

# 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010 나 35260 판결 【손해배상(기)】

## 전문

원고, 피항소인 우◇○ (xxxxxx-xxxxxxx)  
안양시 동안구 oo동 \_\_\_\_-\_\_ ♣♣♣♣♣ a동 \_\_\_\_호  
소송대리인 변호사 정연순  
소송복대리인 변호사 백승현  
피고, 항소인 사단법인 ○♣♣♣♣♣  
서울 강서구 ooo 동 \_\_ ○♣♣♣♣♣(♣♣♣♣♣)회관  
대표자 이사 신□■  
소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 이종석  
변론종결 2010. 9. 29.  
판결선고 2010. 10. 13

## 주문

- 제 1 심 판결 중 확인청구에 대한 부분을 취소하고, 이 사건 소 중 그에 해당하는 부분을 각하한다.
- 피고의 나머지 항소를 기각한다.
- 소송총비용 중 20%는 원고가, 80%는 피고가 각각 부담한다.

## 청구취지

- 원고의 별지 제 2 목록 기재 게시물이 피고가 신탁받아 관리하는 별지 제 1 목록 기재 음악저작물의 저작권을 침해하지 않음을 확인한다.
- 피고는 원고에게 500 만 원과 이에 대하여 이 사건 소장 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

## 항소취지

제 1 심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

## 이유

### 1. 기초사실

【증거】 다툼 없는 사실, 갑 제 1 호증의 1, 2, 제 2 호증, 제 3 호증의 1, 2, 제 4 호증, 을가 제 3 호증의 4, 제 5 호증(을가 제 3 호증의 4 와 같다), 제 7 호증, 을나 제 1 호증, 제 3 호증의 1 내지 4, 제 4 호증(을가 제 7 호증과 같다), 제 5 호증의 1, 2, 3 의 각 기재, 변론 전체의 취지

#### 가. 당사자들의 지위

원고는 온라인서비스제공자인 ♥■■■■■ 주식회사(이하 ‘♥■■■■■’이라 한다)가 운영하는 인터넷 포털 서비스 ♣♣♣(♣♣♣♣♣)의 회원으로서 ♣♣♣에서 제공하는 블로그를 운영하고 있다. 피고는 음악저작권자들로부터 그 저작권을 신탁받아 지속적으로 관리하는 업을 목적으로 하는 저작권신탁관리업자이다.

#### 나. 원고의 이 사건 게시물 작성 및 게시

원고는 2009. 2. 2. 다섯 살 된 원고의 딸이 의자에 앉아 별지 제 1 목록 기재 음악저작물(이하 ‘이 사건 저작물’이라 한다)을 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한

이용자제작콘텐츠(ucc-user created content 또는 ugc-user generated content) 형태의 53 초 분량의 동영상(이하 ‘이 사건 동영상’이라 한다) 및 이 사건 저작물의 가사 중 후렴구 부분이 포함되어 있는 별지 제 2 목록 기재 게시물(이하 ‘이 사건 게시물’이라 한다)을 ♣♣♣ 사이트에 있는 원고의 블로그(이하 ‘원고 블로그’라 한다)에 게시하면서(이 사건 게시물의 인터넷 주소 :

<http://oooo.oooooo.com/♣♣♣♣♣/140062293006>, 이하 ‘원고 블로그 주소’라 한다), 이 사건 동영상을 ♣♣♣의 비디오 사이트에 링크되도록 하였다(링크된 비디오사이트에서의 이 사건 게시물의 인터넷 주소 :

<http://ooooo.♣♣♣♣♣.com/> 83, 이하 ‘이 사건 비디오 사이트 주소’라 한다). 그런데 원고는 이 사건 게시물을 원고 블로그에 게시하고 ♣♣♣ 비디오 사이트에 링크되도록 하면서 제 3 자가 이를 열람 · 검색하는 데 아무런 제한을 두지 아니하였다.

#### 다. 피고의 이 사건 게시물에 대한 복제 · 전송 중단 요구

피고는 2009. 6. 17. ♣♣♣ 비디오 사이트에 등록된 게시물 중 4,008 건의 게시물이 피고가 신탁받아 관리하는 저작물의 저작권을 침해하였다고 주장하며 그 게시물들에 대한 복제 · 전송의 중단조치를 요구하였는데, 그 중에는 이 사건 비디오 사이트 주소에 있는 이 사건 동영상이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하였음을 이유로 한 이 사건 동영상에 대한 복제 · 전송의 중단 요구도 포함되어 있었다.

