

# 광고에서의 저작권 분쟁 판례 분석

김봉철(조선대학교 신문방송학과 교수)  
조영기(동국대학교 교수학습개발센터 연구원)

## 1. 서론

광고의 영향이 점점 확대되어 가면서 광고를 둘러싼 논란도 많이 제기되고 있다. 특히 최근에는 광고를 둘러싼 법적 분쟁도 늘어나고 있다. 특히 광고는 광고회사의 생산물이 창작의 결과물이라는 점에서 이 같은 일이 자주 벌어진다. 이러한 법적 분쟁에는 허위나 기만, 비방, 음란 등 광고내용이나 표현에 관련된 것들이 많지만, 저작권을 둘러싼 논쟁도 점점 늘어나고 있다. 여기서 말하는 저작권이란 저작권은 문학이나 예술 분야에서의 창작의 산물인 저작물에 대하여 저작자가 가지는 권리이다. 즉, 저작권은 사람의 학술, 문예, 미술, 음악상의 사상 혹은 감정의 창작적인 표현을 보호하는 권리로서 '정신적 기여'를 보호의 본질로 한다(Eisenschitz, 1987). '산업적 기여'를 본질로 하는 공업소유권이 등록을 해야만 보호받을 수 있는 것과 달리 저작권은 출판과 동시에 보호가 되며, 보호기간은 저작자의 사후 30-50년까지이다.

일반적으로 하나의 광고작품에는 언어, 영상, 소리, 기호 등 여러 표현 소재들이 조합되어 있다. 좋은 상품이나 서비스와 마찬가지로 광고에도 좋은 요소들이 있으면 다른 사람들에게 의해 모방되거나 복제되기 마련이다. 카피, 일러스트, 사진, CM, 음악 등 광고를 구성하는 요소들이 각각 저작권에 영향을 받는 한편, 그로 인해 형성된 하나의 광고 역시 그 자체로서 저작권과 밀접한 관련을 맺고 있다. 광고를 창작하거나 전달하는 과정에서 타인의 저작물을 이용하거나 상표, 초상 등 타인의 권리를 침해함으로써 법적 분쟁이 벌어지는 사례가 적지 않게 발생한다.

최근에는 원로 작곡가 정풍송이 SK텔레콤의 광고음악 '티링(T Ring)'이 자신이 작곡한 '사랑의 눈물'의 도입부와 멜로디가 비슷해 저작권을 침해했다며 법원에 음원 침해금지 가처분 소송을 제기한 적이 있으며(한국경제, 2008년 8월 7일자).

1980년대만 하더라도 국내 광고산업의 규모가 그다지 크지 않았고, 광고와 관련한 저작권을 둘러싼 분쟁도 많지 않았다. 그 결과 실무적 혹은 학문적 관심도 많지 않았다. 실제적으로 우리나라에서 1990년대 이전에 광고에서의 저작권 문제를 중요시하여 이를 체계적으로 연구한 사례는 발견되지 않고 있다. 그러다가 1990년대 들어 광고산업의 규모가 급격하게 커지고 또 광고시장 개방으로 인해 국제적 교류가 활발해지면서 광고에서의 저작권에 대한 학문적 혹은 실무적 차원의 관심이 증가했다.

우리나라 광고산업은 1990년대 시장 개방 이후 IMF, WTO 체제를 거치며 글로벌 스탠더드를 자연스레 받아들이게 되었다.<sup>1)</sup> 이러한 환경 변화는 광고에서의 저작권 논란을 더 가

1) 국제저작권조약에는 법규해석에 있어 비교적 융통성이 많고 소급효과를 인정하지 않는 국제저작권협약(UCC)에 1987년 10월 정식으로 가입함으로써 그해 10월부터 외국 저작물이 보호를 받게 되었다. 이후 WTO 협정이 1995년 7월부터 발효됨에 따라 1996년에 베른조약에 가입하게 되는데, 베른조약은 1886년 저작권을 국제적으로 서로 보호할 것을 목적으로 체결된 만국저작권보호동맹 조약으로 정식 명칭은 '문학 및 미술 저작물 보호에 관한 국제협정'(International Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)이다. 베른조

중시될 가능성이 있다. 실제로 제도적인 변화와 더불어 인터넷의 발달로 대표되는 미디어 환경의 변화 역시 광고에서의 저작권을 둘러싼 분쟁이 늘어나게 된 원인 중 하나이다. 광고 산업이 더욱더 발전하고 개인 권리에 대한 인식이 확산되면 될 수록 광고를 둘러싼 지적소유권 분쟁은 계속 증가할 것으로 보인다. 따라서 광고업계도 저작권에 대한 기초지식을 갖추고 다른 사람의 권리보호는 물론 자신의 권리도 침해당하지 않도록 의식을 높여야 할 시점에 와 있다.

광고산업의 규모나 광고가 우리 사회에 미치는 영향, 그리고 저작권의 중요성 등에 비해 광고와 저작권 그리고 이외의 지적재산권과의 관계를 규명한 연구는 미미한 편이지만, 그래도 최근 들어 이에 대한 연구들이 조금씩 늘어나고 있다(김광수, 1994; 김태수, 1990; 이규완, 1995; 이소영, 1994). 그러나 저작권에 관한 체계적인 접근은 매우 부족하다고 할 수 있다.

