저작권관계자료 2011-01

www.copyright.or.kr

한국 저작권 판례집 [13]

한국저작권위원회
KOREA COPYRIGHT COMMISSION

발간사

최근 들어 가속화 되고 있는 스마트 기기와 기술의 발달은 저작물 유통과 이용에 있어 '모바일'이라는 새로운 지평을 열었습니다.

이러한 저작권 환경 변화는 새로운 저작권 시장의 형성이라는 긍정적인 변화를 가져오기도 했지만, 다른 한편으로는 모바일 매체를 통한 시공을 초월한 저작권 침해 가능성을 높이는 등 과거에는 예상하지 못했던 복잡한 문제들을 야기하고 있습니다.

한국저작권위원회는 이러한 첨단매체의 지속적인 등장과 환경변화에 능동적으로 대처하고, 저작권 제도 연구자 및 저작권 산업 종사자 등에게 유익한 정보를 제공하고자 '한국 저작권 판례집[13]'을 발간하였습니다.

이번 판례집에 수록된 판례는 최근 2~3년 사이에 저작권 분야에서 주목을 끌었던 총 28건의 판례로 구성되어 있으며, 수록 판례의 이해를 돕기 위하여 판례별 개요와 관련 판결 정보도 수록하였습니다.

이번 판례집이 우리 생활의 여러 현장에서 저작권 문제와 마주하는 모든 분들께 도움이 되기를 바라며, 개요 작성을 흔쾌히 맡아주신 차상육 변호사, 최진원 박사, 이휘주 씨를 비롯하여 책자 발간을 위하여 애써 주신 모든 분들의 노고에 진심으로 감사드립니다.

2011년 11월

한국저작권위원회 위원장 유병한

일러두기

이 판례집은 다음 몇 가지의 기본 원칙에 따라 편집·제작되었다.

1. 저작권법의 해석과 관련된 판례를 주로 하고, 기타 관련된 판례도 일부 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 보완하는 것 말고는 판결원문을 가능한 한 가감 수정 없이 있는 그대로 수록하였다(판결문의 표현을 그대로 접할 수 있도록 맞춤법, 띄어쓰기, 문장 부호에 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 ○○ 등의 약물로 표시하였다).

5. 독자의 편의를 위하여 사건의 쟁점을 중심으로 제목을 붙이고 소송대상 저작물의 제호 등을 이용하여 사건명을 표시하였다. 위원회의 기 발간된 [한국 저작권 판례집] 시리즈에 하급심 판결 등이 수록된 경우에는 그 점도 아울러 밝혔다.

6. 활용의 편의를 위하여 판례집 맨 뒤에 판결 연월일 순으로 색인을 덧붙였다.

차 례

■발 간 사
■일러두기
1. 등대도안의 건축저작물성과 저작권 침해 여부
– 해운대 등대 사건 ····· 13
서울고등법원 2008. 10. 29. 판결 2008나4461【손해배상(기)】 ····· 15
서울중앙지법 2007. 11. 29. 판결 2007가합77724【손해배상(기)】 ····· 27

2. TV프로그램 녹화대행 서비스의 복제권·전송권 침해 여부
– 엔탈 사건 ····· 42
서울고등법원 2009. 4. 30. 판결 2008나86722【서비스금지등】 ····· 43
서울중앙지법 2008. 7. 10. 판결 2008가합25126【서비스금지등】 ····· 51

3. 위성방송 수신카드의 무단제조와 기술적 보호조치 위반 여부 ····· 61
대법원 2009. 10. 29. 판결 2007도10735
【정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반·저작권법위반】 ···· 62

4. 음악저작물에의 링크 서비스 제공과 전송권 침해 여부 ····· 68
대법원 2009. 11. 26. 판결 2008다77405【손해배상(기)】 ····· 69

5. 공동저작물의 성립 여부 – 해양정책학 사건 ····· 73
대법원 2009. 12. 10. 판결 2007도7181【무고·저작권법위반】 ····· 74
부산지법 2007. 8. 10. 판결 2006노1【무고·저작권법위반】 ····· 77

6. 교과서 편집 디자인의 응용미술저작물 해당 여부 ····· 96
서울중앙지법 2010. 1. 13. 결정 2009카합3104
【저작권침해금지가처분】 ····· 98

7. 컴퓨터프로그램의 업무상저작물 성립요건인
'법인 등의 기획'의 의미 ····· 104
대법원 2010. 1. 14. 판결 2007다61168
【영업비밀침해행위금지등】 ····· 105
서울고등법원 2007. 7. 18. 판결 2006나58921
【영업비밀침해행위금지등】 ····· 109

8. 드라마 캐릭터를 모방한 인형의 저작권 침해 여부
– 헬로키티·겨울연가 사건 ····· 124
서울고등법원 2010. 1. 14 판결 2009나4116【손해배상(기)】 ····· 128

9. 게임물 캐릭터의 실질적 유사성 판단 – 게임 '신야구' 사건 ····· 154
대법원 2010. 2. 11. 판결 2007다63409【저작권침해금지】 ····· 156
서울고등법원 2007. 8. 22. 판결 2006나72392【저작권침해금지】 ···· 160

10. 사진저작물에의 인터넷 링크의 전송권 침해 여부 ····· 172
대법원 2010. 3. 11. 판결 2009다4343【손해배상(지)】 ····· 174
서울고등법원 2008. 11. 19. 판결 2008나35779【손해배상(지)】 ····· 184

11. 리메이크 노래 제작과 원실연자의 저작인접권 침해 여부 ····· 203
서울중앙지법 2010. 4. 9. 판결 2009가합66124【손해배상】 ····· 204

12. 지도의 저작물성 인정 여부 – 오니온맵 사건 ····· 211
대법원 2010. 4. 15. 판결 2009도14298【저작권법위반】 ····· 213

13. 도자기 꽃잎 문양의 실질적 유사성 판단 – 포트메리온 사건 ···· 216
서울고등법원 2010. 6. 23. 판결 2009나117425【상표사용금지등】 ··· 217
서울중앙지법 2009. 11. 5. 판결 2007가합83132【상표사용금지등】 ··· 236

14. 외국 출판사의 허락에 따른 번역출판의 저작권 침해 여부
– 책 '살아있는 동안 꼭 해야 할 49가지' 사건 ····· 245
서울고등법원 2010. 7. 1. 판결 2008나68090【저작권침해금지등】 ·· 246

15. 포털사이트 광고 방해와 인터넷 사이트의
동일성유지권 침해 여부 ····· 269
대법원 2010. 8. 25. 결정 2008마1541【가처분이의】 ····· 271

16. 수험서 내용의 무단 이용과 복제권 및 공연권 침해 여부 ····· 278
서울중앙지법 2010. 7. 23. 판결 2008나40136【손해배상(지)】 ····· 281
서울중앙지법 2008. 10. 31. 판결 2006가단53427【손해배상(지)】 ··· 291

17. 교과서 출판사의 내용 수정과 동일성유지권 침해 여부
– 금성출판사 역사교과서 사건 ····· 301
서울고등법원 2010. 8. 25 판결 2009나92144
【저작인격권 침해정지】 ····· 302
서울중앙지법 2009. 9. 2. 판결 2009가합7071
【저작인격권 침해정지】 ····· 310

18. 상표 도안의 저작물성 인정 여부
– 청바지 에비수 갈매기 문양사건 ····· 322
서울고등법원 2010. 8. 26 판결 2009나122304
【저작권침해금지등】 ····· 324
서울중앙지법 2009. 10. 29. 판결 2008가합117810
【저작권침해금지등】 ····· 343

19. 매장 전용 CD가 판매용 음반에 해당하는지 여부
– 스타벅스 사건 ····· 363
서울고등법원 2010. 9. 9. 판결 2009나53224【침해금지등】 ····· 365

20. 복제·전송 중단 요구자의 주의의무 범위
– 손담비 '미쳤어' 어린이 동영상 사건 ····· 375
서울고등법원 2010. 10. 13. 판결 2010나35260【손해배상(기)】 ····· 377
서울남부지법 2010. 2. 18. 판결 2009가합18800【손해배상(기)】 ····· 397

21. 4괘 형상의 저작물성 및 실질적 유사성 판단 ····· 412
대법원 2010. 11. 11. 판결 2009다16742【손해배상(기)】 ····· 412

22. 수술 장면 및 환부 촬영 사진의 저작물성 인정 여부
– '고주파수술기' 사건 ····· 415
대법원 2010. 12. 23. 판결 2008다44542【저작권침해금지등】 ····· 416
서울고등법원 2008. 5. 14. 판결 2006나21479
【저작권침해금지등】 ····· 422

23. 음악저작물의 통화연결음 이용과 대가 산정 기준 ····· 447
서울고등법원 2011. 1. 13. 판결 2010나48266
【저작권사용료지급】 ····· 448
서울중앙지법 2010. 4. 28. 판결 2009가합78097
【저작권사용료지급】 ····· 452

24. 특수한 유형의 OSP의 기술적인 조치 관련 규정의 위헌 여부
– 소리바다 및 인터넷 빛고을 헌법소원 사건 ····· 467
헌법재판소 2011. 2. 24. 결정 2009헌바 13·52·110 (병합)
【저작권법 제104조 등 위헌소원】 ····· 468

25. 삼베질감 기법의 저작물성 인정 여부 – 색동벽화 사건 ····· 493
서울고등법원 2011. 4. 13. 판결 2009나111823【손해배상】 ····· 495
서울중앙지법 2009. 10. 22. 판결 2009가합17689【손해배상】 ····· 498

26. 음악저작물의 표절 여부 – 씨앤블루 '외톨이야' 사건 ····· 502
서울중앙지법 2011. 4. 13. 판결 2010가단86875【손해배상(기)】 ····· 503

27. 컴퓨터프로그램 저작물의 창작성 판단 기준
– 티맥스 사건 ····· 510
대법원 2011. 6. 9. 판결 2009다52304
【컴퓨터프로그램복제등 금지】 ····· 512
서울고등법원 2009. 5. 27 판결 2006나113835,113842(병합)
【컴퓨터프로그램복제등 금지】 ····· 518

28. 지상파 방송의 유선방송 재송신과 동시중계방송권
침해 여부 ····· 542
서울고등법원 2011. 7. 20. 판결 2010나97688
【저작권등침해정지및예방】 ····· 543
서울중앙지법 2010. 9. 8. 판결 2009가합132731
【저작권등침해정지및예방】 ····· 562

판례 색인 ····· 581

1. 등대도안의 건축저작물성과 저작권 침해 여부 – 해운대 등대 사건

[개요]

〈사실관계〉

(1) 원고는 중견 조형예술가이고, 피고는 2005. 11.경 부산 해운대 해수욕장 앞바다에 "해운대 APEC 기념등대"를 설치한 국가기관이다.

(2) 원고는 피고로부터 해운대 앞바다에 세울 등대의 설계에 필요한 디자인을 제공해달라는 부탁을 받고 2004. 5.경 3가지 등대도안을 피고에게 제공하였다.

(3) 피고는 원고가 제공한 도안을 기초로 2004. 5. 25. 안○진이 운영하는 건축사사무소에 기본 및 실시설계를 의뢰하였고, 이어 이 사건 등대의 제작을 위한 입찰을 실시하여 2004. 11. 23. 주식회사 용○건설에 등대를 신축하는 공사를 도급주었다.

(4) 원고는 안○진이 원고의 도움을 받아 작성한 설계도면이 원고의 창작의도를 제대로 살리지 못하였다는 이유로 피고에게 설계를 변경해 달라고 요청하여, 변경 도면을 제출하면 검토해 볼 수 있다는 피고의 회신을 받고 등대도안을 새로 작성하고 등대의 건축모형을 직접 제작한 다음, 이를 피고에게 제공하였다.

(5) 피고는 용○건설에게 안○진이 원고의 등대도안을 기초로 작성한 건축설계도서를 교부하였고, 용○건설은 이에 따라 시공하여 2005. 11. 11. 이 사건 등대를 완공하였다.

(6) 이에 원고는 건축저작물에 대한 원고의 저작재산권(복제권, 2차적

저작물작성권)과 저작인격권(성명표시권, 동일성유지권) 침해를 주장하면서 민법 제750조에 기초한 불법행위로 인한 손해배상을 청구하였다.

〈판단요지〉

가. 원고가 피고에게 교부한 등대도안의 저작물성

원고의 등대도안은 등대의 제작을 위한 일종의 스케치로서 건축구상을 표현하고 있지만, 그 구상의 밀도에 있어서 개략적인 구상 단계에 불과하고, 그 표현에 있어도 건축설계도면이 가지는 기술성, 기능성보다는 형상, 색채, 구도 등의 미적 표현에 중점을 두고 있으며, 원고의 등대도안만으로는 실제로 등대를 건축할 수 없는 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실과 건축법의 규정 내용 등에 비추어 보면, 원고의 등대도안은 저작권법 제4조 제1항 제5호(건축저작물)에 정한 '설계도서'에 해당한다고 보기는 어렵고, 도형저작물이나 미술저작물에 해당할 뿐이라고 봄이 상당하다.

나. 복제권 침해 여부

원고는, 원고가 피고에게 제공한 등대도안이 건축저작물인 설계도서에 해당함을 전제로 피고가 원고의 등대도안이나 건축모형에 기초해서 등대를 건축함으로써 복제권을 침해하였다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 원고의 등대도안이 건축저작물인 설계도서에 해당하지 않을 뿐 아니라, 피고는 원고의 등대도안이나 건축모형에 기초하여 시공한 것이 아니라 도○건축에서 작성한 설계도면을 토대로 시공한 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2008. 10. 29. 판결 2008나4461【손해배상(기)】

원고, 항소인	이○경
	소송대리인 법무법인 바른
	담당변호사 이동렬
피고, 피항소인	대한민국
	법률상 대표자 법무부장관 김경한
	소송수행자 김민철
제1심판결	서울중앙지방법원 2007. 11. 29. 선고 2007가합 77724 판결
변론종결	2008. 8. 27.
판결선고	2008. 10. 29.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 1억 8,000만원 및 이에 대하여 이 사건 소장부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자

⑴ 원고는 부산 영도구 동삼동에 있는 영도등대에 있는 "뱃길을 인도하는 인어상"과 "무한의 빛" 등의 조형물을 제작한 중견 조형예술가이다.

⑵ 피고 산하의 국토해양부 소속 부산지방해양수산청(이하, '피고'라고 한다)은 2005. 11.경 부산 해운대 해수욕장 앞바다에 "해운대 APEC 기념등대"(이하 '이 사건 등대'라 한다)를 설치한 국가기관이다.

나. 이 사건 등대의 제작, 설치

⑴ 원고는 2003. 6.경 피고가 발주한 부산 영도등대 100주년 상징조형물인 "무한의 빛" 조형물을 제작하던 중 피고로부터 해운대 앞바다에 세울 등대의 설계에 필요한 디자인을 제공해달라는 부탁을 받고 2004. 5.경 "피어나다-가제"안, "구름등대-가제"안, "횃불"안의 3가지 등대도안을 피고에게 제공하였다.

⑵ 피고는 2004. 5. 25. ○○건축사사무소(이하 '○○건축'이라 한다)를 운영하는 안○진에게 해운대등표 설치공사의 기본 및 실시설계를 의뢰하여, 원고가 제공한 위 "피어나다"안과 "횃불"안을 기초로 작성된 도안 2개를 포함한 총 4개의 등대도안을 제출받아 검토한 후 2004. 8.경 위 "피어나다"안을 기초로 실시·설계하도록 하고, 이어 이 사건 등대의 제작을 위한 입찰을 실시하여 2004. 11. 23. 주식회사 ○○건설(이하 '○○건설'이라 한다)에게 해운대 해수욕장에서 약 1㎞(동백섬으로부터

1.7㎞) 떨어진 해상의 암초에 등대(지름 10m, 높이 25m)를 신축하는 공사를 도급주었다.

⑶ 원고는 안○진이 원고의 도움을 받아 작성한 설계도면이 등대의 구조와 비례, 재질, 꽃잎 개수 등에서 당초 원고의 창작의도를 제대로 살리지 못하였다는 이유로 피고에게 설계를 변경해 달라고 요청하여, 변경 도면을 제출하면 검토해 볼 수 있다는 피고의 회신을 받고 2005. 1.경 박○규 운영의 "공간미술"을 통해 등대도안(갑 제10호증의 2, 제16호증, 이하 '원고의 등대도안'이라 한다)을 새로 작성하고 등대의 건축모형(갑 제18호증)을 직접 제작한 다음, 이를 기초로 공간미술이 작성한 도면(갑 제11호증)과 함께 피고에게 제공하였다.

⑷ 한편 피고는 ○○건설에게 안○진이 원고의 등대고안을 기초로 작성한 건축설계도서를 교부하였고, ○○건설은 이에 따라 시공하여 2005. 11. 11. 이 사건 등대를 완공하였다.

다. 원고의 등대도안

⑴ 원고의 등대도안은 별지와 같이 등대의 하부기초를 꽃잎으로, 등탑을 꽃술로 하여 꽃술의 상부에 등대의 불빛을 밝히도록 하는 모양으로서 등대의 하부기초인 꽃잎(빨간색)은 총 16장으로 4장씩의 꽃잎이 3단으로 되어 있고, 등탑의 하단부인 꽃술의 기둥은 사선으로 구성된 아래기둥(노란색)과 높낮이가 일정한 곡면으로 된 윗면(하얀색)을 가지는 윗기둥의 두 겹으로 이루어져 있으며, 등탑의 상단부인 꽃술 윗부분은 끝에 구를 단 8개의 기둥이 아래로 내려갈수록 좁아지는 원기둥을 이루고 그 내부에 등이 설치되도록 하는 모양이다.

⑵ 원고는 2005. 4. 25. 원고의 등대도안을 미술저작물로 등록하였다.

[인정 근거]

다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 5, 7 내지 9호증, 제10호증의 1, 2, 제11, 12, 15, 16, 18호증, 을 제14 내지 17, 21, 24호증의 각 기재, 제1심 증인 김○근, 안○진의 각 증언, 변론 전체의 취지

2. 쌍방 주장의 요지

가. 원고의 주장

원고는 이 사건 청구원인으로, 원고가 피고에게 교부한 등대도안은 저작권법 제4조 제1항 제5호에 정한 건축설계도서로서 건축저작물에 해당한다는 전제 아래, 피고는 원고의 허락을 받지 않고 원고의 등대도안을 기초로 등대를 건축하였고, 가사 직접적으로는 ○○건축의 설계도면을 이용하여 등대를 건축했다 하더라도 이는 원고의 등대도안과 실질적 유사성을 지니고 있으므로 피고의 행위는 원고의 건축저작물에 관한 저작재산권(복제권, 2차적저작물작성권)을 침해하는 것이고, 또한 피고는 원고의 창작의도와 전혀 다른 등대를 건축하였을 뿐 아니라 위 등대가 원고의 등대도안을 기초로 건축되었다는 기사를 원고의 의사와 관계없이 신문에 게재하게 함으로써 원고의 등대도안에 관한 저작인격권(성명표시권, 동일성유지권)을 침해하였다고 주장하며, 저작재산권 침해로 인한 재산상 손해와 저작인격권 침해로 인한 정신적 손해의 배상을 구한다.

나. 피고의 주장

이에 대하여 피고는, 등대와 같은 건축물은 대략적인 등대의 모양을 구상하는 단계에서 시작하여 기본설계, 실시설계 등의 복잡한 과정을

거쳐 시공되므로 개략적인 등대의 모양만을 그린 데 불과한 원고의 등대도안은 건축저작물에 해당하지 아니하고, 원고는 피고가 등대를 건축함에 있어 등대도안의 무상이용을 허락하였으며, 나아가 피고가 원고의 등대도면과 관련하여 원고의 동일성유지권이나 성명표시권을 침해한 바도 없다고 다툰다.

3. 판단

가. 원고가 피고에게 교부한 등대도안의 저작물성

건축저작물이라 함은 사상이나 감정이 토지상의 공작물에 표현되어 있는 저작물로서 저작물의 일반적인 요건인 창작성 있는 표현을 갖추어야 하고, 모든 건축물이 건축저작물에 해당하는 것은 아니다. 저작권법은 제4조 제1항 제5호에서 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도서 등을 건축저작물로 예시하고 있으므로, 건축저작물은 관념적인 존재로서의 건축저작물을 매체에 구현하고 있는 현실로 존재하는 건축물 자체와 건축을 위한 모형 또는 설계도면 중에 내재하고 이미지로서 존재하는 건축저작물이 있다고 할 수 있다. 따라서 건축을 위한 모형과 설계도서의 경우에는 저작권법 제4조 제1항 제8호에서 정한 도형저작물인 동시에 건축저작물에 해당하고, 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 건축물을 시공하는 것은 건축저작물의 복제에 해당한다(저작권법 제2조 제22호). 다만 건축을 위한 도면에 저작물성이 인정된다 하여 곧바로 그 도면에 따라 시공한 건축물이 건축저작물에 해당하는 것은 아니므로 저작권법 제4조 제1항 제5호에 정한 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 해당하기 위해서는 거기에 표현되어 있는 건축물의 저작물성이 인정되는 경우에 한정되고, 그렇지 않은 경우에는 건축저작물이 아니라 도형저작물이나 미술저작물에 해당하는 데 그친다고 보아야 한다. 이와 같이 해석하지 않으면, 창작성 있는 표현이라는 저작물의 요건을 갖춘 건

축물만이 건축저작물에 해당하는 반면, 건축을 위한 모형과 설계도서의 경우에는 그에 따라 시공한 건축물이 저작물성이 없는 때에도 건축저작물로 인정되는 결과가 되어 부당하기 때문이다. 한편 건축법은, '설계도서'를 건축물의 건축 등에 관한 공사용의 도면과 구조계산서 및 시방서, 건축설비계산 관계서류, 토질 및 지질 관계서류, 기타 공사에 필요한 서류라고 정의하여(건축법 제2조 제1항 제14호, 건축법 시행규칙 제1조의2) 설계도서를 공사에 직접적으로 필요한 도면이나 서류로 규정하고 있다.

이 사건에서 살피건대, 갑 제1, 3, 7호증, 을 제14, 18, 21호증의 각 기재와 위 안○진의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 등대도안은 등대의 제작을 위한 일종의 스케치로서 건축구상을 표현하고 있지만, 그 구상의 밀도에 있어서 개략적인 구상 단계에 불과하고, 그 표현에 있어도 건축설계도면이 가지는 기술성, 기능성보다는 형상, 색채, 구도 등의 미적 표현에 중점을 두고 있으며, 원고의 등대도안만으로는 실제로 등대를 건축할 수 없는 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실과 건축법의 규정 내용 등에 비추어 보면, 원고의 등대도안은 저작권법 제4조 제1항 제5호에 정한 '설계도서'에 해당한다고 보기는 어렵고, 도형저작물이나 미술저작물에 해당할 뿐이라고 봄이 상당하다.

나. 저작재산권 침해 여부

(1) 복제권 침해 여부

원고는, 원고가 피고에게 제공한 등대도안이 건축저작물인 설계도서에 해당함을 전제로 피고가 원고의 등대도안이나 건축모형에 기초해서 등대를 건축함으로써 복제권을 침해하였다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 원고의 등대도안이 건축저작물인 설계도서에 해당하지 않을 뿐 아니라, 피고는 원고의 등대도안이나 건축모형에 기초하여 시공한 것이 아니라 ○○건축에서 작성한 설계도면을 토대로 시공한 것이므로(원고

가 피고에게 제공한 설계도면은 등대의 재질을 스테인리스강으로, 등대의 내부를 빈 공간이 있는 콘크리트구조로 하면서 사다리를 등대 내부에 설치하는 것으로 되어 있으나, 이 사건 등대는 이와 다르게 건축되었다) 원고의 위 주장은 이유 없다.

설령 원고 주장과 같이 원고의 등대도안이 설계도서에 해당하여 건축저작물에 해당한다 하더라도 아래에서 보는 바와 같이 원고가 피고에게 원고의 등대도안의 이용을 허락하였다고 봄이 상당하므로 원고의 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

⑵ 2차적저작물작성권 침해 여부

먼저, 피고가 건축한 등대 또는 피고가 등대를 건축함에 있어 사용한 건축설계도서가 원고의 등대도안의 2차적저작물에 해당하는지에 관하여 살피건대, 2차적저작물이라 함은 원저작물을 기초로 하고, 원저작물과 그 표현상의 본질적 동일성을 유지하면서 구체적인 표현에 수정, 증감, 변경 등을 가하여 새롭게 사상 또는 감정을 창작적으로 표현함으로 인해 이를 접하는 사람이 원저작물의 표현상의 본질적인 특징을 직접 느껴서 알 수 있는 별개의 저작물을 말하는 것인데(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 참조), 이 사건에 있어 갑 제13호증, 을 제21호증의 각 기재와 위 안○진의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 등대도안을 기초로 안○진이 설계한 이 사건 등대의 전체적인 형상은 원고의 등대도안과 마찬가지로 등대의 하부기초를 꽃잎으로, 등탑을 꽃술로 하여 꽃술의 상부에 등대의 불빛을 밝히도록 하는 모양으로서 등대의 하부기초인 꽃잎은 총 16장으로 4장씩의 꽃잎이 3단으로 이루어져 있고, 등탑의 하단부인 꽃술의 기둥은 사선으로 구성된 아래 기둥과 높낮이가 일정한 곡면으로 된 윗면을 가지는 윗기둥의 두 겹으로 구성되어 있으며, 등대의 상단부인 꽃술 윗부분은 끝에 구를 단 8개의 기둥이 아래로 내려갈수록 좁아지는 원기둥을 형성하고 그 내부에 등이 설치되도록 하는 형상인 사실, 안○진이 작성한 설계도면에 따라 피고가 건축한 등대도 이와 동일한 형상이고, 다만 윗기둥의 색상만 원

고의 등대도안과 다르게 빨간색으로 도색되어 있는 사실을 인정할 수 있어, 피고가 사용한 설계도서는 원고의 등대도안과 세부적인 표현방식이 다를 뿐 예정하고 있는 건축물의 전체적인 형상은 동일하므로 표현상의 본질적 동일성을 유지하고 있고, 이를 접하는 사람은 그 본질적인 특성을 느껴서 알 수 있으며, 이 사건 등대는 이러한 설계도서에 따라 건축되었으므로 피고가 건축한 등대 또는 피고가 등대를 건축함에 있어 사용한 건축설계도서는 원고의 등대도안의 2차적저작물에 해당한다고 할 것이다.

나아가 원고가 피고에게 등대 건축에 등대도안의 이용을 허락하였는지에 관하여 보건대, 갑 제3 내지 9호증, 제10호증의 1, 2, 제11, 14호증의 1, 2, 제15 내지 18호증, 을 제3, 8, 9 내지 15, 19 내지 23호증의 각 기재와 위 김○근, 안○진의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2002. 5.경 원고에게 부산 영도구 동삼동에 있는 영도등대에 해양문화공간을 조성하는 사업과 관련하여 "무한의 빛" 조형물의 설계를 맡기고, 이어 2003. 6.경 "무한의 빛" 조형물의 제작을 약 1억 9,000만 원에 도급주어 원고가 2004. 4.경까지 이를 제작, 설치하였고, 피고는 또한 2004. 3.경 원고에게 영도등대에 설치할 "뱃길을 인도하는 인어상" 조형물의 제작을 약 2,800만 원에 도급주어 원고가 2004. 8.경까지 이를 제작, 설치한 사실, 피고는 영도등대 해양문화공간의 준공을 기념하여 조각전시회를 개최하면서 새로 준공된 해양갤러리에서 2004. 8. 2.부터 2004. 8. 17.까지 원고의 개인작품전시회 "비우다-바다" 전을 개최하기로 하고 그 경비로 500만 원을 원고에게 지급하였고, 2004. 8. 23.부터 9. 18.까지 원고를 포함한 12명의 초대작가전의 개최 경비로 500만 원을 지원한 사실, 피고는 2003. 2.경부터 부산의 어민들과 해운대구청 등으로부터 해운대 해수욕장 앞바다에 암초가 있어 선박 운행에 위험하니 등대를 설치해 달라는 민원을 받음을 계기로 그곳에 예술적 가치를 지닌 조형물 등대를 설치하는 계획을 수립하고, 피고와 위와 같은 긴밀한 관계를 유지하던 원고에게 해운대 해수욕장과 어울리는 조형등대의 좋은 도안이 있으면 제공해 달라고 부탁하여 원고가

2003. 10.경 연필로 스케치한 등대도안을 피고에게 교부한 사실, 그런데 2004. 4. 말경 아시아·태평양경제협력체(APEC) 정상회의의 부산 개최가 결정되고 해운대가 회의장소로 정해지자 피고는 위 설치하기로 계획한 등대를 APEC 기념등대로 건축하기로 하여 원고에게 이전에 스케치한 등대도안을 보다 구체화시켜 달라고 부탁하였고, 원고는 2004. 5.경 위 3가지의 등대도안을 작성하여 피고에게 제공한 사실, 피고는 2004. 8.경 안○진이 제출한 위 4개의 등대도안중 원고의 "피어나다"안을 채택하였고, 이후 원고는 피고의 부탁에 따라 그 꽃잎 16장을 8장으로 줄인 도안을 피고에게 제공하여 이를 기초로 안○진이 설계를 한 사실, 등대 설계과정에서 피고는 해상에서 파도의 압력을 견디기 위해서는 콘크리트로 건축하는 것이 적절하다는 자문을 받고 안○진에게 등대의 재질을 콘크리트로, 등대의 내부를 빈 공간을 두지 않는 구조로, 사다리를 등대 외벽에 설치하는 것으로 등대를 설계하도록 요구하여 그에 따른 설계도서를 제출받은 사실, 한편 원고는 등대의 설계과정에서 안○진에게 여러 도움을 주었는데, 안○진의 설계가 원고의 창작의도와 다르게 진행되자 2005. 1. 11. 피고에게 꽃잎의 개수를 원래의 "피어나다"안과 같이 다시 16장으로, 등대의 재질을 스테인리스강으로, 등대의 내부구조를 내부에 공간이 있는 구조로 바꾸고, 사다리를 등대 내부에 설치해 달라고 요구한 사실, 이에 피고는 설계가 완료되어 시공 중이나 원고의 의도가 포함된 변경도면을 제출해 주면 시공 변경을 검토할 수 있다고 하여, 원고는 꽃잎을 16장으로 고친 원고의 등대도안(갑 제10호증의 2, 제16호증)과 건축모형 및 위와 같은 원고 요구를 반영한 설계도면을 새로 작성하여 피고에게 제공한 사실, 피고는 원고의 등대도안을 검토한 후 꽃잎의 개수를 8장에서 16장으로 변경하고 나머지 요구사항은 받아들이지 않기로 하여 안○진에게 꽃잎의 개수만을 바꾸어 설계를 변경하도록 하고, 2005. 4.경 안○진으로부터 꽃잎의 개수를 변경한 설계도서를 받아 ○○건설로 하여금 등대를 시공하게 한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 원고는 여러 차례 피고로부터 조형물 제작을

도급받아 이를 수행하였고, 피고로부터 개인전시회 개최 기회를 제공받기도 하였으며, 피고의 부탁에 응하여 아무런 대가도 요구하지 않고 여러 차례 이 사건 등대의 설계도안을 변경하여 원고에게 제공하였음을 알 수 있는바, 이러한 제반 사정에 비추어 보면 원고는 피고와의 긴밀한 협조와 신뢰관계에 터 잡아 피고에게 원고의 등대도안의 이용을 허락하였다고 봄이 상당하다.

원고는, 피고로부터 이 사건 등대의 제작을 맡을 것을 조건으로 피고에게 등대도안의 이용을 허락하였다는 취지로 주장하나, 이 사건 등대의 건축공사는 건설산업기본법과 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률' 등의 관련 법령에 의해 일반건설업면허를 가지고 있는 업체를 대상으로 공개경쟁방식으로 입찰을 실시해야 하는 사업인 점, 원고는 건설업면허를 가지고 있지 아니한 점 등 이 사건 기록과 변론에 나타난 여러 사정에 비추어 볼 때 을 제18호증의 기재와 제1심 증인 박○규의 증언만으로는 피고가 원고에게 이 사건 등대의 시공권을 주기로 약속했다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다. 저작인격권 침해 여부

(1) 동일성유지권 침해 여부

원고는, 피고가 등대도안에서 제시한 스테인리스강이 아닌 콘크리트로 등대를 제작하였고, 꽃잎의 크기, 폭 등의 전체적인 비례를 임의로 변경하는 등 원고의 창작의도와 전혀 다른 등대를 건축하여 원고의 등대도안에 관한 동일성유지권을 침해하였다고 주장한다.

2차적저작물의 작성에는 필연적으로 원저작물에 대한 개변이 동반되므로 형식적으로 동일성유지권을 침해하고 있는 것처럼 보이지만 2차적저작물의 작성에 관해 저작자의 허락을 받은 경우에도 동일성유지권을 침해하는 것으로 보게 되면 개변에 관해 허락을 받은 의미를 무시해 버리는 결과가 된다. 따라서 저작권법에 명문의 근거가 없다고 하더라

도 개변된 내용이 저작자의 명예나 명성을 해치는 경우 또는 통상적인 변형에서 예정하고 있지 않은 본질적인 변형이 이루어진 경우에 해당하지 않는 한 저작자의 허락을 받고 2차적저작물을 작성하는 행위는 저작자의 동일성유지권을 침해하는 것이 아니고, 이는 저작권법이 당연히 예정하고 있다고 해석함이 상당하다.

살피건대, 원고는 자신의 등대도안에 기초해서 피고가 등대를 건축하도록 허락하였고, 피고가 건축한 등대의 모양도 기본적으로 원고의 등대도안의 표현과 같이 총 16장으로 된 등대의 하부기초인 꽃잎, 2단으로 구성된 꽃술의 기둥, 끝에 구를 단 8개의 기둥으로 이루어진 원기둥 형태의 꽃술 윗부분으로 이루어진 형상인바, 원고의 등대도안과 실제로 건축된 등대의 차이는 해상에서 등대로 건축하면서 예상할 수 있는 정도의 변경 범위에 속한다고 보이므로, 원고가 피고에게 등대도안의 이용을 허락한 이상 이러한 정도의 변경에 묵시적 동의가 있었다고 봄이 상당하다.

따라서 원고의 동일성유지권 침해 주장은 이유 없다(더욱이 피고가 등대의 재질 등을 변경한 것은 등대가 해상에서 파도의 압력을 견디는 구조물로 만들기 위한 것이므로 그 정도의 변경은 저작권법 제13조 제2항 3호에 정해진 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경으로 볼 수도 있다).

⑵ 성명표시권 침해 여부

원고는, 피고가 원고의 등대도안에서의 창작의도와 전혀 다른 등대를 건축하여 그 등대가 원고의 등대도안을 기초로 건축되었다는 것을 밝히고 싶지 않았음에도 피고가 신문에 원고의 등대도안을 기초로 등대를 건축하였다는 기사를 게재되도록 하여 원고의 등대도안에 관한 성명표시권을 침해하였다고 주장한다.

저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지고(저작권법 제12조 제1항), 이러한 저작자의 성명표시권에는 저작자가 저작물에 성명을 적극적으

로 표시할 권리뿐 아니라 표시하지 않을 권리도 포함된다.

살피건대, 갑 제13호증, 을 제16, 17호증의 각 기재에 의하면, 피고는 2005. 11. 11. 이 사건 등대를 준공하면서 신축된 등대의 토대가 되었던 원래 도안은 원고가 그렸다는 내용의 보도자료를 언론사에 배포하였고, 이에 따라 한겨레신문, 신아매일 등 신문이 피고가 해운대 해수욕장 앞 바다에 APEC 기념등대를 신축한 사실을 보도하면서 등대의 사진과 함께 원고가 그 등대의 도안을 그렸다는 내용을 보도한 사실은 인정되나, 이 점만으로 피고가 원고의 저작물인 등대도안의 원본이나 그 복제물에 원고의 성명을 표시하였다거나 등대도안을 공표함에 있어 원고의 성명을 표시하였다고는 보기 어려우므로 원고의 성명표시권 침해 주장 역시 받아들이지 아니한다.

⑶ 원고의 설계도면, 건축모형에 대한 저작인격권 침해 여부

원고는, 피고가 원고의 설계도면, 건축모형에 대한 저작인격권을 침해하였다는 취지로도 주장한다.

그러나 피고는 원고의 설계도면과 건축모형이 아닌 피고가 설계용역을 맡긴 안○진의 설계도면에 따라 등대를 시공하였을 뿐 원고의 설계도면을 직접 이용하여 시공한 것이 아님은 앞서 본 바와 같으므로 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

따라서 원고의 청구는 모두 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동
판사 백강진
판사 조의연

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2007. 11. 29. 판결 2007가합77724【손해배상(기)】

원 고 이○경
소송대리인 법무법인 광장
담당변호사 이준석
피 고 대한민국
서울 서초구 서초동 서울고등검찰청
법률상 대표자 법무부장관 정성진
소송수행자 김민철, 안현규

변론종결 2007. 11. 15.
판결선고 2007. 11. 29.

주 문

원고의 청구를 모두 기각한다.
소송비용은 원고가 부담한다.

청구취지

피고는 원고에게 1억 8,000만 원 및 이에 대한 소장부본이 송달된 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 따른 금원을 지급하라는 판결.

이 유

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 사안의 개요

이 사건은 원고가 만든 별지의 등대도안은 건축설계도서에 해당하므로 건축저작물의 저작자임을 전제로 하여 피고가 원고의 허락을 받지 않고 등대도안을 기초로 부산 해운대 해수욕장 앞바다에 등대를 건축한 행위는 원고의 건축저작물에 대한 원고의 저작재산권(복제권, 2차적저작물작성권)과 저작인격권(성명표시권, 동일성유지권)을 침해한다고 주장하면서 피고를 상대로 민법 제750조에 기초한 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 사안이다.

나. 전제된 사실관계

【증거】 갑1, 2, 10의 1·2, 12, 16, 18, 을 14, 15, 16, 21, 24, 증인 김○근, 안○진, 변론 전체의 취지

(1) 당사자

원고는 부산 영도구 동삼동에 있는 영도등대에 있는 “뱃길을 인도하

는 인어상"과 "무한의 빛" 조형물을 제작하는 등 다수의 작품을 제작한 조각가이다.

피고 산하의 해양수산부 소속 부산지방해양수산청(이하, '피고'라고 한다)은 원고가 작성한 등대도안을 기초로 등대의 건축설계도서를 작성하도록 하고 이를 가지고 수급인 ㈜ㅇㅇ건설로 하여금 부산 해운대 해수욕장 앞바다에 등대를 건축하도록 한 건축주이다.

(2) 원고의 등대도안 및 등대설계도와 등대모형의 제작

원고는 2005. 1. 무렵 부산 해운대 해수욕장 앞바다에 등대를 설치하려던 피고에게 별지와 같이 등대의 하부기초를 꽃잎으로, 등탑을 꽃술로 하여 꽃술의 상부에 등대의 불빛을 밝히도록 하는 모양의 등대의 도안(갑10의 2, 16, 이하, '원고의 등대도안'이라 한다)을 그려 제공하였고, 2005. 4. 25. 이를 미술저작물로 등록하였다. 원고의 등대도안은 등대의 하부기초인 꽃잎(빨간색)은 총 16장으로 4장씩의 꽃잎이 3단으로 되어 있고, 등탑의 하단부인 꽃술의 기둥은 사선으로 구성된 아래기둥(노란색)과 높낮이가 일정한 곡면으로 된 윗면(하얀색)을 가지는 윗기둥의 두 겹으로 이루어져 있으며, 등탑의 상단부인 꽃술 윗부분은 끝에 구를 단 8개의 기둥이 아래로 내려갈수록 좁아지는 원기둥을 이루고 그 내부에 등이 설치되도록 하는 모양이다.

원고는 등대도안에 따라 원고가 직접 제작한 등대의 축소모형(갑18)과 원고의 등대도안을 기초로 작성된 건축설계도서(갑11)를 만들어 이를 등대도안과 함께 피고에게 제공하였다.

(3) 피고의 등대건축행위

피고는 2004. 11. 23. 전자입찰을 통하여 시공자로 선정된 ㈜ㅇㅇ건설에게 2004. 11. 29.부터 해운대 해수욕장으로부터 약 1㎞(동백섬으로부터 1.7㎞) 떨어진 해상의 암초에 등대를 신축하는 공사를 도급주어 2005. 11. 11. 등대(지름 10m, 높이 25m)를 완공하였다.

그런데 피고는 등대를 건축함에 있어 ㈜ㅇㅇ건설에게 피고의 주문에

따라 ○○건축설계사무소를 운영하는 안○진이 원고의 등대도안을 기초로 작성한 등대의 건축설계도서를 넘겨주었고, ㈜○○건설은 피고로부터 받은 건축설계도서에 따라 등대를 시공하였다.

2. 이 사건의 쟁점

가. 원고가 피고에게 교부한 등대도안의 저작물성

나. 피고가 원고의 저작재산권(복제권, 2차적저작물작성권)을 침해하였는지 여부

(1) 복제권 침해여부

(2) 2차적저작물작성권 침해여부

(가) 피고가 건축한 등대 또는 피고가 등대를 건축함에 있어 사용한 건축설계도서가 원고의 등대도안의 2차적저작물에 해당하는지 여부

(나) 원고가 피고에게 등대도안의 이용을 허락하였는지 여부

(다) 조건부 이용허락에 해당하는지 여부

다. 피고가 원고의 저작인격권(동일성 유지권, 성명표시권)을 침해하였는지 여부

라. 원고의 손해액

3. 쟁점에 대한 이 법원의 판단

가. 원고가 피고에게 교부한 등대도안의 저작물성

[원고의 주장]

원고는, 원고가 피고에게 교부한 등대도안은 건축을 위해서 위해 반드시 필요한 것으로서 저작권법 제4조 제1항 제5호에 정해진 건축설계도서에 해당하므로 이는 건축저작물에 해당한다고 주장한다.

[피고의 주장]

피고는, 등대와 같은 건축물은 대략적인 등대의 모양을 구상하는 단계에서부터 시작하여 측량 등의 현장조사를 거쳐 기본설계를 하고, 이를 토대로 실시설계를 하여 이에 따라 시공되는 복잡한 과정을 거쳐 건축되므로 대략적인 등대의 모양만을 그린 원고의 등대도안은 건축저작물에 해당한다고 볼 수 없다는 취지로 다툰다.

[판단]

증거(갑1, 3, 7, 을14, 18, 21, 증인 안○진의 증언, 변론 전체의 취지)에 의하면, 원고의 등대도안은 건축구상을 위한 일종의 스케치로서 건축구상을 표현하고 있지만, 그 구상의 밀도에 있어서 대략적인 구상단계에 불과하고, 그 표현에 있어도 건축설계도면이 가지는 기술성, 기능성보다는 형상, 색채, 구도 등의 미적 표현에 중점을 두고 있고, 원고의 등대도안만으로는 실제로 등대를 건축할 수 없는 사실을 인정할 수 있다.

그런데 건축저작물이라고 함은 건축물에 의해 사상이나 감정을 표현한 것으로서 창작성 있는 표현이라고 하는 저작물성의 요건을 갖춘 것만을 말하고, 모든 건축물이 건축저작물에 해당하는 것은 아니다. 건축저작물은 관념적인 존재로서의 건축저작물을 매체에 구현하고 있는 현실로 존재하는 건축물 자체와 건축을 위한 모형 또는 설계도면 중에 내재하고 이미지로서 존재하는 건축저작물이 있다(저작권법 제4조 제5호). 따라서 건축을 위한 모형과 설계도서의 경우에는 저작권법 제4조

제8호의 도형저작물인 동시에 건축저작물에 해당하고, 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 건축물을 시공하는 것은 건축저작물의 복제에 해당한다(저작권법 제2조 제22호). 다만 건축을 위한 도면에 저작물성이 인정된다고 하더라도 곧바로 그 도면에 따라 시공한 건축물의 저작물성과 직결되지 않으므로 저작권법 제4조 제5호에 정해진 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 해당하기 위해서는 거기에 표현되어 있는 건축물의 저작물성이 인정되는 경우에 한정되고, 그렇지 않은 경우에는 건축저작물이 아니라 도형저작물이나 미술저작물에 해당하는데 불과하다고 보아야 한다. 이와 같이 해석하지 않으면, 창작성 있는 표현이라고 하는 저작물성의 요건을 갖춘 건축물만이 건축저작물에 해당하는 반면에 건축을 위한 모형과 설계도서의 경우에는 그에 따라 시공한 건축물이 저작물성이 없는 때에도 건축저작물로 인정되는 결과가 되어 부당하다. 한편 건축법은 설계도서는 건축물의 건축 등에 관한 공사용의 도면과 구조계산서 및 시방서, 건축설비계산 관계서류, 토질 및 지질 관계서류, 기타 공사에 필요한 서류라고 규정하여(건축법 제2조 제1항 제14호, 건축법 시행규칙 제1조의 2) 설계도서를 공사에 직접적으로 필요한 도면이나 서류로 정하고 있다.

위 인정사실과 건축법의 규정내용에 비추어 보면, 원고의 등대도안은 저작권법 제4조 5호에 정해진 설계도서에 해당한다고 보기는 어렵고, 도형저작물이나 미술저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.

나. 피고가 원고의 저작재산권(복제권, 2차적저작물작성권)을 침해하였는지 여부

(1) 복제권 침해여부

[원고의 주장]

원고는, 원고가 피고에게 제공한 등대도안이 건축저작물인 설계도서

에 해당함을 전제로 피고가 등대도안 또는 건축모형에 기초해서 등대를 건축함으로써 복제권을 침해하였다고 주장한다.

[판단]

그러나 앞서 본 바와 같이 원고의 등대도안이 건축저작물인 설계도서에 해당하지 않으므로 등대도안이 건축저작물인 설계도서에 해당함을 전제로 하는 원고의 주장은 이유 없다.

또 앞서 전제사실에서 본 바와 같이 피고는 원고의 모형이나 설계도면에 기초해서 등대를 건축한 것이 아니고, 피고가 설계용역을 맡긴 안○진이 작성한 설계도면을 토대로 등대를 시공하였다. 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다(원고가 피고에게 제공한 설계도면은 등대의 재질을 스테인리스강으로, 등대의 내부구조를 내부에 공간이 있는 콘크리트구조로, 사다리를 등대 내부에 설치하는 것이다, 반면에 피고가 건축한 등대는 이와 같이 건축되지 않았다).

뿐만 아니라 설령 원고의 주장과 같이 원고의 등대도안이 설계도서에 해당하여 건축저작물에 해당한다고 하더라도 뒤에서 보는 바와 같이 원고가 피고에게 등대를 건축함에 있어 원고의 등대도안의 이용을 허락하였다고 봄이 상당하므로 원고의 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

(2) 2차적저작물작성권 침해여부

[원고의 주장]

원고는, 피고가 건축한 등대는 원고의 등대도안에 기초하여 작성된 설계도서에 따라 시공되었고, 원고의 등대도안과 실질적 유사성을 가지고 있으므로 피고는 원고의 등대도안에 관한 2차적저작물 작성권을 침해하였다는 취지로 주장한다.

[피고의 주장]

피고는 원고가 피고에게 피고가 등대를 건축함에 있어 등대도안의 이용을 허락하였으므로 원고의 2차적저작물작성권을 침해하지 않았다고 주장한다.

[판단]

(가) 피고가 건축한 등대 또는 피고가 등대를 건축함에 있어 사용한 건축설계도서가 원고의 등대도안의 2차적저작물에 해당하는지 여부

증거(갑13, 을21, 증인 안○진, 변론 전체의 취지)에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 안○진이 원고의 등대도안을 참고로 하여 설계한 등대의 전체적인 형상은 원고의 등대도안과 마찬가지로 등대의 하부기초를 꽃잎으로, 등탑을 꽃술로 하여 꽃술의 상부에 등대의 불빛을 밝히도록 하는 모양으로서 등대의 하부기초인 꽃잎은 총 16장으로 4장씩의 꽃잎이 3단으로 이루어져 있고, 등탑의 하단부인 꽃술의 기둥은 사선으로 구성된 아래기둥과 높낮이가 일정한 곡면으로 된 윗면을 가지는 윗기둥의 두 겹으로 구성되어 있으며, 등대의 상단부인 꽃술 윗부분은 끝에 구를 단 8개의 기둥이 아래로 내려갈수록 좁아지는 원기둥을 형성하고 그 내부에 등이 설치되도록 하는 형상이다.

② 피고가 안○진이 설계한 설계도서에 따라 건축한 등대도 이와 같은 형상이고, 다만 윗기둥의 색상만 원고의 등대도안과 다르게 빨간색으로 도색되어 있다.

그런데 2차적저작물이라 함은 원저작물을 기초로 하고, 원저작물과 그 표현상의 본질적 동일성을 유지하면서 구체적인 표현에 수정, 증감, 변경 등을 가하여 새롭게 사상 또는 감정을 창작적으로 표현함으로 인해 이를 접하는 사람이 원저작물의 표현상의 본질적인 특징을 직접 느껴서 알 수 있는 별개의 저작물을 말한다(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 참조).

위 인정사실에 따르면, 피고가 사용한 설계도서는 도안과 설계도서라는 목적의 상이점에 따라 그 세부적인 표현방식이 다를 뿐 예정하고 있는 건축물의 전체적인 형상은 원고의 등대도안의 등대와 동일하므로 원고의 등대도안과 그 표현상의 본질적 동일성을 유지하고 있고, 이를 접하는 사람은 그 본질적인 특성을 느껴서 알 수 있다. 또한 피고의 등대는 이러한 설계도서에 따라 건축되었으므로 피고가 건축한 등대 또는 피고가 등대를 건축함에 있어 사용한 건축설계도서는 원고의 등대도안의 2차적저작물에 해당한다.

(나) 원고가 피고에게 등대건축에 등대도안의 이용을 허락하였는지 여부

증거(갑3 내지 9, 10의 1·2, 11, 14의 1·2, 15 내지 18, 을3, 8, 9 내지 15, 19 내지 23, 증인 김○근, 안○진, 변론 전체의 취지)에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고는 2002. 5. 무렵 원고에게 피고가 실시하는 부산 영도구 동삼동에 있는 영도등대에 해양문화공간을 조성하는 사업과 관련해서 "무한의 빛" 조형물의 설계를 맡겼고, 2003. 6. 무렵에는 원고에게 "무한의 빛" 조형물의 제작을 약 1억 9,000만원에 도급하였다. 이에 따라 원고가 2004. 4. 무렵까지 이를 제작하여 설치하였다. 또한 피고는 2004. 3. 무렵 원고에게 영도등대에 "뱃길을 인도하는 인어상" 조형물의 제작을 약 2,800만 원에 도급하여, 피고가 2004. 8. 무렵까지 이를 제작하여 설치하였다.

② 피고는 영도등대 해양문화공간의 준공을 기념하여 조각전시회를 개최하기로 하면서 새로 준공된 해양갤러리에서 2004. 8. 2.부터 2004. 8. 17.까지 원고의 개인작품전시회 "비우다-바다"전을 개최하기로 하고 그 경비로 500만 원을 원고에게 지급하였고, 2004. 8. 23.부터 2004. 9. 18.까지 원고를 포함한 12명의 초대작가전 "99% 프로포즈"전을 개최하기로 하고 그 경비로 500만 원을 지원하였다.

③ 피고는 2003. 2. 무렵부터 부산의 어민들과 부산 해운대구청 등으로부터 해운대 해수욕장 앞바다에 암초가 있어 선박의 운행함에 있어 위험하니 등대를 설치하여 달라는 민원을 받았다. 이를 계기로 피고는 2004년에 그곳에 예술적 가치를 지닌 조형물로서의 기능도 가지는 등대를 설치하기로 하는 계획을 수립하였다. 이에 따라 피고는 피고로부터 도급받아 조형물을 제작하던 원고에게 해운대 해수욕장 앞의 암초 위에 해수욕장과 어울리는 조형등대를 설치하려고 하는데 좋은 도안이 있으면 제공해 달라고 부탁하였고, 원고는 2003. 10. 무렵 연필로 스케치한 등대도안을 피고에게 교부하였다.

④ 그런데 아시아·태평양경제협력체(APEC) 정상회의가 2004. 4. 말 무렵 부산에서 개최되는 것으로 결정되고, 해운대가 회의장소로 정해지자 피고는 기존에 설치하기로 하였던 조형등대를 APEC 기념등대로 건축하기로 하였다. 이에 피고가 원고에게 이전에 연필로 스케치한 등대도안을 보다 구체화한 도안을 달라고 부탁하였고, 이에 응해 원고가 2004. 5. 무렵 3가지의 등대도안(“피어나다”안, “구름등대”안, “횃불”안)을 그려 피고에게 제공하였다.

⑤ 피고는 2004. 5. 25. 안○진과 사이에 원고로부터 받은 도안 중 “피어나다”안과 “횃불”안을 포함하여 4개의 등대도안을 기초로 등대설치공사에 관하여 기본·실시설계 용역계약을 체결하였다. 이에 따라 안○진이 신축할 등대에 관한 입면도, 평면도 등을 제작하였고, 피고가 2004. 8. 무렵 입면도, 평면도 등을 검토한 후 4개의 도안 중 원고의 등대도안과 유사한 원고의 “피어나다”안을 건축할 등대의 최종안으로 채택하였다.

⑥ 그런데 피고는 원고에게 “피어나다”안에 대해 16장의 꽃잎을 8장으로 줄여 다시 도안해 달라고 부탁하였고, 이에 원고는 꽃잎을 8장으로 줄인 도안(갑17)을 피고에게 제공하였으며, 피고는 꽃잎이 8장인 도안을 안○진에게 주어 설계를 하도록 하였다.

⑦ 또한 피고는 해상에서 파도의 압력을 견디기 위해서는 콘크리트로 등대를 건축하는 것이 적절하다는 자문을 받고 안○진에 대해 등대의 재질을 콘크리트로, 등대의 내부구조를 내부에 공간을 두지 않는 구조로, 사다리를 등대 외벽에 설치하도록 하여 등대를 설계하도록 요구하였고, 이에 따라 안○진으로부터 설계도서를 넘겨받았다.

⑧ 한편 원고는 안○진이 등대설계를 하던 중 등대도안의 개념 등에 대해 자문을 하면서 설계에 도움을 주었다. 이 과정에서 설계의 진행내용을 알게 된 원고는 설계가 원고의 도안과는 그 의도와 맞지 않다고 생각하였고, 2005. 1. 11. 피고에게 꽃잎의 개수를 원래의 "피어나다"안과 같이 다시 16장으로, 등대의 재질을 스테인리스강으로, 등대의 내부구조를 내부에 공간이 있는 구조로 바꾸고, 사다리를 등대 내부에 설치해 달라고 요청하였다(갑8). 이러한 원고의 요청에 대해 피고는 설계가 완료된 후 시공에 들어갔으나 검토해 보겠다며 원고가 그린 도안의 의도에 부합하는 포함된 새로운 도안을 제출해 달라고 하였고, 원고는 꽃잎을 16장으로 고친 원고의 등대도안(갑10의 2, 갑16) 및 등대축소모형과 꽃잎의 개수를 16장으로, 등대의 재질을 스테인리스강으로, 등대의 내부구조를 내부에 공간이 있는 구조로, 사다리를 등대 내부에 설치한 건축설계도서를 피고에게 제공하였다.

⑨ 피고는 원고의 등대도안을 검토한 후 꽃잎의 개수를 8장에서 16장으로 변경하였지만, 나머지 요구사항은 받아들이지 않기로 하고 안○진으로 하여금 꽃잎의 개수만을 바꾸어 설계를 변경하라고 하였고, 안○진으로부터 2005. 4. 무렵 기존의 설계에서 꽃잎의 개수를 16개로 변경한 설계도서를 받아 ㈜○○건설로 하여금 등대를 시공하게 하였다.

앞서 인정한 바와 같이 원고가 여러 차례 피고로부터 도급받아 조형물을 제작하였고, 영도등대 해양문화공간의 준공을 기념하는 행사의 하나로 피고로부터 개인전시회를 개최하는 기회를 제공받았고, 피고가 건축하는 등대는 당시 상당한 사회적 관심을 불러일으켰던 APEC 정상회의를 기념하는 기념물이었으며, 원고가 피고의 부탁에 응하여 아무런

대가도 요구하지 않고 여러 차례 도안을 변경하여 이를 원고에게 제공한 사정 등에 비추어 보면, 원고는 자신이 도안한 등대가 설치됨으로 인한 조각가로서의 이름을 더욱 알릴 수 있다고 판단하고서 피고에게 등대를 건축함에 있어 원고의 등대도안의 이용을 허락하였다고 봄이 상당하다.

(다) 조건부 이용허락에 해당하는지 여부

원고는 원고가 피고로부터 등대의 제작을 맡을 것을 정지조건으로 하여 피고에게 등대도안의 이용을 허락하였다는 취지로 주장한다.

그러나 증거(을18, 증인 박○규 의 증언)만으로는 위 주장사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다. 피고가 원고의 저작인격권을 침해하였는지 여부

(1) 원고의 등대도안에 관한 동일성유지권을 침해하였는지 여부

[원고의 주장]

원고는, 피고가 등대도안에서 제시한 스테인리스강이 아닌 콘크리트로 등대를 제작하였고, 꽃잎의 크기, 폭 등의 전체적인 비례를 임의로 변경하는 등 원고의 창작의도와 전혀 다른 등대를 건축하여 원고의 등대도안에 관한 동일성유지권을 침해하였다고 주장한다.

[판단]

그런데 2차적저작물의 작성에는 필연적으로 원저작물에 대한 개변이 동반되므로 형식적으로 동일성유지권을 침해하고 있는 것처럼 보이지만 2차적저작물의 작성에 관해 저작자의 허락을 받은 경우에도 동일성유지권을 침해하는 것으로 보게 되면 개변에 관해 허락을 받은 의미를 무시해 버리는 결과가 된다. 따라서 저작권법에 명문의 근거는 없다고 하더라도 개변된 내용이 저작자의 명예나 명성을 해치는 경우 또는 통상적인 변형에서 예정하고 있지 않은 본질적인 변형이 이루어진 경우에

해당하지 않는 한 저작자의 허락을 받고 2차적저작물을 작성하는 행위는 저작자의 동일성유지권을 침해하지 아니하고 이는 저작권법이 당연히 예정하고 있다고 해석함이 옳다.

이 사건에서 보면, 원고는 등대도안에 기초해서 피고가 등대를 건축하도록 허락하였고, 피고가 건축한 등대의 모양도 기본적으로 원고의 등대도안의 표현내용과 같이 총 16장으로 된 등대의 하부기초인 꽃잎, 2단으로 구성된 꽃술의 기둥, 끝에 구를 단 8개의 기둥으로 이루어진 원기둥 형태의 꽃술 윗부분으로 되는 형상의 등대로 되어 있다. 이와 같은 정도의 변경은 등대도안을 기초로 바다 위에 실제로 등대로 건축하면서 누구나 예상할 수 있는 정도의 변경의 한도에 속한다고 보이므로 원고가 등대도안에 기초해서 등대를 건축하는 것을 허락하였다면 이와 같은 정도의 변경에는 이미 동의하였다고 봄이 상당하다. 따라서 원고의 주장은 이유 없다(더욱이 피고가 등대의 재질 등을 변경한 것은 등대가 해상에서 파도의 압력을 견디는 구조물로 만들기 위한 것이므로 그 정도의 변경은 저작권법 제13조 제2항 3호에 정해진 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경으로 보인다).

(2) 원고의 등대도안에 관한 성명표시권을 침해하였는지 여부

[원고의 주장]

원고는 피고가 원고의 등대도안에서의 창작의도와 전혀 다른 등대를 건축하여 그 등대가 원고의 등대도안을 기초로 건축되었다는 것을 밝히고 싶지 않았음에도 불구하고 피고가 신문에 원고의 등대도안을 기초로 등대를 건축하였다는 기사를 게재되도록 하여 원고의 등대도안에 관한 성명표시권을 침해하였다고 주장한다.

[판단]

증거(갑13, 을16, 17)에 의하면, 피고는 2005. 11. 11. 등대공사를 준공하면서 신축된 등대의 토대가 되었던 원래 도안은 원고가 그렸다는

보도자료를 언론사에 배포하였고, 이에 따라 한겨레신문, 신아매일 등 신문이 피고가 해운대 해수욕장 앞바다에 APEC 기념등대를 신축하여 완공한 사실을 보도하면서 등대의 사진과 아울러 원고가 그 등대의 도안을 그렸다는 내용을 보도한 사실을 인정할 수 있다.

그런데 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지고(저작권법 제12조 제1항), 이러한 저작자의 성명표시권에는 저작자가 저작물에 성명을 적극적으로 표시할 권리뿐만 아니라 표시하지 않을 권리도 포함된다.

그러나 피고가 신문에 원고가 등대의 도안을 그렸다고 언론사에 보도자료를 제공하였다고 하더라도 이를 가지고 원고의 저작물인 등대도안의 원본이나 그 복제물에 원고의 성명을 표시한 것이라고 볼 수 없고, 등대도안의 공표에 있어 원고의 성명을 표시하였다고 볼 수도 없다. 따라서 피고가 신문을 통해 등대의 도안을 그린 사람이 원고라고 보도하였다고 하여 이를 가지고 원고의 성명표시권을 침해하였다고 할 수 없다. 원고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

(3) 피고가 원고의 설계도면, 건축모형에 대한 저작인격권을 침해하였는지 여부

또 원고는 피고가 원고의 설계도면, 건축모형에 대한 저작인격권을 침해하였다는 취지로도 주장한다.

그러나 피고가 원고의 건축모형과 설계도면이 아닌 피고가 설계용역을 맡긴 안○진의 건축설계도면에 따라 등대를 시공하여 원고의 설계도면, 건축모형을 사용하지 않았으므로 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

따라서 원고의 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장 판사 이균용
판사 유상현
판사 김희진

2. TV프로그램 녹화대행 서비스의 복제권·전송권 침해 여부 – 엔탈 사건

[개요]

이 사건 원고는 방송사업과 문화서비스업 등을 목적으로 하는 방송사업자이고 피고는 방송프로그램의 원격 녹화서비스를 제공하는 엔탈 사이트의 운영자이다. 엔탈은 2006년 7월 이후로 원고 등 5개 공중파 방송사업자의 방송프로그램을 Divx 코덱으로 압축된 파일로 가입자들에게 전송하는 '인터넷 VCR서비스'를 유료로 제공해 왔다. 마치 VCR처럼 사전에 녹화예약을 신청하도록 하였으며, 녹화 예약한 프로그램은 피고가 설치하여 관리하는 엔탈 녹화시스템(30대의 개인용 컴퓨터, 약 30종의 소프트웨어로 구성)을 통해 녹화가 이루어진다. 이 파일은 서버에 10일간 저장되며, 이용자는 'MY엔탈'란을 클릭하여 다운로드목록을 통해 파일을 확인하고 이를 전송받아 재생할 수 있게 된다. 녹화예약을 하지 않고 방송시간이 끝난 프로그램은 녹화할 수 없고, 이용자들이 녹화되지 않은 방송프로그램을 다운로드할 수는 없다.

원고는 자신이 권리를 가지고 있는 방송프로그램에 대하여 피고가 복제권과 전송권 등을 침해하고 있다고 주장하면서 그 녹화서비스 제공행위의 금지를 구하였다. 이에 대해 피고는 피고의 녹화서비스는 이용자들의 사적복제행위를 방조하는 것에 불과하다고 다투었다.

법원은 피고의 항변을 받아들이지 않고 엔탈의 위법성을 인정하였다. 녹화시스템의 관리, 점검, 장비 보수가 모두 피고에 의해 이루어지고 있으며, 피고가 원고를 비롯한 방송사업자의 방송프로그램을 서버에 컴퓨터압축파일의 형태로 저장하여 복제하는 행위를 관리하고 있는바, 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권(저작권법 제16조) 또는 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권(저작권법 제84조)을

침해하는 행위에 해당한다고 본 것이다. 이 때 프로그램을 복제하는 주체는 이용자가 아니라 피고이므로 사적복제에 해당하지 않는다. 더불어 피고가 관리하는 서버에 컴퓨터압축파일의 형태로 저장된 방송프로그램을 이용자들의 요청에 따라 이용자들의 개인 컴퓨터에 전송하여 이용자들이 이를 하드디스크 등에 저장할 수 있도록 한 것은 저작재산권 중 공중송신권(전송권, 저작권법 제18조, 제2조 제7호, 제10호)을 침해하는 행위에 해당한다고 하였다(서울중앙지방법원 2008. 7. 10. 선고 2008가합25126 판결).

피고가 항소하였으나, 항소심에서도 판결 이유에 있어 다소간의 수정이 있었을 뿐, 피고가 '복제행위를 포괄적으로 의도하고 개별 프로그램에 대한 복제행위를 전체적으로 통제 및 관리하고 있'다고 하면서 제1심을 유지하였고(서울고등법원 2009. 4. 30. 선고 2008나86722 판결), 대법원 역시 상고를 심리불속행 기각하였다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39738 판결).

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2009. 4. 30. 판결 2008나86722【서비스금지등】

원고, 피항소인	주식회사 ○○방송
	소송대리인 법무법인 두우
	담당변호사 안혁
피고, 항소인	유○종

제1심판결 서울중앙지방법원 2008. 7. 10. 선고 2008가합25126 판결

변론종결 2009. 3. 24.
판결선고 2009. 4. 30.

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고의 텔레비전 방송프로그램을 피고가 운영하는 웹사이트(www.OOOOO.co.kr) 서버에 복제하여서는 아니된다. 피고는 피고가 운영하는 웹사이트(www.OOOOO.co.kr) 서버에서 원고의 텔레비전 방송프로그램의 복제물을 제3자에게 전송하여서는 아니된다.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 적을 판결 이유는 제1심 판결문 제7면 제16행부터 제10면 제8행까지를 아래 2.항과 같이 수정하는 외에는 제1심 판결의 이유와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

2. 수정하는 부분

(2) 엔탈 녹화시스템 서버에의 복제행위의 주체

살피건대 앞에서 본 다음과 같은 사정, 즉, ① 엔탈 녹화시스템(이하 '이 사건 녹화 시스템'이라 한다)은 지상파 TV 송신신호 수신장치, 송신된 신호를 특정비디오 형식으로 변환하는 장치와 일정기간 파일을 보관할 수 있는 저장장치(서버) 등 30대의 개인용 컴퓨터 및 이를 제어하는 30여 종의 소프트웨어로 구성되어(인터넷 및 이용자들의 PC는 '이 사건 녹화시스템'의 일부로 보지 아니한다), 피고가 그 전체를 조달·구축하여 피고의 점유·관리 하에 있고, 피고가 그 작동을 점검·감시하고 장치의 보수와 교체 등을 담당하는 점{이 점에서 이용자들이 녹화기기를 점유하고 통제·관리하는 VCR(Video Casette Recorder)이나 일반 DVR(Digital Video Recorder)의 경우와 다르다고 할 것이다}, ② 이용자들은 별다른 장비를 구비할 필요가 없으며, 이용자들이 엔탈서비스를 이용하여 방송프로그램을 녹화하고자 하는 경우에 피고의 웹사이트에 접속하여 피고의 웹사이트에 설명되고 지정된 순서에 따라 녹화예약을 하고, 녹화된 프로그램을 시청하고자 하는 때에도 피고의 웹사이트에 접속하여 피고가 관리하는 서버에 저장된 프로그램을 전송받아야 하는 점, ③ '복제'란 '인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것'을 말하는바(저작권법 제2조 제22호), 송신된 신호를 특정비디오 형식으로 변환하는 행위 및 이를 서버에 저장하는 행위(이하 원고의 방송프로그램을 이 사건 녹화시스템의 서버에 저장하는 행위를 '이 사건 복제행위'라 한다) 모두 복제에 해당하여 이 사건 녹화시스템 내에서만 2회의 복제가 발생하는 점

(이용자들이 이 사건 녹화시스템의 서버에 저장된 방송프로그램을 자신의 PC에 다운로드받는 행위도 복제라 할 것인데, 원고는 이 중 이 사건 복제행위의 금지만을 구하고 있다), ④ 피고는 그 웹사이트에 녹화 가능한 방송프로그램의 편성표를 제공하여 이용자들의 녹화예약신청을 유인하고 있고, 이용자들에 대한 서비스이용료 부과를 위하여 녹화가 완료된 프로그램 내역을 보유, 관리하고 있으며, 이용자들의 별도 동의가 없어도 녹화된 이후 10일이 지나면 녹화된 프로그램을 서버에서 삭제하고 있는 점, ⑤ 이 사건 복제행위로 인한 저작재산권 내지 저작인접권의 침해 및 침해의 우려는 피고가 녹화 가능한 프로그램을 이용자들에게 제시하고 이 사건 녹화시스템을 통하여 이용자들의 각 프로그램에 대한 녹화예약신청이 가능한 상태로 둠으로써 포괄적으로도 인정될 수 있는 점(개별 프로그램에 대한 '복제'는 이용자들의 선택에 의해 실제로 개별 프로그램이 녹화됨으로써 완성된다), ⑥ 피고는 엔탈 서비스를 제공하면서 이용자들로 하여금 쿠폰이나 포인트를 구입하여 이를 가지고 서비스 이용료를 결제하게 하여 이익을 취득하고 있고, 방송프로그램의 무단 복제 및 이용자들에 대하여 녹화예약 서비스에 따른 이용요금을 받는 것을 그 영업의 목표이자 유일한 사업영역으로 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고의 주장과 같이 개별 프로그램에 대한 녹화 여부가 이용자들의 선택에 의하여 이루어지고 이용자들의 녹화예약신청내역이 암호화되어 있다 하더라도, 피고는 원고의 방송프로그램에 대한 이 사건 복제행위를 포괄적으로 의도하고 개별 프로그램에 대한 복제행위를 전체적으로 통제 및 관리하고 있다고 할 것이므로, 이 사건 복제행위의 주체는 피고라고 할 것이다.

(3) 복제행위의 저작권 침해 여부 판단

더 나아가 보건대, 피고는 원고 등 방송사업자로부터 아무런 이용허락을 받지 아니한 채 방송신호를 수신하여 디지털 파일로 변환하여 서버에 저장한 다음 이용자들에게 파일 자체를 전송하고 있고, 이러한 서비스는 국내에서 전례가 없고 기술적 구현이 용이하지 아니한 것으로 보이며,

방송프로그램 저작권 보호에 관한 고려나 조치는 전혀 마련되어 있지 아니한바, 이 사건 복제행위는 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권(저작권법 제16조) 또는 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권(저작권법 제84조)을 침해하는 행위에 해당한다.

나. 피고의 행위가 저작권법상 허용되는 사적 복제행위를 방조하는 행위로서 적법한 이용행위인지 여부

[피고의 주장]

피고는 이용자들로부터 일정한 요금을 받고 이 사건 녹화시스템을 임대하고 있을 뿐이고 이를 통하여 직접 원고의 특정한 방송프로그램을 녹화하고 이용하는 사람은 개별 이용자들이므로, 원고의 방송프로그램을 복제하는 주체는 피고가 아닌 이용자들인데, 이용자들의 복제행위는 사적 이용을 위한 복제로서 적법하며, 이용자들의 사적 복제행위에 관여하는 피고의 서비스는 적법한 사적 복제행위의 방조에 불과하므로 피고의 행위는 원고의 방송프로그램에 대한 저작권 또는 저작인접권을 침해하는 행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

[판단]

이 사건 복제행위의 주체가 이용자들이 아니라 피고임은 앞에서 본 바와 같으므로, 이용자들이 이 사건 복제행위의 주체라는 전제에 선 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다(이용자들의 PC에 방송프로그램을 복제하는 주체는 이용자들이라고 볼 여지는 있으나, 원고가 이에 대한 금지를 구하고 있지는 아니하므로 이에 대한 판단은 하지 아니한다).

백보를 양보하여 이용자들이 이 사건 복제행위의 주체라 하더라도, ① 이용자들이 방송프로그램을 개인적으로 또는 가정 및 이에 준하는 한정된 범위에서 다시보기(time-shift)하는 등 사적 이용을 위하여 위한 복제에 그치지 아니하고(저작권법 제30조), 디지털 압축파일로 다운

로드받은 프로그램을 인터넷이나 P2P사이트에 업로드함으로써 불특정 다수인이 원고의 저작재산권 등을 침해하거나 침해의 확산을 야기하는 등 불법적인 이용행태가 적지 아니한 점(갑 제4호증, 변론 전체의 취지), ② 피고가 제공하는 서비스에는 가입자격에 제한이 없으며, 누구나 피고의 사이트에 회원으로 가입하고 소정의 요금을 지급하면 피고가 녹화서비스를 제공하는 방송프로그램의 녹화가 가능한 점, ③ 원고의 방송프로그램 중 드라마, 다큐멘터리 등은 창작성이 높고 제작에 상당한 비용과 시간이 투자되는 등 그 저작권 보호가 절실한 점, ④ 이 사건 녹화시스템에 의하여 이용자가 녹화신청을 할 경우 해당 방송프로그램이 처음부터 끝까지 소실 없이 저장되고, 디지털 기술의 발달로 방송프로그램을 지상파TV로 시청하거나 디지털압축파일을 재생하거나 그 영상이나 음향에 큰 차이가 없고 그 간격은 더욱 좁혀지고 있는 점, ⑤ 원고를 비롯한 방송사업자들은 방송프로그램에 대하여 유료로 VOD 서비스(자체 웹사이트 등을 통한 '다시보기' 기능 등)를 제공하거나 비디오/DVD의 형태로 판매하고 있고 한류 열풍으로 이러한 시장이 날로 확대되고 있어, 이용자들이 이 사건 녹화시스템을 이용하여 지상파 TV 프로그램을 디지털 압축파일 형태로 송부 받아 언제든지 재생·복제·배포할 수 있게 될 경우 원고의 매출이 크게 감소하게 될 것이 명백한 점에 비추어 보면, 이는 저작권법 제30조에서 저작재산권의 제한사유로 규정한 '사적 이용을 위한 복제'로 보기 어렵고, 오히려 같은 조 단서에서 정하고 있는 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제로서 저작재산권의 제한 사유에 해당하지 않는다고 할 것이다.

따라서 이용자들을 복제행위의 주체로 보더라도 이들의 행위는 원고의 저작재산권 내지 저작인접권을 침해하는 행위라 할 것이며, 피고는 이용자들의 복제행위가 가능하도록 이 사건 녹화시스템을 제공하여 이용자들의 위 침해행위를 방조한 것이니, 피고의 위와 같은 행위 역시 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권(저작권법 제16조) 또는 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권(저작권법 제84조)을 침해하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

다. 피고가 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 공중송신권(전송권)을 침해하였는지 여부

'공중송신'은 '저작물 등을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것'이고(저작권법 제2조 제7호), '전송'은 '공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함' 하는바(같은 조 제10호), 가족이나 친한 친구 사이 등 특별히 한정된 관계에 있지 아니한 다수의 사람들에게 동시에 동일한 저작물을 발송하여 수신할 수 있게 한 경우에는 이를 전송으로 보아야 할 것이다. 한편, 동일한 저작물을 공중에게 전송하였는지 여부는 원래의 저작물을 기준으로 하여야 할 것이므로, 특정한 저작물의 복제물을 여러 개 만들어 이를 각 사람들에게 하나씩 제공하였다 하더라도 이는 '공중'에게 저작물 등의 이용을 제공한 것으로서 '전송'으로 보아야 할 것이다.

앞에서 인정한 사실에 따르면, 피고는 피고가 관리하는 서버에 컴퓨터압축파일의 형태로 저장된 방송프로그램을 이용자들의 요청에 따라 이용자들의 개인 컴퓨터에 전송하여 이용자들이 이를 하드디스크 등에 저장할 수 있도록 하였고, 피고가 원고의 방송프로그램의 복제물을 전송하는 행위는 원고의 그 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 공중송신권(전송권, 저작권법 제18조)을 침해하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

라. 침해의 우려

피고의 엔탈서비스는 이용자들이 녹화신청한 방송프로그램을 피고가 복제하여 이용자들에게 전송하는 서비스이므로 이용자들이 앞으로 방송예정인 원고의 방송프로그램을 녹화신청하지 않는다면 방송예정인

방송프로그램에 대한 복제와 전송행위가 발생하지 않으므로 현실적인 저작권침해행위는 존재하지 않는다.

그러나 피고가 이용자들이 웹페이지에 접속한 날로부터 4~5일 내에 방송예정인 모든 원고의 방송프로그램을 편성표로 제공하여 이용자들이 녹화신청할 수 있도록 하고 있고, 이용자들이 특정한 프로그램에 대해 녹화신청을 하기만 하면 피고가 그 신청한 프로그램을 복제하여 이를 이용자들에게 전송하고 있으므로 적어도 피고가 방송예정인 원고의 프로그램에 대한 원고의 저작재산권 중 복제권과 공중송신권 또는 원고가 방송 사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권을 침해할 우려가 있다.

따라서 원고는 저작권법 제123조 제2항에 기초하여 저작권 침해의 예방청구로서 피고에 대해 방송예정인 원고의 방송프로그램에 대한 엔탈 서비스의 금지를 청구할 수 있다.

3. 결 론

그렇다면 제1심 판결은 정당하고 피고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황한식
판사 이규홍
판사 이숙연

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2008. 7. 10. 판결 2008가합25126【서비스금지 등】

원 고	주식회사 ○○방송
	소송대리인 법무법인 두우
	담당변호사 안혁
피 고	유○종

변론종결	2008. 6. 26.
판결선고	2008. 7. 10.

주 문

1. 피고는 원고의 텔레비전 방송프로그램을 피고가 운영하는 웹사이트(www.○○○○○.co.kr) 서버에 복제하여서는 아니된다.
2. 피고는 피고가 운영하는 웹사이트(www.○○○○○.co.kr) 서버에서 원고의 텔레비전 방송프로그램의 복제물을 제3자에게 전송하여서는 아니된다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.
4. 제1, 2항은 가집행할 수 있다.

청구취지

주문과 같다.

이 유

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 사안의 개요

이 사건은 원고가 피고에 대하여 피고가 웹사이트를 이용하여 원고의 텔레비전 방송프로그램(이하, '방송프로그램'이라고 한다)의 녹화서비스를 제공함으로써 텔레비전 방송사업자인 원고의 방송프로그램에 대한 복제권과 전송권 등을 침해하고 있다고 주장하면서 저작권법 제123조 제1항, 제2항에 기초하여 그 녹화서비스 제공행위의 금지를 구하는 사안이다. 이에 대해 피고는 피고의 녹화서비스는 이용자들의 사적복제 행위(저작권법 제30조)를 방조하는 것에 불과하다고 다툰다.

나. 전제된 사실관계

【증거】 갑1, 2, 3, 변론 전체의 취지

(1) 당사자

원고는 방송사업과 문화서비스업 등을 목적으로 하는 방송사업자이고, 피고는 웹사이트(www.○○○○○.co.kr)를 운영하면서 그 웹사이트에 가입한 이용자들에게 원고를 비롯한 방송사업자 등의 방송프로그램 녹화서비스를 제공하고 있는 사람이다.

(2) 원고의 텔레비전 방송프로그램에 대한 저작권 내지 저작재산권 또는 방송을 복제할 권리

원고는 방송프로그램을 직접 제작하거나 방송프로그램의 제작자로부

터 그 프로그램의 저작재산권을 양수받아 원고의 방송프로그램에 대해 저작권 내지 저작재산권 또는 방송을 복제할 권리(저작인접권)를 가진다(피고는 이점을 다투지 아니한다).

(3) 피고의 '엔탈서비스' 제공행위

피고는 2006. 7. 무렵 "www.○○○○○.co.kr" 웹사이트를 개설하여 이 사건 변론종결 당시까지 그 웹사이트에 가입한 이용자들에게 이용자들이 웹사이트를 통해 녹화신청한 방송프로그램{원고(M○○)를 비롯하여 한국방송공사(KBS 1, KBS 2), 서울방송㈜(SBS), 한국교육방송공사(EBS)가 5개 텔레비전 방송채널을 통해 방송하는 방송프로그램}을 Divx 코덱{코더(coder)와 디코더(decoder)의 합성어로, 음성이나 비디오 데이터를 컴퓨터가 처리할 수 있게 디지털로 바꿔 주고, 그 데이터를 컴퓨터 사용자가 알 수 있게 모니터에 본래대로 재생시켜 주기도 하는 소프트웨어}으로 인코딩된 컴퓨터압축파일(avi 파일 형식)의 형태로 저장하여 이를 이용자들에게 전송하는 서비스(이하, '엔탈서비스'라고 한다)를 유료로 제공하고 있다.

피고의 엔탈서비스를 이용하기 위해 피고의 웹사이트에 가입한 이용자의 수는 2008. 5. 말을 기준으로 약 3만 명에 이르고, 이용자들은 피고의 엔탈서비스를 통해 녹화된 원고의 'M○○ 뉴스투데이', 드라마 '그래도 좋아', '생방송 오늘 아침', '놀러와', '황금어장' 등의 방송프로그램을 전송받았다.

2. 이 사건의 쟁점

가. 피고가 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권 또는 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권(저작권법 제84조)을 침해하는 행위를 하고 있는지 여부

나. 피고의 행위가 저작권법상 허용되는 사적복제행위를 방조하는 행

위로서 적법한 이용행위인지 여부

다. 피고가 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 공중송신권(전송권)을 침해하였는지 여부

3. 쟁점에 대한 이 법원의 판단

가. 피고가 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권 또는 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권(저작권법 제84조)을 침해하는 행위를 하고 있는지 여부(방송프로그램에 대한 복제행위의 주체가 피고인지 아니면 이용자들인지 여부)

[원고의 주장]

원고는 피고가 이용자들의 주문에 따라 원고의 방송프로그램을 피고가 운영·관리하는 서버에 직접 녹화하고 있으므로 피고가 원고의 방송프로그램을 복제하여 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권 내지 방송사업자로서 가지는 복제권을 침해하고 있다고 주장한다.

[판단]

(1) 증거(갑3, 5, 6의 1 내지 24, 7, 변론 전체의 취지)에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 엔탈서비스를 이용한 방송프로그램의 녹화방법

1) 회원가입과 로그인

피고의 엔탈서비스를 이용하고자 하는 이용자들은 우선 피고의 웹사이트에 회원으로 가입해야 하는데, 웹사이트의 메인페이지 상단에 있는 'JOIN'란을 클릭하여 나타나는 회원가입페이지를 통해 피고가 마련한

약관에 동의하고, 피고의 웹사이트에 로그인하기 위한 회원ID 및 비밀번호와 이용자의 개인정보(회원정보)를 입력하면 피고의 웹사이트에 가입할 수 있다(이용자가 회원가입을 마치면 엔탈서비스를 이용할 수 있는 쿠폰 2장을 받는다). 이용자는 회원ID와 비밀번호를 입력하고 피고의 웹사이트에 로그인한다.

2) 녹화예약과 녹화

① 이용자는 로그인 후 웹사이트의 메인페이지 상단에 있는 '편성표안내'란을 클릭하여 나타나는 방송프로그램 편성표(날짜를 선택하여 녹화하고 하는 날의 방송프로그램 편성표를 선택)에서 녹화예약하고자 하는 프로그램을 선택하면 프로그램의 편성일, 시작 및 종료시간, 예약요금, 녹화가능여부를 표시한 '프로그램 상세정보'가 팝업창으로 뜬다. 피고는 방송예정인 원고의 방송프로그램을 포함하여 5개 공중파 방송채널을 통해 웹페이지에 접속한 날로부터 4~5일 이내에 방송예정인 모든 방송프로그램을 편성표를 통해 제공하여 이용자들이 녹화예약을 신청할 수 있도록 하고 있다.

이용자가 '프로그램 상세정보' 창의 하단에 있는 예약란을 클릭하면 다시 녹화하고자 하는 프로그램의 편성일, 시작 및 종료시간을 이용자에게 보여주면서 엔탈서비스 이용료의 결제를 쿠폰이나 포인트 중 무엇으로 할 것인지를 선택하도록 결제창이 뜨고, 결제방법을 선택하여 결제를 마치면 녹화예약이 등록된다. 등록된 녹화예약내용은 웹사이트의 메인페이지 상단에 있는 'MY엔탈'란을 클릭하여 예약목록을 통해 확인할 수 있다.

② 녹화예약한 프로그램은 녹화예약시의 시작과 종료시간에 따라 녹화가 이루어진다. 피고가 설치하여 관리하는 엔탈 녹화시스템(30대의 개인용 컴퓨터, 약 30종의 소프트웨어로 구성)이 방송신호를 수신하여 이를 Divx코덱으로 인코딩된 컴퓨터압축파일(avi 파일 형식)의 형태로 서버에 10일간 저장한다. 녹화 중인 프로그램에 관해서 예약목록을 통해 '녹화중'이라고 표시된다. 반면에 녹화예약을 하지 않고 방송시간이

끝난 프로그램은 녹화할 수 없고, 이용자들이 녹화되지 않은 방송프로그램을 다운로드할 수는 없다.

3) 녹화된 방송프로그램의 다운로드

녹화예약한 방송프로그램에 대한 녹화가 끝나 서버에 저장되면 이용자는 'MY엔탈'란을 클릭하여 다운로드목록을 통해 녹화된 방송프로그램 파일을 확인하고 이를 전송받아 이용자의 개인 컴퓨터의 하드디스크 등에 저장하고서 통상의 동영상파일을 재생하는 것과 같이 영상소프트웨어(동영상플레이어)를 사용하여 재생할 수 있다. 이용자는 방송프로그램이 녹화된 이후 10일 간 방송프로그램 파일을 1회 다운로드 할 수 있고(이용자가 추가로 다운로드하고자 할 경우에는 녹화예약과 동일한 이용료를 결제하여야 한다), 그 후에는 파일이 서버에서 자동적으로 삭제된다.

(나) 피고와 이용자들 사이의 계약(약관)내용

이용자들이 엔탈서비스를 이용하고자 피고의 웹사이트에 가입하기 위해 동의하여야 하는 피고의 약관은 피고의 의무, 서비스이용시간, 피고의 책임면책 등에 관해 다음과 같이 정하고 있다.

① 피고는 계속적이고 안정적인 서비스의 제공을 위해 설비에 장애가 생기거나 설비가 멸실된 때에는 부득이한 사유가 없는 한 지체없이 이를 수리 또는 복구할 의무가 있다(제6조 제2항).

② 엔탈서비스의 이용은 피고의 업무상 또는 기술상 특별한 지장이 없는 한 연중무휴, 1일 24시간 운영을 원칙으로 하지만, 피고의 시스템 정기점검, 시스템 증설과 교체를 위해 사전에 공지를 하고 피고가 지정한 날이나 시간에 서비스를 일시적으로 중단할 수 있고, 피고는 긴급한 시스템 점검, 시스템 증설과 교체 등 부득이한 사유가 있는 경우에는 예고없이 일시적으로 서비스를 중단할 수 있으며, 새로운 서비스로의

교체 등 피고가 적절하다고 판단하는 사유로 인해 제공되는 엔탈서비스를 완전히 중단할 수 있다(제8조 제1항, 제2항).

③ 피고는 서비스용 설비의 보수, 교체, 정기점검, 공사 등 부득이한 사유로 인해 발생한 이용자들의 손해에 대해 책임을 면한다(제15조 제3항).

(다) 엔탈서비스 이용료의 지불방법

이용자들은 엔탈서비스를 이용하기 위해 별도의 요금을 지불하고 구입한 쿠폰이나 포인트로 이용료를 지불하여야 한다. 이용자들은 'MY 엔탈'란을 클릭하여 '충전하기'를 통해 신용카드결제, 휴대전화 요금결제, 계좌이체의 방법으로 요금을 지불하고 포인트를 구입할 수 있다. 30일간 100회의 서비스를 이용할 수 있는 쿠폰이 5,500원(부가가치세 포함, 이하 같다), 220회의 서비스를 이용할 수 있는 쿠폰이 11,000원이고, 2,000포인트를 구입하는 요금이 2,200원, 5,000포인트를 구입하는 요금이 5,500원이다.

(2) 앞서 본 전제사실과 위 인정사실에 따르면, ① 피고의 엔탈서비스를 이용자들에게 제공하기 위해 필수적인 장치인 엔탈 녹화시스템은 피고가 조달하여 피고의 관리 하에 있고, 피고가 그 작동을 점검·감시하고, 장치의 보수와 교체 등을 담당하며, 이용자들은 별다른 장비를 구비하지 않고서 피고의 웹사이트를 통해 안내된 방식에 따라 엔탈서비스를 이용하여 방송프로그램을 녹화할 수 있다. ② 피고의 엔탈서비스를 이용하여 녹화가능한 방송은 피고가 편성표를 통해 제공하는 방송프로그램에 한정된다(다만 현재에는 피고가 웹페이지에 접속한 날로부터 4~5일 내에 방송될 모든 방송프로그램을 편성표를 통해 제공하고 있다). ③ 이용자가 엔탈서비스를 이용하여 방송프로그램을 녹화하고자 하는 경우에 피고의 웹사이트에 접속하여 피고의 웹사이트에 설명되고 지정된 순서에 따라 녹화예약을 하고, 녹화된 프로그램을 시청하고자

하는 때에도 피고의 웹사이트에 접속하여 피고가 관리하는 서버에 저장된 프로그램을 전송받아야 하며, 이용자들의 별도 동의가 없어도 녹화된 이후 10일이 지나면 피고가 그 프로그램을 서버에서 삭제한다. ④ 피고는 엔탈서비스를 제공하면서 이용자들로 하여금 쿠폰이나 포인트를 구입하여 이를 가지고 서비스 이용료를 결제하게 하여 이익을 취득하였다.

이러한 사정에 비추어 보면, 피고가 원고를 비롯한 방송사업자의 방송프로그램을 서버에 컴퓨터압축파일의 형태로 저장하여 복제하는 행위를 관리하고 있다고 봄이 상당하고, 이와 같이 피고가 원고의 방송프로그램을 복제하는 행위는 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 복제권(저작권법 제16조) 또는 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권(저작권법 제84조)을 침해하는 행위에 해당한다.

다. 피고의 행위가 저작권법상 허용되는 사적복제행위를 방조하는 행위로서 적법한 이용행위인지 여부

[피고의 주장]

피고는 이용자들로부터 일정한 요금을 받고 방송프로그램신호의 수신장치, 그 수신한 신호를 비디오프로그램화일로 변환하는 장치, 이를 저장하는 장치와 그 저장과정을 제어하는 소프트웨어 등으로 구성된 방송프로그램 녹화시스템을 임대하고 있을 뿐이다. 피고가 임대하는 시스템을 통해 직접 원고의 특정한 방송프로그램을 녹화하고 이용하는 사람은 개별 이용자들이므로 원고의 방송프로그램을 복제하는 주체는 피고가 아닌 이용자들이고, 이용자들의 복제행위는 사적복제로서 적법한 행위이며, 이용자들의 사적복제행위에 관여하는 피고의 서비스는 적법한 사적복제행위의 방조에 불과하므로 피고의 행위는 원고의 방송프로그램에 대한 저작권 또는 저작인접권을 침해하는 행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

[판단]

그러나 앞서 본 바와 같이, 이용자들이 아니라 피고가 원고의 방송프로그램을 복제하는 주체이므로 이용자들이 방송프로그램을 복제하는 주체라는 전제에 선 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

라. 피고가 원고의 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 공중송신권(전송권)을 침해하였는지 여부

앞서 본 전제사실과 위 '가'항 인정사실에 따르면, 피고는 피고가 관리하는 서버에 컴퓨터압축파일의 형태로 저장된 방송프로그램을 이용자들의 요청에 따라 이용자들의 개인 컴퓨터에 전송하여 이용자들이 이를 하드디스크 등에 저장할 수 있도록 하였다. 피고가 원고의 방송프로그램의 복제물을 전송하는 행위는 원고의 그 방송프로그램에 대한 저작재산권 중 공중송신권(전송권, 저작권법 제18조, 제2조 제7호, 제10호)을 침해하는 행위에 해당한다.

마. 정리

그런데 피고의 엔탈서비스는 이용자들이 녹화신청한 방송프로그램을 피고가 복제하여 이용자들에게 전송하는 서비스이므로 이용자들이 앞으로 방송예정인 원고의 방송프로그램을 녹화신청하지 않는다면 방송예정인 방송프로그램에 대한 복제와 전송행위가 발생하지 않으므로 현실적인 저작권침해행위는 존재하지 않는다.

그러나 피고가 이용자들이 웹페이지에 접속한 날로부터 4~5일 내에 방송예정인 모든 원고의 방송프로그램을 편성표로 제공하여 이용자들이 녹화신청할 수 있도록 하고 있고, 이용자들이 특정한 프로그램에 대해 녹화신청을 하기만 하면 피고가 그 신청한 프로그램을 복제하여 이를 이용자들에게 전송하고 있으므로 적어도 피고가 방송예정인 원고의

프로그램에 대한 원고의 저작재산권 중 복제권과 공중송신권 또는 원고가 방송사업자로서 가지는 저작인접권으로서의 복제권을 침해할 우려가 있다.

따라서 원고는 저작권법 제123조 제2항에 기초하여 저작권 침해의 예방청구로서 피고에 대해 방송예정인 원고의 방송프로그램에 대한 엔탈 서비스의 금지를 청구할 수 있다.

4. 결 론

그렇다면 피고는 원고의 방송프로그램을 피고가 운영하는 웹사이트(www.○○○○○.co.kr) 서버에 복제하여서는 아니되고, 피고가 운영하는 웹사이트(www.○○○○○.co.kr) 서버에서 원고의 방송프로그램의 복제물을 제3자에게 전송하여서는 아니된다.

따라서 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 받아들인다.

재판장 판사 이균용
판사 유상현
판사 김유진

[상고심 판결] 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39738 판결
(심리불속행 기각)

[형사 판결] 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도5454 판결
의정부지방법원 2009. 5. 28. 선고 2008노1422 판결
의정부지방법원 2008. 8. 28. 선고 2008고정317 판결

3. 위성방송 수신카드의 무단제조와 기술적 보호조치 위반 여부

[개요]

이 사건은 형사사건으로 피고인은 중동과 유럽 지역의 유료방송을 무단 시청할 수 있는 수신기를 제조 판매한 자들이다. 이들은 해커들이 인터넷에 올려놓은 방송국의 암호화 알고리즘을 다운받아 패치프로그램을 만들어 셋탑박스에 적용하였다. 방송사가 암호체계를 바꾸자 피고인이 직접 유료회원이 되어 합법적으로 스마트카드를 통해 해독된 알고리즘을 추출하여 기존 사용자들에게 실시간으로 전송 해주었다. 즉, 기기 구매자의 무단 시청을 도와주기 해 두 가지 방법을 시도하였는바, 타인이 해독한 암호를 패치하여 기기에 장착 판매하였고(이하 '패치프로그램 방식'), 방송사가 무단복호기로 인한 피해를 극복하기 위해 암호화 워드를 변경하자 방송 사업자가 암호를 바꾸어도 지속적으로 무료시청이 가능하도록 해당 유료 방송에 직접 가입후 추출해 낸 컨트롤 워드를 인터넷을 통해 실시간 전송해 준 것이다(이하 '실시간 전송 방식').

검사는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제49조 위반과 저작권법 제92조 위반으로 기소하였다. 법원은 전자에 대해서 국외에서 송수신 되는 이 사건 위성방송들은 우리나라 정보통신망법의 적용대상이라고 볼 수 없다고 하면서 설령 적용대상이 된다고 하더라도 '비밀을 침해 도용 또는 누설'한 것이라고 볼 수 없다고 하여 무죄를 선고하였다. 반면 저작권법 쟁점에 대해서는 위법성을 인정하였다.

저작권법 제92조 위반 여부 판단에 앞서 우리 저작권법의 적용 가능성이 검토되었다. 피고인이 국외에서 제품을 생산하였고 사우디아라비아, 폴란드 등 중동과 유럽의 유료 방송사가 행하는 방송을 무단 시청할 수 있도록 하였지만, 저작권법 제3조 제1항에서 우리나라가 가입한

조약의 체약국의 저작권을 보호대상으로 하고 있고 제61조 제3호 다목에서 체약국에서 송신하는 방송을 보호대상으로 규정하고 있으며, 또한 이 사건 위성방송사업자들의 본국들과 우리나라가 또한 베른협약 및 WTO-TRIPS 체약국인 점, 이 사건 피고인이 우리나라에서 기술적 보호조치의 무력화 행위를 공모하고 제작 수출을 지시하였으며 실시간 전송방식의 경우 컨트롤 워드를 수신 및 송신한 서버도 우리나라에 위치하고 있는 점 등을 감안하여 법원은 우리나라 저작권법을 적용할 수 있다고 판단하였다.

이어서 저작권법 제92조 요건을 검토하였는데, 피고인의 패치프로그램, 실시간 전송방식에 의한 유료방송의 무단 복호화는 불법적인 저작물의 복제나 전송, 방송, 이용 등의 행위를 가능하게 할 수 있는 행위로서 구 저작권법 제92조 제2항에 정한 기술적 보호조치 무력화 행위에 해당하는 바 형사책임을 피할 수 없다고 판단하였다. 피고인은 이에 불복하여 항소, 상고하였지만 모두 기각되었다.

■■■■■■■■■■

대법원 2009. 10. 29. 판결 2007도10735
【정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반·저작권법위반】

피고인	피고인 1외 7인
상고인	피고인들 및 검사
변호인	법무법인 화우외 2인
원심판결	서울중앙지법 2007. 11. 22. 선고 2007노73 판결

주 문

상고를 각 기각한다.

이 유

1. 피고인들의 상고이유를 본다.

가. 원심은, 그 판시와 같이 「저작권법」(2006. 10. 4. 법률 제8029호로 개정되기 전의 것, 이하 같다), 베른협약 및 WTO/TRIPs 협정의 관련 규정들을 검토한 다음, 독일, 스웨덴, 멕시코, 프랑스, 스페인, 그리스, 아랍에미레이트국, 폴란드, 터키 등 원심 판시 위성방송서비스업체들의 소재국가들 및 우리나라는 베른협약 및 WTO, WTO/TRIPs 협정의 체약국이고, 베른 협약 제5조 제1항에서는 체약국의 저작권자가 다른 체약국 내에서 저작권의 보호를 받는다는 취지로 규정하고 있으며, 이 사건의 경우 피고인들이 국내에서 기술적 보호조치의 무력화 행위를 공모하고 제작·수출을 지시하였고, 실시간 전송 방식의 경우 피고인 이○주가 컨트롤워드를 수신하였다가 다시 송신한 서버도 우리나라에 위치하고 있어, 베른 협약 제5조 제2항에 따라 저작권에 대한 보호의 범위와 그 구제방법은 우리나라 법률에 의하여야 할 것인데, 나아가 우리나라 「저작권법」 제3조 제1항에서는 우리나라가 가입한 체약국의 저작권을 보호대상으로 하고, 제61조 제3호 (다)목에서는 체약국에서 송신하는 방송을 보호대상으로 구체적으로 규정하고 있으므로, 이와 같이 베른협약 및 WTO, WTO/TRIPs 협정의 체약국에 있는 이 사건 위성방송사업자들이 당해 체약국 내에 있는 방송설비로부터 행하는 방송은 우리나라 「저작권법」의 보호대상에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

원심판결에는 피고인들이 상고이유로 주장하는 바와 같이「저작권법」의 적용범위에 대한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 원심은, 그 판시와 같이 적법하게 확정한 사실관계에 터잡아, 원심 판시의 패치프로그램의 경우, 피고인들의 그 판시와 같은 패치프로그램의 제공 없이는 위성방송서비스업체들이 영상 신호인 오디오·비디오 패킷과 함께 송신하는 암호화된 컨트롤워드가 해독될 수 없어 위성방송 시청이 불가능한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인들이 이 사건 위성수신제한시스템의 스마트카드에 들어있는 컨트롤워드 해독용 프로그램 소스파일로 위 패치프로그램을 개발하여 피고인 1, 2 등에 의해 제작된 위성방송수신기에 장착한 행위는 불법적인 저작물의 복제나 전송, 방송, 이용 등의 행위를 가능하게 할 수 있는 행위로서 「저작권법」제92조 제2항에 정한 기술적 보호조치를 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 행위에 해당하고, 또한 원심 판시의 실시간 전송 방식의 경우에도, 피고인들이 고용한 성명불상자들이 정식으로 중동지역의 위성방송시청자로 가입하여 정식으로 이 사건 위성수신제한시스템의 스마트카드를 교부받았고, 그 판시 인도인을 만나 직접 위성방송의 컨트롤워드 추출을 위한 핵심적인 정보를 받아 해킹프로그램을 개발하고, 위 인도인과 함께 위와 같은 해킹프로그램을 이용하여 컨트롤워드를 실시간으로 추출하는 행위를 하였으며, 위와 같이 추출한 컨트롤워드를 위성 인터넷을 통해 국내에 있는 서버로 실시간으로 수신한 후, 다시 위성방송수신기들로 실시간 전송하는 행위를 하였다면, 이러한 피고인들의 행위 역시 불법적인 저작물의 복제나 전송, 방송, 이용 등의 행위를 가능하게 할 수 있는 행위로서 「저작권법」제92조 제2항에 정한 기술적 보호조치의 무력화 행위에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

원심판결에는 상고이유로 주장하는 바와 같은 기술적 보호조치에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

다. 원심판결의 채용증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인들의 이 사건 원심 판시 각 범행을 유죄로 판단한 것은 정당하다. 원심판결에는 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반한 위법이 없으므로, 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실의 인정을 탓하거나 원심이 인정한 사실과 다른 사실을 전제로 하여 원심의 판단에 잘못이 있다는 취지의 상고이유 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없거나 받아들일 수 없다.

2. 검사의 상고이유를 본다.

원심은, 그 판시와 같이 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 정보통신망법이라 한다)의 관계규정 등을 종합하여, 정보통신망법의 보호대상인 정보통신망은 국내에서 송신 또는 수신이 이루어지는 정보통신망에 한정된다고 봄이 타당하므로, 이 사건 공소사실 기재 위성방송들의 경우와 같이 국외인 중동 또는 유럽지역에서 송신 또는 수신이 이루어지는 것은 우리나라 정보통신망법의 적용대상이라고 할 수 없고, 그뿐만 아니라, 이 사건 공소사실 기재 자체와 같이 성명불상의 해커들이 스마트카드에 설치된 콘텐츠보호 솔루션의 알고리즘을 해독하여 올려놓고 있는 것을 피고인들이 내려 받아 수정한 패치프로그램을 제작하여 위성방송수신기에 설치하고 위성방송수신기로 입력되는 암호화된 컨트롤워드를 해독하여 위성수신기를 구입한 고객들로 하여금 위성방송을 시청할 수 있도록 하였다는 것이라면, 이러한 컨트롤워드의 비밀성은 해커들에 의한 알고리즘 해독에 의해 이미 침해되었다 할 것이므로, 원심 판시의 패치프로그램 방식의 경우 피고인들의 그 판시 행위가 타인의 비밀을 침해하거나 도용하는 행위로 볼 수 없고, 또한 원심 판시의 실시간 전송 방식의 경우에도, 이 사건 공소사실 자체로도 피고인들이 해외에서 각 위성방송에 각 성명불상자 명의로 가입하여 위성방송수신기와 스마트카드를 교부받고 컨트롤워드 추출을

위하여 개발한 해킹프로그램을 이용하여 암호를 해독한 컨트롤워드 정보를 추출하였다는 것으로서, 피고인들이 컨트롤워드 추출을 위한 해킹프로그램을 개발한 행위 자체로는 직접 타인의 비밀인 '암호화된 컨트롤워드'를 침해하거나 도용하는 행위라고 보기는 어렵고, 나아가 피고인들이 위와 같이 해외에서 이 사건 각 위성방송서비스업체들에게 성명불상자 명의로 정식으로 가입하여 컨트롤워드를 적법하게 수신한 이상, 컨트롤워드의 비밀성은 상실되었다 할 것이므로, 그 후 피고인들이 해킹프로그램을 통하여 컨트롤워드를 추출한 행위 또한 비밀을 침해하거나 도용하는 행위로 볼 수 없다고 판단한 다음, 피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반의 점에 대하여 범죄가 되지 않거나 범죄사실의 증명이 없음을 이유로 무죄라고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다.

원심판결에는 원심이 위와 같이 판단한 이외의 부분에서 일부 부적절한 판시가 있으나, 위의 판단 및 결론이 정당한 이상, 상고이유로 주장하는 바와 같은 판결 결과에 영향을 미친 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 결론

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

재판장 대법관 양창수
대법관 양승태
주 심 대법관 김지형
대법관 전수안

[제1심 판결] 서울중앙지법 2006. 12. 26. 선고 2006고단3491 판결

4. 음악저작물에의 링크 서비스 제공과 전송권 침해 여부

[개요]

원고는 대중가요인 '하늘색 꿈' 등 4건의 음악저작물을 작곡 또는 작사한 저작권자로, 동 저작물의 저작권의 관리를 맡기는 저작권신탁계약을 한국음악저작권협회와 체결하였다가 2004. 4. 6. 해지하였다. 피고들은 인터넷 웹사이트를 통하여 음악저작물을 디지털압축파일로 변환하여 전체듣기, 미리듣기, MP3 파일 다운로드, 통화연결음, 휴대폰 벨소리 서비스를 제공하는 자들로, 한국음악저작권협회와 계약을 체결하고 이 사건 음원을 서비스해왔는데 원고와 위 협회 사이의 신탁계약이 해지된 이후에도 원고와 별도의 이용허락계약을 체결하지 아니한 채 위 음악저작물에 관한 서비스를 계속 제공하였다. 이에 원고는 위 신탁계약 해지 이후에 피고들이 위 음악저작물을 이용한 것에 대하여 저작권 침해를 이유로 소송을 제기하였다.

법원은 전체 듣기, 미리 듣기 등의 서비스를 위해 서버의 보조기억장치에 고정 저장하고 이용자의 개별적인 선택에 따라 이 사건 음악저작물을 송신한 것은 원고의 복제권과 전송권을 침해한 것이라고 보았다. 저작인격권에 대해서도 성명표시권침해를 인정하고 더불어 항소심에서는 1심에서 기각된 동일성유지권 침해까지 인정하였다. [서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나 70720판결(한국 저작권 판례집 12권 참조)]

원고가 일부 승소한 항소심에 대하여 피고들은 전혀 상고하지 않았으며, 원고만이 법리오해, 사실오인, 심리 미진 등을 주장하며 상고하였다. 상고 이유에 따른 쟁점은 두 가지였다. 하나는 피고 중 일부가 그들이 운영하는 음악사이트에 대한 링크 서비스를 제공하거나 링크를 용이하게 한 것이 전송권 침해라는 것이다. 두 번째는 'PC공연', '뮤직폰' 서

비스에 대하여 저작권 침해를 주장한 적이 없음에도 원심에서는 주장된 것으로 오인하여 그 결과 손해배상 산정에 불리한 영향을 주었다는 것이다.

첫 번째 쟁점과 관련하여 대법원은 이른바 심층링크(deep link) 내지 직접링크를 하는 행위 자체가 구 저작권법에 정한 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 하였다. 두 번째 쟁점과 관련하여서 PC공연, 뮤직폰 서비스에 대해서 원심은 피고의 책임을 인정하지 않았으므로 손해배상액 산정에 있어서 처음부터 고려되지 않았다고 보는 것이 합리적이라고 하면서 원고의 주장을 받아들이지 않았다. 결국 대법원은 원고의 상고를 기각하였다.

■■■■■■■■■■

대법원 2009. 11. 26. 판결 2008다77405【손해배상(기)】

원고, 상고인	원고(소송대리인 법무법인 우현지산 담당변호사 박기웅외 1인)
피고, 피상고인	피고 1 주식회사외 3인 (소송대리인 변호사 김철식외 2인)
원심판결	서울고법 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결

주 문

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제2조 제14호는 그 법률에서 '복제'라 함은 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 같은 조 제9의2호는 '전송'이란 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 그런데 인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미하는 인터넷 링크 가운데 이른바 심층링크(deep link) 또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(URL)와 하이퍼텍스트 태그(tag) 정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 위 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다. 따라서 이는 구 저작권법 제2조 제14호에 규정된 "유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것"에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 "송신하거나 이용에 제공하는 것"에 해당하지도 아니한다. 그러므로 위 심층링크 내지 직접링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 할 것이다.

원심은, 그 판시와 같이 피고들이 인터넷 이용자에게 그 서버에 있는

원고의 음악저작물을 송신함으로써 원고의 음악저작물들에 대한 복제권 및 전송권을 침해하였다고 판단한 다음, 피고 2 주식회사 및 피고 3 주식회사가 운영하는 웹사이트의 서버 등에 저장된 원고의 음악저작물들이 인터넷 이용자에 의하여 링크되었다거나 피고 2 주식회사가 자신의 서버에 대한 링크를 쉽게 하도록 인터넷 이용자에게 인터넷 주소(URL) 및 하이퍼텍스트 태그 등의 정보를 제공하였더라도 그러한 사정만으로는 위 침해행위와 별도로 위 피고들이 원고의 음악저작물들에 대한 복제권 내지 전송권을 침해하였다고 할 수 없고, 그 밖에 원고가 제출한 증거만으로는 위 피고들에게 모든 음악저작물에 대한 링크를 사전에 방지하여야 할 의무가 있었다는 점을 인정하기에 부족하다는 이유로 이들 부분에 관한 원고의 주장을 배척하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 저작권자의 복제권 및 전송권에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원고가 'PC공연', '뮤직폰' 서비스에 대하여 별도의 복제권, 전송권 침해가 발생하였다고 명시적으로 주장한 적이 없음에도 원심이 이 점에 관하여 판단한 것은 잘못이라고 할 것이다. 그러나 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고들의 책임을 인정할 수 없다고 판단한 이상, 위와 같은 판단은 이 사건 손해배상액을 산정함에 있어 영향을 미치지 않았다고 할 것이어서, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 판결결과에 영향을 미친 심리미진 등의 위법이 없다(기록에 의하면, 원심이 이 사건 손해배상액을 산정함에 있어서 'PC공연', '뮤직폰' 서비스와 관련한 주장이 배척된 것에 대하여 그 비중을 크게 평가하였다고 볼 아무런 사정이 없다).

3. 결론

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

재판장 대법관 김지형
대법관 양승태
주 심 대법관 전수안
대법관 양창수

[원심 판결] 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결(한국저작권 판례집 12권/16번 판례 참조)

[제1심 판결] 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2006가합26606 판결

[참조 판결] 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77412 판결
서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70737 판결
서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2006가합26613 판결

5. 공동저작물의 성립 여부 – 해양정책학 사건

[개요]

대학 교수인 피고인은 시간강사였던 피해자가 주도적으로 저술한 '○○정책론'을 피고인과 공저로 출판하자고 제안하였다. 피해자는 내키지 않았으나 피고인의 계속된 요구에 마지못해 동의의 의사를 표하며 공저로 기재한 초고의 전자파일이 담긴 디스켓과 이를 임시로 인쇄·제본한 책자 2부를 교부하였다. 이에 피고인은 여기에 간단한 수정·교정을 하고 몇 권의 문헌 자료를 제공하였다. 그러던 중 피해자는 피고인이 자신의 저술 중 일부분을 오히려 피고인 단독 명의로 논문화하려는 것을 알게 되었다. 이에 피해자는 피고인이 편집 중이던 논문을 빼앗고 공저 출판을 거절하는 고지를 하기에 이르렀다. 결국 1999년 11월 '○○정책론'은 피해자 단독 저서로 출판하게 되었다.

피고인은 이에 불만을 품고 '피해자 단독 명의로 출간하여 저작권을 침해하였다'는 취지의 고소장을 제출하였다. 또한 2001년 9월 체제와 일부 내용만을 수정하였을 뿐 '○○정책론'과 기본적으로 내용이 동일한 '○○와 국가의 정책'을 피해자와 협의없이 공저로 출판하였다. 이에 피해자는 2002년 2월 피고인을 무고, 저작권법 위반 등의 죄로 고소하였다.

이 사건에서 저작권 침해와 관련하여서는 피고인의 공저자 해당 여부가 핵심적인 쟁점이다. 피고인이 '○○정책론'의 저술에 있어서 어느 정도의 관여를 하였는가에 따라 피고인을 공동저작자로 평가할 수 있는지 여부를 결정 할 수 있고, 저작권법 위반이나 무고의 (미필적) 고의 유무도 판단할 수 있게 된다. 법원은 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그 중에서 창작적인 표현 형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되는 것이고, 창작적인 표현 형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공

하는 등의 관여를 하였다고 하더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니며, 설사 저작자로 인정되는 자와 공동저작자로 표시할 것을 합의하였다고 하더라도 달리 볼 것이 아니라고 하면서, 피고인은 공저자가 아니라고 하였다. 따라서 피고인은 '○○정책론'을 피해자와 공동으로 저작한 바도 없고, 피해자와 공저로 하기로 하는 합의가 파기되었음에도 불구하고 위 '○○정책론'과 주된 쟁점과 내용이 동일한 '○○와 국가의 정책'을 피고인과 피해자의 공저로 출판하였는바, 저작권법에 규정된 저작물의 복제에 해당한다.

제1심은 다투는 부분에 대하여 별다른 이유 설시 없이 공소사실 전부에 대하여 유죄로 판단하여 피고인을 징역 10월에 처하였고(부산지법 2005. 12. 20. 선고 2000고단7197 판결), 피고인이 이에 불복·항소하였다. 항소이유로서 사실오인 ·법리오해·양형부당을 주장하였는바, 항소심은 이 가운데 양형부당 주장만을 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인을 징역 10월에 처하되 그 집행을 2년간 유예하는 판결을 하였다(부산지법 2007. 8. 10. 선고 2006노1 판결). 피고인은 항소심 판결에 대해서 상고를 하였지만 대법원은 상고를 기각하여 원심을 확정되었다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7181 판결).

■■■■■■■■■■

대법원 2009. 12. 10. 판결 2007도7181【무고·저작권법위반】

피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	법무법인(유한) 태평양 담당변호사 송진훈, 송동원, 조우성, 송진욱

원심판결　　부산지방법원 2007. 8. 10. 선고 2006노1 판결
판결선고　　2009. 12. 10.

주　　문

상고를 기각한다.

이　　유

상고이유를 본다.

1. 상고이유 제1점 및 제2점에 대하여

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것)은 제2조 제1호에서 '저작물'이라 함은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다고, 그 제2호에서 '저작자'라 함은 저작물을 창작한 자를 말한다고, 그 제13호에서 '공동저작물'이란 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다고 각 규정하고 있다. 위 각 규정의 내용 및 저작권은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식만을 보호대상으로 하는 점(대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결 등 참조)에 비추어 보면, 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그 중에서 창작적인 표현 형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되는 것이고, 창작적인 표현 형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였다고 하더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니며, 가사 저작자로 인정되는 자와 공동저작자로 표시할 것을 합의하였다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채택 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정사실 및 변론에 나타난 사정들을 종합하여 피고인은 원심 판시 '해양정책론'의 창작적인 표현 형식에 기여한 바가 없어 위 저작물의 공동저작자가 아니라는 취지로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다. 원심판결에는 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반한 위법이 없으므로, 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실의 인정을 탓하거나 원심이 인정한 사실과 다른 사실을 전제로 하여 원심의 판단에 잘못이 있다는 취지의 상고이유 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

2. 상고이유 제3점 중 저작권법위반의 범의에 관한 주장에 대하여

원심판결의 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사정에 기초하여, 피고인은 자신이 '해양정책론'의 공동저작자로 인정될 수 없다는 사실을 미필적으로나마 인식하였으므로 피고인에게 저작권법위반의 범의가 있었다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 상고이유 제3점 중 무고의 범의에 관한 주장에 대하여

원심이 적법하게 인정한 사실관계를 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 고소장 기재나 이를 보충하는 경찰에서의 진술을 통하여 '해양정책론'의 저술은 자신의 주도하에 이루어진 것으로서, 원고 작성을 위해 자신이 그동안 작업해 온 자료와 디스켓을 공소 외인에게 주었고, 공소외인은 이를 토대로 초고를 작성하였다'는 등 허위의 사실을 들어 이를 전제로 자신이 '해양정책론'의 공동저작권자라는 취지로 주장하면서 공소외인의 단독 출간을 저작권 침해행위라고 고소한 이상, 원심이 피고인

에게 무고의 범의가 있었다고 본 결론은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 결론

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

재판장 대법관 김영란
대법관 이홍훈
주 심 대법관 김능환
대법관 민일영

■■■■■■■■■■

부산지방법원 2006. 8. 10. 판결 2006노1【무고·저작권법위반】

피 고 인	피고인
항 소 인	피고인
검 사	조영찬
변 호 인	변호사 강문종
원심판결	부산지방법원 2005. 12. 20. 선고 2004고단7197 판결
변론종결	2007. 6. 25.
판결선고	2007. 8. 10.

주 문

원심판결을 파기한다.
피고인을 징역 10월에 처한다.
다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

이 유

1. 항소이유의 요지

피고인의 항소이유의 요지는 다음과 같다.

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인은 사실은 '○○정책론'은 그 저술과정에 피고인이 깊이 관여하였고, 그 관여정도도 단순히 저술을 지도, 감독한 정도를 넘어, 공동 저작이라 평가할 정도에 이르렀고, 가사 위 저술이 피해자의 단독 저작이라고 평가된다고 할지라도 피고인은 위 저작물이 공동 저작물로 알고 피해자를 고소하고, 위 저술을 수정하여 'ㅁㅁ'을 발간하였으므로 무고나 저작권 침해의 고의가 없음에도 피고인에 대한 공소사실에 대하여 유죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다는 것이다.

나. 양형부당

피고인에게 다른 전과가 전혀 없으며, 사실오인 등에 관한 주장에 보

듯이 범의가 인정된다고 하더라도 그 범의가 미미한 점, 피고인이 대학교수의 신분으로서 징역형이 선고될 경우 그 신분을 상실하게 되는 점 등에 비추어 볼 때 피고인에 대한 원심의 선고형(징역 10월)이 지나치게 무거워서 부당하다.

2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해 주장에 관한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인은 △△대학교 법학과 교수인바,

(가) 2000. 1. 5.경 부산 영도구 대교동 1가 20 소재 영도경찰서 민원실에서, 사실은 위 대학교 행정학과 시간강사로 재직하고 있던 공소외 1(대법원 판결의 공소외인)이 단독으로 저술한 책인 '○○정책론'을 피고인과 공저로 출판하자는 피고인의 제안을 거절하고 단독 저서로 위 책을 출판하자, 이에 불만을 품고 위 공소외 1로 하여금 형사처벌을 받게 할 목적으로, "피고소인 공소외 1은 1999. 4.경 부산 영도구 ○○동 소재 △△대학교 국제대학 법학부장실에서 피고인과 ○○정책에 관하여 공동으로 저술하기로 합의하여 고소인의 '◎◎' 등 자료를 건네받아 피고소인이 정리하고, 고소인과 수회에 걸쳐 토론하고 보완하여 '○○정책론'을 공동으로 저술하였으므로 ○○정책론의 저작권은 고소인과 피고소인이 공동으로 보유함에도 불구하고, 1999. 11. 15.경 부산 중구 ○○동 (지번 1 생략) 소재 ▲▲출판사에서 '○○정책론'이라는 제목으로 피고소인의 단독 저서로 출판하여 고소인의 저작권을 침해하였으니 조사하여 처벌해 달라."는 취지의 허위내용의 고소장을 작성하여 민원실 담당공무원에게 제출하여 위 공소외 1을 무고하고,

(나) 같은 해(2001.) 9. 10.경 서울 마포구 ○○동 (지번 2 생략) 소재

★★에서 피해자 공소외 1이 저작권을 가지고 있는 위 책의 체제와 일부 내용만을 수정하였을 뿐 위 책의 내용을 전면 표절한 'ㅁㅁ'을 피고인과 피해자의 공저로 출판하여 피해자의 저작권을 침해한 것이다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심 제2회 공판조서 중 피고인의 일부 진술기재, 원심 제3회 공판조서 중 증인 공소외 1의 진술기재, 원심 제4회 공판조서 중 증인 공소외 2의 진술기재, 원심 제6회 공판조서 중 증인 공소외 3의 진술기재, 피고인에 대한 검찰 피의자신문조서 중 공소외 1 진술기재 부분, 공소외 1, 3에 대한 각 검찰 진술조서, 공소외 2에 대한 검찰 진술조서(수사기록 1452쪽), 각 압수조서, 고소장 사본의 기재에 의하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 원심 및 당심에서 적법하게 조사하여 채택한 증거에 의하면 다음 각 사실이 인정된다.

1) 피고인[1]과 피해자[2]는 ▽▽대학교 공소외 4 교수의 소개로 1999. 3. 경 서로를 알게 되었는데 1999년 1학기부터 △△대학교 행정학 시간강사를 맡게 된 피해자는 자신의 교수실이 없어 가끔 피고인의 교수실에 들러 차를 마시고 함께 식사를 하기도 하였다.

---

1) 1975. 2. 성균관대학교 법학과 졸업, 1977. 2. ▽▽대학교 형사법 석사학위 취득, 1982. 2. 28. 형사법 박사학위 취득, 1981. 4. 1.~△△대학교 전임강사, 1984. 10. 1.~ 조교수, 1989. 4. 1.~ 부교수, 1994. 4. 1.~현재까지 교수

2) 1980. 2. 건국대학교 행정학과 졸업, 1982. 8. ▽▽대학교 행정학 석사 취득, 1992. 8. ▽▽대학교 행정학 박사 취득, 1983. 3.경부터 현재까지 ▽▽대학교 행정학 시간강사, 1983. 3.경부터 1990. 2.말경까지 △△대학교 행정학 시간강사, 1999. 3.경부터 2000. 2.말경까지 △△대학교 행정학 시간강사, 1996. 2.경부터 현재까지 ▽▽대학교 국제지역문제연구소 연구원, 2003. 6. 1.경부터 현재까지 한국해양수산연구원 전임연구원

2) 한편, 피해자는 1999. 3.경 △△대학교 국제대학 학장인 공소외 5로부터 2000년도부터 △△대학교 해양행정학과에 개설될 예정인 ○○정책 과목에 대한 교재를 집필해 볼 것을 권유받은 후 이에 고무되어 1999년 1학기 동안 자신의 논문 등을 위 공소외 5 학장에게 보여주기도 하고, ○○정책 과목에 대한 저술을 준비하여 1999. 9.경에는 공소외 5 학장에게 수백 페이지 분량의 초안을 보여주기도 하였다.

3) 1999. 9. 초순경 여름방학이 끝나 2학기가 개강된 후, 피고인은 피해자가 ○○정책에 대한 저서를 준비 중이라는 사실을 알고는 그 내용이 궁금하다면서 피해자에게 자료를 보여줄 것을 요청하였고, 피해자는 1999. 9. 1. 및 1999. 9. 20. 자신이 방학기간까지 작성한 '○○정책론'에 대한 파일 및 원고 초고를 피고인에게 교부하였다.

4) 위 자료들을 본 피고인은 1999. 9. 중순경 피해자에게 강사의 신분인 피해자가 단독으로 출판을 할 경우 책의 권위가 떨어지므로 교수인 자신과 공저로 책을 출판하는 것이 좋고 또한 자신이 피해자의 △△대학교 전임교수 응모시 도움을 줄 수 있다는 취지로 말하면서 피해자에게 위 '○○정책론'을 피고인과 피해자의 공저로 출간할 것을 제안하였다.