#### 라. ♥■■■■■의 이 사건 게시물에 대한 게시 중단

♥■■■■■은 위와 같이 피고로부터 복제 · 전송의 중단요구를 받은 2009. 6. 17. 당일 이 사건 게시물 전부에 대한 게시를 임시로 중단하고, 2009. 6. 22. 원고에게 그 사실을 통지하면서 30 일 이내에 정당한 권리를 소명하여 재게시를 요청할 수 있다는 내용의 재게시요청 절차를 알려주었다.

#### 마. 원고의 재게시요구

원고는 2009. 6. 23.경 ♥■■■■■에 이 사건 게시물의 게시 중단 조치에 대하여 항의하면서 구두로 재게시를 요구한 것을 비롯하여 수차례에 걸쳐 구두로 이 사건 게시물의 재게시를 요구하였으나, ♥■■■■■은 원고의 재게시 oo 가 저작권법이 정한 복제 · 전송 재개 요구 절차에 따르지 아니한 것이라는 이유로 원고의 재게시 요구를 거절하였다.

이에 원고는 2009. 8. 7.경 내용증명우편으로 이 사건 게시물의 재게시를 요구하였으나, ♥■■■■■은 원고의 재게시 oo 가 저작권법시행령에서 정한 재개요구기한을 도과하였고 이 사건 게시물이 정당한 권리에 의한 것이라는 소명자료도 첨부하지 하였다는 이유로 이를 거절하였다.

#### 바. 이 사건 게시물의 재게시

이 사건 게시물은 제 1 심 판결 이후 재게시되었고, 그와 별도로 원고는 이 사건 게시물이 게시 중단된 이후 원고 블로그에 게시된 별도의 게시물을 통하여 이 사건 동영상을 게시하고 있다.

## 2. 이 사건 소 중 확인청구 부분의 적법 여부

#### 가. 이 사건 청구취지의 특정

(1) 원고는 이 사건 소송 제기 당시 “원고는 피고가 신탁받아 관리하는 별지 제 1 목록 기재 음악저작물을 별지 제 2 목록 기재 게시물에 사용된 것과 같은 방법으로 인용하여 공중에 공개할 권리가 있음을 확인한다”는 취지의 청구를 하였다,

제 1 심의 2010. 2. 11.자 제 3 차 변론기일에서 2010. 2. 10.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통하여 피고에 대한 확인청구의 청구취지를 “원고의 별지 제 2 목록 기재 게시물이 피고가 신탁받아 관리하는 별지 제 1 목록 기재 음악저작물의 저작권을 침해하지 않음을 확인한다”는 취지로 변경하였다.

이에 대하여 피고는 제 1 심의 제 3 차 변론기일에서, 원고의 그러한 청구취지 변경이 청구의 교환적 변경이라면 구소의 취하에 동의하지 아♥◆◆◆ 진술하였다.

(2) 원고의 소장 기재 청구취지는 원고가 이 사건 저작물을 이 사건 게시물에서 사용한 방법과 같은 방법으로 인용하여 공중에 공개할 권리가 있다는 확인을 구하는 취지이고, 변경된 청구취지는 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하지 아니한다는 확인을 구하는 취지이므로, 결국 전자의 청구취지는 이 사건 게시물을 공중에 공개할 수 있는 권리가 있다는 확인을 구하는 것인 데 반하여 후자의 청구취지는 이 사건 게시물을 아무런 제한 없이 이용할 수 있다는 확인을 구하는 것(이 사건 게시물이 타인의 저작권을 침해하지 않는 것이라면 저작권법상 그 이용에 아무런 제한이 없다)이어서 결과적으로 후자의 청구취지가 전자의 청구취지보다 그 범위가 넓다.

따라서 원고의 변경된 청구취지는 청구의 확장에 해당하므로, 이 사건 소 중 확인청구의 청구취지는 피고의 동의 여부에 관계없이 원고의 청구취지 변경신청에 따라 변경되었다.

