

저작권법위반·부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반

[서울중앙지방법원 2020. 11. 27. 2019노3248]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 이치현(기소), 김정훈(공판)

【변 호 인】 법무법인 민후 담당변호사 원준성

【원심판결】 서울중앙지방법원 2019. 10. 2. 선고 2016고단9399 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 1,800만 원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 10만 원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

별지 범죄일람표 중 촉파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점과 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한 법률위반의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 날개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이, 촛파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한 저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 날개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 촛촛, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 흰둥이, 찬구와 찰스, 흰둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피

스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 블록, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어 그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 블록, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'은 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광둥진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블록 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미니블록 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블록' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠이, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토틀' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이 있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠이, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의

독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우습, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우습, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새총기술자(우습)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색 멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새총, ㉣ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 챙 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉤ 라우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉥ 이스(에이스)의 경우 갈색 중절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉦ 사보(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 턱시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉧ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉨ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의 검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 츠파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 츠파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 츠파의 미니블록 제품과 비교 대상인 츠파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화[이른바 캐릭터 머천다이즈(character merchandising)]가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 '국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지'가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을 받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비

추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 콰우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 날개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 콰우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이, 초파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한 저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 날개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 찹찹, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 흰둥이, 찬구와 찰스, 흰둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어

그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'은 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광동진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블록 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미니블록 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

- ③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠지, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토틀' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이 있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠지, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의 독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우습, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새총기술자(우습)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색 멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새총, ㉣ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 챙 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉤ 라우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉥ 이스(에이스)의 경우 갈색 중절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉦ 사보(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 턱시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉧ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉨ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의 검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 출판의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 츠파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 츠파의 미니블록 제품과 비교 대상인 쇼파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화[이른바 캐릭터 머천다이징(character merchandising)]이 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 ‘국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지’가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을 받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조

전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 날개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이, 츠파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실 오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한 저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 낱개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 촛촛, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 흰둥이, 찬구와 찰스, 흰둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어 그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 블록, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠쑤'는 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광동진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블록 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미니블록 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다

고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락 하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 콰우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토피블록' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이 있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 콰우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의 독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

- ② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새충기술자(우솅)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색 멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새충, ㉣ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 챙 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉤ 라우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉥ 이스(에이스)의 경우 갈색 중절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉦ 사브(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 턱시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉧ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉨ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의 검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 초파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 초파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 초파의 미니블록 제품과 비교 대상인 초파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화[이른바 캐릭터 머천다이징(character merchandising)]가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 '국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지'가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을 받은 사용자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 날개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠이, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이, 츠파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한

저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 낱개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 촛촛, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 흰둥이, 찬구와 찰스, 흰둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어 그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보

인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'은 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광동진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블럭 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미니블록 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블럭 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블럭 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 콰우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토블럭' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이 있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 콰우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의 독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

- ② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새총기술자(우솅)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색 멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새총, ㉣ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 뺨 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉤ 라우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉥ 이스(에이스)의 경우 갈색 중절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉦ 사뵈(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 텍시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉧ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉨ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의 검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 초파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 초파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 초파의 미니블록 제품과 비교 대상인 초파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

- ① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상

품화[이른바 캐릭터 머천다이징(character merchandising)]가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 '국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지'가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을 받은 사용자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

- ② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 낱개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이, 츠파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한 저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 낱개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 촛촛, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 흰둥이, 찬구와 찰스, 흰둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어 그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이

는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'은 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광동진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블럭 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미니블럭 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

- ② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

- ③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블럭 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블럭 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토블럭' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이

있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의 독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새총기술자(우솅)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색

멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새총, ㉠ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 챙 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉡ 라우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉢ 이스(에이스)의 경우 갈색 종절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉣ 사쁘(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 텍시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉤ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉥ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의 검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 츠파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 츠파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 츠파의 미니블록 제품과 비교 대상인 츠파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

- ① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화[이른바 캐릭터 머천다이즈(character merchandising)]가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호(가)목에 규정된 ‘국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지’가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을

받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

- ② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 낱개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

- ② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이, 촛파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한 저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 낱개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당

하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 촛촛, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 힌둥이, 찬구와 찰스, 힌둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어 그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'은 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광동진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블록 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미

