

서울고등법원 2023. 8. 17 선고 2022나2052097 판결 [부당이득금반환 등]

재판경과

서울고등법원 2023. 8. 17 선고 2022나2052097 판결

서울중앙지방법원 2022. 11. 18 선고 2020가합500698 판결

전문

원고, 항소인 사단법인 A

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 남연정, 이응세

피고, 피항소인 주식회사 B

소송대리인 변호사 장현진, 백규민

제 1 심 판 결 서울중앙지방법원 2022. 11. 18. 선고 2020가합500698 판결

변 론 종 결 2023. 6. 8.

판 결 선 고 2023. 8. 17.

주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 1,788,300,000원 및 이에 대하여 2016. 10. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

원고는 저작권법에 따른 음악저작권신탁관리업자로서 저작권자로부터 관리를 신탁받은 음악저작물을 이용하고자 하는 사람들과 음악저작물 이용계약을 체결하는 한편, 그에 따라 징수한 사용료를 신탁자에게 분배하는 업무를 수행하는 비영리 사단법인이다.

피고는 프랜차이즈 편의점 사업 등을 목적으로 설립된 주식회사로서 편의점 브랜드인 'C'과 'D' 매장을 직접 운영하거나 가맹계약을 체결한 가맹점사업자(이하 피고와위 가맹점사업자를 통틀어 '피고 등'이라 한다)로 하여금 운영하게 하고 있다(이하 피고 등이 운영하는 매장을 통틀어 '피고 매장'이라 한다).

나. 원고와 주식회사 E 사이의 음악저작물 사용계약

원고는 2011. 3.경 매장음악서비스 제공업체인 주식회사 E(이하 'E'라 한다)와 사이에 E로부터 일정 사용료를 지급받고, E가 원고가 관리하는 음악저작물을 웹캐스팅의 방법으로 매장 등에 공중송신하는

행위를 허락하는 내용의 음악저작물 사용계약(이하 '이 사건 사용계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 사용계약의 계약기간 종료일(2011. 12. 31.) 이후에도 원고와 E 중 일방이 계약해지를 통보하지 않아 적어도 2016. 9. 30.까지 이 사건 사용계약이 자동 연장되었다(아래 제14조 참조). 이 사건 사용계약중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

원고(이하 '갑'이라 한다)와 E(이하 '을'이라 한다)는 갑이 관리하는 음악저작물(이하 '관리저작물'이라 한다)을 을이 사용하는 것에 관하여 다음과 같이 계약을 체결한다.

제1조(목적)

본 계약은 을이 관리저작물을 웹캐스팅의 방법으로 매장음악 서비스하는 것과 관련, 갑과 을 간의 권리, 의무 등 제반 필요사항에 대해 정함을 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의)

① 본 계약서에서 사용되는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. 웹캐스팅: 온라인상 실시간으로 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 제공되는 음악서비스를 말한다.
4. 음악저작물 관리비율: 을이 이용하는 관리저작물 중 갑이 관리하는 비율을 말하며, 갑의 관리비율은 97%로 본다.

제3조(사용허락의 범위)

① 갑의 을에 대한 사용허락 범위는 관리저작물을 웹캐스팅의 방법으로 매장음악서비스 하는 행위에 한정되며, 이에 대한 구체적인 내용은 아래와 같다.

- 서비스기간: 2011. 1. 1. ~ 2011. 12. 31.
- 서비스지역: 대한민국
- 서비스명칭: F(매장음악)
- 서비스위치: (인터넷주소 1 생략)

② 을은 관리저작물을 전항에 명시된 사용허락 범위 이외의 용도로 사용하거나 제3자에게 사용하도록 할 경우에는 갑의 재허락을 받아야 한다.

제5조(정산시스템 연동 및 정산자료의 제공)

② 을은 음악저작물 사용료 산정 등을 위해 갑이 요구하는 매출액, 가입자 수 및 음악저작물 사용목록을 분기별로 작성하여 갑에게 문서로 통보하여야 한다.

제8조(음악저작물 사용료의 산정 및 납부 방법)

① "징수규정"에 의거 매장음악서비스의 사용료는 다음과 같이 산출한다.

제27조(헬캐스팅)

① 음악이 주(主)가 되는 헬캐스팅의 사용료는 다음과 같다.

1. 이용료(정보료) 또는 광고료가 있는 경우

나. 매장음악서비스: 다음 중 많은 금액으로 한다.

- 월경 800원 × 가입자수 × 음악저작물 관리비율
- 매출액 × 4% × 음악저작물 관리비율

② 을은 매월 또는 분기별로 발생한 음악저작물 사용료를 갑이 지정하는 계좌에 기한 내에 납부하여야 한다.

제14조(계약기간)

본 계약의 유효기간은 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지로 한다. 단 계약기간 만료 1개월 전까지 갑과 을 중 일방이 서면으로 계약해지를 통보하지 아니한 경우 본 계약과 동일한 조건으로 1년 단위로 자동 연장되는 것으로 한다.

