해 원만히 분쟁을 해결하려 하였으나, 피고의 거부로 조정이 성립되지 않아서 이 사건 소송에 이르게 된 점, 피고 회사가 이 사건 사진의 사용으로 인해 얻은 경제적 이익의 정확한 산출이 어려운 점 등 제반 사정으로 고려하여 피고가 원고에게 배상해야 하는 위자료로 1,500,000원을 인정하기로 한다.

따라서 피고는 원고에게 1,500,000원 및 그에 대하여 피고가 이 사건 사진을 사용한날인 2004. 7. 5.부터 이 판결 선고일인 2006. 3. 3.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지는 소송촉진등에관한특례

법에서 정한 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있다.

3. 결 론

따라서 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하기로 하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 허성욱

[출 전] 판결 원문

9. 음악 파일공유(P2P) 서비스의 저작권 침해 여부(1)

- ‘프루나 서비스’ 사건

서울중앙지방법원 2006. 3. 13. 결정, 2005카합4187 음반복제등금지가처분

신 청 인 사단법인

피신청인 주식회사

주 문

1. 신청인이 피신청인을 위한 보증으로 일십억(1,000,000,000)원을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 것을 조건으로,

가. 피신청인은 피신청인이 운영하는 사이트(www.○○○○○.com, 이하 ‘이 사건 사이트’라 한다)에서 제공하는 ○○○○○ 프로그램(이하 ‘이 사건 프로그램’이라 한다)의 이용자들이 위 프로그램을 이용하여 별지 목록 기재 각 음원이 들어 있는 MP3 파일을 업로드 또는 다운로드하도록 하여서는 아니 된다.

나. 피신청인은 이 사건 사이트를 통해 이 사건 프로그램을 배포하거나 위 프로그램의 실행을 통한 MP3 파일의 공유 서비스를 제공하여서는 아니 된다.

다. 집행관은 위 각 명령의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

2. 신청인의 나머지 신청을 기각한다.

3. 소송비용은 피신청인의 부담으로 한다.

신청취지

주문 제1항과 같은 결정 및 그 의무위반에 대비한 간접강제결정

이 유

1. 기초사실

기록에 의하면 다음의 각 사실이 소명된다.

가. 신청인은 저작권법 제78조 제1항에 의하여 음반제작자의 저작권접권에 대한 신탁관리업 허가를 받은 사단법인으로서 별지 목록 기재 각 음원(이하 ‘이 사건 음원’이라 한다)에 관한 저작권접권을 신탁 받아 관리하고 있다.

나. 피신청인은 2004. 10. 26. 온라인정보제공업 등을 목적으로 설립된 회사로서 이 사건 사이트를 통해 P2P(peer to peer)방식으로 MP3 형식의 음악파일을 공유하도록하는 소프트웨어인 이 사건 프로그램을 배포하고, 위 프로그램을 다운로드받아 개인용 컴퓨터에 설치한 사용자들 사이에서 음원파일을 교환할 수 있게 하는 서비스(이하 ‘이 사건 서비스’라 한다)를 제공하고 있다.

다. 이 사건 서비스의 이용방법

(1) 이 사건 사이트에 접속하여 피신청인이 무료로 배포하는 이 사건 프로그램을 다운로드받아 설치하고, ID와 비밀번호, 기본적인 인적 사항 등을 입력하여 이 사건 사이트의 회원으로 등록한다.

(2) 회원으로 등록하는 과정에서 다른 이용자들이 자신의 컴퓨터에 접근하여 MP3 파일을 다운로드 받아갈 수 있도록 보관하는 “공유 폴더” 및 다운로드 받은 MP3 파일을 저장할 “다운로드 폴더”를 지정하게 되는데, 이 사건 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드 폴더와 공유 폴더가 일치하도록

되어 있으므로, 이용자가 별도로 변경하지 아니하는 이상 다운로드된 MP3 파일은 동시에 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 된다 (별도의 송신행위를 요하지 아니하는 점에서 전자계시판 등에 업로드 하는 경우와 차이가 있으나, 이하에서는 이를 ‘업로드 행위’라고 한다).

(3) 이 사건 프로그램을 설치한 이용자가 프로그램을 실행하면 우선 로그인 화면이 나타나고, 여기에 자신의 ID와 비밀번호를 입력하여 로그인을 마치면 이 사건 사이트로 연결되는 동시에 P2P 호환서버들 가운데 접속이 가능하고 파일 및 접속량이 많은 서버로 자동으로 접속되며, 접속된 P2P 호환서버에 접속한 다른 이용자들의 연결 정보를 이용자의 컴퓨터에 자동으로 송신하여 준다.

(4) 이용자가 이 사건 사이트의 검색창에 노래 제목 또는 가수 이름 등 임의어를 입력하고 검색을 요청하면, 이 사건 프로그램은 P2P 호환서버로부터 제공받은 다른 이용자의 IP 주소를 통해 다른 이용자들의 컴퓨터 하드디스크 내의 공유폴더에서 검색어와 일치하는 파일의 정보를 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 송신한다.

(5) 검색 요청 이용자의 이 사건 프로그램은 다른 이용자들에 대한 응답정보를 재구성하여 파일 이름, 노래 제목, 가수 이름, 파일크기, 음질, 노래시간, 속도 등이 표시되는 검색결과 목록을 보여주는데, 자동정렬 기능을 통해 속도, 크기, 음질 등 원하는 방식으로 검색결과 리스트를 정렬할 수 있다.

(6) 검색 요청 이용자가 위 검색결과 리스트 중에서 다운로드 받기를 원하는 MP3 파일을 선택하여 클릭을 하면, 그 이용자의 컴퓨터는 P2P 호환서버로부터 제공받은 IP 주소를 이용하여 당해 파일이 보관되어 있는 이용자의 컴퓨터와 1:1로 직접 연결되어 파일 보관 컴퓨터의 공유 폴더에 위치한 해당 파일을 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 다운로드하여 다운로드 폴더에 저장하게 된다(이를 ‘다운로드 행위’라 한다).

라. 피신청인 이외에도 다수의 업체가 유무료로 P2P 방식으로 MP3 파일을 다운로드 받을 수 있게 하는 서비스를 제공하고 있는데, 가장 많은 회원을

보유하고 있던 회사가 2005. 11. 7. 저작권접권 침해 등을 이유로 무료서비스를 중단하였고, 그 직후 이 사건 사이트를 이용하는 이용자의 수가 급증하여 1일 평균 방문자의 수가 69만 명에 이르러 전체 웹사이트 가운데 22위를 차지한 바도 있다.

마. 피신청인은 다수의 접속자를 확보하게 됨에 따라 배너 광고 판매 등을 통해 상당한 규모의 수익을 거두고 있는 것으로 보이고, 이에 더하여 소정의 금원을 납입하면 최우선하여 다운로드받을 수 있는 플러스 서비스를 제공하고 있다.

바. 국내 음반시장의 규모는 전체 매출액 기준으로 1998년 3,530억 원, 1999년 3,800억 원, 2000년 4,104억 원으로 꾸준한 성장세를 유지하였으나, 이후로는 2001년 3,733억 원, 2002년 2,861억 원, 2003년 1,833억 원으로 그 규모가 대폭 축소되고 있다.

2. 당사자들 주장의 요지

가. 신청인 주장의 요지

피신청인의 이 사건 서비스 이용자들 사이에서 이 사건 음원이 무단으로 업로드 및 다운로드됨으로써 복제권 및 전송권 등 저작권접권이 침해되고 있는바, 그 방조자인 피신청인을 상대로 침해행위의 정지를 구한다고 주장한다.

나. 피신청인 주장의 요지

(1) 이 사건 서비스는 P2P 호환서버의 이용에 편의를 제공하는 것에 불과하여 이용자들의 불법파일 교환행위를 방조하고 있다고 할 수 없다.

(2) 온라인서비스제공자인 피신청인은 이용자들의 침해행위를 방지하고 중단시키기 위한 최선의 기술적 조치를 마쳤고, 그 외의 수단이 전무하므로 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한 규정에 의해 면책된다.

3. 판 단

가. 저작인접권 침해 여부 [신청인 주장 및 피신청인 2.의 (1) 주장에 대한 판단]

(1) 저작권법 제91조 제1항에서 침해정지청구의 상대방을 ‘저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자’로 규정하고 있는바, 침해행위를 방조하는 경우에도 방조행위의 내용·성질, 방조자의 관리·지배의 정도, 방조자에게 발생하는 이익 등을 종합하여, 방조행위가 당해 저작권침해행위에 밀접한 관련이 있고, 방조자가 저작권 침해행위를 미필적으로나마 인식하면서도 이를 용이하게 하거나 마땅히 취해야 할 금지조치를 취하지 아니하였으며, 방조행위를 중지시킴으로써 저작권침해 상태를 제거할 수 있는 경우에는 당해 방조자는 침해주체에 준하여, ‘저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자’에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 그런데 기록에 의하면 다음과 같은 사실 내지 사정이 소명된다.

① 이 사건 서비스의 이용자들이 다른 이용자의 컴퓨터에 접속하여 이 사건 음원의 복제물인 MP3 파일을 자신의 컴퓨터에 다운로드받아 저장하는 행위는 음을 유형물에 고정하는 것으로서, 신청인의 복제권을 침해하는 행위에 해당한다.

② 이 사건 서비스의 이용자들이 이 사건 음원의 MP3 파일을 다운로드 폴더에 저장하거나 다운로드 폴더로 다운로드받게 되면, 위 MP3 파일들은 공유 폴더에도 저장되어 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 되므로, 유선통신의 방법에 의하여 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 제공하는 것으로서, 신청인의 전송권을 침해하는 행위에 해당한다.

③ ㉠ 피신청인과 유사한 서비스를 제공하던 회사가 그 서비스를 중단하자 이 사건 사이트의 방문자 수가 급증한 점 및 위 신청외 회사의 서비스에서 불법파일이 차지하던 비율, ㉡ 이 사건 사이트에서 제공하는 검색 기능(노래

제목 및 가수 이름 등을 통한 검색)으로 개인적인 창작곡 등 저작권침해의 여지가 없는 파일을 찾기 어려운 점, ㉔ 이용자가 이 사건 프로그램을 실행하여 이 사건 사이트에 접속하기만 하면 다른 이용자들의 해당 파일에 손쉽게 접근하여 자유롭게 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이는 점, ㉕ 이 사건 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드 폴더는 공유 폴더와 일치하도록 되어 있으므로 원칙적으로 다운로드 폴더로 다운로드된 MP3 파일은 그 즉시 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있게 되는 점, ㉖ 이용자들 사이에는 MP3 파일을 공유한다는 공통의 목적 외에 별다른 인적 유대관계가 없는 점, ㉗ 이용자들이 적법하게 제작된 CD에 수록된 음원과 거의 동일한 음질을 갖는 MP3 파일을 무료로 용이하게 취득할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 서비스는 음반제작자들의 저작권접권을 침해하는 불법적인 MP3 파일 교환을 위한 공간으로 기능하고 있다고 보인다.

④ ㉑ 피신청인이 MP3 파일 교환을 위한 필수적인 수단인 이 사건 프로그램을 무료로 배포하고 있는 점, ㉒ 이 사건 프로그램을 설치한 이용자들이 이를 실행하는 과정에서 이 사건 사이트에 로그인 하고 그 검색창을 통해 음원을 검색하게 되는 점, ㉓ 이용자가 검색한 MP3 파일 중 다운로드 속도가 빠르면서도 음질이 양호한 것을 선택할 수 있도록 지원하는 정렬 기능, 다운로드 중에 실시간으로 해당 파일을 들어 볼 수 있는 기능 등 이용자들의 MP3 파일 다운로드를 촉진시키는 다양한 기능이 제공되고 있는 점, ㉔ 피신청인은 소정의 금원을 납부한 이용자들에게는 다운로드 시 편의를 제공하는 서비스도 실시하고 있고 이를 통하여 경제적 이익을 얻고 있다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 피신청인은 단순히 파일교환을 위한 편의를 제공하는 데 그치지 않고 이 사건 프로그램을 통한 MP3 파일의 교환 과정에 깊이 관여하고 있다고 하겠다.

(3) 위 (2)항에 의하면, 피신청인은 이 사건 프로그램의 배포 및 이 사건 서비스의 제공을 통해 개별 이용자들에 의한 저작권접권 침해를 용이하게 함으로써 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방조하고 있다고 하겠고, 침해

의 주체에 준하여 ‘저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자’에 해당한다고 할 것이므로, 신청인은 특별한 사정이 없는 한 피신청인에 대하여 그 침해행위의 금지를 구할 피보전권리를 가진다고 하겠고, 이 사건 사이트 접속자 수 및 이를 통해 미루어 짐작할 수 있는 신청인의 손해 등에 비추어 가처분결정을 발령할 보전의 필요성도 소명된다고 하겠다.

나. 온라인서비스제공자 면책규정 적용 여부[피신청인의 2.의 (2) 주장에 대한 판단]

저작권법 제77조 제2항은 “온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고, 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나, 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다”고 규정하고 있다.

그러나 기록에 의하면, ㉠ 피신청인은 이 사건 서비스에 의하여 신청인을 비롯한 음반제작자들의 복제권 및 전송권이 침해되고 있다는 사실은 이미 알고 있었다고 보이는 점, ㉡ 피신청인이 이용자들을 상대로 저작인접권침해에 관한 경고문을 게시하고, 이 사건 음원과 관련한 금칙어를 등록하는 것만으로는 저작인접권침해를 예방하는 데 실질적인 효과를 보고 있다고 보기 어려운 점, ㉢ 간단한 형태의 검색어 제한방법 이외에도 음악인식기술을 비롯한 다양한 형태의 DRM(Digital Rights Management ; 디지털 콘텐츠의 무단 사용을 막아 저작권 관련 당사자들의 이익과 권리를 보호해 주는 기술과 서비스) 기술의 발달로 실효적인 저작권 보호가 불가능하다고 보기 어렵고, 신청인 이 위와 같은 기술적 조치를 요구한 바 있는 점, ㉣ 저작권법에서 기술적 조치에 드는 비용 및 난이도를 고려하지 아니하고 불가능한 경우에만 면책하도록 규정하고 있어, 피신청인으로서 다양한 형태의 DRM 기술 중 최적의 기술조치를 확인하여 그 조치를 이행할 의무가 있다고

보아야 할 것인 점 등의 제반사정을 고려할 때, 피신청인의 위 면책 주장은 받아들이지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 신청은 이유 있으므로 담보 제공 조건으로 이를 인용하
되, 그 의무위반에 대비한 간접강제명령의 발령을 구하는 부분은, 주문 기재
가처분결정의 발령으로 이 사건 신청의 주된 목적은 일응 달성될 것으로
보이고, 향후 그 의무위반이 있다면 별도의 절차를 통해 의무위반행위의
태양에 따른 적절한 간접강제결정을 발령할 수 있다고 할 것이어서 이를
기각하기로 한다.

2006. 3. 13.

재판장 판사 송진현

판사 이효제

판사 박진수

[출 전] 결정 원문

10. 음악저작물에 대한 저작권자 판단(1) - ‘돌아와요 부산항에’ 사건

서울서부지방법원 제12민사부 2006. 3. 17. 판결, 2004가합4676 손해배상(지) 등

원 고 강○○

소송대리인 법무법인 ○○○○법률사무소

담당대리인 변호사 ○○○

피 고 황○○

소송대리인 변호사 ○○○

변론종결 2006. 3. 3

판결선고 2006. 3. 17

주 문

1. 피고는 원고에게 금 30,000,000원 및 이에 대하여 2005. 9. 17.부터 2006. 3. 17.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고의, 나머지는 피고의 각 부담으로 한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

1. 피고는 원고에게 금 178,161,580원 및 위 금원 중 금 6,083,392원에 대하여 1995. 1. 1.부터, 금 16,237,241원에 대하여 1996. 1. 1.부터, 금 16,511,905원에 대하여 1997. 1. 1.부터, 금 18,202,843원에 대하여 1998. 1. 1.부터, 금 16,524,259원에 대하여 1999. 1. 1.부터, 금 15,680,467원에 대하여 2000. 1. 1.부터, 금 18,738,712원에 대하여 2001. 1. 1.부터, 금 21,063,919원에 대하여 2002. 1. 1.부터, 금 20,020,700원에 대하여 2003. 1. 1.부터, 금 17,772,210원에 대하여 2004. 1. 1.부터, 금 11,325,930원에 대하여 2004. 7. 1.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 피고는 이 사건 판결이 송달된 날로부터 1월 내에 조선일보, 동아일보, 중앙일보의 광고란에 가로 9cm, 세로 11cm 크기의 별지 기재와 같은 내용의 해명서를 각 1회 게재하라.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 3호증, 갑 제4호증의 1 내지 3, 갑 제5호증의 1, 2, 갑 제7호증, 갑 제11호증의 1, 2, 갑 제14호증의 1 내지 7, 갑 제28호증의 1 내지 3, 갑 제35호증의 1 내지 3, 을 제4호증, 을 제5호증의 1 내지 3, 을 제6호증의 각 기재, 을 제24호증의 일부 기재, 증인 ○○○, ○○○, ○○○의 각 증언, 증인 ○○○의 일부 증언, 감정인 ○○○의 필적등감정결과 및 이 법원의 한국방송공사(KBS), 부산문화방송(MBC), 영상물등급위원회에 대한 각 사실조회결과에

변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있고, 이에 어긋나거나 어긋나는 듯한 을 제24호증의 일부 기재, 증인 ○○○의 일부 증언, 감정인 ○○○의 일부 필적등감정결과는 믿지 아니하며, 을 제1 내지 3호증의 각 기재는 위 인정에 방해가 되지 아니하고 달리 반증 없다.

가. 원고는 망 김○○(예명 : 김○○)의 어머니로 김○○의 단독 재산상속인이고, 피고는 1960년대부터 현재까지 황○○ 또는 황○○라는 이명으로 많은 대중가요를 작사·작곡하여 온 음악인이며, 김○○은 가수지망생으로 1970년경 피고로부터 노래를 배웠다.

나. 김○○은 1967년경 누나 김○○와 함께 고향인 충무를 떠나 서울로 상경하였다. 김○○은 고향에 대한 향수와 충무향 여객터미널선착장에서 부모님과 울면서 헤어졌던 가슴 아픈 경험을 바탕으로 1969년경 ‘돌아와요 충무향에’라는 노래를 작사하였고, 그 가사는 다음과 같다.

- (1) 꽃피는 미륵산에 봄이 왔건만
 님 떠난 충무향에 갈매기만 슬피우네
 세병관 둥근기둥 기대여서서
 목메여 불러봐도 소식없는 그 사람
 돌아와요 충무향에 야속한 내 님아
- (2) 무학새 슬피우는 한산도 달밤에
 통통배 줄을 지어 웃음꽃에 잘도 가네
 무정한 부산배는 님 실어가고
 소리쳐 불러봐도 간곳없는 그 사람
 돌아와요 충무향에 야속한 내 님아

다. 그 뒤 피고는 위 가사에 따라 작곡을 하였다.

라. 김○○은 피고가 만들어준 곡에 따라 ‘돌아와요 충무향에’라는 노래를 직접 불러 1970. 12. 16. 주식회사 ○○○○ 레코드를 통하여 위 노래를 취입한 음반(이하 ‘이 사건 음반’이라고 한다)을 발표하였다. 이 사건 음반 2면에 수록된 ‘돌아와요 충무향에’는 그 작사자로 김○○의 성명이, 작곡자

로 피고의 성명이 표시되어 있다. 한편 이 사건 음반 2면에는 ‘돌아와요 충무항에’ 이외에 김○○이 부른 ‘떠나간 당신(황○○ 작사, 황○○ 작곡)’, ‘믿어주세요(황○○ 작사·작곡)’, ‘쓰라린 상처라면(황○○ 작사, 황○○ 작곡)’의 3곡을 포함하여 6곡이 수록되어 있고, 이 사건 음반 1면에는 가수 이○○이 부른 ‘너는 사랑의 나그네(김○○ 작사·작곡)’를 비롯하여 김○○가 작곡한 6곡이 수록되어 있다. 김○○는 자신이 작곡한 이 사건 음반 1면의 노래들을 녹음하고 제작할 때 참여하였다.

마. 주식회사 ○○○○ 레코드는 당시 시행되던 음반에관한법률에 의하여 문공부등록 제6호로 등록을 마친 음반제작자였다. 주식회사 ○○○○ 레코드는 ‘돌아와요 충무항에’에 대하여 한국예술문화윤리위원회에 심의를 신청하여 1970. 11. 30. ‘작사자 김○○, 작곡자 황○○, 가사악보심의번호 2389’로 심의를 통과하였다.

바. 김○○은 이 사건 음반을 발표한 이후 별다른 활동 없이 군에 입대하였고, 1971. 12. 24. 휴가차 나왔다가 서울 대연각호텔 대형 화재사고로 사망하였다.

사. 가수 조○○은 1972. 2. 25. ‘돌아와요 부산항에’라는 노래가 녹음된 「여학생을 위한 조○○ 스테레오 히트앨범」을 발표하였는데, 위 음반에는 ‘돌아와요 부산항에’의 작사자로 피고의 성명이 표시되어 있다. 이 때 발표된 ‘돌아와요 부산항에’의 가사는 다음과 같다.

(1) 꽃피는 동백섬에 봄이 왔건만

 님 떠난 부산항은 갈매기만 슬피우네
 오륙도 돌아가는 연락선마다
 목메어 불러봐도 말없는 그 사람
 돌아와요 부산항에 그리운 내 님아

(2) 해저문 해운대에 달은 떴는데

 백사장 해변가에 파도만 밀려오네
 쌍고둥 울어주는 연락선마다

소리쳐 불러봐도 대답없는 그 사람

돌아와요 부산항에 보고픈 내 님아

아. 1975년경 제일동포 고향방문단이 대한민국을 방문하게 되자 조○○은 이에 맞춰 1972년에 발표된 ‘돌아와요 부산항에’를 부분적으로 개사하여 다시 발표하였는데, 1975년에 발표된 ‘돌아와요 부산항에’(이하 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’라고 한다)의 가사는 다음과 같다.

- (1) 꽃피는 동백섬에 봄이 왔건만
형제 떠난 부산항에 갈매기만 슬피우네
오륙도 돌아가는 연락선마다
목메어 불러봐도 대답없는 내 형제여
돌아와요 부산항에 그리운 내 형제여
- (2) 가고파 목이 메어 부르던 이 거리는
그리워서 헤매이던 긴긴날의 꿈이었지
언제나 말이 없는 저 물결들도
부딪쳐 슬퍼하며 가는 길을 막았었지
돌아와요 부산항에 그리운 내 형제여

자. 피고는 이 사건 음반이 알려짐으로써 ‘돌아와요 부산항에’라는 노래 가사에 관한 저작권 분쟁이 제기되자 2003. 11. 14. 등록번호 제 C-2003-003837호로 저작권심의조정위원회에 다음과 같이 저작권 등록을 하였다.

- (1) 등록부문 : 저작권등록
- (2) 저작물의 제호 및 종류 : 돌아와요 부산항에, 음악저작물
- (3) 저작자 성명 : 황○○
- (4) 등록연월일 : 2003. 11. 14.
- (5) 등록권리자 : 황○○
- (6) 주요등록사항 : 성명 : 황○○, 창작 : 1967. 10. 5., 공표 : 1968. 5. 20.

2. 손해배상책임의 발생

가. 김○○이 ‘돌아와요 충무항에’ 가사의 저작권자인지에 관한 판단

(1) 저작권자의 추정

저작권법 제8조의 제1항에 의하면, 저작물의 원작품이나 그 복제물에 저작자로서의 성명 또는 그의 예명·아호·약칭 등으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시된 자(제1호), 저작물을 공연·방송 또는 전송함에 있어서 저작자로서의 실명 또는 저작자의 널리 알려진 이명으로서 표시된 자(제2호)는 저작자로 추정된다.

살피건대, 앞에서 인정한 바와 같이 이 사건 음반에서 김○○이 부른 나머지 3곡의 작사자·작곡자는 모두 피고의 성명 또는 이명으로 표시되어 있고, 이 사건 음반은 주식회사 ○○○○ 레코드에서 제작된 것이며 특히 이 사건 음반 1면은 작곡자 김○○의 참여로 녹음된 사실 등에 비추어 볼 때 이 사건 음반은 정상적으로 제작·발표된 것으로 보이고, 이 사건 음반에 ‘돌아와요 충무항에’의 작사자로 김○○의 성명이 표시되어 있으므로, 김○○은 ‘돌아와요 충무항에’의 작사자로 추정된다.

(2) 피고의 주장에 대한 판단

피고는 부산 영도구에서 출생하여 생활하다가 고등학교 3학년 때 서울로 이주하면서 여자 친구와 헤어졌던 경험을 바탕으로 1967. 10.경 ‘돌아와요 부산항에’라는 곡을 작사·작곡하여 가수지망생이던 김○○에게 이를 연습시켰는데, 충무 출신인 김○○이 ‘부산항’을 ‘충무항’으로 개사하여 레코드를 제작하면 충무시로부터 지원을 받게 되므로 개사하여 위 노래를 취입할 것을 제안하였으나 이에 동의하지 않았고, 그 후 김○○이 피고의 허락 없이 임의로 개사하여 ‘돌아와요 충무항에’라는 노래를 취입한 것이라고 주장한다.

살피건대, 위 주장사실에 부합하거나 부합하는 듯한 을 제10호증의 기재, 을 제24호증의 일부 기재, 증인 김○○의 증언, 증인 김○○의 일부 증언은 이를 믿지 아니하고, 을 제1 내지 8호증의 1, 2의 각 기재만으로는 이를

인정하기에 부족하고(특히 을 제1호증 작곡노트는 피고가 일자순으로 작곡하여 차례차례 순서대로 정리하여 보관된 것이라 보기 어렵고, 을 제2호증 작사메모는 피고 주장의 시기에 메모된 ‘돌아와요 부산항에’의 1절 가사라고 보기 어렵다), 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 소결론

따라서 김○○은 ‘돌아와요 충무항에’ 가사의 저작자라고 할 것이므로, 위 가사의 저작권은 김○○에게 있다고 할 것이다.

나. 저작권의 침해 여부에 관한 판단

(1) 당사자의 주장

원고는 피고가 ‘돌아와요 충무항에’ 가사에 의거하여 이와 실질적 유사성이 있는 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사를 만들고 이를 자신의 저작물인 것으로 공표함으로써 써 김○○의 가사에 대한 복제권, 배포권, 2차적 저작물 작성권 등 저작권을 침해하였으므로 이에 대한 김○○의 재산적 손해를 배상할 책임이 있고, 또한 원작사자의 성명을 표시하지 않아 김○○의 성명 표시권, 동일성유지권 등 저작인격권을 침해하였으므로 이에 대한 김○○의 명예회복을 위한 조치로 별지 기재의 해명서를 신문에 게재할 의무가 있다고 주장한다.

피고는 ‘돌아와요 충무항에’ 가사는 떠나간 연인을 그리워하는 내용인 반면 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사는 1975년경 재일동포 고향방문단의 모국방문에 맞추어 민족의 아픔에 대한 내용으로 변경되어 그 내용이 상이하고, 불과 앞 두 구절의 가사만 비슷할 뿐이어서 ‘돌아와요 부산항에’ 가사에는 피고의 독창성이 인정된다고 주장한다.

(2) 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사가 2차적 저작물에 해당하는지 여부

우선 어떤 저작물이 원저작물에 대한 2차적 저작물이 되기 위하여는 단순히 사상, 주제 또는 소재가 같거나 비슷한 것만으로는 부족하고 원저작물을 토대로 새로운 창작성을 가하여 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을

정도로 만들어지고 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 유지되어야 한다.

따라서 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사가 ‘돌아와요 충무항에’ 가사의 2차적 저작물에 해당한다고 하기 위해서는 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사가 ‘돌아와요 충무항에’ 가사에 의거하여 만들어졌고, 양자 사이에 실질적 유사성이 있어야 할 것이다.

(가) 의거관계의 유무

앞에서 살펴본 바와 같이 피고는 김○○이 이 사건 음반을 발표하기 이전에 김○○이 작사한 ‘돌아와요 충무항에’ 가사에 대해 작곡을 해주어 ‘돌아와요 충무항에’ 가사를 알고 있었고, 1972. 2. 25. 「여학생을 위한 조○○ 스테레오 히트앨범」라는 음반을 통하여 ‘돌아와요 부산항에’를 발표할 때 자신이 작곡한 ‘돌아와요 충무항에’의 곡을 그대로 이용하였으며, 위 ‘돌아와요 부산항에’를 개사하여 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’를 작사한 사실이 인정되고, 그 가사의 뉘앙스, 음절, 길이, 소재, 표현방식 등으로 미루어 보면, 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사는 ‘돌아와요 충무항에’ 가사에 의거하여 만들어졌다고 봄이 상당하다.

(나) 실질적 유사성 유무

살피건대, ‘돌아와요 충무항에’ 가사와 1972년 발표된 ‘돌아와요 부산항에’ 가사는 항구와 떠나는 배를 배경으로 사랑하는 사람과의 이별과 그에 대한 그리움을 그 내용으로 하고 있어 가사의 상황설정 및 소재가 유사하고 그 전체적인 형식이 동일한 점, ‘돌아와요 충무항에’와 1972년 발표된 ‘돌아와요 부산항에’ 1절 앞 8소절의 가사는 ‘충무항’을 ‘부산항’으로, ‘미륵산’을 부산에 있는 ‘동백섬’으로 바꾼 것 이외에는 똑같고, 1, 2절의 후렴구 또한 ‘충무항’을 ‘부산항’으로, ‘소식없는’을 ‘말없는’으로, ‘야속한’을 ‘그리운’이나 ‘보고픈’으로 변경한 것 외에는 대부분 동일한 점, 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’는 재일동포 고향방문단의 모국방문의 취지에 맞춰 1972년에 발표된 ‘돌아와요 부산항에’ 가사를 ‘님’을 ‘형제’로 바꾸는 등 부분적으로 바꾸어 다시 발표한 것에 불과한 점 등에 비추어 ‘돌아와요 충무항에’ 가사와 이

사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사 사이에는 실질적 유사성이 인정된다고 할 것이다.

또한, 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’는 단순히 ‘돌아와요 충무항에’ 가사를 ‘충무항’에서 ‘부산항’으로 바꾸는데 그치지 아니하고, 이별한 연인을 그리워하는 내용 대신 떠나간 형제를 그리워하는 내용으로 바뀌었고, 곡의 리듬과 화성에 더 자연스럽게 어울리도록 일부 표현이 수정되었으며, 특히 2절 가사는 항구의 풍경을 표현하는 것에서 재일동포의 귀환과 관련된 내용으로 대부분 바뀌는 등 새로운 창작성이 더해졌다. 따라서 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사는 ‘돌아와요 충무항에’ 가사를 토대로 창작된 2차적 저작물이라고 할 것이다.

(3) 김○○의 동의 여부

피고가 1972년에 발표된 ‘돌아와요 부산항에’와 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사를 만듦에 있어 원저작자인 김○○의 동의를 받지 않았음은 당사자 사이에 다툼이 없다.

(4) 소결론

따라서, 피고는 김○○의 동의 없이 ‘돌아와요 충무항에’ 가사를 토대로 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’ 가사를 만들고 그에 곡을 붙인 노래가 수록된 조용필의 음반을 제작·발표하였으므로, 김○○의 ‘돌아와요 충무항에’ 가사의 저작권에 기한 2차적 저작물 작성권을 침해하였다고 할 것이고, 그로 인하여 김○○이 입은 손해를 그 단독 재산상속인인 원고에게 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

다만 2차적 저작물인 개편된 노래가사를 발표함에 있어 원저작물인 노래 가사의 작사자를 표시하지 않았다는 사정만으로는 원저작자의 저작인격권인 성명표시권을 침해하였다고 할 수 없고, 새로운 독창성을 갖는 2차적 저작물로 인정된 이상 원저작자에 대한 2차적 저작물작성권 침해가 성립되는 외에 저작인격권인 동일성유지권도 덧붙여 침해된다고 할 수는 없다. 그러므로 특별한 사정이 없는 한 저작인격권 침해를 전제로 한 해명서의 신문게재 등에 관한 원고의 청구는 받아들이지 아니한다(또한 저작권법 제14조에 의하면 저작인격권은 저작자 일신에 전속되는 권리로 저작자의 사망

과 동시에 소멸하고, 다만 사회통념상 저작자의 명예를 훼손하는 정도의 침해행위를 한 경우에는 그 유족 등이 정지나 명예회복을 위한 조치를 구할 수 있을 뿐이고, 금전적인 손해배상청구는 할 수 없다. 그리고 김○○이 1971. 12. 24. 피고의 개사행위를 알지도 못하고 사망하였음은 앞서 본 바와 같고, 피고의 개사행위는 그 이후에 이루어진 것으로 보이며, 김○○의 명예를 훼손할 정도에는 이르지 아니한 것으로 판단된다). 나아가 피고가 저작권재산권의 침해로 인하여 원고에게 배상할 손해배상액에 관하여 살펴보기로 한다.

3. 손해배상책임의 범위

가. 원고의 주장

원고는, 피고가 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’를 사단법인 한국음악저작권 협회에 신탁하여 받고 있는 저작권료 중 작사자로서 받은 저작권료는 김○○의 저작권 침해로 인한 손해액으로 추정되고 작사자로서 받은 저작권료의 합계는 아래와 같으므로, 피고는 원고에게 저작권료 합계 금 178,161,580원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 할 의무가 있다고 주장한다.

기간 방송/공연 + 복제 저작권료 합계

기 간	방송/공연 + 복제 저작권료 합계
1994. 7. 1.부터 1994. 12. 31까지	금 6,083,392원(금 5,435,412원 + 금 647,980원)
1995. 1. 1.부터 1995. 12. 31까지	금 16,237,241원(금 14,833,330원 + 금 1,403,911원)
1996. 1. 1.부터 1996. 12. 31까지	금 16,511,905원(금 16,115,388원 + 금 396,517원)
1997. 1. 1.부터 1997. 12. 31까지	금 18,202,843원(금 16,115,388원 + 금 2,087,455원)
1998. 1. 1.부터 1998. 12. 31까지	금 16,524,259원(금 13,196,147원 + 금 3,328,112원)
1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31까지	금 15,680,467원(금 13,076,024원 + 금 2,604,443원)
2000. 1. 1.부터 2000. 12. 31까지	금 18,738,712원(금 15,835,427원 + 금 2,903,285원)
2001. 1. 1.부터 2001. 12. 31까지	금 21,063,919원(금 19,872,449원 + 금 1,191,470원)
2002. 1. 1.부터 2002. 12. 31까지	금 20,020,700원(금 18,480,935원 + 금 1,539,765원)
2003. 1. 1.부터 2003. 12. 31까지	금 17,772,212원(금 13,876,496원 + 금 3,895,716원)

기 간	방송/공연 + 복제 저작권료 합계
2004. 1. 1.부터 2004. 6. 31까지	금 11,325,930원(금 10,412,549원 + 금 913,381원)
합 계	금 178,161,580원

나. 판 단

우선, 원작사자의 동의 없이 노래 가사를 바꾸어 2차적 저작물인 다른 가사를 같은 곡에 붙여 공연, 방송, 복제 등을 함으로써 원작사자의 저작권을 침해한 경우에 원작사자가 입은 손해액을 평가할 기준이 없고, 원고가 제출한 모든 증거를 살펴보아도 그 기준을 찾을 방법조차 가늠하기 어렵다. 또한 저작권법 제93조 제1항이 저작권자를 침해한 자가 침해행위로 인하여 받은 이익액을 저작권자가 입은 손해액으로 추정한다고 규정하고 있으나, 피고가 원작사인 김○○의 가사를 바꾸지 아니하고 그대로 이용한 것이 아닌 점, 김○○은 이 사건 음반을 발표한 이후 별다른 활동이나 홍보를 하지 않고 군대에 갔으며 이 사건 음반을 발표한지 1년 만에 사망하는 등으로 그 노래를 대중에게 그리 호소하지도 못하여 인기가 거의 없었고 음반 판매는 물론 방송, 유흥주점, 노래방, 음악관련서적 등에 무시하여도 좋을 만큼 실적이 거의 없었던 것으로 보이는 점, 더구나 조○○이 1972년 ‘돌아와요 부산항에’를 음반으로 발표했을 때에도 그리 알려지거나 대중의 인기를 끌지는 못한 점, 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’는 1975년 재일동포 고향방문단이 항수에 젓어 대대적으로 부산항을 통하여 모국을 방문한 당시의 시대적 물결을 흡수하여 유행시키고자 한 피고에 의하여 동포의 귀환에 관한 내용으로 가사가 상당 부분 수정되고 전보다 인기가 급상승한 가수 조○○의 강한 호소력 등이 어우러져 일약 유명해진 점, 그 후에도 피고의 개사와 가수 조○○의 편곡과 가창력, 국민가수로서의 강한 이미지 등이 어울려 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’가 꾸준히 대중적 인기를 누린 것이고, 그러한 요소가 없었다면 ‘돌아와요 충무항에’는 대중가요사에만 남아있을 뿐 그 2차적 저작물인 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’조차도 대중의 사랑을 받고 널리 애창되는 등 인기를 누리기는 어려웠던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 위 규정을 그대로 적용할 수는 없다. 따라서 원고의 이 부분



청구는 더 나아가 살필 것 없이 받아들이지 아니한다.

다음으로 저작권법 제93조 제2항은 저작권자가 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당한 액을 최소한의 손해배상액으로 청구할 수 있다고 규정하고 있으나, 피고의 침해행위 당시 약정사용료가 존재하지도 아니하고 원·피고 제출의 관련 증거에 의하여도 만약 그 당시에 이용허락계약이 있었다면 사용료로 결정되었을 가정적인 금액 등을 산정할 보조자료마저 찾을 수 없고, 달리 이에 대한 원고의 입증도 없어 위 규정을 적용할 수도 없다.

그렇다면 저작권법 제94조에 따라 법원이 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 산정할 수밖에 없다. 살피건대, 김○○이 ‘돌아와요 충무항에’ 가사를 창작하고 가수로서 활동한 기간과 그 당시 동종 업계나 대중의 반응, 피고가 가사를 바꾸게 된 경위와 그 바뀐 내용, 그로 인하여 ‘돌아와요 충무항에’ 가사가 묻히지 않고 재창조되어 김○○도 작사자로서의 인기를 되살릴 수 있는 기반이 마련된 점, 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’가 대중들에게 인기를 끌게 된 경위와 그에 관련된 여러 사정들, 원·피고의 관계, 원고가 피고에게 개사 등을 이유로 확인을 구하자 그에 대하여 피고가 취한 태도, 피고가 이 사건 ‘돌아와요 부산항에’의 작사자로서 사단법인 한국음악저작권협회로부터 받은 금액이 원고 주장과 거의 같은 점(사단법인 한국음악저작권협회에 대한 각 사실조회결과) 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정들을 고려하면, 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해액은 30,000,000원으로 봄이 상당하다(원고는 손해배상과 더불어 부당이득청구도 구하는 것으로 보이나, 특별한 사정이 없는 한 손해배상 이 외에 추가적으로 부당이득을 구할 수는 없다).

5. 결 론

그렇다면, 피고는 원고에게 금 30,000,000원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 청구취지 변경신청서가 송달된 다음날인 2005. 9. 17.부터 그 채무의 이행 의무의 준부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고

인정되는 판결선고일인 2006. 3. 17.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 할 것인 바, 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 그 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김재협
판사 이경호
판사 정현경

해 명 서

‘돌아와요 충무항에’의 작사자인 김○○의 유족이 ‘돌아와요 부산항에’의 작곡자인 본인을 상대로 서울서부지방법원 2004가합4676호 손해배상 등을 구하는 소송에서 위 법원은 본인이 작사자인 김○○의 동의없이 ‘돌아와요 충무항에’를 ‘돌아와요 부산항에’로 무단 개사한 사실을 인정하여 손해배상 등을 명하는 판결을 2006. 3. 17. 선고하였습니다.

황○○

서울 ○○○구 ○○○동 200 ○○아파트 ○○○동 ○○○○호. 끝.

[출 전] 판결 원문

11. 제품 사진 및 설명서 등에 대한 저작권 침해 여부 - ‘야마하(YAMAHA)’ 사건

서울서부지방법원 제21민사부 2006. 3. 22. 결정, 2005카합1848 저작권등침해금지가처분

채 권 자 야마하주식회사(대표취체역 ○○○○)
일본국 시즈오카현 하마마츠시
소송대리인 법무법인 ○○○(담당변호사 ○○○, ○○○, ○○○)
○)

채 무 자 주식회사 ○○○○○○○○(대표이사 ○○○)
서울 ○○구 ○○로 3가
소송대리인 법무법인 ○○(담당변호사 ○○○)

주 문

1. 채권자가 이 결정을 고지받은 날로부터 7일 이내에 채무자들을 위한 보증으로 1천만원을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 것을 조건으로,

가. 채무자는 별지 제1목록 기재 제품설명서를 인쇄, 제조, 판매, 반포하여서는 아니된다.

나. 채무자는 별지 제2목록 기재 상표를 별지 제3목록 기재 제품 또는 별지 제3목록 기재 제품을 위한 포장, 정가표, 카탈로그, 인터넷 홈페이지 기타 선전광고물에 표시하거나 별지 제2목록 기재 상표를 부착한 별지 제3목록 기재의 제품, 그 포장지, 포장용기, 선전광고물을 생산, 판매, 반포,

수입, 수출, 전시하여서는 아니된다.

다. 채무자는 별지 제4목록 기재 사진 및 별지 제5목록 기재 설명문 등을 제2항 기재의 포장, 정가표, 카탈로그, 인터넷 홈페이지 기타 선전광고물에 표시하거나 위 사진 및 설명문이 표시된 위 서류 등을 전시, 반포하여서는 아니된다.

2. 채무자는 채무자의 사무소, 창고, 영업소에 보관 중인 별지 제1목록 기재 제품설명서, 별지 제2목록 기재 상표를 부착한 별지 제3목록 기재의 제품, 포장지, 포장용기, 선전광고물에 대한 점유를 풀고, 이를 채권자가 위임하는 집행관에게 인도하여야 한다.

3. 집행관은 위의 경우에 그 보관의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

4. 집행관은 채무자의 신청이 있으면 별지 제3목록 기재의 제품, 포장지, 포장용기, 선전광고물로부터 별지 제2목록 기재 상표를 말소·삭제하고 위 물건을 채무자에게 반환하여야 한다.

5. 소송비용은 채무자가 부담한다.

신청취지

주문과 같다(공탁조건과 제4항은 제외).

이 유

1. 소명된 사실(소명근거 : 이 사건 기록 및 심문 전체의 취지)

가. 채권자는 피아노, 기타, 드럼 등 각종 악기 및 신디사이저, 스피커, 앰프, AV 리시버 등 각종 음향기기를 세계 각국에 판매하고 있는 악기 및 음향기기 전문회사이다.

나. 채무자는 전자제품, 가전제품 및 음향기기 도·소매 및 수출입업을 목적으로 설립된 법인으로서, 음향기기 등을 수입하여 판매하는 회사이다.

다. 채권자는 한국에 AV 리시버 제품인 RX-V357, RX-V450, RX-V457 제품을 수출하면서 한국어로 된 제품설명서(이하 이 사건 제품설명서라고 한다)를 제작하여 위 제품 포장에 첨부하고 있고, 별지 제2목록 기재 상표를 전기축음기, 튜너, 앰프, 리시버 등을 지정상품으로 하는 제9류(상표 등록번호 제0302557호, 제0026816호, 제008065호)에 각 등록하여 위 등록상표를 사용한 제품(이하 이 사건 제품들이라고 한다)들을 판매하고 있다.

라. 채무자는 채권자가 한국 이외의 제3국인 싱가포르에 수출한 AV리시버 제품을 수입한 후(이하 이 사건 수입품들이라고 한다) 오프라인 매장 및 www.topav.co.kr이라는 도메인 이름으로 운영하는 홈페이지에서 판매하고 있고, RX-V357, RX-V450, RX-V457 제품 판매시에 채권자의 이 사건 제품설명서에서 표지의 “YAMAHA” 상표 및 맨 뒷면의 채권자의 주소, 저작권표시 등이 삭제되어 있을 뿐, 그 내용은 동일한 제품설명서를 첨부하여 배포하고 있다.

마. 채권자는 2003. 10.경 전문제품 사진촬영업체인 ‘○○○○○’에게 채권자의 판매 제품에 대한 사진 촬영을 의뢰하여 그 결과로써 얻어지는 위 사진에 관한 지적재산권 일체를 채권자에게 귀속하게 하는 계약을 체결하고 제품사진을 촬영하였다.

바. 채권자는 www.yamaha-music.co.kr/av/라는 도메인 이름으로 운영하는 한국어 홈페이지에서 채권자의 AV리시버 제품을 소개하기 위해 채권자가 판매하는 제품들의 사진 및 제품들의 특징을 설명하는 설명문(이하 이 사건 사진 및 설명문이라고 한다)을 제작하여 게시하고 있다.

사. 채무자는 채무자의 홈페이지에서 이 사건 수입품들을 판매하면서 이 사건 사진 및 설명문과 동일한 사진 및 설명문을 게시하고 있고 위 사진이나 설명문을 사용함에 있어서 채권자로부터 승낙을 받은 사실은 없다.

아. 채무자는 말레이시아에서 생산된 채권자의 제품들을 싱가포르의 수출

업자로부터 수입하여 판매하고 있는데, 이 사건 수입품들은 제3국인 싱가포르의 전기안전규격에 맞게 제작된 것이어서 한국으로의 수출을 위해 전원코드가 한국용으로 교체되어 있고, 이 사건 제품들과는 달리 전압 표시부분이 '220/230~240 VOLTS'로 되어 있어 'ONLY 220V'라는 스티커를 위 전압 부분에 부착하고 있고, 채권자의 이 사건 제품들에는 존재 하지 않는 전압선택터 부분을 라벨로 가리고 있으며, 채권자의 이 사건 제품들은 스피커 터미널을 사용하지 못하도록 마개가 덮여 있음에 비하여, 채무자의 이 사건 수입품들은 스피커 터미널이 개방되어 있는 상태이다.

2. 당사자의 주장 및 판단

가. 아마하 상표권 침해금지 및 예방 신청

위에서 소명된 사실에 의하면, 채무자가 이 사건 수입품들을 수입하고 판매하는 행위는 '상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위'로서 상표법 제2조 제1항 제6호 나목이 정한 상표의 사용행위에 해당하고, 또한 '이 사건 각 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 동일한 상품에 사용한 행위'로서 상표법 제66조 제1항 제1호가 정한 상표권 침해행위에 해당한다고 할 것이다.

이에 대하여 채무자는, 채권자가 한국 내에서 판매하는 이 사건 제품들이나 채무자가 싱가포르에서 수입하여 판매하는 이 사건 수입품들이나 모두 말레이시아에서 제조되는 동일한 제품으로서 정상적인 통관절차를 거쳐 수입한 후 그대로 판매한 것에 불과하여 자신이 이 사건 수입품들을 수입하고 판매한 행위는 진정상품의 병행수입으로서 이 사건 각 등록상표에 대한 채권자의 상표권을 침해하지 아니하는 정당한 행위라고 주장한다.

살피건대, 병행수입이 상표권에 대한 침해행위를 구성하지 않는 적법한 것으로 되려면, ① 상표권자가 상품을 거래시장에서 판매함으로써 상표품에

대한 통제를 잃은 상태에서 병행수입업자가 이를 구입하여 국내로 수입한 것이어야 하고, ③ 각국의 시장 특성에 맞추어 품질이 다른 상품을 유통시키는 경우와 같이 국내 일반 수요자들에게 상품의 출처나 품질에 관하여 오인 또는 혼동을 불러일으킴으로써 상표의 상품출처표시기능과 품질보증기능을 훼손할 우려가 없어야 하며, 국내 상표권자가 국내에서 독자적으로 형성한 신용과 고객흡인력을 훼손할 가능성이 없어야 한다(대법원 1997. 10. 10. 선고 96도2191 판결, 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결 등 참조).

위 소명된 사실에 의하면, 채권자는 각국에 수출되는 AV 리시버 제품들을 각 수출W국의 전기안전규격에 적합하도록 설계하여 제조하고 있고, 채무자는 채권자의 싱가포르 수출용 AV 리시버 제품을 한국으로 수입하여 판매하고 있으며, 싱가포르용으로 제조된 AV 리시버 제품을 한국에서 사용할 수 있도록 이 사건 수입품들의 전원코드는 한국용으로 교체되어 있고 그 제품은 한국용으로 제조된 제품과 위 1의 아.항에서 보는 것과 같은 차이점을 보이고 있는 바, 전기 제품의 사용에 있어서 전원코드는 전기제품의 안전성을 좌우하는 주요한 부분인데 싱가포르 수출용으로 제조된 제품의 전원코드를 한국용으로 교체하고, 각국의 전기안전규격에 적합하게 생산된 제품을 한국에 그대로 들여와 사용하는 것은 싱가포르의 전기안전규격과 한국의 전기안전규격이 달라 그 안전성 면에서 문제가 발생할 수 있고, 이 사건 수입품들이 전기용품안전인증확인서를 발급받고 수입통관절차를 거쳤으나 이 사건 수입품들이 위 확인서에 기재된 안전 인증대상 제품과 동일하다는 점이 바로 담보되지 않는 점, 이 사건 수입품들은 비록 채무자 측의 AS가 가능하더라도 제품에 대한 기술 및 노하우와 부품의 정품을 보유하고 있는 채권자의 AS를 받을 수 없는 점 등에서 채권자의 제품과는 상당한 차이가 있다고 할 것인데(특히 고품질의 음향기기 제품들에 대하여 전원코드를 교체하거나 전압이 맞지 않는 전기를 사용하는 경우 음질이나 음량 등에서 차이가 발생하고, 잦은 고장의 원인이 될 수 있다), 이러한 사실을 주지하지 못한 소비자들에게 상품의 품질에 관하여 오인·혼동을 불러일으킬 가능성이 있어 채권자

가 이제까지 쌓아온 음향기기 전문업체로서의 명성과 소비자들의 품질에 대한 신뢰에 손상을 가할 수 있는바, 그러하다면 이 사건 제품들과 이 사건 수입품들 사이에 품질상 아무런 차이가 없다고 할 수 없으므로 이 사건 수입품들을 진정상품에 해당한다고 볼 수 없어, 채무자의 이 사건 수입품들의 수입·판매행위가 진정상품의 병행수입에 해당하여 적법하다는 주장은 이유 없다.

따라서, 채무자는 이 사건 제품들에 관한 채권자의 상표권에 대한 침해의 금지 및 예방을 위하여 필요한 조치로서 위 등록상표를 표시하거나, 그 상표를 부착한 제품, 포장지, 포장용기, 선전광고물을 생산, 판매, 반포, 수출, 전시하여서는 아니될 의무가 있다 할 것이므로, 채권자의 이 부분 신청은 이유 있다.

나. 제품설명서에 대한 저작권 침해금지 신청

이 사건 설명서는 채권자의 AV 리시버 제품을 자세히 소개, 설명하고 그 사용방법을 사용자들이 쉽게 알 수 있도록 그림과 함께 설명하고 있어 그 내용과 분량전체적인 체계 등에 비추어 보면 채권자의 노력에 의한 지적, 문화적인 창작물에 해당한다고 보여지므로 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 할 것이고, 채무자가 이와 동일하거나 실질적으로 유사한 사용설명서를 만들어 그가 판매하는 이 사건 수입품들과 함께 배포하고 있어 이 사건 설명서에 관한 채권자의 저작권을 침해하고 있으므로 피보전권리가 인정된다.

이에 대하여 채무자는, SOVICO AV의 홈페이지에서 누구나 한글 설명서를 다운로드 받아 사용할 수 있음에도 채무자만이 사용하지 못하도록 하는 것은 병행수입 방해 행위에 해당한다고 다투나, 위에서 본 바와 같이 채무자의 이 사건 수입품들의 판매 행위는 병행수입에 해당하지 않고, 그 저작물의 사용은 채권자의 묵시적인 동의의 범위를 넘는 행위이므로 이 주장은 받아들일 수 없다.

그렇다면 채무자가 피보전권리를 다투고 있는 사정이나 이 사건의 경위에

비추어 보면, 채무자는 향후에도 위 사용설명서를 복제하여 배포할 우려가 있으므로 그 보전의 필요성도 인정된다고 할 것이어서 채권자의 이 부분 신청은 이유 있다.

다. 제품의 사진 및 설명문의 사용금지 신청

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는바, 여기에서 창작물이라 함은 저작자 자신의 작품으로서 남의 것을 베낀 것이 아니라는 것과 수준이 높아야 할 필요는 없지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도로 최소한도의 창작성이 있다는 것을 의미하고, 사진 저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다고 볼 것이다.

이러한 관점에서 이 사건 사진 및 설명문에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 채권자의 사진은 채권자가 판매하는 제품들의 특성을 살리고 고급 브랜드의 이미지를 효과적으로 표현하기 위해 전문사진촬영업체에 촬영을 의뢰하여 제작한 사진으로서, 채권자는 상당한 비용과 시간을 들여 이 사건 사진을 제작하였고, 비록 사진의 용도가 제품의 모습 자체를 충실하게 표현하여 광고라는 실용적인 목적을 달성하기 위한 것이라 하더라도 이 사건 사진 촬영을 위하여 투자한 시간과 비용, 선정과정 등 기록상 소명되는 사정에 비추어 볼 때 이 사건 사진은 제작자의 지적·정신적 노력이 투입됨으로써 창작성을 지니고 있고 이 사건 설명문 또한 제품의 특징을 설명하기 위한 용어의 조합 등 최소한의 창작성을 지니고 있다고 할 것인데, 채무자는 이 사건 사진 및 설명문을 그대로 복제하여 채무자의 홈페이지에서 사용하고 있으므로, 채무자는 채권자의 이 사건 사진 및 설명문에 대한 저작권을 침해하고 있다고 할 것이다.

이에 대하여 채무자는 이 사건 사진 및 설명문의 게시는 제품판매를 위한

필수적인 행위로서 병행수입에 수반되는 허용범위에 포함되므로 권리침해가 되지 않는다고 다투나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 수입품들은 진정상품의 병행수입으로서 인정되지 않는다고 할 것이므로 채무자의 주장은 이유 없다.

그렇다면, 채무자가 채권자의 주장을 다투면서 이 사건 신청이 제기된 이후에도 채무자의 홈페이지를 통하여 이 사건 사진 및 설명문을 계속 이용하고 있음이 소명되는 이상 그 보전의 필요성도 인정되므로 채권자의 이 부분 신청은 이유 있다.

3. 결 론

그렇다면, 채권자의 이 사건 신청들은 피보전권리와 보전의 필요성이 모두 소명되어 이유 있으므로 담보제공 조건으로 이를 인용(다만, 별지 제3목록 기재 제품, 포장지, 포장용기, 선전광고물 등을 집행관에게 보관시키되, 이들에서 별지 제2목록 기재 상표 등을 말소삭제하고 채무자에게 반환할 수 있도록 허가한다)하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2006. 3. 22.

재판장 판사 신성기
판사 정옥도
판사 진세리

제1목록

1. 채권자의 YAMAHA RX-V357 AV 리시버 사용설명서와 동일한 제품 설명서
2. 채권자의 YAMAHA RX-V450 AV 리시버 사용설명서와 동일한 제품 설명서
3. 채권자의 YAMAHA RX-V457 AV 리시버 사용설명서와 동일한 제품 설명서. 끝.

제3목록

1. 채무자가 싱가포르에서 수입하여 판매하고 있는, YAMAHA 상표 부착의 싱가포르용 규격을 한국용으로 개조한 AV 리시버 제품. 끝.

[출 전] 결정 원문

12. 음반제작과 이용허락 범위(1) - ‘롯데리아 편집음반’ 사건

대법원 2006.7.13. 판결, 2004다10756 채무부존재확인

원고, 상 고 인 주식회사 예당엔터테인먼트외 1인
(소송대리인 법무법인 세종 담당변호사 서성외 3인)

피고, 피상고인 사단법인 한국음악저작권협회
(소송대리인 변호사 박구진외 1인)

원심판결 서울고법 2004. 1. 27. 선고 2003나1832 판결

주 문

상고를 모두 기각한다.
상고비용은 원고들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

저작권법 제2조 제7호, 제67조가 음(音)을 음반에 맨 처음 고정한 음반제작자는 그 음반을 복제·배포할 권리를 가진다고 규정하면서도 같은 법 제62조에서 음반제작자 등의 저작인접권에 관한 규정이 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다고 규정하고 있고, 같은 법 제42조 제3항에

서 저작재산권자의 저작물 이용허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다고 규정하고 있고 있는 점에 비추어 볼 때, 저작권자가 자신의 저작재산권 중 복제·배포권의 처분권한까지 음반제작자에게 부여하였다거나, 또는 음반제작자로 하여금 저작인접물인 음반 이외에 저작권자의 저작물에 대하여까지 이용허락을 할 수 있는 권한 내지 저작물의 이용권을 제3자에게 양도할 수 있는 권한을 부여하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 음반제작자에 의하여 제작된 원반(原盤) 등 저작인접물에 수록된 내용 중 일부씩을 발췌하여 이른바 ‘편집앨범’을 제작하고자 하는 자는 그 음반제작자의 저작인접물에 대한 이용허락 이외에 저작권자로부터도 음악저작물에 대한 이용허락을 얻어야 한다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다60682 판결 참조).

원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, “이 사건 음악저작물의 저작권자들이 음반제작자들에게 음악저작물에 대한 이용허락을 하면서, 음반제작자들에게 제3자가 그 음악저작물을 이용하는 것을 허락할 수 있거나 그 이용권을 제3자에게 양도할 수 있는 포괄적인 권한까지 부여한 바 있고, 우리나라 음악저작물의 거래관행상으로도 음악저작물의 저작권자와 음반제작자 사이에 그와 같은 관행이 있었다.”는 원고들의 주장에 대하여, 원고들이 제출한 증거만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이를 배척하고, “원고들이 이 사건 음악저작물의 저작권자들이나 그들과 신탁계약을 맺은 피고로부터 저작물에 관한 이용허락을 받지 않은 채 음반제작자로부터만 이용허락을 받아 이 사건 편집음반을 복제·배포한 것은 이 사건 음악저작물에 대한 피고의 저작권을 침해하는 행위에 해당한다.”고 판단하였다.

기록에 의하면, 원심의 이러한 사실인정은 정당하고 그 판단 또한 위와 같은 법리에 따른 것으로 정당하다. 원심판결에는 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 음반제작자가 갖는 음반의 복제·배포권 및 이용허락권에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

그리고 신탁법 제3조 제1항의 취지는 등기 또는 등록하여야 할 재산권에 관하여 신탁재산이라는 뜻을 등기 또는 등록하지 않으면 제3자에게 신탁재산을 주장할 수 없다는 취지에 불과한 것이고, 저작권법 제52조에 따른 저작재산권의 양도등록은 그 양도의 유효요건이 아니라 제3자에 대한 대항요건에 불과하고, 여기서 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다고 할 때의 ‘제3자’란 당해 저작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 정당한 이익을 가지는 제3자에 한하고, 저작재산권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자에 해당되지 않는다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4849 판결 참조). 따라서 이 사건 음악저작물의 저작권자들로부터 그 저작권을 신탁적으로 양도받은 피고가 그에 관하여 신탁법 및 저작권법상의 등록을 하지 않았다 하더라도 저작권을 침해한 원고들에 대하여 저작권침해를 이유로 한 손해배상을 구하는 데에는 아무런 지장이 없다.

원심이 위와 같은 취지로 원고들의 이 부분 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 신탁 공시의 효력 및 저작물의 양도등록과 제3자의 범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자인 원고들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 재판장 고현철
양승태
김지형

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

[하급심 판결] 서울고법 2004. 1. 27. 2003나1832 판결.

저작권심의조정위원회, 「한국 저작권판례집[9]」, 2005, 86~89쪽

13. 게임 캐릭터의 실질적 유사성 판단 - 게임 ‘신야구’ 사건

서울중앙지방법원 제63민사부 2006. 7. 20. 판결, 2005가합76758 저작권침해금지

원 고 ○○○ 가부시킴가이샤

승계참가인 가부시킴가이샤 ○○○

피 고 1. 주식회사 ○○○
2. 주식회사 ○○○

변론종결 2006. 6. 15.

판결선고 2006. 7. 20.

주 문

1. 원고 및 원고 승계참가인의 청구를 각 기각한다.
2. 소송비용은 원고 및 원고 승계참가인이 부담한다.

청구취지

피고들은,

1. ‘○○○’ 기타 야구게임에서 별지 대비목록 영상 중 피고 ○○○ 캐릭터 (1) 내지 (32)의 각 인물도형 및 위 각 인물도형에서 모자, 옷, 신발의 색채나

모양 또는 모자의 로고가 변경된 인물도형이 사용된 장면을 각 삭제하고,

2. 같은 목록 영상 중 피고 ○○○ 캐릭터 (1) 내지 (32)의 각 인물도형 및 위 각 인물 도형에서 모자, 옷, 신발의 색채나 모양 또는 모자의 로고가 변경된 인물 도형이 수록된 ‘○○○’ 기타 야구게임을 게임소프트웨어로 배포, 판매하거나, 인터넷, 기타 다른 정보통신매체를 이용하여 제3자가 이를 이용하게 하거나, 전송, 배포하는 행위를 해서는 아니되며,

3. 같은 목록 영상 중 피고 ○○○ 캐릭터 (1) 내지 (32)의 각 인물도형 및 위 각 인물 도형에서 모자, 옷, 신발의 색채나 모양 또는 모자의 로고가 변경된 인물 도형이 수록되어 있는 서적, 문서, 플로피 디스켓, 씨디(CD) 등 일체의 자료를 폐기하라.

이 유

1. 기초사실

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑1-1, 2, 갑2, 3, 4, 46, 을28 내지 39-각 1, 2의 각 기재

가. 원고는 1994년 출시한 ‘○○○ 프로야구(이하 ○○○라 한다)’라는 제호의 게임기용 야구게임 소프트웨어 캐릭터(일반적으로 캐릭터라는 용어는 만화, 영화 등 대중매체에 등장하는 가공 내지는 실제 인물, 동물, 물건 등의 특징, 성격, 생김새, 명칭 등의 총체를 의미하는 것으로 사용되나, 이하에서는 등장물의 외형 즉, 시각적인 부분에 한정된 의미로 사용하기로 한다)의 저작권자인바, ○○○게임 캐릭터는 위 출시 이후 게임버전 별로 약간의 변화를 거듭하여 왔고, 2000년경에 이르러 별지 대비목록 영상 중 원고 ○○○ 캐릭터 (1) 내지 (32)와 같은 모습(타자와 투수의 각 앞, 옆, 뒷모습, 그리고 포수와 심판의 앞모습으로 구성, 이하 원고 ○○○ 캐릭터라 한다)을 갖추게 되었다.

나. 그 후 원고는 2006. 초경 원고로부터 분할설립된 원고 승계참가인에게 위 ○○○ 캐릭터에 관한 저작권을 양도하였다.

다. 한편 피고 주식회사 ○○○은 2005. 5.경 별지 대비목록 영상 중 피고 ○○○ 캐릭터 (1) 내지 (32)(이하 피고 ○○○ 캐릭터라 한다)가 등장하는 ‘○○○’라는 제호의 온라인 야구게임을 제작하였고, 피고 주식회사 ○○○는 자신이 운영하는 인터넷 사이트(www.hanbiton.com)를 통해 위 야구게임을 제공하고 있다.

2. 원고의 청구에 대한 판단

원고는, 피고들이 별지 대비목록 각 영상과 같이 원고가 저작권을 갖는 원고 ○○○ 캐릭터와 실질적으로 유사한 피고 ○○○ 캐릭터가 등장하는 ○○○게임을 제작, 제공함으로써 원고의 위 ○○○ 캐릭터에 대한 복제권을 침해하였다고 주장하면서 그 침해금지를 구하나, 원고가 원고로부터 분할설립된 원고 승계참가인에게 ○○○게임 캐릭터에 관한 저작권을 양도한 사실은 앞서 본 바이므로, ○○○ 캐릭터 저작권 보유를 전제로 한 원고의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 원고 승계참가인의 청구에 대한 판단

가. 당사자들의 주장

원고 승계참가인은, 피고들이 별지 대비목록 각 영상과 같이 원고 승계참가인이 저작권을 갖는 원고 ○○○ 캐릭터와 실질적으로 유사한 피고 ○○○ 캐릭터가 등장하는 ○○○ 게임을 제작, 제공함으로써 원고 승계참가인의 원고 ○○○ 캐릭터에 대한 복제권을 침해하였으므로, 피고들에 대하여 청구취지 기재와 같이 그 침해의 금지를 구한다고 주장하고, 이에 대하여 피고들은, 원고 ○○○ 캐릭터는 창작성이 없어 저작권의 보호대상에 해당하지

않을 뿐 아니라, 피고 ○○○ 캐릭터는 그 표현형식에 있어서 원고 ○○○ 캐릭터와 실질적으로 유사하지 않다고 다룬다.

나. 판 단

(1) 저작물의 무단 복제에 의한 저작권 침해를 인정할 수 있으려면, 침해자가 저작권 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것과 침해저작물 및 피침해저작물 사이에 실질적인 유사성이 있을 것의 요건이 필요하다고 할 것인바, 이때 양 저작물 사이의 의거관계는 원칙적으로 침해자에게 피침해저작물에 대한 접근가능성, 즉 피침해 저작물을 볼 상당한 기회가 있었음이 인정되면 족한 것이고, 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여 판단하여야 할 것이다.

특히, 실질적 유사성을 판단함에 있어 창작적 표현형식만을 기준으로 하는 이유는, 저작권은 아이디어 등을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호대상으로 할 뿐, 표현의 내용이 된 아이디어나 그 기초 이론 등은 그것이 아무리 독창적이라 하더라도 보호 대상으로 하지 않고, 나아가 표현형식에 해당하는 부분이라도 창작성이 인정되지 않는 경우에는 이 역시 저작권의 보호대상이 될 수 없기 때문인바, 다만 여기에서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것이 아니라, 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 그 저작자 나름대로 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있으며 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도를 의미한다 할 것이다.

(2) 먼저 피고 ○○○ 캐릭터가 원고 ○○○ 캐릭터에 의거한 것인지에 관하여 보건대, 갑5-1 내지 4, 갑6, 을26의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 ○○○게임은 일본국 내에서만 시판되는 게임이기는 하나 피고 네오플이 ○○○게임을 제작하기 전에 이미 국내에 널리 유포되어 있었고, 피고 네오플의 구성원들도 ○○○ 게임 제작 전에 ○○○게임을 접하였던 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에다가 아래 (3), (나)항에서 보는 바와 같은 원, 피고 각 캐릭터의 유사점을 더해 보면, 피고 ○○○ 캐릭터는

원고 ○○○ 캐릭터에 의거하여 제작되었다고 봄이 상당하다 할 것이다.

(3) 다음으로 원, 피고 각 캐릭터가 실질적으로 유사한지 여부에 관하여 본다.

[인정근거] 갑14-1 내지 91, 갑15-1 내지 52, 갑16 내지 45-각 1, 2, 을4-1 내지 5, 을5-1 내지 8, 을10-1, 2, 을11 내지 16, 을17-1 내지 3, 을18, 을19, 20-각 1, 2, 을21, 을22-1 내지 8, 을23-1 내지 5의 각 기재, 변론 전체의 취지

(가) 별지 대비목록은 원고 승계참가인이 복제권의 침해를 주장하는 ○○○의 각 캐릭터 32개를 각 그림 별로 순번을 정하여 피고 ○○○ 캐릭터와 대비해 놓은 목록인바, 그 중 왼쪽에 나열된 그림이 피고 ○○○ 캐릭터이고, 오른쪽에 나열된 그림이 원고 ○○○ 캐릭터이다.



[피고 ○○○ 캐릭터 (1)] [원고 ○○○ 캐릭터 (1)]

(나) 원, 피고 각 캐릭터를 비교하여 보면, 둘 다 귀여운 어린아이와 같은 모습을 하고 있는 점, 큰 머리와 작은 몸체로 이루어져 있고, 머리 부분의 형태가 타원형에 가까우며, 몸체는 어깨와 목이 생략된 채 하체 부분으로 갈수록 넓어지는 원추형에 가까운 모양으로 둥글게 마무리 되어 있고, 하단 부에 허리벨트를 배치함으로써 상, 하체가 구분되어 있으며, 양손은 원모양으로, 발은 가로로 긴 큰 타원형으로 되어 있는 점, 다리가 생략되어 몸체와 발 사이에 공간을 두고 있는 점에서 유사하고, 또 각 캐릭터의 야구게임 중 역할에 필요한 장비의 모양, 타격과 투구 등 정지 동작이 유사한 사실을

인정할 수 있다.

그러나 위와 같은 각 캐릭터의 유사점은, 귀여운 이미지의 야구선수 캐릭터라는 아이디어에 기초하여, 인물의 모습을 일부 과장하거나 생략하여 익살스럽고 비현실적인 모습으로 나타내는 만화적 캐릭터와 같이, 각 신체 부위를 2등신 정도의 비율로 하여 머리의 크기를 과장하고 얼굴의 모습을 부각시키되 다른 신체 부위의 모습은 생략하거나 단순하게 표현하는 한편, 역동성을 표현하기 위해 다리를 생략하되 발을 실제 비율보다 크게 표현한 데에서 기인한 것으로서, 이와 같은 표현은 원고 ○○○ 캐릭터가 출시되기 이전이나 별지 대비목록 영상과 같은 캐릭터로 완성된 2000년경 이전에, 이미 만화, 게임, 인형 등에서 귀여운 이미지의 어린아이 같은 캐릭터들을 표현하는 데에 사용되었던 것이고, 나아가 장비의 형태나 경기 동작은 야구 게임의 특성상 필연적으로 유사하게 표현될 수밖에 없는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 유사점들만으로는 원, 피고 각 캐릭터의 창작적 표현형식이 실질적으로 유사하다고 할 수 없다.

(다) 다만 원고가 위와 같은 신체의 형태를 기초로 얼굴의 생김새와 의상, 신발, 구비장비 등을 디자인하여 구체적으로 형상화한 ○○○ 캐릭터의 모습은 다른 기존 캐릭터들과 구별되는 원고 나름대로의 특성이 부여되어 있어 창작적인 미감을 갖는다 할 것이므로, 피고 ○○○ 캐릭터가 창작적 미감의 표현에 있어 원고 ○○○ 캐릭터와 실질적으로 유사한지 여부를 살펴보아야 할 것이다.

① 일반적으로 인간의 형상을 본 뜬 캐릭터는 얼굴의 생김새가 그 동일성 식별의 중요한 기준이 된다 할 것인데, 원, 피고 각 캐릭터는 모두 2등신 정도로서, 머리와 얼굴 부분이 신체에서 차지하는 비율이 매우 큰 관계로, 얼굴 부분의 생김새가 더욱 두드러지는 특징을 갖고 있다 할 것이다.

우선 각 캐릭터의 얼굴 상당 부분을 차지하고 있는 부속물 즉, 타자의 헬멧, 투수의 모자, 포수와 심판의 보호장비를 보면, 실제 야구경기에서 사용되는 장비의 모양을 고려해 볼 때 그 형태의 창작에 한계가 있으므로, 결국

미감의 차이는 구체적인 디자인(형태, 모양, 색채 또는 이들의 조합)의 차이에서 비롯된다 할 것인바, 별지 대비목록의 각 영상과 같이 각 대비된 캐릭터 별로 위 각 장비의 구체적 형태와 색상이 다르므로, 이 점에서 일단 미감의 차이를 느낄 수 있고, 가사 위와 같은 부속물의 구체적 디자인의 차이점만으로는 원, 피고 각 캐릭터의 미감의 차이를 느낄 수 없다 하더라도, 각 캐릭터의 미감에 있어 결정적 차이는 얼굴 내 이목구비의 생김새와 표정의 특징으로부터 비롯된다 할 것이므로, 각 캐릭터의 얼굴의 특징이 아래와 같이 다른 이상 각 캐릭터는 실질적으로 유사하지 않다 할 것이다.

먼저 투수와 타자의 각 앞모습을 보면, 원고 ○○○ 캐릭터는 코와 입이 생략되어 있고, 비현실적으로 큰 눈이 얼굴 대부분을 차지하고 있어, 눈의 형태와 위치, 눈동자의 위치만으로 얼굴의 각도와 표정을 만들어 내는 반면, 피고 ○○○ 캐릭터는 코만 생략되어 있고, 전체적으로 검고 상대적으로 작은 크기의 동그란 눈과 눈썹을 갖고 있으며, 굳게 다문 입의 모양으로 결연한 심리상태를 나타내고 있어 각 얼굴에서 느껴지는 미감이 현저히 다르고, 더욱이 포수와 심판의 얼굴은 보호장비로 인해 얼굴의 윤곽이나 다른 이목구비가 전혀 드러나지 않고 오로지 눈만 드러나 있어 눈 형태의 위와 같은 차이만으로도 미감에 있어 큰 차이를 보인다.

다만, 일반적으로 인물의 옆모습과 뒷모습은 앞모습에 비해 동일성을 식별할 수 있는 큰 특징이라 할 것이 없는 표현상 한계가 있으므로, 결국 타자와 투수의 각 옆모습과 뒷모습에 해당하는 캐릭터는 그 구체적 표현의 차이를 대비할 수밖에 없다 할 것인바, 원고 ○○○ 캐릭터는 뒷머리에 해당하는 부분을 아무런 형상 없이 단순히 피부색만으로 마감하였고, 별도로 옆얼굴을 표현한 캐릭터는 없으며 다만 위에서 본 바와 같이 눈과 눈동자의 위치로써 얼굴의 각도를 달리 표현하였을 뿐인 반면, 피고 ○○○ 캐릭터는 귀, 머리카락, 구렛나루를 구체적으로 그려 넣고, 보여지는 얼굴의 각도의 차이에 따라 다양한 모습을 나타내고 있는 차이를 보이고 있으므로, 이러한 차이점에서 각 캐릭터의 미감의 차이를 느낄 수 있다.

② 몸체의 경우, 원추형의 형태, 상, 하체 구분 방식, 부드러운 곡선으로 마감된 하체의 모양은 이미 위에서 본 바와 같이 창작성을 인정하기 어려우므로 결국 이 부분 미감의 차이는 운동복의 구체적 디자인, 특히 색상이나 무늬의 조합의 차이에서 찾을 수 있다 할 것인데, 원, 피고 각 캐릭터는 상, 하의의 색상과 무늬의 조합이 다를 뿐 아니라, 설령 위와 같은 차이가 미세하다 할지라도, 실제 야구경기에서 사용되는 운동복을 고려하여 볼 때 그 표현에 한계가 있고, 몸통이 머리와 얼굴 부분에 비해 매우 왜소한 점을 종합하여 보면, 몸체 부분은 각 캐릭터의 전체 형상에 있어 미감의 차이에 별다른 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 몸체 부분의 유사점을 두고 두 캐릭터의 창작적 표현형식이 유사하다고 하기 어렵다.

③ 다음으로 팔, 다리 부분을 보건대, 원고 ○○○ 캐릭터는 몸체에 팔이 붙어 있는 반면 피고 ○○○ 캐릭터는 팔이 생략되어 있는 차이점이 있으나 위 차이는 시각적으로 거의 감지되지 않으므로 이 부분에서 미감의 차이를 느낄 수는 없고, 둥근 손 모양, 다리의 생략, 양쪽으로 긴 타원형의 신발 형태 자체는 위에서 본 바와 같이 창작적 표현형식이라 할 수 없으므로, 결국 이 부분 미감의 차이는 신발의 구체적 디자인의 차이로부터 비롯된다 할 것인데, 원고 ○○○ 캐릭터는 단순한 타원형에 특징적 디자인 없이 앞, 뒤로 구분하여 회색과 흰색으로 색상의 차이만을 둔 반면, 피고 ○○○ 캐릭터는 두가지 색상만을 사용하면서도, 상대적으로 구체적인 신발의 형상을 갖춘 디자인과 색상배치를 통해 원고의 캐릭터와는 미감의 차이를 보인다 할 것이다.

④ 나아가 원, 피고 각 캐릭터의 위와 같은 구체적 차이가 각 개별적으로는 미세한 차이에 불과할지라도, 그 미세한 차이들의 조합이 캐릭터의 전체적인 미감에 큰 차이를 가져옴으로써, 피고의 ○○○ 캐릭터로부터 원고 ○○○ 캐릭터의 본질적 특징이 감득되지 않는다 할 것이다.

(4) 그렇다면, 원고 ○○○ 캐릭터와 피고 ○○○ 캐릭터 사이에 실질적인 유사성을 인정하기 어려우므로, 피고의 ○○○ 캐릭터는 원고의 ○○○ 캐

릭터와는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.

4. 결 론

따라서 원고와 원고 승계참가인의 청구는 이유 없어 각 기각한다.

재판장 판사 조경란
판사 허성욱
판사 박지연

[출 전] 판결 원문

14. ISP가 이용자의 저작권 침해행위에 대해 방조책임을 부담하는 요건

광주지방법원 제1형사부 2006. 8. 11. 판결, 2006노145 가.저작권법위반(인정된 죄명 저작권법위반방조) 나.청소년보호법위반

피 고 인 김○○

주거 광주

본적 화성시

항 소 인 검사

검사 이○○

변호인 변호사 김○○(국선)

원심판결 광주지방법원 2006.1.5. 선고 2005고정1736 판결

판결선고 2006. 8.11.

주 문

원심판결 중 저작권법위반 부분을 파기한다.

피고인을 벌금 5,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금 상당액의 가납을 명한다.

1. 항소이유의 요지

검사가 제출한 증거들을 종합하면 피고인이 피해자 유○○가 한국어판 저작권을 가지는 “○○○○”등 성인만화 총 423권을 불법복제한 파일(이하, ‘이 사건 복제만화들’이라고 한다.)이 게시되어 있다는 것을 알면서 방치하였음이 인정됨에도 원심은 사실을 오인하여 피고인에게 무죄를 선고한 잘못을 저질렀다.