니블록 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

- ② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

- ③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토블럭' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이 있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 라우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의 독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우습, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우습, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새총기술자(우습)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색 멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새총, ㉣ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 뺨 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉤ 뢰우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉥ 이스(에이스)의 경우 갈색 중절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉦ 사브(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 텍시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉧ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉨ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의

검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 츠파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 츠파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 츠파의 미니블록 제품과 비교 대상인 츠파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

- ① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화[이른바 캐릭터 머천다이징(character merchandising)]가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 '국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지'가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을 받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).
- ② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 이유모순

원심은 이 사건 각 저작물의 저작재산권자가 일본 회사임을 전제로 일본 회사의 배포권에 대한 피고인의 침해행위를 인정하였음에도 이 사건 도라에몽 블록의 판단에 있어서는 위와 달리 대원미디어가 이 사건 도라에몽 캐릭터에 관한 저작권을 보유하고 있다고 판시하였는바, 원심 판시는 그 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다.

2) 사실오인 및 법리오해

① 블록제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 제품 포장재 혹은 설명서에 표시된 '완성된 블록 모형'이 아니라 분해된 낱개의 블록들이어서 블록들만으로는 저작권을 침해하였다고 볼 수 없고, 설령 '완성된 블록 모형'을 기준으로 하더라도 실질적 유사성을 인정할 수 없다.

② 피고인이 중국에서 구입한 이 사건 도라에몽 블록 제품들을 재판매한 행위는 저작권법 제20조 단서에 따라 배포권 침해를 구성하지 않는다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(벌금 1,500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

한국저작권위원회의 감정결과, 피고인의 블록제품의 외형 등을 종합하면, 피고인의 블록제품과 피해자들의 캐릭터와의 실질적 유사성이 인정되고, 피해자 대원미디어의 상품표지의 주지성이 인정됨에도, 원심은 사실을 오인하여 별지 범죄일람표 중 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뽀빠, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이, 초파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점 및 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)위반의 점에 대해 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

원심은 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄를 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보고 이 사건 공소 사실을 판단하였으나, 저작권법위반죄와 부정경쟁방지법위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다고 봄이 타당하므로(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결 등 참조), 원심판결은 더 이상 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인의 이유모순, 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 이유모순 주장에 대한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 대원미디어가 2014. 1.경 저작권자인 일본 '가부시키가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'으로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 상품화사업권(라이선스)을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 도라에몽 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 위 상품화사업권 계약에 의하면 도라에몽에 대한 저작권은 저작권자가 보유하는 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 원심은 대원미디어가 저작권자로부터 도라에몽 캐릭터에 관한 저작물 이용권한(라이선스)을 취득하였다는 의미에서 저작권 등을 보유한다고 판단한 것으로 보이고, 대원미디어가 저작물 이용권한을 보유하고 있다고 하더라도 위 일본 회사의 저작권이 소멸하는 것은 아니므로 원심의 판단에 이유모순이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이유모순 주장은 이유 없다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 원심 판결문 제4 내지 6쪽에서 위 주장에 대하여 자세히 판단하였다.

가. 실질적 유사성 인정 여부

원심이 실시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 실질적 유사성을 판단하는 기준은 낱개의 블록이 아니라 완성된 블록 모형으로 봄이 타당하고, 별지 범죄일람표 중 해골신사, 촛촛, 고잉호, 싸니호, 에모웅, 에모웅 타임머신, 에모웅 욕실, 액션찬구와 흰둥이, 찬구와 찰스, 흰둥이와 찬구의 미니블록 제품으로 완성된 각 블록 모형은 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 저작물과 실질적 유사성이 있음을 충분히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 위 각 미니블록 제품이 다양한 형태로 조립될 가능성이 있다고 하더라도, 위 각 제품의 포장 전면 및 측면에는 완성된 형태로 조립하였을 때 나타나는 브룩, 초파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구

는 못말려의 캐릭터의 각 형태가 그려져 있고, 함께 동봉된 설명서에도 위 각 캐릭터로 조립하는 순서가 나와 있어 그 주된 조립 형태는 위 각 캐릭터의 모양이라고 보아야 한다.