다. E와 피고 사이의 매장음악서비스 공급계약

피고는 2010. 9. 27. E와 사이에 E가 피고 매장에 'F 음악방송 서비스'를 제공하고, 피고는 이용료를 지급하는 내용의 매장 음악방송 공급 계약(이하 '이 사건 제1 공급계약'이라 한다)을 체결하였고, 2012. 9. 25. E와 이 사건 제1 공급계약과 유사한 내용의 매장음악서비스 공급에 관한 계약(이하 '이 사건 제2 공급계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 제1, 2 공급계약 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

[이 사건 제1 공급계약]

피고(이하 '갑'이라 한다)와 E(이하 '을'이라 한다)는 다음과 같이 매장 음악방송 공급에 대한 계약을 체결하고 신의와 성실로써 이행하기로 합의한다.

제1조(목적)

본 계약은 갑의 매장에 을이 F 음악방송 서비스를 제공함에 있어 필요한 제반 사항들에 대하여 규정함으로써, 양 당사자의 서비스 활성화와 상호 이익의 극대화에 그 목적이 있다.

제2조(서비스의 정의)

"F 음악방송 서비스"라 함은 갑의 매장을 대상으로 을의 네트워크 매장음악 서비스용 SC플레이어를 통하여 맞춤형 음악방송을 할 수 있는 솔루션과 관련된 콘텐츠를 제공하는 서비스이다.

제3조(이용 요금)

1. 본 계약에 의해 갑이 을에게 매월 지급하여야 할 이용요금은 아래와 같다.

(단위: 원, VAT 별도)

구분	제공 범위	점포당 편성수	점포 당 공급 단가	비고
매장 수	~2,499	1	7,000	기본요금
매장 수	2,500 ~ 2,999	1	5,000	할인요금
매장 수	3,000 ~	1	4,000	할인요금

※ 매장 수는 ㉠ B 과 ㉠ G 매장의 합 수를 기준으로 한다.

제5조(각 당사자의 역할)

본 계약과 관련하여 양 당사자의 역할과 책임은 다음과 같다.

1. 갑의 역할 및 책임

- ① 서비스 계약의 발주
- ② 매장별 주소, 연락처 및 전용채널/콘텐츠 구성에 관한 제안 및 지원 협조
- ③ 신규 매장 오픈 시 매장 음악 인테리어에 대한 상호 협조 하에 진행
- ④ 갑의 시스템 및 네트워크 구성의 변경사항에 대하여 을에게 통보

2. 을의 역할 및 책임

- ① 서비스를 위한 제반 플랫폼 구축, 운용 및 유지보수
- ② 갑 전용 서비스를 위한 시스템 제공, 채널 구성
- ③ 기타 서비스 제공에 필요한 업무 및 부대설비 공급
- ④ 서비스 운영: 음원 가공, 편성, 프로그램 송출 등
- ⑤ 시스템/서비스 변경시 갑에게 사전 통보

제7조(콘텐츠의 저작권)

2. 을은 서비스를 위하여 갑에 제공하는 음원 등에 대한 지적재산권 일체를 확보하고 있음을 보증하여야 하며, 이를 위한 일체의 입증자료를 계약 전에 갑에게 제출하여야 한다. 만약 제3자가 을이 갑에게 제공한 서비스를 위한 음원 등에 대하여 갑에게 민,형사상 책

임을 추궁 시 을은 본인의 비용과 책임으로 본 계약기간 뿐만 아니라, 계약종료 후라도 갑을 보호하여야 하며, 그로 인하여 갑에게 발생한 모든 손해를 배상하여야 한다.

제9조(계약기간)

본 계약기간은 본 서비스 시행일로부터 2년으로 하며, 계약 만료 1달 이전에 계약해지 의사를 밝히지 않으면, 자동으로 계약은 1년씩 연장됨을 원칙으로 한다.

[이 사건 제2 공급계약]

피고(이하 '갑'이라 한다)와 E(이하 '을'이라 한다)는 매장 음악 서비스 공급에 대하여 다음과 같이 합의하고 계약한다.

제1조(계약의 목적)

본 계약은 을이 공급하는 매장음악서비스 제공 및 영업에 관련된 제반 계약사항을 규정하고, 상호 계약서에 명시된 사항을 신의를 갖고 성실히 이행하여 공동의 이익을 도모하는데 그 목적이 있다.

제2조(용어의 정의)

본 계약의 목적상 사용된 용어의 정의는 다음과 같으며, 본 조항에서 정의되지 않은 용어는 동종업계의 일반적인 관행에 따른다.

1. '매장음악서비스'라 함은 네트워크 연결을 통하여 서비스용 플레이어 또는 매장음악 전용 셋탑을 통하여 합법적인 매장 음악 방송을 이용할 수 있는 솔루션을 말한다.
2. '전용 채널'이라 함은 갑이 운영하는 매장에서만 서비스 되는 고유의 매장음악 서비스 채널을 말한다.
3. '전용 콘텐츠'라 함은 을이 제작하고 갑의 영업장에 적용되는 고유음원을 의미한다.
5. '이용료'란 을이 제공한 매장음악서비스를 가맹점에서 이용함으로써 갑이 을에게 지불한 금액을 말한다.