2. 공소사실의 요지 및 원심의 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 ○○○○○라는 명칭의 인터넷사이트(이하, ‘이 사건 사이트’라 한다)를 운영하는 자인바, (1)2004.12.15.경부터 2005. 5 .6.까지 사이에 위 인터넷사이트의 만▽방계◇판에서, 위 사이트의 성명불상 부운영자가 피해자 유○○의 만화저작물인 “○○○○” 등 성인만화 총 423권의 불법복제파일이 등록되어 있는 서버를 위 계◇판에 링크하는 방식으로 게시하였음에도 이를 삭제하지 아니하고 위 사이트의 유료회원에게 이를 전시하도록 하여 이를 이용할 목적으로 가입한 총 9,577명의 회원으로부터 합계 금 42,725,400 원 상당의 부당이득을 취함으로써 피해자의 저작재산권을 침해하고, (2)청소년유해매체물을 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하고자 하는 자는 그 상대방의 연령을 확인하여야 하고, 청소년에게 이를 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니됨에도 불구하고, 같은 일시, 장소에서 청소년인증절차 없이 회원으로 가입할 수 있도록 하고, 유료회원으로 가입한 자는 위 사이트의 모든 콘텐츠를 다운로드 받고, 시청·관람·이용할 수 있도록 하여 영리를 목적으로 상대방 연령을 확인하지 아니하고 청소년에게 청소년유해매체물을 배포하거나 청소년의 시청·관람·이용에 제공하

였다.

나. 원심의 판단

이에 대하여 원심은, 저작권침해의 죄나 청소년유해매체물의 배포 등 죄에 있어서 과실범을 처벌하는 규정이 없으므로 그 성립에 각 고의가 있어야 하고, 또한 위 죄의 부작위범이 성립하기 위하여는 저작권침해를 방지하거나 청소년유해매체물 배포 등에 있어 청소년인증절차를 설치할 작위의무가 있다는 것을 전제로 해서만 성립되는데, 기본적으로 인터넷사이트운영자는 자신이 운영하는 사이트에서 벌어지고 있는 구체적인 저작권 침해행위나 청소년유해매체물 배포 등 행위를 일일이 점검해서 통제해야 할 작위의무까지 있는 것은 아니고, 적어도 회원들의 구체적인 저작권 침해행위나 청소년유해매체물 배포 등 행위를 알게 되었을 경우에만 비로소 이를 방지할 작위의무가 발생한다고 한 다음, 피고인이 이 사건 사이트의 회원들의 구체적인 저작권 침해행위나 청소년유해매체물 배포 등 행위를 알고 있었는지에 관하여 보건대, 유○○에 대한 경찰진술조서의 기재 및 ○○○○결제자료 출력물, ○○○○유료회원 입금현황, 수사보고(백업정보 데이터베이스화 분석결과자료)만으로는 피고인의 고의를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 하여, 무죄를 선고하였다.

3. 당심의 판단

가. 저작권법위반의 점에 대하여

피고인이 이 사건 사이트 회원들의 공소사실과 같은 저작권 침해행위를 알고 있었는지 여부에 관하여 본다. 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들과 기록에 의하면 ① 이 사건 사이트는 2003. 4.경 성인사이트 등을 운영하는 주식회사 ○○의 김○○에 의해 개설되어 그 관리를 위 회사의 직원이던 피고인이 도맡아왔는데, 2004. 3.경 위 회사가 부도가 나자 피고인이 위 회사를 퇴사하면서 위 김○○로부터 이 사건 사이트를 인수받아 이 사이트의

독자적인 운영자가 되어 한동안 무료로 운영하다가 2004. 8.19.경 유료로 전환한 사실(수사기록 제644쪽), ② 여러 개의 컴퓨터관련 자격증(수사기록 제699쪽 참조)을 소지하고 있는 피고인은 2004. 4.경부터 ○○○○에서, 2004. 9.경부터는 ○○○○에서 모두 서버관리의 일을 담당하였고, 같은 해 11.경 회사를 그만둔 후에는 특별한 직업 없이 지내면서 이 사건 사이트의 운영수입금으로 생활해온 사실(수사기록 제670쪽), ③ 이 사건 사이트는 채△방, 게◇판, 소□방, 만▽방, 그♡방 등 50개 메뉴로 구성되어 있고, 유료 회원만이 소□방, 그♡방, 만▽방을 이용할 수 있으며, 유료로 전환한 초기의 소□방에는 회원들이 올린 다수의 글이 게재되어 있는 반면 만▽방에는 스포츠신문에 이미 실렸거나 회원들이 올린 다수의 글이 게재되어 있는 반면 만▽방에는 스포츠신문에 이미 실렸거나 회원들이 자작한 4컷 만화 등이 몇 편 정도 게재되어 있었던 사실(수사기록 제670 내 672쪽) ④ 피고인은 이 사건 복제만화들이 게시되기 며칠 전인 2004.12.10. 이 사건 사이트의 QnA란에 ‘책을 보내고 싶은데 어디로 보내는지 알려 달라’는 질문이 올라오자 ‘스캔할 책은 피고인의 주소지인 광주○○○○로 착불로 하여 보내면 되고 책을 보내주면 책 한권 당 100포인트씩을 올려주며 책은 스캔하고 돌려준다’는 내용의 답글을 게시한 사실(수사기록 제488쪽), ⑤ 2004. 12.15.부터 이 사건 사이트의 만▽방에 지속적으로 거의 매일 이 사건 복제 만화가 여러 편 씩 게시(12.15.에는 86편, 같은 달 16.에는 21편, 같은 달 17.에는 27편, 같은 달 19.에는 26편)되기 시작한 사실(수사기록 제23 내지 72쪽) ⑥ 이 사건 사이트의 월 운영수입금은 2004.12. 이전에는 약 400만원이었으나 2004.12.부터는 100만원 정도가 증가하였고 최고 600만원에 이르기까지도 한 사실(공판기록 제21쪽, 수사기록 제671쪽)을 인정할 수 있고, 한편 피고인은 스스로 이 사건 사이트를 운영하면서 그날 그날 올라오는 만화와 소설이 무엇인지 제목 정도는 확인하였다고 진술하고 있다(수사기록 제672쪽). 살피건대, 2004.12.초부터 일정한 직업이 없어 유료 회원의 수에 따라 액수가 달라지는 이 사건 사이트의 운영수입금으로 생활하고, 같은

해 12.10.경 이 사건 사이트의 운영자로서 회원의 문의에 대하여 만화책을 보내주면 스캔하고 포인트까지 올려주겠다고 답변한 적이 있는 피고인이 수일 후인 같은 달 15.부터 갑자기 거의 매일 다수의 이 사건 복제만화들이 올라와 있음에도 그 제목만을 확인하고 말았다거나, 이 사건 사이트의 운영 수입금이 이 사건 복제만화들이 게시되는 시기부터 증가되었기 때문에 이 사건 사이트에 어떠한 변화가 일어났음을 충분히 감지할 수 있고 또 컴퓨터 관련 전문가인 피고인으로서 손쉽게 그 변화된 내용을 확인할 수 있음에도 여전히 게시되어 있는 만화를 살펴보지 아니한 채 그대로 두었다는 것은 경험칙상 수긍할 수 없다는 점에서, 피고인은 게시된 이 사건 복제만화들을 직접 확인하였고, 그리하여 그것이 기존의 원본만화를 복사한 것임을 알았다고 봄이 상당하고, 가사 그렇지 아니하고 피고인 주장처럼 만화의 제목만 살펴보았다고 하더라도 평소에는 신문에 이미 게재된 4컷만화가 게시(이 역시 저작권 침해행위이다)되는 정도인 만▽방의 목록에 거의 매일같이 같은 날에 동일한 게시자에 의하여 수십 편의 만화제목이 등재되고 있었으므로, 만▽방의 평소 자료내용을 잘 알고 있었고 자신도 출간된 만화를 복사하여 게시하려고 하였던 피고인으로서 그 등재된 제목의 만화들이 자작물이 아닌 기존 원본만화의 복사물임을 충분히 인식하였다고 볼 것이다. 따라서 이 사건 사이트의 운영자인 피고인은 위 사이트에 저작권을 침해하는 이 사건 복제만화들이 게시되어 있음을 안 이상 이를 삭제하여야 할 조리상의 의무를 진다고 할 것이고, 그럼에도 불구하고 게시된 이 사건 복제만화들을 그대로 방치한 것은 부작위에 의한 저작권 침해행위에 해당한다고 할 것인바, 피고인의 위와 같은 방치행위에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하겠고, 이를 지적하는 검사의 이 부분 주장은 이유 있다. 다만, 피고인의 위 방치행위는, 검사가 기소한 바와 같이 저작권법위반죄의 정범으로서의 독자적인 저작권 침해행위와 동일시 할 수는 없고, 또 피고인이 이 사건 복제만화들을 게시한 성명불상의 부운영자와 공모하여 이 사건 원본만화들의 저작권을 침해하였다고 인정할

증거도 찾아 볼 수 없으므로, 이는 위 부운영자의 저작권 침해행위에 대한 방조행위에 불과하다고 볼 것이고, 나아가 이 사건은 경찰 이래 당심까지 피고인이 이 사건 복제만화들이 이 사건 사이트에 게시되었음을 알았는지 여부가 다투어졌던 점에 비추어 저작권법위반의 정범으로 기소된 공소사실을 공소장변경 없이 직권으로 위와 같이 저작권법위반 방조의 범죄사실로 인정하더라도 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려는 없다.

나. 청소년보호법위반의 점에 대하여

청소년보호법(이 항에서는 이하 ‘법’이라고만 한다) 제17조 제1항에서 청소년에게 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공되는 것이 금지된 ‘청소년유해매체물’이란 법 제2조 제3호의 각 목에 해당하는 것으로, 즉 1.법 제8조 및 제12조의 규정에 의하여 청소년위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물, 2.법 제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정하여 청소년위원회가 고시하거나 법 제12조의 규정에 의하여 청소년에게 유해한 것으로 확인하여 청소년위원회가 고시한 매체물을 말한다. 그런데 이 사건 복제만화들이 청소년위원회가 법 제2조 제3호 제1목 소정의 규정에 의하여 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물이라거나 법 제2조 제3호 제2목 소정의 규정에 의하여 고시한 매체물이라는 점을 인정할 아무런 증거가 없음으로, 이 사건 복제만화들이 ‘19세 미만 구독불가’인 원본만화와 똑같은 내용이라고 하더라도 법이 말하는 ‘청소년유해매체물’에 해당된다고 할 수는 없다. 따라서 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하므로, 원심이 비록 그 이유는 달리 하지만 무죄로 판단한 것은 정당하고, 검사의 주장은 이유 없다.

4. 결 론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 저작권법위반 부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실

피고인은 (○○○○○.CO.KR)라는 명칭의 인터넷사이트를 운영하는자인바, 2004.12.15.경부터 2005.5.6.까지 사이에 위 인터넷사이트의 만▽방게◇판에, 위 사이트의 성명불상 부운영자가 피해자 유○○의 만화저작물인 “응원1권” 등 성인만화 총 423권을 불법복제한 파일이 등록되어 있는 서버를 위 게◇판에 링크하는 방식으로 게시하였음에도 이를 삭제하지 아니하고 위 사이트의 유료회원들에게 전시하도록 하여, 위 부운영자가 피해자의 저작권권을 침해하는 것을 방조하였다.

증거의 요지

1. 피고인이 이 법정에서 한 일부 진술
1. 증인 유○○가 이 법정에서 한 이에 부합하는 진술
1. 사법경찰리가 작성한 피고인에 대한 각 피의자신문조서 중 이에 부합하는 일부 진술기재
1. 사법경찰리가 작성한 유○○에 대한 진술조서 중 이에 부합하는 진술기재
1. 유○○가 작성한 고소장 중 이에 부합하는 기재
1. 모빌리언스 결재자료 출력물 중 이에 부합하는 기재
1. 야오이 유료회원 입금현황 중 이에 부합하는 기재

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택
저작권법 제97조의5, 벌금형 선택
1. 노역장 유치
형법 제70조, 제69조 제2항

1. 가납명령

형사소송법 제334조 제1항

무죄부분

이 사건 공소사실 중 저작권법위반의 점의 요지는, 위 제2의 가항 중 (1)의 기재와 같은바, 앞서 항소이유에 대한 판단에서 본 바와 같이 위 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 저작권법위반방조죄를 유죄로 인정한 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지 아니한다.

재판장 판사 김○○

판사 정○○

판사 박○○

[출 전] 판결 원문

15. 작고한 가수의 음반에 대한 음반제작자 등 판단 - ‘가수 김광석’ 사건(1)

서울중앙지방법원 제62민사부 2006. 10. 10. 판결, 2003가합66177 손해배상
(지)

원 고 1. 주식회사 신나라뮤직
2. 망 김수영의 소송수계인
가. 이○○
나. 김○○

피 고 1. 록레코드 유한회사
2. 주식회사 위드삼삼뮤직
3. 서○○
4. 주식회사 타임크리에이티브
5. 주식회사 와이비엠 서울음반

변론종결 2006. 9. 1.

판결선고 2006. 10. 10.

주 문

1. 피고 주식회사 위드삼삼뮤직은 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재
곡들을 수록하여 “Kim Kwang Seok Collection : My Way” 음반을 제작
및 배포하여서는 아니되고, 위 음반의 마스터테이프와 완성된 판매용 음반
에서 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들을 삭제하라.

2. 피고 주식회사 위드삼삼뮤직, 피고 서○○은 각자,

가. 원고 이○○에게 47,258,122원 및 위 금원 중 29,686,694원에 대하여는 2003. 11. 16.부터, 나머지 17,571,428원에 대하여는 2006. 7. 4.부터, 각 2006. 10. 10.까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고,

나. 원고 김광복에게 31,505,414원 및 위 금원 중 19,791,129원에 대하여는 2003. 11. 16.부터, 나머지 11,714,285원에 대하여는 2006. 7. 4.부터, 각 2006. 10. 10.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 원고 주식회사 신나라뮤직의 피고들에 대한 청구, 원고 이○○, 김광복의 피고 주식회사 위드삼삼뮤직, 피고 서○○에 대한 각 나머지 청구 및 원고 이○○, 김광복의 피고 록레코드 유한회사, 피고 주식회사 타임크리에이티브, 피고 주식회사 와이비엠 서울음반에 대한 각 청구를 각 기각한다.

4. 소송비용 중 원고 주식회사 신나라뮤직과 피고들 사이에 생긴 부분은 위 원고의 부담으로 하고, 원고 이○○, 김광복과 피고 록레코드 유한회사, 피고 주식회사 타임크리에이티브, 피고 주식회사 와이비엠 서울음반 사이에 생긴 부분은 위 원고들의 부담으로 하며, 원고 이○○, 김광복과 피고 주식회사 위드삼삼뮤직, 피고 서○○ 사이에 생긴 부분은 그 1/5은 원고 이○○, 김광복의, 나머지는 피고 주식회사 위드삼삼뮤직, 피고 서○○의 각 부담으로 한다.

5. 제1, 2항은 가집행할 수 있다.

청구취지

1. 피고 록레코드 유한회사, 피고 주식회사 위드삼삼뮤직, 피고 서○○은 각자,

가. 원고 주식회사 신나라뮤직에게 200,000,000원 및 이에 대하여 2002. 11. 14.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다

값는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고,

나. 원고 이○○, 김광복에게 100,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 최종송달일 다음날 또는 위 원고들의 2006. 7. 3.자 준비서면 최종송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하고,

다. 별지1. 음반 목록 제1항 기재 음반의 제작 및 배포행위를 중지하고, 마스터테잎과 완성된 음반을 폐기하라.

2. 피고 주식회사 타임크리에이티브, 피고 주식회사 와이비엠 서울음반은 각자,

가. 원고 주식회사 신나라뮤직에게 440,000,000원 및 위 금원 중 360,000,000원에 대하여는 2001. 1. 1.부터, 나머지 80,000,000원에 대하여는 2001. 5. 1.부터 각 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고,

나. 원고 이○○, 김광복에게 220,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 최종송달일 다음날 또는 위 원고들의 2006. 7. 3.자 준비서면 최종송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하고,

다. 별지1. 음반 목록 제2, 3항 기재 각 음반들의 제작 및 배포 행위를 중지하고, 마스터테잎들과 완성된 음반들을 모두 폐기하라.

(원고 이○○, 김광복은 피고들에 대한 손해배상청구 중 지연손해금 부분에 관하여, 2003. 6. 30. 이전에 발생한 손해에 대해서는 이 사건 소장부분 최후송달일 다음날부터, 그 이후 2006. 6. 30.까지 발생한 손해에 대해서는 2006. 7. 3.자 준비서면 최후송달일 다음날부터 각 다 갚는 날까지의 지연손해금의 지급을 구한다.)

이 유

1. 인정사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 6호증(이상

가지번호 모두 포함), 갑 제8호증의 4, 5, 6, 9, 갑 제9호증의 7, 갑가 제26호증, 을가 제1호증, 을나 제1, 3, 4, 6호증, 을나 제14호증의 1, 2, 을나 제21호증, 을다 제1, 2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있고, 이에 반하는 듯한 갑 제9호증의 4, 5의 각 일부 기재는 믿지 아니하며, 달리 반증이 없다.

가. 원고 주식회사 신나라뮤직과 소외 망 김수영 사이의 계약 등

(1) 원고 주식회사 신나라뮤직(주식회사 킹레코드에서 상호 변경됨, 이하, ‘원고 신나라뮤직’이라 한다)은 1993. 10. 12.경 소외 망 김광석의 동의 아래 김광석의 부친인 소외 망 김수영과의 사이에 다음과 같은 계약(이하, 아래 (2)항의 변경된 계약 내용을 포함하여 ‘이 사건 음반 계약’이라 한다)을 체결하였고, 그 무렵 김광석에게 선로열티 명목으로 5억 원을 지급하였다.

본 계약은 ‘갑’(주식회사 킹레코드), ‘을’(김수영)의 음반제작, 판매 및 홍보에 관하여 다음과 같이 체결키로 한다.

제1조. 계약기간은 계약일로부터 선로열티 상쇄 이후 무기한으로 한다.

제2조. 계약물은 을의 기획물로 김광석의 다시부르기, 3집, 새앨범 4집 앨범으로 전부 3타이틀이다.

제3조. 음반의 LP, MC, CD 제작, 판매는 갑이 담당하며, 녹음 및 인쇄물 공급과 홍보는 을이 담당키로 한다.

제4조. 갑은 을에게 계약금 3천만 원 중 2천만 원은 3개월 어음으로, 나머지 1천만 원은 현금으로 지불키로 한다.

제5조. 로열티 지불방법은 LP-1,650원, MC-1,200원, CD-1,700원으로 적용한다.

제6조. 갑은 을에게 선로열티 공제후 매월말 정산하여, 익월 15일에 실제 반품과 영업비 10%를 공제한 후, 3개월 어음으로 지불키로 한다.

제7조. 을은 선로열티 상쇄전 또는 합의 계약종료 전에 계약물에 수록된 곡을 갑의 합의 없이 타회사에 자료를 제공하거나, 이적할 수 없으며, 이를 위반할 시에는 계약위반사항으로 처리키로 한다.

제8조. 계약종료시, 반품예상수치에 대한 예치금을 6개월간을 반품정리기간으로 정하며, 상호 협의하여 로열티 정산시 예치토록 한다.

제9조. 갑은 신의를 갖고 앨범의 관리와 영업에 최선을 다하여야 하며, 을은 본 계약사항을 위반할 시 갑이 지불한 계약금의 3배를 보상하여야 한다.

(2) 이후 원고 신나라뮤직은 1994. 초순경 김광석, 김수영과의 사이에 이 사건 음반 계약과 같은 내용을 포함하되, 계약당사자를 김광석, 김수영으로 하고, 계약물을 “김광석의 다시부르기 I, II, 3집, 새앨범 4집 앨범으로 전부 4 타이틀”로 하며, 앨범의 홍보를 원고 신나라뮤직이 담당하는 대신 신보앨범에 대해서 홍보비 명목으로 10%를 로열티에서 추가 공제하는 것으로 일부 내용을 변경하는 계약을 체결하면서, 그 계약서를 1993. 10. 12.에 작성된 것으로 소급하여 작성하였다.

(3) 이 사건 계약에서 정한 김광석의 앨범 중 “김광석 3번째 노래모음” 음반은

1992. 3. 20.경에, “다시 부르기 I” 음반은 1993. 3. 2.경에, “김광석 네 번째” 음반은 1994. 6. 25.경에, “다시부르기 II” 음반은 1995. 2. 22.경에 각 제작되었다(이하, 위 4개의 음반을 ‘이 사건 음반’이라 한다).

나. 망 김수영과 피고 서○○ 사이의 합의 등

(1) 1996. 1.경 위 김광석이 사망하자, 김광석이 원고 신나라뮤직으로부터 지급받던 로열티의 지급권자가 누구인지에 관하여, 이 사건 음반 계약의 내용을 근거로 생전에 김광석으로부터 이 사건 음반에 대한 모든 권리를 양도받았다고 주장하는 위 김수영과 김광석의 상속인으로서 위 권리를 상속 받았다고 주장하는 피고 서○○, 그 자녀인 소외 김서연 사이에 다툼이 생겼고, 피고 서○○, 김서연은 원고 신나라뮤직을 상대로 김수영에게 이 사건 음반에 관한 로열티를 지급하여서는 안 된다는 취지의 로열티지급금지가처분을 신청함과 아울러 김수영과 원고 신나라뮤직을 상대로 로열티청구권확인청구소송(서울중앙지방법원 96가합23097호)을 제기하였다.

(2) 김수영과 피고 서○○은 위 소송계속 중이던 1996. 6. 26. 다음과 같은 내용의 합의(이하, ‘이 사건 합의’라고 한다)를 하였고, 그에 따라 피고 서○○과 김서연은 위 로열티지급금지가처분신청 및 로열티청구권확인청구소송을 모두 취하하였으며, 김수영은 2004. 10. 8. 사망하기 전까지 원고 신나

라뮤직으로부터 이 사건 음반 계약에 따른 로열티를 지급받았다.

1. 기존 4개 음반에 관한 판권

(1) 피고 서○○은 김수영이 기존 4개 음반(김광석 다시부르기 I, 다시부르기 II, 김광석 제3집, 김광석 제4집)에 관한 판권 및 기타 모든 권리를 가지고 있음을 인정한다.

(2) 김수영이 사망하게 되면 김수영이 가지고 있는 기존 4개 음반에 관한 판권 및 기타 모든 권리는 피고 서○○의 딸이자 김수영의 손녀인 김서연에게 양도된다.

2. 향후 제작할 라이브음반에 관한 판권

김수영은 피고 서○○이 김광석의 노래와 관련하여 향후 제작할 라이브음반(기존 4개 음반에 수록된 곡이 포함되어 있다)에 한하여 피고 서○○에게 판권 및 기타 모든 권리가 있음을 인정하고 일체 이에 관하여 법적인 이의를 제기하지 않으며 라이브음반 제작 및 판매에 협력하기로 한다.

3. 향후 제작할 음반에 관한 판권

이상의 기존 4개 음반과 라이브음반을 제외한 향후 제작할 위 망 김광석의 노래와 관련한 모든 음반(기존 4개 음반에 수록된 노래 중 베스트를 골라서 만든 베스트음반이나 음니버스음반을 포함하되 이에 한정되지 아니한다)의 계약은 피고 서○○이나 김수영 어느 일방이 단독으로 체결하지 아니하고 반드시 피고 서○○과 김수영이 합의하여 계약을 체결하기로 한다. 김수영과 서○○이 합의하지 아니한 채 체결된 계약은 무효로 하고 어느 일방이 단독으로 계약을 체결하였을 경우 이는 계약위반으로 본다.

4. 소송의 취하

본 합의를 공증한 이후 피고 서○○은 김수영과 킹레코드사를 상대로 제기한 로열티지급금지가처분신청 및 로열티청구권확인청구소송을 취하한다.

5. 위약 시 손해배상

김수영, 피고 서○○ 어느 일방이 위 합의사항 중 일부를 위반하였을 경우 위약한 측은 상대방에게 위약금으로 100,000,000원을 지급한다.

(3) 한편, 위 김수영은 이 사건 소송계속 중인 2004. 10. 8. 사망하였으며, 김수영의 처인 원고 이○○, 자녀인 원고 김광복, 자녀인 망 김광석의 처인 피고 서○○, 그 자녀인 소외 김서연이 김수영의 재산을 공동으로 상속 또는 대습상속하였다.

다. 피고들의 편집음반 제작·판매

(1) 피고 서○○은 2000. 9. 19.경 피고 주식회사 타임크리에이티브(주식회사 타임뮤직엔터테인먼트에서 상호 변경됨, 이하 ‘피고 타임크리에이티브’라고 한다)의 대표이사인 소외 신유식으로부터 5,000만 원을 교부받고 신유식에게 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프¹⁾의 이용을 허락하였고, 피고 타임크리에이티브는 위 멀티테이프를 이용하여 “김광석 Anthology 1 - 다시 꽃씨되어” 음반(이하, ‘앤솔로지 음반’이라 한다)을 제작하였으며, 위 음반에 수록된 16곡 중 별지2. 침해 목록 앤솔로지 부분 기재와 같은 11곡에는 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용되었다.

(2) 또한, 피고 서○○은 2001. 1. 12.경 위 신유식으로부터 1억 원을 교부받고 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락하였고, 피고 타임크리에이티브는 위 멀티테이프를 이용하여 “Kim Kwang Seok Classic 5th” 음반(이하, ‘클래식 음반’이라 한다)을 제작하였으며, 위 음반에 수록된 20곡 중 별지2. 침해 목록 클래식 부분 기재와 같은 10곡에는 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용되었다.

(3) 피고 주식회사 와이비엠 서울음반(이하, ‘피고 서울음반’이라 한다)은 2001. 3. 25.경 피고 타임크리에이티브와의 사이에 음반유통계약을 체결하고, 피고 타임크리에이티브로부터 앤솔로지 음반과 클래식 음반의 마스터테이프를 건네받아 그 무렵부터 2003. 6.경까지 앤솔로지 음반 약 14만개, 클래식 음반 약 4만 8,000개의 판매용 음반을 제작·판매하였다.

1) 이 사건 음반은, 그 수록곡에 대한 연주 악기별 연주와 김광석의 가창을 각 트랙을 나누어 멀티테이프에 녹음하고, 위 멀티테이프에 녹음된 음원 중 일부를 골라 가창과 연주의 음의 강약이나 소리의 조화를 꾀하는 편집과정을 통해 마스터테이프를 제작하는 방식으로 제작되었으며, 이 사건 음반의 마스터테이프는 원고 신나라뮤직이 보관하였고, 멀티테이프는 김광석이 보관하다가 김광석 사후에는 피고 서○○이 보관하였다.

(4) 피고 서○○과 위 피고가 대표이사로 있는 피고 주식회사 위드삼삼뮤직(이하, ‘피고 위드삼삼뮤직’이라 한다)은 2002. 11. 11.경 공동으로 “Kim Kwang Seok Collection: My Way” 음반(이하, ‘마이웨이 음반’이라 하고, 위 앤솔로지 음반, 클래식 음반과 함께 ‘이 사건 편집음반’이라 한다)을 제작하였으며, 위 음반에 수록된 33곡 중 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재와 같은 2곡에는 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용되었다.

(5) 피고 록레코드 유한회사(이하, ‘피고 록레코드’라고 한다)는 2002. 10. 10.경 피고 위드삼삼뮤직과의 사이에 마이웨이 음반에 관하여 피고 록레코드가 판매대행으로 얻어지는 수익 중 10만 장까지는 92%, 그 이후는 93%를 피고 위드삼삼뮤직에게 배분하기로 하는 내용의 판매대행계약을 체결하고, 그무렵부터 2003. 6.경까지 피고 위드삼삼뮤직으로부터 CD 3장 및 DVD 1장으로 구성된 마이웨이 음반의 판매용 음반 약 8만개를 제공받아 이를 음반도매상에 개당 16,190원에 판매하였다.

2. 당사자의 주장

가. 원고들

(1) 원고 신나라뮤직

(가) 위 원고는 이 사건 음반을 직접 제작하거나 또는 김광석으로부터 제작자로서의 권리를 양수하였는데, 피고들은 위 원고가 음반제작자로서의 저작권접권을 보유하고 있는 이 사건 음반에 포함된 음원을 무단 복제한 후 이를 편집하여 이 사건 편집음반을 제작 또는 판매함으로써 위 원고의 저작권접권을 침해하였다.

(나) 따라서, 피고 록레코드, 서○○, 위드삼삼뮤직에 대하여 위 피고들이 제작하여 배포한 마이웨이 음반의 제작·배포 중지와 그 마스터테이프 및 완성된 음반의 폐기를, 피고 타임크리에이티브, 서울음반에 대하여 위 피고

들이 제작하여 배포한 앤솔로지, 클래식 음반의 제작·배포 중지와 그 마스터테이프 및 완성된 음반의 폐기를 각 구하고, 또한 저작권법 제93조 제1항에 근거하여 산정한 손해배상의 일부로서 피고들에 대하여 청구취지 기재금원의 지급을 구한다.

(2) 원고 이○○, 김광복

(가) 소외 망 김수영은, 이 사건 음반의 실연자인 망 김광석으로부터 실연자로서의 저작권접권을 양수하였고, 이 사건 합의로써 향후 제작할 김광석의 노래와 관련된 모든 음반의 저작권 및 저작권접권에 대한 1/2 지분과 공동계약체결권을 보유하게 되었으며, 이 사건 합의 당시 김수영이 갖는 이 사건 음반에 대한 판권 및 기타 모든 권리를 김서연에게 사인 증여하였다가 그 후 이를 철회하고 위 권리를 다시 위 원고들에게 유증하였다.

(나) 그러므로 위 김수영의 생전에는 김수영이, 동인 사망 이후에는 그 상속인인 위 원고들이 이 사건 음반에 대한 판권 및 기타 모든 권리, 이 사건 합의 이후 제작할 김광석의 노래와 관련된 모든 음반의 저작권 및 저작권접권에 대한 1/2 지분과 공동계약체결권을 보유하는바, 피고들은 이 사건 음반에 포함된 음원을 무단 복제한 후 이를 편집하여 이 사건 편집음반을 제작 또는 판매함으로써 김수영과 위 원고들의 저작권 및 저작권접권을 침해하였고, 피고 서○○은 이 사건 합의에서 정한 의무를 위반하였으며, 위 원고들은 김수영의 손해배상청구권 및 위약금청구권을 공동 상속하였다.

(다) 따라서, 피고 록레코드, 위드삼삼뮤직에 대하여 위 피고들이 제작하여 배포한 마이웨이 음반의 제작 및 배포 중지와 그 마스터테이프 및 완성된 음반의 폐기를, 피고 타임크리에이티브, 서울음반에 대하여 위 피고들이 제작하여 배포한 앤솔로지, 클래식 음반의 제작 및 배포 중지와 그 마스터테이프 및 완성된 음반의 폐기를 각 구하고, 또한 피고 록레코드, 위드삼삼뮤직, 타임크리에이티브, 서울음반에 대하여는 저작권법 제93조 제1항, 제94조에 근거하여 산정한 손해배상의 일부로서, 피고 서○○에 대하여는 저작권법 제93조 제1항, 제94조에 근거하여 산정한 손해배상 및 이 사건 합의에서

정한 위약금의 일부로서 청구취지 기재 금원의 지급을 구한다.

나. 피고들

(1) 피고 록레코드는, ① 원고들이 주장하는 권리를 인정할 수 없고, ② 가사 원고들에게 그 주장과 같은 권리가 있다고 하더라도, 피고 록레코드로서는 피고 위드삼삼뮤직과 판매대행계약을 체결하고 마이웨이음반을 유통시켰을 뿐 위 음반의 제작과정에 전혀 관여하지 않아 권리 침해에 대한 고의, 과실 및 위법성에 대한 인식이 없었으며, ③ 판매대행계약이 종료된 2003. 6.경 이후에는 마이웨이음반을 유통시키지도 않고 있다고 다툰다.

(2) 피고 위드삼삼뮤직, 피고 서○○, 피고 서울음반은, ① 피고 서○○이 단독으로 또는 김광석과 공동으로 이 사건 음반을 제작하였으므로 음반제작자로서의 저작권접권은 피고 서○○ 또는 김광석의 상속인인 피고 서○○, 소외 김서연에게 있고, 김광석이 이 사건 음반에 대한 실연자로서의 저작권접권을 김수영에게 양도한 바 없는데다가, 이 사건 합의는 이 사건 음반 계약에 따른 로열티 수령권의 귀속에 관한 것에 불과하여, 이 사건 음반에 대한 실연자로서의 저작권접권 또한 김광석으로부터 이를 상속받은 피고 서○○과 김서연에게 있으며, ② 이 사건 편집음반은 이 사건 음반의 음원과 별개의 음원을 사용하여 제작된 것이어서 이 사건 음반을 복제한 것이 아니며, ③ 피고 서울음반은, 피고 타임크리에이티브가 제작한 음반을 유통시켰을 뿐 편집음반의 기획, 녹음, 제작에 관여한 바가 없고, 김광석의 상속인인 피고 서○○에게 이용허락 여부까지 확인했으므로 저작권접권 침해행위에 대한 고의, 과실이 없다고 다툰다.

(3) 피고 타임크리에이티브는, ① 위 피고가 제작한 앤솔로지, 클래식 음반은 2차적 저작물에 해당하여 음반제작자나 실연자의 저작권접권을 침해한다고 할 수 없고, ② 가사 저작권접권 침해행위에 해당하더라도 위 피고로서는 저작권자인 김광석의 상속인인 피고 서○○으로부터 이용허락을 받아 위 음반들을 제작하였으므로 침해행위에 대한 고의, 과실이 없으며, ③ 김수영은 저작권접권 양수 사실을 등록하지 않았으므로, 김수영의 상속인인 원

고 이○○, 김광복은 위 피고에게 그 권리를 주장할 수 없다고 다룬다.

3. 원고 신나라뮤직의 청구에 대한 판단

원고 신나라뮤직은 이 사건 음반 계약에 근거하여 자신이 이 사건 음반의 제작자라고 주장하고, 피고 서○○은 자신이 단독으로 또는 김광석과 공동으로 이 사건 음반을 제작하였다고 주장하므로, 먼저 이 사건 음반의 제작자가 누구인지에 관하여 살펴본다.

살피건대, 저작권법상의 음반제작자는 음반제작자로서의 저작인접권을 자신에게 귀속시킬 의사로 유형물인 음반에 음을 맨 처음 고정한 자라고 할 것인 바, 앞서 인정한 사실, 다툼없는 사실, 갑제9호증의 11, 12, 을나 제1 내지 4호증, 을나 제5호증의 1 내지 3, 을나 제6, 16호증의 각 기재, 갑제9호증의 3, 5의 각 일부 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되고, 이에 반하는 갑 제8호증의 3, 11, 갑제9호증의 4의 각 기재, 갑제9호증의 3, 5의 각 일부 기재는 믿지 아니하며, 갑가 제23호증의 1 내지 4, 갑가 제24호증의 1 내지 9의 각 기재만으로는 이를 뒤집기에 부족하고, 달리 반증이 없는 다음과 같은 사정 즉,

① 김광석은 이 사건 음반에 수록된 곡을 가창하는 외에도, 직접 이 사건 음반에 수록될 곡을 선정하여 그 작사자, 작곡자로부터 이용허락을 받고, 연주자와 작업실을 섭외하여 녹음 작업을 진행하며, 연주 악기별 연주와 자신의 가창을 트랙을 나누어 녹음한 멀티테이프를 제작하고, 위 멀티테이프에 녹음된 음원 중 일부를 골라 가창과 연주의 음의 강약이나 소리의 조화를 꾀하는 편집 과정을 통해 이 사건 음반의 마스터테이프를 제작하는 등 이 사건 음반의 음원을 유형물에 고정하는 주된 작업을 직접 담당하였던 점,

② 이 사건 음반 계약에 의하면, 음반의 LP, MC, CD 제작·판매 및 홍보는 원고 신나라뮤직이 담당하고, 녹음 및 인쇄물 공급은 김광석 측이 담당하도록 되어 있으며, 원고 신나라뮤직이 김광석 측에게 지급할 로열티에서 영업

비와 홍보비 명목으로 각 10%를 공제하도록 되어 있어, 원고 신나라뮤직은 판매용 음반인 LP, MC(Music Cassette), CD의 제작·판매를 담당할 뿐 김광석이 이 사건 음반에 대한 녹음 관련 비용, 인쇄물 공급 비용, 영업비, 홍보비를 부담하도록 하고 있는 점,

③ 원고 신나라뮤직이 김광석에게 로열티로 선지급한 5억 원 외에 달리 이 사건 음반 제작에 소요된 비용을 지급하였다는 사정이 보이지 않는데, 위 선지급한 로열티는 이 사건 음반 계약에 따라 향후 음반 판매량에 따라 지급할 로열티와 상계하는 것이어서 이를 음반 제작비용 명목의 금원이라고 볼 수는 없는 점,

④ 이 사건 음반중 “김광석 3번째 노래모음”은 1992. 3. 20.경에, “다시 부르기 I”은 1993. 3. 2.경에 제작되어 이 사건 음반 계약이 체결된 1993. 10. 12.경 이미 음반이 제작되어 있었던 점,

⑤ “김광석 3번째 노래모음”의 앨범 표지에는 피고 서○○이, “다시 부르기 I”의 앨범 표지에는 김수영과 피고 서○○이 각제작자로 표시되어 있고, 이 사건 음반 계약 체결 이후인 1994. 6. 25.경 제작된 “김광석 네 번째”에도 김광석과 피고 서○○이, 1995. 2. 22.경 제작된 “다시부르기 II”에도 피고 서○○이 대표로 있던 둥근소리가 제작자로 표시된 점,

⑥ 김광석은 이 사건 음반 계약 체결 전인 1991. 10. 9. 주식회사 서울음반과의 사이에 김광석이 기획, 제작한 음반에 대해 서울음반이 유통, 판매한 뒤 김광석에게 로열티를 지급하기로 하는 계약을 체결하였는데, 위 계약에서 정한 로열티 단가와 이 사건 음반 계약에서의 로열티 단가가 크게 차이 나지 않고, 이 사건 음반 계약과 유사한 시기에 원고 신나라뮤직이 판매용 음반에 대한 제조·판매만 담당하기로 하고 소외 조규찬, 손무현과의 사이에 체결한 계약에서 정한 로열티 단가도 이 사건 음반 계약에서 정한 로열티 단가와 큰 차이가 없는 점 등에 비추어 보면,

이 사건 음반의 음반제작자는 이 사건 음반에 대한 저작권접권을 자신에게 귀속시킬 의사로 스스로 비용을 지출하여 이 사건 음반에 수록된 각 곡의

음원을 직접 음반에 고정시킨 김광석이라고 할 것이고, 나아가 김광석이 위 음반의 음반제작자로서의 저작권접권을 원고 신나라뮤직에게 양도하였다는 점에 대하여는 갑 제1호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서, 이와 다른 전제에 서 있는 원고 신나라뮤직의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 원고 이○○, 김광복의 청구에 대한 판단

가. 이 사건 합의의 해석

위 원고들은 이 사건 합의로써 김수영이 향후 제작할 김광석의 노래와 관련된 모든 음반의 저작권 및 저작권접권에 대한 1/2 지분과 공동계약체결권을 보유하게 되었는데, 피고들이 위 저작권 및 저작권접권을 침해하였다고 주장하고, 피고들은 이를 부인하며 다투므로, 먼저 이 사건 합의의 내용에 관하여 살펴본다.

살피건대, (1) 김광석이 1996. 1.경 사망하자, 김광석이 원고 신나라뮤직으로부터 지급받던 로열티의 지급권자가 누구인지에 관하여, 이 사건 음반 계약의 계약자가 자신임을 근거로 생전에 김광석으로부터 이 사건 음반에 대한 모든 권리를 양도받았다고 주장하는 김수영과 김광석의 상속인으로서 위 권리를 상속받았다고 주장하는 피고 서○○ 사이에 다툼이 생겼고, 피고 서○○과 그 자녀인 김서연은 원고 신나라뮤직을 상대로 김수영에게 이 사건 음반에 관한 로열티를 지급하여서는 안 된다는 취지의 로열티지급금지가처분을 신청함과 아울러 김수영과 원고 신나라뮤직을 상대로 로열티청구권확인청구소송(서울중앙지방법원 96가합23097호)을 제기하였는데, 위 소송계속 중이던 1996. 6. 26. 김수영과 피고 서○○이 이 사건 합의에 이르게 된 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이와 같은 이 사건 합의에 이르게 되기까지의 경과에 비추어 보면, 이 사건 합의는 김수영이 양수하였는지 아니면 피고

서○○이 상속하였는지가 다투어졌던 부분인 이 사건 음반 계약에 따른 로열티 지급권과 그 전제가 되는 이 사건 음반에 관한 김광석의 저작권접권의 귀속에 관하여 쌍방이 합의함으로써 그 분쟁을 중국적으로 해결하기 위한 것으로 볼 것이고,

(2) 여기에 다음과 같은 이 사건 합의의 내용으로부터 추론되는 다음과 같은 사정 즉,

① 향후 이 사건 음반에 수록된 곡에 대한 편집음반 등 새로운 음반을 제작할 경우 김수영과 피고 서○○이 합의하여 계약을 체결하고, 합의하지 아니한 채 체결된 계약은 무효로 하기로 하여, 이 사건 음반에 대한 권리의 공동 행사를 전제로 하고 있는 점, ② 이 사건 음반에 관한 저작권접권의 귀속에 대해서 추후 별도로 논의하기로 하는 등의 내용이 포함되지 않은 점과

(3) 갑 제16호증의 1, 2의 각 기재에 의하여 인정되는 바인 피고 서○○이 이 사건 음반에 수록되어 있는 곡 중 22곡을 피고 위드삼삼뮤직이 기획·발매할 편집음반에 사용하기 위해 2002. 10.경 김수영에게 위 22곡에 대한 저작권접권의 사용 승인을 요청한 사실 및

(4) 이 사건 음반계약에 따른 로열티 지급권 및 이 사건 음반에 수록된 곡을 포함하는 편집음반 등을 제작할 권리는 이 사건 음반에 대한 저작권접권을 전제로 하는 것이어서 김수영과 피고 서○○이 저작권접권의 귀속과 무관하여 로열티 지급권과 편집음반의 제작권만을 합의하였다고 보기 어려운 사정을 더하여 보면, 이 사건 합의의 취지는, 이 사건 합의 이전에 이 사건 음반에 관한 저작권접권의 정당한 권리자가 누구인지를 불문하고, 이 사건 음반에 관한 저작권접권을 김수영과 피고 서○○에게 공동으로 귀속시키되, 공동 소유하는 위 저작권접권의 행사방법을 정함에 있어 이 사건 음반 계약에 따른 로열티는 김수영의 생전에는 김수영이, 김수영 사후에는 김서연이 이를 수령하고, 향후 이 사건 음반에 수록된 음원을 이용하여 새로운 음반을 제작할 경우 김수영과 피고 서○○이 합의하여 저작권접권을 행사하

도록 한 것이라고 할 것이다(위 원고들은, 이 사건 합의로써 김수영이 이 사건 음반에 대한 김광석의 작사자, 작곡자로서의 저작권과 이 사건 음반 외 나머지 김광석의 음반에 대한 저작권 및 저작인접권까지 보유하게 되었다는 취지로도 주장하는 듯하나, 당초 김수영과 피고 서○○, 김서연 사이에 이 사건 음반 계약에 따라 원고 신나라뮤직으로부터 로열티를 지급받을 권리가 누구인지에 관하여 다툼이 생겨 이 사건 합의를 하게 된 점 등 변론에 나타난 제반 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 합의 당시 김수영과 피고 서○○이 위 원고들이 주장하는 권리 부분까지 포함하여 합의하였다고 보기는 어려우므로, 위 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다).

나. 저작인접권 양수로써 피고들에게 대항할 수 있는지 여부

(1) 저작권법 제52조 제1호 규정과 그 취지

저작권법 제52조 제1호에 의하면, 저작재산권의 양도 또는 처분제한에 관한 사항은 이를 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없고, 위 제3자는 권리변동에 관계한 당사자와 그 권리·의무의 포괄승계자를 제외한 사람으로서, 권리변동에 관계한 당사자의 법률상 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득하는 등 등록의 흠결을 주장하는 데 대하여 정당한 이익을 가지는 자를 의미하며, 위 규정의 취지에 비추어 제3자가 저작재산권 양도인의 배임행위를 알고 이에 적극 가담하는 등의 사정으로 인해 양수인으로 하여금 등록의 흠결을 이유로 그에게 대항하지 못하게 하는 것이 신의칙에 반하는 경우 그 제3자는 저작권법 제52조에서 정한 저작재산권의 변동을 등록하지 않으면 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않는다고 할 것이다.

(2) 피고 록레코드, 피고 타임크리에이티브, 피고 서울음반에 대하여 살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면, 김수영은 1993년경 김광석으로부터 직접 이 사건 음반에 관한 저작인접권을 양도받았거나 또는 김광석의 권리·의무를 포괄 승계한 피고 서○○으로부터 이 사건 합의를 통해 이 사건 음반에 관한 저작인접권의 지분을 양수하였다고 할 것인데, 이러한 사항을 등록한 바 없으므로, 김수영 및 그 상속인인 원고 이○○, 김광복은 김수영이 위와

같이 김광석 또는 피고 서○○으로부터 이 사건 음반에 관한 저작권접권을 양도받았다는 점을 들어 김광석의 포괄승계인인 피고 서○○으로부터 저작권접권에 대한 이용허락을 받아 음반을 제작하거나 이러한 음반을 유통, 판매함으로써 김수영 및 그 상속인인 위 원고들의 법률상 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 가지는 피고 록레코드, 피고 타임크리에이티브, 피고 서울음반에 대하여 대항할 수는 없다고 할 것이어서, 위 원고들의 위 피고들에 대한 침해금지 및 예방청구와 손해배상청구는 더 나아가 살필 필요없이 이유 없다(따라서, 위 피고들이 불법으로 저작권접권을 침해하고 있는 무단 이용자여서 저작권법 제52조 제1호에서 정한 제3자에 해당하지 않는다는 위 원고들의 주장은 받아들이지 아니한다).

(3) 피고 서○○, 피고 위드삼삼뮤직에 대하여

살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면, 피고 서○○은 김광석의 상속인으로서 이 사건 음반에 대한 저작권접권을 포괄 승계하였거나 또는 김광석으로부터 이 사건 음반에 대한 저작권접권을 양도받은 김수영으로부터 이 사건 합의를 통해 그 지분을 양수하였다고 할 것이므로, 권리변동에 관계한 당사자이거나 그 당사자인 김광석의 권리·의무의 포괄승계인에 대하여 저작권법 제52조에서 정한 제3자에 해당되지 않고, 피고 위드삼삼뮤직 또한, 앞서 인정한 사실 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 피고는 피고 서○○이 마이웨이 음반을 발매하기 위해 자신을 대표이사로 하여 2002. 10. 1.경 설립한 회사로서, 피고 서○○과 공동으로 마이웨이 음반을 제작하고, 피고 록레코드와의 사이에 음반유통계약을 체결한 다음 판매용 음반을 제공하는 등 마이웨이 음반의 제작·유통과정을 주도한 사정을 인정할 수 있으므로, 등록의 흠결을 주장하는데 정당한 이익을 가진 제3자라고 볼 수 없으며, 따라서 원고 이○○, 김광복은 김수영이 이 사건 음반에 관한 저작권접권 양수하였다는 점에 대해 위 피고들에게 대항할 수 있다고 하겠다.

다. 피고 서○○에 대한 청구에 관한 판단

(1) 저작권접권의 침해

(가) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 합의에 따라 이 사건 음반의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권은 김수영과 피고 서○○에게 공동으로 귀속되고, 피고 서○○은 이 사건 음반에 수록된 음원을 이용하여 새로운 음반을 제작할 경우 김수영과 합의하여 계약을 체결할 의무가 있는데, ① 피고 서○○이 김수영의 동의를 받지 아니하고 김수영이 사망하기 전인, 2000. 9. 19.경 피고 타임크리에이티브의 대표이사인 소외 신유식으로부터 5,000만원을 교부받고 신유식에게 앤솔로지 음반과 관련하여 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락하고, 2001. 1. 12.경 위 신유식으로부터 1억 원을 교부받고 클래식 음반과 관련하여 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락하고, 2002. 11. 11.경 자신이 대표이사로 있는 피고 위드삼삼뮤직과 공동으로 이 사건 음반 중 김광석의 가창에 대한 일부 음원을 사용하여 마이웨이 음반을 제작한 뒤 이를 유통시킨 사실, ② 피고 타임크리에이티브가 위 멀티테이프를 이용하여 제작한 앤솔로지 음반 중 별지2. 침해 목록 앤솔로지 부분 기재와 같은 11곡, 클래식 음반 중 별지2. 침해 목록 클래식 부분 기재와 같은 10곡에, 피고 서○○, 피고 위드삼삼뮤직이 제작한 마이웨이 음반 중 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재와 같은 2곡에, 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 서○○은 신유식에게 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락함으로써, 별지2. 침해 목록 앤솔로지, 클래식 부분 기재 곡들에 대한 김수영의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분을 침해하고, 피고 위드삼삼뮤직과 공동으로 마이웨이 음반을 제작·유통함으로써 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들에 대하여 김수영이 사망하기 전에는 김수영의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분을, 김수영이 사망한 이후에는 그 상속인들인 원고 이○○, 김광복의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분 상속분을 각 침해하였다고 할 것이다.

따라서, 피고 서○○은 위와 같은 저작권접권 침해로 인해 김수영, 원고

이○○, 김광복이 입은 손해를 배상할 의무가 있고, 김수영이 피고 서○○에 대하여 가지는 위 손해배상청구권은 김수영이 2004. 10. 8. 사망함에 따라 김수영의 처인 원고 이○○, 자녀인 원고 김광복, 자녀인 망 김광석의 처인 피고 서○○, 그 자녀인 소외 김서연이 공동으로 상속 또는 대습상속하였다.

(나) 원고 이○○, 김광복은, 이 사건 합의가 김수영을 대표로 하는 시댁 가족과 피고 서○○이라는 대립되는 양 당사자 사이에 이루어진 것이어서 이 사건 합의에 따른 김수영의 권리가 피고 서○○ 측에는 대습상속되지 아니한다고 주장하나, 가사 이 사건 합의 당시 피고 서○○ 측이 김수영의 권리를 상속받지 않기로 하였더라도, 상속개시 전에 이루어진 상속포기약정은 법에 정한 절차와 방식에 따르지 아니한 것이어서 효력이 없는 점 등을 참작하면, 위와 같이 합의하였다는 사정만으로는 피고 서○○과 소외 김서연이 김수영의 재산을 대습상속하지 않는다고 볼 수 없으므로, 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(다) 피고 서○○의 주장

1) 위 피고는, 엔솔로지, 클래식음반에 대해서는 신유식이 김수영과 친분이 있는 박학기를 통하여 서○○ 대신 김수영으로부터 향후 음반 발매에 관한 동의를 직접 받겠다고 하기에 이를 믿었고, 마이웨이 음반에 대해서는 음반을 제작하기 전인 2002. 11. 6.경 김수영에게 4,835만 원을 지급하고 이 사건 음반에 수록된 음원의 사용에 대해 허락을 받았다고 주장하므로 살피건대, 신유식이 위 피고 대신 김수영으로부터 동의를 받겠다고 하였다는 점에 대하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 김수영이 2002. 11.경 위 피고로부터 4,835만 원을 지급받았다는 점에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없으나, 나아가 위 금원이 이 사건 음반에 수록된 음원의 사용을 허락하는 대가라는 점에 대하여는 이에 부합하는 듯한 을나 제18호증의 기재는 믿지 아니하고, 을나 제24호증, 을나 제27호증의 1의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위 피고의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

2) 또한, 위 피고는, 이 사건 편집음반은 이 사건 음반의 음원과 별개의 음원을 사용하여 제작된 것이어서 이 사건 음반을 복제한 것이 아니라고 주장하나, 앤솔로지 음반 중 별지2. 침해 목록 앤솔로지 부분 기재와 같은 11곡, 클래식 음반 중 별지2. 침해 목록 클래식 부분 기재와 같은 10곡과 마이웨이 음반 중 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재와 같은 2곡에 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 위 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(2) 손해배상의 범위

(가) 손해배상액의 산정방법

1) 저작권법 제93조 제1항에 의하면, 저작재산권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자가 고의 또는 과실에 의하여 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정할 수 있고, 2003. 5. 27. 개정되어 같은 해 7. 1.부터 시행된 개정 저작권법 제94조에 의하면, 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제93조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

2) 피고 서○○이 별지2. 침해 목록 기재 곡들에 대한 김수영, 원고 이○○, 김광복의 저작인접권을 침해함으로써 받은 이익액은, 앤솔로지, 클래식 음반과 관련하여 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락함으로써 얻은 수익금과 마이웨이 음반을 제작·판매함으로써 얻은 수익금에 별지2. 침해 목록 기재 곡들이 기여한 비율을 곱하여 산정한 별지2. 침해목록 기재 곡들로 인한 수익금 중 이 사건 음반의 저작인접권에 대한 김수영, 원고 이○○, 김광복의 지분 비율 상당액이라고 할 것이고, 앞서 본 이 사건 합의에 따르면, 김수영과 피고 서○○은 이 사건 음반에 관한 저작인접권을 김수영과 피고 서○○에게 공동으로 귀속시키고, 향후 이 사건 음반에 수록

된 음원을 이용하여 새로운 음반을 제작할 경우 김수영과 피고 서○○이 합의하여 저작권접권을 행사하기로 하였는바, 비록 당사자 사이에 저작권접권의 지분 비율에 대하여 명시적으로 합의하지는 않았으나, 앞서 본 이 사건 합의에 이르게 된 경위 및 합의의 내용에 비추어 볼 때, 이 사건 음반의 저작권접권에 대한 김수영의 지분 비율은 1/2로 봄이 상당하다.

(나) 앤솔로지, 클래식 음반과 관련하여

살피건대, 피고 서○○은 2000. 9. 19.경 신유식에게 앤솔로지 음반과 관련하여 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락하는 대가로 5,000만 원을 교부받았는데, 앤솔로지 음반에 수록된 16곡 중 별지2. 침해 목록 앤솔로지 부분 기재와 같은 11곡에 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용된 사실, 피고 서○○은 2001. 1. 12.경 신유식에게 클래식 음반과 관련하여 이 사건 음반의 제작에 사용된 멀티테이프의 이용을 허락하는 대가로 1억 원을 교부받았는데, 클래식 음반에 수록된 20곡 중 별지2. 침해 목록 클래식 부분 기재와 같은 10곡에 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 서○○이 별지2. 침해 목록 앤솔로지 부분에 대한 김수영의 저작권접권을 침해함으로써 받은 이익액은 17,187,500원(= 이용허락 대가로 받은 수익금 5,000만 원 × 별지2. 침해 목록 앤솔로지 부분 기재 곡들의 기여도 11곡/16곡 × 김수영의 지분 비율 1/2)이고, 별지2. 침해 목록 클래식 부분에 대한 김수영의 저작권접권을 침해함으로써 받은 이익액은 25,000,000원(= 이용허락 대가로 받은 수익금 1억 원 × 별지2. 침해 목록 클래식 부분 기재 곡들의 기여도 10곡/20곡 × 김수영의 지분 비율 1/2)이며, 이는 특별한 사정이 없는 한 김수영이 입은 손해액이 된다(한편, 피고 서○○이 서유식으로부터 교부받은 위 금원 외에 앤솔로지, 클래식 음반의 제작·판매와 관련하여 추가로 수익을 얻었다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 이를 전제로 한 원고 이○○, 김광복의 손해배상액 산정에 관한 주장은 받아들이지 아니한다).

(대) 마이웨이 음반과 관련하여

1) 김수영의 손해액

살피건대, 피고 서○○은 자신이 대표이사로 있는 피고 위드삼삼뮤직과 공동으로 2002. 11. 11.경 마이웨이 음반을 제작하였고, 마이웨이 음반에 수록된 33곡 중 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재와 같은 2곡에는 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용된 사실, 피고 위드삼삼뮤직은 피고 록레코드와의 사이에 마이웨이 음반에 대하여 판매대행으로 얻어지는 수익 중 10만 장까지는 92%, 그 이후는 93%를 배분하기로 하는 내용의 판매대행계약을 체결하였고, 피고 록레코드는 그 무렵부터 2003. 6.경까지 피고 위드삼삼뮤직으로부터 CD 3장 및 DVD 1장으로 구성된 마이웨이 음반의 판매용 음반 약 8만 개를 제공받아 이를 음반도매상에 개당 16,190원에 판매한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 위인정사실에 의하면, 피고 서○○이 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분에 대한 김수영의 저작인접권을 침해함으로써 2002. 11.경부터 2003. 6.경까지 받은 이익액은 27,081,454원(= 피고 록레코드로부터 지급받은 이익 분배금 1,191,584,000원(= 음반판매량 80,000장 × 출고가격 16,190원 × 약정 비율 92%) × 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들의 기여도(= CD부분의 기여도 $3/4 \times 2$ 곡/33곡) × 김수영의 지분 비율 $1/2$)이고, 이는 특별한 사정이 없는 한 김수영이 입은 손해액이 되며, 2003. 7.경부터 김수영이 사망한 2004. 10. 8.경까지 피고 서○○이 얻은 수익액은 위 기간의 음반판매량에 대한 자료가 없어 산정하기는 어려우나, 앞서 본 2003. 6.경까지의 음반판매량 등 제반 사정에 비추어 보면, 위 기간 동안 김수영이 입은 손해액은 20,000,000원으로 정함이 상당하다.

2) 원고 이○○, 김광복의 손해액

김수영이 사망한 2004. 10. 8.경 이후 위 원고들이 구하는 2006. 6. 30.까지 피고 서○○이 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분에 대한 원고 이○○, 김광복의 저작인접권을 침해함으로써 받은 이익액은 위 기간의 음반판매량에

대한 자료가 없어 산정하기는 어려우나, 앞서 본 2003. 6.경까지의 음반판매량, 위 원고들의 김수영의 저작권접권 지분에 대한 상속분 등 제반 사정에 비추어 보면, 위 기간 동안 원고 이○○가 입은 손해액은 900만 원, 원고 김광복이 입은 손해액은 600만 원으로 정함이 상당하다.

(ㄷ) 원고 이○○, 김광복의 위약금 주장

위 원고들은, 이사건 합의에 의하면, 김수영과 피고 서○○ 중 일방이 위 합의를 위반할 경우 상대방에게 위약금으로 1억 원을 지급하기로 하였고, 이는 위약벌의 성격을 가지므로, 피고 서○○에게 위 손해액과 별도로 김수영으로부터 상속받은 위약금청구권에 기해 동 금원의 지급을 구한다고 주장하므로 살피건대, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는데, 이러한 사정을 인정할 증거가 없고, 오히려 앞서 본 바와 같이 피고 서○○이 이사건 합의를 위반함에 따라 김수영이 입은 손해액이 1억 원에 미치지 못하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 합의의 위약금 조항은 당사자가 손해의 발생을 염두에 두고 그 배상의 법률관계를 간편하게 처리하려는 손해배상의 예정으로서의 성격을 가진다고 봄이 상당하므로, 위 원고들이 실제 손해액을 손해배상으로 구하는 이상 별도로 위 금원을 청구할 수는 없다고 할 것이어서, 위 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(ㄹ) 피고 서○○의 상계주장

위 피고는, 김수영이 2000. 9.경 공동경비구역 JSA의 제작사 또는 그 OST 음반 제작사에 김광석의 음원 “부치지 않은 편지”와 “이등병의 편지” 2곡에 대해 위 피고의 동의를 받지 아니하고 이용허락을 해주었으므로, 이로써 김수영에 대하여 가지는 위약금 및 손해배상청구권으로 위 손해배상채무와 대등액에서 상계한다고 주장하나, 김수영이 김광석의 음원 “부치지 않은 편지”와 “이등병의 편지” 2곡에 대해 위 피고의 동의를 받지 아니하고 이용허락을 하였다는 점에 대하여는 을나 제36, 37호증의 각 기재만으로는 이를

인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(바) 소결론

위 인정사실에 의하면, 피고 서○○의 저작권접권 침해로 인해 김수영이 입은 손해액은 합계 89,268,954원(= 앤솔로지 음반에 관한 손해액 17,187,500원 + 클래식 음반에 관한 손해액 25,000,000원 + 마이웨이 음반에 관한 2003. 6. 30.까지의 손해액 27,081,454원 + 마이웨이 음반에 관한 2003. 7. 1.부터의 손해액 20,000,000원)이고, 원고 이○○가 입은 손해액은 900만 원, 원고 이광복이 입은 손해액은 600만 원이다.

따라서, 피고 서○○은, (1) 원고 이○○에게 47,258,122원{= 2003. 6. 30.까지 발생한 손해액 69,268,954원(= 17,187,500원+ 25,000,000원 + 27,081,454원)에 대한 상속분 29,686,694원(= 69,268,954원×3/7) + 2003. 7. 1.부터 발생한 손해액에 대한 상속분 8,571,428원(= 20,000,000원×3/7) + 9,000,000원} 및 위 금원 중 2003. 6. 30.까지 발생한 손해액에 대한 상속분인 29,686,694원에 대하여는 위 원고가 구하는 이 사건 소장부분 최종송달일 다음날인 2003. 11. 16.부터, 나머지 17,571,428원(= 47,258,122원 - 29,686,694원)에 대하여는 위 원고가 구하는 2003. 7. 3.자 준비서면 최종송달일 다음날인 2003. 7. 4.부터, 각 위 피고가 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2006. 10. 10.까지는 민법에 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진등에관한특례법에 정한 연 20%의 각 비율로 산정한 지연손해금을 지급하고, (2) 원고 김광복에게 31,505,414원{= 2003. 6. 30.까지 발생한 손해액 69,268,954원에 대한 상속분 19,791,129원(= 69,268,954원×2/7) + 2003. 7. 1.부터 발생한 손해액에 대한 상속분 5,714,285원(= 20,000,000원×2/7) + 6,000,000원} 및 위 금원 중 2003. 6. 30.까지 발생한 손해액에 대한 상속분인 19,791,129원에 대하여는 위 원고가 구하는 이 사건 소장부분 최종송달일 다음날인 2003. 11. 16.부터, 나머지 11,714,285원(= 31,505,414원 - 19,791,129원)에

대하여는 위 원고가 구하는 2003. 7. 3.자 준비서면 최종송달일 다음날인 2003. 7. 4.부터, 각 위 피고가 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2006. 10. 10.까지는 민법에 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송 촉진등에관한특례법에 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급 할 의무가 있다.

라. 피고 위드삼삼뮤직에 대한 청구에 관한 판단

(1) 침해금지 및 예방청구 부분

살피건대, 앞서 인정한 사실 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 위드삼삼뮤직은 그 대표이사인 피고 서○○과 공동으로 2002. 11. 11.경 이 사건 음반 중 김광석의 가창 부분에 관한 음원을 사용하여 마이웨이 음반을 제작 하였고 현재까지 이를 유통하고 있는 사실, 마이웨이 음반 중 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재와 같은 2곡에 이 사건 음반에 수록된 것과 동일한 김광석의 가창에 관한 음원이 사용된 사실을 인정할 수 있으므로, 피고 위드삼삼뮤직은 피고 서○○과 공동으로 마이웨이 음반을 제작·유통함으로써 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들에 대하여 김수영의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분과 원고 이○○, 김광복의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분 상속분을 침해하였다고 할 것이다.

따라서, 위 피고는 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들을 수록하여 마이웨이 음반을 제작 및 배포하는 행위를 중지하고, 마이웨이 음반의 마스터테이프와 완성된 판매용 음반에서 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들을 삭제할 의무가 있다(나아가 위 원고들은, 마이웨이 음반 자체의 제작·배포행위 중지와 마스터테이프 및 완성된 음반 전체의 폐기를 구하나, 마이웨이 음반 전체에서 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들이 차지하는 비중이 크지 않아 위 침해 곡들을 삭제하여 위 음반을 제작·배포하는 것이 가능해 보이고, 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들을 수록하지 아니 할 경우 위 피고에 대하여 마이웨이 음반 전체에 대한 제작·배포 중지 및 폐기를 명할 이유가 없으므로, 위 원고들의 이 부분 청구 중 위 인정 범위를

넘는 부분은 받아들이지 아니한다).

(2) 손해배상청구 부분

살피건대, 피고 위드삼삼뮤직은 피고 서○○과 공동으로 마이웨이 음반을 제작·유통함으로써 별지2. 침해 목록 마이웨이 부분 기재 곡들에 대한 김수영의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분과 원고 이○○, 김광복의 음반제작자 및 실연자로서의 저작권접권 지분 상속분을 각 침해하였으므로, 이로 인해 김수영, 원고 이○○, 김광복이 입은 손해를 배상할 의무가 있고, 김수영의 손해액이 89,268,954원, 원고 이○○가 입은 손해액이 9,000,000원, 원고 김광복이 입은 손해액이 6,000,000원인 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 위드삼삼뮤직은 공동불법행위자인 피고 서○○과 각자 위 원고들에게 그 손해액과 김수영의 손해액에 대한 상속분 및 이에 대한 지연손해금으로서 위 다.의 (배)항 기재 금원을 지급할 의무가 있다.

5. 결 론

그렇다면, 원고 이○○, 김○○의 피고 위드삼삼뮤직, 서○○에 대한 청구는 위 인정 범위내에서 이유 있어 이를 인용하고, 그 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 원고 신나라뮤직의 청구 및 원고 이○○, 김○○의 피고 록레코드, 타임크리에이티브, 서울음반에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 강민구

판사 양은상

판사 장현진

(별지1)

음반 목록

제1항.

음반명 : 김광석 마이웨이(Kim Kwang Seok Collection : My Way)

제작사 : 록레코드 유한회사

배포사 : 주식회사 위드삼삼뮤직

수록곡 : ‘서른즈음에’ 외 32곡

제2항.

음반명 : 김광석 앤솔로지(Anthology)

제작사 : 주식회사 타임뮤직엔터테인먼트

배포사 : 주식회사 와이비엠 서울음반

수록곡 : ‘흐린 가을하늘에 편지를 써’ 외 15곡

제3항.

음반명 : 김광석 클래식 5집(Classic 5th)

제작사 : 주식회사 타임뮤직엔터테인먼트

배포사 : 주식회사 와이비엠 서울음반

수록곡 : ‘사랑이라는 이유로’ 외 19곡

(별지2)

참해 목록

	앤솔로지	클래식	마이웨이
1	흐린 가을하늘에 편지를 써	사랑이라는 이유로	거리에서
2	서른즈음에	사랑했지만	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을
3	거리에서	너에게	
4	나의 노래	잊어야 한다는 마음으로	
5	그대가 기억하는 나의 옛모습	기다려줘	
6	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을	나무	
7	이등병의 편지	말하지 못하는 내사랑	
8	그날들	슬픈 노래	
9	그녀가 처음 울던 날	너무 깊이 생각하지마	
10	기대어 앓은 오후에는	행복의 문	
11	혼자 남은 밤		

[출 전] 판결 원문



16. 작고한 가수의 음악저작물에 대한 저작권 귀속 분쟁 - ‘가수 김광석’ 사건(2)

서울고등법원 제4민사부 2006. 10. 11. 판결, 2006나4207 지적재산권(음악
저작물)등 확인

원고, 항 소 인 1. 이○○
2. 김○○
원고들 소송대리인

피고, 피항소인 1. 서○○
2. 김○○
피고들 소송대리인

제1심 판결 서울중앙지방법원 2005. 12. 7. 선고 2005가합33928 판결

변론종결 2006. 8. 30.

판결선고 2006. 10. 11.

주 문

1. 원고들의 항소를 기각한다.

2. 당심에서의 청구취지 추가에 기하여,

가. 별지 1 기재 각 음반에 수록된 곡들의 음을 사용하여, 별지 1 기재
각 음반 및 별지 2 기재 제2항 소정의 라이브음반과 별도로, 새로운 음반을
제작할 경우 위 각 음에 대한 실연자로서의 저작인접권이 원고 1에게 3/14,



원고 2에게 2/14 지분씩 있음을 확인한다.

나. 피고 1은 원고들의 동의 없이 씨디(CD), 카세트테이프, 비디오테이프, 엠펜(MP)3파일, 엠디(MD), 디비디(DVD) 기타 어떠한 저장 형태로,

(1) 별지 3 기재 각 음반을 복제, 판매, 전송, 대여하여서는 아니 되고,

(2) 별지 1 기재 각 음반에 수록된 곡들의 음을 사용하여, 별지 1 기재 각 음반 및 별지 2 기재 제2항 소정의 라이브음반과 별도로, 새로운 음반을 제작, 복제, 판매, 배포, 전송, 대여하여서는 아니 된다.

3. 원고들의 나머지 추가 청구를 모두 기각한다.

4. 소송비용 중 항소비용은 원고들의 부담으로 하고, 당심에서의 청구 추가로 인한 부분은 이를 2분하여 그 1은 원고들의, 나머지는 피고들의 각 부담으로 한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지(원고들은 당심에 이르러 아래 나., 다.항의 청구취지를 추가하였다)

가. 별지 1 기재 각 음반에 대한 저작권 및 저작인접권, 저작권료 수령권, 녹음 및 인쇄물 공급과 홍보권 등 일체의 권리가 원고들에게 있음을 확인한다.

나. 별지 1 기재 각 음반과 앞으로 제작할 라이브앨범을 제외하고, 앞으로 제작할 망 김광석의 노래와 관련된 모든 음반에 관한 로열티 수령권, 녹음 및 인쇄물 공급과 홍보권 등의 저작권 및 저작인접권 일체에 대한 1/2 지분권이 원고들에게 있음을 확인한다.

다. 피고 1은 원고들의 동의 없이 씨디(CD), 카세트테이프, 비디오테이프, 엠펜(MP)3 파일, 엠디(MD), 디비디(DVD), 기타 어떠한 저장 형태로, 위 나.항 기재 각 음반을 제작, 복제, 판매, 배포, 전송, 대여하여서는 아니 된다.

라. 주문 제2.의 나. (1) 항 기재 판결을 구한다.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 청구취지 가.항 기재 판결을 구한다.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 1 내지 3호증, 갑 5 내지 10호증, 갑 16호증, 을 5 내지 11호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 이 사건 당사자들과 김광석과의 관계

1996. 1.경 사망한 대중가요 가수 김광석을 중심으로, 망 김00은 부(父), 원고 1은 모(母), 원고 2는 형이고, 피고 1은 처(妻), 피고 2는 딸이다.

나. 김광석 생전에 이 사건 기존 4개 음반 제작 경위

(1) 김광석은 1992. 초순경 주식회사 킹레코드(1998. 8. 27. 주식회사 신나라뮤직으로 상호가 변경되었다, 이하 ‘신나라뮤직’이라 한다)와 사이에 음반 4장을 제작하기로 하는 내용의 계약을 체결하고, 이에 따라 1992. 3. 20.경 ‘김광석 3번째 노래모음’, 1993. 초순경 ‘다시부르기 I’ 음반이 제작되었다.

(2) 김광석은 아버지인 김00 명의로 1993. 10. 12. 신나라뮤직과 사이에 김광석의 ‘다시부르기 I’, ‘김광석 3번째 노래모음’, 새 앨범 4집 음반에 관하여, 음반의 LP, MC, CD의 제작판매는 신나라뮤직이, 음반녹음 및 인쇄물 공급과 홍보는 김00이 각 담당하고, 로열티는 신나라뮤직이 김00에게 지급하되 계약기간은 ‘계약일로부터 선지급된 로열티가 상쇄된 이후 무기

한'으로 하는 내용의 계약을 체결하였는데, 김00은 계약체결 직후인 1993. 10. 21.경 신나라뮤직에 대하여 2년간 위 계약에 따른 로열티 전액을 김광석에게 지급할 것을 승인하는 내용의 '판권(로열티) 지불승인서'를 작성해 줌으로써 신나라뮤직은 김광석에게 위 계약에 따른 로열티를 지급하였다.

(3) 이후 김00과 김광석은 1994. 초순경 신나라뮤직과 사이에 김광석의 '다시부르기 I', '다시부르기 II', '김광석 3번째 노래모음', 새앨범 4집 음반에 관하여, 위 다.항 기재와 같은 내용의 계약을 체결하면서 그 계약서를 1993. 10. 12.에 작성된 것으로 소급하여 작성하였고, 위 계약에 따라 1994. 6. 25.경 '김광석 네 번째', 1995. 2. 22.경 '다시부르기 II' 음반이 제작되었다(이하, '다시부르기 I', '다시부르기 II', '김광석 3번째 노래모음', '김광석 네 번째' 등 4개의 음반을 '이 사건 기존 4개 음반'이라 하고, 그 수록곡은 별지 1 기재와 같다).

(4) 위 1993. 10. 12.자로 작성된 계약서에는 이 사건 기존 4개 음반의 음원을 녹음할 권한 및 책임은 김광석 측에 있다고 되어 있으며, 실제로 김광석이 자신의 노래와 반주를 녹음한 여러 개의 멀티테이프를 만든 뒤 그 중 가장 상태가 좋은 음원을 편집하여 마스터테이프를 제작하였고, 신나라뮤직은 위 마스터테이프의 음원을 이용하여 이 사건 기존 4개 음반을 제작하였다(멀티테이프는 김광석이, 마스터테이프는 신나라뮤직이 보관한 것으로 보인다).

다. 김광석 사망 이후 분쟁의 발생

(1) 김광석이 1996. 1. 4. 사망하자, 김00은 위 나.항 기재와 같은 신나라뮤직과 사이의 계약 내용을 근거로 자신이 김광석 생전에 김광석으로부터 그의 음악저작물에 대한 모든 권리를 양도받았다고 주장하면서 김광석의 상속인인 피고들을 배제한 채 신나라뮤직으로부터 이 사건 기존 4개 음반의 판매에 따른 로열티를 수령하였다.

(2) 이에 김광석의 상속인인 피고들은 신나라뮤직을 상대로 “김○○에게 이 사건 기존 4개 음반에 대한 로열티를 지급하여서는 아니 된다.”라는 취지

의 로열티지급금지가처분을 신청함과 아울러 김○○과 신나라뮤직을 상대로 서울중앙지방법원 96가합23097호로 로열티청구권확인청구소송을 제기하였다.

라. 이 사건 합의의 성립

위 로열티지급금지가처분신청 및 로열티청구권확인청구소송에 대하여 언론에서 많은 관심을 표명하였고 재판부에서도 가족 간의 소송임을 이유로 화해를 권유하자, 피고 1과 망 김○○은 1996. 6. 26. 별지 2 기재와 같은 내용으로 합의하였고(이하, ‘이 사건 합의’라 한다), 위 합의에 따라 피고들은 위 로열티지급금지가처분신청 및 로열티청구권확인청구소송을 모두 취하였 으며, 김○○은 2004. 10. 8. 사망하기 전까지 신나라뮤직으로부터 이 사건 기준 4개 음반에 대한 로열티를 지급받았다.

마. 김○○의 유증과 사망

그런데 망 김○○은 1996. 7. 3. 원고들에게 위 망 김○○과 킹레코드사 사이에 1993. 10. 12.자로 체결된 계약에 의하여 망 김○○이 이 사건 기준 4개 음반에 대하여 가지는 모든 권리를 유증하였고(이하, ‘이 사건 유증’이라 한다), 2004. 10. 8. 사망하였다.

바. 피고 1의 독자적인 음반 제작 경위

(1) 한편, 김광석이 생전에 제작한 멀티테이프(이 사건 기준 4개 음반 또는 다른 음반 수록곡과 미공개된 곡을 포함)를 보관하게 된 피고 1은 김○○의 동의 없이, 2000. 9. 19.경 ‘흐린 가을 하늘에 편지를 써’ 등이 사건 기준 4개 음반에 수록된 11곡이 수록된 ‘김광석 Anthology 1 -다시 꽃씨되어’라는 제목의 음반, 또한 2001. 1. 12.경 ‘사랑이라는 이유로’ 등 이 사건 기준 4개 음반에 수록된 10곡이 수록된 ‘김광석 5th Classic’이라는 제목의 음반을 제작하여 판매하였다.

(2) 다시 피고 1은 이 사건 기준 4개 음반에 수록되어 있지 않은 7곡과 이 사건 기준 4개 음반에 수록된 곡 중 22곡을 사용하여 편집 음반을 발매하려는 계획을 세우고, 2002. 10.경 김○○에게 “김○○이 저작권접권을 소유하

고 있는 이 사건 기존 4개 음반에 수록되어 있는 곡 중 22곡을 주식회사 위드삼삼뮤직이 사용하는 것에 대한 승인을 요청한다.”라는 취지의 ‘저작인접권사용승인서’라는 제목의 문서를 보냈으며, 이에 김○○과 신나라뮤직은 공동명의로 2002. 10. 24경 피고 1에게 ‘저작인접권 사용 요청 불허권’이라는 제목으로 “이 사건 기존 4개 음반에 대하여 음반제작사로서의 저작인접권을 소유하고 있는 신나라뮤직과 실연자로서의 저작인접권을 소유하고 있는 김○○은 피고 1이 제작하려고 하는 편집음반에 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 22곡의 저작인접권 사용승인 요청에 대하여 거절한다.”라는 취지의 문서를 발송하였다.

(3) 그러자 피고 1은 편집 음반을 발매 계획을 수정하여 2002. 11. 11.경 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 2곡과 이 사건 기존 4개 음반에 수록되지 않은 30여 곡들을 수록한 ‘김광석 Collection, My Way’라는 제목의 음반을 제작하여 판매하였다.

(4) 위와 같이 피고 1이 독자적으로 제작, 판매한 ‘김광석 Anthology 1 - 다시 꽃씨되어’, ‘김광석 5th Classic’, ‘김광석 Collection, My Way’ 음반의 구체적인 내용과 수록곡은 별지 3 기재와 같고(이하, 위 각 음반을 ‘피고 제작 3개 음반’이라 한다), 그 중 별지 4 기재의 곡들의 음은 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡과 음원이 동일하다.

2. 이 사건 기존 4개 음반에 대한 권리확인 청구

가. 원고들의 주장

망 김○○이 1996. 6. 26. 이 사건 합의를 하면서 망 김○○이 사망하게 되면 망인이 가지는 이 사건 기존 4개 음반에 대한 판권 및 기타 모든 권리를 피고 2에게 양도하기로 한 약정한 것(별지 2 기재 제2항)은 사인증여계약에 해당하는 것인데, 위 망인은 위 사인증여계약의 내용에 반하여 1996. 7. 3. 위 망인이 이 사건 기존 4개 음반에 대하여 갖는 일체의 권리를 사후(死後)

에 원고들에게 증여하기로 이 사건 유증을 하였는바, ① 전후 2개 이상의 유언의 내용이 객관적으로 저촉되는 경우 유언자의 최후의 의사를 존중하여 전의 저촉되는 유언은 철회된 것으로 본다는 민법 제1109조 규정은 사인증여계약의 경우에도 준용되므로, 이 사건 사인증여계약은 그에 저촉되는 김○○의 유증에 따라 철회된 것으로 보아야 하고, ② 위 사인증여계약은 피고 1의 강압에 의하여 체결된 것으로 이 사건 유증에 의하여 적법하게 취소되었다 할 것이므로, 위 사인증여계약은 아무런 효력이 없고, 결국 이 사건 기존 4개 음반에 대한 일체의 권리는 김○○이 보유하다가 이 사건 유증에 의하여 원고들에게 승계되었다.