본 연구는 바로 이러한 문제의식에서 출발하여 우리나라에서 광고제작이나 집행을 하는데 있어 저작권이 어떻게 적용되고 있으며, 이에 관한 문제점들이 무엇인지 규명하는데 목적이 있다. 광고와 저작권과는 어떠한 관계가 있는가? 즉 광고물 자체가 저작물로서 인정을 받는가? 만약 받는다면 그 저작권자는 누구인가? 등을 분석할 것이다. 이를 위해 우리나라에서 광고와 관련된 저작권 분쟁과 판례는 어떻게 이루어지고 있는가를 살펴볼 것이다. 광고에서 저작권 침해 및 규제를 살펴보기 위해서는 이에 대한 이론적 검토도 중요하지만 그 보다는 관련 법규나 판례를 살펴보는 것이 더 중요하다. 광고에서의 저작권 문제는 국가나 혹은 시대적 변화에 따라 다른 판례가 나올 수 있기 때문이다. 이를 위해서는 판례분석을 실시할 것이다.

## 2. 이론적 논의

### (1) 저작재산권과 저작인격권

저작권은 정신적 자산에 대한 가치를 인정하고 저작자가 자기 저작물에 대한 소유권을 가진다는 사실에 근거한다. 이러한 저작권의 근간을 이루는 것은 독창성이다. 독창성이란 저작자나 예술가가 자신의 기술, 노동, 판단을 통해 작품을 창조하는 것을 의미한다. 다시 말해 독창성의 개념은 저작자가 작품을 모방하거나 복제한 것이 아니라 최초로 제작한 것이라는 뜻이다. 저작권의 내용은 크게 저작 재산권과 저작 인격권으로 구분된다. 우리나라 저작권법에서도 저작 재산권과 저작 인격권 구분하여 부여하고 있다(저작권법 제 10조). 저작 재산권은 다시 복제권, 공연권, 방송권, 전시권, 배포권, 2차 저작물 등의 작성권 등으로 구성되고(저작권법 제16조 내지 21조), 저작 인격권은 공표권, 성명표시권, 동일성유지권 등으로 구성되어 있다(저작권법 제11조 내지 제13조). 저작권자는 그 중 하나의 권리만을 갖는 것이 아니라 이러한 일련의 권리로 구성되어 있는 다수의 권리 복합체인 저작권을 갖게 된다(공보처, 1995).

그러나 이 두 가지 성격을 갖는 저작권은 법의 성격상 저작자의 개인적 권리를 보호하는 사법(私法)이므로 법의 규정보다는 당사자 사이의 계약이 우선한다. 그러나 사회적 이익

---

약의 핵심은 '무방식주의'(無方式主義), '속지주의'(屬地主義), '내국민 대우'이다.

을 보호하고 저작권을 적극적으로 보호하기 위해 형사처벌 조항을 두어 의도적인 저작권 침해에 대해 적용하고 있다.

#### 1) 저작재산권

저작 재산권은 공중이 저작물을 이용하는데서 오는 이익의 일부 몫을 저작자가 가질 수 있다는 원리에 근거하는 것으로 저작물의 재생산이나 2차 창조와 관련된 권리이다. 저작 재산권은 경제적 권리로서 소유권과 같이 배타적인 권리이다. 저작 재산권은 역사적으로 보아 저작물로부터 경제적 이익을 얻는 복제시대(複製時代)에서부터 시작되어 오늘날에 이르러서는 대중에의 전달과 공연에 대한 권리까지로 확대되었다(한병구, 1987). 여기에는 저작물을 복제할 권리인 복제권, 저작물의 원작품이나 그 복제물을 배포할 권리인 배포권, 저작물을 공연할 권리인 공연권, 미술저작물 등의 원작품이나 그 복제물을 전시할 권리인 전시권, 저작물을 방송할 권리인 방송권, 번역이나 각색과 같이 저작물을 원저작물로 하는 2차 저작물 또는 그 저작물을 구성부분으로 하는 편집 저작물을 작성하여 이용할 권리인 2차 저작물 등의 작성권 등으로 구성된다.

먼저 복제권이란 저작재산권 가운데서도 가장 기본적인 권리의 하나로 복제란 단순한 복사의 의미를 넘어 인쇄, 사진, 녹음, 녹화 등의 방법으로 유형물을 다시 제작하는 것을 말한다. 예를 들어 소설원고를 출판하는 것, 논문을 복사하는 것, 강연내용을 녹음 테이프에 수록하는 것, 음악을 음반에 수록하는 것 등이 모두 복제에 해당된다고 할 수 있다. 이밖에도 건축물의 경우 그 건축물의 모형이나 설계도면에 따라 시공하는 것 등도 모두 복제에 해당된다. 따라서 이러한 복제행위를 하고자 할 경우에는 반드시 사전에 저작권자에게 허락을 받아야 하고 그렇지 않을 경우에는 복제권 침해로 간주된다.

공연권이란 저작물을 일반 공중들이 직접 보거나 듣게 할 수 있는 권리를 의미한다. 공연이란 저작물을 상연, 연주, 가창, 상영 그 밖의 방법을 통하여 일반 공중들에게 공개하는 것을 뜻하며, 공연, 방송, 실연의 녹음이나 녹화물을 재생하여 일반 공중에게 공개하는 것도 포함된다. 그러므로 방송국에서나 음악 감상실 등에서 판매용 음반을 구입하여 일반 공중들에게 틀어주는 것도 공연의 범위에 해당되며, 노래방이나 달란주점 등에서 손님들에게 노래 반주를 틀어주는 것도 공연의 범위에 해당된다. 따라서 엄밀한 의미에서는 이러한 행위들도 저작권자의 사전 허락을 받아야 한다.

방송권이란 일반 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 무선이나 유선 통신방법에 의하여 음성이나 음향 또는 영상 등을 송신할 권리를 말한다. 아마추어 방송은 일반 공중들에게 수신하게 할 목적을 지닌 것이 아니기 때문에 방송에 포함된다고 볼 수가 없다. 재방송이나 중계방송 등도 모두 방송권의 대상이 된다. 따라서 이러한 경우에도 저작자의 허락을 받지 않을 경우에는 저작권 침해가 된다.