5) 이에 피해자는 피고인의 제안을 탐탁치 않게 여겨 이에 대한 직접적인 확답을 피하다가 계속되는 피고인의 요구를 이기지 못하고 1999. 10. 26.경 피고인과 피해자를 공저자로 표시한 저술의 초안 파일이 담긴 디스켓을 피고인에게 교부함과 동시에 위 파일을 인쇄하여 피고인과 피해자의 공저로 가제본 책자를 만들어 주었다.

6) 그런데, 1999. 11. 13.경 공소외 2를 통하여 피고인이 '○○정책론' 제3장 ' ◇◇' 부분을 자신의 단독 논문으로 편집하고 있는 것을 알게 된 피해자는, 피고인을 찾아가 위와 같이 부도덕한 행위를 하는 피고인과는 더 이상의 공저를 유지할 수 없음을 고지한 후 피고인이 편집중이던 논문을 빼앗아 왔다[이하 '◇◇'이라고 한다, 피해자 및 공소외 3은 원심 및 당심에서 ◇◇이 1999. 10. 말경에 발생하였다고 진술하고 있

으나, 피해자도 2000. 1. 25. 작성한 피고인의 고소에 대한 진술서에서 그 일자를 1999. 11. 13.로 진술한 바 있었던 점(수사기록 35쪽), 공소외 3도 피고인이 피해자를 저작권법위반으로 고소한 사건에 대하여 2000. 2. 7. 진술조서를 작성함에 있어서는 ◇◇이 1999. 11.경 발생하였다고 진술한 바 있었던 점, 피고인이 최초 수사단계에서는 제출하지 아니하고 있었다가, 검찰에서 조사받을 당시인 2004. 5. 25.에야 제출한 것에 비추어 다소 의심스러운 면이 없지 않으나 피고인이 피해자의 필적이 담긴 1999. 11. 8.자 디크켓(수정판, 1999. 11. 8. 안전, 환경, 개발, 정책이론, 정책기구론, 수산으로 기재)을 소지하고 있는 점 등에 비추어 볼 때에는 피해자 및 공소외 3의 법정진술은 시간의 경과에 따라 기억이 희미해진 결과로 보이고, ◇◇은 피해자의 최초 진술과 같이 1999. 11. 13.경 발생하였다고 봄이 상당하다.

7) 위 사건 이후 피고인은 피해자와의 공저출판이 어려워 질 것으로 예상하여, 1999. 11. 중순경 피해자로부터 지급받은 1999. 10. 26.자 디스켓 속의 파일들 중 ◇◇부분에 자신의 '◎◎'부분을 참고로 한 단원 하나를 추가한 후 ▲▲출판사에 피해자와 공저로 '○○정책론'의 복사본 30부를 복사의뢰하여 이를 발간하기도 하고, 조교인 공소외 3으로 하여금 '○○정책론' 가제본 책자의 뒷면에 참고도서 중 자신이 연필로 체크한 자료를 구입하여 오도록 하기도 하였다.

8) 한편, 피해자는 ◇◇ 사건 이후 '○○정책론'을 자신의 단독 명의로 출판하기로 마음먹고 1999. 11. 15.경 ▲▲출판사에 '○○정책론'을 피해자 명의로 출판해 줄 것을 요청하였고, ▲▲출판사 공소외 6 사장은 1999. 11. 말경 피해자 단독명의로 '○○정책론'을 출판하였다.

9) 피해자가 단독명의로 '○○정책론'을 출판한 사실을 알게 된 피고인은 1999. 12. 27. 피해자 및 공소외 6에게 '○○정책론'은 피고인과 피해자가 1999. 6.경 함께 공저로 발행하기로 합의하고 작업한 공동저작물이고, 그 체제와 해양국가건설의 사상 및 주요 골간이나 정신은 전적으로 피고인의 아이디어 임에도 피해자 단독명의로 출판한 것은 피고

인에 대한 저작물도용과 저작권침해 등의 행위라는 내용의 내용증명 발송한 후, 2000. 1. 5. 피해자 및 공소외 6을 저작권법위반 등의 사실로[3] 고소하였으나, 공소외 4 교수 및 공소외 2 조교의 조언에 따라 2000. 3. 30. 고소를 취소하였다[4].

10) 고소취소 후 2000. 4.경 피고인, 피해자, 공소외 2, 4가 만나 피고인과 피해자 사이에 이전까지의 분쟁은 모두 잊고 앞으로 서로 잘 해보자는 취지의 화해가 이루어 졌으나, 위 '○○정책론'에 관한 특별한 논의나 합의는 이루어 진 바 없었다.

11) 그런데 2001. 5.경부터 학교 내에서 피고인이 복사본으로 출판한 ○○정책론과 피해자가 출판한 '○○정책론'에 대한 표절의혹이 일게 되었고, 그와 관련하여 △△대학교의 징계절차에 회부된 피고인은, 자신이 ○○정책론에 대한 저작권이 있음을 증명하기 위한 방법 등으로 2001. 9. 10.경 ★★를 통하여 위 '○○정책론'과 기본적 내용이 동일한 'ㅁㅁ'이라는 책을 피해자와 공저로 발간하였으나, '○○정책론' 발간 이후에 'ㅁㅁ' 발간에 대하여 피해자와 사이에 어떠한 합의나 공동작업은 이루어 진 바 없었다.

12) 피고인이 자신의 저서와 동일한 내용의 위 'ㅁㅁ'을 그것도 자신과 공동명의로 발간한 사실을 알게 된 피해자는 2001. 12. 31. 피고인을 상대로 저작권분쟁조정신청하였으나[5] 2002. 2. 15. 피고인이 불출석하여 조정 불성립되었다.

---

3) '○○정책론'은 피고인과 피해자가 1999. 5.경부터 함께 공저로 발행하기로 합의하고 작업한 공동저작물이고, 그 출판물이 나오기까지 피고인이 지휘를 하였으며, 저작물의 체제와 해양국가건설의 사상 및 주요 골간이나 정신은 전적으로 피고인의 아이디어 임에도 피해자가 자신의 단독명의로 출판함으로써 피고인의 저작권을 침해하였다는 취지

4) 피고인은 피해자와의 합의에 따라 고소를 취소하였다고 주장하나, 공소외 2, 4의 진술에 의하면 고소취소 당시 피고인과 피해자간에 저작권 분쟁에 대한 어떠한 합의는 없었다고 할 것이다.

5) 저작권 침해에 따른 손해배상 및 위자료 3억 2,100만 원, ○○정책론 30부, ㅁㅁ 폐기처분, 공개사과문 게재

13) 이에 피해자는 2002. 2. 25. 피고인을 무고, 저작권법 위반 등의 죄로 고소하였다.

(나) 피해자의 단독저작물 여부

피고인은 먼저 '○○정책론' 및 'ㅁㅁ'은 자신과 피해자가 공동으로 저작한 것이라고 주장하고 있으므로 이에 대하여 먼저 살펴보기로 한다.

공동저작물이 성립하기 위하여는 공동저작자들이 공동으로 창작한 것일 뿐만 아니라 각자의 기여분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 없을 것을 요건으로 한다고 할 것이고, 저작물의 작성에 여러 명이 관여한 경우일지라도 한 명만이 창작적 요소와 관련된 작업을 담당하고 다른 사람은 보조적인 작업만을 하거나 아이디어, 소재를 제공하기만 한 경우에는 창작적 작업을 담당한 사람만이 저작자가 되고 다른 사람은 저작자가 되지 못하기 때문에 작성된 저작물은 단독저작물이 된다고 할 것이다.

그런데, 위 인정사실 및 이 사건 변론에 나타난 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인은 피해자가 1999. 9. 1., 1999. 9. 20., 1999. 10. 26. 각 지급한 원고 초고 및 파일들을 이용하여 간단한 수정 또는 교정작업 만을 하였을 뿐[6], 특별히 '○○정책론' 저술과 관련하여 자신의 창작적인 내용을 먼저 피해자에게 제시하거나 특별한 내용을 담은 파일 등을 피해자에게 교부한 사실은 없는 점[7], ② 공소외 5도 1999. 3.경 피

6) 피고인은 혼자서는 워드 작업을 수행하기 어려워 주로 공소외 3 조교에게 연필로 수정하여 주면 공소외 3 조교가 수정하는 작업을 하였다. 피고인은 위와 같은 수정작업의 증거로 피해자와 피고인의 수정 흔적이 있는 복사물(피고인 제출의 증 제5 내지 8호증)을 제출하고 있으나, 위 내용에 있는 피고인의 가필 흔적들은 모두 자구 수정정도에 불과하고, 그 내용이 피해자가 발간한 '○○정책론'에 반영되어 있지도 아니하다.

7) 피고인은 자신의 저술 해양입국가 인재 양성이라는 논문이 '○○정책론'의 복사본에 일부 인용되었다고 주장하고 있으나, 앞에서 본 인정사실과 같이 위 복사본은 피고인이 피해자의 저서를 편집하여 독자적으로 출판 의뢰한 것으로 피고인의 저술이 인용되었다는 주된 부분은 피고인이 피해자와의 공저 합의가 파기된 이후 독자적으로 추가한 부분에 불과하고, 내용상 중첩되었다고 주장하는 부분도 피고인의 전문적인 창의력을 바탕으로 한 부분이 아니어서 위 자료들이 피고인과 피해자의 공저를 입증할 증거라고 할 수 없다.

해자에게 ○○정책에 대한 저서의 집필을 권유하였고, 1999. 1학기 방학이 끝난 후 피해자가 수백 페이지에 달하는 연구결과물을 가져와서 이를 자신에게 보여주었다고 진술하고 있어 공소외 5 학장의 권유에 따라 1999. 1학기 여름방학까지 '○○정책론'에 대한 저술의 초안을 작성하였다는 피해자의 진술에 부합하고 있는 점, ③ 피고인이 '○○정책론'의 전체적인 구상을 하고 내용을 주도적으로 집필하였고, '○○정책론'의 문외한이었던 피해자를 가르치면서 책을 집필하였다면 교수인 피고인과 시간 강사인 피해자의 신분관계 등에 비추어 볼 때 위 저작물은 오히려 피고인의 저작물이라고 보아야 할 것인데도, 피고인은 자신의 아이디어에 대한 편집작업만을 담당하였다는 피해자에게 공동저작권을 인정하여 주었고, 2000. 1. 피해자를 고소한 이후에도 일방적으로 고소를 취소하여 주었으며, 2000. 4.경 화해를 위하여 만난 자리에서도 '○○정책론'을 피해자 단독 명의로 발간한데 대한 관한 특별한 논의나 합의를 하지 아니하였고, 나아가 '○○정책론'발간 이후에는 피해자가 수정작업 등에 관여한 바도 없음

에도 'ㅁㅁ'을 피해자와 공동저자로 출판하였는바, 이러한 사정들은 피해자가 '○○정책론'을 주도적으로 저술하였음을 반증하는 것이라고 볼 수 있는 점, ④ 피고인은 피해자에게 자료를 제공하였다고 주장하지만, 주장하는 자료가 '○○정책론'의 어느 부분에 인용되었는지 설명하고 있지 못할 뿐만 아니라, 제공하였다고 주장하는 자료 즉 도서들도 전체 인용도서 등에 비하여 매우 미미한 부분이고[8], 나아가 피고인은 피고인

8) 피고인이 수사기관에서부터 주장해온 도서들 중 ○○정책론에 인용된 도서는 '해양 21세기', '△△대학교 오십년사', '바다 그 영원한 보고', '21세기 해양개발', '해양문화연구(간행물)', '시파워의 세계사', '21세기 해양수산 비전', 해양과 문화', 21c와 한국의 해양개발', 'Freedom for the Sea in the 21st Century' 등으로 해양문헌연구의 도서 목록 중 극히 일부에 불과하고, 'Freedom for the Sea in the 21st Century'외에는 특별히 수집이 어려운 자료들도 아니며, 피고인이 위 자료들을 피해자에게 준 것 이외에 위 자료들을 가지고 어떠한 창작 작업을 도왔는지에 대하여 밝히고 있지 못하다.

과 피해자 사이의 ◇◇ 이후에야 '○○정책론' 가제본에 기재된 참고도서들을 구입하였으므로, 피고인이 실제 '○○정책론'에 인용된 참고 도서의 내용에 대하여는 잘 모르고 있었다고 봄이 상당한 점, ⑤ 피고인은 1990년대 초반부터 자신의 학문적 경험을 바탕으로 '○○정책론'의 집필을 준비하고 있었다고 주장하지만, 공소외 3은 자신이 근무하기 시작한 1999. 8. 3. 이후에도 1999. 9.까지는 '○○정책론'의 파일들에 대한 수정작업을 하지 않았고, 1999. 9. 이후에도 일부 수정작업을 한 바는 있지만 이를 별도로 관리하였다고 진술하고 있고, 피고인이 주장하는 수정부분은 피해자가 발간한 '○○정책론' 저서에는 반영된 것이 거의 없는바, 위 사실들에서 알 수 있듯이 피고인은 피해자로부터 디스켓 등을 지급받은 1999. 9. 이후에야 '○○정책론'과 관련된 작업을 하였고, 그 내용도 공저와는 별 관계없는 자신이 보관할 파일을 수정작업을 한 것으로 보이는 점, ⑥ 피해자는 공소외 4 교수에게 피고인이 '○○정책론'의 수정, 보완 작업을 하기로 하였으나, 실제 기여가 거의 없다는 취지로 말한 바 있는데, 당시 피고인과 피해자의 △△대학교에서의 지위와 피해자가 △△대학교의 전임교수 자리를 얻기 위하여 노력하고 있었던 상황이었던 점, 공소외 4 교수와 피고인은 고등학교 선후배 관계로서 공소외 4 교수가 피해자를 피고인에게 소개해 주었던 점 등을 고려하여 볼 때, 실제 피고인의 주장과 같이 피고인이 '○○정책론'의 전체적인 초안을 잡고, 저술의 전반적인 수정, 보완 작업을 하였다면 피고인이 공소외 4 교수에게 위와 같은 내용의 이야기를 하기는 어려웠을 것으로 보이는 점, ⑦ 피고인은 ◇◇ 부분을 자신의 독자적인 논문으로 발표하기 위하여 수정작업을 하던 도중에 피해자에게 적발되기까지 하였던 점, ⑧ 피고인은 2001. 5. 10.경 △△대학교에서 표절시비가 일어나자, △△대학교 자유게시판에 '○○정책론' 책은 피해자가 먼저 발간하고, 뒤이어 이를 수정·보완하여 공저로 정식출판하기로 약정하였다고 기재하기도 하였던바, 피고인도 대외적으로 발표하는 게시판에 위와 같은 내용을 적시할 정도로 당시에 '○○정책론'이 피해자의 단독저서였던 인정하였던 점, ⑨ 피고인은 피해자와 '○○정책론'을 공저로 표시

하여 출간하기로 합의한 시점에 대하여, 피해자에 대한 고소장에서는 1999. 5.경으로, 고소 직전 피해자에게 보낸 내용증명에서는 1999. 6.경으로 각 기재하였고, 2000. 1. 3. 영도경찰서에서 고소보충 진술을 할 당시에는 1999. 4.경 합의가 있었다고 진술하였다가 이 사건에 이르러서는 1999. 3.경부터 합의가 있었다고 주장하고 있어 시간이 지날수록 공저시점이 앞당겨 지고 있어 일관성이 없는 점, ⑩ 피고인은 당심에 이르기까지 계속하여 자신이 1990년대 초반부터 ○○정책에 대하여 관심을 가져왔고 미국유학시절에도 이를 전공하였으며, ○○정책에 관련된 논문도 다수 저술하였으며, 특히 ○○정책에 대해서는 1991년도부터 학부 및 대학원에서 강의를 하기까지 하였다고 주장하지만, 실제 피고인이 2000년도 이전까지 ○○정책에 대한 논문을 발표한 바는 없고(피고인이 제출한 자료들에 의하더라도 2000년 이전까지 발표한 피고인의 논문은 모두 형법 또는 해양과 관련된 형법학에 관한 것일 뿐 ○○정책에 관한 것은 아니다), 피고인이 미국유학시절에 전공한 것도 ○○정책학이 아닌 '◆◆'라는 제목하의 해양환경 침해에 대한 규제를 내용으로 하는 형법학이고, 더욱이 피고인은 2000년 이전에는 학부 및 대학원 과정에서 ○○정책에 대한 강의를 한 바가 없는 등 피고인이 자신의 ○○정책 관련 자격에 대하여 법정에서까지 계속하여 허위의 진술을 하고 있는 점, ⑪ 피고인은 당심에 이르기까지 자신이 '○○정책론' 저술에 참여한 부분과 내용에 대하여 정확하게 지적하지조차 못하고 있는 점 등을 종합하여 보면, '○○정책론'은 피해자가 단독으로 저술하였거나, 가사 피고인이 일부 관여한 부분이 있다고 하더라도 그 부분은 뒤에서 보는 바와 같은 공저 출간의 합의가 이루어진 이후에 피해자의 저술작업에 자구 수정 등 보조적인 작업을 한 것이거나, 일부 소재를 제공한 것으로 위와 같은 행위만으로는 피해자와 피고인이 '○○정책론'을 공동저작하였다고는 할 수 없으므로, '○○정책론'은 피해자의 단독저작물이라고 할 것이다.

(다) 피고인과 피해자 사이의 공저 출간 합의와 관하여

한편, 피고인은 피해자와 사이에 '○○정책론'을 공저로 출간하기로 하는 합의가 있었다는 취지의 주장도 하고 있으므로 이에 대하여 살펴본다.

앞에서 인정한 사실에 의하면 피해자는 '○○정책론'을 피고인과 피해자의 공저로 출간하자는 제의를 받고 이에 대한 확답을 피하다가 피고인의 계속되는 요구를 못 이겨 1999. 10. 26.경 피고인과 피해자가 공저로 된 파일이 담긴 디스켓과 그 파일을 인쇄한 가제본 책자를 교부하였다는 것인바, 그렇다면 위 디스켓과 가제본 책자를 교부할 때에는 피해자가 피고인의 공저 출간 제안을 받아들인 것으로 그와 같은 공저 출간의 합의가 있었다고 볼 수 있을 것이다(다만, 이는 피해자가 저작자가 아닌 피고인을 공저자로 표시함에 동의하는 합의에 불과한 것으로서 그것만으로 피고인을 위 '○○정책론'의 저작자로 볼 수는 없다), 그런데 위와 같은 공저출간의 합의가 있었다고 하더라도 피고인과 피해자 사이에는 출판사의 선정, 출판시기, 출판비용, 수익의 분배 등 공저출간에 따르는 여러 가지 사항들에 관한 합의가 전혀 이루어지지 않은 상태에서 피고인이 피해자의 저작물 중의 일부를 도용하여 단독 논문으로 발표하고자 한 ◇◇으로 인하여 피해자는 피고인에게 위와 같은 공저 출간 의사를 철회하는 취지의 의사를 표시하였던바, 피고인과 피해자 사이의 공저 출간의 합의는 그와 같은 사정의 변경에 따른 피해자의 해제 의사표시에 의하여 적법히 해제되었다고 봄이 상당하다.

(라) 피고인의 주장에 부합하는 듯한 증거의 배척

1) 피고인이 제출한 디스켓들과 관련된 문제

피고인은 피해자의 주장과는 달리 1999. 3.경부터 피해자와 파일을 상호 교환하면서 '○○정책론'에 대한 수정작업을 해왔다고 주장하고, 이를 증명할 자료로 최종수정일이 4월에서 8월사이인 파일들을 제출하고 있으나, 피해자가 피고인에게 지급한 디스켓들 속에는 최종 수정일이 지급일 이전인 파일들이 이미 포함되어 있었으며, 디스켓 속 파일들

의 최종 수정일자는 그 위조 가능성이 클 뿐만 아니라, 실제 피고인이 피해자가 지급한 파일들을 가지고 수정작업을 한 후 새로이 저장하였다고 진술하고 있으며, 같은 이유로 피해자가 1999. 9. 20.경에 피고인에게 지급하였던 디스켓 중에는 수정일이 1999. 10. 10.인 파일들이 포함되어 있는 점, 피고인의 조교로 근무하였던 공소외 3은 1999. 8. 3.부터 같은 해 11. 30.까지 근무하였는데 자신이 근무한 기간 중 8월부터 9월까지 사이에는 피고인이 자신에게 편집 작업을 지시한 바가 없다고 진술하고 있어 1999. 8.까지는 피고인이 수정작업을 한 바가 없는 것으로 판단되는 점, 피고인도 검찰조사당시 피해자로부터 1999. 9. 1.이후의 디스켓들만을 교부받았다고 진술하였던 점(수사기록 1614쪽) 등에 비추어 위 주장은 믿을 수 없다.

2) 공소외 7은 피고인이 ○○정책에 관한 책을 집필중이었음을 옆에서 지켜 보았으며, 특히 해양안전편 중 해양경찰론은 자신이 소지하고 있었고 시중에 공개되지 아니한 각종 자료들을 피고인에게 제공하였고, 차후 그 부분의 초안을 수정, 검토하기까지 하였다고 진술하고 있으나, 공소외 7이 제공하였다는 자료들은 비공개로 규정된 경찰청 내부자료들도 아닐 뿐만 아니라 다른 곳(국회 도서관, 인터넷 등)에서도 구할 수 있는 자료인 점, 공소외 7은 당심에서 피고인으로부터 1998년도 말에 이미 피고인이 피해자와 공저로 작업하고 있다고 들었다고 사실과 반하는 내용(이는 피고인 및 피해자의 진술 모두와도 모순된다)을 진술하고 있는 점, 공소외 7은 1999. 4.~5.경 조교인 공소외 3을 통하여 교정작업을 하였다고 하는데 그 일시는 그 당시는 공소외 3이 피고인의 교수실에 근무하기 이전인 점, 원심에서는 '○○정책론'에 대한 교정작업을 한 후 위 책을 보고 교정부분을 확인하였다고 진술하였다가 항소심에서는 책을 자세히 본 적은 없다고 일관성 없게 진술하고 있는 점 등에서 그 진술에 신빙성이 없고,

3) 공소외 8은 공소외 9와 함께 △△대학교 대학원의 1999년 2학기 중 피고인의 ○○정책에 대하여 강의를 들은 적이 있고, 수산분야의 내

용의 검토해 달라는 부탁을 받고 수산분야의 전문적인 용어개념의 수정, 보완에 참여한 사실이 있다고 진술하고 있으나, 피고인은 1999년 2학기에 대학원에서 ○○정책에 대한 강의를 한 사실이 없을 뿐만 아니라 공소외 8은 수산분야의 전문적인 용어개념의 수정, 보완을 하였다고 하지만, 교정 작업을 하면서 그 근거를 적시하지도 아니하였다고 진술하고 있어 실제 교정 작업을 하였는지 여부에 대하여 강한 의심이 드는 점, 수산분야의 희귀성 어종의 가격이 잘못되면 이를 수정하였다고 하나, '○○정책론'에는 희귀성 어종의 가격에 대해서는 집필되어 있지 않는 점 등에서 그 진술에 신빙성이 없으며,

4) 공소외 10, 11, 12 등은 각 교수로서 피고인으로부터 '○○정책론' 저술에 대한 이야기를 들었다는 것이나, 위 사람들은 피고인과 동료사이여서 객관적인 증인일 수 없을 뿐만 아니라, 실제 '○○정책론'의 내용에 대해서는 알지 못할 정도로 피고인과 피해자 사이에 발생한 일들에 대해서는 직접적인 이해관계 없고, 단순히 그 내용을 피고인을 통하여 들었다는 것에 불과하므로 역시 그 진술에 신빙성이 없다.

(마) 무고죄에 대한 판단

1) 우선, 앞에서 본 바와 같이 '○○정책론'은 피해자의 단독저작물로 평가할 수 밖에 없고, 피고인과 피해자 사이에 피고인의 공저자로 등재해 주기로 하는 합의가 일시 존재하였으나 ◇◇을 통하여 위 합의는 해제되었다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 피고인은 피해자를 '○○정책론'을 피해자 단독저서로 발간함으로써 자신의 저작권을 침해하였다고 고소하였고, 고소장 및 고소보충 진술조서에 의하면 고소의 내용도 피고인과 피해자간의 공저 출간 합의를 이유로 한 것이라기보다는 실제 자신이 '○○정책론'의 형식과 체제, 내용을 주로 작성하였다는 취지내용이므로 피고인의 무고 범죄사실은 충분히 인정된다.

2) 피고인의 범의

피고인은 무고의 범죄사실 자체는 인정된다 할지라도 자신은 실제 피해자와의 공저에 이를 정도의 기여를 하였다고 생각하고 있었으며, 피

해자와 사이에 공저 출간의 합의도 있었으므로 무고에 대한 범의가 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 무고죄에 있어서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것이므로 객관적 사실과 일치하지 않는 것이라도 신고자가 진실이라고 확신하고 신고하였을 때에는 무고죄가 성립하지 않는다고 할 것이나, 여기에서 진실이라고 확신한다 함은 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 의하더라도 신고사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하는 경우를 말하는 것이지, 신고자가 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함되는 것은 아니라고 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 ① 실제 피고인은 '○○정책론' 저술에 거의 기여한 바가 없고, 단지 피고인의 집요한 요구를 이기지 못한 피해자의 양해하에 공저자로 이름을 등재하기로 하는 합의를 하였을 뿐인데다가, 위 합의 이후 일부 자료를 제공하는 등의 행위를 하였다고는 하지만 당심에 이르기까지 자신이 '○○정책론' 저술에 참여한 부분과 내용에 대하여 정확하게 지적하지조차 못하고 있는 점, ② 한 때 피고인과 피해자 사이에 '○○정책론'을 공저로 출간하고자 하는 내용의 합의는 있었으나 그 시점까지도 출판사의 선정, 출판시기, 출판비용, 수익의 분배 등 공저 출간에 따른 여러 사항들에 관한 합의는 전혀 이루어 지지 않은 상태였었는데, ◇◇을 통하여 피해자가 피고인에게 공저자로 등재해 주지 못하겠다는 내용의 의사표시를 분명히 하였고, ◇◇ 이후에는 피고인과 피해자 사이에 '○○정책론' 공저 출간에 대한 의뮐재해환 등도 더 이상 이루어 지지 아니하였던 점, ③ 피고인은 피해자를 고소함에 있어 '○○정책론' 공저 출간의 합의를 깨뜨린 것을 이유로 하였다기 보다는 피고인이이루어 지지 아니하였던 형식과 체제, 내용을 주로 작성하였는데 피해자가 '○○정책론'을 단독명의로 출간하여 자신의 저작권을 침해하였다는 취지로 피해자를 고소하였던 점 등을 고려하여 볼 때,

피고인은 고소 당시 자신이 인식한 사실관계에 의할지라도 적어도 자신이 '○○정책론'의 공저자가 될 정도의 기여를 한 바가 없거나, 자신과 피해자 사이의 공저 출간 합의도 해제 되어 더 이상 자신이 공저자의 지위를 유지할 수 없으므로 피해자를 저작권법을 위반하였다는 내용으로 신고하는 것이 허위일 가능성이 있다는 사실은 인식하였다고 봄이 상당하고, 그럼에도 불구하고 자신의 생각이 옳다고 생각하고 피해자를 고소하였다면, 피고인에게는 최소한 무고의 미필적인 범의가 있었다고 보아야 할 것이어서 피고인의 주장은 이유 없다.

(바) 저작권법위반에 대한 판단

1) 피고인은 앞에서 본 바와 같이 '○○정책론'을 피해자와 공동으로 저작한 바도 없고, 피해자와 공저로 하기로 하는 합의가 파기되었음에도 불구하고 위 '○○정책론'과 주된 쟁점과 내용이 동일한 'ㅁㅁ'을 피고인과 피해자의 공저로 출판하였는바, 피고인의 위와 같은 행위는 저작권법 제97조의5에 규정된 저작물의 복제(부분적으로 다소의 개변이 가해졌다고 하더라도 전체적으로는 동일성이 인정된다)에 해당한다고 할 것이므로 피고인에 대한 저작권법 위반의 범죄사실은 충분히 인정된다.

2) 'ㅁㅁ' 출간에 대한 합의

또한 피고인은 2000. 4.경 ○○정책론을 수정 보완하여 새로운 책 즉 'ㅁㅁ'을 출간하기로 합의하였다고 주장하고 있으나, 2000. 4.경 피고인, 피해자, 공소외 2, 4가 모인 자리에서 새로운 저서 공저 등에 대한 일반적인 이야기를 나누기는 하였지만, 그 이후 피고인과 피해자 사이에 어떠한 공동작업도 없었던 점, 당시 참석하였던 공소외 4 및 공소외 2도 모두 명확한 수정 보완 작업에 대한 합의는 없었다고 진술하고 있는 점, 공소외 2는 피고인이 자신에게 피해자의 동의 없이 'ㅁㅁ'을 출판할 수 밖에 없는데 적절한 해결책이 없겠느냐고 물었다고 진술하기까지 하고 있는 점 등에 비추어 'ㅁㅁ'에 대한 공저 출간 합의는 없었다고 봄이 상당하므로 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 저작권법 위반의 범의

피고인은 또한 피해자와 '○○정책론'을 공동 저작하였고, '○○정책론'에 대한 공저 합의가 있었으므로 이를 바탕으로 'ㅁㅁ'을 발간한 피고인에게 저작권법 위반의 범의가 없다고도 주장하고 있으나, 무고의 범의에 대한 판단에서 본 바와 같이 적어도 피고인은 자신이 '○○정책론'의 공저자가 될 정도의 기여를 한 바가 없거나, 자신과 피해자 사이의 공저 출간 합의도 해제 되어 더 이상 자신이 공저자의 지위를 유지할 수 없다는 사실을 미필적으로나마 인식하였다고 봄이 상당하므로 이 부분 피고인의 주장 역시 이유 없다.

(사) 소결론

따라서, 피고인의 사실오인 또는 법리 오해 주장은 이유 없다.

나. 양형부당 주장에 관한 판단

살피건대, 비록 피고인이 당심에 이르기까지 피해자와 합의하지 아니하고 있으나, 피고인은 초범이고, 경위를 다투고는 있으나 이 사건에 이르게 된 자신의 잘못에 대해서는 반성하고 있고, 무고죄 부분에 대하여는 피고인이 고소 후 2개월여 만에 자진해서 고소를 취하함으로써 피해자가 형사처벌의 위험에 직면하지는 아니하였으며, 피고인이 피해자의 저작권을 침해하여 'ㅁㅁ'을 발간한 부분도 피해자와의 공저는 유지한 상태로 발간하였고, 그로 인하여 피고인이 금전적 이익을 얻지는 아니하였던 점, 이 사건으로 7년여 동안 피고인도 대학교로부터 징계처분을 받고, 계속해서 수사 및 재판을 받는 과정에서 적지 않은 고통을 겪어 왔던 점, 피고인과 피해자 사이에 실질적인 공저 작업은 없었다고 할 것이지만, 한때 피고인을 공저자로 등재하기로 하는 합의는 있었던 만큼 피고인의 무고 및 저작권위반에 대한 범의가 크지는 아니 한 점, 피고인에게 징역형의 집행유예의 형만 선고되더라도 피고인은 대학교수의 신분에 큰 불이익을 입게 될 것으로 보여 피고인에 대한 충분한

처벌 효과가 있다고 판단되는 점, 기타 피고인의 연령, 성행, 가정환경, 직업 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 여러 가지 사정을 검토해 보면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 다소 무겁다고 인정되므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결 론

따라서, 피고인의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실 및 증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실 및 증거의 요지는 증거의 요지에 '당심 제4회 공판조서 중 증인 공소외 6의 진술기재, 당심 제7회 공판조서 중 증인 공소외 13의 진술기재, 당심 제10회, 11회 공판조서 중 증인 공소외 1의 각 진술기재, 증인 공소외 4의 법정진술'을 추가하는 이외에는 원심판결의 각 해당란에 기재된 바와 같으므로, 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당 법조

형법 제156조, 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 이전의 것) 제97조의5

2. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조

3. 집행유예

형법 제62조 제1항

재판장 판사 윤근수
판사 최욱진
판사 정정호

6. 교과서 편집 디자인의 응용미술저작물 해당 여부

[개요]

〈사실관계〉

(1) 신청인은 도서 디자인업자이고, 피신청인 주식회사 ○○교육은 교과서 등 학습도서를 출판하는 업체이다.

(2) 신청인은 피신청인과 별지 목록 기재 각 교과서에 관한 디자인용역계약을 체결하고 이 사건 교과서의 디자인에 관한 작업을 담당하였다.

(3) 그런데 피신청인들이 이 사건 교과서를 출판하면서 신청인이 아니라 피신청인 소속 직원들을 그 디자인자로 기재하자 신청인은 응용미술저작물인 교과서 디자인의 성명표시권을 침해하였다고 주장하였다.

〈판단요지〉

가. 응용미술저작물 해당 여부

신청인이 행한 이 사건 교과서 디자인이 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받기 위해서는, 적어도 ① 산업적 목적의 이용을 위한 '복제가능성'과, ② 당해 물품의 실용적.기능적 요소로부터의 '분리가능성'이라는 두 가지의 요건이 충족되어야 한다.

우선 이 사건 교과서는 그 성질상 각 학교의 학생들에게 배포할 목적으로 대량 생산되는 물품이라 할 것이므로, 앞에서 본 응용미술저작물의 요건 중 '복제가능성'은 쉽게 충족된다.

그러나 다른 요건인 '분리가능성'에 관하여 살펴보면, 〈중략〉 교과서

를 비롯한 학습도서는 원칙적으로 문자를 그 구성요소로 하고 있고 신청인의 작업 부분도 상당 부분 문자의 형태(서체, 크기 등)나 배치(줄 간격 등)와 관련되어 있는데, 이는 도서의 고유한 특성으로서 문자를 구성요소로 하지 않는 대부분의 물품에는 이를 그대로 적용할 수가 없으므로(문양이나 장식이 여러 물품에 실질적으로 동일한 형태로 구현될 수 있는 것과 대조된다), 이 점에서도 신청인의 작업물이 물품과의 '분리가능성'을 요건으로 하는 응용미술저작물에 해당한다고 보기 어렵다.

나. 성명표시권 침해 여부

신청인이 행한 디자인 작업 중 일부가 응용미술저작물로 평가될 여지가 있다 하더라도, 위 디자인용역계약에 피신청인이 신청인에게 디자인 수정이나 보완을 요구할 수 있도록 규정되어 있는 등 신청인의 작업 결과물은 당초부터 그 수정이 예정되어 있었고, 기록에 의하면 피신청인은 그 필요에 따라 자체 인력을 투입 하여 서체, 문자 크기, 줄 간격, 삽화의 스타일이나 배치, 색감, 지문 배열 방식 등 상당한 부분을 수정·대체한 결과, 이 사건 교과서 디자인은 신청인이 당초 피신청인에게 제공한 견본 디자인과 별개의 디자인으로 볼 수 있을 정도로 크게 변경된 사실을 인정할 수 있다.

〈중략〉 위와 같은 수정 작업 후에도 견본 디자인 구성의 전체적인 분위기는 크게 달라지지 않은 것으로 보인다. 그러나 이러한 전체적인 분위기 자체만으로는 회화, 조각, 공예와 같은 미술저작물로서의 독자적인 실체가 형성되어 있다고 볼 수 없고, 오히려 이는 도서의 편집 방향을 제시하는 아이디어의 영역에 속한다고 봄이 상당하여 위 양 디자인 사이에 실질적 동일성이 인정된다고 보기 어렵다.

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2010. 1. 13. 결정 2009카합3104
【저작권침해금지가처분】

신청인	김○○
	소송대리인 변호사 이용은
피신청인	1. 주식회사 ○○교육
	2. 주식회사 ○○○
피신청인들	소송대리인 법무법인 다래, 담당변호사 오승종, 박석민

주 문

1. 이 사건 신청을 기각한다.
2. 소송비용은 신청인이 부담한다.

신청취지

1. 피신청인들은 별지 목록 기재 각 교과서를 인쇄, 제본, 판매 및 배포하여서는 아니된다.

2. 피신청인들은 위 각 교과서의 완제품 및 반제품(위 각 교과서와 같은 내용으로서 아직 완성에 이르지 아니한 것), 그 출판을 위한 지형, 필름에 대한 피신청인들의 점유를 풀고, 이를 신청인이 위임하는 집행관에게 인도하라.

3. 집행관은 위 명령의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

4. 피신청인들은 각 제1항을 위반하는 경우 신청인에게 위반행위 1일당 1,000,000원씩을 지급하라.

이 유

1. 신청이유의 요지

신청인은 도서 디자인업자, 피신청인 주식회사 ○○교육(이하 '피신청인 ○○교육'이라한다)은 교과서 등 학습도서를 출판하는 업체이고, 피신청인 주식회사 ○○○는 인쇄업체이다.

신청인은 피신청인 ○○교육과 별지 목록 기재 각 교과서(이하 '이 사건 교과서'라 한다)에 관한 디자인용역계약을 체결하고 이 사건 교과서의 디자인에 관한 작업을 담당하였다. 이 사건 교과서 디자인은 저작권법이 정한 '응용미술저작물'에 해당하고, 신청인은 이에 관하여 성명표시권 등의 저작인격권을 보유하고 있다.

그런데 피신청인들은 이 사건 교과서를 출판하면서 신청인이 아니라 피신청인 ○○교육 소속 직원들을 그 디자인자로 기재하여 신청인의 성명표시권을 침해하였다.

2. 응용미술저작물 해당 여부

가. 해당 요건

저작권법 제4조 제1항 제4호는 저작물의 일종으로 응용미술저작물을 규정하고 있는데, 제2조 제15호는 이를 "디자인을 포함하여 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것"으로 정의하고 있다.

따라서 신청인이 행한 이 사건 교과서 디자인이 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받기 위해서는, 적어도 ① 산업적 목적의 이용을 위한 '복제가능성'과, ② 당해 물품의 실용적. 기능적 요소로부터의 '분리가능성'이라는 두 가지의 요건이 충족되어야 한다.

나. 분리가능성 유무

이 사건 교과서는 중, ○○학교 영어 또는 수학 교재로서 개별 단원별로 학습 과제 설명 및 문제 풀이 등으로 구성되어 있다. 신청인은 그 중에서 '교과서의 내용'에는 관여하지 않았으나 "서체의 모양, 크기 및 색채의 선택, 줄 간격의 조정, 여백의 정도, 그림 내지 사진의 변형 내지 배열, 배경의 색채 결정, 캐릭터나 기호의 사용" 등으로 교과서의 내용을 보다 시각적으로 표현할 수 있도록 구성하는 작업을 담당하였다고 주장하고 있다.

우선 이 사건 교과서는 그 성질상 각 학교의 학생들에게 배포할 목적으로 대량 생산되는 물품이라 할 것이므로, 앞에서 본 응용미술저작물의 요건 중 '복제가능성'은 쉽게 충족된다.

그러나 다른 요건인 '분리가능성'에 관하여 살펴보면, 이는 예를 들어 넥타이의 문양과 같이 당해 물품의 기능적 요소와는 구분되는 미적인 요소로서 그 독자성이 인정됨에 따라 그 자체로 얼마든지 다른 물품(의류, 가방 등)에도 적용될 수 있는 성질을 의미한다고 할 것인데(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결 참조), 신청인이 담당하였다는 이 사건 교과서의 편집이나 구성 등 형식적인 부분은 모두 그 내용(교과서 원고)의 존재를 전제로 이를 효과적으로 전달하기 위한 수단에 불과하므로, 문자, 그림의 형태나 배열 등의 형식적 요소 자체만으로는 하나의 미술저작물이라고 할 수 있을 정도의 독자적인 실체가 인정되지 않는다. 교과서를 비롯한 학습도서는 원칙적으로 문자를 그 구성요소로 하고 있고 신청인의 작업 부분도 상당 부분 문자의 형태(서체, 크기 등)

나 배치(줄 간격 등)와 관련되어 있는데, 이는 도서의 고유한 특성으로서 문자를 구성요소로 하지 않는 대부분의 물품에는 이를 그대로 적용할 수가 없으므로(문양이나 장식이 여러 물품에 실질적으로 동일한 형태로 구현될 수 있는 것과 대조된다), 이 점에서도 신청인의 작업물이 물품과의 '분리가능성'을 요건으로 하는 응용미술저작물에 해당한다고 보기 어렵다.

다만 이 사건 교과서의 편집 형식이나 구성의 저작물성이 부정되는 것과는 별개로, 신청인이 이 사건 교과서에 삽입한 그림 중 신청인이 직접 창작하여 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있는 것은 개별적으로 응용미술저작물로 인정될 여지도 있으나, 이에 대한 주장, 입증이 전혀 없을 뿐만 아니라 기록상 삽화 작업은 위 디자인용역계약의 내용에 포함되지도 않았으므로, 이 사건 교과서 디자인 중 개별적으로 응용미술저작권에 해당하는 부분이 있다고도 보기 어렵다.

3. 성명표시권 침해 여부

가사 신청인이 행한 디자인 작업 중 일부가 응용미술저작물로 평가될 여지가 있다 하더라도, 위 디자인용역계약에 피신청인 ○○교육이 신청인에게 디자인 수정이나 보완을 요구할 수 있도록 규정되어 있는 등 신청인의 작업 결과물은 당초부터 그 수정이 예정되어 있었고, 기록에 의하면 피신청인 ○○교육은 그 필요에 따라 자체 인력을 투입 하여 서체, 문자 크기, 줄 간격, 삽화의 스타일이나 배치, 색감, 지문 배열 방식 등 상당한 부분을 수정. 대체한 결과, 이 사건 교과서 디자인은 신청인이 당초 피신청인 ○○교육에 제공한 견본 디자인과 별개의 디자인으로 볼 수 있을 정도로 크게 변경된 사실을 인정할 수 있다.

물론 피신청인 ○○교육의 작업은 신청인으로부터 제공받은 견본 디자인을 기초로 한 것이어서 위와 같은 수정 작업 후에도 견본 디자인 구성의 전체적인 분위기는 크게 달라지지 않은 것으로 보인다. 그러나

이러한 전체적인 분위기 자체만으로는 회화, 조각, 공예와 같은 미술저작물로서의 독자적인 실체가 형성되어 있다고 볼 수 없고, 오히려 이는 도서의 편집 방향을 제시하는 아이디어의 영역에 속한다고 봄이 상당하여 위 양 디자인 사이에 실질적 동일성이 인정된다고 보기 어렵다. 그렇다면 신청인은 이 사건 교과서 디자인에 대하여 성명표시권 등의 저작인격권을 보유하고 있다고 할 수 없으므로, 이 사건 신청은 피보전권리가 인정되지 아니한다.

4. 보전의 필요성

신청인은 이 사건 신청으로 피신청인들에 대하여 이 사건 교과서의 제작. 판매의 금지를 구하고 있다. 이러한 가처분이 발령되어 집행되는 경우 신청인은 실질적으로 본안소송에서 승소한 것과 같이 권리에 대한 종국적인 만족을 얻게 되므로, 이러한 가처분이 인용되려면 임시의 지위를 정하는 일반적인 가처분의 경우에 비해 보전의 필요성에 대하여 훨씬 분명하고 강한 정도의 소명이 있어야 하고, 그러한 사정이 없다면 그 권리의 실현은 본안판결에 기한 강제집행에 의하여야 할 것이다.

신청인은 이 사건 교과서에 신청인이 디자인자로 표시되지 않아 도서디자인 업계에서 신용이 하락하는 등의 손해를 입고 있다고 주장하나, 신청인의 주장에 의하더라도 이 사건 교과서는 2009. 3.경부터 시중에 배포되어 신청인의 성명이 표시되지 않은 사실이 이미 업계에 널리 알려진 상태라는 것이므로 단순히 추가 배포를 막는다고 하여 신청인의 신용 회복에 실질적인 도움이 될 것으로는 보이지 않는다. 반면에 일단 가처분이 허용되면 피신청인들은 그 영업에 심각한 타격을 입을 수밖에 없을 뿐만 아니라 이 사건 교과서의 선택을 전제로 수업을 준비해 온 학교나 학생에도 큰 혼란을 초래할 우려가 있는 점 등을 종합하면, 본안소송이 아닌 가처분으로 시급하게 이 사건 교과서의 배포금지를 구할 보전의 필요성에 대한 충분한 소명이 있다고 보기 어렵다.

5. 결론

따라서 이 사건 신청은 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

재판장 판사 박병대
판사 유아람
판사 조은경

7. 컴퓨터프로그램의 업무상저작물 성립 요건인 '법인 등의 기획'의 의미

[개요]

원고는 보안장비 및 소프트웨어의 개발, 판매를 업으로 하는 회사로서, 프로그램 개발을 위해 피고를 고용하였다. 피고가 퇴사하자 원고는 해당 프로그램은 원고의 개발 지시에 따른 것으로서 (구) 프로그램보호법 제5조의 업무상 창작한 프로그램에 해당하여 원고에게 저작권이 귀속되는 바, 피고가 이를 자신의 영업 등에 이용하려 하는 등 원고의 저작권을 침해할 우려가 있다며 피고의 프로그램 사용 금지를 구하였으나, 법원은 이를 기각하였다.

법원은 그 이유로, 저작권법 또는 (구) 컴퓨터프로그램보호법 제5조에 따라 법인 등이 저작권을 귀속하게 되는 규정은 어디까지나 원칙적으로 창작자가 저작자로 보는 저작권법의 대원칙에 대한 예외규정에 해당하는 만큼 가급적 제한적으로 해석해야 할 필요가 있고, 더구나 저작권법과 달리 프로그램보호법이 "법인 명의로 공표될"것을 요건으로 하지 않는 것은 미공표 프로그램 즉, 개발진행 중인 프로그램도 법인 등에게 저작권이 귀속되도록 하기 위한 것이므로 (구) 프로그램보호법 제5조에 따른 "법인 등 사용자의 기획"은 저작권법보다 더 제한적으로 해석해야 할 필요성이 있다고 하였다.

결국 (구) 컴퓨터프로그램 보호법 제5조의 "법인 등의 기획"을 해석함에 있어서도, 법인 등은 명시적 또는 묵시적인 방법을 통해 프로그램 기획에 대한 지시를 업무에 종사하는 자에 대하여 할 수 있지만, 묵시적인 법인의 기획을 인정하기 위해서는 법인 등의 의사가 명시적으로 현출된 경우와 동일시할 수 있을 정도로 그 의사를 추단할 만한 사정이 있어야 한다는 것이다.

그런데, 본 사안에서 원고가 피고에게 프로그램의 기획에 대하여 지시하였다고 인정할 만한 어떠한 내부문서뿐만 아니라 제작 과정에 관여한 자료도 제출하지 못하였고, 오히려 피고는 원고회사에 입사할 때 근로계약서나 영업비밀 침해금지 각서를 작성하지 않았다. 또한 일반 직원들이 업무관리를 위해 작성·제출하는 "MBO(Management by Objectives; 목표관리)"도 제출한 적이 없고, 출퇴근도 자유롭게 하는 등 일반 근로자와 다르게 근무하였고, 회사의 종업원 중 당해 프로그램을 개발할 수 있는 자는 피고뿐인 점 및 피고는 원고회사에 입사하기 이전부터 이 사건의 프로그램 개발을 시작한 사실 등에 비추어 볼 때 피고는 원고회사로부터 프로그램의 개발을 지시받지 아니한 채 개인적으로 프로그램을 창작하였다고 추정되므로, 프로그램이 업무상 창작한 프로그램으로서 그 저작권이 원고회사에게 있다는 원고회사의 이 부분 주장은 이유 없다고 판단한 원심을 확정하였다.

■■■■■■■■■■

대법원 2010. 1. 14. 판결 2007다61168【영업비밀침해행위금지등】

원고, 상고인	원고 주식회사 (소송대리인 법무법인 다래외 1인)
피고, 피상고인	피고 (소송대리인 법무법인 원 담당변호사 황규민외 3인)
원심판결	서울고법 2007. 7. 18. 선고 2006나58921 판결

주 문

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

1. 제1점 및 제2점 중 원심 판시 제2의 가항 프로그램의 저작자가 원고라는 주장에 대하여

구 컴퓨터프로그램 보호법 (2009. 4. 22. 법률 제9625호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제5조는 "국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서 "법인 등"이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다"라고 규정하고 있는바, 여기서 '법인 등의 기획'이라 함은 법인 등이 일정한 의도에 기초하여 컴퓨터프로그램저작물(이하 '프로그램'이라 한다)의 작성을 구상하고, 그 구체적인 제작을 업무에 종사하는 자에게 명하는 것을 말하는 것으로, 명시적은 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이기는 하지만, 묵시적인 기획이 있었다고 하기 위하여는 위 법규정이 실제로 프로그램을 창작한 자를 프로그램저작자로 하는 같은 법 제2조 제2호의 예외규정인 만큼 법인 등의 의사가 명시적으로 현출된 경우와 동일시할 수 있을 정도로 그 의사를 추단할 만한 사정이 있는 경우에 한정된다고 봄이 상당하다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 비록 원심 판시 제2의 가항 프로그램의 개발 당시 그 개발자인 피고가 원고의 업무에 종사하고 있었다 하더라도, 원심 채택증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들만으로는 위 프로그램의 창작에 관하여 원고의 명시적이거나 묵시적인 기획이 있었다고 보기 어렵다고 할 것이다.

같은 취지에서 원고를 위 프로그램의 저작자로 볼 수 없다고 한 원심

의 판단은 정당하다.

이 부분 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조에서 정한 '법인 등의 기획'의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 부분 상고이유 중 나머지 주장의 취지는 결국 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 잘못이 있다는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 제2점 중 나머지 주장에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 그 판시 사실들만으로는 원심 판시 제1항 각 프로그램이 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 정보라고 보기에 부족하여 위 각 프로그램은 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 (2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호에 정한 원고의 영업비밀에 해당하지 않고, 또한 피고가 원고 회사를 퇴직한 이후에도 위 각 프로그램을 저장매체에 저장하여 보관·관리하면서 원고의 프로그램저작권을 침해하거나 침해할 우려가 있다고 인정하기에도 부족하며, 한편 제2의 가항 프로그램은 원고가 보유·관리한 정보라고 인정하기에 부족하여 원고의 영업비밀에 해당하지 않고, 제2의 나항 내지 바항 각 프로그램은 피고가 이를 개발하였음을 인정할 증거가 없어, 위 각 프로그램이 피고가 업무상 창작한 프로그램으로서 원고가 그 프로그램저작자라거나 원고의 영업비밀에 해당한다고 볼 수 없다는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

이 부분 상고이유의 취지는 결국 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 잘못이 있다거나 원심이 인정한 사

실과 다른 사실을 전제로 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 제3점에 대하여

무릇 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 불명료 또는 불완전하거나 모순이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하여야 하나(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다11055 판결 등 참조), 상고이유에서 원심이 석명권을 행사하였어야 한다고 주장하는 사항들은 위와 같이 석명권을 행사하여야 할 경우에 해당하지 아니하므로, 원심이 그러한 사항들에 대하여 석명권을 행사하지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 양창수
대법관 양승태
주 심 대법관 김지형
대법관 전수안

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2007. 7. 18. 판결 2006나58921
【영업비밀침해행위금지등】

원고, 항소인	원고 주식회사 (소송대리인 법무법인 다래 담당 변호사 박석민외 1인)
피고, 피항소인	피고 (소송대리인 변호사 이수완외 1인)
제1심판결	서울중앙지방법원 2006. 6. 7. 선고 2005가합85981 판결
변론종결	2007. 6. 13.
판결선고	2007. 7. 18.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

원심판결을 취소하고, 피고는 별지 기재 각 프로그램을 사용하거나 제3자에게 누설·제공·공개하여서는 아니 되고, 피고는 엠펙4 및 에이치.264(이하 H.264라고 한다) 기술표준에 기반을 둔 동영상 처리 소프트웨어의 개발·제조·판매 및 그 보조업무에 종사하여서는 아니 되며, 피고는 원고에게 별지 기재 각 프로그램을 인도하라는 판결.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제6호증, 갑 제7호증의 1 내지 23, 갑 제9호증, 을 제3호증의 1의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이를 인정할 수 있고, 반증이 없다.

원고회사는 보안장비 및 소프트웨어의 개발, 판매를 목적으로 설립된 회사로서, 2003. 2. 17.경 티아이 디에스피용 엠펙4 코덱[1] (별지 제1의 가.항 기재 프로그램, 이하 '제1의 가.항 프로그램'이라 한다)의 저작권자인 소외 7 주식회사로부터 피고가 소외 7 주식회사에 재직하면서 개발에 참여한 위 프로그램을 양수한 다음, 위 프로그램을 원고회사의 디브이알(DVR, Digital Video Recorder) 시스템에 사용하

기 위한 티아이 디에스피용 엠펙4 어플리케이션 프로그램[2] (application

---

1) ○ 티아이(TI, Texas Instrument)는 반도체, 센서, 제어부품 등의 제품을 생산하는 다국적 기업이다. ○ 디에스피(Digital Signal Processor)는 디지털 연산에 의해 신호 처리를 하는 하나의 집적회로 칩으로 된 마이크로프로세서를 말한다. ○ MPEG(Moving Picture Experts Group)은 시간에 따라 연속적으로 변화하는 동영상 압축과 코드 표현을 통해 정보의 전송이 이루어질 수 있도록 연구하는 단체를 뜻하거나 위 단체에서 제정한 동영상압축표준을 총칭한다. 엠펙4는 위 단체에서 제정한 동영상압축표준의 하나이다. ○ 코덱(CODEC)이란 음성 또는 영상 신호를 디지털 신호로 변화하여 압축하는 엔코더(Encoder)와 그 반대로 변환시켜 복원하는 디코더(Decoder)의 기능을 함께 하는 소프트웨어를 말한다.

2) 어플리케이션 프로그램은 응용프로그램이라고도 하는데, 사용자로 하여금 또는 다른 어플리케이션 프로그램으로 하여금 특정한 기능을 직접 수행할 수 있도록 설계된 프로그램을 말한다. 어플리케이션 프로그램의 예로는 워드프로세서, 데이터베이스 프로그램, 이미지 편집 프로그램 등이 있다. 코덱 어플리케이션 프로그램은 운영체제와 코덱 사이에 데이터 통신을 가능하게 하고 코덱을 기반으로 한 디브이알, 네트워크 카메라 등의 완제품을 사용하는 사용자들에게 사용상 편의를 제공하는 소프트웨어로서 디브이알의 경우 비디오플레이어처럼 되감기, 빨리 감기, 정지 영상, 화면분할 디스플레이 및 네트워크 기능, 하드디스크 저장 기능 등 디브이알 시스템의 화면제어, 화면상 글자삽입 등의 기능을 수행하는 프로그램이다.

program, 별지 제1의 나.항 기재 프로그램, 이하 '제1의 나.항 프로그램'이라 한다) 등의 개발을 위해 2003. 6.경 피고와 계약기간을 1년으로 하는 고용계약을 체결하였다. 피고는 2003. 6. 17. 원고회사에 입사하였고, 그 후 계약기간을 1년 연장하여, 2005. 6.경 원고회사에서 퇴직하였다.

2. 별지 제1항 기재 각 프로그램에 관한 청구에 대한 판단

가. 당사자들 주장의 취지

(1) 원고회사의 주장

(가) 원고회사는 제1의 가.항 프로그램의 저작권자인 소외 7 주식회사로부터 위 프로그램의 저작권을 양수하였으므로 제1의 가.항 프로그램의 저작권자이고, 또한 별지 제1의 나.항 내지 바.항 기재 각 프로그램(이하 '제1의 나.항 내지 바.항 각 프로그램'이라 한다)은 원고회사의 기획 하에 원고회사의 종업원이 창작하였으므로, 별지 제1항 기재 각 프로그램(이하 '제1항 각 프로그램'이라 한다)은 컴퓨터프로그램보호법 제5조 소정의 업무상 창작한 프로그램으로서 그 저작권은 원고에게 있다.

(나) 또한, 제1항 각 프로그램은 원고회사가 무인감시용 동영상녹화장비에 사용되는 프로그램 중 비교적 우수한 성능을 가진 것으로 평가되고 있고, 원고회사가 소외 7 주식회사로부터 제1의 가.항 프로그램을 양수할 당시 소외 7 주식회사와 소외 7 주식회사에게 위 프로그램에 관하여 비밀유지의무를 부과하는 약정을 하는 등 원고회사는 위 각 프로그램을 원고회사의 비밀로서 관리하고 있으므로, 위 각 프로그램은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 소정의 영업비밀에 해당한다.

(다) 피고는 원고회사에 재직하면서 제1항 각 프로그램의 개발에 관여하면서 위 각 프로그램을 취득하였는데, 원고회사를 퇴직한 이후에도 제1항 각 프로그램을 저장매체에 저장하여 보관·관리하면서 원고회사

에게 위 각 프로그램의 매수를 제의하는 등 위 각 프로그램을 자신의 영업에 사용하거나 제3자에게 누설하여 원고회사의 저작권 및 영업비밀을 침해할 우려가 있다.

(라) 따라서, 피고는 제1항 각 프로그램을 사용하거나 제3자에게 누설·제공·공개하여서는 아니되고, 엠펙4 기술표준에 기반을 둔 동영상 처리 소프트웨어의 개발·제조·판매 및 그 보조업무에 종사하여서는 아니 되며, 원고에게 위 각 프로그램이 저장되어 있는 저장매체를 인도할 의무가 있다.

(2) 피고의 주장

(가) 원고회사는 제1항 각 프로그램을 비밀로 관리하고 있지 아니하였으므로, 위 프로그램은 영업비밀에 해당하지 아니한다.

(나) 피고는 제1항 각 프로그램 중 별지 제1의 나.항 및 다.항 기재 각 프로그램(이하 '제1의 나.항 및 다.항 각 프로그램'이라 한다)의 개발을 완료한 후 위 각 프로그램을 원고회사 직원들에게 모두 이전하였고, 나머지 각 프로그램의 개발에 직접 관여하지 아니하여, 제1항 각 프로그램을 개인적으로 소지하고 있지 아니하며, 또한 피고가 원고회사에게 제1항 각 프로그램의 매수를 제의한 사실이 없으므로, 피고가 원고회사의 제1항 각 프로그램의 저작권 및 영업비밀을 침해할 우려가 있다고 할 수 없다.

(다) 따라서, 피고가 원고회사의 제1항 각 프로그램의 저작권 및 영업비밀을 침해할 우려가 있다는 원고회사의 주장 및 이를 전제로 한 원고회사의 위 청구는 모두 이유없다.

나. 원고회사가 위 각 프로그램의 저작권자인지 여부에 관한 판단

(1) 원고회사가 제1의 가.항 프로그램의 저작권자인지 여부

원고회사가 위 프로그램의 저작권자인 소외 7 주식회사로부터 위 프로

그램의 저작권을 양수한 사실은 위 기초사실에서 본 바와 같으므로, 원고회사는 위 프로그램의 저작권자이다.

(2) 원고회사가 제1의 나.항 내지 바.항 각 프로그램의 저작권자인지 여부

국가·법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등이 당해 프로그램의 저작자가 된다고 할 것인바, 위 기초사실 및 갑 제6, 7, 9, 13, 14호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고회사는 원고회사의 연구원인 피고로 하여금 제1의 나.항 및 다.항 각 프로그램을 개발하게 하고, 원고회사의 연구원인 소외 1, 2로 하여금 별지 제1의 라.항 내지 바.항 기재 각 프로그램을 개발하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 제1의 나.항 내지 바.항 각 프로그램은 컴퓨터프로그램보호법 제5조 소정의 업무상 창작한 프로그램이라고 추인할 수 있으므로, 원고회사는 위 각 프로그램의 저작권자이다.

다. 제1항 각 프로그램이 원고회사의 영업비밀인지 여부

(1) 부정경쟁방지법 소정의 "영업비밀"이란 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된, 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다고 할 것인바, 갑 제6호증, 갑 제7호증의 1 내지 18, 갑 제9호증, 을 제3호증의 1의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고회사는 제1의 가.항 프로그램을 1억 원에 양수하였고, 피고에게 2003. 6.경부터 2005. 6.경까지 2억 원을 지급하고서 제1의 나.항 및 다.항 각 프로그램을 개발한 사실, 원고회사가 제1의 가.항 프로그램을 양수한 후 제1항 각 프로그램이 사용된 디브이알 시스템을 출시하기까지 약 2년이 걸린 사실, 제1항 각 프로그램은 무인감시용 동영상 녹화장비에 사용되는 프로그램

중 비교적 우수한 성능을 가진 것으로 평가되고 있는 사실 등을 인정할 수 있으므로, 제1항 각 프로그램은 독립된 경제적 가치를 가지는 정보라고 추인할 수 있으나, 나아가 원고회사가 제1항 각 프로그램을 상당한 노력에 의하여 비밀로서 관리하고 있는지 여부에 대하여 살펴보면, 갑 제9호증의 기재에 의하면, 원고회사는 2003. 2. 17.경 소외 7 주식회사로부터 제1의 가.항 프로그램을 양수하면서 소외 7 주식회사와 ' 소외 7 주식회사는 원고회사의 사전승인 없이는 제1의 가.항 프로그램에 관한 자료 및 아이디어를 제3자에게 누설해서는 아니 되고, 제3자를 위하여 동일한 내용의 연구 개발을 수행해서는 아니 되며, 소외 7 주식회사가 이를 위반할 경우 계약금액의 3배를 즉시 배상한다'는 내용의 약정을 한 사실은 인정되나, 위 약정에 의하여 비밀유지의무를 부담하는 자는 소외 7 주식회사일 뿐이고 원고회사가 피고를 포함한 원고회사의 종업원에게 위 각 프로그램에 관한 비밀유지의무를 부과하는 등 위 각 프로그램을 비밀로 유지·관리하고 있다는 점을 인정할 만한 다른 증거가 없는 점에 비추어, 위 인정사실만으로는 원고회사가 제1항 각 프로그램을 상당한 노력에 의하여 비밀로서 관리하고 있다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고회사의 이 부분 주장은 이유없다.

(2) 따라서, 제1항 각 프로그램이 영업비밀에 해당함을 전제로 한 원고회사의 영업비밀침해금지 청구는 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요없이 이유없다.

라. 피고가 제1항 각 프로그램 저작권을 침해할 우려가 있는지 여부

갑 제8, 13, 14, 35호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2004. 11.경까지 제1항 각 프로그램의 개발에 관여한 사실, 피고는 2004. 12.경부터 2005. 6.경 원고회사를 퇴사할 때까지 일주일에 한 번 정도 출근하고 나머지는 재택근무를 한 사실, 피고는 원고회사에

게 H.264 코덱[3] (별지 제2의 가.항 기재 프로그램) 및 이와 관련된 프로그램을 판매하려고 한 사실은 인정되나, 위 인정사실과 갑 제80호증, 갑 제81, 82호증의 각 1, 2의 각 기재만으로는 피고가 원고회사를 퇴직한 이후에도 제1항 각 프로그램을 저장매체에 저장하여 보관·관리하면서 저작권자인 원고회사의 제1항 각 프로그램을 복제, 배포 등 저작권을 침해하거나 침해할 우려가 있다고 인정하기 부족하고, 달리 피고가 원고회사의 제1항 각 프로그램의 저작권을 침해할 우려가 있다고 인정할 증거가 없으므로, 원고회사의 이 부분 주장은 이유없다.

마. 소결론

따라서, 피고가 원고회사의 제1항 각 프로그램에 관한 저작권 및 영업비밀을 침해할 우려가 있음을 전제로 한 원고회사의 위 청구는 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요없이 이유없다.

3. 별지 제2항 기재 각 프로그램에 관한 청구에 대한 판단

가. 당사자들 주장의 취지

(1) 원고회사의 주장

(가) 원고회사의 수석연구원인 소외 3이 2004. 3.경 원고회사의 연구원인 피고에게 티아이 디에스피용 H.264 코덱(별지 제2의 가.항 기재 프로그램, 이하 '제2의 가.항 프로그램'이라 한다)의 개발을 지시하였고,

3) H.264는, 동영상압축방식의 하나로서 국제표준화기구(ISO) 산하 동화상 전문가 그룹(Moving Picture Experts Group)과 국제전기통신연합(ITU) 산하 비디오 코딩 전문가 그룹(Video Coding Experts Group)이 공동으로 구성한 조인트 비디오 팀(JVT, Joint Video Team)이 수립, 발표하였다.

원고회사의 대표이사가 2004. 4.경 피고에게 재차 제2의 가.항 프로그램의 개발을 지시하면서, 피고와 연봉을 1억 원으로 정하여 고용계약을 1년간 연장하는 약정을 하였으며, 피고는 위 지시에 따라 제2의 가.항 프로그램을 비롯한 별지 제2항 기재 각 프로그램(이하 '제2항 각 프로그램'이라 한다)을 개발하였으므로, 피고가 창작한 위 각 프로그램은 업무상 창작한 프로그램으로서 원고회사가 위 각 프로그램의 저작권자이다.

(나) 또한, 제2항 각 프로그램은 원고회사가 비밀로 관리하고 있어 공연히 알려지지 아니하였고, 무인감시용 동영상 녹화장비업체들이 경쟁적으로 개발하고자 하는 것으로서 경제적 가치를 지니고 있으므로, 위 각 프로그램은 부정경쟁방지법에서 규정한 영업비밀에 해당한다.

(다) 피고는 원고회사를 퇴직한 이후에도 제2항 각 프로그램을 저장매체에 저장하여 보관·관리하면서 위 각 프로그램을 판매하려 하는 등 위 각 프로그램을 자신의 영업에 사용하거나 제3자에게 누설하여 원고회사의 저작권 및 영업비밀을 침해할 우려가 있다.

(라) 따라서, 피고는 제2항 각 프로그램을 사용하거나 제3자에게 누설·제공·공개하여서는 아니 되고, H.264 기술표준에 기반을 둔 동영상 처리 소프트웨어의 개발·제조·판매 및 그 보조업무에 종사하여서는 아니 되며, 원고에게 제2항 각 프로그램이 저장되어 있는 저장매체를 인도할 의무가 있다.

(2) 피고의 주장

(가) 피고는, 원고회사로부터 제2의 가.항 프로그램 개발을 지시받은 사실이 없고, 원고회사가 제1의 나.항 및 다.항 각 프로그램의 개선 및 안정화 작업을 완료하여 줄 것과 피고가 추후 제2의 가.항 프로그램을 개발하면 원고회사가 이를 매수하게 해달라는 요청을 하면서 고용계약을 1년간 연장할 것을 제의하여 이에 응하여 원고회사와 고용계약을 1년간 연장하는 약정을 하였으며, 원고회사에 입사하기 전부터 개인적으

로 위 프로그램을 개발하여 왔으므로, 위 프로그램의 저작권이 원고회사에게 있지 않고, 위 프로그램이 원고회사의 영업비밀이 아니며, 또한 피고가 별지 제2의 나.항 내지 바.항 기재 각 프로그램(이하 '제2의 나.항 내지 바.항 각 프로그램'이라 한다)을 창작한 사실이 없다.

(나) 원고회사가 항소심에서 제출한 증거들은 모두 실기한 공격방법에 해당하여 증거로 삼을 수 없다.

(다) 따라서, 제2항 각 프로그램의 저작권이 원고회사에게 있고, 위 각 프로그램이 원고회사의 영업비밀이라는 원고회사의 주장 및 이를 전제로 한 원고회사의 청구는 이유없다.

나. 판단

(1) 원고회사가 제2항 각 프로그램의 저작권자인지 여부에 관한 판단

(가) 제2의 가.항 프로그램에 관한 판단

무릇 저작물은 인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물이므로 저작자는 원래 창작자, 그중에서도 실제로 정신적 창작활동을 하는 자연인만이 될 수 있다는 것이 기본 원칙이나, 자본가인 법인이 그 조직이나 피용자를 이용하여 저작물을 창작하는 경우가 빈번하여 이들 사이의 저작물의 귀속관계를 정하기 위하여 저작권법 제9조는 "법인 등의 명의로 공표되는 업무상 저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다."라고, 컴퓨터프로그램보호법 제5조는 "법인·단체 기타 사용자의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다."라고 각 규정하고 있는바, 저작권법 제9조나 컴퓨터프로그램보호법 제5조는 창작자를 저작자로 하는 저작권법의 대원칙에 대한 예외규정으로서 "법인 등 사용자의 기획"의 의미를 가급적 제한적으로 해석하여야 하는데다가, 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법과 마찬가지로 "법인 등의 명의로 공표

된 것"을 요건으로 하고 있었다가 1994년 법 개정을 통하여 위 요건을 삭제하게 되었는데, 이는 미공표 프로그램 즉, 개발진행 중인 프로그램도 법인 등에게 저작권이 귀속되도록 하기 위한 것이므로, 저작권법보다 더 제한적으로 해석해야 할 필요성이 있는 등 이러한 점을 고려하면, "법인 등 사용자의 기획"은 법인 등 사용자가 일정한 의도에 기초하여 저작물의 작성을 구상하고, 그 구체적인 제작을 피용자에게 명하거나, 각 제작 과정을 검토, 점검하여 제작 과정에 구체적으로 관여하는 것을 말하는 것으로, 사용자가 법인이나 단체인 경우 법인이나 단체 스스로의 기획이란 실제로 상정하기 어려우므로 법인의 의사결정기관인 주주총회 또는 이사회, 집행기관인 대표이사 등이 기획하는 경우는 물론, 피용자에 대하여 지휘·감독의 권한을 갖는 상사의 기획이나 동료들 사이의 의견교환의 결과 확정된 기획도 포함하여야 할 것이나, 이러한 경우의 기획은 단순한 아이디어가 아니라 사용자인 법인의 명시적 의사가 현출되거나 이에 상응하는 정도로 이러한 의사가 명백히 추단할 수 있어야 한다고 봄이 상당하다.

돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원고회사는 보안장비 및 소프트웨어의 개발, 판매를 업으로 하는 회사라는 것은 앞서 본 바와 같은데, 이러한 회사로서는 프로그램의 개발이 회사의 시장 경쟁에 있어서 사활이 걸린 문제이고, 동영상 압축 코덱의 기술발전으로 보아 제1항의 엠펙4(MPEG4) 코덱에서 제2항의 H.264 코덱으로 나아가고 있는 상황이었으므로 원고회사로서는 이러한 기술의 발전에 따른 상응한 기술개발에 대한 기획을 하고 이를 지시하여 프로그램을 개발하도록 하였어야 함에도 불구하고, 원고회사는 제2의 가.항 프로그램 기획과 관련한 어떠한 내부문서뿐만 아니라 제작 과정에 관여한 자료도 제출하지 못하고 있어 업무상 저작물에 있어서 사용자인 법인의 명시적 의사가 현출되었다고 볼 수 없고, 다음으로 위와 같은 명시적 의사에 상응하는 정도로 이러한 의사가 명백히 추단할 수 있는지에 관하여 보건대, 위 소외 3이 2004. 3.경, 원고회사의 대표이사가 2004. 4.경 각 피고에게 제2의 가.항 프로그램의 개발을 지시하였다는 원고회사의 주장에 부합하는 듯한 갑 제13, 15, 28, 35, 88호증의 각 기재와 당심 증인 소외

3의 증언은 믿기 어렵고, 갑 제7호증의 1 내지 23, 갑 제53호증, 갑 제62호증의 1 내지 3, 갑 제76호증, 갑 제77, 78호증의 각 1, 2, 갑 제80호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 위 소외 3은 2003. 11. 28. 소외 7 주식회사의 사장인 소외 4로부터 피고에게 전달하여 달라며 H.264 코덱 소스코드를 이메일로 전달받았고, 그 후 2004. 2.경 피고에게 위 소스코드가 들어 있는 CD를 건네주었으며, 피고가 원고회사에서 사용하던 PC를 분석하면 2004. 4.경부터 엠펙4(MPEG4) 파일의 수정작업은 점차로 줄어들었고, H.264 파일의 수정작업이 증가하였으며, 2004. 8. 20. 피고가 개발하던 H.264 코덱 관련 DVR.H 파일 속의 레지스터 설정에 나타난 " ○○" 및 " △△"은 원고회사에서 제공한 16채널 보드에 꽂히는 엔코딩 보드에서만 등장하는 칩으로 피고가 원고회사에서 제공한 16채널 보드를 이용하여 TI DSP 원포팅을 하였고, 2005. 초경 제작된 DVR 제품 브로셔에 "H.264"와 "MPEG4"가 모두 포함되어 있었으며, 2005. 2. 28. " ㅁㅁ"이라는 제목으로 위 소외 3이 영업부장인 소외 5에게 보낸 이메일에 멀티코덱으로 "H.264"와 "MPEG4"를 동시에 지원하는 것으로 명시하였고, 2005. 3. 7. 위 소외 3과 영업부 소외 16 간의 이메일에서 " ㅁㅁ"에 사용될 판넬 문구를 " ◎◎"로 수정하라는 내용과 "H.264 codec이 올라갈 수 있는 시점을 6-7월로 보고 있는데, 그때 다시 검토해야 합니다."라는 내용을 포함하고 있으며, 피고의 급여는 고용계약 2년차부터인 2004. 7.부터는 1년차 월 지급액인 508만 원에서 841만 3천 원으로 대폭 인상되었고, 2004. 12.경부터는 일주일에 하루만 원고회사에 출근하는 재택근무까지 허락받은 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실과 갑 제3호증, 갑 제6호증, 갑 제7호증의 1 내지 23, 갑 제12호증, 갑 제14 내지 23, 갑 27호증, 갑 제34호증의 1 내지 6, 갑 제49호증의 1 내지 5, 갑 제51호증, 갑 제54호증의 1, 2, 갑 제55, 56, 59호증, 갑 제61, 62호증의 각 1 내지 3, 갑 제64호증의 1 내지 5, 갑 제65, 72, 73호증, 갑 제75호증의 1, 2의 각 기재 또는 영상만으로는 원고회사가 피고에게 제2의 가.항 프로그램의 개발을 기획·지시하였다고 명백히 추단하기에 다소 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 갑 제8호증, 갑 제29호증의 1, 2, 갑 제41호증, 을 제1호증, 을 제3호증의 1, 48, 61, 98 내지 101, 112, 113, 114, 을 제4호증의

1 내지 6, 을 제5호증의 1 내지 17, 을 제6호증의 1 내지 7, 을 제7호증의 1, 2, 을 제11호증의 1 내지 3, 을 제14호증, 을 제20호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고는 원고회사에 입사할 때 근로계약서나 영업비밀 침해금지 각서를 작성하지 않았고, 원고회사가 직원들에게 업무관리를 위하여 작성·제출하도록 요구하는 "MBO(Management by Objectives; 목표관리)"도 제출한 적이 없었고, 2004. 12.경부터 출퇴근도 자유롭게 하는 등 원고회사의 일반 근로자와는 다르게 근무하였던 사실, ② 원고회사의 종업원 중 제2항 각 프로그램을 개발할 수 있는 자는 피고뿐이고, 피고는 2004. 8. 이후에도 16채널 DVR에 과부하가 걸려 동영상이 전부 녹화되지 않는 문제를 해결하거나, 4채널 DVR의 코덱 통합작업을 수행하는 등 엠펙4(MPEG[4] 코덱에 관련된 업무를 수행하여 온 사실, ③ 피고는 원고회사에 입사하기 이전인 2003. 4.경 소외 8 주식회사의 직원으로부터 제2의 가.항 프로그램 개발에 필요한 H.264 오리지널 소스코드4) 및 다큐멘트를 취득하여 제2의 가.항 프로그램 개발을 시작한 사실, ④ 피고는 2003. 상반기부터 개인적으로 친분이 있는 ◆◆대학교 전자정보공학부 교수 소외 6과 H.264 코덱 개발에 관한 상의를 하여 왔고, 2003. 8. 중순경 1주일간, 2004. 11. 말경 5일간, 2005. 7. 말경 10일간, 그 외 5회에 걸쳐 3일 이하의 기간 각 소외 6으로부터 엔브이디케이(NVDK)[5]와 제이티에이지 에뮬레이터(JTAG emulator)[6]를 대여 받아 제2의 가.항 프로그램 개발에 사용한 사실, ⑤ H.264 코덱에 사용할 DSP칩의 분석은 당해 칩의 성능이나 구조를 단순히 살피고 그 내용을 숙지하는 데 그치는 것이 아니라, 개발하려는 특정한 코덱의 종류, 성능 등을 고려하여 칩의 특성 및 성능을 분석·검토하고 향후

4) H.264 오리지널 소스코드란, 동영상 압축표준인 H.264를 수립, 발표한 조인트 비디오 팀에서 개발하여 공개, 배포한 동영상 압축프로그램의 소스코드로서, H.264 동영상 압축표준의 기술규격을 충족시키면서 동영상을 인코딩(encoding) 및 디코딩(decoding)할 수 있도록 C언어로 짜인 컴퓨터 프로그램의 명령문들로 구성된 텍스트 파일을 의미한다.

5) 티아이의 파트너 회사에서 개발한 티아이 디에스피 칩 개발자 보드이다.

6) 엔브이디케이의 오류수정작업을 쉽게 하는 장비이다.

최적의 코덱을 개발하기 위해 필요한 정보를 수집·분석하고 개발방향을 정하는 과정으로 상당한 시간이 소요되는데, 원고회사가 피고에게 제2의 가.항 프로그램의 개발을 지시하면서 H.264 오리지널 소스코드를 건네주었다고 주장하는 2004. 3.경부터 불과 6개여 월만인 2004. 9.경 제1의 나.항 및 다.항 각 프로그램 개발 작업을 하고 있던 피고가 제2의 가.항 프로그램을 시연한 사실, ⑥ 피고는 10년 이상 프로그램 개발 업무에 종사하여 온 자로서 업무상 창작한 프로그램의 귀속에 대한 법규정을 소상히 알고 있는데도, 원고회사가 2005. 5. 16.경 영국 버밍햄에서 개최된 IFSEC 2005 보안제품전시회에 제2의 가.항 프로그램이 탑재된 디브이알 제품을 출품하기 이전인 2005. 4.경 원고회사에 피고가 대표이사로 있는 소외 9 주식회사가 원고회사에게 H.264 코덱 및 그와 관련된 프로그램을 공급하는 내용의 공급계약서 초안을 보낸 사실 등을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 피고는 원고회사로부터 제2의 가.항 프로그램의 개발을 지시받지 아니한 채 개인적으로 제2의 가.항 프로그램을 창작하였다고 추인할 수 있을 뿐이므로, 제2의 가.항 프로그램이 업무상 창작한 프로그램으로서 그 저작권이 원고회사에게 있다는 원고회사의 이 부분 주장은 이유없다.

(나) 제2의 나.항 내지 바.항 각 프로그램에 관한 판단

피고가 위 각 프로그램을 개발하였는지 여부에 관하여 살펴보면, 이를 인정할 증거가 없으므로, 이를 전제로 한 원고회사의 이 부분 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요없이 이유없다.

(2) 제2항 각 프로그램이 원고회사의 영업비밀인지 여부에 관한 판단

(가) 제2의 가.항 프로그램에 관한 판단

제2의 가.항 프로그램이 원고회사가 보유·관리한 정보인지 여부에 대하여 살펴보면, 부정경쟁방지법 제2조 제3호 (라)목에서 말하는 "계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무"라고 함은 계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의

특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함하는 것인바(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결 참조), 원고의 위 주장에 부합하는 듯한 갑 제13, 15, 28, 35호증의 각 기재와 당심 증인 소외 3의 증언은 믿기 어렵고, 갑 제3호증, 갑 제6호증, 갑 제7호증의 1 내지 23, 갑 제8, 12호증, 갑 제14 내지 23, 27호증, 갑 제34호증의 1 내지 6, 갑 제40호증의 2, 갑 제43 내지 45호증, 갑 제46호증의 1, 2, 갑 제47호증의 1 내지 3, 갑 제81, 83호증의 각 1, 2, 갑 제84, 85호증, 을 제3호증의 46, 을 제24 내지 26호증, 을 제25호증의 2의 각 기재 또는 영상만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 위 (1). (가)항에 인정한 ①항 내지 ⑥항 각 사실에 의하면, 위 프로그램의 저작권은 피고에게 있는 것으로 인정되므로, 원고회사의 이 부분 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요없이 이유없다.

(나) 제2의 나.항 내지 바.항 각 프로그램에 관한 판단

피고가 위 각 프로그램을 개발하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 이를 인정할 증거가 없으므로, 이를 전제로 한 원고회사의 이 부분 주장은 나머지 점에 관하여 나아가 살필 필요없이 이유없다.

(3) 실기한 공격방법 주장에 관한 판단

피고는 원고들이 항소심에서 제출한 증거들이 실기한 공격방법에 해당한다고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 위 주장은 이유 없다.

다. 소결론

따라서, 원고회사에게 제2항 각 프로그램의 저작권이 있고, 위 각 프로그램이 원고회사의 영업비밀임을 전제로 한 원고회사의 위 청구는 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요없이 모두 이유없다.

4. 결론

그렇다면, 원고회사의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 원심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 이를 다투는 원고회사의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[목록] 생략

재판장 판사 주기동
판사 홍동기
판사 김상채

8. 드라마 캐릭터를 모방한 인형의 저작권 침해 여부 – 헬로키티·겨울연가 사건

[개요]

〈사실관계〉

(1) 원고 한국○○공사는 드라마 '겨울연가', '황진이'를 제작 방영하였고, 원고 ○○방송은 드라마 '대장금', '주몽'을 제작 방영하였으며, 위 각 드라마는 국내에서 큰 호응을 얻은 이후 일본, 중국 등에 수출되어 방송됨으로써 한류 드라마 열풍을 일으키며 인기를 끌었다.

(2) 피고 주식회사 산○○ ○○아는 일본 법인의 국내 법인으로 한국에서 '헬로 키티' 캐릭터에 관한 상품화권을 제3자에게 허여할 수 있는 권한을 가지고 있고, 피고 주식회사 데○○오는 2006년경부터 현재까지 피고 산○○ ○○아로부터 한국에서 '헬로 키티' 캐릭터를 상품화할 수 있는 독점권을 부여받았다.

(3) 피고 데○○오는 2005년경부터 헬로 키티 캐릭터에 다양한 의상을 입히거나 소품을 이용하여 변형을 가하여 인형, 손수건 등을 제조·판매하고 있다. 피고 데○○오는 2007. 8.경 운영을 시작한 그 홈페이지에서 피고 상품명칭에 '겨울연가', '황진이', '장금', '주몽', '소서노'를 붙여 온라인 판매를 하였다.

〈재판의 진행경과〉

원고들은 제1심에서 피고들에 대하여 상표권침해, 부정경쟁방지법위반 및 저작권침해를 주장하였으나, 모두 이유 없어 청구기각 되었다. 이에 원고들은 불복하였고, 항소심에서는 상표권침해, 부정경쟁방지법

위반 및 저작권침해 주장 이외에 청구취지를 추가하여 부정경쟁방지법 위반(상품형태모방금지) 및 일반불법행위에 기한 손해배상청구를 하였다. 이에 대하여 제1심과 마찬가지의 각 주장에 대해서는 모두 항소기각하였고, 추가된 청구원인 중 부정경쟁방지법위반(상품형태모방금지)도 기각하였으며, 다만, 일반불법행위에 기한 손해배상청구에 대해서는 인용하였다[원고들 및 피고 데○○오는 각 상고].

〈판단요지〉

(저작권침해주장 및 불법행위 주장에 한함)

가. 저작권침해 주장에 관한 판단

(1) 캐릭터에 관한 복제권 또는 2차적저작물작성권 침해 여부

영화나 드라마의 캐릭터는 자신만의 독특한 외양을 가진 배우의 실연에 의하여 표현되며, 등장인물의 용모, 행동거지, 명칭, 성격, 목소리, 말투, 상황이나 대사 등을 모두 합한 총체적인 아이덴티티(identity)를 말하는 것이어서, 시각적 요소가 모두 창작에 의하여 만들어지는 만화나 만화영화의 캐릭터보다는 소설, 희곡 등 어문저작물의 캐릭터에 가깝다고 할 것이다.

이 사건의 경우, 각 드라마의 등장인물로부터 위와 같은 속성을 배제한 채 그 명칭이나 복장, 사용하는 소품만을 따로 떼어 낸 캐릭터가 원래의 저작물로부터 독립하여 별도로 저작권에 의하여 보호된다고는 보기 어렵다(이 점에서 시각적 요소가 모두 창작에 의하여 만들어진 만화 캐릭터에 관한 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도115판결, 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결은 이 사안에는 부합하지 아니한다). 즉, 이 사건의 각 드라마의 캐릭터는 각 캐릭터만의 고유한 특징을 찾아볼 수 없어 이를 독자적인 저작물이라 할 수 없다.

(2) 영상저작물 또는 사진저작물에 관한 저작권 침해 주장에 관한 판단

피고 제품들이 이 사건 각 드라마라는 영상저작물의 한 장면 혹은 이 사건 각 드라마의 홍보용 스틸컷 등 사진저작물을 복제한 것이거나 이에 의거한 2차적저작물인지에 관하여 본다. 살피건대, 연속적인 영상의 재생을 특징으로 하는 영상저작물의 장면이나 등장인물 등을 정지된 2차원 또는 3차원 형상으로 만들거나, 사진저작물에 나타난 형태를 3차원 형상으로 만드는 경우 복제권 침해가 되기는 어렵다 하더라도, 그 실질적 유사성을 인정할 수 있다면 2차적저작물작성권의 침해가 될 여지가 있다고 할 것이다.

이 사건에서 보건대, 피고 제품들이 헬로 키티 캐릭터가 한복을 입고 있거나, 코트를 입고 목도리를 두른 뒤 눈이 내리는 풍경을 배경으로 서 있거나, 의녀 복장을 하고 신선로를 들고 있는 등의 모습을 하고 있는 사실은 앞서 본 바이나, 고양이 형상의 헬로 키티 캐릭터와 위 각 영상저작물 및 사진저작물의 실제 배우들과는 전혀 달라 전체적 느낌에 있어 실질적 유사성이 인정되지 않고, 더구나 피고 제품에서 사용된 헬로 키티 캐릭터를 제외한 나머지 의상, 소품 등만으로는 위 각 영상저작물의 고유한 특징이 그대로 표현되어 있다고 인정되지 아니하여 피고 제품에 원고들 주장과 일부 유사한 소품이나 의상, 배경 등이 등장한다는 사정만으로 위 영상저작물에 대한 침해가 된다고 보기 어려우므로, 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 부분에 관한 위 원고들의 청구는 이유 없다.

(3) 응용미술저작물에 관한 저작권 침해 주장에 관한 판단

① '겨울연가'의 코트와 목도리의 경우 〈중략〉 그 자체만으로는 창작성을 인정할 수 없고(목도리를 매는 방법에는 다소 독특한 점이 있으나, 이는 아이디어의 영역에 있다고 할 것이다), ② '황진이'가 입었던 한복의 경우, 〈중략〉 위 한복이 응용미술저작물이고 그에 관한 저작권이 위 원고에게 양도되었다거나 위 원고가 공동저작자라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며, ③ '대장금'의 의녀 복장의 경우, 소외 주식회사 엠비씨미술센터가 이를 제작하였음은

당사자들 사이에 다툼이 없고, 〈중략〉 원고 문○○송을 그 저작권자로 보기 어렵고, 나아가 위 의녀 복장은 머리에 쓰는 사각형의 가리마 및 한복 위에 입는 소매 없는 가운이 그 특징인데, 〈중략〉 창작성이 인정되기도 어려우며, ④ '주몽'의 갑옷 및 소서노의 의상의 경우, 먼저 갑옷의 형태 및 이마에 띠를 두르고 긴 머리 중 정수리 부분만 묶는 헤어스타일은, 〈중략〉 다만 갑옷의 목 부위의 칼라, 어깨부분의 사자 문양의 금속 장신구, 양각 형태의 구름 모양의 문양, 갑옷 위에 걸치는 붉은 망토 등은 고유한 특징이라 할 수 있으나, 피고 제품에는 목 부위의 칼라 및 망토, 어깨의 금속 장신구가 없어 실질적 유사성을 인정하기 어렵고, 소서노의 복장은 그 특징인 Y자 앞여밈, 옷 전체의 사각형 점 문양이 〈중략〉 이를 창작성 있는 저작물이라 할 수 없으므로, 결국 위 각 응용미술저작물에 관한 저작권 침해 주장 역시 모두 이유 없다.

나. 불법행위 주장에 관한 판단

피고 데○○오가 피고 제품을 제조·판매한 행위는 원고 방송사들의 법적으로 보호할 가치 있는 이익을 침해하는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다. 한편, 원고 올○○○인과 원고 희○은 〈중략〉 원고 방송사들과 독립하여 보호할 가치가 있는 이익이 존재한다고 보기 어려우므로, 위 원고들이 피고 데○○오의 불법행위로 인하여 손해를 입었다는 주장은 이유 없다. 〈중략〉 한편, 피고 산○오가 위 불법행위에 관한 가담 또는 방조에 따른 공동불법행위책임이 있는지에 관하여 보면, 〈중략〉 피고 산○오에게 달리 독자적인 손해배상책임을 물을 근거는 찾을 수 없다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2010. 1. 14. 판결 2009나4116【손해배상(기)】

원고, 항소인	1. 한국○○공사 2. 주식회사 ○○방송 3. 주식회사 ○○엔터테인먼트 4. 주식회사 올○○○○ 5. 주식회사 유○○○○ 원고들 소송대리인 법무법인 남강 담당변호사 차상육
피고, 피항소인	1. 주식회사 1 소송대리인 변호사 장상익 2. 주식회사 2 소송대리인 법무법인 남명 담당변호사 조영하
제1심판결	서울중앙지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합16993 판결
변론종결	2009. 8. 25.
판결선고	2010. 1. 14.

주 문

1. 제1심 판결 중 피고 주식회사 2에 대하여 아래에서 지급을 명하는 금

원에 해당하는 원고 한국○○공사, 원고 주식회사 ○○방송의 각 패소 부분을 취소한다.

2. 피고 주식회사 2는 원고 한국○○공사에게 10,000,000원, 원고 ○○방송에게 20,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 2009. 8. 25.부터 2010. 1. 14.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

3. 가. 피고 주식회사 2에 대한 원고 한국○○공사의 나머지 항소, 원고 주식회사 ○○방송의 나머지 항소와 당심에서 확장된 청구 및 나머지 원고들의 항소를 모두 기각한다.
나. 피고 주식회사 1에 대한 원고들의 항소를 모두 기각한다.

4. 소송총비용 중 원고 한국○○공사와 피고 주식회사 2 사이에 발생한 부분 중 90%는 위 원고가, 10%는 위 피고가 각 부담하고, 원고 주식회사 ○○방송과 위 피고 사이에 발생한 부분 중 95%는 위 원고가, 5%는 위 피고가 각 부담하며, 나머지 원고들과 위 피고 사이에 발생한 부분은 나머지 원고들이 전부 부담하고, 원고들과 피고 주식회사 1 사이에 발생한 부분은 원고들이 전부 부담한다.

5. 제2항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고들은 각자 원고 한국○○공사에게 159,332,906원, 원고 주식회사 ○○방송에게 1,122,576,935원, 원고 주식회사 ○○엔터테인먼트, 주식회사 올○○○○에게 각 20,000,000원, 원고 유○○○○ 주식회사에게 100,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 2007. 1. 1.부터 이 사건 소장부본 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연

20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라(당심에서, 원고 한국○○공사, 주식회사 ○○엔터테인먼트, 주식회사 올○○○○, 주식회사 유○○○○은 각 청구취지를 감축하였고, 원고 주식회사 ○○방송은 청구취지를 확장하였다(위 원고의 제1심 청구취지는 5억 원이었고, 이를 전부 기각한 제1심 판결에 대한 항소취지가 2억 원이었으나, 항소취지로 인하여 제1심의 청구가 감축되었던 것으로는 보지 아니한다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고 한국○○공사, 주식회사 ○○방송에게 각 2억 원, 원고 주식회사 ○○엔터테인먼트, 주식회사 올○○○○에게 각 2,000만 원, 원고 주식회사 유○○○○에게 1억 원 및 위 각 금원에 대하여 2005. 1. 1.부터 이 사건 소장부본 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

다음의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 4, 12, 17, 20, 27, 38, 56, 71, 73호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 갑 제95호증의 5, 갑 제98, 99, 104, 105호증의 각 1, 을 가 제1호증, 을 나 제11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 이 사건 각 등록상표

상표권자	표장의 구성	출원일/등록일/등록번호	지정상품	약칭
원고 ○○방송		2003.11.14./2006.1.13./제0647208호	별지 1	대장금 상표
원고 올○○○○	주 몽	2006. 6. 5./2007. 6.28./제0020378호	별지 2	주몽 상표
원고 올○○○○		2006.6.26./2007.12.6/제0730401호	칫솔, 칫솔갑, 쓰레기통(휴지통), 물통, 보온백, 보온병, 휴대용 아이스박스(제21류)	삼족오 상표

원고 ○○방송, 원고 올○○○○은 아래 각 표장(이하 '이 사건 각 상표'라 한다)에 관한 상표권자이다.

나. 이 사건 각 드라마의 방영

(1) 원고 한국○○공사는 드라마 '겨울연가'를 제작하여 2002. 1. 14.부터 같은 해 3. 19.까지, 드라마 '황진이'를 제작하여 2006. 10. 11.부터 2006. 12. 28.까지 각 방영하였고, 원고 ○○방송은 드라마 '대장금'을 제작하여 2003. 9. 15.부터 2004. 3. 30.까지, 드라마 '주몽'을 제작하여 2006. 5. 15.부터 2007. 3. 6.까지 각 방영하였으며(다만, '황진이'와 '주몽'은 원고 올○○○○ 또는 소외 초○○○○라는 상호의 업체와 원고 올○○○○이 제작사로서 원고 한국○○공사, 원고 ○○방송과 사이의 각 드라마제작계약에 기하여 위 각 드라마를 제작하고 저작권

등 권리를 양도한 것으로 보인다), 위 각 드라마는 국내에서 큰 호응을 얻은 이후 일본, 중국 등에 수출되어 방송됨으로써 한류 드라마 열풍을 일으키며 인기를 끌었다(이하 위 각 드라마를 통틀어 '이 사건 각 드라마'라 한다).

다. 이 사건 각 드라마에 관한 상품화 사업의 진행

(1) 원고 한국○○공사와 소외 ○○○미디어 주식회사의 콘텐츠 사용 사업 계약

원고 한국○○공사는 2004. 5. 경 자회사인 소외 ○○○미디어 주식회사(이하 '○○○미디어'라 한다)와 사이에 콘텐츠사용 사업계약(갑 제71호증의 1)을 체결하면서, 위 원고의 콘텐츠를 사용하여 국내외에서 각종 사업을 수행할 수 있는 권한을 ○○○미디어에게 부여하되, 그 저작권 등은 위 원고에게 유보하며(위 계약서 제1조 제2항) ○○○미디어는 위 원고에게 각 사업별로 정한 요율에 따른 사용료(위 계약서 제5조의 '저작권사용료')를 지급하며, ○○○미디어가 제3자에게 포괄적 사업권을 독점적으로 주는 경우에는 위 원고의 승인을 얻기로 약정하였다.

(2)'겨울연가' 상품화 사업

이후 ○○○미디어는 다수의 군소 업체와 '겨울연가' 상품화사업계약을 체결하여 위 각 업체가 각 지정상품에 대하여 '겨울연가' 관련 캐릭터 상품화사업을 진행하였다.

(3)'황진이' 상품화 사업

○○○미디어는 2007. 1. 5. 원고 올○○○○과 사이에 기간을 2007. 1. 8.부터 2012. 1. 7.까지, 사업지역을 국내 및 해외로 정하여, 드라마 '황진이' 상품화에 관한 공동사업계약(갑 제95호증의 5)을 체결하고, 그 무렵 원고 한국○○공사의 승인을 얻었으며(갑 제73호증), 원고 올○○○○은 2006. 12. 20. 원고 유○○○○과 사이에, 원고 유○○○○에게 '황진이'의 제명, 특정로고와 부가 캐릭터 등을 사용하여 휴대폰 액세사

리, 열쇠고리, 거울 등을 제조·판매할 수 있는 권리를 2년간 부여하고, 원고 유○○○○○로부터 소정의 로얄티를 지급받기로 하는 상품화사업 계약을 체결하였다(갑 제43호증).

(4)'대장금' 상품화 사업

원고 ○○방송은 2005. 3. 1. 원고 주식회사 ○○엔터테인먼트(이하 '원고 희원'이라 한다)에게 드라마 '대장금'에 대하여 국내외에서 전반적인 상품화사업의 진행 및 상품화권자와 생산품 관리의 대리권을 2년간 부여하는 것을 내용으로 하는 에이전트계약(갑 제12호증)을 체결하였는데, 위 계약은 2007. 3. 20.경 원고 ○○방송에 의하여 2008. 2. 28.까지로 연장되었다.

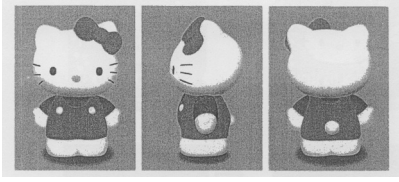
원고 희원은 2005. 5. 9. 원고 ○○방송을 대리하여 원고 주식회사 유○○○○(이하 '원고 유○○○○'이라 한다)과 사이에 사업지역을 대한민국 및 해외(일본 제외), 지정상품을 크리스탈 펜던트 및 장식품, 파우치 등, 계약기간을 2005. 10. 4.로 정하여 원고 유○○○○이 '대장금' 로고를 비독점적으로 사용하고 출고가의 5%에 해당하는 러닝로열티를 지급하기로 하는 대장금 브랜드 사용계약(갑 제17호증의 2)을 체결하였고, 이후 지정상품에 핸드폰줄, 크리스탈 등을 추가하고, 계약기간을 2008. 3. 8.까지로 연장하는 내용의 계약(갑 제17호증의 3, 4)을 체결하였다.

(5)'주몽' 상품화 사업

원고 ○○방송은 2006년경 소외 주식회사 와○○ 크리에이티브(이하 '와○○'라 한다)에게 드라마 '주몽' 캐릭터 상품화사업에 관한 대리권을 부여하여, 와○○는 원고 ○○방송을 대리하여 2006. 8. 8. 원고 유○○○○과 사이에 드라마 '주몽'의 제명, 특정로고와 부가 캐릭터에 관하여 지역을 대한민국, 지정상품을 티셔츠, 모자, 쥬얼리 등, 계약기간을 위 계약일부터 2007. 8. 7.까지로 하는 상품화 사업계약(갑 제27호증의 1)을 체결하였고, 지정상품에 펜, 핸드폰고리 등을 순차 추가하였다(갑 제27호증의 2 내지 7).

라. 피고들 사이의 관계

(1) 피고 주식회사 1(이하 '주식회사 1'라 한다)는 일본국 법인인 가○○○○ 산리오의 국내 법인으로 한국에서 아래 표와 같은 '헬로 키티' 캐릭터에 관한 상품화권을 제3자에게 허여할 수 있는 권한을 가지고 있고, 피고 주식회사 2(이하 '주식회사 2'라 한다)는 2006년경부터 현재까지 피고 주식회사 1로부터 한국에서 '헬로 키티' 캐릭터를 상품화할 수 있는 독점권을 부여받았다.

구 분	정면도	정면, 측면, 배면도
헬로키티 캐릭터		

마. 피고 주식회사 2의 제품 생산·판매

(1) 피고 주식회사 2는 2005년경부터 헬로 키티 캐릭터에 다양한 의상을 입히거나 소품을 이용하여 변형을 가하여 별지 3 기재와 같은 인형, 손수건, 열쇠고리, 볼펜 등(이하 '피고 제품'이라 한다)을 제조·판매하고 있다.

(2) 피고 주식회사 2는 2007. 8.경 운영을 시작한 그 홈페이지에서 피고 제품에 관하여 "한류 열풍의 주역인 겨울연가, 대장금, 주몽 등 특별한 캐릭터들을 상품화시켜 이미지 변신을 꾀하고 있는데, 이런 멋진 상품들을 파는 매장들은 면세점이나 관광특구 지역에서 판매가 되고 있는데 남대문의 직영매장을 비롯한 명동, 인사동, 동대문에 가면 만날 수

가 있습니다"라고 설명하고, 위 홈페이지에서 핸드폰줄, 볼펜, 노트 등 상품명칭에 '겨울연가', '황진이', '장금', '주몽', '소서노'[1] 를 붙여 온라인 판매를 하였다.

바. 원고 유○○○○과 피고 주식회사 2의 거래

원고 유○○○○은 2007. 10.경 피고 주식회사 2와 사이에, 위 원고가 위 피고로부터 피고 제품을 납품받아 판매하기로 하는 계약(을 나 제11호증)을 체결하고, 피고 제품을 공급받아 면세점 등에 공급하여 오던 중 분쟁이 발생하여 계약관계가 종료되었는데, 위 원고는 위 계약관계가 종료되기 전까지는 피고 제품의 제조·판매행위에 대하여 이의를 제기한 바 없다.

2. 원고들의 주장

원고들은 각 다음과 같은 이유로, 피고들은 피고 제품의 판매로 인하여 얻은 이익(원고들은, 피고 제품 전체의 소비자가로부터 수입가를 공제한 금액의 45%를 피고들의 이익이라고 주장한다)으로, '겨울연가' 및 '황진이' 관련 상품 판매이익 159,332,906원, '대장금' 및 '주몽' 관련 상품 판매이익 1,122,576,935원을 원고들의 손해로써 배상할 의무가 있는바, 원고 한국○○공사 및 원고 ○○방송(이하 '원고 방송사들'이라 한다)은 위 각 금원을, 나머지 원고들은 각 일부 청구로써 각 청구취지 기재 금원의 지급을 구한다.

가. 상표권 침해

원고 ○○방송은 '대장금 상표'의 상표권자이고, 원고 올○○○○은

1) 드라마 주몽의 여주인공

'주몽 상표' 및 '삼족오 상표'의 상표권자인바, 피고 주식회사 2가 위 각 상표가 부착된 제품을 제조·판매하고, 상품에 관한 광고·정가표·거래서류·간판 또는 표찰에 상표를 표시하고 전시 또는 반포함으로써 위 원고들의 상표권을 침해하였다.

나. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하'부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호 가.목 상품주체 혼동행위

원고들은 드라마 '겨울연가', '황진이', '대장금', '주몽'의 저작권자거나, 그로부터 위 각 캐릭터의 상품화 사업에 관하여 승인을 받은 자들로서, 위 각 드라마에 등장하는 캐릭터, 소품 및 의상 등을 이용한 상품을 생산·판매·광고하여 위 각 캐릭터, 소품, 의상 등이 원고들의 상품표지로서 국내의 상놈리 인식되어 상품을 생피고 주식회사 2가 그 제품에 원고들의 주지·저명한 위 각 상품표지를 사용하는 것은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가.목에서 정한 상품주체 혼동행위로 부정경쟁행위에 해당한다.

다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자.목 상품형태 모방행위

원고들이 제조, 판매하는 캐릭터, 소품 등 상품형태를 피고 주식회사 2가 그대로 모방하고 단지 사람을 고양이로 변형하였을 뿐이므로, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자.목의 상품형태 모방행위로 부정경쟁행위에 해당한다.

라. 저작권 침해

원고 방송사들은 이 사건 각 드라마의 각 저작권자인바, 피고 주식회사 2가 위 각 저작물 중 일부인 주인공 캐릭터, 명장면, 주요배경, 의상

등을 위 피고가 제조하는 제품에 임의로 사용하고, 피고 주식회사 1가 피고 주식회사 2의 위와 같은 침해행위에 가담 내지 방조함으로써 위 원고들의 위 각 캐릭터 혹은 영상저작물, 사진저작물, 응용미술저작물에 대한 복제권 및 2차적저작물작성권을 침해하였다.

마. 민법 제750조 불법행위

피고 주식회사 2는 원고들이 드라마 및 상품화사업을 통하여 구축한 캐릭터를 자신의 캐릭터와 결합함으로써, 피고 제품과 어떤 연관관계가 있음을 연상하도록 하는 방법으로 시장질서를 교란하였는바, 이는 이 사건 각 드라마의 인기에 편승하여 부정한 이익을 얻으려는 목적에 의한 것으로서 민법 제750조의 불법행위에 해당한다.

바. 피고 산○○코리아의 공동불법행위책임

피고 주식회사 2는 피고 주식회사 1(이하 '피고 산○○'라 한다)로부터 제품생산시 매 건마다 제품의 형태나 이미지에 대하여 승인절차를 밟아 왔던바, 피고 산○○는 피고 주식회사 2의 위 각 상표권침해, 부정경쟁행위, 저작권침해 또는 민법 제750조 불법행위에 관하여 가담 내지 방조하였다.

3. 판 단

가. 상표권침해 주장에 대한 판단

(1) 이 사건 등록상표의 상표권자

원고 ○○방송은 대장금상표의, 원고 올○○○○은 주몽 및 삼족오상표의 각 상표권자임은 앞에서 본 바와 같으므로, 피고 주식회사 2가 위

원고들의 상표권을 침해하였는지에 관하여 본다(나머지 원고들에 대하여는 이들이 위 각 상표에 대하여 전용사용권을 설정받았다는 등의 사정도 보이지 아니하므로, 원고들의 상표권침해 주장은 원고 ○○방송, 올○○○○○에 관하여만 판단한다).

(2) 상표적 사용 여부

타인의 등록상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하면 타인의 상표권을 침해하는 행위가 되지만, 타인의 등록상표를 이용한 경우라고 하더라도 그것이 상표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 출처표시를 위한 것이 아니어서 상표의 사용으로 인식될 수 없는 경우에는 등록상표의 상표권을 침해한 행위로 볼 수 없고, 그것이 상표로서 사용되고 있는지의 여부를 판단하기 위하여는, 상품과의 관계, 상품 등에 표시된 위치, 크기 등 당해 표장의 사용 태양, 등록상표의 주지·저명성 그리고 사용자의 의도와 사용경위 등을 종합하여 실제 거래계에서 그 표시된 표장이 상품의 식별표지로서 사용되고 있는지 여부를 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도5034 판결 등 참조).

이 사건의 경우 갑 제3호증의 1 내지 6, 제50호증의 1 내지 3의 각 기재에 의하면, 피고 주식회사 2가 2007. 8.에 홈페이지를 오픈하여 그 무렵부터 2007. 10.경에 이르기까지 피고 제품에 관한 이미지를 게시한 후 그 아래에 '장금키티핸드폰줄', '주몽소서노볼펜' 등의 명칭을 표시한 사실, 롯데면세점 본점, 제주 신라 면세점에서 피고 제품 진열장 혹은 일부 피고 제품 외부에 '大長今'이라고 표시한 사실은 인정되나, 다른 한편, 피고 제품에는 산○○사의 로고, 피고 주식회사 2의 표시, 'HELLO KITTY' 문구 등과, 피고 주식회사 1로부터 부여받은 라이센스 스티커가 부착되어 있을 뿐, 이 사건 각 등록상표는 전혀 부착되어 있지 않은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없고, 이에 덧붙여 위 각 면세점에서의 '大長今' 기재는 해당 면세점이 임의로 표시한 것인 점, 피고 주식회사 2의 홈페이지에는 위 피고가 제조한 헬로 키티 캐릭터 상품만

이 소개되어 있는 점 등을 종합해 볼 때, 피고 주식회사 2의 홈페이지에서 사용된 '장금', '주몽' 등의 명칭은 홈페이지 방문자들에게 제품의 모양을 설명·안내하기 위하여 사용한 것으로 보일 뿐, 상품출처의 표시로서 사용된 것으로 볼 수 없다.

한편, 갑 제21호증의 1, 2의 각 기재만으로는 피고 주식회사 2가 이 사건 각 상표를 상품에 관한 거래서류에 표시함으로써 상표적으로 사용하였다고 인정하기에 부족하고(갑 제21호증의 1은 피고 주식회사 2가 원고 유○○○○에게 송부한 주문서로서, 이 사건 각 드라마에 관한 상품화권리를 보유한 위 원고에게 피고 제품을 주문하면서 제품의 특정을 위하여 '겨울연가', '황진이', '장금', '주몽'을 기재한 것을 상품의 출처표시를 위한 것으로 볼 수 없고, 갑 제21호증의 2는 피고 주식회사 2로부터 피고 제품을 공급받은 소매상이 최종 소비자에게 작성하여 준 전표여서 이를 위 피고가 상표를 표시한 거래서류로 볼 수 없을 뿐 아니라, 수기로 가필된 '대장금 키티폰줄'의 진정성립을 인정할 증거도 없다), 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는바, 위 각 상표권이 침해되었음을 주장하는 원고 ○○방송, 올○○○○의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 부정경쟁방지법 소정의 상품주체 혼동행위 주장에 관한 판단

(1) 이 사건 각 드라마 캐릭터가 상품 표지로서 주지성을 획득했는지 여부

캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가.목에 규정된 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용허락을 받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화

사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다고 할 것인바(대법원 2006. 12. 22. 선고 2005도4002 판결), 이는 비단 만화 또는 만화영화에 등장하는 캐릭터 뿐만 아니라, 영화나 드라마의 캐릭터에 관하여도 이와 같다고 할 것이다.

살피건대, 갑 제5 내지 19, 22 내지 제31, 34 내지 39, 44, 50, 51, 53, 54, 59, 71, 73, 110, 113호증의 각 기재는 위 각 드라마에 관한 뉴스 및 추상적인 상품화에 관한 기사이거나 원고들 스스로 작성한 계약현황, 로열티 수입 현황에 불과하여 위 각 증거만으로는 위 각 드라마의 주인공 캐릭터에 관하여 상품화 사업이 이루어지고 있다는 점이 국내 수요자들에게 널리 인식되어 있다고 보기 어렵고, 갑 제76, 78, 82 내지 85, 90호증의 각 기재는 원고들의 캐릭터상품화 사업의 일본에서의 주지성에 관한 증거가 될 수 있는지는 별론으로 하더라도 국내에서의 주지성을 인정할 증거가 될 수 없으며, 달리 국내에서의 주지성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 각 드라마의 의상, 소품이 상품 표지로서 주지성을 획득했는지 여부

가사, 이 사건 각 드라마의 캐릭터가 상품표지로서 주지성을 획득하였다 하더라도 피고 제품은 이 사건 각 드라마의 등장인물의 인적 속성을 배제하고 그 의상, 소품, 배경 등을 연상하게 하는 형상을 이용한 것이어서 위와 같은 의상, 소품이 상품 표지로서 사용되고 또한 주지성을 획득한 것인지에 관하여 본다.

일반적으로 상품의 형태나 모양은 상품의 출처를 표시하는 기능을 가지지 아니하고, 다만 어떤 상품의 형태와 모양 등이 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 장기간 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그것이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되기에 이른 경우에 비로소 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가.목에서 정하는 '타인의 상품임을 표시한 표지'에 해당된다(대

법원 2002. 10. 25. 선고 2001다59965 판결 참조).

갑 제5 내지 19, 22 내지 31, 34 내지 39호증(각 가지번호 포함)의 각 기재만으로는, 위 각 드라마 및 주연 배우, 촬영 장소, 관련 상품 등에 관하여 인터넷 기사 등이 게재되는 정도를 넘어서, 위 각 의상이나 소품, 배경 등이 원고들이 제조·판매하는 상품을 연상시킬 정도로 현저히 개별화되었다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없는 반면, 오히려, 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉, 원고들의 상품화사업의 수행하는 주체는 다수의 군소업체여서 제조·판매하는 상품에 각 드라마당 일관된 사진이나 이미지, 캐릭터 등이 사용되지 아니하였고, 위 상품화 사업을 수행한 기간이 짧으며, 위 제품들에 관하여 국내의 수요자들을 겨냥한 직접적인 광고는 거의 이루어지지 아니하였던 점 등에 비추어 볼 때, 위 각 의상이나 배경 등이 원고들이 제조·판매하는 상품을 연상시킬 정도로 현저히 개별화되었다고는 볼 수 없다.

또한 앞서 본 바와 같이 피고 제품의 경우 'HELLO KITTY' 문구 및 헬로 키티 캐릭터가 그 상품표지로서 사용되었고, 위 캐릭터가 입고 있는 의상이나, 소품, 배경 등은 단지 상품의 디자인적 요소로 사용되었을 뿐, 그것이 상품표지로서 사용되었다고는 볼 수 없으므로, 상품출처 혼동 발생을 전제로 하는 원고들의 이 부분 청구는 이유 없다.

다. 부정경쟁방지법 소정의 상품형태 모방행위 주장에 관한 판단

(1) 상품형태 모방행위

부정경쟁방지법 제2조 제1항 자.목은 "타인이 제작한 상품의 형태(형상, 모양, 색채, 광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위"를 부정경쟁행위로서 금지하고 있는바, 여기에서 '모방'이라 함은 '타인의 상품형태에 의거하여 그것과

실질적으로 동일한 형태의 상품을 만드는 것'을 말한다고 할 것이다.

(2) 제품의 비교

갑 제97, 103, 107, 108호증의 각 기재 및 영상에서 드러나는 원고 유○○○○의 제품과 피고 제품의 형태를 비교하여 보면(피고 제품과의 비교대상은 이 사건 각 드라마의 장면, 의상, 소품이 아니라 위 원고의 제품이라 할 것이다), ① 원고들 상품은 이 사건 각 드라마의 한 장면 또는 드라마 홍보용 스틸사진을 배경으로 사용하거나 또는 배경 없이 등장인물의 특색을 반영한 캐리커쳐 또는 일반적인 인형이나 완구에 등장하는 인물형태에 이 사건 각 드라마를 연상시키는 의상을 결합한 형태이고, 피고 제품은 고양이 모습의 키티 캐릭터에 위 각 드라마의 등장인물을 연상시키는 의상이나 소품을 결합하고 경우에 따라서는 각 드라마의 배경과 유사한 그림을 결합한 형태로서, ② 이 사건 각 드라마의 등장인물이 착용하였던 의상이나 배경이라는 면에서는 공통점이 있으나, 의상의 세부적인 표현이나 색상 및 원고들 제품은 캐릭터가 사람인 반면, 피고 제품은 고양이로서 차이점이 있고, ③ 피고 제품 캐릭터의 얼굴과 신체비율, 키티 캐릭터의 주지성에 비춰 보면, 위와 같은 형태상의 차이점은 보는 사람의 주의를 끄는 주요부분으로서 형태상 강한 인상을 남기며, ④ 피고 제품의 이러한 형태상의 특징은 원고들 상품에 포함되어 있지 아니하여, 원고들 제품과 피고 제품이 실질적으로 동일하다고 단정할 수 없으므로, 원고들의 위 주장도 이유 없다.

라. 저작권 침해 주장에 관한 판단

(1) 이 사건 각 드라마에 관한 저작권의 귀속

위 1.항에서 인정한 사실에 의하면, '겨울연가' 및 '대장금'은 원고 한국○○공사, 원고 ○○방송이 각 제작한 것으로서 위 각 방송사에 소속된 자의 창작부분에 관하여는 저작권법 제9조의 업무상 저작물 규정에 의하여, 그 외의 자의 창작부분에 관하여는 동법 제100조 제1항의 권리

양도추정 규정 또는 계약에 의하여 위 각 방송사에게 각 저작재산권이 귀속되고(다만, 드라마의 제작에 사용되는 미술저작물 또는 음악저작물 등의 저작재산권에 대하여는 위 권리양도의 추정이 없다), 원고 올○○○○ 등이 제작한 '황진이' 및 '주몽'의 경우 같은 원리로 위 원고에게 귀속된 저작재산권이, 위 원고와 원고 한국○○공사, 원고 ○○방송 사이의 드라마제작계약에 의하여 위 각 방송사에게 양도된 것으로 봄이 상당하다.

따라서, 이 사건 각 드라마의 저작재산권자는 원고 한국○○공사('겨울연가', '황진이') 및 원고 ○○방송('대장금', '주몽')이라 할 것이다(갑 제12, 27, 43, 71, 95호증의 각 기재만으로는, 나머지 원고들 및 ○○○미디어가 원고 방송사들로부터 위 각 드라마의 제명이나 이미지 등을 사용할 권한 내지 이 사건 각 드라마의 콘텐츠를 사업화할 권한을 넘어서, 그 저작재산권까지 양도받았다고는 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고들 및 나머지 원고들의 각 주장은 모두 이유 없다).

(2) 캐릭터에 관한 복제권 또는 2차적저작물작성권 침해 여부

피고 제품이 위 각 드라마 속의 캐릭터를 그대로 복제하거나 이에 의거하여 2차적저작물을 작성함으로써 원고 한국○○공사, ○○방송의 위 각 캐릭터에 대한 복제권 및 2차적저작물 작성권을 침해하였는지에 관하여 본다.

영화나 드라마의 캐릭터는 자신만의 독특한 외양을 가진 배우의 실연에 의하여 표현되며, 등장인물의 용모, 행동거지, 명칭, 성격, 목소리, 말투, 상황이나 대사 등을 모두 합한 총체적인 아이덴티티(identity)를 말하는 것이어서, 시각적 요소가 모두 창작에 의하여 만들어지는 만화나 만화영화의 캐릭터보다는 소설, 희곡 등 어문저작물의 캐릭터에 가깝다고 할 것이다.

따라서, 드라마의 등장인물로부터 위와 같은 속성을 배제한 채 그 명칭이나 복장, 사용하는 소품만을 따로 떼어 낸 캐릭터가 원래의 저작물로부터 독립하여 별도로 저작권에 의하여 보호된다고는 보기 어렵다(이

점에서 시각적 요소가 모두 창작에 의하여 만들어진 만화 캐릭터에 관한 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도115판결, 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결은 이 사안에는 부합하지 아니한다).

이 사건에서, ① 드라마 '겨울연가'의 경우, 남녀 주인공이 위 저작물에서 비로소 창작된 캐릭터이긴 하나, 남녀주인공의 성격 및 주요 줄거리 등과 무관하게, 또한 실제 주연 배우를 배제한 채, 남녀주인공이 극중에서 자주 입었던 의상(긴 코트와 목도리)이나 눈이 오는 풍경 등만으로는 일반적인 연인의 모습과 구별되는 위 각 주인공 캐릭터만의 고유한 특징을 찾아볼 수 없어 이를 독자적인 저작물이라 할 수 없고, ② 드라마 '대장금'의 경우 주인공인 '장금'이라는 인물이 조선시대의 실존 인물이나 의녀[2]라는 것 이외에 전혀 알려진 바가 없어, 성격, 주변 인물, 성공 과정, 수랏간[3] 궁녀로서의 생활 등 주인공에 관한 대부분의 내용이 위 저작물에서 비로소 창작되었으나, 극중 인물의 성격, 주변 인물과의 관계, 에피소드나 줄거리 등과 무관하게, 또한 실제 주연 배우를 배제한 채, 주인공이 입었던 의상, 드라마에 등장한 궁중음식인 '신선로' 등만으로는 위 드라마 이전에 등장하였던 의녀와 구별되는 위 주인공 캐릭터 등만의 고유한 특징을 찾아볼 수 없어 이를 독자적인 저작물이라 할 수 없으며, ③ 드라마 '주몽'의 경우 고구려를 건국한 역사적 인물인 '고주몽'의 일대기를 그린 영상저작물로서, '고주몽'과 그의 부인인 '소서노' 등이 역사적 실존 인물이긴 하지만 구체적인 행적에 관하여 거의 알려진 바가 없어, 주몽의 왕으로서 성장과정, 고구려 건국 과정, 주변 인물과의 관계 등 주인공 캐릭터에 관한 대부분의 내용이 위 저작물에서 창작된 것이나, 이러한 특징들 및 실제 주연 배우들을 배제한 채, 주몽이 입었던 것과 유사한 갑옷, 소서노가 극 중에서 입었던 것과 유사한 의상 등만으로는 타 저작물에서의 장군 등의 모습 등과 구별되

2) 조선시대에 궁중의 내의원에 소속되어 부인들의 질병을 구호 진료하기 위하여 두었던 여자 의원

3) 왕의 수라상(밥상)을 담당하던 곳

는 위 각 캐릭터만의 고유한 특징을 찾아볼 수 없어 이를 독자적인 저작물이라 할 수 없고, ④ 드라마 '황진이'의 경우 조선시대 기녀인 '황진이'가 기녀로 되는 과정, 주변 인물들과의 관계, 황진이의 춤과 거문고 연주 실력, 황진이의 외모와 화려한 복장 및 장신구 등 구체적인 내용들은 모두 위 저작물에서 창작된 것이나, 이러한 특징들 및 실제 주연 배우 등을 배제한 채, 극중에서 황진이가 입었던 것과 유사한 한복, 거문고, 큰머리 또는 어여머리[4]를 올린 헤어스타일 등만으로는 조선시대 기녀의 모습을 묘사한 타 저작물과 구별되는 위 캐릭터만의 고유한 특징을 찾아볼 수 없어 이를 독자적인 저작물이라 할 수 없다.

(3) 영상저작물 또는 사진저작물에 관한 저작권 침해 주장에 관한 판단

피고 제품들이 이 사건 각 드라마라는 영상저작물의 한 장면 혹은 이 사건 각 드라마의 홍보용 스틸컷 등 사진저작물을 복제한 것이거나 이에 의거한 2차적저작물인지에 관하여 본다.

살피건대, 연속적인 영상의 재생을 특징으로 하는 영상저작물의 장면이나 등장인물 등을 정지된 2차원 또는 3차원 형상으로 만들거나, 사진저작물에 나타난 형태를 3차원 형상으로 만드는 경우 복제권 침해가 되기는 어렵다 하더라도, 그 실질적 유사성을 인정할 수 있다면 2차적저작물작성권의 침해가 될 여지가 있다고 할 것이다.

이 사건에서 보건대, 피고 제품들이 헬로 키티 캐릭터가 한복을 입고 있거나, 코트를 입고 목도리를 두른 뒤 눈이 내리는 풍경을 배경으로 서 있거나, 의녀 복장을 하고 신선로를 들고 있는 등의 모습을 하고 있는 사실은 앞서 본 바이나, 고양이 형상의 헬로 키티 캐릭터와 위 각 영상저작물 및 사진저작물의 실제 배우들과는 전혀 달라 전체적 느낌에 있어 실질적 유사성이 인정되지 않고, 더구나 피고 제품에서 사용된 헬로 키티 캐릭터를 제외한 나머지 의상, 소품 등만으로는 위 각 영상저

4) 조선시대에 부인이 예장(禮裝)할 때 머리에 얹은 다리(月子, 예전에 여자들의 머리숱이 많아 보이라고 덧넣었던 딴 머리)로 된 커다란 머리.

작물의 고유한 특징이 그대로 표현되어 있다고 인정되지 아니하여 피고 제품에 원고들 주장과 일부 유사한 소품이나 의상, 배경 등이 등장한다는 사정만으로 위 영상저작물에 대한 침해가 된다고 보기 어려우므로, 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 부분에 관한 위 원고들의 청구는 이유 없다.

