

변 론 요 지 서

사 건 2017노3965 사기

피 고 인 조 영 남

위 사건에 관하여 피고인의 변호인은 다음과 같이 변론요지서를 제출합니다. 이 변론요지서는 2018. 7. 13. 법정에서 파워포인트를 이용해서 한 변호인의 변론을 서면으로 정리한 것입니다.

다 음

1. 이 사건의 의미

가. 이 사건은 미술 분야 뿐만 아니라 사회 전반에 영향을 미치게 될 역사적으로도 중요한 사건입니다.

피고인이 이 사건으로 검찰 수사를 받는다는 사실이 보도된 직후부터 언론과 대중의 비상한 관심을 끌었습니다. 이는 단지 피고인이 유명한 대중 음악가라거나 피고인이 ‘대작(代作)’을 하였다는 사실 때문만은 아니라고 보입니다. 조수에게 일부 작업을 시킨 경우에 과연 이를 누구의 작품이라고 할 것인지, 조수에게 일부 작업을 시킨 사실을 구매자에게 알리지 않은 경우 사기죄로 처벌되어야 하는지 하는 문제가 복합적으로 대중의 관심을 끌었기 때문으로 보입니다. 대중은 현대미술의 이론에 대해 법적인 판단이 어떠한 지에 관심을 가지고 있습니다.

다. 이 사건 판결은 피고인 조영남에 대한 판단을 통하여 대한민국 미술의 논리와 규칙을 제시해야 합니다. 이 사건은 미술계 뿐만 아니라 대한민국 사회 전반에 커다란 파급력을 미치게 될 역사적으로 매우 중요한 사건입니다. 사건의 내용이나 함축된 의미 때문에 이 사건 판결은 세계적으로도 미술 관련 주요 판결로 남을 것으로 예상됩니다.



[매일경제 2016. 6. 3.자 기사]

나. 이 사건 판결에 한국 사회의 미래가 달려 있다고 해도 과언이 아닙니다.

‘미의식’은 단지 미술과 같은 특정 예술 분야에서만 논의되고 문제되는 것이 아닙니다. ‘미의식’의 수준은 곧 그 사회 내지 국가의 정신적 수준과 직결됩니다. 따라서 ‘미의식’의 발전은 당연히 그 사회와 국가의 성장과 발전에도 긍정적인 영향을 미치게 되며, ‘미의식’의 퇴행은 그 반대의 결과를 가져올 수밖에 없습니다. 이 사건 판결은 한국 사회의 이러한 ‘미의식’의 수준을 좌우하는 중요한 초

석이자 이정표가 될 것입니다.

문화심리학자 김정운은 법원에 제출한 탄원서에서 “이번 ‘조영남 대작 사건’은 단순한 조영남 개인의 ‘윤리의식’, ‘도덕’의 문제가 아닙니다. 한국사회의 미래가 달린 문제입니다. 저는 이번 사건을 통해 한국 사회의 ‘미의식’은 질적으로 다른 차원으로 발전하게 될 것이라 확신합니다. (중략) 큰 사회, 역사적 맥락에서 ‘조영남 대작 사건’을 다뤄주시길 간절히 부탁드립니다”라고 함으로써 이러한 사실을 강조하고 있습니다(2016. 12. 16. 자 변호인 제출 참고자료2 김정운 탄원서, 공판기록).

요컨대, 이 사건 판결은 한국 사회의 정신적인 수준은 물론 그것을 바탕으로 한 한국 사회의 미래를 좌우할 기념비적인 판결이 될 것입니다.

2. 원심 판결의 요지

가. 원심이 인정한 범죄사실의 요지

원심이 인정한 범죄사실의 요지는 다음과 같습니다.

- 피고인이 언론 인터뷰 등을 통해 직접 그림을 그린다고 말하는 등으로 작품 구매자들로 하여금 피고인이 직접 그린 그림이라고 믿게 하였다.
- ‘회화’ 작품의 특성상 누가 그렸는지 구매자에게 알릴 필요가 있다.