#### 나. 확인의 이익의 존부

(1) 원고는, 피고가 이 사건 저작물의 저작권이 침해된다며 이 사건 게시물의 복제 · 전송의 중단을 요구하였고, 이를 이유로 ♥■■■■■이 이 사건 게시물의 게시를 중단하였으므로, 원고가 이 사건 게시물의 재게시를 요구하려면 저작권법상 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하지 않는다는 점을 소명하여야 하는데, ♥■■■■■이 정한 재게시 요청 절차에는 ‘공적 기관(저작권위원회, 법원 등)으로부터 권리침해가 아니라는 취지의 확인을 받을 것’ 등을 요구하고 있을 뿐만 아니라 지금도 피고가 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 저작권을 침해한 것이라고 주장하고 있으므로, 이 사건 게시물의 재게시를 위해서뿐만 아니라 앞으로 원고가 다른 인터넷 사이트에 이 사건 동영상 또는 이 사건 게시물을 게시하는 경우에 발생할 법적 분쟁을 예방하기 위해서도 청구취지와 같은 확인청구를 구할 소의 이익이 있다고 주장한다.

(2) 확인의 소에 있어서 확인의 이익은 그 대상인 법률관계에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 있고, 그로 인하여 원고의 법적 지위가 불안 · 위험할 때에 그 불안 · 위험을 제거함에 있어서 확인판결로 판단하는 것이 가장 유효 · 적절한 수단인 경우에 인정된다( 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009 다 93299 판결 , 2005. 12. 22. 선고 2003 다 55059 판결 , 대법원 1994. 11. 22. 선고 93 다 40089 판결 등 참조).

(3) 이 사건의 경우에, 설령 원고가 확인청구에서 구하는 바와 같은 판결을 받더라도, ♥■■■■■이 이 사건 소송의 피고가 아닌 이상 그로 인하여 ♥■■■■■에게 이 사건 게시물을 재게시할 법률상 의무가 발생한다거나 그 판결에 의하여 ♥■■■■■에게 재게시할 것을 강제집행할 수 있는 것도 아니므로, 원고가 구하는 취지와 같은 확인판결이 이 사건 게시물을 재게시하는 데에 가장 유효 · 적절한 수단이라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 없다.

또한, ♥■■■■■이 정한 재게시요청 절차에는 ‘공적 기관(저작권위원회, 법원 등)으로부터 권리침해가 아니라는 취지의 확인을 받을 것’ 등을 요구하고 있고,

저작권법에 의하면 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제 · 전송에 따라 저작권 그밖에 저작권법에서 보호되는 권리가 침해됨을 주장하는자의 요구에 의하여 온라인서비스제공자가 그 저작물 등의 복제 · 전송을 중단시킨 경우에 그 저작물 등의 복제 · 전송자가 복제 · 전송의 재개를 요구하기 위해서는 자신의 복제 · 전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하도록 하고 있더라도( 저작권법 제 103 조 제 3 항 참조), 그러한 확인이나 소명은 직접 온라인서비스제공자를 상대로 제기한 재개시 이행청구소송이나 저작권자를 상대로 제기한 저작권법 제 103 조 제 6 항에 기한 손해배상청구소송 판결의 주문(재개시 이행청구소송) 또는 이유(손해배상청구소송)에서의 판단으로도 충분한 것이고, 반드시 저작권자를 상대로 저작권을 침해하지 아니한다는 취지의 확인청구를 받을 것을 요구하는 것은 아니므로, 이 점에서도 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 없다.

한편, 원고가 추후 다른 인터넷 사이트에 이 사건 동영상 또는 이 사건 게시물을 게시하는 등 다른 방법으로 이를 이용하는 경우는 물론 제 3 자가 이 사건 동영상 또는 이 사건 게시물을 복제하여 이를 다른 인터넷 사이트에 게시하는 등 이를 이용하는 경우 그것이 일률적으로 이 사건 저작물의 저작권을 침해하지 않는 것이라고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 원고가 구하는 청구취지와 같은 확인판결을 얻더라도 그 판결의 효력이 소송당사자 이외의 제 3 자에게까지 미치는 것이 아니고 그 판결이 피고로 하여금 위와 같은 이용으로 자신의 저작권이 침해되었다고 주장하는 것을 금지하거나 제한하는 효력이 있는 것도 아니어서, 원고가 이 사건 동영상이나 이 사건 게시물을 이용하거나 또는 제 3 자가 이를 이용함으로써 피고와 저작권 침해 여부에 관한 분쟁이 발생한 경우 결국 원고나 그 제 3 자는 별도의 소송을 통하여 법적 판단을 받아야 하므로, 앞으로의 법적 분쟁을 예방한다는 측면에서도 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 인정될 수 없다.

#### 다. 소결

결국, 이 사건 소 중 확인청구 부분은 확인의 이익이 없어 부적법하므로, 이 점을 지적하는 피고의 본안전 항변은 이유 있다.