(4) 응용미술저작물에 관한 저작권 침해 주장에 관한 판단

위 각 영상저작물에 등장하는 '겨울연가'의 남녀 주인공이 입은 코트와 목도리(별지 4 ①항), '황진이'의 황진이가 입었던 한복(별지 4 ②항), '대장금'의 장금이 입었던 의녀 복장(별지 4 ③항), '주몽'의 주몽이 입었던 갑옷 및 소서노가 입었던 의상(별지 4 ④항) 등이 응용미술저작물로서, 피고 제품이 이를 그대로 복제한 것이거나 이에 의거한 2차적 저작물인지에 관하여 보건대, ① '겨울연가'의 코트와 목도리의 경우 위 영상저작물에 등장하기 이전에도 흔히 접할 수 있던 색상 및 디자인의 코트와 목도리에 불과하여 그 자체만으로는 창작성을 인정할 수 없고(목도리를 매는 방법에는 다소 독특한 점이 있으나, 이는 아이디어의 영역에 있다고 할 것이다), ② '황진이'가 입었던 한복의 경우, 갑 제58호증의 기재에 의하면 소외 김혜순이 원고 한국○○공사가 제작하는 드라마 '황진이'와 관련하여 한복을 제작·협찬하고 제작된 한복을 공동소유하기로 약정한 사실은 인정되나, 위 인정사실만으로는 위 한복이 응용미술저작물이고 그에 관한 저작권이 위 원고에게 양도되었다거나 위 원고가 공동저작자라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며(위 원고가 김혜순으로부터 저작물이용허락을 받았다 하더라도 제3자를 상대로 저작권침해에 기한 손해배상을 청구할 권원은 없다고 할 것이다), ③ '대장금'의 의녀 복장의 경우, 소외 주식회사 엠비씨미술센터가 이를 제작하였음은 당사자들 사이에 다툼이 없고, 위 각 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면 이와 유사한 모양의 인형옷에 관하여 소외 정관선이 디자인권을 등록(출원일 2005. 10. 14./ 등록일 2006. 6. 7.)한 사실이 인정되므로, 원고 ○○방송을 그 저작권자로

보기 어렵고, 나아가 위 의녀 복장은 머리에 쓰는 사각형의 가리마[5] 및 한복 위에 입는 소매 없는 가운이 그 특징인데, 가리마는 조선시대에 실제로 존재하였던 것이고, 드라마 '대장금' 방영 이전에 방영된 드라마에서 이미 의녀들이 가리마 및 소매 없는 가운을 착용하여 위 복장이 알려져 있어, 창작성이 인정되기도 어려우며, ④ '주몽'의 갑옷 및 소서노의 의상의 경우, 먼저 갑옷의 형태 및 이마에 띠를 두르고 긴 머리 중 정수리 부분만 묶는 헤어스타일은 위 드라마 방영 이전의 사극에 등장한 무인들에게서 흔히 발견할 수 있던 것에 불과하고, 다만 갑옷의 목 부위의 칼라, 어깨부분의 사자 문양의 금속 장신구, 양각 형태의 구름 모양의 문양, 갑옷 위에 걸치는 붉은 망토 등은 고유한 특징이라 할 수 있으나, 피고 제품에는 목 부위의 칼라 및 망토, 어깨의 금속 장신구가 없어 실질적 유사성을 인정하기 어렵고, 소서노의 복장은 그 특징인 Y자 앞여밈, 옷 전체의 사각형 점 문양이 이미 고구려 벽화 등에서 흔히 볼 수 있는 것으로서 그 시대에 실제로 널리 입었던 복장 형태인 것으로 보여, 이를 창작성 있는 저작물이라 할 수 없으므로, 결국 위 각 응용미술저작물에 관한 저작권 침해 주장 역시 모두 이유 없다.

마. 불법행위 주장에 관한 판단

(1) 민법상 불법행위의 성립요건

민법 제750조는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다"고 규정하고 있는바, 불법행위는 반드시 저작권 등 실정법에 정하여진 권리가 침해되었을 경우에 한하지 아니하고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대하여 선량한

5) 차액(遮額)이라고도 한다. 너비 약 65cm의 검거나 붉은 비단을 접어 2겹으로 만들고, 그 사이에 두꺼운 종이를 겹쳐 붙여 만든다. 앞가리마에서부터 뒤집어쓰면 어깨나 등까지 내려간다. 광해군 시대 이후에는 가운데에 솜을 넣어 앞머리 쪽을 족두리 모양으로 오똑하게 만들기도 하였다. 인조(仁祖) 이후에 자취를 감추었다.

풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 침해해위가 이루어진 경우에도 성립된다. 따라서 부정하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인이 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물을 그로부터 아무런 동의 없이 이용하거나 그 명성에 부당하게 편승하는 행위가 법적으로 보호할 가치가 있는 상대방의 이익을 침해하는 위법한 행위에 해당하여 불법행위가 성립할 수 있다.

(2) 원고 방송사들의 주장에 대한 판단

이 사건에서 보건대, ① 원고 방송사들은 이 사건 각 드라마의 제작을 위하여 상당한 비용과 인력, 시간을 투입하였으며, 이러한 노력과 홍보에 힘입어 이 사건 각 드라마가 큰 호응을 얻었고 해외에까지 수출되었던 점, ② 드라마 캐릭터에 대한 상품화사업이 활발하게 진행될 경우, 드라마 자체의 수출이나 DVD 판매수익보다 캐릭터 상품화사업이 더 큰 수익을 가져오고 있고, 이는 새로운 드라마나 문화컨텐츠의 개발에 중요한 동인으로 작용하고 있는 점, ③ 드라마가 방영되어 인기를 얻게 되는 시기와 그에 관한 상표등록이나 상품화사업이 주지성을 획득하는 시기까지는 시차가 있어, 상표법이나 부정경쟁방지법에만 의존할 경우 보호에 공백이 생기고, 그로 인하여 아무런 권한이 없는 제3자가 아무런 대가를 치르지 않고 먼저 상품화사업을 벌여 이익을 얻을 경우 시장질서가 크게 훼손되고 결국 문화산업의 발전을 저해하는 결과를 가져오는 점, ④ 국내 드라마에 관한 상품화권리가 국내에서 정당하게 보호되지 아니할 경우, 해외시장에서 한류 드라마를 이용한 사업에도 악영향을 끼칠 것인 점 등에 비추어 보면, 원고 방송사들이 권한없는 제3자의 편승행위에 의하여 방해받음이 없이, 이 사건 각 드라마의 제호, 캐릭터 등을 이용하여 상품화사업을 영위할 수 있는 거래질서는 법적으로 보호할 가치가 있는 이익이라 할 것이다.

더 나아가 보건대, ① 이 사건 각 드라마의 이용을 위한 권리(저작재산권을 포함한다)를 그 방송사인 위 원고들이 보유하고 있어, 이들로부터의 허락없이 상품화사업을 추진하는 것은 위법하다는 점은 일반인이

라도 쉽게 알 수 있는 점, ② 그럼에도 불구하고 피고 주식회사 2는 이 사건 각 드라마가 국내 뿐 아니라 해외에서도 인기를 얻고 해외 관광객들 사이에 이 사건 각 드라마 관련 상품에 관한 수요가 커지자, 원고 방송사들부터 아무런 동의를 얻지 아니한 채 키티 캐릭터를 이 사건 각 드라마의 장면이나 등장인물을 연상케 하는 의상과 소품, 배경으로 꾸며 피고 제품을 만들었고, 피고 주식회사 2의 홈페이지에서도 이 사건 각 드라마의 제호나 등장인물의 이름을 붙여 판매하였던 점, ③ 피고 주식회사 2로부터 피고 제품을 납품받은 판매자의 입장에서는 위 피고의 의지와 관계 없이 피고 제품을 이 사건 각 드라마와 연관지어 판매할 여지가 크고, 실제로 일부 판매자가 피고 제품 판매시 대장금상표 등을 사용하였으며, 피고 주식회사 2가 앞으로도 피고 제품을 판매할 경우 이와 같은 사례가 재발할 가능성이 있는 점, ④ 피고 주식회사 2는 이 사건 각 드라마가 인기를 끌고 널리 알려지기 전까지는 별지 3 기재와 같은 피고 제품을 제조·판매한 적이 없는 점, ⑤ 원고 방송사들이 상품화권한을 부여한 업체의 제품 상당수와 피고 제품의 주된 수요자는 한류 드라마를 애호하는 일본 등 외국 관광객이어서 양 제품이 경쟁관계에 있고, 피고 제품의 판매 증가는 위 업체들의 매출감소 및 궁극적으로 원고 방송사들의 라이센스료 감소를 초래할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고 주식회사 2는 이 사건 각 드라마의 인기에 편승하여 부당한 이익을 얻고자 이 사건 각 드라마를 연상하게 하는 형태의 제품을 제조·판매하여 상도덕이나 상관습 등 사회질서에 반하는 행위를 하였다고 볼 것이다(위 피고가 최초로 피고 제품을 제조하여 판매하게 된 시기와 피고 제품 개발경위, 이 사건 각 드라마의 상품화사업에 있어서의 원고 유○○○○의 지위에 비추어 보면, 위 피고가 위 원고와 일시적으로 거래를 하였다는 사정만으로는 위 피고의 행위가 적법하다고 보기 어렵다).

따라서, 피고 주식회사 2가 피고 제품을 제조·판매한 행위는 원고 방송사들의 법적으로 보호할 가치 있는 이익을 침해하는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다.

(3) 나머지 원고들의 주장에 관한 판단

한편, 원고 올○○○○과 원고 희원은 ○○○미디어를 통하여 원고 한국○○공사로부터 또는 원고 ○○방송으로부터 상품화사업을 대행 또는 대리할 권한을 부여받은 자에 지나지 아니함은 앞에서 본 바와 같고, 원고 방송사들과 독립하여 보호할 가치가 있는 이익이 존재한다고 보기 어려우므로(원고 올○○○○이 '황진이', '주몽'을 제작하였다 하더라도 그 저작재산권 등 위 드라마 이용에 관한 권리는 원고 방송사들에게 양도한 것으로 봄이 상당하다), 위 원고들이 피고 주식회사 2의 불법행위로 인하여 손해를 입었다는 주장은 이유 없다.

원고 유○○○○은 원고 올○○○○ 또는 원고 희원을 통하여 원고 방송사들과 사이에 비독점적인 상품화 권한을 부여받은 자에 지나지 아니하며, 원고 유○○○○이 그 상품화사업에 관하여 국내에서 주지성을 획득하였다거나 피고 주식회사 2가 위 원고의 상품형태를 모방하였다고 보기 어려움은 앞에서 본 바와 같고, 위 원고가 2007. 10.경 피고 주식회사 2로부터 피고 제품을 납품받아 오다가 거래가 중단되었고, 피고 제품으로 인하여 위 원고의 매출에 영향이 있었다는 사정만으로는 위 피고에게 위 원고의 권리 또는 보호할 가치있는 이익을 위법하게 침해한 불법행위책임이 있다고 단정하기 어려우므로, 위 원고의 위 주장도 이유 없다.

(4) 소결론

따라서, 원고들의 불법행위로 인한 손해배상책임 주장은 원고 방송사들에 대하여는 이유 있고 나머지 원고들에 대하여는 이유 없다.

바. 피고 산○○의 책임에 관한 판단

피고 주식회사 2가 원고 한국○○공사 및 원고 ○○방송에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임이 있음은 앞에서 본 바와 같은바, 피고 산○○가 위 불법행위에 관한 가담 또는 방조에 따른 공동불법행위책임이

있는지에 관하여 본다.

살피건대, 갑 제1, 91호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며, 피고 산○○에게 달리 독자적인 손해배상책임을 물을 근거도 찾을 수 없으므로(갑 제49호증이 위 피고에 의하여 작성되었음을 인정할 자료가 없다), 원고들의 피고 산○○에 대한 청구는 이유 없다.

4. 손해배상의 범위

원고 방송사들이 피고 주식회사 2의 위와 같은 불법행위로 인하여 입은 손해의 범위에 관하여 본다.

갑 제116호증의 1, 2, 갑 제119 내지 122호증의 각 기재, 당원의 서울세관에 대한 각 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 주식회사 2는 대표이사와 본점소재지가 동일한 소외 주식회사 두보양행을 통하여 중국으로부터 피고 제품에 관한 반제품 또는 완제품을 별지 5 기재와 같이 수입한 사실, 피고 주식회사 2는 이 중 반제품은 다른 부품과의 결합이나 가공을 거쳐 완제품은 그대로 면세점 등에 도매가로 판매한 사실을 인정할 수 있고, 그 판매수량과 소매가 합계는 별지 5 기재와 같을 것으로 추정된다.

원고 방송사들은 별지 5 기재 품목 외의 다른 제품의 제조·판매행위도 불법행위에 해당한다고 주장하나, 앞에서 본 각 증거만으로는 갑 제119 내지 122호증에 기재된 나머지 제품의 제조·판매행위가 불법행위에 해당한다고 인정하기 어렵다.

피고 주식회사 2는 위 항목 중 일부는 불량을 고려한 여유분이거나 핸드폰줄의 고리 등 반제품이므로 제외되어야 한다고 주장하나, 위 여유분이라 하여 피고 주식회사 2가 이를 판매하지 아니하였다고 볼 수 없고, 위 핸드폰 줄이 반제품이라 하더라도 그 모델번호와 피고 제품을 대조하여 보면, 위 피고가 위 반제품을 이 사건 각 드라마를 연상하게

하는 키티 캐릭터와 결합하여 판매하였을 것임은 넉넉하게 추단되므로, 위 피고의 위 주장은 이유 없다.

더 나아가 보건대, 원고 방송사들은 상품화사업권한을 부여하고 라이센스료를 지급받을 뿐 직접 상품화사업을 영위하지 아니하고 있을 뿐 아니라, 불법행위로 인한 손해배상액의 산정에 저작권법 제125조 제1항(침해자가 받은 이익액을 권리자의 손해액으로 추정)의 규정이 준용되지 않는 점을 고려하되, 피고 주식회사 2가 원고 방송사들과 사이에 각 상품화사업계약을 체결하였더라면 피고 제품의 판매로 인하여 위 원고들에게 지급하였을 라이센스료 수입 및 피고 제품의 판매로 인하여 원고 방송사들로부터 상품화권리를 부여받은 업체 제품은 상대적으로 판매가 감소하여 결과적으로 위 원고들의 라이센스료 수입도 감소되었을 것인 점을 감안하고, 위에서 본 피고 제품의 판매수량과 소매가 합계, 통상적인 캐릭터 상품화사업계약에서 소매가 대비 출고가의 비율(40~45%)과 라이센스요율 및 피고 주식회사 2는 별지 5에 기재되지 아니한 피고 제품(KNB-14, 15, KGI-32, 34, KBP-26 등)도 제조·판매하였을 것으로 보이는 점 등을 모두 참작하면, 피고 주식회사 2가 배상하여야 할 손해는 원고 한국○○공사에 대하여 10,000,000원, 원고 ○○방송에 대하여 20,000,000원으로 정함이 상당하다.

그러므로 피고 주식회사 2는 원고 한국○○공사에게 10,000,000원, 원고 ○○방송에게 20,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 피고 제품의 제조·판매일 이후로서 위 원고들이 구하는 바에 따라 2009. 8. 24.자 청구취지 및 청구원인 추가적 변경신청서 송달 다음날임이 기록상 명백한 2009. 8. 25.부터 위 피고가 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2010. 1. 14.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결 론

그렇다면 원고 한국○○공사 및 원고 ○○방송의 청구는 각 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고 위 원고들의 피고 주식회사 2에 대한 나머지 청구 및 피고 산○○에 대한 청구, 나머지 원고들의 피고들에 대한 청구는 모두 이유 없어 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결 중 원고 한국○○공사 및 원고 ○○방송의 일부 패소부분은 부당하므로 이 부분에 대한 위 원고들의 항소는 이유 있고, 위 원고들의 나머지 항소 및 당심에서 확장된 원고 ○○방송의 청구, 나머지 원고들의 항소는 각 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황한식
판사 이규홍
판사 이숙연

[별지] 생략

9. 게임물 캐릭터의 실질적 유사성 판단 - 게임 '신야구' 사건

[개요]

원고는 1994년 출시한 '실황 파워풀 프로 야구'라는 콘솔 게임기용(PS2) 소프트웨어 저작권자이다. 피고들은 2005년 5월경 '신야구'라는 제호의 온라인 야구게임을 제작한 자와 자신이 운영하는 인터넷 사이트(www.hanbiton.com)를 통해 위 야구게임을 제공하고 있는 자이다. 원피고의 야구 게임에 등장하는 캐릭터의 유사한 부분이 저작권 침해 논란에 휩싸였다.

원고는 피고들이 원고가 저작권을 갖는 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사한 '신야구' 캐릭터가 등장하는 '신야구' 게임을 제작·제공함으로써 원고의 '실황야구' 캐릭터에 대한 복제권을 침해하였다고 주장하였다. 설령 '신야구' 캐릭터에 다소 변형된 부분이 있고 일부 창작성이 인정된다고 하더라도 '실황야구' 캐릭터의 2차적저작물작성권을 침해한 것이라고 하면서 피고들에 대하여 그 침해의 금지를 구하는 소송을 제기한 것이다. 이에 피고들은 '실황야구' 캐릭터는 창작성이 없어 저작권의 보호대상에 해당하지 않을 뿐 아니라, '신야구' 캐릭터는 그 표현형식에 있어서 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사하지 않다고 항변하였다.





1심 법원은 원피고 캐릭터의 실질적 유사성에 대해 판단하였는데 몇 가지 점에서 유사하기는 하나, 이와 같은 표현은 '실황야구' 캐릭터가 출시되기 이전에 이미 만화, 게임, 인형 등에서 사용되었던 것이고 나아가 장비의 형태나 경기 동작은 야구게임의 특성상 필연적으로 유사하게 표현될 수밖에 없는 것이므로, 위와 같은 유사점들만으로는 원·피고 각 캐릭터의 창작적 표현형식이 실질적으로 유사하다고 할 수 없다고 보았다(서울중앙지방법원 2006.7.20. 선고 2005가합 76758판결).

항소심에서도 원고의 청구는 기각되었다. 1심에서는 원고가 주장하지 않았던 2차적저작물작성권 침해에 대해서도 살펴보았는데, 실질적 유사성이 인정되지 않아 피고의 '신야구' 캐릭터는 원고의 '실황야구' 캐릭터와는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당한다는 결론을 내리고 있다. 다만 1심에서는 언급이 없었던 캐릭터의 독자적인 저작물성에 대하여 판단을 내리면서 '실황야구' 캐릭터 자체를 독립된 저작권법의 보호대상으로 보기에는 부족하다고 하였다(서울고등법원 2007.8.22. 선고 2006나72392 판결).

상고심에서는 항소심과 달리 캐릭터는 상품화 여부와 관계없이 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있다면 독자적으로 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이 될 수 있다고 판시하였다. 그럼에도 불구하고 '실황야구' 캐릭터 저작자의 창조적 개성이 가장 잘 드러난 부분인 얼굴 내 이목구비의 생김새와 표정 및 신발의 구체적인 디자인 등에서 신야구의 캐릭터와는 상당한 차이가 있는바, 양 캐릭터 사이에 실질적 유사성이 인정되지 아니하므로, 복제권이나 2차적저작물작성권을 침해한 것은 아니라는 결론은 변함이 없어 원고 청구는 기각되었다(대법원 2010.2.11. 선고 2007다63409 판결).

■■■■■■■■■■

대법원 2010. 2. 11. 판결 2007다63409【저작권침해금지】

원고(탈퇴)	코○○ 가○○○○
원고승계참가인, 상고인	가○○○○ 코○○ 디지털 엔터테인먼트 소송대리인 변호사 이임수외 6인
피고, 피상고인	주식회사 네○플외 1인 소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 황보영외 4인
원심판결	서울고법 2007. 8. 22. 선고 2006나72392 판결

주 문

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고승계참가인이 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 제1점에 대하여

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물이어야 할 것인바, 만화, 텔레비전, 영화, 신문,

잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 원저작물과 별개로 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이 될 수 있다(대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결, 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 야구를 소재로 한 게임물인 원심 판시 '실황야구'에 등장하는 '실황야구' 캐릭터는 야구선수 또는 심판에게 만화 속 등장인물과 같은 귀여운 이미지를 느낄 수 있도록 인물의 모습을 개성적으로 도안함으로써 저작권법이 요구하는 창작성의 요건을 갖추었으므로, 이는 창작성이 있는 저작물로서 원저작물인 게임물과 별개로 저작권법의 보호대상이 될 수 있고, 한편 위 '실황야구' 캐릭터에 관하여 상품화가 이루어졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항이 아니다.

그럼에도 불구하고 원심이 캐릭터라 함은 일정한 이름, 용모, 역할 등의 특징을 가진 등장인물이 반복하여 묘사됨으로써, 각각의 표현을 떠나 일반인의 머릿속에 형성된 일종의 이미지로서 표현과는 대비된다는 전제에서, 위 '실황야구' 캐릭터가 상품화 과정을 거쳐 독자적인 저작물성을 인정할 정도에 이르지 않았다는 이유로 독립된 저작권법의 보호대상으로 보기에는 부족하다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이다.

그러나 아래 상고이유 제2, 3점에 대한 판단에서 보는 바와 같이, 원고승계참가인이 '실황야구' 캐릭터에 관한 자신의 저작권을 침해하였다고 주장하는 원심 판시 '신야구' 캐릭터가 '실황야구' 캐릭터를 복제한 것이라고 볼 수 없음은 물론 '실황야구' 캐릭터의 2차적저작물에 해당한다고도 볼 수 없는 이상, 원고승계참가인의 이 사건 청구를 모두 기각한 제1심의 판단을 그대로 유지한 원심판결은 결론에 있어서는 정당하다고 할 것이고, 따라서 상고이유 제1점에서 지적하고 있는 원심의 잘못은 결과적으로 이 사건 판결에는 아무런 영향을 미쳤다고 볼 수 없으

므로, 결국 원고승계참가인의 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 제2, 3점에 대하여

다른 사람의 저작물을 무단히 복제하게 되면 복제권의 침해가 되는 것이고 이 경우 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정·증감이나 변경이 가하여진 것이라고 하더라도 새로운 창작성을 더하지 아니한 정도이면 복제로 보아야 할 것이며(대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결 참조), 한편 저작권법 제5조 제1항 소정의 2차적저작물로 보호받기 위하여는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가하여야 하는 것이므로(대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결, 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 등 참조), 어떤 저작물이 기존의 저작물을 다소 이용하였더라도 기존의 저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 신 저작물이 되었다면, 이는 창작으로서 기존의 저작물의 저작권을 침해한 것이 되지 아니한다. 그리고 저작권법이 보호하는 것은 인간의 사상 또는 감정을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현하는 창작적인 표현형식이므로, 복제권 또는 2차적저작물작성권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결, 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고 주식회사 네오플이 제작한 야구를 소재로 한 게임물인 원심 판시 '신야구'에 등장하는 '신야구' 캐릭터는 '실황야구' 캐릭터와, 귀여운 이미지의 야구선수 캐릭터라는 아이디어에 기초하여 각 신체 부위를 2등신 정도의 비율로 나누어 머리의

크기를 과장하고 얼굴의 모습을 부각시키되 다른 신체 부위의 모습은 과감하게 생략하거나 단순하게 표현하는 한편, 역동성을 표현하기 위해 다리를 생략하되 발을 실제 비율보다 크게 표현한 점 및 각 캐릭터의 야구게임 중 역할에 필요한 장비의 모양, 타격과 투구 등 정지 동작의 표현 등에 있어 유사한 면이 있다. 그러나 이와 같은 표현은 '실황야구' 캐릭터가 출시되기 이전에 이미 만화, 게임, 인형 등에서 귀여운 이미지의 어린아이 같은 캐릭터들을 표현하는 데에 흔히 사용되었던 것이거나 야구를 소재로 한 게임물의 특성상 필연적으로 유사하게 표현될 수밖에 없는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 유사점들만으로는 양 캐릭터의 창작적 표현형식이 실질적으로 유사하다고 할 수 없는 반면, '실황야구' 캐릭터 저작자의 창조적 개성이 가장 잘 드러난 부분인 얼굴 내 이목구비의 생김새와 표정 및 신발의 구체적인 디자인 등에서 원심 판시와 같은 상당한 차이가 있어, 양 캐릭터 사이에 실질적 유사성이 인정되지 아니하므로, '신야구' 캐릭터가 '실황야구' 캐릭터를 복제한 것이라고 볼 수 없음은 물론 '실황야구' 캐릭터의 2차적저작물에 해당한다고도 볼 수 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 복제권 및 2차적저작물작성권의 침해 여부에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 결론

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

재판장 대법관 전수안
주 심 대법관 양승태
대법관 김지형
대법관 양창수

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2007. 8. 22. 판결 2006나72392【저작권침해금지】

원고, 항소인(탈퇴)	코○○ 가○○○○
원고승계참가인, 항소인	가○○○○ 코○○ 디지털 엔터테인먼트 소송대리인 변호사 이임수외 8인
피고, 피항소인	주식회사 네○플 외 1 소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 황보영외 3인
제1심판결	서울중앙지방법원 2006. 7. 20. 선고 2005가합76758 판결
변론종결	2007. 7. 11.
판결선고	2007. 8. 22.

주 문

1. 원고승계참가인의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고승계참가인이 부담한다.

청구취지 및 항소취지

원심판결을 취소하고, 피고들은,

1. '신야구' 기타 야구게임에서 별지 대비목록 영상 중 피고 '신야구' 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 '신야구' 캐릭터 (1) 내지 (32)의 각 인물도형 및 위 각 인물 도형에서 모자, 옷, 신발의 색채나 모양 또는 모자의 로고가 변경된 인물 도형이 수록된 '신야구' 기타 야구게임을 게임소프트웨어로 배포, 판매하거나, 인터넷, 기타 다른 정보통신매체를 이용용용용제3정보통이를 이용용게이용거나, 전송, 배포하는 행위를 해서는 아니 되며,

3. 같은 목록 영상 중 피고 '신야구' 캐릭터 (1) 내지 (32)의 각 인물도형 및 위 각 인물도형에서 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

아래 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1호증의 1, 2, 제2 내지 4, 46호증, 을 제28 내지 39호증의 각 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이를 인정할 수 있고, 반증이 없다.

가. 원고는 1994년 출시한 '실황 파워풀 프로야구(이하 '실황야구'라 한다)'라는 제호의 게임기용(PS2) 야구게임 소프트웨어의 저작권자인바, '실황야구'는 사람의 모습을 한 등장인물 대신에 귀엽고 친근감 있는 캐릭터를 이용한 야구게임을 제작하여 왔는데, 2000년경에 이르러 별지 대비목록 영상 중 '실황야구' 캐릭터 (1) 내지 (32)와 같은 모습(타자와 투수의 각 앞, 옆, 뒷모습, 그리고 포수와 심판의 앞모습으로 구성, 이하 '실황야구' 캐릭터라 한다.)을 갖추게 되었다.

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

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

2. 원고 승계참가인의 청구에 대한 판단

가. 당사자들의 주장

원고 승계참가인은, 피고들이 별지 대비목록 각 영상과 같이 원고 승계참가인이 저작권을 갖는 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사한 '신야구' 캐릭터가 등장하는 '신야구' 게임을 제작·제공함으로써 원고 승계참가인의 '실황야구' 캐릭터에 대한 복제권을 침해하였으므로, 피고들에 대하여 청구취지 기재와 같이 그 침해의 금지를 구한다고 주장하고,

이에 대하여 피고들은, '실황야구' 캐릭터는 창작성이 없어 저작권의 보호대상에 해당하지 않을 뿐 아니라, '신야구' 캐릭터는 그 표현형식에 있어서 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사하지 않다고 다툰다.

또한, 원고 승계참가인은 설사 '신야구' 캐릭터에 다소 변형된 부분이 있고, 일부 창작성이 인정된다고 하더라도 이는 '실황야구' 캐릭터의 2차적저작물에 해당하므로, 피고들이 원고나 원고 승계참가인이 가지는 '실황야구' 캐릭터의 2차적저작물작성권을 침해하였으므로, 그 침해의 금지를 구한다고 주장한다.

나. 일반론

⑴ 캐릭터의 의의

일반적으로 캐릭터란 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지, 소설, 연극 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 인물, 동물, 물건의 특징, 성격, 생김새, 명칭, 도안, 특이한 동작 그리고 더 나아가서 작가나 배우가 부여한 특수한 성격을 묘사한 인물을 포함하는 것으로서 그것이 상품이나 서비스, 영업에 수반하여 고객흡인력 또는 광고효과라는 경제적 가치를 지니는 것을 말하고, 캐릭터가 상품 등에 이용되는 목적은 대중매체를 통해 일반 대중에게 잘 알려진 캐릭터가 가지고 있는 광고 선전력, 주의 환기력, 고객흡인력을 이용하고자 하는 것이다.

⑵ 캐릭터의 독자적인 저작물성 인정 여부

그런데 이 사건 '실황야구'라는 저작물에서 등장하는 캐릭터가 독자적으로 저작권법상 보호를 받을 수 있는지 여부에 관하여 보건대, '실황야구'와 같은 저작물은 등장하는 여러 캐릭터, 플롯(plot), 게임의 전개, 다양한 선택, 도구 등 여러 가지 구성요소로 이루어지는 것이 보통인 바, 원고 승계참가인이 창작성을 가진 저작물이라고 주장하는 별지 대비목록 중 '실황야구' 캐릭터는 이 사건 '실황야구'라는 저작물의 일부분에 불과하고, 이와 별도로 '실황야구' 캐릭터의 상품화 과정을 거쳐 독

자적인 저작물성을 인정할 정도에 이르지 않는 한 독자적인 저작물성이 인정되는 캐릭터로 볼 수 없다.

또한, 저작권법 제2조 제1호는 저작권 보호의 대상이 되는 저작물이란 "인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다."고 규정하고 있고, 이 창작물이란 표현 그 자체를 가리킨다는 것이 일반적인데, 캐릭터라는 것은 일정한 이름, 용모, 역할 등의 특징을 가진 등장인물이 반복하여 묘사됨으로써, 각각의 표현을 떠나 일반인의 머릿속에 형성된 일종의 이미지로서 표현과는 대비된다. 즉, 캐릭터란 그 개개장면의 구체적 표현으로부터 승화된 등장인물의 특징이라는 추상적 개념이지 구체적 표현이 아니며, 결국 그 자체가 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것이라고 볼 수 없는 것이다.

따라서 이 사건을 돌이켜 보면, '실황야구' 캐릭터가 등장하는 '실황야구' 자체를 영상저작물로 보호하는 것으로 족하고, 별도로 '실황야구' 캐릭터 자체를 독립된 저작권법의 보호대상으로 보기에는 부족하다 할 것이다.

⑶ 2차적저작물 인정 원칙

제3자 '실황야구' 캐릭터를 표절하였다면 그것이 사회통념상 실질적인 개변을 가한 것이 아니라 사소한 개변을 한 것에 불과하면 복제권의 침해에 해당할 것이고, 사소한 개변을 넘어서는 실질적인 개변이 이루어졌다고 하더라도 실질적 유사성의 범위 내에 있다면, 이는 허락 없이 원작에 대한 2차적저작물을 만들어 낸 것으로 원저작자의 2차적저작물 작성권을 침해한 것으로 규율할 수 있으나, 만일 실질적 유사성이 없다면 2차적저작물이라고 볼 수 없다 할 것이다.

⑷ 유사성 판단의 일반 원칙

저작물의 무단 복제에 의한 저작권 침해를 인정할 수 있으려면, 침해자가 저작권 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것과 침해저작물 및 피침해 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있을 것의 요건이 필요하다고 할 것인바, 이때 양 저작물 사이의 의거 관계는 원칙적으로 침

해자에게 피침해 저작물에 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 보호대상으로 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.

다. 판단

⑴ 먼저, 피고측의 '신야구' 캐릭터가 원고측의 '실황야구' 캐릭터에 의거한 것인지에 관하여 보건대, 갑 제5호증의 1 내지 4, 제6호증, 을 제26호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, '실황야구' 게임은 일본국 내에서만 시판되는 게임이기는 하나 피고 네○○ 이 '신야구' 게임을 제작하기 전에 이미 국내에 널리 유포되어 있었고, 피고 네○○의 구성원들도 '신야구' 게임 제작 전에 '실황야구' 게임을 접하였던 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에다가 아래 ⑵ ㈏항에서 보는 바와 같은 원·피고 각 캐릭터의 유사점을 더해 보면, '신야구' 캐릭터는 '실황야구' 캐릭터에 의거하여 제작되었다고 봄이 상당하다 할 것이다.

⑵ 다음으로, 각 캐릭터가 실질적으로 유사한지 여부에 관하여 본다.

㈎ 유사성의 판정은 창작성이나 캐릭터의 개발 정도 및 다양한 표현가능성의 정도에 따라 실질적 유사성의 인정범위가 달라진다. 즉, 캐릭터의 창작성이나 개발 정도가 클수록, 다양한 표현가능성이 클수록 실질적 유사성의 인정범위는 넓어지게 된다. 이러한 일반적인 판단기준하에 전체적인 대비를 통하여 전체적인 관념과 느낌이 유사한지, 그렇다면 어떠한 요소로 인하여 유사성이 발생하였는지를 확정하고, 다음 단계로 그 유사성 요소 중 표현 요소가 무엇인지를 확정하여 대비하는 작업이 필요한바, 다음에서 구체적으로 살핀다.

아래 사실은 갑 제14호증의 1 내지 91, 제15호증의 1 내지 52, 제16 내지 45호증의 각 1, 2, 을 제4호증의 1 내지 5, 제5호증의 1 내지 8, 제10호증의 1, 2, 제11 내지 16호증, 제17호증의 1 내지 3, 제18 내지 20호증의 각 1, 2, 제21호증, 제22호증의 1 내지 8, 제23호증의 1 내지 5의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이를 인정할 수 있고, 반증이 없다.

㈏ 별지 대비목록은 원고 승계참가인이 복제권의 침해를 주장하는 '실황야구'의 각 캐릭터 32개를 그림별로 순번을 정하여 '신야구' 캐릭터와 대비해 놓은 목록인바, 그 중 왼쪽에 나열된 그림이 '실황야구' 캐릭터이고, 오른쪽에 나열된 그림이 '신야구' 캐릭터이다.

㈐ 원·피고측의 각 캐릭터를 전체적인 대비를 통하여 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 마무리되어 있고, 하단부에 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 나누어 머리의 크기를 과장하고 얼굴의 모습을 부각시키되 다른 신체 부위의 모습은 과감하게 생략하거나 단순하게 표현하는 한편, 역동성을 표현하리의유해 다리를 생략하되 발을 실제 비율보다 크게 표현한 데에서 기인한 것으로서, 이와 같은 표현은 '실황야구' 캐릭터가 출시되기 이전이나 별지 대비목록 영상과 같은 캐릭터로 완성된 2000년경 이전에, 이미 만화, 게임, 인형 등에서 귀여운 이미지의 어린아이 같은 캐릭터들을 표현하는 데에 사용 되었던 것이고, 나아가 장비의 형태나 경기동작은 야구게임의 특성상 필연적으로 유사하게 표현될 수밖에 없는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 유사점들만으로는 원·피고 각 캐릭터의 창작적 표현형식이 실질적으로 유사하다고 할 수 없다.

㈑ 다만, 원고 승계참가인이 위와 같은 신체의 형태를 기초로 얼굴의 생김새와 의상, 신발, 구비장비 등을 디자인하여 구체적으로 형상화한 '실황야구' 캐릭터의 모습은 다른 기존 캐릭터들과 구별되는 나름대로의 특성이 부여되어 있어 창작적인 미감을 갖는다 할 것이나, 원래 캐릭터는 창작성이 크면 클수록, 세밀하게 묘사되면 묘사될수록 캐릭터는 더 큰 보호를 받는 것인데, '실황야구' 캐릭터는 야구게임의 특성상 불가피하게 표현할 수밖에 없는 표현을 제외하면 위와 같이 귀여운 이미지의 다리 관절이 생략된 2등신의 캐릭터로서 캐릭터의 창작성이나 개발 정도가 그다지 크다고 보이지 않고, 또한 이러한 단순한 캐릭터는 다양하게 표현할 수 있는 방법이 제한되어 있어 일정한 표현상의 차이점만으로 실질적 유사성을 부인할 수 있게 될 여지가 크다고 할 수 있으므로, 이러한 점을 고려하여 '신야구' 캐릭터가 창작적 미감의 표현에 있어 '실황야구' 캐릭터와 실질적으로 유사한지 여부를 살펴 보아야 할 것이다.

① 일반적으로 인간의 형상을 본뜬 캐릭터는 얼굴의 생김새가 그 동일성 식별의 중요한 기준이 된다 할 것인데, 원·피고의 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 캐릭터별로 위 각 장비의 구체적 형태와 색상이 다르므로, 이 점에서 일단 미감의 차이를 느낄 수 있고, 가사 위와 같은 부속물의 구체적 디자인의 차이점만으로는 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, '실황야구' 캐릭터는 코와 입이 생략되어 있고, 비현실적으로 큰 눈(특히 눈의 흰자위 부분이 크다)이 얼굴 대부분을 차지하고 있어, 눈동자의 위치만으로 얼굴의 각도와 표정을 만들어 내는 반면, '신야구' 캐릭터는 코만 생략되어 있고, 전체적으로 검고 상대적으로 표정크기의 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, '실황야구' 캐릭터는 뒷머리에 해당하는 부분을 아무런 형상 없이 단순히 피부색만으로 마감하였고, 별도로 옆얼굴을 표현한 캐릭터는 없으며 다만 위에서 본 바와 같이 눈동자의 위치로써 얼굴의 각도를 달리 표현하였을 뿐이지만, '신야구' 캐릭터는 귀, 머리카락, 구레나룻을 구체적으로 그려 넣고, 보이는 얼굴의 각도의 차이에 따라 다양한 모습을 나타내고 있는 차이가 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, '실황야구' 캐릭터는 몸체에 팔이 붙어 있지만 '신야구' 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, '실황야구' 캐릭터는 단순한 타원형에 특징적 디자인 없이 앞·뒤로 구분하여 회색과 흰색으로 색상의 차이만을 두었

지만, ‘신야구’ 캐릭터는 두 가지 색상만을 사용하면서도, 상대적으로 구체적인 신발의 형상을 갖춘 디자인과 색상배치를 통해 원고의 ‘실황야구’ 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, ‘신야구’ 캐릭터로부터 ‘실황야구’ 캐릭터의 본질적 특징이 감득되지 않는다 할 것이다.

⑶ 따라서 ‘실황야구’ 캐릭터와 ‘신야구’ 캐릭터 사이에 실질적인 유사성을 인정하기 어려우므로, ‘신야구’ 캐릭터는 ‘실황야구’ 캐릭터와는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.

⑷ 그리고 피고들이 원고 승계참가인의 2차적저작물작성권을 침해하였다는 주장에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 피고의 ‘신야구’ 캐릭터는 원고의 ‘실황야구’ 캐릭터와는 실질적 유사성이 없는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당하므로 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원고 승계참가인의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 원심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고 승계참가인의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동
판사 홍동기
판사 김상채

[제1심 판결] 서울중앙지방법원 2006. 7. 20. 선고 2005가합76758 판결 (한국 저작권 판례집 12권, 13번 판례 참조)

10. 사진저작물에의 인터넷 링크의 전송권 침해 여부

[개요]

원고는 자연풍경을 위주로 작품활동을 하는 사진작가로서 자신이 창작적으로 촬영한 사진작품을 게시하고 임대하기 위한 목적으로 웹사이트를 개설·운영하고 있는 자이며, 피고는 온라인 포털사이트인 ○○코리아를 운영하는 법인으로서 피고 홈페이지와 '이미지박스' 웹페이지를 통하여 이미지 검색서비스를 제공하고 있었다.

원고는 피고가 다른 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지(이하, 외부이미지)나 피고 회원에게 제공된 블로그, 이미지박스 등에 게시된 이미지(이하, 내부이미지)를 검색결과로 제공하는 과정에서 자신의 사진저작물을 수집하여 피고 웹사이트에서 불특정 다수인에게 감상할 수 있도록 제공한 것은 자신의 저작재산권을 침해하는 행위이며, 내부이미지가 검색결과로 제공된 것은 피고가 운영하는 '이미지박스', '블로그' 등을 이용하는 회원들이 원고의 사진저작물을 무단으로 업로드 등의 방식으로 이용하는 것을 방조한 것으로서, 위 직접 침해행위에 따른 불법행위책임 또는 피고 회원들의 침해행위에 대한 방조행위에 따른 공동불법행위 또는 사용자책임을 부담한다고 주장 하였다.

피고가 제공하는 이미지 검색 서비스는 이미지 제공 방법에 따라 '상세보기 방식'과 '인터넷 링크방식'으로 나눌 수 있다. '상세보기 방식'이란 각종 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지 파일을 무작위로 검색·수집해 이를 가로 약 3cm, 세로 약 2.5cm 크기의 썸네일 이미지(thumbnail image)로 축소·변환하여 저장한 뒤, 이용자의 검색어에 따라 저장해 둔 썸네일 이미지와 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 제공하고, 다시 이용자가 특정 썸네일 이미지를 클릭하면 원래의 사진 이미지를 복제하여 500×330 픽셀 크기(인쇄할 경우 약 17.64㎝ ×

13.23㎝)로 축소, 변환하여 보여주는 것을 의미한다. 반면 '인터넷 링크 방식'은 이용자가 검색어를 입력하면 화면을 위아래로 나누어, 상단에는 썸네일 이미지 목록과 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 보여주고, 하단에는 원래 이미지가 저장된 인터넷 사이트를 링크하여 해당 페이지의 모습을 보여주고 이를 클릭하여 원래 이미지가 게시된 웹페이지로 이용자가 이동할 수 있도록 한다.

이 중 인터넷 링크(Internet link) 방식이 저작권법상 복제, 전송 또는 전시에 해당하는가에 대하여 원심 및 항소심은 인터넷 링크는 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결한다 하더라도, 이는 '유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는' 복제에 해당하지 않는다고 하였다. 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 '전송'이나 전시에도 해당하지 않는다고 판단하였다.

한편, 상세보기 방식으로 제공된 외부 이미지에 대하여 대법원은 원고의 사진에 대한 복제권, 전시권 및 전송권 침해를 인정한 원심과 달리 이를 인정하지 않았다. 대법원은 피고가 그 웹사이트에서 검색되는 원고의 사진들을 복제하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없고, 오히려 인터넷 링크에 의하여 이미지를 보여 주는 방법을 통해서도 '상세보기 방식'을 구현할 수 있다는 점을 지적하였다. 따라서, 원심이 이와 같은 사정을 자세히 살펴보지 아니하고 피고가 외부 이미지 파일을 검색·수집하여 피고 자신의 서버에 저장하였음을 전제로 저작권 침해를 인정한 부분은 잘못이 있다고 보아 파기·환송하였다.

나아가, 피고가 원고의 사진 저작물을 저작권법에서 저작자의 권리로 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 이용한 사실을 전제로 하는 성명표시권 침해나 출처명시의무 위반 역시 인정하지 않았다.

마지막으로, 내부이미지 저장·검색과 관련하여 위 내부이미지들이 타인의 저작권을 침해하는 것인지 여부를 쉽게 알 수 없었을 뿐만 아니라, 그와 같은 저작권 침해 게시물을 자동적으로 걸러내는 기술적 수단도 존재하지 않는 점, 그리고 피고가 회원들의 '이미지박스' 등 게시판에 위 내부이미지들이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난다고 볼 만한 사정도 인정하기 어렵기 때문에 원고의 요청이 없더라도 위 내부이미지들을 삭제하거나 그 게시를 차단할 의무가 있었다고는 보기 어렵고 결국 피고에게 방조에 의한 공동불법행위자로서의 책임을 지울 수 없다고 판단한 원심과 결론을 같이 하였다.

■■■■■■■■■■

대법원 2010. 3. 11. 판결 2009다4343【손해배상(지)】

원고, 상고인 겸 피상고인	원고
피고, 피상고인 겸 상고인	○○코리아 유한회사 소송대리인 법무법인 지평지성 담당변호사 배대준외 1인
원심판결	서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008나35779 판결

주 문

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고의 상고를 기각한다.

이 유

원고와 피고의 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 원고와 피고의 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 함께 판단한다.

1. 링크방식에 의한 외부이미지 제공 부분

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제2조 제14호는 '복제'는 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 같은 조 제9의2호는 '전송'은 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 규정하고 있고, 한편 구 저작권법은 같은 법 제19조 소정의 '전시'에 관하여는 별도의 정의 규정을 두고 있지 않지만, 그 입법취지 등을 고려하면 위 법조에서 말하는 '전시'는 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물(이하 '미술저작물 등'이라 한다)의 원작품이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것을 말한다고 할 것이다.

그런데 이른바 인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가

링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결한다 하더라도, 이는 구 저작권법 제2조 제14호에 규정된 '유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것'에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 '송신하거나 이용에 제공하는 것'에 해당하지 아니함은 물론, 같은 법 제19조에서 말하는 '유형물을 진열하거나 게시하는 것'에도 해당하지 아니한다. 그러므로 위와 같은 링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제, 전송 및 전시에 해당하지 않는다고 할 것이다 (대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 온라인서비스제공자로서 인터넷 포털사이트인 원심 판시 피고 웹사이트를 개설·운영하고 있는 피고가 그 웹사이트에서, '웹이미지'라는 분류를 통해 검색되는 그 판시의 원고의 사진작품 또는 그 복제물인 외부이미지(이하 이미지 또는 그 전자파일을 '이미지'라고만 한다) 63점에 관하여, 인터넷 이용자가 그 썸네일 이미지(thumbnail image)를 선택(click)하면 피고 웹사이트의 화면 창(window)을 상·하단으로 나눈 다음, 상단에는 검색 결과에 해당하는 썸네일 이미지 목록 등을, 하단에는 인터넷 이용자가 선택한 썸네일 이미지의 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소에 연결(link)하여 원래의 웹페이지의 모습을 각 보여 주는 방식으로 이미지 검색 서비스를 제공하였다는 사유만으로는 원고의 복제권, 전송권 및 전시권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판단하였는바, 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이 부분 원심판결에는 원고의 주장과 같은 구 저작권법상의 복제권, 전송권 및 전시권에 관한 법리오해의 잘못이 없으며, 원고의 이 부분 상고이유 중 나머지 주장의 취지는 결국 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 잘못이 있다는 것으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다.

2. 상세보기 방식에 의한 외부이미지 제공 부분

가. 복제권 등 침해 여부에 관하여

(1) 원심은 그 판시와 같은 인정 사실들에 기초하여, 피고가 그 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 그 판시의 원고의 사진작품 또는 그 복제물인 외부이미지 221점을 원고의 허락 없이 복제한 후, 500×330 픽셀 크기(인쇄할 경우 약 17.64㎝ × 13.23㎝, 이하 위와 같은 크기의 이미지를 '상세보기 이미지'라고 한다)로 변환하여 게시함으로써 다수 인터넷 이용자의 이용에 제공한 이상, 이는 원고의 위 사진들에 대한 복제권, 전송권 및 전시권을 침해한 것이라고 판단하였다.

(2) 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

먼저 피고가 그 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 원고의 위 사진들에 대한 복제권, 전송권 및 전시권을 침해하였다고 하기 위하여는 피고가 원래의 사진 이미지 또는 적어도 이를 상세보기 이미지 크기로 축소, 변환한 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하고 있었다는 점을 원고가 입증하여야 하는데, 기록을 살펴보아도 이를 인정할 직접적인 증거는 없다.

다만 기록에 의하면, 피고 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 외부이미지의 경우, 피고가 이미지 검색프로그램을 이용하여 각종 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지를 무작위로 검색·수집하여 그 썸네일 이미지와 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 자신의 서버에 저장해 두었다가, 인터넷 이용자가 검색어를 입력하면 그에 해당하는 썸네일 이미지를 목록화하여 보여 주고, 인터넷 이용자가 다시 그 중 특정 썸네일 이미지를 선택하면 하면 중앙부에 원래의 이미지를 상세보기 이미지로 축소하여 보여 주며, 그 하단에서 원래 이미지가 위치한 인터넷 주소(URL), 파일 크기 등의 정보를 보여 주고 있음을 알 수

있다. 그런데 이른바 인터넷 링크에 의하여 이미지를 보여 주는 방법에는 웹브라우저에서 인터넷 이용자를 특정 웹페이지로 이동시켜주는 방식 외에, 동일 서버 또는 다른 서버에 있는 이미지의 링크를 제공하는 웹페이지의 특정한 위치에 특정한 크기로 나타나도록 하는 방식으로 구현할 수 있으며, 후자의 방식에 의할 경우에는 웹브라우저의 주소창에 표시된 웹사이트의 주소가 변하지 않은 채 링크된 다른 웹사이트의 이미지 등에 직접 연결할 수 있는바, 앞서 본 바와 같이 인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 위와 같은 사정만으로는 피고가 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다고 단정하기에 부족하다.

그럼에도 불구하고 원심은, 피고가 그 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 원고의 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221점의 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였음을 전제로 그 복제권, 전송권 및 전시권 침해로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판단하였으니, 원심판결에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 주장은 이유 있고, 반면에 피고의 손해배상책임이 인정됨을 전제로 손해배상액 산정의 잘못 여부를 다투는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

나. 성명표시권 침해 및 출처표시의무 위반 여부에 관하여

구 저작권법은 제12조 제1항에서 '저작자는 저작물의 원작품이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다'고 규정하고, 같은 조 제2항 본문에서 '저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다'고 규정하고, 제34조 제1항 본문에서 '이 절의 규정에 의하여 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다'고 규정하고 있는바, 위 각 법률조항의 입법 취지나 관련 법규정 등에 비추어 볼 때 구 저작권법 제12조 제2항, 제34조 제1항 각 본문에서 규정한 '저작물을 이용'한다고 함은 같은 법에서 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 저작물을 이용하는 것을 의미한다고 봄이 상당하다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고의 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 원고의 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221점 중 '슬라이드 쇼' 기능을 선택하면 화면에 보이는 이미지 102점에 관하여 원고의 주장처럼 피고가 원고의 성명표시권을 침해하였다거나 출처명시의무를 위반하였다고 인정하기 위하여는, 그 전제로서 이를 구 저작권법에서 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 이용한 사실이 인정되어야 하는데, 피고가 위 이미지들을 그와 같은 방식으로 이용하였다고 단정할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

원심도 비록 이유를 달리하기는 하였으나, 피고가 원고의 성명표시권을 침해하였다거나 출처명시의무를 위반하였다고 보기 어렵다고 본 결론 자체는 정당하므로, 거기에 원고의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 성명표시권 및 출처명시의무에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

3. 내부이미지 제공 부분

가. 직접 침해행위로 인한 불법행위책임의 부담 여부에 관하여

기록에 의하면 피고는 회원으로 가입한 인터넷 이용자들에게 '이미지박스', '블로그' 등을 통해 원심 판시 내부이미지를 올릴(upload) 수 있는 전자게시판 서비스를 제공하고 있음을 알 수 있는바, 회원들이 위 게시판 기능을 이용하여 자신의 '이미지박스' 등 게시판에 원고의 허락 없이 올린 원고 사진의 복제물(내부이미지) 266점에 관하여, 이로써 피고가 원고의 복제권, 전송권 및 전시권 등을 직접 침해하여 불법행위책임을 부담한다고 하기 위하여는, 피고가 원래의 사진이미지 또는 적어도 이를 상세보기 이미지 크기로 축소, 변환한 이미지를 회원들에게 할당한 공간과 별도로 피고가 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하고 있었다는 등의 사정을 원고가 입증하여야 하는데, 기록을 살펴보아도 이를 인정할 직접적인 증거는 없다.

다만 기록에 의하면, 피고는 회원들이 위 게시판 기능을 이용하여 내부이미지를 올리면 그 썸네일 이미지를 추출하여 별도로 피고의 서버에 저장한 다음, 인터넷 이용자가 검색어를 입력하면 그에 해당하는 썸네일 이미지를 목록화하여 보여 주고, 인터넷 이용자가 다시 특정 썸네일 이미지를 선택하면 화면 중앙부에 원래의 사진이미지를 상세보기 이미지 크기로 축소하여 보여 주며, 위 이미지의 아래에는 그 제목, 내용, 파일의 정보, 출처가 표시되는 점, 여기서 이용자가 '자동넘기기' 기능을 선택하면 각 썸네일 이미지의 상세보기 이미지가 일정한 시차를 두고 자동으로 순환되며, '원본보기' 또는 '원본이미지보기' 기능을 선택하면 원래의 이미지가 게시된 '블로그' 등으로 이동되는 점 등을 알 수 있으나, 앞서 본 바와 같이 인터넷 링크방식에 의해서도 원래의 사진이미지 또는 상세보기 이미지를 보여 주는 것이 가능하기 때문에 위와 같은 사정만으로는 피고가 원래의 사진이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다고 단정하기에 부족하다.

그렇다면 피고가 원고의 위 사진들에 대한 복제권, 전송권 및 전시권

등을 직접 침해한 것이라고 할 수 없는바, 원심은 이에 관하여 명시적인 판단을 하지는 않았으나, 위와 같은 침해행위가 인정되지 않음을 전제로 피고가 회원들의 저작권 침해행위에 대한 방조책임을 부담하는지 여부에 관하여 판단을 하였으므로, 이러한 원심판단에 판단누락 등으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 방조책임의 부담 여부에 관하여

인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 위 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 위 서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없다. 다만 저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응 태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 위 서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 위 서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결 등 참조), 이

를 위반하여 게시자의 저작권 침해를 용이하게 하는 경우에는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임이 성립한다고 할 것이다.

위 법리에 비추어 이 사건을 살펴보면, 원고 사진의 복제물인 위 내부이미지들의 내용, 일반 인터넷 이용자들의 전자게시판 서비스 등의 이용실태, 관련 인터넷 기술의 발전 수준 등 원심이 들고 있는 사정들에 의하면, 고성능 디지털 카메라와 인터넷 이용이 대중화되면서 인터넷 포털사이트에 개인이나 동호인별 게시공간을 개설한 다음 스스로 촬영한 사진 등을 게시함으로써 회원들 상호간에 이를 자유로이 공유·교환하는 문화가 급속히 확산되고 있어, 피고로서도 저작권에 관한 아무런 표시가 없는 위 내부이미지들이 타인의 저작권을 침해하는 것인지 여부를 쉽게 알 수 없었을 뿐만 아니라, 그와 같은 저작권 침해 게시물을 자동적으로 걸러내는 기술적 수단도 없었던 것으로 보이고, 그 밖에 피고가 회원들의 '이미지박스' 등 게시판에 위 내부이미지들이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난다고 볼 만한 사정을 기록상 찾아 볼 수도 없어, 원고의 요청이 없더라도 위 내부이미지들을 삭제하거나 그 게시를 차단할 의무가 있었다고는 보기 어렵다 할 것이므로, 피고가 그와 같은 조치를 취하지 아니하였다 하여 그 회원들의 불법행위에 도움을 주었다고 할 수는 없다.

따라서 같은 취지에서 피고에게 방조에 의한 공동불법행위자로서의 책임을 지울 수 없다고 본 원심판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 원고의 주장과 같은 방조책임에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

다. 사용자책임의 부담 여부에 관하여

불법행위에 있어 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이

에 사용관계 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계가 있어야 하는바(대법원 1999. 10. 12. 선고 98다62671 판결 참조), 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고가 회원으로 가입한 인터넷 이용자들을 실질적으로 지휘·감독하는 관계에 있었다고 볼 수 없다는 취지에서 피고로서는 회원들의 저작권 침해행위에 대하여 사용자로서의 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 판단하였음은 정당하고, 거기에 원고의 주장과 같은 사용자책임에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

4. 결론

그러므로 피고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고의 상고는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이홍훈
대법관 김영란
대법관 김능환
주 심 대법관 민일영

[파기환송 판결] 서울고등법원 2010. 7. 15. 선고 2010나31879 판결 (항소기각)

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2008. 11. 19. 판결 2008나35779【손해배상(지)】

원고, 항소인	원고
피고, 피항소인	○○코리아 유한회사 (소송대리인 법무법인 지평지성 담당변호사 남수진)
제1심판결	서울중앙지방법원 2008. 2. 15. 선고 2006가합106779 판결
변론종결	2008. 9. 24.
판결선고	2008. 11. 19.

주 문

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금원에 해당하는 원고 패소부분을 취소한다.

피고는 원고에게 27,033,333원 및 이에 대한 2006. 9. 26.부터 2008. 11. 19.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 소송총비용은 이를 10분하여 그 9는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항의 금원지급부분은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 253,700,000원 및 이에 대한 이 사건 조정신청서 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라. 피고는 저작인격권 침해에 대한 사과문을 국내 2대 일간지에 5단 통으로 게재하라.

이 유

1. 기초사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제2, 3, 5, 7호증의 각 1 내지 413, 갑 제4호증의 1 내지 33, 갑 제50호증의 1 내지 79, 갑 제51, 52호증의 각 1 내지 65, 을 제6, 7호증, 을 제8호증의 1, 2, 을 제9호증의 1 내지 3, 을 제10호증, 을 제11호증의 1 내지 3, 을 제12호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 원고 웹사이트 운영 및 사진 게시

원고는 사진작가로서 자연풍경을 위주로 작품활동을 하여 오던 중 자신이 창작적으로 촬영한 사진작품을 게시하고 임대하기 위한 목적으로 ‘ (1 생략)’, ‘ (2 생략)’ 웹사이트(이하 ‘원고 웹사이트’라 한다)를 개설·운영하면서 765×510 픽셀(pixel, 화면을 구성하는 최소 단위의 명암의 점) 크기(인쇄할 경우 약 27㎝ × 18㎝)의 원고의 사진작품들을 게시하고 있다.

나. 피고의 이미지 검색서비스 및 제공되는 이미지의 분류

(1) 피고는 온라인서비스제공업 등을 목적으로 설립된 법인으로서 커뮤니티 서비스, 검색서비스 등을 제공하는 인터넷 포털사이트인 'www.○○○○○.co.kr'(이하 '피고 웹사이트'라고 한다)를 개설·운영하고 있다.

(2) 피고 웹사이트에서는 홈페이지(kr.○○○○○.com)와 '이미지박스' 웹페이지(kr.image.○○○○○.com)에서 이미지 검색서비스를 제공하고 있으며, 피고의 이미지 검색서비스를 통해 제공되는 이미지는 그 출처에 따라, ㈎ 피고 웹사이트가 아닌 다른 일반 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지가 검색로봇과 같은 이미지 수집프로그램을 통해 수집되는 경우(이하 '외부이미지'라고 한다)와 ㈏ 피고의 사이트에 회원으로 가입한 이용자에게 제공되는 '블로그', '이미지박스', '재미존' 등의 이미지를 올릴(upload, 이하 '업로드'라 한다) 수 있는 전자게시판 서비스를 통해 피고의 회원들이 피고의 서버에 업로드한 이미지가 검색프로그램을 통해 검색되는 경우(이하 '내부이미지'라고 한다)의 두 가지로 나뉜다.

다. 피고의 이미지 제공 방법

(1) 상세보기 방식에 의한 외부이미지 제공

피고 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 외부이미지의 경우, 피고는 이미지 검색프로그램을 이용하여 각종 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지 파일을 무작위로 검색·수집해 이를 가로 약 3cm, 세로 약 2.5cm 크기의 이미지{이하 '썸네일 이미지'(thumbnail image)라고 한다}로 축소·변환한 뒤 그 썸네일 이미지와 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 자신의 서버에 저장해 두었다가, 이용자가 검색어를 입력하면 그에 해당하는 썸네일 이미지를 목록화하여 보여주고, 다시 이용자가 특정 썸네일 이미지를 선택(click)하면 별지1 영상과 같이 화면 중앙부에 원래의 사진이미지를 복제한 후 500×330 픽셀 크기

(인쇄할 경우 약 17.64㎝ × 13.23㎝)로 축소, 변환하여 보여주며, 그 이미지의 하단에 이미지 파일의 제목과 이미지가 위치한 인터넷 주소(URL), 파일 크기 등의 정보가 표시된다. 여기서 이용자가 '자동넘기기' 기능을 선택하면 각 썸네일 이미지의 상세보기 이미지가 일정한 시차를 두고 자동으로 순환되고(썸네일 이미지를 목록화하여 보여주는 검색결과 화면에서 '슬라이드 쇼' 기능을 선택하는 경우에도 동일하다), '원본보기' 기능을 선택하면 원래의 사진이미지가 게시된 웹페이지로 이동한다(이하 이러한 방식을 '상세보기 방식'이라고 칭한다).

⑵ 링크 방식에 의한 외부이미지 제공

피고 웹사이트에서 '웹이미지'라는 분류를 통해 검색되는 외부이미지의 경우, 피고는 이미지 검색 프로그램을 이용하여 각종 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지 파일을 무작위로 검색·수집하여 그 썸네일 이미지와 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 자신의 서버에 저장해 두었다가, 이용자가 검색어를 입력하면 별지2 영상과 같이 피고 웹사이트의 화면 창(window)을 상·하단으로 나눈 다음, 상단에는 검색결과에 해당하는 썸네일 이미지목록과 원래의 이미지가 게시된 웹사이트에 대한 인터넷 주소 등의 정보를, 하단에는 이용자가 선택(click)한 썸네일 이미지의 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소에 연결(link)하여 원래의 웹페이지의 모습을 각 보여주며 위 화면의 상단과 하단 사이에 "본 이미지 원본은 하단의 사이트에 위치하고 있습니다"라는 문구가 표시된다. 이용자가 상단에 위치한 '프레임닫기' 기능을 선택하면 원래의 이미지가 게시된 웹페이지로 이동한다(이하 이러한 방식을 '링크 방식'이라 칭한다).

⑶ 상세보기 방식에 따른 내부이미지의 제공

한편, 피고는 피고와 이용계약을 체결한 회원들에게 개인화된 서비스인 '블로그', '이미지박스' 등을 통해 이미지를 업로드할 수 있는 전자게시판 서비스를 제공하고 있는데, 피고의 회원들은 위 게시판에 내부이미지를 업로드할 때 이를 검색에 제공할지 여부 등을 선택할 수 있다.

피고는 회원들이 '블로그', '이미지박스'의 게시판 기능을 이용하여 내

부이미지를 업로드하면 이를 피고의 서버에 저장하게 한 뒤, 위 이미지의 썸네일 이미지를 추출하여 별도로 피고의 서버에 저장하며, 이용자가 검색어를 입력하면 그에 해당하는 썸네일 이미지를 목록화하여 보여주고, 다시 이용자가 특정 썸네일 이미지를 선택(click)하면 별지3 영상과 같이 화면 중앙부에 원래의 이미지를 상세보기 방식으로 나타낸다. 또한, 위 이미지의 아래에는 그 제목, 내용, 파일의 정보, 출처(블로그, 이미지박스 등)가 표시되고, 여기서 이용자가 '자동넘기기' 기능을 선택하면 각 썸네일 이미지의 상세보기 이미지가 일정한 시차를 두고 자동으로 순환되며, '원본보기' 또는 '원본이미지보기' 기능을 선택하면 원래의 이미지가 게시된 블로그 등으로 이동한다.

라. 피고 웹사이트에서의 원고 사진의 검색

(1) 피고의 '이미지박스' 웹페이지에서 " ○○-"라는 검색어를 입력하면 원고 웹사이트((3 생략))에 게시된 사진(갑 제2호증의 1)이 '해외이미지'라는 분류에서 검색되는 등 원고 웹사이트에 게시된 사진 220장과 이를 제3자가 복제하여 다른 웹사이트에 게시한 사진 1장(갑 제2호증의 32를 복제한 갑 제3호증의 32) 등 외부이미지 합계 221장(갑 제2호증의 1 내지 160, 162 내지 175, 177 내지 207, 209 내지 214, 217 내지 225, 228임, 한편 원고가 피고 웹사이트에서 검색되었다고 주장하는 228장의 사진 중 갑 제2호증의 161, 176, 208, 215, 226, 227에 대해서는 아래 기간 사이에 피고 웹 사이트에 게시된 사실을 인정할 충분한 자료가 없고, 갑 제2호증의 216은 갑 제2호증의 121과 같은 것으로 중복되므로 각 제외한다.)이 아래의 표와 같은 기간에 피고의 검색서비스를 통해 검색된 후 상세보기 방식에 의하여 제공되었다(갑 제2호증의 211 내지 214는 최초 게시일이 2005. 2. 13.이나 원고가 구하는 바에 따른다).

원고의 사진	최초 게시일	최종 게시일	총 게시 월수

⑵ 피고의 웹페이지에서 " ○○-"라는 검색어를 입력하면 원고가 자신의 웹사이트((4 생략))에 게시한 사진(갑 제2호증의 229)이 '웹이미지'라는 분류에서 검색되는 등 원고 웹사이트에 게시된 사진 또는 이를 제3자가 복제하여 다른 웹사이트에 게시한 위 사진의 복제물인 외부이미지 합계 63장(갑 제2호증의 229 내지 291)이 2005. 3.경부터 2006. 12.경까지 사이에 링크 방식으로 피고의 검색서비스를 통해 검색될 수 있는 상태에 놓여 있었다.

⑶ 피고의 회원이 2005. 1. 1.경 자신의 '이미지박스' 게시판에 "ㅁㅁ"이란 명칭으로 원고 웹사이트에 게시된 사진(갑 제2호증의 292)의 복제물을 게시한 것을 비롯하여 피고의 회원들은 2004년경부터 2007. 1.경까지 사이에 원고 웹사이트에 게시된 사진의 복제물인 내부이미지 약 266장(갑 제2호증의 292 내지 413, 갑 제50호증의 1 내지 79, 갑 제52호증의 1 내지 65)을 자신의 '이미지박스', '블로그' 등 게시판에 게시하였고, 위 내부이미지는 위 기간에 피고의 웹페이지에서 상세보기 방식으로 피고의 검색서비스를 통해 검색될 수 있는 상태에 놓여 있었다.

마. 피고의 이미지 제공방법 변경

피고는 저작권 침해 문제가 제기되자 2006. 5. 20.경 이후 피고의 '이미지박스' 웹페이지에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 외부이미지에 대해서 상세보기 방식에서 링크 방식으로 검색서비스 제공 방식을 변경하였고(피고는 2006. 2. 21. 위 '해외이미지' 서비스를 중단하였다고 주장하나, 갑 제7호증의 1 내지 228의 각 기재에 비추어 보면 2006. 5. 20.경까지 위 서비스가 제공된 사실을 인정할 수 있다), 이 사건 소가 제기된 이후인 2007. 5. 28.경 내부이미지에 대해서도 상세보기 방식에서 링크 방식으로 이를 변경하였다.

2. 원고의 주장

가. 책임의 근거

피고는 저작권자인 원고의 허락을 받지 아니하고 원고 웹사이트나 원고 웹사이트의 사진을 무단 게재한 피고 웹사이트 회원의 블로그, 이미지박스 또는 다른 웹사이트로부터 이미지 수집프로그램을 통해 원고의 사진을 수집한 뒤, 이미지 검색서비스와 '자동넘기기', '슬라이드 쇼' 기능을 통해 이를 피고 웹사이트에서 불특정 다수인에게 마치 피고의 저작물인 것처럼 감상할 수 있도록 제공함으로써, (1) 원고의 복제권, 전송권, 전시권을 직접 침해하였고, 위 상세보기 이미지를 제공함에 있어 저작자인 원고의 성명을 표시하지 않고 출처도 명시하지 않음으로써 원고의 성명표시권을 직접 침해하고 출처표시의무를 위반하였으며, (2) 피고의 회원들이 원고의 사진 저작물에 대한 복제권, 전송권, 전시권 및 성명표시권을 직접 침해하는 행위를 사진공유 이벤트 개최 등의 수단을 통하여 용이하게 하고 또 이를 통하여 광고수입 등을 올림으로써 방조하였으므로, 피고는 원고에게 위 직접 침해행위에 따른 불법행위책임 또는 피고 회원들의 침해행위에 대한 방조행위에 따른 공동불법행위 또는 사용자책임을 부담한다.

나. 손해배상 등의 범위

피고가 침해한 원고의 사진저작물은 총 557장이고, 위 각 사진을 피고가 웹페이지에 게시한 총 기간은 10,148개월이며, 이 법원이 원고와 피고 사이의 선행 사건(이 법원 2006. 12. 26. 선고 2006나24171 사건)에서 원고의 사진작품에 대한 장당 사용료를 연 30만 원으로 인정하였으므로, 피고에 대하여 이에 따라 산출한 손해배상금 253,700,000원{침해기간 10,148개월 × 장당 사용료 연 30만 원 / 12개월}의 지급 및

성명표시권 침해에 관한 명예회복을 위하여 필요한 조치로서 저작인격권 침해에 대한 사과문을 국내 2대 일간지에 5단 통으로 게재할 것을 구한다.

3. 저작권침해 여부에 관한 판단

가. 썸네일 이미지 부분

먼저, 피고가 원고의 사진을 상세보기 및 링크방식을 통하여 썸네일 이미지로 제공한 부분에 관하여 살피건대, 구 저작권법 제25조(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가의 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 사용자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 참조).

이 사건에 관하여 보면, 썸네일 이미지를 원래의 이미지 크기로 확대하면 원래의 이미지와 비교하여 그 선명도가 현저하게 떨어지고, 위와 같이 확대된 이미지를 그래픽 프로그램을 이용하여 수정하고 보완하여도 원래의 이미지와는 확연하게 구분되는 것으로 보이는 점, 인터넷을 통하여 제공되는 정보는 너무 방대하기 때문에 인터넷 이용자로 하여금 다양한 정보에 좀 더 쉽게 접근할 수 있도록 하기 위하여 인터넷 검색 서비스가 운영되고 있어 공공성을 인정할 수 있는 점, 피고 웹사이트에서 제공되는 이미지 검색 서비스의 경우 검색 결과로서 원래의 이미지를 축소한 이미지를 보여주고 있는데, 이러한 축소된 이미지를 게시하는 행위는 인터넷 이용자들이 이미지 정보에 쉽게 접근할 수 있도록 하

기 위하여 이미지들을 목록화하는 행위에 불과한 점, 썸네일 이미지만으로는 원래의 이미지가 갖는 심미감 등을 표현할 수 없어 원래의 이미지와 동일하게 사용되기 어렵다는 점 등을 고려하여 보면, 피고 웹사이트의 이미지 검색 서비스를 통하여 이 사건 사진을 썸네일 이미지 형태로 축소하여 게시한 것이 이 사건 사진에 대한 복제, 전송 등 행위에 해당한다 하더라도, 이는 공표된 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것으로 볼 수 있으므로(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 참조), 썸네일 이미지 부분에 관한 원고의 저작권 침해 주장은 이유 없다.

나. 외부이미지 부분

(1) 상세보기 방식

(가) 복제권 등 침해

앞서 인정한 사실에 따르면, 피고는 원고가 저작권을 보유하고 있는 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221장(갑 제2호증의 1 내지 160, 162 내지 175, 177 내지 207, 209 내지 214, 217 내지 225, 228, 이하 '이 사건 이미지'라 한다)에 대하여 이를 원고의 허락 없이 복제한 후, 500×330 픽셀 크기(인쇄할 경우 약 17.64㎝ × 13.23㎝)로 변환하여 게시함으로써 다수 인터넷 사용자의 이용에 제공한 이상, 이는 원고의 위 사진에 대한 복제권, 전시권, 구 저작권법 제18조의 2에 의한 전송권을 각 침해한 것이라고 할 것이다.

(나) 성명표시권 침해, 출처명시의무 위반 여부

그러나 성명표시권 침해 및 출처명시의무 위반 부분에 관하여 보건대, 구 저작권법 제12조 제1항은 저작자의 성명표시권을 규정하면서도, 같은 조 제2항 단서에 의하여 저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 예외를 인정하고 있는바,

앞서 본 바에 따르면, 비록 피고 웹사이트에서 이 사건 이미지를 상세보기 방식으로 게시하면서 원고의 실명까지 표시하지는 아니하였으나, 이 사건 이미지 바로 아래에 원고 웹페이지의 주소와 원본 이미지의 주소를 표시하고, 위 원본 이미지의 주소를 선택하면 원고의 실명이 표시된 원고 웹페이지로 연결되도록 하고 있으므로, 이는 출처를 명시한 것으로 보아야 할 뿐 아니라, 저작권법 제12조 제2항 단서에서 정한 바에 따라 저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 성명을 표시하지 아니할 수 있는 부득이한 경우에도 해당한다고 보아야 할 것이어서(원고 웹페이지의 사진이 아니라 이를 제3자가 무단으로 복제하여 업로드한 복제물을 검색엔진에 의하여 피고가 그대로 제공한 갑 제3호증의 32의 경우에 피고로서는 원고의 통지가 있기 전에는 이에 대한 진정한 저작권자를 알 수 없는 이상 그 업로드한 제3자를 원본의 작성자로 볼 수밖에 없으므로 원고의 성명표시나 출처표시가 불가능한 경우로 보아야 할 것이다), 피고가 원고의 이 사건 이미지에 관한 성명표시권을 침해하였다거나 출처명시의무를 위반하였다고 할 수 없다. 따라서 이 부분 원고의 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

㈐ 피고의 주장에 관한 판단

피고는, 원고가 자신의 웹사이트에 게재된 저작물이 검색로봇 프로그램에 의하여 검색되는 것을 기술적으로 배제하지 아니하고 있었고, 저작권 정보를 이미지에 나타내는 워터마크를 삽입하지 아니함으로써 이용자들로 하여금 저작권의 보호를 받는 작품인지 여부를 알 수 없도록 하고 있는바, 이와 같이 원고가 자신의 사진이 배포되는 것을 인용하거나 묵인하고 있는 이상 이는 공개의 승낙이 있는 경우에 해당할 뿐 아니라, 피고는 이와 같이 공표된 저작물인 원고의 사진을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하고 있는 것이므로 저작권의 침해에 해당하지 아니한다고 주장한다.

살피건대, 피고의 주장과 같이 원고가 자신의 사진작품에 대하여 검

색엔진에 의한 검색을 배제하지 아니하였다거나 워터마크를 저작물에 삽입하지 아니하였다는 사정만으로 원고가 그에 대한 묵시적인 이용허락을 하였다고 단정할 수는 없다 할 것이고, 원고의 사진작품은 원고 웹사이트를 통하여 불특정 다수인에게 공개된 공표된 저작물이고, 피고가 제공하는 검색 서비스는 인터넷 사용자로 하여금 필요한 정보에 용이하게 접근하게 하는 기능을 수행하고는 있음은 사실이라 할 것이나, 한편 피고가 상세보기 방식에 의하여 제공한 이 사건 이미지는 앞서 본 썸네일 이미지와 달리 그 해상도가 500×330 픽셀 크기(인쇄할 경우 약 17.64㎝ × 13.23㎝)에 달하고 있어 원본 이미지의 크기인 765×510 픽셀(인쇄할 경우 약 27㎝ × 18㎝)과 대비하여 볼 때 그 인용된 내용과 분량의 측면에서 원래의 사진작품이 가지는 심미감을 상당 부분 대체하고 있다고 보이는 점, 피고가 제공하는 '자동넘기기' 기능은 상세보기 이미지가 일정한 시차를 두고 자동으로 순환되게 함으로써 인터넷 사용자로 하여금 원고 웹사이트에 접속하지 않고서도 원고의 저작물인 이 사건 이미지를 쉽게 감상할 수 있게 하는 수요 대체 효과가 있는 점 등을 종합하여 보면, 피고의 상세보기 방식에 따른 이 사건 이미지 제공 서비스는 구 저작권법 제25조에서 정한 공표된 저작물의 정당한 인용에 해당한다고 볼 수 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

⑵ 링크 방식

㈎ 피고가 링크방식에 의하여 원고의 일부 사진(갑 제2호증의 229 내지 291)에 대한 복제권, 전송권, 전시권 등을 침해하였다는 점에 대하여는 갑 제3호증의 229 내지 291의 각 기재만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 위 사실을 인정할 증거가 없다.

㈏ 오히려 앞서 인정한 사실에 의하면, 피고 웹페이지의 링크방식은 원고 웹페이지를 비롯하여 선택된 썸네일 이미지의 원본 이미지가 있는 웹페이지로 직접 연결하여 화면의 하단에 그 페이지의 내용을 그대로 표시하여 주는 방식에 불과하고 원고 사진의 복제나 전송 등의 행위가 발생하지 아니하므로, 특별한 사정이 없는 한 이를 원고 사진의 복제,

전송, 전시행위와 동일시할 수는 없다 할 것이다.

㈐ 이에 대하여 원고는, 그가 자신의 사진 작품에 2005. 1.경부터 마우스 오른쪽 버튼 차단 장치 등 복제방지조치를 설치하였는데 피고는 링크방식을 통하여 위 복제방지조치를 무단으로 제거하였으므로 이는 구 저작권법 제92조 제2항에서 침해로 보는 행위인 '정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위'에 해당한다는 취지로 주장하나, 갑 제5호증의 229 내지 291의 각 기재만으로는 위 주장사실을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없으므로, 위 주장은 이유 없다.

㈑ 따라서 링크방식의 이미지 제공에 관한 원고의 저작권 침해 주장은 이유 없다.

다. 내부이미지 부분

⑴ 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 있어 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 그 의무를 위반하는 것을 말한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 참조).

⑵ 앞서 본 바에 따르면, 피고의 회원들은 원고의 사진 약 266장(갑 제2호증의 292 내지 413, 갑 제50호증의 1 내지 79, 갑 제52호증의 1 내지 65)을 자신의 '이미지박스', '블로그' 등 게시판에 게시함으로써 원고의 위 사진에 대한 복제권, 전송권 등을 침해하고 있다고 할 것이므로, 나아가 피고가 그 회원들의 위와 같은 원고 저작권 침해행위에 도

움을 주지 않아야 할 주의의무를 위반하는 등으로 이를 방조하였는지 여부에 관하여 살핀다.

위 인용 증거 및 을 제3호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고의 회원들이 내부이미지를 업로드하는 데 사용한 블로그나 이미지 박스 서비스는 피고와의 사이에 이용계약을 체결한 후 그들이 독자적으로 관리, 운영하는 공간으로서 원칙적으로 이를 개설한 자나 사진을 업로드한 자만이 해당 사진을 수정, 삭제할 권한이 있고, 회원은 업로드하는 이미지의 공개 여부를 선택할 수 있는 사실, 피고는 커뮤니티 이용약관에서 블로그를 비롯한 커뮤니티 서비스에 관하여 그 이용 회원에게 전적인 법적인 책임을 지도록 하면서, 적법한 사진만을 업로드하도록 명시한 사실(약관 제4조 7호), 피고 웹사이트에 개설된 블로그의 수는 500만 개, 블로그와 이미지 박스의 사진게시물은 각 300만 개에 달하고 있는 사실, 고성능 디지털 카메라의 대중적 보급에 따라 이용자들이 개인적으로 촬영한 사진을 인터넷에 업로드한 후 이를 광범위하게 공유하는 문화가 확산되어 있고, 각종 사진 관련 동호회도 활성화되어 전문가 수준의 사진이 회원들의 커뮤니티에서 널리 공유되고 있으며, 피고는 세계적인 사진 공유 사이트인 (5 생략)와 제휴하여 합법적인 사진의 대량 공유서비스를 제공하고 있는 사실, 피고는 피고 웹사이트의 서비스로 인하여 저작권을 침해당한 경우 피고가 운영하는 지적재산권 침해구제센터에 신고하도록 하고 있으며, 원고의 사진을 비롯하여 이러한 침해신고가 있는 저작물의 경우 블라인드 처리 등의 적극적인 차단 조치를 시행하고 있고, 저작권 침해물을 비롯한 위법 게시물에 대하여 상시 감시활동을 수행하고 있는 사실이 인정 게시점과 원고의 사진과 같이 일반적인 풍경사진으로서 저작권에 관한 표시가 없는 이미지에 대하여 원고의 통보가 있기 전까지는 이용자들이 이에 대한 권리관계를 파악하는 것은 물론 피고가 감시활동에 의하여 이를 사전에 걸러 내는 것이 쉽지 않을 것으로 보이고, 현재 이를 자동적으로 걸러내는 기술적 수단도 없는 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 인터넷 포털업체인 피고에게 기본적으로 사적인 공간인 이용자들의 커뮤니티 내의 모든 이

미지 업로드 행위에 대하여 권리자의 침해 신고가 있기 전부터 그 위법 여부를 전면적, 사전적으로 감시하거나 강제로 이를 차단하는 등의 통제 의무를 부과할 수 없다 할 것이고, 피고가 원고의 저작권 침해 신고가 있는 경우에는 이에 대한 적극적인 차단조치를 시행하고 있는 이상(원고는, 피고가 원고로부터 저작권 침해사실의 통보를 받고서도 아무런 조치를 취하지 아니하였다고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없다), 피고가 이용자들의 원고 저작물에 대한 복제권 등 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무에 위반하여 이를 방조하였다고 볼 수 없다 할 것이며, 오히려 구 저작권법 제77조 제1항의 '온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 등이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.'라는 규정에 따라 그 책임이 면제될 여지도 충분하다고 보아야 할 것이다.

(3) 따라서 피고는 그 회원들의 원고의 사진에 대한 저작권 침해행위에 대하여 방조책임을 부담하지 아니한다고 볼 것이고, 피고를 피고 회원들과의 관계에서 민법 제756조에서 정한 '타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자'라고 볼 수도 없는 이상 피고로서는 회원들의 행위에 대하여 사용자 책임도 부담하지 아니한다고 할 것이므로, 결국 이 부분 원고의 청구는 모두 이유 없다.

4. 손해배상의 범위

나아가 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해배상의 범위에 관하여 본다.

구 저작권법 제93조 제2항은 "저작재산권자 등이 고의 또는 과실에 의하여 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은

손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 저작재산권자 등이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다."라고 규정하고 있는바, 여기서 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액이라 함은 침해자가 저작물의 사용 허락을 받았더라면 사용대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말한다고 보아야 할 것이고(대법원 2001. 11. 30. 선고 99다69631 판결 참조), 한편 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 위 제93조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다 할 것이다(구 저작권법 제94조).

그러므로 앞서 침해가 인정된 이 사건 이미지에 대한 정당한 사용료의 액수에 관하여 살피건대, 갑 제75호증의 1 내지 3, 갑 제76호증의 4의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 원고 웹사이트에 사진 작품 1점을 6개월간 인터넷 홈페이지용으로 사용하는 데 대하여 150만 원을 받는다는 요금표를 게시하고 있는 사실, 원고가 2002. 6. 14. 소외 2 주식회사에게 작품 1점을 홈페이지용으로 사용하도록 허락하고 그 대가로 220만 원을 지급받았고, 2004. 6. 7. 소외 1에게 역시 사진작품 1점을 홈페이지용으로 사용하도록 허락하고 그 대가로 150만 원을 지급받았으며, 2004. 7. 26. 소외 3 주식회사에게 사진작품 1점을 핸드폰 모바일용으로 사용하도록 허락하고 160만 원을 지급받은 사실을 인정할 수는 있으나, 한편 위 인용증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 소외 2 주식회사, 소외 1, 소외 3 주식회사는 원고 웹사이트에서 원고의 사진작품을 무단으로 가져와서 자신들이 제작하는 홈페이지나 모바일용으로 사용하였고, 이에 원고가 위와 같은 무단사용을 이유로 형사고소를 하겠다고 하면서 저작권 침해에 대한 손해배상을 구함에 따라 원고 주장의 위 각 금액을 합의금 명목으로 지급한 사실이 인정되므로, 위와 같은 지급 경위 등에 비추어 볼 때 이를 원고가 저작물 사용계약을 맺고 사용료를 받은 사례로 보기 어렵다 할 것이고, 달리 원고가 원고의 사진작품에 대하여 저작물 사용계약을 체결한 사례가 있었다는

점에 관한 주장·입증이 없다.

따라서 이에 대하여는 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 기준으로 하여야 할 것이나, 이 사건 이미지는 원본이미지가 아니라 그 크기를 상당히 축소한 이미지로서 그 서비스도 상시 제공된 것이 아니라 검색 결과에 따라 1회 노출된 것에 불과한 점, 이미지 하단에 출처를 표시하여 원본 이미지에의 즉시 접근을 가능하게 한 점 등에 비추어 보면, 이는 업계에서 일반적으로 제공하는 이미지와도 그 성격을 달리하는 측면이 있어 일반화된 사용료만을 기준으로 하는 것 역시 적합하지 아니하다 할 것이어서, 결국 구 저작권법 제93조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 경우로 보아 변론의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수밖에 없다고 할 것이다.

그런데 갑 제57, 67호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 피고에 대하여 2002. 2.경부터 2002. 10.경까지의 원고의 사진작품 63장에 관한 저작권 침해를 원인으로 제기한 손해배상청구소송(2006나24717), 원고가 주식회사 엠파스에 대하여 2002. 9. 27.부터 2002. 10. 4.까지 원고의 사진작품 60장에 관한 저작권 침해를 원인으로 제기한 손해배상청구소송(2006나24164), 원고가 소외 4 주식회사에 대하여 2002. 9.경부터 2002. 10. 초순경까지의 원고의 사진작품 54장에 관한 저작권 침해를 원인으로 제기한 손해배상청구소송(2006나24157)에서 각 이 법원이 원고의 사진작품에 대한 장당 사용료를 연 30만 원으로 보아 손해배상액을 산정한 사실이 인정된다.

그러나 ① 을 제4호증의 1 내지 17의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 백두산 천지 사진, 서울야경 등 원고의 사진과 유사한 풍경사진에 관하여 웹사이트 제작용 이미지의 판매 가격은 장당 10만 원 이내이며, 같은 용도의 외국 유명 사진의 경우에도 1년 사용료가 15만 원 정도인 사실이 인정되는 점, ② 원고의 사진작품은 2002년경 인터넷에 유포된 이후 그 무렵부터 이 사건 이미지에 대한 최종 저작권 침해 시점인 2006년 중순경까지 우리나라 대부분의 인터넷포털사이트에 널리

유포되어 왔고, 이에 따라 원고는 피고를 비롯한 여러 인터넷포털업체 등을 상대로 이 사건과 유사한 손해배상청구소송을 수차례 제기하여 그 손해를 배상받아 오고 있는 점, ③ 위 선행 판결들에서는 원고가 사진작품을 촬영하는 데 투여한 비용과 기간, 원고의 사진작품이 갖는 2002년 당시의 희소성 등을 고려하여 위 ①항 기재 책정 금액보다 고액인 장당 연 30만 원의 사용료를 인정한 것으로 보이나, 이 사건에서 2003년경부터 2006. 5. 중순경까지 기간 피고의 검색엔진에 의하여 검색된 이 사건 이미지는 위와 같이 2002년경부터 이미 인터넷 포털에 대량 유출되어 널리 사용된 이미지들 중 일부로서 그 예술저작물로서의 희소성 및 재산적 가치가 2002년경보다는 상당히 저하되었을 것으로 추단되는 점, ④ 이 사건 이미지들은 대부분 자연풍경이나 빈 하늘, 사물 등을 그대로 촬영한 내용으로 인터넷에서 흔히 접할 수 있는 것이어서 원고만의 독자적인 예술적, 창작적 특징이 크게 드러나 있다고 볼 수 없는 일반적인 사진인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 이미지에 대한 장당 사용료가 위 2002년경의 원고 사진작품의 인터넷 유포에 따라 인정된 사용료 수준인 연 30만 원에까지 달한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

그러므로 앞서 본 사실관계에다가 이 사건 이미지의 내용이 일반적으로 인터넷상에서 흔히 접할 수 있는 것일 뿐 아니라 이에 원고가 워터마크 등 원고의 저작권을 알 수 있는 아무런 표시를 해두지 않은 까닭에 일반 인터넷 사용자들이나 피고와 같은 인터넷포털업체로서는 이 사건 이미지에 대한 권리관계의 확인이나 무단 복제, 전송 차단 조치를 하는데 상당한 어려움을 겪을 것으로 예상되는 점, 고성능 디지털 카메라의 대중적 보급에 따라 일반 사용자에 의한 무료 이미지의 대량 생성 및 인터넷에서의 유통이 보편화하고 있는 상황에서 이미지의 원활한 검색기능이 제공하는 공공성에 비하여 이 사건 이미지와 같이 아무런 저작권 표시를 하지 아니한 일반적인 사진저작물의 저작권자의 이익 보호를 특별히 더 중요시하기는 어렵다고 보이는 점 등 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건 이미지에 대한 정당한 사용료는 장당 연 10만 원 정도로 평가하는 것이 타당하다 할 것이다.

따라서 피고가 상세보기 방식으로 이 사건 이미지 221장을 제공함으로써 원고의 저작권을 침해한 기간은 앞서 본 바와 같이 합계 3,244개월이므로, 결국 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해액은 27,033,333원(침해기간 3,244개월 × 장당 사용료 연 10만 원 / 12개월, 원 미만 버림)이 된다 할 것이어서, 피고는 원고에게 위 손해배상금 27,033,333원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 조정신청서 부본 송달 다음날임이 기록상 명백한 2006. 9. 26.부터 피고가 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 당심 판결 선고일인 2008. 11. 19.까지 민법에 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 위에서 지급을 명한 원고 패소부분을 취소하여 피고에게 위 금원의 지급을 명하고, 원고의 나머지 항소는 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동
판사 백강진
판사 조의연

[별지] 생략

[참조 판결1] 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다5643 판결
서울고등법원 2008. 12. 16. 선고 2008다35762 판결
서울중앙지방법원 2008. 2. 15. 선고 2006가합99451 판결

[참조 판결2] 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다80637 판결
서울중앙지방법원 2009. 8. 28. 선고 2009나8078 판결
서울중앙지방법원 2009. 2. 6. 선고 2007가단374029 판결

[참조 판결3] 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다76256 판결 (파기환송)
서울고등법원 2010. 6. 9. 선고 2010나31886 판결 (항소기각)
서울고등법원 2009. 8. 7. 선고 2009나21043 판결 (한국 저작권 판례집 12권 27번 판례 참조)
서울중앙지방법원 2009. 2. 5. 선고 2007가단271550 판결

11. 리메이크 노래 제작과 원실연자의 저작인접권 침해 여부

[개요]

〈사실관계〉

(1) 원고는 1992. 10.경 현대음향 주식회사를 통하여 장경수 작사, 이호섭 작곡의 이 사건 노래를 포함한 12곡의 노래를 실연하여 수록한 음반을 윤○상이라는 예명으로 발매하였다.

(2) 피고 함○규는 1993년경 이 사건 노래를 포함한 20곡의 노래를 메들리 형식으로 편곡하여 '함○아 1 디스크'라는 명칭으로 음반을 발매하였다.

(3) 피고 금○ 등은 가정용 내지 영업용 노래반주기를 제작·판매하는 회사인데 ○○○○저작권협회로부터 음악저작물의 이용허락을 받기 위하여 3개월 마다 노래반주기에 사용한 곡의 리스트와 노래반주기 판매수량을 위 협회에 신고한 뒤 저작권료를 정산하여 지급하여 오던 중, 이 사건 노래를 편곡한 반주 2곡을 노래반주기에 수록하면서 가수명을 각각 윤○상, 함○아로 표기하였다.

〈판단요지〉

가. 피고 함○규에 대한 청구에 관한 판단

피고측이 답변서를 제출하지 않아 민사소송법 제257조에 의하여 무변론 판결이 이루어졌다.

나. 피고 금○ 등에 대한 청구에 관한 판단

원고는 이 사건 노래의 실연자로서 저작인접권을 가진다 할 것이나, 실연자의 저작인접권은 그의 실연 및 실연의 복제물에 한정된다 할 것이어서(저작권법 제66조), 피고 함○규가 이 사건 노래를 메들리 형태로 편곡하여 음반을 발매하고 실연하였다 하여 원고의 실연과 혼동될 수 있을 정도로 유사하다는 사정이 없는 한 이를 두고 원고의 저작인접권이 침해되었다고 보기는 어렵고, 달리 피고 금○ 등이 이 사건 노래에 관한 원고의 실연 내지 그 복제물을 사용하였다거나 원고가 피고 함○규의 실연에 대하여도 저작인접권을 가짐을 인정할 증거가 없으며, 〈중략〉 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2010. 4. 9. 판결 2009가합66124 【손해배상】

원　　고　　윤○열
　　소송대리인 변호사 김경선, 김태원
　　소송복대리인 변호사 임주영
피　　고　　1. 함○규
　　2. 주식회사 ○○
　　3. ○○미디어 주식회사
　　4. ○○커뮤니케이션 주식회사
　　5. 주식회사 엘○○○

6. 주식회사 프○○

7. 문○기

8. 원○인

9. 주식회사 ○○기술

피고 2 내지 8의 소송대리인 법무법인 사랑

담당변호사 주수창

피고 9의 소송대리인 법무법인 동인

담당변호사 김주범

변론종결 2010. 3. 24.(피고 2 내지 9에 대하여)

무변론(피고 1에 대하여)

판결선고 2010. 4. 9.

주 문

1. 피고 함○규는 원고에게 20,000,000원 및 이에 대한 2009. 11. 1.부터 2010. 4. 9.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라.

2. 원고의 피고 함○규에 대한 나머지 청구 및 나머지 피고들에 대한 청구를 각 기각한다.

3. 소송비용 중 원고와 피고 함○규 사이에 생긴 부분의 1/5은 원고가, 나머지는 위 피고가 각 부담하고, 원고와 나머지 피고들 사이에 생긴 부분은 원고가 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

주문 제1항 및 원고에게, 피고 주식회사 ○○(이하 '피고 ○○'이라 한다), ○○미디어 주식회사(이하 '피고 ○○미디어'라 한다), ○○커뮤니케이션 주식회사(이하 '피고 ○○커뮤니케이션'이라 한다), 주식회사 엘○○○(이하 '피고 엘○○○'이라 한다), 주식회사 프○○(이하 '피고 프○○'이라 한다), 문○기, 원○인, 주식회사 ○○기술(이하 '피고 ○○기술'이라 하고, 피고 함○규를 제외한 나머지 피고들을 '피고 ○○ 등'이라 한다)은 각 10,000,000원 및 위 각 돈에 대한 이 사건 소장부본 송달일부터 이 판결선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 돈을 지급하고, 노래반주기 또는 음악콘텐츠와 노래집에서 '○○○의 여인'(이하 '이 사건 노래'라 한다)의 가수로서 표기된 '함○아'라는 성명을 삭제하며, 피고들은 피고들의 비용으로 이 사건 판결을 신문, 잡지 그리고 노래반주기에 게재하라.

이 유

1. 피고 함○규에 대한 청구에 관한 판단

가. 청구의 표시

(1) 위 피고는 원고가 실연 및 음반제작한 이 사건 노래에 대한 저작인접권을 침해하였다.

(2) 따라서 위 피고는 원고에게 손해배상의 일부로서 20,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 명예회복에 필요한 조치로서 위 피고의 비용으로 이 사건 판결을 신문, 잡지 그리고 노래반주기에 게재할 의무가 있다.

나. 적용법조

민사소송법 제208조 제3항 제1호, 제257조(무변론 판결)

다. 소결론

따라서 위 피고는 원고에게 20,000,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 부본이 위 피고에게 송달된 날임이 기록상 명백한 2009. 11. 1.부터 이 판결선고일인 2010. 4. 9.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 그러나 원고와 위 피고의 음반제작, 가수활동의 경위, 이 사건에서 명한 금전배상의 규모 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 참작하면 금전배상과 별도로 명예회복에 필요한 조치를 명하는 것은 정당하다고 인정되지 아니하므로(대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결 등 참조), 원고의 위 피고에 대한 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

2. 피고 금○ 등에 대한 청구에 관한 판단

가. 기초사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 1호증의 1 내지 갑 2호증의 2, 갑 5호증의 1 내지 갑 9호증, 을 1호증의 1, 2의 각 기재와 이 법원의 사단법인 한국음악저작권협회(이하 '이 사건 협회'라 한다)장에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있고, 달리 반증이 없다.

(1) 원고는 1992. 10.경 현대음향 주식회사를 통하여 장○수 작사, 이

○섭 작곡의 이 사건 노래를 포함한 12곡의 노래를 실연하여 수록한 음반(이하 '이 사건 음반'이라 한다)을 윤○○이라는 예명으로 발매하였다.

(2) 피고 함○규는 1993년경 이 사건 노래를 포함한 20곡의 노래를 메들리 형식으로 편곡하여 '함○아 1 디스크'라는 명칭으로 음반을 발매하였다.

(3) 한편 장○수, 이○섭은 이 사건 협회에 이 사건 노래를 신탁하면서 가수를 윤○○으로 신고하였다(이 사건 노래에 대하여 함○아가 가수로 신고된 적은 없다).

(4) 피고 ○○ 등은 가정용 내지 영업용 노래반주기를 제작·판매하는 회사인데(다만 피고 ○○커뮤니케이션은 음악콘텐츠를 제작·판매하는 회사이다), 이 사건 협회로부터 음악저작물의 이용허락을 받기 위하여 3개월 마다 노래반주기에 사용한 곡의 리스트(제목, 가수명, 작사가명, 작곡가명을 표시한다)와 노래반주기 판매수량을 위 협회에 신고한 뒤 저작권료를 정산하여 지급하여 오던 중, 이 사건 노래를 편곡한 반주 2곡을 노래반주기에 수록하면서 가수명을 각각 윤○○, 함○아로 표기하였다.

나. 원고의 주장

원고는 이 사건 노래의 실연자이자 이 사건 음반의 제작자로서 원작재구성(이른바 리메이크) 노래에 대하여도 저작인접권을 가진다. 그런데 피고 ○○ 등은 단순한 변형인 메들리 음반의 실연자인 피고 함○규가 이 사건 노래에 대한 저작인접권을 갖지 못하여 원고의 위 저작인접권을 침해하였음을 잘 알고 있음에도 이를 조사하지 않고 무단히 이 사건 노래의 가수로서 피고 함○규의 예명을 표시한 반주를 수록한 노래반주기를 제작·판매함으로써, 원고의 이 사건 노래에 대한 성명표시권

을 침해하여 원고의 명예를 훼손하였으므로, 피고 금○ 등은 원고에게 각 10,000,000원(재산상 손해 5,000,000원 + 위자료 5,000,000원) 및 위 각 돈에 대한 지연손해금을 지급하고, 노래반주기 또는 음악콘텐츠와 노래집에서 이 사건 노래의 가수로서 표기된 '함○아'라는 성명을 삭제하며, 명예훼복에 필요한 조치로서 피고들의 비용으로 이 사건 판결을 신문, 잡지 그리고 노래반주기에 게재할 의무가 있다.

다. 판단

살피건대, 위 인정사실에 의하면 이 사건 음반의 제작자는 원고가 아닌 ○○음향 주식회사라 할 것이고, 달리 원고가 이 사건 노래에 관한 음반제작자임을 인정할 증거가 없으며, 또한 위 인정사실에 의하면 원고는 이 사건 노래의 실연자로서 저작인접권을 가진다 할 것이나, 실연자의 저작인접권은 그의 실연 및 실연의 복제물에 한정된다 할 것이어서(저작권법 제66조), 피고 함○규가 이 사건 노래를 메들리 형태로 편곡하여 음반을 발매하고 실연하였다 하여 원고의 실연과 혼동될 수 있을 정도로 유사하다는 사정이 없는 한 이를 두고 원고의 저작인접권이 침해되었다고 보기는 어렵고, 달리 피고 ○○ 등이 이 사건 노래에 관한 원고의 실연 내지 그 복제물을 사용하였다거나 원고가 피고 함○규의 실연에 대하여도 저작인접권을 가짐을 인정할 증거가 없으며, 오히려 앞서 인정한 노래반주기 제작업자에 대한 이 사건 협회의 이용허락 관행과 피고 ○○ 등의 이 사건 노래의 수록 경위나 기간 등에 비추어 보면 피고 ○○ 등은 이 사건 노래의 저작권자인 장○수, 이○섭으로부터 신탁을 받은 이 사건 협회로부터 원고 뿐만 아니라 피고 함○규의 실연과 관련된 반주에 대하여도 이용허락을 받아 노래반주기에 수록하였다 할 것이므로(저작권 신탁의 관행에 비추어 음악저작물을 신탁하면서 가수를 특정하는 것은 해당 음악저작물의 특정을 위한 편의상 방편일 뿐 그 가수가 실연한 범위에 한정하여서만 신탁하는 취지는 아니라

할 것이고, 저작권 신탁의 법리에 비추어 이 사건 노래의 저작권자가 원고에 대하여만 이용허락을 하였다는 취지의 갑 3호증의 1 내지 갑 4호증의 2의 각 기재만으로는 위 협회의 이용허락에 영향을 미치지는 않는다 할 것이며, 가사 피고 ○○ 등이 위 협회로부터 이 사건 노래의 이용허락을 받지 못하였다 하더라도 위 협회가 피고 ○○ 등에 대하여 저작권 침해 주장을 하는 것은 별론으로 하고 원고가 그 권리를 주장할 수는 없다 할 것이다), 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 피고 함○규에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 피고 금영 등에 대한 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 박희승
판사 권창환
판사 정은영

[항소심 판결] 서울고등법원 2011. 5. 7. 선고 2010나42022 판결 (강제조정)

12. 지도의 저작물성 인정 여부 - 오니온맵 사건

[개요]

〈사실관계〉

(1) 고소인 주식회사 ○○○시티(이하 '고소인' 이라 한다) 는 자신이 운영하는 인터넷 사이트에 세계 주요 도시에 관한 웹 지도인 '오니온맵'을 제작하여 그 서비스를 제공하고 있었고, 피고인2 주식회사 ○○○○○투어스(이하 '피고인 회사'라고 한다)는 인터넷 호텔예약 사이트를 통하여 국내외 호텔예약대행업을 하고 있었다.

(2) 피고인 회사는 2006. 8. 29. 이○재와 사이에 피고인 회사의 위 호텔예약 사이트에 사용할 디지털 지도의 제작을 의뢰하는 내용의 용역계약을 체결하였다.

(3) 피고인 회사는 이○재와 위 용역계약을 체결한 후 서울, 오사카, 홍콩 등 12개 도시에 관한 지도 제작을 의뢰하면서 홍콩을 제외한 11개 도시에 관하여는 각 도시의 관광청에서 발급한 종이지도에 호텔의 위치를 수기로 표시한 후 이를 이○재에게 교부하였고, 홍콩에 관하여는 이○재가 고소인의 오니온맵을 출력해 오자 그 지도에 호텔의 위치를 표시하여 다시 교부해 주었으며, 이○재는 위 각 종이지도 및 출력물을 스캔한 후 이를 바탕으로 그 위에 건축물 등의 아이콘을 추가하는 방법으로 디지털 지도를 완성하여 피고인 회사에게 납품하였는데, 위 12개 도시 중 서울, 오사카 등 6개 지도는 오니온맵에서는 제공하지 않는 지도이고, 나머지 지도는 오니온맵에서도 제공하고 있는 지도였다.

(4) 피고인 회사는 2007. 4.경부터 자사의 호텔예약 사이트에 위 12개 도시에 관한 디지털 지도를 게시하고, 이용자들이 위 지도를 이용하여 호텔을 예약할 수 있는 서비스를 제공하였다.

〈재판의 진행경과〉

피고인들은 고소인이 저작자인 홍콩 오니온맵을 복제하여 디지털 지도를 제작하였다는 범죄사실로 서울중앙지방법원 2007고약54192호로 약식명령으로 200만원에서 1,500만원에 이르는 벌금형을 받았고, 이에 대하여 피고인 회사 및 직원인 피고인 이○진은 정식재판청구를 제기하였고 제1심은 저작권법위반여부의 점에 대하여 피고인들에게 무죄를 선고 하였다(서울중앙지법 2009. 8. 28. 선고 2008고정1506 판결). 검사는 항소하였으나, 제2심(서울중앙지법 2009. 11. 27. 선고 2009노3007 판결)도 항소기각 하였다. 이에 불복하여 검사는 상고하였다.

〈판단요지〉

일반적으로 지도는 지표상의 산맥·하천 등의 자연적 현상과 도로·도시·건물등의 인문적 현상을 일정한 축적으로 미리 약속한 특정한 기호를 사용하여 객관적으로 표현한 것으로서 지도상에 표현되는 자연적 현상과 인문적 현상은 사실 그 자체로서 저작권의 보호대상이 아니라고 할 것이어서 지도의 창작성 유무의 판단에 있어서는 지도의 내용이 되는 자연적 현상과 인문적 현상을 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였는지 여부와 그 표현된 내용의 취사선택에 창작성이 있는지 여부가 기준이 된다고 할 것이고, 한편 지도의 표현방식에 있어서도 미리 약속된 특정의 기호를 사용하여야 하는 등 상당한 제한이 있어 동일한 지역을 대상으로 하는 것인 한 그 내용자체는 어느 정도 유사성을 가질 수 밖에 없는 것이다.

어떤 지역의 지도가 일반적인 평면적 지리지도의 기반을 크게 벗어나지 않는 범위에서 그 중 특정구역이나 주요 구조물을 취사선택하여 지도에 표시하는 것은 해당 지도의 용도와 목적에 따라 정하여지는 것일 뿐 이를 들어 아이디어의 표현이라고 할 수 없고, 그와 같은 특정구역

이나 주요구조물을 지도상에서 입체적인 형태로 표시하는 방법 자체도 아이디어에 불과한 점, 지도상에서 특정 구역이나 주요 구조물을 부각하여 표시하는 방법이나 주요 구조물을 입체적으로 표현하는 방법은 경우에 따라 창작성 있는 표현방법이 될 수도 있으나, 이 사건에서 오니온맵이 주요 구조물을 표현하는 방법은 구조물의 본래의 형상에 가깝게 입체적인 형태로 표시하되 지도의 목적에 맞도록 단순화한 것일 뿐이어서 그와 같은 표현에 어떤 창작성이 있다고 하기 어렵다.

■■■■■■■■■■

대법원 2010. 4. 15. 판결 2009도14298【저작권법위반】

피 고 인	1.이 ○○ 2.주식회사 ○○
상 고 인	검사
변 호 인	법무법인 덕수 담당변호사 이석태, 윤영환
원심판결	서울중앙지방법원 2009. 11. 27. 선고 2009노3007 판결
판결선고	2010. 4. 15.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고 이유를 본다.

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술의범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는바, 일반적으로 지도는 지표상의 산맥·하천 등의 자연적 현상과 도로·도시·건물등의 인문적 현상을 일정한 축적으로 미리 약속한 특정한 기호를 사용하여 객관적으로 표현한 것으로서 지도상에 표현되는 자연적 현상과 인문적 현상은 사실 그 자체로서 저작권의 보호대상이 아니라고 할 것이어서 지도의 창작성 유무의 판단에 있어서는 지도의 내용이 되는 자연적 현상과 인문적 현상을 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였는지 여부와 그 표현된 내용의 취사선택에 창작성이 있는지 여부가 기준이 된다고 할 것이고, 한편 지도의 표현방식에 있어서도 미리 약속된 특정의 기호를 사용하여야 하는 등 상당한 제한이 있어 동일한 지역을 대상으로 하는 것인 한 그 내용자체는 어느 정도 유사성을 가질 수밖에 없는 것이다. (대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결 참조). 원심은, 그 판시와 같이 도시의 여러 구조물 중 주요 관광지나 구조물만을 선택하여 지도에 표시하거나, 전체 도시 중 주요 관광구역 내지 상업구역을 선택·구획하여 지도에 표시하는 방법 및 구조물 등을 실사에 이를 정도로 세밀하게 묘사하는 등의 방식은 이 사건 오니온맵 서비스가 제공되기 이전이 미국내외 디지털지도에서 널리 사용되고 있던 것인 점, 어떤 지역의 지도가 일반적인 평면적 지리지도의 기반을 크게 벗어나지 않는 범위에서 그 중 특정구역이나 주요 구조물을 취사선택하여 지도에 표시하는 것은 해당 지도의 용도와 목적에 따라 정하여지는 것일 뿐 이를 들어 아이디어의 표현이라고 할 수 없고, 그와 같은 특정 구역이나 주요구조물을 지도상에서 입체적인 형태로 표시하는 방법 자체도 아이디어에 불과한 점, 지도상에서 특정 구역이나 주요 구조물을 부각하여 표시하는 방법이나 주요 구조물을 입체적으로 표현하는 방법은 경우에 따라 창작성 있는 표현방법이 될 수도 있으나, 이 사건에서

오니온맵이 주요 구조물을 표현하는 방법은 구조물의 본래의 형상에 가깝게 입체적인 형태로 표시하되 지도의 목적에 맞도록 단순화한 것일 뿐이어서 그와 같은 표현에 어떤 창작성이 있다고 하기 어렵고, 그 외에 특정구역을 바라보는 시각이나 특정 구역을 부각시키는 방법에서 어떠한 창작성을 찾기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로 이 사건 오니오맵의 창작성을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이사건 공소사실을 무죄라고 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 원심 판결이유를 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고 이유에서 주장하는 바와 같은 지도의 저작물성에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 전수안
주심 대법관 양승태
대법관 김지형
대법관 양창수

[제1심 판결] 서울중앙지법 2009. 8. 28. 선고 2008고정1506 판결 (무죄)

[민사 판결] 서울고등법원 2010. 1. 28. 선고 2009나54807 판결 (강제조정)
서울중앙지법 2009. 5. 15. 선고 2008가합36201 판결 (한국 저작권 판례집 12권, 24번 판례 참조)

13. 도자기 꽃잎 문양의 실질적 유사성 판단 - 포트메리온 사건

[개요]

〈사실관계〉

⑴ 원고는 1960년경 설립되어 고급 생활도자기 그릇 등을 생산·판매하고 있는 영국 법인으로 원고 등록상표 목록 기재 각 표장에 관하여 상표권등록을 마쳤고, 원고 미술저작물 목록 기재 각 미술저작물에 관하여 저작권법에 따른 미술저작권 등록을 마쳤으며, 원고 사용 표장 목록 기재 각 표장을 사용하여 고급 생활도자기 그릇 등을 제조·판매하였다.

⑵ 피고는 피고 사용 표장 목록 기재 각 표장을 사용하여 도자기 그릇류의 제품을 생산·판매하였다.

〈재판의 진행경과〉

제1심에서, 원고는 피고에 대하여 상표권침해행위, 저작권침해 또는 부정경쟁행위를 이유로 침해금지, 폐기청구 및 손해배상청구를 하였으나 원고의 청구는 모두 기각되었다. 이에 원고는 항소하였으나, 항소심은 제1심의 판단을 정당하다고 보아 항소를 기각하였다.

〈판단요지〉 (주: 저작권 침해여부에 한함)

예전부터 꽃이나 식물을 사실적으로 묘사하면서 그 주변에 나비, 벌, 잠자리 등의 곤충을 사실적으로 묘사하는 도안 내지 미술저작물이 있어

왔음을 인정할 수 있고, 이러한 점에 비추어 보면 원고 저작물1 중 이에 해당하는 부분 즉, 꽃 주변에 곤충을 배치하여 이를 사실적으로 묘사한다는 부분은 저작권의 보호대상이 되는 창작적 표현에 해당한다고 볼 수 없다. 또한, 원고 저작물1에서의 나비, 잠자리 등의 개수 및 위치 역시 저작권의 보호대상에서 제외되는 그림의 구도에 해당하는 것으로 보인다. 이러한 점들에다가 미술저작물에 있어서 그 소재가 되는 사물 자체는 저작권의 보호대상이 되지 아니하므로, 실존하는 사물을 사실적으로 묘사하는 미술저작물은 그러하지 아니한 저작물에 비하여 상대적으로 저작권의 보호범위가 좁을 수밖에 없다는 점을 고려하여 원고 저작물1과 피고 표장1을 대비하여 보면, 원고 저작물1은 가든 라일락 꽃을 사실적으로 묘사한 것이고 피고 표장1은 층꽃나무 꽃을 사실적으로 묘사한 것이어서 그 자체만으로도 양자가 상이한데다가 그 주변의 나비와 잠자리의 형태와 색채 역시 양자가 상이하고, 그로 인하여 양자가 주는 전체적인 느낌 역시 상이하므로 양자는 실질적으로 유사하지 아니하다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2010. 6.23. 판결 2009나11742【상표사용금지 등】

원　고　　포○○○○ 리미티드
　　소송대리인 변호사 박경재
　　소송복대리인 변호사 성낙일
피　고　　주식회사 ○○기획
　　소송대리인 법무법인 영진
　　담당변호사 김기수

원심판결	서울중앙지방법원 2009. 11. 5. 선고 2007가합83132 판결
변론종결	2010. 5. 26.
판결선고	2010. 6. 23.

주 문

원고의 항소와 당심에서 추가된 원고의 청구를 모두 기각한다. 항소비용 및 당심에서 추가된 청구로 인한 소송비용은 원고가 부담한다.

청구취지

피고는 별지1 피고 사용 표장 목록 기재 각 표장을 포장, 선전광고물에 사용하거나, 이를 사용한 도자기 그릇류를 판매, 반포, 수출하여서는 아니 된다. 피고는 원고에게 500만 원과 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라(원고는 당심에 이르러 같은 목록 순번 5 기재 '○○' 표장에 관한 금지청구를 추가하고, 같은 목록 순번 1 내지 4 기재 각 표장에 관한 폐기청구를 취하하였다).

항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 별지1 피고 사용 표장 목록 순번 1 내지 4 기재 각 표장을 포장, 선전광고물에 사용하거나, 이를 사용한 도자기 그릇류를 판매, 반포, 수출하여서는 아니 되고, 피고의 본점, 지점, 영업소, 공장, 직영판매점, 창고, 차량, 기타 장소에서 보관 또는 사용하고 있는 그 포장 또는 제품을 폐기하라. 피고는 원고에게 500만

원과 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

【증거】 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 13호증, 을 제1, 3, 4, 8 내지 13, 15호증의 각 기재(가지번호 포함), 변론 전체의 취지

가. 당사자의 지위

⑴ 원고는 1960년경 설립되어 고급 생활도자기 그릇 등을 생산·판매하고 있는 영국 법인으로 별지2 원고 등록상표 목록 기재 각 표장(이하 '원고 등록상표들'이라 한다)에 관하여 상표권등록을 마쳤고, 별지3 원고 미술저작물 목록 기재 각 미술저작물(이하 '원고 저작물들'이라 한다)에 관하여 저작권법에 따른 미술저작권 등록을 마쳤으며, 별지4 원고 사용 표장 목록 기재 각 표장(이하 '원고 표장들'이라 한다)을 사용하여 고급 생활도자기 그릇 등을 제조·판매하고 있다.

⑵ 피고는 별지1 피고 사용 표장 목록 기재 각 표장(이하 '피고 표장들'이라 한다)을 사용하여 도자기 그릇류의 제품을 생산·판매하고 있다.

나. 관련 사건의 경과

⑴ 원고 등록상표들 중 순번 3 기재 표장에 대한 소극적 권리범위확인청구㈎ 피고가 원고를 상대로 피고 표장들 중 순번 3 기재 표장(이하

‘피고 표장3’이라 하고, 다른 표장들도 같은 형식으로 정의한다)을 확인대상표장으로 하여 원고 등록상표들 중 순번 3 기재 표장(이하 ‘원고 등록상표 3’라 하고, 다른 표장들도 같은 형식으로 정의한다)에 관한 소극적 권리범위확인심판을 청구하였는데, 특허심판원은 2006. 12. 20. 원고 등록상표 3은 야구공 봉합선 모양을 둥그렇게 연결하여 구성한 상표임에 반하여 피고 표장 3은 담쟁이넝쿨과 비슷한 나뭇잎을 둥그렇게 연결한 문양 안에 꽃과 나비, 잠자리 등이 사실적으로 묘사된 꽃 문양을 배치한 표장이어서 상호 유사하지 아니하고, 피고 표장 3은 디자인 또는 장식용 의장에 불과하고 상품의 출처를 표시하기 위하여 사용되는 표장이 아니어서 일반 수요자에게 상품의 출처에 관한 오인·혼동을 일으킬 염려가 없다는 이유로 피고의 심판청구를 인용하였다(특허심판원 2006. 12. 20.자 2006당2096 심결).

㈏ 원고는 이에 불복하여 그 심결의 취소를 구하는 소를 제기하였는데, 특허법원은 2007. 8. 16. 원고가 그릇류 제품에 원고 등록상표 3과 같은 나뭇잎 띠 문양의 테두리와 그 안에 꽃과 나비 등의 모양을 사실적으로 묘사하여 이를 자타상품의 식별 표지로 사용하고 있고 그러한 출처표시가 국내 소비자들에게 상당한 정도 알려진 점에 비추어 피고 표장 3도 상표적으로 사용되고 있음은 인정되나, 단순히 야구공 봉합선 모양 또는 나뭇잎 모양을 연속적으로 둥글게 연결하여 구성한 원고 등록상표 3과 담쟁이넝쿨과 비슷한 나뭇잎을 둥그렇게 연결한 문양 내에 꽃 문양을 배치한 피고 표장 3은 그 구성이 상이하다는 이유로 원고의 청구를 기각하였고(특허법원 2007. 8. 16. 선고 2007허1657 판결), 그 판결은 그 무렵 확정되었다.

⑵ 원고 등록상표 4 에 대한 적극적 권리범위확인청구

㈎ 원고는 피고를 상대로 원고 등록상표 4에 기하여 피고 표장 1을 확인대상 표장으로 하는 적극적 권리범위확인심판을 청구하였는데, 특허심판원은 2008. 3. 27.피고 표장 1이 디자인으로 사용되었을 뿐 상품의 출처를 표시하기 위하여 사용된 것이 아니라는 이유로 원고의 심판청구

를 기각하였다(특허심판원 2008. 3. 27.자 2007당3528 심결).

㈏ 원고는 이에 불복하여 그 심결의 취소를 구하는 소를 제기하였는데, 특허법원 역시 2008. 9. 5. 피고 표장 1이 상표로 사용된 것이라고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였고(특허법원 2008. 9. 5. 선고 2008허5755 판결), 그 판결은 그무렵 확정되었다.

⑶ 원고 등록상표 3에 대한 불사용취소청구

㈎ 피고는 원고를 상대로 원고 등록상표 3에 관한 불사용취소심판을 청구하였는데, 특허심판원은 2008. 5. 28. 원고 등록상표 3은 상표가 아니라 디자인에 해당하고, 설령 상표적으로 사용한 측면이 있더라도 원고가 실제 사용한 표장과 원고 등록상표 3이 동일한 범주에 있지 아니하다는 이유로 피고의 심판청구를 인용하였다(특허심판원 2008. 5. 28.자 2008당111 심결).

㈏ 원고는 이에 불복하여 그 심결의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 특허법원은 2008. 12. 30. 원고 등록상표 3이 상표로서 사용되고 있고, 원고가 실제 사용한 표장과 원고 등록상표 3이 동일한 범주에 있다는 이유로 원고의 청구를 인용하여 심결을 취소하는 판결을 선고하였다(특허법원 2008. 12. 30. 선고 2008허9559 판결).

㈐ 이에 피고가 상고하였는데, 대법원은 2009. 5. 14. 원고가 실제 사용한 표장이 상품의 출처 표시를 위하여 사용된 것이므로 이는 상표의 사용에 해당하기는 하나, 원고가 실제 사용한 표장과 원고 등록상표 3이 동일한 범주에 있지 아니하여 원고가 원고 등록상표 3을 사용한 것으로 볼 수 없다는 이유로 원심판결을 파기하고 사건을 특허법원으로 환송하는 판결을 선고하였다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009후665 판결).

㈑ 환송심에서 원고의 소가 2009. 8. 4. 취하간주되었고, 이로써 원고 등록상표 3에 대한 등록취소심결이 확정되었고, 그에 따라 원고의 원고 등록상표 3에 대한 상표권은 소멸하였다.

2. 상표권 침해 여부

가. 당사자의 주장

⑴ 원고의 주장

피고 표장들이 원고 등록상표들과 동일 또는 유사하고, 피고가 피고 표장들을 사용하여 생산·판매하는 제품인 도자기 그릇류 역시 원고 등록상표들의 지정상품과 동일 또는 유사하므로, 피고가 피고 표장들을 사용하여 도자기 그릇류의 제품을 생산·판매하는 것은 원고의 등록상표들에 관한 상표권을 침해한다.

⑵ 피고의 주장

원고 등록상표들과 피고 표장들이 다르고, 피고는 피고 표장들을 디자인으로 사용할 뿐 자타상품 식별표지 또는 출처표시, 즉 상표로서 사용하는 것이 아니며, 이는 피고가 자사 제품 그릇류 밑바닥에 별도의 출처표시를 하고 있는 점에 비추어 보아도분명하다.

나. 판단

⑴ 원고 등록상표 1, 2의 침해 여부

㈎ 타인의 등록상표와 유사한 표장을 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하면 타인의 상표권을 침해하는 행위가 된다고 할 것이나, 타인의 등록상표와 유사한 표장을 이용한 경우라고 하더라도 그것이 상표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 출처표시를 위한 것이 아니라 순전히 의장적으로만 사용되는 등으로 상표의 사용으로 인식될 수 없는 경우에는 등록상표의 상표권을 침해한 행위로 볼 수 없다(대법원 1997. 2. 14. 선고 96도1424 판결 등 참조).

㈏ 통상 접시 등의 그릇의 앞면 내지 표면의 무늬나 장식으로 각종 꽃

이나 과일 등의 문양이 사실적으로 묘사된 도형이 사용되는 경우가 많고, 이러한 상품의 수요자들은 접시 등을 구입함에 있어서 물건 자체의 형상과 모양뿐만 아니라 접시에 표현되어 있는 이러한 장식 등의 미적인 가치를 평가하여 상품을 선택·구입하며, 접시 등을 생산·판매하는 자들도 그릇의 뒷면에 그 상호나 상표 등 별도의 출처표시를 하는 것이 일반적이므로, 위와 같이 접시 등의 제품에 표현된 도형은 특별한 사정이 없는 한 기본적으로 그릇의 일면을 이루는 디자인이나 장식용 의장에 불과할 뿐 상품 출처를 표시하기 위하여 사용되는 표장은 아니라는 점에 갑 제4, 18호증의 각 1, 2, 3, 제22호증, 을 제15호증의 1 내지 5의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정

즉, 피고 표장들은 ""와 같이 테두리에 나뭇잎을 띠처럼 연속적으로 둥그렇게 연결한 문양을 배치하고 그 안에 "", "", "", ""와 같이 꽃과 줄기, 잎 및 그 주위의 나비, 잠자리 등을 사실적으로 묘사하고 그 하단에 작은 영문자로 그 꽃의 학명을 표시한 문양을 배치한 표장인데, 피고는 피고 표장들을 그 형태대로만 제품에 사용하는 것이 아니라 제품이 접시일 경우에는 피고 표장들 형태 그대로 사용하고, 제품이 공기나 머그잔일 경우에는 상단 테두리에 나뭇잎 띠 문양을 배치하고, 그릇의 옆면에 꽃문양을 배치하는 등 그릇의 모양에 따라 나뭇잎 띠 문양과 꽃문양을 함께 또는 분리하여 배치하는 방식으로 사용하고 있는 점(갑 제5호증의 1, 2, 3의 각 기재에 의하면 원고 역시 원고 등록상표 1, 2와 원고 등록상표 5를 이와 같은 방식으로 결합 또는 분리하여 사용하고 있다), 피고가 제품 뒷면 바닥에 별도로 ""와 같은 출처표시를 하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고 표장들은 디자인으로 사용되었을 뿐 자타상품의 식별표지 또는 상품의 출처표

시로 사용된 것은 아니므로, 앞서 본 법리에 비추어 피고 표장들이 원고 등록상표 1, 2의 각 상표권을 침해하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고 표장들이 원고 등록상표 1, 2의 상표권을 침해함을 전제로 한 원고의 청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

⑵ 원고 등록상표 3, 5의 침해 여부

㈎ 상표의 유사 여부는 대비되는 상표를 외관, 호칭, 관념의 세 측면에서 객관적, 전체적, 이격적으로 관찰하여 거래상 오인·혼동의 염려가 있는지의 여부에 의하여 판단하여야 하고, 특히 도형상표들에 있어서는 그 외관이 지배적인 인상을 남기므로 외관이 동일·유사하여 양 상표를 다 같이 동종상품에 사용하는 경우 일반 수요자로하여금 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으킬 염려가 있다면 양 상표는 유사하다고 보아야 하며(대법원 2000. 12. 26. 선고 98도2743 판결 등 참조), 외관이 유사하다는 것은 대비되는 두개의 상표에 표시된 문자·도형·기호 등 상표의 외관상의 형상을 시각에 호소하여 관찰하였을 경우 그들이 상품의 식별표지로서 서로 혼동되기 쉬운 경우를 말하므로, 외관이 유사한 것인지 여부를 판단할 때는 특히 이격적·직관적인관찰이 필요하다(대법원 1994. 9. 14. 선고 92후544판결 참조).

