

변리사스쿨

시험장 노트

제63회 변리사 2차 시험



변리사스쿨

당신의 합격수기가
다음 합격자의 길이 됩니다.

제63회 변리사시험 합격수기 EVENT

생생한 합격 경험을 공유하고 특별한 혜택을 받아보세요.

합격의 경험을 공유하면

최대 100만원 축하금 지급

EVENT 1

수석합격자

1,000,000원



EVENT 2

합격자

300,000원



※ 유튜브 인터뷰 참여 시 추가 300,000원 지급



신청 방법 : 변리사스쿨 카카오톡 채널 문의



PREFACE

어느덧 제63회 변리사 2차 시험이 다가오고 있습니다. 시험이 가까워지는 만큼, 모든 수험생분들께서는 상당한 스트레스를 받고 있을 것입니다.

지난 수험기간 동안에 열심히 했음에도 불구하고, 실력이 쌓이는 것 같지 않아서 답답할 것입니다.

암기하고 돌아서면 잊어버리고..
또 암기하고.. 또 잊어버리고...

많이 힘드시죠? 너무나도 힘들어서 포기하고 싶고, 울고 싶을 것입니다.
합격자들이 겪는 자연스러운 현상입니다.

그러나 지금은 “나만” 힘든 것이 아닙니다.
수험생분들 모두가 힘든 시기입니다.

힘들지 않으면 절대 합격할 수 없습니다.

지금 힘들고 괴로운 것은 합격하기 위한 과정입니다.
그 고통을 이겨내시어 합격하시기를 바랍니다.

Good Luck To You
변리사스쿨 배상.

CONTENTS

변리사시험 전문학원 변리사스쿨

2026년 63회 2차 대비

01	특허법 001 조현중
02	민사소송법 012 최영덕
03	저작권법 028 이한결



01 | 특허법

조현중

1. 제42조 제3항 제1호

[규정]

구 특허법(2011. 5. 24. 법률 제10716호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제42조 제3항은, 발명에 관한 설명에는 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라고 한다)이 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재하여야 한다고 규정하였다.

[취지]

이는 특허출원된 발명의 내용을 제3자가 명세서만으로 쉽게 알 수 있도록 공개하여 특허권으로 보호받고자 하는 기술적 내용과 범위를 명확하게 하기 위한 것이므로,

[판단기준]

이 조항에서 요구하는 명세서 기재의 정도는 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서도 명세서 기재에 의하여 당해 발명을 정확하게 이해할 수 있고 동시에 재현할 수 있는 정도를 말한다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010후2582 판결 등 참조).

2. 제42조 제4항 제1호

[규정]

또한 구 특허법 제42조 제4항 제1호는 청구범위에 보호받고자 하는 사항을 기재한 청구항이 발명에 관한 설명에 의하여 뒷받침되어야 한다고 규정하였는데,

[취지]

이는 특허출원서에 첨부된 명세서의 발명에 관한 설명에 기재되지 않은 사항이 청구항에 기재됨으로써 출원자가 공개하지 아니한 발명에 특허권이 부여되는 부당한 결과를 막으려는 데에 취지가 있다.

[판단기준]

위와 같은 명세서 기재요건을 충족하는지는 위 규정의 취지에 맞게 특허출원 당시의 기술수준을 기준으로 하여 통상의 기술자 입장에서 청구범위에 기재된 발명과 대응되는 사항이 발명에 관한 설명에 기재되어 있는지에 따라 판단하여야 한다. 특허출원 당시의 기술수준에 비추어 발명에 관한 설명에 개시된 내용을 청구범위에 기재된 발명의 범위까지 확장 또는 일반화할 수 있다면, 그 청구범위는 발명에 관한 설명에 의하여 뒷받침된다고 볼 수 있다(대법원 2016. 5. 26. 선고 2014후2061 판결 등 참조).

3. 확대된 선출원주의

[규정]

특허출원한 발명이 그보다 먼저 출원된 다른 발명의 특허출원서에 최초로 첨부된 명세서에 기재된 청구범위나 발명에 관한 설명 또는 도면의 내용과 동일성이 인정될 경우에는, 먼저 출원된 발명이 나중에 공개된 경우에도 특허를 받을 수 없다.

[판단기준]

구 특허법 제29조 제3항에서 말하는 발명의 동일성은 진보성과 구별되는 것으로서, 두 발명의 기술적 구성이 동일한

지 여부에 따르되 발명의 효과도 참작해서 판단해야 한다. 두 발명의 기술적 구성에 차이가 있더라도 그 차이가 과제해결을 위한 구체적 수단에서 주지관용기술의 부가·삭제·변경 등에 지나지 않아 새로운 효과가 발생하지 않는 정도의 미세한 차이가 있을 뿐이라면 두 발명은 실질적으로 동일하다고 할 수 있다. 그러나 두 발명의 기술적 구성 차이가 위와 같은 정도를 벗어난다면, 설령 그 차이가 통상의 기술자가 쉽게 도출할 수 있는 범위 내라고 하더라도 두 발명이 동일하다고 할 수 없다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2017후2369, 2376 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 정정발명의 청구범위 제14항(특허심판원 2023. 10. 11. 자 2023정32 정정심결에 의하여 정정된 것, 이하 '이 사건 제14항 정정발명'이라 하고, 다른 청구항도 같은 방식으로 표시한다)과 선출원발명은 기술적 구성에 차이가 있고, 그러한 기술적 구성 차이가 과제해결을 위한 구체적 수단에서 주지관용기술의 부가·삭제·변경 등에 지나지 않아 새로운 효과가 발생하지 않는 정도의 것에 불과하다고 볼 수 없으므로, 두 발명이 실질적으로 동일하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 구 특허법 제29조 제3항의 확대된 선출원 규정에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 오인하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 선택발명 신규성

[판단기준]

선행 또는 공지의 발명에 구성요소가 상위개념으로 기재되어 있고 그 상위개념에 포함되는 하위개념만을 구성요소 중의 전부 또는 일부로 하는 이른바 선택발명의 신규성을 부정하기 위해서는 선행발명이 선택발명을 구성하는 하위개념을 구체적으로 개시하고 있어야 한다. 여기에는 선행발명을 기재한 선행 문헌에 선택발명에 대한 문언적인 기재가 존재하는 경우 외에도 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(이하 '통상의 기술자'라 한다)가 선행 문헌의 기재 내용과 출원 당시의 기술 상식에 기초하여 선행 문헌으로부터 직접적으로 선택발명의 존재를 인식할 수 있는 경우도 포함된다.

[구체적 판단 및 결론]

원심은 판시와 같은 이유로, 명칭을 '다환 방향족 유도체 화합물 및 이를 이용한 유기발광소자'로 하는 이 사건 정정발명(특허번호 생략)의 청구범위 제1항(특허심판원 2023. 7. 13. 자 2023정19호 정정심결에 의하여 정정된 것, 이하 '이 사건 제1항 정정발명'이라 하고, 다른 청구항도 같은 방식으로 표시한다)은 선행발명에 구성요소가 상위개념으로 기재되어 있고 그 상위개념에 포함되는 하위개념을 구성요소 중 전부 또는 일부로 하는 선택발명에 해당하는데, 이 사건 제1항 정정발명의 [화학식 A-3] 화합물은 선행발명에 구체적으로 개시되어 있다고 볼 수 없고, 통상의 기술자가 출원 당시의 기술 상식에 기초하여 선행발명으로부터 직접적으로 그 존재를 인식하기도 어려우므로 신규성이 부정되지 않으며, 이 사건 제1항 정정발명을 인용하는 종속항인 이 사건 제5항, 제6항, 제17항, 제18항 정정발명 역시 신규성이 부정되지 않는

다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 선택발명 및 신규성 판단에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 선택발명 진보성

[판단기준]

[구성의 곤란성 일반론]

선행발명에 특허발명의 상위개념이 공지되어 있는 경우에도 구성의 곤란성이 인정되면 특허발명의 진보성이 부정되지 않는다. 선택발명의 경우에도 진보성 판단을 위하여 구성의 곤란성을 따져 보아야 한다. 구성의 곤란성을 판단할 때에는 선행발명에 이론상 포함될 수 있는 화합물의 개수, 통상의 기술자가 선행발명의 화합물 중에서 특정한 화합물이나 특정 치환기를 우선적으로 또는 쉽게 선택할 사정이나 동기 또는 압시의 유무, 선행발명에 구체적으로 기재된 화합물과 특허발명의 구조적 유사성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[구성의 곤란성 판단시 효과 참작 취지]

선택발명의 진보성을 판단할 때에는 그 발명이 갖는 특유한 효과도 함께 고려하여야 한다. 선행발명에 이론적으로 포함되는 수많은 화합물 중 특정한 화합물을 선택할 동기나 압시 등이 선행발명에 개시되어 있지 않은 경우에도 그것이 아무런 기술적 의의가 없는 임의의 선택에 불과한 경우라면 그와 같은 선택에 어려움이 있다고 볼 수 없는데, 발명의 효과는 선택의 동기가 없어 구성이 곤란한 경우인지 임의의 선택에 불과한 경우인지를 구별할 수 있는 중요한 표지가 될 수 있기 때문이다. 또한 화학, 의약 등의 기술분야에 속하는 발명은 구성만으로 효과의 예측이 쉽지 않으므로, 선행발명으로부터 특허발명의 구성요소들이 쉽게 도출되는지를 판단할 때 발명의 효과를 참작할 필요가 있고, 발명의 효과가 선행발명에 비하여 현저하다면 구성의 곤란성을 추론하는 유력한 자료가 될 것이다.

[효과의 현저성]

나아가 구성의 곤란성 여부의 판단이 불분명한 경우라고 하더라도, 특허발명이 선행발명에 비하여 이질적이거나 양적으로 현저한 효과를 가지고 있다면 진보성이 부정되지 않는다.

[효과 인정범위]

효과의 현저성은 특허발명의 명세서에 기재되어 통상의 기술자가 인식하거나 추론할 수 있는 효과를 중심으로 판단하여야 하고, 만일 그 효과가 의심스러울 때에는 특허권자도 출원일 이후에 추가적인 실험 자료를 제출하는 등의 방법으로 그 효과를 구체적으로 주장·증명할 필요가 있다. 이때 추가적인 실험 자료 등은 그 발명의 명세서 기재 내용의 범위를 넘지 않는 것이어야 한다(대법원 2021. 4. 8. 선고 2019후10609 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 제1항 정정발명은 통상의 기술자가 선행발명으로부터 [화학식 A-3] 화합물에 도달하기까지 수많은 선택지를 조합하면서 거듭된 시행착오를 거쳐야 할 것으로 보여 구성의 곤란성과 효과의 현저성이 인정되므로 선행발명에 의하여 진보성이 부정되지 않고, 이 사

건 제1항 정정발명을 인용하는 종속항인 이 사건 제5항, 제6항, 제17항, 제18항 정정발명 역시 진보성이 부정되지 않는다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 구성의 곤란성 및 효과의 현저성에 관한 법리를 오해하고 실험결과에 대한 이유가 모순되는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

6. 주지부합

[판단기준]

[특허법원 심리범위]

특허출원에 대한 심사 단계에서 거절결정을 하려면 그에 앞서 출원인에게 거절이유를 통지하여 의견서 제출의 기회를 주어야 한다. 거절결정에 대한 불복심판 절차와, 거절결정 불복심판의 기각 심결에 대한 취소소송 절차에서도, 특허청장은 심사 또는 심판 단계에서 의견서 제출의 기회를 부여하지 않은 거절이유를 새로이 주장할 수 없다. 다만 거절결정 불복심판의 기각 심결에 대한 취소소송 절차에서 특허청장이 비로소 주장하는 사유라고 하더라도, 심사 또는 심판 단계에서 이미 통지되어 의견서 제출의 기회가 주어진 거절이유와 주된 취지가 다르지 않고 단지 그 거절이유를 보충하는 데 지나지 않는 사유는 심결의 당부를 판단하는 근거로 될 수 있다.

[증거자료 추가의 경우]

이미 통지된 거절이유가 선행발명에 의하여 출원발명의 진보성이 부정된다는 취지인 경우에, 그 선행발명을 보충하는 자료로서 특허출원 당시 그 기술분야에 널리 알려진 주지관용기술의 존재를 증명하기 위한 자료는 주된 취지가 다른 새로운 공지기술에 관한 것이라고 할 수 없다. 따라서 심결취소소송의 법원이 이러한 자료를 진보성을 부정하는 판단의 근거로 채택하였다고 하더라도, 이미 통지된 거절이유와 주된 취지가 다른 새로운 거절이유를 판결의 기초로 삼은 것이라고 할 수 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013후1054 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 다음 사정을 알 수 있다. 을 제8호증은 심사 단계에서 이미 거절이유의 근거로 통지되었던 선행기술인 선행발명 2를 보충하기 위하여 원고의 이 사건 출원발명(명칭: (명칭 생략), (출원번호 생략))의 출원 당시 그 기술분야에 널리 알려진 주지관용기술의 존재를 증명하는 자료로 제출된 것이다. 또한 일본 특허 공개 2004-241792호 공보는 그 자체가 진보성 부정을 위한 증거로 제출된 것이 아니라 선행발명 1의 명세서에 배경기술로 기재된 것으로, 선행발명 1의 내용을 파악하는 데에 참작된 것에 불과하다.

위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 을 제8호증과 일본 특허 공개 2004-241792호 공보의 내용을 진보성을 부정하는 판단의 근거로 채택하였다고 하더라도 이는 새로운 공지기술에 관한 것이 아니고, 이미 통지된 거절이유와 주된 취지가 다른 새로운 거절이유를 판결의 기

초로 삼은 것이라고 할 수 없다. 이러한 원심의 판단에 상고 이유 주장과 같이 새로운 거절이유를 들어 원고의 절차적 권리를 보장하지 않는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

7. 출원일체원칙

[판단기준]

특허출원에서 청구범위가 둘 이상의 청구항으로 이루어진 경우에 어느 하나의 청구항이라도 거절이유가 있으면 그 출원 전부가 거절되어야 한다(대법원 1993. 9. 14. 선고 92후 1615 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007후3820 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 출원발명의 청구범위 제1항은 통상의 기술자가 선행발명 1 또는 선행발명 1에 선행발명 2를 결합한 것으로부터 쉽게 발명할 수 있어 진보성이 부정되고, 특허출원에서 청구범위가 둘 이상의 청구항으로 이루어진 경우에 어느 하나의 청구항이라도 거절이유가 있으면 그 출원 전부가 거절되어야 하므로 이 사건 출원발명은 특허등록을 받을 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 발명의 진보성 판단에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

8. 청구항 특정 및 문언범위

[문언해석 판단기준]

특허발명의 청구범위는 특허출원인이 특허발명으로 보호받고자 하는 사항을 기재한 것이므로, 특허발명의 확정성은 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여야 하고, 발명에 관한 설명이나 도면 등 다른 기재에 의하여 청구범위를 제한하거나 확장하여 해석하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 청구범위에 적혀 있는 사항은 발명에 관한 설명이나 도면 등을 참작하여 그 기술적인 의미를 정확하게 이해할 수 있으므로, 청구범위에 적혀 있는 사항의 해석은 문언의 일반적인 의미 내용을 기초로 하면서도, 발명에 관한 설명이나 도면 등을 참작하여 문언에 의하여 표현하고자 하는 기술적 의의를 고찰한 다음 객관적·합리적으로 하여야 한다(대법원 2023. 1. 12. 선고 2020후11820 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

원심은 판시와 같은 이유로, 명칭을 ‘(명칭 생략)’으로 하는 이 사건 특허발명(특허번호 생략)의 청구범위 제1항(이하 ‘이 사건 제1항 발명’이라 한다)의 구성요소 3에 관한 기술적 의미를 해석하고, 위 구성요소 3은 이에 대응하는 확인대상 발명의 구성요소와 차이가 있으므로, 확인대상 발명은 문언적으로 이 사건 제1항 발명의 권리범위에 속하지 않는다는 취지로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 이 부분 상고이유 주장과 같이 청구범위 해석에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

9. 균등범위

[일반론]

특허발명과 대비되는 확인대상 발명이 특허발명의 권리범위에 속한다고 하기 위해서는 특허발명의 청구범위에 기재된 각 구성요소와 그 구성요소 간의 유기적 결합관계가 확인대상 발명에 그대로 포함되어 있어야 한다. 확인대상 발명에 특허발명의 청구범위에 기재된 구성 중 변경된 부분이 있는 경우에도 특허발명과 과제 해결원리가 동일하고, 실질적으로 동일한 작용효과를 나타내며, 그와 같이 변경하는 것이 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이라면 누구나 쉽게 생각해 낼 수 있는 정도라면, 특별한 사정이 없는 한 확인대상 발명은 특허발명의 청구범위에 기재된 구성과 균등한 것으로서 여전히 특허발명의 권리범위에 속한다고 보아야 한다.

[과제해결원리의 동일 여부]

확인대상 발명과 특허발명의 ‘과제 해결원리가 동일’한지를 가릴 때에는 청구범위에 기재된 구성의 일부를 형식적으로 추출할 것이 아니라, 명세서에 적힌 발명에 관한 설명의 기재와 출원 당시의 공지기술 등을 참작하여 선행기술과 대비하여 볼 때 특허발명에 특유한 해결수단이 기초하고 있는 기술사상의 핵심이 무엇인가를 실질적으로 탐구하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2012후1132 판결 등 참조). 특허법이 보호하려는 특허발명의 실질적 가치는 선행기술에서 해결되지 않았던 기술과제를 특허발명이 해결하여 기술발전에 기여하였다는 데에 있으므로, 확인대상 발명의 변경된 구성요소가 특허발명의 대응되는 구성요소와 균등한지를 판단할 때에도 특허발명에 특유한 과제 해결원리를 고려하는 것이다(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017후424 판결 등 참조).

[효과의 실질적 동일 여부]

선행기술에서 해결되지 않았던 기술과제로서 특허발명이 해결한 과제를 확인대상 발명도 해결한다면 원칙적으로 확인대상 발명의 작용효과와 특허발명의 작용효과가 실질적으로 동일하다고 볼 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015후 2327 판결, 대법원 2022. 1. 14. 선고 2021후10589 판결 등 참조). 다만 특허발명이 해결한 기술과제가 선행기술에서도 해결되었던 기술과제에 불과하다면, 확인대상 발명과 특허발명에서 균등 여부가 문제되는 구성요소의 개별적 기능이나 역할 등을 비교하여 작용효과가 실질적으로 동일한지 여부를 판단하여야 한다(대법원 2019. 1. 31. 선고 2018다267252 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

위 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 의하여 알 수 있는 사실들에 비추어, 확인대상 발명이 이 사건 제1항 발명 특허권의 권리범위에 속하는지 여부에 대하여 살펴본다.

- 1) 이 사건 특허발명 명세서의 발명에 관한 설명에 따르면, 이 사건 제1항 발명이 해결하려는 과제는 걸이끈을 덮개부에 결합하는 구조와 걸이끈의 길이를 조절하는 구조가 별도로 구성되어 있는 마스크의 복잡한 구조를 간단하게 하고, 마스크의 초기 착용상태를 안정적으로 유지할 수 있도록 하는 것이다.
- 2) 이를 위해 이 사건 제1항 발명은 다음과 같은 해결수단을 채택하고 있다. 마스크 본체 중앙덮개부의 좌우측

및 상·하부 종단에, 중앙덮개부로부터 일체로 연장되어 형성되는 밀착공부를 각각 구성한다. 이러한 밀착공부를 통해 형성된 좌우측 및 상·하부 밀착공에, 좌우측 걸이 끈을 밀착상태로 통과시켜 마스크 본체에 결합하고, 좌우측 및 상·하부 밀착공부 사이에 좌우측 끈당김 이격 공간을 형성하여 좌우측 걸이끈이 노출되도록 한다.

- 3) 이 사건 특허발명의 출원 당시 공지된 선행발명 2(을 제2호중)에는 마감부의 중간부에 요홈을 형성하고 그 요홈을 통해 걸림밴드 중간부를 인출하여 걸림밴드의 길이를 조정하는 구성이 나타나 있다. 그러나 선행발명 2를 비롯하여 원심에서 제출된 선행기술 문헌에 따르면, 선행기술에서 마스크의 복잡한 구조를 간단하게 하기 위해 밀착공부를 마스크 본체에 일체로 연장 형성시키는 구성을 해결수단으로 제시하였다고 보기는 어렵다.
- 4) 위와 같은 이 사건 특허발명의 명세서에 적힌 발명에 관한 설명의 기재와 출원 당시의 공지기술 등을 참작하면, 선행기술에서 해결되지 않았던 기술과제로서 이 사건 제1항 발명이 해결하여 기술발전에 기여한 부분은, 구조가 간단하고 초기 착용상태를 안정적으로 유지하는 마스크를 제공한다는 기술과제를 해결하기 위해 '마스크 본체 중앙덮개부의 좌우측 및 상·하부 종단에, 중앙덮개부로부터 일체로 연장되어 형성되는 밀착공부를 각각 구성하고, 이에 따라 형성된 좌우측 및 상·하부 밀착공에 좌우측 걸이끈을 밀착상태로 통과시켜 마스크 본체에 결합하는 구성'을 그 특유한 해결수단으로 제시하였다는 데에 있다.
- 5) 확인대상 발명은 이 사건 제1항 발명과 대비하여 원심 판시 차이점 1, 2와 같이 구성에 변경된 부분이 있다. 그렇지만 확인대상 발명도 '밀착공부가 모두 중앙덮개부로부터 일체로 연장 형성되어 중앙덮개부의 좌우측 상·하부 종단에 각각 구성되어 있고, 좌우측 걸이끈을 좌우측 상·하부 밀착공에 밀착상태로 통과시켜 마스크 본체에 결합'되어 있다. 이로써 확인대상 발명은 걸이끈을 덮개부에 결합하는 구조와 걸이끈의 길이를 조절하는 구조가 통합되어 마스크의 구조가 간단해지고, 마스크의 초기 착용상태가 안정적으로 유지될 수 있다.
- 6) 따라서 확인대상 발명은 이 사건 제1항 발명과 과제 해결원리가 동일하고, 선행기술에서 해결되지 않았던 기술과제로서 이 사건 제1항 발명이 해결한 과제를 확인대상 발명도 해결하므로 원칙적으로 이 사건 제1항 발명과 작용효과가 실질적으로 동일하다. **확인대상 발명에 원심 판시와 같은 작용효과, 즉 밀착공부가 피부에 접촉하지 않아 마스크의 착용감이 우수해지고 밀착공부 제조공정이 간이화되며 걸이끈을 압착하면서도 피부에 닿지 않도록 하는 압착부를 형성할 수 있는 효과가 있다고 하더라도, 이는 일반적으로 널리 쓰이는 기술수단을 채택한 데에 따른 부수적인 효과에 불과하다고 보인다. 확인대상 발명이 이 사건 제1항 발명의 작용효과 외에 위와 같은 부수적인 효과를 발휘한다는 사정만으로는 실질적인 작용효과에 차이가 있다고 볼 수 없다.**

그런데도 원심은 판시와 같은 이유로, 확인대상 발명은 이 사건 제1항 발명과의 차이점으로 인하여 실질적으로 동일한 작용효과를 나타내지 않아 이 사건 제1항 발명과 균등관계가 부정되어 그 특허권의 권리범위에 속하지 않는다고 판단하였

다. 이러한 원심의 판단에는 특허권의 균등침해 요건에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

10. 진보성

[진보성 판단순서]

발명의 진보성 부정 여부를 판단할 때에는 적어도 선행 기술의 범위와 내용, 진보성 판단의 대상이 된 발명과 선행 기술의 차이, 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라 한다)의 기술수준에 대하여 증거 등 기록에 나타난 자료에 기초하여 파악한 다음, 특허 출원 당시의 기술수준에 비추어 진보성 판단의 대상이 된 발명이 선행 기술과 차이가 있는데도 통상의 기술자가 그러한 차이를 극복하고 선행 기술로부터 쉽게 발명할 수 있는지를 살펴보아야 한다.

[사후적 고찰 금지]

이 경우 진보성 판단의 대상이 된 발명의 명세서에 개시되어 있는 기술을 알고 있음을 전제로 사후적으로 통상의 기술자가 쉽게 발명할 수 있는지를 판단해서는 안 된다(대법원 2007. 8. 24. 선고 2006후138 판결, 대법원 2025. 7. 16. 선고 2022후10524 판결 등 참조).

[결합발명]

특허발명의 청구범위에 기재된 청구항이 복수의 구성요소로 되어 있는 경우에는 각 구성요소가 유기적으로 결합한 전체로서의 기술사상이 진보성 판단의 대상이 되는 것이지 각 구성요소가 독립하여 진보성 판단의 대상이 되는 것은 아니다. 그러므로 그 특허발명의 진보성을 판단할 때에는 청구항에 기재된 복수의 구성을 분해한 후 각각 분해된 개별 구성 요소들이 공지된 것인지 여부만을 따져서는 안 되고, 특유의 과제 해결원리에 기초하여 유기적으로 결합된 전체로서의 구성의 곤란성을 따져 보아야 하며, 이때 결합된 전체 구성으로서의 발명이 갖는 특유한 효과도 함께 고려하여야 한다.

여러 선행 기술 문헌을 인용하여 특허발명의 진보성이 부정된다고 하기 위해서는, 그 인용되는 기술을 조합 또는 결합하면 해당 특허발명에 이를 수 있다는 암시동기 등이 선행 기술 문헌에 제시되어 있거나, 그렇지 않더라도 해당 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적인 과제, 발전 경향, 해당 업계의 요구 등에 비추어 보아 통상의 기술자가 쉽게 그와 같은 결합에 이를 수 있다고 인정할 수 있는 경우이어야 한다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005후3284 판결, 대법원 2015. 11. 27. 선고 2013후3326 판결 등 참조).

[구체적 판단 및 결론]

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

가. 이 사건 특허발명(특허번호 생략)은 '명칭 1 생략'이라는 명칭의 발명으로, 인장 장치와 부하 제한 장치 등을 구비하되 종래의 벨트 위축기에 비하여 더 단순하고 소형화된 구조를 가지는 벨트 위축기를 제공하는 것을 기술적 과제로 삼고 있다.

나. 선행발명 5는 그 명칭을 '명칭 2 생략'으로 하는 발명으로, 화약식 인장 장치인 파이로테크닉 텐서너와 전기식 인장 장치인 가역적 벨트 텐서너가 함께 사용

되는 경우, 부하 제한 장치의 작동에 따른 벨트 인출이 간섭받고 그 조합에 상당한 비용이 요구되는 등의 문제를 해결하는 것을 기술적 과제로 삼고 있다. 선행발명 5는 이러한 문제를 해결하기 위하여 벨트 스펴(14)을 기준으로 가역적 벨트 텐서너와 잠금장치를 같은 쪽에 배치하고, 그 반대쪽에 파이로테크닉 텐서너를 배치함으로써 부하 제한 장치의 작동에 따른 벨트 인출이 안정적으로 이루어지도록 하고, 가역적 벨트 텐서너와 파이로테크닉 텐서너를 함께 구비할 수 있는 조합을 제공한다.