제5조(을의 권리 및 의무)

1. 을이 제공하는 매장음악서비스는 제3자의 지적재산권을 포함한 어떠한 권리도 침해하지 않을 것과 관계법령에 위반되지 아니할 것을 보장한다.
2. 을은 매장음악서비스를 위하여 갑에게 제공하는 음악서비스에 대한 지적재산권 일체를

확보하고 있음을 보증하고, 갑이 제3자로부터 음악에 대한 지적재산권과 관련하여 민, 형사상의 추궁을 당한 경우 을은 이로부터 갑을 면책하고 방어하며, 그로 인하여 발생한 책임 및 배상을 전적으로 을의 비용으로 해결한다.

제9조[이용료 및 정산]

1. 갑은 을이 제공하는 서비스에 가입한 가맹점이 사용한 이용료를 매월 결제일 현금 지급한다.
2. 이용료 및 결제일은 부속 합의서에 따른다.

부속 합의서

1. 갑의 서비스 이용료는 다음과 같다(VAT별도)

① 가맹점 이용료: 매장 1회선 당 월 3,700원

라. 피고 매장에서의 음원파일 재생에 이르기까지의 과정

E는 음원유통사(디지털 형태의 음원1) 을 직접 만들거나 다른 음원제작사로부터 음원을 공급받아 위 음원을 시중에 판매, 유통하는 업체)들로부터 판매용 음원을 구매하여, 이를 자신의 음원 데이터베이스에 저장한 다음 그 음원파일들을 선곡·배열하여 전용 콘텐츠를 만들어 전용 채널을 편성하고 그 채널의 음원파일을 가입자들에게 웹캐스팅 방식으로 제공하여 매장 내에서 이를 재생할 수 있도록 하는 '매장음악서비스'를제공하였다. E는 이 사건 제1, 2 공급계약에 따라 2012년 7월부터 적어도 2016년 9월까지 인터넷을 통해 디지털 형태의 음원을 스트리밍 방식2) 으로 전송하는 방법으로 피고 매장에 공급하였다(이하 위와 같이 공급된 음원 중 원고가 관리하는 음악저작물에 관한 음원을 '이 사건 음원'이라 한다). 피고 등은 위와 같이 이 사건 제1, 2 공급계약에 따라 E가 선곡·배열하여 인터넷을 통해 전송한 이 사건 음원을 스트리밍 방식으로 전송받아 피고 매장에서 서비스용 플레이어(이하 '매장플레이어'라 한다)를 통해 이를 재생하였다. 피고 등은 이 사건 음원이 재생되는 과정에서 원고로부터 이 사건 음원의 공연에 대한 별도의 이용허락을 받지 않았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3호증, 을 제1, 5, 6, 15호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심 판결서의 이유 중 해당부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

3. 원고의 공연권 침해 여부

가. 저작권법상 음반 및 공연의 의미

저작권법 제4조 제1항 제2호는 음악저작물을 저작물의 예로 들고 있는데, 음악저작물은 음(음성·음향)에 의하여 표현되는 저작물, 즉 인간의 사상이나 감정을 음으로 표현한 창작물을 의미한다.

나아가 저작권법 제2조 제5호는 “음반은 음(음성·음향을 말한다)이 유형물에 고정된 것(음을 디지털화한 것을 포함한다)을 말한다. 다만, 음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다.”라고 정하고 있다. 한편, 구 저작권법(2016. 3. 22. 법률 제14083호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 저작권법'이라 한다) 제2조 제5호는 “음반은 음(음성·음향을 말한다)이 유형물에 고정된 것(음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다)을 말한다.”라고 정하고 있었는바, 위 조항은 음이 유형물에 고정될 것을 요구할 뿐 청각적으로 고정될 것을 요구하지 않고 있어 소리가 디지털 형태로 표현되어 고정된 것도 음반에 해당한다고 봄이 타당하므로, 구 저작권법 제2조 제5호에 저작권법 제2조 제5호와 같이 '음을 디지털화한 것을 포함한다'라는 문구가 없었다고 하더라도 음을 디지털화한 것을 음반에서 제외한다는 취지였던 것으로 볼 수 없다. 따라서 2016. 3. 22. 구 저작권법이 개정되기 전후로 저작권법상 음반의 정의를 달리 볼 이유는 없다. 결국 저작권법상 음반은 음이 고정된 유형물(CD, LP, USB, HDD 등 저장매체로서의 유형물)이 아니라 그유형물에 고정되어 있는 음의 존재를 의미하는 것이다.

