

서울고등법원 2023. 9. 14 선고 2022나2042137 판결 [부당이득금반환 등]

재판경과

대법원 2025. 1. 23 선고 2023다290386 판결

서울고등법원 2023. 9. 14 선고 2022나2042137 판결

서울중앙지방법원 2022. 9. 22 선고 2020가합547123 판결

전문

원고, 항소인 사단법인 A

소송대리인 법무법인(유한) 신원

담당변호사 김진욱, 이소희, 백경태, 우지현, 유민주, 우홍균, 정광윤, 안지윤

피고, 피항소인 B 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 광장

담당변호사 곽재우, 김운호, 고현진

제1심 판결 서울중앙지방법원 2022. 9. 22. 선고 2020가합547123 판결

변론종결 2023. 4. 6.

판결선고 2023. 9. 14

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 267,920,000원과 이에 대하여 2016. 10. 1.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 5%, 그다음 날부터 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 고쳐 쓰는 것 외에는 제1심판결의 이유 중 '1. 기초사실'란 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

제1심판결 이유 중 제8쪽 제1행과 그 이후 기재된 “이 사건 음원들”을 모두 “이 사건 음원”으로 고쳐 쓴다.

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

1) 피고는 2014. 4.경부터 2016. 9.경까지 C 매장에서 원고가 신탁받아 관리하는 음악저작물인 이 사건 음원을 원고의 이용허락 없이 공연함으로써 원고의 공연권을 침해함과 동시에 법률상 원인 없이

공연사용료 상당의 이익을 얻고 이로써 원고에게 같은 액수 상당의 손해를 가하였다.

2) C 매장은 피고가 직접 또는 자회사 D를 통해 직영점 내지 대리점으로 운영하고 있는바, 피고는 이 사건 음원의 공연 주체 내지 그 매장 운영의 실질적인 이익 귀속주체로서, 위 공연권 침해에 따른 불법행위로 인한 손해배상 또는 부당이득반환으로 위 침해기간 동안의 공연사용료 상당액인 267,920,000원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고

1) C 매장에서 이 사건 음원을 재생한 것은 구 저작권법(2016. 3. 22. 법률 제14083호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 저작권법'이라 한다) 제29조 제2항의 '판매용 음반을 재생한 공연'에 해당하므로, 원고의 공연권을 침해하지 않는다.

2) C 매장에서 이 사건 음원을 재생한 것이 원고의 공연권을 침해하는 행위에 해당한다 하더라도, 피고는 위 공연행위의 당사자가 아닐 뿐만 아니라 C 매장을 위하여 E과 이 사건 용역계약을 체결한 후 E으로부터 음악서비스를 제공받았으므로, 피고에게는 원고의 공연권 침해에 대한 고의 내지 과실이 없다.

3) C 매장 내지 D는 피고와 구별되는 별개의 영업 주체이자 이익 귀속 주체이므로, 피고가 원고의 공연권을 침해하는 불법행위를 저질렀다거나 피고에게 귀속되는 부당이득이 존재한다고 볼 수 없다.

4) 불법행위에 기한 손해배상청구권은 이미 시효가 완성되어 소멸하였다.

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 제2조 제5호는 “음반은 음(음성·음향을 말한다)이 유형물에 고정된 것(음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다)을 말한다.”라고 정하고 있었는데, 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 그 유형물에 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(특정 다수인 포함)에게 음악저작물을 악기로 실연하는 연주나 음성으로 실연하는 가창을 통해 공개하는 경우뿐만 아니라 연주나 가창 등을 녹음 등의 방법으로 복제하여 고정한 음반을 재생하는 행위도 포함된다고 할 것이다.

나. C 매장에서의 이 사건 음원 재생 행위가 공연권 침해에 해당하는지 여부

1) 앞서 본 사실에 변론 전체의 취지를 종합하면, E은 음원공급업체들을 통해 취득한 디지털 형태의 음원파일을 선곡·배열하여 인터넷을 통해 C 매장의 매장음악서비스 관련 시스템으로 전송하였고, C 매장은 이 사건 음원을 스트리밍 방식으로 전송받아 서비스용 플레이어를 통해 이를 재생한 사실을 인정할 수 있다.

E이 음원공급업체들을 통해 취득한 디지털 형태의 음원파일은 E의 서버에 음이 컴퓨터 파일 형식으로 고정된 것인바, E의 서버에 위와 같이 고정된 음은 저작권법상 음반에 해당한다고 볼 것이다.

2) 불특정 다수의 고객을 상대로 전자 제품을 판매하는 C 매장에서 E이 전송한 이 사건 음원을 재생하는 행위는 음반을 재생하여 공중에게 공개하는 것이므로, 저작권법상 공연에 해당한다.

3) 결국 C 매장에서 E이 전송한 이 사건 음원을 재생하는 행위는 저작권법상 음반을 재생하는 방법으로 그 음악저작물을 공연하는 행위에 해당하는데, 앞서 본 바와 같이 E이 원고로부터 이 사건 음원의 공연에 대한 별도의 이용허락을 받지 않았으므로, 특별한 사정이 없는 이상 이로써 이 사건 음원에 대한 원고의 공연권이 침해되었다고 할 것이다.

다. 피고의 주장에 관한 판단(판매용 음반 여부)

1) 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 않고 있어, 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 구 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 고려되었을 것이므로, 이러한 규정의 내용과 취지 등에 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 이유는 아래와 같다.