다. 이 사건 특허발명의 청구범위 제1항(특허심판원 2022. 2. 16. 자 2022정10 심결로 정정된 것, 이하 '이 사건 제1항 발명'이라 하고, 다른 청구항도 같은 방식으로 표시한다)은 선행발명 5와 대비하여 아래와 같은 차이점이 있다.

- 1) 이 사건 제1항 발명은 잠금장치(4)와 같은 쪽에 인장 장치가 배치되어 있고 그 반대쪽에는 다른 인장 장치가 없는 반면에, 선행발명 5는 캐치 캐리어(20)와 같은 쪽에 전기식 인장 장치인 가역적 벨트 텐서너가 배치되어 있고 그 반대쪽에 화약식 인장 장치인 파이로테크닉 텐서너도 배치되어 있다(이하 '차이점 1'이라 한다).
- 2) 이 사건 제1항 발명은 부하 제한 장치가 링 원통형 부속부(5a) 안으로 연장 결합되는 반면에, 선행발명 5는 토션 로드(28)가 '링 원통형'이 아닌 캐치 캐리어(20) 안으로 연장 결합된다(이하 '차이점 2'라 한다).
- 3) 이 사건 제1항 발명은 톱니(19)가 하우징(9) 내부에 포함되는 반면에, 선행발명 5는 잠금 톱니(26)가 기어(32) 하우징과 별도로 형성되어 기어(32) 하우징의 외부에 부착된다(이하 '차이점 3'이라 한다).
- 4) 이 사건 제1항 발명은 인장기 구동 휠(6)이 제1 부분(1)과 제2 부분(5)의 외측부(5b) 사이에 안착되는 반면에, 선행발명 5는 톱니 링(38)이 캐치 캐리어(20)의 외주면상에 배치될 뿐 이 사건 제1항 발명의 외측부(5b)에 대응되는 구성을 개시하고 있지 않다(이하 '차이점 4'라 한다).
- 5) 이 사건 제1항 발명은 프레임에 고정되는 별도의 하우징(9)이 있고 그 하우징(9) 안에 인장기 구동 휠(6) 등 인장 장치가 배치되는 반면에, 선행발명 5의 기어(32) 하우징은 전기모터와 다수의 기어 등을 보호하는 하나의 모듈화 된 기어박스일 뿐, 프레임에 연결 고정되어 내부 부품을 감싸는 구성요소로 볼 수는 없다(이하 '차이점 5'라 한다).

라. 그런데 위 차이점들 중 차이점 1, 3, 4, 5는 통상의 기술자가 선행발명 5에 선행발명 9, 10 등을 결합하여 쉽게 극복하기 어렵다.

1) 차이점 1에 관하여 본다.

선행발명 5는 가역적 벨트 텐서너와 잠금장치를 같은 쪽에 배치하고 파이로테크닉 텐서너와 구동스프링을 같은 쪽에 배치하여, 상호간에 독립적으로 배치·구동되도록 하는 것에 그 기술적 특징이 있다. 그런데도 원심이 선행발명 5에서 파이로테크닉 텐서너를 제거하면 차이점 1을 극복할 수 있다고 보는 것은, 선행발명 5가 해결하고자 하는 기술적 과제나 기술적 의

의를 무시하는 것이다. 특히 선행발명 5는 이 사건 제1항 발명이 해결하고자 하는 기술적 과제인 '구조의 단순화, 소형화'에 관해서는 아무런 인식조차 없었음을 고려할 때 더욱 그러하다.

한편 선행발명 10의 명세서에는 제1 프리텐서너 기구(60)를 생략할 수 있다는 기재가 있기는 하다. 그러나 그 명세서에는 '제1 프리텐서너 기구를 생략할 경우 좌우 밸런스의 불균형이 발생하므로 긴급 잠금 동작기구(230)를 적용하는 것이 좋다'는 취지의 기재가 있다. 따라서 선행발명 10에서 제1 프리텐서너 기구를 생략하면 좌우 밸런스의 균형을 맞추거나 긴급 잠금 동작기구(230)를 적용하기 위하여 상당한 설계 변경이 필요할 수밖에 없고, 이는 선행발명 10을 선행발명 5에 결합하는 데에 부정적인 교시가 될 수 있다.

2) 차이점 3에 관하여 본다.

원심은 선행발명 9의 링부(24), 폴(20), 래칫 톱니(22)가 이 사건 제1항 발명의 하우징(9), 잠금장치(4), 톱니(19)와 각각 대응됨을 전제로 하고 있다. 그러나 선행발명 9에서 이 사건 제1항 발명의 잠금장치(4) 및 톱니(19)의 기능을 수행하는 부분은 부하 제한 장치의 기능을 수행하는 '폴(20)' 및 '래칫 톱니(22)'가 아니라, 잠금장치의 기능을 수행하는 '중래의 잠금기구' 및 '래칫 톱니수단(10a)'이다. 이처럼 선행발명 9의 폴(20)과 래칫 톱니(22)는 이 사건 제1항 발명의 잠금장치(4) 및 톱니(19)와 수행하는 기능이 다르고 서로 대응되는 구성요소로 보기도 어려우므로, 통상의 기술자가 위 구성요소를 선행발명 5에 결합하기 위한 동기나 암시가 있다고 보기 어렵다. 더욱이 선행발명 9는 링부(24) 내에 폴(20)과 래칫 톱니(22)를 제외하면 별다른 구성요소가 없고 회전 구동부도 링부(24)의 반대쪽에 있는 반면에, 이 사건 제1항 발명은 하우징(9) 내에 잠금장치(4) 외에 인장기 구동 휠(6)까지 배치해야 하므로, 선행발명 9를 선행발명 5에 결합하기 위해서는 상당한 구조적 설계 변경이 필요할 것으로 보인다.

따라서 통상의 기술자가 선행발명 9의 링부(24), 폴(20), 래칫 톱니(22)를 선행발명 5에 결합하여 차이점 3을 쉽게 극복한다고 볼 수 없다.

3) 차이점 4에 관하여 본다.

이 사건 제1항 발명이 외측부(5b)라는 구성요소를 가지는 반면에, 선행발명 5는 이에 대응되는 구성요소를 가지고 있지 않다. 이러한 구성상의 차이로 인하여 이 사건 제1항 발명은 선행발명 5에 비하여 다음과 같은 효과를 가질 수 있다. 즉, 이 사건 제1항 발명의 인장기 구동 휠(6)은 제1 부분(1)과 제2 부분(2)의 외측부(5b) 사이에 안착되므로, 고속 회전 시에도 비교적 안정적인 구조를 가질 수 있다. 또한 이 사건 제1항 발명의 외측부(5b)는 그 직경이 하우징(9)의 내부 직경보다 커서 제2 부분(5)과 인장기 구동 휠(6) 등의 내부 부품이 하우징(9) 밖으로 이탈되지 않도록 하는 걸림부 역할도 할 수 있다. 선행발명 5는 이 사건 제1항 발명의 외측부(5b)에 대응되는 구성요소를 가지고 있지 않으므로 이 사건 제1항 발명의 위와 같은 효과를 기대하기 어렵다.

따라서 차이점 4는 통상의 기술자가 선행발명 5로부터 쉽게 극복할 수 있다고 보기 어렵다.

4) 차이점 5에 관하여 본다.

이 사건 제1항 발명의 하우징(9)은 프레임(8)의 한쪽에 고정·결합되고 그 내부에 배치되는 인장 장치, 잠금장치(4), 제2 부분(5) 등을 감싸서 보호할 수 있는 별도의 케이스이다. 그러나 선행발명 5의 기어(32) 하우징은 이 사건 제1항 발명의 하우징(9)과는 그 기능이나 구성 등이 전혀 다른 구성요소이다. 즉, 선행발명 5의 기어(32) 하우징은 가역적 벨트 텐서너를 구성하는 전기모터와 다수의 기어 등 부품을 보호하는 하나의 모듈화 된 기어박스에 불과하고, 그 기어박스 내부의 부품 외에 캐치 캐리어(20), 잠금 캐치(22), 잠금 톱니(26) 등의 부품은 보호하지 않는다.

이에 따라, 이 사건 제1항 발명은 하우징(9)이 그 내부의 부품들을 보호하고 밀봉함으로써 그 내부에 화약식 인장 장치가 배치되든지 혹은 전기식 인장 장치가 배치되든지 무관하게 그 내부에서 발생하는 소음, 가스, 화약 등이 외부로 누출되는 것을 방지할 수 있다. 그 반면에 선행발명 5는 기어(32) 하우징이 기어박스로서 전기모터, 기어 등의 내부 부품을 보호하고 있을 뿐 캐치 캐리어(20), 잠금 캐치(22), 잠금 톱니(26) 등의 부품을 보호할 수 없고, 기어(32) 하우징과 잠금 톱니(26) 사이에서 발생하는 소음 등의 외부 누출을 방지할 수도 없다.

따라서 차이점 5도 통상의 기술자가 선행발명 5로부터 쉽게 극복할 수 있다고 보기 어렵다.

5) 위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 제1항 발명은 통상의 기술자가 선행발명 5에 선행발명 9, 10 등을 결합하여 쉽게 발명할 수 없으므로, 그 진보성이 부정되지 않는다. 나아가 이 사건 제3항부터 제7항 발명은 이 사건 제1항 발명을 직·간접적으로 인용하는 종속항으로서 그 독립항인 이 사건 제1항 발명이 선행발명들에 의하여 진보성이 부정되지 않는 이상, 당연히 진보성이 부정될 수 없다.

그런데도 원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 제1항, 제3항부터 제7항 발명의 진보성이 부정된다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 특허발명의 진보성 판단에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

11. 정정청구

[사실관계]

원심이 인정한 사실관계는 다음과 같다.

가. 피고의 이 사건 특허발명(특허번호 생략)은 ‘혈압 강하용 억제학적 조성물’이라는 명칭의 발명이다. 이 사건 특허발명의 청구범위 제1항(이하 ‘이 사건 제1항 발명’이라고 하고, 다른 청구항도 같은 방식으로 표시한다)은 ‘안지오텐신-2-수용체 차단제로서 피마살탄 칼륨염 또는 이의 수화물 30mg 및 칼슘 채널 차단제로서 암로디핀 베실레이트염 5mg을 포함하는 혈압 강하용 억제학적 조성물’에 관한 것이다.

나. 이 사건 특허발명에 대한 특허무효심판절차에서 피고는 이 사건 제1항 발명의 청구범위를 ‘안지오텐신-2-수용체 차단제로서 피마살탄 칼륨염 또는 이의 수화물 30mg(피마살탄 칼륨염으로 30mg) 및 칼슘 채널 차단제로서 암로디핀 베실레이트염 5mg(암로디핀으로 5mg)을 포함하는 혈압 강하용 억제학적 조성물’로 정정하는 이 사건 정정청구를 하였다.

[청구항 특징]

특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여지고(특허법 제97조), 발명의 설명이나 도면 등에 의하여 그 보호범위를 제한하거나 확장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만 청구범위에 적혀 있는 사항은 발명의 설명이나 도면 등을 참작하여 그 기술적인 의미를 정확하게 이해할 수 있으므로, 청구범위에 적혀 있는 사항의 해석은 문언의 일반적인 의미 내용을 기초로 하면서도 발명의 설명이나 도면 등을 참작하여 문언에 의하여 표현하고자 하는 기술적 의의를 고찰한 다음 객관적·합리적으로 하여야 한다. 그러나 발명의 설명과 도면 등을 참작한다고 하더라도 발명의 설명이나 도면 등 다른 기재에 따라 청구범위를 제한하거나 확장하여 해석하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2014후2788 판결, 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018후12202 판결 등 참조).

[정정요건]

한편 특허법 제136조 제1항, 제4항에서는 청구범위를 감축하는 경우, 잘못 기재된 사항을 정정하는 경우, 분명하지 아니하게 기재된 사항을 명확하게 하는 경우에 한하여 특허권자가 특허발명의 명세서 또는 도면에 대하여 정정심판을 청구할 수 있도록 하면서 이에 따른 정정은 청구범위를 실질적으로 확장하거나 변경할 수 없다고 규정하고 있다.

[구체적 판단 및 결론]

원심판결이 인정한 사실관계와 그로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정을 위와 같은 법리에 비추어 보면, 이 사건 정정청구는 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 보아야 한다.

가. ‘피마살탄 칼륨염의 수화물’은 ‘피마살탄 칼륨염’과, ‘암로디핀 베실레이트염’은 ‘암로디핀’과 각각 서로 구별되는 화합물이다. 이 사건 특허발명이 속하는 기술 분야에서는 의약품 성분과 관련하여 ‘피마살탄 칼륨염의 수화물’ 용량과 ‘피마살탄 칼륨염’ 용량, ‘암로디핀 베실레이트염’ 용량과 ‘암로디핀’ 용량을 구별하여 표시한다.

나. 이 사건 특허발명 명세서 중 발명의 설명에서도 안지오텐신-2-수용체 차단제 중 ‘피마살탄 칼륨염’과 ‘피마살탄 칼륨염의 수화물’, ‘피마살탄 삼수물 칼륨염’을 서로 구별되는 화합물로, 칼슘 채널 차단제 중 ‘암로디핀 베실레이트염’과 ‘암로디핀’을 서로 구별되는 화합물로 각각 기재하면서 실시예 및 제조예에서 ‘피마살탄 삼수물 칼륨염’과 ‘암로디핀 베실레이트염’을 기준으로 투여량 및 정제에 포함된 용량을 기재하고 있다.

다. 이와 같은 이 사건 제1항 발명 청구범위 문언의 일반적인 의미 내용을 기초로 발명의 설명 등을 참작하면, ‘안지오텐신-2-수용체 차단제로서 피마살탄 칼륨염 또는 이의 수화물 30mg’에서 말하는 의약품질과 용량은

‘피마살탄 칼륨염 30mg 또는 피마살탄 칼륨염의 수화물 30mg’을 가리키는 것이 분명하고, ‘갈습 채널 차단제로서 암로디핀 베실레이트염 5mg’에서 말하는 의약품 물질과 용량 역시 ‘암로디핀 베실레이트염 5mg’이라고 이해할 수밖에 없다.

- 라. 또한 이 사건 제1항 발명의 청구범위는 발명의 설명 등을 참작하더라도 그 기술적인 의미를 ‘안지오텐신-2-수용체 차단제로서 피마살탄 칼륨염 30mg 또는 피마살탄 칼륨염의 수화물 30mg’과 ‘갈습 채널 차단제로서 암로디핀 베실레이트염 5mg’을 포함하여 혈압 강하의 약리효과를 나타내는 약제학적 조성물로 정확하게 이해할 수 있고, 이와 다르게 해석할 여지가 없다.
- 마. 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건 제1항 발명의 청구범위 중 ‘피마살탄 칼륨염 또는 이의 수화물 30mg’ 부분에 ‘(피마살탄 칼륨염으로 30mg)’을, ‘암로디핀 베실레이트염 5mg’ 부분에 ‘(암로디핀으로 5mg)’을 각각 추가하는 이 사건 정정청구는 특허법 제136조 제1항에서 정정청구 요건으로 규정하고 있는 ‘분명하지 아니하게 기재된 사항을 명확하게 하는 경우’ 등에 해당한다고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 이 사건 정정청구 전 이 사건 제1항 발명과 이 사건 정정청구 후 이 사건 제1항 발명은 약리효과인 혈압 강하 효과를 나타내는 피마살탄 칼륨염 용량과 암로디핀 용량에서 서로 다르게 되고 그로 인해 발명의 효과가 변경될 수 있어서, 이 사건 정정청구는 ‘청구범위를 실질적으로 변경하는 경우’에 해당할 여지도 있다.
- 따라서 원심으로서 정정 후 청구범위가 아니라 정정 전 청구범위를 기준으로 이 사건 제1항 발명 및 그 종속항 발명이거나 의약품도를 제외한 나머지 구성이 동일한 발명인 제4항, 제12항 내지 제14항 발명에 명세서 기재요건 위반, 진보성 부정의 무효사유가 있는지 여부를 판단하였어야 했다.
- 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 사건 정정청구가 적법하다고 본 뒤 정정 후 청구범위를 기준으로 이 사건 제1항, 제4항, 제12항 내지 제14항 발명에는 명세서 기재요건 위반, 진보성 부정의 무효사유가 없다고 판단하였다. 원심 판단에 청구범위 해석 및 정정 요건에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

12. 자유실시기술

구 특허법(2011. 12. 2. 법률 제11117호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항에서 정한 공지의예외 규정의 문언과 내용, 입법 취지, 자유실시기술 법리의 본질 및 기능 등을 종합하여 보면, 공지의예외 규정을 적용받아 특허를 받은 특허발명의 경우 확인대상 발명이 그 특허권의 권리범위에 속하는지를 판단할 때에는 자유실시기술 주장 즉, ‘발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라 한다)이 공지의예외 규정의 적용 근거가 된 공지기술로부터 확인대상 발명을 쉽게 실시할 수 있어 확인대상 발명이 특허권의 권리범위에 속하지 않는다’는 주장은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

13. 제42조 제4항 제2호

특허법 제42조 제4항 제2호는 ‘청구범위에는 발명이 명확하고 간결하게 적혀야 한다’고 규정하고 있고, 제97조는 ‘특허 발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여진다’고 규정하고 있다(이 사건에 적용되는 2014. 6. 11. 법률 제12753호로 개정되기 전의 구 특허법에도 일부 표현은 다르지만 같은 취지로 규정되어 있다). 그러므로 청구항에는 명확한 기재만이 허용되고, 발명의 구성을 불명료하게 표현하는 용어는 원칙적으로 허용되지 않는다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2003후2072 판결, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012후1613 판결 등 참조).

또한 발명이 명확하게 적혀 있는지 여부는, 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라 한다)이, 발명에 관한 설명이나 도면 등의 기재와 출원 당시의 기술상식을 고려하여, 청구범위에 적혀 있는 사항으로부터 특허를 받고자 하는 발명을 명확하게 파악할 수 있는지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다277751 판결 등 참조).

14. 공지의예외주장

[공지의예외주장 취지]

실용신안의 등록요건 및 등록출원에 관하여 실용신안법 제11조에 의하여 준용되는 특허법 제30조 제1항 제1호는, 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자에 의하여 그 발명이 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시되는 등 특허법 제29조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우(이하 ‘자기공지(自己公知)’라 한다), 그 날부터 12개월 이내에 특허출원을 하면 그 특허출원된 발명에 대하여 특허법 제29조 제1항 또는 제2항(신규성 또는 진보성 요건)을 적용할 때 그 발명은 제29조 제1항 각 호의 공지된 발명에 해당하지 않는 것으로 본다(이하 ‘공지의예외 규정’)를 두고 있다. 그리고 특허법 제30조 제2항은 같은 조 제1항 제1호의 적용을 받고자 하는 자는 특허출원서에 그 취지를 적어 출원하여야 하고, 이를 증명할 수 있는 서류를 특허출원일로부터 30일 이내에 특허청장에게 제출하여야 한다고 하여, 공지의예외 주장의 제출 시기, 증명서류 제출 기한 등의 절차에 관하여 규정하고 있다.

이는 특허법이 원칙적으로 출원 전에 공지·공용된 발명 또는 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라 한다)이 공지·공용된 발명에 의하여 쉽게 발명할 수 있는 발명은 특허를 받을 수 없도록 하고 있는 것(특허법 제29조 제1항, 제2항)에 대한 예외를 규정한 것이다. 신규성 또는 진보성 요건에 관한 원칙을 너무 엄격하게 적용하면 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자에게 지나치게 가혹하여 형평성을 잃게 되거나 산업의 발전을 도모하는 특허법의 취지에 맞지 않게 되는 경우가 생길 수 있으므로, 예외적으로 일정한 요건과 절차를 갖춘 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자의 발명이 특허출원 전에 공개되었다고 하더라도 그 발명은 공지 등이 되지 않은 것으로 취급하기 위하여 공지의예외 규정을 둔 것이다.

[복수의 공지행위가 있는 경우]

이러한 공지의예외 규정의 문언과 취지에 비추어 보면, 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자가 특허법 제30조 제1항에서 정한 12개월의 기간 이내에 여러 번의 공개행위를 하고

그중 가장 먼저 공지된 발명에 대해서만 절차에 따라 공지에
외 주장을 하였더라도, 공지된 나머지 발명들이 가장 먼저
공지된 발명과 동일성이 인정되는 범위에 있다면 공지된 나
머지 발명들에까지 공지에외의 효과가 미친다고 보아야 한다.

[공지발명과 출원발명이 동일해야 하는지]

한편 특허법 제30조 제1항 제1호의 공지에외 규정은 특허
출원된 발명에 대하여 신규성 요건인 특허법 제29조 제1항
뿐만 아니라 진보성 요건인 특허법 제29조 제2항을 적용할
때에도 자기공지된 발명이 공지 등이 되지 않은 것으로 본다
고 정하고 있다. 그리고 그 규정의 문언상 공지에외의 효과
가 미치는 '자기공지된 발명'과 출원의 대상인 '특허출원된
발명'을 분명하게 구별하고 있다. 이는 특허출원된 발명이 자
기공지된 발명의 공지 이후 추가적인 연구개발이나 개량 등
을 통하여 자기공지되었던 발명과 구성이나 효과에 차이가
생길 수 있음을 고려한 것이다. 따라서 공지에외 규정이 적
용되기 위해서 반드시 자기공지된 발명이 특허출원된 발명과
동일해야 한다거나 자기공지된 발명 그 자체가 특허출원되어
야만 한다고 볼 수는 없다.

중요판례 전문

1. 사건의 개요

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 따르면, 다음 사실을 알 수 있다.

- 가. 원고들은 2022. 4. 29. 특허심판원에 피고를 상대로, 이 사건 확인대상 발명이 그 명칭을 ‘(명칭 생략)’으로 하는 이 사건 특허발명(특허번호 생략)의 청구범위 제1항(2019. 8. 14. 자 2019정47 심결로 정정된 것, 이하 ‘이 사건 제1항 정정발명’이라 한다)이 특허권의 권리범위에 속한다고 주장하면서, 적극적 권리범위 확인심판을 청구(이하 ‘이 사건 심판청구’라 한다)하였다.
- 나. 위 심판 과정에서 피고는, 이 사건 확인대상 발명을 실시하고 있지 않고 피고가 실시하고 있는 발명은 피고의 후등록 특허발명과 동일하므로, 이 사건 심판청구는 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구에 해당하여 부적법하다는 취지로 주장하였다. 이에 대하여 원고들은, 피고가 이 사건 확인대상 발명을 실시하고 있고, 이 사건 확인대상 발명은 선등록 특허발명인 이 사건 제1항 정정발명과 이용관계에 있으므로, 이 사건 심판청구는 적법하다고 주장하였다.
- 다. 특허심판원은 2023. 5. 9. 이 사건 확인대상 발명이 피고가 실시하고 있는 발명과 다르고 이 사건 제1항 정정발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되지 않아 이 사건 심판청구가 부적법하다고 하여, 이 사건 심판청구가 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구로서 부적법한지 여부에 관하여는 나아가 살피지 아니한 채, 이 사건 심판청구를 각하하는 심결을 하였다. 원고들은 2023. 6. 5. 위 심결의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.
- 라. 원심은, 이 사건 확인대상 발명이 피고가 실시하고 있는 발명과 동일하고 이 사건 제1항 정정발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되었으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 판단하여, 이 사건 심판청구를 부적법하다고 각하한 위 심결을 취소하였다.

2. 제2 상고이유에 대하여 - 확인대상발명 특징

특허권의 권리범위 확인심판을 청구할 때 심판청구의 대상이 되는 기술내용은 당해 특허발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어야 한다. 그렇지만 그 특징을 위하여 대상물의 구체적인 구성을 전부 기재할 필요는 없고, 특허발명의 구성요소에 대응하는 부분의 구체적인 구성을 기재하면 된다. 또한 그 구체적인 구성의 기재도 특허발명의 구성요소와 대비하여 그 차이점을 판단함에 필요한 정도면 충분하다(대법원 1994. 5. 24. 선고 93후381 판결, 대법원 2004. 10. 14. 선고 2003후2164 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 확인대상 발명이 이 사건 제1항 정정발명 특허권의 권리범위에 속하는지 여부를 판단할 수 있을 만큼 특정되었다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 다소 적절하지 않은 부분이 보이지만 원심의 위와 같은 결론은 정당하다. 상고이유 주장과 같이 확인대상 발명의 특징에 관하여 필요한 심리를 다하지 않거나 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 제1 상고이유에 대하여 - 확인의 이익

- 가. 특허권자가 심판을 청구하는 확인대상 발명이 특허권의 권리범위에 속한다는 내용의 적극적 권리범위 확인심판을 청구한 경우, 심판청구인이 특정한 확인대상 발명과 피심판청구인이 실시하고 있는 발명 사이에 동일성이 인정되지 아니하면, 확인대상 발명이 특허권의 권리범위에 속한다는 심결이 확정된다고 하더라도, 그 심결은 심판청구인이 특정한 확인대상 발명에 대하여만 효력을 미칠 뿐 실제 피심판청구인이 실시하고 있는 발명에 대하여는 아무런 효력이 없다. 이와 같이 피심판청구인이 실시하지 않고 있는 발명을 대상으로 한 적극적 권리범위 확인심판청구는 확인의 이익이 없어 부적법하여 각하되어야 한다(대법원 2003. 6. 10. 선고 2002후2419 판결 등 참조). 확인대상 발명과 피심판청구인이 실시하고 있는 발명의 동일성은 피심판청구인이 확인대상 발명을 실시하고 있는지 여부라는 사실 확정에 관한 것이므로 이들 발명이 사실적 관점에서 같다고 보이는 경우에는 그 동일성을 인정할 수 있다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011후2626 판결 등 참조).
- 나. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 따라 알 수 있는 다음 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 확인대상 발명과 피고가 실시하고 있는 발명은 사실적 관점에서 같다고 할 수 있어 그 동일성을 인정할 수 있다.
 - 1) 확인대상 발명은 작업대, 작업대의 상부에서 건물 외벽의 측면에 부착되는 거푸집, 건물 외벽에 부착된 슈 어셈블리와 맞물려 상승하강하는 안전레일, 거푸집이 고정된 작업대와 일체로 결합된 웰라, 웰라와 안전레일을 연결하며 웰라가 안전레일에 대해 상승할 때 웰라가 건물 외벽에서 더 멀리 떨어지도록 안전레일과 웰라의 사이가 더 벌어지게 하는 연결구로 구성되고, 이때 연결구의 상단부는 웰라의 하단부와 서로 상대회전이 일어나지 않도록 결합되고, 연결구의 하단부는 안전레일의 상단부에 형성된 브레이스와 슬라이딩 가능하도록 결합된다.
 - 2) 피고가 실시하고 있는 발명도 확인대상 발명과 일부 구성요소의 명칭(확인대상 발명의 브레이스, 연결구가 각각 실시주장 발명의 SR-브레이스, SR-커넥터에 해당한다)만 다소 차이가 있을 뿐 그 기본적 구조나 결합관계는 동일하다.
 - 3) 확인대상 발명에 관한 설명서에 첨부된 도면 중 도 2, 도 3은 피고가 실시하고 있는 발명의 카탈로그에 첨부된 도면과 사실상 동일하다.
- 다. 원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 확인대상 발명이 피고가 실시하고 있는 발명과 사실적 관점에서 같아 동일성이 인정된다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 사실관계에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 중 법리를 원용한 부분에 적절하지 않은 설시가 보이나 원심의 위와 같은 결론은 정당하다. 상고이유 주장과 같이 확인대상 발명의 실시 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구의 적법 여부에 관한 직권판단

직권으로 살펴본다.

