

변리사스쿨

시험장 노트

제61회 변리사 2차시험



변리사스쿨

그 동안 고생 많으셨습니다.
자신을 믿고 최선을 다하세요.
할 수 있어요.



여러분의 소중한 합격수기는
누군가에게 도전과 미래가 됩니다
Real한 여러분의 합격비결을 알려주세요

합격수기 장학금 **EVEVT**

합격축하금 최대 100만원!

EVEVT 1

수석합격자

1,000,000원

EVEVT 2

합격자

300,000원

※ 유튜브 인터뷰시 추가 30만원

신청 방법 : 변리사스쿨 카톡채널로 문의

성공적인 변리사시험 합격을 위한

61회 변리사 2차 시험

(기출분석 및 합격전략)

현장 설명회



일시 8월 3일(토)
15:00 ~ 18:00

장소 서울특별시 강남구
강남대로94길 55-4, 1층
변리사스쿨 본관

문의 02-566-9600

대강의실

강연자

민사소송법
특허법
상표법

최영덕 박사님
조현중 변리사님
한성민 변리사님



변리사스쿨

CONTENTS

제 1 편 | 특 허 법 | 조현중 변리사

제 2 편 | 상 표 법 | 한성민 변리사

제 3 편 | 민 사 소 송 법 | 최영덕 박사

제 4 편 | 저 작 권 법 | 이한결 변리사

제 1 편

특 허 법

조현중 변리사

[판례정리]

대법원 2024. 3. 28. 선고2021후10343 등록무효(특), 결정형 발명 진보성

[결정형 발명 진보성]

발명의 진보성 유무를 판단할 때에는 적어도 선행기술의 범위와 내용, 진보성 판단의 대상이 된 발명과 선행기술의 차이 및 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라고 한다)의 기술수준에 대하여 증거 등 기록에 나타난 자료에 기하여 파악한 다음, 통상의 기술자가 특허출원 당시의 기술수준에 비추어 진보성 판단의 대상이 된 발명이 선행기술과 차이가 있음에도 그러한 차이를 극복하고 선행기술로부터 그 발명을 쉽게 발명할 수 있는지를 살펴보아야 한다. 이 경우 진보성 판단의 대상이 된 발명의 명세서에 개시되어 있는 기술을 알고 있음을 전제로 하여 사후적으로 통상의 기술자가 그 발명을 쉽게 발명할 수 있는지를 판단하여서는 아니 된다.

의약화학물의 제제설계(製劑設計)를 위하여 그 화합물이 다양한 결정 형태 즉 결정다형(polymorph)을 가지는지 등을 검토하는 다형체 스크리닝(polymorph screening)은 통상 행해지는 일이다. 의약화학물 분야에서 선행발명에 공지된 화합물과 화학구조는 동일하지만 결정 형태가 다른 특정한 결정형의 화합물을 청구범위로 하는 이른바 결정형 발명의 진보성을 판단할 때에는 이러한 특수성을 고려할 필요가 있다. 하지만 그것만으로 결정형 발명의 구성의 곤란성이 부정된다고 단정할 수는 없다. 다형체 스크리닝이 통상 행해지는 실험이라는 것과 이를 통해 결정형 발명의 특정한 결정형에 쉽게 도달할 수 있는지는 별개의 문제이기 때문이다. 한편 결정형 발명과 같이 의약화학물 분야에 속하는 발명은 구성만으로 효과의 예측이 쉽지 않으므로 구성의 곤란성을 판단할 때 발명의 효과를 참작할 필요가 있고, 발명의 효과가 선행발명에 비하여 현저하다면 구성의 곤란성을 추론하는 유력한 자료가 될 수 있다.

(구성의 곤란성) 결정형 발명의 구성의 곤란성을 판단할 때에는, 결정형 발명의 기술적 의의와 특유한 효과, 그 발명에서 청구한 특정한 결정형의 구조와 제조방법, 선행발명의 내용과 특징, 통상의 기술자의 기술수준과 출원 당시의 통상적인 다형체 스크리닝 방식 등을 기록에 나타난 자료에 기초하여 파악한 다음, 선행발명 화합물의 결정다형성이 알려졌거나 예상되었는지, 결정형 발명에서 청구하는 특정한 결정형에 이를 수 있다는 가르침이나 암시, 동기 등이 선행발명이나 선행기술문헌에 나타나 있는지, 결정형 발명의 특정한 결정형이 선행발명 화합물에 대한 통상적인 다형체 스크리닝을 통해 검토될 수 있는 결정다형의 범위에 포함되는지, 그 특정한 결정형이 예측할 수 없는 유리한 효과를 가지는지 등을 종합적으로 고려하여, 통상의 기술자가 선행발명으로부터 결정형 발명의 구성을 쉽게 도출할 수 있는지를 살펴보아야 한다.

(효과의 현저성) 결정형 발명의 효과가 선행발명 화합물의 효과와 질적으로 다르거나 양적으로 현저한 차이가 있는 경우에는 진보성이 부정되지 않는다.

(효과 참작 가능 범위) 결정형 발명의 효과의 현저성은 그 발명의 명세서에 기재되어 통상의 기술자가 인식하거나 추론할 수 있는 효과를 중심으로 판단하여야 하는데, 진보성이 부정됨을 무효사유로 한 특허무효심판 및 그에 따른 심결 취소소송에서 위와 같은 무효사유에 관한 증명책임은 무효라고 주장하는 당사자에게 있지만, 결정형 발명의 효과가 의심스러울 때에는 특허권자도 출원일 이후에 추가적인 실험 자료를 제출하는 등의 방법으로 그 효과를 구체적으로 주장·증명할 필요가 있다.

(추가데이터 참작 가능 범위) 이때 추가적인 실험 자료 등은 그 발명의 명세서 기재 내용의 범위를 넘지 않는 것이어야 한다.

[추가데이터 참조 가능 범위 구체적 판단 및 결론]

원고는 미라베그론 α 형 결정의 효과를 뒷받침하기 위하여 출원일 이후에 '70°C/상대습도 75%에서 14일 보존에 따른 안정성 시험 결과', '광 안정성 시험 결과'를 통해 미라베그론 α 형 결정과 미라베그론 2염산염의 안정성 등을 대비한 추가 실험 자료를 제출하였다. 그런데 이 사건 특허발명의 명세서에 기재된 이 사건 제3항 발명의 효과 및 실험결과를 고려하면, 통상의 기술자는 이 사건 제3항 발명의 효과를 낮은 흡습성에 따른 안정성으로만 인식할 것으로 보이고, 통상의 기술자가 위 명세서 기재로부터 가혹조건에서의 보존 안정성과 광 안정성까지 이 사건 제3항 발명의 효과로 인식하거나 추론할 수 있다고 보기는 어려우므로, 위 추가 실험 자료의 각 시험 결과는 이 사건 특허발명의 명세서에 기재되지 않은 효과에 관한 것으로 명세서 기재 내용의 범위를 넘는 것이다. 또한 미라베그론 2염산염은 염 형성 여부에 있어서도 미라베그론 α 형 결정과 차이가 있기 때문에 미라베그론 2염산염과의 효과 차이를 들어 미라베그론 α 형 결정에 현저한 효과가 있다고 보기 어려운 점은 앞서 본 바와 같다. 결국 원고가 제출한 추가 실험자료는 미라베그론 α 형 결정이 가지는 효과의 현저성 판단에 고려할 수 없고, 그밖에 미라베그론 α 형 결정의 현저한 효과를 뒷받침하는 추가적인 실험 자료 등은 원심 변론종결 시까지 제출되지 않았다.

대법원 2024. 1. 11. 선고2020후10292 등록무효(특), 파라미터 발명 기재불비

1. 제42조 제3항 제1호, 3목차

[판단기준]

[일반론]

특허법 제42조 제3항 제1호는 발명의 설명은 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라 한다)이 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 적을 것을 규정하고 있다. 이는 특허출원된 발명의 내용을 제3자가 명세서만으로 쉽게 알 수 있도록 공개하여 특허권으로 보호받고자 하는 기술적 내용과 범위를 명확하게 하기 위한 것이다. 위 조항에서 요구하는 명세서 기재의 정도는 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서도 명세서의 기재에 의하여 당해 발명을 정확하게 이해할 수 있고 동시에 재현할 수 있는 정도를 말한다.

[제법발명의 경우]

물건을 생산하는 방법의 발명의 경우 그 발명의 '실시'란 물건을 생산하는 방법을 사용하는 등의 행위를 말하므로, 발명의 설명은 그 생산 방법을 사용할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재하여야 하고, 청구범위에 특정된 방법 전체의 사용 등에 관하여 위와 같은 정도의 기재가 없는 경우에는 특허법 제42조 제3항 제1호에서 정한 기재요건을 충족한다고 볼 수 없다.

[파라미터 발명의 경우]

물건을 생산하는 방법의 발명이 새롭게 창출한 물리적, 화학적, 생물학적 특성값을 이용하거나 복수의 변수 사이의 상관관계를 이용하여 발명의 구성요소를 특정한 파라미터 발명에 해당하는 경우, 파라미터의 정의나 기술적 의미, 특성값이나 변수의 측정 방법측정조건 등 파라미터의 확인 수단 등을 고려할 때 통상의 기술자가 특허출원 당시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 발명의 설명에 기재된 사항에 의하여 파라미터로 특정된 생산방법을 사용할 수 없다면 특허법 제42조 제3항 제1호에서 정한 기재요건을 충족하지 못한다고 보아야 한다.

[구체적 판단 및 결론]

위 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

- 1) 명칭을 '다결정 실리콘의 제조 방법'으로 하는 이 사건 특허발명(특허번호 생략)의 청구범위 제1항(이하 '이 사건 제1항 발명'이라 하고, 다른 청구항도 같은 방식으로 표시한다)은 다결정 실리콘을 생산하는 방법의 발명으로 물건을 생산하는 방법의 발명이다. 따라서 이 사건 제1항 발명에 대한 발명의 설명은 그 생산방법을 사용할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재하여야 한다.
- 2) 이 사건 제1항 발명의 청구범위에는 반응기의 공부피(empty volume)에 대한 봉의 부피(V_{rod})비를 의미하는 충전수준(fill level, FL)의 함수로서 반응기 내 유동조건(flow condition)을 나타내는 이 사건 아르키메데스 수가, 충전수준이 5% 이하인 경우에는 $2000 \times FL^{-0.6}$ 에 의한 하한값과 함수 $17000 \times FL^{-0.9}$ 에 의한 상한값으로 정해지는 범위 내이고 충전수준이 5% 보다 큰 경우에는 750 내지 4000으로 기재되어 있다. 발명의 설명에서는 이 사건 아르키메데스 수를 $Ar = \Pi \times g \times L^3 \times A_d \times (T_{rod} - T_{wall}) / \{2 \times Q^2 \times (T_{rod} + T_{wall})\}$ 의 관계식으로 표시하고 있다. 이 사건 제1항 발명은 이 사건 특허발명의 명세서 기재를 통해 새롭게 정의된 이 사건 아르키메데스 수와 충전수준의 상관관계를 이용하여 발명의 구성요소를 특정한 파라미터 발명에 해당한다.
- 3) 이 사건 제1항 발명은 지멘스 반응 중 서로 밀접한 영향을 주고받는 각 공정변수의 연동된 조절을 통해 반응기 내 유동조건인 이 사건 아르키메데스 수가 정해진 범위 내에 존재하도록 공정을 수행함으로써 반응기 내 실리콘 증착 공정이 최적화되는 효과를 나타내는 것을 기술적 특징으로 하므로, 반응 중 공정변수의 값이 이 사건 제1항 발명의 실시예 중요한 기술적 의미를 가진다.
- 4) 그런데 이 사건 특허발명의 명세서에는 충전수준을 결정하는 공정변수인 봉의 부피(V_{rod})와 이 사건 아르키메데스 수를 결정하는 공정변수인 반응기 벽의 온도(T_{wall}), 체적 유량(Q)의 각 측정 방법이 기재되어 있지 않다. 이 사건에서 제출된 자료만으로는 통상의 기술자가 이 사건 특허발명의 우선권 주장일(이하 '우선일'이라 한다) 당시의 기술수준에서 지멘스 반응기와 관련한 위 각 공정변수의 측정방법이나 값을 쉽게 알 수 있다고 보기 어렵다.
- 5) 따라서 통상의 기술자가 우선일 당시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 발명의 설명에 기재된 사항에 의하여 파라미터로 특정된 생산 방법을 사용할 수 없으므로, 이 사건 특허발명 명세서의 발명의 설명은 이 사건 제1항 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재되었다고 볼 수 없다. 원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 제1항 발명과 이를 인용하는 종속항 발명인 이 사건 제2 내지 8항 발명은 발명의 설명이 통상의 기술자가 그 발명을 쉽게 실시할 수 있을 정도로 명확하고 상세하게 기재되어 있지 않으므로, 이 사건 특허발명은 구 특허법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 특허법'이라 한다) 제42조 제3항 제1호에서 정한 명세서 기재요건을 충족하지 못하였다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 명세서 기재요건에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 제42조 제4항 제2호

[판단기준]

특허법 제42조 제4항 제2호는 청구범위에는 발명이 명확하고 간결하게 적혀 있을 것을 규정하고 있다. 그리고 특허법 제97조는 특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여진다고 규정하고 있다. 이는 발명의 보호범위는 청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여진다는 점에서 청구항에는 명확한 기재만이 허용되는 것으로, 발명의 구성을 불명료하게 표현하는 용어는 원칙적으로 허용되지 않는다는 취지이다. 발명이 명확하게 적혀 있는지 여부는 통상의 기술자가 발명의 설명이나 도면 등의 기재와 출원 당시의 기술상식을 고려하여 청구범위에 기재된 사항으로부터 특허를 받고자 하는 발명을 명확하게 파악할 수 있는지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

[구체적 판단 및 결론]

원심은 판시와 같은 이유로, 봉의 부피(V_{rod}), 반응기 벽의 온도(T_{wall}), 체적 유량(Q)의 측정방법이 명확하지 않아 이 사건 제1항 발명과 이를 인용하는 종속항 발명인 이 사건 제2 내지 8항 발명의 청구범위는 발명이 명확하게 기재되어 있다고 할 수 없으므로, 이 사건 특허발명은 구 특허법 제42조 제4항 제2호에서 정한 명세서 기재요건을 충족하지

못하였다고 판단하였다.

원심판결의 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 명세서 기재요건에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

대법원 2023. 7. 13. 선고2021두63099 특허출원 무효처분 취소, 대리권 서면 증명방법

[문제의 요지]

변리사 ○○은 원고를 대리하여(이하 '원고 대리인'이라고 한다) 2018. 7. 18. 피고에게 이 사건 특허출원(출원번호: 생략)을 하면서 원고의 위임장을 첨부하지 않았다.

피고는 2018. 8. 1. 원고 대리인에게 '제출 서류에 출원인의 위임장이 첨부되지 않았으니 특허법 제46조에 근거하여 제출기일인 2018. 10. 1.까지 특허법 시행규칙 별지 제9호 서식에 따른 보정서를 제출하기 바란다'는 보정요구서를 발송하였다(이하 '이 사건 보정요구'라고 한다).

그 후 원고 대리인은 피고에게 '원고가 원고 대리인에게 한국의 특허출원에 관한 모든 절차 등을 위임한다'는 내용의 2018. 7. 17. 자 포괄위임장을 제출하면서 포괄위임등록을 신청하였고, 2018. 8. 7. 피고로부터 포괄위임등록번호(생략)를 부여받았다.

피고는 2019. 2. 27. 원고 대리인에게 '위임장 미제출로 보정요구를 하였으나, 지정된 기간 내에 보정을 하지 않아, 특허법 제16조에 근거하여 이 사건 특허출원 관련 서류를 무효로 처리한다'라고 통지하였다(이하 '이 사건 처분'이라고 한다).

[특허법원 판단]

원심은 그 판시와 같이, 원고는 이 사건 특허출원 절차에 포괄위임등록번호를 기재한 서류를 제출하지 않았고, 달리 이 사건 보정요구에 따른 위임장 등을 제출하지도 않아 피고의 이 사건 보정요구에 응하지 않았으므로, 이 사건 처분에는 처분사유가 존재한다고 판단하였다.

[대법원 판단]

[판단기준]

- 1) 특허법 제46조 제2호는 특허청장 등이 특허에 관한 절차가 특허법 또는 특허법에 따른 명령으로 정하는 방식을 위반한 경우 기간을 정하여 보정을 명하여야 하고 보정명령을 받은 자는 그 기간에 그 보정명령에 대한 의견서를 특허청장 등에게 제출할 수 있다고 규정하면서, 보정명령에 대한 의견서나 그 제출에 관하여는 특정한 방식을 요구하지 않고 있다. 한편 특허법 시행규칙 제13조 제1호는 특허법 제46조에 따라 보정을 하려는 자는 특허법 시행규칙 별지 제9호 서식의 보정서에 보정 내용을 증명하는 서류를 첨부하여 특허청장 등에게 제출하도록 규정하고 있으나, 이는 행정청의 편의를 위한 규정으로 보정 내용을 증명하는 서류의 제출은 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위라고 해석되고, 이러한 경우 행정청으로서 그 서면을 가능한 한 제출자의 이익이 되도록 처리할 필요가 있다. 따라서 특허법 제46조에 따른 특허청장 등의 보정명령을 받은 사람으로부터 특허청장 등에게 보정 내용을 증명하는 서류가 제출되었을 때에는 그 기재 등의 여하를 불문하고 이를 위 보정명령에 대한 의견서 제출로 보아야 한다.
- 2) 특허에 관한 절차를 밟는 자가 대리인에게 대리권을 수여하는 데에는 일정한 방식이 요구되지 않고, 다만 그 대리권의 증명은 특허법 제7조에 따라 서면으로써 하여야 한다. 그런데 특허법 시행규칙 제5조의2 제1항은 대리인에게 현재 및 장래의 사건에 대하여 미리 사건을 특정하지 아니하고 특허에 관한 절차 진행을 포괄위임하려는 경우에는 포괄위임등록 신청서에 대리권을 증명하는 서류인 포괄위임장을 첨부하여 특허청장에게 제출하여야 한다고 규정하므로, 이미 출원한 사건의 특허에 관한 절차 또한 포괄위임의 대상이 되고, 포괄위임등록 신청을 위해 대리권을 증명

하는 서류인 포괄위임장을 특허청장에게 제출한 이상 포괄위임 대상 사건에 관한 대리권의 서면 증명은 이루어졌다고 볼 수 있다.

[구체적 판단 및 결론]

원고 대리인은 피고로부터 위임장을 제출하라는 취지의 이 사건 보정요구를 받은 후 보정기간 내에 피고에게 포괄위임 등록을 신청하면서 포괄위임장을 제출하여 2018. 8. 7. 피고로부터 포괄위임등록을 받았다. 비록 위 포괄위임장이 이 사건 특허출원의 절차 내에서가 아니라 포괄위임등록신청 과정에서 피고에게 제출되었더라도, 이 사건 특허출원에 관한 절차는 위 포괄위임의 대상이고 이 사건 보정요구에 따른 보정 내용을 증명하는 서류의 제출은 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위로 해석되어 피고로서는 그 서면을 가능한 한 제출자의 이익이 되도록 처리할 필요가 있으므로, 이 사건 보정요구 사항인 대리권의 서면 증명에 대한 보정은 이행되었다고 보아야 한다. 한편 특허법 시행규칙 제 5조의2 제3항, 제10조 제3항 제2호는 포괄위임등록을 받은 대리인의 절차상 편의를 위해 특허청장 등에게 제출하는 특허에 관한 절차 서류에 포괄위임등록번호를 기재함으로써 대리권을 증명하는 서면의 제출을 생략할 수 있도록 규정한 것일 뿐, 이를 근거로 해당 서류에 포괄위임등록번호가 기재되지 않은 경우 곧바로 대리권이 서면으로 증명되지 않았다고 해석할 수는 없다.

그럼에도 원심은, 이 사건 특허출원 절차에 포괄위임등록번호를 기재한 서류를 제출해야만 포괄위임의 효력이 발생하거나 대리권의 증명이 이루어지는데 원고가 이를 이행하지 않아 이 사건 보정요구에 응하지 않았다는 이유로 이 사건 처분에 처분사유가 존재한다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 특허에 관한 절차에서의 대리권 증명에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

대법원 2023. 7. 13. 선고2022후10180 취소결정(특), 수치한정발명 진보성 사안 포섭 논리흐름

[판단기준]

어떠한 특허발명이 그 출원 전에 공지된 발명이 가지는 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 경우에는 그 특허발명에 진보성을 인정할 수 있는 다른 구성요소가 부가되어 있어서 그 특허발명에서의 수치한정이 보충적인 사항에 불과한 것이 아닌 이상, 그 특허발명이 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라 한다)이 통상적이고 반복적인 실험을 통하여 적절히 선택할 수 있는 정도의 단순한 수치한정으로서, 공지된 발명과 비교하여 이질적인 효과나 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과 차이가 생기지 않는 것이라면 진보성이 부정된다

[구체적 판단 및 결론] Case 1 여부 → 구성의 곤란성 여부 → Case 2 여부 → Case 3

가. 이 사건 특허발명(특허번호 생략)은 '장세척 조성물'이라는 명칭의 발명이고, 원심판결 기재 선행발명 1은 '결장경 검사-제제'라는 명칭의 발명이다.

나. 이 사건 특허발명의 청구범위 제1항(이하 '이 사건 제1항 발명'이라 한다)과 선행발명 1은 모두 장세척 조성물에 관한 것으로, 이 사건 제1항 발명은 선행발명 1에 개시된 폴리에틸렌글리콜과 아스코르베이트 성분을 구성요소로 하되, 폴리에틸렌글리콜과 아스코르베이트의 성분 함량 범위, 아스코르베이트 성분 중 아스코르브산과 아스코르브산 나트륨의 중량비 범위를 각각 수치로써 한정하는 것이다.

다. 이 사건 제1항 발명에는 선행발명 1에 개시된 구성요소 외에 진보성을 인정할 다른 구성요소가 부가되어 있지 않다(Case 1 X). 이 사건 제1항 발명은 선행발명 1과 구체적인 수치한정 범위에서 차이가 있지만, 그러한 사정만으로 구성이 곤란하다고 볼 수는 없다(수치한정발명은 일반적으로 구성의 곤란성 인정X). 이 사건 제1항 발명은 복용량을 줄이면서도 우수한 장세척 효과를 얻고자 한다는 점에서 선행발명 1과 기술적 과제가 공통되고 작용효과도 질적으로 다르지 않다(Case 2 X). 이 사건 특허발명의 명세서와 출원일 이후에 추가적으로 제출된 실험자료에 의하

더라도, 이 사건 제1항 발명의 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과 차이가 생긴다고 보기 어렵다(Case 3 도X - 진보성 反).

라. 선행발명 1의 명세서 실시례 2에서 사용된 대조용액(B6)의 폴리에틸렌글리콜과 아스코르베이트의 성분 함량 비율은 선행발명 1의 해당 성분 함량 비율 범위 내에 있고, 선행발명 1의 결장세척 조성물로 만든 용액과 위 대조용액(B6)이 배출 대변량에서 통계적으로 유의한 차이를 나타낸 것도 아니므로, 위 대조용액(B6)의 해당 성분 함량 비율을 그 성분 함량의 수치범위 한정과 관련한 부정적 교시라고 할 수도 없다.

마. 결국 이 사건 제1항 발명은, 폴리에틸렌글리콜과 아스코르베이트 성분을 포함하는 장세척 조성물에 관하여 통상의 기술자가 통상적이고 반복적인 실험을 통하여 적절히 선택할 수 있는 정도의 단순한 수치한정으로, 선행발명 1과 비교하여 이질적인 효과나 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과 차이가 생기지 않는 것이어서 진보성이 부정된다.

바. 원심의 이유 설시에 일부 충분하지 않은 부분이 있으나, 이 사건 제1항 발명에 진보성을 인정할 수 있는 다른 구성요소가 부가되지 않았고 이 사건 제1항 발명의 수치범위 한정에 구성의 곤란성이 있다고 할 수도 없으며 그 수치한정으로 인해 선행발명 1과 비교하여 이질적인 효과가 발생한다거나 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과 차이가 생긴다고 볼 수 없어 이 사건 제1항 발명 등의 진보성이 부정된다는 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 수치를 한정하는 복수의 구성요소로 이루어진 발명의 진보성 판단에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않고 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

사. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법원 2023. 12. 28. 선고2021후10725 권리범위확인(특), 확인대상발명 특정

[문제의 요지]

가. 원고는 2019. 8. 21. 특허심판원에 피고를 상대로 하여 이 사건 확인대상 발명이 ‘광고 제공 시스템 및 그 방법’이라는 이름의 특허발명(특허번호 생략) 청구범위 제1항의 권리범위에 속한다고 주장하면서 적극적 권리범위 확인심판을 청구(이하 ‘이 사건 심판청구’라고 한다)하였다.

나. 특허심판원은 2020. 6. 22. 이 사건 심판청구가 피고가 실시하고 있지 않은 발명을 대상으로 하여 확인의 이익이 없으므로 부적법하다는 이유로 각하하는 심결(이하 ‘이 사건 심결’이라고 한다)을 하였고, 원고는 2020. 7. 20. 위 심결의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

[특허법원 판단]

원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 확인대상 발명이 사회통념상 특허발명의 권리범위에 속하는지를 확인하는 대상으로서 다른 것과 구별될 수 있는 정도로 구체적으로 특정되지 않아 이 사건 심판청구에 확인의 이익이 있는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 심판청구가 부적법하다고 한 다음, 이 사건 심판청구를 각하한 위 심결이 결론적으로 정당하다고 판단하였다.

[대법원 판단]

1. 특허법원 심리범위

[판단기준]

심판은 특허심판원에서의 행정절차이고 심결은 행정처분에 해당하며, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송에 해당하여 그 소송물은 심결의 실체적·절차적 위법성 여부이므로, 심결취소소송의 당사자는 심결에서 판단되지 않은 것이라도 그 심결의 결론을 정당하게 하거나 위법하게 하는 사유를 심결취소소송단계에서 주장·증명할 수 있고, 심

결취소소송의 법원은 달리 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 제한 없이 이를 심리·판단하여 판결의 기초로 삼을 수 있다.

특히 확인대상 발명이 적법하게 특정되었는지 여부는 특허심판의 적법요건이므로, 당사자의 명확한 주장이 없더라도 의심이 있을 때에는 특허심판원이나 법원이 이를 직권으로 조사하여 밝혀야 할 사항이다.

[구체적 판단 및 결론]

따라서 원심이 이 사건 심결에서 판단되지 않은 사항인 확인대상 발명의 특정 여부를 직권으로 심리·판단한 것에는 심결취소소송의 심리범위에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하는 등의 잘못이 없다.