### 3. 손해배상청구의 당부

가. 이 사건 저작물이 저작권법의 보호대상이 되는 저작물인지 여부  
갑 제 8 호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 이 사건 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 리듬, 멜로디, 화음으로 표현한 악곡과 언어로 표현한 가사로 구성된 창작물임이 인정되므로, 이 사건 저작물은 저작권법 제 4 조 제 1 항 제 2 호의 음악저작물에 해당한다.

나. 원고의 행위가 이 사건 저작물의 복제 · 전송에 해당하는지 여부<sup>1)</sup>

(1) 저작물의 ‘복제’란 저작물을 인쇄 · 사진촬영 · 복사 · 녹음 · 녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다( 저작권법 제 2 조 제 22 호 ).

이 사건에서 원고가 원고의 딸이 이 사건 저작물의 악곡과 가사의 일부를 가창하는 것을 녹화하여 이 사건 동영상을 제작한 행위는 이 사건 음악저작물의 일부를 유형물에 고정한 것이고, 이를 ucc 동영상으로 제작하여 ♥■■■■■의 서버에 저작한 행위는 이미 유형물로 고정된 것을 다시 유형물로 제작한 것이므로, 이들 행위는 모두 저작권법 제 2 조 제 22 호 소정의 복제에 해당한다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 동영상은 원고의 딸이 이 사건 저작물 중 극히 일부를 불완전하게 흉내 내어 가창한 것에 불과하여 이 사건 저작물과 이 사건 동영상 사이에 실질적 동일성이나 유사성이 없으므로, 이 사건 동영상을 제작하거나 이를 ♥■■■■■의 서버에 저장한 것은 이 사건 저작물에 관한 저작권법 제 16 조 소정의 복제권의 범위에 해당하지 아♥◆◆◆ 주장한다.

갑 제 1 호증의 1, 2, 제 4, 8 호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 동영상은 원고의 딸이 이 사건 저작물 중 이른바 후렴구의 일부를 가창한 것을 녹화한 것인 점, 원고의 딸이 가창한 노래는 이 사건 저작물에 비하여 음정, 리듬 및 가사가 상당히 틀린다는 점은 인정된다.

그러나 이 사건 동영상에서 원고의 딸이 가창한 부분은 이 사건 저작물 중 후렴구 부분인데 이 부분은 이 사건 저작물의 제목과 같은 가사가 반복되어 나오는 등 이 사건 저작물을 듣는 사람들로 하여금 이 사건 저작물을 기억하게 하는 특징적 역할을 하고 있어 이 사건 저작물의 주요 부분에 해당하는 것으로 보이고, 원고의 딸이 원곡에 비하여 음정, 리듬 및 가사를 상당히 틀리게 가창하기는 하였지만 일반인이라도 바로 이 사건 저작물을 따라 부른 것임을 인식할 수 있을 정도로 이 사건 동영상과 이 사건 저작물은 유사하므로, 이 사건 동영상 중 이 사건 저작물의 복제 부분은 양적으로나 질적으로 복제로서의 실질성을 갖추었을 뿐만 아니라 이 사건 저작물과의 실질적 유사성도 인정된다.

따라서 이 사건 동영상을 제작한 행위와 이를 ♥■■■■■의 서버에 저장한 행위는 모두 저작권법 소정의 복제에 해당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

(2) 한편, 기초사실에서 본 바와 같이 이 사건 게시물에는 이 사건 저작물의 가사 중 후렴구 부분이 그대로 기재되어 있으므로(이하 이 사건 게시물에 기재된 이 사건 저작물의 가사 부분을 ‘이 사건 후렴구’라 한다), 이러한 행위 역시 앞서 본 복제의 개념에 비추어 이 사건 저작물의 일부 복제에 해당한다.

(3) 저작물의 ‘전송’이란, 저작물 등을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공함에 있어서 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함하는 것이다( 저작권법 제 2 조 제 7 호 · 제 10 호 참조).

그런데 기초사실에서 본 바와 같이 원고가 열람 · 검색하는 데 아무런 제한을 두지 아니한 채 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구가 포함된 이 사건 게시물을 인터넷 포털사이트 ♣♣♣에 있는 원고 블로그에 게재함으로써 불특정 다수인으로 하여금 유선 또는 무선통신의 방법에 의하여 개별적으로 선택한 시간 · 장소에서 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구를 볼 수 있도록 하였으므로, 원고의 이러한 행위는 저작권법상 전송에 해당한다.