[지촉관계의 경우]

선등록 특허권자가 후등록 특허권자를 상대로 후등록 특허발명을 확인대상 발명으로 삼아 선등록 특허권의 권리범위에 속한다는 확인을 구하는 적극적 권리범위 확인심판청구는, 등록무효절차 이외에서 등록된 권리의 효력을 부인하는 결과가 되어 확인의 이익이 인정될 수 없으므로 원칙적으로 부적법하다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007후2766 판결, 대법원 2016. 4. 28. 선고 2013후2965 판결 등 참조).

[이용관계의 경우]

다만 예외적으로 두 발명이 특허법 제98조에서 규정하는 이용관계에 있어 확인대상 발명의 등록의 효력을 부정하지 않고 권리범위의 확인을 구할 수 있는 경우에는 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판의 청구가 허용된다(대법원 2002. 6. 28. 선고 99후2433 판결, 대법원 2016. 4. 28. 선고 2015후161 판결 등 참조).

[직권조사 거부]

한편 권리범위 확인심판에서 확인의 이익 유무는 심판청구의 적법 요건에 관한 것으로서 직권조사사항이므로, 법원은 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다고 하더라도 이미 제출된 자료들에 의하여 그 확인의 이익이 있는지의 의심이 갈 만한 사정이 보인다면, 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.

[구체적 판단 및 결론]

앞에서 본 것처럼, 원고들이 피고를 상대로 이 사건 확인대상 발명이 이 사건 제1항 정정발명 특허권의 권리범위에 속한다고 주장하면서 적극적 권리범위 확인심판을 청구하자, 피고는 자신이 실시하고 있는 발명이 피고의 후등록 특허발명과 동일하므로 이 사건 심판청구는 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구에 해당하여 부적법하다고 주장하였다. 이에 대하여 원고들은, 이 사건 확인대상 발명은 선등록 특허발명인 이 사건 제1항 정정발명과 이용관계에 있으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 주장하였다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 심판청구가 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구에 해당할 경우, 이 사건 확인대상 발명이 선등록 특허발명인 이 사건 제1항 정정발명과 이용관계에 있지 않다면 이 사건 심판청구는 그 확인의 이익이 인정될 수 없어 부적법하다고 볼 소지가 있다.

원심으로서의 석명권을 적절히 행사하여 선등록 특허권자인 원고가 피고의 후등록 특허발명의 구체적인 실시 형태를 심판의 대상인 이 사건 확인대상 발명으로 삼았는지, 이 사건 확인대상 발명이 이 사건 제1항 정정발명과 이용관계에 있는지 여부 등에 관하여 당사자들의 주장증명을 촉구한 다음, 그러한 당사자들의 주장증명을 바탕으로 이 사건 심판청구가 확인의 이익이 있는지 여부를 판단하였어야 했다. 그런데도 원심은 이 사건 확인대상 발명이 피고가 실시하고 있는 발명과 동일하고 이 사건 제1항 정정발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되었다고 판단한 다음, 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판에서의 확인의 이익 유무에 관해서 별다른 심리 없이, 이 사건 심판청구를 부적법하다고 본 위 심결을 취소하였다. 이러한 원심의 판단에는 적극적 권리범위 확인심판에서의 확인의 이익에 관한 법리를 오해한 채 필요한 심리를 다하지 아니하고 석명권을 행사하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.



02 | 민사소송법

최영덕

I. 최근 민사소송법 개정법률

◆ 2026년 민사소송법과 관련 개정 사항 및 주요 변화

- 1. 민사소송 항소이유서 제출 의무화 (2025년 3월 1일 시행)**
가장 획기적인 변화 중 하나는 형사소송에만 존재하던 항소이유서 강제 제출 제도가 민사소송에도 도입
주요 내용: 항소인은 항소기록 접수 통지를 받은 날부터 40일 이내에 항소이유서를 제출해야 합니다. (다만, 신청을 통해 1회에 한해 1개월 연장 가능)
주의점: 만약 기한 내에 항소이유서를 제출하지 않고, 항소장에도 이유를 적지 않았다면 법원은 변론 없이 판결로 항소를 각하할 수 있음: 이유 없는 항소로 인한 재판 지연을 막고 사법 자원의 낭비를 줄이기 위한
- 2. 비밀보호를 위한 '열람 등의 제한' 신설 (2025년 7월 12일 시행)**
민사소송법 및 민사소송규칙 개정을 통해 소송 기록 내 개인정보 및 비밀 보호가 대폭 강화.
소송 기록 중 주소, 주민등록번호, 전화번호, 이메일 등의 개인정보 기재 부분에 대해 당사자의 신청이 있는 경우 타인의 열람이나 복사를 제한할 수 있는 명확한 근거 규정(민사소송법 제163조 관련)
- 3. 해사국제상사법원 신설에 따른 관할 정비 (2026년 3월 개정, 2028년 3월 시행 예정)**
2026년 3월에 통과된 민사소송법 일부개정법률(법률 제21455호)에 따른 변화: 해사(바다-선박 관련) 민사사건과 국제상사사건을 전담하는 '해사국제상사법원'이 설치되면서, 관련 사건의 토지관할, 관련 청구 소송의 이송 및 병합 규정이 전면 신설·정비되었습니다. (법 시행은 법원 설치 준비 기간을 거쳐 2028년 3월 1일 예정)
- 4. 민사소송규칙상 변호사·집행관 보수 규정 개정 (2026년 3월 1일 시행)**
민사소송규칙 일부개정을 통해 구조 대상자 등에 대한 변호사 및 집행관의 보수 지급 시기 등이 정비.
보수의 결정 및 지급: 소송구조 등에 따른 변호사나 집행관의 보수는 그 심급의 소송절차가 완결되거나 강제집행이 종료된 때, 보수를 받을 사람의 신청에 따라 지급하도록 절차가 명확.

II. 최근 중요 판례정리

제1편 총론

제2편 소송의 주체

1. 법원

◆ 국제재판관할의 존부 등이 문제된 사건 대법원 2025. 10. 16. 선고 2022다212044 판결

【판시사항】

- [1] 구 국제사법 제2조 제1항에서 정한 '실질적 관련'의 의미 및 그 판단 기준
- [2] 민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 중요한 판단 기준으로 작용하는지 여부(적극)
- [3] 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 이유 / 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우, 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있는지 여부(적극) / 국제재판관할권은 병존할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 갑 외국회사는 파나마 법인이고 을 외국회사는 중국법인으로, 을 회사가 인도 법원에 갑 회사 소유의 선박에 대한 가압류를 신청하여 인용되었다가 이후 취소되자, 갑 회사는 을 회사의 위법한 가압류로 손해를 입었다고 주장하며 부산항에 있던 을 회사 소유의 선박에 대해 가압류를 신청하여 인용결정을 받았고, 이후 을 회사의 해방공탁으로 가압류 집행이 취소되고 갑 회사가 을 회사를 상대로 한국 법원과 인도 법원에 각각 손해배상청구의 소를 제기한 사안에서, 갑 회사가 한국 법원에 제기한 소는 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있어 대한민국 법원의 국제재판관할이 인정된다고 한 사례

2. 당사자

◆ 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 추심명령이 있는 경우 채무자가 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하는지 문제된 사건 대법원 2025. 10. 23. 선고 2021다252977 전원합의체 판결

【판시사항】

채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 추심명령이 있는 경우, 채무자가 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하는지 여부(소극) / 이러한 법리는 국가가 국제징수법에 의한 채납처분으로 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류한 경우에도 마찬가지로 인정되는지 여부(적극)

【판결요지】

- (가) 채무자가 제3채무자를 상대로 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기하는 것은 추심명령에 위반되지 않고, 추심명령이 있다는 이유만으로 채무자가 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실한다고 볼 법률적 근거가 없다.
- (나) 채무자가 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하지 않는다고 보더라도 추심채권자에게 부당한 결과 생긴다고 보기 어렵다.

- (다) 채무자가 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하지 않는다고 보더라도 제3채무자에게 불리하지 않고 오히려 응소 부담을 최소화할 수 있다.
- (라) 추심명령에 따라 채무자가 당사자적격을 상실한다고 보면 분쟁의 일회적 해결과 소송경제에 반하고 추심채권자의 이익에도 부합하지 않는 결과가 발생할 수 있다.

◆ 추심명령이 있었던 물품대금채권을 보유한 채무자가 제3채무자를 상대로 물품대금의 지급을 구하는 사건 대법원 2025. 1. 2. 4. 선고 2022다299829 판결

【판시사항】

- [1] 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 추심명령이 있는 경우, 채무자가 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하는지 여부(소극)
- [2] 추심명령을 받은 채권자가 일종의 추심기관으로서 채무자를 위하여 추심소송에서 받은 확정판결의 기판력이 소송 결과에 관계없이 채무자에게 미치는지 여부(적극) 및 승소 확정판결의 기판력이 미치는 자가 전소의 상대방을 상대로 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 후소에 권리보호의 이익이 있는지 여부(소극) / 확정판결 기판력의 존부는 직권조사사항인지 여부(적극)

【판결요지】

- [1] 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 추심명령이 있더라도 채무자는 제3채무자를 상대로 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하지 않는다.
- [2] 추심명령을 받은 채권자가 일종의 추심기관으로서 채무자를 위하여 추심소송에서 받은 확정판결의 기판력은 소송 결과에 관계없이 채무자에게 미친다(민사소송법 제218조 제3항). 승소 확정판결의 기판력이 미치는 자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결을 받은 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 확정판결 기판력의 존부는 직권조사사항이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다.

◆ 단체를 상대로 대표자의 지위 부존재 확인을 구하는 소송에서 직무집행정지가처분에 의하여 대표자에게 대표권이 없는 경우 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다313241 판결

【판시사항】

- [1] 비법인사단이 당사자인 사건에서 이미 제출된 자료들에 의하여 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 있는 경우, 법원이 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있는지 여부(적극)
- [2] 민법상의 법인이나 비법인사단을 상대로 대표자의 지위 부존재 확인을 구하는 소송에서 대표자에 대하여 직무집행정지가 처분 결정이 내려진 경우, 대표자는 본안소송에서 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제되는지 여부(원칙적 적극) / 원고가 단체를 상대로 직무집행정지가처분 결정

이 내려진 대표자의 대표자 지위 부존재 확인의 소를 제기하면서 그 대표자를 단체의 대표자로 표시한 소장을 제출하고 법원도 그 대표자를 송달받을 사람으로 하여 소장 부분을 송달한 후 소송절차가 진행된 경우, 대표자가 단체를 대표하여 한 소송행위나 원고가 대표자에 대하여 한 소송행위의 효력(무효) / 법인의 대표자에게 대표권이 없는 경우, 법원이 취하여야 할 조치 및 대표권의 보정이 항소심에서도 가능한지 여부(적극)

3. 소송물과 소의

◆ 혼인관계가 이혼으로 해소된 후 혼인관계의 무효확인을 구할 확인의 이익이 문제된 사건 대법원 2024. 5. 23. 선고 2020므15896 전원합의체 판결

【판시사항】

혼인관계가 이혼으로 해소된 이후에도 과거 일정기간 존재하였던 혼인관계의 무효 확인을 구할 확인의 이익이 있는지 여부(원칙적 적극)

【판결요지】

이혼으로 혼인관계가 이미 해소되었다면 기왕의 혼인관계는 과거의 법률관계가 된다. 그러나 신분관계인 혼인관계는 그것을 전제로 하여 수많은 법률관계가 형성되고 그에 관하여 일일이 효력의 확인을 구하는 절차를 반복하는 것보다 과거의 법률관계인 혼인관계 자체의 무효 확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 한꺼번에 해결하는 유효·적절한 수단일 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 혼인관계가 이미 해소된 이후라고 하더라도 혼인무효의 확인을 구할 이익이 인정된다고 보아야 한다.

① 무효인 혼인과 이혼은 법적 효과가 다르다. 무효인 혼인은 처음부터 혼인의 효력이 발생하지 않는다. 따라서 인척이거나 인척이었던 사람과의 혼인금지 규정(민법 제809조 제2항)이나 친족사이에 발생한 재산범죄에 대하여 형을 면제하는 친족상도례 규정(형법 제328조 제1항 등) 등이 적용되지 않는다. 반면 혼인관계가 이혼으로 해소되었더라도 그 효력은 장래에 대해서만 발생하므로 이혼 전에 혼인을 전제로 발생한 법률관계는 여전히 유효하다. 그러므로 이혼 이후에도 혼인관계가 무효임을 확인할 실익이 존재한다.

◆ 주주지위확인 소에서 확인의 이익 대법원 2025. 6. 5. 선고 2024다202652 판결

【판시사항】

- [1] 주주명부상 주주가 회사에 대하여 주주권 확인을 구한 경우, 주주명부상 주주라는 이유만을 들어 확인의 이익이 없다고 할 수 있는지 여부(소극) 및 이 경우 확인의 이익이 인정되는지 판단하는 방법
- [2] 갑 주식회사가 발행한 일부 주식에 관하여 주주명부상 주주로 기재되어 있는 을이 갑 회사를 상대로 회계장부 등 열람·등사·가처분을 신청하였다가 갑 회사가 그 대표이사인 병이 을에게 위 주식을 명의신탁한 것이라고 주장하며 다투어 위 신청이

기각되자 갑 회사와 병을 상대로 위 주식에 관한 주주권의 확인을 구하는 소를 제기한 사안에서, 갑 회사와 병이 위 주식에 관한 주주권 귀속을 다투는 이상 을이 갑 회사와 병을 상대로 위 주식에 관한 주주권이 을에게 있다는 확인을 구할 이익이 있다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

【판결요지】

확인소는 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효적절한 수단인 경우에 허용된다.

특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다. 그러나 상법은 주주명부의 기재가 회사에 대한 대항요건(제337조 제1항)으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다. 이와 같이 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면은 구분되는 것이고, 회사와 주주 사이에서 주주권의 귀속이 다투어지는 경우 역시 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계로서 회사에 대한 주주권의 행사와는 별도로 판단되어야 한다.

따라서 회사가 주주명부상 주주에 대하여 그 주주권의 귀속을 부인할 가능성이 없다고 단정할 수 없으므로, 주주명부상 주주라는 이유만을 들어 회사에 대하여 주주권 확인을 구할 이익이 없다고 할 수 없다. 따라서 회사가 주주명부상 주주 외에 다른 자에게 명의개서 절차를 이행해 줄 것 같은 태세를 보이거나 주주명부상 주주의 주주권 행사를 정당한 이유 없이 거절하였는지 등의 사정을 종합하여 확인의 이익이 인정되는지를 판단하여야 한다.

제3편 제1심 소송절차/변론(심리)

◆ 건물퇴거청구사건에서 인도를 명하는 것이 처분권주의에 반하는지 여부 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213157 판결

【판시사항】

- [1] 민사소송에서 법원의 심판 대상과 범위
- [2] 건물의 '인도'와 건물에서의 '퇴거'의 구별 / 채권자가 소로써 채무자가 건물에서 퇴거할 것을 구하고 있는데 법원이 채무자의 건물 인도를 명한 경우, 처분권주의에 반하는지 여부(적극)
- [3] 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우, 다른 소수지분권자가 공유물의 인도를 청구할 수 있는지 여부(소극)

◆ 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점에 대한 법원의 석명 또는 지적의무 위반 여부가 문제된 사건 대법원 2024. 9. 27. 선고 2024다224645, 224652 판결

【판시사항】

- [1] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무
- [2] 조합계약의 당사자가 조합계약을 해제 또는 해지하고 상대방에게 원상회복의 부담을 지을 수 있는지 여부(소극) 및 조합의 탈퇴와 해산청구의 차이 / 조합 당사자 간의 불화·대립으로 인하여 신뢰관계가 깨어지고 특정 조합원의 탈퇴나 제명으로도 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 특정 조합원이 다른 조합원에게 해지통고를 한 경우, 이를 조합의 해산청구로 볼 수 있는지 여부(적극)

◆ 민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정한 '당사자가 소송에서 인용한 문서'에 대한 문서제출명령의 발령요건이 문제된 사건 대법원 2024. 8. 29.자 2024무677 결정

【판시사항】

- [1] 민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정한 '당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때'의 의미
- [2] 민사소송법 제344조 제2항에서 예외적으로 제출을 거부할 수 있는 문서로 정한 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'의 의미 및 그 공문서의 공개 방법
- [3] 금융감독원 직원이 직무와 관련하여 보관하거나 작성한 문서에 대하여 민사소송법에 따른 문서제출명령을 신청한 경우, 그 공개 여부는 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 절차와 방법에 따라 결정되어야 하는지 여부(적극) 및 금융감독원이 그 문서의 제출을 거부할 수 있는지 여부(적극)

◆ 추후보완항소가 허용되는지 여부 및 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정 대법원 2025. 3. 13. 선고 2024다300266 판결

【판시사항】

소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것으로 인정되는 경우, 추후보완항소가 허용되는지 여부(적극) 및 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우

【상고판단】

제1심법원이 피고에 대한 소장부분과 변론기일통지서, 판결정본 등을 모두 공시송달의 방법으로 송달하였으므로 피고는 제1심판결이 선고되어 송달된 사실을 제대로 알지 못하였던 것으로 보이고, 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알지 못한 것에 대하여 피고의 과실이 있다고 보기 어렵다. 그렇다면 피고가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 항소기간을 지킬 수 없었다고 볼 여지가 크다.

피고가 2023. 1. 19. 원고로부터 제1심 사건번호가 기재된 '법적 절차 착수 통보'를 받게 되자 이를 문의하기 위해 원고와 통화하

였고, 원고는 피고를 상대로 소를 제기한 사실을 알렸다. 원고는 2023. 5. 4. 피고와 통화하면서 소송이 계속 중인 사실을 알리고 사건번호를 안내하였다. 그러나 이로써 피고가 이 사건 소제기일, 청구취지와 청구원인 등을 포함한 구체적인 내용을 제대로 파악하였다고 보기 어렵다.

◆ 제1심 변론종결 후 지연손해금율이 변경된 경우, 항소심이 적용할 지연손해금율 대법원 2025. 2. 13. 선고 2021다245542 판결

[판시사항]

[3] 제1심의 변론이 종결된 후 2019. 5. 21. 개정된 ‘소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정’이 시행된 경우, 항소심에서 인용되는 청구 부분에 적용되는 소송촉진 등에 관한 특례법상 법정이율에 관한 규정(=제1심에서 이미 심리하여 판단된 바 있는 청구 부분은 종전 규정 / 항소심에서 청구취지가 확장됨에 따라 새롭게 인용된 청구 부분은 개정규정)

[판결요지]

2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되어 2019. 6. 1.부터 시행되는 ‘소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정’은 “소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문에서 대통령령으로 정하는 이율이란 연 100분의 12를 말한다.”라고 규정(이하 ‘개정규정’이라 한다)함으로써 종전의 법정이율이었던 연 15%를 연 12%로 개정하였다. 부칙 제2조 제1항에서는 “이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결된 사건에 대한 법정이율은 이 영의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.”라고 규정하고, 제2항에서는 “이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결되지 아니한 사건에 대한 법정이율은 2019년 5월 31일까지 발생한 분에 대해서는 종전의 규정에 따르고, 2019년 6월 1일 이후 발생하는 분에 대해서는 이 영의 개정규정에 따른다.”라고 규정한다. 이러한 규정에 비추어 볼 때, 해당 사건에서 제1심의 변론이 종결된 후 개정규정이 시행되었을 경우, 항소심에서 인용되는 청구 부분 중 제1심에서 이미 심리하여 판단된 바 있는 청구 부분은 ‘제1심의 변론이 종결된 사건’에 해당하므로 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라 한다)상 법정이율에 관하여 종전의 규정을 적용해야 하지만, 항소심에서 비로소 청구취지가 확장됨에 따라 새롭게 인용된 청구 부분은 ‘제1심의 변론이 종결된 사건’이라고 볼 수 없으므로 소송촉진법상 법정이율에 관하여 개정규정을 적용하여야 한다.

◆ 피신청인이 민사소송법 제111조 제1항에 따른 기간 내에 비용 계산서 등을 제출하지 않다가 사법보좌관의 소송비용액 확정 결정에 대해 이의신청을 하면서 상계를 주장하고 관련 자료를 제출한 사건 대법원 2025. 7. 3.자 2025마5442 결정

[판시사항]

민사소송법 제112조 본문 및 제111조 제1항의 취지 / 소송비용액 확정 신청사건에서 피신청인이 민사소송법 제111조 제1항에

서 정한 최고기간이 경과한 이후에도 사법보좌관의 처분에 대한 이의신청 절차나 이어지는 항고법원의 재판절차에서 자신의 비용 계산서와 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 법원에 제출할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 법원은 위 서면의 내용을 함께 고려하여 소송비용 부담액을 다시 산정한 후 피신청인이 신청인에게 상환할 소송비용액을 확정하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

제4편 소송의 종료

◆ 외국법원에서 승소 확정판결을 받은 당사자가 우리나라 법원에 동일한 청구의 소를 제기한 사건 대법원 2025. 6. 12. 선고 2024다315527, 315534 판결

[판시사항]

- [1] 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 후소에 권리보호의 이익이 있는지 여부(소극) / 이는 외국법원에서 민사소송법 제217조의 승인요건을 갖춘 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 우리나라 법원에 동일한 청구의 소를 제기한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)
- [2] 민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 정한 ‘상호보증’의 요건을 갖추었는지 판단하는 기준 및 외국재판의 승인요건이 충족되었는지는 법원의 직권조사사항인지 여부(적극)

[판결요지]

- [1] 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하고, 이는 외국법원에서 민사소송법 제217조의 승인요건을 갖춘 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 우리나라 법원에 동일한 청구의 소를 제기한 경우에도 같다.
- [2] 민사소송법 제217조 제1항 제4호는 외국법원의 확정재판 등의 승인요건으로 ‘상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것’을 규정하고 있다. 이에 의하면 우리나라와 외국 사이에 동종 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 정하는 상호보증의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다. 이러한 상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 승인요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 해당 외국에서 구체적으로 우리나라의 같은 종류의 판결을 승인한 사례가 없다고 하더라도 실제로 승인할 것이라고 기대할 수 있을 정도이면 충분하다. 법원은 외국재판의 승인요건이 충족되었는지에 관하여 직권으로 조사하여야 한다(민사소송법 제217조 제2항).

◆ 확정판결의 사실심 변론종결 이전에 별소에서 이루어진 소송상 상계항변이 청구이의 이유가 되는지 문제된 사건 대법원 2025. 8. 28. 선고 2022다284520 판결

【판시사항】

집행권원이 되는 확정판결의 사실심 변론종결 이전에 별소에서 그 채권에 관하여 소송상 상계의 의사표시가 이루어지고, 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이후에 별소에서 소송상 상계의 주장을 받아들이는 법원의 실질적 판단이 이루어진 경우, 이러한 사유가 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이후에 생긴 것으로서 그 집행력을 배제하는 적법한 청구이의 이유가 되는지 여부(원칙적 적극)

【판결요지】

집행권원이 되는 확정판결의 사실심 변론종결 이전에 별소에서 그 채권에 관하여 소송상 상계의 의사표시가 이루어지고, 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이후에 별소에서 소송상 상계의 주장을 받아들이는 법원의 실질적 판단이 이루어진 경우, 그 판단이 집행권원인 확정판결의 기판력에 저촉된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 사유는 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이후에 생긴 것(민사집행법 제44조 제2항 참조)으로서 그 집행력을 배제하는 적법한 청구이의 이유가 된다고 보아야 한다. 상세한 이유는 다음과 같다.

- ① 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 민법 제493조 제1항의 상계의 의사표시가 포함되어 있는 이상 소송상 상계의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 실체법상 상계의 효과가 발생한다. 다만 이러한 실체법상 효과는 해당 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 확정되고, 법원의 실질적 판단이 이루어지지 않은 채 해당 소송이 종결되면 소멸한다고 보아야 한다.
- ② 이와 같이 소송상 상계항변의 실체법상 상계의 효과는 법원의 실질적 판단이 이루어지기까지 다소 유동적인 상태에 놓여 있게 된다. 이외에도 소송상 상계항변은 소송 외에서 이루어지는 상계의 의사표시와 구별되는 여러 특수성을 지니는데, 가령 소송상 상계 주장에 대한 기판력은 자동채권의 존부에 관하여 실질적으로 판단을 한 경우에 한하므로, 이러한 실질적 판단이 이루어지지 않는 이상 기판력의 시적 범위에 의한 실권효(차단효)는 인정될 수 없다. 또한 소송상 방어방법으로서 상계항변은 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 제1심에서 상계항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계항변을 철회하더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 이러한 소송상 상계항변의 특수성을 고려하면, 집행권원이 되는 확정판결의 사실심 변론종결 이전에 별소에서 그 채권에 관하여 소송상 상계의 의사표시가 이루어졌더라도, 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이후에 별소에서 소송상 상계의 주장

을 받아들이는 법원의 실질적 판단이 이루어짐으로써 그 유동적 상태가 해소된 경우, 이는 특별한 사정이 없는 한 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이후에 발생한 사유로 볼 수 있다. 특히 별소에서 소송상 상계항변을 한 당사자는 상대방의 동의 없이 이를 철회하고 다시 제출할 수 있었으므로, 해당 확정판결의 사실심 변론종결 이전에 별소에서 소송상 상계의 의사표시가 상대방에게 도달하였다는 이유만으로 청구이의 이유를 부정할 것은 아니다.