가) 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되기 전의 것) 제2조 제7호에서는 음반제작자를 '음을 음반에 맨 처음 고정한 자'로 정의하고 있었는데, 구 저작권법 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 지는 자를 말한다."라고 정하고 있다. 구 저작권법 제2조 제6호가 2016. 3. 22. 법률 제14083호로 개정되면서 위와 같이 변경된 것은 개정된 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 그 음반을 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 원본 또는 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 그 용도대로 발행되므로 판매용 음반으로 제작된 음반은 판매용으로 발행된다. 그런데 음반을 제작할 당시에는 판매용이 아닌 용도였다고 하더라도 이후 그 음반을 판매용으로 발행하는 경우가 있을 수 있으므로 음반이 제작될 당시가 아니라 발행될 당시의 용도가 판매용이라면 판매용 음반이 될 수 있다고 할 것이다.

나) 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 불과하므로, 복제된 유형물의 형태나 복제된 음반이 이용되는 방식에 관계없이 당초에 발행된 음반의 성격을 그대로 갖는다고 할 것이다.

다) 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, 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.

라) 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.

마) 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. 저작권법을 개정할 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 '판매용 음반'을 '상업용 음반'으로 개정하였다. 그런데 로마협약 제12조는 '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 규정이기기는 하지만 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.

바) 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 이유가 없다.

사) 구 저작권법 제29조 제2항 본문이 적용되는 공연의 경우 저작권자는 해당 판매용 음반에 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 해당 판매용 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 저작권자 등의 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 볼 수 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 보호할 필요성이 큰 경우에는 공연권 제한의 예외를 폭넓게 규정하고 있다.

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.

아) 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.

2) 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 변경하였는바, ① 앞서 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 개정한 점, ② '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 해석할 수 있는 점, ③ 저작권법 제21조에서는 '상업적 목적으로 공표된 음반'을 상업용 음반으로 약칭하고 있는데, 일반적으로 '상업'이라 함은 '상품을 사고파는 행위를 통하여 이익을 얻는 일'을 의미하는 점 등에 비추어 보면, 구 저작권법 제29조 제2항의 판매용 음반은 저작권법 제29조 제2항의 상업용 음반에도 해당한다 할 것이다.

3) 이 사건 음원이 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반인지 여부

앞서 인정한 사실과 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, E이 C 매장에 스트리밍 방식으로 전송한 이 사건 음원은 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반으로서 판매용 음반 또는 상업용 음반에 속한다고 할 것이다.

가) E에 디지털 형태의 음원을 공급하는 음원공급업체들은 디지털 형태의 음원을 최초로 제작하는데, 위 음원이 음반제작자에 의하여 최초로 제작되어 발행되는 음반에 해당한다.

E는 음원공급업체들을 통해 위와 같이 발행된 음반이나 그 복제물을 공급받아 디지털 형태의 음원파일로 서버에 저장하고, 위 음원파일 자체에 대한 편집을 가하지 않고 C 매장의 분위기에 맞춰 위 음원파일들을 선곡·배열하여 그대로 C 매장의 매장음악 서비스 관련 시스템으로 전송하며, C 매장은 이 사건 음원을 스트리밍 방식으로 전송받아 서비스용 플레이어를 통해 재생한다. E의 서버에 저장된 음원파일이나 C 매장의 매장음악서비스 관련 시스템으로 전송된 이 사건 음원은 모두 위와

같이 발행된 음반의 복제물이다.

나) 음원공급업체들은 모두 시중에 유통하거나 판매할 목적으로 디지털 형태의 음반을 제작하여 E 등 공중을 대상으로 발행하였다. E이 음원공급업체들로부터 공급받은 디지털 형태의 음반은 시중에서 일반 공중이 구매하는 음반과 동일한 것으로 보이므로 음원공급업체들이 제작·발행한 음반은 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반이라고 할 것이다. E의 서버에 저장된 음원파일이나 C 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.

다) E은 음원공급업체들을 통해 취득한 디지털 형태의 음원파일에 DRM 혹은 암호화 조치 등을 하는바, 이로 인하여 음원파일의 형식이 변경되더라도 이는 음반의 허락없는 복제 등 저작권 침해를 방지하기 위한 조치로 보일 뿐 최초로 제작·발행된 음반과 다르게 새로 음을 고정하는 작업이 아니다. 따라서 E이 위와 같은 조치를 통해 최초로 제작·발행된 음반과 다른 새로운 음반을 제작하거나 발행한 것으로 볼 수는 없고, 나아가 E이 위 음원파일들을 선곡·배열하여 편성한 콘텐츠 역시 최초로 제작·발행된 음반과 다르게 새로 음을 고정하는 작업이 아니므로, 위 음원파일들과 구별되는 새로 제작·발행된 별도의 음반으로 볼 수 없다.

4) 소결

C 매장이 E으로부터 전송받아 공연한 이 사건 음원이 판매용 음반 또는 상업용 음반에 속하는 이상 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.

라. 소결론

이 사건 음원 공연행위가 원고의 공연권을 침해하였음을 전제로 하는 원고의 공연권 침해에 따른 손해배상청구 및 부당이득반환청구는 나머지 점에 더 나아가 살펴볼 필요없이 이유 없다.

4. 결론

원고의 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 원고의

항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이광만 판사 이희준 판사 정현미