전시권이란 회화, 조각, 응용미술작품과 같은 미술 저작물뿐만 아니라 건축, 사진까지 모두 포함하는 저작물의 전시에 관련된 권리이다. 미술 작품의 원작품을 소유하고 있는 사람은 그 작품을 전시할 권리를 갖고 있지만 원작품을 복제하여 전시할 권리는 갖고 있지 않다. 다만 원작품이라고 하더라도 가로, 공원, 건축물의 외벽이나 그 밖의 일반 공중들에게 개방된 장소에 항시 전시되는 경우에는 저작권법 제35조에서 규정하는 일부의 경우를 제외하고는 누구나 그 작품을 복제할 수 있다.

2차 저작물 작성권이란 저작물을 편곡·변형·각색·편집·영상제작 등의 방법에 의하여 독창적인 저작물로 제작하고 이를 이용할 수 있는 권리를 말한다. 여기에서 2차 저작물

이란 원저작물을 편곡·변형·각색·편집·영상제작 등의 방법으로 개작한 것이다. 2차 저작물은 원저작물과는 별도로 독자적인 저작물에 해당되지만 거기에는 원저작물의 내용도 포함될 있기 때문에 2차 저작물을 이용하고자 할 경우에는 2차 저작권자의 사전 승낙은 물론 원 저작자의 승낙도 받아야 한다.

## 2) 저작인격권

한편, 저작 인격권은 저작자가 자신의 저작물에 대해 갖는 정신적·인격적 이익을 법률적으로 보호하는 권리로 18-19세기에 개인존중 사상이 가져온 인격권의 법적 승인의 추세에 힘입어 먼저 대륙법계 여러 나라에서 승인을 얻었다. 저작자는 저작물의 복제 등 경제적 이익을 허락하는 권리인 저작 재산권 외에 일신 진속인 저작 인격권을 갖고 있다. 일반적으로 저작 인격권은 저작물을 공표하고, 내용의 동일성을 유지하고, 저작자의 인격을 보호하는 것과 관련된 권리로 흔히 공표권, 동일성유지권, 성명표시권 등으로 구성된다. 이 밖에 원작 철회권이나 저작물 접촉권을 포함시키는 견해도 있다(한병구, 1987).

공표권(저작권법 제 11조)이란 저작물을 완성한 경우 그 저작물의 공표 여부, 공표시기, 공표방법(전시, 공연 혹은 방송 등) 등을 저작자만이 결정할 수 있는 권리이다. 따라서 이미 발표된 저작물에 대해서는 공표권을 행사할 수 없으며, 미 공표 저작물의 경우에도 저작자가 다른 사람에게 저작 재산권을 양도한 경우에는 양도받은 사람에게 공표권도 양도한 것으로 본다. 그러므로 저작자가 미술, 건축, 사진 저작물 등의 원저작물을 다른 사람에게 양도한 경우 양도받은 사람은 그러한 저작물의 전시방법에 대한 공표권을 갖게 된다.

동일성유지권(저작권법 제13조)이란 저작물의 내용·형식·제호 등의 동일성을 유지할 권리를 의미한다. 즉, 원 저작자의 동의없이 저작물의 이용자가 임의로 그 저작물을 변경하거나 절삭, 개변하게 되면 동일성유지권을 침해한 것으로 된다. 설령 무단 변경 후에 내용이나 형식 등이 원저작물보다 더 좋아졌다고 할지라도 저작자의 동의가 없었다면 동일성유지권을 침해한 것으로 간주된다. 다만, 저작권법은 학교 교육상 건축물의 증개축 등의 변경에 대해서는 본질적인 내용이 변하지 않는 범위 내에서 인정이 된다. 그러나 기술적인 제약 때문에 불가피한 것은 논의로 치더라도 외국 영화를 수입하여 제목을 임의로 변경하는 등의 경우는 동일성유지권 침해에 해당된다. 일본에서는 일러스트레이터가 제작한 일러스트레이션을 광고회사가 사전 승인없이 컬러를 변경한 사건에 대해 동일성유지권을 침해했다고 판시한 사례가 있다. 따라서 다른 사람이 함부로 저작물의 내용이나 형식, 제호를 변경하는 것은 저작자의 동일성유지권을 침해하는 것이 된다. 물론 저작자는 자기 저작물의 내용이나 형식·제호 등을 변경할 수 있다.

마지막으로 성명표시권(저작권법 제12조)은 저작자가 자신의 저작물에 대해 고유한 예명이나 실명, 별명 등을 표시하거나 혹은 아무런 표시를 하지 않을 권리를 의미한다. 따라서 저작물 이용자는 저작자의 특별한 의사표시가 없었을 경우에는 저작자가 자신의 저작물에 표시한 것과 동일하게 표시해야 한다.

## 3) 저작권 보호 범위 및 기간, 소급적용

저작권의 보호는 저작을 한 때로부터 자동적으로 발행하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다. 저작권 보호에서 가장 중요한 것은 창작성이다.

저작권에 관한 대표적인 국제조약인 베른협약 제5조에서는 상호주의를 규정하고 있다. 우리나라도 1996년 8월에 베른협약에 가입해 외국에서 우리나라 저작물을 보호하는 수준만

컴 우리나라에서도 외국의 저작물을 보호할 수 있도록 규정하고 있다. 다만, 외국에서 우리나라보다 높은 수준으로 저작물을 보호하고 있는 경우에는 우리나라가 국내 저작물을 보호하는 수준까지만 외국 저작물을 보호하면 된다. 우리나라 저작권법 제3조도 동일한 취지로 외국 저작물 보호에 있어서 상호주의를 규정하고 있다.