제5편 상소/재심 절차

◆ 항소인이 항소장의 인지를 유효하게 보정할 수 있는 기한이 문제된 사건 대법원 2025. 7. 24.자 2021마6542 전원합의체 결정

【판시사항】

항소인이 인지보정명령에 응하지 않았다는 이유로 항소장각하명령이 성립한 시점 이후 인지를 보정한 경우, 항소장각하명령이 위법한지 여부(원칙적 소극)

【결정요지】

【다수의견】 민사소송법 제399조 제1항, 제2항은 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우 원심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하거나 법원사무관 등으로 하여금 보정명령을 하게 할 수 있고, 항소인이 위 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 원심재판장은 명령으로 항소장을 각하하도록 규정하고 있다. 그러므로 항소인이 원심재판장이 정한 기간 이내에 인지를 보정하지 아니하여 원심재판장이 항소장을 각하하는 명령을 발하였다면 이는 위 규정에 따른 조치로서 적법하다. 여기서 명령을 발한 때는 명령이 적법하게 성립한 때를 말하고, 전자문서로 작성된 결정이나 명령은 법관이 사법전자서명을 완료한 때 성립한다. 결정이나 명령이 일단 성립하면 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원 스스로 이를 취소·변경할 수 없는 구속력을 가지게 된다. 따라서 인지보정명령에 응하지 않았다는 이유로 항소장각하명령이 성립한 시점 후에는 항소인이 인지를 보정하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 각하명령이 위법하게 되는 것은 아니다.

◆ 통상임금 청구 소송에서 환송 후 원심의 심판범위가 문제된 사건 대법원 2025. 8. 28. 선고 2021다239134 판결

【판시사항】

- [1] 1개의 청구 일부를 기각하는 제1심판결에 대하여 일방 당사자만이 항소한 경우, 항소심의 심판범위 및 이때 항소심의 심판대상이 되지 아니한 부분은 항소심판결 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료되는지 여부(적극)
- [2] 원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심에서 피고 패소 부분을 파기·환송한 경

우, 환송 후 원심의 심판범위 및 환송 전 원심판결 중 원고 패소 부분에 대하여 환송 후 원심이 심리할 수 있는지 여부(소극)

- [3] 환송판결에서 환송 전 원심판결 중 피고 패소 부분만 파기한 경우, 환송 후 원심에서 인용할 수 있는 한도액(=피고 패소 부분에 환송 후 원심에서 청구가 확장된 부분을 더한 금액)
- [4] 근로자가 통상임금이 잘못 산정되었다는 이유로 근로기준법상 통상임금을 기준으로 법정수당의 지급을 청구하는 경우, 법정수당 청구별로 별개의 소송물을 구성하는지 여부(적극) 및 환송 후 원심의 심판범위와 인용할 수 있는 한도액은 소송물별로 판단하여야 하는지 여부(적극)

제6편 병합소송

◆ 독립당사자참가의 요건 및 각 청구별로 독립당사자참가의 요건을 갖추어야 하는지 여부(적극) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다241608, 241615 판결

【판시사항】

민사소송법 제79조 제1항에서 정한 독립당사자참가의 요건 / 독립당사자참가인이 수 개의 청구를 병합하여 독립당사자참가를 하는 경우, 각 청구별로 독립당사자참가의 요건을 갖추어야 하는지 여부(적극)

【판결요지】

독립당사자참가 중 민사소송법 제79조 제1항 전단의 권리주장참가를 하기 위해서는, 독립당사자참가인은 우선 참가하려는 소송의 당사자 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 원고의 본소 청구와 양립할 수 없는 청구를 하여야 하고 그 청구는 소의 이익을 갖추는 외에 그 주장 자체에 의하여 성립할 수 있음을 요하며, 민사소송법 제79조 제1항 후단의 사해방지참가는 본소의 원고와 피고가 당해 소송을 통하여 독립당사자참가인을 해할 의사를 가지고 있다고 객관적으로 인정되고 그 소송의 결과 독립당사자참가인의 권리 또는 법률상 지위가 침해될 우려가 있다고 인정되는 경우에 허용된다. 독립당사자참가인이 수 개의 청구를 병합하여 독립당사자참가를 하는 경우에는 각 청구별로 독립당사자참가의 요건을 갖추어야 하고, 편면적 독립당사자참가가 허용된다고 하여, 참가인이 독립당사자참가의 요건을 갖추지 못한청구를 추가하는 것을 허용하는 것은 아니다.

Ⅲ. 진도별 박스정리

◆ 민사소송 vs 비송 비교

	(민사)소송 =당사자 대립주의	비송 =일원주의(법원)
절차진행의 주체(주도권)	당사자주의	직권주의
절차의 개시·종료·범위의 결정	처분권주의	직권조사주의
사실의 주장증명	변론주의	직권조사사항 (제3의 방식)
판결내용	본안타당성(본안판결)	소송요건(소송판결)
판결형식	본안판결 →항소·상고	결정·명령 →항고·재항고

◆ 소송요건의 소송법상 지위

효력규정	강행규정 : 위반시 무효 임의규정 : 위반시 이의권 O → 이의권상실, 당사자의사의 문제
훈시규정	

◆ 재판권

재판권 (司法權)	-인적범위: 예외인정 사유(상대적면제설) 외교관, 미군 등 -물적 범위(소송물·청구의 특징): 국제재판관할
	관할(§2~§40)-토지관할 사물관할→ 이송(법원의 변경=소변경의 일종)
	재판의 공정성-제척·기피·회피(소송요건아님)-항고

◆ 관할(§2~§30)→ 위반시 §34① 이송(각하X)

전속관할 : 재량X	수소/집행법원, 합의부/단독부/심급법원	
임의관할	사물관할(★): 단독사건 5억초과시 합의부 사건	법정관할
	토지관할(§2~24)	
	합의관할(§29)-중요	거동관할
	변론관할(§30)-중요	

◆ 사물관할(★)-배당여부

3천 이하	3천 초과 ~2억 이하	2억 초과 ~5억 이하	5억 초과
소액단독 (소액단독 심판법 적용)	중액 단독 (2심: 지방법원 합의부)	고액 단독 (2심: 고등법원)	합의부 사건 (2심: 고등법원)

◆ 이송

§34① =관할위반 X→O	§34② §35·36·269(반소) =관할위반X O→O 가능
직권조사 ~당사자 신청은? X 判)당사자의 이송신청은 법원의 직권발동을 촉구하는 정도의 의미밖에 없으므로 재판할 필요도, 이송신청기간경정 해도 즉시항고나 특별항고대상X	직권+당사자신청 사익+공익(지연)

◆ 제소전 사망-당사자표시정정-동일성 인정

법조문 X	소장 송달시 (대리인X)	§233~248 소송절차 중단	변론 종결시	§218 기판력 주관적 범위
----------	---------------------	------------------------	-----------	-----------------------

◆ 소송능력=행위능력(§54~64)-법정대리권

§56 법정대리인 (=준당사자)	§87 소송대리인 (당사자의 대리인)
미성년자/피성년후견인 /피한정후견인	법률규정에 의한 소송대리인(선장/지배인...) 임의적 소송대리인(변호사)

◆ 소송물의 지위

절차의 개시	① 토지관할·사물관할 ② 청구의 특성과 그 범위 따위를 결정
절차의 진행	① 처분권주의의 위배 여부 ② 중복소송 ③ 청구의 병합 ④ 청구의 변경
절차의 종결	① 기판력의 범위 ② 재소금지 범위
실체법상의 효과	① 소제기에 의한 시효중단 ② 제척기간준수의 효과

◆ 소송물의 개념

사례	실체법설	일지설	이지설
택시타다 사고났다 →불손배 /채불손배	소송물 2개 (§750/390)	소송물 1개	소송물 1개
배우자부정행위/배우 자부당한 대우 →이혼청구	소송물 2개 (§840의 각호)	소송물 1개	소송물 2개

◆ 일부청구의 문제(중요) - 청구취지확장의 의사표시

	잔부 청구	청구	기판력	중복 제소	과실 상계	항소 이익	소변경
일부청구 긍정설	별개의 소송물	○	X	X	안분설	부정	인정
일부청구 부정설	소송물 불인정	X	○	○	외측설	긍정	부정
명시설 判		-	-	-	외측설 *		

◆ 소익의 성립요건

권리보호요건 (광의의 소이익)	① 권리보호자적	청구적격(객관적 범위) (=대상적격)
	② 권리보호이익 (협의의 소이익/특별한 소의 이익)	당사자적격(주관적 범위)

◆ 중복제소와 확인의소

전소	후소	검토
甲→乙 적극적 확인의 소	甲←乙 적극적 확인의 소	확인 소는 청구취지가 소송물이 별개 -확인의 이익
甲→乙 적극적 확인의 소	甲←乙 소극적 확인의 소	확인의 이익
甲→乙 확인 소	甲←乙 이행 소	확인의 이익
甲→乙 이행 소	甲←乙 확인 소	확인의 이익

◆ 변론절차의 개관

소의 개시, 심판범위, 종류	처분권주의
사실자료의 주장과 제출	변론주의
소송진행	소송지휘권-석명권(★)
변론진행-변론기일(변론준비기일) →기일불출석시 불이익 진술간주(\$148), 자백간주(\$150), 쌍방불출석 취하(\$268) →기일불출석시 이익 예고없는사실의주장(\$170)	소송행위 부인과 항변 소송상 합의 소송상 형성권 소송행위 철회/취소
송달	교부송달 보충송달-유치송달 우편송달 공시송달(판례중요)
절차의 정지	소송절차중단(\$247~)★

◆ 석명권★(\$136)

소장제출	흥 결 시 보 정 명 령	당사자·소송물 불특정시 보정명령 (\$59, 254)~석명권에 포함	소극적 석명 ○
청구취지		적극적 석명 예외 원칙 X 대인건철 ←건매청항변 :피고의 방어권 보장+예견가능성	○
청구원인 :사실의 주장	원칙 X	\$750-\$390 별도지만 과실 주장증명 가능	○
증명방법			
적용범조		소비대차로 청구원인을 적고 범조만 실수로 임치로 적음 →\$136④지적의무, 적극적 석명 긍정	-

◆ 변론절차(4개의 경우의 수)-변론기일(집합일)

§248 소장제출			
§254 보정명령			
§255 송달			
§255 답변서 제출			
↓	변론준비절차(쟁점정리절차)-준비서면 : 임의적 절차 - 서면공방		무변론 판결 :실제로X
	↓	변론준비기일 : 쟁점정리	
변론기일			

◆ 기일의 해태

甲 소장-요건사실	乙 답변서	乙 불출석
(i) 소비대차	인정	진술간주: 재판상 자백 (상대방의 '주장을 인정')
(ii) 대역사실	답변없음	자백간주
(iii) 변제기 도래		

쌍불취하간주—기일의 해태불이익-항소취하간주 준용

◆ 자백과 재판상 자백의 구분

재판상 자백	법원·당사자 구속	철회·취소 불가(원칙) 5동경착 제외
자백 간주	법원 구속	철회·취소 가능

선행자백 인정-명백한 사실관계가 다른 경우 불인정 판례

◆ 간접 사실과 보조사실

주요사실	간접사실	보조사실
판단근거가 되는 자료로 청구원인의 법률요건을 직접 증명하는 사실	주요사실을 추단케 하는 사실	증거력을 증감시키는 사실
출혈에 의해 A가 사망사실	"B가 식칼을 들고 A의 방에 들어가는 것을 봤다"라고 증언	그 증인은 믿을만하다는 점

◆ 부인과 항변의 증명책임

소장- 청구취지 乙은甲에게 00원을 지급하라(\$598)	청구취지에 대한 답변서-기각한다
(i) 소비대차 계약사실 (ii) 돈 대여 사실 (iii) 이행기 도래 각각 주요사실에 해당	부인 항변(자백+새로운 사실)
(i) 乙 부인시 甲은 각 사실에 대한 증명 필요 ex) 계약서로 계약이 있음을 추단 가능 (계약서는 간접사실에 해당), 통장사본으로 대여 증명, 녹음, 증인 등	
(ii) 乙 자백시 甲은 증명 불요-항변=자백+새로운 사실 ▶ 상대방 부인하면 乙이 증명	

◆ 송달의 종류

행위자	송달 서류	송달자	장소	방법	근거
우편 집배원, 집행관, 대법원 규칙이 정한 자	서류의 등본, 부분	본인	주소지 근무지 제3의 장소	교부 (유치) 교부 교부	제183조 제1항 (제186조 제3항) 제183조 제2항 제183조 제4항
		대리인 (부인 등) 대리인(합동 법률사무소 의 사무원)	주소지 근무지	보충 (유치) 보충	제186조 제1항 (제186조제3항) 제186조 제2항

◆ 공시송달(\$194)

	소장송달	자백간주	판결정보 송달효력-구제
공시송달		X(\$150③)	○ ~추완상소 재심가능
허위송달	○	○ 자백간주에 의한 판결편취	X 상소기간 진행X 상소만 가능
참칭대표자 (무권대리)			○ 재심

성명모용소송	모용자-피모용자의 문제 무권대리의 문제로 송달자체는 유효
허위송달	송달과정의 오작출 짜고 하는 성명모용소송

◆ 추완 허용 여부

허용되는 경우	불허되는 경우
• 천재지변에 의한 교통·통신의 두절 • 법원의 잘못이 불변기간을 지키지 못한 데에 원인이 된 경우, 무권대리인의 통지 후 항고기간도과 • 소송서류전달의 잘못 • 무권대리인이 소송수행하고 판결정보를 송달받은 때 • 당사자와 동거하는 어머니가 당사자와 갈등이 있고 이해관계가 대립되는 사안에서, 당사자의 어머니가 판결정보를 수령하였으나 당사자가 실제로 판결정보를 교부받지 못하여 항소기간을 도과한 경우 • 피고가 이사를 가거나 국내에 부재 중인 관계로 공시송달에 의해서 송달받았기 때문에 소 제기 자체를 잘 모르는 경우 • 피고가 소제기사실을 모르는 상태에서 처음부터 공시송달로 송달이 이루어진 경우	• 소송대리인이나 그 보조자의 고의·과실 • 상소기간만료시에 가스중독 등으로 혼수상태 • 여행(지방출장)·질병치료를 위한 출타 • 소송계속 중에 이사하면서 법원에 주소이전신고를 하지 아니한 경우 • 집행관의 말만 믿고 기록열람 등 사실확인을 하지 아니한 경우 • 피고가 주소를 잘못 적어서 공시송달을 한 경우 • 판결정보를 피고와 동거하는 처에게 송달된 이상, 피고가 그때 다른 지방여행을 한 관계로 불변기간 내에 항소를 제기하지 못하였어도 이는 피고가 책임져야 할 사유로 인하여 불변기간을 지킬 수 없었던 경우

◆ 소송절차 중단

제소전 사망	대리인 O	소송계속(적법)		
	대리인 X	상속인 O	표시정정 (당사자확정)	소송계속
	대리인 X	상속인 X	간과 소송행위와 판결은 무효(상소//재심:무권대리 유추적용)	
소장송달				
소송중 사망	대리인 O	소송계속		상소기간 도과시 중단 (판결확정) 판결정본 송달시 중단
	대리인 X	상속인 O	소송중단 후 수계	소송계속
	대리인 X	상속인 X	간과 판결 유효(상소//재심:무권대리유추적용)	

◆ 수인의 상속인 경우 중단-공유 ➡ 독립의 원칙

특별수권 있는 대리인 or 상대방이 상소	일부만을 당사자로 표시해도, 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 소송대리인이나 상대방 당사자가 잘못 기재된 당사자 모두를 피상소인으로 표시 → 모든 상속인 소송제기(확장설)	
상속인 일부만 상소	대리인 특별수권 有	공동소송 독립의 원칙에 따라 상소하지 않은 나머지는 상소기간 도과로 판결이 확정(확정설) → 수계신청 X
	대리인 특별수권 無	상소하지 않은 나머지는 수계신청 가능(선택설)

◆ 증거조사과정-요증사실

증거조사신청

채부결정(§289, 290): 유일한 증거-주요사실로 본증이

증거조사의 실시

증인신문, 서증, 감정, 검증, 당사자신문, 기타

증거조사의 결과+변론전체의 취지

심증형성(자유심증주의)

◆ 문서의 종류

공문서-외국의 공문서 -진정성립 추정 §356 처분문서 보고문서 동일	사문서 -§357 진정성립 검토-
처분문서(권리에 관한 문서) 진정성립 검토	보고문서=백지보충문서 :법관의 자유심증 적용

◆ 2단의 추정이론-일응의 추정-간접반증

간접사실	주요사실	양립가능한 간접사실
자동차의 도로 침범사실	과실에 대한 일응의 추정	뒷 차가 들이받았다는 확실하게 증명(본증)→과실은 없었던 것 같다고 의심 (주요사실에 대한 반증)
내 인영과 똑같다	문서의 진정성립 (애는 간접사실)	그 인영은 위조된 것 or 다른 놈이 훔쳐갔다

◆ 문서제출명령

§344					
1. 인용문서		무조건 제출(공문서든 뭐든)			비밀심리 제도
2. 인도 열람문서					
3. 법률/이익문서	가 목	대통령 등 직무상 비밀사항		제출 거부 가능	
	나 목	일정 관계 + 공소제기나 유죄판결 또는 치욕 가능성			
	다 목	변호사 등 직무상 비밀			

◆ 법률요건분류설의 반성-추정

개념	추정 방식	반복 · 복멸
법률상 추정	법률	반대사실(본증)
일응의 추정 ★★★	고도의 경험법칙 정형적 사상경과	간접반증
사실상 추정	경험법칙	반증

◆ 소송종료 비교개념

당사자 행위에 의한 소송의 종료	법원에 의한 소송의 종료
	소송종료선언
소취하	소장각하명령/소각하판결
인낙	청구인용
포기	청구기간
화해	

◆ 소취하와 상소취하의 비교

		상소의 취하	소의 취하
차이점	시기	항소심의 종국판결선고 전까지만 가능	판결확정 전까지 언제든지 가능
	일부취하	일부취하 불허 (전부에 대해서만 가능)	전부 또는 일부에 대해서도 가능
	상대방의 동의 여부	동의 불필요	동의 필요
	효과	원판결에 영향을 미치지 않으므로 원판결은 확정된다. ▶ 재소는 기판력 때문에 不可	원판결을 소급적으로 소멸시킴 ▶ 재소금지의 효과 발생
공통점		양자 모두 심판청구의 철회라는 점에서는 공통	

◆ 판결의 종류

종국판결	전부판결(제198조)	소송판결
		본안판결
	일부판결(제200조)=중요	소송판결
		본안판결
중간판결	소송법상 중간판결	독립한 공격방어방법 (제201조 1항 전단)
		기타 중간의 다툼 (제201조 1항 후단)
	실체법적 중간판결	조건부판결
		원인판결 (제201조 2항)

◆ 기판력저촉의 법원의 조치=승각패기

기판력의 본질	내용	법원의 조치
모순 금지설	형식적으로 확정된 판결은 후소법원의 판단을 내용적으로 구속하여 후소법원은 확정판결의 내용과 모순되는 재판을 할 수 없다.	다시 소송하는 것은 소의이익 X ▶ 후소 소각하
반복 금지설	기판력은 소송의 반복 자체를 금지하는 것.	전소와 소송물이 같은 후소는 승소·패소에 관계없이 ▶ 소각하
판례	전소 승소확정 ▶ 권리보호 받음 ▶ 권리보호이익흠	소각하
	전소 패소확정 ▶ 전소와 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력	청구기각
선결관계	전소의 소송물이 후소의 선결문제로 되는 경우라면 기판력의 본질에 관하여 모순금지설을 취하건 반복금지설을 취하건 관계없이 전소의 기판력 있는 판단에 구속되어 이를 전제하여 후소를 판단하여야 할 뿐 소각하판결을 할 수는 없다는 점을 주의해야	

◆ 사위판결 유형과 구제

	자백간주 편취가부	판결정본 송달	다투는 방법
공시송달	X	O	상소추원/재심
허위송달	O	X	상소-반소
참칭대표자	O	O	재심

◆ 상소제도

항소 적시요건	① 대상적격 [선고 + 종국판결 + 유효판결] ② 적시 [항소장 + 1심법원 + 송달후 2주내]
항소 적법요건	③ 상소이익 [패소제※] ④ 당사자적격 [당사자능력 + 소송능력]
항소판단(각하판결)	1심판결 타당 ⇨ 항소가판결 1심판결 틀림 ⇨ 취소 파기환송 제418조 파기판 단서※
(제1심청구인용/기각의 본안판결)	1심판결 타당 ⇨ 항소가판결 1심판결 틀림 ⇨ 취소 = 청구인용 내지 청구기각 (소각하판결도 가능)-항소인용

상고심	상고적법 상고보안 (2심판결 적부) 2심판결 타당 ⇨ 상고기각 2심판결 틀림 ⇨ 2심판결 파기 2심 환송(법률상) 상고 인용 파기환송 판결의 구속력
-----	--

◆ 상소의 효력

상소불가분의 원칙의 지배=예외 ▶ 일부판결-단병/통공

항소취지확장	청구취지확장
상소불가분의 원칙 - 이심범위	소변경의 문제

◆ 상계와 불이익변경금지

원심판결	상소 이익자	불이익변경금지	
		적용여부	적용 내용
청구기각 (반대채권존재)	원고	적용	소구채권이 부존재 판단하더라도 청구기각 판결 불가
	피고	적용	반대채권 부존재 판단하더라도 청구인용 판결 불가
일부인용 일부기각	원고	부적용	제415조 단서(항소심에서 상계항변제출)

◆ 병합청구소송(청구의 복수)

		요건	소송요건	본안심리	종국판결	상소
원 시 적 병 합	단순병합 선택적 병합 예비적 병합	① 동종절차 ② 공통관할	① 병합요건 흠결시 변론을 분리하여 별소로 심판 ② 소송요건흠결시 소각하판결	① 변론, 증거조사는 동일기일에 수개의 청구에 대하여 공통 ② 변론의 분리는 단순병합에 서만 가능	① 단순병합에서 일부판결이 가능하며 재판누락시 추가판결로 처리 ② 선택적·예비적 병합에서는 일부판결이 불가능하며 판단누락에 준하여 구제	전부판결의 일부에 대한 상소시 모든 청구에 대해 확정차단·이심의 효과 발생
후 발 적 병 합	청구의 변경	① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 청구기초의 동일성 ⑤ 절차지연 없을 것	소의 변경요건을 심사하여 부적법시 불허 결정	교환적 변경의 경우 신청구에 대해 심판하며 구청구의 소송자료는 신청구의 자료가 된다. 추가적 변경의 경우 구청구와 신청구가 단순병합인지 선택적 병합인지 예비적 병합인지에 따라 원시적 병합과 같이 처리		
	반소	① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 본소청구 또는 방어방법과 견련관계 ⑤ 절차지연 없을 것	① 반소요건 흠결시 각하설(判), 분리심판설(多) ② 소송요건 흠결시 소각하판결	① 자료의 공통 ② 절차변잡·지연의 사정시 변론의 분리가능	일부판결 가능	
	중간확인 의소	① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 선결적 법률관계	병합요건 흠결시 독립한 소로 취급할 수 없으면 소각하 판결	원고의 중간확인 의소는 청구의 추가적 변경처럼, 피고의 중간확인 의소는 반소로 심리	일부판결이 이론상 불가능하지는 않으나 부적당	

◆ 예비적 병합의 심판

	심판방법		일부판결 허용 문제
단순 병합	승 패 승 패 승 패 패 승	모든 청구에 대해 재판	일부판결 허용-재판누락 단순병합에서 선행과 부예병의 경우 판단누락
선택적 병합	어느 하나 청구가 택일적으로 인용이 해제조건	┌ 주문 : 금 1000 지급하라 └ 이유 ┌ ①채불인정 └ ②[불법]해제-심판대상 X 또는 ┌ ① 채불 판단 X └ ② [불법] 인정	┌ 주문: 원고청구기각한다┐ 일부 └ 이유 ┌ ① 채불배척판단┐ 판결 └ ② [불법] 판단 X ⇒ 일부판결 부적법(判 판단누락)
	하나 청구가 택일적으로 ┌ 기각 ┐ └ 각하 ┘ 될 것을 대비	┌ 주문 : 원고청구기각 └ 이유 ┌ ① 채불 기각 └ ② [불법] 기각 모두 배척판단 필요	
예비적 병합	주위적(1차) 인용▶예비적 해제 주위적 ()/각하▶예비적 판단	조건부 예비적 판단(법원구속) ┌ 1차 : 기각 └ 2차 : 반드시 본안판단	┌ 1차 : 원고청구기각판결┐ 일부 └ 2차 : 판단 X ┐ 판결 ┌ 1차 : 판단 X └ 2차 : 선 판결⇨ 일부판결 허부문제 ⇒ 일부판결 부적법(判 판단누락)

◆ 병합소송 간과판결의 운명

구분	객관적 병합		주관적 병합		소변경		
	단순병합	선택·예비	통상공동	필공	교환적 변경	추가적 변경	
						단순	예비·선택
판결누락	○		○		○	○	
판단누락	부예병	○		○		부예병	○

◆ 청구의 후발적 병합

		청구의 변경 (원고만)	중간확인 소 (원고+피고)	반 소 (피고)
객관적 병합의 공동요건	동종의 절차			
	공통의 관할			
후발적 병합의 공동요건	사실심의 변론종결 전일 것	① 항소심까지만 가능, 상고심에서는 불가 ② 항소심에서 소변경시 피고의 동의 필요여부에 대해 학설 대립 ③ 항소심에서 소의 변경시 재소금지 ④ 전부 승소한 자의 청구취지 확장을 위한 항소의 이익	① 청구의 변경과 동일 ② 항소심에서 중간확인 소 제기시 상대방의 동의 불요	① 청구변경과 동일 ② 항소심에서 반소제기시 원고의 동의나 이익없는 응소 필요(원고심급 이익) 다만 원고의 심급이익보장이 불요하면 원고의 동의 불요(4가지)
	청구의 관련성 (항변사항)	① 청구기초의 동일성 - i) 이익설, ii) 사실설 ② 사익적 요건설 (동일성이 없어도 피고가 동의하거나, 이익 없이 응소하면 하자치유)	① 권리관계 ② 선결성 필요 - 본소의 계속은 중간확인 소의 제기요건이자 존속요건이다 (이론적 필요성이 아니라 현실적 필요성이다. 즉 본소가 취하, 각하되면 확인 소는 각하) ③ 계쟁성(확인 소의 이익)	① 상호관련성 i) 본소청구와 관련성 ii) 본소의 방어방법과 관련성(현실 제출+적법, 본권의 반소) ② 사익적 요건설 ③ 본소의 계속은 반소의 제기요건이나, 존속요건은 아니다.(본소가 취하·각하되어도 반소유지)
후발적 병합의 특유요건	소송절차를 현저히 지연시키지 아니할 것	필요 - 공익적 요건, 즉 직권 조사사항으로 피고가 동의, 응소하여도 하자치유 x, 이익권의 포기, 상실 대상 x	불요	필요 - 소의 변경과 동일

◆ 청구취지의 변경

청구취지의 확장	청구취지의 감축(축소)
질적 확장→상환이행에서 단순청구	질적 감축→단순청구에서 상환이행
양적 확장→일부청구의 잔부청구	양적 감축→일부청구의 축소
일부청구긍정설(명시설)/소변경 인정(추가적 변경)	원고의사 불분명→불분명 일부취하(소변경긍정설)

