

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014다49180 손해배상

원고, 상고인 주식회사 에스비에스

소송대리인 변호사 안재형 외 1인

피고, 피상고인 씨제이이앤엠 주식회사

피고 소송수계신청인 넷마블게임즈 주식회사

피고 및 피고 소송수계신청인 소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 최정열 외 4인

원 심 판 결 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결

판 결 선 고 2017. 11. 9.

주 문

원심판결 중 원심 판시 피고 영상물 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울
고등법원에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

피고 소송수계신청인의 소송수계신청을 기각한다.

소송수계신청으로 인한 비용은 피고 소송수계신청인이 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 준비서면 등 서면들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. (1) 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 '인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물'로 규정하여 창작성을 요구하고 있다. 여기서 창작성은 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 창작성이 인정되려면 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 아니 되고 사상이나 감정에 대한 작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어야 한다. 그리하여 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 아니하는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있다고 할 수 없다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결 등 참조).

구체적인 대본이 없이 대략적인 구성안만을 기초로 출연자 등에 의하여 표출되는 상황을 담아 제작되는 이른바 리얼리티 방송 프로그램도 이러한 창작성이 있다면 저작물로서 보호받을 수 있다. 리얼리티 방송 프로그램은 무대, 배경, 소품, 음악, 진행방법, 게임규칙 등 다양한 요소들로 구성되고, 이러한 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨으로써 다른 프로그램과 확연히 구별되는 특징이나 개성이 나타날 수 있다. 따라서 리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는 그 프로그램을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성 외에도, 이러한 개별 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨에 따라 구체적으로 어우러져 그 프로그램 자체가 다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있어 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려함이 타당하다.

(2) 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단할 때에는, 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 하고, 표현형식이 아닌 사상 또는 감정 그 자체에 독창성·신규성이 있는지를 고려하여서는 아니 된다. 저작권의 보호 대상은 인간의 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 거기에 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 또는 감정 그 자체는 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 아니기 때문이다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결 등 참조).

나. 이러한 법리와 아울러 적법하게 채택된 증거들에 비추어 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하여 보면, 원심 판시 원고 영상물은 리얼리티 방송 프로그램으로서 아래에서 보는 기존의 방송 프로그램과 구별되는 창작적 특성을 갖추고 있어 특별한 사정이 없는 한 저작물로서 보호 대상이 될 수 있다.

(1) 원고 영상물은 결혼적령기에 있는 일반인 남녀가 '애정촌'이라는 공간에 모여 일정 기간 함께 생활하면서 자기소개, 게임, 데이트 등을 통해 자신의 짝을 찾아가는 과정을 녹화한 리얼리티 방송 프로그램이다.

기존에도 결혼적령기에 있는 남녀들이 출연하여 게임, 대화 등을 통해 최종적으로 자신의 마음에 드는 상대방을 선택하여 짝을 이루는 형식의 방송 프로그램은 존재하였다. 하지만 원고 영상물은 프로그램을 진행하는 사회자가 없이 출연한 남녀들이 한 장소에 모여 합숙 생활을 하면서 제작진이 정한 규칙에 따라 행동하도록 하고 그 과정에서 일어나는 상호작용을 대상으로 삼아 객관적으로 관찰할 수 있도록 한다는 점에서 기존에 존재하던 프로그램과는 구별되는 특징이 있다.

(2) 원고 영상물은 출연한 남녀들이 짝을 찾아가는 모습을 최대한 꾸밈없이 드러나

도록 하고 시청자들이 이를 객관적으로 관찰하는 느낌을 갖도록 여러 가지 요소들을 선택하여 결합하고 있다.

즉, 프로그램에 출연하는 남녀들이 상당 기간 동안 사회로부터 격리되어 합숙하면서 짝을 찾는 일에만 몰두하게 할 뿐만 아니라, 출연자의 나이와 직업을 제외하고는 나머지 신상정보가 드러나지 아니하도록 하고, 남녀별로 각각 통일된 유니폼을 입도록 하며, 출연자들을 좀 더 객관화된 대상으로 표현하기 위하여 남자 1호, 여자 1호 등과 같이 사회에서 일반적으로 사용하지 아니하는 호칭을 사용한다.