한국과 미국 양측은 FTA를 통해 자연인의 경우 저작자 생존기간 및 사후 70년까지 저작권을 보호하기로 합의한 바 있다. 따라서 원칙적으로 한미 FTA는 한미 양자 간의 협정으로서 우리나라는 미국 저작물에 한해서만 사후 70년의 저작권 보호기간을 부여하게 된다. 다만, 국내 저작권 보호기간이 70년으로 연장되면 상호주의를 규정하고 있는 국제 협약에 근거하여, 만약 외국에서 우리 저작물에 대하여 70년 이상의 보호기간을 부여하여 보호하고 있을 경우 우리도 그에 상응하여 그 외국 저작물에 대해서 70년 이상의 저작권 보호기간을 부여할 수 있을 것이다.

한편, 한미 FTA 협정문 18.1조 10항은 협정문 발효 이전에 기존 법상의 보호기간이 만료되어 공유영역(Public Domain)에 편입된 경우 이를 소급하여 보호하지 않음을 명문으로 규정하고 있다. 따라서 저작권은 소급하여 보호되지 않으며 한미 FTA에서는 저작권 보호기간에 2년의 유예기간 내에 기존 보호기간 50년이 만료되는 경우에는 새로 70년으로 연장하여 보호하지 않는다.

#### 4) 광고의 저작권 침해 판별

저작권에 있어서 침해(Infringement)란 일반적으로 저작권법에 정해진 저작자 인격권, 저작 인접권, 또는 출판권이 침해된 경우를 가리킨다. 따라서 광고를 제작할 때는 이용하고자 하는 대상물이 저작물에 해당하는지 아닌지를 먼저 살펴보아야 한다. 저작권 침해에 관한 정의는 비교적 간단하지만 실제 상황에서 저작권을 침해했는지를 판별하는 것은 그리 간단하지가 않다. 왜냐하면 저작물을 그대로 이용하는 것과는 달리 원저작물을 수정하거나 변경하여 사용하는 경우 그것이 저작권을 침해했는가를 판단하는 것은 쉽지가 않기 때문이다. 저작물이라 하는 것은 ‘사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것이며, 문예, 학술, 미술 또는 음악의 범위에 속하는 것’이다. 여기에서 가장 중요한 것은 ‘창작적으로 표현한 것’으로 독창성과 창조성이 있으며, 이러한 것들이 ‘표현’되고 있다는 것이다. 그러나 개개의 구체적인 대상물에 대해 그 저작물성을 판단하는 것이 쉽지 않다.

광고에서 저작권 침해의 가장 많은 유형은 표절과 무단이용이다. 표절은 다른 사람의 저작물을 그대로 복제하는 경우를 말하고, 무단이용은 저작자로부터 저작물의 전부 혹은 일부의 이용을 사전에 승낙 받지 않고 이용하는 것을 뜻한다. 저작물을 그대로 이용한 경우 즉 무단이용의 경우에는 구체적인 사례에 따라 그 이용된 부분의 양과 질이 동일한가의 여부에 따라 침해인가 아닌가를 결정하면 된다. 그러나 원 저작물을 그대로 이용하지 않고 수정하여 이용하는 경우, 즉 표절의 경우에 있어서는 그것이 보호되는 부분을 이용한 것인가 등 많은 사항들이 검토되어야 한다.

저작물을 수정하여 사용한 경우에 문제가 되는 것은 그것이 저작물의 보호되는 부분을 침해가 될 정도로 모방하였는가 하는 것, 즉 모방의 상당성이 인정되는가 하는 것이다. 그런데 두 저작물이 실질적으로 유사하다고 하더라도 모방하지 않고 독자적으로 창작한 것이라면 특허나 의장과 같은 산업재산권과는 달리 저작권 침해가 성립되지 않는다. 따라서 문제가 되는 것은 두 저작물이 실질적으로 유사한가와 실질적으로 모방이 있었는가로 축약될 수 있다. 또한 저작권 침해가 공정이용의 원칙에 해당되는지도 저작권 침해 판별의 중요한

요소가 된다.

### 3. 연구방법

#### (1) 연구대상

광고에서의 지적소유권 분쟁에 관한 판례분석을 위한 해당 판례를 수집하기 위해 대법원 및 하급심 그리고 공간외 판례와 헌법재판소의 판례를 모두 포함하고 있는 ‘로앤비’와 ‘대법원 종합법률정보’ 및 법제처의 데이터베이스 그리고 법원도서관에서 운영되는 판례 등의 관련정보를 제공하고 있는 ‘법고을 DVD’의 데이터베이스를 이용하였다. 각각의 데이터베이스의 양은 차이가 있으나 본 연구에서 초점을 맞추고 있는 지적소유권 분쟁에 대해서는 각각의 데이터베이스의 결과가 대동소이한 것으로 나타났다.

관련 데이터베이스를 이용하여 ‘광고 (and) 저작권’을 키워드로 하여 1980년부터 2008년 6월까지의 판결을 대상으로 1차 분석자료를 수집하였다. 그 이전의 판례들의 경우 ‘한국법률정보 서비스’의 데이터베이스에 일부 존재하기는 하나 광고와 저작권 관련 판례를 찾아보기 힘들었다. 판례들이 데이터베이스로 구축되어 있는 1980년대부터를 분석시기의 시작점으로 삼았다.

이 연구에서는 광고와 저작권에 관련된 소송 가운데 현재 진행 중인 소송을 제외하고 소송에 대한 법원의 선고가 이루어진 판례들을 분석대상으로 하였다. 구체적으로 살펴보면, 저작권 관련 내용으로 소송을 청구한 사례를 분석대상으로 삼아 분석하였다.