또한 저작권법 제2조 제3호는 “공연은 저작물 또는 실연·음반·방송을

상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함한다.”라고 정하고, 같은 조 제32호는 “공중은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말한다.”라고 정하고 있다. 따라서 음악저작물의 공연에는 불특정 다수인(특정다수인 포함)에게 음악저작물을 악기로 실연하는 연주나 음성으로 실연하는 가창을 통해 공개하는 경우뿐만 아니라 연주나 가창 등을 녹음 등의 방법으로 복제하여 고정한음반을 재생하는 행위도 포함된다고 할 것이다.

나. 피고 매장에서 이 사건 음원이 재생되었는지 여부

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심 판결서의 이유 중 해당부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

다. 피고 매장에서의 재생 행위가 공연권 침해에 해당하는지 여부

1) 먼저, E가 이 사건 제1, 2 공급계약에 따라 인터넷을 통해 피고 매장의 매장플레이어로 전송한 이 사건 음원이 저작권법상 음반에 해당하는지를 살펴본다. 위에서 본 바와 같이 E는 음원유통사를 통해 취득한 디지털 형태의 음원파일을 이 사건 제1, 2 공급계약이 정하는 바에 따라 선곡·배열하여 인터넷을 통해 피고 매장의 매장음악서비스 관련 시스템으로 전송하였고, 피고 등은 이 사건 음원을 스트리밍 방식으로 전송받아 피고 매장에서 매장플레이어를 통해 이를 재생하였다.

E가 음원유통사를 통해 취득한 디지털 형태의 음원파일은 E의 서버에 음이 컴퓨터파일 형식으로 고정된 것인바, E의 서버에 위와 같이 고정된 음은 저작권법상 음반에 해당한다고 볼 것이다[이에 대하여 피고는, 음반은 '최초로' 유형물에 고정된 음을 의미하고 이를 복제한 것은 별도의 음반이 아니라 '음반의 복제물'에 해당할 뿐이라고 주장한다. 그러나 저작권법 제2조 제5호나 구 저작권법 제2조 제5호에서 음반에 관하여 최초로 유형물에 고정된 음만을 의미한다고 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 저작권법의 다른 조항에서도 음반 중에서 특히 음이 최초로 고정된 음반을 나타낼 때는 '최초로', '맨 처음'과 같이 한정하는 문구를 별도로 사용하고 있고(제2조 제6호, 제64조 제1항 제2호

나목, 제86조 제1항 제2호, 제2항 제2호 등 참조), 음이 최초로 유형물에 고정된 이후 그 음반의 복제물 역시 유형물에 고정된 음인 이상 음반으로 볼 수밖에 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다].

2) 다음으로, 피고 등이 불특정 다수의 고객을 상대로 식품이나 생활용품 등을 판매하는 피고 매장에서 매장플레이어를 통해 E가 전송한 이 사건 음원을 재생하는 행위는 음반을 재생하여 공중에게 공개하는 것이므로, 저작권법상 공연에 해당한다고 봄이 타당하다.

3) 결국 피고 등이 피고 매장에서 E가 전송한 이 사건 음원을 재생하는 행위는 저작권법상 음반을 재생하는 방법으로 그 음악저작물을 공연하는 행위에 해당하는데, 앞서 본 바와 같이 피고 등은 원고로부터 이 사건 음원의 공연에 대한 별도의 이용 허락을 받지 않았으므로, 특별한 사정이 없는 이상 이로써 이 사건 음원에 대한 원고의 공연권이 침해되었다고 할 것이다(피고 매장 중 직영점에 관하여는 그 운영주체가 피고이므로 피고에게 공연권 침해에 대한 책임이 인정되고, 가맹점에 관하여는 운영주체가 따로 있으나, 위와 같이 피고의 관리·통제 하에 피고 매장에서 이 사건 음원이 재생된 이상, 피고에게 최소한 방조자로서 공연권 침해에 대한 책임이 인정된다).

라. 피고의 주장에 관한 판단(판매용 음반 여부)

1) 피고의 주장

구 저작권법 제29조 제2항 본문에서 정하고 있는 '판매용 음반'의 경우 저작권자의 공연권이 제한되는바, 피고 등이 E로부터 전송받은 이 사건 음원도 음반에 해당하고, 판매용 음반인지 여부는 음이 유형물에 고정되거나 디지털화 되어 최초로 공표되는 시점을 기준으로 판단하여야 하므로, 이 사건 음원도 판매용 음반에 해당되어 피고등이 이를 공연한 행위는 이 사건 음원에 대한 저작권자의 공연권을 침해한 것이 아니다.