2. 확인대상발명 특정

[판단기준]

그러나 이 사건 확인대상 발명이 구체적으로 특정되지 않았다고 본 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 특허권의 권리범위 확인심판을 청구할 경우 심판청구의 대상이 되는 확인대상 발명은 당해 특허발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어야 할 뿐만 아니라, 그에 앞서 사회통념상 특허발명의 권리범위에 속하는지를 확인하는 대상으로서 다른 것과 구별될 수 있는 정도로 구체적으로 특정되어야 한다.

확인대상 발명의 특정 여부는 확인대상 발명의 설명서와 도면을 일체로 파악하고 이를 종합적으로 고려하여 판단해야 하므로, 확인대상 발명의 설명서에 불명확한 부분이 있거나 설명서의 기재와 일치하지 않는 일부 도면이 있더라도, 확인대상 발명의 설명서에 기재된 나머지 내용과 도면을 종합적으로 고려하여 확인대상 발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지 여부를 판단할 수 있는 경우에는 확인대상 발명은 사회통념상 특허발명의 권리범위에 속하는지를 확인하는 대상으로서 다른 것과 구별될 수 있는 정도로 특정된 것으로 보아야 한다.

[구체적 판단 및 결론] 사안 포섭 논리 흐름 암기!! 확인대상발명 해석 → 확인대상발명 특정 여부

원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 확인대상 발명은 사회통념상 특허발명의 권리범위에 속하는지를 확인하는 대상으로서 다른 것과 구별될 수 있는 정도로 구체적으로 특정되었다고 봄이 타당하다.

가) 이 사건 확인대상 발명 중 기본 광고 콘텐츠의 경우, 그 설명서에 웹 메인페이지의 특정 위치에 고정적으로 존재하며 광고 관련 내용을 담고 있는 것으로 기재되어 있고, 도면에서도 웹 메인페이지의 특정 위치에 고정된 광고 탭 부분을 가리키는 것으로 특정되어 있어, 설명서와 도면을 종합적으로 고려하면 어떠한 기술 구성과 의미를 나타내는지 파악하는 데에 별다른 어려움이 없다(확인대상발명 해석).

나) 부가 광고 콘텐츠의 경우도 그 설명서에는 기본 광고 콘텐츠 위에 마우스 포인터를 올려놓음으로써(이하 '마우스 오버'라고 한다) 기본 광고 콘텐츠와 관련되어 부가적으로 나타나는 광고를 의미하는 것으로 기재되어 있고, 설명서에 기재된 용어가 불명확하다고 할 수도 없으며, 도면에 의하더라도 기본 광고 콘텐츠와 관련되어 마우스 오버에 의하여 기존 화면에는 없었던 내용이 새로운 화면으로 제공된다는 것으로 상호 모순되거나 일치하지 않는 내용이라고 보기 어려우므로, 설명서와 도면을 종합적으로 고려하면 사회통념상 특허발명의 권리범위에 속하는지를 확인하는 대상으로서 다른 것과 구별됨에 지장이 없다고 보인다.

다) 과금부의 경우 도면에 과금부 구성이 시스템 전체 구성도 중 일부로 포함되어 있고, 그 설명서에는 구체적인 구성 전부가 기재되어 있지는 않으나 마우스 오버와 관련된 사용자의 행위 정보를 수집하여 최종 광고비용을 정산하고 과금을 수행한다는 내용이 있어, 비록 세부적인 기술 구성 전부를 알 수는 없다고 하더라도 설명서의 내용과 도면을 종합적으로 고려하면 사회통념상 다른 것과 구별될 수 있는 정도의 구체성 자체를 부정하기는 어렵다.

라) 따라서 이 사건 확인대상 발명이 사회통념상 특허발명의 권리범위에 속하는지를 확인하는 대상으로서 다른 것과 구별될 수 있는 정도로 구체적으로 특정되었다고 볼 수 있으므로, 원심으로서의 나아가 이 사건 확인대상 발명이 이

사건 특허발명의 청구범위 제1항과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어 있는지를 살핀 다음, 구체적으로 특정되어 있다면 이 사건 심판청구가 피고가 실시하고 있지 않은 확인대상 발명을 대상으로 한 적극적 권리범위 확인 심판 청구인지 여부를 살펴 이 사건 심결의 당부를 판단하여야 한다.

마) 그럼에도 원심은 판사와 같은 이유로 이 사건 확인대상 발명이 특정되지 않아 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하되어야 한다고 판단하여, 그와 결론이 같은 이 사건 심결을 그대로 유지하고 그 취소를 구하는 원고의 청구를 기각하였다. 이러한 원심의 판단에는 확인대상 발명의 특정에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

대법원 2022후10210 권리범위확인(특), 균등범위 다파글리플로진 사례

1. 구성 변경의 용이여부

[문언범위]

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.

[균등범위]

확인대상 발명에 특허발명의 청구범위에 기재된 구성 중 변경된 부분이 있는 경우에도 특허발명과 과제해결원리가 동일하고, 특허발명에서와 실질적으로 동일한 작용효과를 나타내며, 그와 같이 변경하는 것이 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라고 한다)이라면 누구나 쉽게 생각해 낼 수 있는 정도라면, 특별한 사정이 없는 한 확인대상 발명은 특허발명의 청구범위에 기재된 구성과 균등한 것으로서 여전히 특허발명의 보호범위에 속한다고 보아야 한다.

[균등범위 취지 및 구성 변경의 용이여부 판단 시점]

특허의 보호범위가 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여짐에도 위와 같이 청구범위의 구성요소와 침해대상제품 등의 대응구성이 문언적으로 동일하지는 않더라도 서로 균등한 관계에 있는 것으로 평가되는 경우 이를 보호범위에 속하는 것으로 보아 침해를 인정하는 것은, 출원인이 청구범위를 기재하는 데에는 문언상 한계가 있기 마련인데 사소한 변경을 통한 특허 침해 회피 시도를 방지하면 특허권을 실질적으로 보호 할 수 없게 되기 때문이다. 위와 같은 균등침해 인정의 취지를 고려하면, 특허발명의 출원 이후 침해 시까지 사이에 공지된 자료라도 구성 변경의 용이성 판단에 이를 참작할 수 있다고 봄이 타당하다.

[권리범위확인심판 사건에서의 구성 변경의 용이여부 판단 시점]

한편, 특허법이 규정하고 있는 권리범위 확인심판은 특허권 침해에 관한 민사소송과 같이 침해금지청구권이나 손해배상청구권의 존부와 같은 분쟁 당사자 사이의 권리관계를 최종적으로 확정하는 절차가 아니고, 그 절차에서의 판단이 침해소송에 기속력을 미치는 것도 아니지만, 당사자 사이의 분쟁을 사전에 예방하거나 조속히 종결시키기 위하여 심결시를 기준으로 간이하고 신속하게 확인대상 발명이 특허권의 객관적인 효력범위에 포함되는지를 확인하는 목적을 가진 절차이다. 이러한 제도의 취지를 고려하면 권리범위 확인심판에서는 확인대상 발명에 특허발명의 청구범위에 기재된 구성 중 변경된 부분이 있는 경우 심결시를 기준으로 하여 특허발명의 출원 이후 공지된 자료까지 참작하여 그와 같은 변경이 통상의 기술자라면 누구나 쉽게 생각해 낼 수 있는 정도인지를 판단 할 수 있다고 봄이 타당하다.

2. 의식적 제외 여부

특허발명의 출원과정에서 어떤 구성이 청구범위에서 의식적으로 제외된 것인지는 명세서뿐만 아니라 출원에서부터 특

허될 때까지 특허청 심사관이 제시한 견해 및 출원인이 출원과정에서 제출한 보정서와 의견서 등에 나타난 출원인의 의도, 보정이유 등을 참작하여 판단하여야 한다. 따라서 출원과정에서 청구범위의 감축이 이루어졌다는 사정만으로 감축 전의 구성과 감축 후의 구성을 비교하여 그 사이에 존재하는 모든 구성이 청구범위에서 의식적으로 제외되었다고 단정할 것은 아니고, 거절이유통지에 제시된 선행기술을 회피하기 위한 의도로 그 선행기술에 나타난 구성을 배제하는 감축을 한 경우 등과 같이 보정이유를 포함하여 출원과정에 드러난 여러 사정을 종합하여 볼 때 출원인이 어떤 구성을 권리범위에서 제외하려는 의사가 존재한다고 볼 수 있을 때에 이를 인정할 수 있다.

대법원 2022후10012 권리범위확인(디), 자유실시기술 항변

[신규성 상실 예외 규정 적용의 근거가 된 공지디자인에 기초하여 자유실시디자인 주장을 할 수 있는지 여부]

디자인보호법의 신규성 상실 예외규정 등 관련규정의 문언과 내용, 그 입법 취지, 자유실시디자인 법리의 본질 및 기능 등을 종합하여 보면, 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하는지를 판단할 때 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 디자인이 누구나 이용할 수 있는 공공의 영역에 있음을 전제로 한 자유실시디자인 주장은 허용되지 않고, 확인대상디자인과 등록디자인을 대비하는 방법에 의하여야 한다.

[공지에의주장 취지]

디자인보호법은 출원 전에 공지·공용된 디자인이나 이와 유사한 디자인, 공지·공용된 디자인으로부터 쉽게 창작할 수 있는 디자인은 원칙적으로 디자인등록을 받을 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 신규성 및 창작비용이성에 관한 원칙을 너무 엄격하게 적용하면 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자에게 지나치게 가혹하여 형평성을 잃게 되거나 산업의 발전을 도모하는 디자인보호법의 취지에 맞지 않는 경우가 생길 수 있으므로, 예외적으로 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자가 일정한 요건과 절차를 갖춘 경우에는 디자인이 출원 전에 공개되었다고 하더라도 그 디자인은 신규성 및 창작비용이성을 상실하지 않는 것으로 취급하기 위하여 신규성 상실의 예외 규정을 두었다.

[공지에의주장 적용 받아 등록된 권리의 효력]

신규성 상실 예외 규정의 적용을 받아 디자인으로 등록되면 위 예외 규정의 적용 없이 디자인등록된 경우와 동일하게 디자인권자는 업으로서 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 실시할 권리를 독점한다. 즉, 디자인등록출원 전 공공의 영역에 있던 디자인이라 하더라도 신규성 상실 예외 규정의 적용을 받아 등록된 디자인과 동일 또는 유사한 디자인이라면 등록디자인이 등록무효로 확정되지 않는 한 등록디자인의 독점·배타권의 범위에 포함되는 것이다.

[공지에의주장의 한계 - 출원일 소급효 없음]

신규성 상실의 예외를 인정함으로써 그 근거가 된 공지디자인을 기초로 등록디자인과 동일 또는 유사한 디자인을 실시한 제3자가 예기치 않은 불이익을 입는 경우가 있을 수 있는데 디자인보호법은 위와 같은 입법적 결단을 전제로 제3자와 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자 사이의 이익균형을 도모하기 위하여 제36조 제2항에서 신규성 상실 예외 규정을 적용받아 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자가 준수해야 할 시기적·절차적 요건을 정하고 있고, 신규성 상실 예외 규정을 적용받더라도 출원일 자체가 소급하지는 않는 것으로 하였다.

[자유실시기술 취지]

한편 등록디자인과 대비되는 확인대상디자인이 등록디자인의 출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 것인 때에는 등록디자인과 대비할 것도 없이

그 등록디자인의 권리범위에 속하지 않는다고 볼 수 있는데, 이는 등록디자인이 공지디자인으로부터 쉽게 창작 가능하여 무효에 해당하는지 여부를 직접 판단하지 않고 확인대상디자인을 공지디자인과 대비하는 방법으로 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하는지를 결정함으로써 신속하고 합리적인 분쟁해결을 도모하기 위한 것이다.

[자유실시기술 판단방법]

이와 같은 자유실시디자인 범리는 기본적으로 등록디자인의 출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 디자인은 공공의 영역에 있는 것으로 누구나 이용할 수 있어야 한다는 생각에 기초하고 있다. 그런데 디자인등록출원 전 공공의 영역에 있던 디자인이라고 하더라도 신규성 상실 예외 규정의 적용을 받아 등록된 디자인과 동일 또는 유사한 디자인이라면 등록디자인의 독점·배타권의 범위에 포함되게 된다. 그렇다면 이와 같이 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 디자인이 누구나 이용할 수 있는 공공의 영역에 있다고 단정할 수 없으므로, 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인을 기초로 한 자유실시디자인 주장은 허용되지 않는다.

[선사용권과의 균형]

제3자의 보호 관점에서 보더라도 디자인보호법이 정한 시기적·절차적 요건을 준수하여 신규성 상실 예외 규정을 받아 등록된 이상 입법자의 결단에 따른 제3자와의 이익균형은 이루어진 것으로 볼 수 있다. 또한 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인을 기초로 한 자유실시디자인 주장을 허용하는 것은 디자인보호법이 디자인권자와 제3자 사이의 형평을 도모하기 위하여 선사용에 따른 통상실시권 등의 제도를 마련하고 있음에도 공지디자인에 대하여 별다른 창작적 기여를 하지 않은 제3자에게 법정 통상실시권을 넘어서는 무상의 실시 권한을 부여함으로써 제3자에 대한 보호를 법으로 정해진 등록디자인권자의 권리에 우선하는 결과가 된다는 점에서도 위와 같은 자유실시디자인 주장은 허용될 수 없다.

특허법원 2021허5174 거절결정(특), 의약용도발명 진보성

약물 재창출은 약물 재활용 또는 신약 재창출이라고도 불리며, 이미 시판되어 사용되고 있어 안전성이 입증된 약물이거나 임상시험에서 안전성은 있지만 효능이 충분히 입증되지 않아 허가받지 못한 약물을 대상으로 새로운 대상 질환을 확인하는 신약 개발 방법이다. 특정 대상 질환에 효과가 있는 약물로부터 새로운 대상 질환을 규명하는 점에서 약물 재창출을 통해 규명된 ‘새로운 대상 질환에 대한 치료 효과’는 의약용도발명의 ‘용도’에 해당할 수 있다.

한편 발명의 진보성은 선행기술의 범위와 내용, 진보성 판단의 대상이 된 발명과 선행기술의 차이에 대하여 통상의 기술자가 출원 당시의 기술수준에 비추어 차이점을 극복하고 선행기술로부터 그 발명을 용이하게 도출할 수 있는지 여부에 따라 판단을 달리해야 하는 것이므로, 진보성 판단에 있어서는 특정한 기술수단의 추상적인 우열을 비교할 것이 아니라 선행발명에 개시되거나 선행발명이 시사 또는 암시하는 구체적인 기술사상과 진보성 판단의 대상이 되는 발명의 기술사상을 비교해야 한다.

의약용도 발명에서는 통상의 기술자가 선행발명으로부터 특정 물질의 특정 질병에 대한 치료효과를 쉽게 예측할 수 있는 정도에 불과하다면 그 진보성이 부정되고, 이러한 경우 선행발명에서 임상시험 등에 의한 치료효과가 확인될 것까지 요구된다고 볼 수 없다.

특허법원 2022허1827 거절결정(특), 약리기전 구성 인정 여부

이미 특정 물질의 의약 용도가 해당 질병 또는 약효로 특정되어 알려져 있는 경우에는 당해 질병 또는 약효에 관한 것인 한 약리기전을 규명하여 이를 특허청구범위에 기재하더라도, 그 약리기전은 발명의 구성요소로서의 의미를 가지지 못한다고 할 것이며 진보성 인정의 근거가 될 수 없다고 할 것이다.

특허법원 2020허7760 등록무효(특), 파라미터발명 명세서 기재요건

[제42조 제3항 제1호 판단방법]

특허법 제42조제3항제1호는 발명의 설명에는 통상의 기술자가 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 적어야 한다고 하여, 발명의 설명에 대한 '실시가능 요건'을 규정하고 있다. 이는 특허 출원된 발명의 내용을 제3자가 명세서만으로 쉽게 알 수 있도록 공개하여 특허권으로 보호받고자 하는 기술적 내용과 범위를 명확하게 하기 위한 것이므로, 명세서 기재의 정도는 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서도 명세서의 기재에 의하여 당해 발명을 정확하게 이해할 수 있고 동시에 재현할 수 있는 정도를 말한다.

한편 일반적으로 기계장치 등에 관한 발명에 있어서는 특허출원의 명세서에 실시예가 기재되어 있지 않더라도 통상의 기술자가 발명의 구성으로부터 그 작용과 효과를 명확하게 이해하고 쉽게 재현할 수 있는 경우가 많으나, 이른바 실험의 과학이라고 하는 화학발명의 경우에는 당해 발명의 내용과 기술 수준에 따라 차이가 있을 수는 있지만 예측가능성 내지 실현가능성이 현저히 부족하여 실험데이터가 제시된 실험예가 기재되어 있지 않으면 통상의 기술자가 그 발명의 효과를 명확하게 이해하고 쉽게 재현할 수 있다고 보기 어려운 경우가 많다.

그리고 '물건의 발명'의 경우 그 발명의 '실시'라고 함은 그 물건을 생산, 사용하는 등의 행위를 말하므로 그 발명의 청구범위에 특정된 물건 전체의 생산, 사용 등에 관하여 위와 같은 정도의 명세서 기재가 없는 경우에는 위 조항에서 정한 기재요건을 충족한다고 볼 수 없는바, 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 물건의 발명에서도 그 청구범위에서 한정된 수치범위 전체를 보여주는 실시예까지 요구되는 것은 아니지만, 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 명세서의 기재만으로 위 수치범위 전체에 걸쳐 그 물건을 생산하거나 사용할 수 없는 경우에는, 위 조항에서 정한 기재요건을 충족하지 못한다고 보아야 한다.

[파라미터 발명의 제42조 제3항 제1호 판단방법]

나아가 위와 같은 법 규정 및 범리는 성질 또는 특성 등에 의해 물(物)을 특정하는 기재를 포함하는 특허발명인 이른바 파라미터 발명에도 마찬가지로 적용될 것인데, 발명자가 창작하거나 관용 파라미터를 새롭게 구성한 파라미터를 사용한 발명은 선행발명들을 찾기 어려워 신규성과 진보성을 쉽게 인정받을 수 있는 반면 발명이 외에는 파라미터의 기술적 의미를 쉽게 파악할 수 없고, 파라미터의 구현 조건을 맞추기가 쉽지 않아 재현이 어렵다. 따라서 파라미터 발명의 명세서 기재요건은 위와 같은 파라미터 발명의 고유한 특성을 감안하여 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 아니하고서도 명세서의 기재에 의하여 파라미터 발명의 구성과 효과와 관련된 사항을 명확히 이해하고 쉽게 재현할 수 있는지를 중심으로 판단되어야 할 것이다.

여기서 '파라미터 발명의 고유한 특성을 감안한 구성과 효과와 관련된 사항'으로는 ① 파라미터의 의의 또는 그 기술적 의미, ② 파라미터를 만족하는 물(物)의 제조방법, ③ 파라미터와 관련된 변수들을 측정하기 위한 방법·조건·기구에 대한 설명, ④ 파라미터를 만족하는 실시예와 만족하지 않는 비교예, ⑤ 파라미터와 효과와의 상관관계, ⑥파라미터에 수치한정 사항이 포함된 경우 그 수치범위와 수치를 한정하는 이유 등을 들 수 있다.

다만 위 항목들은 통상의 기술자가 명세서 기재와 보고 해당 발명을 이해하고 이를 쉽게 재현할 수 있는지 여부를 판단할 때 고려할 대표적인 것에 불과할 뿐이지 위 항목들 모두가 정확하고 상세하게 기재되는 경우만 실시가능하다고 보는 것은 아니다.

따라서 파라미터 발명에서 실시 가능 요건의 충족 여부는 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준에 비추어 파라미터의 의의 또는 기술적 의미, 파라미터의 수치한정 이유, 파라미터의 구현 및 확인 방법, 파라미터와 효과와의 상관관계 등에 관한 명세서 기재를 통해, 발명의 전체 구성과 효과를 정확하게 이해하고, 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 아니하고서도 이를 쉽게 재현할 수 있는지에 달려있다고 할 것이다.

특허법원 2022허4765 거절결정(실), 보정각하결정

거절결정의 경우와 달리 특허청 심사관이 출원인의 명세서 등에 대한 보정을 각하하는 경우 그 결정 이전에 출원인에게 그 이유를 통지하여 의견제출 및 보정의 기회를 주도록 하는 특허법 규정이 없고, 심결취소소송 단계에 이르러 특허청이 보정각하결정이나 심판절차에서 다루지 아니한 다른 사유를 내세워 보정이 부적법함을 주장하더라도 출원인으로서 이에 대응하여 소송절차에서 그 심리의 방식에 따라 충분히 그 다른 사유와 관련하여 보정의 적법 여부에 관하여 다툴 수 있으므로 출원인의 방어권 또는 절차적 이익이 침해된다고 할 수 없어서, 특허청은 거절결정에 대한 심결취소소송 단계에서 보정각하결정에 붙이거나 심판절차에서 다루어지지 아니한 새로운 이유를 추가하여 보정의 부적법을 주장할 수 있다고 보아야 한다.

나아가, 이러한 법리는 거절결정불복심판 단계에도 적용되어 특허심판원이 출원인인 심판청구인에게 의견진술의 기회를 주지 아니한 채 보정각하결정에 기재되지 아니한 새로운 보정각하사유를 들어 보정각하결정이 정당한 것으로 판단하였다고 할지라도 그 심결을 취소하여야 할 위법이 있다고 할 수 없다.

대법원 2020다242935 손해배상청구의 소, 부당 보전처분으로 인한 손해배상책임

가압류·가처분 등 보전처분은 법원의 재판에 따라 집행되지만, 이는 실체법상 청구권이 있는지 여부를 본안소송에 맡기고 단지 소명에 따라 채권자의 책임 아래 하는 것이므로, 보전처분의 집행 후 집행채권자가 본안소송에서 패소 확정되었다면 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여는 특별한 반증이 없는 한 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 추정되고, 따라서 집행채권자는 보전처분의 부당한 집행으로 인한 손해에 대하여 채무자에게 이를 배상할 책임이 있다.

채권자가 가압류신청에서 진정한 채권액보다 지나치게 과다한 가액을 주장하여 그 가액대로 가압류 결정이 된 후 본안소송에서 피보전권리가 없는 것으로 확인된 부분의 범위 내에서는 채권자의 고의·과실이 추정된다. 다만 불법행위에 따른 손해배상액을 산정할 때에 손해부담의 공평을 기하기 위하여 가해자의 책임을 제한할 수 있으므로, 보전처분과 본안소송에서 판단이 달라진 경위와 대상, 해당 판단 요소들의 사실적·법률적 성격, 판단의 난이도, 당사자의 인식과 검토 여부 등 관여 정도를 비롯한 여러 사정에 비추어 채권자에게 가압류 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 것으로 평가된다면 채권자의 손해배상책임을 제한할 수 있다.

불법행위로 인한 손해배상사건에서 책임제한 사유에 관한 사실인정이나 그 비율의 정함은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.

특허법원 2021나1510 특허권침해금지 등 청구의 소, 손해액 추정 일부 복명

특허발명의 실시 부분이 제품의 전부가 아니라 일부에 그치는 경우이거나 침해자가 침해한 특허기술 외에도 침해자의 자본, 영업능력, 상표, 기업신용, 제품의 품질, 디자인 등의 요소가 침해자의 판매이익의 발생 및 증가에 기여한 것으로 인정되는 경우, 침해자가 그 물건을 생산·판매함으로써 얻은 이익 전체를 침해행위에 의한 이익이라고 할 수는 없고, 침해자가 그 물건을 제작·판매함으로써 얻은 전체 이익에 대한 당해 특허권의 침해행위에 관계된 부분의 기여율을 산정하여 그에 따라 침해행위에 의한 이익액을 산출하여야 할 것이다.

그러한 기여율은 침해자가 얻은 전체 이익에 대한 특허권의 침해에 관계된 부분의 불가결성, 중요성, 가격비율, 양적비율 등을 참작하여 종합적으로 평가할 수밖에 없다.

기여율을 산정함에 있어 특허발명의 실시 외에 침해자의 판매이익의 발생 및 증가에 기여한 요소 및 그와 같은 요소가 기여한 정도에 관한 증명책임은 침해자에게 있다.

대법원 2020다238639,238646, 손해액 추정 일부 복명

「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제14조의2 제2항은 부정경쟁행위로 영업상의 이익을 침해당한 자가 부정경쟁방지법 제5조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 것이 있으면 그 이익액을 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해액으로 추정한다고 규정한다. 상표법 제110조 제3항은 상표권자 또는 전용사용권자가 상표법 제109조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 경우에는 그 이익액을 상표권자 또는 전용사용권자가 받은 손해액으로 추정한다고 규정한다. 다만 침해자가 침해자 상품의 품질과 기술의 우수성, 침해자 고유의 신용, 영업능력, 판매정책, 광고·선전 등으로 인하여 부정경쟁행위나 상표권 등 침해와 무관하게 얻은 이익이 있다는 특별한 사정이 있는 경우에는 위 각 규정에 따른 추정의 전부 또는 일부가 뒤집어질 수 있다. 추정을 뒤집기 위한 사유와 그 범위에 관해서는 침해자가 주장·증명을 해야 한다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결, 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다310873 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유로 피고의 연장야간근로수당을 제외한 인건비는 조업도에 따라 비례적으로 발생하는 비용이 아니라고 보아 이를 공제하지 않고 피고의 한계이익률을 산정한 다음 이를 기초로 구 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호(나)목의 부정경쟁행위와 이 사건 제1, 2, 5, 6, 7, 9 상표권 침해행위에 의하여 피고가 받은 이익액을 계산하여 그 이익액을 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항과 상표법 제110조 제3항에 따라 원고의 손해액으로 일단 추정하되, 다만 그 이익액 중 70% 정도는 부정경쟁행위나 상표권 침해와 무관하게 피고의 자체적인 안전인증 보유, 기술력, 판매정책, 사후관리 노력 등으로 인하여 얻은 이익이라는 점을 피고가 증명하였다고 보아 그 추정을 일부 복명하여, 결국 피고의 이익액에서 이를 제외한 나머지 금액을 위 각 규정에 따른 원고의 손해액으로 인정하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리를 비롯한 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 부정경쟁방지법제14조의2 제2항, 상표법제110조제3항에 따른 손해액 추정과 그 복명에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

[개정법 정리]

▶ 심판청구서직권보정

보정할 사항이 경미하고 명확한 경우 심판장이 직권 보정 가능(제141조 제1항 단서 등)

| 구법 | 현행법 |
|---|---|
| 141① 심판장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기간을 정하여 그 보정을 명하여야 한다. | 141① 심판장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기간을 정하여 그 보정을 명하여야 한다. 다만, 보정할 사항이 경미하고 명확한 경우에는 직권으로 보정할 수 있다. |
| - | ④ 심판장은 제1항 단서에 따라 직권보정을 하려면 그 직권보정 사항을 청구인에게 통지하여야 한다. |
| - | ⑤ 청구인은 제1항 단서에 따른 직권보정 사항을 받아들일 수 없으면 직권보정 사항의 통지를 받은 날부터 7일 이내에 그 직권보정 사항에 대한 의견서를 심판장에게 제출하여야 한다. |
| - | ⑥ 청구인이 제5항에 따라 의견서를 제출한 경우에는 해당 직권보정 사항은 처음부터 없었던 것으로 본다. |
| - | ⑦ 제1항 단서에 따른 직권보정이 명백히 잘못된 경우 그 직권보정은 처음부터 없었던 것으로 본다. |

▶ 참고인의견서 제출

심판장은 심리에 필요하다고 인정되는 경우 참고인에게 심판사건에 관한 의견서 제출하게 할 수 있음(제154조의3)

| 구법 | 현행법 |
|----|---|
| - | 154-3 ① 심판장은 산업에 미치는 영향 등을 고려하여 사건 심리에 필요하다고 인정되는 경우 공공단체, 그 밖의 참고인에게 심판사건에 관한 의견서를 제출하게 할 수 있다. ② 국가기관과 지방자치단체는 공익과 관련된 사항에 관하여 특허심판원에 심판사건에 관한 의견서를 제출할 수 있다. ③ 심판장은 제1항 또는 제2항에 따라 참고인이 제출한 의견서에 대하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다. ④ 제1항 또는 제2항에 따른 참고인의 선정 및 비용, 준수사항 등 참고인 의견서 제출에 필요한 사항은 산업통상자원부령으로 정한다. |

[주요 쟁점 정리]

[우선권주장출원 기초로 분할·변경·분리출원하는 경우 자동승계 규정 대비]

1. 문제의 요지

분할·분리출원은 우선권주장 자동승계 규정이 있는 반면, 변경출원은 그렇지 않은 법령의 태도를 대비한다.