#### (2) 분석방법

판례분석은 법해석학 방법을 이용하여 진행되었다. 법해석은 대상 사건에 대해, 사실인정을 정확하고 객관적으로 행한 뒤, 사실인정을 전제로 어떠한 법적 근거에 기초하여 어떠한 결론을 이끌어내야 하는가를 확정하는 작업이다. 대표적인 법해석학 방법은 판례분석으로서 판례라는 것은 판사가 소송의 사실, 판사의 판단 근거, 법적인 문제와 법원의 결정 등을 적어 놓은 의견이라고 볼 수 있다. 판례 고찰은 판례를 통해서 판결 뒤에 감추어진 판사들의 인식, 가치관, 나아가 판결이 내려진 시대적, 사회적, 정치적 상황까지 이해할 수 있는 가능성을 암시해주며 판례 해석을 통해서 법원이 내리는 판결 논리의 일관성, 연속성 등을 알 수 있다는 점해서 의미를 갖는 것이다(임유진, 1998). 결국 기존 판례를 통해서 법적, 사실적 유사 상황에 대해 사전에 예측과 분석을 가능케 한다.

해리스(Harris, 1997)는 연구자들에게는 판례를 읽을 때 중요한 부분을 판별해 내서 이를 요약할 수 있는 능력, 곧 판례의 ‘요약’(brief) 기술이 필요하다는 점을 지적하였다. 판례에 있어서 중요한 부분은 사실(fact), 소송의 핵심(issue), 판결(holding), 판결 근거(rationale), 승소여부(disposition) 등이고, 사실은 사건에 관련된 모든 사실을 칭하는 것이 아니라 법적으로 의미가 있는 사실들을 이야기 하는 것이다.

판례의 분석은 사실, 핵심, 판결, 판결근거, 승소여부 등을 토대로 요약하는 것이 효율적인 방법이라 할 수 있다. 요약의 순서는 소송의 핵심(Issue), 판결에 이용된 법률(Rule), 판결문의 분석(Analysis), 소송의 결정사항(Conclusion)을 판별하는 것이다.

#### 4. 판례분석 결과

이 연구의 연구대상이 되는 판례는 총 9건이다. 앞서 제시한바와 같이 해리스(1997)의 판례분석법을 참조하여 연구대상 판례들을 분석하였다. 먼저 시기별, 심급별 광고에서의 저작권 관련 판례들이 어떻게 분포하고 있는지 전반적인 상황을 살펴보고자 하였다. 다음으로 판례들의 주제를 살펴봄으로써 해당 판례들이 어떤 내용으로 구성되어 있는지, 그리고 판결 조문을 살펴봄으로써 판례가 어떤 의미를 가지고 있는지 각각의 사안들이 어떤 조문에 의거하여 판단되는지 파악하고자 했다.

우선 광고관련 저작권 분쟁 판례들을 시기별로 살펴보았다. 그 결과 1980년대, 1990년대, 그리고 2000년대 각각 3건으로 나타났다. 분쟁 판례들을 심급별로 살펴본 지방법원의 판결이 5건, 고등법원의 판결 1건, 그리고 대법원의 판결이 3건으로 나타나 지방법원의 판결이 많음을 알 수 있었다.

<표 1> 광고관련 저작권 분쟁 판례의 심급별 분류

심급별 년도	지방법원	고등법원	대법원	계
1980	1	1	1	3
1990	3			3
2000	1		2	3
계	5	1	3	9

##### (1) 소송 주제 분석

저작권 관련 판례를 대상으로 소송의 주제를 살펴보았다. 그 결과 저작권은 저작인격권과 저작재산권으로 나뉘는데, 슬라이드 필름과 같이 개인의 창작물을 제작자에게 의뢰하여 받았을지라도 그 저작물에 대한 재산권만을 인도할 것일 뿐 창작자가 만들었다는 저작인격권은 그대로 남아 있는 것이기에 이에 대한 무단 사용은 저작권을 침해했다고 주제를 비롯하여 사진 저작물의 저작권 인정, 그리고 캐릭터의 침해 등에 대한 것들이 상당수를 차지하고 있다.

회사의 의뢰를 받아 상업광고디자인업자가 슬라이드필름을 제작하여 의뢰회사에 심사용으로 인도한 경우라도 동 회사가 위 슬라이드필름을 무단으로 사용하면 저작권침해의 불법행위를 구성한다. 이에 따라 저작권의 침해는 당연히 저작인격권의 침해를 수반한다고 볼 것이므로 저작권을 침해당한 자의 위자료 청구에 대해 적법하다는 판결을 내리고 있다(부산지방법원 1986.11.12. 선고 86가단440). 이와 같은 예를 볼 때 저작권의 양도는 저작재산권에 한 그칠 뿐 저작인격권은 양도되지 않음을 알 수 있다.

또한, 롯데월드의 너구리 캐릭터 '롯데'사건의 경우(서울고등법원 1990. 6.25. 선고 89라55), 법원에서는 저작권법이 일신전속적 권리로서 보호하는 저작인격권은 저작자가 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리로서 저작자의 동의 없이는 저작물의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내의 것이거나 그 가치를 높이게 되는 경우에도 저작물의 외형이나 내용을 수정, 증감하거나 그 표현형식을 변경할 수 없는 것이고 시간적으로 뒤에서 만들어