다. 이 사건 게시물의 저작권 침해 여부

(1) 앞서 본 바와 같이 이 사건 동영상은 물론 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구를 포함하고 있는 이 사건 게시물은 모두 이 사건 저작물을 일부 복제한 것이고, 이 사건 게시물을 원고 블로그에 게재한 것은 이 사건 저작물의 전송에 해당하는데, 이에 대하여 저작재산권자인 피고가 동의하거나 허락한 적이 없음은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고의 위와 같은 행위는 피고의 복제권 및 전송권을 침해하는 행위가 된다.

이에 대하여 원고는 원고의 이 사건 저작물 이용행위는 저작권법 제 28 조 소정의 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하므로 피고의 복제권이나 전송권을 침해한 것이 아니라고 주장한다.

(2) 저작권법 제 28 조는 “공표된 저작물은 보도 · 비평 · 교육 · 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 인용이라 함은 타인이 자신의 사상이나 감정을 표현한 저작물을 그 표현 그대로 끌어다 쓰는 것을 말하나, 인용을 하면서 약간의 수정이나 변경을 하였다고 하더라도 인용되는 저작물의 기본적 동일성에 변함이 없고 그 표현의 본질적 특성을 그대로 느낄 수 있다면 역시 인용에 해당한다.

저작권법이 저작권을 보호하는 이유는 저작권 및 저작인접권의 보호를 통하여 궁극적으로는 문화 및 관련 산업의 향상을 도모하려는 것이므로, 저작권은 저작권자의 개인적 이익과 문화 및 관련 산업의 향상이라는 사회적 이익의 비교형량에 따라 제한될 수 있다. 저작권법은 이러한 비교형량을 구체화하여 저작권의 제한사유를 명시적으로 규정하고 있는데, 저작권법 제 28 조도 그러한 조항 중 하나이다. 즉, 저작권법 제 28 조는, 새로운 저작물을 작성하기 위하여 기존 저작물을 이용하여야 하는 경우가 많고, 그러한 경우에 기존 저작물의 인용이 널리 행해지고 있는 점을 고려하여 기존 저작물의 합리적 인용을 허용함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전이라는 저작권법의 목적을 달성하려는데 그 입법취지가 있다. 이러한 입법취지에 비추어 보면 저작권법 제 28 조에서 규정한 ‘보도 · 비평 · 교육 · 연구 등’은 인용 목적의 예시에 해당한다고 봄이 타당하므로, 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위한 것이라면 그것이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이루어지는 한 저작권법 제 28 조에 의하여 허용된다.

정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005 도 7793 판결, 2004. 5. 13. 선고 2004 도 1075 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 97 다 34839 판결 등 참조).

한편, 법문은 '인용할 수 있다'고만 규정하고 있으나, 이는 소극적으로 타인의 저작물을 복제하여 그 용도대로 사용하는 데 그치지 아니하고, 적극적으로 자신이 저작하는 저작물 중에 타인의 저작물을 인용하여 이용할 수 있다는 취지이므로, 인용된 부분이 복제 · 배포되거나 공연 · 방송 · 공중송신 · 전송되는 것도 허용된다. 결국, 정당한 인용은 복제권뿐만 아니라

배포권 · 공연권 · 방송권 · 공중송신권 · 전송권 등 저작재산권 일반에 대한 제한사유가 된다.

다만, 저작권법 제 37 조에서는 저작권법 제 28 조 등에 따라 저작권을 이용하는 자는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 그 출처를 명시하도록 하고 있으므로, 타인의 저작물을 인용하는 경우에는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 그 출처를 명시하여야 한다.

(3) 이 사건 저작물이 공표된 저작물이라는 점은 당사자 사이에 다툼이 없는 점, 이 사건 동영상은 미취학 연령으로 보이는 원고의 딸이 가족여행 중에 이 사건 저작물의 실연자인 가수 ♣♣♣의 춤을 흉내 내면서 이 사건 저작물 중 일부를 불완전하게 가창하는 것을 녹화한 것인데, 이는 원고가 가수 ♣♣♣를 흉내 내는 원고 딸의 귀엽고 깜찍한 모습과 행동을 생동감 있게 표현한 것으로서 창작성 있는