2) 구 저작권법 제29조 제2항 본문의 '판매용 음반'의 범위와 판단 기준

구 저작권법 제29조 제2항은, 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 않는 경우 '판매용 음반' 또는 '판매용 영상저작물'을 재생하여 공중에게 공연하는 행위가 저작권법 시행령에서 정한 예외사유에 해당하지 않는 한 공연권 침해를 구성하지 않는다고 규정하고 있다. 그런데 위

규정은, 공연권의 제한에 관한 저작권법 제29조 제1항이 영리를 목적으로 하지 않고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않으며 또 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않는 경우에 한하여 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있도록 규정하고 있는 것과는 달리, 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 않는 경우라면 비영리 목적을 요건으로 하지 않고있어, 비록 공중이 저작물의 이용을 통해 문화적 혜택을 향수하도록 할 공공의 필요가 있는 경우라도 자칫 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해할 염려가 있으므로, 위 제2항의 규정에 따라 저작물의 자유이용이 허용되는 조건은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 한편 저작권법 제29조 제2항이 '판매용 음반'을 재생하여 공중에 공연하는 행위에 관하여 아무런 보상 없이 저작권자의 공연권을 제한하는 취지의 근거에는 음반의 재생에 의한 공연으로 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고 그에 따라 음반제작자는 물론 음반의 복제·배포에 필연적으로 수반되는 당해 음반에 수록된 저작물의 이용을 허락할 권능을 가지는 저작권자 또한 간접적인 이익을 얻게 된다는 점도 고려되었을 것이므로, 이러한 규정의 내용과 취지등에 비추어 보면 위 규정에서 말하는 '판매용 음반'이란 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반을 의미하는 것으로 제한하여 해석하여야 한다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결, 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다204653 판결 등 참조).

그런데 음반, 특히 디지털 형태의 음반은 음반제작자에 의하여 최초로 제작되어 발행된 이후에도 여러 차례 복제 또는 전송되는 경우가 많은데, 이와 같은 경우 복제 또는 전송된 음반이 판매용 음반에 해당하는지 여부는 음반제작자에 의하여 음반이 제작된 이후 발행될 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 음반이 발행된 이후에는 그 음반이 복제되더라도 복제된 유형물이 무엇인지, 복제된 음반이 어떤 방식으로 이용되는지 여부와 관계없이 음반의 성격은 변하지 않는다고 할 것이다. 그 근거는 아래와 같다.

① 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되기 전의 것) 제2조 제7호에서는 음반제작자를 '음을 음반에 맨 처음 고정한 자'로 정의하고 있었는데, 구 저작권법(2016. 3. 22. 법률 제14083호로 개정되기 전의 것) 제2조 제6호에서는 "음반제작자는 음을 음반에 고정하는데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자를 말한다."라고 정의하면서 "맨 처음"이라는 표현을

삭제하였으나, 현행 저작권법 제2조 제6호에서는 "음반제작자는 음반을 최초로 제작하는 데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는자를 말한다."라고 정하고 있다.

2016. 3. 22. 개정된 구 저작권법 제2조 제6호는 음을 실제로 고정하는 행위를 한 사람이 아니라 그 고정행위를 함에 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 사람을 음반제작자로 보아야 한다는 취지를 분명히 한 것일 뿐이므로, 저작권법은 그 개정경과에도 불구하고 음반을 최초로 제작하는 사람을 음반제작자로 보고 있다고 할 것이다.

따라서 음반제작자에 관한 저작권법의 조항에 비추어 보면, 음반의 '제작'은 음을 최초로 고정하는 행위로 보아야 할 것이고, 음반이 제작된 이후 어떠한 방법으로든지 그음반을 재고정하는 경우는 음반의 복제에 불과하다.

한편, 음반의 '발행'은 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제·배포하는 것을 의미하고(저작권법 제2조 제24호), 공중은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말하며(같은 조 제32호), 복제는 녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하고(같은 조 제22호), 배포는 음반의 원본또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다(같은 조 제23호).

일반적으로 음반은 음반제작자에 의하여 제작될 당시 그 용도가 정해지고 이후 그용도대로 발행되므로 판매용 음반으로 제작된 음반은 판매용으로 발행된다. 그런데 음반을 제작할 당시에는 판매용이 아닌 용도였다고 하더라도 이후 그 음반을 판매용으로발행하는 경우가 있을 수 있으므로, 음반이 제작될 당시가 아니라 발행될 당시의 용도가 판매용이라면 판매용 음반이 될 수 있다고 할 것이다.

② 음반제작자가 제작한 음반이 발행된 이후 그 음반을 다른 유형물에 그대로 녹음하는 경우는 물론 음반을 디지털 형태의 파일로 변환하여 컴퓨터 저장장치에 저장하거나 그 음반을 복제한 파일을 다운로드 받아 컴퓨터 저장장치에 저장하는 것 등은 모두 해당 음반의 복제에 해당한다고 볼 것이다. 이와 같이 복제된 음반은 음반제작자가 제작한 음반의 복제물에 불과하다고 할 것이므로, 복제된 유형물의 형태나 복제된 음반이 이용되는 방식에 관계없이 당초에 발행된 음반의 성격을 그대로 갖는다고 할 것이다.

③ 만약 판매용 음반인지 여부를 음반이 발행될 당시의 용도가 아니라 그 음반이나 복제물이 이용될 당시를 기준으로 판단할 경우에는, 판매용으로 발행된 음반도 그 음반이나 복제물을 이용하는 자가 판매용 이외의 용도로 이용하면 판매용 음반에 해당하지 않게 되어 저작권자의 공연권이 제한되지 않는 반면, 판매용 이외의 용도로 발행된 음반도 그 음반이나 복제물을 이용하는 자가 판매용으로 이용하면 판매용 음반이 되어 저작권자의 공연권이 제한될 수 있다.