진 저작물이 먼저 만들어진 저작물의 변경 내지 변형이라고 인정되기 위해서는 뒤에 저작물을 만든 자가 그 제작과정에서 먼저 만들어진 저작물을 보거나 이용할 수 있는 상황이었는지의 여부와 그 두 저작물이 외형상 객관적으로 보아 현저하게 유사한지의 여부 등을 종합적으로 판단하여야 할 것인바 디자인 작가 갑이 광고대행업체인 병회사의 위촉을 받아 너구리를 주제로 롯데라는 이름을 붙여 출품, 당선작으로 선정된 뒤 그 저작권 등 모든 권리를 양도하기로 약정한 도안과 병회사로부터 위 도안에 관한 저작권 등 모든 권리를 양도받은 을회사가 너구리를 주제로 하여 롯데라는 이름으로 사용 중인 도안 사이에 미세한 부분의 차이점이 있기는 하나 당초 병회사가 갑의 작품을 당선작으로 선정하여 응용형 개발계약까지 체결한 바 있고 을회사가 갑의 위 도안을 자신이 원하는 대로 수정, 보완하기로 하여 신청외 정과의 사이에 도안개발용역계약을 체결함에 있어 그 주체동물은 너구리로 하고 이름은 롯데로 하도록 지정한 다음 그에게 갑이 위 최종적 확정도안이 나오기까지 병회사에 제출하였던 도안과 위 확정도안을 본따 만든 인형 등을 교부하였던 사실과 위 양 도안이 모두 너구리를 주제로 하여 롯데라는 같은 이름을 사용하고 있을 뿐 아니라 전체적 형태와 모양, 아이디어의 기본방향, 이미지 면에서 매우 흡사한 점 등에 비추어 보면 을회사가 사용중인 도안은 정이 독자적으로 개발한 것으로 보기 어렵고 갑의 도안을 바탕으로 하여 이를 임의로 변경 내지 변형한 것으로 봄이 상당하다라고 판결함으로써 저작권법이 저작물의 동일성 유지권에 대해 보호하고 있음을 알 수 있었다.

그러나 한편으로 캐릭터에 대해서 또 다른 관례가 존재하고 있는데, 이 관례에서는 캐릭터에 대해 상품화권의 대상이 되기는 하나 캐릭터 자체가 상표로서 의미 취득에 대해서는 예외로 받아들이며 캐릭터의 보호는 원칙적으로 저작권법의 법리 하에서 보호될 수 있음을 적시하고 있다. 또한 디즈니의 캐릭터와 같이 저명한 캐릭터가 여러 종류의 상품에 동시에 사용되고 보면 어느 특정상품의 표시라고 인식되기는 더더욱 어렵다는 점을 밝히고 또한 이 캐릭터들은 모두 우리나라의 세계저작권조약( U.C.C.) 가입일자인 1987.10.1.이전에 미국에서 간행된 외국인의 저작물로서 우리나라 저작권법 제3조 제1항과 세계저작권조약 제7조에 규정된 불소급보호의 원칙에 따라 우리나라에서 보호받지 못하는 저작물이라는 점에 대해 적시하였다.

저작물이 저작권법에 의해 보호되기 위해서는 그에 상응하는 문학·학술 또는 예술 범위에 속하는 창작물로서 창작성이 요구된다는 점에서 광고효과를 높이기 위해 독창적으로 조화롭게 배치하여 촬영한 경우 창작물로 본 사례도 있다(서울남부지방법원 1996. 8.23. 선고 96가합2171 손해배상(기)). 이 관례에 따르면, 저작물이라 함은 사상 또는 감정을 창작적으로 표현하는 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이어야 하나 그 창작의 수준이 고도의 것이기를 요하지는 아니하는바, 광고물 사진 원판이 제품의 광고 효과를 높이기 위하여 제품과 배경 장식물 등을 독창적으로 조화롭게 배치하여 놓고 사진촬영을 한 것이라면, 그 창작성이 있다고 볼 것이어서 그 사진 원판도 예술의 범위에 속하는 창작물인 사진 저작물에 해당한다고 밝히고 있다. 또한 이 관례에서는 광고물 사진 제작에 있어서 광고물 제작자가 타인의 의뢰를 받아 광고물을 제작한 경우, 그 광고물 제작 의뢰자가 그 제작 과정을 실질적으로 통제하고 감독하면서 그 제작 과정에서 실질적인 역할을 하였다면, 그 광고물의 저작권은 원시적으로 광고물 제작 의뢰자에게 귀속된다는 점을 밝히고 있다. 이와 더불어 광고물 사진 저작권자인 광고물 제작자가 별다른 약정 없이 광고물 제작 의뢰자에게 광고물인 사진 원판을 양도하였다면, 이는 그 광고물의 저작권 전부를 광고물 제작 의뢰자에게 양도한 것으로 보고 있음을 밝힌 관례이다.

그러나 이와 달리 제품 자체만을 충실히 표현한 사진에 대해서는 창작성을 인정하지 않는 판례도 존재하고 있는데(대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결), 이런 점들을 놓고 볼 때 저작권 인정의 중요 기준은 창작성임을 알 수 있다. 이 판례에 따르면, 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 보고 있을 뿐, 제품 자체만을 충실하게 표현하여 광고라는 실용적인 목적을 달성하기 위해 그 분야의 고도의 기술을 가지고 있는 원고의 사진기술을 이용한 것에 불과하다는 점을 밝히고 있다. 따라서 이와 같은 행위에 대해 저작권법에 의하여 보호할 만한 원고의 어떤 창작적 노력 내지 개성을 인정하기 어렵다고 함으로써 순수 창작물에 대하여 저작권법에 의한 저작인격권이 인정되고 보호되고 있음을 알 수 있다.

저작물이 저작권법에 의해 보호받기 위해서는 해당 저작물이 독특한 그 저작물만의 창작성을 가지고 있어야 하는데 그 창작성이란 상업적 저작물보다는 순수 창작물에 대해서 저작인격권이 인정되고 보호되고 있음을 판례들을 통해 알 수 있었다.

저작권 관련 소송의 주제에 대해서는 <표 2>에 제시해놓았다.

