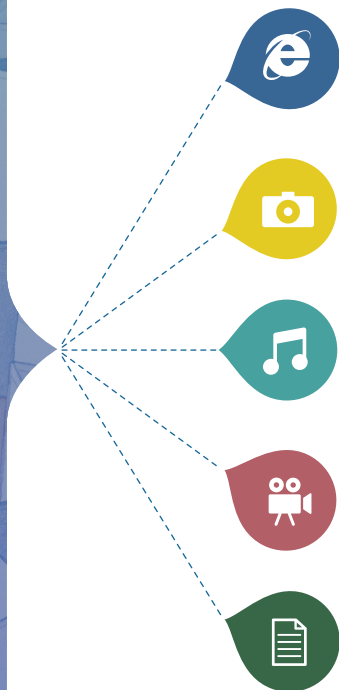




# 판례로 풀어보는 저작권 상담사례



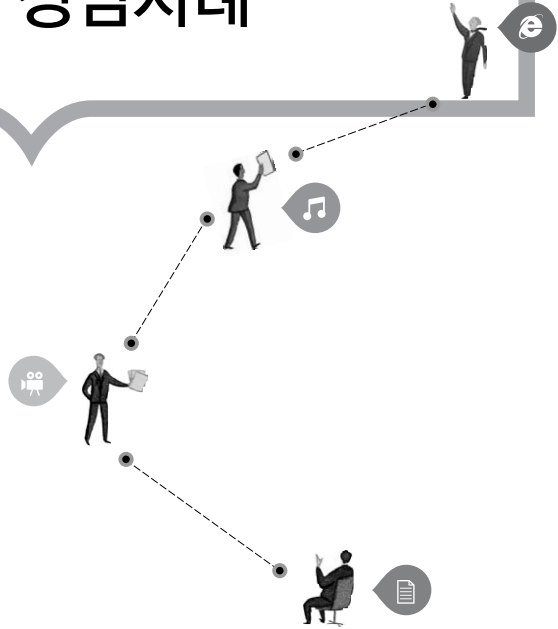
판례로 풀어보는  
**저작권 상담사례**

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

퍼 낸 날	2010년 12월
퍼 낸 곳	한국저작권위원회 서울시 강남구 개포동길 619 서울강남우체국 6~7층 전화 02-2660-0000(대표), FAX 02-660-0039 인터넷 홈페이지 <a href="http://www.copyright.or.kr">http://www.copyright.or.kr</a>
디 자 인	디자인집 02-521-1474
등 록 번 호	ISBN978-89-6120-088-2(94010) ISBN978-89-6120-038-7(세트)

〈비매품〉

판례로 풀어보는  
저작권 상담사례



## 발 간 사

저작자의 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지한다는 막중한 임무를 수행하기 위하여 지난 2009년 7월 23일 통합 한국저작권위원회가 출범하였습니다.

문화가 곧 경쟁력인 시대를 맞이하여 창의력 있는 문화 콘텐츠가 국가경쟁력을 좌우하는 핵심가치로 자리매김하면서, 그 산업적 중요성도 나날이 커져 가고 있습니다. 그리고 이러한 시대적 흐름 속에서 문화산업의 기반이라 할 저작권의 중요성 역시 커지고 있습니다. 따라서, 문화산업의 발전과 건전한 저작권 질서의 확립은 서로 떼어 놓을 수 없는, 수레의 두 바퀴라 할 것입니다.

과거에 비해 저작권에 대한 인지도나 저작권 보호의 필요성에 대한 국민 의식이 상당 부분 개선되었으나, 아직도 많은 자본과 노력을 투자한 우수한 문화 콘텐츠들이 불법 이용되고 있는 것이 현실입니다. 이에 우리 위원회는 저작자가 땀 흘려 만든 창작물을 소중히 여기고 이에 대해 정당한 대가를 지불하는 것은 누구나 지켜야 할 사회적 양심이자 윤리라는 국민의식을 확립하기 위하여 저작권 교육과 홍보활동을 지속해 오고 있습니다. 이러한 노력의 일환으로 저작권 관련 사항이나 분쟁사안을 문의할 수 있는 법률상담 서비스를 온·오프라인으로 운영하고 있으며, 축적된 상담사례를 토대로

저작권 관련 업무를 수행하는 실무종사자와 저작권에 대한 전반적 이해를 필요로 하는 일반인들에게 현실적인 저작권 정보와 자료를 제공하려는 목적으로 상담사례집을 발간, 배포하고 있습니다.

「판례로 풀어보는 저작권 상담사례」는 그간 법률상담 업무를 진행하는 과정에서 구체적인 저작권 판례를 요구받은 경우가 많았음에 착안하여, 실제로 문의 비중이 높았던 상담사례와 관련 판례를 알기 쉽게 소개하는 데 주안점을 두었습니다. 금번 사례집은 저작권 관련 분쟁들에 대하여 실제 판례를 토대로 한 해석을 수록함으로써, 저작권 분쟁 해결에 구체적이고 현실적인 가이드로서 역할할 것으로 기대하고 있습니다.

모쪼록 본 상담사례집이 저작권 관련 실무종사자와 일반국민들에게 유익하게 활용되기를 바라며, 본서의 원고를 집필해 준 우리 위원회 민원상담팀 이지호, 이휘주님과 감수를 맡아 주신 인하대학교 법학전문대학원 김원오 교수님께 감사드립니다.

2010년 12월

한국저작권위원회 위원장 이보경

# 차례

## 저작권 보호대상

1. 저작물의 창작성 | 저작권법에서 보호받는 창작성의 정도는? 17  
    **관련판례** “세탁학기술개론” 사건
2. 단문의 저작권 보호 | 광고문구, 슬로건 등의 저작권 19  
    **관련판례 1** “하이트 맥주” 사건  
    **관련판례 2** “왕의 남자” 사건
3. 이론 및 방법의 저작권 | 학문연구 중 독창적인 이론을 개발하였다 22  
    **관련판례** 희랍어 분석방법 사건
4. 사실 전달에 불과한 뉴스기사의 저작권 | 뉴스도 저작권으로 보호되는가? 25  
    **관련판례** “연합뉴스” 사건
5. 지도의 저작물성 | 지도가 저작권법으로 보호받는 범위는? 28  
    **관련판례 1** 지도의 저작물성과 공통의 오류  
    **관련판례 2** 춘천시 관광지도 사건  
    **관련판례 3** 3D 지도 사건
6. 홈페이지의 저작물성 | 홈페이지가 편집저작물에 해당하는지 여부 35  
    **관련판례 1** 홈페이지의 편집저작물성 긍정  
    **관련판례 2** 홈페이지의 편집저작물성 부정
7. 음란물의 보호 | 부도덕한 내용이나 음란물도 저작권법의 보호대상이 될 수 있는가? 39  
    **관련판례** “플래쉬’ 지 사건

## 저작권의 보호범위

1. 제품사진의 저작물성 | 인터넷 쇼핑몰의 제품사진을 스크랩하는 것은? 45  
    **관련판례** “남부햄” 사건
2. 실용품의 저작권 | 저작권법상의 응용미술저작물이란? 48  
    **관련판례 1** “히딩크 넥타이” 사건  
    **관련판례 2** “팻 독” 사건  
    **관련판례 3** “묵주반지” 사건  
    **관련판례 4** “반짝이 곰” 사건
3. 기능적 저작물 | 저작권법상 설계도의 보호 54  
    **관련판례 1** 아파트 평면설계도 사건  
    **관련판례 2** 화상전송설비도면 사건
4. 게임의 보호범위 | 게임의 규칙이나 방법 등도 저작권법의 보호를 받을 수 있는가? 58  
    **관련판례** “봄버맨” 사건
5. 캐릭터의 저작권법적 보호 | 만화나 영화의 캐릭터를 상품에 이용하고자 한다 65  
    **관련판례 1** “탑 블레이드” 사건  
    **관련판례 2** “월트 디즈니” 사건
6. 도면의 보호범위 | 기계설비 도면이 저작권법으로 보호되는 범위와 이를 보고  
    기계를 제작하는 행위가 저작권 침해인지 여부 69  
    **관련판례** 화상전송설비도면 사건



## 저작물 창작 및 유통 관여자의 법적 지위

1. **업무상저작물** | 직원이 창작한 저작물의 저작권 귀속 75  
**관련판례** “몬테소리 교재” 사건
2. **공동저작물과 결합저작물** | 공동저작물의 개념과 공동저작물의 저작재산권 및  
저작인격권 행사 78  
**관련판례 1** 공동저작물의 의미  
**관련판례 2** 만화와 공동저작물 사건
3. **독점적 번역출판권자의 법적지위** | 내가 번역한 도서와 유사한 도서가 판매되고  
있다 86  
**관련판례** “당나귀 귀” 사건
4. **출판설정권자의 권리** | 작가와 설정출판계약으로 책을 출판하고 있는 중  
타 출판사에서 동일한 책이 출판되었다 89  
**관련판례** “전략삼국지” 사건
5. **영상저작물 출연자의 권리** | 학교 홍보 동영상에 출연한 학생 모델이다.  
저작권법상 어떠한 권리가 있는가? 92  
**관련판례** 가라오케 LD 사건

## 저작인격권

1. **성명표시권** | 성명표시권의 의의와 일신전속성 99  
**관련판례 1** 성명표시권의 양도 사건  
**관련판례 2** “황정아” 사건
2. **동일성유지권** | 저작물을 변형하여 이용하고자 한다 103  
**관련판례 1** “롯데” 사건  
**관련판례 2** 지하철역사 벽화 게재  
**관련판례 3** 음악 미리듣기 서비스

## 저작재산권 제한

1. 교과용도서에서의 저작물 게재 | 교육목적용 도서에는 타인의 저작물을 허락 없이  
이용하여도 되는가? 111  
**관련판례** “대학 응용미술교재” 사건
2. 인용의 정당한 범위 | 저작물을 작성하면서 타인의 저작물을 어느 정도까지  
이용할 수 있는가? 113  
**관련판례 1** “플래쉬”지 사건  
**관련판례 2** “소셜마당” 사건
3. 인용의 목적 | 영리적 목적에도 인용 규정이 적용될 수 있는가? 119  
**관련판례 1** 대입본고사 문제지 사건  
**관련판례 2** 오락 프로그램의 영화 일부 이용
4. 저작물을 패러디로 이용 | 저작권법상 패러디의 개념 123  
**관련판례** “콤배콤” 사건
5. 커피전문점에서의 판매용 음반 공연 | 커피전문점에서 매장용 음반을 이용하여  
공연하는 것이 우리 저작권법상 저작재산권  
제한사유에 해당하는가? 126  
**관련판례** “스타벅스” 사건

## 저작권물의 이용허락(계약) 및 양도

1. 계약의 해석 | 저작권 관련 계약 내용의 해석 133  
**관련판례** 법률행위의 해석
2. 매절계약 | 출판에 있어 매절계약의 성격은 무엇인가? 136  
**관련판례 1** “녹정기” 사건  
**관련판례 2** 만화스토리의 매절계약 사건

3. 저작권 양도등록의 제3자 대항력 | 저작권등록의 효력은 무엇이며, 저작권 양도 등록을 하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다는 의미는 무엇인가? 141
- 관련판례** “유로델리세스” 사건

## 저작권 침해 판단기준

1. 음악저작권 침해 | 음악의 경우 몇 마디가 동일하면 표절인가? 147
- 관련판례** “너에게 쓰는 편지” 사건
2. 표절과 저작권 침해 | 영상저작물에 있어 저작권 침해가 인정되는 요건은 무엇인가? 150
- 관련판례 1** (대본과 드라마의 실질적 유사성) “여우와 솜사탕” 사건
- 관련판례 2** (만화와 드라마의 실질적 유사성) “두근두근 체인지” 사건
- 관련판례 3** (소설과 영화의 실질적 유사성) “2009 로스트 메모리즈” 사건

## 엔터테인먼트와 저작권

1. 퍼블리시타권 | 유명인의 성명을 이니셜로 이용 167
- 관련판례** 야구선수의 퍼블리시타권
2. 퍼블리시타권 | 계약기간 종료 후 광고를 이용하는 것은 퍼블리시타권 침해인가? 169
- 관련판례** 계약기간 종료 후 광고이용 사건
3. 초상권과 저작권 | 실제인물을 소재로 한 소설이나 전기 등을 집필하여 출판하고자 한다 174
- 관련판례** “무궁화꽃이 피었습니다” 사건
4. 초상권 | 인격권으로서의 일반인의 초상권 보호 178
- 관련판례** 드라마 속 연주자 얼굴 노출 사건

## 프로그램과 저작권

1. 오픈소스와 저작권 | 오픈소스를 이용하여 만든 저작물과 오픈소스의 관계 183  
**관련판례** 오픈소스를 이용하여 개발한 프로그램
2. 불법복제된 컴퓨터 프로그램의 이용 | 구입한 PC에 이미 여러 프로그램이 설치되어 있다.  
그냥 사용해도 문제가 없는가? 186  
**관련판례** 중고 컴퓨터에 복제되어 있던 컴퓨터프로그램
3. 글자체와 폰트파일의 저작물성 | 글자체와 폰트파일의 저작권법상 보호범위는? 189  
**관련판례 1** 저작권법상 서체의 보호  
**관련판례 2** 폰트파일의 저작권법상 보호
4. 시리얼번호의 게시 | 프로그램의 시리얼번호를 게시한 것이 저작권 침해에  
해당하는지 여부 193  
**관련판례** 시리얼번호 게시 사건

## 인터넷상의 저작물 이용과 저작권 침해

1. 인터넷 페이지 링크와 저작권 | 다른 홈페이지의 게시물을 개인 블로그에  
링크하고 싶다 199  
**관련판례** 인터넷 페이지 링크
2. 온라인서비스 제공자의 책임 | 저작권 침해방조로 인한 민사상 불법행위 성립여부 202  
**관련판례 1** "소리바다" 사건  
**관련판례 2** 인터넷 페이지 링크
3. 스크랩 | 스크랩 행위와 저작권 침해 문제 208  
**관련판례 1** "내저장함" 사건  
**관련판례 2** 스크랩 허용 사진 사건

4. UCC와 공정이용 | 블로그에 다섯 살 난 딸이 가요를 부르는 동영상을  
게시하는 것이 저작권 침해에 해당하는지 여부 213
- 관련판례** UCC 속 유아의 가요 가창 사건

## 북한/외국인 저작물과 저작권의 이용허락 및 양도

1. 외국인 저작물의 보호 | 해외의 저작물을 국내에서 이용하고자 한다 221
- 관련판례** “툼과 제리” 사건
2. 북한 저작물의 이용 | 월북작가의 작품을 이용하고자 한다 224
- 관련판례** “두만강” 사건
- 【참고】** 법정허락제도
3. 준거법의 결정 | 국제적인 저작권 분쟁에 있어, 어느 나라의 법이 적용되는가? 229
- 관련판례** 저작권 침해시의 준거법 결정

## 일리두기

「판례로 풀어보는 저작권 상담사례」는 다음과 같은 원칙에 따라 제작되었습니다.

1. 상담업무를 진행하는 과정에서 실제 문의 비중이 높았던 상담사례와 관련된 판례를 선별하고, 이에 대한 해설을 수록하였습니다.
2. 판결문은 전문을 게재하지 아니하고 개별 사례와 부합되는 쟁점만을 발췌하였습니다.
3. 독자의 편의를 위하여 판결문의 취지는 살리되, 원문의 의미가 변형되지 않는 범위 내에서 간략하게 정리하였습니다.
4. 판례에 하나 이상의 쟁점이 있는 경우, 쟁점에 따라 동일 판례를 다른 사례에서도 이용하였습니다.
5. 기존의 널리 불리던 사건명이 있는 판례의 경우에는 이를 그대로 이용하였고, 사건명이 없는 경우에는 사건의 쟁점 또는 소송 대상 저작물의 명칭 등을 이용하여 사건명을 붙였습니다.
6. 하나의 사례만으로도 독자의 이해가 가능하도록 판례마다 중복되는 법령과 관련 이론은 필요한 범위 내에서 반복 게재하였습니다.



저작권  
보호대상







# 1

## 저작물의 창작성

### 저작권법에서 보호받는 창작성의 정도는?

#### 관련 판례

#### “세탁학기술개론” 사건 (대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 “세탁학개론”의 저자로, 피고가 이를 허락 없이 상당부분 발췌하여 도서 제작에 이용하자 저작권 침해를 주장하였고, 피고는 원고의 도서 역시 기존의 피복관리학교재의 내용들을 토대로 제작된 것으로 저작권법에서 보호할 만한 창작성이 없다고 항변하였다. 이에 법원은 원고의 “세탁학기술개론”이 기존의 교재를 토대로 만들어진 2차적저작물이라는 사안은 별론으로 하더라도 기존의 교재와는 구별되는 편집 등의 창작성이 인정되어 저작물로 성립하므로 원고의 저작물에 대한 피고의 저작권 침해를 인정하였다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술의 범위에<sup>1)</sup> 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되나 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소

1) 구 저작권법의 조항으로 현행법은 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’로 개정되었다.

산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다. 원고의 저작물이 기존의 피복관리학교재를 토대로 하여 2차적저작물로 성립함에 따라, 기존의 교재에 대한 저작권 침해 문제가 발생할 수 있음은 별론으로 하더라도, 2차적저작물로 보호된다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

작가 지망생과 같이 자신만의 작품을 준비하는 사람들이 시중에서 자신이 준비하고 있는 것과 유사한 작품을 접하게 되면 매우 당혹스러울 것이며, 한편으로는 저작권 문제도 스쳐 갈 것이다. 이 같은 경우 먼저 작품을 공개한 사람의 저작권을 후에 공개한 사람이 침해하게 되는 것일까?

저작권법에서 보호하고 있는 저작물은 '인간의 사상 및 감정을 표현한 창작물'이라 규정되고 있다. 특히, '창작성'에 대하여 어느 정도까지의 수준을 창작성이 있다고 보는가에 대한 문의를 자주 접하는데, 상기 판결에서와 같이 저작권법에서 의미하는 창작성이란 그 예술성의 고도한 정도를 의미하는 것이 아니라, 다른 사람의 것을 모방하지 않은 독자적인 감정의 표현을 의미한다. 즉, 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 저작자 나름대로 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있으며 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도를 말한다.

그러므로 저작하는 당시에 타인의 저작물의 존재를 알지 못하고 독자적인 노력으로 창작해 낸 저작물에 대해서는 그 창작자에게 저작권이 부여되며, 기존에 존재하던 저작물의 저작권을 침해하는 것이 아니다. 심지어 두 저작물이 복제한 것과 같이 동일하다 하더라도 그러하며, 두 저작물의 창작자에게 각각 저작권이 부여된다.

## 2 단문의 저작권 보호 광고문구, 슬로건 등의 저작권

### 관련판례 1

#### “하이트 맥주” 사건 (서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나15299 판결)

##### (1) 사건의 요지

피고 회사는 원고로부터 맥주용기에 온도감응장치를 장착하여 병속에 든 맥주의 맛이 가장 좋은 상태를 병에 부착된 표시로서 한눈에 알아볼 수 있도록 하는 기술적 사항과 이를 이용하여 광고를 하는 상품판매전략 아이디어 및 그에 따른 구체적인 광고문안까지 제안받은 다음, 원고의 승낙 없이 광고에 이용하였다. 이에 원고는 자신의 아이디어와 영업비밀, 광고문안에 대한 저작권 침해 등을 주장하였고, 법원은 아이디어나 이론 등의 사상은 저작권으로 보호의 대상이 아니며 해당 광고문구 역시 저작물로 보호할 만한 독창적인 표현형식이 없음을 이유로 침해를 인정하지 않았다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 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 사상은 저작권의 대상이 될 수 없고, 저작권의 침해를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 할 것이다.

열감지 테이프나 열감지 잉크 등의 온도감응수단을 부착하여 가장 맛있는 온도에서 맥주나 음료수를 마실 수 있도록 한 고안에 대하여는 그 광고

나 설명에서도 맛있는 온도를 시각적으로 확인할 수 있다는 내용이 필수적으로 포함되게 되어 있는데, 원고가 제안한 광고문구와 피고가 사용한 광고 문구는 서로 유사하기는 하나 외국의 맥주 광고문구 등과도 유사한 것일 뿐만 아니라 모두 맛있는 온도를 눈으로 알 수 있다는 단순한 내용을 표현한 것으로서, 그 문구가 짧고 의미도 단순하여 그 표현형식에 어떤 보호할 만한 독창적인 표현형식이 포함되어 있다고 볼 여지도 없다 할 것이어서 이 사건 광고문구에 저작권을 인정할 수 있는 창작성을 인정할 수 없다.

## 관련판례 2

### “왕의 남자” 사건 (서울고등법원 2006. 11. 14. 선고 2006라503 결정)

#### (1) 사건의 요지

원고는 희곡 “키스”의 저작자로, “나 여기 있고 너 거기 있어”라는 대사를 본인의 희곡에서 사용하고 있는바, 영화 “왕의 남자”가 자신의 허락 없이 해당 대사를 이용함을 이유로 영화 상영금지가처분신청을 하였다. 이에 법원은 해당 대사는 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 창작성 있는 표현이라 볼 수 없다고 판단하였다.

#### (2) 법원의 판결

“나 여기 있고 너 거기 있어”라는 대사는 일상생활에서 흔히 쓰이는 표현으로 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 창작성 있는 표현이라고 볼 수 없다. 설령 영화 “왕의 남자”가 희곡 “키스”의 저작권을 침해하였다고 하더라도, 이 대사가 영화 “왕의 남자”에서 차지하는 비중이 크지 않은 점 등에 비추어, 영화의 상영 중단을 비롯하여 영화 “왕의 남자”에 대한 사업활동을 중단하도록 하는 결과를 가져오는 가처분의 필요성이 있다고 보기 어렵다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

광고카피, 표어나 슬로건 같은 종류의 글은 그 저작물성을 일률적으로 말하기 어렵다. 저작물은 인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물인데, 단순한 단어 몇 개의 조합으로 이루어진 문장은 일반적으로 그 창작적인 표현이 인정되기 어려울 것이기 때문이다. 단문 중에서도 특히 일상적으로 흔히 쓰이는 언어들로 이루어진 것은 그 저작물성이 인정되기 어렵다. 일상생활에서 쓰이는 문장, 단어들을 저작물로 보호한다면, 그것을 이용하는 이용자들은 항상 권리자의 허락을 얻어야 하므로 이용자들의 일상생활에 커다란 불편을 초래하기 때문이다.

상기 판결에서도 “눈으로 확인할 수 있다”는 문장은 단순한 설명에 그치는 것으로 보아 저작권법에서 보호할 만한 창작성이 있는 것으로 인정하지 않았다. 또한, “나 여기 있고, 너 거기 있어”라는 대사도 일상생활에서 흔히 쓰이는 표현으로 창작성을 인정하지 않아 저작권법으로의 보호를 부정하였다.

덧붙여, 우리 법원은 저작물의 제호 역시 저작물의 표지에 불과하며 창작적인 표현이라고 볼 수 없다는 이유로 저작물로의 보호를 부정하고 있다.<sup>2)</sup> 그러므로 책이나 영화 등의 제목을 이용하는 것은 저작권법 위반사안이 아니다. 독특하게 만들어진 조어나 단어들 역시 그 자체로 창작성이 인정되기는 어려울 것이다. 물론 슬로건이나 캐치프레이즈의 길이가 상당히 길다면 그 안에 창작적인 표현이 포함되어 있을 가능성이 있기에 단문이라 하더라도 개별적인 저작물성의 판단이 필요할 것이지만, 일반적으로 간결한 형식으로 주장하고자 하는 바를 강렬한 느낌으로 전달하는 것을 목적으로 하는 광고문구, 슬로건 등은 저작권으로 보호가 어려울 것이다.

2) “또복이” 사건 대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90판결; “애마부인” 사건 서울고등법원 1991. 9. 5. 자 91라79 결정 등.

# 3

## 이론 및 방법의 저작권

### 학문연구 중 독창적인 이론을 개발하였다

#### 관련판례

#### 희랍어 분석방법 사건 (대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 키-레터스(Key-letters)라는 분석방법론으로 강의록을 작성하였고, 피고가 허락 없이 동일한 희랍어 분석방법론을 자신의 저서에 사용함을 이유로 저작권 침해를 주장한 사건이다. 법원은 피고가 이용한 것은 저작권법에서 보호하지 아니하는 아이디어나 이론으로, 구체적인 표현까지 베끼지 않았음을 이유로 저작권 침해를 인정하지 않았다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하는 것이고(대법원 1979. 12. 28. 선고 79도1482 판결, 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결), 따라서 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물은 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작인격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니한다. 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고, 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니라 할 것이다. 결국 저작권의 보호대상

은 아이디어가 아닌 표현에 해당하고, 저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분에 한하므로 저작권의 침해여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 가지고 대비하여야 할 것이다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결 참조).

그런데 원고의 강의록의 히브리어와 희랍어의 특성과 신약이 희랍어로 구약이 히브리어로 기록되어 있다는 사실에 대한 단순한 기술이거나 희랍어의 학습방법에 관한 것으로서 피고가 독창적으로 창작한 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라, 이러한 학술적인 내용은 저작권의 보호대상인 표현의 영역에 속하는 것이 아니라 보호대상이 아닌 아이디어의 영역에 속하므로 이론을 이용하더라도 구체적인 표현까지 베끼지 않는 한 저작권의 침해로 인정되지 아니할 것인 바, 원고의 저작물이 피고 강의록의 구체적인 표현까지 그대로 베꼈다고 인정되지 아니하므로 피고 저작권의 침해가 있다고 볼 수 없다.

다음으로 희랍어의 문법에 관한 단어의 음절구분과 이를 가로로 그은 선에 수직선을 넣어 도식화하여 그 명칭, 액센트의 종류와 규칙, 액센트의 일반원리 등 희랍어의 문법적 특성에 관한 설명으로서, 위와 같은 문법적 특성은 동일한 사실에 관하여 여러 가지 표현형식이 있을 수 있는 문예작품과 달리 그 성질상 표현형식에 있어서 개성이 있기 어려울 뿐 아니라, 피고가 사용하기 이전부터 보편적으로 사용되어 온 것임을 알 수 있으므로 피고의 강의록 중 위 부분이 독창적으로 표현된 것이라고 인정할 수 없고, 또 위 부분에 관한 설명을 함에 있어서 사용된 용어도 종래부터 사용되어 온 문법용어로서 저작권의 보호대상인 저작물이라고 볼 수 없으므로 원고가 그의 저서에서 피고의 강의록과 유사한 내용을 인용하고 있다 하더라도 저작권의 침해가 된다고 할 수 없다.



세상에는 상대성 이론이나 피타고라스 법칙과 같은 학술적인 것부터 요리 법이나 화장법에 이르기까지 수많은 이론과 방법들이 있다. 이러한 이론의 저작권자는 누구인가?

저작권법에서 보호하고 있는 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 것임을 요한다. 여기서 '인간의 사상 또는 감정'이 보호대상이 아니라 그 '표현'만이 저작물로서 저작권법의 보호대상을 유의하여야 한다. 즉, 사상이나 감정 그 자체는 저작권으로 보호되지 않고, 외부적으로 표현된 결과물인 저작물만이 보호 가능하다.

이를 '아이디어와 표현의 이분법'이라 한다. 이러한 구분을 두는 이유는 저작물에 내재된 사상, 관념 자체에 대해서까지 저작자의 배타적 권리를 인정할 경우에는 저작자에 의해 표현된 사상, 관념 등이 여러 가지 표현형태로 자유롭게 순환하는 것을 가로막음으로써 학문, 문학, 예술 등의 발전을 저해하여 저작권법의 본래 취지에 오히려 역행하는 결과를 가져올 수 있으므로, 그러한 사상, 관념 등에 대하여 비록 그것이 당해 저작자의 독창성에 기한 것이라 하더라도 저작권법에 의한 보호가 미치지 않는 것으로 봄이 마땅하다는 것이다.<sup>3)</sup>

다시 말해, 하나의 아이디어에서는 수많은 표현들이 파생될 수 있다. 아주 간단한 예로, 삼각관계라는 아이디어 하나만으로도 말할 수 없을 만큼의 소설과 음악, 영화들이 제작된다. 그러나 이러한 아이디어나 소재를 누군가 독점하게 된다면 자유로운 이용을 장려할 때보다 파급력이 줄어드는 것은 자명한 일이기 때문이다.

따라서, 본인의 노력과 연구에 의하여 독창적인 학습이론이나 표현기법 등을 만들어 내었다 하더라도 그 이론이나 기법 자체는 저작권으로 보호되지 않는다. 다만, 그 이론 등을 구체적으로 표현한 결과물, 이를 테면 연구논문이

3) 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007, 37-38면.

라든가, 개발한 표현기법을 이용한 미술작품 등만이 저작물로 인정되어 저작권의 보호를 받는다.

상기 판결에서도 희랍어에 관한 분석방법론은 아이디어로 보아 저작권으로의 보호가 부정되었으며, 다른 하급심 판결<sup>4)</sup>에서도 “새로운 디자인 기법은 저작권 보호대상이 될 수 없고 단지 그 기법을 이용하여 구체적으로 제작한 한 복치미만이 저작권의 보호대상이 될 수 있다”는 사실을 확인할 수 있다.

그러므로 타인의 이론이나 기법을 이용한다 하더라도 구체적인 표현물을 실질적으로 이용한 것이 아니라 자신 나름대로의 표현방법으로 서술하는 등의 표현물을 만들어 낸다면 그것은 새로운 저작물이며, 그렇게 만들어진 표현물에 대한 저작권은 이론의 창시자가 아닌 표현물의 창작자에게 있다.

## 4 사실 전달에 불과한 뉴스기사의 저작권 뉴스도 저작권으로 보호되는가?

### 관련 판례

#### “연합뉴스” 사건 (대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도5350 판결)

##### (1) 사건의 요지

고소인은 연합뉴스사로, 피고인이 연합뉴스의 기사와 사진을 사전 허락 없이 피고인이 재직하는 신문사의 신문에 전제하였음을 이유로 저작권 침해를 주장한 사건으로, 피고인은 연합뉴스의 기사와 사진은 저작권법 제7조에서 규정하고 있는 ‘사실 전달에 불과한 시사보도’로 저작권법의 보호를 받지 못한다고 항변하였다. 원심은 이용된 기사와 사진 전부에 대하여 저작

4) 서울민사지법 1990. 4. 19. 선고 89가합39285 판결.

권법 위반이라고 판단하였으나, 대법원은 피고가 이용한 기사 중 저작권법에서 보호할 만한 기사 및 사진의 내용을 개별적으로 살펴 그 침해여부를 판단하여야 한다고 판시하였다.

## (2) 법원의 판결

저작권법 제7조는 “다음 각 호의 1에 해당하는 것은 이 법에 의한 보호를 받지 못한다”고 규정하여 일정한 창작물을 저작권법에 의한 보호대상에서 제외하면서 제5호에 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’를 열거하고 있는 바, 이는 원래 저작권법의 보호대상이 되는 것은 외부로 표현된 창작적인 표현 형식일 뿐 그 표현의 내용이 된 사상이나 사실 자체가 아니고, 시사보도는 여러 가지 정보를 정확하고 신속하게 전달하기 위하여 간결하고 정형적인 표현을 사용하는 것이 보통이어서 창작적인 요소가 개입될 여지가 적다는 점 등을 고려하여, 독창적이고 개성 있는 표현 수준에 이르지 않고 단순히 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’의 정도에 그친 것은 저작권법에 의한 보호대상에서 제외한 것이라고 할 것이다.

그런데 피고인이 일간신문을 제작하는 과정에서 복제한 연합뉴스사의 기사 및 사진 중에는 단순한 사실의 전달에 불과한 시사보도의 수준을 넘어선 것도 일부 포함되어 있기는 하나, 상당수의 기사 및 사진은 정치계나 경제계의 동향, 연예·스포츠 소식을 비롯하여 각종 사건이나 사고, 수사나 재판상황, 판결내용, 기상정보 등 여러 가지 사실이나 정보들을 언론매체의 정형적이고 간결한 문체와 표현형식을 통하여 있는 그대로 전달하는 정도에 그치는 것임을 알 수 있어, 설사 피고인이 이러한 기사 및 사진을 그대로 복제하여 일간지에 게재하였다고 하더라도 이를 저작재산권자의 복제권을 침해하는 행위로서 저작권법 위반죄를 구성한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권법 제7조 제5호는 사실 전달에 불과한 시사보도를 저작권법에 의한 보호대상에서 제외하는 것으로 규정하고 있다. 이는 저작권법의 보호대상이 외부로 표현된 창작적인 형식일 뿐 그 표현의 내용이 된 사상이나 사실 자체가 아니므로, 시사보도는 그 특성상 여러 정보를 신속하게 전달하기 위하여 간결하고 정형적인 표현을 사용하는 것이 보통이어서 창작적인 요소가 개입될 여지가 적다는 점을 고려한 것이다.

따라서, 창작성이 개입될 여지가 적은 육하원칙에 따른 사건사고의 단신이나 부고란, 날씨정보, 증권정보와 같은 객관적 사실의 보도는 저작물로 보호가 가능하지 않으므로, 이용자들은 이를 자유롭게 이용할 수 있다.

하지만, 모든 뉴스가 사실 전달에 불과한 시사보도인 것은 아니다. 뉴스 기사를 작성하는 기자의 창작성이 반영된 기사와 사진 등은 저작물로 보호를 받을 것이고, 또한 논설문이나 기고문 등은 당연히 작성자의 사상 및 감정이 표현되어 있으므로 저작물로 성립된다. 이러한 창작성이 있는 뉴스나, 혹은 사실 보도와 창작성 있는 부분이 혼재되어 있는 뉴스의 경우에는 그 기사의 전문을 이용하기 위해서는 해당 저작권자의 허락이 필요하다.

저작물성이 인정되는 뉴스기사들을 복제하여 배포하거나, 인터넷상의 사내 게시판, 친목카페, 개인 블로그 등에 복사하여 붙여넣기한 형태로 이용하는 것은 뉴스저작물의 복제권 및 전송권을 침해하는 사안이다. 이러한 이용으로 인한 침해의 책임은 비영리의 목적으로 이용을 하였거나, 출처를 표시하였다 하더라도 면책되지 않는다.

뉴스의 본문을 별도의 이용허락 없이 이용할 수 있는 경우는 (1) 창작성이 없는 보도로 사실 전달에 불과한 것일 때, (2) 저작권법 제28조에 따른 공표된 저작물의 인용 규정에 의한 이용, (3) 인터넷상 언론보도의 URL만을 링크하여 해당 페이지로 이동할 수 있도록 게재하는 것, (4) 저작권법 제30조에 따른 사적인 이용을 위한 복제, (5) 학교에서의 수업시간의 이용을 위한 복제

등이고, 마지막으로 소속기관 또는 자신이 작성한 보도자료가 신문사의 추가적인 작업 없이 원문 그대로 보도되었을 때에는 그 소속기관이나 작성자가 기사의 저작권자일 것이므로 이용 가능하다.<sup>5)</sup>

## 5 지도의 저작물성 지도가 저작권법으로 보호받는 범위는?

### 관련판례 1

#### 지도의 저작물성과 공통의 오류 (대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 피고가 자신들이 독자적으로 제작한 지도를 그대로 모방하여 지도를 제작하였으며, 나아가 원고 발행의 지도책들에서 잘못 표기한 지명이나 건물명 상당수가 피고 발행의 지도책에서도 잘못 표기된 사실에 비추어 저작권 침해가 된다고 주장하였다. 그러나 법원은 원고가 창작성을 주장하는 지도의 표기들은 이전부터 국내외에서 통용되어 왔던 것들이거나 지도에 일반적으로 나타나는 표기들의 일부 수정에 불과하므로, 설사 공통의 오류가 발견되더라도 창작성 있는 부분을 베끼지 않는 한 저작권 침해가 성립하지 않는다고 하였다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술

5) 문화체육관광부·한국언론진흥재단, "뉴스도 저작권법 보호를 받습니다", 2010, 내용 참고.

의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는 바, 일반적으로 지도는 지표상의 산맥·하천 등의 자연적 현상과 도로·도시·건물 등의 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 내용 자체는 어느 정도 유사성을 가질 수밖에 없는 것이라 할 것이다.

원고가 자신이 발행한 지도책들의 창작성에 대한 근거사실로 내세우는 사실 중

- ① 전국을 권역으로 나누어 각 권역마다 다른 색상을 부여하고 이 권역을 다시 구획으로 나누어 각 구획마다 다른 번호를 부여한 후 구획번호 순으로 각 구획에 대한 세부지도를 편제하고, 속표지 상반부에 천연색 고속도로 사진을 배경으로 제호와 출판사를 표시하고, 하반부에 지도에 사용된 기호를 설명하는 범례를 표시한 점, 권말에 찾아보기 면을 만들어 지명·관공서·대학·언론기관·금융기관·종합병원 등 주요 기관의 지도상의 위치와 전화번호를 수록하면서 찾아보기 다음에 전국의 호텔 목록과 전국 유명 음식점 안내를 수록한 점,
- ② 각 구획면의 좌우 상단 모서리에는 그 구획이 속하는 권역의 색상을 바탕색으로 사각형을 만들어 사각형 안에 구획번호를 역상으로 표시하고 그 옆에 지명을 흑색으로 표시하면서, 각 구획면의 상하좌우 여백 중앙에 굵은 화살표를 하고 화살표의 중앙에 연속되는 지역의 구획번호를 표시하고 하단 여백 우측 끝 부분에 그 구획의 위치를 도해식

으로 표시한 점, 각 구획면의 가로·세로를 각각 나누어 좌표로 설정한 다음 구획면 가장자리에 테두리를 둘러 그 위에 각 좌표를 표시한 점, 도로의 구간거리를 표시한 점,

③ 지표상의 자연적·인문적 현상을 표시하는 기호에 있어, 도로의 경우 도로 종류에 따라 각각 다른 색상을 사용하고, 주유소·국보·보물·사적·절·계곡 등 주요장소 및 관광지 등은 색상이 있는 약기호로 표현한 점,

④ 서울에서 각 시·군까지의 거리를 시군거리표로 표현한 점,

⑤ 건물의 표시를 실형으로 표시하고, 건물의 용도별로 색상을 구분한 점,

⑥ 아파트의 동별로 동번호와 아파트 평수를 표기한 점 등의 표현방식과 그 표현된 내용의 취사선택은 원고들 주장의 지도책들 발행 이전에 국내 및 일본에서 발행되었던 지도책들이 채택하였던 표현방식과 그 표현된 내용의 취사선택에 있어 동일·유사하고, 이를 제외한 원고 주장의 나머지 표현방식 및 그 표현내용의 취사선택도 국내외에서 보편적으로 통용되는 기호의 형태를 약간 변형시킨 것에 불과하므로 원고 발행의 지도책들의 창작성을 인정할 수 없고, 나아가 원고 발행의 지도책들에서 잘못 표기한 지명이나 건물명 상당수가 피고 발행의 지도책에서도 잘못 표기된 사실은 인정되나, 달리 피고가 원고 발행의 지도책들에 있는 특유한 창작적 표현을 모방하지 않은 한 그와 같은 사정만으로는 피고가 원고의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고가 원고 발행의 지도책들에 관한 저작권을 침해하였음을 전제로 한 원고의 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

## 관련판례 2

**춘천시 관광지도 사건** (서울중앙지법 2005. 8. 11. 선고 2005가단12610 판결)

## (1) 사건의 요지

지도 제작업을 주로 하는 원고는 춘천시의 전경을 입체적으로 표현하는 관광지도를 제작하면서, 의도적인 왜곡표현으로 다운타운 지역을 크게 나타내고, 다운타운 지역으로부터 원거리에 산재되어 있는 관광명소들을 실제보다 가까운 거리에 배치함으로써 관광객으로 하여금 한눈에 관광명소를 볼 수 있도록 지도를 제작하였고, 피고는 이와 실질적으로 동일한 지도를 제작하였다. 이에 대하여 법원은 원고가 제작한 관광지도는 기존의 관광지도와 구별되는 저작권이 인정되므로, 피고가 이와 실질적으로 동일한 지도를 제작하는 것은 저작권법상 복제권 침해에 해당한다고 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

원고는 지도 제작업 등을 주된 목적으로 하는 법인으로서, 2000. 9. 1.경 춘천시의 전경을 입체적으로 표현하는 관광지도를 제작하였는데, 위 지도는 의도적인 왜곡표현으로 다운타운 지역을 크게 나타내고, 다운타운 지역으로부터 원거리에 산재되어 있는 남이섬과 같은 관광명소들을 실제보다 가까운 거리에 배치함으로써 관광객으로 하여금 한눈에 관광명소를 볼 수 있도록 하는 데 그 특징이 있다.

그런데 피고 주식회사 강원매거진이 제작하여 피고 강원도개발공사에게 납품한 위 춘천관광지도 역시 이 사건 관광지도와 마찬가지로 의도적인 왜곡표현으로 다운타운 지역을 크게 나타내고, 다운타운 지역으로부터 원거리에 산재되어 있는 남이섬과 같은 관광명소들을 실제보다 가까운 거리에 배치한 특징을 갖고 있다.

이러한 사실에 의하면, 원고는 이 사건 관광지도의 제작에 의하여 기존의 관광지도와 구별되는 저작권을 취득하였다고 할 것인데, 피고 주식회사 강원매거진은 피고 강원도개발공사에게 춘천관광지도를 납품하면서 먼저 제작되어 있는 원고의 관광지도를 보고 이와 실질적으로 동일한 지도를 제작



하였다고 할 것이므로, 피고 주식회사 강원매거진은 원고의 관광지도에 대한 저작권을 침해하였다고 할 것이다.

### 관련판례 3

#### 3D 지도 사건 (서울중앙지방법원 2009. 5. 15. 선고 2008가합36201판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 자사의 인터넷 사이트에 세계 주요도시에 관한 웹지도를 제작하여 서비스하고 있는 자이며, 피고는 인터넷을 통해 호텔예약업을 하고 있는 자이다. 원고는 자사의 지도는 각 도시의 건물 등 주요 구조물을 3D(Three Dimensions, 3차원) 형태로 표시하는 등 창작성 있는 지도에 해당하므로, 이와 유사한 3D 지도를 제작하는 것은 저작권 침해에 해당한다고 주장하였다. 그러나 법원은 원고가 사용한 표현방법은 이미 국내외의 디지털 지도에 널리 사용되고 있는 방식이며, 3D 형태로 지도를 제작하는 방법은 아이디어에 불과하여 그 자체만으로는 독자적인 저작물이 될 수 없고, 구체적으로 표현한 각 구조물도 실제 건물의 모습을 기초로 이를 그대로 묘사한 것에 불과하여 독자적인 도형저작물 내지 미술저작물로서의 창작성을 인정할 수는 없다고 하였다.

##### (2) 법원의 판결

각 도시의 여러 구조물 중 주요 관광지나 구조물만을 선택하여 지도에 표시하거나, 전체 도시 중 주요 관광구역 내지 상업구역을 선택·구획하여 지도에 표시하는 방법 및 전체적으로는 평면으로 나타내고 주요 구조물만 3D 등의 입체적인 형태로 표시하고 그 구조물 등을 실사에 이를 정도로 세밀하게 묘사하는 등의 표현방식은 원고의 ○○서비스가 제공되기 이전에 이미 국내외의 디지털 지도에서 널리 사용되고 있던 표현방법인 사실, 12개 도

시 중 홍콩을 제외한 나머지 도시에 관하여 각 도시의 관광청에서 작성한 지도와 원·피고들이 작성한 지도의 표시구역이 거의 일치하는 사실, 피고인은 원고의 ○○서비스가 제공되기 이전부터 입체 형상의 건물, 물건, 구조물 등의 아이콘을 제작하여 판매하여 오고 있었던 사실이 인정되고, 또한 원고가 작성한 지도에서 구체적으로 표현한 각 구조물도 실제 건물의 모습을 기초로 이를 그대로 묘사한 것에 불과하여, ○○에 대하여 독자적인 도형저작물 내지 미술저작물로서의 창작성을 인정할 수는 없으므로, 이를 전제로 한 원고의 청구는 나머지 점을 살필 필요 없이 이유 없다(나아가, 가사 ○○을 독자적인 도형저작물로 인정할 수 있다하더라도 3D 형태로 지도를 제작하는 방법 등은 아이디어에 불과하여 그 자체만으로는 독자적인 저작물이 될 수 없어, 그와 유사한 방법으로 ○○에서 제공하지 않는 지역의 지도를 제작한 것만으로는 그 저작권이 침해되었다고 볼 수 없으므로, ○○에서 제공하지 않는 6개 도시에 관한 원고의 주장은 이러한 측면에서도 이유 없고, 또한 ○○ 중 개개 구조물을 표현한 부분이 위성사진이나 다른 평면 지도에서 표현된 것과는 달리 구조물을 입체적으로 표현하면서도 지엽적인 부분을 생략함으로써 구조물의 특징을 더욱 부각시키는 방법으로 표현되어 일부 독창성이 인정될 여지가 있다 하더라도 이는 실제 건물을 모델로 한 것이어서 그 독창성이 인정되는 범위를 매우 좁게 해석하여야 하는데, 피고 회사의 지도에서 표현된 구조물과 ○○에 표현된 구조물이 각도, 색상, 세밀함의 정도 등에서 상당한 차이가 나는 사실이 인정되므로 양 지도 사이의 실질적 유사성을 인정할 수 없어, 결국 원고의 청구는 어느 모로 보나 이유 없다).

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권법의 보호를 받는 저작물로 성립하기 위해서는 창작성이 요구된다.