2. 분할, 분리, 변경출원 의의

분할, 분리출원은 2 이상의 발명을 하나로 출원했을 때 발명별로 출원을 나눌 수 있는 제도이고, 변경출원은 제도를 변경하는 제도다. 출원인 이익을 위해 도입되었다.

3. 분할출원시 국내우선권주장 자동승계

가. 구법상 판례의 태도

구법상 법원은 원출원에서 우선권주장 절차를 밟았어도 분할출원시 출원서에 취지 및 선출원표시를 하면서 우선권주장 절차를 밟지 않으면 분할출원은 우선권주장의 효력을 인정받을 수 없다고 보았다.

나. 개정법의 태도

개정법은 분할출원시 별도의 우선권주장 절차를 밟지 않더라도 원출원의 우선권주장 효력이 자동승계되는 것으로 본다(특허법 제52조 제4항).

다. 검토

구법상 판례는 분할출원인에게 지나치게 가혹하다는 비판이 있었다. 특허법 제30조 제3항 등 절차의 방식요건을 완화하려는 경향이 비추어 보더라도 개정법의 태도가 타당하다.

4. 분리출원 및 변경출원의 경우

가. 개정법의 태도

분리출원은 분할출원의 우선권주장 자동승계 규정을 준용한다. 반면 변경출원은 관련 규정이 없다.

나. 검토

최근 출원인 이익 위해 절차의 방식요건을 완화하고 있는 추세에 비추면, 변경출원만 달리 취급할 이유 없다. 변경출원에 대해서도 우선권주장 자동승계 규정 도입함이 바람직하다.

5. 구체적 판단 및 결론

丙이 분할, 분리출원하는 경우는 별도의 우선권주장절차를 밟지 않더라도 국제특허출원의 우선권주장 효력을 자동승계한다. 단 변경출원하는 경우는 변경출원시 우선권주장절차를 반드시 밟아야 우선권 인정받을 수 있다.

[분리출원제도 도입 취지, 방식요건, 범위, 효과 및 출원공개시점 정리]

I. 분리출원 의의

분리출원은 청구범위에서 거절결정의 이유가 되지 않은 발명을 분리할 수 있는 제도다.

II. 분리출원제도 도입 취지에 대하여

1. 분할출원 남용 방지

분리출원은 거절결정불복심판청구시 기각심결 받을 것을 대비한 무분별한 분할출원의 남용을 방지하고, 심판단계 이후에도 출원인에게 권리 획득 기회를 부여하고자 도입되었다.

2. 제한

단 원출원 통해 상당 기간 심사 진행된 후 또다시 새롭게 시작되는 출원절차라는 점에서 각종 제한이 있으며, 분할출원은 임시명세서출원, 외국어출원, 재분할·변경·분리출원, 재심사청구가 가능함에 반해, 분리출원은 제한된다.

III. 분리출원의 주체적, 시기적, 객체적 요건에 대하여

1. 주체적 요건

분할출원과 마찬가지로 분리출원은 원출원인이 할 수 있다.

2. 시기적 요건

원출원 거절결정불복심판 기각심결 받은 날부터 30일 이내 할 수 있다. 분할출원은 원출원 심사단계 진행 중 가능함에 반해, 분리출원은 원출원 거절결정불복심판단계 종결 후 법원 소제기 전에만 가능하다.

3. 객체적 요건

분할출원은 원출원의 최초 명세서 또는 도면의 전체 범위 내에서 가능함에 반해, 분리출원은 신규사항추가도 금지되며 추가로 거절결정의 이유가 되지 않은 청구범위 내에서 가능하다.

IV. 분리출원의 출원일 소급효 부여 타당성, 출원일 소급효 관련 규정 및 출원공개 시점에 대하여

1. 출원일 소급효 타당성

가. 출원일

분할출원과 마찬가지로 분리출원은 원출원일로 출원일 소급효를 인정받을 수 있다(특허법 제52조의2 제2항).

나. 소급효 타당성

출원인 이익보호라는 도입 취지와, 분리출원 범위 고려시 분리출원 발명은 모두 적법하게 원출원을 통해 출원일자 인정 받았던 발명이라는 점에서, 소급효 인정하는 법령의 태도가 타당하다.

2. 소급효 관련 규정

가. 소급효 예외

분할출원과 마찬가지로 제3자 불이익 방지 위해 확대된 선출원지위는 소급효 인정하지 않는다. 또한 본인 이익 위해 제30조 제2항, 제54조 제3항, 제55조 제2항 적용하는 경우 소급효 예외로 한다.

나. 추가 기간 부여

분할출원은 번역문·청구범위·조약우선권주장 증명서류 제출 및 심사청구 관련하여 30일, 3개월의 추가 기간을 부여한다. 반면 분리출원은 심사청구 관련하여 30일 추가 기간 부여 규정 이외, 외국어출원·임시명세서출원인에 제한되며, 조약우선권주장 증명서류 제출 추가 기간 관련 규정은 없다.

3. 출원공개 시점

분리출원은 원출원과 별개 출원이므로 별도로 출원공개한다. 시점은 분할출원과 마찬가지로 조기공개신청 없는 한 우선일부부터 1년 6개월 경과 후 공개하며, 분리출원이 위 1년 6개월 경과 후에 있는 경우는 지체 없이 공개한다.

[AI 창작물이 발명의 성립성을 만족할 때 AI 단독발명으로 인정하여 현행 특허법상 특허를 받을 수 있는지 여부]

1. 문제의 요지

현행법상 출원서 발명자란에는 자연인만 기재해야 한다는 판례의 태도를 살핀다.

2. AI 창작물 의의

AI 창작물이란 딥러닝학습 기반의 AI 기술이 적용되어 특정 사업목적이나 과제 해결을 위해 AI 가 스스로 생성한 결과물을 말한다.

3. 발명자란에 AI 명칭 기재 가능한지

가. 판례의 태도

법원은 국제출원 국내단계 진입시 출원서 발명자란에 AI 명칭 다부스를 기재한 사안에서 특허법 제203조 제3항에 근거해 발명자 표시 부분의 보정을 요구하고 출원을 무효로 한 특허청의 처분에 위법이 없다고 보았다.

나. 검토

①특허법 제33조 제1항은 발명자는 발명을 한 ‘사람’, 즉 자연인임을 표시하고 있다. ②특허법 제42조 제1항 제4호, 제203조 제1항 제4호는 출원서에 발명자의 ‘성명’ 및 ‘주소’를 기재하도록 규정함으로써 발명자는 ‘성명’과 ‘주소’를 가질 수 있는 자연인만을 예정하고 있다. 따라서 현행법상 발명자는 자연인만 해당되므로, 출원서의 발명자로 AI만을 표시하는 것은 허용되지 않는다고 보는 판례의 태도가 타당하다.

4. 구체적 판단 및 결론

특허청장은 발명자를 자연인으로 기재할 것을 보정 요구하고, 보정 요구 불응시 출원을 무효로 할 수 있다.

[참고] AI를 발명자로 인정하더라도 논란될 수 있는 부분

1. 문제의 요지

AI에 의해 생성된 창작물은 권리관계 귀속이 명확하지 않다는 한계가 있다. 이에 대한 실무의 태도를 살핀다.

2. AI 창작물의 권리관계 귀속

특허법 제33조 제1항에서 특허 받을 수 있는 권리의 취득 주체를 인간으로 한정하는 것은 권리 승계 등 법적 지위 부여 문제와도 연관된 것으로서 우리 특허법 뿐 아니라 미국, 일본 등도 마찬가지로 태도를 취하고 있다. 이 점 고려했을 때 “AI 권리는 특정인에게 자동승계된다”라는 별도 법령이 없는 이상 설사 발명자로 인정한다 하더라도 추가 논란이 존재한다.

[특허취소신청 제도 단문 준비]

1. 특허취소신청에 관하여

가. 문제의 요지

특허취소신청을 결정계로 보고 특허무효심판을 당사자계로 보는 제도 취지의 차이점에 관한 법령의 태도와, 답변제출기간과 취소이유통지에 따른 의견제출기간의 정정청구기간 차이점에 관한 법령의 태도를 살핀다.

나. 특허취소신청 의의

특허취소신청은 특허취소이유를 제공하면 심판관이 검토하여 하자가 있을 때 특허를 취소하는 제도다. 이는 심사관의 노력에도 불구하고 심사품질에 대한 한계가 있을 수 있어 제3자의 도움을 받아 부실특허를 조기에 걸러내고자 도입되었다.

다. 특허취소신청 입법경위

과거 이의신청제도가 있었으나 특허무효심판과 기능이 중첩되어 비효율적이라는지 적으로 폐지되었다. 그러나 부실특허로 인한 분쟁이 다수 발생하여 특허무효심판과는 차별화되며 조속히 심사품질을 재검토할 수 있는 특허취소신청제도를 입법했다.

라. 乙이 제기할 수 있는 절차의 차이점에 관하여

1) 제도의 취지 및 성격

특허취소신청은 심사관의 심사누락에 대한 신속한 재검증이 취지임에 반해, 특허무효심판은 당사자간의 분쟁 해결이 취지다.

특허취소신청은 공중의 심사협력을 받아 특허심판원에서 소위 추가심사를 하는 격으로서 결정계라고 볼 수 있음에 반해, 특허무효심판은 양 당사자의 공격과 방어에 의존하여 절차를 진행하는 당사자계이다.

2) 적격

특허취소신청은 누구든지 할 수 있다(특허법 제132조의2 제1항). 이에 반해 특허무효심판은 이해관계인 또는 심사관에 한해 청구할 수 있다(특허법 제133조 제1항). 특히 특허법 제33조 제1항 본문 또는 제44조의 위반은 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자만 특허무효심판을 청구할 수 있다.

3) 기간

특허취소신청은 설정등록일부터 등록공고 후 6개월까지만 가능하다(특허법 제132조의2 제1항). 이에 반해 특허무효심판은 설정등록 후 당사자간에 분쟁이 발생했을 때 언제나 가능하다.

4) 사유

특허취소신청은 신규성, 진보성, 선원, 확대된 선원과 같이 선행기술과의 대비에 관한 사안으로만 사유가 한정되고, 문헌이 아닌 특허법 제29조 제1항 제1호로는 취소신청을 할 수 없으며(특허법 제132조의2 제1항 제1호 괄호), 또한 이미 심사관이 살핀 선행기술로는 취소신청을 할 수 없다(특허법 제132조의2 제1항, 제2항). 이에 반해 특허무효심판은 거절이유 중 심사편의를 위한 절차적 사유(특허법 제42조 제3항 제2호, 제42조 제8항, 제45조), 번역의 하자(특허법 제47조 제2항 후단) 및 분리출원범위 중 일부(특허법 제52조의2 제1항 각호)에 관한 것을 제외한 모든 특허를 받을 수 없는 사유를 심리한다(특허법 제133조 제1항).

5) 심리방식

(심리진행) 주로 구술심리를 진행하는 특허무효심판과 달리 특허취소신청은 모두 서면심리로 진행하고(특허법 제132조의8 제1항), (심리병합) 병합이 재량인 특허무효심판과 달리 취소신청기간 경과 후 복수의 취소신청은 일괄병합하여 진행하며(특허법 제132조의11 제1항), (심리절차) 심판청구 후 특별한 사정이 없는 한 특허권자에게 답변서 제출 기회를 부여하는 특허무효심판과 달리 특허취소신청은 심판관 합의체에서 선행기술문헌을 먼저 검토한 후 취소이유가 있다고 판단한 경우만 특허권자와의 심리절차를 계속하고 취소이유가 없으면 특허권자의 의견을 듣지 않은 채 곧바로 결정으로 신청을 기각하며(특허법 제132조의13 제2항), 적시제출주의 및 조정위원회 회부 규정이 있는 특허무효심판과 달리 특허취소신청은 위 규정이 없고, (불복여부) 기각

심결도 불복이 가능한 특허무효심판과 달리 특허취소신청은 기각결정의 불복이 제한되며(특허법 제132조의13 제5항), (피고적격) 특허무효심결에 대한 불복과 달리 특허취소결정에 관한 소는 특허청장이 피고로 나선다는 차이가 있다(특허법 제187조).

또한 특허무효심판은 당사자의 의사에 따라 임의의 시기에서의 취하가 가능하나(특허법 제161조 제1항), 특허취소신청은 심사보완사유가 발견되어 취소이유가 통지된 후에는 취하할 수 없고(특허법 제132조의12 제1항), 특허취소신청은 일종의 결정계이어서 신청인측의 참가가 제한된다는 차이도 있다(특허법 제132조의9 제1항).

마. 甲이 할 수 있는 정정 방법에 관하여

1) 정정의의

정정은 특허발명 명세서 등을 수정하는 절차다. 이는 권리범위 해석상 다툼의 소지가 있거나 특허가 무효로 될 염려가 있을 때 이를 해소할 수 있도록 특허권자 보호를 위해 도입되었다.

2) 정정절차

(주체) 특허권자는(기간) 법정기간 내(서면) 정정한 명세서 및 도면을 첨부한 청구서를 제출함으로써 정정을 구할 수 있다.

3) 정정청구기간

특허취소신청에서는 취소이유통지에 따른 의견서제출기간에 정정청구를 할 수 있다(특허법 제132조의3 제1항). 특허무효심판에서는 답변서 제출기간, 직권심리에 따른 의견서 제출기간, 청구인의 새로운 증거제출 또는 무효사유의 주장에 대해 심판장이 정정의 기회를 준 기간에 정정청구를 할 수 있다(특허법 제133조의2 제1항).

4) 정정심판청구기간

(특허취소신청 또는 특허무효심판 제기 전) 특허권자는 특허취소 또는 특허무효사유의 제기를 받기 전에 정정심판으로써 스스로 하자를 치유할 수 있다.

(특허취소신청 또는 특허무효심판 제기 후) 특허무효심판이 특허심판원이 아닌 법원 단계에 계류 중일 때는 정정심판이 가능하다(특허법 제136조 제2항 제2호). 하지만 특허취소신청의 경우는 그 결정이 확정될 때까지 정정심판을 제한한다(특허법 제136조 제2항 제1호). 단 특허취소신청과 특허무효심판이 함께 진행되고 있을 때는 특허무효심판의 심결에 대한 소의 변론종결 전까지 정정심판을 청구할 수 있다(특허법 제136조 제2항 제1호 단서).

[특허법 제130조의 취지와 과실추정 반복의 요건에 관한 판례의 태도를 설명하고, 특허권 침해로 인한 손해배상책임에 있어서 무과실책임의 법리 도입 필요성]

III. 설문 (3) 에 대하여

1. 문제의 요지

손해배상책임에 있어 대법원은 과실추정의 반복을 받아들이지 않아 특허법 제130조가 사실상 간주규정처럼 운용되고 있다. 이에 무과실책임 법리로 개정할 것을 요구하는 의견이 있는데, 이에 관한 실무의 태도를 살핀다.

2. 특허법 제130조 의의

특허법 제130조는 타인의 특허권을 침해한 자에게 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정하는 규정이다.

3. 특허법 제130조 취지

특허발명의 내용은 특허공보에 의해 공시되어 일반 공중에게 널리 알려져 있을 수 있으므로, 업으로서 기술을 실시한 자에게 특허권 침해에 대한 주의의무를 부과하는 것이 정당하다는 점이 특허법 제130조의 취지이다.

4. 과실 반복의 요건

가. 일반적 요건

법원은① 특허발명을 실시한 자에게 특허권의 존재를 알지 못하였다는 점을 정당화할 수 있는 사정이 있거나 자신이 실시하는 기술이 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다고 믿은 점을 정당화할 수 있는 사정이 있어야 과실추정의 복명이 가능하다고 보며, ② 그 입증책임은 실시한 자에게 있다고 본다.

나. 구체적 사례

참고로 법원은 설명서대로 제조했을 뿐이라는 점, 누군가의 지시로 제조했을 뿐이라는 점, 변리사로부터 감정을 받았다는 점, 실시 기술에 독자적인 지식재산권이 있다는 점만으로는 과실추정이 복명되지 않는다고 본다.

5. 무과실책임의 법리 도입 필요성

가. 현행 판례의 한계점

균등범위 등 특허권 침해여부 판단이 어렵다는 지식재산권의 기본적인 특징을 고려하면, 침해자가 침해행위 있기 전 변리사로부터 비침해 검토의견을 받아 비침해에 대한 정당한 신뢰가 인정된 경우도 예외 없이 과실을 인정하는 것은 모순이 있다.

나. 개정법리 도입 필요성

다만 침해자에게 과실이 없다고 보아 특허권자 보호에 흠결이 생기는 것은 차단하여야 하는바, 이를 해결하는 방법으로 무과실책임의 법리를 도입해 침해자에게 귀책사유가 없다고 하더라도 손해배상책임을 인정하되, 침해자에게 과실이 없다는 점을 손해액 산정에 참작함이, 귀책사유 판단에 대한 법리적 모순도 해결하면서 동시에 특허권자와 침해자를 균형있게 보호할 수 있을 것으로 판단된다.

제 2 편

상 표 법

한성민 변리사

61회 변리사시험 제2차 대비 상표법 시험장 자료

by 한성민 변리사

[목 차]

▼ chapter 1. 최근 중요 개정법

[시행 2024. 5. 1.] [법률 제19809호, 2023. 10. 31., 일부개정]
[시행 2023. 2. 4.] [법률 제18817호, 2022. 2. 3., 일부개정]

▼ chapter 2. 최근 대법원 판례

- [양탕국 판례] ★★★★★
대법원 2024. 1. 11. 선고 2023후11074 판결 [등록무효(상)]
- [레고 판례] ★★★★★
대법원 2023. 11. 16. 선고 2020후11943 판결 [등록무효(상)]
- [집행절차 무효 판례] ★★
대법원 2023. 12. 28. 선고 2022다209079 판결 [부당이득금] [공2024상,270]
- [퀀투어 코일 판례] ★★★
대법원 2023. 5. 18. 선고 2022후10265 판결 [등록취소(상)]
- [제주일보 판례] ★★★
대법원 2022. 12. 1. 선고 2020후11622 판결 [거절결정(상)]
- [금강 판례] ★★★
대법원 2022. 11. 10. 선고 2020후10421 판결 [등록취소(상)]
- [소문난 삼부자 판례] ★★★
대법원 2020. 2. 13. 선고 2017후2178 판결 [등록취소(상)]
- [노단자 판례] ★★★★★
대법원 2021. 12. 30. 선고 2020후11431 판결 [등록무효(상)]
- [레드블 판례] ★★
대법원 2019. 8. 14. 선고 2017후752 판결 [등록무효(상)]
- [andre 판례] ★★★★★
대법원 2020. 11. 12. 선고 2017후1779 판결 [거절결정(상)]
- [APM24 판례] ★
대법원 2018. 11. 9. 선고 2016후1376 판결 [등록무효(상)]
- [현대 판례] ★★★
대법원 2015. 1. 29. 선고 2012후3657 판결
- [mou 판례] ★★★★★
대법원 2018. 8. 30. 선고 2017후981 판결

[GLIATAMIN 판례] ★★★★★

대법원 2018. 7. 24. 선고 2017후2208 판결

[스피도 판례] ★★★★★

대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도2180 판결 [상표법위반, 업무상배임]

[사부 판례] ★★★★★

대법원 2019. 8. 14. 선고 2018후10848 판결 [권리범위확인(상)]

[웨딩클 판례] ★★★

[대법원 2020. 9. 3. 선고 2019후11688 판결 [등록무효(상)]]

▼ chapter 3. 미기술 중요 판례

[Essie 판례] ★★★

[대법원 2013. 11. 28. 선고 2012후1071 판결 [등록취소(상)]]

[진명수 - SUPERTEMPERA 판례] ★★

[대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17524 판결 [상표법위반]]

▼ chapter 1. 최근 중요 개정법

[시행 2024. 5. 1.]

- (유사)상표공존동의제도

1) 의의, 취지

2024. 5. 1 시행법은 **권리안정** 및 **분쟁 예방**을 위해 상표권 공존 동의제도를 도입하였다. (§34①7단서, §35⑥)

2) 적용시점 - 부칙 제2조

§34①7단서 및 §35⑥ 개정규정은 이 법 시행 전에 출원된 상표등록출원, 변경출원, 분할출원 및 지정상품추가등록출원으로서 이 법 시행 이후 상표등록여부결정을 하는 경우에도 적용한다. (즉, 2024. 5. 1 이후 등록여부결정시가 도래하는 상표등록출원에도 적용될 수 있다)

3) 절차

- ① 출원서에 또는 의견서에 '공존 동의서'를 첨부하여 제출한다. (시규 제27조의2①)
- ② §40 및 §41 기간 내에 보정서에 첨부하여 제출할 수도 있다. (시규 제27조의2②)

4) 취소사유 -§119①5의2 신설

5의2. ① 제34조제1항제7호 단서 또는 제35조제6항에 따라 등록된 상표의 권리자 또는 그 상표등록에 대한 동의를 한 자 중 1인이 ② 자기의 등록상표의 지정상품과 동일·유사한 상품에 ④ 부정경쟁을 목적으로 ⑤ 자기의 등록상표를 사용함으로써 ⑥ 수요자에게 상품의 품질을 오인하게 하거나 타인의 업무와 관련된 상품과 혼동을 불러일으키게 한 경우

- 기타 주요 개정사항 정리

- 사용에 의한 식별력 인정 대상에 제33조제1항제7호에 해당하는 상표('기타 식별력 없는 상표')를 포함하도록 함(제33조제2항).
- 상표등록요건 **판단시기에 관한 규정 중 해석이 불분명한 부분을 명확하게** 함(제34조제2항 및 제3항).
- 변경출원의 기초가 된 상표등록출원 등에 조약에 따른 우선권 주장이나 출원 시의 특례 취지 및 그 증명서류의 제출이 있는 경우에는 변경출원에 대해서도 그 **주장 및 서류의 제출이 있는 것으로 간주**하도록 함(제44조제5항부터 제7항까지 신설 등).
- 심사관의 직권보정이 요지변경에 해당하거나 명백히 잘못되지 않은 사항을 직권보정한 경우에 **해당 직권보정은 없었던 것으로 간주**하도록 함(제59조제5항 신설).
- 상표권의 상속이 개시된 때 **상속인이 없는 경우 해당 상표권은 소멸**되도록 함(제106조제2항 신설).
- 국제상표등록출원의 대체 요건을 국내등록상표의 지정상품 전부를 포함하고 있을 때만 인정하던 것을 지정상품 일부만을 포함하는 경우에도 인정하는 **부분대체를 도입**함(제183조제1항제3호 삭제).
- **국제상표등록출원 및 국제등록기초상표권의 분할을 허용**함(안 제187조 및 제200조).
- 국제상표등록출원에 대한 등록여부결정을 **국제사무국을 통하여 출원인에게 통지**하도록 함(제193조의3 신설 및 제220조).

[시행 2023. 2. 4.]

- 상표 사용행위 유형 확대

상품 또는 그 포장에 상표를 표시한 것을 전기통신회선을 통하여 제공하거나 이를 위해 전시·수출·수입하는 행위를 상표의 사용 행위에 포함시킴(제2조제1항제11호나목).

- ▶ 최근 온라인상 상표를 표시하거나 온라인을 통해 일방적으로 다운로드하는 방식의 다양한 디지털 상품(Digital Goods)이 유통되고 있으나, 현행법상 상표의 사용 행위는 기존의 전통적 유형만을 규정하고 있어 이러한 시대 변화를 반영하지 못하고 있으므로 디지털 상품의 온라인 유통행위를 상표의 사용 행위에 포섭시키려는 것

-. 부분거절제도 도입 ⇒ 2023년 2월 4일 이후 ‘출원’하는 상표등록출원부터 적용

상표등록출원에 대한 거절이유가 일부 지정상품에만 있는 경우 거절이유가 없는 나머지 지정상품에 대해서는 상표등록을 받을 수 있도록 하는 부분거절제도를 도입함(제54조·제57조·제68조 등).

- ▶ 상표등록출원절차제도에 익숙하지 않고 거절이유통지에 시간, 비용 등의 문제로 적절히 대응하지 못하는 개인 및 중소기업 출원인들의 상표권 확보에 도움이 되도록 하였다.

-. 재심사 청구제도 도입

심사관의 상표등록거절결정 이후 지정상품 범위의 감축 등으로 그 거절이유를 간단하게 해소할 수 있는 경우에는 반드시 심판절차를 거칠 필요 없이 심사관에게 재심사를 청구할 수 있도록 함(제55조의2 신설).