저작물에 해당하는 점, 이 사건 동영상의 제작 및 전송 경위에 비추어 이 사건 동영상이 영리를 목적으로 제작되거나 전송된 것은 아니라고 보이는 점, 이 사건 동영상의 주된 내용은 원고의 어린 딸이 귀엽고 깜찍하게 가수 ♣♣♣의 춤 동작을 흉내 내는 것이고, 이를 위하여 이 사건 저작물의 일부가 반주도 없이 불완전한 가창의 방법으로 인용된 점, 갑제 8 호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 이와 같이 인용된 이 사건 저작물의 양은 전체 74 마디 중 7~8 마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한도의 인용으로 보이는 점, 그나마도 음정, 박자, 가사를 상당히 부정확하게 가창한 것인데다가 녹화 당시 주변의 소음으로 인하여 약 53 초 분량의 이 사건 동영상 중 초반부 약 15 초 정도만 이 사건 저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있는 점, 따라서 일반 공중의 관념에 비추어 이 사건 동영상이 이 사건 저작물이 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 이 사건 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 이 사건 저작물의 가치를 훼손한다고 보기는 어려운 점, 대중가요와 같은 음악저작물의 경우에 일반적으로 작곡가나 작사가보다는 실연자의 이름으로 언급하여 그 출처를 표시하고 있는데, 이 사건 동영상이 포함된 이 사건 게시물에도 이 사건 저작물의 실연자를 언급함으로써 합리적인 방법으로 이 사건 저작물의 출처를 명시하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하면, 이 사건 동영상은 이 사건 저작물의 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

(4) 갑 제 4 호증의 기재에 의하면 이 사건 게시물에 인용된 이 사건 후렴구는 그 양이 이 사건 저작물의 전체 가사 21 행 중 5 행에 불과한 점, 이 사건 후렴구를 인용한 목적은 이 사건 동영상에서 인용된 이 사건 저작물 부분이 음정, 박자 및 가사가 상당히 부정확하여 잘 인식하기 어려우므로 그와 대비하여 이 사건 동영상에서 인용된 부분이 이 사건 저작물 중 어떠한 부분인지 알 수 있도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 따라서 일반 공중의 관념에 비추어 이 사건 후렴구가 이 사건 저작물이 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 이 사건 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 이 사건 저작물의 가치를 훼손한다고 보기는 어려운 점, 이 사건 게시물에 이 사건 저작물의 실연자를 언급함으로써 이 사건 저작물의 출처를 명시한 점 등 제반 사정을 종합하여 보면 이 사건 후렴구 역시 이 사건 저작물의 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

(5) 또한, 이 사건 게시물은 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구 이외에도 이에 덧붙여 ‘그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는데 말입니다, 뭐 그냥 저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아이가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다, 그리고 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요’라는 내용의 글과 이 사건 동영상을 녹화한 곳과 같은 장소에서 촬영한 원고의 딸을 다른 사진들을 함께 게재함으로써 이 사건 동영상이나 이 사건 후렴구와는 별개로 대중매체가 어린이들에게 끼치는 영향에 대한 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었고, 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구는 이 사건 게시물을 구성하는 요소로 흡수되었으므로, 이러한 점에 앞서 본 바와 같이 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구가 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정되는 사정을 함께 고려하면 이 사건 게시물 역시 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것임을 인정할 수 있다.

(6) 따라서 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구는 물론 이 사건 게시물을 모두 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것으로서 이 사건 저작물의 저작재산권을 침해한 것이 아니므로, 원고는 이 사건 동영상이나 이 사건 게시물을 자유로이 복제·배포는 물론 공연·방송·공중송신·전송을 할 수 있다. 라. 피고에게 손해배상책임이 있는지 여부

(1) 저작권법은 제 103 조 제 1 항에서 ‘온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다’고 규정하여 저작권자나 저작권법에 따라 보호되는 권리를 가진 자를 보호하는 한편, 같은 조 제 6 항에서 ‘정당한 권리 없이 제 1 항 및 제 3 항의 규정에 따른 그 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다’고 규정함으로써 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 경우에는 손해배상책임을 지도록 하여 복제·전송자의 이익도 함께 고려하고 있다.

그런데 저작권법 제 103 조 제 1 항에서 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구하는 자는 ‘온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 ‘자신의 권리가 침해되는 사실을 소명하여야 한다’고 규정하고 있는 점에 비추어, 저작권법 제 103 조 제 6 항의 저작물 등의 복제·전송의 중단 요구에 있어서 ‘정당한 권리가 없다’는 것은 ‘자신의 권리가 침해되는 사실을 입증하지 못하였다’는 취지로 해석되어야 하므로, 침해될 권리 자체가 없었던 경우는 물론 침해될 권리가 있더라도 저작물 등의 복제·전송이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하여 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 것이 아닌 경우도 정당한 권리가 없는 경우에 해당한다.