저작권법 제4조 제8호에서는 도형저작물의 예시로 지도·도표·설계도·약도 모형 그 밖의 도형 등을 열거하고 있는데, 이러한 도형저작물 중 특히 지도의 창작성에 관한 문제가 종종 제기되고 있다. 우리 저작권법에서 도형저작물로서 지도를 열거하고 있다고 하여 모든 지도가 저작권법의 보호대상이 되는 것은 아니고, 다른 저작물과 마찬가지로 저작권법의 보호를 받기 위한 창작성이 요구된다.

그런데 지도에서 특히 이와 같은 창작성이 문제가 되는 이유는, 지도는 지구상의 자연적 또는 인문적인 현상의 전부 또는 일부를 일정한 축척으로 미리 약속된 특정의 기호를 사용하여 객관적으로 표현하는 것이므로, 지도상에 나타나는 현상은 사실 그 자체에 지나지 아니하여 저작권의 보호대상이 되지 아니함은 물론이고, 그 표현방식도 미리 약속된 기호를 사용하여야 하는 등 창작성이 발휘될 여지가 적고, 설사 인정하더라도 그 범위가 매우 제한적일 것이기 때문이다.<sup>6)</sup>

예시한 판례들도 그러한 기준을 판시하고 있는데, 관련판례 1에서 잘 설명하고 있듯이 지도의 표현방식은 미리 약속된 특정의 기호를 사용하여야 하는 등 상당한 제한이 있어, 동일한 지역을 대상으로 하는 것인 한 그 내용 자체는 어느 정도 유사성을 가질 수밖에 없기 때문에 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 것이다.

따라서 해안선, 등고선, 하천, 도로, 건조물의 윤곽 등에 공통된 면이 있거나, 나아가 관련판례 1에서와 같이 원고의 지도책들에서 잘못 표기한 지명이나 건물명 상당수가 피고 발행의 지도책에서도 동일하게 나타나는 등 의거성의 인정요건인 공통의 오류가 발견되더라도, 지도에 있는 특유한 창작적 표현을 모방하지 않은 한 저작권 침해를 인정할 수 없을 것이다. 또한, 저작권은

6) 이해완, 앞의 책, 112면.

보호대상은 외부에 나타나는 창작적인 표현이지 아이디어 자체는 보호하지 않기 때문에 관련판례 3에서와 같이 3D 형태로 지도를 제작하는 방법 등은 아이디어에 불과하여 그 자체만으로는 독자적인 저작물이 될 수 없고 결국 구체적인 창작적인 표현에 유사성이 없다면 저작권 침해가 성립하지 않는다.

결국 지도가 보호받기 위해서는 외부로 나타난 표현방식에 창작성이 인정되어야 할 것인데, 그림지도와 같이 회화적인 요소가 강한 지도나 관련판례 2에서와 같이 의도적인 왜곡표현이 있는 지도의 경우라면 그 부분에 대한 창작성의 인정이 비교적 용이하다 할 것이다.

## 6 홈페이지의 저작물성 홈페이지가 편집저작물에 해당하는지 여부

### 관련판례 1

#### 홈페이지의 편집저작물성 긍정 (서울지법 2003. 8. 19. 선고 2003카합1713 판결)

##### (1) 사건의 요지

신청인은 해외 상품의 물류대행 서비스를 제공하는 인터넷 사이트를 개설하여 서비스를 제공하는 자이고, 피신청인은 신청인과 동일한 인터넷 사이트를 개설하여, 신청인의 사이트상의 제품 설명 등 상품정보, 광고문구, 서비스 안내 등의 콘텐츠를 그대로 복제하거나 극히 일부분을 변형하여 게시하였다. 이에 신청인은 자신의 사이트가 편집저작물에 해당한다며 저작권 침해 등을 이유로 침해금지가처분신청을 하였고, 법원은 해당 홈페이지에 대한 편집저작물로의 보호를 긍정하며 신청인의 침해금지가처분신청을 받아들였다.

## (2) 법원의 판결

인터넷 홈페이지도 그 구성형식, 소재의 선택이나 배열에 있어 창작성이 있는 경우에는 이른바 편집저작물에 해당하여 독자적인 저작물로 보호받을 수 있다고 할 것인 바, 피신청인이 신청인의 사이트로부터 복제하여 자신의 사이트에 게시하거나, 피신청인의 회원들에게 전자메일을 이용하여 전송한 신청인의 상품정보 등은 온라인디지털콘텐츠산업발전법 소정의 '온라인디지털콘텐츠'에 해당한다고 할 것이고, 그 상품정보 등의 구성형식이나 배열, 서비스 메뉴의 구성 등은 편집저작물로 볼 수도 있다고 할 것이므로 신청인은 피신청인에 대하여 그 침해행위의 금지를 구할 수 있다고 할 것이다.

### 관련판례 2

#### 홈페이지의 편집저작물성 부정

(서울중앙지방법원 2006. 12. 14. 선고 2005가합101661 판결)

## (1) 사건의 요지

원고는 인터넷을 통한 동영상 강의 등 온라인 교육서비스업을 하는 회사이고, 피고는 동종 영업을 하는 회사이다. 원고는 피고 회사의 홈페이지가 원고 회사의 홈페이지와 유사함을 이유로 저작권 침해를 주장하였고, 이에 법원은 해당 홈페이지의 저작물성을 부정하여 저작권 침해를 인정하지 않았다.

## (2) 법원의 판결

저작권은 아이디어 등을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호대상으로 할 뿐, 표현의 내용이 된 아이디어나 그 기초이론 등은 그것이 아무리 독창적이라 하더라도 보호대상으로 하지 않고, 나아가 표현형식에 해당하는 부분이라도 창작성이 인정되지 않는 경우에는 이 역시 저작권의 보호대상이 될 수 없다 할 것인바, 다

만 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. 따라서 저작물의 무단 복제에 의한 저작권 침해를 인정할 수 있으려면, 침해 저작물 및 피침해 저작물 사이에 창작적 표현형식에 있어서 실질적인 유사성이 있어야 하고, 침해자가 저작권 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것, 즉 침해자에게 피침해 저작물에 대한 접근가능성이 있었음이 인정되어야 한다.

원고가 저작권 침해 대상으로 주장하는 원고 웹사이트의 각 부분 중 제휴사 소개부분을 제외한 나머지 부분 가운데 레이아웃이나 메뉴 구성, 콘텐츠 구성 등은 아이디어에 불과하거나 동종 업종의 다른 업체의 웹사이트에서도 유사한 형태로 구성되어 있는 것이고, 공인중개사 시험 출제경향 분석, 합격자 현황, 수험준비 전 유의사항, 일반적 학습순서, 객관식 문제풀이 요령, 검정고시 기간별, 과목별 합격전략, 시험 직전 체크항목 기재내용은 관련 기관에서 공개한 정보를 게재한 것이거나 동종 업종의 다른 업체의 웹사이트에 있는 내용과 유사한 사실을 인정할 수 있는바, 각 부분의 창작성을 인정할 수 없어 저작권의 보호대상이라 할 수 없다 할 것이므로, 위 각 부분에 대한 저작권을 전제로 한 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

현재 특별히 인터넷 쇼핑몰을 운영하지 않는다 하더라도 대다수의 회사들이 기업의 홍보와 정보제공 등을 위하여 홈페이지를 운영한다. 홈페이지와 관련한 저작권 문의사항 중 다수를 차지하는 것은 무단도용에 관한 것이다. 그렇다면 홈페이지의 저작권법적인 보호는 어떠한가?

상술한 관련판례 1에서는 해당 사건의 홈페이지를 편집저작물로 인정하여 그 저작권으로의 보호를 긍정하였다. 편집저작물이란 ‘편집물<sup>7)</sup>으로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것’을 말한다(저작권법 제2조 제18호). 즉, 홈페이지에 있어 홈페이지를 구성하는 수많은 소재들, 사진들과 각종 정보제공을 하는 메뉴들, 레이아웃, 콘텐츠들을 얼마나 창작성 있게 각 요소요소에 배치하였는가 저작물로서의 성립여부에 기준이 된다. 각 개별 소재들의 창작성에 따른 개별 소재도 각각 저작물로 인정될 수 있다. 이러한 각각의 개별 소재를 무단이용하였을 때에는 그 소재의 저작물성에 따라 사진저작물, 미술저작물, 어문저작물 등의 저작권 침해 문제가 발생함은 당연하다.

하지만, 각각의 소재들의 저작물성이 인정되지 않는다 하더라도 그 전체의 배열과 편집의 창작성이 있고, 그러한 편집의 상당 부분을 도용하는 것은 편집저작물 침해를 구성할 수 있다. 그러나 홈페이지라는 한정된 공간에 따른 제약으로 동종의 업을 하는 업체들의 홈페이지는 메뉴 구성 등이 유사한 경우가 많다. 특히, 웹사이트의 레이아웃이나 메뉴 구성, 콘텐츠 구성 등은 아이디어에 불과할 경우가 많고, 그 기능상 동종 업체의 웹사이트에서도 유사한 형태로 구성할 수밖에 없다면 창작성을 인정할 수 없는 바, ‘동종업계에서의 관행적인 혹은 기계적인 방법에 의해 널리 사용되는 편집방법’<sup>8)</sup>에 대하여는 저작권법으로 보호가 가능하지 않다.

결론적으로, 이러한 편집저작물로의 보호가 가능하지 않은 홈페이지가 무단도용으로 인하여 부정경쟁방지법이나 민법상 불법행위 등의 문제는 발생할 수 있을지라도 저작권 침해를 주장하기는 어려울 것이므로, 저작권 침해를 주장하기 전 자신의 홈페이지가 편집저작물에 해당하는지의 여부를 검토해 볼 필요가 있다.

---

7) 편집물은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다(저작권법 제2조 제17호).

8) 대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2440 판결.

# 7

## 음란물의 보호

부도덕한 내용이나 음란물도 저작권법의 보호대상이 될 수 있는가?

### 관련 판례

“플래쉬”지 사건 (대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결)

#### (1) 사건의 요지

일본의 시사주간지에 실린 여고생의 사진 등을 국내 잡지사가 무단으로 게재하여 문제가 된 사건이다. 국내 잡지사는 무단게재된 사진들은 형법의 제재를 받아야 할 음란물로서 저작권법의 보호를 받을 수 없다고 주장하였다. 이에 법원은 해당 사진을 음란물이라고 단정할 수도 없을 뿐더러, 저작권법의 보호대상인 저작물이라 함은 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제 되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다고 하였다.

#### (2) 법원의 판결

원심은 일본국 광문사가 발행하는 시사주간지 “플래쉬(FLASH)” 51호(1987. 12. 8.)에 “한국으로부터의 누드, 비장사진을 일거 대공개”라는 제목으로 제 32면 내지 제35면에서 원고를 소개하는 기사와 함께 원고가 제작한 사진 중 “환상” 5점, “무구” 3점, “요정” 1점, “귀여움” 2점 등 도합 11점을 게재한 사실을 인정하고, 원고의 이와 같은 사진들은 형법의 제재를 받아야 할 음란물이라고 볼 수 없을 뿐더러 예술의 범위에 속하는 창작물로 저작권법의 보호대상이 된다고 판단하였다.

판단하건대, 저작권법의 보호대상인 저작물이라 함은 사상 또는 감정을



창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다 할 것이다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

얼마 전 미국과 일본의 성인용 영상물 제작업체들이 국내에서 음란물을 공유한 네티즌들을 고소했다는 뉴스가 보도되면서, 국내에서 유통이 금지된 음란물이 저작권법의 보호대상이 되는지에 대해 궁금증을 갖는 사례가 많았다.

우리 저작권법은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 보호대상으로 규정하고 있다. 하지만, 저작권법으로 보호받기 위해서 높은 수준의 창작성이 요구되는 것은 아니며, 단지 남의 것을 모방하지 않고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있으면 저작물로 성립하게 된다. 따라서, 작품성의 고저(高低)나 윤리성 등은 저작물 성립에 영향을 미치는 요소가 아니며, 마찬가지로 특정한 저작물이 사회적으로 용인되는 것이냐의 여부 역시 저작물성 판단과는 무관하다. 상술한 판례도 “저작권법의 보호대상인 저작물이라는 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다”고 판시하고 있다.

상표법이나 특허법이 공서양속에 반하는 발명이나 상표를 권리 보호에서 명시적으로 제외시키는 규정을 두고 있는 것과 달리 저작권법에 공서양속에 의 부합되지 않는 저작물에 대한 보호 배제 규정을 두고 있지 않은 것 역시 윤리성이나 음란성 여부를 저작물의 보호요건으로 하고 있지 않기 때문이다.

이와 같은 이유는 저작물의 보호요건으로서 윤리성이나 창작성의 정도를 따지게 된다면 그 기준에 대한 논란이 끊이지 않을 것이며, 자유로운 창작활

동을 장려해야 할 저작권법이 오히려 표현의 자유를 제한할 가능성이 있고, 또한 윤리성 자체가 상대적이고 유동적인 개념으로 시대의 흐름에 따라 계속 변화하기 때문이다.

결국 부도덕한 내용이나 음란물이라도 저작물로서의 요건을 갖추고 있는 한 저작권의 보호대상이 될 수 있으며, 이와 같은 저작물의 이용이나 유통을 금지해야 할 필요성이 있을 때에는 저작물성을 부인하는 방법을 택하기보다는 다른 법으로 제재를 가하는 것이 합당할 것이다.



# 저작권의 보호범위





# 1

## 제품사진의 저작물성

### 인터넷 쇼핑몰의 제품사진을 스크랩하는 것은?

#### 관련 판례

#### “남부햄” 사건 (대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 사진작가로 피고 회사의 의뢰로 피고 회사의 햄제품사진을 촬영하였고, 이를 피고 회사의 자체 광고용만으로 이용허락을 하였음에도 불구하고, 피고 회사가 백화점들의 상품 가이드북에도 이용한 것에 대하여 저작권 침해를 주장하였다. 이에 법원은 해당 사진이 저작권법에서 보호되는 저작물에 해당하지 않는다고 판단하며 저작권 침해를 인정하지 않았다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는바, 사진저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다고 볼 것이다.

그런데 피고 회사가 제작, 판매하는 햄제품 자체를 촬영하는 사진(이하 제품사진이라 한다)과, 햄제품을 다른 장식물이나 과일, 술병 등과 조화롭게 배치하여 촬영함으로써 제품의 이미지를 부각시켜 광고의 효과를 극대화하기 위한 사진(이하 이미지사진이라 한다)으로 나누어 볼 수 있고, 이른바 ‘제품사진’은 비록 광고사진작가인 원고의 기술에 의하여 촬영되었다고 하더라도, 목적은 피사체인 햄제품 자체만을 충실하게 표현하여 광고라는 실용적인 목적을 달

성하기 위한 것이고, 다만 이 때 그와 같은 목적에 부응하기 위하여 그 분야의 고도의 기술을 가지고 있는 원고의 사진기술을 이용한 것에 불과하며(바로 그와 같은 광고사진의 기술을 이용하기 위하여 광고대행업을 하는 피고 보조참가인이 촬영료를 지급하고 광고사진작가인 원고를 이용하여 그와 같은 촬영을 한 것으로 보아야 할 것이다), 거기에 저작권법에 의하여 보호할 만한 원고의 어떤 창작적 노력 내지 개성을 인정하기 어렵다 할 것이고, 나아가 원고는 피고 보조참가인으로 하여금 촬영이 잘 된 사진을 이용할 수 있도록 제품 종류별로 3 내지 4컷을 촬영하였다는 것인데, 이 점은 바로 위와 같은 제품사진에 있어 중요한 것은 얼마나 그 피사체를 충실하게 표현하였나 하는 사진 기술적인 문제이고, 그 표현하는 방법이나 표현에 있어서의 창작성이 아니라는 것을 말해 주고 있다고 할 것이니, 비록 거기에 원고의 창작이 전혀 개재되어 있지 않다고 할 수 없을지는 몰라도 그와 같은 창작의 정도가 저작권법에 의하여 보호할 만한 것으로는 보기 어려울 것이다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

인터넷 쇼핑몰이나 홈쇼핑 시장이 점점 확대되어 가는 요즘, 소비자들은 안방에서 자신이 원하는 물건을 주문할 수 있다. 소비자의 주문을 유인하는 것은 아마도 판매자가 올려놓은 제품의 사진이나 그 상품 설명일 것이다.

또한, 오프라인상의 상점 등도 광고나 제품 설명을 위하여 카탈로그를 제작하는 경우가 대다수이다. 이러한 사정으로 인터넷상에서 상품판매 소매업을 하는 상인들은 자신이 판매하는 제품의 사진을 본사의 홈페이지에서 자신의 상품판매 페이지에 스크랩하는 경우도 있고, 카탈로그를 스캔하여 업로드하는 경우도 많다. 이 때, 저작권법적으로 문제가 발생하는가?

원칙적으로 타인의 저작물을 저작권자의 허락 없이 인터넷 홈페이지상에 업로드하는 것은 저작권자의 복제권과 전송권을 침해하는 행위가 된다. 하지

만, 저작물은 '인간'의 사상 및 감정을 표현한 창작물이기에, 사진기라고 하는 기계를 이용하여 이미 존재하는 사물의 모습을 복제하는 한 결과물인 사진이 저작물로 보호가 되는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

이러한 부분에 대하여 상술한 판례에서 법원은 제품의 선택이나 구도, 빛의 조절, 사진의 수정이나 색채의 배합 등에서 촬영자의 개성이나 창작성이 인정되는 경우 사진이 저작물로 성립될 것이라고 판단하고 있다.

그러므로 제품 자체의 모습을 전달하는 데 중점을 둔 사진은 사물의 복제에 불과할 뿐, 별도의 창작적 표현이 부가되지 않는다면 저작권으로의 보호가 부정될 것이다. 하지만, 모델을 고용하여 콘셉트를 정하였거나 다른 소품들을 이용하여 구도를 잡고 촬영된 사진, 이러한 작업 없이 촬영이 되었더라도 포토샵 등을 통하여 창작성이 부여될 만큼의 작업이 추가된 사진은 그 저작물성이 인정되어 저작권으로의 보호가 가능할 것이다.

또한 제품사진 이외에도, 상점의 실내 등을 찍어 광고 전단지를 만들었던 사안에서 '한정된 공간에서 촬영되어 누가 찍어도 동일한 사진'이 나올 수밖에 없을 때에는 그 창작성을 인정하지 않는다고 하여 사진저작물성이 부정되었다.<sup>9)</sup> 다만, 이러한 사진들이 저작물로 성립하지 않아 저작권법적인 문제가 발생한 가능성은 낮다 하여도, 이용형태에 따라 민법상의 문제가 발생할 수 있다는 점에 유의해야 한다.<sup>10)</sup>

덧붙여, 사진 자체는 사진저작물로 성립이 되지 않는다 하여도, 사진의 피사체가 미술저작물이나 건축저작물일 경우에는 피사체가 된 저작물의 복제 문제가 발생할 수 있으므로 그 이용에 주의를 기울여야 할 것이다.

9) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도3130 판결.

10) 서울지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결. 경쟁 병원의 모발이식수술 사진을 홈페이지에 무단으로 게재하여 영업에 이용한 사건에 있어, 민법상 불법행위를 구성한다고 판단하였다.



## 2

### 실용품의 저작권

## 저작권법상의 응용미술저작물이란?

#### 관련판례 1

### “히딩크 넥타이” 사건 (대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결)

#### (1) 사건의 요지

고소인은 2002년 월드컵에서 한국선수단의 선전을 기리기 위하여 우리 민족 전래의 태극문양 및 팔괘문양을 이용하여 디자인한 넥타이를 당시 축구 국가대표 감독인 히딩크 감독에게 선물하였다. 그 후 넥타이가 유명세를 얻자 같은 도안의 넥타이를 제작하는 업체가 많아졌고, 고소인은 그들을 상대로 저작권 침해를 주장하였다. 법원은 일명 “히딩크 넥타이”의 도안은 ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물’에 해당한다고 할 것이고, 또한 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이라면 저작권법상 응용미술저작물에 해당한다고 판단하였다.

#### (2) 법원의 판결

구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제4조 제1항 제4호에서 ‘회화·서예·도안·조각·공예·응용미술작품 그 밖의 미술저작물’ 등을 저작물로 예시하고 있었으나, 구 저작권법(2000. 7. 1.부터 시행되었다)은 제2조 제11의2호에서 ‘응용미술저작물을 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다’고 규정하고, 제4조 제1항 제4호에서 응용미술저작물 등을 저작물로 예시함으로써 응용미술저작물의 정의를 규정하고 응용미술저작물이 저작권의 보호대상임을 명백히 하고 있다.

고소인은 도안을 직물예다가 선염 또는 나염의 방법으로 복제한 넥타이

를 제작하여 판매하였고, 피고인 역시 같은 방법으로 복제한 넥타이를 제작하여 판매한 사실을 각 인정할 수 있고, 원심의 인정과 같이 고소인의 도안이 우리 민족 전래의 태극문양 및 팔괘문양을 상하좌우 연속 반복한 넥타이 도안으로서 응용미술작품의 일종이라면, ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물’에 해당한다고 할 것이며, 또한 그 이용된 물품(이 사건의 경우에는 넥타이)과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이라면 구 저작권법 제 2조 제11의2호에서 정하는 응용미술저작물에 해당한다고 할 것이다.

## 관련판례 2

### “팻 독” 사건 (서울중앙지방법원 2007. 4. 11. 선고 2005가합102770 판결)

#### (1) 사건의 요지

원고는 “팻 독”의 저작권자로서 저작권등록과 이를 표장으로 한 상표등록을 마친 자이다. 하지만 다른 사람이 같은 표장을 상표등록하여 피고에게 전용실시권을 설정하였고, 피고는 그 표장이 부착된 신발을 대형마트에 공급하고 있었다. 피고는 “팻 독은 상표의 구성부분으로서의 도형으로 만들어진 것에 불과하여 독립적인 예술적 특성이나 가치를 결여하고 있어 저작권법이 보호하는 저작물이 아니다”라고 항변하였지만, 법원은 이 사건 표장을 응용미술저작물로 보아 저작권 침해를 인정하였다.

#### (2) 법원의 판결

이 사건 저작물은 강아지의 형상을 개성 있게 표현한 것으로서, 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물이면서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이므로 저작권법이 정한 응용미술저작물이라 할 것이다(따라서 이 사건 저작물이 상표의 구성부분으로서의 도형으로 만들어진 것에 불과하여 독립적인 예술적 특성이나 가치를 결여하고 있

어 저작권법이 보호하는 저작물이 아니라는 취지의 피고 주장은 받아들여지지 아니한다).

### 관련판례 3

#### “목주반지” 사건 (서울중앙지방법원 2006. 2. 9. 선고 2005노3421 판결)

##### (1) 사건의 요지

고소인은 목주반지의 창작자로 저작권등록을 마친 자로서 피고소인들이 이러한 목주반지를 복제하거나 복제물을 판매함으로써 저작권을 침해하였다는 이유로 공소제기하였다. 이에 법원은 목주반지의 디자인은 저작권법상 보호되는 응용미술저작물이 아니라고 판시하였다.

##### (2) 법원의 판결

목주반지 자체가 일품제작의 미술공예품이 아님은 기록상 명백하므로, 공소사실을 모두 유죄로 인정하기 위해서는 고소인이 저작권등록한 각 목주반지 디자인이 창작물로서 그 이용된 물품인 반지와 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것, 즉 저작권법의 보호대상인 응용미술저작물에 해당하여야 할 것이다.

- ① 목주반지는 통상적으로 둥근 반지의 형태에 1개의 십자가와 10개의 목주알이 돌출되어 있는데, 돌출된 목주알에는 일정한 문양이 새겨져 있거나 보석이 박혀 있는 점,
- ② 목주반지는 하나의 몸체로 구성되어 있는 일체형인 ‘일단 목주반지’와 두 겹으로 이루어져 있어서 반지의 전체 틀은 고정되어 있으면서 십자가와 10개의 목주알이 돌출되어 있는 가운데 부분을 돌릴 수 있는 분리형인 ‘돌림 목주반지’로 분류할 수 있는 점,

- ③ 십자가는 가장 대표적인 그리스도교의 상징들 가운데 하나인데, 그 문양이 전통적인 것이나 근대적인 것을 막론하고 모두 교회 내에서 보편적으로 사용되고 있으며, 묵주반지에 돌출되어 있는 십자가 문양은 대개 성혈을 의미하는 붉은색으로 채색되어 있는 점,
- ④ 우리나라에서는 묵주알을 세면서 바치는 기도라는 뜻에서 ‘묵주기도’라 부르지만, 서양에서는 ‘장미꽃다발 또는 장미꽃밭(라틴어 Rosarium, 이탈리아어 Rosario, 영어 Rosary) 기도’라고 부르므로, 묵주알 하나는 장미 한 송이를 의미하기 때문에 묵주반지에는 장미꽃 문양이 보편적으로 사용되고 있는 점,
- ⑤ 장미계단 묵주반지의 묵주알에 새겨진 장미꽃 문양은 국내외에서 널리 판매되고 있는 묵주반지에 새겨진 통상적인 장미꽃 문양과 별다른 차이가 없는 것으로 보이는 점 등을 알 수 있다.

그렇다면 묵주반지 디자인은

- ① 각 묵주반지의 기본적인 형상이나 모양 및 그 구성요소와 배치(일단 묵주반지인지 돌림 묵주반지인지와 반지 가운데에 일정한 간격으로 1개의 십자가와 10개의 묵주알이 돌출되어 있는 것),
- ② 각 묵주반지에 돌출되어 있는 십자가의 문양 및 색채,
- ③ 각 묵주반지에 돌출되어 있는 10개의 묵주알의 형태 및 문양 그 어느 것 하나 ‘창작물’로서 위 각 묵주반지와 구분되어 ‘독자성’을 인정할 수 있는 것이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.

**“반짝이 곰” 사건** (서울지방법원 남부지원 2001. 5. 25. 선고 2000가합7289 판결)

(1) 사건의 요지

원고는 통신사 광고에서 유명 연예인이 광고소품으로 안고 나온 독특한 반짝이 모양의 곰인형의 제작자로, 광고 이후 타 업체들이 반짝이 곰을 대량생산하여 판매이익이 감소하였다. 이에 해당 곰인형의 저작권을 주장하며 타 업체의 생산을 중지시키고자 소를 제기하였으나, 법원은 반짝이 곰인형은 저작물이 아니라고 판단하였다.

(2) 법원의 판결

산업상 대량생산의 목적으로 창작된 응용미술작품의 경우에는 원칙적으로 의장법(현 디자인보호법)에 의하여 보호하면 되고, 저작권법에 의하여 중복하여 보호하여야 하는 것은 아니므로, 이와 같이 창작되는 모든 응용미술작품이 곧바로 저작권법상의 저작물로 보호된다고는 할 수 없고, 그 중에서도 그것이 이용된 상품과 구분되어 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하여야만 예외적으로 저작물로서 보호될 수 있다. 위 반짝이 곰은 산업상 대량생산의 목적으로 창작된 응용미술작품이고, 제작목적, 기법 및 외관 등 제반 사정에 비추어 볼 때 그 자체가 상품과 분리되어 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당한다고 할 수 없으므로, 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하지 않는다.

판례로 풀어보는 **저작권 상담사례**

‘보기 좋은 떡이 먹기도 좋다’ 라는 옛말이 있다. 미적인 감각에 대한 호감

은 사람에게 있어 본능일 것이다. 사람들은 물건을 구매할 때에도 실용적인 목적 이외에도 좀더 보기 좋은 물건을 찾는다. 그러므로 제품을 제작하는 이들은 이러한 사람의 본능을 자극하여 소비로 연결시키기 위하여 상품의 디자인 개발에 많은 투자를 한다. 그렇다면 이러한 노력은 저작권으로 보호가 될까?

상기 판결들은 우리가 일상생활에서 흔히 사용하는 실용품에 관한 것으로, 법원은 이들을 '응용미술저작물'로서의 저작권법적 보호에 대하여 판단하고 있다. 응용미술이란 순수미술에 대립하는 개념으로서 현재는 널리 실용품에 응용된 미술을 가리키는 말로 현행 저작권법 제2조 제15호에서 규정하고 있다.

저작권법에서 말하는 응용미술저작물의 요건을 살펴보면, 우선 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있어야 한다. 두 번째로, 물품과의 독자성이 인정되어야 한다. 조금 더 자세히 살펴보자면, 독특한 곡선의 손잡이를 가진 컵이 있다고 가정을 하여 보자. 그 곡선은 매우 아름답지만, 곡선과 손잡이를 분리하였을 때 곡선 자체만으로는 존재하지 못하므로 독특한 디자인은 손잡이라는 물품과 분리하여 생각할 수 없다. 또한, 손을 이용하여 잡을 수 있도록 만들어야 한다는 실용적인 측면에 의한 제한을 받을 수밖에 없다. 이렇듯, 물품과 분리되지 않고 기능의 제한을 받는 독특한 외관 및 장식은 디자인보호법으로의 보호는 별론으로 하더라도, 응용미술저작물로 보호받을 만큼의 독자성은 없다고 할 것이다.

하지만, 손잡이에 장식이나 창작적인 무늬가 추가되어 그 부분을 따로 분리할 수 있고, 그 분리된 부분도 저작권으로 보호받을 만한 창작성이 있다면 그 부분만큼은 응용미술저작물로 인정이 될 수 있을 것이다.

이와 같은 분리가능성에 대하여 “히딩크 넥타이” 사건에서는 염직도안은 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있고, 물품과 분리된다고 판단하고 있다. 즉, 넥타이의 독특한 도안은 티셔츠, 스카프에도 적용할 수 있음을 쉽게 상상할 수 있다. 또한, 대량으로 복제 가능하고, 2차원적 물품에 복제된 도안으로 그 미적 표현이 실용성으로 인하여 제약을 받지 않을 것으로 보인다. 이 판결에서는 도안 자체의 저작물성은 논하고 있지 아니하지만, 염직도안을 응용미술저

작물로 인정한 국내 최초 판결이라는 점에 그 의미가 있다고 할 것이다.

“팻 독” 사건 역시 법원은 도안의 저작물성을 인정하며, 본 사건의 강아지 형상은 물품에 동일하게 복제 가능하며 물품과 분리되는 독자성이 있다고 판단하였다. 하지만, “묵주반지” 사건에서는 그 모양 및 무늬가 통상적으로 이용되는 것으로 저작권법으로 보호할 만한 창작성을 인정할 수 없다고 하였고, “반짝이 곰” 사건의 경우 인형에 반짝이를 붙인다는 것은 하나의 아이디어에 불과할 뿐이므로 물품과 분리되는 독자성을 인정하지 않았다.

### 3 기능적 저작물 저작권법상 설계도의 보호

#### 관련판례 1

#### 아파트 평면설계도 사건 (대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결)

##### (1) 사건의 요지

고소인은 이 사건 아파트 평면도 및 배치도의 제작자로, 피고인이 제작자의 허락을 받지 아니하고 아파트백과 책자 내용을 불법으로 복사하여 피고인 회사명을 기재하여 피고인 회사 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 저작권을 침해하였다는 주장하였고, 법원은 건설회사에서 작성한 설계도면을 단순 변용한 정도의 아파트 평면도 및 배치도의 경우 기능적 저작물로서의 창작성을 인정하기 어렵다는 이유로 저작물성을 부인하였다.

##### (2) 법원의 판결

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제1호는 저작물을 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”로 규정하고

있는바, 이 법 조항에 따른 저작물로서 보호를 받기 위해서 필요한 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미하므로, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있는 저작물이라고 할 수 없다.

한편, 구 저작권법은 제4조 제1항 제5호에서 “건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서를 포함하는 건축저작물”을, 같은 항 제8호에서 “지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물”을 저작물로 예시하고 있는데, 설계도서와 같은 건축저작물이나 도형저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 이른바 기능적 저작물로서, 기능적 저작물은 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도 965 판결 참조). 그리고 어떤 아파트의 평면도나 아파트 단지의 배치도와 같은 기능적 저작물에 있어서 구 저작권법은 그 기능적 저작물이 담고 있는 기술 사상을 보호하는 것이 아니라, 그 기능적 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 설령 동일한 아파트나 아파트 단지의 평면도나 배치도가 작성자에 따라 정확하게 동일하지 아니하고 다소간의 차이가 있을 수 있다고 하더라도, 그러한 사정만으로 그러한 기능적 저작물의 창작성을 인정할 수는 없고 작성자의 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 8. 24. 선고 2007도4848 판결 참조).

아파트의 경우 해당 건축관계 법령에 따라 건축조건이 이미 결정되어 있는 부분이 많고 각 세대 전용면적은 법령상 인정되는 세제상 혜택이나 그 당시 유행하는 선호 평형이 있어 건축이 가능한 각 세대별 전용면적의 선택



에서는 제약이 따를 수밖에 없고, 그 결과 아파트의 경우 공간적 제약, 필요한 방 숫자의 제약, 건축관계 법령의 제약 등으로 평면도, 배치도 등의 작성에 있어서 서로 유사점이 많은 점, 이 사건 평면도 및 배치도는 기본적으로 건설회사에서 작성한 설계도면을 단순화하여 일반인들이 보기 쉽게 만든 것으로서, 발코니 바닥무늬, 식탁과 주방가구 및 숫자 등 일부 표현방식이 독특하게 되어 있기는 하지만 이는 이미 존재하는 아파트 평면도 및 배치도 형식을 다소 변용한 것에 불과한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 각 평면도 및 배치도에 저작물로서의 창작성이 있다고 보기 어렵다.

## 관련판례 2

### 화상전송설비도면 사건 (대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결)

#### (1) 사건의 요지

지하철 통신설비 중 화상전송설비에 대한 제안서 도면의 유사성이 분쟁이 된 사안으로, 법원은 이 사건 제안서 도면은 기능적 저작물로서의 창작성을 인정하기 어렵다는 이유로 그 저작물성을 부인하였다.

#### (2) 법원의 판결

저작권법은 제4조 제1항 제8호에서 “지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물”을 저작물로 예시하고 있는데, 이와 같은 도형저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 이른바 기능적 저작물로서, 기능적 저작물은 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크며, 동일한 기능을 하는 기계장치나 시스템의 연결관계를 표현하는 기

능적 저작물에 있어서 그 장치 등을 구성하는 장비 등이 달라지는 경우 그 표현이 달라지는 것은 당연한 것이고, 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 한다.

### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권법상 설계도는 지도·도표·설계도·약도·모형 등과 함께 도형저작물로 예시되어 있다. 하지만, 저작권법에서 보호하는 것은 기술적 사상이나 기능이 아닌 그 표현이므로, 도형저작물로 설계도가 보호를 받는 부분은 그 안에 내재되어 있는 기술적 사상이 아니라 도면 자체를 작성한 표현기법의 창작성이다.

이러한 설계도 등을 그 목적에 따라 기능적 저작물로 분류하기도 하는데, 기능적 저작물이란 예술성보다는 특별한 기능을 주된 목적으로 하는 저작물로 설계도·각종 서식·규칙집 등과 같이 특정한 기술 또는 지식·개념을 전달하거나, 방법이나 해법, 작업과정 등을 설명한 것을 말한다. 기능적 저작물은 표준적인 용어와 개념을 사용하여야 하므로 그 표현방식이 상당히 제한될 수밖에 없다. 즉, 저작권법상 보호받지 못하는 개념이나 방법 등의 아이디어가 그것을 나타내는 표현과 큰 구별이 없으므로, 표현을 보호하는 저작권의 보호범위도 제한적으로 해석되어야 한다.

그러므로 상기 판결들에서와 같이 동종업계에서 행해지는 작업으로 인하여 설계도면 등은 통상적으로 유사할 수밖에 없고, 그 창조적 개성을 표현하는 것은 어려운 일이므로 저작권으로의 보호가 쉽지는 않다고 판단하고 있다. 하지만, 그렇다고 하여 이러한 기능적 저작물이 모두 저작권으로의 보호가 부정

되는 것은 아니며, 기능적 저작물에도 약한 저작권<sup>11)</sup>일지라도 저작권이 존재하는 부분이 있으므로 전체를 그대로 복제하여(Dead copy) 이용한 경우에는 저작권 침해가 인정될 수 있다.

## 4 게임의 보호범위

### 게임의 규칙이나 방법 등도 저작권법의 보호를 받을 수 있는가?

#### 관련판례

**“봄버맨” 사건** (서울중앙지법 2007.1.17. 선고 2005가합65093 판결)

#### (1) 사건의 요지

피고는 1985년경부터 아케이드 게임 “봄버맨” 게임을 개발하여 서비스해 온 자이고, 원고는 아케이드 게임인 “크레이지 아케이드 비엔비”를 개발하여 서비스하는 자이다. 원고는 비엔비 게임이 봄버맨 게임의 저작권을 침해하지 않는다고 주장하며 본소로서 위 침해를 원인으로 한 침해금지 및 손해배상청구권의 부존재 확인을 구하였고, 이에 법원은 두 게임이 전개방식, 규칙, 각종 설정, 아이템의 기능 등에서 유사점이 있으나 게임의 각종 설정, 전개방식, 규칙 등은 저작권법이 보호하는 내재적 표현으로 볼 수 없고, 이를 제외하고 저작권법상 보호받는 플레이필드, 맵, 캐릭터, 아이템, 폭탄 등의 구체적인 표현에 있어서 “크레이지 아케이드 비엔비” 게임과 “봄버맨” 게임이 실질적으로 유사하지 않다고 판단하였다.

11) Continental Casualty Co. v. Beardy 253 F.2d 702 (2d Cir.) cert denind, 358 U.S 816(1958).

## (2) 법원의 판결

저작권법은 문학·학술 또는 예술에 관하여 사람의 정신적 노력으로 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 표현한 창작적인 표현형식을 보호하는 것이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 사상, 기능 및 감정 자체는 그것이 독창적이라고 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호대상이 되지 않는 것이므로, 비엔비 게임과 봄버맨 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 할 것인바, 추상적인 게임의 장르, 기본적인 게임의 배경, 게임의 전개방식, 규칙, 게임의 단계변화 등은 게임의 개념·방식·해법·창작도구로서 아이디어에 불과하므로 그러한 아이디어 자체는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고, 나아가 어떠한 아이디어를 표현하는데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현방법에 한계가 있는 경우에는 그러한 표현은 저작권법의 보호대상이 되지 아니하거나 그 제한된 표현을 그대로 모방한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것이어서 이와 같은 아이디어를 게임화하는 데 있어 필수불가결하거나 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현 등은 저작권법에 의한 보호대상이 될 수 없다.

또한, 게임의 전개방식, 규칙 등이 게임 저작물의 내재적 표현으로 인정되어 저작권의 보호대상이 되기 위하여는 그러한 게임의 전개방식, 규칙 그 자체 또는 그러한 것들의 선택과 배열 그 자체가 무한히 많은 표현형태 중에서 저작자의 개성을 드러내는 것이어서 표현으로 볼 수 있는 경우여야 할 것이고, 컴퓨터를 통해 조작하고 컴퓨터 모니터에 표현되어야 하는 한계, 승패를 가려야 하고 사용자의 흥미와 몰입도, 게임용량, 호환성 등을 고려하여야 한다는 점과 같이 컴퓨터 게임이 갖는 제약에 의해 표현이 제한되는 경우에는 특정한 게임방식이나 규칙이 게임에 내재되어 있다고 하여 아이디어의 차원을 넘어 작성자의 개성 있는 표현에 이르렀다고 볼 수 없고, 오

히려 그러한 게임방식이나 규칙은 특정인에게 독점권이 있는 것이 아니라 누구나 자유롭게 사용하여 다양한 표현으로 다양한 게임을 만들 수 있도록 하여야 할 것이다.

봄버맨 게임의 내재적 표현 인정 여부에 대하여 살핀건대, 봄버맨 게임은 직사각형의 플레이필드 안에서 폭탄을 이용하여 상대방 캐릭터를 죽이는 것을 기본원리로 하는 게임인바, 이러한 기본 설정하에서 게임의 전개방식과 규칙을 매우 다양하게 표현할 수 있다고 보기 어렵다. 즉, 캐릭터가 게임 진행과정에서 소설과 유사하게 어떠한 에피소드나 스토리를 형성해 나가는 것도 아니고, 배경의 변화에 따라 배경과 캐릭터가 상호 영향을 받는 것도 아니며, 폭탄으로 상대방을 제압하는 방식이나 규칙에 다양한 표현 가능성이 있는 것도 아니므로, 직사각형 플레이필드 안에서 캐릭터를 조종하고, 폭탄을 설치하여 상대방 캐릭터를 죽이는 전개과정과 규칙설정에 다양한 개성이 반영되는 데는 한계가 있다고 보여진다.

구체적으로, 직사각형 플레이필드 안에서 폭탄을 이용하여 상대방 캐릭터를 죽이는 것을 기본원리로 하는 게임에서, ‘캐릭터가 격자 모양으로 구성된 맵을 수평 혹은 수직으로 장애물을 피해 이동하면서 폭탄을 설치하여 적을 처치하는데, 폭탄은 설치된 후 일정 시간이 경과하면 십자형으로 화염을 내뿜으며 폭발하고, 화염의 길이는 매스 단위로 미쳐 상대방 캐릭터가 맞으면 승리하고, 패하지 않기 위하여는 그 화염을 피하기 위해 블록 뒤로 숨는’ 게임 전개방식은 표준적인 선택에 불과하고 다양하게 표현될 여지가 크지 않다고 할 것이어서, 작성자의 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다.

따라서 위와 같은 게임 전개방식 및 규칙, 아이템의 기능 등에 작성자의 개성이 드러나 있다고 보기 어렵다. 또한 눈사람과 이글루가 등장하는 맵, 콘베이어 벨트가 등장하는 맵을 선택하였다는 것도 그러한 배경을 선택하였다는 것만으로 작성자의 개성이 나타나 있다고 보기 어렵고, 그 구체적인

배경의 묘사가 유사한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것이다.

결국, 뽀뽀맨 게임에 관하여 피고가 주장하는 내재적 표현은, 다양한 표현 가운데서 저작자가 자신의 개성을 드러낸 것이라고 보기 어려워 저작권법이 보호하는 표현이라고 볼 수 없고(이를 저작권법이 보호하여 피고가 독점할 수 있도록 한다면 직사각형의 플레이필드 내에서 폭탄을 터뜨려 상대방 캐릭터를 제압하는 것을 기본원리로 하는 게임은 모두 뽀뽀맨 게임의 저작권을 침해하게 될 우려가 있다), 위와 같은 게임방식이나 규칙 등이 이를 표현하는 구체적인 플레이필드, 맵, 캐릭터, 아이템, 폭탄 등의 디자인, 색채, 음향 등과 결합하여 표현된 경우에 그러한 구체적인 표현만이 저작권법에 의하여 보호받을 수 있다고 할 것이며, 따라서 비엔비 게임과의 실질적 유사성을 판단함에 있어 위와 같은 요소를 제외한 나머지 표현만을 대비하여야 할 것이다.

#### 가. 플레이필드 및 맵과 블록의 구성과 형태

플레이필드 형태가 바둑판 모양으로 나타나 있고, 필드 위에 있는 통로의 폭, 캐릭터가 서는 데 필요한 면적, 화염(물줄기)의 폭, 사각형인 하드블록 및 소프트블록의 크기가 원칙적으로 1매스로 통일되어 있다는 점 등은 플레이필드 구성의 아이디어에 불과하고 여러 게임에서 전형적으로 이용되고 있는 사실상의 표준에 해당하는 것이므로 유사여부에 관한 비교대상이 될 수 없고, 아이스 맵, 콘베이어 벨트 맵, 빌리지 맵 등은 이를 배경 또는 소재로 선택한 것 자체는 아이디어에 불과하여 보호받을 수 없고, 나머지 구체적인 표현이 유사한 경우에만 맵의 표현이 유사하다고 할 것인바, 전체적인 느낌과 미감도 전혀 다르므로 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다.

#### 나. 캐릭터의 형태

뽀뽀맨 게임(특히 네오 뽀뽀맨 게임)과 비엔비 게임의 캐릭터는 머리가 몸체에 비

해서 크고 2등신에 가까우며, 얼굴에서 눈이 가장 부각되고, 손과 발이 짧으며, 모자 또는 헬멧, 벨트를 착용하고 있다는 유사점이 있으나, 이러한 유사점 중 신체의 특징은 귀여운 캐릭터라는 아이디어에 기초하여 귀엽다는 점을 적절히 표현하기 위하여 머리의 크기를 과장하고, 눈을 크게 하며, 다른 신체 부위인 손과 발을 단순하고 작게 표현한 데서 기인한 것으로 보이고, 널리 채택되는 형태라 할 것이며, 또한 게임의 용량과 캐릭터의 신속한 이동 등을 고려하여 캐릭터를 최대한 단순하게 만들고, 게임 이용자의 몰입성 등을 고려하여 특정 신체부위만으로 눈에 잘 띄게 하도록 하는 등의 기술적, 현실적 제약을 받는 것으로 보이고, 모자 또는 헬멧이나 벨트를 착용한 캐릭터 역시 전형적으로 채택되는 캐릭터 형태일 뿐만 아니라, 구체적인 헬멧과 벨트의 형태, 캐릭터의 묘사에서도 차이가 있으므로, 위와 같은 유사점만으로는 각 캐릭터의 창작적 표현이 실질적으로 유사하다고 보기 어렵다.

#### 다. 폭탄 및 화염의 형태

폭탄의 기능, 폭탄이 캐릭터가 있는 자리에 놓여진다는 점, 폭탄이 리듬감 있게 수축, 팽창하는 점, 폭발이 십자형으로 이루어진다는 점 등은 게임의 규칙이나 창작도구로서 아이디어에 불과할 뿐만 아니라 여러 게임에서 전형적으로 이용되고 있는 사실상의 표준에 해당하는 것이므로 유사여부에 관한 비교대상이 될 수 없다는 점은 앞에서 본 바와 같으므로, 그 구체적인 표현에서의 유사성을 비교하기로 한다.

