



## 서울고등법원

### 제23민사부

#### 판 결

사 건 2012나105781 계약금 등 반환

원고, 항소인 겸 부대피항소인

고양시

피고, 피항소인 겸 부대항소인

주식회사 센스큐브

제1심판결 의정부지방법원 고양지원 2012. 11. 15. 선고 2011가합3527 판결

변론종결 2013. 7. 3.

판결선고 2013. 8. 21.

#### 주 문

1. 제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 부분에 해당하는 원고의 선택적 청구들을 모두 기각한다.
2. 원고의 항소를 기각한다.
2. 소송총비용은 원고가 부담한다.



## 청구취지, 항소취지 및 부대항소취지

### 1. 청구취지

피고는 원고에게 247,297,940원과 이에 대하여 2010. 6. 30.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 2. 항소취지

제1심판결 중 아래에서 지급을 구하는 돈에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 210,285,353원과 이에 대하여 2010. 6. 30.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 3. 부대항소취지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 원고의 입찰공고

1) 원고는 고양시 일산동구 풍동에 있는 애니콜 지역을 음식문화 시범거리로 특화·개발하기 위하여 그 특성과 테마를 살린 BI(Brand Identity) 제작 및 그와 관련된 조성물을 설치하는 내용의 풍동 애니콜 음식문화 시범거리 조성물 설치사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 실시하기로 하고, 2009. 10. 6. 이 사건 사업을 수행할 업체를 선정하기 위한 입찰공고(이하 '이 사건 입찰공고'라 한다)를 하였다.



2) 이 사건 입찰공고 및 그에 첨부된 제안지침서(이하 '이 사건 제안지침서'라 한다)의 주요 내용은 아래 표 기재와 같다.

#### ▣ 입찰공고

1. 입찰에 부치는 사항

가. 사업명 : 풍동 애니골 음식문화 시범거리 조성물 설치사업

4. 입찰참가 등록 및 제안서 제출

다. 제출장소 및 제출서류

3) 제안서 제출시 제출서류

① 기술제안서 20부(A4 규격 10매 이내)

※ 작품설명은 개요 및 개념설명 등 주요시설 계획 포함 작성

6. 우선 협상대상자 선정방법

나. 제안서 평가결과 기술능력 및 가격평가 점수의 합산점수가 70점 이상인 자 중 상위 3개 업체(2개 업체 이하 참여시 모두 선정)를 협상적격자로 선정함

7. 협상절차

가. 협상순서는 협상적격자 중에서 합산점수의 고득점 순에 의하여 결정하되, 합산점수가 동일한 제안자가 2인 이상일 경우에는 기술능력 평가점수가 높은 제안자를 선순위자로 하고 기술능력 평가 점수도 동일한 경우에는 추첨에 의함

나. 결정된 순위에 따라 협상을 하며 협상이 성립된 때에는 다른 협상적격자와 협상을 실시하지 아니함

다. 선순위 협상대상자와 협상이 성립되지 않으면 동일한 기준과 절차에 따라 순차적으로 차순위 협상적격자와 협상을 실시함

8. 계약체결

○ 협상이 완료된 후 10일 이내에 계약을 체결하여야 함

11. 기타사항

○ 제안서 작성시 허위사실이 발견될 시에는 입찰참가 자격제한 및 낙찰취소 또는 계약을 해지함



## ■ 제안지침서

### 2. 개요

가. 사업명 : 풍동 애니골 음식문화 시범거리 조성물 설치사업

나. 위치 : 고양시 일산동구 A 일원 1.4km

라. 예산액 : 298,000,000원(부가가치세 포함)

마. 작품(조성물) 주제 : 테마와 비전이 있는 음식문화 시범거리 조성물 설치

⇒ 본 지침에서 '조성물'이란 음식문화 시범거리 상징물과 간판을 제외한 모든 시설물과 조형물을 말한다(이하 '조성물'이라 한다).

바. 작품(조성물)의 범위 : 음식문화 시범거리의 상징물과 간판을 제외한 모든 조성물을 말하며, 타 지역이나 타 시설물에 설치하는 조성물(홍보물, 간판 등)은 제외

아. 설치기간

○ BI(Brand Identity) 개발 : 계약일 ~ 2개월(60일)

○ 조성물 설치 : 계약일 ~ 5개월(150일)

### 6. 착안사항(과업내용)

가. 일반사항

2) 부득이한 경우를 제외한 모든 시설물과 조형물 등에는 풍동 애니골 음식문화 거리를 상징하는 BI를 표현하여야 하고 이 경우 조화롭고 안정적으로 표현하여야 한다.

9) 제안업체는 저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품으로 제안하여야 하며, 이를 위반 제출하여 당선되었으나, 이후 위.모작으로 밝혀질 경우 당선취소는 물론 민, 형사상의 모든 법적 책임을 져야한다.

나. 작품(조성물)의 제작방향

2) 음식거리를 방문하여 조성물을 보고 '풍동 애니골 음식문화 시범거리'의 표현성과 음식거리라는 특수성이 고려되어야 하며 어느 누가 보더라도 쉽게 접근할 수 있는 볼거리 및 즐길거리로 조성되어야 한다.

3) 공공장소에 설치되는 작품으로서 지역적 특성과 공공성을 반영하고 특히 음식



문화 시범거리의 상징성을 담아 고양시의 랜드마크가 되어야 한다.

- 4) 음식문화거리 모습이 담겨있고, 쾌적한 자연환경 등 음식과 관광 및 지역 환경과 관련한 이미지를 형상화한 창작성과 예술적 가치가 있는 작품으로 구상하여야 한다.

#### 나. 피고의 제안서 제출과 우선협상대상자 선정

1) 피고는 주식회사 플랜두스페이스(이하 '플랜두스페이스'라고 하며, 피고와 함께 통칭할 때에는 '피고 등'이라 한다)와 공동수급인으로서 위 입찰에 참가하여 별지 1 영상 기재 BI(이하 '이 사건 BI'라고 한다)와, 별지 3 내지 8 각 영상 기재 조성물(이하 '이 사건 조성물'이라 한다) 디자인 시안을 기재한 제안서를 제출하였다.

2) 원고는 2009. 12.경 피고를 우선협상대상자로 선정하여 2009. 12. 3. 피고와 우선협상을 하였는데, 그 협상서(이하 '이 사건 협상서'라고 한다) 중 주요 내용은 아래 표 기재와 같다.

#### ■ 협상서

##### 1. 과업의 내용

##### 가. 과업의 범위

- BI 제작(기본형, 응용형 - 현수막, 가로등 배너, 식품용기·용품 등) ⇒ 계약 후 2개월 이내(60일)
- 기 제안 작품 6가지(7개 장소) 작품의 설치 ⇒ 계약 후 5개월 이내(150일)

##### 다. BI 및 제안 작품 실시설계 및 제작·설치

##### ① BI 제작 수행

- 용역(제작)기간 : 계약일로부터 약 60일 이내
- 기본형, 응용형(식품용기·용품)과 제안작품 등에 표현되는 세부도면(발주청과 애니



골번영회의 동의를 필한 설계도서 - 도면, 시방서, 원가계산서 등)

② 제안 작품 제작.설치

- 제작기간 : 계약일로부터 약 150일 이내
- 원칙적으로 제안서 발표 내용 충실히 수행하되, 불가능한 사유 발생시 애니골번영회 내용을 수용할 수 있고 최종 승인은 발주처에서 한다.