따라서 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 자에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 있더라도 그러한 저작물 등의 복제·전송이 저작권법 제 28 조 소정의 공표된 저작물의 인용과 같이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하는 경우에는 복제·전송의 중단을 요구한 자는 그러한 요구로 인하여 온라인서비스제공자의 서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송하는 사람이 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 단지 자신이 저작권 등의 권리자이고 복제·전송자에게 자신이 권리를 가지고 있는 저작물의 이용을 허락한 적이 없다는 사정만으로는 면책될 수 없다.

다만, 저작권법 제 103 조 제 6 항은 민법상 불법행위의 특칙이므로, 손해배상책임이 인정되기 위해서는 복제·전송의 중단을 요구한 자가 ① 자신에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 없음을 알았거나, ② 주의의무에 위반하여 자신에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 없음을 몰랐거나, ③ 자신이 중단을 요구한 저작물 등의 복제·전송이 저작권 제한사유 등에 해당하여 저작권 침해가 되지 아니한다는 사실을 알았거나, ④ 자신이 중단을 요구한 저작물 등의 복제·전송이 저작권 침해에 해당하는지에 관하여 법률전문가의 의견을 구하는 등 성실하고 합리적인 방법으로 검토하여야 할 주의의무를 위반하여 저작물 등의 복제·전송이 저작권 침해가 되지 아니한다는 사실을 몰랐다는 등의 귀책사유가 있어야 한다.

저작권법 제 106 조 제 6 항에 의한 손해배상의 범위는 일반 불법행위와 마찬가지로

상당인과관계가 인정되는 한 소극적 손해와 적극적 손해는 물론 정신적 손해에 대한 위자료도 포함된다고 봄이 타당하다.

(2) 이 사건의 경우에, 앞서 본 바와 같이 피고가 이 사건 저작물의 저작재산권자이기는 하나, 원고가 이 사건 동영상과 이 사건 게시물을 작성하면서 이 사건 저작물 중 일부를 이용한 것은 저작권법 제 28 조 소정의 공표된 저작물의 인용에 해당하여 이 사건 저작물의 저작권을 침해하는 것이 아니므로, 비록 피고가 원고에게 이 사건 저작물의 이용을 허락한 적은 없다고 하더라도, 피고는 정당한 권리 없이 이 사건 게시물의 복제 · 전송의 중단을 요구한 것이다.

또한, 을가 제 4 호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고는 2009. 6. 1.부터 같은 달 26 일까지 사이에 포털사이트 ♣♣♣의 운영자인 ♥■■■■■과 다음(♣♣♣♣)의 운영자인 주식회사 □△△△△△△에게, 피고가 저작재산권을 보유한 저작물 중 당시 ooo 요 순위 상위에 오른 저작물 337 곡을 이용하여 제작된 것으로 추측되는, ♣♣♣와 다음의 각 동영상 사이트에 등록된 동영상 합계 332,992 건에 대하여 저작권 침해여부에 대한 개별적 검토 없이 일괄적으로 복제 · 전송의 중단을 요구하였음이 인정되고, 이러한 인정사실에 비추어 보면, 피고가 이 사건 게시물이나 이 사건 동영상이 이 사건 저작물의 저작권을 침해하는 것인지에 대한 성실하고 합리적인 검토 없이 이 사건 동영상의 복제 · 전송의 중단을 요구하였음이 인정되므로, 피고에게 귀책사유도 있다.

따라서 피고는 원고에게 피고의 이 사건 동영상에 관한 복제 · 전송 중단 요구로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(3) 이에 대하여 피고는 ucc 사이트인 ‘♣♣♣ 비디오’ 사이트에 게시된 이 사건 동영상의 복제 · 전송 중단을 요구하였을 뿐 원고 블로그에 게시된 이 사건 게시물의 복제 · 전송 중단을 요구한 적은 없다고 주장한다.