- ▶ 출원인의 편의와 권리확보의 기회를 확대

chapter 2. 최근판례

[양탕국 判例] ★★★★★

대법원 2024. 1. 11. 선고 2023후11074 판결 [등록무효(상)]

| §33①3 및 7 판단 사례 | | 결론 |
|-----------------|-----------------|--------------------|
| 상표 | 등록 상표 | |
| 상표 | 양탕국 | §33①3 X §33①7 X |
| 상품 | 커피전문점업, 간이식당업 등 | |

① [상표의 식별력 판단 기준] 어떤 상표가 구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 제6조 제1항 제3호 또는 같은 항 제7호에서 규정한 상표등록을 받을 수 없는 상표에 해당하는지 여부는 그 상표가 지니고 있는 관념, 지정상품과의 관계 및 거래사회의 실정 등을 감안하여 일반 수요자의 인식을 기준으로 객관적으로 판단하여야 한다(2005후2595 참조).

② [암시표장이 기술적 표장에 해당하는지 여부] 어떠한 상표가 지정상품의 품질·원재료·효능·용도 등을 암시 또는 강조하는 것으로 보인다고 하더라도 전체적인 상표의 구성으로 볼 때 일반 수요자가 지정상품의 단순한 품질·원재료·효능·용도 등을 표시하는 것으로 인식할 수 없는 것은 구 상표법 제6조 제1항 제3호의 기술적 표장에 해당하지 않는다(2015후1911 참조).

③ [자타식품식별력이 및 독점적응성이 있는 표장의 식별력] 사회통념상 자타상품의 식별력을 인정할 수 있고 공익상 특정인에게 그 상표를 독점시키는 것이 부당하지 않다고 인정되는 경우에 그 상표는 식별력 없는 상표에 해당하지 않는다(2019후11787 참조).

③ [식별력의 상대성 및 유동성] 상표의 식별력은 상표가 가지고 있는 관념, 상품과의 관계, 당해 상품이 거래되는 시장의 성질, 거래 실태와 거래 방법, 상품의 속성, 수요자의 구성 및 상표 사용의 정도 등에 따라 달라질 수 있는 상대적·유동적인 것이고(2011후3698 전합 참조).

④ [§33① 판단기준시점] 상표가 구 상표법 제6조 제1항 각 호의 식별력 요건을 갖추고 있는지 여부에 관한 판단의 기준 시점은 원칙적으로 상표에 대하여 등록 여부를 결정하는 결정 시이다(2014후2283 참조).

⑤ [과거 사용 명칭의 식별력] 따라서 상표가 과거 한때 사용된 적이 있는 상품의 명칭 등으로 구성되었다는 사정만으로 곧바로 일반 수요자가 등록결정일 당시를 기준으로 그 상표를 상품의 성질을 표시하는 것으로 인식한다거나 공익상 특정인에게 그 상표를 독점시키는 것이 부당하다고 단정할 것은 아니고,

⑥ [식별력 없는 상표의 입증 책임] 상표등록 무효심판을 청구하는 당사자가 구 상표법 제6조 제1항 제3호 또는 같은 항 제7호의 사유에 해당하는 구체적 사실을 주장·증명할 책임을 진다.

양탕국

원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 등록상표(서비스표 등록번호 생략)는 표장을 '양탕국'으로 하고 지정서비스업을 서비스업류 구분 제43류의 간이식당업, 다방업 등으로 하는데, 원심에서 제출된 증거만으로는 이 사건 등록상표를 구성하는 '양탕국'이라는 용어가 이 사건 등록상표의 등록결정일인 2015. 6. 9. 당시를 기준으로 일반 수요자에게 서비스에 제공되는 물건 등인 커피의 옛 명칭으로 인식되었거나 지정서비스업의 성질을 커피에 관한 것으로 바로 느낄 수 있게 하는 정도로 인식되었다는 점이 증명되었다고 보기 어렵고, 그러한 증거가 없는 이상 공익상 특정인에게 그 표지를 독점시키는 것이 부당하다고 볼 수도 없어 이 사건 등록상표는 구 상표법 제6조 제1항 제3호, 제7호에 해당하지 않는다는 취지로 판단하였다.

..(중략)...

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[레고 判例] ★★★★★

대법원 2023. 11. 16. 선고 2020후11943 판결 [등록무효(상)]

| §34①11 후단 식별력 약화 사례 | | | |
|---|---------|----------------|-------------|
| 선사용상표 1 | 선사용상표 2 | 이 사건 등록상표 | 결론 |
|  | 레고 | LEGOCHEMPHARMA | §34①11 후단 O |

1. ① **§34①11 후단 취지** 상표법 제34조 제1항 제11호 후단의 취지는 출처의 오인·혼동 염려는 없더라도 저명상표의 식별력 또는 명성을 손상시킬 염려가 있는 상표의 등록을 허용하지 않음으로써 저명상표에 화체된 고객흡인력이나 판매력 등의 재산적 가치를 보호하기 위한 것이다.

② **[식별력 손상 염려의 의미]** 여기에서 말하는 '식별력을 손상시킬 염려'는 '타인의 저명상표가 가지는 특정한 출처와 단일한 연관 관계, 즉 단일한 출처를 표시하는 기능을 손상시킬 염려'를 의미한다(2002다13782 참조).

③ **[식별력 손상 염려 판단 방법]** 상표등록 무효심판 청구의 대상이 된 등록상표가 상표법 제34조 제1항 제11호 후단에서 규정하는 타인의 저명상표의 식별력을 손상시킬 염려가 있는 상표에 해당하는지 여부는, 등록상표와 저명상표의 동일·유사 정도, 저명상표의 인지도와 식별력의 정도, 등록상표의 출원인이 등록상표와 저명상표 사이의 연상작용을 의도하였는지 여부, 등록상표와 저명상표 사이에 실제 연상작용이 발생하는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 한다.

2. 위 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

가.[인식] 선사용상표 1 'LEGO'와 선사용상표 2 '레고'는 완구류 등에 사용되어 온 상표로, 이 사건 등록상표(상표등록번호 C) 'LEGOCHEMPHARMA' 출원 당시 수요자들에게 원고의 출처를 표시하는 것으로 현저하게 인식되어 있는 저명상표에 해당한다.

나.[상표] 이 사건 등록상표는 다음과 같은 이유로 선사용상표들과 유사하다.

1) 선사용상표 1은 그중 문자 부분인 'LEGO' 부분이 독립적인 출처표시기능을 발휘하는 요부이고, 선사용상표 2는 두 글자의 한글 '레고'로 이루어진 상표로, 'LEGO'와 '레고'를 가지고 이 사건 등록상표와의 유사 여부를 판단하여야 한다.

2) 이 사건 등록상표 중 'LEGO' 부분은 선사용상표들로 인해 강한 식별력을 가지고 있는 데 비하여 'CHEM' 부분은 화학 또는 화학물질 등을 의미하는 'Chemistry', 'Chemical'의 약칭으로, 'PHARMA' 부분은 약학 또는 제약학을 의미하는 'Pharmacy', 'Pharmaceutical'의 약칭으로 볼 수 있어 'CHEM' 부분과 'PHARMA' 부분은 그 지정상품인 의약품류의 원재료, 효능, 용도 등을 기술하는 것으로서 식별력이 없거나 미미하다.

따라서 이 사건 등록상표 중 독립하여 상품의 출처표시기능을 수행할 수 있는 요부는 'LEGO' 부분이라고 볼 수 있고, 이 사건에서 제출된 자료만으로는 피고 주장과 같이 이 사건 등록상표가 'LEGOCHEM'으로 인식·사용될 것이라고 단정하기 어렵다.

3) 이 사건 등록상표의 요부는 선사용상표 1의 요부와 외관 및 호칭이 서로 같고, 선사용상표 2와 호칭이 서로 같다.

다.[연의] 선사용상표들은 높은 인지도와 강한 식별력을 가지고 있고, 'Lego chemistry'가 '의약합성기법'이라는 의미로 화학분야에서 널리 사용되는 일반적인 학술용어라고 단정할 수 없으며, 피고가 자신이 수행하는 신약 연구·개발의 특징을 나타내기 위해 반드시 'Lego chemistry'라는 용어의 약칭을 사용해야 할 필요성이 있었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하여 보면, 피고가 선사용상표들과 연상작용을 의도하고 이 사건 등록상표를 출원했다고 볼 여지가 크다.

[실제 연상] 또한 'LEGO' 부분은 수요자들에게 이 사건 등록상표에 관한 인상을 심어주거나 기억·연상을 하게 하므로, 이 사건 등록상표와 선사용상표들 사이에 실제로 연상 작용이 발생할 가능성이 높다고 보인다.

라. 이러한 사정을 모두 종합하여 보면, 이 사건 등록상표가 그 지정상품에 사용될 경우, 저명상표인 선사용상표들이 가지는 식별력 즉, 단일한 출처를 표시하는 기능이 손상될 염려가 있다고 봄이 타당하다.

...(중략)...

4. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[집행절차 무효 판례] ★★

대법원 2023. 12. 28. 선고 2022다209079 판결 [부당이득금] [공2024상,270]

[판결요지]

다음과 같은 상표권의 발생 근거와 그 효력의 특수성, 상표권에 대한 집행절차의 내용과 성격, 집행절차의 안정적인 운영 필요성 등을 종합하여 보면, 상표권에 대한 집행절차에서 매수인 등이 상표권을 취득하고 집행절차가 종료되었는데 그 후 상표등록 무효심결이 확정됨에 따라 상표권을 소급적으로 상실하게 되더라도 상표권에 대한 집행절차의 효력이 무효로 된다고 할 수는 없다.

① 상표등록을 받으려는 자가 특허청장에게 상표등록출원을 하면, 특허청 심사관의 방식심사와 실체심사를 거쳐 상표등록출원에 대한 거절이유가 없는 경우 상표등록결정을 받게 되고, 그 후 상표등록료를 납부하면 특허청장의 상표권 설정등록에 의하여 상표권이 발생한다(상표법 제36조, 제68조, 제82조). 상표등록요건을 갖추지 못한 상표라고 하더라도 위와 같이 상표등록결정과 상표권 설정등록에 따라 발생한 상표권은 대세적으로 유효한 권리로 취급된다. 상표권은 이해관계인 또는 특허청 심사관이 특허심판원에 상표권자를 상대로 상표등록 무효심판을 청구하여 상표법 제117조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 따른 상표등록 무효심결이 확정된 경우에만 비로소 처음부터 없었던 것으로 보게 된다(상표법 제117조 제1항, 제3항 본문).

② 상표권에 대한 집행절차에서 상표권 압류의 효력은 등록원부에 압류등록이 된 때에 발생하고(민사집행규칙 제175조 제1항, 제3항), 압류등록 당시 상표권이 집행채무자의 책임재산에 속하였고 독립된 재산으로서의 가치가 있었던 이상 상표권에 대한 압류명령은 유효하다. 다만 상표권이 소멸하는 등으로 권리를 이전할 수 없는 사정이 명백하게 된 때에는 경매절차의 취소사유에 해당하는데(민사집행규칙 제175조 제5항, 민사집행법 제96조 제1항), 경매절차의 취소사유는 매각대금을 다 내기 전에 발생한 것이어야 한다.

③ 상표권은 사후적으로 이해관계인 등의 심판청구에 따른 특허심판원의 상표등록 무효심판을 통해 상표권이 처음부터 없었던 것으로 간주될 가능성을 내포하고 있고, 당사자 대립 구조를 가지는 상표등록 무효심판의 특성상 심판청구의 상대방인 상표권자의 적절한 대응 여하에 따라 무효심판의 결과가 좌우될 수도 있다. 따라서 상표권에 대한 집행절차에서 상표권을 취득하였는데 집행절차가 종료된 후 상표등록 무효심결의 확정에 따라 그 상표권이 처음부터 없었던 것으로 간주되더라도, 집행절차를 무효로 하면서까지 상표권 매수인이나 양수인을 보호할 필요성이 있다고 단정하기 어렵다.

[컨투어 코일 판례] ★★★

대법원 2023. 5. 18. 선고 2022후10265 판결 [등록취소(상)]

[판결 이유]

1. 상표법은 '상표'에 관하여 '자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장(標章)을 말한다'고 규정하는 한편(제2조 제1항 제1호), '상품에 관한 광고·정가표·거래서류, 그 밖의 수단에 상표를 표시하고 전시하거나 널리 알리는 행위'를 '상표의 사용'으로 규정하고 있다(제2조 제1항 제11호 (다)목, 이하 '(다)목'이라 한다). (다)목의 '거래서류'는 거래에 제공되는 서류로서 주문서, 납품서, 송장, 출하안내서, 물품영수증, 카탈로그 등이 이에 포함된다(대법원 2002. 11. 13.자 2000마4424 결정참조).

상품의 판매업자가 지정상품과의 구체적인 관계에서 자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 **상품에 관한 거래서류에 상표를 표시하고 상품거래과정에서 일반 공중에 속하는 거래상대방에게 이를 교부하였다면, 그러한 행위를 통해 그 거래서류를 일반 공중이 인식할 수 있는 상태에 두었다고 볼 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 행위는 상품에 관한 거래서류에 상표를 표시하고 널리 알리는 행위로서(다)목이 규정하고 있는 상표의 사용에 해당한다.**

2. 가. 원심은 판시와 같은 이유로 다음과 같이 판단하였다.

1) 이 사건 등록상표(등록번호: 제1134224호)의 통상사용권자 주식회사 아모스가 거래상대방인 소외인, 주식회사 가구스토어에 매트리스를 공급하는 과정에서 **견적서나 거래명세서와 같은 거래서류에 이 사건 등록상표와 거래통념상 동일한 상표인 원심 판시 실사용표장을 표시하고 이를 위 거래상대방에게 교부한 행위와, 통상사용권자 지큐브스페이스 주식회사가 매트리스, 침대 제품의 판매를 위한 인터넷 사이트와 매장에서 매트리스 등 상품에 관한 광고에 위 실사용표장을 표시하고 전시한 행위**는 상표법 제2조 제1항 제11호에서 정한 상표의 사용에 해당한다.

2) 이 사건 등록상표의 통상사용권자들은 자타상품의 식별표지로서 사용하려는 의사에 기하여 이 사건 등록상표를 그 지정상품에 대하여 이 사건 취소심판청구일 전 계속하여 3년 이상 국내에서 정당하게 사용하였다.

나. 원심판결의 이유를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 상표법상 상표의 사용이나 상표등록의 취소사유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

[제주일보 판례] ★★★

대법원 2022. 12. 1. 선고 2020후11622 판결 [거절결정(상)]

[판결요지]

[1] 출원상표의 출원인에게 상표법 제34조 제1항 제13호에 규정된 부정한 목적이 있는지 판단함에 있어서는 특정인의 상표의 인지도 또는 창작성의 정도, 특정인의 상표와 출원인의 상표의 동일·유사성의 정도, 출원인과 특정인 사이의 상표를 둘러싼 교섭의 유무와 그 내용, 기타 양 당사자의 관계, 출원인이 출원상표를 이용한 사업을 구체적으로 준비하였는지, 상품의 동일·유사성 내지는 경제적 관련관계 유무, 거래실정 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[2] 상표법은 상표를 보호함으로써 상표 사용자의 업무상 신용 유지를 도모하여 산업발전에 이바지하고 수요자의 이익을 보호함을 **입법 목적으로** 하여 상표권 등록과 사용, 관련 쟁송 등을 규정하고 있다. 위와 같은 상표법 등 지식재산권 관련 법령은 **전체 법질서 안에서 조화롭게 해석·적용**되어야 한다.

상표법 제34조 제1항 제13호는 이미 특정인의 영업상 신용이나 명성이 체화된 상표를 모방하여 출원함으로써 선출원주의에 따른 상표제도를 악용하는 것을 방지하기 위한 규정으로, 그 요건인 **‘부정한 목적’의 해석·적용 역시 전체 법질서와 조화**를 이루어야 한다.

출원인과 선사용상표를 사용해온 특정인 사이에 그 상표 및 상표를 기반으로 한 사업체, 관련 행정상의 인허가 또는 등록 등을 둘러싸고 **여러 차례 민사소송이나 행정소송 등이 확정되었다면** 이러한 **일련의 경위와 결과는 ‘부정한 목적’의 해석에서 모순되지 않도록 고려**되어야 하며, 위 확정된 민사소송 등의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 된다.

[금강 판례] ★★★

대법원 2022. 11. 10. 선고 2020후10421 판결 [등록취소(상)]

[판결이유]

...(중략)...

2. 원심은 다음과 같이 판단하였다.

가. C와 대상상표의 사용자이자 이 사건 상표등록의 취소심판 청구인인 피고 사이에 지정상품을 양말 등으로



하는 이 사건 등록상표 ' **금 강** ' (상표번호 D)과 관련된 **상표 사용에 관한 합의가 있었다라도, 합의의 당사자가 아닌 원고는 위 합의의 효력을 주장할 수 없다.**

나. 또한, 위 합의의 효력이 수요자가 **상품 출처를 오인·혼동할 우려가 더 커지게 하는 경우에까지** 미친다고 보기는 어렵고,상표법 제119조 제1항 **제1호가 공익적 규정인 점** 등을 고려하면 피고의 이 사건 **심판청구가 권리남용에 해당한다고 할 수 없다.**

...(중략)...

3. 앞서 본 법리를 비롯한 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이와 같은 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 아니하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 계약의 해석과 권리남용, 부정사용에 따른 상표등록 취소심판에서 유사한 상표의 사용, 사용상품의 유사 또는 견련관계에 따른 타인의 업무에 관련된 상품과의 혼동가능성, 부정사용의 고의 등에 관한 법리오해, 이유불비, 판단누락 등의 잘못으로 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[소문난 삼부자 판례] ★★★★★

대법원 2020. 2. 13. 선고 2017후2178 판결 [등록취소(상)]

[판결요지]

[1] 구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것) 제73조 제1항 제8호는 전용사용권자 또는 통상사용권자(이하 ‘사용권자’라 한다)가 지정상품 또는 이와 유사한 상품에 등록상표 또는 이와 유사한 상표를 사용함으로써 수요자로 하여금 상품 품질의 오인 또는 타인의 업무에 관련된 상품과의 혼동을 생기게 한 경우

상표등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있다. 위 규정의 취지는 상표권자에게 사용권을 자유롭게 설정할 수 있도록 하는 대신에 사용권자에 대한 감독의무를 부과하여 사용권자가 상표제도의 본래의 목적에 반하여 등록상표를 그 사용권의 범위를 넘어 부정하게 사용하지 못하도록 규제함으로써 **상품거래의 안전을 도모**하고, 타인 상표의 신용이나 명성에 편승하는 행위를 방지하여 **거래자와 소비자의 이익을 보호**함은 물론 **다른 상표를 사용하는 사람의 영업상 신용과 권익도 보호**하려는 데 있다.

[2] 구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제73조 제1항 제8호에 따라 전용사용권자 또는 통상사용권자(이하 '사용권자'라 한다)가 실제로 사용하는 상표(이하 '실사용상표'라 한다)와 혼동의 대상이 되는 타인의 상표(이하 '대상상표'라 한다) 사이의 **혼동 여부를 판단할 때에는, 각 상표의 외관, 호칭, 관념 등을 객관적·전체적으로 관찰하되, 실사용상표가 등록상표로부터 변형된 정도 및 대상상표와 유사한 정도, 실사용상표와 대상상표가 상품에 사용되는 구체적인 형태, 사용상품 간의 관련성, 각 상표의 사용 기간과 실적, 일반 수요자에게 알려진 정도 등에 비추어, 당해 상표의 사용으로 대상상표의 상품과 사이에 상품출처의 오인·혼동이 야기될 우려가 객관적으로 존재하는가를 중점적으로 살펴야 한다.** 그런데 **상표권이 이전된 후 상표권자로부터 사용허락을 받은 사용권자가 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 사용하는 경우에는 종전 상표권자의 업무와 관련된 상품과의 혼동이 생길 가능성이 크다.** 이때에는 상표권자가 금지청구권을 행사할 수 있는 범위(구 상표법 제66조 제1항 제1호, 제65조 제1항)와 상표를 독점적으로 사용할 수 있는 범위(구 상표법 제50조)는 구분되어야 한다는 원칙 등에 비추어, 등록상표, 실사용상표, 대상상표 상호 간에 앞서 본 사정들을 세심히 살펴 **사회통념상 등록상표의 부정한 사용으로 평가할 수 있을 정도에 이르는지 여부를 판단**하여야 한다.

[3] 구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것) 제73조 제1항 제8호의 혼동의 대상이 되는 타인의 상표(이하 '대상상표'라 한다)는 적어도 국내에서 수요자나 거래자에게 그 상표나 상품이라고 하면 특정인의 상표나 상품이라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있을 것을 요한다. 다만 위 조항은 '수요자로 하여금 상품의 품질의 오인 또는 타인의 업무에 관련된 상품과의 혼동을 생기게 한 경우'라고 규정하고 있을 뿐, '대상상표'나 '타인'의 범위를 특별히 한정하지 않고 있으므로, 대상상표가 당해 등록상표의 권리범위에 속하거나 상표법상의 등록상표가 아니더라도 **혼동의 대상이 되는 상표로 삼을 수 있고, 상표권이 이전된 경우 종전 상표권자나 그로부터 상표사용을 허락받은 전용사용권자 또는 통상사용권자도 '타인'에 포함된다.**

[노단자 판례] ★★★★★

대법원 2021. 12. 30. 선고 2020후11431 판결 [등록무효(상)]

[판결요지]

[1] 등록상표가 상표법 제34조 제1항 제13호에 해당하려면 출원 당시에 등록상표와 대비되는 선사용상표가 국내 또는 외국의 수요자들에게 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있어야 하고, 등록상표의 출원인이 선사용상표와 동일 또는 유사한 상표를 부정한 목적을 가지고 사용하여야 한다.

여기서 선사용상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있다는 것은 일반 수요자를 표준으로 하여 거래의 실정에 따라 인정되는 객관적인 상태를 말하는 것이다. 이때 선사용상표에 관한 권리자의 명칭이 구체적으로 알려지는 것까지 필요한 것은 아니고, 권리자가 누구인지 알 수 없더라도 동일하고 일관된 출처로 인식될 수 있으면 충분하다. 따라서 선사용상표의 사용기간 중에 상표에 관한 권리의 귀속 주체가 변경되었다고 하여 곧바로 위 규정의 적용이 배제되어야 한다거나 변경 전의 사용실적이 고려될 수 없는 것은 아니다. 이와 같은 변경에도 불구하고 선사용상표가 수요자들에게 **여전히 동일하고 일관된 출처로서 인식되어 있거나 변경 전의 사용만으로도 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 등의 경우에는 그 변경 전의 사용실적을 고려하여 위 규정이 적용될 수 있다.**

[2] 갑 등의 등록상표 “”가 사용상품을 ‘백주 등 주류’로 하는 을 외국회사의 선사용상표 “”와의 관계에서 상표법 제34조 제1항 제13호에 해당하는지 문제 된 사안에서, 선사용상표에 관한 권리가 병 외국회사로부터 을 회사에 순차 양도되었으나, 선사용상표의 사용기간과 방법 및 태양, 선사용상표가 사용된 상품의 거래실정, 선사용상표 및 그 사용상품에 대한 인식과 평가 등에 비추어, 선사용상표는 사용기간 동안 상표에 관한 권리의 귀속 주체가 변경되었음을 감안하더라도 등록상표의 출원일 당시 그 사용상품에 관하여 중국의 수요자들에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되었다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

[레드불 판례] ★★★

대법원 2019. 8. 14. 선고 2017후752 판결 [등록무효(상)]

[판결이유]

2. 상고이유 제1점에 관하여 - 인식도 관련

....(중략)... 적어도 외국의 수요자 사이에 특정인의 서비스표로 인식되었다고 보아야 한다. ...(중략)...

3. 상고이유 제2점에 관하여 - 부정한 목적 관련

가. 원심판결 이유와 원심에서 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.



1) 원고의 선사용상표서비스표 1의 표장 “”은 오른쪽으로 도약 또는 돌진하는 붉은 황소의 측면 형상을 모티브로 하고 있고, 실루엣 기법으로 전체적으로 근육질이 있는 황소의 모습을 역동적으로 표현하였으며, 앞다리가 구부러지고 뒷다리가 펴져 있으며 꼬리가 알파벳 ‘S’ 형태로 치켜 올라가 있는 등 세부 모습을 독특하게 구성하여 그 창작성의 정도가 크다.



2) 피고의 이 사건 등록상표서비스표의 표장 “”은 원고의 선사용상표서비스표 1의 표장과 상당히 유사하고, 그 개발 시기도 레드불 레이싱 팀이 원고의 선사용상표서비스표 1이 표시된 경주용 자동차로 국내에서 최초로 열린 포뮬러 원 대회에 참가한 이후이다.

3) 한편 피고의 이 사건 등록상표서비스표의 표장은 지배적인 인상이 피고가 1999년경부터 사용하던 아래와 같은 실사용표장들과는 유사하지 않아, 실사용표장들을 기초로 만들어졌다고 보기 어렵다.



4) 피고의 이 사건 등록상표서비스표의 지정상품 및 지정서비스업인 자동차 용품 및 그 판매업 등은 자동차 성능의 유지·보수와 관련되어 있으므로 원고의 선사용상표서비스표 1의 사용서비스업인 ‘자동차 레이싱 팀 운영 및 관련 스포츠 이벤트 제공업’과 사이에 경제적 견련관계를 인정할 여지도 있다.

나. 위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고는 원고의 선사용상표서비스표 1을 모방하여 권리자인 원고의 국내 영업을 방해하는 등의 방법으로 원고에게 손해를 가하려고 하는 부정한 목적을 가지고 사용하

기 위하여 이 사건 등록상표서비스표를 출원하였다고 보아야 한다.
...(중략)...

[andre 판례] ★★★★★

대법원 2020. 11. 12. 선고 2017후1779 판결 [거절결정(상)]

[판결요지]

구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제23조, 제81조에 의하면, 상표 출원에 대한 심사 단계에서 거절결정을 하려면 그에 앞서 출원인에게 거절이유를 통지하여야 하고, 거절결정에 대한 특허심판원의 심판절차에서 거절결정의 이유와 다른 사유로 거절결정이 정당하다고 하려면 먼저 그 사유에 대해 거절이유를 통지하도록 하고 있다. 위 규정에 따른 거절이유 통지를 받은 출원인 또는 심판청구인은 의견서 제출기간 내에 통지된 거절이유에 대한 의견서를 제출할 수 있고, 거절이유에 나타난 사항에 대하여 보정을 하여 거절이유를 해소할 수도 있다. 심사 단계에서 미리 거절이유를 통지한 사유라고 하더라도 그 사유를 거절결정에서 거절이유로 삼지 않았다면 이와 같은 사유는 거절결정에 대한 심판절차에서는 ‘거절결정의 이유와 다른 거절이유’에 해당하므로, 심사 단계에서 심판청구인이 위 사유에 대해 실질적으로 의견서 제출 및 보정의 기회를 부여받았다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 이를 심결의 이유로 하기 위해서는 구 상표법 제81조, 제23조에 따라 다시 그 사유에 대해 거절이유를 통지하여야 한다. 위 규정은 거절이유를 미리 통지함으로써 그에 대한 의견서 제출 및 보정의 기회를 부여하여 출원인 또는 심판청구인의 절차적 권리를 보호하고, 심사 및 심판의 적정을 기하여 심사 및 심판 제도의 신용을 유지하기 위한 공익상의 요구에 따른 강행규정이다. 따라서 위 규정에 따라 거절이유 통지를 하지 아니한 채 거절결정의 이유와 다른 거절이유를 들어서 거절결정이 결과에 있어 정당하다는 이유로 거절결정불복심판청구를 기각한 심결은 위법하다.

