



: 2018-05-23

## 부 산 지 방 법 원

### 제 5 민 사 부

### 판 결

사 건	2017나9135 손해배상(기)
원고, 항소인	A
피고, 피항소인	1. 주식회사 B 2. C
제 1 심 판 결	부산지방법원 2017. 10. 25. 선고 2017가소27853 판결
변 론 종 결	2018. 3. 28.
판 결 선 고	2018. 4. 18.

### 주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

### 청구취지 및 항소취지

#### 1. 청구취지

피고들은 연대하여 원고에게 25,000,000원 및 이에 대하여 2016. 4. 18.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로



: 2018-05-23

계산한 돈을 지급하라.

## 2. 항소취지

제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 부분에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 24,500,000원 및 이에 대하여 2016. 4. 18.부터 2017. 10. 25.까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

# 이 유

## 1. 기초사실

가. 원고는 'D'라는 상호로 매니지먼트 영업을 하는 사람이다. 원고는 2011. 9. 26.부터 2016. 9. 25.까지 주로 창작 공연 예술 활동을 하는 E과 계약기간 동안 E의 예술 활동에 대한 독점적 매니지먼트와 E의 사진, 영상 기타 국내외 매체에 관한 모든 저작권 및 초상권을 가지기로 하는 내용의 전속계약을 체결하였고, 이후 2016. 9. 26.부터 2019. 9. 25.까지 3년간 그 계약 기간을 연장하는 계약을 체결하였다.

나. E의 예술 공연 중 주머니에 공기를 주입하여 바람이 채워진 큰 풍선 모양의 주머니 형태로 만드는 'F'이라는 공연에 대하여 별지 'E 공연 사진'과 같이 그 공연 과정을 찍은 사진들(이하 '이 사건 공연 사진들'이라 한다)이 E의 인터넷 홈페이지에 올려져 있다.

다. 피고 주식회사 B(이하 '피고 B'이라 한다)은 전자 상거래업, 통신판매 및 중개업 등을 주된 사업 목적으로 하는 법인이고, 피고 C은 피고 B의 대표이자 사업주이다.

피고 B은 'G(이하 '이 사건 인터넷 홈페이지'라 한다)'를 통하여 해외의 인터넷 쇼



핑 사이트인 '알리바바(<http://www.alibaba.com>)' 및 '아마존(<http://www.amazon.com>)'에서 판매되는 물건들에 대한 구매대행 영업을 해오고 있다.

라. 피고들은 이 사건 인터넷 홈페이지에 대형 라텍스 풍선을 판매하면서 '160인치 라텍스 풍선, 410센티 날씨 풍선, 350g 기상 풍선'이라는 상품 판매글과 함께 이 사건 공연 사진들 중 별지 '피고들이 무단 게시한 E의 공연 사진' 1장(이하 '이 사건 사진'이라 한다)을 올렸다.

마. 원고는 피고들이 이 사건 공연 사진들의 저작권을 침해하였다고 고소하였고, 피고들에 대하여 "2016. 4. 18. 이 사건 인터넷 홈페이지에 이 사건 사진을 피해자 E의 동의없이 게시하여 E의 저작권을 침해하였다"는 범죄사실로 각 벌금 30만 원의 약식명령이 내려져(대구지방법원 2016. 11. 4.자 2016고약 15872호 약식명령, 이하 '관련 형사 사건'이라 한다), 2016. 11. 16. 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제 1, 2, 3호증의 각 기재 및 영상(가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들 주장의 요지

### 가. 원고의 주장

1) 원고는 E과 E의 공연 예술 활동과 관련하여 전속계약을 체결한 사업자로서 이 사건 공연사진들에 대한 저작권을 가진다.

그런데 피고들은 2016. 4. 18. 자신들이 운영하는 이 사건 인터넷 홈페이지에 이 사건 공연사진들 중 이 사건 사진을 원고의 동의 없이 무단으로 게시함으로써 원고의 저작권을 침해하였다.