<표 2> 저작권 관련 소송 주제

	소송 주제
부산지방법원 1986.11.12. 선고 86가단440 부당이득금반환청구사건	[1]. 의뢰회사가 심사용으로 인도된 슬라이드필름을 무단사용한 것이 저작권 침해의 불법행위를 구성하는지 여부 [2]. 저작권을 침해당한 자는 당연히 위자료를 청구할 수 있는지 여부
대법원 1989. 1.17. 선고 87도2604 배임, 저작권법위반	[1] 선전광고문에 책자의 저작표시를 하지 않았거나 공동저자 중 다른 저자의 약력만을 소개하는 행위가 구저작권법 (1986.12.31. 법률 제3916호로 개정되기 전의 것) 제14조에 위반되는 행위인지 여부 [2] 심리미진 내지 범리오해의 위법이 있다하여 배임죄를 인정한 원심판결을 파기한 사례
서울고등법원 1990. 6.25. 선고 89라55 저작물사용금지가처분청구사건	뒤에 만들어진 저작물이 원저작물의 변경 내지 변형에 불과하여 원저작자의 동일성 유지권을 침해하였다고 본 사례
서울민사지법 1991.1.23. 선고 90가합31607 제12민사부판결 : 항소 손해배상(지)	캐릭터(Character) 침해행위가 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 해당되는지 여부
서울남부지방법원 1996. 8.23. 선고 96가합2171 손해배상(기)	[1] 광고물 사진 원판이 사진 저작물인지 여부(적극) [2] 광고물 사진 제작 의뢰자가 그 제작 과정에서 실질적 역할을 한 경우, 그 광고물의 저작권자(제작의뢰자) [3] 광고물 사진 저작권자인 광고물 제작자가 다른 약정 없이 그 사진 원판을 제작 의뢰자에게 양도한 경우, 그 광고물의 저작권 전부를 양도한 것으로 보아야 하는지 여부(적극)
서울지방법원 1997. 2.21. 선고 96가합42432 저작권침해금지	서예가가 독특하고 개성 있는 글씨체를 작품화한 것을 승낙 없이 영화 필름 및 광고물과 소설 표지 및 광고물에 사용한 데 대하여 저작권을 침해한 것으로 인정하여 침해자에게 저작권 침해행위의 금지, 저작권자의 명예 회복을 위한 조치 및 손해배상을 명한 사례
대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결 손해배상(기)	[1] 사진저작물이 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당되기 위한 요건 [2] 광고용 카탈로그의 제작을 위하여 제품 자체만을 충실하게 표현한 사진의 창작성을 부인한 사례 [3] 제품 광고용 사진저작물의 저작권 침해로 인한 손해액의 산정방법
서울중앙지방법원 2007. 6.22. 선고 2005가합53144 부당이득금반환등	만화로 보는 그리스 로마 신화 사건: 타인 간의 계약의 이행단계에 즈음하여 실제 아무런 권리없는 자가 그 계약의 일방에게 그 계약이 이행되면 자신의 권리가 침해당할 염려가 있다고 주장하여 타인간의 계약의 이행을 중단시킨 경우, 그 계약이 불이행됨으로 인하여 손해를 입은 계약 상대방에게 손해를 배상할 책임이 있는지 여부
대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 저작권법위반·부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반	[1] 저작물인 만화영화의 캐릭터가 특정분야 또는 일반대중에게 널리 알려진 것이거나 고객흡인력을 가졌는지 여부는 저작물의 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항이 아니라고 한 사례 [2] 저작물인 만화영화에 등장하는 캐릭터가 부착된 팽이를 수입한 행위가 저작권 침해행위에 해당한다고 한 사례 [3] 이른바 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제1호 (가)목에 규정된 '국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표시'가 되기 위한 요건 [4] 원심이 유죄의 증거로 거시한 서류들은 소송관계인이 수사기관 또는 원심법정에 제출하였을 뿐, 검사가 이를 증거로 제출하였거나 공판정에서 이에 대한 적법한 증거조사를 하지 않았다는 이유로 위 서류들의 증거능력을 부정한 사례

(2) 참조 조문 분석

다음은 저작권법 관련 판례의 근거가 되는 조문을 분석해보았다. 저작권법 관련 판례들의 근거로 삼은 조문은 민법, 형법, 저작권법, 부정경쟁방지법 등으로 나타났다. 민법의 경우 손해배상과 관련하여 근거조문으로 삼고 있었고, 형법이나 부정경쟁방지법은 해당 저작물이 저작물로서 인정받는지에 따라 부정경쟁방지법을 그 근거로 삼고 있었다. 저작권법의 경우 대부분 저작권법을 판결의 근거로 삼고 있었으며 저작권에 따른 손해배상이나 위법행위에 대해 민법과 부정경쟁방지법을 적용하는 경우도 있었다. 저작권법 제2조 그리고 제4조에 근거하여 판단하는 것들이 다수 나타난 바에 의하면 저작물로서 인정받기 위해 저작물의 창작

성이나 저작물로서의 범위에 대한 것들이 주로 나타나고 있다.

저작권 관련 소송 판례들은 저작권법 관련 조문들을 주 근거 조문으로 삼고 있음을 알 수 있었다. 그 가운데 저작물 성립에 관한 창작성에 관한 판단 근거로서 조문을 참조하고 있다는 점이 특징이라고 할 수 있다.