㈏ 원고 등록상표 3은 ""와 같이 야구공 봉합선 모양 또는 나뭇잎 모양을 연속적으로 둥그렇게 연결하여 구성한 상표이고, 원고 등록상표 5 역시 와 같이 나뭇잎 모양을 연속적으로 둥그렇게 연결하여 구성한 상표임에 반하여, 피고 표장들은 앞서 본 바와 같이 나뭇잎 띠 문양의 원형 테두리 안에 꽃문양이 있는 표장이다. 외관을 보면, 피고 표장들의 구성 부분 중 나뭇잎 띠 문양이 원고 등록상표 3, 5와 유사하기는 하나, 피고 표장들을 전체적·직관적·이격적으로 관찰하면, 피고 표장들은 나뭇잎 띠 문양의 원형 테두리 안에 각종 색채로 도

안화한 꽃문양이 추가되어 있고 나뭇잎 띠 문양만이 지배적 인상을 주는 것도 아니어서, 꽃문양 없이 나뭇잎 띠 문양의 원형 테두리로만 구성된 원고 등록상표 3, 5와 외관이 유사하다고 보기 어렵다. 또한, 피고 표장들은 나뭇잎 띠 문양과 꽃문양이 전체로서 하나의 문양으로 조화를 이루고 있으므로 이를 분리관찰하거나 나뭇잎 띠 문양만을 피고 표장들의 요부로 보아 원고 등록상표 3, 5와 대비할 수도 없다. 관념에 있어서도 원고 등록상표 3, 5는 '나뭇잎 띠 문양' 정도로 관념될 수 있는 반면에 피고 표장들은 그 구성에 비추어 '나뭇잎 테두리 안의 꽃 문양'으로 관념될 수 있으므로, 양자는 관념에 있어서도 서로 다르다. 한편, 원고 등록상표 3, 5는 순수 도형 상표에 해당하고, 피고 표장들도 사실상 도형으로만 이루어져 있는데(피고 표장들은 각 꽃 문양 하단에 작은 영문자로 해당 꽃의 학명이 표기되어 있기는 하나, 글자체의 크기가 도형에 비하여 매우 작고 꽃 이름이 영문자의 학명으로 기재되어 있어 이러한 문자 부분이 일반 수요자들에게 특별한 인상을 주지는 아니할 것으로 보이므로 피고 표장들도 도형 표장에 해당한다), 각각 그 표장으로부터 어떠한 호칭이 자연스럽게 떠오르지 아니하며, 원고 등록상표 3, 5는 물론 피고 표장들도 각 도안의 구성상 거래계나 수요자들에게 특정한 호칭을 연상시키기 어렵고, 원고 등록상표 3, 5가 거래계나 수요자들로부터 특정한 호칭을 얻었음을 인정할증거도 없으므로, 양자를 호칭 측면에서 대비할 수는 없다. 따라서 원고 등록상표 3, 5와 피고 표장들은 외관, 관념이 서로 달라서 일반수요자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인·혼동하게 할 염려가 없으므로 서로 유사하다고 할 수 없다.이에 대하여 원고는, 나뭇잎 띠 문양의 원고 등록상표 3, 5가 주지·저명한 것이어서 피고 표장들 중 나뭇잎 띠 문양이 요부에 해당하므로 양자는 유사하다는 취지로 주장한다. 갑 제4 내지 11, 18호증의 각 기재(가지번호 포함) 및 변론 전체의 취지에 의하면 원고 표장들 및 그와 같은 유형의 표장들을 사용한 원고의 ** 가든 제품이 1999년경부터 **유나이티드 주식회사를 통해서 국내에 수입·판매되었고, 그 때부터 2006년경까지 판매된 매출액이 약 552억 원 정도이며, 1998년경부터 약 10년간 각

종 잡지, 일간신문, 유명백화점 광고책자 등에서 약 120여회, 공중파 TV 방송으로 약 60여회, 케이블 TV 방송으로 약 7,000여회 광고 등을 한 사실, 인터넷 오픈마켓 등에서 피고 표장들을 사용한 피고의 제품들을 '**★ st', '명품 ***스타일', '명품 ** st' 등으로 광고하며 판매하고 있는 사실, 원고 등록상표 3, 5와 유사한 "", "", ""와 같은 문양이 상표출원 되었으나 원고 등록상표 3, 5를 포함한 원고의 선등록상표와 외관이 동일 또는 유사하다는 이유로 상표등록이 거절된 사실은 인정되나,원고의 ** 가든 제품의 광고는 원고 등록상표 3, 5를 강조하여 광고한 것이 아니라 나뭇잎 띠 문양과 꽃 문양이 함께 또는 분리하여 사용된 제품들(접시류 제품은 나뭇잎 띠 문양의 원형 테두리 안에 꽃 문양이 있는 형태이고, 공기나 머그잔 제품은 상단 테두리에 나뭇잎 띠 문양을 배치하고 그릇의 옆면에 꽃 문양을 배치한 형태임) 자체를 광고한 것이고, 오픈마켓에서 피고 제품을 광고하면서 언급한 원고 제품 스타일은 나뭇잎 띠 문양 자체가 아니라 나뭇잎 띠 문양과 꽃 문양이 함께 사용된 원고 제품의 전체적인 형태를 의미하는 것으로 보이며, 다른 나뭇잎 띠 문양의 상표등록이 거절된 이유는 상표등록을 신청한 지정상품에 이미 원고의 선등록상표가 있었기 때문이지 원고 등록상표 3, 5가 주지·저명한 상표이기 때문은 아닌 점에 비추어, 그러한 인정사실만으로 원고 등록상표 3, 5가 주지·저명한 상표라고 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

㈐ 또한, 피고 표장들 중 나뭇잎 띠 문양은 잎맥이 드러나는 세 갈래 잎 형상의 단위 구성요소 가 와 같이 동일한 방향으로 연속적으로 배열됨으로써 전체적으로 세 갈래 잎이 일렬로 연결되어 원형을 이루는 도형인 반면, 원고 등록상표 3은 잎

맥이 보이지 않는 겹잎 또는 삼지창 형상의 단위 구성요소 가 와 같이 동일한 방향으로 연속적으로 배열됨으로써 전체적으로 야구공 봉합선 모양 또는 겹잎이 일렬로 연결되어 원형을 이루는 도형상표로서, 양자는 단위 구성요소의 형상과 모양 및 전체적인 인상에서 현저한 차이가 있으므로, 결국 피고 표장들 중 나뭇잎 띠 문양은 그 단위 구성요소의 형상과 모양의 차이 등으로 인하여 거래사회통념상 원고 등록상표 3과 동일·유사하다고 볼 수 없다. 따라서 피고 표장들이 원고 등록상표 3의 상표권을 침해하였다는 원고의 주장은 이 점에서도 이유 없다. 설령 피고 표장들이 원고 등록상표 3의 상표권을 침해한다고 보더라도, 기초사실에서 본 바와 같이 원고 등록상표 3이 불사용을 이유로 상표등록이 취소되었으므로, 원고 등록상표 3이 침해되었음을 이유로 하는 원고의 침해금지청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없고, 원고가 원고 등록상표 3을 장기간 사용하지 아니하여 그 등록까지 취소된 이상, 특별한 사정이 없는 한 피고가 피고 표장들을 사용함으로 인하여 원고에게 어떠한 손해가 발생하였다고 보기도 어려우므로 원고 등록상표 3이 침해되었음을 전제로 한 원고의 손해배상청구 역시 이유 없다.

⑶ 원고 등록상표 4의 침해 여부

원고 등록상표 4와 피고 표장들은 나뭇잎 띠 문양의 원형 테두리 안에 꽃문양이 있는 점에서 유사하고, 특히 원고 등록상표 4와 피고 표장 1은 중앙의 꽃문양의 형태도 상당히 유사하기는 하나, 앞서 본 바와 같이 피고 표장들은 디자인으로 사용되었을 뿐 자타상품의 식별표지 또는 상품의 출처표시로 사용된 것은 아니므로, 피고 표장들이 원고 등록상표 4의 상표권을 침해하였다고 볼 수 없다.

⑷ 원고 등록상표 6의 침해 여부

갑 제4, 18호증의 각 1, 2, 3의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하

면 앞서 본 바와 같이 인터넷 오픈마켓 등에서 피고 표장들을 사용한 피고의 제품들을 '**★st', '명품 ***스타일', '명품 ** st' 등으로 광고하며 판매하고 있는 사실은 인정되나,오픈마켓의 판매자가 피고임을 인정할 증거가 없으므로(오히려 앞서 든 증거들에 의하면 오픈마켓 판매자의 상호가 '우수상회'인 점에 비추어 오픈마켓 판매자는 피고와 별개의 사람 또는 법인으로 보인다), 이에 관한 원고의 주장 역시 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

(5) 소결

따라서 피고 표장들이 원고 등록상표들의 상표권을 침해하였음을 전제로 한 원고의 청구는 이유 없다.

3. 저작권 침해 여부

가. 원고의 주장

피고 표장들에 사용된 꽃문양은 원고 저작물들과 실질적으로 동일한 것으로서 원고 저작물들에 대한 원고의 저작권을 침해한 것이다.

나. 판단

(1) 판단기준

어떤 저작물이 다른 저작물의 저작권을 침해하였다고 인정하기 위해서는 침해 저작물이 피침해 저작물에 의거하여 작성된 것이라는 점과 양자 사이에 실질적 유사성이 있음이 입증되어야 한다. 그런데 저작권의 보호 대상은 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 저작권의 보호 대상이 되지 않는 것이므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다354 판결, 대법원 2000.10. 24. 선고 99다10813 판결 등 참조). 한편, 다른 사람의 저작물을 무단히 복제하면 복제권을 침해하는 것이고 이 경우 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정·증감이나 변경을 가하더라도 새로운 창작성을 인정할 수 없는 정도이면 단순한 복제에 해당한다(대법원 2010. 2.11. 선고 2007다63409 판결, 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결 등 참조). 반면에 어떤 저작물이 기존의 저작물을 다소 이용하였더라도 기존의 저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 새로운 저작물이 되었다면, 이는 창작으로서 기존의 저작물의 저작권을 침해한 것이 아니다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결 참조).

⑵ 피고 표장 1의 꽃문양과 원고 저작물들의 대비

㈎ 갑 제2호증의 6, 을 제14, 15호증의 각 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 저작물들 중 순번 1 기재 저작물(이하 '원고 저작물 1'이라 하고, 다른 저작물들도 같은 형식으로 정의한다)은 가든 라일락(Garden Lilac) 나무의 꽃과 이를 중심으로 그 줄기와 나뭇잎 및 주변의 나비, 잠자리 등을 사실적으로 묘사한 것인 반면에, 피고 표장 1은 나뭇잎 띠 문양 테두리 안에 층꽃나무의 꽃과 이를 중심으로 그 줄기와 잎 및 주변의 나비, 잠자리 등을 사실적으로 묘사하고 그 하단에 작은 영문자로 층꽃나무의 학명(Caryopteris incana)을 기재한 사실, 원고 저작물 1과 피고 표장1의 꽃문양은 줄기와 나뭇잎의 형태, 나비와 잠자리의 개수와 위치 등에 있어서 유사하나 꽃의 구체적 모양 및 줄기·나뭇잎·나비·잠자리의 색채가 서로 상이한 사실이 인정된다.

㈏ 이러한 인정사실 중 줄기와 나뭇잎의 형태, 나비와 잠자리의 개수와 위치 등에 있어서 유사한 점, 앞서 본 바와 같이 원고가 1998년경부

터 원고 저작물들을 도안으로 사용한 접시류 등의 제품을 TV 등에 광고하고 판매하여 왔던 점 등에 비추어 보면, 피고 표장 1의 꽃문양은 원고 저작물 1을 참조하여 작성하였음이 인정된다.

㈐ 그런데 을 제7호증 1, 2, 3의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 예전부터 꽃이나 식물을 사실적으로 묘사하면서 그 주변에 나비, 벌, 잠자리 등의 곤충을 사실적으로 묘사하는 도안 내지 미술저작물이 있어 왔음을 인정할 수 있고, 이러한 점에 비추어 보면 원고 저작물 1 중 이에 해당하는 부분 즉, 꽃 주변에 곤충을 배치하여 이를 사실적으로 묘사한다는 부분은 저작권의 보호대상이 되는 창작적 표현에 해당한다고 볼 수 없다. 또한, 원고 저작물 1에서의 나비, 잠자리 등의 개수 및 위치 역시 저작권의 보호대상에서 제외되는 그림의 구도에 해당하는 것으로 보인다. 이러한 점들에다가 미술저작물에 있어서 그 소재가 되는 사물 자체는 저작권의 보호대상이 되지 아니하므로, 실존하는 사물을 사실적으로 묘사하는 미술저작물은 그러하지 아니한 저작물에 비하여 상대적으로 저작권의 보호범위가 좁을 수밖에 없다는 점을 고려하여 원고 저작물 1과 피고 표장 1을 대비하여 보면, 원고 저작물 1은 가든라일락꽃을 사실적으로 묘사한 것이고 피고 표장 1은 층꽃나무 꽃을 사실적으로 묘사한 것이어서 그 자체만으로도 양자가 상이한데다가 그 주변의 나비와 잠자리의 형태와 색채 역시 양자가 상이하고, 그로 인하여 양자가 주는 전체적인 느낌 역시 상이하므로 양자는 실질적으로 유사하지 아니하다.

㈑ 앞서 본 (1)항의 판단기준과 ㈐항의 고려사항을 고려하여 피고 표장 1과 원고의 나머지 저작물들을 대비하여 보면, 원고 저작물 2는 히아신스 꽃을, 원고 저작물3은 카네이션(July) 꽃을, 원고 저작물 4는 아프리카 백합꽃을, 원고 저작물 5는 팬지꽃을 사실적으로 묘사한 것이고, 피고 표장 1은 층꽃나무꽃을 사실적으로 묘사한 것 이어서 그 자체만으로도 피고 표장 1은 원고 저작물 2 내지 5와 상이한데다가 꽃 주변에 배치된 곤충의 종류·위치·형태·색채와 줄기, 나뭇잎의 형태·색채가

상이하여, 피고 표장 1이 원고 저작물 2 내지 5에 의거하여 작성되었음을 인정하기도 어렵고, 설령 의거성이 인정되더라도 앞서 본 상이점과 피고 표장 1이 주는 전체적인 느낌이 원고 저작물 2 내지 5의 그것과 상이한 점에 비추어 피고 표장 1이 원고 저작물 2 내지5와 실질적으로 유사하다고 볼 수도 없다.

(3) 피고 표장 2, 3의 각 꽃문양과 원고 저작물들의 대비

㈎ 을 제14, 15호증의 각 3, 4의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고표장 2는 나뭇잎 띠 문양 테두리 안에 댕강나무 꽃과 이를 중심으로 그 줄기와 잎 및 주변의 나비들을 사실적으로 묘사하고, 그 하단에 작은 영문자로 댕강나무 꽃의 학명(Abelia mosanensis)을 기재한 것이고, 피고 표장 3은 나뭇잎 띠 문양 테두리 안에 부처꽃과 이를 중심으로 그 줄기와 잎 및 주변의 나비와 잠자리들을 사실적으로 묘사하고, 그 하단에 작은 영문자로 부처꽃의 학명(Lythrum anceps)을 기재한 것임이 인정된다.

㈏ 이러한 인정사실에 앞서 본 (1)항의 판단기준과 (2)의 ㈐항의 고려사항을 보태어 보면, 피고 표장 2, 3의 각 꽃 문양이 원고 저작물들에 의거하여 작성되었음을 인정하기 어렵고, 설령 의거성이 인정되더라도 피고 표장 2, 3의 각 꽃 문양과 원고 저작물들은 묘사된 꽃의 종류·형태·색채는 물론 꽃 주변에 배치된 곤충의 종류·위치·형태·색채와 줄기, 나뭇잎의 형태·색채가 상이하고, 그로 인하여 피고 표장 2, 3이 주는 전체적인 느낌 역시 원고 저작물들의 그것과 상이하므로, 피고 표장 2, 3이 원고 저작물들과 실질적으로 유사하다고 볼 수도 없다.

(4) 피고 표장 4의 꽃 문양과 원고 저작물들의 대비

㈎ 갑 제2호증의 8, 을 제14, 15호증의 각 1의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 저작물 5는 팬지(Pansy) 꽃과 이를 중심으로 그 줄기와 나뭇잎 및 주변의 나비들을 사실적으로 묘사한 것인 반면에, 피고 표장 4는 나뭇잎 띠 문양 테두리 안에 솔체꽃과 이를 중심으로 그 줄기와 잎 및 주변의 나비, 잠자리 등을 사실적으로 묘사하고 그 하단

에 작은 영문자로 솔체꽃의 학명(Scabiosa mansenensis)을 기재한 사실, 피고 표장 4의 꽃문양 중 줄기 부분이 원고 저작물 5의 줄기 부분을 반전시킨 것과 유사하나 꽃의 구체적 모양, 꽃 주변에 배치된 곤충의 종류·위치, 줄기, 나뭇잎, 나비, 잠자리의 형태·색채가 서로 상이한 사실이 인정된다.

㈏ 이러한 인정사실 중 피고 표장 4의 꽃문양 중 줄기 부분이 원고 저작물 5의 줄기 부분을 반전시킨 것과 유사한 점, 앞서 본 바와 같이 원고가 1998년경부터 원고 저작물들을 도안으로 사용한 접시류 등의 제품을 TV 등에 광고하고 판매하여 왔던 점 등에 비추어 보면, 피고 표장 4의 꽃문양은 원고 저작물 5를 참조하여 작성하였음이 인정된다.

㈐ 그러나 ⑵의 ㈐항에서 본 바와 같은 고려사항을 고려하여 원고 저작물 5와 피고 표장 4를 대비하여 보면, 원고 저작물 5는 팬지꽃을 사실적으로 묘사한 것이고 피고 표장 4는 솔체꽃을 사실적으로 묘사한 것이어서 그 자체만으로도 양자가 상이한데다가 그 주변에 배치된 곤충의 종류·형태·위치·색채 역시 양자가 상이하고, 그로 인하여 양자가 주는 전체적인 느낌 역시 상이하므로, 양자는 실질적으로 유사하지 아니하다.

㈑ 또한, 피고 표장 4와 원고 저작물 1 내지 4를 대비하여 보면, 양자는 묘사된 꽃의 종류, 형태, 색채는 물론 꽃 주변에 배치된 곤충의 종류·형태·위치·색채와 줄기, 나뭇잎의 형태·색채가 상이하여 피고 표장 4가 원고 저작물 1 내지 4에 의거하여 작성되었음을 인정하기도 어렵고, 설령 의거성이 인정되더라도 이러한 상이점과 피고 표장 4가 주는 전체적인 느낌이 원고 저작물 1 내지 4의 그것과 상이한 점에 비추어 피고 표장 4가 원고 저작물 1 내지 4와 실질적으로 유사하다고 볼 수도 없다.

⑸ 소결

따라서 피고 표장들이 원고 저작물들과 실질적으로 유사하여 그에 대한 원고의 저작권을 침해하였음을 전제로 한 원고의 청구는 이유 없다.

4. 부정경쟁행위 여부

가. 원고의 주장

(1) 원고의 등록상표들은 주지·저명한 것인데, 피고가 원고의 등록상표들과 동일하거나 유사한 피고 표장들을 사용함으로써 일반 수요자들로 하여금 상품의 출처에 대한 혼동을 초래하였으므로, 피고가 피고 표장들을 사용하는 것은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 소정의 부정경쟁행위에 해당한다.

(2) 또한, 원고 표장 1, 3, 4, 5와 같이 나뭇잎 띠 문양 테두리 안에 꽃과 곤충들이 사실적으로 묘사된 꽃문양을 넣은 도안(이하 '이 사건 도안'이라 한다)은 원고의 상품 표지로서 주지성이 있는 것인데, 피고가 이러한 도안과 유사한 형태의 피고 표장들을 사용함으로써 일반 수요자들로 하여금 상품의 출처에 대한 혼동을 초래하였으므로, 피고가 피고 표장들을 사용하는 것은 부정경쟁방지법 소정의 부정경쟁행위에 해당한다.

나. 판단

(1) 원고의 첫 번째 주장은 결국 피고 표장들이 원고 등록상표의 상표권을 침해하였음을 전제로 하는 것인데, 앞서 상표권 침해 여부의 판단에서 본 바와 같이 피고 표장들이 원고의 등록상표들에 대한 상표권을 침해하였다고 볼 수 없는 이상, 이에 관한 원고의 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

(2) 앞서 본 바와 같이 1998년경부터 국내에서 이 사건 도안을 사용한 원고 제품들이 광고 및 판매되어 왔음이 인정되고, 이러한 인정사실에 비추어 보면 국내 소비자들에게 원고 제품에 이 사건 도안이 사용되고 있음이 알려져 있을 것으로 보인다. 그러나 ① 오래 전부터 그릇류에

꽃이나 나무, 동물 등의 도안이 디자인으로 사용되어 왔고 상품의 출처 표시는 이와 별도로 그릇류 뒷면 바닥에 하는 것이 일반적이었으므로 일반 수요자들이 이 사건 도안이 사용된 원고 제품을 보더라도 이 사건 도안을 디자인으로 인식하였을 뿐 이를 상품의 출처를 표시하는 상표로 인식하지는 아니하였을 것으로 보이는, ② 설령 국내 소비자들이 이 사건 도안이 사용된 제품을 원고의 제품으로 인식하더라도 이는 소비자들이 이 사건 도안의 디자인적 특징으로부터 상품의 출처를 추정하였기 때문이지 소비자들이 이 사건 도안을 상표 내지 원고의 상품 표지로 인식하였기 때문은 아닌 점, ③ 갑 제9호증의 1 내지 6, 10의 각 기재 및 변론전체의 취지에 의하면 원고 역시 자신의 상품 뒷면 밑바닥에 별도의 출처표시를 하고있고 광고 시에도 "

" 및 "**"과 같은 별도의 상표를 표기하고 있음이 인정되는 점, ④ 앞서 본 바와 같이 피고도 자신의 상품 뒷면 밑바닥에 별도의 출처표시를 하고 있는점, ⑤ 을 제7호증의 1, 2, 3의 각 기재에 의하면 원·피고 이외에도 국내외 여러 업체에서 나뭇잎 띠 문양의 테두리를 사용한 도자기 그릇류 제품을 생산·판매하고 있는점, ⑥ 이 사건 도안이 원고의 모든 상품에 사용되고 있지는 아니하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 도안은 디자인에 해당할 뿐 원고의 상표 또는 상품 표지라고 볼 수 없다[피고가 피고의 표장들을 사용하여 제품을 생산·판매하는 행위는 원고가 제작한 상품의 형태를 모방한 것이고, 이는 부정경쟁방지법 제2조제1호자목 소정의 '타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위'에 해당하는데, 부정경쟁방지법은 이러한 행위를 같은 법 소정의 부정경쟁행위로 보아 원칙적으로 금지하면서도 상품이 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 경우에는 이러한 행위를 부정경쟁행위에서 제외시키고 있고, 앞서 본 바와 같이 원고 제품이 1998년경부터 국내에서 광고 및 판매되어 온 점에 비추어 원고 제품이 시제품 제작

등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 이미 3년이 경과하였음이 분명하므로 결국 피고의 모방행위는 부정경쟁방지법 제2조제1호자목소정 모방상품 양도 등의 행위에도 해당하지 아니한다]. 또한, 앞서 본 사실만으로 원고 표장들이 개별적으로 일반수요자에게 널리 알려졌다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거도 없다. 따라서 이 사건 도안 또는 이 사건 도안을 적용한 원고 표장들이 원고의 상표 또는 상품 표지로서 일반 수요자들에게 널리 알려져 있음을 전제로 한 원고의 두 번째 주장 역시 이유 없다.

(3) 소결

따라서 피고의 부정경쟁행위를 원인으로 한 원고의 청구 역시 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면, 원고의 청구를 모두 기각하여야 할 것인데, 이와 결론을 같이 한 제1심 판결은 정당하므로 이에 대한 원고의 항소와 당심에서 추가된 원고의 금지청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이기택
판사 함석천
판사 김동규

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2009. 11. 5 판결 2007가합83132【상표사용금지 등】

원 고	포○○○○ 리미티드
	소송대리인 변호사 박경재, 이혜민
피 고	주식회사 ○○기획
	소송대리인 법무법인 영진
	담당변호사 김기수, 임동완

변론종결	2009. 10. 22.
판결선고	2009. 11. 5.

주 문

1. 원고의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청구취지

피고는 별지1 기재 각 표장을 포장, 선전광고물에 사용하거나, 이를 사용한 도자기 그릇류를 판매, 반포, 수출하여서는 아니되고, 피고의 본점, 지점, 영업소, 공장, 직영판매점, 창고, 차량, 기타 장소에 보관 또는 사용하고 있는 위 포장 또는 제품을 폐기하며, 원고에게 5,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장부본 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

【증거】 다툼없는 사실, 갑1, 2, 을1, 3, 4, 8 내지 10, 12, 13, 변론 전체의 취지

가. 당사자의 지위

1) 원고는 1960.경 설립되어 고급 생활 도자기 그릇 등을 제조, 판매하고 있는 영국 법인으로 별지2 표 기재 각 표장에 관하여 상표권 등록을 받았고, 별지3 표 기재 각 미술저작물에 관하여 저작권법에 따른 미술저작권 등록을 마쳤다.

2) 피고는 별지1 목록 기재 표장(아래에서는 '비교대상표장'이라 한다)을 사용하여 도자기 그릇류의 제품을 생산, 판매하고 있다.

나. 관련 사건의 정리

1) 피고의 소극적 권리범위확인심판

① 피고가 원고를 상대로 피고의 별지1 목록 3 기재 표장을 확인대상표장으로 하여 원고의 별지2 표 3 기재 상표권에 관한 소극적 권리범위확인심판을 제기하였는데, 특허심판원은 2006. 12. 20. 위 확인대상 표장과 위 등록상표가 서로 유사하지 않다고 보아 피고의 위 심판청구를 인용하였다(2006당2096).

② 원고가 위 심결에 불복하여 심결취소소송을 제기하였는데, 특허법원 역시 2007. 8. 16. 위 확인대상 표장과 위 등록상표가 서로 유사하지 않다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다(특허법원 2007. 8. 16.

선고 2007허1657 판결 참조).

2) 원고의 적극적 권리범위확인심판

① 원고는 피고를 상대로 원고의 별지2 표 4 기재 상표권에 기하여 피고의 별지1 목록 1 기재 표장을 확인대상 표장으로 하는 적극적 권리범위확인심판을 제기하였는데, 특허심판원은 2008. 3. 27. 위 확인대상 표장이 디자인으로 사용되었을 뿐 상품의 출처를 표시하기 위하여 사용된 것이 아니라고 보아 원고의 위 심판청구를 기각하였다(2007당3528).

② 원고가 위 심결에 불복하여 심결취소소송을 제기하였는데, 특허법원 역시 2008. 9. 5. 위 확인대상 표장이 상표로 사용된 것이라고 볼 수 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다(특허법원 2008. 9. 5. 선고 2008허5755 판결 참조).

3) 피고의 불사용취소심판

① 피고는 원고를 상대로 별지2 표 3 기재 상표권에 관한 불사용취소심판을 제기하였는데, 특허심판원은 2008. 5. 28. 위 등록상표의 사용을 디자인적 사용으로 보았고, 나아가 상표적 사용의 측면이 있다고 하더라도 실제 사용한 표장과 위 등록상표가 동일성의 범주에 있지 않다고 보아 피고의 위 심판청구를 인용하였다(2008당111).

② 원고가 위 심결에 불복하여 심결취소소송을 제기하였는데, 특허법원은 2008. 12. 30. 위 등록상표가 상표로서 사용되고 있고, 실제 사용한 표장 역시 위 등록상표와 동일성이 범주에 있다고 판단하여, 원고의 청구를 인용하고 위 심결을 취소하는 내용의 판결을 선고하였다(특허법원 2008. 12. 30. 선고 2008허9559 판결 참조).

③ 이에 피고가 대법원에 상고하였는데, 대법원은 2009. 5. 14. 위 등록상표의 상표로서의 사용은 인정하였으나, 실제 사용한 표장과 등록상표가 동일성의 범주에 있지 않다고 판단하여 원심판결을 파기하였고, 이후 환송심에서 원고가 소를 취하하여 결국 위 등록취소심결이 확정되었다.

2. 상표권 침해주장에 관한 판단

가. 원고의 주장

원고는, 피고가 사용하는 비교대상표장은 원고의 등록상표인 별지2 표 기재 각 표장과 동일 또는 유사하고, 피고의 제품인 도자기 그릇류 역시 원고의 지정상품과 동일 또는 유사하므로, 피고가 비교대상표장을 사용하여 도자기 그릇류의 제품을 판매하는 것은 원고의 등록상표권에 대한 침해를 구성한다고 주장한다.

나. 판 단

1) 판단의 기준

① 상표의 유사 여부는 그 외관, 호칭 및 관념을 객관적, 전체적, 이격적으로 관찰하여 그 지정상품의 거래에서 일반 수요자나 거래자가 상표에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 하여 그 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008후4783 판결 등 참조).

② 또한, 지정상품의 유사 여부는 대비되는 상품에 동일 또는 유사한 상표를 사용할 경우 동일 업체에 의하여 제조 또는 판매되는 상품으로 오인될 우려가 있는가의 여부를 기준으로 하여 판단하되, 상품 자체의 속성인 품질, 형상, 용도와 생산 부문, 판매 부문, 수요자의 범위 등 거래의 실정 등을 종합적으로 고려하여 일반 거래의 통념에 따라 판단하여야 한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2008후5045 판결 등 참조).

2) 별지2 표 1, 2 기재 상표권에 관한 주장

위 기초사실에 의하면, 위 등록상표들은 꽃, 꽃잎, 줄기 또는 나비 등이 사실적으로 묘사된 표장인 반면, 비교대상표장은 나뭇잎 모양을 연

속적으로 둥그렇게 연결한 도형(아래에서는 '나뭇잎 도형'이라 한다) 내에 꽃, 나무, 잎, 줄기 등이 사실적으로 묘사된 도형(아래에서는 '꽃모양 도형'이라 한다)이 배치된 표장임을 알 수 있다.

먼저 외관에 있어서, 양자는 꽃모양 도형 부분에 있어 다소 유사한 점이 있다고 볼 수 있으나, 비교대상표장은 위 등록상표들과 달리 전체적, 직관적, 이격적으로 관찰할 경우에 있어서 내부의 꽃모양 도형 외에 나뭇잎 도형이 추가되어 있고, 위 나뭇잎 도형 부분이 꽃모양 도형 부분과 조화되어 하나의 전체적인 표장을 이루는 것으로 꽃모양 도형 부분만이 지배적 인상을 남기거나, 나뭇잎 도형 부분이 식별력이 없는 것도 아니라 할 것이어서, 나뭇잎 도형 부분이 없는 위 등록상표들과 비교대상표장이 일반 수요자의 입장에서 서로 유사하다고 보기는 어렵고, 호칭과 관념에 있어서도 위 등록상표들과 비교대상표장은 꽃모양 도형 부분에 묘사된 꽃의 종류, 잎의 종류, 곤충의 종류 등에서 서로 다르고, 나뭇잎 도형 부분으로 인하여 전체적인 관념도 상이하므로, 양자는 호칭과 관념도 서로 다르다.

따라서, 비교대상표장과 위 등록상표들은 외관, 호칭, 관념이 서로 달라서 일반수요자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인, 혼동을 일으킬 염려가 없으므로 유사하다고 할 수 없고, 이를 전제로 하는 원고의 이 부분 상표권침해주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3) 별지2 표 3 기재 상표권에 관한 주장

위 기초사실에 의하면, 위 등록상표는 이 사건 변론종결일 전에 등록취소심결이 확정되어 등록취소 되었으므로, 위 등록상표가 유효하게 존속함을 전제로 하는 원고의 이 부분 상표권침해주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4) 별지2 표 4 기재 상표권에 관한 주장

갑1의 3의 기재에 의하면, 위 등록상표의 지정상품은 제21류 중 '내열도기(유리) 냄비, 냄비, 비귀금속제주전자, 비전기식 프라이팬'인 사실을 인정할 수 있는데, 피고의 제품인 그릇과 원고의 위 지정상품이 유

사하다는 점을 인정할 자료가 없고, 일반적으로 그릇과 위 지정상품은 그 품질, 형상 및 용도가 다르다 할 것이어서, 상품의 유사성을 전제로 하는 원고의 이 부분 상표권침해주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

5) 별지2 표 5 기재 상표권에 관한 주장

위 기초사실에 의하면, 위 등록상표는 나뭇잎을 연속적으로 둥그렇게 연결한 표장인 반면, 비교대상표장은 앞서 본 바와 같이 나뭇잎 도형 내에 꽃모양 도형이 배치된 표장임을 알 수 있다.

먼저 외관에 있어서, 양자는 나뭇잎 도형 부분이 다소 유사한 점이 있다고 볼 수 있으나, 비교대상표장은 위 등록상표와 달리 전체적, 직관적, 이격적으로 관찰할 경우에 있어서 외관선의 나뭇잎 도형 외에 내부의 꽃모양 도형이 추가되어 있고, 위 나뭇잎 도형 부분이 꽃모양 도형 부분과 조화되어 하나의 표장을 이루는 것으로 나뭇잎 도형 부분만이 지배적 인상을 남기는 것이 아니고, 꽃모양 도형 부분도 큰 식별력을 가진다 할 것이어서 위 등록상표와 비교대상표장이 일반 수요자의 입장에서 서로 유사하다고 보기는 어렵고, 호칭과 관념에 있어서도 위 등록상표는 그 도형으로부터 특정한 호칭이나 관념을 연상하기 어렵지만, 비교대상표장은 그 구성으로 보아 꽃모양 도형 부분으로 호칭, 관념될 수 있어서, 양자는 호칭과 관념도 서로 다르다.

따라서, 비교대상표장과 위 등록상표는 외관, 호칭, 관념이 서로 달라서 일반수요자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인, 혼동을 일으킬 염려가 없으므로 유사하다고 할 수 없고, 이를 전제로 하는 원고의 이 부분 상표권침해주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3. 저작권 침해주장에 관한 판단

가. 원고의 주장

원고는, 피고가 원고의 별지3 표 기재 각 미술저작물에 의거하여 위 미술저작물과 실질적으로 유사한 비교대상표장을 만들고, 이를 피고의 제품에 사용한 것은 원고의 저작권을 침해한 것이라고 주장한다.

나. 판 단

을7의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 도자기 그릇 등의 디자인에 있어서 오래전부터 테두리에 나뭇잎 모양으로 장식하고 테두리 내부의 바탕면에 별지3 표 기재 각 미술저작물과 유사하게 꽃, 식물, 열매 또는 그 주위의 곤충을 디자인하는 사례가 많았다는 사실을 인정할 수 있는데, 위 기초사실에 의하면, 가든 라일락, 7월 핑크, 히야신스, 아프리칸 릴리, 팬지를 각 실제와 유사하게 형상화한 원고의 위 미술저작물과는 달리 비교대상표장은 층꽃, 댕강나무, 부처꽃, 솔채꽃을 각 실제와 유사하게 형상화한 것으로(비교대상표장에는 모두 'Caryopteris incana (Thunb.)Miq.'와 같이 형상화한 식물의 학명이 기재되어 있다), 형상화한 대상의 차이로 인하여 꽃, 잎, 가지의 모양 및 개수, 표현된 색채 등이 위 미술저작물과 다르게 표현된 것으로 보이므로, 비교대상표장이 원고의 위 미술저작물과 실질적으로 유사하다거나, 위 미술저작물에 의거하여 만들어진 것이라고는 볼 수 없고, 이를 전제로 하는 원고의 저작권침해주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 부정경쟁행위 금지주장에 관한 판단

가. 원고의 주장

원고의 별지2 표 기재 각 표장, 별지3 표 기재 각 미술저작물 또는 별지4 목록 기재 각 표장(아래에서는 '이 사건 각 원고표장'이라 한다)은 원고의 도자기 그릇 등의 상품을 표시하는 표지로서 국내의 수요자에서

널리 알려졌는데, 피고가 비교대상표장을 사용하여 도자기 그릇류의 제품을 생산, 판매하는 것은 수요자에게 오인, 혼동을 일으키는 행위로서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(아래에서는 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호 가.목 소정의 상품주체의 오인혼동행위(아래에서는 '부정경쟁행위'라 한다)에 해당한다고 주장한다(원고는 부정경쟁방지법에서 보호하는 이른바 주지표장을 특정하고 있지 않으나, 원고가 이 사건에서 제시한 모든 표장, 즉 이 사건 각 원고표장을 주지표장이라고 주장한 것으로 선해하여 판단한다).

나. 판 단

갑6 내지 10의 각 기재에 의하면, 원고의 제품은 한미 유나이티드 주식회사를 통해서 국내에 수입, 판매되었고, 1999년부터 2006년까지 판매된 매출액이 약 552억 원 정도이며, 1998년부터 약 10여년간 각종 잡지, 일간신문, 백화점 광고책자 등에서 약 120여회, 공중파 티브이 방송으로 약 60여회, 케이블 티브이 방송으로 약 7,000여회 광고 등을 한 사실을 인정할 수 있으나, 한편 원고의 제품 중에는 이 사건 각 원고표장 외에도 매우 다양한 종류의 디자인이 존재하고, 상품 또한 매우 다양한 사실, 원고의 위 광고 및 원고의 다양한 제품 하단에는 '

', '

'과 같은 독립된 상표가 각 존재하는 사실을 인정할 수 있는데, 이 사건 각 원고표장은 원고를 나타내는 식별표지로서 전혀 기능하지 않았다고는 단정할 수는 없으나, 그보다는 심미감을 일으켜 수요자를 유인하기 위한 디자인적 요소가 강한 것으로 보이고, 나아가 위 독립된 상표에 부수하여 원고의 식별표지로서 기능한 것으로 판단되므로, 앞서 본 사실만으로 이 사건 각 원고표장이 개별적으로 위 독립된 상표를 떠나 일반수요자에게 널리 알려졌다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서, 이를 전제로 하는 원고의 부정경쟁행위 금지주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면, 피고의 상표권침해행위, 저작권침해행위 또는 부정경쟁행위를 전제로 하는 원고의 사용 등 금지청구, 폐기청구 및 손해배상청구 역시 이유 없으므로, 원고의 청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 민유숙
판사 김유진
판사 오택원

14. 외국 출판사의 허락에 따른 번역출판의 저작권 침해 여부 – 책 '살아있는 동안 꼭 해야 할 49가지' 사건

[개요]

중국인인 탄줘잉(覃卓颖)과 왕징(王晶)은 일상 생활에서 잔잔한 감동을 주는 이야기 99가지를 모은 후(상당수는 기존의 미담(美談) 등 소재를 탄줘잉, 왕징이 정리한 것이고, 일부 이야기들은 탄줘잉이 스스로 창작한 것), 이야기별로 서두에 간단한 서문과 말미에 독자들에 대한 제언을 추가하여, 2003년경 '一生要做的99件事'(일생에 해야 할 99가지 일)이라는 제목의 중문서적을 저술하였다. 이들은 2003. 5. 20.경 원고에게 이 사건 중문서적에 관한 자신들의 복제권, 발행권, 번역권 기타 저작재산권을 양도하였다. 원고는 이 책을 중국 북경 소재 북경공업대학출판사에서 출판하였다.

피고는 우리나라 출판사로 2003년말경 상기 북경공업대학출판사와 이 사건 중문서적에 대하여 한국 내에서의 출판·발행에 관한 '판권 사용허가 계약'을 체결하고, 이 사건 중문서적의 99가지 이야기 중 45가지를 선별하여 번역하고 4가지를 창작하여 49가지 이야기에 짧은 감상과 삽화를 추가하여 2004년 12월 '살아있는 동안 꼭 해야 할 49가지'라는 제목으로 책을 발행하였다. 이 과정에서 피고는 원고와는 별도의 협의나 계약이 없었다. 원고는 이 사건 중문서적을 자신의 허락없이 피고가 발행한 것에 대해 저작권 침해를 주장하며 침해의 정지 및 손해배상을 청구하였다.

법원은 피고가 원고로부터 허락을 받지 않고 이 사건 중문서적의 출판권자인 북경출판사의 허락만 받은 채 그 중 45개의 이야기를 선별한 후 이를 번역·출판하였는바, 특별한 사정이 없는 한 이는 이 사건 중문서적 중 45개 이야기 각각에 관한 원고의 2차적저작물작성권(번역권)을

침해하는 행위에 해당한다고 하였다. 피고는 이 사건 중문서적의 창작성이 없다는 것, 북경의 출판사로부터 이용허락을 받아 번역 출판하였다는 점 등을 주장하며 항변하였지만, 법원은 창작성이 인정되며 북경의 출판사는 중국내에서의 독점적 출판권만 가질 뿐 해외 출판을 허락할 권한이 없으므로 피고는 2차적저작물작성권 침해의 책임이 인정된다고 판시하였다. 그 외에 피고는 표현대리, 묵시적 승낙·추인을 주장하였으나 모두 받아들여지지 않았다.

그 밖에 이 사건에서는 관할과 준거법 등 국제사법적 쟁점이 검토되기도 하였다. 법원은 대한민국 법원에 관할권이 있다고 보았고 준거법 역시 국제사법 제24조에 따라 보호국법이자 침해지법인 우리나라 법률이 준거법이 된다고 하였다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2010. 7. 1. 판결 2008나68090【저작권침해금지등】

원고, 피항소인 겸 항소인	썬○○○ 요○○○
	소송대리인 법무법인 세종
	담당변호사 김윤희, 이장욱
피고, 항소인 겸 피항소인	1. 주식회사 ○○하우스
	2. 주식회사 교○○
	3. 예○○ 주식회사
	4. 주식회사 ○○○커뮤니케이션
	5. 주식회사 대○○○
	(변경전 대○○○ 주식회사)

6. 주식회사 리○○
7. 주식회사 서○○
8. 주식회사 인○○
9. 하○○○ 주식회사
피고들 소송대리인 법무법인 화우
담당변호사 이세정, 김원일

제1심판결	서울중앙지방법원 2008. 6. 20. 선고 2007가합43936 판결
변론종결	2010. 4. 20.
판결선고	2010. 7. 1.

주 문

1. 당심에서 피고 주식회사 ○○하우스에 대하여는 확장되고, 나머지 피고들에 대하여는 감축된 원고의 청구를 포함하여 제1심 판결의 주문 제1, 2항을 아래와 같이 변경한다.

가. 피고들은 2023. 5. 19.까지 별지 목록 기재 서적의 복제, 제작, 반포, 판매, 전시, 소지를 하거나 이를 피고들이 운영하는 인터넷 사이트에 게재하거나 인터넷을 통하여 전송하여서는 아니 되고,

나. 피고들은 피고들의 각 사무실, 공장, 창고, 판매점포, 대리점에 보관, 전시, 진열하고 있는 별지 목록 기재 서적의 완성품, 반제품, 시작품, 부분품과 별지 목록 기재 서적에 대한 광고선전물, 포장용기, 포장물을 폐기하고,

다. 원고에게,

1) 피고 주식회사 ○○하우스는 400,000,000원 및 그 중 300,423,288원에

대하여는 2007. 6. 8.부터 2008. 6. 20.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을, 나머지 99,576,712원에 대하여는 2007. 6. 8.부터 2010. 7. 1.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 각 지급하고,

2) 피고 주식회사 ○○하우스를 제외한 나머지 피고들은 피고 주식회사 ○○하우스와 각자 위 1)항 금원 중 각 2,500,000원 및 그 중 2,000,000원에 대하여는 2007. 6. 8.부터(다만, 피고 주식회사 ○○○커뮤니케이션및 주식회사 리○○는 각 2007. 6. 9.부터) 2008. 6. 20.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을, 나머지 500,000원에 대하여는 2007. 6. 8.부터(다만, 피고 주식회사 ○○○커뮤니케이션및 주식회사 리○○는 각 2007. 6. 9.부터) 2010. 7. 1.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

2. 원고의 피고들에 대한 각 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송총비용 중 원고와 피고 주식회사 ○○하우스 사이에 생긴 부분은 이를 3분하여 그 2는 원고가, 나머지는 피고 주식회사 ○○하우스가 각 부담하고, 원고와 나머지 피고들 사이에 생긴 부분은 이를 4분하여 그 3은 원고가, 나머지는 나머지 피고들이 각 부담한다.

4. 제1의 다.항 중 제1심에서 가집행이 선고되지 아니한 부분은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

① 피고들은, ㉮ 별지 목록 기재 서적의 복제, 제작, 반포, 판매, 전시, 소지를 하거나 이를 피고들이 운영하는 인터넷 사이트에 게재하거

나 인터넷을 통하여 전송하여서는 아니 되고, ㉯ 피고들의 각 사무실, 공장, 창고, 판매점포, 대리점에 보관, 전시, 진열하고 있는 별지 목록 기재 서적의 완성품, 반제품, 시작품, 부분품과 별지 목록 기재 서적에 대한 광고선전물, 포장용기, 포장물을 폐기하고, ② 원고에게, ㉮ 피고 주식회사 ○○하우스는 1,114,247,142원 및 그 중 700,987,672원에 대하여는 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터, 나머지 413,259,470원에 대하여는 2009. 10. 8.자 청구취지변경신청서 부본 송달 다음날부터 각 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하고, ㉯ 피고 주식회사 ○○하우스를 제외한 나머지 피고들은 피고 주식회사 ○○하우스와 각자 위 ㉮항 금원 중 각 10,185,613원 및 이에 대한 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라(원고는 당심에서 피고 주식회사 ○○하우스에 대한 청구취지를 확장였고, 나머지 피고들에 대한 청구취지를 감축하였다).

2. 항소취지

가. 원고

제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 부분에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 주식회사 ○○하우스는 400,564,384원, 나머지 피고들은 피고 주식회사 ○○하우스와 각자 위 금원 중 각 37,430,556원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

나. 피고들

제1심 판결 중 피고들 패소 부분을 각 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 각 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 중문서적의 출판 경위

1) 중국인인 탄줘잉(覃卓颖)과 왕징(王晶)은 일상 생활에서 잔잔한 감동을 주는 이야기 99가지{그 중 상당수는 기존의 미담(美談) 등 소재를 탄줘잉, 왕징이 정리한 것이고, 일부 이야기들은 탄줘잉이 스스로 창작한 것이다}를 모은 후, 이야기별로 서두에 간단한 서문과 말미에 독자들에 대한 제언을 추가하여, 2003년경 '一生要做的99件事'(일생에 해야 할 99가지 일)이라는 제목의 중문서적(이하 '이 사건 중문서적'이라 한다)을 저술하였다.

2) 탄줘잉과 왕징은 2003. 5. 20.경 원고와 사이에 이 사건 중문서적에 관한 자신들의 복제권, 발행권, 번역권 기타 저작재산권에 관하여 아래와 같은 내용의 계약을 체결하였다.

① 탄줘잉 및 왕징은 계약 유효기간 내에 이 사건 중문서적에 대하여 전 세계에서 향유하고 있는 복제권(复製权), 발행권(发行权), 출조권(出租权), 전람권(展览权), 표연권(表演权), 방영권(放映权), 광파권(广播权), 정보통신망 전파권(信息网络传播权), 섭제권(摄制权), 개편권(改编权), 번역권(翻译权), 휘편권(汇编权) 및 탄줘잉이 향유해야 하는 기타 권리를 원고에게 양도한다(제1조).

② 탄줘잉 및 왕징은 제1조에 규정한 원고에게 양도하는 권리를 가지고 있음을 보증한다(제3조 1문).

③ 계약 유효기간 내에 탄줘잉 및 왕징은 제1조에 약정한 권리를 제3자에게 사용하도록 하여서는 안된다(제6조 전단).

④ 탄줘잉은 원고의 직원이므로 원고의 회사규정대로 임금과 상여금 형식으로 저작권 양도대금을 지급한다(제8조 3문).

⑤ 본 계약의 계약기간은 20년으로서 2003. 5. 20.부터 2023. 5. 19. 까지이다(제13조).

3) 원고는 2003. 7.경 중국 북경 소재 북○공업대학출판사(이하 '북○출판사'라고 한다)와 사이에 이 사건 중문서적에 대한 출판계약을 체결하였는바, 구체적인 계약 내용은 아래와 같다.

① 본 책(이 사건 중문서적)은 원고가 원고(原稿)를 의뢰하고 '북○출판사'가 출판한다. 원고는 작자를 대표하여 본 책의 저작권을 향유하고 있으며, '북○출판사'는 5년간 독점적으로 본 책의 출판권을 향유한다(제1조).

② 본 책의 원고료는 원고가 작자에게 지불한다(제4조).

③ 본 책이 출판된 후 '북○출판사'가 신화서점계열에서의 발행을 담당하고, 원고는 일반 서점에서만 발행할 수 있다(제6조).

④ '북○출판사'는 우선 8,000권을 발행하며, 정가의 35%로 인쇄소와 결산하고, 재발행할 경우 정가의 32%로 인쇄소와 결산한다. 원고가 판매하기로 하는 책의 인쇄 및 제본비용은 원고가 직접 인쇄소와 결산한다(제7조).

⑤ 본 계약을 체결하면서 원고는 우선 '북○출판사'에게 출판물대금 15,000원(인민폐)을 지급한다(제8조).

4) '북○출판사'는 2003. 8.경 탄줘잉·왕징을 편저자로, 자신을 출판자·발행자로 하여 이 사건 중문서적 제1판을 중국에서 발행하였으며, 이후 이 사건 중문서적은 왕징을 제외하고 탄줘잉만을 편저자로 수정한 채 현재에 이르기까지 계속하여 중국 내에서 발행·판매되고 있다.

나. 이 사건 번역서적의 출판 경위

1) 피고 주식회사 ○○하우스(이하 '피고 위○○'이라 한다)는 2003. 11. 13. '북○출판사'와 사이에 이 사건 중문서적에 대하여 '판권 사용허가 계약'을 체결하였는바, 그 구체적인 내용은 아래와 같다.

① '북○출판사'는 피고 위○○에게 이 사건 중문서적에 관하여, 한국어를 사용하여, 서면 형식으로, 한국 내에서의 출판·발행에 관한 독점적인 권리를 부여한다(제1조).

② '북○출판사'는 본 계약에서 피고 위○○에게 한국어로 번역하여 작품을 출판하는 합법적인 권리와 인세, 각 항목의 보수를 받을 권리가 있음을 보증한다(제2조).

③ 피고 위○○은 '북○출판사'에게 아래 금액의 지급에 동의한다 : 일시금으로 반환하지 않는 판세 미화 1,500달러, 그 중 세금과 비용은 제하지 않으며, 세금과 기타 비용은 피고 위○○이 부담한다(제5조).

④ 피고 위○○은 아래 내용을 매 책의 판권 표시면에 명시함에 동의한다(제8조 제1항).

一生要做的99件事

Copyright@2003 by 覃卓颖 王晶

Original edition published by 2003 北○工业大学出版社

All rights reserved

Korean translation copyright@艺谈 china 出版社[1)]

⑤ 피고 위○○은 작자의 이름 "覃卓颖 王晶 編著"를 매 책의 제목 페이지와 모든 광고의 잘 보이는 곳에 표기할 것을 보증한다(제8조 제2항).

⑥ 본 계약은 체결한 날부터 5년 동안 유효하며, 본 계약의 권리는 2008. 11. 13.이 되면 자동적으로 '북○출판사'에게 환수된다(제11조).

2) 피고 위○○은 ① 이 사건 중문서적에 실려 있는 99가지의 이야기(서문 및 제언 포함, 이하 같다) 중 45가지를 선별하여 김○은을 통해 번역하고, ② 이 사건 중문서적에 실려 있지 않은 4가지 이야기를(19, 20, 28, 35번째 이야기) 추가하고, ③ 이야기별로 말미에 짧은 감상(피고 위○○의 고용 작가가 저술하였음)을 덧붙이고 삽화를 넣어 책을 완

1) '예담'은 피고 위○○의 다른 브랜드 이름이다.

성한 후, 2004. 12. 20. “살아 있는 동안 꼭 해야 할 49가지”라는 제목으로 초판을 발행하였고(이하 ‘이 사건 번역서적’이라 한다), 피고 위○○을 제외한 나머지 피고들(이하 ‘나머지 피고들’이라 한다)은 피고 위○○으로부터 이 사건 번역서적을 공급받아 서점, 인터넷 등을 통하여 일반 독자들에게 판매하였다.

3) 이 사건 번역서적은 출판과 동시에 독자들로부터 큰 호응을 얻어 www.y○○.com 등에서 ‘2005 네티즌 선정 올해의 책’으로 선정되었고, 2007. 2. 20.에는 이 사건 번역서적의 2판 36쇄가 발행되는 등 현재까지 100만 권 이상 판매되었다.

4) 한편, 이 사건 번역서적에 대한 독자들의 반응에 고무된 피고 위○○은 대한민국 외에 아시아의 다른 지역에서도 이 사건 중문서적을 번역·출판할 계획을 세우고 2005. 2. 15. ‘북○출판사’와 사이에 이 사건 중문서적에 대하여 ‘저작권 사용허락 계약’을 체결하였다(그 구체적인 내용은 2003. 11.경 체결한 ‘판권 사용허가 계약’과 거의 같다).

[인정근거]

다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 33, 35 내지 38, 46, 47호증, 을 제1, 3, 4, 10, 76호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 제1심 증인 탄줘잉의 증언, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고 주장의 요지

원고는 이 사건 중문서적의 번역권 등의 저작재산권자인바, 피고 위○○은 원고의 허락 없이 이 사건 중문서적을 한국어로 번역한 이 사건 번역서적을 대한민국에서 출판하였고, 나머지 피고들은 이 사건 번역서적을 피고 위○○으로부터 공급받아 일반 독자들에게 판매하였는바, 이

는 이 사건 중문서적에 관한 원고의 저작재산권을 침해하는 행위에 해당하므로 그 침해의 정지 및 이로 인하여 원고가 입은 손해의 배상을 구한다.

나. 피고들 주장의 요지

1) 이 사건 중문서적은 기존에 존재하는 흔한 이야기들을 단순히 수집하여 수록한 후 탄줘잉과 왕징이 간단한 감상들을 추가한 것에 불과하므로 수록된 개별 이야기들은 창작성이 없을 뿐만 아니라 탄줘잉, 왕징이 그 저작자라고 볼 수도 없고, 나아가 피고 위○○은 이 사건 중문서적 중 서문, 제언을 제외하고 개별 이야기 부분만을 번역·출판하였으므로, 원고의 저작재산권을 침해한 것이 아니다. 또한, 이 사건 중문서적 자체도 그 소재의 선택 및 배열에 창작성이 없어 편집저작물에 해당하지 않는다.

2) 원고는 탄줘잉, 왕징으로부터 이 사건 중문서적에 대한 저작재산권을 양도받은 것이 아니라 독점적 이용허락을 받은 채권적 권리자에 불과하므로 피고들을 상대로 직접 침해행위의 중지 및 손해배상을 구할 수 없다.

3) '북○출판사'는 원고와의 계약에 의하여 이 사건 중문서적의 해외 번역·출판을 허락할 권한을 가지고 있고, 피고 위○○은 '북○출판사'로부터 적법하게 이용허락을 받아 이 사건 번역서적을 출판하였으므로, 원고의 저작재산권을 침해하지 않았다.

4) '북○출판사'에게 이 사건 중문서적에 대한 해외 번역·출판을 허락할 권한이 인정되지 않는다고 하더라도, 원고는 '북○출판사'에게 이용허락을 대리할 권한이 있음을 표시하였을 뿐만 아니라 피고 위○○은 '북○출판사'에게 대리 권한이 없음을 알지 못하였고 알 수도 없었으므로, 민법 제125조의 표현대리가 성립한다.

5) 원고는 피고 위○○에 의한 이 사건 번역서적의 출판 사실을 알았음에도 불구하고 '북○출판사'나 피고 위○○에 대하여 어떠한 이의도 제기하지 않아, '북○출판사'의 이용허락 행위를 묵시적으로 승낙 내지 추인하였다.

6) 저작재산권에 대한 침해가 인정된다 하더라도 피고들에게 침해에 대한 고의, 과실이 있었다고 할 수 없으므로 불법행위책임이 인정되지 않고, 설사 불법행위책임이 인정된다 하더라도 원고는 피고 위○○이 '북○출판사'에게 이용허락 대가로서 지급한 일정 금액 이상의 이익을 얻었을 것이라고는 보기 어려우므로 손해액은 그 범위 내로 제한되어야 한다.

3. 판단

가. 국제재판관할에 관하여

이 사건은 중국에서 설립된 법인인 원고가 대한민국에서 설립된 법인들을 피고로 하여 중국 어문저작물에 관한 저작재산권에 기초하여 침해정지 및 손해배상을 청구하는 사건으로서, 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하므로 국제재판관할이 문제되므로 보건대, 피고들의 본점 소재지가 대한민국 내인 점, 이 사건 중문서적에 대한 번역, 출판 및 배포 등의 행위가 대한민국 내에서 이루어진 점, 원고가 스스로 대한민국 법원에 이 사건 소를 제기하였고 피고들이 이의 없이 응소한 점을 고려할 때, '당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우'에 해당하므로(국제사법 제1조 제1항) 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다.

나. 준거법에 관하여

1) 먼저 이 사건의 대상인 법률관계의 성질을 국제사법적 관점에서 살펴보건대, 원고는 자신의 저작재산권이 침해됨을 원인으로 하여 그 침해행위의 정지, 침해물건의 폐기 및 침해로 인한 손해배상을 구하고 있는바, 침해행위의 정지 및 침해물건의 폐기 청구는 저작재산권의 준물권적·대세적 효력에 기초한 것으로서 물권에 있어서의 방해배제청구권에 대응하는 성격이 있는 반면, 손해배상청구는 저작재산권의 침해로 인한 불법행위로서의 성격을 가지고 있어 위 청구들의 법률관계 성질들이 동일하다고 보기는 어려운 면이 있으나, ① 지적재산권의 침해는 일반 불법행위와는 다른 특수한 성격이 있음을 고려하여 국제사법이 불법행위에 관한 준거법 규정(제32조[2]) 이외에 '지적재산권의 보호'에 관한 법률관계에 적용될 준거법 규정(제24조[3])을 별도로 둔 점, ② 침해정지 청구와 손해배상 청구는 공통적으로 지적재산권의 침해행위에 대하여 저작재산권자의 권리를 보호하기 위한 구제수단으로서의 성격을 가지고 있는 점, ③ 지적재산권의 보호에 관하여 요구되는 보호수단에 따라 상이한 준거법을 적용하는 것은 지적재산권의 보호에 관하여 준거법의 통일을 의도한 국제사법의 입법취지에 어긋나는 점 등을 고려할 때, 지적재산권의 침해를 원인으로 한 침해정지 및 손해배상 청구는 모두 '지

---

2) 국제사법 제32조 (불법행위)

① 불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.

② 불법행위가 행하여진 당시 동일한 국가안에 가해자와 피해자의 상거소가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다.

③ 가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 그 법률관계의 준거법에 의한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다.

3) 국제사법 제24조 (지적재산권의 보호) "지적재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다."

적재산권의 보호'에 관한 법률관계로서 원칙적으로 국제사법 제24조에 의해 그 준거법을 '침해지법'으로 정함이 상당하다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다62910 판결 참조).

2) 다만, 국제사법 제24조는 지적재산권에 관한 국제조약에 준거법에 관한 규정이 없는 경우를 대비한 보충적 성격의 규정이므로, 국제조약에 이 사건에서 문제된 법률관계에 적용될 준거법에 관한 규정이 있는 경우에는 그에 따라 준거법을 결정하여야 할 것인데, 대한민국과 중국은 모두 베른협약[4]의 가입국이고, 이 사건 중문서적은 베른 협약 제1조 및 제2조 제1항의 '문학적·예술적 저작물(literary and artistic works)'에 해당하며, 베른조약 제5조 제2항 제2문은 '저작자의 권리에 대한 보호의 범위와 이를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 수단은 오로지 보호가 요구된 국가의 법률에 의해 규율된다.'[5]라고 하여 저작재산권의 보호에 있어서의 준거법에 관해 규정하고 있으므로, 저작재산권의 보호에 관해서는 베른협약 제5조 제2항에 의하여 준거법을 결정하여야 한다{나아가 위 3의 나.1)항에서 살펴본 것과 같은 논거에서, 베른협약 제5조 제2항의 '보호하기 위하여 주어지는 구제의 수단'에는 저작재산권에 기한 침해정지청구와 손해배상청구가 모두 포함되는 것으로 해석함이 상당하다}.

3) 한편, 베른협약 제5조 제2항에 규정된 '보호가 요구된 국가(the country where protection is claimed)'라 함은 '그 영토 내에서의 보호가 요구되고 있는 국가', 즉 '보호국'을 의미하며, 특히 저작재산권의 침해 문제에 관련해서는 '그 영토 내에서의 침해행위에 대하여 보호가 요구되고 있는 국가', 즉 '침해지국'을 의미하는바(국제사법 제24조 역시

4) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 이하 '베른협약'이라 한다.

5) Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.

이러한 입장을 재확인하는 취지라 할 것이다), 이 사건에서 원고는 자신의 저작재산권에 대한 침해행위가 대한민국 영토 내에서 발생하였음을 주장하며 이에 대한 보호를 요구하고 있으므로, 결국 대한민국의 법률이 보호국법이자 침해지국법으로서 이 사건에 적용될 준거법이 된다.[6]

다. 이 사건 중문서적이 대한민국 저작권법에 의해 보호되는 저작물인지 여부

구 저작권법(2003. 5. 27. 법률 제6881호로 개정되기 전의 법률) 제3조 제1항은 "외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다."라고 규정하고 있고(현행 저작권법도 동일하다), 우리나라와 중국은 모두 베른협약에 가입한 동맹국(a country of the Union)이다. 그런데 ① 이 사건 중문서적은 중국인인 탄줘잉, 왕징이 저작한 저작물로서, 동맹국인 중국에서 최초로 발행되었으므로(first published in a country of the Union) 중국을 본국(the country of origin)으로 하고(베른협약 제5조 제4항 a호), ② 저작자는 베른협약에 의해 보호되는 저작물에 관하여 본국 이외의 동맹국에서 각 법률이 현재 또는 장래에 자국민에게 부여하는 권리 및 베른협약이 특별히 부여하는 권리를 향유하며(베른협약 제5조 제1항[7]), ③ 중국 저작권법이 대한민국 국민의 저작물을 보호대상에서 제외하는 어떠한 규정을 두고 있지도 않으므로(저작권법 제3조 제3항 및 중국 저작권법 제2조[8] 참조), 이 사건 중문서적은 대한민국의 저작권법에 의해 보호된다.

---

6) 다만, 베른협약 제5조 제2항이 과연 준거법에 관한 규정인지 여부 및 베른협약 제5조 제2항의 '보호가 요구되는 국가'가 과연 보호국을 의미하는지에 관해서는 이견이 있으나, ① 베른협약 제5조 제2항이 준거법에 관한 규정이 아니라 단순히 외인법(外人法)적 규정에 불과한 것으로 해석할 경우, 보충규정인 국제사법 제24조에 의해 '침해지법'이 준거법이 될 것이므로, 이 사건에서 대한민국 법률이 준거법이 되고, ② 베른협약 제5조 제2항의 '보호가 요구되는 국가'를 법정지국(法廷地國)으로 해석한다 하더라도, 이 사건의 법정지는 대한민국이므로 역시 대한민국 법률이 준거법이 된다.

라. 이 사건 중문서적의 창작성 여부

1) 피고들은, 이 사건 중문서적에 수록된 개별 이야기들은 기존에 이미 존재하던 이야기를 탄줘잉, 왕징이 단순히 수집하여 수록한 것에 불과하므로 저작권법에 의하여 보호될 정도의 창작성이 없다고 주장한다.

2) 그러나 앞서 든 각 증거에 의하면, ① 이 사건 번역서적 중 14, 24, 40, 42, 45, 46번째 이야기는 이 사건 중문서적 중 탄줘잉이 스스로 창작한 이야기를 번역하여 수록한 것인바, 위 이야기의 경우 창작성이 인정되고, ② 그 이외의 이야기의 경우, 비록 탄줘잉, 왕징이 기존에 존재하던 이야기를 소재로 하였다고 하더라도, 이 사건 중문서적에 이야기를 수록하는 과정에서 단어, 문장 및 문체 등을 전반적으로 다듬고 조절하여 기존의 이야기와 구체적인 표현에서 차이가 있어 충분히 그 창작성이 인정된다.

3) 나아가 탄줘잉, 왕징은 '일생에 하여야 할 일'이라는 큰 주제 아래 이에 적합한 이야기들을 선택한 후, 독자적인 기준에 의해 배열하여 하나의 책을 만들어 나아가 탄줘잉, 왕징은 '일생에 하여야 할 일'이라는 큰 주제 아래 이에 적합한 이야기들을 선택한 후, 독자적인 기준에 의해 배열하여 하나의 책을 만들어 낸 것으로서 그 소재의 선택, 배열 및

---

7) Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention.

8) 중국 저작권법 제2조 : 중국 자연인(公民), 법인(法人) 또는 기타 조직의 저작물(作品)은 공표 여부를 불문하고, 이 법에 따라 저작권(著作权)을 향유한다. 외국인, 무국적자의 저작물이 저작자가 소속국가 또는 상거소(经常居住地) 국가가 중국과 체결한 협약 또는 공동 가입한 국제조약에 따라 향유하는 저작권은 이 법의 보호를 받는다. 외국인, 무국적자의 저작물이 중국에서 처음 출판된 경우 이 법에 따라 저작권을 향유한다. 중국과 협약을 체결하거나 또는 국제조약에 가입하지 아니한 국가의 저작자 및 무국적자의 저작물이 중국이 참가한 국제조약의 회원국(成员国)에서 처음으로 출판된 경우, 또는 회원국과 비회원국에서 동시에 출판된 경우, 이 법의 보호를 받는다.

구성에 있어 창작성이 인정되므로, 수록된 개별 이야기와는 별도로 이 사건 중문서적 자체도 편집저작물(저작권법 제6조 제1항)에 해당한다.

마. 원고가 이 사건 중문서적의 저작재산권을 행사할 수 있는지 여부

1) 피고들은, 원고가 탄줘잉, 왕징으로부터 이 사건 중문서적에 대한 저작재 산권을 양도받은 것이 아니라 독점적 이용허락을 받은 채권적 권리자에 불과하므로 피고들을 상대로 직접 침해행위의 중지 및 손해배상을 구할 수 없다고 주장한다.

2) 위 인정사실에 의하면, 원고는 2003. 5. 20. 탄줘잉 및 왕징과 사이에 이 사건 중문서적에 대한 번역권 등 지적재산권을 20년간 2023. 5. 19.까지 원고에게 귀속시키기로 약정하였다고 할 것이므로, 원고는 2023. 5. 19.까지 지적재산권자로서 무단침해자를 상대로 침해정지 및 손해배상을 청구할 수 있다.

3) 가사 위 약정이 독적점 이용허락 계약에 해당한다고 하더라도, 독점적 이용허락을 받은 자도 무단침해자를 상대로 저작재산권자의 침해정지 청구권을 대위행사하거나(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 참조), 손해배상을 청구할 수 있으므로, 어느 모로 보나 원고는 저작재산권의 무단침해자를 상대로 침해정지 및 손해배상을 청구할 수 있다.

바. 이 사건 번역서적의 출판이 원고의 저작재산권 침해행위에 해당하는지 여부

1) 위 인정사실에 의하면, 피고 위○○은 원고로부터 허락을 받지 않고 이 사건 중문서적의 출판권자인 '북○출판사'의 허락만 받은 채 그 중 45개의 이야기를 선별한 후 이를 번역·출판하였는바, 특별한 사정이 없는 한 이는 이 사건 중문서적 중 45개 이야기 각각에 관한 원고의 2차적저작물작성권(번역권)을 침해하는 행위에 해당한다.

2) 다만, 원고는 이 사건 중문서적 자체가 편집저작물에 해당함을 이유로 개별 이야기들 이외에 이 사건 중문서적 자체에 대한 저작권 침해 역시 주장하고 있으나, 위에서 본 사실관계 및 앞서 든 각 증거에 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고 위○○이 이 사건 중문서적에 실려 있는 이야기들을 전부 번역·출판하지는 않은 점, 이야기를 배열하는 순서에 있어서도 이 사건 중문서적과 이 사건 번역서적은 큰 차이를 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 번역서적이 이 사건 중문서적의 소재 선택, 배열이나 구성을 그대로 이용하였다고 보기 어려우므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

사. 피고들의 주장에 대한 판단

1) '북○출판사'에게 해외 번역·출판 허락 권한이 인정되는지 여부

가) 피고들은, '북○출판사'가 원고로부터 이 사건 중문서적에 대한 독점적인 출판권을 허락받았는데 이에는 이 사건 중문서적을 제3자가 외국어로 번역·출판하는 것을 허락할 권한도 포함되어 있다고 주장한다.

나) 그러므로 살피건대, 위에서 본 사실관계 및 앞서 든 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 중국 저작권법은 복제권(复製权)·배포권(발행권, 发行权)과 번역권(翻译权)을 별개의 독립된 권리로서 규정하고 있고(중국 저작권법 제10조 제5호, 제6호, 제15호[9]), ② 원고와 '북○출판사' 사이의 출판계약에 의하면, '북○출판사'는 단지 이 사건 중문서적에

9) 중국 저작권법 제10조 : 저작권은 다음의 저작인격권과 재산권을 포함한다.
(5) 복제권(复制权), 즉 인쇄(印刷), 복사(复印), 탁본(拓印), 녹음(录音), 녹화(录像), 번안녹취(飜录), 번안촬영(翻拍) 등의 방식으로 저작물을 1부 또는 여러 부를 제작할 수 있는 권리
(6) 발행권(发行权), 즉 판매 또는 증여의 방식으로 공중에게 저작물의 원본 또는 복제물을 제공할 수 있는 권리
(15) 번역권(翻译权), 즉 저작물을 하나의 언어와 문자에서 다른 언어와 문자로 바꿀 수 있는 권리

대한 '독점적인 출판권'만을 가지면서 이 사건 중문서적을 단지 '신화서점계열'의 서점에서만 발행할 수 있고, 일반 서점에서의 발행은 원고가 담당하도록 규정되어 있으며, ③ 그 외 원고가 '북○출판사'와 출판계약을 체결하게 된 경위 및 그 출판계약의 성격(원고가 '북○출판사'에게 오히려 출판물 대금으로서 일정 금액을 지급하고, 저작자에게 지급할 원고료 역시 원고가 부담하며, 일반 서점에의 서적 공급은 원고가 직접 담당하는 점, 정부로부터 인가받은 출판기관에 의해서만 출판이 가능한 중국 출판제도의 특징 등을 고려하면, 위 출판계약은 사실상 '출판위탁계약'의 성격을 가지는 것으로 보인다)에 비추어 보면, 원고가 '북○출판사'와의 출판계약상의 내용을 넘어서 '북○출판사'에게 해외 번역·출판 이용허락에 대한 권한까지 부여한 것으로는 보기 어렵고, 을 제80 내지 82호증의 각 기재, 증인 노진선미, 신진식의 각 증언만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다. 또한, 을 제5 내지 8호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 증인 노진선미의 증언만으로는 출판사가 해외에서의 출판을 허락할 권한도 갖는 것이 중국 출판업계에서의 일반적인 관행이라고 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 설사 그러한 관행이 있다 하더라도 이 사건에서 원고는 '북○출판사'에게 오직 중국 내(특히 신화서점계열 서점에 한정하여)의 독점적인 출판(복제 및 배포)을 허락하였을 뿐이므로, 이 점에서도 피고들의 위 주장은 이유 없다.

2) 표현대리의 성립 여부

가) 피고들은, 가사 '북○출판사'에게 이 사건 중문서적의 해외 번역·출판을 허락할 권한이 없다고 하더라도, 이 사건 중문서적에 출판사로서 '북○출판사'만이 기재되어 있고 이는 원고가 해외 번역·출판 허락의 대리 권한을 '북○출판사'에게 수여하였음을 표시한 것이므로, 민법 제125조의 표현대리가 성립한다고 주장한다.

나) 그러나, ① 을 제1호증, 갑 제26호증의 각 기재에 의하면, '북○출판사'와 피고 위○○ 사이에 이용허락 계약이 체결될 당시 '북○출판

사'는 원고의 대리인으로서가 아니라 자신이 이용허락을 할 권한을 가지는 권리자로서 피고 위○○에 대하여 이용을 허락한 사실을 인정할 수 있으므로 '북○출판사'의 이용허락 행위를 대리행위로 볼 수 없을 뿐만 아니라, ② 외국 서적을 대한민국 내에서 출판할 때 외국 출판사를 상대로 이용허락 계약을 체결하는 것이 출판계의 관행이라거나, 이 사건 중문서적에 출판사로서 '북○출판사'만이 기재되어 있다는 등의 사정만으로는 이 사건에서 원고가 '북○출판사'에게 대리권을 수여함을 표시하였다고 보기도 어려우므로, 피고들의 위 주장 역시 이유 없다.

3) '북○출판사'의 이용허락에 대하여 원고의 묵시적인 승낙 내지 추인이 있었는지 여부

가) 피고들은, 피고 위○○이 '북○출판사'로부터 이용허락을 받아 이 사건 번역서적을 출판한 사실을 원고가 알았으면서도 어떠한 이의를 제기하지 아니하였는데, 이는 '북○출판사'의 이용허락 행위를 묵시적으로 승낙 내지는 추인한 것이라고 주장한다.

나) 앞서 본 바와 같이, '북○출판사'는 자신에게 이 사건 중문서적에 대한 해외 번역·출판을 허락할 권한이 있다고 하면서 권리자의 지위에서 피고 위○○과 이용허락 계약을 체결하였는바, 이는 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름 또는 권리로서 처분한 경우에 해당한다. 이 경우 권리자 본인은 후일 이를 추인함으로써 그 처분행위를 인정할 수 있고 이 경우 그 효력은 권리자 본인에게 발생하는 것이지만, 이와 같은 소위 '무권리자의 처분행위에 대한 추인'은 본인이 무권리자의 처분행위의 효력 발생을 원할 경우 사적 자치의 원칙에 따라 본인의 의사를 존중하여 처분행위의 효력을 본인에게 귀속시키는 법리인바, 단순히 본인이 처분행위의 존재를 알고서도 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 무권리자의 처분행위를 묵시적으로 추인하였다고 보기 어렵고, 이 사건에서 원고의 묵시적인 추인행위가 있었음을 인정할만한 증거도 없으므로, 피고들의 위 주장은 이유 없다.

아. 침해정지 청구에 관한 판단

위에서 살펴본 바와 같이, 피고 위○○은 원고로부터 허락을 받지 않고 이 사건 중문서적에 실려 있는 이야기 중 45개를 선별한 후 이를 번역·출판하였고, 나머지 피고들은 이 사건 번역서적을 피고 위○○으로부터 공급받아 일반 독자들에게 판매하고 있는바, 이는 이 사건 중문서적 중 45개 이야기 각각에 관한 원고의 2차적저작물작성권(번역권)을 침해하는 행위에 해당하고, 한편 이 사건 번역서적에는 이 사건 중문서적에 실려있지 않은 이야기 4개 및 피고 위○○이 스스로 추가한 감상, 삽화 등의 부분이 포함되어 있기는 하나, 이 사건 번역서적의 핵심은 피고 위○○이 번역하여 수록한 45개 이야기 부분이고 피고 위○○이 추가한 부분이 이 사건 번역서적에서 차지하는 비중은 매우 낮다고 할 것이어서 그 부분만을 제외하고 침해의 정지를 명하는 것은 부적당하므로, 결국 저작권법 제123조[10]에 의하여 피고들은 ① 원고에게 이 사건 중문서적의 지적재산권이 귀속되는 2023. 5. 19.까지 이 사건 번역서적의 복제, 제작, 반포, 판매, 전시, 소지를 하거나 이를 피고들이 운영하는 인터넷 사이트에 게재하거나 인터넷을 통하여 전송하여서는 아니 되고, ② 피고들의 각 사무실, 공장, 창고, 판매점포, 대리점에 보관, 전시, 진열하고 있는 이 사건 번역서적의 완성품, 반제품, 시작품, 부분품과 이 사건 번역서적에 대한 광고선전물, 포장용기, 포장물을 폐기하여야 할 의무가 있다.

자. 손해배상청구에 관한 판단

1) 손해배상책임 인정 여부

10) 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 저작권법이 전부개정된 이래, 제123조(침해의 정지 등 청구), 제125조(손해배상의 청구), 제126조(손해액의 인정) 등은 현행법에 그대로 유지되고 있으므로 이하 편의상 현행법 조항을 기준으로 한다.

가) 피고 위○○은 원고의 허락 없이 이 사건 중문서적을 번역·출판함으로써 원고의 저작재산권을 위법하게 침해하였고, 한편 이 사건 중문서적의 표지에 탄줘잉이 편저자로서 명시되어 있음에도 불구하고 피고 위○○은 저작자인 탄줘잉 혹은 저작재산권자인 원고에게 어떠한 연락도 취해보지 않은 채 단지 이 사건 중문서적에 출판사로 기재되어 있는 '북○출판사'와만 접촉하여 이용허락 계약을 체결하였는바, 피고 위○○은 전문적인 출판업자로서 저작재산권 문제에 대하여 더욱 세심한 주의를 기울일 의무가 있다는 점을 고려할 때 피고 위○○에게는 저작재산권의 귀속관계를 충분히 조사해보지 않은 과실이 인정된다 할 것이므로, 피고 위○○은 원고에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.

나) 한편, 나머지 피고들은 피고 위○○으로부터 이 사건 번역서적을 단순히 공급받아 판매하였으므로 그 자체로 침해행위에 대한 고의·과실이 인정된다고 보기 어려우나, 원고가 이 사건 번역서적이 원고의 저작재산권을 침해하는 것임을 주장하면서 판매, 소지 행위를 중지하여 줄 것을 내용증명 서면(갑 제11 내지 18호증)으로써 요구한 2006. 10. 20. 경 이후에는 이 사건 번역서적의 판매행위에 관한 고의 또는 과실이 인정될 것이므로, 그 시점 이후부터 피고 위○○과 공동으로 불법행위책임을 부담한다.

2) 손해액에 관한 판단

가) 저작권법 제125조 제2항에 의하면 저작재산권자는 침해행위에 대한 손해배상을 청구하는 경우 '그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액'을 손해액으로서 청구할 수 있고, 동법 제126조에 의하면 법원은 제125조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

나) 원고는 저작권법 제125조 제2항에 의한 통상사용료 상당 금액을 손해배상으로 구하면서, ① 피고 위○○에 대해서는 이 사건 번역서적

의 총 매출액을 11,142,471,428원(= 한글서적 10,861,505,600원 + 양장본 2억 7,129만 원 + e-book 9,675,828원), 인세율을 10%로 하여 계산한 1,114,247,142원(=11,142,471,428원×10%) 및 지연손해금을 구하고, ② 나머지 피고들에 대해서는 피고 위○○이 부담하는 손해액의 일부를 위 피고들이 각자 균등하게 부담함을 전제로 하여, 나머지 피고들에게 각 10,185,613원 및 지연손해금을 구하고 있다.

다) 우선, 이 사건에서 원고가 주장하는 바와 같이 저작권법 제125조 제2항에 의한 통상사용료 상당 금액을 손해액으로 인정할 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 갑 제34, 39, 40 내지 44호증, 을 제83호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 번역서적의 총 매출액이 11,139,217,015원(한글서적 10,861,505,600원 + 양장본 2억 7,129만 원 + e-book 6,421,415원)에 이르는 점, 외국 서적의 국내 번역·출판 계약에 있어서 인세율은 일반적으로 7% 내외에서 정하여 지는 점 등이 인정되나, 다만 이 사건에 특유한 사정, 즉 이 사건 번역서적@7% 내외에서 정하 전체를 번역한 것이 아니라 그 중 절반 정도인 45개의 이야기만을 선별하여 피고 위○○이 자체적으로 정한 순서에 의하여 번역·수록한 것이며, 그 이외에 피고 위○○이 이야기 4개와 개별 이야기에 부가되는 감상 및 삽화 등을 추가하여 책을 완성한 점에 비추 4볼 때, 원고가 주장하는 바와 같이 이 사건 번역서적의 매출액에 인세율을 곱한 금액을 통상적으로 받는 사용료라고 보기는 어렵고, 달리 이 사건 번역서적의 통상사용료를 인정할 만한 증거가 없으므로, 저작권법 제125조 제2항에 의하여 손해액을 산정할 수 없다고 할 것이다.

라) 나아가, 원고의 손해액을 산정할 수 있는 별다른 증거가 없는 이 사건에 있어서는, 저작권법 제126조에 의하여 법원이 변론의 전취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정함이 상당하다.

위에서 본 사실관계 및 앞서 든 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 번역서적의 총 매출액이 11,139,217,015원에 이르는 점, 이 사건 번역서적은 이 사건 중문서적의 이야기 중 절반 정도인

45개의 이야기를 선별하여 피고 위○○이 자체적으로 정한 순서에 의하여 번역·수록한 것이며, 그 이외에 피고 위○○이 이야기 4개와 개별 이야기에 부가되는 감상 및 삽화 등을 추가하여 책을 완성한 점, 이 사건 번역서적이 독자들로부터 큰 호응을 얻은 것은 피고 위○○의 우수한 광고 및 판매전략에 기인한 바도 있는 점, 피고 위○○을 제외한 나머지 피고들이 2006. 10. 20. 원고로부터 저작재산권 침해 중지 통고를 받은 이후 이 사건 번역서적을 판매한 부수는 총 판매부수의 약 5% 정도에 이르고 위 피고들이 각자 판매한 구체적인 부수는 서로 큰 차이가 없을 것으로 보이는 점 등에다가 이 사건 저작재산권 침해행위 태양, 침해정도, 침해기간, 피고들이 얻은 이익, 이 사건 중문서적의 주지성 정도, 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 고려하면, 피고들의 손해배상액은 피고 위○○에 대하여는 이 사건 번역서적의 총 매출액에 7%의 인세율을 곱한 금액의 절반 상당액인 4억 원{≒(총 매출액 11,139,217,015원×7%)÷2}으로, 나머지 피고들에 대하여는 위 금액의 5%인 2,000만 원을 배분한 각 250만 원(=4억 원×5%×1/8)으로 정함이 상당하다.

3) 소결론

따라서, 원고에게, ① 피고 위○○은 4억 원 및 그 중 제1심 판결 인용 금액인 300,423,288원에 대하여는 이 사건 소장 부본 송달 다음날인 2007. 6. 8.부터 제1심 판결 선고일인 2008. 6. 20.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을, 나머지 99,576,712원에 대하여는 위 2007. 6. 8.부터 당심 판결 선고일인 2010. 7. 1.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 각 지급하고, ② 피고 위○○을 제외한 나머지 피고들은 피고 위○○과 각자 위 ①항 금원 중 각 250만 원 및 그 중 제1심 판결 인용 금액인 200만 원에 대하여는 이 사건 소장 부본 송달 다음날인 2007. 6. 8.부터(다만, 피고 주식회사 ○○○커뮤니케이션및 주식회사 리○○는 각 2007. 6. 9.부터) 제1심 판결 선고

일인 2008. 6. 20.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을, 나머지 50만 원에 대하여는 위 2007. 6. 8.부터(다만, 피고 주식회사 ○○○커뮤니케이션및 주식회사 리○○는 각 2007. 6. 9.부터) 당심 판결 선고일인 2010. 7. 1.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 일부 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고 및 피고들의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황한식
판사 최기영
판사 장낙원

[원심 판결] 서울중앙지법 2008. 6. 20. 선고 2007가합43936 판결
(한국 저작권 판례집 12권, 23번 판례 참조)

15. 포털사이트 광고 방해와 인터넷 사이트의 동일성유지권 침해 여부

[개요]

신청인(채권자)은 국내 최대의 인터넷 포털사이트를 운영하는 회사로서 광고주들로부터 위 포털사이트에 배너광고를 유치하고 우선순위 검색결과 도출서비스를 제공하는 등의 방법으로 광고수익을 얻고 있다.

한편, 피신청인(채무자)은 인터넷 사이트를 이용한 광고 프로그램을 개발하여 배포하는 사업모델을 가진 회사로서 무료로 배포되는 이 사건의 광고 프로그램을 설치한 인터넷 사용자들이 신청인의 포털사이트를 방문하게 되면, 해당 사이트의 여백을 스스로 찾아내어 피신청인의 배너광고를 노출하거거나(이하, 삽입광고방식), 포털사이트가 제공하고 있는 광고란에 피신청인의 배너광고를 덮어쓰는 방식(이하, '대체광고방식') 또는 신청인이 제공하는 키워드 광고 사이에 피신청인이 제공하는 키워드광고를 삽입하는 방식으로 동작한다.

이에 신청인은 피신청인의 광고 프로그램은 마치 네이버에서 제공하는 광고인 것처럼 실행됨으로써 신청인의 영업과 혼동을 불러일으키거나 신청인 표지의 식별력 또는 명성을 손상케 하여 부정경쟁방지법 위반 또는 부정경쟁행위로서 불법행위에 해당하며, 신청인의 저작물인 인터넷 사이트의 화면표시를 함부로 변경, 수정하는 것은 저작재산권 및 동일성유지권 침해에 해당한다며 해당 프로그램의 제조, 사용, 판매 및 배포의 금지 등을 구하였다.

원심과 재항고심은, 해당 프로그램의 광고 행위는 신청인의 포털사이트가 가지는 신용과 고객흡입력을 무단으로 이용하는 셈이 될 뿐만 아니라 신청인 회사가 얻어야할 광고 영업이익을 무단으로 가로채는 부정한 경쟁행위로서 불법행위에 해당하고, 이러한 광고행위가 계속적으로

반복되는만큼 위 프로그램을 이용한 광고행위를 하는 것의 금지 또는 예방을 청구할 피보전권리와 보전의 필요성을 인정하였다.

한편, 신청인이 주장한 저작권침해 주장에 대해서는 원심과 재항고심 모두 다음과 같은 이유로 받아들이지 않았다. 해당 프로그램 실행시 신청인이 운영하는 인터넷 사이트 화면과 위 배너광고 등이 겹쳐 보이거나(대체광고의 경우) 화면의 일부가 변형되어 보일(삽입광고, 키워드광고의 경우) 여지가 있으나, 이 프로그램은 신청인 홈페이지의 콘텐츠에 직접 작용하여 어떠한 변경을 일으키지 아니하고, 신청인의 홈페이지와는 어느 정도 구분되어 피신청인이 제공하는 광고임을 명시하고 있으며, 해당 프로그램을 삭제하거나 광고 내의 'X' 버튼을 클릭하는 방법만으로 쉽게 제거가 가능한 점 등에 비추어 당해 광고 프로그램이 신청인 인터넷 홈페이지 화면의 동일성을 손상할 정도로 내용 또는 형식을 변경한 것이라고는 볼 수 없다고 판단하였다.

또한, 신청인이 그의 컴퓨터프로그램저작물로서 동일성유지권을 침해당하였다고 주장하는 HTML 코드에는 검색결과를 표시한 텍스트 부분과 이를 화면에 표시하기 위한 일반적인 HTML 태그 정도가 포함되어 있을 뿐 저작권으로 보호할 만한 창작적인 표현까지 포함되어 있다고 보기 어렵고, 나아가 신청인이 사용자의 컴퓨터로 보낸 HTML 파일은 그 내용이 화면에 나타나기 위하여 일시적으로 램에 복제되는데, 이 때 피신청인의 HTML 코드는 신청인의 HTML 코드를 변형시키는 등의 영향을 미치지 않은 채 이와 별도로 램에 존재하고 달리 인정할 소명자료가 부족하여 채무자의 이 사건 프로그램에 의한 광고행위로 인해 신청인의 HTML 코드에 대한 동일성유지권이 침해되었다고 할 수 없다고 결론지었다.

■■■■■■■■■■

대법원 2010. 8. 25. 결정 2008마1541【가처분이의】

신청인, 상대방 겸 재항고인	엔○○○ 주식회사(소송대리인 변호사 손지열 외 2인)
피신청인, 재항고인 겸 상대방	네○○○ 주식회사 (소송대리인 법무법인 백상 담당변호사 김재철)
원심판결	서울고등법원 2008. 9. 23.자 2008라618 결정

주 문

재항고를 모두 기각한다.
재항고비용은 각자가 부담한다.

이 유

재항고이유(재항고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 각 재항고이유보충서는 재항고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 채무자의 재항고이유에 관한 판단

가. 피보전권리가 소명되지 아니하였다는 주장에 관하여

(1) 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는 바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 할 것이다.

(2) 위 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

(가) 원심이 적법하게 인정한 사실들에 의하면, 채권자는 장기간 동안 상당한 노력과 투자에 의하여 정보검색, 커뮤니티, 오락 등의 다양한 서비스를 제공하는 국내 최대의 인터넷 포털사이트인 '네○○'(그 도메인 이름은 www.n○○.com이고, 이하 '네○○'라 한다)를 구축하여 인터넷 사용자들로 하여금 위 서비스 이용 등을 위하여 네○○를 방문하도록 하고, 이와 같이 확보한 방문객에게 배너광고를 노출시키거나 우선순위 검색결과 도출서비스를 제공하는 방법 등으로 광고영업을 해 오고 있음을 알 수 있는바, 채권자의 네○○를 통한 이러한 광고영업의 이익은 법률상 보호할 가치가 있는 이익이라 할 것이다.

또한 원심이 적법하게 인정한 사실들에 의하면, 채무자가 제공한 원심 판시 이 사건 프로그램을 설치한 인터넷 사용자들이 네○○를 방문하면 그 화면에 채권자의 광고 대신 같은 크기의 채무자의 배너광고가 나타나거나(이른바 '대체광고 방식'), 화면의 여백에 채무자의 배너광고가 나타나거나(이른바 '여백광고 방식'), 검색창에 키워드 입력하면 검색결과 화면의 최상단에 위치한 검색창과 채권자의 키워드광고 사이에 채무자의 키워드광고가 나타나는(이른바 '키워드삽입광고 방식')등으로, 채무자의 광고가 대체 혹은 삽입된 형태로 나타남을 알 수 있다.

그런데 채무자의 이러한 광고는 위와 같이 인터넷 사용자들이 네○○에

서 제공하는 서비스 등을 이용하기 위하여 네○○를 방문할 때 나타나는 것이므로, 이는 결국 네○○가 가지는 신용과 고객흡인력을 무단으로 이용하는 셈이 된다. 뿐만 아니라 그 광고방식도 채권자가 제공하는 광고를 모두 사라지게 하거나(대체광고 방식)채권자가 제공하는 검색결과의 순위를 뒤로 밀리게 하는(키워드삽입광고 방식)등의 방법을 사용함으로써 채권자의 영업을 방해하면서 채권자가 얻어야 할 광고영업의 이익을 무단으로 가로채는 것이다.

채무자의 위와 같은 광고행위는 인터넷을 이용한 광고영업 분야에서 서로 경쟁자의 관계에 있는 채권자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 네○○를 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써, 채권자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 한편, 앞서 본 바와 같이 법률상 보호할 가치가 있는 이익인 네○○를 통한 채권자의 광고영업 이익을 침해하는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 할 것이다.

(나) 한편 원심이 적법하게 인정한 사실들에 의하면, 채무자의 위와 같은 광고행위가 일회적인 것이 아니라 이 사건 프로그램을 설치한 인터넷 사용자들이 네○○에 접속할 때마다 계속적으로 반복되는 것임을 알 수 있다. 나아가 이 사건 프로그램에 의한 광고행위의 성질상 채권자가 인터넷 사용자들의 이 사건 프로그램의 설치현황 및 그로 인한 네○○에서의 채무자의 광고현황 등을 일일이 파악하여 대응하기가 매우 곤란할 것으로 보이는 점과 채무자의 광고내용에 따라서는 채권자의 신용, 명성 등 무형적인 가치까지도 손상시킬 수 있을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 채무자에게 금전배상을 명하는 것만으로는 채권자 구제의 실효성을 기대하기 어렵다고 할 것이다. 나아가 채무자의 이 사건 프로그램에 의한 네○○에서의 광고행위를 그대로 방치하는 경우 결국 네○○에서의 광고영업을 그 수익모델로 삼고 있는 채권자 회사의 존립 자체를 위협할 수 있다는 점에서 채무자의 위와 같은 광고행위를 금지함으로써 보호되는 채권자의 이익이 그로 인한 채무자의 영업의 자유에

대한 손실보다 더 크다고 할 것이다. 따라서 채권자는 채무자에 대하여, 네○○에 접속한 인터넷 사용자들의 모니터에서 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위를 하는 것의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.

(다) 결국, 이 사건 가처분신청은 피보전권리가 소명된 것으로 인정된다.

(3) 따라서 원심의 이 부분에 관한 이유설시에 다소 미흡하거나 적절하지 않은 점은 있으나, 이 사건 가처분의 피보전권리가 소명되었다고 판단한 결론에 있어서는 정당하므로 결정에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 보전의 필요성이 소명되지 아니하였다는 주장에 관하여

민사집행법 제300조 제2항의 임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 필요한지 여부는 당해가처분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 그 밖의 제반 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 한다(대법원 2006.11.23.선고 2006다29983 판결 등 참조). 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 채권자의 이 사건 가처분신청에 대하여 채무자는 이 사건 프로그램에 의한 광고행위의 적법성을 주장하면서 그 광고영업을 계속할 뜻을 표명하고 있는바, 이 경우 앞서 본 이 사건 프로그램에 의한 광고행위의 과정과 형태 등에 비추어 채권자가 입을 손해가 현저할 것으로 보이는 점, 앞서 본 바와 같이 이 사건 가처분신청을 받아들임으로써 보호되는 채권자의 이익이 그로 인한 채무자의 손실보다 더 큰 점 등 제반 사정을 참작할 때, 이 사건 가처분신청에는 보전의 필요성이 있다고 할 것이다.

따라서 원심결정이 그 판시와 같이 보전의 필요성이 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 보전의 필요성에 관한 법리오해의 잘못이 없다.

2. 채권자의 재항고이유에 관한 판단

가. 재항고이유 제1,2점에 관하여

기록에 비추어 살펴보면, 채권자가 그의 컴퓨터프로그램저작물로서 동일성유지권을 침해당하였다고 주장하는 HTML(Hypertext Markup Language, 인터넷 홈페이지의 하이퍼텍스트 문서를 만들기 위해 사용되는 기본 언어)코드에는, 검색결과를 표시한 텍스트 부분과 이를 화면에 표시하기 위한 일반적인 HTML 태그 정도가 포함되어 있을 뿐 저작권으로 보호할 만한 창작적인 표현까지 포함되어 있다는 점을 소명할 자료가 없고, 나아가 채권자가 사용자의 컴퓨터로 보낸 HTML 파일은 그 내용이 화면에 나타나기 위하여 일시적으로 램(Random Access Memory)상으로 복제되게 되는데, 이 때 이 사건 프로그램에 의한 채무자의 HTML 코드 역시 램에 올라오면서 채권자의 HTML 코드 자체에는 영향을 미치지 않은 채 이와 별도로 존재할 여지가 있는 반면, 그것이 채권자의 HTML 코드에 삽입되어 채권자의 HTML 코드 자체를 변경시킨다는 점은 이를 소명할 자료가 부족하므로, 채무자의 이 사건 프로그램에 의한 광고행위로 인해 채권자의 HTML 코드에 대한 동일성유지권이 침해되었다고 할 수 없다.

원심의 이 부분에 관한 이유설시에 다소 부적절한 점은 있으나, 채권자의 컴퓨터프로그램저작물에 대한 동일성유지권이 침해되지 않았다고 한 결론에 있어서는 정당하므로 결정에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 재항고이유 제3점에 관하여

원심결정 이유에 의하면, 원심은, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제48조 제2항은 "누구든지 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼

손·멸실·변경·위조 또는 그 운용을 방해할 수 있는 프로그램(악성프로그램)을 전달 또는 유포하여서는 아니 된다"고 규정하고 있는데, 이 사건 프로그램은 인터넷 사용자의 명시적 동의에 따라 해당 사용자의 컴퓨터에 설치되어 그 컴퓨터 내에서만 실행되는 점, 이 사건 프로그램이 실행된다 하더라도 채무자의 광고가 나타나는 해당 사이트의 콘텐츠 자체에는 아무런 변경을 일으키지 아니하며 해당 사이트의 운영에도 아무런 영향을 미치지 아니하는 점, 이 사건 프로그램의 사용을 원하지 아니하는 사용자는 이를 일시적 또는 영구적으로 삭제할 수 있는 점 등 기록상 소명되는 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 프로그램이 정당한 사유 없이 채권자의 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조 또는 그 운용을 방해하는 악성프로그램이라고 단정하기 어렵다고 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 정보통신망 법 제48조 제2항 소정의 악성프로그램에 관한 법리오해의 잘못이 없다.

다. 재항고이유 제4점에 관하여

원심결정 이유에 의하면, 원심은 이 사건 프로그램은 그 기술 자체가 불공정한 것은 아니어서 인터넷 사이트 운영자가 이 사건 프로그램의 운영에 동의한 경우 등을 비롯하여 얼마든지 적법한 방식으로도 운영될 수 있다고 보이는 점, 현재까지 채무자의 이 사건 프로그램을 이용한 영업은 초기 단계인 것으로 보이는 점 등 기록에 나타난 제반 사정을 참작할 때, 이 사건 프로그램으로 인한 채권자의 영업상의 피해를 방지하기 위해서는 채무자로 하여금 '채권자의 인터넷 사이트에 접속한 컴퓨터 사용자의 모니터에 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위를 하는 것을 금지'하는 것만으로도 충분히 그 목적을 달성할 수 있고,더 나아가 이 사건 프로그램의 제조,사용 등의 금지까지는 필요하지 않다는 취지로 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정

당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 재항고이유로 주장하는 바와 같은 가처분의 범위에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

3. 결 론

그러므로 재항고를 모두 기각하고, 재항고비용은 각자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이홍훈
대법관 김능환
주 심 대법관 민일영

16. 수험서 내용의 무단 이용과 복제권 및 공연권 침해 여부

[개요]

〈사실관계〉

(1) 원고는 공인회계사 학원의 강사로서 2003. 4. 24.에 오랜 강의경험을 토대로 하여 재무관리분야의 여러 학설과 이론에 관하여 예를 들어 설명하거나, 도표나 그림 등 시각적인 전개방식을 이용하여 원고 나름대로의 표현방식에 따라 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'을 각 저술하여 발행하였다.

(2) 피고는 공인회계사 학원의 강사로서, 1997. 4.경 'CPA재무관리'를, 2001. 1.경에 '재무관리 제2판'을, 2004. 2. 10. '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 각 저술하여 발행하였다.

(3) 그런데 위 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 저술함에 있어 피고는, 원고의 허락없이 원고 저술의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'에 기술된 내용을 그대로 인용하거나, 전후 서술내용의 순서와 기호, 숫자를 바꾸고 접속사를 삽입하는 등 약간의 변형을 가하는 방법으로 원고의 표현, 설명방식, 그림, 도표, 전개방식 등을 거의 그대로 인용하였다.

〈재판의 진행경과〉

이 사건에서 원고는 피고를 상대로 본소청구에서, 피고는 원고를 상대로 반소청구에서 각 상대방에 대하여 저작권권침해를 이유로 손해배

상청구를 하였으나, 제1심에서는 쌍방의 교재에 대한 각 표현부분에는 창작성을 인정하기 어렵다는 이유로 저작권법의 보호대상인 저작물을 전제로 하는 쌍방의 본소청구 및 반소청구 모두 기각하였고, 이에 항소하였으나, 원고에 대해서만 일부청구를 인용하였다.

〈항소심 판단요지〉

가. 저작물성 및 복제권 침해 여부에 관한 판단

원고가 공인회계사 학원의 강사로서의 오랜 경험을 토대로 하여 수험생의 이해도를 높이기 위해 재무관리분야의 여러 학설과 이론에 관하여 예를 들어 설명하거나, 도표나 그림 등 시각적인 전개방식을 이용하여 원고 나름대로의 표현방식에 따라 위 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'에 표현하여 저술한 이상, 위 서적은 전체적으로 원고의 창조적인 정신적 노력에 의하여 기존 저작물과 구별할 수 있을 정도로 만들어진 작품으로서의 성격을 가지고 있다고 할 것이고 거기에 일부 기존의 이론이나 계산식이 포함되고 일부분 유사한 표현이 있다는 이유로 이를 달리 볼 것이 아니므로, 원고의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'은 저작권법에 의하여 보호되는 저작물로서의 창작성을 가지고 있다고 할 것이다.

따라서 피고가 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 저술함에 있어 원고의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'의 이론 전개방식이나 서술내용, 그림, 도표 등을 그대로 인용하거나 일부 순서를 바꾸는 등의 방법으로 변경하여 서술함으로써 원고 저작물을 실질적으로 복제하였음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고에게 저작권(복제권과 배포권) 침해로 인한 원고의 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 공연권 침해 여부에 관한 판단

피고가 피고의 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 교재로 공인회계사 학원에서 강의를 한 행위가 위 저서의 발행과 별도로 원고의 저작권을 침해하였는지 여부에 관하여 살피건대, 복제권과 공연권은 엄격히 구분되는 권리이므로, 복제권을 침해한 자가 저작자의 동의를 받지 않고 복제한 저작물의 공연에까지 나아갔다면 별도로 저작자의 저작권을 침해하는 것이 되는 것이고, 피고가 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 수험강의의 교재로 삼아 공인회계사 학원에서 강의를 한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 위 강의행위를 두고 이를 복제한 원고 저작물의 공연이라고 볼 수는 없다.

설령 위 강의행위를 공연으로 본다고 하더라도 복제권 침해와 마찬가지로 원고 저작물의 표현과 피고의 공연(강의) 사이에 "동일성 내지 실질적 유사성"이 존재하지 않는 경우에는 저작권침해가 성립하지 않는 것이므로, 〈중략〉 일반적으로 수험생들이 학습서를 구입하여 스스로 공부하는 이외에 학원에서 수험강의를 듣는 이유는 학습서에 나와 있는 내용 이외에 강사의 축적된 노하우나 개성 있는 전달기법 등을 통한 해당 과목의 이해 및 응용, 암기 등 수험목적을 달성하기 위한 방법을 습득하고자 한다는 수험강의의 특성에 비추어 강의교재와 강사의 강의 사이에는 실질적인 유사성이 존재할 가능성이 낮은 경우가 일반적인데다가, 피고의 강의와 원고의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있음을 확정할 만한 아무런 입증자료도 없으므로, 결국 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2010. 7. 23. 판결 2008나40136【손해배상(지)】

원고(반소피고), 항소인	김○○ 소송대리인 법무법인 한결 담당변호사 조범석, 김철홍, 윤복남, 김진욱, 호규찬
피고(반소원고), 피항소인	김○△ 소송대리인 변호사 조종만
원심판결	서울중앙지방법원 2008. 10. 31. 선고 2006가단53427(본소), 2007가단39039(반소) 판결
변론종결	2010. 7. 2.
판결선고	2010. 7. 23.

주 문

1. 제1심 판결 중 본소에 관하여 아래에서 지급을 명하는 금원에 해당하는 원고(반소피고) 패소 부분을 취소한다.

피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 1,297만원과 이에 대하여 2006. 2. 11.부터 2010. 7. 23.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고(반소피고)의 본소에 관한 나머지 항소와 피고(반소원고)의 반소

에 관한 부대항소를 각 기각한다.

3. 본소로 인하여 생긴 소송총비용 중 2/3은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 부담하고, 반소로 인하여 생긴 부대항소비용은 피고(반소원고)가 부담한다.

4. 제1항 중 금원지급부분은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 본소

제1심 판결을 취소한다. 피고(반소원고, 이하 '피고')는 원고(반소피고, 이하 '원고')에게 6,000만원과 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 반소

제1심 판결을 취소한다. 원고는 피고에게 6,000만원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 저술

원고는 공인회계사 학원의 강사로서 공인회계사 수험 서적으로 1995

년에 '재무관리 제1, 2판'을, 1999. 1.경에 '재무관리 제3판'을, 2000. 7. 5.에 '재무관리 제4판'을 저술하였고, 2003. 4. 24.에 오랜 강의경험을 토대로 하여 재무관리분야의 여러 학설과 이론에 관하여 예를 들어 설명하거나, 도표나 그림 등 시각적인 전개방식을 이용하여 원고 나름대로의 표현방식에 따라 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'을 각 저술하여 발행하였다.

나. 피고의 저술

1) 피고는 공인회계사 학원의 강사로서, 1997. 4.경 'CPA재무관리'를, 2001. 1.경에 '재무관리 제2판'을, 2004. 2. 10. '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 각 저술하여 발행하였다.

2) 그런데 위 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 저술함에 있어 피고는, 원고의 허락없이 원고 저술의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'에 기술된 내용을 그대로 인용하거나, 전후 서술내용의 순서와 기호, 숫자를 바꾸고 접속사를 삽입하는 등 약간의 변형을 가하는 방법으로 본소 별지1, 2 목록 각 기재 항목에 해당하는 원고의 표현, 설명방식, 그림, 도표, 전개방식 등을 거의 그대로 인용하였다.

다. 관련 형사사건

1) 원고는 2004. 2. 12. 피고 저술의 '전면개정 재무관리'가 원고 저술의 '재무관리 제4판'과 '제5판 재무관리'를 표절하였다고 주장하면서 피고에게 위 '전면개정 재무관리'의 회수 및 폐기를 요청하는 내용의 통지를 한 다음, 저작권법 위반을 이유로 형사 고소하였는데, 2005. 1. 10. 피고 저술의 '전면개정 재무관리'가 원고 저술의 '제5판 재무관리' 중 일부의 저작권을 침해하였다는 이유로 피고에게 벌금 200만원의 약식명

령(서울중앙지방법원 2004고약59350호)이 내려져 2005. 3. 1. 확정되었다.

2) 한편, 피고는 원고의 고소로 수사를 받던 중 원고 저술의 '재무관리 제4판'이 피고 저술의 'CPA 재무관리'를 표절하였다고 주장하며 원고에 대하여 형사고소를 하였고, 2005. 10. 12. 원고에게 저작권법 위반을 이유로 벌금 100만원의 형의 선고를 유예하는 판결이 선고되었으나(서울중앙지방법원 2005고정1528호), 이에 대하여 원고가 항소하여 2005. 12. 13. 피고 저술의 'CPA 재무관리'의 각 표현이 창작성이 있는 저작물이 아니라는 이유로 무죄판결(서울중앙지방법원 2005노3375)이 선고되어 2005. 12. 21. 확정되었다.

라. 관련 가처분사건

1) 원고가 2005. 3. 24. 피고 등에 대한 저작권 침해금지청구권을 피보전권리로 하여 신청한 인쇄판매금지등가처분 사건에서 피고 저술의 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'이 원고 저술의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'에 대한 저작권 중 복제권과 배포권을 침해하였다는 이유로 2005. 8. 2. 원고의 가처분 신청이 인용되었고(서울중앙지방법원 2005카합970호), 이에 대하여 피고 등이 이의하였으나 2005. 9. 23. 위와 같은 이유로 위 가처분 결정이 인가되었다(서울중앙지방법원 2005카합2869호).

2) 한편 피고는 2005. 9. 27. 원고 등에 대한 저작권침해금지청구권을 피보전권리로 하여 판매금지등가처분을 신청하였다가, 2005. 11. 10. 위 신청을 취하하였다.

[인정근거]

다툼 없는 사실, 갑 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 10, 을 6, __-_, __-_, __-_의 각 기재, 당심 법원의 이광재에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

원고는, 원고 저술의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집' 중 본소 별지1, 2 목록 각 기재 순번 해당부분을 피고가 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 저술함에 있어 무단으로 복제하여 발행하거나, 복제물을 교재로 하여 강의한 행위는 원고의 저작권을 침해하는 행위라고 주장하면서, 그 손해배상의 일부로 6,000만원(= 재산상 손해 중 4,000만원 + 정신적 손해 2,000만원)과 이에 대한 지연손해금을 구하고, 이에 대하여 피고는 원고의 저서는 공인회계사 시험을 준비하는 수험생들을 위한 기존의 학술적인 이론을 정리한 것이거나, 이를 기초로 만들어진 문제 및 해답들로서 그 창작성을 인정하기 어려우므로 원고의 청구는 부당하다고 다툰다.

나. 손해배상책임의 발생

1) 저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하는바{구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되기 전의 것 ; 이하 '법') 제2조 제1호}, 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 의미한다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 참조). 그리고 저작권법이 보호하는 것은 문학·학술 또는 예술에 관한 사상·감정을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현하는 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 창작성이 있다 하더라도 원칙적으로는 저작권법에서 정하는 저작권

의 보호대상이 되지 아니하며, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것으로서 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 할 것이다(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결 등 참조).

2) 살피건대, 위 기초사실에서 본 바와 같이 원고가 공인회계사 학원의 강사로서의 오랜 경험을 토대로 하여 수험생의 이해도를 높이기 위해 재무관리분야의 여러 학설과 이론에 관하여 예를 들어 설명하거나, 도표나 그림 등 시각적인 전개방식을 이용하여 원고 나름대로의 표현방식에 따라 위 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'에 표현하여 저술한 이상, 위 서적은재무관적으로 원고의 창조적인 정신적 노력에 의하여 기존 저작물과 구별할 수 있을 정도로 만들어진 작품으로서의 성격을 가지고 있다고 할 것이고 거기에 일부 기존의 이론이나 계산식이 포함되고 일부분 유사한 표현이 있다는 이유로 이를 달리 볼 것이 아니므로, 원고의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'은 저작권법에 의하여 보호되는 저작물로서의 창작성을 가지고 있다고 할 것이다. 따라서, 피고가 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 저술함에 있어 원고의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'의 이론 전개방식이나 서술내용, 그림, 도표 등을 그대로 인용하거나 일부 순서를 바꾸는 등의 방법으로 변경하여 서술함으로써 원고 저작물을 실질적으로 복제하였음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고에게 저작권(복제권과 배포권) 침해로 인한 원고의 손해를 배상할 책임이 있다.

3) 다음으로 피고가 2004. 3.부터 2005. 8.말까지 피고의 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 교재로 공인회계사 학원에서 강의를 한 행위가 위 저술의 발행과 별도로 원고의 저작권을 침해하였

는지 여부에 관하여 살피건대, 복제권과 공연권은 엄격히 구분되는 권리이므로, 복제권을 침해한 자가 저작자의 동의를 받지 않고 복제한 저작물의 공연에까지 나아갔다면 별도로 저작자의 저작권을 침해하는 것이 되는 것이고, 피고가 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 수험강의의 교재로 삼아 ○○학원에서 강의를 한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 위 강의행위를 두고 이를 복제한 원고 저작물의 공연이라고 볼 수는 없다.

설령 위 강의행위를 공연으로 본다고 하더라도 복제권 침해와 마찬가지로 원고 저작물의 표현과 피고의 공연(강의) 사이에 "동일성 내지 실질적 유사성"이 존재하지 않는 경우에는 저작권침해가 성립하지 않는 것이므로, 원고가 원고 저작물의 표현부분(아이디어 부분이 아닌)과 피고의 강의 사이에 동일성 내지 실질적 유사성이 존재하는 점을 입증하여야 할 것인바, 일반적으로 수험생들이 학습서를 구입하여 스스로 공부하는 이외에 학원에서 수험강의를 듣는 이유는 학습서에 나와 있는 내용 이외에 강사의 축적된 노하우나 개성 있는 전달기법 등을 통한 해당 과목의 이해 및 응용, 암기 등 수험목적을 달성하기 위한 방법을 습득하고자 한다는 수험강의의 특성에 비추어 강의교재와 강사의 강의 사이에는 실질적인 유사성이 존재할 가능성이 낮은 경우가 일반적인데다가, 피고의 강의와 원고의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있음을 확정할 만한 아무런 입증자료도 없으므로, 결국 원고의 이 부분 주장은 이유없다.

다. 손해의 범위

1) 재산상 손해

피고의 저작권침해행위로 인한 원고의 재산상 손해액에 관하여 보건대, 법 제93조 제2항에서 '저작재산권자등이 고의 또는 과실에 의하여 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 손해의

배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.'고 규정하고 있는바, 위 규정에 의하여 원고가 저작권 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액에 관하여 보면, 피고의 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'액에 권당 판매가격은 4만원이고, 3,000부가 발행된 사실과 원고의 인세율이 16.5%인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 앞서 본 저작권 침해행위의 내용, 태양과 범위 등에 비추어 그로 인하여 피고가 얻은 이익은 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답' 전체 중 15%에 미친다고 봄이 상당하므로, 원고가 저작권의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액은 297만원(= 4만원 × 3,000부 × 16.5% × 15%)이라고 제93조 , 당사자원고의 재산상 손해액도 같은 금액으로 추정된다 할 것이다.

2) 나아가 원고의 위자료 청구에 관하여 보건대, 피고가 실질적으로 원고의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'을 복제하여 원고가 이에 대하여 가지는 성명표시권과 동일성유지권을 침해함으로써 원고가 명예와 감정에 손상을 입는 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로 피고는 이를 금전으로써 위자할 의무가 있다고 할 것인바, 원고와 피고의 관계 및 사회적 지위, 침해행위의 태양, 서적의 독창성의 정도 등 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 참작하면, 피고가 원고에게 지급하여야 할 위자료 액수는 1,000만원으로 정함이 상당하다고 할 것이다.

라. 소결론

따라서 피고는 원고에게 저작권 침해로 인한 손해배상으로 1,297만원(= 재산상 손해 297만원 + 위자료 1,000만원)과 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 본소 소장 부본 송달일 다음날인 2006. 2. 11.부터 피고가 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당

심 판결 선고일인 2010. 7. 23.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

피고는, 피고 저술의 'CPA 재무관리' 중 반소 별지 목록 기재의 각 순번 해당부분을 원고가 '재무관리 제4판', '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'을 저술함에 있어 무단으로 복제하여 발행하거나, 복제물을 교재로 강의한 행위는 피고의 저작권을 침해하는 행위라고 주장하면서, 그 손해배상의 일부로 6,000만원(= 재산상 손해 중 3,000만원 + 정신적 손해 3,000만원)과 이에 대한 지연손해금을 구하고, 이에 대하여 원고는 피고의 저술 중 해당부분은 저작권의 보호대상이 될 수 없거나, 원고 저술의 해당부분과 그 표현에 있어서 유사성을 인정할 수 없으므로, 피고의 청구는 부당하다고 다툰다.

나. 판단

살피건대, 피고가 주장하는 바와 같이 반소 별지 목록 기재 각 항목 중 순번 1, 5와 관련하여 피고가 기존 서적에 없던 내용을 수학적으로 증명하였거나, 순번 2, 3, 4와 관련하여 옵션의 가치를 처음으로 만기시점과 현재시점으로 구분하여 정리하고, 옵션의 기본개념을 응용파트에 적용시켰으며, 순번 6과 관련하여 주식투자소득에 대한 개인소득세율까지 포함하여 밀러모형에 입각하여 문제화하고 풀이하는 등 피고 저작물의 창작성이 인정현재고 하더라도, 위와 같은 학술적인 내용은 저작권의 보호대상인 표현의 영역에 속하는 것이 아니라 보호대상인 아닌

아이디어의 영역에 속하므로 그 이론을 이용하더라도 구체적인 표현까지 베끼지 않는 한 저작권의 침해로 인정되지는 아니하는 바, 피고가 제출한 모든 증거에 의하더라도 원고가 '재무관리 제4판', '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'을 저술할 때 반소 별지 목록 기재 7개 항목의 이론을 이용하면서 피고의 구체적인 표현까지 그대로 베꼈다고는 인정되지 아니하므로, 원고가 위 저서를 저술, 발행하고 이를 교재로 강의한 행위를 두고 피고 저작권을 침해하였다고 볼 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 본소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하고, 피고의 반소청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결의 본소 중 이와 결론을 일부 달리한 부분은 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고 피고에 대하여 위 인정금원의 지급을 명하며, 제1심 판결 중 나머지 부분은 정당하므로 원고의 본소에 관한 나머지 항소와 피고의 반소에 관한 부대항소는 모두 이유 없어 이를 전부 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김정학
판사 강상욱
판사 김은영

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2008. 10. 31. 판결 2006가단53427【손해배상】

원고(반소피고)	원고
	소송대리인 법무법인 한결
	담당변호사 조범석
피고(반소원고)	피고
	소송대리인 변호사 조종만
	소송복대리인 변호사 박창한

변론종결	2008. 8. 22.
판결선고	2008. 10. 31.

주 문

1. 원고(반소피고)의 본소청구와 피고(반소원고)의 반소청구를 각 기각한다.

2. 소송비용 중 본소로 인하여 생긴 부분은 원고(반소피고)가, 반소로 인하여 생긴 부분은 피고(반소원고)가 각 부담한다.

청구취지

본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)에게 60,000,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 돈을 지급하라.

반소 : 원고는 피고에게 60,000,000원 및 이에 대한 이 사건 반소장부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

다음의 각 사실을 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 5 내지 9호증, 을 6호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있고, 달리 반증이 없다.

가. 원고는 공인회계사 학원의 강사로서, 공인회계사 수험용 서적으로 1995년에 '재무관리 제1판, 제2판'을, 1999. 1.경 '재무관리 제3판'을, 2000. 7. 5. '재무관리 제4판'을, 2003. 4. 24. '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집'을 각 저술하여 발행하였다.

나. 피고는 공인회계사 시험에 합격한 후 공인회계사 학원의 강사로서, 1993년에 수강생 내부용 교재로 '재무관리 마스터본'을 만들었고, 공인회계사 수험용 서적으로 1997. 4.경 'CPA재무관리'를, 2001. 1.경 '재무관리 제2판'을, 2004. 2. 10. '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'을 각 저술하여 발행하였다.

다. 원고는 2004. 2. 12. 피고에게 피고 저서의 위 '전면개정 재무관리'가 원고의 저술의 위 '재무관리 제4판'과 '제5판 재무관리'를 표절하였다고 주장하면서 위 '전면개정 재무관리'의 회수 및 폐기를 요청하는 내용의 통지를 하였고, 이에 피고는 다음날 원고에게 전화하여 오히려 원고 저술의 위 '재무관리 제4판'이 피고 저술의 위 '재무관리 마스터본'과 'CPA재무관리'를 표절하였다고 이야기 하였다.

라. 이에 원고가 피고의 저작권법위반을 이유로 고소를 하여 2004. 1.

10. 서울중앙지방법원 2004고약59350호로 피고 저술의 위 '전면개정 재무관리'가 원고의 저술의 위 '제5판 재무관리' 중 일부의 저작권을 침해하였다는 이유로 피고에게 벌금 200만원의 약식명령이 내려져 그 무렵 확정되었고, 한편 피고는 원고의 고소로 수사를 받던 중 역시 원고를 저작권법위반으로 고소를 하여 2005. 10. 12. 같은 법원 2005고정1528호로 원고 저술의 위 '재무관리 제4판'이 피고 저술의 위 'CPA재무관리' 중 일부의 저작권을 침해하였다는 이유로 원고에게 벌금 100만원의 선고를 유예하는 형이 선고되었으나, 이에 대하여 원고가 항소하여 2005. 12. 13. 같은 법원 2005노3375호로 위 'CPA재무관리'상의 각 표현이 창작성이 있는 저작물이 아니라는 이유로 무죄를 선고하여 그 무렵 확정되었다.

마. 원고가 피고 및 C에 대한 저작권 침해금지청구권을 피보전권리로 하여 제기한 같은 법원 2005카합970호 인쇄판매금지등가처분 사건에서 2005. 8. 2. 피고 저술의 위 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답'이 원고 저술의 '제5판 재무관리'과 '제5판 재무관리 해답집'에 대한 저작권 중 복제권 및 배포권을 침해하였다는 이유로 원고의 가처분신청이 인용되었고, 이에 대하여 피고 및 C가 같은 법원 2005카합2869호로 위 가처분에 대하여 이의를 하였으나 2005. 9. 23. 같은 이유로 위 가처분결정이 인가되었다.

2. 당사자의 주장

가. 원고의 본소청구 및 이에 대한 피고의 주장

원고는, 원고 저술의 '제5판 재무관리'와 '제5판 재무관리 해답집' 중 별지1 일람표의 각 해당부분은 원고만의 독창적인 표현형식을 사용한 것으로 저작권법상의 보호대상이므로, 피고가 피고 저술의 위 '전면개정 재무관리'와 '전면개정 재무관리 해답' 중 별지1 일람표의 각 해당부

분을 복제하여 출판하거나, 강의교재로 사용한 행위는 원고의 저작권을 침해하는 행위라고 주장하면서, 그 손해배상으로 60,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하고, 이에 대하여 피고는, 원고 저술 서적은 공인회계사 시험을 준비하는 수험생들을 위한 기존의 학술적인 이론을 정리한 것이거나, 이를 기초로 만들어진 문제 및 해답들로서 그 창작성을 인정하기 어려우므로 원고의 이 부분 청구는 부당하다고 주장한다.

나. 피고의 반소청구 및 이에 대한 원고의 주장

피고는, 피고 저술의 위 'CPA재무관리'와 '재무관리 제2판' 중 별지2 일람표의 각 해당부분은 피고만의 독창적인 표현형식을 사용한 것으로 저작권법상의 보호대상이므로, 원고가 원고 저술의 위 '재무관리 제4판'과 '제5판 재무관리', '제5판 재무관리 해답집' 중 별지2 일람표의 각 해당부분을 복제하여 출판하거나, 강의교재로 사용한 행위는 피고의 저작권을 침해하는 행위라고 주장하면서, 그 손해배상으로 60,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하고, 이에 대하여 원고는, 피고 서적의 해당 부분은 저작권의 보호대상이 될 수 없거나, 피고가 지적하는 원고 서적의 해당 부분과 그 표현에 있어서 유사성을 인정할 수 없으므로, 피고의 이 부분 청구는 부당하다고 주장한다.

3. 판단

본소 및 반소를 함께 판단한다.

가. 창작성의 인정기준

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것) 제2

조 제1호는 저작물을 '문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물'로 규정하였는바(전문 개정된 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 '인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물'로 규정하고 있다), 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 의미하며, 저작권법이 보호하는 것은 문학. 학술 또는 예술에 관한 사상. 감정을 말. 문자. 음. 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현하는 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 창작성이 있다 하더라도 원칙적으로는 저작권법에서 정하는 저작권의 보호대상이 되지 아니하며, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 아이디어의 영역에 속하는 것으로서 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니라고 할 것이어서, 이러한 학술적인 내용은 그 이론을 이용하더라도 구체적인 표현까지 베끼지 않는 한 저작권의 침해로 볼 수 없다.

또한 저작물의 구체적인 표현형식이 그 자체로 독창적인 정도는 아니고 기존의 서적, 논문 등과 공통되거나 공지의 사실을 기초로 하고 있다고 할지라도, 특정한 이론적 설명에 관하여 어떠한 문자를 사용하여 어떤 방식으로 서술하느냐는 저자의 창조적인 정신적 노력에 따라 다를 수 있고, 같은 개념이라도 이를 설명하는 방식은 저자의 창작적 노력에 따라 다를 수 있어, 저작자가 자신의 경험 등을 토대로 이용자들이 쉽게 이해할 수 있도록 이론과 문제를 정리하여 나름대로의 표현방식(이론전개 방식이나 서술 내용, 그림, 도표의 사용)에 따라 이론을 설명하거나 문제에 대한 접근방법, 풀이방법 및 관련 용어를 설명하는 방법으로 서적을 저술하였다면, 단순히 학술적인 내용에 포함되어 있는 정형적(定型的)인 수식(數式)에 의한 계산방법, 전개과정 등을 설명하는 부분과는 달리, 이는 저작자의 창조적인 정신적 노력에 의하여 만들어진

작품으로서의 성격을 가지고 있다 할 것이어서 창작성이 인정된다고 할 것이나, 그 표현형식이 저작물이 저작되기 이전부터 사용되어 온 것이라면 창작성을 인정하기 어렵다 할 것이고, 나아가 논문과 대조적으로 해설서나 참고서, 문제와 그 해답을 작성할 때에는 개성적 구성보다는 자연히 이해하기 쉬운 통례적, 도식적, 관용적이고, 진부한 용어나 문장. 문단 구성방식을 선택하게 되어, 개성의 제시여지가 없고 또한 그 표현형식에 창작성이 나타나 있을 가능성도 희박하다 할 것이며, 위와 같은 실용적 어문저작물은 보호하한선에 있어서 평범한 학술적 어문저작물보다 '비교적 높은 수준'을 요구하고 있으므로 최소한의 창작수준만으로는 보호받을 수 없다 할 것이다.

나. 이 사건 각 비교서적의 창작성 인정 여부

별지 각 일람표 각 순번 기재 비교서적의 표현(이하 '1번 표현' 등으로 약칭한다)은 공인회계사 시험을 준비하는 수험생을 위하여 회계학, 재무관리에 관한 기존의 학술적인 이론을 정리하여 설명한 내용이거나 그 이론들에 기초하여 만들어진 문제 및 해답들이다.

(1) 별지1 일람표 비교서적의 창작성 인정 여부

(가) 1번 표현

1번 표현 중 전반 부분은 권리부주가와 권리락주가의 학술적인 내용을 설명하는 것으로 그 표현에 특별한 창작성을 인정하기 어렵고, 후반 부분은 시간선상에 그림으로 위 학술적 내용을 설명하기 위하여, 화살표나 수치 등 이해하기 쉬운 통례적이고 도식적인 방식을 사용하였다 할 것이어서 그 창작성을 인정하기 어렵다.

(나) 2, 3번 표현

2, 3번 표현은 법인세가 있는 경우와 없는 경우의 재무레버리지와 베타와 투자안의 가중평균자본비용 측정을 각 도표의 형식으로 도식화한

것으로서, 비교서적 이전에 다른 서적에서도 일부 도표 형식으로 도식화가 된 경우도 있었고, 이는 위 내용을 보기 쉽도록 정리하려는 실용적 사상이 표현된 이른바 기능적 저작물로서, 도표의 크기나 선의 굵기, 행·열의 간격, 내용의 배열순서 등 그 표현방법이 이미 제한되어 있고, 따라서 그 도표의 표현형식에 있어 작성자의 창조적 개성이 드러나기 어려운바, 달리 위 각 도표부분에 원고의 어떠한 정신적 노력이 투영되어 있다거나, 도표부분이 나머지 부분과 결합하여 창조적 표현을 구현한다고 보기도 어렵다.

(다) 4번 표현

4번 표현은 콜옵션과 풋옵션의 내재가치가 결정되는 과정을 주가가 행사가격보다 높은 경우와 낮은 경우로 나누어서 그 학술적인 내용을 설명하는 것으로 그 표현에 있어 특별한 창작성을 인정하기 어렵고, 한 창작그 표현은 위 내용을 알기 쉽게 설명하기 위하여, 알파벳 문자와 도표 등 이해하기 쉬운 통례적이고 도식적인 방식을 사용하였다 할 것이어서 그 창작성을 인정하기 어렵다.

(라) 5번 표현

5번 표현은 전환권이 옵션으로서 갖는 의미를 이해시키기 위하여 도표의 형식으로 도식화한 것으로서, 도표의 크기나 선의 굵기, 행·열의 간격, 내용의 배열순서 등 그 표현방법이 이미 제한되어 있고, 따라서 그 도표의 표현형식에 있어 작성자의 창조적 개성이 드러나기 어려운바, 달리 위 도표부분에 원고의 어떠한 정신적 노력이 투영되어 있다거나, 창조적 표현을 구현한다고 보기도 어렵다.

(마) 6번 표현

6번 표현은 금리선물의 가격결정의 내용을 설명하면서 핵심적인 어구들을 선택하여 선을 사용하여 그 연관관계를 알기 쉽게 설명한 것이나, 비교서적이 저술되기 이전에 그 연관관계를 설명하는 유사한 표현이 이미 나와 있어 그 창작성을 인정하기 어렵다.

(바) 7번 표현

7번 표현은 금리스왑과 통화스왑의 계약설계에 대한 내용을 설명하는 것으로서 그 표현에 특별한 창작성을 인정하기 어렵고, 비교서적이 저술되기 이전에 외환론에 관한 미국의 대부분의 교과서에도 있는 내용으로 그 수치만 달라졌다고 하여 그 표현의 독창성을 인정하기 어렵다.

(사) 8번 표현

8번 표현은 VaR(Value at Risk)의 개념을 이해하는 데 필요한 정규분포의 내용을 설명하는 것으로서 예시된 그림은 J. Neter의 Applied Statistics에 나오는 3개의 그림을 하나로 합쳐놓은 것으로 개성의 제시여지가 없다 할 것이어서 그 표현의 창작성을 인정하기 어렵다.

(아) 9번 표현

9번 표현은 문제를 적시한 것이나, 이는 비교서적이 출판되기 이전에 출판된 Sharpe의 Investments에서 유래된 문제로 한국의 대부분의 재무관리 책에 있는 문제로 그 창작성을 인정하기 어렵다.

(자) 10번 표현

10번 표현은 2000년도 공인회계사 2차 시험에 출제된 문제의 해답으로서, 이는 비교서적이 출판되기 이전에 미국 CMA(certified management accountant) 시험의 기출문제의 해답으로, 그 표현형식은 사물의 논리성, 필연성 등에 의해서 정해져 있어 개성의 제시여지가 없으므로, 그 표현에 있어 창작성을 인정하기 어렵다.

(2) 별지2 일람표 비교서적의 창작성 인정 여부

(가) 1, 6, 7번 표현

1, 6, 7번 표현은 정형적인 수식에 대한 전개과정 즉 학술적인 내용을 설명하는 것으로 그 표현에 특별한 창작성을 인정하기 어렵다.

(나) 2, 3, 4번 표현

2, 3, 4번 표현은 포기옵션, 확장옵션, 연기옵션에 대한 개념 설명과

수식의 소개 및 이와 관련한 예제로서, 비교서적이 저술되기 이전에 출판된 김영규, 감형규 저술의 '재무관리'에 포기옵션 등에 대한 개념 설명과 수식의 소개 및 이와 관련한 예제가 나와 있는데, 2, 3, 4번 표현이 이전에 저술, 출판된 위 표현과 비교하여 이론전개 방식이나 서술내용에 있어서 창작성이 있다고 보기 어렵다.

(다) 5번 표현

5번 표현은 자본구조가 다른 두 회사에 대한 투자전략을 판단하기 위하여 판단에 필요한 자료를 표로 제공하여 설명하는 내용으로서, 비교서적이 저술되기 이전에 출판된 박정식, 박종원 저술의 '현대재무관리 연습'에 동일한 자료가 포함된 표를 이용하여 설명하는 유사한 표현이 나와 있어, 표를 통하여 자료를 제공하는 것을 특징으로 하는 5번 표현은 저작물이 저작되기 이전부터 사용되어 온 것이어서 창작성을 인정하기 어렵다.

다. 소결

그렇다면 별지1, 2 일람표의 각 비교서적의 각 해당부분은 모두 저작권법의 보호대상인 저작물로 보기 어렵다(원고가 피고를 상대로 제기한 저작권법위반 사건에서 피고에게 벌금이 선고된 사실은 앞서 본 바와 같으므로 이러한 사실은 특별한 사정이 없는 한 이 사건 민사재판에 있어서도 유력한 증거자료가 되나, 한편 민사재판에서 제출된 다른 증거내용에 비추어 형사판결의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다 할 것인바, 원고와 피고가 공인회계사 학원의 강사로서 앞서 본 각 저작물을 작성하게 된 경위와 시기에 비추어 보면 상호간에 각 저작물을 참조한 것으로 보이고, 원고와 피고가 서로 쌍방을 고소하였다가 피고는 약식명령을 수긍하여 벌금형이 확정되고, 원고는 이의제기와 항소를 거쳐 무죄판결을 받게 된 경위에다가 위에서 인정할 사실관계에 비추어 보면 위 약식명령의 사실판단은 그대로 받아

들이기 어렵다).

4. 결 론

그렇다면 별지1, 2 일람표의 각 비교서적이 저작물성이 있음을 전제로 한 원고의 본소청구와 피고의 반소청구는 나머지 점을 살필 필요 없이 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 박희승

17. 교과서 출판사의 내용 수정과 동일성유지권 침해 여부 - 금성출판사 역사교과서 사건

[개요]

원고들은 고등학교 한국 근·현대사 교과서의 공동저작자이고, 피고는 이 사건 교과서의 발행 및 발행대행을 하는 법인들이다. 교육과학기술부장관은 2008. 10. 30. 원고들이 저술한 교과서에 대해 일부 내용을 수정하라는 수정권고를 하였다. 원고들은 이에 반발하며 상당 부분 수용할 수 없다며 협조하지 않았다. 2008. 11. 26. 교육과학기술부의 검정취소 또는 발행정지가 예정된 수정지시가 내려지자 피고는 어쩔 수 없이 이 사건 교과서의 내용을 수정지시된 대로 수정하게 되었다. 이에 원고들은 피고가 임의로 수정하여 교과서를 인쇄 및 배포하였는바, 이는 원고들의 위 서적에 관한 동일성유지권을 침해하는 위법한 행위라고 주장하면서 저작권법 제123조와 제125조에 따라 침해의 정지 및 손해배상을 구하였다.

1심에서는 피고의 동일성유지권 침해를 인정하였다. 본 사안은 저작권법 제13조 제2항 제1호와 제3호의 동일성유지권 제한 사유에 해당되지 않으며, '교과용도서에관한 규정'의 교육과학기술부장관 수정 명령과 검정 합격 취소, 발행 정지 관련 조문 역시 저작자와 발행자 사이의 동일성유지권의 제한 규정이라고 볼 수 없다고 하였다. 아울러 계약서의 '교육과학기술부로부터의 지시가 있을 경우 원고들의 교과서 수정을 위한 자료 제공 등의 협조의무'나 교육과학기술부장관의 지시사항을 성실히 이행하기로 하는 동의서를 제출한 사실 등으로 동일성유지권의 제한에 대한 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 존재한다고 보기 어렵다고 하여 손해배상책임을 인정하였다.

그러나 항소심에서는 피고 패소 부분을 취소하고 그에 해당하는 원고

들의 청구를 기각하였다(서울고등법원 2010. 8.25. 선고 2009나92144 판결). 피고의 행위는 교육과학기술부장관의 이 사건 수정지시를 그대로 따른 것이어서 피고가 임의로 이 사건 교과서를 수정한 것이 아니며, 원피고간 계약서와 동의 내용을 살펴보건대 원고들은 이 사건 출판계약 및 검정신청 당시의 동의를 통해 이 사건 교과서에 관하여 교육과학기술부장관의 적법한 수정지시가 있을 경우에는 그 수정지시에 따르기로 동의하였음을 인정할 수 있고, 피고들은 교육과학기술부장관의 적법한 이 사건 수정지시에 따라 이 사건 교과서를 수정하여 발행·배포한 이상, 피고들의 이 사건 교과서의 수정과 그 발행·배포행위로 인하여 원고들의 저작인격권이 침해되었다고 할 수 없다고 하여 원고들의 침해중지 및 손해배상청구를 모두 받아들이지 않았다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2010. 8. 25. 판결 2009나92144
【저작인격권 침해정지】

원고, 피항소인 1. 김○○
2. 홍○○
3. 김○○
4. 이○○
5. 남○○
원고들 소송대리인 법무법인 한울 담당변호사
김도형, 이혁

피고, 항소인 1. 주식회사 ○○

2. 사단법인 ○○○○

피고들 소송대리인 법무법인 화우 담당변호사
이근우, 박영립

원심판결	서울중앙지방법원 2009. 9. 2. 선고 2009가합7071 판결
변론종결	2010. 7. 21.
판결선고	2010. 8. 25.

주 문

1. 제1심 판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고들의 청구를 기각한다.

2. 소송총비용은 원고들이 부담한다.

청구취지

1. 별지1 '교과서의 표시' 기재 서적에 대하여,

가. 피고 주식회사 ○○(이하 피고 ○○로 약칭한다)는 발행 및 판매·배포를 하여서는 아니되고,

나. 피고 사단법인 ○○○○(이하 피고 사○○○로 약칭한다)는 발행업무 대행을 중단하라.

2. 피고 주식회사 ○○는 원고들에게 각 3,000만 원과 각 이에 대하여 이 사건 2009. 4. 27.자 변경신청서 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 당사자들의 주장

원고들은, 원고들 및 남○○은 별지1 '교과서의 표시' 기재 고등학교 한국 근·현대사 교과서(이하 '이 사건 교과서'라고 한다)의 공동저작자이고, 피고들은 이 사건 교과서의 발행 및 발행대행을 하는 법인들인데, 피고 ○○는 원고들 의사에 반하여 이 사건 교과서를 별지2 '임의수정 사항' 기재와 같이 수정하고, 피고 사○○○는 위와 같이 수정된 교과서의 발행업무를 대행하여 인쇄·배포함으로써 원고들의 이 사건 교과서에 대한 저작인격권 중 동일성유지권을 침해하였으므로, 피고들은 그 침해를 중지하고 원고들에게 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 주장한다.

이에 대하여 피고들은, ① 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의로 행사되어야 하는데(저작권법 제15조 제1항), 이 사건 소 중 침해중지를 구하는 부분은 공동저작자 6인 가운데 남○○이 제외되어 저작자 전원의 합의에 의한 적법한 저작인격권의 행사라고 할 수 없고, ② 피고 ○○가 이 사건 교과서를 수정한 것은 초·중등교육법 제29조제2항의 위임에 따라 규정된 교과용도서에관한규정 제26조 제1항에 의한 교육과학기술부장관의 수정지시에 따른 것으로, 원고들은 이 사건 교과서에 관한 출판계약에서 교육과학기술부장관의 수정지시를 따르겠다고 약정하는 한편, 그와 별도로 수정지시를 성실히 이행하겠다는 취지의 동의서까지 제출하였으므로, 피고 ○○의 이 사건 교과서 수정 및 피고 사○○○의 이 사건 교과서 발행은 저작인격권의 제한사유에 해당하거

나 원고들이 수인하기로 한 것이어서 저작인격권 침해가 되지 않는다고 주장한다.

2. 인정 사실

【증거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을 제1, 2, 4, 6, 13호증(가지번호 포함)의 기재

가. 원고들 및 남○○은 이 사건 교과서의 공동저작자이고, 피고 ○○는 이 사건 교과서의 발행인, 피고 사○○○는 이 사건 교과서를 포함한 중·고등학교 검정교과서 출판사들의 검정교과서 인쇄 및 배포 등 발행업무를 대행하는 법인이다.

나. 원고들 및 남○○은 2001. 3. 24. 피고 ○○와 사이에 이 사건 교과서 저작 및 출판과 관련하여 다음과 같은 내용의 출판계약을 체결하였다(이하 '이 사건 출판계약'이라고 한다).

(1) 원고들 및 남○○은 교육부(현재의 교육과학기술부, 이하 교육과학기술부로 통칭한다)의 검정교과서 7차 교육과정에 따라 이 사건 교과서 및 지도서의 원고를 작성하여 검정 출원 마감 4개월 전까지 피고 ○○에게 인도하고(제1항), 피고 ○○는 원고들 및 남○○이 인도한 원고 및 자료를 이용하여 소정의 절차에 따라 이 사건 교과서 및 지도서의 검정본을 제작하여 검정신청을 한다(제4항).

(2) 원고들 및 남○○은 교육과학기술부로부터 이 사건 교과서 및 지도서에 대한 수정·개편 지시가 있을 때에는 소정 기일 안에 수정·개편 작업을 완료할 수 있도록 수정·개편을 위한 원고 및 자료를 피고 ○○에게 인도하여야 하고, 피고 ○○는 원고들 및 남○○의 요구와 교육과학기술부 지시에 따라 이 사건 교과서 및 지도서의 내용을 소정 기일 안에 수정·개편하여야 한다(제6항).

다. 원고들 및 남○○은 이 사건 출판계약이 체결된 이후인 2001. 12.

8. 한국교육과정평가원에 교과서 검정신청을 하면서 “교과용 도서의 원활한 발행·공급과 교육 부조리 방지를 위한 교육과학기술부장관의 지시사항을 성실히 이행할 것”에 동의하기로 하는 동의서를 제출하였다.

라. 교육과학기술부장관은 2008. 10. 30. 피고 사○○○에게 이 사건 교과서를 포함한 한국 근·현대사 검정교과서들에 대하여 일부 내용을 수정하라는 내용의 수정권고를 하고, 피고 ○○는 그 권고사항을 원고들에게 전달하였는데, 원고들은 그 수정권고 사항 중 수용 가능한 사항과 불가능한 사항을 구분하여 상당수 항목에 관하여 수정권고를 수용할 수 없다는 의견을 제시하였다.

마. 그 후 교육과학기술부장관은 2008. 11. 26. 피고 사○○○를 통해 피고 ○○에게 이 사건 교과서 중 일부 내용을 별지3-1 ‘검정도서 수정지시’ 중 ‘교과부 수정지시’란 기재와 같이 수정하고 그 수정·보완 내역을 2008. 11. 28.까지 제출하도록 지시하였다(갑 제4호증, 다만 이 서증에는 같은 별지의 순번 20의 일부 내지 순번 24의 일부는 첨부되어 있지 않다). 피고 ○○는 교육과학기술부장관의 수정지시에 따라 이 사건 교과서 내용을 수정하였지만, 별지3-1 ‘검정도서 수정지시’의 순번 10의 내용은 수정지시 사항이 구체적으로 명시되어 있지 않아 교육과학기술부와 협의를 거친 후 별지3-2 ‘검정도서 수정지시 후속조치’ 기재와 같은 내용으로 이 사건 교과서 내용을 수정하여 그 수정사항을 교육과학기술부장관에게 제출하였고, 교육과학기술부 장관은 2008. 12. 1. 수정지시 후속조치 사항에 대하여 역사교과서전문가협의회의 자문을 거친 후 2008. 12. 20. 피고 ○○의 이 사건 교과서 발행을 승인하였다(을 제13호증의 1, 이하 수정지시 및 그 후속조치에 의한 수정지시를 합하여 ‘이 사건 수정지시’라고 한다).

바. 그 후 피고들은 이 사건 수정지시 내용과 같이 수정된 이 사건 교과서를 발행·배포하였다.

3. 이 사건 소 중 침해중지청구 부분의 적법 여부

공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다(저작권법 제15조 제1항).

공동저작물인 이 사건 교과서의 공동저작자 6인 가운데 남○○을 제외한 5인만이 이 사건 교과서에 대한 저작인격권 침해를 주장하며 이 사건 소를 제기하기는 하였으나, 갑 제10호증의 기재에 따르면 남○○이 이 사건 소 제기 이후인 2009. 4. 10. 저작권행사에 관하여 그 대표저작자로 원고 김○○을 선임한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 공동저작물의 저작인격권 행사와 관련하여 공동저작자인 남○○의 합의가 있었다고 할 것이다.

따라서 이 사건 소 중 침해중지청구 부분이 적법하지 않다는 취지의 피고들의 주장은 이유 없다.

4. 저작인격권 침해 여부

저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가지므로(저작권법 제13조 제1항), 저작자의 허락 없이는 저작물의 내용을 수정·변경할 수 없는데, 인정 사실에 따르면, 원고들이 이 사건 교과서의 공동저작자로서 그 내용을 수정할 수 없음을 밝혔는데도 피고들이 이 사건 교과서의 내용을 수정하여 이를 발행·배포한 사실은 인정된다.

그러나 다음에서 보는 이유로 피고들의 이 사건 교과서 수정발행행위가 원고들의 저작인격권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

먼저, 원고들은 피고 ○○가 이 사건 교과서를 별지2 '임의수정 사항' 기재와 같이 임의로 수정하였다고 주장하나, 인정 사실에 나타난 바와 같이 피고들의 이 사건 교과서 수정은 교육과학기술부장관의 이 사건 수정지시를 그대로 따른 것이어서 피고 ○○가 임의로 이 사건 교과서

를 수정했다고 할 수 없다.

다음으로, 인정 사실에 따르면, 원고들은 이 사건 출판계약을 통해 피고 ○○와 사이에 교육과학기술부로부터 이 사건 교과서에 대한 수정·개편 지시가 있을 때에는 소정 기일 안에 수정·개편 작업을 완료할 수 있도록 수정·개편을 위한 원고 및 자료를 피고 ○○에게 인도하기로 약정하는 한편, 이 사건 출판계약이 체결된 이후에 교과서 검정신청을 하면서 "교과용 도서의 원활한 발행·공급과 교육 부조리 방지를 위한 교육과학기술부장관의 지시사항을 성실히 이행할 것"에 동의하였음을 알 수 있다. 이와 관련하여 초·중등교육법 제29조 제2항의 위임에 따라 제정된 교과용도서에관한규정 제26조 제1항은 교육과학기술부장관은 교과용도서의 내용을 수정할 필요가 있다고 인정될 때에는 검정도서의 경우에는 저작자 또는 발행자에게 수정을 명할 수 있다고 규정하고 있고, 제38조 제1호는 교육과학기술부장관은 검정도서가 저작자 또는 발행자가 이 규정 또는 이 규정에 의한 명령에 위반하였을 때에는 그 검정의 합격을 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 발행을 정지시킬 수 있고 당해 교과용도서의 저작자에게 발행권 설정의 변경을 명할 수 있다고 규정하고 있으므로(이 사건 출판계약 및 원고들의 동의가 있던 무렵에는 2002. 6. 저작권법. 대통령령 17634호로 전부 개정되기 전의 교과용도서에관한규정 제47조 제1호가 적용되나, 그 내용은 현행 규정과 대동소이하다), 이와 같은 관련 규정, 이 사건 출판계약 및 원고들의 동의 내용에 비추어 볼 때, 원고들과 피고 ○○는 이 사건 출판계약 및 검정신청 당시에 교육과학기술부장관이 교과용도서에관한규정에 근거하여 검정도서의 저작자 또는 발행자에게 검정도서에 대한 수정지시를 할 수 있고, 만일 그 수정지시를 이행하지 않을 경우에는 검정의 합격이 취소되어 이 사건 교과서의 발행 자체가 무산될 수 있다고 하는 점을 충분히 인식한 상태에서, 저작자 또는 발행자 일방의 비협조로 인하여 수정이 이루어지지 않음으로 인하여 이 사건 교과서의 발행이 무산되는 일이 발생하지 않도록 이 사건 출판계약에서 교육과학기술부장관의 수정명령을 성실하게 이행하기로 약정하고, 나아가 검정신청을 하는 단계에

서 동의서 제출을 통해 이러한 의사를 한 번 더 확인하였던 것으로 보인다.

결국, 원고들은 이 사건 출판계약 및 검정신청 당시의 동의를 통해 이 사건 교과서에 관하여 교육과학기술부장관의 적법한 수정지시가 있을 경우에는 그 수정지시에 따르기로 하였고, 피고들은 교육과학기술부장관의 적법한 이 사건 수정지시에 따라 이 사건 교과서를 수정하여 발행·배포한 이상, 피고들의 이 사건 교과서의 수정과 그 발행·배포행위로 인하여 원고들의 저작인격권이 침해되었다고 할 수 없으므로, 원고들의 침해중지 및 손해배상청구는 모두 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면, 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이유 없어 이를 모두 기각할 것인데, 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 피고들의 항소를 받아들여 제1심 판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고 그에 해당하는 원고들의 청구를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이기택
판사 함석천
판사 김동규

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2009. 9. 2. 판결 2009가합7071
【저작인격권 침해정지】

원　　고　　1. 김○○
2. 홍○○
3. 김○○
4. 이○○
5. 남○○
원고들 소송대리인 법무법인 한울
담당변호사 김도형

피　　고　　1. 주식회사 ○○
2. 사단법인 ○○○
서울 강서구 ○○
대표자 이사 김○○
피고들 소송대리인 법무법인 화우
담당변호사 이근우

변론종결　　2009. 8. 19.

판결선고　　2009. 9. 2.

주　　문

1. 피고들은 별지 2 목록 '임의수정사항'의 각 기재와 같이 수정된 별지 1 목록 서적에 대하여 발행·판매 및 배포를 하여서는 아니된다.

2. 피고 ○○는 원고들에게 각 4,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 2009. 3. 31.부터 2009. 9. 2.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

3. 원고들의 피고들에 대한 각 나머지 청구를 기각한다.

4. 소송비용 중 2/5는 원고들이, 나머지는 피고들이 각 부담한다.

5. 제1, 2항은 가집행할 수 있다.

청구취지

주문 제1항[1] 및 피고들은 연대하여 원고들에게 각 30,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제2 내지 7호증, 을 제1 내지 5호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

---

1) 원고들은 2009. 4. 27.자 청구취지 변경신청서에서, 청구취지 제1항을 '별지 목록 기재 서적에 대하여, 가. 피고 주식회사 ○○는 발행 및 판매·배포를 하여서는 아니되고, 나. 피고 사단법인 ○○○는 발행업무 대행을 중단하라'고 구하였으나, 판결이유에서 보는 바와 같이 저작권법은 출판물의 '발행업무 대행'에 관한 구체적 태양을 규정하고 있지 아니하고 있으며, 피고 사단법인 ○○○는 이 사건 교과서의 인쇄, 제본 등의 발행업무와 배포업무를 담당하고 있으므로 이와 같은 사정들을 참작하여 원고들의 청구취지 제1항을 주문 제1항과 같이 선해함이 상당하다 할 것이다.

가. 원고들 및 소외 남○○은 별지 제1 목록에 기재된 '고등학교 한국 근·현대사'교과서(이하 '이 사건 교과서'라고 한다)의 공동저작자들(대표저작자는 원고 김○○이다)이고, 피고 주식회사 ○○(이하 '피고 ○○'라고 한다)는 이 사건 교과서의 발행인, 피고 사단법인 ○○○(이하 '피고 ○○'라고 한다)는 이 사건 교과서를 포함한 중·고등학교 검정교과서 발행 조합 출판사들의 검정교과서의 발행업무(구체적으로는 인쇄, 제본 및 배포 업무를 의미한다)를 대행하는 법인이다.

나. 원고들 및 소외 남○○은 2001. 3. 24. 피고 ○○와 사이에 다음과 같은 내용의 출판계약(이하 '이 사건 출판계약'이라고 한다)을 체결하였으며, 그 주된 내용은 다음과 같다.

다 음

○ 갑(원고들 및 소외 남○○)은 교육부의 검정교과서 7차 교육과정에 따라 본 교과서 및 지도서의 원고를 작성하여 검정 출원 마감 4개월 전까지 을(피고 ○○)에게 인도하여야 한다(제1항).

○ 을은 갑이 인도한 원고 및 자료를 이용하여 소정의 절차에 따라 본 교과서 및 지도서의 검정본을 제작하여 검정신청을 한다(제4항).

○ 갑은 교육부로부터 본 교과서 및 지도서에 대한 수정·개편 지시가 있을 때에는 소정 기일 안에 수정·개편 작업을 완료할 수 있도록 수정·개편을 위한 원고(原稿) 및 자료를 을에게 인도하여야 하며, 을은 갑의 요구와 교육부 지시에 따라 본 교과서 및 지도서의 내용을 소정기일 안에 수정·개편하여야 한다(제6항).

다. 교육과학기술부장관은 2008. 10. 30. 피고 ○○에게 이 사건 교과서를 포함한 한국 근·현대사 검정교과서들에 대하여 일부 내용을 수정하라는 내용의 수정권고를 하였는데 원고들은 피고 ○○를 통하여 위 수정권고 사항 중 수용 가능한 사항과 불가능한 사항을 구분하여 상당수 항목에 관하여 수정권고를 수용할 수 없다는 의견을 제시하였고, 교

육과학기술부장관은 2008. 11. 26. 피고 ○○에게 36개 항목에 관한 수정지시를 하였다.

라. 피고 ○○는 2008. 12. 3. 위 수정지시에 따라 교육과학기술부장관에게 '검정도서 수정·보완 대조표'를 제출하였고, 같은 달 9. 원고 김○○에게 '피고 ○○는 교과용 도서에 관한 규정 제26조 등에 따라 교과서 수정지시를 성실히 이행할 의무가 있는바, 별첨 수정·보완 대조표를 검토하고 같은 달 12.까지 수정가능성 및 구체적 내용에 대해 답변해달라'는 통지서를 보냈으나, 원고 김○○은 같은 달 12. 피고 ○○에게 원고들의 동의 없이 이 사건 교과서의 내용을 수정하지 말 것을 통지하였다.

마. 그러나 피고 ○○는 원고들의 동의 없이 교육과학기술부장관에게 이 사건 교과서의 수정·보완 내역을 제출하였고, 교육과학기술부장관으로부터 이를 승인받았다. 피고 ○○는 피고 ○○를 통해 위 장관에게 가쇄본을 제출한 뒤 위 장관으로부터 인쇄승인을 받았으며, 피고 ○○는 별지 2 목록 기재와 같이 수정된 이 사건 교과서를 인쇄하여 각 학교에 배포하였다.

2. 주장 및 판단

가. 주장

1) 원고들의 주장

원고들은 이 사건 교과서의 공동저작자로서 저작권법 제13조 제1항에 기한 저작인격권인 동일성유지권을 가지는데, 피고 ○○가 원고들의 의사에 반하여 위 서적을 별지 제2목록 기재 '임의수정 사항'란 기재와 같이 수정하였고, 피고 ○○는 위와 같이 수정된 교과서를 인쇄 및 배포하였는바, 이는 원고들의 위 서적에 관한 동일성유지권을 침해하는 위

법한 행위이므로 저작권법 제123조에 따라 침해의 정지 및 같은 법 제1 저작권법조에 의한 손해배상을 구한다.

2) 피고들의 주장

① 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의로 행사되어야 하는데(저작권법 제15조 제1항), 이 사건 소 중 침해정지를 구하는 부분은 공동저작자 6인 중 남○○이 제외된 채 이루어진 것이어서, 저작자 전원의 합의에 의한 적법한 저작인격권의 행사가 아니고, ② 별지 2 목록 '임의수정 사항'란의 각 기재와 같이 수정된 이 사건 교과서는 이미 각 학교에 배포되어 수업에 사용 중이므로 이 사건 교과서를 회수하거나 그 사용을 금지하는 것은 권리보호의 이익이 없으며, ③ 이 사건 교과서는 교과용도서로서 학교교육 목적으로 이용되는 것으로서 저작권법 제13조 제2항 제1호, 제3호에 의하여 학교교육 목적상 부득이하거나 저작물의 성질이나 이용 목적 등에 비추어 부득이한 경우에 해당하여 동일성유지권이 제한되거나, 초·중등교육법 제29조 제2항의 위임에 따라 규정된 교과용도서에관한규정 제26조 제1항은 교육과학기술부장관이 검정도서의 발행자나 저작자에게 수정을 명할 수 있다고 규정하고 있어 위와 같은 수정명령의 범위 안에서는 저작자의 동일성유지권이 제한되고, ④ 원고들은 피고 ○○와 사이에 이 사건 출판계약을 체결하면서 교육과학기술부장관의 수정·개편 지시가 있을 때에는 원고들이 수정·개편을 위한 원고들과 자료를 피고 ○○에게 인도하기로 약정(위 계약 제6항)하였고, 한국교육과정평가원에 교과서 검정신청을 하면서 교육과학기술부장관의 지시사항을 성실히 이행하기로 하는 동의서를 제출하였으므로, 원고들이 피고 ○○에 대해 이 사건 교과서의 수정의무를 부담하는 이상 피고 ○○가 이 사건 교과서를 수정하는 것이 원고들의 동일성유지권을 침해하지 아니한다.

나. 이 사건 소 중 침해정지청구의 적법 여부

1) 공동저작자의 일부에 의한 침해정지청구권의 행사 가부

저작권법 제15조 제1항은 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다고 규정하고 있으나, 이는 그 저작인격권을 행사하는 것(예컨대, 서적의 공동저작자들이 어느 출판사를 통하여 그 서적을 출판할 것인가 하는 공표권의 행사나 그 서적의 저자 표시방법 등에 관한 성명표시권 등을 행사함에 있어 저작자 전원의 합의가 필요하다)에 대한 제한 규정일 뿐, 저작인격권에 대한 침해에 있어 그 침해정지청구권을 행사함에 있어서도 공동저작자 전원의 합의가 필요하다는 취지는 아니다(서울고등법원 1998. 7. 15. 선고 98나1661 판결 등 참조).

따라서, 공동저작자의 일부 또는 그 중 1인이라도 저작권법 제129조에 기하여 같은 법 제123조가 정하고 있는 저작권의 침해정지청구권을 행사할 수 있다 할 것이므로, 원고들이 이 사건 교과서의 공동저작자 중 일부에 불과하여 이 사건 소 중 침해정지를 구하는 부분이 적법하지 아니하다는 피고들의 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 침해정지청구의 권리보호이익 인정 여부

원고들은 피고들에 대하여 별지 2 목록 '임의수정 사항'란의 기재와 같이 수정된 이 사건 교과서를 발행·판매 및 배포하지 말 것을 청구(저작권법 제123조 제1항)를 하고 있을 뿐, 이미 배포된 교과서를 회수하거나 그 사용을 금지시키는 청구(저작권법 제123조 제2항)를 하고 있지 아니하므로, 원고들의 청구를 '이미 배포된 교과서를 회수하거나 그 사용을 금지시키는 청구'로 해석하는 전제에 선 피고들의 주장은 이유 없다.

다. 동일성유지권의 침해 여부

앞서 인정한 기초사실에 의하면 원고들의 이 사건 교과서 수정 거부의사표시에도 불구하고 피고 ○○가 위 교과서를 수정하고, 피고 ○○

가 위 교과서를 인쇄·배포한 사실이 인정되는바, 저작권법과 기타 규정, 당사자의 약정 등에 의하여 위 교과서에 관한 원고들의 동일성유지권이 제한되지 않는 이상 피고들의 이와 같은 행위는 원고들의 동일성유지권의 침해에 해당된다 할 것이다. 그렇다면 이하에서는 저작권법과 기타규정, 당사자의 약정 등에 의하여 위 교과서에 관한 원고들의 동일성유지권이 제한되는지 여부를 살펴보기로 한다.

1) 검정교과서에 대한 동일성유지권이 법령상 제한되는지 여부

가) 저작권법 제13조 제2항 제1호에 의하면 '저작권법 제저작권법조의 규정에 따라 저작물을 이용하는 경우에 학교교육 목적상 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 표현의 변경에 대하여는 저작자가 이의할 수 없다'고 규정되어 있는데, 위 규정은 저작권법 제저작권법조에 따라 학교의 교육 목적상 필요한 교과용도서에 '공표된 저작물'을 게재할 경우 등에 있어 그 '공표된 저작물'의 내용을 변경할 때 적용될 수 있는 규정임이 문언상 명백하므로, 교과용도서 자체를 수정할 때 위 규정을 근거로 동일성유지권이 제한된다고 볼 수는 없다.

나) 또한, 저작권법 제13조 제2항 제3호에 의하면 '그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경에 대하여는 저작자가 이의할 수 없다'고 규정되어 있는데, 위 규정은 저작자의 동일성유지권을 제한할 수 있는 포괄적인 규정이므로, 위 규정은 사회통념상 부득이하다고 인정되는 경우(예컨대, 복제 등을 위한 기술적 수단의 부족으로 부득이 동일성유지권이 침해될 수밖에 없는 경우 등)에 있어 필요한 최소의 범위내에서 그 변경을 허용하는 것으로 해석하는 것이 상당한바, 교과용도서가 학교의 교육목적으로 사용된다는 이유만으로 위 규정에 근거하여 저작자의 발행인에 대한 동일성유지권의 행사가 제한된다고 해석하기는 어렵다.

다) 또한, 초·중등교육법 제29조 제2항의 위임에 따라 규정된 교과용도서에관한규정 제26조 제1항은 '교육과학기술부장관이 교과용도서의 내용을 수정할 필요가 있다고 인정될 때에는 검정도서의 경우에는 저작

자 또는 발행자에게 수정을 명할 수 있다'고 규정하고 있으나, 위 규정은 '교육과학기술부장관'과 '저작자 또는 발행자' 사이의 행정적 관계에 관한 규정으로 저작자나 발행자가 수정명령을 위반하면 교육과학기술부장관이 같은 규정 제38조 제1호에 의하여 검정합격의 취소나 발행정지를 명할 수 있는 근거가 될 수는 있지만, 저작자와 발행자 사이의 동일성유지권의 제한 규정이 된다고 볼 수는 없다.

따라서, 이 사건 교과서가 교과용도서이기 때문에 위와 같은 법령의 규정상 당연히 동일성유지권이 제한된다는 피고들의 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 출판계약 등에 의하여 동일성유지권이 제한되는지 여부

동일성유지권은 저작인격권의 지분권으로서, 합의나 약정에 의하여 저작인격권이 제한되려면 당사자 사이에 그와 같은 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 존재하여야 것이다.

먼저 원고들과 피고 ○○ 사이에 이 사건 출판계약에 의해 원고들의 동일성유지권을 제한할 수 있는 의사의 합치가 존재하는지 여부를 살피건대, 을 제1호증의 기재에 의하면 원고들과 피고 ○○는 2001. 3. 24. 이 사건 출판계약 제6항에서, '원고들은 교육부로부터 본 교과서 및 지도서에 대한 수정·개편의 지시가 있을 때에는 소정 기일 안에 수정·개편 작업을 완료할 수 있도록 수정·개편을 위한 원고(原稿) 및 자료를 피고 ○○에게 인도하여야 하며, 피고 ○○는 원고들의 요구와 교육부의 지시에 따라 본 교과서 및 지도서의 내용을 소정 기일 안에 수정·개편하여야 한다'고 약정한 사실을 인정할 수 있는바, 위 출판계약 제6항의 전단은 '교육부로부터의 지시가 있을 경우 원고들의 교과서 수정을 위한 자료 제공 등의 협조의무'를, 후단은 '원고들의 요구와 교육부 지시에 따라 교과서의 내용을 소정기일 안에 수정·개편하는 피고 ○○의 의무'를 각 규정한 것으로서, 후단에서의 '원고들의 요구'라 함은 '원고들이 피고 ○○에 대하여 교과서 수정을 위한 자료 등을 제공하면서 그 자료의 내용으로 수정해줄 것을 요구하는 의사표시'로 해석함이 상당하므로, 원고들이 피고 ○○에게 이 사건 교과서의 수정에 필요한 자료를

제공하면서 그 내용대로 수정하여 출판할 것을 요구하지 아니한 이상 피고 ○○가 위 조항을 근거로 임의로 이 사건 교과서를 수정할 수 있다고 보기 어렵다.

다음으로 원고들과 피고 ○○ 사이에 이 사건 출판계약 이후 원고들의 동일성유지권을 제한할 수 있는 묵시적인 의사의 합치가 존재하는지 여부에 관하여 살피건대, 을 제2호증의 3의 기재에 의하면, 원고들은 이 사건 출판계약에 체결된 이후인 2001. 12. 8. 한국교육과정평가원에 교과서 검정신청을 하면서 교육과학기술부장관의 지시사항을 성실히 이행하기로 하는 동의서를 제출한 사실은 인정되나, 이는 한국교육과정평가원에 대한 "원고들과 피고 ○○는 교과서 출판과 관련하여 교육과학기술부장관의 지시사항을 성실히 이행하겠다"는 의사를 표시한 것일 뿐 원고들과 피고 ○○ 사이에 원고들의 동일성유지권을 제한할 수 있는 묵시적 약정이 포함되었다고는 볼 수는 없고, 오히려 갑 제5 내지 7호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 출판계약 체결 이후인 교육과학기술부장관은 2008. 10. 30. 피고 ○○에게 이 사건 교과서를 포함한 한국 근·현대사 검정교과서들에 대하여 일부 내용을 수정하라는 내용의 수정권고를 하였는데 원고들은 피고 ○○를 통하여 위 수정권고 사항 중 상당수 항목을 수정할 수 없다는 의견을 표시한 점, 이에 교육과학기술부장관은 2008. 11. 26. 피고 ○○에게 36개 항목에 관한 수정지시를 하였고, 피고 ○○는 2008. 12. 3. 위 수정지시에 따라 교육과학기술부장관에게 '검정도서 수정·보완 대조표'를 제출한 뒤 같은 달 9. 원고 김○○에게 '피고 ○○는 교과용도서에 관한 규정 제26조 등에 따라 교과서 수정지시를 성실히 이행할 의무가 있는바, 원고들이 별첨 수정·보완 대조표를 검토하고 같은 달 12.까지 수정가능성 및 구체적 내용에 대해 답변해달라'는 내용의 통지서를 보낸 점, 원고 김○○은 같은 달 12. 피고 ○○에게 '원고들의 동의 없이 이 사건 교과서의 내용을 수정하지 말 것'을 통지한 점 등이 인정되는바, 위 각 사정에 비추어보면 위 출판계약 이후 원고들과 위 피고 사이에 동일성유지권 제한의 합의가 있었다거나

원고들이 위 피고에 대하여 위 피고의 임의수정에 묵시적인 동의를 하였다고 볼 수도 없다.

따라서 원고들이 피고 ○○에 대하여 교육과학기술부장관의 수정지시 또는 수정명령을 성실하게 이행하기로 할 채무가 있다는 사실은 별론으로 하더라도, 원고들이 이 사건 교과서의 수정·개편의무를 이행하지 않을 경우에 위 출판계약 제6항 등에 근거하여 피고 ○○가 임의로 이 사건 교과서를 수정할 수 있다고 보기는 어려우므로 당사자 사이의 약정에 의해 원고들의 동일성유지권이 제한된다는 피고들의 위 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서 피고 ○○가 원고들의 동의나 승낙 없이 이 사건 교과서를 임의로 수정하여 피고 ○○를 통해 발행·판매 및 배포하는 행위는 원고들의 동일성유지권을 침해하는 행위라고 할 것이므로, 피고들은 별지 2 목록 기재 '임의수정사항'란과 같이 수정된 별지 1 목록 기재 서적에 대하여 발행·판매 및 배포를 하여서는 아니된다(피고 ○○는, 위 피고와 이 사건 교과서의 수정작업에 실질적으로 관여한 바가 없으므로 위 피고에 대한 침해정지청구가 기각되어야 한다는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 위 피고가 원고들의 동의 없이 임의로 수정된 이 사건 교과서를 발행·판매 및 배포하는 이상 위 피고가 이 사건 교과서의 수정작업에 실질적으로 관여하였는지 여부와 관계없이 원고들의 동일성유지권을 침해하고 있다 할 것이어서 위 피고의 위 주장은 이유 없다).

마. 손해배상책임의 발생 및 범위

1) 피고 ○○가 이 사건 교과서의 공동저작자인 원고들의 동의나 승낙 없이 이 사건 교과서를 수정하여 발행·판매 및 배포를 함으로써 그 저

작인격권인 동일성유지권을 침해당하여 정신적 고통을 받았음은 경험칙상 명백하므로, 피고 ○○는 원고들에게 이로 인한 정신적 손해를 배상할 의무가 있다 할 것인바, 이 사건 교과서의 수정된 범위와 정도, 이 사건 출판계약상 원고들의 피고 ○○에 대한 수정·개편 의무가 존재하는 점, 이 사건 교과서가 교과서로 사용된 2003.경부터 매년 수정이 행해져온 점, 원고들이 수정권고에 대하여 반발하자, 피고 ○○는 수정권고를 받아들이지 않았던 상황에서 교육과학기술부의 검정취소 또는 발행정지가 예정된 수정지시가 내려지자 어쩔 수 없이 이 사건 교과서의 내용을 그와 위 수정지시된 대로 수정한 점, 기타 이 사건변론에 나타난 제반 사정을 고려하면, 피고 ○○는 동일성유지권의 침해에 대한 위자료로 원고들에게 각 4,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 이 사건 청구취지 및 원인변경신청서가 위 피고에게 도달된 다음날인 2009. 3. 31.부터 위 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 사건 판결선고일인 2009. 9. 2.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있다.

2) 그러나 피고 ○○의 경우 이 사건 교과서의 수정에 관여한 바 없으므로 동일성유지권 침해에 대한 고의 또는 과실이 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 원고들의 위 피고에 대한 정신적 손해배상청구는 모두 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고들의 피고들에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이성철

판사 김정일

판사 왕지훈

[별지] 생략

18. 상표 도안의 저작물성 인정 여부 - 청바지 에비수 갈매기 문양사건

[개요]

〈사실관계 및 경과〉

(1) 원고는 일본인 및 일본법인으로 데님(비교적 두꺼운 면직물의 일종)을 이용한 빈티지 스타일 청바지를 제조판매하면서, 일본의 전통신인 에비수 등을 형상화한 도안들을 만들어 청바지에 이용하였다.

(2) 피고는 국내에서 의류 도소매업 및 액세서리 제조업 등을 하는 회사로서 의류, 패션쇼 및 카탈로그 등에 원고의 도안의 일부를 이용하였다. 이에 원고는 원고의 도안을 무단 이용한 것은 원고의 저작권을 침해한 것이라고 주장하면서 소송을 제기하였다.

(3) 원심은 원고가 주장하는 5가지 도형 중 4가지 도형은 창작성이 있다고 보아 저작물성을 인정하여 저작권 침해금지 및 폐기청구와 손해배상청구를 일부 인용하였으나, 나머지 1가지 도형과 관련하여서는 창작성을 인정하지 않았다.

〈항소심 판단요지〉

(1) 항소심은 원심의 판단과 달리, 아래와 같이 원고가 만든 도안들의 저작물성을 모두 부정하여 원고들의 청구를 기각하였다.

(2) ""은 하나의 선으로 이루어진 도형으로서, 선의 왼쪽과 오른쪽에 각각 돌출부(산봉우리처럼 볼록하게 튀어나온 부분)가 형성되어

있고 왼쪽 돌출부가 오른쪽 돌출부 보다 위로 더 볼록하게 솟아 있어 도형의 왼쪽과 오른쪽이 비대칭을 이루고 있다. 그러나 위 도형은 왼쪽 돌출부와 오른쪽 돌출부의 높이 차이나 선의 양끝이 구부러진 정도 등에 따라 다양한 형태로 변형될 수 있는바, 〈중략〉 돌출부 간의 높이 차이에 정형화된 비율이 있지 않은 것으로 보이고, 위 도형 자체만으로는 의미하는 바가 분명하지 아니하여 굴곡부를 가진 하나의 선으로 이루어진 다른 도형들과 구별되는 고유한 의미가 담겨져 있는 것으로 보기도 어려우므로 창작성이 인정된다고 볼 수 없다

(3) “

”는 일본의 전통신인 에비수의 형상 밑에 에비수의 영어철자인 ‘EVIS’를 결합한 것인데, 〈중략〉 에비수 신의 형상 부분은 원고가 창작하기 이전부터 일본 오사카에 위치한 이마미야 에비수 신사의 축제나 그 홍보물 등에서 널리 사용되는 에비수 신의 형상과 실질적으로 동일한 사실을 인정할 수 있고, “EVIS”는 에비수 신의 영어철자에 불과하므로, 위 에비수 신의 형상과 “EVIS”를 결합한 [도안]은 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 창작성이 있는 저작물이라고 할 수는 없다.

(4) “
”는 청바지 뒷면 모양에 엉덩이 부분에서 무릎 부분까지 “M”과 유사한 형태의 도형을 삽입한 형태로서 응용미술작품의 일종이라고 할 수 있는데, 〈중략〉 “M”과 유사한 형태를 제외한 나머지 부분은 청바지 자체로서 [도안]은 그 이용된 물품인 청바지와 구분되어 독자성을 인정할 수 없고, [도안]에서 물품인 청바지와 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 “M”과 유사한 형태 부분은 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 창작성을 인정할 수 없으므로, [도안]은 어느모로 보나 그 창작성이 인정되기 어렵다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2010. 8. 26. 판결 2009나122304【저작권침해금지등】

원고, 항소인 겸 피항소인	1. 원고 1 2. 에○○재팬 원고들 소송대리인 변호사 주한일, 김용갑
피고, 피항소인	1. 주식회사 에○○코리아 소송대리인 변호사 오창국 2. 주식회사 ○○통상 소송대리인 법무법인 화우 담당변호사 이세정, 변동걸, 홍동오
원심판결	서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2008가합117810 판결
변론종결	2010. 7. 6.
판결선고	2010. 8. 26.

주 문

1. 원고들의 피고 주식회사 에○○코리아에 대한 항소 및 당심에서 추가된 예비적 청구를 모두 기각한다.
2. 제1심 판결 중 피고 주식회사 ○○통상의 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고 1의 주위적 청구를 기각한다.
3. 원고들의 피고 주식회사 ○○통상에 대한 항소 및 당심에서 추가된 예비적 청구를 모두 기각한다.
4. 원고 에○○재팬가 당심에서 추가한 별지 제3, 4목록 기재 각 문자

및 도형에 관한 금지 청구를 모두 기각한다.

5. 원고들과 피고 주식회사 에○○코리아 사이에 생긴 항소제기 이후의 비용은 원고들이 부담하고, 원고 1과 피고 주식회사 ○○통상 사이에 생긴 소송총비용은 원고 1이 부담하며, 원고 에○○재팬와 피고 주식회사 ○○통상 사이에 생긴 항소제기 이후의 비용은 원고 에○○재팬가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

① 피고 주식회사 에○○코리아는,

㉮ 별지 제1목록 기재 각 저작물을 사용하여서는 아니되고,

㉯ 별지 제3목록 기재 각 문자를 일본에서 생산되지 아니한 상품에 사용하여서는 아니되고,

㉰ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시된 상품 및 위 ㉯항 기재 문자가 표시된 것으로서 일본에서 생산되지 아니한 상품을 각 폐기하고,

㉱ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시되었거나, 일본에서 생산되지 아니한 상품과 관련하여 위 ㉯항의 문자가 사용된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

② 피고 주식회사 ○○통상은,

㉮ 별지 제2목록 각 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고,

㉯ 별지 제4목록 각 기재 문자, 도형을 일본에서 생산되지 아니한 상품에 사용하여서는 아니되고,

㉰ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시된 상품 및 위 ㉯항 기재 문자나 도형이

표시된 것으로서 일본에서 생산되지 아니한 상품을 각 폐기

㉲ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시되었거나, 일본에서 생산되지 아니한 상품과 관련하여 위 ㉯항 기재 문자나 도형이 사용된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

③ 피고들은 원고 1에게 각 500만 원, 원고 에○○재팬에게 각 500만 원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

(원고들은 당심에서 불법행위를 원인으로 한 청구를 예비적으로 추가하였고, 원고 에○○재팬는 별지 제3, 4목록 기재 각 문자 및 도형 금지 청구 부분을 추가하였다).

2. 항소취지

가. 원고 1

① 제1심 판결 중 아래에서 이행을 명하는 부분에 해당하는 원고 1의 패소 부분을 취소한다.

㉮ 피고 주식회사 에○○코리아는,

㉠ 별지 제1목록 제4항 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고,

㉡ 별지 제1목록 제4항 기재 저작물이 표시된 상품을 폐기하고,

㉢ 별지 제1목록 제4항 기재 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

㉯ 피고 주식회사 ○○통상은,

㉠ 별지 제2목록 제2항 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고,

㉡ 별지 제2목록 제2항 기재 저작물이 표시된 상품을 폐기하고,

㉢ 별지 제2목록 제2항 기재 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

나. 원고 에○○재팬

① 제1심 판결 중 원고 에○○재팬의 패소 부분을 취소한다.

② 피고 주식회사 에○○코리아는,

㉮ 별지 제1목록 기재 각 저작물을 사용하여서는 아니되고,

㉯ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시된 상품을 폐기하고,

㉰ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

③ 피고 주식회사 ○○통상은,

㉮ 별지 제2목록 기재 각 저작물을 사용하여서는 아니되고,

㉯ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시된 상품을 폐기하고,

㉰ 위 ㉮항 기재 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

④ 피고들은 원고 에○○재팬에게 각 500만 원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

다. 피고 주식회사 ○○통상

제1심 판결 중 피고 주식회사 ○○통상의 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 원고 1의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제4, 5, 7, 15호증, 을나 제4, 5, 8호증, 을나 제12호증(각 가지번호 포함, 이하 같음)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 당사자의 지위

1) 원고 에○○재팬(2005. 10. 3. ○○○ 리미티드를 흡수합병하였다, 아래에서는 '원고 에○○재팬'이라 한다)는 신사복, 부인복의 제조 판매업 등을 목적으로 하는 회사이고, 원고 1은 원고 에○○재팬의 대표이사로서 아래에서 보는 바와 같이 별지 제1, 2목록 기재 각 도형을 만든 사람이다.

2) 피고 주식회사 에○○코리아(아래에서는 '피고 에○○코리아'라고 한다)는 2007. 7. 26. 설립되어 의류 도·소매업 및 이에 부대되는 사업을 목적으로 하는 회사이고, 피고 주식회사 ○○통상(아래에서는 '피고 ○○통상'이라 한다)은 의류 도·소매업, 액세서리 제조업 등을 목적으로 하는 회사이다.

나. 원고 1의 도형과 원고 에○○재팬의 상품표지

1) 원고 1은 1991년 독립된 사무소를 설립하고 데님(비교적 두꺼운 면직물의 일종)을 이용한 빈티지 스타일 청바지의 재현을 연구하기 시작하여 1992년 "올******"를 개점하여 청바지 등 데님 소재 의류를 판매하기 시작하였고, 1993년에는 "어******"를 설립하였으며, 1995년에는 원고 에○○재팬을 설립하여 데님 소재 의류의 판매를 계속하면서 그 무렵 "***", "**", "**", "**", "**", "**"와 같은 도형들을 공표하고 위 도형들과 이와 매우 유사한 도형들을 표기한 청바지 등의 의류를 생산하여 판매하였다.

2) 그 무렵 원고 에○○재팬이 생산한 청바지 등의 의류들은 축구스타나 영화배우 등 유명인이 입기 시작하면서 일본에서 뿐만 아니라 미국 및 유럽 등지에서 인기를 얻기 시작하였고, 1998. 5. 18. 영국에서 원고 에○○재팬의 명칭 중 일부를 알파벳으로 기재한 "****"에 대하여 지정상품을 의류 등으로 하여 상표권이 등록된 것을 비롯하여 중국, 유럽, 미국, 호주, 대만 등에서 위 "****"와 "***" 등에 대하여 지정상품을 의류 등으로 하여 상표권이 등록되었다.

다. 피고 에○○코리아의 행위

1) 피고 에○○코리아는 2008년 무렵 '*** 골프'라는 명칭으로 골프웨어를 생산하여 판매하면서 2008. 8. 1. ***** 백화점에서 개최된 자신의 패션쇼의 무대 배경이 되는 설치물에 "***"을 게시하였고, 2008. 2. 14. ******* 호텔에서 개최된 자신의 패션쇼에서도 무대의 배경이 되는 설치물에 "***" 및 그와 유사한 도형(***의 외부에 원을 그려 넣은 도형) 및 "***"을 게시하였다.

2) 피고 에○○코리아는 그 무렵 그가 배포하는 ***골프 브랜드의 카탈로그에도 **와 유사한 도형(**의 외부에 원을 그려 넣은 도형)과

“**”를 게재하고, “ ****”라는 제목 아래에 “****는 일본청바지 브랜드 디자이너 원고 1에 의해 1991년 탄생되었다. ***는 돈을 부르는 일본 부처 신으로 7대 신 중 바다의 신으로 일본 생선과 생선을 잡는 막대를 캐릭터화하여 표현하였다. 갈매기 마크로 불리는 핸드페인트가 인상적이며 젊은이에게 지지를 받은 현재는 캐주얼웨어로부터 슈트, 골프 등도 다루는 종합 복식 브랜드로 성장해 셀렉트 숍에서 취급할 정도의 브랜드로 각국에서 주목을 받고 있다”라고 기재하였다.

3) 한편, *****라는 잡지(2008년 6월호)에는 “***골프 새 기대주로”라는 제목으로 “****는 일본 디자이너 원고 1에 의해 지난 91년에 탄생했다. 돈을 부르는 일본부처의 신인 ***는 7대 신 중 바다의 신으로 전해지며, 생선을 잡는 막대를 캐릭터화해 표현했다. 일명 ‘갈매기 심벌’로 불리는 이 브랜드는 진에서 시작해 현재 미국과 유럽 등지에서 독특한 컨셉을 유지하며 호응을 얻고 있다. 진과 수트에 골프까지 추가해 라인을 확장해 나가고 있다.”라는 내용을 포함하여 피고 에○○코리아가 생산하여 판매하고 있는 “***골프” 브랜드에 관한 기사가 게재되었는데, 위 기사에는 피고 에○○코리아의 대표이사였던 왕징남에 대한 인터뷰 내용으로 ‘3년 전부터 패션 비즈니스를 시작하기로 결심하고 브랜드를 찾던 중 일본 출장길에 우연히 ***골프와 접하게 되었다. 이 브랜드를 보는 순간 머릿속에서 스파크가 터지는 느낌을 받았다. 일본에서도 이 브랜드는 독특한 컨셉으로 큰 호응을 얻고 있었고 특히 연령대와 관계없이 많은 고객이 마니아층으로 자리잡고 있었다. 일본에 다녀와 자신감을 얻게 되었다.’라는 취지가 기재되어 있고 위 내용에 이어 왕징남이 우리나라에서 피고 에○○코리아를 설립하고 “***골프” 브랜드를 창설하였다는 내용이 기재되어 있다.

4) 또한 피고 에○○코리아와 사이에 일정한 거래관계를 맺게 된 주식회사 에○○코리아는 그가 운영하는 인터넷 홈페이지에 “*******는 최근 일본 청바지브랜드로 잘 알려진 ***와 라이센스 계약을 체결한 (주)******에 패션 전문ERP인 FASHIONware를 공급하게 되었다”라는 내용을 게시하였다.

라. 피고 ****의 행위

1) 소외 주식회사 ***는 1994. 5. 30. “**”의 둘레에 오각형을 덧붙인 “**”에 대하여 상표권을 출원하여 1995. 9. 6. 그 등록을 마쳤고, 그 후 위 상표권이 주식회사 에○○코리아**을 거쳐 현재 주식회사 에○○코리아**으로 이전되었으며, 피고 ****은 2007. 1. 23. 위 “**” 상표에 대하여 전용사용권을 설정받았다.

2) 피고 ****은 2004년 무렵 ‘***’라는 의류 브랜드를 창설하고 그 무렵부터 청바지 등 의류에 “**”와 “**”의 도형을 그려넣거나 “**”와 같이 청바지 뒷면에 ‘M’ 형태의 도형을 그려 넣은 청바지를 생산하여 판매하였다. 또한 피고 ****은 뒷면의 주머니에 “**** ****”라고 기재한 청바지나 일본식 한자가 병기된 도형을 그려 넣은 상의 등도 생산하여 판매하였다.

3) 피고 ****은 그가 운영하는 인터넷 쇼핑몰에 “**” 아래에 “****”라고 기재한 도형을 게시하고, 위 인터넷 쇼핑몰을 통하여 위 2)항 기재와 같이 생산한 청바지 등의 의류제품을 판매하였는데, 당시 위 인터넷 쇼핑몰에는 청바지 등의 생산지가 “기타-국내외”라고 표시되어 있었다(현재 피고 ****은 위 원산지 표기를 삭제하고, 해당란에 제품의 색상을 표기하고 있다).

4) 피고 ****이 ‘***’라는 브랜드로 청바지 등 의류를 판매하기 시작한 후 위 피고가 생산하는 의류에 대하여 보도한 기사들 중에는 ‘***’ 브랜드의 의류제품이 ‘****(대표 손**)’에 의하여 생산·판매되는 것임이 기재되어 있는 것들이 다수 있었고, ****이라는 잡지(2008년 9월호)에는 피고 ****이 만든 ‘***’ 브랜드가 중가 진 캐주얼의 강자로 부상하였다는 내용의 기사가 게재되었는데, 위 기사에는 “****의 ‘***’는 일본의 ‘***’와 다른 국내 브랜드다”라고 기재되어 있었다.

마. 관련 소송의 경과

1) 원고 에○○재팬은 2002. 3. 저작권법. “**”에 관하여 지정상품을 상품류 구분 제18류 휴대용 화장품 케이스 등 18종과 제저작권법류 가죽신 등 59종의 상표를 출원하여 2003. 8. 4. 그 등록을 마쳤다. 이에 안**과 당시 위 “**” 표장의 상표권자였던 주식회사 에○○코리아**은 각 원고 에○○재팬을 상대로 위 표장과 그 지정상품이 주식회사 ***가 상표로 등록한 “**” 와 그 지정상품인 구상품류구분 제45류 잠바, 스웨터 등 10종과 서로 유사하다고 주장하며 위 “**” 등록상표의 지정상품 중 제저작권법류 상품에 관하여 등록무효심판을 제기하였고, 위 “**” 등록상표의 제저작권법류 지정상품 중 일부(잠바, 청바지, 자켓, 스웨터 등)에 대한 등록을 무효로 하는 심결이 내려졌다(특허심판원 2005. 11. 30.자 2005당835호, 같은 일자 2005당985호). 이에 원고 에○○재팬은 위 안**와 주식회사 에○○코리아**을 상대로 각 위 무효심결의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나, “**” 표장과 “**” 표장의 외관이 유사하고 지정상품이 동일·유사하다는 이유로 피고 에○○재팬의 청구가 기각되었고, 위 판결은 그 무렵 확정되었다(특허법원 2006. 5. 11. 선고 2006허1저작권법4 판결, 같은 일자 2006허1247 판결).

2) 그 후 주식회사 에○○코리아**은 위 “**” 표장에 대한 상표권을 이전받은 ****리미티드를 상대로 위 등록상표가 3년 이상 국내에서 사용되지 않고 있으므로 지정상품 중 상품류 구분 제18류 전부의 상품에 대하여 그 등록의 취소를 구하는 심판을 제기하였는데, ****리미티드는 위 절차에서 아무런 답변을 하지 아니하였고, 위 “**” 표장이 국내에서 3년 이내에 정당하게 사용되었다는 입증이 없다는 이유로 위 표장의 상품류 구분 제18류 전부의 상품에 대한 등록을 취소하는 심결이 내려졌고, 그 무렵 그대로 확정되었다(특허심판원 2009. 4. 13.자 2008당2706호).

3) 한편, 안**은 2001. 12. 7. ***를 영어로 표기한 “****”에 대하여

상표권을 출원하여 2004. 10. 18. 그 등록을 마쳤다. 이에 원고 에○○재팬은 위 등록상표가 그의 주지·저명한 상품 및 영업표지인 "****"와 동일하여 수요자들이 상품출처나 품질에 대한 오인·혼동을 야기할 우려가 있다고 주장하며 위 등록의 무효를 구하는 심판을 제기하였는데, 원고 에○○재팬의 "****"라는 표지가 위 등록상표의 출원일 당시 국내의 수요자들에게 주지·저명하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 원고 에○○재팬의 청구를 기각하는 심결이 내려졌다(특허심판원 2005. 9. 22.자 2005당616호). 이에 원고 에○○재팬이 위 심결에 대한 취소소송을 제기하였으나, 위와 같은 이유로 원고 에○○재팬의 청구가 기각되었고, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다(특허법원 2006. 5. 저작권법. 선고 2005허9848 판결). 원고는 2007. 4. 11. 위 "****" 상표에 대하여 전용사용권을 설정받았다.

2. 원고 1의 청구에 관한 판단

가. 피고 에○○코리아에 대한 청구에 관한 판단

1) 이 법원의 심판 범위

원고 1은 제1심에서 피고 에○○코리아에 대하여 별지 제1목록 기재 각 도형에 대한 저작권침해금지 청구 및 손해배상 청구를 하였는데, 제1심 법원은 그 중 별지 제1목록 기재 각 도형 중 제4항 기재 도형("**") 부분에 대한 저작권침해금지 청구만을 기각하고 나머지 청구를 인용하였다. 이에 대하여 원고 1만이 불복하여 항소하였으므로, 이 법원의 심판대상은 위 도형("**") 부분에 대한 저작권침해금지 청구 부분 및 원고 1이 예비적으로 추가한 불법행위에 기한 청구에 한정된다.

2) 원고 1의 주장 요지

가) 별지 제1목록 제4항 기재 도형("**")은 저작물로서의 창작성이 인

정되므로 저작물로 보호되어야 하고, 피고 에○○코리아는 저작권자인 위 원고의 허락을 받지 않고 위 저작물을 무단히 사용하였으므로 피고 에○○코리아는 위 원고의 저작권을 침해하였다.

나) 예비적으로, 위 도형의 창작성이 인정되지 않는다고 하더라도 피고 에○○코리아가 위 도형을 무단으로 사용한 행위는 민법 제750조 소정의 일반 불법행위에 해당한다.

3) 쟁점별 판단

가) 별지 제1목록 제4항 기재 도형(“**”)의 창작성 인정 여부

(1) 저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 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 의미한다.

(2) “**”은 하나의 선으로 이루어진 도형으로서, 선의 왼쪽과 오른쪽에 각각 돌출부(산봉우리처럼 볼록하게 튀어나온 부분)가 형성되어 있고 왼쪽 돌출부가 오른쪽 돌출부 보다 위로 더 볼록하게 솟아 있어 도형의 왼쪽과 오른쪽이 비대칭을 이루고 있다. 그러나 위 도형은 왼쪽 돌출부와 오른쪽 돌출부의 높이 차이나 선의 양끝이 구부러진 정도 등에 따라 다양한 형태로 변형될 수 있는바, 갑 제17 내지 43호증, 을 제14호증의 각 기재에 의하면 원고 1은 일본에서 “**”와 유사한 도형에 관하여 상표권을 등록하였는데 당시 상표로 등록된 도형은 “**”에 비하여 오른쪽 돌출부가 위로 솟아 있는 형태였고, 위 원고가 청바지를 생산하면서 청바지의 뒷주머니에 그려 넣은 도형도 “**”보다는 오른쪽 돌출부가 위로 더 솟아 있는 모양인 사실을 인정할 수 있는바(원고 1은 의류에 위 도형을 수작업으로 그려 넣었으므로 숙련된 작업자라고 하더라도 위 도형의 돌출부의 높이 차이와 그 굴곡의 정도를 획일적으로 동일하게 그리는 것은 어려울 것으로 보인다) 돌출부 간의 높이 차이에 정형화된 비율이 있지 않은 것으로 보이고, 위 도형 자체만으로는 의미하는 바가 분명하지 아니하여 굴곡부를 가진 하나의 선으로 이루어진 다

른 도형들과 구별되는 고유한 의미가 담겨져 있는 것으로 보기도 어려우므로 창작성이 인정된다고 볼 수 없다(위 도형은 하나의 선으로 이루어진 단순한 도형이지만 주로 청바지의 뒷주머니나 의류 내부에 부착되어 있는 브랜드 명을 표기하는 라벨지에 함께 표기되어 원고들이 생산하는 청바지 등의 의류에 심미감을 부가하는 요소로 사용되거나 식별력을 위한 표지로 사용된 것으로 보이므로 위 도형에 대한 보호는 오히려 상표나 디자인의 영역으로 보인다).

나) 일반 불법행위 성립 여부

(1) 민법 제750조는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다"고 규정하고 있는바, 불법행위는 반드시 저작권 등 실정법에 정하여진 권리가 침해되었을 경우에 한하지 아니하고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 침해행위가 이루어진 경우에도 성립된다. 그러나 저작권법이나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 등의 실정법이 그 입법목적을 달성하기 위해서 필요한 경우에 그리고 필요한 범위 내에서만 저작권 등의 보호나 부정경쟁행위의 금지를 하고, 그 이외의 영역에서는 저작물의 자유로운 이용이나 자유로운 경쟁을 원칙적으로 허용하고 있는 점에 비추어 보면, 실정법상 저작권 등의 침해에 해당되지 않고 부정경쟁방지법 등의 실정법 위반에도 해당되지 않지만 민법상 불법행위에 해당한다고 보아 법적 구제를 부여하는 데에는 명백한 한계가 있다. 따라서 문제된 행위가 권리침해 또는 그에 상응하는 "보호할만한 가치 있는 법익의 침해"가 있거나 또는 상도덕이나 관습에 반하여 행위태양 자체의 불공정성이 명백한 경우 등과 같이 제한된 경우에 한하여 민법상 불법행위 규정에 의한 법적 구제를 부여하여야 한다.

(2) 이 사안으로 돌아와 보건대, 위 기초사실 및 앞서 든 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 사정, 즉 ① 소외 주식회사 ***가 국내에서 원고들 보다 훨씬 앞서 "**"의 둘레에 오각형을 덧붙인 "**"에 대하여 상표

권을 출원하여 그 등록을 마친 점, ② 그로부터 약 8년이 지난 후에 원고 에○○재팬이 국내에서 “**”에 관하여 상표등록을 마쳤으나, “**” 상표와의 유사성 또는 3년 이상 불사용 등을 이유로 대부분의 지정상품에 대한 상표등록이 무효로 되거나 취소된 점, ③ 원고들은 위 도형을 사용한 제품을 주로 일본, 미국 및 유럽 등지에서 생산·판매하고 있고, 국내에는 아직 진출하지 않고 있는 반면에, 피고 에○○코리아는 위 도형을 사용한 제품을 국내에서 주로 생산·판매하거나 생산·판매하려고 한 점 등에 비추어 보면, 피고 에○○코리아가 위 도형을 사용한 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 원고 1의 법적으로 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

4) 소결론

따라서 피고 에○○코리아가 위 “**” 도형을 무단으로 사용함으로써 원고 1의 저작권을 침해하였다거나 민법상 불법행위를 저질렀다는 원고 1의 주장은 이유 없다.

나. 피고 ****에 대한 청구에 관한 판단

1) 당사자의 주장 요지

가) 원고 1은, 별지 제2목록 기재 각 도형(“**”, “**”, “**”)에 관하여 그 창작성이 모두 인정되므로 저작물로 보호되어야 하고, 피고 ****이 저작권자인 위 원고의 허락을 받지 않고 위 저작물들을 무단히 사용함으로써 위 원고의 저작권을 침해하였다고 주장함에 대하여, 피고 ****은 위 각 도형의 창작성이 인정되지 아니한다고 주장한다.

나) 원고 1은, 예비적으로, 위 각 도형의 저작물성이 인정되지 않는다고 하더라도 피고 에○○코리아가 위 각 도형을 무단으로 사용한 행위는 민법 제750조 소정의 일반 불법행위에 해당한다고 주장하나, 피고 ****은 위 각 도형의 사용행위가 별도로 민법상 불법행위에 해당하지

는 않는다고 주장한다.

2) 쟁점별 판단

가) 별지 제2목록 기재 각 도형(“**”, “**”, “**”)의 창작성 인정 여부

(1) “**”는 일본의 전통신인 ***의 형상 밑에 ***의 영어철자인 ‘****’를 결합한 것인데, 을나 제저작권법 내지 27호증, 을나 제30 내지 32호증, 을나 제34호증의 각 기재에 의하면, “**”중 ***신의 형상 부분은 원고 1이 창작하기 이전부터 일본 오사카에 위치한 이마미야 *** 신사의 축제나 그 홍보물 등에서 널리 사용되는 ***신의 형상과 실질적으로 동일한 사실을 인정할 수 있고, “****”는 ***신의 영어철자에 불과하므로, 위 ***신의 형상과 “****”를 결합한 “**”은 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 창작성이 있는 저작물이라고 할 수는 없다.

(2) “**”은 위 가.의 3) 가)항에서 본 바와 같이 창작성이 인정된다고 볼 수 없다.

(3) “**”는 청바지 뒷면 모양에 엉덩이 부분에서 무릎 부분까지 ‘M’과 유사한 형태의 도형을 삽입한 형태로서 응용미술작품의 일종이라고 할 수 있는데, 응용미술저작물은 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 경우에 저작물로 보호받을 수 있다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결 등 참조).

“**”에서 “M”과 유사한 형태를 제외한 나머지 부분은 청바지 자체로서 “**”은 그 이용된 물품인 청바지와 구분되어 독자성을 인정할 수 없고, “**”에서 물품인 청바지와 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 “M”과 유사한 형태 부분은 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 창작성을 인정할 수 없으므로, “**”은 어느모로 보나 그 창작성이 인정되기 어렵다.

나) 일반 불법행위 성립 여부

위 가.의 3) 나) 항에서 본 법리 및 사정에다가, 기초사실 및 을나 제7

호증의 기재에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고 ****이 "**" 상표와 "****" 상표에 대한 전용사용권까지 설정받은 점, ② 원고들은 별지 제2목록 기재 각 도형을 사용한 제품을 주로 일본, 미국 및 유럽 등지에서 생산·판매하고 있고, 국내에는 아직 진출하지 않고 있는 반면에, 피고 ****은 위 도형을 사용한 제품을 국내에서 주로 생산·판매하고 있고, 그 매출액도 상당한 액수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 피고 ****이 위 각 도형을 사용한 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 원고 1의 법적으로 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

3) 소결론

따라서 피고 ****이 위 각 도형을 무단으로 사용함으로써 원고 1의 저작권을 침해하였다거나 민법상 불법행위를 저질렀다는 원고 1의 주장은 이유 없다.

3. 원고 에○○재팬의 청구에 관한 판단

가. 원고 ***재판의 주장 요지

1) 출처지오인야기행위 및 타인상품사칭행위 주장

가) 피고 에○○코리아는 상호 및 별지 제1, 3목록 기재 각 도형 및 문자의 사용, 카탈로그의 제작 및 언론과의 인터뷰 등을 통해서 피고 에○○코리아의 제품이 국내산이 아닌 것처럼 오인을 야기하거나 원고 에○○재팬의 제품으로 사칭하고 있으므로 이는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목의 출처지오인야기행위 또는 바목의 타인상품사칭행위에 해당한다.

나) 피고 ****은 별지 제2, 4목록 기재 각 도형 및 문자를 사용하고, 인터넷 쇼핑몰에서 그가 생산한 의류를 판매하면서 생산지를 "국내외"

로 표기하는 등 피고 ****이 판매하는 제품이 마치 국내가 아니라 국외에서 생산된 것처럼 오인을 야기하고 있으므로 이는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목의 출처지오인야기행위에 해당하고, 원고 에○○재팬의 선사용 표장인 "**"의 주지·저명성에 부당히 편승하려는 목적으로 위 표장과 동일한 표장을 자신이 생산하는 의류에 사용하고 있으므로 이는 같은 호 바목의 타인상품사칭행위에 해당한다.

2) 일반 불법행위 주장

예비적으로, 피고들의 위 행위가 부정경쟁방지법 상의 출처지오인야기행위 또는 타인상품사칭행위에 해당하지 않는다고 하더라도 피고들의 위 행위는 민법 제750조 소정의 일반 불법행위에 해당한다.

나. 쟁점별 판단

1) 출처지오인야기행위 성립 여부

가) 피고 에○○코리아에 대하여

(1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목의 출처지오인야기행위는 상품이나 광고, 기타 서류 등에 그 상품이 생산, 제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 생산, 제조, 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매하는 경우에 성립한다.

(2) 위 기초사실에서 본 바와 같이, 피고 에○○코리아는 그가 생산하는 골프의류를 홍보하기 위한 카탈로그에 원고 에○○재팬이 생산하는 '***' 브랜드를 설명하는 문구를 기재하였는바, 카탈로그에 위와 같은 문구가 기재됨으로써 피고 *****가 판매하는 '***골프' 제품이 원고 에○○재팬또는 그가 생산하는 제품과 일정한 관련이 있는 것으로 오인을 야기하여 상품주체 또는 영업주체의 혼동을 야기하는 것은 별론으로 하고, 위와 같은 문구의 기재만으로는 피고 에○○코리아가 생산하는 골프의류가 본래의 생산, 제조, 가공지가 아닌 일본 등 국외에서 생산,

제조, 가공되는 것처럼 오인을 야기한다고 단정하기 어렵다.

(3) 또한 위 기초사실에서 본 바와 같이, '***골프'에 관한 기사들에도 원고 에○○재팬이 생산하는 '***' 브랜드에 관한 설명이 기재되어 있으나 위 기사는 피고 에○○코리아가 작성한 것이 아니고 위 피고가 그와 같은 내용을 보도해 달라고 요청하였음을 인정할 증거도 없으며(오히려 피고 에○○코리아의 전 대표이사인 왕징남은 일본여행 후 독자적으로 ***골프 브랜드를 창설하였음을 인터뷰에서 밝히고 있다), 그 내용도 왕징남이 국내에 세운 피고 에○○코리아가 '***골프' 브랜드를 창설하고 독자적으로 골프웨어를 생산하고 있다는 내용이어서 위 내용만으로는 위 브랜드 제품의 생산, 제조, 가공지를 일본 등 국외로 오인케 한다고 보기 어렵다.

(4) 한편 주식회사 에○○코리아가 그가 운영하는 인터넷 홈페이지에 '피고 에○○코리아가 원고 에○○재팬과 라이센스 계약을 체결하였다'는 내용의 게시물을 게시하였음은 앞서 본 바와 같으나, 위 인터넷 게시물은 피고 에○○코리아가 작성한 것이 아니고 일본회사인 원고 에○○재팬과 라이센스 계약을 체결하였다는 사정만으로 생산, 제조, 가공지가 일본 등 국외로 오인케 한다고 보기 어려우므로, 피고 에○○코리아의 행위가 출처지오인야기행위에 해당한다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나) 피고 주식회사 ○○통상에 대하여

(1) 피고 ****이 "**** *****" 또는 일본식 한자가 병기된 도형을 그려 넣은 청바지 등의 의류를 생산하여 판매한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위 "****"나 일본식 한자표기는 의류의 디자인적 요소로 사용된 것에 불과하고 그 자체가 생산지 등의 출처지를 표기하는 것이라고 보기 어렵다.

(2) 또한 피고 ****은 그가 운영하는 인터넷 쇼핑몰에서 제품의 생산지를 "기타-국내외"라고 기재하였음은 앞서 본 바와 같으나, 을나 제

10, 33호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 피고 ****을 대행하여 인터넷 쇼핑몰을 운영하였던 주식회사 *툰은 제품별로 출처지를 정확히 확인하는 것이 번거로워 그와 같이 기재해 두었고 피고 ****이 판매하는 '***' 의류 중에는 베트남 등지에서 생산되는 제품도 포함되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 사정만으로 피고 ****이 그가 판매하는 의류의 출처지에 대하여 오인을 야기하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(3) 오히려 을나 제33호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 ****이 생산·판매하는 의류 자체에 제조지를 국내로 표시한 경우도 상당수 있는 사실을 인정할수 있다.

2) 타인상품사칭행위의 성립여부

가) 피고 에ㅇㅇ코리아에 대하여

(1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호는 부정경쟁행위의 유형을 한정적으로 열거하고 있고, 가목의 상품주체 혼동행위, 나목의 영업주체 혼동행위와 별도로 바목에서 타인의 상품에 대한 사칭행위를 규정하고 있는바, 여기에서의 타인의 상품의 사칭이라고 함은 상품의 출처에 관한 오인·혼동행위가 아니라 자신의 상품을 타인의 상품으로 사칭하는 행위를 의미한다고 해석하여야 한다.

(2) 피고 에ㅇㅇ코리아는 그가 생산하는 골프의류를 홍보하기 위한 카탈로그에 원고 에ㅇㅇ재팬이 생산하는 '***' 브랜드를 설명하는 문구를 기재하였음은 앞서 본 바와 같은바, 그로 인하여 피고 에ㅇㅇ코리아가 판매하는 '***골프' 제품이 원고 에ㅇㅇ재팬과 라이센스 계약 등 일정한 관련이 있는 것으로 오인이 야기되는 것은 별론으로 하고, 피고 에ㅇㅇ코리아가 생산하는 골프의류 그 자체를 원고 ***재판이 생산하는 제품으로 사칭하였다고는 보기 어려우므로, 피고 에ㅇㅇ코리아의 행위가 타인의 상품을 사칭하는 행위에 해당한다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나) 피고 주식회사 ○○통상에 대하여

원고 에○○재팬이 일본에서 “**” 표장을 먼저 사용하기 시작하였고, 피고 ****은 국내의 상표권자로부터 위 표장과 유사한 “**”표장에 관하여 사용권을 설정받아 이를 그가 판매하는 의류에 사용한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 그로 인하여 피고 ****이 판매하는 ‘***’ 제품이 원고 에○○재팬, 또는 그가 생산하는 제품과 일정한 관련이 있는 것으로 오인을 야기하여 상품주체 또는 영업주체의 혼동을 야기하는 것은 별론으로 하고, 그와 같은 표장을 사용하는 행위 그 자체만으로 피고 ****이 생산하는 의류를 원고 ***재판이 생산하는 제품으로 사칭하였다고는 보기 어려우므로, 피고 ****의 행위가 타인이 상품을 사칭하는 행위에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 일반 불법행위 성립 여부

피고 에○○코리아에 대해서는 위 2.의 가. 3) 나)항 기재와 같은 법리와 사정에 비추어, 피고 ****에 대해서는 위 2.의 나. 2) 나)항 기재와 같은 법리와 사정이 비추어 각 피고들의 행위가 민법상 일반 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다.

다. 소결론

따라서 피고들이 부정경쟁방지법 상의 출처지오인야기행위 및 타인상품사칭행위를 하였다거나 민법상 일반 불법행위를 저질렀다는 원고 에○○재팬의 주장은 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고 1의 피고 에○○코리아에 대한 별지 제1목록 제4항 기재 도형에 관한 청구 및 피고 ****에 대한 청구, 원고 에○○재팬의 피

고들에 대한 청구는 모두 이유 없어 이를 기각할 것인바, 원고들의 피고 에○○코리아에 대한 별지 제1목록 제4항 기재 도형에 관한 주위적 청구를 기각한 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고들의 피고 에○○코리아에 대한 항소를 모두 기각하고, 원고 1의 피고 ****에 대한 주위적 청구 중 일부를 인용하여 이와 결론을 달리한 제1심 판결 중 피고 ****의 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고 1의 주위적 청구를 기각하며, 원고 1의 피고 ****에 대한 나머지 주위적 청구 및 원고 ***재판의 피고 ****에 대한 주위적 청구를 각 기각한 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고들의 피고 ****에 대한 항소를 모두 기각하고, 원고들이 당심에서 예비적으로 추가한 불법행위에 기한 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하며, 원고 에○○재팬이 당심에서 추가한 별지 제3, 4목록 기재 각 문자 및 도형에 관한 금지 청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황한식
판사 최기영
판사 장낙원

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 판결 2008가합117810
【저작권침해금지등】

원 고 1. 원고 1
2. 에○○재팬

원고들 소송대리인 변호사 조귀장

피 고 1. 주식회사 에○○코리아
소송대리인 변호사 오창국
2. 주식회사 ○○통상
소송대리인 법무법인 화우
담당변호사 변동걸, 홍동오, 이세정

변론종결 2009. 10. 15.

판결선고 2009. 10. 29.

주 문

1. 피고 에○○코리아는,
   가. 별지 제1목록의 1, 2, 3, 5항 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고,
   나. 위 가.항 기재 저작물이 표시된 상품을 폐기하고,
   다. 위 가.항 기재 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

2. 피고 주식회사 ○○통상은,
   가. 별지 제2목록의 1, 3항 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고,
   나. 위 가.항 기재 저작물이 표시된 상품을 폐기하고,
   다. 위 가.항 기재 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라.

3. 피고들은 원고 1에게 각 5,000,000원 및 이에 대한 2008. 12. 9.부

터 2009. 10. 29.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 따른 금원을 지급하라.

4. 원고 1의 피고들에 대한 나머지 청구 및 원고 에○○재팬 의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

5. 소송비용 중 원고 1과 피고들 사이에 생긴 부분 중 5분의 1은 원고 1가, 나머지는 피고들이 부담하고, 원고 에○○재팬 와 피고들 사이에 생긴 부분은 원고 에○○재팬 가 부담한다.

6. 제1, 2, 3항은 가집행할 수 있다.

청구취지

주문 제1항 및 피고 주식회사 에○○코리아는 별지 제1목록의 4항 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고, 위 저작물이 표시된 상품을 폐기하고, 위 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라. 피고 주식회사 ○○통상은 별지 제2목록 2항 기재 저작물을 사용하여서는 아니되고, 위 저작물이 표시된 상품을 폐기하고, 위 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기하라. 피고들은 원고 에○○재팬 에게 각 5,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라는 판결.

이 유

1. 기초사실

【증거】 갑4, 5, 7, 15의 1 내지 12, 을나8의 5 내지 65, 12의 1·2, 변론 전체의 취지

가. 당사자

(1) 원고 에○○재팬 (2005. 10. 3. 다우럭 리미티드를 흡수합병하였다, 아래에서는 '원고 에○○재팬'이라 한다)는 신사복, 부인복의 제조판매업 등을 목적으로 하는 회사이고, 원고 1은 원고 에○○재팬 의 대표이사로서 아래에서 보는 바와 같이 별지 제1, 2목록 기재 도형들을 만든 사람이다.

(2) 피고 주식회사 에○○코리아(아래에서는 '피고 에○○코리아'라고 한다)는 2007. 7. 26. 설립되어 의류 도·소매업 및 이에 부대되는 사업을 목적으로 하는 회사이고, 피고 주식회사 ○○통상(아래에서는 '피고 ○○통상'이라 한다)은 의류 도·소매업, 액세서리 제조업 등은 목적으로 하는 회사이다.

나. 원고 1의 도형과 원고 에○○재팬 의 상품표지

(1) 원고 1은 1991년 독립된 사무소를 설립하고 데님을 이용한 빈티지 스타일 청바지의 재현을 연구하기 시작하여 1992년 "올드 함프 샤본드"를 개점하여 청바지 등 데님 소재 의류를 판매하기 시작하였고, 1993년에는 "어 에비샤 테일러"를 설립하였으며, 1995년에는 원고 에○○재팬을 설립하여 데님 소재 의류의 판매를 계속하면서 그 무렵 "", "", "", "", "", ""와 같은 도형들(아래에서는 '이 사건 도형들'이라 한다)을 최초로 공표하고 이 사건 도형들과 이와

매우 유사한 도형들을 표기한 청바지 등의 의류를 생산하여 판매하였다.

(2) 그 무렵 원고 에○○재팬 이 생산한 청바지 등의 의류들은 축구스타나 영화배우 등 유명인이 입기 시작하면서 일본에서 뿐만 아니라 미국 및 유럽 등지에서 인기를 얻기 시작하였고, 1998. 5. 18. 영국에서 원고 에○○재팬 의 명칭 중 일부를 알파벳으로 기재한 "○○"에 대하여 지정상품을 의류 등으로 하여 상표권이 등록된 것을 비롯하여 중국, 유럽, 미국, 호주, 대만 등에서 위 "○○"와 "" 등에 대하여 지정상품을 의류 등으로 하여 상표권이 등록되었다.

다. 피고 에○○코리아의 행위

(1) 피고 에○○코리아는 2008년 무렵 '에○○ 골프'라는 명칭으로 골프웨어를 생산하여 판매하면서 2008. 8. 1. 동대문 캐○○ 백화점에서 개최된 자신의 패션쇼의 무대 배경이 되는 설치물에 ""을 게시하였고, 2008. 2. 14. 임○○○○ 호텔에서 개최된 자신의 패션쇼에서도 무대의 배경이 되는 설치물에 "" 및 그와 유사한 도형(의 외부에 원을 그려 넣은 도형) 및 ""을 게시하였다.

(2) 피고 에○○코리아는 그 무렵 그가 배포하는 에○○골프 브랜드의 카탈로그에도 와 유사한 도형(의 외부에 원을 그려 넣은 도형)과 ""를 게재하고, "What's ○○"라는 제목 아래에 "○○는 일본청바지 브랜드 디자이너 1에 의해 1991년 탄생되었다. 에○○는 돈

을 부르는 일본 부처 신으로 7대 신 중 바다의 신으로 일본 생선과 생선을 잡는 막대를 캐릭터화하여 표현하였다. 갈매기 마크로 불리는 핸드페인트가 인상적이며 젊은이에게 지지를 받은 현재는 캐주얼웨어로부터 슈트, 골프 등도 다루는 종합 복식 브랜드로 성장해 셀렉트 숍에서 취급할 정도의 브랜드로 각국에서 주목을 받고 있다"라고 기재하였다.

(3) 한편, 패션비즈라는 잡지(2008년 6월호)에는 "에○○골프 새 기대주로"라는 제목으로 "○○는? 일본 디자이너 1에 의해 지난 91년에 탄생했다. 돈을 부르는 일본부처의 신인 에○○는 7대 신 중 바다의 신으로 전해지며, 생선을 잡는 막대를 캐릭터화해 표현했다. 일명 '갈매기 심벌'로 불리는 이 브랜드는 진에서 시작해 현재 미국과 유럽 등지에서 독특한 컨셉을 유지하며 호응을 얻고 있다. 진과 수트에 골프까지 추가해 라인을 확장해 나가고 있다."라는 내용을 포함하여 피고 에○○코리아가 생산하여 판매하고 있는 "에○○골프" 브랜드에 관한 기사가 게재되었는데, 위 기사에는 피고 에○○코리아의 대표이사였던 왕징남에 대한 인터뷰 내용으로 '3년 전부터 패션 비즈니스를 시작하기로 결심하고 브랜드를 찾던 중 일본 출장길에 우연히 에○○골프와 접하게 되었다. 이 브랜드를 보는 순간 머릿속에서 스파크가 터지는 느낌을 받았다. 일본에서도 이 브랜드는 독특한 컨셉으로 큰 호응을 얻고 있었고 특히 연령대와 관계없이 많은 고객이 마니아층으로 자리잡고 있었다. 일본에 다녀와 자신감을 얻게 되었다.'라는 취지가 기재되어 있고 위 내용에 이어 왕징남이 우리나라에서 피고 에○○코리아를 설립하고 '에○○골프' 브랜드를 창설하였다는 내용이 기재되어 있다.

(4) 또한 피고 에○○코리아와 사이에 일정한 거래관계를 맺게 된 ㈜○○아이앤씨는 그가 운영하는 인터넷 홈페이지에 "세정아이앤씨는 최근 일본 청바지브랜드로 잘 알려진 에○○와 라이센스 계약을 체결한 (주)에○○코리아에 패션전문ERP인 FASIONware를 공급하게 되었다"라는 내용을 게시하였다.

라. 피고 ○○통상의 행위

(1) 소외 ㈜비○○는 1994. 5. 30. “”의 둘레에 오각형을 덧붙인 “”에 대하여 상표권을 출원하여 1995. 9. 6. 그 등록을 마쳤고, 그 후 위 상표권이 ㈜○○○디자인을 거쳐 현재 ㈜○○○디자인그룹으로 이전되었으며, 피고 ○○통상은 위 “” 상표에 대하여 사용권을 설정받았다.

(2) 피고 ○○통상은 2004년 무렵 ‘에○○’라는 의류 브랜드를 창설하고 그 무렵부터 청바지 등 의류에 “”와 “”의 도형을 그려넣거나 “”와 같이 청바지 뒷면에 ‘M’ 형태의 도형을 그려 넣은 청바지를 생산하여 판매하였다. 또한 피고 ○○통상은 뒷면의 주머니에 “○○ GENES OSAKA”라고 기재한 청바지나 일본식 한자가 병기된 도형을 그려 넣은 상의 등도 생산하여 판매하였다.

(3) 피고 ○○통상은 그가 운영하는 인터넷 쇼핑몰에 “” 아래에 “○○”라고 기재한 도형을 게시하고, 위 인터넷 쇼핑몰을 통하여 위 (2)항 기재와 같이 생산한 청바지 등의 의류제품을 판매하였는데, 당시 위 인터넷 쇼핑몰에는 청바지 등의 생산지가 “기타-국내외”라고 표시되어 있었다(현재 피고 ○○통상은 위 원산지 표기를 삭제하고, 해당란에 제품의 색상을 표기하고 있다).

(4) 피고 ○○통상이 ‘에○○’라는 브랜드로 청바지 등 의류를 판매하기 시작한 후 위 피고가 생산하는 의류에 대하여 보도한 기사들 중에는 ‘에○○’ 브랜드의 의류제품이 ‘○○통상(대표 손주익)’에 의하여 생산·판매되는 것임이 기재되어 있는 것들이 다수 있었고, 패션채널이라는 잡지(2008년 9월호)에는 피고 ○○통상이 만든 ‘에○○’ 브랜드가 중가

진 캐주얼의 강자로 부상하였다는 내용의 기사가 게재되었는데, 위 기사에는 "○○통상의 '에○○'는 일본의 '에○○'와 다른 국내 브랜드다"라고 기재되어 있었다.

마. 관련 소송의 경과

(1) 원고 에○○재팬 은 2002. 3. 저작권법. ""에 관하여 지정상품을 상품류 구분 제18류 휴대용 화장품 케이스 등 18종과 제25류 가죽신 등 59종의 상표를 출원하여 2003. 8. 4. 그 등록을 마쳤다. 이에 안○천과 당시 위 "" 표장의 상표권자였던 ㈜○○○디자인은 각 원고 에○○재팬 을 상대로 위 표장과 그 지정상품이 ㈜비엔비가 상표로 등록한 "" 와 그 지정상품인 구상품류구분 제45류 잠바, 스웨터 등 10종과 서로 유사하다고 주장하며 위 "" 등록상표의 지정상품 중 제25류 상품에 관하여 등록무효심판을 제기하였고, 위 "" 등록상표의 제25류 지정상품 중 일부(잠바, 청바지, 자켓, 스웨터 등)에 대한 등록을 무효로 하는 심결이 내려졌다(특허심판원 2005. 11. 30.자 2005당835호, 같은 일자 2005당985호). 이에 피고 에○○재팬 은 위 안○천와 ㈜○○○디자인을 상대로 각 위 무효심결의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나, "" 표장과 "" 표장의 외관이 유사하고 지정상품이 동일·유사하다는 이유로 피고 에○○재팬 의 청구가 기각되었고, 위 판결은 그 무렵 확정되었다(특허법원 2006. 5. 11. 선고 2006허1254 판결, 같은 일자 2006허1247 판결).

(2) 그 후 ㈜○○○디자인그룹은 위 "" 표장에 대한 상표권을 이전받은 베○○포드(홍콩)리미티드를 상대로 위 등록상표가 3년 이상 국내에서 사용되지 않고 있으므로 지정상품 중 상품류 구분 제18류 전

부의 상품에 대하여 그 등록의 취소를 구하는 심판을 제기하였는데, 베○○포드(홍콩)리미티드는 위 절차에서 아무런 답변을 하지 아니하였고, 위 “” 표장이 국내에서 3년 이내에 정당하게 사용되었다는 입증이 없다는 이유로 위 표장의 상품류 구분 제18류 전부의 상품에 대한 등록을 취소하는 심결이 내려졌고, 그 무렵 그대로 확정되었다(특허심판원 2009. 4. 13.자 2008당2706호).

(3) 한편, 안○천은 2001. 12. 7. 에○○를 영어로 표기한 “○○”에 대하여 상표권을 출원하여 2004. 10. 18. 그 등록을 마쳤다. 이에 원고 에○○재팬 은 위 등록상표가 그의 주지·저명한 상품 및 영업표지인 “○○”와 동일하여 수요자들이 상품출처나 품질에 대한 오인·혼동을 야기할 우려가 있다고 주장하며 위 등록의 무효를 구하는 심판을 제기하였는데, 원고 에○○재팬 의 “○○”라는 표지가 위 등록상표의 출원일 당시 국내의 수요자들에게 주지·저명하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 원고 에○○재팬 의 청구를 기각하는 심결이 내려졌다(특허심판원 2005. 9. 22.자 2005당616호). 이에 원고 에○○재팬 이 위 심결에 대한 취소소송을 제기하였으나, 위와 같은 이유로 원고 에○○재팬 의 청구가 기각되었고, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다(특허법원 2006. 5. 25. 선고 2005허9848 판결).

2. 원고 1의 청구에 대한 판단

가. 당사자의 주장

(1) 원고 1의 주장

원고 1은 이 사건 도형들은 모두 창작성이 인정되므로 저작물로 보호되어야 하고, 피고들은 저작권자인 위 원고의 허락을 받지 않고 위 저작물들을 무단히 사용하였으므로 피고들은 위 원고의 저작권을 침해하였다고 주장한다.

(2) 피고 에○○코리아의 주장

피고 에○○코리아는 다음과 같이 주장한다.

(가) ""는 상품의 식별표지로 기능할 뿐 사상 또는 감정이 창작적으로 표현된 것이라고 볼 수 없어 미적 감상의 대상이 되지 않으므로 저작물성이 인정되지 않는다.

(나) 별지 제1목록 기재 도형들은 응용미술작품에 해당하고 베른협약은 외국저작물을 당해 본국의 보호 정도에 준하여 보호하도록 규정하고 있는데 일본 저작권법은 응용미술작품을 저작물로 보호하고 있지 않으므로 위 도형들은 우리나라에서도 저작물로 보호되지 않는다.

(다) 피고 에○○코리아는 별지 제1목록 기재 도형들을 자신의 골프용품 브랜드를 소개하기 위한 패션쇼, 카탈로그에 소개하기 위하여 사용하였을 뿐 실제 의류상품에 사용한 적이 없으므로 원고가 이를 이유로 사용금지 및 손해배상을 구하는 것은 권리남용에 해당한다.

(3) 피고 ○○통상의 주장

피고 ○○통상은 다음과 같이 주장한다.

(가) ""과 ""는 원고 1이 처음으로 창작한 것이 아니라 일본에서 종래 존재하던 저작물과 동일하거나 유사한 도안에 불과하므로 창작성이 인정되지 않는다.

(나) 별지 제2목록 기재 도형들은 모두 응용미술작품에 해당하는바, 일본에서는 응용미술창작물이 저작물로서 보호되지 않고 위 도안들은 우리나라에서도 응용미술창작물이 저작물로서 보호되기 시작한 2000. 7. 1. 이전에 창작된 것이어서 응용미술저작물로 보호될 수 없다.

(다) ""는 1995. 12. 6.자 개정 저작권법의 부칙 제3조에서 말하는 회복저작물에 해당하고, 위 부칙 제4조 제1항에 따라 위 개정 저작권법의 시행 전에 회복저작물을 이용하는 행위는 저작권 침해로 보지 않게 되는데, 위 도형은 1995. 12. 6.자 개정 저작권법이 시행되기 시작

한 1996. 7. 1. 이전에 이미 국내에서 상표로 등록되어 피고 ○○통상이 그 전용사용권을 받아 적법하게 사용하고 있었으므로 피고 ○○통상이 위 도안을 사용한 것은 위 개정 저작권법의 시행 전에 회복저작물을 이용한 행위에 해당하여 저작권 침해에 해당하지 않는다.

나. 판단

(1) 준거법의 결정

일본인인 원고 1이 일본에서 창작한 위 각 도안에 대하여 저작권의 침해를 주장하는 이 사건에서, 일본과 우리나라는 모두 문학적·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 아래에서는 '베른협약'이라 한다)의 가입국이고, 이 사건 도형들은 베른협약 제2조 제1항의 회화, 스케치 기타 응용미술저작물의 일종으로서 베른협약의 적용대상인 문학적·예술적 저작물에 해당하는데, 베른협약 제5조 제2항은 보호국법주의를 채택하고 있고 우리나라의 국제사법 제24조도 베른협약에서 채택한 보호국법주의를 국내법으로 명문화하여 "지적재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다."라고 규정하고 있으므로, 베른협약 및 국제사법 규정에 따라 원고 1의 저작권 침해청구에 있어서의 준거법은 보호국인 우리나라의 법률이 된다.

(2) 이 사건 도형들이 우리나라의 저작권법에 의해 응용미술작품으로 보호되는지 여부

이 사건 도형들은 실용품에 응용될 수 있는 응용미술작품에 해당하는데, 원고 1에 대하여 보호국인 우리나라는 1986. 12. 31. 저작권법을 개정하면서 제4조 제1항 제4호에 저작물의 예시로 회화, 서예, 도안, 조각, 공예와 함께 응용미술작품을 규정하였고, 2000. 1. 12. 개정된 저작권법에는 제2조 제11의 2호(현재의 저작권법상으로는 제2조 제15호에 해당한다)에 응용미술저작물에 대한 정의규정을 마련함으로써,

1986. 12. 31.부터 응용미술작품을 일정한 경우 저작물로 보호하기 시작하였다. 그러므로 1986. 12. 31. 이후 공표된 이 사건 도형들은 우리나라 저작권법에 의하여 다음 항에서 보는 바와 같이 저작물로서의 요건을 갖춘 경우에는 응용미술작품으로서 저작물성이 인정된다.

(3) 이 사건 도형들에 창작성이 인정되는지 여부

(가) ""는 일본의 전통신인 에○○의 형상 밑에 에○○의 영어철자인 'ental'를 결합한 것으로 에○○가 눈꼬리를 내리고 환하게 웃고 있어 바다의 신인 에○○를 나름의 해석을 통해 시각화한 것이라고 할 것인데, 동일하게 전통신인 에○○를 대상으로 한 작품이라 하더라도 얼굴의 전체적인 윤곽이나 눈, 코, 입, 귀 얼의 구체적인 모양에 따라 느껴지는 표정과 분위기가 다르므로 이미 일본에서 에○○를 형상화한 도형이 많다는 이유만으로 창작성이 부정된다고 볼 수 없다.

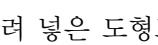
이에 대하여 피고들은 ""이 일본 오사카에 위치한 이마미야 에○○ 신사의 축제나 그 홍보물 등에서 널리 사용되는 도형에 불과하다고 주장하며 을나25 내지 27을 제출하였는바, ""이 다른 작품을 모방한 것에 불과하여 창작성이 부정되기 위해서는 원고 1이 ""을 창작할 무렵 위 도형과 동일·유사한 도형이 일본에서 이미 공표되어 사용되고 있었음이 입증되어야 할 것인데, 피고들이 제출한 위 증거들은 이 사건 소송이 제기된 이후의 정황에 관한 것이어서 위와 같은 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 그러므로 ""는 창작성이 인정된다.

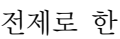
(나) ""와 ""는 소년이 골프웨어를 입고 골프가방을 메고 있는 모습이거나 소년의 전체적인 모습에서 모자를 쓰고 있는 얼굴 부분

만을 따로 떼어 놓은 도형으로서 소년의 머리스타일은 원고 1과 같이 매우 짧게 그려져 있고 소년의 얼굴 표정이 밝게 웃는 모습으로 그려져 있어 귀염성을 강조하고 있고, ""는 에○○ 신을 시각화한 위 "" 도형에 약간의 변형을 가한 얼굴 모양에 더하여 골프웨어를 입고 골프가방을 들고 있는 모습으로서 골프가방을 들고 웃고 있어 골프가 즐겁다는 느낌을 강조하고 있는바, 위 도형들은 그 표정이나 자세 및 소지하고 있는 물건 등의 다양성 및 골프에 대하여 느끼는 즐거운 감정을 담고 있다는 점에서 창작성이 인정된다.

(다) ""는 청바지 뒷면 모양의 도형에 엉덩이 부분에서 무릎 부분까지 'M'과 유사한 형태의 도형을 삽입한 형태인바, 위 도형에서 "M"과 유사한 형태를 제외한 나머지 청바지 뒷면의 모양만으로는 흔히 사용되는 바지 모양을 형상화한 것에 불과하여 독창성을 인정할 수 없지만, 청바지 뒷면을 장식하는 경우 엉덩이 부분에 위치한 주머니 윗면에 그림을 그리거나 브랜드 이름을 새겨 넣는 것이 일반적이었는데, 위 ""은 위와 같은 방법에서 더 나아가 바지 뒷면의 엉덩이 부분에서 무릎 부분까지 전체적으로 'M'과 유사한 도형을 그려 넣음으로써 고유한 개성이 드러나 있으므로 창작성이 인정된다.

(라) 한편, ""은 하나의 선으로 이루어진 도형으로서, 선의 왼쪽과 오른쪽에 각각 돌출부(산봉우리처럼 볼록하게 튀어나온 부분)가 형성되어 있고 왼쪽 돌출부가 오른쪽 돌출부 보다 위로 더 볼록하게 솟아 있어 도형의 왼쪽과 오른쪽이 비대칭을 이루고 있다. 그러나 위 도형은 왼쪽 돌출부와 오른쪽 돌출부의 높이 차이나 선의 양끝이 구부러진 정도 등에 따라 다양한 형태로 변형될 수 있는바, 갑17 내지 42, 을14의 1의 각 기재에 의하면 원고 1은 일본에서 ""와 유사한 도형에 관하여 상표권을 등록하였는데 당시 상표로 등록된 도형은 ""에 비하여 오른쪽 돌출부가 위로 솟아 있는 형태였고, 위 원고가 청바

지를 생산하면서 청바지의 뒷주머니에 그려 넣은 도형도 ""보다는 오른쪽 돌출부가 위로 더 솟아 있는 모양인 사실을 인정할 수 있는 바(원고 1은 의류에 위 도형을 수작업으로 그려 넣었으므로 숙련된 작업자라고 하더라도 위 도형의 돌출부의 높이 차이와 그 굴곡의 정도를 획일적으로 동일하게 그리는 것은 어려울 것으로 보인다) 돌출부 간의 높이 차이에 정형화된 비율이 있지 않은 것으로 보이고, 위 도형 자체만으로는 의미하는 바가 분명하지 아니하여 굴곡부를 가진 하나의 선으로 이루어진 다른 도형들과 구별되는 고유한 의미가 담겨져 있는 것으로 보기도 어려우므로 창작성이 인정된다고 볼 수 없다(위 도형은 하나의 선으로 이루어진 단순한 도형이지만 주로 청바지의 뒷주머니나 의류 내부에 부착되어 있는 브랜드 명을 표기하는 라벨지에 함께 표기되어 원고들이 생산하는 청바지 등의 의류에 심미감을 부가하는 요소로 사용되거나 식별력을 위한 표지로 사용된 것으로 보이므로 위 도형에 대한 보호는 오히려 상표나 디자인의 영역으로 보인다).

(마) 따라서 "" 도형에 저작물성이 인정됨을 전제로 한 원고 1의 주장은 이유 없고, 나머지 "", "", "", "", "" 도형은 저작물성이 인정된다.

(4) 피고들의 원고 1에 대한 저작권 침해여부

(가) 피고 에○○코리아는 자신이 판매하는 골프웨어를 선전하기 위한 카탈로그와 패션쇼 무대배경에 원고 1의 저작물인 "", "", "", "" 을 무단으로 사용하였는바, 피고 에○○코리아의 이러한 행위는 원고 1의 저작권을 침해하는 것이고, 비록 피고 에○○코리아가 위 저작물을 이용하여 의류를 생산하지 않았다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고 1의 저작권 침해를 원인으로 한 이 사건 청구가 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.

(나) 피고 ○○통상은 그가 생산하는 청바지 등의 의류제품에 원고 1의 저작물인 ""을 무단으로 사용하였고, ""와 동일한 모양의 청바지를 생산하였는바, 피고 ○○통상의 이러한 행위는 원고 1의 저작권을 침해하는 것이다.

(5) 저작권침해의 금지 및 폐기청구

원고 1은 저작권 침해를 이유로 피고 에○○코리아에 대하여는 "", "", "", "" 저작물의, 피고 ○○통상에 대하여는 "", "" 저작물의 사용금지 및 각 위 저작물이 표시된 상품과 홍보물 등의 폐기를 구할 수 있고, 피고들은 위 원고의 청구에 따라 위 각 저작물의 사용을 중단하고 위 각 저작물이 표시된 상품과 홍보물 등을 폐기할 의무가 있다.

(6) 손해배상책임 및 그 범위

(가) 을나7의 기재에 의하면, 피고 에○○코리아는 2007년부터, 피고 ○○통상은 2004년부터 위 각 저작물을 이용하여 의류를 판매하기 시작하였고, 피고 ○○통상의 경우 2004년부터 2008년까지의 매출액 합계가 84,057,431,313원에 이른 사실을 인정할 수 있으나, 피고 에○○코리아는 위 저작물을 그가 판매하는 의류에 직접 사용하지 않았고 피고 ○○통상은 위 저작물을 의류에 직접 사용하여 판매하였으나 그가 판매한 모든 의류에 위 저작물을 사용한 것으로 보이지는 않으므로 피고들의 매출이익을 모두 원고 1에 대한 저작권 침해로 인하여 얻은 이익이라고 보기 어렵고 달리 피고들이 저작권 침해행위로 인하여 얻은 이익을 산정할 증거가 없으므로 저작권법 제126조에 따라 변론 전체의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정하여야 한다.

(나) 피고들의 저작권 침해기간, 침해의 양태, 총 매출액 등의 사정을

종합해 보면, 원고 1에게는 적어도 피고별로 500만 원 이상씩의 손해가 발생한 것으로 보이므로, 원고 1의 손해액은 위 원고가 구하는 바에 따라 피고별로 각 500만 원이라고 봄이 상당하다.

(7) 소결론

그러므로 피고 에○○재팬 은 "", "", "", ""의 저작물을, 피고 ○○통상은 "", ""의 저작물을 사용하여서는 아니되고, 위 각 저작물이 표시된 상품과 위 각 저작물이 표시된 CD-ROM, 카탈로그, 인터넷 게재물, 간판, 현수막, 게시판, 포장, 벽보, 안내표지판, 홍보물, 인쇄물, 광고지, 기타 홍보물을 폐기할 의무가 있으며, 원고 1에게 손해배상으로 위 원고가 구하는 바에 따라 각 500만 원 및 이에 대하여 이 사건 소장부본이 피고들에게 송달된 다음날임이 기록상 분명한 2008. 12. 9.부터 피고들이 이 사건 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 사건 판결 선고일인 2009. 10. 29.까지는 민법에 따른 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 따른 연 20%의 각 비율에 따른 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

원고 1의 나머지 청구는 이유 없다.

3. 원고 에○○재팬 의 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장

(1) 피고 에○○코리아에 대하여

피고 에○○코리아는 상호의 사용, 카탈로그의 제작 및 언론과의 인터뷰 등에서 원고 에○○재팬 의 한국지사 또는 원고 에○○재팬 과 라

이센스관계에 있는 것처럼 오인을 야기하고 있으므로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(아래에서는 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호 마목의 출처지오인야기행위 또는 바목의 상품사칭행위에 해당한다고 주장한다.

(2) 피고 ○○통상에 대하여

피고 ○○통상은 '○○ GENES OSAKA'라는 문구와 일본식 한자를 그가 생산하는 의류에 표기하고 인터넷 쇼핑몰에서 그가 생산한 의류를 판매하면서 생산지를 "해외" 등으로 표기함으로써 피고 ○○통상이 판매하는 제품이 마치 일본에서 생산된 것처럼 오인을 야기하고 있으므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목 출처지오인야기행위에 해당하고, 원고 에○○재팬 의 선사용 표장인 ""의 주지·저명성에 부당히 편승하려는 목적으로 위 표장과 동일한 표장을 자신이 생산하는 의류에 사용하고 있으므로 같은 호 바목의 상품사칭행위에 해당한다고 주장한다.

나. 판단

(1) 피고 에○○코리아에 대하여

(가) 출처지오인야기행위의 성립여부

1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목의 출처지오인야기행위는 상품이나 광고, 기타 서류 등에 그 상품이 생산, 제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 생산, 제조, 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하는 경우에 성립한다.

2) 앞서 기초사실에서 본 바와 같이 피고 에○○코리아는 그가 생산하는 골프의류를 홍보하기 위한 카탈로그에 원고 에○○재팬 이 생산하는 '에○○' 브랜드를 설명하는 문구를 기재하였는바, 카탈로그에 위와 같은 문구가 기재됨으로써 피고 에○○코리아가 판매하는 '에○○골프'

제품이 원고 에○○재팬 또는 그가 생산하는 제품과 일정한 관련이 있는 것으로 오인을 야기하여 상품주체 또는 영업주체의 혼동을 야기하는 것은 별론으로 하고, 위와 같은 문구의 기재만으로는 피고 에○○코리아가 생산하는 골프의류가 본래의 생산, 제조, 가공지가 아닌 일본 등 다른 곳에서 생산, 제조, 가공되는 것처럼 오인을 야기한다고 단정하기 어렵다.

3) 또한 앞서 기초사실에서 본 바와 같이 '에○○골프'에 관한 기사들에도 원고 에○○재팬 이 생산하는 '에○○' 브랜드에 관한 설명이 기재되어 있으나 위 기사는 피고 에○○코리아가 작성한 것이 아니고 위 피고가 그와 같은 내용을 보도해 달라고 요청하였음을 인정할 증거도 없으며(오히려 피고 에○○코리아의 전 대표이사인 왕징남은 일본 여행 후 독자적으로 에○○골프 브랜드를 창설하였음을 인터뷰에서 밝히고 있다), 그 내용도 왕징남이 국내에 세운 피고 에○○코리아가 '에○○골프' 브랜드를 창설하고 독자적으로 골프웨어를 생산하고 있다는 내용이어서 위 내용만으로는 위 브랜드 제품의 생산, 제조, 가공지를 일본으로 오인케 한다고 보기 어렵다.

4) 한편 ○○아이앤씨가 그가 운영하는 인터넷 홈페이지에 '피고 에○○코리아가 원고 에○○재팬과 라이센스 계약을 체결하였다'는 내용의 게시물을 게시하였음은 앞서 본 바와 같으나, 위 인터넷 게시물은 피고 에○○코리아가 작성한 것이 아니고 일본회사인 원고 에○○재팬과 라이센스 계약을 체결하였다는 사정만으로 생산, 제조, 가공지가 일본이라고 오인케 한다고 보기 어려우므로, 피고 에○○코리아의 행위가 출처지오인야기행위에 해당한다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(나) 상품사칭행위의 성립여부

1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호는 부정경쟁행위의 유형을 한정적으로 열거하고 있고, 가목의 상품주체 혼동행위, 나목의 영업주체 혼동행위와 별도로 바목에서 타인의 상품에 대한 사칭행위를 규정하고 있는바,

여기에서의 타인의 상품의 사칭이라고 함은 상품의 출처에 관한 오인·혼동행위가 아니라 상품 그 자체의 품질을 다른 상품과 같은 것으로 오인케 하는 행위를 의미한다고 해석하여야 한다.

2) 피고 에○○코리아는 그가 생산하는 골프의류를 홍보하기 위한 카탈로그에 원고 에○○재팬 이 생산하는 '에○○' 브랜드를 설명하는 문구를 기재하였음은 앞서 본 바와 같은바, 그로 인하여 피고 에○○코리아가 판매하는 '에○○골프' 제품이 원고 에○○재팬과 라이센스 계약 등 일정한 관련이 있는 것으로 오인이 야기되는 것은 별론으로 하고, 피고 에○○코리아가 생산하는 골프의류의 품질 그 자체가 본래의 품질과 달리 다른 상품의 품질을 가지고 있는 것으로 오인을 야기하는 것이라고 보기 어려우므로, 피고 에○○코리아의 행위가 타인의 상품을 사칭하는 행위에 해당한다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(2) 피고 ○○통상에 대하여

(가) 출처지오인야기행위

1) 피고 ○○통상이 "○○ GENES OSAKA" 또는 일본식 한자가 병기된 도형을 그려 넣은 청바지 등의 의류를 생산하여 판매한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위 "OSAKA"나 일본식 한자표기는 의류의 디자인적 요소로 사용된 것에 불과하고 그 자체가 생산지 등의 출처지를 표기하는 것이라고 보기 어렵다.

2) 또한 원고 에○○재팬 의 주장과 달리 피고 ○○통상은 그가 운영하는 인터넷 쇼핑몰에서 제품의 생산지를 "해외"가 아닌 "기타-국내외"라고 기재하였음은 앞서 기초사실에서 본 바와 같고 을나10의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 피고 ○○통상을 대행하여 인터넷 쇼핑몰을 운영하였던 ㈜씨튼은 제품별로 원산지를 정확히 확인하는 것이 번거로워 그와 같이 기재해 두었으며 피고 ○○통상이 판매하는 '에○○' 의류 중에는 베트남 등지에서 생산되는 제품도 포함되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 사정만으로 피고 ○○통상이 그가 판매하는 의류가 마치 일본에서 생산된 것처럼 오인을 야기하였다고 보기

어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(나) 타인상품 사칭행위

원고 에○○재팬이 일본에서 "" 표장을 먼저 사용하기 시작하였고, 피고 ○○통상은 국내의 상표권자로부터 위 표장과 유사한 "" 표장에 관하여 사용권을 설정받아 이를 그가 판매하는 의류에 사용한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 그로 인하여 피고 ○○통상이 판매하는 '에○○'제품이 원고 에○○재팬, 또는 그가 생산하는 제품과 일정한 관련이 있는 것으로 오인을 야기하여 상품주체 또는 영업주체의 혼동을 야기하는 것은 별론으로 하고, 그와 같은 표장을 사용하는 행위 그 자체만으로 피고 ○○통상이 생산하는 의류가 본래의 품질과 달리 다른 상품의 품질을 가지고 있는 것으로 오인을 야기한다고 보기 어려우므로 피고 ○○통상의 행위가 타인이 상품을 사칭하는 행위에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(3) 따라서 원고 에○○재팬의 피고들에 대한 청구는 모두 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면, 원고 1의 피고들에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하며, 원고 에○○재팬 의 피고들에 대한 청구는 모두 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 민유숙
판사 김유진
판사 오택원

19. 매장 전용 CD가 판매용 음반에 해당하는지 여부 – 스타벅스 사건

[개요]

원고는 저작권법에 따라 음악저작물에 대해 저작권신탁관리업 허가를 받은 단체이고, 피고는 국제적으로 지사를 두고 있는 커피전문점이다.

피고의 본사는 매장용 배경음악 서비스를 제공하기 위하여, 이 사건 음악저작물에 대해 미국 내 권리자로부터 복제 및 배포를 허락받은 회사와 매장용 배경음악 서비스 제공 계약을 체결하였으며, 이에 따라 제작된 CD(이하, CD 또는 매장용 음반)를 제공받아 국내 매장에서 재생하였다. 이 매장용 음반은 특정 플레이어에서만 재생되며, 계약기간이 만료되면 더 이상 재생되지 않는 형태로 제작되었고, 계약기간 만료 시 CD를 폐기하거나 음반제작자에게 반환하도록 계약되었다.

그런데, 이 매장용 음반에는 원고가 국내에서 공연권 등을 신탁관리하는 음악이 포함되어 있었고 이에 원고는 피고가 매장용 음반을 이용하여 매장 내에서 음악을 재생행위는 자신의 허락을 받지 않은 공연으로서 저작권 침해 행위에 해당한다며 그 금지를 구하는 소를 제기하였다.

당해 사건에서 쟁점이 된 것은, 피고의 매장용 음반 재생 행위가 저작재산권 제한사유인 '청중으로부터 반대급부를 받지 아니하고 판매용 음반을 재생하여 공중에게 공연한 경우(저작권법 제29조 제2항)에 해당하는지 여부이다. 즉, 스타벅스가 재생한 매장용 음반이 판매용 음반'에 해당하는 여부와, 만약 판매용 음반에 해당한다면 당해 공연이 음악을 감상하게 하는 것을 영업의 주요 내용의 일부로 하는 공연으로 볼 수 있는가에 대한 것이다.

1심은 '판매용 음반'의 해석에 대하여, 저작권법 규정이나 그 입법취

지를 살펴볼 때 판매용 음반을 반드시 시판용 음반으로 한정하여야 할 이유가 없으므로, 이 사건의 매장용 음반과 같이 특정 다수인에게 대가를 받고 양도하기 위해 제작된 음반 역시 판매용 음반에 해당된다고 보았다. 또한 피고의 주요 영업 내용은 커피, 케익 등을 판매하고 이윤을 취하는 것에 있지 음악을 재생하여 이를 감상하는데 있지 않기 때문에, 이윤을 늘리기 위하여 음악을 재생·감상하게 하는 것이 영업의 일부는 될 수 있더라도 영업의 '주요' 내용의 일부가 된다고 보기는 어렵다며 결론적으로 피고의 판매용 음반 재생 행위는 제29조 제2항에 따른 반대급부 없는 판매용 음반의 공연에 해당하여 저작권 침해를 구성하지 않는다고 하였다.

그러나 항소심은 다음과 같은 이유에서 원심과 결론을 달리 하여 피고의 행위가 원고의 공연권을 침해하는 것으로 판단하였다. 먼저, 반대급부 없는 판매용 음반의 공연에 대한 저작재산권 제한 규정은 저작재산권 보호와 저작물 이용의 활성화 사이의 조화를 달성하기 위한 조항으로서, 저작재산권자가 음반제작자로 하여금 음악저작물을 판매를 위한 음반으로의 복제 및 배포를 허락할 경우 그 반대급부의 산정에는 음악저작물이 위와 같은 용도로 사용될 경우까지 포함될 것을 고려한 것이고, 또한 저작권법 제52조 법정허락을 비롯하여 제82조의 방송사업자의 음반제작자에 대한 보상 등 다른 규정의 '판매용 음반'은 모두 '시판을 목적으로 제작된 음반'을 의미하는 점을 고려하면, 저작권법 제29조 제2항의 '판매용 음반'은 '시판용 음반'으로 해석하여야 한다는 것이다.