그리고 자기소개 시간을 통해 출연자가 자신의 매력을 드러내도록 하고, 같이 도시락을 먹을 이성 상대방을 선택하도록 하며, 원하는 이성 상대방과 데이트할 권리를 획득하기 위하여 동성 간에 경쟁을 하도록 하는 등의 장치를 통해 일반 사회에서 짝을 찾기 위한 경쟁의 모습을 좀 더 축소하여 상징적으로 보여주고 있다.

여기에 제작진과의 속마음 인터뷰나 가족과의 전화 통화 등의 요소를 프로그램 중간 중간에 배치하여 출연자의 솔직한 모습과 속마음을 드러내어 시청자들에게 전달하도록 하고 있다.

나아가 이러한 전체적인 사건의 진행이나 출연자의 심리 등을 다큐멘터리 프로그램과 같이 평어체와 문어체를 사용하는 성우의 내레이션을 통해 시청자들에게 전달함으로써 짝을 찾아가는 남녀의 모습을 객관적으로 관찰하는 느낌을 극대화하고 있다.

(3) 원심이 들고 있는 원고 영상물을 이루는 개별적인 요소들은 아이디어의 영역에 속하거나 다른 프로그램에서도 이미 사용되는 등의 사정으로 인해 그 자체로만 보면 창작성을 인정하기에 부족한 점이 있다. 그러나 원고 측의 축적된 방송 제작 경험과 지식을 바탕으로 위와 같은 프로그램의 성격에 비추어 필요하다고 판단된 요소들만을

선택하여 나름대로의 편집 방침에 따라 배열한 원고 영상물은 이를 이루는 개별요소들의 창작성 인정 여부와는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 구체적으로 어우러져 위에서 본 기존의 방송 프로그램과는 구별되는 창작적 개성을 가지고 있다고 할 수 있다.

다. 위와 같은 원고 영상물의 창작적 특성에 비추어, 원고 영상물과 원심 판시 피고 영상물 1의 실질적 유사성에 관하여 본다.

(1) 피고 영상물 1은 애정촌에 모인 남녀가 자기소개나 게임 등을 통해 짝을 찾는다 는 원고 영상물의 기본적인 모티브나 일부 구성을 차용하여 제작된 것이기는 하다.

그러나 원고 영상물과 같이 일반인 남녀가 출연하여 구체적인 대본 없이 출연자 사이의 상호작용에 따라 사건이 진행되는 리얼리티 방송 프로그램이 아니라, 전문 연기가 출연하여 구체적인 대본에 따라 재소자나 환자 등을 연기하는 성인 대상 코미디물이라는 점에서 프로그램의 성격이 원고 영상물과는 다르다.

또한, 원고 영상물은 진지하게 짝을 찾아가는 남녀와 그들의 상호작용을 대상으로 삼아 객관적으로 보여주는 프로그램의 성격에 맞추어 이를 표현하는 데 주안점을 두고 전체적으로 심각하고 긴장감 있는 느낌을 주도록 이루어진 개별 요소들의 선택 및 배열이 영상물의 특징을 이룬다. 반면, 피고 영상물 1은 성인 대상 코미디물이라는 프로그램의 성격에 따라 현실에서 좀처럼 발생하기 어려운 과장된 상황과 사건들이 극 전개의 중심을 이루어 구성됨으로써 전체적으로 가볍고 유머러스한 분위기가 느껴지도록 표현된 것을 특징으로 하고 있다.

이와 같이 원고 영상물과 피고 영상물 1 사이에는 프로그램의 성격, 등장인물, 구체적인 사건의 진행과 내용 및 그 구성 등에서 표현상의 상당한 차이가 있으므로, 이들

사이에 실질적 유사성이 인정된다고 보기 어렵다.

(2) 원심은 판시와 같은 이유를 들어 원고 영상물과 피고 영상물 1이 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다고 인정하여, 이에 관한 원고의 저작권 침해 주장을 받아들이지 아니하였다.