2. 일반사항

가. 사업수행자의 의무

- 8) 최종 결과물이 애니골번영회 및 발주청이 판단하여 당초 제안내용 등을 비교하여 미비하다 판단되면 보완 또는 재시공을 요구할 수 있고 사업수행자는 이에 따라야 한다.

3. 설계안내사항

- 나. 작품 중 상징조형물(풍동 애니골의 단풍나무)의 재질은 스테인레스 스틸재질, 바닥은 콘크리트로 내구력을 담보할 수 있어야 하며, 작품 설명문안을 담아야 한다.

다. 도급계약의 체결 및 대금의 지급

1) 원고는 2009. 12. 14. 피고를 대표수급자, 플랜두스페이스를 공동수급자(분담비율 피고 60%, 플랜두스페이스 40%)로 하여, 피고 등이 이 사건 협상서에 적힌 과업을 2019. 5. 12.까지 완수하는 대가로 250,320,000원을 지급하기로 하는 내용의 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 피고는 이후 원고에게 별지 9 영상과 같이 ① 이 사건 BI를 포함하여 단풍나무를 모티브로 한 시안 3개, ② 기하학 도형을 활용한 시안 3개, ③ 그래픽아이콘을 활용한 시안 3개 등 여러 BI 시안을 제작하여 제출하였는데, 원고는 그 중 이 사건 BI를 선정하였고, 피고 등은 이 사건 도급계약에 따른 이 사건 조성물 6점도 2010. 5. 12.까지 제작 및 설치를 완료하였다.



3) 원고는 피고가 위와 같이 도급계약을 이행하자, 피고 등에게 이 사건 도급계약 대금으로 2010. 4. 7. 175,224,000원, 2010. 6. 30. 72,073,940원, 합계 247,297,940원을 지급하였는데, 이 중 이 사건 BI와 관련된 디자인설계비는 37,012,587원이고, 나머지 금액은 이 사건 조성물 제작 및 설치대금이다.

#### 라. 원·피고 사이의 분쟁의 발생

1) 경인일보는 2010. 8. 24. 이 사건 BI가 일반 음식점의 벽지 무늬와 유사하다는 내용의 기사를 실었고, 원고는 그 직후 이 사건 BI 중 단풍나무의 디자인이 외국의 인터넷 사이트(B)에 게시된 별지 2 영상 기재 저작물(이하 '이 사건 외국 저작물'이라 한다)의 디자인과 같다는 사실을 알게 되었다. 한편 이 사건 외국 저작물은 저작자에 의하여 누구나 개인적, 상업적 용도로 사용하는 것이 허용되어 있는 저작물이다.

2) 이에 원고는 2010. 11. 16. "피고는 입찰참가 제안설명서에서 BI와 조성물을 참신하고 새롭게 개발한다고 하여 우선협상자로 선정되어 원고와 이 사건 도급계약을 체결하였음에도, 이 사건 BI를 제작함에 있어 이를 위반하여 독창성이 있는 창작물이 아닌 외국의 인터넷 사이트에 게시된 저작물을 이용하여 이 사건 BI를 제작하였으므로, 순수창작품인 BI를 다시 제작하여 원고에게 제출하고, 피고가 이 사건 BI를 기초로 하여 제작·설치한 이 사건 조성물도 다시 제작하여 줄 것을 요구한다. 위 요구에 따른 이행 여부를 2010. 11. 30.까지 통보하여 줄 것을 요구하며, 통보결과에 따라 법적인 절차를 이행할 것을 알려드린다."는 내용의 통보서를 피고에게 발송하였고, 위 서류는 그 무렵 피고에게 도달하였다.

3) 이에 대하여 피고는 2010. 11. 25. "이 사건 BI에 대하여는 원고의 요구를 받아



들여 당초 제안한 대로 풍동의 컨셉인 단풍나무, 통기타, 추억을 모티브로 하여 새롭게 BI를 제작하여 제출하겠으나, 이 사건 조성물의 경우 풍동을 상징하는 단풍나무 등을 모티브로 하여 독립적으로 제작된 것이지 이 사건 BI와 연계하여 제작·설치된 것이 아니므로 원고의 요구와 같이 새로운 조형물을 제작할 수 없다."는 내용의 답변서를 원고에게 발송하였고, 위 서류는 그 무렵 원고에게 도달하였다.

4) 피고는 2010. 12. 17. "풍동애니콜 순수창작물 BI 시안 제출"이라는 제목 하에 BI시안 5부를 제작하여 원고에게 제공하였다.

5) 원고는 2010. 12. 31. 피고가 제공한 위 BI 시안을 반송하면서 "이 사건 조성물 또한 이 사건 BI와 유사하게 제작되어 순수창작품으로 볼 수 없으므로 다시 제작·설치하여 달라. 만일 피고가 그 제작·설치의무를 불이행할 경우에는 이 사건 도급계약을 해제하고 이미 지급한 금원의 반환과 손해배상청구 소송을 할 예정이다."는 내용의 통보서를 피고에게 발송하였고, 위 서류는 그 무렵 피고에게 도달하였다.

6) 피고는 2011. 1. 25. "이 사건 BI와 이 사건 조성물은 각각 별도로 디자인 된 것이므로, 이 사건 BI가 다시 제작되어야 한다고 하더라도 이 사건 조성물까지 다시 제작될 필요는 없다."는 내용의 답변서를 원고에게 발송하였고, 위 서류는 그 무렵 원고에게 도달하였다.

#### 마. 피고의 서비스표 등록

피고는 이 사건 BI에 사용된 단풍나무 문양에 대하여 서비스표 등록신청을 하여 2011. 11. 29. 서비스표 등록원부에 피고 명의로 서비스표 등록이 되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증, 갑 제9호증의 1 내지 4, 갑 제10호



증, 갑 제11호증, 갑 제12호증의 1, 2, 을 제1호증의 1 내지 9, 을 제4호증의 1, 2, 을 제6호증, 을 제9호증의 1, 2, 을 제10호증의 각 기재 및 그 영상, 제1심증인 C의 증언, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자의 주장 및 쟁점

### 가. 원고의 주장

원고는 이 사건 청구원인으로 선택적으로 아래와 같이 주장한다.

#### 1) 이 사건 도급계약 취소에 따른 원상회복 및 손해배상 청구

가) 이 사건 제안지침서 제6.가.9)항에 의하면, 피고는 원고에게 '저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품'을 제안하여야 하는데, 피고가 제출한 제안서에 담긴 이 사건 BI는 순수창작품이 아닌 위·모작이므로, 피고의 이러한 행위는 원고를 기망한 것이거나 제안서에 허위사실을 기재한 경우에 해당한다.

나) 따라서 원고는 피고의 기망을 이유로, 또는 이 사건 입찰공고 제11항 내지 이 사건 제안지침서 제6.가.9)항 위반을 이유로 이 사건 도급계약을 취소하므로, 피고는 원고에게 원상회복 및 손해배상으로 원고가 지급한 247,297,940원과 이에 대한 지연손해금을 의무가 있다.

#### 2) 이 사건 도급계약 해제에 따른 원상회복 및 손해배상 청구

가) 원고는 이 사건 BI가 순수창작품이 아닌 위·모작이라는 사정을 확인하고 이 사건 협상서 제2.가.8)항에 기하여 원고에게 새로운 BI 및 조성물을 제작·설치할 것을 요청하였음에도, 피고는 이를 거절하였다.

나) 따라서 원고는 피고의 채무불이행을 이유로 이 사건 소장의 송달로써 이 사



건 도급계약 전부를 해제하므로, 피고는 원고에게 원상회복 및 손해배상으로 원고가 지급한 247,297,940원과 이에 대한 지연손해금을 의무가 있다.

### 3) 불법행위에 기한 손해배상 청구

가) 피고의 위와 같은 기망 내지 제안서에 허위사실을 기재한 행위는 원고에 대한 불법행위를 구성하고, 피고의 이러한 불법행위로 인하여 원고가 피고로부터 받은 이 사건 BI와 이 사건 조성물 전부가 쓸모없게 되어 원고는 새로운 사업자를 선정하여 다시 BI와 조성물을 제작하여야 하는 손해를 입게 되었다.

나) 따라서 피고는 원고에게 손해배상으로 원고가 지급한 247,297,940원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 나. 피고의 주장

1) 이 사건 BI는 이 사건 외국 저작물을 기초로 하기는 하였으나, 여기에 피고가 풍동 애니콜의 상징인 맛과 즐거움을 표현하기 위하여 'savor, enjoy'라는 문구와 '풍동에 니콜'이라는 손글씨체의 워드디자인을 추가한 것이므로, 이는 피고가 제작한 2차적 저작물로서 순수창작품에 해당된다.

2) 설령 이 사건 BI가 순수창작품이 아니라고 하더라도, 이 사건 제안지침서 제6.가. 9)항의 '저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품'이란 '저작권법에 저촉되지 않는 작품'으로 해석되어야 하는데, 이 사건 BI가 저작권법에 저촉되는 것은 아니므로, 피고가 위 지침상의 의무를 위반하였다고 할 수 없다.

3) 원고는 이 사건 외국 저작물을 기초로 하여 이 사건 BI가 제작되었음을 알게 되었음에도 이 사건 도급계약을 즉시 취소하지 않고 피고에게 새로운 BI 및 조성물을 재



제작할 것을 요청하였으므로, 이는 이 사건 도급계약을 추인한 것으로 보아야 한다. 따라서 원고는 이 사건 도급계약을 취소할 수 없다.

4) 이 사건 도급계약은 BI 개발과 조성물의 제작·설치라는 실질적으로 두 개의 계약이 하나의 형식으로 체결된 것인데, 설령 이 사건 BI의 도급계약에 취소사유가 있다고 하더라도, 이 사건 조성물은 이 사건 BI와 별도로 제작된 순수창작품으로서 그 제작·설치에 아무런 하자가 없으므로, 원고가 이 사건 조성물에 관한 도급계약까지 취소할 수 없을 뿐 아니라, 피고가 이 사건 BI 이외에 조성물까지 재제작하라는 원고의 요구에 불응한 것을 두고 채무불이행에 해당한다고 할 수 없다.

5) 원고의 주장이 인정된다고 하더라도, 이 사건 도급계약은 피고와 플랜두스페이스를 공동수급인으로 하는 계약이므로, 피고는 지급받은 총 대금 중 피고의 분담비율인 60%만을 원고에게 지급할 의무가 있다.

#### 다. 쟁점 및 판단의 방법

1) 이 사건 도급계약 체결 당시 원고가 제시한 제안지침서 제6.가.9)항에 따라 피고가 '저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품'으로 BI와 조성물을 납품하기로 약정한 사실 및 원고가 이 사건 협상서 제2.가.8)항에 따라 당초 제안내용 등을 비교하여 최종 결과물이 미비하다고 판단되면 피고에게 보완 또는 재시공을 요구할 수 있는 권리가 있음은 당사자 사이에 다툼이 없다.

2) 따라서 이 사건의 쟁점은 가) 이 사건 도급계약의 취소에 따른 원상회복 및 손해배상 청구와 관련하여서는, ① 이 사건 BI와 조성물이 제안지침서 제6.가.9)항을 위반한 작품인지, ② 피고가 이 사건 BI와 조성물 전체에 대하여 재제작을 요구한 것이



추인에 해당하는지 여부이고, 나) 이 사건 도급계약의 해제에 따른 원상회복 및 손해배상 청구와 관련하여서는, ③ 원고가 이 사건 협상서 제2.가.8)항에 따라 피고에게 이 사건 BI와 조성물 전체에 대하여 재제작을 요구할 권리가 있는지, ④ 있다면 원고의 최고 및 해제 의사표시로 이 사건 도급계약이 적법하게 해제되었는지 여부이고, 다) 이 사건 불법행위로 인한 손해배상 청구와 관련하여서는 ⑤ 피고가 이 사건 BI와 조성물을 납품한 것이 불법행위를 구성하는지 여부이며, 라) 마지막으로 위 모든 경우에 피고의 책임이 인정된다면, ⑥ 피고의 책임이 이 사건 BI 제작 부분 또는 자신의 지분 비율로 제한되는지 여부 등이다.

3) 이하에서는 위 각 선택적 청구들을 위 쟁점 위주로 차례로 판단한다.

### 3. 이 사건 도급계약의 취소에 기한 원상회복 및 손해배상 청구에 관한 판단

가. 이 사건 BI와 조성물이 이 사건 제안지침서 제6.가.9)항을 위반한 작품인지

#### 1) 저작물 관련 법리

가) 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 "인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물"로 규정하고 있는바, 위 규정에서 말하는 창작물이라 함은 창작성이 있는 저작물을 말하고 여기서 창작성이라 함은 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고 작자 자신의 독자적인 사상이나 감정의 표현을 담고 있어야 할 것이므로, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작물이라고 할 수 없다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결, 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결 등 참조).



나) 또한 저작권법 제5조 제1항은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 '2차적 저작물'이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다고 규정하고 있는데, 2차적 저작물로 보호를 받기 위해서는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고, 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되어야 하는 것이며, 원저작물에 다소의 수정·증감을 가한 것에 불과하여 독창적인 저작물이라고 볼 수 없는 경우에는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다(대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결 등 참조).

## 2) 이 사건 BI가 저작권법 상의 저작물에 해당하는지

앞서 인정한 사실 등에 의하여 인정되는 아래의 사정 등을 종합하여 보면, 이 사건 BI는 이 사건 외국저작물에 약간의 수정·증감을 가한 것이 아니라 이 사건 외국저작물이 표방하는 의미를 넘어 저작자의 새로운 사상과 감정이 부가된 새로운 저작물로 인정된다.

가) 피고는 이 사건 BI를 제안함에 있어 '단풍나무, 통기타, 추억'을 모티브로 하여 BI를 제작하겠다는 의도를 밝혔고, 원고 역시 이 사건 BI를 선정함에 있어 그러한 의도를 고려하여 이 사건 BI를 채택하였으므로, 이 사건 BI의 독창성과 상징성도 그러한 의도의 창의적 실현 여부 및 이 사건 외국저작물만으로도 피고가 제안한 모티브를 실현하는 것이 가능한지 여부 등이 함께 검토되어야 한다.

나) 이 사건 BI는 크게 ① 단풍나무 문양, ② 영문글자(savor, enjoy), ③ 한글(풍동에니콜)의 세 가지 부분으로 구성되어 있는데, 단풍나무 문양은 풍동의 지명과 추억을 연상시키는 상징으로, 영문글자는 맛, 재미, 흥미를 나타내어 애니콜이 '음식문화 테



마거리'라는 점을 연상시키는 상징으로, 손으로 쓴 느낌의 한글 서체는 애니콜의 친근감을 부각시키는 상징으로서 피고에 의해 의도적으로 도입되었고, 원고도 그러한 의미를 인식하고 있는 상태에서 이 사건 BI를 최종적으로 선택하였다.

다) 이 사건 BI가 최종 선정되는 과정에서 검토된 여러 BI 시안(을 제1호증의 1 내지 9)들 속에는 이 사건 BI와 같이 단풍나무를 모티브로 활용한 시안도 있지만, 단풍나무 없이 기하학 도형을 활용한 시안, 그래픽아이콘을 활용한 시안도 다수 있었는데, 이러한 시안들에서는 풍동애니콜의 한글 또는 영문 서체, '맛과 운치'라는 내용 등이 상징의 주요 부분을 차지하고 있어, 최종 채택된 이 사건 BI에 포함시킨 ②, ③ 부분이 ① 부분에 종속된 보조적 기능을 하는 것에 불과하다고 보기는 어렵다.

라) 이 사건 BI 중 ① 부분은 그림으로, ②, ③ 부분은 글자로 되어 있어 ① 부분의 시각적 효과가 ②, ③ 부분에 비하여 상대적으로 크고, 이러한 이유로 이 사건 BI의 독창성을 문제삼는 언론의 기사 등이 게재된 사실은 있으나, ②, ③ 부분 역시 그 부분이 표현하려고 하였던 내용, 전체 BI에서 차지하는 비중과 배치방법 등에 비추어 보면, 그 표현의 독창성을 부인할 수 없고, ① 부분에 비하여 그 디자인적 가치나 창의성이 떨어진다고 단정하기 어렵다.

마) 이 사건 외국저작물만으로는 이 사건 BI가 표현하려고 하는 내용 등을 충분히 표현할 수 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 BI가 이 사건 외국저작물의 단순한 변형 내지 수정물이라고 보기도 어렵다.

3) 이 사건 조성물이 저작권법상의 저작물에 해당하는지

앞서 인정한 사실 및 증거 등에 의하여 인정되는 아래의 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 조성물 역시 저작권법에 의하여 보호되는 저작물로 인정된다.



가) 이 사건 조성물은 이 사건 BI 시안이 최종 BI로 선정되기 전 이 사건 제안서에 기재된 디자인 그대로 최종 결정되었는데, 그 각 모티브는 별지 3 영상 기재 조성물의 경우는 풍동 애니콜 단풍나무, 별지 4 영상 기재 조성물의 경우는 버섯, 별지 5 영상 기재 조성물의 경우는 벽, 별지 6 영상 기재 조성물의 경우는 코쿰(cocoon, 곤충의 고치), 별지 7 영상 기재 조성물의 경우는 피아노, 별지 8 영상 기재 조성물의 경우는 새싹으로, 그 표현방식의 새로움과 독창성이 인정된다.

나) 별지 3 영상 기재 조성물의 경우 이 사건 외국저작물 또는 이 사건 BI와 비교해서 나무를 상징하고 있는 점에서 공통점은 있으나, 그 표현형식과 방식, 예술적으로 추가하려는 목적 등이 달라 그 디자인의 형태적 의장은 전혀 별개인 것으로 인정된다(을 제8호증의 1, 2).

#### 4) 이 사건 BI와 조성물이 '순수창작품'에 해당하는지

원고는, 이 사건 제안지침서 제6.가.9)항에서 정한 '저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품'이란 저작권법에서 정한 저작물의 범위를 넘어 '입찰에 참가한 업체들이 순수하게 창작한 작품'을 의미하므로, 이 사건 BI는 위 조항에서 말하는 순수창작품에 해당하지 않는다고 주장한다.

그러나 앞서 인정한 사정 등에 의하여 알 수 있는 아래 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 BI와 조성물은 위 조항에서 정한 순수창작품에 해당한다고 할 것이다.

가) 이 사건 제안지침서에 사용된 '순수창작품'이라는 용어 속에 포함된 '순수'라는 의미는 법률적인 개념이 아니어서 그 법률적 효과가 그 자체로 특정되지 아니하고, 특히 일상의 언어사용에 있어서도 이와 반대되는 '비순수창작품' 또는 '불순수창작품'이라는 용어가 통용되지 않는 이상, 위 '순수'의 의미는 그 용어가 사용된 목적과 전제 문



장의 맥락 등에 비추어 그 의미를 파악할 수밖에 없다.

나) 이 사건 제안서 제6.가.9)항은 "제안업체는 저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품으로 제안하여야 하며, 이를 위반 제출하여 당선되었으나, 이후 위·모작으로 밝혀질 경우 당선취소는 물론 민, 형사상의 모든 법적 책임을 져야한다."고 하여 순수창작품에 대응되는 개념으로 '위·모작'이라는 개념을 사용하고 있으므로, 위 문장의 전체 맥락과 앞서 본 저작권법상의 창작물의 의미 등에 비추어 볼때, 피고가 제안하여야 하는 저작물이 '저작권법에 저촉되지 않는 위·모작이 아닌 창작물'이면 위 조항에서 정한 순수창작품의 요건은 충족되었다고 볼 수 있다.

다) 원고가 BI를 작성하게 된 목적이 풍동애니콜의 특성을 살린 창의적인 음식문화 시범거리를 상징하기 위한 것이라 하더라도, 그러한 목적 때문에 풍동애니콜의 상징으로 채택될 창작물에 원저작권자의 허락을 받은 2차적 저작물이 당연히 제외되어야 한다거나 BI를 구성하는 모든 개별 요소를 입찰 업체가 자체적으로 창작한 작품만이 그 요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

라) 이 사건 BI와 조성물이 저작물로서의 창조성이 있고 이 사건 BI에 사용된 단풍나무 문양이 원저작자에 의하여 상업적 사용이 허용되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

## 나. 소결

따라서 이 사건 BI와 조성물이 이 사건 제안지침서 제6.가.9)항에서 정한 순수창작품이 아니라는 이유로 이 사건 도급계약이 취소되어야 한다는 원고의 주장은 나머지 점에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.



#### 4. 이 사건 도급계약의 해제에 기한 원상회복 및 손해배상 청구

##### 가. 원고에게 이 사건 BI와 조성물의 재제작을 요구할 권리가 있는지

###### 1) 위·모작을 이유로 재제작을 요구할 권리

이 사건 BI와 조성물이 위·모작이 아님은 앞서 본 바와 같으므로, 이를 이유로 원고에게 재제작을 요구할 권리가 있음을 전제로 하는 원고의 주장은 나머지 점에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

###### 2) 이 사건 협상서 제2.가.8)항에 기하여 재제작을 요구할 권리

가) 이 사건 협상서 제2.가.8)항은 "최종 결과물이 애니콜변영회 및 발주청이 판단하여 당초 제안내용 등을 비교하여 미비하다 판단되면 보완 또는 재시공을 요구할 수 있고 사업수행자는 이에 따라야 한다."고 정하고 있는데, 이는 이 사건 도급계약의 특성상 앞서 본 '저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품'이라 하더라도 이 사건 목적 등을 달성하기에 부족하다고 객관적으로 인정되는 경우, 원고에게 보완 또는 재시공을 요구할 수 있는 권한을 부여한 것으로 봄이 상당하다.

나) 앞서 인정한 사실 등에 비추어 보면, 이 사건 BI의 경우 비록 저작권법에 저촉되지 않는 순수창작품이기는 하나, 이 사건 BI에 사용된 단풍나무 문양을 이용한 벽지가 국내에 배포되고 있어 이 사건 BI로써 원고가 추구하고자 하는 목적을 달성하기에 객관적으로 미흡한 사유가 발생하였다고 할 것이어서, 원고는 이 사건 협상서 제2.가.8)항을 기초로 이 사건 BI에 대하여는 보완 또는 재제작을 요구할 수 있다고 할 것이다.

다) 그러나 나아가 이 사건 조성물에 대해서까지 보완 또는 재제작을 요구할 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 인정한 이 사건 조성물의 창작성 등에 비추어 원



고가 제출한 갑 제13호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

#### 나. 원고의 해제 의사표시의 적법 여부

1) 채권자의 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 금액의 이행을 요구하는 내용일 때에는, 그 과도한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하고, 이러한 최고에 터 잡은 계약 해제는 그 효력이 없다고 할 것이다(대법원 1995. 9. 5. 선고 95다19898 판결 등 참조).

2) 원고가 이 사건 BI 뿐만 아니라 이 사건 조성물의 재제작까지 피고에게 요구하자 피고는 새로운 BI 시안을 제작하여 납품하면서 이 사건 조성물은 재제작할 수 없다고 답변한 사실, 원고는 피고가 새로 제출한 BI 시안을 전부 반송하면서 원고가 최고한 내용을 피고가 전부 이행하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사를 명백히 표시하면서, 피고가 이 사건 조성물의 재제작을 이행하지 않자 이 사건 소장의 송달로 해제의 의사표시를 한 사실은 앞서 본 바와 같다.

3) 따라서 원고의 위 최고는 앞서 본 법리에 따라 피고가 이행하여야 할 범위를 초과하는 과도한 최고로서 부적법하고, 이에 기한 해제의 의사표시 역시 효력이 없다.

#### 라. 소결

따라서 피고의 채무불이행을 이유로 하는 원고의 해제 주장 역시 나머지 점에 대하여 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.



## 5. 불법행위에 기한 손해배상청구

피고가 원고에게 납품한 이 사건 BI와 조성물이 앞서 본 바와 같이 이 사건 도급 계약에서 정한 순수창작품으로서의 요건을 갖추고 있는 이상, 비록 피고가 이 사건 제안서 제출이나 이 사건 BI와 조성물의 납품과정에서 이 사건 BI가 이 사건 외국저작물을 이용하여 만들어진 것이라는 점을 명백히 밝히지 않았다고 하여 그러한 사정만으로 피고의 위 행위가 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.

따라서 원고의 위 주장 역시 나머지 점에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

## 6. 결론

원고의 이 사건 선택적 청구들은 이유 없어 이를 모두 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고의 부대항소를 받아들여 제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 부분에 해당하는 원고의 선택적 청구들을 모두 기각하며, 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

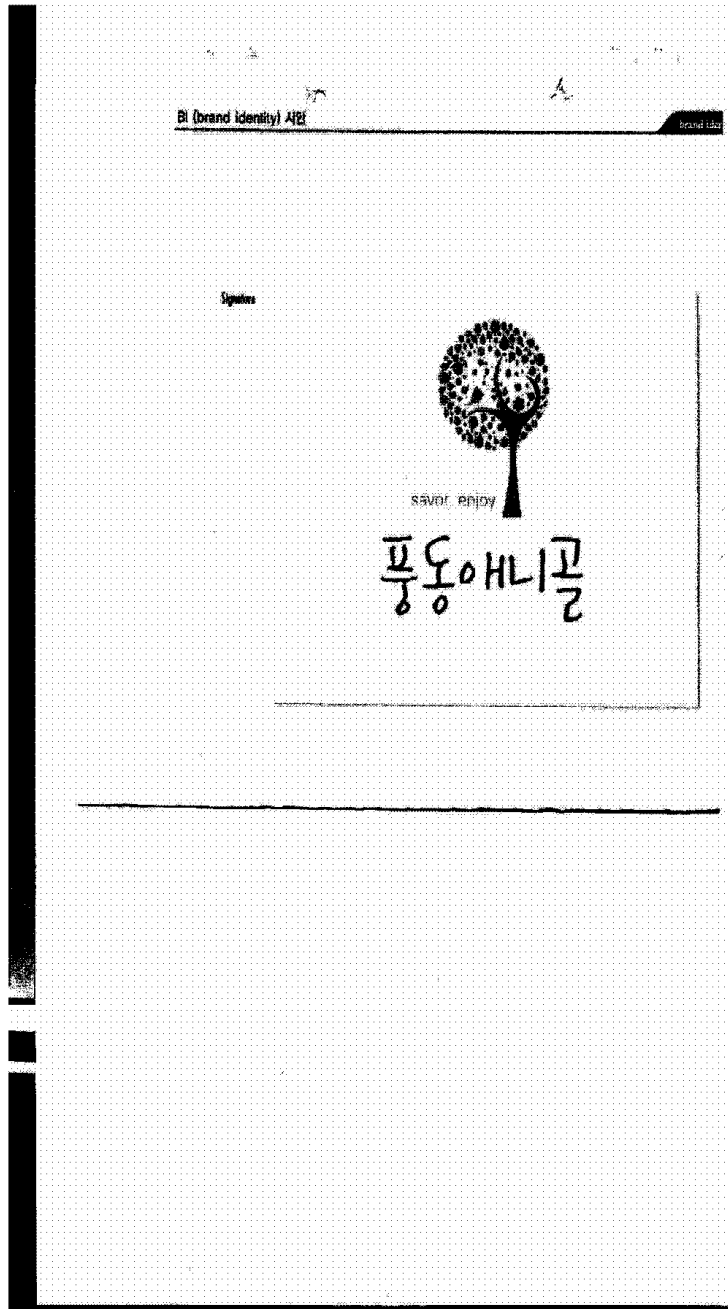
재판장	판사	이광만
	판사	서승렬
	판사	문주형



본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 1

### 영 상

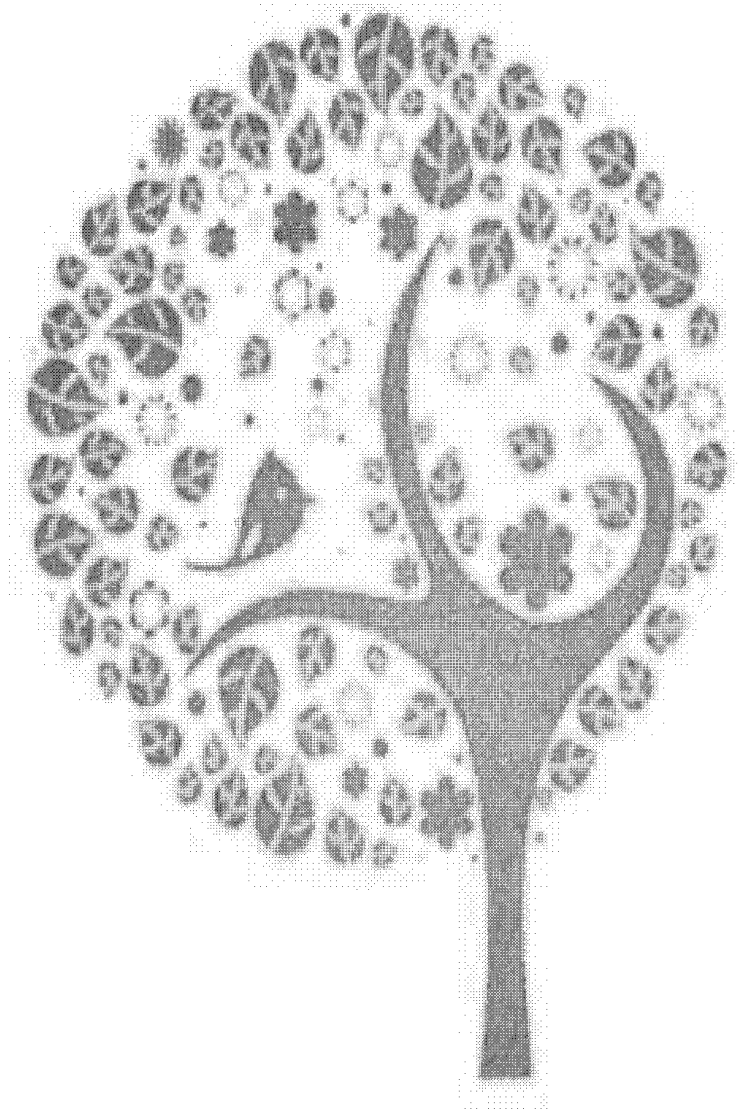




본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 2

### 영 상





본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

### 별지 3

## 영 상

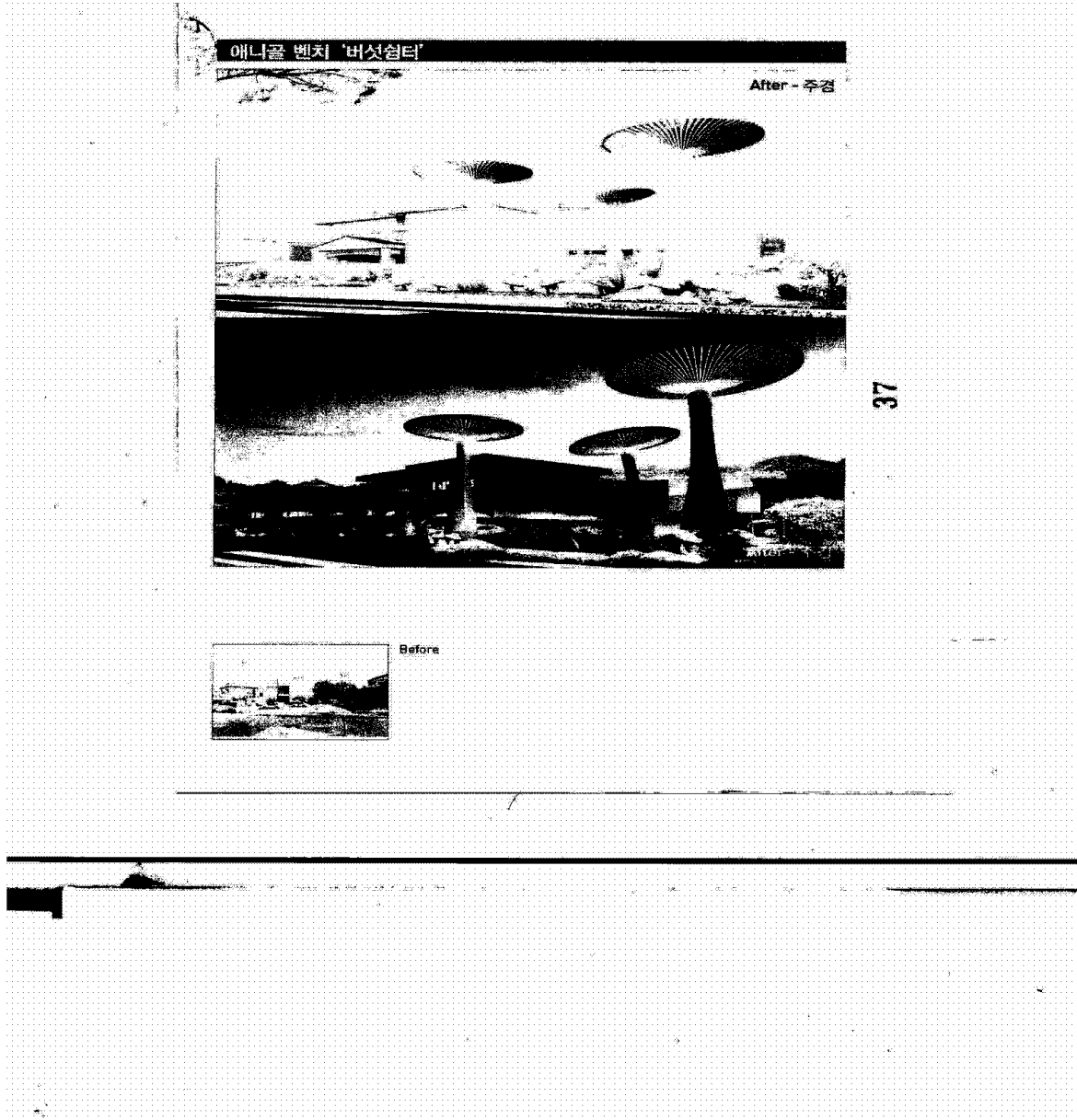




본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 4

### 영 상

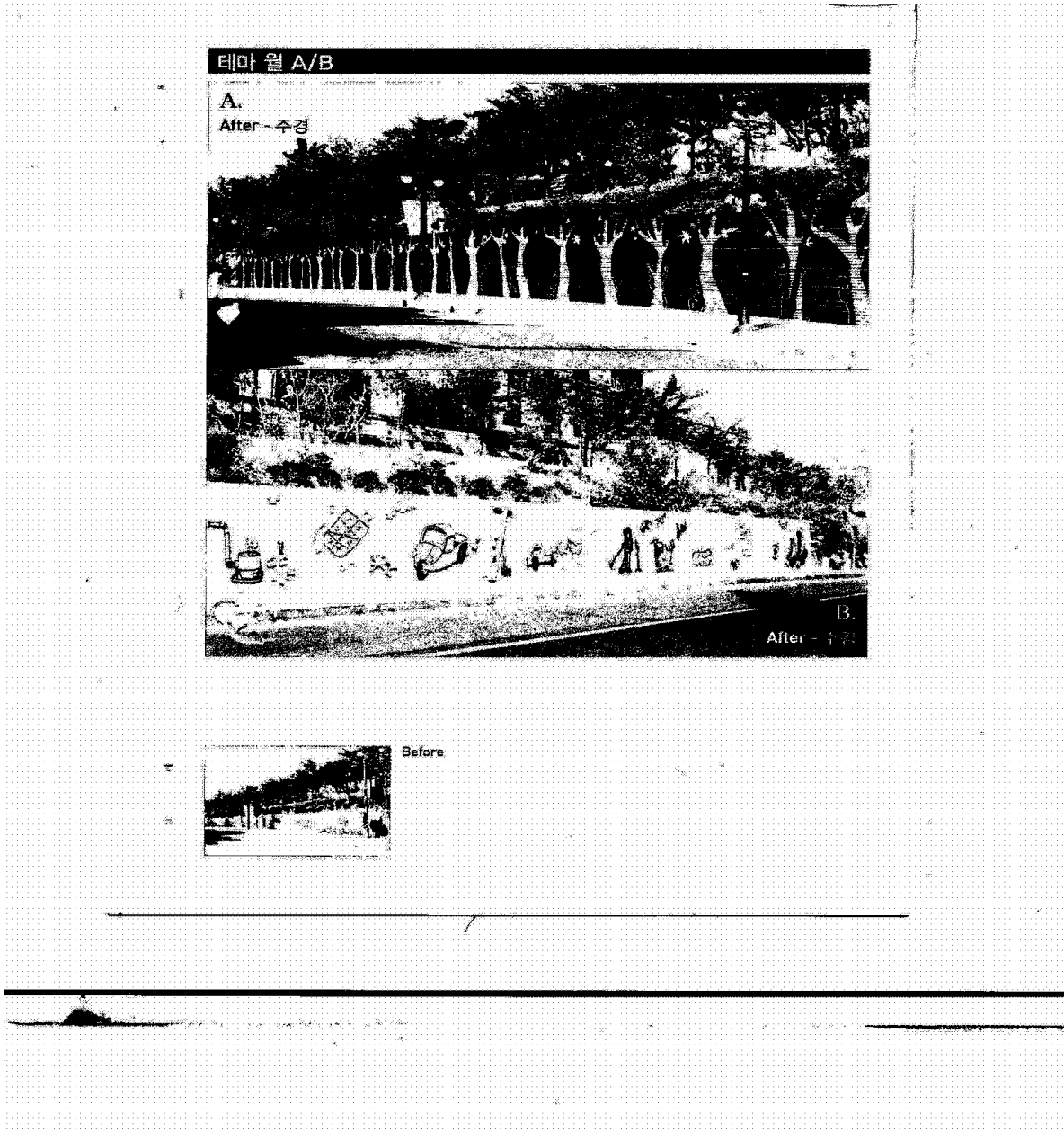




본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 5

### 영 상

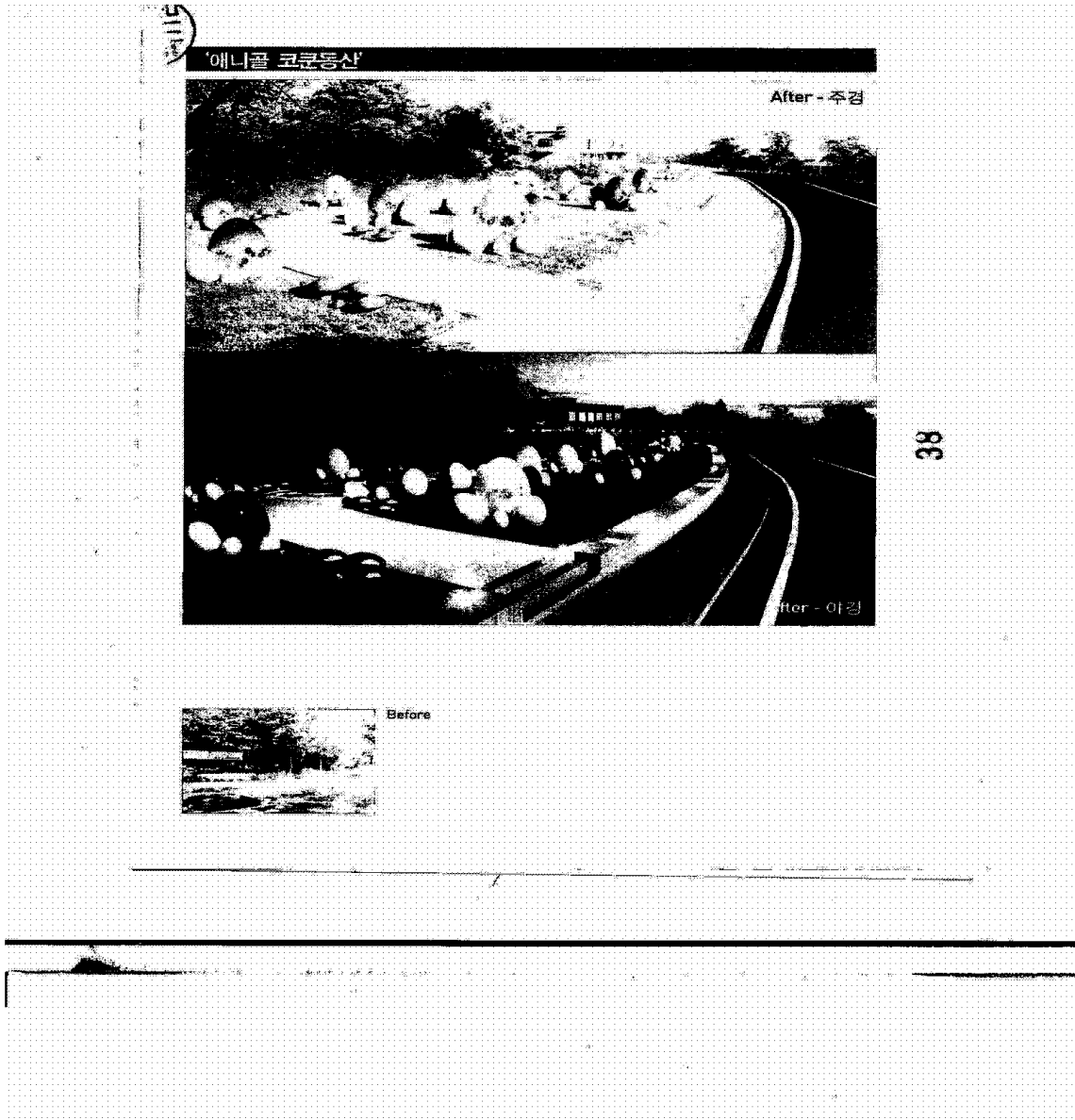




본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 6

### 영 상

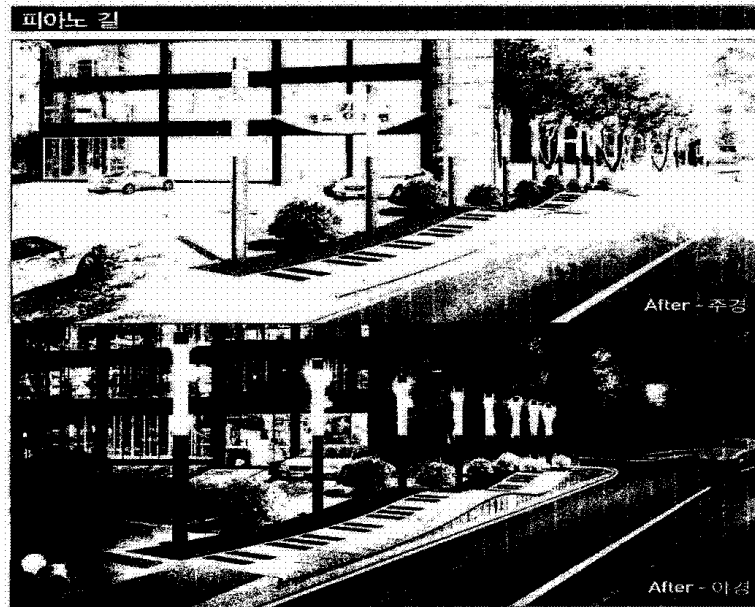




본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 7

### 영 상

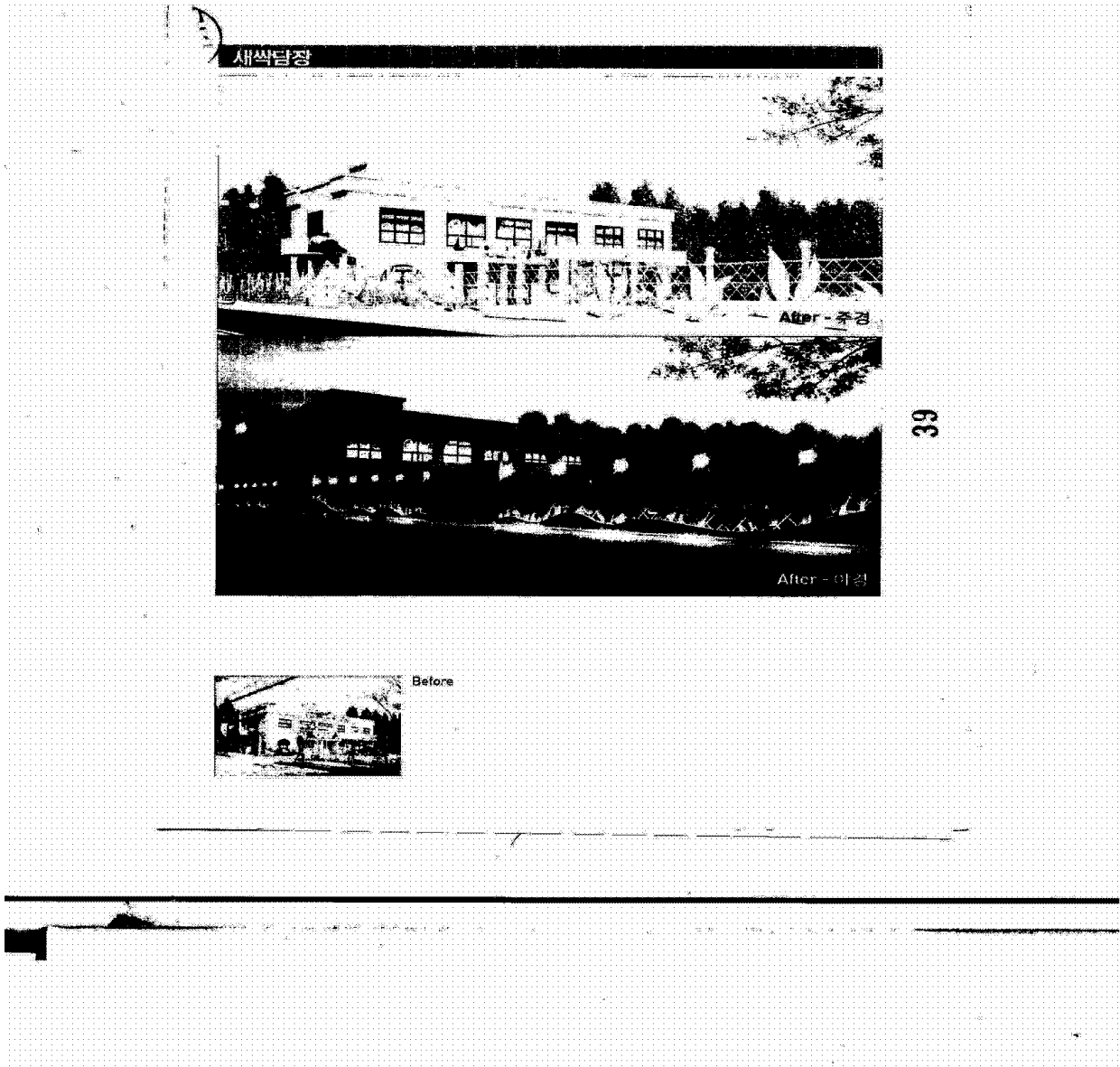




본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 8

### 영 상





본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2013-11-05

## 별지 9

### 영 상