◆ 다수당사자소송(주관적 병합)

공동 소송	요건	ㄱ 주관적 요건(제65조 전문과 후문) ㉠ 항변사항 ㄴ 객관적 요건(제253조 : ① 동종절차, ② 공동관할) ㉡ 직권조사사항
	유형 (일반적 공동소송)	합일확정의 필요 ㄱ X : 통상공동소송 ㉠ 독립의 원칙(제66조) ㉡ 수정의 원리(주장공동, 증거공통의 문제) ㄴ O : 필수적 공동소송(제67조) ㄱ 고유필수적 공동소송 ㄴ 유사필수적 공동소송
	특수공동소송	① 예비적·선택적 공동소송(제70조), ② 선정당사자(제53조), ③ 주관적·추가적 병합
소송 참가	유형	당사자적격 ㄱ X : 단순보조참가(제71조) ㄴ O : 공동소송적보조참가(제78조) 소송고지-기판력 ㄴ O : 당사자참가 ㄱ 판결의 효력 O, 연합관계 - 공동소송참가(제83조) ㄴ 판결의 효력 X, 대립관계 - 독립당사자참가(제79조) ▶ 소송탈퇴
	공동요건	① 타인간 소송계속 중, ② 참가신청(참가취지, 참가이유)
당사자 변경	당사자적격승계 X	임의적 당사자변경 가부-- (1) 명문규정 O ㄱ 혼동 : 교환 - 피고경정(제260조) ㄴ 누락 : 추가 ㄱ ① 고유필수적 공동소송인 추가(제68조) ㄴ ② 주관적 예비적·선택적 공동소송인 추가(제70조) (2) 명문규정 X(원고경정, 통상공동소송인 추가) ▶ 판례:불허(통설:허용)
	당사자적격승계 O	(1)당연승계(제233조 이하) ㉠ 실제법상 포괄승계 원인 발생(사망, 합병) (2)특정승계(소송의 목적인 권리의무의 승계) ㄱ 자발:참가승계(제81조) ㄴ 강제:인수승계(제82조) ㄱ 교환적 인수 ㄴ 추가적 인수

◆ 공동소송의 유형과 심판

	통상공동소송	필수적 공동소송
개념	▶ 합일확정 불요 ▶ 공동소송인 독립의 원칙	▶ 합일확정 필요 ▶ 법률상 강제 ㄱ O-고필공 ㄴ X-유필공(판결효)
소송 요건	각 공동소송인 개별조사 일부 흠결 ⇨ 일부 각하	각 공동소송인 개별조사(∴소송관계의 복수) 일부흠결 ㄱ 고필공 - 전부 각하 ㄴ 유필공 - 일부 각하
소송 자료	① 1인의 소송행위 ▶ 다른 공동소송인에 영향 X ② 기일·기간의 해태 ▶ 다른 공동소송인에 영향 X	(1) 1인의 소송행위 ㄱ 유리한 소송행위(부인·항변, 응소, 기일, 기간) 전원에 대하여 효력 ㄴ 불리한 소송행위→(자백, 청구의 포기 인낙, 재판상 화해) 전원이 함께 해야 효력 (2) 1인에 대한 소송행위→유리·불리를 불문하고 전원에 대해 효력
소송 진행	(1) 같은 기일에 심판할 필요 X ∴ 변론의 분리, 일부판결 (2) 공동소송인 1인에 대한 중단·중지 그 자에 대해서만 효과 (3) 상소기간 ㄱ ① 각별진행 ㄴ ② 각별종료 ㄴ ③ 분리확정	(1) 같은 기일에 심판 필요(변론, 증거조사, 판결) ∴ 변론의 분리 X, 일부판결 X (2) 공동소송인 1인에 대한 중단·중지 전원에 대해서 효과 (3) 상소기간 ㄱ ① 각별진행 ▶ 전원에 대한 기간 만료시 확정 ㄴ ② 전원종료 ㄴ ③ 1인 상소 ▶ 확정차단·전부이심 (4) 1인 상소시 다른 공동소송인에게 상소의 효력 지위 : 단순한 상소심 당사자설(多·判, ∴합일확정상 이심되는 특수지위)
판결	불통일 ▶ 수정원리 필요	통일(합일확정)

◆ 소송승계(§81~82)-생성중인 기판력 <소송단계별 당사자변경과 승계>

① 甲 → 乙 ② ③ 점유이전 소제기 점유이전 변론종결 점유이전		
① 甲 → 乙 ┌ 피고 └ 丙 ← 경정	② 甲 → 乙 └ 丙 ↓ 계속 중 점유이전	③ 甲 → 乙 ↓ 변종 뒤 승계인 丙
제260조 피고경정 신청을 받아 바꾸고 판결을 받아야 함	┌ 81조 참가승계 - 丙 스스로 └ 82조 인수승계 - 강제로 乙을 丙으로 바꾸어 판결을 받아야	218조 ①항 적용 ┌ 판결효 미침 └ 승계집행문 부여 집행가능

◆ 승계인의 범위

구분	승계유형	예시
소송물 승계인	교환적 인수	■ 소유권확인의 소송계속중 소유권 양수자 ■ 이행청구소송계속 중 채권을 양수한 자이거나 채무를 면책적으로 인수한 자
	추가적 인수	■ 원고토지인도와 피고건물철거소송 중 계쟁물인 건물의 일부를 임차한 자 ■ 원인무효 이전등기말소청구소송 중 피고로부터 다시 이전등기를 받은 자



03 | 저작권법

이한결

제1장 저작권법 개관

1. 유효한 저작권인지 여부

인간의 사상이나 감정의 표현 + 창작성

가. 저작권

(1) 저작인격권

- 공표권(제11조)
- 성명표시권(제12조)
- 동일성유지권(제13조)

(2) 저작재산권

- 복제권(제16조)
- 공연권(제17조)
- 공중송신권(제18조)
- 전시권(제19조)
- 배포권(제20조)
- 대여권(제21조)
- 2차적저작물작성권(제22조)

나. 저작인접권 등

- 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 권리
- 배타적발행권, 출판권
- 데이터베이스제작자 권리

2. 저작권자

3. 저작권침해 주관적 요건 - 의거성

- 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다.
- 접근가능성, 실질적 유사성 등 간접사실 인정시 사실상 추정

4. 저작권침해 객관적 요건 - 실질적 유사성

가. 판단대상 - 아이디어 표현 이분법

창작적 표현형식

나. 의거성 요건의 실질적 유사성과의 관계

의거성(지엽말단적 유사성 포함)

실질적 유사성(기존의 저작물의 내용 및 형식을 감지할 수 있을 정도)

판례(의거성은 저작권으로 보호받지 않는 표현 유사여부 참작 가능)

다. 사안

5. 제한 사유

6. 권리 구제 방안

가. 민사적 구제 방안

나. 형사적 구제 방안

☑ 각 권리 일반론 목차

1. 의의 및 취지

2. 요건

3. 내용

(1) 발생 및 법적 성질

○○권은 저작재산권의 지분권으로서 저작한 때부터 발생한다. ○○권은 독점배타권으로서 저작자만이 저작물을 ○○할 수 있다.

(2) 양도, 행사, 소멸 등

저작재산권의 지분권의 하나로서 저작재산권에 대한 일반규정이 그대로 적용된다. 양도, 행사, 소멸 등에 있어서 저작권법 제45조에서 제49조의 규정 이 그대로 적용되며 보호기간에 있어서도 저작재산권에 대한 일반규정인 저작권법 제39조에서 제44조의 규정이 그대로 적용된다.

(3) 제한

4. 침해구제

5. 관련문제

Chap.2 저작물

제1장 저작권법의 보호 객체

1. 저작물의 의의(제2조 제1호)

저작물이란 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다(제2조제1호). 저작물의 정의규정은 저작권법의 적용범위를 확정하고 저작물의 본질을 제시함으로써 해석상 의문을 줄이고 타 산업재산권법과 구별기준을 제시한다.

2. 저작물의 성립요건과 판단 기준

가. 인간의 사상이나 감정

저작자의 정신활동으로 볼 수 있는 것이면 충분하고, 학문적 또는 예술적이어야 하는 것은 아니다.

나. 표현 - 아이디어와 표현의 이분법

i) 표현이란 ① 인간의 내면의 아이디어를 외부로 나타낸 것을 말한다. ② 판례는 아이디어와 표현의 이분법상 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다고 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 되지 않는 것이라고 본다.

ii) 외부표현으로 충분하고 유형물에 고정할 필요 없다 [예외 - 영상저작물 제2조제13호].

다. 창작성

제2장 창작성

1. 창작성의 의의

창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있는 것을 의미한다. 특허법에서 신규성과 진보성이 절대적인 개념이라면, 저작권법에서의 창작성은 상대적인 개념에 속한다.

2. 요건

i) ① 독자성 및 ② 최소한의 독창성이 인정되어야 한다.

ii) 판례에 따르면 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모

방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다고 본다.

3. 구체적 검토

가. 2차적저작물

2차적저작물의 창작성이 매우 낮다면 위작에 불과하며, 개작의 결과 현저하게 독창적 발상이 있고 사회 통념상으로도 원저작물과 비교해 별개의 저작물로 인정될 정도의 것이어야 한다. 나아가 더 고도한 창작성을 갖추어서 실질적 유사성이 상실되면, 전혀 별개의 저작물이 될 수 있다.

나. 편집저작물

소재의 수집 분류 및 배열의 창작성이 인정되어야 한다.

다. 기능적·사실적 저작물¹⁾

기능적·사실적 저작물에 대한 저작물성 인정 요건에 대해 대법원은 기존 창작성 요건보다 엄격한 기준을 설정하고 있다. 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라, 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 한다.

제3장 저작물의 종류

• 제1절 어문저작물(제4조 제1항 제1호)

1. 의의

어문저작물이란 인간의 사상이나 감정이 언어를 표현수단으로 하여 표현된 창작물을 말한다.²⁾

2. 실질적 유사성

① 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적·비문언적 유사성이 인정되는 경우와 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 부분적·문자적 유사성이 인정되는 경우가 있다. 위 두 가지 유사성 중 어느 하나가 있는 경우에는 실질적 유사성이 인정된다.

1) 예로 저작권법 제4조 제1항 제8호 도형저작물과 제9호 컴퓨터프로그램
2) 소설, 시, 논문, 각본, 연설, 강연, 강의, 설교, 담화

② 한편 어문저작물 중 소설, 극본, 시나리오 등과 같은 극적 저작물은 등장인물과 작품의 전개 과정의 결합에 의하여, 등장인물이 일정한 배경하에서 만들어 내는 구체적인 사건들의 연속으로 이루어진다. 이러한 사건이 유사하더라도 아이디어 부분이라고 할 수 있는 주제 등을 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건, 배경, 필수 장면이라면 포괄적·비문언적 유사성은 인정되기 어렵다. 이와 달리 아이디어의 차원을 넘어 표현에 해당하는 사건 등이 유사한 경우에는 포괄적·비문언적 유사성이 인정될 수 있다.

• 제2절 음악저작물(제4조 제1항 제2호)

1. 의의

음에 의하여 표현되는 저작물³⁾

2. 구성요소

①멜로디 ②리듬 ③하모니(가사 구성요소X)

3. 창작성

음악저작물은 일반적으로 가락, 리듬, 화성의 3가지 요소의 일정한 질서에 따라 음악적 구조를 이룬다. 따라서 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 리듬, 화성 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단한다.

• 제3절 연극저작물(제4조 제1항 제3호)

i) 사람의 동작에 의해 표현된 저작물로서 판례는 적합한 일련의 신체적 동작과 몸짓을 창조적으로 조합·배열한 것으로서 저작자의 사상 또는 감정을 표현한 창작물로 정의한다.⁴⁾

ii) 안무가는 저작자, 댄서는 실연가에 해당한다.

• 제4절 미술저작물(제4조 제1항 제4호)

1. 의의

미술저작물이란 인간의 사상이나 감정이 형상 또는 색채에 의하여 미적으로 표현되어 있는 저작물을 말한다.

2. 응용미술저작물

가. 의의

응용미술저작물이란 미술저작물로서 상업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 저작물을 말한다.

나. 요건

① 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서(복제가능성) ② 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며(분리가능성), 디자인 등을 포함한다(제2조제15호).

즉, 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받기 위해서는, 산업적 목적으로의 이용을 위한 ‘복제가능성’과 당해 물품의 실용적·기능적 요소로부터의 ‘분리가능성’이라는 요건이 충족되어야 한다.

판례는 “그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 것만이 저작물로 보호된다”고 판시하였다.

다. 분리가능성

실용적인 기능과 분리 인식되어 독립적으로 존재하거나 그 디자인 자체만으로 하나의 미술저작물이라고 할 수 있을 정도의 독자적 실체가 인정되는 경우에 분리 가능성이 인정될 수 있다.

• 제5절 건축저작물(제4조 제1항 제5호)

1. 의의

건축저작물이란 인간의 사상 또는 감정이 토지상의 공작물에 표현되어 있는 저작물을 말한다.

2. 창작성

건축물과 같은 건축저작물은 이른바 기능적 저작물로서, 건축 분야의 일반적인 표현방법, 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 편의성 등에 따라 그 표현이 제한되는 경우가 많고, 합체의 원칙이 엄격히 적용된다.

따라서 건축물이 그와 같은 일반적인 표현방법 등에 따라 기능 또는 실용적인 사상을 나타내고 있을 뿐이라면 창작성을 인정하기 어렵지만, 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어 창작자의 창조적 개성이 나타나 있는 경우라면 창작성을 인정할 수 있다.

즉, 기능적 요소 이외의 요소로서 건축물을 이루는 개개의 구성요소가 아니라 공간과 각종 구성 요소의 배치와 조합을 포함한 전체적인 디자인에 설계자의 창조적 개성이 드러나 있을 경우 그 한도 내에서 저작물로서 창작성이 인정될 수 있다.

3. 특유제도

건축설계도를 입수하여 건축시 ‘복제’에 해당한다(제2조제22호5)).

5) 제2조 22호 “복제”는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.

3) 교향곡, 현악곡, 재즈, 오페라, 가곡

4) 연극, 무용, 무연극

• 제6절 사진저작물(제4조 제1항 제6호)

1. 의의

사진저작물이란 이미 존재하는 피사체를 카메라를 통해 재현해 내는 저작물을 말한다.

2. 창작성

- i) (촬영대상) 피사체의 선정, 구도의 설정,
- ii) (촬영방법) 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법,
- iii) (현상·인화) 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 한다.

• 제7절 영상저작물(제4조 제1항 제7호)

1. 의의

영상저작물이란 연속적인 영상을 매개체로 하여 사람의 사상 또는 감정을 표현한 저작물을 말한다.

2. 요건

- ① 매체에 수록 ② 동일영상 반복재생 가능

*저작권법 Chap. 7 제4장 영상저작물에 관한 특례 참조

• 제8절 도형저작물(제4조 제1항 제8호)

1. 의의

도형저작물이란 도형 등에 사람의 사상이나 감정이 표현된 저작물을 말한다.

2. 창작성

지도, 설계도 등은 표현 방법이 약속되어 있거나 표현 방법이 극히 제한되어 있는 등의 본질적 특성을 갖는 저작물이므로 창작적 표현에 대한 제한적 해석이 필요하다. 즉, 개개의 소재를 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였는지, 표현된 각종 소재의 취사선택에 창작성이 있는지 고려한다.

• 제9절 컴퓨터프로그램저작물(제4조 제1항 제9호)

1. 의의

컴퓨터프로그램저작물이란 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보 처리 능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다(제2조제16호).

2. 보호대상(제101조의2)

프로그램 언어, 규약, 해법은 보호대상이 아니다.

3. 게임저작물

가. 의의

게임 저작물은 어문저작물, 음악저작물, 미술저작물, 영상저작물, 컴퓨터프로그램 저작물 등이 결합되어 있는 복합적 성격의 저작물에 해당한다.

나. 창작성

공동적 또는 전형적으로 수반되는 표현형식에 해당하는 게임을 하는 방법이나 게임규칙, 진행방식 등 게임에 관한 기본 원리나 아이디어까지 저작권법으로 보호되지는 않는다.

그러나 개별 구성요소의 창작성 인정 여부와 별개로 구성요소가 선택·배열되고 유기적인 조합을 이루어 선행 게임물과 확연히 구별되는 창작적 개성을 갖추고 있는 경우 저작물로 보호될 수 있다.

4. 서체도안 및 서체파일

가. 서체도안의 저작물 여부(소극)

실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 응용미술 작품으로서의 서체도안은 거기에 미적인 요소가 가미되어 있다고 하더라도 그 자체가 실용적인 기능과 별도로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어서 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 경우에만 저작물로서 보호된다. 다만, 디자인보호법으로 보호 가능하다.

나. 서체파일의 저작물 여부(적극)

특정한 결과를 얻기 위한 일련의 지시·명령에 해당하여 저작물이 인정된다. 즉, 서체도안(폰트) 그 자체는 저작물로 인정될 수 없으나, 폰트 파일은 컴퓨터프로그램으로서 저작물로 보호된다.

제4장 2차적저작물 및 편집저작물

• 제1절 2차적저작물

1. 의의 및 취지

원저작물을 기초로 이를 변형하여 새로운 저작물이 창작된 경우에 그 새로운 저작물을 말한다(제5조). 원저작물에 별개의 창작적 가치가 부가되어 이를 보호할 법익이 있고 나아가 원저작물과의 법률관계를 분명히 하기 위함이다.

2. 요건 [기 실 새 창 존]

- ① 원저작물을 기초로 하되 ② 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 ③ 이것에 사회통념상 새로운 저작물이라고 볼 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 ④ 새로운 창작성을 부가하여야 하는 것이며, ⑤ 원저작물의 저작권이 존속하여야 한다. 다만, 원저작자의 동의는 요하지 않는다.

3. 내용

2차적저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다(제5조제1항). 또한 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다(같은 조제2항). 나아가 원저작자가 갖는 저작권재산권 중에는 2차적저작물 작성권도 포함되어 있으므로 타인의 원저작물을 이용하여 2차적저작물을 작성하려면 원저작자의 동의를 얻어야 한다.

4. 2차적저작물에서 실질적 유사성 판단

원저작물에 새롭게 부가한 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.

• 제2절 편집저작물

1. 의의 및 요건

저작물이나 부호, 문자, 음, 영상 그 밖의 자료 등 소재의 집합물을 편집물이라고 하며, ① 편집물로서 소재의 ② 선택 또는 배열에 창작성이 있는 것을 말한다(제2조 제17호, 제18호, 제6조).

소재 저작권자의 허락은 책임요건이지 성립요건이 아니다. 다만 편집저작물과 소재저작물의 관계가 문제된다.

2. 창작성

편집물이 저작물로 보호받기 위해서는 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 소재를 수집·분류·선택하고 배열하는 등의 작성행위에 창작성이 인정되어야 한다.

의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 원저작물과 별개로 보호되는 저작물이 될 수 있다고 본다고 판시하여 적어도 시각적 캐릭터에 대하여는 독자적인 저작물성을 인정하는 것으로 보인다. iii) 또한 판례는 캐릭터에 관하여 상품화가 이루어졌는지 여부는 저작권법에 의한 보호 여부를 판단함에 있어 고려할 대상이 아니라고 판단하였다.

3. 음란 저작물

판례는 표현되어 있는 내용 즉 사상 또는 감정 자체의 윤리성 여하는 문제 되지 아니하므로, 설령 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다고 판단하였다.

특허법(제32조)은 공서양속에 반하는 경우 특허받을 수 없도록 하고 있으나, 저작권법은 그러한 규정을 두고 있지 않은바, 판례의 입장이 타당하다.

제5장 저작물성이 문제되는 저작물

1. 제호

상품이나 서비스의 명칭, 표어, 슬로건 등과 같은 간단하고 짧은 문구는 창작성을 인정할 수 없어 저작물로 성립하지 않는다. 제호를 부정경쟁방지법으로 보호하는 것은 별론 독자적 저작물은 아니다(통설). 다만, 저작물 제호는 동일성유지권에 의하여 보호받을 여지가 있다(제13조제1항).

2. 캐릭터

가. 의의

대중이 접하는 매체를 통해 등장하는 가공 또는 실재 인물, 동물 등의 형상과 명칭

나. 캐릭터 자체의 저작물성

i) 캐릭터는 캐릭터가 포함된 전체로서 미술저작권이나 영상저작권으로 보호되는 것이 원칙이다. ii) 다만, 판례는 캐릭터 자체의 저작물성에 대하여 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등

Chap.3 저작권자

제1장 저작권자

1. 의의

저작자란 저작물을 창작한 자를 말한다(제2조제2호). 따라서 저작물을 실제로 작성하여 사상이나 감정을 창작성 있는 표현으로 구체화한 자가 저작자로 된다.

2. 소유권과 저작권의 분리현상

소유권은 자기가 소유하는 물건을 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 권리이다. 저작권도 이와 유사한 면이 있으나, 유체물에 대하여 성립하는 소유권과 무체물에 대하여 성립하는 저작권은 구분된다.

판례도 “편지 자체의 소유권은 수신인에게 있지만 편지의 저작권은 통상 편지를 쓴 발신인에게 남아 있게 된다.”라고 판시하였다.

3. 저작자 및 저작권자의 추정

가. 의의 및 취지

저작물의 원본, 복제물 등에 저작자로서의 실명 또는 이명으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시된 자는 그 저작물의 저작자로 추정된다(제8조제1항제1호). 입증의 곤란을 구제하기 위함이다.

나. 내용

저작자의 추정규정은 사실상의 추정으로 상대방은 반대사실을 입증하여 추정의 효과를 번복할 수 있다. 또한 추정의 효과는 소급하므로, 저작명의자는 창작시부터 저작자, 저작권자인 것으로 추정된다.

제2장 공동저작물

1. 의의 및 취지

공동저작물은 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다(제2조제21호). 저작자 상호간에 밀접한 결합관계가 존재하기 때문에 저작권의 행사에 있어 일정한 특칙을 규정하고 있다.

저작물의 창작에 복수의 사람이 관여하였다고 하더라도 각 사람의 창작활동의 성과를 분리하여 이용할 수 있는 경우에는 공동저작물이 아니라 이른바 결합저작물⁶⁾에 불과한 것이라고 보아야 한다.

6) 결합저작물: 복수의 단독저작물이 결합되어 외형상 일체적으로 이용되는 것을 말한다

2. 공동저작물의 성립요건

가. 2인 이상의 창작적 기여

i) 저작물의 창작활동에 동기를 부여한 것에 불과한 경우라면 저작자로 될 수 없다. 따라서 창작 보조자, 감수자, 교열자, 창작을 위탁한 자는 공동저작자에 해당하지 않는다.

ii) 판례는 “저작권은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호대상으로 하므로, 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그중에서 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되고, 창작적인 표현형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니다”라고 판시하였다.

나. 창작에 공동관계가 존재

i) 창작행위의 공동(객관적 공동성) 및 공동창작의 의사(주관적 공동성)가 인정되어야 한다.

ii) 판례는 “공동의 창작행위는 공동창작의 의사를 가지고 공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이해야만 하는 것은 아니고 상당한 시간과 상당한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작”하는 것을 의미한다고 판시하였다.

iii) 공동창작의 의사는 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 말한다.

다. 분리이용 불가능

분리가 불가능한 경우뿐만 아니라 분리할 수는 있지만 현실적으로 그 분리가 이용이 불가능한 경우도 포함한다.

3. 공동저작물의 행사

가. 적극적 행위의 권리행사

i) 저작권법은 공동저작물의 저작재산권은 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다고 규정하고 있다(제48조제1항). ii) 이때 저작재산권의 행사라 함은 저작권의 내용을 구체적으로 실현하는 적극적 행위를 의미하며, 공동저작자 중의 1인이 스스로 이용행위를 하는 경우에도 저작재산권의 행사에 해당한다.

나. 소극적 행위의 단독행사 가부

다만 소극적 행위인 저작재산권 침해행위에 대한 정지청구 등은 저작재산권자 전원의 합의 없이 각자가 단독으로 행할 수 있고, 저작재산권 침해로 인한 손해배상도 각자의 지분에 따라 단독으로 청구할 수 있다(제129조). 공동저작물의 저작권권 및 저작재산권에 대한 침해의 정지청구는 공동저작자 각자가 다른 공동저작자의 의사와 상관없이 개별적으로 행사할 수

있으며, 저작재산권 침해에 대하여는 각자가 자신의 지분비율에 따라 손해배상의 청구를 할 수 있음을 규정한 것이다.

4. 보호기간

공동저작물의 저작재산권은 마지막 저작자 사망 후 70년간 보호된다(제39조제2항).

제3장 업무상저작물(제2조 제31호, 제9조)

1. 의의 및 취지

i) 업무상저작물은 법인등의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다(제2조제31호). ii) 이때 법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물의 경우 공표를 요하지 아니한다(제9조). iii) 저작물의 창작에 있어 실질상 단체에 의해 창작되는 경우가 많음을 고려하여 사용자에게 원시적으로 저작자의 권리를 부여하고자 하는 것으로 창작자 원칙의 예외이다.

2. 요건

가. 법인등이 저작물 작성에 관하여 기획할 것

기획이란 아이디어를 제시하여 방침을 세울 뿐 아니라 저작물 작성행위 전체를 지휘·감독하는 것으로 저작물 작성행위의 전단계에 존재하여야 한다.

나. 업무에 종사하는 자

계약에 한정되지 않으나 고용관계 또는 실질적인 지휘·감독 관계가 존재하여야 한다. 따라서 위임이나 도급시 위임인은 사용자로 볼 수 없다.

다. 업무상 작성

직접 명령 뿐 아니라 통상적으로 업무로서 기대되는 것 포함한다.

라. 공표

통설은 미공표 저작물의 경우 공표 예정된 것⁷⁾도 포함한다. 업무종사자 명의로 공표시 적용되지 않으나 법인 등의 명의로 명기된 경우 창작자로서 표시인지 단순한 업무분담표시에 불과한 것인지 판단해야 한다.⁸⁾

3. 효과

가. 저작자

법인 등 사용자가 원시적으로 저작자의 지위를 취득한다. 저작인격권의 경우 저작재산권과 달리 일신전속성을 지니므로 사용자가 자연인인 경우에는 그의 사망과 동시에, 법인 등 단체의 경우에는 그 해산과 함께 소멸한다. 그러나 저작권법은 저작자의 사후의 인격적 이익을 보호하고 있으므로 이는 업무상저작물에도 적용되어야 할 것이다(제14조제2항).

나. 보호기간

업무상저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 70년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 70년간 존속한다(제41조).

7) 장차 공표될 것이 확실한 경우 + 공표 예정이 사정상 보류되었지만 공표 예정이 공시된 경우

8) 신문·잡지의 기자성명표시는 '업무분담표시'- 제9조적용

Chap.4 저작권의 내용

제1장 개설

• 제1절 저작권의 발생

1. 무방식주의

저작권법은 “저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며, 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다”고 규정하여(제10조제2항), 저작권의 발생에 있어서 무방식주의를 취하고 있다.