나. 판 단

(1) 먼저 이 사건 합의 내용 중 망 김○○ 사망시 이 사건 기존 4개 음반에 대한 판권 및 기타 모든 권리를 피고 2에게 양도하기로 한 약정(이하 위 약정을 ‘이 사건 양도 약정’이라 한다)이 사인증여계약에 해당하고, 그와 저촉되는 유증에 의하여 효력을 상실하였다는 원고들의 주장에 관하여 보기로 한다.

사인증여계약이라 함은 증여자가 생전에 무상으로 재산의 수여를 약속하고 증여자의 사망으로 인하여 그 약속의 효력이 발생하는 계약을 말하는데, 위 기초사실에서 본 바와 같이 피고들과 망 김○○이 이 사건 합의에 이르게 된 경위와 이 사건 양도약정의 내용을 종합하여 보면, 이 사건 양도약정의 취지는 이 사건 기존 4개 음반에 관한 판권 및 기타 모든 권리에 대한 적법한 권리자가 누구인지에 대하여 서로 다투지 아니하기로 하면서, 망 김○○의 생전에는 위 망인에게 위 권리를 귀속시키되, 대신 위 망인의 사후에는 이를 피고 2에게 귀속시키기로 하고 피고 1은 위 음반에 대한 권리를 포기하기로 서로 양보하여 권리귀속관계를 정한 것으로 봄이 상당하므로, 위와 같은 약정을 두고 증여자인 망 김○○이 생전에 무상으로 재산의 수여를 약속하고 망인의 사망으로 인하여 그 약속의 효력이 발생하게 되는 사인증여계약이라 해석할 수는 없다 할 것이므로, 이 사건 약정이 사인증여계약임을 전제로

위 약정이 그와 저촉되는 유증에 의하여 취소되었다는 주장은 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

또한, 사인증여계약은 수증자와의 의사의 합치가 있어야 하는 ‘계약’이라는 점에서 단독행위인 유증과 구별되므로 민법 제562조의 준용규정에도 불구하고 유증에 관한 모든 규정이 사인증여계약에 준용될 수는 없다 할 것인데, 사인증여계약의 경우에는 증여자와의 계약에 의하여 증여자의 사망을 조건부로 권리를 취득한 수증자의 이익을 증여자의 일방적 의사로 해할 수는 없다는 점에서 유언의 단독행위성에 기초하여 규정된 위와 같은 일방적인 철회규정을 준용할 수는 없다고 할 것이므로, 원고들의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

(2) 또한, 이 사건 양도 약정이 피고 1의 강압에 의하여 체결된 것인지에 관하여 보건대, 위 양도 약정이 피고 1의 강압에 의하여 체결하였다고 인정할 아무런 증거가 없으므로, 이를 이유로 한 원고들의 취소 주장 역시 이유 없다.

(3) 따라서 이 사건 양도 약정이 적법하게 철회되거나 취소되어 아무런 효력이 없음을 전제로 하는 원고들의 위 주장은 이유 없다.

3. 앞으로 제작될 음반에 대한 권리확인청구

가. 당사자들의 주장

(1) 원고들은, 망 김○○과 피고 1은 이 사건 합의를 하면서 별지 2의 제3항 기재와 같이 앞으로 제작될 음반에 관한 권리를 망 김○○과 피고 1이 각 1/2씩 공동으로 보유하기로 약정하였는데, 그 후 김○○이 사망함으로써 김○○이 보유한 앞으로 제작될 음반에 대한 권리가 원고들에게 상속되었고, 피고들은 김○○의 위 권리를 대습상속하지 못하는 것으로 보아야 하므로, 결국 김광석의 노래와 관련하여 앞으로 제작될 음반에 대한 권리의 1/2 지분은 원고들에게 있다고 주장하면서 그 확인을 구하고 있다.

(2) 피고들은 이에 대하여, 별지 2의 제3항 합의는 김○○ 생전에 김광석의 노래와 관련한 새로운 음반을 내려고 할 경우에 음반에 대한 계약 내용이나 로열티 수령권자 등에 관하여 김○○과 피고 1이 상호 합의하기로 약정한 것으로서, 김○○이 앞으로 제작될 음반에 관련하여 어떠한 구체적인 권리를 보유한다는 의미는 아니며, 김○○이 사망한 이상 위 제3항의 합의는 효력을 상실하였다는 취지로 주장한다.

나. 판 단

(1) 위에서 본 바와 같이 김○○과 피고 1은 이 사건 합의에서 이 사건 기존 4개 음반과 라이브음반을 제외한 앞으로 제작할 김광석의 노래와 관련한 모든 음반의 계약은 김○○이나 피고 1 어느 일방이 단독으로 체결하지 아니하고 반드시 김○○과 피고 1이 합의하여 체결하기로 하며, 김○○과 피고 1이 합의하지 아니한 채 체결된 계약은 무효로 하고, 어느 일방이 단독으로 계약을 체결하였을 경우 이는 계약위반으로 본다고 약정하고 있는바(별지 2 기재 제3항), 위 약정의 의미를 살피건대, 을17호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하면, 이 사건 합의를 주선하고 그 합의서 문안을 작성하였던 변호사 김철영은 피고 1에 대한 저작권법위반 형사사건(서울중앙지방법원 2005노3470호 사건)에서 2006. 3. 17. 증인으로 출석하여 “별지 2의 제1항 약정은 이 사건 기존 4개 음반에 관한 각 음반 자체의 판매에 관하여 정한 것이고, 위 음반의 곡 중 몇 개를 뽑아서 편집음반을 만드는 경우에는 별지 2의 제3항 약정에서 정하고 있다”라는 취지로 증언한 사실이 인정되고, 위 인정사실과 아울러 피고 1이 2002. 10.경 김○○에게 이 사건 기존 4개 음반에 수록되어 있는 곡 중 22곡을 주식회사 위드삼삼뮤직이 기획·발매할 편집 음반에 사용하기 위해 ‘저작인접권사용승인서’를 보낸 점, 김○○이나 피고 1은 이 사건 합의 당시에는 이 사건 기존 4개 음반과 김광석의 라이브 공연 음반 외에 다른 김광석의 노래에 대하여는 전혀 문제 삼지 아니한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 김○○과 피고 1은 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡들의 음을 사용하여, 이 사건 기존 4개 음반 및 라이브

음반과 별도로, 새로운 음반을 추가 제작할 경우에 위 각 음에 대한 실연자로서의 저작권접권을 김○○과 피고 1에게 각 1/2씩 공동으로 귀속시키기로 합의하였다고 봄이 상당하다.

(2) 그런데, 김○○이 사망함에 따라 그의 재산은 원고 이달지가 3/7, 원고 김광복이 2/7를 상속하고, 피고들이 2/7를 대습상속하였다 할 것이므로, 결국 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡들의 음을 사용하여, 이 사건 기존 4개 음반 및 별지 2 기재 제2항 소정의 라이브음반과 별도로, 새로운 음반을 제작할 경우에 위 각 음에 대한 실연자로서의 저작권접권은 원고 이달지가 $3/14(= 3/7 \times 1/2)$, 원고 김광복이 $2/14(= 2/7 \times 1/2)$ 의 지분을 보유하게 된다 할 것이다(김○○의 권리가 피고들에게 대습상속되지 아니한다는 원고들의 주장은 받아들이지 않는다. 상속 개시 전에 한 상속포기가 무효라고 판시한 대법원 1998. 7. 24. 선고, 98다9021 판결 참조).

(3) 나아가, 피고 1이 김○○로부터 동의를 받지 아니하고, 이 사건 기존 4개 음반의 일부 음원을 이용하여 피고 제작 3개 음반을 제작한 점, 피고들이 이 사건에서 피고 제작 3개 음반은 물론 앞으로 제작된 일체의 음반에 대한 권리가 피고들에게 있다고 주장하고 있는 점에 비추어 원고들이 위와 같은 권리에 대한 확인을 구할 이익도 있다 할 것이다.

4. 음반 제작 등 금지청구

앞서 보았듯이 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡들의 음을 사용하여, 이 사건 기존 4개 음반 및 위 라이브음반과 별도로, 새로운 음반을 제작할 경우에는 위 각 음에 대한 실연자로서의 저작권접권은 원고들과 피고들에게 공동으로 귀속됨에도, 원고들의 허락 없이 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡들의 음원을 사용하여 피고 제작 3개 음반을 제작, 판매함으로써 피고 1은 원고들의 실연자로서의 저작권접권을 침해하였고, 앞으로도 원고들의 권리를 침해할 우려가 있다 할 것이므로, 원고들은 피고 1을 상대로 그 침해

행위의 금지 또는 예방을 구할 수 있다.

따라서, 피고 1은 피고 제작 3개 음반의 복제, 판매, 배포, 전송, 대여 행위를 하지 아니할 의무가 있고(피고 제작 3개 음반의 수록된 곡 중 일부의 곡만이 원고들의 저작권접권을 침해하고 있기는 하나, 위 음반의 수록 곡 중 일부 곡만을 물리적으로 분리하는 것은 사실상 불가능하므로, 음반 전체에 대하여 복제 등 행위의 금지를 명한다), 또한 앞으로 원고들의 동의 없이 이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡들의 음을 사용하여, 이 사건 기존 4개 음반 및 라이브음반과 별도로, 새로운 음반의 제작, 복제, 판매, 배포, 전송, 대여 행위를 하지 아니할 의무가 있다.

5. 결 론

그렇다면, 원고들의 제1심에서의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 위 청구를 기각한 제1심 판결은 이와 결론이 같아 정당하므로 이를 다투는 원고들의 항소를 기각하기로 하고, 당심에서 추가된 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동
판사 최재혁
판사 구회근

별지 1 (이 사건 기준 4개 음반)

1. ‘김광석 3번째 노래모음’ 음반

제작일 : 1992. 3. 20.

수록곡 :

	노래명	작사	작곡	가수	비고
1	자장가	·	김광석	·	연주곡
2	나의 노래	한동현	한동현	김광석	·
3	잊어야한다는 마음으로	김광석	김광석	김광석	·
4	나쁜한 오후	김광석	김광석	김광석	·
5	외사랑	한 돌	한 돌	김광석	·
6	나무	김윤성	한동현	김광석	·
7	기대어 앓은 오후에는	유준열	유준열	김광석	·
8	그대가 기억하는 내 모습	한동준	한동준	김광석	·
9	행복의 문	김광석	김광석	김광석	·
10	자장가	·	김광석	·	연주곡

2. ‘다시부르기 I’ 음반

녹음일 : 1993. 1. 25., 1993. 2. 17.

수록곡 :

	노래명	작사	작곡	가수	비고
1	이등병의 편지	김현성	김현성	김광석	·
2	사랑이라는 이유로	김형석	김형석	김광석	·
3	사랑했지만	한동준	한동준	김광석	·
4	그날들	김창기	김창기	김광석	·
5	너에게	김형석	김형석	김광석	·
6	슬픈 노래	이정수	김광석	김광석	·
7	거리에서	김창기	김창기	김광석	·
8	말하지 못한 내 사랑	유준열	유준열	김광석	·
9	그루터기	한동현	한동현	김광석	·
10	기다려줘	김창기	김창기	김광석	·
11	흐린 가을 하늘에 편지를 써	김창기	김창기	김광석	·
12	그래 웃음소리	김광석	김광석	김광석	·
13	광야에서	문대현	문대현	김광석	·

3. ‘김광석 네 번째’ 음반

제작일 : 1994. 6. 25.

수록곡 :

	노래명	작사	작곡	가수	비고
1	일어나	김광석	김광석	김광석	.
2	바람이 불어오는 곳	김광석	김광석	김광석	.
3	너무 깊이 생각하지마	김창기	김창기	김광석	.
4	희귀	김지하	황난주	김광석	.
5	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을	류 근	김광석	김광석	.
6	서른 즈음에	강승원	강승원	김광석	.
7	혼자 남은 밤	박용준	박용준	김광석	.
8	끊어진 길	이무하	이무하	김광석	.
9	맑고 향기롭게	노영심	노영심	김광석	.
10	자유롭게	김광석	김광석	김광석	.

4. ‘다시부르기 II’ 음반

녹음일 : 1995. 2. 22.

수록곡 :

	노래명	작사	작곡	가수	비고
1	바람과 나	한대수	한대수	김광석	.
2	그녀가 처음 울던 날	이정선	이정선	김광석	.
3	두 바퀴로 가는 자동차	양병집	.	김광석	외국곡 개사
4	잊혀지는 것	김창기	김창기	김광석	.
5	불행아	김의철	김의철	김광석	.
6	내 사람이여	백창우	백창우	김광석	.
7	어느 60대 노부부 이야기	김목경	김목경	김광석	.
8	변해가네	김창기	김창기	김광석	.
9	새장 속의 친구	유준열	유준열	김광석	.
10	나의 노래	한동헌	한동헌	김광석	.
11	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을	류 근	김광석	김광석	.

1. 기존 4개 음반에 관한 판권

(1) 피고 1은 김○○이 이 사건 기존 4개 음반에 관한 판권 및 기타 모든 권리를 가지고 있음을 인정한다.

(2) 김○○이 사망하게 되면 김○○이 가지고 있는 이 사건 기존 4개 음반에 관한 판권 및 기타 모든 권리는 피고 1의 딸이자 김○○의 손녀인 피고 2에게 양도된다.

2. 향후 제작할 라이브음반에 관한 판권

김○○은 피고 1이 김광석의 노래와 관련하여 향후 제작할 라이브음반(이 사건 기존 4개 음반에 수록된 곡이 포함되어 있다)에 한하여 피고 1에게 판권 및 기타 모든 권리가 있음을 인정하고 일체 이에 관하여 법적인 이의를 제기하지 않으며 라이브음반 제작 및 판매에 협력하기로 한다.

3. 향후 제작할 음반에 관한 판권

이상의 이 사건 기존 4개 음반과 라이브음반을 제외한 향후 제작할 위망 김광석의 노래와 관련한 모든 음반(이 사건 기존 4개 음반에 수록된 노래 중 베스트를 골라서 만든 베스트음반이나 음니머스음반을 포함하되 이에 한정되지 아니 한다)의 계약은 피고 1이나 김○○ 어느 일방이 단독으로 체결하지 아니하고 반드시 피고 1과 김○○이 합의하여 계약을 체결하기로 한다.

별지 3 (피고 제작 3개 음반)

1. 음반명 : ‘김광석 Anthology 1 - 다시 꽃씨되어’

제작사 : 주식회사 타임뮤직엔터테인먼트

배포사 : 주식회사 와이비엠 서울음반

수록곡 : ‘흐린 가을하늘에 편지를 써’ 외 15곡

제작일 : 2000. 9. 19. 경

NO	Anthology 곡명
01	흐린 가을하늘에 편지를 써
02	서른즈음에
03	거리에서
04	나의 노래
05	그대가 기억하는 나의 옛모습
06	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을
07	변해가네
08	일어나
09	이등병의 편지
10	그날들
11	그녀가 처음 울던 날
12	기대여 앓은 오후에는
13	혼자 남은 밤
14	거리에서 Instrumental
15	혼자 남은 밤 Instrumental
16	이등병의 편지 Instrumental

2. 음반명 : ‘김광석 5th Classic’

제작사 : 주식회사 타임뮤직엔터테인먼트

배포사 : 주식회사 와이비엠 서울음반

수록곡 : ‘사랑이라는 이유로’ 외 19곡

제작일 : 2001. 1. 12. 경

CD 1

NO	5 th Classic CD1. 곡명
01	사랑이라는 이유로
02	먼지가 되어
03	사랑했지만
04	외로운 밤
05	너에게
06	잊어야 한다는 마음으로
07	기다려 줘
08	나무
09	말하지 못하는 내사랑(연주곡)
10	60대 노부부 이야기(연주곡)

CD 2

NO	5 th Classic CD2. 곡명
01	틈
02	60대 노부부 이야기
03	말하지 못하는 내사랑
04	슬픈 노래
05	두바퀴로 가는 자동차
06	너무 깊이 생각하지마
07	새장속의 친구
08	행복의 문
09	사랑했지만(연주곡)
10	사랑이라는 이유로(연주곡)

3. 음반명 : ‘김광석 Collection. My Way’

제작사 : 록레코드 유한회사

배포사 : 주식회사 위드삼삼뮤직

수록곡 : 서른즈음에 외 32곡

제작일 : 2002. 11. 11. 경

Story One “편지”

NO	My Way CD1. 곡명
01	서른 즈음에
02	사랑했지만
03	먼지가 되어
04	사랑이라는 이유
05	너에게
06	꽃
07	거리에서
08	그날들
09	바람이 불어오는 곳
10	내 꿈
11	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을

Story Two “바람”

NO	My Way CD2. 곡명
01	슬픈 노래
02	말하지 못한 내사랑
03	이등병의 편지
04	일어나
05	그녀가 처음 울던 날
06	두바퀴로 가는 자동차
07	기대어 앓은 오후에는
08	외 사랑
09	나무
10	어느 60대 노부부의 이야기
11	자유롭게

Story Three “달”

NO	My Way CD3. 곡명
01	내가 필요한 거야
02	이젠 떠나가세요
03	LITTLE HERO
04	부치지 않은 편지
05	여기서 우리
06	여기에
07	끝나지 않은 노래
08	친구
09	녹두 꽃
10	포크 메들리
11	타는 목마름으로

Story Four(DVD) “풍경소리”

NO	My Way CD4. 곡명
01	자장가
02	여행
03	목마름
04	그날들
05	Into The Breeze (Tribute By Johan)
06	사랑이라는 이유로
07	당신, 김광석

별지 4 (피고 제작 3개 음반 중 인접저작권 침해곡)

1. 음반명 : ‘김광석 Anthology 1 - 다시 꽃씨되어’

침해곡 : 아래 11 곡

NO	Anthology 곡명
01	흐린 가을하늘에 편지를 써
02	서른즈음에
03	거리에서
04	나의 노래
05	그대가 기억하는 나의 옛모습
06	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을
09	이등병의 편지
10	그날들
11	그녀가 처음 울던 날
12	기대어 앓은 오후에는
13	혼자 남은 밤

2. 음반명 : ‘김광석 5th Classic’

침해곡 : 아래 10 곡

CD 1

NO	5 th Classic CD1. 곡명
01	사랑이라는 이유로
03	사랑했지만
05	너에게
06	잊어야 한다는 마음으로
07	기다려 줘
08	나무

CD 2

NO	5 th Classic CD2. 곡명
03	말하지 못하는 내사랑
04	슬픈 노래
06	너무 깊이 생각하지마
08	행복의 문

3. 음반명 : ‘김광석 Collection, My Way’

참해곡 : 아래 2곡

Story One “편지”

NO	My Way CD1. 곡명
07	거리에서
11	너무 아픈 사랑은 사랑이 아니었음을

Story Two “바람” - 해당 없음

Story Three “달” - 해당 없음

Story four(DVD) “풍경소리” - 해당 없음

[출 전] 판결 원문

17. 고등학교 시험문제의 저작물성

서울중앙지방법원 제61민사부 2006. 10. 18. 판결, 2005가합73377
손해배상(지)

원 고 1 내지 40

피 고 갑

변론종결 2006. 9. 27.

판결선고 2006. 10. 18.

주 문

1. 피고는 원고 27 내지 39에게 별지2 원고별손해액의 전체손해액란 각 기재와 같은 금원 및 이에 대하여 2005. 8. 30.부터 2006. 10. 18.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 각 금원을 지급하라.
2. 원고 27 내지 39의 각 나머지 청구, 원고 1 내지 26, 40의 각 청구를 각 기각한다.
3. 소송비용 중 원고 27 내지 39와 피고 사이에 생긴 부분의 9/10는 위 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담하고, 원고 1 내지 26, 40과 피고 사이에 생긴 부분은 원고 1 내지 26, 40이 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

원고 1 내지 39: 피고는 원고 1 내지 39에게 금 50,000,100원 및 이에 대한 이 사건 소장부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

원고 40(원고 27 내지 38에 대한 예비적 원고): 피고는 원고 40에게 금 20,000,100원 및 이에 대한 이 사건 소장부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼 없거나, 갑 제1 내지 10호증, 갑 제12호증, 을 제65호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 이 법원의 A고등학교, B고등학교에 대한 각 사실조회결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 원고 1 내지 26(이하 ‘A고 교사인 원고들’이라 한다)은 A고등학교, 원고 27 내지 38(이하 ‘B고 교사인 원고들’이라 한다)은 B고등학교, 원고 39(이하 ‘C고 교사인 원고’라 한다)은 C고등학교의 교사로 각 재직중인 자들로서 각 소속 고등학교 학생들의 학업성취도 평가 및 대학입시에 필요한 내신성적을 산출하기 위하여 별지1 목록 기재 각 시험문제(이하 ‘이 사건 전체 시험문제’라 한다) 중 별지1 목록의 출제자란에 해당 위 원고들의 성명이 기재되어 있는 시험문제를 단독 혹은 공동으로 출제하였다.

나. 피고는 인터넷상의 교육관련 정보 서비스 및 솔루션 관련 사업 등을 목적으로 2001. 8. 18. 설립된 주식회사로서 인터넷상에 www.○○.com(이하 ‘○○사이트’이라 한다)이라는 홈페이지를 운영하면서 전국의 중·고등학

교 시험문제를 자료화한 후 아래와 같은 서비스를 유상으로 제공함으로써 전국의 각 중·고등학교 시험문제를 복제 또는 전송하고 있다.

(1) 전국의 각 고등학교 시험문제를 스캔한 자료(이하 ‘원본형 자료’라 한다)와 ‘한글97’ 또는 ‘한글2002’ 프로그램에서 시험문제를 입력한 후 출력한 것을 이미지 파일 형태로 저장한 자료(이하 ‘한글PDF 자료’라 한다)를 6개월간 다운수 500건 한도로 가격 50,000원에, 12개월간 다운수 1,000건의 한도로 가격 80,000원에 각 다운로드 받을 수 있는 프린트전용회원용 ‘기출족보’ 서비스(이하 ‘프린트 기출 서비스’라 한다)

(2) 전국의 각 고등학교 시험문제를 위와 같이 이미지 파일 형태로 저장한 원본형 자료, 한글 PDF 자료 및 ‘한글97’과 ‘한글2002’ 프로그램에서 각 시험문제를 입력하여 정리한 자료(이하 ‘한글HWP 자료’라 한다)를 6개월간 다운수 700건 한도로 가격 80,000원에, 12개월간 다운수 1,400건의 한도로 가격 100,000원에 각 다운로드받을 수 있는 편집전용회원용 ‘기출족보’ 서비스(이하 ‘편집 기출 서비스’라 한다)

(3) 위 프린트전용회원용 ‘기출족보’ 서비스 및 시험대비특강을 6개월간 가격 120,000원에, 12개월간 가격 200,000원에 제공해주는 서비스(이하 ‘프린트 특강 서비스’라 한다)

(4) 위 편집전용회원용 ‘기출족보’ 서비스 및 시험대비특강을 6개월간 가격 150,000원에, 12개월간 가격 220,000원에 제공해주는 서비스(이하 ‘편집 특강 서비스’라 한다)

2. 이 사건 전체 시험문제의 저작물성 인정 여부

가. 당사자들의 주장

(1) 원고들의 주장

이 사건 전체 시험문제는 출제자들이 소속 학생들의 대학입시에 필요한 내신성적을 산출하기 위하여 학생들의 우열이 가려지도록 정신적인 노력과

고심 끝에 남의 것을 베끼지 아니하고 문제를 출제하였는바, 저작권법에 의하여 보호되는 창작성이 있는 저작물이다.

(2) 피고의 주장

이 사건 전체 시험문제는 기존의 교과서, 참고서 또는 공표된 다른 학교의 시험 문제 등 기존의 문제를 모방한 것으로서 출제자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있다고 볼 수 없으므로 창작성을 인정할 수 없는바, 저작권법의 보호대상이 되는 저작물이라고 볼 수 없다.

나. 판 단

(1) 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 함은 그 표현의 방법 또는 형식의 여하를 막론하고 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 일체의 물건으로서 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정에 관한 창작적인 표현물이어야 하며(저작권법 제2조 제1호 참조), 여기에서 저작물이라 함은 저작자 자신의 작품으로서 남의 것을 베낀 것이 아니라는 것과 수준이 높아야 할 필요는 없지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도로 최소한도의 창작성이 있다는 것을 의미하는바(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 참조), 이하 이 사건 전체 시험문제가 저작권법에 의한 보호를 받을 수 있는 저작물인지 여부에 관하여 살펴본다.

(2) 이 사건 전체 시험 문제 중 별지1 목록 제64항 기재 시험문제의 객관식 21번, 30번 문제 및 별지1 목록 제70항 기재 시험문제 중 객관식 5번 문제의 저작물성 인정 여부

B고 교사인 원고들이 위 각 시험문제를 단독 혹은 공동으로 출제한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 을 제1, 3, 53, 54, 57호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 별지1 목록 제64항 기재 시험문제 중 객관식 21번 문제는 2002년도 K고등학교 1학년 1학기 중간고사 객관식 11번 문제와, 별지1 목록 제64항 기재 시험문제 중 객관식 30번 문제는 2003년도 S고등학교 1학년 1학기 기말고사 객관식 17번 문제와, 별지1 목록 제70항 기재 시험문제 중 객관식 5번 문제는 2002년도 G고등

학교 1학년 1학기 기말고사 객관식 25번 문제와 완전히 동일한 사실을 인정할 수 있어, 저작권법에 의한 보호를 받을 정도의 최소한도의 창작성도 인정되지 아니하므로 위 각 B고등학교 시험문제에 대한 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 이 사건 전체 시험문제 중 위 (2)항의 각 시험문제를 제외한 부분(이하 ‘이 사건 시험문제’라 한다)의 저작물성 인정 여부

A고, B고, C고 교사인 원고들이 이 사건 전체 시험문제를 단독 혹은 공동으로 출제한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제3 내지 7호증, 을 제1 내지 61, 72, 73호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 이 사건 시험문제가 고등학교 교육과정에서 요구되는 역사적인 사실이나 문학작품 등의 인문·사회학적 지식과 이해의 정도, 자연과학적인 원리나 컴퓨터 등에 대한 지식과 이해의 정도, 외국어의 해독능력 등을 묻는 것인 사실, 교사인 원고들이 남의 것을 그대로 베끼지 아니하고 이 사건 시험문제를 출제한 사실을 인정할 수 있는바, 비록 이 사건 시험문제의 일부는 교과서, 참고서, 타 학교 기출시험문제 등의 일정한 부분을 발췌하거나 변형하여 구성된 점이 인정되고, 이 사건 시험문제가 현행 교과과정에 따른 교육내용을 전달하기 위하여 그 교육과정에서 요구되는 정형화된 내용들과 불가분의 관계에 있다 하더라도, 교사인 원고들이 자신들의 교육이념에 따라서 소속 학교 학생들의 학업수행 정도의 측정 및 내신성적을 산출하기 위하여 정신적인 노력을 기울여 남의 것을 그대로 베끼지 아니하고 이 사건 시험문제를 출제하였고, 그 출제한 문제의 질문의 표현이나 제시된 답안의 표현에 최소한도의 창작성이 있음이 인정되므로, 이 사건 시험문제는 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.

3. 이 사건 시험문제의 저작권자 판단

가. 당사자들의 주장

(1) 원고들의 주장

(가) A고, B고, C고 교사인 원고들

위 원고들이 출제한 이 사건 시험문제는 업무와 관련하여 작성한 것이지 업무상 작성한 것이 아니고, 학교 내부 구성원인 학생들에게 배포되었으므로 공표되었다고 할 수 없으며, 특히 이 사건 BC고 시험문제의 경우에는 출제자 표시가 되어 있는 기명저작물이라 할 것이므로 출제자인 위 원고들이 이 사건 시험문제의 저작권자라 할 것이다.

(나) 원고 40

위 원고는 B고등학교의 설립재단인 학교법인인바, B고 교사인 원고들에게 이 사건 시험문제 중 B고등학교 시험문제의 저작권이 인정되지 않는 경우 예비적으로, 저작권법 제9조에 의하여 원고 40이 이 사건 시험문제 중 B고등학교 시험문제의 저작권자라 할 것이다.

(2) 피고의 주장

이 사건 시험문제는 교육인적자원부 장관의 기획하에 해당 학교의 교사들이 업무상 작성한 것이고, 중간·기말고사 평가를 위하여 소속 학생들에게 배포되고 회수되지 않음으로써 공표되었다 할 것이므로, 저작권법 제9조에 의하여 이 사건 시험문제의 저작권은 대한민국에게 귀속된다.

나. 판 단

(1) 관련규정 및 그 의미

저작권법

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 저작물 : 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다.

2. 저작자 : 저작물을 창작한 자를 말한다.

16. 발행 : 저작물을 일반공중의 수요를 위하여 복제·배포하는 것을 말한다.

17. 공표 : 저작물을 공연·방송 또는 전시 그 밖의 방법으로 일반공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다.

제9조 (단체명의저작물의 저작자) 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서는 "법인 등"이라 한다)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는

저작물로서 법인등의 명의로 공표된 것(이하 "단체명의저작물"이라 한다)의 저작자는 계약 또는 근무규칙등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다. 다만, 기명저작물의 경우에는 그러하지 아니하다.

초·중등교육법

제3조 (국·공·사립학교의 구분) 제2조 각호의 학교(이하 "학교"라 한다)는 국가가 설립·경영하는 국립학교, 지방자치단체가 설립·경영하는 공립학교(설립주체에 따라 시립학교·도립학교로 구분할 수 있다), 법인 또는 사인이 설립·경영하는 사립학교로 구분한다.

저작권법 제2조 제2호에 의하면, 원칙적으로 저작물을 창작한 자가 저작자가 된다고 할 것이고, 예외적으로 저작권법 제9조에 의하면, 법인 등의 실질적 지휘·감독을 받으며 그 업무에 종사하는 자가 법인 등으로부터 직접 명령받은 것뿐만 아니라 고용의 과정에서 통상적으로 업무로서 기대되는 범위 내에서 법인 등의 기획 하에 저작물을 작성하고, 그 저작물이 법인 등의 명의로 일반 공중에게 공개되고, 저작자의 기명저작물이 아닌 경우에는 저작자가 아닌 법인 등에게 저작물의 저작권이 귀속되게 되는바, 여기서의 '일반 공중'은 불특정 다수인인 경우뿐만 아니라 특정 다수인인 경우도 의미한다.

(2) 이 사건 시험문제 중 A고등학교 시험문제(이하 '이 사건 A고 시험문제'라 한다)의 저작권자 판단

갑 제3, 5호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 이 법원의 A고등학교에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 ① 서울에 위치한 공립고등학교인 A고등학교의 학업성적관리규정에 따라서 교과 협의회에서 결정된 시험 범위 및 각 교사별 출제 내용 및 문항수에 따라서 해당 교사들이 이 사건 A고 시험문제를 출제한 사실, ② 출제자들의 출제 문제들에 대한 문항검토회의를 거쳐서 최종 시험 문제가 결정되면 대표 출제 교사가 문제지 편집과 출제계획서를 작성해 교무부 교사계, 교무 부장, 교감, 교장의 순으로 내부 결재를 받은 사실, ③ 이 사건 A고 시험문제는 시험지 우측 하단에 'A고등학교'라고 한글 또는 한자로 표시되어 있으나 출제자의

표시는 되어 있지 않은 사실, ④ 이 사건 A고 시험문제가 A고등학교 학생들에게 해당 중간기말 고사 시험평가를 위하여 배포되고 회수되지는 않은 사실을 인정할 수 있는 바, 위 인정사실에 의하면 A고등학교의 실질적 지휘·감독하에 있는 A고 교사인 원고들의 업무에는 소속 학생들의 내신 성적 등의 평가를 위하여 시험문제를 출제하는 업무가 통상적인 업무로서 포함된다고 할 것이며, 시험문제지 우측 하단에 ‘A고등학교’라고 명기되고 출제자 표시는 되어 있지 않은 이 사건 A고 시험문제가 특정 다수인인 A고등학교 해당 학년 학생들에게 시험 평가를 위하여 배포되고 회수되지 않았으므로 이 사건 A고 시험문제는 A고등학교 명의로 공표되었다고 할 것인바, A고등학교의 기획하에 그 업무에 종사하는 A고등학교 교사들이 업무상 작성한 이 사건 A고 시험문제가 A고등학교의 명의로 일반 공중인 소속 학생들에게 공표되었으므로, 단체명의저작물인 이 사건 A고 시험문제의 저작권은 저작권법 제9조에 의하여 A고등학교의 설립·경영 주체인 서울특별시에 귀속된다 할 것이다.

(3) 이 사건 시험문제 중 B고등학교 및 C고등학교 시험문제 부분(이하 위 B고등학교 시험문제를 ‘이 사건 B고 시험문제’라 하고, 위 C고등학교 시험문제를 ‘이 사건 C고 시험문제’라 하며, 이 사건 B고 시험문제와 C고 시험문제를 합쳐서 ‘이 사건 BC고 시험문제’라 한다)의 저작권자 판단

저작자가 아닌 법인 등에게 저작권법 제9조에 따라서 저작권이 귀속되기 위한 요건 중 먼저 이 사건 BC고 시험문제가 해당 학교의 명의로 공표되었는지 여부 및 저작자의 기명저작물에 해당하지 아니한지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(가) 인정되는 사실관계

B고, C고 교사인 원고들이 이 사건 BC고 시험문제를 단독 혹은 공동으로 출제한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제4, 6, 7호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 이 법원의 B고등학교에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 위 원고들이 담당과목의 시험문제를 공동

으로 출제한 경우 공동으로 문항 검토 및 수정 절차를 거친 사실, ② B고등학교, C고등학교는 각 사립학교인 사실, ③ 이 사건 BC고 시험문제가 해당 학교 학생들에게 해당 중간·기말 고사에서 교부되고 회수되지 않은 사실, ④ 이 사건 BC고 시험문제는 시험지 첫 장 상단에 출제자인 교사들의 성명이 ‘출제자’ 또는 ‘출제’란에 표시되고 출제자의 인장이 날인된 상태로 학생들에게 교부된 사실, ⑤ 이 사건 B고 시험문제의 시험지 첫 장 상단에는 학년, 학기, 과목, 시험의 종류(중간 또는 기말고사)가 표시(이하 ‘시험지 표제문구’라 한다)되어 있는데, 이 사건 B고 시험문제 중 일부(별지1 목록 제 51, 64항 기재 각 시험문제)에는 출제자가 임의적으로 시험지 표제문구에 ‘B고’를 부가해 ‘B고 1학년 영어 1학기 중간고사’, ‘B고 1학년 영어 1학기 기말고사’라고 표시한 사실, ⑥ 이 사건 B고 시험문제의 시험지 첫 장 우 상단에 연구부장, 교감, 교장의 내부결재를 거치면서 각 날인을 받은 사실을 인정할 수 있다.

(나) 이 사건 B고 시험문제의 학교 명의 공표 여부

위 (가)항 인정사실 및 다음과 같은 사정, 즉, 이 사건 B고 시험문제의 시험지 중 일부에 해당 시험을 특정하는 시험지 표제문구로 사용된 ‘B고 1학년 영어 1학기 중간고사’, ‘B고 1학년 영어 1학기 기말고사’ 표기 중 ‘B고’ 부분은 ‘중간고사’나 ‘기말고사’를 수식하는 문구에 불과하고, 출제자가 임의적으로 해당 시험을 특정하는 문구로서 ‘B고’라 표시한 것이므로 저작권 귀속주체로 표시한 것으로 보기 어려운 점, 시험문제지에 내부결재권자인 연구부장, 교감, 교장의 날인이 된 것만으로는 제3자가 B고등학교의 시험문제지라고 인식할 수 있는 표장의 표시가 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 B고 시험문제는 B고등학교의 명의로 공표되었다고 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(다) 이 사건 C고 시험문제의 학교 명의 공표 여부

이 사건 C고 시험문제가 C고등학교의 명의로 공표되었다고 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 위 인정사실에 의하면 이 사건 C고 시험문제가 학교

명의의 표시 없이 출제자의 성명만 시험지에 명기된 상태로 소속 학교 학생들에게 배포되었으므로 C고등학교의 명의가 아니라 출제자의 명의로 공표되었다고 봄이 상당하다.

(라) 출제자의 기명저작물성 여부

저작권법은 저작물을 창작한 자를 저작자로 함이 원칙이고(제2조 제2호), 단체명의저작물의 저작권에 관한 저작권법 제9조를 해석함에 있어서도 위 규정이 예외규정인 만큼 이를 제한적으로 해석하여야 하고(대법원 1992. 12.24. 선고 92다31309 판결 참조), 이 사건 BC고 시험문제에 출제자의 기명이 있음은 앞서 본 바와 같은바, 위 기명이 단순한 업무 분담의 표시에 그친다고 볼 자료가 없으므로 이 사건 BC고 시험문제는 출제자의 기명저작물이라 할 것이다.

(마) 따라서, 이 사건 BC고 시험문제는 저작권법 제9조의 단체명의저작물에 해당하지 아니하므로 B고, C고 교사인 원고들이 이 사건 BC고 시험문제의 저작권자 또는 공동저작권자라 할 것이며, 공동출제한 시험문제에 대한 공동출제자 각자의 지분은 서로 균등한 것으로 봄이 상당하다.

(4) 소결론

(가) A고, B고, C고 교사인 원고들은 각 소속 고등학교의 교사로 재직하면서 이 사건 전체 시험문제를 출제한 자로서 이 사건 전체 시험문제의 저작권자인바, 피고가 원고들의 허락 없이 이 사건 전체 시험문제를 유상으로 인터넷을 이용하여 반포·판매함으로써 교사인 원고들의 저작권을 침해하였으므로, 피고는 위 원고들에게 손해금의 일부로서 50,000,100원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장하는바, 이 사건 A고 시험문제의 저작권이 저작권법 제9조에 의하여 A고등학교의 설립·경영의 주체인 서울특별시시에 귀속됨은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 A고 시험문제의 저작권자임을 전제로 한 A고 교사인 원고들의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없고, B고, C고 교사인 원고들이 이 사건 BC고 시험문제의 단독 혹은 공동출제자로서 그 저작권이 인정됨은 앞서 본 바와 같으므로, 이하 피고의

B고, C고 교사인 원고들에 대한 손해배상의무에 대하여 살펴본다.

(나) 원고 40은, B고 교사인 원고들에게 이 사건 B고 시험문제의 저작권이 인정되지 않는 경우 예비적으로 저작권법 제9조에 의하여 원고 40이 그 저작권자라 할 것인바, 피고가 원고 40의 허락 없이 이 사건 B고 시험문제를 유상으로 인터넷을 이용하여 반포·판매함으로써 원고 40의 저작권을 침해하였으므로, 피고는 원고 40에게 손해의 일부로 20,000,100원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장하나, 이 사건 B고 시험문제의 저작권이 출제자인 B고 교사인 원고들에게 귀속됨은 앞서 본 바와 같으므로, 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 피고의 손해배상의무의 발생 여부

가. 손해배상의무에 관한 판단

갑 제7 내지 12호증, 을 제1 내지 61, 67호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고가 이 사건 B.C고 시험문제를 학교별, 지역별, 단원별로 나누어 2005. 9. 15.경까지 B고, C고 교사인 원고들의 허락 없이 피고 운영의 ○○사이트 사이트를 통해서 유상으로 고객에게 위 1.항 기재와 같이 다운로드 서비스를 제공한 사실, 피고가 이 사건 B고 시험문제를 스캔해 자료화하면서 출제자 표시를 지운 사실, 이 사건 B.C고 시험문제를 단원별 자료화(전국 학교의 시험 문제를 종합하여 각 과목의 단원별로 정리한 자료)하면서 출제자 표시를 하지 않은 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고가 B고, C고 교사인 원고들의 저작재산권 및 성명표시권을 2003. 7.경(이 사건 B.C고 시험문제 중 최초의 시험문제인 별지1 목록 제71항 기재 시험문제의 시험시행일자가 2003. 7. 5.이므로 피고는 2003. 7. 경부터 이 사건 B.C고 시험문제를 이용하였다고 추인할 수 있다)부터 2005. 9. 15.경 까지 침해하였다고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 B고, C고 교사인 원고들에게 위 기간 동안의 저작권

침해행위로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.

나. 피고의 주장 및 판단

(1) 피고는 고등학교 영어교과서 중 일부 교과서의 저작권자인 출판사들과 사용허락계약을 체결하여 사용료를 지급하고 있는바, 교과서를 인용·사용하며 시험문제를 작성한 B고, C고 교사인 원고들이 피고에게 자신의 저작권 침해를 주장하며 손해배상을 청구하는 것은 동일저작물에 대하여 2중의 사용대가 지급을 강요하는 것으로서 부당하다고 주장하나, 이 사건 BC고 시험문제가 고등학교 교과서의 일정 부분을 발췌하거나 변형하여 구성되었다 하더라도 창작성이 있는 저작물로 인정됨은 앞서 본바와 같은 바, 이 사건 BC고 시험문제 중 관련 교과서의 특정 부분을 기초로 하고 실질적으로 유사한 부분이 관련 교과서의 2차적 저작물로 인정되더라도 이 사건 BC고 시험문제는 교과서와는 독립된 별개의 저작물이라 할 것이므로, 피고가 가사 고등학교 영어교과서 중 일부 교과서의 저작권자와 사용계약을 체결하여 그 대가를 지급하였다 하더라도 이 사건 BC고 시험문제의 저작권자인 B고, C고 교사인 원고들의 피고에 대한 손해배상청구가 부당하다고 볼 수는 없으므로 위 주장은 이유 없다.

(2) 또한, 피고는 ① 이 사건 BC고 시험문제와 같은 각 학교의 시험문제는 공공기관의정보공개에관한법률(이하 ‘정보공개법’이라 한다) 및 같은 법 시행령에 의하여 누구든지 사용할 수 있도록 일반에게 공개되어야 할 자료이며, ② 교육인적자원부의 보도자료에 의하면 학교의 성적관리체제를 강화하여 시험성적 부정의 개연성을 차단하기 위하여 2006년부터 각 학교 인터넷 홈페이지에 시험문제가 공개될 예정이므로, 피고가 이 사건 BC고 시험문제를 영리 목적으로 이용하였더라도 저작권의 침해가 되지 아니하고, 위 원고들의 손해도 발생하였다고 볼 수 없다는 취지로 주장한다.

먼저 ① 주장에 대하여 살펴건대, 피고 주장과 같이 이 사건 BC고 시험문제가 정보공개법에 의하여 일반 공중에게 공개될 수 있는 정보 내지 더 나아가 공표된 저작물이라 하더라도 그 저작물을 영리목적으로 복제 사용하는

행위는 저작권을 침해하는 행위라 할 것이고, 또한 피고의 위 저작권침해행위로 인한 위 원고들의 재산상 손해는 피고의 저작권침해행위와 상당인과관계 있는 소극적손해의 모든 손해를 의미하며 소극적 손해는 침해행위가 없었더라면 위 원고들이 얻을 수 있었을 이익의 상실을 의미하는바, 피고가 저작권자들에게 동의를 얻어 정당한 대가를 지급하고 영업을 할 수 있었음에도 저작권자인 위 원고들에게 정당한 대가를 지급하지 아니하고 영리 목적으로 위 와 같이 저작권 침해행위를 한 이상 위 원고들의 소극적 손해는 발생하였다고 할 것이므로 위 주장은 이유 없다.

다음 ② 주장에 대하여 살피건대, 피고 주장과 같이 이 사건 BC고 시험문제가 2006년부터 인터넷상 일반 공중에게 공개될 예정이라 하더라도, 피고의 기존의 저작권 침해행위가 소급하여 정당화되는 것은 아니라 할 것이며, 피고의 기존의 저작권침해행위로 인한 위 원고들의 소극적 손해의 발생이 인정됨은 앞서 본 바와 같으므로 위 주장은 이유 없다.

5. 손해배상의무의 범위

가. 저작재산권침해에 대한 손해배상의 범위

(1) B고, C고 교사인 원고들은, 저작권자 등이 고의 또는 과실에 의하여 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작권자등이 받은 손해의 액으로 추정되며(저작권법 제93조 제1항), 저작권의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있으므로(저작권법 제93조 제2항), 피고에게 피고가 얻은 이익의 액 또는 이 사건 저작권의 행사로 통상 받을 수 있는 금액의 일부 청구로서 금 50,000,100원을 저작권침해로 인한 손해배상금으로 구하고 있다.

(2) 먼저 피고가 이 사건 BC고 시험문제를 이용해 얻은 이익에 대하여

살펴보기로 한다.

(가) 피고의 각 고등학교 시험문제로 인한 매출액 중 이 사건 BC고 시험문제로 인한 매출액의 비율

갑 제8호증의 3, 4, 을 제65호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 위 1.의 나.의 (1),(2)항 기재의 기출서비스의 2004. 3. 22.(피고가 다운로드 회수를 집계하기 시작한 날이다)부터 2005. 9. 15.까지의 매출액은 합계 금 1,288,250,000원(= 6개월 프린트 기출 서비스 합계 금 415,790,000원 + 12개월 프린트 기출 서비스 합계 금 196,810,000원 + 6개월 편집 기출 서비스 합계 금 172,210,000원 + 12개월 편집 기출 서비스 합계 금 503,440,000원)인 사실, 위 기간 동안의 위 1.의 나.의 (3), (4)항 기재의 특강서비스 중 시험문제 제공으로 인한 부분의 매출액(위 각 특강서비스 중 특강제공부분을 제외한 부분인 시험문제 제공의 가액은 각 대응되는 기출서비스의 가액과 같다고 볼 수 있다)은 합계 금 18,992,803원(= 6개월 프린트 특강 서비스 중 시험문제 제공 부분의 매출액 합계 금 4,262,500원 + 12개월 프린트 특강 서비스 중 시험문제 제공 부분의 매출액 합계 금 1,640,000원 + 6개월 편집 특강 서비스 중 시험문제 제공 부분의 매출액 합계 금 4,426,667원 + 12개월 특강 서비스 중 시험문제 제공 부분의 매출액 합계 금 8,663,636원)인 사실, 위 기간 동안의 이 사건 BC고 시험문제의 다운로드 회수는 406.5회{별지1 목록 제49, 51 내지 55, 58, 62, 64 내지 68, 70, 71, 73, 74항 기재 원고들 부분 다운로드란의 회수 합계 406.5회=(41+ 19.5+ 26+ 24+ 21.3+ 83+ 41+ 19+ 11.5+ 8+ 16+ 10.2+ 25+ 25+ 22.5+ 30+ 2.5+ 6)}인 사실, 위 기간 동안의 전국의 각 고등학교 시험문제 전체의 다운로드 회수는 3,172,868회인 사실이 인정되는바, 피고의 고등학교 시험문제 제공 서비스로 인한 매출액 금 1,307,242,803원(= 기출서비스를 통한 매출액 금 1,288,250,000원 + 특강서비스를 통한 매출액 금 18,992,803원)에서 이 사건 BC고 시험문제로 인한 매출액이 차지하는 비율은 0.013%(= 이 사건 B.C고 시험문제 다운로드 회수 406.5회 / 고등학교 총 다운로드 회수

$3,172,868 \times 100\%$, 소수점 네째자리에서 반올림함)가 됨은 계산상 명백하다.

따라서, 피고의 위 기간 동안(2004. 3. 22.부터 2005. 9. 15.까지를 계산의 편의 상 18개월로 본다)의 이 사건 BC고 시험문제로 인한 매출액은 169,941원(= 금 1,307,242,803원 $\times$ 0.013% / 100%, 원 미만 버림)이고, 피고의 위 저작권침해기간(2003. 7.경부터 2005. 9. 15.까지를 계산의 편의 상 26.5개월로 본다) 동안의 이 사건 BC고 시험문제로 인한 매출액은 금 250,190원(= 169,941원 $\times$ 26.5개월 / 18개월, 원 미만 버림)이라 봄이 상당하다.

(나) 피고의 이익 산정

을 제68호증의 1의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고의 2004년도 제품 매출액이 2,858,821,235원, 2004년도 제품매출원가(노무비, 임차료, 광고선전비, 콘텐츠개발비, 서버사용료, 외주가공비, 통신비, 소모재료비 등을 합친 제조원가이다)가 1,313,949,063원인 사실, 피고의 2003년도 제품 매출액이 1,024,250,088원, 2003년도 제품 매출원가가 683,857,340원인 사실이 인정되고, 피고가 이 사건 BC고 시험문제를 입수하여 스캐너 등의 장치를 이용해 이미지 파일 형태로 저장하고, ‘한글’ 프로그램을 이용하여 시험문제 내용을 그대로 입력하여 데이터베이스화하는 고정비용의 지출 이후에는 ○○사이트 인터넷 사이트의 유지비용 외에는 별다른 추가비용 없이 반복적으로 시험문제를 서비스 제공하며 이익을 얻을 수 있는 점에 비추어 피고가 이 사건 B·C고 시험문제로 얻은 이익액은 그 매출액에서 위 제품매출원가와 같은 직접 비용을 공제한 금액으로 봄이 상당하고, 그 이익률은 $48\% \{= (2004\text{년도 제품매출액 } 2,858,821,235\text{원} + 2003\text{년도 제품매출액 } 1,024,250,088\text{원} - 2004\text{년도 제품매출원가 } 1,313,949,063\text{원} - 2003\text{년도 제품매출원가 } 683,857,340\text{원}) / (2004\text{년도 제품매출액 } 2,858,821,235\text{원} + 2003\text{년도 제품매출액 } 1,024,250,088\text{원}) \times 100\%$, 소수점 이하 버림}이므로, 피고가 이 사건 BC고 시험문제로 얻은 이익액은 금 120,091원(= 이 사건 BC고 시험문제로 인한 매출액 250,190원 $\times$ 이익률 48% / 100%,

원 미만 버림)이 된다.

(3) 다음으로, 저작권의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 대하여 살피건대, 을 제 62호증, 을 제63호증의 각 기재만으로는 B고, C고 교사인 원고들이 저작권행사로 통상 받을 수 있는 금액을 산정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(4) 따라서, B고, C고 교사인 원고들이 피고의 위 저작재산권 침해행위로 인하여 입은 전체 손해는 피고의 이익액인 금 120,091원이라 할 것이고, 위 원고들의 각 손해액은 위 전체 손해액에 대하여 별지2 원고별 손해액의 원고별 다운로드 회수에 따라서 안분한 금액이라 봄이 상당하므로, 위 원고들의 각 손해액은 별지2 원고별 손해액의 재산상손해액란의 각 기재와 같다.

나. 성명표시권의 침해에 대한 위자료

피고가 B고, C고 교사인 원고들의 성명표시권을 침해하였음은 앞서 본바와 같으므로, 이 사건 BC고 시험문제에 대한 다운로드 회수, 피고의 저작권 침해의 태양 및 기간, 침해의 구체적 경위 등의 제반 사정을 종합하여 보면, 피고가 위 원고들에게 성명표시권 침해로 인하여 배상하여야 할 위자료는 별지2 원고별 손해액의 위자료란의 각 기재와 같다고 봄이 상당하다.

다. 소결론

따라서, 피고는 B고, C고 교사인 원고들에게 재산상손해액 및 위자료의 합계인 별지2 원고별손해액의 전체손해액란 각 기재와 같은 손해금 및 이에 대하여 위 원고들이 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 다음날인 2005. 8. 30.부터 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 사건 판결 선고일인 2006. 10. 18.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진등에관한특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6. 결 론

그렇다면, B고, C고 교사인 원고들의 피고에 대한 각 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하며, A고 교사인 원고들 및 원고 40의 피고에 대한 각 청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 재판장 정영진
 김승정
 박상언

<별지 1·2 생략>

[출 전] 판결 원문

18. 음악저작물의 표절 여부 - MC몽과 린이 가창한 ‘너에게 쓰는 편지’ 사건

수원지방법원 제6민사부, 2006. 10. 20. 판결, 사건 2006가합8583 손해배상(기)

원 고 A

서울 성동구

소송대리인 변호사

피 고 B

의왕시

소송대리인 변호사

변론종결 2006. 9. 29.

판결선고 2006. 10. 20.

주 문

1. 피고는 원고에게 10,000,000원 및 이에 대하여 2005. 1. 29.부터 2006. 10. 20.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 소송비용 중 1/2은 원고의, 나머지는 피고의 각 부담으로 한다.
3. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

피고는 원고에게 50,000,000원 및 이에 대하여 소장 송달일 다음날부터

다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

다음의 사실관계는 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 3호증의 각 1, 2, 갑 제4, 6, 7호증의 각 기재 내지 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 원고는 작곡자 겸 가수로 활동하면서 180여 곡을 작곡한 바 있고(한국음악저작권협회 회원번호 W0040호), 그룹 ‘더더’가 가창한 ‘It's you’를 작사·작곡하였는데, 위 곡은 그룹 ‘더더’의 2집 앨범 “The one & The other” (삼성영상사업단 제작·발매, E&E Media 배급, 1998. 11.경 공표되었다)에 수록되어 있다.

나. 피고도 한국음악저작권협회에 회원으로 등록한 작곡자로서(회원번호(생략)), 가수 ‘MC몽’과 ‘린’이 함께 가창한 ‘너에게 쓰는 편지’를 작곡하였는데, 위 곡은 가수 ‘MC몽’의 1집 앨범 “180 Degree”(M.A Wild Dog 제작, E.M.I 배급, 2004. 4.경 공표되었다)에 수록되었다.

다. 원고의 곡 ‘It's you’가 담긴 앨범은 10만 장 이상 판매되었고, 또한 위 곡은 수록 앨범의 타이틀곡으로 TV, 라디오 등 방송매체를 통하여 널리 방송된 바 있으며, 또한 상업광고의 배경음악으로도 사용된 바 있다.

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

원고는, 피고가 작곡한 ‘너에게 쓰는 편지’의 후렴구 8소절(가수 ‘린’이 가창하는 부분, 이하 ‘피고 대비 부분’이라고만 한다)은 원고가 작곡한 ‘It's

you'의 후렴부 8소절(이하 '원고 대비 부분'이라고만 한다)을 그대로 표절하거나 일부 변형하여 사용함으로써 원고의 위 곡 'It's you'에 대한 성명표시권 및 동일성 유지권을 침해하였다고 주장하면서, 위자료로서 5,000만 원의 지급을 구한다(원고는 위 곡에 대한 저작권재산권은 사단법인 한국음악저작권 협회에 신탁되었음을 이유로 저작권격권 침해로 인한 손해배상만을 구하고 있다).

나. 피고의 주장

피고는, ① '원고 대비 부분'은 미국의 전래민요인 '할아버지의 시계(Grand-father's clock)'나 스탠다드 팝(Standard Pop) 음악에서 1960년대 이후 비틀즈(Beatles) 등 여러 가수들의 곡에서 널리 사용되어 온 관용구(Cliche)로서 창작성이 없으므로, 위 부분에 관하여 저작권을 주장할 수 없고, ② 가사 '원고 대비 부분'에 창작성이 인정된다고 하더라도, '피고 대비 부분'은 그와 서로 전혀 다른 구조의 가락(melody)과 화성(chord) 진행구조를 가지고 있어 상호 유사하지 아니하며, 또한 각 대비 부분의 가락이 유사하다 할지라도 이는 화성의 진행에 따라 도입부에 사용될 수 있는 음정이 제한되어서 생긴 것일 뿐이라고 주장한다.

3. 판 단

음악저작물에 대한 저작권의 침해가 되기 위해서는 ① 피고가 원고의 저작물을 이용하였을 것, 즉 창작적 표현을 복제하였을 것, ② 피고가 원고의 저작물에 '의거'하여 이를 이용하였을 것, ③ 원고의 저작물과 피고의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있을 것 등의 세 가지 요건이 충족되어야 한다.

가. 이 사건에서 먼저, 원고의 곡 중 '원고 대비 부분'이 저작권법상 보호받을 만한 창작성이 있는지(창작성이 없는 단순한 관용구에 불과한 것인지) 여부에 관하여 보건대, 위 거시 증거 및 이 법원의 CD 검증 결과, 이 법원의 동덕여자대학교 공연예술대학장에 대한 감정축탁 결과(축탁감정인 마도원)

에 변론 전체의 취지를 종합하면 아래 사실이 인정되는바, 그렇다면 원고 대비 부분이 이미 이전부터 널리 사용되어 오던 관용구(Cliche)로서 창작성이 없는 부분에 해당하여 대비의 대상으로 삼을 수 없다는 피고의 주장은 채용하기 어렵고, 아래 인정에 배치되는 이 법원의 이정선에 대한 사실조회 결과는 믿지 아니한다.

(1) 피고가 제시한 ‘If you go’(대비 부분의 곡의 진행은 별지 목록 4 기재와 같다)의 전반부 3소절 정도의 가락이 ‘솔-도-도 / 솔-레-레 / 솔-미-미-파-미-레-도’로 구성되어, ‘솔-도-도 / 솔-레-레 / 도-레-미-파-미-레-도’로 구성된 원고의 곡과 유사한 듯 보이나, 위 대비 곡은 첫 번째와 두 번째 소절의 마지막 ‘도’음의 길이가 ‘8분음표 + 2분음표’로서 ‘8분음표 + 8분음표’로 된 원고의 곡의 동일 부분과 다르고, 첫 소절만 8분 쉼표가 있는 원고의 곡과 달리 각 소절이 모두 8분 쉼표로 시작하며, 나아가 앞 2소절을 제외하고는 화성의 진행과 박자의 분할이 전혀 달라 전체적인 유사성을 인정하기 어렵다.

(2) 또한, 피고 주장의 ‘Grandfather's clock’(대비 부분의 곡의 진행은 별지 목록 3 기재와 같다)의 해당 부분 가락이 ‘솔-도 / 시-도-레 / 도-레-미-파-미-레-도’로 구성되어, 원고 대비 부분과 일부 유사한 가락의 진행 흐름(세 번째, 네 번째 소절 부분)이 발견되기는 하나, 위 부분에 있어서도 가락 진행의 흐름을 제외한 나머지 요소들, 즉 구성음 박자의 장단, 박자의 분할, 코드의 진행 등이 전체적으로 상이하다.

나. 다음으로, 피고가 원고의 저작물에 ‘의거’하여 이를 이용하였는가 하는 점에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 원고의 곡이 1998년에 공표되었고 피고의 곡은 그로부터 약 6년이 경과한 2004년에 공표된 점, 원고의 곡을 타이틀곡으로 하여 제작된 앨범이 10만 장 이상 판매되었고, TV, 라디오 등을 통하여 널리 방송되었으며 상업 광고의 배경음악으로도 사용되었던 사정 등을 종합하여 보면, 피고의 원고 저작물에 대한 ‘접근’ 가능성이 인정되므로 피고의 곡은 원고의 저작물에 의거한 것이라 추정된다.

다. 다음으로, 원·피고의 곡의 실질적 유사성 여부에 관하여 살펴본다.

음악저작물은 일반적으로 가락(melody), 리듬(rhythm), 화성(chord)의 3가지 요소로 구성되고, 이 세 가지 요소들이 일정한 질서에 따라 선택·배열됨으로써 음악적 구조를 이루게 되는데, 음악저작물의 경우 인간의 청각을 통하여 감정에 직접 호소하는 표현물로 논리적인 인식작용이 개입될 여지가 적다는 점에서 기능적 저작물과 구분되고, 시각작용과 함께 별도의 지각(知覺)작용을 요구하는 어문저작물과도 차이가 있으며, 또한 음악저작물이 인간의 감정에 호소할 수 있도록 하기 위해서는 사람들이 선호하는 감정과 느낌을 불러일으킬 수 있는 음의 배합을 이루어야 하는데, 음의 배열 가능성은 이론상으로 무한대이나 그 중 듣기 좋은 느낌을 주는 경우는 한정되고 나아가 대중의 취향에 부합하는 경우는 더욱 한정되며, 사람의 목소리가 포함되는 가창곡의 경우 더욱 제한된다.

한편, 각 곡을 대비하여 유사성 여부를 판단함에 있어서는, 해당 음악저작물을 향유하는 수요자를 판단의 기준으로 삼아 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 대비 부분의 리듬, 화성, 박자, 템포 등의 요소도 함께 종합적으로 고려하여야 하고, 각 대비 부분이 해당 음악저작물에서 차지하는 질적·양적 정도를 감안하여 실질적 유사성 여부를 판단하여야 한다.

이 사건에서 위 거시 증거에 의하면 아래와 같은 점을 인정할 수 있다.

(1) 먼저, 원고의 곡은 4/4박자의 곡으로, 1절 전반부 16소절, 후렴구 8소절, 간주 및 코러스 4소절, 2절 전반부 16소절, 후렴구 8소절, 간주 11소절, 후반부 8소절, 후렴구 8소절의 형태로 구성되어 있고(중복되는 소절과 전주·간주부를 제외하면 총 32소절 정도이다) 총 연주시간은 3분 45초 가량 소요되며, 그 중 후렴구(이 사건 ‘원고 대비 부분’으로 ‘못갓춘 마디’로 시작된다)는 1절에 1회, 2절에 1회, 종결부에 2회 등 총 4회 진행된다.

피고의 곡도 역시 4/4박자의 곡으로, 1절 전반부 19소절, 후렴구 8소절, 2절 전반부 19소절, 후렴구 8소절, 추가 후렴구 7소절, 후반부 8소절, 후렴구

8소절, 종결부 4소절3절이고, 총 연주시간은 3분 24초 가량 소요되며, 그 중 후렴구(이 사건 ‘피고 대비 부분’으로 역시 ‘못갓춘 마디’로 시작된다)는 1절에 1회, 2절에 1회, 종결부에 1회 총 3회 진행된다.

(2) 원·피고의 각 곡 중 후렴구(각 대비 부분)만을 살펴보면{원고의 곡은 C장조이고, 피고의 곡은 Ab장조이나 가락이 기반하는 각 조(調)는 음악저작 물상 보호받는 표현의 범위에 포함되지 아니한다 할 것이므로 이를 동일하게 C장조로 변경하여 대비한 각 대비 부분의 코드 진행은 아래 표 기재와 같고, 각 가락의 구성은 별지 목록 1, 2 기재와 각 같다}, ① 1, 2소절은 각 음의 구성이 완전히 동일하고, 3, 4, 5, 6, 7소절은 서로 유사한 음의 구성으로 되어 있으며, 그 장단(長短)도 유사하여 전체적인 가락의 유사성이 인정되고, ② 각 대비 부분 8마디의 화성 진행을 대비하면 1소절, 2소절 앞부분, 3소절 뒷부분, 4소절 뒷부분, 5소절 뒷부분, 6소절 앞부분은 동일한 화성으로 구성되어 있고, 2소절 뒷부분, 5소절 앞부분, 6소절 뒷부분, 7소절 전체, 8소절 앞부분은 유사한 화성으로 구성되어 있으며, ③ 나아가 실제 가창되는 각 곡의 대비 부분의 박자, 템포, 분위기도 유사한 점 등을 종합하여 보면 위 각 대비 부분은 서로 유사하다.

[표] 이 사건 각 대비 부분의 화성 진행

	1소절		2소절		3소절		4소절		5소절		6소절		7소절		8소절	
원고	G	C	G	Am	F	Dm	Em	F	G	C	G	Am	F	Ab	F	
피고	G	C	Bdim	C/E	F	C	Em	Dm	G	C	Gm/Bb	A7	Dm	F	Gsus	
동일여부	동일	동일	유사		동일		동일	유사	동일	동일	유사	유사	유사	유사		

(3) 나아가 위 각 대비 부분은 총 8소절로 각 곡 중 일부분에 불과하지만, 각 곡의 후렴구로서 여러 차례 반복되고 있어 각 곡의 전체 연주시간에서 상당한 비율을 차지하고 있고, 각 대비 부분이 각 곡의 다른 부분들에 비하여 핵심적인 부분에 해당할 뿐만 아니라, 또한 여러 차례 반복됨으로써 각 곡의 수요자들이 전체 곡을 감상할 때 그 곡으로부터 받는 전체적인 느낌에서도 중요한 역할을 담당하는 것으로 보인다.

(4) 따라서 피고의 ‘너에게 쓰는 편지’는 원고의 곡 ‘It's you’와 실질적으로 유사하다.

라. 그렇다면 피고는 원고의 저작물을 임의로 사용함으로써 원고의 저작권, 즉 성명표시권과 동일성유지권을 침해하였다 할 것이므로, 그로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

마. 나아가 손해배상의 수액에 관하여 살펴건대, 원고의 곡 중 피고가 무단 이용한 범위와 정도, 침해행위의 태양, 침해 정도, 원고의 작곡자로서의 경력, 원·피고의 각 곡이 수록된 앨범판매고 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 고려하면, 피고가 원고에게 배상하여야 할 위자료 액수는 10,000,000원으로 정함이 상당하다.

4. 결 론

그렇다면 피고는 원고에게 10,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 송달일 다음날인 2005. 1. 29.부터 피고가 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2006. 10. 20.까지 민법 소정의 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 소정의 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하되, 소송비용은 반분하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 양재영
판사 김강대
판사 강태욱

<별지> : 생략

[출 전] 판결 원문

19. 영화 대사의 저작권 침해 여부 - 왕의 남자 ‘나 여기 있고 너 거기 있지’ 사건

서울고등법원 제4민사부 2006. 11. 14. 결정, 2006라503 영화상영금지가처분

신 청 인, 항 고 인 윤영선
서울 성북구 돈암동
소송대리인 변호사 홍○○

피신청인, 피항고인 1. 주식회사 이글픽처스
서울 중구 충무로 3가
대표이사 정○○
2. 주식회사 씨네월드
서울 중구 충무로
대표이사 이○○
3. 이준익
용인시 수지구
4. 주식회사 시네마 서비스
서울 종로구 통의동
대표이사 김○○
피신청인들 소송대리인 법무법인 신우
담당변호사 표○○

제1심 결정 서울중앙지방법원 2006. 4. 3. 2006카합584 결정

주 문

1. 신청인의 항고를 기각한다.
2. 당심에서 추가된 예비적 신청을 기각한다.
3. 항고비용 및 당심에서의 추가신청으로 인한 비용은 모두 신청인이 부담한다.

신청취지 및 항고취지

1. 주위적 신청 : 제1심 결정을 취소한다. “피신청인들은 국내영화관에서 2005. 10. 29. 개봉된 영화 ‘왕의 남자’를 상영하거나 이에 관한 영화필름, 디브이디(DVD), 비디오 테이프, 인터넷 공식 홈페이지, 인터넷 영상물 등을 제작, 복제, 판매, 배포, 해외수출, 광고, 상영하거나 그 밖의 방법으로 위 영화의 상영, 홍보와 관련하여 흥행에 제공하여서는 아니 된다. 피신청인들은 위 영화와 관련하여 이미 제작하여 보관 중이거나 배포한 영화필름, 디브이디, 비디오 테이프를 모두 수거하고, 이에 대한 피신청인들의 점유를 풀고 이를 신청인이 위임하는 집행관에게 그 보관을 명한다.”라는 취지의 결정, 위 결정위반의 경우에 대비한 간접강제 및 집행관 공시결정.

2. 당심에서 추가된 예비적 신청 : 제1심 결정을 취소한다. “피신청인들은 국내영화관에서 2005. 10. 29. 개봉된 영화 ‘왕의 남자’ 중 별지 제1목록 기재 장면, 대사를 삭제하지 아니한 상태에서는 영화를 상영하거나 이에 관한 영화필름, 디브이디(DVD), 비디오테이프, 인터넷 공식 홈페이지, 인터넷 영상물 등을 제작, 복제, 판매, 배포, 해외수출, 광고, 상영하거나 그 밖의 방법으로 위 영화의 상영, 홍보와 관련하여 흥행에 제공하여서는 아니 된다. 피신청인들은 별지 제1목록 기재 장면, 대사를 삭제하지 아니한 상태에서 위 영화와 관련하여 이미 제작하여 보관 중이거나 배포한 영화필름, 디브이디, 비디오테이프를 모두 수거하고, 이에 대한 피신청인들의 점유를 풀고

이를 신청인이 위임하는 집행관에게 그 보관을 명한다.”라는 취지의 결정, 위 결정위반의 경우에 대비한 간접강제 및 집행관 공시결정.

이 유

1. 신청인의 주장

신청인은 ‘키스’라는 희곡의 저작자인데, 2005. 12. 29. 국내 개봉된 영화 ‘왕의 남자’의 제작사(피신청인 1, 2), 영화감독(피신청인 3), 배급사(피신청인 4)인 피신청인들이 별지 제3목록 기재와 같이 위 희곡 ‘키스’의 제1막의 대사 중 대부분을 차지하는 ‘나 여기 있고 너 거기 있어’를 별지 제1목록 기재와 같이 무단으로 사용하여, 신청인의 희곡 ‘키스’에 대한 저작권을 침해하고 있다.

이로 인하여 신청인의 희곡 ‘키스’는 그 작품으로서의 가치가 심각하게 훼손되어 관객들로부터 외면당할 위기에 있으므로, 신청인의 피해를 방지하기 위하여 신청취지와 같은 가처분의 발령을 구한다.

2. 소명사실

이 사건 기록에 심문 전체의 취지를 종합하면, 다음 각 사실이 소명된다.

가. 신청인은 1996. 11.경 희곡 ‘키스’를 저작한 희곡작가 겸 대학교수이고, 피신청인들은 2005. 12. 29. 국내 개봉된 영화 ‘왕의 남자’의 제작사(피신청인 1, 2), 영화감독(피신청인 3), 배급사(피신청인 4)이다.

나. 희곡 ‘키스’의 제1부에서 주인공 남녀가 서로 떨어져 서 있는 가운데 별지 제3목록 기재와 같은 대사(그 중 밑줄 그은 부분인 ‘나 여기 있고 너 거기 있어’라는 대사가 영화 ‘왕의 남자’에서 표절하였다는 부분이다. 이하

‘이 사건 대사’라 한다)를 하고 있는데, 희곡 ‘키스’는 ‘소통의 부재’라는 주제를 효과적으로 나타내기 위하여 이 사건 대사와 이 사건 대사의 변주된 표현들을 치밀하게 배열하여 반복 사용하고 있다.

다. 영화 ‘왕의 남자’의 초반부 제8장과 마지막 제83장에서는 조선시대의 광대인 두 주인공 장생과 공길의 장님놀이 장면이 나오는데, 그 장면과 대사는 별지 제2목록 기재와 같고, 그 중 제83장은, 장생과 공길이 외줄을 위에서 줄을 힘껏 튕겨 하늘 높이 띄우는 영화의 마지막 장면(제82장) 이후에, 엔드 크레딧(End Credits : 어느 영화의 제작에 관여한 모든 사람들의 이름을 자막으로 보여주는 것)이 오르면서, 장생, 공길, 칠득, 팔복 등이 뽕과리와 복을 치며 걸어가는 장면과 영화의 한 장면이었던 장생과 공길의 장님놀이가 재연되고 있다.

라. 영화 ‘왕의 남자’의 원작 희곡인 ‘이(爾)’는 말장난, 성대모사, 흉내내기, 재담, 음담패설 등 언어유희를 이용하여 시정을 풍자하고 정치적 비리를 고발했던 조선시대의 소학지희(笑謔之戲)를 통하여 극의 갈등과 인물관계를 전개하고 있는데, 그 중 장생과 공길의 장님놀이 장면에서 이 사건 대사가 사용되고 있다.

3. 피보전권리에 관한 판단

가. 저작권 침해 여부에 관한 판단기준

어문저작물로서 저작권법에 의하여 보호를 받기 위하여는 우선 그것이 ‘창작성 있는 표현’에 해당하여야 하고, 또한 저작권 침해를 인정하기 위해서는 ① 주관적 요건으로서, 침해자가 저작권 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것, ② 객관적 요건으로서, 침해저작물과 피침해저작물과의 실질성 유사성이 인정되어야 하며, 특히 어문저작물의 경우에는 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 부분적 문자유사성(fragmented literal

similarity) 뿐만 아니라 작품 속의 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성(comprehensive nonliteral similarity)도 감안하여야 할 것이다.

나. 이 사건 대사의 창작성 여부

이 사건 대사는 일상생활에서 흔히 쓰이는 표현으로서 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 창작성 있는 표현이라고 볼 수 없고, 또한 소을 제1, 2호증의 각 기재에 의하면, 시(詩) 등 다른 작품에서도 이 사건 대사와 유사한 표현들이 자주 사용되고 있음을 알 수 있다.

다. 실질적 유사성 여부

앞서 본 바와 같이 신청인의 어문저작물인 희곡 ‘키스’ 제1부에서는 별지 제3목록 기재와 같이 이 사건 대사 및 이 사건 대사의 변주된 표현들을 치밀하게 배치하여 이러한 일련의 표현들의 결합을 통하여 인간 사이의 ‘소통의 부재’라는 주제를 표현하고 있는 반면, 영화 ‘왕의 남자’에서 사용된 이 사건 대사는 영화대본 중의 극히 일부분(영화대본은 전체 83장으로 되어 있는데, 그 중 2개의 장의 일부에 인용되고 있다)에 불과할 뿐만 아니라, 이 사건 대사는 장생과 공길이 하는 ‘맹인들의 소극(笑劇)’에 이용되어 관객으로 하여금 웃음을 자아내게 하거나(8장), 영화가 끝난 뒤 엔드 크레딧과 함께 ‘맹인들의 소극’ 장면을 보여줌으로써 관객으로 하여금 영화 ‘왕의 남자’가 광대들의 눈을 통하여 조선시대 제10대 왕인 연산군을 둘러싼 갈등과 이로 인한 죽음을 표현하고자 하였던 다소 무거운 이야기에서 벗어나 다시 일상으로 돌아가 웃을 수 있게 만드는 것이어서, 이 사건 대사가 ‘소통의 부재’라는 주제를 나타내기 위한 표현으로 사용되었다고 볼 수 없으므로, 양 저작물은 실질적인 유사성이 없다고 할 것이다.

라. 신청인의 주장

신청인은, 이 사건 대사는 관객들에게 공길과 장생에 대한 애환과 슬픔을 유발시키며 관객들을 영화에 한층 더 몰입시키는 중요 대사로 기능하고, 그로써 이 사건 영화를 본 많은 네티즌들이 감동과 찬사를 보내면서 명대사

로 인정하여 신문만평까지 등장할 정도 영화 전체를 관통하는 주제적 울림을 주고 있는바, 이러한 주제적 연관성 및 라스트 신의 강렬함, 영화 속 명대사로 선정되는 점 등에 비추어 이 사건 대사는 충분히 그 창작성이 인정되고, 그 비중은 50퍼센트 이상이라고 주장한다.

이 사건 기록에 의하면, 신청인의 주장과 같이 일부 네티즌들이 이 사건 대사를 명대사로 뽑고 있고, 이 사건 대사가 신문만평에도 한 번 등장한 점은 소명되나, 그러한 점만으로는 사람을 웃기기 위하여 만든 극이라는 의미의 소극(笑劇)에서 쓰인 이 사건 대사가 ‘소통의 부재’를 나타내는 창작성 있는 표현이라고 볼 수 없고, 달리 이를 소명할 자료도 없다(오히려, 일부 네티즌들은 영화의 라스트 신에 나오는 장생, 공길, 육갑, 칠득, 팔복의 대사는 죽은 자가 저승길에 가면서 서로 나눈 대화, 죽지 않은 자가 죽지 않았다는 의미에서 하는 말로 이해하고 있다. 또한 영화 ‘왕의 남자’의 원작 희곡인 ‘이(爾)’의 저작자인 김태웅은 희곡 ‘이(爾)’의 2005년도 공연 팸플렛 중 ‘밝혀두기’란에서 “극중 등장하는 장님놀이의 일부는 극작가이자 서예가인 신청인의 작품 키스의 일부분을 허락 없이 오마주(homage : 이는 hommage란 프랑스어에서 온 말로 경의의 표시 또는 경의의 표시로 바치는 것이라는 뜻을 가진 단어인데, 예술작품의 경우 어떤 작품이 다른 작품에 대한 존경의 표시로 일부러 모방을 한다든가, 기타 다른 형태의 인용을 하는 것을 표현할 때 쓰는 말이다)한 것이다.”라고 기재한 사실(소 갑제4호증)과 2006. 2. 10. 경 기독교방송국에 출연하여 위 영화 중 장님놀이 장면은 영화와 연극 모두에서 빠질 수 없는 장면으로서, ‘나 여기 있고, 너 거기 있지’라며 지팡이를 두드리는 장면은 관객들에게 ‘웃음과 놀이’의 진수를 확실히 각인시켜 주었고, “이 대사는 극작가 윤영선 씨의 <키스>라는 작품에서 빌려온 것”이라고 밝히고, “영화화되면서 이것이 명시되지 않아 마음에 부담이 됐다.”며 양해를 구한다는 취지의 말을 한 사실이 각 소명되나, 이는 김태웅의 개인적인 견해에 불과하고, 이를 가지고 영화 ‘왕의 남자’에서도 그러한 취지로 이 사건 대사가 사용되었다고 추정할 수는 없다고 할 것이다).

4. 보전의 필요성에 관한 판단

임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 다툼 있는 권리관계에 관하여 그것이 본안소송에 의하여 확정되기까지의 사이에 가처분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 또는 그 밖의 필요한 이유가 있는 때에 한하여 허용되는 응급적·잠정적 처분의 성격을 가지는 것으로서 임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 필요한지 여부는 당해 가처분 신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 그 밖의 제반 사정을 고려하여 합목적적으로 결정하여야 할 것이고, 특히 이 사건과 같이 피신청인들에 대하여 제품의 제작·판매 금지 등의 부작위의무를 부담시키는 이른바 만족적 가처분에 있어서는 신청인으로서 권리가 중국적으로 만족을 받는 것과 동일한 결과에 이르게 되는 반면 피신청인들로서는 본안소송에서 다투어 볼 기회조차 없이 기존의 이용상태가 부정되어 그 영업을 위협받게 될 위험이 크므로 이러한 가처분을 발령하는 데 있어서는 피보전권리와 보전의 필요성에 대하여 통상의 보전처분의 경우보다 높은 정도의 소명이 요구된다고 할 것이다.

이 사건에서 설령 이 사건 대사의 창작성이 인정되고 피신청인이 신청인의 저작권을 침해하여 그 피보전권리가 인정된다고 하더라도, 위 소명사실에서 본 바와 같이 이 사건 대사가 영화 ‘왕의 남자’에서 차지하는 비중이 크지 않은 점 등에 비추어, 현 단계에서 피신청인들로 하여금 영화의 상영 중단을 비롯하여 영화 ‘왕의 남자’에 대한 사업 활동을 중단하도록 하는 결과를 가져오는 주위적 및 당심에서 추가된 예비적 신청취지와 같은 가처분을 발령하여야 할 만한 보전의 필요성이 있다고 보기 어렵다.

5. 결 론

따라서 이 사건 신청은 피보전권리가 없거나 보전의 필요성이 없어 이를

기각하여야 할 것인바, 제1심 결정은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 신청인의 항고는 이유 없어 이를 기각하고, 당심에서 추가된 신청인의 예비적 청구도 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

2006. 11. 14.

재판장 판사 주기동
 판사 최재혁
 판사 구희근

“영화 왕의 남자 중 삭제대상 장면 및 대사”

1. 대본 제8장 ‘어느 들길 낮’ 장면 전체 및 그 중 공길과 장생이 막대기를 들고 장님놀이를 하는 장면 중 아래 대사

장 생 : ‘이봐, 나 여기 있고 너 거기 있어?’

서로 엇갈리며

공 길 : ‘아, 나 여기 있고 너 거기 있지’

또 엇갈리며

장 생 : ‘나 여기 있고 너 거기 있어?’

공 길 : ‘아, 너 거기 없고 나 여기 있지’

엇갈리다 만난다. 장생, 장난스럽게 공길을 덱석 안는다.

2. 대본 제83장 (마지막 장면) ‘어느 들길 낮’ 장면 전체 및 그 중 공길과 장생이 광대들과 들길을 걸으며 장님놀이를 하는 장면 중 아래 대사

앤드 자막 오르며

장 생 : ‘이봐, 나 여기 있고 너 거기 있어?’

공 길 : ‘아, 나 여기 있고 너 거기 있지’

육갑이 : ‘아 우리 다 여기 있지’

칠득과 팔복 : ‘나, 여기 없는데’

아련히 풍물 장단소리 들리며 앤드 자막 오른다. 끝.

“영화 왕의 남자 중 문제 장면 및 대사”

1. 대본 제8장 ‘어느 들길 낮’ 장면

공길과 장생, 땅과 하늘이 맞닿은 길을 걷고 있다.

장생 저 만치 앞에 막대기를 발견하고 쏘르르 달려가 집어든다.

공길을 돌아보더니 맹인처럼 막대기를 더듬어 짚으며 걸어온다.

공길, 장생을 멍하니 바라본다.

굳었던 표정에 옅은 미소가 번진다.

공길과 장생 마주 걸어오다 부딪친다.

둘만의 맹인 소극(笑劇)을 한다.

... (중략)

만나려고 하는데 자꾸 엇갈린다.

장 생 : ‘이봐, 나 여기 있고 너 거기 있어?’ (또 엇갈린다)

공 길 : ‘아, 나 여기 있고 너 거기 있지’ (또 엇갈린다)

장 생 : ‘나 여기 있고 너 거기 있어?’

공 길 : ‘아, 너 거기 없고 나 여기 있지’

엇갈리다 만난다. 장생, 장난스럽게 공길을 덤석 안는다.

... (중략) 끝.

2. 대본 제83장 ‘어느 들길 낮’ 장면

어디선가 장단 소리 들린다.

앤드 크레딧 오른다.

지평선 위로 공길과 장생, 나타난다.
칠득과 팔보, 팽과리와 북을 치며 나타난다.
둘만의 맹인 소극(笑劇)을 한다.
공길과 장생 마주 오다 부딪친다.

...(중략)

공길과 장생 만나려고 하는데 자꾸 엇갈린다.
장 생 : ‘이봐, 나 여기 있고 너 거기 있어?’ (또 엇갈린다)
공 길 : ‘아, 나 여기 있고 너 거기 있지’ (또 엇갈린다)
장 생 : ‘나 여기 있고 너 거기 있어?’
공 길 : ‘아, 너 거기 없고 나 여기 있지
엇갈리다 만난다.

...(중략)

공길과 장생의 맹인 소극, 지는 노을을 뒤로하고 끝없이 계속된다.

“희곡 키스 1부의 대사”

1. 남, 너 서로 떨어져 서 있다.

남 : 나 여기 있어. - 여 : 나도 여기 있어.

남 : 거기? (사이) 거기 어디? - 여 : 그냥 여기.

남 : 그냥 거기? - 여 : 아니 여기.

남 : 그러니까 거기. - 여 : 아니 거기가 아니라 여기 말이야. (사이) 여기.

남 : 그러니까 거기지. - 여 : 아니. (사이) 여기여기여기. (사이) 나 여기 있어. (긴 사이)

남 : 나, 여기 있어. - 여 : 거기? (사이) 거기 어디?

남 : 그냥 여기. - 여 : 그냥 거기? - 남 : 아니, 여기 - 여 : 그러니까 거기.

남 : 아니 거기가 아니라 여기 말이야. (사이) 여기. (사이) 나 여기 있고 너 거기 있어.

여 : 나 여기 있고 너 거기 있어. (사이)

남 : 너? - 여 : 나. - 남 : 그러니까 너. - 여 : 아니 나. (사이)

남 : 있다고? - 여 : 응. - 남 : 나도 그래. - 여 : 너도? - 남 : 아니 나. (사이)

여 : 너라니까. - 남 : 나라니까. (사이) - 여 : 나? - 남 : 아니 너. (사이)

여 : 나 여기 있고 너 거기 있어? - 남 : 아니, 나 여기 있고, 너 거기 있어.

여 : 아니라니까. (사이) 나 여기 있고 너 거기 있어. (긴 침묵)

남 : 나 거기 있고 너 여기 있어. (사이) - 여 : 다시 해봐.

남 : 나 거기 있고 너 여기 있어. (사이) - 여 : 틀렸어. (사이)

남 : 나 여기 있고 나 거기 있어. (사이) - 여 : 틀렸어. (사이)

남 : 나 여기 있고 너 거기 있어. (사이) - 여 : 틀렸어. (사이)
 남 : 나 여기 없고 나 거기 있어. (사이) - 여 : 틀렸어. (사이)
 남 : 나 여기 있고 너 거기 없어. (사이) - 여 : 틀렸어. (사이)
 남 : 나 거기 없고 너 거기 없어. (사이) - 여 : 틀렸어. (사이)
 남 : 나 거기 없고 너 여기 없어. (사이) 틀렸어? (사이)
 너 여기 없고 나 여기 없어. (사이) 틀렸어? (사이)
 너 거기 없고 나 여기 없어. (사이) 틀렸어? (사이)
 나 거기 없고 나 여기 없어. (사이) 틀렸어? (사이)
 나 여기 없고 너 여기 없어. (사이) 틀렸어? (사이)
 나 여기 없고 나 거기 없어. (사이) 틀렸어? (긴 침묵)
 여 : 모르겠어. - 남 : 모르겠어? - 여 : 그래 - 남 : 그래? (사이)
 여 : 그래. (사이) 그래? - 남 : 그래 (긴 침묵)
 여 : 추워? - 남 : 응. (사이) 추워? - 여 : 응
 남 : 가까이 와. - 여 : 어디로? (사이) ... (중략). 끝.

[출 전] 결정 원문

20. 사자(死者)에 대한 초상권 및 퍼블리시티권 보호 - ‘이효석’ 사건

서울동부지법 2006. 12. 21. 판결, 2006가합6780 손해배상(기)등

원 고 소송대리인 변호사 이병길

피 고 주식회사
소송대리인 변호사 함영주

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청구취지

피고는 원고에게 금 20,000,000원 및 이 사건 소장부분 송달 다음달부터 완제일까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하고, 피고가 발행하는 스타 상품권에서 이효석의 초상과 서명을 삭제하지 아니하고는 스타상품권을 발행하여서는 아니 된다.

이 유

1. 기초사실

다음 사실들은 당사자들 사이에 다툼이 없거나 갑 제1호증, 제4호증(가지



번호 포함), 을 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 원고는 소설가 이효석(1942. 5. 사망)의 상속인 중 1인이고, 피고 회사는 상품권발행업 등을 목적으로 하는 회사이다.

나. 피고 회사는 2004. 12. 17.경부터 2006. 2. 23.경까지 이효석의 초상 및 서명 “단편소설 ‘메밀꽃 필 무렵’”이라는 문구 및 ‘이효석(李孝石/1907~1942) 한국의 소설가, 호 가산(可山)’이라는 간단한 설명을 전면에 기재한 스타상품권(소위 문화상품권의 일종이다) 5,000원권 55,000장, 10,000원권 58,255장(이하 ‘이 사건 상품권’이라 한다)을 발행하였다.

다. 이 사건 상품권은 영화관, 주유소, 서점, 놀이동산, 백화점 등의 업종 중 지정된 업체에서 사용할 수 있다.

2. 원고의 청구에 관한 판단

가. 이효석의 인격권 침해 및 명예훼손으로 인한 손해배상청구에 관한 판단

(1) 원고는, 피고 회사가 이효석의 상속인인 원고의 허락 없이 임의로 이효석의 초상 및 서명 등을 이 사건 상품권에 사용하였고 특히 이 사건 상품권을 성인오락실의 경품용으로 제공함으로써 이효석의 인격권을 침해하고 그의 명예를 훼손하였으므로 그로 인한 손해를 배상하여야 한다고 주장한다.

(2) 살피건대, 피고 회사가 임의로 이효석의 초상 및 서명 등을 이 사건 상품권에 사용한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 이 사건 상품권이 성인오락실의 경품용으로 사용되었다는 점을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 이 사건 상품권에는 이효석의 초상 및 서명을 게재한 후 그를 소설가로 소개하면서 그이 대표적인 작품인 ‘메밀꽃 필 무렵’을 기재하여 위 상품권을 사용하는 사람들에게 이효석 및 그의 작품 등을 알리는 효과가 있으며, 또한 이 사건 상품권 뒷면에는 상품권의 사용처로 극장이나 서점, 주유소, 음식점 등을 표시하고 있는 바, 비록 상품권의 속성상 상업적 이용에 사용되는 것이기는

하나 그 구체적 사용 용도 등에 비추어 보면 이 사건 상품권의 전면에 이효석의 초상을 게재하고 그의 서명 및 ‘메밀꽃 필 무렵’이라는 대표작을 기재한 행위가 이효석의 인격권은 침해하거나 그의 명예를 훼손하였다고 보기는 어려우므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

나. 이효석의 초상권 침해로 인한 손해배상 청구에 관한 판단

(1) 원고는, 피고 회사가 이 사건 상품권에 이효석의 초상을 임의로 사용함으로써 이효석의 초상권을 침해한바, 그로 인한 손해를 배상하여야 한다고 주장한다.

(2) 초상권이라 함은 개인의 동일성을 파악할 수 있게끔 하는 모든 가시적인 개성들, 즉 자신의 얼굴이나 용모 또는 신체적인 특징 등에 대해 그 개인이 가지는 일체의 이익을 내용으로 하는 권리라고 할 수 있고, 그 구체적 내용으로 ① 함부로 얼굴을 촬영당하지 않을 권리, 즉 촬영거절권으로서의 초상권, ② 촬영된 초상 사진, 작성된 초상의 이용거절권으로서의 초상권, ③ 초상의 이용에 대하여 초상 본인이 가지는 재산적 이익, 즉 재산권으로서의 초상권 등으로 구분될 수 있으며, ③의 권리가 재산권에 가까운 데 비해 ①, ②의 권리는 인격권적 권리라고 할 수 있을 것이다(③의 권리는 아래 다항에서 보는 퍼블리시티권의 일부라고 볼 수 있다).

(3) 이 사건의 경우, 피고 회사가 이미 작성된 이효석의 초상을 본인의 승낙 없이 사용한 바, 이는 이용거절권으로서의 초상권 침해 문제에 해당한다고 할 것이므로 먼저 사자에 대하여 초상권을 인정할 수 있는지에 관하여 보기로 한다.

살피건대, 인격권으로서의 초상권은 일신전속적 권리라고 할 것이어서 사자는 원칙적으로 그 권리 주체가 될 수 없고, 가사 일정한 경우 사자의 초상권이 인정될 수 있다고 보더라도 살아있는 사람의 초상권과 달리 그 보호범위를 제한적으로 인정하여야 할 것인데, 유사한 성격의 권리인 저작 인격권의 경우 저자의 사후 그의 명예를 훼손하는 정도에 이르는 행위를 금지하는 방법으로 보호되고 있는 점(저작권법 제14조의 제2항 참조) 등에 비추어 볼때 사자의 초상권도 사자의 초상을 사용한 것이 그 명예를 훼손하

는 정도에 이른 경우에만 제한적으로 인정될 수 있다고 할 것인바(명예훼손 정도에 이르지 못한 경우에는 퍼블리시티권에 의한 보호가 가능하므로 불합리한 결과가 되지 아니한다), 이 사건의 경우 이 사건 상품권의 사용처나 기재 내용 등에 비추어 피고 회사가 이 사건 상품권에 이효석의 초상을 게재한 것이 이효석의 명예를 훼손하는 정도에 이르지 않았음은 이미 위에서 살펴본 바이므로 이 부분 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

다. 퍼블리시티권의 침해로 인한 손해배상청구에 관한 판단

(1) 원고의 주장의 요지

원고는, 피고 회사가 이효석의 초상 및 ‘메밀꽃 필 무렵’이라는 문구를 임의로 이 사건 상품권에 사용한 것은 이효석의 초상이 갖는 경제적 이익에 관한 배타적 권리, 즉 퍼블리시티권을 침해한 것이므로, 피고 회사는 이효석의 퍼블리시티권의 상속인인 원고에게 위 침해로 인한 손해배상을 지급하여야 한다고 주장한다.

(2) 퍼블리시티권의 인정 여부

소위 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라 함은 사람이 그가 가진 성명, 초상이나 기타의 동일성(identity)을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리를 말한다고 할 것이다.

이러한 권리에 관하여 우리 법에 명문의 규정은 없으나, 대부분의 국가가 법령 또는 판례에 의하여 이를 인정하고 있는 점, 이러한 동일성을 침해하는 것은 민법상의 불법행위에 해당하는 점, 사회의 발달에 따라 이러한 권리를 보호할 필요성이 점차 증대하고 있는 점, 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치는 그 자체로 보호할 가치가 충분한 점 등에 비추어 해석상 이를 독립적인 권리로 인정할 수 있다고 할 것이다.

또한, 이러한 퍼블리시티권은 유명인뿐 아니라 일정한 경우 일반인에게도 인정될 수 있으며, 그 대상은 성명, 사진, 초상, 기타 개인의 이미지를 형상화하는 경우, 특정인을 연상시키는 물건 등에 널리 인정될 수 있다.

결국, 퍼블리시티권의 대상이 초상일 경우 초상권 중 재산권으로서의 초

상과 동일한 권리가 된다.

(3) 퍼블리시티권의 상속성 및 존속기한

퍼블리시티권이 상속될 수 있는지에 관하여 보건대, 퍼블리시티권은 인격권보다는 재산권에 가까운 점, 퍼블리시티권에 관하여는 그 성질상 민법상의 명예훼손이나 프라이버시에 대한 권리를 유추적용하는 것보다는 상표법이나 저작권법의 규정을 유추적용함이 상당한데 이러한 상표권이나 저작권은 상속 가능한 점, 상속성을 부정하는 경우 사망이라는 우연적 요소에 의하여 그 재산적 가치가 크게 좌우되므로 부당한 결과를 가져올 우려가 큰 점 등에 비추어 상속성을 인정함이 상당하다.

또한, 이러한 퍼블리시티권이 명문의 규정이 없는 권리이기는 하나 무한정 존속한다고 해석할 경우 역사적 인물을 대상으로 하는 상업적 행위가 대부분 후손들의 동의를 필요로 하게 되어 불합리한 결과를 가져올 뿐 아니라 현실적으로 상속인을 찾아 그러한 동의를 얻기도 사실상 불가능한 점, 본인의 사망 후 시간의 흐름에 따라 사자의 성명이나 초상을 자유로이 이용할 수 있도록 하여야 할 공공의 이익도 상당한 점 등에 비추어 그 존속기간을 해석으로나마 제한할 수밖에 없다고 할 것이다.

그 방법으로는 퍼블리시티권과 가장 성격이 유사한 권리의 존속기간을 참조할 수밖에 없다고 할 것인바, 퍼블리시티권은 현행법상의 제 권리 중 저작권과 가장 유사하다고 할 수 있고, 저작권법 제36조 제1항 본문은 저작재산권의 보호기간을 저자의 사망 후 50년으로 규정하고 있으므로 이를 유추적용하여 퍼블리시티권의 존속기한도 해당자의 사후 50년으로 해석함이 상당하다고 할 것이다.

(4) 판 단

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정 사실에 의하여 피고 회사가 이 사건 상품권을 최초의 발행할 당시 이효석이 사망한 때로부터 약 62년이 경과하였으므로 결국 그 시점에서 이효석의 퍼블리시티권은 더이상 독점적 권리로서 보호될 수 없었다고 보아야 할 것이어서 원고의 이 부분 청구 역시

받아들일 수 없다.

라. 원고의 명예훼손으로 인한 손해배상에 관한 판단

원고는, 선친인 이효석의 작품 수집과 발간, 문학사적 의미의 탐구와 연구에 일생을 바쳐왔는데 피고 회사가 원고의 동의 없이 무단으로 이 사건 상품권에 이효석의 초상과 서명 등을 사용함으로써 지인들로부터 선친을 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 취하였다는 오해를 받게 된바, 그로 인하여 자신의 명예가 훼손되었다고 주장한다.

살피건대, 피고 회사가 원고의 동의 없이 이효석의 초상 등을 이 사건 상품권에 이용한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 이로 인하여 원고의 명예에 구체적으로 어떠한 훼손을 주었다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 이를 전제로 하는 원고의 위 주장은 이유 없다.

마. 초상 등의 사용금지 청구에 관한 판단

원고는, 피고 회사가 발행하는 상품권에서 이효석의 초상과 서명을 삭제할 것을 구하나, 이효석의 초상이나 서명 등에 관한 퍼블리시티권의 존속기한이 도과하였음은 이미 위에서 살펴본 바이므로 위 퍼블리시티권이 존속함을 전제로 하는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

3. 결 론

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

재판장 판사 김용석
판사 이재진
판사 남세진

[출 전] 판결 원문

21. 음반제작과 이용허락 범위(1) - ‘베이비복스’ 편집 음반 사건

대법원 2006. 12. 22. 판결, 2006다21002 손해배상(지)

원고, 상 고 인 사단법인 한국음악저작권협회
소송대리인 법무법인 신우
담당변호사 이일우외 5인

피고, 피상고인 윤등용외 1인
소송대리인 변호사 고봉석

원심판결 서울고법 2006. 3. 15. 선고 2005나48392 판결

주 문

상고를 기각한다.
상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고보충이유서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 저작권재산권 신탁 후 저작자가 체결한 이용허락계약의 효력에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 2003. 7. 1.경 신보인세제(新譜印稅制)를 시행하기 이전에는 원심판결의 [별지] 목록 기재 각 음악저작물 중 위탁 여부란 “0” 표시의 음악저작물(이하 ‘이 사건 음악저작물’이라 한다)의 각 작사자 및 작곡자(이하 ‘이 사건 저작자들’이라 한다)에게 ‘저작자 자신이 신보음반의 제작자에 대하여 음악저작물의 이용을 허락할 수 있는 권리’를 묵시적으로 유보시킨 채 이 사건 저작자들로부터 이 사건 음악저작물에 대한 저작권재산권을 신탁받은 것이므로, 그 신탁 후 이 사건 저작자들과 피고 윤등용 사이에 체결된 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락계약의 효력을 다룰 수 없다는 취지로 판단하였음은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 저작권재산권의 신탁이나 저작권재산권신탁계약의 해석 등에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 및 심리미진 등의 위법이 없다.

2. 음반제작자의 복제·배포권 및 음악저작물에 대한 이용허락의 범위에 대하여

저작권법 제2조 제7호, 제67조는 음(音)을 음반에 맨 처음 고정한 음반제작자는 그 음반을 복제·배포할 권리를 가진다고 규정하는 동시에 같은 법 제62조에서 음반제작자 등의 저작인접권에 관한 규정이 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다고 규정하고 있는바, 음반제작자의 저작인접권은 음을 음반에 맨 처음 고정시키는 행위를 통하여 생성된 음반에 관하여 발생하는 권리로서 작사자나 작곡자 등 저작자의 저작물에 관한 저작권재산권과는 별개의 독립된 권리이기는 하나, 저작인접물인 음반의 복제·배포에는 필연적으로 그 음반에 수록된 저작물의 이용이 수반되므로, 음반제작자 자신도 그 저작물의 저작권재산권자로부터 이용허락을 받지 않으면 그

음반을 복제·배포할 수 없다. 그리고 저작권법 제42조 제2항은 저작재산권 자로부터 저작물의 이용허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다고 규정하고 있는바, 음반제작자와 저작재산권자 사이에 체결된 이용허락계약을 해석함에 있어서 그 이용허락의 범위가 명백하지 아니한 경우에는 당사자가 그 이용허락계약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 이용허락계약에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행, 당사자의 지식, 경험 및 경제적 지위, 수수된 급부가 균형을 유지하고 있는지 여부, 이용허락 당시 당해 음악저작물의 이용방법이 예견 가능하였는지 및 그러한 이용방법을 알았더라면 당사자가 다른 내용의 약정을 하였을 것이라고 예상되는지 여부, 당해 음악저작물의 이용방법이 기존 음반시장을 대체하는 것인지 아니면 새로운 시장을 창출하는 것인지 여부 등 여러 사정을 종합하여 그 이용허락의 범위를 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 윤등용이 1997년경부터 2001년경까지 이 사건 저작자들로부터 이용허락을 받아 ‘베이비복스 1집 내지 5집’에 수록된 총 58곡의 원반(原盤, Master Tape, 이하 ‘이 사건 원반’이라고 한다)을 제작하면서 이 사건 원반의 기획, 악단의 편성 및 섭외, 녹음 및 편집, 홍보 등 대부분의 제작업무 및 이에 소요되는 제반 비용을 부담하였고, 이 사건 저작자들 중 이 사건 원반의 제작에 참여한 자에 대하여는 별도의 작업비용을 지급하였던 점, 피고 윤등용과 이 사건 저작자들은 위 이용허락 당시 거래관행에 따라 그 이용기간, 최초로 지급되는 정액의 금원(통상 ‘곡비’라고 부른다) 외의 사용료 지급 여부 및 그 방식, 음악편집권의 주체 및 편집횟수, 매체선택을 포함한 이 사건 원반의 이용방법 등에 관하여 명시적으로 약정하지는 아니하였지만, 이 사건 저작자들로서는 음반을 출시한다고 하더라도 투자된 비용을 회수하고 이윤을 창출할 수 있을지가 불확실하여 그로 인한 저작권사용료 수입의 극대화보다는 자신의 음악저작물이 널리 알려짐으로

써 출판, 공연, 방송 등을 통하여 저작권사용료 수입을 극대화하는 것에 더 큰 관심을 가지고 음반제작자의 기획·제작 및 홍보능력에 의지하여 그에게 자신의 음악저작물에 관하여 실연, 악단의 편성, 녹음, 편집, 홍보방법 등에 있어서 별다른 제한을 두지 않고 이용을 허락한 것으로 보이는 점, 피고 윤등용과 이 사건 저작자들은 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락 당시 장차 음반제작자인 피고 윤등용이 음반시장의 변화에 대응하여 이 사건 음악저작물의 실연자로 예정된 ‘베이비박스’가 부른 노래만으로 구성된 별도의 편집음반에 이 사건 음악저작물을 포함시킬 수 있다는 정도는 예견할 수 있었던 점, 피고 윤등용이 이 사건 원반 중 이 사건 음악저작물을 포함한 39곡의 원반을 복제하여 제작·판매한 ‘베이비박스 5.5집 스페셜 앨범’(이하 ‘이 사건 편집음반’이라고 한다)은 모두 ‘베이비박스’에 의하여 실연된 곡들을 수록한 것으로서, 대부분 기존의 ‘베이비박스 1집 내지 5집’에 실린 곡들로 이루어져 음반시장의 측면에서는 ‘베이비박스 1집 내지 5집’을 대체하는 성격이 짙은 점 등의 여러 사정을 종합하여, 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락의 범위에는 이 사건 편집음반의 제작·판매도 포함되어 있다는 취지로 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 음악저작물에 대한 이용허락의 범위 등에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 및 심리미진 등의 위법이 없다.

그리고 피고 윤등용이 이 사건 저작자들로부터 이용허락을 받아 이 사건 원반을 제작한 이상 그 이용허락의 구체적인 범위와 관계없이 음반제작자의 복제·배포권의 행사로서 당연히 이 사건 편집음반을 제작·판매할 수 있다고 본 원심의 판단은, 원심판결의 내용 자체로 보더라도 위에서 본 판단에 덧붙여 한 부가적 판단임이 명백하므로, 위에서 본 바와 같이 원심의 주된 판단이 정당한 이상 위 부가적 판단에 잘못이 있더라도 판결 결과에는 아무런 영향을 미치지 못한다. 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

3. 음반의 복제 등의 범위 및 편집저작물 작성권 침해 여부에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 편집음반은 가수의 노래와 반주는 바꾸지 않고 재생시간을 고려하여 수록된 곡과 곡 사이의 브릿지 부분과 전주와 후주 부분 중 일부를 생략하고 있으나, 그와 같이 생략된 부분은 이 사건 저작자들의 창작 부분이라기보다는 저작물을 편곡하여 원반을 제작하는 과정에서 프로듀서 등의 창작활동으로 형성된 부분이고, 이 사건 편집음반에 수록된 곡들은 모두 이 사건 저작자들이 자신의 저작물을 가창하도록 허락하였던 ‘베이비복스’에 의하여 실연된 것으로서 이 사건 음악저작물이 원래 서로 다른 음반에 수록된 곡들 및 다른 신곡 2곡과 혼재되어 이 사건 편집음반에 수록되었다는 사정만으로 이 사건 저작자들의 고유한 음악적 영감 등이 변질되거나 음악적 느낌이 저감되었다고 보기 어렵다는 이유로, 이 사건 편집음반의 제작이 음반의 복제의 범위를 벗어나 전혀 새로운 음반을 만들어 냄으로써 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락의 범위를 일탈한 것이라는 원고의 주장을 배척하였음은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 음반의 복제 및 음악저작물에 대한 이용허락의 범위에 관한 법리오해나 심리미진 등의 위법이 없다.

그리고 이 사건 저작자들의 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락의 범위에 이 사건 편집음반의 제작·판매도 포함되어 있음은 앞서 살펴본 바와 같고, 저작권법 제41조 제2항은 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 같은 법 제21조의 규정에 의한 2차적 저작물 또는 편집저작물을 작성할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다고 규정하고 있는바, 기록을 살펴봐도 원고가 이 사건 저작자들로부터 이 사건 음악저작물에 대한 저작재산권을 신탁받으면서 이 사건 음악저작물에 관한 편집저작물을 작성할 권리까지 이전받았다고 인정할 만한 자료가 없으므로, 이 사건 편집음반이 편집저작물에 해당하는지 여부는 별론으로 하고, 이 사건 음악저작물의

저작재산권을 신탁받은 원고가 편집저작물 작성권을 침해당하였음을 이유로 피고들에게 그 손해의 배상을 구할 수는 없다. 이 점을 다투는 상고이유의 주장은 이유 없다.

4. 저작권사용료 상당의 부당이득반환에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 피고 윤등용이 신보인세제 시행 이전에 이 사건 저작자들에게 이른바 ‘곡비’라는 명목으로 지급한 정액의 금원에는 피고 윤등용이 이 사건 음악저작물에 대한 작사·작곡 등을 의뢰할 당시 이미 예정되거나 또는 앞으로 예견할 수 있는 범위 내에서 이루어지는 이 사건 음악저작물의 이용에 대한 저작권사용료가 포함되어 있다고 봄이 상당하고, 이 사건 편집음반의 제작·판매가 피고 윤등용이 이 사건 저작자들로부터 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락을 받을 당시 예견할 수 있었던 이용허락의 범위에 속하고, 원고가 이 사건 저작자들로부터 이 사건 음악저작물에 대한 저작재산권을 신탁받으면서 이 사건 저작자들에게 이용허락권을 묵시적으로 유보함으로써 위 이용허락의 효력을 다룰 수 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고들이 이 사건 편집음반을 제작·판매함으로써 법률상 원인 없이 이 사건 음악저작물에 대한 저작권사용료 상당의 이득을 얻고 원고에게 동액 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 저작권사용료 상당의 부당이득반환에 관한 채증법칙 위반이나 심리미진 등의 위법이 없다.

5. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박일환
주 심 대법관 김용담
대법관 박시환
대법관 김능환

[출 전] 판결 원문

서울고등법원 제4민사부 2006. 3. 15. 판결, 2005나48392 손해배상(지)

원고, 항 소 인 사단법인 한△음악저작권협회
서울 ○○구 ○○동649 ○○빌딩
대표자 이사 지◇길
소송대리인 법무법인 송백
담당변호사 조용완

피고, 피항소인 1. 윤□용
서울 ○○구 ○○동
2. 주식회사 도△미미디어
○○시 ○○면 ○○리
대표이사 박☆성
피고들 소송대리인 변호사 고봉석

제1심 판결 서울중앙지방법원 2005. 5. 20. 선고 2004가합36876 판결

변론종결 2006. 2. 22.

판결선고 2006. 3. 15.

주 문

1. 원고의 피고들에 대한 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 원고의 부담으로 한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고들은 각자 원고에게 149,478,928원 및 이에 대한 2002. 4. 23.부터 이 사건 청구취지 및 원인 변경 신청서 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 1호증, 갑 2호증의 1 내지 20, 갑 3, 4호증, 을 1호증의 1 내지 5, 을 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있다.

가. 원고는 1988. 2. 23. 저작권법 제78조 제1항에 기하여 문화관광부장관으로부터 허가를 받아 음악저작물의 관리, 사용승인 등 저작권신탁관리업을 영위하는 법인이고, 피고 윤□용은 ‘DR뮤직’이라는 상호로 음반기획업을 하는 자이며, 피고 주식회사 도△미미디어(이하 ‘피고 회사’라 한다)는 음반 제작 및 유통업 등을 영위하는 법인이다.

나. 원고는 1991. 8.경부터 1999. 8.경 사이에 별지 목록 기재의 각 음악저작물 중 위 목록 위탁여부란 “0”표시의 음악저작물(이하 ‘이 사건 음악저작물’이라 한다)의 각 작사자 및 작곡자(이하 ‘이 사건 저작자들’이라 한다)와

사이에, 이 사건 저작자들이 기왕에 보유하거나 장차 취득하게 되는 저작권을 계약기간(계약기간은 5년으로 하고, 상호 이의가 없는 한 10년 단위로 기간이 자동 연장되어 저작권 존속기간 만료시까지로 한다) 동안 원고에게 신탁하여 관리하도록 하고, 원고는 그 관리로 얻은 저작물 사용료 등을 이 사건 저작자들에게 분배하기로 하는 내용의 저작권신탁계약을 체결하였다.

다. 피고 윤□용은 2002. 4.경 이 사건 음악저작물이 포함된 음반명 ‘○○○ 5.5집 스페셜 앨범’을 기획하고, 피고 회사에게 도급을 주어 위 앨범을 CD 및 TAPE 각 3편, VCD 1편에 나누어 수록하는 방식으로 이를 제작한 후, 2002. 4. 13.부터 2002. 12. 31.까지 위 CD(VCD 포함) 및 TAPE 합계 240,349개(CD 131,592개 및 TAPE 108,757개, 이하 ‘이 사건 편집음반’이라 한다)를 CD는 개당 14,900원에, TAPE는 개당 7,600원에 판매하였다.

라. 이 사건 편집음반에 수록된 곡 중 별지 목록 CD1 및 TAPE1의 순번 1 ‘우연’과 순번 2 ‘Go’(이하 ‘이 사건 신곡’이라 한다)를 제외한 나머지 곡들은 피고 윤□용이 1997.경부터 2001.경까지 그 원반(原盤, Master Tape)을 제작한 ○○○ 1집 내지 5집(이하 ‘이 사건 원반’이라 한다)에 수록된 총 58곡 중 39곡을 위 원반에 고정된 음을 그대로 복제한 후 가수의 노래와 반주는 바꾸지 않고 전주와 후주 부분의 일부를 줄이거나 곡과 곡 사이의 브릿지를 없애는 등으로 원래 4분 분량의 곡을 3분 30초 정도로 줄이고 그 순서를 바꿔 수록한 것이고, 이 사건 신곡은 피고들이 이 사건 편집음반을 제작하면서 그 작사자 및 작곡자인 소외 김×환, 김●라의 이용허락을 받아 최초로 그 음을 고정하여 수록한 것이다. 한편, 이 사건 원반은 이 사건 음악 저작물의 음이 맨 처음 고정된 ‘신보음반’이며, 이 사건 원반과 이 사건 편집음반은 ‘○○○’라는 가수가 부른 노래 또는 가수의 노래가 생략된 반주만으로 구성되어 있다.

마. 피고 윤□용은 이 사건 편집음반의 제작을 기획하였고, 피고 회사는 피고 윤□용으로부터 의뢰를 받고 피고 윤□용이 제공한 원반을 이용하여 판매용 음반을 제작한 다음 이를 전국 도매상에 공급하는 업무를 담당하였는

데, 피고들은 이 사건 편집음반을 제작·판매함에 있어 원고로부터 이 사건 음악저작물에 관한 별도의 이용허락을 받지 않았다.

2. 저작권침해로 인한 손해배상청구에 대한 판단

가. 당사자들의 주장

(1) 원고는, ① 피고 윤□용이 이 사건 원반을 제작할 당시에 이 사건 저작자로부터 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락을 받지 않았고, ② 설령, 피고 윤□용이 이 사건 원반 제작에 대해 이용허락을 받았다 하더라도 그 허락을 받은 시점이 원고가 위 저작자들과 저작권신탁계약을 체결한 이후이므로 위 이용허락은 무권리자로부터의 허락으로서 그 효력이 없고, ③ 이 사건 원반 제작에 대한 이용허락이 유효하더라도 그 이용허락의 범위 및 피고 윤□용이 저작인접권자로서 가지는 복제·배포권의 범위는 이 사건 원반의 제작·판매에만 미칠 뿐이고, 이 사건 원반에 고정된 음원에 일부 변형을 가하고 곡의 배열 순서를 바꾸어 다른 신곡과 함께 새로운 편집음반을 제작하는 것은 위 허락의 범위를 벗어나는 것이므로, 피고들은 이 사건 편집음반의 제작·판매를 위하여는 저작권자인 원고로부터 다시 이용허락을 받아야 함에도 불구하고, 원고로부터 이러한 이용허락을 받지 아니하였으니, 피고들은 각자 원고에게 저작권 침해에 따른 손해를 배상하여야 한다고 주장한다.

(2) 이에 대하여 피고들은 ① 피고 윤□용은 이 사건 저작자로부터 이 사건 원반 제작 당시에 이용허락을 받았고, ② 위 이용허락 당시에는 음반제작자가 신보음반을 제작할 경우에는 음악저작자로부터만 음악저작물의 이용허락을 받으면 되고, 별도로 원고로부터 이용허락을 받지 않더라도 그 이용허락은 유효한 것으로 취급되어 원고는 음반제작자에게 음악저작물의 사용료를 청구하지 않는 것이 관행이었으며, ③ 피고들의 이 사건 편집음반 제작·판매 행위는 이 사건 원반 제작 당시의 이용허락의 범위 내에서 이

사건 원반에 대하여 저작권접권자로서 가지는 복제·배포권을 정당하게 행사한 것이므로 피고들은 원고의 저작권을 침해한 것이 아니라고 주장한다.

나. 판 단

(1) 피고 윤□용이 이 사건 원반 제작에 대하여 적법한 이용허락을 받았는지 여부

(가) 을 2호증, 을 4호증의 1, 2, 을 5호증의 1 내지 5의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 이 사건 저작자들 중 원◇우, 김●라, 이□승, 조▽희, 방♡혁, 주◎훈, 전■규, 노◆주, 정▲준, 곽▼석 등은 피고 윤□용에게 ‘1997.경부터 2001.경까지 사이에 이 사건 원반을 제작하면서 피고 윤□용으로부터 액수 미상의 금원을 곡비 명목으로 지급받고, 그들이 작사, 작곡한 음악저작물에 대하여 이용을 허락하였다’는 내용의 확인서를 작성해 준 사실, ② 이 사건 원반 제작 당시에는 음반제작자가 음악저작자로부터 음악저작물의 이용허락을 받고 곡비를 지급할 때 계약서나 영수증 등의 명시적인 증거서류를 작성하지 않고 구두로 이용허락을 받는 것이 관행이었던 사실, ③ 피고 윤□용이 이 사건 저작자들 중 이현정에게 500,000원, 방♡혁에게 5,000,000원을 곡비로 지급한 것에 대하여는 사업소득원천징수영수증이 존재하는 사실, ④ 원고나 이 사건 저작자들이 피고 윤□용의 이 사건 원반 제작에 대하여는 별다른 이의나 저작권 사용료 또는 손해배상 청구를 하지 않았던 사실을 각 인정할 수 있고, ⑤ 이 사건 원반은 이 사건 음악저작물의 음이 맨 처음 고정된 ‘신보음반’인 사실은 위에서 인정한 바와 같은바, 위 인정사실에 의하면 피고 윤□용은 이 사건 원반 제작 당시에 이 사건 저작자들 모두로부터 이 사건 음악저작물에 대한 이용허락(이하, ‘이 사건 이용허락’이라 한다)을 받았던 것으로 봄이 상당하다.

(나) 다만, 피고 윤□용이 이 사건 원반에 대하여 이 사건 저작자들로부터 이용허락을 받기 이전에 이 사건 저작자들이 원고에게 그 저작권을 신탁하였으므로, 피고 윤□용이 이 사건 원반을 제작함에 있어서는 그 저작자가 아닌 원고로부터 이용허락을 받아야 함이 원칙이라 할 것이나, 을 6호증의 1,

2의 각 기재와 당심 증인 김△현의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 원고가 2003. 7.경 신보인세제(新譜印稅制, 음반제작자는 신보음반 제작 시부터 원고로부터 저작물 사용승인을 받아야 하고, 모든 음반에 원고가 제작한 인지를 부착하여 판매한 후 원고에게 음반 출고가의 일정비율로 정한 곡당 인세를 지급하도록 한 제도)를 시행하기 이전에는, 비록 원고에게 저작권을 신탁한 작사자 및 작곡자라 하더라도 새로운 음악저작물을 음반으로 제작하려 하는 경우 자신이 직접 음반제작자로부터 일정 금원(통상 ‘곡비’라고 부른다)을 지급받고 위 음악저작물의 이용을 허락하여 음반제작자로 하여금 음반을 제작, 판매하도록 하였고, 이러한 경우 원고는 음반제작자에게 별도로 위 음악저작물의 사용료를 청구하지 아니하는 것이 대부분이었는데, 다만 음반에 고정된 위 음악저작물을 음반제작자가 아닌 제3자가 사용하는 경우에는 사용료를 받아왔던 사실, ② 이러한 관행으로 인하여 원고는, 저작자로부터 직접 음악저작물의 이용허락을 받아 신보음반을 제작한 음반제작자에게는 위 이용허락이 무효임을 주장하면서 저작권 사용료나 손해배상을 청구한 바 없으며, 이 사건과 관련하여서도 피고 윤□용에게 이 사건 이용허락이 무효임을 이유로 위 음반 제작에 대하여 원고의 저작권 침해로 인한 손해배상을 청구한 바 없는 사실, ③ 원고는 이러한 관행을 불식시키고 작사자 및 작곡자의 저작권 행사를 강화하기 위하여 2003. 7. 1.부터 신보인세제를 시행하게 된 사실을 각 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 신보인세제가 시행되기 이전에는 원고가 이 사건 저작권자들에게 ‘저작권자 자신이 신보음반의 제작자에 대하여 음악저작물의 이용을 허락할 수 있는 권리’를 묵시적으로 유보시킨 것으로 봄이 상당하므로, 이 사건 저작자들이 피고 윤□용에게 한 이 사건 이용허락은 유효하다고 할 것이다.

(2) 이 사건 이용허락에 이 사건 편집음반의 제작·판매에 대한 허락도 포함되어 있는지 여부

(가) 살펴건대, 이 사건 원반은 모두 ‘○○○’라는 동일한 가수가 부른 노래 또는 노래가 생략된 반주로 구성된 음반이고 이 사건 편집음반은 이 사건

원반에 수록된 곡 중 일부와 역시 ‘○○○’가 부른 이 사건 신곡을 재배열하여 제작한 음반인 사실은 위에서 인정한 바와 같고, 앞서 채택한 증거와 아울러 을 2호증, 을 4호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 윤□용이 이 사건 저작자들로부터 이 사건 이용허락을 받을 당시에 그 이용 기간, 최초로 지급되는 곡비 외의 이용료 지급 여부 및 그 방식, 음악편집권의 주체 및 편집회수, 매체선택을 포함한 제작 음반의 이용방법, 이용허락의 배타성 여부 등에 관하여 명시적인 약정이 없었던 사실, 이 사건 원반 제작 당시 음악저작물의 이용허락에 있어서 위와 같은 사항에 대하여 명시적인 약정을 하지 않았던 것이 관행이었던 사실, 피고 윤□용은 이 사건 원반 제작을 위해 이 사건 저작자들에게 가수 ‘○○○’의 음색에 맞는 곡 및 이 곡의 멜로디에 어울리는 가사의 제작을 의뢰하여 이 사건 음악저작물을 제작하게 한 후 그 이용허락을 얻거나, 이미 제작된 음악저작물 중 위와 같은 조건에 맞는 것에 대하여 이용허락을 받아 이 사건 원반을 제작한 사실, 피고 윤□용은 이 사건 원반 제작에 있어, 원반의 기획, 악단의 편성 및 섭외, 녹음 및 편집, 홍보 등 대부분의 제작업무 및 이에 소요되는 제반 비용을 부담하였고, 이 사건 저작자들 중 이 사건 원반의 제작에 참여한 자에 대하여는 별도의 작업비용을 지급하였던 사실을 인정할 수 있고, 갑 7호증의 1, 2, 갑 8 내지 10호증의 각 1 내지 5, 갑 11호증의 1 내지 4, 갑 12호증, 갑 13호증의 1 내지 12, 갑 14호증의 1 내지 4, 갑 15, 16호증의 각 1 내지 3, 갑 17 내지 22호증의 각 1, 2, 갑 23호증의 1 내지 3의 각 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하며 달리 반증 없다. 위 인정사실에 의하면 비록 피고 윤□용과 이 사건 저작자들은 이 사건 이용허락의 효력범위에 편집음반의 제작·판매도 포함되는지에 대하여 명시적으로 약정하지는 아니하였지만, ① 위에서 드러난 이 사건 원반의 제작 과정과 아울러 다음과 같은 제반사정 즉, ② 이 사건 저작자들로서는 음반을 출시한다고 하더라도 투자된 비용을 회수하고 이윤을 창출할 수 있을지가 불확실하여, 이 사건 원반으로 인한 자신의 음악저작물에 대한 저작권사용료 수입의 극대화보다는 자신의 음악저작물

이 대중에 널리 알려져 지명도를 획득함으로써 출판, 공연, 방송 등을 통한 저작권사용료 수입의 극대화에 더 큰 관심을 가지고, 음반 제작자의 기획·제작 및 홍보능력에 의지하여 그에게 자신의 음악저작물에 관하여 실연, 악단의 편성, 녹음, 편집, 홍보방법 등에 있어서 별다른 제한을 두지 않고 이용을 허락한 것으로 보이는 점, ③ 피고 윤□용과 이 사건 저작자들은 이 사건 이용허락 당시에 장차 원반제작자인 피고 윤□용이 음반시장의 변화에 대응하여 애초에 이 사건 음악저작물의 실연자로 예정된 ‘○○○’가 부른 노래만으로 구성된 별도의 음반에 이 사건 음악저작물을 포함시킬 수 있다는 정도는 예견할 수 있다고 보이는 점, ④ 이 사건 편집음반은 그 수록된 곡 대부분이 이 사건 원반에 수록된 동일한 가수의 곡들로 이루어져 음반시장의 측면에서는 이 사건 원반을 대체하는 성격이 짙다고 보이는 점 등에 비추어, 이 사건 이용허락에는 원반제작자인 피고 윤□용이 제3자에게 이 사건 음악저작물의 이용을 허락하거나 이 사건 음악저작물의 이용권을 양도할 수 있는 권한 또는 스스로 위 이용허락을 받아 최초로 제작한 음반에 수록된 곡을 ‘○○○’ 이외의 다른 가수가 부른 곡 등과 혼합하여 새로운 음반(편집음반 등)을 제작할 수 있는 권한까지는 포함되지 않았다고 하더라도, 이 사건 원반에 수록된 곡들을 이용하여 ‘○○○’가 부른 노래만으로 구성된 편집음반을 제작·판매할 수 있는 권한은 포함된다고 봄이 상당하다.

(나) 이에 대하여 원고는, 이 사건 편집음반은 이 사건 원반에 실린 총 58곡 중 39곡만을 선정하였을 뿐만 아니라, 비록 가수의 노래와 반주는 바뀌지 않았지만 전주와 후주 부분과 중간 브릿지를 줄여 원래 4분 분량의 곡을 3분 30초 정도로 줄였을 뿐만 아니라 그 배열순서를 바꾸었으며, 거기에다 신곡 2곡을 삽입하였는바, 이러한 편집음반의 제작은 음반제작자의 인접저작권의 범위에 속하는 원반 복제행위가 아니므로 별도로 저작권자의 동의를 받아야 한다고 주장하므로 살피건대, 앞서 채택한 증거에 의하면, 이 사건 편집음반에 수록된 곡들은 재생시간을 고려하여 곡과 곡 사이의 브릿지 부분과 전주와 후주 부분 중 일부를 생략되기는 하였으나, 그와 같이 생략된

부분은 이 사건 저작자들의 창작 부분이라기보다는 저작물을 편곡하여 원반을 제작하는 과정에서 프로듀서 등의 창작활동으로 형성된 부분으로 보여지고, 이 사건 편집음반에 수록된 곡들은 저작자가 자신의 저작물을 가창하도록 허락한 ‘○○○가 실연한 곡을 그대로 수록한 곳으로서 서로 다른 앨범에 수록된 곡들 및 이 사건 신곡 2곡과 혼재되어 이 사건 편집앨범에 수록되었다고 하여 저작자의 고유한 음악적 영감 등이 변질되거나 음악적 느낌이 저감되었다고 보기는 어려우며, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 피고 윤□용이 저작인접권자로서 갖는 복제·배포권에 이 사건 편집음반의 제작·판매도 포함되는지 여부 나아가 살펴건대, 저작권법은 ‘음반’을 음이 유형물에 고정된 것으로, ‘음반제작자’를 음을 음반에 맨 처음 고정한 자라고 정의하고 있고(저작권법 제2조 제6호, 제7호), 음반제작자에게는 그 음반을 복제·배포할 권리를 부여하고 있는데(저작권법 제67조), 이 때 음반제작자에게 부여된 그 음반을 복제할 권리는 음반 그 자체를 리프레스(repress)하여 다시 제작할 수 있는 권리뿐만 아니라 음반을 재생하여 그 음반에 수록되어 있는 음을 다른 고정물에 녹음할 수 있는 권리 또는 음반을 방송에 사용하여 그 방송음을 녹음할 수 있는 권리까지 포함하는 개념이라 할 것이다. 나아가 음반제작자는 위와 같이 음반을 복제·배포할 권리를 양도할 수 있고 위 권리에 기하여 음반의 이용허락을 할 수도 있으나(저작권법 제72조), 위 저작인접권자로서의 음반제작자에 대한 규정은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다(저작권법 제62조)고 규정하고 있다. 위와 같은 규정을 종합하여 보면, 음반제작자의 저작인접권자로서 복제·배포권은 음악저작물을 음반에 맨 처음 고정시키는 행위를 통하여 생성된 원반에 관하여 독립적으로 발생하는 권리로서 이는 음악저작물을 작사 또는 작곡함으로써 작사자나 작곡자들의 저작자가 취득하게 되는 음악저작물에 관한 저작권과는 별개의 권리이고, 음반제작자가 자신이 음악저작물을 맨 처음 고정시킨 원반을 복제하거나 이를 배포할 수 있는 권리는 저작자의

허락에 의하여 음악저작물을 이용할 수 있는 권리가 아니라 저작권접권자의 고유의 권리인 원반에 관한 복제·배포권에 기인하는 것이라 할 것이고, 나아가 음악저작물의 저작자로부터 이용허락을 받아 원반을 제작한 음반제작자가 원반을 재생하여 그 원반에 수록되어 있는 음을 다른 고정물에 녹음(복제)하는 방식으로 편집음반을 제작하여 이를 배포하는 것도 음반제작자의 복제·배포권의 범위 내에 포함된다 할 것이므로, 이와 같은 방법으로 편집음반을 제작하려는 원반제작자는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 이상 저작권자로부터 별도의 이용허락을 받을 필요가 없다 할 것이다(다만, 음악저작물의 저작자로부터 이용허락을 받아 원반을 제작한 음반제작자가 아닌 제3자가 그 원반을 복제·배포하려고 하는 경우에는 원반에 관하여 복제·배포권을 가지고 있는 음반제작자로부터 원반의 이용허락을 받아야 할 뿐만 아니라, 음악저작물에 관한 저작권자로부터 저작물의 이용허락도 받아야 한다).

따라서 피고 윤□용이 이 사건 원반을 재생하여 이를 다른 음반에 녹음하는 방식으로 이 사건 편집음반을 제작하고 판매한 행위는 특별한 사정이 없는 한 음반제작자의 복제·배포권의 범위 내의 행위라 할 것이다.

(4) 소결론

이상과 같이 피고 윤□용은 이 사건 저작자들로부터 이 사건 원반에 대한 이용허락을 받으면서 이 사건 편집음반의 제작·판매에 대한 이용허락까지도 받은 것으로 봄이 상당할 뿐만 아니라, 만일 그와 같은 허락이 없었다고 하더라도 위 피고가 이 사건 편집음반을 제작·판매한 행위는 음반제작자로서 갖는 복제·배포권의 범위에 당연히 포함된다고 볼 것이므로, 위 피고가 원고로부터 이용허락을 받지 않고 이 사건 편집음반을 제작·판매한 행위는 어느 모로 보더라도 원고의 저작권을 침해하였다고 할 수 없으며, 따라서 피고 윤□용의 의뢰에 따라 이 사건 음반을 제작·판매한 피고 회사 역시 원고의 저작권을 침해하였다고 할 수 없으므로(원고는, 피고 회사는 이 사건 원반의 제작자가 아니므로 피고 윤□용과는 달리 원고로부터 이용허락을 받아야 한다는 취지로 주장하나, 앞서 보았듯이 피고 회사는 피고 윤□용으로부터

의뢰를 받고 피고 윤□용이 제공한 원반을 이용하여 판매용 음반을 제작한 다음 이를 전국 도매상에 공급하는 업무만 담당한 것에 불과할 뿐이므로 별도의 이용허락을 받을 필요는 없다고 할 것이다) 이 부분 원고의 청구는 이유 없다.

3. 저작권징수규정에 의한 사용료 청구에 대한 판단

원고는, 가사 이 사건 편집음반의 제작·판매가 저작권침해행위에 해당하지 않는다 하더라도, 피고들은 원고가 저작재산권을 보유하고 있는 이 사건 음악저작물을 사용하고 있는 것이므로 원고의 저작권징수규정에 의한 사용료를 지급할 의무가 있다고 주장한다.

살피건대, 위에서 본 바와 같이 피고들이 이 사건 원반에 수록된 곡과 이 사건 신곡을 재배열하여 이 사건 편집음반을 제작, 판매한 것은 이 사건 저작권자들이나 원고의 저작재산권을 침해한 것이라 할 수 없으며, 이 사건 저작자들은 신보인제 시행 이전에 이 사건 음악저작물에 관하여 음반제작자인 피고 윤□용에게 이용을 허락하면서 위 피고로부터 정액의 곡비를 지급 받았는바, 이 사건 저작자들이 위 이용허락 당시 수수된 곡비 이외에 별도로 이 사건 원반 또는 이 사건 편집음반의 제작·판매에 대하여 저작권사용료를 지급하기로 약정하였다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로 이 사건 저작자들은 이제 와서 피고들에게 사용료의 지급을 구할 수 없으며, 따라서 수탁자인 원고 역시 피고들에 대하여 그 사용료의 지급을 구할 수 없다 할 것이므로 원고의 위 주장 역시 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론이 같아 정당하므로, 원고의 피고들에

대한 향소를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동
판사 최재혁
판사 구회근

[출 전] 판결 원문

[하급심 판결] 서울중앙지방법원 제12민사부 2005. 5. 20. 2004가합36876 판결.

저작권심의조정위원회, 「한국저작권 판례집[9]」, 2005, 153~163쪽

22. 어문저작물에 대한 저작권자 판단 - ‘2001 삼청교육대 백서(상)’ 사건

서울고등법원 제4민사부 2007. 1. 10. 2006나34307 저작권확인등

원고, 피항소인 김○○
서울 서초구
소송대리인 변호사

피고, 항 소 인 삼△교육대인권운동연합
서울 ○○구 ○○
송달장소 서울 용산구
대표자 회장 전

제1심 판결 서울중앙지방법원 2006.3.2. 선고 2005가합91290 판결

변론종결 2006. 11. 8.

판결선고 2007. 1. 10.

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고의 부담으로 한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

원고와 피고 사이의 2001. 7. 6.자 집필계약에 의하여 원고가 저작한 별지 표시 저작물 중 부록을 제외한 부분에 대한 저작권이 원고에게 있음을 확인한다.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 1호증, 갑 2호증의 1 내지 4, 갑 3호증, 을 1호증, 을 2호증의 1, 2, 을 11호증, 을 14호증의 1, 2, 을 16, 18호증, 을 19, 20호증의 각 1,2,의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 피고는 1988. 8.10. 삼청교육대 피해자들에 의하여 ‘전국삼청교육대상규명투쟁위원회’라는 명칭으로 결성되었다가, 1990.10.17. ‘삼청교육대 피해자 모□’으로 명칭이 변경되었고, 다시 2000. 5.30. 법무부에 인권단체로 등록하면서 그 명칭이 현재의 명칭으로 변경된 비법인 사단으로서, 삼청교육대 피해자들의 명예회복 및 피해배상을 위하여 활동하는 단체이다.

나. 피고는 2001. 5. 7. 행정자치부에서 주관하는 2001년도 민간단체 지원사업 대상으로 선정되어 행정자치부로부터 보조금을 지급받아 삼청교육

대 피해백서의 발간을 추진하게 되었으며, 이에 한국언론재단 소속 언론인으로서 연구, 저작 활동을 해 오던 원고에게 위 백서의 집필을 맡기기로 하고 2001. 7. 6. 원고와 사이에, 원고는 별지 기재 2001 삼청교육대백서(상)(이하 ‘이 사건 백서’라고 한다)을 집필하여 피고에게 제공하고, 피고는 자료수집 및 원고작성에 소요되는 경비(이하 ‘집필대금’이라고 한다)로 원고에게 1,000만원을 지급하기로 하는 연구집필계약(이하 ‘이 사건 계약’이라고 한다)을 체결하였다.

다. 피고는 원고에게 삼청교육 피해자들이 쓴 체험수기 5권, 피고가 발간한 피해사례집 1권, 피고가 정부에 신청한 사업계획서 등의 자료를 제공하였는데, 원고는 위와 같은 자료를 기초로 하여 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분(처음부터 323면까지)은 직접 집필하였고, 부록 부분(328면부터 541면까지)은 피고로부터 제공받은 자료를 수정, 편집하는 방법으로 이 사건 백서의 원고를 완성하여 2001.12.20. 피고에게 인도하였으며, 피고는 ‘도서출판 하나로’라는 출판사에 의뢰하여 이 사건 백서 500권을 인쇄한 후 2001.12.27. 자로 위 백서를 발행하고, 위 백서 500권을 정부기관, 관련 단체에 무상으로 배포하였다(이 사건 백서는 비매품이다).

라. 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분은 제1장 ‘정부의 민간인 학살은 이렇게 시작됐다’로부터 제10장 ‘20년간의 공권력 횡포, 어떻게 치유 하나’까지의 10개 장으로 구성되어 삼청교육 피해자들의 구체적 피해사실을 기초로 삼청교육대 운영의 불법성, 잔혹성 등 삼청교육의 실체를 고발하고, 삼청교육과 관련된 정부, 언론 등의 태도 등을 비판하며, 삼청교육의 주체들에 대한 처벌과 피해자들의 구제방안 등을 강구하는 내용으로 이루어져 있다.

2. 이 사건 백서에 대한 원고의 저작권

위 인정사실에 의하면, 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분은 삼청교육이라는 역사적 사실에 관하여 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한

것으로 저작권법이 보호하는 저작물이라 할 것이고, 위 부분은 원고가 창작하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분에 대한 저작권은 원고에게 있다고 할 것이다.

3. 피고의 주장에 대한 판단

가. 저작권 양도 주장

피고는 이에 대하여, 원고는 이 사건 계약을 체결하면서 이 사건 백서에 대한 저작권을 피고에게 양도하기로 약정하였으므로 이 사건 백서의 저작권은 피고에게 있다고 항변하므로 살피건대, 갑 1호증, 을 1호증, 을 14호증의 1의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2001.7.6. 원고와 이 사건 계약을 체결함에 있어 이 사건 백서에 대한 모든 권한은 피고에게 귀속하기로 약정한 사실, 피고는 2001.11.14. ‘도서출판 하나로’라는 출판사와 이 사건 백서에 대한 출판계약을 체결함에 있어 이 사건 백서에 관한 모든 책임은 피고가 지고, 위 출판사는 이 사건 백서의 판매부수에 따른 일정비율의 저작권 사용료를 피고에게 지급하며, 위 출판사는 피고의 동의 없이 이 사건 백서의 개정판·증보판을 발행할 수 없도록 약정한 사실, 원고는 피고와 위 출판사 사이의 출판계약서에 입회인으로 서명날인한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 이 사건 계약에는 원고가 이 사건 백서를 집필한 후 1,000만원의 집필대가를 받고 위 백서에 대한 저작권을 피고에게 양도하기로 하는 약정(이하, ‘이 사건 양도약정’이라 한다)이 포함되어 있다고 볼 것이다. 그러나 한편, 원고가 이 사건 백서의 원고를 완성하여 2001. 12. 20. 피고에게 인도한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고가 위 집필대금 1,000만원 중 600만원만을 원고에게 지급하고, 나머지 400만원을 미지급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으며, 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2003년경 수차례에 걸쳐 피고의 대표자인 전♡순에게 집필대금 잔금 400만원의 지급을 최고하였으나 이를 지급받지 못하게 되자 이 사건 소를

제기하면서 그 소장 부▽에 이 사건 양도약정을 해제한다는 의사를 기재하였고, 위 소장 부▽이 2005.11.17. 피고에게 송달된 사실이 인정되는바, 위 인정사실에 의하면, 이 사건 양도약정은 원고가 피고에 대하여 위 400만원의 지급을 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과한 후인 2005.11.17. 이루어진 원고의 위 해제의 의사표시에 의하여 적법하게 해제되었다고 할 것이고, 그에 따라 원고와 피고 사이의 이 사건 양도약정은 소급적으로 그 효력이 상실되었다고 할 것이므로, 결국 피고의 위 주장은 이유 없다.

나. 집필대금 감액 주장

이에 대하여 피고는, 원고가 이 사건 백서를 작성함에 있어 삼청교육이 실시된 부대를 방문하여 사진촬영을 하고, 삼청교육 당시의 부대장 등을 조사하며, 삼청교육으로 인한 사망자수를 확인하여야 함에도 그러한 조사를 이행하지 아니하고, 원고의 마감기한인 2001. 11. 말경까지도 이 사건 백서를 완성하지 못하자, 피고는 2001. 11. 말경 원고에게 집필대금 중 이미 지급한 600만원의 나머지 400만원을 지급할 수 없다고 하였고, 원고도 나머지 400만원을 지급받지 않는데 동의하였으므로, 피고의 집필대금 지급의무의 이행지체를 이유로 한 위 계약해제는 부적법하다는 취지로 주장하므로 살피건대, 갑 3호증, 을 11호증의 각 기재만으로는 원고가 2001. 11. 말경 피고에 대하여 위와 같이 집필대금 중 나머지 400만원을 지급받지 않는데 동의하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

다. 상계주장

(1) 피고는 또한, 원고가 피고로부터 제공받은 자료를 편집하는 과정에서 고의 또는 과실로 이 사건 백서 제364면에 있는 중요한 도표의 내용을 잘못 작성하였는데, 피고는 이러한 오류를 발견하지 못하고 2001.12.27. 이 사건 백서 500권을 인쇄하여 정부기관, 관련단체에 배포하였고, 그 후 위 도표에 오류가 있음을 발견하고 어쩔 수 없이 2003. 5.경 위 도표를 수정한 이 사건 백서를 인쇄하여 이미 이 사건 백서를 배포했던 정부기관, 관련단체 등에

수정된 백서 500권을 다시 배포하였으며, 그로 인하여 4,915,000원의 비용을 지출하였는바, 이는 원고의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 손해로서 원고는 피고에게 위 4,915,000원을 배상할 의무가 있고, 피고는 이 사건 답변서부▽의 송달로써 피고의 위 손해배상금채권을 자동채권으로 하여 원고의 위 집필대금채권에 대하여 상계하였으므로, 원고의 위 집필대금 잔대금채권은 소급하여 전부 소멸하였다고 할 것이어서 피고의 위 집필대금 지급의무의 이행지체를 이유로 한 위 계약해제는 부적법하다는 취지로 주장한다.

(2) 그러므로 우선, 피고의 원고에 대한 손해배상채권의 성립 여부에 관하여 살펴보기로 한다. 피고가 2001.12.20. 원고로부터 이 사건 백서의 원고를 인도받아 위 출판사에 의뢰하여 2001.12.27. 이 사건 백서 500권을 발행한 사실은 앞서 인정하였고, 앞서 든 증거에 을 11, 12, 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 위와 같이 발행된 이 사건 백서의 364면에 있는 도표에는 대통령, 국방부, 국회, 법원의 삼청교육대 관련 사항들이 연월일, 제목, 내용별로 구분되어 기재되어 있는데, 그 중 ① 국방부의 1988.12.3.자 관련사항 중 내용란의 ‘신고기간 49일, 신고자 계 322명’은 ‘신고기간 40일, 신고자 계 3,221명’의, ② 국방부의 1989. 1.25.자 관련사항 중 제목란의 ‘답화문 오자복 국방부 장관’은 ‘국방부 차관 국회보고내용’의, ③ 국회의 1991.11.26.자 관련사항 중 제목란의 ‘삼청교육피해자의 보상 등에 관한 특별조치법안’은 ‘국회의원 권○○ 전의원 국회본회의 발언’의, ④ 국회의 1996.11. 9.자 관련사항 중 내용란의 ‘발의자:임○○, 권○○, 박○○’은 ‘발의자:임○○, 권○○, 박○○, 천○○, 정○○, 이○○외 73인 (15대 국회)’의, ⑤법원의 1991.자 관련사항 중 내용란의 ‘사건번호:91가합 87072호’는 ‘사건번호 91가합97072호’의, ⑥ 법원의 1996.12.29.자 관련사항 중 제목란의 ‘1심 사건 민사소 제출’은 ‘3심 사건번호 94다22927호’의 각 오기인 사실, 피고는 위와 같은 오기를 발견하게 되자 2003. 5.15. ‘○○’라는 출판사에 의뢰하여 이 사건 백서 중 표지 및 위 도표만을 수정하여 새로이 백서 1,500권을 인쇄하였고, 그에 대한 비용으로 7,502,000원을 지

출한 사실을 인정할 수 있기는 하다(피고는 위 백서 500권을 새로이 발행하는 것에 해당하는 비용이 4,915,000원이라고 주장하고 있다). 그러나, 원고가 고의로 위 도표의 일부를 사실과 다르게 집필하였음을 인정할 아무런 증거가 없으며, 원고가 모두 541면에 이르는 비교적 방대한 양의 이 사건 백서를 집필하면서 실수로 위와 같이 부록에 수록된 도표의 일부를 사실과 다르게 집필하였다고 하더라도 위와 같이 오류가 생긴 부분은 이 사건 백서의 극히 일부이고, 그리 중요하지 아니한 사항에 불과하므로, 원고가 집필 과정에서 단지 위와 같이 사소한 실수를 범한 것을 두고 피고에 대하여 손해배상책임을 부담할 정도의 위법한 행위라고 하기는 어렵다. 만일, 원고에게 과실과 위법성이 인정되어 원고가 피고에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 가정하더라도, 원고가 집필한 이 사건 백서 중 오류가 있는 부분은 위 도표의 일부로서 전체의 극히 일부에 불과하고 피고는 수정된 백서를 발행함에 있어 위 도표 뿐만 아니라 표지 또한 수정한 점, 피고는 이 사건 백서가 처음 발행된 때로부터 1년 6개월이 경과한 2003. 5.15.에야 수정된 백서를 발행하였고, 그 수량 또한 최초 이 사건 백서의 발행부수인 500권의 3배에 이르는 1,500권인 점과 아울러 일반적으로 출판된 책의 극히 일부분에 오류가 있는 경우 재판이 발행되기 전에는 그 오류부분만을 수정한 수정지를 배포함으로써 그 오류수정의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고가 주장하는 손해(백서 500권을 새로 인쇄하는데 든 비용 4,915,000원)는 원고의 과실과 사이에 상당인과관계가 있는 손해라고 볼 수 없고, 달리 피고가 이로 인하여 입게 된 손해를 인정할 자료가 없으므로, 피고의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분에 대한 저작권은 원고에게 있음이 분명하고, 피고가 이 사건 집필계약상 이 사건 백서에 대한

저작권을 피고에게 양도하기로 하는 약정이 있었음을 들어 이를 다투고 있는 이상 원고로서는 그 확인을 구할 이익이 있다고 할 것이므로 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 인용할 것인바, 제 1심 판결은 이와 결론이 같아 정당하므로, 이를 다투는 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동

판사 최재혁

판사 구회근

[출 전] 판결 원문

서울중앙지방법원 제11민사부 2006. 3. 2. 판결 2005가합91290 저작권확인 등

원 고 ○○○

서울 ○○구 ○○동 ○○호
소송대리인 변호사 유강근

피 고 ○○○○○○운동연합

서울 ○○구 ○○동기독교교회관
송달장소 서울 ○○구 ○○동 ○○
대표자 회장

변론종결 2006. 2. 22.

판결선고 2006. 3. 2.

주 문

1. 원고와 피고 사이의 2001. 7. 6.자 집필계약에 의하여 원고가 저작한 별지 표시 저작물 중 부록을 제외한 부분에 대한 저작권이 원고에게 있음을 확인한다.

2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

청구취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1호증, 갑 제2호증의 1 내지 4, 을 제1호증, 을 제2호증의 1, 2, 을 제11, 16, 18호증, 을 제19호증의 1, 2, 을 제20호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 피고는 삼청교육대 피해자들이 전 국민의 인권 회복을 위한 운동을 목적으로 설립한 비법인 사단이고, 원고는 한국언론재단 소속의 언론인으로서 연구·저작활동을 하는 사람이다.

나. 원고는 2001. 7. 6. 피고와 사이에, 원고는 별지 표시 2001 삼청교육대 백서(상)(이하 ‘이 사건 백서’라고 한다)을 집필하여 이를 피고에게 제공하고, 피고는 자료수집 및 원고작성에 소요되는 경비(이하 ‘집필대금’이라고 한다)로 원고에게 1,000만 원을 지급하기로 하는 연구집필계약(이하 ‘이 사건 집필계약’이라고 한다)을 체결하였다.

다. 피고는 원고에게 삼청교육 피해자들이 쓴 체험수기 5권, 피고가 발간한 피해사례집 1권, 피고가 정부에 신청한 사업계획서 등의 자료를 제공하였는데, 원고는 위와 같은 자료를 기초로 하여 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분은 직접 집필하였고, 부록 부분은 피고로부터 제공받은 자료를 수정, 편집하는 방법으로 이 사건 백서의 원고를 완성하여 2001.12.20. 피고에게 인도하였다.

라. 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분은 제1장 ‘정부의 민간인 학살은 이렇게 시작됐다’로부터 제10장 ‘20년간의 공권력 횡포, 어떻게 치유하나’까지의 10개 장으로 구성되어 삼청교육 피해자들의 구체적 피해사실을 기초로 삼청교육대 운영의 불법성, 잔혹성 등 삼청교육의 실체를 고발하고, 삼청교육과 관련된 정부, 언론 등의 태도 등을 비판하며, 삼청교육의 주체들에 대한 처벌과 피해자들의 구제방안 등을 강구하는 내용으로 이루어져 있다.

2. 판 단

가. 원고의 청구원인에 대한 판단

위 기초사실에 의하면 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분은 삼청교육이라는 역사적 사실에 관하여 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로 저작권법이 보호하는 저작물이라고 할 것이고, 위 부분은 원고가 창작하였으므로 특별한 사정이 없는 한 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분에 대한 저작권은 원고에게 있다고 할 것이다.

나. 이 사건 집필계약상 저작권 양도약정이 있었다는 피고의 항변 및 이 사건 집필계약을 해제한다는 원고의 재항변에 대한 판단

(1) 이에 대하여 피고는, 원고와 이 사건 집필계약을 체결함에 있어 이 사건 백서에 대한 저작권을 피고에게 양도하기로 약정하였으므로 이 사건 백서의 저작권은 피고에게 있다고 항변하므로 살피건대, 갑 제1호증, 을 제1호증, 을 제14호증의 1의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는

2001. 7. 6. 원고와 이 사건 집필계약을 체결함에 있어 이 사건 백서에 대한 모든 권한은 피고에게 귀속하기로 약정한 사실, 피고는 2001.11.14. ‘도서출판 하나로’라는 출판사와 이 사건 백서에 대한 출판계약을 체결함에 있어 이 사건 백서에 관한 모든 책임은 피고가 지고, 위 출판사는 이 사건 백서의 판매부수에 따른 일정비율의 저작권 사용료를 피고에게 지급하며, 위 출판사는 피고의 동의 없이 이 사건 백서의 개정판·증보판을 발행할 수 없도록 약정한 사실, 원고는 피고와 위 출판사 사이의 위 출판계약에 있어 입회인 자격으로 위 출판계약서에 서명날인한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 이 사건 집필계약상 이 사건 백서에 대한 모든 권한은 피고에게 귀속한다는 위 약정은 원고가 이 사건 백서에 대한 저작권을 피고에게 양도하기로 하는 약정으로 봄이 상당하다고 할 것이다.

(2) 그러나 한편, 이 사건 집필계약상 피고는 원고에게 이 사건 백서의 집필대금으로 1,000만 원을 지급하기로 약정한 사실, 원고가 이 사건 백서의 원고를 완성하여 2001.12.20. 피고에게 인도한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고가 위 집필대금 중 600만 원만을 원고에게 지급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으며, 을 제7호증, 을 제8호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2003.경 피고의 대표자인 소외 전△순에게 위 나머지 400만 원의 집필대금을 지급하여 줄 것을 수차례 최고한 사실을 인정할 수 있고, 원고의 이 사건 집필계약에 대한 계약해제의 의사표시가 기재된 이 사건 소장부분이 2005.11.17. 피고에게 송달된 사실은 기록상 명백한바, 이 사건 집필계약은 원고가 피고에 대하여 위 400만 원의 지급을 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과한 후인 2005.11.17. 이루어진 원고의 위 계약해제의 의사표시에 의하여 적법하게 해제되었다고 할 것이고, 그에 따라 원고와 피고 사이의 위 저작권 양도약정 또한 소급적으로 그 효력이 상실되었다고 할 것이므로 결국 피고의 위 항변은 이유 없다.

다. 피고의 집필대금 감액합의 주장 및 상계주장에 대한 판단

(1) 이에 대하여 피고는, 원고가 이 사건 백서를 작성함에 있어 삼청교육이

실시된 부대를 방문하여 사진촬영을 하고, 삼청교육 당시의 부대장 등을 조사하며, 삼청교육으로 인한 사망자수를 확인하여야 할 것임에도 그러한 조사를 하지 않고 불성실하게 이 사건 백서를 집필하였고, 2001. 11. 말경까지도 이 사건 백서를 완성하지 못하여, 피고는 2001. 11. 말경 원고에게 집필대금 중 이미 지급한 600만 원의 나머지 400만 원을 지급할 수 없다고 하였고, 원고도 나머지 400만 원을 지급받지 않기로 합의하였으므로 피고의 집필대금 지급의무의 이행지체를 이유로 한 위 계약해제는 부적법하다는 취지로 주장하므로 살피건대, 갑 제3호증, 을 제11호증의 각 기재만으로는 원고가 2001. 11. 말경 피고와 위와 같이 집필대금 중 나머지 400만 원을 지급받지 않기로 합의하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 피고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고는 또한, 원고가 피고로부터 제공받은 자료를 편집하는 과정에서 고의 또는 과실로 이 사건 백서 제364면에 있는 중요한 도표의 내용을 잘못 작성하였는데, 피고는 이러한 오류를 발견하지 못하고 2001.12.27. 이 사건 백서 500권을 인쇄하여 정부기관, 관련단체에 배포하였고, 그 후 위 도표에 오류가 있음을 발견하고 어쩔 수 없이 2003. 5.경 위 도표를 수정한 이 사건 백서를 인쇄하여(위와 같이 도표를 수정하여 인쇄한 백서를 이하 ‘수정된 백서’라고 한다) 이미 이 사건 백서를 배포했던 정부기관, 관련단체 등에 수정된 백서 500권을 다시 배포하였으며, 그로 인하여 4,915,000원의 비용을 지출하였는바, 이는 원고의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 손해로서 원고는 피고에게 위 4,915,000원을 배상할 의무가 있고, 피고는 이 사건 답변서 부분의 송달로써 원고의 위 집필대금채권과 피고의 위 손해배상금채권을 대등액에서 상계하므로 원고의 위 집필대금채권은 소급하여 전부 소멸하였다고 할 것이어서 피고의 위 집필대금 지급의무의 이행지체를 이유로 한 위 계약해제는 부적법하다는 취지로 주장한다.

그러므로 먼저 피고가 위 상계의 자동채권으로 주장하는 원고에 대한 손해배상금 채권의 성립여부에 관하여 살펴보기로 한다.

살피건대, 을 제2호증의 1, 2, 을 제11, 12, 13호증, 을 제14호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2001. 12. 20. 원고로부터 이 사건 백서의 원고를 인도받아 위 출판사에 의뢰하여 2001. 12. 27. 이 사건 백서 500권을 발행한 사실, 위와 같이 발행된 이 사건 백서의 제364면에 있는 도표에는 대통령, 국방부, 국회, 법원의 삼청교육대 관련 사항들이 연월일, 제목, 내용별로 구분되어 기재되어 있는데, 그 중 ① 국방부의 1988. 12. 3.자 관련사항 중 내용란의 ‘신고기간 49일, 신고자 계322명’은 ‘신고기간 40일, 신고자 계3,221명’의, ② 국방부의 1989. 1. 25.자 관련사항 중 제목란의 ‘담화문 ○○○ 국방부 장관’은 ‘국방부 차관 국회보고내용’의, ③ 국회의 1991.11.26.자 관련사항 중 제목란의 ‘삼청교육피해자의 보상등에 관한 특별조치법안’은 ‘국회의원 권노갑 전의원 국회본회의 발언’의, ④ 국회의 1996. 11. 9.자 관련사항 중 내용란의 ‘발의자 : ○○○, ○○○, ○○○’은 ‘발의자 : ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○외 73인(15대 국회)’의, ⑤ 법원의 1991.자 관련사항 중 내용란의 ‘사건번호 : 91가합87072호’는 ‘사건번호 91가합97072호’의, ⑥ 법원의 1996. 12. 29.자 관련사항 중 제목란의 ‘1심 사건 민사소 제출’은 ‘3심 사건번호 94다22927호’의 각 오기인 사실, 피고는 2003. 5. 15. 위 출판사에 의뢰하여 이 사건 백서 중 표지 및 위 도표만을 수정하여 수정된 백서 1,500권을 인쇄하였고, 그에 대한 비용으로 7,502,000원을 지출한 사실을 인정할 수 있으나, 을 제11호증의 기재만으로는 피고가 수정된 백서 1,500권 중 500 권을 이미 이 사건 백서를 배포했던 정부기관, 관련단체 등에 재차 배포함으로써 4,915,000원의 손해를 입었음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 피고의 위 주장은 이유 없다.

가사 그렇지 않다고 하더라도 피고가 원고에 대하여 위와 같은 손해의 배상을 구하기 위해서는 위와 같은 손해가 원고의 과실과 상당인과관계가 있는 손해이어야 할 것이므로 이에 관하여 살피건대, 원고가 집필한 이 사건 백서 중 오류가 있는 부분은 위 도표에 불과하고, 피고는 수정된 백서를

발행함에 있어 위 도표뿐만 아니라 표지 또한 수정한 사실, 피고는 이 사건 백서가 처음 발행된 때로부터 1년 6개월이 경과한 2003. 5. 15.에야 수정된 백서를 발행하였고, 그 수량 또한 최초 이 사건 백서의 발행부수인 500권의 3배에 이르는 1,500권인 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위와 같은 사실에 일반적으로 출판된 책의 극히 일부분에 오류가 있는 경우 재판이 발행되기 전에는 그 오류부분만을 수정한 수정지를 배포함으로써 그 오류수정의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 보여지는 점 등을 종합하여 보면 피고가 주장하는 위와 같은 손해는 원고의 과실과 상당인과관계가 있는 손해라고 볼 수 없으므로 피고의 위 주장은 어느모로 보나 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면 이 사건 백서 중 부록을 제외한 나머지 부분에 대한 저작권은 원고에게 있음이 분명하고, 피고가 이 사건 집필계약상 이 사건 백서에 대한 저작권을 피고에게 양도하기로 하는 약정이 있었음을 들어 이를 다투고 있는 이상 원고로서는 그 확인을 구할 이익이 있다고 할 것이므로 원고의 이 사건 청구는 이유있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정영진

판사 김승정

판사 신흥호

별지

제 목 : 2001 삼청교육대백서(상)

발행일 : 2001. 12. 27.