(3) 그렇다면, 앞에서 살펴본 것과 달리 원고 영상물의 저작물성을 부정한 원심의 판단 부분은 잘못이지만, 원고 영상물과 피고 영상물 1 사이의 실질적 유사성을 부정한 원심의 결론은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 영상물의 창작성과 실질적 유사성에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

라. 위와 같은 원고 영상물의 창작적 특성에 비추어, 원고 영상물과 원심 판시 피고 영상물 2의 실질적 유사성에 관하여 본다.

(1) 피고 영상물 2는 게임을 즐기는 남녀가 '애정촌 던전(Dungeon)'이라는 장소에 모여 함께 게임을 할 이성의 짝을 찾는다는 내용으로서, 남녀 출연자들이 애정촌에 입소하여 원하는 이성을 찾아가는 원고 영상물의 기본적인 구조를 그대로 차용하고, 애정촌 던전의 입소 과정부터 남녀 출연자들의 복장과 호칭, 자기소개, 같이 도시락을 먹을 이성 상대방 선택, 제작진과의 속마음 인터뷰 및 내레이션을 통한 프로그램 전개 등 원고 영상물을 구성하는 핵심 요소들을 그대로 사용하고 있다.

그뿐 아니라 원고 영상물과 마찬가지로 이러한 요소들이 구체적으로 어우러져 피고 영상물 2의 시청자들로 하여금 출연한 남녀들을 객관적으로 관찰하는 것을 특징으로 하는 리얼리티 방송 프로그램을 보는 느낌을 갖도록 표현되어 있다.

비록 피고 영상물 2는 피고가 게임물을 홍보할 목적으로 제작한 것으로서 실제로는 진지하게 짝을 찾는 일반인 남녀들 간의 상호작용을 보여주기 위한 프로그램은 아니라

고 하더라도, 시청자들의 입장에서 피고 영상물 2 자체로부터 이와 같은 원고 영상물과 피고 영상물 2 사이의 차이점에 따른 표현상의 차이를 느끼기는 어려워 보인다. 또한, 피고 영상물 2에는 온라인 게임 속의 퀘스트(Quest) 시스템을 도입하여 출연자가 자신의 속마음과는 달리 주어진 임무에 따라 행동하도록 하는 등 원고 영상물에 나타나 있지 아니한 요소가 일부 추가되어 있기는 하나, 피고 영상물 2 내에서 이러한 요소가 차지하는 질적 또는 양적 비중이 미미하다.

위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고 영상물과 피고 영상물 2 사이에는 구성요소의 선택과 배열에 관한 원고 영상물의 창작적 특성이 피고 영상물 2에 담겨 있어서 실질적 유사성이 인정된다고 볼 여지가 있다.

(2) 그런데 이와 달리 원심은 원고 영상물에 관하여 구성요소의 선택과 배열에 따른 창작성에 대하여 제대로 심리하지 아니한 채 그 저작물성을 부정하고, 그 잘못된 전제에서 위에 어긋나는 판시 이유만을 들어 원고 영상물과 피고 영상물 2 사이에 실질적 유사성도 인정되지 아니한다고 단정하여, 이에 관한 원고의 저작권 침해 주장을 받아들이지 아니하였다.

(3) 그렇다면, 이 부분 원심의 판단에는 영상물의 창작성과 실질적 유사성에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

가. 상품주체 혼동행위 및 영업주체 혼동행위에 관한 상고이유에 대하여

(1) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실 주장이 진실한지

아닌지를 판단하며(민사소송법 제202조), 원심판결이 이와 같은 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하여 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속한다(같은 법 제432조).

(2) 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고가 피고 영상물 1을 제작하여 방송하는 행위가 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고 한다) 제2조 제1호 (가)목, (나)목에서 정한 부정경쟁행위에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

(3) (가) 위와 같은 원심 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장 부분은 실질적으로 사실심 법원의 자유심증에 속하는 증거의 취사선택과 증거가치의 판단을 타하는 것에 불과하여 받아들이기 어렵다.

(나) 그리고 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 아래와 같은 사정들을 알 수 있다.

원고 영상물의 장면들은 영상물의 내용에 불과할 뿐이어서 그 자체로 상품표지나 영업표지로서의 기능을 가진다고 하기 어렵고, 달리 원고 영상물의 장면들이 원고 영상물의 상품표지나 영업표지로서 시청자들에게 현저하게 인식되어 주지성을 취득하였다고 볼 만한 자료도 없다.