을나 제 4 호증의 기재에 의하면 피고가 이 사건 동영상의 url 주소를 이 사건 비디오 사이트 주소로 특정하여 이 사건 동영상의 복제 · 전송 중단을 요구하였음은 인정된다. 그러나 저작권법 시행규칙 제 13 조 및 별지 제 40 호 서식에 의하면 저작권자 등이 저작권법 제 103 조 제 1 항 소정의 저작물 등의 복제 · 전송 중단 요구를 하는 경우에는 온라인서비스제공자에게 복제 · 전송 중단을 요구하는 저작물의 위치정보(url)를 통보하도록 하고 있는데, 이는 온라인서비스제공자가 복제 · 전송 중단을 요구받은 저작물의 위치를 용이하게 확인할 수 있도록 하는 한편 복제 · 전송 중단을 요구받은 저작물을 특정하는 역할도 함께 하고 있다고 보아야 할 것이다.

이러한 사정에, “인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 그 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 온라인서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없으나, 다만 저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 온라인서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 온라인서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적 · 개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터

직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 온라인서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로, 이를 위반하여 게시자의 저작권 침해를 용이하게 하는 경우에는 그 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임이 성립한다"( 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009 다 4343 판결 등 참조)는 법리를 보태어 보면, 피고로부터 이 사건 비디오 사이트 주소로 특정된 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구받은 ♥■■■■■으로서는 저작권 침해에 대한 공동불법행위자로서의 책임을 면하기 위해서는 원고 블로그에 있는 이 사건 동영상과 이 사건 비디오 사이트 사이의 링크를 차단하는 것 이외에도 이 사건 동영상 파일이 저장되어 있는 이 사건 게시물 자체 및 ♣♣♣ 사이트의 다른 곳에 게재되어 있는 이 사건 동영상의 복제물의 게시를 모두 중단시키는 조치를 취하여야 하므로, 피고가 직접적으로 원고 블로그 주소에 있는 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구하지는 아니하였다고 하더라도, 피고가 이 사건 비디오 사이트 주소로 특정된 이 사건 동영상의 복제·전송 중단을 요구한 이상 결국 ♣♣♣ 사이트에 존재하는 이 사건 동영상 또는 그 복제물의 복제·전송 중단을 요구한 것이다.

따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 주장은 이유 없다.

#### 마. 손해배상책임의 범위

원고가 적극적 손해 및 소극적 손해에 관하여 구체적인 주장 및 입증을 하지 아니하였을 뿐만 아니라 이 사건 게시물의 목적이 비영리적인 것으로 보이는 점에 비추어 이 사건 게시물의 게재 중단으로 인하여 원고에게 적극적 손해나 소극적 손해가 발생하였다고 보기 어렵다.

그러나 피고의 이 사건 동영상에 대한 복제·전송 중단 요구로 인하여 원고는 타인의 저작권을 침해하였다는 오인을 받고, 자기 딸의 귀여운 모습을 촬영한 이 사건 동영상을 다른 사람들과 공유할 기회를 박탈당하는 등 정신적 고통을 입었음이 분명하므로, 피고는 원고에게 그러한 정신적 고통에 대한 위자료를 지급할 의무가 있다.

그런데 이 사건 게시물의 내용과 성격, 원고가 이 사건 동영상을 다른 게시물을 통하여 다시 게시함으로써 그 피해가 일부 회복된 점, 이 사건 제1심 판결 선고 이후 이 사건 게시물이 재게시된 점 등 제반사정을 고려하면 피고가 원고에게 지급하여야 할 위자료는 20 만 원으로 봄이 타당하다.

#### 바. 소결

따라서 피고는 원고에게 위자료 20 만 원과 이에 대하여 손해발생일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 송달 다음날인 2009. 9. 18.부터 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 제1심 판결 선고일인 2010. 2. 18.까지 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 소 중 확인청구 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 손해배상청구 부분은 당심의 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인데, 제 1심 판결 중 확인청구 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 피고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고 이 사건 소 중 그에 해당하는 부분을 각하하기로 하고, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

**재판장 판사 이기택 판사 함석천 판사 김동규**

---

---

1) 이 사건에서 원고의 딸이 이 사건 저작물을 가창한 것은 저작권법 제 2 조 제 3 호소정의 공연에 해당하므로, 이 사건 저작물에 관한 공연권의 침해 여부도 문제될 수 있으나, 이에 관하여 당사자들의 주장이 없을 뿐만 아니라 이러한 가창 자체는 저작권법 제 29 조 제 1 항 소정의 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연에 해당하여 결과적으로 공연권의 침해에 해당되지 아니할 것으로 보이므로, 따로 판단하지 아니한다.