위의 해석에 비추어 항소 법원은 피고가 재생한 CD가 '판매용 음반'에 해당하는가에 대하여, 본 매장용 음반은 시중에 판매하기 위하여 제작된 것이 아니라 피고 등 세계 각국의 스타벅스 지사에게만 공급하기 위하여 제작된 점, 특정한 플레이어에서만 재생되며 계약에서 정해진 기간이 만료되면 더 이상 재생되지 않고 당해 매장용 음반을 폐기하거나 반환할 의무를 부담하는 점, 이 사건 CD의 제공은 배경음악 서비스 제공의 한 방법에 불과하며, 전송 또는 인터넷을 통하여 각 해외 지사가

해당 음악저작물을 다운로드받게 할 경우에는 저작권법상 저작재산권의 제한사유의 어디에도 해당되지 않게 되는 점 등을 살펴볼 때, 이 사건 CD는 '판매용 음반'에 해당한다고 보기 어렵다고 결론지었다.

■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■

서울고등법원 2010. 9. 9. 판결 2009나53224【침해금지등】

원고, 항소인	사단법인 ○○○○저작권협회
	소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 이종석
피고, 피항소인	주식회사 스○○○커피코리아
	소송대리인 법무법인 세종 담당변호사 박교선외 1인

제1심판결	서울중앙지법 2009. 4. 29. 선고 2008가합44196 판결
변론종결	2010. 7. 20.
판결선고	2010. 9. 9.

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.

가. 피고는 피고의 매장, 영업장소에서 별지 1 목록 기재 순번 1, 2번 음악저작물을 공연하여서는 아니 된다.

나. 별지 1 목록 기재 순번 3번 음악저작물에 관한 공연금지청구 부분의 소를 각하한다.

2. 원고가 당심에서 추가한 별지 1 목록 기재 순번 4, 5, 6번 음악저작

물에 관한 공연금지청구 부분의 소를 각하한다.
3. 소송총비용 중 60%는 원고가, 40%는 피고가 각 부담한다.
4. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 피고의 매장, 영업장소에서 별지 1 목록 기재 순번 1, 2, 3, 4, 5, 6번 음악저작물을 공연하여서는 아니 된다(원고는 당심에서 별지 1 목록 기재 순번 4, 5, 6번 음악저작물에 관한 청구를 추가하였다).

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고는 피고의 매장, 영업장소에서 별지 1 목록 기재 순번 1, 2, 3번 음악저작물을 공연하여서는 아니 된다.

이 유

1. 기초 사실

다음의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제3, 5, 7, 10, 14, 15, 16, 17, 28, 29호증, 을 제1 내지 4, 9호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 이 사건 각 음악저작물과 원고의 관계

1) 별지 1 목록 기재 각 음악저작물(이하 '이 사건 각 음악저작물'이라 하고, 그 순번에 따라 '이 사건 제○ 음악저작물'이라 한다)에 관한 공연권의 보유자는 별지 1 목록 기재와 같다.

2) 이엠아이 뮤직 퍼블리싱 컴퍼니(EMI Music Publishing Co., 이하 '이엠아이'라 한다)는 한국이엠아이음악출판 주식회사(이하 '한국이엠아이'라 한다)에게 이 사건 제1 음악저작물에 관한 한국 내에서의 공연권 등 저작재산권을, 워너채플 뮤직 인코퍼레이티드(Warner/Chappell music Inc., 이하 '워너채플'이라 한다)는 워너채플뮤직코리아 주식회사(이하 '워너채플코리아'라 한다)에게 이 사건 제2 음악저작물에 관한 한국 내에서의 공연권 등 저작재산권을 각 신탁적으로 양도하였고, 한국이엠아이와 워너채플코리아는 그 각 저작재산권을 원고에게 신탁적으로 양도하였다.

3) 원고는 ASCAP(미국 작사자·작곡가·출판자협회), GEMA(독일 음악공연권 및 복제권협회), SGAE(스페인 음악저작권협회), BMI(미국 방송음악가협회)와 사이에 각 관리하는 음악저작물에 관하여 상대방의 국가 내에서 공연을 허락할 권한(the right to license the public performance)을 부여하고, 해당 음악저작물의 저작권 침해자에 대하여 저작재산권자 또는 원고의 이름으로 소송을 제기할 권한을 부여하는 내용의 상호관리계약을 체결하였다.

나. 피고의 CD 구입 및 공연의 경위

1) 플레이네트워크사(Playnetwork, Inc. 이하 'PN사'이라고 한다)는 스○○○ 본사(Starbucks Coffee International, Inc.)와 사이에 음악서비스 계약(Music Service Agreement)을 체결하고 세계 각국에 있는 스○○○ 커피숍 매장에 대한 배경음악 서비스를 제공하여 왔다.

2) 이엠아이는 이 사건 제1 음악저작물을, 앱코(ABKCO)사는 이 사건 제2 음악저작물을, 소니(SONY)사는 이 사건 제3 음악저작물을 각 수록한 음반을 제작하였고, PN사는 위 각 음반제작사 및 이들이 미국 내에서의 음악저작물의 관리를 위탁하고 있는 해리 폭스 에이전시(Harry Fox Agency, 이하 'HFA'라 한다)로부터 위 각 음악저작물에 관한 복제 및 배포를 허락받았다.

3) PN사는 배경음악 서비스 제공을 위하여 카세트테이프, CD(영국과 일본을 제외한 지역), 콤보 플레이어(영국과 일본 지역) 등을 이용하며, CD의 경우 약 20시간 이상의 음악 및 각 음악에 대한 암호화 정보와 설명이),되어 있고, 각 CD는 암호화되어 있어 PN사가 제공한 플레이어에서만 재생되며 계약에서 정해진 기간이 만료되면 더 이상 재생되지 않는다.

4) 스○○○의 한국 지사인 피고는 스○○○ 본사와의 계약에 따라 PN사로부터 이 사건 각 음악저작물을 포함한 배경음악이 담긴 CD를 장당 미화 30.79달러(운송료 3.79달러 포함)에 구매하여, 우리나라 각지에 있는 스○○○ 커피숍 매장에서 그 배경음악으로 PN사가 제공한 플레이어를 이용하여 재생시켜 공연하였다.

다. 저작권법 등 관련 규정

저작권법 및 저작권법 시행령의 관련 규정은 아래와 같다.

○ 저작권법 제29조 (영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송)

② 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다

○ 저작권법 시행령 제11조 (판매용 음반 등에 의한 공연의 예외)

법 제29조 제2항 단서에서 '대통령령이 정하는 경우'란 다음 각 호의 어

느 하나에 해당하는 공연을 말한다.

1. 「식품위생법 시행령」 제7조 제8호에 따른 영업소에서 하는 다음 각 목의 공연

나. (가)목에 해당하지 아니하는 영업소에서 하는 공연으로서 음악 또는 영상저작물을 감상하는 설비를 갖추고 음악이나 영상저작물을 감상하게 하는 것을 영업의 주요 내용의 일부로 하는 공연

2. 피고의 본안전 항변에 대한 판단

가. 원고의 소송제기가 제3자의 임의적 소송담당인지 여부

1) 피고는, 원고가 이 사건 각 음악저작물의 저작재산권자로부터 공연을 허락받을 권한 및 소송에서의 대리권을 부여받았을 뿐 공연권 등 저작재산권을 신탁받은 것이 아니므로, 스스로 저작권침해금지 소를 제기할 수 없음에도 불구하고, 이 사건 소를 제기한 것은 제3자의 임의적 소송담당에 해당하여 부적법하다고 주장한다.

2) 민사소송 중 재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있다고 함이 원칙이나, 법률이 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되는 경우와 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여받음으로써 당사자적격을 인정하는 경우에는 예외적으로 비록 제3자라고 하더라도 소송의 제기가 허용된다. 다만, 위와 같은 임의적 소송담당은 변호사 대리의 원칙이나 소송신탁금지의 원칙을 취하고 있는 우리나라 법제하에서는 극히 제한적으로 허용될 수밖에 없다(대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결 등 참조).

3) 이 사건으로 돌아와 보건대, 원고가 이 사건 제3, 4, 5, 6 음악저작물에 관하여 대한민국 내에서 공연을 허락할 권리를 부여받았을 뿐

이를 신탁적으로 양도받은 바 없음은 앞에서 본 바와 같고, 위 각 음악저작물에 관한 직접 권리주체가 아닌 원고에게 임의적 소송담당을 허용할 합리적 필요성이 특별히 인정되지 않은 이 사안에서, 원고는 그 이름으로 이 사건 제3, 4, 5, 6 음악저작물에 관하여 제3자에 대하여 침해금지청구의 소를 제기할 권원이 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 제3, 4, 5, 6 음악저작물에 관한 침해금지청구부분의 소는 부적법하므로 각하하지 아니할 수 없다.

4) 한편 원고가 이 사건 제1, 2 음악저작물 중 각 일부 지분을 신탁적으로 양도받았음은 앞에서 본 바와 같고, 공동저작물의 각 저작재산권자는 다른 저작재산권자의 동의 없이 저작권법 제123조의 규정에 따른 침해금지청구를 할 수 있으며(저작권법 제129조), 이는 공동저작물의 저작재산권이 저작자로부터 전전 신탁 양도된 경우 최종 수탁자 사이에서도 마찬가지라 할 것이므로, 원고는 대외적으로 위 각 음악저작물에 관한 공연권자로서 침해자에 대하여 금지청구의 소를 제기할 수 있다고 할 것이니, 피고의 이 부분에 관한 주장은 이유 없다.

나. 원고의 소제기가 소송신탁으로서 위법한지 여부

피고는 다시, 원고가 이 사건 제1, 2 음악저작물에 관한 지분을 이엠아이 등으로부터 신탁적으로 양수한 행위는 '소송신탁'에 해당하므로 위법하다는 취지로 주장하나, 원고는 저작권법상 국내에서 저작권집중관리단체로서, 저작권의 신탁적 양도에 의하여 대외적으로 저작재산권의 행사를 할 적법한 권한이 있으므로, 이를 위법한 소송신탁으로 볼 수 없어, 위 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 주장 및 판단

가. 원고의 주장 요지

원고는, 피고가 이 사건 제1, 2 음악저작물에 관한 한국 내에서의 공연권자인 원고의 허락없이 자신의 매장에서 위 각 음악저작물이 담긴 CD(이하 '이 사건 CD'라고 한다)를 무단으로 재생하고 있고, 이 사건 CD는 PN사가 배경음악 서비스의 방법으로 스○○○ 지사에 한시적으로 제공하며 사용기간이 지나며 폐기하는 것으로서 저작권법 제29조 제2항에서 정한 '판매용 음반', 즉 '시판용 음반'에 해당하지도 않으므로, 피고는 이 사건 제1, 2 음악저작물에 대한 공연권을 침해하고 있다고 주장한다.

원고는 가사 이 사건 CD가 판매용 음반에 해당한다고 하더라도 피고가 매장에서 이 사건 CD를 재생하는 것은 저작권법 시행령 제11조 제1호 (나)목 소정의 '음악을 감상하게 하는 것을 영업의 주요 내용의 일부로 하는 공연'에 해당하므로 저작권법 제29조 제2항 단서에 따라 원고의 신탁저작권은 이 사건 CD의 재생에도 미친다고 주장한다.

나. 저작권법 제29조 제2항의 해석

저작자는 그의 저작물을 공연(저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말한다. 저작권법 제2조 제3호)할 권리를 가지는바, 저작자(또는 저작재산권자)로부터 공연 허락을 받음이 없이 타인의 저작물을 공중에게 재생하는 행위는 공연권을 침해한다고 할 것이나, 저작권법은 저작재산권의 제한사유의 하나로서, 청중으로부터 반대급부를 받지 아니하고, '판매용 음반' 또는 '판매용 영상저작물'을 재생하여 공중에게 공연하는 경우에는, 저작권법 시행령이 정한 경우가 아닌 한 별도로 '공연권' 침해를 구성하지 않는다고 규정하고 있다.

그러므로 '판매용 음반'의 해석에 관하여 보건대, 저작권법은 '음반'을

'음이 유형물에 고정된 것'으로 정의하는 외에(동법 제2조 제5호) '판매용 음반'의 정의에 대하여 별다른 규정을 두고 있지 아니한바, 법률의 해석은 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하되, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원하여야 할 것이고, 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 고려하여야 할 것이다.

살피건대 저작권법 제29조 제2항은 저작재산권 보호와 저작물 이용의 활성화 사이의 조화를 달성하기 위한 조항으로서, 저작재산권자가 음반 제작자로 하여금 음악저작물을 판매를 위한 음반으로의 복제 및 배포를 허락할 경우 그 반대급부의 산정에는 음악저작물이 위와 같은 용도로 사용될 경우까지 포함될 것인 점, 저작권법 제52조를 비롯하여 별지 2 기재 각 조항의 '판매용 음반'은 모두 '시판을 목적으로 제작된 음반'으로 해석되는바, 위 각 조항과 저작권법 제29조 제2항의 '판매용 음반'을 달리 해석할 합리적인 이유가 없는 점을 고려하면, 저작권법 제29조 제2항의 '판매용 음반'은 '시판용 음반'으로 해석하여야 할 것이다.

다. 이 사건 CD가 판매용 음반인지 여부

살피건대 PN사는 스○○○ 본사에 대한 배경음악 서비스를 제공하고 있는데, 이 중 특수한 CD와 특수한 플레이어를 제공하는 방법은 위 서비스의 일환으로서 피고의 주문에 응하여 제작된 불대체물로서 시중에 판매하기 위하여 제작된 것이 아니라 피고 등 세계 각국의 스○○○ 지사에게만 공급하기 위하여 제작된 점, 배경음악 서비스 제공의 일환으로 제공되는 이 사건 CD는 암호화되어 있어 PN사가 제공한 플레이어에서만 재생되며 계약에서 정해진 기간이 만료되면 더 이상 재생되지 않으며, 피고는 당해 CD를 폐기하거나 반환할 의무를 부담하는 점, 이 사건 CD의 제공은 배경음악 서비스 제공의 한 방법에 불과하며, 전송

또는 인터넷을 통하여 각 해외 지사가 해당 음악저작물을 다운로드받게 할 경우에는 저작권법상 저작재산권의 제한사유의 어디에도 해당되지 않게 되는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 CD는 '판매용 음반'에 해당한다고 보기 어렵다.

라. 이 사건 제1, 2 음악저작물에 대한 공연권 여부

피고는, 가사 이 사건 CD가 판매용 음반에 해당하지 않는다 하더라도 PN사가 이 사건 제1, 2 음악저작물의 각 저작재산권자로부터 위 각 음악저작물에 관한 한국 내에서의 공연을 허락받았다는 취지의 주장을 한다.

살피건대 을 제9, 13, 15, 16, 17호증의 각 기재만으로는 PN사가 이 사건 제1, 2 음악저작물에 관한 복제 및 배포를 허락받은 사실 외에 한국 내에서의 공연까지 허락받았다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

마. 소결론 및 금지명령의 형태

따라서 원고가 이 사건 CD를 재생하여 이 사건 제1, 2 음악저작물을 공연하는 행위는 원고의 공연권을 침해하는 행위에 해당하며, 저작권법 제29조 제2항에서 정한 저작재산권의 제한사유에 해당하지 아니하므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

한편 이 사건 CD가 판매용 음반이 아니므로 저작권법 제29조 제2항의 저작재산권 제한 사유에 해당하지 아니하고, 피고는 달리 이 사건 제1, 2 음악저작물에 대한 공연을 허락받은 바 없으므로, 피고가 이 사건 제1, 2 음악저작물을 그 매장 및 영업장소에서 공연하는 행위는 그 형태를 불문하고 모두 원고의 공연권을 침해하는 행위가 된다고 할 것이고,

이 사건 CD의 사용기간이 도과되었다 하더라도 다시 다른 CD에 수록되거나 다른 형태로 공연됨으로써 원고의 공연권을 침해할 우려가 있다고 할 것이므로, 침해의 형태를 특정하지 아니하고 금지를 명함이 상당하다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있고 나머지는 부적법하여 각하하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 취소하고, 원고의 항소를 일부 받아들이되, 제1심의 일부 청구 부분의 소 및 당심에서 추가된 청구 부분의 소는 각 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황한식
판사 최기영
판사 장낙원

[별지] 생략

[제1심 판결] 서울중앙지법 2009. 4. 29. 선고 2005가합44196 판결
(한국 저작권 판례집 12권, 23번 판례 참조)

20. 복제·전송 중단 요구자의 주의의무 범위 – 손담비 '미쳤어' 어린이 동영상 사건

[개요]

인터넷 포털 사이트에 블로그를 운영 중인 원고는 다섯 살 된 자신의 딸이 의자에 앉아 유명 가수의 노래의 후렴부를 부르면서 춤을 추는 모습을 촬영한 53초 분량의 동영상과 딸의 다른 사진 및 아이가 가요보다는 소녀 취향의 노래를 좋아해줬으면 좋겠다는 바람을 담은 글이 포함된 게시물을 작성하여 자신의 블로그에 게시하였다.

음악저작물의 권리를 신탁 받아 운영하는 피고는 원고의 딸이 부른 가요를 포함하여 자신이 저작재산권을 가지고 있는 음악저작물 337곡을 이용해 제작된 것으로 추측되는 동영상들에 대하여 개별적 검토 없이 일괄적으로 복제·전송의 중단을 요구하였고, 이에 해당 포털은 원고 게시물의 게시를 중단하였다.

그 후 원고는 당해 조치에 항의하면서 포털에 구두 및 서면으로 여러 차례 동영상의 재게시를 요구하였으나 받아들여지지 않자 소를 제기하였다.

먼저, 법원은 원고가 자신의 딸이 이 사건 저작물의 악곡과 가사의 일부를 가창하는 것을 녹화하여 이 사건 동영상을 제작 한 뒤 해당 노래의 가사 후렴구와 함께 게시한 것은 저작권법상 복제 및 전송에 해당한다고 하였다.

그러나, 법원은 이 사건 저작물의 이용과 관련하여 원고의 게시물은 (1) 가수 손담비를 흉내내는 딸의 모습을 생동감 있게 표현한 창작물일 뿐만 아니라 이에 덧붙여 "이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 〈중략〉 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요" 내용의 글과 원고의 딸을 다른 사진들을 함께

게재함으로써 대중매체가 어린이들에게 끼치는 영향에 대한 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었고 해당 동영상과 후렴구는 게시물의 일부로 흡수 되었으며, (2) 인용된 음악저작물의 양은 전체 74마디 중 7~8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한에 그쳤고 그나마도 음정, 박자, 가사가 상당히 부정확하여 약 53초 분량의 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 당해 음악저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있는 점, (3) 일반 공중의 관념에서 비추어 원고의 동영상이 해당 가요에 대한 시장의 수요를 대체하거나 또는 그 가치를 훼손한다고 보기 어려운 점, (4) 게시물에 음악저작물의 실연자를 언급함으로써 일반적으로 대중가요에서 행해지는 방식의 출처표시를 한 점 등에 비추어 저작권법 제28조의 인용에 해당하는 것으로 판단하였다.

한편, 저작권법 제103조 제1항은 '온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다'고 규정하는 한편, 같은 조 제6항에서는 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 경우에는 손해배상책임을 지도록 하고 있다.

이와 관련하여 항소심은 저작권법 제103조제1항에 따라 저작물의 복제·전송의 중단을 요청하기 위한 전제조건으로 단지 자신이 저작권 등의 권리자이고 복제·전송자에게 자신이 권리를 가지고 있는 저작물의 이용을 허락한 적이 없다는 사정만으로는 부족하고, 자신이 중단을 요구한 저작물의 복제·전송이 저작권 제한사유 등에 해당하여 저작권 침해가 되지 아니하는지에 관하여 성실하고 합리적인 방법으로 검토하여야 할 주의의무가 발생한다고 보았다.

그런데 피고는 포털사이트 운영자에게 피고가 저작재산권을 보유한 저작물 중 당시 인기가요 순위 상위에 오른 저작물 337곡을 이용하여 제작된 것으로 추측되는 동영상 합계 332,992건에 대하여 저작권 침해 여부에 대한 개별적 검토 없이 일괄적으로 복제·전송의 중단을 요구한

바, 이러한 사실에 비추어 보면 피고가 원고의 동영상이나 게시물이 저작권을 침해하는 것인지에 대한 성실하고 합리적인 검토 없이 복제·전송의 중단을 요구하였음이 인정되므로, 피고의 동영상 복제·전송 중단 요구로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다.

한편, 포털사이트를 운영하는 회사에 대한 손해배상책임에 대하여 원심은 온라인서비스제공자는 저작권법 제103조에 따라 저작권자의 권리 침해 소명 및 복제·전송의 중단 요구가 있을 경우 이에 따를 의무를 지는데, 이 사건의 경우 피고 협회가 일응 권리 침해를 소명하며 복제·전송의 중단을 요청해 왔고, 포털사이트 운영자는 법령에 따라 복제·전송의 중단조치를 하고 원고에게 재게시절차를 안내하였던 점을 종합할 때, 온라인서비스제공자로서 주의의무를 위반하였다고 볼 만한 사정이 없다고 하여 원고의 이 부분 청구를 기각하였다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2010. 10. 13. 판결 2010나35260【손해배상(기)】

원고, 피항소인	우○현
	소송대리인 변호사 정연순
	소송복대리인 변호사 백승헌
피고, 항소인	사단법인 ○○○○저작권협회
	소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 이종석
제1심판결	서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결

변론종결 2010. 9. 29.

판결선고 2010. 10. 13.

주 문

1. 제1심 판결 중 확인청구에 대한 부분을 취소하고, 이 사건 소 중 그에 해당하는 부분을 각하한다.
2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송총비용 중 20%는 원고가, 80%는 피고가 각각 부담한다.

청구취지

1. 원고의 별지 제2목록 기재 게시물이 피고가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물의 저작권을 침해하지 않음을 확인한다.

2. 피고는 원고에게 500만 원과 이에 대하여 이 사건 소장 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

항소취지

제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

【증거】 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 2, 제2호증, 제3호증의 1, 2, 제4호증, 을가 제3호증의 4, 제5호증(을가 제3호증의 4와 같다), 제7호증, 을나 제1호증, 제3호증의 1 내지 4, 제4호증(을가 제7호증과 같다), 제5호증의 1, 2, 3의 각 기재, 변론 전체의 취지

가. 당사자들의 지위

원고는 온라인서비스제공자인 엔○○○ 주식회사(이하 '엔○○○'이라 한다)가 운영하는 인터넷 포털 서비스 네○○(n○○)의 회원으로서 네○○에서 제공하는 블로그를 운영하고 있다. 피고는 음악저작권자들로부터 그 저작권을 신탁받아 지속적으로 관리하는 업을 목적으로 하는 저작권신탁관리업자이다.

나. 원고의 이 사건 게시물 작성 및 게시

원고는 2009. 2. 2. 다섯 살 된 원고의 딸이 의자에 앉아 별지 제1목록 기재 음악저작물(이하 '이 사건 저작물'이라 한다)을 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 이용자제작콘텐츠(UCC-User Created Content 또는 UGC-User Generated Content) 형태의 53초 분량의 동영상(이하 '이 사건 동영상'이라 한다) 및 이 사건 저작물의 가사 중 후렴구 부분이 포함되어 있는 별지 제2목록 기재 게시물(이하 '이 사건 게시물'이라 한다)을 네○○ 사이트에 있는 원고의 블로그(이하 '원고 블로그'라 한다)에 게시하면서(이 사건 게시물의 인터넷 주소 : http://blog.n○○.com/XXXX/XXXXXXX, 이하 '원고 블로그 주소'라 한다), 이 사건 동영상을 네○○의 비디오 사이트에 링크되도록 하였다(링크된 비디오 사이트에서의 이 사건 게시물의 인터넷 주소 : http://video.n○○.com/XXXXXXX, 이하 '이 사건 비디오 사이트 주소'라 한다). 그런데 원고는 이 사건 게시물을 원고 블로그에 게시하고 네○○ 비디오 사이

트에 링크되도록 하면서 제3자가 이를 열람·검색하는 데 아무런 제한을 두지 아니하였다.

다. 피고의 이 사건 게시물에 대한 복제·전송 중단 요구

피고는 2009. 6. 17. 네○○ 비디오 사이트에 등록된 게시물 중 4,008건의 게시물이 피고가 신탁받아 관리하는 저작물의 저작권을 침해하였다고 주장하며 그 게시물들에 대한 복제·전송의 중단조치를 요구하였는데, 그 중에는 이 사건 비디오 사이트 주소에 있는 이 사건 동영상이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하였음을 이유로 한 이 사건 동영상에 대한 복제·전송의 중단 요구도 포함되어 있었다.

라. 엔○○○의 이 사건 게시물에 대한 게시 중단

엔○○○은 위와 같이 피고로부터 복제·전송의 중단요구를 받은 2009. 6. 17. 당일 이 사건 게시물 전부에 대한 게시를 임시로 중단하고, 2009. 6. 22. 원고에게 그 사실을 통지하면서 30일 이내에 정당한 권리를 소명하여 재게시를 요청할 수 있다는 내용의 재게시요청 절차를 알려주었다.

마. 원고의 재게시요구

원고는 2009. 6. 23.경 엔○○○에 이 사건 게시물의 게시 중단 조치에 대하여 항의하면서 구두로 재게시를 요구한 것을 비롯하여 수차례에 걸쳐 구두로 이 사건 게시물의 재게시를 요구하였으나, 엔○○○은 원고의 재게시 요구가 저작권법이 정한 복제·전송 재개 요구 절차에 따르지 아니한 것이라는 이유로 원고의 재게시 요구를 거절하였다.

이에 원고는 2009. 8. 7.경 내용증명우편으로 이 사건 게시물의 재게

시를 요구하였으나, 엔○○○은 원고의 재게시 요구가 저작권법시행령에서 정한 재개요구기한을 도과하였고 이 사건 게시물이 정당한 권리에 의한 것이라는 소명자료도 첨부하지 하였다는 이유로 이를 거절하였다.

바. 이 사건 게시물의 재게시

이 사건 게시물은 제1심 판결 이후 재게시되었고, 그와 별도로 원고는 이 사건 게시물이 게시 중단된 이후 원고 블로그에 게시된 별도의 게시물을 통하여 이 사건 동영상을 게시하고 있다.

2. 이 사건 소 중 확인청구 부분의 적법 여부

가. 이 사건 청구취지의 특정

⑴ 원고는 이 사건 소송 제기 당시 "원고는 피고가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물을 별지 제2목록 기재 게시물에 사용된 것과 같은 방법으로 인용하여 공중에 공개할 권리가 있음을 확인한다"는 취지의 청구를 하였다가, 제1심의 2010. 2. 11.자 제3차 변론기일에서 2010. 2. 10.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통하여 피고에 대한 확인청구의 청구취지를 "원고의 별지 제2목록 기재 게시물이 피고가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물의 저작권을 침해하지 않음을 확인한다"는 취지로 변경하였다.

이에 대하여 피고는 제1심의 제3차 변론기일에서, 원고의 그러한 청구취지 변경이 청구의 교환적 변경이라면 구소의 취하에 동의하지 아니한다고 진술하였다.

⑵ 원고의 소장 기재 청구취지는 원고가 이 사건 저작물을 이 사건 게시물에서 사용한 방법과 같은 방법으로 인용하여 공중에 공개할 권리가

있다는 확인을 구하는 취지이고, 변경된 청구취지는 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하지 아니한다는 확인을 구하는 취지이므로, 결국 전자의 청구취지는 이 사건 게시물을 공중에 공개할 수 있는 권리가 있다는 확인을 구하는 것인 데 반하여 후자의 청구취지는 이 사건 게시물을 아무런 제한 없이 이용할 수 있다는 확인을 구하는 것(이 사건 게시물이 타인의 저작권을 침해하지 않는 것이라면 저작권법상 그 이용에 아무런 제한이 없다)이어서 결과적으로 후자의 청구취지가 전자의 청구취지보다 그 범위가 넓다.

따라서 원고의 변경된 청구취지는 청구의 확장에 해당하므로, 이 사건 소 중 확인청구의 청구취지는 피고의 동의 여부에 관계없이 원고의 청구취지 변경신청에 따라 변경되었다.

나. 확인의 이익의 존부

⑴ 원고는, 피고가 이 사건 저작물의 저작권이 침해된다며 이 사건 게시물의 복제·전송의 중단을 요구하였고, 이를 이유로 엔○○○○이 이 사건 게시물의 게시를 중단하였으므로, 원고가 이 사건 게시물의 재게시를 요구하려면 저작권법상 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하지 않는다는 점을 소명하여야 하는데, 엔○○○○이 정한 재게시 요청 절차에는 '공적 기관(한국저작권위원회, 법원 등)으로부터 권리침해가 아니라는 취지의 확인을 받을 것' 등을 요구하고 있을 뿐만 아니라 지금도 피고가 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 저작권을 침해한 것이라고 주장하고 있으므로, 이 사건 게시물의 재게시를 위해서뿐만 아니라 앞으로 원고가 다른 인터넷 사이트에 이 사건 동영상 또는 이 사건 게시물을 게시하는 경우에 발생할 법적 분쟁을 예방하기 위해서도 청구취지와 같은 확인청구를 구할 소의 이익이 있다고 주장한다.

⑵ 확인의 소에 있어서 확인의 이익은 그 대상인 법률관계에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 있고, 그로 인하여 원고의 법적 지위가 불안·위

험할 때에 그 불안·위험을 제거함에 있어서 확인판결로 판단하는 것이 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정된다(대법원 2010. 2. 저작권법. 선고 2009다93299 판결, 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결, 대법원 1994. 11. 22. 선고 93다40089 판결 등 참조).

⑶ 이 사건의 경우에, 설령 원고가 확인청구에서 구하는 바와 같은 판결을 받더라도, 엔○○○이 이 사건 소송의 피고가 아닌 이상 그로 인하여 엔○○○에게 이 사건 게시물을 재게시할 법률상 의무가 발생한다거나 그 판결에 의하여 엔○○○에게 재게시할 것을 강제집행할 수 있는 것도 아니므로, 원고가 구하는 취지와 같은 확인판결이 이 사건 게시물을 재게시하는 데에 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 없다.

또한, 엔○○○이 정한 재게시요청 절차에는 '공적 기관(한국저작권위원회, 법원 등)으로부터 권리침해가 아니라는 취지의 확인을 받을 것'등을 요구하고 있고, 저작권법에 의하면 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그밖에 저작권법에서 보호되는 권리가 침해됨을 주장하는 자의 요구에 의하여 온라인서비스제공자가 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킨 경우에 그 저작물 등의 복제·전송자가 복제·전송의 재개를 요구하기 위해서는 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하도록 하고 있더라도(저작권법 제103조제3항 참조), 그러한 확인이나 소명은 직접 온라인서비스제공자를 상대로 제기한 재게시 이행청구소송이나 저작권자를 상대로 제기한 저작권법 제103조제6항에 기한 손해배상청구소송 판결의 주문(재게시 이행청구소송) 또는 이유(손해배상청구소송)에서의 판단으로도 충분한 것이고, 반드시 저작권자를 상대로 저작권을 침해하지 아니한다는 취지의 확인청구를 받을 것을 요구하는 것은 아니므로, 이 점에서도 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 없다.

한편, 원고가 추후 다른 인터넷 사이트에 이 사건 동영상 또는 이 사건 게시물을 게시하는 등 다른 방법으로 이를 이용하는 경우는 물론 제

3자가 이 사건 동영상 또는 이 사건 게시물을 복제하여 이를 다른 인터넷 사이트에 게시하는 등 이를 이용하는 경우 그것이 일률적으로 이 사건 저작물의 저작권을 침해하지 않는 것이라고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 원고가 구하는 청구취지와 같은 확인판결을 얻더라도 그 판결의 효력이 소송당사자 이외의 제3자에게까지 미치는 것이 아니고 그 판결이 피고로 하여금 위와 같은 이용으로 자신의 저작권이 침해되었다고 주장하는 것자신 지하거나 제한하는 효력이 있는 것도 아니어서, 원고가 이 사건 동영상이나 이 사건 게시물을 이용하거나 또는 제3자가 이를 이용함으로써 피고와 저작권 침해 여부에 관한 분쟁이 발생한 경우 결국 원고나 그 제3자는 별도의 소송을 통하여 법적 판단을 받아야 하므로, 앞으로의 법적 분쟁을 예방한다는 측면에서도 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 인정될 수 없다.

다. 소결

결국, 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 없어 부적법하므로, 이 점을 지적하는 피고의 본안전 항변은 이유 있다.

3. 손해배상청구의 당부

가. 이 사건 저작물이 저작권법의 보호대상이 되는 저작물인지 여부

갑 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 이 사건 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 리듬, 멜로디, 화음으로 표현한 악곡과 언어로 표현한 가사로 구성된 창작물임이 인정되므로, 이 사건 저작물은 저작권법 제4조제1항제2호의 음악저작물에 해당한다.

나. 원고의 행위가 이 사건 저작물의 복제·전송에 해당하는지 여부[1)]

(1) 저작물의 '복제'란 저작물을 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다(저작권법 제2조제22호).

이 사건에서 원고가 원고의 딸이 이 사건 저작물의 악곡과 가사의 일부를 가창하는 것을 녹화하여 이 사건 동영상을 제작한 행위는 이 사건 음악저작물의 일부를 유형물에 고정한 것이고, 이를 UCC 동영상으로 제작하여 엔○○○의 서버에 저장한 행위는 이미 유형물로 고정된 것을 다시 유형물로 제작한 것이므로, 이들 행위는 모두 저작권법 제2조제22호 소정의 복제에 해당한다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 동영상은 원고의 딸이 이 사건 저작물 중 극히 일부를 불완전하게 흉내 내어 가창한 것에 불과하여 이 사건 저작물과 이 사건 동영상 사이에 실질적 동일성이나 유사성이 없으므로, 이 사건 동영상을 제작하거나 이를 엔○○○의 서버에 저장한 것은 이 사건 저작물에 관한 저작권법 제16조 소정의 복제권의 범위에 해당하지 아니한다고 주장한다.

갑 제1호증의 1, 2, 제4, 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 동영상은 원고의 딸이 이 사건 저작물 중 이른바 후렴구의 일부를 가창한 것을 녹화한 것인 점, 원고의 딸이 가창한 노래는 이 사건 저작물에 비하여 음정, 리듬 및 가사가 상당히 틀린다는 점은 인정된다.

---

1) 이 사건에서 원고의 딸이 이 사건 저작물을 가창한 것은 저작권법 제2조제3호 소정의 공연에 해당하므로, 이 사건 저작물에 관한 공연권의 침해 여부도 문제될 수 있으나, 이에 관하여 당사자들의 주장이 없을 뿐만 아니라 이러한 가창 자체는 저작권법 제29조제1항 소정의 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연에 해당하여 결과적으로 공연권의 침해에 해당되지 아니할 것으로 보이므로, 따로 판단하지 아니한다.

그러나 이 사건 동영상에서 원고의 딸이 가창한 부분은 이 사건 저작물 중 후렴구 부분인데 이 부분은 이 사건 저작물의 제목과 같은 가사가 반복되어 나오는 등 이 사건 저작물을 듣는 사람들로 하여금 이 사건 저작물을 기억하게 하는 특징적 역할을 하고 있어 이 사건 저작물의 주요 부분에 해당하는 것으로 보이고, 원고의 딸이 원곡에 비하여 음정, 리듬 및 가사를 상당히 틀리게 가창하기는 하였지만 일반인이라도 바로 이 사건 저작물을 따라 부른 것임을 인식할 수 있을 정도로 이 사건 동영상과 이 사건 저작물은 유사하므로, 이 사건 동영상 중 이 사건 저작물의 복제 부분은 양적으로나 질적으로 복제로서의 실질성을 갖추었을 뿐만 아니라 이 사건 저작물과의 실질적 유사성도 인정된다.

따라서 이 사건 동영상을 제작한 행위와 이를 엔○○○의 서버에 저장한 행위는 모두 저작권법 소정의 복제에 해당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

⑵ 한편, 기초사실에서 본 바와 같이 이 사건 게시물에는 이 사건 저작물의 가사 중 후렴구 부분이 그대로 기재되어 있으므로(이하 이 사건 게시물에 기재된 이 사건 저작물의 가사 부분을 '이 사건 후렴구'라 한다), 이러한 행위 역시 앞서 본 복제의 개념에 비추어 이 사건 저작물의 일부 복제에 해당한다.

⑶ 저작물의 '전송'이란, 저작물 등을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공함에 있어서 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함하는 것이다(저작권법 제2조제7호·제10호 참조).

그런데 기초사실에서 본 바와 같이 원고가 열람·검색하는 데 아무런 제한을 두지 아니한 채 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구가 포함된 이 사건 게시물을 인터넷 포털 사이트 네○○에 있는 원고 블로그에 게재함으로써 불특정 다수인으로 하여금 유선 또는 무선통신의 방법에 의하여 개별적으로 선택한 시간·장소에서 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구

를 볼 수 있도록 하였으므로, 원고의 이러한 행위는 저작권법상 전송에 해당한다.

다. 이 사건 게시물의 저작권 침해 여부

⑴ 앞서 본 바와 같이 이 사건 동영상은 물론 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구를 포함하고 있는 이 사건 게시물은 모두 이 사건 저작물을 일부 복제한 것이고, 이 사건 게시물을 원고 블로그에 게재한 것은 이 사건 저작물의 전송에 해당하는데, 이에 대하여 저작재산권자인 피고가 동의하거나 허락한 적이 없음은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고의 위와 같은 행위는 피고의 복제권 및 전송권을 침해하는 행위가 된다.

이에 대하여 원고는 원고의 이 사건 저작물 이용행위는 저작권법 제28조 소정의 '공표된 저작물의 인용'에 해당하므로 피고의 복제권이나 전송권을 침해한 것이 아니라고 주장한다.

⑵ 저작권법 제28조는 "공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다"고 규정하고 있다.

여기서 인용이라 함은 타인이 자신의 사상이나 감정을 표현한 저작물을 그 표현 그대로 끌어다 쓰는 것을 말하나, 인용을 하면서 약간의 수정이나 변경을 하였다고 하더라도 인용되는 저작물의 기본적 동일성에 변함이 없고 그 표현의 본질적 특성을 그대로 느낄 수 있다면 역시 인용에 해당한다.

저작권법이 저작권을 보호하는 이유는 저작권 및 저작인접권의 보호를 통하여 궁극적으로는 문화 및 관련 산업의 향상을 도모하려는 것이므로, 저작권은 저작권자의 개인적 이익과 문화 및 관련 산업의 향상이라는 사회적 이익의 비교형량에 따라 제한될 수 있다. 저작권법은 이러한 비교형량을 구체화하여 저작권의 제한사유를 명시적으로 규정하고

있는데, 저작권법 제28조도 그러한 조항 중 하나이다. 즉, 저작권법 제28조는, 새로운 저작물을 작성하기 위하여 기존 저작물을 이용하여야 하는 경우가 많고, 그러한 경우에 기존 저작물의 인용이 널리 행해지고 있는 점을 고려하여 기존 저작물의 합리적 인용을 허용함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전이라는 저작권법의 목적을 달성하려는 데 그 입법취지가 있다.

이러한 입법취지에 비추어 보면 저작권법 제28조에서 규정한 '보도·비평·교육·연구 등'은 인용 목적의 예시에 해당한다고 봄이 타당하므로, 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위한 것이라면 그것이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이루어지는 한 저작권법 제28조에 의하여 허용된다.

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 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결, 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결 등 참조).

한편, 법문은 '인용할 수 있다'고만 규정하고 있으나, 이는 소극적으로 타인의 저작물을 복제하여 그 용도대로 사용하는 데 그치지 아니하고, 적극적으로 자신이 저작하는 저작물 중에 타인의 저작물을 인용하여 이용할 수 있다는 취지이므로, 인용된 부분이 복제·배포되거나 공연·방송·공중송신·전송되는 것도 허용된다. 결국, 정당한 인용은 복제권뿐만 아니라 배포권·공연권·방송권·공중송신권·전송권 등 저작재산권 일반에 대한 제한사유가 된다.

다만, 저작권법 제37조에서는 저작권법 제28조 등에 따라 저작권을 이용하는 자는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 그 출처를 명시하도록 하고 있으므로, 타인의 저작물을 인용하는 경우에는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로

그 출처를 명시하여야 한다.

⑶ 이 사건 저작물이 공표된 저작물이라는 점은 당사자 사이에 다툼이 없는 점, 이 사건 동영상은 미취학 연령으로 보이는 원고의 딸이 가족여행 중에 이 사건 저작물의 실연자인 가수 손담비의 춤을 흉내 내면서 이 사건 저작물 중 일부를 불완전하게 가창하는 것을 녹화한 것인데, 이는 원고가 가수 손담비를 흉내 내는 원고 딸의 귀엽고 깜직한 모습과 행동을 생동감 있게 표현한 것으로서 창작성 있는 저작물에 해당하는 점, 이 사건 동영상의 제작 및 전송 경위에 비추어 이 사건 동영상이 영리를 목적으로 제작되거나 전송된 것은 아니라고 보이는 점, 이 사건 동영상의 주된 내용은 원고의 어린 딸이 귀엽고 깜찍하게 가수 손담비의 춤 동작을 흉내 내는 것이고, 이를 위하여 이 사건 저작물의 일부가 반주도 없이 불완전한 가창의 방법으로 인용된 점, 갑 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 이와 같이 인용된 이 사건 저작물의 양은 전체 74마디 중 7~8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한도의 인용으로 보이는 점, 그나마도 음정, 박자, 가사를 상당히 부정확하게 가창한 것인데다가 녹화 당시 주변의 소음으로 인하여 약 53초 분량의 이 사건 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 이 사건 저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있는 점, 따라서 일반 공중의 관념에 비추어 이 사건 동영상이 이 사건 저작물이 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 이 사건 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 이 사건 저작물의 가치를 훼손한다고 보기는 어려운 점, 대중가요와 같은 음악저작물의 경우에 일반적으로 작곡가나 작사가보다는 실연자의 이름으로 언급하여 그 출처를 표시하고 있는데, 이 사건 동영상이 포함된 이 사건 게시물에도 이 사건 저작물의 실연자를 언급함으로써 합리적인 방법으로 이 사건 저작물의 출처를 명시하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하면, 이 사건 동영상은 이 사건 저작물의 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

⑷ 갑 제4호증의 기재에 의하면 이 사건 게시물에 인용된 이 사건 후

렴구는 그 양이 이 사건 저작물의 전체 가사 21행 중 5행에 불과한 점, 이 사건 후렴구를 인용한 목적은 이 사건 동영상에서 인용된 이 사건 저작물 부분이 음정, 박자 및 가사가 상당히 부정확하여 잘 인식하기 어려우므로 그와 대비하여 이 사건 동영상에서 인용된 부분이 이 사건 저작물 중 어떠한 부분인지 알 수 있도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 따라서 일반 공중의 관념에 비추어 이 사건 후렴구가 이 사건 저작물이 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 이 사건 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 이 사건 저작물의 가치를 훼손한다고 보기는 어려운 점, 이 사건 게시물에 이 사건 저작물의 실연자를 언급함으로써 이 사건 저작물의 출처를 명시한 점 등 제반사정을 종합하여 보면 이 사건 후렴구 역시 이 사건 저작물의 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

(5) 또한, 이 사건 게시물은 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구 이외에도 이에 덧붙여 '그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는데 말입니다, 뭐 그냥 저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아이가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다, 그리고 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요'라는 내용의 글과 이 사건 동영상을 녹화한 곳과 같은 장소에서 촬영한 원고의 딸을 다른 사진들을 함께 게재함으로써 이 사건 동영상이나 이 사건 후렴구와는 별개로 대중매체가 어린이들에게 끼치는 영향에 대한 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었고, 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구는 이 사건 게시물을 구성하는 요소로 흡수되었으므로, 이러한 점에 앞서 본 바와 같이 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구가 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정되는 사정을 함께 고려하면 이 사건 게시물 역시 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것임을 인정할 수 있다.

(6) 따라서 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구는 물론 이 사건 게시물은 모두 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게

인용한 것으로서 이 사건 저작물의 저작재산권을 침해한 것이 아니므로, 원고는 이 사건 동영상이나 이 사건 게시물을 자유로이 복제·배포는 물론 공연·방송·공중송신·전송을 할 수 있다.

라. 피고에게 손해배상책임이 있는지 여부

(1) 저작권법은 제103조제1항에서 '온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다'고 규정하여 저작권자나 저작권법에 따라 보호되는 권리를 가진 자를 보호하는 한편, 같은 조 제6항에서 '정당한 권리없이 제1항 및 제3항의 규정에 따른 그 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다'고 규정함으로써 정당한 권리없이 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 경우에는 손해배상책임을 지도록 하여 복제·전송자의 이익도 함께 고려하고 있다.

그런데 저작권법 제103조제1항에서 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구하는 자는 '온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 '자신의 권리가 침해되는 사실을 소명하여야' 한다고 규정하고 있는 점에 비추어, 저작권법 제103조제6항의 저작물 등의 복제·전송의 중단 요구에 있어서 '정당한 권리가 없다'는 것은 '자신의 권리가 침해되는 사실을 입증하지 못하였다'는 취지로 해석되어야 하므로, 침해될 권리 자체가 없었던 경우는 물론 침해될 권리가 있더라도 저작물 등의 복제·전송이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하여 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 것이 아닌 경우도 정당한 권리가 없는 경우에 해당한다.

따라서 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 자에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 있더라도 그러한 저작물 등의 복제·전송이 저작권법 제28조 소정의 공표된 저작물의 인용과 같이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하는 경우에는 복제·전송의 중단을 요구한 자는 그러한 요구로 인하여 온라인서비스제공자의 서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송하는 사람이 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 단지 자신이 저작권 등의 권리자이고 복제·전송자에게 자신이 권리를 가지고 있는 저작물의 이용을 허락한 적이 없다는 사정만으로는 면책될 수 없다.

다만, 저작권법 제103조제6항은 민법상 불법행위의 특칙이므로, 손해배상책임이 인정되기 위해서는 복제·전송의 중단을 요구한 자가 ① 자신에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 없음을 알았거나, ② 주의의무에 위반하여 자신에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 없음을 몰랐거나, ③ 자신이 중단을 요구한 저작물 등의 복제·전송이 저작권 제한사유 등에 해당하여 저작권 침해가 되지 아니한다는 사실을 알았거나, ④ 자신이 중단을 요구한 저작물 등의 복제·전송이 저작권 침해에 해당하는지에 관하여 법률전문가의 의견을 구하는 등 성실하고 합리적인 방법으로 검토하여야 할 주의의무를 위반하여 저작물 등의 복제·전송이 저작권 침해가 되지 아니한다는 사실을 몰랐다는 등의 귀책사유가 있어야 한다.

저작권법 제106조제6항에 의한 손해배상의 범위는 일반 불법행위와 마찬가지로 상당인과관계가 인정되는 한 소극적 손해와 적극적 손해는 물론 정신적 손해에 대한 위자료도 포함된다고 봄이 타당하다.

⑵ 이 사건의 경우에, 앞서 본 바와 같이 피고가 이 사건 저작물의 저작재산권자이기는 하나, 원고가 이 사건 동영상과 이 사건 게시물을 작성하면서 이 사건 저작물 중 일부를 이용한 것은 저작권법 제28조 소정의 공표된 저작물의 인용에 해당하여 이 사건 저작물의 저작권을 침해하는 것이 아니므로, 비건 피고가 원고에게 이 사건 저작물의 이용을

허락한 적은 없다고 하더라도, 피고는 정당한 권리 없이 이 사건 게시물의 복제·전송의 중단을 요구한 것이다.

또한, 을가 제4호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고는 2009. 6. 1.부터 같은 달 26일까지 사이에 포털사이트 네○○의 운영자인 엔○○○과 다○(D○○○)의 운영자인 주식회사 다○커뮤니케이션즈에게, 피고가 저작재산권을 보유한 저작물 중 당시 인기가요 순위 상위에 오른 저작물 337곡을 이용하여 제작된 것으로 추측되는, 네○○와 다음의 각 동영상 사이트에 등록된 동영상 합계 332,992건에 대하여 저작권 침해 여부에 대한 개별적 검토 없이 일괄적으로 복제·전송의 중단을 요구하였음이 인정되고, 이러한 인정사실에 비추어 보면, 피고가 이 사건 게시물이나 이 사건 동영상이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하는 것인지에 대한 성실하고 합리적인 검토 없이 이 사건 동영상의 복제·전송의 중단을 요구하였음이 인정되므로, 피고에게 귀책사유도 있다.

따라서 피고는 원고에게 피고의 이 사건 동영상에 관한 복제·전송 중단 요구로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

⑶ 이에 대하여 피고는 UCC 사이트인 '네○○ 비디오' 사이트에 게시된 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구하였을 뿐 원고 블로그에 게시된 이 사건 게시물의 복제·전송 중단을 요구한 적은 없다고 주장한다.

을나 제4호증의 기재에 의하면 피고가 이 사건 동영상의 URL 주소를 이 사건 비디오 사이트 주소로 특정하여 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구하였음은 인정된다. 그러나 저작권법시행규칙 제13조 및 별지 제40호 서식에 의하면 저작권자 등이 저작권법 제103조제1항 소정의 저작물 등의 복제·전송 중단 요구를 하는 경우에는 온라인서비스제공자에게 복제·전송 중단을 요구하는 저작물의 위치정보(URL)를 통보하도록 하고 있는데, 이는 온라인서비스제공자가 복제·전송 중단을 요구받은 저작물의 위치를 용이하게 확인할 수 있도록 하는 한편 복제·전

송 중단을 요구받은 저작물을 특정하는 역할도 함께 하고 있다고 보아야 할 것이다.

이러한 사정에, "인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 그 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 온라인서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없으나, 다만 저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 온라인서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 온라인서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 온라인서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로, 이를 위반하여 게시자의 저작권 침해를 용이하게 하는 경우에는 그 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임이 성립한다"(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 등 참조)는 법리를 보태어 보면, 피고로부터 이 사건 비디오 사이트 주소로 특정된 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구받은 엔○○○으로서는 저작권 침해에 대한 공동불법행위자로서의 책임을 면하기 위해서는 원고 블로그에 있는 이 사건 동영상과 이 사건 비디오 사이트 사이의 링크를 차단하는 것 이외에도 이 사건 동영상 파일이 저장되어 있는 이 사건 게시물 자체 및 네○○

사이트의 다른 곳에 게재되어 있는 이 사건 동영상의 복제물의 게시를 모두 중단시키는 조치를 취하여야 하므로, 피고가 직접적으로 원고 블로그 주소에 있는 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구하지는 아니하였다고 하더라도, 피고가 이 사건 비디오 사이트 주소로 특정된 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구한 이상 결국 네○○ 사이트에 존재하는 이 사건 동영상 또는 그 복제물의 복제·전송 중단을 요구한 것이다.

따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 주장은 이유 없다.

마. 손해배상책임의 범위

원고가 적극적 손해 및 소극적 손해에 관하여 구체적인 주장 및 입증을 하지 아니하였을 뿐만 아니라 이 사건 게시물의 목적이 비영리적인 것으로 보이는 점에 비추어 이 사건 게시물의 게재 중단으로 인하여 원고에게 적극적 손해나 소극적 손해가 발생하였다고 보기도 어렵다.

그러나 피고의 이 사건 동영상에 대한 복제·전송 중단 요구로 인하여 원고는 타인의 저작권을 침해하였다는 오인을 받고, 자기 딸의 귀여운 모습을 촬영한 이 사건 동영상을 다른 사람들과 공유할 기회를 박탈당하는 등 정신적 고통을 입었음이 분명하므로, 피고는 원고에게 그러한 정신적 고통에 대한 위자료를 지급할 의무가 있다.

그런데 이 사건 게시물의 내용과 성격, 원고가 이 사건 동영상을 다른 게시물을 통하여 다시 게시함으로써 그 피해가 일부 회복된 점, 이 사건 제1심 판결 선고 이후 이 사건 게시물이 재게시된 점 등 제반사정을 고려하면 피고가 원고에게 지급하여야 할 위자료는 20만 원으로 봄이 타당하다.

바. 소결

따라서 피고는 원고에게 위자료 20만 원과 이에 대하여 손해발생일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 송달 다음날인 2009. 9. 18.부터 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 제1심 판결 선고일인 2010. 2. 18.까지 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 소 중 확인청구 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 손해배상청구 부분은 당심의 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인데, 제1심 판결 중 확인청구 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 피고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고 이 사건 소 중 그에 해당하는 부분을 각하하기로 하고, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이기택
판사 함석천
판사 김동규

[별지] 생략

■■■■■■■■■■

서울남부지방법원 2010. 2. 18. 판결 2009가합18800
【손해배상(기)】

원 고	우○현
	소송대리인 변호사 정연순
피 고	1. 사단법인 ○○○○저작권협회
	소송대리인 법무법인 광장
	담당변호사 김운호, 이종석
	2. 엔○○○ 주식회사
	소송대리인 법무법인 화현
	담당변호사 오윤경, 구본권

변론종결	2010. 2. 11.
판결선고	2010. 2. 18.

주 문

원고와 피고 사단법인 ○○○○저작권협회 사이에, 원고가 피고 사단법인 ○○○○저작권협회가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물을 별지 제2목록 기재 게시물과 같이 사용한 것이 그 저작자의 저작권을 침해하지 아니함을 확인한다.

피고 사단법인 ○○○○저작권협회는 원고에게 200,000원과 이에 대한 2009. 9. 18.부터 2010. 2. 18.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

원고의 피고 사단법인 ○○○○저작권협회에 대한 나머지 청구 및 피고 엔○○○ 주식회사에 대한 청구를 각 기각한다.

소송비용 중 원고와 피고 사단법인 ○○○○저작권협회 사이에 생긴 부분은 1/5은 원고가, 나머지는 피고 사단법인 ○○○○저작권협회가 각 부담하고, 원고와 엔○○○ 주식회사 사이에 생긴 부분은 원고가 부담한다.

제2항은 가집행할 수 있다.

청구취지

1. 피고 사단법인 ○○○○저작권협회에 대한 청구

가. 원고의 별지 제2목록 기재 게시물이 피고 사단법인 ○○○○저작권협회가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물의 저작권을 침해하지 않음을 확인한다.

나. 피고 사단법인 ○○○○저작권협회는 원고에게 5,000,000원과 이에 대한 이 사건 소장 부본 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 피고 엔○○○ 주식회사에 대한 청구

피고 엔○○○ 주식회사는 원고에게 5,000,000원과 이에 대한 이 사건 소장 부본 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

원고는 온라인서비스제공자인 피고 엔○○○ 주식회사(이하 '피고 회사'라 한다)가 운영하는 인터넷 포털 서비스 네○○(n○○○)의 회원으로서 네○○에서 제공하는 블로그를 운영하고 있다. 피고 사단법인 ○○○○저작권협회(이하 '피고 협회'라 한다)는 음악저작권자들로부터 권리를 신탁받아 지속적으로 관리하는 업을 목적으로 하는 저작권신탁관리업자이다.

나. 원고의 이 사건 게시물 제작 및 게시

원고는 2009. 2. 2. 다섯 살 된 원고의 딸이 의자에 앉아 별지 제1목록 기재 음악저작물('미쳤어', 이하 '이 사건 저작물'이라 한다)을 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 이용자제작콘텐츠(UCC-User Created Content 또는 UGC-User Generated Content) 형태의 53초 분량의 동영상(이하 '이 사건 동영상'이라 한다)을 주된 내용으로 하는 별지 제2목록 기재 게시물(이하 '이 사건 게시물'이라 한다)을 원고가 운영하는 네○○ 블로그에 게시하였다.

다. 이 사건 게시물의 게시중단 조치

한편, 피고 협회는 2009. 6. 1.부터 2009. 6. 26.까지 피고 회사측에 총 16,462건의 게시물들이 피고 협회가 신탁받아 관리하는 저작물들의

저작권을 침해하였음을 이유로 복제, 전송의 중단조치를 요청한 바 있다. 그 일환으로 피고 협회는 이 사건 동영상 역시 피고 협회가 관리하는 이 사건 저작물의 저작권을 침해하였다고 주장하면서 피고 회사측에 이 사건 게시물의 삭제를 요청하였으며, 이에 피고 회사는 2009. 6. 17. 이 사건 게시물 전체를 임시 게시중단 처리하였고 2009. 6. 22. 이를 원고에게 통지하면서 30일 이내에 정당한 권리를 소명하여 재게시를 요청할 수 있다는 내용의 재게시요청 절차에 대하여 안내하였다.

원고는 2009. 6. 23. 피고 회사측에 위 조치에 대하여 항의하면서 재게시를 요청한 것을 비롯하여 수차례에 걸쳐 이 사건 게시물의 재게시를 요청하였으나, 피고 회사는 재게시 요청기간(30일)이 도과하였고 원고가 이 사건 게시물이 정당한 권리에 의한 것이라는 소명자료를 제출하지 아니하였다는 이유로 재게시를 거부하였다. 원고는 이후 별도의 게시물을 통해 이 사건 게시물에 담긴 동영상을 게시하였으나, 이 사건 게시물 자체는 이 사건 변론종결일 현재 피고 회사에 의해 여전히 게시중단되어 있는 상태이다.

라. 피고 협회와 피고 회사의 합의 진행 상황

한편, 피고 협회는 2009. 8. 13. 피고 회사와의 사이에 피고 회사의 매출의 일부를 사용료로 지급받는 것을 조건으로 하여, 피고 회사의 회원들이 UCC를 제작하여 피고 회사의 사이트에 게시함에 있어 피고 협회가 보유한 저작물들을 사용하는 것을 허락하는 내용의 조건부 합의를 체결하였으나, 아직 그 구체적 내용은 확정되지 아니하였다.

[인정근거]

다툼이 없는 사실, 갑 제1 내지 3호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 확인의 소의 판단대상 및 적법여부에 관한 판단

가. 판단대상

원고는 이 사건 소송 제기 당시 '원고는 피고 사단법인 ○○○○저작권협회가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물을 별지 제2목록 기재 게시물에 사용된 것과 같은 방법으로 인용하여 공중에 공개할 권리가 있음을 확인한다'는 내용의 청구를 하였다가, 이 사건 변론종결시에 피고 협회를 상대로 위 청구취지를 '원고의 별지 제2목록 기재 게시물이 피고 사단법인 ○○○○저작권협회가 신탁받아 관리하는 별지 제1목록 기재 음악저작물의 저작권을 침해하지 않음을 확인한다'는 내용으로 이를 변경하여 청구하였다. 이에 대하여 피고 협회는 위 청구취지 변경이 교환적 변경에 해당하는 것이라면 구소 취하에 동의할 수 없으며 다만 청구취지를 감축 또는 취하하는 경우라면 이에 동의한다고 하므로 살피건대, 원고의 기존의 청구취지는 이 사건 게시물이 피고 협회의 저작권을 침해하지 않음을 전제로 이 사건 게시물을 자신의 위 청구취지를 는 방법으로 공중에 공개할 권리가 있음의 확인을 구하는 적극적인 확인청구이었고, 위 변경된 청구취지는 공중에 공개할 권리가 있음에 대한 확인을 구하는 부분을 사실상 철회하여 이 사건 게시물이 피고 협회의 저작권을 침해하지 아니함을 확인하라는 소극적인 확인을 구하는 취지이므로, 위 변경은 종전의 청구취지를 축소하여 명확하게 정리한 것에 불과하여 교환적 변경이라 보기는 어렵다. 따라서 이하에서는 변경된 청구취지에 대하여만 판단하기로 한다.

나. 피고 협회의 본안전 항변에 관한 판단

피고 협회는 원고의 이 사건 확인 청구 부분에 대하여 이 사건 게시물이 이미 원고의 블로그에 다시 게시되어 있으며, 피고 협회와 피고 회

사와의 사이에 합의가 이루어진 이상 피고 협회로서는 더 이상 이 사건 게시물의 게재를 금지할 의사가 없어 원고에게는 현존하는 불안, 위험이 없고, 만일 원고가 추후 다른 인터넷사이트에 이 사건 게시물을 게시할 경우 분쟁을 예방하기 위해 이 사건 확인 청구를 하는 것이라면 이는 현재의 권리, 법률관계에 대한 확인이 아닐 뿐 아니라, 원고가 피고들을 상대로 손해배상 청구를 하고 있는 이상 확인의 소의 보충성에 비추어 그 확인을 구할 이익이 없다고 항변한다.

살피건대 원고가 이 사건 동영상을 다른 게시물에 담아 원고의 블로그에 재게시 하기는 하였으나 피고 회사가 이 사건 변론종결 당시에도 여전히 원고의 이 사건 게시물 재게시 요청에 응하지 아니한 까닭에 이 사건 게시물 자체는 아직 복구되지 않은 채 게시 중단되어 있는 점, 을가 제2호증(동의 공문)의 기재에 의하면 피고 협회는 2010. 2. 10.경 피고 회사측에 '재게시 문제는 귀사가 저작권법 제103조 제3항 및 동법 시행령 제42조의 규정에 따라 처리하시면 될 것'이라고만 통지한 바 있는 점, 피고 협회는 이 사건에서 '원고가 이 사건 게시물을 어느 포털사이트에 게시를 해도 영리목적으로 사용하지 않는다면 문제삼지 않겠다'고 하면서도 동시에 원고의 이 사건 게시물이 게재된 블로그가 영리 목적임을 다투고 있는 점, 나아가 피고 협회의 이 사건 게시물 게시 허용 의사는 피고 회사와의 합의가 성사되지 않을 경우 번복이 예상 가능한 부분으로서 현재 원고로서는 이 사건 게시물과 관련된 그 법적 지위가 피고 협회의 일방적인 의사 및 상황에 의해 좌우되는 불안한 상태에 있는 점, 또한 갑 제3호증의2(회신)의 기재에 의하면 피고 회사의 재게시 요청 절차에서는 '공적기관(한국저작권위원회, 법원 등)으로부터 권리침해에 해당 없다는 취지의 확인을 받'는 등으로 이 사건 게시물이 정당한 권리에 의한 것임을 소명할 것을 요구하고 있어 이에 따르면 원고가 피고들을 상대로 삭제요청 및 게시중단 조치에 의해 입은 피해의 손해배상을 구하는 것과 별개로 이 사건 게시물이 피고 협회의 권리를 침해하지 않는다는 판단을 받아야 할 현실적인 필요성도 있는 점 등을 종합하면, 결국 원고는 이 사건 게시물의 저작권 침해여부에 관한 판단을

받을 확인의 이익이 있다고 할 것이고 피고 협회의 이 부분 본안전 항변은 이유 없다.

3. 저작권 침해여부에 관한 판단

가. 저작물의 복제, 전송 등 해당여부

이 사건 저작물이 그 특성상 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물(저작권법 제2조 제1호 참조)에 해당되어 저작권법 제4조 제1항 제2호의 음악저작물로서 저작권법의 보호대상이 되는 점은 다툼의 여지가 없다.

나아가 원고가 원고의 딸이 이 사건 저작물의 가사와 음의 주요 부분을 흉내내어 부르는 것을 촬영하여 녹화한 행위와 이를 UCC 동영상으로 제작하여 피고 회사의 서버에 등재하는 행위는 각 저작권법이 규율하는 '복제'에 해당된다 할 것이며(저작권법 제2조 제22호 참조), 원고가 이 사건 게시물을 수신 범위의 차단 없이 포털사이트인 네○○에서 운영하는 블로그에 등재한 행위는 이 사건 게시물을 불특정다수인, 즉 공중에게 '전송'한 것에 해당한다고 할 것이므로(저작권법 제2조 제7, 10호 참조), 저작권자의 저작재산권이 법률에 따라 제한되는 등의 특별한 사정이 없다면 원고의 위 각 행위가 저작자의 저작재산권 중 복제권, 전송권 등을 침해하는 것이라고 볼 여지가 있다.

이에 대하여 원고는 비록 이 사건 동영상이 이 사건 저작물을 흉내낸 것이라고 해도 이 사건 동영상은 원고의 딸이 이 사건 저작물을 불완전하게 흉내낸 것에 불과하여, 이 사건 저작물과 이 사건 동영상 사이에 음정, 리듬, 화음, 박자를 각 비교해 볼 때 실질적으로 동일성이 없어 복제라고 보기는 어렵다고 주장한다. 살피건대, 이 사건과 같이 저작권 침해여부의 전제로서 어떠한 UCC 동영상이 특정 저작물을 복제하여 제작된 것인지 여부는 일반인의 관점에서 전체적으로 보아 그 특정 저작

물을 차용한 것인지 여부를 판별할 수 있는지에 기준을 두어야 할 것이며, 원고의 주장과 같이 저작물을 모방함에 있어 기술적인 완전성 내지는 유사성의 정도를 기준으로 삼게되면 저작권 침해여부의 판단을 모방주체의 가창실력 등의 우연적인 사정 또는 판단자의 주관적인 판단에 맡기게 되어 오히려 법적 안정성을 침해하는 결과를 초래한다 할 것이다. 이러한 관점에서 살펴보면, 이 사건에서는 원고 스스로도 이 사건 동영상이 이 사건 저작물을 흉내낸 것임은 자인하고 있으며, 이 사건 게시물 자체에서도 이 사건 저작물을 사용하였음이 명시되어 있고, 이 사건 동영상도 이 사건 저작물의 주요 가사(후렴구), 주요 음 및 실연자(손담비)의 주요 동작을 주 내용으로 하여 일반인의 관점에서 볼 때 이 사건 저작물이 사용된 것임을 쉽게 알 수 있으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 게시물의 저작권 침해여부

(1) 저작재산권의 제한

이 사건과 같이 어떠한 기본권 주체가 다른 기본권 주체의 저작물을 사용하여 새로운 창작물을 창조하여 공개하는 경우, 일방 기본권 주체의 표현의 자유 및 문화·예술의 자유라는 기본권이 상대방 기본권 주체의 저작재산권이라는 기본권과 충돌하는 상황이 초래된다. 이러한 충돌을 조화롭게 해결하기 위하여 기본권 제한의 문제가 대두되는데, 우리 헌법은 '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다'(헌법 제37조 제2항 참조)는 일반규정을 두면서 좀 더 구체적으로 재산권에 있어서는 '재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야' 하며 '그 내용과 한계는 법률로 정한다'는 내용의 제한(헌법 제23조 제1, 2항 참조)을 두고 있다.

이러한 취지하에 저작재산권 보호 및 제한의 법리를 구체적으로 입법

화한 것이 저작권법으로서, 저작권법은 제1조의 규정을 통해 이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다고 명시하고 있는바, 이에 비추어 보면 저작권법은 저작권자의 창작물을 보호하고 정당한 보상을 보장하여 창작활동에 대한 유인을 제공하는 것뿐만 아니라 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 않는 한 그 지적활동의 결과물을 널리 공중이 공유하게 함으로써 궁극적으로 문화 및 관련 산업 발전을 달성함에 그 존재 의의를 두고 있다고 할 것이다.

이러한 입법취지 및 목적에 따라 우리의 저작권법은 여러 조문에 걸쳐 저작재산권의 제한규정을 두어 저작물을 자유이용할 수 있는 경우를 명문화함으로써 저작자와 이용자의 권리의 균형 및 조화를 도모하고 있으며, 이러한 제한 규정에 해당할 경우 제3자가 저작자의 허락이나 기타 어떠한 절차 없이 저작물을 이용하였더라도 저작권 침해에 해당한다고 볼 수는 없다.

다만, 어떠한 경우에 저작재산권이 제한될 수 있는지를 모두 법으로 규정하는 것은 입법기술상 불가능하므로, 우리 저작권법상의 제한규정에서도 불가피하게 추상적인 개념들이 사용되고 있는바, 이러한 추상적 개념들을 구체적인 사안에서 해석함에 있어서는 우리 헌법의 이념, 위에서 살펴본 저작권법의 목적 및 입법취지를 고려하여 당사자들의 충돌하는 기본권 사이에 세밀한 이익형량과 상위규범과의 조화로운 해석이 요구된다고 할 것이다.

이하에서는 이와 같은 해석 기준에 비추어, 이 사건 게시물이 저작재산권 제한규정 중 저작권법 제28조(공표된 저작물의 인용)에 해당하여 그 복제 및 전송행위가 정당화 될 수 있는지 여부에 관하여 살펴보도록 한다.

(2) 공표된 저작물의 인용

저작권법 제28조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여

는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정은 소극적인 복제 뿐 아니라 자신의 저작물 중에 타인의 저작물을 인용하는 것까지 포괄하여 규율하는 것으로 해석되므로, 정당한 인용은 배포권, 전송권 등 저작자의 저작재산권 일반에 대한 제한사유에 해당한다고 할 것이다.

위 규정에 해당하기 위하여는 그 인용의 목적이 보도·비평·교육·연구에 한정된다고 볼 것은 아니지만, 인용의 '정당한 범위'는 인용저작물의 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 하고, 나아가 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, 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결 등 참조).

(3) 검 토

우선 이 사건 저작물은 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에 공개된 '공표된 저작물' 임이 인정되며(저작권법 제2조 제저작권법호 참조), 원고가 원고의 딸이 이 사건 저작물의 일부를 따라 부르는 모습을 촬영한 이 사건 동영상을 원고의 블로그에 게시하면서 그 실연자(손담비)와 일부 가사를 게재하는 방법으로 출처를 명시함으로써 이를 '인용'한 점은 위에서 본 바와 같다.

또한, 이 사건 게시물의 인용의 목적에 관하여 보건대, 위 규정에 열거된 목적은 예시적인 것이고 열거적인 것이 아니며 다만 그 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위하여 타인의 저작물을 이용하는 것이어야 한다고 할 것인바, 이 사건 동영상은 원고의 어린 딸이 이 사건 저작물의 일부분을 불완전하게 따라 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 것인

점, 이 사건 게시물에는 이 사건 동영상에 덧붙여 '그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는데 말입니다. 뭐 그냥 저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아이가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다. 그리고 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요.'라는 내용의 글과 기타 같은 장소에서 원고의 딸을 촬영한 별개의 사진들이 함께 게시되어 있는 점 등은 별지 제2목록 기재와 같은 바, 이를 종합하여 보면 원고는 가족여행 중에 있었던 어린아이인 원고의 딸의 귀엽고 깜찍한 행동에 대한 기록과 감상, 대중문화가 어린 아이에게 미친 영향 등에 대한 비평 등을 담아 이 사건 게시물을 작성하고 공개한 것으로서 이는 창조적이고 생산적인 목적에 의한 것임을 인정할 수 있으며, 기타 원고가 이 사건 저작물의 상업가치를 도용하여 영리목적을 달성하고자 했다는 등의 사정은 찾아볼 수 없다.

다음으로 이 사건 게시물이 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부에 관하여 보건대, 우선 정당한 범위 내에 있는지 여부에 있어서는 피인용저작물이 인용저작물에 대하여 부종적인 관계에 있는지가 일응의 기준이 되어야 함은 위에서 본 바와 같으나, 이러한 주종관계는 단순히 양적인 면에서만 판단할 것이 아니라 내용상의 주종관계, 즉 질적인 면에서의 주종관계도 아울러 검토하여야 할 것이며, 이를 위하여는 피인용저작물과 인용저작물의 개별적 특성, 인용의 목적, 인용저작물이 피인용저작물을 대체할 수 있어 피인용저작물의 시장가치를 훼손하는지 여부가 일응의 기준이 되어야 한다. 또한 공정한 관행에 합치되는지 여부에 있어서도 마찬가지로 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등이 그 구체적 판단 기준이 됨은 위에서 본 바와 같다.

이 사건의 경우 이 사건 동영상의 분량(53초) 대부분이 이 사건 저작물의 일부분을 따라 부르면서 실연자인 가수 손담비의 춤동작을 흉내내는 것에 할애된 점은 피고 협회의 주장과 같으나, 이 사건 게시물 전체

를 기준으로 보면 이 사건 동영상은 그 일부분에 불과할 뿐 아니라, 이 사건 동영상을 기준으로 보더라도 이 사건 동영상은 총 53초의 분량으로서 처음 15초간은 원고의 다섯 살 된 딸이 부정확한 음정 및 가사로 '내가 미쳤어 내가 미쳤어 정말 미워서 .. 못 했어.. 나를 떠-떠떠 -나' 라며 이 사건 저작물의 후렴구의 일부를 따라하는 것으로 구성되어 있고 그 이후부터는 원고의 딸의 춤동작이 보여질 뿐 노래 자체는 촬영장소의 안내 방송 및 주위 소음 등으로 가사를 판별하기조차 어려운 상태로 녹음되어 있는바, 이와 같이 이 사건 저작물이 사용된 부분은 이 사건 동영상을 구성하는 여러 요소들 중 일부에 불과할 뿐이고 이를 제외한다고 하더라도 이 사건 동영상은 원고의 어린 딸이 추는 춤과 귀여운 표정 및 행동 등이 기록된 독자적인 존재 의의를 가지는 저작물로 판단되는 점, 원고의 딸이 이 사건 저작물을 가창한 것임을 식별할 수 있는 분량은 이 사건 동영상 중에서 15초 정도로 극히 짧으며, 그마저도 음정, 박자, 화음이 이 사건 저작물과 상당 부분 상이하고 가사조차도 원 가사의 일부 단어가 순서를 달리하여 부정확하게 차용되고 있어 결과적으로 이 사건 동영상이 이 사건 저작물을 본질적인 면에서 사용하고 있다고 보기는 어려운 점, 녹음 및 게시 방식에 있어서도 비전문가에 의하여 복제되어 화질, 음질 등의 상태가 비교적 좋지 않고 특별히 상업적으로 포장되어 게시되었다고 볼 수는 없는 점, 그 밖에 일반 공중의 관념으로 볼 때 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 가치를 침해한다거나 대체한다고 느껴진다거나, 이 사건 게시물이 실제로 피인용 저작물인 이 사건 저작물의 시장가치에 악영향을 미치거나 시장수요를 대체할 정도에 이르렀다고 볼 만한 여지가 없고, 오히려 이 사건 저작물의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수도 있는 점 등을 종합하면 이 사건 게시물은 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것으로 판단된다.

나아가 모든 저작물은 기존의 저작물들이 축적되어 이루어진 문화 유산에 뿌리를 두고 있어 공동의 자산으로서의 성격을 내포하고 있을 뿐 아니라, 저작물은 널리 향유됨으로써 존재 의의를 가지는 특성이 있어

그 향유 방법을 지나치게 제한하는 것은 오히려 저작권자의 이익에 배치될 가능성이 높은 점, 여기에 표현의 자유 및 문화·예술의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 문화국가 실현을 향해 노력한다는 우리 헌법의 이념, 위에서 본 바와 같이 저작권자의 이익을 보호할 뿐만 아니라 공중의 정당한 권리를 보장하여 문화 및 관련 산업 발전을 달성하고자 하는 저작권법의 입법목적 등을 모두 더하여 보면, 이 사건 저작물을 활용한 UCC 형태의 이 사건 동영상, 게시물 등을 복제하고 공중에 공개하는 것을 제한함으로써 저작권자가 얻는 이익에 비하여 그로 인해 초래될 수 있는 저작권자의 잠재적인 불이익과 표현 및 문화·예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해, 인터넷 등의 다양한 표현수단을 통해 누릴 수 있는 무한한 문화 산물의 손실이 더 크다고 판단되므로, 이러한 측면에서도 원고의 이 사건 게시물은 피고 협회가 보유하는 저작재산권이 저작권법으로 정당하게 제한받고 있는 범위 내에서 피고 협회의 저작물을 인용한 것이라 하겠다.

다. 소결론

따라서 원고의 이 사건 게시물의 복제, 전송 등의 행위가 피고 협회의 저작권을 침해한 것으로 볼 수는 없다.

4. 피고 협회에 대한 손해배상청구에 관한 판단

가. 손해배상책임의 발생

위에서 본 바와 같이 원고의 이 사건 게시물의 복제, 전송 등의 행위가 '공표된 저작물의 정당한 인용'의 범주에 포함되어 피고 협회의 저작권을 침해하지 아니함에도 불구하고, 피고 협회는 이를 면밀히 검토하지 아니한 채 만연히 그 저작권만을 주장하면서 피고 회사측에 그 삭제

를 요청하여 이 사건 게시물을 게시중단 처리되게 함으로써 원고의 정당한 자유이용권을 침해하였다. 따라서 피고 협회는 원고에게 저작권법 제103조 제6항에 의하여 그 손해 중 원고가 구하는 바와 같이 위자료를 배상할 의무가 있다.

(피고 협회는 UCC 사이트인 '네○○ 비디오'에 게시된 게시물의 삭제를 요청한 것은 사실이나 원고의 블로그에 게시된 이 사건 게시물의 삭제를 요청한 바는 없다고 주장하므로 살피건대, 변론 전체의 취지에 의하면 원고가 애초에 블로그에 게시한 글이 원고의 선택에 따라 네○○ 비디오 사이트로 링크가 설정되어 비디오 사이트에서도 게시된 점을 인정할 수 있으므로 결국 피고 협회가 주장하는 게시물은 이 사건 게시물과 동일하다고 할 것이며, 이 사건 게시물의 게시 위치가 이 사건 각 판단에 있어서 실질적인 차이를 보이는 것은 아니므로 피고 협회의 이 부분 주장은 이유 없다.)

나. 손해배상책임의 범위

다만 그 범위에 관하여는, 원고가 이 사건 저작물을 사용한 것 자체는 사실인 점, 이에 피고 협회로서도 그 저작권 침해 여부를 판단함에 있어 어려움이 있었으리라고 보이는 점, 원고가 이 사건 동영상을 다른 게시물을 통하여 다시 게시함으로써 그 피해가 일부 회복된 점 및 이 사건 게시물의 내용과 성격 등을 감안하여, 그 손해액은 200,000원으로 정함이 상당하다.

다. 소결론

따라서 피고 협회는 원고에게 200,000원과 이에 대한 손해발생일 이후로서 원고가 구하는 피고 협회에 대한 이 사건 소장 부본 송달일 다음날임이 기록상 명백한 2009. 9. 18.부터 그 이행의무의 존부와 범위

에 관하여 항쟁함이 상당하다고 생각되는 이 판결 선고일인 2010. 2. 18.까지는 민법에 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 피고 회사에 대한 손해배상청구에 관한 판단

살피건대 피고 회사는 온라인서비스제공자로서 저작권법 제103조에 따라 저작권자의 권리 침해 소명 및 복제·전송의 중단 요구가 있을 경우 당해 저작물의 복제·전송을 중단시킬 의무를 지는 점, 이 사건의 경우 피고 협회가 피고 회사측에 저작권자로서 일응 권리 침해를 소명하면서 복제·전송의 중단을 요청해왔던 점, 피고 회사는 법령에 따라 복제·전송의 중단을 ·전송의 중단 조치를 하고 원고에게 재송의절차를 안내하였던 점 등을 종합하면, 피고 회사가 이와 같은 일련의 과정에 있어 온라인서비스제공자로서 주의의무를 위반하였다고 볼련의한 사정이 없어, 원고의 피고 회사에 대한 이 부분 청구는 이유 없다.

6. 결 론

그렇다면 원고의 피고 협회에 대한 이 사건 확인 청구는 이유 있어 인용하며, 원고의 피고 협회에 대한 손해배상 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 원고의 피고 협회에 대한 나머지 청구 및 피고 회사에 대한 손해배상 청구는 모두 이유 없어 기각한다.

재판장 판사 김종근
판사 이금진
판사 이혜민

21. 4괘 형상의 저작물성 및 실질적 유사성 판단

[개요]

원고는 자신이 제작한 태극 4괘도안의 형상과 대비할 때, 피고가 발행한 5천원권 및 1만원권 각 한국은행권 지폐에 표현된 4괘문양은 실질적 유사하므로, 피고가 원고의 저작권을 침해하였다고 주장하였다. 이 사건에서 쟁점은 원고가 제작한 4괘도안의 저작물성 여부 및 저작권침해판단에 있어서 원고 도안과 피고 도안의 실질적 유사성 여부였다.

제1심은 원고 도안 중 건·곤·감·리의 4괘가 세로와 가로로 엇갈리게 배치되어 있는 부분이 표현에 해당된다고 하더라도, 위와 같은 배치방식은 그 채용이 극히 용이한 점 등에 비추어 볼 때 원고 고안의 저작물로서의 창작성은 매우 미약하므로 원고 도안의 저작물성이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

이에 원고가 불복하여 항소하였으나, 항소심은 제1심의 판단은 정당하므로 그대로 인용하면서 항소기각하였고, 상고심은 4괘문양에 실질적 유사성이 없다는 점에 초점을 맞춰 상고를 기각하였다.

■■■■■■■■■■

대법원 2010.11.11. 판결 2009다16742【손해배상(기)】

원고, 상고인　　원고(소송대리인 법무법인 세광 담당변호사 권오덕 외 1인)

피고, 피상고인　○○은행(소송대리인 법무법인 케이씨엘 담당변호사 김용직 외 2인)

원심판결　서울고등법원 2009. 2. 3. 선고 2008나30712 판결

주　문

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

이　유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지나서 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 판단한다.

1. 저작권의 보호 대상은 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 있다고 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 되지 않는 것이므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다(대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다354 판결 등 참조).

2. 위 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

원고 도안 “”과 피고 도안 “(5,000원 권), (10,000원 권)”은 4괘 형상이 왼쪽 위로부터 시계방향으로 ‘건(건,), 감(감,), 곤(곤,), 리(리,)’의 순서에 따라 사각형 형태로 모아서 가로와

세로로 엇갈리게 배치되어 있는 점에서 유사점이 있기는 하다. 그러나 4괘의 개별적인 형상 자체는 예전부터 전해져 오던 것이고, ① 원고 도안은 '건, 곤' 괘가 세로로, '감, 리' 괘가 가로로 배치되어 있는 반면, 피고 도안은 '건, 곤' 괘가 가로로, '감, 리' 괘가 세로로 배치되어 있는 점, ② 원고 도안은 중심의 십자(十) 축을 중심으로 4괘가 정렬되어 있는 반면, 피고 도안은 그렇지 않은 점, ③ 원고 도안은 각 괘의 길이가 틀에 갇히지 않은 채 벗어나 있어 바람개비 모양을 연상시키는 반면, 피고 도안은 외곽 틀 내로 각 괘의 길이가 제한되어 있는 점, ④ 원고 도안은 '건, 감' 괘는 빨간색으로, '곤, 리' 괘는 파란색으로 채색되어 있는 반면, 피고 도안은 채색이 되어 있지 않은 점 등에서 차이가 있으므로, 양 도안은 그 표현에 있어서 실질적으로 유사하다고 할 수 없다.

따라서 피고 도안이 원고 도안을 근거로 하여 만들어졌는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고는 원고 도안의 저작권을 침해하였다고 할 수 없다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하다.

원심판결에는 상고이유로 주장하는 바와 같은 저작권 침해에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 양창수
대법관 양승태
주 심 대법관 김지형
대법관 전수안

[제1심 판결] 서울중앙지법 2008. 2. 1. 선고 2007가합63220 판결

22. 수술 장면 및 환부 촬영 사진의 저작물성 인정 여부 - '고주파수술기' 사건

[개요]

원고는 고주파를 이용해 환부를 절제하고 지혈하는 고주파수술기를 비롯한 의료용구를 생산, 판매하는 법인과 원고 회사의 제품을 이용한 고주파치료술을 개발해 온 의사들이다. 원고 의사들은 고주파수술기를 이용한 시술 장면 또는 시술 전후의 환부의 모습이 담긴 사진들이 게재된 논문을 발표 한 뒤, 원고 법인에게 독점적으로 이용할 수 있도록 하였고, 원고 법인은 해당사진과 고주파수술기의 작동 원리에 관한 그림 및 설명이 담긴 팸플릿을 제작하여 영업에 이용하여 왔다.

그런데 피고가 원고의 고주파수술기와 외관은 물론 회로 면에서도 부품의 규격·사양, 배치, 동작원리 등이 모두 동일한 제품을 개발 한 후, 피고 회사 제품의 팸플릿과 인터넷 홈페이지에 원고 회사의 팜플렛 및 원고 의사들의 발표 논문, 강연자료에 있는 설명들을 거의 그대로 옮겨 실어 제품 홍보에 활용하자 저작권 침해 금지와 영업비밀 침해 금지 및 위 각 침해 행위로 인한 손해배상을 청구하였다.

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것)에 의하여 보호되는 저작물에 해당하기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하고 그 요건으로서 창작성이 요구되는데, 통상 사진저작물의 경우에는 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 저작물로서 보호가 가능할 것이다.

원고들이 촬영한 사진과 관련하여, 제1심부터 상고심은 일관하여 원고들이 촬영한 사진은 모두 고주파수술기를 이용한 수술 장면 및 환자

의 환부 모습과 치료 경과 등을 충실하게 표현하여 정확하고 명확한 정보를 전달한다는 실용적 목적을 위하여 촬영된 것으로서 사진저작물로 보호될 정도의 개성과 창조성이 인정되지 않는다고 판단하였다.

한편, 원고 회사가 발행한 팸플릿에 실려 있는 고주파수술기에 대한 설명 그림과 원고 의사들의 논문 중 일부를 이용한 것에 대하여, 해당 내용들은 고주파수술기를 이용한 고주파 응고법의 치료원리와 효과 등을 나타내기 위한 것으로서, 이와 같은 학술적인 내용은 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하고, 그 표현형식에 있어서도 저작자의 독자적인 개성이 나타나 법적으로 보호할 가치 있는 창작적 표현이 있다고 보기도 어렵다며 해당 사진과 그림 및 설명기재의 저작물성을 부인한 원심을 유지하였다.

■■■■■■■■■■

대법원 2010.12.23. 판결 2008다44542【저작권침해금지등】

원고, 피상고인 겸 상고인 ○○○메디칼 주식회사

원고, 상고인 원고 2 외 1인

소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 이규홍 외 3인

피고, 상고인 겸 피상고인 주식회사 쿨○외 1인

소송대리인 법무법인 바른 담당변호사 박재윤 외 1인

피고 주식회사 쿨○의 인수참가인, 상고인 주식회사 썸○

소송대리인 법무법인 바른 담당변호사

박재윤 외 1인

원심판결 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2006나21479 판결

주 문

원심판결 중 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인 주식회사 썸○의 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고들의 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 저작권 침해 여부에 대한 판단

가. 이 사건 사진이 저작물인지 여부

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다)에 의하여 보호되는 저작물에 해당하기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하고 그 요건으로서 창작성이 요구되므로, 사진저작물의 경우 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 그러한 저작물에 해당한다고 볼 수가 있을 것이다(대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결, 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도3130 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원심 판시 별지 1 내지 5의 각 사진(이하 '이 사건 사진'이라 한다)은 원고 ○○○메디칼 주식회사(이하 '원고 회사'라 한다)가 생산한 고주파 수술기를 이용하여 치핵절제시술을 하는 과정을 촬영한 것, 고주파 응고법에 의한 자궁질부미란 치료의 경과를 촬영한 것, 고주파 원추절제기를 이용한 시술방법을 촬영한 것, 고주파 원추절제기를 사용한 절제 직후의 환부 모습과 경과를 촬영한 것 및 고주파 원추절제기로 절제한 표본들을 촬영한 것 등으로 모두 촬영 대상을 중앙 부분에 위치시킨 채 근접한 상태에서 촬영한 것이고, 이는 모두 고주파 수술기를 이용한 수술 장면 및 환자의 환부 모습과 치료 경과 등을 충실하게 표현하여 정확하고 명확한 정보를 전달한다는 실용적 목적을 위하여 촬영된 것임을 알 수 있으므로, 이러한 사진들이 구 저작권법상의 사진저작물로서 보호될 정도로 촬영자의 개성과 창조성이 인정되는 저작물에 해당한다고 보기는 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 원고들이 상고이유에서 주장하는 바와 같은 저작권에 관한 법리오해나 채증법칙 위배 등의 위법은 없다.

나. 이 사건 그림 및 설명기재가 저작물인지 여부

구 저작권법이 보호하는 것은 문학·학술 또는 예술에 관한 사상·감정을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현하는 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 원칙적으로는 구 저작권법에서 정하는 저작권의 보호대상이 되지 아니하며, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것으로서, 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있는 것이지 학술적인 내용에 있는 것은 아니다(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46저작권법9 판결 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심 판시 별지 6 그림(이하 '이 사건 그림'이라 한다)은 고주파 수술기를 이용한 고주파 응고법의 치료원리, 응고 깊이·범위 등에 있어서의 특징을 도형을 이용하여 단순하게 도식화한 것이고, 원고 회사가 발행한 팸플릿에는 이 사건 사진 및 그림과 함께 원고 2 등을 비롯한 의사들이 발표한 논문 등에 있는 고주파 수술기의 사용방법과 치료원리 및 효과를 설명한 기재(이하 '이 사건 설명기재'라 한다)가 있어, 이 사건 그림과 설명기재는 고주파 수술기를 이용한 고주파 응고법의 치료원리와 효과 등을 나타내한 논한 것임을 알 수 있으므로, 그 학술적인 내용은 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하고, 그 표현형식에 있어 저작자의 독자적인 개성이 나타나 법적으로 보호할 가치 있는 창작적 표현이 있다고 보기도 어렵다.

같은 취지에서 원심이 이 사건 그림과 설명기재가 구 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 원고들 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 법리오해 등의 위법은 없다.

2. 영업비밀 침해 여부에 대한 판단

가. 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인 주식회사 썸○(이하 '피고 인수참가인'이라 한다)의 상고이유에 대하여

구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제2호의 '영업비밀'이란 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말하고, 여기서 '상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된다'는 것은 그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자

에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것을 말한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3435 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 피고 2는 1993년경 원고 회사와 원심 판시 MGI-201 고주파 수술기(이하 'MGI-201 제품'이라 한다)에 관한 수입판매계약을 체결하고 MGI-201 제품을 수입·판매하였고, 피고 주식회사 쿨○는 1995년 2월경 피고 2로부터 위 수입판매업자의 지위를 승계받아 1999년경까지 MGI-201 제품을 수입·판매한 사실, 원고 회사는 1997년 4월경부터 1999년 2월경까지 피고들에게 MGI-201 제품 및 원심 판시 MGI-202 고주파 수술기(이하 'MGI-202 제품'이라 하고, 위 두 제품을 합하여 '이 사건 고주파 수술기'라 한다)의 회로구성, 부품사양과 제조방법이 기재된 제조공법 문서 및 제품표준서 등을 제공한 사실, 피고 주식회사 쿨○는 2001년 3월경부터 '닥터오텔 ST-501'이라는 고주파 수술기를 제조·판매하고 있는데, 위 제품은 원고 회사의 MGI-202 제품과 동일한 구성을 하고 있는 사실, 원고 회사는 피고들에게 위 수입판매계약이나 문서들을 제공하면서 비밀유지의무에 관한 규정을 두거나 약정을 하지 아니한 사실, 이 사건 고주파 수술기의 제조에 관한 기술이론과 소자 구성의 대부분은 공개되어 있고, 이 사건 고주파 수술기를 구성하는 부품 소자의 규격 값은 부품에 기재된 수치를 판독하거나 또는 각 소자의 전기적 특성을 측정하여 용이하게 파악할 수 있는 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계에서 알 수 있는 바와 같이 원고 회사가 피고들에게 그 영업비밀이라고 주장하는 원심 판시 별지 7 기재와 같은 이 사건 고주파 수술기의 제조방법 등에 관한 문서들을 제공하면서 비밀유지의무를 부과하지 아니한 점, 이 사건 고주파 수술기는 국내 등에서 널리 판매되었고 이 사건 고주파 수술기의 부품의 구성 및 부품 소자의 규격 값은 부품에 기재된 수치를 판독하는 방법 등에 의하여 용이하게 파악할 수 있을 뿐만 아니라 원고 회사 역시 이를 암호화하는 등의 방법으로 비밀유지를 위하여 어떤 조치를 취하였다고 할 수 없는 점 등에 비

추어 보면, 원고 회사가 이 사건 고주파 수술기의 제조방법을 영업비밀로 유지하기 위한 상당한 노력을 하였다고 볼 수는 없고, 설령 원고 회사가 취업규칙에서 그 직원들에게 일반적인 비밀유지의무와 문서 배포 금지의무를 부과한 바 있다 하더라도 그와 같은 사정만으로 달리 볼 수 없으므로, 이 사건 고주파 수술기의 제조방법이 영업비밀로 관리되고 있다고 할 수 없다.

그렇다면 앞서 본 영업비밀로서의 나머지 요건에 관하여 살펴볼 것도 없이 이를 원고 회사의 영업비밀에 해당한다고는 할 수 없을 터인데 원심은 그 판시와 같은 사정만으로 이 사건 고주파 수술기의 제조방법이 원고 회사의 영업비밀에 해당한다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 구 부정경쟁방지법상의 영업비밀에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 않은 위법이 있고, 이를 지적하는 피고들 및 피고 인수참가인의 상고이유는 이유 있다.

나. 원고 회사의 상고이유에 대하여

이 부분 상고이유는, 피고들 및 피고 인수참가인의 영업비밀 침해로 인한 손해배상책임이 있음을 전제로, 원고 회사는 구 부정경쟁방지법 제14조의2 제1항에 따른 손해액을 주장하였음에도 원심은 정당한 이유 없이 같은 조 제5항에 따라 손해액을 인정하였고 그 금액도 상당하지 아니하므로 손해배상액의 산정에 있어서 법리오해, 채증법칙위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다는 것이다.

그러나 위에서 본 바와 같이 영업비밀의 침해 자체를 인정할 수 없는 이상, 이와 다른 전제에 선 위 상고이유의 주장은 나아가 판단할 필요 없이 받아들일 수 없다.

3. 결 론

그러므로 원심판결 중 피고들 및 피고 인수참가인 패소 부분을 파기하여 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 원고들의 상고는 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 양승태
대법관 김지형
주 심 대법관 전수안
대법관 양창수

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2008. 5. 14. 판결 2006나21479【저작권침해금지등】

원고, 항소인 ○○○메디칼 주식회사외 2인(소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 권광중외 2인)

피고, 피항소인 주식회사 쿨○외 1인
피고 주식회사 쿨○의 인수참가인
주식회사 썸○ (소송대리인 변호사 배진한)

원심판결 서울중앙지방법원 2006. 1. 27. 선고 2003가합57616 판결

변론종결 2008. 4. 16.

판결선고 2008. 5. 14.

주 문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

2. 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인은,
가. 별지 7 기재 고주파수술기를 제조, 판매, 수출하여서는 아니 되고,
나. 별지 7 기재 고주파수술기의 제조에 관한 원고 ○○○메디칼 주식회사의 영업비밀을 사용 또는 공개하여서는 아니 된다.

3. 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인은 연대하여 원고 ○○○메디칼 주식회사에게 금 1,000,000,000원 및 이에 대하여 2003. 8. 10.부터 2008. 5. 14.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

4. 원고 ○○○메디칼 주식회사의 나머지 청구 및 원고 2, 3의 청구를 각 기각한다.

5. 소송총비용 중 원고 ○○○메디칼 주식회사와 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인 사이에 생긴 부분은 이를 5분 하여 그 3은 위 원고가, 나머지는 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인이 각 부담하고, 원고 2, 3과 피고들 및 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인 사이에 생긴 부분은 위 원고들이 각 부담한다.

6. 제3항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고들과 피고 주식회사 쿨○의 인수참가인(이하 '인수참가인'이라 한다)은, ① 별지 9의 팜플렛을 제작, 복제, 배포, 전시, 전송하여서는 아니 되고, ② 별지 10 기재 내용을 인수참가인의 인터넷 홈페이지에 게재하여서는 아니 되고, ③ 보관하고 있는 별지 9의 팜플렛을 폐기하고, 별지 10 기재 내용을 인수참가인의 인터넷 홈

페이지에서 삭제하고, ④ 별지 7 기재 고주파수술기를 제조, 판매, 수출하여서는 아니 되고, ⑤ 별지 7 기재 고주파수술기의 제조에 관한 원고 ○○○메디칼 주식회사의 영업비밀을 사용 또는 공개하여서는 아니 되고, ⑥ 연대하여, 원고 ○○○메디칼 주식회사에게 금 191,600,000원 및 일화 558,402,432엔, 원고 3, 2에게 각 금 50,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 이 사건 소장부본 송달 다음날부터 완제일까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하고, ⑦ 조선일보, 한국경제신문, 매일경제신문에 가로 10㎝, 세로 10㎝의 크기로 별지 11 기재 내용의 광고를 각 1회 게재하라(인수참가인은 당심에 이르러 원고들의 추가적 소송인수참가신청에 의하여 참가하였고, 원고들은 당심에서 다음과 같이 청구취지를 변경하였다. ① 저작권침해금지 청구로서 별지 1 내지 6의 각 그림, 사진의 복제, 배포, 전시, 전송의 금지와 위 그림, 사진이 사용된 홍보물의 폐기를 구하다가 별지 9의 팜플렛과 별지 10 기재 내용에 대한 청구취지 ①, ②, ③항과 같은 청구로 변경하고 사실광고문을 별지 8에서 별지 11로 교체함, ② 영업비밀침해금지 청구로서 별지 7의 설명 기재 부분을 일부 수정함, ③ 손해배상 청구로서 원고 ○○○메디칼 주식회사의 청구취지를 확장함과 아울러 원고 3, 2의 금전청구를 추가하고, 의료용 화상기기 대물변제 관련 손해배상 청구는 취하함)

이 유

1. 기초사실

다음의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제4 내지 10호증, 제12 내지 14호증, 제23호증의 1, 2, 제24, 44, 45, 47 내지 49호증, 제50호증의 1, 2, 제51, 56, 57, 74, 76호증의 각 기재와 이 법원의 제일엔지니어링에 대한 감정촉탁결과(이하 '당심 감정결과'라 한다) 및 이 법원의 식품의약품안전청장에 대한 사실조회결과(이하 '당심 사실조회결과'라 한다)에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 원고들의 신분

원고 ○○○메디칼 주식회사(이하 '원고 회사'라 한다)는 고주파를 이용하여 환부를 절제하고 지혈하는 고주파수술기를 비롯한 의료용구를 생산, 판매하는 일본국 법인이고, 원고 2, 3은 원고 회사의 지속적인 지원을 받아 고주파치료술을 개발해 온 산부인과 의사들이다(이하 위 두 사람을 '원고 의사들'이라 한다).

나. 사진, 그림, 설명기재

⑴ 별지 1 내지 5의 각 사진(이하 '이 사건 사진'이라 한다)은 원고 의사들이 1977. 11.경부터 1997. 5.경까지 발표한 아래 논문들에 게재된 사진으로서, 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 자사 고주파수술기의 홍보물에 위 사진들을 이용하여 왔다.

㈎ 별지 1(치핵치료 사진 10장) : 원고 2, '치핵치료에 있어서의 고주파응용'(1988. 4. 3.)

㈏ 별지 2(고주파응고법 임상 사진 12장) : 원고 3, '고주파응고법에 의한 자궁질부미란(靡爛, erosion, 진무름)의 치료'(1977. 11.)

㈐ 별지 3(근치적 고주파 원추절제술 시술 사진 6장) : 원고 3, '고주파원추절제기(高周波圓錐切除器)'(1993. 11.), 'CIN(Cervical intraepitherial neoplasia, 자궁경부상피내신생물)에 대한 근치적고주파원추절제술(根治的高周波圓錐切除術)'(1997. 5.)

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

㈒ 별지 5(절제된 표본 및 조직 사진 6장) : ㈐항 기재 1993. 11.자 논문

⑵ 별지 6의 그림(왼쪽 상단의 사진을 제외한 4장. 이하 '이 사건 그림'이라 한다)은 원고 회사가 제작하여 자사 고주파수술기 홍보물에 사용하고 있는 그림으로, 원고 회사가 생산, 판매하는 고주파수술기의 작동 원리와 방법을 나타내고 있다.

⑶ 아울러 원고 회사의 홍보 팜플렛에는 위 사진, 그림과 함께 원고 회사가 1955.경부터 산부인과 의사 소외 1의 연구와 지도를 바탕으로 MGI 시리즈 고주파수술기를 개발하여 오면서 원고 의사들 등의 임상실험과 강연, 발표논문 등에 의하여 그 사용방법과 효과를 정리, 설명한 기재 부분(이하 '이 사건 설명기재'라 한다)이 있다.

다. 피고들의 수입, 판매

⑴ 피고 2는 1993.경 원고 회사와 수입판매계약을 체결하고 위 원고가 생산하는 모델명 MGI-201 고주파수술기(이하 'MGI-201 제품'이라 한다)를 수입, 판매해 왔는데, 그 과정에서 원고 회사로부터 이 사건 사진과 그림을 건네받아 MGI-201 제품의 국내 홍보물에 사용하여 왔다.

⑵ 피고 2는 1995. 2. 27. 피고 주식회사 쿨○(설립시 상호는 주식회사 미키인터내셔날이었고, 2000. 3. 9. 주식회사 썸○으로 상호를 변경하였다가 2008. 1. 4. 회사분할로 인수참가인 회사가 신설되면서 분할회사의 상호가 주식회사 쿨○로 변경되었다. 이하 '피고 회사'라 한다)를 설립하여 위 수입판매자 지위를 승계토록 하였고, 이후에도 피고 회사와 인수참가인을 운영하면서 MGI-201 제품의 수입, 판매 및 아래에서 보는 바와 같은 독자적 제품 개발 등의 업무를 주도적으로 처리하였다.

라. 피고들의 독자적 제품 개발 및 사진, 그림 등의 이용

⑴ 피고 회사는 1999.경 원고 회사로부터 MGI-201 제품을 개량한 모델명 MGI-202 고주파수술기(주된 차이는 바이폴라 기능이 추가된 점이다. 이하 'MGI-202 제품'이라 하고, MGI-201 제품과 합하여 '이 사건 제품'이라 한다)를 수입하기 위한 허가절차를 밟다가 그 신청을 취하한 다음, 2001. 3.경 제품명 닥터오펠 ST-501 고주파수술기(이하 'ST-501 제품'이라 한다)를 개발하여 독자적으로 제조, 판매하고 있는데, ST-501 제품은 부품의 배치 등 외관은 물론 회로 면에서도 MGI-202 제품과 부품의 규격·사양, 배치, 동작원리 등이 모두 동일하다.

⑵ 피고들은 2001. 6.경부터 피고 회사의 ST-501 제품의 팜플렛(별지 9)에 이 사건 사진 중 34장과 이 사건 그림 4장을, 피고 회사의 인터넷 홈페이지(별지 10)에 사진 24장과 그림 4장을 각 게재하고, 원고 회사 팜플렛 및 원고 의사들의 발표논문, 강연자료에 있는 설명 기재를 거의 그대로 옮겨 실어 ST-501 제품의 홍보에 활용하고 있다.

2. 당사자의 주장 요지 및 판단의 순서

가. 쌍방 주장의 요지

원고들은, 이 사건 사진, 그림, 설명기재는 저작권의 보호대상인 저작물이고, MGI-202 제품의 제조(생산)를 위한 기술상의 정보는 영업비밀에 해당한다는 전제하에, 피고 회사가 원고 회사를 기망하여 MGI-202 제품의 제조 기술정보를 취득한 다음 이를 이용하여 ST-501 제품을 제조했다고 주장하며, 피고들과 인수참가인에 대하여 저작권법에 의한 저작권 침해금지와 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)에 의한 영업비밀 침해금지 및 위

각 침해로 인한 손해배상을 구한다.

이에 대하여, 피고들은 이 사건 사진, 그림, 설명기재는 저작권의 보호대상이 될 수 없고, MGI-202 제품의 회로구성은 공지된 것일 뿐 아니라 원고 회사가 영업비밀이라고 주장하는 정보들에 대하여 상당한 노력을 들여 비밀로 유지한 바 없어 위 제품의 제조와 관련된 기술정보는 영업비밀에 해당하지 아니하며, 나아가 피고들은 이를 기망에 의해 취득한 바도 없다고 다툰다.

나. 판단의 순서

이하에서는 먼저 저작권침해에 관한 청구와 영업비밀침해금지 청구에 대하여 판단하고, 이를 기초로 피고들의 손해배상책임의 유무와 그 범위에 관하여 판단한 다음, 마지막으로 인수참가에 따른 피고 회사와 인수참가인의 책임 부담에 관하여 판단하기로 한다.

3. 저작권침해에 관한 청구에 대한 판단

가. 쌍방의 주장

(1) 원고들의 주장

이 사건 사진과 그림은 원고 의사들이 논문에 게재할 목적으로 촬영하거나 그린 것이고, 이 사건 설명기재는 MGI 시리즈 고주파수술기의 사용방법과 효과를 정리하여 설명한 것으로서 모두 학술적 창작성이 있으므로 저작권법의 보호대상이고, 따라서 피고들이 팜플렛과 홈페이지 등에 이 사건 사진, 그림, 설명기재를 무단 복제하여 게재한 것은 원고들의 저작권을 침해하는 행위이다.

따라서 피고들은 ㈎ 저작권침해금지 청구에 의하여, 청구취지 ①, ②항과 같은 행위의 금지, ③항과 같은 홍보물의 폐기와 삭제, ⑦항과 같

은 명예회복을 위한 조치(저작권법 제95조)를 이행하고, ㈏ 손해배상 청구에 의하여, 이 사건 사진, 그림의 독점적 이용권을 보유하고 있는 원고 회사에게 저작물 이용료[1] 상당의 손해액 141,600,000원[= 팜플렛에 사용된 부분 관련 91,200,000원{=38장(사진 34장+그림 4장)×400,000원× 6년[2]} + 홈페이지에 사용된 부분 관련 50,400,000원{=28장(사진 24장 + 그림 4장)×300,000원×6년}]을, 이 사건 설명기재의 저작권자인 원고들에게 위자료 각 50,000,000원을 각 지급할 의무가 있다.

⑵ 피고들의 주장

① 이 사건 사진은 환자의 환부를 기계적으로 찍은 영상에 불과하여 촬영자의 개성과 창조성이 인정될 여지가 없고, 이 사건 그림도 창조성이 없으며, 이 사건 설명기재 역시 표현형식 자체에 개성과 창조성이 없어 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이라 볼 수 없고, ② 이 사건 사진, 그림, 설명기재는 원고 회사가 1993.경 피고들에게 자사 제품을 공급하면서 제품 판매시 활용하도록 논문, 제품설명서, 홍보물 등과 함께 제공하여 준 것을 피고들이 편집하여 별도의 홍보물로 만든 것으로서, 원고 회사의 승낙이 래 사용 자온 것이며, ③ 이 사건 사진, 그림, 설명기재가 실린 홍보물은 제품 설명을 위 자무료로 배포하는 것일 뿐 판매용이 아니므로 이로 인하여 피고들이 이익을 얻거나 원고 회사가 손해를 입은 바 없다.

나. 판단

먼저 이 사건 사진, 그림, 설명기재가 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하는지에 관하여 살펴본다.

---

1) 사진과 그림의 해외이용시 지급하는 이용료를 의미한다.

2) 피고들이 이 사건 사진과 그림 등을 ST-501 제품에 이용하기 시작한 2001. 6.경부터 현재까지의 기간을 편의상 6년으로 계산한 것이다. 이하 같다.

(1) 이 사건 사진

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 표현형식만을 보호대상으로 하는 것이어서, 표현의 내용이 된 사상이나 그 기초 이론 등은 저작권의 보호대상이 될 수 없다. 따라서, 학술 논문의 일부로서 그 내용을 시각적으로 구체화하기 위하여 사용된 사진이라 하더라도, 저작권의 보호대상이 되는 것은 그 사진에 의하여 표현되는 학술적 사상이나 이론이 아니라 이를 외부에 표현한 창작적인 표현형식이므로, 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 사진저작물에 해당된다고 할 것이다.

이와 같은 법리에 따라 이 사건 사진이 저작권법에 의하여 보호되는 사진저작물에 해당하는지에 관하여 보건대, 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 모습과 절제 전후의 경과를 담고 있는 사실, ⑤ 별지 5의 사진들은 고주파원추절제기로 절제한 표본들을 촬영한 것으로, 그 크기를 나타내기 위해 눈

금이 있는 자 옆에 표본을 놓고 촬영한 장면과 시술로 인한 변성, 병변 등이 없음을 나타내기 위해 절제한 표본의 단면을 촬영한 장면인 사실, ⑥ 위 사진들은 모두 촬영 대상을 명확하게 나타내기 위해 촬영 대상을 중앙 부분에 위치시킨 채 근접한 상태에서 촬영한 것으로 표현형식에 있어 특이점을 찾아볼 수 없는 사실, ⑦ 위 사진들은 모두 원고 의사들이 고주파수술기를 이용한 임상실험 과정과 결과를 논문에서 설명하면서 그 설명 내용을 반영할 수 있도록 촬영하여 게재한 것인 사실이 인정된다.

위 인정 사실에 의하면, 이 사건 사진은 그 목적이 피사체 자체를 충실하게 표현하여 이를 정확하게 인식할 수 있도록 하는 것으로서, 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 저작권법으로 보호할 만한 촬영자의 개성과 창조성을 인정하기 어려우므로 저작권법에 의하여 보호되는 사진저작물에 해당한다고 볼 수 없다(이 사건 사진들이 고주파수술기를 이용한 임상실험 논문의 일부를 이루면서 그 기술된 내용을 시각적인 예시 형태로 압축적으로 보여주고 있는 학술적 창작물이라 하더라도, 표현형식 자체에 개성과 창조성이 없는 이상 논문과 별도로 사진저작물로서 보호를 받는다고 볼 수 없다).

⑵ 이 사건 그림 및 설명기재

저작권법이 보호하는 것은 문학·학술 또는 예술에 관한 사상·감정을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현하는 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 창작성이 있다 하더라도 원칙적으로는 저작권법에서 정하는 저작권의 보호대상이 되지 아니하며, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것으로서 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질

적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결 참조).

한편 이 사건 그림과 설명기재에 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 치료의 작용기전, 이 사건 제품을 이용한 고주파응고법 치료의 원리와 응고 깊이·범위에 있어서의 특징을 도형을 이용하여 단순하게 도식화한 것인 사실, 이 사건 설명기재 역시 이 사건 제품의 홍보 팜플렛 및 원고 의사들의 논문과 강연자료에 이 사건 사진, 그림과 함께 게재되어 이 사건 제품을 이용한 치료의 원리와 특징을 기술한 것인 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 이 사건 그림과 설명기재 역시 예술성의 표현보다 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 저작물로서, 그 표현형식에 있어서 작성자의 창조적 개성이 드러나 있어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당한다고 할 것인데, 위 각 그림과 설명기재의 내용으로 볼 때 그 표현형식에 있어서 작성자의 창조적 개성이 드러나 있다고 보기 어려우므로 이 사건 사진과 마찬가지로 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

⑶ 소결론

따라서 이 사건 사진과 그림, 설명기재가 저작권법의 보호대상이 되는 저작물임을 전제로 하는 원고들의 이 부분 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 모두 이유 없다.

4. 영업비밀침해금지 청구에 대한 판단

가. 영업비밀 및 그 침해행위의 요건

부정경쟁방지법은 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을

취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하는 행위{제2조 제3호 (가)목}, 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 (라)목} 등을 영업비밀 침해행위로 규정하고, 영업비밀 보유자에게 그 침해행위의 금지청구권, 침해로 인한 손해배상청구권을 인정하고 있다(제10, 11조).

위 법에 정한 영업비밀 침해행위에 해당하기 위해서는 그 전제로서 위 법이 규정한 바에 따라 그 침해 대상이 영업비밀, 즉 ① 공연히 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 한다(제2조 제2호).

아래에서는 원고 회사가 피고 회사에게 제공한 MGI-202 제품에 관한 정보 등이 위와 같은 영업비밀에 해당하는지 여부 및 피고들이 이를 부정하게 취득하고 사용하였는지에 관하여 차례로 살펴본다.

나. 영업비밀 해당 여부

(1) 비공지성

(가) 이 사건 영업비밀의 개요

원고들이 주장하는 영업비밀은 별지 7 기재와 같은 이 사건 제품(MGI-201, MGI-202)의 제조방법에 관한 것이고, 피고 회사의 ST-501 제품은 앞서 본 바와 같이 MGI-202 제품과 동일한 구성을 취하고 있다.

(나) 국내 제품과의 상이성

피고들은, MGI-202는 국내에서 생산되는 동종의 다른 제품과 동일하다는 취지로 주장하므로 살피건대, 갑 제60호증의 기재와 당심 감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 국내에서 생산되는 동종제품인

VISCO의 RH 2000, ITC의 Surgi 250 RFC의 회로는 고주파 수술기의 주요 핵심부품인 코일 형상, 공진코일 형상은 물론 출력조정방식, 출력파형 등에 있어서도 MGI-202 회로와 다른 사실, 진솔양행의 JS 550의 경우 그 회로가 2개의 진공관을 사용하여 양파 정류 맥류 파형의 고주파가 생성되는 것으로 보아 발진기와 휴지기가 없는 연속출력 방식이지만, MGI-202 회로는 교류전원의 회로를 통해 발진기와 휴지기가 1:1의 주기를 형성하는 방식이어서 그 출력 파형과 방식이 다르고, JS 550은 응고 깊이가 2-3mm에 불과하여 응고 깊이가 5-6mm인 이 사건 제품 및 ST-501 제품과는 대량출혈에 신속히 대응할 수 있는 파워 면에서도 많은 차이가 나는 사실을 인정할 수 있고, 이에 일부 어긋나는 제1심 법원의 연세대학교 의료공학연구원장에 대한 감정촉탁결과(이하 '제1심 감정결과'라고 한다)는 그 근거 제시가 미진하여 이를 채용하지 아니하며(아래에서도 같다), 달리 반증이 없다. 따라서 MGI-202는 국내의 동종 제품과 상이한 회로구성을 취하고 있다고 할 것이다.

㈐ 엘만(Ellman)사의 SURGITRON FFPF와의 상이성

피고들은 MGI-202가 시장점유율 상위권인 미국 엘만사의 SURGITRON FFPF와 그 기술적 측면에서 다를 것이 없다고 주장하므로 살피건대, 갑 제56 내지 59호증의 각 기재와 당심 감정결과 및 당심 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 엘만사 수술기는 4개의 모드를 가지고 정류회로를 구성하는 반면, MGI-202는 독립된 정류회로를 가지지 않으면서 교류를 직접 능동소자[3] 인 진공관의 양극에 가하는 회로방식이어서 뚜렷한 차이가 있는 사실을 인정할 수 있고, 이에 어긋나는 제1심 감정결과는 믿지 아니하며 달리 반증이 없으므로, MGI-202와 엘만사의 SURGITRON FFPF는 회로구성, 동작원리 등에 있어 상이한 제품이라고 할 것이다.

3) 외부전원이 있어야 동작하는 소자를 말한다. 외부전원이 없이도 동작이 가능한 저항, 콘덴서, 코일은 수동소자라고 한다.

㈑ MGI-202에 적용된 기술이 공지의 기술인지 여부

피고들은 MGI-202 회로는 만국 공용의 회로이고, 그 전압·전류 검사 방법, 측정방법은 일본공업규격(JIS), 한국공업규격(KS) 등에도 기재되어 있어, 공지된 기술원리가 적용되었다는 취지로 주장한다.

살피건대, 을 제7호증의 1, 2, 제14, 15호증, 제32호증의 1의 각 기재에 의하면, MGI-202의 구성요소 중 모노폴라와 바이폴라에 관한 구성은 KS규격{KS P 6312 전기 수술기(전기 메스), 1999. 개정}에 기재되어 있을 뿐 아니라 전기수술기를 생산하고 있는 제조사들이 통상 사용하는 장치인 사실, 5극 진공관(별지 7 첨부 회로도의 ②부분)을 고주파 수술기에 사용하는 기술은 5극 진공관의 기본 기능에 불과한 사실, 교류전원에 직접 연결되는 교류전원입력부는 110V, 220V의 교류를 고주파 수술기에 연결하는 구성요소로서 VR 출력조정 장치는 공지된 기술인 사실, 발진상태와 휴지상태의 비율이 1:1로 반주기 전원변조된 반송주파수를 생성하는 기술은 고주파 수술기 제작사들의 팜플렛 등에 기재되어 있는 사실 등은 인정된다.

그러나 을 제28호증의 1 내지 4, 제34호증의 1, 2의 각 기재와 당심 감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 전원장치로 양질의 직류 전원이 필요한 일반적인 증폭회로나 발진회로와는 달리 MGI-202에서는 능동소자인 진공관의 양극 전압이 교류전원을 그대로 인가하고 있는 사실, 이는 교류성분의 직류화가 미흡할 경우 일반 가청 주파수 대역을 증폭하는 오디오에서는 다량의 Hum이 유발되게 되고 기타 송신기 등의 발진회로 등에서도 좋지 않은 결과를 초래하는 데 비하여, MGI-202와 같이 고주파 파형을 이용한 수술장치에서는 파형의 품질이 수술기의 성능에 미치는 영향이 상대적으로 적고, 진공관의 양극전압이 반드시 양질의 직류 성분일 필요가 없으며, 교류의 양파 정류 혹은 반파 정류의 경우 그 평균치 값이 변화될 뿐 출력의 가감을 별개의 제어장치를 사용하여 수행한다면 굳이 양질의 직류전원이 필요하지 않기 때문으로 추정되는 사실, 고주파를 이용한 전기 수술기 분야에 있어서 교

류를 직접 진공관의 양극에 가하는 방법은 독특하고 차별화된 기발한 발상인 사실 등을 인정할 수 있어, MGI-202는 비록 그 기술이론과 소자 구성의 대부분이 공개되어 있다고 하더라도 전체적인 회로 구성에 있어서 ST-501 제품 이외에는 동일한 제품이 알려져 있지 않고, 이른바 역설계(reverse engineering)가 용이하다는 점을 인정할 증거도 없어 결국 발진회로의 특이성이 인정된다고 할 것이므로 결국 공지의 기술만이 적용되었다고는 할 수 없다.

(3) 비밀유지성

(가) 요건

부정경쟁방지법 제2조 제3호 (라)목에서 말하는 '계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무'라 함은 계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함하고(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결 등 참조), 영업비밀의 비밀성이란 공연히 알려져 있지 아니한 것으로서 일반 공중이 용이하게 접근할 수 없어 알려져 있지 아니한 것을 포함하는 것이다.

또한 영업비밀은 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되어야 하는데, 여기에서 상당한 노력은 보호하고자 하는 영업비밀의 경제적 가치와 비밀관리에 소요되는 관리비용의 비교형량에 의하여 판단되어야 한다.

(나) 피고 회사의 비밀유지의무

이 사건에서 원고 회사와 피고 회사 사이의 수입판매계약서에 영업비밀 유지에 관한 의무규정을 두지 않았고, 원고 회사가 피고들에게 비밀유지를 명시적으로 요청한 적도 없었던 것으로 보이지만, 갑 제38호증의 1, 제39호증의 각 기재와 당심증인 소외 2, 3의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 회사의 취업규칙에 직원들의 회사 비밀 누설 금지 의무와 문서·도서 배포금지 의무가 일반적으로 규정되어 있는 사

실, 원고 회사는 발행 문서의 종류, 승인자, 보존기간을 정한 문서관리 규정을 두고 있는 사실(제품표준서, 사양서, 구성재료·부품표는 승인자가 과장, 보존기간이 10년으로 규정되어 있다), 이 사건 제품의 제조·시험에 필요한 정보는 원고 회사가 오랫동안 많은 비용을 투자하여 획득한 것으로, 모두 공공기관의 승인을 받아 원고 회사 사장이 직접 보관하여 왔고, 피고들 이외의 제3자에게는 제공되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있어, 원고 회사는 상당한 노력을 들여 이를 비밀로 유지하여 왔고, 위 수입판매계약 내지 신의칙상 피고 회사에게 이에 관한 비밀유지의무가 있다고 봄이 상당하다.

㈐ 계약기간 만료 주장

이에 대하여 피고들은, 원고 회사 주장의 영업비밀은 피고 회사와의 계약이 만료한 1999.경까지 무려 6년여의 시간 동안 피고 회사 제품의 부분적 품질 개량, 타사들의 유사품 제조 등으로 이미 비밀로서 존속할 여지가 없게 되었고, 그와 같이 비밀로 유지될 기간도 경과하였으므로 비밀유지성이 없다고 주장한다.

먼저 원·피고 회사 사이의 계약 존속기간에 관하여 살피건대, 갑 제12, 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원·피고 회사는 계약기간을 1996. 12.까지, 1999. 12.까지로 정한 대리점계약서를 두 차례 작성하였으나 그 후에는 위와 같은 대리점계약서를 작성한 바 없는 사실, 피고 회사의 MGI-201 제품 수입량은 1993년에 30대를 시작으로 1997년에 110대까지 이르렀다가 1999년에는 60대로 감소한 후 2000년부터는 아래에서 보는 바와 같이 대폭 감소한 사실이 인정되지만, 한편 갑 제25호증의 1, 3, 갑 제42호증의 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 회사가 원고 회사에게 2000. 3.경 25대, 2001. 2.경 10대, 2001. 7.경 2대의 MGI-201 제품을 주문하여 공급받은 사실을 인정할 수 있으므로, 원·피고 회사 사이의 대리점계약관계는 적어도 마지막 거래가 이루어진 2001. 7.경까지는 존속하고 있었다고 봄이 상당하고, 피고들의 ST-501 제품 제조가 이 기간 동안에 이루어졌음은 앞서 본 바와 같으므로 피고들의 위 주장은

이유 없다.

(4) 경제적 유용성

위에서 든 증거에 의하면, MGI-202 제품은 고주파전류를 사용하여 생체조직의 절개 및 응고를 하기 위하여 수술에 사용하는 외과용 기기로서, 원고 회사는 수술시의 지혈·응고능력을 모두 충족시키기 위한 기술개발에 20여년간 시간과 노력을 투입한 사실(제품 1대당 가격이 30만 엔 정도 된다)을 인정할 수 있어, 그 제조방법에 관한 기술적 정보는 당연히 기술적인 가치가 있으므로 경제적 유용성도 인정된다.

(5) 소결론

따라서 별지 7 기재 고주파수술기의 제조에 유용한 기술상의 정보는 영업비밀에 해당한다고 할 것이다.

다. 영업비밀 취득·사용

갑 제18호증, 제26 내지 28호증, 제29호증의 1, 2, 제30호증의 2, 제31호증의 1, 2, 제37, 38호증의 각 1 내지 3, 제51호증, 제52호증의 1 내지 9, 제53호증의 1 내지 5, 제54호증의 1 내지 3, 제55호증, 을 제17호증의 1 내지 3, 제19호증의 1 내지 5, 제33호증의 각 기재와 위 당심 증인들의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 2는 1993. 3. 경부터 원고 회사의 MGI-201 제품을 수입판매하면서 원추절제용전극과 악세사리도 함께 수입, 판매하였는데, 당시 원고 회사는 위 악세사리의 한국 내 제작을 위하여 제작 노하우와 사용방법에 대한 설명, 원재료 등을 여러 차례 보내준 사실, 피고 회사는 1997. 4.경부터 1999. 2.경까지 사이에 원고 회사에 ① 이 사건 제품에 대한 일본품질보증기구와 후생성의 승인서, 품질인증서류, ② MGI-202 제품에 관한 카탈로그, Y2K 문제와 관계없음을 증명하는 확인서, 위 제품의 효과에 대한 임상논문집, ③ 이 사건 제품의 회로구성 및 부품사양, 제조방법이 기재된 제품 제조공법 문서, 제품표준서, ④ 이 사건 제품의 마이스너

(MISNER) 발진방식에 관한 상세 자료, ⑤ MGI-201 제품의 출력 측정 방법·측정수치·사용측정기에 관한 정보, ⑥ 접지저항의 측정에 사용된 측정기, 측정결과 차이의 원인, 접지저항의 측정방법에 관한 상세한 설명, ⑦ 부하저항기의 원리, 주파수누출전류 문제와 측정방법, ⑧ 내전압시험 중 전압의 변동 이유, 내전압시험의 방법 등의 문서 또는 정보를 보내 줄 것을 요청하였고, 원고 회사는 피고들을 신뢰하여 위 각 문서와 정보를 제공한 사실이 인정된다.