<표 3> 저작권법 관련 참조 조문

	민법	형법	저작권법	부정경쟁방지법
부산지방법원 1986.11.12. 선고 86가단440 부당이득금반환청구사건	민법 제750조		구 저작권법 제2조, 제7조제432호, 제13조, 제62조	
대법원 1989. 1.17. 선고 87도2604 배임, 저작권법위반			구 저작권법 제14조, 제69조; 형법 제355조 제2항	
서울고등법원 1990. 6.25. 선고 89라55 저작물사용금지가처분청구사건			저작권법 제13조같은법 제14조	
서울민사지법 1991.1.23. 선고 90가합31607 제12민사부판결 : 항소 【손해배상(지)】				부정경쟁방지법 제2조
서울남부지방법원 1996. 8.23. 선고 96가합2171 손해배상(기)	[3] 민법 제105조		[1] 저작권법 제2조 제1호, 제4조 제1항 제6호 [2] 저작권법 제2조 제2호, 제10조 [3] 저작권법 제41조 제1항	
서울지방법원 1997. 2.21. 선고 96가합42432 저작권침해금지			저작권법 제91조, 제93조, 제95조	
대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결 【손해배상(기)】	민법 제750조		[1] 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제4조 제1항 제6호/ [2] 구 저작권법 제2조 제1호, 제4조 제1항 제6호/ [3] 구 저작권법 제93조 제2항, 제3항	
서울중앙지방법원 2007. 6.22. 선고 2005가합53144 부당이득금반환등			저작권법	
대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 【저작권법위반·부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률위반】		[4] 형사소송법 제291조, 제292조 제1항, 제293조	[1] 저작권법 제2조 / [2] 저작권법 제97조의5/	[3] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목/

## 5. 결론

광고산업의 규모가 커지고 광고의 역할이 점점 확대되어 가면서 광고가 사회에 미치는 영향도 점점 커지게 되었고 광고를 둘러싼 논란도 많이 제기되고 있다. 특히 최근에는 광고를 둘러싼 저작권 분쟁이 늘어나고 있다. 광고는 많은 경우에 아이디어, 카피, 사진, 그림, 음악 등 여러 저작물과 그 모든 것이 하나를 이룬 광고 자체가 저작물로 인정된다. 그런데 최근 광고에서 다른 사람의 저작물을 양해없이 사용함으로써 도덕적, 윤리적 차원에서 뿐만 아니라 법률적 차원에서 문제가 되는 경우가 많이 발생하고 있다. 본 연구는 바로 이러한 문제의식에서 출발하여 광고주나 광고 제작자들이 실제 광고 관련 분쟁 판례를 통해 광고에서의 저작권 문제를 잘 이해함으로써 법적 분쟁을 미연에 방지하고 선의의 피해를 입지 않도록 하는데 목적이 있다.

저작권은 문학, 예술, 학술 등 저작물이 저작된 후 저작자가 그것의 재생산을 통제할 수

있는 권리이다. 저작권을 보호해야하는 이유로는 사회 정의의 실현, 저작자의 인격 보호, 경제적 권리 보호, 문화발전의 기여 등을 들 수 있다. 저작권 보호는 저작을 한 때로부터 자동적으로 발행하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다. 미국에서 1903년 광고물이 독창성과 예술성을 가질 경우 저작권의 보호를 받을 수 있다는 판결 이후 광고의 저작물성이 인정되고 광고도 저작권 보호의 대상에 포함되기 시작했다. 광고에서 저작권 침해의 가장 많은 유형은 표절과 무단이용이다.

광고에서 저작권 관련 분쟁 판례를 살펴본 결과 1980년대에 비해 시간이 지남에 따라 관련 분쟁 사례는 지속적으로 증가하고 있는 것으로 나타났다.

저작권 판례 분석 결과에 따르면 저작물이 저작권법에 의해 보호받기 위해서는 해당 저작물이 독특한 그 저작물만의 창작성을 가지고 있어야 하는데 그 창작성이란 상업적 저작물보다는 순수 창작물에 대해서 저작인격권이 인정되고 보호되고 있음을 판례들을 통해 알 수 있었다.

연구의 제한점으로는 광고와 저작권 관련 판례 분석 결과 생각만큼 관련 판례가 많지 않았다. 이것은 아마도 광고에서 지적소유권 분쟁이 일어나게 되면 법적으로 해결하기보다는 당사자들 사이에 합의를 통해 해결하기 때문으로 생각된다. 사실 광고와 관련된 지적소유권 분쟁에서 대부분의 소송들은 경제적 목적 하에서 이루어지는 경우가 많으며, 광고주나 광고회사 입장에서라도 기업 이미지 등을 감안하여 법적인 해결보다는 당사자와의 원만한 합의를 통한 해결을 원하기 때문이다. 따라서 향후 연구에서는 소를 취하한 경우도 포함하여 어떠한 사건들이 저작권 관련 분쟁이 되었는지 살펴보는 것이 필요하다.

#### 참고문헌

- 공보처(1995a). 『광고와 저작권 실무』, 서울: 공보처.
- 공보처(1995b). 『광고와 저작권 판례』, 서울: 공보처.
- 김광수(1994). 우리나라 광고관련 판례분석: 1980년대와 1990년대 초반을 중심으로, 『광고연구』, 여름호, 7-39.
- 김태수(1990). 『TV-CM의 저작권에 관한 연구』, 중앙대 대학원 석사학위논문.
- 이규완(1995). 광고의 저작권 쟁점과 미국의 광고저작권 분쟁처리의 시사점, 『광고연구』, 여름호, 163-188.
- 이소영(1994). 『광고에 대한 저작권 문제』, 이화여대 대학원 석사학위논문.
- 한국경제, 2008년 8월 7일자.
- 한병구(1987). 『언론법제이론』, 서울: 나남.
- Eisenschitz, T. S. (1987). *Trademarks and Designs in Information Work*, London, Croom Helm.
- Harris, Myra A.(1997). *Legal research: Fundamental principles*. Upper Saddle River, NJ. Prentice Hall Co. 86-87