[참고 조문 - 현행법]

제54조(상표등록거절결정) 심사관은 상표등록출원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 상표등록거절결정을 하여야 한다. 이 경우 상표등록출원의 지정상품 일부가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정상품에 대하여만 상표등록거절결정을 하여야 한다. <개정 2022. 2. 3.>

제55조(거절이유통지) ① 심사관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 출원인에게 미리 거절이유(제54조 각 호의 어느 하나에 해당하는 이유를 말하며, 이하 “거절이유”라 한다)를 통지하여야 한다. 이 경우 출원인은 산업통상자원부령으로 정하는 기간 내에 거절이유에 대한 의견서를 제출할 수 있다. <개정 2021. 10. 19.>

- 1. 제54조에 따라 상표등록거절결정을 하려는 경우
- 2. 제68조의2제1항에 따른 직권 재심사를 하여 취소된 상표등록결정 전에 이미 통지한 거절이유로 상표등록거절결정을 하려는 경우
- ② 심사관은 제1항에 따라 거절이유를 통지하는 경우에 지정상품별로 거절이유와 근거를 구체적으로 적어야 한다.
- ③ 제1항 후단에 따른 기간 내에 의견서를 제출하지 못한 출원인은 그 기간의 만료일부터 2개월 내에 상표에 관한 절차를 계속 진행할 것을 신청하고, 거절이유에 대한 의견서를 제출할 수 있다.

제123조(심사규정의 상표등록거절결정에 대한 심판에 관한 준용) ① 제54조에 따른 상표등록거절결정에 대한 심판에 관하여는 제41조, 제42조, 제45조, 제55조, 제57조부터 제68조까지, 제87조제2항·제3항 및 제210조제2항·제3항을 준용한다. 이 경우 그 상표등록출원 또는 지정상품추가등록출원에 대하여 이미 출원공고가 있는 경우에는 제57조는 준용하지 아니한다.

② 제1항에 따라 제42조를 준용하는 경우에는 제42조제3항 중 “제115조에 따라 심판을 청구한 경우”는 “제162조제1항에 따라 소를 제기한 경우”로, “그 심판의 심결이 확정될 때까지”는 “그 판결이 확정될 때까지”로 본다.

③ 제1항에 따라 준용되는 제42조제4항·제5항, 제55조, 제87조제2항·제3항 및 제210조제2항·제3항을 적용할 때에는 해당 상표등록거절결정의 이유와 다른 거절이유를 발견한 경우에도 준용한다.

[APM24 판례] ★★★

대법원 2018. 11. 9. 선고 2016후1376 판결 [등록무효(상)]

[판결요지]

[1] 지정서비스업의 유사 여부는 동일 또는 유사한 서비스표를 사용하였을 때 동일한 영업주체가 제공하는 서비스로 오인될 우려가 있는지 여부를 기준으로 하여 판단하되, 제공되는 서비스의 성질이나 내용, 제공 방법과 장소, 서비스의 제공자, 수요자의 범위 및 서비스 제공에 관련된 물품이 일치하는지 여부 등 거래의 실정을 종합적으로 고려하여 일반 거래의 통념에 따라 판단하여야 한다.

[2] 의류, 우산, 신발, 모자, 장신용품, 패션잡화, 화장품류 등을 판매대행하거나 판매알선하는 서비스 등을 제공

하는 선등록서비스표 1 “”, 선등록서비스표 2 “”, 의류, 신발, 모자, 양말, 스타킹 등 패션 관련 상품을 판매대행하거나 도·소매하는 서비스를 제공하는 선등록서비스표 3

“”의 서비스표권자 갑 주식회사가 지정서비스업을 ‘백화점업, 대형할인마트업, 슈퍼마켓업, 편

의점업’으로 하는 등록서비스표 “”의 서비스표권자 을 주식회사를 상대로 등록서비스표가 선등록서비스표들과 표장이 동일하고 지정서비스업이 동일·유사하다는 등의 이유로 서비스표등록 무효심판을 청구한 사안에서, 등록서비스표의 지정서비스업과 선등록서비스표 1, 2의 지정서비스업 중 판매대행·알선업 및 선등록상표서비스표 3의 지정서비스업 중 판매대행업과 소매업은 의류 및 패션잡화 등을 수요자들을 상대로 직접 판매하는 서비스를 제공한다는 점에서 서비스의 성질, 내용, 제공 방법이 유사하고, 서비스 제공에 관련된 물품과 수요자도 공통되며, 등록서비스표의 지정서비스업은 일정한 장소에서 다양한 제품을 판매한다는 점에서 선등록서비스표들의 지정서비스업과 차이가 있으나 등록서비스표의 등록결정 당시 거래의 실정을 보면 의류를 비롯하여 신발, 모자 등의 패션잡화 등을 하나의 점포나 건물 또는 인접한 장소에서 진열하여 판매하거나, 동일한 영업주체가 백화점업, 대형할인마트업과 함께 슈퍼마켓업, 편의점업을 영위하는 경향이 있었던 점 등에 비추어 보면, 양 서비스업에 동일 또는 유사한 서비스표를 사용할 경우 일반 거래의 통념상 동일한 영업주체에 의하여 제공되는 서비스로 오인될 우려가 있음에도, 등록서비스표와 선등록서비스표들의 지정서비스업이 유사하지 않다는 등의 이유로 등록서비스표가 구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제7호에 해당하지 않는다고 본 원심판결에 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다고 한 사례.

[현대 판례] ★★★★★

대법원 2015. 1. 29. 선고 2012후3657 판결

[판결요지]

[1] 구 상표법(2014. 6. 11. 법률 제12751호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제10호에서 수요자 간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표의 상표등록을 받을 수 없게 하는 것은 일반 수요자에게 저명한 상품이나 영업과 출처에 오인·혼동이 일어나는 것을 방지하려는 데 목적이 있으므로, 위 규정에 따라 상표등록을 받을 수 없는 상표와 대비되는 저명한 상표 또는 서비스표(이하 '선사용표장'이라고 한다)의 권리자는 상표등록 출원인 이외의 타인이어야 한다. 여기서 선사용표장의 권리자는 개인이나 개별 기업뿐만 아니라 그들의 집합체인 사회적 실체도 될 수 있다. 그리고 경제적·조직적으로 밀접한 관계가 있는 계열사들로 이루어진 기업그룹이 분리된 경우에는, 기업그룹의 선사용표장을 채택하여 등록·사용하는데 중심적인 역할을 담당함으로써 일반 수요자들 사이에 선사용표장에 화체된 신용의 주체로 인식됨과 아울러 선사용표장을 승계하였다고 인정되는 계열사들을 선사용표장의 권리자로 보아야 한다.

[2] 구 상표법(2014. 6. 11. 법률 제12751호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제10호에 의하여 상표등록을 받을 수 없는지 여부를 판단하는 기준시는 상표의 등록출원 시이고, 위 규정의 타인에 해당하는지 여부는 등록 결정 시를 기준으로 판단하여야 한다.

나아가 상품의 출처 등에 관한 일반 수요자의 오인·혼동이 있는지 여부는 타인의 상표등록을 받을 수 없는 상표와 대비되는 저명한 상표 또는 서비스표(이하 '선사용표장'이라고 한다)의 저명 정도, 등록상표와 타인의 선사용표장의 각 구성, 상품 혹은 영업의 유사성 또는 밀접성 정도, 선사용표장 권리자의 사업다각화 정도, 이들 수요자들의 중복 정도 등을 비교·종합하여 판단하여야 한다.

[3] 甲 주식회사 등이 '컴퓨터주변기기' 등을 지정상품으로 하고 “**현대**”와 같이 구성된 등록상표의 등록권자 乙 주식회사를 상대로 등록상표의 지정상품 중 제1, 2차 추가등록 지정상품(가이거계산기, 감열식 프린터 등)이 선사용표장 '현대' 등과 관계에서 구 상표법(2014. 6. 11. 법률 제12751호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상표법'이라 한다) 제7조 제1항 제10호 등에 해당한다는 이유로 등록무효심판을 청구하였으나 특허심판원이 기각한 사안에서, 지정상품 추가등록 출원 당시 甲 회사 등이 자신들의 계열사와 함께 형성한 개별그룹들은 상표등록을 받을 수 없는 상표와 대비되는 저명한 상표 또는 서비스표(이하 '선사용표장'이라고 한다)의 채택과 등록 및 사용에 중심적인 역할을 담당함으로써 일반 수요자들 사이에 선사용표장에 화체된 신용의 주체로 인식됨과 아울러 선사용표장을 승계하였다고 인정되므로 선사용표장의 권리자라고 할 것이나, 乙 회사는 일반 수요자들 사이에 선사용표장에 화체된 신용의 주체로 인식된다거나 선사용표장을 승계하였다고 인정된다고 볼 수 없어 선사용표장의 권리자가 될 수 없고, 위 지정상품 추가등록은 일반 수요자로 하여금 추가 지정상품의 출처에 혼동을 일으키게 할 염려가 있으므로, 등록이 무효로 되어야 한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

[mou 판례] ★★★★★

대법원 2018. 8. 30. 선고 2017후981 판결

[판결이유]

1 둘 이상의 문자 또는 도형의 조합으로 이루어진 결합상표 중에서 일반 수요자에게 그 상표에 관한 인상을 심어주거나 기억·연상을 하게 함으로써 그 부분만으로 독립하여 상품의 출처표시기능을 수행하는 부분, 즉 요부가 있는 경우 적절한 전체관찰의 결론을 유도하기 위해서는 그 요부를 가지고 상표의 유사 여부를 대비·판단하는 것이 필요하다. 그러나 상표 중에서 **요부라고 할 만한 것이 없다면 전체관찰의 원칙에 따라 상표를 전체로서 대비하여 유사 여부를 판단**하여야 한다.

그리고 상표의 구성 부분이 요부인지 여부는 그 부분이 주지·저명하거나 일반 수요자에게 강한 인상을 주는 부분인지, 전체 상표에서 높은 비중을 차지하는 부분인지 등의 요소를 따져 보되, 여기에 다른 구성 부분과 비교한 상대적인 식별력 수준이나 그와의 결합상태와 정도, 지정상품과의 관계, 거래실정 등까지 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2017. 2. 9. 선고 2015후1690 판결등 참조).

2. 위 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

가. 이 사건 출원상표는 “**MOU**”로, 선등록상표는 “**MOU-JON-JON**”으로 구성되어 있다. 위 두 상표의 지정상품은 ‘의류’ 등이다.

나. 선등록상표에서 ‘**MOU**’ 부분이 ‘Memorandum Of Understanding(양해각서)’의 약어 등의 의미로 수요자들에게 인식되어 있다고 보기는 어렵다. 나머지 부분인 ‘**JON**’이나 ‘**JON-JON**’ 부분도 별다른 관념이 형성되어 있지는 않다.

다. 선등록상표에서 ‘**MOU**’ 부분과 ‘**JON**’이나 ‘**JON-JON**’ 부분은 모두 지정상품과 관련하여 식별력이 없거나 미약하지는 않지만, 그렇다고 해서 주지·저명하거나 수요자들에게 강한 인상을 주는 부분이라고 보기 어렵다. 그리고 위 두 부분 사이의 상대적인 식별력의 우열도 없어 보인다.

라. 선등록상표는 이 사건 출원상표 출원일 무렵 인터넷쇼핑 등에서 한글로 표기되는 경우 ‘무존존’으로 표기되는 경우가 많았던 것으로 보이고, ‘엠오유’로 약칭되거나 ‘엠오유존존’ 등으로 호칭되었다고 볼 만한 자료는 보이지 않는다. 이러한 거래실정을 고려하면, 선등록상표에서 ‘**MOU**’ 부분의 비중이 나머지 ‘**JON**’이나 ‘**JON-JON**’ 부분의 비중보다 높다고 볼 수는 없고, 선등록상표가 ‘**MOU**’ 부분만으로 호칭·관념된다고 보는 것은 자연스럽지 않다.

마. 따라서 선등록상표에서 ‘**MOU**’ 부분만이 독립하여 상품의 출처표시기능을 수행한다고 볼 수는 없으므로, **이 사건 출원상표는 선등록상표의 구성 부분 전체와 대비할 때 그와 유사하다고 볼 수 없다.**

바. 그런데도 원심은 선등록상표 중 ‘**MOU**’ 부분을 요부로 보아 이를 분리하여 관찰할 때, 이 사건 출원상표가 선등록상표와 유사하다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 상표의 유사 여부 판단에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

[GLIATAMIN 판례] ★★★★★

대법원 2018. 7. 24. 선고 2017후2208 판결

[1] 둘 이상의 문자 또는 도형의 조합으로 이루어진 결합상표 중 어느 부분이 사회통념상 자타상품의 식별력을 인정하기 곤란하거나 공익상으로 보아 특정인에게 독점시키는 것이 적당하지 않다고 인정되는 경우에는 독립하여 상품의 출처표시기능을 수행하는 요부에 해당한다고 볼 수 없다. 만일 상표의 구성 부분 전부가 식별력이 없거나 미약한 경우에는 그중 일부만이 요부가 된다고 할 수 없으므로 상표 전체를 기준으로 유사 여부를 판단하여야 한다.

[2] 갑 외국회사가 ‘노인성기억감퇴증치료제’ 등 전문의약품 등을 지정상품으로 하는 등록상표 **GLIATILIN** “**글리아티린**”

“**GLIATAMIN**”의 상표권자 을 주식회사를 상대로 등록상표가 선등록상표들인 “**글리아티린**” 및 “**GLIATILIN**”과 각 표장 및 지정상품이 유사하여 구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제7호 등에 해당한다는 이유로 등록무효심판을 청구한 사안에서, ‘신경교(neuroglia)’ 또는 ‘신경교세포(glia cell)’를 뜻하는 ‘GLIA(글리아)’의 의미 및 사용실태, 의사, 약사 등이 실제 판매 및 거래관계에 개입하고 있는 의약품에 관한 거래실정을 고려하면, 등록상표와 선등록상표들 중 ‘GLIA(글리아)’ 부분은 지정상품인 의약품과의 관계에서 뇌신경질환 관련 치료제로 수요자에게 인식되어 식별력이 없거나 미약할 뿐만 아니라 공익상으로 보아 특정인에게 독점시키는 것이 적당하지 않으므로 요부가 될 수 없고, ‘TAMIN’과 ‘TILIN(티린)’은 조어이기는 하나 의약품 작명 시 다른 용어에 붙여 접사와 같이 사용되고 있어 독립하여 요부가 될 수 없으므로, 위 상표들의 전체를 기준으로 유사 여부를 판단하면, ‘GLIA(글리아)’ 부분이 공통되기는 하지만 ‘TAMIN’과 ‘TILIN(티린)’의 외관과 호칭의 차이로 혼동을 피할 수 있으므로 등록상표와 선등록상표들의 표장이 서로 동일 또는 유사하다고 볼 수 없는 데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[스피도 판례] ★★★★★

대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도2180 판결 [상표법위반, 업무상배임]

[판결 이유]

- 1. 피고인들에 대한 상표법 위반 부분
 - 가. 상표법상 ‘상표의 사용’이란 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하는 행위, 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위 등을 의미하고, 여기에서 말하는 ‘상품’은 그 자체가 교환가치를 가지고 독립된 상거래의 목적물이 되는 물품을 의미한다(대법원 1999. 6. 25. 선고 98후58 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012후1415 판결 등 참조).
 - 나. 원심판결 이유와 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.
 - 1) 피고인 2는 2014. 4. 10.경 스피도홀딩스 비브이가 상표권자인 이 사건 상표를 임의로 표시한 이 사건 수건 1,000개를 1개당 8,500원 상당에 주문·제작하였다.
 - 2) 위 수건은 일반 거래시장에서 독립적으로 유통되는 수건 제품과 외관이나 품질 등이 유사하다.
 - 3) 피고인 2는 위 수건 중 200개 상당을 거래처인 ‘○○○ 수영복’의 운영자 공소 외인에게 1개당 45,000원 상당에 판매하였고, 100개 상당을 다른 거래처에 사은품 내지 판촉용으로 제공하였다. 공소외인은 피고인 2로부터 구매한 위 수건을 다수의 소비자들에게 판매하였다.
 - 4) 피고인 1은 2016. 11.경 위 수건이 상표권자의 허락 없이 임의로 제작된 것이라는 점을 알면서도 그 중 290개 상당을 거래처인 ‘△△△△△’에 제공하였다.

다. 위와 같은 이 사건 수건의 외관·품질 및 거래 현황 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위 수건은 그 자체가 교환가치를 가지고 독립된 상거래의 목적물이 되는 물품으로 상품에 해당하고, 위 수건 중 일부가 사은품 또는 판촉물로서 무상으로 제공되었다고 하더라도 무상으로 제공된 부분만을 분리하여 그 상품성을 부정할 것은 아니다. 따라서 위 수건에 이 사건 상표를 표시하거나 이 사건 상표가 표시된 수건을 양도하는 행위는 상표법상 상표의 사용에 해당한다. ...(후략)...

[사부 판례] ★★★★★

대법원 2019. 8. 14. 선고 2018후10848 판결 [권리범위확인(상)]

[판결 이유]

[1] 상표권의 권리범위확인심판에서 등록상표와 확인대상표장의 유사 여부는 외관, 호칭 및 관념을 객관적, 전체적, 이격적으로 관찰하여 지정상품의 거래에서 일반 수요자들이 상표에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있는지에 따라 판단하여야 한다. 이러한 판단에 있어서 당해 상품에 대한 표장의 사용사실이 인정되는 경우 표장의 주지 정도 및 당해 상품과의 관계, 표장에 대한 수요자들의 호칭 및 인식 등 당해 상품을 둘러싼 거래실정을 종합적·전체적으로 고려하여야 한다.

[2] 상표 중에서 일반 수요자에게 그 상표에 관한 인상을 심어주거나 기억·연상을 하게 함으로써 그 부분만으로 독립하여 상품의 출처표시기능을 수행하는 부분, 즉 요부가 있는 경우 적절한 전체관찰의 결론을 유도하기 위해서는 요부를 가지고 상표의 유사 여부를 대비·판단하는 것이 필요하다. 한편 결합상표 중 일부 구성 부분이 요부로 기능할 수 있는 식별력이 없거나 미약한지 여부를 판단할 때는 해당 구성 부분을 포함하는 상표가 지정상품과 동일·유사한 상품에 관하여 다수 등록되어 있거나 출원공고되어 있는 사정도 고려할 수 있으므로, 등록 또는 출원공고된 상표의 수나 출원인 또는 상표권자의 수, 해당 구성 부분의 본질적인 식별력의 정도 및 지정상품과의 관계, 공익상 특정인에게 독점시키는 것이 적당하지 않다고 보이는 사정의 유무 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다

[3] ‘인체용 비누’를 사용상품으로 하는 확인대상표장 “”의 사용자 값이 ‘인체용 비누’ 등을

지정상품으로 하는 등록상표 “ Saboo”의 상표권자 을을 상대로 확인대상표장이 등록상표와 동일·유사하지 아니하여 등록상표의 권리범위에 속하지 않는다고 주장하면서 소극적 권리범위확인심판을 청구한 사안에서, 양 표장 중 도형 부분은 꽃 모양으로 서로 동일·유사하나, 위 도형 부분이 주지·저명하거나 수요자들에게 강한 인상을 주는 부분이라고 볼 수 없고, 식별력을 인정하기 곤란하거나 이를 공익상 특정인에게 독점시키는 것이 적당하지 않은 반면, 등록상표 중 ‘Saboo’ 부분은, 조어로서 지정상품과의 관계에서 도형 부분에 비하여 상대적으로 식별력이 높고, 수요자들도 등록상표를 영문자 부분인 ‘사부’로 호칭해 온 사실이 인정되므로 요부라고 할 것인데, 등록상표의 ‘Saboo’ 부분과 확인대상표장의 ‘’ 부분은 외관뿐만 아니라 호칭도 각각 ‘사부’와 ‘소비아’로 서로 차이가 있으므로 유사하지 않은데도, 거래실정을 고려한 양 표장의 외관 및 호칭의 차이에도 불구하고, 나아가 상품의 구체적인 형상과 모양 및 포장의 구체적인 형태 등과 같이 상품에서 쉽게 변경이 가능한 특수하고 한정적인 거래실정을 비중 있게 고려하여 양 표장이 유사하다고 본 원심판단에 법리 오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[웨딩쿨 판례] ★★★★★

[대법원 2020. 9. 3. 선고 2019후11688 판결 [등록무효(상)]]

[1] 등록무효심판청구의 대상이 된 등록상표가구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상표법’이라고 한다) 제7조 제1항 제11호에서 규정하고 있는 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하려면, 그 등록상표나 지정상품과 대비되는 다른 상표(이하 ‘선사용상표’라고 한다)나 그 사용상품이 반드시 저명하여야 하는 것은 아니지만 적어도 국내의 일반거래에서 수요자나 거래자에게 그 상표나 상품이라고 하면 곧 특정인의 상표나 상품이라고 인식될 수 있을 정도로는 알려져 있어야 하고, 그 판단은 등록상표의 등록결정 시를 기준으로 하여야 한다. 여기서 ‘특정인의 상표나 상품이라고 인식’되었다고 하기 위하여는 선사용상표가 반드시 국내 전역에 걸쳐 수요자나 거래자에게 알려져야만 하는 것은 아니고, 특정인의 상표 등으로 인식되었는지 여부는 그 상표의 사용기간, 방법, 태양 및 이용범위 등과 거래실정 등에 비추어 볼 때 사회통념상 객관적으로 상당한 정도로 알려졌는지를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 법리는 구 상표법 제2조 제3항에 의하여 서비스표의 경우에도 그대로 적용된다.

[2] 갑 주식회사의 사용표장 “**웨딩쿨**”, “”, “**Wedding Cool**”이 을의 등록서비스표 “**웨딩쿨**”과의 관계에서 구 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하는지 문제 된 사안에서, 위 선사용표장들의 사용기간과 방법 및 태양, 선사용표장들에 대한 광고·홍보의 정도와 언론 보도 내역, 매출액의 증감 추이, 동종 업계의 인식 등 여러 사정을 살펴보면, 갑 회사의 선사용표장들은 위 등록서비스표의 등록결정일 무렵 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 적어도 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로는 알려져 있었다고 봄이 타당하다고 한 사례.

chapter 3. 미기출 중요 판례

[Essie 판례] ★★★★★

[대법원 2013. 11. 28. 선고 2012후1071 판결 [등록취소(상)]]

[1] 상표법상 '서비스표'란 서비스업을 영위하는 자가 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장을 말하므로(구 상표법 제2조 제2항 제2호), 서비스표의 불사용을 이유로 한 서비스표등록취소심판에서 서비스표의 사용이 인정되려면 서비스표권자 또는 그 사용권자가 서비스표를 자기 서비스업의 출처를 표시하기 위하여 사용하여야 하고, 타인의 상품 또는 서비스업의 출처를 표시하기 위하여 사용한 경우는 불사용을 이유로 한 서비스표 등록의 취소를 면하기 위한 서비스표의 사용에 해당한다고 할 수 없다.

[2] 등록서비스표 “ESSIE”가 지정서비스업에 대하여 정당한 이유 없이 취소심판청구일 전 계속하여 3년 이상 국내에서 사용되지 않았다는 이유로 甲이 등록서비스표에 대한 취소심판을 청구한 사안에서, 등록서비스표 통상사용권자의 네일숍 매장 입구에 ‘C Nail’이라는 ‘미용업’ 등의 출처표시가 별도로 되어 있고, ‘essie’ 표장은 매장 내부의 네일 폴리쉬 제품이 진열된 진열대 위에 표시되어 있으며, ‘essie’ 표장이 네일 폴리쉬 제품의 상표로서 국내에서도 어느 정도 알려진 점, 등록서비스표는 알파벳 대문자로만 구성된 ‘ESSIE’라는 표장인 데 반하여 ‘essie’ 표장은 알파벳 소문자로만 구성된 표장으로서 ‘essie’ 네일케어 제품에 사용된 표장과 동일한 점 등을 고려하면, 위 네일숍 매장 내부에 표시된 ‘essie’ 표장은 일반 거래통념상 통상사용권자가 등록서비스표권자 등이 수입·판매하는 ‘essie’ 제품을 광고하거나 위 네일숍에서 ‘essie’ 제품을 사용 또는 판매한다는 점을 알리기 위하여 사용한 것으로 보일 뿐 자기 서비스업의 출처를 표시하기 위하여 사용한 것이라고 보기는 어렵다고 한 사례.

[진병수 - SUPERTEMPERA 판례] ★★

대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17524 판결 [상표법위반]

[판결 요지]

상표권자 내지 정당한 사용권자(이하 ‘상표권자 등’이라고 한다)에 의해 등록상표가 표시된 상품을 양수 또는 수입한 자가 임의로 상품을 소량으로 나누어 새로운 용기에 담는 방식으로 포장한 후 등록상표를 표시하거나 위와 같이 등록상표를 표시한 것을 양도하였다면, 비록 그 내용물이 상표권자 등의 제품이라 하더라도 상품의 출처표시 기능이나 품질보증 기능을 해칠 염려가 있으므로, 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 상표권 내지 전용사용권을 침해하는 행위에 해당한다.