그런데 구 저작권법 제29조 제2항 본문은 공중이 음악저작물의 이용을 통한 문화적 혜택을 누릴 수 있도록 하기 위하여 일정한 요건 하에 누구든지 판매용 음반을 재생하여 공중에게 공연할 수 있도록 함으로써 저작권자의 공연권을 제한하는 수단을 채택하고 있는바[헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2016헌마11115, 2019헌가18(병합) 전원재판부결정은 2016. 3. 22. 개정된 저작권법 제29조 제2항 본문과 관련하여 위와 같은 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하고, 나아가 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추고 있다고 판단하였다], 판매용 음반인지 여부를 발행된 음반이나 그 복제물이 이용될 당시를 기준으로 판단할 경우에는, 판매용으로 발행된 음반이라도 그 음반이나 복제물을 이용하는 자가 판매용 이외의 용도로 이용하면 이를 공중에게 공연할 수 없게 되므로, 판매용 음반을 통해 공중이 누릴 수 있는 문화적 혜택이라는 공익의 실현이 크게 저해될 수 있다. 이와 같은 해석은 위 조항의 입법목적에 부합하지 않는다.

④ 음반, 특히 디지털 형태의 음반이 음반제작자에 의하여 최초로 제작되어 발행된 이후 여러 차례에 걸쳐 복제되거나 전송되는 경우, 공연이 이루어지는 최종 단계의 음반의 용도를 기준으로 판매용 음반인지 여부를 판단하게 될 경우, 음반이나 그 복제물이 유통되는 과정에서 음반의 성격이 여러 차례 변경되는 결과가 발생하여 저작권자의 공연권 제한 여부가 달라질 수 있고, 판매용으로 발행된 음반을 구매한 자가 동시에 그 복제물을 판매용 이외의 용도로 취득하게 된 경우 어느 음반을 재생하느냐에 따라 저작권자의 공연권 제한 여부가 달라질 수도 있는바, 이러한 결과는 법적안정성이나 예측가능성을 크게 저해할 수 있다.

⑤ 우리나라가 2008. 12. 18. 가입한 '실연자, 음반제작자, 방송사업자의 보호를 위한 국제협약'(International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 이하 '로마협약'이라 한다) 및

'세계지적재산권기구 실연·음반조약'(WIPO Performances and Phonograms Treaty, 이하 'WIPO 실연·음반조약'이라 한다)이 2009. 3. 18. 각 발효되었고, 2016. 3. 22. 저작권법이 개정될 당시 로마협약 제12조 및 WIPO 실연·음반조약 제15조 제1항의 '상업적인 목적으로 발행된 음반(a phonogram published for commercial purposes)'이라는 문구와의 정합성을 맞추기 위해 저작권법 제29조 제2항, 제76조의2, 제83조의2의 '판매용음반'을 '상업용 음반'으로 개정하였다. 그런데 로마협약 제12조3)는 '상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물'의 직접적 사용과 관련하여 사용자의 실연자 또는 음반제작자에 대한 보상을 규정하고 있는바, 위 조항이 실연자 또는 음반제작자에 대한 보상에 관한 규정이지는 않지만 상업적인 목적으로 '발행된' 음반에 대하여 그 사용에 따른 보상을 규정하면서 그 복제물에 대해서도 동일한 취급을 하고 있다. 이는 보상의 대상이 되는 음반의 성격을 발행 당시를 기준으로 하면서 그 이후의 복제물 역시 동일한 성격을 갖는 것임을 전제로 하는 것으로 보인다.

⑥ 저작권법 제29조 제2항이 '판매용 음반'을 재생하여 공중에게 공연하는 행위에 관하여 아무런 보상 없이 저작권자의 공연권을 제한하는 취지의 근거에는, 음반의 재생에 의한 공연으로 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고, 그에 따라 음반제작자는 물론 음반의 복제·배포에 필연적으로 수반되는 당해 음반에 수록된 저작물의 이용을 허락할 권능을 가지는 저작권자 또한 간접적인 이익을 얻게 된다는 점도 고려된 것인바, 음반제작자가 제작한 음반이 발행될 당시에 그 음반이 판매용이라면 그 음반은 물론 그 음반의 복제물이 재생되어 공연되는 경우에도 발행된 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 그 음반의 판매량이 증가하여 저작권자에게 간접적인 이익을 줄 수 있다. 따라서 판매용으로 발행된 음반과 그 복제물의 공연권 제한에 차이를 둘 아무런 이유가 없다.