비엔비 게임의 물풍선은 봄버맨 게임의 폭탄과 동그랗다는 점에서 유사하나, 폭탄 및 물풍선의 실제 형태가 그러하다는 점에서 동그란 형태 자체는 저작권에 의해 보호될 수 없고, 그 구체적인 색채나 모양 및 폭탄이 폭발하여 터지는 표현에서 그 색채 및 형태는 물론 느낌과 미감에서 확연한 차이가 있으므로 유사하다고 볼 수 없다.

#### 라. 아이템의 형태

캐릭터의 각종 아이템은 롤러스케이트, 신발, 장갑 등의 유사성은 있으나 이는 기능을 표현하기 위해 가능한 몇 가지 선택 중 하나로 보이고, 구체적인 색채나 형태도 확연히 구별되며, 아이템의 기능이 발휘되었을 때의 구체적인 영상도 확연히 구별되므로 유사하다고 볼 수 없다.

따라서 봄버맨 게임과 비엔비 게임은 그 보호받는 표현이 실질적으로 유사하지 아니하므로, 비엔비 게임은 봄버맨 게임의 저작권을 침해하지 않는다고 할 것이다.

#### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권법상 게임이 어떻게 보호되는지, 보호되는 범위는 어디까지인지에 대하여 궁금해하는 사례가 많은 것 같다. 흔히 ‘게임’ 자체가 하나의 저작물로서 보호된다고 생각하는 경우가 많지만, 게임은 여러 가지 저작물이 어우러진 복합적인 성격을 지닌다. 즉, 게임을 구성하는 각 구성요소들은 그 유형에 따라 프로그램저작물, 영상저작물, 미술저작물, 음악저작물 등으로 보호받게 된다. 특히, 게임과 관련하여 자주 접하게 되는 상담사례는 새롭게 개발된 게임의 전개방식이나 규칙, 게임의 단계변화 등을 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는지에 대한 것이다.

저작권법의 보호를 받는 저작물이란 인간의 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것에 한정되기 때문에, 저작권법의 보호가 미치는 것은 구체적으로 외부에 나타난 표현이지 아이디어 자체는 보호대상이 아니다. 따라서, 아이디어 자체는 설사 그 자체가 독창적이라 할지라도 저작권법의 보호가 미치지 아니하는데, 이는 창작행위를 함에 있어 소개가 되는 사상이나 감정과 같은 아이디어는 만인의 공유에 속하도록 하여 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 함으로써 다른 저작자의 창작기회를 보장하고 자유로운 창작활동을 장려하여 문



화의 향상발전에 이바지하고자 하는 저작권법의 목적을 달성하기 위해서이다.

따라서, 게임저작물에 있어 아이디어에 해당하는 추상적인 게임의 장르, 기본적인 게임의 배경, 게임의 전개방식, 규칙, 게임의 단계변화 등은 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고, 외부로 나타난 구체적인 표현만이 보호대상이 된다 할 것이다. 결국 게임의 경우 보호받는 부분은 캐릭터, 맵, 아이템, 각종 효과와 표현과 같은 것들이 될 것이고, 게임의 저작권 침해여부를 판단함에 있어서도 아이디어를 제외하고 이러한 표현 간의 실질적 유사성이 있는지를 살펴봐야 한다.

나아가, 어떠한 아이디어를 표현하는 데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현방법에 한계가 있거나 전형적으로 이용되고 있어 사실상의 표준에 해당하는 것은 저작권법의 보호를 받을 수 없다. 예를 들어, 상기 사건에서 판단한 것과 같이 캐릭터를 귀엽게 표현하면서 게임에 대한 몰입도를 높이기 위한 수단으로 2등신 캐릭터를 선택하고 모자를 쓰게 한다거나, 속도가 빨라지는 아이템을 표현하기 위한 도구로서 롤러스케이트나 날개 달린 신발을 선택하는 것, 해골 모양을 캐릭터 조작에 장애를 일으키는 아이템을 표현하기 위하여 쓰는 것 등은 아이디어를 게임화하는 데 있어 필수적이거나 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현으로서 그 자체로는 저작권법에 의한 보호대상이 될 수 없고 구체적으로 표현의 실질적 유사성이 인정되어야 할 것이다. 또한 전형적으로 이용되고 있어 사실상의 표준에 해당하는 것, 예를 들어 게임의 아이스 맵에 이글루나 눈사람이 등장하는 것 등도 그 자체로 저작권법의 보호대상이 될 수 없고 결국 구체적인 표현의 유사성이 인정되어야 한다.

결론적으로, 아이디어에 해당하는 추상적인 게임의 장르, 기본적인 게임의 배경, 게임의 전개방식, 규칙, 게임의 단계변화 등은 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고, 외부로 나타난 구체적인 표현 중 창작성이 있는 부분만이 보호대상이 된다 할 것이며, 이러한 창작적인 표현이 실질적으로 유사한 경우에만 저작권 침해가 성립할 것이다.

# 5

## 캐릭터의 저작권법적 보호

### 만화나 영화의 캐릭터를 상품에 이용하고자 한다

#### 관련판례 1

#### “탑 블레이드” 사건 (대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 자신들의 회사가 저작권을 가지고 있는 “탑 블레이드(Top Blade)” 만화영화의 캐릭터가 부착된 팹이를 피고가 국내에 배포할 목적으로 중국으로부터 수입함으로써 원고 회사의 저작권을 침해하였다고 주장하였다. 이에 피고는 캐릭터는 고객흡입력이나 대중의 인식에 따라 저작권으로 보호받을 수 있다고 항변하며 침해를 부인하였으나, 법원은 저작권법상 저작물의 판단요소는 피고의 주장과 같지 않으며, “탑 블레이드(Top Blade)” 캐릭터는 독자적인 저작물로 인정된다고 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되나, 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다(대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결, 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결 등 참조). 주식회사 손오공이 저작권을 갖고 있는 위 만화영화의 캐릭터 중 피고인이 수입한 팹이에 부착된 캐릭터가 위 만화영화의 주인공으로 특

정분야 또는 일반대중에게 널리 알려진 것이라거나 고객흡인력을 가졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호여부를 판단함에 있어서 고려할 사항이 아니다(대법원 1999. 5. 14. 선고 99도115 판결 참조).

## 관련판례 2

### “월트 디즈니” 사건 (WALT DISNEY PRODUCTIONS V. The ALR PIRATES (9th cir. 1978))

#### (1) 사건의 요지

원고는 월트 디즈니사로 자신들의 자신들의 만화영화 주인공인 미키마우스, 미니마우스, 도널드 덕, 구피 등을 피고가 성인잡지인 “The AIR PIRATES”에 무단으로 이용한 것에 대하여 저작권 침해를 주장한 사건이다. 이에 피고는 캐릭터의 독자적인 저작권을 부정하며 만화의 전체를 이용하지 않았으므로 저작권을 침해하지 않았다고 항변하였고, 법원은 만화의 주인공과 같은 시각적 캐릭터는 ‘시각적 이미지(visual image)’가 덧붙여짐으로써 어문적 캐릭터와는 달리 저작물과 분리하여 독자적인 저작권의 보호를 긍정할 수 있다고 판단하였다.

#### (2) 법원의 판결

법원은 소설의 캐릭터가 독자적으로 저작권을 보호되지 않는다고 판단하였던 Warner Brothers사의 “말테의 매(Maltese Falcon)’ 사건<sup>12)</sup>을 언급하면서, 어문적 캐릭터는 그저 이야기의 수단(vehicles)으로 이야기 진행의 실제적인 구성을 이루는 것은 아니지만, 만화책의 캐릭터는 이러한 어문적 캐릭터와 다르다고 판단하였다. 캐릭터는 언제나 제한된 양식에 빠지므로 이를 구별하여 설명하기가 어렵지만, 작가가 캐릭터에 시각적 이미지(visual image)를 추

12) Warner Bros., Inc. v. Columbia Broadcasting System-Maltese Falcon 216. F.2d 945(9th Cir. 1954) cert. denied, 348 U.S 971 (1955).

가할 수 있을 때에는 그 구별의 어려움이 감소된다. 달리 말해, 많은 어문적 캐릭터가 보호되지 않는 아이디어에 지나지 않게 구현되는 반면, 만화책의 캐릭터는 실체적이고 개념적인 성질도 가지고 있다. 그러므로 만화책의 캐릭터는 어문적 캐릭터와 구별 가능하고, 어문적 캐릭터에 관한 “말테의 매” 사건의 판단으로 디즈니 캐릭터의 보호가 가능하지 않다고 할 수 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

캐릭터는 그 캐릭터가 담고 있는 친숙한 이미지와 특징지워진 개성 때문에 소비자들의 이목을 끌며 고객흡인력을 가지므로 캐릭터를 둘러싼 상품화권과 그에 따른 분쟁이 저작권법뿐만 아니라 상표법, 부정경쟁방지법, 디자인보호법의 분야에서도 발생하고 있다.

캐릭터란 그 외모나 소설, 만화, 영화 등의 이야기 내용에 의하여 독특한 개성이나 이미지를 가지고 있어 사람들이 그 이름만 들어도 그러한 특이한 개성이나 이미지를 머릿속에 떠올리게 되는 것을 말한다.<sup>13)</sup> 또한, 법원은 만화, 텔레비전, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공의 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 개념으로 파악하기도 한다.<sup>14)</sup>

이에 저작권법에서의 캐릭터의 보호에 관하여 살펴보자면, 그 보호에 대한 긍정과 부정의 논의가 있다. 우리가 일반적으로 떠올리는 캐릭터라는 것은 이미 형상화되어 대중에게 친숙한 시각적 캐릭터지만, 캐릭터는 시각적인 캐릭터에 한정된 것은 아니고 어문저작물에도 존재하고 실존하는 사람에게도 존재하는 것이기 때문이다. 엄격히 말해, 캐릭터란 하나의 소설, 만화, 영화와 같은 저작물 안에서 스토리 및 배경과 어우러져 그 특징과 개성이 드러나게 마

13) 양영순, “캐릭터의 법적 보호”, *계간저작권*, 1992, 겨울호, 11면.

14) “미키마우스” 사건, 대법원 1996. 9. 6. 선고 96도139 판결.

련이므로, 해당 저작물과 분리하여 독립적으로 '사상 또는 감정을 표현한 창작물'로 인정될 것인가에 의문이 생기는 것이다. 만약 캐릭터가 독자적인 저작물로 인정되지 아니한다면, 그 영화나 만화 등에서 캐릭터만을 추출하여 상품 등에 이용하여도 저작권자는 저작권 침해에 대한 주장을 할 수 없게 될 것이다.

하지만, 상술한 관련판례들에서는 탑 블레이드나 미키마우스 캐릭터의 독자성을 인정하여, 해당 만화영화 저작물을 이용한 것이 아닌 캐릭터만을 이용한 사안에 대하여 저작권 침해를 인정하였다. 그러나 캐릭터의 저작물성을 독자적으로 인정하지 않는 판결도 존재하며,<sup>15)</sup> 일본의 경우에도 뽀빠이 캐릭터는 만화라는 구체적인 저작물에서 하나의 인격으로 승화된 추상적인 개념으로, 이러한 캐릭터는 표현이 아닌 아이디어에 불과하다고 판단한 사안도 있다.<sup>16)</sup>

캐릭터는 표현과 아이디어의 요소를 함께 가지고 있는 개념으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>17)</sup> 따라서, 캐릭터에 있어서도 아이디어적인 부분을 제외한 창작적인 표현을 보호하는 것이 가능할 것이고, 특히 외부적인 표현이 뚜렷한 시각적 캐릭터는 어문적 캐릭터보다 저작권법으로의 보호가능성이 높을 것이므로, 타인이 창작한 저작물의 시각적 캐릭터를 이용함에 있어서는 주의를 요한다 할 것이다.

15) "통과 제리" 사건, 대법원 2000. 5. 30. 선고 98후843 판결.

16) "뽀빠이 넥타이" 사건, 最高裁 1997. 7. 17. 선고 平4(才)1443 판결.

17) 이해완, 앞의 책, 155면.

# 6

## 도면의 보호범위

### 기계설비 도면이 저작권법으로 보호되는 범위와 이를 보고 기계를 제작하는 행위가 저작권 침해인지 여부

#### 관련판례

#### 화상전송설비도면 사건 (대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결)

##### (1) 사건의 요지

甲은 국내 대기업인 A에서 근무하다 퇴직한 후, 주식회사 B를 설립하여 운영하면서 기업 A와의 협력관계를 유지하여 왔다. 조달청이 1999년 4월경 200억 규모의 광주도시철도 1호선 통신설비를 국제입찰형식으로 공고하자, 기업 A는 통신설비 중 화상전송설비 설계도면의 CAD 작업을 주식회사 B에 의뢰하여 이를 납품받았다. 이후 조달청의 입찰에 참여하기로 결정한 주식회사 B는 자체적으로 화상전송설비의 설계도면을 작성할 능력이 없자, 기업 A의 설계도면을 입수하여 그 중 기업 A의 로고와 명칭 등만 주식회사 B의 것으로 수정한 후 조달청에 제출하였다. 이에 기업 A는 주식회사 B가 이 사건 도면에 대한 저작권을 침해하였다며 소를 제기한 사건이다.

법원은 지도·도표·설계도·약도·모형과 같은 도형저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 이른바 기능적 저작물로서, 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크며, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 하는데, 이 사건의 지하철 통신설비 중 화상전송설비에 대한 제안서 도면은 기능적 저작물로서의 창작성을 인정하기 어렵다는 이유로 그 저작물성을 부인하였다.

## (2) 법원의 판결

구 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”로 규정하고 있는바, 이 법 조항에 따른 저작물로서 보호를 받기 위해서 필요한 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미하므로, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있는 저작물이라고 할 수 없다.

한편 저작권법은 제4조 제1항 제8호에서 “지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물”을 저작물로 예시하고 있는데, 이와 같은 도형저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 이른바 기능적 저작물로서, 기능적 저작물은 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크다.

동일한 기능을 하는 기계장치나 시스템의 연결관계를 표현하는 기능적 저작물에 있어서 그 장치 등을 구성하는 장비 등이 달라지는 경우 그 표현이 달라지는 것은 당연한 것이고, 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라, 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 한다.

이 사건 도면은 지하철 통신설비 중 화상전송설비의 장비 구성 및 그 장비의 연결관계를 도시한 기능적 저작물로서, 그 도면 중 일부는 그 저작자를 기업 A로 볼 수 없고, 나머지 도면들은 일반적인 도면 작성방법에 따라

작성된 것으로서 입찰시방서에 의하여 제한된 기술적인 내용을 표현함에 있어 작성자의 창조적 개성이 드러나 있다고 보기 어려워 그 저작물성을 인정할 수 없으므로, 이 사건 도면을 복제하는 행위가 기업 A의 저작권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권에 관한 사실 중 대체적으로 일반인들이 이해하기 어려워하는 부분 중 하나는, 설계도가 저작권법의 보호받는 범위와 이러한 설계도를 재현하는 행위를 구분하는 것이다. 대표적인 예가 기계 설계도는 보호받을 수 있다면, 왜 이를 보고 기계를 제작하는 것이 저작권 침해가 되지 않느냐하는 것이다.

저작권법 제4조 제8호에서는 도형저작물의 예시로 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형 등을 열거하고 있다. 따라서, 기계 등의 설계도도 저작권법상 도형저작물로서 보호될 수 있으나, 설계도와 같이 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 하는 이른바 기능적 저작물은 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크다.

더욱이, 기능적 저작물은 그 표현형식이 개념이나 방법·해법, 작업과정 등 아이디어와 표현이 밀접하게 연관되어 있는 경우가 많아 저작권법의 보호대상이 아닌 아이디어를 보호하는 일이 없도록 그 보호범위를 제한적으로 해석해야 할 필요성도 있다.

결국 설계도와 같은 기능적 저작물의 보호범위는 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우를 제외하고 나머지 부분에 작성자의 창조적 개성이 드



러나 있는지를 별도로 판단해야 할 것이다. 또한, 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고, 창작성을 판단함에 있어서도 저작물의 특성상 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크다는 점을 고려해야 한다.<sup>18)</sup> 나아가, 제3자가 다른 표현방법을 사용할 수 있었음에도 불구하고 작성자가 사용한 구체적인 표현과 굳이 동일한 표현을 사용한 경우에만 침해를 인정하는 등의 방법으로 보호범위를 제한해야 할 것이다.<sup>19)</sup>

특히 유의해야 할 것은, 저작물로서 보호되는 것은 도형저작물로서의 설계도 자체라는 점이다. 따라서 건축저작물의 설계도서가 아닌 이상, 설사 기계 등의 설계도가 도형저작물로서 인정된다 하더라도 그 기계 설계도를 따라 기계를 제작하는 것은 저작물의 '복제'에 해당하지 않아 저작권 침해가 성립하지 않는다 할 것이다.

---

18) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결.

19) 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2007, 137-138면.

저작물 창작 및  
유통 관여자의  
법적 지위





# 1

## 업무상저작물

### 직원이 창작한 저작물의 저작권 귀속

#### 관련 판례

#### “몬테소리 교재” 사건 (서울고등법원 1999. 3. 12. 선고 98나32122 판결)

##### (1) 사건의 요지

피고 몬테소리연합회는 타사에서 제작된 교재로 회원들을 교육하여 오던 중 각 유치원마다 구체적인 학습안을 만들어 교육하는 점에 착안하여 학습안들을 종합, 편집한 표준교재를 만들기로 하였다. 이 작업에 원고를 채용하며, 원고에게 매월 50만원의 월급과 이 학습지의 판매수입의 10%를 지급하기로 약정하였지만 이를 지급하지 않아 원고가 소송을 제기하였고, 피고는 이 사건 저작물이 업무상저작물이므로 피고 회사에게 저작권이 있으며, 이용에 있어 비용을 지급하지 않아도 된다고 항변하였다. 이에 법원은 이 학습지는 업무상저작물에 해당하지 않으며 저작권자는 원고라 인정하였다.

##### (2) 법원의 판결

이 사건의 학습지는 원고가 정리하여 사용하였던 기존의 몬테소리 교재와 기존에 회원들에게 제공하기 위하여 집필한 부교재 등을 종합 편집하여 저작한 것으로서 이 저작물의 저작권자는 원고라고 할 것이다. 이에 대하여 피고는, 이 저작물은 피고 경영의 몬테소리연합회의 직원이었던 원고가 피고의 기획과 지시에 의하여 업무상 작성한 것일 뿐이므로 저작권이 연합회에 있다고 주장하나, 피고가 이 저작물의 저작과 출판에 필요한 기획을 하고 작업팀을 구성하여 저작활동을 지시하였다 하더라도 평소 수령하고 있던 월 500,000원의 급여 이외에 별도의 비용을 수령함이 없이 원고가 저작

활동을 수행한 이상 수령한 급여액수에 비추어 볼 때 원고가 순수한 피고의 직원으로서 피고의 비용 지출하에 학습지를 저작하였다고 인정하기는 어려우므로 피고의 주장은 이유 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권법상 저작권은 저작물의 창작자에게 귀속되는 것이 원칙이다.<sup>20)</sup> 저작물은 인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물이므로 그 창작행위의 주체에 저작권을 부여하는 것이다. 하지만, 이러한 원칙에 대한 예외로 사용자와 일정한 관계에 있는 자가 그 사용자에 대한 업무로서 작성하는 저작물을 업무상저작물이라고 하며, 업무상저작물이 저작권법 제9조에서 정한 요건을 충족하게 되면 그 사용자 등에게 저작권이 귀속된다.<sup>21)</sup> 이는 업무상 필요한 저작물을 제작하기 위하여 기획과 투자를 한 회사나 사용자들이 저작물을 용이하게 이용할 수 있도록 하기 위함이다.

업무상저작물의 성립요건은, 첫째 법인 등 사용자가 저작물을 기획하여야 한다. 사용자가 업무의 필요에 의해 의도하여 구상하거나, 그 저작물의 작성을 명할 것을 요한다.

둘째, 법인 등의 업무에 종사하는 자에 의하여 작성되어야 한다. 사용관계에 관하여서는 사용자와 피사용자 사이에 실질적인 지휘, 감독관계가 있는 것을 말하며, 이러한 관계는 법률적으로는 고용계약에 기하여 발생하는 경우가 많을 것이지만 결코 거기에 한정되지 않고 위임계약이나 조합계약에 기초한 경우라도 사용자의 지휘, 감독에 복종하는 관계에 있다면 사용관계가 있다고 볼 수 있다. 여기서 문제가 되는 것은 도급계약인 경우인데, 도급인은 통상적으로 독립된 지위에서 자신의 재량으로 일을 하게 되므로 사용자에 포함되지

20) 저작권법 제2조 제2호.

21) 저작권법 제9조.

않는다고 보는 것이 통설이다.<sup>22)</sup> 하지만, 예외적으로 위탁자가 수탁자에게 완전히 자기 수족(手足)과 같은 지휘로 저작물을 작성케 한 경우라면 사용관계가 인정될 수도 있을 것이다.

셋째, 업무상 작성하는 저작물이어야 한다. 업무 수행에 의하여 파생적으로 또는 그 업무와 관련하여 작성되는 경우에 불과할 때에는 법인 등 사용자가 아닌 저작물의 작성자 자신이 저작자가 된다. 즉, 업무 자체가 저작물의 작성 일 때에는 그 저작물은 업무상저작물이 될 것이지만, 파생적인 작업의 결과물은 그렇지 않다. 다시 말해, 컴퓨터프로그램으로 고용된 자가 회사에서 개발하는 컴퓨터프로그램을 만드는 것은 업무상저작물이겠지만, 회계 담당자가 자신의 업무의 효율을 높이기 위해 회계 프로그램을 우연히 개발하게 되었다면 이는 회사 업무에 이용하더라도 업무상저작물이 될 수 없다.

넷째로, 법인 등의 명의로 공표되어야 한다. 직원이 업무상 작성한 저작물이라 하더라도 법인 등의 명의로 공표되지 아니하고 직원의 이름으로 저작물이 공표된다면 저작권법 제9조의 적용은 없다.

마지막으로, 법인 등 사용자와 저작물 작성자 사이에 저작물 작성자를 저작자로 하는 특약이 있다면 이를 따르게 될 것이다.

이상의 요건을 충족하면 그 효과로서 법인 등 사용자가 저작자의 지위를 취득하게 되고, 그 결과 법인 등 사용자에게 저작재산권은 물론이고 저작인격권까지 원시적으로 귀속하게 된다.<sup>23)</sup> 업무상저작물의 저작권 보호기간은 공표한 때부터 50년간 존속한다.

22) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결. “단체명의저작물의 저작권에 관한 저작권법 제9조를 해석함에 있어서도 위 규정이 예외 규정인 만큼 이를 제한적으로 해석하여야 하고 확대 내지 유추해석하여 저작물의 제작에 관한 도급계약에까지 적용할 수는 없다.”

23) 오승중, 앞의 책, 332면.

## 2 공동저작물과 결합저작물 공동저작물의 개념과 공동저작물의 저작재산권 및 저작인격권 행사

### 관련판례 1

#### 공동저작물의 의미 (대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7181 판결)

##### (1) 사건의 요지

법원은 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 '저작자'의 인정 기준에 대하여 아이디어나 소재 또는 필요한 자료의 제공 등의 관여만으로는 저작자가 될 수 없으며, 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되는 것으로 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

'저작물'이라 함은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말하고, '저작자'라 함은 저작물을 창작한 자를 말하고, '공동저작물'이란 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다고 규정하고 있다. 이와 같은 규정의 내용 및 저작권은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호대상으로 하는 점(대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결 등 참조)에 비추어 보면, 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그 중에서 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되는 것이고, 창작적인 표현형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성과정에서 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.

**만화와 공동저작물 사건** (서울북부지법 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 판결)

(1) 사건의 요지

甲 외 만화스토리 작가들은(이하, 甲) 스토리를 독자적으로 창작하여 시나리오 또는 콘티 형식으로 만화가에게 제공하였고, 만화가 乙은 이에 기초하여 다양한 모양과 형식으로 장면을 구분하여 배치하는 등 그림 작업을 하여 만화를 완성하였다. 이후 乙은 독자적으로 완성된 만화에 대하여 출판사와 출판권설정계약을 체결하고, 만화스토리 작가 甲의 성명 등을 표시하지 않은 채 乙의 명의로 만화를 출간하였으며 이후 甲의 동의 없이 만화를 재출간하고 각종 인터넷 포털 사이트에서 완성된 만화를 제공하도록 하여, 불특정 다수의 공중이 인터넷 서비스 제공업체에 접속하여 만화들을 유료 또는 무료로 볼 수 있도록 하였다.

법원은 스토리작가와 만화가가 분리되어 있는 만화의 경우, 사실관계에 따라 2차적저작물 또는 공동저작물로 성립할 수 있을 것인데, 해당 사안의 만화는 만화스토리 작가와 만화가가 이를 만들기 위해 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 함으로써 주제, 스토리와 그 연출방법, 그림 등의 유기적인 결합으로 완성되어 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 공동저작물에 해당하므로 저작재산권 및 저작인격권 행사에 있어 만화가가 만화스토리 작가들의 동의를 받지 않은 것에 대한 침해를 인정하였다.

(2) 법원의 판결

가. 이 사건 만화들의 저작권자 판단

‘공동저작물’은 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’을 의미(저작권법 제2조 제21호)하고, 여기



에서 ‘공동의 창작행위’는 주관적으로는 공동창작의 의사를 가지고 객관적으로는 공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이 해야만 하는 것은 아니고 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 하여 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 저작물이 되면 족하며, 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 것은 그 분리가 불가능한 경우뿐만 아니라 분리할 수는 있지만 현실적으로 그 분리 이용이 불가능한 경우도 포함한다고 할 것이고, 또한 저작물의 원본, 복제물 등에 저작자로서의 실명 또는 이명으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시된 자는 그 저작물의 저작자로 추정(저작권법 제8조 제1항 제1호)되지만, 공동으로 저작물의 창작에 기여한 이상 그 저작물에 대하여 공동저작자 중 1인 또는 그 일부만이 저작자라고 표시되는 경우에도 다른 공동저작자들은 저작권법상 공동저작자로서의 권리를 주장할 수 있다고 할 것이다.

#### 나. 이 사건 만화들의 특성

이 사건 만화들은 캐릭터의 행동과 묘사의 정황적 설명을 글과 그림으로 나타내어 이야기를 전개시키는 코믹 스트립스(comic strips)의 일종으로서, 하고자 하는 이야기를 그 전개순서에 따라 글과 그림으로 구성되는 개개의 장면을 구상하고 그 전개를 위해 지면을 다양한 크기와 모양의 칸으로 분할하며, 그 분할된 해당 칸에 구상한 장면이 자유로운 과장법과 생략법을 사용한 그림과 말풍선 등에 들어가는 대사를 배열하는 형식을 취한 저작물이므로, 소설처럼 글로만 표현되는 장르가 아니고 그림을 통한 이야기의 전개가 필수적인 요소로서 시각적으로 보여 주는 것이기 때문에 하고 싶은 이야기의 주제를 정하고 스토리를 쓰는 작업과 이를 연출하기 위해 다양한 모양과 형식의 컷을 나누고 배치하여 그림을 그리는 작업 모두가 필요하다.

#### 다. 판 단

원고들이 이 사건 만화들을 만들기 위해 표현하고 싶은 이야기의 주제를 정하고, 다양한 시간적·장소적 배경을 설정한 다음 주인공과 다른 등장인물들 사이의 갈등·대결·화해 등의 관계구조를 이용하여 만화스토리를 창작하여 이를 시나리오 또는 콘티 형식으로 피고에게 제공한 점, 피고는 제공받은 만화스토리에 기초하여 다양한 모양과 형식으로 장면을 구분하여 배치하고 배경 등 그림을 그리는 역할을 담당한 점, 피고는 만화 완성의 의도로 원고들에게 만화스토리의 작성을 의뢰하였고, 원고들도 피고의 그림 작업 등을 거쳐 만화를 완성하는 것을 전제로 피고에게 만화스토리를 제공하였으며, 그러한 사정은 원고들과 피고가 충분히 인식하고 있었다고 할 것인 점, 이 사건 만화들은 원고들이 창작하여 제공한 스토리, 구체적으로 묘사한 등장인물의 성격, 배경 설명 등과 이에 기초한 피고 특유한 그림 등이 결합하여 독창적인 만화가 완성되었다고 할 것이고, 피고 이외의 다른 만화작가에게 제공되는 경우에는 그 성격 등의 기본적인 구조가 변형되었을 가능성이 높은 점, 또한 원고들은 피고로부터 이 사건 만화들에 관한 스토리의 기획, 구상, 작성 등의 과정에서 구체적인 작업 지시나 감독을 받은 바 없는 점, 피고는 원고들로부터 제공받은 만화스토리에 대한 검토, 수정도 하였을 것이나, 모든 만화스토리에 자신의 고유한 아이디어·기획의도를 표현하기는 물리적으로 어려울 것으로 보이는 점, 그 밖에 이 사건 만화들의 특성 등을 종합하면, 이 사건 만화들은 원고와 피고가 하나의 만화를 만들기 위해 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 함으로써 주제, 스토리와 그 연출방법, 그림 등의 유기적인 결합으로 완성되어 각 기여 부분을 분리하여 이용할 수 없는 저작물이라 할 것이고, 원고 중 일부가 피고의 지휘·감독하에 단순히 만화스토리 등을 제공한 것에 불과하다거나, 피고가 기획, 구상한 만화를 만드는 작업에 관여한 업무보조자에 불과하다고 할 수 없다. 따라서 이 사건의 만화는 각 원고들과 피고의 공동저작물이라

고 할 것이다.

원고 중 일부는 이 사건 만화들이 원고들이 작성한 만화스토리의 2차적저작물이라는 취지로도 주장하므로 살피건대, ‘2차적저작물’이란 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물로서, 기존 저작물을 기초로 하여 기존 저작물과 실질적 유사성(표현상의 본질적 동일성)을 유지하면서 구체적인 표현에 수정, 증감, 변경 등을 가하여 새롭게 사상 또는 감정을 창작적으로 표현함으로 인해 이를 접하는 사람이 기존의 저작물의 표현상의 본질적인 특징을 직접 느껴서 알 수 있는 별개의 저작물을 의미하는바, 여러 사람이 관여하여 하나의 저작물을 작성하는 경우 관여자들이 그 작성에 기여하는 정도, 작성되는 저작물의 성질에 따라 그 저작물이 공동저작물이 될 수도 있고 2차적저작물이 될 수도 있다고 할 것인데, 만화저작물의 경우 만화스토리 작성자가 만화작가와 사이에 기획의도·전개 방향 등에 대한 구체적인 협의 없이 단순히 만화의 줄거리로 사용하기 위해 독자적인 시나리오 내지 소설 형식으로 만화스토리를 작성하고, 이를 제공 받은 만화작가가 만화스토리의 구체적인 표현방식을 글(연어)에서 그림으로 변경하면서 만화적 표현방식에 맞게 수정·보완하고, 그 만화스토리의 기본적인 전개에 근본적인 변경이 없는 경우에는 만화스토리를 원저작물, 만화를 2차적저작물로 볼 여지가 있으나, 이 사건의 경우와 같이 원고들과 피고는 최종적으로 만화작품의 완성이라는 공동창작의 의사를 가지고 있었던 점, 원고들의 만화스토리는 피고에게만 제공된 점, 이 사건 만화들은 원고들의 만화스토리와 피고의 그림, 장면 설정, 배치 등이 결합하여 만들어지는 저작물인 점, 원고들과 피고의 작업과정 등에 비추어 보면 이 사건 만화들은 피고가 원고들의 스토리를 변형, 각색 등의 방법으로 작성한 창작물이 라기보다 원고들이 창작하여 제공한 만화스토리와 피고의 독자적인 그림 등이 유기적으로 어우러져 창작된 원고들과 피고의 공동저작물이라고 봄이 상당하다.

## 라. 피고의 저작권 침해 여부

### ① 저작재산권(복제권, 배포권, 공중송신권)의 침해 여부

살피건대, 공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없는바(저작권법 제48조 제1항), 피고가 원고의 동의 없이 이 사건 만화들에 관하여 출판사에 출판권을 설정하고 이를 재출판하여 불특정 다수의 공중에게 판매하는 등으로 복제, 배포를 하였고, 또한 인터넷 서비스 제공업체를 통하여 유료 등으로 게시, 전송함으로써 불특정 다수의 공중으로 하여금 만화들을 유·무선 통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용하도록 하였으므로, 피고는 원고들의 복제권, 배포권, 공중송신권을 침해하였다고 할 것이다.

### ② 저작인격권(동일성유지권)의 침해 여부

살피건대, 저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가지고(저작권법 제13조 제1항), 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없는바(저작권법 제15조 제1항), 피고가 원고의 동의 없이 이 사건 만화들을 재출판하면서 그 중 “스워드”를 “이것이 법이다”로, “파운데이션 25시”를 “어게인”으로, “영”을 “바람이라 불리는 사나이”로, “새벽을 기다리며”를 “모두 꿰어”로 각 제목을 변경하였으므로, 피고는 공동저작물인 만화에 관하여 원고의 제호의 동일성을 유지할 권리를 침해하였다고 할 것이다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작물의 작성은 혼자서 단독으로 하기도 하지만, 저작물의 유형에 따라서 그 창작행위에 수인이 참여하게 되는 경우도 흔히 볼 수 있다. 창작행위에 수인이 참여하는 경우, 그 저작물은 유형에 따라 공동저작물과 결합저작물로 구

분되는데, 양자는 권리행사의 방법에 있어 큰 차이가 있기 때문에 구별해야 할 필요성이 크다.

공동저작물이란 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 의미한다. 이 때 2인 이상이 공동으로 창작하였다는 것은 단순히 아이디어를 제공했다는 정도로는 부족하고 실질적으로 창작행위에 참여했어야 하며, 그러한 창작 당시 당사자들 사이에 공동으로 저작물을 작성한다는 '공동관계'가 존재해야 한다.

가령 공동으로 교재를 집필하는 경우가 이에 해당할 수 있는데, 일단 공동저작물로 성립하게 되면 공동저작권자 전원의 합의에 의하지 않고는 저작재산권을 행사할 수 없게 된다(저작권법 제48조 제1항). 따라서, 공동저작권자 전원의 합의 없이 이루어진 이용허락이나 출판권 설정 등은 효력이 없다. 다만, 이러한 경우 각 공동저작권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수는 없다. 이처럼 공동저작권의 행사가 전원의 합의를 요함에 비하는 반면, 공동저작권이 침해당한 경우에는 단독으로도 권리 구제행위를 할 수 있다.

공동저작물의 이용에 따른 이익은 별다른 특약이 없다면 공동저작자가 개별적으로 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 배분되는데, 각자의 이바지한 정도가 명확하지 아니한 때에는 균등한 것으로 추정된다. 그리고 공동저작물은 공동저작자 중 마지막으로 사망한 이의 사후 50년까지 보호된다.

한편, 이와는 달리 창작에 복수의 사람이 관여하여 하나의 저작물의 완성된 경우에도 창작에 관여한 저작자 사이에 공동관계가 인정되지 않고, 각자의 창작부분이 분리되어 이용 가능한 경우에는 이를 공동저작물이 아니라 결합저작물로 보아야 한다. 이러한 결합저작물은 각자의 창작부분이 개별적으로 이용 가능하기 때문에 본인의 창작부분에 대해 각각 저작권을 가지게 된다.

예를 들어 음악저작물은 곡과 가사가 분리되어 이용 가능한 결합저작물이며, 뮤지컬 역시 각본, 악곡, 가사, 안무, 무대미술 등이 결합된 복수의 저작자에 의하여 외관상 하나의 저작물이 작성된 경우이기는 하나 그 창작에 관여

한 복수의 저작자들 각자의 이바지한 부분이 분리되어 이용될 수도 있다는 점에서 공동저작물이 아닌 단독저작물의 결합에 불과한 ‘결합저작물’에 불과하다.<sup>24)</sup>

특히 관련판례 2에서와 같이 스토리 작가와 만화가가 개별적으로 존재하는 경우에는 창작형태에 따라 공동저작물 또는 2차적저작물로 성립할 수 있는데, 만화스토리 작가가 스토리를 창작하여 시나리오 또는 콘티 형식으로 만화가에게 제공하고 만화는 이에 기초하여 다양한 모양과 형식으로 장면을 구분하여 배치하는 등 그림 작업을 하여 만화를 완성하였다면, 그 만화는 만화스토리 작가와 만화가가 이를 만들기 위해 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 함으로써 주제, 스토리와 그 연출방법, 그림 등의 유기적인 결합으로 완성된 것으로서 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 공동저작물로 보아야 할 것이다.

그러나 스토리 작가와 만화가 사이에 기획의도·전개방향 등에 대한 구체적인 협의 없이 스토리 작가가 단순히 만화의 줄거리로 사용하기 위해 독자적인 시나리오 내지 소설 형식으로 만화스토리를 작성하고, 이를 제공받은 만화가가 만화스토리의 구체적인 표현방식을 글에서 그림으로 변경하면서 만화적 표현방식에 맞게 수정·보완하고 그 만화스토리의 기본적인 전개에 근본적인 변경이 없는 경우에는 만화스토리는 원저작물이 되고, 만화는 스토리를 토대로 한 2차적저작물로 성립하게 될 것이다.<sup>25)</sup>

24) 대법원 2005. 10. 4. 자 2004마639 결정.

25) 서울지방법원 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 판결.

# 3

## 독점적 번역출판권자의 법적 지위

### 내가 번역한 도서와 유사한 도서가 판매되고 있다

#### 관련판례

#### “당나귀 귀” 사건 (대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 프랑스어 원작 소설 “당나귀 귀”를 국내 독점출판계약으로 번역출판하고 있는 바, 피고의 동화가 원작 소설과 유사함을 이유로 “당나귀 귀”의 저작권 침해를 주장하였다. 법원은 피고의 동화가 프랑스어 원작 소설을 우리말로 번역한 소설에서의 표현과 부분적으로 유사한 어휘나 구문을 사용하고 있으나, 소설이 번역저작물로서 갖는 창작적 특성이 피고의 동화에서 감지된다고 보기 어려워 양자 사이에 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 하였다.

##### (2) 법원의 판결

먼저, 이 사건 소설은 “당나귀 귀”라는 제호의 프랑스어 원작 소설을 우리말로 번역한 저작물로서, “당나귀 귀”와 피고의 동화는 주요 인물들의 설정과 상호관계, 상황 설정, 구체적인 줄거리 및 사건의 전개과정, 구체적인 일화 등에 있어서 유사성이 있으나, 이와 같은 부분들은 프랑스어 원작소설의 창작적 표현이지 번역자에 의하여 이 사건 소설에 새롭게 부가된 창작적인 표현이 아니므로 이와 같은 부분들의 유사성을 이유로 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있다고 할 수 없다.

대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니

라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있으므로, 피고의 동화가 “당나귀 귀”에 의거하여 작성되었는지 여부를 판단함에 있어서 저작권법에 의하여 보호받지 못한 표현 등의 유사성을 참작할 수 있다고 하여, 양 저작물 사이의 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어서도 동일하게 이와 같은 부분 등의 유사성을 참작하여야 하는 것은 아니다.

다음, “당나귀 귀”의 개개 번역 표현들을 구성하고 있는 어휘나 구문과 부분적으로 유사해 보이는 어휘나 구문이 피고의 동화에서 드문드문 발견되기는 하나, 그러한 사정만으로 바로 “당나귀 귀”와 피고의 동화 사이에 실질적 유사성이 있다거나 “당나귀 귀”에 대한 번역저작권이 침해되었다고 단정할 수는 없고, 그 실질적 유사성을 인정하기 위해서는 피고의 동화에서 유사 어휘나 구문이 사용된 결과 “당나귀 귀”가 번역저작물로서 갖는 창작적 특성이 대상 동화에서 감지될 정도에 이르렀다는 점이 인정되어야 한다. 그런데 총 문장 2,000여 개의 이 소설과 총 문장 1,000여 개 중 유사 어휘나 구문이 차지하는 질적 혹은 양적 비중은 미미하고, “당나귀 귀”는 사회비판 소설로서 청소년 등을 독자층으로 하여 아이의 시각에서 위선적인 세상을 풍자하는 것을 주제로 설정하고 있는 반면, 피고의 동화는 유아동화로서 아동 등을 독자층으로 삼아 학교에서 집단 따돌림을 당하는 학생에게 희망과 꿈을 심어 주는 것을 주제로 설정하여 교육성과 단순성 등이 “당나귀 귀”보다 훨씬 강한 관계로, 전체적으로 쉬운 어휘와 구문, 밝은 어조를 사용하여 독자에게 친근감과 안정감을 느끼도록 문장과 문단이 전개되고 있고, 그 결과 위와 같은 유사 어휘나 구문 등이 배열된 순서나 위치, 그 유사 어휘나 구문이 삽입된 전체 문장이나 문단의 구성, 문체, 어조 및 어감 등에서 “당나귀 귀”와 피고의 동화는 상당한 차이를 보이고 있으므로, 이와 같은 정도의 일부 어휘나 구문의 유사성은 “당나귀 귀”와 피고의 동화의 전체적인 구성이나 표현의 차이에 흡수되어 이 소설이 번역저작물로서 갖는 창작적 특성



이 피고의 동화에서 감지된다고 보기는 어렵다. 따라서 “당나귀 귀”와 피고의 동화 사이에 실질적 유사성이 있다고 할 수 없고, 저작권자와의 이용허락계약에 의하여 취득하는 독점적 번역출판권은 독점적으로 원저작물을 번역하여 출판하는 것을 내용으로 하는 채권적 권리이므로, 제3자가 작성한 저작물이 원저작물의 번역물이라고 볼 수 없는 때에는 독점적 번역출판권자가 저작권자를 대위하여 그 제3자를 상대로 침해정지 등을 구할 보전의 필요성이 있다고 할 수 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

이미 번역되어 출판되고 있는 해외의 도서를 또다시 출판하려면 기존에 해당 도서를 출간하고 있던 출판사와 협의를 해야 하는 것인가에 대한 질문을 종종 받는다. 이러한 질문과 동일한 시안은 아니지만 상술한 판례로 번역을 하여 출판을 하고 있는 자의 지위에 대하여 이야기해 보고자 한다.

외국의 서적 등을 번역한 결과물은 2차적저작물이 될 것이고, 번역가에게는 그 2차적저작물의 저작권이 귀속된다(물론, 저작물을 번역할 때에는 원저작자의 허락이 필요하다). 따라서, 2차적저작물인 번역물을 이용하기 위해서는 원저작권자와 번역가의 허락이 모두 필요할 것이지만, 번역된 번역물을 이용하는 것이 아니라 원작만을 이용하거나 원작을 새로이 번역하고자 할 때에는 번역권자가 아닌 원저작권자의 허락만이 필요할 것이다.

상기 판결은 해외 동화의 국내 출판독점계약을 맺은 출판사가 출판하는 동화의 원작과 유사한 국내 동화를 상대로 저작권 침해 주장을 한 것으로, 법원은 분쟁이 된 양 저작물이 유사성을 보이기 는 하지만, 유사한 부분은 프랑스어 원작 소설의 저자에 의해 작성된 것이지 2차적저작물의 저작권자인 출판사가 번역작업에서 새롭게 부가하거나 창작해 낸 표현이 아니므로, 그러한 부분에 있어서는 2차적저작물의 저작권자라 하여도 침해를 주장할 수 없다고 판단하였다.

즉, 2차적저작물의 저작권자라 하더라도 그 권리의 범위는 원저작권자의 저작물을 제외하고 본인이 창작하여 추가한 부분이라고 할 것인데, 상기 판결에서 인물들의 설정과 상호관계, 상황설정, 구체적인 줄거리 및 사건의 전개과정, 구체적인 일화 등에 있어서 유사성은 원작과의 유사성일 뿐이지, 번역물과의 유사성이라 보지 않은 것이다. 또한 설정출판계약 관련 다른 사례에서도 볼 수 있겠지만, 원작에 대한 유사성과 그에 대한 침해 문제는 원작의 저작자가 주장을 할 수 있을 것인지 독점출판계약을 한 출판사가 문제를 삼을 수 있는 것은 아니라고 하였다.

그러므로 기존에 출판되어 있는 번역본을 보고 그것을 바탕으로 이용하는 것이 아니라 원작자와의 협의 후 새롭게 번역할 때에는 굳이 기존의 번역되어 출판된 책의 번역자나 출판사의 허락이 필요하다고 볼 수 없다.