제 3 편

민사소송법

최영덕 박사

I. 진도별 박스정리

■ 민사소송 vs 비송 비교

| | | | |
|-------------------------|------------------------|-----------------------|--------|
| | (민사)소송 =당사자 대립주의 | 비송 =일원주의(법원) | |
| 절차진행의 주체(주도권) | 당사자주의 | 직권주의 | |
| 절차의 개시·종료·범위 의 결정 | 처분권주의 | 직권조사주의 | |
| 사실의 주장증명 | 변론주의 | 직권조사사 항(제3의 방식) | 직권탐지주의 |
| 판결내용 | 본안타당성(본안 판결) | 소송요건(소송판결) | |
| 판결형식 | 본안판결 →항소·상고 | 결정·명령 →항고·재항고 | |

■ 소송요건의 소송법상 지위

| | |
|------|---------------------------------------|
| 효력규정 | 강행규정 : 위반시 무효 |
| | 임의규정 : 위반시 이익권 O →이익권상실, 당사자의사의 문제 |
| 훈시규정 | |

■ 재판권

| | |
|---|-------------------------------------|
| 재판권 (司法權) | -인적범위: 예외인정 사유(상대적면제설) 외교관, 미군 등 |
| | -물적 범위(소송물·청구의 특징): 국제재판관할 |
| 관할(§200~§40)-토지관할 사물관할→ 이송(법원의 변경=소변경의 일종) | |
| 재판의 공정성-제척·기파·회피(소송요건아님)-항고 | |

■ 관할(§2~§30)→ 위반시 §34① 이송(각하X)

| | | |
|---------------|-------------------------------|------|
| 전속관할 : 재량X | 수소/집행법원, 합의부/단독부/심급법원 | 법정관할 |
| 임의관할 | 사물관할(★): 단독사건 5억초과시 합의부 사건 | |
| | 토지관할(§2~24) | 거동관할 |
| | 합의관할(§29)-중요 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 | §34② §35·36·269(반소) |
| =관할위반 X→O | =관할위반X O→O 가능 |
| 직권조사 ~당사자 신청은? X 判)당사자의 이송신청은 법원의 직권발동을 촉구하는 정도의 의 미밖에 없으므로 재판할 필요도, 이송신청기각결정 해도 즉시항 고나 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 특징과 그 범위 따위를 결정 |
| 절차의 진행 | ① 처분권주의의 위배 여부 ② 중복소송 ③ 청구의 병합 ④ 청구의 변경 |
| 절차의 종결 | ① 기판력의 범위 ② 재소금지의 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/ 배우자부당한 대우 →이혼청구 | 소송물 2개 (\$840의 각호) | 소송물 1개 | 소송물 2개 |

■ 일부청구의 문제(중요)

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

■ 소의의 성립요건

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

■ 중복제소와 확인의소

| 전소 | 후소 | 검토 |
|------------------|------------------|-------------------------------------|
| 甲→乙 적극적 확인의 소 | 甲←乙 적극적 확인의 소 | 확인소는 청구취지가 소송물이 별개 -확인의 이익 |
| 甲→乙 적극적 확인의 소 | 甲←乙 소극적 확인의 소 | 확인소 이익 |
| 甲→乙 확인소 | 甲←乙 이행소 | 확인소 이익 |
| 甲→乙 이행소 | 甲←乙 확인소 | 확인소 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)

| 소장제 출 | 흡결 시 보정 명령 | 당사자소송물 불특정시 보정명령 (\$59, 254)~석명권에 포함 | | 소극적 석명 |
|-----------------|---------------------|--|----|-----------|
| | | 적극적 석명 | 예외 | |
| 청구취 지 | 원칙 X | 대인건철 ←건매청항변 :피고의 방어권 보장+예 견가능성 | | O |
| 청구원인 :사실의 주장 | 원칙 X | \$750~\$390 별도지만 과실 주장증명 가능 | | O |
| 증명방법 | | | | |
| 적용법조 | | 소비대차로 청구원인을 적고 법조만 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) 대여사실 | 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 |

■ 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 | 판결정본 송달효력-구제 |
|-----------------|------|--------------------------|-------------------------|
| 공시송달 | 0 | X(§150③) | 0 ~추완상소 재심가능 |
| 허위송달 | | 0 자백간주에 의한 판결편취 | X 상소기간 진행X 상소만 가능 |
| 참칭대표자 (무권대리) | | | 0 재심 |

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

■ 추완 허용 여부

| 허용되는 경우 | 불허되는 경우 |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • 천재지변에 의한 교통·통신의 두절 • 법원의 잘못이 불변기간을 지키지 못한 데에 원인이 된 경우, 무권대리인의 통지 후 항고기간도과 • 소송서류전달의 잘못 • 무권대리인이 소송수행하고 판결정본을 송달받은 때 • 당사자와 동거하는 어머니가 당사자와 같듯이 있고 이해관계가 대립되는 사안에서, 당사자의 어머니가 판결정본을 수령하였으나 당사자가 실제로 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 | <ul style="list-style-type: none"> • 소송대리인이나 그 보조자의 고의·과실 • 상소기간만료시에 가스중독 등으로 혼수상태 • 여행(지방출장)·질병치료를 위한 출타 • 교도소에 수감된 경우(예외인정) • 소송계속 중에 이사하면서 법원에 주소이전신고를 하지 아니한 경우 • 집행관의 말만 믿고 기록열람 등 사실확인을 하지 아니한 경우 • 피고가 주소를 잘못 적어서 공시송달을 한 경우 • 판결정본이 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 |
| | | 상속인 X | 간과 소송행위와 판결은 무효(상소//재심:무권대리 유추적용) | |
| 소장송달 | | | | |
| 소송중 사망 | 대리인 O | 소송계속 | | 상소기간 도과시 중단 (판결확정) 판결정분 송달시 중단 |
| | | 대리인에게 상속의 특별수권 유무 (심급대리원칙) | | |
| | 대리인 X | 상속인 O | 소송중단 후 수계 | 소송계속 |
| | | 상속인 X | 간과 판결 유효(상소//재심:무권대리유추적용) | |

■ 수인의 상속인 경우 중단-공유 ◀ 독립의 원칙

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

■ 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 | 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 | 가목 | 대통령 등 직무상 비밀사항 | | |
| | 나목 | 일정 관계 + 공소제기나 유죄판결 또는 처육 가능성 | | |
| | 다목 | 변호사 등 직무상 비밀 | | |

■ 법률요건분류설의 반성-추정

| 개념 | 추정 방식 | 번복 · 복명 |
|----------|----------------------|----------|
| 법률상 추정 | 법률 | 반대사실(본증) |
| 일응의추정*** | 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 |
|-------------|------------|--|----------------------------------|
| 차 이 점 | 시기 | 항소심의 종국판결선고 전까지만 가능 | 판결확정 전까지 언제든지 가능 |
| | 일부취하 | 일부취하 불허 (전부에 대해서만 가능) | 전부 또는 일부에 대해서도 가능 |
| | 상대방의 동의 여부 | 동의 不要 | 동의 要 |
| | 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

| | | |
|------------------|----------------|--------------------------|
| 종 국 판 결 | 전부판결(제198조) | 소송판결 |
| | | 본안판결 |
| 일 부 판 결 | 일부판결(제200조)=중요 | 소송판결 |
| | | 본안판결 |
| 중 간 판 결 | 소송법상 중간판결 | 독립한 공격방어방법 (제201조 1항 전단) |
| | | 기타 중간의 다툼 (제201조 1항 후단) |
| | 실체법적 중간판결 | 조건부판결 |
| | | 원인판결 (제201조 2항) |

■ 기판력저촉의 법원의 조치=승각때기

| 기판력의 본질 | 내 용 | 법원의 조치 |
|------------|--|-----------------------------------|
| 모순 금지설 | 형식적으로 확정된 판결은 후소 법원의 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 |
| 判 例 | 전소 승소 ▶ 권리보호 받음 ▶ 권리보호이익흠 | 소각하 |
| | 전소 패소 ▶ 전소와 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력 | 청구기각 |
| 선결 관계 | 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 | 판결정본송 달 | 다투는 방법 |
|-------|--------------|------------|---------|
| 공시송달 | X | O | 상소추완/재심 |
| 허위송달 | O | X | 상소-반소 |
| 참칭대표자 | O | O | 재심 |

■ 상소제도

항소 적시요건 ① 대상적격 [선고 + 종국판결 + 유효판결]
 ② 적식 [항소장 + 1심법원 + 송달후 2주내]

항소 적법요건 ③ 상소이익 [패소재※]
 ④ 당사자적격 [당사자능력 + 소송능력]

항소판단(각하판결) ① 1심판결 타당 ⇒ 항소기각판결
 ↳ 1심판결 틀림 ⇒ 취소 ↳ 파기환송 제18조
 ↳ 파기지판 단서※

(제1심청구인용/기각의 본안판결) ① 1심판결 타당 ⇒ 항소기각판결
 ↳ 1심판결 틀림 ⇒ 취소 = 청구인용 내지 청구기각 (소각하판결도 가능) 항소인용

상고심 ① 상고적법
 ↳ 상고본안 (2심판결 적부) ① 2심판결 타당 ⇒ 상고기각
 ↳ 2심판결 틀림 ① 2심판결 파기 ① 상고 인용
 ↳ 2심 환송(법률상)
 ↳ 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 상계항변 제출) |

■ 병합청구소송(청구의 복수)

| | | 요건 | 소송요건 | 본안심리 | 중국판결 | 상소 |
|-----------|---------|--|---|--|---|---|
| 원 시 적 병 합 | 단순병합 | | | | | |
| | 선택적 병합 | ① 동종절차 ② 공통관할 | ① 병합요건 흠결시 변론을 분리하여 별도로 심판 ② 소송요건흠결시 소각하판결 | ① 변론, 증거조사는 동일기일에 수개의 청구에 대하여 공통 ② 변론의 분리는 단순병합에서만 가능 | ① 단순병합에서 일부판결이 가능하며 재판 누락시 추가판결로 처리 ② 선택적·예비적 병합에서는 일부판결이 불가능하며 판단누락에 준하여 구제 | 전부판결의 일부에 대한 상소시 모든 청구에 대해 확정차단·이심의 효과 발생 |
| | 예비적 병합 | | | | | |
| 후 발 적 병 합 | 청구의 변경 | ① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 청구기초의 동일성 ⑤ 절차지연 없을 것 | 소의 변경요건을 심사하여 부적법시 불허결정 | 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 방어 방법과 관련관계 ⑤ 절차지연 없을 것 | ① 반소요건 흠결시 각하(判), 분리심판(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 취급할수 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 선병과 예병의 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 | 추가적 변경 | |
| | | | | | 단순 | 예비·선택 |
| 판결누락 | ○ | | ○ | | ○ | |
| 판단누락 | 부예병 | ○ | | ○ | 부예병 | ○ |

■ 청구의 후발적 병합

| | | 청구의 변경 (원고만) | 중간확인인 소 (원고+피고) | 반 소 (피고) |
|-----------------|--------------------------|--|--|--|
| 객관적 병합의 공통요건 | 동종의 절차 | | | |
| | 공통의 관할 | | | |
| 후발적 병합의 공통요건 | 사실심의 변론종결 전일 것 | ① 항소심까지만 가능, 상고심에서는 불가 ② 항소심에서 소변경시 피고의 동의 필요 여부에 대해 학설 대립 ③ 항소심에서 소의 변경시 재소금지 ④ 전부 승소한 자의 청구취지 확장을 위한 항소의 이익 | ① 청구의 변경과 동일 ② 항소심에서 중간확인인 소제기시 상대 방의 동의 필요 | ① 청구변경과 동일 ② 항소심에서 반소제기시 원고의 동의나 이익없는 응 소 필요(원고심급이익) 다만 원고의 심급이익보장이 필요하다면 원고의 동 의 필요(4가지) |
| | 청구의 관련성 (항변사항) | ① 청구기초의 동일성 - i) 이익설, ii) 사실설 ② 사익적 요건설 (동일성이 없어도 피고가 동의하거나, 이 의 없이 응소하면 하자치유) | ① 권리관계 ② 선결성 필요 - 본소의 계속은 중간확 인의 소의 제기요건이자 존속요건이다 (이론적 필요성이 아니라 현실적 필요 성이다. 즉 본소가 취하, 각하되면 확 인의 소는 각하) ③ 경쟁성(확인인 이익) | ① 상호관련성 i) 본소청구와 관련성 ii) 본소의 방어방법과 관련성(현실제출+적법, 본권 의 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 작권조사사항으로 피고가 동의, 응소하여도 하자치유 X, 이 의권의 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 전부청구 | 양적 감축→일부청구의 축소 |
| 일부청구긍정설(명시설)/소변경 인정(추가적 변경) | 원고의사 불분명→불분명 일부취하(소변경긍정설) |

■ 다수당사자소송(주관적 병합)

| | | |
|-----------|------------------|--|
| 공동 소송 | 요건 | □ 주관적 요건(제65조 전문과 후문) ⇨ 항변사항 ↳ 객관적 요건(제253조 : ① 동종절차, ② 공통관할) ⇨ 작권조사사항 |
| | 유형 (일반적 공동소송) | 합일확정의 필요 T X : 통상공동소송 ⇨ 독립의 원칙(제66조) ⇨ 수정의 원리(주장공동, 증거공동의 문제) L O : 필수적 공동소송(제67조) T 고유필수적 공동소송 L 유사필수적 공동소송 |
| | 특수공동소송 | ① 예비적·선택적 공동소송(제70조), ② 선정당사자(제53조), ③ 주관적·추가적 병합 |
| 소송 참가 | 유형 | 당사자적격 T X : 단순보조참가(제71조) L O : 공동소송적보조참가(제78조) 소송고자·기판력 L O : 당사자참가 T 판결의 효력 O, 연합관계 - 공동소송참가(제83조) L 판결의 효력 X, 대립관계 - 독립당사자참가(제79조) ▶ 소송탈퇴 |
| | 공통요건 | ① 타인간 소송계속 중, ② 참가신청(참가취지, 참가이유) |
| 당사자 변경 | 당사자적격승계 X | 임의적 당사자변경 거부— (1) 명문규정 O T 혼동 : 교환 - 피고경정(제260조) L 누락 : 추가 T ① 고유필수적 공동소송인 추가(제68조) L 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) T 자발: 참가승계(제81조) L 강제: 인수승계(제82조) T 교환적 인수 L 추가적 인수 |

■ 공동소송의 유형과 심판

| | 통상공동소송 | 필수적 공동소송 |
|------|--|---|
| 개념 | <ul style="list-style-type: none"> ▶ 합일확정 불요 ▶ 공동소송인 독립의 원칙 | <ul style="list-style-type: none"> ▶ 합일확정 필요 ▶ 법률상 강제 ◯-고필공 <ul style="list-style-type: none"> ↳ X-유필공(판결호) |
| 소송요건 | 각 공동소송인 개별조사 일부 흡결 ⇨ 일부 각하 | 각 공동소송인 개별조사(∵ 소송관계의 복수) 일부흡결 ◯-고필공 - 전부 각하 ↳ 유필공 - 일부 각하 |
| 소송자료 | ① 1인의 소송행위 ▶ 다른 공동소송인에 영향 X ② 기일·기간의 해태 ▶ 다른 공동소송인에 영향 X | (1) 1인의 소송행위 ↳ 유리한 소송행위(부인·항변, 응소, 기일, 기간) ↳ 불리한 소송행위(자백, 청구의 포기 인낙, 재판상 화해) ↳ 전원에 대하여 효력 ↳ 전원이 함께 해야 효력 (2) 1인에 대한 소송행위→유리·불리를 불문하고 전원에 대해 효력 |
| 소송진행 | (1) 같은 기일에 심판할 필요 X ∴ 변론의 분리, 일부판결 (2) 공동소송인 1인에 대한 중단·중지 그 자에 대해서만 효과 (3) 상소기간 ◯-① 각별진행 ↳ ② 각별종료 ↳ 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 ◯-① 각별진행 ▶ 전원에 대한 기간 만료시 확정 ↳ ② 전원종료 ↳ 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>

| 점유이전 | 소제기 | 점유이전 | 변론종결 | 점유이전 |
|--|---|---|------|------|
| ① | 甲 → 乙 | ② | | ③ |
| 점유이전 | 소제기 | 점유이전 | 변론종결 | 점유이전 |
| <p>① 甲 → 乙 ↳ 피고 ↳ 경정 ↳ 丙 ←</p> | <p>② 甲 → 乙 ↳ 계속 중 ↳ 점유이전 ↳ 丙</p> | <p>③ 甲 → 乙 ↳ 변종 뒤 ↳ 승계인 ↳ 丙</p> | | |
| 제260조 피고경정 신청을 받아 바꾸고 판결을 받아야 함 | 81조 참가승계 - 丙 스스로 82조 인수승계 - 강제로 乙를 丙으로 바꾸어 판결을 받아야 | 218조 ①항 적용 ↳ 판결호 미침 ↳ 승계집행문 부여 집행가능 | | |

■ 승계인의 범위

| 구분 | 승계유형 | 예시 |
|---------|--------|--|
| 소송물 승계인 | 교환적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ▪ 소유권확인의 소송계속중 소유권 양수자 ▪ 이행청구소송계속 중 채권을 양수한 자이거나 채무를 면책적으로 인수한 자 |
| | 추가적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ▪ 원고토지인도와 피고건물철거소송 중 계쟁물인 건물의 일부를 임차한 자 ▪ 원인무효 이전등기말소청구소송 중 피고로부터 다시 이전등기를 받은 자 |
| 계쟁물 승계인 | 교환적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ▪ 건물인도청구소송 중 계쟁물인 건물을 매수 또는 임차한 자 ▪ 건물철거소송 중 계쟁물인 건물을 양수한 자 |
| | 추가적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ▪ 원고토지인도와 피고건물철거소송 중 계쟁물인 건물의 일부를 임차한 자 ▪ 원인무효 이전등기말소청구소송 중 피고로부터 다시 이전등기를 받은 자 |

II. 23'중요판례 정리

제1편 총론

◆ 비송사건을 소송사건으로 한 경우 바로 각하할 것이 아니라 석명한 후에 이송조치를 할 것을 판결한 대법원 2023. 9. 14. 선고 2020다238622 판결

【판결요지】

- [1] 비송사건절차법에 규정된 비송사건을 민사소송의 방법으로 청구하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 소송사건과 비송사건의 구별이 항상 명확한 것은 아니고, 비송사건절차법이나 다른 법령에 비송사건임이 명확히 규정되어 있지 않은 경우 당사자로서는 비송사건임을 알기 어렵다. 이러한 경우 수소법원은 당사자에게 석명을 구하여 당사자의 소제기에 사건을 소송절차로만 처리해 달라는 것이 아니라 비송사건으로 처리해 주기를 바라는 의사도 포함되어 있음이 확인된다면, 당사자의 소제기를 비송사건 신청으로 보아 재배당 등을 거쳐 비송사건으로 심리·판단하여야 하고 그 비송사건에 대한 토지관할을 가지고 있지 않을 때에는 관할법원에 이송하는 것이 타당하다.
- [2] 구 기업구조조정 촉진법(2016. 3. 18. 법률 제14075호, 실효, 이하 같다)에 따른 갑 주식회사에 대한 공동관리 절차에서 금융채권자인 을 은행이 금융채권자조정위원회의 조정결정에 불복하여 금융채권자조정위원회와 주채권 은행을 상대로 같은 법 제32조 제3항에 따른 변경결정 청구 등의 소를 제기하면서 변경결정 청구가 비송사건에 해당하면 이를 비송사건 담당재판부로 이송하여 줄 것을 요청하였으나, 제1심법원은 을 은행의 소제기가 부적법하다고 각하한 사안에서, 구 기업구조조정 촉진법 제32조 제3항에서 정한 조정결정의 변경결정 청구는 법원의 합목적적 재량에 따른 판단과 절차의 간·신속성이 요구되므로 비송사건의 성격을 갖는다고 볼 수 있는데, 비송사건절차법이나 구 기업구조조정 촉진법이 위 변경결정 청구를 비송사건으로 명시하고 있지 않고, 을 은행의 소제기에 비송사건으로 처리해 주기를 바라는 의사가 포함되어 있다고 볼 수 있으며, 제1심법원이 구 기업구조조정 촉진법에 따라 위 변경결정 청구의 관할법원에 해당하므로, 제1심법원은 을 은행의 소제기가 부적법하다고 각하할 것이 아니라 이를 비송사건 신청으로 보아 재배당 등을 거쳐 비송사건으로 심리·판단하는 것이 타당하였다고 한 사례.

제2편 소송의 주체

◆ 외국(몽골)이 국내 회사인 원고 소유 토지 일부를 침범하여 외교공관지역으로 점유하고 있다는 이유로, 원고가 주위적으로 건물 철거, 토지 인도, 부당이득반환을, 예비적으로 소유권확인을 청구하고, 피고(몽골)는 국가면제의 본안전 항변을 한 대법원 2023. 4. 27. 선고 2019다247903 판결

【판결요지】

- [1] 국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이다. 그러나 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적(사법적) 행위에 대하여는 그것이 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다.
- [2] 부동산은 영토주권의 객체로, 부동산 점유 주체가 외국이라는 이유만으로 부동산 소재지 국가 법원의 재판권에서 당연히 면제된다고 보기 어렵고, 부동산을 점유하는 데에는 다양한 원인과 목적, 형태가 있을 수 있으므로, 외국이 국내 부동산을 점유하는 것을 두고 반드시 주권적 활동에 속하거나 이와 밀접한 관련이 있는 사법적 행위에 해당한다고 볼 수도 없다. 다만 외교공관은 한 국가가 자국을 대표하여 외교 활동을 하고 자국민을 보호하며 영사 사무 등을 처리하기 위하여 다른 국가에 설치한 기관이므로, 외국이 부동산을 공관지역으로 점유하는 것은 그 성질과 목적에 비추어 주권적 활동과 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있고, 국제법상 외국의 공관지역은 원칙적으로 불가침이며 접수국은 이를 보호할 의무가 있다. 따라서 외국이 부동산을 공관지역으로 점유하는 것과 관련하여 해당 국가를 피고로 하여 제기된 소송이 외교공관의 직무 수행을 방해할 우려가 있는 때에는 그에 대한 우리나라 법원의 재판권 행사가 제한되고, 이때 그 소송이 외교공관의 직무 수행을 방해할 우려가 있는지 여부는 원고가 주장하는 청구 권원과 내용, 그에 근거한 승소판결의 효력, 그 청구나 판결과 외교공관 또는 공관직무의 관련성 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

◆ 특허소송에 관한 항소심 전속관할에 관한 대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다309549 판결

일반 민사 소송 vs 지재권 소송 (1) 1심 - 지방법원 민사소액단독 재판부 제1심 판결 (2) 2심 항소심 - 지방 법원 일반 민사항소부, 항소사건 재판 (3) 대법원 - 항소심 특허법원 전속관할 위반, 항소심 판결 파기 및 특허법원으로 항소심 이송 명령 (4) 대법원 판결 요지 - 이 사건의 심리·판단에는 특허권 등의 지식재산권에 관한 전문적인 지식이나 기술에 대한 이해가 필요하므로 이 사건 소는 민사소송법 제24조 제2항이 규정하는 특허권 등의 지식재산권에 관한 소에 해당하고 그 항소사건은 특허법원의 전속관할에 속한다고 보아, 원심판결을 파기하고 사건을 항소심 관할법원인 특허법원에 이송함

◆ 법인격부인론의 역적용에 관한 신의칙의 의미 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다276703 판결

【판결요지】

- [1] 주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체이므로 그 독립된 법인격이 부인되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 개인이 회사를 설립하지 않고 영업을 하다가 그와 영업목적이나 물적 설비, 인적 구성원 등이 동일한 회사를 설립하는 경우에 그 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 않고, 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 개인의 개인기업에 불과하거나, 회사가 개인에 대한 법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되고 있는 예외적인 경우까지 회사와 개인이 별개의 인격체임을 이유로 개인의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로, 이러한 경우에는 회사의 법인격을 부인하여 그 배후에 있는 개인에게 책임을 물을 수 있다.
- [2] 개인과 회사의 주주들이 경제적 이해관계를 같이 하는 등 개인이 새로 설립한 회사를 실질적으로 운영하면서 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있다고 인정되는 경우로서, 회사 설립과 관련된 개인의 자산 변동 내역, 특히 개인의 자산이 설립된 회사에 이전되었다면 그에 대하여 정당한 대가가 지급되었는지 여부, 개인의 자산이 회사에 유용되었는지 여부와 그 정도 및 제3자에 대한 회사의 채무 부담 여부와 그 부담 경위 등을 종합적으로 살펴본다 회사와 개인이 별개의 인격체임을 내세워 회사 설립 전 개인의 채무 부담행위에 대한 회사의 책임을 부인하는 것이 심히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 때에는 회사에 대하여 회사 설립 전에 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 것도 가능하다고 보아야 한다.
- [3] 개인의 채무 부담행위에 대한 회사의 책임을 부인하는 것이 심히 정의와 형평에 반한다고 인정되어 회사에 대하여 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 법리는 채무면탈을 목적으로 회사가 새로 설립된 경우뿐 아니라 같은 목적으로 기존 회사의 법인격이 이용되는 경우에도 적용되는데, 여기에는 회사가 이롭뿐이고 실질적으로는 개인 기업에 지나지 않은 상태로 될 정도로 형해화된 경우와 회사의 법인격이 형해화될 정도에 이르지 않더라도 개인이 회사의 법인격을 남용하는 경우가 있을 수 있다. 이때 회사의 법인격이 형해화되었다고 볼 수 있는지 여부는 원칙적으로 문제가 되고 있는 법률행위나 사실행위를 한 시점을 기준으로, 회사의 법인격이 형해화될 정도에 이르지 않더라도 개인이 회사의 법인격을 남용하였는지 여부는 채무면탈 등의 남용행위를 한 시점을 기준으로 각 판단하여야 한다.

◆ 진술금지 및 변호사선임명령 요건 구비 여부가 문제된 대법원 2023. 12. 14.자 2023마6934 결정

【결정요지】

법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 할 수 없는 당사자 또는 대리인의 진술을 금지하고 변론을 계속할 새 기일을 정할 수 있으며, 이 경우 필요하다고 인정하면 법원은 변호사를 선임하도록 명할 수 있고(민사소송법 제144조 제1항, 제2항), 변호사선임명령을 받고도 새 기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소 또는 상소를 각하할 수 있다(같은 조 제4항). 한편 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다(민사소송법 제136조 제1항). 민사소송법 제144조에 따른 법원의 진술금지 또는 변호사선임명령은 당사자 또는 대리인(이하 ‘당사자 등’이라고 한다)의 변론이 애매하거나 그 의미가 명확하지 아니하여 법원이 민사소송법 제136조에 따라 소송관계를 분명하게 하기 위하여 석명을 구하더라도 당사자 등이 사안의 진상을 충분히 밝혀 필요한 진술을 할 수 있는 능력이 없는 때에 당사자 등으로 하여금 변론을 계속하게 하는 것이 그 당사자에게 불이익하고 또한 소송절차를 지연시키는 등 바람직하지 않은 결과를 가져오므로 이를 막기 위한 것이다. 변호사선임명령을 받은 당사자 등이 이를 이행하지 아니하여

민사소송법 제144조 제4항에 따라 소 또는 상소가 각하되는 경우에는 당사자의 재판받을 권리에 상당한 제약이 가해지고 경제적·시간적으로도 많은 불이익이 주어지므로, 법원은 청구의 종류와 내용, 본안소송의 진행경과, 소장 및 답변서 등을 통해 제출한 공격방어방법의 주요 내용, 증명책임 부담에 따른 증거신청 내역 및 변론기일에서의 진술 내용 등을 종합하여, 재판장이 소송관계를 분명하게 하기 위하여 석명을 구하더라도 당사자 등에게 필요한 진술을 할 능력이 없어 진술금지 또는 변호사선임명령을 할 필요가 있는지 여부를 판단하여야 한다. 특히 항소심에서 항소인이 변호사선임명령을 받고 이를 이행하지 아니하여 항소가 각하되는 경우 그에게 불이익한 제1심판결이 확정되는 결과를 가져오므로 이러한 경우 법원은 변호사선임명령을 할 것인지 여부를 더 신중하게 판단할 필요가 있다. 또한 패소할 것이 분명하지 아니한 경우 법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람에 대하여 신청 또는 직권으로 소송구조를 할 수 있으므로(민사소송법 제128조 제1항), 변호사선임명령을 받은 당사자에 대하여 소송구조를 통하여 소송관계를 분명하게 할 수 있는 사안인지도 아울러 살필 필요가 있다.