이러한 사실관계에다가 ① 피고들은 이렇게 취득한 원고 회사의 기술정보를 이용하여 2001. 3.경부터 ST-501 제품을 생산, 판매하기 시작한 점, ② 피고들이 원고 회사로부터 받은 위 자료 중 일본품질보증기구의 승인서 외에는 MGI-202 제품의 통관을 위한 심사와 무관한 정보들이고, 특히 MGI-202 제품의 효과에 관한 임상논문집, 마이스너(MISNER) 발진방식에 관한 상세 자료 등은 MGI-202 제품의 제조와 밀접한 관련이 있는 정보인 점, ③ 피고 회사는 MGI-202 제품의 수입허가신청을 하였다가 원고와 상의 없이 이를 취하하고 ST-501 제품을 제작한 점, ④ 피고 회사는 ST-501 제품의 카탈로그에 "MGI-201 제품의 혈통을 받아 더욱 진화했다."는 문구를 기재한 점 등 이 사건 기록과 변론에 나타난 여러 사정을 보태어 보면, 피고들은 MGI-202 제품의 제조에 관한 중요한 기술정보를 기망에 의하여 취득하여 ST-501 제품의 제조에 사용하였다고 할 것이다(피고 회사가 취득한 위 각 자료의 일부가 공연히 알려진 기술정보라 하더라도 별지 7 기재 고주파수술기의 제조에 유용한 기술상의 정보는 전체적으로 보아 영업비밀이라고 함이 상당하다).

라. 소결론

따라서 피고들이 ST-501 제품을 제조, 판매, 수출하는 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제3호 제2조 제3호 (가)목, (라)목의 영업비밀 침해

행위에 해당하므로, 같은 법 제10조 제1항에 의하여 피고들은 별지 7 기재 고주파수술기를 제조, 판매, 수출하여서는 아니 되고, 그 제조에 관한 원고 회사의 영업비밀을 사용 또는 공개하여서는 아니 된다고 할 것이다{원고들은 피고 회사에 대하여는 선택적으로 채무불이행(대리점 계약 위반)에 기하여 같은 내용의 청구를 하나, 부정경쟁방지법상의 영업비밀 침해행위를 인정하는 이상 위 선택적 주장에 대하여는 따로 판단하지 아니한다}.

5. 손해배상청구에 대한 판단

가. 손해배상책임의 발생

위와 같은 피고들의 영업비밀 침해행위는 원고 회사의 영업상의 이익을 침해한 것임이 명백하므로, 부정경쟁방지법 제11조에 의하여 피고들은 연대하여 원고 회사에게 그에 따른 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 손해배상액의 산정

(1) 원고 회사의 주장

원고 회사는, 부정경쟁방지법 제14조의2 제1항에 의거하여 원고 회사가 정상적으로 MGI-202 제품을 한국 내에서 판매하였을 경우에 얻을 수 있었던 단위수량당 이익액을 계산함에 있어 MGI-202의 전신 모델인 MGI-201의 판매가격을 기초로 MGI-202의 판매가격을 추정할 수 밖에 없다고 전제하고(피고들의 수입품목허가신청 취하와 제품의 불법 복제 행위로 인하여 피고들에게 MGI-202 제품을 정식으로 판매해 보지 못했기 때문이다), 이를 MGI-201 제품의 정상판매가격 260,000 엔[4]의 129%[5]인 335,400 엔[6]으로 추산한 다음, 원고 회사가 MGI-202 제품 1대를 판매하였을 때의 이익액은 335,400엔에서 대당 원가인

97,984엔을 뺀 237,416엔이 된다고 주장하며, 2001.부터 2007. 9.까지 원고 회사의 손해액으로 위 1대당 이익액에 같은 기간 동안 피고 회사의 ST-501 제품 판매수량 2,352대를 곱한 558,402,432엔의 배상을 구한다.

⑵ 인정 사실

다음의 사실은 갑 제62, 70호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

㈎ 피고 회사는 2001.부터 2006. 9.까지 ST-501 제품 합계 2,068대를 판매하여 매출총액 4,482,634,000원, 매출총이익 2,212,887,000원을 얻었고, 2006. 10.부터 2007. 9.까지 ST-501 합계 284대를 판매하여 매출총액 646,390,000원, 매출총이익 318,398,000원을 얻었다.

㈏ 피고 회사는 ST-501 제품을 2006. 10. - 12.에는 92대를 판매한데 비해 2007. 1. - 9.에는 192대 판매에 그치는 등 기간에 따라 판매량 편차가 심한 편이고{2006. 10.부터 2007. 9.까지의 기간 동안 위 제품의 매출로 발생한 영업이익은 마이너스(-)1,100만 원로 적자를 기록하였다}, 위 제품의 판매단가도 정가인 2,420,000원에서 수시로 변동되었다.

㈐ 원고 회사는 피고 회사에 MGI-201 제품을 판매함에 있어 거래 초기인 1993.에는 1대당 26만 엔의 판매단가를 적용하였지만 원엔 환율의 변동으로 공급가격을 여러 차례에 걸쳐 조정하였고, 특히 IMF 후에는 20만 엔까지 하락하기도 하였다.

---

4) 피고 회사에 대한 판매가격을 말한다. 원고 회사는 피고 회사와의 사이에, 환율이 안정되면 MGI-201 제품의 공급가격을 최초 공급가격인 260,000엔으로 되돌0) MGI-202 제품의 일본 내 판매가격은 MGI-201 제품보다 약 28-29%가 높다고 주장한다.리기로 하는 합의가 있었다고 주장한다.

5) MGI-202 제품의 일본 내 판매가격은 MGI-201 제품보다 약 28-29%가 높다고 주장한다.

6) 이 금액은 원고 회사가 중국에 MGI-202 제품을 수출함에 있어 1대당 388,000엔(세트포함 가격인 경우 410,000엔)이 적용되고 있음을 볼 때 수출가격으로는 낮은 가격이라고 주장한다.

⑶ 판단

위 인정 사실과 이 사건 변론에 나타난 여러 사정, 특히 ① 피고 회사의 ST-501 제품 판매수량의 편차가 심하고, 판매단가도 일정하지 아니한 점, ② 원고 회사의 MGI-202 제품 공급가격도 환율변동 등으로 수시로 변동되어 온 점, ③ 최근 피고 회사의 ST-501 제품 매출로 인한 영업이익이 적자를 기록한 점, ④ 원고 회사가 피고 회사와의 대리점계약 기간이 1999. 12. 만료된 후에 새로운 계약을 체결하지도 않고, 한국 내 다른 대리상을 물색하지도 않은 상황에서 피고들의 영업비밀 침해행위가 없었다면 MGI-202 제품을 계속하여 한국 내에 판매할 수 있었다고 단정하기도 어려운 점(피고 회사의 수입허가신청 취하로 위 제품의 수입절차는 이미 중단된 상태였다), ④ MGI-201 제품의 판매가격에 기초하여 MGI-202 제품의 판매가격을 추정하는 근거가 충분치 아니한 점 등에 비추어 볼 때 원고 회사의 손해액 산정 주장은 받아들이기 어렵고, 달리 이를 입증하기 위하여 필요한 사실을 인정할 증거가 없으므로 부정경쟁방지법 제14조의2 제1항에 근거하여 손해액을 산정할 수는 없다고 할 것이다.

따라서 같은 조 제5항에 따라 법원이 변론 전체의 취지와 위와 같은 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수밖에 없는바, 위 인정 사실과 이 사건 변론에 나타난 여러 사정, 특히 피고 회사의 ST-501 제품 판매로 인한 매출총액과 매출총이익, 영업이익의 액수와 그 변동 추이를 종합할 때 2001.부터 2007. 9.까지 원고 회사의 손해액은 금 1,000,000,000원으로 정함이 상당하다.

6. 인수참가인의 책임

가. 회사분할 및 소송인수참가

다음의 사실은 갑 제73 내지 76호증의 각 기재에 의하여 인정되거나,

이 법원에 현저하다.

⑴ 피고 회사는 이 사건 소송의 당심 계속중 2007. 10. 19.자 이사회 결의와 2007. 11. 29.자 임시주주총회 결의로 회사분할을 결정하였다.

⑵ 분할계획에 따르면 피고 회사의 의료기기 사업부문을 분리하여 신설회사를 설립하고, 분할되는 회사가 존속하면서 설립되는 회사의 발행주식 100%를 보유하는 물적분할의 방법으로 분할하며, 설립되는 회사는 비상장법인으로 하기로 하였다.

⑶ 특히 채무의 경우, 상법 제530조의9 제2항에 의하여 설립되는 회사는 분할계획서에서 별도로 정한 채무만을 부담하고, 신설회사로 이전되지 아니한 분할회사의 다른 채무에 대하여 연대하여 변제할 책임을 지지 아니하며, 분할되는 회사의 사업과 관련하여 분할기일 이전의 행위 또는 사실로 인해 분할기일 이후에 발생, 확정되는 채무 등 분할계획서에 반영되지 못한 채무에 대하여는 그 원인이 되는 행위 또는 사실이 분할대상부문에 관한 것이면 신설회사에게, 기타 분할대상부문 이외의 부문에 관한 것이면 존속회사에게 각각 귀속하는 것으로 하였다.

⑷ 원고 회사는 2007. 12.경 위 회사분할계획이 이 사건 소송결과에 대하여 분할 신설회사만이 책임을 지도록 하고 있고 연대채무를 배제하고 있다고 보아 피고 회사의 채권자로서 위 회사분할에 반대하는 의사를 표명하였으나, 피고 회사는 이에 대하여 아무런 답신도 해주지 않았다.

⑸ 피고 회사는 2008. 1. 4. 상호를 주식회사 쿨○로 변경하면서 회사를 분할하여 분할 전 회사와 동일한 상호의 회사인 주식회사 썸○을 설립하고, 피고 회사의 의료기기 사업부문을 위 분할 신설회사에 이전하였다.

⑹ 분할 신설회사는 원고들의 추가적 소송인수참가신청에 따른 이 법원의 결정에 의하여 피고 회사를 위하여 이 사건 소송을 추가적으로 인수함으로써 인수참가인으로 이 사건 소송에 참가하였다.

나. 인수참가인과 피고 회사의 책임

(1) 회사분할로 인한 채무의 부담

회사분할로 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할 전의 회사채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있고(상법 제530조의9 제1항), 분할되는 회사가 상법 제530조의3 제2항에 의한 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 설립되는 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있으며, 이 경우 분할되는 회사가 분할 후에 존속하는 때에는 분할로 인하여 설립되는 회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담하는데(같은 조 제2항), 이 때에는 상법 제527조의5가 정하는 채권자보호절차를 취하여야 한다(같은 조 제4항).

위 채권자보호절차에 따라 분할되는 회사는 주주총회의 승인결의가 있은 날로부터 2주 내에 채권자에 대하여 분할에 이의가 있으면 1월 이상의 기간 내에 이를 제출할 것을 공고하고, 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 이를 최고하여야 하는데(상법 제527조의5 제1항), 이 경우 이의를 제출한 채권자가 있는 때에는 회사는 그 채권자에 대하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다(상법 제232조 제3항).

한편, 분할되는 회사와 신설회사의 채무관계가 분할채무관계로 바뀌는 것은 분할되는 회사가 자신이 알고 있는 채권자에게 개별적인 최고절차를 제대로 거쳤을 것을 요건으로 하는 것이고, 만약 그러한 개별적인 최고를 누락한 경우에는 그 채권자에 대하여 분할채무관계의 효력이는 할 수 없고 원칙으로 돌아가 신설회사와 분할되는 회사가 연대하여 변제할 책임을 지게 된다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다25973 판결 참조).

⑵ 인수참가인과 피고 회사의 채무 부담 범위

이 사건으로 돌아와 살피건대, 인수참가인은 피고 회사의 회사분할에 따라 의료기기 사업부문을 이전받았으므로 이 사건 소송으로 인한 모든 채무를 부담하게 되었다 할 것이고, 피고 회사는 회사분할 훨씬 전부터 원고 회사와 이 사건 소송을 진행하고 있어 원고 회사는 상법 제527조의5 제1항에서의 '알고 있는 채권자'에 해당한다고 할 수 있으므로, 피고 회사가 위 채무를 부담하지 않기 위해서는 원고 회사에 대하여 개별적인 최고 등의 채권자보호절차를 취하여야 하는데, 피고 회사가 이러한 절차를 거쳤다는 점에 관한 아무런 주장, 입증이 없으므로 결국 피고 회사는 인수참가인과 연대하여 이 사건 소송으로 인한 모든 채무를 부담한다고 봄이 상당하다.

나아가 피고 회사가 인수참가인과 함께 부담하는 채무의 범위에 관하여 보건대, 이 사건 소송과 관련되는 의료기기 사업부문이 피고 회사에서 인수참가인에게로 이전되기는 하였지만, ① 인수참가인의 참가 형태가 피고 회사를 위한 추가적 소송인수인 점, ② 법령상 회사분할로 인한 연대책임의 대상이 되는 채무의 유형이나 범위에 특별한 제한이 보이지 않는 점, ③ 피고 회사에게 영업비밀 침해행위의 금지라는 부작위의무를 명하는 것은 과거의 영업비밀 침해행위를 근거로 부정경쟁방지법 제10조에 따른 예방청구로서 인용될 수 있고, 이로 인하여 피고 회사에게 어떠한 적극적인 손해가 발생할 여지도 없는 점, ④ 인수참가인에게만 부작위의무를 명하게 되면 판결 이후에 피고 회사가 의료기기 사업부문을 재이전받는 방식으로 판결을 잠탈하는 것을 방지하지 못하게 되는 점 등을 감안할 때, 이 사건 판결로 인한 모든 채무가 그 대상이 된다고 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면, 피고들 및 인수참가인은 별지 7 기재 고주파수술기를 제조, 판매, 수출하여서는 아니 되고, 위 고주파수술기의 제조에 관한 원고 ○○○

메디칼 주식회사의 영업비밀을 사용 또는 공개하여서는 아니 되며, 연대하여 원고 ○○○메디칼 주식회사에게 손해배상금 1,000,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장부본 송달 다음날임이 기록상 분명한 2003. 8. 10.부터 피고들과 인수참가인이 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2008. 5. 14.까지는 민법에 정한 연 5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 피고들 및 인수참가인에 대한 원고 ○○○메디칼 주식회사의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 그 나머지 청구와 원고 2, 3의 청구는 이유 없어 이를 각 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 주기동
판사 백강진
판사 조은경

[별지] 생략

23. 음악저작물의 통화연결음 이용과 대가 산정 기준

[개요]

피고는 무선이동통신사업자로서 전화를 걸 경우 발신자에게 대기시간 동안 수신자가 선택한 음원을 들려주는 통화연결음 서비스를 제공하기 위해, 음악저작물에 대해 저작권신탁관리업 허가를 받은 원고와 통화연결음 서비스에 음원을 사용하기 위한 계약을 체결하였다.

통화연결음 서비스를 위한 사용료는 원고 협회의 저작권 사용료 징수규정(이하, 규정) 제25조에 의해 '매출액 × 9% × 음악저작물관리비율'으로 정해져 있었는데, 본 사안에서 쟁점이 된 것은 이 같은 사용료 산정을 위한 '매출액'의 범위에 대한 것이었다.

원고는 매출액이란 원고가 관리하는 저작물을 사용하면서 피고가 그 대가로 가입자로부터 받은 모든 돈을 의미하는바, 따라서 매출액의 범위에는 정보이용료 뿐만 아니라 부가서비스 이용료까지 포함된다고 주장하였다. 그러나 피고는 규정 제25조의 매출액은 저작물의 사용으로 인한 수입만을 의미하는 것으로 해석해야 한다고 주장하였다.

원심과 항소심은 2008년 개정된 원고 협회의 규정 제23조 제1항 비고 2의 매출액 정의에 근거하여 본 사안의 '매출액'의 정의에는 서비스가입자가 피고에게 지급하는 부가서비스 이용료까지 포함된다고 판단하였다.

한편, 피고는 부가서비스 이용료는 가입자의 이동통신 네트워크 시스템 이용에 대한 대가로 원고가 관리하는 저작권과는 무관한 비용이고, 원고가 저작권 사용료 징수규정 개정과정에서 피고와 같은 이해관계인의 의견을 수렴하였다거나 원고의 음악 저작물 이용 계약 약관 제7조 제2항에 따른 통보를 하지 않았다고 항변하였으나, 법원은 다음과 같은

이유로 이를 받아들이지 않았다.

먼저, 부가서비스 이용료가 피고의 주장과 같이 가입자의 이동통신 네트워크 시스템 이용에 대한 대가로서의 기능을 일부 하고 있기는 하나, 이러한 기능을 객관적으로 구분하거나 원고가 관리하는 음원이 전송 등의 방법으로 이용되는 이상 저작권과 무관한 비용이라고 보기도 어렵다고 하였다. 또한, 저작권 사용료 징수규정의 개정을 위하여 원고가 저작권법 제105조 및 같은 법 시행령 제49조에 따라 승인신청을 하고 문화체육관광부장관이 이를 승인하기에 앞서 문화체육관광부 인터넷 홈페이지에 14일 이상 그 내용을 게시하여 이해관계인의 의견을 수렴할 기회가 주어졌다면 피고와 같은 이해관계인의 의견을 수렴하지 않은 상태에서 저작권 사용료 징수규정이 개정되었다고 하더라도, 이에 어떠한 위법이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2011. 1. 13. 판결 2010나48266【저작권사용료지급】

원고, 피항소인	사단법인 ○○○○저작권협회 소송대리인 법무법인 이인(담당변호사 송정우), 변호사 유원석
피고, 항소인	주식회사 케○○ 소송대리인 법무법인 태평양(담당변호사 이후동, 김지현, 안길한, 윤태호, 한위수)
제1심판결	서울중앙지방법원 2010. 4. 28. 선고 2009가합78097

판결

변론종결 2010. 12. 7.

판결선고 2011. 1. 13.

주 문

1. 당심에서 확장된 원고의 청구를 포함하여 제1심 판결의 주문 제1항을 아래와 같이 변경한다.

가. 피고는 원고에게 188,100,000원 및 이에 대하여 2009. 7. 28.부터 2011. 1. 13.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 1/30은 원고의, 나머지 29/30는 피고의 각 부담으로 한다.

3. 제1의 가항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

청구취지

피고는 원고에게 194,040,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장부본 송달 다음날부터 완제일까지 연 2할의 비율에 의한 금원을 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 확장하였다).

항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 부분에 관하여 이 법원이 설시할 이유는, 제1심 판결문 제3쪽 제13행의 '98%'를 '95%'로 고쳐 쓰는 것 이외에는 제1심 판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 당사자 주장의 요지

이 부분에 관하여 이 법원이 설시할 이유는, 다음과 같은 피고의 주장을 해당부분에 추가하는 것 이외에는 제1심 판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

'가사 부가서비스 이용료가 매출액에 포함된다 하더라도, 저작권이 없거나 원고가 관리하고 있는 저작권과 관련 없는 음원을 사용하고 있는 가입자(전체 가입자의 30%)로부터 받은 부가서비스 이용료는 매출액에 포함되어서는 아니 된다.'

3. 이 법원의 판단

이 부분에 관하여 이 법원이 설시할 이유는, 제가의 4)항 소결론 부분(제1심 판결문 제13쪽 제5행부터 제8행까지)을 아래 가항과 같이 바꿔

쓰고, 제나항 '피고의 주장에 대한 판단' 부분에 아래 나항과 같은 판단을 해당부분에 추가하는 것 이외에는 제1심 판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

가. 소결론

따라서 특별한 사정이 없는 한, 피고는 원고에게 원고가 구하는 바에 따라 피고의 2009. 3. 부가서비스 이용료 22억 원을 이 사건 규정 제25조에 따라 정산한 188,100,000원(부가서비스 이용료 2,200,000,000원 × 분배비율 9% × 음악저작물관리비율 95%) 및 이에 대하여 이 사건 소장부본이 피고에게 송달된 다음날인 2009. 7. 28.부터 이행의무의 존부 및 범위에 대하여 항쟁함이 상당한 당심 판결 선고일인 2011. 1. 13.까지는 민법에서 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율에 의한 돈을 지급할 의무가 있다.

나. 저작권이 없거나 원고가 관리하고 있는 저작권과 관련 없는 부가서비스 이용료는 매출액에 포함되지 않아야 한다는 주장에 대하여

이 사건 규정 제25조의 저작권 사용료 산정 방식은 개괄사용방식인 점, 피고의 위 주장과 같은 점들을 고려해서 이 사건 규정 제25조의 저작권 사용료 산정 방식에 음악저작물관리비율(피고가 이용하는 총 저작물 중 원고가 관리하고 있는 저작물이 차지하는 비율)을 도입한 것으로 보이는 점 등에 비추어, 부가서비스 이용료가 이 사건 규정 제25조 매출액의 범위에 해당한다고 해석되는 이상, 2009. 4.경 원고와 피고 사이에 이루어진 합의의 내용에 따라 피고는 원고에게 이 사건 규정 제25조의 저작권 사용료 산정 방식에 따라 전송수수료를 지급해야 하고 별도로 가입자 중 원고가 관리하는 음원을 사용하지 않는 비율을 또 다시

고려할 것은 아니라 할 것으로 피고의 위 주장은 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위에서 인정하는 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 당심에서 확장한 청구와 피고의 항소를 각 일부 받아들여 제1심 판결을 주문 제1항과 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 황한식
판사 최기영
판사 장낙원

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2010. 4. 28. 판결 2009가합78097
【저작권사용료지급】

원 고 사단법인 ○○○○저작권협회
소송대리인 법무법인 이인
담당변호사 송정우, 황재선, 박석홍
소송대리인 변호사 유원석
피 고 주식회사 ○○○(합병 전 상호 : 주식회사○○○프리텔)

소송대리인 법무법인 태평양
담당변호사 이후동, 김지현, 안길한
소송대리인 변호사 홍임석, 김용호, 반소정

변론종결 2010. 3. 19.
판결선고 2010. 4. 28.

주 문

1. 피고는 원고에게 194,040,000원을 지급하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.
3. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

원고는 저작권법 제105조 제1항에 따라 문화체육관광부장관으로부터 저작권신탁관리업 허가를 받은 단체이고, 주식회사 ○○○프리텔(2009. 6. 2. 피고와 합병되었다. 이하 피고라 한다.)은 무선이동통신사업자이다.

나. 통화연결음 서비스의 시행

주식회사 ○○○텔레콤(이하 '○○○텔레콤'이라 한다.)은 2002. 3.경 통화연결음 서비스를 최초로 개발·상용화하였는데, 통화연결음 서비스란 위 서비스 가입자에게 발신자가 전화를 걸 경우 전화를 받을 때까지의 대기시간 동안에 위 가입자가 선택한 음원 등을 발신자에게 들려주는 서비스를 말한다. 피고는 2002. 12.경부터 링투유(RING2YOU)라는 명칭의 통화연결음 서비스(이하 '이 사건 서비스'라 한다.)를 시행하였다.

다. 가입자의 이 사건 서비스 이용방법

피고의 이동전화 가입자가 이 사건 서비스에 가입하면 클래식 음악 등 저작권과 관련없는 통화연결음이 전송되고, 이후 가입자는 인터넷, 자동응답시스템(ARS), 무선 응용 프로토콜(WAP) 등의 방법으로 원하는 음원을 선택하여 이를 통화연결음으로 전송되게 할 수 있다. 이 사건 서비스의 가입과 동시에 가입자는 매달 900원의 부가서비스 이용료를 피고에게 납부하여야 하고, 가입자가 원하는 음원을 선택할 경우 무선은 700원, 유선은 1,200원의 정보 이용료를 다시 피고에게 납부하여야 한다.

라. 저작권 사용료 징수규정

개정일	2002. 6. 1. 2003. 6. 27. 2003. 10. 16. 2005. 10. 24.	2006. 7. 14. 2007. 7. 19.	2008. 2. 28. 2009. 10. 13.
내용	제22조(이후 제24조, 제25조로 변경되었다.) (무선 인터넷 부가 서비스의 전송사용료) WAP/SMS/ME 방식 등 무선인터넷으로 음악정보를 이용할 경우 전송사용료는 다음과 같다. 총 매출액 × 9% × 음악저작물 관리비율 × 조정계수 비고1) 총 매출액이란 이동통신회사에서 매월 정보 이용자에게 청구한 음악정보료 중 당월 징수한 총액을 말한다.	제25조(전화를 이용한 서비스) 벨소리, 통화연결음 등 전화(이동전화, 일반전화 등) 및 휴대용개인정보 단말기(PDA) 등을 통해 음악을 이용하는 경우 전송사용료는 다음과 같다. 매출액 × 9% × 음악저작물관리비율 비고) 매출액이란 음악 이용과 관련한 이용료 등의 수입에 광고, 기타의 수입을 합한 금액을 말한다. 다만, 광고 및 기타의 수입은 음악서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다. 매출액이 없는 경우는 별도로 원고와 협의하여 정한다.	제4장 전송 사용료 제23조 (주문형 스트리밍 서비스) ① 사용자가 요청하는 음악저작물을 스트리밍 방식으로 제공하는 경우의 전송사용료는 다음 중 많은 금액으로 한다. 1. 월정 150원 × 가입자 수 × 음악저작물 관리비율 2. 매출액 × 5% × 음악저작물 관리비율 비고2) 매출액이란 당해 서비스 사이트에서 해당 서비스로 발생한 이용료 등의 수입(부가가치세를 제외한다)에 광고, 기타의 수입을 합한 금액을 말한다. 다만, 광고 및 기타의 수입은 음악 서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다. 매출액이 없는 경우는 별도로 원고와 협의하여 정한다(이하 이 장에서 같다.). 제25조 (전화를 이용한 서비스) 벨소리, 통화연결음 등 전화(이동전화, 일반전화 등) 및 휴대용개인정보단말기(PDA) 등을 통해 음악을 이용하는 경우 전송사용료는 다음과 같다. 매출액 × 9% × 음악저작물관리비율

저작권법 제105조 제5항에 따라 1988. 2. 23. 제정되었고, 2002. 6. 1.부터 2009. 10. 13.까지 아래 표와 같이 8차례 개정된 저작권 사용료 징수규정 신·구 조항의 이 사건과 관련된 주요 내용은 다음과 같고, 이 사건 변론 종결일 현재 2009. 10. 13. 개정된 규정(이 사건과 관련된 주요 내용은 2008. 2. 28. 개정 이래 현재까지 동일하다. 이하 위 개정

이후의 규정을 '이 사건 규정'이라 한다.)이 시행 중이다. 한편, 이 사건 규정 제25조의 음악저작물관리비율은 98%이다.

마. 이 사건 서비스 관련 당사자들

1) 컨텐츠제공업자(Contents Provider, 이하 'CP'라 한다.)들은 이 사건 서비스를 통해 음원을 전송하는 데 적합하도록 음원을 편집, 가공하여 피고에게 제공하고, 위와 같이 제공된 음원은 피고의 서버에 복제·저장된다. 이 사건 서비스 가입자는 마스터컨텐츠제공업자(Master Contents Provider, 이하 'MCP'라 한다.)의 플랫폼을 통하여 음원을 선택하고, 위와 같이 선택된 음원은 피고의 네트워크 시스템을 통하여 발신자에게 전송된다.

2) 2006. 11. 이전까지 통화연결음 서비스에 음원을 사용하기 위한 계약은 원고와 MCP 사이에 체결하였는데 MCP는 원고로부터 원고가 관리하는 저작물에 대한 사용권을 부여받아 피고로 하여금 음원을 통화연결음으로 사용할 수 있도록 하였다. 2006. 12. 이후부터 2008. 12.까지 위와 같은 계약은 피고의 저작권 관련 분쟁 등을 전담하는 마스터라이선스공급자(Master License Provider, 이하 'MLP'라 한다.)와 원고가 체결하였다.

3) 2008. 12.까지 위 각 계약에 따른 저작물 사용료는 당시 시행되던 저작권 사용료 징수규정에 따른 매출액을 기준으로 산정하였는데, 매출액에는 정보 이용료만 포함되었고, 부가서비스 이용료는 포함되지 않았다. 피고는 MCP 또는 MLP에게 원고가 관리하는 저작물 사용에 대한 대가를 지급하였고, MCP 또는 MLP가 이를 원고에게 지급하였다.

4) 가입자가 음원을 선택할 시점에 1회 납부되는 정보 이용료는 저작자인 작곡가 및 작사가에게 9%, 실연자에게 4.5%, 음원의 제작자에게 25%, CP에게 19%, MLP에게 5%, MCP에게 9.5%, 피고에게 28%의 각 비율로 정산하여 분배되었고, 매달 납부되는 부가서비스 이용료는 이러

한 분배 없이 피고가 전부를 차지하였다.

바. 이 사건 분쟁의 경위

1) 원고는 2008. 7.경 부가서비스 이용료를 원고에게 분배하지 않으면서 피고가 이 사건 서비스에 원고가 관리하는 음원을 사용하는 것은 저작권 침해에 해당한다는 취지의 경고를 하였고, 2008. 9.경 피고에게 저작권 관리의 일원화를 요구하면서 MLP와 체결하였던 저작물 사용계약을 해지하였다. 이후 원고는 2008. 12.경 피고를 상대로 저작권분쟁조정위원회에 조정신청을 하였다.

2) 이에 원고, 피고, 피고의 MLP인 주식회사 ○○○○뮤직은 2009. 4.경 다음과 같은 방식으로 원고가 관리하는 저작물을 사용할 수 있도록 하는 계약의 체결을 일원화하는 데 합의하면서 위 조정신청을 취하하였다. 즉, 2009. 1.부터는 이 사건 규정 제25조의 저작권 사용료 산정 방식에 따라 사용료를 지급하고, 위 사용 계약을 원고와 위 MLP 사이에 체결하며, 피고는 위 사용료의 지급을 보증하기로 하였다. 다만, 이 사건 규정 제25조 매출액의 범위에 부가서비스 이용료가 포함되는지 여부에 관하여는 합의가 이루어지지 아니하여 법원의 판단을 통해 이를 결정하기로 합의하였다.

3) 한편, 원고는 2009. 11.경 이 사건 규정 제25조의 매출액에 부가서비스 이용료가 포함되는지 여부에 대해 유권해석을 요청하였고, 문화체육관광부장관은 이동통신사가 통화연결음 서비스를 할 때 발생하는 수입은 그 구분에 관계없이 모두 매출액에 속하는 것으로 보는 것이 합리적이라는 취지의 회신을 하였다.

사. 피고의 부가서비스 이용료

피고가 2009. 3. 한 달간 이 사건 서비스 가입자들로부터 지급받은 부가서비스 이용료는 22억 원이다.

[인정근거]

다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 10호증, 을 제1, 2, 5, 11 내지 13, 16, 17, 19, 21호증(각 가지번호 포함, 이하 같다.)의 각 기재, 이 법원의 주식회사 위트콤, 리얼네트웍스아시아퍼시픽 주식회사, 케이티하이텔 주식회사, 에스케이텔레콤에 대한 각 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

이 사건 규정 제23조 제1항 비고2는 매출액에 관하여 정의하고 있고(이하 '이 사건 매출액 정의'라 한다.), 이는 제25조에도 공통적으로 적용되는바, 위 매출액이란 원고가 관리하는 저작물을 사용하면서 피고가 그 대가로 가입자로부터 받은 모든 돈을 의미하므로, 가입자가 1회 납부하는 정보 이용료뿐만 아니라 매달 납부하는 부가서비스 이용료도 위 매출액의 범위에 포함되어야 한다. 그런데 피고는 원고에게 종전과 마찬가지로 정보 이용료에 대하여만 분배비율(9%)에 따른 정산금을 지급하고 있을 뿐이다. 따라서 원고는 그 일부청구로서 피고를 상대로 피고의 2009. 3. 한 달간 부가서비스 이용료 22억 원을 이 사건 규정 제25조에 따라 정산한 194,040,000원(= 부가서비스 이용료 2,200,000,000원 × 분배비율 9% × 음악저작물관리비율 98%)의 지급을 구한다.

나. 피고

1) 이 사건 규정 제25조의 매출액은 저작물의 사용으로 인한 수입만을 의미하고, 가입자로부터 받은 이 사건 서비스와 관련된 모든 이용료를 매출액에 포함시킬 수 없다고 할 것인데, 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 정보 이용료는 가입자가 저작권으로 보호되는 개별 저작물을 인프라(Infra) 및 MCP 플랫폼을 통하여 선택할 경우 그에 대한 비용으로 지급하는 대가인데 반해, 부가서비스 이용료는 가입자의 이동통신 네트워크 시스템 이용에 대한 대가일 뿐 개별 음원 사용 등 원고가 관리하는 저작권과는 무관한 비용이므로, 위 매출액에 포함되지 아니한다.

① 가입자는 개별 음원 설정 여부와는 무관하게 부가서비스의 가입만으로도 부가서비스 이용료를 납부하여야 하고, 가입자가 개별 음원을 선택하는 것은 부가서비스를 이용하는 하나의 방법에 불과하다.

② 피고는 이 사건 서비스를 제공하기 위해서 기존의 교환기에 통화연결음 전송 장치를 별도로 설치하고, 이를 유지·보수·관리하는 등 인적, 물적 설비를 투입하였으며, 서비스 관리 및 마케팅, 부가서비스 유치 확보를 위한 판매망 구축 및 관리, 신규사용 증대를 위한 상품개발 등에 지속적인 투자를 하여 왔다. 부가서비스 이용료는 위와 같은 비용에 대한 대가이다.

③ 피고는 이 사건 서비스와 같이 신규 시스템의 구성·유지가 필요한 서비스 및 네트워크에 부담을 지우는 서비스의 경우에 부가서비스 이용료를 부가하고 있으며, 네트워크를 이용하지 않거나 그 부담이 미약한 경우에는 무료로 그 서비스를 제공하고 있다.

④ 이 사건 서비스를 이용하기 위하여 가입자가 부담하여야 하는 비용은 개인이 음원을 다운로드받아 완전히 소유하는 경우 등에 비추어 그 가격이 높게 책정되어 있는데, 이는 정보 이용료가 저작물의 전송에 대한 대가임을 전제로 이 사건 서비스 관련자들에게 충분한 분배를 하

기 위한 것이다.

⑤ 이 사건 매출액 정의는 인터넷 사이트를 통한 서비스에 관계된 것으로 이 사건 규정 제25조에까지 적용되는 것으로 볼 수 없다. 가사 제25조에까지 적용된다고 하더라도 위 정의는 '광고 및 기타의 수입은 음악 서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다.'고 규정하고 있으므로, 저작물과 관련한 매출액만을 저작물 이용료 산정의 기준이 되는 매출액으로 보아야 한다.

2) 에스케이텔레콤은 통화연결음 서비스를 시행할 때 부가서비스 이용료와 정보 이용료를 징수하는 비용 구조를 설계한 후, 당시 정보통신부에 관련 약관까지 구체적으로 승인을 받아 위 서비스를 진행하였고, 원고는 위와 같은 요금체계를 잘 알고 있었다고 할 것인데, 당시 저작권 사용료 징수규정은 정보 이용료만을 저작권 사용의 대가에 대한 정산 기준인 매출액으로 보았다. 이후 징수규정의 개정 과정에서 부가서비스 이용료가 이 사건 규정 제25조의 매출액의 범위에 포함되는지는 논의의 대상이 아니었다. 위 징수규정의 개정을 통하여 매출액의 범위를 부가서비스 이용료까지 확대하기 위해서는 CP, MLP, 피고와 같은 이해관계인의 의견을 수렴하여야 하고, 원고의 음악 저작물 이용 계약 약관 제7조 제2항에 따른 통보를 거쳐야 하는데, 위 절차가 모두 이행되지 않았다.

3) 이 사건 서비스를 시행한 이후부터 원고가 부가서비스 이용료에 대한 정산을 요구하기 시작한 2008. 7.경까지 이 사건 서비스와 관련한 저작물 사용계약은 당시 시행되던 저작권 사용료 징수규정에 따라 체결된 것이었다. 위 징수규정을 해석함에 있어서 이를 제정·개정하고 계약 내용으로 편입하여 적용하여 온 원고의 의사 및 계약 당사자의 합치된 의사가 그 기준이 되어야 할 것인데, 원고는 부가서비스 이용료와 정보 이용료를 징수하는 이 사건 서비스의 비용 구조에 대해 잘 알면서도 위와 같은 계약에서 정보 이용료만을 이 사건 징수규정 제25조의 매출액으로 보아 왔으므로, 원고는 이에 대해 동의를 하였거나 위 조문의 해

석에 대한 원고의 의사는 정보 이용료만을 정산의 대상에 포함시키자는 것으로 볼 수 있다.

4) 이 사건 규정 제25조는 벨소리와 휴대용개인정보단말기를 통한 이용도 같이 규정하고 있는데, 그 특성상 개개의 음원에 대하여 1회적으로 납부한 요금을 매출액으로 상정하고 있고, 저작권법상 특정 음원에 대한 전송 사용료는 거래관행상으로도 1회의 일시불 형태의 요금으로 정하는 것이 통상적이다.

5) 다른 나라에서도 이동통신사가 콘텐츠 관련자들에 대한 분배 없이 단독으로 수취하는 월정액이 존재하고, 콘텐츠에 대한 요금은 이와 별도로 징수하여 이에 대하여서만 저작권자여서 콘텐츠 관련자들 사이에 분배하고 있다. 한편, 하나의 음원 사용과 관련된 권리자는 저작권자, 음반제작자, 실연자 및 CP 등이 있는데, 이들에 대하여도 부가서비스 이용료를 분배할 경우 피고로서는 이 사건 서비스를 유지하기 어렵게 되어 결국 부가서비스 이용료를 인상하여야만 한다.

3. 이 법원의 판단

가. 이 사건 청구원인에 관한 판단

1) 이 사건의 쟁점은 이 사건 규정 제25조의 매출액에 정보 이용료뿐만 아니라 부가서비스 이용료까지 포함되는지 여부이다.

2) 저작권 사용료 징수규정상 이 사건 서비스와 관련된 매출액의 정의 2006. 7. 14. 개정 전까지는 매출액을 '이동통신회사에서 매월 정보 이용자에게 청구한 음악정보료 중 당월 징수한 총액'이라고 규정하고 있었으나, 위 개정으로 인하여 매출액을 '음악 이용과 관련한 이용료 등의 수입에 광고, 기타의 수입을 합한 금액'을 의미하는 것으로 변경되었다.

이후 2008. 2. 28. 개정된 저작권 사용료 징수규정 제23조 제1항 비

고2(이 사건 매출액 정의)는 매출액을 '당해 서비스 사이트에서 해당 서비스로 발생한 이용료 등의 수입(부가가치세를 제외한다)에 광고, 기타의 수입을 합한 금액'으로 규정하고 있다.

한편, 을 제13호증의 2의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 문화체육관광부장관은 2008. 2. 28. 저작권 사용료 징수규정 개정 당시 원고의 개정 신청안에 대하여, 개정 신청안 '제4장 전송 사용료' 중 제24조 (주문형 다운로드 서비스)의 '매출액이란 당해 사이트에서 다운로드 서비스로 발생한 이용료 등의 수입에 광고, 기타의 수입을 합한 금액을 말한다. 다만, 광고 및 기타의 수입은 음악서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다.'와 '매출액이란 당해 사이트에서 음악서비스로 발생한 이용료 등의 수입에 광고, 기타의 수입을 합한 금액을 말한다. 다만, 광고 및 기타의 수입은 음악서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다.', 제24조의 2 (주문형 배경음악 서비스)의 '매출액이란 당해 사이트에서 음악서비스로 발생한 이용료 등의 수입에 광고, 기타의 수입을 합한 금액을 말한다. 다만, 광고 및 기타의 수입은 음악서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다.'는 신청안을 삭제하는 대신 위 신청안 제23조 (주문형 스트리밍 서비스) 제1항의 '매출액이란 당해 사이트에서 스트리밍서비스로 발생한 이용료 등의 수입에 광고, 기타의 수입을 합한 금액을 말한다. 다만, 광고 및 기타의 수입은 음악서비스 항목이 당해 사이트에서 차지하는 비율을 반영하여 산정한다.'는 부분을 그 내용 중 일부를 수정한 후 그 말미에 '이하 이 장에서 같다.'는 내용을 부가하여 이 사건 매출액 정의와 같이 승인한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같은 개정 경위에 비추어 보면, 이 사건 매출액 정의는 이 사건 규정 제25조의 매출액에도 적용된다고 할 것이다.

3) 매출액에의 부가서비스 이용료 포함 여부

다음에서 보는 사정들을 종합하면, 이 사건 매출액 정의에는 이 사건 서비스 가입자가 피고에게 지급하는 부가서비스 이용료도 포함된다고

봄이 상당하다.

① 2006. 7. 14. 개정 전의 저작권 사용료 징수규정은 매출액의 정의를 '매월 정보 이용자에게 청구한 음악정보료 중 당월 징수한 총액'으로 정하여 그 문언상 정보 이용료만을 그 대상으로 하고 있었던 반면, 위 개정을 거치면서 위 규정은 '음악 이용과 관련한 이용료 등의 수입'으로 변경되어 음악의 이용과 관련만 있으면 모든 이용료를 매출액의 범위에 포함시키도록 하고 있다. 이후의 저작권 사용료 징수규정 개정 경위와 이 사건 매출액 정의의 문언에 비추어 보면, 이 사건 매출액 정의도 위와 같이 해석된다.

② 이 사건 서비스 가입자들이 서비스에 가입하는 이유는 원고가 관리하는 저작권 등과 관련된 개별 음원을 사용하기 위한 경우가 대부분이라고 할 것인데, 피고에게 정보 이용료의 수익이 발생하는 경우에는 필연적으로 부가서비스 이용료도 발생하게 된다. 이러한 점에서 부가서비스 이용료가 원고가 관리하는 저작권과는 무관한 비용이라고 보기 어렵고, 오히려 음악 이용과 관련된 비용이라고 봄이 상당하다.

③ 이 사건 매출액 정의는 매출액에 대해서 음악의 이용과 관련만 있으면 그 수익이 무엇에 대한 대가이고 그 수익의 사용 용도가 무엇인지 구분하지 않고 있으며, 음악 저작물의 이용과 관련하여 발생하는 이용료 등의 수입뿐만 아니라 저작물의 사용과는 직접적인 관련이 없는 광고 수입까지 포함시키고 있다.

④ 이 사건 매출액 정의에 비추어 볼 때, 이 사건 서비스를 통하여 저작물을 이용하는 과정에서 발생하는 수익인 정보 이용료와 부가서비스 이용료 등 전부를 저작물 이용 대가에 대한 산정 기준으로 정하고, 이를 기초로 다른 요소들을 고려하여 전체 저작물 사용료를 산정하는 것이 바람직하다.

⑤ 부가서비스 이용료가 가입자의 이동통신 네트워크 시스템 이용에 대한 대가로서의 기능을 일부 하고 있기는 하나, 저작권 사용료 산정의 기준이 되는 매출액의 범위를 정함에 있어 그 수익이 무엇에 대한 대가

이고 그 수익의 사용 용도가 무엇인지에 따라 그 수익을 제외하여야 한다면, 객관적으로 이를 판단하기 어려운 경우가 많다. 피고 스스로도 피고가 수행하는 사업들이 모두 음성통화서비스에 연동되어 있는 관계로 개개의 사업 및 서비스 별로 구체적 비용 투입 및 수입 내역을 산출하기 어렵다고 주장하고 있고, 부가서비스 이용료와 정보 이용료를 징수하는 비용 구조의 변경을 통하여 저작권 사용료 산정의 기초가 되는 매출액이 변경될 가능성도 있다.

⑥ 부가서비스 이용료는 모두 피고의 수익으로 하여 왔고, 개별 음원의 사용과 관련된 권리자들은 정보 이용료만을 분배의 대상으로 삼아온 기존의 관행이 존재하였는데, 원고는 2009. 1. 이전에는 피고와 같은 이동통신사가 아닌 MCP, MLP 등과 저작권 사용에 대한 계약을 체결하여 온 이상 부가서비스 이용료가 매출액의 범위에 포함되기 어려웠다.

4) 소결론

따라서 특별한 사정이 없는 한, 피고는 원고에게 원고가 구하는 바에 따라 피고의 2009. 3. 부가서비스 이용료 22억 원을 이 사건 규정 제25조에 따라 정산한 194,040,000원(= 부가서비스 이용료 2,200,000,000원 × 분배비율 9% × 음악저작물관리비율 98%)을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장에 대한 판단

1) 시스템에 대한 대가와 개별 목적물에 대한 대가는 구분되어야 한다는 주장

부가서비스 이용료가 피고의 주장과 같이 가입자의 이동통신 네트워크 시스템 이용에 대한 대가로서의 기능을 일부 하고 있기는 하나, 위와 같은 기능을 객관적으로 구분하는 것은 어렵고, 원고가 관리하는 개별 음원이 전송 등 방법으로 이용되고 있는 이상, 이와 관련된 부가서비스 이용료를 원고가 관리하는 저작권과는 무관한 비용이라고 보기 어

렵다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

2) 저작권 사용료 징수규정 개정과정에 대한 주장

2006. 7. 14. 개정 전까지의 저작권 사용료 징수규정상의 정산의 대상이 되는 이 사건 서비스와 관련된 매출액은 정보 이용료만을 그 대상으로 하였다고 할 것이나 위 개정을 통하여 음악 이용과 관련한 이용료 등으로 그 범위가 확대되었다.

한편, 이 법원의 주식회사 ○○콤, ○○○아시아퍼시픽 주식회사, ○○○하이텔 주식회사, ○○○텔레콤에 대한 각 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 저작권 사용료 징수규정의 개정 단계에서 CP, MLP, 피고와 같은 이해관계인의 의견을 수렴하였다거나 원고의 음악 저작물 이용 계약 약관 제7조 제2항에 따른 통보를 하지 않은 사실이 인정된다.

그러나 저작권법 제105조 및 같은 법 시행령 제49조에 따르면, 원고가 문화체육관광부장관에게 저작권 사용료의 요율 또는 금액을 변경하기 위하여 승인신청을 할 경우 문화체육관광부장관은 이해관계인의 의견을 수렴할 수 있도록 문화체육관광부 인터넷 홈페이지에 14일 이상 그 내용을 게시하여야 하는데, 이는 문화체육관광부장관으로 하여금 인터넷 홈페이지에 게시할 의무를 부과한 것에 불과하고, 그와 같은 게시를 통하여 이해관계인의 의견을 수렴할 기회가 주어졌다면, CP, MLP, 피고와 같은 이해관계인의 의견을 수렴하지 않은 상태에서 저작권 사용료 징수규정이 개정되었다고 하더라도, 이에 어떠한 위법이 있다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

3) 징수규정 해석 기준에 대한 주장

원고는 2009. 1. 전까지는 피고와 MCP, MLP 사이의 계약을 통하여 원고가 관리하는 저작물을 이 사건 서비스에 사용하도록 하였을 뿐 피고와 직접 계약을 체결한 사실은 없는바, 그렇다면 원고가 피고와의 사이에서 확정적인 의사로 정보 이용료만을 이 사건 징수규정 제25조의 매출액으로 한다는 것에 동의하였다고 보기 어렵다. 그리고 원고, 피

고, 피고의 MLP는 2009. 1.부터는 이 사건 규정 제25조에서 정한 사용료 산정 방식에 따라 저작물 사용료를 지급하기로 하였고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 규정 제25조의 매출액에 부가서비스 이용료가 포함된다고 해석되는 이상, 피고의 위 주장은 이유 없다.

4) 1회적으로 납부한 요금을 매출액으로 보아야 한다는 주장

이 사건 서비스는 스트리밍 서비스의 일종으로서 벨소리와 휴대용개인정보 단말기를 통한 1회성 다운로드 서비스와는 성질상 차이가 있고, 이 사건 규정은 스트리밍 서비스의 경우 매달 지급되는 광고 수익 금액에 대해서도 이를 매출액으로 보고 원고에게 정산을 예정하고 있다. 또한 피고의 주장과 같은 관행이 존재함을 인정할만한 증거가 없고, 그러한 관행이 존재한다고 하더라도, 이 사건 매출액 정의의 해석에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

5) 나머지 주장

나아가 피고는 해외의 경우에 비추어 보거나, 이 사건 서비스를 유지하기 위해서는 이 사건 규정 제25조 매출액의 범위에 부가서비스 이용료가 포함돼서는 안 된다고 주장하나, 이는 부수적인 정황에 관한 주장에 불과하여 이를 받아들이지 않는다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 있으므로 인용한다.

재판장 판사 강영수
판사 김혜선
판사 최환영

24. 특수한 유형의 OSP의 기술적인 조치 관련 규정의 위헌 여부 – 소리바다 및 인터넷 빛고을 헌법소원 사건

[개요]

청구인들은 실시간 음악감상, MP3 등 음원파일 다운로드 등 서비스를 제공하는 웹사이트를 운영하는 온라인서비스제공자들이다. 문화체육관광부장관은 이들을 저작권법 제104조가 규정한 '특수한 유형의 온라인 서비스 제공자'라고 판단하였고, 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하지 않았다며 동법 제142조에 따라 과태료 부과처분을 하였다.

청구인들은 위 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하였고 서울중앙지방법원은 청구인들에 대하여 같은 액수의 과태료에 처하는 각 약식재판을 하였다. 이에 청구인들은 위 과태료 결정들에 대하여 각 이의신청을 하고, 청구인들에게 적용된 위 저작권법 조항들이 헌법에 위반된다며 위헌심판 제청신청을 하였으나 위 신청이 모두 기각되자, 저작권법 제104조 제1항 및 제2항, 저작권법 제142조 제1항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며' 부분이 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되거나 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하는 것이라며 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 포괄위임입법금지의 원칙과 과잉금지원칙에 반하지 않는다고 결정하였다. 전자와 관련하여 헌법재판소는 저작물 등의 불법적인 전송을 차단할 일정한 책임을 지는 "특수한 유형의 온라인서비스 제공자의 범위" 및 특수한 유형의 온라인서비스 제공자에 대한 저작권자 등 "권리자의 요청", 특수한 유형의 온라인서비스

제공자가 취해야 하는 기술적인 조치 등 “필요한 조치”는 그 규율영역의 특성상 법률에서 이를 구체적·서술적으로 열거하는 것이 입법기술상 곤란하고, 탄력적으로 규율되어야 할 필요성 있다고 하면서 문화체육관광부장관 고시 및 하위법령에의 위임의 필요성을 인정하였다. 아울러 직업수행의 자유와 관련하여서도 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익균형성의 원칙에 비추어 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 위배하지 않는다고 하면서, 최종적으로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 것이다.

헌법재판소 2011. 2.24. 결정 2009헌바13·52·110 (병합)
【저작권법 제104조 등 위헌소원】

재판요지

[1] 저작물 등의 불법적인 전송을 차단할 일정한 책임을 지는 “특수한 유형의 온라인서비스 제공자의 범위” 및 특수한 유형의 온라인서비스 제공자에 대한 저작권자 등 “권리자의 요청”, 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 취해야 하는 기술적인 조치 등 “필요한 조치”는 그 규율영역의 특성상 법률에서 이를 구체적·서술적으로 열거하는 것이 입법기술상 곤란하고, 탄력적으로 규율되어야 할 필요성 있다고 할 것이므로 문화체육관광부장관 고시 및 하위법령에의 위임의 필요성이 인정되며, 저작권법의 입법목적 및 이 사건 법률조항들의 입법취지, 관련규정 등에 비추어 보면, 문화체육관광부장관 고시 및 하위법령에 규정될 내용을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 저작권법 제104조 제1항, 제2항은 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 않는다.

[2] 이 사건 법률조항들은 저작물 등의 불법적인 전송을 차단함으로써 저작권 등을 보호하고, 문화 및 관련 산업을 향상·발전시키기 위한 것으로서 정당한 목적 달성에 기여한 적합한 수단에 해당하며, 권리자의

요청이 있는 경우에 해당 저작물에 대한 불법적인 전송을 차단하는 조치를 취할 것을 요구할 뿐인 점, 기술적으로 불가능한 조치를 요구하는 것은 아닌 점, 인터넷을 통한 저작권 등 침해의 현실 등을 고려할 때 입법목적 달성에 동일하게 기여하는 다른 덜 침해적인 수단이 존재한다고 보기 어려우므로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다. 나아가 저작권 등 침해행위를 기술적으로 통제하고 감독할 수 있는 지위에 있다고 할 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 한정된 범위에서 기술적 의무 등을 부과한 것이 온라인서비스제공자의 직업의 자유에 대한 중대한 제한이 된다고 보기는 어려운 반면, 달성되는 공익은 매우 중요하다는 점에서 법익균형성의 원칙에도 위반되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하지 않는다.

재판관 김종대, 재판관 목영준의 저작권법 제104조 제2항에 대한 위헌의견

저작권법 제104조 제2항은 누가 저작권법 제104조 제1항의 의무를 부담하는 수범자인지, 의무를 위반하는 경우 저작권법 제142조 제1항, 제2항에 의한 과태료를 부과받게 되는지에 관한 법규사항을 문화체육관광부장관이 정할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 우리 헌법과 같이 법규명령의 형식이 헌법상 확정되어 있고 구체적으로 법규명령의 종류·발령주체·위임범위·요건 등에 관한 명시적 규정을 둔 이상, 법률로써 그와 다른 종류의 법규명령을 창설할 수 없고 더구나 그러한 법규사항을 행정규칙 기타 비법규명령에 위임하여서는 아니 된다 할 것이다. 따라서 저작권법 제104조 제2항은 의무에 관한 법규적 사항을 헌법상 열거된 법규명령이 아닌 '문화체육관광부장관의 고시'에 직접 위임한 것으로서 헌법에 위반된다.

[심판대상조문]

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제104조 제2항, 제142조 제1항, 제2항

저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제104조 제2항

저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제142조 제1항, 제2항

참조법령

헌법 제22조 제2항,제37조 제2항,제75조

저작권법 제102조

【당 사 자】

청 구 인

1. 주식회사 소○○○(2009헌바13)
   대리인 변호사 황도수 외 3인
2. 주식회사 인○○○(2009헌바52)
   대리인 변호사 황도수 외 2인
3. 주식회사 미○○○(2009헌바110)
   대리인 법무법인 정세
   담당변호사 진현종

당해사건

1. 서울중앙지방법원 2008과1922 저작권법위반이의(2009헌바13)
2. 서울서부지방법원 2008과683 저작권법위반(이의신청)
   (2009헌바52)

3. 서울중앙지방법원 2008과12980 저작권법위반(이의신청)
(2009헌바110)

주 문

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항, 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제104조 제2항, 저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제104조 제2항, 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제142조 제1항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며' 부분, 제2항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니한 자에 대한 과태료' 부분, 저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제142조 제1항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며' 부분, 제2항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니한 자에 대한 과태료' 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2009헌바13 사건

(가) 청구인은 실시간 음악감상, MP3 등 음원파일 다운로드 등 서비스를 제공하는 웹사이트를 운영하는 온라인서비스제공자이다. 문화관광부(현 문화체육관광부) 장관은 청구인이 특수한 유형의 온라인 서비스를 제공하는 업체로서 권리자의 요청이 있는 경우 저작권법 제104조에 의하여 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 함에도 이를 위반하였다고 하여 2008. 1. 3. 저작권법 제142조 제1항, 제2항에 의하여 청구인에게 210만 원의 과태료 부과처분을 하였다.

(나) 청구인이 위 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하자 문화관광부 장관은 서울중앙지방법원에 이 사실을 통보하였으며, 서울중앙지방법원은 청구인에 대하여 210만 원의 과태료에 처하는 약식재판을 하였다. 이에 청구인은 위 과태료 결정에 대하여 이의신청(서울중앙지방법원 2008과1922)을 하고, 청구인에게 적용된 위 저작권법 조항들이 헌법에 위반된다며 위헌제청신청을 하였으나 2008. 12. 30. 위 신청이 기각되자(서울중앙지방법원 2008카기8694), 2009. 1. 13. 위 기각결정을 송달받은 후 2009. 1. 23. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

(2) 2009헌바52 사건

(가) 청구인은 영화, 드라마 등의 다운로드 서비스를 제공하는 웹사이트를 운영하는 온라인서 비스제공자이다. 문화관광부(현 문화체육관광부) 장관은 청구인이 특수한 유형의 온라인 서비스를 제공하는 업체로서 권리자의 요청이 있는 경우 저작권법 제104조에 의하여 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 함에도 이를 위반하였다고 하 여 2008. 1. 3. 저작권법 제142조 제1항, 제2항에 의하여 청구인에게 1,400만 원의 과태료 부 과처분을 하였다.

(나) 청구인이 2008. 1. 29. 위 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하자 문화관광부 장관은 서울서부지방법원에 이 사실을 통보하였으며, 청구인은 청구인에 대한 과태료 재판(서울서부지 방법원 2008과

683) 계속중 청구인에게 적용된 위 저작권법 조항들이 헌법에 위반된다며 위헌 제청신청을 하였으나 2009. 2. 16. 위 신청이 기각되자(서울서부지방법원 2008카기2027), 2009. 2. 25. 위 기각결정문을 송달받은 후 2009. 3. 23. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

(3) 2009헌바110 사건

(가) 청구인은 영화, 드라마 등 다운로드 서비스를 제공하는 웹사이트를 운영하는 온라인서비스제공자이다. 문화체육관광부 장관은 청구인이 특수한 유형의 온라인 서비스를 제공하는 업체로서 권리자의 요청이 있는 경우 저작권법 제104조에 의하여 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 함에도 이를 위반하였다고 하여 2008. 9. 4. 저작권법 제142조에 의하여 청구인에게 630만 원의 과태료 부과처분을 하였다.

(나) 청구인이 위 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하자 문화체육관광부 장관은 서울중앙 지방법원에 이 사실을 통보하였으며, 서울중앙지방법원은 2008. 12. 4. 청구인에 대하여 630만 원의 과태료에 처하는 약식재판을 하였다. 이에 청구인은 2008. 12. 19. 위 과태료 결정에 대하여 이의신청(서울중앙지방법원 2008과12980)을 하고, 청구인에게 적용된 위 저작권법 조항들이 헌법에 위반된다며 위헌제청신청을 하였으나 2009. 4. 14. 위 신청이 기각되자(서울중앙지 방법원 2009카기1553), 2009. 5. 6. 위 기각결정문을 송달받은 후 2009. 6. 3. 위 조항들의 위 헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상과 관련 조항

(1) 2009헌바13, 52 사건

위 각 사건 심판의 대상은 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조

제1항, 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제104조 제2항, 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제142조 제1항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며' 부분, 제2항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니한 자에 대한 과태료' 부분의 위헌 여부이다.

심판대상 법률조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 법률조항]

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ② 문화관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제142조(과태료) ① 제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하 의 과태료에 처하며, 제106조의 규정에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 제133조 제4항의 규정에 따른 문화관광부장관의 명령을 이행하지 아니

하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

② 제1항의 규정에 따른 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화관광부장관이 부과·징수 한다.

(2) 2009헌바110 사건

이 사건 심판의 대상은 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항, 저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제104조 제2항, 저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제142조 제1항 중 '제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며' 부분, 제2항 중 '제104조의 규정에 따른 필요 한 조치를 하지 아니한 자에 대한 과태료' 부분의 위헌 여부이다.

심판대상 법률조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 법률조항]

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등 을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ② 문화체육관광부장관은 제1항의 규 정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제142조(과태료) ① 제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하 의 과태료에 처하며, 제106조의 규정에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 제133조 제4항의 규정에 따른 문화체육관광부장관의 명령을 이행하지 아니하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처 한다.

② 제1항의 규정에 따른 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관이 부과· 징수한다.

(3) 위 2009헌바13, 52 사건과 2009헌바110 사건의 심판대상 법률조항들은 단지 일부 문구만이 달라졌을 뿐, 그 내용이 실질적으로 동일하다. 따라서 이하에서는 2008. 2. 29. 법률 제8852 호, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 각 개정되기 전과 후의 저작권법 제104조 제1항, 제2항을 '저작권법 제104조 제1항, 제2항'으로 통칭하고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전과 후의 저작권법 제142조 제1항, 제2항을 '저작권법 제142조 제1항, 제2항'으로 통칭하여 함께 판단하기로 한다.

위 심판대상 조항들과 관련된 법률조항의 내용은 별지와 같다.

2. 청구인들의 주장

가. 2009헌바13 사건

(1) 저작권법 제104조는 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'에 대하여 '다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제 공자'라고만 정의하고, 그 구체적 범위는 문화관광부(현 문화체육관광부)장관이 고시할 수 있도록 하고 있는데, 이는 행정부의 자의적 판단에 따라 저작권법 제104조에 의한 의무를 부담하도록 하는 것으로서 기본권 제한의 법률유

보원칙과 명확성의 원칙에 반한다.

(2) 저작권법 제104조 제1항은 온라인서비스제공자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 '권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항'에 관하여 아무런 기준을 정하지 않은 채 대통령령으로 정하도록 하여 명확성의 원칙과 포괄위임금지원칙에 위배된다.

(3) 일반 온라인서비스제공자와 달리 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게만 기술적 조치의무를 부과하는 것은 평등원칙에 반하며, 한편 저작권법 제104조는 명확하고 구체적인 기준을 두지 아니하여 특수한 유형의 온라인서비스제공자 사이에서도 불평등을 초래한다.

(4) 저작권법 제104조는 특별한 유형의 온라인서비스제공자에게 비현실적이고 불합리하며, 과도한 기술적 조치의무를 부과함으로써 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 직업의 자유 등 기본권을 침해한다.

(5) 문화관광부 훈령에서는 저작권법 제104조 위반과 관련하여 '미차단율'을 기준으로 하여 온 라인서비스제공자에게 과태료를 부과하도록 하고 있는데(저작권법상 의무위반자에 대한 과태료 부과세칙 제7조 별표1), 이는 개별 저작물의 불법전송을 완벽하게 차단하는 필터링을 요구하는 것이어서 과도한 제한일뿐 아니라, 위와 같은 과태료 부과기준은 저작권법 제104조 또는 제142조의 수권에 의한 것이라고 볼 수도 없다.

나. 2009헌바52 사건

(1) 저작권법 제104조의 '특수한 유형의 온라인서비스제공자' 개념 가운데 '주된 목적'은 판단 자의 자의가 개입할 여지가 큰 불명확한 개념이다. 그 밖에 이 사건 법률조항들이 명확성 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 반하고, 과잉금지원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하며 평등원 칙에 반한다는 점에 관하여 위 2009헌바13 사건의 청구인의 주장과

대체로 같다.

(2) 저작권법 제102조 및 제103조가 '저작권 침해사실을 통지받은 후 사후적인 침해중지'를 요구한다면, 저작권법 제104조는 '저작권에 대한 예방적 보호요청을 받은 경우에, 당해 저작물에 대한 불법적인 침해를 차단할 수 있는 모든 조치를 다할 것'을 요구한다. 즉 저작권법 제104조는 '불법전송' 외에 '검색'과 '적법전송'까지 차단하게 하고, 이는 저작권자의 권리를 특별히 두 텁게 보호할 목적만으로 일반 국민의 표현의 자유와 알권리를 침해하는 것이다.

(3) 이 사건 심판대상 법률조항들은 저작권자와 불법전송자 사이의 사적인 법률문제 해결을 위하여 특별한 유형의 온라인서비스제공자에게 위와 같은 조치를 요구하고, 기술적 조치가 미비 한 경우에 과태료 부과 등 법적 책임을 부과시키는바, 이는 온라인서비스제공자에게 무제한한 결과책임을 지도록 하는 것으로서 자기책임의 원리에 반한다.

다. 2009헌바110 사건

위 2009헌바13 사건과 2009헌바52 사건의 청구인들의 주장과 대체로 같다.

3. 판단

가. 이 사건 심판대상 법률조항들의 입법연혁 및 입법취지

(1) 입법연혁

"다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자"인 "특수한 유형의 온라인서비스제공자(저작권법 제104조 제1항) "의 책임에 관한 이

사건 심판대상 법률조항들은 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 저작권법이 전부개정되면서 처음 도입되었고, 일부 표현의 수정 외에 그 실질적인 내용은 도입 이래 동일하게 유지되고 있다.

(2) 입법취지

인터넷을 통한 정보의 교류가 활성화되고, 정보를 저장하고 재생할 수 있는 휴대용 매체가 보편화함에 따라, 인터넷 등 정보통신망을 통한 저작권 등 침해행위가 빈발하게 되었고, 불법 저작물의 유통으로 인한 합법적 저작물 유통시장의 잠식과 문화 발달 지연으로 인한 손해의 규모는 추산하기 쉽지 않은 상태에 이르렀다.

한편 인터넷을 통한 저작권 등 침해의 경우, 그 피해 규모가 광범위하면서도 침해자를 특정하기가 쉽지 않고, 또한 특정이 가능하더라도 그 침해자가 손해를 회복시켜 줄만한 자력을 가지고 있지 않은 경우가 많아 저작권자들로서는 저작권 침해행위를 예방하거나 중지시키고 손해를 배상받는 것이 쉽지 않았다.

특히 개별 이용자들의 각 컴퓨터가 기존 서버의 역할을 겸하도록 함으로써 서버를 통하지 않고 도 이용자들이 자신의 컴퓨터 내 하드디스크에 저장된 파일이나 자료 등을 상호간에 직접 주고 받아 공유할 수 있도록 하는 피투피(P2P, peer to peer) 서비스 등이 주로 저작권 침해행위에 이용됨에 따라 그와 같은 온라인서비스제공자의 책임에 관한 문제 제기가 계속적으로 이루어졌 다.

이에 저작권 등 침해행위를 예방하고 불법 복제로부터 문화산업을 보호하기 위하여, 일정한 온라인서비스제공자에 대하여 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 할 의무를 부과하고, 그에 위반하는 경우 과태료에 처하도록 하는 이 사건 심판대상 법률조항들을 규정하게 된 것이다.

나. 포괄위임입법금지의 원칙 위반 여부

(1) 포괄위임입법금지의 원칙

(가) 헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하여 위임입법의 근거 및 그 범위와 한계를 제시하고 있는 바, 이는 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고, 의회입법의 원칙과 법치주 의를 달성하기 위한 것이다.

여기에서 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여'라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

(나) 한편 포괄위임금지의 원칙은 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것 으로서 법률의 명확성 원칙이 위임입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있다. 따라서 수권법률조항의 명확성원칙 위배 여부는 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙의 위반 여부에 대한 심사로써 충족된다(헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29, 판례집 19-1, 349, 365-366참조).

(2) 저작권법 제104조 제2항에 관한 판단

"특수한 유형의 온라인서비스제공자"는, 저작권법 제104조 제1항에 의하여 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 할 의 무를 부담하고, 그러한 의무를 위반하는 경우 저작권법 제142조에 의하여 3천만원 이하의 과태료에 처해지게 된다.

그런데 저작권법 제104조 제2항은 위와 같은 법적 의무를 부담하는 "특수한 유형의 온라인서 비스제공자"의 범위를 문화체육관광부장관이 정하여 고시할 수 있도록 규정하고 있는바, 포괄 위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

(가) 위임형식이 헌법에 위배되는지 여부

1) 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 제75조,제95조의 의미를 살펴보면, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이다. 다만 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것인바, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 119 참조).

2) 저작물 등의 불법적인 전송과 같은 저작권 침해의 양상과 방법은 기술의 발달과 온라인 문화 의 변화에 따라 계속적으로 변화해 왔으며, 저작권 등 침해에 악용되기 쉬운 온라인서비스의 양상 역시 복잡하고 다양한 형태로 나타나고 있다.

“다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스(저작권법 제104조 제1항)”, 즉 “특수한 유형의 온라인서비스”가 구체적으로 어떤 기술적 표지나 구조를 가진 경우에 저작물 등의 불법적인 전송행위에 대한 관여가능 성이 있는지의 문제는 온라인 문화와 인터넷 기술현황에 대한 분석과 연구를 거쳐 정해져야 할 것이고, 또한 상황에 따라 유동적으로 대처할 필요성이 있는 것이므로 그러한 판단에는 관련 행정기관과의 협의 또는 관련 연구기관에서 축적한 전문지식의 활용이 필요하다.

따라서 “특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위”를 법률에서 구체적으로 특정하는 데는 어려움이 있으며, 그 규율영역의 특성상 소관부처인 문화체육관광부의 고시에 대한 위임이 인정 될 수 있다고 할 것이다.

(나) 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

1) 앞서 살핀 바와 같이 저작물 등의 불법적인 전송을 차단할 일정한 책임을 지는 "특수한 유형 의 온라인서비스제공자의 범위"는 그 규율영역의 특성상 법률에서 이를 구체적·서술적으로 열거하는 것이 입법기술상 곤란하며, 전문적이고 실증적인 판단을 요구하는 것으로서 탄력적 입법이 요청되므로 위임의 필요성이 인정된다.

2) 한편 청구인들은 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"의 개념이 불명확하여 문화체육관광 부장관의 고시에 규정될 내용을 예측하기 어렵다고 주장한다.

그러나 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"는 저작권법 제104조 제1항에서 명시하는 바와 같이 "다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자"를 말하고, "전송", "온라인서비스제공자" 등의 개념은 이미 저작권법 제2조의 정의규정을 통하여 구체화되어 저작권법 전반에 걸쳐 일반적으로 사용되는 법률용어이므로 그 의미가 불명확하다고 볼 수 없다.

다만 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"의 개념 가운데, 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 "주된 목적으로" 한다는 의미가 무엇인지 문제될 수 있다.

그러나 저작권법이 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 점(저작권법 제1조), 저작권법 제104조의 직접적인 입법취지가 저작물 등의 불법적인 전송의 차단에 있는 점, "주된 목적"의 관용적인 문의에 비추어 보면, "특수한 유형의 온라인서비스제공자"란 정보통 신망을 이용하여 표현행위를 하거나 의견·정보를 수집·교환하려는 사람들을 전반적으로 매개하는 데서 나아가 개별 이용자들이 저작물 등의 전송을 쉽고 빠르게 할 수 있도록 특화된 서비스를 제공하거나, 개별 이용자가 중개자를 거치지 아니하고 상호간에 직

접 접속할 수 있도록 하는 등으로 저작물 등 전송행위를 유도하는 서비스를 제공하여, 그로부터 주된 수익을 창출하는 온라인서비스제공자로서, 서비스의 기술적 특성과 저작물 등의 전송 유도 행위의 유무, 수익구조 등이 일응의 기준이 되어 그 범위가 구체화될 것임을 충분히 예측할 수 있다.

나아가 온라인서비스제공자로서 "다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전 송하도록 하는" 프로그램이나 서비스를 제공하는 자라면, 그와 같은 서비스의 기술적 특성 및 서비스의 목표 대상이 되는 이용자 집단의 유형과 사용패턴 등을 가장 잘 파악하고 있다고 할 것이므로 저작물 등의 불법적인 전송에 관여가능성이 큰 "특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위"를 충분히 알 수 있다고 보인다.

(다) 소결

이처럼 "특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위"는 온라인 문화와 인터넷기술의 발전상황 을 고려해 정해져야 하는 것으로서 위임의 필요성이 긍정되고, 관련 규정을 종합적으로 고려할 때 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 설정함에 있어 고려되는 대강의 요소와 내용이 충분히 예측가능하다고 할 것이므로, 저작권법 제104조 제2항은 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 않는다.

(3) 저작권법 제104조 제1항에 관한 판단

(가) 저작권법 제104조 제1항은, "특수한 유형의 온라인서비스제공자"에 대하여 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 할 의무를 부과하면서, 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임 하고 있는바, 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

(나) 누군가가 어떤 저작물의 권리자임을 특정하고, 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대하여 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단해 줄 것을 요청하는 경로나 방법은 여러 가지 형태가 있을 수 있고, 특수한

유형의 온라인서비스제공자가 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 조치 역시 여러 가지 방법으로 이루어질 수 있다. 이는 저작물의 특성과 온라인상의 저작권 등 침해 양상, 기술적 발전단계 등을 고려하여 탄력적으로 규율되어야 할 필요성 있다고 할 것 이므로 하위법령에의 위임의 필요성이 인정된다고 할 것이다.

(다) 한편 저작권법 제104조 제1항은 권리자가 저작물 등의 불법적인 전송의 차단을 요청하기 위하여 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 제공해야 하는 자료나 그 요청의 방식, 시기 등 에 관한 구체적 기준을 규정하고 있지는 않으나, "권리자의 요청"이 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 조치를 하기 위한 하나의 조건이 된다는 점 에서, 불법전송의 차단 대상이 되는 저작물의 구체적 특정이나 요청자가 해당 저작물의 권리자임을 입증하는 방법 내지 입증의 정도, 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대한 요청의 전달 방식에 관한 내용 등이 하위법령인 대통령령에 규정될 것임은 충분히 예측가능하다고 할 것이다.

나아가 "필요한 조치"와 관련하여 보면, "필요한 조치"는 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 의미하는바, 불법적인 전송을 분류하고, 불법적인 저작물 등의 검색이나 송·수신을 차단하는 소위 "필터링 기술" 등과 같이 기술적 조치에 관한 기준과 그에 더하여 서비스 이용자들의 저작권 등 침해행위에 따르는 법적인 책임의 공지 등의 비(非)기술적인 불법전송 예방조치 등의 구체적 내용이 하위법령에 규정될 것임을 그 문언에 비추어 충분히 예측할 수 있다.

따라서 저작권법 제104조 제1항은 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

(4) 청구인들의 그 밖의 주장에 관한 판단

청구인들은 저작권법 시행령 제77조와 별표1의 과태료부과기준, 그리고 위 시행령 조항이 규정되기 이전에 과태표 부과기준을 규정하고 있

던 '저작권법상 의무위반자에 대한 과태료 부과 세칙(문화부훈령)'이 저작권법 제104조나 제142조의 위임에 의한 것이라고 볼 수 없다고 주장한 다.

그러나 위와 같은 주장은 저작권법 시행령 및 문화부 훈령의 위법성 등에 관한 것인데, 위 시행 령 및 문화부 훈령은 이 사건 심판의 대상이 아니므로 위 주장에 관하여는 나아가 판단하지 아니한다.

다. 직업의 자유의 침해 여부

(1) 직업수행의 자유의 제한

이 사건 심판대상 법률조항들은 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 저작물 등의 불법전송을 차단하는 기술적 조치 등을 할 의무를 부과하고, 그에 위반하는 경우 과태료를 부과하는 것을 그 내용으로 하므로 특수한 유형의 온라인서비스제공자인 청구인들의 직업수행의 자유를 제 한한다.

일반적으로 직업수행의 자유에 대하여는 직업선택의 자유와는 달리 공익목적을 위하여 상대적으로 폭넓은 입법적 규제가 가능한 것이지만, 그렇다고 하더라도 그 수단은 목적달성에 적절한 것이어야 하고 또한 필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니 된다(헌재 2009. 3. 26. 2008헌마225, 공보 150, 755, 760).

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

헌법 제22조 제2항은 "저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다." 고 하여, 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침하고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가 실현의 실효성을 높이기 위하여 저작자 등의 권리보호를 국가의 과제로 규정하고 있는바, 저작자 등의 권리를 보호하는 것은 학문과 예술을 발전·진흥시키고 문화국가를 실현하기 위하여 불가결하다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판

례집 14-1, 382, 388).

이 사건 심판대상 법률조항들은 앞서 입법취지와 관련하여 살핀 바와 같이 저작물 등의 불법적인 전송을 차단함으로써 저작권 등을 보호하고, 나아가 문화 및 관련 산업을 향상·발전시키기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 저작물 등의 불법적인 전송에 쉽게 이용되는 특수한 유형의 온라인서비스를 제공하는 자로 하여금 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 취하도록 하는 것은 위와 같은 입법목적의 달성에 기여하는 적합한 수단이라고 할 것이다.

(나) 침해의 최소성

'기술이 야기한 문제에 대한 해답은 기술에 있다.'는 고려에서 개별 행위자의 저작물 등 불법적인 전송을 용이하게 하는 기술을 보유하고 있는 특수한 유형의 온라인서비스제공자로 하여금 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 취하도록 한 이 사건 심판대상 법률조항들이 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘은 것이라 단언하기는 어렵다.

또한 이 사건 심판대상 법률조항들은 모든 저작물 등의 불법적인 전송을 차단할 것을 요구하는 것이 아니라, 권리자의 요청이 있는 경우에 해당 저작물에 대한 불법적인 전송을 차단하는 조치를 취할 것을 요구하는 것이라는 점에서 한정적인 의무를 부과하고 있다. 나아가 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대하여도 일반적인 온라인서비스제공자에 대한 책임제한 규정이 적용되는데, 특히 "저작물등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리의 침 해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다"(저작권법 제102조 제2항)는 사정을 참작

하면 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 부담하는 의무가 지나치게 과중한 것이라고 보기도 어렵다.

물론 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하기 위하여 저작물 등을 불법적으로 전송하는 개별 행위자에게 책임을 묻는 것이 가장 직접적인 대책이 될 것임은 명백하나, 앞서 이 사건 법률조항의 입법취지와 관련하여 살핀 바와 같이 인터넷을 통한 저작권 등 침해에 있어 개별 행위자의 특정은 쉽지 않을 뿐만 아니라, 저작권 침해행위의 근절에 충분하지 못한 것이 현실이다. 특히 대중적으로 소비되고 그 소비주기가 짧은 저작물 등의 경우에는 인터넷을 통한 저작권 등 침해 행위로 인하여 그에 관한 권리 자체가 형해화되는 결과가 발생할 수 있음에도, 개별 이용자에 대한 규제조치를 통하여 손해를 전보받을 가능성은 매우 낮다. 이는 일차적으로 당해 저작물의 권리자의 권리침해를 발생시키는 데 그치지 않고, 나아가 저작물 등에 대한 시장을 파괴하고 저작자의 창작의욕을 저해함에 따라 문화적 퇴보를 불러올 우려가 있는 것이다.

결국 이 사건 심판대상 법률조항들은 입법목적 달성을 위하여 필요한 것으로서 입법목적 달성에 동일하게 기여하는 다른 덜 침해적인 수단이 존재한다고 보기 어려우므로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 법익균형성

주요한 기술적 혁신이 저작물의 시장에 영향을 미쳤을 때 그로부터 불가피하게 영향을 받는 충돌하는 이해관계들의 다양한 변화를 수용하고 형량하여 조정할 권한과 능력은 일차적으로 입법자에게 있다.

특수한 유형의 온라인서비스는 그 자체가 저작권 침해와 같은 불법행위에 사용되도록 고안된 것은 아니라고 할지라도, 그 기술적 특성상 개별 이용자들에 의하여 빈번하게 저작권 등 침해 행위에 사용되어 왔는바, 그러한 저작권 등 침해행위를 기술적으로 통제하고 감독할 수 있는 지위에 있다고 할 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 한정된 범위에서 기술적 의무 등을 부과한 것이 온라인서비스제공자의 직업의 자유에 대한 중대한 제한이 된다고 보기는 어려운 반면, 저작물 등 불법

전송으로 인한 폐해를 방지하여 문화 및 관련 산업의 향상·발전을 도모할 공익은 매우 중요하다고 할 것이므로 이 사건 심판대상 법률조항들이 법익균형성의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

(라) 소결

따라서 이 사건 심판대상 법률조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하지 아니 한다.

라. 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건 심판대상 법률조항들이 특수한 유형의 온라인서비스제공자와 그 밖의 온라 인서비스제공자를 합리적 이유 없이 차별취급하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장한다.

그러나 특수한 유형의 온라인서비스는 그 서비스의 특성상 저작물 등의 불법적인 전송에 이용되기 쉬운 것으로서, 그와 같은 서비스를 통한 저작물 등의 불법적인 전송의 빈번한 발생과 그로 인한 막대한 피해의 발생에도 불구하고, 개별적인 저작권 등 침해행위자의 특정을 어렵게 한다는 점에서 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게만 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 취하도록 한 것은 저작권 보호를 위한 합리적 차별취급에 해 당한다고 할 것이다.

마. 자기책임의 원리 위반 여부

헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결

정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 714-715 참조).

그런데 이 사건 심판대상 법률조항들은 특수한 유형의 온라인서비스 제공자가 스스로 제공하는 서비스의 특성상 저작물 등의 불법적인 전송행위가 쉽게 발생할 수 있음을 인지하면서도 이를 용이하게 하여서는 안된다는 자신의 행위책임을 구체화한 것으로서 온라인서비스 자체는 유지 하는 것을 전제로 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 것이 기술적으로 불가능한 경우까지 책임을 부과하는 것은 아니므로 자기책임의 원리에 위반되지 아니한다.

바. 그 밖의 청구인들의 주장에 대한 판단

청구인들은 저작권법 시행령에서 이 사건 규정에 의한 저작물 등 불법전송을 차단하는 기술적 조치의 내용으로 검색제한을 규정한 것이 서비스이용자들의 알 권리 등을 침해한다고 주장하나, 검색제한 조치에 관한 시행령 조항은 이 사건 심판의 대상이 아니고, 하위법령의 위헌·위법 여부의 문제는 위임입법 자체의 위헌 여부 판단과는 구별되어야 할 것이므로 이에 관하여 나아가 판단하지 아니한다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판대상 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은, 저작권법 제104조 제2항에 대한 판단에 관하여 재판관 김종대, 재판관 목영준의 아래 5.와 같은 위헌의

견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김종대, 재판관 목영준의 저작권법 제104조 제2항에 대한 위헌의견

우리는 저작권법 제104조 제2항이 국민의 권리·의무에 관한 법규적 사항을 헌법상 열거된 법 규명령이 아닌 행정규칙에 위임함으로써 헌법에 위반된다고 보므로 다음과 같은 의견을 밝힌다.

가. 저작권법 제104조 제1항은 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 일정한 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 취할 의무를 직접 부과하고, 저작권법 제142조는 의무 위반시 과태료 부과를 규정하여 의무의 이행을 강제하고 있는데, 저작권법 제104조 제2항은 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 문화체육관광부장관이 고시할 수 있도록 규정함으로써 구체적으로 누가 저작권법 제104조 제1항의 의무를 부담하는 수범자 로서 의무를 위반하는 경우 과태료를 부과 받게 되는가에 관한 법규사항을 문화체육관광부장관이 정할 수 있도록 규정하고 있다.

나. 우리 헌법은 제40조에서 국회입법의 원칙을 천명하면서, 다만 헌법 제75조, 제95조, 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항에서 법률의 위임을 받아 발할 수 있는 법규명령으로 대통령 령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 등을 한정적으로 열거하고 있다. 그런데 우리 헌법은 경성헌법이므로 헌법 문언에 의해 규정된 원칙에 대하여는 헌법 자신이 인정하는 경우에 한하여 예외가 있을 수 있는 것이지 법률 또는 그 이하의 입법형식으로써 헌법상 원칙에 대한 예외를 인정할 수는 없다. 즉 우리 헌법과 같이 법규명령의 형식이 헌법상 확정되어 있고 구체적으로 법규명령의 종류·발령주체·위임범위·요건 등에 관한 명시적 규정이 있는 이상, 법률로써 그와 다른 종류의 법규명령을 창설할 수 없고 더구나 그러한 법규사항을 행

정규칙 기타 비법규명령에 위임하여서는 아니된다 할 것이다.

결국 법률이 행정규칙 등에 위임할 수 있는 사항은 집행명령(헌법 제75조 후단)에 의하여 규정 할 수 있는 사항 또는 법률의 의미를 구체화하는 사항에 한정되어야 하는 것이고, 새로운 입법 사항이나 국민의 새로운 권리·의무에 관한 사항이 되어서는 아니 된다는 것이다.

현실적으로도, 일반적 구속력을 갖는 법규명령과 중앙 또는 지방행정기관에 의하여 발령되는 고시나 훈령·통첩 등과 같은 행정규칙은 그 생성과정 및 효력에 있어 매우 다르다. 우리 행정절차법에 의하면, 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있는데 반하여(제45조), 고시나 훈령 등 행정규칙을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정이 없다. 법규명령은 법제처의 심사를 거치고(대통령령은 국무회의에 상정되어 심의된다) 반드시 공포되어야 효력이 발생되는데 반하여, 행정규칙은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력이 발생된다. 결국 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 아니한 우리나라에서는, 행정규칙은 그 성립과정에 있어서 타 기관의 심사·수정·통제·감시를 받지 않고, 또 국민에 의한 토론·수정·견제·반대 등에 봉착함이 없이 은연중에 성립되는 것이 가능하다. 그러다 보니 행정기관으로서는 당연히 규율의 방식으로서 법규명령 보다 행정규칙을 선호하게 되고, 이는 결국 국민의 자유와 권리를 행정의 편의에 맡겨버리는 위험을 초래할 수밖에 없다.

만일 복잡하고 전문화된 규율대상에 대하여 행정부처가 탄력적이고 기능적합적으로 대응하여야 할 필요성이 있다면, 이는 이른바 단계적 위임에 의하여 충분히 해결할 수 있다. 즉, 법률이 헌법에 정하여진 법규명령에 대하여 위임을 하고, 다시 법규명령이 구체적 범위를 정하여 행정 규칙 등에 위임하는 형식을 갖춤으로써 헌법적 결단에 합치하면서도

국가의 적극적 기능을 확보할 수 있는 것이다.(헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161, 판례집 20-2 하, 290, 325-327)

다. 그렇다면 저작권법 제104조 제2항은 의무에 관한 법규적 사항을 헌법상 열거된 법규명령이 아닌 '문화체육관광부장관의 고시'에 직접 위임한 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다.

재판장 재판관 이강국
재판관 이공현
재판관 조대현
재판관 김희옥
(퇴임으로 서명날인 불능)
재판관 김종대
재판관 민형기
재판관 이동흡
재판관 목영준
재판관 송두환

[별지] 관련조항 생략

25. 삼베질감 기법의 저작물성 인정 여부 – 색동벽화 사건

[개요]

〈사실관계〉

(1) 원고는 2005년 9월경 '청계천 색동벽화'를 창작·공표하였는데, 이 사건 작품은 삼베 질감이 나도록 작성되었다.

(2) 피고는 2008년경부터 제품 전면 바탕에 삼베 문양이 있는 김치냉장고, 냉장고, 에어컨 등을 생산·판매하였다.

(3) 원고는 자신의 벽화는 자유롭고 끊어진 선을 이용하여 삼베의 질감을 묘사한 것이고, 피고의 문양 역시 이 사건 삼베 바탕과 유사하게 자유롭고 끊어진 선을 이용하여 삼베의 질감을 묘사한 것인바, 피고가 이 사건 작품의 저작권자인 원고의 동의나 허락 없이 이 사건 삼베 바탕과 유사한 이 사건 문양이 있는 이 사건 제품을 생산·판매함으로써, 원고의 이 사건 작품에 대한 저작권을 침해하였다고 주장하였다.

〈원심 판단요지〉

원심은 이 사건 삼베 바탕 자체가 창작성이 없으므로, 저작권법에 의하여 보호되는 저작물임을 전제로 하는 원고의 이 부분 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 판단하였다.

나아가, 이 사건 삼베 바탕 자체가 아닌 창작성이 인정되는 전체적인 이 사건 작품와 이 사건 제품의 디자인의 유사성 판단에 있어서도, 이 사건 작품과 이 사건 제품의 디자인이 실질적으로 유사하다는 점을 인

정할 증거가 없으므로 피고의 저작권 침해를 전제로 하는 원고의 이 부분 청구 역시 손해배상의 범위 등에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 판단하면서 원고의 청구를 모두 기각하였다.

〈항소심 판단요지〉

이에 원고가 불복하여 항소하였으나, 항소심도 아래와 같은 이유로 원고의 항소를 기각하였다.

저작재산권 침해행위란 저작물 중 저작재산권의 보호대상이 되는 부분 즉, 창작성 있는 표현 부분을 무단으로 복제·공연·공중송신·전시·배포하거나 이를 이용하여 2차적저작물 또는 편집저작물을 작성하는 행위를 말한다.

그런데 선을 상하 및 좌우로 교차시켜 삼베의 질감을 묘사하는 기법은, ① 자연계에 이미 존재하는 삼베의 질감을 사실적으로 묘사하는 것인 점, ② 삼베의 질감을 묘사하기 위해서는 선을 상하 및 좌우로 교차시키는 것이 필수적인 점 등에 비추어 보면, 이른바 아이디어의 영역에 해당하는 것이지 표현에 해당하는 것은 아니어서 저작권의 보호대상이 아니라고 봄이 타당하다.

따라서 원고의 주장과 같이 이 사건 문양이 이 사건 삼베 바탕을 모방하여 자유롭고 끊어진 선을 상하 및 좌우로 교차시켜 삼베 질감을 나타낸 것이라 하더라도, 이는 저작권의 보호대상이 아닌 아이디어를 차용한 것에 불과하므로, 이를 두고 이 사건 작품에 대한 저작권을 침해한 것이라고 할 수는 없다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2011. 4. 13. 판결 2009나111823【손해배상】

원고, 항소인　　○○○

피고, 피항소인　　○○전자 주식회사

소송대리인 법무법인 케이씨엘 담당변호사 김보성

제1심판결　　서울중앙지방법원 2009. 10. 22. 선고 2009가합17689 판결

변론종결　　2011. 3. 23.

판결선고　　2011. 4. 13.

주　　문

원고의 항소를 기각한다.

항소비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 1억 원과 이에 대하여 2008. 4. 20.부터 이 사건 소장 송달일까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

【증거】 다툼 없는 사실, 갑 제2, 3, 10호증, 제12호증의 1, 2, 3, 을 제2, 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

가. 원고는 2005년 9월경 별지 1과 같은 '청계천 색동벽화'(이하 '이 사건 작품'이라 한다)를 창작·공표하였는데, 이 사건 작품의 바탕은 별지 2와 같이 삼베 질감이 나도록 작성되었다(이하 이 사건 작품 중 삼베 질감 바탕을 '이 사건 삼베 바탕'이라 한다).

나. 피고는 2008년경부터 제품 전면 바탕에 삼베 문양이 있는 별지 3 제품목록 기재 각 제품모델번호와 같은 김치냉장고, 냉장고, 에어컨 등(이하 '이 사건 제품'이라 하고, 이 사건 제품 전면 바탕의 삼베 문양을 '이 사건 문양'이라 한다)을 생산·판매하였다.

2. 원고의 주장

이 사건 삼베 바탕은 자유롭고 끊어진 선을 이용하여 삼베의 질감을 묘사한 것이고, 이 사건 문양 역시 이 사건 삼베 바탕과 유사하게 자유롭고 끊어진 선을 이용하여 삼베의 질감을 묘사한 것인바, 피고가 이 사건 작품의 저작권자인 원고의 동의나 허락 없이 이 사건 삼베 바탕과 유사한 이 사건 문양이 있는 이 사건 제품을 생산·판매함으로써, 원고의 이 사건 작품에 대한 저작권을 침해하였다.

따라서 피고는 원고에게 그로 인한 손해배상의 일부로서 청구취지 기재 금원을 지급할 의무가 있다.

3. 판 단

저작재산권 침해행위란 저작물 중 저작재산권의 보호대상이 되는 부분 즉, 창작성 있는 표현 부분을 무단으로 복제·공연·공중송신·전시·배포하거나 이를 이용하여 2차적저작물 또는 편집저작물을 작성하는 행위를 말한다.

그런데 선을 상하 및 좌우로 교차시켜 삼베의 질감을 묘사하는 기법은, ① 자연계에 이미 존재하는 삼베의 질감을 사실적으로 묘사하는 것인 점, ② 삼베의 질감을 묘사하기 위해서는 선을 상하 및 좌우로 교차시키는 것이 필수적인 점 등에 비추어 보면, 이른바 아이디어의 영역에 해당하는 것이지 표현에 해당하는 것은 아니어서 저작권의 보호대상이 아니라고 봄이 타당하다.

따라서 원고의 주장과 같이 이 사건 문양이 이 사건 삼베 바탕을 모방하여 자유롭고 끊어진 선을 상하 및 좌우로 교차시켜 삼베 질감을 나타낸 것이라 하더라도, 이는 저작권의 보호대상이 아닌 아이디어를 차용한 것에 불과하므로, 이를 두고 이 사건 작품에 대한 저작권을 침해한 것이라고 할 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인데, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이기택
판사 기우종
판사 김동규

[별지] 생략

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2009. 10. 22. 판결 2009가합17689【손해배상】

원　　고　　○○○

피　　고　　○○전자 주식회사
소송대리인 법무법인 케이씨엘
담당변호사 김보성

변론종결　　2009. 8. 27.

판결선고　　2009. 10. 22.

주　　문

1. 원고의 청구를 기각한다.

2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청구취지

피고는 원고에게 100,000,000원 및 이에 대하여 2008. 4. 20.부터 이 사건 소장부본 송달일까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

【증거】 다툼없는 사실, 갑1 내지 4, 10, 변론 전체의 취지

가. 원고는 색동 화가로 2005. 9.경 서울 청계천에 있는 '청계천 색동 벽화'(아래에서는 '이 사건 작품'이라 한다)를 완성하여 그 무렵 공표하였는데, 이 사건 작품 및 이 사건 작품의 배경이 되는 삼베 느낌의 바탕(아래에서는 '이 사건 삼베 바탕'이라 한다)의 영상은 별지1과 같다.

나. 피고는 삼베 느낌의 바탕이 있는 김치 냉장고, 냉장고, 에어컨 등의 전자 제품(아래에서는 '이 사건 제품'이라 한다)의 생산하여 판매하였는데, 이 사건 제품 중 일부의 영상은 별지2와 같다.

2. 원고의 주장

원고는, 피고가 2008년형 이 사건 제품을 생산, 판매하면서 그 디자인으로 원고의 창작물인 이 사건 작품 또는 이 사건 삼베 바탕을 사용한 것은 원고의 저작권을 침해하는 것이라고 주장하면서, 저작권 침해에 대한 손해배상으로 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다(원고가 이 사건 삼베 바탕과 함께 이 사건 작품에 대한 저작권 침해도 주장하는 것인지 기록상 명확하지 않으나 이 사건 작품에 관한 저작권 침해도 주장하는 것으로 선해하여 판단한다).

3. 판 단

가. 이 사건 삼베바탕에 관한 저작권 침해 여부

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는데(대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결 등 참조), 이 사건 삼베 바탕의 창작성을 인정할 증거가 없고, 오히려 을7 내지 10의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 전통적인 옷감의 일종으로 씨줄과 날줄이 교차로 편직되어 있는 삼으로 짠 천인 삼베 자체를 비롯하여 삼베의 느낌이 나도록 구성된 미술작품, 직물 또는 이를 이용한 디자인 등이 다수 존재하는 사실을 인정할 수 있으며, 앞서 본 이 사건 삼베 바탕과 같이 단순히 상하 및 좌우의 선을 서로 교차하여 삼베의 느낌이 나도록 구성하도록 하는 것은 삼베의 느낌을 표현하기 위한 필수적인 표현형식이라 할 것이므로 이 사건 삼베 바탕은 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 요건인 창작성이 인정되지 않는다.

따라서 이 사건 삼베 바탕 자체가 저작권법에 의하여 보호되는 저작물임을 전제로 하는 원고의 이 부분 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 이 사건 작품에 관한 저작권 침해 여부

저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 하고(대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 삼베 바탕은 창작성이 없으므로, 실질적 유사성의 판단을 위하여는 이 사건 삼베 바탕 자체가 아닌 창작성이 인정되는 전체적인 이 사건 작품과 이 사건 제품의 디자인을 비교하여야 할 것인데, 이 사건 작품과 이 사건 제품의 디자인이 실질적으로 유사하다는 점을 인정할 증거가 없으므로 피고의 저작권 침해를 전제로 하는 원고의 이 부분 청구 역시 손해배상의 범위 등에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결 론

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

재판장 판사 민유숙
판사 김유진
판사 오택원

26. 음악저작물의 표절 여부 - 씨앤블루 '외톨이야' 사건

[개요]

원고들은 노래 '파랑새'를 작곡하여 앨범을 낸 언더그라운드 그룹 'ynot?'의 멤버로 활동하는 가수이며, 피고들은 그룹 'CNBLUE'의 노래 '외톨이야'의 작곡자이다. 원고는 피고가 노래 '파랑새'의 후렴부분 중 일부(이하, 파랑새의 노래부분)를 표절하거나 일부 변형하여, '외톨이야'의 곡에서 양적·질적으로 핵심을 차지하는 클라이맥스(이하, 외톨이야의 대비부분)에 사용함으로써 자신들의 저작권 및 저작인격권을 침해하였다고 주장하였다.

저작권 침해가 성립하기 위해서는 두 저작물간의 실질적 유사성과 침해저작물이 피침해저작물에 의거하여 만들어졌다는 사실이 인정되어야 하는데, 일반적으로 음악저작물의 실질적 유사성을 판단함에 있어서는 가락(melody), 리듬(rhythm), 화성(chord)의 3가지 요소를 비교하게 되며, 특히 가락을 중심으로 하여 리듬, 화성, 박자, 템포 등의 요소 및 각 대비 부분이 해당 음악저작물에서 차지하는 질적·양적 정도를 종합적으로 감안하여 판단해야 한다.

이러한 법리에 비추어 법원은 동형진행 되는 파랑새의 후렴구 첫째마디와 외톨이야의 대비부분이 저작권 침해로 인정될 정도의 실질적 유사성이 인정되는지 여부에 대하여, 가락(멜로디)이 단 한 개의 음정도 일치하지 아니한 사실, 파랑새는 한 마디에 두개의 화성이 진행되고 외톨이야는 대부분 한 마디가 하나의 화성으로 이루어져 화음의 구성이나 진행방식이 서로 다른 사실, 리듬을 비교해 보면 파랑새가 ♩=102, 외톨이야는 ♩=105로서 비슷한 빠르기를 가지고 있으나, 파랑새는 16비트의 기본 리듬을 가지는데 반하여 외톨이야는 24비트를 기본리듬으로

삼고 있어 그 차이가 있는 사실에 비추어 실질적 유사성을 인정하지 않았다.

또한, 파랑새의 후렴구 둘째마디와 동형진행 되는 부분과 외톨이야의 대비부분은 가락이 동일하고 빠르기도 유사하나, 원고가 파랑새를 발표하기 이전의 선행 음악저작물로서 대중들에게 널리 불리워진 노래들에서도 위 후렴구 둘째마디와 유사한 가락(멜로디)이 표현되어 있음이 발견되었음을 지적하며, 이러한 사실에 비추어 원고들의 위 노래부분이 선행저작물과는 다른 빠르기와 음계를 가졌다 하여도 음악저작물의 유사성 판단에 있어서 결정적인 요소가 되는 가락(멜로디)이 유사한 이상 선행저작물들에 이미 표현되어 널리 알려진 관용적인 표현에 해당하여 원고들의 위 노래부분에 대하여는 그 창작성을 인정하기도 어렵다고 하였다.

■■■■■■■■■■

서울중앙지방법원 2011. 4. 13. 판결 2010가단86875
【손해배상(기)】

원　고　　1. 전○○
2. 김○○
3. 손○○
4. 황○○
원고들 소송대리인 변호사 김현성

피　고　　1. 김○훈

2. 이○호
피고들 소송대리인 법무법인 지평지성
담당변호사 최승수, 최정규

변론종결 2011. 3. 30.
판결선고 2011. 4. 13.

주 문

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

청구취지

피고들은 연대하여 원고들에게 50,000,000원과 이에 대하여 이 사건 소장 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고들은 그룹 'ynot?'의 멤버로 활동하는 가수들로서 2008. 4. 26. 노래 '파랑새'를 작곡하여 앨범 'Greenapple'에 발표하였고, 피고들은 그룹 'CNBLUE'의 노래 앨범 'CNBLUE Bluetory'에 수록되어 발표된 '외톨이야' 를 작곡한 자들이다.

나. 원고들이 작곡한 파랑새를 기보(記譜)한 악보(樂譜)는 별지 1. 기재와 같고, 피고들이 작곡한 외톨이야의 악보는 별지 2. 기재와 같다.

다. 원고들이 파랑새 중 피고들에 의해 부당하게 이용(표절)되었다고 주장하는 부분은, 별지 1. 기재 악보 중 후렴구에 해당하는 25마디부터 32마디까지 8마디, 54마디부터 61마디까지 8마디, 70마디부터 85마디까지 16마디로서 노래 전체 86마디 중 32마디이고(이하 '이 사건 노래부분'이라 하다), 그에 대응하는 피고들 작곡의 외톨이야 악보부분은 후렴구인 25마디부터 30마디까지, 49마디부터 54마디까지, 78마디부터 83마디까지 각 6마디씩 전체 93마디 중 18마디(이하 '이 사건 대비부분'이라 한다)이다.

라. 파랑새 중 이 사건 노래부분과 외톨이야 중 이 사건 대비부분은 모두 후렴구로서, 위 두 노래 모두 후렴구의 첫째 및 둘째 마디의 표현이 셋째 및 넷째 마디에 계속하여 동형진행(同形進行, Sequence)되는 형식을 가지고 있으며, 이 사건 노래부분 및 이 사건 대비부분의 첫째 마디부터 넷째 마디까지의 각 악보는 별지 3. 기재와 같다.

[인정 근거]

다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 2, 갑 제5호증의 1, 2의 각 기재, 이 법원의 노래가 수록된 각 CD에 대한 검증결과

2. 청구원인에 대한 판단

가. 당사자의 주장

(1) 원고들의 주장

원고들은 이 사건 청구원인으로, 피고들이 작곡한 외톨이야 중 이 사건 대비부분은 원고들이 작곡한 파랑새의 해당부분을 표절하거나 일부

변형하여 사용하였고, 위 부분은 전체 곡에서 질적 및 양적으로 핵심적인 부분을 차지하는 후렴구를 포함하여 클라이맥스에 해당하며 전체 곡에서 차지하는 비중도 파랑새는 전체 곡의 1/2에 해당하고, 외톨이야는 전체 곡의 2/5에 해당한다. 따라서 피고들이 작곡한 외톨이야는 원고들이 작곡한 파랑새를 표절한 것에 해당하여 원고들의 음악저작권 중 저작인격권을 침해하였으므로, 그로 인하여 원고들이 입은 손해로서 위자료 5,000만 원을 지급할 의무가 있다고 주장한다.

⑵ 피고들의 주장

피고들은, 원고들이 문제삼는 파랑새의 후렴구 부분은 대중가요에서 자주 인용되는 관용적 표현으로 원고들 고유의 창작적 표현이 아니고, 관용적으로 쓰이는 후렴구도 한마디만 동일한 뿐 두 곡은 전체적으로 전혀 다른 음계, 화음, 리듬의 구성방식을 가지고 있어 실질적인 유사성도 없다고 주장한다.

나. 판단

⑴ 적용될 법리

저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하는바, 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 의미한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결). 음악저작물에 있어서 저작권의 침해가 성립하기 위해서는 침해자가 저작자의 창작적인 표현을 부당하게 이용하여 실질적으로 같거나 유사한 복제물을 작성하는 것을 말한다(저작권법 제2조 제1, 2호 각 참조). 또한 음악저작물은 일반적으로 가락(melody), 리듬(rhythm), 화성(chord)의 3가지 요소로 구성되고, 이 세 가지 요소들이 일정한 질서에 따라 선택·배열됨으로써 음악적 구조를 이루게 되는바,

음악저작물을 서로 대비하여 그 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.

⑵ 후렴구 첫째 마디 및 이와 동형진행부분

㈎ 파랑새 중 이 사건 노래부분과 외톨이야 중 이 사건 대비부분은, 위 각 노래의 후렴구로서 그 첫째 마디와 둘째 마디가 하나의 기본 악절을 구성하면서 셋째 마디 이하에서 동형진행되는 구조를 가지고 있음은 기초사실에서 본 바와 같다.

㈏ 그러므로 먼저 이 사건 노래부분 중 후렴구 첫째마디 및 이와 동형진행부분과 이에 대응하는 이 사건 대비부분이 침해로 인정될 정도로 실질적으로 유사한지 여부에 관하여 보건대, 기초사실에서 든 각 증거에 의하면, ① 별지 3. 기재와 같이 이 사건 노래부분과 이 사건 대비부분은 그 가락(멜로디)이 단 한 개의 음정도 일치하지 아니한 사실, ② 두 곡 전체를 화성(코드)의 측면에서 비교해 보아도 1절 24마디 중 4마디 정도만 코드가 동일 또는 유사할 뿐이고, 파랑새는 한 마디에 두개의 화성이 진행되고 외톨이야는 대부분 한 마디가 하나의 화성으로 이루어져 화음의 구성이나 진행방식이 서로 다른 사실, ③ 또한 문제가 되고 있는 두 노래의 후렴구 부분 화성은 원고들의 파랑새가 'Dm-C-Bb-C-Bb-Am-Bb-C'의 구성을 가지는데 반하여 피고들의 외톨이야는 'Dm-Dm-Bb-Bb-C-C-F-A'의 구성을 가지고 있어 한마디 정도의 화성만 동일한 사실, ④ 두 노래의 리듬을 비교해 보면 파랑새가 ♩=102, 외톨이야는 ♩=105로서 비슷한 빠르기를 가지고 있으나, 파랑새는 16비트의 기본 리듬을 가지는데 반하여 외톨이야는 24비트를 기본리듬으로 삼고 있어 그 차이가 있는 사실을 인정할 수 있는 바, 이와 같이 위 각 대비부분의 가락, 화성, 리듬 등을 비교하여 볼 때 이 사

건 노래부분과 그 대비부분은 실질적으로 유사하다고 하기 어렵다. 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

⑶ 후렴구 둘째 마디와 동형진행부분

㈎ 다음으로 이 사건 노래부분 중 후렴구 둘째 마디 및 그와 동형진행부분이 저작권법상 보호받을 만한 창작성이 있는지 여부에 관하여 보건대, 기초사실에서 든 각 증거 및 을 제2호증의 제2호증2호을 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 아래 사실이 인정할 수 있고 이에 반하는 갑 제4호증 기재는 믿지 아니하고 달리 반증이 없다.

① 원고의 이 사건 노래부분 중 후렴구 둘째 마디 및 이와 동형으로 진행되는 부분과 그에 대응하는 피고들이 작곡한 외톨이야 중 이 사건 대비부분은 가락이 동일하고 빠르기도 유사하나, 원고가 파랑새를 발표하기 이전의 선행 음악저작물로서 대중들에게 널리 불리워진 소외 최준영이 작곡하고 컨츄리꼬꼬가 노래한 '오!가니(2000. 6. 발표)'와 소외 유해준이 작곡하고 박상민이 노래한 '지중해(2002. 2. 발표)'에 위 후렴구 둘째마디와 유사한 가락(멜로디)이 표현되어 있다.

② 원고들은 위 선행저작물들과 파랑새는 음계와 빠르기가 다르다고 주장하나, 원고들이 작곡한 파랑새와 선행저작물인 지중해는 음계가 동일하고, 음악에 있어서 빠르기는 리듬을 구성하는 하나의 요소에 불과하며 그 빠르기에 대하여 원고에게 창작적인 지위를 부여할 수도 없다.

③ 한편 파랑새와 외톨이야는 조성(tonality, 調性)이 Dm으로 동일하고 리듬의 빠르기도 유사하나, 조성은 음악 창작과정에 있어서 일종의 소재 또는 아이디어로서 기능하는 것이고 리듬의 빠르기는 위에서 본 바와 같이 두 음악의 유사성과 상이성을 좌우하는 요소는 아니다.

㈏ 따라서 원고들이 작곡한 이 사건 노래부분 중 후렴구 둘째마디 및 이와 동형진행부분은 선행저작물들에 이미 표현되어 널리 알려진 관용적인 표현에 해당한다. 또한 원고들의 위 노래부분이 선행저작물과는 다른 빠르기와 음계를 가졌다 하여도, 음악저작물의 유사성 판단에 있어서 결정적인 요소가 되는 가락(멜로디)이 유사한 이상, 원고들의 위 노래부분에 대하여는 그 창작성을 인정하기도 어렵다. 그리고 위와 같이 원고들의 위 노래부분과 같은 음악적 표현이 선행저작물들에 이미 존재하고 있었던 점 및 원고들은 대중매체에는 잘 알려져 있지 않은 소위 언더그라운드 가수들인 점을 함께 고려하면, 피고들이 원고들의 노래에 의거하여 이 사건 대비부분을 작곡하였다고 할 수도 어렵다. 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 이유 없으므로 주문과 같이 판결한다.

판사 박정길

27. 컴퓨터프로그램 저작물의 창작성 판단 기준 - 티맥스 사건

[개요]

원고1은 은행업무 전산프로그램인 'Bancs' 프로그램의 저작자이고 원고2는 원고 1로부터 Bancs에 대한 대한민국 내 배타적 사용권을 부여받은 자이다. 한미은행은 1993. 11. 13. 원고1과 Bancs(버전 6.2) 프로그램 사용에 관하여 이용허락계약을 체결하였다. 호주에서 저작된 Bancs는 우리 실정과 맞지 않아 그대로 사용할 수 없었고, ○○은행은 Bancs 도입을 위해 은행 자체 전산담당 직원으로 문제해결팀을 구성하는 등 준비과정을 거쳐 1995. 5. 새로운 전산시스템인 '신종합온라인시스템'을 사용하기 시작하였다.

○○은행은 2003년 '신종합온라인시스템'을 새로운 시스템인 '코아뱅킹시스템'으로 재구축하기로 하였고 한국휴렛팩커드와 피고의 컨소시엄을 '코아뱅킹시스템'의 사업주체로 선정하였다. 한국휴렛팩커드와 피고는 한미은행 전산시스템을 개방형 시스템으로 전환하기 위하여 기존 신종합온라인시스템의 프로그래밍 언어를 COBOL에서 C로 교체하는 외에 시스템 기반을 메인프레임에서 UNIX 계열로, 미들웨어를 CICS에서 TMAX로, 데이터베이스 관리시스템을 CA-DB에서 오라클 DBMS로 전환하는 작업을 진행하였다.

2004. 6.경 ○○은행이 씨티은행의 한국지사의 영업을 양수하면서 코어뱅킹시스템 구축작업은 중단되었는데, 이와 별도로 피고는 2005. 1. 13. 컴퓨터프로그램보호위원회에 2.0 버전의 ProBank와 2.0 버전의 ProFrame을 소스코드가 아닌 목적코드로 각 등록하였다.

원고는 피고가 2003년경 ○○은행 전산시스템 개선작업에 참여하면

서 원고들의 이용허락을 받지 않고 Bancs의 소스코드를 복제 혹은 개작하여 'ProBank'와 'ProFrame'을 제작한 후 이를 배포함으로써, 원고1의 컴퓨터프로그램저작권 및 프로그램 배타적발행권자인 원고2의 복제권 등을 침해하였으므로, 피고는 그 침해를 정지하고 원고들에게 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다.

이에 피고는 독자 기술로 ProBank와 ProFrame을 제작하였고, 설사 그렇지 않다고 하여도 한미은행은 Bancs 구입 후 실정에 맞게 완전히 변형시켜 사용하고 있었기 때문에 ○○은행의 전산프로그램을 두고 Bancs라고 할 수 없으므로, 원고들의 주장은 이유 없다고 다투었다.

법원은 피고의 주장을 배척하고 저작권 침해를 인정하였다. 컴퓨터프로그램은 기능적이고 논리적인 저작물이고 외부 조건의 제약을 받을 수밖에 없기 때문에, 유사한 기능을 수행하는 컴퓨터프로그램들 사이에는 그 구조나 컴퓨터프로그램 내 파일의 상호간 논리적 연관성도 유사하게 나타나는 경우가 많아 그 표현의 다양성이 축소될 수밖에 없다는 점을 고려할 필요가 있다는 점을 언급하면서 접근과 실질적 유사성을 판단하였는데, 먼저 이 사건 피고의 직원들이 한미은행으로사건 신종합온라인시스템의 소스코드에 접근할 수 있는 권한을 부여받았고, 자신이 담당한 부분을 다운로드 받은 후 한줄씩 변환하는 방식으로 신종합온라인시스템의 소스코드를 C 언어로 변환하는 작업을 진행하였는바, '접근'을 인정하였다.

이어서, 파일 사이에 호출관계를 기초로 논리적인 연관성을 추론하는 정량적 방법과 이를 보충하여 양측이 제출한 코드를 직접 눈으로 살피면서 전문가적 직관에 기해 전체적인 유사도를 파악하는 정성적 방법으로 감정을 한 결과 Bancs와 ProBank 및 ProFrame 중 상당부분 사이에는 실질적 유사성이 있다고 본 것이다. 이에 따라 법원은 피고가 원고1의 허락 없이 Bancs의 2차적 프로그램인 신종합온라인시스템을 사용하여 ProBank 및 ProFrame의 상당부분을 제작·판매함으로써 원고1이 Bancs에 대하여 가지는 개작권을 침해한 것이라고 하였다.

■■■■■■■■■■

대법원 2011. 6. 9. 판결 2009다52304
【컴퓨터프로그램복제등 금지】

원고, 상고인 1. 주식회사 큐○○
소송대리인 법무법인 광장
담당변호사 김운호, 장선, 전정현
소송대리인 변호사 손지열, 백창훈, 이회기, 이욱래, 박종욱, 이성수

원고, 피상고인 겸 상고인
2. 티○○○ 파이낸셜 솔루션즈 오스트레일리아 피티 와이 엘티디
소송대리인 변호사 손지열, 백창훈, 이회기, 이욱래, 박종욱, 이성수

피고, 상고인 겸 피상고인
주식회사 티○○○
소송대리인 법무법인(유한) 태평양
담당변호사 고현철, 정상철, 강태욱, 민인기
소송대리인 법무법인 세종
담당변호사 황상현, 이영구, 전준용, 임보경

원심판결 서울고등법원 2009. 5. 27. 선고 2006나113835, 113842 (병합) 판결
판결선고 2011. 6. 9.

주 문

상고를 모두 기각한다.
상고비용은 각자가 부담한다.

이 유

상고이유(기간이 지난 후에 제출된 각 보충이유는 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 피고의 상고이유에 대한 판단

가. 제1, 2점에 대하여

(1) 원심은 다음과 같이 판단하였다.

주식회사 ○○은행(이하 '○○은행'이라 한다)의 신종합온라인시스템은 원심판시 이 사건 제1 이용허락계약에 따라 프로그램저작권자인 원고 티○○○ 파이낸셜 솔루션즈 오스트레일리아 피티와이 엘티디(변경 전 상호: 파○○○ ○○○○ 서비스 피티와이 엘티디, 이하 원심판결에서 약칭한 바에 따라 '원고 F○○'라 한다)로부터 사용허락을 받은 원심판결 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램(이하 'Bancs'라 하고, '컴퓨터프로그램'은 '프로그램'이라 한다)의 일련의 지시·명령의 상당부분을 이용하여 창작된 Bancs의 개작물이라 할 것이다. 그런데 피고는 원심판결 별지 제2항 기재 프로그램 및 별지 제3항 기재 프로그램의 작성 당시 한국휴렛팩커드와 함께 ○○은행의 기존 신종합온라인시스템의 프로그램언어를 COBOL에서 C로, 시스템 기반을 메인프레임에서 UNIX 계열로, 미들웨어를 CICS에서 TMAX로, 데이터베이스 관리시스템을

CA-DB에서 오라클 DBMS로 전환하는 작업을 진행하는 과정에서 위 신종합온라인시스템의 원 프로그램인 Bancs의 소스코드에 접근한 바 있다. 한편 원고 F○○와 피고 사이의 서울중앙지방법원 2004카합4128호 컴퓨터프로그램사용금지가처분 사건에서 피고가 'ProBank'라는 이름으로 제출한 소스코드와 Bancs(2001년 이후 제작된 버전)의 소스코드를 대상으로 이루어진 컴퓨터프로그램보호위원회의 감정결과에 의하면, C언어로 작성된 위 ProBank와 COBOL 언어로 작성된 위 Bancs의 소스코드를 구성하는 파일에 대한 호출관계그래프(call graph)를 도출한 다음 이들을 파일의 개수, 줄 수, 함수 수에 따라 정량적으로 비교한 결과 소스코드 중 50% 이상에서 유사성을 지니는 파일의 비율이 42.74% 정도이고, 정성적 방법에 따른 감정결과에서도 위 ProBank 소스코드에 사용된 함수들의 이름과 명령문, 주석 내용으로 보아 이미 존재하는 COBOL 소스코드를 일정하게 정해진 규칙에 따라 사람 혹은 기계를 사용하여 번역한 것으로 판단되었는데, 원심판결 별지 제2항 기재 프로그램은 위와 같이 감정대상이 되었던 ProBank에 모두 포함되어 있던 프로그램이거나 그 동일성을 해하지 않는 범위에서 이를 변형한 프로그램이고, 별지 제3항 기재 프로그램은 그 상당부분이 감정대상이 되었던 ProBank 구동에 필요한 프로그램이므로(이하 그 등록된 명칭에 따라 원심판결 별지 제2항 기재 프로그램은 'ProBank', 별지 제3항 기재 프로그램은 'ProFrame'이라 한다), 이와 같은 제반 정황들에 비추어 Bancs와 ProBank 및 ProFrame 중 상당부분 사이에는 실질적 유사성이 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 피고는 원고 F○○의 허락 없이 Bancs의 2차적 프로그램인 신종합온라인시스템을 사용하여 ProBank 및 ProFrame의 상당부분을 제작·판매함으로써 원고 F○○가 Bancs에 대하여 가지는 개작권을 침해하였다고 할 것이다.

(2) 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 개작권 침해에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 제3점에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, ProFrame 중 Bancs에 대한 개작권 침해부분을 특정하여 분리해낼 수 없다고 할 것이므로, 이와 같은 취지에서 원고 F○○의 ProFrame 전체에 대한 배포금지청구를 받아들인 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 침해정지청구권의 범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

다. 제4점에 대하여

(1) 기록에 비추어 살펴보면, 비록 원고 F○○가 원심판시 이 사건 제2 이용허락계약에 의하여 원고 주식회사 큐○○로컴(이하 '원고 큐○○'이라 한다)에게 Bancs에 대한 국내 독점적 사용권을 부여하였다 하더라도 제3자에 대한 관계에서 그 권리의 행사를 제한당하지 않으므로, 그와 같은 이유만으로 피고의 Bancs 개작권 침해행위로 인하여 원고 F○○에게 손해가 발생하지 않았다고 할 수 없다.

이와 다른 전제에서 원고 F○○에게 손해의 발생이 없다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 원심은 피고가 무단으로 제작·판매한 ProBank와 ProFrame에 대하여 구 컴퓨터프로그램보호법(2009. 4. 22. 법 제9625호로 폐지되기 전의 것) 제32조 제3항, 제4항의 규정에 따라 피고가 침해행위에 의하여 얻은 이익액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 기준으로 원고 F○○의 손해액을 산정하기 어렵다고 보아, 같은 조 제5항에 따라 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실들을 종합하여 피고의 Bancs 개작권 침해행위로 인한 위 원고의 손해액을 산정하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 손해액의 산정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 원고 F○○의 상고이유에 대한 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고는 Bancs를 개작한 신종합온라인시스템을 이용하여 ProBank 및 ProFrame 중 상당부분을 작성하였을 뿐 Bancs를 복제하여 ProBank나 ProFrame을 작성한 것이 아닌 이상, 피고가 Bancs 자체를 복제·배포하거나 그럴 우려가 있다고 할 수 없으므로, 이와 같은 취지에서 원고 F○○의 Bancs에 대한 복제 및 배포 금지 청구를 받아들이지 아니한 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 복제권 침해에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 원고 큐○○의 상고이유에 대한 판단

가. 제1, 2점에 대하여

원심은, 원고 큐○○은 에프엔에스닷컴 주식회사(이하 'F○○.com'이라 한다)를 흡수합병하여 F○○.com이 Bancs에 대하여 가지는 권리를 그대로 양수하였는데, 원고 F○○와 F○○.com 사이의 이 사건 제2 이용허락계약에 의하면 원고 큐○○이 Bancs에 대한 국내 독점적 사용권 등을 부여받은 사실은 인정되나, 위 계약상 제3자의 청구가 있는 경우 F○○.com은 그 상황을 원고 F○○에 즉시 알려야 하며 그에 대응할 것인지 여부는 원고 F○○가 결정하고, 원고 F○○가 청구에 대응하거나 화해할 경우에는 원고 F○○의 이름과 비용으로 이를 행하는 것으로 약정한 점 등에 비추어 볼 때, 원고 큐○○이 원고 F○○로부터 Bancs에 대한 프로그램배타적발행권을 설정받았다고 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 프로그램배타적발행권의 설정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

그 밖에 원심판결에 신종합온라인시스템 전체 또는 신종합온라인시스템을 C언어로 변환한 것에 대한 프로그램저작권의 귀속 등에 관한 법리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 원심의 가정적·부가적 판단에 관한 것으로서 판결 결과에 영향을 미칠 수 없으므로, 이에 관한 상고이유의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

나. 제3점에 대하여

(1) 영업권 침해를 원인으로 한 손해배상청구 부분에 관하여

기록에 비추어 살펴보면 원고 큐○○이 Bancs에 관하여 국내에서 가진다고 주장하는 독점·배타적인 영업권은 원고 F○○와의 이 사건 제2 이용허락계약에 기한 채권적 권리에 불과하여 대세적인 효력이 없으므로, 피고에 의하여 위 권리가 침해되고 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 불법행위로 되는 것은 아니라 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 영업권 침해에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

(2) 제3자에 의한 채권침해를 원인으로 한 손해배상청구 부분에 관하여

거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없으나, 여기서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래의 자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 신중히 판단하여야 한다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결, 대법원 2006. 9. 8.

선고 2004다55230 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 피고가 원고 큐○○이 이 사건 제2 이용허락계약에 기하여 원고 F○○에 대하여 가지는 채권을 해한다는 사정을 알면서 신종합온라인시스템의 소스코드를 이용했다고 단정할 수 없어 채권침해의 위법성이 인정된다고 보기 어렵다는 이유로 원고 큐○○의 손해배상청구를 받아들이지 아니한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 제3자의 채권 침해에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이상훈
대법관 김지형
주심 대법관 전수안
대법관 양창수

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2009. 5. 27. 판결 2006나113835
【컴퓨터프로그램복제등 금지】

원고, 항소인　　주식회사 큐○○

소송대리인 변호사 백창훈, 박종욱, 김종훈

원고, 항소인 겸 피항소인

파○○○ ○○○○ 서비스 피티와이 엘티디

소송대리인 법무법인 두우 담당변호사 장정애, 안혁

피고, 항소인 겸 피항소인

주식회사 티○○○

소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 강태욱

법무법인 화우 담당변호사 전종민, 이주성

원심판결　　서울중앙지방법원 2006. 11. 9. 선고 2005가합 75656, 102206(병합) 판결

변론종결　　2009. 4. 17.

판결선고　　2009. 5. 27.

주　문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램을 개작하거나 별지 제2, 3항 기재 각 컴퓨터프로그램을 배포하여서는 아니된다.

나. 피고는 원고에게 101,000,000원 및 이에 대하여 2005. 11. 29.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

다. 원고의 나머지 청구 및 원고 주식회사 큐○○의 청구를 각 기각한다.