## 4 출판설정권자의 권리

### 작가와 설정출판계약으로 책을 출판하고 있는 중 타 출판사에서 동일한 책이 출판되었다

#### 관련판례

#### “전략삼국지” 사건 (대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다47782 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 “전략삼국지”의 일본어 원판 저작권자에게 한국어판의 배타적·독점적 출판권을 받은 설정출판권자이다. 원고는 피고가 출판하는 “슈퍼삼국지”가 “전략삼국지”를 상당 부분을 모방하였다고 출판권 침해를 주장하였고, 이에 법원은 저작권법 제54조에 정한 출판권은 저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자와의 설정행위에서 정하는 바에 따라 저작물을 원작 그대로

로 출판하는 것을 그 내용으로 하는 권리인바, 제3자가 출판권자의 허락 없이 원작의 전부 또는 상당 부분과 동일성 있는 작품을 출판하는 때에는 출판권 침해가 성립된다 할 것이지만, 원작과의 동일성을 손상하는 정도로 원작을 변경하여 출판하는 때에는 저작자의 2차적저작물작성권 침해에 해당할지언정 출판권자의 출판권 침해는 성립되지 않는다고 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

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

구 저작권법 제54조에 정한 출판권은 저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자와의 설정행위에서 정하는 바에 따라 저작물을 원작 그대로 출판하는 것을 그 내용으로 하는 권리인바, 제3자가 출판권자의 허락 없이 원작의 전

부 또는 상당 부분과 동일성 있는 작품을 출판하는 때에는 출판권 침해가 성립된다 할 것이지만, 원작과의 동일성을 손상하는 정도로 원작을 변경하여 출판하는 때에는 저작자의 2차적저작물작성권 침해에 해당할지언정 출판권자의 출판권 침해는 성립되지 않는다.

### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

출판을 하고자 하는 자는 저작권자에게 저작재산권을 양도받거나, 이용허락계약 또는 출판권설정계약을 해야만 합법적으로 출판이 가능하다. 상기 판결은 출판권설정계약에 의한 출판권자의 권리에 관하여 이야기하고 있다. 우선 설정출판권이란 저작권법 제57조에서 규정하고 있으며, 이는 단순한 채권적 이용권이 아니라 제3자에게 배타적, 대세적 효력을 가지는 준물권적 권리이다. 이용허락계약은 채권적 계약으로 계약의 당사자만을 구속하므로, 만일 제3자에 의하여 같은 책이 출판된다 하여도 저작권자가 아닌 한 출판하는 자는 권리의 침해를 주장할 수 없다. 이러한 사정으로 출판을 하는 사람들의 지위가 불안정하여 출판에 투자한 비용 등의 회수가 어려운 경우 등이 발생하게 되자 만들어진 제도가 설정출판권으로, 설정출판권을 가지고 출판하는 자는 제3자에 대하여도 저작권법상 자신의 권리를 주장하여 구제를 받을 수 있도록 하였다.

따라서, 상기 판결에서와 같이 설정출판권자는 상대 출판사에게 동일한 책의 출판을 금지하는 소를 제기할 수 있는데, 위 사안에서 쟁점이 된 것은 상대 출판사가 책을 그대로 출판한 것이 아니라 변형을 하여 출판을 한 경우에도 설정출판권자가 그 금지를 청할 수 있는 권리가 있는가이다.

이에 대하여 법원은 설정출판권은 원작을 그대로 출판하는 것을 내용으로 하는 권리이므로, 이를 원작과 동일하지 않을 정도로 변경하여 출판할 때에는 설정출판권자의 출판권 침해는 성립되지 않는다 하였다.

즉, 출판권자는 '복제'와 '배포'에 대한 권리를 가진 것으로, 해당 원작을

그대로, 혹은 상당 부분이 동일하다면 이는 ‘복제’라고 볼 수 있으므로 제재가 가능하겠지만, 그렇지 않을 경우에는 별도로 출판권 침해를 구성하지는 않기 때문에 출판권 침해를 주장할 수 없다는 것이다.

따라서, 설정출판을 받은 책 등이 원본과 동일하게 타 출판사에 의하여 발행이 될 때에는 그 내용의 동일성을 검토하여 설정출판권의 침해 여부를 판단하여야 하며, 복제에 이를 정도로 동일하지 않을 때에는 원저작자만이 직접 2차적저작물작성권 침해 등을 이유로 제재가 가능할 것이므로, 출판사는 원저작자를 통하여 또는 그 권리를 위임받아 출판금지청구 등으로 문제를 해결해야 한다.

## 5

### 영상저작물 출연자의 권리

학교 홍보 동영상에 출연한 학생 모델이다.  
저작권법상 어떠한 권리가 있는가?

#### 관련판례

#### 가라오케 LD 사건 (대법원 1997. 6. 10. 선고 96도2856 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 영화배우로 자신의 출연 영화장면이 편집되어 가라오케용 엘디(LD)로 이용되고 있음에 저작권인접권 침해를 주장하였고, 피고는 해당 영화사의 허락을 득한 후 이용하였으며, 해당 영화사는 영상저작물의 관한 특례에 따라 실연자의 권리를 모두 양도받은 것으로 추정되므로 위법 사안이 없다고 항변하였다. 이에 법원은 영상저작물의 저작권자에게 허락을 받았다고 하더라도 배우들의 권리까지 허락이 된 것으로 볼 수 없으므로 해당 배우의 저작권인접권을 침해한 것으로 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

구 저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되기 전의 것)은 제63조와 제64조에서 실연자(實演者)는 그의 실연을 녹음 또는 녹화하거나 사진으로 촬영할 권리 및 방송할 권리를 가진다고 규정하면서, 제75조 제3항에서 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제63조의 규정에 의한 녹음·녹화권 등과 제64조의 규정에 의한 실연방송권은 영상제작자에게 양도된 것으로 본다는 특례 규정을 두고 있는바, 위 규정에 의하여 영상제작자에게 양도된 것으로 간주되는 ‘그 영상저작물의 이용에 관한 실연자의 녹음·녹화권’이란 그 영상저작물을 본래의 창작물로서 이용하는 데 필요한 녹음·녹화권을 말한다고 보아야 할 것이다.

따라서, 영화상영을 목적으로 제작된 영상저작물 중에서 특정 배우들의 실연장면만을 모아 가라오케용 엘디(LD)음반을 제작하는 것은, 그 영상저작물을 본래의 창작물로서 이용하는 것이 아니라 별개의 새로운 영상저작물을 제작하는 데 이용하는 것에 해당하므로, 영화배우들의 실연을 이와 같은 방법으로 엘디(LD)음반에 녹화하는 권리는 제75조 제3항에 의하여 영상제작자에게 양도되는 권리의 범위에 속하지 아니한다 할 것이다.

### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권법에서는 창작자에게 저작권을 부여한다. 따라서, 아이디어 제공자, 저작물 제작에 비용을 투자한 자 등이 저작권자가 될 수 없음은 다른 사례에서도 알 수 있었다.

그렇다면 영상저작물이나 음악저작물 등의 제작에 꼭 필요한 연기자나 가수 등도 역시 저작권자가 될 수 없으므로 저작물에 관하여 어떠한 권리도 주장할 수 없는 것일까? 저작권법은 이러한 이들을 실연자라고 규정하고 있다. 실연자란 보통 우리가 말하는 연기자를 의미하는데, 저작물을 연기, 무용, 연

주, 가창, 구연, 낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하여 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다. 이러한 실연자는 자신의 실연에 대하여 저작인접권자로서 복제권, 배포권, 방송권, 전송권 등의 권리를 가지게 된다.

하지만, 일반적으로 영화나 드라마는 주·조연배우와 보조출연자들까지 수백 명의 실연자들이 존재할 것인데, 그 영상물을 이용할 때마다 수백 명의 실연자의 허락을 일일이 받는다는 것은 현실적으로 어려운 일이다. 영상저작물은 출연자뿐만 아니라 많은 스태프의 공동행위로 제작되므로, 많은 권리관계 때문에 추후 그 영상물의 이용이나 유통에 있어 권리관계 문제의 해결이 매우 번거로울 수 있다. 따라서, 이러한 불편을 줄이고 권리관계를 보다 명확하게 하기 위해 저작권법은 영상저작물에 한하여 제작에 협력할 것을 약정한 자들의 권리는 별도의 특약이 없는 한 영상제작자에게 양도한 것으로 추정하는 특례 규정을 두고 있다. 상기 판결은 이러한 규정 중 영상제작자에게 양도되었다고 추정되는 실연자의 권리 범위<sup>26)</sup>에 대한 해석을 담고 있다.

법원은, 영화의 촬영으로 영상제작자가 양도받은 실연자의 권리 즉 '그 영상저작물의 이용에 관한' 권리라 함은 본래의 창작물을 이용하는 것에 한한다고 판단하였다. 즉, 영상저작물은 본래 영화로서 이용되도록 제작된 것이므로, 해당 영상물의 영화로서의 이용에 관한 권리는 양도된다 하여도, 그것을 다시 재편집하여 영화가 아닌 다른 목적의 이용할 권리까지 양도된 것으로 추정되지는 않는다는 것이다. 영상물의 한 번 촬영으로 그것을 드라마, 뮤직비디오, 광고 등으로 모두 이용 가능하다는 것은 너무 많은 권리를 양도하는 것으로, 실연자들에게 부당한 결과를 초래할 수 있을 것이기 때문이다.

이러한 사례는 직업적인 연기자나 학교 홍보 동영상에 출연하는 학생 모델 등에도 적용될 것이다. 저작권법상 실연자로서 보호되지만, 별도의 특약이 없

26) 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제69조의 규정에 따른 복제권, 제70조의 규정에 따른 배포권, 제73조의 규정에 따른 방송권 및 제74조 규정에 따른 전송권은 특약이 없는 한 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정한다(저작권법 제100조 제3항).

을 때에는 그 권리가 영상저작물의 제작자에게 양도된 것으로 추정된다. 하지만, 자신이 출연한 영상저작물이 본래의 의도하지 않은 목적의 광고 등에 활용되고 있다면 저작권접권 침해를 주장할 수 있는 것이다.





# 저작인격권





# 1 성명표시권 성명표시권의 의의와 일신전속성

## 관련판례 1

### 성명표시권의 양도 사건 (대법원 1995. 10. 2. 자 94마2217 결정)

#### (1) 사건의 요지

선교단체인 乙은 외국인에게 한국어를 가르치기 위한 목적으로 乙 단체의 원장과 원고인 甲 그리고 乙 단체에 소속된 다른 강사들에게 공동으로 한국어 교재를 제작하도록 하였으며, 교재 제작시부터 공동저작자들에게 교재에 대한 출판권, 번역권 등 일체의 재산적 권리 및 저작인격권이 乙에게 양도되도록 하는 포괄적 동의를 받았다. 이에 따라 乙은 당해 서적에서 공동저작권자인 甲이 성명표시를 생략하였다 할지라도 저작인격권 침해에 해당하지 않는다고 주장하였다.

그러나 법원은 저작인격권은 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없으며, 저작자는 자기의 저작물에 관하여 그 저작자임을 주장할 수 있는 권리가 있으므로 타인이 무단으로 자기의 저작물에 관한 저작자의 성명, 칭호를 변경하거나 은닉하는 것은 고의, 과실을 불문하고 저작인격권의 침해가 된다고 하였다.

#### (2) 법원의 판단

저작인격권은 저작재산권과는 달리 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없는 것이라 할 것이므로 비록 그 권한행사에 있어서는 이를 대리하거나 위임하는 것이 가능하다 할지라도 이는 어디까지나 저작인격권의 본질을 해하지 아니하는 한도 내에서만 가능하다 할 것이고 저작인격권 자체는 저작권자에게 여전히 귀속되어 있는 것이라고 보아야 할 것이

며, 구 저작권법 제14조에 의하면 저작자는 자기의 저작물에 관하여 그 저작자임을 주장할 수 있는 권리(소위 귀속권)가 있으므로 타인이 무단으로 자기의 저작물에 관한 저작자의 성명, 칭호를 변경하거나 은닉하는 것은 고의, 과실을 불문하고 저작인격권의 침해가 된다고 할 것이다(대법원 1962. 10. 29. 자 62마12 결정 참조).

그런데 원심은 甲을 이 사건 저작물의 공동저작자로 인정하고서도 이 사건 저작물에 대한 저작인격권마저도 乙에 포괄적으로 위임되었다는 것을 전제로 乙에 의한 이 사건 저작물의 저작자 표시 변경이 신청인의 저작인격권의 침해로 되지 않는다고 판단하고 있는바, 이는 실질상 저작인격권의 양도를 인정하는 결과로 되어 저작인격권의 본질을 벗어나는 것이 되므로 허용되어서는 아니 된다 할 것이고, 이 사건 저작물에 대한 신청인의 저작인격권 자체는 여전히 신청인에게 귀속되어 있는 것이라고 보아야 할 것이다.

따라서, 피신청인들이 이 사건 저작물을 수정하여 발간하면서 저작물의 공동저작자인 신청인의 성명을 표기하지 아니하고 피신청인을 공동저작자로 표시한 것은 결과적으로 신청인의 저작인격권을 침해한 결과로 된다 할 것이다.

## 관련판례 2

### “황정아” 사건 (대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카29269 판결)

#### (1) 사건의 요지

문교부(현 과학기술교육부)는 국민학교(현 초등학교) 3학년 2학기 교과서에 원고가 국민학교 6학년 재학 중 창작하여 1980. 11. 15. 공표한 “내가 찾을 할아버지의 고향”이라는 제목의 산문을 실으면서 제목을 “찾아야 할 고향”으로 고치고 지은이를 “3학년 4반 황정아”라고 새로이 써넣었으며 “매년”을 “해마다”로 고치는 등 내용의 일부 문구를 수정하였다. 문교부는 산문의 지은이

를 가공의 이름인 황정아로 표시한 이유가 교육정책상의 목적에 있었다고 항변하였으나, 법원은 그와 같은 사정만으로는 성명표시권을 침해하는 정당한 사유가 될 수 없다고 하였다.

## (2) 법원의 판단

저작자는 저작물에 관한 재산적 권리에 관계 없이 또한 그 권리의 이전 후에 있어서도 그 저작물의 창작자임을 주장할 권리가 있고 이는 저작자가 저작자로서의 인격권에 터잡아 저작물의 원작품이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리가 있다는 것으로(대법원 1989. 1. 17. 선고 87도2604 판결; 1962. 10. 29. 선고 62마12 판결 참조), 저작자의 동의나 승낙 없이 그 성명을 표시하지 않았거나 가공의 이름을 표시하여 그 저작물을 무단 복제한 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 귀속권 침해로 인한 정신적 손해의 배상을 청구할 수 있음은 당연하다.

피고 산하 문교부는 원고가 국민학교 6학년 재학 중 창작하여 1980. 11. 15. 공표한 “내가 찾을 할아버지의 고향”이라는 제목의 산문 중 제목을 “찾아야 할 고향”으로 고치고 지은이를 “3학년 4반 황정아”라고 새로이 써넣었으며 “매년”을 “해마다”로 고치는 등 내용의 일부 문구를 수정하여 국민학교 3학년 2학기 국어교과서에 신고 1982년부터 1987년까지 이를 인쇄하여 학생들에게 발행, 공급한 사실을 확정한 다음 문교부가 이 산문의 지은이를 가공의 이름인 황정아로 표시한 이유가 피고의 주장과 같이 교육정책상의 목적에 있었다 하더라도 이러한 사정만으로는 저작자에게 전속되는 창작자임을 주장할 수 있는 귀속권을 침해하는 정당한 사유가 되지 아니하므로 피고는 교과서의 편집을 지휘감독하고 그 내용을 최종적으로 결정할 권한을 가진 문교부 소속 공무원들의 직무집행상의 과실로 인해 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작물에는 저작자의 사상과 감정이 담겨 있기 때문에, 저작권자의 명예와 인격적 이익을 보호하기 위해 저작재산권과는 별도로 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 같은 저작인격권을 규정하고 있다. 특히, 저작자는 자신의 저작물이 똑같이 무단으로 이용되는 경우에도 자신의 성명을 빼거나, 다른 사람의 이름으로 표기하는 경우에 더욱 불쾌함을 느끼고 강력히 대응하는 사례를 자주 접하게 된다. 이처럼 저작물에 있어 저작자의 성명표기는 매우 중요하고 예민한 사항이다.

저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물 또는 저작물의 공표 매체에 자신의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지는데, 이를 성명표시권이라 한다(저작권법 제12조 제1항). 이는 저작물에 자신의 이름을 실명 또는 이명으로 표시하거나 표시하지 않을 권리는 물론, 무명으로 표시할 권리까지 포함하는 것으로 해석된다. 따라서, 저작물을 이용하는 자는 저작자가 자신의 저작물에 자신의 이름을 표시한 방식을 그대로 따라야 하고, 동의 없이 이를 변경하거나 생략하는 것은 성명표시권 침해가 된다.

이와 같은 성명표시권은 일신에 전속하는 것으로서, 저작재산권을 양도하는 경우에도 창작자에게 남아 있게 된다. 관련판례 1에서 잘 판시하고 있는 바와 같이 설사 당사자 간에 성명표시권을 포함한 저작인격권을 양도하기로 약정하였다 하더라도 이는 효력이 없다. 또한, 타인이 무단으로 자기의 저작물에 관한 저작자의 성명, 칭호를 변경하거나 은닉하는 것은 고의, 과실을 불문하고 저작인격권의 침해가 성립하며, 관련판례 2에 나타난 바와 같이 교육적 목적으로 교과서에 시를 게재하면서 성명의 표시를 변경하는 것도 허용되지 않음에 유의할 필요가 있다.

다만, 이러한 성명표시권은 저작물의 성질이나 그 이용목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 제한될 수 있다(저작권법 제12조 제2항 단서). 그러나 이러한 규정은 호텔 등에서 배경음악을 재생하는 것과 같은 경우

를 제외하고는 인정되지 않는 등 매우 엄격하게 적용되고, 합리적인 성명표시 방법이 있음에도 성명표시를 생략하는 것은 허용되지 않음에 주의해야 할 것이다.

## 2 동일성유지권 저작물을 변형하여 이용하고자 한다

### 관련 판례 1

“롯데” 사건 (대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결)

#### (1) 사건의 요지

신청인은 피신청인인 주식회사 호텔롯데의 도안 모집에 당선된 너구리 도안의 창작자이다. 도안의 당선 후 신청인과 피신청인은 출품작을 수정, 보완하여 기본도안을 만들고 그것에 기초하여 응용도안을 개발하기로 하는 계약을 체결하면서 그에 따른 작품료를 지급하는 대가로 개발될 응용도안에 대한 저작권 등 모든 권리를 양도받기로 약정하였다. 신청인은 수 차례의 수정을 거쳐 기본도안을 확정하고 이를 바탕으로 한 응용도안을 제출하였으나 피신청인이 불만을 표시, 재차 수정을 요구하자 이를 거부하였다. 이에 피신청인은 만화영화 제작자에게 다시 신청인의 도안을 참고로 한 새로운 캐릭터 도안의 개발을 의뢰한 후 납품받아 “롯데”라는 이름으로 이용하였다. 이에 신청인은 비록 자신의 지적재산권은 양도했지만 저작권격권은 그대로 남아 있는 바, 피신청인이 자신의 도안을 함부로 수정하여 자신의 저작권격권 중 동일성유지권을 침해하였다는 이유로 피신청인을 상대로 그 사용을 금하는 가처분신청을 하였다. 이 사안에 대하여 법원은 저작물인 도안의 제작자가 도안의 수정의무의 이행을 거절함으로써 주문자측의 도안



변경에 이의를 제기하지 않았다는 취지의 묵시적 동의를 하였다면 주문자 측이 도안을 일부 변경한 다음 변경된 도안을 기업목적에 따라 사용하고 있다 하더라도 규정된 동일성유지권의 침해에 해당되지 아니한다고 하였다.

## (2) 법원의 판결

피신청인으로부터 롯데월드의 상징도안을 제작하도록 의뢰받은 신청인 사이에는 제작자인 신청인이 주문자인 피신청인측에서 요구하는 상징도안의 제작목적과 제작의 기본방향, 소재선정의 기준 등에 따라 도안을 제작하기로 하고, 피신청인측이 제작된 도안에 대한 소유권과 저작권 등 모든 권리를 가짐은 물론 수정 요구까지 할 수 있다는 내용의 캐릭터 제작계약을 체결하였으며, 신청인이 제작한 너구리도안이 당선작으로 선정된 후에도 수차례에 걸친 수정, 보완 끝에 기본도안이 제작되고, 이에 기하여 35종의 응용도안까지 제작된 사실, 피신청인측으로부터 당해 도안이 미국에서 사용중인 펠릭스 고양이와 유사하고 너구리의 특징이 잘 나타나 있지 아니하다는 이유로 수정 요구를 받은 신청인은, 자기로서는 수정을 하여도 같은 도안밖에 나오지 아니한다는 이유로 더 이상의 수정을 거절하였고, 이에 신청인이 아닌 만화영화제작자에게 다시 의뢰하여 사용하고 있는 기본도안과 응용도안 등을 제작하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 신청인이 제작한 너구리도안은 순수미술작품과는 달리 그 성질상 주문자인 피신청인의 기업활동을 위하여 필요한 경우 변경되어야 할 필요성이 있었고, 캐릭터 제작계약에 의하여 피신청인측에서 도안에 관한 소유권이나 저작권 등의 모든 권리는 물론 도안의 변경을 요구할 권리까지 유보하고 있었음을 알 수 있을 뿐 아니라 신청인이 피신청인측의 수정 요구에 대하여 몇 차례 수정을 하다가 자기로서는 수정을 하여도 같은 도안밖에 나오지 않는다면 더 이상의 수정을 거절한 사실까지 보태어 보면, 신청인은 그의 의무인 도안의 수정을 거절함으로써 피신청인측이 도안을 변경하더라도 이의를 제기하지 아니하

겠다는 취지의 묵시적인 동의를 하였다고 인정함이 상당하다 할 것이다. 따라서 위 변경은 신청인의 묵시적인 동의에 의한 것이므로 저작권법 제13조 제1항에 규정된 동일성유지권의 침해에는 해당되지 아니한다 할 것이다.

## 관련판례 2

### 지하철역사 벽화 게재 (서울중앙지법 2006. 5. 10. 선고 2004가합67627 판결)

#### (1) 사건의 요지

원고는 이 사건 벽화의 저작권자로 서울특별시 도시철도공사는 원고의 동의나 승낙을 받지 아니하고 미술작품들을 원화로 사용하여 지하철역 장식벽의 벽화를 만들면서 그 벽화의 작가란에 '작가미상'이라고 표시하거나 아예 작가 표시란을 두지 않았고, 또한 저작자의 연작작품 중 일부만을 벽화로 만들거나 원작자가 의도하지 않은 방식으로 제작하고 작품의 위·아래를 거꾸로 설계·시공하는 등 저작자의 작품의도를 훼손하여 설치하거나 전시하고 있음을 이유로 저작인격권 침해에 대한 손해배상을 청구하였고, 법원은 성명표시권 및 동일성유지권 침해를 인정하였다(본 사례에서는 동일성유지권 침해만을 이야기하고자 한다).

#### (2) 법원의 판결

이 사건 벽화는 원고의 연작작품 중 일부만을 벽화화하였거나 제작방식이 원고가 의도하지 않은 방식으로 되었으며(테라코타 방식에서 타일 방식으로), 작품의 위·아래를 거꾸로 설계·시공함으로써 작가의 작품의도를 훼손하여 설치되거나 전시된 사실을 인정할 수 있으므로 피고 도시철도공사와 이를 설계한 주식회사는 원고의 원화에 대한 동일성유지권을 침해하였다고 할 것이다.

**음악 미리듣기 서비스** (서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결)

(1) 사건의 요지

원고는 이 사건 음악의 저작권자로, 인터넷상의 음악사이트를 운영하는 피고가 자신의 음악저작물을 인터넷상에서 이용자들에게 서비스하면서, 그 일부를 절단, 발췌, 변환, 저장하여 미리듣기, 통화 연결음, 휴대폰 벨소리 등의 음원 서비스로 제공하였음을 이유로 저작재산권 및 저작인격권 침해를 주장하였다. 이에 피고는 이 사건 음악저작물은 원고와 신탁계약에 의하여 이용허락 권한을 가지고 있던 한국음악저작권협회와의 계약 후 이용한 것으로 위법 사안이 없음을 항변하였다. 법원은 피고가 이 사건 음악저작물을 신탁관리단체(한국음악저작권협회)와의 계약에 의하여 이용하였음을 인정하여 저작재산권 침해는 받아들이지 아니하였지만, 특별한 사정이 없는 한 저작자의 허락 없이 음악저작물의 일부 절단, 발췌, 변환 등의 이용은 저작인격권 중 동일성유지권의 침해가 된다고 판단하였다.

(2) 법원의 판결

저작자에게 동일성유지권을 보호하는 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제13조 제1항의 취지는, 저작물의 동일성을 해치지 않는 범위 내에서 단순히 오·탈자를 수정하거나 문법에 맞지 않는 부분을 교정하는 정도를 넘어서 저작물의 내용, 형식 및 제호에 대한 추가, 삭제, 절단, 개변 등의 변경을 가하는 것은 동일성유지권을 갖고 있는 저작자만이 할 수 있고, 원칙적으로 제3자는 저작자의 동의를 받지 아니한 채 그 의사에 반하여 위와 같은 변경을 할 수 없다는 것이다. 따라서, 음악 사이트의 운영자가 저작자의 동의를 받지 아니한 채 원곡의 일부를 절단하여 전송하는 미리듣

기 서비스를 제공하거나, 원곡의 일부를 부분적으로 발췌, 변환, 저장한 후 구매자에게 통화 연결음, 휴대폰 벨소리 서비스를 제공하는 등의 행위는 특별한 사정이 없는 한 동일성유지권 침해에 해당한다.

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제13조 제2항 제3호 소정의 “저작물의 성질, 이용목적 및 형태에 비추어 부득이 하다고 인정되는 범위”에 있어서 ‘부득이 하다’ 고 함은, 저작물 이용에 있어 기술상의 한계나 실연자의 능력상의 한계 등으로 인해 저작물을 변경하여 이용하는 것이 불가피한 경우로서 저작자의 이의 유무가 그 이용형태에 어떠한 영향을 미칠 수 없어 이를 굳이 보장할 필요가 없거나, 중대한 공익상의 필요에 의해 저작자의 이의권을 부득이 제한하여야 하는 경우를 의미한다. 따라서, 저작물의 무단이용자가 거래실정상의 필요만을 이유로 저작자의 동의를 얻지 아니한 채 임의로 저작물의 일부를 절단하여 이용하는 경우까지 여기에 해당한다고 볼 수는 없다.

인터넷상의 음악 사이트 운영자가 제공하는 미리듣기, 통화 연결음, 휴대폰 벨소리 서비스가 영업상 또는 서비스 특성상 원곡의 일부를 발췌, 이용할 필요성이 인정되는 경우, 서비스 제공자인 음악 사이트 운영자로서는 저작자로부터 ① 잠재적 구매자에게 제공할 미리듣기 서비스의 시간을 어느 정도로 설정할 것인지와 일부만을 재생시키는 경우에도 어느 부분을 제외하고 어느 부분을 샘플로서 제공할 것인지, ② 통화 연결음, 휴대폰 벨소리의 음악 파일에 발췌, 수록할 음악 부분을 전체 중 어느 부분으로 하고 그 길이를 어느 정도로 할 것인지 등에 관하여 동의를 얻어야 한다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작인격권이라 함은 저작자가 자신의 저작물에 대하여 가지는 인격적, 정신적 이익을 보호하는 권리를 말한다. 저작권이 법으로 보호되기 시작하던 초

기에는 경제적 권리인 저작재산권만을 인정하였지만 시간이 지남에 따라 저작자의 사상이나 감정이 깃든 저작물에 대한 인격적인 보호도 필요하다는 취지에서 발생한 권리로, 현재 우리나라 저작권법은 저작인격권으로 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 규정하고 있다.

저작권법은 “저작자는 그 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다(저작권법 제13조 제1항)”고 규정하여 저작자에게 동일성유지권을 보장하고 있다. 따라서, 저작물의 동일성을 해치지 않는 범위 내에서 단순히 오·탈자를 수정하거나 문법에 맞지 않는 부분을 교정하는 정도를 넘어서 저작물의 내용, 형식 및 제호에 대한 추가, 삭제, 절단, 개변 등의 변경을 가하는 것은 동일성유지권을 가지고 있는 저작자만이 할 수 있다.

또한, 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다(저작권법 제14조 제1항). 따라서, 상술한 관련판례 1에서와 같이 룯티의 캐릭터를 창작한 저작자가 그 재산권을 모두 양도하였다 하더라도 저작인격권까지 양도된 것은 아니므로, 그 저작물을 저작자의 허락 없이 변형하는 것은 저작인격권 침해 문제가 발생할 수 있는 것이다. 다만, 본 사안에서는 ‘묵시적인 동의’가 있었다고 판단하여 저작인격권 침해를 인정하지는 아니하였다.

그럼에도 불구하고 변형이 제한되는 경우에 대하여 “저작물의 성질, 이용목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위(저작권법 제13조 제2항 제3호)”라고 명시하고 있으나, 관련판례 3에서 법원은 ‘부득이 하다’고 함은 ① 기술상의 한계나 ② 실연자의 능력상의 한계 등으로 인해 저작물을 변경하여 이용하는 것이 불가피한 경우로서 저작자의 이의 유무가 그 이용형태에 어떠한 영향을 미칠 수 없어 이를 굳이 보장할 필요가 없거나, ③ 중대한 공익상의 필요에 의해 저작자의 이익권을 부득이 제한하여야 하는 경우를 의미한다고 명시하며, 내용 변형은 없을지라도 일부를 추출하거나 발췌하는 것도 동일성유지권에 침해가 된다고 판단하였다.

따라서, 저작권을 양도받았거나 그 이용의 허락을 받았다 하더라도 저작물을 변형하여 이용하기 위해서는 저작권자의 허락이 별도로 필요할 것이다.

# 저작재산권 제한





# 1 교과용도서에서의 저작물 게재 교육목적용 도서에는 타인의 저작물을 허락 없이 이용하여도 되는가?

## 관련 판례

### “대학 응용미술교재” 사건 (대법원 1979. 12. 28. 선고 79도1482 판결)

#### (1) 사건의 요지

고소인은 “민속도감”의 저작자로 피고인이 자신의 허락 없이 대학응용미술 관계 교재를 겸한 도서 제작에 “민속도감”의 상당부분을 이용하였음을 이유로 저작권 침해를 주장하였다. 이에 피고소인은 교과용도서에서의 게재임을 이유로 저작권 침해를 부정하였으나, 법원은 대학의 교재는 저작권법 제25조에서 정하고 있는 교과용도서에 해당하지 않는다고 하였다.

#### (2) 법원의 판결

저작권 침해가 되지 않는 저작재산권 제한사유에 해당하는 교과용도서라 함은 구 교과용도서에 관한 규정 제1조, 제2조에 의하여 대학, 사범대학, 교육대학, 실업고등전문학교, 전문학교를 제외한 각 학교의 교과서, 지도서, 인정도서를 말한다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

‘교육목적’으로 타인의 저작물을 이용하는 것은 침해를 구성하지 않느냐는 질문을 자주 받는다. 물론, 교육의 필요성과 공공성을 고려하여 우리나라 저작권법은 교육목적으로의 저작물 이용을 저작재산권의 제한 규정으로 정하고 있다. 하지만 그 범위를 너무 포괄적으로 해석하여서는 아니 되고, 저작권법



제25조는 교육목적을 위한 저작물 이용의 해당 사항을 상세하게 규정하고 있으므로 개별 조항을 유심히 살펴보아야 한다.

상기 판결은 저작권법 제25조 제1항에 따른 교과용도서에서의 저작물 이용에 관한 해석이다. 초·중등교육법에서 정하는 학교에서는 과학기술교육부가 제작하거나 저작권을 가진 국정교과서나, 과학기술교육부장관이 검정 또는 인정한 교과용도서를 사용하여야 하는데, 저작권법에서는 이러한 교과용도서를 제작할 때에 공표된 저작물을 그 저작권자의 허락 없이 게재할 수 있도록 정하고 있다. 교과용도서에 게재할 수 있는 저작물의 종류는 제한이 없지만 이미 공표된 저작물에 한하며, 교육목적상 필요한 경우에는 전부를 게재할 수도 있다. 단, 게재 후 문화체육관광부장관이 정하는 고시 기준에 따른 보상금을 교과용 보상금 지정단체(한국복사전송권협회)에 지급하여야 한다.

교과용도서는 교과서와 지도서를 포함하는데<sup>27)</sup> 저작권법상 허락되는 범위는 '고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육목적상 필요한 교과용도서'라고 명시하고 있다. 즉, '초·중등교육법'에서 정하고 있는 학교가 아닌, 유치원이나 대학의 교재는 본 조항에 해당되지 않는다. 또한, 시중에서 판매되고 있는 학습참고서나 문제집 등도 포함되지 않으며, 평생교육원, 문화센터 강좌 등에서 이용되는 교재 역시 해당이 없음은 당연하다.

그러므로 교육목적으로 제작하는 도서라 할지라도 상술하고 있는 교과용도서에 해당하지 아니한다면 저작권법 제28조의 인용의 요건에 합치되지 않는 한 타인의 저작물 이용에 앞서 해당 저작권자의 허락을 구해야 할 것이다.

덧붙여, 교과서 역시 저작물이므로 교과서를 이용하여 학습 콘텐츠나 참고서를 제작하고자 하는 자는 교과서의 저작권자에게 허락을 구해야 한다.

---

27) 교과용도서에 관한 규정 제2조.

## 2

### 인용의 정당한 범위

저작물을 작성하면서 타인의 저작물을 어느 정도까지 이용할 수 있는가?

#### 관련판례 1

#### “플래쉬”지 사건 (대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결)

##### (1) 사건의 요지

일본의 시사주간지인 “플래쉬”에 “한국으로부터의 누드, 비장사진을 일거 대공개”라는 기사명으로 게재된 사진과 기사를 국내 잡지사가 무단으로 월간지에 게재하여 문제가 된 사건이다. 이 사례에서 국내 잡지사는 저작권법상 인용에 해당한다고 항변하였으나, 법원은 비평기사보다는 사진이 절대적 비중을 차지하는 화보형식으로 구성되어 있어서 이 사진들은 보도의 목적이라기보다는 감상용으로서 인용의 요건인 정당한 범위를 넘어 저작권 침해에 해당한다고 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법상 소정의 보도, 비평 등을 위한 인용의 요건 중 하나인 “정당한 범위”에 들기 위하여서는 그 표현형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 할 것이다.

그런데 피고의 월간지 “직장인” 1988. 6.호에 “한국여대생·연예인 누드 사진이 포르노로 둔갑”이라는 제목 아래 위 “플래쉬”지에 게재된 원고의 사진 중 환상 4점, 무구 3점, 요정 1점 등 8점이, 월간지 “뷰티라이프” 1988. 6.호에 “사진예술작품들 일본으로 건너가 포르노성 기획으로 전락”이라는 제목 아래 위 원고의 사진 중 환상 1점, 무구 1점, 귀여움 2점 등 4점이 각

원고의 동의를 받지 아니하고 게재되었는바, 잡지들이 게재한 사진들을 보면 모두 칼라로 된 양질의 사진이고 사진의 크기나 배치를 보아도 어떤 것은 잡지 지면의 전면 크기이고, 어떤 것은 몇 장의 사진으로 지면의 전부 또는 반 정도를 점하기도 하여 전체적으로 3면의 기사(표제지면 제외) 중 비평기사 보다는 사진이 절대적 비중을 차지하는 화보형식으로 구성되어 있어서 이 사진들은 보도의 목적이라기보다는 감상용으로 인용되었다고 보이므로 결국 보도를 위한 정당한 범위 안에서 이용되었다고 볼 수 없다 할 것이다.

또한, 원심판결은 피고들의 발행잡지에 이 사진들을 게재함에 있어 그 방법과 범위가 보도, 비평의 인용에 있어서 정당한 범위이거나 공정한 관행에 합치되게 게재하였다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 기사 중 사진부분을 제외한 해설기사는 “직장인” 및 “뷰티라이프”의 해당 2면 중 3분의 1 정도에 그치고 그것도 대부분이 일본 “플래쉬”지의 해설을 그대로 번역한 것인바, 이 사실과 앞서 살펴본 이 사건 게재사진들의 성상, 크기, 배치 등을 종합해 보면 이 사건 인용저작물이 좋이고, 피인용저작물이 주의 관계에 있다고 보여져 피고들의 이 사건 저작물의 인용은 보도, 비평 등을 위한 정당한 범위에 합치되지 않는다고 할 것이다.

## 관련판례 2

### “소설마당” 사건 (서울고등법원 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결)

#### (1) 사건의 요지

침해 저작물인 “소설마당”은 대학입시 준비를 하는 학생들에게 소설 감상 능력을 키워 주기 위한 목적으로 우리나라의 대표적인 소설들을 선정하여 수록하면서, 각 작품마다 작가를 소개하고, 작품의 주제, 줄거리, 단락, 플롯, 시점, 등장인물과 인물의 묘사방법, 배경, 문학사적 의의 등을 간략하게 기술한 작품해설을 실고는 있으나, 작품에 대한 해설은 작품을 감상하기 위

하여 필요한 최소한의 분량에 그치고 실제로 상당한 분량을 인용하고 있어, 인용저작물과 피인용저작물이 부종적 관계에 있다거나 정당한 관행에 합치된 인용이라고 보기 어렵다.

## (2) 법원의 판결

구 저작권법 제25조(현행 저작권법 제28조)는 “공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다”라고 규정하고 있으나, 이 경우에도 그 인용의 범위는 표현 형식이나 인용목적 등에서 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계에 있어야 하고, 인용의 정도에 있어서도 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하거나 전부 인용하여 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도가 되어서는 아니 되는 등 인용이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되어야 한다는 제한이 있다 할 것이다.

피고는 그 동안 출판업계는 교육목적으로 출판하는 경우에는 업계의 관행상 출판계약 없이 출판하였고, 피고 출판사는 학생들 교육에 관한 참고용 도서를 출판하는 출판사로서, “소설마당” 역시 학생들을 대상으로 하여 고급 사고력을 길러 주기 위하여 제작된 교육용 책자이므로 이와 같은 책자에 소설작품을 수록한 것은 관행에 따른 것으로서 저작권의 침해가 되지 않는다고 주장한다.

우선 피고가 주장하는 바와 같은 관행이 우리 출판업계에 존재하는지에 대하여 이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라, 구체적으로 이 사건 침해 저작물의 경우를 보더라도 침해 저작물이 대학입시 준비를 하는 학생들을 위하여 소설 감상능력을 키워 주기 위한 목적으로 우리나라의 대표적인 소설들을 선정하여 수록하면서, 각 작품마다 작가를 소개하고, 작품의 주제, 줄거리, 단락, 플롯, 시점, 등장인물과 인물의 묘사방법, 배경, 문학사적 의의

등을 간략하게 기술한 작품해설을 신고는 있으나, 작품에 대한 해설은 작품을 감상하기 위하여 필요한 최소한의 분량에 그치고, 실제로 그 각 작품 자체를 읽을 수 있도록 단편의 경우에는 전문을, 중·장편의 경우에도 상당한 분량을 인용하고 있어 전체적으로 그 인용 부분이 주가 되고 있는 사실을 인정할 수 있다.

따라서 이는 정당한 인용의 범위를 넘어 원저작물의 시장수요를 대체할 수 있는 정도라고 할 것이고, 인용저작물과 피인용저작물이 부종적 관계에 있다거나 정당한 관행에 합치된 인용이라고 보기 어려우므로 피고의 주장은 이유 없다 할 것이다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

원칙적으로 타인의 저작물을 이용하기 위해서는 저작권자의 허락을 얻어야 할 것이나, 창작행위시 일정한 범위에서는 타인의 저작물을 이용할 수 있도록 하여 창작을 장려할 필요성이 있다.

이러한 이유에서 우리 저작권법 제23조 내지 제37조에서는 일정한 경우 저작재산권이 제한되도록 하는 규정을 두고 있으며, 특히 제28조는 보도·비평·교육·연구 등을 위해서는 공표된 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같은 인용에 해당하기 위해서는 (1) 공표된 저작물일 것, (2) 보도·비평·교육·연구 등을 위한 것일 것, (3) 정당한 범위 내일 것, (4) 공정한 관행에 합치될 것의 요건을 모두 갖추어야 한다.

이 같은 인용 규정의 대표적인 예는, 논문 등을 저술하면서 내 주장을 뒷받침하기 위해 타인의 저작물 일부를 인용하면서 각주 등을 이용하여 출처를 밝히는 방법으로 이용하는 것이다. 그러나 인용 규정의 적용대상은 '공표된 저작물' 이면 족하므로, 글, 사진, 영화, 음악 미술저작물 등도 종류에 상관 없

이 본 조항의 적용을 받을 수 있다. 또한, 인용목적은 보도·비평·교육·연구 등으로 열거하고 있으나 이는 예시적 규정에 불과하므로 이에 한정할 것은 아니고, 이에 준하는 목적으로 자신의 창작활동 중에 저작물을 이용하는 경우라면 인용 규정의 적용을 받을 수 있을 것이다.<sup>28)</sup>

그런데 인용 규정이 ‘정당한 범위 안’이라든가 ‘공정한 관행에 합치되게’ 등의 추상적인 문구로 이루어져 있고, 이에 대한 최종판단 권한이 법원에 맡겨져 있기 때문에 일반 이용자들은 대체 저작물을 어느 정도 범위에서 어떻게 이용해야 본 조항의 적용을 받을 수 있는지 구체적인 기준 제공을 요구하는 경우가 많다. 특히, 저작물의 종류나 유형에 따라 ‘몇 %, 몇 초, 몇 줄’ 등의 세부적인 요건이 있지 않다는 사실에 답답해하는 모습을 종종 접하게 된다.

우리 저작권법에 이처럼 추상적인 문구로 구성되어 있는 것은 이용자들을 혼란에 빠지게 하기 위함이 아니라, 구체적인 이용목적이나 이용방법에 따라 인용 규정을 좀더 합리적이고 폭넓게 해석하기 위해서임을 이해할 필요가 있다. 결국 어떤 이용행위가 인용에 합치되는지 여부는 구체적 사안에 따라 달리 판단해야 할 것이지만, 판례를 통해 인용 규정의 적용범위를 가늠해 볼 수는 있을 것이다.

우리 판례는 인용의 요건인 ‘정당한 범위’를 판단함에 있어, 내가 저작물을 창작하는 과정에서 타인의 저작물을 인용할 것을 요구하며, 특히 내가 창작하는 부분과 타인의 저작물 간의 양적·질적 주종관계를 중요하게 살피고 있다. 판례의 표현을 빌리자면 “표현형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고 자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다”고 인정되어야 할 것이다.

또한, 인용의 정도에 있어서도 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하거나 전부 인용하여 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도가 되어서는 아니 되며, 인용저작물 중에서 피인용저작물이 구분될 수 있도록 다음표나 각

28) 인용의 목적과 관련해서는 본 서 119면 사례 참고.

주 등을 표기하고, 이에 따르는 합리적인 방식의 출처표시를 하는 등 그 방법에 있어서 공정한 관행에 합치되어야 할 것이다. 특히 책의 서두나 말미에 “○○○의 저서 및 ○○자료를 참고하였다”는 식의 표기를 하는 것만으로는 부족하다는 점에 유의해야 한다.

앞서 소개한 판례들도 이러한 기준을 따르고 있는데, 관련판례 1에서는 잡지에 게재된 일본 “플래쉬”지의 사진들이 필요 이상의 양질이고 사진의 크기나 배치를 보아도 어떤 것은 잡지 지면의 전면 크기이고, 어떤 것은 몇 장의 사진으로 지면의 전부 또는 반 정도를 점하기도 하여 전체적으로 3면의 기사(표제지면 제외) 중 비평기사보다는 사진이 절대적 비중을 차지하는 화보형식으로 구성되어 있을 뿐만 아니라, 기사 내용도 직접 작성한 것은 총 기사 2면 중 3분의 1 정도에 그치고 그것도 대부분이 위 “플래쉬”지의 해설을 그대로 번역한 것에 불과하여 오히려 피인용저작물이 주라고 판단하고 있다. 관련판례 2에서는 작품에 대한 해설은 작품을 감상하기 위하여 필요한 최소한의 분량에 그치고, 실제로 그 각 작품 자체를 읽을 수 있도록 단편의 경우에는 전문을, 중·장편의 경우에도 상당한 분량을 인용하고 있어 전체적으로 그 인용 부분이 주가 되고 있어 주종관계를 인정하기 어렵고 원저작물의 시장수요를 대체할 수 있는 정도라는 등 역시 구체적인 이용형태와 목적 및 원저작물과의 관계 등을 고려하여 판단하고 있다.

결론적으로, 인용 규정의 적용을 받는지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이다. 그러나 판례에서 제시하는 기준을 토대로 일반적인 상식 수준에서 주종관계와 원저작물의 시장수요를 대체할 수 있는지를 고려한다면 막연하게만 느껴졌던 인용의 요건에 대해 보다 구체적인 판단을 해볼 수 있을 것이다.

# 3

## 인용의 목적

### 영리적 목적에도 인용 규정이 적용될 수 있는가?

#### 관련판례 1

#### 대입본고사 문제지 사건 (대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결)

##### (1) 사건의 요지

피고인 국내 출판사가 “95 대학별 고사 국어”란 제목의 대학입시용 문제집을 제작함에 있어, 학교법인 등이 저작권을 가지는 대학입시 문제의 질문과 제시된 답안을 그대로 베껴서 문제가 된 사건이다. 이 사안에서 법원은 인용의 목적을 해석함에 있어 반드시 비영리적인 이용이어야만 본 규정이 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 목적인 경우에는 비영리적인 이용에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아질 것이라면서, 피고인은 대학입시용 문제집을 제작함에 있어서 개개의 문제의 질문을 만들기 위하여 그 질문의 일부분으로서 대학입시 문제를 인용한 것이 아니라 대학입시 문제의 질문과 제시된 답안을 그대로 베껴고, 이는 본고사 문제에 대한 시장수요를 대체하는 효과를 가져오기 때문에 인용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

저작권법은 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, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 이 경우 반드시



비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 비영리적 교육목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 볼 것이다.