• 제2절 보호기간

1. 의의

저작재산권자가 그 권리를 행사할 수 있는 기간을 말한다. 저작물은 개인의 재산이기도 하지만 공중이 이용해야 할 문화적 산물이라는 점을 감안하여, 일정 기간의 경과 후에는 저작물을 공중이 자유로이 이용할 수 있도록 하기 위하여 저작권에 시간적인 제한을 둔 것이다.

구분	내용
저작 인격권	저작자의 생존기간 저작자 사후의 인격적 이익의 보호에 관한 별도의 규정을 두고 있음
저작 재산권	원칙
	저작자의 생존하는 동안 + 사망 후 70년간 (제39조제1항)
	공동 저작물
	저작자의 생존하는 동안 + 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 70년 (제39조제2항)
	무명·이명 저작물
영상 저작물	업무상 저작물
	공표된 때부터 70년간 (제40조, 제41조, 제42조)
	영상 저작물

제2장 저작인격권

• 제1절 저작인격권 개요

1. 저작인격권 법적성격

i) 저작인격권은 저작자가 자기의 저작물에 대하여 가지는 인격적·정신적 권리로 일신전속성⁹⁾을 지닌다(제14조제1항). 이에 대해 저작권법은 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 규정하고 있다(제11조 내지 제13조). ii) 불행사 특약은 저작자의 명예·명성을 해할 우려가 있는 경우가 아니라면 유효하게 성립 가능하다.

9) 양도, 이전, 포기 불가능, 합의는 무효

2. 저작인격권 침해의 의제(제124조제2항)

저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 간주된다(제124조제2항).

• 제2절 공표권(제11조)

1. 의의 및 취지

공표권이란 미공표 저작물¹⁰⁾에 대해 공표 여부를 결정할 권리를 말한다(제11조제1항). 공표라 함은 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 등의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다(제2조제25호). 발행이란 저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제, 배포하는 것을 말한다(제2조제24호).

저작물이 공표되면 그 저작물의 가치가 사회적 평가를 받게 되므로 저작물의 공표 여부를 저작자만이 결정할 수 있도록 하기 위함이다.

2. 내용

공표권은 미공표저작물의 최초의 공표 시에만 적용된다. 저작자는 공표여부 및 공표방법을 결정할 권리를 갖는다. 저작물의 공표시기나 방법에 따라 저작자의 명성 또는 경제적 가치 등이 좌우되므로 이러한 결정을 저작자의 전권에 맡긴 것이다. 다만 저작권의 원활한 이용과 당사자간 이해관계의 조정을 위해 미공표저작물 저작재산권 양도 등의 경우 저작자가 공표를 동의한 것으로 추정하거나 간주하고 있다(제11조제2항 내지 제5항).

또한 공표권은 제3자에 대하여 적극적으로 공표를 청구할 수 있는 권리가 아니라 무단공표를 금지하거나 공표의 조건을 부가하는 권리에 불과하다(소극성).

3. 제한

가. 공표의 동의 추정

저작자가 i) 미공표 저작물의 저작재산권 양도·이용허락(제11조제2항), ii) 미공표 미술저작물 등의 원본의 소유권 양도(제11조제3항) iii) 또는 저작물의 도서관 등에 기증(제11조제5항)하는 경우 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다.

나. 공표의 간주

원저작자의 동의를 얻어 작성된 2차적저작물 또는 편집저작물을 공표하는 경우 원저작물도 공표한 것으로 본다(제11조제4항).

10) 공표권은 미공표 저작물에 대해서만 문제된다. 따라서 저작물이 저작자에 의해 공표됨은 물론 제3자에 의해 무단으로 공표된 경우에도 이후의 재공표에 대해 침해를 주장할 수는 없다.

• 제3절 성명표시권(제12조)

1. 의의 및 취지

성명표시권이란 저작자가 저작물의 창작자임을 주장할 수 있는 권리이다. 저작물의 내용에 대하여 책임의 귀속을 명백하게 하고 저작물에 대한 사회적 평가를 저작자에게 귀속시키려는 것으로서 일종의 명예권에 근거하고 있다.

2. 내용

가. 저작자의 성명표시권

저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 갖는다(제12조제1항). 즉 표시여부, 표시방법을 결정할 수 있는 권리가 포함된다. 이는 무명으로 할 권리도 포함된다고 해석되며, 이미 공표된 저작물에도 적용된다.

나. 저작물 이용자의 성명표시의무

저작물을 이용하는 자는 저작자의 특별한 의사표시가 없는 경우 성명표시의무가 있다(제12조 제2항). 여기서 ‘특별한 의사’란 저작자의 적극적 의사표시를 말하며 저작물 이용자에게 의사확인의 의무까지 부여한 것은 아니다.

3. 제한

저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우 성명표시권이 제한된다(제12조제2항단서). 판례는 공정한 관행에 반하지 않는 최소한의 한도 내에서 허용되어야 한다는 입장이다.

• 제4절 동일성유지권(제13조)

1. 의의 및 취지

i) 저작자는 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다(제13조제1항). ii) 헌법상 표현의 자유와 양심의 자유가 반영된 것으로 저작물에 구현된 저작자의 사상과 감정의 표현에 완전성을 유지하기 위함이다.

2. 내용

i) 동일성유지권 침해란 저작물의 동일성을 오인하게 만드는 것이며 ① 개변에 의한 동일성의 손상, ② 개변 전 저작물의 본질적 특징 유치가 요건이다.¹¹⁾ ii) 또한, 판례는 개변의 정도가 일정한 한도를 넘는 경우 그 자체로 새로운 저작물이 생기는

것이라고 본다.

3. 제한

i) 학교교육목적상 부득이한 경우, 건축물의 변형, 프로그램 이용을 위한 변경, 그 밖에 저작물의 성질 등에 비추어 부득이한 경우에는 동일성유지권이 제한된다(제13조 제2항). ii) 다만, 판례는 저작물의 부분적 이용의 경우 저작물에 표현된 저작자의 사상·감정이 왜곡되거나 저작물의 내용이나 형식이 오인될 우려가 없는 경우 동일성유지권을 침해한 것이 아니라고 본다.

• 제5절 저작자 사망 후 인격적 이익의 보호(제14조 제2항)

1. 의의

저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다(제14조 제2항).

2. 저작자 사후의 인격권 인정 여부

i) 저작인격권의 일신전속성을 증시하여 저작자의 사망과 동시에 저작인격권이 소멸된다고 보는 견해가 있다. 그러나 ii) 저작권법은 저작인격권은 일신전속성에 의해 저작자의 사망과 동시에 소멸하되,¹²⁾ 저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 안 된다고 규정하여 그 인격적 이익의 보호를 유족 등에게 인정한다(제14조제2항, 제128조).

저작자의 사망과 동시에 저작인격권이 완전히 소멸한다고 하면 저작자 사후에 그 저작물의 내용을 무단히 변경하는 것을 통제할 수 없어 저작물의 완전성을 해치고 저작자의 사후의 인격적 이익이 훼손될 우려가 있기 때문이다.

3. 내용

가. 민사상 구제

(1) 침해금지청구(제123조) 및 명예회복청구(제127조)

i) 저작자가 사망한 후에 그 유족이나 유언집행자는 당해 저작물에 대하여 침해하거나 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해금지청구를 할 수 있으며, ii) 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여 명예회복 등의 청구를 할 수 있다(제128조, 제127조, 제14조 제2항).

(2) 손해배상청구 가부

유족이나 유언집행자가 손해배상을 청구할 수 있느냐가 문제된다. 그러나 법문상 침해정지나 명예회복을 위한 조치는 인정되나 손해배상 청구 적격은 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다(통설).

11) 저작자의 명예·명성을 해할 우려가 있는 변경이 없어야 한다.

12) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결 취지 참조

(3) 법인 등의 해산의 경우

업무상저작물에 있어서 법인 등이 해산 기타 사유로 소멸한 경우에는 명문의 규정이 없으므로 이 경우에는 민사상 구제의 방법이 없고 형사상 구제 수단만이 있다.

나. 형사상 구제

저작권법 제14조 제2항을 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처해지며, 이는 비친고죄이다(제137조제1항제3호).

다. 한계(제14조제2항)

내용상 한계로서 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(제14조제2항). 이는 저작자 사후에 저작자의 본의를 해석하는 것이 어렵고 저작자의 생존시를 기준으로 저작물을 고정시켜 이용하게 하는 것은 시대상황의 변화에 비추어 타당하지 않을 수 있기 때문이다. 또한, 시간적 한계로서 민사상 청구의 경우 유족 등이 모두 사망하면 행사할 수 없다.

제3장 저작재산권

• 제1절 복제권(제16조, 제2조 제22호)

1. 의의 및 취지

i) 저작자는 그 저작물을 복제할 권리를 가진다(제16조). 여기서 복제란 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며(제2조제22호), 판례는 복제에는 도안이나 도면의 형태로 되어 있는 저작물을 입체적인 조형물로 다시 제작하는 것도 포함한다고 본다.¹³⁾ ii) 저작권자의 경제적 이익을 보호하고 이를 통해 저작 의욕을 고취시키기 위함이다.

2. 요건

가. 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법

이는 예시적 규정이므로 복제의 방법이나 수단에는 제한이 없다. 기계적·전자적·화학적 방법에 의하여 하는 것 외에 손으로 베끼는 것도 포함된다. 또한 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다(제2조제22호).¹⁴⁾

13) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016도15974 판결

14) 나아가, 판례는 “위 조항의 후문은 “건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.”라고 규정하고 있으나, 이는 저작물인 ‘건축물을 위한 모형 또는 설계도서’에 따라 건축물을 시공하더라도 복제에 해당한다는 점을 명확히 하려는 확인적 성격의 규정에 불과하다”고 판시하였다(대법원 2019. 5. 10. 선고 2016도15974 판결).

나. 유형물에 고정하거나 유형물로 제작

복제권은 어떠한 방법으로 복제되었느냐에 불문하고 그 저작물을 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 경우에는 그 효력이 미친다. 유형물에는 고정이 수반되어야 하는 것이므로 ‘저작물’의 요건과 다르다. 따라서 무형복제에 해당하는 공연, 실연, 방송 등은 복제권의 대상이 아니다.

다. 실질적 동일성

(1) 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정·증감이나 변경이 가하여진 것이라고 하더라도 새로운 창작성을 더하지 아니한 정도이면 복제권이 미친다.

(2) 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이므로, 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.

라. 의거성

(1) 복제는 원저작물에 존재 및 내용·형식을 알고 유형화하는 것이며, 우연히 원저작물과 동일한 것이 제작되었다면 이는 복제물이 아니다.

(2) 의거관계는 i) 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이의 유사성이 인정되면 추정할 수 있고, 특히 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다. ii) 그리고 두 저작물 사이에 의거관계가 인정되는지 여부와 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있다.

마. 인정범위

저작물의 전체적인 복제만이 아니고 일부분만의 복제라도 그것이 저작물의 본질적인 부분을 재현한 경우에는 복제권이 미친다.

3. 일시적 저장과 복제

‘일시적’으로 유형물에 고정 또는 다시 제작하는 것도 복제에 해당한다.

4. 링크행위 관련 문제(복제권, 공중송신권, 전시권 등)

가. 링크 행위가 복제, 전송 및 전시에 해당하는지 여부(직접침해 여부, 소극)

인터넷 링크(Internetlink)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹 페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 링크를 통해 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 링크 행위는 저작권법이 규정하는 복제, 전송 및 전시에 해당하지 아니한다.

나. 링크 행위의 성명표시권 침해 및 출처표시의무 위반 여부(소극)

성명표시권 침해 또는 출처표시의무 위반이 인정되기 위하여는, 그 전제로 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 이용한 사실이 인정되어야 하나, 링크행위의 경우 위와 같이 이용하였다고 보기 어려워 인정되지 않는다.

다. 링크 행위가 방조책임을 지는지 여부(한정 적극)

링크 행위자가 ① 정법이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 ② 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도에 이른 경우에는 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다.

☑ 스마트폰 애플리케이션에서 인터넷 링크와 유사하게 제3자가 관리, 운영하는 모바일 웹페이지로 이동하도록 연결하는 경우 저작권법 위반에 해당하는지 여부(소극)

이러한 법리는 이른바 모바일 애플리케이션 (Mobile application)에서 인터넷 링크(Internet link)와 유사하게 제3자가 관리·운영하는 모바일 웹페이지로 이동하도록 연결하는 경우에도 인터넷 링크와 마찬가지로 판시

☑ 임베디드 링크의 저작권침해방조 여부(적극)

방송 프로그램에 대한 임베디드 링크(embedded link, 링크된 정보를 호출하기 위해 이용자가 클릭을 할 필요 없이 링크제공 정보를 포함한 웹페이지에 접속하면 자동으로 링크된 정보가 바로 재생되는 방식의 링크)를 게재 한 사안에서, 링크는 해외 동영상 공유 사이트에 게시된 방송 프로그램 복제물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과한 점 등에 비추어 전송권을 직접 침해하는 행위로는 보기 어려우나, ① 저작권법 제102조 제1항 제4호의 해석상 우리 저작권법도 링크행위가 저작권법상의 권리 침해에 대한 방조가 성립될 수 있음을 당연한 전제로 하고 있다고 볼 수 있는 점, ② 링크행위가 링크행위 전에 이루어진 이용자의 업로드행위로 인하여 침해된 저작권자의 복제권 및 공중송신권 중 어떠한 권리 침해에 대한 방조인지는 개별적으로 검토하여야 하는 점, ③ 링크행위는 침해된 저작물에 대하여 실질적으로 접근가능성을 증대시켜 이용에 제공하는 행위를 용이하게 하므로 실제 당해 링크를 통한 송신이 이루어지는지에 관계없이 이용자의 전송권 침해행위에 대한 방조가 성립할 수 있는 점, ④ 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 보지 않는다면 침해 저작물임을 명백히 알고 있는 정보로의 링크행위가 증가될 가능성이 높은 점,

⑤ 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 본다 하더라도 링크행위의 자유를 심각하게 제한하는 것은 아닌 점, ⑥ 링크행위는 이용자들로 하여금 편리하게 동영상 공유 사이트에 게시된 방송 프로그램의 복제물을 전송받을 수 있도록 함으로써 동영상 공유 사이트 게시자의 이용에 제공하는 행위를 용이하게 하는 행위를 하였다고 평가하기에 충분한 점 등을 종합하면, 링크행위는 실질적으로 동영상 공유 사이트 게시자의 공중에의 이용제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위로서 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권 침해행위에 대한 방조에는 해당한다.

☑ 불법 링크의 저작권침해 방조 인정(한정 적극)

(다) 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과 같이, 링크 행위자가 정법이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정법의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다. 이러한 링크 행위는 정법의 범죄행위가 종료되기 전 단계에서 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정법의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 정법의 실행행위를 용이하게 하고 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하였다고 평가할 수 있다. 링크 행위자에게 방조의 고의와 정법의 고의도 인정할 수 있다.

(라) 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물로 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과 같이, 링크 행위는 그 의도나 양태에 따라서는 공중송신권 침해와 밀접한 관련이 있는 것으로서 그 행위자에게 방조 책임의 귀속을 인정할 수 있다. 이러한 경우 인터넷에서 원활한 정보 교류와 유통을 위한 수단이라는 링크 고유의 사회적 의미는 명목상의 것에 지나지 않는다. 다만 행위자가 링크 대상이 침해 게시물 등이라는 점을 명확하게 인식하지 못한 경우에는 방조가 성립하지 않고, 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 제공한 정도에 이르지 않은 경우 등과 같이 방조범의 고의 또는 링크 행위와 정법의 범죄 실현 사이의 인과관계가 부정될 수 있거나 범죄사 전체의 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖추었다고 볼 수 있는 경우에는 공중송신권 침해에 대한 방조가 성립하지 않을 수 있다.

• 제2절 공연권(제17조)

1. 의의 및 취지

i) 저작자는 그의 저작물을 공연할 권리를 가진다(제17조). 공연이란 저작물 또는 저작인접물을 공중에게 공개하는 것을 말한다(제2조제3호)¹⁵⁾. 저작자가 그의 정신적 소산인 저작물을 무형적으로 전달할 수 있는 권리를 부여함으로써 저작권자의 경제적 이익을 보장하고 저작의욕을 고취시키기 위함이다.

15) 노래방기기 제작(복제허락 받음), 노래방기기를 설치하여 재생하는 것(공연하는 것은 허락받지 않음), 이는 공연권 침해에 해당(대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결)

2. 요건

가. 저작물 또는 실연·음반·방송(제2조제3호)

나. 무형적인 방법

공연은 저작물을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생과 같은 무형적인 방법으로 일반공중에게 공개하는 것이라는 점에서 저작물을 유형적으로 재제작하여 배포하는 발행과 다르다.

다. 일반공중에게 공개

일반공중이란 사적 집단에 속하는 특정의 사람들에 한정하지 않은 청중이나 관중을 말한다.¹⁶⁾

3. 공연과 실연의 차이

실연은 공중의 공개가 요건이 아니고, 인간의 직접 표현만 해당하고 재생하는 경우는 포함하지 않는다.

• 제3절 공중송신권(제18조)

1. 의의 및 취지

공중송신권이란 공중에 대하여 저작물을 송신하는 모든 형태의 이용행위를 배타적으로 통제하는 권리를 말한다(제2조제7호).¹⁷⁾ 디지털 형태의 송신 등이 저작물의 전달 형태로 등장에 맞춰 저작권자의 정당한 권리와 이익이 위협받지 않도록 한 권리이다.

2. 요건

가. 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 송신일 것(제2조제7호)

나. 일반공중에게 수신케 할 목적일 것

특정소수인에 대한 전화나 팩스, 이메일 등에 의한 송신은 해당하지 않는다.

다. 무선 또는 유선통신의 방법에 의한 것일 것

3. 공중송신권을 구성하는 권리들의 관계

저작권법은 공중송신권을 규정하고, 공중송신행위로서 방송, 전송, 디지털음성송신을 예시적으로 규정하고 있다(제2조제8호, 제10호, 제11호).

• 제4절 전시권(제19조, 제11조 제3항)

1. 의의 및 취지

저작자는 미술저작물 등의 원본이나 그 복제물을 전시할 권리를 가진다(제19조). 저작권법은 '전시'에 관하여 별도의 정의 규정을 두고 있지 않지만, 판례는 '전시'란 미술저작물 건축저작물 또는 사진저작물의 원작품이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것이라고 본다.

2. 요건

가. 미술저작물 등

전시권은 미술저작물, 건축저작물 또는 사진저작물에 한하여 인정된다(제11조제3항).¹⁸⁾

나. 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열 또는 게시

전시 장소는 전시를 위하여 마련된 장소¹⁹⁾ 뿐만 아니라 공중에게 개방된 모든 장소²⁰⁾가 포함된다. 공개적인 장소인 이상 전시의 방법, 관람료의 징수 여부는 묻지 아니한다.

3. 원본의 소유자와의 관계

저작권법은 원본을 구입한 소유자의 이익을 위해 전시권에 대하여 일정한 제한을 두고 있다. 저작권법은 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만, 공중에게 개방된 장소에 향시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정한다(제35조).

• 제5절 배포권(제20조)

1. 의의 및 취지

배포권이란 저작자가 자신의 저작물이 화체된 물품의 공중에 대한 제공을 통제할 수 있는 배타적 권리를 말한다(제20조본문, 제2조제23호). 배포권을 인정함으로써 외국에서 제작된 복제물의 국내 반입을 용이하게 저지할 수 있고, 저작물의 유통을 시간적, 지역적으로 한정함으로써 저작권의 효율적 관리가 가능하며, 배포권을 복제권과 분리해 이전, 행사할 수 있다.

또한 배포권 저작물의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말하므로 배포권은 대여권을 포함하는 개념이다.

16) 판례에 의하면 "반드시 같은 시간에 같은 장소에 모여 있지 않더라도 위와 같은 불특정 또는 다수인에게 전자장치 등을 이용하여 저작물을 전파, 통신하는 것"을 의미한다고 본다(대법원 1996. 3. 22. 선고 95도 1288 판결)

17) ① 무형적 형태의 이용 - 방송, 전송, 디지털음성송신
② 유형적 형태의 이용 - 배포 ex. 영상물의 실시간 웹캐스팅(On Air TV)은 방송

18) 어문저작물 X, 저작권법상 '미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물'의 저작물이 '전시'의 방법으로 그 저작 재산권이 침해되는지 여부(소극, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도4468)

19) 화랑·도서관·상점의 진열대·진열장

20) 가로, 공원, 건축물의 외벽, 호텔의 로비, 극장의 복도 등

2. 인터넷상 공중송신권과 배포권

저작권법은 저작물을 공중의 이용에 제공하는 것과 관련하여 공중송신권과 배포권을 규정하고 있다. 판례는 '소리바다' 사건에서 저작권법상 배포는 전송의 개념에 대비되어, 유체물의 형태로서 저작물이나 복제물이 이동하는 것을 의미하는 것으로, 다른 사용자가 이를 다운로드 받을 수 있도록 하는 행위는 전송에 해당함은 별론으로 하고, 배포에도 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였다.

3. 배포권 특유의 제한으로서 권리소진이론

제한 파트 참조

• 제6절 대여권(제21조)

1. 의의 및 취지

권리소진원칙에 대한 예외로서 저작권자가 최초판매 이후에 음반 등의 저작물의 적법한 양수인에게 음반 등을 상업적으로 대여할 수 있도록 허락하거나 이를 금지할 수 있도록 하는 권리를 말한다. 권리소진원칙이 관찰될 경우 저작권자의 권리 보호라는 저작권법의 목적에 반하므로 예외를 둔 것이다.

2. 요건

가. 상업용 음반 및 상업적 목적으로 공표된 프로그램

영상저작물의 경우 WTO/TRIPs의 예외 규정에 비추어 인정하지 않았다.

나. 영리를 목적으로 한 대여

• 제7절 2차적저작물 작성권

1. 의의 및 취지

저작자는 자신의 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물을 작성할 권리를 가진다(제22조). 나아가 원저작물의 저작자는 이미 제3자에 의해 작성된 2차적저작물에 대하여 이용할 권리를 가진다.

2. 2차적저작물 등의 작성권 유보 추정

저작재산권의 전부를 양도하는 경우에도 원저작물의 원형을 해칠 우려가 있는 2차적저작물의 작성권은 원저작자에게 유보되어 있는 것으로 추정한다(제45조제2항).

다만, 프로그램의 경우 특약이 없으면 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다(제45조제2항단서).

Chap.5 저작권 등의 예외와 제한

제1장 개설

1. 의의 및 취지

저작재산권의 제한이란 특정한 경우 저작재산권의 배타적인 효력이 제한됨으로써 저작권자의 허락을 받지 않고도 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 것을 말한다. 저작권법은 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지 함을 목적으로 하는 배(제1조), 저작권자의 배타적 지배권을 인정하여 저작자의 이익을 도모하는 한편 일정한 경우 저작물의 자유이용을 허용하여 저작물을 이용하는 일반공중의 이익을 도모함으로써 양자의 이익의 균형을 꾀하고 있다.

2. 제한 사유

제2장 권리소진이론

1. 권리소진의 원칙의 의의 및 근거

저작권법은 저작자에게 배포권을 부여하면서, 단서에 저작물의 원본이나 그 복제물에 대해 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하여 제한규정을 두고 있다(제20조, 전송권에는 적용되지 않음).

2. 취지

적법하게 판매된 경우 저작권의 행사를 제한해도 저작권자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 않으며 적법하게 판매된 저작물의 거래와 유통에 원활을 기하기 위해 배포권을 제한하며, 저작물의 원작품 또는 복제품의 소유권과 저작권이 경합되는 경우 이를 조정하기 위함이다.

3. 근거

최초 판매에 의하여 저작권자가 자신이 투자한 창작적 노력에 대하여 이미 보상을 받았으므로 그 이후의 처분행위에 대하여 다시 권리를 행사한다면 이중으로 이득을 취한다는 이중이익설을 들 수 있다.

4. 요건

가. 원본이나 그 복제물

원본이나 그 복제물은 유형물을 말하고 전송이나 방송, 공연 등과 같이 무형적으로 거래에 제공되는 경우에는 배포권이 적용되지 않고 권리소진의 원칙 역시 적용되지 않는다.

나. 당해 저작재산권자의 허락을 받을 것
선의취득의 경우에도 배포권이 소진되지 않는다.

다. 판매 등의 방법으로 거래에 제공
처분권이 최종적으로 이전되는 경우를 말한다.

5. 컴퓨터 프로그램 관련

가. 컴퓨터 프로그램 담긴 CD를 구입한 소비자가
이를 중고 판매 가부 (적극)

컴퓨터 회사의 CD 오프라인상 유통이 판매인지 라이선스
인지 여부가 문제된다. 판매라면 배포권이 소진되나 라이선스
라면 배포권은 존속한다. 통설에 따르면 CD라는 유형
물의 오프라인상 유통을 판매가 아닌 라이선스라고 해석
하기 어렵다. 즉 배포권이 소진되므로 중고 판매는 저작권
침해가 아니다.

나. 다운로드 방식의 유통의 경우 전송권 소진 가
부 (소극)

배포와 전송은 그 개념이 구별되므로 전송권이 소진되지 않는
다.

제3장 공공저작물의 자유이용(제24조의2)

1. 의의 및 취지

국가 또는 지방자치단체가 업무상 작성하여 공표한 저작물이
나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물은 허락 없
이 이용할 수 있다(제24조의2제1항). 공공저작물을 새로운
창작의 기반으로 공중이 자유롭게 활용하도록 하기 위함이다.

2. 요건

가. 국가 또는 지자체가 업무상 작성·공표한 저작물이
거나 계약으로 저작재산권 전부를 보유한 저작물
저작재산권 중 일부 지분권만을 취득한 경우는 해당하지 않는
다.

나. 1항 단서 각호에 해당하지 아니하여야 한다.

제4장 학교 교육 목적 등에의 이용(제25조)

1. 의의 및 취지

저작권법은 학교나 기타 교육기관에서 교육과정에서 사용되는
공표된 저작물의 저작재산권을 교육목적상 필요한 경우에 한
하여 제한하고 있다(제25조). 국민교육진흥이라는 공익에 기
여하고자 함이다.

2. 허용되는 유형

가. 교과용 도서에의 게재(①)

i) 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 종류와
내용에 관하여는 초·중등교육법이 규정하고 있고 유치원도
포함한다.

ii) 교과용 도서란 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하에
서 사용하는 것이어야 하므로 대학교와 같은 상급 학교의
도서나 사설 참고서는 교과용 도서가 아니다.