- 그러나 사실 피고인은 콜라주 기법의 작품을 제작하였고 화투를 세밀하게 회화로 표현하는 등의 능력을 갖추지 못하였으나, 갤러리 관계자들이나 작품 구매를 원하는 사람들이 콜라주 작품 보다는 회화를 선호하고 작품의 예술성이 높아져 그림 가격이 올라가자 송기창, 오슬기(이하 ‘송기창 등’ 이라고 합니다)에게 대신 작품을 시키기로 마음먹었다.
- 피고인은 송기창 등에게 그림을 그려오게 한 다음 경미한 작업만 추가하여 서명하고도 이를 피해자들에게 알리지 않았다.

나. 원심이 유죄라고 판단한 이유 요지

원심이 피고인에 대하여 유죄라고 판단한 이유의 요지는 다음과 같습니다.

- 회화에 있어 작가의 표현이 매우 중요한 요소이기 때문에 조수를 사용한 사실을 구매자에게 고지할 의무가 있다.
- 송기창 등은 숙련도나 예술적 수준이 피고인 보다 월등히 뛰어나고 피고인의 창작활동을 수족처럼 돕는 데 그치는 ‘조수’에 불과한 것이 아니라 오히려 독립적으로 작품의 창작적 표현형식에 기여한 ‘작가’라고 보는 것이 타당하다.
- 피고인은 송기창 등과 사제관계가 아니고 도제교육의 과정에서 제작된 것이 아니며, 별도로 작업실을 마련하거나 보조인력을 체계적으로 관리하지도 않았고, 이 사건 미술작품은 회화적 성격을 가지며, 피고인은 지시 및 관여를 많

이 하지 않았고, 작품 제작 방식을 몇몇이 공개하지도 않았으며, 대부분의 창작적 표현작업을 다른 작가에게 의뢰하여 완성하였다. 따라서 이 사건 미술작품의 제작방식, 그와 같은 방식으로 제작된 작품을 온전히 자신의 창작적 표현물로 판매하는 거래형태가 우리 미술계에서 일반적으로 통용될 수 있는 관행이라고 보기 어렵다.

- 작가가 전적으로 관여한 ‘친작’ 과 아닌 작품 사이에는 구매자의 선호도, 가격의 차이가 있을 수 있다는 점, 작품 구입자들 중 대다수가 이 사건 미술작품을 피고인이 직접 그린 작품으로 알고 구입했고 송기창 등의 조수를 사용한 사실을 알았다면 구입하지 않았을 것이라고 답변한 점 및 대법원 2000. 6. 23. 선고 2000도1633 판결의 법리를 보면 송기창 등의 존재와 제작에 관여한 정도는 구매 여부를 판단하는 기초가 된다는 점 등을 고려하면 피고인에게 고지 의무가 있다.

3. 항소 이유의 요지

가. 원심 판결의 사실오인

(1) 원심은 피고인이 언론 인터뷰 등을 통해 그림을 직접 그린다고 거짓말을 했다고 판단하였습니다. 하지만, 피고인은 조수 등 다른 사람의 도움을 받은 사실을 숨긴 적이 없고 오히려 방송이나 퍼포먼스 등을 통해 알렸습니다.

(2) 원심은 피고인은 추상적인 아이디어만 제공하고 송기창 등이 나름의 구상과 해석으로 형상화하여 표현했다고 판단했습니다. 그러나, 송기창 등은 피고인의

구체적인 지시에 따라 피고인의 작품 이미지를 컴퓨터 등을 이용하여 출력하여 똑같은 밑그림을 그려 온 것에 불과합니다.

(3) 원심은, 피고인은 화투를 세밀하게 표현하는 능력이 부족하다고 판단하였습니다. 하지만, 피고인은 미술평론가와 대중으로부터 실력을 인정받아 왔고 2008년 이전에도 화투 회화 작품을 여러 차례 제작하여 전시회를 통하여 발표한 바 있습니다.

(4) 원심은, 피고인이 화투 등을 잘라서 붙이는 콜라주 기법의 작품의 예술성이 높아져 그림 가격이 올라가자 송기창 등에게 작품을 시키기로 마음먹었다고 판단하였습니다. 그러나 회화작품이 콜라주 기법의 작품보다 예술성이 높은 것도 아니고, 그림 가격이 오르지도 아니하였으며, 피고인은 단지 우연한 기회에 송기창을 도와주기 위하여 그를 조수로 활용하였을 뿐입니다.