제3편 제1심 소송절차/변론(심리)

◆ 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위한 요건에 관한 대법원 2023. 7. 27. 선고 2020다277023 판결

【판시사항】

- [1] 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위해서는 채무의 이행기가 장래에 도래할 뿐만 아니라 의무불이행 사유가 그 때까지 계속하여 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 하는지 여부(적극)
- [2] 갑 등이 자신의 토지를 점유하고 있는 을 지방자치단체를 상대로 차임 상당 금원의 부당이득 반환을 구한 사안에서, 원심판결 중 을 지방자치단체에 대하여 원심 변론종결일 다음 날부터 갑 등이 계쟁토지의 소유권을 상실하는 날까지의 부당이득 반환을 명한 부분에는 장래이행의 소에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

◆ 장래이행의 소의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 하는지 여부(적극) 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다286786 판결

【판시사항】

- [1] 장래이행의 소가 적법하기 위한 요건 및 장래이행의 소의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 하는지 여부(적극)
- [2] 상가건물의 임대인인 갑이 임차인인 을을 상대로 임대차계약이 기간만료로 종료됨을 이유로 건물 인도를 구하는 소를 제기하였는데, 제1심은 을이 계약갱신요구권을 행사하였으므로 갑은 정당한 사유 없이 이를 거절할 수 없다는 이유로 갑의 청구를 기각하였고, 항소심에서 갑이 장래이행의 소로서 계약갱신요구권 행사에 따른 10년의 임대차기간이 만료하면 건물을 인도할 것을 구하는 예비적 청구를 추가한 사안에서, 제반 사정에 비추어 예비적 청구에 관하여 ‘미리 청구할 필요’가 있다고 단정할 수 없다고 한 사례

◆ 현재 당사자 사이에 다툼이 없는 경우 확인의 이익 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다277525 판결

【판시사항】

현재 금전채무가 없다는 점에 대하여 당사자 사이에 다툼이 없는 경우, 금전채무의 부존재확인을 구할 확인의 이익이 있는지 여부(원칙적 소극)

◆ 과거의 법률관계에 관하여 확인의 소를 구할 확인의 이익이 인정되는 경우에 관한 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다207547 판결

【판시사항】

- [1] 과거의 법률관계에 관하여 확인의 소를 구할 확인의 이익이 인정되는 경우
- [2] 갑이 을 주식회사가 운영하는 고등학교에서 재학 중 정학 2일의 징계를 받은 뒤 이에 불복하여 을 회사를 상대로 징계 무효 확인을 구하는 소를 제기하였다가 소송 중 학교를 졸업한 사안에서, 징계 자체는 과거의 법률관계라고 하더라도 징계 무효 확인을 구할 법률상 이익이 인정된다고 한 사례

◆ 명시적 일부청구에 따른 소멸시효 중단에 관한 법원의 석명 또는 지적의무가 문제되는 사안 대법원 2023. 10. 12. 선고 2020다210860, 210877 판결

【판시사항】

- [1] 수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해제되어 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우, 공사비를 산정하는 방법 및 이때 기성고 비율의 의미 / 공사도급계약에서 설계 및 사양의 변경에 따라 공사대금이 변경되는 것으로 특약한 경우, 기성고에 따른 공사비를 산정하는 방법
- [2] 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 해당 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우, 소 제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하는지 여부(적극)
- [3] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무

◆ 소송비용액에 대한 상계를 주장할 수 있는지 여부 대법원 2023. 9. 27.자 2022마6885 결정

【판시사항】

피신청인이 신청인의 비용에 대해서만 분담액을 정한 제1심결정에 대하여 즉시항고를 하면서 비용계산서와 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출한 경우, 이를 함께 고려하여 소송비용 분담액을 다시 산정하여 확정하여야 하는지 여부(원칙적 적극) / 피신청인이 별도의 소송비용액확정결정을 신청하여 그 결정이 확정된 경우, 위 결정에서 상환 받는 것으로 확정된 피신청인의 소송비용액에 대해 피신청인이 상환하여야 할 소송비용액과 상계할 수 있는지 여부(소극)

◆ 공유물분할의 소에서 분할의 방법에 관한 대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다260025 판결

【판시사항】

- [1] 공유물분할의 소에서 공유물분할의 방법 / 공유물을 공유자 중 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할로 허용되는지 여부(적극)
- [2] 재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우, 법원이 경매분할의 방법을 선택할 때 유의할 사항 / 공동상속을 원인으로 하는 공유관계처럼 공유자들 사이에 긴밀한 유대관계가 있어서 이들 사이에 공유물 사용에 관한 명시적 또는 묵시적 합의가 있고, 공유자 전부 또는 일부가 분할의 목적이 된 공유토지나 그 지상 건물에서 거주·생활하는 등 공유물 점유·사용의 형태를 보더라도 이러한 합의를 충분히 추단할 수 있는 경우, 공유자 일부의 지분을 경매 등으로 취득한 사람이 경매분할의 방법으로 분할할 것을 주장할 때 법원이 우선적으로 강구하여야 할 분할방법 및 이때 경매분할을 선택하기 위한 요건

◆ 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무 대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다271725 판결

【판결요지】

- [1] 법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 한편 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다.
- [2] 당사자의 주장에 법률적 관점에서 보아 현저한 모순이나 불명료한 부분이 있는 경우, 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 주어야 하고, 이를 게을리한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하

지 아니한 것으로서 위법한 평가를 받을 수 있다. 청구취지나 청구원인의 법적 근거에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 달라지는 중대한 법률적 사항에 해당되는 경우라면 더욱 그러하다.

- [3] 토지의 경계에 경계표나 담이 설치되어 있지 아니하다면 특별한 사정이 없는 한 어느 한쪽 토지의 소유자는 인접한 토지의 소유자에 대하여 공동비용으로 통상의 경계표나 담을 설치하는 데에 협력할 것을 요구할 수 있고, 인접 토지 소유자는 그에 협력할 의무가 있다고 보아야 하므로, 한쪽 토지 소유자의 요구에 대하여 인접 토지 소유자가 응하지 아니하는 경우에는 한쪽 토지 소유자는 민사소송으로 인접 토지 소유자에 대하여 그 협력 의무의 이행을 구할 수 있다. 법원은 당해 토지들의 이용 상황, 그 소재 지역의 일반적인 관행, 설치비용 등을 고려하여 새로 설치할 경계표나 담장의 위치(특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 새로 설치할 경계표나 담장의 중심 또는 중심선이 양 토지의 경계선상에 위치하도록 해야 한다), 재질, 모양, 크기 등 필요한 사항을 심리하여 인접 토지 소유자에 대하여 협력 의무의 이행을 명할 수 있다. 한편 기존의 경계표나 담장에 대하여 어느 쪽 토지 소유자도 일방적으로 처분할 권한을 가지고 있지 아니하다면 한쪽 토지 소유자가 인접 토지 소유자의 동의 없이 임의로 기존의 경계표나 담장을 제거하는 것은 허용되지 않으므로 한쪽 토지 소유자의 의사만으로 새로운 경계표나 담장을 설치하도록 강제할 수는 없으나, 그와 달리 기존의 경계표나 담장에 대하여 한쪽 토지 소유자가 처분권한을 가지고 있으면서 기존의 경계표나 담장을 제거할 의사를 분명하게 나타내고 있는 경우라면 한쪽 토지 소유자는 인접 토지 소유자에 대하여 새로운 경계표나 담장의 설치에 협력할 것을 소구할 수 있다. 담장의 처분권한이 없는 토지 소유자가 그 처분권한이 있는 인접 토지 소유자를 상대로 기존 담장의 철거를 명하는 판결을 받아 그 담장이 적법하게 철거되어야 하는 경우에도 인접 토지 사이에 경계를 표시할 통상의 담장이 설치되지 않은 상태와 마찬가지로 볼 수 있으므로, 이와 같은 법리가 그대로 적용된다.

◆ 사실심법원이 부담하는 석명 또는 지적의무의 내용 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다223171, 223188 판결

[판결요지]

- [1] 감정인의 감정 결과는 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다.
- [2] 법원은 소송사건을 신중하고 충실하게 심리하여 재판의 적정이 보장되도록 하여야 하고, 이는 올바른 사실의 확정이 전제되어야 가능할 것인데, 사실의 확정은 사실심법원의 전권에 속한다. 민사소송법은 이를 뒷받침하기 위하여 제136조 제1항에서 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 규정하고, 그 제4항에서 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 규정하고 있다. 그러므로 사실심법원은, 당사자가 어떤 법률효과를 주장하면서 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 그 주장에 법률적 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우에는 적극적으로 석명권을 행사하여, 당사자에게 설명 또는 증명하거나 의견을 진술할 사항을 지적하고 그에 관하여 변론을 하게 하는 등으로 소송관계를 명확하게 할 석명 또는 지적의무가 있다.
- [3] 계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해를 일실이익 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실이익은 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다고 보아야 한다.
- [4] 갑이 을과 체결한 임가공계약에 따라 을이 제공한 원사에 대한 연사 가공작업을 수행한 다음 을을 상대로 미지급 임가공대금 등의 지급을 구하는 지급명령을 신청하자, 을이 갑이 작업한 연사에 하자가 있어 손해를 입었다며 갑을 상대로 손해배상을 구하는 반소를 제기하였는데, 을이 반소장과 그 후 제출한 준비서면에서 주장한 손해는 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익, 즉 이행이익 상당의 손해를 주된 내용으로 하는 반면, 위 준비서면보다 먼저 제출한 종전 준비서면에서 주장한 손해는 계약이 이행되리라 믿고 지출한 비용, 즉 신뢰이익 상당의 손해를 주된 내용으로 하고, 그중 어느 것도 명시적으로 철회되지 않은 사안에서, 신뢰이익 상당의 손해 배상청구는 성질상 목적이 불능한 계약을 체결한 경우이거나(민법 제535조 제1항 본문) 유효하게 성립한 계약이 해지 또는 해제되는 경우에 인정되는 것이어서, 계약이 유효함으로 인하여 생기는 이익(민법 제535조 제1항 단서)인 이행이익 상당의 손해배상청구와는 성립 요건이나 산정방법을 달리하고, 중복배상은 허용되지 않으나 신뢰

이익의 배상과 별도로 제반 비용을 공제한 순이익에 한하여 일실이익, 즉 이행이익의 배상이 허용될 수 있으므로, 을이 이행이익 상당의 손해배상청구 외에 신뢰이익 상당의 손해배상청구를 선택적으로 한 것으로 볼 여지가 있고, 설령 을의 손해배상에 관한 주장에 불분명한 면이 있다고 하더라도 원심으로서서는 종전 준비서면의 진술에 의하여 반소장에서 주장하였던 이행이익 상당의 손해에 관한 주장을 철회하고 반소 청구취지를 감축하는 취지인지 등 을의 주장의 의미를 보다 분명히 밝히도록 촉구하는 방법으로 석명권을 행사하여 그에 따라 심리하였어야 하는데도, 위와 같은 석명권 행사 없이 을이 반소장에서 한 주장을 반소 청구취지 변경 없이 종전 준비서면의 기재와 같이 변경한 것으로 보아 변경된 주장을 바탕으로 값이 배상할 손해배상액을 산정한 원심판단에는 법원의 석명의무에 관한 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례.

◆ 판결경정과 소송절차중단에 관한 대법원 2023. 8. 18.자 2022그779 결정

[판시사항]

- [1] 판결에 대한 경정결정 제도의 취지 / 경정이 가능한 오류에는 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함되는지 여부(적극) 및 위 오류가 명백한지 판단할 때 참작할 수 있는 자료의 범위
- [2] 2008. 1. 1. 이후 사망한 사람의 상속인 전원을 알기 위해 확인해야 하는 서류(=가족관계증명서 및 제적등본)
- [3] 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우, 망인의 공동상속인 중 소송수계절차를 밟은 일부만을 당사자로 표시한 판결의 효력이 나머지 공동상속인들에게도 미치는지 여부(적극) 및 당사자 표시가 잘못되었음에도 망인의 소송상 지위를 당연승계한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 판결에 대하여 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이나 상대방 당사자가 잘못 기재된 당사자 모두를 상소인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우, 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보아야 하는지 여부(원칙적 적극) / 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 망인의 소송대리인이 상소를 제기한 경우, 망인의 공동상속인 중 수계절차를 밟은 일부 상속인 외에 나머지 상속인 또는 상대방이 소송절차가 중단된 상태에 있는 상소심법원에 소송절차의 수계신청을 할 수 있는지 여부(적극)

◆ 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료가 민사소송법상 문서제출명령의 대상인지 여부: 대법원 2023. 7. 17. 자 2018스34 전원합의체 결정

[판시사항]

법원의 통신사실확인자료에 대한 문서제출명령에 대하여 전기통신사업자가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문을 이유로 그 자료의 제출을 거부할 수 있는지 여부(소극)

◆ 의료과오 민사소송에서 인과관계의 증명대법원 2023. 8. 31. 선고 2022다219427 판결

[판시사항]

진료상 과실로 인한 손해배상책임이 성립하기 위한 요건 / 환자 측이 의료행위 당시 진료상 과실로 평가되는 행위의 존재를 증명하고, 과실이 환자 측의 손해를 발생시킬 개연성이 있다는 점을 증명한 경우, 진료상 과실과 손해 사이의 인과관계가 추정되는지 여부(적극) 및 여기서 손해 발생의 개연성이 증명되었다고 볼 수 없는 경우 / 진료상 과실과 손해 사이의 인과관계가 추정되는 경우에도 의료행위를 한 측에서는 환자 측의 손해가 진료상 과실로 인하여 발생한 것이 아니라는 것을 증명하여 추정을 번복시킬 수 있는지 여부(적극)

◆ 의료과오 민사소송에서 과실 추정에 관한 대법원 2023. 10. 12. 선고 2021다213316 판결

[판시사항]

- [1] 의사가 의료행위를 할 때 요구되는 주의의무의 정도 및 주의의무의 판단 기준이 되는 ‘의료수준’의 의미와 평가 방법
- [2] 환자에게 발생한 손해에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 그와 같은 손해가 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같은 경우 의사에게 무과실의 증명책임을 지울 수 있는지 여부(소극)

[3] 갑 학교법인이 운영하는 대학병원의 소아청소년과 병동 간호사 을이 생후 37일 된 병의 가래를 제거하기 위해 기관흡인을 시행하였는데, 이후 병의 산소포화도가 저하되면서 상태가 악화되어 사망한 사안에서, 갑 법인의 손해배상책임을 인정하려면, 기관흡인 당시 병에게 삽관된 튜브가 발관되었다는 사정이 증명되어야 하고, 튜브 발관이 일어나 위 병원 의료진이 준수하여야 하는 주의의무를 위반하여 발생한 것이라는 사정이 인정되어야 하며, 튜브의 발관과 병의 급격한 산소포화도 저하 사이의 인과관계, 위 병원 의료진이 신속하게 발관된 튜브를 재삽관하지 못한 과실로 병의 상태가 악화되었다는 사정, 이러한 과정과 병의 사망 사이의 인과관계가 증명되어야 하는 데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

제4편 소송의 종료

◆ 재산분할심판 사건에서의 소의(비송사건)취하에 상대방의 동의 여부 대법원 2023. 11. 2. 선고 2023므12218 판결

【판시사항】

상대방이 있는 마류 가사비송사건인 재산분할심판 사건의 경우, 심판청구 취하에 상대방의 동의가 필요한지 여부(소극) 및 상대방이 취하에 부동의하였다더라도 취하의 효력이 발생하는지 여부(적극)

◆ 청구이의의 소에서 조정을 갈음하는 결정이 확정된 경우 확정판결과 동일한 효력인 기판력이 발생하는지 여부에 관한 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다256577 판결

【판시사항】

- [1] 배당이의의 소에서 원고가 승소하려면 피고의 채권이 존재하지 않는다는 점 외에 자신이 피고에게 배당된 돈을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 하는지 여부(적극) 및 배당이의의 소에서 배당기일에 이의를 제기하지 않았던 피고가 원고 채권 자체의 존재를 부인할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 형성소송의 판결과 같은 내용으로 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정을 갈음하는 결정이 확정된 경우, 판결을 받은 것과 같은 효력이 생기는지 여부(소극)
- [3] 재판상 화해의 기판력이 화해의 당사자가 아닌 제3자에게 미치는지 여부(소극)

◆ 조정을 갈음하는 결정에서 정한 소취하 합의의 대상이 문제된 사건 대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다219417 판결

【판시사항】

- [1] 확정된 ‘조정을 갈음하는 결정’의 효력
- [2] 확정된 ‘조정을 갈음하는 결정’에 인정되는 확정판결과 동일한 효력이 미치는 범위 및 소송절차 진행 중에 조정을 갈음하는 결정이 확정된 경우, 소송물 외의 권리관계에도 효력이 미치기 위한 요건
- [3] 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우, 법률행위의 해석 방법 및 이러한 법리가 소송당사자 사이에 조정을 갈음하는 결정이 확정된 후 결정사항의 해석에 관하여 다툼이 있는 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

제5편 상소/재심

◆ 민사소송법 제446조에 따른 원심법원의 경정 재판에 관한 항고의 법적 성격 대법원 2023. 7. 14.자 2023그585, 586 결정

【판시사항】

민사소송법 제446조에 따라 제1심법원이 항소장 각하명령에 관한 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 재판을 경정한 경우, 그로 인해 불이익을 받는 상대방 당사자는 그 경정재판에 대하여 다시 즉시항고로 불복할 수 있는지 여부(적극)

제6편 병합소송

◆ 예비적 병합의 심판과 이심범위 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결

【판시사항】

- [1] 공유 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우, 공유자의 1인이 공유물에 관한 보존행위로서 등기 전부의 말소를 구할 수 있는지 여부(적극) / 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것이 공유물의 보존행위에 속하는지 여부(소극) 및 자신의 소유지분 범위를 초과하는 부분에 관하여 마쳐진 등기에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 말소를 구할 수 있는지 여부(소극) / 원인무효의 등기가 특정 공유자의 지분에만 한정하여 마쳐진 경우, 지분을 침해받게 된 특정 공유자를 제외한 나머지 공유자들이 공유물의 보존행위로서 위 등기의 말소를 구할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 주위적 청구를 인용한 제1심판결에 대하여 피고가 항소한 경우, 예비적 청구도 모두 이심되는지 여부(적극) 및 항소심이 제1심에서 인용되었던 주위적 청구를 배척할 때에는 다음 순위의 예비적 청구에 관하여 심판하여야 하는지 여부(적극) / 청구의 예비적 병합에서 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결이 법률상 허용되는지 여부(소극) 및 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 경우, 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심되는지 여부(적극)

◆ 가지급물 반환신청의 성질(=본안판결의 취소·변경을 조건으로 하는 예비적 반소) 등에 관한 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다293272 판결

【판시사항】

- [1] 금전채권에 대하여 채권압류 및 추심명령이 있는 경우, 제3채무자가 채권압류 전 압류채무자에게 대항할 수 있는 사유로 압류채권자에게 대항할 수 있는지 여부(적극) 및 전부명령이 있는 경우, 제3채무자가 채권압류 전 피전부채권자에게 가지고 있던 항변사유로 전부채권자에게 대항할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 가집행선고에 의하여 집행을 하였으나 본안판결의 일부 또는 전부가 실효되는 경우, 가집행선고에 기해 이미 지급받은 것이 있으면 부당이득으로 반환하거나 가집행으로 인한 손해 또는 그 면제를 받기 위한 손해를 배상하여야 하는지 여부(적극) 및 가지급물 반환신청의 성질(=본안판결의 취소·변경을 조건으로 하는 예비적 반소) / 제1심에서 가집행선고부 승소판결을 받고 이에 기해 판결원리금을 지급받았다가 항소심에 이르러 당초의 소가 교환적으로 변경되어 취하된 것으로 되는 경우, 채무자가 항소심 절차에서 곧바로 가지급물의 반환 등을 구할 수 있는지 여부(적극)

◆ 공법상 당사자소송인 교부청산금 일부 부존재확인인 소가 민사소송인 부당이득반환의소로 소 변경이 허용되는지 여부(적극)에 관한 대법원 2023. 6. 29. 선고 2022두44262 판결

【판시사항】

청구의 기초가 바뀌지 않는 경우, 공법상 당사자소송에서 민사소송으로 소 변경이 허용되는지 여부(적극)

◆ 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조 제4항에서 정한 매도청구권에 따른 소유권이전등기절차의 이행 등을 구하는 소가 고유필수적 공동소송이 아니라는 대법원 2023. 7. 27. 선고 2020다263857 판결

【판시사항】

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조 제4항에서 정한 매도청구권은 반드시 매도청구권자 전원이 공동으로 행사하여야 하는지 여부(소극) 및 그에 따른 소유권이전등기절차의 이행 등을 구하는 소가 고유필수적 공동소송인지 여부(소극)

◆ 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)

제 4 편

저작권법

이한결 변리사

▶ 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 규정이 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

단순히 모방한 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.

▶ 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

▶ 제3장 저작물의 종류

• 제1절 어문저작물(제4조 제1항 제1호)

1. 의의

어문저작물이란 인간의 사상이나 감정이 언어를 표현 수단으로 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

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

대칭되는 부분적 · 문자적 유사성이 인정되는 경우가 있다. 위 두 가지 유사성 중 어느 하나가 있는 경우에는 실질적 유사성이 인정된다.

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

① 멜로디 ② 리듬 ③ 하모니 (가사를 구성요소로 하지 않는다)

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 사상이나 감정을 표현한 창작물로 정의한다.⁴⁾

ii) 안무가는 저작자, 댄서는 실연가에 해당한다.

• 제4절 미술저작물(제4조 제1항 제4호)

1. 의의

미술저작물이란 인간의 사상이나 감정이 형상 또는 색체에 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 분리가능성이 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, 건축분야의 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) 교향곡, 현악곡, 재즈, 오페라, 가곡
4) 연극, 무용, 무언극

3. 특유제도

건축설계도를 입수하여 건축시 '복제'에 해당한다(제2조제22호5).

• 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(제2조16호).

2. 보호대상(제101조의2)

설계서, 기술서, 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

공통적 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 구성요소들이 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·명령의 해당하여 저작물이 인정된다. 즉, 서체도안(폰트) 그 자체는 저작물로 인정될 수 없으나, 폰트 파일은 컴퓨터프로그램으로서 저작물로 보호된다.

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.

▶ 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(제5조 제1항). 또한 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다(같은 조제2항). 나아가 원저작자가 갖는 저작재산권 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.

▶ 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 실제 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 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 원저작물과 별개로 보호되는 저작물이 될 수 있다고 본다 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.

Chap.3 저작권자

▶ 제1장 저작권자

1. 의의

저작권자인 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 것은 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 창작행위”는 공동창작의 의사를 가지고 공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이해야만 하는 것은 아니고 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작하는 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 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 단

독으로 행할 수 있고, 저작재산권 침해로 인한 손해배상도 각자의 지분에 따라 단독으로 청구할 수 있다(제129조). 공동저작물의 저작인격권 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 것)도 포함한다. 업무종사자 명의로 공표시 적용되지 않으나 법

인 등의 명의로 병기된 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 | |
|--------|---|--|
| 저작인격권 | 저작자의 생존기간 저작자 사후의 인격적 이익의 보호에 관한 별도의 규정을 두고 있음 | |
| 저작재산권 | 원칙 | 저작자의 생존하는 동안 + 사망 후 70년간 (제39조제1항) |
| | 공동 저작물 | 저작자의 생존하는 동안 + 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 70년 (제39조제2항) |
| | 무명·이명 저작물 | 공표된 때부터 70년간 (제40조, 제41조, 제42조) |
| | 업무상 저작물 | |
| 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, 합의를 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 공중에 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. 저작권자는 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

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

본다(제11조제4항).

• 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 원작품이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 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 의사 표시가 없는 경우 성명표시의무가 있다(제12조 제2항). 여기서 '특별한 의사'란 저작자의 적극적 의사표시를 말하며 저작물 이용자에게 의사확인 의무까지 부여한 것은 아니다.

3. 제한

저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 부득이 하다고 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 유지가 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 아니된다(제14조 제2항).

2. 저작자 사후의 인격권 인정 여부

i) 저작인격권의 일신전속성을 중시하여 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 안된다고 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)

11) 저작자의 명예·명성을 해할 우려가 있는 변경이 없어야 한다.
12) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결 취지 참조

고의 또는 과실로 저작권권을 침해한 자에 대하여 명예회복 등의 청구를 할 수 있다(제128조, 제127조, 제14조 제2항).

(2) 손해배상청구 거부

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

(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 아니고 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⁾

나. 유형물에 고정하거나 유형물로 제작

복제권은 어떠한 방법으로 복제되었느냐에 불문하고 그 저작물을 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 경우에는 그 효력이 미친다. 유형물로의 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 의

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).

13) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016도15974 판결

하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있다.

마. 인정범위

저작물의 전체적인 복제만이 아니고 일부분만의 복제라도 그것이 저작물의 본질적인 부분을 재제한 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 웹페이지나, 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 출처명시의무 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 정범이 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 방조 인지는 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 정범이 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 정범의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다. 이러한 링크 행위는 정범의 범죄행위가 종료되기 전 단계에서 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 정범의 실행행위를 용이하게 하고 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하였다고 평가할 수 있다. 링크 행위자에게 방조의 고의와 정범의 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 정범의 범죄 실현 사이의 인과관계가 부정될 수 있거나 법질서 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.

2. 요건

가. 저작물 또는 실연·음악·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 특성의 사람들에 한정하지 않은 청중이나 관중을 말한다.¹⁶⁾

3. 공연과 실연의 차이

실연은 공중에의 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 등장함에 맞춰 저작권자의 정당한 권리와 이익이 위협받지 않도록 한 권리이다.

2. 요건

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

나. 일반공중에게 수신케 할 목적일 것

15) 노래방기기 제작(복제허락 받음), 노래방기기를 설치하여 재생하는 것(공연하는 것은 허락받지 않음), 이는 공연권 침해에 해당(대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결)
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 95도1288 판결)
17) ① 무형적 형태의 이용 - 방송, 전송, 디지털음성송신
② 유형적 형태의 이용 - 배포 ex. 영상물의 실시간 웹캐스팅(On Air TV)은 방송

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, 공중송신행위로써 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 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정한다(제35조).