나. 교과용도서 발행자의 교과용 도서에 게재한 저
작물의 복제·배포·공중송신(②)

온라인 등을 통한 다양한 교육 콘텐츠 제공이 가능하도록 교
과용도서에 게재된 공표된 저작물을 공중송신할 수 있는 근거를
마련하고자 함

다. 교육기관 등 및 수업지원기관에서의 복제·배포·
공연·전시 또는 공중송신(③, ④)

i) 교육기관의 범위에는 제한이 없으므로 대학, 대학원은
물론 널리 각종 특별법에 의한 교육기관도 포함된다.

ii) 수업목적상 필요하다고 인정되는 한도는 수업만이 포
함되는 것으로 좁게 해석되지 않으나, 저작물의 종류와 형
태, 용도, 복제 부수 등에 비추어 저작권자의 경제적 이익을 부
당하게 침해하지 않는 범위에 한한다.

iii) 저작물의 종류는 가리지 않으나 일부분에 한한다. 다만 저
작물 성질이나 이용목적 및 형태에 비추어 부득이 한 경우 전부
이용 가능하다(제25조제3항단서 및 제4항단서)

라. 교육받는 학생에 의한 복제·공중송신(⑤)
저작권법 제25조제3항 범위 내에 한한다.

제5장 시사보도를 위한 이용(제26조)

1. 의의 및 취지

시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물
은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는
공중송신할 수 있다(제26조). 국민의 알 권리 충족과 언론
의 자유를 보호하기 위한 취지이다.

2. 요건

가. 시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저
작물

부득이하게 우발적으로 복제되는 저작물이다.21)

21) 특정한 '사건을 구성하는 저작물' 자체도 본 조가 적용되는지는 논란이
있다. 예를 들어 미술가의 작품 도난 사건의 보도의 경우 도난된 작품이
이에 해당한다. 다만 이러한 적극적 인용의 경우에는 저작권법 제26조가
적용되지 않고 공표된 저작물의 인용(제28조)에 해당한다고 봄이 타당할

나. 정당한 범위

지나치게 장시간 또는 고화질의 화보형식으로 보도하거나 당해 사건과 관련이 없는 저작물을 이용하는 것은 정당한 범위 안에서의 이용이라 할 수 없다. 판례는 잡지에 게재된 사진작가의 누드사진을 다른 잡지가 전면 크기의 칼라사진으로, 화보형식으로 이용한 경우 본조에 의한 정당한 이용이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

다. 이용 태양은 복제·배포·공연 또는 공중송신일 것

제6장 시사적인 기사 및 논설의 복제 등 (제27조)

1. 의의 및 취지

정치·경제·사회·문화·종교에 관하여 신문, 인터넷신문 또는 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설은 다른 언론기관이 복제·배포 또는 방송할 수 있다(제27조). 시사적인 기사나 논설은 국민의 여론형성에 기여할 필요성을 가지고 있고, 국민의 알 권리를 위협한다.

2. 요건

가. 신문, 인터넷신문 또는 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설

잡지에 게재된 저작물이나 방송된 저작물은 제외된다. '잡지'란 전체분야 또는 특정분야에 관하여 동일한 제호로 월 1회 이하 정기적으로 발행하는 책자 형태의 간행물을 말한다.

나. 언론기관

다. 이용금지의 표시가 없을 것

제7장 공표된 저작물의 인용(제28조)

1. 의의

공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다(제28조). 인용은 타인의 저작물을 복제하는 것이지만 저작물이 시대의 문화유산을 기초로 하여 이뤄지는 것이라는 점에서 새로운 저작물의 창작에 기여하도록 일정한 제한을 가하는 것이다.

것이다.

2. 요건

가. 공표된 저작물

나. 보도·비평·교육·연구 등을 위한 것

인용 목적은 예시적 규정에 해당하나, 새로운 문화발전과 무관한 경우 인정되기 어렵다.

비영리 목적에 한하는지에 대하여 판례는 "비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것 이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 자유이용이 허락하는 범위가 상당히 좁아진다"라고 판시하여 반드시 비영리적 목적을 위한 인용이어야 하는 것은 아니라고 판시하였다.

다. 정당한 범위일 것 - 인용의 범위

판례는 인용의 목적, 인용된 내용과 분량, 저작물의 성질, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 판시하였다. 주종관계론에 따라 판단하던 종래기준을 보완하였다.

라. 공정한 관행에 합치할 것 - 인용의 방법²²⁾

피인용저작물을 원형 그대로 인용, 출처표시 또는 피인용저작물과 인용저작물이 시장에서 경합하지 않는다는 것을 의미한다.

마. 인용할 것

타인의 저작물을 실질적 유사성의 범위 내에서 자신의 저작물 중의 일부분으로서 이용하는 것을 말한다.

제8장 영리를 목적으로 하지 않는 공연과 방송 (제29조)

1. 의의 및 취지

영리를 목적으로 하지 아니하고 반대급부를 받지 않는 경우 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다(제29조). 문화적 창작물에 대한 공중의 접촉, 이용의 기회를 제공하여 문화의 향상 발전을 위함이다.

2. 비영리 목적의 공표된 저작물의 공연·방송(제29조 제1항)

가. 영리를 목적으로 하지 않을 것

직·간접적으로 영리 목적과 연계되지 않아야 한다.

나. 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않을 것

22) 판례에서는 정당한 범위와 공정한 관행의 합치 여부를 나누어 판단하지 않고 종합적으로 판단하고 있다.

일체의 비용징수는 요건에 위배된다.

다. 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않을 것
공연 대가를 지급하지 않아야 하나 교통비·식비 지급은 예외이다.

라. 공표된 저작물의 공연·방송일 것

3. 반대급부 없이 이루어지는 상업용 음반·영상저작물의 공연(제29조제2항)

가. [영리를 목적으로 하더라도]

나. 공연에 대한 반대급부를 받지 않을 것

제1항과 달리 직접적인 반대급부를 받지 않는다면 상관없다. 다만 판례는 무도장에서 입장료를 받은 경우 “입장료는 무도공간의 사용 대가일 뿐만 아니라 무도곡에 대한 반대급부의 성질도 아울러 갖는다”고 판시한 바 있다.

다. 상업용 음반이나 상업용 영상저작물을 재생하여 공연할 것
시중에 판매할 것을 목적으로 제작한 음반에 한한다.

라. 대통령령(저작권법 시행령 제11조)으로 정하는 경우가 아닐 것

☑ 저작권법 시행령 제11조

커피 전문점, 기타 비알코올 음료점업을 영위하는 영업소, 생맥주 전문점, 기타 주점업을 영위하는 영업소
단란주점과 같은 유흥주점과 같이 영업의 주요내용의 일부로 하는 공연
경마장, 경륜장, 골프장 · 스키장 · 에어로빅장 · 무도장 · 전문체육시설
여객용 항공기 · 열차 · 선박
대형마트 · 백화점 · 쇼펍센터, 숙박업 · 목욕장
국가 지방자치단체의 청사 등, 박물관, 미술관, 도서관 등에서 영상저작물을 감상하게 하기 위한 설비를 갖추고 발행일부터 6개월이 지나지 아니한 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 재생하는 형태의 공연

을 크게 손상할 우려가 없고, 일일이 규제할 수 없다는 고려하에 둔 것이다.

2. 요건

가. 공표된 저작물

나. 비영리 목적일 것

영리 목적이란 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제 의뢰를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통해 직접 이득을 취할 목적을 말한다. 직접적 영리목적(ex. 판매 목적)만 없으면 무방하며 간접적 영리목적(ex. 구입비용 절감)은 요건에 부합한다.²³⁾

다. 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위의 이용일 것

이는 공간적 제한을 의미하는 것이 아니라 인적인 범위를 전제하는 개념으로 복제 후의 이용행위가 개인, 가정 등에 준하는 인적 범위 내에서 이루어지는 것을 의미한다. 이에 속하기 위해서는 i) 이용 인원이 한정된 소수자일 것, ii) 이용자들 사이에 강한 사적 유대감이 존재할 것이 요구된다. 즉 구성원 사이 개인적 결합관계가 존재하는 경우에 인정된다. 기업 내부에서 업무상 이용하기 위하여 저작물을 복제하는 행위는 이에 해당하지 않는다.

라. 이용자에 의한 복제

마. 공중용 복제기기 등에 의한 복제가 아닐 것

3. 불법복제물

인터넷상 유포되는 불법 복제물도 공표된 저작물인지 문제된다. 판례에 따르면 업로드 된 영화파일이 명백히 불법파일인 경우 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 생길 수 있으므로, 다운로드 입장에서 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다면 이 행위는 사적 이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수 없다.

제9장 사적 이용을 위한 복제(제30조)

1. 의의 및 취지

공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다(제30조). 저작물을 한정된 범위 안에서 이용하는 것은 저작재산권자의 경제적 이익

23) 다만 판례는 “일반적으로 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감하는 정도만으로는 영리의 목적을 인정하기에 부족하다 할 것이나, 시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우와 마찬가지로 통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위에는 영리의 목적이 인정된다”고 한 사례가 있다(수원지법 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결).

제10장 도서관 등에서의 복제(제31조)

1. 의의 및 취지

저작권법은 도서관 등에서 저작물의 복제가 이용자의 조사연구를 통해 학술 문화발전에 유익하게 가능할 수 있도록 일정한 경우 저작권을 제한하고 있다(제31조제1항).

2. 요건

가. 이용 주체

도서관 등이 복제의 주체일 것

나. 이용 객체

복제 대상은 도서·문서·기록 그 밖의 자료로서 저작물이며 도서관 등이 스스로 보관하고 있는 것이다.

다. 이용 태양

복제방법은 복사에 한하지 않으며 사진·촬영·마이크로 필름화하는 행위도 모두 포함된다.

라. 각 호별 유형별 요건

① 조사연구를 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 도서 등의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 제공하는 경우(제1호), ② 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우(제2호), ③ 다른 도서관 등의 요구에 따라 절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우(제3호)에 적용된다. 다만 디지털 형태의 복제는 제2호의 경우에만 가능하다.

3. 전자도서관 관련 규정(제31조 제2항 내지 제8항)

제11장 시험문제로의 복제(제32조)

1. 의의 및 취지

시험 등을 위하여 필요한 경우에는 그 목적을 위하여 정당한 범위에서 공표된 저작물을 복제·배포 또는 공중송신할 수 있다(제32조). 시험문제는 성질상 비밀리에 작성될 것이 요구되어 사전에 저작권자의 허락을 얻는 것이 곤란하며, 비영리 목적의 시험문제는 저작권자의 사용수익권을 해칠 가능성이 낮아 자유이용을 허용하는 것이다.

2. 요건

가. 공표된 저작물

나. 시험의 목적상 정당한 범위 내의 이용

다. 비영리 목적

저작물의 복제행위 자체가 직접 영리와 관련되는지 여부에 따라 판단하여야 한다.

라.복제 · 배포 · 공중송신

제12장 시각장애인 청각장애인을 위한 복제 등(제33조, 제33조의2)

공표된 저작물은 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포할 수 있으며(제33조), 청각장애인 등을 위하여 공표된 저작물을 한국수어로 변환할 수 있고, 이러한 한국수어를 복제·배포·공연 또는 공중송신할 수 있다(제33조의2).

시각장애인 및 청각장애인의 경우에도 일반인과 동등하게 공표된 저작물을 적극적으로 향유할 수 있도록 하기 위함이다.

제13장 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(제34조)

1. 의의 및 취지

저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자는 자신의 방송을 위하여 자체의 수단으로 저작물을 일시적으로 녹음하거나 녹화할 수 있다(제34조). 저작물을 방송하는 경우 생방송이 아닌 한 그 전제로서 저작물을 녹음·녹화하여야 하므로 방송의 현실에 비추어 허용하는 것이다.

다만, 이 규정에 따라 만들어진 녹음물 또는 녹화물은 원칙적으로 녹음일 또는 녹화일로부터 1년을 초과하여 보존할 수 없다(제34조제2항).

2. 자체수단으로 녹음

방송사업자가 위탁하거나 외부 제작자의 공동사업으로 녹음·녹화물을 작성하는 경우에는 이에 해당하지 않는다.

제14장 미술저작물 등의 전시 또는 복제(제35조)

1. 의의 및 취지

저작권법은 미술저작물 등이 양도 등의 사유로 저작자와 소유자가 달라지는 경우에 양자의 이해관계를 어떻게 조절할 것인지 등에 대하여 특별규정을 두어 저작자의 전시권이나 복제권을 제한하고 있다.

2. 원본 소유자에 의한 전시(제1항)

가. 의의 및 취지

미술저작물 등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다(제35조). 미술저작물 등의 소유권을 취득하였음에도 불구하고 전시할 때마다 저작자에게 허락을 받는 것은 오히려 저작물의 유통성이나 상품가치를 떨어뜨리게 되므로 허용하는 것이다. 다만, 소유권자에게 새로운 전시권을 창설하는 것은 아니다.

나. 공중에게 개방된 장소가 아닐 것

살내(회사 복도, 호텔 로비 등)에서 전시가 가능하다. 판례는 호텔 로비 라운지 한쪽 벽면에 미술저작물을 설치한 사안에서 “일반 공중에게 개방된 장소”라고 함은 도로나 공원 기타 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있는 ‘옥외의 장소’와 건조물의 외벽 기타 일반 공중이 보기 쉬운 ‘옥외의 장소’를 말하는 것이고, ‘옥내의 장소’는 비록 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있다고 하더라도 일반 공중이 쉽게 볼 수 있는 곳이라고 볼 수 없으므로 이에 해당하지 않는다”고 판시한 바 있다.

다. 공표권과의 관계

저작권법상 저작재산권 제한규정은 저작권권의 행사에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 원작품이 마공표저작물인 경우 공표권 침해가 문제된다. 이를 고려하여 저작권법은 마공표 미술저작물 등의 원본을 양도한 경우 공표 동의를 추정하고 있다(제11조제3항).

3. 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물 등의 복제 및 이용(제2항)

가. 의의 및 취지

공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물 등은 일정한 경우를 제외하고 이를 복제하여 이용할 수 있다(제35조 제2항). 이러한 경우 저작재산권을 제한한다 하더라도 저작자의 경제적 이익을 크게 해치는 것이 아니며 공중의 이익을 위함이다.

나. 요건

복제에 의할 것이어야 한다. 여기서 복제는 유형적 복제만이 아니라 방송이나 공연 등 무형적 복제도 포함한다.

다. 예외(단서 각호)

(1) 건축물, 조각, 회화를 건축물, 조각, 회화로 복제(제1호, 제2호)

(2) 개방된 장소에 항시 전시하기 위해 복제(제3호)

(3) 판매목적으로 복제(단, 상업이나 공중송신 목적으로

복제하는 경우 허용)(제4호).

4. 미술저작물 등의 전시·판매에 수반되는 복제·배포(제3항)

원본을 판매하는 자는 해설이나 소개목적으로 목록형태책자에 미술저작물 등을 복제하여 배포할 수 있다. 단, 공중송신은 허용되지 않는다.

5. 위탁에 의한 초상화 등(제4항)

위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.

제15장 일시적 복제에 대한 면책 (제35조의2)

1. 의의 및 취지

저작권법은 일시적 저장을 복제의 개념에 포함시키는 한편(제2조제22호), 일시적 저장의 발생이 기술적 측면에서 필수적으로 요청되는 경우에는 면책되도록 하고 있다(제35조의2).

2. 요건

가. 컴퓨터에서의 저작물 이용에 다른 부수적 이용 일 것

나. 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요한 범위 내일 것

다. 일시적으로 복제하는 경우일 것

라. 저작권을 침해하는 경우가 아닐 것

제16장 부수적 복제 등(제35조의3)

사진촬영, 녹음 또는 녹화를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물이 촬영등의 주된 대상에 부수적으로 포함되는 경우에는 이를 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신할 수 있다(제35조의3 본문). 다만, 그 이용된 저작물의 종류 및 용도, 이용의 목적 및 성격 등에 비추어 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다(제35조의3 단서).

종전 판례도 부수적으로 이용되는 경우 실질적 유사성이 없다고 판단하였는 바, 2020년 개정법은 이러한 취지를 반영한 것으로 보인다.²⁴⁾

24) 사진촬영이나 녹화 등에 종속적으로 수반되거나 우연히 배경으로 포함되는 경우 등과 같이 부수적으로 이용되어 그 양적·질적 비중이나 중요성이 경미한 정도에 그치는 경우 실질적 유사성이 없다(대법원 2014. 8.

제17장 문화시설에 의한 복제 등 (제35조의4)

1. 의의 및 취지

국가나 지방자치단체가 운영하는 문화예술 시설이 상당한 조사를 하였어도 공표된 저작물(외국인의 저작물을 제외한 다)의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우 그 문화시설에 보관된 자료를 수집·정리·분석·보존하여 공중에 제공하기 위한 목적으로 그 자료를 사용하여 저작물을 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신할 수 있다.

저작자 불명의 저작물을 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화시설이 상당한 조사를 거쳐 이용할 수 있도록 하기 위함이다.

2. 저작재산권자의 권리

가. 이용 중단 요구(제35조의4제2항)

저작재산권자는 저작물의 이용을 중단할 것을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 문화시설은 지체 없이 해당 저작물의 이용을 중단하여야 한다.

나. 보상 지급(제35조의4제3항)

저작재산권자는 보상금을 청구할 수 있으며, 문화시설은 저작재산권자와 협의한 보상금을 지급하여야 한다.

제23조부터 제35조의4 외에 저작물의 일반적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다(제35조의5 제1항).

저작물의 디지털화와 유통환경의 변화에 대응하여 적용될 수 있는 보충적·포괄적 일반조항으로 미국저작권법상 공정이용 조항의 영향으로 2011년 입법되었다.

2. 판단요소

공정이용은 포괄적인 일반조항으로서 제23조부터 제35조의4의 규정에 부합하게 해석하는 것이 원칙이다. 判例는 제35조의5 제2항의 각 호에 대하여 ① 이용 목적·성격에서는 원저작물 변형을 통한 새로운 표현·의미 창출, 원저작물과 구별되는 별개 목적·성격, 2차적저작물 초과 여부, 공익적·비영리적 이용 여부를 검토하고 ② 저작물 종류·용도 면에서는 원저작물의 사실적·정보적/창작적 성격, 공표 여부를 살피며, ③ 이용 부분의 비중·중요성에서는 양적·질적 중요도와 필요 범위 내 이용 여부를 판단하고, ④ 시장 가치 영향 측면에서는 원저작물의 현재·잠재적 시장 가치 영향을 고려한다.

3. 제28조와 제35조의5와의 관계

기존의 저작권법 제28조는 기본적으로 '인용(引用)'에 관한 조항으로서, 저작물의 '이용(利用)' 일반에 확대하여 적용하는데 한계가 있었으므로 저작권법 제35조의5와 상호보완적인 관계에 있으나, 포괄적인 일반조항이 도입됨에 따라 예시규정으로 해석될 여지가 있다.

제18장 저작물의 공정한 이용(제35조의5)

☐ 제35조의5(저작물의 공정한 이용)

① 제23조부터 제35조의4까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 일반적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항들을 고려하여야 한다.

1. 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

1. 의의

저작권법은 제23조 내지 제35조의4에서 개별 저작재산권 제한 사유를 열거적으로 규정하였으나, 개정법에서 제35조의5가 도입되어 포괄적인 일반조항으로서 기능하게 되었다. 따라서 법

Chap.6 저작권의 활용

제1장 저작권의 양도 및 이용허락

1. 저작재산권 양도

저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다(제45조제1항). 저작재산권은 재산권으로서의 성질을 가지므로 저작자의 의사에 따라 자유롭게 양도할 수 있음은 당연하다. 일반적으로 저작재산권 양도계약은 준물권계약의 성질을 가지고 있다. 다만, 특약이 없는 경우 2차적저작물 작성권을 포함하지 않으나(제45조제2항본문), 컴퓨터프로그램의 경우에는 이를 포함한다(같은 항 단서).

2. 이용허락

가. 의의

저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다(제46조제1항). 이용허락은 의사표시일 뿐이므로 이용자가 취득하는 이용권은 채권의 성질을 가진다.

나. 독점적 이용허락

(1) 의의

독점적 이용허락을 받은 자는 저작재산권자로부터 저작물을 독점적으로 이용할 수 있는 권리를 부여받게 된다. 독점적 이용허락은 이용자가 저작재산권자와의 사이에 일정한 범위 내에서 독점적인 이용을 인정하거나, 이용자 이외의 다른 사람에게는 이용허락을 하지 않기로 하는 특약을 체결한 경우이다.

(2) 제3자의 무단이용 행위에 대한 금지청구

독점적 이용권자는 배타성이 있는 준물권이 아닌 채권적 권리를 가진 것에 불과하므로 제3자의 무단이용행위에 대하여 직접 고유의 금지청구권을 행사할 수 없다. 다만, 판례는 저작권법이 보호하는 이용허락의 대상이 되는 권리들은 일신전속적인 권리도 아니므로 독점적인 이용권자는 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 권리자를 대위하여 침해금지청구권을 행사할 수 있다고 본다.

다. 이용허락과 새로운 이용방법

음악저작권자가 음반제작자에게 녹음물 일체에 이용허락하였을 당시 LP음반과 카세트테이프(기존 매체)가 존재, 그 후 CD 음반(새로운 매체) 등장한 경우 문제된다.

판례는 계약당사자가 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 계약당사자의 의사 등 고려하고, 새로운 매체가 기존 매체시장을 잠식·대체하는 측면이 강한지, 아니면 새로운 매체가 별도 새로운 시장을 창출하는 측면이 강한 지 등 고려하여 사회정의·형평이념에 맞게 해석하여 CD음반 이용허락도 포함된다고 판시하였

다.

3. 저작권 관련 계약의 해석

저작권 양도계약은 준물권의 성질을 갖고 저작물 이용허락계약은 채권적 계약의 성질을 가져 그 성질과 효력이 상이하나 계약을 해석함에 있어서 분명하지 않은 경우가 많다. 판례는 이 경우 저작권 양도 또는 이용허락 되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다고 하였다.²⁵⁾

제2장 법정허락

1. 의의

저작권법은 공익적인 관점에서 법률의 규정에 따라 저작물을 이용할 수 있는 법정허락제도를 두고 있다. 따라서 누구든지 저작재산권자 불명인 저작물, 공표된 저작물 협의 불성립시 또는 상업용 음반 협의 불성립시 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 보상금을 지급하거나 공탁하고 이를 이용할 수 있다(제50조 내지 52조).

저작물의 법정허락에 관한 규정은 실연음반 및 방송 이용과 관련하여도 유사하게 적용된다(제89조).

2. 법정허락의 대상

① (저작재산권자 불명인 저작물) 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우(제50조)

② (공표된 저작물 협의 불성립) 공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하려는 방송사업자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 경우(제51조)

③ (상업용 음반 협의 불성립) 상업용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과한 경우 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 상업용 음반을 제작하려는 자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 때(제52조)

25) 일반적으로 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결).

제3장 저작권의 등록

1. 저작권의 등록

저작권법은 무방식주의에 입각하고 있기 때문에 특허권상표권 등의 경우와 달리 등록은 권리발생요건이 아니며, 저작재산권의 이전 등에 있어서도 대항요건에 불과하다.

다만, 저작권법상의 일정한 사항에 대하여 그 사실을 등록할 수 있게 하고 그 등록에 따른 소정의 법적 효과를 인정하고 있다(제53조).

2. 등록의 효력

가. 추정효

저작자로 실명이 등록된 자는 그 저작물의 저작자로, 창작연월일 또는 맨 처음의 공표연월일이 등록된 저작물은 그 등록된 날에 창작 또는 맨 처음 공표된 것으로 추정한다(제53조 제3항).

또한 저작권법은 등록되어 있는 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 또는 데이터베이스제작자의 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정하는 효과를 부여하고 있다(제125조제4항).

나. 대항효

① 저작재산권의 양도(상속 그 밖의 일반승계의 경우를 제외한다.) 또는 처분제한, ② 배타적발행권 또는 출판권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한, ③ 저작재산권을 목적으로 하는 질권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한에 관하여 등록한 경우에는 제3자에게 대항할 수 있다(제54조).

Chap.7 저작인접권 등

제1장 저작인접권

1. 개설

가. 의의 및 취지

저작인접권은 실연자, 음반제작자 및 방송사업자에게 부여되는 저작권에 유사한 권리이다. 저작물을 공중에게 전달하는 매개·중개자를 보호하기 위함이다.

나. 저작인접권의 발생과 존속기간

(1) 저작인접권의 발생

실연의 경우에는 그 실연을 한 때, 음반의 경우에는 그 음을 맨 처음 음반에 고정할 때, 방송의 경우에는 그 방송을 한 때 저작인접권이 발생한다(제86조제1항).

(2) 저작인접권의 보호기간

저작인접권이 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 70년(방송의 경우 50년)간 존속한다(제86조제2항).

다. 저작인접권의 제한·양도·행사 등

저작재산권 제한의 대부분의 규정이 준용된다(제87조제1항). 저작인접권은 저작재산권과 마찬가지로 전부 또는 일부를 양도할 수 있고, 다른 사람에게 그 저작인접물의 이용을 허락할 수 있다.

2. 실연자의 권리

가. 실연자

저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다(제2조제4호).

나. 음반에 관한 법적지위

음반의 경우 작곡자, 작사자, 실연자, 음반제작자로 이루어진다. 작곡자·작사자에게 저작권이, 실연자·음반제작자에게 저작인접권이 발생한다.

다. 실연자의 권리

(1) 저작인격권

저작자의 성명표시권과 동일성유지권에 유사한 권리를 가지며, 이는 실연자 일신에 전속한다(제66조 내지 제68조).

실연자는 그의 실연 등에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지며, 그의 실연의 내용과 형식의 동일성을 유지할 권리를 갖지만, 예외적으로 실연의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 재산적 권리

실연자는 복제권, 배포권, 대여권, 공연권, 방송권 및 전송권을 가진다(제69조 내지 제74조). 방송사업자 디지털음성송신사업자 및 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 공연을 하는 자는 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 방송하는 경우에는 그 실연자에게 상당한 보상금을 지급하여야 한다(제75조, 제76조, 제76조의2).

라. 공동실연자의 권리행사(제77조)

2인 이상이 공동으로 합창·합주 또는 연극 등을 실연하는 경우 실연자의 권리는 공동으로 실연하는 자가 선출하는 대표자가 이를 행사하며, 대표자의 선출이 없는 경우에는 지휘자 또는 연출자 등이 이를 행사한다. 이 경우에 독창 또는 독주가 함께 실연된 때에는 독창자 또는 독주자의 동의를 얻어야 한다.

3. 음반제작자의 권리

가. 음반제작자

음반제작자란 음을 음반에 고정하는데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자(제2조제6호)를 말한다.

판례는 음반제작자는 음반의 저작권접권을 자신에게 귀속시킬 의사로 원저작물을 음반으로 녹음하는 과정을 전체적으로 기획하고 책임을 지는 법률상의 주체를 뜻한다고 보는 것이 타당하고, 이러한 법률상의 주체로서의 행위가 아닌 한 음반의 제작에 있어서 연주가창 등의 실연이나 이에 대한 연출지휘 등으로 사실작기능적 기여를 하는 것만으로는 음반제작자가 될 수 없다고 보아야 한다고 판시하였다.