⑦ 구 저작권법 제29조 제2항 본문이 적용되는 공연의 경우 저작권자는 해당 판매용음반에 관한 공연권을 행사할 수 없으나, 같은 항 단서는 저작권자의 공연권이 제한되지 않는 경우를 대통령령으로 정하도록 규정하고 있으므로, 구 저작권법 제29조 제2항 단서 및 같은 법 시행령에서 정한 예외사유에 해당하는 경우 저작권자는 여전히 해당판매용 음반에 관한 공연권을 행사할 수 있다. 비록 위 조항들은 재산권의 원칙적 제한 및 예외적 보장의 형식을 취하고 있으나, 이는 입법자가

우리나라의 현실에서 판매용 음반을 재생하는 공연이 이루어지고 있는 다양한 상황과 함께 저작권자들의 권리 보호에 관한 국제적 기준을 염두에 두고, 구체적 사안에서 저작권자 등의 재산권 보장과 공중의 문화적 혜택 향수라는 공익이 조화롭게 달성되도록 하기 위한 정책적 고려에서 이와 같은 규율형식을 택한 것으로 볼수 있다. 실제로 같은 법 시행령 제11조는 판매용 음반 등이 공연되는 장소, 해당 공간의 용도, 해당 공간이 영업소인 경우 판매용 음반 등의 공연이 영업에 미치는 영향, 공연 대상인 청중 등의 규모 등 다양한 요소를 고려하여 저작재산권자의 권리를 보호할필요성이 큰 경우에는 공연권 제한의 예외를 폭넓게 규정하고 있다[헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2016헌마11115, 2019헌가18(병합) 전원재판부 결정 참조].

이와 같이 입법자는 판매용 음반에 대해서 원칙적으로 저작권자의 공연권을 제한하되 예외적으로 시행령의 규정을 통해 저작권자의 공연권을 인정하는 방식으로 저작권자의 공연권의 범위를 형성하고 있는바, 판매용으로 발행된 음반에 대하여 그 음반이나 복제물을 이용하는 자의 의도나 목적에 따라 판매용 음반의 성격이 달라진다고 해석하는 것은 위와 같은 입법자의 정책적 결단에 부합하지 않는다.

⑧ 음반제작자가 최초로 제작한 음반이 발행된 이후 그 음반에 녹음된 음악저작물을 이용하여 다른 음반을 새롭게 제작하여 발행할 경우에는 그 다른 음반의 성격은 최초로 발행된 음반의 성격과 다를 수 있다. 이러한 경우에는 최초로 발행된 음반을 단순히 복제하는 것이 아니라 새로운 음의 고정인 있는 경우라고 볼 수 있으나, 그 경우에도 새롭게 제작되어 발행된 음반의 성격은 그 음반이 발행될 당시를 기준으로 판단하면 된다.

3) 저작권법 제29조 제2항 본문의 '상업용 음반'의 범위

2016. 3. 22. 개정된 저작권법 제29조 제2항은 “청중이나 관중으로부터 해당 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정하여 구 저작권법 제29조 제2항의 '판매용 음반'을 '상업용 음반'으로 용어를 변경하였다. 그런데 을 제2호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 적어도 구 저작권법 제29조제2항의 판매용 음반은 저작권법 제29조 제2항의 상업용 음반에도 해당한다.

① 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다219616 판결은 판매용 음반을 사용하여 공연하는 자의 그 실연자 및 해당 음반제작자에 대한 보상의무를 정하고 있던 구 저작권법 제76조의2 제1항, 제83조의2 제1항의 '판매용 음반'에 '불특정 다수인에게 판매할 목적으로 제작된 음반뿐만 아니라 어떠한 형태이든 판매를 통해 거래에 제공된 음반'이 모두 포함된다고 하여 위에서 본 바와 같이 저작권자의 공연권 제한을 정하고 있던 같은법 제29조 제2항의 판매용 음반에 관한 해석(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474판결 등)과 달리 판시하였다. 위 각 대법원 판결이 저작권자의 공연권 제한 여부와 실연자 및 음반제작자에 대한 보상 여부라는 서로 다른 쟁점에 관한 판시였음에도 불구하고, 관련 업계에서는 구 저작권법상 판매용 음반의 범위에 관해 논란이 있었던 것으로 보인다.

② 위에서 본 바와 같이 2016. 3. 22. 저작권법을 개정할 당시 로마협약 제12조 및 WIPO 실연·음반조약 제15조 제1항의 '상업적인 목적으로 발행된 음반(a phonogram published for commercial purposes)'이라는 문구와의 정합성을 맞추고, 판매용 음반의 범위에 관한 관련 업계에서의 논란을 입법적으로 해결하기 위하여 저작권법 제29조 제2항, 제76조의2, 제83조의2 등에서 '판매용 음반'을 '상업용 음반'으로 개정하였다.

그런데 위에서 규정된 '상업적 목적(commercial purpose)'은 음반을 판매하거나, 음반을 홍보하기 위한 수단으로 무료로 배포하는 등 직·간접적인 이익이나 그 밖에 상업적인 이득(advantage)을 얻는 것으로 해석될 수 있다.