발행인 : ○○○

발행처 : ○○○○○○운동연합

[출 전] 판결 원문



23. 게임의 전개방식, 규칙 등의 실질적 유사성 판단

서울중앙지방법원 제61민사부 2007. 1. 17. 판결, 2005가합65093(본소)
저작권침해금지청구권등부존재확인 / 2006가합54557(반소) 저작권침해
금지등

원고(반소피고) 주식회사 甲

소송대리인 법무법인 태평양

담당변호사 조원희, 강동욱, 남문기, 강용현, 황보영

소송대리인 법무법인 로고스

담당변호사 최중현, 최진녕

피고(반소원고) 주식회사 乙

소송대리인 변호사 한상호, 권오창, 한상욱, 김기태, 김원

변론종결 2006. 12. 6.

판결선고 2007. 1. 17.

주 문

1. 원고(반소피고)의 B 게임이 별지 목록 기재 A 게임에 대한 피고(반소원고)의 저작권을 침해함을 원인으로 하는 피고(반소원고)의 원고(반소피고)에 대한 B 게임의 복제, 배포, 전송 등에 대한 정지청구권 및 손해배상청구권이 존재하지 아니함을 확인한다.

2. 피고(반소원고)의 반소를 기각한다.

3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 피고(반소원고)가 부담한다.

청구취지

본소 : 주문 제1항과 같다(소장의 ‘청구취지’란 기재 ‘금지’는 ‘정지’의 명백한 오키로 보인다. 저작권법 제91조 제1항 참조).

반소 : 원고(반소피고, 이하 원고라 한다.)의 본소가 각하되지 아니할 것을 조건으로, 원고는 인터넷 네트워크 게임인 B 게임을 원고 또는 제3자의 서버에 올려 일반 사용자들에게 이를 사용하게 하거나 이를 선전, 광고하여서는 아니 되고, B 게임을 복제, 배포, 전송, 변안하여서는 아니 된다. 원고는 공장, 사무실, 매장 및 창고에 보관 중인 B게임이 담긴 디스켓, 자기테이프를 폐기하고, 게임운영을 위한 서버의 하드디스크에서 B 게임의 내용을 삭제하라. 원고는 피고(반소원고, 이하 피고라 한다.)에게 금 11,702,006,664원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. A 게임과 B 게임의 개발

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제3호증의 1 내지 27, 갑 제4호증의 1 내지 28, 갑 제5호증의 1 내지 10의 각 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 피고의 A 게임 개발

피고는 가정용 오프라인 게임인 A를 개발하여 1985년경 출시한 이래 이와 유사한 가정용 또는 오락실용 오프라인 아케이드 게임인 별지 목록 기재 각 게임(이하 ‘A 게임’이라 한다.)을 시리즈로 개발하여 서비스해왔다. A 게임의 기본 방식은 바둑판 모양의 플레이필드(playfield)에서 이용자가 조종하는 캐릭터가 폭탄을 설치하면 일정시간 경과 후 폭탄이 터지면서 화염이



십자 형태로 나오게 되고, 그 화염에 상대방 또는 자신의 캐릭터가 맞으면 캐릭터가 죽어 패하는 것이며, 위 플레이필드는 폭탄에 의해 파괴되는 소프트블록과 파괴되지 않는 하드블록, 캐릭터가 이동할 수 있는 통로로 구성되고, 소프트블록이 파괴되면 일정한 확률로 특정한 기능을 갖는 아이템이 나타난다.



[그림 1] A 게임의 한 장면



[그림 2] B 게임의 한 장면

나. 원고의 B 게임 개발

원고는 B라는 온라인 아케이드 게임(이하 ‘B 게임’이라 한다.)을 개발하여 2001. 10.경부터 서비스 해왔다. B 게임의 기본 방식은 바둑판 모양의 플레이필드에서 이용자가 조종하는 캐릭터가 물풍선을 설치하면 일정시간 경과 후 물풍선이 터지면서 물줄기가 십자 형태로 나오게 되고, 그 물줄기에 상대방 또는 자신의 캐릭터가 맞으면 캐릭터가 물방울에 갇혀 일정시간 동안 물방울에서 빠져나오지 못할 경우 물방울이 터지면서 패하게 되는 것이며, 위 플레이필드는 물풍선에 의해 파괴되는 소프트블록과 파괴되지 않는 하드블록, 캐릭터가 이동할 수 있는 통로로 구성되고, 소프트블록이 파괴되면 일정한 확률로 특정한 기능을 갖는 아이템이 나타난다.

2. 본안 전 항변에 대한 판단

가. 본소에 대한 본안 전 항변에 관한 판단

원고가 B 게임이 A 게임의 저작권을 침해하지 않는다고 주장하며 본소에서 위 침해를 원인으로 한 침해금지 및 손해배상청구권의 부존재 확인을 구하고 있는데 대하여, 피고는 원고의 본소는 원고와 피고 사이의 소프트웨어 서브라이센스계약이 정한 중재합의에 반하여 부적법하다고 항변한다.

살피건대, 갑 제2호증의 기재에 의하면 원고와 피고는 2003. 4. 1. 소프트웨어서브라이센스계약을 체결하여 원고는 피고로부터 B 게임을 한국 내에서 개발하고 제공하며 한국과 일본을 제외한 아시아지역에서 B 게임 서비스를 제공하는 것을 허락받는 대가로 피고에게 2003. 7. 31.과 2004. 3. 31. 각 일본국엔(¥)화 1,700만엔을 지급하기로 약정하였는데, 위 계약 제6조는 피고가 A 게임에 대하여, 원고가 B 게임에 대하여 각 저작권을 갖되, 원고는 B 게임이 A 게임의 2차적 저작물인 점을 확인한다고 규정하고 있는 사실, 위 계약 제13조제1항은 위 계약은 일본법을 준거법으로 한다고 규정하고, 제2항은 위 계약 또는 위 계약과 관련하여, 당사자간에 분쟁이 발생할 경우 당사자간 우호적인 협의를 통해 일차적으로 분쟁을 해결하되, 그 분쟁이 당사자간의 협의에 의해서도 해결되지 않을 경우 일본 동경에서 국제상사중개협회의 관련 중재 규정에 따라 해결하며, 중재인에 의해 내려진 결정은 최종적으로 당사자를 구속한다고 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있으나, 위 계약은 원고가 피고로부터 B 게임 서비스에 관한 허락을 받는 대가로 일정한 금원을 지급하는 것을 내용으로 하는 반면 이 사건 본소는 B 게임이 A 게임의 저작권을 침해하는지에 관한 분쟁을 대상으로 하는 것으로서 이 사건 본소에서 위 계약과 관련하여 당사자 사이에 어떠한 분쟁이 있는 것은 아니고, 저작권 침해여부에 관한 판단이 위 계약의 성립, 이행 및 그 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁이라고 볼 수 없으며, 위 계약과 같이 당사자가 사용허락에 관한 채권적 권리의무를 약정하면서 그 계약관련분쟁에 대한 중재조항을 두었다고 하여 절대권인 저작권에 대한 침해 여부의 판단을 구하는 이 사건 본소에까지 위 중재조항의 효력이 미친다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 갑 제2호증의 기재에 의하면 위 계약의 유효기간은

계약체결일로부터 2년인 사실, 위 계약 제11조 제2항이 위 계약 중 중재조항 등 일부 조항은 위 계약이 종료된 후에도 유효하다고 규정하고 있음에도 저작권 귀속에 관한 위 계약 제6조나 사용허락에 관한 위 계약 제2조에 관하여는 그와 같은 효력존속 규정을 두지 아니한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 위 계약이 2005. 3. 31. 기간만료로 종료됨으로써 위 계약 중 저작권 귀속 및 2차적 저작물 확인 조항과 사용허락조항 역시 효력이 없다고 할 것이어서 당사자 사이에 위 계약 종료 후 A 게임의 저작권 침해 여부에 관한 분쟁에 대해서까지 중재합의가 있었다고 볼 수 없고, 을 제2호증의 각 기재와 갑 제19, 20호증의 각 일부기재만으로는 이를 뒤집기에 부족하므로 피고의 위 항변은 이유 없다.

나. 반소 중 중국, 대만업체에 대한 공급행위를 원인으로 한 청구부분에 관한 본안 전 항변에 대한 판단

피고가 원고의 본소가 각하되지 아니할 것을 조건으로 한 반소로서, 원고가 B 게임을 서비스하고 중국, 대만업체에 라이선스를 주어 위 게임을 공급함으로써 A 게임에 대한 피고의 저작권을 침해한다고 주장하며 청구취지 기재와 같이 그 정지 및 예방에 필요한 조치와 손해배상을 구하고 있음에 대하여, 원고는 반소청구 중 원고의 중국과 대만에서의 침해행위를 원인으로 한 정지 및 손해배상청구 부분은 ① 본소의 청구 또는 방어방법과 관련성이 없을 뿐만 아니라, ② 소송절차를 현저히 지연시키는 경우에 해당하여 반소의 요건을 갖추지 못하였으므로 부적법하다고 항변하므로 살피건대, 반소의 요건으로서 본소의 청구와의 관련성은 본소청구원인과 반소청구원인이 그 대상이나 발생원인에서 주된 부분이 법률상 또는 사실상 공통되는 경우에도 인정되는 것인바, 이 사건 본소와 위 반소부분의 청구원인은 그 대상이 A 게임과 B 게임으로서 공통된다고 할 것이므로 위 ① 항변은 이유 없고, 이 사건 반소는 제1차 변론준비기일 이후 제2차 변론기일이 열리기 전에 제기된 것으로서 위 청구부분은 B 게임이 A 게임의 저작권을 침해하는지 여부를 주요 심리대상으로 하고 있어 위청구부분에 대하여 심리하는 것이

소송절차를 현저히 지연시킨다고 단정할 수 없으므로 위 ② 항변 역시 이유 없다.

3. 본안에 대한 판단

본소와 반소를 함께 판단한다.

가. 당사자의 주장

(1) 원고의 주장

A 게임과 B 게임은 진행방식이나 규칙 등에서 유사점이 있지만, 그러한 유사점은 아이디어에 불과하여 표현으로 보호될 수 없는 것이고, 가사 표현이라고 하더라도 어떠한 아이디어를 나타내는데 전형적인 표현에 해당하거나, 다른 게임에서 널리 사용된 공중의 영역에 속하는 것이어서 저작권법에 의해 보호될 수 없는 것이므로, 이러한 부분을 제외하고 구체적인 표현을 비교할 경우 A 게임과 B 게임은 유사하지 아니하고, 따라서 B 게임은 A 게임의 저작권을 침해하지 아니한다.

(2) 피고의 주장

B 게임은 아래와 같은 이유로 A게임(피고는 원고가 들고 있는 별지 목록 기재 각 A게임 외에 1997년 출시된 “네오 A” 게임에 대한 침해도 주장하고 있다. 이하에서는 이들을 통틀어 A 게임이라 한다.)과 실질적으로 동일 또는 유사하여 A 게임의 복제권 또는 2차적 저작물 작성권을 침해한다.

(가) A 게임과 B 게임은 ‘1매스길이 단위로 격자화된 바둑판 모양의 플레이필드에 폭탄 또는 물풍선으로 파괴할 수 있는 1매스 길이의 소프트블록과, 폭탄 또는 물풍선으로 파괴할 수 없는 하드블록이 존재하고(하드블록은 매스 여러 개를 이용하여 하나의 하드블록이 존재할 수도 있음), 1매스 길이의 크기이고 2등신으로 표현되는 캐릭터가 역시 1매스 크기인 통로를 상하좌우 방향으로 움직이며 폭탄 또는 물풍선을 캐릭터의 발밑에 투여하는데, 투여

된 폭탄 또는 물풍선이 3차례 수축, 팽창을 되풀이하다가 일정 시간의 경과 후 터지면서 십자 모양으로 퍼지는 화염 또는 물줄기를 일으키고, 여러 개의 폭탄 또는 물풍선이 있는 경우 한 폭탄 또는 물풍선이 터지면서 생긴 화염 또는 물줄기가 다른 폭탄 또는 물풍선에 닿으면 그 폭탄 또는 물풍선은 터질 만큼의 시간이 경과되지 않았음에도 불구하고 위 화염 또는 물줄기의 영향으로 연쇄적으로 터지면서 다시 십자 모양의 화염 또는 물줄기를 일으키며, 화염 또는 물줄기에 소프트블록이 맞으면 빛깔과 형상이 변하면서 파괴되고 캐릭터가 취할 수 있는 아이템이 일정한 비율로 생성되며, 생성된 아이템은, 색깔이 다른 형태의 폭탄 또는 물풍선 모양으로 되어 있어 설치할 수 있는 폭탄 또는 물풍선의 수를 증가시키거나, 롤러스케이트 형태로 되어 있어 캐릭터의 이동 스피드를 증가시키거나, 화염 또는 물줄기를 맞아도 동물은 소멸하지만 캐릭터에게는 화염 또는 물줄기의 영향이 미치지 않는 효과가 있는 동물을 탈 수 있거나, 장갑의 형태로 되어 있어 폭탄 또는 물풍선을 던질 수 있거나(던진 폭탄 또는 물풍선이 화면 끝에 도달하면 반대편 화면 끝으로부터 날아들어 몇 차례 바운드된 후 정지함), 신발의 형태로 되어 있어 폭탄 또는 물풍선을 찰 수 있거나, 우주선의 형태로 되어 있어 캐릭터가 아이템을 타고 소프트블록 위를 넘어갈 수 있는 기능의 아이템이 있고, 아이템 또한 화염 또는 물줄기에 맞으면 소멸하며, 이화염 또는 물줄기는 격자화된 플레이필드의 매스 길이 단위로 미쳐 화염 또는 물줄기의 끝이 항상 매스의 가장자리까지 미치고 거기에서 더 넘어가지 않아 어디까지 미칠지 정확히 예측되고 캐릭터는 이 화염 또는 물줄기에 맞지 않기 위하여 화염 또는 물줄기가 미치지 않는 곳으로 도망하거나, 하드블록이나 소프트블록 뒤로 숨을 수 있는데, 이화염 또는 물줄기가 미치는 범위는 폭탄 또는 물풍선이 놓여 있던 매스를 포함하여 처음에는 소프트블록 하나를 소멸시킬 수 있는 2매스 길이이고, 캐릭터가 특정한 아이템을 취득함에 따라 3매스, 4매스 길이로 연장되며, 캐릭터는 하드블록과 폭탄 또는 물풍선을 통과하지 못하고, 위와 같은 화염 또는 물줄기에 상대방 캐릭터가 맞던가 게임 이용자가 조종하는

캐릭터가 맞으면 맞은 캐릭터는 죽는 방식으로 승부를 겨루는 게임'이라는 점에서 공통되는데, 이러한 공통점은 단순한 아이디어가 아니라 게임에 내재되어 있는 표현으로서 저작권법에 의해 보호되어야 하고, A 게임의 위와 같은 표현은 종래의 게임에 없던 것일 뿐만 아니라 게임의 구성요소를 독창적으로 선택하고 배열한 것으로서 창작성이 인정되는 표현이다.

(나) 또한 B 게임은 아이스 맵, 콘베이어 벨트 맵, 빌리지 맵 등 구체적인 맵의 형태와 배경 및 블록의 형태, 캐릭터 및 아이템의 모양 등 구체적인 외부적 표현에 있어서도 A 게임과 실질적으로 유사하다.

(다) 위와 같이 B 게임은 A 게임의 본질적인 특징으로서 내재적으로 표현된 게임의 진행과정, 방식, 규칙 등 근본적인 구조와 본질을 따라하여 전체적으로 관찰할 때 느낌이 매우 유사할 뿐만 아니라, 외부적, 시각적인 표현에서도 유사하므로, 결국 A 게임과 실질적으로 동일하여 그 복제권을 침해하였거나 동일하지는 않더라도 실질적으로 유사하여 그 2차적 저작물 작성권을 침해한 것이다.

나. 저작권 침해의 요건

B 게임이 A 게임의 복제권 또는 2차적 저작물 작성권을 침해하였다고 하기 위하여는, 원고가 A 게임에 의거하여 이를 이용하였어야 하고, B 게임이 A 게임에 다소의 수정·증감을 하였다고 하더라도 A 게임과의 동일성을 손상하는 정도에는 이르지 않아 실질적으로 동일하거나(복제권 침해의 경우), 원저작물을 기초로 하여 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되었으나 여전히 원저작물과 실질적으로 유사하여 원저작물에의 종속성이 인정되어야(2차적 저작물 작성권 침해의 경우)할 것인바, 원고가 B 게임을 개발하면서 A 게임에 의거하였다는 점은 원고가 변론에서 이를 명백히 다투지 아니하므로 이를 자백한 것으로 보고, 두 게임 간에 적어도 실질적 유사성이 있다고 볼 수 있는지에 관하여 살피기로 한다.

다. 실질적 유사성 인정 여부

(1) 판단기준

저작권법 제2조 제1호는 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다고 규정하고 있는바, 저작권법에 의해 보호받기 위하여 요구되는 창작성은 저작자 자신의 작품으로서 남의 것을 베낀 것이 아니라는 것과 수준이 높아야 할 필요는 없지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도로 최소한도의 창작성이 있다는 것을 의미하므로 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니라고 할 것이나, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 것, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 경우에는 창작성이 있다고 할 수 없고, 한편 저작권법은 문학·학술 또는 예술에 관하여 사람의 정신적 노력으로 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 표현한 창작적인 표현형식을 보호하는 것이고, 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 사상, 기능 및 감정 자체는 그것이 독창적이라고 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호대상이 되지 않는 것이므로, B 게임과 A 게임 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 할 것인바, 추상적인 게임의 장르, 기본적인 게임의 배경, 게임의 전개방식, 규칙, 게임의 단계변화 등은 게임의 개념·방식·해법·창작도구로서 아이디어에 불과하므로 그러한 아이디어 자체는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고, 나아가 어떠한 아이디어를 표현하는데 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 게임화 하는데 있어 필수불가결하거나 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현 등은 저작권법에 의한 보호대상이 될 수 없다.

또한, 실질적 유사성이 인정될 수 있는 경우로서 ① 저작물의 특정한 구체적인 표현이나 세부적인 부분을 따라함으로써 두 저작물 사이에 유사성이 인정되는 경우는 물론 ② 소설의 구체적인 줄거리와 같이 저작물의 근본적인

본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우도 이에 해당된다고 할 것이지만, 한편 소설의 구체적인 줄거리, 인물들이 만들어 내는 구체적인 사건들의 연속으로 이루어지는 사건의 전개과정 등이 아이디어의 차원을 넘어서는 내재적 표현으로 인정되어 이를 따라할 경우 위 ②와 같이 전체로써 포괄적인 유사성이 인정되는 것은, 소설의 줄거리는 인물, 배경, 사건전개 등에 따라 무한히 많은 표현이 가능하여 구체적인 줄거리는 그 자체로 저작자의 개성이 나타나 있는 표현으로 볼 수 있기 때문인 것이므로, 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 표현 형태 중에서 저작자의 개성을 드러내는 것이어서 표현으로 볼 수 있는 경우여야 할 것이고, 컴퓨터를 통해 조작하고 컴퓨터 모니터에 표현되어야 하는 한계, 승패를 가려야 하고 사용자의 흥미와 몰입도, 게임용량, 호환성 등을 고려하여야 한다는 점과 같이 컴퓨터 게임이 갖는 제약에 의해 표현이 제한되는 경우에는 특정한 게임방식이나 규칙이 게임에 내재되어 있다고 하여 아이디어의 차원을 넘어 작성자의 개성 있는 표현에 이르렀다고 볼 수 없고, 오히려 그러한 게임방식이나 규칙은 특정인에게 독점권이 있는 것이 아니라 누구나 자유롭게 사용하여 다양한 표현으로 다양한 게임을 만들 수 있도록 하여야 할 것이다.

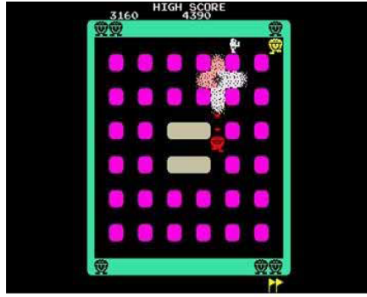
(2) A 게임의 내재적 표현 인정 여부

피고가 위 3.가.(2).(가).항에서 A 게임과 B 게임의 유사점이라고 주장한 게임의 각종 설정, 전개방식과 규칙 등을 A 게임 작성자의 창작적 개성이 내재적으로 표현된 것으로 볼 수 있는지에 관하여 살핀다. 아래에서 보는 사실은 갑 제4호증의 1 내지 28, 갑 제5호증의 1 내지 10, 갑제6호증의 1 내지 15, 갑제7호증의 1, 3의 각 영상, 갑제18, 21호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

A 게임은 직사각형의 플레이필드 안에서 폭탄을 이용하여 상대방 캐릭터

를 죽이는 것을 기본원리로 하는 게임인바, 이러한 기본 설정하에서 게임의 전개방식과 규칙을 매우 다양하게 표현할 수 있다고 보기 어렵다. 즉, 캐릭터가 게임진행 과정에서 소설과 유사하게 어떠한 에피소드나 스토리를 형성해 나가는 것도 아니고, 배경의 변화에 따라 배경과 캐릭터가 상호 영향을 받는 것도 아니며, 폭탄으로 상대방을 제압하는 방식이나 규칙에 다양한 표현가능성이 있는 것도 아니므로, 직사각형 플레이필드 안에서 캐릭터를 조종하고, 폭탄을 설치하여 상대방 캐릭터를 죽이는 전개과정과 규칙설정에 다양한 개성이 반영되는 데는 한계가 있다고 보여진다.

구체적으로, 캐릭터가 상하좌우로 움직이도록 하는 것은 모니터 화면이 사각인점, 키보드로 조작하는 경우 원칙적으로 상하좌우로 이동하게 되는 점에 비추어 현실적인 제약에 따른 불가피한 선택으로 보이고, 그와 같이 캐릭터가 상하좌우로 움직이고 장애물이 있는 게임에서는 캐릭터 이동 경로에 따라 통로가 형성되고 장애물이 배치되어야 하므로 화면의 전체적인 모양이나 장애물의 배치는 바둑판 모양의 플레이필드를 기본으로 할 수밖에 없으며(실제로 바둑판 모양의 플레이필드는 A 게임출시 이전인 1981년 출시된 “Warp&Warp” 게임이나 1982년 출시된 “Pengo” 게임, 1983년 출시된 “Crazy Block”에서 이미 사용되었다.), 캐릭터가 1매스 크기의 블록사이를 이동해야 하므로 캐릭터의 크기도 1매스 크기로 통일함이 필수적이라고 할 것이다(위 “Warp&Warp”에서도 그러하고, 위 “Pengo”에서는 더욱 뚜렷하다). 또한 폭탄이 폭발하여 상대방 캐릭터를 죽이려면 그 화염이 폭탄이 설치된 인접 매스에도 미쳐야 할 것이고, 플레이필드가 바둑판 모양이라는 점을 감안하면 그 화염은 폭탄이 놓인 매스를 중심으로 하여 십자형태로 미치거나, 폭탄이 놓인 매스와 인접한 모든 매스(폭탄이 놓인 매스를 중심으로 3매스 × 3매스로 된 직사각형 형태의 9개의 매스)에 미치는 것 중에서



[그림 3] 1981년 출시된 “Warp&Warp”의 한 장면

선택할 수밖에 없다고 할 것이며(“Warp&Warp”에서도 화염이 십자 형태로 인접 매스에까지 미쳐 상대방 캐릭터를 죽이게 된다. 아래 그림 3참조), 이때 화염이 1매스의 길이를 그 폭으로 하며 1매스의 길이를 단위로 하여 미치는 것(1985년 출시된 “Warpman”게임 등) 역시 다른 선택의 여지가 크지 않은 표준적인 선택이라 할 것이고, 캐릭터가 화염에 맞지 않기 위하여 도망하거나 블록 뒤로 숨는다는 것은 그에 따른 필수적인 귀결이라 할 것이다. 결국 직사각형 플레이필드 안에서 폭탄을 이용하여 상대방 캐릭터를 죽이는 것을 기본원리로 하는 게임에서, ‘캐릭터가 격자 모양으로 구성된 맵을 수평 혹은 수직으로 장애물을 피해 이동하면서 폭탄을 설치하여 적을 처치하는데, 폭탄은 설치된 후 일정 시간이 경과하면 십자형으로 화염을 내뿜으며 폭발하고, 화염의 길이는 매스 단위로 미쳐 상대방 캐릭터가 맞으면 승리하고, 패하지 않기 위하여는 그 화염을 피하기 위해 블록 뒤로 숨는’ 게임 전개방식은 표준적인 선택에 불과하고 다양하게 표현될 여지가 크지 않다고 할 것이어서, 작성자의 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다. 그리고 캐릭터가 폭탄을 설치할 때 폭탄을 던지거나 굴리지 않는 이상 캐릭터 밑에 놓이는 것도 당연한 귀결이라 할 것이고, 폭탄 설치로부터 폭발까지 시간의 경과를 시계나 숫자를 사용하지 않고 시각적으로 표현하기 위하여는 폭탄이 리듬에 따라 수축팽창 하거나, 리듬에 따라 폭탄의 색깔이 변하는(위 “Warp&Warp” 게임 등) 등으로 표현이 제한될 것이며, 폭탄이 여러 개 설치된 경우 먼저 터진

폭탄의 폭발로 인한 화염이 다른 폭탄에 미칠 경우 그 폭탄 역시 폭발하는 것 외에 다른 선택의 여지가 크지 아니하다고 할 것이다.

다음으로 소프트블록 및 하드블록의 구성과 아이템에 관하여 보건대, 블록이 폭탄 등에 의하여 파괴되는 소프트블록과 파괴되지 않는 하드블록으로 나뉘어 구성되는 것은 이미 게임에서 널리 활용되던 것이므로 공공의 지적 자산이라 할 것이고(1980년 출시된 “Battle City” 게임 등), 소프트블록이 파괴되면 일정한 확률로 아이템이 생성되는 것(위 “Pengo” 게임 및 1984년 출시된 “미스터리어스 스톤” 게임 등) 역시 소프트블록과 아이템이 있는 게임에서 사실상 표준적으로 채택되는 구성(A 게임 최초 출시 이후에도 1989년 출시된 “Crystal Mines” 등 여러 게임에서 채택하고 있다.)이라 할 것이며, A 게임과 같이 캐릭터의 이동과 폭탄설치가 이용자가 조작할 수 있는 게임내용의 전부인 게임에서, 캐릭터 이동을 빠르게 하거나, 설치할 수 있는 폭탄 개수를 증가시키거나, 폭탄의 화염이 미치는 범위를 증가시키거나, 폭탄을 손으로 밀거나 발로 차는 기능을 갖는 아이템은 누구나 떠올리게 되는 아이템으로서 통상 사용될 것이고, 해골 모양 아이템을 먹으면 캐릭터 조작에 장애가 생겨 게임의 재미가 커지도록 하는 것도 아이템과 캐릭터가 있는 게임에서 통상 채택되는 것에 불과하며, 폭탄과 장애물 역할을 하는 블록을 캐릭터가 통과하지 못하여 캐릭터가 이들에 의해 갇힐 수 있다는 설정이나, 화염이 소프트블록을 파괴하면 더 이상 나아가지 못한다는 설정, 아이템도 화염을 맞으면 소멸한다는 설정은 각 블록과 폭탄의 특성에 비추어 다양한 표현의 여지가 없는 것으로 보이고, 폭탄을 아이템을 이용해 던질 경우 폭탄이 화면의 끝에 도달하면 폭탄이 터지거나 화면 밖으로 사라지거나 반대쪽 화면에서 나오면서 몇 차례 바운드 된 후 정지하는 것이나 소프트블록이 빗갈과 형상이 변하면서 소멸하는 것(위 “Crazy Block” 및 “Pengo” 게임 등)도 그 구체적인 표현형태가 아니라 그와 같은 설정 자체에 다른 다양한 선택의 여지가 있다고 보기 어렵다. 따라서 위와 같은 게임 전개방식 및 규칙, 아이템의 기능 등에 작성자의 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다. 또한

눈사람과 이글루가 등장하는 맵, 콘베이어 벨트가 등장하는 맵을 선택하였다는 것도 그러한 배경을 선택하였다는 것만으로 작성자의 개성이 나타나 있다고 보기 어렵고, 그 구체적인 배경의 묘사가 유사한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것이다.

나아가 위와 같은 게임의 전개방식, 플레이필드와 맵의 구성, 폭탄 및 블록, 아이템의 구성과 기능, 게임의 재미를 위한 각종 설정 등을 전체로서 배열하고 선택하는데 저작자의 개성 있는 표현의 여지가 크다고도 볼 수 없다. 이에 대해 피고는 A게임의 전개과정과 아이템의 존재방식 및 그 내용, 폭탄의 수축 등은 현실적으로 존재하지 아니하는 공상적인 세계에 관한 표현 형식이므로 그 자체로 창작성이 높고 독창적이어서 저작권법에 의해 보호받을 여지가 큰 것이라고 주장하나, 공상적인 표현형식이 저작권법에 의해 보다 강하게 보호될 수 있다면 그 이유는 현실세계의 묘사와 달리 무한히 다양한 표현이 가능하다는 점에 있는 것이므로, 앞에서 본 A 게임의 본질적, 구조적 특징과 같이 게임이라는 제약에 의하여 다양한 표현의 여지가 없는 경우에만까지 상상의 세계를 나타낸다는 사정만으로 그러한 게임규칙 등이 내재적 표현으로 보호받는 것은 아니라고 할 것이어서 위 주장은 이유 없다.

결국, A 게임에 관하여 피고가 주장하는 내재적 표현은, 다양한 표현 가운데서 저작자가 자신의 개성을 드러낸 것이라고 보기 어려워 저작권법이 보호하는 표현이라고 볼 수 없고(이를 저작권법이 보호하여 피고가 독점할 수 있도록 한다면 직사각형의 플레이필드 내에서 폭탄을 터뜨려 상대방 캐릭터를 제압하는 것을 기본원리로 하는 게임은 모두 A 게임의 저작권을 침해하게 될 우려가 있다), 위와 같은 게임방식이나 규칙 등이 이를 표현하는 구체적인 플레이필드, 맵, 캐릭터, 아이템, 폭탄 등의 디자인, 색채, 음향 등과 결합하여 표현된 경우에 그러한 구체적인 표현만이 저작권법에 의하여 보호받을 수 있다고 할 것이며, 따라서 B 게임과의 실질적 유사성을 판단함에 있어 위와 같은 요소를 제외한 나머지 표현만을 대비하여야 할 것이다.

(3) A 게임의 보호받는 표현과 B 게임의 표현과의 비교아래에서 보는

사실은 갑 제3호증의 1 내지 27, 갑 제4호증의 1 내지 28, 갑제5호증의 1 내지 10, 갑제16호증의 1 내지 15의 각 영상, 갑 제18, 21호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

(가) 플레이필드 및 맵과 블록의 구성과 형태 앞에서 본 바와 같이 플레이 필드형태가 바둑판 모양으로 나타나 있고, 필드 위에 있는 통로의 폭, 캐릭터가 서는 데 필요한 면적, 화염(물줄기)의 폭, 사각형인 하드블록 및 소프트블록의 크기가 원칙적으로 1매스로 통일되어 있다는 점 등은 플레이필드 구성의 아이디어에 불과하고 여러 게임에서 전형적으로 이용되고 있는 사실상의 표준에 해당하는 것이므로 유사 여부에 관한 비교대상이 될 수 없고, 필드와 맵, 블록의 구체적인 시각적 형태만을 비교하여야 할 것인바, 피고는 B게임의 아이스 맵, 콘베이어 벨트 맵, 빌리지 맵의 표현이 A 게임과 실질적으로 유사하다고 주장하므로 차례로 본다.

① 아이스 맵의 경우(앞에서 본 그림 1, 2 참조) A 게임은 모자를 쓴 눈사람이 하드블록이고 눈덩이 쌓은 듯한 모양의 소프트블록이 있으며, 하드블록 중에 9매스 크기로서 상하좌우 4방향으로 문이 나 있어 캐릭터가 드나들 수 있는 형태의 이글루가 표현되어 있고, B 게임은 모자를 쓴 눈사람 또는 눈에 덮인 나무가 하드블록이고, 얼음덩이가 소프트블록이며, 하드블록 중에 9매스 크기로서 상하좌우 4방향으로 문이 나 있어 캐릭터가 드나들 수 있는 형태의 이글루가 표현되어 있다는 점에서 유사한 측면이 있으나, 얼음 세계 또는 눈 덮인 세계를 배경 또는 소재로 삼는다는 선택은 아이디어에 불과하고, 이를 묘사하는 경우 눈사람 또는 이글루는 전형적으로 등장하는 소재라는 점, 눈사람하면 누구나 나뭇가지를 꺾어 만든 팔, 모자 등을 연상하게 되므로 눈사람이 모자를 쓴 것은 통상 수반될 수 있는 장면이라는 점, 이글루를 묘사할 경우 캐릭터가 통과하기 위해 캐릭터의 상하좌우 움직임을 고려하면 상하좌우로 출입문이 있어야 하고 이를 위해 십자형태의 5칸이 필요하며, 직사각형 형태를 유지하기 위해 각 모서리마다 1칸씩 4칸을 더하면 9칸이 되므로 이러한 기능적인 고려에 따른 결과라고 할 것인 점에 비추

어 이러한 것들은 저작권법의 보호대상이 될 수 없고, 나머지 구체적인 표현이 유사할 경우에만 맵의 표현이 유사하다고 할 것인바, A 게임의 눈사람과 B 게임의 눈사람은 그 형태 및 얼굴의 표현, 모자의 모양과 색채, B 게임의 눈사람은 A 게임의 눈사람과 달리 목도리를 하고 있고, 얼굴에 코가 있다는 점, A 게임의 눈사람은 소프트블록인 눈덩이와 같은 크기인 반면, B 게임의 눈사람은 소프트블록인 얼음덩이보다 크기가 크다는 점, A 게임의 눈덩이는 원기둥 형태인 반면, B 게임의 얼음덩이는 사각기둥 형태인 점, B 게임의 이글루의 위치와 형태(A 게임은 반구(半球)형태인 반면, B 게임은 사각기둥 형태)가 확연히 구별된다는 점에서 큰 차이가 있고, 전체적인 느낌과 미감도 전혀 다르므로 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다.

② 콘베이어 벨트가 등장하는 맵의 경우(아래 그림 4, 5 참조)A 게임과 B 게임은 나무상자 형태의 하드블록 및 소프트블록이 있고, 화면의 바깥 둘레로부터 3번째 매스는 모두 콘베이어 벨트로 되어 있어 콘베이어 벨트가 직사각형 테두리 형태의 폐곡선을 이루어 시계방향으로 돌고 있다는 점에서 유사점이 있으나, 콘베이어 벨트를 배경 또는 소재로 선택한 것 자체는 아이디어에 불과하고, 콘베이어 벨트는 화물상자 등을 나르는데 쓰이는 것이므로 콘베이어 벨트를 배경으로 하는 경우 상자가 통상 수반되어 나타날 것이라는 점, 콘베이어 벨트의 회전방향은 시계방향 또는 반시계방향으로 선택의 여지가 극히 제한되어 있을 뿐만 아니라 시계방향의 회전은 자연스러운 선택이라는 점 등에 비추어 나머지 구체적인 표현이 유사할 경우에만 맵의 표현이 유사하다고 할 것인바, B 게임에는 야자나무와 바위 형태의 하드블록이 주를 이룬다는 점, 상자의 색상과 무늬가 쉽게 구별된다는 점, 콘베이어 벨트의 색상이 A 게임은 짙은 노란색, B 게임은 회색인 점에서 큰 차이가 있고, 전체적인 느낌과 미감도 전혀 다르며, 바깥 둘레로부터 3번째 매스에 콘베이어 벨트가 위치한 것은 각 게임의 맵의 크기가 매스 기준 13×11, 15×13로 크지 않아 선택의 여지가 크지 않은 점과 앞에서 본 바와 같이 그 색상이나 느낌이 크게 다르다는 점에 비추어 위치가 같다는 것만으로는 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.



[그림 4] A 게임의 콘베이어벨트 맵



[그림 5] B 게임의 콘베이어벨트 맵

③ 빌리지 맵의 경우(아래 그림 6, 7 참조) A 게임과 B 게임은 노랑, 파랑, 빨강의 삼각지붕을 가진 집들과 4단으로 된 소나무가 하드블록을 이루고, 잔디밭, 횡단보도가 있다는 점에서 유사한 점이 있으나, 마을을 배경으로 한 것은 아이디어에 불과하고, 마을을 묘사함에 있어 잔디밭이나 횡단보도는 통상 수반되는 장면이라 할 것이며, 이를 제외한 나머지 구체적인 표현들을 볼 때 집들의 구체적인 배치와 방향, 창문의 형태, 굴뚝의 존재 여부 등에서 차이가 있고, B 게임은 레고블록을 모방한 주황, 빨강의 블록을 많이 사용하고 있어 전체적인 느낌과 미감에서 차이가 있으므로 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.



[그림 6] A 게임의 빌리지 맵



[그림 7] B 게임의 빌리지 맵

④ 전체적인 블록의 형태에 관하여 A 게임은 주로 2차원 그래픽으로서 원통형의 블록들이 주를 이루고 공간에 여유가 있는 반면, B 게임은 3차원

그래픽으로서 정확히 한 매스를 가득 채우는 정육면체의 블록들이어서 상이한 미감을 준다.

(나)캐릭터의 형태

A 게임(특히 네오 A 게임)과 B 게임의 캐릭터(아래 그림 8, 9 참조)는 머리가 몸체에 비해서 크고 2등신에 가까우며, 얼굴에서 눈이 가장 부각되고, 손과 발이 짧으며, 모자 또는 헬멧, 벨트를 착용하고 있다는 유사점이 있으나, 이러한 유사점 중 신체의 특징은 귀여운 캐릭터라는 아이디어에 기초하여 귀엽다는 점을 적절히 표현하기 위하여 머리의 크기를 과장하고, 눈을 크게 하며, 다른 신체 부위인 손과 발을 단순하고 작게 표현한 데서 기인한 것으로 보이고, 널리 채택되는 형태라 할 것이며, 또한 게임의 용량과 캐릭터의 신속한 이동 등을 고려하여 캐릭터를 최대한 단순하게 만들고, 게임 이용자의 몰입성 등을 고려하여 특정 신체부위만으로 눈 에 잘 띄게 하도록 하는 등의 기술적, 현실적 제약을 받는 것으로 보이고, 모자 또는 헬멧이나 벨트를 착용한 캐릭터 역시 전형적으로 채택되는 캐릭터 형태일뿐만 아니라, 구체적인 헬멧과 벨트의 형태, 캐릭터의 묘사에서도 차이가 있으므로, 위와 같은 유사점만으로는 각 캐릭터의 창작적 표현이 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.



[그림 8] 네오 A 게임의 대표 캐릭터



[그림 9] B 게임의 대표 캐릭터

(다)폭탄 및 화염의 형태

폭탄의 기능, 폭탄이 캐릭터가 있는 자리에 놓여 진다는 점, 폭탄이 리듬감 있게 수축, 팽창하는 점, 폭발이 십자형으로 이루어진다는 점 등은 게임의

규칙이나 창작도구로서 아이디어에 불과할 뿐만 아니라 여러 게임에서 전형적으로 이용되고 있는 사실상의 표준에 해당하는 것이므로 유사 여부에 관한 비교대상이 될 수 없다는 점은 앞에서 본 바와 같으므로, 그 구체적인 표현에서의 유사성을 비교하기로 한다(아래 그림 10, 11, 12참조).



[그림 10] A 게임의 폭탄 및 폭염



[그림 11] B 게임의 물풍선 및 물줄기



[그림 12] A 게임(왼쪽)과 B 게임의 각 연쇄폭발 장면

① B 게임의 물풍선은 A 게임의 폭탄과 동그랗다는 점에서 유사하나, 폭탄 및 물풍선의 실제 형태가 그러하다는 점에서 동그란 형태 자체는 저작권에 의해 보호될 수 없고, 그 구체적인 색채나 모양에는 큰 차이가 있으므로 유사하다고 볼 수 없으며, 폭탄과 물풍선이 캐릭터가 있는 자리에 설치된 구체적인 표현도 구별되고, 폭탄이 수축, 팽창하는 경우의 전체적인 미감도 확연히 구별된다. 또한 ② 폭탄이 폭발하여 화염이 십자형태로 미치는 표현과 물풍선이 터져 물줄기가 십자 형태로 미치는 표현, 각 연쇄반응으로 터지는 표현은 위 그림에서 보는 바와 같이 그 색채 및 형태는 물론 느낌과 미감에서 확연한 차이가 있다.

(라)아이템의 형태

A 게임의 아이템들이 갖는 기능 자체는 저작권법에 의해 보호되지 못하는 아이디어에 불과하다는 점은 앞에서 본 바와 같으므로, 그 구체적인 표현이 유사한지여부를 살피기로 한다.

① 캐릭터의 이동속도가 빨라지는 아이템의 경우 롤러스케이트라는 유사점이 있으나, 바둑판 모양이고 장애물인 블록이 많이 존재하는 플레이필드에서 상하좌우로 이동하는 캐릭터의 이동속도가 빨라지는 것을 표현하기 위하여 자동차, 자전거, 스케이트보드, 번개 등은 적절하지 않은 표현일 수 있어 롤러스케이트, 날개 달린 신발 등 몇 가지 가능한 선택 중 하나인 것으로 보이는 점, 그 구체적인 표현은 아래 표 1에서 보는 바와 같이 색채, 형태에서 뚜렷이 구별되고, B 게임의 롤러스케이트는 귀엽고 아기자기한 느낌이 강조되는 등 전체적인 미감에도 차이가 있는 점에 비추어 보면 실질적으로 유사하다고 볼 수 없고, ② 신발 아이템의 경우 A 게임은 구두, B 게임은 운동화 형태이고, 글러브 아이템의 경우 A 게임은 야구 장갑, B 게임은 권투장갑으로서 구별되며, 현실의 신발이나 글러브의 모양을 모방하여 표현한 것으로서 그 표현이 보호되기 어려울 뿐만 아니라 아래 표에서 보듯 구체적인 색채나 형태도 확연히 구별되며, 신발로 폭탄이나 물풍선을 찼을 때의 구체적 표현도 구별된다. ③ 캐릭터가 점멸하면서 캐릭터의 조작에 이상이 생기는 아이템, 설치할 수 있는 폭탄 또는 물풍선 개수를 증가시키는 아이템, 화염 또는 물줄기의 길이가 매스 단위로 증가하게 하는 아이템 등이 전형적인 아이템임은 앞에서 본 바와 같고, 그 구체적인 형태와 색채는 위 표에서 보는 바와 같이 구별되므로 실질적 유사성을 인정하기 어려우며, ④ 비행물체를 탈 수 있도록 하는 아이템과 동물을 탈 수 있도록 하는 아이템 역시 그러한 아이템의 기능과 아이디어(비행물체를 타면 소프트블록은 넘어갈 수 있으나, 하드블록을 넘어갈 수 없다는 아이디어 포함)자체는 저작권법의 보호대상이 아니고, 그 구체적인 표현은 위 표에서 보는 바와 같이 확연히 구별되므로 실질적으로 유사하다고 볼 수 없으며, ⑤ 위각아이템은 모두 공중에 떠 있고 그림자가 생기는 것으로 묘사된다는 공통점이 있으나 아이템이 공중에 떠 있어 존재한다는 아이디어 자체는 비교대상으로 할 수 없고, 공중에



며 있으며 그림자가 생기는 구체적인 표현에 관하여 보건대, 그 구체적인 표현은 위 표에서 보는 바와 같이 서로 구별되므로 실질적으로 유사하다고 보기 어렵고, ⑥ 동물에 뛰어오르듯이 타며, 동물이 화염 또는 물줄기에 맞으면 동물은 사라지고 캐릭터는 동물에서 공중으로 뛰어오른 후 다시 플레이필드에 내려오는 표현 역시 구체적인 영상은 확연히 구별되므로 유사하다고 볼 수 없다.

	네오 A 게임	B 게임
캐릭터의 이동속도가 빨라지는 롤러스케이트 모양의 아이템		
폭탄/물풍선을 발로 찰 수 있는 신발 모양의 아이템		
캐릭터가 폭탄/물풍선을 던질 수 있는 장갑 모양의 아이템		
캐릭터가 점멸하면서 캐릭터의 조작에 이상이 생기는 해골/악마 모양의 아이템		
폭탄/물풍선을 놓는 개수가 증가하게 하는 폭탄/물풍선 모양의 아이템		
화염/물줄기의 길이가 매스 단위로 증가하게 하는 화염/플라스크 모양의 아이템		
비행물체를 탈 수 있도록 하는 아이템		
동물을 탈 수 있는 아이템		

[표] 네오 A 게임과 B 게임의 아이템 비교

라. 소 결

따라서 A 게임과 B 게임은 그 보호받는 표현이 실질적으로 유사하지 아니하므로, B 게임은 A 게임의 저작권을 침해하지 않는다고 할 것이고(원고가 B 게임 출시이후인 2003. 4. 1. 피고와 소프트웨어 서브라이센스계약을 체결하였고, 위 계약이 원고는 B 게임이 A 게임의 2차적 저작물임을 확인한다고 규정하고 있는 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 2차적 저작물 해당 여부 또는 저작권 침해 여부는 법률적 평가의 문제로서 당사자의 의사가 그 판단에 영향을 미칠 수 없는 것이므로 위와 같은 판단이 달라지지 않는다고 할 것이다.), 원고의 피고에 대한 위 저작권침해를 원인으로 한 정지청구권 또는 손해배상청구권은 존재하지 아니한다고 할 것이며, 피고가 이를 다투고 있는 이상 그 확인을 구할 이익이 있다.

4. 결 론

그렇다면, B 게임은 A 게임의 저작권을 침해하지 아니하므로 원고의 청구는 이유 있어 인용하고, 위 침해를 전제로 한 피고의 반소청구는 모두 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정영진

판사 김승정

판사 박상언

[출 전] 판결 원문

24. 음악저작물에 대한 저작권자 판단(2) - ‘해변으로 가요’ 사건

부산고등법원 제2민사부, 2007. 1. 18. 판결, 2005나13004 저작권확인

원고, 피항소인 ○○

일본국

송달장소 서울

소송대리인 변호사 ○○○○

피고, 항 소 인 ◇◇◇◇◇

부산

소송대리인 법무법인 △△

담당변호사 ○○○○

소송대리인 법무법인 ▷▷

담당변호사 ○○○○, ○○○○

제1심 판결 부산지방법원 2005. 7. 13. 선고 2004가합9636 판결

변론종결 2006. 12. 21.

판결선고 2007. 1. 18.

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고의 부담으로 한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

가. 원고와 피고 사이에 사단법인 한국음악저작권협회에 등록된 작품명 ‘해변으로 가요’의 곡은 원고가 별지 목록 (1) 기재 내용과 같이 작사하고, 별지 (2) 기재 내용과 같이 작곡한 원고의 저작물임과, 그 저작권이 원고에게 있음을 확인한다.

나. 피고는 원고에게,

(1) 한국음악저작권협회에 등록된 작품명 ‘해변으로 가요’의 곡에 대하여 작사, 작곡, 편곡자 ○○, 대표승계자 피고로 기재된 부분의 말소절차를 이행하고,

(2) 80,276,643원 및 이에 대한 2004. 9. 18.부터 제1심 판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑1호증의 1, 2, 갑6호증의 1 내지 4, 갑7호증의 1, 2, 갑8호증의 1 내지 4, 을5호증의 1, 2, 을6호증의 각 기재, 제1심 법원의 사단법인 한국음악저작권협회에 대한 사실조회결과

에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 작품명 ‘해변으로 가요’의 곡(이하 ‘이 사건 노래’라고만 한다)은 1993. 1. 26. 김희갑 작사·작곡으로 사단법인 한국음악저작권협회(이하 ‘한국음악저작권협회’라고만 한다)에 등록되었다가 1996. 3. 21. ○○의 작사·작곡으로 변경 등록된 후 1998. 1. 22. ○○이 사망함에 따라 그의 딸인 피고가 1998. 5. 19. 그 명의를 승계하였는데, ○○은 자신 명의로 변경 등록하면서 이 사건 노래를 1969. 3.경 서울음반에 최초로 출판한 것으로 신고하였다.

나. 한편, 한국음악저작권협회에 등록되기 이전에 표기된 이 사건 노래의 작사·작곡자에 관하여 보면, 1970.경 유니버설레코드사에서 제작한 ‘보칼 NO.1 키보이스 특선2집’이라는 가요앨범에는 작사·작곡자 표시 없이 키보이스 가요 그룹(이하 ‘키보이스’라고만 한다)의 노래라고만 표기되어 있고, 1976. 7.경 역시 유니버설레코드사에서 제작된 ‘키보이스골드’라는 레코오드판에는 키보이스 작사·작곡으로 표기되어 수록되어 있으며, 1983. 4.경 서울음반에서 제작한 ‘키보이스골드’ 레코오드판에는 김희갑 작사·작곡으로 표기되어 있다.

다. ‘키보이스’는 1963.경에 결성되어 1970년대 이후까지 활동하였고, 그구성원들로는 ○○, 김△탁, 윤◇기, 차□락, 차▽균, 옥♡빈, 박◎수, 조영조 등이며 그 외에도 다수의 사람들이 교체를 거치며 ‘키보이스’에서 활동하였는데, 이 사건 노래가 ‘키보이스’가 부른 대표적인 인기곡이다.

라. 피고가 1998. 6.경부터 2004. 7.경까지 이 사건 노래에 대한 저작권료 명목으로 한국음악저작권협회로부터 지급받은 돈은 합계 80,276,643원(91,126,763원에서 원천 징수액 10,850,120원을 공제한 금액)이다.

2. 당사자의 주장과 판단

가. 원고의 주장과 판단

(1) 원고(재일교포로서, 국적은 대한민국이다)는 이 사건 노래는 자신이 일본에서 작사·작곡 [일본 곡명 ‘코히비토타즈노 하마베(戀人達の はまべ)’],

별지 목록 (1), (2)의 일본말 가사 및 악보와 같다. 원고는 제1심에서 이 사건 노래의 원 제목을 ‘하마베에이꼬우(浜.へ行 こう)’로 기재하여 제1심 판결에서도 그와 같이 기재되었는데 이는 악보의 원본을 소지하고 있지 않았던 원고가 이 사건 노래가 녹음된 테이프로부터 악보를 재생하면서 그와 같이 잘못 기재한 것으로 보인다.] 하였고, 1969.경(원고는 제1심에서 그 연도를 1968.경으로 주장하여 제1심 판결에서도 그와 같이 기재되었는데, 이에 대하여 피고는 원고가 ○○이 최초 음반을 출판한 1969. 3.경보다 앞선 날짜로 하기 위해 고의적으로 기재하였다고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 뒤에서 보는 각 증거에 의하면 착오로 그와 같이 기재한 것으로 보일 뿐이다)에 서울의 시민회관에 ‘더 아스트로 제트(The Astro Jets)’라는 가요그룹의 일원으로서 초청되어 한국말로 번역된 이 사건 노래를 공연한 적이 있는데 그 후 한국음악저작권협회에는 ○○을 거쳐 피고의 명의로 저작권등록이 되어 있으므로, 이 사건 노래의 저작권자는 원고이며 피고는 원고에게 ○○ 및 피고 명의의 저작권등록을 말소할 의무가 있을 뿐만 아니라, 피고가 한국음악저작권협회로부터 지급받은 저작권료는 부당이득이므로 이를 원고에게 반환할 의무가 있다는 취지로 주장한다. (2) 살피건대, ○○이 ‘키보이스’의 구성원으로 활동한 사실은 앞에서 인정한 바와 같고, 갑3호증의 1, 2, 갑4호증, 갑9호증의 1, 2, 갑13호증의 1, 2, 갑14호증 내지 갑27호증, 갑33호증의 1, 2, 갑39호증의 1, 갑40호증의 각 기재, 제1심 증인 오오모리 노부유키(大森信行), 당심 증인 이호철, 김희갑, 김△탁, 윤◇기, 이또 하루코(伊藤治子)의 각 증언, 당심의 2006. 11. 17.자 테이프 검증결과, 감정인 정태봉의 감정결과, 당심의 문화관광부장관에 대한 사실조회결과 및 당심의 원고본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 원고를 포함하여 8인(宮永康治, 曾根誠二, 武田進, 大森信所, 戸田.洋, 猿川律, 大國優治)으로 구성된 ‘더 아스트로 제트(The Astro Jets, 피고는 원고가 ‘더 아스트로 제트’의 멤버가 아니고 또한 그 숫자도 8인이 아니라는 취지로 주장하나, 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 제1심 증인 오오모리노부유키의 증언에 의하면

원고는 위 그룹의 리더로서 아시아그룹사운드페스티벌에서 함께 공연하였던 사실이 인정된다'라는 가요그룹(이하 '더 아스트로 제트'라고만 한다)이 1966.경부터 일본에서 활동하였는데 활동 당시 원고가 작사·작곡한 '코히비토타츠노 하마베(戀人達の はまべ)'라는 노래를 일본 고락구엔(後樂園) 유원지 안에 있는 야외음악당에서 주로 공연한 사실, ② '더 아스트로 제트'는 1969. 7. 16.부터 대한민국 서울의 당시 시민회관(현 세종문화회관)에서 개최하는 아시아그룹사운드페스티벌(이하 '페스티벌'이라고만 한다)에 당시 국제관계 평론가로 활동하던 원고의 형인 이건의 제의에 의하여 초청되어 한국의 '키보이스'와 그 외 중국, 일본, 인도네시아 등의 가요그룹들과 함께 약 5일 동안 공연한 사실, ③ 그런데 초청 당시 한국에서는 일본말로 노래를 부를 수 없고 공연곡 중 한 곡은 한국말로 노래를 불러야 된다는 조건이 있어 '코히비토타츠노 하마베'를 한국말로 번역하여 공연하기로 한 사실, ④ 그후 원고는 형인 위 이건에게 '코히비토타츠노 하마베'의 일본말 가사를 한국말로 번역하여 줄 것을 의뢰하였는데, 이건은 다시 평소 알고 지내던 소설가인 이호철에게 자신의 동생이 작곡한 곡이라면서 한국말로 번역해 줄 것을 의뢰한 사실, ⑤ 당시 이호철은 '코히비토타츠노 하마베'의 가사를 원문 그대로 번역한 것이 아니라 당시 한국 젊은 사람들의 취향에 맞게 하면서 제목도 '해변으로 가요'라고 번역하였는데 그때 '코히비토타츠노 하마베'의 가사를 한국말로 번역한 가사와 이 사건 노래의 가사가 일치하고, 페스티벌 공연 당시 연주하거나 또는 페스티벌 공연을 위해 연습한 '코히비토타츠노 하마베'의 악보와 이 사건 노래의 악보가 대부분 일치하는 사실, ⑥ 1969. 7. 6.자 선데이서울, 주간경향, 주간중앙, 1969. 7. 13.자 주간한국 등의 잡지사는 1969. 7. 16.부터 5일간 서울시민회관에서 개최하는 '아시아그룹사운드페스티벌'에 초청된 그룹들을 소개하면서 원고가 조직한 '더 아스트로 제트'가 일본팀의 일원으로 위 공연에 참가하는데 원고가 작사·작곡한 '연인의 해변'이 일본에서 큰 인기를 얻고 있다는 내용의 기사를 게재하고 있는 사실 등이 인정되는바, 위인정사실에다 ㉠ '키보이스'가 위 페스티벌에 참여한

1969.경 이전에 이 사건 노래를 공연하거나 ‘키보이스’의 가요앨범에 수록된 흔적이 없는 점, ㉠ 이 사건 노래는 1970.경부터 한국에서 널리 불리워졌던 점, ㉡ 이 사건 노래가 1993.경에 비로소 김희갑의 명의로 등록되었다가 불과 3년 후인 1996.경에 ○○ 명의로 변경되는 등 그 등록 및 변경의 경위가 쉽사리 납득하기 어려운 점, ㉢ ○○이 음악저작물신고서에 기재한 ‘서울음반’은 민영빈이 1978. 10.경 설립하여 1969. 3.경에는 존재하지 않았던 점, ㉣ ‘키보이스’ 멤버로 활약하기도 하였고 ○○과 친한 사이였던 가수 윤향기와 김△탁조차도 원고가 이 사건 노래를 작사작곡하였다는 사실확인을 하였다가 당심 법정에서는 누가 이 사건 노래를 작곡하였는지 알지 못한다고 증언하고 있는 점, ㉤ 이 사건 노래가 ○○ 명의로 등록되기 전부터 소설가 이호철은 작곡가인 김희갑에게 자신이 이 사건 노래의 가사를 작성하여 음악계에 기여하였다고 자랑하였던 점, ㉥ 당심의 검증결과에 의하면 원곡이 녹음된 테이프(일명 릴테이프)를 재생기에 걸던 중 테이프가 2-3번 끊어질 정도로 그 상태가 오래되어 보였고 또 재생된 가수의 목소리는 여성의 목소리처럼 들렸는데, 감정인은 녹음이 오래되면 그와 같이 된다고 하는 점, ㉦ 위 테이프를 재생할 때 ‘코히비토탈치노 하마베’를 선창하고 노래를 시작하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 노래는 원래 원고가 일본에서 ‘더아스트로 제트’의 일원으로서 활동할 당시 작사작곡한 곡(‘코히비토탈치노 하마베’)인데 한국의 페스티벌에 초청되어 공연하는 과정에서 한국의 노랫말로 번역되었고, 그후페스티벌에 함께 참여하였던 ‘키보이스’(페스티벌에 참여할 당시 구성원들 중에 ○○이 있었던 것으로 보인다)에게 한국에서 부르는 것을 허락하였는데 키보이스가 한국에서 이 사건 노래를 불러오다가 1993.경에 비로소 김희갑 명의로 저작권 등록이 된 것으로 추인되고, 따라서 특별한 사정이 없는 한 이 사건 노래의 작사작곡자는 원고이며 그 저작권은 원고에게 있다고 할 것이므로, 피고는 원고에게 한국음악저작권협회에 등록된 이 사건 노래에 관한 ○○ 및 피고의 명의를 말소할 의무가 있고, 위협회로부터 저작권료 명목으로 지급받은 금원은 법률상 원인 없는 부당이득이라고

할 것이므로 이를 원고에게 반환할 의무가 있다고 할 것이다.

나. 피고의 주장과 판단

(1) 이에 대하여 피고는 이 사건 노래는 ○○이 ‘키보이스’에서 활동할 당시 작사·작곡한 곡이며 다만 김희갑 작사·작곡으로 등록되어 있던 것을 ○○이 김희갑으로부터 자신이 저작권자임을 확인받은 후 자신의 명의로 이전받은 것이라는 취지로 주장한다.

(2) 살펴건대, 위 주장사실에 부합하는 듯한 을1, 2, 3호증, 을8, 9, 10호증의 각 기재는 이를 믿지 아니하고, 을4호증 내지 을7호증, 을22호증, 을32호증의 각 기재 및 제1심 증인 이석, 소윤석의 각 증언과 당심 증인 김희갑의 일부 증언 및 당심의 사단법인 한국음악저작권협회 사실조회결과만으로는 이를 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면, 이 사건 노래의 저작권은 원고에게 있다고 할 것인데 피고가 자신이 ○○의 승계인임을 이유로 이를 다투고 있는 이상 원고로서는 그 확인을 구할 이익이 있다 할 것이고, 피고는 저작권자인 원고에게 한국음악저작권협회에 등록된 이 사건 노래에 대하여 작사, 작곡, 편곡자 ○○, 대표 승계자 피고로 기재된 부분의 말소절차를 이행할 의무가 있으며, 또한 위 협회로부터 저작권료 명목으로 지급받은 80,276,643원 및 이에 대하여 부당 이득일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 2004. 9. 11.자 청구취지 변경 및 청구원인보충서가 송달된 다음 날임이 기록상 명백한 2004. 9. 18.부터 제1심 판결 선고일인 2005. 7. 13.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 할 것이므로, 원고의 피고에 대한 각 청구는 모두 이유 있어 이를 인용하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을

같이하여 정당하므로 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 박형남

판사 박춘기

판사 김원수

[출 전] 판결 원문

25. 음악파일공유(P2P) 서비스의 저작권 침해 여부(1)

- ‘소리바다’ 사건

대법원 2007. 1. 25. 판결, 2005다11626 가처분이의

채권자, 피상고인 주식회사 신촌뮤직외 10인
소송대리인 법무법인 두우
담당변호사 최정환외 5인

채무자, 상 고 인 양정환외 1인
소송대리인 법무법인 태평양
담당변호사 황보영외 3인

원심판결 서울고법 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결

주 문

상고를 모두 기각한다.
상고비용은 채무자들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위란 타인의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 복제권 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것인바, 과실에 의한 방조의 경우에 있어서 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하는 것이고(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다41749 판결, 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 판결 등 참조), 위와 같은 침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 복제권 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다고 할 것이다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정하고, 채무자들은 소리바다 서비스를 통하여 이용자에게 의한 이 사건 음반제작자들을 포함한 다수의 음반제작자들의 저작권접권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 적어도 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도 소리바다 프로그램을 개발하여 무료로 나누어 주고 소리바다 서버를 운영하면서 소리바다 이용자들에게 다른 이용자들의 접속정보를 제공함으로써 소리바다 이용자들이 음악 CD로부터 변환한 MPEG-1 Audio Layer-3(MP3) 파일을 Peer-To-Peer(P2P) 방식으로 주고받아 복제하는 방법으로 저작권접권의 침해행위를 실행함에 있어서 이를 용이하게 할 수 있도록 해주어 그에 대한 방조책임을 부담한다고 판단하였음은 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

저작권법은 특허법이 전용실시권제도를 둔 것과는 달리 침해정지청구권을 행사할 수 있는 이용권을 부여하는 제도를 마련하고 있지 아니하여, 이용허락계약의 당사자들이 독점적인 이용을 허락하는 계약을 체결한 경우라도 그 이용권자가 독자적으로 저작권법상의 침해정지청구권을 행사할 수는 없다고 할 것이다. 따라서 이용허락의 목적이 된 저작권법이 보호하는 재산권의 침해가 발생하는 경우에도 그 권리자가 스스로 침해정지청구권을 행사하지 아니하는 때에는 독점적인 이용권자로서는 이를 대위하여 행사하지 아니하면 달리 자신의 권리를 보전할 방법이 없을 뿐 아니라, 저작권법이 보호하는 이용허락의 대상이 되는 권리들은 일신전속적인 권리도 아니어서 독점적인 이용권자는 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 권리자를 대위하여 저작권법 제91조에 기한 침해정지청구권을 행사할 수 있다고 할 것이다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심 판시 별지 노래목록 순번 4 및 11 기재 각 노래에 관하여 음을 음반에 맨 처음 고정한 음반제작자인 영국 법인 이엠아이뮤직인터내셔널서비스사(EMI Music International Services Limited)와 미국 법인 비엠지엔터테인먼트사(BMG Entertainment)로부터 대한민국 내에서 음반제조권과 함께 독점적 음반 판매 및 배포권을 각 허락받은 독점적 이용권자인 채권자 이엠아이뮤직코리아 주식회사와 주식회사 한국비엠지뮤직은 위 각 음반제작자를 대위하여 복제권 침해정지를 청구할 수 있다고 할 것이며, 소리바다 서비스 이용자들의 복제권 침해행위를 방조하는 채무자들 역시 그 침해정지청구의 상대방이 될 수 있다고 할 것이므로, 이와 같이 판단한 원심은 정당하고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 상고이유 제3점에 대하여

저작권법 제91조의 침해정지청구는 가처분신청의 형태로도 행사할 수

있음은 물론이지만, 이러한 임시의 지위를 정하는 가처분은 다툼 있는 권리 관계에 관하여 그것이 본안소송에 의하여 확정되기까지 가처분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있는 경우에 허용되는 응급적·잠정적인 처분이므로, 이러한 가처분이 필요한지 여부는 당해 가처분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송의 승패의 예상, 기타 여러 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 할 것인바(대법원 1997. 10. 14. 자 97마1473 결정 참조), 가처분신청을 인용하는 결정에 따라 권리의 침해가 중단되었다고 하더라도 가처분 채무자들이 그 가처분의 적법 여부에 대하여 다투고 있는 이상 권리 침해의 중단이라는 사정만으로 종래의 가처분이 보전의 필요성을 잃게 되는 것이라고는 할 수 없다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 소리바다 서비스가 계속되어 저작권접권이 침해될 경우에는 채권자들에게는 회복하기 어려운 현저한 손해가 발생하게 되고, 이제는 기존의 소리바다 서비스가 중단되고 채무자들이 이를 대체할 새로운 서비스를 제공하고 있다 할지라도 기존의 소리바다 서비스 방식이 다시 이용될 수 있는 가능성도 전혀 배제하기 어려우며, 나아가 채무자들이나 소리바다 서비스 제공 관련자들, 혹은 소리바다 서비스 이용자들이 감수하여야 할 경제적 피해는 채권자들이 보호받아야 하는 이익에 비하여 현저하게 크다고 볼 수 없다는 점 등의 사정을 들어 이 사건 가처분신청은 여전히 보전의 필요성이 인정된다고 판단한 것은 정당하고(나아가 채무자들이 채권자들 외의 다른 권리자들과 사이에서는 일부 협의가 이루어졌다고 하더라도 이러한 사정은 다를 바 없다) 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다고 할 것이다.

4. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 안대희
대법관 김영란
주심 대법관 김황식
대법관 이홍훈

[출전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

[하급심 판결] 서울고법 2005. 1. 12, 2003나 21140판결.

저작권심의조정위원회, 「한국저작권관계집[9]」, 2005, 276~310쪽

26. 음반제작과 이용허락 범위(3) - ‘연가’ 편집음반 사건

대법원 2007. 2. 22. 판결, 2005다74894 저작권사용료

원고, 피상고인 겸 상고인 사단법인 한국음악저작권협회
(소송대리인 법무법인 송백 담당변호사
조용완)

피고, 상고인 겸 피상고인 지엠기획 주식회사외 1인

원심판결 서울고법 2005. 11. 8. 선고 2005나7599 판결

주 문

원심판결의 원고 패소 부분 중 원심판결의 별지 연가 내역표 순번 1, 2, 4, 5, 12, 31, 34, 38, 39, 40, 42, 43, 49, 56, 61항 기재 각 음악저작물에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원으로 환송한다. 원고의 피고 주식회사 도레미미디어에 대한 나머지 상고와 피고들의 상고를 모두 기각한다.

이 유

1. 원고의 상고이유에 대한 판단

가. 저작재산권 신탁 후 저작자가 체결한 이용허락계약의 효력에 대하여 원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결 이유를 인용하여, 원심판결의 별지 연가 내역표 순번 1, 2, 4, 5, 12, 31, 34, 38, 39, 40, 42, 43, 49,

56, 61항 기재 각 음악저작물(이하 ‘이 사건 15개 음악저작물’이라고 한다)은, 원고가 2003. 7. 1.경 신보인세제(新譜印稅制)를 시행하기 이전에 피고들이 그 각 음악저작물에 대한 저작자들의 이용허락을 받아 그에 대한 원반(原盤, Master Tape)을 제작하였던 것으로서, 그 당시에는 비록 음악저작물에 대한 저작권이 신탁되어 있다 하더라도 관행상 그 음악저작물에 관하여 최초로 원반을 제작하는 경우에는 음반제작자가 저작자로부터 직접 이용허락을 받고 저작자에게 정액으로 일정한 금원(통상 ‘곡비’라고 부른다)을 지급하였고, 원고도 그러한 관행을 인정하여 위와 같은 음반제작자로부터는 음악저작물의 저작권사용료를 징수하지 아니하고 그 후 제3자 등이 음악저작물이 수록된 원반을 재생·녹음·방송 등의 방법으로 사용하는 경우에만 저작권사용료를 징수하여 왔으므로, ‘이 사건 15개 음악저작물’의 저작자로부터 저작권신탁권을 신탁받은 원고로서는 그 신탁 후 피고들과 그 저작자들 사이에 체결된 ‘이 사건 15개 음악저작물’에 대한 이용허락계약의 효력을 다룰 수 없다는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 저작권신탁의 신탁이나 저작권신탁계약의 해석 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 음반제작자의 복제·배포권 및 음악저작물에 대한 이용허락의 범위에 대하여

저작권법 제2조 제7호, 제67조는 음(音)을 음반에 맨 처음 고정한 음반제작자는 그 음반을 복제·배포할 권리를 가진다고 규정하는 동시에 같은 법 제62조에서 음반제작자 등의 저작인접권에 관한 규정이 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니된다고 규정하고 있는바, 음반제작자의 저작인접권은 음을 음반에 맨 처음 고정시키는 행위를 통하여 생성된 음반에 관하여 발생하는 권리로서 작사자나 작곡자 등 저작자의 저작물에 관한 저작권과는 별개의 독립된 권리가기는 하나, 저작인접물인 음반의 복제·배포에는 필연적으로 그 음반에 수록된 저작물의 이용이 수반되므로, 음반제

작자 자신도 그 저작물의 저작재산권자로부터 이용허락을 받지 않으면 그 음반을 복제·배포할 수 없다. 그리고 저작권법 제42조 제2항은 저작재산권자로부터 저작물의 이용허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다고 규정하고 있는바, 음반제작자와 저작재산권자 사이에 체결된 이용허락계약을 해석함에 있어서 그 이용허락의 범위가 명백하지 아니한 경우에는 당사자가 그 이용허락계약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 이용허락계약에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행, 당사자의 지식, 경험 및 경제적 지위, 수수된 급부가 균형을 유지하고 있는지 여부, 이용허락 당시 당해 음악저작물의 이용방법이 예견 가능하였는지 및 그러한 이용방법을 알았더라면 당사자가 다른 내용의 약정을 하였을 것이라고 예상되는지 여부, 당해 음악저작물의 이용방법이 기존 음반시장을 대체하는 것인지 아니면 새로운 시장을 창출하는 것인지 여부 등 여러 사정을 종합하여 그 이용허락의 범위를 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고들이 ‘이 사건 15개 음악저작물’의 저작자들로부터 이용허락을 받아 그에 관한 원반을 제작하였던 자로서 그 원반의 복제·배포권을 갖게 되었다 하더라도, 그 저작자들이 ‘이 사건 15개 음악저작물’에 대하여 이용허락을 한 구체적인 범위가 어디까지인지를 심리하지 아니하고서는, 위와 같은 사정만으로 곧바로 피고들이 ‘이 사건 15개 음악저작물’의 원반 등을 복제하여 ‘연가 편집음반’을 제작·판매한 행위가 원고의 ‘이 사건 15개 음악저작물’에 대한 저작재산권의 침해에 해당하지 않는다고 단정할 수 없다.

그럼에도 불구하고, 피고들이 ‘이 사건 15개 음악저작물’의 저작자들로부터 이용허락을 받아 원반을 제작한 이상 그 이용허락의 구체적인 범위와 관계없이 음반제작자의 복제·배포권의 행사로서 당연히 ‘이 사건 15개 음악저작물’ 등을 수록한 ‘연가 편집음반’을 제작·판매할 수 있다고 본 원심의 판단에는, 음반제작자의 복제·배포권의 법리를 오해한 나머지 ‘이 사건 15개

음악저작물'에 대한 이용허락의 구체적인 범위에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

2. 피고 주식회사 도레미미디어의 상고이유에 대한 판단

가. 음악저작물의 이용허락계약의 범위 등에 대하여

저작재산권자가 음반제작자에게 저작물의 이용허락을 함에 있어서 자신의 저작재산권 중 복제·배포권의 처분권한까지 음반제작자에게 부여하였거나, 또는 음반제작자로 하여금 저작인접물인 음반 이외에 저작재산권자의 저작물에 대하여까지 이용허락을 할 수 있는 권한 내지 저작물의 이용권을 제3자에게 양도할 수 있는 권한을 부여하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 음반제작자에 의하여 제작된 저작인접물인 음반에 수록된 내용 중 일부를 발췌하여 편집음반을 제작하고자 하는 자는 그 음반제작자의 저작인접물에 대한 이용허락 이외에 저작재산권자로부터도 저작물에 대한 이용허락을 받아야 한다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다60682 판결, 2006. 7. 4. 선고 2004다10756 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결 이유를 인용하여, 원심판결의 별지 연가 내역표 기재 67곡의 음악저작물 및 별지 순애보 내역표 기재 77곡의 음악저작물 중 '이 사건 15개 음악저작물'을 제외한 나머지 음악저작물(이하 '이 사건 나머지 음악저작물'이라고 한다)은 피고들이 아닌 다른 음반제작자가 그 저작자들의 이용허락을 받아 원반을 제작한 것으로서, '이 사건 나머지 음악저작물'의 저작자들이 그 음반제작자들에게 저작재산권 중 복제·배포권을 양도하였다거나 제3자의 음악저작물 이용을 허락할 권한 내지 제3자에게 음악저작물 이용권을 양도할 수 있는 권한까지 부여하였다는 점 등을 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고들이 저작재산권자인 원고의 이용허락 없이 그 원반을 제작하였던 음반제작자의 이용허락만을

받아 ‘이 사건 나머지 음악저작물’ 등이 수록된 ‘연가 편집음반’ 및 ‘순애보 편집음반’을 제작·판매한 것은 원고의 ‘이 사건 나머지 음악저작물’에 대한 저작권재산을 침해하는 것이라는 취지로 판단하였음은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 음반제작자의 복제·배포권이나 음악저작물에 대한 이용허락의 범위 등에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 및 심리미진 등의 위법이 없다.

나. 자백의 취소 및 저작권재권 침해행위에 대한 과실 등에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결을 인용하여 피고 주식회사 도레미미디어(이하 ‘피고 도레미미디어’라고 한다)가 ‘연가 편집음반’ 및 ‘순애보 편집음반’의 기획·제작에 관여한 사실을 인정한 다음, ‘순애보 편집음반’의 기획 사실에 대한 자백을 취소한다는 피고 도레미미디어의 주장을 그 자백이 진실에 어긋나고 착오로 말미암은 것임을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 배척하고, 설령 피고 도레미미디어가 피고 지엠기획 주식회사(이하 ‘피고 지엠기획’이라고 한다)와 공동으로 음반을 기획하지 않고 이미 피고 지엠기획에 의하여 기획·선곡된 음반을 제작·배포하기만 하였다 하더라도, 피고 도레미미디어는 다수의 음반을 기획·제작·배포하여 온 음반전문 제조업체로서 ‘연가 편집음반’ 및 ‘순애보 편집음반’의 제작 전에 그 음반의 제작·배포가 저작권법에 위반되는지 여부를 조사할 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 하였으므로 저작권재권 침해행위에 대하여 과실이 있다는 취지로 판단하였음은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 자백의 취소나 저작권재권 침해행위에 대한 과실 여부 판단 등에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 및 심리미진 등의 위법이 없다.

3. 원고의 ‘순애보 편집음반’ 관련 청구 부분에 대한 상고 및 피고 지엠기획의 상고

가. 원고는 피고 도레미미디어에 대한 ‘순애보 편집음반’ 관련 청구 부분에 관하여 상고장 및 상고이유서에 상고이유를 기재하지 아니하였다.

나. 피고 지엠기획은 상고장에 상고이유를 기재하지 아니하였고, 적법한 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하였다.

4. 결 론

그러므로 원심판결의 원고 패소 부분 중 ‘이 사건 15개 음악저작물’에 관한 부분을 파기하여, 이 부분 사건을 원심법원으로 환송하고, 원고의 피고 도레미미디어에 대한 나머지 상고와 피고들의 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김영란
	대법관	김황식
주 심	대법관	이홍훈
	대법관	안대희

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

[참조판례]

대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다21002 판결.

저작권위원회, 「한국 저작권 판례집(11)」, 2007, 220~226쪽

대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다10756 판결.

저작권위원회, 「한국 저작권 판례집(11)」, 2007, 110~112쪽

대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다60682 판결.

저작권심의조정위원회, 「한국 저작권 판례집(8)」, 2004, 122~125쪽.

27. 번역저작물과 원저작물의 실질적 유사성 판단 - 소설 ‘당나귀 귀’ 사건

대법원 2007. 3. 29. 판결, 2005다44138 저작권침해정지등

원고, 상 고 인 원고(소송대리인 법무법인 세진종합법률사무소 담당변호사 이병열외 4인)

피고, 피상고인 피고 1외 1인 소송대리인 법무법인 지평 담당변호사 이은우외 1인)

원심판결 서울고법 2005. 7. 13. 선고 2004나86199 판결

주 문

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 번역저작물의 창작성은 원저작물을 언어체계가 다른 나라의 언어로 표현하기 위한 적절한 어휘와 구문의 선택 및 배열, 문장의 장단 및 서술의 순서, 원저작물에 대한 충실도, 문체, 어조 및 어감의 조절 등 번역자의 창의



와 정신적 노력이 깃들은 부분에 있는 것이고, 그 번역저작물에 나타난 사건의 전개, 구체적인 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계, 배경설정 등은 경우에 따라 원저작물의 창작적 표현에 해당할 수 있음은 별론으로 하고 번역저작물의 창작적 표현이라 할 수 없으므로, 번역저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 번역저작물과 대상 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 번역저작물의 창작적인 표현에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.

나. 위 법리와 원심판결 이유 및 기록에 비추어 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 이 사건 소설은 ‘당나귀 귀’라는 제호의 프랑스어 원작소설을 우리말로 번역한 저작물로서, 이 사건 소설과 대상 동화는 주요 인물들의 설정과 상호관계, 상황 설정, 구체적인 줄거리 및 사건의 전개과정, 구체적인 일화 등에 있어서 유사성이 있으나, 위와 같은 부분들은 위 프랑스어 원작소설의 창작적 표현이지 번역자에 의하여 이 사건 소설에 새롭게 부가된 창작적인 표현이 아니므로 위와 같은 부분들의 유사성을 이유로 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있다고 할 수 없다.