한편 미니블록 제품은 특정한 형태를 완성시키기 위한 목적으로 적은 양의 블록만을 포함하고 있고, 미니블록의 수요자들은 그 특정 형태를 보유 또는 전시할 목적으로 구매하는 것으로 보인다.

따라서 미니블록 제품의 실질적 유사성을 판단하는 기준은 완성된 블록 모형이라고 봄이 타당하다.

② 미니블록의 완성된 형태는 제품의 포장 전면 및 측면에 그려진 형태와 동일한 것으로 보이므로 위 각 포장지에 그려진 형태를 기준으로 캐릭터와의 실질적 유사성을 판단하는데 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.

③ 블록 제품이 2차원적 캐릭터를 입체적으로 형상화하는 데 있어 발생하는 특수성을 고려하면, 위 각 미니블록 제품은 브록, 쇼파, 고잉메리호, 써니호의 원피스 캐릭터, 도라에몽의 캐릭터, 짱구는 못말려의 캐릭터의 각 주요한 창작적 표현들을 거의 그대로 묘사하고 있고, 달리 뚜렷한 차이점을 발견할 수 없다.

④ 위 각 미니블록 제품의 표현 부분은 단순히 각 원작 캐릭터의 아이디어를 차용한 것에 불과한 것이 아니고, 그 주요한 창작적 부분들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로 보이는 정도에까지 나아간 것으로 보인다.

나. 저작권법 제20조 단서 적용 여부

원심이 설시한 사정들과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 피고인이 도라에몽의 미니블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하였다고 하더라도, 이는 저작권법 제20조 단서가 적용되거나 병행수입이 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

① 도라에몽 캐릭터의 저작권자인 일본 '가부시기가이샤 쇼가쿠칸 슈에이샤 푸로다쿠손'은 2015. 10. 2. '애영(상해)상무유한회사[Animation International Ltd.(Shanghai)]'에게 도라에몽 캐릭터에 관한 중국 내 상품화권을 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 기간을 정하여 부여한 사실, 애영(상해)상무유한회사는 2015. 6. 30. 광동진풍과교완구유한회사(이하 'LOZ'라 한다)에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블럭' 제품 판매권을 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 기간을 정하여 위임한 사실, 피고인이 운영하는 '(업체명 생략)'이 2015년경 LOZ로부터 직접 도라에몽 블록 제품 약 960개를 납품받은 사실이 인정되므로, 피고인이 판매·배포한 미니블록 제품이 진정상품에 해당하는 것으로는 보인다.

② 그러나 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.

다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

"라고 규정하고 있으나, 이른바 '배포권 소진 조항'인 동조 단서 조항으로부터 당연히 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 행위'인 병행수입의 경우까지 저작재산권자의 권리가 소진된다는 결론이 도출된다고 볼 수는 없고, 저작권법에서는 달리 병

행수입을 허용하는 규정을 찾을 수 없다.

- ③ 설령 저작권법 제20조 단서가 적용된다고 하더라도, 저작권자는 피고인이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매하는 행위를 명시적으로 허락한 바 없다.

또한 저작권자는 애영(상해)상무유한회사에게 중국 내 상품화권만을 부여하였고 애영(상해)상무유한회사는 LOZ에게 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 도라에몽 캐릭터를 이용한 '다이아몬드블록' 제품 판매권을 위임하였는바, 저작권자의 의사는 애영(상해)상무유한회사나 LOZ에게 중국 내 상품화권 내지 중국 대륙 지역 내(대만, 홍콩, 마카오 제외) 제품 판매권만을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것이고, 반면에 저작권자는 대원미디어에게 국내 상품화권을 부여하였는바, 저작권자의 의사는 대원미디어에게 국내 상품화권 내지 제품 판매권을 허락하려는데 있다고 보아야 할 것인바, 애영(상해)상무유한회사나 LOZ가 대원미디어와 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 동일하다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 이상 저작권자가 피고인의 위와 같은 행위를 허락하였을 가능성이 있다고 보이지도 않는다.

따라서 피고인이 저작권자의 허락 없이 도라에몽 블록 제품을 중국 내 상품화권자로부터 수입하여 국내에 이를 다시 판매한 행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다고 봄이 타당하다.

5. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뿔우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2015. 3.경부터 2016. 8.경까지 서울 동작구 (주소 생략)에 있는 '(업체명 생략)' 사무실에서 '아토블록' 홈페이지(홈페이지 주소 생략), 인터넷 쇼핑몰 '쿠팡' 등을 통해 별지 범죄일람표 중 일본 '토에이애니메이션'에게 저작권이 있는 'ONE PIECE(원피스)' 캐릭터와 동일 또는 유사한 모양의 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뿔우, 이스, 사쁘, 뉴후랑키, 삼검잡이의 미니블록 제품 1,486개, 판매가액 합계 8,204,600원 상당을 위 저작권자의 동의 또는 승낙 없이 무단으로 판매하였다.

이로써 피고인은 영리를 목적으로 위 캐릭터가 복제된 미니블록 제품을 배포하여 위 저작권자의 저작재산권을 침해하였다.

2) 원심의 판단

원심은, ① 캐릭터의 경우 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물인 점, ② 피고인이 수입·판매한 위 각 미니블록 제품은 블록 조립 제품의 독특한 표현이 구현되어 비교 대상인 루피, 프랑키, 우솅, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 구별이 가능할 뿐만 아니라, 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 정신적 노력이 가미된 점, ③ 고소인의 디자인에 사용된 인물의 머리, 팔, 다리, 몸통, 귀 등 각 신체 기관의 크기 및 그 배열 방식과 피고인이 수입한 위 각 미니블록 제품에 사용된 패턴이 실질적으로 유사하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 고소인의 저작권을 침해하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 각 미니블록 제품은 비교 대상인 루피, 프랑키, 우습, 미호크, 로우, 에이스, 사보, 프랑키, 조로의 원피스 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되므로, 피고인은 위 각 원피스 캐릭터를 복제한 위 각 미니블록 제품을 수입하여 판매함으로써 저작권자의 저작권을 침해하였다고 봄이 타당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

① 캐릭터 상품 중 원작 캐릭터를 입체적으로 표현하는 대표적인 상품에는 캐릭터 피규어, 봉제인형, 블록 등이 있는 것으로 보인다.

캐릭터 피규어 및 봉제인형은 2차원적 캐릭터를 3차원에 전사하는 데 탁월하나, 블록의 경우 날개의 육면체 모양의 블록을 쌓아 만드는 성질상 매끄러운 곡면을 표현하지 못하거나 블록 완제품의 크기가 작은 경우 캐릭터의 세부적인 표현이 생략되는 등의 특수성이 있어 원작 캐릭터와 다소 차이가 발생하게 된다.

그러나 원작 캐릭터와 실질적 유사성이 인정되는 경우라면 블록으로 표현된 캐릭터가 블록의 특수성 탓에 원작과 다소 차이가 발생하더라도 이를 별개의 창작물로 인정하기는 어렵다.

② 위 각 미니블록 제품은 원작 만화상에서 2차원적으로 표현된 위 각 원피스 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 아래에서 보는 바와 같이 3차원적으로 거의 그대로 묘사하고 있고, 여기에 위 각 미니블록 제품 생산자의 별도의 창작성이 가미된 것으로는 보이지 않는다.

『㉠ 밀짚소년(루피)의 경우 노란색 밀짚모자, 노란색 단추가 달린 붉은색 조끼, 반쯤 걷어 올린 파란색 바지, 샌들, ㉡ 후랑크(프랑키)의 경우 위로 솟은 청록색 머리, 청록색 코, 노란 도트무늬의 붉은색 반팔셔츠, 검정색 팬티, ㉢ 새총기술자(우습)의 경우 고글 장치가 달린 노란색 두건, 긴 코, 볼륨있는 펌 헤어 스타일, 허리에 흰색 천을 두른 갈색 멜빵바지 차림, 크로스 파우치 및 왼팔에 착용한 줄무늬 밴드, 새총, ㉣ 무해(미호크)의 경우 흰색 장식이 달린 챙 넓은 모자(페도라), 붉은색 셔츠, 팔 없는 검정색 롱코트, 진한 보라색 바지, 거대한 십자가 모양의 검, ㉤ 라우(로우)의 경우 검정색 점박이 무늬의 백색 모자, 검정색과 노란색이 섞인 티셔츠, 검정색 칼집의 장검, 점박이 무늬의 청바지, ㉥ 이스(에이스)의 경우 갈색 중절모와 고글, 흑색 단발 머리, 붉은색 염주와 해골 펜던트, 탈의한 상의, 주황색 허리 띠 및 검정색 반바지, ㉦ 사보(사보)의 경우 검정색 하이햇과 고글, 금색 단발 머리, 검정색 텍시도, 흰색 머플러, 은색 파이프, ㉧ 뉴후랑키(프랑키)의 경우 청록색 머리카락, 양 어깨의 노란색 줄무늬 있는 거대한 붉은색 구체, 사각형의 청록색 팔, 붉은색 셔츠, ㉨ 삼검잡이(조로)의 경우 가슴이 벌어진 녹색 롱코트, 허리에 두른 붉은색 띠, 세 개의 검, 연두색 머리카락.』

③ 피고인은 위 각 미니블록 제품이 위 각 원피스 캐릭터의 상징적인 부분을 차용하였다고 하더라도 이는 구체적인 표현형식과 무관한 아이디어를 가져온 것에 불과하다는 취지의 주장을 하고 있으나, 위 각 미니블록 제품은 단순히 원작 캐릭터의 상징적인 부분을 아이디어의 차원에서 차용한 것에 불과한 것이 아니라고 보이고, 원작 캐릭터의 주요 창작적 표현들을 총망라하여 원작 캐릭터가 아닌 다른 형태로는 보이지 않는 정도에까지 나아간 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 출파의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점

살피건대, 츠파의 미니블록 제품의 경우 검사가 제출한 증거들만으로는 그 제품의 존재 여부 자체를 알 수가 없고, 츠파의 미니블록 제품과 비교 대상인 쇼파의 원피스 캐릭터의 창작적 표현형식을 비교할 방법이 없으며, 달리 실질적 유사성을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

다.

원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터 제품 전부에 관한 부정경쟁방지법위반의 점

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 별지 범죄일람표 기재 원피스, 도라에몽, 짱구는 못말려의 캐릭터가 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

① 만화, 텔레비전, 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공적인 또는 실재하는 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 뜻하는 이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화[이른바 캐릭터 머천다이징(character merchandising)]가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 ‘국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지’가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용 허락을 받은 사용권자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결 등 참조).

② 대원미디어가 2013년경부터 일본의 원 저작권자로부터 원피스(2013년), 도라에몽(2014년), 짱구는 못말려(2014년)의 캐릭터에 관한 대한민국 내 독점적 상품화사업권과 상표권 등을 취득하여 그 무렵부터 현재까지 국내에서 증지를 부착한 캐릭터 제품을 판매하여 온 사실, 국내에도 그 만화와 애니메이션이 출판·방영된 사실, 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 인터넷 마켓에서 다수 거래되는 사실은 인정된다.

그러나 위 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 사정만으로는 위 각 캐릭터가 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 주지성을 획득하였다고 보기 어렵고, 오히려 인터넷상의 제품명 등에 비추어 보면 거래자 또는 일반수요자들로서는 위 각 캐릭터 관련 제품이 국내 상품화사업권자인 대원미디어의 상품이라는 사실을 알기 어려웠을 것으로 보인다.

6. 결론

그렇다면 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라, 원심이 무죄로 판단한 밀짚소년, 후랑크, 새총기술자, 무해, 뿔우, 이스, 사뽀, 뉴후랑키, 삼검잡이의 원피스 캐릭터 제품에 관한 저작권법위반의 점에 관한 검사의 항소는 이유 있으므로 이 부분은 파기되어야 할 것인데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조

전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.