

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2015도11550 상표법위반, 저작권법위반, 부정경쟁방지및영업비밀
보호에관한법률위반
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인(유한) 바른 외 2인
원 심 판 결 대구지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014노816 판결
판 결 선 고 2015. 12. 10.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유
를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 저작권법위반의 점에 관한 상고이유에 관하여

가. 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 요건으로서 창작성이 요구되나, 여기서

말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다(대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결 등 참조).

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 원심 판시 이 사건 캐릭터는 토끼를 사람 형상으로 표현한 것으로서 둥근 얼굴에 작고 둥근 눈 및 작은 눈과 대비되는 크고 둥근 코와 그 아래에 일자에 가까운 입모양을 갖추고 있고, 귀는 긴 타원형으로 속살 같은 것이 보이는 형태로 되어 있으며, 팔과 다리는 길게 늘어뜨려 약간 휘어진 형태인데 손이나 발은 원형으로 되어 있어, 전체적으로 아무 표정이 없지만 느긋하고 귀여운 느낌을 주도록 도안한 것임을 알 수 있다.

한편, 이 사건 캐릭터는 2004년경 일본에서 만화, 영화 등 대중매체에 표현되기 전에 상품에 사용되면서 공표되는 이른바 오리지널 캐릭터의 일종으로 개발된 도안으로서 물품에 표시되는 이외에도 2008년경 일본에서 공표된 동화책들에서 물품에 부착되지 않은 형태로 게재되는 등 이 사건 캐릭터 자체만의 형태로도 사용되어 왔음을 알 수 있으므로 이 사건 캐릭터가 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 요건으로서 창작성을 구비하였는지 여부는 도안 그 자체로 일반적인 미술저작물로서 창작성을 구비하였는지 여부에 따라 판단하면 충분하다고 할 것이다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결 참조).

그런데 이 사건 캐릭터는 흔히 볼 수 있는 실제 토끼의 모습과는 구별되는 독특한

형상으로서 창작자 나름의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존 작품과 구별할 수 있는 정도라고 보이므로 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 요건으로서의 창작성을 구비하였다고 할 것이다. 따라서 피고인이 원심 판시와 같이 이 사건 캐릭터의 단순한 입체적 형상으로서 그 복제물 또는 2차적저작물에 해당하는 토끼인형을 무단으로 수입하여 국내에서 판매하는 행위는 이 사건 캐릭터에 대한 저작재산권의 침해에 해당한다.

이 사건 캐릭터의 창작시기나 그 입체적 형상인 원심 판시 이 사건 토끼인형의 최초 판매시점 등에 대하여 다투는 취지의 피고인의 주장은 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 탓하는 취지의 것으로서 받아들일 수 없다.

나. 피고인은 이 사건 캐릭터나 토끼인형은 응용미술로서 그 본국인 일본에서 저작물로 보호되지 않으므로, 본국에서 응용미술이 디자인이나 모델로서만 보호되는 경우 원칙적으로 다른 체약국에서도 저작물로는 보호되지 않는다는 취지를 규정한 '문학·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 이하 '베른협약'이라고 한다)' 제2조 제7항 또는 우리나라가 가입하거나 체결한 조약이나 저작권법의 규정에 따라 보호되는 외국인의 저작물이라도 그 외국에서 우리나라 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 저작권법에 따른 보호를 제한할 수 있다는 취지로 이른바 상호주의를 규정한 저작권법 제3조 제3항에 의하여 우리나라에서도 저작물로 보호되지 않는다는 취지로 주장한다. 그러나 이 사건 캐릭터를 일반적인 미술저작물로 볼 수 있음은 앞서 본 바와 같은데, 베른협약의 체약국 사이에서는 협약상 내국민대우의 원칙이 적용되고, 상호주의를 규정한 저작권법 제3조 제3항이 이러한 베른협약상의 내국민대우의 원칙을

배제하는 조항이라고 해석되지는 아니하기 때문에, 일본이 베른협약의 체약국으로서 같은 체약국인 우리나라 국민의 저작물에 대하여 내국민대우를 하는 이상 일본을 본국으로 하는 이 사건 캐릭터는 우리나라 저작권법에 따라 미술저작물로 보호될 수 있다.

따라서 이에 관한 피고인의 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

다. 원심의 판시는 다소 부적절한 면이 있으나 이 사건 캐릭터의 창작성을 인정하여 피고인의 저작권침해가 성립한다고 한 결론은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같이 이 사건 캐릭터의 창작성 등에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고 한다)위반의 점에 관한 상고이유에 관하여

관련 법리와 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 알 수 있는 이 사건 캐릭터의 창작시기, 박삼호의 국내에서의 이 사건 캐릭터 상품에 관한 수입, 제조, 판매 관련 활동내역 및 이 사건 토끼인형 등 이 사건 캐릭터 관련 상품의 판매현황과 언론매체에 알려진 정도 등에 비추어 보면, 원심이 이 사건 캐릭터 및 그 입체적 형상인 이 사건 토끼인형이 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 상품표지성이나 주지성에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하고 판단을 누락하는 등의 잘못이 없다.