대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있으므로, 대상 동화가 이 사건 소설에 의거하여 작성되었는지 여부를 판단함에 있어서 저작권법에 의하여 보호받지 못한 표현 등의 유사성을 참작할 수 있다고 하여, 양 저작물 사이의 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서도 동일하게 위와 같은 부분 등의 유사성을 참작하여야 하는 것은 아니다.

다음, 이 사건 소설의 개개 번역 표현들을 구성하고 있는 어휘나 구문과 부분적으로 유사해 보이는 어휘나 구문이 대상 동화에서 드문드문 발견되기는 하나, 그러한 사정만으로 바로 이 사건 소설과 대상 동화 사이에 실질적 유사성이 있다거나 이 사건 소설에 대한 번역저작권이 침해되었다고 단정할

수는 없고, 그 실질적 유사성을 인정하기 위해서는 대상 동화에서 유사 어휘나 구문이 사용된 결과 이 사건 소설이 번역저작물로서 갖는 창작적 특성이 대상 동화에서 감지될 정도에 이르렀다는 점이 인정되어야 한다. 그런데 총 문장 2,000여 개의 이 사건 소설과 총 문장 1,000여 개의 대상 동화에서 원심판결의 별지 제4목록 기재 총 53항 중 일부 유사 어휘나 구문이 차지하는 질적 혹은 양적 비중은 미미하고, 이 사건 소설은 사회비판 소설로서 청소년 등을 독자층으로 하여 아이의 시각에서 위선적인 세상을 풍자하는 것을 주제로 설정하고 있는 반면, 대상 동화는 유아동화로서 아동 등을 독자층으로 삼아 학교에서 집단따돌림을 당하는 학생에게 희망과 꿈을 심어주는 것을 주제로 설정하여 교육성과 단순성 등이 이 사건 소설보다 훨씬 강한 관계로, 전체적으로 쉬운 어휘와 구문, 밝은 어조를 사용하여 독자에게 친근감과 안정감을 느끼도록 문장과 문단이 전개되고 있고, 그 결과 위와 같은 유사 어휘나 구문 등이 배열된 순서나 위치, 그 유사 어휘나 구문이 삽입된 전체 문장이나 문단의 구성, 문체, 어조 및 어감 등에서 이 사건 소설과 대상 동화는 상당한 차이를 보이고 있으므로, 위와 같은 정도의 일부 어휘나 구문의 유사성은 이 사건 소설과 대상 동화의 전체적인 구성이나 표현의 차이에 흡수되어 이 사건 소설이 번역저작물로서 갖는 창작적 특성이 대상 동화에서 감지된다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 소설과 대상 동화 사이에 실질적 유사성이 있다고 할 수 없다.

원심판결의 이유 설시에 다소 미흡한 점이 있으나, 이 사건 소설과 대상 동화가 실질적으로 유사하다고 볼 수 없어 이 사건 소설에 대한 번역저작권이 침해된 것이라고 볼 수 없다는 결론에 있어서는 정당하므로, 거기에 상고 이유에서 주장하는 바와 같이 저작물의 실질성 유사성 판단이나 번역저작권의 침해에 관한 법리오해 등으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 위와 같이 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 인정되지 아니하여 이 사건 소설에 대한 번역저작권이 침해되었다고 볼 수 없는 이상, 대상

동화에서 이 사건 소설의 어휘나 구문과 유사한 부분들을 삭제·변경하여야만 대상 동화의 복제·배포 등이 허용된다고 볼 수 없다. 이 부분에 관한 상고이유의 주장 역시 받아들일 수 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

저작권자와 저작물에 관하여 독점적 이용허락계약을 체결한 자는 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 저작권자를 대위하여 저작권법 제91조에 기한 침해정지청구권 등을 행사할 수 있다고 할 것이지만(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 참조), 저작권자와의 이용허락계약에 의하여 취득하는 독점적 번역출판권은 독점적으로 원저작물을 번역하여 출판하는 것을 내용으로 하는 채권적 권리이므로, 제3자가 작성한 저작물이 원저작물의 번역물이라고 볼 수 없는 때에는 독점적 번역출판권자가 저작권자를 대위하여 그 제3자를 상대로 침해정지 등을 구할 보전의 필요성이 있다고 할 수 없다.

위 법리와 원심판결 이유 및 기록에 비추어 살펴보면, 원고는 위 프랑스어 원작소설의 저작권자와 원작에 충실하고 정확하게 번역하기로 약정하고 이용허락계약의 일종인 독점적 번역출판계약을 체결하였으므로 채권자대위권을 행사할 피보전권리 자체는 있다고 할 것이지만, 대상 동화는 위 프랑스 원작소설과 대비할 때 전체 분량을 대폭 축소하여 등장인물과 일화의 수, 구체적인 줄거리의 세부전개 등을 줄이거나 단순화하고, 등장인물의 직업과 세부적인 성격 및 배경 설정 등을 달리하며 그 주제와 결말을 바꾸는 등 상당한 변경을 가한 결과, 대상 동화가 위 프랑스어 원작소설의 변안물에 해당하는지 여부는 별론으로 하고 그 번역물이라고는 도저히 볼 수 없으므로, 원고가 위 프랑스어 원작소설의 저작권자를 대위하여 대상 동화의 복제·배포 등의 금지 등을 구할 보전의 필요성이 있다고 할 수 없다.

원심판결의 이유 설시에 다소 미흡한 점이 있으나, 위 프랑스어 원작소설

의 저작권자를 대위하여 침해정지 등을 구하는 이 사건 채권자대위청구 부분의 소가 부적법하다고 본 결론은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 독점적 번역출판계약이나 채권자대위권에 관한 법리오해 등으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김황식
대법관 김영란
대법관 이홍훈
주 심 대법관 안대희

[출 전] 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)

[참조판례]

대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결.

저작권심의조정위원회, 「한국 저작권 판례집(10)」, 2006, 85~97쪽

대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결.

저작권위원회, 「한국 저작권 판례집(11)」, 2007, 283~287쪽

28. 저작인접권의 이용허락 범위 - ‘봄여름가을겨울’ 사건

서울남부지방법원 제14민사부 2007. 4. 12. 판결, 2004가합14681 인세등

원 고 1. ○○○

2. ○○○

원고들 소송대리인 법무법인 두우

담당변호사 최정환, 김재용, 김문희, 이권호

피 고 ○○○(일명 : ○○)

소송대리인 변호사 정해원

변론종결 2007. 3. 8.

판결선고 2007. 4. 12.

주 문

1. 피고는 원고들에게 57,483,986원과 이에 대하여 2007. 4. 13.부터 다 지급하는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 피고는 별지1 목록 ⑧, ⑨, ⑪ 각 음반에 수록된 곡을 이용하여 음반을 제작하거나, 별지1 목록 기재 각 음반에 수록된 곡을 이용하여 스스로 또는 제3자로 하여금 편집음반을 제작하게 하거나, 컴퓨터 압축파일의 형태로 복제하여 모바일 서비스, 인터넷 서비스 등을 허락하는 방법으로 이를 복제, 배포하여서는 아니 된다.

3. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.
4. 소송비용은 이를 5분하여 그 3은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.
5. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

피고는 원고들에게 655,644,000원과 이에 대하여 이 사건 판결선고일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고는 별지1 목록 기재 각 음반에 수록된 곡을 이용하여 스스로 음반을 제작하거나, 제3자로 하여금 음반을 제작하게 하거나, 컴퓨터 압축파일의 형태로 복제한 것을 이용하여 모바일 서비스 및 인터넷 서비스를 하도록 허락하는 방법 등으로 이를 복제, 배포하여서는 아니 된다. 피고가 위 의무를 위반한 경우 피고는 원고들에게 그 의무 위반행위 1회마다 1천 만 원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

[인정근거] 갑1호증의 1, 2, 3, 갑2~11호증, 갑12호증의 1~31, 갑13, 14호증의 각 1, 2, 갑15호증의 1~49, 갑16호증의 1~5, 갑17호증의 1~4, 갑18호증, 갑19, 20호증의 각 1, 2, 을1호증, 이 법원의 사단법인 한국음원제작자협회장, 주식회사 서울음반에 대한 사실조회, 변론 전체의 취지, 다툼없는 사실

가. 원고들은 1988년 무렵부터 그룹 “봄여름가을겨울”이라는 이름으로 활동하고 있는 가수이고, 피고는 1982년 무렵 음반기획사인 “동아기획”을 설립한 후, 1988. 11. 23.부터는 “주식회사 동아기획”, 1998. 3. 23.부터는

“주식회사 동아뮤직”, 2003. 무렵부터는 “동아엔터테인먼트”라는 상호의 음반기획사(이상의 회사들을 ‘동아기획 등’이라 한다)를 실질적으로 운영한 자이다.

나. 원고들은 1988. 6. 무렵부터 2002. 1. 무렵까지 피고가 운영하는 동아기획 등 회사를 통하여 별지1 목록 ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥, ⑦, ⑧, ⑨, ⑪ 각 음반(‘이 사건 각 음반’이라 한다)을 출판하였다.

다. 원고들은, 원고들이 피고로부터 일정한 돈(별지1목록 ① 음반은 1,000만원, ⑥ 음반은 2억 원, ⑧, ⑨ 음반은 1억 원, ⑪ 음반은 1억 5,000만 원. 다만, 피고는 원고들에게 ⑧, ⑨, ⑪ 음반에 관하여는 일정 수 이상의 음반이 판매될 경우 초과 판매분에 대하여 판매량에 비례한 인세를 지급하고, ⑥ 음반에 관하여는 일정 판매량에 도달할 경우 정액의 보너스를 지급하기로 약정하였다)을 지급받고 원반을 제작하여 피고에게 교부하면, 피고가 그 원반을 이용하여 음반을 제작, 유통, 홍보, 판매하고 그 수익은 모두 피고에게 귀속되는 방법으로 이 사건 각 음반을 출판하였고, 원고들과 피고가 별지1 목록 ①, ⑥, ⑧, ⑨, ⑪ 각 음반의 출판을 위하여 체결한 약정의 주요 내용은 별지2 목록 기재와 같다.

라. 별지1 목록 ⑪ 음반은 발매 후 CD(Compact Disc)로 39,000장, MC(Music Cassette)로 24,000장이 판매(50,000장 판매 당시 CD와 MC의 판매량은 CD가 31,250장, MC 18,750장이다)되었고, 그 판매순수익은 CD가 5,400원, MC가 2,700원이다.

마. 피고는 이 사건 각 음반의 수록곡을 한국음원제작자협회에 신탁하여 모바일 서비스(마이벨, 라이브벨, 컬러링, 음악편지 등)와 인터넷 서비스(스트리밍 서비스 등)에 제공하였는데, 2003. 3분기부터 2005. 4분기 사이에 그로부터 얻은 수익은 8,663,986원이다.

바. 피고는 이 사건 각 음반의 수록곡을 이용하여 스스로 별지1 목록 ⑩과 같은 편집앨범을 제작하거나, 다른 음반제작사가 이를 이용하여 편집음반을 제작하도록 허락하여 왔는데, 피고는 그 대가로 소니뮤직으로부터 200만

원, 비엠씨뮤직으로부터 200만 원을 각 지급받았다.

2. 인세청구에 관한 판단

가. 앞서 인정한 사실에 의하면, 피고는 원고들에게 별지2목록 4항 기재 약정에 따라 별지1 목록 ⑪ 음반이 5만 장을 초과하여 판매된 부분에 대한 인세 4,482만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

[계산근거]

CD : $5,400\text{원} \times 7,750\text{장} (= 39,000\text{장} - 31,250\text{장}) \times 0.8(\text{인세비율}) = 33,480,000\text{원}$

MC : $2,700\text{원} \times 5,250\text{장} (= 24,000\text{장} - 18,750\text{장}) \times 0.8(\text{인세비율}) = 11,340,000\text{원}$

나. 피고는, 피고가 원고들에 대하여 가지는 4,000만 원(2002. 봄 무렵 뮤직비디오 제작비 추가분 2,000만 원, 2001. 11. 5.자 대여금 1,500만 원, 2002. 11. 무렵 대여금 500만 원)의 채권을 자동채권으로 원고들의 인세청구채권을 대등액에서 상계한다고 항변하나, 을2호증의 기재만으로는 피고가 원고들에게 그와 같은 채권을 가진다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 증거가 없어 피고의 그 항변은 이유 없다.

3. 저작권접권 침해에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

(1) 원고들의 주장

가) 원고들은 이 사건 각 음반의 제작자로서 저작권접권을 보유하며, 피고는 원고들로부터 원고들이 제작한 원반을 이용하여 음반을 복제, 제조, 유통할 수 있는 권한만을 부여받았고, 피고의 이 사건 음반 중 별지1 목록 ⑧, ⑨, ⑪ 음반에 대한 유통권한은 별지2 기재 약정에 따라 이미 소멸하였다.

나) 피고들은 원고로부터 이 사건 각 음반의 유통, 판매에 관한 권한만을 허락받았음에도 불구하고, 이 사건 각 음반의 수록곡 중 일부를 복제한 후 스스로 음반을 발매하거나 다른 음반사에 배포하여 이들 음반사로 하여금



편집음반을 제작하게 하고, 그 음원을 모바일 서비스업체나 인터넷 서비스 업체에 배포하여 원고들의 저작권접권을 침해하였으므로 그로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다.

다) 또한, 피고는 위와 같이 원고들의 저작권접권을 침해하였고, 이 사건 소송이 계속 중임에도 원고들의 앨범을 무단으로 발매하고 있으며, 그 침해 행위가 반복, 계속될 가능성이 있으므로 피고에 대하여 청구취지 기재와 같은 침해행위를 하지 아니할 의무가 있다.

(2) 피고의 주장

가) 원고들은 피고와 전속계약을 체결하고 피고의 비용으로 이 사건 각 음반을 제작한 것이므로 이 사건 각 음반의 저작권접권자(음반제작자)는 피고이고, 원고들이 저작권접권자로 인정된다 하더라도 피고는 원고들에게 계약금을 교부하고 전속계약을 체결함으로써 그 저작권접권을 양수한 것이다.

나) 가사, 원고들의 주장과 같이 피고의 지위가 저작권접권의 이용을 허락 받은 자에 불과하다 하더라도 그 이용 허락의 범위에 편집앨범의 제작 및 모바일·인터넷 서비스의 제공이 포함된다.

나. 저작권접권자의 확정

(1) 먼저이 사건 각 음반의 저작권접권이 누구에게 귀속하는가에 관하여 살펴건대, 앞서 인정한 사실과 거시한 증거를 종합하면, 원고들은 이 사건 각 음반을 제작함에 있어 대부분의 곡을 작사, 작곡하고, 음반에 수록할 곡 선정, 스튜디오 대여, 연주자 섭외, 녹음, 편곡, 원반제작, 표지 디자인 등의 업무를 직접 수행하고, 악기별 연주 및 자신의 가창을 트랙을 나누어 녹음한 멀티테이프를 제작한 후 그 음원 중 일부를 골라 가창과 연주의 음의 강약이나 소리의 조화를 꾀하는 편집과정을 통해 이 사건 각 음반의 원반을 제작한 사실이 인정된다.

원고들과 피고는 이 사건 각 음반 출판과 관련하여 비슷한 내용의 약정을 일관되게 유지하여 왔는데, 처분문서로 남아 있는 별지2 목록 기재 각 약정만으로는 원고들과 피고 사이의 약정이 저작권접권 양도계약인지, 이용 허

락계약인지 명백하지 아니하고, 그와 같이 당사자의 의사가 외부적으로 표현되지 아니한 경우 저작인접권자에게 권리가 유보된 것으로 추정함이 타당하다 할 것이다.

이러한 점 등에 비추어 보면, 저작권법 제2조 제7호에 규정된 음을 음반에 맨 처음 고정한 자인 음반제작자는 원고들이라고 봄이 상당하다(또한, 원고들이 그와 같은 작업을 수행함에 있어 피고로부터 교부받은 계약금을 제작비용에 사용하였다는 사정만으로는 피고가 이 사건 각 음반의 제작자라거나, 원고들로부터 저작인접권을 양수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 피고 주장을 인정할 증거가 없다).

(2) 따라서, 피고는 원고들로부터 이 사건 각 음반을 제조, 판매, 유통할 수 있도록 저작인접권의 이용을 허락받은 자에 해당하고, 그 이용기간은 이 사건 각 음반 중 별지1목록 ⑧, ⑨, ⑪ 음반을 제외한 나머지 음반에 대하여는 원고들이 인정하는 바와 같이 영구적이며, ⑧, ⑨ 음반에 대하여는 별지2 목록 3항 기재 약정에 따라 기간이 연장되어오다가 원고들이 이 사건 소송을 제기함으로써 기간연장이 종료된 2004. 12. 말무렵까지, ⑪ 음반에 대하여는 별지2목록 4항 기재 약정에 따라 2006. 12. 31.까지로 볼 것이다.

다. 저작인접권 이용 허락의 범위

한편, 원고들이 피고에게 이 사건 각 음반에 대한 음반제작자의 권리를 이용 허락한 범위에 관하여 살피건대, 별지2 목록 기재 각 약정만으로는 원고들과 피고 사이에 체결된 이용허락계약의 범위가 명백하지 아니하나, 원고들이 허락한 저작인접권 이용기간이 비교적 장기간이고, 원고들로서는 각 음반의 발매시점에 교부받은 계약금 명목의 돈 외에 달리 피고로부터 음반판매량에 따른 수익금을 나누어 받지 못한 점, 이 사건 각 음반의 발매 당시 편집음반이나 모바일.인터넷 음원 제공 서비스의 활성화를 예견하였다면 원고들로서는 그에 대한 다른 약정을 하였을 것으로 보이는 점, 이 사건 각 음반에 수록된 음원을 이용하여 무제한적으로 편집앨범을 제작하거나, 모바일.인터넷서비스에 제공하는 행위는 이 사건 각 음반에 수록된 대부분의

곡에 대한 저작권을 가진 원고들의 저작권을 부당하게 침해하는 행위로 보이는 점 등에 비추어 그 범위는 해당 음반의 제조, 유통, 판매에 한정되는 것으로 봄이 상당하다.

라. 판 단

(1) 그렇다면, 피고는 인정사실 마, 바항 기재와 같은 저작인접권 침해행위로 원고들에게 피고가 그로 인하여 얻은 이익인 12,663,986원(모바일·인터넷서비스로 인한 수입 8,663,986원 + 편집앨범으로 인한 수입 400만 원) 상당의 손해를 가하였으므로 원고에게 그 돈과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고들은 피고의 편집음반 제작으로 인한 수입이 2억 3,450만 원, 모바일·인터넷서비스 제공으로 인한 수입이 5,740만 원에 이른다고 주장하나, 위 인정범위를 초과한 주장을 인정할 증거가 없다).

(2) 또한, 앞서 인정한 사실에 의하면, 위와 같은 피고의 저작인접권 침해행위가 반복, 계속될 우려가 있다 할 것이므로, 원고들은 피고를 상대로 그 침해행위의 금지 및 예방을 구할 수 있고, 앞서 인정한 피고의 저작인접권 사용기간 및 범위를 고려하면 피고에게 주문 제2항 기재 행위를 금지함이 상당하다.

4. 결 론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김영혜

판사 이광우

판사 문선주

별지 1. 음△ 목록(생략)

별지 1. 음반 목록

①앨범명	1집-사람들은 모두 변하나봐
발매일	1988년 6월 15일
1	항상 기뻐하는 사람들(봄)
2	헤어지기는 정말로 싫어
3	내가 걷는 길
4	거리의 악사(여름)
5	혼자 걷는 너의 뒷모습
6	사람들은 모두 변하나봐
7	방황
8	전화
9	보고싶은 친구
10	12월31일(겨울)
11	또 하나의 내가 있다면

②앨범명	2집-봄 여름 가을 겨울
발매일	1989년 10월 5일
1	나의 아름다운 노래가 당신의 마음을 깨끗하게 할 수있다면
2	어떤이의 꿈
3	슬슬한 오후
4	봄 여름 가을 겨울
5	내 품에 안기어
6	그대 별의 지는 밤으로
7	하루가 가고 또 하루가 오면
8	열일곱 그리고 스물넷
9	사랑해(오직 그대만)
10	못다한 내 마음을(Inst)

③앨범명	봄여름가을겨울 Live
발매일	1991년 2월
1	항상 기뻐하는 사람들(연주곡)
2	Superstition
3	봄, 여름, 가을, 겨울
4	사랑해
5	열일곱 스물넷
6	외롭지만 혼자 걸을 수 있어
7	내가 걷는 길
8	방황
9	전화
10	그대 별이 지는 밤으로(Inst)
11	떠나가 버렸네
12	거리의 악사(연주곡)
13	사람들은 모두 변하나봐
14	나의 아름다운 노래가 당신의 마음을 깨끗하게 할 수 있다면(연주곡)
15	어떤이의 꿈
16	내 품에 안기어
17	못다한 내 마음을(연주곡)
18	가을이야

④앨범명	3집-농담, 거짓말 그리고 진실
발매일	1992년 1월
1	멀리서 보내는 편지
2	농담, 거짓말 그리고 진실
3	그대 향한 그리움은 이제 내게
4	10년 전의 일기를 꺼내어
5	길고도 말하기 힘든 얘기
6	내 마음에 비친 내모습
7	나 모르는 한적한 곳에서
8	그대 사진에 입맞춤
9	Don't Do That, Burt!
10	아웃사이더
11	혼자라고 느낄 때
12	내게 만약
13	외로운 사람들
14	오랜 시간이 흘러

⑤앨범명	4집-I Photograph to remember
발매일	1993년 6월
1	말없는 인사(연주곡)
2	알 수 없는 질문들
3	잃어버린 자전거에 얽힌 지난 이야기
4	안녕, 또 다른 안녕
5	기억을 위한 사진들(연주곡)
6	노래여 퍼져라
7	이성의 동물, 감정의 동물 (연주곡)
8	영원에 대하여
9	그대를 위하여
10	페르시아 왕자(연주곡)
11	디랩
12	전도서(연주곡)

⑥앨범명	5집-Mystery
발매일	1995년 5월
1	Intro
2	미인
3	Mystery
4	Geko Funk(연주곡)
5	조금씩 조금씩
6	새벽 2시 5분
7	세상 사람들아
8	외로움의 파도를 타고(연주곡)
9	Dream House
10	100송이 장미
11	아무도 몰래
12	7년만의 외출
13	아마도 내가 아닌
14	나만의 그대
15	Daddy Wes(연주곡)

⑦앨범명	6집-Banana Shake
발매일	1996년 8월
1	Yag(거짓말하는 아저씨의 거북이)
2	바나나 웨이크
3	이기적이야
4	하는 일이 잘 되지 않을때엔
5	X라고 부르지마
6	비
7	1999년 7월
8	돌아보지마
9	16살의 유서
10	한밤에 치는 기타

⑧앨범명	BEST OF BEST(Instrumental)
발매일	1997년 12월
1	그대를 생각하며
2	항상 기뻐하는 사람들
3	거리의 악사
4	12월 31일
5	나의 아름다운 노래가 당신의 마음을 깨끗하게 할 수 있다면
6	그대 별이 지는 밤으로
7	뭇다한 내 마음을
8	농담 거짓말 그리고 진실
9	내가 만약
10	기억을 위한 사진들
11	이상의 동물 감정의 동물
12	페르시아 왕자
13	Gecko Funk
14	외로움의 파도를 타고
15	Daddy Wes
16	한 밤에 치는 기타

⑨앨범명	BEST OF BEST(Song)
발매일	1997년 12월 12일
1	언제나 겨울
2	헤어지긴 정말로 싫어
3	내가 걷는 길
4	사람들은 모두 변하나봐
5	어떤이의 꿈
6	봄 여름 가을 겨울
7	내 품에 안기어
8	열일곱 스물 넷
9	사랑해
10	10년 전의 일기를 꺼내어
11	그대 사진에 입맞춤
12	아웃 사이더
13	잃어버린 자전거에 얹힌 지난이야기
14	영원에 대하여
15	미안
16	새벽 2시 5분
17	바나나 웨이크

⑩앨범명	연주곡 베스트
발매일	1999년 12월 16일
1	항상 기뻐하는 사람들
2	거리의 악사
3	12월 31일
4	나의 아름다운 노래가 당신의 마음을 깨끗하게 할 수 있다면
5	그대 별이 지는 밤으로
6	못다한 내 마음을
7	농담 거짓말 그리고 진실
8	말 없는 인사
9	기억을 위한 사진들
10	전도서
11	Geko Funk
12	외로움의 파도를 타고
13	한 밤에 치는 기타

⑪앨범명	7집-Bravo, My Life!
발매일	2002년 1월 1일
1	Long time no see
2	한잔의 추억
3	흔들리지 않을거야
4	해 저문 어느 오후
5	Bravo, My Life
6	화해연가
7	In The City
8	갈망
9	세상사람들이여
10	Je Suis Violet
11	사랑하나봐
12	너는 지금쯤
13	So Far So Good
14	2001-10-17
15	이제 또 밤이 되었네
16	웃으며 헤어지던 날
17	Bravo, My Life-Reprise
18	Too old to rocknroll too young to die

⑫앨범명	BEST OF BEST - Song
발매일	2003년 5월 21일
1	언제나 겨울
2	헤어지기는 정말로 싫어
3	내가 걷는 길
4	사람들은 모두 변하나봐
5	어떤이의 꿈
6	봄 여름 가을 겨울
7	내 품에 안기어
8	열일곱 스물넷
9	사랑해
10	10년 전의 일기를 꺼내어
11	그대 사진에 입맞춤
12	아웃사이더
13	잃어버린 자전거에 얹힌 지난이야기
14	영원에 대하여
15	미안
16	새벽 2시 5분
17	바나나 웨이크



⑬ 앨범명	BEST OF BEST - Instrumental
발매일	2003년 5월 21일
1	그대를 생각하며
2	항상 기뻐하는 사람들
3	거리의 악사
4	12월 31일
5	나의 아름다운 노래가 당신의 마음을 깨끗하게 할 수 있다면
6	그대 별이 지는 밤으로
7	못다한 내 마음을
8	농담 거짓말 그리고 진실
9	내게 만약
10	기억을 위한 사진들
11	이상의 동물 감정의 동물
12	페르시아 왕자
13	Gecko Funk
14	외로움의 파도를 타고
15	Daddy Wes
16	한 밤에 치는 기타

계 약 서 목 록

1. 1988. 5. 12.자 계약서(1집 발매 관련)

원고들과 피고는 레코딩<레코드, 카세트, CD> 전속계약을 아래와 같이 체결한다.

① 원고들은 1988. 5. 이후부터 피고에게 전속하여 창작 및 음반, 카세트 취입활동을 한다.

② 원고들은 위 기간 동안은 피고 아닌 타 레코드사 또는 타 프로덕션에서 <음반, 레코드> 녹음을 하지 못한다. 또한 피고에게 전속하여 발표한 창작곡 및 작사, 작곡, 노래는 전속기간이 끝난 후에라도 피고의 승인 없이는 타 회사에서 레코딩을 할 수 없다.

③ 피고는 원고들에게 이 전속계약의 계약금으로 1,000만원을 지급한다.

④ 원고들은 위 전속계약 기간 동안 “봄여름가을겨울”의 독집앨범1장을 피고를 통하여 레코드 취입하여야 한다. 전속기간 만료는 독집앨범 출판 후 1년으로 한다.

⑤ 원고들이 위 전속기간 중 상גיע약조항을 위반할시 손해배상금으로 2,000만원을 즉시 피고에게 지불해야한다.

2. 1994. 10. 11.자 계약서(5집 발매 관련)

① 원고들은 피고로부터 2억 원을 지급받고, 피고가 운영하는 동아기획에서 “봄여름가을겨울” 5집 앨범을 출판하기로 한다.

② 홍보 : 음반 발매 후 최소 3개월 동안 방송횟수 순위 5위 이내(월 100회 이상)로 한다. 각종음악 차트에 최소 2곡 이상을 5위 내로 진입 시킨다(TV차트포함). 앨범 발매 시 동아기획은 홍보포스터를 제작 배포한다. 앨범 발매일로부터 최소 3개월 동안은 동아기획에서 제작하는 모든 앨범 중 홍보 1순위

로 한다.

③ 활동 : 합의된 스케줄은 원고들이 무조건 응한다. 원고들이 활동함에 있어 콘서트, 방송, CF를 제외한 각종 행사(대학축제, 기업행사 등)의 수익금은 동아기획이 30%를 공제한다. 단, 방송에 필요한 세션비 및 각종 경비는 동아기획이 지급한다.

④ 5집 음반 판매 장수에 따라 보너스를 지급한다(30만 장 이상 : 1,000만원, 40만 장 이상 : 1,500만원, 50만 이상 : 2,000만 원 + a).

⑤ 상גיע약을 위반할 경우 위반자가 상대방에게 위약금으로 일억 원을 지급하기로 하며, 합의되지 않은 사항은 상호 협의 하에 결정한다.

3. 1997. 10. 30.자 계약서(베스트 음반 관련)

그룹 “봄여름가을겨울”의 음반 2장(가칭 : the best)을 발매함에 있어 원고들과 피고는 다음과 같은 조건으로 계약한다.

① PD 메이커계약으로 한다.

② 원고들은 피고로부터 1억 원을 지급받고 음반 2장을 제작한다.

③ 원고들은 10만장 판매 후 피고로부터 인세를 지급받는다(CD : 1,500원/1장, 카세트 1,000원/1개).

④ 자켓 디자인은 원고들이, 제작은 피고가, 홍보는 동아기획에서 한다.

⑤ 판권은 3년 동안 동아기획에 귀속하고, 이후 쌍방의 특별한 이의가 없을 경우 자동으로 1년씩 연장되는 것으로 한다.

⑥ 기타 문제는 기존PD 메이커의 관행에 따른다.

4. 2001. 5. 24.자 계약서(7집 발매 관련)

① 계약금 : 1억 5,000만원

② 손익분기점은 5만장으로 하되, 5만 1장부터 로얄티를 지급한다. 그 금액은 제작경비(인쇄물, 임가공비)를 제외한 소득금액 중 원고들에게 80%를, 주식회사 동아뮤직에게 20%를 지급한다.

- ③ 음반 출시 5년 후에는 판권이 원고들 소유가 된다.
- ④ 주식회사 동아뮤직은 뮤직비디오 제작비 2,000만원을 지급하고, 추가되는 경비는 원고들이 부담한다.
- ⑤ 기타 사항은 음반업계 관행에 따른다. 끝.

[출 전] 판결 원문

29. 저작권법 제35조의 일반 공중에게 개방된 장소의 범위 - ‘호텔라운지에 전시된 미술저작물’ 사건

서울중앙지방법원 제13민사부 2007. 5. 17. 판결, 2006가합104292 손해배상(지)

원 고 ○○○

피 고 1. 주식회사 ◇◇기획
2. □□건설 주식회사

변론종결 2007. 5. 3.

판결선고 2007. 5. 17.

주 문

1. 피고들은 연대하여 원고에게 5,000,000원 및 이에 대한 2006. 2. 9.부터 2007. 5. 17.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%의 각 비율에 따른 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 이를 10등분하여 그 중 9는 원고가, 나머지는 피고들이 각각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

피고들은 연대하여 원고에게 1억 2,000만 원 및 이에 대한 2006. 2. 9.부

터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%의 비율에 따른 금원을 지급하라는 판결.

이 유

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 이 사건은 원고가 광고주와 광고회사인 피고들을 상대로 하여 별지도면의 사진과 같은 원고의 미술저작물을 피고들이 공동으로 복제하여 광고에 사용하고 방송 내지 전송한 행위가 원고의 미술저작물에 대한 원고의 저작권 재산권(복제권, 방송권, 전송권)과 저작인격권(성명표시권, 동일성유지권)을 침해한다고 주장하여 그 손해배상을 구하는 사안이다.

나. 전제된 사실관계

갑1, 2호증, 갑5호증의 1 내지 4, 을2호증의 1, 2, 을3호증의 각 기재와 이 법원의 2007. 4. 13. 현장검증결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(1) 원고의 작품제작

원고는 미술작가로서 2002. 1. 무렵 서울 △△구 △△동 △△△호텔 △△△△△△△△ 1층 △△라운지의 한 쪽 벽면에 별지 도면의 사진과 같이 평원을 질주하는 말의 군상을 형상화한 설치 작품(이하, ‘원고 작품’이라 한다)을 제작하였다. 이 작품의 크기는 5m × 6m이고, 말의 모양을 본 뜬 울룩불룩하도록 입체감 있게 표현된 알루미늄 철판을 △△라운지의 한 쪽 벽면에서 5cm~15cm 정도 떨어뜨려 고정시키고, 여기에 특별히 설치된 조명을 통하여 망이 비추어지는 그림자와 철판의 모습이 함께 어우러져 마치 말이 역동적으로 움직이는 것처럼 느껴지도록 표현하고 있다(호텔 △△△△는 인테리어 업체를 통하여 원고로부터 위와 같이 설치된 작품과 원고의 또 다른 작품인 여인상을 대금 2,000만원에 구입하였다). 원고 작품에는 원고의 성명이

나 작품의 제목이 표시되어 있지 않다.

(2) 피고의 동영상제작과 방송 및 전송행위

(가) 피고 □□건설 주식회사(이하, ‘피고 □□건설’이라 한다)는 2004. 6. 1.부터 광고업무대행 회사인 피고 주식회사 ◇◇기획(이하 ‘피고 ◇◇기획’이라 한다)과 사이에 광고대행, 광고물제작 등의 광고업무를 포괄적으로 위탁하기로 하는 광고대행계약을 체결하고 있었다. 이에 따라 피고 □□건설은 자사의 아파트 브랜드인 ‘○○○’을 홍보하기 위하여 피고 ◇◇기획에게 위 ○○○ 아파트에 관한 동영상 광고제작을 의뢰 하였다.

(나) 동영상 광고제작 의뢰 당시 피고 ◇◇기획이 광고에 관한 모든 대행활동 내용을 광고주인 피고 □□건설과 사전 협의하여 시행하고, 피고 □□건설이 요구하는 경우에는 피고 □□건설의 광고계획, 매체선정 및 제작에 필요한 조사활동에 협조하여야 하며, 피고 ◇◇기획은 피고 벽산건설을 위한 전담팀을 구성, 운영하며 광고업무 완료 후 효과분석 보고서 및 월별보고서를 피고 □□건설에게 제공해야 하고, 광고매체 선정 및 시간, 지면의 구입, 구입가격 등에 대하여 반드시 피고 □□건설로부터 사전에 서면으로 동의를 받기로 약정하였다(계약서 제4, 5, 6, 8조 참조).

(다) 피고 ◇◇기획은 위와 같이 피고 □□건설로부터 아파트 방송광고의 대행을 의뢰받은 후 시장조사 등을 거쳐 광고 전략을 수립하고, 광고 전략에 부합하는 광고시안을 준비하여 광고주인 피고 □□건설에 대해 이를 제시, 설명하고, 피고 □□건설이 최종적으로 광고 촬영안을 결정하였고, 이에 따라 피고 ◇◇기획은 광고제작사인 프로덕션 ○○○○○○에 구체적인 광고제작을 위탁하였다.

(라) 프로덕션 ○○○○○○는 구체적인 촬영계획을 세우고, 제작 전 회의에서 방송 광고 촬영장소를 섭외하는 일을 전문으로 하는 로케이션 매니저인 ○○○의 섭외로 호텔 ○○○○ 1층 ○○라운지에서 위 아파트 광고를 촬영할 것을 피고들에게 추천하여, 피고들은 그곳에서 광고촬영을 결정하였고, 호텔 △△△△에 그 임대사용료로 350만원을 지급하였다.

(마) 프로덕션 ○○○○○의 프로듀서인 ○○○은 2006. 2. 9. 원고의 작품이 설치되어 있는 ○○라운지에서 TV 광고작품을 촬영하였다. 완성된 광고작품의 처음 부분 10초간 원고 작품이 광고 출연자의 뒷부분 배경화면으로 나오며, 원고 작품에 대한 저작자의 표시가 되어 있지는 않다.

(바) 피고 □□건설은 위 광고작품을 2006. 3. 1.부터 TV를 통하여 방영하였고, 인터넷 홈페이지(<http://○○○.co.kr/>, <http://○○○.net/>)의 서버에 올렸다(업로드). 그런데 원고로부터 저작권침해의 주장이 제기되자 피고들은 TV 광고는 2006. 5. 24.부터, 인터넷 홈페이지에 올려진 동영상광고는 2006. 5. 22.부터 그 배경에서 이 사건 작품이 보이지 않도록 삭제하였다.

2. 손해배상책임의 발생

가. 원고 작품의 미술저작물성과 피고들의 과실 유무

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이 되기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되나, 저작물성을 인정하기 위한 요건인 창작성은 표현의 내용인 사상이나 감정에 관해 요구되는 것은 아니고 표현의 구체적인 형식에 관해 요구되는 것으로 이는 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방하거나 도용한 것이 아니고 사상 또는 감정의 외부적 표현에 저작자의 창작노력에 따른 개성이 어떠한 형태로든 나타나 있으면 충분하다(대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결, 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결 등 참조). 예술의 범주에 속하는 미술이란 엄밀하게 정의하기 곤란하지만, 일단 공간 또는 물건의 형상, 모양 또는 색채를 창출하거나 이용함으로써 사람의 시각을 통하여 미적인 가치를 추구하는 표현기술 또는 활동이라고 할 수 있다. 따라서 어떤 작품이 미술저작물로서 보호받기 위해서는 사상 또는 감정을 창조적으로 표현한 것이고, 또한 공간이나 물건의 형상, 모양 또는 색채를 창출하거나 이용함으로써 사람의 시각을 통한 미적인 가치

를 추구하는 표현물에 해당하여야 한다.

앞서 본 전제사실에 의하면, 원고의 작품은 말의 모양을 본 뜬 입체감 있게 표현된 알루미늄 철망을 벽면에서 5cm~15cm 정도 떨어진 상태로 고정시키고, 여기에 조명으로 망을 비추어 그 그림자와 철망의 모습이 함께 어우러져 말이 역동적으로 움직이는 이미지를 나타내어 평원을 질주하는 말의 군상을 형상화한 미술작품으로서 그 독특한 표현기법에 비추어 보면 원고 작품이 원고의 개성을 발휘한 미술저작물에 해당하는 것은 의심의 여지가 없다. 이와 같은 원고의 작품에는 비록 그 저작자나 작품 제목이 표시되어 있지 않았지만, 그 표현기법, 예술성, 조형미 등에 의하여 외관상 일반 인테리어 장식이 아닌 미술저작물임을 쉽게 알 수 있었다. 광고주와 광고대행회사인 피고들은 동영상광고를 제작함에 있어서는 광고 내용이 다른 사람의 저작권을 침해하는 일이 없도록 해야 할 주의의무가 있는데, 광고의 배경으로 나오는 원고의 작품이 미술저작물에 해당하는지 여부와 이를 그대로 동영상광고의 배경으로 사용함으로써 원고의 저작권을 침해하는지 여부를 고려하지 않고, 만연히 원고의 미술저작물을 단순히 벽면에 설치된 인테리어라고 단정하고 이를 배경으로 하여 동영상광고를 제작하여 방송 내지 전송하였으므로 피고들에게는 위와 같은 주의의무를 다하지 않은 과실이 있다.

나. 저작재산권(복제권, 방송권, 전송권)의 침해여부

위 인정사실에 의하면, 피고들은 동영상광고의 제작과정에서 긴밀히 협력하면서 소외 ○○○○의 제작을 실질적으로 지휘, 감독하면서 관여하였고, 저작재산권자인 원고의 이용허락을 받지 아니하고, 원고의 미술저작물에 의거해서 이를 배경으로 동영상광고를 제작하였으므로 피고들은 공동으로 원고의 미술저작물에 대한 복제권을 침해하였다. 또 위와 같이 이러한 동영상광고를 일반공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 TV를 통하여 송신하였으므로 원고의 미술저작물에 대한 방송권을 침해하고, 일반공중이 선택한 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 인터넷 홈페이지에 그 동영상을 올려 이용에 제공함으로써 원고의 미술저작물에 대한 전송권을 침해하

였다.

다. 저작인격권의 침해여부

(1) 성명표시권의 침해여부

원고는 피고들이 인터넷 홈페이지에 올린 동영상 광고 아래 부분에 ‘저작권:□□건설(주)’라는 자막이 나오게 함으로써 원고의 성명표시권을 침해하였다고 주장한다.

보건대, 갑5호증의 4의 기재에 의하면, 인터넷 홈페이지에 올려진 동영상 광고물 아래에 ‘저작권:□□건설(주)’라는 자막이 표시되어 있는 사실, 그런데 이러한 자막표시는 동영상 자체에 삽입된 것이 아니고 동영상재생기의 메인창 아래 부분에 재생시간 등과 함께 표시되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

사정이 이러하다면, 위와 같은 표시는 외견상 동영상 광고 자체의 저작권이 피고 □□건설에게 있다는 것을 나타내고 있을 뿐이고, 광고 내용상 배경으로 등장하는 원고의 미술저작물에 관한 저작자가 □□건설이라는 의미로 혼동될 염려가 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편, 원고의 위 주장에는 피고들이 제작한 광고에 원고작품의 저작자로 원고가 표시되지 않아 원고의 성명표시권이 침해되었다는 주장이 포함되어 있는 취지로 보이므로 이에 관하여 본다.

그런데 저작자의 성명표시권은 저작자의 이름을 표시할 것인지 여부, 표시한다면 실명을 표시할 것인지 아니면 이명을 표시할 것인지를 결정하는 권리로서 무기명저작물에 저작자의 실명이나 이명을 표시하는 행위도 성명표시권의 침해가 된다.

이 사건에서 앞서 본 전제사실에 따르면, 원고가 원고의 미술저작물에 저작자로서 원고의 실명 또는 이명을 표시한 바 없으므로, 피고들이 광고에 원고의 미술저작물을 동영상광고의 배경으로 이용하면서 저작자인 원고의 성명을 표시하지 않았다고 하더라도 원고의 성명표시권을 침해하였다고 단정할 수 없다. 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 동일성유지권 침해여부

원고는 또한 피고들이 인터넷 홈페이지에 실은 동영상 광고 아래 부분에 ‘저작권:□□건설(주)’라는 자막이 나오게 함으로써 원고의 동일성유지권도 침해하였다고 주장한다.

그러나 동일성유지권은 저작권자가 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 의미하는 바, 갑5호증의 4의 기재에 의하면 인터넷 홈페이지에 올려진 이 사건 광고물 하단에 ‘저작권:□□건설(주)’라는 자막이 표시된 사실을 인정할 수 있으나, 이러한 자막으로 인하여 이 사건 작품의 내용, 형식 및 제호에 어떠한 변경도 가하여졌다고 볼 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고들의 주장에 대한 판단

(1) 공개된 미술저작물의 복제에 해당한다는 항변에 대하여

피고들은, 원고의 미술저작물은 광고를 촬영한 장소인 호텔 △△△△ 1층 △△라운지에 전시되어 있던 것으로 이는 일반 공중에게 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물로서 어떠한 방법으로든지 묻지 않고 이를 복제할 수 있으므로 피고들이 만든 광고는 저작권법 제32조 제2항에 따라 저작재산권자의 허락을 받지 않아도 복제권 등의 침해에 해당하지 않는다고 주장한다.

그러므로 원고의 미술저작물이 일반 공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 것인지 여부에 관해서 본다.

저작권법 제32조 제2항은 미술저작물로서 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖의 일반공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 경우에는 일정한 예외사유에 해당하지 않는 한 어떠한 방법으로든지 이를 복제할 수 있도록 인정하고 있다. 이는 미술저작물의 원작품이 불특정 다수인이 자유롭게 볼 수 있는 개방된 장소에 항상 설치되어 있는 경우에 만약 당해 저작물의 복제에 의한 이용에 대해 저작재산권에 기초한 권리주장을 아무런 제한 없이 인정하게 되면 일반인의 행동의 자유를 지나치게 억제하게 되어 바람직하지 않게 되고, 이러한 경우에는 일반인에게 자유로운 복제를 허용하는 것이 사회적

관행에 합치하기 때문에 개방된 장소에 항상 설치되어 있는 미술저작물에 대해서는 일반인에 의한 복제를 자유롭게 한 것이다. 다만 제1항은 미술저작물 등의 원작품의 소유자 또는 그의 동의를 받은 자는 그 저작물은 원작품에 의하여 전시할 수 있도록 하되, 다만 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖의 일반공중에게 개방된 장소에 항상 전시하려고 하는 경우에는 저작권자의 허락을 받아야 한다고 규정하고 있다.

따라서 저작권법 제32조의 입법취지와 조문의 형식과 구조 등을 고려할 때 저작권법 제32조 제2항에 정해진 ‘일반 공중에게 개방된 장소’라고 함은 도로나 공원 기타 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있는 ‘옥외의 장소’와 건축물의 외벽 기타 일반 공중이 보기 쉬운 ‘옥외의 장소’를 말하는 것이고, ‘옥내의 장소’는 비록 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있다고 하더라도 일반 공중이 쉽게 볼 수 있는 곳이라고 볼 수 없으므로 이에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다. 이와 달리 옥내의 장소도 일반공중이 자유롭게 출입할 수 있으면 개방된 장소에 포함된다고 해석하게 되면 미술저작물의 소유자가 일반 공중의 출입이 자유로운 건축물 내부의 장소에서 그 미술저작물을 전시하는 경우에도 항상 저작권자의 동의가 필요하다는 불합리한 결과가 초래된다.

이 사건에서 보면, 호텔 △△△△ 1층 △△라운지는 일반 공중의 출입이 제한되지 아니하여 누구든지 자유롭게 출입할 수 있는 장소에 해당하지만 호텔 △△△△의 내부 공간으로서 저작권법 제32조 제2항의 ‘일반 공중에게 개방된 장소’에 해당하지 않는다.

따라서 호텔의 내부에 전시된 원고의 미술저작물을 자유로이 복제할 수 있음을 전제로 하는 피고들의 행위가 원고 미술저작물의 자유이용에 해당하여 저작권침해가 아니라는 피고의 주장은 받아들이지 않는다.

(2) 원고가 호텔 △△△△에 저작재산권을 양도했다는 주장

피고들은, 원고가 호텔 △△△△에게 미술저작물을 양도하면서 저작재산권도 양도하였다고 주장한다.

그러나 갑6호증의 기재만으로는 원고가 호텔 △△△△에게 원고의 미술

저작물에 관한 저작권권을 양도하였다는 원고의 주장사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 주장은 이유 없다.

(3) 원고가 묵시적으로 사용을 허락하였는지 여부

피고들은, 원고가 호텔 △△△△에게 미술저작물을 양도할 당시 호텔 로비에 있는 △△△△라운지에 설치하였으므로, 소유자인 호텔 △△△△의 허락을 받고 미술저작물을 광고의 배경으로 이용하는 데 대한 묵시적 허락을 하였다고 주장한다.

그러나 저작권권은 저작자의 정신적 창작활동의 산물인 저작물에 대하여 성립하는 권리로서 물건 위에 성립하는 소유권과는 엄연히 구별되는 권리로서, 서로 독립하여 존재하고 양도될 수 있는 권리라고 할 것인데, 이 사건에서 원고가 호텔 △△△△에 원고 미술저작물의 소유권을 양도할 당시 동시에 호텔 △△△△가 제3자의 원고의 미술저작물에 대한 저작권권의 이용에 대하여 허락할 권한을 주었거나, 또는 묵시적으로 직접 제3자의 저작권권 이용을 허락했다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

3. 손해배상의 범위

피고들이 공동으로 원고의 미술저작물에 대한 복제권, 방송권, 전송권을 침해하는 행위와 상당인과관계 있는 현실적 손해액에 대한 입증이 없고, 피고들이 그 침해행위로 인하여 얻은 이익이나 원고가 그 저작권권 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 대한 아무런 입증자료도 없어 저작권법 제93조 제1, 2항에 정해진 손해액의 추정에 관한 규정에 따라 손해액을 산정할 수 없다. 따라서 저작권법 제94조에 의해 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 정하기로 한다.

이 사건에서 보면, 호텔 △△△△가 원고로부터 원고의 미술저작물을 다 른 작품과 함께 2,000만원에 매수하였고, 피고들이 △△라운지를 광고의

촬영장소로 정하게 된 동기가 원고의 미술저작물을 광고의 배경으로 삼기 위해서였다고 보기 어려우며, 피고들은 호텔 △△△△로부터 광고의 촬영장소를 빌릴 당시 대여료로 350만원을 지급하였고, 광고내용에서 원고의 미술저작물이 광고출연자의 등 뒤의 배경화면 정도로서 그다지 크지 않아서 그 차지하는 비중이 크다고 보기 어려우며, 원고의 미술저작물에는 저작자의 이름이나 저작물의 제목 등이 표시되어 있지 않아 피고들이 원고의 미술저작물을 쉽게 알아 볼 수 없었던 까닭에 이와 같은 분쟁이 발생하게 되었고, 그 후 원고의 항의를 받고 피고들이 이 사건 작품이 저작물임을 알고는 광고에서 곧바로 해당부분을 삭제하여 광고를 통하여 방송, 전송된 기간은 2개월 남짓에 불과한 사정 등 이 사건 변론에 나타난 여러 가지 사정을 참작하여 보면, 원고의 저작재산권으로 인한 손해액은 5,000,000원으로 정함이 상당하다.

4. 결 론

그렇다면 피고들은 연대하여 원고에게 손해배상금 5,000,000원과 이에 대하여 불법 행위일인 2006. 2. 9.부터 피고들이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2007. 5. 17.까지는 민법에 정해진 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정해진 연 20%의 비율에 따른 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

따라서 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 받아들이고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장 판사 이균용

판사 박지연

판사 유상현

도면



[출 전] 판결 원문

30. 뮤지컬제작자에 대한 저작권자 판단 - 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’ 사건

서울고등법원 제5민사부 2007. 5. 22. 판결, 2006나47785 공연금지 등

원고, 항소인 원고 1 외 1인

원고, 항소인 겸 피항소인

원고 3

원고들 소송대리인 법무법인 대일

담당변호사 이태현

피고, 항소인 겸 피항소인

피고 1 주식회사 외 1인

피고, 피항소인 피고 3 주식회사 외 1인

피고 1, 2, 4의 소송대리인 법무법인 로고스

담당변호사 류두현

제1심 판결 서울중앙지방법원 2006. 4. 26. 선고 2005가합485 판결

변 론 종 결 2007. 5. 1.

판 결 선 고 2007. 5. 22.

주 문

1. 원고들의 항소와 피고 1 주식회사, 피고 2의 항소를 모두 기각한다.
2. 원고들과 피고 1 주식회사, 피고 2 사이에 생긴 항소비용은 각자가



부담하고, 원고들과 피고 3 주식회사, 피고 4 사이에 생긴 항소비용은 원고들이 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고들은 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”를 공연하여서는 아니 된다. 피고들은 연대하여 원고들에게 50,000,000원을 지급하라.

2. 항소취지

원고들의 항소취지 : 제1심판결 중 공연금지청구 부분에 관한 원고들 패소 부분을 취소한다. 피고들은 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”를 공연하여서는 아니 된다.

피고 1 주식회사, 피고 2의 항소취지 : 제1심판결 중 위 피고들 패소 부분을 취소한다. 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 위 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 이 법원의 심판범위

원고들은 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”(아래에서는 위 제목의 뮤지컬 중 원고들이 기획·제작·연출한 뮤지컬을 ‘초연 뮤지컬’로 줄여 쓰고, 피고 1 주식회사, 피고 3 주식회사, 피고 2가 기획·제작·연출한 뮤지컬을 ‘이 사건 뮤지컬’로 줄여 쓴다)의 저작권 등 원고들에게 있음을 주장하며 이 사건 뮤지

컬을 공연하였거나 공연하고 있는 피고들을 상대로 이 사건 뮤지컬의 공연금지 및 위 저작권 침해를 원인으로 한 손해배상을 청구하였다.

제1심은 공연금지청구 중 원고 3의 피고 1 주식회사(아래에서는 ‘피고 1 회사’로 줄여 쓴다), 피고 2에 대한 청구 부분을 일부 받아들여 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사의 이용 금지를 명하고, 손해배상청구 중 원고 3의 피고 1 회사, 피고 2에 대한 청구 부분을 일부 받아들여 제1심판결 주문 제2항 기재 금액(1,000만 원)의 지급을 명하는 한편, 원고 3의 피고 1 회사, 피고 2에 대한 나머지 청구, 원고 3의 피고 3 주식회사(아래에서는 ‘피고 3 회사’로 줄여 쓴다), 피고 4에 대한 청구 전부, 그리고 원고 1, 2의 피고들에 대한 청구 전부를 기각하였다.

이에 원고들은 제1심판결의 원고들 패소 부분 중 피고들에 대한 공연금지 청구 부분에 관하여 항소하였고, 피고 1 회사, 피고 2는 제1심판결의 위 피고들 패소 부분 전부에 관하여 항소하였다.

따라서 이 법원의 심판범위는 원고들의 공연금지청구 부분 전부와 손해배상청구 부분 중 피고 1 회사, 피고 2 패소 부분이 되고, 손해배상청구 부분 중 원고들 패소 부분은 제외된다.

2. 원고들의 주장의 요지

원고들은, ① 이 사건 뮤지컬이 그 구성요소인 악곡, 각본, 가사, 안무, 연출 등의 저작물 성립 여부와 별도로 그 자체가 독자적으로 저작권법의 보호를 받는 저작물로서 원고들이 그 저작권을 가지고, ② 이 사건 뮤지컬의 구성요소인 악곡, 각본, 가사, 안무, 연출에 관한 저작권을 원고들이 공동으로 또는 원고 3이 단독으로 가지고, ③ 피고 2, 4가 이 사건 뮤지컬의 악곡과 각본에 관한 저작권(특히, 공연권)을 원고들에게 양도하였고, ④ 피고 2, 4가 이 사건 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용을 독점적으로 허락하였으므로, 피고들의 이 사건 뮤지컬의 공연은 원고들의 저작권 또는 저작물 이용권을 침해

하고, ⑤ 피고들의 이 사건 뮤지컬의 공연은 원고 1이 가지는 별지 제2목록 기재 등록서비스표의 서비스표권을 침해하고, ⑥ 피고들의 이 사건 뮤지컬의 공연은 원고들에 대한 관계에서 권리남용이나 신의칙 위배에 해당한다고 주장하면서, 그 저작권 침해 등에 대한 구제로서 피고들의 이 사건 뮤지컬의 공연금지 및 손해배상을 구한다.

3. 기초사실

가. 원고들의 초연 뮤지컬의 제작 및 공연

아래의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑제3, 4호증의 각 1, 2, 제7, 8호증, 을 제1, 3, 4, 7, 12, 13, 22, 23호증, 제2, 5호증의 각 1, 2, 제16, 17호증의 각 1, 제25호증의 1 내지 3의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있고, 반증이 없다.

(1) 원고들은 1995년경 (상호 생략)컴퍼니를 창단하면서 그 창단공연 작품을 기획하던 중, 형제 피아노연주자의 형제애를 바탕으로 이들과 합류한 매력적인 여가수의 사랑 및 형제간의 갈등을 소재로 한 미국 영화인 “사랑의 행로”(My Fabulous Baker Boys)를 뮤지컬로 제작하기로 하고, 원고 1이 제작자, 원고 2가 기획자, 원고 3이 연출자로 참여하여 초연 뮤지컬을 제작하였다.

(2) 초연 뮤지컬은 외국의 작품을 그대로 또는 번역하여 공연하는 것이 아니라 국내에서 처음으로 기획·제작하는 창작뮤지컬이었기 때문에 악곡, 각본, 가사 등을 창작해야만 했다. 이에 원고들은 피고 2에게 초연 뮤지컬의 작곡을, 피고 4에게 초연 뮤지컬의 각본 작성을 의뢰하였다.

(3) 소외 1, 2, 3, 4 등의 뮤지컬 배우들은 1995년 7월경부터 원고 3의 연출 아래 피고 2, 4가 완성한 악곡과 각본 등을 토대로 본격적인 연습을 하여, 1995. 9. 20.부터 같은 해 10. 29.까지 현대토아트홀에서 초연 뮤지컬을 공연하였다.

(4) 원고들은 초연 뮤지컬의 공연이 관객들의 호응을 얻어 흥행에 성공하자, 1995. 11. 3.부터 같은 달 5.까지 부산 시민회관 소극장에서 초연 뮤지컬의 지방순회공연을 하는 등, 1995년부터 1999년까지 서울과 지방에서 500회 이상 초연 뮤지컬을 공연하였다.

(5) 한편, 흥행에 성공한 초연 뮤지컬은 1996년 제2회 한국뮤지컬대상에서 소외 2가 남우주연상을, 소외 3이 여우조연상을, 피고 2가 음악상을 수상하는 등 그 작품성을 인정받기도 하였다.

나. 이후 뮤지컬의 공연 경과

(1) 원고들은 1999. 5. 16.경 서울에 있는 연강홀에서 초연 뮤지컬을 마지막으로 공연하고는 더 이상 초연 뮤지컬을 공연하지 않았다.

(2) 초연 뮤지컬의 제작에 참여하였던 소외 5{(상호 생략)뮤지컬컴퍼니 대표)는 2001. 2. 26.경 피고 2와 사이에 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”를 2001. 4. 6.부터 같은 해 7. 1.까지 서울에 있는 정보소극장에서 공연하되, 피고 2가 공연의 음악작업(작편곡의 수정 및 녹음)을 담당하고 소외 5가 피고 2에게 2,000만 원을 지급하기로 계약하였고(단, 지방공연에 대하여는 추후 계약하기로 함), 그 무렵 피고 4에게도 위 뮤지컬의 공연에 관하여 500만 원을 지급하였다.

(3) 소외 5는 2002. 6. 26.부터 같은 해 7. 14.까지 서울에 있는 동숭아트센터 동송홀에서 자신을 제작자, 원고 3을 연출자, 피고 2를 작곡자(음악 담당자), 피고 4를 극작자(극본 담당자)로 하고, 소외 6 등의 배우들을 출연시켜 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”를 공연하는 등, 2001년 4월경부터 2003년 2월경까지 위 뮤지컬을 공연하였다.

(4) 피고 1 회사와 피고 3 회사는 공연물 기획사업 또는 공연 연출업 등을 영위하는 회사인데, 2003. 12. 5. 이 사건 뮤지컬을 공동 제작하기로 약정함과 아울러, 피고 2, 4로부터 2003. 12. 5.부터 2005. 12. 5.까지의 공연 제작에 관한 동의를 받았다.

(5) 피고 1 회사와 피고 3 회사는 피고 4를 극본, 피고 2를 작곡 및 연출

담당자로 하고, 새로운 안무, 조명, 무대장치 담당 스태프와 배우들을 구성하여 연습을 마친 다음, 2004. 2. 28.부터 2004. 4. 30.까지 서울에 있는 유시어터에서 이 사건 뮤지컬을 공연하였다.

(6) 피고 1 회사는 계속하여 피고 2, 4를 작곡 및 연출 담당자와 극본 담당자로 하고 2004. 6. 13.경부터 재공연을 시작하여 현재까지 서울에 있는 인켈아트홀 등에서 이 사건 뮤지컬을 공연하고 있다.

(7) 소외 5와 피고 1 회사, 피고 3 회사 등은 이 사건 뮤지컬을 공연하면서 그 공연 작품이 원고들에 의하여 초연된 작품을 승계하는 것임을 홍보하였고, 피고 1 회사는 현재 공연하고 있는 작품이 그 초연시부터 10년을 넘는 기간 동안 1,000회를 넘게 장기간 공연되고 있다고 광고하고 있다.

4. 원고들의 저작권 침해 주장에 관한 판단

가. 초연 뮤지컬 내지 이 사건 뮤지컬이 구성요소의 저작물 성립 여부와 별도로 그 자체가 독자적인 저작물로서 보호받을 수 있는지 여부

(1) 원고들의 주장의 요지

원고들은, 뮤지컬, 특히 이 사건 뮤지컬과 같은 창작뮤지컬은 그 구성요소인 악곡, 각본, 가사, 안무, 무대장치, 조명, 의상, 연기 등을 분리할 수 없는 것은 아니지만 그 구성요소가 유기적으로 결합하여 새로운 예술작품으로 완성되고, 만일 뮤지컬의 구성요소를 분리한다면 종합예술작품으로서의 예술적 완성도와 가치를 잃게 되므로, 뮤지컬은 그 구성요소의 저작물 성립 여부와 관계없이 그 자체가 저작권법의 보호대상인 저작물로 성립하고, 뮤지컬의 제작과정에서 구성요소를 유기적으로 결합하여 수준 높은 예술적인 미(美)를 구현하는 주체는 제작자와 연출자이므로, 그들이 독립된 저작물로서의 뮤지컬에 관한 저작권을 가진다고 주장하면서, 원고들이 초연 뮤지컬 및 이 사건 뮤지컬의 저작권자라고 주장한다.

(2) 판단

(가) 저작권법(아래에서는 ‘법’으로 줄여 쓴다)이 보호하는 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물로서, 법 제4조 제1항에 규정된 저작물은 그 보호대상을 예시한 것이므로, 문학·학술 또는 예술에 관한 사상 또는 감정을 표현한 창작물이라면 법 제4조 제1항에 규정된 형식이 아니더라도 법에 의하여 보호되는 저작물로 인정될 수는 있다.

나아가 뮤지컬은 악곡, 각본, 가사, 안무, 무대장치, 조명, 의상, 연기 등이 극(劇)의 구성·전개에 긴밀하게 짜 맞추어진 종합예술의 하나로서, 일반적으로 제작자의 기획과 연출자의 전체적인 조율 및 지휘감독 아래 단일한 제목의 작품으로 공연되어 외관상 하나의 작품으로 인식되기도 한다.

그러나 뮤지컬이 그 구성요소와 별도로 법의 보호를 받은 저작물로 성립하기 위하여는 그 제작·공연에 참여한 사람들의 창작에 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없어야 하는데(공동저작물에 관한 법 제2조 제13호 참조), 뮤지컬의 구성요소인 악곡, 각본, 가사, 안무, 무대장치, 조명, 의상, 연기 등은 그 각각이 인간의 예술에 관한 사상 또는 감정을 표현한 창작물로서 저작권의 보호대상이 될 뿐만 아니라, 예컨대 악곡이 독립하여 또는 가사와 함께 음악저작물로 공연·방송되거나 각본이 독립하여 어문저작물로 출판되거나 무대장치, 의상 등이 독립하여 미술저작물로 전시되는 것처럼 뮤지컬의 제작·공연에 공동으로 참여한 저작자들 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 있으므로, 뮤지컬은 이른바 결합저작물이라고 보아야 한다(이 사건 뮤지컬의 공연금지가처분사건에 관한 대법원 2005. 10. 4.자 2004마639 결정 참조).

(나) 한편, 법은 영상저작물이 종합예술로서 그 창작에 여러 사람의 노력이 필요하고 영상제작자가 영상저작물의 제작에 큰 비용을 투자하므로, 관련자들의 다양한 이해관계를 조정하고 영상제작자의 투자자본의 회수를 원활하게 함으로써 영상저작물의 창작 및 이용을 장려하기 위하여 영상저작물을 그 소재인 각본, 음악 등과 별개의 독자적인 저작물로 보호하면서 제5장에서 영상저작물의 권리관계에 관한 특례를 두고 있다(다만, 법도 영상저작

물의 저작자가 누구인지, 그 저작권이 누구에게 속하는지에 관하여는 특별히 규정하고 있지 않다).

그러나 영상저작물은 연속적인 영상이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것을 말하므로(법 제2조 제10호), 뮤지컬이 여기에 해당하지 않음은 명백하고, 뮤지컬제작자가 상당한 제작비용을 투자하거나 그 제작·공연에 여러 사람이 관여한다는 등 뮤지컬의 제작과정에 영상저작물의 제작과정과 유사한 측면이 있다는 사정만으로 영상저작물의 독자적인 저작물 성립에 관한 법 규정을 연극저작물의 한 유형인 뮤지컬에 유추적용할 수도 없다(위 대법원 2004마 639 결정 참조).

(3) 소결론

따라서 뮤지컬이 악곡, 각본 등 구성요소의 저작물 성립 내지 저작권 귀속과 별도로 독자적인 저작물로서 성립하고 그 저작권이 제작자, 연출자에게 귀속한다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 초연 뮤지컬의 구성요소에 관한 저작권자의 확정

(1) 악곡 및 각본의 저작권자

(가) 원고들의 주장의 요지

원고들은, 원고들이 초연 뮤지컬의 제작·기획 또는 연출자로서 피고 2, 4에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본 작업을 의뢰하였을 뿐만 아니라, 그 작업에 주도적으로 참여함으로써 위 악곡과 각본을 완성하였으므로, 원고들만이 또는 적어도 원고들이 피고 2, 4와 함께 그 악곡과 각본을 창작한 공동저작권자라고 주장한다.

(나) 관련사실의 인정

원고 1이 제작자, 원고 2가 기획자, 원고 3이 연출자로 초연 뮤지컬의 제작에 참여한 사실과 원고들이 피고 2에게 초연 뮤지컬의 작곡을, 피고 4에게 초연 뮤지컬의 각본 작성을 의뢰한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑제3호증의 1, 2, 제6, 12호증, 제13호증의 1 내지 3, 을 제3, 6, 11, 22, 23호증,

제5호증의 1, 2의 각 기재, 갑제7, 8호증의 각 일부 기재, 당심증인 소외 1의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면 아래의 사실을 인정할 수 있고, 갑제7, 8호증의 각 일부 기재와 당심증인 소외 1의 일부 증언만으로는 아래의 사실인정을 뒤집기에 부족하며, 달리 반증이 없다.

1) 원고 2는 미국 영화인 “사랑의 행로”에서 아이디어를 얻어 초연 뮤지컬을 기획하였고, 그 영화의 줄거리는 앞서 본 바와 같은바, 초연 뮤지컬의 줄거리는, 피아니스트를 꿈꾸다가 부모가 일찍 사망하는 바람에 꿈을 포기하고 음악교사가 되어 가족들 계약금액 : 9,000,000원을 부양해 온 형과 자기 대신 피아니스트로 성공해 주기를 바라던 형의 기대를 저버리고 5년 전에 가출하였다가 불쑥 찾아 온 막내 동생이, 우연히 집을 잘못 찾아온 웨딩 센터의 아르바이트생 여자와 함께 형의 40세 생일을 지내면서 두 형제의 서로에 대한 우애를 확인하게 된다는 내용이다.

2) 피고 2는, 초연 뮤지컬의 작곡을 담당하기 수년 전인 1986년에 극단 현대예술 극장이 공연한 뮤지컬 “스크루지”의 음악감독 및 편곡을 담당하였고, 1988년부터 “세월이 가면”(가수 소외 7), “사랑은 유리 같은 것”(가수 소외 8) 등 다수의 인기가요를 작곡하였으며, 원고들로부터 초연 뮤지컬의 작곡을 의뢰받을 무렵인 1995년 미국 보스턴에 있는 버클리음대 편곡과를 졸업한 경력이 있고, 피고 4는, 1991년 경향신문 신춘문에 희곡 부분에 “아바돈을 위한 조국”이 당선되었고, 1993년 국립극장이 공모한 장막극 분야에 “귀로”라는 작품이 당선되었으며, 1994년 “번데기”란 작품으로 제18회 서울연극제 작품상을 수상하였고, 원고들로부터 초연 뮤지컬의 각본 제작을 의뢰받을 무렵인 1995년 제1회 서울뮤지컬대상에서 극본상을 수상하였고, 다수의 연극 또는 뮤지컬 각본을 창작한 경력이 있다.

3) 원고 1은 피고 4에게 1995. 4. 18.경 초연 뮤지컬의 각본 제작을 의뢰하면서 각본 제작료로 300만 원을 지급하였다(다만, 원고들과 피고 4 사이에서는 계약서 등이 작성되지 않은 것으로 보인다).

4) 원고 2는 1995. 7. 8.경 원고들을 대표하여, 소외 1이 추천한 피고

2에게 초연 뮤지컬의 작곡을 의뢰하면서, 아래와 같은 내용으로 계약을 체결하였다.

계약금액 : 9,000,000원

계약기간 : 계약일로부터 서울 공연 계약일(1995. 10. 29.)까지

1. 을(=피고 2, 음악 담당)은 갑(=원고 2, (상호 생략)컴퍼니 기획 대행)이 제작하는 공연물 (뮤지컬 “사랑은 비를 타고”)에 음악 담당으로 참여하기로 한다.
2. 을은 음악 부분 총괄로서 작곡, 편곡, 작사, 컴퓨터 프로그래밍, 연주자 섭외 및 공연책임까지로 한다.
3. 을은 공연 제작 일정에 따른 작업완료로 공연에 있어 차질이 없도록 책임을 다한다.
4. 갑은 계약금 9,000,000원을 1995. 7. 8.까지 완불한다. (중략)
5. 갑은 을의 작업에 최대한 협조한다.
6. 갑과 을은 위 계약사항에 책임을 지며 계약 위약금은 2배에 해당하는 18,000,000원 및 공연 손해금을 계상하여 배상해야 한다.

※ 서울 공연 후 결산시 이익금이 발생시 보너스 지급한다. 지방 공연시 지역당 개런티 지급한다.

5) 원고들은 피고 2, 4에게 초연 뮤지컬에 관하여 구상한 아이디어를 제공하였고, 피고 2, 4는 초연 뮤지컬의 악곡과 각본을 만들어 원고들에게 전달하였는데, 원고 3과 소외 1 등이 그에 관하여 의견을 제시하였고, 피고 2, 4는 그 의견을 반영하여 초연 뮤지컬의 악곡과 각본을 완성하였다.

초연 뮤지컬의 제목의 경우, 피고 4가 처음 만들어 온 각본 초안의 제목은 ‘어느 40세의 생일날의 고독’이었고, 이후 6차례의 각본 수정작업을 거치는 과정에서 ‘어느 생일 날의 고독’, ‘형의 생일날의 고독’, ‘피아노 소나타’, ‘피아노 2중주’ 등이 붙여졌다가 결국 원고 2의 의견에 따라 “사랑은 비를 타고”로 결정되었다.

6) 원고들은 초연 뮤지컬을 공연하면서 팸플릿 등에 뮤지컬의 기획·제작자를 원고 1, 2로, 연출자를 원고 3으로, 음악 담당자를 피고 2로, 극본 담당자를 피고 4로 표시하였다.

(다) 판 단

1) 법상 저작자는 저작물을 창작한 사람으로서(법 제2조 제2호), 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 사상 또는 감정을 창작성 있는 표현으로 구체

화한 사람을 의미하는바, 법이 보호하는 것은 문학·학술 또는 예술에 관한 사상·감정을 말문자음(音)·색(色) 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현하는 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어 등의 사상 또는 감정 그 자체는 창작성이 있다 하더라도 저작권의 보호대상이 되지 아니하므로(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결 등 참조), 창작성 있는 표현의 대상인 사상 등을 고안한 사람도 그 사상 등을 창작성 있는 표현으로 구체화하는 데 기여하지 않았다면 저작물의 저작자라고 할 수 없다.

한편, 저작물을 공연 또는 방송함에 있어서 저작자로서의 실명(實名) 또는 저작자의 널리 알려진 이명(異名)으로서 표시된 자는 그 저작물의 저작자로 추정한다(법 제8조 제1항 제2호).

2) 위에서 인정한 사실에 따른 피고 2, 4의 경력, 원고들과 피고 2의 계약 내용(피고 4의 경우, 원고들과 사이에서 계약서 등이 작성되지 않았으나, 구두로 체결된 계약 내용은 피고 2의 경우와 크게 다르지 않을 것으로 보인다.), 원고들과 소외 1 등이 초연 뮤지컬의 악곡과 각본 완성에 관여한 정도, 초연 뮤지컬의 팸플릿의 음악, 극본 담당자 표시 등을 종합하면, 초연 뮤지컬의 악곡에 관한 저작자 내지 저작권자는 피고 2이고, 각본에 관한 저작자 내지 저작권자는 피고 4라고 보아야 하는 반면, 원고들은 초연 뮤지컬의 제작·공연을 기획하고 전체적으로 조율하며 감독하였고, 소외 1 등과 함께 피고 2, 4에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본 작성에 관하여 동기와 아이디어를 주었다고 할 수 있을지언정, 나아가 원고들이 피고 2, 4를 배제하거나 적어도 그들과 함께 초연 뮤지컬의 악곡과 각본을 창작하였다고 할 수는 없다(위 대법원 2004마639 결정 참조).

3) 이에 대하여 원고들은, 원고들이 피고 2, 4를 고용하여 초연 뮤지컬의 악곡과 각본을 작성한 점 등에 비추어 볼 때 그 악곡과 각본은 법 제9조에 정한 단체명의 저작물에 해당하므로, 그 저작자는 피고 2, 4의 사용자인 원고들 또는 (상호 생략)컴퍼니가 된다고 주장한다.

법제9조의 단체명의 저작물이 성립하기 위해서는, 어떤 저작물이 기획자

의 기획하에 작성된 것만으로는 부족하고, 저작물의 작성자가 기획자의 피용자로서 자신의 업무상 작성한 것이어야 할 뿐만 아니라, 그 기획자의 명의로 공표된 것이어야 한다.

또한, 단체명의 저작물의 저작권에 관한 법 제9조를 해석함에 있어서는 이 규정이 예외규정인 만큼 이를 제한적으로 해석하여야 하고 확대 내지 유추해석하여 저작물의 제작에 관한 도급계약에까지 적용할 수는 없다(대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결 등 참조).

그런데 위에서 인정한 사실에 따른 피고 2, 4의 경력, 원고들과 피고 2의 계약 내용, 원고들과 소외 1 등이 초연 뮤지컬의 악곡과 각본 완성에 관여한 정도, 초연 뮤지컬의 팸플릿의 음악·각본 담당자 표시 등을 종합하면, 피고 2, 4와 원고들 사이에 초연 뮤지컬의 악곡 또는 각본의 작성에 관하여 실질적인 지휘·감독관계 등 사용관계가 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 악곡과 각본이 원고들 내지 (상호 생략)컴퍼니 명의로 공표되었다고도 볼 수 없다.

따라서 초연 뮤지컬의 악곡과 각본은 법 제9조에 정한 단체명의 저작물이라고 할 수 없다.

4) 다음으로 원고들은, 원고들이 피고 2, 4에게 작곡 및 각본 작성을 의뢰한 것은 초연 뮤지컬의 소재로 사용하기 위한 것으로, 원고들이 흥행 실패에 따른 투자금의 손실이라는 위험을 감수하면서 초연 뮤지컬의 제작·공연에 거액의 자금을 투자하였고, 피고 2, 4에게 전체 제작비용의 10%를 넘는 비용을 지급한 점 등에 비추어 볼 때, 비록 원고들과 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권이 귀속한다는 내용의 계약서 등을 작성하지 않았지만, 만일 피고 2, 4가 원고들에게 위 저작권의 귀속을 인정하지 않기로 하였다면 원고들로서는 피고 2, 4에게 초연 뮤지컬의 작곡 또는 각본 작성을 의뢰하지 않고 원고들의 저작권 귀속을 인정하는 제3의 작곡·극작가에게 그 작곡 또는 각본 작성을 의뢰하였을 것이어서, 원고들과 피고 2, 4의 그 계약 당시의 진정한 의사는 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권(적어도 저작재산권 중 공연권)이 성립 당시부터 귀속하기로 하는

것이었으므로, 원고들이 초연 뮤지컬의 저작권자 또는 공연권자라는 취지로 주장한다.

{원고들의 위 주장을 저작권 또는 공연권의 양도 내지 이용허락이 있었다는 취지로 볼 경우의 판단은 항을 바꾸어 살펴본다.}

그러나 저작물의 저작자와 저작권의 귀속에 관한 법 제2조 제2호, 제10조 제2항 등은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이므로, 당사자 사이의 계약에 의하여 저작물을 창작하지 않은 사람을 저작자로 하거나 그에게 저작재산권의 일부인 공연권을 성립 당시부터 귀속하게 할 수는 없다(위 대법원 92다31309 판결 등 참조).

따라서 원고들과 피고 2, 4 사이의 계약 또는 합의에 의하여 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권 또는 공연권이 그 성립 당시부터 원고들에게 귀속하였다고 할 수 없다.

5) 또한 원고들은, 창작뮤지컬의 제작·연출자는 거액의 자본을 투입함으로써 뮤지컬 제작에 따른 위험을 인수하여 악곡과 각본을 제작하고 배우들에게 연기와 안무를 지도하며 무대장치와 조명장치를 만들어 전에는 존재하지 않던 창작뮤지컬을 제작·공연하는바, 위와 같은 제작 위험을 분담하지 않는 작곡·극작자가 창작뮤지컬의 공연권을 가진다면 제작·연출자와 사이에 불공평한 결과가 초래되고, 창작뮤지컬의 제작 유인이 없어져 더 이상 창작뮤지컬이 제작·공연되지 않을 것이므로, 뮤지컬의 제작·공연업계에서는 창작뮤지컬의 공연권이 제작·연출자에게 원시적으로 귀속하고, 따라서 작곡·극작자도 그 창작뮤지컬의 악곡과 각본을 가지고 제3자와 창작뮤지컬을 제작·공연하려고 할 때에는 원 제작·연출자의 이용허락을 받아야 하는 것이 관행 내지 사실인 관습으로 정착되어 있고, 실제로도 창작뮤지컬의 작곡·극작자가 원 제작·연출자의 공연권을 부인하거나 그들의 이용허락 없이 창작뮤지컬을 공연한 사례가 없다고 주장한다.

{원고들의 위 주장을 저작권 또는 공연권의 양도 내지 이용허락이 있었다는 취지로 볼 경우의 판단은 항을 바꾸어 살펴본다.}

그러나 갑 제18 내지 22호증, 제23호증의 1 내지 12, 제24호증의 1 내지 5, 제25 내지 27호증의 각 기재와 당심증인 소외 1, 5의 각 증언만으로는 뮤지컬의 제작·공연업계에 원고들 주장과 같은 관행이 있다거나 사실인 관습이 있다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 위와 같이 저작물의 저작자와 저작권의 귀속에 관한 법 규정은 강행 규정이므로, 이에 어긋나는 업계의 관행 내지 사실인 관습의 효력을 인정할 수도 없다.

따라서 뮤지컬의 제작·공연업계의 관행 내지 사실인 관습에 따라 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권이 그 성립 당시부터 원고들에게 귀속하였다고 할 수도 없다.

(라) 소결론

따라서 원고들이 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권 또는 공연권을 그 성립 당시부터 취득하였다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 가사의 저작권자

(가) 원·피고들의 주장의 요지 원고들은 초연 뮤지컬의 가사의 저작권자가 원고 3이라고 주장하고, 피고들은 그 저작권자가 피고 4, 1인 또는 원고 3과 피고 4, 2인이라고 주장한다.