나. 음반제작자의 권리

음반제작자는 그의 음반에 대하여 복제권, 배포권, 대여권 및 전송권을 가진다(제78조 내지 제81조). 상업용 음반을 사용하여 공연을 하는 자 등은 상업용 음반을 사용하여 방송하는 경우 상당한 보상금을 그 음반제작자에게 지급하여야 한다(제82조, 제83조, 제83조의2).

다. 권리 범위

음반제작자가 음반의 제작을 목적으로 전체적으로 기획하고 비용을 부담하였다면, 최종 제작된 '음반' 뿐만 아니라, 그 제작 과정에서 제작된 '각 악기별 MR 파일' 즉, 음반의 중간단계에서 발생한 창작물에 대해서도 권리가 미친다.

라. 음반제작자 추정

음반제작자는 그 실명·이명, 음반의 제호 등을 등록할 수 있고, 음반제작자로 실명이 등록된 자는 그 음반의 음반제작자로 추정된다(제90조, 제53조 제1항, 제3항).

4. 방송사업자의 권리

가. 방송사업자

방송사업자는 방송을 업으로 하는 자로서(제2조제9호), 이때 방송이란 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것을 말한다(제2조제8호).

나. 방송사업자의 권리

방송사업자는 복제권(제84조), 동시중계방송권(제85조), 공연권(제85조의2)을 가진다.

제2장 배타적발행권 및 출판권

1. 배타적발행권

가. 의의

저작물을 발행하거나 복제·전송할 권리를 가진 자는 그 저작물을 발행 등에 이용하고자 하는 자에 대하여 배타적 권리를 설정할 수 있다(제57조).²⁶⁾ 배타적발행권은 배타적, 독점적인 권리이다. 저작재산권자는 그 저작물에 대하여 발행 등의 방법 및 조건이 중첩되지 않는 범위 내에서 새로운 배타적발행권을 설정할 수도 있다.

나. 배타적발행권자의 의무

배타적발행권을 설정받은 자(배타적발행권자)는 그 설정행위에서 정하는 바에 따라 그 배타적발행권의 목적인 저작물을 발행 등의 방법으로 이용할 권리를 가진다(제58조).

배타적발행권자는 특약이 없는 한 저작물 등을 받은 날부터 9개월 이내에 이를 발행 등의 방법으로 이용하여야 하며, 관행에 따라 그 저작물을 계속하여 발행 등의 방법으로 이용하여야 한다.

다. 저작물의 수정 및 증감

배타적발행권자가 배타적발행권의 목적인 저작물을 발행 등의 방법으로 다시 이용하는 경우에 저작자는 정당한 범위 안에서 그 저작물의 내용을 수정하거나 증감할 수 있다. 따라서 배타적발행권의 목적인 저작물을 발행 등의 방법으로 다시 이용하고자 하는 경우 특약이 없는 때에는 그때마다 미리 저작자에게 그 사실을 알려야 한다.

라. 존속기간 및 소멸

배타적발행권은 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 맨 처음 발행 등을 한 날로부터 3년간 존속한다. 다만, 저작물의 영상화를 위하여 배타적발행권을 설정하는 경우에는 5년으로 한다(제59조).

26) 복제권, 배포권, 전송권에 대한 권리이다. 출판권은 배타적발행권의 일종에 해당하나, 출판권에 대하여는 별도의 조항으로 이를 규율하고 있으므로, 출판권에 관한 조항에 따른다.

배타적발행권이 그 존속기간의 만료 그 밖의 사유로 소멸된 경우에는 그 배타적발행권을 가지고 있던 자는 ① 배타적발행권 설정행위에 특약이 있는 경우, 또는 ② 배타적발행권의 존속기간 중 저작재산권자에게 그 저작물의 발행에 따른 대가를 지급하고 그 대가에 상응하는 부수의 복제물을 배포하는 경우를 제외하고는 그 배타적발행권의 존속기간 중 만들어진 복제물을 배포할 수 없다(제61조).

2. 출판권

가. 의의

저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자는 그 저작물을 인쇄 그 밖에 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행하고자 하는 자에 대하여 이를 출판할 권리, 즉 출판권을 설정할 수 있다.²⁷⁾ 출판권 설정시 복제권 및 배포권 양도 효과가 있으며, 특약이 없는 한 3년간 존속한다(제63조 제63조의2 제59조).

나. 출판권자의 권리

출판권을 설정받은 자(출판권자)는 그 설정행위에서 정하는 바에 따라 그 출판권의 목적인 저작물을 원작 그대로 출판할 권리를 가진다(제63조제2항).

다. 출판권 설정계약의 적용범위

아날로그 출판과 시디롬 형태 전자책 출판에 적용될 수 있다(온라인상 전자책 출판에는 적용되지 않는다).

제3장 데이터베이스제작자의 보호

1. 의의

데이터베이스란 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말한다(제2조제19호).

2. 데이터베이스제작자의 권리와 그 제한

데이터베이스제작자는 그의 데이터베이스의 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송할 권리를 가진다(제93조제1항). 해당 권리는 데이터베이스 제작을 완료한 때부터 발생하며, 그 다음해부터 기산하여 5년간 존속한다(제95조제1항).

제4장 영상저작물에 대한 특례

1. 영상저작물의 저작자

영상저작물의 저작자는 영상저작물의 제작에 창작적으로 기여

한 자, 즉 보통의 경우에는 영상이나 음의 형성에 창작적으로 기여한 영화감독, 연출감독, 촬영감독, 조명감독, 미술감독 등이 이에 해당한다. 통상적으로 배우나 영상물에 음성을 제공하는 성우 등 실연자는 영상저작물의 제작에 창작적으로 기여한 것이 아니므로 영상물의 저작자가 아니라고 본다.

2. 영상저작물에 대한 특례

가. 저작물의 영상화를 위한 특례

영상저작물의 원활한 이용과 유통을 도모하고자 하는 이 조항의 취지와 규정 내용 등에 비추어 보면, 여기서 말하는 '영상화'에는 영화의 주제곡이나 배경음악과 같이 음악저작물을 특별한 변형 없이 사용하는 것도 포함되고, 이를 반드시 2차적저작물을 작성하는 것으로 제한 해석하여야 할 것은 아니다.²⁸⁾

(1) 허락의 추정

저작재산권자가 저작물의 영상화를 다른 사람에게 허락한 경우에는 특약이 없는 때에는 영상저작물을 제작하기 위한 권리 및 방송 등을 위한 권리 등²⁹⁾을 포함하여 허락한 것으로 추정한다(제99조제1항).

(2) 독점적 허락

저작재산권자는 그 저작물의 영상화를 허락한 경우에는 특약이 없는 때에는 허락한 날로부터 5년이 경과한 때에 그 저작물을 다른 영상저작물로 영상화하는 것을 허락할 수 있다(제99조제2항). 본 규정에 따라 저작재산권자가 영상화를 허락한 경우에 그 이용허락은 특약이 없는 이상 적어도 5년간 독점적 이용허락의 성격을 가진다.

나. 영상저작물의 권리관계에 관한 특례(제100조)

i) 영상저작물이 업무상저작물인 경우 제9조가 적용되고, 업무상저작물이 아닌 경우 영화감독들의 공동저작물에 해당한다.

ii) 특약없는 한 영상제작자가 양도받은 것으로 추정된다.

iii) 필요한 권리란 복제·배포·공개상영·방송·전송 등(제101조제1항)을 말한다.

27) 복제권 및 배포권에 대한 권리이다. 배타적발행권과 달리 전송권은 포함되어 있지 않다.

28) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2014다202110 판결, 판례는 제한 해석 부정을 취하는 것으로 보임

29) 제99조① 1. 영상저작물을 제작하기 위하여 저작물을 각색하는 것
2. 공개상영을 목적으로 한 영상저작물을 공개상영하는 것
3. 방송을 목적으로 한 영상저작물을 방송하는 것
4. 전송을 목적으로 한 영상저작물을 전송하는 것
5. 영상저작물을 그 본래의 목적으로 복제·배포하는 것
6. 영상저작물의 번역물을 그 영상저작물과 같은 방법으로 이용하는 것

Chap.8 저작권 침해 및 권리구제

제1장 저작권 침해

• 제1절 의의 및 요건

1. 의의

저작권은 저작권자에게 저작물에 관하여 주어지는 배타적 권리이므로, 정당한 권한 없이 그 저작물을 이용하는 경우 저작권 침해가 성립한다.

2. 요건

저작재산권 침해의 요건으로 ① 저작권 침해를 주장하는 자가 해당 저작물에 대하여 유효한 저작권을 가지고 있고, ② 주관적 요건으로서 침해자의 저작물이 원고의 저작물에 '의거'하여 그것을 이용하였을 것, ③ 객관적 요건으로서 침해자의 저작물이 원고의 저작물과 실질적 유사성을 가지고 있어야 한다. 또한, ④ 저작권법상 저작재산권 제한 사유에 해당하지 않아야 한다.

• 제2절 주관적 요건으로서 의거성

1. 의의

의거성이란 저작물을 보거나 접하여 그것을 이용하였을 것을 말한다. 저작권은 '모방금지권'으로서 저작권침해를 인정하기 위해서는 주관적 요건인 의거관계가 인정되어야 한다. 의거 관계가 인정되기 위해서는 기존 저작물에 대한 표현내용을 인식하고, 그 저작물을 이용한다는 의사를 가지고, 실제로 그 저작물을 이용하여야 한다.

따라서 단순히 우연의 일치이거나, 공통의 소재를 이용한 데서 오는 당연한 귀결인 경우 혹은 공유에 속하게 된 다른 저작물을 양자가 이용한데서 오는 결과인 경우에는 의거 관계가 인정되지 아니한다.

2. 판단기준

i) 판례는 대상저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 직접 인정되지 않더라도 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상저작물과 기존의 저작물 사이에 실질적 유사성 등의 간접사실이 인정되면 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점에서 사실상 추정된다고 판시하였다. ii) 특히, 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다고 본다.

• 제3절 객관적 요건으로서 실질적 유사성

1. 객관적 요건으로서 부당이용

저작권침해가 되기 위해서는 객관적으로 양 저작물 사이에 동일성 또는 중속성이 인정되어야 한다. 동일성 또는 중속성의 판단기준으로서 실질적 유사성이 판단기준으로 작용한다.

2. 실질적 유사성의 판단기준

가. 아이디어와 표현의 이분법

i) 아이디어는 저작물로 보호되지 않고 표현만이 저작물로 보호된다는 원리이다. 판례에 따르면 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적 표현형식으로 실질적 유사성이 있는지 여부는 각각의 저작물에서 저작권법으로 보호되는 창작성이 표현된 부분만을 뽑아낸 다음, 이것이 실질적으로 동일유사한지 여부를 따져보아야 한다. ii) 따라서 실질적 유사성의 판단에 있어서는 창작성 있는 부분의 양적, 질적인 면에서의 개별적, 구체적 판단에 의한다.

iii) 구체적으로 저작물의 개요, 구조, 주된 구성 등이 유지되고 있는지 여부, 침해자가 이용한 저작물의 상대적인 분량, 수를 대체할 수 있는 가능성 여부를 종합적으로 고려한다.

나. 아이디어와 표현의 이분법상 한계

(1) 합체의 원칙 - 기능적인 저작물

아이디어를 표현하는 데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적이 제약 때문에 표현 방법에 한계가 있는 경우 그러한 표현은 저작권법의 보호 대상이 되지 아니하거나 그 제한된 표현을 그대로 모방한 경우에만 실질적으로 유사하다고 보는 원칙이다.

(2) 필수장면의 원칙

저작물에서 어떤 아이디어를 구현하고자 할 때 필연적으로 따르는 표현은 저작권으로서 보호되지 않는다는 것이다.

(3) 사실상의 표준과 합체의 원칙

창작 당시에는 합체가 일어나지 않았으나 시간이 흐른 후 그 표현방식이 업계의 사실상의 표준이 되어 버림으로써 후발적 합체현상이 나타나는 경우 저작권의 보호가 주어지는 안 된다는 이론이다.

제2장 침해로 보는 행위

제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.

30) 저작물의 성립요건(저작권법 제2조 제1호) 및 보호기간(제39조 등), 유효한 저작재산권의 양도 등이 문제된다.

1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌다면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위
 2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위
 3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위
- ② 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 본다.

1. 의의 및 취지

침해로 보는 행위란 저작권법에 의해 보호되는 권리의 직접적인 침해는 아니지만 침해의 개연성이 높은 행위를 말한다. 저작물은 무체물이기 때문에 권리구제의 실효성을 담보하기 위함이다.

2. 침해로 보는 행위

가. 배포 목적으로 침해물건을 수입하는 행위

수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌다면 저작권 등의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위는 저작권의 침해로 본다(제124조제1항제1호).

나. 배포 목적의 소지행위

저작권 등을 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위는 저작권의 침해로 본다(제124조제1항제2호).

다. 악의로 프로그램을 업무상 이용하는 행위

프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위는 저작권 침해로 본다(제124조제1항제3호).

3. 저작인격권의 침해로 보는 행위

저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 간주된다(제124조제2항). 저작재산권 등 상당한 권원을 가진 자가 저작물을 이용하는 경우에도 적용된다. 다만, 명예를 훼손하는 행위는 저작물의 이용에 따른 것이어야 하며, 단순히 저작물의 내용을 비방하는 것과 같은 행위는 본 규정에 해당하지 않는다.

제3장 온라인서비스제공자(OSP)의 법적 책임

1. 의의

온라인서비스제공자란 정보통신망을 통해 저작물 등을 복제, 전송할 수 있는 서비스 등을 제공하는 자를 말한다(제2조제30

호). 저작권법은 온라인서비스제공자의 유형을 인터넷접속서비스, 캐싱서비스, 저장서비스, 정보검색서비스로 세분화하고, 각 서비스 유형에 따른 면책요건을 구체화하고 있다(제102조).

2. 방조에 의한 공동불법행위책임

판례는 OSP에 대하여 원칙적으로 구체적, 개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 삭제·차단 요구가 없더라도 불법성 있는 게시물에 대한 인식 및 통제가능성이 인정되는 경우 이에 대한 적절한 조치 등을 취하지 않은 경우 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임(민법 제760조 제3항)이 성립한다고 판시하였다.

3. OSP의 책임 제한 규정(제102조)

면책요건에 불구하고(제102조제1항), OSP가 위의 조치를 취하는 것이 기술적으로 불가능한 경우에는 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대하여 책임을 지지 않는다(제102조제2항).

또한 저작권법은 OSP가 자신의 서비스 안에서 침해행위가 일어나는지를 모니터링하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 지지 않음을 분명히 하고 있다(제102조제3항).

4. 저작권침해를 이유로 한 서비스중지요청 등

가. 복제 전송의 중단 요구 등

OSP의 책임제한 규정은 OSP가 권리자의 중단 요청을 받아 복제, 전송 등을 취한 경우에 대한 규정이다. 권리주장자는 OSP에게 중단을 요구할 수 있고, OSP는 요구를 받으면 즉시 중단시키고 통보하여야 한다(제103조제1항 및 제2항). 통보받은 복제·전송자가 상당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 재개를 요구하는 경우 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 통보하고 예정일에 재개시켜야 한다(제103조제3항). 또한 이에 따른 복제·전송을 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자를 지정하여 이용자들에게 공지하여야 한다(제103조제4항).

나. 면책 범위

OSP가 저작권법 제103조 제1항 내지 제4항의 조치를 취한 경우, 저작권 등 권리의 침해 및 손해에 대한 OSP의 책임을 면제한다. 다만, OSP가 복제·전송 등으로 인하여 저작권 등의 권리가 침해된다는 사실을 안 때에는 그때부터 복제·전송의 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임은 면책되지 않는다(제103조제4항 및 제5항).

5. 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 면책요건

가. 의의

다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인 서비스제공자를

특수한 유형의 온라인서비스제공자라고 한다.

권리자의 요청이 있는 경우 특수한 유형의 온라인서비스 제공자는 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다(제104조제1항).

나. 기술적인 조치의 범위

기술적 조치의 의무와 관련하여 하급심 판례는 기술적 조치로서 적극적 필터링을 상용화한 서비스도 존재하고 있으므로, 소극적 필터링만을 하는 경우 기술적으로 가능한 모든 노력을 다하였다고 볼 수 없어 방조책임을 인정하였다.

다. 검토

P2P서비스를 제공하는 사업자의 경우 제102조의 요건을 갖추면 면책받을 수 있는데 제104조 해석을 적용한 판례의 입장은 논리적 모순이 존재한다고 볼 수 있다. 결론적으로 판례에 따르면 적극적 필터링 등 모니터링 의무를 다하였다고 보기 어려운 경우 상당한 노력을 하였다고 보기 어렵다.

제4장 기술적 보호조치의 무력화 금지

1. 의의

저작권자 등이 저작물의 불법복제로부터 자신의 권리를 보호하기 위하여는 복제방지장치 등 기술적보호조치가 필요하며, 저작자의 성명, 저작물의 이용 조건 등 저작물에 관한 권리관리정보를 저작물에 부착하는 것이 저작물 관리에 효율적이다. 이에 이를 보호하기 위한 규정을 두고 있다(제104조의2).

2. 기술적 보호조치의 무력화 금지

기술적보호조치란 보호대상물에 대한 접근 자체를 통제하는 기술적 조치 또는 해당 저작물에 대한 복제 등 이용을 통제하는 것을 말한다.

누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 기술적 보호조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 안된다(제104조의2). 다만, 저작권법은 정당한 권한을 가지고 프로그램을 사용하는 자가 다른 프로그램과의 호환을 위하여 프로그램코드 역분석을 하거나 또는 보안성 검사·조사 또는 보정하기 위하여 필요한 경우 등에는 예외를 인정하고 있다.

제5장 권리구제

• 제1절 민사구제

1. 의의

저작권법은 저작권 침해에 대한 민사적 구제 수단으로 침해금지청구와 손해배상청구를 규정하고, 부수적으로 정보의 제공 및

비밀유지 명령 제도를 규정하고 있다.

2. 침해정지청구권 등(제123조)

i) 저작권자 등은 권리침해가 현존하는 경우 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다(제123조제1항). ii) 이 경우 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 함께 청구할 수 있고(같은 조 제2항), iii) 보전의 필요성을 소명하여 가처분신청을 할 수 있다.

3. 손해배상의 청구(민법 제750조, 저작권법 제125조)

i) 침해자의 ① 고의·과실로 ② 저작권이 침해되어 ③ 저작권자에게 손해가 발생하고 ④ 침해와 손해 사이에 인과관계가 인정되는 경우 이는 불법행위에 해당하여 저작권자에게 손해배상청구권이 발생한다. ii) 다만, 저작재산권은 무체물로 침해사실을 인지하기 어렵고, 저작물의 권리범위가 명확하지 않아 침해 여부의 판단이나 손해액의 산정이 곤란하다는 특질이 있어 그 손해액의 입증과 관련하여 특별한 규정을 두고 있다(제125조, 제125조의2, 제126조)

가. 제125조제4항 - 과실의 추정

등록되어 있는 저작권 등 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다(제125조제4항). 판례는 출판자는 타인의 저작권을 침해한 책을 함부로 출판하지 않기 위해 출판에 앞서 동종서적을 조사해 보는 등의 노력을 기울여야 할 의무가 있다고 하여 과실을 인정한 경우가 있다.

나. 제125조제1항 - 손해액 추정

그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자 등이 받은 손해의 액으로 추정한다(제125조제1항). 저작권자가 현실적으로 손해액을 입증하기 어려운 점을 감안한 것이다.

① 입증부담이 경감되며 법률상의 사실추정 규정이다. ② 인과관계, 손해액이 추정되는 것이며 손해발생까지 추정되는 것은 아니다. ③ 침해자 이익 산정에 대하여 총이익설, 한계이익설, 순이익설 있으나 판례는 한계이익설(총 매출액에서 제조판매를 위해 직접 사용된 비용을 공제)을 따른다.

다. 제125조제2항 - 손해액의 의제

그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상응하는 금액을 저작재산권자 등이 받은 손해액으로 할 수 있다. 통상이용료란 침해행위 당시 저작물의 이용허락을 받았더라면 이용대가로 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말한다.

라. 법정손해배상의 청구(제125조의2) - 법정손해액의 인정

저작권이 침해되어 민사소송이 제기될 경우, 저작권자가 침해 사실만 입증하면 손해를 입증하지 않은 경우에도 법원이 법령에서 인정한 금액을 손해액으로 인정할 수 있도록 한 제도이다. 실질적으로 보상을 받지 못하는 경우가 많아 이를 보완하기 위함이다.

법정손해배상을 청구하기 위해서는 침해행위가 일어나기 전에 그 저작물 등이 등록되어 있어야 한다(제125조의2제3항).

저작권자 등은 권리를 침해한 자에 대하여 실제 손해액 등에 갈음하여 침해된 각 저작물 등마다 1천만 원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만 원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다(제125조의2제1항). 법원은 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다(제125조의2제4항).

마. 손해배상의 인정(제126조) - 상당한 손해액 인정

법원은 ① 손해가 발생한 사실은 인정되나 ② 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 ③ 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 ④ 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

4. 명예회복 등

가. 저작인격권의 침해에 대한 명예회복 등의 청구(제127조)

저작자 또는 실연자는 고의 또는 과실로 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 강구할 수 있다(제127조).

나. 저작자의 사망 후 인격적 이익의 보호(제128조)

5. 공동저작물의 권리침해(제129조)

공동저작물의 각 저작자 또는 각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 저작재산권자의 동의 없이 침해정지청구 등을 할 수 있으며 그 저작재산권의 침해에 관하여 자신의 지분에 관한 손해배상의 청구를 할 수 있다(제129조).

• 제2절 형사구제(제136조 내지 제141조)

1. 의의

저작권법은 권리의 침해죄, 부정발행 등의 죄, 출처명시위반죄 등 의무 위반에 대하여 벌칙으로 형사적 제재를 가하고 있다(제136조 내지 제138조). 저작권법은 고의범만을 처벌대상으로 하고 있다.

2. 권리의 침해죄(제136조)

3. 부정발행 등의 죄(제137조)

4. 출처명시위반죄 등(제138조)

5. 몰수(제139조)

6. 신고죄(제140조)

저작권법은 원칙적으로 권리자의 고소를 통해서만 침해자를 상대로 형사적 제재 조치를 취할 수 있다(제140조). 다만 공익을 위하여 영리를 목적으로 또는 상습적으로 하는 경우 등 다양한 예외 규정을 통하여 고소가 없이도 공소를 제기할 수 있다.

7. 양벌규정(제141조)

• 제3절 행정적 구제

1. 불법복제물

불법복제물이란 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물을 말한다(제2조 제37호). 따라서 특정 파일이나 복제물이 불법복제물에 해당하려면 그것이 저작권법상 보호되는 권리를 침해하는 복제물이어야 한다.

2. 문화체육관광부장관의 일반 접속차단 명령(제133조의2)

문화체육관광부장관은 정보통신망을 통해 불법복제물등이 전송되는 경우 심의위원회 심의를 거쳐 OSP에게 경고, 삭제·전송 중단 또는 접속차단을 명할 수 있다. 다만 접속차단은 경고, 삭제 또는 전송 중단 조치로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 한정된다(제133조의2 제1항).

3. 한국저작권보호원의 시정권고(제133조의3)

한국저작권보호원은 불법복제물등의 전송 사실을 발견한 경우 심의위원회 심의를 거쳐 OSP에게 경고, 삭제·전송 중단, 반복 전송자의 계정 정지 또는 접속차단을 권고할 수 있다. 다만 접속차단 권고는 경고, 삭제 또는 전송 중단, 계정 정지 조치로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 한정된다(법 제133조의3 제1항).

3. 긴급차단(제133조의4)

가. 의의 및 요건

문화체육관광부장관은 i) 불법복제물등의 전송으로 ii) 권리침해가 명백하고 iii) 회복하기 어려운 손해 예방을 위해 긴급하며, 접속차단 외 수단이 없는 경우 OSP에게 긴급차단을 명할 수 있다(법 제133조의4 제1항).

나. 절차 및 이의제기

장관이 긴급차단을 명한 경우 즉시 심의위원회에 통지하여야

하며, 계시자 또는 관련 책임자는 차단일부터 5일 이내에 이의 제기할 수 있다. 이의제기가 있으면 장관은 긴급차단을 즉시 해제하고 이를 통지하여야 한다(법 제133조의4 제2항 내지 제4항).

심의위원회는 통지일부터 5일 이내에 정식 접속차단 여부를 심의하여 장관에게 통지한다. 접속차단이 의결되면 긴급차단은 정식 조치로 확정되고, 해제가 의결되면 장관은 이를 해제하여야 한다. 해제가 확정된 경우 손해를 입은 자는 국가배상법상 손해배상을 청구할 수 있다(법 제133조의4 제5항 내지 제8항).

성공적인 변리사 2차 합격을 위한

63회 변리사 2차시험 (기출분석 및 합격전략) 현장 설명회

최신 기출 경향부터 답안 작성 방향까지
2차 합격을 위한 핵심 포인트를 현장에서 정리합니다.



일시

8월 2일(일)
12:00 ~ 15:00



장소

서울특별시 강남구 강남대로94길 51-10
석범빌딩 4층 변리사스쿨 별관



문의

02-566-9600



강연자

추후 안내 예정



변리사시험 전문학원

변리사스쿨

신규강사 모집

변리사스쿨과 함께
합격을 이끄는 **실력 있는 강사님**을 모십니다.



모집분야

변리사시험 1차 · 2차 과목



지원방법

이력서 및 강의계획서 제출



문의

변리사스쿨

강의부터 합격 이후까지,
변리사스쿨이 함께합니다.

기득은, 다시 듣는 시간이 아닙니다. 답안을 완성하는 시간입니다.

의욕으로 버티는 기득이 아니라,
답안이 바뀌고 점수로 이어지도록 관리되는 기득종합반입니다.

기득종합반은 이렇게 운영됩니다.

01



답안 완성도
기준 관리

GS·첨삭·진도·복습을
하나의 흐름으로 연결

02



출제·채점 기준
학습 방향

출제·채점자의 시선을
기준으로 고득점 답안
작성 방향 제시

03



기득생에게 필요한
실전 운영 구조

마지막 1년,
필요한 강의와 관리에
집중합니다.

04



합격 이후까지
이어지는 Care+ 관리

2차 준비 이후에도
합격자 설명회와
After Care가 이어집니다.

기득의 시간은 짧습니다.
답안은 더 정확해져야 합니다.

Care+ 기득종합반
COMING SOON

곧, 새로운 시작이 찾아옵니다.

변리사시험 전문학원

변리사스쿨



www.Patentschool.co.kr