2. 소송의 총비용 중 원고 파○○○ ○○○○ 서비스 피티와이 엘티디와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 원고 주식회사 큐○○과 피고 사이에 생긴 부분은 원고 주식회사 큐○○이 각 부담한다.

3. 제1의 나.항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

원고 파○○○ ○○○○ 서비스 피티와이 엘티디(이하 '원고 F○○'라 한다) : 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램을 복제, 개작, 배포하거나 별지 제2, 3항 기재 각 컴퓨터프로그램을 배포하여서는 아니되고, 피고는 원고 F○○에 주문 제1의 나.항 기재 금원을 지급하라.

원고 주식회사 큐○○(이하 '원고 큐○○'이라 한다) : 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램을 복제, 개작, 배포하거나 별지 제2, 3항 기재 각 컴퓨터프로그램을 배포하여서는 아니되고, 피고는 원고 큐○○에게 3,000,000,000원 및 이에 대하여 소장부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

원고 F○○ : 제1심 판결 중 다음에서 금지 또는 지급을 구하는 부분에 해당하는 원고 F○○의 패소 부분을 취소한다. 피고는 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램을 복제, 배포하거나 별지 제3항 기재 컴퓨터프로그램을 배포하여서는 아니되고, 피고는 원고 F○○에게 주문 제1의 나.항 기재 금원을 지급하라.

원고 큐○○ : 제1심 판결 중 원고 큐○○에 대한 패소 부분을 취소한

다. 청구취지 중 원고 큐○○ 부분 기재와 같다.

피고 : 제1심 판결 중 원고 F○○에 대한 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고 F○○의 청구를 기각한다.

이 유

1. 이 사건의 주요 쟁점 (당사자들 주장의 요지)

원고 F○○는 은행업무 전산프로그램인 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램(이하 'Bancs'라 한다)의 컴퓨터프로그램저작자로서 1993년경 주식회사 ○○은행(이하 '○○은행'이라 한다)에게 Bancs의 이용을 허락하여 ○○은행이 그 프로그램을 사용하고 있었고, 원고 큐○○은 원고 F○○로부터 Bancs에 대한 대한민국 내 배타적 사용권을 부여받았는데, 피고가 2003년경 ○○은행 전산시스템 개선작업에 참여하면서 원고들의 이용허락을 받지 않고 Bancs의 소스코드를 복제 혹은 개작하여 별지 제2항 기재 컴퓨터프로그램(이하 'ProBank'라 한다) 및 별지 제3항 기재 컴퓨터프로그램(이하 'ProFrame'이라 한다)을 제작한 후 이를 배포함으로써, 원고 F○○의 컴퓨터프로그램저작권 및 프로그램배타적발행권자인 원고 큐○○의 복제권 등을 침해하였으므로, 피고는 그 침해를 정지하고 원고들에게 손해를 배상할 책임이 있다고 주장한다.

이에 대하여 피고는 독자 기술로 ProBank와 ProFrame을 제작하였고, 설사 그렇지 않다 해도 ○○은행은 Bancs 구입 후 실정에 맞게 완전히 변형시켜 사용하고 있었기 때문에 ○○은행의 전산프로그램을 두고 Bancs라고 할 수도 없으므로, 원고들의 주장은 이유 없다고 다툰다.

2. 인정 사실

【증거】 갑 1~7, 10, 12, 13, 17~23, 25, 33, 을 1~3, 11, 12, 15, 16, 18, 19, 24, 26~29, 32, 35~38호증(가지번호가 있는 경우 가지번호 포함), 증인 남진호, 송재복, 원우석, 박대연 김용민, 이용범의 증언, 컴퓨터프로그램보호위원회 위원장의 감정결과 및 변론 전체의 취지

가. ○○은행의 Bancs 도입 과정 및 원고들 관계

(1) 원고 F○○는 Bancs에 대한 컴퓨터프로그램저작권을 가진 호주국 법인이다.

(2) ○○은행은 1983년 은행업을 시작하면서 아메리카은행(Bank of America) 전산시스템을 사용하다가, 전산시스템 재구축을 위해 1993. 11. 13. 원고 F○○와 사이에 Bancs(버전 6.2) 사용에 관하여 다음과 같은 내용의 이용허락계약(license agreement, 이하 '이 사건 제1 이용허락계약'이라 한다)을 맺었다.

① 원고 F○○는 ○○은행에 대하여 아래와 같은 특정 컴퓨터프로그램의 사용을 허락하고, ○○은행은 제공받은 프로그램, 관련 문서와 인도받은 물품을 오로지 그 영업에 필요한 목적에 한하여 사용한다. ○○은행은 영업을 위해 필요한 경우에만 프로그램을 복제할 수 있다(제1조 및 별첨 Schedule A).

FIN 001	고객 정보 시스템(한국어판)
FIN 002	수신 시스템(한국어판) : 승인과 거절, 현 계좌, 적금, 기간계정, 여행자수표, VISA
FIN 003	여신 시스템(한국어판) : 주택담보, 기타담보, 개인대출, 상업대출
FIN 008	여신 추적 시스템(한국어)
FIN 010	서비스 지원 시스템(한국어판) : 수표 조정, 일과 파일, 전자메일, 보안, 보조 계정원장, 화면 드라이버,

파라미터 파일 유지, 시스템 프로그램과 유틸리티 등

FIN 020 채무 회수 시스템(한국어판)

FIN 021 고객 지원(한국어판)

FIN 022 무역 재정(한국어판) : 계정원장, 재정보고

FIN 040 텔팩 : 자동현금인출기 전달, 카드 컨트롤, 스위치 시스템

FIN 050 대량거래 시스템 : 국내 현금 시장 수신/여신, 증권, 외환, 중개

② ○○은행은 이 계약에서 이용허락받은 부분 외에는 프로그램(한국어판 포함)에 관한 소유권이나 이익을 보유하지 못하고, 프로그램에 수정, 추가, 개선이 가해진 경우에는 그것이 ○○은행 단독으로 이루어진 것인지 원고 F○○와 공동으로 이루어진 것인지 묻지 아니하고 ○○은행은 그 권리를 취득하지 못한다(제3.2조).

③ 원고 F○○가 ○○은행 단독으로 개발한 은행 시스템이나 기능 부분을 판매할 경우에는 ○○은행에 로얄티를 지급하기로 합의할 수 있다. 로얄티 합의는 별도로 진행한다(제3.4조).

④ ○○은행은 원고 F○○에 제세공과 등을 제외하고 이용료로 미화 250,000달러를 지급한다(제4조 및 별첨 Schedule B).

(3) ○○은행은 원고 F○○와 계약을 체결한 후 Bancs 도입을 위한 시스템 분석을 시작하였는데, 호주의 은행업무 관련 법규와 운영 방식의 차이, 시스템 사양의 차이 등으로 말미암아 Bancs를 그대로 도입할 수 없었고, 수신과 여신 업무 외에 외환, 보험 업무 등은 기존 시스템을 그대로 사용하기로 결정함에 따라 Bancs 구입 후에도 1994. 4.경까지는 기존 시스템을 계속 사용하였다.

(4) ○○은행은 기존 전산시스템을 사용함과 동시에 이 사건 제1 이용허락계약에 따라 Bancs의 ○○은행 전산시스템에 대한 적합화 작업(customization)을 시작하여, 1993. 11.부터 1993. 12.까지 Bancs 도입을 위해 자체 전산담당 직원으로 문제해결팀을 구성하는 등 준비과정을

거쳐 1994. 1.부터 1994. 11.까지 Bancs 프로그램 패키지 도입을 위한 시스템 분석, 적합화 작업, 시스템 변경 및 단위 테스트 수행을 진행한 후, 1994. 12.부터 1995. 4.까지 통합 수행검사와 부분별 테스트를 거쳐 1995. 5. 새로운 전산시스템(이하 이 전산시스템을 '신종합온라인시스템'이라 한다)을 사용하기 시작하였다. 1993. 11.부터 1995. 4.까지 이루어진 시스템 적합화 작업의 지원인력으로 ○○은행 소속 직원 45명 정도가 투입되었고, 원고 F○○ 소속 직원은 6명 정도가 투입되었으며, 신종합온라인시스템 중 Bancs는 여신과 수신 위주의 소매금융시스템(Redevelopment of Retail Banking)에 주로 적용되었다.

(5) ○○은행은 1996. 6. 25.경 원고 F○○에 대하여 신종합온라인시스템을 자체적으로 유지·보수하겠다는 뜻을 통보하여, 그 후부터는 시스템을 자체 관리하였다.

(6) 한편, 원고 F○○는 ○○은행과 이 사건 제1 이용허락계약을 맺을 당시 한국지사를 두고 있었는데, 에프○○○닷컴 주식회사(이하 'F○○.com'이라 한다)가 원고 F○○의 한국지사의 인적·물적 자원을 양수한 후 2000. 6. 28. 원고 F○○와 사이에 Bancs 사용에 관하여 다음과 같은 내용의 이용허락계약(이하 '이 사건 제2 이용허락계약'이라 한다)을 맺었다.

① 원고 F○○는 F○○.com에게 도·소매 금융업무에 관한 Bancs(소매 금융업무 프로그램은 7.2 버전)에 대한 대한민국 내 독점적 사용권(exclusive license)을 부여하고, F○○.com은 대한민국에서 Bancs 프로그램을 판매 및 지원할 권리를 가진다(전문 및 별첨 Schedule A).

② F○○.com은 원고 F○○에게 이용료로 호주화 7,500,000달러를 지급한다(제2조 및 별첨 Schedule B).

③ 원고 F○○만이 Bancs에 대한 저작권 등 지적재산권에 관한 유일한 권리자이고, 제3자의 청구가 있는 경우 F○○.com은 그 상황을 원고 F○○에 즉시 알려야 하며 그에 대응할 것인지 여부는 원고 F○○가 결정하고, 원고 F○○가 그 청구에 대응하거나 화해할 경우에는 원고 F

○○의 이름과 비용으로 이를 행한다(제7.1조 및 제11.1조).

(7) 원고 큐○○은 2005. 6.경 F○○.com을 흡수합병하였다.

나. 2003년 ○○은행의 시스템 재구축과 피고의 사업 참여

(1) 신종합온라인시스템은 IBM사의 메인프레임을 기반으로 구성되어 있었는데, IBM사의 장비는 호환성이 떨어지는 단점이 있고, 개방형 인터넷 기반으로 은행업무 전산화가 추진되면서, ○○은행 내에서도 1998년경부터 장비 호환성이 비교적 높은 UNIX 기반의 전산시스템으로 시스템을 전환할 필요성이 제기되기 시작하였다.

(2) ○○은행은 2003년에 이르러 Bancs를 기반으로 한 신종합온라인 시스템의 교환주기가 도래하였고, 향후 기술지원이 불투명한 데이터베이스, 24시간 365일 서비스 지원 미흡, 총 소요비용 급증 등의 문제가 생기자 금융환경 변화에 대응할 수 있는 유연성과 통합성을 갖춘 새로운 시스템(이하 이 시스템을 '코아뱅킹시스템'이라 한다)을 재구축하기로 한 후, 2003. 5.경 관련업체에 이상의 문제점을 개선할 수 있는 사업추진을 위한 제안요청서를 발송하였다.

(3) ○○은행은 IBM과 원고 큐○○이 제휴한 컨소시엄, 그리고 한국휴렛팩커드와 피고가 제휴한 컨소시엄으로부터 제안서를 제출받아 검토한 결과, 한국휴렛팩커드와 피고의 컨소시엄을 코아뱅킹시스템의 사업주체로 선정하였다. 이에 따라 ○○은행은 2003. 12. 26. 한국○○○○와 사이에 대금을 6,160,000,000원으로 정하고, 한국○○○○가 ○○은행의 은행업무 전산시스템(수신, 여신, 외환, 회계, 공통 및 전자금융)과 대외계 시스템 통합, 단위 시스템과의 연계 등을 구축하는 내용의 개발계약을 체결하였다.

(4) 한편, 한국○○○○는 위 계약 체결 후 피고로부터 기술지원을 받기로 하면서 2003. 12. 26. 피고와 용역대가를 4,500,000,000원으로 정하여 기술용역지원계약을 체결하였다.

(5) 한국○○○○○와 피고는 ○○은행 전산시스템을 개방형 시스템으로 전환하기 위하여 기존 신종합온라인시스템의 프로그래밍 언어를 COBOL에서 C로 바꾸는 외에 시스템 기반을 메인프레임에서 UNIX 계열로, 미들웨어를 CICS에서 TMAX로, 데이터베이스 관리시스템을 CA-DB에서 오라클 DBMS로 전환하는 작업을 진행하였는데, 피고는 미들웨어 변환과 프로그래밍 언어 변환작업 등의 업무를 담당하였다.

다. 피고의 신종합온라인시스템 소스코드에 대한 접근과 신제품 출시

(1) 피고는 한국○○○○○와의 기술용역지원계약 후 COBOL 언어로 작성되어 있는 신종합온라인시스템의 소스코드를 C 언어로 변환하는 작업을 진행하였는데, 이 작업은 피고의 직원들이 ○○은행으로부터 신종합온라인시스템의 소스코드에 접근할 수 있는 권한을 부여받아 자신이 담당한 부분을 다운로드 받은 후 한줄한줄씩 변환하는 방식으로 진행되었다.

(2) 당시 한국○○○○○나 피고 모두 ○○은행의 금융업무처리 프로세스에 관한 분석서나 설계서가 따로 마련되어 있지 않은 상태에서 우선 소스코드를 C 언어로 변환하는 작업만 진행하고 있었는데, 2004. 6.경 ○○은행이 씨티은행의 한국지사의 영업을 양수하면서 코어뱅킹시스템 구축작업은 중단되기에 이르렀다.

(3) 한편, 피고는 2005. 1. 13. 컴퓨터프로그램보호위원회(명칭 변경 전 컴퓨터프로그램심의조정위원회)에 2.0 버전의 ProBank(등록번호 : 2005-01-299-000101)와 2.0 버전의 ProFrame(등록번호 : 2005-01-299-000100)을 소스코드가 아닌 목적코드(object code)로 각 등록하였다.

(4) 피고는 ProBank와 ProFrame을 출시하기 전부터 미들웨어 및 시스템 소프트웨어 시장에서 TMAX, AnyLink 등으로 알려진 상품을 출

시하면서 관련 핵심기술을 보유하고 활동하던 회사였지만, 은행업무 전산화 프로그램을 제작·출시한 적은 없었다.

라. Bancs와 ProBank / ProFrame의 유사성 감정 경과

(1) 피고는 서울중앙지방법원 2004카합4128호 컴퓨터프로그램사용금지가처분 사건에서 2005. 6. 컴퓨터프로그램 감정을 위하여 ProBank의 소스코드를 제출하였는데, ProBank의 소스코드에 COBOL 언어로 된 소스코드나 구문이 틀린 C 언어가 다수 포함되어 있어 컴파일이 되지 않았고, 2005. 7. 다시 ProBank의 소스코드를 제출하였지만 이 역시 마찬가지 문제가 있어 컴파일이 되지 않았으며, 그 후 피고가 다시 제출한 ProBank 소소코드와 Bancs(2001년 이후 제작된 버전)를 대상으로 컴퓨터프로그램보호위원회의 감정이 이루어졌다. 한편, 피고는 위와 같이 1, 2, 3차에 걸쳐 ProBank라는 이름의 프로그램의 소스코드를 제출하였는데, 그 중에는 ProBank를 실행하기 위해 필수적인 ProFrame의 소스코드도 함께 포함되어 있었지만, 피고는 이 두 프로그램을 구분지어 제출하지 않았다.

(2) 피고는 2005. 1. 13. ProBank와 ProFrame 각 2.0 버전을 컴퓨터프로그램보호위원회에 등록하였는데, 등록된 두 프로그램 역시 양자가 확실하게 구분되는 프로그램은 아니었고, ProBank의 실행을 위해 파일이 목적코드(object code)로 컴파일되는 경우 그 파일은 ProBank의 lib 폴더(등록 당시 1,069개)에 저장되고, ProFrame 역시 같은 lib 폴더에 저장된 파일을 그대로 사용하여 구동되는 방식으로 프로그램이 실행되고 있었다.

(3) 위 가처분 사건에서 제출된 감정 결과 중 주요 내용은 다음과 같다[Bancs와 ProBank{ProFrame 중 상당부분을 포함하는 프로그램을 말한다. 이 (3)항에서는 이하 같다}는 사용된 프로그래밍 언어가 서로 달라, 소스코드를 일일이 비교하는 감정방식은 불가능하여 파일 사이에

호출관계를 기초로 논리적인 연관성을 추론하는 정량적 방법과 이를 보충하여 양측이 제출한 코드를 직접 눈으로 살피면서 전문가적 직관에 기해 전체적인 유사도를 파악하는 정성적 방법으로 감정이 이루어졌다].

① 정량적 방법에 따른 감정결과

Bancs의 COBOL 소스코드를 구성하는 948개 파일에 대한 호출관계 그래프(call graph)와 ProBank의 C 소스코드를 구성하는 3,203개 파일에 대한 호출관계그래프를 도출한 다음, 이들을 파일의 개수, 줄 수, 함수 수에 따라 정량적으로 비교한 결과, 파일의 수를 비교할 때 Bancs 파일들 중에서 호출관계가 50% 이상 유사한 ProBank 파일들이 포함된 파일 수는 전체 Bancs 파일 수의 71.84%(681개/948개)이고, 파일 안에 들어있는 줄 수를 비교할 때 Bancs 파일들에 포함된 줄 중에서 함수 호출관계가 50% 이상 유사한 ProBank 파일들에 포함된 줄 수는 Bancs 전체 줄 수의 41.25%(635,809/1,541,174)이며, 함수 수를 비교할 때 Bancs 파일들에 포함된 함수 중에서 함수 호출관계가 50% 이상 유사한 ProBank 파일들에 포함된 함수 수는 Bancs 전체 함수 수의 15.12%(9,763/64,574)이다.

따라서, COBOL로 구성된 Bancs의 소스코드 중에서 ProBank와 유사성이 50% 이상인 소스코드에 관한 정량적 분석결과는 전체의 42.74%(다음에서 보는 평균값)를 차지한다.

[71.84%(파일 수 기준) + 41.25%(줄 수 기준) + 15.12%(함수 수 기준)] ÷ 3 = 42.74% 한편, 위 두 컴퓨터프로그램 사이의 정량적 유사도 분석결과는 아래 표 기재와 같다.

〈표〉 유사도 상위 누적구간별 파일 수, 줄 수, 함수 수 비율

유사도 구간(%)	파일 비율(%)	줄 비율(%)	함수 비율(%)
90 ~ 100	228/948 = 24.05	151,164/1,541,174 = 9.81	953/64,574 = 1.48
80 ~ 90	311/948 = 32.81	207,804/1,541,174 = 13.48	1,722/64,574 = 2.67
70 ~ 80	423/948 = 44.62	318,625/1,541,174 = 20.67	3,083/64,574 = 4.77
60 ~ 70	546/948 = 57.59	461,909/1,541,174 = 29.97	5,371/64,574 = 8.32
50 ~ 60	681/948 = 71.84	635,809/1,541,174 = 41.25	9,763/64,574 = 15.12

② 정성적 방법에 따른 감정결과

ProBank는 C 언어로 작성되었는데, 코드 중에는 C 언어로 작성되었다고 보기 어려운 코드들이 포함되어 있고, COBOL 언어로 작성된 주석이 3,203개 파일 중 285개 정도를 차지한다. 또한 C 언어가 COBOL 소스코드에서 번역된 것임이 명백한 주석이 발견되기도 하였다. ProBank 소스코드는 보통의 C 프로그래머가 처음부터 독자적으로 작성한 것으로 보기는 어렵고, 소스코드에 사용된 함수들의 이름과 명령문, 그리고 주석 내용으로 보아 이미 존재하는 COBOL 소스코드를 일정하게 정해진 규칙에 따라 사람 혹은 기계를 사용하여 번역한 것으로 판단된다. 그러나 번역의 대상이 된 원본 COBOL 소스코드가 Bancs 소스코드인지는 확인할 수 없다.

3. 판단

가. 침해 여부 판단

(1) 기준

컴퓨터프로그램저작물은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(컴퓨터) 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호, 이하 컴퓨터프로그램보호법을 '법'이라 한다). 컴퓨터프로그램저작자는 저작물을 복제, 개작할 권리를 가지고(법 제7조 제1항), 그 침해의 정지를 청구하거나 침해에 따른 손해배상을 청구할 수 있다(법 제31조, 제32조). 컴퓨터프로그램의 '복제'는 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위를 말하고(법 제2조 제3호), '개작'은 원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위를 말한다(법 제2조 제4호).

컴퓨터프로그램저작권 등의 침해 여부가 문제될 경우 컴퓨터프로그램에 사용된 프로그래밍 언어가 같거나 유사하여 그 소스코드 등의 언어적 표현을 직접 비교하는 것이 가능하다면 표현을 한줄한줄씩 비교하여 복제 등에 따른 침해 여부를 가릴 수 있을 것이다. 그러나 이 사건과 같이 프로그래밍 언어가 서로 달라 그 언어적 표현을 직접 비교하기 어려운 때에는 침해자가 저작자의 프로그램에 접근했거나 접근할 가능성이 있었는지 여부, 그리고 침해자가 원프로그램의 일련의 지시·명령의 상당부분을 이용하여 컴퓨터프로그램을 제작한 것인지 여부를 면밀히 살펴보아야 할 것이다. 침해자가 원프로그램에 접근했는지 여부는 침해자의 원프로그램의 소지 여부, 코드의 공개 여부 및 비공개된 코드에의 접근 가능성, 원프로그램에 포함된 개별 파일의 수집 가능성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

다음으로 양 프로그램 사이에 실질적 유사성이 있는지 판단하기 위해서는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 할 것인데, 컴퓨터프로그램을 포함한 저작권의 보호대상은 사람의 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등의 표현도구로 외부에 표현한 창작물이고, 표현되어 있는 내용 즉, 아이디어나 이론 등의 사상이나 감정 그 자체

와 그 표현을 위해 사용된 표현도구는 저작권의 보호대상이 되는 표현에 해당하지 않으므로, 이러한 점을 고려하여 사상과 표현도구에 해당하는 부분을 제외한 나머지 표현형식을 추출하여 비교대상으로 삼아야 할 것이다. 보다 구체 구체는 우선 비교대상 컴퓨터프로그램들의 기능을 추상화하여 그 유사성을 살피고, 다음으로 컴퓨터프로그램을 둘러싼 주변 요소들 중 사상의 영역과 표현을 위해 사용되는 수단적 요소들을 제거하여 여과한 다음, 남는 부분들을 비교·검토하여 유사성 여부를 가리는 과정을 거치게 될 것이다.

다만, 컴퓨터프로그램 사이에 유사성을 비교할 때에는 컴퓨터프로그램은 업무 혹은 특정 목적을 위해 사용되는 기능적이고 논리적인 저작물이고 외부 조건의 제약(컴퓨터의 하드웨어나 운영체제의 제약, 수요자들의 규격화된 인터페이스 요구, 호환성 확보, 널리 받아들여지는 프로그래밍 관행 등)을 받을 수밖에 없기 때문에, 유사한 기능을 수행하는 컴퓨터프로그램들 사이에는 그 구조나 컴퓨터프로그램 내 파일의 상호간 논리적 연관성도 유사하게 나타나는 경우가 많아 그 표현의 다양성이 축소될 수밖에 없다는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 추상화와 여과 과정을 거친 후에 남는 구체적 표현(소스코드 혹은 목적코드)을 개별적으로 비교하는 외에도, 명령과 입력에 따라 개별 파일을 호출하는 방식의 유사도, 모듈 사이의 기능적 분배의 유사도, 분석 결과를 수행하기 위한 논리적 구조 계통 역시 면밀하게 검토해 보아야 할 것이고, 그와 같은 구조와 개별 파일들의 상관관계에 따른 전체적인 저작물 제작에 어느 정도 노력과 시간, 그리고 비용이 투입되는지 여부도 함께 고려해 보아야 할 것이다.

(2) 이 사건에 관한 판단

우선 피고가 Bancs에 접근했는지에 관하여 볼 때, 앞서 인정한 사실에 따르면, 피고는 한국휴렛팩커드와의 기술용역지원계약에 따라 ○○은행의 신종합온라인시스템을 코아뱅킹시스템으로 전환하는 작업을 진행하면서 피고의 직원들이 ○○은행으로부터 소스코드에 접근할 수 있

는 권한을 부여받아 자신이 담당한 부분을 다운로드 받은 후 한줄한줄씩 변환하는 방식으로 진행하였음을 알 수 있어, 피고는 ○○은행 전산시스템에 포함된 Bancs의 소스코드에 접근했다는 점을 넉넉히 인정할 수 있다.

다음으로 Bancs와 ProBank 및 ProFrame 사이에 실질적 유사성이 있는지에 관하여 살핀다. 추상적인 기능과 사용 목적이라는 측면에서 볼 때 앞서 인정한 사실에 따르면, Bancs나 ProBank는 ○○은행의 종전 신종합온라인시스템 중 여신과 수신 업무를 중심으로 한 소매금융시스템에 적용되는 프로그램으로서 그 기능 사이에 유사성이 있다.

다만, 피고는 ProFrame이 미들웨어로서 ProBank와는 전혀 별개의 프로그램으로 ProBank의 일부를 구성하지 않는다고 다투면서, 가처분 사건에서는 ProFrame의 모든 소스코드를 제출한 것이 아니고 ProFrame 중 툴에 해당하는 부분은 Bancs와 아무런 관련이 없기 때문에 그 부분은 제외하고 제출하였다고 주장한다. 그러나 피고가 관련 가처분 사건에서 시행된 감정 당시 제출한 ProBank와 ProFrame은 그 소스코드가 구분되어 있지 않았음은 앞서 본 바와 같고, 피고 주장에 따르더라도 ProFrame 중 피고가 제출한 부분은 ProBank의 구동과 밀접한 관련이 있는 부분이라는 것이어서, 적어도 이 사건에서 피고가 감정을 위해 제출한 ProBank 파일과 폴더 구조를 이루는 ProFrame은 ProBank에 포함되었거나 그 구동을 위해 필수불가 장에프로그램이라고 보아야 할 것이어서, tk와tk따로 분리된 별개의 프로그램이라는 원고의 주장은 받아들일 수 없다. 한편, 앞서 본 바와 같tk2005. 1. 13. 컴퓨터프로그램보호위원회에 등록된 ProFrame이 ProBank의 목적코드를 생성하기 위해 거쳐야 하는 컴파일 과정에서 생성되는 파일들을 ProBank의 lib 폴더에 함께 모아 공동으로 사용하고 있었다면, 피고가 컴퓨터프로그램보호위원회에 등록한 두출한 ProBank두고 별개에프로그램이라고 볼 수는 없고, 여기에 더하여 코아뱅킹시스템 구축작업이 중단된 2004. 6. 무렵부터 불과 6개월 정도밖에 지나지 않은 시점인 2005. 1. 13. 두출한 ProBa스코 2.0 버전이 동시에 등록된 정황에

비추어 볼 때, 컴퓨터프로그램보호위원회에 등록된 컴퓨터프로그램 가운데 별지 제2항 기재 컴퓨터프로그램은 감정대상이 되었던 ProBank에 모두 포함되어 있던 프로그램이거나 그 동일성을 해하지 않는 범위에서 이를 변형한 프로그램이고, 별지 제3항 기재 컴퓨터프로그램은 그 상당부분이 감정대상이 되었던 ProBank 구동에 필요한 컴퓨터프로그램이라고 보아야 할 것이다.

다음 단계로 기존 신종합온라인시스템의 프로그래밍 언어를 COBOL에서 C로, 시스템 기반을 메인프레임에서 UNIX 계열로, 미들웨어를 CICS에서 TMAX로, 데이터베이스 관리시스템을 CA-DB에서 오라클 DBMS로 전환하기 위해 사용된 수단들은 모두 컴퓨터프로그램의 표현도구이거나 기반 시스템 전환 혹은 성능 향상을 위한 순수한 기능적 측면들이므로, 그에 따른 차이는 비교대상으로 고려하지 아니한다.

마지막으로 앞서 인정한 사실을 기초로 Bancs와 ProBank(ProFrame 중 상당부분을 포함하는 프로그램)의 구조적, 언어적 표현을 비교한다. 피고는 이 사건이 제기되기 전에 진행된 가처분 사건에서 행하여진 감정을 위해 모두 3차례에 걸쳐 ProBank의 소스코드를 제출했는데 그 중 첫 번째, 두 번째 소스코드에는 COBOL 언어를 다수 포함하고 있어 감정 자체가 불가능한 상태였고, 세 번째 제출한 소스코드에 기초해서 감정이 이루어지기는 했지만, 이 역시 원래 C 언어로 작성된 것이라고 볼 수 없는 COBOL 언어의 흔적이 다수 포함되어 있었다. 더욱이 COBOL 언어로 작성된 주석이 3,203개 파일 중 285개 정도를 차지하는가 하면, C 언어가 COBOL 소스코드에서 번역된 것임이 명백한 주석이 발견되기도 했는데, 이는 피고가 COBOL 언어로 작성된 다른 프로그램을 번역하던 중 생긴 흔적이라는 점을 강하게 추단하게 하는 부분이다. 또한 소스코드를 구성하는 언어가 다른 경우라 해도 실행 중에 정의한 함수들이 서로 어느 함수를 언제 호출하는지 표현해 주는 호출관계그래프(call graph)를 비교함으로써 프로그램의 구성까지 그대로 가져다 썼는지 여부를 파악할 수 있는데(갑 7호증의 기재 참조), 이와 같은 호출관계그래프에 드러난 바에 따르면, 두 프로그램은 소스코드 중 50% 이상에서 유사성을 지니는 파일의 비율이 42.74%였고, 결국 Bancs

와 ProBank(ProFrame 중 상당부분을 포함하는 프로그램)는 구성 파일들 사이에 유사성이 있을 뿐만 아니라 파일을 호출하는 함수관계의 구조 역시 상당한 유사성을 지니고 있다고 할 수 있다. 여기에 더하여 ○○은행이 1993년 처음 Bancs를 도입할 당시 적합화 작업에만 18개월 정도 걸렸는데도, 피고의 경우 ProBank와 ProFrame 출시 전에 은행업무 전산화 프로그램을 제작·출시한 적도 없던 상황에서 2003. 12. 26. 한국휴렛팩커드와 기술용역지원계약을 체결하고 나서 불과 1년 남짓 경과한, 그리고 코아뱅킹 시스템 작업이 중단된 2004. 6.부터는 불과 6개월 남짓 경과한 2005. 1. 13. ProBank 2.0 버전과 ProFrame 2.0 버전을 컴퓨터프로그램보호위원회에 등록한 정황까지 고려해 보면, 피고는 ○○은행의 전산시스템 개선 작업 당시 취득한 신종합온라인시스템의 소스코드를 이용하여 ProBank(ProFrame의 상당부분을 포함하는 프로그램)를 제작한 것이라고 보아야 할 것이다.

(3) 침해된 권리

피고가 ProBank 2.0과 ProFrame 2.0을 제작·판매함으로써 원고 F○○의 Bancs에 대한 컴퓨터프로그램저작권 가운데 어떤 권리를 침해하였는지에 관하여 본다.

우선 앞서 인정한 사실에 따르면, 이 사건 제1 이용허락계약에 따라 ○○은행은 이용허락받은 부분 외에는 프로그램에 관한 소유권이나 이익을 보유하지 못하고, 프로그램에 수정, 추가, 개선이 가해진 경우에는 그것이 ○○은행 단독으로 이루어진 것인지 원고 F○○와 공동으로 이루어진 것인지 묻지 아니하고 ○○은행은 그 권리를 취득하지 못하지만, 반면 원고 F○○가 ○○은행 단독으로 개발한 은행 시스템이나 기능 부분을 판매할 경우에는 ○○은행에 로얄티를 지급하는 합의를 거치도록 약정함으로써, 원고 F○○는 장차 ○○은행이 Bancs를 변형하여 도입할 것임을 전제로 하여 Bancs에 관한 이용허락을 하였음을 알 수 있다. 한편, 이 사건 제1 이용허락계약상 일부 한국어판이 빠진 부분(텔팩 FIN 040, 대량거래 시스템, FIN 050) 및 관련 법규와 시스템 사양

의 차이 때문에 ○○은행은 별도 프로그램의 창작 등 시스템 적합화 과정을 거친 후에야 Bancs를 사용할 수 있었을 것으로 보이고, 이에 따라 Bancs 구입 후에도 상당 기간 기존 시스템을 유ncs 구입 후에 이 전산 담당 직원으로 문제해결팀을 구성하여 18개월 동안이나 시스템 적합화 작업(customization)을 진행한 후에야 신종합온라인시스템을 사용하기 시작하였고, 그 적합화 작업에는 ○○은행 소속 직원 45명 정도가 투입된 반면, 원고 F○○ 소속 직원은 6명 정도만 투입되어 프로그램 정비 작업은 사실상 ○○은행이 주도적으로 진행하였으며, 여기에 더하여, 1996. 6. 이후로는 ○○은행이 자체적으로 유지, 보수해 온 정황까지 함께 고려해 보면, 피고가 신종합온라인시스템에 접근하여 그 소스코드를 복제한 2003년 당시에는 신종합온라인시스템은 원프로그램인 Bancs의 일련의 지시·명령의 상당부분을 이용하여 창작된 Bancs의 개작물이라 할 것이다.

따라서 앞에서 본 바와 같이 Bancs와 ProBank 및 ProFrame 중 상당 부분이 실질적으로 유사한 이상, 피고는 원고 F○○의 이용허락 없이 Bancs의 개작물인 신종합온라인시스템을 이용하여 ProBank 2.0과 ProFrame 2.0 중 ProBank의 구동에 필요한 부분(뒤에서 보는 바와 같이 그 부분을 특정하여 분리해 낼 수는 없다)을 제작·판매함으로써 원고 F○○가 Bancs에 대하여 가지는 개작권을 침해하였다 할 것이고, 피고가 원고들이 Bancs에 대하여 가지는 복제권을 침해하였다는 원고들의 주장은 이유 없다.

나. 금지청구 및 손해배상청구와 그 범위

(1) 원고 F○○의 금지청구권 및 손해배상청구권의 발생

피고는 ProBank 및 ProFrame을 제작·판매함으로써 원고 F○○의 Bancs에 대한 컴퓨터프로그램저작권 중 개작권을 침해하였으므로, Bancs(별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램)을 개작하거나 ProBank(별지

제2항 기재 컴퓨터프로그램)와 ProFrame(별지 제3항 기재 컴퓨터프로그램)을 배포하여서는 아니되고[ProFrame 중 상당부분은 ProBank의 구동에 필요하고, ProFrame은 ProBank에 저장된 파일을 공동으로 사용하면서 구동되기도 하기 때문에, ProFrame 중 상당부분이 원고 F○○가 Bancs에 대하여 가지는 개작권을 침해하였다 할 것인데, 그 상당부분을 특정하여 분리해 낼 수 없는 이상 Bancs에 대한 개작권 침해의 정지를 위해 ProFrame 전체에 대하여 배포를 금지할 수밖에 없다], 원고 F○○에게 개작권 침해로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.

한편, 원고 F○○는 피고에 대하여 Bancs의 복제 및 배포 금지도 구하나, 피고는 Bancs의 개작물인 신종합온라인시스템을 이용하여 ProBank 및 ProFrame 중 상당부분을 제작하였을 뿐, Bancs를 복제하여 ProBank나 ProFrame을 제작한 것이 아닌 이상, 피고가 Bancs 자체를 복제·배포하거나 그럴 개연성이 있다고 할 수 없으므로, Bancs에 대한 복제 및 배포 금지청구는 이유 없다.

(2) 원고 큐○○의 금지청구 및 손해배상청구에 대한 판단

원고 큐○○은 Bancs의 프로그램배타적발행권자라면서 피고가 Bancs를 복제하여 ProBank나 ProFrame을 제작·판매하고 있다고 주장하며, 또는 원고 F○○가 이 사건 제1 이용허락계약에 따라 신종합온라인종합시스템을 프로그래밍 언어 C로 변환한 것에 관하여도 컴퓨터프로그램저작권을 가지고 있음을 전제로 원고 큐○○은 그 프로그램배타적발행권자라면서 피고가 신종합온라인시스템을 프로그래밍 언어 C로 변환한 것을 복제하여 ProBank나 ProFrame을 제작·판매하고 있다고 주장하며, 원고 F○○가 구하는 내용과 동일한 내용의 금지청구 및 손해배상청구를 한다.

그러나 앞서 인정한 사실에 따르면, 원고 큐○○은 F○○.com을 흡수합병하여 F○○.com가 Bancs에 대하여 가지는 권리를 그대로 양수하였는데, 원고 F○○와 F○○.com 사이의 이 사건 제2 이용허락계약에 따를 경우 원고 큐○○이 대한민국 내 Bancs에 대한 독점적 사용권 등

을 부여받은 사실은 인정할 수 있지만, 원고 F○○만이 Bancs에 대한 저작권 등 지적재산권에 관한 유일한 권리자이고 제3자의 청구가 있는 경우 F○○.com은 그 상황을 원고 F○○에 즉시 알려야 하며 그에 대응할 것인지 여부는 원고 F○○가 결정하고, 원고 F○○가 청구에 대응하거나 화해할 경우에는 원고 F○○의 이름과 비용으로 이를 행하는 것으로 약정하였으므로, 원고 큐○○이 원고 F○○로부터 Bancs에 대한 프로그램배타적발행권을 설정받았다고 할 수 없어서 프로그램배타적발행권자로서 피고를 상대로 침해정지나 손해배상을 구할 수 없으며, 이 사건 제2 이용허락계약에 따라 원고 큐○○이 원고 F○○로부터 Bancs에 대한 프로그램배타적발행권을 설정받은 것으로 본다 해도, 법상 프로그램배타적발행권자에게는 복제하여 배포 또는 전송할 수 있는 권리 외에 개작권이 인정되지 아니하므로, Bancs의 개작물인 신종합온라인시스템을 이용하여(Bancs를 복제한 것이 아니다) ProBank와 ProFrame을 제작·판매하는 피고에 대하여 역시 침해정지나 손해배상을 구할 수 없고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 제1 이용허락계약상 원고 F○○가 ○○은행 단독으로 개발한 은행 시스템이나 기능 부분을 판매할 경우에는 ○○은행에 로얄티를 지급하는 합의를 거치도록 약정한 점에 비추어 볼 때, 원고 F○○가 신종합온라인시스템 전체에 관하여 또는 신종합온라인시스템을 프로그래밍 언어 C로 변환한 것에 관하여 컴퓨터프로그램저작권을 가진다고 볼 수도 없으며, 원고 큐○○이 원고 F○○로부터 Bancs에 대한 독점적 사용권을 부여받은 것을 넘어서 신종합온라인시스템과 관련하여 어떠한 권한을 부여받았음을 인정할 아무런 증거도 없다 할 것이어서 이와는 다른 전제에 선 원고 큐○○의 피고에 대한 침해정지 또는 손해배상청구 역시 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없으므로, 결국 원고 큐○○의 위 청구는 이유 없다.

다음으로 원고 큐○○은, 피고가 원고 F○○와의 계약에 따라 원고 큐○○이 Bancs에 대하여 대한민국 내에서 가지는 독점·배타적인 영업권을 침해하였으므로 그에 따른 손해를 배상할 책임이 있다고 주장한다. 그러나 원고 큐○○의 주장의 전제가 되는 권리는 대외적으로 주장

할 수 있는 물권적·배타적 권리라기보다는 원고 F○○와의 이 사건 제2 이용허락계약에 기한 채권적 권리에 불과하여 원고 큐○○의 위 주장은 이유 없다.

마지막으로 원고 큐○○은, 피고가 원고 큐○○이 원고 F○○에 대하여 Bancs에 관해 가지는 채권을 침해하였다고 주장하면서 손해배상청구를 한다. 일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다 할 것인데(대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결 등 참조), 피고가 원고 큐○○이 이 사건 제2 이용허락계약에 기하여 원고 F○○에 대하여 가지는 채권을 해한다는 사정을 알면서 신종합온라인시스템의 소스코드를 이용했다고 인정하기에 충분한 증거가 없어(신종합온라인시스템은 Bancs의 상당부분을 이용하여 창작된 Bancs의 개작이었고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 제1 이용허락계약상 ○○은행이 새로 창작한 부분의 저작권 귀속이 불분명한 상태였으며, 1996. 6. 25. 이후로는 원고들이 신종합온라인시스템의 유지·보수에 관여하지도 않았으므로, 피고로서는 원고들이 신종합온라인시스템에 관하여 가지는 권리의 범위와 성질에 관하여 명확하게 인식하지 못했을 가능성이 높다), 원고 큐○○의 위 주장 역시 이유 없다.

(3) 피고의 원고 F○○에 대한 손해배상의 범위

원고 F○○에 대하여 발생한 손해액에 관하여 볼 때, 법 제32조 제3항은 "프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램저작권자가 입은 손해액으로

추정한다."고 규정하고, 제4항은 "프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 제3항의 규정에 의한 손해액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다."고 규정하는 한편, 제5항은 "법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다."고 규정함으로써, 침해자가 얻은 이익액 또는 그 실시와 관련하여 저작권자가 타인에게 이를 실시하게 할 경우의 실시료 수입 상당액 등을 손해배상으로 보되, 다만 그 손해액 산정이 어려운 때에는 법원은 여러 사정을 참작하여 상당한 손해액을 정할 수 있도록 하고 있다.

이 사건에 관하여 볼 때, 피고가 ProBank를 판매한 곳은 신한은행 한 곳 뿐으로 그 부분에 대해서는 원고들이 손해배상청구를 하지 않기로 합의한 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없어 법 제32조 제3항에 따라 피고가 침해행위에 의하여 얻은 이익액을 손해액으로 삼을 수 없다.

한편, 앞서 본 바와 같이 F○○.com은 2000. 6. 28. 이 사건 제2 이용허락계약에 따라 원고 F○○에게 권리에 대한 이용료로 호주화 7,500,000달러[당시 호주화 1달러는 한화 671.27원(매입율 654.49원 및 매도율 688.05원의 평균)이므로, 한화로 환산하여 5,034,525,000원(= 7,500,000달러 × 671.27원) 상당]를 지급하기로 약정하였음을 알 수 있다. 그리고 ○○은행은 1993년 Bancs 중에서도 소매금융 위주의 프로그램만 도입하였고, 18개월간의 시스템 적합화를 위한 변경 과정과 1996년 이후 ○○은행의 독자적인 유지·보수 단계를 거쳐, 2003년에 이르러서는 ○○은행의 신종합온라인시스템은 상당부분 변형이 이루어져 Bancs의 개작물에 해당한다고 보아야 한다는 점은 앞서 본 바와 같고, 또한 ProBank(감정대상으로서 ProFrame 중 상당부분이 포함되어 있는 프로그램을 말한다)는 Bancs의 소스코드 중 50% 이상 유사한 파일 비율이 전체의 42.74%를 차지함을 알 수 있으므로, 이상의 여러 사정을 감안할 때 2003년말 당시 ○○은행의 신종합온라인시스템에 잔존한

Bancs의 가치는 50%정도로 본다.

다만, 원고 F○○가 F○○.com로부터 지급받은 이용료(호주화 7,500,000달러)는 이용 기간의 제한이 없는 독점적인 사용권을 부여하는 것을 전제로 하는 것인데, 피고는 신종합온라인시스템을 이용하여 2005년 ProBank와 ProFrame을 출시한 이래 이 사건 변론종결까지 약 4년 정도 시간이 흘렀을 뿐이고, 법 제32조 제4항의 실시료 수입 상당액은 원고 큐○○과 같이 Bancs에 대한 독점적 사용권을 설정받을 것을 전제로 하는 것도 아니어서, F○○.com이 지급한 이용료 전액을 법 제32조 제4항에 따라 원고 F○○의 권리 행사로 통상 얻을 수 있는 금액으로 산정할 수는 없다. 결국, 위에서 인정한 사실을 두루 참작하여 법 제32조 제5항에 따라 피고가 ProBank와 ProFrame을 제작·판매함으로써 원고 F○○가 입게 된 손해액을 산정할 수밖에 없다.

구체적인 손해액을 살펴보면, 2003년 침해 당시 F○○.com이 원고 F○○에게 지급한 이용료(그 후로도 동일한 것으로 추정)에 신종합온라인시스템에서 Bancs가 차지하는 비중을 감안한 2,517,262,500원(= 이 사건 제2 이용허락계약 당시 호주화 7,500,000달러의 한화 환산액 5,034,525,000원 × 1/2)을 기준으로 하여, ProBank를 판매한 부분에 관해서는 당사자들이 문제 삼지 않기로 한 정황(앞서 본 바와 같이 ProBank만으로는 프로그램이 구동되지 않았기 때문에 ProBank만의 판매를 문제삼지 않겠다는 합의는 의의가 없으므로 이 사건에서 금지를 명한 대상인 ProFrame을 포함하여 합의한 것으로 보아야 한다)과 이 사건 제2 이용허락계약에 따른 이용료가 기간의 제한이 없는 독점적인 사용권이라는 점을 참작하면, 피고가 원고 F○○에게 배상하여야 할 손해액은 적어도 500,000,000원 이상이라 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면, 피고는 별지 제1항 기재 컴퓨터프로그램을 개작하거나 별

지 제2항 기재 컴퓨터프로그램 및 별지 제3항 기재 컴퓨터프로그램을 배포하여서는 아니되고, 원고 F○○에 대하여는 그 손해액 중에서 원고가 구하는 바에 따라 101,000,000원 및 이에 대하여 위 원고에 대한 이 사건 소장부본 송달 다음날인 2005. 11. 29.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에 따른 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급할 의무가 있으므로, 원고 F○○의 청구는 위 인정 범위에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 원고 큐○○의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리 하여 부당하므로, 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 최성준

판사 함석천

판사 김현석

28. 지상파 방송의 유선방송 재송신과 동시중계방송권 침해 여부

[개요]

원고들은 지상파 방송사업자들로서 자신들의 방송에 대해 저작권법에 따른 동시중계방송권을 가지고 있다. 그런데, 피고들인 종합유선방송사업자가 지상파 방송사업자들이 송신탑을 통해 공중에 송출하는 디지털 지상파방송의 방송신호를 피고들이 설치한 안테나 등으로 수신한 후, 실시간으로 방송신호를 직접 또는 디지털 유선방송용 셋톱박스(Set-top Box)를 거쳐 자신들의 방송 권역에 있는 수신자가 보유한 텔레비전에 재송신하자 지상파 방송사업자들은 자신들의 동시중계방송권을 침해하는 행위로서 피고들의 동시재송신 금지를 구하였다.

동시중계방송권이란, 방송신호를 다른 지역에 설치한 안테나 등을 통해 수신한 다음 이를 해당 지역에 동시에 재송신하거나 또는 제3자에게 그 동시 재송신을 허용하거나 무단 재송신의 금지를 구할 수 있는 방송사업자의 권리로서, 원심 및 항소심에서는 피고들이 별도의 안테나를 설치하여 방송신호를 수신한 다음 자신들의 사업 권역에 있는 수신자에게 지상파를 동시에 재송신하는 행위는 원고의 동시중계방송권 침해에 해당한다고 판단하였다.

피고들은 자신들의 동시재송신 행위는 방송법에 의해 허용되었고, 수신자들의 정당한 수신행위를 보조하는 '수신보조행위'에 불과하여 원고들의 저작인접권을 침해하지 않는다고 항변하였으나 원심과 항소심은 다음과 같은 이유로 받아들이지 않았다.

먼저, 피고들이 근거로 삼는 방송법 제78조는 그 문언대로 교육방송 등 특정 지상파방송에 대하여 유선종합방송사업자 등의 재송신 의무를

규정하고 이 경우에만 저작권법상 동시중계방송권 침해 책임을 면제한다는 의미에 해당하는 것이지, 나머지 지상파방송의 동시재송신의 적법 여부는 방송법이 아닌 저작권법의 적용을 받는다고 하였다.

또한, 피고들의 방송수신 보조행위 주장에 대하여, 피고들은 가입자를 상대로 일정한 이용료를 지급 받으며, 지상파 방송만의 재전송을 위한 상품은 마련하지 않은 사실 등 지상파 재송신을 통해 상당한 경제적 이익을 얻고 있는 사실 등을 고려할 때 사회통념상 단순히 수신의 영역에 머무르면서 가입자인 수신자의 수신을 보조하는 행위에 불과하다고 볼 수는 없다고 하였다.

나아가 피고들의 주장대로 지상파방송사업자가 저작인접권 등 권리행사의 사실상 유보를 넘어서 권리를 포기하기로 하는 묵시적 합의가 있었다거나 그와 같은 권리행사가 권리남용 등에 해당한다고 보기 어려우며, 종합유선방송사업자가 신규 가입자에 대하여 방송신호를 분리하여 차단하는 것이 불가능하다는 점을 인정할 수 없다고 하여 종합유선방송사업자의 디지털 지상파방송 동시재송신을 금지하였다.

■■■■■■■■■■

서울고등법원 2011. 7. 20. 판결 2010나97688
【저작권등침해정지및예방】

원고,항소인 겸 피항소인　한국○○공사 외 2인(소송대리인 법무법인 (유한)화우 담당변호사 이세정 외 1인)

피고,피항소인 겸 항소인　주식회사 ○○○헬로비전 외 4인(소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 지영철 외 2인)

원심판결 서울중앙지방법원 2010. 9. 8. 선고 2009가합132731 판결
변론종결 2011. 6. 8.
판결선고 2011. 7. 20.

주 문

1. 원고들 및 피고들의 항소를 기각한다.
2. 항소비용 중 20%는 원고들이,80%는 피고들이 각각 부담한다.
3. 제1심판결의 주문 제2항은 당심에서의 청구 감축에 따라 아래와 같이 변경되었다.

피고들은 이 사건 판결문이 피고들에게 송달된 날부터 30일이 경과된 이후 새로이 피고들의 종합유선방송 상품에 가입하는 수신자들에게 원고들이 송출하는 [별지 2]목록 기재 각 디지털 지상파방송 신호를 동시재송신하여서는 아니 된다.

청구취지

주문 제4항 및 피고들이 그 명령을 위반하는 경우 해당 원고들에게 위반일수 1일마다 각 1억 원씩을 지급하라(원고들은 당심에 이르러 금지의 기산일을 감축하였다).

(원고들이 당심에 이르러 별도의 금지청구 대상에 관하여 [별지 1]목록에서 [별지 1-1]목록으로 교환적으로 변경한 부분은 [별지 2]목록 기재 디지털 지상파방송의 일부에 불과하므로 그 금지청구는 [별지 2]목록 기재 목적물의 일부에 관한 선택적 청구이다.)

항소취지

1. 원고들

가. 제1심판결을 아래와 같이 변경한다.

나. 피고들은 이 사건 소장 송달 다음날부터 새로이 피고들의 종합유선방송 상품에 가입하는 수신자들에게 원고들이 송출하는 [별지 2]목록 기재 각 디지털 지상파방송 신호를 동시재송신하여서는 아니 된다.

다. 피고들이 위 명령을 위반하는 경우 해당 원고들에게 위반일수 1일마다 각 1억 원씩을 지급하라.

2. 피고들

제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고들의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초 사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 ,갑 제1, 3, 14, 18, 19, 37, 38, 39호증을 제17, 18호증(이하 각 가지번호를 포함한다)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 원고 한국○○공사는 방송법에 의하여 설립된 공법인이고, 나머지 원고들은 방송법에 의한 방송국 허가를 얻어 설립된 주식회사로서 각각 지상파 방송사업을 영위하고 있는 방송사업자이다. 피고들은 방송법에 의한 종합유선방송 사업허가를 얻어 서울 양천구, 강동구, 서초구, 영등포구, 강서구 등지에 방송설비, 전송망 등을 구비하여, 가입자에게 복수의 방송채널을 제공하는 다채널 유선방송사업을 각각 영위하

고 있는 종합유선방송사업자이다.

나. 피고들은 종합유선방송사업을 통해 가입자에게, 원고들이 송신탑 등을 통해 공중에 송출하는 [별지 2]목록 기재 각 디지털 지상파방송(이하 '이 사건 방송'이라 한다)의 방송신호를 피고들이 설치한 안테나 등으로 수신한 후 실시간으로 그 방송신호를 직접 또는 디지털 유선방송용셋톱박스(Set-topBox,외부에서 들어오는 신호를 받아 적절히 변환하여 텔레비전으로 그 내용을 표시해 주는 장치)를 거쳐 가입자가 보유한 텔레비전에 재송신(이하'이 사건 동시재송신'이라 한다)하고 있고, 그 외에도 홈쇼핑 등 유선방송 전용 채널을 가입자에게 제공하고 있다.

다. 한편 원고들은 이 사건 방송 중 각 해당 방송에 관하여 동시중계방송권(저작권법 제85조)을 가지고 있다.

2. 저작인접권의 침해

동시중계방송권은 방송신호를 다른 지역에 설치한 안테나 등을 통해 수신한 다음 이를 해당 지역에 재송신하거나 또는 제3자에게 그 재송신을 허용하거나 무단 재송신의 금지를 구할 수 있는 저작인접권이다.

기초 사실에 나타난 이 사건 동시재송신의 행태를 보면, 원고들이 설치한 안테나와는 따로 설치한 안테나 등을 통해 이 사건 방송의 신호를 수신한 다음 이를 피고들의 사업 권역에 있는 수신자에게 재송신하는 방법으로 이루어지고 있음을 알 수 있으므로, 피고들은 이 사건 동시재송신을 통해 원고들의 이 사건 방송에 관한 동시중계방송권을 침해하고 있다.

따라서 원고들은 다른 사정이 없는 한 피고들에게 저작권법 제123조에 따라 그 침해의 금지를 청구할 권리를 가지고 있으므로, 피고들은 원고들에게 원고들이 구하는 바에 따라 이 사건 판결문이 피고들에게 송달된 날부터 30일이 경과된 이후 새로이 피고들의 종합유선방송 상품에 가입하는 수신자들에게 이 사건 방송신호를 동시재송신하지 아니할 의무가 있다.

3. 피고들의 주장에 관한 판단

가. 주장의 요지

(1) 방송법 제78조는 피고들에게 이 사건 동시재송신을 허용하였다.

(2) 이 사건 동시재송신은 '수신보조행위'에 불과하여 저작인접권을 침해하지 않는다.

(3) 피고들은 원고들과의 묵시적 합의로 이 사건 동시재송신을 허락받았다.

(4) 원고들의 이 사건 동시재송신에 대한 금지청구는 권리를 남용한 것이다.

(5) 원고들의 청구와 같이 신규 가입자만 구분하여 제한하는 것이 불가능하다.

나. 방송법의 허용 여부

(1) 피고들의 주장의 요지는 아래와 같다.

중계유선방송사업자들에 대하여 적용되다가 폐지된 구 유선방송수신관리법(1986.12.31.법률 제3914호 유선방송관리법 부칙 제2항으로 폐지)과 구 유선방송관리법(2000.1.12.법률 제6139호 방송법 부칙 제2조로 폐지)은 중계유선방송사업자들의 방송범위를 정할 때에 지상파방송을 재송신할 수 있는 것으로 정하면서도 동시중계방송권 제한규정을 두지 않았다. 그 후 종합유선방송법이 1991.12.31.제정되면서 아래와 같은 재송신 의무규정과 저작권 적용배제 규정이 생겼지만, 당시 함께 개정된 구 유선방송관리법에는 그러한 규정이 들어가지 않았다.

그 후 방송법이 개정되면서(2000.1.12.법률 제6139호로 개정되어 2월 경과 후 시행) 구 유선방송관리법과 구 종합유선방송법이 함께 폐지될

때, 중계유선방송사업자 및 피고들과 같은 종합유선방송사업자를 함께 규율하는 아래의 조항이 생겼다.

위와 같은 입법경과를 볼 때, 입법자가 만일 중계유선방송사업자의 재송신행위를 저작인접권 침해행위로 보아 이를 함께 규제하려 하였다면 구 종합유선방송법뿐만 아니라 구 유선방송관리법에도 구 종합유선방송법 제27조 제1항, 제3항과 같은 규정을 두었어야 할 터인데 이와 같이 하지 않았다. 이러한 입법자의 의사는 중계유선방송사업자의 재송신행위를 저작인접권 침해행위에 해당하지 않는다고 본 것이다. 중계유선방송사업자에 의한 지상파재송신행위와 그 법적 지위를 승계한 종합유선방송사업자에 의한 지상파 재송신행위는 실질적으로 같은 형태이므로 역시 저작인접권 침해행위에 해당하지 아니한다.

또한 방송법 제78조에서 의무재송신과 동시중계방송권의 공중송신권에 대한 적용배제 규정을 중계유선방송사업자에게도 확대하여 적용한 것은 유선방송제도를 도입한 이래 적법한행위로 인정되어 온 동시재송신행위를 새삼스럽게 위법하다고 규정한 것이 아니라 '의무'로서 규정한 것으로서, 방송법 제78조 제3항은 의무재송신의 이행과정에서 불가피하게 발생할 수 있는 예외적인 경우의 저작인접권의 침해 논란을 방지하기 위해 마련된 것에 불과하다.

따라서 피고들의 이 사건 동시재송신은 원고들의 저작인접권을 침해하지 않는다.

(2) 그러나 방송법 제78조 제1항, 제3항은 그 문언대로 교육방송 등 특정 지상파방송에 대하여 종합유선방송사업자 등의 재송신의무를 규정하고, 그 특정 지상파방송(한국교육방송공사가 시행하는 방송과 방송법 제78조 제2항의 위임에 따라 방송통신위원회가 고시한 원고 한국○○공사의 'KBS1'방송이 이에 해당한다)을 의무재송신하는 경우에는 저작권법상의 동시중계방송권 침해 책임을 면제한다는 내용으로 해석할 수 있을 뿐이다. 그리고 의무재송신의 대상이 아닌 나머지 지상파방송의 동시재송신의 적법 여부 및 저작권 침해책임의 면제 여부에 대해서

방송법이 아무런 언급을 하고 있지 아니한 이상 방송법은 이에 대해 특별히 규율을 하지 않고, 저작권법을 포함한 사법의 영역에서 해결할 문제로 남겨둔 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피고들 주장과 같은 유선방송과 관련된 입법경과만으로는 방송법의 관련 규정이 피고들에게 이 사건 동시재송신에 관하여 저작인접권을 침해하지 않는 것으로 선언하고 있다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 마땅한 증거도 없다.

다. '수신보조행위'여부

(1) 피고들의 주장은 아래와 같다.

원고들이 수신의 방법과 범위에 아무런 제한을 두지 아니하고 송신을 한 이상 그 수신이 누구에 의하여 어떠한 방법으로 이루어지더라도 원고들의 권리에 대한 침해가 되지 않는다. 피고들이 시청자들의 수요에 응하여 그들을 대신해서 이 사건 방송을 수신하여 전달하는 행위는 시청자들의 수신행위와 다름없다. 즉, 이 사건 방송을 시청하기 위해서는 개별안테나 또는 공동주택의 공시청 설비를 이용하는 방법이 있으나 난시청 지역을 비롯하여 수신이 여의치 않은 곳에서는 시청자들이 이에 갈음하여 유선방송을 통한 수신을 선택한 것으로서 수신행위의 연장에 해당한다.

결국, 이 사건 동시재송신은 방송권역 내 거주자라면 누구나 무료로 시청이 가능한 지상파방송에 대하여 보다 편리한 시청이 이루어질 수 있도록 가입자의 방송수신을 보조하는 행위에 불과한바, 수신자들의 수신이 원고들의 저작인접권을 침해하지 않는 것과 마찬가지로 그 보조행위에 불과한 이 사건 동시재송신도 원고들의 저작인접권을 침해하지 않는다.

(2) 그러므로 보건대, '방송'이라 함은 공중송신 중 공중(公衆)이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것(저

작권법 제2조 제8호)을 말하므로, 방송사업자라고 하더라도 송신이 아닌 수신행위에 대하여 자신의 권리침해를 주장할 수 없다.

그래서 피고들의 이 사건 동시재송신이 수신의 영역에서 이루어진 '수신보조행위'로서 원고들의 저작인접권을 침해하지 않는 행위에 해당하려면, 이 사건 동시재송신이 수신자가 수신을 위하여 수신자 영역에서 할 수 있는 행위와 동일 또는 유사하거나, 이를 보조하는데 그쳐 사실상 피고들 또한 수신자와 같이 공중(公衆)또는 그에 준하는 지위에서 이 사건 동시재송신을 한 것으로 볼 수 있어야 할 것이다.

따라서 이 사건 동시재송신이 원고들의 저작인접권 침해행위에 해당하지 않으려면, 방송사업자가 ① 의도한 권역에 ② 송출한 콘텐츠를 ③ 송출된 시간에 ④ 방송신호에 대한 작위적인 변환 없이 그대로 피고들이 동시재송신하여, 소비자인 수신자의 입장에서 방송사업자인 원고들의 송출신호를 그대로 받아 보는 것과 다름이 없으면서,⑤ 방송 소비자인 수신자로 하여금 방송사업자인 원고들의 방송을 직접 또는 공시청과 같은 보조도구를 이용하여서 수신할 때와 피고들의 서비스에 가입하여 수신할 때를 비교할 경우 그 채널의 선택방법이나 지불하는 비용 등에서 사회통념상 이 사건 재송신이 수신행위를 '보조'한 것에 불과하다고 평가받을 수 있어야 할 것이다.

(3) 이러한 기준을 바탕으로 이 사건 동시재송신을 '수신보조행위'로 평가할 수 있는지 살펴본다.

① 원고들이 의도한 권역에서 피고들이 그 지역으로 송출된 방송신호를 동시재송신하고 있다는 점에 관해서 당사자들 사이에 다툼이 없다.

② 원고들이 송출한 이 사건 방송에서 피고들이 그 중 일부를 삭제 또는 취사·선택하거나 그 콘텐츠에 다른 방송내용을 삽입하는 등의 편집을 통해 개별적인 콘텐츠나 방송개시부터 종료 시까지의 방송순서에 있어 그 동일성이 유지되지 않게 콘텐츠에 변경을 가하였다고 볼 만한 사정이 없다는 점에 관하여도 당사자들 사이에 별다른 다툼이 없다.

③ 피고들을 통하여 재송신되는 방송은 수신자가 이 사건 방송을 직접 수신하는 경우에 비하여 약 2~3초 늦게 수신자의 텔레비전에 도달하고 있음은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 이는 유무선 등 기술상의 차이에서 비롯된 것일 뿐 원고들이 원하는 시간과 달리 수신자에게 전달되는 것이라고 평가할 정도는 아니고, 달리 수신자의 입장에서 볼 때 방송사업자가 의도한 시간이 아닌 시간에 이 사건 방송이 재전송되었다고 볼 자료도 없다.

④ 원고들이 송출한 방송신호를 피고들이 '그대로' 재전송하는지에 관해서 본다.

우선, 원고들이 8VSB(8-level Vestigial Sideband)방식으로 송출하는 방송신호에 관하여, 피고들이 이를 수신한 다음 QAM(Quadrature Amplitude Modulation)방식으로 일부 방송신호를 변환하여 재송신하고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 위 QAM 방식은 방송통신위원회가 고시한 유선방송국설비 등에 관한 기술기준에서 정한 전송방식으로서 피고들과 같은 종합유선방송사업자에게 허용되는 기술기준일 뿐만 아니라 위와 같은 방송신호의 변환이 수신자들이 이 사건 동시재송신을 통하여 이 사건 방송을 시청함에 있어 여하한 차이를 느낄 수 있는 부분이 아니므로, 위 사정을 들어 이 사건 동시재송신을 수신자의 영역을 벗어나게 하는 요소로 삼을 수는 없다.

그런데 피고들은 원고들이 송출한 방송신호 중 Header신호에서 원고들이 부가한 채널식별번호 부분을 배제하고 피고들이 배정한 채널식별번호를 부가하고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 이에 대하여 피고들은 '프로그램 및 시스템정보(PSIP)'의 형식으로 처리되는 원고들의 채널정보와 '서비스정보(SI)'의 형식으로 처리되는 피고들의 채널정보 중 후자가 우선한다는 위 기술기준에 따르고 있을 뿐이라고 주장하므로 보건대, 위 기술기준 제26조 제3항(피고들은 제33조 제3항이라고 주장하나, 제26조 제3항의 착오로 보인다)에는'서비스정보(SI)와 프로그램 및 시스템정보(PSIP)가 동시에 제공되는 경우에는 서비스정보가

우선한다'고 기재되어 있는데, 원고들은 다채널 방송이 아니어서 두 신호를 동시에 제공하는 것이 아니라 '프로그램 및 시스템정보'만을 송출하고 있으므로 피고들은 위 기술기준에 따른 선택의 여지가 없음에도 임의로 자신들의 '서비스정보'를 제공하고 있음을 알 수 있고,이 경우 수신자들은 원고들이 제공한 채널정보(예:11-1)가 아닌 피고들이 재송신하면서 변경하여 제공하는 채널정보(예:11)만을 수신하게 되므로 그 차이를 부정할 수 없다.

나아가 피고들은 원고들이 송출한 방송신호 중에서 청각장애인을 위한 자막방송신호와 시각장애인을 위한 화면해설방송신호를 배제한 채 재송신하고 있는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없는데, 이에 대하여 피고들은 셋톱박스에서 위 신호까지 구현하는 기능이 없어서 불가피한 것일 뿐 이는 신호변환의 문제가 아닌 설비의 문제일 뿐이라고 주장하나, 통상 셋톱박스는 피고들이 가입자인 수신자에게 제공하고 있으므로 피고들의 기술 지배영역에서의 셋톱박스에 관한 기능미비가 원고들의 송출신호와 피고들의 재송신 신호의 차이를 정당화할 사정으로 볼 수는 없고, 수신자의 입장에서 볼 때도 원고들의 이 사건 방송이 피고들의 이 사건 동시재송신 과정에서 그 차이가 발생한 것으로 평가함이 상당하다.

⑤ 끝으로, 그 밖의 사정을 통해 수신자의 입장에서 볼 때 이 사건 동시재송신을 수신의 영역에 포섭할 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 갑 제1, 3, 23, 34호증을 제18, 19호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 종합유선방송 가입자의 상당수는 종합유선방송이 제공하는 채널의 시청보다 지상파방송을 깨끗한 화질로 시청하고자 종합유선방송에 가입하고 있는 사실(방송통신위원회가 2007년 7월경 종합유선방송 가입자를 상대로 실시한 조사에서 응답자 중 53.5%가 지상파방송 난시청을 해소하기 위하여 종합유선방송에 가입하였다고 하였다), 피고들은 가입자에게 이 사건 방송을 포함한 각종 채널을 제공하는 대가로 다고 하였 상품 종류에 따라 월 4,000원부터 33,000원 사이에서 책정된 이용료를 지급받고 있는 사실, 그런데 피고들은 원고들의 이 사건

방송 피을 포함한 지상파방송만의 재방송을 위한 상품을 따로다제공하여 수신자들로다하여금 이를 선택할 기회를 제공하고 있지는 아니한 사실, 이 사건 방송을 수신하기 위한 설비는 피고들이 독립적으로 관리하고 있고, 가입자는 피고들이 제공하는 채널채널서비스에 대한 이용 여부만을 소극적으로 결정할 수 있을 뿐 적극적으로 수신설비의 설치 및 관리 방법 등을 결정할 수는 없는 사실, 따라서 수신자들은 가입형태에 따라 공시청 시설을 이용하여 지상파방송을 시청할 때와 비교하여 더 많은 경제적인 부담을 하고 있는 사실, 한편 피고들은 이 사건 방송 채널 사이에 상대적으로 수익성이 좋은 홈쇼핑 채널을 배치하여 그 시청률을 높임으로써 상당한 경제적 이익을 얻고 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 앞서 본 ④에서 인정된 일부 사정을 더하여 보면, 상당수의 수신자들은 수신을 도와주는 주체로서 피고들을 선택하였다기보다는 원고들이 제공하는 이 사건 방송을 시청하고자 별다른 선택의 여지가 없이 이 사건 방송 외에도 다수 구성된 채널이 포함된 상품의 구매를 통해 이 사건 방송을 시청하여 왔고, 피고들이 수신자들에게 공시청 시설을 이용한 경우와 동일 또는 유사한 수준의 부담으로 지상파방송을 수신할 기회를 제공하였다고 보기 어려우며 ,이 사건 동시재송신이 피고들의 영리창출에 기여하고 있는 정도가 이 사건 동시재송신을 수신자들의 수신을 보조하는 것을 넘는다고 평가할 정도임을 알 수 있으므로, 피고들의 이 사건 동시재송신이 원고들의 저작인접권을 침해하지 않는다고 평가할 정도로 사회통념상 단순히 수신의 영역에 머무르면서 가입자인 수신자의 수신을 보조하는 행위에 불과하다고 볼 수는 없다.

(4) 따라서 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 묵시적 합의 여부

(1) 피고들은 원고들과 사이에 다음과 같이 이 사건 방송의 이용허락에 관한 묵시적 합의가 있었다고 주장한다.

난시청 해소 및 방송품질의 보장을 위한 막대한 재원의 마련에 어려움을 겪고 있던 지상파방송사업자들의 어려움을 고려하여 1961년 구 유선방송수신관리법에서 중계유선방송사업자 제도를 도입하였고, 1991년 구 종합유선방송법에서 종합유선방송사업자 제도를 도입하였다.

위 제도의 시행에 따라 원고들은 난시청 해소 등을 위한 전송 설비 투자비용을 절감하면서도 광고수입을 확보할 수 있었고,피고들과 같은 유선방송사업자들은 설비를 투자하는 대신 이 사건 방송을 무상으로 재송신함으로써 영업기회를 확대할 수 있어 서로의 이해관계가 합치하였기 때문에 이 사건 방송에 대한 '무료'재송신에 관한 합의를 하였던 것이다.

피고들을 비롯한 전국의 유선방송사업자들은 원고들과의 합의에 따라 50여 년간 무상으로 이 사건 방송의 재송신 서비스를 제공하여 왔고, 그동안 원고들은 이에 대해 이의를 제기하지 아니하였다.

또한 원고들은 유선방송사업자들에게 재송신 권한이 있음을 전제로 지금까지 여러 차례채널번호 변경이나 방송품질과 관련한 협조를 요청하였다. 방송통신위원회도 이 사건 방송의 재송신에 관하여 문제삼지 아니하고 피고들의 이용약관을 승인하였으며, 아날로그 방송을 디지털 방송으로 전환하는 과정에서도 유선방송사업자에게 이 사건 방송의 재송신을 요청하기도 하였다.

(2) 그러므로 보건대, 권리자가 그 권리를 포기함에 있어서 반드시 명시적인 의사 표시만에 의하여야 하는 것은 아니고, 권리자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 권리의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여 할 것이기는 하나, 이와 같이 인정하기 위해서는 그 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 권리자의 행위 내지 의사표시

의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 할 것인바(대법원 2005.4.15. 선고 2004다27150 판결 등 참조),갑 제4,13,14호증, 을 제1 내지 9,11내지 15,21,25,32,39호증의 각 일부 기재와 제1심 증인 소외 1의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 난시청 해소 및 지상파방송의 품질 확보 등을 위한 목적으로 1961.8.24.구 유선방송수신관리법(제정 당시에는 주로 라디오 방송에 적용되었으나 1960년대 후반 텔레비전의 보급과 함께 텔레비전 방송에도 확대 적용되었다)이 제정되어 유선방송이 도입된 무렵부터 중계유선방송사업자들은 지상파방송을 수신하여 이를 가입자에게 동시재송신하였다.

② 다채널방송을 위한 구 종합유선방송법이 1991. 12. 31.제정되면서 탄생한 종합유선방송사업자들도 종전의 중계유선방송사업자들과 마찬가지로 가입자에게 지상파방송을 동시재송신하여 왔고, 피고들도 1994년경 이후 설립된 이래 동시재송신 사업을 영위하여 왔다.

③ 디지털방송 전환과 관련된 전반적인 사항을 논의하여 정책에 반영하기 위해 2000년부터 2005년까지 총 4기에 걸쳐 구성된 디지털추진위원회의 협의과정에서 초기 종합유선방송사업자들은 디지털 지상파방송 재송신에 대해 반대 입장을 보였으나, 정부 및 지상파방송사업자 측이 지상파방송 재송신을 요구하여 지상파방송을 재송신하기에 이르렀고, 이에 따라 전송망 설비에 관한 투자를 하였다.

④ 제4기 디지털추진위원회의 제안에 따라 방송위원회가 구성한 디지털방송 전환추진점검단은 2006년 2월경 통합 셋톱박스 개발 및 보급 확대 방안 마련을 위해 방송통신위원회의정책지원이 필요하다고 보고하였고, 원고들은 자신들이 속한 한국방송협회를 통해 2008.7.18.피고들을 비롯한 종합유선방송사업자들의 단체인 '한국케이블TV 방송협회'에 공문을 발송하여 이 사건 방송의 재송신 중단을 요구하기 전까지 상당 기간 동안 중계유선방송사업자 또는 종합유선방송사업자의 지상파

방송 재송신에 대하여 별다른 이의를 제기하지 아니하였다.

⑤ 원고들은 그동안 종합유선방송사업자들을 상대로 이 사건 방송에 특정 채널번호를 부여해 달라거나, 지상파방송 수신 장애 및 품질을 파악한다는 명목으로 동시재송신 현황을 조사하는 등 재송신이 이루어지고 있음을 기본 전제로 받아들인 상태에서 단지 그 기술적 방식에 관한 협의를 진행하였다.

⑥ 원고들 등을 회원으로 하여 설립된 한국지상파디지털방송 추진협회는 2010.4.28.아날로그 방송의 종료로 인한 디지털 전환과 관련하여 '유료방송(케이블·위성·IPTV)가입자는 지상파 TV 디지털 전환에 영향을 받지 않습니다. 따라서 기존 상품을 유지하더라도 TV를 시청하는 데에 아무런 문제가 없습니다'라는 광고를 한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 인정 사실에 나타난 바와 같이 원고들이 유선방송 도입 이후 2008년경까지 장기간 피고들의 지상파방송 재송신에 대하여 서로 이해관계가 일치하여 사실상 이를 묵인하여 왔고 피고들에게 때에 따라 필요한 협조요청을 하였다 하더라도, 이는 난시청 해소라는 초창기 유선방송사업의 정책 목표나 종합유선방송법 제정 이후 공영방송에 대해서 도입된 의무재송신 제도 등에서 알 수 있는 바와 같이 지상파방송 재송신 제도에는 국민의 보편적 시청권의 보장이라는 공공적인 측면이 있어 정부에서 동시재송신에 관한 각종 규제나 행정지도를 하여 왔고, 원고들은 위와 같은 정부의 규제 및 난시청 해소에 따른 수신범위의 확대라는 자신들의 이해관계에 따라 그동안 저작인접권 등 권리의 행사를 사실상 유보하여온 것으로 보일 뿐,그 권리행사의 사실상 유보를 넘어서 그 권리를 아예 완전히 포기하기로 하는 묵시적인 의사의 일치가 원고들과 피고들 사이에 있었다고 보기 어렵고, 피고들이 주장하는 묵시적 합의를 인정하기에는 앞서 든 증거나 을 제10, 21, 24호증의 각 일부 기재 및 제1심 증인 소외 2,소외 3의 각 일부 증언만으로는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.

(3) 따라서 피고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

마. 권리남용 등 여부

(1) 피고들은 다음과 같은 이유로 원고들의 이 사건 청구는 배척되어야 한다고 주장한다.

피고들이 50여 년간 이 사건 방송에 관한 저작권법상의 권리를 전혀 행사한 적이 없고, 유선방송사업자들이 이 사건 방송을 재송신할 권한이 있음을 전제로 채널 및 수신품질과 관련한 협조 등을 요청해 왔으며, 이를 신뢰한 피고들은 전송망과 송수신 설비에 막대한 비용 투자를 하였다.

이 사건 동시재송신에 의하여 그 방송권역 내에서 더 많은 사람들이 고품질의 방송을 시청할 수 있게 되어 원고들은 더 많은 광고수입을 얻을 수 있게 되므로, 원고들에게 아무런 손해가 없고 오히려 이익이 되는 행위임에도 이 사건 동시재송신의 금지를 요구하는 것은 금반언의 원칙에 반하는 것으로 권리의 남용에 해당하거나 실효된 권리를 행사하는 것이어서 허용될 수 없다.

(2) 먼저 권리남용 주장에 관하여 보건대, 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당되지 않는 한 비록 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라고 할 수 없다(대법원2002.9.4. 선고 2002다22083, 22090 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 피고들의 이 사건 동시재송신으로 원고들의 이 사건 방송에 관한 저작인접권의 침해가 지속되고 있는 상황에서 원고들은 피고들로부터 이 사건 방송에 관한 동시재송신의 대가를 받지 못하는 손해를 입고 있다고 볼 수 있고, 여기에다가 한정된 광고시장에서 피고

들의 영업전략(앞서 본 바와 같이 원고들의 방송 채널 사이에 피고들의 홈쇼핑 광고를 배치한 것도 그 예가 될 수 있다)에 따라 광고주가 원고들의 방송 대신 피고들의 유선방송을 광고방법으로 이용함에 따라 원고들의 광고 매출 손해가 예상됨에도 피고들로부터 아무런 대가를 받지 못하는 것은 공평하지 않다는 점을 더하여 고려하면, 원고들이 이 사건 방송에 관하여 저작인접권을 주장하는 것이 아무런 이익이 없다고 단정할 수 없고, 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수도 없다.

(3) 다음으로 실효 주장에 관하여 보건대, 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 그 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유를 갖게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인하게 되고 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 법리에 따라 그 권리행사가 허용되지 않는다(대법원 1990.8.28. 선고 90다카9619 판결 등 참조).

이 사건에서 보건대, 원고들이 상당 기간 동안 유선방송사업자들의 재송신행위를 문제 삼지 않은 것은 앞서 본 바와 같지만, 이는 앞서 살핀 바와 같이 자신의 이해관계뿐 아니라 지상파방송 재송신 제도의 공공성에 근거한 정부의 규제 등 외부적 요인에서도 일부 기인한 점 등을 고려할 때, 피고들에게 원고들이 장래에 그 권리를 전혀 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 존재한다거나 원고들의 권리행사가 신의성실의 원칙에 반한다고 보기는 어렵다.

(4) 따라서 피고들의 이 부분 주장도 모두 이유 없다.

바. 이행불능 여부

(1) 피고들은 다음과 같은 이유로 원고들의 청구와 같이 신규 가입자에 대하여만 방송신호를 분리하여 차단하는 것은 불가능하다고 주장한다.

피고들은 가입자가 선택한 상품에 포함된 방송 채널에 관한 신호만

분리하여 그 가입자에게 송출하는 것이 아니라 모든 가입자에게 아날로그 방송신호 및 디지털 방송신호(QAM방식의 표준화질의 SD급 방송신호와 8VSB 방식의 고화질의 HD급 방송신호)를 한 다발로 묶은 동일한 신호를 송출하고 있으므로, 신규 가입자에게만 디지털 방송인 이 사건 방송의 송출을 제한하는 것은 기술적으로 불가능하다.

즉, 만일 HD급 방송신호의 동시재송신을 중단할 경우 HD 상품의 기존 가입자는 SD급 지상파만을 볼 수 있고,SD 상품이나 아날로그 상품의 기존 가입자는 셋톱박스 기술환경이 HD급 지상파를 볼 수 있는 경우라도 HD급 지상파를 볼 수 없게 되어, 결국 기존 가입자에 대한 피해 없이 신규 가입자에게만 디지털 지상파방송의 동시재송신을 제한하는 것은 불가능하다.

또한 원고들의 요청으로 피고들이 막대한 비용을 투자하여 모든 가입자에게 HD급 지상파방송을 동시재송신하고 있는데, 이제 와서 사실상 전면 중단하는 것과 다름없는 요구를 하는 것은 부당하고, 또한 이 사건 동시재송신의 중단은 방송통신위원회의 시설변경허가 대상인데, 방송통신위원회의 허가 없이는 피고들의 임의이행도 불가능하다.

(2) 그러나 피고들의 주장에 의하더라도, 기존 가입자에 대한 유선방송 서비스를 전부 중단하는 것이 아니라 동일한 방송의 내용을 중복 송신하고 있던 두 가지 디지털 방송신호 중 하나인 HD급 방송신호만을 중단하고 다른 SD급 방송신호는 계속 제공할 수 있는 점(다만 이에 따라 기존 HD 상품 가입자로부터 화질 저하에 따른 불만이 제기될 가능성은 있으나, 원고들이 일부 청구를 통해 신규 가입자에 대하여만 디지털 장송신호의 재송신 제한을 청구하고 있는 결과에 따른 것일 뿐, 피고들의 저작인접권 침해는 기존 가입자에 대한 이사건 동시재송신에 의해서도 이루어지고 있다),기존 가입자들이 반드시 피고들을 통해서만 HD급 방송을 볼 수 있는 것은 아니라는 점 등을 고려하면, 피고들의 주장과 같은 기존 가입자들이 입을 피해의 우려와 같은 사정을 원고들의 청구를 배척할 이행불능의 사정으로 볼 수는 없고, 달리 원고들의 청구

와 같이 신규 가입자만 분리하여 차단하는 것이 불가능하다는 점을 인정할 충분한 증거가 없으며, 방송통신위원회의 시설변경허가가 필요하다는 사정 또한 아직 적법·유효한 불허가가 확정되지도 아니한 단계에서 원고들의 청구를 배척할 법률상 장애사유라고 볼 수 없다.

(3) 따라서 피고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

4. 간접강제 청구에 관한 판단

가. 원고들은, 피고들이 위 금지의무를 위반할 경우 위반일수 1일마다 각 1억 원씩의 비율에 의한 배상금의 지급을 명할 것을 청구하고 있다.

나. 그러나 아래와 같은 이유로 본안판결에서는 간접강제를 허용하지 아니함이 상당하다(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제26조 제3항 후문과 같이 법률에서 명문으로 허용하는 경우는 예외다).

(1) 채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 통상 간접강제에 의한 권리실현은 다음과 같은 단계, 즉 ① 확정판결이나 가집행이 붙은 판결과 같은 집행권원의 성립(민사집행법 제24조), ② 판결에 대한 집행문의 부여(민사집행법 제30조 제1항), ③ 집행력 있는 집행권원의 정본에 기한 간접강제의 신청(민사집행법 제261조 제1항), ④ 간접강제 여부의 심리 및 결정(민사집행법 제261조 제1항, 제262조), ⑤ 간접강제결정에 대한 집행문의 부여(민사집행법 제56조 제1호, 제29조 제1항), ⑥ 간접강제결정에 대한 불복시 즉시항고(민사집행법 제261조 제2항)의 순서로 진행된다.

(2) 본안판결 시에 간접강제결정을 함께 하지 아니할 경우 위 ②단계 종료 시부터 ④단계 종료 시까지의 기간 동안의 채무불이행에 대하여는, 손해배상이나 위반상태 제거 등의 사후적 구제수단은 별론으로 하고, 적어도 간접강제에 의한 집행에 있어서 시간적 공백이 존재하게 되는데, 그 공백은 본안판결 시에 간접강제결정도 함께 한다면 해소될 수 있을 것으로 보이는 측면이 있다.

(3) 그러나 본안재판절차와 강제집행절차는 준별되는 절차로서 각각의 절차를 규율하는 법률도 별도의 단행법으로 되어 있다. 만일 위와 같은 공백 기간을 없애야 할 필요성이라는 관점에서 본다면, 예를 들어 금전지급을 명하는 본안판결에서 부동산이나 채권의 압류명령등도 함께 할 수 있다는 결론에 이르게 될 것이나, 이렇게 하여서는 양 절차의 구별은 무너지게 되고 아래와 같은 문제점이 생긴다.

우선, ④단계에서 하여야 할 판단을 ①단계로 앞당기게 됨으로써 그 판단의 기준시 및 자료제출 기한이 지나치게 제한된다. 특히 본안판결에 대한 상고가 있는 경우에는 간접강제에 대한 판단기준시가 되는 사실심 변론종결 시와 그 간접강제결정이 내려지는 시점에 해당하는 상고심 판결선고 시 사이의 시간적 간격이 더욱 커진다.

또한 본안판결과 함께 간접강제결정을 하는 경우에 간접강제결정 부분만 불복하는 때에는, 즉시항고(민사집행법 제261조 제2항)로 불복할 것을 항소나 상고의 방법으로 불복하게 됨으로써 그 심리에 상대적으로 장기간이 소요되는바, 일반법리에 따를 경우에 비하여 ①단계가 지나치게 장기화되어 전체적으로 간접강제의 집행, 즉 ⑤단계에 도달하기까지의 기간이 더 장기화됨으로써, 집행의 실효성을 위하여 공백기간을 단축한다고 하는 위 (2)항과 같은 취지에 오히려 반하게 된다.

더구나 간접강제결정에 대한 즉시항고에는 집행정지의 효력이 없으므로(민사집행법 제15조 제6항),집행의 지연이라는 효과는 없지만, 항소나 상고로 불복하는 경우에는 종국적으로 집행의 지연을 피할 수 없다.

한편 판결에 의한 강제집행에 이르기까지의 시간적 공백의 문제는 가처분 제도에 의하여 해결함이 법체계에 부합하는바, 다만 법원이 그 보전의 필요성을 인정할 수 없다고 판단하는 경우에 있어서는 제한적으로나마 여전히 본안판결에서의 간접강제결정의 필요성이 있다고 볼 여지가 있기는 하나, 특정한 사건에 있어서 법원의 판단이 그러하다면 그 연장선상에서 위와 같은 '공백 기간'에 대하여도 일반절차와 다른 특별한 권리구제절차를 강구할 필요가 없다는 결론으로 이어질 것이므로,

역시 간접강제결정을 함께 할 필요성을 인정할 수 없게 된다.

다. 따라서 원고들의 간접강제 청구는 받아들이지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면 원고들의 청구는 위 인정 범위에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고들 및 피고들의 항소를 모두 기각하고(다만 당심에서의 청구 감축으로 제1심판결의 주문 제2항이 변경되었다), 가집행은 붙이지 아니하기로 하여(이 사건에서 원고들은 가집행을 따로 신청하고 있지도 않거니와 원고들이 장기간 피고들의 이 사건 동시재송신에 대하여 권리를 행사하지 않았던 사정 등을 감안하면 가집행을 붙이지 아니할 상당한 이유가 있다)주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이기택
판사 기우종
판사 김동규

[별지] 생략

■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■

서울중앙지방법원 2010. 9. 8. 판결 2009가합132731
【저작권등침해정지및예방】

원　고　　1. 한국○○공사
　　2. 주식회사 ○○
　　3. 주식회사 ○○
피　고 1. 주식회사 ○○
　　2. 주식회사 ○○
　　3. 주식회사 ○○
　　4. 주식회사 ○○
　　5. 주식회사 ○○

변론종결　　2010. 7. 21.
판결선고　　2010. 9. 8.

주　문

1. 원고들의 이 사건 소 중 별지1 목록 기재 각 디지털 지상파방송프로그램과 관련된 부분을 각하한다.
2. 피고들은 2009. 12. 18.부터 새로이 피고들의 종합유선방송 상품에 가입한 수신자들에게 원고들이 송출하는 별지2 목록 기재 각 디지털 지상파방송신호를 동시재송신하여서는 아니 된다.
3. 원고들의 피고들에 대한 나머지 청구를 기각한다.
4. 소송비용 중 40%는 원고들이, 나머지 60%는 피고들이 각 부담한다.

청구취지

주문 제2항 및 피고들은 이 사건 소장 송달일 다음날부터 새로이 피고들의 종합유선방송 상품에 가입한 수신자들에게 원고들이 송신하는

별지1 목록 기재 각 디지털 지상파 방송프로그램을 동시재송신하여서는 아니 된다. 피고들이 위 명령 또는 주문 제2항의 명령을 위반하는 경우 해당 원고들에게 위반일 수 1일마다 각 1억 원씩을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고들은 각 방송법에 의한 방송국 허가를 얻어 지상파방송 사업을 영위하고 있고, 피고들은 방송법에 의한 종합유선방송사업 허가를 얻어 각기 서울 양천구, 강동구, 서초구, 영등포구, 강서구 등지에 방송설비, 전송망 등을 구비하여, 가입자에게 상품 종류에 따라 수십 개에서 많게는 100개가 넘는 방송채널을 제공하는 다채널 유선방송 사업을 영위하고 있다.

나. 그런데 피고들은 현재 위 사업을 통해 가입자에게 홈쇼핑 등 유선방송 전용 채널을 제공하고 있을 뿐만 아니라, 원고들이 지상의 송신탑 등을 통해 공중에 송출하는 별지2 목록 기재 각 디지털 지상파방송(이하 '이 사건 방송'이라 한다)의 방송신호를 수신한 후 실시간으로 위 방송신호를 직접 또는 디지털 유선방송용 셋톱박스(Set-top Box, 외부에서 들어오는 신호를 받아 적절히 변환하여 텔레비전으로 그 내용을 표시해주는 장치, 이하 'STB'라 한다)를 거쳐 가입자가 보유한 텔레비전에 재송신하고 있다.

[인정근거]

다툼 없는 사실, 갑 제1, 3호증, 을 제18호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고들

원고들은 이 사건 방송을 통하여 송신하는 프로그램을 직접 제작하거나 그 제작자들로부터 프로그램에 관한 권리를 양수하는 등으로 그 프로그램에 관한 저작권을 보유하고 있을 뿐만 아니라, 방송사업자의 지위에서 저작인접권도 보유하고 있다. 따라서 원고들은 방송 프로그램에 대한 저작권자 또는 저작인접권자로서 이를 공중에 송신하거나, 그 방송을 동시중계방송할 수 있는 배타적 권리를 가진다.

따라서 피고들이 원고들의 동의 없이 이 사건 방송을 동시재송신하는 행위는 원고들의 위 권리들에 대한 침해에 해당하므로 그 침해의 중지를 구하되, 기존 가입자들에게까지 일시에 피고들의 방송신호가 수신되지 아니하는 경우 초래될 불편을 고려하고, 피고들에게 필요한 조치를 취할 최소한의 기간을 허여하기 위하여 이 사건 소장 송달일 다음날부터의 신규가입자들에 대하여만 동신재송신의 금지를 구한다.

나. 피고들

1) 피고들이 이 사건 방송을 가입자에게 재송신하는 행위는 방송권역 내 거주자라면 누구나 무료로 시청이 가능한 지상파방송에 대하여 보다 편리한 시청이 이루어질 수 있도록 가입자의 방송 수신을 단순히 도와주거나 보조하는 행위에 불과하므로, 가입자의 수신행위가 원고들의 저작권법상 각종 권리에 대한 침해가 되지 않는 이상, 피고들의 위 행위도 침해에 해당하지 아니한다.

2) 피고들을 비롯한 종합유선방송사업자들은 이미 수십 년 전부터 난시청 해소 및 방송품질의 보장을 원하는 원고들과의 묵시적 합의에 따라 지상파방송을 재송신하는 서비스를 제공해왔고, 원고들도 최근까지

재송신에 대하여 이의를 제기하거나 대가의 지급을 요구한 적이 없으며, 오히려 종합유선방송사업자들에게 재송신 권한이 있음을 전제로 지금까지 여러 차례 채널번호 변경이나 방송 품질과 관련한 협조 요청까지 한 적이 있으므로, 이 사건과 같은 재송신 중단 요구는 위 묵시적 합의에 대한 위반으로 허용되지 아니한다.

3) 원고들은 수십 년 동안 피고들을 비롯한 종합유선방송사업자들에게 단 한 차례도 방송신호 사용료의 지급을 요구하는 등으로 자신의 권리를 행사한 적이 없었다. 또한 원고들은 방송행위와 관련하여 광고 수익만을 얻을 수 있는데, 피고들이 이 사건 방송을 재송신한다고 하더라도, 원고들은 위 광고 수익을 그대로 얻을 수 있을 뿐만 아니라, 오히려 피고들의 위 재송신 행위로 인하여 그 방송권역 내에서 더 많은 사람들이 고품질의 방송을 시청할 수 있게 되어 위 광고 수익을 증대시킬 수 있다고 할 것이다. 그런데 원고들이 이제 와서 갑자기 재송신의 금지를 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되거나 권리남용으로서 허용되지 아니하고, 피고들의 위 재송신 행위는 원고들의 어떠한 이익도 침해한다고 할 수 없어 저작권법상의 침해에 해당하지도 아니한다.

4) 피고들의 현재 유선방송 송출 시스템으로는 원고들 주장과 같이 가입자를 구별하여 이 사건 방송을 송출하는 것이 기술적으로 불가능하고, 원고들이 이 사건을 통하여 취득하고자 하는 사용료 등은 결국 시청자의 부담으로 귀결될 것이므로, 방송사업자로서 공익적 지위와 시청자들의 시청권을 보호하여야 하는 의무가 있는 원고들의 입장과 모순된다.

3. 원고들의 이 사건 방송에 관한 저작권법상 권리

가. 공중송신권

원고들은 직접 제작하거나 타인으로부터 저작권을 취득한 방송 프로

그램에 대하여 저작권을 행사할 수 있고, 이 경우 원고들은 저작권법 제18조에 정해진 공중송신권의행사로서 그 방송 프로그램을 공중(특정 다수인을 포함한다. 저작권법 제2조 32호 참조)이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선 통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공할 권리가 있다.

나. 동시중계방송권

동시중계방송이란 다른 곳으로부터 방송신호를 수신하는 동시에 이를 다시 외부에 송신하는 것을 의미한다. 따라서 동시중계방송권을 가지는 원고들은 자신이 특정 지역에서 송출한 방송신호를 다른 지역에 설치한 안테나 등을 통해 수신하여 이를 해당 지역에 재송신할 권리가 있을 뿐만 아니라, 제3자에게 위와 같은 방식의 재송신을 허용하거나 무단 재송신 행위를 금지할 수 있는 권리를 가진다.

4. 이 사건 소 중 별지1 목록 기재 각 방송프로그램 부분에 대한 판단

원고들은 이 사건 방송 프로그램에 대한 저작권자로서 피고들에 대하여 공중송신권을 행사하여 별지1 목록 기재 각 디지털 지상파방송프로그램의 동시재송신의 금지를 구하고 있다.

민사소송에 있어서 청구의 취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아 볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 그 특정 여부는 직권조사사항이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에 법원은 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2904 판결 참조).

이 사건 방송 프로그램은 다양한 영상저작물로 구성되어 있고 그 중에는 원고들이 저작권을 보유하고 있는 저작물도 있을 것이다. 그러나 갑 제6호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고들이 저작권

자체를 취득하지 못한 채 단순히 그 이용권만을 취득하여 방송하는 외주제작 프로그램이 존재하고 있는 사실, 방송광고 등 일정한 저작물에 대하여는 광고주 또는 광고제작업체가 저작권을 보유하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 각종 뉴스 프로그램도 저작권법 제7조 제5호의 '사실의 전달에 불과한 시사보도'에 해당하여 저작권법의 보호를 받을 수 없는바, 위와 같은 경우 원고들이 저작권자가 될 수 없으므로, 이러한 영상저작물에 대하여 원고들은 동시중계방송권 등 저작인접권을 행사할 수 있을 뿐 저작권인 공중송신권을 행사할 수는 없다.

위와 같이 이 사건 방송 프로그램에는 원고들이 공중송신권을 주장할 수 없는 것도 포함되어 있으므로, 원고들이 공중송신권에 기한 재송신 중단을 주장하기 위해서는 우선 그 권리의 대상이 되는 프로그램을 특정할 필요가 있다고 할 것이다. 그런데 원고들은 소장에서 이 사건 방송 프로그램의 재송신에 대한 포괄적인 금지를 구하다가 2010. 3. 10. 청구취지를 변경을 하면서 "피고들은 동시재송신 행위로 나날이 새로운 원고들의 저작권을 침해하고 있고, 프로그램을 특정하게 될 경우 현재 방영 중인 저작물의 방송이 종료하게 되면, 소의 이익이 없어 각하될 우려가 있기 때문에 장래 방송될 프로그램을 현재 특정할 수 없다. 따라서 별지1 목록 기재와 같이 '원고들이 저작권을 보유하는 프로그램'으로 소송물을 특정하는 것으로도 청구취지의 특정이 족하다"고 주장한다.

그러나 원고들이 당해 프로그램에 관하여 저작권을 보유하는지 여부는 판결 선고 후 집행단계에서 자명하다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 위와 같은 원고들의 청구취지 변경과정 및 원고들의 주장, 청구의 성질 등을 고려하면, 원고들이 이 부분 청구취지를 추후 판결의 집행이 가능할 정도로 구체적으로 특정하는 것은 실질적으로 불가능하다고 보여지므로, 결국 이 부분 청구는 부적법하다.

5. 동시중계방송권 침해 여부

가. 방송의 수신행위 및 그 허용 한계

1) 방송신호를 전송하는 행위는 필연적으로 상대방이 이를 수신할 수 있음을 그 전제로 하고 있고, 특히 전파를 이용한 지상파방송의 경우에는 방송권역 내에서 수신이 이루어지는 이상 그 수신자에 아무런 제한을 두고 있지 않으므로, 동시중계방송권은 방송의 송신에 관한 독점적·배타적 권리를 의미할 뿐 위 권리에 기하여 상대방의 수신행위를 제한할 수는 없다. 따라서 시청자가 옥외에 있는 안테나에서 수집한 방송신호를 케이블을 통해 개별 세대 안에 있는 텔레비전으로 전송하는 방식으로 그 수신을 하는 것은 허용되고, 이 경우 안테나는 개별 세대가 직접 설치하거나, 집합건물의 공시청 설비로서 설치할 수도 있다.

2) 수신자들이 보다 편리하게 고품질의 방송화면을 시청할 수 있도록 유상 또는 무상으로 방송신호 수신을 위한 상품이나 서비스를 제공하는 행위, 즉 수신자에 대한 안테나 및 그 부속 설비의 판매·설치, 난시청 가구를 위한 방송신호 증폭 설비의 제공 및 위 각종 설비의 수리 업무 등은 시청자의 방송수신을 도와주는 것으로, 시청자의 행위로 평가되는 한 원칙적으로 허용된다고 봄이 상당하다.

그러나 방송신호를 수신하는 동시에 이를 다시 외부에 송신하는 것은 저작권법상 보호되는 방송사업자의 동시중계방송권과 충돌할 수 있으므로, 당해 행위의 성질과 태양, 당해 행위 과정에서 행위자 및 시청자의 각 역할 내지 당해 행위에 대한 지배의 정도, 당해 행위의 구체적 내용, 당해 행위의 결과로 행위자가 얻을 이익 등을 고려하여 이러한 상품이나 서비스가 시청자의 수신을 단순히 도와주는 정도를 넘어 사실상 독자적인 방송사업에 해당하는 것으로 판단될 경우, 이는 수신을 도와주거나 보조하는 행위의 범주를 벗어나므로 허용되지 아니한다.

나. 동시중계방송 해당 여부

위와 같은 기준에 따라 다음과 같은 법리, 사정 등에 비추어 보면, 피고들이 현재 실시하고 있는 이 사건 방송 재송신의 법적 성격은 가입자가 디지털 지상파방송을 편리하게 수신할 수 있도록 단순히 도와주는 기능만을 수행하는 행위라고 할 수 없고, 피고들이 주체가 되어 행하는 독자적인 방송행위라고 할 것이어서, 저작권법상 동시중계방송에 해당한다고 봄이 상당하다.

1) 수신설비 등의 관리 형태

방송신호를 재송신하는 행위가 수신을 단순히 도와주는 행위가 아니라 동시중계 방송에 해당하기 위해서는 방송신호를 받아 이를 수신자에게 기계적으로 전달하는 기술적 행위가 있는 것만으로는 부족하고, 사회일반의 관념으로 볼 때 그 행위자가 수신자와는 독립한 지위에서 수신자의 영역으로 방송신호를 송신한 것이라고 평가할 수 있어야 한다. 그러므로 수신자의 의사를 대행하거나 수신자를 대표하여 방송의 수신 및 전송 행위를 하는 것은 저작권법에 의하여 금지되는 동시중계방송에 해당한다고 보기 어렵다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2008도1724 판결 등 참조).

그런데 갑 제1, 3, 23, 34호증, 을 제18호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 입주자들의 결의에 따라 그 자치적인 관리 아래 아파트에 설치되는 공동수신설비와 달리, 피고들은 수신료 징수 등 이익을 얻기 위한 목적에서 유선방송 전용 채널을 전송하는 것과 더불어 지상파방송 난시청 세대를 가입자로 흡수하기 위한 차원에서 독자적으로 안테나 등 관련 설비를 갖춰 이 사건 방송을 수신한 후 이를 가입자에게 재송신하는 서비스를 제공하고 있는 사실, 이 사건 방송을 수신하기 위한 설비는 피고들이 독립적으로 관리하고 있고, 가입자는 피고들이 제공하는 채널과 서비스에 대한 이용 여부만을 소극적으로 결정할 수 있을 뿐 적극적으로 수신설비의 설치 및 관리방법 등을 결정할 수

없는 사실, 피고들은 이 사건 방송 채널 사이에 상대적으로 수익성이 좋은 홈쇼핑 채널을 배치하여 그 시청률을 높임으로써 상당한 경제적 이익을 얻고 있는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 아파트 입주자들이 자체적으로 아파트 공동수신설비를 이용하여 실시하는 재송신과 피고들이 행하는 재송신은 그 설비 및 관리의 주체, 영업의 규모 및 방법등에서 현저한 차이가 있으므로, 피고들이 가입자를 대행하여 이 사건 방송을 재송신하는 것으로 보기는 어렵다.

2) 영업행위

갑 제1, 3호증, 을 제19호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 종합유선방송 가입자의 상당수는 종합유선방송이 제공하는 채널의 시청보다는 지상파방송을 깨끗한 화질로 시청하고자 종합유선방송에 가입하고 있는 사실(방송통신위원회가 2007. 7.경 종합유선방송 가입자를 상대로 실시한 조사에서, 응답자 중 53.5%가 지상파방송 난시청을 해소하기 위하여 종합유선방송에 가입하였다고 하였다), 피고들은 가입자에게 이 사건 방송을 포함한 각종 방송채널을 제공하는 대가로 유선방송 상품 종류에 따라 월 4,000원부터 33,000원 사이에서 책정된 이용료를 지급받고 있는 사실을 인정할 수 있다.

그런데 이러한 방식으로 받고 있는 이용료는 수신설비의 관리 및 유지 비용과 직접적인 관련을 가지고 있지 않고 있으며, 피고들이 수신설비 관리 및 유지에 실제로 소요되는 비용을 초과하는 이용료를 가입자로부터 지급받고 있는 이상, 피고들은 실질적으로 위 시설을 이용한 이 사건 방송의 재송신을 통해 가입자로부터 시청료를 받는 영업을 하는 것으로 볼 수 있다.

3) 방송신호의 변경

수신을 도와주는 행위로서 허용되는 것은 원칙적으로 지상파 방송국이 송신한 방송신호를 가공하지 않고 그대로 수신자에게 전달하여야 하고, 가사 난시청으로 인하여 전파를 가공할 필요성이 있다고 하더라도 이는 전파 증폭 등 정상적인 방송 시청을 가능하도록 하기 위해 요구되

는 최소한의 조치에 그쳐야 하므로, 방송신호의 주요한 특성을 변경하는 것은 그 허용 범위를 벗어나는 것이 된다.

피고들은 이 사건 방송을 송신된 상태 그대로 가입자에게 재송신하는 것이 아니라, 그 주파수를 변경하거나 이 사건 방송에 가상 채널을 부여하여 다수의 유선방송전용 채널과 묶어 하나의 상품으로 제공하기 위한 목적에서 그 방송신호를 가공하고 있는 사실을 자인하고 있고, 특히 피고 주식회사 ○○○헬로비전은 원고들이 8VSB(8-level Vestigial Sideband, 이하 '8VSB'라 한다) 방식으로 송출하는 이 사건 방송 신호를 수신한 후 피고들의 디지털방송 표준방식인 QAM(Quadrature Amplitude Modulation) 방식으로 변조한 후 이를 송신하고 있는바, 이는 방송신호의 기본 특성을 유지한 채 수신자에게 전송하는 행위의 범주를 넘어선다 할 것이다.

4) 방송법 규정의 해석

① 방송법 제78조는 피고들과 같은 종합유선방송사업자가 의무적으로 지상파방송 중 특정 공영방송(이 사건 방송은 해당되지 아니함)을 동시재송신하도록 하면서(제1항), 이 경우 저작권법 제85조의 동시중계방송권에 관한 규정은 적용하지 아니하도록 하고 있는바(제3항), 이는 종합유선방송사업자가 지상파방송을 동시재송신하는 경우 원칙적으로 저작권법상 동시중계방송권에 관한 규정이 적용됨을 전제로 하는 것이다. 그런데 피고들은 종합유선방송사업자로서 방송법에 따라 의무적으로 동시재송신하여야 하는 특정 공영방송과 이 사건 방송을 동일한 방식을 이용하여 함께 재송신하고 있다.

따라서 의무적인 동시재송신 규정이 적용되지 않는 이 사건 방송에 대하여는 원고들이 여전히 저작권법상 동시중계방송권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다.

② 이에 대하여 피고들은, 유선방송수신관리법(1986. 12. 31 법률 3914호로 폐지 되기 전의 것) 및 유선방송관리법(2000. 1. 12 법률 제6139호로 폐지되기 전의 것)이 중계유선방송사업자들의 방송 범위를

정할 때에 지상파방송을 재송신할 수 있는 것으로 하면서도 동시중계방송권 제한규정을 두지 않았고, 중계유선방송사업자에 의한 지상파 동시재송신 행위와 종합유선방송사업자에 의한 지상파 동시재송신 행위는 실질적으로 동일한 형태의 재송신이라 할 것인데, 1991. 12. 31. 종합유선방송법(법률 제4494호)이 제정되면서 비로소 지금의 방송법 제78조 제3항과 같은 내용의 규정이 생겼던 것에 비추어 보면, 방송법 제78조 규정은 방송권역 외 동시재송신의 경우 발생할 수있는 저작권 침해 논란을 방지하기 위해 마련된 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 현행 방송법 제78조 제3항은 의무재송신 규정이 마련됨과 동시에 등장한 것으로, 방송법 제78조 제1항 단서에 비추어 피고들 주장과 같이 해석하기 어렵고, 시청자들이 원고들의 방송권역 내에서 이 사건 방송을 수신하는 경우라고 하더라도, 종합유선방송사업자의 재송신 행위에 대해 원고들이 저작권법상 동시중계방송권을 행사할 수 있도록 규정한 것이라고 봄이 타당하다.

③ 또한 피고들은, 방송법 제78조 제4항에 의하면 종합유선방송사업자는 지상파 방송을 원래의 방송구역 외에서 동시재송신하고자 하는 경우에만 방송통신위원회의 승인을 받을 필요가 있으므로, 방송구역 내의 동시재송신은 별다른 제약 없이 자유롭게 실시할 수 있다는 취지로 주장한다. 그러나 위 조항은 일정 지역 내에서만 방송사업을 할 수 있도록 허가받은 종합유선방송사업자가 유선방송 등을 통해 우회적인 방법으로 그 방송권역을 확장하는 것을 방지함으로써 위성방송사업자와 인터넷텔레비전(Internet Protocol Television, 이하 'IPTV'라 한다) 사업자 등 방송매체 간 균형발전을 도모하기 위한 목적으로 승인 절차를 도입한 것에 불과하므로, 동시재송신에 따른 당사자 사이의 저작권 문제에는 아무런 영향을 미치지 아니한다고 볼 것이다.

5) 기타

피고들이 제공하는 설비는 다수의 시청자를 상대로 한 통합적인 시스템으로, 특정 가입자에게만 그 방송을 전달하는 것이 아니라 모든 가입

자에게 상시적으로 이 사건 방송을 재송신하는 것이다. 또한, 재송신되는 방송은 시청자가 이 사건 방송을 직접 수신하는 경우에 비하여 약 2 ~ 3초 늦게 가입자의 텔레비전에 도달한다.

다. 소결론

따라서 피고들이 원고들의 동의를 얻지 아니하고 이 사건 방송을 재송신하는 행위는 방송사업자인 원고들의 동시중계방송권을 침해하는 것이다.

6. 피고들의 주장에 대한 판단

가. 재송신에 대한 묵시적 합의 여부

갑 제4, 13, 14호증, 을 제1 내지 9, 11 내지 15, 21, 25, 32, 39호증의 각 기재, 증인 ○○○의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 난시청 해소 및 지상파방송의 품질 확보 등을 위한 목적으로 1961. 8. 24. 유선방송수신관리법(제정 당시에는 주로 라디오 방송에 적용되었으나 1960년대 후반 텔레비전의 보급과 함께 텔레비전 방송에도확대 적용되었다)이 제정되어 유선방송이 도입된 무렵부터 중계유선방송사업자들은 지상파방송을 수신하여 이를 가입자에게 동시재송신해 온 사실, 1991. 12. 31.에는 다채널방송을 위한 종합유선방송법이 제정되었는데 위 법에 의하여 탄생한 종합유선방송사업자들도 종전의 중계유선방송사업자들과 마찬가지로 가입자에게 지상파방송을 동시재송신해 온 사실, 피고들도 1994년경 이후 설립된 이래 동시재송신 사업을 영위해 온 사실, 디지털방송 전환과 관련된 전반적인 사항을 논의하여 정책에 반영하기 위해 2000년부터 2005년까지 총 4기에 걸쳐 구성된 디지털추진위원회의 협의 과정에서 초기 종합유선방송사업자들은 디지털 지상

파방송 재송신에 대해 반대 입장을 보였으나, 정부 및 지상파방송사업자측이 지상파방송 재송신을 요구하여 지상파방송을 재송신하기에 이르렀고, 이에 따라 전송망 설비 투자를 한 사실, 제4기 디지털추진위원회에서 재송신 방식에 대해 중점적으로 논의를 하여 지상파방송사업자측의 요구 방식인 8VSB방식이 채택된 사실, 제4기 디지털추진위원회의 제안에 따라 방송위원회가 구성한 디지털방송전환추진점검단은 2006. 2. 통합 STB 개발 및 보급 확대 방안 마련을 위해 방송통신위원회의 정책지원이 필요하다는 보고서를 작성한 사실, 원고들은 자신들이 속한 한국방송협회를 통하여 2008. 7. 18. 피고들을 비롯한 종합유선방송사업자들의 단체인 '한국케이블TV방송협회'에 공문을 발송하여 이 사건 방송 재송신의 중단을 요구하기 전까지 상당 기간 동안 중계유선방송사업자 또는 종합유선방송사업자의 지상파방송재송신에 대하여 별다른 이의를 제기하지 않은 사실, 오히려 원고들을 그 동안 종합유선방송사업자들을 상대로 이 사건 방송에 특정 채널번호를 부여해달라거나, 지상파방송 수신 장애 및 품질을 파악한다는 명목으로 동시재송신 현황을 조사하는 등 재송신이 이루어지고 있음을 기본 전제로 받아들인 상태에서 단지 그 기술적 방식에 관한 협의를 진행했던 사실, 원고들 등을 회원으로 하여 설립된 한국지상파디지털방송추진협회는 2010. 4. 28. 아날로그 방송의 종료로 인한 디지털 전환과 관련하여 "유료방송(케이블·위성·IPTV) 가입자는 지상파 TV 디지털 전환에 영향을 받지 않습니다. 따라서 기존 상품을 유지하더라도 TV를 시청하는 데에 아무런 문제가 없습니다"라는 광고를 한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 디지털추진위원회는 정부의 디지털 전환정책 추진을 위하여 구성된 자문기관으로서, 위원회에서의 협의 내용을 원고들과 피고들 간의 법적 구속력 있는 논의라고 할 수 없고, 가사 위 인정사실과 같은 원고들의 행위가 지상파방송 재송신을 묵인한 것으로 해석될 여지가 있다고 하더라도 그로써 원고들이 장래 행사할 수 있는 권리까지 포괄적으로 포기한 것으로까지 보기 어려우며, 달리 원고들과 피고들 사이에 이 사건 방송을 무료로 재송신하기로 하는 묵시적 합의가 성립하였음을 인

정할만한 증거가 없다. 나아가 위와 같이 원고들이 2008. 7.경 명시적으로 피고들에게 이 사건 방송의 재송신 중단을 요구하고, 이 사건 소를 제기한 시점에서는 더 이상 묵시적 동의를 인정할 여지가 없다.

따라서 피고들의 묵시적 합의 주장은 이유 없다.

나. 신의성실의 원칙 및 권리남용 등 주장

일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 이러한 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 권리를 행사하지 아니한 기간의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다45827 판결). 그리고 권리 행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리 행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다. 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다고 하여도 그러

한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다58173 판결).

이 사건에서 원고들이 상당 기간 동안 종합유선방송사업자들의 재송신 행위를 문제 삼지 않은 것은 사실이나, 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 원고들의 권리행사가 신의성실의 원칙에 위반되는 것이라거나 원고들의 청구가 오직 피고들에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 그 목적이 있을 뿐 원고들에게 아무런 이익이 없는 경우에 성립하는 권리남용에 해당한다고 보기 어렵다.

① 원고들이 상당 기간 동안 종합유선방송사업자들의 재송신 행위를 문제 삼지 않은 사정만으로는 피고들로 하여금 원고들이 장래에도 자신의 동시중계방송권을 일체행사하지 않을 것으로 믿게 할 만한 정당한 사유가 된다고 보기 어렵다.

② 피고들은 원고들의 권리침해 사실을 부인하고 이 사건 방송의 동시재송신 중단을 거부하고 있는데, 피고들이 무단으로 이 사건 방송을 재송신하는 행위는 저작권법 제136조 제1항에 따른 범죄행위가 될 수 있고, 민사상으로는 불법행위를 구성한다.

③ 원고들은 동시중계방송권을 보유하면서 사용료를 받고 제3자에게 이 사건 방송의 재송신을 허용할 수 있으므로, 피고들이 무단으로 이 사건 방송을 재송신하는 경우 특별한 사정이 없는 한 원고들은 그 사용료 상당의 손해를 입게 된다. 피고들의 재송신 행위에 따라 더 많은 사람들이 이 사건 방송을 용이하게 시청할 수 있게 되는 긍정적 효과도 있으나, 다른 한편으로 시청자들은 종합유선방송에 가입함으로써 이 사건방송뿐만 아니라 유선방송 전용 채널도 수신할 수 있게 되는바, 유선방송 전용 채널의 매출이나 광고시장 점유율이 상승함에 따라 상대적으로 지상파방송의 매출 등이 하락하는 부정적 효과도 함께 발생할 수 있다. 특히 앞서 살핀 바와 같이 종합유선방송 가입자의 상당수는 지상파방송을 깨끗한 화질로 시청하고자 종합유선방송에 가입하고 있으므로, 지상파방송의 재송신이 없다면 종합유선방송의 가입자 수는 현재보다

훨씬 적었을 수밖에 없고, 이에 따라 현재 유선방송 광고의 일부는 지상파방송 등 다른 매체로 옮겨갔을 가능성도 있다. 따라서 피고들의 이 사건 방송 재송신에도 불구하고, 원고들이 방송행위와 관련하여 얻을 수 있는 광고 수익을 그대로 얻을 수 있다고 단정하기도 어렵다.

④ 원고들은 종전까지 위성방송사업자, IPTV사업자로부터 일정한 사용료를 받고 지상파방송의 동시재송신을 허가해왔는데, 최근 이들은 원고들이 유독 피고들을 비롯한 종합유선방송사업자로부터는 동시재송신에 대한 아무런 대가를 징수하지 않는 것에 이의를 제기하며, 계약조건을 변경해 줄 것을 요구하거나 사용료 지급을 거부하고 있다(갑 제4호증의 기재 및 변론 전체의 취지).

7. 침해정지 및 예방 청구에 관하여

피고들은 원고들의 동시중계방송권 침해 사실을 부인하면서 이 사건 방송의 동시재송신 중단 요청을 거부하고 있는바, 그렇다면 원고들은 피고들을 상대로 위와 같은 침해행위의 금지를 청구할 수 있다.

따라서 피고들은 원고들이 구하는 바에 따라, 이 사건 소장 최종 송달일 다음날인 2009. 12. 18.부터 새로이 피고들의 종합유선방송 상품에 가입한 수신자들에게 원고들이 송출하는 이 사건 방송의 방송신호를 동시재송신하여서는 아니 된다.

8. 간접강제 청구에 관하여

원고들은, 피고들이 위 침해금지 등 의무를 위반할 경우 위반일 수 1일마다 각 1억원씩의 비율에 의한 배상금의 지급을 명할 것을 청구하고 있다.

부작위채무에 대한 강제집행으로서 간접강제결정은 이 사건 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 원고들의 별도 신청에 의하여 피고

들에 대한 심문을 거쳐 채무불이행시에 일정한 배상을 하도록 명하는 것이 원칙이므로, 이 사건 판결절차에서 장차 피고들이 그 채무를 불이행할 경우에 대비하여 간접강제를 하는 것은 부작위채무에 관한 이 사건 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 집행권원이 성립하더라도 피고들이 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고 또한 그 판결절차에서 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우에 한하여야 할 것이다(대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결등 참조).

원고들이 2008. 7.경 명시적으로 피고들에게 이 사건 방송의 재송신 중단을 요구한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제5호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 들을 비롯한 종합유선방송사업자들은 위 중단 요구에 대하여 시청자들의 시청권을 보장한다는 공익적 목적 아래 이 사건 방송을 재송신하는 것을 전제로 원고들에게 상호효율적인 해결 방안 모색을 위한 협의를 제안한 사실, 원고들 및 피고들은 상호간에 원만한 해결책을 강구하여 왔으나 합의에 이르지 못하였고, 이에 원고들이 2009. 11. 23. 이 사건 소를 제기하기에 이른 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 비추어 볼 때, 이 법원에서 이 사건 방송을 재송신하는 행위가 원고들의 동시중계방송권을 침해한다는 판단을 한다면, 공익적 지위를 강조하고 있는 피고들은 즉시 시청자들의 시청권 보호를 위해 원고들과의 협의 등을 통하여 원만한 해결방안을 모색할 것으로 보이고, 이러한 점에서 피고들이 단기간 내에 이 사건 방송을 재송신하는 행위를 하지 아니할 의무를 위반할 개연성이 있다고 단정하기 어렵다. 나아가 피고들의 이 사건 방송 재송신 행위로 인하여 원고들이 입을 피해나 피고들이 얻게 될 이익에 관한 구체적이고 객관적인 자료가 제출되지 않아 위 의무위반으로 인한 적정한 배상액을 산정하기도 어렵다.따라서 원고들의 강접강제 청구는 받아들이지 아니한다.

9. 결 론

그렇다면, 이 사건 소 중 별지1 목록 기재 각 방송프로그램 부분은 부적법하여 각하하고, 위 부분을 제외한 나머지 소 중 원고들의 피고들에 대한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 인용하며, 나머지 청구는 이유 없으므로 기각한다.

재판장 판사 강영수
판사 김혜선
판사 최환영

판례색인

(연도순)

부산지법 2006. 8. 10. 판결 2006노1 ····· 77
서울고등법원 2007. 7. 18. 판결 2006나58921 ····· 109
서울고등법원 2007. 8. 22. 판결 2006나72392 ····· 160
서울중앙지법 2007. 11. 29. 판결 2007가합77724 ····· 27
서울고등법원 2008. 5. 14. 판결 2006나21479 ····· 422
서울중앙지법 2008. 7. 10. 판결 2008가합25126 ····· 51
서울고등법원 2008. 10. 29. 판결 2008나4461 ····· 15
서울중앙지법 2008. 10. 31 판결 2006가단53427 ····· 291
서울고등법원 2008. 11. 19. 판결 2008나35779 ····· 184
서울고등법원 2009. 4. 30. 판결 2008나86722 ····· 43
서울고등법원 2009. 5. 27 판결 2006나113835 ····· 518
서울중앙지법 2009. 9. 2. 판결 2009가합7071 ····· 310
서울중앙지법 2009. 10. 22. 판결 2009가합17689 ····· 498
대법원 2009. 10. 29. 판결 2007도10735 ····· 62
서울중앙지법 2009. 10. 29. 판결 2008가합117810 ····· 343
서울중앙지법 2009. 11. 5. 판결 2007가합83132 ····· 236
대법원 2009. 11. 26. 판결 2008다77405 ····· 69
대법원 2009. 12. 10. 판결 2007도7181 ····· 74
서울중앙지법 2010. 1. 13. 결정 2009카합3104 ····· 98
대법원 2010. 1. 14. 판결 2007다61168 ····· 105
서울고등법원 2010. 1. 14 판결 2009나4116 ····· 128
대법원 2010. 2. 11. 판결 2007다63409 ····· 156
서울남부지법 2010. 2. 18. 판결 2009가합18800 ····· 397

대법원 2010. 3. 11. 판결 2009다4343 ····· 174
서울중앙지법 2010. 4. 9. 판결 2009가합66124 ····· 204
대법원 2010. 4. 15. 판결 2009도14298 ····· 213
서울중앙지법 2010. 4. 28. 판결 2009가합78097 ····· 452
서울고등법원 2010. 6. 23. 판결 2009나11742 ····· 217
서울고등법원 2010. 7. 1. 판결 2008나68090 ····· 246
서울중앙지법 2010. 7. 23. 판결 2008나40136 ····· 281
대법원 2010. 8. 25. 결정 2008마1541 ····· 271
서울고등법원 2010. 8. 25. 판결 2009나92144 ····· 302
서울고등법원 2010. 8. 26. 판결 2009나122304 ····· 324
서울중앙지법 2010. 9. 8. 판결 2009가합132731 ····· 562
서울고등법원 2010. 9. 9. 판결 2009나53224 ····· 365
서울고등법원 2010. 10. 13. 판결 2010나35260 ····· 377
대법원 2010. 11. 11. 판결 2009다16742 ····· 412
대법원 2010. 12. 23. 판결 2008다44542 ····· 416
서울고등법원 2011. 1. 13. 판결 2010나48266 ····· 448
헌법재판소 2011. 2. 24. 결정 2009헌바13·52·110(병합) ····· 468
서울고등법원 2011. 4. 13. 판결 2009나111823 ····· 495
서울중앙지법 2011. 4. 13. 판결 2010가단86875 ····· 503
대법원 2011. 6. 9. 판결 2009다52304 ····· 512
서울고등법원 2011. 7. 20. 판결 2010나97688 ····· 543

저작권관계자료 2011-01

한국 저작권 판례집[13]

펴낸 날 2011년 11월
펴낸 곳 한국저작권위원회
서울특별시 강남구 개포동길 619번지 서울강남우체국 6-7층
전화 : 2660-0000(대표) FAX : 2660-0019
인터넷 홈페이지 : http://www.copyright.or.kr
등록 9-178호(1988. 6. 30)
인쇄처 (주)행일미디어 TEL : 403-9111

ⓒ 한국저작권위원회 2011 〈값 10,000원〉

Printed in Korea
K.D.C. : 011.0(총류)
ISBN 978-89-6120-147-6 94010
ISBN 978-89-6120-038-7 (세트)



한국저작권위원회
KOREA COPYRIGHT COMMISSION

9 788961 201476 94010
ISBN 978-89-6120-147-6
ISBN 978-89-6120-038-7 (세트)