(나) 관련사실의 인정

갑 제6 내지 8, 12, 21호증, 제13호증의 1 내지 3, 을 제11호증의 각 기재와 당심증인 소외 1의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 초연 뮤지컬에는 모두 14편의 곡이 포함되어 있었는데, 원고 3은 그 중 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 12편의 곡의 가사를 피고 4가 작성한 초연 뮤지컬의 각본 중 해당 부분을 거의 완전히 바꾸어 새로 작성한 사실(원고 3이 작성한 초연 뮤지컬의 가사와 피고 4가 작성한 각본에 있던 가사는 각각 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재와 피고 4의 각본상 가사란 기재와 같은바, 양자를 비교하면 전자는 후자를 토대로 한 것을 넘어 완전히 별개의 새로운 저작물이라고 할 것이다.)을 인정할 수 있고, 이에 어긋나는

을 제23, 26호증의 각 기재는 믿기 어려우며, 을 제24호증의 1 내지 3의 각 기재만으로는 위 사실인정을 뒤집기에 부족하고, 달리 반증이 없다.

{그러나 초연 뮤지컬에서 불린 곡 중 “모두 모이는 거야”의 경우, 원고 3이 작성한 가사의 적은 부분, 즉 ‘행복한 웃음 본다면’, ‘웃음꽃 피우며’, ‘곰발바닥 개발바닥 즐거운 게임하며’ 부분만이 피고 4의 각본상 가사와 다를 뿐이므로, 그 개변은 사소한 것에 불과하고 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 창작성이 부가되었다고 볼 수 없으므로, 원고 3이 위 “모두 모이는 거야” 곡의 가사에 관하여 적어도 2차적 저작물로서나마 저작권을 가진다고 할 수 없다.

또한, 초연 뮤지컬 공연 당시 “그 마음 알 수 있어”라는 노래가 불린 것으로도 보이나(갑 제3호증의 2, 제13호증의 1, 3의 각 기재 참조), 기록상 위 노래의 가사가 무엇인지 확인할 만한 증거가 없으므로, 원고 3이 그 가사에 관하여 저작권을 가진다고 할 수 없다.}

(다) 판 단

따라서 원고 3은 초연 뮤지컬의 가사 중 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사의 저작자로서 그 저작권을 가진다고 할 것이다.

(3) 연출, 안무의 저작권자

원고들은, 원고 3이 초연 뮤지컬의 연출자로서 각 장면마다 무대화면의 배치, 조명의 배치, 배우들의 율동 등을 전체적으로 조율하여 완성하였으므로, 그 연출 및 안무에 관하여 저작권을 가진다고 주장한다.

그러나 갑 제12호증의 기재만으로는 원고 3이 초연 뮤지컬의 연출 및 안무에 있어 창작적 표현을 하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고 3이 초연 뮤지컬의 연출 및 안무의 저작자로서 그 저작권을 가진다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

다만, 갑제3호증의 1, 2, 제7, 8, 12, 18, 21호증, 제13호증의 1 내지 3의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 3이 초연 뮤지컬의 연출자로

서 그 공연에 있어 배우들의 연기와 춤 등을 연출한 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없으므로, 원고 3은 그 연출에 관하여 법 제2조 제5호에 정한 실연자로서 법 제63조 등에 정한 저작권집권을 가진다.

(4) 소결론

그러므로 원고 3만이 초연 뮤지컬의 가사 중 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사에 관한 저작권과, 초연 뮤지컬의 실연자로서 저작권집권을 가지고, 초연 뮤지컬의 나머지 구성요소, 즉 악곡, 각본, 연출, 안무 및 위 가사를 제외한 나머지 가사에 관하여는 원고들이 그 저작권을 가지지 못한다고 할 것이다.

다. 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작재산권을 양도하였는지 여부

원고들은, 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작자 내지 저작권자가 피고 2, 4라고 하더라도 그들이 그 저작재산권, 특히 공연권을 원고들에게 양도하였다고 보아야 한다고 주장하면서, 그 구체적인 근거로서 위 (다)의 4)항, 5)항에서 본 바와 같은 사정을 든다.

그러나 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작재산권 또는 공연권을 양도하였는지 살펴보면, 갑제7, 8, 18 내지 22호증, 제23호증의 1 내지 12, 을제3호증의 각 기재와 당심증인 소외 1의 증언만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

오히려 저작권에 관한 계약을 해석함에 있어 그것이 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지가 명백하지 아니한 경우, 저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결 등 참조).

그런데 초연 뮤지컬에 관하여 원고들과 계약을 체결한 피고 2의 경우, 그 계약서에 초연 뮤지컬의 악곡의 저작권 양도에 관한 기재가 전혀 없음은 앞서 본 바와 같고(피고 2는 원고 2에 대하여 초연 뮤지컬의 제작 일정에 지장이 없도록 음악 부분의 작업을 마치기로 약정하였을 뿐이다.), 피고 4의

경우, 을제23호증의 기재와 당심증인 소외 5의 증언에 의하면, 피고 4는 초연 뮤지컬의 마지막 공연일인 1999. 5. 16.경 원고 1에게 더 이상 초연 뮤지컬을 공연하지 말아달라고 요청한 사실을 인정할 수 있으며, 반증이 없는바, 여기에 위에서 인정한, 원고들이 피고 2, 4에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본 작성을 의뢰한 경위, 그 악곡 및 각본의 작성 과정과 초연 뮤지컬의 공연 경과, 원고 2와 피고 2 사이의 계약 내용, 피고 2, 4에게 지급된 대가관계, 그리고 초연 뮤지컬의 제작에 참여하였던 소외 5가 2001년에 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”를 공연하기 위하여 피고 2, 4에게 상당한 금액을 지급한 사정 등을 보태어 보면, 피고 2, 4는 원고들에게 초연 뮤지컬의 공연에 관하여 저작권을 양도한 것이 아니라 그들이 작성한 악곡과 각본의 이용을 허락하였다고 봄이 상당하다.

따라서 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권권을 양도하였다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

라. 피고 2, 4의 원고들에 대한 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용허락과 그 기간

(1) 원·피고들의 주장의 요지

원고들은, 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용을 허락하였고, 특히 그 악곡과 각본을 뮤지컬에 삽입하여 사용하는 것에 관하여는 독점적인 이용을 허락하였으며, 그 이용허락기간은 뮤지컬 제작·공연업계의 관행 등에 비추어 볼 때 20년이라고 주장한다.

이에 대하여 피고들은, 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 공연 당시 그 악곡과 각본의 이용을 허락하였으나 현재 그 이용허락기간이 이미 지났다는 취지로 다툰다.

(2) 판 단

먼저, 원고들 주장과 같이 원고들이 피고 2, 4로부터 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용허락을 받았다 하더라도, 저작물의 이용허락을 받은 사람은 저작권권을 양도받은 사람과 달리 저작물을 이용할 수 있는 채권자적 지위에

있게 될 뿐이므로, 설령 원고들과 피고 2, 4 사이의 이용허락관계가 독점적 이용허락관계라 하더라도 원고들은 피고 2, 4에 대하여 그 이용허락관계에 기한 채무불이행을 주장할 수 있을지언정, 특별한 사정이 없는 한 그 이용허락관계의 당사자가 아닌 피고 1 회사나 피고 3 회사에 대하여는 직접 공연금지청구 등의 권리를 행사할 수 없다고 할 것이다(게다가 앞서 본 바와 같이 피고 1 회사, 피고 3 회사는 이 사건 뮤지컬의 공연에 관하여 피고 2, 4의 동의까지 받았다).

한편, 원고들과 피고 2, 4의 관계에서는 위에서 인정하였듯이 피고 2, 4가 원고들에게 초연 뮤지컬의 공연에 관하여 그들이 작성한 악곡과 각본의 이용을 허락하였다고 봄이 상당하나, 기록에 의하더라도 그 이용허락에 관하여 계약서가 작성되지 않은 원고들과 피고 4 사이뿐만 아니라 그 계약서가 작성된 원고들과 피고 2 사이에서도 그 이용허락기간의 정함이 없는 것으로 보인다.

이와 같이 저작물의 이용허락의 범위가 명백하지 아니한 경우에는 당사자가 그 이용허락계약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 이용허락계약에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행 등 여러 사정을 종합하여 그 이용허락의 범위를 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(음악 저작물의 이용허락에 관한 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다74894 판결 등 참조).

그런데 위에서 인정한 바와 같이, 원고들은 초연 뮤지컬을 서울뮤지컬컴퍼니의 창단공연 작품으로 기획하였고, 그에 따라 원고 2가 원고들을 대표하여 피고 2에게 초연 뮤지컬의 작곡을 의뢰하면서 계약기간을 서울 공연 예정기간인 1995. 10. 29.까지로 명시하였으며, 다만 지방 공연시 돈을 더 주기로 약정하였고, 원고들은 초연 뮤지컬을 1999. 5. 16.경까지 공연한 후 더 이상 초연 뮤지컬을 공연하지 않았으며, 그때쯤 피고 4가 원고 1에게 초연 뮤지컬을 공연하지 말아달라고 요청하였고, 피고 2, 4는 원고들이 초연 뮤지컬의 공연을 그만 둔 때로부터 4년이 지나서야 피고 1 회사, 피고 3 회사에게 이 사건 뮤지컬의 공연 제작에 관하여 동의하였다는 사정 등을 종합하면,

늦어도 피고 1 회사, 피고 3 회사가 이 사건 뮤지컬을 공연하기 시작한 2004년 2월경에는 원고들과 피고 2, 4 사이의 초연 뮤지컬의 악곡과 각본에 관한 이용허락관계가 종료하였다고 보아야 한다.

나아가 갑 제24호증의 1 내지 5, 제25 내지 27호증의 각 기재만으로는 뮤지컬 제작·공연업계에 창작뮤지컬의 제작연출자에게 그 악곡과 각본을 20년간 이용할 수 권리를 보장하는 관행이나 사실인 관습이 있다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결론

따라서 피고 2, 4는 원고들에게 초연 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용을 허락하였지만, 피고 1 회사, 피고 3 회사가 이 사건 뮤지컬을 공연하기 시작한 2004년 2월경에는 그 이용허락관계가 종료하였다.

마. 피고들이 원고 3의 저작권 내지 저작인접권을 침해하였는지 여부

(1) 초연 뮤지컬의 가사에 관한 저작권의 침해

(가) 피고1 회사, 피고3 회사, 피고2 부분((가)항에서는 ‘피고 1 회사 등’으로 줄여 쓴다}

원고 3이 초연뮤지컬의 가사 중 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사에 관하여 저작권을 가지고, 피고 1 회사, 피고 3 회사가 공동제작자로서, 피고 2가 연출자로서 2004. 2. 28.부터 2004. 4. 30.까지, 이어 피고 1 회사가 제작자로서, 피고 2가 연출자로서 2004. 6. 13.경부터 현재까지 이 사건 뮤지컬을 공연하였거나 공연하고 있는 것은 위에서 인정한 바와 같은데, 갑제6호증, 을제9, 30, 31호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 2006년 9월경까지는 이 사건 뮤지컬의 배우들이 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사와 같거나 거의 같은 별지 가사 목록의 이 사건 뮤지컬 가사란 기재 가사를 노래로 부른 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없다.

(피고 1 회사는 제1심판결 선고 후인 2006. 6. 28. 소외 9에게 의뢰하여 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사와 전혀 다른 가사인 별지

가사 목록의 소외 9 작사 가사란 기재 가사를 작사하게 하고 출연 배우들에게 이를 연습하게 하여, 2006년 9월부터 그와 같이 새로 작사한 가사를 노래로 부르게 하고 있다.

이에 대하여 원고 3은, 피고 1 회사가 위와 같이 초연 뮤지컬의 가사를 다른 가사로 바꾼 것은 초연 뮤지컬의 가사에 관한 자신의 저작권권 중 동일성유지권과 저작재산권 중 2차적 저작물작성권을 침해하는 행위라고 주장하나, 먼저 저작권권 중 동일성유지권은 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리, 즉 저작자가 자신의 의사에 반하여 원 저작물 자체에 변경, 삭제, 개변 등 어떤 변경을 가하는 것을 금지하는 내용의 권리이므로, 원 저작물에 변경을 가하는 것이 아니고 독립된 새로운 저작물을 창작하는 경우에는 적용되지 아니하며, 다음으로 2차적 저작물 작성권은 원 저작물을 토대로 실질적 유사성이 인정되는 종속적인 2차적 저작물을 작성하여 이용할 권리이므로, 역시 원 저작물과 독립하여 유사성이 없는 새로운 저작물을 창작하는 경우에는 적용되지 아니하는데, 위와 같이 피고 1 회사가 2006년 9월부터 이 사건 뮤지컬에 삽입하여 가창하게 하고 있는 노래 가사는 초연 뮤지컬의 가사와 전혀 달라 별개의 독립한 저작물이므로, 여기에 동일성 유지권이나 2차적 저작물 작성권이 적용될 여지는 없다.

또한, 피고 1 회사가 위와 같이 이 사건 뮤지컬의 곡의 가사를 초연 뮤지컬의 가사와 다르게 하면서도 일부 곡의 제목을 그대로 유지한다 하더라도, 저작물의 제호는 저작물의 표지에 불과할 뿐, 사상 또는 감정의 표현이라고 볼 수 없으므로, 가사가 전혀 다른 곡임에도 같은 제목을 사용하는 것은 초연 뮤지컬의 가사에 관한 저작권을 침해하지 않는다).

이에 대하여 피고 1 회사 등은 원고 3으로부터 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사의 이용을 허락받았다고 주장한다.

을제2호증의 3의 기재에 의하면, 원고 3이 2003. 2. 5. 피고 1 회사에게 2003. 2. 5.부터 2004. 12. 30.까지 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”의 제작에 관한 권한을 위임한 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없으므로, 원고 3은 위

기간 동안 이 사건 뮤지컬의 제작자인 피고 1 회사에게 자신이 저작권을 가지는 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사의 이용을 허락하였다고 보아야 하지만, 나아가 원고 3이 위 기간을 넘어서 피고 1 회사 등에게 위 가사의 이용을 허락하였다고 인정할 만한 증거는 없다(원고 3으로부터 위 가사의 이용허락을 받은 이용자는 피고 1 회사 혼자이지만, 피고 1 회사는 이 사건 뮤지컬의 공동 또는 단독 제작자이므로 그 제작·공연에 함께 관여한 피고 3 회사와 피고 2도 피고 1 회사의 가사 이용권을 원용할 수 있다고 할 것이다).

이에 대하여 원고 3은, 원고 3이 피고 1 회사에게 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”의 제작에 관한 권한을 위임할 때에 원고 1, 2의 승낙을 받을 것을 조건으로 위임하였는데 피고 1 회사가 그 승낙을 받지 못하였으므로 원고 3의 권한 위임도 무효라고 주장하나, 그 조건 설정 주장에 부합하는 갑 제21호증의 기재는 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고 1 회사와 피고 2는 각각 이 사건 뮤지컬의 제작자와 연출자로서 2004. 12. 31.부터 2006년 9월까지 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사에 관한 원고 3의 이용허락을 받지 않고 그 가사를 배우들에게 가창하게 함으로써 원고 3의 위 가사의 저작재산권 중 공연권을 침해하였다고 할 것이나, 그이외의 기간에 있어서는 피고 1 회사 등이 그 공연권을 침해하였다고 할 수 없다.

(나) 피고 4 부분

피고 4가 피고 1 회사와 피고 3 회사에게 이 사건 뮤지컬의 제작·공연에 관하여 동의하고 이 사건 뮤지컬의 극본 담당자로 참여하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같지만, 이는 자신이 저작권을 가지는 초연 뮤지컬의 각본의 이용을 피고 1 회사, 피고 3 회사에게 허락한 것에 그칠 뿐, 나아가 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사에 관한 원고 3의 저작권을 침해한 것으로 볼 수 없고, 달리 피고 4가 이 사건 뮤지컬의 공연에 있어 배우들에게 위 가사를 가창하게 하였다는 등, 그 가사에 관한 공연권을 침해하였다고

인정할 만한 증거가 없다.

(2) 초연 뮤지컬의 연출에 관한 저작권접권의 침해

원고 3은, 피고들이 이 사건 뮤지컬을 공연함에 있어 초연 뮤지컬에 관한 원고 3의 연출 내용을 거의 그대로 재연·복제함으로써 초연 뮤지컬의 연출에 관한 원고 3의 저작권접권을 침해하였다고 주장하나, 실연자가 법 제63조 등에 의하여 가지는 저작권접권은 실연자가 특정 시점에서 실제로 행한 실연 그 자체를 녹음·녹화 또는 사진촬영하는 등 복제할 수 있는 권리일 뿐, 그 실연과 유사한 다른 실연에 대하여는 권리가 미치지 않는바, 원고 3의 주장에 의하더라도 피고들은 원고 3이 초연 뮤지컬의 개별 공연시 행한 연출 그 자체를 복제한 것이 아니므로, 피고들은 초연 뮤지컬의 연출에 관한 원고 3의 실연자로서의 저작권접권을 침해하지 않았다.

바. 금지청구의 인정 여부

위 인정사실에 의하면, 비록 피고 1 회사, 피고 2가 2006년 9월부터 이 사건 뮤지컬에 삽입된 곡의 가사를 초연 뮤지컬의 가사와 다르게 작사하여 배우들에게 부르게 하고 있으나, 위 피고들은 이 사건 뮤지컬의 제작자 또는 연출자로서, 원고 3이 저작권을 가지는 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사를 2004. 12. 31.부터 2006년 9월까지 무단 사용함으로써 그 저작권을 침해한 경력이 있으므로, 향후 이 사건 뮤지컬을 공연하면서 다시금 원고 3의 위 가사에 관한 저작권을 침해할 우려가 있다고 할 것이다.

따라서 원고 3은 피고 1 회사, 피고 2에 대하여 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사에 관한 저작권의 침해를 예방하기 위하여 위 피고들이 이 사건 뮤지컬을 공연하면서 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사를 사용하지 않도록 청구할 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이, 뮤지컬은 결합저작물로서 악곡, 각본, 가사 등이 분리되어 이용될 수 있는데, 초연 뮤지컬 및 이 사건 뮤지컬의 악곡과 각본의 저작권은 피고 2, 4가 가지며, 위 피고들이 원고 3에게 저작권이 인정되는 가사와 다른 가사를 사용한다면 뮤지컬의 공연을 금지할 이유가

없다는 점 등에 비추어 볼 때, 원고 3은 피고 1 회사, 피고 2에 대하여 초연 뮤지컬의 가사에 관한 저작권의 침해를 예방하기 위하여 이 사건 뮤지컬 자체의 공연의 금지를 청구할 수는 없다.

사. 손해배상청구의 인정 여부

(1) 손해배상책임의 발생

위와 같이 피고 1 회사, 피고 2는 2004. 12. 31.부터 2006년 9월경까지 원고 3이 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사에 관하여 가지는 저작권재산권 중 공연권을 침해하였는데, 피고 2는 원고 3과 초연 뮤지컬의 제작·공연에 참여하였고, 피고 1 회사는 원고 3으로부터 기간을 정하여 위 가사의 이용허락을 받았음에도 이용허락기간을 넘어서 계속하여 가사를 사용한 점 등에 비추어 볼 때, 피고 1 회사, 피고 2는 위 공연권 침해에 과실이 있다고 추정되므로 원고 3에게 그 공연권 침해로 인한 손해를 배상하여야 한다.

(2) 손해배상액의 산정

(가) 원고 3은 피고 1 회사, 피고 2가 위와같은 원고 3의 저작권을 침해하여 52,640,000원의 이익을 얻었으므로, 법제93조 제1항에 따라 위 이익액에 상당한 50,000,000원을 원고 3의 손해액으로 추정하여 그 배상을 구한다는 취지로 주장하나, 피고 1 회사, 피고 2가 위 금액 상당의 이익을 얻었음을 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 법제94조는 “법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제93조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”고 규정하여 법원의 재량에 의한 손해액을 인정하고 있는바, 기록상 피고 1 회사, 피고 2가 위 저작권 침해행위로 받은 이익액이나 원고 3이 위 저작권의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 산정할 만한 자료가 없으므로, 이법원은 위 법제94조에 따라 원고 3의 손해액을 산정한다.

을제17호증의 1의 기재에 의하면, 피고 4는 2004. 1. 28. 피고 3 회사에게

2003. 12. 5.부터 2005. 12. 5.까지 자신이 가지는 저작권(이 사건 뮤지컬의 각본의 저작권)의 사용을 승인하면서 그 대가로 이 사건 뮤지컬의 공연으로 발생하는 순이익의 10%를 지급하기로 하되 계약금으로 8,000,000원을 지급하기로 약정한 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없으며, 피고 1 회사, 피고 2가 원고 3의 저작권을 침해한 기간이 1년 9개월가량인 사실은 앞서 본 바와 같고, 일반적으로 뮤지컬에서 가사가 차지하는 비중이 각본의 그것보다 높다고 하기 어려운 점에다 기록에 나타난 피고 1 회사, 피고 2의 저작권 침해 경과, 이 사건 뮤지컬의 공연 횟수 및 흥행성적 등을 종합하면, 원고 3이 피고 1 회사, 피고 2의 저작권 침해행위로 입은 손해액은 10,000,000원이라고 봄이 상당하다.

아. 소결론

그러므로 피고 1 회사, 피고 2는 이 사건 뮤지컬을 공연하면서 별지 가사 목록의 초연 뮤지컬 가사란 기재 가사를 사용하여서는 아니 되고, 각자 원고 3에게 10,000,000원을 지급할 의무가 있으므로, 원고들의 피고들에 대한 저작권 침해에 관한 주장은 원고 3의 주장 중 위에서 인정된 범위 내에서만 이유 있다.

5. 원고 1의 서비스표권 침해에 관한 주장

원고 1은, 피고들의 이 사건 뮤지컬의 공연이 원고 1이 가지는 등록 서비스표에 관한 서비스표권을 침해한다고 주장한다.

갑제11호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 원고 1이 2003. 8. 27. 연극공연업, 연극제작업, 뮤지컬공연업, 뮤지컬제작업, 영화공연업, 영화제작업 등 제41류를 지정서비스업으로 하여 별지 서비스표 목록 표시 표장에 관한 서비스표 출원을 하여 2005. 7. 15. 등록번호 제117899호로 등록을 마친 사실을 인정할 수 있고, 피고들이 이 사건 뮤지컬을 공연하면서 위 등록 서비스표의 문자 부분과 동일한 “사랑은 비를 타고”라는 제목을 사용한 사실은 앞서

본 바와 같다.

그러나 타인의 등록서비스표와 동일·유사한 표장을 이용한 경우라고 하더라도 그것이 서비스표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 출처 표시를 위한 것이 아니어서 서비스표의 사용으로 인식될 수 없는 경우에는 등록서비스표의 서비스표권을 침해하였다고 할 수 없는바(대법원 2003. 6. 13. 선고 2001다79068 판결 등 참조), 피고들은 위 뮤지컬 제목을 자신들이 공연하는 이 사건 뮤지컬의 작품 명칭 또는 그 내용을 나타내기 위하여 사용하였을 뿐, 이 사건 뮤지컬의 출처를 표시하기 위하여 사용하였다거나, 실제로 뮤지컬 공연계에서 위 뮤지컬 제목을 이 사건 뮤지컬의 출처를 표시한 것으로 인식한다고 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 원고 1의 피고들에 대한 서비스표권 침해에 관한 주장은 이유 없다.

6. 원고들의 권리남용, 신의칙 위배 주장에 관한 판단

원고들은, 피고 2, 4가 1995년 초연 뮤지컬의 제작 당시 원고들로부터 보수를 받고서 악곡과 각본을 완성하여 전달한 후 원고들이 2003년까지 뮤지컬 “사랑은 비를 타고”를 공연하는 동안 원고들의 공연권을 부인하지 않다가, 위 악곡과 각본의 공연권에 관한 원고들과의 계약관계가 명백하지 않다는 사정을 이용하여 위 악곡과 각본을 전달한지 9년이나 지난 2004년 1월경 갑자기 원고들의 뮤지컬 공연권을 부정하면서, 그 전에 원고 3에게 초연 뮤지컬의 공연 허락을 구하였다가 실제 공연을 하지 못한 피고 1 회사의 대표이사 소외 10과 이 사건 뮤지컬을 공동 제작하거나 소외 10에게 뮤지컬 공연권을 설정해 주는 것은 원고들의 뮤지컬 공연권을 침해하는 것으로, 그 권리행사가 신의칙에 위배되고 권리남용에 해당한다고 주장한다.

민법상 신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의성

실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다18401 판결 등 참조).

그런데 앞서 본 바와 같이, 피고 2, 4가 원고들로부터 상응한 보수를 받고 초연 뮤지컬의 악곡과 각본을 완성하여 그 이용을 허락함으로써 원고들이 초연 뮤지컬을 1999년 5월경까지 공연할 수 있게 하였고, 이에 따라 원고들은 초연 뮤지컬을 1995년부터 1999년까지 500회 이상 공연할 수 있었으며(그러나 초연 뮤지컬이 이와 같이 장기간 공연되면서 흥행에 성공하였음에도 피고 2는 원고 1에게 항의한 뒤에야 추가 보수를 받았을 뿐이고, 피고 4는 그 추가 보수를 전혀 받지 못하였다.), 피고 2, 4는 원고들과의 저작권 이용허락관계가 종료한 후에야 피고 1 회사, 피고 3 회사에게 이 사건 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용을 허락한 사정 등을 종합하면, 피고 2, 4가 피고 1 회사, 피고 3 회사에게 이 사건 뮤지컬의 악곡과 각본의 이용을 허락한 것이 원고들에 대한 관계에서 신의칙에 위배하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 원고들의 피고 2, 4에 대한 신의칙 위배, 권리남용 주장은 이유 없다.

7. 결 론

그렇다면 원고 3의 피고 1 회사, 피고 2에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고 3의 피고 1 회사, 피고 2에 대한 나머지 청구와 피고 3 회사, 피고 4에 대한 청구 전부, 원고 1, 2의 피고들에 대한 청구 전부는 이유 없어 이를 기각하여야 하는데, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고들의 항소와 피고 1 회사, 피고 2의 항소는 모두

이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이성호

판사 이현중

판사 김동진

[출 전] 판결 원문



31. 환부사진의 저작물성(2) - ‘모발이식 사진’ 사건

서울중앙지방법원 제13민사부, 2007. 6. 21. 판결, 2007가합16095 손해배상(가)

원 고 김○○

용인시

소송대리인 법무법인 광장

담당변호사 이지영

피 고 최◇◇

서울 강남구 압구정동

소송대리인 법무법인 율촌

담당변호사 강동세

변론종결 2007. 6. 7.

판결선고 2007. 6. 21.

주 문

1. 피고는 원고에게 20,000,000원 및 이에 대한 2007. 3. 16.부터 2007. 6. 21.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%의 각 비율에 따른 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

피고는 원고에게 110,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 완제일까지 연 20%의 비율에 따른 금원을 지급하라는 판결.

이 유

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 사안의 개요

이 사건은 원고가 피고에 대하여, 주위적(주장)으로 피고가 텔레비전 프로그램에 출연하여 원고가 치료하고 홈페이지에 올린 환자들의 별지1의 사진을 무단으로 이용하고, 원고의 홈페이지 온라인 상담코너에 올린 원고의 별지2와 같은 상담내용을 이용하여 피고 운영의 병원 홈페이지에 게시함으로써 원고의 사진과 상담내용에 대한 저작권(복제권, 방송권, 동일성유지권)을 침해하였다고 하여 그 손해배상을 청구하고, 예비적(주장)으로 원고의 사진과 상담내용에 대하여 저작물성이 인정되지 않더라도 피고의 위와 같은 행위는 불법행위를 구성한다는 이유로 민법 제750조에 기초하여 손해배상을 구하는 사안이다.

나. 전제된 사실관계

【인정근거】 갑3호증의 1 내지 4, 갑4호증, 갑5, 6호증의 1 내지 4, 갑7호증의 1 내지 6, 갑8호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

(1) 당사자

원고는 수년간 모발이식수술을 전문으로 연구·시술하여 온 모발이식분야에 종사하는 성형외과 전문의사로서 ××성형외과 ××모발이식센터(이하, ‘원고 병원’이라 한다)를 운영하고 있고, 원고 병원을 소개하는 홈페이지를 운영하고 있다.

피고는 산부인과 전문의로서 2005. 12. 3.부터 △△성형외과(이하, ‘피고 병원’이라 한다)를 운영하며 원장으로 재직하고 있으며, 피고 병원을 소개하는 홈페이지를 운영하였다.

(2) 원고의 모발이식 수술환자사진과 환자들의 질문에 대한 상담내용

(가) 원고는, 원고 병원을 소개하는 홈페이지에 원고로부터 모발이식수술을 받은 환자들의 수술 전 상태와 수술 후 일정 기간이 지난 후의 모발 상태를 촬영한 별지1 기재의 사진을 환자들의 동의를 받아 게시하고 있다.

(나) 위 사진들은 원고로부터 모발이식 수술을 받은 환자들을 피사체로 선정하여 그들의 이마 위 부분부터 정수리 부분까지를 촬영한 것으로서, 환자의 이마 윗부분을 화면구도의 중심에 놓고, 카메라로 약간 위나 정면에서 이마 중심 부분에 빛을 비추어 환자의 모발상태가 잘 보이도록 촬영하였고, 사진에 환자의 눈썹 아래 부위는 보이지 않는다.

(다) 또한 원고는 원고 병원 홈페이지에서 온라인 상담 코너를 운영하면서 인터넷을 통하여 환자들의 질문에 대하여 답변하여 주는 상담내용을 작성하여 게시하고 있다. 원고는 위 상담코너에 2004. 11. 20.과 2005. 3. 15. 모발이식수술에 관한 별지2 기재와 같은 상담내용을 홈페이지에 게시하였다.

(3) 피고의 원고 홈페이지에 실린 사진의 무단이용과 상담내용의 도용행위

(가) 피고는 원고 병원의 홈페이지에 실린 사진 중 환자 4명의 수술 전후 사진 8장을 가지고 ① 2006. 3. 20.경 한국낚시채널의 ‘닥터스 가이드’라는 프로그램에 출연하여 원고 병원에서 치료받은 48세 남자의 수술 전후 사진 2장을 보이면서 “이 환자는 55세 환자로서 2년 전부터 앞이마가 천천히 뒤로 넘어가 여러 가지 민간요법을 시도하다가 효과가 없어 본원에 내원하였다”라고 말하고, 방송에서 사진을 제시한 것을 비롯하여, 위 프로그램에서 환자 2명의 수술 전후 사진인 별지1의 가, 나 사진 4장을 제시하였고, ② 2006. 2. 18. 한경와우TV의 ‘메디칼센터’ 프로그램에서 환자 2명의 수술 전후 사진인 별지1의 가, 다 사진 4장을 제시하였으며, ③ 2006. 3. 20. 생활건강TV의 ‘메디칼박스’ 프로그램에서 환자 2명의 수술 전후 사진인 별

지1의 다, 라 사진 4장을 제시하였다.

(나) 또한 피고는 2005. 12. 15. 피고 병원의 홈페이지에서 운영하는 온라인 상담코너에 원고의 상담내용에 관한 글을 이용하여 다음과 같은 상담내용을 게시하였다.

“넓은 이마도 얼마든지 모발이식으로 해결할 수 있습니다. 모발이식수술은 정상적으로 있어야할 모발이 여러 가지 이유로 소실되었거나 부족하여 미용적으로 개선할 필요가 있을 때 자신의 모발을 이용하여 옮겨 심는 수술입니다. 수술방법은 자신의 뒷머리에서 머리카락을 포함한 두피를 떼어내어 머리카락을 한 올 또는 두 올씩 분리한 후 식모기를 이용하여 이마에 옮겨 심습니다. 수술은 국소 마취 후 시행하며, 입원은 필요 없고, 수술 후 바로 귀가하실 수 있습니다. 머리를 감는 것은 만 3일 후부터 가능하며, 곧바로 사회생활을 할 수 있고, 만 10~14일 후 실밥을 뺍습니다. 그리고 이마 좁히기는 탈모(대머리) 수술보다 가능한 한 좁은 간격으로 밀도 있게 심어 주어야 하기 때문에 1~1.5cm 정도 헤어라인을 내리는데 1000~1500개의 모발이 필요하합니다. 이마 좁히기 수술은 앞머리 헤어라인의 디자인이 매우 중요하며, 경계 부위의 그라데이트한 처리, 이식 모발의 방향과 각도 등에도 유의해야 하므로 좋은 결과를 위해서는 많은 수술 경험을 필요로 합니다. 이마 좁히기 모발이식 후 미용적인 효과를 보시려면 약 9~12개월 정도의 시간이 필요합니다. 그 이유는 옮겨 심은 모발은 1개월 이내에 대부분 빠졌다가 5~6개월 이후 새 모발이 자라나오기 때문이지요. 6개월 후에는 모발을 심은 자리에 모발이 나면서 약간은 까끌까끌한 느낌이 날 정도로 짧은 모발을 볼 수 있을 거예요. 그러나 대부분 앞머리로 쉽게 가려지기 때문에 그렇게 걱정하지 않으셔도 됩니다.”

2. 쟁 점

가. 주위적 주장

(1) 원고의 홈페이지에 실린 사진들이 사진저작물에 해당하는지 여부

(2) 원고의 홈페이지에 실린 상담내용이 어문저작물에 해당하는지 여부
나. 예비적 주장

피고에 의한 원고의 사진과 상담내용의 무단도용이 불법행위에 해당하는지 여부(비 저작물을 이용하는 행위의 불법행위 해당 여부)

다. 원고의 손해액

3. 쟁점에 대한 주장과 이 법원의 판단

가. 주위적 주장에 대하여

(1) 원고의 홈페이지에 실린 사진들이 사진저작물에 해당하는지 여부

원고는, 이 사건 사진들이 피사체 자체가 모발이식수술을 받은 환자들로
서 모발 이식수술 자체가 수술방법의 선택과 시술능력이 필요하여 원고의
개성이 투영되어 있고, 수술 후 시점의 선택, 수술 전후가 비교되도록 한
배치, 촬영 위치와 각도, 조명의 측면에서 원고의 창작성과 개성이 드러나므
로 사진저작물이라고 주장한다. 그런데 저작권법에 의하여 보호되는 저작물
(문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물)에 해당하기 위해서는 창작성
이 요구되므로, 사진저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의
조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 촬영기회의 포착, 기타 촬영방법,
현상과 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되는 경우에는
저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다(대법원 2001. 5. 8. 선고
98다43366 판결 참조). 그러나 사진은 누구든지 사진기로 촬영을 하고 현상
과 인화 등의 처리과정을 거쳐 피사체를 찍은 사진이 완성되는 것이므로
사진촬영은 기계적 작용에 의존하는 부분이 많고, 정신적 조작의 여지가
적으므로 촬영자의 창작성이 발휘되는 부분이 많지 않다는 점에서 다른 저작
물과 차이가 있는 것은 부정할 수 없으므로 어떠한 사진이 저작권법에서
보호하는 사진저작물에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그와 같은
사정을 고려하여야 한다.

이 사건에서 앞서 본 전제사실에 의하면, 모발이식수술 자체에 원고의 개성과 창조성이 드러나 있다고 하여 원고 사진들에 원고의 개성이나 창조성이 있다고 볼 수는 없고, 원고의 사진들은 모두 원고가 모발치료를 담당하였던 환자들을 피사체로 선정하여 그들이 원고로부터 모발이식수술을 받은 수술의 전후 모습을 대비함으로써 모발치료의 효과를 나타내고자 하는 목적에서 촬영한 것이고, 위 사진들의 구체적인 촬영방법인 카메라의 각도나 빛의 방향과 양의 조절, 촬영시점의 포착 등에 있어서 원고의 개성이나 창조성이 있다고 보기 어렵고, 촬영후의 현상과 인화의 과정에서 배경, 구도, 조명, 빛의 양 등에 원고의 개성이나 창조성을 가미하고 있다고 볼 수도 없으므로 원고의 위와 같은 사진들은 사진저작물로 보기 어렵다.

(2) 원고의 환자의 질문에 대한 상담내용이 어문저작물에 해당하는지 여부

원고는 원고의 상담내용이 모발이식수술에 관한 지식과 임상경험에 기초한 것으로서, 원고가 특별히 선택한 용어를 조합하고, “모발이 나면서 약간은 까끌까끌한 느낌이 나는 정도”와 같은 수사법을 사용하여 표현하였으며, 모발이식수술의 효용과 개념, 수술방법, 마취범위, 입원의 필요여부 및 생활에의 영향, 수술에 소요되는 모발 수, 수술시의 유의점 등의 순서로 배열한 것이므로 이러한 용어 선택과 설명순서에서 원고의 개성이 드러난 창작적 표현이므로 어문저작물이라고 주장한다.

그런데 어떤 저작이 저작물로 인정되기 위해서는 그것이 사상이나 감정을 창작적으로 표현한 것임이 필요하고, 이러한 창작성은 표현의 내용인 사상이나 감정에 관해 요구되는 것은 아니고 표현의 구체적인 형식에 관해 요구되는 것으로 이는 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며, 외부적 표현에 저작자의 창작노력에 따른 개성이 어떠한 형태로든 나타나 있으면 충분하다(대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결, 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결 등 참조).

하지만 사상이나 감정 또는 사실을 표현하는 방법이 하나밖에 없거나 또는 극히 한정되어 있는 경우에는 누가 저작하여 표현하더라도 거의 마찬가지로

표현이 되지 않을 수 없으므로 표현에 있어 저작자의 개성이 발휘될 여지가 없다. 또한 표현방법에 있어 선택의 여지가 없지는 않고, 저작자가 스스로 생각하여 표현한 경우에도 그 표현이 평범하고 흔한 것인 경우에는 개성이 발휘되어 있지 않다. 따라서 이와 같은 경우에는 창작성을 갖추지 못하여 저작물로 인정할 수 없다.

이 사건에서 앞서 본 전제사실에 의하면, 원고의 상담내용은 환자의 질문에 대해 모발이식수술의 개념, 효용, 수술방법, 수술 후의 처치 등에 관한 원고 자신의 사상이나 감정을 밝힌 것이라고 할 수 있지만 그 상담내용의 표현형식으로 보아 그 자체에 저작자의 독자적인 개성이 나타나는 것으로서 법적으로 보호할 가치가 있는 창작적 표현으로 보기 어렵고, 거기에 원고가 주장하는 용어 내지 수사법의 선택과 배열이 특별히 원고의 개성이나 창작성을 드러내는 것으로 보이지도 아니하므로 위 상담내용은 어문저작물로 보기 어렵다.

(3) 위와 같이 이 사건 사진들과 상담내용은 모두 저작물성이 인정되지 않으므로, 이를 전제로 하여 피고의 무단 복제 및 방송, 게시 등의 행위가 원고의 위 사진과 환자들에 대한 상담내용에 관한 글에 대한 복제권, 방송권 및 동일성 유지권 등을 침해하였다는 원고의 주장은 나아가 불 필요 없이 이유 없다.

나. 예비적 주장(민법 제750조의 불법행위책임의 성부)에 대해서 일반적으로 홈페이지를 통하여 인터넷에 공개된 정보는 저작권법에 따라 배타적인 권리로 인정되지 않는 한 제3자가 이를 이용하는 것은 원칙적으로 자유이다. 그러나 불법행위가 성립하기 위해서는 반드시 저작권 등 법률에 정해진 엄밀한 의미에서의 권리가 침해되었을 경우에 한하지 않고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익이 위법하게 침해된 것으로 충분하다. 따라서 부정하게 스스로의 이익을 피할 목적으로 이를 이용하거나 또는 원고에게 손해를 줄 목적에 따라 이용하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 홈페이지를 통하여 인터넷에 공개한 정보를 무단으로 이용하는 행위가 법적으로 보호할 가치가 있는 상대방의 이익을 침해하는 위법한 행위에 해당하여 불법행위가 성립할 수도 있다.

이 사건에서 앞서 본 전제사실에 비추어 보면, 원고가 홈페이지를 통하여

소개하는 영업과 원고의 사진과 상담내용을 이용하는 피고의 영업이 모두 모발치료에 관한 의료영업으로 경합하고 있으며, 원고가 수년간 모발이식수술을 전문으로 연구, 시술한 임상경력과 지식을 활용하여 모발이식 수술을 시술하여 그 수술 경과가 좋은 환자들의 수술 전후 사진을 촬영하여 환자들의 동의를 받고 원고 병원의 홈페이지에 게시하고, 홈페이지 온라인 상담코너에 모발이식수술에 관하여 질문하는 사람들에게 원고의 의학지식과 다년간의 임상경험에 기초한 상담내용을 작성하여 이를 게시한 것은 모두 소비자들에게 정확한 정보를 전달하기 위해서 원고가 많은 노동력과 비용을 들이고, 임상 경험과 전문지식에 기초하여 노력한 산물이며, 피고는 이와 같은 원고의 사진들과 상담사례를 그대로 무단으로 이용함으로써 피고의 영업에 관한 광고효과를 거두었다.

이와 같은 사정을 종합해 보면, 원고가 사진 촬영, 환자들에 대한 상담내용을 작성한 것은 원고의 연구, 노력에 따른 성과이고, 또한 이와 같이 촬영, 작성된 사진, 상담내용을 홈페이지에 게시하여 운영하는 것은 원고 병원 운영의 일환으로서 경제적 가치 있는 활동이므로, 원고가 인터넷에 공개한 사진들과 상담내용이 비록 저작물성이 인정되지 않아 저작권법상의 보호를 받지 못한다고 하더라도 이는 당연히 법적 보호의 가치가 있는 이익에 해당하고, 피고가 영리의 목적으로 피고와 영업상 경쟁관계에 있는 원고가 노동력과 비용을 들이고, 전문지식을 사용하여 환자의 동의를 받아 촬영하고 작성한 원고의 사진들과 상담내용을 무단으로 도용해서 사용한 것은 공정하고 자유로운 경쟁원리에 의해 성립하는 거래사회에 있어서 현저하게 불공정한 수단을 사용함으로써 사회적으로 허용되는 한도를 넘어 원고의 법적으로 보호할 가치 있는 영업활동상의 신용 등의 무형의 이익을 위법하게 침해하는 것으로서 평가할 수 있으므로 피고의 위와 같은 행위는 민법 제750조의 불법행위를 구성한다.

다. 손해배상의 범위

(1) 재산적 손해

원고는 피고의 불법행위로 인한 1,000만원 상당의 재산상의 손해를 입었다고 주장한다.

그러나 원고가 피고의 불법행위로 인하여 재산적 손해를 입었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 정신적 손해

피고가 부정한 목적으로 경쟁관계에 있는 원고의 수년간의 연구 성과와 임상경험에 편승하여 부당하게 이익을 취하려 하였고, 피고는 텔레비전 방송에 출연하여 원고로부터 모발이식수술을 받아 원고 병원 홈페이지에 자신의 사진을 게시할 것을 동의한 환자들의 의사와 무관하게 마치 자신이 환자들을 시술한 것처럼 거짓말을 하면서 이 사건 사진들을 제시한 사정 등 이 사건 변론에 나타난 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하면, 피고가 원고에게 배상하여야 할 위자료의 액수는 2,000만원 정도로 봄이 상당하다.

4. 결 론

그렇다면 피고는 원고에게 위자료 2,000만원 및 이에 대하여 불법행위일 이후로서 원고가 구하는 이 사건 소장 부분 송달일임이 기록상 분명한 2007. 3. 16.부터 피고가 그 이행의무의 준부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결선고일인 2007. 6. 21.까지는 민법에 정해진 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정해진 연 20%의 비율에 따른 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

따라서 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 받아들이고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장 판사 이균용

판사 박지연

판사 김혜란

별지 1 (원고의 사진)

가.



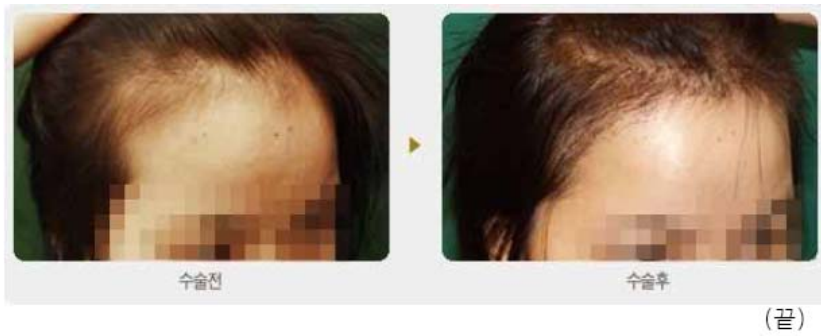
나.



다.



라.



가. 2004. 11. 20.자 상담내용

“안녕하세요, ××모발이식센터 압구정클리닉 ○○○ 원장입니다. 넓은 이마도 얼마든지 모발이식으로 해결할 수 있습니다. 모발이식술은 정상적으로 있어야 할 모발이 여러 가지 이유로 소실되었거나 부족하여 미용적으로 개선할 필요가 있을 때 자신의 모발을 이용하여 옮겨 심어주는 수술입니다. 수술방법은 자신의 뒷머리에서 머리카락을 포함한 두피를 떼어내어 머리카락을 한 올 또는 두 올씩 분리한 후 식모기를 이용하여 이마에 옮겨 심습니다. 수술은 국소 마취 후 시행하며, 입원은 필요 없고, 수술 후 바로 귀가하실 수 있습니다. 머리를 감는 것은 만 3일 후부터 가능합니다... 이마선을 너무 무리하게 낮추는 경우에는 어색할 수 있습니다. 보통 1~1.5cm 정도 헤어라인을 내리는 데 1000~2000개의 모발이 필요하답니다. 이마 좁히기 수술은 앞머리 헤어라인의 디자인이 매우 중요하며, 경계 부위의 그라데이트한 처리, 이식 모발의 방향과 각도 등에도 유의해야 하므로 좋은 결과를 위해서는 많은 수술 경험을 필요로 합니다. 이마좁히기 모발이식 후 미용적인 효과를 보시려면 약 6개월 정도의 시간이 필요합니다. 그 이유는 옮겨 심은 모발은 1개월 이내에 대부분 빠졌다가 3~4개월 이후 새 모발이 자라나오기 때문이지요. 3개월 후에는 모발을 심은 자리에 모발이 나면서 약간은 까끌까끌한 느낌이 날 정도로 짧은 모발을 볼 수 있을 겁니다. 그러나 대부분 앞머리로 쉽게 가려지기 때문에 그렇게 걱정하지 않으셔도 된답니다.”

나. 2005. 3. 15.자 상담내용

“안녕하세요, ××모발이식센터 압구정클리닉 ○○○원장입니다. 이마가 넓어 모발이식을 생각하고 계시군요.. 넓은 이마도 얼마든지 모발이식으로 해결할 수 있습니다. 모발이식수술은 정상적으로 있어야할 모발이 여러 가지이유로 소실되었거나 부족하여 미용적으로 개선할 필요가 있을 때 자신의 모발을 이용하여 옮겨 심는 수술입니다. 수술방법은 자신의 뒷머리에서 머

리카락을 포함한 두피를 떼어내어 머리카락을 한올 또는 두올씩 분리한후 식모기를 이용하여 이마에 옮겨 심습니다. 이마 좁히기 수술은 앞머리 헤어라인의 디자인이 매우 중요하며, 경계 부위의 그리테이트한 처리, 이식모발의 방향과 각도 등에도 유의해야 하므로 좋은 결과를 위해서는 많은 수술경험을 필요로 합니다. 이마 좁히기 모발이식후 미용적인 효과를 보시려면 약 9-12개월 정도의 시간이 필요합니다. 그 이유는 옮겨 심은 모발은 1개월 이내에 대부분 빠졌다가 5-6개월 이후 새 모발이 자라나오기 때문이지요. 6개월 후에는 모발을 심은 자리에모발이 나면서 약간은 까끌까끌한 느낌이 날 정도로 짧은 모발을 볼 수 있을 거예요. 그러나 대부분 앞머리로 쉽게 가려지기 때문에 그렇게 걱정하지 않으셔도 된답니다..”(끝)

[출 전] 판결 원문

32. 2차적저작물에 대한 저작인격권 침해 여부 - ‘만화로 보는 그리스 로마 신화’ 사건

서울중앙지방법원 제12민사부 2007. 6. 22. 판결, 2005가합53144 부당이득
금반환등

원 고 ○ ○ ○

피 고 □ □ □

변론종결 2007. 6. 1.

판결선고 2007. 6. 22.

주 문

1. 피고는 원고에게 176,724,300원 및 이에 대하여 2005. 7. 2.부터 2007. 6. 22.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 3/4은 원고가, 그 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

피고는 원고에게 617,436,230원 및 그 중 294,540,501원에 대하여는
이 사건 소장 송◇일 다음날부터, 나머지 322,895,729원에 대하여는 2007.

5. 21.자 청구취지 확장 및 청구원인 보충서 송◇일 다음날부터 각 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 4호증, 갑 제6호증의 1내지 3, 갑 제7 내지 9호증, 갑 제34호증, 을 제2호증의 4, 을 제4호증의 각 기재, 증인의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 소외 甲회사는 2000. 4. 25. “만화로 보는 그리스 로마 신화” 시리즈물 (이하 ‘원작만화’라고만 한다)의 저작자인 피고와의 사이에 원작만화에 대한 출판계약을 체결하고, 같은 해 11.경부터 2003년 말경까지 총 18권을 출판 하였다.

나. 이 사건 원작만화가 1000만부 이상 팔리는 등 인기를 누리자 甲회사의 실질적 경영자인 乙은 원작만화를 기초로 만화영화를 제작하고 관련 캐릭터 사업을 영위하고자 2001. 12. 12. 피고로부터 ‘이 사건 만화에 대한 2차적 저작물 및 저작물의 이미지를 이용한 상품화(캐릭터라이센싱)권리를 포함하여 출판계약서에 명시된 출판권 이외의 모든 저작권’을 양수하였으며(이하 ‘이 사건 양도계약’이라 한다), 그 계약은 아래와 같은 내용을 포함하고 있다.

제5조. 乙이 저작자의 명예나 성망을 해칠 우려가 있는 방법으로 위 저작물의 제호, 내용 등을 바꾸고자 할 때는 반드시 원고의 동의를 얻어야 한다.

제8조. 乙은 제3자에게 양도받은 저작권의 양도 또는 이용을 허락하거나 출판권을 설정하거나 또는 이차적 저작물 작성권을 양도 또는 이용 허락할 수 있다. 단, 乙은 피고에게 그 사실을 통보하여야 한다.

제9조. 본 계약의 유효기간은 10년으로 한다. 단, 계약종료 3개월 이전까

지 서면상 해지통보가 없는 경우 3년씩 자동 연장되는 것으로 한다.

다. 그 후 乙은 이 사건 원작만화를 기초로 한 만화영화 제작을 전문적으로 수행하기 위해 원고를 설립하고, 2002. 4. 12. 원고에게 이 사건 양도계약에 기해 피고로부터 양수한 저작권재산을 양도하였다.

라. 이에 원고는 2002년경 이 사건 원작만화를 토대로 「TV용 만화영화」 “올림포스 가디언”을 제작하여 2002. 12.경부터 2003. 7.경까지 SBS TV를 통해 방영하고, 이를 VHS 비디오테이프 및 DVD로 제작, 배포하였다.

마. 위 TV용 만화영화가 인기를 끌자 원고는 2003. 7.경 이 사건 원작만화를 토대로 한 「극장용 만화영화」도 제작하기로 하고, 같은 해 7. 10.경 투□조 합으로부터 제작비 중 3억 원을 투자받아 2004. 7.경 만화영화 “올림포스 가디언-기간테스 대역습”(이하 ‘이 사건 영화’라고 한다)의 제작을 마쳤으며, 2004. 6. 2. 소외 丙회사와 영화배급 대행계약을 체결하고 2004. 7. 23.자로 극장개봉을 할 예정으로 있었다.

바. 한편, 2003. 8.경 甲회사가 이 사건 원작만화의 출판부수를 조작하는 방법으로 피고에게 인세를 적게 지급한 것이 문제되어 피고와 甲회사, 乙사이에 분쟁이 발생하였고, 피고는 乙을 인세 편취 혐의로 형사 고소하는 한편 2004. 1. 9. 甲회사를 상대로 미지급 인세의 지급을, 원고 등을 상대로 TV용 만화영화와 DVD의 제작금지 등을 구하는 민사소송을 제기하였다.

사. 피고는 이어 2004. 7. 2. 대리인을 통해 丙회사에게 “이 사건 영화가 원작만화의 본질적인 부분을 훼손하여 제작된 것이어서 피고의 저작인격권(동일성유지권)을 침해하고 있으므로, 귀사가 위 영화를 배급한다면 귀사 역시 피고의 저작인격권을 침해하는 것이 된다. 따라서 영화의 배급을 중지해주시기 바라며, 배급을 강행한다면 저작권법 위반에 따른 민형사상 책임을 면할 수 없다. 2004. 7. 7. 오전까지 이에 대한 답변을 해주지 않을 경우 곧바로 민형사상 조치를 취하겠다.”는 취지의 내용증명(이하 ‘이 사건 내용증명’이라 한다)을 발송하였다.

아. 丙회사는 같은 달 9. 원고에게 “원고가 이 사건 영화에 피고가 내용증

명에서 언급한 것과 같은 문제가 있다는 사정을 알리지 않아 더 이상 원고를 신뢰할 수 없으므로 원고와의 배급계약 해지한다.”고 통보하였으며, 결국 원고는 당초 예정한 2004. 7. 23.에 이 사건 영화를 극장 개봉하지 못하였다.

2. 당사자의 주장

가. 원 고

(1) 피고는 원고가 이 사건 원작만화에 대한 피고의 저작인격권을 침해한 바 없음에도 이 사건 영화의 상영을 방해할 목적에서 이 사건 내용증명을 통해 그 영화의 배급을 맡은 丙회사를 위협하여 丙회사로 하여금 영화의 배급을 중지하게 하였고, 이로 인해 원고는 위 영화를 개봉예정일에 개봉하지 못하게 되었다.

(2) 피고의 위와 같은 방해행위로 인하여 원고는 ① 2004. 7. 23.자 극장개봉 할 것을 예상하여 홍보, 광고비 등 합계 294,540,501원을 지출하였으나 그 목적을 달성하지 못하였고,

② 투□조합과의 사이에 2004. 7. 23. 영화를 개봉하기로 합의하고 개봉이 지연될 경우 투자금에 대한 지연이자를 지급하기로 하였는데, 위 개봉 예정일에 영화를 개봉하지 못함에 따라 투□조합에게 지연이자 합계 122,895,729원을 지급하였으며,

③ 관련 업계 및 고객들의 신뢰를 상실하고, 영화 제작에 참여한 원고의 임직원과 감독 등 관계자들이 상당한 정신적 고통을 당하였다고 주장하며, 피고에 대하여 위 재산적 손해 417,436,230원과 정신적 손해 200,000,000원의 배상을 구한다.

나. 피 고

(1) 이 사건 영화는 피고의 저작인격권인 동일성유지권과 성명표시권을 침해하여 제작된 것이므로, 피고가 丙회사에게 위 영화의 배급에 관하여 이의를 제기한 것은 피고의 정당한 권리행사이다.

(2) 피고가 이 사건 내용증명을 발송한 것은 원고 등과의 선행 소송의 경과를 비롯한 분쟁의 제반 사정에 비추어 볼 때 사회통념상 권리자로서 당연히 할 수 있는 정도의 행위에 해당한다.

(3) 丙회사가 이 사건 영화의 배급을 중지하거나 원고와의 배급계약을 해지한 것은 이 사건 내용증명을 받았기 때문이라기보다는 원고의 실질적 사주인 乙이 피고에게 지급하여야 할 인세를 편취한 것으로 구속되기까지 하고 원·피고 사이의 분쟁이 전체적으로 문제가 되자 회사의 이미지에 타격을 입을 것을 염려하여 丙회사 스스로의 판단에 따라 결정한 것이다.

3. 판 단

가. 손해배상책임의 발생

(1) 먼저, 원고가 이 사건 영화를 제작함에 있어 원작만화에 대한 피고의 저작권적권을 침해하였는지 여부에 관하여 본다.

(가) 동일성유지권 침해 여부

살피건대, 갑제4호증, 갑제43호증의 1 내지 12, 갑제44호증의 1 내지 7, 을제4호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 영화가 제호, 캐릭터의 표현에 있어 원작만화와 다소 차이가 있으나, 이 사건 영화의 제호인 “올림포스 가디언-기간테스 대역습”이 피고의 동의를 얻어 출간된 원작만화의 이미지 모음집의 제호인 “캐릭터로 보는 그리스 로마 신화 올림포스 가디언”에서 유래한 것이고, 양 저작물에서의 캐릭터의 표현의 차이는 저작물의 성질, 형태의 차이로 인해 불가피하게 발생한 것이라고 보이며, 그밖에 이 사건 영화가 원작만화의 저작자인 피고의 명예나 명성 또는 인망을 해하는 방법으로 실질적으로 개변되었다고 볼 만한 아무런 사정도 찾아볼 수 없다.

(나) 성명표시권 침해 여부

살피건대, 갑제34, 35, 42호증의 각 기재 및 영상과 증인의 증언에 변론

전체의 취지를 종합하면, 피고가 이 사건 영화의 끝부분(엔딩 크레딧)과 광고 포스터에 “원작 甲회사 ‘만화로 보는 그리스 로마신화’(기획, 글: 丁, 그림: 피고)”이라고 표시함으로써 원작만화의 저작자인 피고의 성명을 표시한 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증이 없다.

(다) 따라서 원고는 이 사건 영화를 제작함에 있어 원작만화에 대한 피고의 저작인격권을 침해한 바 없다고 하겠다.

(2) 다음으로, 그럼에도 불구하고 원고가 丙회사에게 이 사건 내용증명을 보낸 행위가 위법한지 여부에 관하여 본다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 갑 제4, 5, 8호증, 갑제43호증의 1 내지 12, 갑제44호증의 1 내지 7, 을제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고가 2001. 12. 12. 乙과 사이의 이 사건 양도계약으로써 乙 및 그로부터 권리를 양도받은 원고에게 원작만화에 대한 2차적 저작물을 작성하는 것을 허락한 사실, ② 피고는 원고 측의 설명 또는 각종 언론매체에 통해 원고가 2002년경 이 사건 원작만화를 토대로 TV용 만화영화 “올림포스 가디언”을 제작하여 2002. 12.경부터 2003. 7.경까지 SBS TV를 통해 방영한 것을 알고 있었던 사실, ③ 또한 피고는 2002. 8. 28.경 있었던 위 만화영화에 관한 캐릭터 사업설명회를 통해 위 TV용 만화영화의 제호 및 캐릭터가 원작만화와 다소 다르게 변경된 점을 알게 된 사실, ④ 그럼에도 불구하고 원고는 위 만화영화의 TV 방영이 종료될 때까지도 원고에게 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 않은 사실, ⑤ 그 후 피고와 甲회사 사이에 원작만화에 대한 인세와 관련하여 분쟁이 발생하였고, 피고는 2004. 1. 9. 甲회사를 상대로 미지급 인세의 지급을, 원고 등을 상대로 위 TV용 만화영화와 DVD의 제작금지 등을 구하는 소송을 제기하였는데, 위 소송에 이르러 비로소 피고는 원고가 제작한 위 TV용 만화영화가 피고의 저작인격권을 침해하는 것이라고 주장한 사실, ⑥ 위 소송이 계속 중이던 2004. 6. 29. 甲회사는 총 미지급 인세 3,704,663,245원과 이에 대한 지연손해금 368,223,960원 중일부인 3,717,178,605원을 미지급 인세 명목으로 공탁하

였으며, 그 무렵 피고가 이를 수령한 사실, ㉑ 원고는 이 사건 영화를 2004. 7. 23. 개봉할 예정으로 2004. 6. 경부터 丙회사와 배급계약을 체결하고 각종 매체를 통해 영화에 대한 홍보, 광고활동을 진행하였는데, 피고는 개봉 예정일이 얼마 남지 않은 2004. 7. 2. 丙회사에게 이 사건 내용증명을 발송하였고, 위 내용증명을 받은 丙회사가 같은 달 9. 원고와의 배급계약을 해지함에 따라 결국 원고는 당초 예정한 2004. 7. 23.에 이 사건 영화를 개봉하지 못하게 된 사실, ㉒ 이 사건 영화는 위 TV용 만화영화와 캐릭터의 표현, 제호 등에 있어서 별반 차이가 없는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, ㉓ 피고는 원고가 제작한 이 사건 영화가 피고가 이용 허락한 범위를 넘어서 피고의 명예, 명성을 해하는 방법으로 원작만화를 실질적으로 개변한 것은 아니라는 점과 이 사건 내용증명을 통해 丙회사에게 요구한 바에 따라 丙회사가 이 사건 영화의 배급을 중지하여 원고가 영화를 개봉하지 못하게 될 경우 영화의 제작, 광고, 홍보를 위해 많은 비용을 투입하고도 이를 회수하지 못함으로 인해 원고에게 막대한 손해가 발생할 수 있다는 점을 인식하고 있었거나 적어도 이를 충분히 예상할 수 있었던 점, ㉔ 이 사건 영화가 이미 TV를 통해 방영되고 DVD 등을 통해 배포된 TV용 만화영화와 캐릭터의 표현, 제호 등에 있어 별반 차이가 없어 이 사건 영화의 극장 개봉으로 인해 추가적으로 침해될 수 있는 피고의 권리가 크지 않은데 비해 원고로서는 예정일에 영화를 개봉하지 못할 경우 영화의 제작, 광고, 홍보를 위해 투입한 비용을 회수하지 못해 막대한 피해를 입을 수밖에 없었던 점, ㉕ 그럼에도 피고는 사실과 다르게 이 사건 영화가 피고의 저작인격권을 침해하는 것이라고 주장하면서 丙회사에게 이 사건 내용증명을 보냈고, 그것도 극장개봉일이 얼마 남지 않아 피고의 주장의 당부를 충분히 검토하기 어려운 시점에 도달시킴으로써 丙회사를 압박하여 영화의 배급을 포기하게 하고, 결국 이 사건 영화의 극장 개봉 자체를 방해한 점이 인정되는바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때, 피고가 원고의 丙회사에 대한 배급계약상의 권리가 침해되거나 침해될 수 있다는 점을 잘 알면서도 丙회사에게 이

사건 내용증명을 발송한 행위는 법규에 위반하거나 사회상규상 정당한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다 할 것이다.

(3) 소 결

그렇다면, 피고는 자신의 위법행위로 인해 丙회사가 원고와의 배급계약을 해지한 결과 원고가 이 사건 영화를 개봉예정일에 개봉할 수 없게 됨으로써 입은 손해를 배상할 의무가 있다(한편, 丙회사가 원고와의 배급계약을 해지한 것은 이 사건 내용증명 때문만이 아니라는 피고의 주장은 받아들이지 아니한다).

나. 손해배상의 범위

(1) 광고, 홍보비 부분

갑제14 내지34호증(이상 가지번호 모두 포함)의 각 기재와 증인의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 영화를 2003. 7. 23. 극장 개봉할 예정으로 2003. 6.경부터 각종 매체를 통해 영화의 상영에 대한 광고, 홍보를 하고 그 비용으로 294,540,501원을 지출한 사실을 인정할 수 있는데, 원고는 이 사건 영화의 극장 개봉이 무산됨으로써 그 광고, 홍보 활동의 목적을 전혀 달성할 수 없게 되었으므로, 피고는 위 비용 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.

다만, 앞서 인정한 사실 등에 의하면, 원고는 2004. 1. 9. 피고로부터 ‘원고의 TV 용 만화영화가 피고의 저작권격을 침해하였다’며 TV용 만화영화와 DVD의 제작금지 등을 구하는 소송을 제기당하는 등 피고와의 사이에 분쟁이 계속되고 있었음에도, 별다른 대책 없이 이 사건 영화의 극장 개봉을 강행하기로 마음먹고 2004. 6.경부터 영화의 홍보, 광고에 막대한 비용을 지출하였고, 한편 丙회사에게는 피고와 사이의 이러한 분쟁에 관하여 미리 알리거나 양해를 구하는 조치를 전혀 취하지 아니하여 丙회사가 피고의 저작권침해 주장을 맹신하도록 방치한 결과에 이르게 한 점을 인정할 수 있는바, 원고의 이러한 과실은 위 손해의 발생 및 확대의 한 원인이 되었다 할 것이므로, 이를 피고의 손해배상책임을 정하는데 참작하여 피고의 책임비율을

60% 정도로 제한함이 상당하다.

(2) 투□조합에 지급한 지연이자 부분

원고는 투□조합과의 사이에 2004. 7. 23. 영화를 개봉하기로 합의하고 개봉이 지연될 경우 투자금에 대한 지연이자를 지급하기로 하였는데, 피고의 불법행위로 인해 위 개봉예정일에 이 사건 영화를 개봉하지 못함으로써 투□조합에게 지연이자 상당을 지급하였으므로 피고가 이를 배상할 의무가 있다고 주장하나, 원고가 주장하는 위 손해는 특별한 사정으로 인한 손해라고 할 것인바, 피고가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 위자료 부분

원고는 이 사건 영화를 개봉예정일에 개봉하지 못함으로써 관련 업계 및 고객들의 신뢰를 상실하고, 영화 제작에 참여한 원고의 임직원과 감독 등 관계자들이 상당한 정신적 고통을 당하는 피해를 입었다고 주장하며 그 배상을 구하므로 살피건대, 원고의 임직원과 감독 등 관계자들이 입은 정신적 피해가 바로 원고의 손해라고 인정할 수 없으며, 또한, 일반적으로 타인의 불법행위로 인하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 하고, 재산상의 손해 이외에 명예나 신용의 훼손 등으로 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 있는 경우에 한하여 그로 인한 위자료를 인정할 수 있다고 할 것인데, 원고가 제출하는 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

(4) 소 결

따라서, 피고는 원고에게 손해금 176,724,300원(= 294,540,501원×60%) 및 이에 대하여 원고가 구하는 소장 송◇일인 2005. 7. 2.부터 피고가 다툼이 상당한 이 판결선고일인 2007. 6. 22.까지는 민법에 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 「소송촉진 등에 관한 특례법」에 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 그 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 양재영

판사 장현진

판사 홍예연

[출 전] 판결 원문

33. 드라마 시놉시스의 저작권 침해 여부 - ‘태왕사신기’ 사건

서울중앙지방법원 제8민사부 2007. 7. 13. 판결, 2006나16757 손해배상(지)

원고, 항 소 인 ○○○

피고, 피항소인 ...

제1심 판결 서울중앙지방법원 2006. 6. 30. 선고 2005가단197078 판결

변 론 종 결 2007. 3. 16.

판 결 선 고 2007. 7. 13.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 금 50,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.



1. 원고의 만화 ‘바람의 나라’ 집필과 피고의 시놉시스 ‘태왕사신기’의 발표

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑제1, 6, 18호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있다.

가. 원고는 ‘□□’이라는 필명의 만화작가로서, 1992년경부터 ‘바람의 나라’라는 제호의 만화를 저작하여 출판하였고, 피고는 ‘모래시계’, ‘여명의 눈동자’ 등을 쓴 드라마 작가로서, ‘태왕사신기’라는 제목의 드라마 시놉시스(synopsis)를 집필하여 2004. 9. 14. 서울 소공동 롯데호텔에서 제작발표회를 하였다.

나. 원고의 만화 ‘바람의 나라’(이하 ‘바람의 나라’라고만 한다)는 고구려 시대, 그중에서 특히 제3대 대무신왕(재위 18-44, 휘(諱) 무휼(無恤), 이하 ‘무휼’이라고만 한다) 시대를 배경으로 하며, 의인화된 사신수(四神獸)¹⁾가 자신이 선택한 왕을 중심으로 부도(符都)²⁾를 지향한다는 내용으로 그 줄거리는 별지 제1목록 기재와 같다.

다. 한편, 피고의 드라마 시놉시스 ‘태왕사신기’(이하 ‘태왕사신기’라고만 한다)는 고구려 제19대 광개토대왕(재위 391-413, 이름은 담덕(談德), 생존시의 칭호는 영락대왕(永樂大王), 이하 ‘담덕’이라고만 한다) 시대를 배경으로 하여, 주인공인 담덕이, 진정한 주군을 찾아 그 주군과 함께 오래전에 떠났던 고향땅 신시(神市)³⁾를 다시 찾기 위해 노력하는 사신(四神)⁴⁾의 도움을 받으면서, 이 세상의 중심에 있는 것으로 알려진 단군의 나무를 찾아

1) 고구려 고분벽화인 사신도에 나타난 동물형상을 한 현무, 청룡, 백호, 주작이다.

2) 부도의 개념에 관하여는 양 저작물의 실질적 유사성판단 부분(제10면)에서 본다.

3) 신시의 개념에 관하여는 양 저작물의 실질적 유사성판단부분(제10면)에서 본다.

4) 고구려 고분벽화인 사신도에 나타난 사방위신으로 현무, 청룡, 백호, 주작이다.

그 땅에 도움을 정하고 강한 나라를 만들기 위해 노력해 나가는 과정을 그린 작품으로 그 줄거리는 별지 제2목록 기재와 같다.

2. 원고의 주장

원고는, 피고가 원고의 승낙 없이 원고의 저작물인 바람의 나라에 의거하여 태왕사신기를 작성하였고, 양 작품 사이에 부분적·문언적 유사성은 없다고 하더라도, 바람의 나라의 근본적인 본질 또는 구조인, ‘사신을 의인화하여 누군가의 수호신으로 설정하고, 각각의 사신 캐릭터들에 대하여 작가만의 독창적이고 개성적인 특성을 부여함으로써 구체적이고 독특하게 개발된 캐릭터와 그 캐릭터들의 상관관계를 통해 부도 또는 신시를 지향한다는 이야기 패턴(전개방식) 및 기타 에피소드’ 등을 차용하여, 원고의 바람의 나라와 포괄적·비문언적 유사성이 있는 태왕사신기를 발표함으로써 원고가 바람의 나라에 대하여 가지는 저작인격권 중 성명표시권 및 동일성 유지권과 저작재산권인 2차적 저작물 작성권을 침해하였으므로, 피고는 원고에게 이에 대한 손해를 배상할 의무가 있다고 주장한다.

3. 판 단

가. 이 사건 만화의 저작권자

위 인정사실에 의하면 원고는 바람의 나라를 창작하였고, 이는 예술의 범위에 속하는 창작물로서 저작권법에 의하여 보호받을 가치가 있는 창작성을 갖추었다고 할 것이므로, 원고는 바람의 나라의 저작권자로서 저작인격권 및 저작재산권을 갖는다고 할 것이다.

나. 의거관계 인정 여부

피고가 원고의 바람의 나라에 대한 저작권을 침해하였다고 하기 위하여는 우선 주관적 요건으로서 피고가 원고의 바람의 나라에 의거하여 태왕사신기

를 제작하였어야 한다. 이러한 의거관계는 ① 이를 입증할 직접증거에 의하여 인정될 수도 있고, 직접증거가 없거나 부족한 경우라도 ② 피고가 원고의 만화에 대한 접근 기회, 즉 원고의 만화를 볼 상당한 가능성이 있었음이 인정되면 추인될 수 있다 할 것이다.

그러므로 살피건대, 이 사건에서 위 ①과 같이 의거 관계를 인정할 직접증거는 없으나, 갑 제4호증, 갑 제16호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고의 저작물인 바람의 나라는 1992년부터 ‘댕기’라는 잡지에 연재되기 시작하여, 1998년부터 2004년경까지 22권의 단행본으로 발간되었고, 2001년에는 서울예술단에서 뮤지컬로 공연되었으며, 2004. 3.경에는 소설로 발간되는 등 만화 및 소설의 영역에 있어서 저명성과 광범위한 배포성을 가지고 있어 피고로서도 이를 보거나 접할 구체적인 접근 기회를 가졌다고 봄이 상당하므로 이로써 의거관계가 추인된다고 할 것이다.

다. 실질적 유사성 인정 여부

(1) 실질적 유사성의 판단 범위

다음으로, 피고의 저작권 침해가 인정되기 위해서는 객관적 요건으로 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 인정되어야 한다. 그런데 저작권의 보호대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 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 원칙적으로 저작권 보호대상이 되지 않는 것이므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 할 것이다.

(2) 부분적·문언적 유사성과 포괄적·비문언적 유사성원고는 피고가 바람의 나라의 근본적인 본질 또는 구조를 복제하였으므로 양 저작물에 포괄적·비문언적으로 유사성이 있다고 주장하고, 피고는 양 저작물은 모두 고구려시대에 관한 역사적 사실에 삼국사기, 단군신화 등의 신화적 요소를 가미하여

창작된 역사저작물로 일정한 소재나 주제 또는 추상적 줄거리에 있어서 표현 방법이 한정적일 수밖에 없는데, 만일 포괄적·비문언적 유사성이 인정된다고 하여 저작권 침해가 된다면, 공유에 속하는 역사적, 신화적 소재를 원고의 전유에 남겨두게 되는 결과가 되어 부당하다고 주장한다.

살피건대, 어문저작물에 있어서 서로 다른 두 가지 형태의 유사성을 생각해 볼 수 있는데, 하나는 부분적·문언적 유사성이고 다른 하나는 포괄적·비문언적 유사성인바, 전자는 원고의 저작물 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 피고의 저작물에 복제된 경우를 말함에 비해, 후자는 피고가 원고의 저작물 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 원·피고의 저작물 사이에 비록 문장 대 문장으로 대응되는 유사성은 없어도 전체적으로 포괄적인 유사성이 있다고 할 수 있는 경우를 말하는바, 위 두가지 유사성 중 어느 하나가 있는 경우에는 실질적 유사성이 있는 경우에 해당한다고 할 것이다.

이 사건의 경우 원·피고의 저작물에 부분적·문언적 유사성을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 양 저작물이 그 분량이나, 종류, 형태가 상이함에 비추어 부분적·문언적 유사성보다는 포괄적·비문언적 유사성이 있는지에 관하여 살펴봐야 하고, 포괄적·비문언적 유사성을 검토한다고 하더라도 역사나 신화 등 이른바 ‘공중의 영역’에 속하는 부분은 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어에 해당하는 것으로 그 판단의 대상에서 제외한다면, 역사적, 신화적 소재를 원고의 전유에 남겨두게 되는 결과를 초래하지는 않는다 할 것이다.

(3) 만화와 시놉시스 사이의 실질적 유사성 비교의 가부

피고는, 원고의 바람의 나라는 이미 22권의 단행본으로 출간된 완전한 형태의 만화저작물임에 비해, 피고의 태왕사신기는 ‘태왕사신기’ 드라마의 제작 발표회에서 투자 유치를 위해 앞으로 피고가 저술할 드라마 시나리오의 대략적인 개요를 간단하게 정리하여 참석자들에게 배포한 시놉시스로서, 그 자체가 최종적이고 만족적인 어문저작물로 보기 어려운 면이 있으므로

실질적 유사성을 인정하기 어렵거나, 유사성 판단의 기준이 더욱 엄격하게 적용되어야 한다고 주장한다.

그러나, 갑제1호증의 기재에 의하면 태왕사신기는 A4 용지 35매에 걸쳐 작성된 것으로서 단순한 아이디어 차원을 넘어 각 등장인물들의 성격과 그들 상호 간의 상관관계, 대략적인 줄거리, 에피소드 등을 포함하고 있어 그 자체로 독자적인 완성된 저작물로 존재한다고 판단되고, 피고의 시놉시스가 바람의 나라와 실질적인 유사성이 인정된다면, 바로 원고에 대한 저작권 침해가 인정되는 것이고, 그것이 시나리오, 드라마의 형태로 다음 단계의 저작물들을 예상하고 있다는 이유만으로 실질적 유사성 판단의 대상이 되지 않는다고 하거나, 판단기준을 완화하여야 한다는 근거가 없다고 할 것이다.

(4) 소재, 주제 등에 있어서의 실질적 유사성 판단

(가) 원고는 원·피고의 저작물이 바람의 나라의 근본적인 본질 또는 구조인, 사신을 의인화하여 누군가의 수호신으로 설정하고, 각각의 사신 캐릭터들에 대하여 작가만의 독창적이고 개성적인 특성을 부여함으로써 구체적이고 독특하게 개발된 캐릭터와 그 캐릭터들의 상관관계를 통해 부도 또는 신시를 지향한다는 이야기가 실질적으로 유사하다고 주장하는바, 별지 목록 기재 각 줄거리에 의하면 원·피고의 저작물은 ‘고구려를 배경으로 하여 고구려의 고분벽화인 사신도에서 발견되는 사신 또는 사수를 의인화하여 주인공 등의 수호신으로 설정하고, 주인공이 사신의 도움을 받아 부도 또는 신시라는 목표를 추구한다는 점’에서 그 역사적 배경, 소재 및 주제, 표현기법 등을 공통으로 한 결과 전체적인 관념이나 느낌에 있어서 유사성이 감지된다. 그런데 위와 같은 유사성이 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어를 공통으로 한 데서 비롯된 것이라면 양 저작물은 실질적으로 유사하다고 볼 수 없는바, 이하에서는 위 공통된 요소들이 저작권에 의하여 보호되는 구체적인 창작적 표현형식에 해당되는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

아래에서 보게 될 각 사실은 갑 제1 내지 3호증, 갑제6호증, 갑제18호증, 을 제1 내지 13호증, 을제14, 16호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있다.

(나) 사신개념의 사용

원피고의 저작물은 고구려 고분벽화인 사신도(四神圖) 또는 사수도(四獸圖)⁵⁾의 현무, 주작, 청룡, 백호를 소재로 삼아 주요한 등장인물로 형상화하였다는 점에서 유사하나, 이는 누구나 이용할 수 있는 공공의 지적자산이므로, 피고가 사신을 작품의 소재로 삼은 것 자체만으로 원고의 저작권을 침해한다고 볼 수 없다.