(5) 원심은 피고인이 경미한 덧칠 작업만 추가했다고 판단하였습니다. 그러나, 피고인은 송기창 등이 그려온 그림에 선 추가, 색 변경, 배경 변경 등 많은 작업을 하였습니다.

(6) 원심은 구매자들(피해자들)이 재산상 피해를 입었다고 판단하였습니다. 하지만, 조수를 활용한 작품이 ‘친작’ 보다 시장가치나 가격이 떨어지지 않습니다. 따라서 재산상 피해가 발생하지 아니하였고 그러한 위험도 발생하지 않았습니다. 실제로도 조수를 활용한 피고인의 작품 가격이 시장에서 떨어지지 않았습니다.

나. 원심 판결의 법리오해

(1) 원심은 미술, 특히 현대미술을 잘못 이해하여 사기죄에 있어서의 ‘기망’을 잘못 판단했습니다.

(2) 원심은 스스로 인용하고 있는 대법원 2000. 6. 23. 선고 2000도1633 판결의 취지에도 반하고 서울고등법원 1995. 5. 19. 선고 95나8746 판결에도 반합니다.

(3) 원심은 미술에는 국경이 없고, 특히 해외에서 시작된 팝아트에 대한 판단은 세계적인 관점을 무시할 수 없는데 ‘우리 미술계’, ‘우리 사회’라는 기준으로 이 사건을 판단했습니다.

(4) 원심은 이 사건 미술작품의 ‘작가’가 피고인이 아닌 ‘송기창 등’이라고 판단했습니다. 이는 저작권법의 법리를 잘못 이해하였기 때문입니다. 법원에서 작가라고 인정한 송기창도 스스로 자신이 작가가 아니라고 주장하고 있습니다.

다. 원심 판결의 논리모순

(1) 원심은 ‘범죄사실’ 부분에서는 피고인이 인터뷰를 통하여 ‘작위’에 의한 기망을 한 것처럼 설시하였습니다. 즉, 피고인이 방송 인터뷰 등에서 직접 그림을 그린다고 말해서 구매자를 기망했다는 취지입니다. 그런데 원심은 ‘피고인들과 변호인들의 주장에 대한 판단’ 부분에서는 피고인이 ‘부작위’에 의하여 기망한 것이라고 하는 모순된 태도를 보이고 있습니다.

(2) 또한 원심은 라파엘로, 루벤스, 앤디 워홀, 데미안 허스트 등의 해외 작가들을 예로 들면서 이들을 판단 기준으로 할 것과 같은 태도를 취하다가 돌연 피고인의 거래형태가 “우리 미술계”와 “우리 사회”의 기준상 용인될 수 없는 것이라고 판단하였습니다. 논리적으로 모순됩니다.

라. 원심 판결의 불명확성

원심은 피고인의 창작 방식이 허용되지 않는 범위에 있고, 그러한 방식을 구매자에게 고지하지 않았기 때문에 사기죄에 해당한다고 판단하였습니다.

그러나 원심의 판시만으로는 (i) 만약 창작방식이 허용되는 범위 내에 있다면 고지의무가 없다는 것인지 여부, (ii) 창작방식이 허용되는 범위 내에 있지 아니하다면 그 자체로 불법행위를 구성한다는 것인지 여부를 전혀 알 수 없습니다.

또, 원심 판시에서는 구매자에게 고지 의무가 있다고 하면서 외국 사례에서 유명 작가들이 언론 인터뷰로 조수 활용 사실을 이야기했으니 문제가 안 된다고 판단하고 있습니다. 원심에 따르면 언론 인터뷰를 통해서 고지하면 고지 의무를 면하는지, 아니면 구매자에게 직접 고지해야 하는 것인지 여부에 대해서도 명확한 입장을 보이지 않고 있습니다.

즉, 원심은 매우 불명확한 판시를 하는데 그쳐서 어떠한 경우에 사기죄에 해당하는지를 판단할 수 있는 규범 내지 기준을 전혀 제시하지 못하고 있습니다.