또한 원고 영상물은 매주 약 60분 동안 방송되는 리얼리티 방송 프로그램으로서 'SBS' 채널을 통해 방송되는 반면, 피고 영상물 1은 'SNL 코리아'라는 별도의 제목을 가진 코미디 프로그램의 일부에 해당하는 약 6분 분량의 콩트로서 'tvN' 채널을 통해 방송된다.

결국 원고 영상물의 제목인 ' 짹'이 국내에 널리 인식된 상품표지 또는 영업표지에 해당할 수 있는지는 별론으로 하더라도, 원고 영상물과 피고 영상물 1 사이에 혼동의 염려가 있다고 보기는 어렵다.

(다) 위와 같은 사정들과 아울러 원심 판시 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면 위와 같은 원심의 결론은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목의 부정경쟁행위에 관련된 주지성, 혼동가능성 등에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 식별력이나 명성 손상행위에 관한 상고이유에 대하여

(1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (다)목의 입법 취지와 그 입법 과정에 비추어 볼 때, 위 규정에서 사용하고 있는 '국내에 널리 인식된'이라는 용어는 국내 전역 또는 일정한 지역 범위 안에서 수요자들 사이에 알려지게 된 '주지의 정도'를 넘어 관계 거래자 외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 된 이른바 '저명의 정도'에 이른 것을 의미한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결 등 참조).

(2) 원심은 판시와 같은 이유로, 원고 영상물의 제목과 그 영상물에 포함된 장면들이 원고의 상품표지나 영업표지로서 주지의 정도를 넘어서 저명의 정도에 이르렀다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (다)목에서 정한 국내에 널리 인식된 상품표지 또는 영업표지에 해당하지 아니한다는 취지로 판단하였다.

(3) 상고이유 주장은 실질적으로 이러한 원심 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지로서, 실질적으로 사실심 법원의 자유심증에 속하는 증거의 취사선택과 증거가치의 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 위 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (다)목의 행위에 관한 법리를 오해하거나 자

유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

3. 상고이유 제3점에 대하여

경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다(대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고가 원고 영상물의 일부 소재, 장면, 아이디어 등을 사용한 피고 영상물 1을 제작하여 이를 방송하거나 전송한 것이 부정한 경쟁행위로서 일반 불법행위를 구성하지 아니한다고 판단하였다.

위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 리얼리티 방송 프로그램에 속하는 원고 영상물과 달리 피고 영상물 1은 성인 대상 코미디 프로그램으로서 그 장르가 다를 뿐만 아니라, 피고가 비록 원고 영상물의 기본적인 모티브나 일부 구성을 차용하여 피고 영상물 1을 제작하였지만 피고 자신의 독자적인 아이디어를 바탕으로 비용과 노력을 들여 원고 영상물에 존재하지 아니하는 다양한 창작적 요소를 담아 영상물을 제작한 이상, 피고의 이러한 행위가 위와 같은 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 이와 같은 결론에 이른 원심의 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 불법행위로 인한 손해배상 책임에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

4. 소송절차수계신청에 대하여

피고 소송수계신청인은 피고로부터 분할·설립하면서 이 사건 소송 중 피고 영상물 2 부분과 관련된 일체의 권리·의무를 인수하였다고 주장하며 상고이유서 제출기간이 지난 후에 대법원에 소송수계신청을 하였다. 그러나 상고심의 소송절차 진행경과에 비추어 볼 때 피고 소송수계신청인이 소송을 수계할 필요성이 존재하지 아니하므로, 위 소송수계신청은 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그러므로 피고 영상물 2에 관한 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고, 원심판결 중 피고 영상물 2에 대한 부분은 파기하며, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 나머지 상고를 기각하며, 피고 소송수계신청인의 소송수계신청은 기각하고, 소송수계신청으로 인한 비용은 피고 소송수계신청인이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	박상옥
-----	-----	-----

주 심	대법관	김용덕
-----	-----	-----

대법관	김 신
-----	-----

대법관	박정화
-----	-----