

# 서울서부지방법원

## 제 1 형 사 부

### 판 결

사 건 2012노260 저작권법위반  
피 고 인 1. 박\*\* (64\*\*\*\*-1), 대표이사  
주거 서울 송파구  
2. 주식회사 M이미지  
소재지 서울 마포구  
항 소 인 검사  
검 사 박역수(기소), 임일수(공판)  
변 호 인 법무법인 한결(피고인 모두를 위한 사선)  
담당 변호사 문건영  
원 심 판 결 서울서부지방법원 2012. 2. 22. 선고 2011고정2144 판결  
판 결 선 고 2012. 8. 23.

### 주 문

검사의 피고인들에 대한 항소를 모두 기각한다.

### 이 유

#### 1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

원심은, 이 사건 사진들에  도안(Be The Reds!, 이하 '이 사건 도안'이라 한다)이 이용되었더라도 이 사건 사진들이 별개의 새로운 독립된 작품이라고 판시하였으나, 복제에 해당하기 위하여 반드시 기존 저작물을 그대로 복제할 것이 요구되는 것이 아니고, 일부를 복제한 경우에도 그것이 그 저작물의 창작성 있는 부분을 복제한 것으로서 양적인 상당성을 갖춘 경우에는 복제에 해당하는 것으로 보아야 한다. 따라

서 저작권자의 허락 없이 저작물을 사진 촬영하여 웹페이지에 게시하는 행위는 저작권 침해에 해당한다.

원심은, 이 사건 사진들에 이 사건 도안이 이용되기는 하였으나 이 사건 사진들이 새로운 독립된 작품이므로 피고인에게 저작권 침해의 고의가 있다고 볼 수 없다고 판시하였으나, 이 사건 도안이 사용된 의류 등을 입은 모델들의 사진들을 웹페이지에 게시한 이상 피고인이 이 사건 도안의 저작권을 침해한다는 점을 인식하였다고 봄이 상당하고, 저작권자가 피고인에게 저작권 침해 사실을 알리는 최고장을 보냈음에도 계속하여 저작권 침해 사진들을 게시하였던 점에 비추어 보더라도 피고인의 고의를 인정할 수 있다.

## 2. 판 단

살피건대, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 도안의 저작물로서의 특성과 그 보호범위, ② 이 사건 사진들의 저작물로서의 특성, ③ 피고인들이 영위하고 있는 포토 라이브러리업의 영업방법상의 특성 등에 비추어 보면, 피고인들이 이 사건 사진들을 게시한 행위로 인하여 이 사건 도안에 관한 저작권이 침해되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

### 가. 이 사건 도안의 저작물로서의 특성과 그 보호범위

이 사건 도안은 일응 그 분류상 형상 또는 색채에 의하여 미적으로 표현된 미술저작물로서(저작권법 제4조 제1항 제4호), 문자를 표현의 소재 내지 도구로 사용했으나 언어적 사상이나 의사의 전달이라는 본래의 기능보다는 시각적·형상적 사상의 표현에 주

안점을 둔 것이고, 이 사건 도안의 창작 경위와 이용실태 등을 고려할 때 그 목적, 기능에 있어서 회화나 문자를 소재로 하여 서예가의 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 순수 서예 작품과 달리 그 자체로 독립하여 감상의 대상으로 삼기 위해서 창작된 것이라기보다, 주로 티셔츠, 두건 등의 상품에 동일한 형상으로 복제, 인쇄되어 상품의 가치를 높이거나 고객흡인력을 발휘하도록 하거나 광고에 이용하는 것과 같은 실용적인 목적에 주안점을 둔 것으로서, 이용되는 상품 내지 표현 소재인 문자 자체와 구분되어 어느 정도의 독자성이 인정된다는 점에서 응용미술저작물(저작권법 제2조 제15호)로 볼 수 있다. 다만, 응용미술저작물로서의 이 사건 도안의 보호범위 내지 그 정도를 정함에 있어서는 그 본질적 성격이 앞서 본 서예와 서체도안 중 어디에 더 근접하다고 볼 수 있는지 여부가 고려되어야 한다.

2002년 한·일 월드컵 당시 이 사건 도안은 회화나 서예와 같은 통상의 미술저작물이 갖는 디자인적이고 예술적이며 시각적인 창작적 표현형식의 독특성으로 인하여 특별한 주목을 끌었고 그 자체가 예술품으로서 감상의 대상이 될 정도의 예술성이나 독창적인 표현력을 지녔다기보다는, 표현 소재로서 공중의 영역에 있는 문자의 조합인 'Be the Reds!'라는 다소 선동적이고 호소력 있는 응원문구가 사용되었다는 점(위 응원문구 자체는 이 사건 도안의 저작자가 창안한 것이 아니다)과 여기에 다양한 도안이 인쇄된 붉은색 티셔츠와 그 티셔츠를 착용한 사람들이 군집하여 만들어낸 집단적이고 역동적인 시각적 이미지의 효과가 강렬하였다는 점 등과 같은 '이 사건 도안의 표현형식 밖에 있는 외부적인 변수'로 인하여, 다른 도안들과 대비되는 이 사건 도안만의 독창적인 표현형식상의 특징이 주목을 끌게 되었고, 이후 나름의 대표성도 얻게 됨으로써, 사용된 상품에 대한 고객흡인력을 고양시키고, 이 사건 도안을 보는 사람들로 하여

금 2002년 월드컵 이미지를 떠올리도록 하는 반사적 이익을 누리게 되었다고 보인다.

따라서 이 사건 도안의 저작권법상 보호범위 내지 제3자의 자유이용 범위를 정함에 있어서는, 이 사건 도안이 현재 누리고 있는 표현력과 가치의 상당 부분은 이 사건 도안의 독창적인 표현형식 자체에 기인한 것이라기보다는 외부적인 요인들, 즉, 이 사건 도안이 표현 소재로 삼은 문자 내지 응원문구 자체의 특성과 불특정 다수의 우리나라 국민들의 집단적인 활동에 기한 것이라는 사회·문화적 배경이 고려되어야 한다. 결국, 현재 이 사건 도안이 갖는 표현력 중 상당 부분은 불특정 다수의 공중에 의해서 부여된 것으로서 자유이용이 가능한 공중의 영역 내에 있거나 그에 근접해 있다고 볼 여지가 있다.

한편, 불특정 다수의 공중이 2002년 월드컵 당시 집단적으로 창조, 형성한 월드컵, '붉은 악마', 개성적이고 자유로우며 단합된 응원문화, 나아가 대한민국에 대한 이미지와 기억 등과 같은 사상 또는 감정의 상당 부분은 2002년 월드컵 당시 집단적으로 널리 사용되어 공중의 기억에 각인된 여러 사물들과 표현형식들, 즉, 이 사건 도안을 포함한 앞서 본 여러 도안들이 인쇄된 붉은색 티셔츠와 두건 및 국기와 이들을 다양한 방식으로 착용한 사람들, 이들의 집단적인 움직임이 만들어 낸 시·청각적인 표현형식 등에 투영 내지 화체되어 있다고 볼 수 있고, 따라서 현재에 이르러 위와 같은 역사적이고 사회·문화적 의미내용을 갖는 월드컵에 대한 이미지와 기억을 효과적이고 구체적으로 되살려 표현하기 위해서는 당시에 널리 사용된 도안이 인쇄된 티셔츠와 두건 등의 사물을 이용하는 것이 부득이하거나 필수적이고, 이를 이용하지 않고서는 그에 대한 표현이 어렵게 되는 면이 있으며, 이 사건 도안이 인쇄된 티셔츠 등을 착용한 인물을 표현에 이용하는 경우까지 침해에 해당한다거나 이 사건 도안이 이용된 모든 경우

에 이용허락을 받을 것을 요구하게 되면, 이 사건 사진과 같은 사진저작물은 물론이고 미술, 연극, 영상저작물 등에 대한 창작 활동을 통하여 2002년 당시 공중이 집단적으로 형성한 월드컵 이미지를 표현할 자유 내지 표현방법 선택의 자유가 부당하게 제한될 우려도 있으므로, 이 사건 도안의 저작권자로서는 권리에 대한 본질적인 침해가 아닌 한 공공복리와 문화의 다양성과 발전을 목적으로 하는 저작권법의 이념상 그 이용을 수인할 의무가 있다고 볼 여지가 있다.

또한 독자적인 예술적 특징과 가치를 갖는 회화나 서예 등과 같은 통상의 문예적인 미술저작물과 달리 이 사건 도안과 같이 상업적이고 기능적인 목적으로, 더구나 숙명적으로 사상, 감정의 표현 수단이라는 실용적인 기호로서의 성격을 수반할 수밖에 없는 문자를 표현의 소재로 삼아 이를 도안화한 것에 대해서는 그 특성상 저작권에 의한 보호가 인정되는 범위 내지 그 정도는 제한적일 수밖에 없다.

#### 나. 이 사건 사진들의 저작물로서의 특성

(1) 이미 복제된 것을 다시 이용할 경우에도 복제에 해당할 수 있고, 저작물을 그 목적을 달리하여 사진에 고정하는 것 역시 복제에 해당할 여지가 있으며, 저작물이 인쇄된 티셔츠나 두건에 주된 초점이 맞춰져 있어서 해당 저작물이 명확하게 특정되도록 촬영된 사진은 당해 저작물 자체에 대한 복제로 인정될 수 있고, 그 사진을 홈페이지에 게시하여 판매, 대여하는 것은 저작권 침해에 해당할 수 있으며, 거리응원 사진이라 하더라도 당해 저작물에 주된 초점이 맞춰져 있어 해당 저작물이 명확히 특정되는 경우에는 복제로 인정될 수 있고, 이와 같은 사진을 다시 복제하거나 판매하는 행위 역시 저작권 침해에 해당할 수 있는바, 피고인들이 이 사건 도안이 촬영, 표시되어 있는 이 사건 사진을 판매 내지 대여 목적으로 자신의 홈페이지에 게시한 행위는 일견 이

사건 도안에 대한 복제권과 전송권 등을 침해한 것이거나 침해할 우려가 있는 행위로 볼 여지가 있는 것은 사실이다.

(2) 그러나 앞선 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, ① 이 사건 도안을 이 사건 사진에서 이용한 것은 이 사건 도안의 보호범위 밖에 있거나, ② 이 사건 사진은 이 사건 도안을 이용하였으나 이를 완전히 소화하여 작품화함으로써 이 사건 도안과의 실질적 유사성이나 종속적 관계를 인정할 수 없는 별개의 완전히 독립적인 새로운 저작물이 창작된 것으로서 이 사건 도안에 관한 저작권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(가) 복제란 '인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것'을 말하는바(저작권법 제2조 제22호), 이는 저작권에 대한 침해와 비침해 사이의 경계를 획정하기 위한 규범적인 개념으로서, 물리적·기계적·형식적으로는 복제에 해당할 수 있더라도 저작권법상으로는 복제나 침해에 해당하지 않을 수 있다. 복제 여부를 인정함에 있어서는 형식적으로 유형적인 재제(再製)가 있는지 여부만이 아니라, 그 밖의 여러 요소를 감안하여 규범적으로 판단되어야 하는 것이므로, 어떤 미술저작물이 사진에 촬영된 경우라 하더라도 당해 저작물이 직접적으로 촬영된 것이 아니라 간접적이고 부수적으로 이용된 것에 불과한 경우로서 그 이용의 목적과 방식, 그 이용이 당해 저작물에 대하여 갖는 실질적인 권리나 경제적 가치에 미치는 영향의 정도 등을 고려하여 저작권 침해에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.

(나) 이 사건 도안과 사진은 모두 시각저작물이라는 점에서는 공통되나 세부적으로는 이 사건 도안은 응용미술저작물이고, 이 사건 사진은 사진저작물로서 서로 다

른 종류의 저작물이라 할 것인데, 이와 같이 변형된 이종의 저작물 사이에서의 침해 내지 실질적 유사성 판단은 동종의 저작물 사이의 경우와 비교하여 다소 제한적으로 볼 여지가 있다. 그런데 이 사건 사진에서의 이 사건 도안의 이용은, 직접복제물(이 사건 도안이 인쇄된 티셔츠와 두건)의 촬영을 통한 간접복제 방식일 뿐만 아니라, 2차원으로 표현된 직접복제물 자체 내지 이 사건 도안 자체를 평면적·기계적으로 촬영·표시한 것이 아니고, 이 사건 도안이 인쇄된 티셔츠 등을 착용한 인물을 촬영함으로써 3차원에 가깝게 변형된(이 사건 도안이 인쇄된 티셔츠 등을 착용한 사람) 2차원의 저작물 내지 복제물을 다시 2차원 형식으로 변형, 환원시킨 것으로서, 위와 같은 2회에 걸친 변형 또는 차원의 이동 과정에서 도안이 인쇄된 티셔츠 자체의 상태, 모델의 티셔츠 착용 상태와 동작, 이용된 소품의 종류와 상태, 촬영 구도, 빛의 방향과 양, 조명의 설정, 카메라의 각도, 셔터의 속도 등에 따라서 촬영에 이용된 도안이 갖는 독립적이고 창작적인 표현형식이 상당한 정도로 훼손, 변형될 수밖에 없다고 봄이 상당하다. 즉, 촬영 당시 발생 가능한 여러 변수에 따라 도안의 일부만이 촬영되거나, 도안이 뒤틀리거나 구겨지거나 접히는 등으로 변형되어 촬영됨으로써, 도안이 갖는 고유한 창작적인 표현형식을 직접 감득하기 곤란하고, 단지 보호대상이 아니라 표현의 소재에 불과한 문자의 의미만을 연상할 수 있는 것에 그치거나, 극단적으로는 일반인의 통상의 주의력으로는 도안의 형상을 용이하게 구분해내는 것조차 곤란하거나 불가능해질 수 있다.

(다) 한편, 이 사건 사진은 이 사건 도안과 그 내용, 형식이 구별되는 사진저작물로서, 전체적으로는 모든 사람에게 그 사용이 개방되어야 하는 표현수단인 문자로서 저작권법상 보호대상이라 볼 수 없는 'Be The Reds!'라는 문구가 인쇄된 '붉은색 티셔츠나 두건을 착용한 인물' 내지 '이들의 특징적이고 발랄한 신체 동작이나 표정을 통해

구체적으로 표현된 월드컵 이미지'에 그 초점이 맞춰져 있을 뿐이고, 이 사건 사진의 영상에는 위 문자와 분리된 이 사건 도안만이 갖는 독특하고 창의적인 필체나 그 표현 방식 내지 그에 기초한 시각적 효과가 독립하여 의미 있게 드러나 있다고 보이지는 않는다. 즉, 이 사건 사진은 월드컵과 관련된 사상 내지 감정을 표현하기 위하여 이 사건 도안이 갖는 고유한 창작적인 표현형식에 드러난 예술성에 초점을 맞추었다거나 이를 직접 이용하였다기보다 월드컵이나 '붉은 악마'를 상징하는 'Be The Reds!'라는 응원문구의 '문자적 의미'를 사진 영상을 통한 표현력의 극대화를 위하여 간접적이고 부수적으로 포착, 이용하고자 했던 것으로 보일 뿐이다.

(라) 이 사건 사진의 주된 피사체 내지 표현 대상은 촬영자 정면을 향하여 다양한 동작을 취하고 있는 인물 내지 그가 취하는 생기발랄한 표정 등으로서 이러한 경우 사람의 동작이나 얼굴의 표정이 갖는 강한 인상 내지 표현력과 이에 수반한 관찰자의 시선에 대한 강력한 흡인력으로 인하여, 필연적으로 이 사건 사진에 대한 전체적인 관념과 느낌에 있어서 이 사건 도안을 포함하여 이 사건 사진의 영상에 촬영, 표현된 배경적 성격의 사물들이 갖는 표현도(表現度)는 상대적으로 감소되거나 위 인물의 표현 형식에 종속될 수밖에 없다. 즉, 의도적으로 저작물에 초점을 맞춘 사진의 경우 침해에 해당한다고 볼 여지가 크다고 할 것이나, 사안에 따라 당해 저작물이 주된 피사체로서 이용된 것이 아니라 배경으로 우연히 삽입, 촬영되거나 정당한 범위 내에서 간접적이고 부수적으로 이용된 것에 지나지 않는 경우에는 위법한 저작권 침해에 해당한다고 볼 수는 없다. 그런데 앞에서 본 이 사건 사진의 전체적인 구도 속에서 이 사건 도안이 촬영, 표현된 위치와 크기 및 차지하는 양적·질적인 비중, 이용된 분량과 이용의 태양 등에 비추어 이 사건 도안은 정당한 범위 내에서 간접적이고 부수적으로 이용된 것

에 지나지 않는다고 볼 여지가 있다.

(마) 한편, 이 사건 도안을 응용미술저작물로서 보호하는 실질적·경제적 의의는 서예나 회화와 같은 통상의 미술저작물처럼 고정된 대상이 된 유형물로부터 독립하여 예술작품으로서 심미적 가치 또는 예술성을 표현하거나 감상의 대상으로서 이용하기 위한 것이라기보다(이 사건 도안 자체를 순수하게 감상의 대상으로 삼는 사람은 드물 것이다), 티셔츠 등과 같은 유형적인 상품에 이 사건 도안을 인쇄·고정함으로써 상품에 대한 고객흡인력을 강화시키기 위한 소위 상품화권이 핵심으로 보이고, 실제로 저작권자는 이 사건 도안을 이용하여 상품화권 사업을 영위하거나 광고 등에 그 이용을 허락하는 방식으로 권리를 행사하였고, 이 사건 사진과 같은 이미지 사진의 촬영 자체에 대하여 그 이용을 허락하는 방식으로 권리를 행사하지는 않았다고 보인다. 그런데 이 사건 사진은 이 사건 도안을 이용하여 티셔츠 등의 상품을 제작한 것이 아니라, 월드컵 이미지 등을 표현하기 위하여 이 사건 도안이 인쇄된 티셔츠 등을 착용한 인물이나 우리나라 축구 대표팀을 응원하는 군중의 모습을 촬영한 것에 불과하여 기존에 영위하고 있던 방식의 상품화권을 직접 침해한 것으로 보기 어렵다.

다. 피고인들이 영위하고 있는 포토 라이브러리의 영업방법상의 특성

(1) 피고인들은 사진저작물의 저작자의 판매위탁을 받거나 저작권을 양수한 후 이를 홈페이지에 게시, 그에 대한 수요자의 이용허락·양수의 청약을 유인한 후 직접 계약 당사자가 되거나 수요자와 저작권자를 중개함으로써 사진저작물의 유통시장을 조성, 유지하는 기능을 수행하고 있다. 즉, 사진저작물의 공급자는 대부분 전문적인 사진작가 등이고 그 수요자는 통상 거래단계의 끝에 위치한 최종 소비자 내지 이용자가 아니라 그 전 단계에 있는 신문사, 출판사, 광고주, 광고대행업자 및 기업 등이라 할 것인데,

피고인은 포토 라이브러리 업체로서 공급자와 수요자 사이를 중개함으로써 당사자가 직접 거래하는 경우에 비하여 거래상대방과 정보에 관한 탐색 비용을 줄이고, 이미지 사진의 풍부화·다양화를 촉진시키며, 전문성을 바탕으로 이미지 사용에 수반될 수 있는 저작물 등에 관한 권리, 이용관계를 해결함으로써 이미지 사진의 거래를 신속하고 원활하게 하는 긍정적인 기능을 하고 있다고 보인다.

(2) 피고인이 홈페이지에 사진을 게시하는 것은 궁극적으로는 그에 대한 양도·이용허락을 통한 수익의 획득을 목적으로 한다는 점에서 영리성을 띤다 하더라도, 위 게시는 피고인의 영업을 광고하기 위한 것이 아니라, 단지 당해 이미지 사진 자체에 대한 양도·이용허락의 준비행위 또는 청약의 유인행위에 불과한 것이고, 시각적 저작물로서의 성격을 갖는 이미지 사진 자체를 거래의 대상으로 삼는 한 잠재적인 수요자들에게 그에 관한 정보를 전달하기 위해서는 당해 이미지 사진 자체를 게시하는 것 이외에 다른 효과적인 방법이 있을 수 없다는 점에서, 실제적인 양도·이용허락의 이전 단계에서는 저작물이 포함된 이미지 사진의 게시를 통하여 피고인이 얻는 실질적인 경제적 이득은 거의 없다고 할 수 있다.

(3) 한편, 이미지 사진의 촬영이나 홈페이지 게시 단계에서는 그 이용목적 등이 유동적·불확정적인 상태에 있다가 장래 수요자의 의사에 따라 보도, 광고, 출판, 교육, 연구와 사적이용 여부 또는 영리적·비영리적 이용 여부가 확정되는 것이고, 이에 수반하여 이미지 사진에 관한 실제적인 양도 내지 이용허락 계약의 체결 단계에 이르러서야 비로소 당해 이미지 사진의 이용목적 등을 고려한 적정한 이용대가가 산정될 수 있는 것이며, 이용의 목적, 범위 및 정도 등에 따라서는 대가 지급의 필요가 전혀 없는 자유이용이 인정될 수도 있음에도 불구하고, 저작물에 대한 사전 이용허락이 없었다는

점만으로 촬영이나 포토 라이브러리에의 게시 자체를 제한한다면, 이는 이미지 사진 시장의 발전 자체를 위축시키고, 다수의 잠재적인 이미지 사진이 시장에서 유통되거나 수요자들에게 인지되지도 못한 상태에서 사장되도록 하며, 이미지 사진에 관한 실제적인 양도 내지 이용허락 계약 체결 이전에 획일적으로 그에 포함된 저작물에 대한 이용 대가의 지급을 강제함으로써 장래 수요자들이 부담해야 하는 저작물이 포함된 이미지 사진의 이용 대가가 전반적으로 증가하는 것은 물론이고 비용 배분의 효율성이 저해되거나 왜곡될 우려가 있다.

### 3. 결 론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장      판사      이성철 \_\_\_\_\_

                 판사      김대권 \_\_\_\_\_

                 판사      김미진 \_\_\_\_\_