• 제5절 배포권(제20조)

18) 어문저작물 X, 저작권법상 ‘미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물’외의 저작물은 ‘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

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 배포란 저작물의 원본 또는 그 복제물을 공중에 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말하므로 배포권은 대여권을 포함하는 개념이다.

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 관철될 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 2차적저

작물을 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

저작권재산권의 제한이란 특정한 경우 저작권재산권의 배타적인 효력이 제한됨으로써 저작권자의 허락을 받지 않고도 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 것을 말한다. 저작권법은 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하는 바(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 저작권재산권의 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 침해하지 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 적

용되지 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 라이선스인지 여부가 문제된다. 판매라면 배포권이 소진되거나 라이선스라면 배포권은 존속한다. 통설에 따르면 CD라는 유형물의 오프라인상 유통을 판매가 아닌 라이선스라고 해석하기 어렵다. 즉 배포권이 소진되므로 중고 판매는 저작권 침해가 아니다.

나. 다운로드 방식의 유통의 경우 전송권 소진 가부 (소극)

배포와 전송은 그 개념이 구별되므로 전송권이 소진되지 않는다.

▼ 제3장 공공저작물의 자유이용(제24조의2)

1. 의의 및 취지

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

2. 요건

가. 국가 또는 지자체가 업무상 작성·공표한 저작물이거나 계약으로 저작재산권 전부를 보유한 저작물

저작재산권 중 일부 지분권만을 취득한 경우는 해당하지 않는다.

나. 1항 단서 각호에 해당하지 아니하여야 한다.

▼ 제4장 학교 교육 목적 등에서의 이용(제25조)

1. 의의 및 취지

저작권법은 학교나 기타 교육기관에서 교육과정에서 사용되는 공표된 저작물의 저작재산권을 교육목적상 필요한 경우에 한하여 제한하고 있다(제25조). 국민교육진흥이라는 공익에 기여하고자 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 이하에서 사용하는 것이어야 하므로 대학교와 같은 상급 학교의 도서나 사설 참고서는 교과용 도서가 아니다.

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

온라인 등을 통한 다양한 교육 콘텐츠 제공이 가능하도록 교과용도서에 게재된 공표된 저작물을 공중송신할 수 있는 근거를 마련자 함

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

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

ii) 수업목적상 필요하다고 인정되는 한도는 수업만이 포함되는 것으로 좁게 해석되지 않으나, 저작물의 종류와 형태, 용도, 복제 부수 등에 비추어 저작권자의 경제적 이익을 부당하게 침해하지 않는 범위에 한한다.

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

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

▶ 제5장 시사보도를 위한 이용(제26조)

1. 의의 및 취지

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

2. 요건

가. 시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물

부득이하게 우발적으로 복제되는 저작물이다.21)

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, 인터넷 신문 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 위함이다.

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.

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 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 것이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 자유이용이 허락하는 범위가 상당히 좁아진다”라고 판시하여 반드시 비영리적 목적을 위한 이용이어야 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.

☑ 패러디

1. 의의

패러디란 유명 원작품을 풍자적으로 비평하거나 익살스럽게 하기 위하여 문체, 어구 등을 모방하여 그 원작품의 내용과 다른 내용으로 만든 작품.

2. 2차적저작물 작성권 문제

동일하게 모방 - 복제권 침해
모방하되 실질적 유사성을 유지하면서 창작적 개작: 2차적저작물 작성권 침해
모방했지만 별개의 독자적 저작물로 평가: 권리침해X

3. 제28조 공표된 저작물의 인용 등

패러디는 원작 전부를 이용하는 경우가 많아서 주종관계가 인정되기 어려울 뿐 아니라 원작을 변형하는 경우가 대부분임
대법원 판결은 주종관계보다는 종합적 고려라는 판단 기준에 의해 권리제한에 해당하는 인용인지 여부를 구

법적으로 판단
패러디라는 장르의 특성상 변형하여 인용하는 것은 공정한 관행에 부합한다고 해석 가능
4. 패러디와 동일성유지권 문제
대중은 원작을 패러디물로 오해하지 않음. 따라서 동일성유지권 침해는 발생하지 않음

▶ 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(제29조제1항)

- 가. 영리를 목적으로 하지 않을 것
직·간접적으로 영리 목적과 연계되지 않아야 한다.
- 나. 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않을 것
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

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

☑ 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·쇼핑센터, 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

▼ 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 이익을 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. 판매목적)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

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 2002 카합284 판결).

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 이를 해당되지 않는다.

라. 이용자에 의한 복제

마. 공중용 복제기기 등에 의한 복제가 아닐 것

3. 불법복제물

판례에 따르면 인터넷상 유포되는 불법 복제물도 공표된 저작물인지 문제된다. 판례에 따르면 업로드된 영화파일이 명백히 불법파일인 경우 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권 침해의 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.

▼ 제10장 도서관 등에서의 복제(제31조)

1. 의의 및 취지

저작권법은 도서관 등에서 저작물의 복제가 이용자의 조사 연구를 통해 학술 문화발전에 유익하게 기능할 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 필름화 하는 행위도 모두 포함된다.

라. 각 호별 유형별 요건

① 조사 연구를 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 공중 송신할 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 복사(제33조, 제33조의2)

공표된 저작물은 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포할 수 있으며(제33조), 청각장애인 등을 위하여 공표된 저작물을 한국어로 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 공중에 개방된 장소에 항상 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다(제35조). 미술저작물 등의 소유권을 취득하였음에도 불구하고 전시할 때마다 저작자에게 허락을 맡는 것은 오히려 저작물의 유통성이나 상품가치를 떨어뜨리게 되므로 허용하는 것이다. 다만, 소유권자에게 새로운 전시권을 창설하는 것은 아니다.

나. 공중에 개방된 장소가 아닐 것

실내(회사 복도, 호텔 로비 등)에서 전시가 가능하다. 판례는 호텔 로비 라운지 한쪽 벽면에 미술저작물을 설치한 사안에서 “일반 공중에 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 저작인격권의 행사에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 원작품이 미공표 저작물인 경우 공표권 침해가 문제된다. 이를 고려하여 저작권법은 미공표 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

공중에 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물 등은 일정한 경우를 제외하고 이를 복제하여 이용할 수 있다(제35조제2항). 이러한 경우 저작권자를 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, 상영이나 공중송신 목적으로 복제하는 경우 허용)(제4호).

4. 미술저작물 등의 전시·판매에 수반되는 복제·배포(제3항)

원본을 판매하는 자는 해설이나 소개목적으로 목록형 태책자에 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 저작권자의 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⁾

▶ 제17장 문화시설에 의한 복제 등(제35조의4)

1. 의의 및 취지

국가나 지방자치단체가 운영하는 문화예술 시설이 상당한 조사를 하였어도 공표된 저작물(외국인의 저작물을 제외한다)의 저작권자나 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. 저작권자의 권리

가. 이용 중단 요구(제35조의4제2항)

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

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. 26. 선고 2012도10786 판결)

나. 보상 지급(제35조의4제3항)

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

▼ 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 사항등을 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 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. 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.

Chap.6 저작권의 활용

▶ 제1장 저작권의 양도 및 이용허락

1. 저작재산권 양도

저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다(제45조제1항). 저작재산권은 재산권으로서의 성질을 가지므로 저작권자의 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 무단이용 행위에 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)이 존재, 그 후 CD음반(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 강한지 등 고려하여 사회정의·형평 이념에 맞게 해석하여 CD음반 이용허락도 포함된다고 판시하였다.

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 우리나라

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 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결).

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

▼ 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(제53조제3항).

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(제87조 제1항). 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 것임 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다(제2조제4호).

나. 음반에 관한 법적지위

음반의 경우 ① 작곡자, 작사자 ② 실연자(가수, 연주자) ③ 음반제작자로 이루어진다. ①에게 저작권이 발생하고 ②, ③에게 저작인접권이 발생한다.

다. 실연자의 권리

(1) 저작인격권

저작자의 성명표시권과 동일성유지권에 유사한 권리를 가지며, 이는 실연자 일신에 존속한다(제66조 내지 68조).

실연자는 그의 실연 등에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지며, 그의 실연의 내용과 형식의 동일

성을 유지할 권리를 갖지만, 예외적으로 실연의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이 하다고 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 저작인접권을 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 실질작기능적 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).

다. 권리 범위

음반제작자가 음반의 제작을 목적으로 전체적으로 기획하고 비용을 부담하였다면, 최종 제작된 '음반' 뿐만 아니라, 그 제작과정에서 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(제2조제8호), 이때 방송이란 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것을 말한다(제2조제9호).

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 9월 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).

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 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. 출판권설정계약의 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 접근할 수 있도록 한 것을 말한다(제2조제19호).

2. 데이터베이스제작자의 권리와 그 제한

데이터베이스제작자는 그의 데이터베이스의 전부 또

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

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

는 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 기여한 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 가

진다.

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.

28) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2014다202110 판결, 판례는 제한 해석 부정설을 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

저작권재산권 침해의 요건으로 ① 저작권 침해를 주장하는 자가 해당 저작물에 대하여 유효한 저작권을 가지고 있고, 30) 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 저작권 침해를 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 이용하면서 오는 당연한 귀결인 경우 혹은 공유에 속하게 된 다른 저작물을 양자가 이용하면서 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

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

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 종속성이 인정되어야 한다. 동일성 또는 종속성의 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, 수요를 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 주어져서는 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.

1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 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 저작권적권의 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 정당한 권원을 가진 자가 저작물을 이용하는 경우에도 적용된다. 다만, 명예를 훼손

하는 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(제2조제30호). 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 게시물 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. OSP는 권리주장자로부터 복제, 전송 중단을 요구받은 경우 이를 중단시킬 것을 요구할 수 있고, 복제·전송자에게 이를 통보하여야 하며(제103조제1항 및 제2항), 통보받은 복제·전송자가 정당한 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 온라인 서비스 제공자는 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다(제104조 제1항).

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)

제125조(손해배상의 청구) ① 저작재산권을 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.

② 저작재산권자등이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 저작재산권자등이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다.

④ 등록되어 있는 저작권 ... 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다.

제125조의2(법정손해배상의 청구) ① 저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다.

③ 저작재산권자등이 제1항에 따른 청구를 하기 위해서는 침해행위가 일어나기 전에 제53조부터 제55조까지의 규정(제90조 및 제98조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 그 저작물등이 등록되어 있어야 한다.

제126조(손해액의 인정) 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다..

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 입증부담의 경감되며 법률상의 사실추정 규정이 다. 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 침해사실만 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 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 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.

6. 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)

Chap. 4. 제2장 제5절 참조

7. 공동저작물의 권리침해(제129조)

공동저작물의 각 저작권자 또는 각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 저작재산권자의 동의 없이 침해정지 청구 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. 친고죄(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(제133조)

PATENTSCHOOL with Law school Professor

제62회 2차 변리사시험 대비

2차 기득 종합반

이제는 합격까지 확실한 관리가 필요합니다.

이론/판례/사례(GS) 등 체계적인 커리큘럼 통해
변리사시험 합격에 필요한 최적화된 합격프로그램 제공

- 접수 : 7월 8일 (월)
- 개강 : 9월 2일 (월)
- 문의 : 02)566-9600 / “변리사스쿨”카카오톡 채널

변리사시험 출제위원 현직 로스쿨 교수님
중앙대학교 이규호 교수님 직강

스파르타식 관리 / AFTER CARE+
부진정동차 위한 1차 강의 제공(산업재산권법 1차 전과정)

| 구성 | 가격 | 비고 |
|---------------|-------|---------------------------|
| 민사소송법+특허법+상표법 | 200만원 | 중앙대학교 로스쿨 이규호 교수 직강 포함 |

독서실 무료 제공(24년 9월 ~ 25년 2월) : 인마이제이/변리사스쿨 별관

변리사스쿨 **종합반**이 특별한 이유?

수험생분들의 합격 위해

변리사스쿨만의 품격있는 프로그램 운영 중입니다.

With law school professor

학원가 유일
변리사시험 출제위원
현직 로스쿨 교수님 초빙
(중앙대학교 로스쿨
이규호 교수)

교수님 현장강의 및
컨텐츠 제공

교수님 GS 및
강평 진행

변리사시험 출제위원 로스쿨 교수님 초빙, 고득점 2차 답안지 채점기준 조언
(2차 답안지 작성법에 혼란 있거나 점수 정체되신 분들께 필수 추천)

Spartan management

- 심판소송 전문 조현중 변리사의 정확한 내용 전달
- 4-5인 스터디원 배정
- 정해진 커리큘럼 존재, 공부계획 전부 학원측에서 제공
- 멘토변리사와 스터디조별 대면 정기 상담 진행(1:1 상담도 가능)
- 교시제, Daily 학습자료제공
- 답안지 클리닉 2회 진행 예정(민사소송법/특허법/상표법)

변리사스쿨 2차종합반 멘토강사진



민사소송법 최영덕 박사

꼼꼼한 채점, 수강생밀착케어
수석 및 고득점자 지속배출



특허법 조현중 변리사

특허법 점수에 대한 고민 끝
쉽게 쓸 수 있는 답안지공식 창시



상표법 한성민 변리사

"정확한이해"+"강약조절"
도움이 되는 강의를 약속합니다.

종합반수강생을 위한 차별화된 혜택

| | |
|------|---------------------------------------|
| 특전 1 | 중앙대학교 로스쿨 이규호 교수님 특강 무료 제공 |
| 특전 2 | 2차 전과정 무제한 수강 (민소/특허/상표) |
| 특전 3 | 인마이제이 독서실 / 별관자습실 무료 제공 (9월 ~ 25년 2월) |
| 특전 4 | 현장/온라인강의 무제한 제공 |
| 특전 5 | 선택과목(저작권법) 현장강의 수강권 제공 |

60회 변리사합격수기 중 일부 발췌 -----

[종합반 경험]

종합반에서는 조를 편성하여 같이 공부할 수 있는 사람들을 소개시켜주어서, 이 부분에서 큰 도움을 받았습니다. 스터디를 할 때에도, 정보 공유를 할 때에도 많은 도움을 받았습니다. 두번째로 교수님 초청 특강입니다. 현직 로스쿨 교수님들을 초빙해서 답안지 작성 및 공부방법에 대한 특강을 들을 수 있었는데, 실제 출제,채점위원으로 계셨던 분들이라 생생한 경험을 할 수 있었습니다. 법 과목 답안지 작성에 대해 틀을 잡을 수 있었고, 많은 도움이 되었습니다. 마지막으로 현직 변리사님들과의 상담이 가능하는 것입니다. 상기했듯이 저는 수험생활 도중 여러 슬럼프를 겪었는데, 그때마다 직접 조언해주시고 맛있는 밥도 사주셔서 수험생활을 끝까지 완주하는데 큰 도움이 되었습니다. 저는 종합반에서 많은 도움을 받았으나 저의 성향상 사람들과 함께, 그리고 경쟁하면서 공부하는 것이 맞지 않았던 것 같습니다. 그래서 삼시때는 학교 도서관에서 혼자 공부했으며 gs도 혼자 써보면서 바빠 살아왔습니다. 하지만 이렇게 혼자 시간관리를 하면서 매일 gs를 쓸 수 있었던 밑바탕에는 변리사스쿨 2차 종합반에서의 치열한 경험이 있었기 때문이라고 생각합니다.

변리사스쿨 종합반의 경우 원하는 수업을 제한없이 들을 수 있다는 점에서 좋았으며, 혼자서 공부를 해서 정보를 얻을 기회가 많이 없었는데 변리사스쿨에서 진행한 로스쿨 교수님 특강을 통해 출제위원 교수님들의 의견을 들을 수 있었던 것도 많이 도움되었습니다.

1. 고민 기간 최소화

끝나고 뭘 해야 하나 어떻게 시작해야 하나 고민이 시작되는데 변리사스쿨 종합반 등록후 현장강의 커리큘럼을 따르게 되면 공부 시작하는데 까지 고민 시간이 적어지는 점

2. 스터디

종합반에서 비슷한 조건의 사람들끼리 조를 만들어 조원들과 티타임 등을 갖게 해주는데 여기서 만난 조원들과 스터디를 쉽게 꾸릴 수 있고 인마이제이나 별관 빈 강의실 등 스터디 장소가 공부장소와 가까운 점

3. 출석체크/과제체크/에프터케어 시스템

등원은 출석체크로, 하원은 과제체크로, 동차 시험 직후 기간은 에프터케어 시스템으로 공부의 강제성이 부여되는 점 등이 있었습니다.

60회 변리사합격수기 중 일부 발췌 -----

[민사소송법]

민소에서는 불의타 자체가 없는, 놓치는 부분 없게 준비하고 싶었는데 종합반에서의 최영덕 박사님 문제풀이 스터디는 그런면에서 도움이 됐습니다. 다른 GS에서 넘어갈 수 있는 판례들을 한번씩 짚어주어 한번씩 경각심도 생기고 해당 단원을 다시 공부하는 계기가 되었습니다.

최영덕 박사님의 기출문제 강의, 기초 gs와 실전 gs A,B형을 모두 수강하였습니다. 최영덕 박사님은 gs 수업 시간에 옆자리에서 개인별로 하나하나 세세하게 고쳐 주시고 이해가 부족한 부분이 있으면 문제에 대한 추가적인 설명을 해 주셔서 큰 도움이 되었던 것 같습니다.

박사님께서서는 1대1로 답안 첨삭을 꼼꼼히 해주시는데, 민사소송법 답안에 대한 안 좋은 습관을 고칠 수 있었고, 자신감도 많이 생기게 되었습니다. 특히 수업 때 강조해주시면 교도소 판례가 올해 시험에 출제되었는데, 박사님 GS에 나왔던 문제가 그대로 출제되어 잘 대비할 수 있었습니다. 감사의 말씀 드리고 싶습니다.

기본강의를 수강하며 최영덕 박사님이 주시는 기출문제 자료로 스터디원들과 민소기출문제풀이를 하였고 풀답안을 쓰기는 부담이 되어 목차와 간략한 내용만 정리해서 서로 공유하며 기본강의 진도에 맞추어 복습하는 시간을 가졌습니다. 박사님께서 매일쓰기정리를 강의 시작전 풀어보도록 하시고 해설도 수업시간에 해주셔서 문제를 최대한 빨리, 많이 접할 수 있었습니다.

사례강의를 들을때는 박사님께서 강조하신 내용과 문제를 바탕으로 스터디원들과 회독할 문제를 고르고 복습할때도 목차와 간략한 내용을 복기해보는 식으로 서로 잘 복습했는지 매일 확인했습니다.

최영덕 박사님께서 기초gs 실전gs때 제 점수, 제 등수, 문항별 최고점수, 문항별 평균점수, 각 문항별 채점평을 남겨주시고, 그 표와 제 답안지를 기초로 제가 어떤 문제에서 점수를 많이 받았는지, 많이받을수있었던 이유, 점수를 받지못한 문제에 대해서 피드백 시간을 항상 모든 수강생에 대해서 가져주셨습니다. 다른 분들 피드백 할때 제 답안지와 모범답안을 비교하면서 복습하는 시간을 갖고 누가 어떻게 잘 썼는지 듣기도 하면서 제가 고칠부분을 찾아서 보완하는 좋은시간이 되었습니다.

최종정리 시간에는 최신판례, 타 시험 최근 기출문제를 가지고 정리하는 시간을 가져주셨는데 그때 정리해주셨던 판례가 시험 문항 4번에 그대로 나와 잘쓸수있었고 점수도 잘 나올수있었습니다.

저는 최영덕 박사님 답안지 형식을 특히, 상표에 그대로 적용해서 작성했습니다. 문제의 소재에서 내가 쓸 쟁점의 내용을 소개하고 이후 목차 2번 3번 4번에서 각각의 쟁점을 유기적으로 서술하여 마지막으로 5번의 결론에 쟁점에 대한 간단한언급, 최종적인 결론을 작성하는 형식으로 민사소송 뿐만아니라 상표, 특허에도 똑같이 쓸수있다는 말씀을 듣고서 각 과목 gs수업답안지에 작성했습니다. 이러한 방식이 특히 이번 상표 특점에 큰 영향을 주었다고 생각합니다.



60회 변리사합격수기 중 일부 발췌 -----

[특허법]

저는 등차와 기득기간에 모두 조현중 변리사님 사례집 핸드북을 중점적으로 공부했었습니다. 등차 기간에 gs 수업을 들으면서, 암기가 부족한 이유로 잘 쓰지 못하였었는데 기득 기간에는 일정량 암기가 된 후에는 gs 수업에서 어느정도 작성하면 꾸준히 gs 쓰기 연습을 하였습니다.

조현중 변리사님 사례집 핸드북이 어느 정도 암기가 된 후에는 계속 회독을 하면서 답을 찾는 연습을 했었습니다. 답과 목차가 나오면 쓸 수 있다는 생각이 있어서 답과 목차가 나오는 문제는 바로바로 넘어가고 답과 목차가 나오지 않는 부분을 중점적으로 보았습니다.

사례집 핸드북이 답과 목차를 찾는 연습이 익숙해진 후에는, 판례노트를 중심으로 판례를 조금 더 정확히 풍부하게 외우려고 노력하면서 답안지 분량을 조금 더 쓰려고 노력했습니다. 판례노트와 최신판례를 최대한 많이 쓸 수 있도록 외우면서, 반복적으로 보려고 노력했습니다.

특허법 고득점을 위해선 정확한 판례의 법리 암기 및 소위 조현중 변리사님이 말씀해주신 민법형 사례문제 풀기에 익숙해져 있어야 합니다. 예를 들어 갑, 을, 병 간의 사실관계가 누구이고, 특허를 받을 수 있는 권리, 특허권 등이 누구에게 있는지에 관한 문제가 그것인데, 최근 변리사시험에서 매년 1문제 꾸준히 출제되고 있습니다. 특히 조현중 변리사님께서 강의 때 말씀해주신 jhj공식을 애용했는데, 등차 시험 때 조현중변리사님 답안 스타일로 작성한 답안이 가장 고득점을 받아, 기득 때도 스타일을 유지했었고, 고득점의 비결이 되었던 것 같습니다. 감사의 말씀 드리고 싶습니다.

특허는 GS와 문제를 다양하게 많이 풀어보는 게 도움이 되었습니다. 조현중 변리사님의 사례집에는 다른 교재에는 없는 특허 절차에 대한 문제가 자세하게 정리되어있습니다. 절차는 이 사례집으로만 끝낸다고 생각하고 잘 숙지했고, 여러 GS 자료로 보완했습니다. 여러 실전GS 중에서는 대법원 판례의 하급심에서 문제된 주제까지 폭넓게 대비할 수 있게 구성되어서 막판에 불의타 문제에 대한 불안감도 많이 없었습니다.



60회 변리사 합격수기 중 일부 발췌 -----

[상표법]

한성민 변리사님 실전gs,하프gs 수강때 답안지에 나왔던 판례내용들을 두문자를 따서 주말에만 오시는 스터디원과 함께 암기를 진행했었습니다. 한성민 변리사님 실전 gs가 개인적으로 너무 어려워서 가장 어려운 gs로 생각하고 이정도 풀수있으면 다른 gs들은 쉽게 풀수있겠다는 믿음으로 출제하신 판례, 조치문제 작성방법을 복습하고 스터디원과 함께 모든 회차를 복기하고 암기한 내용을 확인했습니다.

종합반에서는 한성민 변리사님의 실전 GS를 수강하고 실제로 답안을 채점받았습니다. “자기가 알고 있는 걸 답지에 표현해야하는” 2차 시험에 맞추어 표현을 올바르게 할 수 있게 도움을 많이 받았습니다. 특히 답지와 자료들이 상표법 답안에 대해 이 사람이 얼마나 많은 고민을 했는지가 느껴지는 답안이어서 정말 많이 배울 수 있었습니다. 한성민 변리사님의 강의는 수강생 당 많은 시간을 들여 답안첨삭을 해주셔서 도움이 되었습니다. 상표는 1점 1점이 너무 중요한 과목이기에 문제 출제자의 작은 첨삭 하나가 점수 향상에 큰 역할을 합니다.

[스터디]

저는 2차 종합반 출신인데, 종합반을 통해서 인연이 된 분들과 기상 출책스터디부터 다양한 암기스터디, GS 쓰기 스터디 등 정말 많은 스터디를 했습니다. 스터디를 하면서 서로 의지하고, 많은 정보도 공유하면서 강제성까지 갖출 수 있어서 정말 많은 도움이 되었습니다. 스터디가 없었다면 절대 합격할 수 없었을 것 같습니다. 개인 스타일에 따라 다르겠지만, 저는 2차 스터디가 굉장히 유용하다고 생각하며 적극 추천 드립니다.

변리사스쿨 종합반에서 만난 스터디원과 사례집 스터디했던 것이 도움이 많이 되었습니다. 스터디 방식은 처음엔 논점 추출, 다음 회독 맨 목차 쓰기, 그 다음엔 근거 한두개 서로 얘기하기 등 다양한 방식으로 또 1단원부터 다음엔 끝에서부터 등 다양한 순서로 진행했습니다. 특히, 하루에 50page 이상 목표 세웠던 회독 때 보다, 하루에 20page씩 천천히 진도를 나가며 스터디 하던 회독 때에 큰 성장을 이뤘던 것 같습니다. 동차 기간에는 시간적 압박으로 천천히 진도 나가는 것이 어려운 점이 당연하나, 민사소송법은 워낙 양이 방대하므로 이해 없는 암기란 매우 어려운 점 유의하시길 바랍니다.

사실상 합격은 전체 과목을 평균이상으로만 보면 하는 것 같습니다. 그래서 특정 과목이 재밌다고 파는 순간 불합격입니다. 따라서 편식없이 모든 과목 쓰기를 매일 했습니다. (특허2시간, 다음날 상표2시간, 다음날 민소2시간...을 매일 반복했습니다.) 이는 변리사 스쿨 종합반에서의 다수 스터디를 통해, 그리고 학원 시스템을 통해 익숙해진 것이었습니다. 그래서 힘들다는 생각은 전혀 없었습니다.

그리고 법 내용이 워낙 방대하다 보니 쓰기를 하루라도 안하면 불안하다는 느낌을 받았고, 한 이후에는 근거없는 자신감이 생깁니다. 하지만 돌이켜 보면 근거가 있는 자신감이었던 것 같습니다. 매일 한세트씩 쓴다는 것은 어찌보면 공부시간을 뺏기는 느낌이 들기도 합니다. 그래서 저는 쓰기가 끝나면 10분이상은 피드백을 하지 않고 답안지도 다 버렸습니다. 버려야만 한다는 생각에 더 집중을 하게 되고 암기를 하게 된 것 같습니다.