(다) 사신의 의인화

원피고의 저작물은 사신 또는 사신수가 의인화되어 있다는 점이 유사하나, 의인법이란 인간 이외의 사물이나 추상 개념에 인격적인 요소를 부여해서 표현하는 수사법으로 어문저작물에 있어서 일반적으로 사용되는 표현형식으로 공유되어야 할 아이디어에 해당한다 할 것이고, 원고의 작품 이외에도 사신을 의인화한 만화로 1992년부터 일본에서 단행본으로 출간된 와타세 유유의 ‘환상게임’, 시노하라 치에의 ‘푸른 봉인’ 등이 있는 점에 비추면, 사신에 의인법을 적용한 것이 원고만의 독창적인 표현으로 보호되어야 한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 바람의 나라에서는 사신수 중 현무와 청룡은 그들이 수호하는 주인과 이체(異體)로 존재하며 그를 위해서 싸우는 장면에서는 사신도의 현무, 청룡과 유사한 동물의 형상으로 변하여 초인적인 힘을 발휘하지만, 평상시에는 인간의 형상을 갖추고 있고, 자의식을 갖고 단독으로 행동하거나 말하기도 하며, 사랑을 하기도 하는 등 의인화되어 있는데, 백호와 주작은 전투 장면에서만 호랑이, 새의 형상으로 화하여 수호수로서의 이미지를 드러낼 뿐 주인과 이체로서 등장하거나 의인화되어 있지 않은 반면, 태왕사신기에서 사신은 동물로서의 속성은 전혀 나타나 있지 않고, 사방을 지키는 수호신으로서의 이미지가 부각되어 있으며, 그들이 원래 사신이라는 것을 자각하지 못한 채 여러 차례 인간으로 환생하며 이 땅에 살아

5) 사신도 또는 사수도는 천상(天象)과 음양오행설을 도화적으로 표현한 회화로 고구려 고분에서 많이 발견된 벽화인데, 각 동물의 형상을 한 사방위신, 즉 북쪽에는 뱀과 거북의 모양을 한 현무, 남쪽에는 새 모양의 주작, 동쪽에는 용의모양인 청룡, 서쪽에는 호랑이 모양의 백호가 각 중앙의 황룡을 받들고 있는 그림이다.

오는데, 때가 되어 담덕을 주군으로 모시는 사신으로서의 자각이 이루어진 후에도 인간과 같이 말을 하고, 행동하며, 사랑을 하기도 하는 등 의인화되어 있다는 점에서 그 의인화의 방법이 확연히 구별된다.

(라) 사신의 수호신으로서의 설정

원고의 바람의 나라에서 사신수 중 현무는 암현무 ‘무파’, 수현무 ‘사구’로서 부여의 대소왕을, 청룡 ‘하안사녀’는 주인공인 고구려의 무휼을, 백호는 고구려 상장군인 괴유를, 주작은 무휼의 누이인 세류를, 또 다른 주작은 부여의 왕자 용을 각 수호하는 수호수로, 이외에 봉황, 난새 등이 다른 등장인물들의 수호수로 등장하는데, 주인들이 위험에 처하거나, 전투를 할 때 나타나서 함께 싸우면서 그 주인들을 수호하는 역할을 하는 반면, 괴고의 태왕사신기에서 사신은 고조선 시대에서부터 이 땅에 존재하였는데, 사신 모두가 처음에는 단군을, 다음 고구려 건국 때는 주몽을, 현생에서는 담덕을 주군으로 삼아 그를 수호하며 그의 목표를 이루기 위해 돕는 역할을 하는바, 양 작품은 사신 또는 사신수가 누군가를 수호하는 수호신 또는 수호수로 설정되어 있다는 점에서 유사하다.

그러나 아이디어 자체는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고, 나아가 어떠한 아이디어를 표현하는데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현방법에 한계가 있는 경우에는 그러한 표현은 저작권법의 보호대상이 되지 아니하거나 그 제한된 표현을 그대로 모방한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것인데, 사신이 본래 사방을 지키는 수호신이라는 개념에서 출발하고 있으며, 이러한 사신의 개념 본질적 요소 때문에 사신을 작품의 소재로 사용하면서 누군가를 수호하는 수호신으로 설정한 표현은 제한된 표현방법 중 하나로서 저작권법의 보호대상이 되지 아니하고, 바람의 나라에서 각 신수는 자신이 선택한 각 주인인 개인을 수호하고, 대립되는 주인의 신수들은 서로 싸우거나 죽이기도 하는 역할로, 태왕사신기에서 각 사신은 1명의 주군을 수호하는데, 단군, 주몽, 담덕으로 대표되는 우리나라를 공동으로

수호하는 역할로 설정되어 있다는 점에서 피고가 그 제한된 표현을 그대로 모방하였다고 볼 수도 없다.

(마) 부도, 신시의 유사성

원고는, 원고가 대무신왕 당시 고구려 영토와 대무신왕이 영토확장을 했던 경로 등 역사적 사실로부터 대무신왕이 옛 고조선 영토인 신시와 신시의 법을 회복한다는 주몽의 ‘다물(多勿)’ 이념을 계승하여 신시를 되찾기 위해 노력하였다는 것을 추론해 내고 이를 표현하기 위해 부도를 ‘신시’와 같은 의미로 사용하였는바, 피고는 광개토대왕 시대에는 이미 위 지역이 회복되었음에도 불구하고, 그러한 역사적 사실을 무시한 채, 만연히 담덕이 주몽의 다물이념을 계승하여 신시를 회복하고자 노력하였다고 단정하고, 이를 표현하기 위해 ‘신시’를 작품에 차용하였는바, 이는 피고가 바람의 나라에서 원고가 쓴 ‘부도’의 위와 같은 표현적 의미를 베껴 ‘신시’로 대체하면서 시대적 배경만 광개토대왕 시대로 옮긴 결과라고 주장한다.

우선, ‘부도’는 신라 박제상의 ‘부도지’에 의하면 파미르 고원 너머에 위치한 마고성으로 단군(임검씨)이 잃어버린 마고성의 현실 재현을 위하여 건설한 신시를 의미하는 것이고, ‘신시’는 일반적으로 신단수 아래 환웅이 열었다는 신시로 정의되거나, ‘환단고기’⁶⁾에 의하면 단군조선 이전에 존재하던 배달국의 문명도시인 ‘신시’ 등을 의미하는바, 둘 다 인류 문화의 공통유산인 고대문헌이나 신화에서 유래하는 것으로 공유의 영역에 속하므로 이와 같은 소재는 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어에 속한다.

나아가 피고가 신시를 작품에 도입함에 있어 바람의 나라에서 원고가 부도를 통하여 표현하고자 하였던 의미를 모방하였다는 점에 관하여 살피건대, 위신시의 유래에 비추어 신시는 반드시 특정한 지역이라기보다는 고토회복의 목표나 파라다이스 등 상징적 의미로 사용될 수 있고, 주몽의 다물이념 또한 구체적 지역의 회복이라기보다는 잃어버린 옛 땅의 회복이라는 의미로 누구나 사용할 수 있는 아이디어에 해당한다고 할 것이고, 신시는 일반적으

6) 1911년 계연수가 저술한 한국 고대에 관한 사서

로 삼국유사(三國遺事)에 나오는 환웅천왕이 태백산 신단수(神壇樹) 아래 인간 3000명을 거느리고 세운 도시이며 고조선의 건국지라고 정의되나, 그 구체적인 지역에 관하여 역사학자들 사이에 여러 가지 견해가 있어 어느 곳이라고 단정하기 어려운 점, 태왕사신기에서 신시는 ‘대륙의 중앙, 고향땅 신시, 단군의 나무가 있는 곳’ 등으로 추상적으로 표현되어 있어 구체적으로 어느 지역인지는 나타나 있지 않은 점, 태왕사신기는 고구려 영토가 상당히 축소되어 있던 무휼의 어린 시절부터 이야기가 시작되는 점 등을 고려하면, 광개토대왕 시대의 영토 등 역사적 사실을 바탕으로 하더라도 피고가 신시의 회복을 소재로 사용한 것이 명백한 오류에 해당하여 원고의 표현을 모방한 것이라고 추인하기도 어려워 위 주장은 이유 없다.

(바) 주인공이 사신의 도움을 받아 부도, 신시를 지향하는 줄거리의 유사성
앞서본 바와같이 원·피고의 저작물은 주인공이 사신의 도움을 받아 신시 또는 부도를 지향한다는 점에서 양 작품의 주제 또는 전체적인 줄거리가 유사하다.

그러나 어문저작물에 있어서 사상이나 주제는 일반적으로 구체성이 없어 저작권법에 의하여 보호되는 표현의 영역에 포함된다고 보기 어려우므로 양 저작물이 실질적으로 유사하다고 보려면, 그 사상이나 주제의 유사성만으로는 부족하고, 나아가 그 사상이나 주제가 구체화되는 사건의 구성 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다 할 것이다. 이 사건의 경우, 주인공이 사신의 도움을 받아 부도나 신시를 지향하는 줄거리는 양 작품에 관한 가장 일반·추상적인 골격 내지 형태로서 양 작품의 주제에 해당한다고 할 것인데, 그 요소가 되는 ‘사신’, ‘사신의 의인화나 수호신으로의 설정’, ‘부도’나 ‘신시’라는 소재나 표현기법이 공유의 영역에 속하는 것임은 앞서 본 바와 같으므로, 이를 제외한 나머지 공통된 요소는 ‘주인공 또는 훌륭한 지도자가 주위의 충성스러운 보필자, 조력자의 도움을 받아 그 이상을 추구한다’는 주제 또는 줄거리만이 남는바, 이는 수많은 영웅담에서 나오는 일반적이고 전형적인 주제 또는 줄거리로서 구체성이 결여되어 있으므로

만인이 공유하여야 할 것으로서, 이를 저작권법에 의하여 보호되는 표현의 영역 안에 포함시키기는 어렵다 할 것이므로 이러한 공통점만으로 양 저작물이 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다.

(5) 사신 캐릭터들 사이의 개별적인 유사성

(가) 원고의 주장 및 판단의 기초

원고는, 원고가 바람의 나라에서 의인화된 사신 등 여러 등장인물에 대하여 원고만의 독창적이고 개성적인 특성을 부여함으로써 구체적이고 독특하게 개발된 등장인물과 피고 작품에서의 사신들의 개별적인 캐릭터가 실질적으로 유사하다고 주장한다.

살피건대, 소설 등 문학작품에 있어서의 등장인물은 그 자체로는 저작권에 의하여 보호되는 표현에 해당한다고 볼 수 없으나, 구체성, 독창성, 복잡성을 가진 등장인물이거나, 다른 등장인물과의 상호과정을 통해 사건의 전개과정과 밀접한 관련을 가지면서 보호되는 표현에 해당할 수 있고, 그 등장인물이 작품에서 차지하는 비중이 클수록 이를 차용하는 경우 실질적 유사성이 인정될 가능성이 높아진다. 따라서 아래에서는 원고가 주장하는 등장인물 간의 유사성에 대하여 우선, 유사성이 인정되는지(이하 ‘1단계 유사성’이라고 한다), 다음, 그 등장인물의 특징이 구체성, 독창성, 복잡성이 인정되거나, 다른 등장인물들 간의 상호과정을 통해 사건의 전개과정과 밀접한 관련을 가지면서 표현으로 보호되는 것에 관한 유사성인지, 마지막으로 그 표현 사이에 실질적 유사성이 인정되는지에 관하여 차례로 검토하여야 할 것인바, 아래에서 인정하는 각 사실은 갑 제1호증, 갑제6, 18호증, 을제7, 14, 23, 24, 25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있다.

(나) 현무캐릭터의 유사성 판단

원고는, 먼저 바람의 나라의 현무와 태왕사신기의 현무는 나이가 많다는 점, 나라를 넘어 이동하고 지혜가 뛰어나며 하늘에서 두 개의 별을 보고 예언이나 계시를 얻는다는 점 등에서 유사점이 인정된다고 주장한다.

살피건대, 바람의 나라의 현무는 주인공 무휼과 적대적 관계에 있는 부여

의 왕 대소의 수호수인 암현무 ‘무과’와 수현무 ‘사구’로서 수시로 고구려로 와서 무휼을 곤경에 빠지게 하거나, 끊임없이 싸우는 신수이고, 요괴의 모습으로 표현되며, 특히 사구는 ‘하늘이 허락한 천년을 곱으로 더 살며 이 땅의 살아 있는 신’이 되는 것이 그의 목표이며, 그 목표를 위해 대소가 자신의 대를 잇게 하려는 용을 없애려고 공격하기도 하는 인물로 묘사되는 반면, 태왕사신기의 현무 ‘주안’은 사신 중 가장 먼저 사신임을 자각하고, 주군을 찾아 남아있는 사신들을 자각시키기 위해 떠돌아다니며, 담덕과 죽음의 길을 함께 하는 다른 사신들과 달리 사신 중 가장 끝까지 살아남아, 담덕의 사후 무덤에 사신의 영을 불러 모으는 역할을 하고, 병법, 천문 등에 능한 지혜로운 인물로 묘사되는바, 두인물의 전체적인 캐릭터에 관하여 보통 관찰자의 입장에서 볼 때 1단계 유사성조차 인정된다고 보기 어렵다.

다만, 두개의 별을 보고 예언이나 계시를 얻는다는 유사점에 관하여 살펴 건대, 바람의 나라에서 현무 사구는 하늘의 별에 빗대어 부여의 운명에 대하여 예견하는바, ‘하늘의 큰 별이 지고, 술한 희생의 잔별들이 지면 이윽고 규룡(奎星 : 이십팔수의 열다섯번째 별자리로 부여의 형제들을 말한다)이 반룡(蟠龍: 아직 승천하지 아니하고 땅에 서려있는 용, 실성이며 여기서는 부여의 왕자 용이다)을 죽일 것이다’라고 말한다는 점(바람의 나라 제22권)과 태왕사신기에서 현무 주안이 두 개의 별을 보고, 담덕과 수의 탄생을 예지한다는 점 사이에 일견 유사성이 인정되나, 천기를 읽는 인물은, 영웅담에서는 흔히 사건의 발생이나 결말 등에 관한 복선이 예지자의 예언 등의 형태로 나타나는 점, 두 작품이 점성술과 천문학이 발달된 고구려를 시대적 배경으로 하는 점에 비추어 구체성이 결여된 일반적인 등장인물로 아이디어의 영역에 속하는 것이어서 피고가 그 구체적인 표현을 베끼지 않는 한 원고의 저작권을 침해하는 것이라 할 수 없는 바, 바람의 나라에서 현무 사구는 ‘부여의 대소왕이 죽으면, 그 형제들이 부여의 왕자용을 죽일 것이다’는 의미로, 태왕사신기에서는 현무 주안은 주군이 될 가능성이 있는 두 사람인 담덕과 백제의 아신왕 수(須)의 탄생을 예언하는 것으로 그 구체적인 내용과

표현형식에 있어서 차이가 있다.

(다) 청룡캐릭터의 혼성모방

원고는 태왕사신기의 청룡 ‘처로’는 먼 옛날 소서노를 남몰래 사랑했을지도 모를 인물로 깊은 산속에서 혼자 은거하고, 스스로 시력을 포기하고 잠을 자고, 자연과 말이 통한다는 점에서 바람의 나라에서 세류를 오랫동안 지켜 보면서 망설이는 사랑을 하고, 오랜 잠을 자는 백호 ‘괴유’와, 주인의 심리상태에 따라 눈이 멀기도 하는 청룡 ‘하안사녀’와, 산짐승, 나무들과 이야기가 통하는 천녀 ‘가희’와 그 특징이 유사한바, 이는 피고가 원고의 위 캐릭터들을 혼성 모방한 결과라고 주장한다.

살피건대, 먼저 태왕사신기의 청룡 처로와 바람의 나라의 백호 괴유와의 유사성에 관하여 보건대, 태왕사신기의 청룡 처로가 소서노를 남몰래 사랑하는 점이 바람의 나라에서 백호 괴유가 세류에 대하여 망설이는 사랑을 한다는 점과 유사한 측면이 있으나, 자신의 마음을 표현하지 못하고 오랫동안 망설이는 사랑을 하는 등장인물은 수많은 문학작품에서 나타나는 것으로 구체성이 결여되어 있으며, 의인화된 사신 중의 한 명이 그런 사랑을 한다고 해서 원고만의 독창성 있는 표현으로 저작권에 의하여 보호된다고 할 수 없다 할 것이다. 또한, 태왕 사신기에서 청룡 처로가 오랜 잠에 빠지게 된다는 점은 청룡 처로의 특징으로 나타나 있지 않아(다만, ‘고조선을 세울 때 단군 왕검과 함께 있던 세 수호신이 이후 오랫동안 이 땅에 머물며 마땅한 주군을 만나지 못하면 긴 잠을 자며 때를 기다리다가, 주몽을 만나 다시 자각을 하게 된 청룡, 백호, 현무의 현신이다’라는 이야기가 있으나, 이는 청룡 처로만의 특징을 묘사한 것이라고 볼 수 없다), 바람의 나라의 백호 괴유가 오랜 잠에 빠진다는 특징과 유사성이 인정되지 아니하므로 이를 전제로 한 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

다음, 태왕사신기의 청룡 처로와 바람의 나라의 청룡 하안사녀와의 유사성에 관하여 보건대, 두 작품에서 청룡이라는 등장인물이 시력을 잃는다는 점이 유사하나, 원고의 바람의 나라에서 청룡 하안사녀는 주인인 무홀이

부여의 현무와 싸우다가 눈을 다치자 청룡 하안사녀도 눈이 멀었다는 이야기가 나오는 반면{바람의 나라에서는 하안사녀가 시력을 상실하였다는 점에 관하여 직접적으로 묘사되어 있지 않으나, 무녀인 해오녀가 “마마의 청룡은 눈 멀었어요”라고 말하는 대사(제9권), 무훈의 “눈먼 나의 용아”라는 독백(제21권) 등으로부터 위 사실이 추측된다}, 태왕사신기에서의 청룡 처로는 자신에게 상처를 주는 세상이 싫어서 스스로 시력을 닫고 지내는 것으로서 청룡의 눈이 멀게 된 원인이 다르고, 바람의 나라에서는 주인과 신수 사이의 심리적 동일성을 나타내기 위한, 태왕사신기에서는 세상과의 단절이나, 포기, 은둔 등을 표현하기 위한 상징적 도구로 위와 같은 특징이 쓰였다는 점에서 그 의미도 달라 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다.

마지막으로 태왕사신기의 청룡 처로와 바람의 나라의 천녀 가희와의 유사성에 관하여 살펴건대, 양 작품에서 위 등장인물들이 동식물과 말이 통한다는 점은 유사하나, 그리스 신화에 등장하는 님프, 우리나라 구전설화 중 ‘새소리를 알아듣는 남자’, ‘쥐소리를 알아듣는 며느리’, 존로널드 로웰 톨킨의 소설 ‘반지의 제왕’의 엘프족과 같이 많은 이야기에서 동식물 등 자연과 말이 통하는 사람이 흔히 등장하는바, 이러한 전형적인 등장인물은 누구나 떠올릴 수 있는 아이디어에 불과하고 원고만의 독창적인 개성이 나타난다고 볼 수 없으므로, 이러한 아이디어의 유사성만으로 양 저작물이 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다.

따라서 피고가 태왕사신기의 청룡 처로를 원고의 바람의 나라의 백호 괴유, 청룡 하안사녀, 천녀 가희의 캐릭터들을 혼성 모방하여 만든 것이라는 원고의 주장은 피고의 청룡 처로와 원고의 위 세 등장인물의 어느 하나와의 전체적인 유사성이 감지되지 않을 뿐 아니라, 등장인물들의 개별적인 특성 하나하나를 놓고 보더라도, 위와 같이 그 1단계 유사성이 인정되지 아니하거나, 1단계 유사성이 인정되는 부분은 일반적이고, 단순하며, 전형적인 캐릭터로서 저작권법에 의하여 보호되지 않는 아이디어에 해당하는 부분에 국한될 뿐, 나아가 표현에 있어서는 실질적 유사성이 인정되지 아니하므로, 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(라) 백호캐릭터의 유사성 판단

원고는 태왕사신기의 백호 모두루는 ① 몰락한 가문의 아들이고, ② 자신이 아끼던 서천왕의 둘째 아들 돌고가 그 형의 시기를 받아 역적으로 몰려 죽어버리자, ③ 인간에게 염증을 느끼고 깊은 잠에 들었다는 점, ④ 못생긴 과부지만 현명하고 용감한 여자와 결혼한다는 점에서 바람의 나라에서 부여에 의하여 멸문된 은씨 집안의 아들로써, 존경하던 해명태자가 아버지인 유리왕의 미움을 받아 유리왕의 명으로 자결하는 것을 보고, 깊은 잠에 빠지게 되며, 과부지만 용감하고 현명한 세류의 연인이 되는 백호 괴유와 유사하다고 주장한다.

살피건대, ① ②의 점이 유사하다고 하더라도, 몰락한 가문 출신의 인물이 섬기는 왕 또는 가장 친한 친구 등이 권력싸움 등으로 희생을 당하고, 그것이 그 인물의 행동에 대한 모티브가 되는 것은 무협지나, 의(義), 충(忠)을 주제로 하는 많은 영웅담에서 전형적으로 나타나므로, 누구나 공유할 수 있는 아이디어에 해당한다고 할 것이고, ③ 사신 중 하나가 오랜 잠에 빠진다는 특징은, 동물의 겨울잠 등으로부터 누구나 생각해 낼 수 있고, 이미 동화 ‘잠자는 숲 속의 미녀’, 버지니아울프의 소설 ‘올란도’ 등 많은 작품에서 망각, 죽음, 영원한 시간 등을 상징하는 소재로 쓰였으므로, 독창성, 구체성, 복잡성을 가졌다고 볼 수 없어 그 자체로는 아이디어에 해당하여 저작권의 보호 대상이 되지 아니한다고 할 것이다. 그런데 원고의 바람의 나라의 백호 괴유는 해명태자로부터 숨을 멎는 법을 배웠는데, 은곡의 숲으로 세류를 찾으러 온 무홀을 구하기 위하여 요괴 자목과 싸우다 기를 빼앗겨 죽음의 상태로 들어가나 깊은 숲 속에서 잠을 자면서 숨을 멎는 법을 통하여 재생의 시간을 갖다가 자신의 목표인 부여왕 대소를 치게 되는 때에 생명을 얻어 일어나, 부여왕 대소를 죽이고, 부여전이 끝난 지 얼마 되지 않아 죽게 되는바, 백호 괴유의 잠은 위와 같이 재생의 시간, 어떤 목적을 달성하기 위한 생명의 연장이라는 복잡하고 구체적이며 독창적인 특징을 가진다 할 것이므로, 피고가 이러한 부분까지 차용하였다면 실질적인 유사성이 인정된다고 할 것이나, 피고의 태왕사신기에서는 전생의 백호가 인간에게 염증을 느껴 오랜

잠에 빠진다는 것으로 바람의 나라에서 백호 괴유의 잠이라는 원고의 독창적인 표현을 모방한 것이 아닐 뿐 아니라, 태왕사신기에서 깊은 잠에 빠진다는 것은 생리적, 물리적 의미의 잠에 빠진다는 의미가 아니라 오랫동안 사신으로서의 자각을 하지 아니한 채 여러 생을 살아간다는 의미로 해석될 수 있어 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다. 또한 ④ 태왕사신기에서 현생의 백호 모두루는 ‘수많은 미녀들을 돌같이 보고, 못생긴 과부지만 용감하고 현명한 여자와 결혼하며, 평생 아내와 담덕과 군대를 똑같이 사랑했다고 자부한다’고 묘사되는 반면, 바람의 나라에서 백호 괴유는 용감하고, 새를 부리는 신기가 있는 세류 공주에게 처음부터 마음이 끌리나, 자신은 하늘로부터 목숨을 빌어 사는 것이라서, 즉 대소왕을 죽이기 위한 목표를 위해 숨을 멎는 법을 통해 목숨을 연장할 뿐, 그 목표를 이루고 나면 죽을 운명임을 알기에 이승에서의 인연을 만들지 않기 위해 세류에게 정을 주지 않으려 하다가, 자신을 위해서 주작을 희생시킨 세류에게 결국 사랑을 고백하게 되고, 대소왕을 죽이고 나서 자신도 곧 죽게 된다. 그렇다면, 세류가 용감하고, 과부라는 점{세류는 어렸을 때 날개 달린 기산의 천인(天人)과 혼인하나, 그가 세류의 사랑을 받지 못하고 인간의 시간을 견디지 못하여 너무 빨리 늙어버려 혼인한 지 한 달도 안되어 죽어버린다}을 고려하더라도, 백호 괴유가 세류의 연인이 된다는 점에 있어서 위 모두루의 특징과 1단계 유사성이 있다고 보이지 아니하므로, 이 부분에 관한 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(마) 주작캐릭터의 혼성모방에 관한 판단

원고는 태왕사신기의 주작 수지니는 침몰당한 명문가 출신이라는 점, 어린 시절을 궁에서 보내고 쾌활한 성격을 가진 점, 현무에게 죽임을 당할 뻔 한다는 점에서 바람의 나라에서 부여의 주작인 용과, ① 유일한 여성이라는 점, ② 어린 시절부터 떠돌며 지냈다는 점, ③ 사랑하는 두 남자 사이에서 갈등하게 되며, ④ 형제국 간의 전쟁을 막으려 노력한 점에서 바람의 나라의 세류와 유사한바, 이는 피고가 용과 세류의 캐릭터를 혼성모방한 결과라고 주장한다.

먼저, 수지니와 용 사이의 유사점에 관하여 살펴건대, 바람의 나라에서

부여의 용은 부여의 왕자로 어렸을 때 부모를 잃고 누나 ‘연’마저 고구려 무휼의 차비(次妃)로 정략결혼을 떠나면서 할아버지인 대소왕의 막내 동생 ‘충구’의 보호를 받으며 자라는데 궁궐의 법도에 얽매이지 않고, 버릇이 없고 제멋대로인 아이로 표현되고, 연이 무휼의 버림을 받아 죽었다고 생각하여 무휼에 대하여 분노를 품고 있는 인물이며, 부여의 현무 사구로부터 용이 부여의 왕위를 물려 받게 되면 자신의 꿈에 방해가 될 것으로 판단되어 공격을 당하는 반면, 태왕사신기의 주작 수지니는 백제 진사왕에 의해 가문이 몰락하면서 현무 주안으로부터 구출되어 주안과 함께 떠돌다 보니, 백제의 왕자 수의 스승이 된 주안을 따라 어린 시절을 궁궐에서 생활하게 되나, 궁궐의 법도에 얽매이지 않고 장난을 잘 쳐 호롱불처럼 주위를 환하게 하는 성격인데 나중에 세상을 어지럽히는 흑 주작으로 자각하여 현무 주안으로부터 죽임을 당할 뻔 하는바, 양자의 성격이나 특징이 전혀 유사하다고 보이지 아니하고, 현무로부터 죽임을 당할 뻔 한다는 설정 그 자체는 유사하나, 그 사건에 이르는 동기나 과정, 의미가 달라 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다.

다음, 수지니와 세류 사이의 유사점에 관하여 보건대, ① 태왕사신기에서 주작인 수지니가 사신 중 유일한 여성이라는 사실은 인정되나, 바람의 나라에서 주작은 세류의 남편이었던 기산의 천인이 화한 것으로 그 속성은 남성이라고 볼 수 있는 점, 다른 사신수 중 암현무 무과, 청룡 하안사녀도 여성이라는 점에서 바람의 나라에서 주작이 사신수 중 유일한 여성임을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없고, ② 어린 시절부터 떠돌며 지낸다는 점은 유사하나, 한곳에 머물러 살지 않고 떠도는 등장인물이 구체적이고 독창적인 인물 유형에 해당되어 표현으로 보호된다고 보기 어렵고, 설사 사신 중 주작 또는 주작이 주인으로 섬기는 사람이 그러한 특징을 공통으로 한다는 점에 대하여 원고가 보호를 구하는 것이어서 표현에 해당된다고 보더라도 태왕사신기에서 고아인 수지니는 진정한 주군을 찾아 떠도는 현무 주안으로부터 딸처럼 보살핌을 받으면서 자라기 때문에 주안과 함께 백제, 고구려를 떠돌게 된 반면, 바람의 나라에서 세류는 고구려의 공주이므로 궁에서 살아야 함에도 불구하고, 새를 다루는 신기가 있어 아버지인 유리왕의 미움을 받아, 어린

시절부터 궁에 머무르지 못하고 세상을 방황하게 되는바, 그 동기나 의미가 확연하게 달라 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다. 또한 ③ 수지니는 담덕과 수를, 세류는 괴유와 무홀을 사랑하여 두 남자 사이에서 갈등하게 된다는 점이 유사하나, 사랑하거나, 사랑받는 두 남자 사이에서 갈등하는, 소위 삼각 관계에 놓이는 여주인공은 수많은 문학작품에서 볼 수 있는 전형적인 인물 유형으로 저작권으로 보호되는 표현이라고 볼 수 없어 더 나아가 살필 필요 없고, 위 ④의 점은 태왕사신기에서 주작 수지니는 백제와 관련을 맺고 있는 전생의 소서노로서, 또는 주안의 가르침을 받아 고구려와 백제가 형제국임을 인식하여 백제와 고구려 사이의 전쟁을 막기 위해 백제와 싸우려는 담덕을 설득하는 반면, 바람의 나라에서 세류가 두 나라 사이의 전쟁을 막으려 한다는 특징은 찾아볼 수 없어 이 점에서 유사성이 있다는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다(다만, 바람의 나라의 세류가 무홀의 신수인 청룡과 무홀의 아들 호동의 신수인 봉황 사이에 살(煞)이 있어, 무홀이 봉황을 죽인다면 호동의 목숨에 위험이 따를 염려가 있어, 봉황의 존재를 숨기려 하거나 부자간의 싸움을 막으려 한다는 에피소드가 나오나, 이것만으로 태왕사신기의 수지니가 두 나라 사이의 싸움을 막으려 노력한다는 점과 유사하다고 보기 부족하다).

(6) 캐릭터 사이의 상관관계를 통한 이야기전개, 에피소드 등에 있어서의 유사성

(가) 원고의 주장

원고는, 설사 위 등장인물들이 그 자체로서 저작권법의 독자적인 보호를 받기 어렵다 하더라도 다른 등장인물들과의 상관관계를 맺으며 전개되는 이야기나 에피소드, 즉 무홀과 마로, 담덕과 모두루의 상관관계를 통해 나타난 주인공이 심복을 얻는 과정 및 그 심복이 나중에 죽음에 이르는 과정에 관한 이야기 전개, 흑주작과 난새와 관련된 에피소드, 양 작품 모두 외세와의 전쟁이 아닌 민족 내부의 전쟁을 다루고 있는 점, 주인공의 적국은 주인공이 사랑하는 여자와 관련되어 있다는 캐릭터들 사이의 상관관계, 주인공이 결

국 부도나 신시에 이르지 못하고 죽게 된다는 비극적 결말 등이 유사하다고 주장하므로, 이에 관하여 본다. 아래에서 인정하는 각 사실은 갑 제1, 7, 18호증, 을제4, 11, 26호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있다.

(나) 주인공이 심복을 얻는 과정 및 그 심복들이 죽음에 이르는 과정의 유사성 판단

원고의 바람의 나라에서 주인공인 무휼은 누나인 세류를 찾으러 갔다가 숨어사는 마로와 해명태자의 군사를 만나게 되고, 마로는 원래 해명태자의 생전에 그를 왕으로 모시던 자로서 처음에는 해명이 아닌 무휼의 휘하에 들어가는 것에 대하여 갈등하고, 무휼을 직접 공격하는 등 거부하지만 결국 그를 따르게 되어, 나중에 고구려 장수로 부여와의 전쟁에 나가 위협에 빠진 세류를 구하기도 하고, 그 전쟁에서 전사하게 되나 끝까지 해명을 잊지 못하고, 해명을 부르면서 죽게 된다.

한편, 피고의 태왕사신기에서 주인공인 담덕은 좋은 철(鐵)을 찾아 나섰다가 백두산 근처의 철광에서 백호 모두루를 만나게 되고, 모두루는 처음에는 담덕에 대하여 철을 강탈하려는 귀족으로 오해하고, 거부감을 가졌으나, 곧 그에게 반하게 되어, 담덕과 의기투합하여 담덕과 함께 강한 철기부대를 만들어내고, 전장을 누비다가 담덕을 구하기 위해 목숨을 잃게 된다.

양 저작물에서 주인공이 심복을 얻는 과정 및 그 심복이 죽음에 이르는 과정이 실질적으로 유사한지에 관하여 살펴건대, 사건의 전개과정이 아이디어와 표현 중 어느 것에 해당하는가 하는 것은 그 전개과정이 얼마나 구체적으로 표현되어 있는가에 따라 결정되는바, 양 작품은 주인공이 낯선 장소에서 우연한 기회에 자신에게 거부감이나 적개심을 가진 자를 만나는데, 그가 곧 주인공의 심복이 되고, 심복은 전장에서 주인공을 구출하는 등으로 주인공보다 먼저 죽음에 이르게 되는 점은 유사하나, 이는 ‘엑스칼리버7)’와 같은 영웅담이나 전쟁을 소재로 하는 작품들의 보편적인 사건전개에 불과하므로

7) 아더왕의 전설을 바탕으로 만들어진 영화. 1981년 제작. 존부어맨 감독

아이디어에 해당하고, 이를 기반으로 한 구체적인 세부적인 줄거리가 표현에 해당한다고 할 것인바, 그러한 표현에 있어서는 마로는 끝까지 해명을 잊지 못하나 모두루는 담덕의 진정한 심복이 되는 점, 마로는 무휼에게 해명의 부대를 제공하나, 모두루는 담덕과 함께 철기부대를 만드는 점, 마로와 달리 모두루는 담덕을 직접 구하려는 과정에서 전사하는 점에 있어서 차이점을 보이고 있으므로, 단지 아이디어만의 공통성이 존재할 뿐 표현에 있어서의 실질적 유사성이 존재하지 않는다.

(다) 흑주작과 난새 이야기의 유사성 판단

원고의 바람의 나라에서 신수 중 하나로 나오는 난새 ‘아사’는 부여의 유민이자 점복사인 채의 신수로 여성과 남성으로 둘이 존재하는데, 아사는 호동의 신수인 봉황에게 자신도 ‘처음에는 봉황의 알에서 깨어났으나, 허무를 배우고 자신을 잃어 난새가 되었다. 허무하고, 갈등하고, 고민하며 살아가다가 그 갈등이 난새를 둘로 나누었으나, 그 어느 것도 진짜가 없고 거짓 왕을 섬기며 거짓 생을 살다간다’고 말한다.

한편, 피고의 태왕사신기에서는 전생에 소서노였던 수지니가 전생의 기억 가운데 한스러운 기억으로 먼저 깨어나면 세상을 불태우는 흑주작이 되는데, 수지니는 한 때 흑주작으로 자각하였다가, 현무 주안에게 죽임을 당할 뻔하기도 한다.

살피건대, 두 작품에서 난새나 흑주작의 상징이나 의미에 있어서 다소 유사한 측면이 있으나, 이는 같은 능력이나 힘이 어떻게 쓰이느냐에 따라 주작, 봉황과 같이 긍정적으로도, 흑주작, 난새와 같이 부정적으로도 쓰일 수 있다는 아이디어의 공통성에서 유래할 뿐, 구체적인 표현방식이나, 분위기에 있어서는 바람의 나라에서 난새는 처음에는 봉황의 알에서 깨어나나 허무하고, 광폭하며, 음란한 마음을 가진 다소 부정적인 등장인물인 채를 주인으로 모시다가, 자신도 모르게 그와 동일시되어 가는 허무, 슬픔이 위와 같이 구체화된 반면, 태왕사신기에서의 흑주작은 그 의지와 관계없이 주작으로 자각할 때, 전생 중 한스러운 기억으로 먼저 깨어나면 흑주작으로, 좋은 기억으로 깨어나면 주작으로 된다는 운명이 구체화되어 있다는 점에서 그

표현에 있어서 현저한 차이가 있다.

(라) 외세와의 전쟁이 아닌 점, 주인공이 사랑하는 여자와 관련된 나라와 전쟁을 하게 된다는 에피소드의 유사성 판단

바람의 나라는 외세와의 전쟁이 아닌 고구려와 부여 사이의 전쟁이 주요한 소재로 쓰이고, 주인공 무휼의 적국인 부여는 무휼이 평생 연모하는 차비연의 모국이라는 점에서 피고의 태왕사신기가 외세와의 전쟁이 아닌 고구려와 백제 사이의 전쟁을 주요한 소재로 삼고 있으며, 주인공 담덕의 적국인 백제는 담덕이 사랑하는 수지니와 연관되어 있다는 점에서 유사하다.

그러나, 부여와 고구려, 백제와 고구려 등 외세가 아닌 민족 내부의 전쟁은 우리나라의 역사적 사실로서 누구나 소재로 쓸 수 있는 공유의 영역에 속하는 것이고, 주인공이 사랑하는 여자와 관련된 나라와 싸워야 한다는 상황에서 딜레마에 빠진다는 이야기는 삼국사기의 ‘낙랑공주와 호동왕자’ 이야기, 오페라 ‘아이다’, 영화 ‘쉬리’ 등 남녀 간의 애절한 사랑을 주제로 하는 많은 작품의 모티브로서 공공의 지적 자산이므로, 피고가 이를 사용하였다고 하여 원고의 저작권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(마) 결말에 있어서의 동일성 판단

원고는 두 작품 모두 주인공이 부도나 신시를 회복하지 못하고 죽는다는 비극적 결말에 있어서 실질적으로 유사하다고 주장하나, 바람의 나라는 미완성의 작품으로, 현재까지 출간된 제22권까지는 무휼이 추구하는 목표인 부도를 되찾는지 여부가 나타나지 않은 반면, 태왕사신기에서 담덕은 서른 아홉에 이루지 못한 단군조선의 꿈을 안고 죽는다는 결말이 나타나 있어 이 점에서 유사하다고 볼 수 없고, 설사 바람의 나라에서 무휼의 독백 등에서 부도가 ‘이루지 못할 꿈’ 등으로 표현되어 비극적 결말이 암시되어 있음을 전제로 양 저작물의 결말이 유사하다고 보더라도, 주인공이 대업을 이루지 못하고 죽음을 맞이하는 비극적 결말은 수많은 문학작품에 나오는 전형적인 플롯으로서 원고만이 전유할 수 있는 표현에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다.

(7) 소 결

그렇다면, 원·피고의 저작물은 고구려라는 역사적 배경, 사신, 부도, 신시라는 신화적 소재, 영토확장이나, 국가적 이상의 추구라는 주제 등 아이디어의 영역에 속하는 요소를 공통으로 할 뿐, 그 등장인물이나 주변인물과의 관계설정, 사건전개 등 저작권에 의하여 보호받는 창작적인 표현형식에 있어서는 만화와 드라마 시놉시스 사이에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현기법의 차이를 감안하더라도 실질적으로 유사하지 아니하므로, 피고가 원고의 바람의 나라에 대한 저작권을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 피고가 원고의 저작권을 침해하였음을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 이와 결론을 같이한 제1심 판결은 정당하므로, 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정영진
판사 이동진
판사 전안나

바람의 나라

고구려 2대 왕인 유리왕의 셋째 아들 무휼은 주위의 강국에 의해 놀림받는 자신의 나라 고구려에 대한 연민과 일이 있을 때마다 자식들을 희생시키는 유약한 아버지에 대한 실망 등으로 자신만의 생각을 어린 시절부터 키우고 있었다. 한편, 고구려를 눈엣가시처럼 여기던 부여의 왕 대소는 유리왕에게 여러 가지 무리한 조건을 내세워 국가의 체면을 손상케 하는데 유리왕은 그에 맞서지 못하고 두 왕자(부여는 고구려의 도절태자를 인질로 보내라고 요구하였는데, 그 후 도절은 원인불명으로 죽게 된다. 한편, 해명태자는 부여의 사신을 모욕하였다는 등의 이유로 유리왕의 미움을 받고, 유리왕의 명에 의하여 자결한다)를 희생시킨다. 그리고 대소의 모욕은 다시 시작되는데, 이에 무휼은 거짓 왕명을 전하여 대소를 진노시키고 부여의 침공을 유발시킨다. 이에 유리왕은 아들의 희생으로 다시금 나라를 지켜보려고 10세의 무휼을 학반령싸움에 내보내지만 이번에는 고구려가 승리한다. 그에 왕은 무휼을 태자로 책봉하고 정략결혼의 일환으로 대소왕의 막내 동생, 충구의 손녀인 연을 무휼의 차비(次妃)로 들이게 된다. 학반령싸움 이후 대소는 무휼이 범상치 않음을 느끼고 그를 해치울 계획을 짜, 자신의 신수인 수현무 사구와 암현무 무과를 고구려에 잠입시킨다. 둘의 계획은 신기(神氣)가 갖추어지지 않은 상태에서 무휼을 제거해 버리고자 하는 것이었고, 그들의 공격에 역부족으로 죽음을 맞이할 뻔 했던 무휼은 고구려의 상장군이며 백호를 신수로 두고 있는 괴유의 도움으로 위기를 벗어나나 결국 동생 여진을 잃고 만다. 그 뒤로도 아버지의 냉담과 끈질긴 부여 자객들의 공격은 이어져 결국 두국에서 무휼은 두 눈을 다치게 되고 두고 온 연을 대소의 현무 사구에게 잃게 된다. 그러나 현무 무과 역시 무휼의 누이인 세류와 백호 괴유, 그리고 승천한 무휼의 신수 청룡의 공격으로 인해 죽게 되고, 남은 현무 사구는 복수할

마음을 다진다. 그 싸움과 함께 신기를 완성하고 난 무홀은 유리왕이 죽자 곧이어 왕위를 물려받아 대무신왕이 된다. 한편, 유리왕의 후궁 영채 역시도 유리왕의 충애를 업고 권세를 누리려 하다가 자신도 모르는 사이 주변에 존재했던 현무 무파에게 부상을 입어 추한 모습이 되고 만다.

대무신왕 3년, 부여의 왕 대소는 머리는 하나이고, 몸뚱이는 둘인 까마귀를 고구려에 보내어 합병에 대한 야망을 비춘다. 이에 고구려는 오히려 고구려와 부여의 전쟁을 경고하고, 그에 부여에서는 무홀에 대한 피습을 위해 부여의 밀정 흑귀사조가 일을 벌이기 시작한다. 그러한 사이 무홀과 연의 아들인 호동에게는 신조(神鳥)인 봉황이 따라붙고 세류에게는 괴유에 대한 감정이 싹트게 된다. 그에 반해 무홀은 왕위에 오른 후 날이 갈수록 부도에 이르기 위한 야망을 위해 사사로운 감정에 있어서는 차갑게 식기만 하여, 세류는 그가 걱정이 된다. 한편, 두곡에 숨어 살던 영채는 흑귀사조로부터 밀약을 받아 상처를 치료한 후 성왕의 구신(舊臣) 배극과 더불어 새로운 미래를 꿈꾸기 위해 이지를 영채의 조카딸로 가장하여 무홀의 원비로 들이게 한다. 죽은 왕자 해명으로부터 생명을 보장받아 생을 유지하고 있는 괴유는 죽은 동생이었던 천녀 가희와 재회하게 된다. 가희는 죽은 것들을 살려내는 신술의 소유자로서, 괴유를 사랑하는 그녀는 괴유를 찾아나선 세류를 질투하여 그를 공격하게 된다. 그로 인해 심하게 다친 세류는, 해명의 부하였으나 지금은 해명의 군사들과 산채에서 숨어 사는 마로에 의해 구조된다. 오래도록 돌아오지 않는 세류를 찾으러 나선 무홀은 적곡에서 해명의 구신들(해명을 따르던 무리 중 일부는 명림의 숲에서 숨어 살다가 왕명을 받은 군사들에 의하여 모두 교수형을 당하여 저승으로 떠나지 못하고 명림의 나무들로 살고 있다)과 싸우고, 괴유는 무홀을 습격하는 명림의 귀신들을 제거하려다가 자목(원래 나무속에 살던 큰 지네였는데, 해명의 구신들의 피를 먹고 둔갑하였다)으로부터 공격을 받아 다치는데, 해명의 군사들에게 구해진 그는 세류와의 만남을 갖게 되나, 곧 사라져서 깊은 산 속에서 오랜 잠에 빠지게 된다. 한편, 해명을 잊지 못하는 마로는 무홀의 휘하에 들어가는 것을 망설이고

갈등하게 되는데, 자기보다 약한 자는 자신의 왕이 될 수 없다는 생각에 세류를 찾으러 온 무휼을 향해 다짜고짜 창을 휘두르는데, 무휼이 이를 막아 내자, 마로는 무휼에게 무휼이 부여를 침공할 때, 해명의 군사들과 함께 출정할 것을 약속한다. 한편, 호동은 아버지의 무관심에 가슴이 아프다. 그래서 신조인 봉황과의 관계가 더 깊어지는데, 봉황은 무휼과 상극인바, 이를 눈치챈 무휼은 봉황을 제거하려 하나 실패하고, 호동은 계속 마음을 다쳐간다. 고구려의 또 다른 인접국인 낙랑에서는 왕자 윤이 밀정으로서 고구려를 돕고 있다. 그는 계모인 선우를 사랑했던 일로 반쯤은 미쳐 세상을 떠돌고 있다. 한편, 이지는 무휼의 관심을 끌기 위해 여러 가지 일을 벌이지만 무휼은 전쟁 이외에는 관심이 없고 이지를 냉대한다. 그에 이지는 점점 더 마음이 독해져 가게 된다. 한편 무휼은 부여 정벌의 첫 단계로 두곡의 부여 세력인 배극을 참하고, 이에 영채의 걱정은 더 심해진다. 전쟁 준비의 마무리에 들어서자 세류는 무휼이 자기의 군사로부터 신뢰받지 못하고 죽은 해명의 그림자 뒤에 있음을 걱정한다. 그로 인해 무휼은 점점 더 고독해진다.⁸⁾

대무신왕 5년, 무휼은 청룡으로 완전히 승천한 자신의 신수와, 백호 괴유, 마로와 해명태자의 군사들, 무녀인 해오녀의 오라비인 장군 연주, 주작을 신수로 하는 세류, 배극을 치고 얻은 사병들을 규합하여 부여전에 나선다. 부여는 대소왕에게 후사가 없어 왕권을 두고 형제간의 내부 갈등이 심해지고 있었는데, 그 형제들은 전쟁 중에도 후일 갈사왕이 되는 충구의 손자이며 연의 동생인 용을 죽이려 한다. 현무 사구도 용을 죽이려 하나, 그때용이 주작의 화신임을 나타낸다. 전쟁에서 괴유는 대소왕을 죽이고, 무휼은 용을 죽이나, 전쟁의 막바지에 부여의 형제들이 최후의 쟁기를 하자 고구려는 수적 열세를 감당하지 못하고 결국 패퇴할 수밖에 없게 된다. 그 과정에서 마로가 전사하고, 세류의 주작은 괴유를 구하고 신기를 날리며 영원히 사라진다.

부여전 이후 백호 괴유가 죽고 왕은 그를 위해 사당을 짓는다. 사랑하는

8) 이상은 바람의 나라 제8권에 수록된 ‘지금까지의 줄거리’를 그대로 옮겨 수정을 가한 것이다.

백호를 영원히 잃게 된 천녀 가희는 그 증오를 세류에게 퍼붓는다. 원비 이지는 차츰 무홀의 신수인 청룡이 사실은 무홀의 정부(情婦)일지도 모른다고 생각하고, 왕이 두곡으로 사냥을 나가 궁을 비운 어느 날 예전에 죽은 흑귀사조의 목은 피를 수놓은 청룡에 발라, 무홀의 신수인 청룡을 해하려고 청룡이 있는 비류수로 보내고, 청룡을 해치려는 위 계획을 위해 부여의 유민이자 점복사이며 난새인 아사를 신수로 두고 있는 채를 궁으로 불러들인다. 갑작스런 비로 두곡에서 밤을 지내던 무홀은 청룡의 위험을 느끼고 서둘러 비류수로 달려가고, 청룡은 가짜 청룡의 공격으로 깊은 상처를 입고 한동안 비류수에서 미쳐 날뛰다. 이에 무홀은 이지를 추궁하러 국내성으로 달려오는데, 그동안 궁에서는 왕제 해색주(후의 민중왕), 호동, 호동의 신수 봉황이 난새와 싸우고 있다. 무홀이 도착하자, 채는 무홀을 공격하는데, 오히려 무홀에게 치명상을 입자, 난새는 싸움을 멈추고, 자신의 주인인 채를 안아 낙랑으로 몸을 피한다. 이후 무홀은 아버지와의 살 때문에 사랑하던 봉황을 버리나, 이들은 나중에 다시 만나게 된다.

세류가 다시 궁으로 돌아오나, 무홀은 세류에게 떠났다 돌아오고, 또 언제 떠날 것이냐고 질책하며, 세류는 어린 시절의 따뜻한 마음을 가진 무홀이 아닌 차갑게 변한 왕의 얼굴을 가진 무홀에 대하여 안타까워하며 다시 궁을 떠난다.

무홀은 늘 조선과 배달과 환국을 지나 부도에 고구려의 깃발을 꽂겠다고 다짐하나, 해색주와 호동은 피를 흘리며 정복하는 부도가 아닌 현실의 사람들의 마음속에 있는 부도를 꿈꾸기에 이들과 갈등하게 된다. 나라가 안정되어 가지만, 비류에 있는 동명왕의 구신들이 극성을 떨자 무홀은 호동에게 힘을 길러주기 위해 그 해결을 맡기고, 호동은 그들을 축출하나, 이로 인해 비류부와 호동의 사이는 대립하게 된다. 대무신왕 14년, 낙랑은 북으로는 고구려를 치고, 남으로는 삼한과 백제 등을 통합하고자 하는 야심만만한 최리가 집권중이다. 한편, 고구려도 한과의 일전을 준비하면서 낙랑을 먼저 복속하고자 한다. 따라서 무홀은 최리의 정략적인 청혼을 받아들여 호동을 최리의 딸 사비와 결혼시킨다.

태왕사신기

프롤로그

먼 옛날 단군왕검이 신단수 아래 고조선을 세울 때 그와 함께 있던 세 수호신(풍백, 우사, 운사)은 그 후로 오랫동안 이 땅에 머물며 때마다 주군을 찾아 함께 하거나 마땅한 주군을 만나지 못하면 긴 잠을 자며 때를 기다리다가, 주몽을 만나 청룡, 백호, 현무로 자각을 하게 되었는데, 주몽이 그의 뛰어난 능력을 질투하여 그를 죽이려 하는 금와의 일곱 아들을 피해 부여에서 도망갈 때 주몽과 함께 하였다. 주몽이 위 세 친구와 함께 엄호수를 건너 졸본부여에 이르렀을 때 사신 중 마지막 한 명인 주작을 만나게 되는데, 그때 주작은 소서노였으니, 먼 옛날 단군왕검을 사랑했던 웅씨녀가 환생을 거듭하여 태어난 모습이기도 했다.

주몽은 네 수호신의 도움을 받아 고구려를 세우고, 고대강국을 만들었는데, 주몽과 사랑하여 혼인한 소서노는 이후 주몽의 부여시절 아들 유리왕이 찾아오자, 그녀의 두 아들 온조와 비류를 데리고 남하하여 백제를 세웠다. 그러나 세월이 흘러 사신을 기억할 수 없는 시대가 되고, 아버지의 나라 고구려, 어머니의 나라 백제, 즉 형제국의 후손들은 이를 잊고 전쟁을 시작하게 된다.

이야기 시작

떠돌이 문사 주안은 혼자 이 시대에 자각한 사신 중 하나 현무이다. 그는 사신을 자각시킬 수 있는 사신의 중심, 오행의 가운데, 땅의 군주를 찾고, 나머지 동료들도 찾아 주군과 함께 오래전에 떠났던 고향땅 신시를 찾아

그 땅에 배달의 기를 쫓을 수 있다면 비로소 환생의 고리를 끊고 환국으로 올라갈 수 있다고 생각한다.

주안은 비슷한 시기에 두 개의 별이 하늘에 자리잡는 것을 보는데, 그중 하나는 백제의 아신왕이 되는 수(須)의 탄생을, 다른 하나는 고구려의 광개토대왕이 되는 담덕의 탄생을 예시한 것이었다. 주안은 수와 담덕 중 누가 사신의 주군감인지를 눈여겨본다.

백호는 전생에서 고구려 13대 서천왕의 아들 시우로 태어났는데, 백호가 아끼던 서천왕의 둘째아들 돌고가 그 형 상부의 시기를 받아 역적으로 몰려 죽어버리자 인간에게 염증을 느끼고 깊은 잠에 든 이후 스스로 자각을 봉해 버렸다. 청룡은 하늘조차 모르게 소서노를 사랑하여 계속 백제 땅에서 태어나 살고 있었다. 한편, 주작은 소서노의 이름으로 백제 땅에서 쓸쓸히 운명한 다음부터 한 번도 자각한 적이 없었다.

주안은 길을 떠도는 와중에 고아 소녀 수지니를 만나게 되는데, 주작의 그림자를 느끼게 된다. 그는 주작이 깨어났을 때 무엇을 먼저 기억할지, 주몽과 함께 말달리며 웃던 소서노일지, 가슴에 한스러운 기억을 품고 태어날지 궁금해 하면서, ‘한을 품어 깨어나는 주작은 흑주작이 된다는데, 흑주작은 세상을 불태우고 스스로도 태워 다시 죽는다던데..’라고 생각한다.

주안은 수지니를 데리고 백제의 수를 찾아가 그의 스승이 되고, 수지니와 함께 백제의 궁궐에 살게 된다. 수지니는 궁궐의 법도에 얽매이지 않고, 언제나 장난을 잘 치며 주위를 환하게 하는 성품이다. 한편, 수는 지혜가 뛰어나나 나중에 권모술수로 흐르게 되고, 수지니를 사랑하면서도 가주작(假朱雀) 해오녀와 정략결혼을 하자 주안은 실망하여 수지니를 데리고 떠나는데, 그후 고구려의 변방에서 기거하다가 담덕을 만나게 된다.

담덕은 수와 달리 수지니가 주작인지 따위에 관심이 없고, 있는 그대로의 수지니를 좋아해 주었고, 수지니도 그를 좋아하게 된다.

담덕은 처음에는 사신을 찾아 단군의 땅으로 돌아가야 한다는 주안의 갈망을 이해하지 못하나, 왕위와 함께 사방에 둘러싸인 적들도 물려받은 후 강해

지자고, 주안의 말대로 이 세상의 중심에 단군의 나무가 있다고 하니, 그 나무를 찾아 그 땅에 도움을 정하자고 마음먹는다.

담덕은 강한 무기를 만들 수 있는 철을 찾아 나섰다가 백두산 근처의 철광에서 백호 모두루를 만난다. 모두루는 몰락한 가문의 아들로 태어났는데, 철광촌에서 자라나 가장 훌륭한 철을 만들어 내는 제련법을 개발하고 있었다. 모두루는 처음에는 담덕을 철을 강탈해가려는 귀족 나부랭이로 알았으나, 곧 그에게 반하여 평생일대의 친구가 되고, 나중에 담덕과 함께 전장을 누비다가 담덕을 살리고자 목숨을 던진다.

청룡 처로는 언제나 자신에게 상처만 주는 세상을 등지고 깊은 산속에서 시력을 포기하고, 산짐승, 나무들과 이야기하며, 나이도 잊고 살아왔다. 그러던 그에게 모두루와 함께 찾아온 담덕을 만나게 된다. 그리고 주작을 만나게 되면서 시력이 열린다.

담덕은 백제와의 전쟁을 감행하고, 수지니는 형제국 간의 싸움을 말리려다 오히려 오해를 받고, 백제의 수에게 돌아가게 된다. 담덕은 백제왕 수가 자신이 사랑했던 수지니의 정인이기에 그를 죽이고 싶어 하지는 않는다. 한편, 수는 담덕에 대하여 사신의 주군으로서의 자리와 수지니의 마음을 뺏긴 것 등으로 시기심을 가지고 복수를 준비한다. 395년 11월 수가 직접 군대를 끌고 설욕전에 나서지만 백호와 철기부대를 완성한 담덕이 기다리고 있었다. 그런데 이들의 대격돌을 막은 것은 현무와 청룡이었다. 단군의 나무가 있는 신시는 남쪽이 아니라, 대륙의 중앙이고, 고구려와 백제는 형제국이기 때문이었다.

수는 서른셋에 요절하고, 담덕은 서른아홉에 단군의 꿈을 이루지 못하고, 죽음을 사신과 함께 하면서 다음 생에 다시 만나 꿈을 이룰 것을 약속한다.

사신들

현무 주안: 검은색, 물, 북(北)의 상징. 수지니에게는 아버지와 같은 존재,

역사, 병법에서 천문에 이르기까지 막힘없는 지혜의 소유자, 사신 중 가장 늦게까지 살아남아 담덕의 사후 그 무덤에 사신의 영을 모으는 일을 한다. 늘 조연자의 입장, 외로운 삶을 살아간다.

주작 수지나: 붉은색, 불, 남(南)의 상징, 마지막까지 수의 옆을 지켰으나, 담덕을 그리워한다. 한때 흑주작으로 변하여 주안에게 죽임을 당할 뻔 한다.

청룡 처로: 푸른색, 나무, 동(東)의 상징, 백호 모두루: 흰색, 철, 서(西)의 상징, 지방 호족들의 과벌싸움에서 몰락한 가문의 아들, 못생긴 과부지만 현명하고 용감한 아내와 결혼했고, 담덕을 평생 친구로 택했으며, 자신의 군대를 자식처럼 사랑했다.

[출 전] 판결 원문

서울중앙지방법원 2006. 6. 30. 판결, 2005가단197078 손해배상(지)

원 고 김○○

피 고 송○○

변론종결 2006. 5. 26.

판결선고 2006. 6. 30.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

피고는 원고에게 50,000,000원 및 이에 대하여 소장 송달 다음날부터 완제일까지 연20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 1983년 만화작가로 데뷔하여 ‘김진’이라는 필명으로 만화 저작활동을 하고 있는 작가로서, ‘바람의 나라’라는 제호의 만화의 저작권자이고, 피고는 드라마 작가로서, 2004. 9. 14. 서울 소공동 롯데호텔에서 제작발표회를 가진 ‘태왕사신기’라는 제목의 드라마 시놉시스(synopsis)를 집필하였다.

나. 바람의 나라는 원고가 1992년 순정만화잡지 ‘댕기’에 처음으로 연재하기 시작하였고, 도서출판 주식회사 시공사에서 1998. 6. 5. 이를 단행본으로 발간하기 시작하여 2004. 5. 22. 제22권까지 단행본으로 발간되었다.

다. 바람의 나라는 고구려 시대, 그 중에서 특히 제3대 대무신왕(재위 18-44, 휘(諱) 무휼(無恤)) 시대를 배경으로 하며, 의인화되어 인간형으로 화체된 사신(四神=四神獸)이 자신이 선택한 왕을 중심으로 부도(=신시(神市))를 지향한다는 줄거리를 가지고 있다.

라. 한편 피고가 발표한 태왕사신기 드라마 시놉시스(이하 이 사건 시놉시스라고 한다)는 고구려 제19대 광개토대왕(재위 391-413, 이름은 담덕(談德), 생존 시의 칭호는 영락대왕(永樂大王)) 시대를 배경으로 하여, 주인공인 담덕이, 진정한 주군을 찾아 그 주군과 함께 오래 전에 떠났던 고향땅 신시(神市)를 다시 찾기 위해 노력하는 사신(四神)의 도움을 받으면서, 이 세상의 중심에 있는 것으로 알려진 단군의 나무를 찾아 그 땅에 도움을 정하고 강한

나라를 만들기 위해 노력해 나가는 과정을 그 주된 줄거리로 하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 4호증, 제6호증의 1 내지 6, 을 제3, 5호증, 제7, 8, 9호증의 각 1, 2의 각 기재, 이 사건 구술 변론(제1회 변론기일)과정에 나타난 변론 전체의 취지.

2. 원고의 주장

원고는, 피고가 원고의 승낙 없이 원고의 저작물인 바람의 나라에 의거하여 이 사건 시놉시스를 작성하였고, 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스가 작품의 줄거리와 패턴, 신시(神市) 개념의 사용, 사신(四神) 캐릭터의 사용 등의 면에 있어서 원고의 저작물인 바람의 나라와 실질적으로 유사하므로, 피고는 원고가 바람의 나라에 대하여 가지는 저작인격권 중 성명표시권 및 동일성 유지권과 2차적 저작물 작성권을 침해하였다고 주장하며 피고를 상대로 손해배상금의 지급을 구한다.

3. 판 단

가. 저작권 침해의 요건

살피건대, 이 사건에 있어서 원고가 주장하는 저작권 침해가 인정되기 위해서는 첫째, 피고가 원고의 저작물에 ‘의거’하여 그것을 이용하였어야 하고(주관적 요건), 둘째, 원·피고의 두 저작물 사이에 ‘실질적 유사성’이 인정되어야 한다(객관적 요건).

나. 의거성

그런데, 위 주관적 요건인 ‘의거’는 중국적으로 피고의 내심의 문제에 귀착하는 경우가 많아 원고에게 그에 대한 엄격한 입증을 요구하는 것은 적절치 않고, 원고로서는 피고의 원고 저작물에 대한 접근(access)과 원·피고 저작물 사이의 실질적 유사성을 입증하면 다른 반증이 없는 한, 저작권 침해의

증명이 된 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다.

한편, 위 ‘접근(access)’은 피고가 실제로 원고의 저작물을 보았거나 그 내용을 알았다는 것을 의미하는 것은 아니고, 보거나 접할 상당한 기회를 가졌다는 것을 의미한다고 할 것인데, 갑 제4호증의 기재 및 이 사건 구술변론과정에서 나타난 변론의 전취지에 의하면, 이 사건에서 원고의 저작물인 바람의 나라는 만화 및 소설의 영역에 있어서 저명성과 광범위한 배포성을 가지고 있어 피고로서도 이를 보거나 접할 상당한 기회를 가졌음이 인정되고, 실제로 피고도 이를 읽은 사실을 인정하고 있으므로 피고의 원고 저작물에 대한 ‘접근(access)’은 인정된다고 할 것이고, 이로써 위 ‘의거’ 요건은 충족되었다고 할 것이다.

다. 실질적 유사성

다음으로 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스와 원고의 저작물인 바람의 나라 사이에 실질적 유사성이 인정되는지 여부에 관하여 살피기로 한다.

이 사건 원·피고의 저작물과 같은 어문 저작물에 대해서는 서로 다른 두 가지 형태의 유사성을 생각해 볼 수 있다. 하나는 부분적·문언적 유사성(fragmented literal similarity)이고 다른 하나는 포괄적·비문언적 유사성(comprehensive non-literal similarity)인데, 전자는 원고의 저작물 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 피고의 저작물에 복제된 경우를 말함에 비해, 후자는 피고가 원고의 저작물 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 원·피고의 저작물 사이에 비록 문장 대 문장으로 대응되는 유사성은 없어도 전체적으로 포괄적인 유사성이 있다고 할 수 있는 경우를 말하는바, 위 두 가지 유사성 중 어느 하나가 있는 경우에는 실질적 유사성이 있는 경우에 해당한다.¹⁾

이 사건의 경우를 보면, 앞에서 본 바와 같이 원고의 저작물인 바람의 나라는 단행본 22권으로 이루어진 만화 저작물이고, 피고의 이 사건 시놉시스

1) 송영식·이상정, 저작권법개설(제3판), 290, 세창출판사, 정상조 편, 지적재산권법 강의, 296, 홍문사, 오승중·이해완, 저작권법(제3판), 472, 박영사 등 참조.

스는 피고가 드라마 제작발표회를 위해 준비한 A4지 약 26페이지(갑 제1호 증의 파워포인트 영상자료, 페이지당 10 내지 15줄) 분량의 어문 저작물이 고, 그 내용은 피고가 준비하고 있는 ‘태왕사신기’ 드라마 시나리오의 대략적인 줄거리와 등장인물에 대한 개략적인 설명으로 이루어져 있어서, 양 저작물 사이에 부분적·문언적 유사성을 찾아보기는 어려울 뿐만 아니라, 두 저작물의 종류와 형태가 상이함에 비추어 볼 때, 부분적·문언적 유사성을 기준으로 이 사건 저작권침해 여부를 판단하는 것은 적절치 않은 것으로 보인다.

그렇다면 이 사건 저작권침해 여부는 두 저작물의 포괄적·비문언적 유사성을 기준으로 판단해야 할 것인데, 갑 제1, 2호증, 제6호증의 1, 2, 이 사건 구술변론 과정에서 나타난 변론의 전취지에 의하면, 원·피고의 각 저작물은 다음과 같은 점에 있어서 일부 유사한 점을 인정할 수 있다.

첫째, 두 작품은 모두 고구려를 배경으로 하고, 사신(四神)의 개념과 관련이 있는 캐릭터들이 등장하여 자신들이 선택한 왕을 중심으로 부도 혹은 신시를 지향한다는 줄거리를 가지고 있다.

둘째, 원고의 저작물인 바람의 나라의 주인공인 무휼이 심복인 ‘마로’를 얻는 과정을 보면, 무휼은 누나인 세류를 찾으러 갔다가 숨어사는 마로와 해명의 군사를 만나게 되고, 마로는 처음에는 무휼을 왕으로 인정하지 않고 직접 공격하는 등 거부하지만 결국 그를 따르게 되어, 무휼이 마로와 그가 때를 기다리며 양성하고 있던 산채의 병사들(죽은 해명태자의 군사들)을 부하로 얻게 되고, 마로는 나중에 고구려 장수로 부여와의 전쟁에 나갔다가 주작인 세류를 구하고 전사하게 되는데, 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스에서 주인공인 담덕은 좋은 철(鐵)을 찾아 나섰다가 백두산 근처의 철광에서 ‘모두루’를 만나게 되고, 모두루는 처음에는 담덕에 대하여 거부감을 가졌으나, 곧 그에게 반하게 되고, 의기투합하여 평생의 친구가 된 담덕과 모두루는 강한 철기부대를 만들어내고, 모두루는 위 철기부대를 이끌고 담덕과 함께 전장을 누비다가 담덕을 살리는 과정에서 목숨을 잃게 된다.

셋째, 바람의 나라에는 사신(四神 : 현무, 청룡, 백호, 주작)의 개념을 사용

한 신수(神獸)가 등장하는데, 이들은 통상 인간의 형상을 갖추고 있고, 자의식을 가지고 단독으로 행동하기도 하며, 사랑(주작 세류)을 하기도 하는 등의 개성을 가지고 있고, 자신들이 선택한 왕의 목표나 이상에 동조하고, 함께 부도로 복귀하고자 한다. 한편 ‘태왕사신기’ 드라마의 시놉시스인 이 사건 시놉시스에도 사신의 캐릭터가 등장하는데, 이들은 애초부터 인성을 보유한 신의 존재로서 환생의 과정을 거쳐 인간으로 육화한 존재이고, 이들 사신은 공통으로 하나의 왕인 담덕을 주군으로 모시고 신시로 향하기 위해서 노력한다.

그러나, 위와 같은 대략적인 줄거리 및 캐릭터의 성격에 있어 일부 유사한 점이 있다고 하더라도, 원고의 저작물과 피고의 저작물은 다음과 같은 점에서 포괄적·비문언적인 관점에서도 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.

우선, 원고의 저작물은 이미 22권의 단행본으로 출간된 완전한 형태의 만화저작물임에 비해, 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스는 그 표현 그대로 ‘태왕사신기’ 드라마의 제작 발표회에서 투자 유치를 위해 앞으로 피고가 저술할 드라마 시나리오의 대략적인 개요를 간단하게 정리하여 참석자들에게 배포한 것으로서, 그 자체가 최종적이고 만족적인 어문저작물로 보기 어려운 면이 있다.

가사, 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스가 원고의 저작권을 침해할 수 있는 2차적저작물에 해당한다고 하더라도 다음에서 보는 바와 같이 위에서 인정한 일부 유사성만으로는 두 저작물이 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.

먼저, 원고의 저작물은 고구려라는 시대를 배경으로 일부 실존했던 등장인물을 중심으로 등장인물을 만들어 내고 그에 원고가 창의적으로 개발한 환타지(fantasy)적 요소를 가미한 것으로서 이는 기본적으로 역사 저작물로서의 성격과, 환타지 저작물로서의 성격을 함께 가진다고 할 것이다.

그런데, 역사적 사실은 어느 한 작가의 저작권에 속한다고 볼 수 없는 공공의 영역(public domain)에 해당하므로 피고가 원고와 동일한 역사적 배경 및 사실을 자신의 저작물에 사용하였다고 하더라도, 이를 두고 저작권 침해라고 볼 수는 없다. 또한 원고 저작물 중 환타지적 요소 중에서도 그것이 원고가 새롭게 독창적으로 개발한 것이 아니라, 이미 신화나 설화를 통해

일반이 공유하고 있는 부분이라면 그에 대해서도 원고의 저작권이 인정될 수는 없다고 할 것이다.

이런 점에서 볼 때, 원·피고의 두 저작물이 공히 고구려를 시대적 배경으로 하고 있다거나, 두 저작물에 동일한 사신(四神)의 개념을 사용한 캐릭터가 등장한다고 하더라도 그것만으로는 이 사건 시놉시스에 의해 원고의 저작권이 침해되었다고 볼 수 없다.

원고는 자신이 고구려 역사 또는 신화에 나타난 사신 개념 그 자체에 대한 독점적인 저작권을 주장하는 것이 아니라, 사신개념(A), 사신을 의인화(B), 사신을 의인화하여 누군가의 수호신으로 설정(C), 사신을 의인화하여 누군가의 수호신으로 설정된 각 캐릭터에 작가만의 독창적이고 개성적인 특성을 부여(D), 사신을 의인화하여 누군가의 수호신으로 설정된 각 캐릭터에 작가만의 독창적이고 개성적인 특성이 부여된 캐릭터와 그 캐릭터의 상관관계(E)를 결합한 A+B+C+D+E 전체가 원고의 창작의 진수이고, 그에 대한 저작권을 요구하는 것이라고 주장한다.

살피건대, 위 A+B+C+D+E 전체에 대하여 원고에게 보호되어야 할 창작의 내용으로서 저작권이 존재한다는 점에 관한 원고의 위 주장 부분은 타당해 보인다. 그러나, 과연 피고의 저작물이 위 A+B+C+D+E의 결합물로서의 원고의 저작권을 침해하였는지 여부에 관하여 보면, 그렇다고 보기에는 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스는 아직 그 내용이 너무나 간략하고, 구체적인 내용이 부족하다. 앞에서 인정한 바와 같이, 이 사건 시놉시스는 앞으로 제작될 ‘태왕사신기’ 드라마의 대략적인 줄거리와 등장인물에 대한 간략한 설명만이 서술되어 있을 뿐이어서 그것 자체만으로는 원고가 주장하는 창작적 내용을 침해하였다고 인정할 수 없다. 또한 세부적인 내용을 살펴더라도, 갑 제1, 2호증의 각 기재만으로는 이 사건 시놉시스의 내용이 원고의 저작물인 바람의 나라의 창작적 부분을 침해하였다고 인정하기에 부족하다.

다음으로, 앞에서 인정한 바와 같이 원·피고의 저작물에 있어서 주인공들이 심복을 얻는 과정 등의 내용이 유사하다고 하더라도 그것만으로는 저작권 침해가 있었다고 보기 어렵다. 왜냐하면, 원·피고의 저작물 이외에도 세상에

는 영웅 캐릭터를 주인공으로 하는 수많은 저작물들이 존재하는데, 그 영웅들이 여러 가지 과정을 거치면서 심복을 얻고, 이를 통해서 힘을 키워 나가며, 결국에는 그 심복들이 주인공인 영웅들을 위해 죽음에 이른다는 구도는 너무나 쉽게 찾아볼 수 있기 때문이다. 물론 위 패턴을 가진 저작물 사이에서도 저작권침해여부가 문제되는 경우도 있겠으나, 그 판단을 위해서는 좀 더 세부적인 내용에 있어서의 등장인물의 등장 상황, 성격, 대화 등에 있어서 유사성의 비교가 가능하여야 할 것인데, 앞에서 본 바와 같이 피고의 이 사건 시놉시스만으로는 그와 같은 비교가 가능하지 않은 것으로 판단된다.

살피건대, 이 사건의 경우와 같이 저작권 보호의 범위, 그 내용으로서 실질적 유사성의 비교가 문제되는 사건에서 정확한 권리보호의 범위를 판단하는 것은 몹시 어려운 문제이나, 그 판단은 결국 저작권자의 권리를 보호함으로써 저작권자의 창작 의지를 고취시켜서 우리 사회가 얻을 수 있는 사회적 편익(social benefit)의 크기와, 저작권자의 권리로 보호됨으로 인해 더 이상 새로운 창작자들이 그 소재 및 내용을 사용하지 못하게 되어서 더 나은 저작물이 탄생하지 못하는 과정에서 우리 사회가 부담해야 하는 사회적 비용(social cost)의 크기를 형량해서 내려질 수밖에 없는 것이다.

원고에게 더 넓은 범위의 저작권 보호를 인정하면 할수록 원고의 편익은 더욱 증가하는 면이 있겠지만, 이는 또한 원고 자신의 비용의 증가로 귀결될 수도 있다. 왜냐하면, 원고의 저작물인 바람의 나라 중에서 저작권으로 보호되는 범위를 넓힐수록 그 부분은 원고가 아닌 다른 창작자들에 의해 이미 사용되어진 부분에 해당하게 될 가능성이 점점 높아지고, 원고 자신도 자신의 창작에 있어서 그 소재를 사용할 수 없게 될 뿐만 아니라, 이미 사용한 소재 및 캐릭터에 대하여 앞선 다른 창작자들로부터 저작권 침해라는 주장을 당하게 될 것이기 때문이다²⁾(원·피고의 저작물 이전에 이미 사신의 개념을 사용한 만화 및 소설이 다수 창작되었음은 이 사건 구술변론 과정에서 충분히 나타난 바 있다).

2) Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*(6th ed.), 41, Aspen Publishers 2003.

이러한 제반 사정을 종합하면, 아직 시놉시스 단계에 불과한 피고의 이 사건 저작물을 상대로 원고가 이 사건 소를 제기한 것은 조금 성급했던 것으로 판단된다. 앞에서 여러 차례 지적한 바와 같이 원고의 저작물인 바람의 나라의 저작권을 침해하였다고 보기에는 피고의 저작물인 이 사건 시놉시스는 그 내용과 형태에 있어서 아직 최종적이지 않고 완성되지 않은 단계의 것이고, 아직 시놉시스 단계에 불과한 피고의 저작물에 사신의 개념 사용 등 일부 원고 저작물에서 표현된 내용과 유사한 부분이 있다고 해서 이를 두고 원고의 저작권을 침해하였다고 인정하기에는 그렇게 함으로써 우리 사회 및 원·피고 본인들이 얻게 되는 사회적 편익이 그에 수반되는 사회적 비용에 비해 더 크다고 보기 어렵기 때문이다.

또한, 원고로서는, 피고가 실제로 이 사건 ‘태왕사신기’ 드라마의 시나리오를 작성하여 그 내용대로 드라마가 제작되는 경우에 그것을 상대로 저작권침해여부에 대한 판단을 구하더라도 자신의 권리구제에 그다지 부족함이 없을 것으로 판단된다.

위에서 살핀 바를 종합하면, 원고가 피고의 이 사건 시놉시스를 이유로 저작권침해를 주장하고 그에 따는 손해배상금의 지급을 구하는 이 사건 청구는 이유 없다.

4. 결 론

따라서 원고의 이 사건 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 허성욱

[출 전] 판결 원문

판례색인

(연도순)

서울중앙지방법원	2005. 8. 19. 판결, 2003노2711	18
대법원	2005. 9. 9. 판결, 2003다47782	11
대법원	2005. 10. 4. 결정, 2004마639	15
대법원	2005. 12. 23. 판결, 2005도6402	18
서울중앙지방법원	2006. 1. 27. 판결, 2003가합 57616	26
서울중앙지방법원	2006. 2. 9. 판결, 2005노3421	42
대법원	2006. 2. 9. 판결, 2005도7793	49
서울중앙지방법원	2006. 2. 15. 판결, 2005노480	52
서울중앙지방법원	2006. 3. 2. 판결, 2005가합91290	238
서울중앙지방법원	2006. 3. 3. 판결, 2005가단283641	76
서울중앙지방법원	2006. 3. 13. 결정, 2005카합4187	80
서울고등법원	2006. 3. 15. 판결, 2005나48392	220
서울서부지방법원	2006. 3. 17. 판결, 2004가합4676	88
서울서부지방법원	2006. 3. 22. 결정, 2005카합1848	101
서울중앙지방법원	2006. 6. 30. 판결, 2005기단197078	374
대법원	2006. 7. 13. 판결, 2004다10756	110
서울중앙지방법원	2006. 7. 20. 판결, 2005가합76758	113
광주지방법원	2006. 8. 11. 판결, 2006노145	122
서울중앙지방법원	2006. 10. 10. 판결, 2003가합66177	130
서울고등법원	2006. 10. 11. 판결, 2006나4207	157
서울중앙지방법원	2006. 10. 18. 판결, 2005가합73377	177
수원지방법원	2006. 10. 20. 판결, 사건 2006가합8583	194
서울고등법원	2006. 11. 14. 결정, 2006라503	201
서울동부지법	2006. 12. 21. 판결, 2006가합6780	214
대법원	2006. 12. 22. 판결, 2006다21002	220
서울고등법원	2007. 1. 10. 판결, 2006나34307	238
부산고등법원	2007. 1. 18. 판결, 2005나13004	275
대법원	2007. 1. 25. 판결, 2005다11626	283
대법원	2007. 2. 22. 판결, 2005다74894	288
대법원	2007. 3. 29. 판결, 2005다44138	294

서울남부지방법원	2007. 4. 12. 판결, 2004가합14681	299
서울중앙지방법원	2007. 5. 17. 판결, 2006가합104292	313
서울고등법원	2007. 5. 22. 판결, 2006나47785	324
서울중앙지방법원	2007. 6. 21. 판결, 2007가합16095	351
서울중앙지방법원	2007. 6. 22. 판결, 2005가합53144	364
서울중앙지방법원	2007. 7. 13. 판결, 2006나16757	374

저작권관계자료집 □

한국 저작권 관례집[11]

펴낸 날 2007년 10월

펴낸 곳 저작권위원회

서울특별시 강서구 방화동 827

전화 : 2669-9900(대표) FAX : 2699-9939

인터넷 홈페이지 : <http://www.copyright.or.kr>

등록 9-178호(1988. 6. 30)

© 저작권위원회 2007

<값 10,000원>

Printed in Korea

K.D.C. : 011.0(총류)

ISBN 978-89-6120-004-2 94010

이 자료집은 방송위원회의 방송발전기금을 지원받아
수행한 것입니다.