이 사건에서 피고인은 대학입시용 문제집을 제작함에 있어서 개개의 문제의 질문을 만들기 위하여 그 질문의 일부분으로서 대학입시 문제를 인용한 것이 아니라 대학입시 문제의 질문과 제시된 답안을 그대로 베꼈고, 이로써 문제집의 분량을 상당히 늘릴 수 있었으며, 특히 대학입시용 문제집에 학교법인들이 저작권을 갖는 본고사 문제를 전부 수록함으로써 본고사 문제에 대한 일반 수요자들의 시장수요를 상당히 대체하였다고 할 것이므로, 이와 같은 인용을 가리켜 교육을 위한 정당한 범위 안에서의 공정한 관행에 합치되는 인용이라고는 볼 수 없다 할 것이고, 지금까지 어느 누구도 대학입시 문제에 관하여 저작권을 주장한 바 없었다고 하여 결론이 달라진다고 할 수도 없다.

## 관련판례 2

### 오락 프로그램에서의 영화 일부 이용

(서울남부지법 2008. 6. 5. 선고 2007가합18479 판결)

#### (1) 사건의 요지

피고인 방송사는 오락 프로그램 중 스타의 숨은 이야기를 발굴하는 코너인 “스타 UCC” 편에서 연기자 이순재가 이 영화에 출연한 사실이 있는지를 확인하는 내용을 방송하는 과정에서 영화의 저작권자인 원고의 허락 없이 이 사건 영화 중 일부 장면을 3분 정도 방영하여 문제가 되었다. 이에 법원은 반드시 비영리 목적인 경우에만 인용으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의

경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아질 것이라면서, 해당 방송사의 프로그램은 상업적·영리적인 목적을 가질 뿐만 아니라 영화의 저작권자로부터 동의를 받는 것이 어렵지도 않았던 사정을 고려할 때, 방송사의 오락 프로그램에서 영화를 3분 방영한 것은 인용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

저작권법 제28조는 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, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 이 경우 반드시 비영리적인 목적을 위한 이용만이 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다.

피고들이 오락 프로그램에서 영화를 일부 인용한 것이 시청자들에게 정보와 재미를 주기 위한 목적이었다고 하더라도 그 이용의 성격은 상업적·영리적인 점, 피고 방송사가 자신의 인터넷 홈페이지를 통하여 유료로 이 사건 프로그램을 방송한 점, 피고들이 원고로부터 영화의 인용에 대한 동의를 받는 것이 어렵지 아니하였던 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 피고들의 행위가 공정이용에 해당한다고 할 수 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

원칙적으로 타인의 저작물을 이용하기 위해서는 저작권자의 허락을 얻어야 할 것이다. 그러나 창작활동은 완전한 무에서 유를 창조하는 것이 아니라 선인들의 문화유산을 통해 새로운 저작물이 탄생하게 되며, 저작권의 보호목적은 단순히 저작자의 보호에 있는 것이 아니며 저작물의 보호를 통해 창작활동을 촉진하여 궁극적으로 문화 및 관련산업의 향상발전을 달성하려 함에 있음을 고려할 때, 창작행위를 할 경우 일정한 범위에서는 타인의 저작물을 이용할 수 있도록 규정하여 창작을 장려할 필요성이 있다.

이러한 이유에서 우리 저작권법 제28조는 보도·비평·교육·연구 등을 위해서는 공표된 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같은 인용에 해당하기 위해서는 (1) 공표된 저작물일 것, (2) 보도·비평·교육·연구 등을 위한 것일 것, (3) 정당한 범위 내일 것, (4) 공정한 관행에 합치될 것의 요건을 모두 갖추어야 한다. 이 같은 인용 규정의 대표적인 예는, 논문 등을 저술하면서 내 주장을 뒷받침하기 위해 타인의 저작물 일부를 인용하면서 각주 등을 이용하여 출처를 밝히는 방법으로 이용하는 것이다.

이와 같은 인용 규정의 적용 가능성과 관련하여 가장 빈번한 질문 중 하나가, “인용 규정은 판매용으로 출판되는 책이나 유료로 제공되는 교육 등에는 적용될 수 없나요?”와 같이 비영리적 목적에만 인용이 가능한다는 것이다.

이에 관하여 상술한 판례들을 통해 답을 찾아볼 수 있다. 관련판례 1의 판매되는 입시용 문제집이나 관련판례 2의 방송용 오락 프로그램에 대한 인용 규정의 적용 가능성에 대하여 우리 법원은 “반드시 비영리적인 목적을 위한 이용만이 인용으로 인정될 수 있는 것은 아니다”라고 판단하면서, 다만 “영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유 이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다”고 말하고 있다. 물론 관련판례 1, 2의 경우 인용에 해당하지 않는 것으로 판단하고 있으나, 이는 영리적 목적이

라서 적용이 배척된 것은 아니고, 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한 결과이다. 즉, 영리적인 이용이라 하여 무조건 인용규정의 적용을 배제할 것은 아니고, 다만 인용의 다른 요건인 '정당한 범위'나 '공정한 관행'을 판단함에 있어 비영리적 이용에 비해 엄격한 기준을 적용해야 할 것이며, 특히 일반 수요자들의 시장수요를 상당히 대체하는지 여부도 엄격하게 고려해야 할 것이다.

## 4 저작물을 패러디로 이용 저작권법상 패러디의 개념

### 관련 판례

#### “콤배콤” 사건 (서울지방법원 2001. 11. 1. 선고 2001카합1837 판결)

##### (1) 사건의 요지

작곡자이자 가수인 신청인은 자신이 작사·작곡한 “Come Back Home”의 가사 중 일부를 추가·변경한 노래를 음반으로 제작하여 판매하고, 이 음반과는 별도로 원곡에 관한 뮤직비디오를 제작하였던 감독으로 하여금 개사곡을 담아 제작하도록 한 피신청인을 상대로 동일성유지권 침해를 이유로 판매금지등가처분 신청을 하였고, 이에 피신청인은 이 사건 저작물의 이용은 패러디를 위한 인용임을 항변하였다. 그러나 법원은 본 건의 영상저작물은 패러디로 인정할 수 없어 제28조의 규정의 적용을 받을 수 없다고 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

피신청인들은 이 사건의 개사곡이 원곡에 담긴 진지한 고민을 풍자하고 희화화함으로써 대중들에게 비평이나 새로운 웃음을 선사한 것으로서 이른바 패러디에 해당하므로, 이러한 저작물의 일부 변형은 정당한 이용으로 허용되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 기존의 저작물에 풍자나 비평 등으로 새로운 창작적 노력을 부가함으로써 사회 전체적으로 유용한 이익을 가져다 줄 수 있는 점이나 구 저작권법 제25조에서 ‘공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다’고 규정하고 있는 점 등에 비추어 이른바 패러디가 당해 저작물에 대한 자유이용의 범주로서 허용될 여지가 있음은 부인할 수 없다 하겠으나, 그러한 패러디는 우리 저작권법이 인정하고 있는 저작권자의 동일성유지권과 필연적으로 충돌할 수밖에 없는 이상 그러한 동일성유지권의 본질적인 부분을 침해하지 않는 범위 내에서 예외적으로만 허용되는 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 관점에서 패러디로서 저작물의 변형적 이용이 허용되는 경우인지 여부는 원저작물에 대한 비평·풍자 여부, 원저작물의 이용목적과 성격, 이용된 부분의 분량과 질, 이용된 방법과 형태, 소비자들의 일반적인 관념, 원저작물에 대한 시장수요 내지 가치에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 할 것이다.

피신청인들이 원곡에 추가하거나 변경한 가사의 내용 및 그 사용된 어휘의 의미, 추가·변경된 가사 내용과 원래의 가사 내용의 관계, 개사곡에 나타난 음정, 박자 및 전체적인 곡의 흐름 등에 비추어 피신청인들의 개사곡은 신청인의 원곡에 나타난 독특한 음악적 특징을 흉내내어 단순히 웃음을 자아내는 정도에 그치는 것일 뿐 신청인의 원곡에 대한 비평적 내용을 부가하여 새로운 가치를 창출한 것으로 보이지 아니하고(피신청인들은 자신들의 노래에 음치가 놀림받는 우리 사회의 현실을 비판하거나 대중적으로 우

상화된 신청인도 한 인간에 불과하다는 등의 비평과 풍자가 담겨 있다고 주장하나, 패러디로서 보호되는 것은 당해 저작물에 대한 비평이나 풍자인 경우라 할 것이고 당해 저작물이 아닌 사회현실에 대한 것까지 패러디로서 허용된다고 보기 어려우며, 이와 같은 제반사정들에 비추어 이 개사곡에 피신청인들 주장과 같은 비평과 풍자가 담겨 있다고 보기도 어렵다), 피신청인들이 상업적인 목적으로 원곡을 이용하였으며, 개사곡이 신청인의 원곡을 인용한 정도가 피신청인들이 패러디로서 의도하는 바를 넘는 것으로 보이고, 개사곡으로 인하여 신청인의 원곡에 대한 사회적 가치의 저하나 잠재적 수요의 하락이 전혀 없다고는 보기 어려운 점 등 여러 사정들을 종합하여 보면, 결국 피신청인들의 개사곡은 패러디로서 보호받을 수 없는 것이라 하겠다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

우리 저작권법 제28조는 공표된 저작물을 교육·보도·비평·연구 등을 위하여 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있도록 하고 있다.

이 때의 인용의 범위는 표현형식이나 인용목적 등에서 피인용저작물이 보충, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 종속적인 성질을 가지는 관계에 있어야 하고, 인용의 정도에 있어서도 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하거나 전부 인용하여 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도가 되어서는 아니 되는 등 인용이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되어야 한다는 제한이 있다. 인용에 대한 정확한 기준이 법률상 명시된 것은 아니며, 이에 대한 판단의 권한은 최종적으로 법원에 일임되어 있다.

상술한 관련판례에서 볼 수 있듯이 패러디는 일종의 비평으로 제28조의 적용을 생각해 볼 수 있겠지만, 패러디는 일반적인 인용과 같이 자신의 창작

물에 인용저작물의 일부를 이용하는 것이 아니라, 원저작물에 변형을 가하기 때문에 그 요건이 구체화될 필요가 있을 것이다. 이에 대하여 법원은, 단순히 웃음을 유발하는 것이나 그 내용을 변형하는 것에 그치는 것은 패러디로 보지 않고, 원작의 비평 또는 풍자라는 목적에 충실할 것을 요한다고 하였다. 또한, 원작을 이용한 사회적 풍자, 즉 매개체로서의 이용까지는 그 목적이 비평 또는 풍자라 할지라도 허락되지 않는 것이라 볼 것이라고 하였다. 왜냐하면, 원작 자체를 비평하는 것이 아니라 원작을 이용하여 사회적인 비판을 하고자 할 때에는 충분히 원작자의 허락을 구하고 사용할 수 있을 것이므로, 그러한 사안까지 저작재산권의 제한으로 규정할 필요는 없을 것이기 때문이다.

따라서, 일정 저작물에 대한 패러디를 하고자 할 때에는 원작에 대한 비평에 충실한 것인지를 살펴보아야 할 것이며, 패러디의 요건에 충실한 성공한 패러디라 하더라도 원작의 본질을 해하거나, 저작권자의 인격적인 훼손을 할 우려가 있을 때에는 허락되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

## 5 커피전문점에서의 판매용 음반 공연 커피전문점에서 매장용 음반을 이용하여 공연하는 것이 우리 저작권법상 저작재산권 제한사유에 해당하는가?

### 관련판례

**“스타벅스” 사건** (서울고등법원 2010. 9. 9. 선고 2008가합44196 판결)

#### (1) 사건의 요지

커피전문점인 스타벅스의 한국지사는 스타벅스 본사와의 계약에 따라 플레이네트워크사(Playnetwork, Inc. 이하, PN사)로부터 배경음악에 담긴 CD를 구매하여, 우리나라 매장에서 PN사가 제공한 플레이어를 이용하여 재생시켜 공연해 왔다. 이에 이 사건 음악에 대해 한국 내에서 공연권을 가지는 한국음

악저작권협회는 스타벅스가 자신들의 허락을 받지 않고 한국 내 매장에서 당해 음악을 공연하는 것은 저작권 침해에 해당한다고 주장하였으며, 스타벅스는 자신들의 행위는 저작권법 제29조 제2항에 의한 반대급부 없는 판매용 음반의 공연에 해당한다고 항변하였다.

이에 대하여 법원은 제29조 제2항은 ‘판매용 음반’을 이용하여 공연하는 경우만을 의미하는 것인데, 이 사건의 CD는 판매용 음반으로 볼 수 없어 스타벅스의 공연행위는 저작권 침해에 해당한다고 하였다.

## (2) 법원의 판결

### 가. 저작권법 제29조 제2항의 해석

저작자는 그의 저작물을 공연할 권리를 가지는데, 저작자(또는 저작재산권자)로부터 공연허락을 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 저작권법시행령이 정한 경우가 아닌 한 별도로 공연권 침해를 구성하지 않는다고 규정하고 있다.

그러므로 ‘판매용 음반’의 해석에 관하여 보건대, 저작권법은 ‘음반을 음이 유형물에 고정된 것’으로 정의하는 외에(저작권법 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 제개정 연력, 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 음반제



작자로 하여금 음악저작물 판매를 위한 음반으로의 복제 및 배포를 허락할 경우 그 반대급부의 산정에는 음악저작물이 위와 같은 용도로 사용될 경우 까지 포함될 것인 점, 저작권법 제52조를 비롯하여 각 조항의 '판매용 음반'은 모두 시판을 목적으로 제작된 음반으로 해석되는바, 위 각 조항과 저작권법 제2항의 '판매용 음반'을 달리 해석할 합리적인 이유가 없는 점을 고려하면, 저작권법 제2항의 '판매용 음반'은 '시판용 음반'으로 해석하여야 할 것이다.

#### 나. 이 사건 CD가 판매용 음반인지 여부

살피건대, PN사는 스타벅스 본사에 대한 배경음악 서비스를 제공하고 있는데, 이 중 특수한 CD와 특수한 플레이어를 제공하는 방법은 이러한 서비스의 일환으로서 피고의 주문에 응하여 제작된 불대체물로서 시중에 판매하기 위하여 제작된 것이 아니라 피고 등 세계 각국의 스타벅스 지사에게만 공급하기 위하여 제작된 점, 배경음악 서비스 제공의 일환으로 제공되는 CD는 암호화되어 있어 PN사가 제공하는 플레이어에서만 재생되며 계약에서 정해진 기간이 만료되면 더 이상 재생되지 않으며, 피고는 당해 CD를 폐기하거나 반환할 의무를 부담하는 점, 이 CD의 제공은 배경음악 서비스 제공의 한 방법에 불과하며, 전송 또는 인터넷을 통하여 각 해외 지사가 해당 음악저작물을 다운로드받게 할 경우에는 저작권법상 저작재산권의 제한 사유의 어디에도 해당되지 않게 되는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 CD는 '판매용 음반'에 해당한다고 보기 어렵다.

### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

일반 상점이나 카페 등을 방문하였을 때 음악이 흘러나오는 것을 쉽게 접할 수 있는데, 이와 관련하여 최근 주목받고 있는 것이 소위 스타벅스 사건이

다. 최근의 고등법원 판결이 하급심과 결론을 달리하여 더욱 큰 관심을 받고 있는데, 이 사건의 핵심은 스타벅스와 같은 카페에서 매장용 음반을 재생하는 것이 우리 저작권법 제29조 제2항의 반대급부 없는 판매용 음반 등의 공연에 해당하는가이다.

우리 저작권법 제29조 제2항에서는 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 무조건 허용되는 것은 아니고 저작권자의 경제적 이익이 심각하게 훼손될 우려가 있는 특정한 장소를 따로 정하여 해당 장소에서의 공연행위를 금지하거나, 발행된 지 6개월이 경과한 판매용 영상저작물만을 공연할 수 있도록 시행령에서 따로 정하고 있다.

본 규정의 적용을 받기 위해서는 (1) 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 않을 것, (2) 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하는 방법으로 하는 공연일 것, (3) 시행령 제11조에 의한 예외사유에 해당하지 않을 것이 요구된다.

해당 판례의 주요 쟁점은 크게 두 가지로 볼 수 있다. 첫 번째는 스타벅스가 재생하는 매장용 음반이 우리 저작권법 제29조 제2항의 '판매용 음반'에 해당하는지와, 둘째 만약 판매용 음반에 해당한다면 당해 공연이 시행령 제11조 나목의 음악 또는 영상저작물을 감상하게 하는 것을 영업의 주요 내용의 일부로 하는 공연에 해당하는가이다.

이에 대하여 최근의 고등법원 판결은 스타벅스에서 재생하는 매장용 CD가 '판매용 음반'에 해당한다고 보기 어려워 판매용 음반의 재생을 요건으로 하는 제29조 제2항의 적용을 받을 수 없는 것으로 판단하였다. 때문에 항소심에서는 두 번째 요건인 카페에서 배경음악을 재생하는 것이 영업의 주요 내용의 일부로 볼 수 있는지에 관하여는 아예 논의로 나아가지 못했지만, 제1심에서는 스타벅스 영업의 주요 내용은 커피를 판매하여 이윤을 취하는 것이지, 음악을 재생하여 이를 감상하게 하는 것에 있지 않다고 하여 이를 부정한

바 있다.

반대급부 없는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물의 공연을 허용하는 제 29조 제2항을 두고 저작권자와 이용자 사이에 이견이 있어 온 것은 이미 오래 전부터이며, 당해 조항에 대한 개정 요구도 여러 차례 있어 온 것이 사실이다. 또한, 저작재산권 제한은 저작권법의 예외적인 규정인 만큼 유추적용이나 확대해석을 금하고 엄격하게 해석해야 하는 것은 당연하다.

그러나 최근 스타벅스 판결로 인해 일반 카페 등에서의 음악의 재생이 무조건적으로 저작권 침해를 구성한다고 판단할 것은 아니라고 본다. 제1심과 항소심 판결에 비추어 볼 때, 고객의 요청에 따라 신청곡 등을 틀어 주는 영업방식이 아닌 한, 시판되는 '판매용 음반'을 이용하여 배경음악을 재생하는 것은 허용된다고 봐야 할 것이다.

# 저작물의 이용허락 (계약) 및 양도





# 1 계약의 해석 저작권 관련 계약 내용의 해석

## 관련판례

### 법률행위의 해석 (대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결)

#### (1) 사건의 요지

원고들은 작곡가와 가수로, 자신들의 음반을 발매한 음반제작사를 상대로 자신들은 LP음반 발매계약을 맺었을 뿐 새로운 매체인 CD음반에의 이용까지 허락한 적은 없음에도 별도의 협의 없이 CD음반이 발매된 사안에 대하여, 계약의 범위를 넘어서는 이용으로 자신들의 저작권 및 저작권접권 침해를 주장하였다. 이에 제작사는 해당 계약은 이용허락계약이 아닌 양도 계약으로 원고들의 권리를 침해한 것이 아니라고 항변하였고, 법원은 계약에서 저작권 양도에 대한 명시적인 약정이 없는 경우, 그 저작권은 저작자에게 유보되는 것으로 추정한다고 판시하였다. 다만, 이 사건에서는 계약시 상용화되지 않은 새로운 매체인 CD음반으로 제작·판매한 것은 본 건 계약의 이용허락 범위 내에 포함되는 것으로 보았다.

#### (2) 법원의 판결

일반적으로 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

저작권에 관한 계약을 해석함에 있어 과연 그것이 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지는 명백하지 아니한 경우, 저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약 내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다.

저작권에 관한 이용허락계약의 해석에 있어서 저작권 이용허락을 받은 매체의 범위를 결정하는 것은 분쟁의 대상이 된 새로운 매체로부터 발생하는 이익을 누구에게 귀속시킬 것인가의 문제라고 할 것이므로, ‘녹음물 일체’에 관한 이용권을 허락하는 것으로 약정하였을 뿐 새로운 매체에 관한 이용허락에 대한 명시적인 약정이 없는 경우 과연 당사자 사이에 새로운 매체에 관하여도 이용을 허락한 것으로 볼 것인지에 관한 의사해석의 원칙은,

- ① 계약 당시 새로운 매체가 알려지지 아니한 경우인지 여부, 당사자가 계약의 구체적 의미를 제대로 이해한 경우인지 여부, 포괄적 이용허락에 비하여 현저히 균형을 잃은 대가만을 지급받았다고 보여지는 경우로서 저작자의 보호와 공평의 견지에서 새로운 매체에 대한 예외 조항을 명시하지 아니하였다고 하여 그 책임을 저작자에게 돌리는 것이 바람직하지 않은 경우인지 여부 등 당사자의 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 경제적 지위, 진정한 의사, 관행 등을 고려하고,
- ② 이용허락계약 조건이 저작물 이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있어 중대한 불균형이 있는 경우인지 여부, 이용을 허락받은 자는 계약서에서 기술하고 있는 매체의 범위 내에 들어간다고 봄이 합리적이라고 판단되는 어떠한 사용도 가능하다고 해석할 수 있는 경우인지 여부 등 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따른 계약의 합리적이고 공평한 해석의 필요성을 참작하며,
- ③ 새로운 매체를 통한 저작물의 이용이 기존의 매체를 통한 저작물의 이

용에 미치는 경제적 영향, 만일 계약 당시 당사자들이 새로운 매체의 등장을 알았다면 당사자들이 다른 내용의 약정을 하였으리라고 예상되는 경우인지 여부, 새로운 매체가 기존의 매체와 사용, 소비방법에 있어 유사하여 기존 매체시장을 잠식, 대체하는 측면이 강한 경우 이어서 이용자에게 새로운 매체에 대한 이용권이 허락된 것으로 볼 수 있는지 아니면 그와 달리 새로운 매체가 기술혁신을 통해 기존의 매체 시장에 별다른 영향을 미치지 않으면서 새로운 시장을 창출하는 측면이 강한 경우이어서 새로운 매체에 대한 이용권이 저작자에게 유보된 것으로 볼 수 있는지 여부 등 새로운 매체로 인한 경제적 이익의 적절한 안배의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 해석하여야 한다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권재산권의 양도 및 이용허락은 일반적으로 계약과 같은 법률행위에 의하여 이루어지게 된다. 그러므로 결국 계약의 해석은 계약의 내용을 확정하는 것이라 할 수 있는데, 이는 양 당사자의 의사표시의 존부, 의사와 표시의 불일치, 숨은 불합의, 약정의 간극, 표시행위의 다의적 표현 등으로 문제가 발생할 수 있다.

이러한 때에 계약 해석의 표준에 관한 명문의 규정은 없지만 학설은 일반적으로 민법 제106조에 근거하여, (1) 당사자가 기도한 목적, (2) 관습, (3) 임의 규정, (4) 신의 성실의 원칙을 해석의 표준으로 들고 있다.<sup>29)</sup>

**29)** 일반적으로 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다고 할 것이다(대법원 1995. 5. 23. 선고 95다6465 판결 참조).



상기 판결에서도 이러한 기본적인 해석의 표준에 따라 당사자의 계약목적과 진정한 의사, 거래의 관행, 사회정의의 형평이념, 사회일반 상식과 거래의 통념 등을 해석의 요소로 판시하고 있다. 다만, 저작권 계약 당시 양도에 대한 외부적인 표현이 있지 아니한 경우, 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하다고 판단하고 있다.

따라서, 저작권 이용계약에 있어 양도에 대한 내용이 명시되어 있지 않다면 이는 양도계약이라 해석되기는 어려울 것이며, 이용허락범위에 대하여 계약당사자 간 이견이 발생할 때에는 그에 대한 최종판단은 법원에 일임되어 있다고 할 것이다. 그러므로 E-book이나 스마트폰 어플리케이션 등과 같은 새로운 매체가 끊임없이 탄생하는 현 시점에서는 새로운 매체에의 이용은 별도의 협의에 의한다는 등의 조항을 명시하는 것이 추후 분쟁 예방에 도움이 될 것이다.

## 2 매절계약 출판에 있어 매절계약의 성격은 무엇인가?

### 관련판례 1

“녹정기” 사건 (서울민사지법 1994. 6. 1. 선고 94카합3724 판결)

#### (1) 사건의 요지

甲은 중국 무협소설을 전문적으로 번역하는 자로서, 대만 작가의 작품인 “녹정기”를 번역하여 1985년경 원고인 A 출판사와 저작물 이용대가를 판매부수에 따라 지급하는 것이 아니라 미리 일괄지급하는 형태로서 소위 매절계약을 체결하였다. 이후 A 출판사가 1991. 4.경 폐업하여 이를 더 이상 출판하지 못하게 되자, 甲은 이 서적을 일부 수정, 가필하여 1992. 7. 30.경 출판사 B와 출판권설정계약을 체결하였다. 이에 A 출판사는 甲과의 소위 매절계약은 저작권 양도를 의미한다고 주장하였으나, 법원은 매절계약의

경우 그 원고료로 일괄지급한 대가가 인세를 훨씬 초과하는 고액이라는 등의 소명이 없는 한 이는 출판권설정계약 또는 독점적 출판계약이라고 봄이 상당하다고 하였다.

## (2) 법원의 판결

이 사건 서적은 1979년경부터 중국 무협소설을 전문적으로 번역해 오던 신청의 박○○이 대만작가인 김○이 저작한 녹정기를 번역한 것으로, 박○○은 1985년경 이 서적 중 제1권을 이미 번역하여 대룡출판사와 출판계약을 맺으려 하던 중 신청인의 요청으로 원고 1매당 금 1,000원으로 하여 신청인에게 번역 원고를 넘기기로 약정한 사실, 그 후 제1권이 출판된 이후 책이 잘 팔리지 않는다며 가격을 낮추어 달라는 신청인의 요청에 따라 제2권에서 제6권까지는 원고 1매당 금 600원으로 하기로 하였으나, 신청인이 원고료 지급을 지체하므로 제7권부터는 원고료를 1매당 금 800원으로 인상하고, 번역 마감일 및 그 원고료 지급 날짜를 상호 명백히 하기 위하여 1987. 3. 31. 신청인 주장의 이 사건 원고계약서에 의한 서면계약을 체결하게 된 사실, 그 후 신청인은 1990. 12.경까지 서적을 출판하다가 노사분규로 1991. 4.경 폐업하게 되어 이를 더 이상 출판하지 못하게 되자, 박○○은 1992. 7. 30.경 피신청인과 사이에 신청인이 출판하던 서적을 일부 수정, 가필하여 이를 다시 출판하기로 하는 출판권설정계약을 체결하고 원고료로 원고지 1매당 금 1,800원을 지급받기로 한 사실, 그 후 박○○은 1994. 1. 26.에는 이 사건 서적에 대한 저작권을 등록하였고, 피신청인은 같은 날 출판권설정등록을 마친 사실을 인정할 수 있는바, 인정사실에 의하면, 신청인과 위 박○○ 사이의 1987. 3. 31.자 계약은 저작물 이용대가를 판매부수에 따라 지급하는 것이 아니라 미리 일괄지급하는 형태로서 소위 매절계약이라 할 것으로, 그 원고료로 일괄지급한 대가가 인세를 훨씬 초과하는 고액이라는 등의 소명이 없는 한 이는 출판권설정계약 또는 독점적 출판계약이

라고 봄이 상당하므로 위 계약이 저작권 양도계약임을 전제로 하는 신청인의 주장은 이유 없다.

\* 위 판결은 항소심(서울고등법원 1994. 12. 16. 선고 94나23267 판결) 및 상고심인 대법원(1995. 9. 26. 선고 95다3381 판결)에서 이 서적을 출판하면서 번역자를 출판사 A로 표시하고, 서적 끝에 ‘© 도서출판 A’라고 저작권이 출판사에 있음을 표시한 사실 등을 바탕으로 저작권 양도계약으로 해석하였다. 그러나 출판사 A가 저작권 양도사실을 등록하지 않았으므로 이를 등록한 출판사 B에게 대항할 수 없다고 함으로써 결론에 있어서는 본 사안과 동일하다.

## 관련판례 2

### 만화스토리의 매절계약 사건

(서울북부지법 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 판결)

#### (1) 사건의 요지

만화스토리 작가가 만화가의 의뢰에 의하여 만화스토리를 작성하여 제공하고 그 대가를 사전에 일괄하여 지급받은 경우, 이는 완성된 만화에 대하여 출판권설정계약 내지 저작권 이용허락을 한 것으로 봄이 상당하고, 만화에 대한 저작권을 양도한 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.

#### (2) 법원의 판결

만화스토리 작가인 원고들과 피고가 소위 매절(買切)계약에 의하여 만화스토리에 대한 저작권을 양도하였는가에 대하여 살피건대, 저작권에 관한 계약이 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지 불분명하여 저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우 저작권자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정(presumption for the author)함이 상당하며, 계약 내

용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130

판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원고들이 피고의 의뢰에 의하여 만화스토리를 작성하여 피고에게 제공하고 그 대가로 피고로부터 일정액을 지급받은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 피고로부터 받은 대가는 그 저작물의 이용대가를 판매부수에 따라 지급받는 것이 아니라 사전에 일괄하여 지급받은 것이라고 할 것이나, 다음과 같은 사정들, ① 원고들과 피고 사이에 만화스토리 제공 당시 저작권에 관한 별도의 약정을 하지 않았고, 약정서도 작성하지 않은 점, ② 만화 제작과정 및 원고들의 작업방식과 기여 정도 등에 비추어 볼 때 피고가 주인공을 비롯한 등장인물의 성격, 전개과정 등에 개입할 여지는 있으나, 원고들이 독창적으로 작성한 만화스토리를 제공하고 이를 기초로 만화가 완성된 점, ③ 피고가 원고들에게 제공한 대가가 통상적인 출판계약상의 인세 상당액을 크게 넘는다고 인정할 자료도 없는 점 (원고들과 피고는 만화스토리 제공에 구체적인 대가나 내역을 밝히지 못하고 있다), ④ 원고들이 피고에게 만화스토리를 제공할 당시에는 서적 형태의 출판을 통한 배포, 대여 등이 이루어졌고, 인터넷 서비스 제공업체를 통한 온라인상의 만화 콘텐츠 전송은 활성화되지 않은 상태였으며, 향후 위와 같은 새로운 매체를 통한 만화 콘텐츠의 제공 등의 활성화를 예상한 것으로는 보이지 않는 점, ⑤ 피고가 원고들로부터 제공받은 만화스토리로 완성한 만화책을 출판하면서 원고들의 스토리 제공 여부를 표시하지 않거나 피고에 의해 만화스토리가 작성된 것으로 표시하였다고 하더라도 작가의 인지도 등을 고려하여 이를 승낙하거나 동의할 수도 있으므로 그러한 사정만으로 저작권이 양도되었다고 단정할 수는 없는 점 등의 사정을 종합하면, 원고들은 그들이 제공한 만화스토리에 의해 완성된 만화가 출판되는 것에 대한 대가를 피고로부터 일괄지급받은 것으로서 출판권설정계약 내지 저작권

이용허락을 한 것이라고 봄이 상당하고, 달리 원고들이 이 사건 만화들에 대한 저작권을 양도, 포기하였다거나 향후 제출판 또는 인터넷을 통한 온라인 서비스 제공 등 다른 매체를 통한 배포, 전송 등에 대하여도 이용허락을 하였다고 인정할 증거가 없으므로, 피고와 원고들 사이에 이 사건 만화에 관하여 소위 매절계약 내지 이를 통한 저작권 양도계약이 체결되었음을 전제로 한 피고의 주장은 이유 없다.

### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

분쟁은 대부분 계약 시 그 내용이나 범위를 구체적으로 정하지 않았거나 불명확한 단어를 선택하여 발생하게 된다. 매절계약의 해석을 두고 분쟁이 많은 이유도 ‘매절(賣切)’이라는 불명확한 용어의 사용에서 비롯된다.

아직도 매절이라는 용어를 실무상 사용하는 사례를 다수 접하게 되는데, 매절은 원래 일본말에서 온 단어로 저작권법상의 용어는 아니다. 이러한 매절계약은 저작물의 이용대가를 판매부수에 따라 지급하는 것이 아니라 미리 일괄 지급하는 형태의 계약을 의미하는데, 이를 두고 대개 저자는 이용허락계약이었음을 주장하는 데 반하여 출판사는 저작권 양도계약이었음을 주장하게 된다.

이와 같은 매절계약의 해석에 대하여 앞서 살펴본 관련판례 1과 2에서는 “저작물 이용대가를 판매부수에 따라 지급하는 것이 아니라 미리 일괄지급하는 형태로서 소위 매절계약은, 그 원고료로 일괄지급한 대가가 인세를 훨씬 초과하는 고액이라는 등의 소명이 없는 한 이는 출판권설정계약 또는 독점적 출판계약이라고 봄이 상당하다”고 판시하고 있다. 물론 매절계약이 언제나 출판권설정계약 또는 독점적 출판계약에 해당한다고 일률적으로 결론지을 것은 아니고, 개별사안에 따라 지급한 대가가 인세보다 현저히 높다거나 하는 등의 사정이 있다면 저작권 양도로 해석될 가능성도 있음을 유의해야 한다.

결론적으로 인세가 상당한 고액이었다는 등의 별다른 사정이나 특약이 없

는 한, 저작자와 출판사 간의 매절계약은 출판권설정계약이나 독점적 이용허락계약으로 해석해야 할 것이다.

### 3 저작권 양도등록의 제3자 대항력 저작권등록의 효력은 무엇이며, 저작권 양도등록을 하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다는 의미는 무엇인가?

#### 관련 판례

“유로델리세스” 사건 (대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4849 판결)

#### (1) 사건의 요지

피고인 乙은 甲이 저작재산권을 가지는 프랑스어판 요리책 “유로델리세스”의 한국어판 번역문을 무단으로 복제하여 판매하였다. 이후 甲은 丙에게 저작재산권을 양도하였고, 丙이 乙을 저작권 위반으로 고소하자, 乙은 甲과 丙이 저작권 양도등록을 하지 않아 제3자에게 대항할 수 없다고 항변하였다. 이에 법원은 저작재산권의 양도등록은 그 양도의 유효요건이 아니라 제3자에 대한 대항요건에 불과하고, 여기서 “제3자”란 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 정당한 이익을 가지는 제3자이지 저작재산권을 침해한자를 의미하는 것은 아니므로, 저작재산권을 양도받은 사람은 그 양도에 관한 등록 여부에 관계 없이 그 저작재산권을 침해한 사람을 고소할 수 있다고 하였다.

#### (2) 법원의 판결

피고인 乙은 甲이 저작재산권을 가지는 프랑스어판 요리책 “유로델리세스(Eurodlices, 아래에서는 ‘이 사건 요리책’이라고 한다)”의 한국어판 번역문을 복제하고 그

내용으로 한국어판 해설집 책자 300권 가량을 제작한 뒤 그 중 145권을 판매하여 乙의 저작재산권을 침해한 사건이다.

원심은, 이 사건 공소사실은 친고죄로서 저작권자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있고, 한편 구 저작권법 제52조는 저작재산권의 양도 등은 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있는데, 甲이 외국 의 저작권자와 이 사건 요리책을 한국어판으로 번역·출판할 수 있는 계약을 체결한 뒤 丙에게 그 계약에 따른 권리 일체를 양도하였고, 丙이 이 사건 요리책의 한국어판 해설집 책자를 제작·판매한 乙을 저작권법 위반으로 고소한 사실은 인정되지만, 甲과 丙이 이 사건 요리책을 한국어판으로 번역·출판하는 것 등에 관한 저작재산권을 양도받아 이를 등록한 사실을 인정할 수 없으므로, 이 사건 고소는 이 사건 요리책에 관한 저작재산권 양도의 등록이 없는 상태에서 이루어져 적법한 고소권자에 의한 고소라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 하여 이 사건 공소를 기각하였다.

그러나 구 저작권법에 따른 저작재산권의 양도등록은 그 양도의 유효요건이 아니라 제3자에 대한 대항요건에 불과하고, 여기서 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다고 할 때의 “제3자”란 당해 저작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 상당한 이익을 가지는 제3자에 한하고, 저작재산권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자가 아니므로, 저작재산권을 양도받은 사람은 그 양도에 관한 등록 여부에 관계 없이 그 저작재산권을 침해한 사람을 고소할 수 있다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권은 창작과 동시에 발생하며, 권리 발생에 등록이나 납본과 같은 절차를 필요로 하지 않는 무방식주의를 취하고 있다. 이러한 점에서 특허청에 등록을 요구하는 상표나 특허와 같은 산업재산권과 차이가 있다.

이처럼 저작권 보호에 있어 등록이 보호의 요건이 아님에도 등록제도를 두고 있는 것은, 저작권에 관한 일정한 사항을 등록함으로써 공시적인 효과와 함께 일정한 사항에 대해서는 추정력과 대항력 등의 법적 효력을 부여하여 사후적인 입증책임을 경감시키고 거래의 안전을 도모하고자 하는 이유에서이다.

구체적으로 등록의 효력은, 첫째 저작자로 실명이 등록된 자는 당해 등록 저작물의 정당한 저작자라는 것과 등록된 창작연월일과 공표연월일에 저작물이 창작 또는 맨처음 공표된 것으로 추정된다. 원래 저작권을 주장하기 위해서는 본인이 창작했음을 입증해야 할 것이나, 등록된 저작물의 경우에는 등록된 자가 일단 정당한 권리자로 추정되고, 등록자가 정당한 권리자가 아님을 주장하고자 하는 자는 이에 대한 입증책임을 스스로 부담해야 한다. 그러나 창작한 때로부터 1년 이후에 등록된 경우에는 창작연월일에 대한 추정력은 발생하지 않는다.

둘째, 등록된 저작권, 저작인접권, 출판권 그리고 데이터베이스 제작자의 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정된다. 물론 추정력만을 부여하기 때문에 반증이 있다면 이를 번복할 수 있지만, 실제 소송행위가 발생하는 경우 이에 대한 입증책임을 상대방이 진다는 점에서 그 실익이 있다고 할 것이다.

셋째, 저작재산권의 양도 또는 처분제한 및 저작재산권을 목적으로 하는 질권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한은 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다. 실제 저작권과 관련된 사안에서, 저작권 양도 등은 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다는 의미에 대하여 잘못 생각하는 사례가 종종 있는 것 같다. 상술한 판례에서도 잘 실시하고 있듯이, “제3자”란 당해 저



작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 정당한 이익을 가지는 제3자에 한하고, 저작재산권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자가 아니다. 따라서, 저작재산권을 양도받은 사람은 그 양도에 관한 등록 여부에 관계 없이 그 저작재산권을 침해한 사람을 고소할 수 있다.

다시 말해 등록하지 않으면 대항할 수 없는 '제3자'란, 가령 저작권자가 저작재산권을 이중으로 양도한 경우의 이중양수인 등이 이에 해당하고, 불법으로 저작권을 침해하는 자는 이때의 '제3자'에 포함되지 않는다. 따라서 저작권 양도나 처분제한 등을 등록하지 아니한 자도 저작권 침해자에게 권리를 주장하는 데에는 아무런 문제가 없다.

# 저작권 침해 판단기준





# 1

## 음악저작권 침해

### 음악의 경우 몇 마디가 동일하면 표절인가?

#### 관련 판례

#### “너에게 쓰는 편지” 사건 (수원지방법원 2006. 10. 20. 선고 2006가합8583 판결)

##### (1) 사건의 요지

가수 MC몽과 린이 부른 “너에게 쓰는 편지”의 후렴구 8소절의 표절여부가 문제된 사건으로, 그룹 “더더”가 가창한 “It’s you”를 작사·작곡한 원고가 “너에게 쓰는 편지”를 작곡한 피고를 상대로 후렴구 8소절을 표절, 일부 변형하여 사용함을 이유로 저작권 침해를 주장하였고, 피고는 분쟁이 된 후렴구는 미국의 전래민요이므로 원고에게 해당 부분의 저작권이 없음을 주장하였다. 법원은 두 곡 후렴구의 전체적인 가락, 박자, 템포, 분위기가 유사한 점, 후렴구로서 여러 차례 반복되어 각 곡의 연주시간에서 상당한 비율을 차지하고, 핵심적인 부분에 해당하여 전체 곡을 감상할 때 곡에 대한 전체적 느낌에서도 중요한 역할을 담당하고 있는 점 등을 이유로 들어 실질적 유사성을 인정하며, 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

음악은 기본적으로 리듬과 멜로디, 화음으로 구성되므로 이러한 3요소의 실질적 유사성을 따지게 된다. 음악저작물에 대한 저작권의 침해가 되기 위해서는 ① 피고가 원고의 저작물을 이용하였을 것, 즉 창작적 표현을 복제하였을 것, ② 피고가 원고의 저작물에 ‘의거’하여 이를 이용하였을 것, ③ 원고의 저작물과 피고의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있을 것 등의 세 가지 요건이 충족되어야 한다.

이용 부분이 미국의 전래민요와 유사하다는 피고의 주장에 대하여 일부

유사한 가락의 진행이 발견되긴 하나, 가락을 제외한 구성음의 박자의 장단, 박자의 분할, 코드의 진행 등이 상이하다는 이유로, 분쟁이 되는 부분은 미국의 전래동요에서 차용한 것이 아닌 원고의 창작물임을 확인하였다.

원고의 곡이 피고의 곡보다 6년 전에 발표되었고, 이 곡을 타이틀곡으로 한 10만 장 이상의 앨범이 판매되었으며, 상업광고의 배경음악으로도 사용되었던 사정 등을 종합해 보면 그 접근 가능성이 인정된다. 마지막으로 그렇다면 그 창작적인 표현을 보고 베끼어, 실질적으로 유사한 것인가에 대하여는 해당 음악저작물의 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 하는데, 분쟁이 되는 소절의 음이 동일 또는 유사하고, 장단도 유사하여 전체적인 가락의 유사성도 인정되며, 화성 역시 동일 또는 유사하다. 또한, 이 소절은 각 곡의 후렴구로 여러 차례 반복되고 있어 각 곡의 전체 연주시간에서 상당한 비율을 차지하고 있고, 각 대비 부분이 각 곡의 다른 부분들에 비하여 핵심적인 부분에 해당할 뿐만 아니라, 또한 여러 차례 반복됨으로써 각 곡의 수요자들이 전체 곡을 감상할 때 그 곡으로부터 받는 전체적인 느낌에서도 중요한 역할을 담당하는 것으로 보이므로 실질적으로 유사하다고 판단된다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

음악저작물의 침해와 관련된 분쟁의 문의에 있어 “4마디가 똑같으면 표절인가?”라는 질문을 자주 접하게 된다. 답을 먼저 구한다면 “무조건 그렇진 않다”이다. 음악저작물의 침해에 있어서는 보다 더 정교한 구분 작업이 필요하다.

‘표절’과 ‘저작권 침해’의 구분부터 필요할 것인데, 표절이라는 용어는 타 저작물의 콘셉트나 분위기를 따라 하여 이용했다는 도덕적 비난이 내포되어 있는 것으로, 법률적 판단에 기인한 저작권 침해와 같은 의미는 아니다.<sup>30)</sup> 또한 저작권에서 보호하는 것은 아이디어가 아닌 구체적인 표현으로, 아이디어의 차용만으로는 표절이라는 비난은 가능할지언정 저작권 침해가 성립되지는 않는다.

음악저작물은 특히 표절 문제가 자주 제기되는 분야이기도 한데, 이는 다른 저작물과는 달리 인간의 가청능력, 가성범위 등의 한계와 인간의 감성에 호소력을 가질 수 있는 배열방식에 제한이 있기 때문에<sup>31)</sup> 유사함이 느껴지는 경우가 많기 때문일 것이다.

음악은 박자, 멜로디, 화음 등 여러 가지 요소로 어우러져 있으므로, 이 중 일부만이 유사할 때 이를 침해로 인정해야 할 것인지 아닌지 판단하기가 어렵다. 상기 판결에서 법률적 기준에 의한 저작권 침해 판단 내용을 살펴보자면, 일반적인 저작권 침해의 판단방법과 같다. 우선, ① 피고가 원고의 저작물을 이용하였을 것, 즉 창작적 표현을 복제하였을 것, ② 피고가 원고의 저작물에 ‘의거’하여 이를 이용하였을 것, ③ 원고의 저작물과 피고의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있을 것 등이다.

의거성이란 한 저작물이 타인의 저작물을 모방하는 것을 말하며, 모방을 한 저작물에 직·간접적인 접근의 기회가 있었는지를 확인하여 판단하는 것이 일반적이다. 이에 따라, 한 저작물이 타인의 저작물과 거의 동일한 내용이라 할지라도 그것이 타인의 저작물에 의거한 것이 아니라면 저작권 침해를 구성하지 않는다고 보는 것이다. 실질적 유사성이란, 저작권으로 보호되는 표현인가를 살펴보고 그러한 보호되는 표현이 동일 또는 유사한가를 보는 것이다.

상기 판결은 의거성에 관하여 음반의 판매량과 상업광고에의 이용 등을 이유로 충분히 피고가 이를 접할 수 있었음을 짐작할 수 있다고 밝히고, 해당

30) 서재권, “음악저작물의 표절 판단기준”, 저작권문화, 2009, vol.183, 30면.

31) 오승중, 앞의 책, 1099면.

곡을 박자와 멜로디, 화음으로 나누어 하나하나 비교하여 그 중 이미 미국의 전래가요로 저작권자의 창작 부분이라고 인정할 수 없는 부분을 배제한 나머지의 부분이 동일하거나 유사함을 들어 저작권 침해를 인정하였다.

정리하여, 음악저작물의 저작권 침해가 인정되기 위해서는 저작권법상 보호되는 창작적인 표현이 존재하고, 그 부분을 이용자가 복제하려는 의도를 가지고 이용했으며, 이용한 부분이 실질적으로 유사해야 한다. 실질적 유사성에 대한 판단은 주로 멜로디 부분에 집중되는 것은 사실이지만, 화음과 리듬 및 음악의 형식까지도 종합적으로 판단하여야 하는 것이다. 그러므로 음악저작물 침해에 있어 몇 마디 이상이 동일한가의 양적인 부분이 중요한 것은 아니다.

## 2 표절과 저작권 침해 영상저작물에 있어 저작권 침해가 인정되는 요건은 무엇인가?

관련판례 1      대본과 드라마의 실질적 유사성

“여우와 솜사탕” 사건 (서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결)

### (1) 사건의 요지

원고는 1991년 11월부터 1992년 5월까지 방영한 TV 주말드라마 ‘사랑의 뒤흘레’의 대본을 집필한 작가로서, 피고인 문화방송의 주말드라마 ‘여우와 솜사탕’이 자신의 저작권을 침해하였다며 문화방송과 해당 드라마의 피디 및 작가를 상대로 법원에 소를 제기하였다. 이에 대하여 법원은 남녀 주인공의 사랑과 결혼을 둘러싼 두 집안의 이야기라는 주된 줄거리 부분은 소재로서 아이디어에 해당하는 부분이므로 보호받을 수 없으나, 드라마의 구체적인 줄거리나 전개과정에 있어 포괄적, 비문자적 유사성 및 부분적 문

자적 유사성이 인정되므로 그 범위 내에서 원고의 저작권을 침해한 것으로 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

### 가. 저작권 침해 요건

드라마 ‘여우와 솜사탕’이 원고의 ‘사랑이 뭐길래’ (이하, 이 사건 1 대본 또는 1 드라마)의 대본의 저작권을 침해했다고 보기 위해서는 ① 주관적인 요건으로서 ‘여우와 솜사탕’ (이하, 이 사건 2 대본 또는 2 드라마)의 대본 및 드라마가 이 사건의 대본인 ‘사랑이 뭐길래’에 의거하여 그것을 이용했다고 하는 관계에 있어야 하고(의거관계), ② 객관적인 요건으로서 이 사건의 양 대본 및 드라마 사이에 실질적 유사성이 있어야 한다(실질적 유사성).

### 나. 의거관계

- ① 피고 문화방송이 ‘사랑이 뭐길래’의 대본에 의하여 제작한 이 사건 드라마는 1991. 11. 23.부터 1992. 5. 31.까지 방송되었고, 당시 매우 높은 시청률을 기록하여 상당수의 시청자들이 이 사건 1 드라마의 내용을 알고 있었다는 점,
- ② 이 사건 1 대본은 방송극본으로서는 이례적으로 5권의 단행본으로 1992년경 출간까지 되었다는 점,
- ③ 피고 문화방송은 이 사건 1 드라마를 제작 방송하였고, 피고 PD는 1982년경 피고 문화방송에 입사하여 드라마 연출을 담당하고 있었으며, 피고 대본의 작가는 1999년경부터 피고 문화방송에서 방영된 단편드라마의 대본을 쓴 적이 있는 자로서 2001년경부터 피고 PD와의 논의와 수정 과정을 통해 이 사건 2 드라마를 준비하였다는 점 등에 비추어 보면, 피고들은 원고가 쓴 이 사건 1 대본의 존재 및 그 내용을 충분히 알고 있었다고 보여지므로 그 접근성이 인정되고, 드라마 ‘여우



와 솜사탕' 과 원고의 '사랑의 뒤통스레' 의 대본 및 드라마 사이에는 유사한 상황에서 우연의 일치라고 하기에는 너무나 일치하는 미적 특수 표현으로서의 대사들이 공통적으로 분포되어 있어 그 현저한 유사성이 인정되므로 의거관계는 추인된다고 할 것이다.

#### 다. 실질적 유사성

(1) 실질적 유사성에는 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우(이른바 '포괄적, 비문자적 유사성')와 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 유사성이 인정되는 경우(이른바 '부분적, 문자적 유사성')가 있다.

#### (2) 포괄적, 비문자적 유사성

(가) 이 사건 1, 2 대본과 같은 극적 저작물의 경우는 각 인물들이 설정된 배경하에서 만들어 내는 구체적인 사건들의 연속으로 이루어지고, 그 사건들은 일정한 패턴의 전개과정을 통해서 구체적인 줄거리로 파악되어 인물들의 갈등과 그 해결과정을 내용으로 하고 있으며, 인물들의 갈등과 해결과정은 인물들 성격의 상호관계와 그 대응구도에 의하여 그려지는 것인바, 이는 아이디어의 차원을 넘어 표현에 해당하는 부분으로서 이러한 부분들이 같거나 유사하다면, 그것이 아이디어 부분이라고 할 수 있는 주제 등을 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건이나 배경(필수 장면)에 해당하는 것이 아닌 한, 포괄적, 비문자적 유사성은 인정되어야 할 것이고, 그 전개과정이나 갈등의 해결과정에서의 구체적인 에피소드까지 같을 경우 그 유사성을 인정하는 데 더욱 용이하다 할 것이다.

(나) 구체적인 줄거리 및 사건의 전개과정

가) 이 사건 1 대본과 이 사건 2 대본 및 드라마 모두 남자 주인공과 여자 주인공의 사랑과 결혼을 둘러싼 두 집안의 이야기가 주된 줄거리라고 할 것인데, 이러한 주된 줄거리 부분은 소재로서 아이디어에 해당하는 부분이므로 이 부분이 유사하다고 하여 실질적 유사성이 있다고 보기는 어렵다.

나) 그러나 이 사건 1 대본과 이 사건 2 대본 및 드라마의 구체적인 줄거리나 사건의 전개과정을 보면 아래에서 보는 바와 같은 차이에도 불구하고 양자 사이에 실질적 유사성이 인정된다.

- ① 가풍의 측면에서 남자 주인공(대발, 강철)의 집안은 남성 위주의 가부장적 분위기이며 여자 주인공(지은, 선녀)의 집안은 여성 위주의 개방적인 분위기라는 대조적 양상을 띠고 있고, 여자 주인공은 모두 학력이 높고(지은은 명문대학 법대에서 석사학위를 받았고, 선녀는 한의대 졸업반이다) 여자 주인공측 집안에서 특히 어머니로부터 큰 기대를 받고 자라 온 수재라는 점,
- ② 여자 주인공이 남자 주인공에게 먼저 청혼하지만, 남자 주인공에게는 여자 주인공 이외의 다른 여자친구도 있었으며 이 때문에 여자 주인공과 마찰을 빚게 되고, 남자 주인공은 처음에 결혼을 완강히 반대하며 자유인으로 살겠다고 하지만 결국에는 결혼을 받아들인다는 점,
- ③ 남자 주인공과 여자 주인공의 어머니들은 고교동창 사이로서 여자 주인공네가 남자 주인공네로 우연히 새집을 지어 이사를 오게 되면서 오랜만에 재회하게 되지만, 그들 사이는 껄끄러운 관계라는 점,
- ④ 여자 주인공의 어머니는 장래가 유망한 자신의 딸이 공부를 중단해야 한다는 것 등의 이유로 결혼에 반대하고, 여자 주인공의 아버지는 남자 주인공을 마음에 들어하고 결혼을 적극 지원하며, 남자 주인공의 집에서는 적극적으로 결혼에 찬성한다는 점,
- ⑤ 주인공 어머니들은 상견례장에서야 비로소 자신들이 서로 사돈이 될 사

- 이라는 것을 알게 되고 결사적으로 결혼에 반대하고, 주인공 어머니들 사이의 갈등은 여고 동창생의 악의 없는 행동으로 더욱 커진다는 점,
- ⑥ 우여곡절 끝에 결혼을 하기로 하지만 이번에는 주인공 어머니들은 혼수 준비과정에서 실랑이를 벌이게 되고, 이 과정에서 남자 주인공 아버지는 남자 주인공 어머니에게 사치 운운하며 질책을 하게 되며, 결국 혼수를 줄이는 쪽으로 합의를 본다는 점,
- ⑦ 결혼식을 전후 해서 여자 주인공 어머니는 딸과의 화해를 시도하지만, 여자 주인공은 결혼과정에서의 불만을 표출하면서 그 화해를 받아들이지 않고, 이로 인해 두 모녀의 갈등은 더 깊어진다는 점,
- ⑧ 여자 주인공이 남자 주인공의 집안에 들어가 시집살이를 하게 되는데, 여자 주인공이 남자 주인공 집안의 보수적인 분위기를 바꾸자는 제안을 하게 되고, 시아버지는 며느리의 의견을 대부분 존중하고 변화를 허락한다는 점,
- ⑨ 양가의 어머니들은 서로 질투하던 관계였지만, 자녀들의 결혼 이후 서로를 이해하고 동정을 하게 되면서 절친하게 마음을 터놓고 지내게 된다는 점,
- ⑩ 청혼은 여자 주인공이 먼저 했지만, 결혼 후에는 여자 주인공이 주도권을 잡고 남자 주인공에 대한 압박을 하면서 남자 주인공이 여자 주인공에게 상당히 길들여진다는 점,
- ⑪ 처가에 들른 주인공 부부는 장모에게서 자신의 동서가 될 사람과의 차별을 경험하고 처갓집을 나와 버리는 사태가 발생한다는 점,
- ⑫ 남자 주인공의 어머니들은 결혼 이후로 집안에서 자신의 발언권을 강화하고자 노력한다는 점 등이 동일하거나 유사하게 전개되는 사실을 알 수 있는바, 이 부분은 구체적인 줄거리나 사건전개의 측면에서 포괄적, 비문자적 유사성이 인정되는 부분에 해당한다.

(다) 인물들의 갈등구조와 그 해소과정에서의 등장인물들의 상호관계의  
구도

등장인물들 각자의 캐릭터는 저작권법의 보호대상에 해당한다고 보기  
어려우나, 사건의 전개는 등장인물들 각자의 캐릭터 상호간의 갈등의 표출  
과 그 해소과정이라고 볼 수 있다는 점에서 등장인물들의 갈등의 구체적인  
내용이나 그 조합은 저작권법의 보호대상이 된다고 할 것이다.

그런데 위에서 본 바와 같이 주요 등장인물들 상호간의 갈등구조나 그 조  
합이 이 사건 1 대본과 이 사건 2 대본 및 드라마 사이에 상당할 정도로 동  
일하거나 유사하고 그 갈등의 내용이 구체적인 줄거리나 사건의 전개과정  
을 통하여 볼 때 양자가 상당 부분 대응된다는 점에서 이 부분에 있어 이 사  
건 1 대본과 이 사건 2 대본 및 드라마 사이의 비문자적, 포괄적 유사성을  
인정할 수 있다.

(라) 구체적인 에피소드의 동일성

이 사건 1 대본과 이 사건 2 대본 및 드라마의 인물 간 상호관계로 나타나  
는 사건의 전개과정에서 구체적인 에피소드의 면에서도 동일성이 있다.

(3) 부분적, 문자적 유사성

이 사건 2 대본 및 드라마에는 이 사건 1 대본과 비슷한 상황에서 동일하  
거나 거의 유사한 대사가 등장하는 예가 발견됨으로써 부분적, 문자적 유사  
성이 인정된다.

(4) 소 결

이상에서 살핀 바와 같이 이 사건 2 대본 및 드라마는 적어도 1회부터 38  
회까지는 그 주된 흐름인 남, 녀 주인공과 그 가족 간의 이야기 부분이 이 사  
건 1 대본의 해당 부분과 포괄적, 비문자적 유사성 및 부분적, 문자적 유사

성이 인정되므로 그 범위 내에서는 이 사건 2 대본 및 드라마는 이 사건 1 대본에 관한 원고의 저작권을 침해한 것으로 판단된다.

## 관련판례 2

## 만화와 드라마의 실질적 유사성

### “두근두근 체인지” 사건 (서울고등법원 2007. 1. 16. 선고 2006나21219 판결)

#### (1) 사건의 요지

신청인은 “내게 너무 사랑스러운 똥뽕이”라는 제목의 만화를 창작하여 연재하고 있는 자인데, 공중파를 통해 방송되고 있는 드라마 “두근두근 체인지”가 자신의 저작권을 침해하여 제작되었다며 영상저작물처분및방송금지가처분신청을 하였다. 이에 법원은 이 사건의 만화와 드라마는 저작물의 성격과 유형, 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계 등에서 현저한 차이가 있어 실질적 유사성을 인정할 수 없다고 하였다.

#### (2) 법원의 판결

##### 가. 저작권 침해의 요건

저작권 있는 저작물의 무단이용에 의한 저작권 침해를 인정할 수 있으면, 침해자가 저작권 있는 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것과 침해 저작물 및 피침해 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있을 것이 필요하다고 할 것인바, 이 때 양 저작물 사이의 의거관계는 원칙적으로 침해자에게 피침해 저작물에 대한 접근(access) 가능성, 즉 피침해 저작물을 볼 상당한 기회가 있었음이 인정되면 족한 것이고, 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호대상이 되지 않는 것이므로, 저작권의 침해여부를 가리기 위하여 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.

또한 원저작물에 대한 2차적저작물이 될 만한 실질적 유사성이 인정되기

위하여는 원저작물을 토대로 작성된 저작물이 단순히 사상, 주제, 소재 등이 같거나 유사한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 사건의 구체적인 구성, 전개과정, 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어서 새로운 저작물로부터 원저작물의 본질적인 특징 자체를 직접 감득할 수 있어야 한다.

#### 나. 의거관계 여부

신청인의 만화는 이 사건 드라마가 방영되기 전 이미 3권까지 발행, 배포되었고, 인터넷 포털사이트 등을 통하여 소개되었던 점, 피신청인은 당초 만화의 판권을 사서 각색하기로 기획하여 원작을 물색하였는데, 원작만화의 표현력을 뛰어넘기가 어렵다는 판단 하에 만화적 소재를 찾아 작가인 피신청인이 직접 드라마 대본을 작성하는 쪽으로 기획방향을 바꾸어 이 사건 드라마를 제작하기에 이르게 된 점, 두 저작물을 비교하여 보면 그 소재, 등장인물 등에서 유사한 점이 드러나는 점 등을 인정할 수 있는바, 이러한 사정을 종합하여 보면, 피신청인이 이 사건 드라마를 제작함에 있어 신청인의 만화에 접근할 수 있는 구체적인 가능성이 있었다고 봄이 상당하므로 이 사건 드라마는 신청인의 만화에 의거하여 제작되었다고 볼 것이다.

#### 다. 실질적 유사성

이 사건 만화와 드라마를 비교하여 보면, 두 저작물은 모두 변신을 소재로 하고 감수성이 예민하고 이성과 사랑에 대하여 호기심이 많은 여고생을 주인공으로 하여 못생기고 뚱뚱한 여고생 주인공이 우연히 얻게 된 변신수단을 통해 아름다운 외모로 변신하여 겪게 되는 에피소드로 구성되어 있는 점, 못생겼으나 심성이 착하고 순수한 주인공 여고생, 주인공이 사랑하는 이상형의 남자, 주인공의 원래 모습을 있는 그대로 사랑하는 평범한 남자, 사랑과 일상 면에서 주인공을 괴롭히는 라이벌 등의 등장인물이 존재하는 점, 주인공이 아름다운 모습으로 변신하여 인기와 사랑을 얻게 되나 자신의

정체성에 대한 고민을 한다는 사건 전개과정을 담고 있는 점 등에서 유사한 점을 발견할 수 있다.

그러나 이와 같은 이 사건 만화와 드라마 사이의 공통적인 요소들은 못생긴 여자가 아름다운 외모로 변신하는 것을 소재로 한 데 따른 추상적인 인물의 유형과 관계에 해당하거나 전형적인 구성 혹은 통상적인 사건의 전개 과정에 해당하는 것일 뿐이어서 이러한 유사점만으로는 창작적인 표현형식이 유사하다고 할 수 없다.

오히려 이 사건 만화와 드라마는, 등장인물 간 관계설정에 있어 만화는 단일한 주인공인 신도선과 그 변신물인 윤새라를 중심으로 주변인물이 관계를 맺고 있는 반면, 드라마는 최모두와 그 변신물인 신비 외에도 최모두의 친구인 미미와 슬기를 실질적으로 대등한 주인공으로 하여 그 주변인물과의 관계를 나타내고 있고, 만화는 주인공 신도선과 주인공이 사랑하는 남자 한연빈, 주인공의 원래 모습을 사랑하는 남자 은재서를 비중 있게 다루고 그 밖의 인물들은 매우 부수적으로 표현되어 있는 반면, 드라마는 주인공인 최모두, 슬기, 미미를 중심으로 하여 매회 방영분의 에피소드별로 라이벌인 렉서리 시스터즈, 최모두를 부잣집 딸로 오인하여 접근한 민호 등 다양한 인물들이 비중 있게 다루어지고 있다. 구성과 주제에 있어 만화는 왕따였던 주인공이 변신 후 인기와 사랑을 얻지만 변신의 비밀을 들리게 되어 고생을 하게 되는 내용을 중심으로 이루어져 있어 비교적 단순한 반면, 드라마는 서로 다른 성격과 외모를 가진 세 여고생의 학교생활과 연예계 데뷔 후의 활동내용을 중심으로 매회 방영분별로 다양한 사건이 발생하고 결말을 맺어 각 방영분마다 완성도가 있을 뿐 아니라 각 독자적인 주제를 담고 있는 점에서 현저한 차이가 있다.

결국 양자 사이에 주제를 구체적으로 표현한 줄거리나 구체적인 사건의 전개, 등장인물의 구체적인 성격과 상호관계 등 사이에 포괄적인 유사성이 인정되어야 할 것인바, 전체의 취지를 종합하여 보면 두 저작물의 성격과

유형, 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계 등은 현저한 차이가 있고, 이러한 차이가 이 사건 드라마의 창작적 표현형식에 해당함과 동시에 지배적인 특징을 이루고 있어 피고의 드라마로부터 원고의 만화의 본질적인 특징 자체를 감득할 수 없다 할 것이다.

결론적으로 ① 작품의 성격과 유형, ② 줄거리 및 사건의 전개, ③ 등장인물에 있어 이 사건 만화와 드라마 사이에 실질적인 유사성을 인정하기 어려우므로, 피신청인의 드라마는 신청인의 만화와는 별개의 창작성 있는 저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.

### 관련판례 3

### 소설과 영화의 실질적 유사성

#### “2009 로스트 메모리즈” 사건

(서울고등법원 2003. 12. 16. 선고 2003나6530 판결)

#### (1) 사건의 요지

원고는 장편소설 “비명을 찾아서”의 작가이며, 피고는 영화 “2009 로스트 메모리즈”를 제작한 자이다. 두 저작물은 모두 1909년 안중근 의사의 이토우 히로부미 암살기도가 실패로 끝나서 한반도가 아직도 일본의 식민지라고 가정하는 동일한 상황설정을 통하여 역사의 전개과정을 재구성하는 대체역사 기법을 이용하고 있으며, 피고는 원고에게 이러한 상황설정을 이용하겠다고 구두로 허락을 구한 바 있다.

추후 영화가 제작되자 원고는 피고가 자신이 구두로 허락한 바와 다르게 저작물을 이용하여 결과적으로 자신의 소설에 대한 저작권을 침해하였다고 주장하였다. 이에 법원은 두 저작물의 의거관계는 인정하였으나, 양 저작물의 실질적 유사성에 있어 아이디어의 영역에 속하여 보호받지 못하는 소설의 기법이나 일부의 상황설정 및 그 배경 등을 차용 이외에, 등장인물의 성격이나 주변인물과의 관계설정, 전개과정 및 결말 등 창작적인 표현형식에



해당하는 것을 대비하여 볼 때 이 사건 소설과는 다르게 구체적으로 독창성 있게 표현해 냄으로써 그 표현형식에 상당한 차이가 있어 저작권 침해로 볼 수 없다고 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

### 가. 저작권의 보호대상

피고의 영화가 원고 소설의 저작권을 침해하였다거나 2차적저작물에 해당한다고 하기 위해서는 이 영화가 원고의 소설에 의거(依據)하여 만들어졌고, 양자 사이에 실질적인 유사성이 있어서 저작권을 침해하거나 종속적인 관계에 있다고 해야 할 것인데, 특히 소설과 같은 어문저작물의 경우 등장인물과 작품의 아이디어, 주제, 구성, 사건 및 대화와 어투 등이 결합되어 주로 문자를 매개체로 하여 구체적으로 표현되는 반면, 영화와 같은 영상저작물은 이러한 요소들이 결합하여 연속적인 영상을 매개체로 하여 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있도록 주로 시각적, 청각적인 형태로 표현되는 것이므로 그 표현기법에 있어서의 차이를 감안하여 의거관계와 실질적 유사성 여부에 대하여 살펴보기로 한다.

### 나. 의거관계의 유무

피고는 영화의 전체 설정을 비현실적으로 만드는 영화 대신 현재의 상황에서 크게 벗어나지 않는 가까운 미래를 배경으로 한 공상과학(science fiction, 이하 SF라고 한다) 영화를 구상하던 중 원고의 소설을 접하고, 그 소설에서 아이디어를 얻어 SF적 요소를 결합한 영화를 제작하기로 하고, 한편으로는 소설의 출판사인 '문학과 지성사'를 통하여 원고와 연락을 시도하여 이 사건 영화를 완성한 사실을 인정할 수 있는바, 피고가 영화를 제작하기 전에 이미 소설이 출판되었으며 소설의 존재를 이미 알고 있었고 이를 통하여 영화를 구체적으로 기획, 제작하기에 이르렀으므로, 피고 제작의 영화는 특별한 사

정이 없는 한 원고의 소설에 의거하여 구상, 기획을 하게 된 것이라고 할 것이다.

#### 다. 실질적 유사성 유무

피고의 영화가 아이디어의 영역을 넘어서 저작권으로 보호가 되는 원고의 소설에 구체적으로 표현된 창작적인 표현형식 등을 복제하거나 이용하여 실질적인 유사성이나 종속관계가 있는 저작물에 해당하는가에 대하여 살펴본다.

##### (1) 상황설정과 소재 등

이 사건 소설과 영화는 모두 안중근 의사가 1909. 10. 26. 하얼빈역에서 이토우 히로부미를 암살한 역사적 사실에 대하여 그 결말이 역사적 사실과 달리 암살이 미수에 그쳤다고 가정하면서 그 후의 역사 전개과정을 재구성하여 그것을 작품의 배경으로 삼는 대체역사 기법을 사용하고 있다는 점, 이와 같이 역사가 갈라지게 되는 분기점을 안중근 의사의 이토우 히로부미 암살사건으로 정하고, 안중근 의사의 암살기도가 실패로 끝나 이토우 히로부미가 16년간 더 생존하면서 다이쇼우(大正) 시대의 일본과 동북아 정세에 영향을 미치고, 일본이 제2차 세계대전의 패전국을 면하고 세계적인 강대국으로 성장하면서 전 세계 역사의 전개과정에 영향을 미치는 한반도가 아직도 일본의 식민지 상태라는 가공의 배경을 설정하고 있는 점, 조선의 역사와 문화에 대해서 알지 못하고 스스로 일본인으로 인식하는 주인공이 차츰 조선의 역사와 조선인으로서의 정체성을 찾아가는 과정을 그리고 있다는 점에서 역사적 배경이나 주제, 소재에 있어서 다소 유사점을 찾을 수 있으나, 이러한 요소들이 창작적인 노력에 의하여 외부로 표현되어 구체화되었을 때 실질적 유사성 등을 판단할 수 있다고 할 것이므로, 위와 같은 상황 설정이나 배경 등의 유사만으로는 양자가 실질적 유사성이나 종속관계에

있다고 할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

## (2) 대체역사 기법

소설에 있어서의 대체역사 기법은 이 사건 소설만의 독특한 기법이 아니라 외국에서 1950년대부터 사용되어 온 것이고, 피고의 영화가 대체역사의 분기점이 되는 상황과 시대적, 역사적 배경을 원고의 소설과 동일하게 설정하고 이러한 가정 하에 역사가 전개됨을 전제로 하였다고 하더라도 이는 아이디어의 영역에 속하는 부분으로서 이러한 아이디어가 외부에 창작적인 표현형식으로 나타나 구체화되지 않는 한 이러한 소설의 기법을 차용하였다는 것만으로는 실질적인 유사성이나 종속관계를 인정할 수 없다고 할 것이다.

### 라. 구체적 표현형식의 유사성 유무

원고는 피고가 제작한 영화의 다음과 같은 장면들이 원고의 소설과 구체적으로 상당한 유사성이 있다고 주장하나 이는 당해 소설이 대체역사의 기법을 사용하면서 하얼빈역에서 안중근 의사의 이포우 히로부미의 암살기도 사건과 암살 미수라는 가정을 전제로 한 시대적 상황을 기초로 하는 데서 반드시 수반되는 시간적, 공간적인 배경의 동일에서 기초하는 것이고, 작품의 성격과 인물의 설정, 전개과정 등을 종합하면, 두 작품은 저작물의 성격이나 구체적인 인물 설정관계, 사건의 전개과정 및 결말, 사건의 표현방식 및 갈등의 해결방식 등에 있어서 상당한 차이가 있고, 그 구체적인 표현형식에 있어서도 서로 다르다고 할 것이다.

### 마. 결 론

따라서, 피고의 영화가 원고의 소설로부터 아이디어의 영역에 속하는 소설의 기법이나 일부의 상황설정 및 그 배경 등을 차용하였다고 하더라도, 등장인물의 성격이나 주변인물과의 관계설정, 전개과정 및 결말 등을 창작

하여 전체적으로 양자의 창작적인 표현형식에 해당하는 것을 대비하여 볼 때 원고의 소설과는 다르게 구체적으로 독창성 있게 표현해 냄으로써 그 표현형식에 상당한 차이가 있고, 그 예술성과 창작성을 달리하여 실질적으로 유사하다거나 종속관계에 있다고 볼 수 없어 별개의 예술의 범위에 속하는 창작성 있는 저작물에 해당한다고 할 것이므로, 피고의 영화가 원고 소설의 저작권을 침해하였다거나 이 소설의 2차적저작물에 해당한다고 할 수 없을 뿐 아니라, 이로 인하여 원고 소설의 상업적 가치나 문학적 가치를 상실 또는 훼손하였다고 보기도 어렵다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

표절과 관련된 의혹이나 분쟁은 끊임없이 사회적 이슈가 되고 있으며, 특히 드라마와 영화 같은 영상저작물은 표절과 관련된 분쟁이 빈번하게 발생하는 분야이다. ‘표절’이라는 용어에 대해 명백한 정의가 있는 것은 아니지만, 일반적으로 두 저작물 간의 실질적으로 표현이 유사한 경우는 물론 전체적인 느낌이 비슷한 경우까지 폭넓게 표절이라는 단어를 사용하고 있는데, 그 안에는 타인의 저작물을 자신이 창작한 것처럼 속였다는 도덕적 비난이 강하게 내포되어 있다.

특히, 그 대상이 저작물에 해당하지 않거나 저작권법의 보호대상이 아닌 아이디어의 영역이 유사한 경우까지 표절이라는 용어를 사용한다는 점에서 아이디어 자체는 보호하지 않고 창작성 있는 구체적인 표현만을 보호하는 저작권 침해와 구분해야 할 필요성이 있다. 실제 영상저작물과 관련된 분쟁이 많이 발생하는 것에 비하여 저작권 침해로 인정되는 사례가 적은 이유는 저작권으로 보호받지 못하는 아이디어의 유사성에 그치고 실질적 표현 간의 유사성이 인정되지 않는 경우가 많기 때문이다.

결국 표절이 실제로 저작권 침해에 해당하는지를 판단하기 위해서는 아이디어를 넘어 두 저작물의 창작성 있는 표현이 실질적으로 유사하다는 것과,

기존의 작품에 의거해서 창작되었다는 점이 인정되어야 할 것이다. 상술한 관련판례들은 모두 저작권 침해여부를 판단하기 위해 두 저작물 간의 의거성과 실질적 유사성을 상세히 살펴보고 있음을 알 수 있다.

이 때 양 저작물 사이의 의거성은 침해자에게 피침해 저작물에 대한 접근(access) 가능성, 즉 피침해 저작물을 보았거나 볼 상당한 기회가 있었음으로 입증되는 것이 대부분이다.

또한 대본, 만화, 소설과 영상저작물 간의 실질적 유사성에 관하여는 관련 판례들이 상세히 설명하고 있는 바와 같이, 양 저작물이 단순히 사상, 주제, 소재 등이 같거나 유사한 것만으로는 부족하고 두 저작물 사이에 사건의 구체적인 구성, 전개과정, 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다. 즉, 각 인물들이 설정된 배경 하에서 만들어 내는 구체적인 사건들과 그 사건들이 전개되는 패턴, 인물들의 갈등과 그 해결과정 및 구체적인 대사 등이 서로 유사해야 할 것이다.

실제 관련판례 1에서는 양 저작물 간의 상황설정이나 주제, 인물의 성격 등이 유사한 것은 물론 구체적인 에피소드, 사건의 전개과정, 대사 등에서의 실질적 유사성이 인정되었으나 관련판례 2와 3에서는 주제나 소재가 유사한 점은 인정되나 인물의 성격이나 구체적인 사건과 그 해결과정 등이 상이하여 저작권 침해로 인정되지 않았다. 특히 관련판례 3에서 판단한 바와 같이, 동일한 역사적 사실을 바탕으로 하는 것 또는 특정한 소설의 기법을 차용하는 것 등은 아이디어의 영역에 속하므로 이러한 부분을 넘어 등장인물의 성격이나 주변인물과의 관계설정, 전개과정 및 결말 등을 참작하여 전체적으로 양자의 창작적인 표현형식에 해당하는 것을 대비하여 볼 때 그 표현형식에 상당한 차이가 있음이 인정된다면 저작권 침해가 성립하지 않을 것이다.

# 엔터테인먼트와 저작권





# 1

## 퍼블리시티권

### 유명인의 성명을 이니셜로 이용

#### 관련 판례

#### 야구선수의 퍼블리시티권

(서울중앙지법 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고들은 유명 프로야구 선수들로, 피고 회사가 본인들의 허락을 받지 아니하고 그 성명을 영문 이니셜로 사용한 게임물을 제작하여 상업적으로 제공한 것은 프로야구 선수들의 성명권 및 퍼블리시티권을 침해한 것이라 주장하였고, 법원은 성명권 침해에 대한 주장은 받아들이지 않았지만 퍼블리시티권을 침해한 불법행위는 인정하였다.

##### (2) 법원의 판결

퍼블리시티권의 내용, 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지 않는 것은 사실이나, 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 성명권은 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 방법으로 성명이 함부로 사용, 공표되지 않을 권리, 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 포함한다고 할 것이고, 유명인의 성명이나 초상을 사용하여 선전하거나 성명이나 초상을 상품에 부착하는 경우 유명인의 성명이 상품의 판매촉진에 기여하는 효과가 발생할 것인데 이러한 효과는 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치로서 파악할 수 있는바, 유명인의 허락을 받지 아니하고 그의 성명을 상업적으로 이용하는 행위는 성명권 중 성명이 함부로 영리에 이용되



지 않을 권리를 침해한 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다. 그렇다면 피고들은 공동으로 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들의 성명을 사용한 이 사건 게임물을 제작하여 상업적으로 이동통신회사에 제공함으로써 원고들의 인격권으로서의 성명권 및 퍼블리시티권을 위법하게 침해하였다고 할 것이다.

또한 피고들은, 원고들은 공적 인물이 되었으므로 성명이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 하는데 피고들은 휴대전화용 야구게임에 사용한 것에 불과하므로 침해가 될 수 없다고 주장하므로 이에 대하여 살피건대, 공적 인물이라 하더라도 그 성명을 상업 목적만을 위해 사용하는 경우까지 그 사용을 수인하여야 한다고 할 수 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

퍼블리시티권이란 미국에서 발달하여 보통법과 주법에 의하여 규율되고 판례법상으로도 인정되고 있는 권리로 프라이버시권에서 파생되어 발전해 왔다. 프라이버시권은 일신전속적인 인격권으로 자신의 초상이나 성명 등이 허락 없이 공개되거나 이용되었을 때에 정신적인 손해에 대한 침해를 보호하기 위한 권리이지만, 대중들에 널리 알려진 유명인의 경우 명성을 위하여 초상이나 성명의 이용 등에 관한 개인의 권리를 일정 부분 포기하였다고 간주되어 프라이버시권에 기한 보호의 폭이 일반인에 비하여 좁게 인정된다. 그러나 유명인들의 초상과 성명 등이 가지는 인기를 이용한 광고 등이 활발히 이루어 지자 현실적으로 재산상의 이익에 관한 새로운 법리가 필요하게 되어, 사람의

초상과 성명에 대한 인격적이 권리인 프라이버시권과 분리된 퍼블리시티권이 탄생된다. 우리나라는 퍼블리시티권에 관한 명문 규정은 없지만, 헌법상 인격권을 근거로 하여 하급심이지만 다수의 판례가 인정하고 있다.<sup>32)</sup>

퍼블리시티권의 침해가 성립하기 위해서 인정되어야 하는 것은 특정인물에 대한 '동일성(identity)'과 '지칭(identify)'이다. 이는 특정인물이 가진 독특한 특징에 대한 동일성이 있어야 하고, 일반대중이 그 동일성이 바로 그 특정인물을 지칭하고 있다는 것을 인식할 수 있음을 말한다. 따라서 상술한 판례와 같이 야구선수들의 성명을 직접적으로 이용한 것은 아니지만, 그 이니셜로 인하여 일반대중들은 해당 선수를 쉽게 떠올리며 해당 선수를 지칭하고 있음을 알게 된다면 퍼블리시티권 침해 문제가 발생할 가능성이 있다.

하지만, 퍼블리시티권은 상업적인 이용에 관한 권리로서, 상업적인 이용이 아닌 경우에는 해당되지 않을 것이므로 해당 선수에 대한 비평이나 경기에 대한 리뷰 등을 위하여 성명을 언급하는 것에는 그 침해가 있다고 할 수 없고, 명예훼손적인 이용이 아닌 이상 자유롭게 이용이 가능하다고 볼 것이다.

## 2 퍼블리시티권 계약기간 종료 후 광고를 이용하는 것은 퍼블리시티권 침해인가?

### 관련 판례

#### 계약기간 종료 후 광고 이용 사건

(서울중앙지법 2004. 12. 10. 선고 2004카합16025 판결)

32) 서울중앙지방법원 2007. 1. 19. 선고 2006가단250396 판결; 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결 등.

## (1) 사건의 요지

화장품 제조·판매업자인 피고는 유명 연예인 원고와의 광고모델계약에 따라 카탈로그와 포스터 등의 광고물을 제작하였다. 피고는 1년의 광고 계약기간 종료 이후, 화장품 재고를 다른 회사에 양도하면서 원고의 광고가 들어간 책자까지 함께 넘겨 이 사건의 광고물이 인터넷 쇼핑몰에 이용되도록 하였고, 원고는 계약기간이 종료되었음에도 피고가 광고를 판매에 이용하였으며 또한 회사 홈페이지의 연혁 소개부분에 광고물을 계속하여 게재하고 있음을 이유로 손해배상을 청구하였다.

이에 법원은 계약기간의 종료 이후 재고 판매에 원고의 사진이 사용된 부분에 대해서는 퍼블리시티권 침해를 인정하였으나, 회사 연혁부분에 원고의 광고물을 게재한 부분에 대해서는 퍼블리시티권 침해를 부인하였다. 또한 손해배상액 범위에 있어서 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상만을 인정하고, 유명연예인은 일반인과는 달리 퍼블리시티권으로 보호받으므로 그 외에 초상 이용으로 인한 정신적 손해에 대한 위자료 청구는 받아들이지 않았다.

## (2) 법원의 판결

이 사건 계약에 따르면 원고를 모델로 하여 제작한 광고물의 사용기간이 2000. 6. 1.부터 2001. 5. 31.까지로 정하여져 있어서, 계약기간 내에 제작한 광고물이라고 하더라도 원고의 동의를 얻었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 피고 회사가 사용기간을 경과한 후에 그 광고물들을 사용하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다. 그러므로 피고 회사가 사용기간이 종료한 이후에 계속하여 무단으로 이 사건 책자에 원고를 모델로 한 광고물 등을 사용한 것은 그 목적 여부를 불문하고 원고의 인격권으로서의 초상권을 침해한 것이라 할 것이다.

광고 책자의 내용이나 일반적인 방문판매의 행태에 비추어 피고 회사의 방문판매원들이 이 책자를 교육용 교재로만 사용함에 그치지 않고 고객들

을 방문하여 화장품을 판매하면서 이 책자를 이용하여 제품 설명이나 홍보를 하는 데도 사용하였으리라 보이고, 피고 회사가 이 책자를 정당한 광고물인 것처럼 홍보용으로 다른 회사에게 양도하여 결국 책자를 홍보용으로 양수받은 소외 회사로 하여금 이 사건 책자에 포함된 원고의 사진을 스캔하여 다음사이트 공동구매란에 게재하도록 하였는바, 이는 피고 회사가 원고의 초상을 상업적으로 사용한 것으로서 텔런트, 영화배우 겸 광고모델로 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 원고의 초상 등을 상업적으로 이용할 권리인 퍼블리시티권도 침해한 것이라 할 것이다.

나아가 피고 회사가 인터넷 홈페이지의 포스터 부란에 원고의 포스터들을 게재한 것에 관하여 보건대, 피고 회사 홈페이지의 포스터 부란에는 원고나 하리수와 같은 유명 연예인들의 포스터뿐만 아니라 무명 모델들의 포스터, 모델은 없이 나비 그림과 화장품 사진만 있는 포스터들도 있고, ○○ 화장품과 같이 현재 피고 회사가 판매하고 있지 않은 화장품의 포스터들도 있는 사정 등에 비추어 보면 포스터 부란은 피고 회사의 연혁을 기존의 포스터들을 모아서 보여 주는 방법으로 설명하기 위한 것에 불과하고, 홈페이지 방문자들도 그와 같이 인식하리라고 보이는 점, 동종 화장품업계 회사들 대부분도 마찬가지로 홈페이지 등에 회사의 연혁 등을 설명하기 위한 방법으로 기존의 광고물인 포스터 등을 모아서 게재하고 있는 점, 원고도 소외 회사가 다음사이트의 공동구매란에서 위와 같이 광고하기 전까지 2년이 넘도록 포스터 부란에 자신의 포스터가 게재된 것을 문제삼지 않아 왔던 점 등을 종합하여 보면 피고 회사가 위 포스터 부란에 원고의 포스터들을 게재한 것은 피고 회사의 연혁을 설명하면서 과거에 원고가 피고 회사의 모델이었다는 사실을 표방하는 것일 뿐이고, 이는 동종 업계에서도 널리 행하여지는 관행으로서, 비록 원고와 피고 회사가 이 사건 계약을 체결하면서 위와 같은 사항에 대하여 명시적으로 합의하지는 않았다고 하더라도, 위와 같은 정도의 초상 사용행위는 원고가 묵시적으로 승낙하였거나, 피고 회사가 이

사건 계약을 통하여 당연히 행사할 수 있는 권리 범위에 포함된다고 볼 것이므로, 이 부분 침해에 대한 원고의 주장은 이유 없다.

손해배상책임의 범위와 관련하여, 우선 원고가 퍼블리시티권의 침해로 피고에게 배상하여야 할 재산상 손해액은 피고 회사가 원고로부터 동의를 얻어 앞에서 본 바와 같은 광고행위를 계속하기 위하여 원고에게 추가로 지급해야 할 보수 상당액이라 할 것이다.

다음으로, 원고는 인격권으로서의 초상권 침해로 인하여 정신적 고통을 받았기 때문에 피고 회사는 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 주장하나, 원고는 유명한 연예인으로서 그 초상권을 일반인들의 그것과는 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵고, 더구나 이 사건의 경우 원고의 의사에 반하여 광고물을 제작한 것이 아니라 원고와의 계약에 기하여 이미 제작되어 공표한 적이 있는 광고물을 사용기간을 넘어 임의로 사용한 것이므로, 원고가 앞서 인정한 재산상 손해와는 별도로 정신상 손해까지 입었다고 보기 어려우며, 가사 원고에게 정신상 손해가 발생하였다고 하더라도 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 할 것이고, 그 외에 다음사이트의 공동구매란에서 염가로 판매되는 화장품의 광고에 원고의 초상이 사용되었다고 하더라도 위 화장품이 원래는 프랑스산 고가의 화장품이었는데 피고 회사의 사정으로 부득이하게 저가로 판매된 점, 위 사이트에서의 광고시간이 18시간으로 매우 짧았던 점 등에 비추어 원고의 광고모델로서의 이미지의 손상 등 재산상 손해배상에 의하여 회복될 수 없는 정신상 손해를 입었다고 볼 수도 없으므로, 원고의 위자료 청구는 이유 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

공적 영역에 있는 유명인들의 초상이나 이름은 이미 공중에 널리 알려져 있기 때문에 이를 초상권으로 보호해야 할 실익이 사인(私人)에 비해 거의 없는 반면, 자신이 획득한 사회적 명성이나 평가, 지명도 등으로부터 독립적인 경제적 이익이 발생하는데, 이를 인격적 권리인 초상권과는 구분하여 퍼블리시타권이라고 한다.

퍼블리시타권이란 일반적으로 ‘초상, 성명 등 그 사람 자체를 가리키는 것을 광고, 상품 등에 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 권리’를 말하는 것으로 정의된다.<sup>33)</sup> 우리 법은 이러한 퍼블리시타권을 명문으로 규정하고 있지는 않으나 퍼블리시타권 침해로 인정한 판례들이 존재하고 있으며, 다수의 학설 역시 퍼블리시타권의 존재를 긍정하고 있다.

유명인의 허락 없이 그의 이름이나 초상 등을 제품 판매나 선전에 이용하는 행위는 전형적인 퍼블리시타권 침해 유형에 해당한다. 저명한 영화배우, 연예인, 운동선수 등의 성명, 초상 등이 상품의 표장이나 광고에 사용되는 경우 그 저명성으로 인하여 이를 사용한 상품이 소비자들 사이에 강한 고객층 인력과 인지도를 획득할 수 있기 때문에 해당 유명인의 허락을 얻도록 하는 것이다. 통상 연예인은 광고주와 계약을 통해 기간을 정하여 출연을 하게 되고 광고주는 그 기간 내에서만 광고를 이용하게 되므로, 상기 판례와 같이 광고물의 사용 계약기간을 넘겨 광고를 계속해서 상업적으로 이용하는 것은 퍼블리시타권 침해가 된다.

그러나 해당 회사의 인터넷 홈페이지의 포스터 부란에 원고의 포스터들을 게재한 것에 관하여는 피고 회사의 연혁을 설명하면서 과거에 원고가 피고 회사의 모델이었다는 사실을 표방하는 것일 뿐이고, 이는 동종 업계에서도 널

33) 한위수, “퍼블리시타권-성명 초상 등의 상업적 이용에 관한 권리의 침해와 민사책임”, 민사재판의 제문제, 제9호, 1997, 527면.

리 행하여지는 관행으로서, 비록 원고와 피고 회사가 이 사건 계약을 체결하면서 위와 같은 상황에 대하여 명시적으로 합의하지는 않았다고 하더라도, 위와 같은 정도의 초상 사용행위는 원고가 묵시적으로 승낙하였거나, 피고 회사가 이 사건 계약을 통하여 당연히 행사할 수 있는 권리 범위에 포함된다고 하였다.

마지막으로, 유명인의 초상은 재산권인 퍼블리시티권으로 보호받으므로 타인의 불법행위로 인해 초상권이 침해된 경우 일반인과는 달리 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해배상에 의해 회복될 수 없는 별도의 정신적 손해가 발생한다고 볼 수 없다고 판단한 점도 유의할 필요가 있다.

### 3 초상권과 저작권 실제인물을 소재로 한 소설이나 전기 등을 집필하여 출판하고자 한다

#### 관련판례

**“무궁화꽃이 피었습니다” 사건** (서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결)

#### (1) 사건의 요지

원고는 소설 “핵물리학자 이휘소”와 “무궁화꽃이 피었습니다”의 실제 모델이 된 이휘소 박사의 미망인으로, 두 소설이 이휘소의 성명, 사진 등을 이용하여 유가족의 인격권을 침해하고 명예훼손을 하였음을 이유로 출판 등 금지가처분신청을 하였다. 그러나 법원은 이휘소 박사는 그 사생활이 공표되는 것을 어느 정도는 수인해야 할 공인이므로, 성명 및 사진을 사용하는 것이 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다고 판시하였다.

## (2) 법원의 판결

“소설 이휘소”에서 핵물리학자인 이휘소 유족의 동의 없이 가족 사진을 무단으로 게재한 행위는 유족들의 초상권을 침해한 것이나, 이휘소가 우리 사회의 공인이 되었고, 또한 그가 사망한 지 이미 18년이 경과하였으므로, 그를 모델로 하여 이휘소라는 실명을 사용하여 창작된 소설에서 이휘소의 개인 사진을 사용하는 것은 그 소설이 이휘소에 대한 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다.

소설의 서문에서 소설의 모델이 된 인물을 밝히는 것은 허용되지만 그 부분까지 소설의 구성 부분이 된다고 볼 수는 없고, 최소한 서문에서는 소설의 모델이 된 인물에 관하여 기술하면서 실제와 달리 표현하여서는 안 되는 바, 소설 “무궁화 꽃이 피었습니다”의 서문 ‘작가의 말’에서 이휘소가 우리나라의 핵개발에 관여한 것처럼 그의 삶을 실제와 현저하게 달리 묘사하였다면, 이휘소에 대한 명예훼손 또는 인격권 침해가 되고, 그가 사망하였다고 하더라도 유족이 그의 명예훼손 및 유족들의 경건 감정 침해를 이유로 그 부분의 삭제를 청구할 수 있다.

모델 소설에 있어서 모델이 된 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 소설의 출판금지를 구할 수 있고, 그 모델이 된 사람이 이미 사망한 경우에도 그 유족이 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 금지를 구할 수 있다. 그러나 소설에서 개인의 명예가 훼손되거나 인격권이 침해되었다는 이유로 그 출판금지를 구하는 경우에는 헌법상 예술의 자유와 출판의 자유가 보장되어 있는 점에 비추어 그 침해의 태양 및 정도를 고려하여 개인의 명예가 중대하게 훼손된 경우에만 이를 인정하여야 한다.

“소설 이휘소”와 “무궁화 꽃이 피었습니다”는 핵물리학자인 이휘소를 모델로 한 소설로서 이휘소에 대하여 전반적으로 매우 긍정적으로 묘사하고 있어, 소설을 읽는 우리나라 독자들이 하여금 이휘소에 대하여 존경과 흥미



의 정을 불러일으킨다고 할 것이어서, 우리 사회에서 이휘소의 명예가 더욱 높아졌다고도 볼 수 있으므로, 소설에서 이휘소 또는 그를 모델로 한 '이용 후'의 모습이 이휘소의 실제 생활과 달리 묘사되어 유족들의 주관적인 감정에서 부분적으로 이휘소의 명예가 훼손되었다고 여겨질지라도 소설의 전체 내용에 비추어 사회통념상 이휘소의 명예가 훼손되었다고 볼 수도 없으며 작가들에게 이휘소의 명예를 훼손시키려는 의사가 있었다고 볼 수도 없다. 또한 이휘소는 뛰어난 물리학자로서 우리나라 국민들에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 공적 인물이 되었다고 할 것인데, 이러한 경우 이휘소와 유족들은 그들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인(受忍)하여야 할 것이므로, 이휘소나 유족들의 인격권 또는 프라이버시가 침해되었다고 볼 수도 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

위대한 업적을 이룬 위인들의 삶은 남다른 극적인 경험과 일화가 많아 타인의 흥미를 자아내며, 그들의 삶에는 자신만의 철학이 녹아 있어 많은 이의 귀감이 되기도 한다. 이러한 내용은 이야기꾼이라면 누구나 탐내는 소재로서 전기로 쓰여지거나 소설로 재구성되는 경우가 많다.

그렇다면 이러한 개인적인 삶은 소재로 하여 창작하였을 때, 개인과 창작물의 관계는 어떻게 될 것인가. 우선 저작권법에서 보호하는 것은 '인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물'인 저작물이다. 그러므로 실제 사실이나 사건 등은 누군가에 의하여 창작된 것이 아니므로 저작물로 인정되지 않는다. 설령 그 사건의 주인공이라 하더라도 해당 사실이나 사건에 대한 저작권을 주장할 수는 없다.

따라서, 누구나 유명인의 일생이나 일화를 소재로 하여 저작물을 창작할 수 있다. 하지만, 이러한 창작행위에는 필연적으로 유명인의 성명, 초상 사용이

수반될 수밖에 없다. 사람의 성명 및 초상에 대한 권리는 헌법상 인격권으로 보장되는 것으로, 저작권과는 별개로 당사자는 인격권의 침해를 주장할 수 있다. 이러한 관계에 대하여 상술한 관련판례에서는, “모델 소설에 있어 개인의 명예가 훼손되거나 인격권이 침해되었다는 출판금지를 구할 수는 있지만, 이는 헌법상 예술의 자유와 출판의 자유와 비례하여 개인의 명예가 중대하게 훼손된 경우에만 이를 인정하여야 한다”고 판단하며, 이 사건 소설에서 이휘소 박사를 긍정적으로 묘사하여 사회통념상 그 명예가 훼손되었다고 보기는 어려우며, 유가족들의 주관적인 판단에 있어서는 명예훼손이라 여길 수는 있지만 이휘소 박사는 유능한 물리학자로 공적 인물이라고 볼 수 있으므로, 그와 그의 가족들이 생활상이 어느 정도 공개되는 것은 감안해야 한다고 판단하였다.

또한, 이 판결에서는 퍼블리시티권과 관련하여서도 해당 인물에 대한 전기를 쓰는 것은 유명인의 초상 및 성명을 상업적으로 이용했다고 볼 수 없다는 이유로 퍼블리시티권 침해의 사실을 인정하지 않았다. 이와 유사한 사례로 대우 김우중 회장의 평전 “신화는 없다”라는 책에 대하여 “우리나라 국민들에게 많은 귀감이 될 수 있는 뛰어난 기업인으로서 이미 우리 사회의 공적 인물이 되었다고 볼 수 있는 경우 그 사람은 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 하고, 그 사람을 모델로 하여 서술된 평전의 표지 및 그 신문광고에 사진을 사용하거나 성명을 표기하는 것, 그 내용에 가족관계를 기재하는 것은 위 평전이 그 사람의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다”고 판시하였다.<sup>34)</sup>

정리하면, 유명인의 일생을 전기나 소설로 창작하는 것은 가능한 일이며, 성명 및 초상을 이용하는 것도 명예를 훼손하지 않는 이상 가능할 것이다. 상기 판결에서 소설이 아닌 서문에서 그에 대한 정보를 사실과 현저히 달리 말하는 것은 명예훼손이 될 수 있다고 아울러 말하고 있으므로, 평전이나 전기의 형식이라면 소설보다는 좀더 사실적인 내용에 충실해야 할 것으로 생각된다.

34) 서울지방법원 1995. 9. 27. 선고 95카합3438 판결.

# 4

## 초상권

### 인격권으로서의 일반인의 초상권 보호

#### 관련판례

#### 드라마 속 연주자 얼굴 노출 사건

(서울중앙지법 2006. 11. 29. 선고 2006가합36290 판결)

#### (1) 사건의 요지

드라마의 전개상 연주장면을 삽입할 필요성이 있다는 요청에 따라, 연주자들이 얼굴을 식별할 수 없도록 촬영할 것을 조건으로 연주장면의 촬영을 승낙하였는데, 해당 방송을 시청한 주위사람들이 쉽게 연주자들을 알아볼 수 있도록 드라마 속에서 연주자들의 얼굴이 노출된 사건이다. 이에 법원은 드라마 제작사와 그 연주장면이 삽입된 드라마를 방영한 방송사에게 연주자들의 초상권 침해로 인한 위자료 지급 책임이 있다고 인정하였다.

#### (2) 법원의 판결

모든 국민은 인격권으로서의 초상권을 침해받지 아니할 권리가 있고, 언론매체에 대하여 자신의 초상에 관한 방송을 동의한 경우에도 당시 예정한 방법과 달리 방송된 경우에는 초상권의 침해가 있다고 할 것인데, 원고들은 피고 ○○○프로덕션에게 얼굴을 식별할 수 없도록 촬영할 것을 조건으로 이 사건 연주장면에 대한 촬영을 승낙한 것인바, 피고 ○○○프로덕션은 연주장면을 촬영하면서 카메라 앵글을 조절하는 등의 방법으로 원고들의 얼굴을 알아볼 수 없도록 해야 함에도 불구하고, 방송을 시청한 원고들의 주위사람들이 쉽게 원고들을 알아볼 수 있도록 연주장면을 촬영하였고, 피고 문화방송은 이와 같이 촬영된 장면이 삽입된 드라마를 방영함으로써 원고들의 초상권을 침해하였다 할 것이므로, 피고들은 이와 같은 불법행위로

인하여 원고들의 초상권이 침해됨으로써 원고들이 입은 정신적 손해를 금전적으로나마 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

손해배상액의 산정에 있어, 드라마 속 연주장면의 분량이 약 7초 정도로 그리 길지 않으며 그 배경음악은 원고들이 작곡발표회에서 실제로 연주한 곡이 아닌 점, 방송 후 원고들로부터 항의를 받게 되자 피고 문화방송은 즉시 아이엠비씨에게 요청하여 인터넷상의 ‘드라마 다시보기’에서 문제가 된 연주장면을 삭제하도록 하였고, 방송을 재방영하면서도 연주장면을 삭제한 점, 피고 ○○○프로덕션이 연주장면을 촬영함에 있어 원고들의 유명세에 편승하여 시청률을 끌어올리려는 등의 목적으로 원고들의 얼굴을 의도적으로 노출시킨 것은 아니라고 판단되는 점(드라마의 내용 전개를 감안하면, 피고 ○○○ 프로덕션은 단지 연주회 장면이 필요했던 것일 뿐, 원고들과 같이 연주자로서 어느 정도 실력과 지위를 가진 사람들의 연주회 장면이나 그러한 연주자들의 연주음악이 필요했던 것으로는 보이지 않는다) 등 제반 사정을 종합하면, 방송으로 인해 피고들이 원고들에게 배상하여야 할 위자료 액수는 각 2,000,000원으로 정함이 상당하다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문 인간의 존엄과 가치에 의하여 헌법으로 보장되고 있는 권리이다. 또한, 헌법 제10조는 헌법 제17조와 함께 사생활의 비밀과 자유를 보장하는데, 이에 따라 개인은 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리도 가진

다.<sup>35)</sup>

종종 사진이나 영상저작물에 촬영된 인물의 초상을 허락 없이 사용할 수 있는 방법이나 인물의 초상도 법정허락이 될 수 있는지에 관한 질문을 받게 되는데, 인물의 초상은 저작물이 아닐 뿐더러 이러한 초상권은 앞서 서술한 바와 같이 헌법로부터 보장되는 권리이다. 때문에 사진이나 영상저작물에 촬영된 경우 저작권 문제와는 별도로 항상 초상권 문제를 고려해야 할 것이다. 특히, 유명인 등의 공인이 아닌 일반인의 초상권은 헌법상 인격권으로 보호되기 때문에, 단순히 초상권자와 연락하기 어렵다거나 비용과 시간이 많이 소요된다는 이유만으로 일반인의 초상을 허락없이 이용하거나, 허락받은 범위를 넘어서서 이용하는 것은 용인되지 않는다.

결국 초상을 허락 없이 이용하는 경우는 물론, 상기 판례와 같이 언론매체에 자신의 초상에 관한 방송을 동의한 때에도 당시 예정한 방법과 달리 방송된 경우에는 초상권이 침해된다 할 것이다.

---

35) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결; 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결 등.

# 프로그램과 저작권





# 1

## 오픈소스와 저작권

### 오픈소스를 이용하여 만든 저작물과 오픈소스의 관계

#### 관련 판례

#### 오픈소스를 이용하여 개발한 프로그램

(대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도8369 판결)

#### (1) 사건의 요지

일반공중사용허가서(General Public License, 이하, GPL)의 조건이 부가된 인터넷 가상사설네트워크(VPN) 응용프로그램을 개작한 2차적프로그램의 저작권자가 GPL을 위반하여 개작프로그램 원시코드(source code)의 공개를 거부한 사안에서, 법원은 GPL라이선스의 위반은 별론으로 하더라도 개작프로그램의 원시코드가 개작프로그램 저작권자의 영업비밀에 해당하므로 공개를 하지 않을 수 있다고 판단하였다.

#### (2) 법원의 판결

원 프로그램을 개작한 2차적프로그램의 저작권은 원 프로그램저작권자의 동의여부를 불문하고 2차적프로그램 작성자에게 귀속되며(대법원 2004. 9. 24. 선고 2002다45895 판결 등 참조), 한편 구 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제2호에 따르면 영업비밀이란 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

ETUND 1.00은 원래 Maxim Krasnyansky가 창작하여 GNU GPL 조건을 붙여 공개한 프로그램인 VTUND를 개작한 것인데, GPL에 의하여 공개된 프로그램의 저작권자는 원 프로그램을 개작한 프로그램의 작성자가



개작프로그램의 원시코드(source code)를 일반공중에게 공개하고 일반공중의 사용을 허락할 것을 조건으로 개작프로그램의 작성자에게 원 프로그램에 대한 개작권을 부여한 것이라 하더라도, ETUND 1.00, ETUND 1.04가 원 프로그램인 VTUND에 대하여 새로운 프로그램이라고 할 정도의 창작성이 인정되는 이상 ETUND 1.04의 저작권자는 공소의 주식회사이다. 비록 공소의 주식회사가 ETUND 1.04 원시코드의 공개를 거부함으로써 GPL을 위반하였다고 하더라도, 공소의 주식회사가 VTUND의 저작권자에 대하여 그로 인한 손해배상책임 등을 부담하는 것은 별론으로 하고, ETUND 1.04의 원시코드가 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지며 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 이상 공소의 주식회사의 영업비밀에 해당한다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

오픈소스 소프트웨어란 소스코드를 최초로 작성한 프로그래머가 소스코드를 모든 사람에게 공개하여, 누구나 사용, 복제, 배포, 수정할 수 있는 자유가 부여된 소프트웨어이다. 이는 프리웨어와는 구분되는 개념<sup>36)</sup>으로 원시코드(Source code)의 공개에 주안점을 두며, 일정한 라이선스에 따라 자유로운 사용, 수정, 재배포가 가능하다. 그러나 자유롭게 이용이 가능한 부분이 존재하더라도 저작권의 보호를 받지 아니하는 것은 아니다.

오픈소스를 이용하여 2차적저작물을 개발할 때, 오픈소스를 제외하고 추가된 창작적인 부분에 대해서는 개발자에게 저작권이 부여된다. 하지만, 오픈소스는 그 이용에 일정한 조건을 부여하고 있으므로 오픈소스 이용자들은 주어

**36)** 프리웨어는 프로그램저작권자가 자신의 저작재산권의 전부 또는 일부의 행사를 유보한 프로그램으로, 이용조건에 따라 무상으로 이용할 수 있다. 다만, 영리의 목적으로 복제 또는 개작하여 판매하는 것에는 제한이 있는 경우가 있으므로 이용조건에 유의하여야 한다.

진 조건에 따라 이용을 하여야 한다. 상기 판결은 ‘공개’를 조건으로 이용을 허락하고 있는 오픈소스를 이용하여 프로그램을 만든 개발자가 자신의 프로그램을 영업비밀로 공개를 원하지 않을 때, 그 조건을 어김으로써 발생하는 법적 책임에 관하여 언급하고 있다.

우선 오픈소스에 전제되어 있는 조건에 대한 법적 성질에 있어서는 여러 가지 의견들이 존재한다. 오픈소스가 창시된 미국에서는 법적으로 계약과 라이선스를 구분하고 있으므로 오픈소스 조건에 따른 법적 성질을 어느 쪽으로 판단하여야 하는지에 대한 많은 논의가 있다. 반면, 우리나라에서는 그 법적 성질을 통상 계약으로 보고는 있지만 해외에서 좀더 확실한 법적인 판단이 나온다면 그에 따른 변화가 있을 수도 있다.

이러한 논의를 간단하게만 소개하자면, 오픈소스 라이선스를 계약으로 볼 때에는 오픈소스를 이용한 사람은 계약상의 의무로 사후적으로 개발한 소스의 공개의무를 부담할 여지가 있다. 즉, 공개를 하지 않을 때에는 계약의 불이행의 문제가 발생하는 것으로, 저작권 침해의 문제가 되는 것은 아니다.

이에 반해, 계약이 아닌 라이선스로 볼 때에는 이용조건은 일종의 ‘선언’이다. 따라서, 만일 오픈소스의 소스코드 공개조건을 소스코드를 공개하는 경우에 한하여 라이선스의 저작권을 행사하지 않는다고 하는 ‘조건부 저작권 불행사 선언’이라고 본다면, 조건을 준수하지 아니한 경우에는 당해 라이선서의 저작권 행사가 가능하게 되어 저작권 침해의 문제가 발생할 수 있다.<sup>37)</sup>

상기 판결은 GPL에 따른 오픈소스의 조건을 첫 번째 경우와 같은 ‘계약’으로 보았다. 다만, 계약조건을 지키지 않아 그 불이행의 의무가 발생하는 것으로 보는 것이 아니라, 조건의 불이행을 이유로 계약이 해제되는 ‘비배타적 사용허락계약’<sup>38)</sup>으로 해석한 것으로 생각된다. 다시 말해, 주어진 계약이 이행되지 않으면 그로 인하여 계약은 해제되는 것으로 보아, 계약이 없이 이용

37) 김병일, “오픈소스 라이선스 위반과 저작권 침해”, 계간저작권, 2009, 여름호, 18면.

38) 김병일, 위의 논문, 18면.

한 부분에 대해서 저작권 침해를 인정하는 것이다.

그러므로 오픈소스를 이용하여 프로그램을 제작할 경우 프로그램 제작자는 그 2차적저작물의 저작권자가 되고, 영업비밀로 이용하기 위하여 소스 공개에 대한 조건을 지키지 않을 수도 있지만, 전제조건을 지키지 않았을 때에는 오픈소스저작권자와의 이용허락계약은 해제된 것으로 보아, 해당 오픈소스의 저작권 침해문제가 발생할 수 있다.

이용하고자 하는 오픈소스의 이용조건은 한국저작권위원회 오픈소스라이선스 정보페이지(<http://www.olis.or.kr>)의 코드아이 서비스<sup>39)</sup>를 이용하면 좀더 손쉽게 알아볼 수 있다.

## 2 불법복제된 컴퓨터 프로그램의 이용 구입한 PC에 이미 여러 프로그램이 설치되어 있다. 그냥 사용해도 문제가 없는가?

### 관련판례

#### 중고 컴퓨터에 복제되어 있던 컴퓨터프로그램

(부산지방법원 2010. 1. 14. 선고 2009노3917 판결)

##### (1) 사건의 요지

피고는 영세 규모의 무역업을 운영하면서 업무상 컴퓨터가 필요하여 벼룩시장을 통하여 중고 컴퓨터를 구입하였고, 구입한 컴퓨터에는 한글 등 사무용 컴퓨터프로그램들이 설치되어 있었다. 이에 불법복제 컴퓨터프로그램을 사용하였다는 이유로 기소되어 1심에서 벌금 200만원을 선고받아 항소

39) 오픈소스SW 라이선스 검사 서비스(CodeEye)는 오픈소스SW 라이선스 비교·분석·검사를 위해 사람이 해야 할 수작업(Eye Checking)을 원활하게 하거나 이에 도움을 주는 SW 및 시스템으로 오픈소스 SW 사용 시 준수해야 할 라이선스(GNU GPL 등) 내용을 효과적으로 검사하여 보여 준다.

하였고, 항소심은 해당 사안은 컴퓨터프로그램의 침해 사안임을 다시 한 번 확인하였다.

## (2) 법원의 판결

구 컴퓨터프로그램보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제4항 제2호에 의하면, ‘프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위’가 있는 경우 해당 프로그램저작권을 침해하는 것으로 본다고 규정하고 있는 바, 원심이 적법하게 채택하고 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음의 사실, 즉

- ① 피고인은 선박기계 및 선박용 관련 부품의 무역업에 종사하면서 여직원 2명을 고용하여 사무실을 운영하고 있었던 점,
- ② 이 사건 공소사실 기재의 컴퓨터프로그램들(‘한글 2002 1개’, ‘한글 2004 1개’, ‘Alzip 5.0 2개’, ‘MS-Office 2000(pre) 1개’, ‘MS-Office 2000(Sbe) 1개’, ‘Photoshop 7.0 1개’, ‘Autocad 2002 1개’ 등)은 모두 사무실을 운영함에 있어 일반적으로 사용되는 사무용 컴퓨터프로그램들인 점,
- ③ 피고인은 위와 같은 컴퓨터프로그램들이 불법으로 복제된 사실을 알지 못하였다는 취지로 변호하나, 피고인은 사무실에서 업무용으로 사용하기 위해 구입한 컴퓨터에 위와 같은 컴퓨터프로그램들이 이미 설치되어 있었음을 알고 있었고, 피고인이 정품 제품을 구입하거나 정품 제품이 설치되었음을 확인하지 않고 위와 같은 사무용 컴퓨터프로그램들을 사용한 이상 미필적으로나마 위 컴퓨터프로그램들이 불법적으로 복제되었음을 인식하였다고 봄이 상당한 점,
- ④ 피고인은 위 컴퓨터프로그램들 가운데 일부(‘Alzip 5.0 2개’, ‘Photoshop 7.0 1개’, ‘Autocad 2002 1개’)는 직접 사용하지 않았다는 취지로 변호하나, 위 컴퓨터프로그램들이 피고인이 운영하던 업체 사무실의 업무용 컴퓨터에

설치되어 있었고, 위 컴퓨터프로그램들이 매우 전문적이거나 특수한 업무 수행을 위한 것이라고 보기는 어려우며, 일반적으로 사용되는 사무용 컴퓨터프로그램으로서 그 접근 가능성이 비교적 높은 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 미필적으로나마 이 사건 컴퓨터프로그램들이 프로그램저작권을 침해하여 복제된 사정을 알면서 이를 취득하여 업무상 사용하였음을 명백히 인정할 수 있고, 이러한 피고인의 행위는 구 컴퓨터프로그램 보호법 제29조 제4항 제2호에 의하여 컴퓨터프로그램저작권을 침해한 것으로 볼 수 있다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

현행 저작권법 제124조의 제1항 제3호는 “프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위”를 저작권 침해로 보고 있다.

상술한 판례의 사안을 위 조항의 요건에 맞추어 살펴보면, 첫째로 불법적으로 복제된 컴퓨터프로그램이 존재하여야 하는데, 컴퓨터프로그램 CD 자체뿐만 아니라 하드디스크에 복제되어 유통되는 것도 복제에 포함된다고 볼 수 있다.<sup>40)</sup> 두 번째로, 그 사정을 알면서 취득하여야 할 것인데, 상기 사안에서는 정품 프로그램인지의 여부를 확인하지 않고 사용한 것은 미필적으로나마 인식이 존재한다고 보았다. 마지막으로 업무상 이용할 것인데, 위 사안에서는 해당 프로그램이 일반적으로 사무용으로 많이 쓰이는 프로그램이며, 업무용 컴퓨터에 설치되어 있어 사용이 용이한 점 등을 이유로 해당 사안에 대하여 저작권 침해를 인정하였다.

따라서 업무상 이용을 위하여 중고 컴퓨터를 구입하였다면, 이미 설치되어

40) 정성원, “중고 컴퓨터에 복제되어 있던 컴퓨터프로그램을 사용한 경우의 형사책임”, 저작권문화, 2010, vol.189, 22-23면.

있는 프로그램이 아닌 정품 프로그램을 새로 구입하여 설치하는 것이 좋다. 다만, 위 사안과 같이 정품 프로그램인지의 여부를 확인하지 않았다는 것만으로 그 고의성이 인정되는 것보다는 그 설치과정과 대가의 상당성 및 설치된 프로그램을 이용하는 과정에서 불법복제물인지 여부를 인식할 수 있었는지 합리적으로 따져 보아야 함이 타당할 것이라 생각된다.<sup>41)</sup>

\* 한국저작권위원회의 점검 프로그램(넷인스펙터 <http://www.itsam.or.kr/inspector/ulIntroFirst.jsp>)으로 pc에 설치된 sw를 자체적으로 점검하여 현재 사용중인 sw를 확인 할 수 있다.

### 3 글자체와 폰트파일의 저작물성 글자체와 폰트파일의 저작권법상 보호범위는?

#### 관련판례 1

#### 저작권법상 서체의 보호 (대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결)

##### (1) 사건의 요지

우리 저작권법은 서체도안의 저작물성이나 보호의 내용에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 아니하고, 서체도안들은 우리 민족의 문화유산으로서 누구나 자유롭게 사용하여야 할 문자인 한글 자모의 모양을 기본으로 삼아 인쇄기술에 의해 사상이나 정보 등을 전달한다는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 만들어진 것이 분명하여, 우리 저작권법의 해석상으로는 그와 같은 서체도안은 저작권법에 의한 보호대상인 저작물에 해당하지 아니하다고 판단하였다.

41) 정성원, 위의 글, 22-23면.

## (2) 법원의 판결

원고들이 등록관청인 피고에게 저작물등록신청을 하면서 제출한 등록신청서 및 “산돌체모음”, “안상수체모음”, “윤체B”, “공한체 및 한체모음” 등 서체도안들을 기록에 의하여 살펴보면, 원고들이 우리 저작권법상의 응용미술작품으로서의 미술저작물에 해당한다고 주장하면서 저작물등록을 신청한 서체도안들은 우리 민족의 문화유산으로서 누구나 자유롭게 사용하여 할 문자인 한글 자모의 모양을 기본으로 삼아 인쇄기술에 의해 사상이나 정보 등을 전달한다는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 만들어진 것이 분명하며, 이와 같은 인쇄용 서체도안에 대하여는 일부 외국의 입법례에서 특별입법을 통하거나 저작권법에 명문의 규정을 둬으로써 법률상의 보호대상임을 명시하는 한편 보호의 내용에 관하여도 일반저작물보다는 제한된 권리를 부여하고 있는 경우가 있기는 하나, 우리 저작권법은 서체도안의 저작물성이나 보호의 내용에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 아니하며, 서체도안과 같이 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 응용미술작품은 거기에 미적인 요소가 가미되어 있다고 하더라도 그 자체가 실용적인 기능과 별도로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어서 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 경우에만 저작물로서 보호된다고 해석되는 점(대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결 참조) 등에 비추어 볼 때, 우리 저작권법의 해석상으로는 서체도안은 신청서 및 제출된 물품 자체에 의한 심사만으로도 저작권법에 의한 보호대상인 저작물에는 해당하지 아니함이 명백하다고 할 것이다.

### 관련판례 2

**폰트파일의 저작권법상 보호** (대법원 2001. 5. 15. 선고 98도732 판결)

### (1) 사건의 요지

법원은 폰트파일이 지시·명령을 포함하고 있고 그 실행으로 인하여 특정한 결과를 가져오며 컴퓨터 등의 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용될 수 있으므로 단순한 데이터파일이 아닌 구 컴퓨터프로그램보호법(현 저작권법)상의 컴퓨터프로그램으로 보호된다고 하였다.

### (2) 법원의 판결

구 컴퓨터프로그램보호법상 컴퓨터프로그램은 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것”으로 정의되는바, 피해자들의 서체파일은 그림을 그리는 논리·연산작용에 해당하는 ‘지시·명령’이 포함되어 있고, 서체 1벌을 컴퓨터 등의 장치 내에서 편리하고 반복적으로 구현할 수 있기 때문에 그 실행으로 인하여 ‘특정한 결과’를 가져오며, 단독으로 실행이 가능한 것은 아니지만 컴퓨터 내의 다른 응용프로그램이나 장치의 도움을 받아 서체를 출력시킬 수 있어 ‘컴퓨터 등의 장치 내에서 직접 또는 간접으로’ 사용될 수 있으므로 컴퓨터프로그램보호법상의 컴퓨터프로그램에 해당되고, 단순한 데이터의 집합은 아니다.

### 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

최근 글자체 및 폰트파일과 관련된 분쟁이 크게 증가하고 있는데, 주요 쟁점은 글자체와 폰트파일의 저작권법상 보호범위와 폰트파일을 활용하여 만들어진 결과물에 나타난 글자체와 폰트파일의 관계 등이다.

글자체(Typeface)란 일반적으로 ‘한 벌의 문자·서체 등에 대하여 독특한 형태의 디자인을 한 것’을 말하며, 디자인보호법에는 “기록이나 표시 또는 인쇄 등에 사용하기 위하여 공통적인 특징을 가진 형태로 만들어진 한 벌의 글자



꼴(숫자, 문장부호 및 기호 등의 형태를 포함한다)을 말한다”고 정의하고 있다. 저작권법에 관한 국제조약인 베른협약 등에서는 글자체의 보호에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않으며, 현재 소수의 국가에서 예외적으로 특별법을 제정하거나 저작권법에 명시적인 규정을 두어 글자체를 보호하고 있으나, 명시적인 규정 없이 저작권법에 관한 해석을 통해 글자체를 일반저작물로 보호하는 나라는 존재하지 않는다.

결국 글자체의 보호는 각국의 입법례에 따라 달라지게 되는데, 상술한 관련 판례 1에서 판시하는 바와 같이 우리 법원은 “우리 저작권법은 서체도안의 저작물성이나 보호의 내용에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 아니하며, 인쇄용 서체도안과 같이 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 응용미술 작품으로서의 서체도안은 거기에 미적인 요소가 가미되어 있다고 하더라도 그 자체가 실용적인 기능과 별도로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어서 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 경우에만 저작물로서 보호되며, 서체도안은 저작권법에 의한 보호대상인 저작물에는 해당하지 않는다”고 하여 글자체의 저작물성을 부인하고 있다.

한편, 글자체를 화면에 출력하거나 인쇄출력하기 위해 컴퓨터에서 사용되는 ‘폰트파일’에 대해서는 관련판례 2에서 살펴본 바와 같이 글자꼴을 화면에 출력하거나 인쇄하기 위한 컴퓨터프로그램의 일종으로 볼 수 있으므로, 일반적인 글자체에 대한 보호 여부와 관계 없이 컴퓨터프로그램으로서 저작권법의 보호를 받는다는 것이 판례의 입장이다.

따라서, 폰트파일을 무단복제하여 사용할 경우에는 프로그램저작물의 복제권 침해가 되고, 또 저작권자의 허락 없이 폰트파일을 변경하여 자신의 프로그램에 이용하였을 경우에는 동일성유지권 침해 문제가 발생할 수 있다. 그러나 폰트파일을 이용해 만들어진 결과물은 실사 적법하지 않은 폰트를 사용하더라도 저작권 침해물이 되는 것은 아니다. 글자체 자체는 저작권법의 보호대상인 아니고 폰트파일만이 프로그램으로서 보호되기 때문이다.

참고로, 글자체에 대한 보호의 필요성이 높아짐에 따라 2004년 디자인보호

법 개정 시 ‘글자체’를 그 보호대상에 포함시켰다. 따라서, 글자체가 저작권법의 보호를 받지 못한다 할지라도 디자인권으로 등록되면 디자인보호법에 의한 보호를 받을 수 있다. 단, 이 경우에도 타자·조판 또는 인쇄 등의 통상적인 과정에서 글자체를 사용하는 경우 및 그러한 사용으로 생산된 결과물인 경우에는 디자인권의 효력이 미치지 않는 것으로 규정되어 있음을 유의해야 한다.

## 4 시리얼번호의 게시 프로그램의 시리얼번호를 게시한 것이 저작권 침해에 해당하는지 여부

### 관련판례

#### 시리얼번호 게시 사건 (대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도2900 판결)

##### (1) 사건의 요지

미국 하이퍼리오닉스(Hyperionics)로부터 한국 내 저작권을 양도받은 CMI 사는甲이 컴퓨터 관리 프로그램인 “Hypersnap-Dx”의 비밀번호(시리얼번호)를 자신의 홈페이지에 무단으로 게재하자, 컴퓨터프로그램의 저작권 침해(컴퓨터프로그램보호법 위반)라고 주장하였다. 그러나 법원은 시리얼번호의 복제 또는 배포행위 자체는 컴퓨터프로그램의 공표·복제·제작·번역·배포·발행 또는 전송에 해당하지 아니하므로 그와 같은 행위만으로는 컴퓨터프로그램저작권이 침해되었다고 단정할 수 없다고 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

컴퓨터프로그램보호법의 보호대상인 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용

되는 일련의 지시, 명령으로 표현된 것을 말하는데(현, 저작권법 제2조 제16호), 컴퓨터프로그램 시리얼번호는 컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단인 기술적 보호조치로서, 컴퓨터프로그램에 특정한 포맷으로 된 시리얼번호가 입력되면 인스톨을 진행하도록 하는 등의 지시, 명령이 표현된 프로그램에서 받아 처리하는 데이터에 불과하여 시리얼번호의 복제 또는 배포행위 자체는 컴퓨터프로그램의 공표·복제·제작·번역·배포·발행 또는 전송에 해당하지 아니할 뿐 아니라 그와 같은 행위만으로는 컴퓨터프로그램저작권이 침해되었다고 단정할 수 없다. 다만 복제 또는 배포된 시리얼번호를 사용하여 누군가가 프로그램 복제를 하고 그 행위가 컴퓨터프로그램저작권을 침해하는 행위로 처벌되는 행위라면 시리얼번호의 복제 또는 배포행위는 위와 같은 행위를 용이하게 하는 행위로서 경우에 따라 프로그램저작권 침해행위의 방조범이 될 수 있을 뿐이다(방조범으로 처벌하기 위하여는, 공소사실에 그 전제가 되는 정범의 범죄구성을 충족하는 구체적 사실을 기재하여야 하는바, 이 사건 공소사실에는 그러한 기재가 없다).

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

컴퓨터프로그램에 있어 시리얼번호란 정품 사용자임을 확인하기 위한 수단으로 사용자가 이를 입력하는 경우에만 해당 프로그램을 설치하거나 사용할 수 있도록 부여하는 일련번호를 말한다. 각종 웹하드 사이트나 포털 등에서 컴퓨터프로그램의 시리얼번호가 게시되어 있는 것을 쉽게 볼 수 있고, 특정 프로그램의 시리얼번호를 생성하는 프로그램도 존재한다. 때문에, 프로그램의 저작권자는 이와 같은 행위를 저작권법에 의해 규제할 수 있는지 궁금해하는 경우가 많은 것 같다. 이와 같은 시리얼번호의 게시가 컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작권 침해를 구성하는지를 알아보기 위해서는 먼저 시리얼번호가 프로그램저작물에 해당하는지를 살펴봐야 할 것이다.

우리 저작권법상 보호받는 컴퓨터프로그램저작물이란 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터"라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다(저작권법 제2조 제16호). 시리얼번호가 이 같은 컴퓨터프로그램에 해당하는지에 대하여 판례는 "컴퓨터프로그램에 특정한 포맷으로 된 시리얼번호가 입력되면 인스톨을 진행하도록 하는 등의 지시, 명령이 표현된 프로그램에서 받아 처리하는 데이터에 불과하다"며 컴퓨터프로그램저작물로 인정하지 않고 있으므로, 시리얼번호의 게시를 저작권 침해로 볼 수는 없고, 다만 시리얼번호의 복제 또는 배포행위는 프로그램저작물의 침해를 용이하게 하는 행위로서 경우에 따라 프로그램저작권 침해행위의 방조범이 될 수 있을 뿐이라고 한다.

한편, 우리 저작권법 제124조 제2항은 "정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다"는 침해간주 규정을 두고 있다. 따라서, 시리얼번호는 '기술적 보호조치를 무력화 하는 기술'에 해당하는 것으로 볼 수 있어 이를 인터넷에 게시하는 것이 금지되며, 시리얼번호 생성 프로그램은 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램으로 볼 수 있을 것이다.<sup>42)</sup>

결론적으로, 시리얼번호는 그 자체가 컴퓨터프로그램저작물로 성립할 수 없어 이를 게시하는 것이 직접적인 저작권 침해에 해당되지는 않더라도, 시리얼번호의 게시는 저작권법 제124조 제2항의 침해간주 규정에 따라 기술적 보호조치 침해에 해당하게 된다.

42) 박덕영, "판례평석 시리얼번호의 게시와 컴퓨터프로그램 저작권 침해", 계간저작권, 2004, 봄호, 84면.



# 인터넷상의 저작물 이용과 저작권 침해





# 1

## 인터넷 페이지 링크와 저작권

### 다른 홈페이지의 게시물을 개인 블로그에 링크하고 싶다

#### 관련판례

#### 인터넷 페이지 링크 (대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결)

##### (1) 사건의 요지

인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시된 경우, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결하도록 하는 것이 저작권 침해행위인지의 여부가 분쟁이 된 사안으로, 법원은 해당 저작물로의 연결을 위한 직접 링크는 복제, 전송을 수반하지 않아 저작권 침해 사안이 아니라고 판단하였다.

##### (2) 법원의 판결

구 저작권법 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 웹



페이지나 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 전송 의뢰를 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 2008다

77405 판결 등 참조).

원심은 온라인서비스제공자로서 인터넷 포털사이트인 원심판시 피고 웹 사이트를 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 판단하였는 바, 이와 같은 원심판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

온라인상에서 마음에 드는 저작물이나 뉴스 기사 등이 있을 때, 자신의 블로그나 미니홈피로 스크랩을 하는 경우가 있다. 원칙적으로 공개된 게시판에 저작물들을 직접 복제하여 붙여넣기를 하는 것은 저작권법상 복제권과 전송권을 침해하는 행위이다. 그렇다면 해당 저작물을 링크하는 것은 어떠한가?

우선 링크의 종류는 첫째, 해당 웹페이지의 주소(URL)만을 게시하여 메인페이지로 이동할 수 있는 '단순 링크'가 있다. 이는 저작권법상 문제가 되는 저작물의 복제나 전송이 수반되지 않아 자유롭게 이용 가능하다. 둘째, 저작물이 게시된 페이지로 바로 연결이 되는 '직접링크'가 있다. 상술한 관련판례에서 논의가 된 링크가 이것으로, 법원은 이러한 링크 역시 웹사이트의 내용에 대한 복제행위가 전혀 수반되지 않고, 그 사이트의 주소로 연결시키기 위해 HTML 문서에 위와 같은 태그를 기재하여 올려 두는 행위는 단지 '저작물의 전송 의의를 하도록 하는 지시 또는 의뢰의 준비'에 해당할 뿐이므로 원칙적으로 저작권법상의 '전송'에 해당하지는 않는 것으로 보았다.

세 번째는 '프레임(frame) 링크'이다. 홈페이지 제작시 프레임 기능을 사용하여 구획을 나누면 한쪽에는 자신의 페이지가, 다른 한쪽에는 링크한 타인의 홈페이지가 동시에 보이도록 할 수 있고, 또 같은 페이지 안에서 다른 사이트를 불러와 프레임은 자신의 홈페이지이지만 보이는 내용은 타인의 홈페이지이게 할 수도 있다. 이러한 경우 이용자들은 두 홈페이지가 하나의 홈페이지라고 혼동, 오인할 수 있으므로 저작권 침해 문제가 야기될 수 있다. 하지만 명확히 전송권이 침해된다고 볼 수는 없으나, 경우에 따라 저작권격권 침해로 볼 수 있거나 아니면 불법행위 또는 부당이득이 성립할 가능성도 배제할 수 없으므로 링크하는 홈페이지의 운영자의 허락 없이 링크를 하는 것은 주의하여야 할 것이다.

네 번째로 '임베디드(embedded) 링크'가 있는데, 이는 링크 제공자가 다른 웹사이트의 이미지 파일이나 음악 파일에 인라인 링크를 한 경우에는 이용자

가 링크 제공자의 웹사이트를 방문했을 때 자동적으로 웹사이트의 한 구성 부분으로 보이거나 해당 음악이 자동적으로 흘러나오게 된다. 이러한 임베드 링크의 경우에는 링크가 자동적으로 실행되기 때문에 웹사이트 이용자로서는 링크된 정보의 위치 또는 링크의 사실조차 모르는 경우가 많다. 이 경우 전송에 해당하는 것으로 볼 가능성이 있으나, 이것을 전송으로 볼 것인지에 대한 판례의 입장은 분명하게 확인된 바 없다.

이렇듯 링크의 종류에 따른 침해여부 판단이 현재까지는 명확하지 않다. 하지만, 직접링크에 한해서는 그 저작권 침해 사안이 아니라는 논지와 법원의 판결이 명확하므로, 인터넷상의 저작물 이용에 있어 링크를 하고자 할 때에는 직접링크의 방법을 이용하는 것이 좋을 것이다.

## 2 온라인서비스제공자의 책임 저작권 침해방조로 인한 민사상 불법행위 성립여부

### 관련판례 1

“소리바다” 사건 (서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결)<sup>43)</sup>

#### (1) 사건의 요지

피신청인들이 운영하는 소리바다 사이트는 P2P 시스템으로 이용자들이 해당 프로그램을 설치하고 회원 가입을 하면 자신이 원하는 음악을 검색하여 다운로드받거나 공유폴더에 저장하여 다른 이용자들에게 전송할 수 있다. 신청인들은 이러한 이용자들이 MP3파일을 공유하는 것은 저작권 침해 행위이며, 소리바다의 운영자는 이러한 저작권 침해행위의 공동침해자이거

<sup>43)</sup> 이 판결은 이후 대법원 2005. 1. 25. 선고 2005다11626에서 확정되었다.

나 혹은 방조자로 이들의 권리를 침해하고 있다고 주장하였다. 이에 소리바다 운영자들은 자신들은 이용자들의 이용행위를 구체적으로 알 수 없으며, 이용자들의 행위는 개인적인 이용이라 항변하였지만, 법원은 이용자들의 행위는 사적복제의 범위에 해당하지 않는 것으로, 이용자들은 신청인들의 복제권을 침해하고 있다고 판단하고, 소리바다의 운영자들이 이용자와 공동으로 저작권자의 권리를 침해하는 것으로는 볼 수 없지만, 침해를 방조한 불법행위가 인정된다고 판시하였다.

## (2) 법원의 판결

### 가. 협의의 공동불법행위 성립 여부

민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면 행위자 사이에 의사의 공동이나 행위공동의 인식까지 필요한 것은 아니지만 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해 발생에 대하여 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 할 것이고, 또한 그 각 행위는 독립적으로 불법행위에 해당하여야 할 것인바, 피신청인들이 소리바다 서버를 운영하면서 아이디 등 접속에 관한 정보만을 관리하고 있기 때문에 개별 이용자들의 구체적인 불법 MP3 파일 공유 및 다운로드 행위를 확정적으로 인식하기는 어려웠던 점, 노래 검색 및 검색결과 전송 그리고 다운로드 과정에는 소리바다 서버가 전혀 관여하지 않고 있는 점 등 채무자들이 서버를 운영하면서 이용자에 의한 복제권 침해행위에 관여한 정도에 비추어 볼 때, 비록 소리바다 서버에의 접속이 필수적이기는 하나, 이것만으로 피신청인들이 독립적으로 음반제작자들의 복제권을 침해하였다거나 협의의 공동불법행위가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 그 침해행위에 관여하였다고 평가하기는 어렵다고 할 것이므로(피신청인들이 소리바다 프로그램을 제작하거나 배포하여 제3자들로 하여금 이용하도록 한 행위 자체를 가지고 바로 저작권 침해 책임을 지우기는 어렵다), 신청인들의

주장은 이유 없다.

#### 나. 방조행위 성립 여부

민법 제760조 제3항의 “방조”라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다.

일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템(이하 ‘P2P 시스템’이라 한다)에서는 이용자들이 의한 디지털 형태의 저작복제물 무단유통이 발생할 개연성이 있다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 운영자들이 확실히 그 책임을 부담할 수는 없고, 운영자가 서버를 운영하면서 그 서버를 통하여 이용자들의 파일공유 및 교환행위에 관여하고 있는 정도, 운영자의 개입이 없이도 이용자들이 자체적으로 파일공유 등 행위를 할 수 있는지 여부, 저작권접권 등 침해행위를 하는 이용자가 있는 경우 운영자가 이를 발견하고 그에 대하여 서비스 이용을 제한할 수 있는지의 여부, P2P 시스템이 파일공유 기능 자체 외에 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지 여부, 운영자가 이용자들의 저작권접권 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도 등 구체적 사정을 살펴보아, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로나마 인식하고서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와 주거나, 그러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임을 인정하여야 할 것이다.

## 인터넷 페이지 링크 (대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결)

### (1) 사건의 요지

피고는 회원으로 가입한 인터넷 이용자들에게 ‘이미지박스’, ‘블로그’ 등을 통해 이미지를 업로드할 수 있는 전자게시판 서비스를 제공하고 있는 자이다. 원고는 피고의 전자게시판의 회원들이 게시판 기능을 이용하여 자신의 ‘이미지박스’에 원고의 허락 없이 올린 원고 사진의 복제물에 관하여, 피고가 게시물의 직접침해행위에 대하여 부작용에 의한 방조로서 공동불법행위의 책임이 있다고 주장하였고, 법원은 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색기능을 통하여 인터넷 이용자들이 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 바로 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위 책임을 지을 수 없다고 판단하였다.

### (2) 법원의 판결

인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 이러한 사정만으로 곧바로 서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위 책임을 지을 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 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해

자료부터 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 서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로, 이를 위반하여 게시자의 저작권 침해로 용이하게 하는 경우에는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위 책임이 성립한다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

디지털 기술의 발달과 인터넷의 등장은 우리 생활에 많은 변화를 가져왔다. 이러한 환경은 저작물을 누구나 손쉽게 대량 복제할 수 있으며, 전 세계적으로 실시간에 퍼져나갈 수 있는 파급력을 수반하여 저작권자들에게 상당한 위협을 가하고 있다. 따라서, 저작권자들은 이러한 환경을 구축하고 있는 온라인서비스제공자에게 그 침해에 대한 일종의 책임이 있다고 주장하고 있고, 이에 따라 온라인상에서 발생하는 침해에 대한 온라인서비스제공자들의 책임론이 끊임없이 제기되고 있다.

온라인서비스제공자란 온라인 통신망을 이용하여 여러 서비스를 제공하는 사업자를 말한다. 저작권법에 따르면 “다른 사람들이 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자”를 말하며, 이러한 정의 규정에 따르면 인터넷 접속 서비스를 제공하는 통신사업자와, 검색 및 콘텐츠를 제공하는 포털사업자는 물론이고 홈페이지나 게시판 또는 블로그 운영자 등도 해당될 수 있다.<sup>44)</sup> 이들은 직접적으로 저작권을 침해

44) 박성호, “온라인서비스제공자의 방조에 의한 공동불법행위 책임”, 저작권문화, 2009, vol.181, 29면.

를 하는 것은 아니지만, 자신들이 제공한 서비스를 이용하는 이용자들의 저작권 침해행위로 직·간접적으로 이익을 얻을 수도 있고, 그 침해행위를 신속하게 제재할 수 있는 관리자의 지위에 있다. 그러므로 이들의 역할에 대해 일종의 주의의무가 주어진다 볼 수 있을 것이다.

상술한 관련판례에서는 온라인 서비스제공자들이 이러한 주의의무를 위반하였을 경우 저작권 침해행위에 대하여 민법상 방조행위의 책임이 있다고 판단하고 있다. 관련판례들을 통하여 어떠한 경우에 통상적인 주의의무를 위반한다고 판단한 것인지 간략하게 정리해 보자면 (1) 파일공유나 불법성이 명백한 저작물이 게시되는 등의 저작권의 침해행위가 존재하여야 한다. 그리고 (2) 이러한 침해행위에 대하여 미필적으로나마 인식이 존재하여야 한다. 만일 저작권 침해의 사항을 전혀 몰랐다면 그 책임을 물을 수는 없을 것인데, 사실상 관리자의 입장에서 이를 인식하지 못했다는 항변이 쉽지는 않을 것이다. 마지막으로 (3) 기술적으로 적절한 조치가 가능하여야 한다. 만일 온라인서비스제공자가 활용할 수 있는 기술로는 제한이 가능하지 않는 범위에서의 침해에 있어서는 방조책임을 부담한다고 할 수 없다. 정리하자면, 파일공유 등의 저작권 침해행위를 인식하고, 그것에 대하여 기술적으로 제한이 가능함에도 불구하고 적절한 조치를 취하지 않는다면 온라인서비스제공자는 그 침해행위에 대하여 주의의무를 위반한 것으로 방조에 대한 불법행위 책임이 발생할 것이다. 그러므로 웹사이트 등을 운영할 때에는 저작권자의 요청이 있을 경우에는 물론이고, 요청이 없을 경우라도 이용자들의 침해행위에 대하여 적절한 대응이 가능하도록 늘 주의를 기울여야 할 것이다.



# 3

## 스크랩

### 스크랩 행위와 저작권 침해 문제

#### 관련판례 1

#### “내저장함” 사건 (서울중앙지법 2005. 7. 22. 선고 2005나3518 판결)

##### (1) 사건의 요지

인터넷 이용자인 피고가 홍보 목적으로 프리랜서 사진작가인 원고가 인터넷 사이트에 게시하여 둔 풍경사진 중 특별히 마음이 드는 사진 13장을 복제하여 이를 “내저장함”이라는 디렉토리 내에 저장하여 문제가 된 사건이다. 이 사건에서 법원은 인터넷에 게시된 사진저작물을 복제한 것은 저작권 침해에 해당하나, 침해행위로 인한 손해액을 산정함에 있어 제반사정을 고려하여 원고가 인터넷 사이트상에 제시한 사진의 사용가격과 달리 산정하였다.

##### (2) 법원의 판결

###### 가. 인정사실

원고는 프리랜서 사진작가로 국내의 아름다운 자연풍경을 촬영한 후 이를 자신의 사진집으로 출간하는 한편, 홍보 목적으로 인터넷 사이트상에 게시하였는바, 인터넷 사이트상에는 ‘본 사이트의 이미지(사진작품)를 무단으로 복제하는 것을 금합니다’라는 문구가 기재되어 있으며, 원고가 인터넷 사이트에 게시해 놓은 사진들은 사진저작물로의 창작성이 인정된다.

한편, 피고는 2003년 8월 ~ 9월경 어느 날 동료직원의 소개로 원고가 홍보 목적으로 자신이 촬영한 풍경사진들을 게시해 놓은 인터넷 사이트상에 접속하게 되었다. 피고는 원고가 게시해 놓은 풍경사진들을 감상하다가 자신의 마음에 드는 사진들만 따로 저장해 놓고 나중에 다시 감상하고픈 생각

이 들자, 풍경사진들 중 자신의 마음에 드는 사진 13장을 복제한 다음 복제 한 사진들을 “내저장함”이라는 디렉토리 내에 저장해 두었다.

그 후 원고는 피고가 인터넷 사이트상에 게시해 놓은 자신의 사진들을 무단으로 복제한 것을 알고 피고를 저작권법 위반으로 형사고소를 하였고, 이에 피고는 저작권법 위반으로 기소되어 서울중앙지방법원에서 벌금 20만원을 선고받은 후 벌금을 납부하였다.

#### 나. 손해배상책임의 발생

이 사건 사진들은 예술적 창작성이 인정되어 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다고 할 것인데, 피고는 원고의 승낙도 없이 인터넷 사이트상에 게시된 원고의 사진들을 무단으로 복제함으로써 사진저작물에 관한 원고의 저작권을 침해하였으므로, 피고는 이와 같은 저작권 침해행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

#### 다. 손해배상의 범위

##### (1) 재산상 손해 부분

원고가 자신의 인터넷 홈페이지에 사진 1장당 사용가격을 150만원이라고 게시해 놓은 사실 및 원고가 2004. 6. 24. 동○○○라는 회사에 자신의 사진 1장을 150만원에 대여한 사실을 인정할 수 있으나, 다만, 저작권법 제 94조는 “법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제93조의 규정에 의한 손해액을 상정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다”고 규정하고 있는바, 앞서 본 기초사실 및 다음과 같은 사정 등을 참작하면 피고의 저작권 침해행위로 인한 원고의 손해액은 최대한 130만원(사진 1장당 10만 원 13장)이라고 봄이 상당하다.

① 피고가 상업적인 목적으로 이용하거나 타인에게 공개할 의사로 원고의 사진들을 복제한 것이 아니라, 피고의 마음에 드는 사진들만 따로

모아놓고 이를 나중에 다시 감상하고픈 생각에 원고가 인터넷 사이트 상에 게시해 놓은 사진들을 복제하기에 이른 점,

- ② 피고가 인터넷 사이트상에 게시해 놓은 원고의 사진들 중 비교적 소량인 자신의 마음에 드는 사진 13장만 복제하였던 점,
- ③ 원고가 피고를 저작권법 위반으로 형사고소하자, 피고가 즉시 디렉토리 내에 저장해 두었던 사진들을 삭제한 점,
- ④ 피고가 원고의 사진들을 무단으로 복제한 자신의 잘못을 뉘우치고, 원고가 소를 제기하기 이전부터 원고와 합의하기 위해 계속 노력해 온 점.

## (2) 정신적 손해 부분

일반적으로 타인의 저작권 침해행위로 인하여 저작재산권이 침해된 경우 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 하고, 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생한 경우에 한하여 위자료를 청구할 수 있다 할 것인데, 이 사건에서 재산적 손해의 배상만으로 회복될 수 없는 정신적 손해가 발생하였다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 관련판례 2

### 스크랩 허용 사진 사건 (서울중앙지방법원 2006. 3. 3. 선고 2005가단283641판결)

#### (1) 사건의 요지

아마추어 사진작가인 원고는 2003. 10. 31. 충북 청주 톨게이트 인근의 가로수 길을 사진으로 촬영하여 2003. 11. 1. 인터넷 네이버닷컴 포토갤러리 코너에 “가을 속으로”라는 제목으로 게시하였다. 이 사진을 피고가 회사 홈페이지의 내비게이션 제품 홍보 이미지로 사용하자 사진 저작권자인 원고가 이의를 제기하였고, 이에 피고는 스크랩을 허용한 사진이므로 문제가

되지 않는다고 항변하였다. 법원은 원고가 이 사건 사진을 게시하면서 스크랩을 허용하였음은 인정되나, 이는 이용하는 사람들이 자신의 블로그, 카페 등에 비영리적인 목적으로 사진을 옮기는 범위에서 승낙을 한 것으로 볼 것이고, 피고가 자신의 회사 홈페이지에서 영리의 목적으로 사진을 사용하는 것까지 허락한 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.

## (2) 법원의 판결

원고는 아마추어 사진작가로서 이 사건 갤러리에 사진을 게시함에 있어서 사진 게시자는 그 게시된 사진을 다른 사람이 자신의 블로그, 카페, 포토 데스크 등에 옮겨 가는 것(이하 스크랩)을 승낙할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있는 데, 원고는 이 사건 사진을 게시하면서 스크랩을 승낙하였다.

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

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

그렇다면 원고로서는 피고를 상대로 사진에 대한 피고의 저작권 침해행위로 인하여 입은 재산적, 정신적 손해의 배상을 구할 수 있다고 할 것인바,

원고가 자신이 아마추어 사진작가인 점에 비추어 재산적 손해의 배상은 구하지 않고 위자료 명목의 금원의 지급만을 구하고 있으므로 그 배상의 범위에 관하여 살피건대, 원고가 사진을 스크랩이 가능한 상태로 갤러리에 게시한 점, 원고가 구 저작권심의조정위원회(현, 한국저작권위원회)의 조정절차를 통해 원만히 분쟁을 해결하려 하였으나 피고의 거부로 조정이 성립되지 않아서 소송에 이르게 된 점, 피고 회사가 사진의 사용으로 인해 얻은 경제적 이익의 정확한 산출이 어려운 점 등 제반 사정으로 고려하여 피고가 원고에게 배상해야 하는 위자료로 1,500,000원을 인정하기로 한다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

인터넷에는 수많은 저작물이 존재할 뿐만이 아니라, 이러한 저작물의 복제 행위가 비교적 자유롭게 이루어질 수 있기 때문에 최근의 저작권 분쟁들은 인터넷에서 다수 발생한다. 특정 저작물이 인터넷에 널리 공개되어 있다거나 비영리 목적으로 출처표시를 하고 이용하였다는 사실 또는 저작자가 누구인지 확인하기 어렵다는 사유만으로는 타인의 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 것은 아니다. 따라서, 저작자가 명시적으로 저작물의 이용을 허락한 경우가 아니라면 원칙적으로는 인터넷에 있는 저작물을 이용할 시에도 저작자의 허락이 필요하다.

특히 이와 관련하여 빈번하게 발생하는 문제는 관련판례 1에서와 같이 타인의 저작물을 무단으로 복제하여 개인 블로그 등에 업로드하였거나 관련판례 2에서와 같이 저작자가 스크랩을 허용한 사진의 이용범위에 대한 것이다.

먼저, 관련판례 1에서와 같이 인터넷에 업로드된 사진이라 할지라도 이용을 금하는 표기가 있는 경우는 물론이고 그러한 표기가 없더라도 명시적인 허락이 없다면 본인의 블로그에 타인의 저작물을 업로드하는 것은 저작권법상 복제권 및 공중송신권 침해가 성립할 수 있고, 이러한 경우 민형사상의 책임을 지게 되는 것은 판례에서 보는 바와 같다. 다만, 관련판례 1에서는 저작

권 침해로 인한 손해배상액의 산정에 있어 침해자의 이용형태 및 제반사정을 고려하여, 저작권자가 홈페이지에 게재하고 있는 가격을 통상적 사용료로 인정하지 않고 비교적 소액인 사진 1장당 10만 원의 손해배상만을 인정한 것을 볼 수 있다. 물론 인터넷에서 사진을 무단이용한 경우에 무조건 이와 동일한 액수를 손해배상액으로 인정할 것은 아니겠지만, 인터넷에서 개인의 비영리적 이용행위에 대하여 저작권자가 과도한 손해배상을 요구하는 사례가 많음에 비추어 볼 때 시사하는 바가 적지 않다.

또한, 관련판례 2에서와 같이 저작자가 업로드하면서 스스로 스크랩을 허용하는 경우도 있다. 그러나 스크랩을 허용했다는 사실만으로 자유로운 이용이 가능하다고 확대해석할 수는 없다. 판례에서 나타나듯이 이는 당해 서비스를 이용하는 사람들이 자신의 블로그, 카페 등에 비영리적인 목적으로 사진을 옮기는 범위에서 이용허락한 것으로 볼 것이고, 이 사건의 경우와 같이 피고가 자신의 회사 홈페이지에서 영리의 목적으로 사진을 사용하는 것까지 허락한 것으로 볼 수는 없을 것이다.

## 4 UCC와 공정이용

### 블로그에 다섯 살 난 딸이 가요를 부르는 동영상상을 게시하는 것이 저작권 침해에 해당하는지 여부

#### 관련판례

### UCC 속 유아의 가요 가창 사건

(서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결)

#### (1) 사건의 요지

NHN이 운영하는 인터넷 포털 네이버의 회원으로서 블로그를 운영중인 원고는 자신의 다섯 살 된 딸이 의자에 앉아 유명 가수의 노래의 후렴부를

부르면서 춤을 추는 모습을 촬영한 53초 분량의 동영상을 포함하는 게시물  
을 제작하여 블로그에 게시하였다. 이에 해당 음악저작물의 권리를 신탁받  
아 운영하는 피고는 자신들이 관리하는 저작물의 저작권을 침해하였다며  
그 게시물에 대한 복제·전송 중단조치를 포털에 요구하였고, NHN은 해당  
게시물의 게시를 중단하였다. 그 후 원고는 당해 조치에 항의하면서 NHN  
에 구두 및 서면으로 여러 차례 동영상의 재게시를 요구하였으나 받아들여  
지지 않자, 법원에 본인이 제작한 UCC는 피고의 저작권을 침해하지 아니  
한다는 확인을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 법원은 원고의 게시물  
내에서 이 사건 음악저작물이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게  
인용되었다고 판단한 사례이다.

## (2) 법원의 판결

원고의 동영상 및 이 동영상과 문제가 된 음악저작물의 후렴구를 포함하  
고 있는 원고의 게시물은 모두 음악저작물을 일부 복제한 것이고, 원고가  
게시물을 원고 블로그에 게재한 것은 음악저작물의 전송에 해당하여, 특별  
한 사정이 없는 한 원고의 이와 같은 행위는 피고의 복제권 및 전송권을 침  
해하는 행위가 된다.

다만, 저작권법 제28조는 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등  
을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수  
있다”고 규정하고 있다.

저작권법이 저작권을 보호하는 이유는 저작권 및 저작인접권의 보호를  
통하여 궁극적으로는 문화 및 관련 산업의 향상을 도모하려는 것이므로, 저  
작권은 저작권자의 개인적 이익과 문화 및 관련 산업의 향상이라는 사회적  
이익의 비교형량에 따라 제한될 수 있는데, 저작권법 제28조도 그러한 조항  
중 하나이다. 즉 저작권법 제28조는, 새로운 저작물을 작성하기 위하여 기  
존 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 인용목적의 예시에 해당한다고 봄이 타당하므로, 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위한 것이라면 그것이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이루어지는 한 저작권법 제 28조에 의하여 허용된다.

문제가 된 음악저작물이 공표된 저작물이라는 점은 당사자 사이에 다툼이 없는 점, 원고의 동영상은 미취학 연령으로 보이는 원고의 딸이 가족여행 중에 이 사건 저작물의 실연자인 가수 손담비의 춤을 흉내내면서 이 사건 저작물 중 일부를 불완전하게 가창하는 것을 녹화한 것인데, 이는 원고가 가수 손담비를 흉내내는 딸의 귀엽고 깜찍한 모습과 행동을 생동감 있게 표현한 것으로서 창작성 있는 저작물에 해당하는 점, 이 사건 동영상의 제작 및 전송 경위에 비추어 문제가 된 동영상이 영리를 목적으로 제작되거나 전송된 것이 아니라고 보이는 점, 동영상의 주된 내용은 원고의 어린 딸이 귀엽고 깜찍하게 가수 손담비의 춤 동작을 흉내내는 것이고, 이를 위하여 음악 저작물의 일부가 반주도 없이 불완전한 가창의 방법으로 인용된 점, 인용된 저작물의 양은 전체 74마디 중 7~8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한도의 인용으로 보이는 점, 그나마도 음정, 박자, 가사를 상당히 부정확하게 가창한 것인 데다가 녹화 당시 주변의 소음으로 인하여 약 53초 분량의 이 사건 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 이 저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있는 점, 따라서 일반공중의 관념에 비추어 원고의 동영상이 해당 음악저작물을 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 음악 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 그 가치를 훼손한다고 보기는 어려운 점, 대중가요와 같은 음악저작물의 경우에 일반적으로 작곡



가나 작사가보다는 실연자의 이름으로 언급하여 그 출처를 표시하고 있는데, 이 사건 동영상에 포함된 게시물에도 음악저작물의 실연자를 언급함으로써 합리적인 방법으로 음악저작물의 출처를 명시하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하면, 원고가 촬영한 동영상은 피고의 저작물 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

또한, 원고의 게시물은 동영상 및 음악저작물의 후렴구 이외에도 이에 덧붙여 ‘그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는 데 말입니다, 뭐 그냥저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아기가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다, 그리고 좀더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요’ 라는 내용의 글과 이 사건 동영상을 녹화한 곳과 같은 장소에서 촬영한 원고의 딸을 다른 사진들을 함께 게재함으로써 동영상이나 음악저작물의 후렴구와는 별개로 대중매체가 어린이들에게 끼치는 영향에 대한 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었고, 원고의 동영상과 음악저작물의 후렴구는 게시물을 구성하는 요소로 흡수되었으므로, 이러한 점에서 원고의 동영상과 음악저작물의 후렴구 게시가 이 사건 음악저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정되는 사정을 함께 고려하면 원고의 게시물 역시 피고가 신탁하고 있는 음악저작물을 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것임을 인정할 수 있다.

따라서, 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구는 물론 이 사건 게시물은 모두 이 사건 음악저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것으로서 피고가 신탁하는 음악저작물의 저작물의 저작재산권을 침해한 것이 아니므로, 원고는 동영상이나 게시물을 자유로이 복제·배포는 물론 공연·공중송신할 수 있다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

다섯 살 난 딸이 유명 가수의 노래를 부르는 모습을 동영상으로 촬영하여 블로그에 게시하였는데, 해당 게시물이 복제·전송 중단조치를 받자 게시자는 자신의 이용행위는 저작권법상 인용에 해당한다고 항변하였고, 일부에서는 저작권자의 과도한 조치라는 의견이 제기되어 화제가 되었던 사건의 고등법원 판결이다.

우리 저작권법은 제28조에 보도·비평·교육·연구 등을 위해서는 공표된 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 이와 같은 인용에 해당하기 위해서는 (1) 공표된 저작물일 것, (2) 보도·비평·교육·연구 등을 위한 것일 것, (3) 정당한 범위 내일 것, (4) 공정한 관행에 합치될 것의 요건을 모두 갖추어야 한다.

본 사안에서는 이러한 인용규정의 요건을 충족하는지를 살피고 있는데, 먼저 해당 음악저작물이 공표된 저작물에 해당하는 것에는 이견이 없는 바 다른 요건들에 대해서 상세히 살펴보겠다.

먼저, 인용의 목적과 관련하여 제28조에서 규정한 ‘보도·비평·교육·연구 등’은 인용목적의 예시에 해당한다고 봄이 타당하므로, 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위한 것이라면 그것이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이루어지는 한 허용된다고 하였다. 해당 게시물은 단순히 동영상 및 이 사건 후렴구만을 게시한 것이 아니라, 이외에도 이에 덧붙여 ‘그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서 거의 가요 프로그램을 보질 않는 데 말입니다. 뭐 그냥저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아기가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다. 그리고 좀더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요’라는 내용의 글과 동영상을 녹화한 곳과 같은 장소에서 촬영한 원고의 딸을 다른 사진들을 함께 게재함으로써 동영상이나 음악저작물의 후렴구와는 별개로 대중매체가 어린이들에게 끼치는 영향에 대한 원고의 사상과 감정을 표현

한 새로운 창작물이 되었으므로 인용목적에 해당할 수 있다고 보았다.

또한 정당한 범위 내에서 공정한 관행에 합치되게 인용되었는지에 대하여, 인용된 음악저작물의 양은 전체 74마디 중 7~8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한도의 인용으로 보이는 점, 그나마도 음정, 박자, 가사를 상당히 부정확하게 가창한 것인데다가 약 53초 분량의 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 당해 음악저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있는 점, 게시물에 음악저작물의 실연자를 언급함으로써 저작물의 출처를 명시한 점, 동영상과 음악저작물의 후렴구는 원고의 게시물을 구성하는 요소로 흡수된 점 등을 고려할 때 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것임을 인정할 수 있다고 판단하였다.

한 가지 유의할 점은 본 판례로 인하여 UCC에 음악저작물을 이용하는 행위가 모두 제28조의 적용을 받는 것으로 해석할 수는 없다는 점이다. 인용 규정의 요건을 충족하는지 여부는 각 사안별로 판단해야 할 것이며, 당해 동영상 역시 구체적인 이용형태를 고려하여 인용에 해당한다고 인정한 것이기 때문이다.

다만, 상기 판례로 인하여 저작권자들은 자신이 저작물의 이용을 허락한 적이 없다는 사실만으로 저작권법 제103조 제1항에 따른 저작물 등의 복제·전송을 무조건적으로 중단시킬 것을 요구할 수는 없고, 저작권법상의 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는 이용행위로 인하여 '자신의 권리가 침해되는 사실을 소명하여야 할 것'이라는 점에서 시사하는 바가 있다.

북한/외국인  
저작물과 저작권의  
이용허락 및 양도





# 1

## 외국인 저작물의 보호

### 해외의 저작물을 국내에서 이용하고자 한다

#### 관련 판례

#### “툼과 제리” 사건 (대법원 2000. 5. 30. 선고 98후843 판결)

##### (1) 사건의 요지

원고는 만화영화 톼과 제리의 저작권자인 터너 홈 엔터테인먼트사로, 자신들의 저작물이 별도의 협의 없이 국내의 피고인에 의하여 티셔츠에 복사되어 제조되고 판매되는 사실을 알고 저작권 침해를 주장하였다. 이에 법원은 세계저작권협약의 국내 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 저작권법상의 보호대상이 되지 않는다고 판단하였다. 또한, 베른협약 가입으로 소급보호되는 ‘회복저작물’로서도 저작권 보호기간이 만료되었음을 이유로 침해를 부정하였다.

##### (2) 법원의 판결

등록상표의 출원시 및 등록사정 당시에 시행중인 구 저작권법(1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항에 의하면 “외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다. 다만, 당해 조약 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호되지 아니한다”고 규정하였고, 1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정된 저작권법은 위 제3조 단서조항을 삭제하여 외국인의 저작물에 대한 소급보호를 인정하면서도 그 경과조치로서 부칙 제3조에서 “당해 회복저작물 등이 대한민국에서 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다”고 규정하고 있는바, “TOM & JERRY” 만화영상물이 1940년 만화영화에 상영되어 공연되었음을 알 수 있고, 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 전문 개정되기 전의 저작권법 제33

조에 의하면, “TOM & JERRY” 만화영상물과 같이 회사가 저작자인 경우 그 존속기간은 공연한 날로부터 30년이므로, 결국 “TOM & JERRY”의 저작권은 이미 1970년 말에 그 존속기간이 만료되어 소멸되었다고 볼 것이므로, 저작권법 부칙(1995. 12. 6.) 제3조에 따른 회복저작물의 보호를 받지 못한다고 할 것이고, 또한 위 “TOM & JERRY”의 저작물은 세계저작권협약(UCC: Universal Copyright Convention)의 대한민국 내 발효일인 1987. 10. 1. 이전에 창작된 것이어서 위 1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 저작권법 제3조 제1항 단서에 의하여도 저작물로서의 보호대상이 되지 아니하므로, 등록상표가 위 “TOM & JERRY”를 모방하여 출원등록한 것이라고 하더라도 저작권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

먼저, 상술한 관련판례는 캐릭터의 독자적인 보호여부와 부정경쟁방지법 및 상표법에 관한 논점도 아울러 가지고 있으나, 여기에서는 외국인 저작물의 보호기간에 대해서만 이야기하고자 한다.

저작권자가 외국인인 저작물을 이용할 때 법률관계가 어떻게 되는지 의문스러울 때가 있다. 특히, 국외와 국내의 저작권 존속기간이 다를 때 어느 것을 기준으로 하는가에 대한 문의도 많다. 우선, 속지주의 원칙에 따라 저작물의 이용이 행하여지는 국가의 법이 적용되므로 국내에서의 이용에 따른 법의 적용은 국내 저작권법에 의할 것인데,<sup>45)</sup> 저작권법 제3조는 외국인의 저작물은 우리나라가 가입한 조약 또는 협약에 의해 보호한다고 규정하고 있다.

현재 우리나라가 가입하고 있는 저작권 관련 조약은 TRIPs · 베른협약 · WCT · WPPT · 제네바 음반협약 등이 있다. 특히 베른협약은 내국민대우의

45) 이와 관련해서는 본 서 231면 ‘준거법 결정’ 사례 참고.

원칙을 정하고 있으므로, 해외 저작권자도 우리나라 국민과 동등하게 보호된다. 세계의 약 160개국에 베른협약에 가입되어 있으므로, 실질적으로 외교관계가 있는 대부분 국가의 저작물이 우리나라에서도 국내 저작물과 동일하게 보호받는다고도 생각할 수 있다. 또한, 우리나라의 저작권자도 협약국 안에서는 협약국의 법에 따라 자국민과 동등한 보호를 받을 수 있다.

그러나 협약 이전의 저작물에 관하여는 검토해 볼 필요가 있다. 우리나라가 최초로 가입한 저작권 관련 협약인 UCC는 소급효를 인정하지 아니하였으므로, 그 효력발생일인 1987. 10. 1. 이전에 발행된 외국인 저작물은 보호하지 아니하였다. 하지만, 1995년 WTO/TRIPs 협정 가입 후 1996년 베른협약에 가입신청을 하였고, 가입 준비중 베른협약의 소급보호 원칙을 수용하기 위하여 저작권법을 개정하였다. 개정 저작권법은 1996. 7. 1.일부터 시행되어, 외국인 저작물에 대한 소급보호를 인정하였고, 그에 따라 베른협약 이전의 저작물이라도 대한민국에서 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 저작권이 존속한다고 규정하였다. 이렇게 베른협약 이전에는 보호되지 아니하다가 협약 이후 소급되어 보호되는 외국인 저작물을 ‘회복저작물’이라 한다.

이에 따라, 톨과 제리는 1940년대에 제작되어 방영된 만화영화로 우리나라가 UCC에 가입 후 발효했을 당시 보호되지 아니한 저작물이었으며, 베른협약에 가입한 후 소급보호를 따져 본다 하여도, 방영 당시의 저작권 존속기간에 따라<sup>46)</sup> 1970년대에 저작권이 만료된 작품이라 할 것이므로, 베른협약에 따른 ‘회복저작물’로의 소급보호가 가능하지 않아 저작권 침해를 인정하지 않았다. 이와 같이 외국인 저작물은 ‘회복저작물’에 해당하지 않는 저작물과 ‘회복저작물’로 소급보호가 가능한 저작물로 나누어 볼 수 있으나, 상술한 관련판례와 같이 1957. 1. 1. 이전 사망한 외국인 저자의 저작물은 ‘회복저작물’에 해당되지 않는다. 그러나 회복저작물로 보호되는 외국인 저작물은 내국인의 저작물의 보호기간과 동일하므로, 저작자가 1960. 1. 1. 이전에 사망

46) 저작권법(1957. 1. 28. 법률 제432호) 제33조 “관공서, 학교, 회사 또는 기타 사회단체가 저작자로서 발행 또는 공연한 저작물의 저작권은 발행 또는 공연한 날로부터 30년간 존속한다.”



한 개인 저작물과 발행된 법인 저작물은 2010년 현재 국내에서는 저작권이 만료되어 자유로운 이용이 가능하다.

## 2 북한 저작물의 이용 월북작가의 작품을 이용하고자 한다

### 관련판례

**“두만강” 사건** (서울민사지방법원 1989. 7. 26. 선고 89카13692 판결)

#### (1) 사건의 요지

신청인은 이 사건 저작물 “두만강”의 저자인 이기영의 남한 상속인으로, 피신청인들이 “두만강”을 상속인들과의 협의 없이 1988. 1. 15. 일본 국회 도서관, 동경대학도서관에서 복사해 온 후 이를 전 7권으로 나누어 저작물을 출판하였음을 이유로 소송을 제기하였다.

법원은 월북작가가 북한에 거주하면서 저작한 저작물에 대하여 우리 저작권법에 의한 저작권의 취득을 인정할 수 있는지 여부에 대하여 남북한이 서로 주권을 인정하고 국가로 승인하거나 또는 1개의 국가 내에서 서로 다른 법률체계를 상호 인정하기로 하는 헌법적 효력을 가지는 계약이 체결된 바 없는 이상, 우리 헌법에 의거하여 제정된 저작권법이나 민법 등 모든 법령의 효력은 당연히 북한지역에 미친다 할 것이므로, 월북작가가 북한지역에 거주하면서 저작한 저작물이라 하더라도 우리 저작권법에 따라 보호되는 저작권을 취득하였다 할 것이고 그가 사망한 경우에는 남한에 있는 그의 상속인이 이를 상속한 것으로 보아야 한다고 판시하였다.

## (2) 법원의 판결

피신청인들은 오늘날 남북한 관계는 상호 교차승인, 유엔 동시가입, 다각적인 경제교류 등이 추진되는 등 이제 북한을 교전단체 또는 반국가단체로만 볼 수는 없으며 사실상 하나의 정부 내지 국가로 인정하지 않을 수 없게 되었으니, 북한주민의 법률관계는 국제사법적 법률관계이거나 혹은 1국가 내에서 각 지방의 법률이 서로 다른 경우 그 적용 법률을 결정하기 위한 준국제사법적 법률관계에 해당한다고 할 것인데, 우리 구 섭외사법 제2조 제3항에 의하면 지방에 따라 법이 상이한 국가의 국민에 대하여는 그 자가 속하는 지방의 법에 의한다고 하며, 동법 제26조에 의하면 상속은 피상속인의 본국법에 의한다고 하므로, 이기영의 저작권 취득여부와 그의 사망으로 인한 저작권의 상속여부에 관하여는 그가 속하는 지방인 북한지역의 법의 적용을 받는다고 할 것인바, 북한은 사회주의 체제로서 저작권 등의 권리를 개인이 소유하거나 개인의 사망으로 인하여 그가 가진 권리가 유족들에게 상속되는 것을 원칙적으로 인정하지 아니하므로, 이 사건 저작물을 이기영이 저작하였다고 하더라도 그 저작권은 국가 또는 당의 소유로 귀속되었다고 볼 수 있고, 또한 예외적으로 이기영이 저작권을 가지고 있었다 하더라도 그가 사망함으로써 그 유족들에게 저작권이 상속되지는 아니한다고 주장하므로 살피건대, 우리 헌법 제3조에 의하면 대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 한다고 규정하고 있는데 북한 지역은 한반도의 일부이므로 이 지역은 대한민국의 영토에 해당되고, 따라서 이 지역은 여전히 대한민국의 주권범위 내에 있으며 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없는 것이고(대법원 1961. 9. 28. 선고 4292행상48 판결 참조), 따라서 우리 헌법에 의거하여 제정 시행된 저작권법이나 민법 등 모든 법령의 효력은 당연히 북한지역에 미친다고 보아야 하며, 설사 주권국가인 대한민국과 북한의 정치집단이 상호 대등한 자격으로 만나 자주적, 평화적 통일원칙, 무력충돌의 방지, 다방면적인 교류 등을 추진하기로 하는 7. 4. 남북공

동성명을 합의하였다거나 오늘날 남북한 간에 상호교역, 이산가족찾기, 남북당국자회담 등 남북통일을 위한 다각적인 교류가 추진됨에 있어 북한지역을 지배하는 정치집단의 실체를 인정하고 사실상의 지배세력과 상호 대등한 관계에서 대화를 추진하다고 하더라도, 이는 대한민국의 통치권이 사실상 북한지역에 미치지 아니하며 이 지역을 지배하는 별개의 정치집단이 존재함으로써 인한, 남북대화를 추진함에 있어서의 현실적인 필요에 의한 것일 뿐이며, 먼저 우리 헌법 제3조의 규정이 개정되거나 남북한이 서로 주권을 인정하고 국가로 승인하거나 또는 1개의 국가 내에서 서로 다른 법률체제를 상호 인정하기로 하는 헌법적 효력을 가지는 조약이 체결된 바가 없는 이상, 북한지역이 우리 주권의 범위 밖에 있다거나 우리 법령의 적용 밖에 있다고 볼 수 없으며, 더구나 북한주민의 상속인이 남한에 있어 그에 대한 우리 법령상의 보호를 부여하고자 하는 경우에는 더욱 그러하다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건의 경우에 있어서도 비록 이기영이 북한지역에 거주하였으며 이 사건 저작물을 북한에서 저작하였다고 하더라도 그는 우리 저작권법에 의해 보호되는 저작권을 취득하였으며 그가 사망함으로써 남한에 있는 유족은 그 상속지분에 따라 저작권을 상속하였다고 할 것이다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

우리나라는 여전히 세계 유일의 분단국가로 남겨져 있다. 남·북한 휴전중이라는 불안정한 상태로 교류도 어려웠지만 이념에 대한 갈등이 고조되던 시기에는 북한작가의 저작물은 그 이용이 금지되었을 뿐 아니라, 소유 자체도 불가능하였다. 하지만 1988년 해금조치 이후 여러 출판사들이 북한의 저작물을 활발하게 출판하게 되었는데, 실질적으로 작가와의 협의가 불가능한 상태이기 때문에 무단복제 및 출판에 대한 저작권 문제가 불거지게 되었다. 이러한 분쟁에 관하여 우리나라 법원은 일관되게 북한작가들의 작품에 대한 저

작권이 우리나라의 저작권법에 의하여 남한에서도 보호된다고 판시해 오고 있다.<sup>47)</sup> 상기 판결들에서 법원은 헌법 제3조에 의하면 대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 한다고 규정하고 있는바, 북한지역은 한반도의 일부이므로 이 지역은 대한민국의 영토에 해당되고, 따라서 이 지역은 여전히 대한민국의 주권범위 내에 있으며 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없는 것이므로 우리 헌법에 의거하여 제정 시행된 저작권법도 당연히 적용된다고 하였다. 즉, 남한에서의 북한 저작물 이용에 있어서 국내 저작권법에 의거하여 이용을 하여야 한다는 것이다.

또한, 이러한 의견에 이견이 있다 하여도 북한 역시 국제법상 UN의 가입국이고, 2001년 4월 저작권법을 제정한 후 2003년 4월 베른협약에도 가입하였다. 그러므로 국제협약에 의한 조약국의 의무로서 북한의 저작물도 국내의 저작물과 같이 인정하고 보호해야 할 것이다. 마지막으로 1992년 '남북기본합의서'를 통해 사회문화 교류 협력에 있어서 교육, 문화·예술, 보건, 체육과 신문, 라디오, 텔레비전 및 출판물을 비롯한 출판·보도 등 여러 분야에서 교류와 협력을 실시하기로 하였다. 따라서, 세부적인 사항을 정하지는 않았더라도 남과 북은 쌍방 합의에 의해 상대측의 각종 저작물에 대한 권리보호를 위한 조치를 취할 것을 기본적으로 합의하고 있는 것이므로, 북한의 저작물도 국내·외 저작물과 동일하게 이용을 하여야 하는 것은 자명하다 할 것이다.

그러므로 월북작가들의 저작물을 이용하고자 할 때에는 북한의 저작권자와 북한저작물에 관한 사무를 보고 있는 저작권사무소의 승인이 필요할 것인데, 개인적으로 이러한 승인절차를 진행하기는 어려우므로 승인절차를 진행할 수 있는 권한을 가진 남북경제문화협력재단의 절차를 밟아 이용 가능하다. 또한 법정허락 절차를 통하여 문화체육관광부장관의 승인을 얻어 합법적인 이용이 가능할 것인데, 법정허락제도는 한국저작권위원회를 통하여 신청 가능하다.

47) 서울지법 남부지원 판결 1994. 2. 14. 선고 93카합2009 판결; 서울민사지법 판결 1989. 7. 26. 선고 89가3962 판결; 서울지법 판결 1998. 7. 26. 선고 89가13692 판결.

### 【참고】 법정허락제도

법원에 일정금액의 공탁금만 지불하면 바로 그 저작물을 이용할 수 있다고 쉽게 생각하는 사람들이 많이 있다. 그러나 저작물은 개인의 재산적 권리일 뿐만 아니라, 그의 사상과 감정의 표현물이기 때문에 그의 인격적·정신적 부분에 대한 보호가 함께 고려되어야 할 것이다. 따라서, 저작권자의 허락을 받을 수 없는 경우에도 저작물의 이용이 공중의 입장에서 필수불가결할 때에는 이를 이용할 수 있는 방법이 갖춰져 있어야 하지만, 이 때에도 이용허락이 너무 쉽게 이루어지지 않도록 해야 할 측면도 있다.

우리 법에서 규정하고 있는 법정허락제도란 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작재산권자를 알지 못하거나 저작재산권자를 알더라도 그의 거소를 찾을 수 없어 저작물의 이용을 허락받을 수 없는 경우 문화체육관광부장관에게 저작물의 이용승인을 얻은 후 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 이를 이용하도록 허락하는 제도를 말한다.

다만 법정허락제도의 대상에서 외국인의 저작물은 제외하고 있는데, 이는 국내법에 의해 외국인의 저작물까지 거소불명이라는 이유로 행정명령을 통해 자유롭게 이용하도록 하는 것은 국제조약 위반의 문제가 발생할 소지가 있기 때문이다.<sup>48)</sup>

법정허락을 신청하기 위한 요건으로 먼저 저작권자를 찾기 위해 '상당한 노력'을 기울였음을 증명하여야 하는데, 이 때의 상당한 노력은 단순히 저작재산권자를 찾기 어렵거나 연락을 취하는 데 시간이나 비용이 많이 든 이 유만으로는 부족하고, 다음과 같은 조회와 공고 절차를 거쳐야 한다.

▶ 조회 : 해당 저작물을 취급하는 저작권신탁관리업자에게 지적재산권자의 성명 또는 명칭, 주소 또는 거소를 조회하는 확정일자 있는 문서를 보냈으나 이를 알 수 없다는 회신을 수령하거나, 1개월 이상 미회신.

▶ 공고 : 보급지역을 전국으로 하여 등록된 일간신문에 저작자를 찾는다는

48) 오승중, 앞의 책, 730면.

공고를 내거나 또는 문화체육관광부 정보통신망과 한국저작권위원회 홈페이지에 저작자를 찾는다는 공고를 낸 후 10일이 경과.

이와 같은 조회와 공고를 실시하였음에도 저작자를 찾을 수 없는 때에는 문화체육관광부로부터 법정허락 업무를 위탁받은 한국저작권위원회에 저작물 이용승인신청서를 제출하게 된다.

법정허락에 대한 신청이 들어오면 한국저작권위원회는 저작권자를 찾는다는 취지의 내용을 관보에 15일간 공고하게 되며, 관보공고 후에도 저작권자가 나타나지 않으면 법정허락 승인에 대한 분과위원회를 열어 승인여부를 심사하게 된다. 이러한 절차를 거쳐 법정허락 승인이 된 때에야 비로소 법원에 일정한 보상금을 공탁한 뒤 저작물을 이용할 수 있게 되는 것이다.

### 3 준거법의 결정 국제적인 저작권 분쟁에 있어, 어느 나라의 법이 적용되는가?

#### 관련 판례

#### 저작권 침해시의 준거법 결정 (서울고법 2008. 7. 8. 선고 2007나80093 판결)

##### (1) 사건의 요지

베른협약 제5조 제1항 및 제2항과 이를 국내법으로 명문화한 국제사법 제24조의 해석상 저작권자의 결정이나 권리의 성립, 이전 등 지적재산권에 관한 전반적인 법률관계에 관하여 보호국법을 준거법으로 정하는 것이 상당하다.

## (2) 법원의 판결

원고가 이 사건 각 저작권을 적법하게 취득하였는지 여부의 판단기준이 될 준거법에 관하여 본다.

이 사건 각 저작물의 최초 발생국(본국)인 미국과 원고가 이 사건 각 저작권의 보호를 구하는 국가(보호국)인 우리나라는 모두 문학적·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention)의 가입국이고, 이 사건 각 저작물은 베른협약 제2조 제1항의 회화, 스케치 기타 응용미술저작물의 일종으로서 베른협약의 적용대상인 문학적·예술적 저작물에 해당하는데, 저작권자가 소송의 제기를 통하여 저작권의 보호를 받고자 하는 경우에 있어서 본국법과 보호국법 중 어느 법을 적용해야 할 것인지에 관하여, 베른협약 제5조 제1항은 “저작자는 이 협약에 따라 보호되는 저작물에 관하여 본국 이외의 동맹국에서 각 법률이 현재 또는 장래에 자국민에게 부여하는 권리 및 이 협약이 특별히 부여하는 권리를 향유한다”라고 규정하여 이른바 내국민대우의 원칙을 천명하고, 제5조 제2항은 “위 권리의 향유와 행사는 어떠한 방식에 따를 것을 조건으로 하지 않는다. 그러한 향유와 행사는 저작물의 본국에서 보호가 존재하는지 여부와 관계가 없다. 따라서 이 협약의 규정과는 별도로 보호의 범위와 저작자의 권리를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률에 의한다”라고 규정함으로써 보호국법주의를 채택하고 있다.

우리나라는 베른협약에서 채택한 보호국법주의를 국내법으로 명문화하여 국제사법 제24조에 “지적재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다”라고 규정하였는데, 여기서 지적재산권의 보호와 관련하여 보호국법이 적용되는 범위가, 피고들이 주장하는 것처럼 베른협약 제5조 제2항 규정상의 “권리 보호의 범위”, “권리구제의 방법”으로 한정되는 것인지, 아니면 저작권자의 결정이나 저작권의 양도성 등에 대하여도 보호국법을 적용할 것인지가 문제 된다.

저작권자의 결정 등의 문제를 본국법에 의할 경우에는 우선 본국법을 정하는 것 자체가 쉽지 않을 뿐만 아니라, 같은 영토 내에서도 저작물의 본국이 어디냐에 따라 저작권 침해여부 판단이나 저작권자 결정의 결론이 달라져 저작물 이용자나 법원 등이 이를 판단, 적용하기가 쉽지 아니한 반면, 저작권자의 결정 문제는 저작권의 존부 및 내용과 밀접하게 결부되어 있어 각 보호국이 이를 통일적으로 해석 적용할 필요가 있고, 그렇게 하는 것이 각 동맹국이 자국의 영토 내에서 통상 법정지와 일치하기 마련인 보호국법을 간편하게 적용함으로써 내국민대우에 의한 보호를 부여하기에도 용이한 점에 비추어 보면, 국제협약에서 명시적으로 본국법에 의하도록 규정하지 아니한 이상 저작권자의 결정이나 권리의 성립, 소멸, 양도성 등 지적재산권에 관한 일체의 문제를 보호국법에 따라 결정함이 타당하며, 우리나라 국제사법 제24조가 지적재산권에 관한 모든 분야에 관하여 보호국법주의를 명시하는 대신 지적재산권 침해의 경우만을 규정하는 방식을 취하고 있다 하더라도, 이를 넓게 해석하여 지적재산권의 성립, 이전 등 전반에 관하여 보호국법주의 원칙을 채택한 것으로 해석함이 상당하다.

## 판례로 풀어보는 저작권 상담사례

저작권 침해로 인한 국제적인 저작권 분쟁에 있어서 준거법 결정의 기본원칙은 '보호국법주의' 또는 '속지주의'의 원칙이 적용된다. 즉, 저작물의 본국이 어디이든 상관 없이 그 저작권의 보호가 요구된 국가의 저작권법을 적용하게 되는 것이다. 따라서, 침해가 미국에서 발생했다면 미국 저작권법에 의한 구제를 요청해야 하고, 중국에서 침해가 발생했다면 중국 저작권법을 따르게 된다.

이는 베른협약 제5조 제1항은 "저작자는 이 협약에 따라 보호되는 저작물에 관하여 본국 이외의 동맹국에서 각 법률이 현재 또는 장래에 자국민에게



부여하는 권리 및 이 협약이 특별히 부여하는 권리를 향유한다”라고 규정하여 이른바 내국민대우의 원칙을 천명하고, 제5조 제2항은 “위 권리의 향유와 행사는 어떠한 방식에 따를 것을 조건으로 하지 않는다. 그러한 향유와 행사는 저작물의 본국에서 보호가 존재하는지 여부와 관계가 없다. 따라서, 이 협약의 규정과는 별도로 보호의 범위와 저작자의 권리를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률에 의한다”라고 규정함으로써 보호국법주의를 채택하고 있는 것에서 비롯된 것이다. 이처럼 베른협약은 보호국법주의 및 그것을 전제로 하는 내국민대우의 원칙을 그 기본으로 하고 있고, 이후 저작권 및 저작인접권에 관련된 국제협약들도 모두 이러한 원칙을 따르고 있다.

결국 국제협약의 회원국 내에서 저작권 침해가 발생한 때에는 저작권자는 내국민대우 원칙에 따라 당해 국가의 저작물과 동일한 보호를 받을 수 있고, 이 경우의 준거법은 그 법원이 소재하고 있는 국가의 저작권법이 된다.

「판례로 풀어보는 저작권 상담사례」는 그간 법률상담 업무를 진행하는 과정에서 구체적인 저작권 판례를 요구하는 경우가 많았음에 착안하여, 실제로 문의비중이 높았던 상담사례와 관련된 판례를 알기 쉽게 소개하는 데 주안점을 두었습니다. 본서는 실제 판례를 토대로 한 해석을 수록함으로써, 저작권 분쟁해결의 구체적이고 현실적인 가이드로서 역할할 것으로 기대합니다.



비매품



ISBN978-89-6120-088-2  
ISBN978-89-6120-038-7(세트)