③ 저작권법 제21조에서는 '상업적 목적으로 공표된 음반'을 상업용 음반으로 약칭하고 있고, 일반적으로 '상업'이라 함은 '상품을 사고파는 행위를 통하여 이익을 얻는 일'을 의미하는바, 적어도 시중에 판매할 목적은 상업적 목적의 범위에 포함된다고 보아야 한다.

4) 피고 등이 공연한 음반이 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반인지 여부

위 기초사실과 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, E가 피고 매장에 인터넷을 통하여 전송한 이 사건 음원은 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반으로서 판매용 음반 또는 상업용 음반에 속한다고 할 것이다.

① E에 디지털 형태의 음원을 공급하는 음원유통사에게 음원을 공급하는 음원제작사는 디지털 형태의 음원을 최초로 제작하는데, 위 음원이 음반제작자에 의하여 최초로 제작되어 발행되는 음반이라고 할

것이다.

E는 음원유통사를 통해 위와 같이 발행된 음반이나 그 복제물을 공급받아 디지털형태의 음원파일로 서버에 저장해 두었다가, 위 음원파일 자체에 대한 편집을 가하지 않고 매장 분위기에 맞춰 위 음원파일들을 선곡·배열하여 그대로 피고 매장의 매장음악서비스 관련 시스템으로 전송하며(이는 최초로 제작발행된 음반과 다르게 새로 음을 고정하는 작업이 아니므로, E가 위 음원파일들을 선곡·배열하여 편성한 전용 콘텐츠를 위 음원파일들과 구별되는 새로 제작·발행된 별도의 음반으로 볼 수 없다), 피고등은 이 사건 음원을 스트리밍 방식으로 전송받아 피고 매장에서 매장플레이어를 통해 재생한다. E의 서버에 저장된 음원파일이나 피고 매장의 매장음악서비스 관련 시스템으로 전송된 이 사건 음원은 모두 위와 같이 발행된 음반의 복제물이라고 할 것이다.

② 음원유통사나 음원제작사는 모두 시중에 유통하거나 판매할 목적으로 디지털 형태의 음반을 제작하여 E 등 공중을 대상으로 발행하였다. E가 음원유통사로부터 공급받은 디지털 형태의 음반은 시중에서 일반 공중이 구매하는 음반과 동일한 것으로 보인다. 따라서 음원유통사나 음원제작사가 제작·발행한 음반은 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반이라고 할 것이다. E의 서버에 저장된 음원파일이나 피고 매장의 매장음악서비스 관련 시스템으로 전송된 이 사건 음원은 모두 위와 같이 제작·발행된 음반의 복제물에 불과하므로, 그 음반과 마찬가지로 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반이라고 할 것이다.

5) 소결

피고 등이 E로부터 전송받아 공연한 이 사건 음원이 판매용 음반 또는 상업용 음반에 속하는 이상 피고 등은 구 저작권법 제29조 제2항 본문 또는 저작권법 제29조 제2항 본문에 따라 이 사건 음원을 공중에게 공연할 수 있다고 할 것이므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 있다(피고의 이 부분 주장을 받아들이는 이상 피고의 나머지 주장에 관하여는 판단하지 않는다).

마. 소결

피고는 판매용 음반 또는 상업용 음반에 해당하는 이 사건 음원을 재생하여 공연하였으므로, 피고의 이 사건 음원 공연행위가 원고의 공연권을 침해하였다거나, 이로써 피고가 부당한 이득을 얻고

원고에게 손해를 가하였다고 할 수 없다. 이와 다른 전제에 선 원고의 공연권 침해에 따른 손해배상청구 및 부당이득반환청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 설범식 판사 이준영 판사 최성보

- 1)저작권법에서 사용되는 용어는 아니지만 일상적으로 사용되는 표현이므로 이를 그대로 사용하기로 하고, 그 법적 성격에 대해서는 뒤에서 살펴본다.
- 2)인터넷에서 영상이나 음향·애니메이션 등의 파일을 하드디스크 드라이브에 다운로드하지 않은 채 여러 개의 파일로 나누어 보내어 실시간으로 재생해 주는 기법. 가령, 디지털 음원 데이터가 스트리밍 된다면, 컴퓨터는 이 데이터를 청크(chunk, 데이터를 처리하는 임의의 크기) 단위로 주기억장치(RAM) 내 위치한 임시공간(버퍼, buffer)에 저장하고 처리하고(음악 형식으로 변환시켜 재생) 지우기를 반복하는 방식으로, 용량이 큰 데이터도 작은 단위로 쪼개어 처리한다.
- 3)상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 방송 또는 공중예의 전달에 직접적으로 사용되는 경우에, 단일의 공정한 보상이 사용자에게 의하여 실연자나 음반제작자 또는 이들 양자에게 지급되어야 한다. 당사자 사이에 약정이 없는 경우에는 국내법으로 이 보상금의 배분 조건을 정할 수 있다(If a phonogram published for commercial purposes, or areproduction of such phonogram, is used directly for broadcasting or for any communication to the public, a singleequitable remuneration shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both.Domestic law may, in the absence of agreement between these parties, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration).