

연구총서 10-16-05

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

# 음란물의 저작물성

## - 음란물도 저작권법상 보호 가능한가? -

Copyrightability of Obscene Works

- Are Obscene Works protectible under Copyright Law? -

남형두

■ 남형두

연세대학교 법학전문대학원 교수

# 발간사

과학기술의 급속한 발전에 따라 사회의 변화가 급속도로 진행되었고 더불어 일반시민의 일상생활에도 많은 영향을 주고 있습니다.

또한 이와 같은 사회상은 국민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 형사법에도 시대의 흐름에 맞는 변화를 요구하고 있습니다.

음란물에 대한 규제는 정보기술의 고도 발전과 인터넷의 높은 보급률에 의해 변화의 요청에 직면하고 있습니다.

이에 따라 음란물에 대한 개념 혹은 판단기준이 시대를 거치면서 변화하고 있으며 인터넷을 통해 유포되고 유통되는 음란물을 형사법을 통해 규제하는 것에 한계를 보여주고 있습니다.

이와 같은 이유로 음란물, 특히 인터넷 포르노그래피에 대한 규제방식에 대한 새로운 시각이 필요한 시점입니다.

이러한 상황에서 음란물의 저작권성에 대한 검토와 저작권을 인정하는 경우에 형사책임을 부과하는 방안을 고찰해 보는 것은 새로운 시도로서 매우 시의성있는 선도적 연구라고 생각됩니다.

그러나 이와 같은 연구를 진행하는 과정에서 현재 기존의 국내 연구가 제한적이며 새로운 분야의 개척과 다름없고 참고할 만한 해외의 동향을 살펴보는 것도 우리의 형사법체계 및 국민의 법감정과는 사뭇 다른 까닭에 많은 어려움이 있을 것으로 생각됩니다.

다만, 새로운 시각에서 형사법의 문제점을 인식하고 대안을 제시하고자 했던 본 연구가 앞으로 진행될 많은 관련 연구의 기초자료로서, 그리고 정책 수립에 있어서 참고자료로서 활용될 수 있기를 기대합니다.

2010년 12월

한국형사정책연구원

원장 김일수



# CONTENTS

국문요약 .....	9
<b>제1장 서론 .....</b>	<b>13</b>
제1절 연구의 필요성 및 목적 .....	15
제2절 연구방법론 .....	18
제3절 파급효과 및 기여 .....	20
<b>제2장 연혁적 연구(Historical Approach) .....</b>	<b>23</b>
제1절 서론 .....	25
제2절 판례이론 분석(case analysis) .....	25
1. 음란물의 저작물성 논의 .....	27
2. 음란성 판단 기준의 변천 .....	33
3. 우리나라 판결 .....	36
제3절 과거의 논의 .....	46
1. 일반 도덕 이론(The General Moral Principles Theory) .....	46
2. 재산권 이론(The Property Theory) .....	48
3. 헌법 이론(The Constitution Theory) .....	48
<b>제3장 학리상 연구(Doctrinal Approach) .....</b>	<b>51</b>
제1절 서론 .....	53
제2절 문언해석 – statutory language .....	53
1. 음란의 정의 .....	53

2. 문리해석 .....	55
<b>제3절 저작권의 가치중립성 논의 .....</b>	<b>59</b>
1. “더러운 손” (Unclean Hands) 이론 .....	60
2. 불공정행위 논의 .....	69
3. 저작권 오용 이론(Copyright Misuse Doctrine) .....	71
4. 합법성 이론 – 불법적 작품(illegal works)의 저작물성 논의 .....	71
5. 저작권의 내용중립성(content neutrality) 논의 .....	76
6. 정부기관 간의 기능과 역할 – 법의 체계론 .....	83
<b>제4절 귀납적 논의 – 저작물로 보호하지 않을 경우 오는 폐해 .....</b>	<b>95</b>
1. 시대적 단편성(斷片性) .....	96
2. 공간적 단편성(斷片性) .....	101
3. 공유자원(Public Domain)화 문제 .....	105
4. 판단의 곤란성 .....	107
5. 소결론 .....	108
<b>제5절 저작권법 상 다른 제도와의 합목적적 해석 .....</b>	<b>109</b>
1. 2차적 저작물과 관련된 문제 – 무임승차자 발생 .....	109
2. 저작인격권과 관련된 문제 .....	111
<b>제6절 유추(analogy) – 상표법-특허법적 논의 .....</b>	<b>114</b>
1. 서론 .....	114
2. 문리해석 – 반대해석 .....	115
3. 특허법적 논의 .....	116
4. 상표법적 논의 .....	118
<b>제4장 정책적 연구(Policy based Approach) .....</b>	<b>125</b>
제1절 서론 .....	127
제2절 포르노와 인터넷산업 발전의 상관관계 .....	127
제3절 음란물의 저작물성 인정과 포르노산업의 상관관계 .....	129

제4절 하드코어 포르노그래피의 성행을 막기 위한 정책적 고려 .....	133
제5장 퍼블리시티권에 의한 보호 검토 .....	135
제6장 결론 .....	143
참고문헌 .....	147
Abstract .....	155



## 국문요약

작년 미국과 일본의 성인용 영상물 제작업체가 인터넷에서 성인용 영상물을 불법 유통했다는 이유로 국내 네티즌 1만 여명을 고소한 일이 있었다. 그런데 경찰서 별로 사건처리가 달랐다. 일부 경찰서는 성인용 영상물이 저작권 보호대상이 아니라는 이유로 불기소의견으로 검찰에 송치하였는가 하면, 다른 경찰서는 보호대상으로 보아 기소의견으로 송치하였다.

성인용 영상물을 저작물로 인정하면 음란물을 법이 보호하는 인상을 주게 된다. 반대로 저작물로 인정하지 않으면 허락 없이 인터넷에 올려 많은 사람을 상대로 이익을 얻은 네티즌들의 행위를 두둔하는 셈이 되어 수사기관으로서 그 야말로 진퇴양난에 처하였다.

우리 사회에 해악을 끼치는 성인용 영상물의 제작·유포를 막아야 한다는 점에는 큰 이견이 있을 수 없다. 그러나 그 수단으로 저작권이 논의되고, 저작권보호 대상이 아니라고 함으로써 그 유통을 막으려는 것이 적법한 지, 나아가 적당한 지는 전체 법체계에서 살펴보아야 한다. 이는 음란물뿐만 아니라 특정 이념, 종교, 사상에 어긋나는 작품(works)에 대해서도 저작물로 보호하지 않음으로써 그 확산을 막으려는 유혹을 받을 수 있기 때문이다. 여기에서 저작물로 보호되는 것, 즉 저작물성(copyrightability)에 관한 근본적 논의 중 특정 사상이나 가치와 저작물성의 관련성에 대한 논의가 필요하다.

관련 선행연구가 부족한 가운데 본 연구는 다음과 같은 방향에서 진행되었다.

첫째는 연혁적 연구(Historical Approach)다. 주로 법원판결사례의 분석을 통한 연구방법론인데 주로 영국과 미국의 판례를 분석하였다. 적지 않은 판결에서 음란성이 저작권침해에 대한 적법한 항변이 될 수 있는지가 논의되고 있는데 이런

판결에 대한 분석과 함께 음란성에 관한 기준의 변천을 통해 음란물을 저작권의 보호대상으로 삼는지 여부를 살펴보았다. 또한 음란물을 저작권으로 보호하지 않았던 전통적 이론을 살펴보고 이에 대한 비판을 통해 음란성이 저작물성에 대한 향변이 될 수 없음을 논증하려 하였다.

둘째는 학리상 연구(Doctrinal Approach)다. 먼저는 실정법에 대한 문리해석이다. 음란성을 저작물성의 배제요건으로 정하고 있지 않은 실정법 해석에 있어서 단순한 법률의 누락인지 의도적인 생략인지에 대해 관련 법률과의 관계에서 해석을 시도하였다. 이어 저작권법이 보호하는 저작물이 도덕, 윤리 등의 규범적 가치로부터 중립적인 것인지, 기존 법체계와의 합치성(compliance standard)을 갖추어야 하는지 등을 살펴보았다. 나아가 상표법, 특허법의 같은 논의에서 유추해 볼 점은 없는지 논의한 후에, 저작물성을 갖춘 음란물을 저작권으로 보호하지 않을 경우 발생할 수 있는 폐해를 거론함으로써 역으로 음란성이 저작물성에 대한 배제사유가 될 수 없음을 논증하였다.

셋째는 정책적 연구(Policy based Approach)다. 음란성을 저작권침해에 대한 향변사유로 보지 않는 것이 포르노산업에 어떤 영향을 주는지 살펴보았다. 아울러 여성성 보호 측면에서 어떤 영향을 미치는지도 아울러 고찰하였다.

끝으로 퍼블리시티권에 의한 보호 여부에 관한 논의다. 저작권적 보호는 아니지만 성인용 영상물에서 실연자로 등장하는 배우가 자신의 초상 등 아이덴티티와 실연을 상업적으로 이용하는 것을 금지시킬 수 있는 권리인 퍼블리시티권에 의한 보호가 가능한지 여부를 논의하였다.

음란성이 저작물성을 방해해서는 안 된다는 것이 본 연구자의 결론이다. 이로써 음란물이 더욱 성행하게 될 것이라는 우려는 경험적 증거에 의해 뒷받침되지 않는 것으로서 그야말로 우려에 불과하다. 가사 음란물 제작에 대한 유인이 다소 생긴다 하더라도 이는 유통 과정에서 이를 규제하거나, 그로 인해 벌어들인 수익을 환수하거나 하는 등의 특별히 고안된 법률에 의해 제재를 가하여야 하는 것이지, 그것을 빌미로 저작물성 판단에 음란성 여부라는 잣대를 가져와서는 안 된다. 음란하다는 이유로 저작물성을 인정하지 않는다면 음란물의 출현은 다소 줄일 수 있을지 몰라도 표현의 자유의 위축으로 인한 손실은 상상할 수 없을 정도로 심대한 것일 수 있다는 점에서 매우 위험한 착안이라 하지 않을 수 없다.

저작물성은 내용중립적이어야 한다는 본 연구의 결론을 확대·연장해 보면, 저작권은 비단 도덕을 넘어 특정 이념(Ideology), 종교, 신념으로부터도 자유로운 것이고, 나아가 합법성으로부터도 자유로운 것이 될 수 있다.



제1장

서론



## 제1절 연구의 필요성 및 목적

최근 미국과 일본의 성인용 영상물 제작업체가 인터넷에서 성인용 영상물을 불법 유통했다는 이유로 국내 네티즌 1만 여명을 고소한 일이 있었다. 그런데 경찰서 별로 사건처리가 달랐다. 일부 경찰서는 성인용 영상물이 저작권 보호대상이 아니라는 이유로 불기소의견으로 검찰에 송치하였는가 하면, 다른 경찰서는 보호대상으로 보아 기소의견으로 송치하였다.<sup>1)</sup>

이 사건은 외국기업이 국내 네티즌을 상대로 고소하였다는 점에서 반발을 불러일으킨 측면이 있다. 그러나 만약 국내 성인용 영상물 제작업자가 저작권 침해를 주장했다면 어땠을까? 크게 다를 것 같지는 않다. 문제는 보호의 주체가 외국인이나 내국인이나에 있지 않고 보호를 요청한 대상, 즉 성인용 영상물이 저작권법의 보호대상이 되는가에 있다.

성인용 영상물을 저작물로 인정하면 음란물을 법이 보호하는 인상을 주게 된다. 반대로 저작물로 인정하지 않으면 허락 없이 인터넷에 올려 많은 사람을 상대로 이익을 얻은 네티즌들의 행위를 두둔하는 셈이 되어 수사기관으로서 그 야말로 진퇴양난에 처하였다.

우리 사회에 해악을 끼치는 성인용 영상물의 제작·유포를 막아야 한다는 점

---

1) 강훈상, “美日 포르노社 韓네티즌 고소 ‘일파만파’”, 연합뉴스 2009. 8. 13.자,  
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=105&oid=001&aid=002811320>  
(2011. 1. 11. 방문).

에는 큰 이견이 있을 수 없다. 그러나 그 수단으로 저작권이 논의되고, 저작권보호 대상이 아니라고 함으로써 그 유통을 막으려는 것이 적법한 지, 나아가 적당한 지는 전체 법체계에서 살펴보아야 한다. 이는 음란물뿐만 아니라 특정 이념, 종교, 사상에 어긋나는 작품(works)에 대해서도 저작물로 보호하지 않음으로써 그 확산을 막으려는 유희를 받을 수 있기 때문이다. 여기에서 저작물로 보호되는 것, 즉 저작물성(copyrightability)에 관한 근본적 논의 중 특정 사상이나 가치와 저작물성의 관련성에 대한 논의가 필요하다.

음란물의 확산, 유포를 막는 것은 국가 형사법 차원의 논의이지만 그 과정에서 민사구제 및 형사처벌 규정을 두고 있는 저작권법, 나아가 특허법, 상표법과 같은 지적재산권법적 수단이 동원되는 것이 타당한지에 대한 논의는 그 여하에 따라 형사법의 보완으로 연결될 수 있다는 점에서 매우 중요하다고 할 수 있다. 이점에서 음란물, 특히 디지털 시대에 디지털화된 콘텐츠로 만들어져 p2p 방식으로 손쉽게 전송 가능한 성인용 영상물의 유통과 확산을 방지하기 위한 다른 법(형사법계)과의 유기적 관계를 연구하기 위한 전단계로서 저작권법과 기타 지적재산권법에 의한 보호 여부를 살펴보는 것은 매우 시의적절한 것이라 할 수 있다.

아직 우리나라에서는 발생하지 않았지만 암시장 또는 인터넷을 통해 팔 목적으로 실제 강간하는 장면을 촬영하였다고 가정하자.<sup>2)</sup> 강간죄 등으로 유죄판결을 받고 복역한 후 그 필름에 대한 소유권을 주장하는 경우 이것이 단순한 소유권의 문제인가 아니면 오늘날 충분히 발생할 수 있는 저작권의 문제인가?<sup>3)</sup> 더 나

---

2) 이런 가정은 전혀 현실성이 없는 것이라고 할 수 없다. 판매 목적은 아닐지라도 최소한 흥미심아 또는 과시용으로 중고등학생들이 한 여학생을 성폭력 하는 장면을 촬영하고 이를 돌려 보는 경우가 더러 있으며, 이 중에는 연출에 의한 것도 있지만 폭력에 의한 것이라고 후에 고소되어 처벌받았던 경우도 있다. YTN 뉴스 “여중생 ‘성폭행’ 동영상 촬영 중학생 3명 조사”, 2010. 12. 13. [http://www.ytn.co.kr/\\_ln/0103\\_201012131346443796](http://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201012131346443796) (2011. 1. 11. 방문). 음란물의 저작물성 논의가 진정 필요한 것은 “연출에 의한 것”이 아니라 “실제 상황을 전제로 하는 것”이라는 주장도 있다. Note, *Can Intellectual Property Law Regulate Behavior? A "Modest Proposal" For Weakening Unclean Hands*, 113 Harv. L. Rev. 1503 (2000) 참조(이하 이 논문을 "Harvard Note"라고 한다). 그만큼 연출에 의한 포르노가 아닌 실제 범행을 촬영하는 경우가 이미 발생하고 있으며, 이를 포르노그래피로 둔갑시켜 판매하는 것이 성행할 가능성이 있다. 이때 본 연구의 논의가 즉시 필요하게 된다.

아가 UGP(User Generated Porno), 즉 개인이 판매할 목적으로 포르노를 만들어 인터넷에 올려 광고수입 또는 구독(subscription)료를 받거나,<sup>4)</sup> 회사 등에 판매하고 그 대가를 일시불로 또는 인세개념<sup>5)</sup>의 로열티로 받는 경우를 상정할 수 있다. 이는 인터넷 web 2.0 시대<sup>6)</sup>에 개인(자신)의 성을 상품화하여 인터넷 상에서 개인 사업으로 자리 잡을 가능성을 보여주고 있다.<sup>7)</sup> 이 경우 UGP를 제작한 개인은 UCC(User Created Content)에서와 마찬가지로 저작권을, 출연자는 실연자로서의 권리 또는 퍼블리시티권을 주장할 수 있을 것이다.<sup>8)</sup> 포르노물을 제작·판매하는 회사가 무단복제자로부터 포르노를 지키기 위해 저작권을 주장하는 것과 같은 이치다.<sup>9)</sup> 물론 이런 논의는 모두 포르노와 같은 음란물이 저작권의 보호대상이 된다는 전제하에 가능하다.

위에서 든 예는 매우 극단적인 것이다. 그러나 미국에서는 이미 논의가 되고 있다. 포르노와 같은 성 문화는 역사도 오래되었지만<sup>10)</sup> 현재도 상상 이상으로 발전에 발전을 거듭하고 있다. 매체의 다변화에 따라, 대표적으로 인터넷 기술의 발전에 따라 포르노문화와 산업은 또 다른 전기를 마련하고 있다. 보편적 접근

3) Christopher Thomas McDavid, *I Know It When I See It: Obscenity, Copyright, and the Cautionary Tale of the Lanham Act*, 47 U. Louisville L. Rev. 561 (2008-2009) 참조

4) 저작권법 체계에서 말하자면 포르노가 저작권으로 보호된다는 전제하에 UGP를 인터넷 웹에 올리는 것은 전송에 해당한다. 저작권법 제2조 10호 “전송(傳送)”은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.” 만약 UGP 제작자의 허락을 받지 않고 인터넷에 올린다면 이는 전송권침해(제18조)가 문제될 수 있을 것이다.

5) 인터넷 상에서는 클릭을 기준(click based)으로 과금(課金) 체계를 정할 수 있을 것이다.

6) 데이터의 소유자나 독점자 없이 누구나 손쉽게 데이터를 생산하고 인터넷에서 공유할 수 있도록 한 사용자 참여 중심의 인터넷 환경을 말한다. 인터넷상에서 정보를 모아 보여주기만 하는 ‘웹 1.0’에 비해 ‘웹 2.0’은 사용자가 직접 데이터를 다룰 수 있도록 데이터를 제공하는 플랫폼이 정보를 더 쉽게 공유하고 서비스 받을 수 있도록 만들어져 있다. 블로그(Blog), 위키피디아(Wikipedia) 등이 이에 속한다. 네이버 백과사전 참조

7) Ann Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, 10 Vand. J. Ent. & Tech. L. 799, 799-800 (2008) (이하 이 논문을 "Bartow (2008)"로 약칭함).

8) 후술하는 각주 314번 내지 326번에 해당하는 본문 참조

9) Bartow (2008), 799-800면

10) 성을 사교피는 문화를 비롯한 포르노 시장은 동굴벽화 시대에도 존재하였다고 한다. McDavid, 571면

이 가능하고 동시 다량의 복제가 가능하며 그러면서도 원본훼손이 없는 인터넷 매체의 특성상 음란물이 인터넷에 얹혀 지는 순간 남녀노소를 불문하고 또한 국가 간 장벽이 허물어진 채 인류는 포르노에 노출되어 있다고 해도 과언이 아니다. 이에 법률이 효과적으로 대처할 필요가 있다. 뒤쳐져 논의하는 것보다는 발생 가능한 쟁점을 선점하여 논의하는 것이 필요하다. 우리나라에는 아직 발생하지 않았지만, 문화, 경제, 사회 면에서 우리가 그 뒤를 따라가고 있는 미국 등 선진제국에서 이미 발생한 일이라면 더욱 그 유사한 일의 발생을 대비하고, 그 법적 논의를 같이 할 필요가 있고 법제도 간 차이를 감안하여 우리나라의 실정과 법체계에 맞게 수용할 필요가 있다.

## 제2절 연구방법론

2009년 인터넷을 통한 성인용 동영상 유포 사건에 대한 형사적 제재 과정에서 음란물에 대한 저작권적 보호와 음란물의 유통을 금지하는 형사법적 규제가 충돌하기 전까지 음란물의 저작권성이 국내에서 논의된 적은 거의 없었다.<sup>11)</sup> 음란물이나 음란성이 법적 쟁점이 되고 법학계 또는 실무계의 관심 대상이 되었던 것은 주로 형사재판에서였다. 마광수의 “즐거운 사라” 사건<sup>12)</sup>에서 문학에 있어서의 표현의 자유와 형법상 “음화등 제조 및 반포죄”의 관계가 형사재판에서 치

- 
- 11) 일찍이 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결(이하 “여대생 누드사진” 사건)이 있었으나 이 판결이 학문적 논의로 연결되지는 않았다. 이 논의가 본격적으로 점화된 것은 본문에서 지적한 2009년 인터넷 상 음란물 유포 사건 이후이다. 1990년 법원판결이 학술적 논의로 진전되지 못하고 2009년에 와서야 비로소 본격화된 것은 저작권적 보호와 형사적 제재의 충돌이 인터넷 상의 유통으로 인한 수익 창출로 그 모순적 상황이 첨예하게 되었기 때문이라고 생각한다. 필자는 이 논의에 대한 일종의 발제 성격으로 다음과 같은 칼럼과 에세이를 발표한 적이 있다. 남형두, “성인용 영상물과 저작권”, 한국일보 2009. 9. 3.자 칼럼; 남형두, “성인용 영상물의 저작권 보호 문제”, 저작권문화 2009. 10.(통권 제182호), 10-11면(이하 이를 “남형두(저작권문화)”라고 함).
  - 12) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결(“즐거운 사라” 사건). 마광수의 소설 “즐거운 사라”에 대한 사회학적 분석(275면)과 우리나라의 포르노에 대한 사회학자들의 인식과 논의(277-281면)에 대해서는 다음 논문 참조 김비환, “포르노그래피와 법해석의 근거로서의 공동선: 문화사회학적 고찰”, 법철학연구 제4권 제2호(2001), 273-298면.

열하게 다투어지고 국민적 관심사가 된 적이 있다. 그밖에 몇 건의 형사재판과 헌법재판이 있었는데 모두 표현의 자유와 형법상 범죄 성립 간의 충돌에 있어서 허용되는 음란성의 개념과 정도가 문제되었던 사안들이다.<sup>13)</sup> 그 과정에서 인터넷의 급속한 보급이 초래한 인터넷 음란물 확산으로 인해 정보통신망 법상 각종 규제 또는 청소년 보호 등에서 입법적 관심이 쏠리기도 했다. 그러나 음란물을 저작권으로 보호받으려 하는 쪽과 이를 침해한 쪽이 음란물이라는 이유로 저작권이 성립되어서는 안 된다는 공방이 있었던 적은 없다.

사정이 그러하다보니 본 연구의 선행연구가 국내에서는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 여기에 본 연구의 어려움이 있다. 이와 같은 선행연구의 부재라는 한계를 전제로 본 연구자는 다음과 같은 방법론을 통해 본 연구에 접근하였다.

첫째는 연혁적 연구(Historical Approach)다. 주로 법원판결사례의 분석을 통한 연구방법론인데 주로 영국과 미국의 판례를 분석하였다. 영미의 법원판결은 선례로 집적되어 그 자체가 법원(legal source)이 되는데, 사례연구가 곧 실정법 연구라고 할 수 있다. 적지 않은 판결에서 음란성이 저작권침해에 대한 적법한 항변<sup>14)</sup>이 될 수 있는지가 논의되고 있는데 이런 판결에 대한 분석과 함께 음란성에 관한 기준의 변천을 통해 음란물을 저작권의 보호대상으로 삼는지 여부를 살펴볼 것이다. 또한 음란물을 저작권으로 보호하지 않았던 전통적 이론을 살펴보고 이에 대한 비판을 통해 음란성이 저작물성에 대한 항변이 될 수 없음을 논증

- 
- 13) 대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879 판결 (“nudé 상냥갑” 사건); 대법원 1975. 12. 9. 선고 74도976 판결(“소설 반노” 사건); 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1550 판결(“월간 부부라이프” 사건); 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결(“음화소지” 사건); 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결(“즐거운 사랑” 사건); 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결(“공연음란 연극” 사건); 서울지방법원 2001. 6. 14. 선고 2000노7104 판결(“만화 천국의 신화 소년용” 사건); 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889 판결(“음란도화” 사건); 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도3815 판결(“인터넷 야설” 사건); 서울중앙지방법원 2009. 10. 13. 선고 2009고단1629 판결(“판도라 TV” 사건) 등이 있다.
- 14) 우리의 경우 저작물성에 대한 입증책임은 원고(저작권자)에게 있기 때문에 미국에서처럼 음란성 항변(obscurity defense)이라는 말이 입증책임 분배의 원칙상 정확한 용어사용은 아니지만, 본 연구에서 보다 중요한 것은 소송법상 정확한 용어 사용이 아니라, 음란성이 저작물을 부인하는 요소인가, 또는 반대로 도덕적인 것(음란하지 않은 것)이 저작물성의 한 요건이 될 수 있는가 하는 것이라는 점에서 연구 목적상 그대로 사용하기로 한다.

하고자 한다(제2장).

둘째는 학리상 연구(Doctrinal Approach)다. 먼저는 실정법에 대한 문리해석이 다. 음란성을 저작물성의 배제요건으로 정하고 있지 않은 실정법 해석에 있어서 단순한 법률의 누락인지 의도적인 생략인지에 대해 관련 법률과의 관계에서 해석을 시도한다. 이어 저작권법이 보호하는 저작물이 도덕, 윤리 등의 규범적 가치로부터 중립적인 것인지, 기존 법체계와의 합치성(compliance standard)을 갖추어야 하는지 등을 살펴볼 것이다. 나아가 상표법, 특허법의 같은 논의에서 유추해 볼 점은 없는지 논의한 후에, 저작물성을 갖춘 음란물을 저작권으로 보호하지 않을 경우 발생할 수 있는 피해를 거론함으로써 역으로 음란성이 저작물성에 대한 배제사유가 될 수 없음을 논증할 것이다(제3장).

셋째는 정책적 연구(Policy based Approach)다. 음란성을 저작권침해에 대한 항변사유로 보지 않는 것이 포르노산업에 어떤 영향을 주는지 살펴볼 것이다. 아울러 여성성 보호 측면에서 어떤 영향을 미치는지도 아울러 고찰할 것이다(제4장).

끝으로 퍼블리시티권에 의한 보호 여부에 관한 논의다. 저작권적 보호는 아니지만 성인용 영상물에서 실연자로 등장하는 배우가 자신의 초상 등 아이덴티티와 실연을 상업적으로 이용하는 것을 금지시킬 수 있는 권리인 퍼블리시티권에 의한 보호가 가능한지 여부를 논의할 것이다(제5장).

### 제3절 파급효과 및 기여

음란물도 저작권의 보호대상인가의 문제에 대한 연구는 현재 문제가 되고 있는 포르노와 같은 음란물 제작자와 이를 유통시킨 자 사이의 법적 분쟁을 해결하는데 직접적인 도움이 될 것이다. 나아가 이 논의는 저작권법학에서 가장 핵심적인 주제인 “저작물성”(copyrightability)<sup>15)</sup>의 한 부분을 넘어 이 논의가 적용

---

15) 저작물성은 저작권으로 보호받을 수 있는 요건을 말하는데, 이는 최종적으로 저작권침해여부를 판단함에 있어 저작물성이 있는 부분과 그렇지 않은 부분으로 나뉘 저작물성이 있는 부분에 한해 저작권법적 보호가 미친다는 점에서 저작권법의 처음부터 끝까지 일관되는 매우 중요한 주제라 할

될 수 있는 영역은 얼마든지 확대될 수 있다. 음란물이 저작권 보호대상이 될 수 있는가는 결국 저작권의 보호대상이 윤리, 도덕이라는 가치로부터 중립적인 것인가의 문제로서 이는 나아가 저작권이 내용중립적(content neutral)인 것인가의 문제로 확대될 수 있기 때문이다. 따라서 도덕과 윤리로부터 가치중립적인가의 논의는 종교, 이념 등의 영역과 대비해서도 같은 논의가 확대 발전될 수 있다는 점에서, 음란물 유포 과정에서 발생하는 형사법적 제재로부터 시작된 본 논의는 저작권법 전반에 큰 파급효과를 거둘 것으로 기대한다.

---

수 있다.



제2장

연혁적 연구

(Historical Approach)



# 연혁적 연구 (Historical Approach)

## 제1절 서론

음란물도 저작권 보호대상인가에 관한 논의는 일찍이 영국과 미국을 중심으로 법원판례를 통해 발전되어 왔다. 19세기와 20세기 중반기를 넘어서까지 지속되어 온 전통이론은 음란물에 대해 저작권적 보호를 주지 않는 것이었다. 본 장에서는 판례를 중심으로 발전되어 온 이론에 대한 분석(case analysis)을 한 후에 전통이론을 소개하고 비판하기로 한다.

## 제2절 판례이론 분석(case analysis)

음란물에 대해 저작권적 보호를 하는 지 여부에 대한 판결은 크게 보면 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 저작권침해금지 소송에서 음란물이라는 항변을 하는 경우 음란성이 저작물성의 배제사유가 되는 지에 대한 판결들이다. 이는 본 연구와 직접적인 관련을 갖는 판례라 할 수 있다. 둘째는 음란성의 기준에 관한 판결들이다. 이 판결들은 본 연구(음란물의 저작물성)<sup>16)</sup>와 직접 관련이 없다고 생각할 수 있지만, 음란하지 않다는 전제하에 저작물성을 인정하는 경우도 있으므로, 음란성 여부가 저작물성에 직접 영향을 준다는 점에서 살펴볼 필요가 있다. 저작물의 침해금지를 구하는 자를 보호하기 위해 음란하지 않다고 보기도

---

16) 본 연구는 음란물을 전제로 한다는 점에서 음란하지 않은 것은 연구 대상이 아니다.

하는 판결이 있다는 점에서 음란성은 저작물로 보호를 받으려는 점에 관한한 살펴볼 필요 있다.<sup>17)</sup> 즉 형사상 처벌여부에 관련되는 음란성 등 음란성 판단에 관한 일반론이 아닌 저작물로 보호받기 위한 음란성 여부는 본 연구의 범위에 들어간다.

그런데 이 두 판결 군(群)은 서로 영향을 미친다. 첫째 판결 군은 음란물도 저작물로 보호받을 수 있다는 기념비적인 판결로 인정되고 있는 Mitchell 판결<sup>18)</sup>을 전후로 나누어 볼 수 있는데, Mitchell 판결 이후에는 위 둘째 판결 군의 논의가 불필요하지 않는가 하는 생각이 들 수 있다. 음란물도 저작권보호에서 배제하지 않음에 따라 굳이 저작권적 보호를 위해 음란성의 기준을 변경할 필요가 없기 때문이다. 그러나 여전히 Mitchell 판결에 불편을 느끼는 나라가 있을 수 있고,<sup>19)</sup> 심지어 미국 내에서조차 Mitchell 판결 이후에도 음란성이 저작물성에 대한 유효한 항변이 될 수 있고 되어야 한다는 논의가 있다는 점에서, 음란성 기준의 변경을 통한 저작권적 보호가 유효한 방법론일 수 있다. 이 점에서 위 둘째의 판결 군 역시 본 연구의 범위에 들어간다. 그런데 음란성의 기준을 아무리 높게 변경한다고 하더라도 음란물을 저작물로 보호하기 위한 근본적인 해법이 되기는 어렵다. 결국 약한 정도의 음란물은 저작권법에 의한 보호가 허용되고, 강한 정도의 음란물(이른바 하드코어 포르노그래피)은 보호되지 않는 셈이 되어, 그 기준과 정도에 대한 지속적인 물음을 낳게 될 것이다. 그런 점에서 첫째 판결 군에 대한 판례분석은 질적 문제(qualitative)라면, 둘째 판결 군에 대한 판례분석은 양적 문제(quantitative)라고 할 수 있겠다. 전자는 본 연구논문에 보다 직접적 관련성을 갖는데 반해, 후자는 간접적 관련성을 갖는다.

한편, 판례연구의 외연을 확대해 보면 음란물의 저작물성을 다루지는 않지만

---

17) 이러한 판례분석은 “음란물의 저작물성” 이전 단계의 법적 판단으로서 음란물성 자체에 대한 사례 연구다. 그런데 본 연구는 음란성 판단에 관한 연구가 아니므로 음란성 자체에 대한 본격적인 연구를 시도하지는 않을 것이다. 다만 사례 중에는 저작물성을 논하지 않으면서도 음란하지 않다는 이유로 해당 음란물을 규제하지 않은 것들이 있다. 이런 사례들은 “음란물의 저작물성” 논의의 이전 단계의 논의, 즉 pre-argument라고 할 수 있다는 점에서 본 사례 연구에 포함시켰다.

18) Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979), cert. denied, 445 U.S. 917 (1980) (이하 "Mitchell 판결"이라 함).

19) 구체적으로 우리나라가 그런 경우에 해당할 수 있다.

그 법리를 유추할 수 있는 사례들에 대한 연구가 가능하다. 즉 음란물의 저작물성 논의의 핵심 중 하나는 불법적인 저작물을 법이 보호해줄 수 있는가 인데, 불법성(illegality)이 있는 작품(works)의 저작물성에 관한 사례를 연구하는 것은 본 연구에 큰 도움이 될 것이다. 그런데 이 논의는 일종의 논리의 유추 과정에서 필요하므로, 본 장에서 다루지 않고 학리상 연구(Doctrinal Approach)(제3장)에서 다루기로 한다.

사례연구에 있어서 문제는 우리나라에는 음란물의 저작물성을 직접적으로 다룬 사례가 거의 없다는 점이다. 그런데 영국과 미국에는 관련 사례가 어느 정도 축적되어 있다. 우리나라가 판례를 법원으로 하는 판례법주의 국가는 아니지만 저작권이라는 제도 자체가 외국으로부터 이식된 제도라는 점, 세계화 시대에 특히 인터넷 매체의 영향으로 국경 없는 거래가 많아지고, 나아가 포르노와 같은 성인용 영상물이 인터넷을 통해 국경을 넘나드는 일이 매우 자연스러운 현상이 되고 있다는 점, 음란물의 성행과 규제에 관한 문제가 어느 특정국가의 특유한 쟁점이라기보다는 사람이 사는 곳에는 언제나 있어 왔던 인류 보편의 문제라는 점 등을 고려한다면, 비록 우리나라의 판례는 아니지만 영미 국가의 판례에 대한 연구를 통해 우리의 현안을 해결하는데 일정 정도의 시사점을 얻을 수는 있다고 본다.

## 1. 음란물의 저작물성 논의

음란물이 저작권법상 보호되는 저작물에 해당하는가의 논의는 주로 저작권 침해구제 소송의 피고의 항변<sup>20)</sup> 판단에서 논의되어 왔다. 영국과 미국의 법원판결

20) 우리 법체계, 특히 입증책임론에서 보면 저작권침해소송의 원고인 저작권자는 보호를 구하는 자신의 작품이 저작권법상 보호요건을 갖추었다는 것, 즉 “저작물성”(copyrightability)을 주장·입증해야 한다. 그런 점에서 음란한 내용이라는 이유로 저작물성이 없다는 피고의 주장은 소송법 또는 입증책임분배론에서 보면 항변이 아닌 부인에 해당한다. 저작물성에 대한 입증책임은 저작권자에게 있을 뿐 침해자에게 있는 것이 아니기 때문이다. 따라서 본 연구에서 음란성이 저작권침해소송에서 유효한 항변(defense)이 될 수 있는가 하는 것은 우리 소송법, 입증책임분배론 체계와 맞지 않는 것이라 하겠으나, 항변사항이든 부인사항이든 간에 그와 같은 소송법적 논의와 별개로, 즉 주장

을 보면 Mitchell 판결을 분기점으로 하여 그 이전까지는 음란물에 저작물성을 부인하던 입장에서 인정하는 쪽으로 변경되었다.<sup>21)</sup> 이하에서는 Mitchell 판결 이전과 이후로 나누어 주로 영국과 미국의 판결을 중심으로 음란물의 저작물성에 관한 논의를 살펴본다.

### 가. Mitchell 판결 이전

일찍이 영국의 한 법원은 매춘부가 자신의 사랑을 고백서 형태로 그린 책 ("Memoirs of Harriette Wilson")을 허락 받지 않고 출판한 자를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 ‘매우 외설스러운 내용’(highly indecent matter)이 담겼다는 이유로 원고 청구를 기각하였다(1826년 Stockdale 판결).<sup>22)</sup> 이때 채용된 논리는 뒤에서 자세히 논의할 “더러운 손”(Unclean Hands) 이론이었다. Stockdale 판결의 영향을 받은 최초의 미국 법원 판결로 이 분야에서 널리 알려진 것은 1867년의 Martinetti 판결이다.<sup>23)</sup> 원고가 보호를 구하는 작품은 "Black Rook"이라는 연극(play)인데 원고는 피고의 "The Black Crook"에 대하여 저작권침해를 주장한 사안에서, 원고와 피고 작품 공히 몸에 꼭 끼는(곡예사가 입는) 살색 옷을 입고 나오는 매우 외설스러운 연극으로서 저작권보호대상이 아니라는 판결을 선고했다.<sup>24)</sup> 법원은 원고 작품에 독창성(originality)이 없다는 이유로 원고 작품의 저작물성을 부인하였을 뿐, 명시적으로 음란하다는 이유로 원고 작품의 저작물성을 부인한 것은 아니다. 하지만 매우 기묘한 옷을 입거나, 옷을 아예 걸쳐 입지 않은 여성의 도발적인 옷차림이 법원 판결에 영향을 미친 것은 사실이다.<sup>25)</sup>

---

입증에 실패한 경우 그 불이익을 누가 안게 되는가와 별개로, 실체법적 측면 즉 음란성이 저작물성을 배제하는 소극적 요건인가 하는 측면에서, 이하 논문에서 “항변”(defense)이라는 말을 그대로 사용하기로 한다는 점을 미리 밝힌다.

21) 물론 완전히 변경되었는지에 대해 의문을 표하는 이도 있으나(McDavid, 567면). 대체로 Mitchell 판결 전과 후가 다르다는 것은 인정하고 있다.

22) Stockdale v. Onwhyn, 108 Eng. Rep. 65 (K.B. 1826).

23) Kurt L. Schmalz, *Problems in Giving Obscenity Copyright Protection: Did Jartech and Mitchell Brothers Go Too Far?*, 36 Vand. L. Rev. 403, 406 (1983).

24) Martinetti v. Maguire, 16 F. Cas. 920 (C.C. Cal. 1867) (No. 9,173).

25) Schmalz, 406면.

Martinetti 판결은 음란물에 저작물성을 인정하지 않는다는 명시적인 판단을 한 것은 아니지만, 이후 판결은 음란물을 저작권으로 보호하지 않는다고 할 때 이 판결을 선례로 따르고 있어 이를 이른바 "Martinetti rule"이라고 부른다.

이처럼 초기에는 음란성이 저작물성을 인정하는데 직접적으로 장애가 된다는 판단은 회피한 채 저작물성의 요건 중 하나인 독창성(창작성)이 없다는 것을 들어 저작물성 주장을 배척하는 것이 일반적이었다고 할 수 있는데, 직접적으로 음란물에 대해 저작물성을 인정하지 않는다는 판결도 있다. 원고의 노래("Dora Dean")의 노랫말 중에 "She's the hottest thing you ever seen"이라는 부분이 있는데 그중 "hottest" 부분이 문제된 사안에서 법원은 노래의 합창부에서 사용된 "hottest"라는 부분이 상스럽고 천박한 내용(indelicate and vulgar meaning)이라는 이유로 이 노래는 저작권에 의해 보호받을 수 없다고 판결하였다(1898년 Broder 판결).<sup>26)</sup> 법원은 명시적으로 부도덕한 성격의 음악작품에 대해 저작권으로 보호하지 않음을 천명한 것이라고 한다.<sup>27)</sup> 공중에 위해를 주는 음란물의 작가의 권리도 공중도덕을 전복시키는 것으로부터 공중을 보호해야 하는 법원의 책무에 우선할 수 없다는 이유로 저작권보호를 배제한 판결(1895년 Shook 판결)<sup>28)</sup>도 같은 맥락에 있다고 할 수 있다. 혼외정사를 그린 통속소설에 대해 자유연애를 옹호하고 간통을 정당화하는가 하면 결혼을 지루한 것으로 묘사하였다는 이유로 저작권보호를 인정하지 않은 판결도 넓게 보면 음란성을 이유로 저작물성을 인정하지 않은 사례라고 할 수 있다(1916년 Glyn 판결).<sup>29)</sup>

저작권보호에 관한 헌법조항의 해석을 통해 저작물성을 부인하기도 한다. 연극 "X-Rays of Society"에서 법원은 작품성이 부족하다는 이유로 저작권보호에서 배제하였지만, 사실은 여주인공이 맨살이 드러나게 옷을 입은 것 때문에 원

26) Broder v. Zeno Mauvais Music Co., 88 F. 74, 79 (C.C.N.D. Cal. 1898).

27) Dan W. Schneider, *Authority of the Register of Copyrights to Deny Registration of a Claim to Copyright on the Ground of Obscenity*, 51 Chi.-Kent L. Rev. 691, 696 (1975).

28) Shook v. Daly, 49 How. Prac. 366 (N.Y. Sup. Ct. 1895). 이 사건에서 보호를 구한 작품은 연극("Rose Michael")이었다. 이와 같이 주로 19세기에 사실상 음란물이라는 이유로 저작권보호 대상에서 배제되었던 장르의 작품에는 연극이 다수를 차지하였다. 이는 영상물이 나오기 전에 대중에 친숙한 장르가 연극이었다는 데서 쉽게 이해할 수 있다.

29) Glyn v. Weston Feature Film Co., [1916] 1 Ch. 261.

고의 청구를 기각한 것이다. 법원이 표면상 내세운 이유는 헌법의 지적재산권 보호조항, 즉 "promote the progress of science or the useful arts"를 들어, 원고의 작품에 이와 같은 요소가 없다는 것이다.<sup>30)</sup> 저작권보호의 대상이 되기 위해서는 도덕성을 고양시키고 청중의 지성을 고양시켜야 하는데 그렇지 않았다고 함으로써, 음란물이 저작물로 될 수 없음을 사실상 암시하고 있다(1903년 *Barnes* 판결).<sup>31)</sup> 한편 뉴욕주 법원은 원고의 풍자적인 성격의 스트립 댄스에 대하여 미국 헌법의 지적재산권보호 조항의 요건을 갖추는데 실패하였다는 이유를 들어 원고작품에 대한 저작물성을 부인하였다(1963년 *Dane* 판결).<sup>32)</sup> 이 판결은 음란물이기 때문이라기보다는 창작성의 부재를 들어 저작권침해를 부인한 것이다.

이상의 판결에 의하면, 미국 헌법과 저작권법이 음란물을 저작권보호의 대상에서 명시적으로 배제하고 있지 않지만 법원은 다양한 법리에 의거 저작물성을 부인해 왔다.<sup>33)</sup> 그 예로 *Stockdale* 판결은 "Unclean Hands" 이론으로 저작물성을 배제하였고, *Martinetti* 판결은 독창성(originality)이 없다는 이유로 기각하였으며, *Cain* 판결은 전체설에 따라 부분적으로 음란한 것은 괜찮다고 보아 저작권침해를 인정된 사례이고, *Dane* 판결은 음란성 보다는 창작성, 유용성 부재로 기각한 사례이다.<sup>34)</sup> 이처럼 이유는 다양하지만, 어디까지나 음란성이 있는 작품을 저작물로 보호할 것인가가 재판의 쟁점이 되었다는데서, 저작물성은 논하지도 않고 음란성 자체만으로 보호여부를 판단한 다음 나.항의 판결들과 구별이 된다.

---

30) Schmalz, 406면 중 각주 21번

31) *Barnes v. Miner*, 122 F. 480, 492-493 (C.C.S.D.N.Y. 1903).

32) *Dane v. M. & H. Co.*, 136 U.S.P.Q. (BNA) 426 (N.Y. Sup. Ct. 1963).

33) Schmalz, 405면

34) 위 논문, 404-409면 후술하는 각주 54번 참조

## 나. Mitchell 판결과 그 이후

음란물에 대해 저작권법상 보호를 할 것인가 말 것인가는 200년 이상 법원과 학자들 간의 오랜 논의의 대상이었으며,<sup>35)</sup> 음란물에 대해 저작권법적 보호를 하지 않는 정책은 미국법원에서 150년 간 지속되어 왔다.<sup>36)</sup> Mitchell 판결(1979년)과 Jartech 판결(1982년)<sup>37)</sup>에 와서 비로소 영국판결에 영향을 받아 유지되어 온 음란물에 저작물성이 없다는 미국법원의 판결이 사실상 포기되기에 이른다.<sup>38)</sup>

Mitchell 판결은 음란물이라는 것이 저작물성을 배척하기 위한 적법한 항변이 될 수 없다는 것을 천명했는데, 그 논거로 제시된 법적 쟁점이 꽤 많고 내용이 매우 풍성하다.<sup>39)</sup> 결론에 이르게 된 자세한 논의는 음란물의 저작물성에 관한 논의(다음 장)에서 하기로 하고 이곳에서는 사안과 결론만을 간단히 언급하기로 한다.

원고는 영화 "Behind the Green Door"를 적법하게 저작권 등록을 한 영화사이고, 피고는 원고의 허락을 받지 않고 위 영화를 복제하여 극장에 상영한 극장주와 개인이었다. 원고는 피고들을 상대로 저작권침해금지소송을 제기하였고, 피고들은 원고의 영화가 음란한 것이므로, 형평법상 항변(equitable rubic of unclean hands)을 했으며, 1심법원은 피고들의 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하였다. 연방 제5 항소법원은 원심을 파기하고 음란성은 저작권침해소송에서 적법한 항변이 될 수 없다고 판결하였다(1979년 Mitchell 판결).<sup>40)</sup> Mitchell

35) 위 논문, 403면

36) Jeremy Phillips, *Copyright in Obscene Works: Some British and American Problems*, 6 Anglo-Am. L. Rev. 138 (1977).

37) *Jartech, Inc. v. Clancy*, 666 F.2d 403 (9th Cir.), cert. denied, 103 S.Ct. 59 cert. denied, 103 S.Ct. 179 (1982) (이하 "Jartech 판결"이라 함).

38) Schmalz, 403면

39) 미국 저작권법학의 대가 중 가장 유명한 학자라 할 수 있는 Nimmer는 그의 저서에서 연방 제5 항소법원의 Mitchell 판결에 대하여 음란물이 저작권으로 보호받을 수 있는가라는 쟁점에 관한 가장 사려 깊고 포괄적인 분석을 하고 있다(the most thoughtful and comprehensive analysis of the issue)는 평가를 내리고 있다. NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, § 2.17, p. 2-194.2 (1980).

40) Mitchell 판결의 경과와 개요에 대해서는 Mitchell 판결, 852면 참조

판결은 1979년에 선고되었지만 적용된 법은 1978년 개정되기 전인 1909년 저작권법이었다. 1978년 개정 저작권법 하에서 내려진 음란물의 저작물성에 관한 최초의 판결은 *Jartech* 판결이라고 할 수 있다(1982년 *Jartech* 판결). 이 사건에서 원고는 성인영화 제작 배급자이고 피고는 Santa Ana 시의 시의회(city council)의 4명의 의원들과 시의회 변호사이다. 시가 성인영화 성인영화관을 규제하는 규제를 만들어 원고 영화사의 허가를 취소하기로 결의하고, 성인영화 극장에 몰래 들어가 몇 장면을 찍고 대사도 스크립트해서 시의회에 제출하자, 시의회는 이를 근거로 이 극장의 허가를 취소하였다. 원고는 시의회 의원들 및 그에 의해 고용된 변호사를 상대로 저작권침해금지 소송을 제기한 사건에서 법원은 음란성은 저작권침해 주장에 대한 항변이 될 수 없다는 이유로 원심 판결의 견해를 뒤집었다.<sup>41)</sup>

한편 *McDavid*에 따르면 물론 위 두 판결(*Mitchell* 판결과 *Jartech* 판결)이 음란물에 저작물성을 인정하였다는 점에서 의미가 있기도 하지만, 어떤 점에서는 고작 두 건의 항소심 판결(5, 9항소법원)일 뿐인데, 지방법원 판결들은 아예 이에 도전하는 기미가 보이지 않는다고 평가하면서, 그렇다고 해서 음란물에 저작권을 부여하자는 견해가 확립된 것 같지도 않고 음란물에 저작권을 부여해서는 안 되지 않는가 하는 필요와 요구는 위 두 판결에도 불구하고 끊임없이 지속되어 왔고 지금도 내연, 내재되어 있다고 한다.<sup>42)</sup> *Mitchell* 판결 선고 후 미국 내에서 반드시 이 판결을 따르지 않고 여전히 "Unclean Hands"가 저작권침해 주장에 대한 항변이 되는지에 논란을 일으키는 판결로 *Devils* 판결(1998년)을 든다.<sup>43)</sup> 그런데 이 판결은 우리 법체계로 말하자면 보전처분으로서 본안판결이 아니다.<sup>44)</sup> 원고의 저작권으로 보호되는 음란물에 대하여 피고가 허락없이 복제하여 갖고 있는 사안에서 원고가 그 복제물의 사용금지를 구하는 임시처분(preliminary relief) 신청을 하였으나, 원고 행위의 형사적 범죄성에 비추어 불

41) 다만, 이 사건에서 증거 수집 목적으로 극장에서 몰래 음란영화를 촬영한 것은 상업적 목적의 사용이 아닌 공정이용(fair use)에 해당한다는 원심 판단을 유지하였다. *Jartech* 판결, 405-407면.

42) *McDavid*, 567면.

43) 위 논문, 569면.

44) *Devils Films v. Nectar Video*, 29 F. Supp. 2d 174 (1998) (이하 "*Devils* 판결"이라고 함).

때 법원은 그런 불법적인 원고를 도와서는 안 된다고 하면서,<sup>45)</sup> Mitchell 판결과 Jartech 판결에 정면에 배치되는 판결을 선고하였다. 이 판결은 그 판시 이유에서 스스로 이 사건이 임시처분이라는 점에서 음란물이라는 것이 저작권침해주장에 대한 항변이 될 수 있는가에 대해서는 판단할 필요가 없다고 하고 있으며,<sup>46)</sup> 항소하지 않고 확정됨으로써 그 자체가 선례로서 큰 의미를 지니는 지 의문이 있다. 그 점에서 Mitchell 판결을 뒤집은 판결이라거나 그 자체가 하나의 선례로 남을 만한 것이라고 단정하기는 어렵다고 생각된다. 오히려 비교적 최근 사건으로서 비디오 영상물이 음란한 것으로 판명되더라도 이것이 저작권침해에 대한 항변이 될 수 없다는 판결(2004년 Nova 판결)이 선고됨으로써 Mitchell 판결과 Jartech 판결이 유지되고 있음을 알 수 있다.<sup>47)</sup>

## 2. 음란성 판단 기준의 변천

음란성의 정의 또는 기준에 관한 일반론은 본 연구의 관심사가 아니다. 그러나 음란물이 저작권보호 대상인가 아닌가를 논함에 있어 음란물의 저작물성을 직접 다루지 않으면서도 사실상 저작권으로 보호하거나 보호하지 않을 수 있다는 점에서 지나칠 수 없다. 음란성이라는 잣대를 달리 적용함으로써 음란물의 저작물성이라는 어려운 질문을 회피하는 것이다. 따라서 본 연구의 주제는 아니지만 음란성에 관한 기준이 저작물의 보호와 관련되는 한 연구의 범위 내에서 다루어야 할 필요가 있다. 음란성에 관한 기준은 다음에서 보는 바와 같이 몇 단계에 걸쳐 변화해 왔다.<sup>48)</sup>

음란성이 보통법(common law) 상 범죄가 되기 위한 기준을 제시한 판결로 Hicklin 판결이 있다(1868년 Hicklin 판결).<sup>49)</sup> 이 판결은 두 가지 기준을 제시하

45) 이점에서 "Unclean Hands" 항변의 부활이라고 할 만하다. Devils 판결, 175-176면.

46) Devils 판결, 176-177면.

47) Nova Products v. Kisma Video, 2004 WL 2754685 (S.D.N.Y.), 3 (2004) (not reported).

48) 다음의 논의는 주로 영국과 미국을 중심으로 한다.

49) Regina v. Hicklin 3 L.R.-Q.B. 360 (1868).

였는데, 첫째 음란물이 그 사회(공동체)의 가장 민감한 사람(the most sensitive persons)에게 영향을 주었는가, 둘째 내용이 전반적으로 부도덕할 필요는 없고 “특정한 부분”(specific obscene passages)이라도 음란하면 족하다는 이른바 Hicklin test는 20세기까지 일정 정도 유지되었으며, 미국 판결에 영향을 주었다.<sup>50)</sup> 논의의 편의상 이를 “특정인설”과 “부분설”이라고 부르기로 한다.

Hicklin 판결은 미국 법원 판결에 지속적인 영향을 미쳤는데, Ulysses 판결에 와서 폐기되기에 이른다(1934년 Ulysses 판결).<sup>51)</sup> 이 판결에서 법원은 결과적으로 제임스 조이스의 대작 율리시즈를 미국사회에 들어올 수 있도록 허용하였는데, 그 이유로 저자가 독자의 외설스러운 흥미에 호소하려는 의도를 가지고 있지 않았다는 것을 들었다. 일반론으로 법원은 음란물인지 여부를 가림에 있어서 그 지역의 가장 민감한 독자가 아니라 그 공동체의 평균인을 불쾌하게 하는지와 작품을 전체적으로 평가해야 한다고 보았다는 점에서 Hicklin test중 특정인설을 폐기한 것으로 평가되고 있다.<sup>52)</sup> 논의의 편의상 이를 “평균인설”이라고 전제한다.

한편, Hicklin test의 부분설을 폐기한 판결이 Cain 판결이라고 할 수 있다 (1942년 Cain 판결).<sup>53)</sup> 주인공 남녀가 교회 제단에 매우 추잡한 행위를 하여 신성을 더럽히는 소재로 되어 있는 영화("When Tomorrow Comes")에 대하여 법원은 음란물을 저작권으로 보호하지 않는 이른바 Martinetti rule을 채용하지 않고 US Post Office가 메일에서 포르노그래피를 배제하는 데 사용했던 음란물 정의를 그대로 사용하였다. 즉 음란성 여부를 “전체적으로”(as a whole) 살펴야 하고,<sup>54)</sup> “도덕을 부패시킬 직접적인 경향”(direct tendency to corrupt morals)이 있다면 그 작품을 금지시켜야 한다는 법칙을 따르고 단지 음란하고 추잡한 언어사용만으로는 음란하다고 보지 않았다. 실제 이 영화에서 교회 제단에서 신성을

---

50) Schmalz, 410면

51) U.S v. One Book Called "Ulysses", 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933), aff'd, 72 F.2d 705 (2d Cir. 1934).

52) Schmalz, 410-411면

53) Cain v. Universal Pictures Co., 47 F. Supp. 1013 ( S.D. Cal. 1942).

54) 영국의 Hicklin test (1868)의 하나인 부분설과 배치되는 것으로서 “전체설”이라고 할 수 있겠다.

모독한 여자주인공은 죽임을 당하여 결과적으로 부도덕성을 치유하는 도덕적인 엔딩으로 끝맺는다.<sup>55)</sup> 참고로 저작권배제를 위한 음란물 기준은 우편법(Postal Statute)에 관한 기준과 같은 것으로 다루어지고 있다고 한다. 즉 Mitchell 판결 이전 음란물을 저작물로 보호하지 않았던 과거 판결에서도 관련 사법절차에서 음란하다고 인정되지 않는 한(바로 위 Cain 판결), 그 작품에 위험성이 내재되어 있다고 하더라도 그 사실만으로 저작물성이 없다고 하지 않는다는 것이다.<sup>56)</sup>

그 후 음란성의 기준에 관한 여러 판결에서 격렬한 논란이 있었는데,<sup>57)</sup> 드디어 Miller 사건에서 주법이 음란물을 규제하기 위해서는 다음 3가지 요건을 최소한 갖추어야 한다고 판결하였다(1973년 Miller 판결).<sup>58)</sup>

- 1) 주법이 명백히 금지된 행위를 명시해야 한다.
- 2) 성문법은 전체적으로(as a whole) 외설스러운 성적 호기심에 호소하고 명백히 불쾌한 방법으로 성적행위를 묘사하는 작품에만 적용되어야 한다.
- 3) 금지된 물건(material) 또는 행위는 진지한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치를 결해야 한다.

이로써 Ulysses 판결로도 폐기되지 않고 남아 있던, 전체적으로 음란할 필요는 없고 부분적으로라도 음란하면 음란물로 인정될 수 있다는 Hickin test의 나머지 부분(부분설)이 완전히 폐기되기에 이른다. 여기에 덧붙여, 연방대법원은 명백히 "a national obscenity standard"를 거절하였다. 즉 "national standard"가 아닌 "contemporary community standards"를 적용해야 한다고 한다. Miller 판결은 미국 대법원이 음란성에 대한 현대적 정의를 최초로 세웠다는 점에서 의의가 작지 않으며, 앞서 본 Mitchell 판결(1979년)과 Jartech 판결(1982년)에 큰 영향을 미치게 된다.

55) Cain 판결, 1018면

56) NIMMER, 전제서, 2.197면(§ 2.17).

57) 대표적으로 다음 판결 참조 Roth v. U.S., 354 U.S. 476 (1957); *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

58) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

결론적으로 위와 같이 평균인설, 전체설을 따르는 한, 음란물의 범위가 축소될 수밖에 없고, 그만큼 저작물로 보호될 소지가 넓어지게 된다는 점에서 본 연구에서 음란성의 기준의 변천을 고찰하는 의의가 있는 것이다.

### 3. 우리나라 판결

우리나라 판결 중에 음란성이 저작물성을 인정하는데 방해가 되는가를 직접적으로 논의한 판결은 극히 드물다. 현재까지 단 한 건의 판결이 있을 뿐이다. 그 밖에 본 장의 서론에서 언급한 바와 같은 방법론에 따라 음란물의 저작물성을 직접 다루지는 않지만 넓게 보면 간접적으로 이 쟁점과 관련 있는 음란성의 개념과 정도, 그리고 그 변화를 읽을 수 있는 판결이 수 건 있다. 이하에서는 이 두 그룹을 나누어 살펴보기로 한다.

#### 가. 음란물의 저작물성 논의

지금까지 음란물도 저작권법에 의한 보호가 가능한가를 직접적으로 판단한 판결은 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결(이하 “여대생 누드사진” 사건)이 유일하다. 이 사건은 사진작가인 원고가 제작한 누드 사진이 일본의 시사주간지 ‘플래쉬(FLASH)’ 51호(1987. 12. 8.자)에 “한국으로부터의 누드 비장 사진을 일거 대공개”라는 제목으로 제32면 내지 제35면에서 원고를 소개하는 기사와 함께 사진 11점이 게재되었는데, 피고 잡지사들(월간 직장인, 월간 뷰티라이프)이 위 플래쉬에 게재된 사진 중 일부를 각기 “한국여대생, 연예인 누드사진이 포르노로 둔갑”, “사진예술작품들 일본으로 건너가 포르노성 기획으로 전략”이라는 제목 하에 신게 되었다. 물론 이 과정에서 원고의 허락이 없었는바, 원고가 피고 잡지사들과 그 발행인을 상대로 제기한 저작권침해 등을 이유로 하는 손해배상청구 사건에서 법원은 “원고의 위 사진들은 형법의 제재를 받아야 할 음란물이라고 볼 수 없을 뿐더러 예술의 범위에 속하는 창작물로 저작권법의 보호대상이 된다”라고 판단한 후에, 나아가 “저작권법의 보호대상인 저작물이라 함은

사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다 할 것이다”라고 판결하였다.

판결에서 보는 바와 같이 피고들은 위 누드사진이 음란물이고 따라서 저작물성이 인정되지 않는다고 주장하였으나 법원은 형법상 음란물이 아니라고 보았고, 비록 가정판단이기는 하지만 음란물로 보더라도 그것이 저작권법상 저작물로 보호받는데 지장이 없음을 명시적으로 판단한 것이다. 이는 미국의 Mitchell 판결이나 Jartech 판결에 비교될 만한 판결이라고 할 수 있다. 다만 여대생 누드사진 판결이 Mitchell 판결, Jartech 판결과 같은 정도의 의미를 갖는가는 좀 더 생각해 볼 일이다. 왜냐하면 Mitchell 판결 등은 그 판결이 선고되기까지 그와 상반되는 많은 판결이 있었고, Mitchell 판결에서 이전 판결을 조목조목 비판하여 마치 새로운 법을 만든 것과 같은 충분한 논리가 전개되었으나, 위 여대생 누드사진 판결은 그렇지 않고 결론에 해당하는 부분만이 적시되었기 때문이다. 물론 법관이 판결을 작성하는 것이 하나의 입법으로서 법관의 입법형성적 기능이 강조되는 영미법계 국가와 우리와 같은 대륙법계 국가, 즉 성문법을 해석·적용하는 역할이 주된 임무이고 판례의 입법형성적 기능이 사실상 인정되기는 하지만, 어디까지나 제한적이고 얼마든지 성문법에 의해 바뀔 수 있는 국가의 판결을 단순 비교하기는 어렵다. 그런 점에서 여대생 누드사진 판결의 내용이 Mitchell 판결이나 Jartech 판결과 같은 내용의 정치함과 논리의 치밀함을 갖추지 못한 것을 비판한다거나 그것만으로는 우리 법원이 음란물도 저작물로 보호하는 판결을 내린 것이 아니라고 단정할 수는 없다. 다만 지적하고자 하는 것은 위 판결 외에 달리 입법적 노력이나 후속되는 학계의 논의가 거의 없었다는 점에서, 그리고 이후 유사 사건에서 이 판결을 따르는 판결이 이어 나오지 않고 있다는 점에서 이 판결이 판례로서 관련 후속 사건에 영향을 미칠 지는 미지수라 하겠다.

또한 Mitchell 판결이나 Jartech 판결에서 문제되었던 대상이 되는 음란물은 모두 영상물이고 음란물 여부에 대해 논란이 없을 정도였는데 반해, 위 여대생 누드사진 판결의 경우 여러 장의 누드사진으로서 예술성을 어느 정도 갖추고 있

다는 점에서 위 여대생 누드사진 판결이 음란의 정도가 심하여 예술성이 인정되지 않은 포르노그래피에까지 저작물성을 인정하는 것이라고 이해하기는 쉽지 않다.<sup>59)</sup> 판결 자체에서도 “문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다 할 것이다”라고 함으로써, “문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것”을 전제로 한다는 점에서 예술성을 갖추지 않은 음란물은 저작물로 보호되지 않을 가능성을 열어놓고 있기 때문이다. 물론 위 판시 내용 중 “문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것”이라는 것은 반드시 문학, 학술 또는 예술의 범위 내에 있어야 하는 것을 의미하는 것이 아니라고 볼 소지도 있다. 2006년 저작권법 개정에 따라 저작물의 정의규정이 이에서 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”로 된 것은 저작물이 반드시 문학, 학술, 예술의 범주에 속해야 하는 것이 아니라는 것을 확인한 것이기 때문이다. 그러나 저작권법상의 이런 논의와 별개로 음란 개념에 있어서 예술성, 예술적 가치는 다른 차원에서 논의가 필요하다. 즉 위 여대생 누드사진 판결에서 “예술의 범위에 속하는 것”이라면 비윤리적인 것도 저작물로 인정될 수 있다고 한 것이 통상적인 저작물의 주제(subject matter)가 되는 것을 개정 전 저작권법의 조문에 따라 기재한 것인지, 아니면 모든 음란물을 저작물로 보호한다는 것이 아니라 예술성을 갖춘 음란물만을 저작물로 보호한다는 것인지가 명확하지 않다고 볼 수 있다. 그러나 판시의 내용이 개정 전 저작권법의 조문을 그대로 옮겨왔다는 점에서 전자로 해석하는 것이 일응 옳다고 여겨진다. 따라서 위 여대생 누드사진 판결은 예술성, 예술적 가치의 유무를 별론으로 하고 인간의 사상과 감정을 표현한 것이라면<sup>60)</sup> 비윤리적이거나 하더라도 저작물성을 인정하는데 방해가 되지 않는다고 판시한 것으로 이해할 수 있다고 생각한다. 즉 위 여대생 누드사진 판결에서 “문학, 학술, 예술의 범위에 속하는”의 의미는 다소 상투적이고 관용적인 의미 그 이상도 이하도 아니라고 보고, 그것이 우연히 음란성 판단

59) 예컨대 음란의 정도가 심한 하드코어 포르노그래피에까지 위 원칙이 적용될 지는 미지수다.

60) 개정 전후 저작권법상 저작물 정의 규정에 대한 해석에서 “문학, 학술, 예술의 범위”라는 것은 인간의 사상과 감정을 표현하는 것으로서 포괄적인 내용으로 이해되어 왔다. 오승중, 저작권법, 박영사(2007), 40-41면.

의 요소인 “예술성”, “예술적 가치”와 연결되지만, 저작물성을 인정하는데 있어서 음란물을 배제하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 생각이다. 만약 그렇게 보지 않는다면 그 뒤에 이어 나오는 “윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도”라는 내용은 논리에 있어서 모순이 되기 때문이다.

결론적으로 논란의 여지가 전혀 없는 것은 아니지만 위 여대생 누드사진 판결은 우리나라에서도 음란물이 저작물성을 갖춘다면 저작물로 보호받을 수 있고 음란물이라는 이유만으로 저작물성이 배제되지 않는다는 것을 확인한 매우 중요한 판결이라 할 수 있다.

한편, 위 여대생 누드사진 판결에는 음란물의 저작물성 외에도 저작권재산권의 제한으로서 “공표된 저작물의 인용”, “동일성 유지권”과 같은 쟁점에 대한 판단도 있다. 그런데 이런 쟁점은 모두 음란물에 대해서도 저작물성을 인정하였기 때문에 가능한 논의라는 점에서도 위 판결이 음란성 여부와 관계없이 저작물이 성립될 수 있음을 인정한 판결이라고 보는 데는 문제가 없다고 생각한다.

## 나. 음란성 판단 기준의 변천

영미법계 국가에 비해 음란성이 재판의 쟁점이 된 사건은 상대적으로 많지 않다. 여러 가지 원인이 있을 수 있지만 성문화와 이를 표현하는 문화의 차이에서 비롯된 것이라고 볼 수 있고 법률문화의 차이에서 기인하는 측면도 있다고 생각된다. 이하에서는 특정한 관점으로 묶을 수 있는 우리나라 판결을 소개하기로 한다.

### 1) 객관설

우리나라 법원은 음란성 판단에 있어 행위자의 주관적 의사를 기준으로 하지 않고 객관적으로 보는 입장을 견지해 오고 있다. 대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879 판결(“누드 성냥갑” 사건)에서 “침대위에 비스듬히 위를 보고 누워있는 본건 천연색 여자 나체화 카드 사진이 비록 명화집에 실려 있는 그림이라 하여도 이것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위해서 이용하는 것이 아니고, 성

냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드 사진을 복사 제조하거나 시중에 판매하였다고 하면 이는 그 명화를 모독하여 음화화 시켰다 할 것이므로, 이러한 견지에서 이를 음화라고 본 원심판단은 정당하고, 피고인들은 본건 그림의 음란성을 인식하지 못하였다 하여도 그 음란성의 유무는 그 그림 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 제조자나 판매자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니다”라고 함으로써, 객관적 입장을 지키고 있다.<sup>61)</sup> 이는 음란물을 규제하는 형법을 적용하는 과정에서 행위자의 주관적 의사에 따라 범죄성립 여부를 달리 할 수 없다는 것으로서 당연한 귀결이라 할 수 있는바, 아래에서 거론하는 거의 모든 사건에 공히 적용되고 있다.

## 2) 전체설

법원은 대체로 특정 부분이 음란한 표현으로 되어 있다고 하더라도 전체적으로 보았을 때, 그렇지 않다면 음란물로 인정할 수 없다는 입장을 견지해 오고 있다.<sup>62)</sup> 이는 미국의 이른바 Miller rule과 일치한다고 할 수 있다. 즉 내용이 전반적으로 부도덕할 필요는 없고 “특정한 부분”(specific obscene passages)이라도 음란하면 족하다는 이른바 Hicklin test (“부분설”)는 “전체적으로(as a whole) 외설스러운 성적 호기심에 호소하고 명백히 불쾌한 방법으로 성적행위를 묘사하는 작품에만 적용되어야 한다”라는 Miller rule (“전체설”)에 의해 폐기되었는바,<sup>63)</sup>

---

61) 같은 취지의 판결로 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1550 판결(“월간 부부라이프” 사건)이 있다. “형법 제243조에 규정된 음란한 문서 또는 도화(이하 음란도서라 한다)라 함은 성욕을 자극하여 흥분시키고 일반인의 정상적인 성적정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 도서를 말하며 그 음란성의 존부는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 도서자체에 의하여 판단되어야 할 것인바, (...) 성행위 등 성관계를 노골적이고 구체적으로 묘사하여 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것이어서 소론이 주장하는 성교육을 위한 성계몽 지도서의 한계를 벗어나 위 법조 소정의 음란성의 요건을 충족하고 있다.”

62) 대표적인 초기판결로 대법원 1975. 12. 9. 선고 74도976 판결(“소설 반노” 사건)이 있다. 관련 판시내용은 다음과 같다. “소설 반노의 13장 내지 14장에 기재된 사실을 그 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극시키거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고 볼 수 없고 더욱이 그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 경우에는 이 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다.”

우리 법원의 판결은 음란성을 판단함에 있어서 위 전체설을 따르고 있다고 할 수 있다.<sup>64)</sup>

### 3) 음란성과 예술성의 상관관계

우리 법원 판결은 대체로 성 표현의 정도와 수준만으로 음란성을 판단하지 않고 예술성이 가미되어 있으면 위 전체설 하에서 음란성이 없는 것으로 보기도 하는데, 예술성이 있다고 해서 바로 음란성이 부정되는 것도 아니다. 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889 판결(“음란도화” 사건)에서 “예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로 어느 예술작품에 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이고, 다만 그 작품의 예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있을 뿐이다”라고 하였다. 세인들의 많은 관심을 모았던 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결(“즐거운 사라” 사건)에서 “나아가 그러한 묘사부분이 양적, 질적으로 문서의 중추를 차지하고 있을 뿐만 아니라 그 구성이나 전개에 있어서도 문예성, 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극완화의 정도가 별로 크지 아니하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 밖에 인정되지 아니하는바, (...) 작가가 주장하는 ‘성 논의 해방과 인간의 자아확립’이라는 전체적인 주제를 고려한다고 하더라도 음란한 문서에 해당되는 것으로 보지 않을 수 없다. (...) 문학작품이라고 하여 무한정의 표현의 자유를 누려 어떠한 성적 표현도 가능하다고 할 수는 없고 그것이 건전한 성적 풍속이나 성도덕을 침해하는 경우에는 형법규정에 의하여 이를 처벌할 수 있다”라고 판결하였다.

법원 판결은 성적 자극을 완화 또는 감소시키려는 노력이 있는가를 중요하게 본다. 성적 자극의 완화, 감소 여부 및 정도에 관한 법원판결을 살펴보면 다음과

63) 위 각주 58번의 본문 내용 참조

64) 전체설을 따르고 있는 판결로는 다음 참조 서울지방법원 2001. 6. 14. 선고 2000노7104 판결(“만화 천국의 신화 소년용” 사건). “앞서 음란성 기준에서 판단한 바와 같이 이 사건 만화 전체 중 위 장면 하나만으로 이 사건 만화가 미성년자들에게 음란성을 조장할 우려가 있다고는 보기 어렵다 할 것이다.”

같다. 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결(“음화소지” 사건)에서 “형법 제 243조의 음화등의반포등죄 및 제244조의 음화등의제조등죄에 규정한 음란한 도화라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 도화의 음란성의 판단에 있어서는 당해 도화의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 당해 도화의 구성 또는 예술성 사상성 등에 의한 성적자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 도화를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토하는 것이 필요하고 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 한다”라고 전제한 후에, 성적자극을 감소, 완화시키는 요소가 있는 3건(산타페(Santa Fe), 엘르(ELLE), 유연실/이브의 초상)에 대해서는 음란물로 보지 않고, 에이스(원제목 : SEXY STAR NUDE PROFESSIONAL PHOTO SENSUALITY ACE)에 대해서는 예술성 등 성적자극을 감소 완화시키는 요소를 발견할 수 없을 뿐더러 그 사진 전체로 보아 선정적 측면을 특히 강조하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되므로 위 사진첩은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정된다고 판결하였다.

한편 성적 자극의 완화의 정도를 예술의 장르에 따라 다르게 보기도 한다. 관객석으로부터 얼마 떨어져 있지 않은 곳에 연기가 행해지는 연극은 영화 또는 방송과는 비교가 될 수 없을 정도로 성적 자극의 전달이 강하다는 점에서 나체 상태의 연기 때마다 무대조명을 어둡게 조절한 것만으로는 성적 자극이 완화되었다고 볼 수 없다고 하였다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결(“공연음란 연극” 사건)).

끝으로 비교적 최근에 선고된 대법원 판결(2008. 6. 12. 선고 2007도3815 판결(“인터넷 야설” 사건))을 소개한다.

‘음란’이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말하는바(대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 등 참조), 음란성에 관한 논의는 자연스럽게 형성·발전되어 온 사회 일반의 성적 도덕관념이나 윤리관념 및 문화적 사조와 직결되고 아울러 개인의 사생활이나 행복추구권 및 다양성과도 깊이 연관되는 문제로서 국가 형벌권이 지나치게 적극적으로 개입하기에 적절한 분야가 아니라는 점을 고려할 때, 위 법리에 따라 특정 표현물을 형사처벌의 대상이 될 음란표현물이라고 하기 위하여는 그 표현물이 단순히 성적인 흥みに 관련되어 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도만으로는 부족하고, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥みに만 호소할 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 지나라하게 표현·묘사함으로써 존중·보호되어야 할 인격체로서의 인간의 존엄과 가치를 훼손·왜곡한다고 볼 정도로 평가되는 것을 뜻한다고 할 것이고, 이를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 사회 평균인의 입장에서 그 전체적인 내용을 관찰하여 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도 3558 판결 등 참조).

(...) ‘음란’이라는 개념이 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이어서, 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 일정한 가치판단에 기초하여 정립할 수 있는 규범적인 개념이므로, ‘음란’이라는 개념을 정립하는 것은 물론, 구체적인 표현물의 음란성 여부도 중국적으로는 법원이 이를 판단하여야 하는 것이다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2266 판결 등 참조).

#### 4) 음란성과 헌법의 “표현의 자유”

표현의 자유의 일환으로 음란물을 창작, 유통시키는 것이 가능한가? 그것과 형법 등에서 음란물을 규제하는 것이 충돌할 때, 헌법상 표현의 자유를 주장할

수 있는가와 관련하여, 매우 의미 있는 헌법재판소 결정이 있다. 이는 표현의 자유에 대한 기존 헌법재판소의 결정을 변경한 것이어서 의미가 크다. 이를 옮겨 보면 다음과 같다.

헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정

음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, 기본권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지 원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과, 모든 음란표현에 대하여 사전 검열을 받도록 하고 이를 받지 않은 경우 형사처벌을 하거나, 유통 목적이 없는 음란물의 단순소지를 금지하거나, 법률에 의하지 아니하고 음란물 출판에 대한 불이익을 부과하는 행위 등에 대한 합헌성 심사도 하지 못하게 됨으로써, 결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다.

이 사건 법률조항의 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것인바, 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 우리 재판소의 의견(헌재 1998. 4. 30. 선고 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 340-341)을 변경한다.

합헌 결정 부분에 대한 재판관 김희옥, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 별개의견(선례변경에 대한 반대)

헌법에 열거되어 있는 기본권의 고유한 보호영역을 확정하는 문제는 위헌성 심사의 첫 단계로서의 중요한 의미를 가지는 것으로서, 개개의 사건에서 문제된 모든 표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함될 수 없음은 자명한 것인바, 언론·출판의 자유의 보호영역에 관한 논의는 언론·출판의 자유에 관한 위헌성 심사를 위한 필수적인 전제가 된다.

한편, 우리 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 명시하고 있으므로, 그 한계를 벗어난 표현은 헌법상 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하지 아니한다고 할 것이고, 이른바 음란 표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하는지, 속하지 않는지는 규범적 개념인 음란의 판단기준을 어떻게 정립하느냐에 따라 달려있는 문제라고 할 수 있다.

그런데 이 사건 법률조항에서 정한 ‘음란’ 개념은 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’, 즉 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”을 뜻한다고 볼 것인바, 이에 의하면 예술의 자유나 학문의 자유 등 정신적 자유의 보호영역에 포함될 수 있는 진지한 문학적, 예술적 가치를 지닌 성적 표현은 ‘음란’ 표현에 해당할 여지도 없는 것이 되고, 결국 이와 같은 ‘음란’ 표현에는 미국 연방대법원이 수정헌법 제1조의 보호영역에 속하지 않는다고 보는 음란물(obscenity) 또는 독일 형법에 규정된 ‘하드코어포르노그래피’와 유사하거나 그 이상의 해악을 지닌 성적 표현만이 해당될 수 있는 것이다. 따라서 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’ 표현은 헌법 제21조 제4항의 헌법적 한계를 벗어난 것이어서, 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다.

위 헌법재판소 결정은 본 연구와 관련하여 굉장히 중요한 의미를 갖는다. 기존의 결정을 변경한 위 헌법재판소 결정에 따르면 하드코어 포르노그래피의 경우 표현의 자유의 영역에 속하지 않게 된다. 그런데 여기에서 말하는 “표현의 자유”는 통상적으로 저작권과 충돌되는 의미에서의 “표현의 자유”가 아니라,<sup>65)</sup> 저작물이 “표현의 자유”의 결과물이라는 점에서 차이가 있다. 음란물을 창작하여 유통시키는 것도 표현의 자유에 속한다고 할 때, 그 표현의 자유와 음란물을 규제하려는 형법 등 금지규정과 충돌이 발생한다는 점에서 의미가 있다.

65) 헌법 제21조 제4항 상의 충돌문제를 말한다.

### 제3절 과거의 논의

음란물을 저작권으로 보호하지 않았던 시대의 판결을 뒷받침하는 이론이나 학설에 대한 간략한 소개를 하고자 한다. 이에 대한 반박은 장을 바꿔 하기로 하고 과거 판례에서 차용했던 이론적 배경을 소개하는데 본 항의 주된 목적이 있는데, 앞서 본 바와 같이 우리나라의 경우는 음란물의 저작물성에 대한 논의 자체가 판례나 학설에서 거의 없었기 때문에 이하에서는 주로 영국과 미국을 중심으로 과거에 음란물을 저작물로 보호하지 않았던 판결에서 이를 뒷받침하는 이론적 근거로 크게 세 가지 정도를 논의하려고 한다. 이는 Mitchell 판결에서도 비판되었던 논의들인데 차례로 살펴보면 다음과 같다.

#### 1. 일반 도덕 이론(The General Moral Principles Theory)

영국과 미국의 형평법원은 공중도덕을 전복시키는 내용의 작품에 대해 법의 도움을 거절해 왔다.<sup>66)</sup> 일찍이 1879년 Drone은 그의 논문에서 법의 보호는 음란하거나 부도덕한 경향을 갖는 출판물에 대해서 미치지 않는다고 말한 적이 있다.<sup>67)</sup> 정의의 법원은 비도덕적 작품의 작가를 보호하는데 원조하지 않을 것이라는 오랜 신조를 갖고 있다고 한다.<sup>68)</sup>

이런 입장에서 작가의 권리도 공중도덕을 전복시키는 것으로부터 공중을 보호해야 하는 것에 우선되지 않으며, 법원의 의무, 임무도 공중에 유해한 것을 배제해야 할 의무가 있다거나,<sup>69)</sup> 법원은 이런 부도덕적인 성격의 음악작품에 대해 저작권보호를 하지 않는다고 한 것<sup>70)</sup>은 어떤 점에서 당연하다고 할 수 있다.

---

66) 대표적으로 앞에서 언급한 Shook 판결.

67) Schneider, 694면에서 재인용(원출처 : E. Drone, A Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions 185 (1879)). "[p]rotection of the law will not be extended to a publication which is obscene, or has a positive immoral tendency"

68) Norman A. Palumbo Jr., *Obscenity and Copyright: An Illustrious Past and Future?*, 22 S. Tex. L.J. 87, 95 (1981).

69) Shook 판결 참조

영국과 미국은 기독교 전통에 서 있으며 특히 미국의 국가의 건립 자체가 기독교 사상에 뿌리를 두고 있다. 그 점에서 영국과 미국 법원이 성경의 가르침에 반하거나 선동적이라는 이유로 저작권 보호대상에서 배제해 온 것은 이런 전통과 무관하지 않다. 주로 19세기 영국법원들이 선동적이라는 이유로 저작권보호 대상에서 배제했는데, 이때 법관들은 public morality의 수호자로서 행동해야 한다는 이론에 강하게 서 있었으며, 이는 Shook 판결에서 가장 잘 드러났다.<sup>71)</sup> 그런데 이 논리대로라면 예컨대 우리나라의 국가보안법에 위반하여 대중을 선동하는 작품도 선동적(seditious)이라는 이유로 저작권법상 보호의 밖에 놓이게 될 수 있을 것이라는 점을 생각한다면, 이런 사고가 오늘날에는 그대로 적용되기 힘들 것으로 생각된다.

한편, 1822년 영국판결 중에는 심지어 동물학, 생리학 강의에 대해서까지 저작권보호가 부인되기도 한 적이 있다. 그것이 인간 영혼의 영속성, 영원한 생명성에 대한 교회의 가르침에 반한다는 이유 때문이었다.<sup>72)</sup> Mitchell 판결에 따르면, Dane 판결(1963년)을 인용하여 보통법은 청중의 지성과 도덕을 고양시키고 증진시키지 않는다는 이유로 스트립쇼를 저작권법으로 보호하지 않는다는 이 판결(위 Shook 판결과 동일선)에 대해, 저자와 그의 청중 사이에 도덕적 관점을 주입시키도록 입법권으로부터 어떤 권한이나 지침이 법원에 주어지지 않았다고 함으로써 비판하였다.<sup>73)</sup> 즉 저작물성 인정여부를 판단함에 있어 도덕적 관점을 갖는 것은 법원의 월권이라고 본 것이다.

70) Broder 판결 참조

71) Mitchell 판결 861면에서 Shook 판결을 다음과 같이 인용하고 있다. “작가들의 권리는 good morals를 파괴하고 전복하는 것으로부터 지켜져야 할 공중의 권리에 부속되는 부차적인 것이다.”

72) Palumbo Jr., 94면

73) Mitchell 판결, 861면

## 2. 재산권 이론(The Property Theory)

음란물에 대해 소유권(재산권)이 인정될 수 없다는 이론이다. 누군가 내 물건을 훔쳐 가면 재산권에 기해 되찾아 올 수 있지만, 그 물건이 밀수품(contraband)이라면 되찾을 수 없다는 이른바 "Contraband theory"를 음란물 표현에 대한 권리(저작권)를 갖고 있는 사람이 다른 누군가가 이를 훔쳐 쓴 것에 대해 구제(금지)를 구할 수 없다는 논리로 사용하는 것이다.<sup>74)</sup> 결국 이는 후술하는 "Unclean Hands" 이론과 다를 바 없어 보인다. 음란물을 저작물로 보호하지 않는 전통이론의 핵심적 사상으로서 음란성이 저작물성에 대한 항변이 될 수 없다는 논거가 성립하기 위해서는 이 이론을 극복하지 않으면 안 된다. 이는 본 연구의 핵심적 주제인바 별도의 항으로 후술하기로 한다.

## 3. 헌법 이론(The Constitution Theory)

헌법이 암묵적으로 음란물을 배제하고 있다는 이론으로서,<sup>75)</sup> Barnes 판결과 Dane 판결이 이를 따르고 있다. Mitchell 판결에서 인용하여 이를 비판하고 있다. 즉 Mitchell 판결은 음란물도 저작권으로 보호된다는 전제하에 저작권조항의 위헌/합헌성 문제를 논함에 있어서 과학과 유용한 기술의 진보라는 헌법의 저작권조항에 비추어 볼 때, 유용성 여부를 묻지 않고 저작물성을 인정하는 포괄조항 형식의 저작권법은 미국 헌법에 반하는 것이 아닌가라는 문제를 제기한 후에,<sup>76)</sup> 실제 하급심 판결 중에는 헌법의 저작권 조항의 해석상 저술이 과학과 유용한 기술의 발전을 증진시켜야 한다는 것을 들어 음란물은 이에 해당하지 않는다고 보고 저작권 보호대상에서 제외한 것들이 있다고 지적한다.<sup>77)</sup> 그러나 헌법의 저작권조항은 의회의 과학과 기술 발전의 의무를 부과한 것으로서, 그것이

---

74) Schneider, 696면

75) 위 논문, 698면

76) Mitchell 판결, 859면

77) 위 같은 면 중 각주 16번 중 참조판결(Barnes 판결 (1903), Martinetti 판결 (1867) 등).

저작물성의 요건으로 된다고 볼 수 없다고 결론을 맺는다.<sup>78)</sup> 즉 저작물성 인정에 있어 헌법의 “유용성”을 요건으로 할 필요가 없다고 본다.<sup>79)</sup>

---

78) 위 같은 면

79) Phillips, 165-166면; Schneider, 698면 참조



## 제3장

# 학리상 연구

# (Doctrinal Approach)



# 학리상 연구 (Doctrinal Approach)

## 제1절 서론

음란물이 저작물로 보호받을 수 있는가? 음란성이 저작권침해 소송에서 피고의 적법하고도 유효한 항변이 될 수 있는가? 이는 음란물의 유포를 막아야 하는 형사정책 차원에서 중요한 문제일 뿐 아니라, 저작권의 본질, 철학과도 맞닥뜨려지는 문제이기도 하다. 학제적 연구, 본질적 연구가 필요한 부분으로서 법학 안에서도 저작권법, 형법, 민법 등 여러 영역의 법학적 논의와 철학적, 본질적 연구가 아울러 필요한 부분이다. 그 점에서 학리상 연구(Doctrinal Approach)에 해당한다고 할 수 있다.

## 제2절 문언해석 – statutory language

### 1. 음란의 정의

먼저 음란물의 저작물성을 논의하기에 앞서 ‘음란’의 사전적 정의를 살펴보면 다음과 같다.

“사람 또는 그 행동이 성(性)에 대해 삼가지 않고 난잡한 경우나 책·그림·사진·영화 등이 그 내용에 있어서 성(性)을 노골적으로 다루고 있어 난잡한 것”<sup>80)</sup>

그런데 ‘음란’이란 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적, 유동적인 것이고 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 갖는 것으로서,<sup>81)</sup> 대법원은 “음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술의 정도와 그 수법, 묘사서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 모든 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 ‘공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한, 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것’이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 할 것이다”라고 일관되게 판시하여 오다가(대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결; 대법원 1997. 8. 27. 선고 97도937 판결; 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 등 참조), 최근에는 ‘음란’ 개념에 대하여 “사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문화적·예술적·사회적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니

80) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정.

81) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누11287 판결.

하는 것을 뜻한다고 볼 것”이라고 판시한 바 있다(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006도6317 판결; 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도47129 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결). 이는 헌법재판소가 “음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문화적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 판시한 것과 크게 다르지 않다(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정; 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정).

## 2. 문리해석

법적 문제를 해결하는 출발점으로 특히 성문법주의 국가에서는 논의의 출발점으로서 관련 법령에 대한 문언해석이 선행되어야 한다. 아울러 비교법적 연구도 필요하다.

### 가. 우리나라 저작권법상 논의

먼저 우리나라 저작권법은 저작물을 다음과 같이 정의하고 있다.

제2조 1호 : ‘저작물’은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다.

2006년 법 개정으로 “문학, 학술, 예술의 범위에 속하는”이라는 표현을 버리고 위와 같이 개정된 것은 보다 포괄적인 조항으로 만들기 위한 것이다. 문학, 학술, 또는 예술의 범주에 들어가지 않은 것으로서 인간의 사상과 감정을 표현한 창작물도 개정 전 법에서 저작물에서 배제되는 것은 아니라는 점에는 크게 이의가 없었던 바, 굳이 논란의 대상이 되는 것을 막고 현재까지 생각하지 못했던 영역이라도 저작권의 보호대상이 될 수 있음을 사전에 허용하기 위해 위와 같이 포괄적인 조항을 두게 된 것이다.

한편 개정 전후의 법에 의하더라도 음란물 또는 공서양속에 반하는 작품이나 위법 또는 비윤리적인 것을 저작물에서 배제한다는 내용이 없다. 따라서 저작권법의 저작물 정의조항에 대한 문리해석상 음란물이라는 이유로 저작물성이 배제된다고 할 수는 없다. 드물지만 대법원도 같은 입장에서 판결한 것이 있다.<sup>82)</sup>

음란물의 종류에 따라 저작물이라면 어떤 예시저작물에 들어갈 수 있는가? 문제의 성인용 영상물, 이른바 포르노 동영상은 제4조 제1항 7호 ‘영상저작물’에 해당할 수 있다.<sup>83)</sup>

제4조 (저작물의 예시 등) ①이 법에서 말하는 저작물을 예시하면 다음과 같다.

1. 소설·시·논문·강연·연설·각본 그 밖의 어문저작물
2. 음악저작물
3. 연극 및 무용·무연극 그 밖의 연극저작물
4. 회화·서예·조각·판화·공예·응용미술저작물 그 밖의 미술저작물
5. 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물
6. 사진저작물(이와 유사한 방법으로 제작된 것을 포함한다)
7. 영상저작물
8. 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물
9. 컴퓨터프로그램저작물

그밖에 포르노사진은 사진저작물(위 6호), 음란화는 미술저작물(위 4호), 이른바 ‘야설’이라고 불리는 ‘야한 소설’은 등 어문저작물(위 1호), 나체로 연기하거나 음담패설을 소재로 하는 연극은 연극저작물(위 3호)이 될 수 있을 것이다.

## 나. 외국의 저작권법상 문리해석

일본 저작권법은 저작물을 다음과 같이 규정하고 있다.

---

82) 위 여대생 누드사진 판결.

83) 따라서 포르노 동영상은 저작권법 제99조 내지 제101조의 영상저작물 특례조항이 적용될 수 있을 것이다.

“저작물이란 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로 문예, 학술, 미술, 또는 음악의 범위에 속하는 것을 말한다.”<sup>84)</sup>

이는 우리나라와 비슷한 내용으로서 특별히 위 규정의 문리해석상 특정한 내용, 즉 도덕성을 갖출 것 등을 저작물성의 요건으로 하고 있지 않음을 알 수 있다. 나아가 우리나라의 대부분의 저작권법 교재에서 음란물의 저작권성을 논하는 예가 거의 눈에 띄지 않듯 일본의 경우에도 그런 것으로 보인다.

미국에서는 저작권법의 문리해석과 관련하여 Mitchell 판결의 논의가 돋보인다. Mitchell 판결에서 법원은 미국 저작권법(1909년 법과 1976년 법)을 매우 상세히 해석하고 있다. 그 사건에 적용되었던 1970년 저작권법(1909년 법의 연장)에 따르면 저작물 "all the writings of an author"라고 되어 있어 표면상으로는 포괄적으로 되어 있으며, 달리 저작물의 내용에 제한을 두는 것이 없을 뿐만 아니라 어떤 암시도 없다.<sup>85)</sup> 나아가 이는 1976년 저작권법에도 그대로 구현되어 있으며 미국 하원법사위원회의 법안심사에서도 "original works of authorship"의 구체적인 내용을 의도적으로 정의하지 않은 채 놓아두었다고 한다.<sup>86)</sup> 미국 저작권법에 음란물을 배척하는 규정이 없는 것은 “의도적”인 것이고 단순한 생략이 아니라고 하며,<sup>87)</sup> 그 근거로서 연방상표법이나 특허법에서는 명백히 내용제한에 관한 규정을 두고 있다는 점을 들고 있다.<sup>88)</sup>

한편 미국 연방의회도 저작권조항("to promote the Progress of Science and useful Arts")을 둔 목적은 모든 창작물을 저작권법 보호의 대상으로 하자는 것으로서 유용한 창작물의 창작자에 대해 보상을 하고 그렇지 않은 창작자에 대해서는 이를 부인하는 것을 대중의 기호와 판단에 맡기자는 것을 전제로 한다고 한다.<sup>89)</sup> 즉 저작권청의 공무원들과 법관들의 판단보다는 대중의 수용여부에 의

84) 일본 저작권법 제2조 제1항 1호

85) Mitchell 판결, 854면

86) 위 판결, 855면

87) 위 판결, 854면

88) 위 판결, 855면

89) 위 같은 면

존케 하지는 것이다.<sup>90)</sup> Mitchell 판결은 이어서 예로서 고야, 마네의 작품과 같이 천재들이 쓰는 그들의 새로운 언어를 일반인이 이해하는데 꽤 오랜 시일이 걸렸다고 하면서, 때로는 천재들이 만들어내는 진기함이 대중에 의해 이해되기까지는 매우 혐오스러운 것이 될 수도 있음을 지적하고 있다.<sup>91)</sup> 이와 같은 여러 가지 이유에서 미국 저작권법의 음란물에 대한 무언급은 누락이 아닌 의도성 있는 것으로 보는 것이다. 이는 후술하는 바와 같이 우리나라에도 동일하게 적용될 수 있는 것으로서 문언해석에 충실한 것으로 생각된다.

위와 같이 헌법과 저작권법에 음란물을 저작물에서 배제하는 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 많은 법원들이 헌법이 ‘암묵적으로’ 도덕성을 요한다는 판결을 내리고 있다고 함으로써 비판하기도 하는데,<sup>92)</sup> 이런 비판은 위와 같은 충실한 문리해석에 터 잡은 것으로 보인다.

미국의 저작권법 학자들 중에 대표적으로 Nimmer나 Goldstein 같은 이들 역시 음란물이 저작물성 인정에 방해가 되어서는 안 된다는 취지로 논의를 하고 있으며<sup>93)</sup> 달리 음란성 유무에 따라 저작물성 인정 여부가 달라야 한다고 주장하는 경우는 크게 눈에 띄지 않는다. 다만 논문 중에는 음란성을 포함하여 법에 위반된 창작물을 저작권법이 보호해서는 안 된다는 주장을 하는 이가 더러 있다. 이른바 저작물성 인정에 있어서 합법성 요건(compliance standards)이라고 할 수 있는데,<sup>94)</sup> 반대로 합법성을 저작물성의 선결요건(precondition)으로 하고 있지 않다면, 즉 법이 침묵하고 있다면 이를 요건으로 삼아서는 안 된다는 주장<sup>95)</sup>이 팽팽히 맞서고 있어, 그 상세한 논의는 항을 달리하여 논박하기로 한다.

90) 위 같은 면

91) 위 판결, 856면

92) Schneider, 692면. 그 대표적인 판결이 Barnes 판결 (1903); Martinetti 판결 (1867); Bullard v. Esper (1947); Dane v. M. & H. Co. (1963)이라고 함.

93) NIMMER, 2-198; PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT, § 2.5.1, p. 2:47-2:50 (2005).

94) 위 Harvard Note가 대표적이다.

95) Danwill Schwender, *Promotion of the Arts: An Argument for Limited Copyright Protection of Illegal Graffiti*, 55 J. Copyright Soc'y U.S.A. 257, 258 (2008).

## 제3절 저작권의 가치중립성 논의

- 합법성 요건(Compliance Standards)인가 내용중립성 요건(Content Neutral Standards)인가?

이 문제를 저작권법 측면에서만 볼 것인가 혹은 형사법, 민사법적 측면에서 볼 것인가에 따라 그 결론이 달라질 수 있다. 형사법이나 민사법은 저작권법에 비하여 그 오랜 역사로 인하여 법률이론이 저작권법에 비교할 수 없을 정도로 상당부분 충분히 형성되어 있다고 할 수 있다. 상대적으로 법률이론이 덜 발전되어 있다고 할 수 있는 저작권(법)의 본질과 직결되는 저작물성을 형사법, 민사법 등 법체계의 통일성에 맞추는 노력이 필요한가, 아니면 저작권법의 본질을 이들 법과 달리 그 추구하는 본래의 목적에 맞출 것인가의 논의는 본 연구의 핵심적 쟁점이기도 하지만, 저작권의 본질 규명이라고 하는 저작권법학의 핵심적 쟁점이기도 하다. 본 연구의 주제인 음란물을 저작권보호에서 배제해야 하는 가라는 윤리적합성 요건은 저작권보호를 위해 합법성 요건이 필요한가의 논의로 확대될 수 있고, 더 나아가 특정 이데올로기 적합성, 종교적 자유와 관련하여 특정 종교/종파로부터 자유로운가 하는 문제로 확대되어 논의될 수 있다. 이렇게 되면 도구주의와 같은 법률과 권리의 본질론과 연결되어 법철학적 논의로 자연스럽게 연결된다. 기존 논의는 이런 외연의 논의를 가지고 음란물의 저작물성 논의를 풀어가는 경우가 많지만, 역으로 본 연구의 논의를 기초로 후에 저작물성 외연을 확대하는 논의로 이끌어 갈 수도 있을 것이다. 법철학적 심층 논의는 다음 기회로 미루고 여기에서는 논제를 던지는 정도로 그치고자 한다. 다만 그 본질론에 들어갈 수 있는 몇 가지 쟁점을 중심으로 저작권법을 뛰어넘는 논의를 통해 저작권이 도덕, 윤리, 합법성, 이데올로기, 종교 등의 가치로부터 중립적일 수밖에 없음을 논증하고자 한다.

## 1. “더러운 손”(Unclean Hands)<sup>96)</sup> 이론

### 가. 사법(私法) 체계 일반론

"Unclean Hands" 원칙은 앞서 언급한 바와 같이 음란물을 저작물로 보호하지 않았던 전통이론의 가장 핵심적 사상이다. 불법을 저지른 ‘더러운 손’을 국가가 원조하지 않겠다는 것으로서, “형평법원에 들어오는 자는 깨끗한 손으로 와야 한다(He who comes into equity must come with clean hands)”라는 법언에서 출발한다.<sup>97)</sup> 한편 사회적 타당성이 없는 행위를 한 자가 그 실현을 바랄 때에 이에 협력할 것을 거절하고, 다른 한편으로는 사회적 타당성 없는 행위의 결과를 복구하려고 피하는 자에게 대하여서도 협력을 거절한다고 할 때, 사법체계에서 논의하자면 전자는 민법 제103조이고, 후자는 제746조(불법원인급여)<sup>98)</sup>에 해당 하는 것으로서, 사법의 이상을 다른 모습으로 표현하고 있을 뿐 안팎에서 서로 그 이상을 실현하려는 것이라고 한다.<sup>99)</sup> 이점에서 우리나라의 불법원인급여제도를 "Unclean Hands" 원칙과 밀접한 관련이 있는 것으로 설명하기도 한다.<sup>100)</sup>

그런데 엄밀히 말하자면 우리 민법의 불법원인급여에서는 ‘급여행위’가 요건이므로 본 건에서 논의되는 음란물을 저작권으로 보호받으려 하는 자(원고)가 이를 침해한 자(피고)에 대하여 침해금지를 구할 때 피고가 음란물을 창작한 자의 손이 더럽다고 하는 이른바 "Unclean Hands" 항변을 하는 것이 가능한가 하는 문제에서는, 침해행위가 존재할 뿐 원고의 급여 또는 급여부행위가 전혀 존재하지 않는다는 점에서 불법원인급여의 문제가 발생하지 않는다고 볼 수 있다.

96) 사람에 따라서는 "Clean Hands Doctrine"이라고도 하나, 같은 뜻이다. 본 연구에서는 “더러운 손”(“Unclean Hands” 또는 "Unclean Hands Doctrine") 이론으로 쓴다.

97) 정상현, 불법원인급여제도에론, 영남대학교출판부(2002), 181면.

98) 민법 제746조(불법원인급여)

불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

99) 곽윤직, 채권각론, 박영사(1993), 583-584면.

100) 정상현은 형평법원이 탄생시킨 법원칙은 다양한 분야에 걸쳐 나타나는데 그 중에서 특히 불법원인급여제도와 밀접하게 관련되는 것이 이른바 "clean hands" 원칙이라고 소개하고 있다. 정상현, 전게서, 181면.

그러나 불법원인급여를 해석하기에 따라서는 양 제도를 밀접한 제도로 놓고 비교할 수 있다고 생각한다.

불법원인급여의 요건인 “재산을 급여하거나 노무를 제공한 때”란 급여자의 의사에 의한 재산적 가치 있는 출연을 뜻하는 것으로서, 반환청구를 하는 자 자신의 행위에 의하여 어떤 재산적 이익을 주는 것을 의미한다고 한다.<sup>101)</sup> 나아가, 불법원인급여가 성립하기 위한 급부자의 급부는 급부자의 의사에 의하여 행해져야 하므로 급부자의 의사에 기하지 않은 재산의 출연은 여기서의 급부가 아니라고 한다(소극설).<sup>102)</sup> 그런데 이에 대하여 손실자 자신이 그 목적물을 인도할 필요는 없고 손실자의 행위가 원인으로 되어 상대방에게 수익의 결과가 생긴 경우도 급부의 개념에 포함된다는 견해도 있다(적극설).<sup>103)</sup> 급부제공자와 궁극적인 손실자가 다른 경우에도 급부의 이전에 불법성이 개재되어 있고 손실자에 대하여 법적 보호를 제공할 가치가 없다고 평가되는 경우가 얼마든지 있을 수 있는데, 소극설과 같이 급여 개념을 한정적으로 해석함으로써 불법원인급여 규정의 적용을 원천적으로 차단하는 것은 적절치 않고 급여자의 급여의사 유무를 가지고 불법원인급여 규정의 적용여부를 결정지어야 할 합리적 근거도 없기 때문이라고 한다.<sup>104)</sup> 한편, 급여는 재산적 이익을 주는 것이지만 그 이익의 종류는 묻지 않으며 물권, 채권 등의 재산권을 주는 것일 수도 있고, 단순히 사실상의 이익(예컨대 同棲의 이익)일 수도 있다며 상대방에게 이익을 주는 것이면 모두 포함된다고 한다.<sup>105)</sup> 이상을 종합하면, 우리의 불법원인급여에서도 명확히 손실자 자신의 의사에 의한 급부가 없더라도 손실자의 행위가 원인으로 되어 상대방에게 수익의 결과가 생긴 경우로서 상대방이 얻은 수익이라는 것에는 사실상의 이익도 포함될 수 있으므로, 본 연구에서와 같이 음란물의 제작 또는 유통한 자(손실자)의 불법적 행위가 선행된 후에 상대방이 이를 직접 침해하거나 또는 제3자의 침해 후에 이를 비용 지불 없이 이용함으로써 사실상 이익을 얻고 있다면,

101) 곽윤직, 전거서, 586면

102) 김상용, 채권각론, 화산미디어(2009), 549면, 관련 논의에서 이것이 다수설이라고 한다.

103) 박병대 집필분, 민법주해(XVII), 편집대표 곽윤직, 박영사(2005), 481-482면

104) 박병대, 전거서, 482면

105) 박기동 집필분, 주식민법 채권각칙(5), 편집대표 박준서, 한국사법행정학회(2004), 515면

손실자의 직접적인 급부행위가 없고 침해자의 침해행위에 의해 침해자의 수익이 발생한 경우에도 불법원인급여를 적용하여 손실자의 청구에 대해 법적 보호를 제공할 가치가 없다고 평가할 수도 있을 것이다.

한편, 영미법계의 형평법상 원칙인 "Unclean Hands" 원칙 중에는 급부행위와 무관한 경우도 있다. 예컨대 자신에게 불법행위가 있음에도 불구하고 상대방의 불법행위에 대한 금지를 청구하는 것이 허용되지 않는다는 것도 이 원칙의 적용 결과이다.<sup>106)</sup> "Unclean Hands"는 그 요건에 있어서 우리나라의 불법원인급여와 요건이 다르기는 하지만, 앞서 본 바와 같이 밀접한 제도로서 충분히 논의해 볼 수 있어 “더러운 손을 국가가 원조하지 아니 한다”라는 법의 정신은 공유할 수 있는 것이라고 할 수 있다.

"Unclean Hands"는 영미의 형평법상 매우 중요한 사법의 원리 중 하나로서, 이 이론이 거론될 수 있는 상황을 상정하면 다음 3가지라고 한다.<sup>107)</sup>

### 1) 첫 번째 유형

가장 일반적인 것으로서 원고의 부당한 행위(unfair or inequitable conduct)가 그 행위의 금지가 구해지고 있는 피고에게 행해진 경우이다. 일반적으로 "Unclean Hands" 항변이 받아들여질 수 있다고 한다.

### 2) 두 번째 유형

원고의 잘못된 행위가 피고에게 행해지지 않았을 뿐만 아니라, 문제가 되고 있는 사안의 쟁점과도 전혀 무관한 경우로서, 예를 들어 특허권자가 소득세를 탈세/탈루하였다고 해서 그것이 유효한 특허의 집행을 거절할 이유가 될 수 없

---

106) 정상현, 전제서, 185면

107) 이하 "Unclean Hands"의 세 가지 유형은 Thomas W. McEnerney, *Fraudulent Material Entitled to Copyright Protection in Action for Injunctive Relief and Damages*, 74 Colum. L. Rev. 1351, 1356 (1974)에서 정리한 것을 가쳐온 것이다. 위 두 번째 유형의 "Unclean Hands"는 Mitchell 판결 864면에서도 사실상 차용한 것으로 보이는데 판결에서 다른 부분과 달리 인용표시가 누락되어 있다. 다시 말해 Mitchell 판결의 이 부분 논의의 원전은 위 McEnerney 논문인 것으로 생각된다.

는 이치라는 것이다.

### 3) 세 번째 유형

가장 어려운 상황으로서, Belcher 판결<sup>108)</sup>에서처럼 원고의 잘못된 행위, 그것이 문제된 사안의 쟁점과 관련이 있을지라도, 그것이 주로 피고에게 행해졌다기 보다는 대중(소비자)에게 행해진 경우이다. "Unclean Hands" 항변의 성립 여부가 명확하지 않고 경우에 따라 받아들여지기도 하고 그렇지 않기도 한다.

원고의 잘못된 행위가 피고에게 행해지지 않았거나 일부 관련이 있는 경우, 피고의 "Unclean Hands" 항변이 받아들여지기도 하고 그렇지 않기도 하는 등 판례가 일정치 않으나, Belcher 사건에서처럼 피고에게 어떤 해를 끼침도 없이 대중에게 잘못을 하기만 한 원고는 public policy가 그 결과에 대해 강력하게 제지하는 경우에만 원고의 금지청구가 부인되어야 한다는 견해가 있다(Chafee 교수).<sup>109)</sup> Chafee 교수에 의하면, 음란물에 대한 형사적 제재에 더하여 저작권을 인정하지 않음으로써 주어지는 추가적인 제재는 형법에 대한 법준수(obedience) 쪽으로 유도하는 또 다른 압력이 매우 필요한 경우에만 정당화될 수 있다고 한다.<sup>110)</sup> 부정한 행위 또는 사기 행위(fraud)라는 피고의 항변을 모두 배척하는 것

108) Belcher v. Tarbox, 486 F.2d 1087 (9th Cir. 1973).

원고와 피고는 경마의 핸디캡시스템(경마에서 핸디캡이 붙은 경주/경마)에서 경마 배팅하기 위해 사용하는 경마결과에 대한 통계결과를 출판하는 사업을 하는 자들인데, 원고는 자신이 주기적으로 만든 공식(formulations)을 피고가 무단 복제, 출간한 것은 저작권침해에 해당하므로 이를 금지해달라는 소송을 제기하였다. 피고는 원고의 작품이 부정한 것(fraudulent representations)이므로 저작권보호 대상이 아니라고 항변하였다. 이 사건에서 연방법원은 6건 중 5건은 부정(fraudulent)하지 않으므로 보호되고, 1건에 대해서는 저작권보호를 부인하였다. 이에 연방 제9항소법원(9th Circuit)은 부정(fraud)은 저작권침해에 대한 항변이 아니라고 판시하였다. Belcher v. Tarbox, 486 F.2d 1087, 1088-1089 (9th Cir. 1973) 참조 이는 음란물에 대한 사건은 아니지만 부정한 것(fraudulent)이라는 점이 저작권침해에 대한 항변이 될 수 없다는 판결로서 일반론으로 의미가 있다. 저작권법은 저작물에 구현된 관점(생각)의 진실 또는 거짓, 건전 또는 불건전을 가리지 않아야 한다고 판시한 것에 주목한다. Schmalz, 416면(원전 : Belcher v. Tarbox, 486 F.2d 1087, 1088 (9th Cir. 1973)).

109) McEnerney, 1356-1357면.

110) Chafee, *Coming Into Equity with Clean Hands*, 47 Mich. L. Rev. 1065, 1069 (1942) (McEnerney, 1357면, 각주 40번에서 재인용했음)

보다는 public policy가 원고의 저작권에 기한 금지청구를 부인하도록 명확히 요청되고 있다는 점을 침해자가 입증하지 않는 경우에만 저작권자의 금지청구를 받아들이고 fraud 항변을 배척하는 것이 좋다는 견해가 있는데, 이도 같은 취지라 할 것이다.<sup>111)</sup>

#### 나. 음란물의 저작물성과 관련된 논의 - Mitchell 판결을 중심으로

Mitchell 판결에서 1심 법원은 피고의 "Unclean Hands" 항변을 받아들였다. 1심판결은 "Unclean Hands" 항변을 받아들인 Stone 판결(1915년 연방 제5 항소법원 판결)<sup>112)</sup>의 논리를 차용한 것인데, Stone 판결은 상표사건으로서 기망(deceit)이 공중에 피해를 입힌 것으로 본 것처럼 본건에서 음란성도 “공중에 대한 위해”로 보았다.<sup>113)</sup>

Mitchell 판결(항소심)에서는 1심 판결을 비판하면서, "Unclean Hands" 이론은 형평법상 이론으로서 연방법이 있는 경우에는 우선 적용될 수 없다고 판시하였다.<sup>114)</sup> 그럼에도 불구하고 음란성이 저작물성의 항변이 될 수 없다고 명확한 견해를 밝힌 Mitchell 판결이 설득력을 얻기 위해서는 전통이론인 "Unclean Hands" 이론을 극복하지 않으면 안 되었기 때문에 판결의 상당부분을 이 논의에 할애하였다. 이하에서는 Mitchell 판결을 중심으로 "Unclean Hands" 논의를 전개하기로 한다.

먼저 Mitchell 판결은 원고(음란물 저작자)의 ‘더러운 손’이 불법적이라면 그것이 피고에 대한 것인가 아닌가에 주목하고 있다. 즉 특정인을 향한 대향적 불법행위인가<sup>115)</sup> 아닌가<sup>116)</sup>를 판단의 중요한 근거로 제시한다. 원고의 불법적 행

111) McEnerney, 1359면도 같은 취지다.

112) Stone & McCarrick, Inc. v. Dugan Piano Co., 220 F. 837, 841-843 (5th Cir. 1915). 원고는 저작권으로 보호되는 것으로서, 피아노 소매상들에게 피아노판매를 성공적으로 하는 방법을 적은 책(manual of instruction)이 피고에 의해 침해되었다고 하여 침해금지를 구하였는데, 법원은 그 책 내용 중에 대중(소비자)을 속이는 내용이 들어 있다는 이유로 보호를 거부하였다.

113) Mitchell 판결, 863-864면.

114) 위 판결, 861면. 그런데, 우리의 경우에 "Unclean Hands"는 우리 민법 746조 본문에 해당하는 것으로서, 만약 연방법체제와 형평법체제를 갖고 있지 않는 우리나라에서라면 유효한 항변이 될 수도 있을 것이다.

동이 피고와 사이에서 이루어진 것이라면 원고의 청구를 법원이나 법률이 돕지 않는 것이 맞으나, 이 건에서 원고의 잘못(wrongful conduct)이라는 것은 음란한 영화를 만든 것이 아니라 이를 그것이 음란하다고 정죄하는 공동체(community)에 유포하여 공중(피고도 포함)에 피해를 입힌 경우라야 한다. 그래야 잘못을 저지른 원고가 그 피해를 입은 피고에 대하여 손해배상청구를 할 때, 피고가 원고의 잘못된 행동을 지적함으로써 피고의 항변이 이유 있게 된다고 본다.<sup>117)</sup> 우리 민법으로 보자면 제746조 본문에 비교될 수 있다. 그런데 본 건에서 원고가 음란영화를 유포했다는 증거는 없고 단지 제작만 했으므로(이점이 1심판결을 파기하고 심리미진으로 돌린 사유에 해당함),<sup>118)</sup> 오히려 유포한 피고<sup>119)</sup>는 "Unclean Hands" 항변을 할 수 없다. 즉 유포한 불법원인이 피고(수익자)에게만 있다고 본 것이다. 즉 원고는 유포하지 않았으므로 불법원인 급여자가 아니라고 본 것인데, 만약 이 건에서 원고가 유포하였다면, 결론이 달라지겠는가 하는 물음이 남는다. 다시 말해 본건에서 원고가 유포까지 했다면 "Unclean Hands" 항변이 가능하게 될 것인가? Mitchell 판결은 위와 같은 가정적 상황을 예정한 후 다시 공중의 위해(public injury)에 관한 논의를 거쳐 이 항변을 배척한다.<sup>120)</sup> 여기에서 “공중의 위해 이론”(public injury rationale) 논의로 넘어가게 된다.

즉 원고의 저작권침해소송에서 피고가 원고의 당해 쟁송과 직접 관련 없는 불법적 행위로서 일반 공중에 위해를 끼치는 행동이 있다는 것을 유효적절한 항변으로 제기할 수 있다면 저작권, 특허권, 상표권의 목적을 달성할 수 없게 된다. 예컨대 저작권자가 수입에서 세금을 내지 않았다는 것, 즉 공중에 위해(손해)를 끼쳤다는 것을 항변으로 허용하는 것과 같은 이치가 되기 때문이다.<sup>121)</sup> 음란물

115) 위에서 언급한 "Unclean Hands" 유형론에 따르자면 첫 번째 유형이라고 할 수 있다.

116) 위에서 언급한 "Unclean Hands" 유형론에 따르자면 두 번째 혹은 세 번째 유형이라고 할 수 있다.

117) Mitchell 판결, 863-865면.

118) 위 판결, 863-864면.

119) 우리 민법으로 보자면 제746조 단서의 수익자에 비교될 수 있다.

120) Mitchell 판결, 863-865면.

121) 위 판결, 864-865면 이는 Mitchell 판결이 출처표시를 하지는 않았지만, 특허권자가 세금 안내는 것을 예를 든 McEnerly, 1356면이 원출처로 보인다.

항변을 저작권침해 소송에 받아들여지게 될 경우 대책 없는 많은 법률적 쟁점이 나오게 된다는 점에서 음란성을 저작권침해 소송에서 항변으로 인정해서는 안 된다는 귀납적 이유를 들기도 한다.<sup>122)</sup>

결과적으로 Public Injury Rationale를 제한 없이 항변으로 인정된다면 저작권법의 입법목적은 훼손, 뒤집게 된다는 점에서 "Unclean Hands" 항변의 유형 중 두 번째 또는 세 번째에 해당하는 경우는 항변이 되기 어렵다고 생각된다.

#### 다. 정리

음란성이 저작권침해소송에서 항변이 될 수 있는가와 관련하여 Mitchell 판결을 중심으로 "Unclean Hands" 원칙 및 그 논의를 정리하자면 다음과 같다.

첫째, 원고는 불법을 한 바 없다는 것이다. 즉 여기서 불법이라고 함은 음란물을 만드는 것만으로는 부족하고 유포해야 하는데, 그렇다는 증거가 없다는 것이다. 민법상 불법원인급여와 연결 지어 본다면, 아예 제746조 본문에 해당하지 않는다고 보는 것이다. 그런데 이는 Mitchell 판결에 특유한 사정, 즉 음란물을 제작만 하고 배포하기 전 단계라는 사정이 고려된 것이다.

둘째, 원고가 음란물 제작을 넘어 배포(유포)까지 했다면, 그로 인해 피고(침해자)를 포함한 공중에 피해를 입힌 것이므로, 일응 위 첫째의 논리에 의하면 피고의 "Unclean Hands" 항변이 유효하게 성립할 수 있다. 민법 제746조 본문에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다. 그런데 여기에서 피고가 "Unclean Hands" 항변을 하려면 원고의 행위로 자신이 피해를 입었음을 입증해야 하는데, 이런 경우는 사실상 상상하기 어렵다는 견해도 있다.<sup>123)</sup>

셋째, 원고의 행위로 피고에게 직접적인 피해를 가한 것이 아니라 일반 공중에 피해를 입힌 것까지로 원고의 청구를 "Unclean Hands" 항변으로 막게 되면

---

122) Mitchell 판결, 863면. "[p]ermitting obscenity as a defense would introduce an unmanageable array of issues into routine copyright infringement actions." 이는 상표소송에서 상표권자가 침해금지 소송을 제기할 때마다 매번 항변으로서 독점금지(반독점)를 내세우는 것과 같다는 것으로서, 상표권침해 소송에서마다 반독점소송으로 전장이 확장되는 것을 막기 위해 이런 항변을 무시하고 받아들이지 않는 것에 비유하기도 한다. 같은 판결, 같은 면

123) McDavid, 569면

저작권/특허/상표 침해소송에서 이 권리의 실현을 근본적으로 막게 될 우려가 있다. Mitchell 판결에서 원고가 음란물을 제작한 잘못이 있다 하더라도, 그리고 그것이 유포되어 공중에 위해를 가했다는 가정 하에 원고의 공중에 대한 위해가 피고의 침해행위를 정당화하기에는 부족하다고 보는 것이다.

한편, Mitchell 판결에서 논의되지는 않았지만 논의를 한 단계 더 뛰어 넘어 전개할 수 있다. 즉 위 둘째의 논의를 넘어, 음란물을 만들기만 한 것도 불법적 행위에 해당한다고 하더라도, 최소한 피고는 "Unclean Hands" 항변을 할 수 없다고 생각된다. 이 부분은 Mitchell 판결에 없는 내용으로서 우리 민법 제746조 단서에 해당하는 것이다. 즉 원고는 음란영화를 만들어 놓기만 한 상태인데, 피고가 이를 침해하여 먼저 상연한 경우, 이런 상황에서 원고의 저작권침해 주장에 대하여 피고가 원고의 손이 '더러운 손'이라고 항변하는 것은 타당하지 않다.

음란물을 제작만 했을 뿐, 유포하지 않은 상태에서 피고가 침해에 의해 세상에 공개되었다는 특별한 사정이 있는 Mitchell 판결로써 이 부분 "Unclean Hands" 논의, "Public Injury Rationale"를 일반화하기는 어렵다. 음란성과 저작물성에 관한 근본적 논의는 음란성이 저작물성의 성립을 방해, 배제하는가에 있으므로, 그 제작단계에서도 논의가 충분히 설득력을 얻어야 한다는 점에서 유포, 배포가 이루어지지 않은 특별한 사정이 있는 사건(Mitchell 판결)으로 논의를 일반화할 수는 없다.

이하의 논의는 불법원인급여의 명확한 요건과 해석에 있는 것이 아니라 그 정신을 차용하는가에 있으므로 다음과 같은 논의로 연장될 수 있다. 음란물을 만들거나 또는 배포까지 한 자가 허락 없이 이를 침해한 자에 대하여 저작권침해 주장을 할 때, 침해자가 음란물에 저작물성을 부여해서는 안 된다는 것을 들어 자신의 불법적 행위를 정당화하는 것은 조금 투박하게 말하자면, "적반하장"에 해당한다고 할 수는 없는가? 다시 말해 "도둑이야"라고 소리치자 너도 "도둑이야"라고 외치는 것에 비유될 수 있다. Mitchell 판결을 이에 적용해보면, 연방항소법원은 원고가 제작만 했을 뿐 유포에까지 이르지 않았으므로 도둑이 아니라는 것으로서 피고의 "도둑이야"라는 항변을 배척하고 원고의 청구를 받아들인 것이다. 그런데 여기서의 논의는 원고도 도둑질을 했다고 할 경우, 즉 원고도 음란물을 제작한 후에 배포에까지 이른 경우다.

민법 불법원인급여 조항의 단서 적용과 관련하여 이른바 “불법성비교이론”을 여기에 유추해 볼 수 있다. 민법 제746조 단서는 “불법원인이 수익자에게만 때에는 그러하지 아니하다”라고 함으로써, 이익의 반환청구를 허용하고 있다. 여기에서 법은 이 단서가 적용되기 위해서는 “수익자에게만”이라고 함으로써 명문상으로는 오로지 불법원인이 수익자에게만 있어야 하고 급여자에게 불법원인이 있는 경우에는 비록 수익자에게 불법원인이 있더라도 반환청구를 할 수 없는 것으로 되어 있다. 그런데 실제 제746조가 적용되는 불법의 원인이 수익자 또는 급여자 일방에게만 존재하는 경우란 거의 없고 정도의 차이가 있을 뿐, 양자에게 공히 그런 원인이 있는 경우가 많다는 점에서 제746조 본문과 단서의 엄격한 적용으로 인하여 빚어지는 불합리한 결과를 피하고 양자의 공평한 지위를 정하기 위해 “불법성비교이론”이 나왔다.<sup>124)</sup> 학설 중에는 제746조 단서의 “불법원인이 수익자에게만 있는 경우”를 엄격 해석하여 급여자와 수익자의 불법성을 비교하는 것을 반대하는 견해도 있지만, 우리나라 판례<sup>125)</sup>와 다수 학자의 견해는 불법의 원인이 급여자와 수익자 양자에 있는 경우 그 불법성을 비교하여 제746조 본문과 단서의 적용여부를 판단할 수 있다고 본다.<sup>126)</sup> 법조문의 문리해석에 충실한 부정설과 공평이념에 충실한 긍정설 및 판례에 대한 본격적 논의는 민법학자들의 몫으로 남겨두고 본 연구에서 깊이 다룰 필요는 없다. 다만 "Unclean Hands" 논의에 적용될 수 있는 불법원인급여제도에 있어 이런 논의가 있다는 점만큼은 본 논의에 매우 큰 시사점을 준다고 할 것이다. 음란물을 저작물로 보호받으려고 하는 자와 이를 무단 침해하여 이용한 자 사이에 불법성의 정도를 비교하여 침해소송을 구하는 자에 대하여 법이 원조할 것인가 여부를 결정하고자 하는 본 연구의 논의에 위 불법원인급여제도의 불법성비교이론은 직접적인 영향을 줄 수 있기 때문이다.<sup>127)</sup>

124) 정상현, 전거서, 366-367면.

125) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2036 판결, 1997. 10. 24. 선고 95다49530, 49547 판결, 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결 등.

126) 불법성비교의 긍정설과 부정설에 대해서는 정상현, 전거서, 367-368면 참조.

127) 한편, Mitchell 판결을 한 연방항소법원은 원고와 피고 당사자들 간의 상대적인 도덕적 우위 여부에 관심을 둘 필요가 없다고 한다. 저작권침해에 따른 사적 소송이 창작을 독려하기 위한 의회의 헌법제정 목적에 부합하기 때문이라는 것을 그 이유로 든다. Mitchell 판결, 862면. 이는 본

한편, 음란물의 저작물성을 인정받고자 하는 쪽과 이를 침해한 쪽의 불법성을 비교한다면, 침해자에게는 음란물의 배포라는 악성에 침해(절도)라는 악성이 더해졌다는 점에서 불법성이 음란물 제작/유포자에 비하여 더하다고 볼 소지가 있다. 그런데 음란물에 저작물성을 인정받고자 하는 자에게는 침해자에게 없는 음란물을 제작하였다는 근본적 원인제공자로서의 악성이 있고 이것이 근원적이라는 지적 또한 가볍게 볼 수 없다. 한편 음란물을 제작한 자와 그로부터 양도받아 유통에만 관여한 자(예컨대 영화유통 및 배급업자)가 있다면, 그리고 유통 및 배포권을 가진 자가 침해자를 상대로 저작권침해 주장을 할 경우, 침해자 입장에서는 청구자에게 음란물을 제작한 악성이 고려되어야 한다는 주장을 할 수 없을 것이다. 즉 이 경우에는 음란물의 유통, 배포라는 같은 악성에 더하여 침해자에게는 침해(절도)라는 악성이 추가되어 있다고 볼 것이다. 이렇게 보면, 음란물의 저작물성을 인정받고자 하는 자에 대하여 그 음란물을 무단으로 침해한 자의 악성이 더 가볍다고 볼 수는 없을 것이다.

더 나아가 침해라는 일종의 절도의 악성이 결코 가볍지 않은 것은, 재판 당시의 사회적, 도덕적 기준에서는 음란물로 평가받더라도 후에 고급예술로 평가받는 경우도 있다는 점에서, 침해가 발생할 경우 공유의 영역에 편입됨으로써 제대로 평가받을 기회를 박탈하게 된다는 점에서 침해자의 악성이 학술, 예술 분야를 다루는 저작권에서는 더욱 크다고 보지 않을 수 없다.

## 2. 불공정행위 논의

저작물은 합법적일 것, 즉 현행법을 준수해야 한다(**compliance requirement**)는 견해가 있다. 이에 의하면 당연히 형법 등 다른 법령에 의해 금지되거나 처벌될 수 있는 음란물은 저작물로 보호받을 수 없게 된다. 저작권, 지적재산권을 부여받기 전에 한 비위행위, 즉 속일 의도로 중요한 정보를 감추거나 허위정보를 제

---

문에서 말하는 불법성비교이론과 배치되는 것이라 할 수 있다. 그러나 Mitchell 판결이 불법성비교이론을 배척하였다기보다는 판결이 갖는 한계에서 이와 같은 깊은 사법(민법)적 논의까지 들어가지 않은 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.

시하는 것으로서, 예컨대 타인의 선행 작품을 표절한 사실을 공개하지 않는 것 등으로 저작권청(copyright office)을 기만하는 것이 이에 해당할 수 있다.<sup>128)</sup> 만약 위와 같은 합법성 요건(compliance requirement)이 없다면, 즉 어떤 수단을 쓰더라도, 또는 본 연구의 쟁점과 같이 내용을 무엇으로 하더라도, 특히 음란물을 만들어서라도 저작권보호를 받기로 기대하는 창작자들은 그로 인한 큰 수익에 대한 기대 때문에 법을 위반하는 쪽으로 동기 부여될 수 있을 것이라고 보아,<sup>129)</sup> 이와 같이 범죄, 범위반을 수반하는 창작자들은 ‘통상적’ 벌금 외에 저작권등록을 못하게 해야 한다고 주장한다.<sup>130)</sup>

형법적 제재(벌금)가 어떤 행위를 금지시키기에 부족한 경우, 즉 경제적으로 계산해서 그 벌금을 내더라도 위법행위를 하는 것이 낫다고 판단하는 자가 있을 수 있다는 점에서, 이 경우 지적재산권 또는 저작권의 이익의 원천을 부인(부정)함으로써 그런 행위에 나아가지 못하도록 일종의 위하를 가할(threatening) 수 있다고 본다.<sup>131)</sup>

위와 같은 견해는 저작권청 또는 저작권등록기관에 저작권의 등록을 전제로 하는 것인데, 우리의 경우 저작권등록이 저작권의 발생 또는 성립요건이 아니기 때문에 저작권을 등록하는 것이 반드시 요구되지 않는다는 점에서 위 논거를 그대로 차용할 수 없다.<sup>132)</sup> 나아가 위에서 말하는 통상적 형사적 제재인 벌금보다 높은 제재(higher sanction)를 위해 저작권부 부등록이라는 제도는 없지만, 우리나라에 있는 “범죄수익 은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률”(이하 범죄수익규제법)이 일정 정도 이런 기능을 수행할 수 있다고 본다.<sup>133)</sup>

---

128) Harvard Note, 1507면.

129) 위 논문, 1515면. 이 저자는 이를 "efficient breaches of criminal laws"라고 표현하고 있다.

130) 위 논문, 1516면. 이 저자는 이를 "higher sanction"이라고 표현한다.

131) 위 "higher sanction"에 해당한다.

132) 물론 위 견해의 토대가 되는 미국 저작권법도 등록을 권리의 발생 또는 성립요건으로 하고 있지는 않다. 다만 등록된 저작권의 경우 손해배상 등에 있어서 특칙이 있다.

133) 범죄수익규제법에 관한 논의는 후술하는 각주 201번에 해당하는 본문 내용을 참고하기 바란다.

### 3. 저작권 오용 이론(Copyright Misuse Doctrine)

특허권이나 저작권의 권리행사 범위로서 본래 예정되어 있는 보호범위를 넘어 저작권 등을 행사 또는 집행하는 것을 금지해야 한다는 이론으로서, 이에 따르면 음란물을 저작권으로 보호하자는 것은 저작권의 본래적 보호범위 또는 기능을 넘는 것으로서 부당하다고 보는 것이다.<sup>134)</sup> 이 원칙은 우리 법제에 적용하자면, 일종의 저작권의 권리남용 정도가 아닐까 생각한다. 이 이론이 "Unclean Hands" 원칙과 다른 것은, 원고(저작권자)의 위법행위(misconduct)가 피고에게 직접적으로 영향(해)을 끼치지 않아도 무방하다는 점이다. 즉 "Unclean Hands" 항변이 성립하기 위해서는 원고의 불법적 행위가 피고에게 이루어져야 하고, 그렇지 않은 경우에는 "Unclean Hands" 항변이 성립하지 않을 수 있다는 점에서, 침해자에게 그런 불법적 행위가 가해지지 않았더라도 저작권을 잘못 사용하는 것, 즉 저작권자의 권리남용이라는 것을 항변으로 받아들여질 수 있다면 음란물을 저작권으로 보호받는 것을 막을 수 있다는 논리다. 그런데 이 원칙은 그 자체로도 저작권을 부여하는 정책(public policy)을 위반하는 방법으로 저작권이 사용될 수 있는가<sup>135)</sup>와 관련하여 의문이 계속 붙게 된다.

### 4. 합법성 이론 – 불법적 작품(illegal works)의 저작물성 논의

#### 가. 일반론

Sir James Stephen은 유명한 저서(Digest of the Law of Copyright)에서 저작권은 부도덕(immoral)하거나, 비종교적이거나(irreligious), 선동적이거나(seditious) 중상모략(libellous)하는 내용인 경우에 보호가 미치지 않는다고 하였다.<sup>136)</sup> 전통

134) Harvard Note, 1506면

135) 위 같은 면

136) Dale P. Olson, *Copyright Originality*, 48 Mo. L. Rev. 29, 56 (1983)(원출처: James Stephen, Digest of the Law of Copyright, in REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON COPYRIGHT at 1xix (1878)).

이론에 따르면 독창성(originality), 고정화(fixation)에 이어 내용제한(fraud and immorality restriction)은 저작물성의 제3의 요건(소극요건 : negative condition)이 된다고 주장한다. 그런데, 미국의 최근 판례에 의해 이런 요건은 배제되고 있다고 주장한다.<sup>137)</sup> 저작권은 모든 종류의 창작행위를 독려하기 위해 의도된 권리로서, 증진되도록 의도된 가치는 내용중립성이라는 기준과 창작성의 객관적 기준에 의해 최고로 충족될 수 있다고 보는 것이다.<sup>138)</sup>

ShIPLEY 같은 교수(University of Georgia School of Law)는 어떤 작품이 그 저자를 출처로 하고 충분한 독창성을 갖추면 그것이 포르노이건, 음란한 것이건, 부도덕한 것이건 묻지 않고 저작권 보호대상이 된다고 하며 이런 것이 실제적인 장애가 되어서는 안 된다고 주장한다. 그는 더 나아가 저자의 창작이 나쁜 취미에서 나오는 음란한 것, 포르노성, 공격적이고 혐오감을 불러일으키거나, 지저분하고, 더럽고, 어린이에 맞는 것이건, 무서운 것이건 그것이 그 창작자가 만든 것이고 창작성의 요건을 충족시키는 한에서는 저작권보호를 받을 수 있다고 한다.<sup>139)</sup>

일반적으로 저작물로 보호되기 위해서 합법성 요건을 요구하지 않는다고 보는데, 음란성도 합법성 요건의 한 내용이라는 점에서 저작물성을 배제하는 요건이 될 수 없다고 할 수 있다. 합법성이 저작물성 요건에 요구되지 않는다는 것을 극명하게 보여주는 예가 불법적인 그래피티 예술의 저작권적 보호다. 항을 달리 하여 살펴본다.

#### 나. 그래피티 예술을 통한 불법성(illegality)과 저작물성의 관계

불법적 작품도 저작권보호에서 배제해선 안 된다는 논문으로서 대표적으로 불

---

137) Olson, 57면

138) 위 논문, 61면

139) David E. Shiple, *A Dangerous Undertaking Indeed: Juvenile Humor, Raunchy Jokes, Obscene Materials and Bad Taste in Copyright*, 98 Ky. L.J. 517, 533 (2009-2010). "It should not matter whether the author's creation is obscene, pornographic, in bad taste, offensive, repulsive, or simply bad, crummy, lousy, juvenile, terrible etc., so long as the work owes its origin to the author and satisfies the modest level of creativity standard."

법적인 그래피티(illegal graffiti)의 저작권성에 관한 논의가 있다. 여기서도 앞서 음란물의 저작물성 논의에서와 같이 "Unclean Hands" 이론을 적용해서는 안 된다는 것이 논의의 핵심이다. 이 논의에서는 오히려 음란성이 저작물성을 배제하는 사유가 될 수 없다는 것으로써 불법적인 그래피티의 저작권적 보호의 논거로 쓰고 있는데, 본 연구에서는 그 반대의 논리로 차용할 수 있다고 본다. 즉 불법적인 그래피티도 저작권 보호대상이 되고 있다는 점에서 음란물이 다른 법에 의해 불법적 평가를 받는다고 하더라도 저작권의 보호대상이 되는데 지장이 없다는 주장의 근거가 될 수 있다. 이는 일종의 순환논법이 될 수 있다는 비판이 있을 수 있으나, 각자의 쟁점을 풀어 가는데 도움이 되는 것은 분명하다. 여하튼 본 연구의 논제에서 끌어올 수 있는 것은 저작물성은 저작물의 음란성을 포함한 내용의 여하에 좌지우지되어서는 안 된다는 것이다. 이를 발전시키면 국가보안법에 위반된 이적표현물이나, 특정 종교, 종파의 신앙에 배치된 이단(sect) 종교 또는 종파에서 나온 교리서 같은 것에 저작권의 효력이 미치는가의 논의로 확장될 수 있다.

위와 같은 인식하에 그래피티의 저작물성에 대하여 논의하기로 한다. 먼저 여기에서 논의는 불법적인 그래피티(illegal graffiti)를 전제로 한다. 기본적으로 합법적인(legal) 것, 즉 소유자의 허락을 받아 만들어진 그래피티는 소유권침해와 관련하여 특별히 범위반의 문제가 없다는 점에서 문제될 것이 없기 때문이다. 더 나아가 어떤 점에서 합법적인 그래피티는 큰 의미를 갖지 못한다. 그래피티 예술의 특성은 기존 미술 표현의 매개체(medium)인 종이, 흙·금속 같은 재료에 있는 것이 아니라 주로 타인의 건물 담벼락이나 지하철역과 같은 공공장소 등에 스프레이와 같은 도구를 이용하여 이루어짐으로써 기존 문화에 대한 저항의 한 방법으로 표출되고 있다는 점에 있다. 따라서 합법적인 공간에서 이루어지는 그래피티는 어떤 점에서는 어울리지 않는 말의 조합일 수 있다. 불법성은 그래피티 예술의 가장 큰 자산이자 가장 큰 핸디캡이라고 말하는 것은 그 때문이다.<sup>140)</sup> 예술적 관점에서 보면 환경, 배경(context)은 그래피티 예술의 핵심이다.

140) Schwender, 258-259면 (원출처 : James E. Walmesley, In the Beginning There Was the Word, in Beautiful Losers: Contemporary Art and Street Culture 191, 204-205 (2004)).

작품의 생명력, 심지어 유효성까지도 불법적으로 작품이 놓여 있는 장소에 밀접한 관련이 있다. 많은 사람들이 보는 공공 벽에 반전, 반폭력을 외치는 모습이 그래피티로 그려져 있는 경우 그 작품의 가치는 그 작품이 놓여 있는 장소의 불법성으로 인해 더욱 높아진다. 즉 불법적인 낙서가 권위, 통제에 불복종하고 분노하는 예술행위 그 자체이기 때문이다.<sup>141)</sup> 그래서 불법성은 작가의 메시지의 일부라고 할 수 있다. 작가가 사회와 정치에 대해 자신의 메시지를 증대시키는 효과를 발휘하기 위해 불법적인 수단을 사용한다는 점에서, 그래피티 예술작품의 저작권보호 사건에서 위법성을 일종의 "Unclean Hands" 항변으로 허용해서는 안 된다고 한다.<sup>142)</sup> 만약 그래피티 예술의 저작물성을 논함에 있어 위법성이 항변사유로 될 수 있다면 그래피티의 예술적 특성을 무시하는 셈이 되어 그 부당함은 길게 말할 필요가 없다.

또한 불법적인 그래피티 예술을 저작권으로 보호하지 않으면 이는 저작권법의 근본목적인 예술의 진보와 발전과 직접 충돌하게 된다고도 볼 수 있다.<sup>143)</sup> Banksy,<sup>144)</sup> Jean-Michel Basquiat, Barry McGee와 같은 저명한 그래피티 예술가들도 처음에는 불법적인 그래피티로부터 출발했는데, 이들은 초기에는 지하철, 건물, 교량 같은 곳으로서 출발하여 성공을 거둔 후 이른바 교양인(high brow)의 예술세계로 들어오게 된다는 점에서 보호할 필요가 있다고 한다.<sup>145)</sup> 그래피티 예술은 갱들의 작품, 그 자체가 범죄라는 속성과 평가가 있지만 인종, 장소, 도농(都農), 빈부를 불문하고 전세계에서 확산되어 있고, 뉴욕과 파리 등 대도시의 박물관과 화랑에서 전시되고 판매되기도 하는데, 이런 그래피티 예술에 상업성

141) Schwender, 276면 참조

142) 위 논문, 275면

143) 위 논문, 258면

144) 뱅크시는 사람을 원숭이로 대체하거나(pp. 12-19), 경찰을 조롱하거나(pp. 30-39. 근엄한 경찰을 희화화하거나 공중장소에서 마약을 흡입하는 장면으로 낙서를 하기도 함), 미술관에 들어가 자신의 작품을 전시하기도 하는 등 기존 미술관 입장에서는 불법행위라 할 수 있는 일종의 퍼포먼스를 남기기도 한다(pp. 158-185). 이상, BANKSY WALL AND PIECE, THE RANDOM HOUSE GROUP Ltd. (2006). 한편 뱅크시는 이 책의 저작권이 패자들에게 있다("Copyright is for losers." 위 책의 표지 바로 이면에 기재하고 있음. 저자 주)고 함으로써 사실상 저작권을 포기한 것으로 보인다.

145) Schwender, 258-259면.

과 수익성이 분명히 있다. 예컨대 광고캠페인, 잡지표지, 레코드자켓, 빌보드, 우편엽서, 심지어 섬유류제품에 쓰이고 있다고 한다.<sup>146)</sup> 우리의 경우에도 통영 등지에 그래피티 예술이 선뵈 적이 있는데, 보도된 바와 같이 그 장소가 관광지화되기도 하기도 하였다.<sup>147)</sup> 물론 초기에는 건물소유자들과 마찰이 있기도 했지만, 주로 합법적인 공간에서 이루어지기도 한다. 한편 타인의 소유지가 아닌 공공장소에서 행해지는 그래피티도 많이 있다. 우리나라에서는 대표적으로 “압구정 굴다리”, “신도림역 주변”, “영등포 HAJA 센터”, “홍대주변”, “강촌역” 등을 들 수 있다.<sup>148)</sup>

이와 같은 그래피티 예술에 대하여 저작권법의 본질론 중 하나인 인센티브이론에 따르더라도 사회에 유익을 끼치는 작품행위를 저작권으로 보호하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 예컨대 거대한 비어있는 공간(건물벽체, 지하철), 그밖에 버려져 있는 공간에 예술을 창조함으로써 오히려 미화시키는 효과가 있는바, 사회에 유익을 끼치는 것이므로 저작권으로 보호함이 마땅하다는 것이다.<sup>149)</sup>

허용되지 않은 장소(illegally placed)에 벽화를 그린 예술가들이 VARA (Visual Artists Rights Act)에 따라 보호를 구한 사건에서, VARA는 불법적으로 소유자의 동의 없이 설치된 예술물에 적용되지 않지만, 재산소유자(property owner)가 불법적 예술물을 안전하게 제거할 수 있는 경우 VARA는 여전히 예술품을 보호한다고 한다.<sup>150)</sup>

한편, 많은 그래피티 예술가들이 벽화 작업을 하기 전에 소책자(art book) 형

146) 위 논문, 262-263면

147) 임형섭, “봄맞아 새옷 갈아입는 ‘벽화마을’ 통영 동피랑”, 연합뉴스 2010. 4. 6.자, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0003209913> (2011. 1. 11. 방문).

148)뱅크시(리경 역), BANKSY WALL AND PIECE - 거리로 뛰쳐나간 예술가, 벽을 통해 세상에 말을 건네다, 위즈덤퍼플(2009), 243면.

149) Schwender, 280면.

150) 위 논문, 276면. 이를 최근에 우리나라에서 발생했던 도라산 벽화 사건에 적용해 본다면, 문제의 벽화는 동의 받아 도라산역에 설치한 벽화이므로 보호될 수 있는 저작물이라고 할 수 있을 것이다. 임영주, “도라산역 ‘통일광장 벽화’ 일방적 철거 논란”, 경향신문 2010. 8. 19.자, [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201008182159105&code=940100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201008182159105&code=940100) (2011. 1. 11. 방문).

태로 그들 작품의 축소판(smaller versions)을 내기도 하는데, 이것이 저작권보호의 대상임은 말할 필요도 없다. 그렇다면, 불법적인 벽화(illegal graffiti) 작업을 먼저 하느냐, 혹은 책을 먼저 내느냐에 따라 저작권에 의한 보호여부가 달라지는 기이한 현상이 발생하게 되는데, 이런 기이한 현상을 막기 위해서라도 불법적인 그래피티는 저작권보호 대상이 되는 것이 타당하다고 할 수 있다. 또한 그렇게 하는 것이 법원과 저작권심판소의 업무를 경감시켜줄 것이라고도 한다.<sup>151)</sup>

## 5. 저작권의 내용중립성(content neutrality) 논의

### 가. 특정 이데올로기에 반하는 창작물은 저작권 보호에서 배제되는가?

음란물을 저작권으로 보호해서는 안 된다는 전통이론 중 일반 도덕 이론(The General Moral Principles Theory) 같은 이론에 터 잡은 영미의 법원은 내용이 선동적이라는 이유로 저작권보호 대상에서 배제하기도 했는데, 이때 법관들은 public morality의 수호자로서 행동해야 한다는 이론에 강하게 서 있었으며, 이는 Shook 판결에서 가장 잘 드러났다는 점은 앞서 논의한 바와 같다.<sup>152)</sup> 그런데 이 논리대로라면 예컨대 우리나라의 국가보안법에 위반하여 대중을 선동하는 작품도 선동적(seditious)이라는 이유로 저작권법상 보호의 밖에 놓이게 될 수 있을 것이다. 그리 오래지 않은 과거, 이른바 권위주의 정권 시절 국가보안법위반(주로 이적표현물)으로 재판에 회부되었던 많은 저술가들이 있었다.<sup>153)</sup> 과거 음란물로 단죄되었다가 후에 명저의 반열에 오른 문학작품이 다수 있는 것과 마찬가지로 국가보안법위반물로 처벌받은 창작물도 저작권보호 대상에서 배제될 수 있

151) Schwender, 279-280면

152) 위 각주 71번의 본문내용 참조

153) 대표적으로 남정현의 소설 “분지”가 1966. 7. 23. 반공법 및 국가보안법 위반으로 기소된 이래 지금 생각해 보면 웃음거리가 될 만한 많은 어문저작물이 국가보안법위반(이적표현물)으로 기소되었고 유죄로 인정되었다. 한승현, “[길을찾아서] 독재가 낳은 ‘60년대 미네르바’ - 산민의 ‘사랑방 증언 12”, 한겨레신문 2009. 1. 20.자, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/334121.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/334121.html) (2011. 1. 11. 방문).

을 텐데, 후에 이런 작품이 평가받는 경우도 있을 것이다. 그렇다면 이미 특정 이데올로기에 반하거나 배치된다는 이유로 저작권보호를 받지 못하고 공유(public domain) 상태에 방치될 수 있는데, 후에 이데올로기와 관련된 평가가 달라질 경우 저작권으로 보호받지 못함으로 인해 받은 피해는 회복될 길이 없어진다는 점에서 그 부당함은 길게 설명할 필요가 없다.

이와 같이 특정 이념에 반하는지 여부가 저작물성에 영향을 미쳐서는 안 되는 것과 마찬가지로 시대와 공간에 따라 변화될 수 있는 도덕, 윤리에 반하는지 여부에 따라 저작물성 인정 여부가 달라져서는 곤란하다고 할 수 있다.

#### 나. 종교의 자유와 저작권의 충돌<sup>154)</sup>

종교의 자유가 저작권 주장에 대한 항변이 되는 경우를 상정하는 것은 어렵지 않다. 원고가 종교적 표현물에 대한 저작권을 갖고 있고, 피고가 이를 이용하는 측으로서 종교의 자유 항변을 하는 상황은 원, 피고 양쪽 모두 종교집단 또는 종교단체일 것이 분명하고, 조금 더 깊게 생각하면 일종의 모 종교집단에 대한 분파집단 간의 분쟁임을 쉽게 짐작할 수 있다.

실제로 미국에서는 저작권 주장에 대하여 종교의 자유 항변을 하는 저작권분쟁에 있어서 위와 같은 분파교회(sect)에 대한 제재수단으로서 저작권이 활용되는 경우를 어렵지 않게 볼 수 있다. 한편 종교의 자유는 크게 “종교활동의 자유”와 “국교금지의 원칙”으로 나눌 수 있는데, 저작권보호에 반대되는 주장을 하는 측(피고)에서는 자파 종교집단의 예배활동을 지속하기 위해 종교활동의 자유를 항변으로 내세우는가 하면, 원고의 저작권을 보호해줌으로써 결국 국가가 특정 종교 또는 종파에 대하여 혜택을 주는 셈이 되어 결과적으로 특정 종교를 국교로 인정해서는 안 되고, 특정 종교를 타 종교에 비하여 우월적으로 보호해서는 안 된다는 것<sup>155)</sup>을 내용으로 하는 국교금지 조항(Establishment Clause)에

154) 본 항의 논의는 결론부를 제외하고는 본 연구자의 다음 논문 중 280-286면을 편의상 그대로 여기에 전재한다. 본 연구자가 작성한 논문이므로 재인용 방식이 아닌 직접인용방식을 따랐음을 밝힌다. 남형두, “종교단체와 저작권, 가이사의 것은 가이사에게”, 법조 2008. 10. 통권 제625호(2008).

반한다는 항변을 하기도 한다. 엄밀하게 말하자면 위 두 항변은 나누어 볼 수 있으나, 크게 보면 종교의 자유 항변으로 묶을 수 있다는 점에서 아래에서는 함께 살펴보기로 한다.

### 1) 종교활동의 자유 관련 판례 검토<sup>156)</sup>

초기의 판결에는 저작권보호보다는 종교의 자유를 더욱 중시하는 경향이 있었다. 이른바 Wollersheim 판결에서,<sup>157)</sup> Scientology라는 종파의 비밀로 분류된 몇 건의 문건이 도난당했는데, 피고는 그 문건을 이용하여 예배를 드렸다. 원고는 저작권침해를 이유로 그 문건의 사용을 금지해달라고 법원에 청구하였다. 원고 청구가 받아들여지게 되면, 피고로서는 곧 예배금지의 결과를 낳게 되는 상황이었다. 이에 대하여 법원은 그와 같은 금지명령은 종교의 자유에 저촉될 수 있고, 국교금지에 위반될 소지도 있으며, 법이 종교문제에 개입될 소지가 있다는 점에서 원고의 금지청구를 기각하였다.

그런데 이후 저작권은 종교의 자유와 별개로 가치중립적인 재산권으로서 특정 종교의 모단체이건 분파단체이건 가리지 않고 적용되어야 한다는 취지의 판결들이 나오기 시작하였고, 이런 판결이 주를 형성하게 된다. 그 계기가 된 것은 저작권과 종교의 자유가 직접적으로 충돌한 사안은 아니지만 종교의 자유가 가치중립적인 다른 법과 충돌한 사건에서 촉발되었다.<sup>158)</sup> 이 판결의 영향을 받아 저

---

155) *United Christian Scientists v. Christian Science Bd. of Dirs.*, 616 F. Supp. 476 (D.D.C. 1985) (이하 “Science and Health 판결”). 위 판결에 따르면, 국교금지 조항(Establishment Clause)이 의미하는 것은 최소한 주나 연방정부는 교회를 창설할 수 없다는 것으로서, 특정 종교를 지원하거나, 모든 종교를 지원하거나 특정 종교를 타 종교에 비하여 우대하는 법을 만들 수 없으며, 주나 연방정부는 공개적으로 또는 비밀리에 어떤 종교단체나 모임의 일에 간여할 수 없다는 것을 말한다. 제퍼슨의 말을 빌리면 국교금지조항이 의미하는 것은 “교회와 국가 간에 장벽을 치는 것”(“to erect a wall of separation between Church and State”)이라고 한다. 위 616 F. Supp. 476, 478 (제퍼슨의 말은 위 판결에서 재인용한 것임).

156) 우리나라 기독교 전래에 가장 많은 영향을 끼쳤고 오늘날에도 가장 교류가 많은 나라가 미국이므로, 미국 판례를 중심으로 우리나라와 비교 검토하는 것은 우리나라의 향후 관련 논의에 큰 도움이 될 것으로 본다.

157) *Religious Technology Center v. Wollersheim* 796 F.2d 1076, 1089 (9th Cir. 1986) (이하 “Wollersheim 판결”).

작권 역시 특정 종파에 편중하는 것이 아니라 가치중립적인 권리라는 점에서 위 Wollersheim 판결과 다른 결론이 나오게 된다(이른바 Smith 판결). 이후 분파된 종교집단이 저작물로 보호되는 종교적 문건을 종교행사에 사용하는 것을 저작권 침해에 해당한다는 이유로 금지한다고 해서 종교의 자유를 제한하는 것은 아니라는 판결들이 나오기 시작하였는데 그 대표적인 것이 Urantia 판결<sup>159)</sup>이다.<sup>160)</sup>

"Jesus Christ Superstar" 사건에서도 같은 취지의 판결이유가 실시되어 있다. 이 사건에서 원고는 저작권침해를 주장하며 공연금지가처분을 구하자, 피고는 저작권으로 피고의 공연을 금지한다면 이는 수정헌법 제1조상의 기본권인 종교의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다. 이에 법원은 피고에게 보장된 종교적 믿음에 대한 종교자유를 보호한다는 것이 타인의 저작권을 침해하는 것을 포함하는 것은 아니라고 하면서, 피고들의 항변을 기각하였는바,<sup>161)</sup> 이는 위 Smith

158) 이 판결은 피요테(peyote)라고 하는 선인장의 일종으로서 마약성분이 있는 식물을 종교행사에 사용한 것을 이유로 종교단체에서 해고당한 원고들이 오리건 주 실업수당 수혜자격에서 배제되자 소송을 제기하였는데, 연방대법원은 피요테를 의식행사에서 먹는 것에 대하여 오리건 주의 마약법이 적용되는 것은 종교의 자유를 제한하는 것이 아니라고 판시하였다. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) (이하 "Smith 판결").

159) *Urantia v. Maaherra*, 114 F.3d 955 (1997) (이하 "Urantia 판결"). 인간이 아닌 성령(Divine Counsellor)과 같은 영적 존재의 계시에 따라 쓰였다고 믿는 일종의 "교리문답집"인 "Urantia Book"을 피고(Maaherra)가 허락을 받지 않고 컴퓨터 디스크에 담아 무료로 배포하자, 원고(Urantia 재단)가 저작권침해를 들어 복제금지를 구한 사건이다. 이 책에 대한 저작권이 원고 재단에 있다는 원고 주장에 대하여, 피고는 저작권법은 인간의 창작물(human authorship)을 보호하는 것으로서, 이 책은 인간이 창작한 것이 아니므로 저작물성(copyrightability)이 없다고 맞섰다. 연방항소법원(9th Circuit Court)은 저작물성은 어떤 책이 천상의 것(celestial origin)인지 여부를 결정하는 형이상학적인 것이 아니라고 못 박고, 그 책의 가르침을 편집, 선택, 조합, 정리를 한 최초의 사람이 그 저작권을 주장한다면, 그 책은 저작권의 보호대상이 된다고 하였다. 이 책을 미국 저작권법 제101조 상의 편집물(compilation)로 보았던 것이다. *Urantia 판결*, 957-958면.

160) 종교의 자유는 분파주의를 배격하지 않는 법을 배제하지 않는다는 원칙을 선언한 것이고, 저작권은 가치중립적인 법으로서 피고(분파)도 따라야 한다는 것이다. *Jed Michael Silversmith & Jack Achiezer Guggenheim, Between Heaven and Earth: The Interrelationship Between Intellectual Property Rights and the Religious Clauses of the First Amendment*, 52 Ala. L. Rev. 467, 489-490 (2001).

161) *The Robert Stigwood Group Ltd. v. O'Reilly*, 346 F.Supp. 376, 383-384 (1972) (이하

판결, *Urantia* 판결과 같은 맥락에 있다 할 것이다.<sup>162)</sup>

## 2) 국교금지 원칙 관련 판례 검토

한편, 종교의 자유 중 국교금지 원칙이 저작권 집행에 있어서 항변으로 제기된 사건도 여럿 있었다. 대표적으로 Scientology라는 종교와 관련된 사건으로서, 이 종파의 분파는 핵심적 교리서인 "Science and Health"의 여러 판(edition)을 사용하는 것에 대하여 정통파가 저작권으로 그 사용을 금지하자 위 핵심적 교리서의 순결성(doctrinal purity)을 유지할 목적으로 저작권보호기간의 연장을 특별히 허락한 특별법(Private Law 92-60)이 국교금지 원칙을 천명한 미국헌법에 반한다는 취지로 위헌청구를 하였고, 연방법원은 이를 받아들여 위 특별법의 효력을 배제하였다.<sup>163)</sup> 이 판결은 종파의 정통성을 수호하고 분파의 세력 확산을 막

---

“Jesus Christ Superstar 판결”). Timothy Rice와 Andrew Lloyd Webber가 창작한 “Jesus Christ Superstar”라는 록 오페라는 예수의 생애 마지막 7일간 행적을 뮤지컬로 묘사한 작품으로서, 이 사건 원고는 미국 내에서 오페라공연권을 양도받은 회사이다. 피고들은 Roman Catholic 임명사제들로서 가톨릭 선교목적으로 위 록오페라를 무대배경, 복장 등 몇 가지를 제외하고 거의 동일하게 선교목적으로 공연하였다. 원고는 저작권침해를 주장하며 공연금지가처분을 구하였던 사건에서 원고 승소판결이 내려졌다.

162) 저작권법은 가치중립적인 법으로서 종교적 저작물에 대하여 저작권법을 적용하는 것은 헌법(종교의 자유)에 저촉되지 않는다는 판결로서, 같은 Scientology 종파가 관련된 판결(*Bridge Publications, Inc. v. Vien*, 827 F. Supp. 629 (S.D. Cal. 1993))이 있다.

163) "Science and Health 판결". 원고들 United Christian Scientists (UCS)는 비법인 종교단체와 두 명의 개인들로서 UCS의 의장과 수탁자들이다. 피고는 Mary Baker Eddy에 의해 19세기에 창립된 “First Church of Christ, Scientist”로서, Mary는 "Science and Health With Key to the Scriptures"라는 독창적인 책을 쓰고 여러 차례 수정보완을 하였는데, 이 책은 이 종교(Christian Science Church)에서 성경과 함께 핵심적 신학 교리서로 간주되고 있다. 이 “Science and Health”는 매주 일요일 설교 때마다 성경과 이 1906년 판(final edition)의 관계되는 구문을 읽는 것으로부터 시작한다. Mary는 1875년부터 마지막 판인 1906년까지 수차 판을 거듭하여 이 책을 수정하였다. 이 책의 저작권은 당시 1909년 법(28년+28년으로서, 최초 보호기간 28년에 갱신될 경우 28년을 추가함)으로 1962년에 만료될 운명이었다. 그런데 그 무렵 의회에서 저작권법 개정안이 계류 중이었고 1976년에 통과되었는데(이로써 생존기간+50년), 법 개정 논의 중에 만료된 저작권은 만료되지 않은 것으로 간주하고 보호기간을 75년으로 인정하는 조항이 있었다(1976년 법 304(b)). "Science and Health 판결", 616 F.Supp 476, 476-477면. 한편, 1976년에 저작권법이 통과되기 전으로서 동 법이 의회 계류 중이었던 1971년에 "Private Law 92-60"이라는 우리에게는 매우 생소한 법이 의회에서 통과되었다. 이 법의 요지는 Mary Baker Eddy

기 위해 교리서 또는 경전에 대한 저작권을 수단으로 사용하는 것에 대하여 법원이 특정종교를 차별적으로 보호하는 것은 헌법에 정해진 국교금지의 원칙에 반한다고 본 것이다.

이는 저작권법이 종교적 반대의견을 막고 억압하는 수단이 되어서는 안 된다는 생각과 맥을 같이 하는 것으로서,<sup>164)</sup> 종교적 저작물에 저작권을 인정해 주는 것은 국교금지 원칙에 위반하는 것인데, 이는 특정 종교 또는 특정 종파에 대하여 정부가 보조금(subsidy)을 지급하는 것과 같다는 견해가 있다(Cotter).<sup>165)</sup> Cotter는 법원이 저작권을 오용하고 있다고 하면서, 소수종교 및 종교적 반대자의 신앙에 대한 관점도 존중되어야 한다는 점에서 보면, 종교의 정통성에 대한 시비가 본질인 사건에서 저작권이 수단으로 이용되는 경우에 저작권의 적용을 신중히 해야 한다고 주장한다.<sup>166)</sup> 특히 저작권자들이 신(神), 또는 초자연적 존재(supernatural being)가 계시하였다는 작품에 대하여 저작권을 주장하는 것은 그 자체로 모순에 빠지는 경우가 있고, 이른바 합체의 원칙(merger doctrine)에 의해 종교물에 대한 저작권 주장이 제한되는 경우가 많다는 점에서도, 법원은 저작권 주장이 종교적 반대자를 억압하고 방해하는 잠재적 수단으로 쓰이는 것

---

의 유언에 따라 "Science and Health"의 모든 버전에 대한 저작권을 수탁자에게 인정하고 그 보호기간은 이 법(Private Law) 발효일로부터 75년(1971년+75년=2046년) 또는 첫 출간일로부터 75년 중 늦은 것으로 한다고 되어 있다. 이상, 17 U.S.C.A. §304 "Duration of copyright: Subsisting copyrights" 중 1976 Acts의 연혁부분(Revision Notes and Legislative Reports) 부분 참조 원고(피고로부터 분파된 단체 및 그 의장 등 개인들)는 1976년에 위 책을 신도들에게 유포하였으며, 더욱이 1906년 판권이 유일한 권위 있는 판이 아니라고 보고 설교와 연구 목적으로 다른 판도 출간, 유포하였는데, 위 "Private Law 92-60" 법에 의해 피고들이 여전히 보유하고 있는 것으로 되어 있는 저작권에 의해 방해받고 있다고 하면서, 본 "Private Law 92-60" 법의 위험여부를 판명해달라는 소송을 제기하게 된 것이다.

164) Thomas F. Cotter, *Gutenberg's Legacy: Copyright, Censorship, and Religious Pluralism*, 91 Cal. L. Rev. 323, 324 (2003).

165) 위 논문, 334면 구텐베르크가 15세기 중반 인쇄기를 발명한 후 이른바 불온사상의 유포를 막기 위해 교회와 국가, 또는 가톨릭교회와 개신교가 모두 그 위험한 새로운 사상의 확산을 제한하려고 시도한 것은 놀라운 것이 아니었으며, 이러한 시도는 뜻밖에도 종교개혁과 저작권법의 출현이라는 결과를 가져왔다고 한다. 저작권에 의한 특정 종교 또는 종파의 교리의 순결성을 지키려는 것에 대하여 이를 돕는 것은 마치 정부가 보조금을 지급하는 것과 같아서 국교금지 원칙에 반한다고 보는 것이다. 위 논문, 324-326면

166) 위 논문, 391면

에 이용당해서는 안 된다는 것이다.<sup>167)</sup>

국교금지의 원칙(the Establishment Clause) 항변에서 보면, 앞에서 본 종교활동의 자유(the Free Exercise Clause) 항변과 다른 결론이 도출된 것이 아닌가 하는 생각이 들 수 있다. 저작권과 충돌되는 사건에 있어서 후자의 항변은 기각되고 저작권 주장이 받아들여지는데 반해, 전자의 항변은 받아들여져 오히려 저작권 주장이 기각되었기 때문이다. 사실 그런 측면이 있다. 그러나, 위 위헌소송의 판결을 저작권과 종교의 자유 항변이 저촉되는 사건에서 일반화하기는 어렵지 않나 생각된다.<sup>168)</sup> 저작권의 수단화 경향 및 그 위험성을 경고한 위 위헌판결과 Cotter의 견해는 충분히 일리가 있는 것이지만, 가치중립적인 재산권으로서 특정 종교 및 종파에 대한 우호성(preference)을 갖고 있지 아니한 저작권의 적용을 종교의 자유(국교금지 원칙 포함)를 이유로 아래에서 언급하는 별도의 항변이 성립하지 않는 경우에도 배제할 수 있다고 하기에는 논리성이 떨어진다고 여겨지기 때문이다.

위헌판결이 난 위 법률(Private Law 92-60)은 일종의 “처분적 법률”로서, 일반적인 사항을 규율하기 위한 것이 아니라, 저작권으로라도 어떻게든 이단 또는 분파를 막아보고자 했던 특정종교의 청원에 의해 만들어진 법률이었다는 점에서, 애초부터 위헌소지가 있었던 것이 아닌가 생각된다. 즉, 처분적 법률이라는 태생적 한계로 인하여 위헌판결이 났다는 점에서 이를 일반화하여 저작권 주장이 국교금지 원칙이라는 항변에 의해 배척되는 것이 일반적으로 가능하다는 결론을 도출할 수는 없다고 생각된다.

167) 위 같은 면

168) 연방대법원이 국교금지 원칙에 위반되는 법률인가를 판단함에 있어서 3가지 요소 테스트를 하여 왔는데, 위헌소지를 피하기 위해서는 1) 그 법이 세속적인(secular) 입법목적을 가져야만 하고 2) 법의 주된 효과가 종교를 증진시키거나 방해하는 것이어서는 아니 되며, 3) 법이 종교에 대한 과도한 정부의 개입을 촉진하는 것이어서는 안 된다고 보았다("Science and Health 판결", 616 F. Supp. 476, 479(Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 612-613에서 재인용한 것임)). 위 위헌소송에서 피고는 문제의 법률(Private Law 92-60)은 "Science and Health" 책에 대한 위조되고 왜곡된(spurious and distorted) 버전으로부터 일반 대중의 오인혼동을 막기 위한 것이라고 주장해 왔는데, 법원은 이는 17세기 영국혁명 때 영국의회에서나 가당한 이야기일 뿐, 현대 미국의 정치적 논의와는 일치하지 않고 헌법이 의회에 부여한 업무도 아니라고 함으로써, 합헌이라고 하는 피고의 주장을 배척하고 위헌법률임을 선언하였다. Science and Health 판결, 479-481면.

### 3) 소결

많은 논란이 있어 왔지만, 미국 판례의 흐름은 결국은 종교의 자유가 결코 저작권을 우선할 수 없다는 쪽으로 방향을 잡고 흘러 왔다고 할 수 있다. 이는 저작권 측면에서 본다면 저작권은 특정 종교, 종파를 두둔하거나 배척하지 않고 저작권 자체의 기준만으로 판단한다고 할 수 있다. 저작물성을 갖추면 저작권으로 보호하면 그만인데, 그 결과 특정 종교, 종파를 보호하는 셈이 되더라도 이것이 종교의 자유를 침해하는 것이 아니라는 것이다. 저작권은 종교의 자유로부터도 자유로운 것으로서, 그 내용이 특정 종교의 신앙(신념)에 부합하거나 배치하거나를 묻지 않는다는 점(비차별적 적용)에서 이른바 저작권의 내용중립성(content neutrality)을 뒷받침하는 좋은 예가 된다 할 것이다. 이를 본 연구 주제에 적용해 보면, 저작물은 음란성이라는 내용에 좌우됨이 없이 보호대상 여부를 결정되어야 한다는 논리를 뒷받침 할 수 있다고 생각한다.

## 6. 정부기관 간의 기능과 역할 - 법의 체계론

### 가. 대립되는 두 견해

음란물의 저작물성과 관련하여 저작권도 현행법 체계를 따라 합법적인 것만을 보호해야 한다고 하는 합법성 이론(Compliance Standard)에 따르면 음란물은 저작권에 의한 보호를 받을 수 없는데 반해(이하 “합법성 이론”),<sup>169)</sup> 헌법 하에 있는 법률은 각기 그 입법목적에 충실한 것으로 족하며 불합리한 결과가 발생하면 이를 규율하는 법을 만들어 시정하면 된다고 하는 견해(이하 “각자 역할론”)<sup>170)</sup>에 따르면 음란물이라고 하여 저작권의 보호대상에서 배제되지 않는다. 후자에 의하면 다만 음란물을 규제하는 다른 법률에 의해 그것의 유통이 가져오는

169) 모든 정부기관과 모든 법률의 준법성, 합법성(compliance standards)을 강조하는 견해 중 대표적인 것으로는 Harvard Note 참조

170) 각 정부기관의 역할론 또는 각 법률의 입법취지 및 역할론을 강조하는 대표적 견해로는 McDavid, 572면 참조

해악을 시정하여야 한다고 한다. 이 대립되는 두 견해에 대해 자세히 살펴보기로 한다.

합법성 이론에 의하면, 음란물을 저작물로 보호하는 것에 대하여 현재의 지적 재산권법 체계는 형사적으로 금지되고 불법적 행위의 결과로 만들어지는 것을 보호하는 셈이라고 하면서, 이는 마치 흠친 물건(Neem tree)으로 특허를 받고 법으로 금지된 인체를 통해(생체 실험 같은 것) 특허를 받는 것과 비견될 수 있다고 주장한다.<sup>171)</sup> 이 이론은 저작권(지적재산권)이 사람의 행위(behavior)를 규제할 수 있는가<sup>172)</sup>라는 매우 도발적인 문제를 제기한다. 이는 저작권에 행위계도성이 있는가의 문제로서 매우 철학적이고 본질적인 물음을 던지고 있다. 반면에 저작권을 본래 내용중립적인 것(Content Neutrality)으로 보는 쪽에서는 사안별로 주관적인 판단을 하게 되면 저작권청이나 법원에 어려운 문제를 주게 되다는 점에서 오히려 내용중립성이라는 원칙은 저작권의 행정, 집행을 효율적으로 만들 수 있는 점이 있다고 한다.<sup>173)</sup>

#### 나. 저작권청 또는 저작권위원회의 등록여부 문제

위와 같은 합법성 이론은 정부기관 간의 유기적 협력관계를 중시한다. 본 연구에 적용하여 논의하자면, 저작권등록기관에 음란물을 이유로 등록을 거절하라고 요청하는 것이다.<sup>174)</sup> 미국 저작권청의 정책(policy)은 형식적 요건만 갖추면 예술적 가치나 도덕적 가치에 대해서는 별 관심을 기울이지 않고 저작권등록증을 발급해 왔다. 한편 미국 저작권청은 1941년에 다음과 같이 언급한 적이 있다.

---

171) Harvard Note, 1503면. Neem tree는 인도 고유의 식물로 알려져 있다.

172) 이점에서 다음 논문 제목은 매우 주목을 끈다. Note, *Can Intellectual Property Law Regulate Behavior? A "Modest Proposal" For Weakening Unclean Hands*, 113 Harv. L. Rev. 1503 (2000).

173) Harvard Note, 1504면.

174) 저작권청(copyright office)이 내용이 음란하다는 이유로 등록신청을 거절할 수 있는가의 문제를 지적한 것으로 MARSHALL LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT (2005), 96면 참조

“저작권청은 대중의 도덕을 비판하는 사무소가 아니다. 어떤 작품의 등록신청을 받았을 때, 이 청의 유일한 관심은 그것이 저작물성이 있는가, 그래서 등록이 가능한가 아닌가에 대해서 결정하는 데에만 있다.”<sup>175)</sup>

이에 대해 미국 법무부는 음란성과 저작권에 관한 면밀한 검토 끝에 유례없는 독특한 결론을 내렸는데, 저작권청은 저작권등록신청을 심사하고 그것이 불법적이거나 부도덕적인 것으로 인정되면 이에 대하여 저작권을 인정하지 않을 권한을 가져야 하는데, 저작권등록신청을 거절할 권한이 명확하지 않다고 대통령조사위원회에 보고한 적이 있다.<sup>176)</sup> 그러나 저작권청은 1941년도 언급에서와 같이 불법적이거나 부도덕적인 내용의 저작물에 대하여 저작권등록을 거절하여야 할 의무를 지지는 않는다.<sup>177)</sup>

음란물에 저작권적 보호에 반대하는 견해를 주장하는 학자들은 저작권청이 기왕에 불법인 이런 작품들을 저작권보호에서 배제함으로써 제거해 주기를 바란다(이른바 “뿌리제거 이론”). 그러나 이는 명백한 범죄이므로 의회는 어떤 정부기관이 불법적인 수단, 즉 주어지지 않은 수단 또는 권한을 행사하는 것을 허용하지 않는다는 점에서, 저작권청으로 하여금 그 주어진 권한을 넘어 범죄의 뿌리를 제거하는 권한을 행사하는 것을 금한다고 한다.<sup>178)</sup>

미국 법무부와 저작권청 간에 기관 상호 간에 음란물의 저작권적 보호에 관한 의견의 차이를 보여주는 위와 같은 사건이 우리나라에서도 비슷하게 발생한 적이 있다. 검찰청이 일선 경찰서에 하드코어 성인용 영상물에 대해서는 저작권침

175) 44th ANNUAL REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS 29 (1941) (Schneider, 703면에서 재인용). 이에 의하면, 1941년 저작권청의 annual report에 보면 저작권청은 공중도덕에 대한 비평을 하는 사무실이 아니다. 단지 등록 신청된 작품(material)이 copyrightable 한가 그래서 등록이 가능한가 아닌가에만 관심이 있을 뿐이라고 한다. Schneider, 703-710면 참조. 음란물 결정의 본질과 저작권청 업무의 본질에 비추어 보면 음란물에 관한 처분과 결정은 오로지 법원만 행사해야 한다. 그런 점에서 저작권청이 음란물 여부를 판단하여 저작권부여 여부를 결정해서는 안 된다고 한다. Schneider, 724면.

176) 41 Op. Att'y Gen. No. 73, 121 U.S.P.Q. 329, 395-396 (1958) (Schneider, 703면에서 재인용).

177) Palumbo Jr., 97면.

178) McDavid, 572면.

해로 의율하지 말 것을 하달한 것이 그것이다.<sup>179)</sup> 미국 저작권법과 달리 우리나라의 경우에는 저작권등록이 권리발생의 요건이나 달리 손해배상의 효과에 있어 차등이 있다거나 하는 등의 특별한 규정이 없어 미국의 경우를 우리나라에 그대로 적용할 수 없지만, 우리의 경우에도 그 효과는 다르지만 저작권위원회의 등록제도<sup>180)</sup>가 있다는 점에서 만약 음란물을 저작물로 제출하여 저작권등록신청을 하는 경우 저작권위원회는 이를 거절할 수 있는가? 저작권위원회의 등록거절에 불복하는 신청인은 저작권위원회의 등록거절을 처분행위로 하여 법원에 그 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있다는 점에서 저작권위원회의 판단이 매우 중요하게 된다. 한국저작권위원회는 저작권 등록업무 처리규정(2009. 10. 1. 제정)이 있는데, 등록신청 내용을 심사하기 위해 등록전문관을 두고(제15조 제1항), 등록전문관은 등록여부에 대한 심사를 실시하며, 이를 통해 저작물성 여부, 신청인의 신청자격 유무 등을 확인하고 기타 형식적 요건을 충족한 때에는 이를 등록하도록 규정하고 있다(같은 조 제3항). 한편 등록 심사의 범위 및 내용을 다음으로 제한하고 있다(같은 조 제5항).

1. 등록 신청한 복제물이 법상 등록대상인 ‘저작물(저작인접물인지 여부 및 데이터베이스인지 여부를 포함한다. 이하 같다)’에 해당될 수 있는지 여부(형식적 요건 판단)
2. 등록신청이 저작권법 및 시행령, 시행규칙에서 정한 내용을 포함한 기타 법적, 형식적 요건에 부합하는지 여부

한편, 등록 심사에 있어 다음 각 호의 사항에 대한 실체적인 조사는 하지 아니하며, 심사대상 및 범위에서 제외하도록 명시하고 있다(같은 조 제6항).

---

179) 정재호, “<종합>검찰, 포르노 저작권 수사 중단·음란물 유포 혐의로 처벌”, 뉴스스 2009. 9. 18. 자, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=003&aid=0002869203> (2011. 1. 11. 방문).

180) 저작권법 제53조 내지 제55조 참조

1. 등록 신청된 개개 창작물의 독창성의 정도와 보호의 범위
2. 저작권의 실체적 귀속관계
3. 발행·공표 여부에 대한 사실조사 및 확인
4. 신청저작물이 외설 또는 음란물인지 여부

위에서 보는 바와 같이 위 제15조 제6항 4호는 저작물이 외설 또는 음란물인지 여부에 대해서는 실체적 조사를 하지 않아야 하며 심사대상 및 범위에서 제외하고 있다는 점이 매우 특이하다. 따라서 만약 음란물을 저작물로 등록신청할 경우 한국저작권위원회가 외설 또는 음란물인지 여부를 조사하고 심사한다면 또는 그로 인하여 등록을 거절한다면, 이는 동 위원회가 자체적으로 제정한 저작권등록업무 처리규정에 스스로 위반하는 셈이 된다.

#### 다. 합법성 이론에 대한 반론과 비판, 그리고 재비판

이하에서는 음란물에 저작물성을 인정해서는 안 된다는 “합법성 이론”(Compliance theory)에 대한 가정적 반론과 이에 대한 비판을 실시하고,<sup>181)</sup> 이에 대한 재비판을 통해 “합법성 이론”이 타당하지 않음을 논증하고자 한다.

##### 1) 오히려 음란물을 공유상태로 만들어 해악이 더할 것이라는 주장에 대하여

법을 위반한 것, 예를 들어 음란물에 대해 저작권법적 보호를 배제하면, 오히려 범위반물을 누구나 쓸 수 있는 공유자원(public domain)으로 만들게 되므로, 더 많은 사람들이 접근하여 사용하게 될 것이라는 점에서 저작권법적 보호를 배제하는 것이 더욱 큰 해악을 줄 것이라는 반론이 있을 수 있다.<sup>182)</sup> 위 예상반론에 대해 Harvard Note는 두 가지 비판을 한다.

- a. 공표된 법률에 의해 사전에 음란물에 대해 저작권이 부여되지 않을 것이라

181) 이 단계까지는 위 Harvard Note에서 거론된 것이다.

182) Harvard Note, 1518면.

는 것을 안다면, 창작을 해도 그로 인해 저작권 수입이 없을 것으로 예상되므로 법을 위반하면서까지 창작행위를 하지 않을 것이라고 한다.<sup>183)</sup> 그러나 음란물을 창작하는 사람들이 돈을 벌기 위해서만 창작의 유인을 가질 것이라고 보는 것은 지나치게 단순한 생각이라고 할 수 있다. 이는 저작권의 본질, 철학에 대한 다분히 미국적인 접근, 즉 공리주의적 접근(Utilitarian approach)으로서 자연권적 접근(Natural Right approach)을 도외시한 것이라는 비판에 직면하게 된다.<sup>184)</sup> 특히 음란성에 대한 기준이 시대에 따라 변화되어 온 점을 고려한다면 예술성이 있는 작품도 음란성 기준에 따라 저작권으로 보호받지 못하는 경우가 있을 수 있는데, 이와 같은 예술성 있는 작품을 오로지 경제적 필요에 의해 창작이 유인될 것이라고 보는 것은 반드시 타당하다고 할 수는 없다.

- b. 그 창작물이 저작권 등에 의해 보호받지 못하는 것으로서 금지품이라면 정부는 이를 몰수하여 효과적으로 유통하는 것을 막을 수 있다. 그런데 그것이 금지품이 아니고 이미 공유상태(public domain)로 들어간 경우라면 분명히 누군가 이를 통해 이득을 보고 있을 것이다. 그런데 위 제안(proposal)은 어디까지나 음란물을 만들지 못하게 하는 행위규제에 초점이 맞춰져 있는 것으로서 그 내용에 있는 것이 아니므로 공유자원(public domain)이 그 위법물의 진입으로 인해 더욱 풍성해졌는지 혹은 손상되었는지는 중요하지 않다고 한다.<sup>185)</sup>

그러나 이는 음란물을 저작물로 보호하지 않으면 공유자원(public domain)으로 되어 더 많은 사람이 사용하게 될 것이라는 예상반론에 대한 효과적인 답변이 되기에 부족하다. 저작권을 부여하지 않음으로써 음란물의 출현을 막는 것에 실패한 경우, 그 이후에 음란물이 공유상태에 들어와

---

183) 위 같은 면

184) 저작권의 본질, 철학이론으로서 공리주의와 자연권사상에 대해서는 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 산업재산권 2008. 8. 제26호, 272-297면 참조(이하 이 논문을 “남형두(산업재산권)”으로 약칭함).

185) Harvard Note, 1518면.

서 더 많이 유통되는가 하는 것은 관심대상이 아니라는 것으로서, 저작권 등 지적재산권도 합법적인 것만을 보호해야 한다는 매우 적극적인 이론의 뒷문이 열려 있다는 비판을 받지 않을 수 없다. 즉 음란물 출현에 매우 적극성을 띤 이론 치고는 매우 소극적인 논의라고 하지 않을 수 없다.

## 2) 합법성 이론이 사실상 쓸모없다, 즉 효과적이지 않다는 주장에 대하여

매스미디어상의 각종 위법적인 가상폭력, 가상 위법행위에 대해 법이 침묵하고 있고, 또한 어떤 창작자들은 정부의 방침에 순응하여 저작권(독점, 배타권)을 부여받기 위해 합법성 요건을 따르겠지만, 오히려 그보다는 위법을 통해서라도 좋은 창작물을 만들기 위해 위험을 감수하려는 경향이 있다는 점에서 법을 어긴 저작물을 근절하기 어려울 수 있다. 즉 창작자 중에는 저작권으로 보호받지 못하게 되어 자신의 저작물이 공유자원(public domain)이 되어 누구나 이를 써도 되는 일종의 침해(piracy)가 허용되는 상황이 되더라도 이를 감수하려는 경향이 있을 수 있다는 것이다.<sup>186)</sup> 이에 대하여 Harvard Note는 창작자들이 법을 지키고 그렇지 않으면 정부가 보조금(government subsidy)을<sup>187)</sup> 없애는 것이 선이라고 정의한다면 합법성 이론에 의해 선이 달성될 수 있다고 반박한다.

저작권을 정부가 창작자에게 주는 일종의 보조금(subsidy)으로 보는 위 Harvard Note 저자의 견해는 매우 참신하다고 생각한다. 한편 합법성 요건 (compliance condition)을 제안하는 것은 대단히 인간을 ‘낙관적’ 시각에서 보고 있다는 생각이 든다. 저작권이라는 권리를 정부의 보조금으로 인식하고 인간의 행위, 특히 창작자의 창작행위 여부 및 내용여하 결정이 달라질 수 있다고 보는 것은 매우 단순하다는 생각이 든다. 나아가 그런 효과가 다소 있을 수 있다고 하더라도,<sup>188)</sup> 이는 극히 제한적일 것으로 본다. 다만 경우에 따라서는 정부가 주

186) Harvard Note, 1518-1519면.

187) 저작권을 일종의 정부 보조금으로 이해한 점이 특이하다. 위 같은 면.

188) 이런 생각이 들기는 한다. 어떤 창작자, 영화제작자가 어떤 소설을 영화화하거나, 자신의 시나리오를 직접 각색하여 영화로 만들 때, 흥행을 고려하여 다음과 같은 고민에 빠질 수 있다. 원작소설 또는 시나리오에 음란의 수위가 아주 심각한 표현이 있다고 할 때, 이 표현이 예술표현으로서 영상화(영화)에 있어서 예술가(영화제작자, 감독, 연출)로서 도저히 양보할 수 없는 것이 아니라면

는 보조금 여하에 따라 창작자 또는 창작물 유통에 종사하는 이들이 행위를 결정하는데 상당한 영향이 있을 수 있다. 그 점에서 정부 보조금(subsidy)을 거두는 입법자의 판단(저작권 보호에서 배제하는 입법) 또는 사법판단(법원에서 음란물의 저작권성을 부인하는 판결)에 의해 음란물을 창작하는 이들이 그 창작의 내용을 사전에 자기검열 하는 쪽으로 유인하게 될 것이라는 생각이 어느 정도 타당할 수 있다. 또한 그러한 입법, 사법 수단만으로는 제한적일 수 있지만, 다른 정책수단, 즉 저작권이 인정된 후에 다른 입법 또는 정책수단에 의해 그 이익을 박탈하는 것이 더해진다면, 위와 같은 제한적인 효과는 그것만으로 볼 것이 아니라고도 생각한다. 일응 위 note 저자의 반론은 매우 타당할 수 있다고 본다.

### 3) 저작권의 보호보다는 기술적 보호조치를 통해 스스로 보호를 강구할 것이라는 주장에 대하여

정부의 보조라는 틀과 논리에 들어가지 않고 창작자 스스로가 자신의 권리를 보호하는 쪽으로 가게 됨으로써 결과적으로 공유자원(public domain)을 황폐화시킬 우려가 있다고 한다.<sup>189)</sup> 합법성 요건(compliance standards)을 싫어하는 창작자들이 정부의 보조금(subsidy)에 해당하는 저작권에 의한 보호를 받는 것을 포기하고, 스스로 기술적 보호조치를 갖춰 음란물 정보에 대한 접근을 차단하는 방식으로 수익을 얻는 길을 택할 수 있다. 이렇게 되면 저작권법 체계 안에서는 그나마 공정이용(fair use), 보호기간, 최초판매이론(first sale doctrine)과 같은 원칙을 통해 저작권이 제한되기도 하는데 저작권체계를 벗어남으로 인해 이와 같

---

(물론 그런 경우도 간혹, 자의반, 타의반으로 포기하는 경우가 있기는 하지만, “자의반, 타의반”이라는 단계 이전에 제작자 본인의 내부에서, 일종의 “자기검열”에 의해 포기되는 경우도 있을 것이다), 그 흥행을 위해 그 수위를 결정할 지도 모른다. 예컨대, “19금”으로 가거나, 아주 극단적인 “제한상영가”를 선택하더라도 충분히 수익성에 있어서 승산이 있다고 볼 것인지, 아니면, 음란적 표현의 수위를 낮추어 “15금”, 또는 그 이하의 제한상영가로 가든지, 아니면 제한상영가를 받지 않도록 그런 표현을 삭제하거나 상징화하는 방식으로 피해가던가 하는 것을 고민하고, 고려할 수 있을 것이다.

189) 위 논문, 1519면

은 제한을 받지 않고 수익을 올림으로써 결국 저작권의 제한의 결과 공유자원(public domain)이 풍성해질 수 있는 기회를 박탈할 우려가 있다는 예상반론이 있을 수 있다.<sup>190)</sup> 이에 대하여 Harvard Note 저자는 다음과 같이 비판한다.

- a. 해커(hacker)들이 기술적 보호조치를 허물어버릴 것이므로 기술적 보호조치를 통해 음란물을 스스로 보호하려는 길을 택하게 될 것이라는 우려는 크지 않다.<sup>191)</sup>
- b. 디지털물의 속성상 한번 뚫리면 인터넷을 통해 급속도로 확산될 수 있기 때문에 위 예상반론에서와 같이 음란물을 창작하는 사람들이 저작권이라는 보호의 틀을 선택하지 않고 스스로의 기술적 보호조치에 의한 길을 선택하기란 어려울 것이다.<sup>192)</sup>

그러나 위와 같은 비판은 기본적으로 디지털화된 음란물을 전제로 하는 것으로서 디지털물이 아닌 것에는 반드시 적용될 수 없다는 생각이다. 또한 기술적 보호조치를 풀어버린다 하더라도, 저작권으로 보호되지 않는 것을 목적으로 하는 기술적 보호조치라면 이를 해제하는 것이 저작권법위반이 될 수 없다.<sup>193)</sup> 우리의 경우 기술적 보호조치에 대한 무력화가 저작권침해로 의제되는 것은 어디까지나 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리”에 대한 기술적 보호조치임을 전제로 하기 때문이다. 따라서, 해커들이 저작권으로 보호받을 수 없는 (위 note 저자의 주장에 의할 경우) 음란물에 대한 기술적 보호조치를 푼다고 해서 처벌되거나 위법행위에 해당하지 않으므로, 푸는 것에 대해 법이 관여하지 않을 것이다. 그렇게 될 경우 공유자원(public domain)을 황폐화하게 될 것이라는 예상반론은 타당하지 않게 될 것이다. 한편 해커들에 의해 저작물로 보호받지 못

190) 위 같은 면

191) 위 같은 면

192) 위 같은 면

193) 저작권법 제124조 ②정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술 서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.

하는 음란물은 해커들의 노력에 의해 공유자원(public domain) 상에서 자유롭게 이용될 수 있게 되므로 해악이 적지 않다는 주장은 여전히 note 저자의 제안에 대한 비판이 될 수 있다.

#### 4) 로크의 노동이론에 근거한 주장에 대하여

지적재산권의 철학이론 중 하나인 로크의 노동이론<sup>194)</sup>에 근거하여 노동의 결과물은 그 노동을 투여한 사람의 것으로서 법에 의해 보호받아야 한다는 주장에 제기될 수 있다.<sup>195)</sup> 즉 노동의 결과는 그것이 음란물에 해당하건 그렇지 않건 자연권의 일부로 보호되어야 한다는 주장이라고 할 수 있다. 이에 대하여 Harvard Note 저자는 로크의 노동이론이라는 것도 결국 사회계약(social contract)에 터 잡은 것으로서 잘못된 행위(wrongdoing act)에 대해 열매를 주는 것을 당연시하는 것은 아니라고 비판한다.<sup>196)</sup>

그러나 잘못된 행위인지 아닌지를 누가 판단할 것인가? 여기에 자의적 판단이 개입될 수 있다. 또한 저작권의 본질에 대한 이론으로는 앞서 거론된 경제이론 중 인센티브이론과 여기서의 노동이론 외에도, 이른바 인격이론이라고 불리는 헤겔의 이론(Hegelian Personality theory)도 있다.<sup>197)</sup> 즉 저작물을 자신의 인격의 표현, 정신의 외연으로 보는 이론에 의하면, 그 결과물에 가치판단을 하여 도덕적인가 아닌가에 따라 저작권적 보호여부를 달리하는 것에 결코 찬동할 수 없을 것이다.

#### 5) 소결 - compliance standards 이론에 대한 결론

Harvard Note도 인정하는 바와 같이 합법성 이론에 따라 음란물에 대하여 저작권적 보호를 배제하는 것은 성급한 것일 수도 있다. 왜냐하면 정부의 각 기능, 부처는 정치권력을 분산하고, 제한하는 중요한 목적에 기여하여 그 권력을 분산

---

194) 로크의 노동이론에 대해서는 남형두(산업재산권), 272-280면 참조

195) Harvard Note, 1519-1520면

196) 위 논문, 1519면

197) Hegel의 인격이론에 대해서는 남형두(산업재산권), 284-286면 참조

하는 ‘방화벽’의 역할이 있기 때문이다.<sup>198)</sup> 그럼에도 불구하고, note 저자는 합법성 조건(compliance condition)이 저작권, 지적재산권에 적용되어야 한다고 보는데, 이는 창작자가 정부의 도움을 받아 형사적 범죄를 통해 수익하게 되는 것을 허용한다면, 이는 “질서 있는 자유”(ordered liberty)를 소중히 여기는 사람들의 양심을 해치는 것이기 때문이라고 한다.<sup>199)</sup> 입법자가 합법성 조건(compliance condition)을 지적재산권의 요건으로 삼도록 입법함에 있어서 다음 두 목적(vision)을 가질 수 있다고 한다.

- a. 모든 시민은 민주자치정부의 공과 과를 모두 공유한다는 인식에 의해 공공의 문화가 증진·발전된다는 믿음과 전망
- b. 정부는 그의 이름으로 불법적 행위를 한 사람(unclean hands)을 돕거나 지원하지 않는다는 믿음<sup>200)</sup>

그러나 이는 정부의 기능과 입법의 다양화와 복잡화, 현대사회의 여러 가지 특성을 고려하지 않은 대단히 시민사회, 계몽주의 시대의 낙관론에 터 잡은 것으로서 매우 단순한 생각이 아닐까 생각된다. 그리고 정부의 역할을 지나치게 강조함으로써 표현의 자유를 억압하는 일종의 현자의 정치가 독재로 흐르는 우려를 범할 가능성 있다.

#### 라. 입법 수단에 대한 논의 - Tailored Statutes

성인용 영상물의 저작물성에 대한 논의는 넓게 볼 때 형사법 체계 내에서 어떤 법에 의해 금지하고 처벌하는 것이 옳은가에 대한 논의로 연결된다. 법마다 그 입법취지가 다르고 규제하는 대상이 다르다는 점에서 저작권보호대상에서 배제한다고 하여 그 행위에 대한 정당성을 부여하는 것이 아님은 분명하다. 예를 들어 도로를 무단점용하는 무허가 포장마차에서 주점을 하는 사람(A)이 있는데,

198) Harvard Note. 1520면

199) 위 같은 면

200) 이상 위 같은 면

A의 영업으로 인해 보행에 지장을 주고 교통혼잡을 불러일으킨다고 가정하자. B는 손님인데 이 영업장에서 술을 마시다가 싸움이 벌어져 포장마차를 때려 부숴서 A가 B를 영업방해 및 재물손괴죄로 고소하였다. 경찰은 A의 영업이 무허가 불법영업이었다고 하여 B를 무혐의로 처리할 수 있는가? 그럴 수는 없다. A의 영업이 법이 허용한 것은 아니지만 그렇다고 해서 B의 행위가 정당화될 수는 없는 것이다.

법에 저마다 입법 목적이 있다. 예컨대 무허가 영업이라고 해서 그 영업장에서 소란을 피워도 되는 것은 아니다. 허가 영업장과 마찬가지로 업무방해죄가 될 수 있다. 그렇다고 해서 무허가 영업을 국가가 조장하거나 지원한다고 하는 것은 논리의 비약이다. 도로교통법이나 식품위생법 위반으로 다스릴 수 있을 지언정, 형법의 보호대상에서 제외함으로써 다스리는 것은 타당하지 않다는 것이다.

그런 점에서 성인용 영상물을 저작권 보호대상으로 본다고 해서 국가가 음란물 제작업자를 돕는 것이라고 할 수는 없다. 성인용 영상물을 제작하여 유포하는 자는 저작권법이 아닌 다른 법으로 제재를 가하는 것이 맞다. 오히려 성인용 영상물을 저작물로 보게 되면 이를 불법적으로 다운받아 유통시킨 네티즌들을 저작권침해죄로 처벌할 수 있다.

최근 범죄수익규제법이 개정되어 국가가 범죄의 수익을 몰수, 추징할 수 있는 범죄에 저작권침해죄가 추가되었기 때문에 성인용 영상물로 이득을 취한 네티즌들의 수익을 국가가 몰수, 추징할 수 있는 길이 열렸다.

문제는 범죄수익규제법에서 수익을 몰수할 수 있는 범죄에 음란물을 제작·유포하는 범죄가 들어 있지 않다는 데 있다. 성인용 영상물이 저작물로 보호되더라도 그로써 생긴 이용료나 합의금, 그리고 손해배상금을 국가가 몰수해 버린다면 이런 영업을 하려는 경제적 유인을 근원적으로 제거할 수 있다는 점에서 범죄수익규제법을 개정할 필요가 있다.<sup>201)</sup>

그밖에 온라인 상의 음란물 유통은 정보통신망법에 의해 규율할 수 있다.

---

201) 본 연구자는 2009. 9. 3.자 한국일보에 “성인용 영상물과 저작권”이라는 제하의 칼럼에서 이런 주장을 펼친 바 있다. 그 후 국회 변재일위원이 같은 취지에서 범죄수익규제법 개정안을 제출하였다고 하는데, 이는 본 연구자의 견해를 채용한 것으로 보인다.

제44조의7 (불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
5. 『청소년보호법』에 따른 청소년 유해 매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보

#### 제4절 귀납적 논의 - 저작물로 보호하지 않을 경우 오는 폐해

본 항의 논의는 본 장의 다른 부분과는 조금 차원이 다른 논의라 할 수 있다. 본 장의 다른 항(sub chapter)의 논의가 음란물도 저작권의 보호대상이라는 것을 직접적으로 규명하려고 한다는 점에서 연역적인 것이라면, 본 항의 논의는 음란물을 저작권 보호대상에서 제외한다면 발생할 수 있는 불합리를 보여줌으로써 음란물도 저작권 보호대상에 포함되어야 한다는 것을 논증한다는 점에서 귀납적인 것이라고 할 수 있다. 귀납적 방식으로 논의해 볼 수 있는 것은 몇 가지 있다. 첫째 세대 간의 윤리인식과 관점의 차이에서 비롯되는 시차다. 이전 세대에서 음란물이라는 이유로 저작물성을 인정받지 못하였으나 후속 세대에서 오히려 명저가 되는 경우와 같이 음란물이라는 이유로 저작물성을 부인하면 불합리한 경우가 발생한다는 점이다. 둘째 지역 간 또는 국가 간 윤리인식과 관점의 차이에서 비롯되는 불합리한 경우다. 이는 어떤 공간을 음란물의 저작물성에 관한 조각낸다는 점에서 "Fragment"(단편(斷片))라는 용어로 설명한다. 셋째 음란물을 저작물로 인정하지 않을 경우 그 작품은 공유상태(public domain)에 놓이게 되는바, 음란물의 이용을 더욱 활성화한다는 점에서 불합리한 결과가 발생한다. 넷째 음란물의 저작물성을 논하기에 앞서 음란물인지 여부를 판단하여야 하는데, 판단의 어려움, 불완전성, 기준의 모호함 때문에 위험한 작업이 될 수 있다는 이유로 음란물인지 여부를 판단한 후에 저작물성 인정여부를 결정하는 방식에 대한 회의를 가질 수 있다. 이하에서는 항을 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

## 1. 시대적 단편성(斷片性) – 세대 기준(Generation Standards)의 불합리성

예술에 대한 이해와 평가는 시대와 세대에 따라 다르다. 당대에 호평을 받았지만 그 평가가 한 세대도 지속되지 못하고 세인들의 관심에서 사라져버린 것이 있는가 하면, 당대에 혹평을 받고 때로는 음란물로 인정되어 유죄판결을 받기도 한 작품 중에 후대에 오히려 더 큰 평가를 받는 경우가 적지 않다.<sup>202)</sup> 물론 형사처벌에까지 이른 작품이 반드시 후세에 재평가되고 이른바 클래식의 반열에 오른다는 법칙은 없지만, 예술가의 작품이 당대의 예술표현에 관한 법적, 윤리적 기준을 벗어났다는 이유로 핍박을 받다가 재평가된 경우는 심심치 않게 있다. 미국 역사상 대표적인 소설로 평가받는 올리시즈는 과거에 음란물 논란에 휘말린 적이 있다.<sup>203)</sup> 20세기 최고의 소설 중 하나로 평가받고 있는 Henry Miller의 소설 “북회귀선(Tropic of Cancer)” 역시 소설이 출간된 당시는 Florida 주법에 의해 유죄판결(state obscenity)을 받은 적이 있는데, 무려 30년이 지난 후에 유죄판결은 연방대법원에서 파기되었다.<sup>204)</sup> 그밖에 유명한 소설인 “채털리 부인의 사랑(Lady Chatterly's Lover)” 역시 출간 당시에는 음란물이라는 이유로 법적 절차가 진행되기도 하였다.<sup>205)</sup>

202) 생각해 보면 음란물이라고 하여 당대에 정죄당한 많은 문예물이 오늘날에도 버젓이 살아 있는 것이 얼마나 많은가? 예를 들어 블라디미르 나보코프의 “롤리타”라는 소설은 중년남성이 십대 소녀를 성적으로 동경하는 내용을 그리고 있는데, 당초 이 소설은 음란물로 인정되어 출판사를 찾는데 애를 먹었다고 한다. 그런데 최근 하버드 대학이 신입생들에게 권장하는 필독도서 목록에 들어 있다고 한다. 남형두(저작권문화), 11면. 우리나라에도 이와 비슷하게 과거 법원판결에 의해 음란물로 판정받은 소설이나 그림 중에 지금까지 좋은 작품으로 평가받는 것이 많이 있다. 음란물에 해당하는지 여부로 대법원재판까지 받았던 마광수의 소설 “즐거운 사라”가 나보코프의 “롤리타”와 같은 명작으로 살아남을 수 있을지는 현재까지 확인할 수 없으나, 작가가 “성 논의의 해방과 인간의 자아확립”이라는 전체적인 주제를 살리려고 했던 것은 분명한 것 같다. 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결(“즐거운 사라” 사건) 참조

203) U.S. v. One Book Called "Ulysses", 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933), aff'd, 72 F.2d 705 (2d Cir. 1934). 올리시즈의 예술성을 “의식의 흐름” 수법에서 논한 것으로는 다음 논문 참조 황필홍, “개인의 권리와 포르노그래피(Pornography)”, 철학연구 제56권(2002), 367면

204) 유죄판결이 그렇게 뒤늦게 파기된 것에 대한 비판적 견해로는 다음 참조 McDavid, 581면

205) Commonwealth v. Delacey, 171 N.E. 455 (Mass. 1930). 무엇이 도덕적이고 부도덕적인지에 대한 사회적 관점은 늘 변해왔다. 한 시대의 잣대로 음란성 여부를 판단하면 저작권보호에 미흡하게 되고 이는 창작의욕의 감퇴를 가져올 수 있다. Mitchell 판결, 857면. 한편, Mitchell 판결

이와 같은 괴리를 예술의 본질 또는 예술가의 취향에서 비롯된 것으로 설명하기도 한다. 오늘날 명작으로 대접받고 있는 “악의 꽃”이라는 시집도 1857년에는 풍기문란을 이유로 보들레르는 이로 인하여 공중도덕 훼손죄로 기소된 적이 있는데, 보들레르는 “나쁜 취향의 신나는 점은 남들을 거북하게 하는 귀족적 즐거움에 있다”고 말했다 한다.<sup>206)</sup> 이처럼 뛰어난 클래식이 되는 예술은 시대를 뛰어넘는 면이 있는 것이 분명하다. 그런데 시대를 뛰어넘는다고 해서 반드시 클래식이 되는 것은 아니다. 다시 말해 시대초월성은 클래식의 필요조건일 수는 있지만 충분조건은 아니라고 할 것이다. 그런데 시대초월성이라고 할 때 ‘뛰어넘는’ 대상이 되는 ‘시대’란 무엇을 말하는 것일까? 당대의 취향, 유행, 윤리, 도덕 등 여러 가지가 있을 수 있지만,<sup>207)</sup> 본 연구는 그 중에 ‘규범’에 관심이 있다.

은 음란성 측면에서 과거에 문제됐으나 지금은 전혀 그런 문제제기 자체가 문제가 되는 작품이 많다고 한다. 동 판결에서 열거된 작가들과 작품은 다음과 같다. Byron의 "Southey and Shelly", Edmund Wilson의 "Memories of Hecate County", Henry Miller의 북회귀선, Erskine Caldwell의 "God's Little Acre", Lillian Smith의 "Stange Fruit", D.H. Lawrence의 "Lady Chatterly's Lover", Theodore Dreiser의 "An American Tragedy". Mitchell 판결, 857면 참조

- 206) 어수용, “‘나쁜 취향’ ... 추잡한 걸까, 때를 못 탄 걸까”, 조선일보 2010. 11. 25.자, [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2010/11/24/2010112402066.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2010/11/24/2010112402066.html) (2011.1.11. 방문).
- 207) 예술, 예술적 취향의 주기(cycle)는 행인지 불행인지 알 수 없으나 당대의 취향과 엇박자를 보인다. James Laver에 따르면 의상의 유행과 관련하여 시대를 10년 앞선 것으로부터 시작하여 150년 뒤진 것을 다음과 같이 매우 흥미롭게 표현하고 있다.

Indecent	10 years b/f its time
Shameless	5 years b/f its time
Daring	1 years b/f its time
Smart	---
Dowdy	1 year a/f its time
Hideous	10 year a/f its time
Ridiculous	20 year a/f its time
Amusing	30 year a/f its time
Quaint	50 year a/f its time
Charming	70 year a/f its time
Romantic	100 year a/f its time
Beautiful	150 year a/f its time

이상, JAMES LAVER, TASTE AND FASHION, GEORGE G. HARRAP & Co. Ltd. (1948), 202면 참조

도덕과 윤리적 규범을 넘어 동시대, 특정 지역 사람들이 강제적 규범으로 설정해 놓은 법률을 초월하는 그리하여 위법한 것이 되는 행위, 그것이 예술로 살아남을 것인지, 아니면 범죄로 규정되는 것인지를 경계선에 있는 것들이 주변이 많이 있고, 시대를 넘어 명멸해 왔다. 보들레르처럼 그 경계를 뛰어넘는 도발적 행위를 예술가의 귀족적 취향이라고 말하는 경우도 있다. 평범을 거부하고 미래의 독자, 청중, 동료와 대화를 시도하려는 예술가를 나열하려면 끝도 없다.<sup>208)</sup> 오늘날 클래식이 된 작품들의 다수는 오히려 당대를 불우하게 보낸 화가들, 음악가들, 시인들, 소설가들의 것이라고 말해도 과언이 아닐 정도다. 예술표현의 소재 중에 가장 보편적이고 흔한 것이 사랑이고 인간의 육체이며 더 나아가 성애를 비롯한 육체적 사랑이라고 할 수 있다. 그런데 이런 소재의 표현은 자칫 음란성이라는 형사법적 제재와 늘 그 경계를 맞닥뜨리고 있다. 예술표현의 존재양식을 법적으로 보호해줄 수 있는 법적 장치라면 우선적으로 저작권을 생각할 수 있는데, 이점에서 형사법적 제재와 저작권적 보호는 필연적으로 충돌하지 않을 수 없다. 그 우열여부가 논란이 되는 것이 본 연구의 핵심적 주제라 할 수 있는데, 그 가치와 효용의 지속성에 있어서 저작권적 보호의 가치가 형사법적 제재의 가치보다 결코 짧지 않다는 점에 주목하여야 한다.<sup>209)</sup>

저작물에 대한 음란성 판단은 형법이나 그 밖의 법에 따른 판단과 달라야 한다. 성전환자도 강간죄의 대상이 될 수 있다는 법원판결<sup>210)</sup>에서 보는 바와 같이 성전환자에 대한 형법적 대응의 변화는 현재 진행 중이라 할 수 있다. 극단적인 예이지만 수간을 예를 들어 본다. 마치 올리시즈나 북회귀선이 수십 년 전에 음

208) 감옥에 가는 것이 두렵거나 예술표현의 자유의 부족으로 인해 쓰여 지지 않은 위대한 책이 얼마나 있겠는가고 반문하기도 한다. Palumbo Jr., 99면

209) 음란성은 특정 시점, 환경에 따라 정의될 수 있는 형법적 기준의 개념이라고 한다면, 저작권과 그 가치는 예술적 기준이 적용되는 것으로서 이는 훨씬 더 오래 지속되거나, 영원할 수도 있다고 한다. 위 논문, 100면 참조

210) 대법원은 성전환자를 여성으로 인식하여 강간한 사안에서, 피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성취속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수술 이후 30여 년간 개인적·사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있는 점 등을 고려할 때, 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다고 판결하였다. 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결 참조

란물 논쟁이 있었다는 것 자체가 흥밋거리가 되는 것처럼, 훗날 수간을 처벌했던 2010년대 형사법에 대해 조롱하는 사태가 발생한다고 가정하자. 그러나 이런 조롱거리와 흥미삼아 하는 이야기가 있다고 해서 과거 수십 년 전의 형사법적 제재가 잘못되었다고 단정할 수는 없다. 형사법은 동시대를 살아가는 현재의 행위를 규율하는 법이기 때문이다. 사회의 정의와 안전을 보장하는 것은 ‘현재’를 전제로 하기 때문이다.

그런데 저작권에 이를 적용해보면 어떤가? 이를 ‘현재’의 법(도덕관념)을 기준으로 저작물로 보호하지 않는다면, 물론 다른 저작물성의 요건을 갖추었음에도 불구하고 당대, 동시대의 음란성 기준에 의할 때, 형법 등 관련법령에 의해 용인될 수 없는 음란성을 갖추었다고 전제한다면, 이는 공유상태(public domain)로 편입될 것이다. 그런데 공유상태(public domain)에 편입된다는 것은 어떤 점에서, 정확히 말하자면 저작물로 존재하지 않는다고 할 수 있다. 모두 사용할 수 있으므로 그 저작물이 존재하지 않는가라고 반문할지 모르지만, 저작인격권(예컨대 동일성유지권)이 기능하지 않는 저작물이 어떻게 ‘온전히’ 존재할 수 있겠는가? 단지 일반에 창작을 위한 원재료가 될 수 있을지언정, 완성품으로서의 저작물은 사라지게 된다고 말할 수 있다. 요리의 식자재가 된 쌀이나 양념이 요리가 만들어진 후에 온전히 존재한다고 볼 수 없는 것과 마찬가지다. 그렇다면 - 즉 공유상태(public domain)에 들어감으로써 사라져버린 저작물은 미래의 독자들에게 읽혀지거나 감상될 수도, 온전히 평가될 기회를 잃게 된다. 형사법 또는 그밖에 처벌법규, 행정법규에 의한 제재는 별론으로 하고 창작자가 예술, 창작의 측면에서 온전히 평가받을 기회조차 상실하게 하는 것은 문화, 예술의 발전, 향상, 인류문화의 진전이라는 측면에서 결코 바람직하지 않다. 그 점에서 저작권에서 저작물에 대한 평가는 형사법적 평가와 달리 미래의 창작자들, 미래의 독자들의 몫으로 남겨두어질 부분이 분명히 있는바,<sup>211)</sup> 현재의 환경과 기준만으로 이를 평가하여 사라지게 하는 것, 즉 저작권으로 보호하지 않음으로써 공유상태(public domain)에 편입되게 하는 것은 사회안전과 정의를 보호하는 형사법과

211) 그 가치와 효용의 지속성에 있어서 저작권적 보호의 가치가 형사법적 제재의 가치보다 결코 짧지 않다는 점을 지적한 Palumbo Jr., 99면의 주장에 전적으로 동의한다.

문화, 예술을 다루는 저작권법의 기능의 차이를 오인한 데서 비롯된 오류라고 생각한다.

한편, 여기에서 상표는 어떤가? 즉, 과거에 음란하다는 이유(scandalous marks)로 상표등록이 거절되었던 상표 중에 지금 보면 그런 논의가 있었다는 것이 흥미로울 뿐이라는 이유를 들어<sup>212)</sup> 그러니 상표도 저작권과 마찬가지로 당대에 판단하지 말고 후대를 위해 여지를 남겨줘야 하는 것 아닌가, 혹은 저작권법에는 상표법과 같은 명문의 규정이 없지만, 상표법 영역과 같이 당대의 기준으로 판단되어야 하지 않는가, 즉 음란물을 저작권으로 보호하지 말아야 한다는 물음이 제기될 수 있다.

그러나 결론적으로 말하자면 그렇지 않다. 즉 상표권은 저작권과 마찬가지로 지적재산권 영역에 속하지만, 이 부분 논의 즉, 음란적 성격 등을 이유로 당대에서 보호되지 않는 것과 같은 논의에서는 상표법이 차라리 저작권보다는 형사법에 가깝다고 볼 소지도 있다고 생각된다. 왜냐하면 상표는 사실상 소비자의 오인 혼동을 막기 위해 만들어진 것으로서 그로 인한 반사적 이익이 권리화한 측면이 있다는 점에서 상표권자보다는 거래법적 측면에서 소비자, 거래질서, 사회 등을 보호해야 할 필요가 강하다고 볼 수 있다. 이점에서 저작권과 같이 저작권자가 미래의 독자, 미래의 창작자들로부터 평가를 받을 기회를 갖게 하는 것과는 차원이 다르다고 할 수 있다. 즉 상표는 현재의 소비자들, 유통질서를 보호하는 것이 가장 중요하고 상표의 본질에도 부합하는 핵심적 요소라 할 수 있어서, 미래의 소비자들에게까지 평가받을 기회를 보장해야 할 정도로 여유가 충분하다고 볼 수 없는 점이 있다. 이점에서 특허는 차라리 저작권에 가깝다고 할 수 있다. 기술에 대한 이해는 현재 또는 당대에서 평가받지 못할 지라도 미래에 평가받을 수도 있기 때문이다.<sup>213)</sup>

결론적으로 보자면 재산권적 측면이 강한 저작권/특허권, 또는 인격적 요소가

---

212) ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE, ASPEN PUBLISHERS 799 (2010).

213) 예를 들어, 원자력기술, 인간배아복제 같은 것이 그것이다. 물론 인류에 대한 위해적 요소나 휴머니즘 등 다른 고려 요소가 있기는 하지만, 특허기술은 현재가 아닌 미래에 평가받을 수 있는 소지가 상표에 비해 농후하다고 할 수 있다.

강한 저작권과 달리 상표권은 재산권적 요소와 인격적 요소가 저작권/특허권에 비해 상대적으로 약하다는 점이 위와 같은 차이를 가져온다고 할 수 있다. 반대로 상표권은 유통측면에 보다 더 많은 노출이 있어 사회(소비자, 일반거래질서)를 보호해야 할 이유가 강하다는 점에서 현재의 질서유지를 중시하는 형사법에 오히려 가깝다고 생각된다.

## 2. 공간적 단편성(斷片性) - 공동체 기준(Community Standards)의 불합리성

미국판례 중 음란물도 저작물로 보호받을 수 있다고 한 획기적인 두 판결, 즉 Mitchell 판결과 Jartech 판결 중에서 Jartech 판결이 Mitchell 판결에 없는 것으로 차별적 의의를 갖는 것은 "community standards"에 의거해서 음란물 정의를 연방저작권법에 적용할 경우 저작권집행에서 형평문제가 발생할 수 있음을 지적한 것이다(Fragment 발생).<sup>214)</sup> 이는 Mitchell 판결이 Fragment(단편성(斷片性))를 용인했다는 것이 아니다. 음란물에 대해 저작물성을 인정했다는 점에서 결론은 동일하지만, Fragment라는 우려를 제기함으로써, 더욱 음란물에 대해 저작물성 인정의 필요성을 잘 정리했다는 점에서 Jartech 판결에 의의가 있다는 것이다. 여기서 논의되는 "community standards"와 Fragment의 문제를 살펴보기로 한다.

음란성 여부는 지역마다 기준이 다를 수 있다. 그런데 저작권법은 연방법으로 되어 있다는 점에서 연방의회는 실제적 판단의 어려움을 회피하고자 저작권법에 음란성에 관한 언급을 의도적으로 피한 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다.<sup>215)</sup> 물론 이 논리는 연방제 국가인 미국에서 통할 있는 것이지만, 다음과 같은 몇 가지 이유에서 우리나라에도 적용될 수 있다.

214) Schmalz, 416면

215) Mitchell 판결, 858면 한편 이 문제를 실용주의(pragmatism)적 측면에서 접근하기도 한다. 즉 음란물 항변을 받아들이면 저작권집행을 주별로 달리하게 되어(fragment copyright enforcement) 복잡한 문제가 발생하므로 저작권집행을 쉽고 효율적으로 하는 것이 실용적이라는 관점이다. Jartech 판결, 406면 참조

첫째, 연방제가 아닌 단일 재판관할권(jurisdiction)이 미치고 있는 우리나라에서도 지역별로 도덕/윤리의 수준 차이를 엿볼 수 있다. 지역별로는 도덕에 관한 대단히 보수적인 곳이 있는가 하면, 상대적으로 그렇지 않은 지역이 있다. 도농(都農) 간에도 그런 차별이 존재하기도 하고. 나아가 통일 후를 고려하면 북한 지역과 남한 지역이 오랜 기간 분단과 문화적 단절로 인해 상당한 기간 동안 도덕수준과 잣대가 동일하기 어렵다는 점에서 참고할 만하다.

둘째, 본 연구에서 논의하는 음란물, 포르노영상물은 지난 수십 년 사이 주로 인터넷을 통한 유통이 문제가 되어 왔다. 인터넷을 매체로 유통된다는 점에서 국가 간 무역에서와 같은 장벽이 없다. 또한 상당수의 성인용 영상물은 동영상 그 자체가 중요하지 언어의 사용이 크게 중요하지 않다는 점에서 더욱 국제적 사용이 빈번하다고 할 수 있다. 멀리서 예를 들것 없이 본 연구의 발단이 되었던 미국과 일본의 포르노사이트의 포르노영상물의 국내 네티즌에 의한 침해 사건 역시 바로 이와 같은 섭외적 문제<sup>216)</sup>를 야기한 좋은 예라 할 수 있다. 이 점에서 연방제를 채택하고 있는 미국에서의 논의, 즉 "Community standards v. National standards"의 논의는 음란물에 관한 특정 국가의 "National standards v. 다른 특정 국가의 national standards"로 치환하여 비교해 볼 수 있다. 결국 주별로 음란물에 대한 저작물성 인정여부를 다르게 판단해서는 안 된다는 논리는 음란물의 저작물성이 논의되는 섭외적 사건에서 나라별로 다르게 판단해서는 안 된다는 논리로 연결 지어 볼 수 있다는 점에서 미국의 이른바 Fragment 논의는 여기에서도 충분히 참고할 만하다 할 것이다.

위와 같은 논의의 필요성을 전제로 미국에서의 이른바 Fragment 논의를 이어가기로 한다. 예를 들어 설명한다. 음란물을 저작권으로 인정하지 않는 보수적인 주(미시시피 주)에서 저작물로 인정받지 못하는 작품의 경우 뉴욕주 연방법원은 저작권침해소송에서 미시시피 판결을 감안해야 하는가? 미시시피 판결이 적용될 수 없고 도덕수준에 있어서 다소 개방적인 뉴욕주의 standards가 적용된다면 미시시피와 뉴욕주에서 결론이 다르게 되는데, 저작권법을 연방법으로 정한 헌법

---

216) 물론 우리나라는 저작권에 대한 국제협약인 베른조약 가입국가로서, 저작권법에 외국인의 저작물을 보호하는 규정을 두고 있다(저작권법 제3조).

의 정신과 연방의회의 의도는 산산조각 나게 된다.<sup>217)</sup> local standards가 저작권 침해소송에 영향을 준다면 피고 입장에서는 가장 개방, 자유로운 주 관할의 저작권침해 사건에서 이기기 위해 가장 보수적인 음란물 기준을 갖고 있는 주의 준거법을 적용하고자 할 것이다.<sup>218)</sup> 이 논의를 섭외적 사건에 적용하면, 음란물에 대한 저작권을 침해하였다는 이유로 소제기를 당한 피고는 가급적 음란물 항변을 할 것이고, 음란물 항변이 통하려면 음란성에 관한 한 보수적인 나라 또는 음란물을 저작권으로 보호하지 않는 나라의 법을 적용하는 쪽으로 소송을 몰고 갈 것이다.

일찍이 미국 연방의회가 저작물성에 있어서 음란물을 배제하는 쪽으로 예외규정을 둘 경우 다음과 같은 둘 사이의 선택이라는 딜레마에 빠지게 됨을 Frankfurter 대법관은 다음과 같이 제시한 적이 있다고 한다.<sup>219)</sup>

첫째, 지역마다 음란성에 관해 다른 기준은 결국 통일된 연방법 체계로 되어 있는 저작물성 기준을 쪼개게 된다. 둘째, 국가 전체의 음란성 기준에 관한 전인미답의 새로운 길을 내야 한다. 이는 문화의 다양성을 추구하는 가치에 저촉된다. 도덕성에 관한 주별로 다른 잣대는 존중되어야 한다. 이는 마치 돼지를 굽기 위해 집을 태울 수 없는 것과 마찬가지로 어떤 악을 처리하기 위한 수단은 그것에 제한되어야 한다.

그렇다고 해서 연방의회가 음란성을 지지하는 것은 아니었다. 형법에서 각종 음란물을 규제하는 조항을 두고 있다. 음란물을 저작권으로 보호하지 않는 것은 포르노그래피를 억제하는 데 도움이 될 것 같지 않고 오히려 많은 바람직하지 않은 결과를 초래하게 될 것이라고 한다.<sup>220)</sup>

217) Schmalz, 422면.

218) Schmalz, 422면, 각주 127번.

219) Mitchell 판결, 858면(원전 : Butler v. Michigan, 352 U.S. 380, 383, 77 S.Ct. 524, 526, 1 L.Ed.2d 412, 414 (1957)). Frankfurter 대법관은 성인용 책을 어린이도 읽을 수 있는 수준의 것으로 제한할 수 없다는 논리를 위해 돼지를 굽기 위해 집 전체를 태울 수 없다는 비유를 들어 설명하였다.

220) Mitchell 판결, 858면.

음란물의 정의는 지방(공동체, 사회)마다 그 기준이 다를 수 있다는 점에서 연방방법으로 되어 있는 저작권법을 음란성에 적용하는 과정에서 충돌이 발생할 수 있다. 어떤 작품이 local community standards에 의해 음란하다고 인정된다면 Martinetti rule (음란물은 저작물성이 인정되지 않는다는 rule)을 적용하는 법원은 그 연방법에 의해 부여된 그 작품의 저작권을 무효화하여야 한다. 그런데, Mitchell Brothers 사건과 Jartech 사건은 Martinetti rule을 포기함으로써 위 결과를 회피하였다. 즉 음란성은 불법이고 1차 수정헌법에 의해 보호되지 않는다 할지라도 저작권법에 의한 보호대상이 된다고 판시한 것이다.<sup>221)</sup> 즉 Miller 판결과 Mitchell 판결의 만남은 다소 재미있는 문제를 야기한다. Miller 판결에 따르면 음란성 여부는 지역별로 봐야 한다는 것이므로(community standards 적용),<sup>222)</sup> 저작권법은 연방방법으로서 음란물에 저작물성 인정하지 않는다는 Martinetti rule을 포기한 Mitchell 판결과 충돌을 피할 수 없다. 그러나 첫째 단일체계의 저작권을 보호하는 국가정책에 부합한다는 점, 둘째 음란성 판단의 어려움을 회피했다는 점에서,<sup>223)</sup> 결과적으로 Fragment는 부인하는 쪽으로 결론을 내렸던 Mitchell, Jartech 판결은 잘 된 것이라고 볼 수 있다.

음란성 여부는 지역마다 다를 뿐 아니라, 사람마다 다르다. 개인의 도덕, 정의 기준이 다르기 때문이다. 반면 저작권보호는 국가적 차원의 기준이 적용된다. 목적이 예술과 유용한 기술의 발전을 촉진하려는 것이므로. 이는 개인 작품에 대한 가치판단을 배제함을 전제로 한다. 따라서 개인이 음란하게 느낀다고 해서 연방저작권법(기준)을 배제할 수 있다고 하는 것은 연방의회가 만든 단일기준을 배제하는 것으로서 부당하다. 그렇게 되면 복잡하고 자의적인 판단체계로 인해 창작을 위축시킬 수 있다고 본다.<sup>224)</sup>

이상에서 본 바와 같이 우리의 경우 연방국가는 아니지만 연방제 국가에서 발

---

221) Schmalz, 413면 이 저자는 이 점에 있어서 다분히 이 판결들에 대해 비판적인 시각을 보이고 있다.

222) Miller 판결에서 연방대법원은 명백히 "a national obscenity standard"를 거절하였다. 즉 "national standard"가 아닌 "contemporary community standards"를 적용해야 한다고 한다.

223) Schmalz, 423면.

224) McDavid, 583면 참조.

생하였던 음란물의 저작물성 인정과 관련한 Fragment 논의는 우리에게도 그대로 차용할 수 있다. 한편 저작물성의 요건으로 음란성을 성문규정에 명문으로 두지 않는 사유로서, 저작물의 국제왕래의 자유로움과 외국저작물의 국내적 보호의 보편화(베른협약, 우리 저작권법 5조)에 따라 음란성을 명문규정으로 둘 수 없을 것이라는 논리도 가능하다고 본다.

### 3. 공유자원(Public Domain)화 문제

음란물을 저작권 보호대상에 배제할 경우 결과적으로 음란물을 공유상태(public domain)로 만들어 음란물을 더욱 유포되게 할 수 있다. 2009년 국내에서 음란물의 저작권침해가 문제되었을 때, 한때 대검찰청이 발표한 내용<sup>225)</sup>에 따르면 이럴 가능성을 충분히 엿볼 수 있다.

음란물을 저작물로 보호하지 않는 것의 결과는 항상 공유상태(public domain)로 가게 되어 형사적 제재 외에 무사히 복제, 판매가 가능하다는 논의는 진작 제기된 적이 있다.<sup>226)</sup> 이는 일종의 자기모순에 해당한다고 생각한다. 영미법계의 전통이론인 음란물을 저작권으로 보호하지 않는 non-protection theory, 즉 영미법계에서 음란물을 법이 보호하지 않겠다는 이론의 핵심은 해로운 물건의 유포에 대해 국가가 법적 동의를 하지 않겠다는 것인바, 결과적으로 그 물건의 유포

225) 검찰은 하드코어에 해당하는 포르노그래피의 경우 도저히 저작권침해로 단속할 수 없다고 발표한 적이 있다. 이재훈, “포르노 저작권 수사 각하키로…음란물 유포혐의만 수사”, 국민일보 2009. 9. 19.자.

<http://news.kukinews.com/article/view.asp?page=1&gCode=soc&arcid=0921427059&cp=nv> (2010. 1. 11. 방문). 그렇다면 하드코어 정도에 달하지 않은 음란물에 대해서만 저작권보호 대상이 되어 저작권침해죄로 의율하는 셈이 된다. 이럴 경우 검찰의 의도 또는 의지와 달리 시중에서는 오히려 저작권침해가 되지 않는 하드코어 포르노그래피의 성행을 유도하는 결과를 낳을 수 있다.

226) Phillips, 139면. 과거 한 때는 "public domain"으로 분류되기도 했던 저작물로 음란물을 들기도 하는 학자가 있다. Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. Copyright Soc'y U.S.A. 137, 162-163 (1993). 이에 의하면, 미국에서 최소한 현재는 음란물도 저작권보호의 대상이 된다는 것으로 이해할 수 있다.

와 자유로운 유통을 보장하게 되는 셈이 되기 때문이다.<sup>227)</sup> 음란물에 대해 저작물성을 인정하지 아니하여 저작권등록을 거부하는 경우, 결국 불법유통에 대해 제지할 수 없게 되어 결과적으로 음란물의 유통을 증가시키는 효과가 있다는 지적도 같은 맥락에서 일치한다.<sup>228)</sup>

또한, 음란물을 저작권보호 대상에서 제외하여, 즉 공유자원(public domain)으로 할 경우의 또 다른 폐해가 있다. 음란물로 인정되어 저작권보호대상에서 배제될 것을 우려한 나머지 소송을 제기하지 않다가 후에 도덕기준이 느슨해진 후에 저작권보호 주장을 할 경우, 일종의 금반언(estoppel) 같은 것에 의해 보호받기 어렵게 될 수도 있기 때문이다.<sup>229)</sup> 음란물에 대해 저작권보호가 가능하게 되더라도 결국 금반언과 같은 다른 법리로 인해 저작권침해 주장을 할 수 없게 되어 결과적으로 음란물이 공유자원(public domain)으로 되는 것을 막기 힘들게 된다.

한편 음란물에 국한하지 말고 불법적인 내용(illegal content)으로 논의를 확대해 보면, 음란물을 저작권보호 대상에서 배제할 이유가 없음을 보다 쉽게 설명할 수 있다. 즉 불법적인내용이라는 이유로 저작권보호 대상에서 배제함으로써 인해 공유자원(public domain)이 될 수 있다고 하면,<sup>230)</sup> 예컨대 위에서 본 바와 같이 그라피티 예술의 경우 대부분 저작권보호대상에서 배제될 것이고, 이를 누구든지 이용하더라도 저작권침해를 주장할 수 없을 뿐만 아니라, 오히려 먼저 베껴서 자신의 저작물이라고 주장하는 무임승차자가 발생하는 부당한 상황까지를 상정한다면, 불법성 있는 저작물이라 하여 저작권보호 대상에서 배제하여 공유자원(public domain)으로 만드는 것이 지극히 부당하다는 것을 쉽게 이해할 수 있다.

---

227) Phillips, 155-156면.

228) Schneider, 719면에서 이를 인용한 후 비판하고 있음(원전 : Comment, *Constitutional Protection of Obscene Material Against Censorship as Correlated with Copyright Protection of Obscene Material Against Infringement*, 31 S. Cal. L. Rev. 301, 309 (1958)).

229) Phillips, 157면.

230) Harvard Note, 1518면.

## 4. 판단의 곤란성

Holmes 대법관은 서커스 포스터가 수준 낮은 예술("low art") 일지라도 저작권보호대상이 된다는 판결을 선고하면서, “법률 훈련만 받은 사람들이 가장 좁고 가장 명백한 한계선 밖에 있는 사진(pictorial illustrations)의 가치를 최종판단하는 것은 대단히 위험한 작업이 될 것이다”라고 함으로써 예술 수준의 고하(low or high) 여부로 저작물성을 논하는 것의 위험성을 제시하였다.<sup>231)</sup> 무엇이 법인가를 선언하도록 훈련된 사람들, 즉 판사들이 “과학과 유용한 예술의 진보를 증진시키는데 도움이 되는가 아니면 되지 않는가”를 판단하는 것은 대단히 위험한 일이다. 극단적인 경우로서 판사보다 덜 교육받은 대중에게 어필하는 작품에 대해 저작권보호를 부인한다면 천재의 작품은 잘못 평가를 받는 것이 분명하게 된다고 한다.<sup>232)</sup>

마찬가지로 음란물인지 아닌지를 판단하는 것 또한 대단히 어려운 작업이다. 이는 앞서 음란물 개념의 변천에서 자세히 살펴본 바와 같다.<sup>233)</sup> 물론 음란성 개념은 법적 판단의 대상으로서 법관이 판단할 수 있는 것임은 분명하지만,<sup>234)</sup> 판단 자체가 대단히 어렵고 자의성에 흐르기 쉬우며 기준도 모호하다는 점에서, 이런 심리적 절차를 통해 음란물로 평가되면 저작물이 될 수 없고, 음란물이 아니라고 하면 저작물이 될 수 있다는 것은 대단히 불완전하고 불합리하다고 할 수 있다. 이런 점에서 Holmes 대법관조차도 법관이 예술성을 최종판단하는 것이 위험한 작업이라고 한 것과 마찬가지로 법관이 음란성 유무를 최종판단하고 그

231) Schmalz, 418면(원전 : Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903))

232) Edward S. Rogers, *Copyright and Morals*, 18 Mich. L. Rev. 390 (1920) (원출처 : 위 Bleistein 판결).

233) 위 각주 48번에서 각주 58번까지 해당하는 본문 내용 참조

234) “‘음란’이라는 개념이 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과의 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이어서, 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 일정한 가치판단에 기초하여 정립할 수 있는 규범적인 개념이므로, ‘음란’이라는 개념을 정립하는 것은 물론, 구체적인 표현물의 음란성 여부도 종국적으로는 법원이 이를 판단하여야 하는 것이다.” 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도3815 판결(이른바, “인터넷 야설 사건”), 대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2266 판결 등.

결과 예술창작자들의 고뇌의 산물이 법에 의한 보호를 받을 수 있는 여부가 결정되는 것은 위험한 일이라고 할 수 있다.<sup>235)</sup> 결과적으로 이런 난관이 음란성을 저작물성에 대한 소극요건으로 인정해서는 안 된다는 또 하나의 이유가 될 수 있다고 본다.

## 5. 소결론

이상에서 귀납적으로 여러 가지 측면에서 본 바와 같이 음란성 유무로써 저작물성을 판단하는 것의 부당함, 불합리성을 살펴보았다. 경험적 측면에서 보더라도 음란물에 대해 저작권을 부여하지 않음으로써 음란물을 통제할 수 있다는 생각 또는 이론은 실증적 증거가 없다고도 한다.<sup>236)</sup> 위에서 살펴본 여러 귀납적 이유는 다른 연역적 이유와 함께, 음란성이 저작물성을 방해해서는 안 된다는 논리에 큰 도움이 될 것으로 생각한다.

---

235) 한편, Schmalz는 Mitchell, Jartech 두 판결을 비판함에 있어서, 미국 저작권법 (1976년 법, 1909년 법)의 문언해석상 음란물을 저작권보호에서 배제하지 않고 있다는 데서 출발한 이 두 판결에 대해, 저자는 "bad art"에 대해 저작권을 부인하는 것과 "obscene" 작품(1차 수정헌법에 의해 보호되지 않는 것)에 대해 저작권을 부인하는 것을 혼동하고 있다고 비판한다. 즉 "bad art"에 대해서는 Bleistein 판결의 흠즈 대법관 말처럼 일리가 있다. 그러나 연방의회가 저작물성 기준에서 "심미상"(aesthetic merit)을 요건으로 하지 않은 것으로 해서, 법원이 음란물에 대해서까지 저작권을 확대 인정해야 하는 것으로 의도된 것은 아니라는 것이 Schmalz의 주장이다. 즉 Schmalz는 Mitchell 판결, Jartech 판결이 정부가 수정헌법(1차)에 의해 비난하고 저자에게 형사 책임까지 부과하는 음란작품에 대해서까지 저작권으로 보호하고 있음으로 인해, 표현의 자유 보다 저작권조항을 더 넓은 개념으로 만들고 있다고 비판한다. 공공정책(public policy) 관점에서 보면 위 양 판결의 법원은 수정헌법에서 보호가 배제된 작품에 대해 저작권을 부여함으로써 저작권과 표현의 자유 사이의 상호, 협력, 지지관계를 전복시키고 있다고 한다. 이상, Schmalz, 418-419면.

236) Mitchell 판결, 862면.

## 제5절 저작권법 상 다른 제도와의 합목적적 해석

저작권법 상 “2차적 저작물”에 관한 논의나 저작인격권에 관한 논의를 음란물의 저작물성에 적용해보면 매우 흥미로운 논쟁거리가 나온다. 음란물을 저작물로 인정하지 않을 경우 이를 원작으로 하는 2차적 저작물이 나오더라도 원작자는 속수무책이며 그로 인한 무임승차자가 발생할 수 있는바, 이는 정의 관념에 반한다고 할 수 있다는 점에서 역으로 음란물을 저작물성으로 인정하지 않을 수 없다는 결론이 도출될 수 있다. 또한 음란물을 유통시킬 의사가 없이 만들어만 놓거나, 유통 전에 음란 수위를 낮추기 위해 발표를 미룬 상태에 있는 경우 형법 등 어떤 법률로도 이를 처벌하거나 제재를 가할 수 없는데 제작자의 의도와 관계없이 제3자가 이를 공표해버린 경우 공표권<sup>237)</sup> 침해를 주장할 수 있어야 하는데, 음란물을 저작물로 보지 않는다면 저작인격권 중 하나인 공표권의 전제가 되는 저작권이 발생하지 않아 원칙적으로 이런 주장이 불가능하게 된다. 본 항에서는 위와 같은 저작권법 상 다른 제도와의 합목적적 해석 차원에서 음란물이라는 이유로 저작물성이 부인해서는 안 된다는 것을 논증하고자 한다.

### 1. 2차적 저작물과 관련된 문제 - 무임승차자 발생

음란물을 저작권에 의해 보호하지 않는다면, 그리하여 음란물은 모두 공유자원(public domain)에 속하는 것으로 본다면, 이와 같이 보호되지 않는 음란물을 원작으로 하는 2차적 저작물을 만들어도 원작자인 음란물 창작자는 저작권침해를 주장할 수 없게 된다.<sup>238)</sup> 예를 들어 설명한다. 미국에서 음란성에 관해 심각

237) 저작권법 제2조 25호

‘공표’는 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다.

제11조 (공표권)

①저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다.

238) 공유상태(public domain)에 속하는 음란물을 원작으로 하는 2차적 저작물을 만드는 것이 아니라, 공유상태에 속하는 음란물에서 단지 모티브를 따온 것이라면, 즉 아이디어만을 차용한 것이라면,

히 논의되었던 Cain 같은 작품(연극)을 소설로 만들거나 영화화할 경우, 그 장르의 차별성<sup>239)</sup>으로 인하여 음란성이 완화되고 예술성이 가미됨으로 인해 새롭게 탄생한 2차물(실질적 개변을 통해 2차물로 재탄생)에 대해 저작물성이 인정된다면, 혹은 2차물 제작 시점과 원작의 제작 시점의 시차로 인하여 2차물에 대해서는 음란물로 인정되지 않는 경우, 나아가 그와 같이 새롭게 탄생한 2차물이 흥행에 성공하는 등 대단한 수익을 벌어들였다면, 원작자는 음란물 창작자라는 이유로 2차적 저작물 작성권<sup>240)</sup> 침해 주장을 할 수 없게 될 텐데, 그로 인해 원작자 보호에 지극히 미흡하게 된다면 이는 정의관념(prevention of unjust enrichment)에 반한다는 논의가 제기될 수 있다. 2차물이라는 것이 현재의 시장이 아닌 잠재적 시장에 대한 이용권을 원작자에게 부여한다는 점에서 시차라는 변수, 장르의 차별로 인한 음란표현의 경감 등이 충분히 예상될 수 있다.

예컨대 공연음란죄로 처벌되고 공연이 금지된 연극이 있다고 하자. 그렇다면 이런 연극은 저작권법상 보호대상이 아닌가? 예컨대 그렇다면 이를 원작으로 하여 2차적 저작물인 영화로 만들어도 연극저작자는 2차적 저작물 작성권 침해 주장을 못하게 되는가? 음악 같은 경우도 비속어, 성적묘사가 있는 가요라면, 그래서 청소년유해판정 등, 관련법에 의해 음반제작, 공연 등이 금지되고 있다면, 이를 무단 복제하여 사용하는 것에 대하여 창작자는 속수무책으로 방관하여야 하는가? 또는 그 중에서 음란한 표현의 일부를 수정, 개작하여 노래를 만들어 내면, 역시 최초 창작자는 자신의 저작권에 기하여 2차적 저작물 작성권 침해 주장을 할 수 없는가라는 문제가 음란물을 저작권 보호대상에서 배제하는 한 꼬리에 꼬리를 물고 계속 제기될 수밖에 없다.

---

이른바 2차적 저작물의 요건인 “원작성”이 없어 2차적 저작물이 아닌 그 자체가 원작이 될 수 있다. 따라서 본 항에서 제기하는 원작자(음란물 창작자)의 2차적 저작물 작성권 침해 문제가 발생하지 않는다. 위 본문에서 논의하는 것은 이런 경우가 아니다. 2차적 저작물의 성립요건으로서 “원작성”에 대해서는 오승종, 전게서, 146-153면 참조

239) 연극이라는 장르가 음란성을 갖춘 경우 관객에게 더욱 크게 성적으로 어필할 수 있다는 취지의 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결(“공연음란 연극” 사건) 참조

240) 저작권법 제22조(2차적저작물작성권)

저작자는 그의 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리를 가진다.

## 2. 저작인격권과 관련된 문제

### 가. 공표권 문제

저작물이 공표되었는가 아닌가(published or unpublished)에 따라 부도덕 항변(defense of immorality)에 차등을 두어야 한다는 주장이 있다. 저작물이 공표되었다면(출판되었다면), 이는 헌법과 저작권법이 적용되어 미국 헌법의 지적재산권 보호조항("promote the progress of science or the useful arts")에 저촉되므로 법원은 이를 보호해서는 안 되지만, 공표되지 않았다면 저자는 그의 동의 없이 출판한 것에 대해 금지를 구할 수 있으므로 여기에 부도덕 항변이 게재할 이유가 없다고 한다.<sup>241)</sup> 미공표물은 음란성 여부를 불문하고 자신의 동의 없는 공표라는 점에서 금지할 수 있다는 것이다.

우리나라 저작권법은 공표를 저작권성립의 요건으로 하고 있지 않으므로<sup>242)</sup> 위 논리를 우리나라에 그대로 적용할 수는 없지만 그 논의를 진전시켜 보면 본 연구와 관련하여 매우 중요한 논거를 찾을 수 있다. 예를 들어 우리나라에서 성인용 영상물을 만들어 아직 공표 또는 배포하기 전인데 누군가 이를 먼저 공표해 버린 경우,<sup>243)</sup> 이어서 이를 제3자가 복제/배포/전송한 경우, 원고(포르노 제작자)가 저작권침해 주장을 하였는데 그 중에 공표권 침해 주장이 포함되어 있다고 가정하자. 이때 피고(무단 유포자, 또는 무단 복제 등을 한 자)가 음란성 항변을 할 수 있는가?

결론적으로 말하자면, 이 경우 당연히 저작권법상 공표권침해를 주장할 수 있고, 그래야 한다고 생각한다. 이 경우에 음란물이 저작물성의 요건의 하나라고 한다면, 공표권 주장도 할 수 없게 될 것이다. 음란물을 만들어 혼자 또는 몇몇

241) Rogers, 404면

242) 저작권법 제10조 제2항에 따르면 “저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행은 필요로 하지 아니한다.”라고 규정하고 있는바, 공표는 저작권 성립과 무관하다.

243) 디지털 파일로 영상물을 제작하고 저장하는 오늘날 이런 일은 쉽게 발생할 수 있다. 영화가 공식적으로 개봉 상영되기 전에 디지털 파일이 유포되는 경우가 심심치 않게 발생하고 있는데, 특히 본문에서 중요한 예로 드는 것은 영화제작의 마지막 단계인 편집 과정이 끝나기 전에 유포된 경우이다.

만 즐기기 위해 만들었는데, 또는 제한 상영가를 예정하고 제작, 편집 중에 있는데, 누군가에 의해 공표되어 버린다면, 유통목적이 없는데도, 또는 미완성물인데도 보호받을 수 없는 것은 부당하다. 특히 그 작품이 아직 미완성이고 더 완성하려고 하거나, 음란한 표현을 누그러뜨리려고 했을 수도 있다는 점에서 성급히 음란물이라는 이유로 국가가 저작권법에 의한 보호를 해주지 않는다면 불합리하다.

#### 나. 성명표시권 문제

공표권 외에 저작인격권의 다른 권리, 즉 성명표시권이나 동일성유지권으로까지 논의를 확장시키면 음란물이라고 하여 저작물성을 인정하지 않을 경우 불합리성은 더욱 많이 노출될 수 있다. 예컨대 음란성 있는 작품에서 작가(어문저작물의 경우), 제작자, 감독, 실연자(이상 영상저작물의 경우) 이명을 표기하는 것은 흔히 볼 수 있다. 이런 관행에 따라 음란물을 창작한 자가 자신의 이름을 밝히지 않거나 이명 등을 사용하여 발표했는데 제3자가 그의 실명을 밝힌다면 이는 성명표시권 침해에 해당할 수 있다.<sup>244)</sup> 물론 음란물도 저작물로 보호된다는 전제하에서다. 그런데 여기서 음란물을 저작물로 보호하지 않는다면 성명표시권은 존재하지 않으므로 위와 같은 행위에 대해 저작권법으로는 보호받을 수 없게 된다. 물론 형법상 명예훼손죄가 성립될 수 있지만, 위법성이 조각되는 경우도 있다는 점에서 저작권법 상 성명표시권과 같이 창작자를 강력하게 보호해주지 못한다.

---

244) 저작권법 제12조(성명표시권)

①저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

②저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

#### 다. 동일성유지권 문제

작가 중에는 문제가 되는 음란표현이 그 작품의 중요한 구성요소로서 처벌 등 불이익<sup>245)</sup>을 받더라도 그 부분을 포기하지 않는 경우가 있다.<sup>246)</sup> 이른바 ‘무삭제판’을 포기하지 않으려는 것이다. 앞서 음란물과 표현의 자유의 역사를 살펴본 바와 같이<sup>247)</sup> 판례의 역사가 음란성 여부를 판단함에 있어서 이른바 ‘부분설’을 폐기하고 ‘전체설’을 따르게 될 때까지 부분설에 의해 음란물로 분류되었던 수많은 창작물들은, 그 작품 안에 부분적으로 음란표현이 있더라도 그 부분이 전체 작품에서 필수적인 부분이라고 주장되었을 것이다. 이와 같이 작가의 고집에 의해 수정하지 않음으로 인해 작품의 부분 또는 전체가 음란물로 인정되어 저작물로 보호받지 못하는 경우가 생긴다면, 제3자가 그 작품의 문제되는 음란표현의 수위를 낮추어 재제작하여 공표하더라도 창작자(작가)는 동일성유지권<sup>248)</sup>을 주장하지 못하게 될 것이다. 저작권이 성립되지 않았다고 보기 때문이다. 만약 이렇게 보면 영상물등급 심사를 하는 과정에서 제작자가 수정을 거부하는 경우

245) 여기서 “처벌 등 불이익”이라고 표현한 것은 음란물 제작, 유포로 인하여 형사적 제재를 받는 것 외에 영상물 등급심사 과정에서 제한상영과 같이 작가의 본래 의도와 달리 상영이 제한되는 경우도 일종의 “불이익”에 해당한다고 보았기 때문이다.

246) 창작자 중에는 자신의 작품이 저작권으로 보호받지 못하고 공유자원(public domain)이 되어 누구나 이를 사용할 수 있는 상황이 발생하는 한이 있더라도 음란표현의 수위를 낮추지 않으려는 예술적 고집을 갖는 경우가 얼마든지 있다고 생각한다. Harvard Note, 1518-1519면 참조

247) 위 각주 48번에서 각주 58번 까지 해당하는 본문 참조

248) 제13조(동일성유지권)

①저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다.

②저작자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 변경에 대하여는 이의(異議)할 수 없다. 다만, 본질적인 내용의 변경은 그러하지 아니하다.

1. 제25조의 규정에 따라 저작물을 이용하는 경우에 학교교육 목적상 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 표현의 변경
2. 건축물의 증축·개축 그 밖의 변형
3. 특정한 컴퓨터 외에는 이용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 이용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위에서의 변경
4. 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 이용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위에서의 변경
5. 그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경

심사기관 또는 전혀 관계없는 제3자가 제작자의 허락 없이 문제된 부분을 삭제 등 편집하여 재제작하더라도 제작자는 아무런 대항을 할 수 없게 되는데, 그 부당함은 길게 말할 필요도 없을 것이다.

## 라. 소결

미국과 달리 우리 저작권법은 저작인격권을 인정하고 있다.<sup>249)</sup> 저작물성의 요건을 갖추었음에도 불구하고 음란물이라는 이유로 저작권적 보호를 받지 못한다면 창작자가 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 행사하지 못하게 됨으로 인해 여러 가지 불합리하고 부당한 상황이 발생할 수 있다. 이런 상황에 비추어 볼 때, 음란물은 저작물성을 배제하는 사유가 될 수 없다.

## 제6절 유추(analogy) - 상표법·특허법적 논의

### 1. 서론

재산권의 속성인 배타성과 양도성, 상속성 등을 갖고 있으면서도 권리의 대상이 부동산이나 동산과 같이 보이거나 만져질 수 있는 것이 아니라는 점에서 무체재산권(intangible property)이라 불리는 지적재산권에는 대표적으로 특허권, 상표권, 저작권이 있고, 이를 지적재산권 3권이라고 한다. 음란성이 저작물성의 배제사유인가, 도덕성과 윤리성이 저작물성의 요건인가와 관련하여 같은 지적재산권인 특허권과 상표권의 논의를 이곳에 가져오는 것은 저작권 논의에 큰 도움이 될 수 있다. 이하에서는 먼저 법률조항에 대한 문리해석을 통해 음란성이 저작물성의 배제사유가 될 수 없음을 살펴보고, 저작권보다 훨씬 먼저, 그리고 오랫동안 이 논의가 발전되어 온 특허와 상표에서의 논의를 살펴봄으로써 저작물성

---

249) 미국 저작권법은 저작인격권 즉 "moral rights"를 인정하지 않는다. 다만 common law, 즉 판례에 의해 발전된 정작된 명예훼손(defamation) 또는 부정경쟁행위(unfair competition), 도용(misappropriation) 등의 법리로 해결하고 있다.

인정 여부에 있어서 도덕적 기준을 가져오는 것이 부당함을 논증하고자 한다.

## 2. 문리해석 – 반대해석

저작권법과 달리 특허법과 상표법은 각기 그 권리부여를 위한 요건에서 성문 규정으로 명확히 공서양속 조항을 두고 있는데 반해 저작권법에는 없다는 점에서 반대해석상 저작물성의 요건으로 윤리성을 요하지 않는다고 할 수 있다.

상표법은 “상표등록을 받을 수 없는 상표” 중 하나로서 “상표 그 자체 또는 상표가 상품에 사용되는 경우 수요자에게 주는 의미와 내용 등이 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 어긋나거나 공공의 질서를 해칠 우려가 있는 상표”를 들고 있다.<sup>250)</sup> 특허법도 “공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 발명”에 대하여 특허요건(특허법 제29조 1, 2항), 즉 ‘산업상 이용가능성’, ‘신규성’, ‘진보성’과 같은 요건을 갖추었더라도 특허를 받을 수 없다고 명시적으로 규정하고 있다.<sup>251)</sup>

특허법이나 상표법이 이와 같이 공서양속에 반하는 발명이나 상표를 권리보호 범위에서 명시적으로 배제하고 있는데 반해, 저작권법이 이런 규정을 두고 있지 않은 것은 공서양속 합치성을 저작물성의 요건으로 하지 않는다고 해석할 수 있다.

이와 같은 논의는 미국에서도 동일하게 이루어지고 있다.<sup>252)</sup> 미국 상표법 (Lanham Act)도 상표등록 거절사유로 부도덕한 것을 명시적으로 들고 있다.<sup>253)</sup>

250) 상표법 제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) 제1항 4호, “상표 그 자체 또는 상표가 상품에 사용되는 경우 수요자에게 주는 의미와 내용 등이 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 어긋나거나 공공의 질서를 해칠 우려가 있는 상표”

251) 특허법 제32조(특허를 받을 수 없는 발명) “공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 발명에 대하여는 제29조제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 특허를 받을 수 없다.”

252) 음란물의 저작물성 문제와 관련하여 미국의 특허상표청(Patent Trademark Office)에 주의를 기울일 필요가 있다. PTO의 상표등록관련 태도, 각종 조문 등은 이 문제에 대한 일정 해법을 가져다 줄 수 있음에도 많은 주목을 받지 못했다고 하는 견해가 있다. McDavid, 562면. 한편 본 연구자는 2009. 10. 이 문제를 제기한 적이 있다. 남형두(저작권문화), 10-11면.

저작권법이 음란물 보호 여부에 관해 침묵을 지키고 있음에 반해 상표법은 위와 같이 명시적으로 배제하고 있다는 점에서 저작권법은 음란성을 저작물성 배제사유로 하고 있지 않음을 명백히 한 것으로 볼 수 있다.

### 3. 특허법적 논의

미국 특허법에서 특허성의 한 요건인 “유용성”(utility)이라는 요건을 법원은 사회적 기여의 의미로 고려해 왔다. 그래서 법원은 도박기계, 소비자를 속이는 것을 향상시키기 위한 과정 등에 특허를 부여하지 않았다. 특허법의 경우 명시적 규정은 없으나 법원이 불법, 부도덕 목적에 기여하는 장치에 대해 특허법적 보호를 하지 않았다. 주로 미국을 중심으로 성적 흥분을 돕는 각종 기구(sex toy)<sup>254</sup>에 대해 특허법적 보호를 받으려는 시도가 있었는데 일종의 공서양속에 반하는 것을 특허법적으로 보호해줄 수 있는가, 또는 특허법적 보호(특허성, patentability)는 특정 시대의 도덕관념과 무관한 것인가에 대한 논의가 있어 왔다.<sup>255</sup> 이런 논의는 본 연구에서 주제로 삼는 성인용 영상물의 저작물성 판단에 유력한 논거를 제시할 것으로 보인다.

이른바 "sex toy"와 같은 발명품이 지속적으로 특허출원되었던 미국에서 법원은 일찍이 부도덕하고 해로운(immoral and mischievous) 발명품은 특허법의 유용성 요건을 갖추지 못하여 특허성이 없다는 입장을 보여 왔다. 법이 요구하는 것은 발명품은 천박하거나 건전한 도덕과 정책에 해로운 것이어서는 안 되며, 특허법에서 요구하는 “유용함”(usefulness)이라는 것은 "mischievous or immoral"에 반대되는 행위라고 할 수 있고, 예를 들어 사람들에게 해로운 새로

---

253) "consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter" (15 U.S.C.A. § 1052(a)).

254) 미국 특허법 역사에 있어서 "sex toy"의 특허성의 역사에 관한 책으로는 RACHEL P. MAINES, THE TECHNOLOGY OF ORGASM: "Hysteria," the Vibrator, and Women's Sexual Satisfaction (Johns Hopkins Univ. Press 1999) 참조

255) 도덕성(morality)이 특허성(patentability)의 요건인가에 관한 미국의 논문과 판례를 잘 정리한 문헌으로는 다음 참조 Bartow (2008), 830-831면, 각주 137, 138번.

운 발명품 또는 방탕과 도락을 증진시키거나 사적 암살을 촉진케 하는 발명품은 특허대상이 되는 발명품이 아니라고 하였다.<sup>256)</sup> 그런 입장에서 도박목적에만 쓰이는 기계장치에 대해 유용성이 결여되었다는 이유로 특허적 보호를 하지 않았다.<sup>257)</sup>

특허성의 요건 중 하나인 유용성(utility)은 어느새 “도덕적 유용성”(moral utility)이라는 용어로 사용되기도 하였다. 미국 법원은 특허사건에서 특정 집단의 사람들에게 유용성이 있다고 하더라도 그것이 사회의 근본적인 공공정책에 위반될 때에는 그와 같은 비윤리적이고 부정한 발명품에 대해서는 특허로 보호하지 않는다는 원칙으로서 이른바 "Moral Utility Doctrine"를 확인해 왔다.<sup>258)</sup>

그런데 미국 특허법 역사에서 볼 때, 비교적 최근에는 슬롯머신에 대해 특허를 인정하는 판결이 나오기도 하고(1977년 “슬롯머신 사건”),<sup>259)</sup> 속도위반 탐지기를 피하는데 사용하는 것이 유일한 목적인 발명품(radar detector)의 특허출원에 대하여 과거 같으면 도덕적 유용성(moral utility)을 결여하였다는 이유로 특허를 거절할 만한 사안이었으나 특허적 보호를 인정하기도 하였다(1988년 "radar detector 사건").<sup>260)</sup>

이상에서 본 바와 같이 미국의 특허법 판례는 특허의 요건으로서 공서양속 적 합성에 관한 판단을 과거 특정한 가치를 보호했던 제도 초기와 달리 저작권과 같이 내용중립성 쪽으로 변화해 왔음을 보이고 있다. 법원판례를 중심으로 "Moral Utility Requirement"를 인정해 왔던 종래의 태도를 바꿔, 법 집행을 무력화시키는 장치에 대해서도 특허적 보호를 인정하고 도박기계에 대해서도 특허성을 인정하고 있다는 점에서, 이는 음란성, 비도덕성이 저작물성 인정에 장애가 될 수 없다는, 저작권의 내용중립성 주장을 뒷받침하는 하나의 논거가 될 수 있다고 본다.

256) Lowell v. Lewis, 15 F.Cas. 1018, 1019 (C.C.D. Mass. 1817) (No. 8568).

257) Schmalz, 417면, 각주 99번(원전 : National Automatic Device Co. v. Lloyd, 40 F. 89 (N.D. Ill. 1889)).

258) Juicy Whip, Inc. v. Orange Bang, Inc., 185 F.3d 1364, 1366-1367 (Fed. Cir. 1999) 참조

259) Ex parte Murphy, 200 U.S.P.Q. (BNA) 801, 803 (Pat. & Trademark Off. Bd. App. 1977).

260) Whistler Corp. v. Autotronics Inc., 14 U.S.P.Q.2d (BNA) 1885, 1886 (N.D. Tex. 1988).

## 4. 상표법적 논의

상표법은 미국이나 우리나라 모두 법조문 중에 상표등록요건으로서 특정한 내용의 상표를 배제하는 것("content-based restriction" 또는 "content restriction")이 있다.<sup>261)</sup> 앞서 저작권법의 저작물성에 관한 조항의 문리해석에서 상표법과 달리 이런 조항을 갖고 있지 않다는 점에서, 즉 반대해석상 저작권법의 저작물성에는 특정한 내용을 포함하거나 제외되어야 할 것이 그 요건이 아니라고 주장한 바 있다.<sup>262)</sup> 그런데 법조문 상 "content restriction"의 있고 없음에 따른 문리해석을 넘어 상표법의 "content restriction" 조항이 저작권법에 적용될 수 없는 이유를 논증하고자 한다. 이는 결국 상표법과 저작권법의 입법목적의 차이에서 오는 것이다. 또한 내용에 터 잡은(content based) 상표등록심사가 얼마나 주관적이고 자의적일 수 있는지, 나아가 저작권 영역에 같은 잣대를 적용할 때 오는 폐해를 보여줌으로써, 저작물성 인정에 있어서 음란성 유무와 같은 "content restriction"과 같은 기준을 적용할 수 없음을 논증하고자 한다.

우리 상표법 제7조 제1항 4호 상의 “선량한 풍속에 어긋나거나 공공의 질서를 해칠 우려가 있는 상표”이라든지, 미국 상표법의 "immoral, deceptive, scandalous matter"<sup>263)</sup>와 같은 내용은 대단히 불확정적이고 추상적인 개념이라 할 수 있다. 법률에 이런 개념을 쓰는 것은 달리 이를 구체화하기 어려운 내용이기도 하거나와 실질적인 심사는 심사관의 결정에 어느 정도 맡겨져 있는 것이라 할 수 있다. 그런데 상표심사 과정에서 심사관의 주관성과 자의성에 따라 공서양속 조항에 대한 균일한 결론이 나오지 않는 경우도 더러 있고 그리 오래지 않은 시차를 두고 그 결정이 시대착오적인(out of date) 경우도 상당수 있다. 공서양속 조항과 관련한 상표등록심사 사례를 검토함으로써 "content restriction" 주장이 저작권에 적용될 경우의 해악성을 논증하고자 한다. 이하에서는 "content

261) 물론 미국 상표법은 Lanham Act 라는 연방법에 제정법(statute) 형태로 만들어져 있지만, 여전히 보통법(common law) 형태로도 남아 있다. 그 대표적인 것이 부정경쟁방지법(unfair competition)에 관한 판례들이다.

262) 위 각주 250번에서 각주 253번까지 해당하는 본문 참조.

263) 15 U.S.C. § 1052(a).

restriction"으로 인한 상표등록심사 과정의 모순과 일관되지 못한 결과를 몇 가지 사례를 통해 설명하고자 한다.<sup>264)</sup>

### 1) BLACK TAIL<sup>265)</sup> 사례<sup>266)</sup>와 HUSTLER 상표 비교

1990. 6. 7. 성인잡지류를 지정상품으로 상표등록 출원된 이견 상표에 대하여 상표심사관에 의해 부도덕하고 수치스러운 것(immoral and scandalous)이라는 이유로 등록거절되었다. 출원인은 거절이의신청을 통해 출원상표에는 성적이지 않은(nonsexual) 많은 사전적 의미가 있다고 주장하였으나, 다시 거절되었고 재차 이의를 제기한 사안에 TTAB(Trademark Trial and Appeal Board : 상표이의 심사위원회)는 또 다시 상표등록을 거절하였다. 연방항소법원(Court of Appeals)은 1994년에 이르러 TTAB 결정을 무효화함으로써 상표등록을 허가하였다.<sup>267)</sup> 상표심사관과 TTAB가 판단함에 있어 일반대중의 관점에서 'tail'이라는 단어의 사전적 의미에 더욱 많은 의미를 뒤야 한다고 판단하였다.<sup>268)</sup>

한편 위 "Black Tail"이라는 상표는 이와 같이 매우 어려운 과정을 통해 상표 등록이 되는데 반해, 그보다 무려 20여 년 앞서 상표로 등록된 HUSTLER<sup>269)</sup> (1975년에 등록된 상표임)와 비교할 때, HUSTLER 상표가 훨씬 더 수치스러운(scandalous) 데도 불구하고 미국 특허상표청(USPTO)의 상표심사관과 이의심사 위 위원들의 일관되지 못한 태도와 결정은 부분적으로는 "scandalous marks"의 개념에 대한 주관적인 평가와 작업에서 비롯된 것이라고 비판받고 있다.<sup>270)</sup>

264) McDavid, 576면.

265) 'tail'의 사전적 의미는 꼬리인데, 비속어로서 '여성의 엉덩이', '성교대상으로서의 여성', '성교', '여성의 외음부'의 뜻도 있다. 이상 동아프라임 영한사전 참조

266) In re Mavety Media Group Ltd., 33 F.3d 1367 (Fed. Cir. 1994)

267) 이상 절차 및 개요는 위 판결, 1368-1370면

268) 위 판결, 1375면

269) 'Hustler'의 사전적 의미는 활동가, 민원가, (속) 사기꾼, 도박꾼, 매춘부 등이다.

270) McDavid, 578면.

## 2) "DYKES<sup>271)</sup> ON BIKES"와 "TECHNODYKE"의 비교

후자는 레즈비언(lesbian) 주제의 웹사이트로서 큰 어려움 없이 상표등록을 받았음에도 불구하고, 전자는 30년 간 이 이름으로 널리 알려진 “레즈비언 모터사이클 클럽”으로서 뒤늦게 이 이름을 상표로 등록 신청하였는데 오랜 진통을 거쳐 상표등록이 되었다는 점에서, 공서양속 조항의 해석 적용에 관한 자의성과 주관성을 비판하기도 한다.<sup>272)</sup>

## 3) NIGGA

African-American인 배우이자 코미디언인 Damon Wayons가 두 번이나 위 상표를 의류, 책, 음악 등을 지정상품으로 하는 상표등록 출원신청을 하였으나, 아프리카 출신 미국인을 겨냥한 비난적 속성이 있다는 이유로 거절되었다. 만약 Damon이 포기하지 않고 소송을 계속 했더라면 등록이 되었을지도 모른다면서 미국의 상표심사 실무영역의 예측 불가능성에 대해 비판하기도 한다.<sup>273)</sup>

## 4) MOONIES<sup>274)</sup>

벌거벗은 엉덩이<sup>275)</sup>를 노출하는 모양으로 디자인된 인형의 상표로 등록 출원된 이 상표는 문선명이 창립한 통일교도를 비방하는 상표인지 여부가 쟁점이 되었는데, 등록출원자의 집요한 노력 끝에 2년 만에 TTAB는 상표등록신청을 받아들였다.<sup>276)</sup>

---

271) 'dyke'는 속어로 “동성애의 여자”, 특히 “남성적인 여자”라는 뜻이 있다.

272) "Dikes on Bikes" 상표는 등록과정이 매우 험난했던 것으로 유명하다. 이 사건 재판 중에 옥스퍼드 사전 편집자까지 증인으로 나와 증언했고, pro bono (공익) 변호사들의 노력이 매우 컸다고 한다. 한편 이 클럽의 대표는 위 상표가 레즈비언을 비난하는 것이라는 USPTO의 설명에 대해 자기들 모두는 레즈비언으로서, 이 용어의 부정적, 모멸적 용어를 겨우 순화시켜 놓았음에도 이런 말을 듣는 것이 웃음을 자아낸다고 USTPO 결정을 조롱했다고 한다. McDavid, 578-579면.

273) McDavid, 579면.

274) In re In Over Our Heads, Inc., 16 U.S.P.Q.2d 1653 (T.T.A.B. 1990).

275) 영어 단어 'moon'에는 속어로서 “(노출한) 엉덩이”이라는 뜻이 있다.

276) McDavid, 579면.

### 5) "BOOBY TRAP"과 "WEEKEND SEX"의 비교

미국 연방상표청(Trademark Office)은 브라자(brassieres)를 지정상품으로 하는 상표로 등록 출원한 "BOOBY TRAP"에 대해 등록신청을 거절한 바 있는데,<sup>277)</sup> 잡지를 지정상품으로 하는 "WEEKEND SEX"에 대해서는 상표등록을 허용한 바 있다.<sup>278)</sup> 비슷한 시기에 운명이 엇갈린 위 두 상표에 대해 연방정부가 도덕성 판단에 적당한 기관이 아닐 수도 있다는 점을 지적하기도 한다.<sup>279)</sup>

### 6) "Old Glory Condom Corp." 사례

위 상표에 대해 연방상표법 2조(a)에 따라 "immoral or scandalous matter"로 보았던 상표심사관의 결정을 파기하고 상표등록을 허용한 사례다.<sup>280)</sup> 위 "BOOBY TRAP" 사례(1971년)와 여성속옷을 지정상품으로 하는 "QUEEN MARY"에 대해 "scandalous mark"라고 했던 과거 사례를 재검토하면서, 수십 년 전에 수치스러운(scandalous) 상표로 인정했던 위와 같은 상표들이 더 이상 그렇게 느껴지지 않고 오히려 유머러스하고 흥미를 끄는 정도에 그친다고 한다면서, 상표등록적격 판단에 있어 "immoral, scandalous"는 현대적 관점(contemporary attitudes)이 중요하다고 비판한다.<sup>281)</sup>

### 7) Redskins 사례

미국의 유명한 미식축구팀인 "Washington Redskins"에 대하여 미국원주민(native Americans)인 신청인이 "redskin"이라는 용어로 인해 미국원주민들은 감정에 상처를 입는다면서 그 상표의 취소를 PTO에 청원한 사건에서, "redskin(s)"라는 용어의 의미는 미국원주민을 말하지만, 거기에 Washington이라는 말이 더

277) In re Runsdorf, 171 U.S.P.Q. (BNA) 443 (TMTAB 1971).

278) In re Madsen, 180 U.S.P.Q. (BNA) 334 (TMTAB 1973).

279) LEAFFER, 전게서, 96면.

280) In re Old Glory Condom Corp., 26 U.S.P.Q. 2d 1216 (TTAB 1993).

281) MERGES 등, 전게서, 799면.

해짐으로써 이차적으로 스포츠계에서는 NFL 팀 명칭으로 사용될 뿐, 미국원주민에게 상처를 가하거나 그들을 비난하는 뜻으로 사용되지 않는다고 함으로써 청구를 기각한 사례를 두고, "Immoral or Scandalous marks"가 시대에 따라 판단이 달라질 수 있다는 점에서, 동시대의 취향(context of contemporary attitudes)을 고려해야 한다는 견해가 있는바,<sup>282)</sup> 상표의 공서양속 조항의 적용과 관련하여 동시대성이 중요함을 지적한 것으로 타당하다.

## 8) 소결

TTAB 조차도 공서양속 위반 여부에 따른 상표등록 결정의 근거가 되는 기준(guideline)이 모호하고 때로는 극히 주관적이라는 인식을 하고 있다. 이 때문에 실제로는 문제제기하고 막대한 법률비용을 들여 끝까지 법정싸움을 하는(위 "DYKES ON BYKE", "MOONIES" 같은 상표) 출원자만 구제되고, 중도에 포기하는 이들은 구제되지 못한다고 한다.<sup>283)</sup> 만약 저작권에 이런 사태가 적용된다면 매우 불합리한 결과가 초래될 것이다. 왜냐하면 창작자들은 영리 목적의 사업을 하거나 사업을 준비 중에 있는 상표출원자들에 비해 초반에 저작권등록이 거절되면 소송으로까지 가서라도 등록하려는 경향이 적고 중도에 포기하는 경우가 많을 것이기 때문이다.<sup>284)</sup> 우리의 경우 저작권이 등록을 요건으로 하지 않으므로 위 논의를 바로 차용할 수는 없지만, 보호받으려는 저작권자가 음란성이 문제된다고 하면 소송 등 법적절차를 상표에서처럼 더욱 적극적으로 시작할 것은 아니라는 점만은 차용할 수 있다고 본다.<sup>285)</sup>

282) 위 같은 책, 799-800면

283) McDavid, 580면.

284) 위 같은 면 참조

285) 물론 우리의 경우 저작권자가 권리행사를 위해 반드시 등록을 해야 하는 것은 아니라는 점에서 우리의 경우에 그대로 적용하기는 어렵다. 자신의 저작물이 내용(예컨대 음란성)으로 말미암아 저작권을 행사할 수 없다면 이를 극복하기 위해 기꺼이 법적 절차를 밟으려는 경우와 상표등록출원자가 공서양속위반으로 거절된다면 재판을 거쳐 등록을 관철하려는 경우를 비교할 때, 어떤 쪽이 의지가 강하고 그 필요성(needs)이 강할 지는 좀 더 생각해 볼 일이다. 다만 본 연구의 서론에서 밝힌 바와 같이 음란성 있는 저작물의 보호에 관한 논의는 최근에서야 비로소 본격 시작되었다는 점에서 상표에 있어서 공서양속 논의가 오래되었다는 점에 비교해 볼 때, 본문에서와 같이

위에서 본 바와 같이 실정법에 명문으로 content restriction이 있는 상표법에서 조차 내용으로 상표등록여부를 결정하는 것의 문제점이 많이 노출되고 있는바, 하물며 성문법에 그와 같은 규정이 없는 저작권법에서 저작물성 인정을 내용여하에 의존하는 것의 부당성은 길게 설명할 필요가 없는 것이다.

---

우리나라에서도 미국의 위 논의를 어느 정도는 차용할 수 있을 것으로 생각한다.



## 제4장

# 정책적 연구

# (Policy based Approach)



# 정책적 연구

## (Policy based Approach)

### 제1절 서론

음란물을 저작권의 보호대상으로 삼으면 그로 인하여 포르노산업을 번성케 하는 요인은 되지 않는가라는 우려가 제기되기도 한다.<sup>286)</sup> 일종의 인센티브 효과가 있지 않느냐는 문제제기다.<sup>287)</sup> 이런 우려는 음란물을 저작권으로 보호해서는 안 된다는 논리를 강하게 뒷받침한다. 저작권을 부인해야 포르노산업의 유인이 감소될 것이라고 보는 것이다.<sup>288)</sup> 본 장의 논의는 음란성이 저작물성을 배제하는 요인인가 아닌가를 살펴봄에 있어서 철학적, 법학적 접근이 아니라 정책적 측면, 산업적 측면에서 접근을 시도한다.

### 제2절 포르노와 인터넷산업 발전의 상관관계

음란물의 저작물성과 포르노산업 성장 사이에 상관관계가 있는지에 대해서는

---

286) 대표적으로 Bartow, Schmalz와 같은 학자를 들 수 있다.

287) 음란물에 저작권을 부여하면 범죄의 동기 또는 유인이 되는가의 문제를 McDavid는 "Copyright as a Criminal Incentive"라는 문구로써 실감나게 표현하고 있다. McDavid, 570면.

288) Schmalz, 421면.

의견이 엇갈리고 있으나, 포르노가 인터넷기술과 산업을 이끌어 왔던 주도세력 중 하나인 것은 부인하기 어렵다.<sup>289)</sup> 사이버공간에서 내용에 대한 제한, 저작권 문제, 도메인이름, 익명성의 문제, 프라이버시와 관련된 법률이나 법원판결은 사실 포르노와 깊은 관련이 있다. Bartow는 비록 표현의 자유를 주장하는 사람과 포르노제작자 모두 포르노에 대한 접근이 지속적으로 위협에 빠져 있다고 볼멘 소리를 하고 있지만, 여러 가지 수사(修辭)에도 불구하고 인터넷상에서 포르노를 배격하려는 시도는 결코 없었다고 단언한다.<sup>290)</sup> 그 예로서 통신예절법 (Communication Decency Act (1996), *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997)에 의해 무효로 됨)과 같은 법에 의해 인터넷 상에서 청소년들에게 포르노물이 노출되는 것을 줄여보려는 시도가 있었지만, 별로 효용이 없거나 그 진정성에 의심이 있기도 하다고 평가한다.<sup>291)</sup>

인터넷의 본질이라고 할 수 있는 국가초월성, 사용자의 익명성 등이 결합됨으로 인하여 포르노가 인터넷산업 발전에 기여한 것은 분명한 사실이며 여러 가지 법적 규제에도 불구하고 포르노물의 인터넷 공간에서의 제한이 이루어지기는 했지만 그 전면적 사용을 금지할 수 없는 상황이 된 지 오래다. 이점에서 인터넷 상에서 포르노물의 노출을 줄이려는 각종 법규의 진정성을 의심하는 Bartow의 주장이 일면 타당하게 생각될 정도이다. 음란물의 저작물성을 논의하기에 앞서 포르노와 인터넷산업의 발전은 매우 밀접한 상관관계가 있다고 할 수 있다.

---

289) 컴퓨터를 통한 포르노 사이트 이용실태 등을 조사한 논문(실태, 현황 자료 등)으로는 다음 참조 Marty Rimm, *Marketing Pornography on the Information Superhighway: A Survey of 917,410 Images, Descriptions, Short Stories, and Animations Downloaded 8.5 Million Times By Consumers in Over 200 Cities in Forty Countries, Provinces, and Territories*, 83 Geo. L.J. 1849 (1995). Bartow는 포르노가 인터넷 발전의 주도적 역할을 해왔으며, 사이버공간의 법이라는 것은 주로 포르노에 관련된 법이라고까지 말하고 있다. Bartow (2008), 800-801면 참조

290) Ann Bartow, *Open Access, Law, Knowledge, Copyrights, Dominance and Subordination*, 10 Lewis & Clark, L. Rev. 869, 881 (2006) (이하 "Bartow (Lewis & Clark)"이라 함).

291) 위 같은 면 참조

### 제3절 음란물의 저작물성 인정과 포르노산업의 상관관계

저작권법 학자이자 Feminism 법학을 저작권법에 접목시킨 것으로 평가받는 Ann Bartow<sup>292)</sup>는 음란물에 대해 저작물성을 부여하는 것이 결과적으로 인터넷 상에서 포르노의 제작/유통을 조장하는 것이라고 하여 사실상 반대 입장에 서는데, 여기에서 더 나아가 여성성 보호 측면에서도 음란물에 저작물성을 부여해서는 안 된다는 색다른 주장을 한다. 그녀는 그간 저작권법이 여성에 대한 혐오적인(혐여성적인, misogynistic) 포르노가 여성성을 얼마나 해칠 수 있는지에 대해 논의를 회피해 왔다고 비판한다.<sup>293)</sup>

한편 Schmalz는 포르노산업이 급성장하게 된 것은 1970년대 초반의 sexual revolution의 출현과 1979년 "Deep Throat"와 "Behind the Green Door"(Mitchell 판결 사안)와 같은 작품의 인기 때문이라고 한다.<sup>294)</sup> 여기에 더해서 Bartow는 대놓고 Mitchell 판결 전후로 포르노산업이 급성장하게 되었다는 이유로 이 판결을 비판하기도 한다.<sup>295)</sup> Bartow는 Mitchell 판결을 통해 저작권법이 포르노물을 좌절시킬 기회가 있었다고 주장한다.<sup>296)</sup> 즉, 1979년(Mitchell 판결) 이전에는 사람들이 포르노물을 어떤 식으로 만들어 배포한다 하더라도 저작권법적 보호가 주어지지 않았으나, 1979년 판결에 의해 심지어 음란물에 대해서 저작권법에 의한 보호가 주어진다는 판결이 나오으로써 포르노물 제작과 배포에 도화선이 되었을 지도 모른다고 한 것이다.<sup>297)</sup> 인터넷상에서 포르노물이 성행하기 전에는 성인물 공급자들은 보통은 침해주장을 하지 않았다. 왜냐하면 법원의 판사들이

292) Bartow는 저작권법이 얼마나 남성편향성을 갖고 있는지를 체계적으로 주장한 학자로서, 그 한 예로서 저작권법이 전통적으로 포르노에 집중 조명되지 않았다는 점을 논증한 보기 드문 학자라고 할 수 있다. 저작권법의 남성편향성을 집중 조명한 논문으로는 다음 참조 Ann Bartow, *Fair Use and the Fairer Sex: Gender, Feminism, and Copyright Law*, 14 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 551 (2006) (이하 "Bartow (Gender)"라고 함).

293) Bartow (Gender), 564-565면

294) Schmalz, 420면 중 각주 118번

295) Bartow (Lewis & Clark), 882-883면

296) 위 논문, 882면 이는 여성학자이자 저작권법 학자로서 Bartow가 인터넷 상에서 음란물의 노출을 줄여보기 위해 저작권법에 대한 기대를 크게 갖고 있는 사람이라는 것을 알 수 있게 한다.

297) 위 논문, 882-883면

나 배심원들이 자신들에 대해 우호적으로 대해주지 않을 것이라는 우려 때문이었다.<sup>298)</sup> 인터넷상에서의 배포는 포르노물에 대한 확대된 배포를 촉진시켰을 뿐만 아니라, 디지털 포르노물 저작권자들이 저작권보호를 구하고 더욱 확대되고 적극적인 보호를 구하는 것이 어느 정도 정당화, 정상적인 일이 되고 말았다고 한다.<sup>299)</sup> 그런데 포르노 시장이 Mitchell 판결로 인해 시작되었거나 그로부터 크게 확장되었다고 보는 것에 반대하는 견해 중에는 포르노 시장은 심지어 동굴벽화시대에도 있었던 것이라면서 이의를 제기한다.<sup>300)</sup>

Schmalz나 Bartow와 같이 포르노산업의 성장이 음란물에 저작물성을 인정한 Mitchell 판결의 영향 때문이라고 보는 것은 지나치고, 그 무렵 포르노가 VCR 등의 보급과 함께 극장이 아닌 개인, 가정 단위 시장에 유통과 보급이 가능해졌기 때문이라고 보는 것이 맞는 것 같다. 1970년 이전 시대는 주로 극장, 연극, 소설을 통해 음란물이 유통경로였다고 한다면, 그 이후는 VCR 등을 통해 개인적 구입이 가능해졌고, 특히 음란물로서 해악성이 소설 등에 비교할 수 없을 정도로 강한 포르노 영상물의 경우 기술발전이 따른 새로운 매체의 혜택을 더욱 크게 입었다고 할 수 있다. 위와 같은 현상은 인터넷의 보급과 함께 개인 간에 쉽게 전송되는 방식(p2p 방식)에 의해 쉽게 복제되고 유통됨으로써 더욱 심각해졌다고 할 수 있다.

Schmalz는 새로운 매체에 의해 포르노 산업이 더욱 수익성이 있게 될 것이라고 예상하면서, 그래서 이를 막기 위해서라도 음란물에 저작물성을 인정해서는 안 된다는 견해를 피력하였는데,<sup>301)</sup> 이 논문이 발표된 1983년을 기준으로 볼 때 새로운 매체라 할 수 있는 위성방송, 케이블방송과는 비교가 될 수 없을 정도로 파급력이 큰 인터넷 매체까지 염두에 둔 것은 아니라 할지라도 이 논문이 대단한 예지력을 갖고 있다는 평가를 받기에 부족하지 않다고 본다. 특히 아동대상 포르노의 경우, 어린이를 성적으로 이용하는 음란물에 대해서는 저작권을 부인해야 한다고 한다.<sup>302)</sup> 비록 그렇게 함으로써 이런 종류의 포르노의 제작/배포를

---

298) 위 논문, 883면.

299) 위 같은 면.

300) McDavid, 571면.

301) Schmalz, 420-421면.

줄이는데 작은 장애가 되겠지만, 그래도 저작권보호를 거둬으로써 이런 작품의 시장성에 직접 영향을 미치고, 연방대법원이 Ferber 사건<sup>303)</sup>을 통해 국가적으로 집행하고자 하는 정책, 즉 아동대상 포르노물은 수정헌법 1조에 의해 보호되지 않는다는 국가정책이 성취될 수 있다고 한다.<sup>304)</sup>

일리가 있는 주장이다. 그러나 위 Public Domain 논의<sup>305)</sup>에서 피력한 바와 같이 저작권을 부인함으로써 창작의 유인이 다소 감소될지는 모르지만, 오히려 음란물을 공유영역에 놔두게 됨으로써 이용자에게 이용의 편의를 제공하는 셈이 되어 포르노물의 성행을 더욱 부추기게 된다는 비판은 여전히 유효하다고 할 수 있다.

음란물에 저작물성을 인정하는 것은 곧 여성과 아이를 성적으로 모욕하는 것을 담은 물건을 위한 시장을 조성하는 것과 같다는 논의에 대해 진정 저작권이 범죄인을 보호하고 범죄를 유인하는 것으로 작용하는 것인지 살펴본 논의가 있다.<sup>306)</sup> 아동을 성적으로 착취하는 포르노물(Child Pornography)을 만든 자가 이를 불법복제한 자를 상대로 침해소송을 위해 저작권등록을 한다면, 이는 자신을 중죄인으로 잡아가라는 것과 같으므로, 저작권보호를 받는 것과 중죄인이 되는 것을 바꾼다는 것은 상상하기 어렵다는 이유로 저작권이 아동 포르노물을 진작, 보호, 유인하는 것이 될 수 있다는 전제는 비현실적이라고 주장한다.<sup>307)</sup> 그러나 우리나라는 미국과 달리 저작권침해로 인한 구제(민, 형사상 구제)에 있어 저작권등록 여부가 요건이거나 배상액에 있어 차등을 주지 않으므로, 위와 같이 소송을 위해 저작권등록을 시도할 리 없다는 논거는 우리에게 적용되기 어렵다고 생각된다. 특히 본 연구의 계기가 된 지난 2009년의 성인용 영상물의 불법복제 판매 사건에서처럼 외국 소재 포르노 사이트(미국과 일본)가 국내 대리인을

302) 흔히 포르노를 “희생자 없는 범죄”로 알려져 말하지만, 어린이가 성행위 대상으로 그려지는 경우는 그렇지 않다고 한다. Schmalz, 428면.

303) New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982). 이 사건에서 연방대법원은 아동 포르노물은 수정헌법 1조에 의해 보호되지 않는다고 판결하였다.

304) Schmalz, 428면.

305) 위 각주 225번에서 각주 230번까지의 본문 내용 참조.

306) McDavid, 570-573면.

307) 위 논문, 570면.

통해 저작권침해로 인한 형사고소 및 민사상 구제 청구를 하는 경우에는 더욱이 음란물 제작자가 처벌을 받을 가능성이 없다는 점에서 위 논의를 가져오기 어렵다. 물론 이런 비판은 음란물에 저작권을 부여한다고 하더라도 아동대상 포르노물에 대하여 처벌을 감수하면서까지 저작권등록을 할 가능성이 없다는 위 주장의 한 전제인 저작권등록이 강제되거나 필요하지 않다는 것일 뿐, 결론, 즉 저작권이 아동대상 포르노물에 대한 유인이 되지 않는다는 것에 대해서까지 동의하지 않는 것은 아니다. 어린이를 이용한 포르노물은 그 자체로 처벌 대상이며 정부는 이런 저작물의 등록을 무효화시켜야 한다는 것은 저작권등록을 일정한 경우에 강제하고 있는 미국에서 가능한 논의이고 우리나라에서는 반드시 통할 수 있는 것이 아니다.

한편, 통상 저작물의 무효화는 이를 공유상태(public domain)로 만들게 되지만, 어린이 대상 포르노물은 그 자체로 금지물건이므로 몰수, 폐기의 대상이 될 것이고 만든 사람은 자신이 받은 이익보다 훨씬 높은 금액의 벌금부과에 직면해야 하므로, 저작물로 보호해서는 안 된다는 주장을 하기도 한다.<sup>308)</sup> 저작권의 보호대상이 되지 않는다는 것은 곧 누구나 사용할 수 있는 공유상태(public domain)가 된다는 것, 그 이상도 이하도 아니다. 따라서 아동대상 포르노물을 저작권보호대상에서 배제한다면, 최소한 저작권법적 측면에서는 공유영역에 놓이게 됨을 부인할 수 없다. 다만, 이를 다른 법률에 의해 처벌하거나 그로 인한 수익을 환수하는 것은 별론으로 하고 저작권보호대상에서 배제하는 이상 공유상태(public domain)에 놓이게 되는 것을 막을 수는 없다.

또한 포르노가 여성만을 착취하는 것이 아니다. 즉 남성을 실연자로 하는 이른바 "gay male porno"도 있다고 하면서, 포르노에 나오는 실연자들의 성에 따른 저작권보호의 제한을 달리하는 것은 헌법적 문제를 야기한다고 하여 여성성 보호 입장에서 음란물에 저작물성을 부여하는 것에 반대하는 Bartow 주장에 대하여 양성 평등이라는 헌법적 측면에서의 반론도 만만치 않다.<sup>309)</sup>

화제가 되었던 "Deep Throat"<sup>310)</sup>나 "Behind the Green Door" 같은 작품에서

308) Harvard Note, 1513-1514면.

309) McDavid, 571면.

제작자가 큰 수익을 벌어들인 바 있는데, 이런 경제적 수익은 결국 범죄유인(criminal incentive)으로 작용한 것이므로 저작권적 보호를 건어야 하는 논거가 될 수 있으나, 이들 작품은 제작 과정 자체가 범죄행위에 해당하므로 관련법으로 처벌이 가능하고,<sup>311)</sup> 우리나라에서는 범죄수익규제법에 의한 수익의 환수가 논의될 수 있다.<sup>312)</sup> 저작권을 부여하지 않음으로써 범죄유인(criminal incentive)의 뿌리를 제거할 수도 있겠으나, 저작권법의 본질, 원칙을 저버려가면서까지 이와 같이 할 것이 아니라, 범죄로 얻은 수익을 환수함으로써 범죄를 유인하는 요인을 근절하는 방법이 법체계에 더욱 적합하다 할 것이다.

#### 제4절 하드코어 포르노그래피의 성행을 막기 위한 정책적 고려

음란성의 정도가 극심한, 이른바 하드코어 포르노그래피를 저작권보호대상에서 배제한다면 영리목적에 갖고 있는 네티즌들은 더욱 더 하드코어만을 찾아다닐 것이다. 하드코어 정도에 이르지 않은 성인용 영상물은 저작권으로 보호되기 때문이다. 이는 성인용 영상물을 음란성 정도에 따라 저작권보호대상에서 차등 대우하는 결과, 더욱 심한 음란물의 유통을 부추길 수 있게 된다. 또한 무엇이 하드코어이고 소프트코어<sup>313)</sup>인가에 대하여 자의적 판단이 개입될 수 있다는 점도 문제로 된다. 결국 이 문제는 성인용 영상물을 저작권보호대상에서 배제함으로써 해결할 일이 아니라는 결론에 이르게 한다. 다만 이와 같은 현실론 또는 정책적 고려에서 성인용 영상물의 저작물성을 논의하는 것도 의미가 있다고 생각된다.

310) 이 영화에 출연한 여배우가 총으로 위협을 받아 촬영하였다고 후에 실토했다고 함으로써 화제가 된 적이 있다. McDavid, 571-572면

311) 위 같은 면

312) 위 각주 201번에 해당하는 본문 내용 참조

313) “소프트코어”라는 말은 없지만, “하드코어”에 상대되는 개념으로 본 연구자가 조어(造語)하여 사용한 것이다.



## 제5장

# 퍼블리시티권에 의한 보호 검토



# 퍼블리시티권에 의한 보호 검토

본 연구 주제는 음란물이 저작권의 보호대상이 될 수 있는가이다. 그런 점에서 음란물, 특히 본 연구 서론에서 언급한 바와 같이 성인용 영상물(주로 포르노 그래픽 영상물)에 있어 저작권 외에 다른 법적 문제를 살펴보는 것은 본 연구와 직접 관련이 없다고 할 수 있다. 그러나, 프라이버시권(right of privacy), 퍼블리시티권(right of publicity)과 같은 권리는 저작권은 아니지만 저작권법학에서 저작권의 인접하는 권리로서 다루어지고 있다는 점에서 본 연구에서도 일종의 파생 문제로 살펴보고자 한다. 위와 같이 본 연구 주제와 별개로 논의될 필요성 외에 별도의 장에서 논의하는 또 다른 이유는 이하의 논의는 음란물이 저작권으로 보호되거나 그렇지 않거나에 관계없이 발생되기 때문이다. 다시 말해 음란물의 저작성과 무관하게 발생하는 사법상의 문제를 중심으로 하는 논의라는 것이다.

음란물, 특히 성인용 영상물은 연출에 의한 것과 그렇지 않은 것으로 나누어 볼 수 있다. 연출에 의한 경우는 배우(실연자)와 제작자 간의 계약으로 정해질 수 있지만, 연출에 의하지 않은 경우는 불법행위에 해당할 것이므로 몇 가지 복잡한 법률문제가 발생할 수 있다. 첫째 실연자의 허락을 받지 않고 촬영한 경우다. 이른바 몰래카메라를 이용하여 영상물을 제작하는 것이 이에 해당한다. 주거

침입 등 형사적 문제는 논외로 하고 사법적 측면에서만 본다면 먼저 프라이버시 침해가 문제될 것이다. 나아가 몰래카메라로 촬영한 영상물이 상업적으로 활용된다면 이는 초상이나 실연을 상업적으로 이용 당하지 않을 권리인 퍼블리시티권(right of publicity) 침해 문제가 발생할 수 있다. 둘째 음란물의 내용이 범죄인 경우다. 즉 강간행위 장면을 촬영하는 것이 이에 해당한다. 또한 외형상 실연자의 허락을 받은 형식을 갖추었으나 사실상 강요에 의한 경우도 이에 포함시킬 수 있다. 이 경우는 위 첫째의 경우에 발생할 수 있는 프라이버시권 침해와 퍼블리시티권 침해 외에 범죄피해로 인한 손해배상청구가 가능하다. 물론 첫째의 경우도 주거침입과 같은 범죄행위가 수반되는 것이지만, 촬영행위 외에 영상에 보여 지는 실제 행위 또는 실연행위(performance)를 가장한 행위 자체가 범죄라는 점에서 둘째의 경우는 첫째의 경우와 차별성이 있다. 미국에서 유명했던 성인용 영상물 중에는 배우로 나왔던 여성이 후에 강간을 당한 것이었다는 고백을 하여 문제가 된 적이 있다.<sup>314)</sup>

이와 같은 범죄행위의 결과물을 영상에 담아낸 성인용 영상물은 배역, 특히 여성성에 대한 착취 측면에서 논의되기도 한다.<sup>315)</sup> 그러나 그렇게 불법적으로 만들어진 영상물<sup>316)</sup>이 시중에서 판매되는 등 영리의 목적으로 사용된다면 이는 실연자의 퍼블리시티권 침해 문제가 발생한다. 실연자의 허락 하에 성인용 영상물을 촬영하는 경우 배포, 유통을 전제로 하므로 일반적인 영화출연계약과 마찬가지로 흥행에 따라 출연료 등 수익을 연동하기로 하는 특약이 없는 이상 유통과정에서 발생하는 수익 규모와 관계없이 일정금액을 받기로 한다면, 계약단계에서 실연자가 받는 출연료로서 실연자는 별도로 퍼블리시티권의 행사를 포기한

314) "Deep Throat" 같은 작품이 이에 해당한다. 위 각주 310번 참조

315) Bartow (2008), 799면; Harvard Note, 1503면 참조 Bartow는 포르노 영상물에서 실연자들은 연출, 제작자들에 의해 성적으로 학대(abuse) 당하고 있다는 주장을 제기하고 있다.

316) 물론 실연자의 허락에 의해 촬영된 성인용 영상물에 대해서도 이하의 논의가 그대로 적용될 수 있다. 다만 본문에서 실연자의 진정한 허락이 없이 제작된 것을 의미하는 “불법적으로 만들어진 영상물”을 특별히 상정하는 것은 허락에 의한 영상물은 앞서 언급한 바와 같이 이하의 논의를 사전에 계약에 의해 해결하고 있거나 최소한 해결할 수 있다고 보기 때문이다. 다시 말해, 이하의 논의는 실연자의 허락이 있거나 없거나를 불문하고 법리적으로는 모두 적용될 수 있는 것이다. 실연자가 촬영에 동의하여 영상물이 만들어진 경우 결국 그 “허락”의 범위에 의해 결정된다.

것으로 볼 수 있다. 물론 계약의 범위를 벗어나 일정 부분만을 편집하여 계약의 목적과 관계없이 광고 등에 활용된다면 이런 것까지 자신의 초상이나 실연을 사용해도 좋다고 허락한 것으로 보기는 어렵다. 즉 이런 목적을 위해서도 퍼블리시티권을 포기했다고 보기는 어려울 것이다. 그런데 허락이 없이 촬영된 경우에는 계약에 의한 출연료도 없을 뿐만 아니라 그 촬영물이 상업적으로 활용되어 제작자 또는 유통자가 그로 인하여 막대한 수익을 벌어들였음에도 불구하고 실연자가 단지 범죄피해로 인한 손해배상금 또는 범죄피해로 인하여 국가로부터 받을 수 있는 금원<sup>317)</sup>을 받는 것으로 끝난다면, 이는 정의 관념에 반한다고 할 수 있다. 위와 같은 손해배상금이나 범죄피해보상금에는 제작자, 유통자가 영상물을 판매하여 얻은 수익을 포함하지 않기 때문이다. 이런 금액을 피해자에게 돌릴 수 있는 유일한 사법적 구제방법은, 징벌배상제도를 인정하지 않는 이상, 퍼블리시티권침해에 따른 손해배상 밖에는 없다.

일반적으로 수요자의 요구(needs)에 따라 성인용 영상물은 실제성(reality)을 추구하게 된다. 연출에 의한 것이지만 연출하지 않은 것처럼 보이려고 애쓴다. 포르노그래피를 소비하는 수요자의 욕구를 충족시키기 위한 것이다. 이런 요구 때문에 포르노 제작자들은 과도하게 실제성을 추구하려는 나머지 실제 성행위의 모습, 또는 강간하는 모습을 담으려는 경향이 있는 것이다.<sup>318)</sup> 이와 같이 실제성을 추구하기 위해 범죄행위를 담은 포르노그래피의 피해자는 어떤 점에서는 허락에 의한 포르노그래피의 실연자와 비교할 때 이중의 고통을 받고 있는 것이라고 할 수 있다. 출연료조차 받지 못하기 때문이다. 이점에서 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상이 논의되어야 할 이유가 매우 강하게 있는 것이다.

퍼블리시티권의 본질 측면에서 보더라도 허락에 의한 경우는 퍼블리시티권에 의한 보호를 받고 허락에 의하지 않는 경우는 퍼블리시티권 보호대상이 아니라

317) 범죄피해자를 구조하는 법률로 범죄피해자구조법이 있다.

318) 음란물의 저작물성 문제에서도 하드코어 포르노그래피를 저작권으로 보호해서는 안 된다는 논의를 하는 중에 연출에 의한 포르노는 관심을 보이지 않고 이와 같은 범죄행위에 의한 포르노를 주 대상으로 논의하는 것도 그런 이유라고 할 수 있다. 이 점에서 자신의 논문에서는 실제 상황을 다루는 성인용 영상물에 관한 저작물성에 관심이 있지, 그 외에 가상, 연출에 의한 포르노는 이에 논의의 대상이 아니라고 못 박고 있는 위 Harvard Note는 매우 돋보인다. Harvard Note, 1503면 중 각주 3번 참조

고 할 이유가 없다. 퍼블리시티권을 보호하는 이유, 즉 그 권리의 본질에 대한 여러 가지 철학적 논의가 있지만,<sup>319)</sup> 어떤 철학이론에 의하더라도 구체적으로 피해자의 청구권원이 되는 법 원칙은 부당이득반환의 법리다. 즉 자신의 노력이 없이 타인의 노력에 터 잡아 발생된 수익을 반환케 한다는 법리로서, 무임승차를 법이 보호하지 않고 그 수익을 원래의 노력자에게 반환하는 것이 정의 관념에 부합한다는 이론인데(prevention of unjust enrichment),<sup>320)</sup> 이 법리는 여기에도 그대로 적용될 수 있다. 만약 그렇게 보지 않는다면 피해자 입장이 아닌 가해자 입장(허락받지 않고 포르노그래피를 촬영한 제작자, 유통자)에서 볼 경우, 허락을 받고 한 경우보다 허락을 받지 않고 제작한 경우 더 많은 수익을 가져다 줄 수 있게 된다는 점<sup>321)</sup>에서 허락유무를 불문하고 퍼블리시티권적 보호와 구제는 차별이 없어야 한다고 생각한다.

십여 년 전, 국내 유명한 여자 가수가 남자 친구와 성행위 하는 장면을 그 남자 친구에 의해 몰래 카메라로 촬영되었고, 그 영상물이 전전 유통되어 후에는 해외에 주소지를 둔 웹사이트에서 이를 영리목적으로 사용된 적이 있다.<sup>322)</sup> 물론 후에 그 남자 친구는 형사적 처벌을 받게 되었지만,<sup>323)</sup> 그로 인해 그 가수의 피해가 충분히 배상되었다고 할 수 없다. 그 영상물이 그 남자에 의해 적법하게 유통되었는지(즉 돈을 받고 판 것인지) 혹은 도난당한 것인지 사안이 분명하지

319) 퍼블리시티권의 본질을 법철학적 측면에서 논의한 것으로는 다음 논문 참조 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007. 4.(통권 제97호), 135-163면; 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(하) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007. 6.(통권 제98호), 86-114면 참조(이하 이를 “남형두(저스티스 상)” 또는 “남형두(저스티스 하)”라고 함).

320) 남형두(저스티스 하), 102-103면 참조

321) 물론 범죄에 따른 형사적 제재의 위험성에서 위 양자는 큰 차이를 보이지만 사법적 측면에서만 본다면 음성적 시장에서 거래, 유통되는 성인용 영상물의 경우 위와 같은 제작의 합법성 보다는 수익성에 더 큰 관심을 가질 수 있으므로 이런 논의가 전혀 현실성이 없지는 않다고 생각된다.

322) 장치현, “[백지영비디오] 사이트 여전히 영압”, 한국일보 2000. 12. 5.자, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=038&aid=0000037546> (2011. 1. 11. 방문).

323) “‘B양 비디오’ 파문, 용의자 김모씨 美 LA서 잡혔다”, 한국경제 2008. 2. 28.자, <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2008022784497> (2011. 1. 11. 방문).

않지만, 만약 후자라면 그리고 그 후 유통자가 인터넷 상에서 그 영상물을 판매 (비디오테이프 형태로 판매할 수도 있고, 인터넷 상에서 유료 다운로드 형태로 판매할 수도 있음)함으로 인해 큰 수익을 벌어들였다면 그 수익은 그야말로 "unjust enrichment"에 해당한다고 할 수 있다. 이 수익을 피해 여가수에게 돌려 주는 것이 퍼블리시티권에 의해 가능하다.

더 나아가 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상은 침해자가 그로 인하여 벌어들인 수익을 피해자의 손해로 추정할 수 있으므로,<sup>324)</sup> 강간과 같은 범죄행위를 촬영한 것이든, 위와 같은 몰래카메라 방식으로 촬영한 것이든(이는 최소한 행위자 상호 간에는 그 행위에 대한 의사의 합치가 있다는 점에서 앞의 “범죄행위를 촬영한 것”과 구별됨), 그 영상물로 벌어들인 수익을 모조리 피해자에게 반환케 함으로써, 그와 같은 영상물을 제작하거나 유통할 유인의 근원을 없앨 수 있다는 점에서 퍼블리시티권에 의한 구제는 형사적 제재 못지않게 강력하고, 나아가 형사적 제재가 닿을 수 없는 영역에까지 그 효과를 미칠 수 있다는 점에서 매우 중요하다.

위와 같은 논의는 앞서 언급한 바와 같이 향후 UGP(user generated porno)가 출현할 경우<sup>325)</sup> 더욱 활발히 논의될 것으로 예상된다. 위와 같이 몰래카메라 방식에 의한 촬영이나, 실제 범죄 장면을 촬영한 경우, 그로 인한 피해자가 그 피해의 배상을 퍼블리시티권을 통해 구제받는 경우는 실제 많지 않을 것이다. 대부분의 피해자가 프라이버시 측면을 더욱 중시할 것이기 때문이다. 다시 말해 최소한 아직까지 우리나라 상황에서는 사건화 되기를 바라지 않는 피해자들이 경제적 이익을 위해 법적 절차를 밟는다는 것이 그다지 현실적이지 않다는 것이다. 그러나 UGP의 경우 적극적으로 자신의 성을 인터넷 상에서 판매하는 것이라는 점에서 UGP의 결과물이 본인의 허락 없이 복제, 판매되는 경우에도 피해

324) 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상과 초상권, 프라이버시권과 같은 인격권 침해에 따른 손해배상의 차이에 대해서는 다음 논문 참조 남형두, “스포츠경기와 퍼블리시티권, 스포츠와 법, 2007. 8.(제10권 제3호), 224면, 각주 98번. 퍼블리시티권은 일반적으로 인격권이 아닌 지적재산권의 일종으로 파악되는데, 그렇다면 상표권, 특허권의 침해에 따른 손해배상에서와 같이 침해자가 얻은 이익을 권리자의 손해로 추정하는 것이 가능하다고 본다.

325) 위 각주 4번 및 그 본문 내용 참조

자가 위와 같이 소극적으로 임할 것이라고 단정하기는 어렵다. 이때 UGP의 권리를 본 연구 주제인 저작권에 의한 보호가 가능한지 여부와 관계없이 퍼블리시티권에 의한 구제는 별도의 주제로 논의할 가치가 있다고 본다.

한편 음란성이 저작물성 성립에 방해요소, 항변이 될 수 있는지의 논의는 퍼블리시티권 성립 및 주장에 대한 방해요소, 항변이 될 수 있는지의 논의로도 연결될 수 있다. 적법성 기준(**compliance standard**)을 퍼블리시티권 성립의 요건으로 삼을 수 있는가의 논의가 있을 수 있는데, 저작물성에서와 마찬가지로 어렵다고 생각된다.

# 제6장 결론



음란성이 저작물성을 방해해서는 안 된다는 것이 본 연구자의 결론이다. 이로써 음란물이 더욱 성행하게 될 것이라는 우려는 경험적 증거에 의해 뒷받침되지 않는 것으로서 그야말로 우려에 불과하다. 가사 음란물 제작에 대한 유인이 다소 생긴다 하더라도<sup>326)</sup> 이는 유통 과정에서 이를 규제하거나, 그로 인해 벌어들인 수익을 환수하거나 하는 등의 특별히 고안된 법률<sup>327)</sup>에 의해 제재를 가하여야 하는 것이지, 그것을 빌미로 저작물성 판단에 음란성 여부라는 잣대를 가져와서는 안 된다.

이는 마치 놀이터에 유리조각이 있다고 해서 전면적으로 놀이터를 폐쇄하는 것에 비유될 수 있다. 놀이터에 유리조각과 같은 위험한 물질이 있으면 이를 찾아내서 없애거나, 위험한 물건을 가지고 들어오는 입장객을 검사하여 반입을 금지시켜야 하는 것이지, 놀이터 자체를 폐쇄해 버린다면 대다수의 어린이들에게 놀이터가 주는 혜택을 없애버린다는 점에서 바람직하지 않다.

음란성을 이유로 저작물성을 인정하지 않는다면 음란물의 출현은 다소 줄일

---

326) 역으로 음란물에 저작물성을 인정하지 않음으로써 인센티브를 배제하는 것은 기껏해야 “간접적으로” 음란물 생산에 대한 의욕을 감소시키는 것(discourage)에 불과하며, 오히려 더 좋은 접근 방식은 특별히 고안된/만들어진 법률(specifically tailored laws)의 집행을 통해 “직접적으로” 음란물의 생산과 유통(유통)을 억제하는 것이라는 Goldstein의 견해는 전적으로 타당하다. GOLDSTEIN, 전계서, 2.50면 참조

327) 앞서 논의한 "tailored statutes"를 말한다.

수 있을지 몰라도 표현의 자유의 위축으로 인한 손실은 상상할 수 없을 정도로 심대한 것일 수 있다는 점에서 매우 위험한 착안이라 하지 않을 수 없다.

저작물성은 내용중립적이어야 한다는 본 연구의 결론을 확대, 연장해 보면 비단 음란성이라는 측면에서의 내용만이 문제되지 않고, 특정 이념(Ideology), 종교, 신념으로부터도 자유로운 것이고, 나아가 합법성으로부터도 자유로운 것이 될 수 있다. 음란성은 저작물성을 인정하기에 가장 꺼끄러운 배제사유 중에 하나였으나, 이를 극복한다면 저작물성의 지평은 더욱 넓어지게 될 것이다.

## 인용판결

### 외국

- Lowell v. Lewis, 15 F.Cas. 1018, 1019 (C.C.D. Mass. 1817) (No. 8568)
- Stockdale v. Onwhyn, 108 Eng. Rep. 65 (K.B. 1826)
- Martinetti v. Maguire, 16 F. Cas. 920 (C.C. Cal. 1867)
- Regina v. Hicklin 3 L.R.-Q.B. 360 (1868)
- Shook v. Daly, 49 How. Prac. 366 (N.Y. Sup. Ct. 1895)
- Broder v. Zeno Mauvais Music Co., 88 F. 74, 79 (C.C.N.D. Cal. 1898)
- Barnes v. Miner, 122 F. 480, 492-493 (C.C.S.D.N.Y. 1903)
- Stone & McCarrick, Inc. v. Dugan Piano Co., 220 F. 837 (5th Cir. 1915)
- Glyn v. Weston Feature Film Co., [1916] 1 Ch. 261
- Commonwealth v. Delacey, 171 N.E. 455 (Mass. 1930)
- U.S. v. One Book Called “Ulysses”, 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933), *aff'd*, 72 F.2d 705 (2d Cir. 1934)
- Cain v. Universal Pictures Co., 47 F. Supp. 1013 ( S.D. Cal. 1942)
- Roth v. U.S., 354 U.S. 476 (1957)
- Dane v. M. & H. Co., 136 U.S.P.Q. (BNA) 426 (N.Y. Sup. Ct. 1963)
- Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966)
- In re Runsdorf, 171 U.S.P.Q. (BNA) 443 (TMTAB 1971)
- The Robert Stigwood Group Ltd. v. O'Reilly, 346 F.Supp. 376 (1972)
- Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)

- Belcher v. Tarbox, 486 F.2d 1087 (9th Cir. 1973)
- In re Madsen, 180 U.S.P.Q. (BNA) 334 (TMTAB 1973)
- Ex parte Murphy, 200 U.S.P.Q. (BNA) 801, 803 (Pat. & Trademark Off. Bd. App. 1977)
- Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979), cert. denied, 445 U.S. 917 (1980)
- Jartech, Inc. v. Clancy, 666 F.2d 403 (9th Cir.), cert. denied, 103 S.Ct. 59 cert. denied, 103 S.Ct. 179 (1982)
- New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982)
- United Christian Scientists v. Christian Science Bd. of Dirs., 616 F. Supp. 476 (D.D.C. 1985)
- Religious Technology Center v. Wollersheim 796 F.2d 1076, 1089 (9th Cir. 1986)
- Whistler Corp. v. Autotronics Inc., 14 U.S.P.Q.2d (BNA) 1885 (N.D. Tex. 1988)
- Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)
- Bridge Publications, Inc. v. Vien, 827 F. Supp. 629 (S.D. Cal. 1993)
- In re Old Glory Condom Corp., 26 U.S.P.Q. 2d 1216 (TTAB 1993)
- In re Mavety Media Group Ltd., 33 F.3d 1367 (Fed. Cir. 1994)
- Urantia v. Maaherra, 114 F.3d 955 (1997)
- Devils Films v. Nectar Video, 29 F. Supp. 2d 174 (1998)
- Juicy Whip, Inc. v. Orange Bang, Inc., 185 F.3d 1364 (Fed. Cir. 1999)
- Nova Products v. Kisma Video, 2004 WL 2754685 (S.D.N.Y.) (2004)

## 국내

대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879 판결(“누드 성냥갑” 사건)

- 대법원 1975. 12. 9. 선고 74도976 판결(“소설 반노” 사건)  
 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결(“여대생 누드사진” 사건)  
 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1550 판결(“월간 부부라이프” 사건)  
 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결(“음화소지” 사건)  
 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결(“즐거운 사라” 사건)  
 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결(“공연음란 연극” 사건)  
 서울지방법원 2001. 6. 14. 선고 2000노7104 판결(“만화 천국의 신화 소년용”  
 사건)  
 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889 판결(“음란도화” 사건)  
 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도3815 판결(“인터넷 야설” 사건)  
 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정  
 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결(“성전환자 강간” 사건)  
 서울중앙지방법원 2009. 10. 13. 선고 2009고단1629 판결(“판도라 TV” 사건)

단행본

(외국)

- BANKSY WALL AND PIECE, THE RANDOM HOUSE GROUP Ltd. (2006)  
 PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT, 3th ed. ASPEN (2005)  
 JAMES LAVER, TASTE AND FASHION, GEORGE G. HARRAP & Co. Ltd.  
 (1948)  
 MARSHALL LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT (2005)  
 RACHEL P. MAINES, THE TECHNOLOGY OF ORGASM: "Hysteria," the  
 Vibrator, and Women's Sexual Satisfaction (Johns Hopkins Univ. Press  
 1999)  
 ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY,  
 INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL

AGE, ASPEN PUBLISHERS (2010).

MELVILLE B. NIMMER, DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT  
(2007)

(국내)

곽윤직, 채권각론, 박영사(1993)

\_\_\_\_\_(편집대표), 민법주해(XVII), 박영사(2005)

김상용, 채권각론, 화산미디어(2009)

박준서(편집대표), 주석민법 채권각칙(5), 한국사법행정학회(2004)

뱅크시(리경 역), BANKSY WALL AND PIECE - 거리로 뛰어나간 예술가, 벽  
을 통해 세상에 말을 건네다, 위즈덤피플(2009)

오승종, 저작권법, 박영사(2007)

정상현, 불법원인급여제도론, 영남대학교출판부(2002)

논문

(외국)

Ann Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, 10 Vand. J. Ent.  
& Tech. L. 799 (2008)

\_\_\_\_\_, *Open Access, Law, Knowledge, Copyrights, Dominance and  
Subordination*, 10 Lewis & Clark, L. Rev. 869 (2006)

\_\_\_\_\_, *Fair Use and the Fairer Sex: Gender, Feminism, and Copyright  
Law*, 14 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 551 (2006)

Thomas F. Cotter, *Gutenberg's Legacy: Copyright, Censorship, and Religious  
Pluralism*, 91 Cal. L. Rev. 323 (2003)

Christopher Thomas McDavid, *I Know It When I See It: Obscenity, Copyright,  
and the Cautionary Tale of the Lanham Act*, 47 U. Louisville L. Rev.

- 561 (2008-2009)
- Thomas W. McEnerney, *Fraudulent Material is Entitled to Copyright Protection in Action for Injunctive Relief and Damages*, 74 Column. L. Rev. 1351 (1974)
- Dale P. Olson, *Copyright Originality*, 48 Mo. L. Rev. 29 (1983)
- Norman A. Palumbo Jr., *Obscenity and Copyright: An Illustrious Past and Future?*, 22 S. Tex. L.J. 87 (1981)
- Jeremy Phillips, *Copyright in Obscene Works: Some British and American Problems*, 6 Anglo-Am. L. Rev. 138 (1977)
- Marty Rimm, *Marketing Pornography on the Information Superhighway: A Survey of 917,410 Images, Descriptions, Short Stories, and Animations Downloaded 8.5 Million Times By Consumers in Over 200 Cities in Forty Contries, Provinces, and Territories*, 83 Geo. L.J. 1849 (1995)
- Edward S. Rogers, *Copyright and Morals*, 18 Mich. L. Rev. 390 (1920)
- Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. Copyright Soc'y U.S.A. 137 (1993)
- Kurt L. Schmalz, *Problems in Giving Obscenity Copyright Protection: Did Jartech and Mitchell Brothers Go Too Far?*, 36 Vand. L. Rev. 403 (1983)
- Dan W. Schneider, *Authority of the Register of Copyrights to Deny Registration of a Claim to Copyright on the Ground of Obscenity*, 51 Chi.-Kent L. Rev. 691 (1975)
- Danwill Schwender, *Promotion of the Arts: An Argument for Limited Copyright Protection of Illegal Graffiti*, 55 J. Copyright Soc'y U.S.A. 257 (2008)
- David E. Shipley, *A Dangerous Undertaking Indeed: Juvenile Humor, Raunchy Jokes, Obscene Materials and Bad Taste in Copyright*, 98 Ky. L.J. 517 (2009-2010)
- Jed Michael Silversmith & Jack Achiezer Guggenheim, *Between Heaven and Earth: The Interrelationship Between Intellectual Property Rights and*

*the Religious Clauses of the First Amendment*, 52 Ala. L. Rev. 467  
(2001)

Note, *Can Intellectual Property Law Regulate Behavior? A "Modest Proposal"  
For Weakening Unclean Hands*, 113 Harv. L. Rev. 1503 (2000)

(국내)

김비환, “포르노그래피와 법해석의 근거로서의 공동선: 문화사회학적 고찰”, 법  
철학연구 제4권 제2호(2001)

남형두, “종교단체와 저작권, 가이사의 것은 가이사에게”, 법조 2008. 10.(통권  
제625호)

\_\_\_\_\_, “저작권의 역사와 철학”, 산업재산권 2008. 8.(제26호)

\_\_\_\_\_, “스포츠경기와 퍼블리시티권, 스포츠와 법 2007. 8.(제10권 제3호)

\_\_\_\_\_, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변  
용”, 저스티스 2007. 4.(통권 제97호)

\_\_\_\_\_, “퍼블리시티권의 철학적 기반(하) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변  
용”, 저스티스 2007. 6.(통권 제98호)

황필홍, “개인의 권리와 포르노그래피(Pornography)”, 철학연구 제56권(2002)

기타

남형두, “성인용 영상물과 저작권”, 한국일보 2009. 9. 3.자 칼럼

\_\_\_\_\_, “성인용 영상물의 저작권 보호 문제”, 저작권문화 2009. 10.(통권 제182  
호)

강훈상, “美日 포르노社 韓네티즌 고소 ‘일파만파’”, 연합뉴스 2009. 8. 13.자,  
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=105&oid=001&aid=0002811320> (2011. 1. 11. 방문)

어수웅, “‘나쁜 취향’ ... 추잡한 걸까, 때를 못 탄 걸까”, 조선일보 2010. 11. 25.

- 자, [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2010/11/24/2010112402066.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2010/11/24/2010112402066.html) (2011. 1. 11. 방문)
- 이제훈, “포르노 저작권 수사 각하키로…음란물 유포혐의만 수사”, 국민일보 2009. 9. 19.자,  
<http://news.kukinews.com/article/view.asp?page=1&gCode=soc&arcid=0921427059&cp=nv> (2010. 1. 11. 방문)
- 임영주, “도라산역 ‘통일광장 벽화’ 일방적 철거 논란”, 경향신문 2010. 8. 19.자,  
[http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201008182159105&code=940100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201008182159105&code=940100) (2011. 1. 11. 방문)
- 임형섭, “봄맞아 새옷 갈아입는 ‘벽화마을’ 통영 동피랑”, 연합뉴스 2010. 4. 6. 자,  
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0003209913> (2011. 1. 11. 방문)
- 장치혁, “[백지영비디오] 사이트 여전히 영업”, 한국일보 2000. 12. 5.자,  
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=038&aid=0000037546> (2011. 1. 11. 방문)
- 정재호, “<종합>검찰, 포르노 저작권 수사 중단…음란물 유포 혐의로 처벌”, 뉴시스 2009. 9. 18.자,  
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=003&aid=0002869203> (2011. 1. 11. 방문)
- 한승헌, “[길을찾아서] 독재가 낳은 ‘60년대 미네르바’ - 산민의 ‘사랑방 증언 12””, 한겨레신문 2009. 1. 20.자,  
[http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/334121.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/334121.html) (2011. 1. 11. 방문)
- “‘B양 비디오’ 파문, 용의자 김모씨 美 LA서 잡혔다”, 한국경제 2008. 2. 28.자,  
<http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2008022784497> (2011. 1. 11. 방문).
- YTN 뉴스, “여중생 ‘성폭행’ 동영상 촬영 중학생 3명 조사”, 2010. 12. 13.자,  
[http://www.ytn.co.kr/\\_ln/0103\\_201012131346443796](http://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201012131346443796) (2011. 1. 11. 방문).



## **Copyrightability of Obscene Works - Are Obscene Works protectible under Copyright Law? -**

Nam Hyung Doo

In 2009, the American and Japanese producers of adult video accused more than 10,000 netizens in Korea of illegal distribution of the video on the Internet. Each police station processed the cases in different ways. Some of police stations gave prosecutors' office opinion of non-indictment because adult video was of no value to protect copyright, while others gave opinion of indictment.

Recognizing copyrightability of adult video may give impression that laws and regulations protect obscene works. On the other hand, not recognizing copyrightability of adult video can be seemed to stands up for behaviors of the netizens who earn profits and benefits from so many users on the Internet without permit to let investigative agency be fallen into difficult situation.

It is generally agreed with the idea that production and distribution of adult video that might have adverse influence upon the society should be prevented. Copyrightability has been argued as a method to compress the production and distribution of obscene works. However such a traditional notion has been challenged and confronted from many other perspectives.

This study was made despite shortage of present studies as follow:

Firstly, historical approach was used. The historical approach mainly investigated judicial precedents in the UK as well as the United States. Some of the judgments discuss whether obscene works is copyrightable or not. This study examined the judgment as well as changes of standards of obscenity to know whether or not obscene works could be protected by copyright. And, the study investigated traditional theories that did not protect obscene works by copyright, and discussed that obscenity could not preclude copyrightability.

Secondly, doctrinal approach was used. First of all, the positive law was literally interpreted. The positive law did not interpret that copyrightability did not exclude obscene works so that the author attempted to interpret in relation with associated laws and regulations and to investigate whether the laws were omitted simply or intentionally. And, the author investigated that the work protected by the Copyright Act could be neutral from morals, ethics and other normative values, and that the work had compliance standard of existing legal system. And, the author discussed the work by the trademarks law and the patent law, and investigated losses and damages that could occur when not protecting obscene works by the copyright, and argued that they could not be excluded from copyrightability.

Thirdly, policy based approach was used. The study investigated that the copyrightability of obscene works has have influence upon pornographic industry. And, the study examined effects from point of view of protection of the women.

Lastly, the study examined protection based on right of publicity. The study investigated right of publicity that could prohibit commercial use of portrait and other identities and performance of either an actress or an actor of adult video, and that was not protection based on copyright.

The author has reached a conclusion that obscenity shall not interrupt copyrightability. The prevalence of pornographic materials that is supported by empirical evidence can be no more than a fear. Pornographic materials should

be regulated not by copyrightability but by criminal laws and other specially tailored laws to prevent to make, distribute and circulate them and to confiscate the earnings and profits from them. No admission of copyrightability because of obscenity may lessen production of pornographic materials more or less, but it can produce enormous losses and damages because of limited freedom of expressions to be very much serious and dangerous beyond imagination. This study reached a conclusion that copyrightability should be content-neutral. Therefore, the copyrightability should be free from morality, ideology, religion, belief and legitimacy.



연구총서 10-16-05

**음란물의 저작물성**

**- 음란물도 저작권법상 보호 가능한가? -**

발행 / 2010년 12월

발행인 / 김일수

발행처 / 한국형사정책연구원  
서울특별시 서초구 대봉로 114  
(02)575-5285

등록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인쇄 / (주)피알앤박스  
(02)467-4545

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 7,000원

ISBN 978-89-7366-864-9 93360