따라서 저작권법상 손해배상책임에 따라 피고들은 연대하여 원고에게 저작재산



권 침해로 인한 손해배상으로 20,000,000원을 지급할 의무가 있다.

2) 또한, 원고가 저작권을 가지는 이 사건 사진을 피고들이 무단으로 이용함으로써 E의 예술인으로서 이미지가 실추되는 등 원고는 정신적으로 상당한 고통을 입었으므로 피고들은 원고에게 위자료로 5,000,000원을 지급할 의무가 있다.

#### 나. 피고들의 주장

1) 원고는 이 사건 사진에 대하여 저작권 등록을 한 바 없으므로 그 저작권 침해가 인정될 수 없다. 또한, 이 사건 사진은 대형 라텍스 풍선에 바람을 넣는 것을 순서대로 보여주는 것으로 제품의 광고를 위하여 제품 자체만을 충실하게 표현한 것이어서 창작성이 없으므로 그 저작권 침해가 인정될 수 없다.

2) 피고들은 이 사건 사진을 게시한 이 사건 인터넷 홈페이지를 통하여 얻은 이익이 없으므로 원고의 손해가 없다. 따라서 원고의 피고들에 대한 저작 재산권 침해로 인한 손해배상청구는 이유 없다.

3) 피고들의 이 사건 사진의 사용 경위와 원고의 통보에 따른 즉시 삭제 및 원고에게 재산상 손해도 발생하지 않은 점 등의 제반 사정에 비추어 원고의 위자료 청구도 이유 없다.

### 3. 판단

#### 가. 이 사건 사진의 저작물 해당 여부

사진저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터 기회의 포착, 기타 촬영 방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다 (대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다44542 판



결 등 참조).

앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 사진은 그 영상에 비추어 단순히 피사체를 기계적인 방법에 의하여 촬영한 것에 그치는 것이 아니라 공연을 하는 예술가 및 그 활동이나 움직임 등의 공연 내용을 잘 표현하고자 하는 촬영자의 의도로 피사체의 선택, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라의 앵글, 셔터 기회의 포착, 디지털 보정 등에 촬영자의 개성과 창조성이 반영된 것으로서 독창성 있는 사진저작물에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이와 다른 전제에 서있는 이 사건 사진이 제품의 광고를 위하여 제품 자체만을 충실하게 표현한 사진으로서 창작성이 없어 저작권이 인정될 수 없다는 피고들의 주장은 받아들이지 아니한다. 또한, 피고들은 이 사건 사진은 저작권 등록이 되지 않았으므로 저작권이 인정될 수 없다고도 주장하나, 저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니하므로(저작권법 제10조 제2항), 피고들의 위 주장도 이유 없다.

#### 나. 재산상 손해배상 여부

##### 1) 이 사건 사진에 대한 원고의 저작재산권 여부

아래에서 살펴보는 제반 사정들에 비추어 보면, 이 사건 사진의 저작권은 그 사진을 촬영한 사람이라기보다는 E이 가지는 것이고, 앞서 살펴 본 원고와 E 사이의 전속 계약에 의하여 그 계약기간 동안 원고가 이를 보유하거나 또는 행사할 권한을 가진다고 봄이 상당하다.

① 이 사건 사진은 E의 창작 예술 공연 과정을 촬영한 것으로서, E이 사진작가나 촬영자에게 의뢰하여 제작하고 그 촬영 과정이나 장면의 구성에 있어 공연을 하는 E



이 주도적인 역할을 한 것으로 보인다.

② 저작권법 제35조 제4항은 '위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다'고 규정하여 초상화 내지 초상사진이나 그와 유사한 사진에 관한 저작권자의 권리를 그대로 인정하면서 그에 대한 위탁자의 인격적인 권리인 초상권을 보호하기 위해 그 이용을 함에 있어서 위탁자의 동의가 필요하도록 규정하고 있는데, E이 이 사건 사진을 포함한 이 사건 공연 사진들 전부를 자신의 홈페이지에 올려 일반 대중들에게 공개하고 자유롭게 사용하고 있는 것으로 보이는 점에 비추어 E이 그 저작권을 취득하여 사용하고 있는 것으로 봄이 상당하다.