3. 상표법위반의 점에 관한 상고이유에 관하여

가. (1) 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위는 그 상표권에 대한 침해행위가 된다. 여기서 유사상표의 사

용행위에 해당하는지에 대한 판단은 두 상표가 해당 상품에 관한 거래실정을 바탕으로 그 외관, 호칭, 관념 등에 의하여 거래자나 일반 수요자에게 주는 인상, 기억, 연상 등을 전체적으로 종합할 때, 두 상표를 때와 장소를 달리하여 대하는 거래자나 일반 수요자가 상품 출처에 관하여 오인·혼동할 우려가 있는지 여부의 관점에서 이루어져야 한다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다216522 판결 참조).

(2) 위 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 살펴본다.

(가) 오른쪽과 같이 구성된 원심 판시 이 사건 등록상표는 청색의 오뎅이 형상 내부에 토끼얼굴 도형이 그려져 있고 그 하단에 프랑스어 문자 'le Sucre'가 배치되어 있는데 그 중 토끼얼굴 도형 부분은 그 크기와 위치 및 전체 표장에서 차지하는 비중 등에 비추어 볼 때 수요자의 주의를 끄는 특징적 부분이라고 볼 수 있다. 오른쪽과 같이 구성된 원심 판시 별지 2의 우측 상



표(이하 '피고인 사용상표 1'이라고 한다)에 나타나 있는 토끼 도형도 비록 옷을 입은 몸통과 팔다리가 그려져 있기는 하나 이 사건 등록상표의 토끼얼굴 도형과 사실상 동일한 얼굴모양을 하고 있다. 그 배경에 나타나 있는 전체적으로 노란색의 나비 모양과 분홍색을 띤 문양과 바탕 등은 이 사건 등록상표에는 존재하지 아니하는 부분이지만 이는 수요자들의 이목을 가장 많이 끌 수 있는 토끼얼굴 도형과 비교하여 중심적인 식별력을 가지는 부분이라고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 등록상표의 문자부분인 'le Sucre'와 피고인 사용상표 1의 문자부분 중 'sucre d'orge'는 전체적으로 볼 때 글자체나 음절수 등의 면에서 동일하지는 않더

라도 'Sucre(sucre)'를 그 일부로 포함한다는 점에서 공통점이 있다.

(다) 이 사건 등록상표와 피고인 사용상표 1이 사용된 상품은 모두 토끼인형으로서 그 형상 또한 동일하거나 유사하다.

(라) 피고인이 수입·판매한 토끼인형에는 피고인 사용상표 1이 태그(tag)의 형태로 연결되어 있는데 정품을 원하는 고객들이 토끼인형에 달린 상표를 근거로 정품을 확인하고 구입하였다.

(마) 이와 같은 이 사건 등록상표와 피고인 사용상표 1 사이의 표장의 근사성과 위 상표들이 사용된 상품의 거래실정 등을 종합하여 보면 양 상표는 거래자나 일반 수요자에게 주는 인상, 기억, 연상 등에 있어서 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으킬 우려가 있어서 유사상표에 해당한다고 할 것이다.

(바) 원심이 이 부분에 관하여 실시한 이유는 다소 부적절하나 양 상표가 유사하다고 본 결론은 정당하고 거기에 상표권침해에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 피고인이 이 사건 등록상표의 등록일 이전인 2012. 10.경부터 오른쪽과 같이 구성된 원심 판시 별지 2의 좌측 상표(이하 '피고인 사용상표 2'라고 한다)를 사용하지 아니하였다는 주장은 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 탓하는 취지의 것으로서 받아들일 수 없다.



다. 한편 피고인은 이 사건 등록상표가 등록무효가 될 것이 명백하여 이에 대한 침

해를 이유로 피고인을 형사처벌할 수 없다는 취지로 주장하나, 이 사건 등록상표가 등록무효가 될 것이 명백함을 인정할 자료를 찾아볼 수 없고, 오히려 기록에 의하면, 이 사건 등록상표에 관한 등록무효심판 절차에서 이 사건 등록상표가 지정상품을 '마스코트 인형, 마네킹인형' 등으로 하고 'SUCRE D'ORGE'와 같이 구성된 선등록상표(상표등록번호 제409616호)와 유사하지 아니하다는 등의 사유로 등록무효가 아니라는 내용의 심결이 확정된 사실이 인정되므로(특허심판원 2014. 4. 15.자 2013당576 심결 참조), 이에 관한 피고인의 주장은 받아들일 수 없다.

4. 죄수에 관한 상고이유에 관하여

원심 판시의 각 범죄사실은, '피고인이 2010. 11. 24.경부터 2013. 4. 18.경까지 저작권자인 일본 유한회사 오리지널플랜트의 저작물인 이 사건 캐릭터 모양의 인형 83,950개를 수입한 후 판매하여 저작재산권을 침해하였다'는 취지의 저작권법위반 부분, '피고인이 위와 같이 인형 83,950개를 수입한 후 판매하여 국내에 널리 알려진 상품표지인 박삼호의 이 사건 캐릭터 모양의 인형과 혼동하게 하였다'는 취지의 부정경쟁방지법위반 부분, '피고인이 2013. 1. 22.경부터 2013. 4. 18.경까지 이 사건 등록상표와 동일 또는 유사한 피고인 사용상표 1, 2가 부착된 인형 14,900개를 수입하고 판매하여 박삼호의 상표권을 침해하였다'는 취지의 상표법위반 부분으로 이루어져 있는데, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하나, 상표법위반죄는 나머지 죄들과 그 구성요건과 행위태양 등을 달리하므로 그 죄들과 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보아야 한다.

원심이 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄가 형법 제37조 전단의 실체적 경합