③ 피고들이 이 사건 사진의 저작권을 침해하였다는 이유로 유죄 판결을 받은 관련 형사사건에서 피해자인 이 사건 사진의 저작권자는 E으로 인정된 것으로 보인다.

④ 원고는 E과의 매니지먼트 전속계약을 통하여 계약기간 동안 E이 가지는 사진, 영상 기타 국내외 매체에 관한 모든 저작권 및 초상권의 소유권한을 보유하기로 약정하였다.

## 2) 피고의 이 사건 사진에 대한 저작재산권 침해여부

앞서 살펴 본 기초사실에 의하면, 피고들은 이 사건 사진의 저작재산권자인 원고의 동의 없이 무단으로 복제 및 전송하였다고 할 것이므로 이로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다.

## 3) 저작재산권 침해로 인한 손해배상의 범위

### 가) 저작권법 제125조에 따른 손해배상액 산정 여부

저작재산권자는 저작재산권을 침해한 자를 상대로 침해행위로 인하여 얻은 이익



액이나 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해배상액으로 청구할 수 있고(저작권법 제125조 제1항, 제2항), 나아가 침해행위로 인하여 현실적으로 입은 손해액이 위 각 금액을 초과하는 때에는 그 초과 금액도 손해배상액으로 청구할 수 있다(저작권법 제125조 제3항).

그러나 이 사건에서 당사자들이 제출한 증거나 자료들만으로는 앞서 살펴 본 피고들의 이 사건 사진에 대한 저작권 침해행위로 인하여 원고가 현실적으로 입은 손해액이나 피고가 받은 이익액 또는 원고가 이 사건 사진에 대한 저작권 행사로 통상 받을 수 있는 금액을 산정하기 어렵다.

이와 관련하여, 원고는 E의 공연 계약에 따른 대가 내지 공연료(갑 제5, 7, 8, 9 호증)에 근거하여 그 공연료 상당의 재산상 손해를 주장하나, 피고들이 이 사건 사진을 무단으로 게시한 것을 E이 완성된 1편의 공연을 하는 것과 동일 또는 유사한 형태의 것으로 볼 수 없으므로 원고의 위 주장은 받아들이지 아니 한다.

#### 나) 저작권법 제125조의2에 따른 법정 손해배상 인정 여부

저작재산권자는 저작재산권을 침해한 자를 상대로 사실심의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 저작권법 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다(저작권법 제125조의2 제1항). 다만 이는 그 저작물에 대한 침해행위가 일어나기 전에 해당 저작물이 등록되어 있을 것을 요건으로 한다(저작권법 제125조의2 제3항).

그러나 앞서 살펴 본 피고들의 이 사건 사진에 대한 저작재산권 침해행위가 있기 전에 이 사건 사진에 대한 저작물 등록이 이루어 졌다는 점을 인정할 아무런 증거가



없으므로 이를 근거로 한 손해액 역시 산정할 수 없다.

다) 저작권법 제126조에 따른 손해배상액 산정 여부

법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 저작권법 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다(저작권법 제126조).

위 가)항에서 살펴 본 바에 의하면, 이 사건은 손해가 발생한 사실은 인정되지만 저작권법 제125조 규정에 따라 손해액을 산정하기 어려운 때에 해당한다고 봄이 타당하므로 저작권법 제126조에 따라 상당한 손해액을 인정하기로 한다.

앞서 든 증거들 및 을 제1호증의 기재 및 영상과 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실과 사정 및 기타 동종 및 유사 사건에서 인정된 사용료 또는 손해배상액과의 균형 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 피고들이 원고에게 저작재산권의 침해로 배상하여야 할 손해액은 300,000원으로 정하는 것이 타당하다.

① 이 사건 사진은 E의 공연 과정 중의 일부를 촬영한 것으로 E의 예술 및 공연 활동을 알리는 홈페이지를 통하여 일반 대중에게 공개되어 있는 것으로 보이고, 원고나 E은 이 사건 사진을 포함한 E의 공연 사진을 이용료 내지 사용 대가를 받고 이용하도록 하는 등의 상업적인 사용을 하지 않았던 것으로 보인다.

② 피고들이 이 사건 사진을 이 사건 인터넷 홈페이지에 게시한 것은 해외의 인터넷 쇼핑몰 알리바바와 아마존에서 판매하는 상품들을 구매대행하면서 알리바바와 아마존에 게시된 이미지를 일괄 복사하여 사용하는 과정에서의 부주의로 인하여 발생한 것으로 보인다. 또한, 피고들은 원고의 요청내지 통보를 받고 바로 이 사건 인터넷 홈페이지에서 이 사건 사진을 삭제한 것으로 보인다. 이로 미루어 보면, 피고들은 처음부





터 이 사건 사진을 포함한 E의 공연 사진들을 상업적으로 이용하려는 목적이나 의도로 이 사건 사진을 이용한 것으로 보기는 어렵다.

③ 이 사건 인터넷 홈페이지에 이 사건 사진을 게시함으로 인하여 피고들이 얻은 재산상 이익은 없는 것으로 보인다.

④ 피고들의 이 사건 사진에 대한 저작권 침해행위로 인하여 원고가 주장하는 E의 순수 공연 예술가로서 이미지가 실추되었거나 훼손되었다는 사정을 인정할 수 있는 증거나 이를 알 수 있을 만한 정황들을 찾아보기 어렵다.

#### 다. 정신적 손해배상(위자료) 여부

1) 인격권은 저작권과는 달리 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없는 것이므로(저작권법 제14조 제1항, 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정), 저작권의 양수인은 저작인격권의 침해로 인한 정신적 손해를 주장할 수 없다.

그런데 원고는 이 사건 사진의 원 저작자가 아니라 E으로부터 이 사건 사진에 대한 저작권을 양수 또는 승계하였음은 앞서 살펴 본 바와 같고, 위 법리에 비추어 이는 이 사건 사진에 대하여 E이 가지는 저작권만을 양수한 것으로 봄이 상당하다.

따라서 원고가 이 사건 사진에 대하여 저작인격권을 가지거나 이를 행사할 권리를 가지는 것은 아니라고 할 것이므로 그 저작인격권의 침해를 전제로 한 원고의 위자료 주장은 받아들일 수 없다.

2) 또한, 타인의 불법행위 등에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한



위자료를 청구할 수 있고(대법원 2004. 3. 18. 선고 2001다82507 전원합의체 판결, 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다31574 판결 등 참조), 저작권재산권의 침해의 경우에도 마찬가지이다.

그런데 원고가 제출한 증거들만으로는 피고의 이 사건 사진 저작권 침해행위로 인하여 원고에게 앞서 인정한 재산상의 손해액의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다는 특별한 사정이 있고, 피고가 이를 알았거나 알 수 있었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 위자료 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

#### 4. 결론

피고들은 각자 원고에게 저작권 침해로 인한 재산상 손해배상으로 300,000원 및 이에 대하여 불법행위일인 2016. 4. 18.부터 피고들이 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 제1심판결 선고일인 2017. 10. 25.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유없어 기각할 것이다. 제1심판결이 이와 결론을 일부 달리하여 위 인정범위를 초과하여 정신적 손해배상의 지급을 명한 피고 패소 부분은 부당하나, 이에 대하여 항소를 하지 아니한 피고에게 유리하고 항소인인 원고에게 불리하도록 제1심판결을 변경할 수 없으므로, 결국 이유 없는 원고의 항소만 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.



.  
.  
: 2018-05-23

재판장      판사      장성훈

              판사      손주희

              판사      이지혜

[별지]

### E 공연 사진


### 피고들이 무단 게시한 E의 공연 사진