4. ‘현대미술’ 내지 ‘팝아트’의 특질 - 조영남은 사기, 앤디 워홀은 예술?1)

가. 피고인은 자타가 공인하는 팝아트 계열의 미술가입니다.

‘팝아트’는 이른바 ‘현대미술’의 한 장르로서, “1960년대 초기에 미국에서 발달하여 미국화단을 지배했던 구상 회화의 한 경향, ‘팝pop’이라는 명칭은 ‘popular’에서 유래하였으며, 일상생활에 범람하는 기성 이미지인 대중적 이미지에서 제재(題材)를 취했던 미술의 경향”을 말합니다.2) 앤디 워홀, 로이 리히텐슈타인 등이 유명한 팝아티스트입니다.

피고인은 스스로도 이러한 팝아트 계열의 작가라고 생각하고 있으며, 미술계에서도 피고인의 미술을 팝아트 계열로 보고 있습니다.



[앤디 워홀의 팝아트 작품]



[피고인의 팝아트 작품]

1) 중앙일보 2018. 6. 2.자 칼럼(증 제29호)의 제목은 당초 “같은 ‘대작’인데...조영남은 사기혐의, 워홀은 예술인 이유” 였으나, 이후 “조수와 함께 작업하는 개념미술... 100년 만의 논란”으로 수정되었습니다.

2) 세계미술용어사전, 1999, 월간미술.

앤디 워홀과 같은 해외의 팝아티스트는 물론, 국내의 인기 작가들이 조수를 활용하는 경우는 흔합니다. 팝아트가 아닌 경우에도 꽤 많습니다. 그들 중 일부는 조수 활용 사실을 알리지만 반대로 알리지 않는 사람도 많습니다. 그런데 지금까지 아무도 사기죄로 기소되었다는 이야기는 들어보지 못했습니다.

피고인은 자신이 대중가수이기 때문에 이번 사건으로 기소가 된 것이 아닌가 하는 생각을 하고 있습니다. 바꾸어 말해서, 피고인이 아닌 미술작가, 특히 유명 미술작가였으면 같은 일로 기소되어 법정에 서지는 않았을 것이 아닌가 하는 생각을 떨칠 수가 없습니다. 이와 관련하여 현대미술의 특성에 대하여 말씀드리고자 합니다.

나. 현대미술은 어디까지가 미술인지에 대해 규정할 수 없을 정도로 상당히 폭넓고 다양한 생각들이 공존해 있습니다.

현대미술에서는 무엇이 예술인가 하는데 대한 기본적인 생각이 변화하였고, 도대체 어느 것이 미술인가 하는 질문을 끝없이 요구하고 있습니다. 현대사회에 올수록 예전보다 폭이 넓어졌고 의도적인 인간 활동이라는 사실을 제외하고는 예술에 대해 확고하게 적용될 수 있는 유일한 정의를 찾아보기 어렵다는 주장이 나오고 있습니다.³⁾ 이러한 현대미술을 과거의 미술과 구별하는 특성 가운데 하나는 미술 자체에 대한 끊임없는 질문입니다.⁴⁾

3) Monroe C. Beardsley, *Aesthetics from Classic Greece to the Present : A Short History*, 이성훈·안원현 역, 『미학사』(서울: 이론과 실천, 1989), 180-181쪽.

4) Monica Bohm-Duchen, Jane Cook and Felicity Everett, *Understanding Modern Art*, 최창규 역 『열려라 현대미술』(서울:아트북스 2004), 34쪽.

검찰 수사단계와 원심 법정에서 여러 가지 주장들이 나왔습니다. 미술가, 대학교수 등 여러 명이 이 사건에 대해서 이야기하고 있습니다. 그 중에는 회화는 표현이 중요하기 때문에 조수를 활용할 수 없는 분야이고 작가가 직접 하는 것이 옳다는 주장이 있습니다. 그런 식의 창작 방식을 고수하는 화가들이 분명히 있습니다. 그리고 얼마든지 그런 생각이나 주장을 할 수 있습니다. 하지만 그러한 방식만 허용되고 그런 방식이 아니면 허용되지 않는다는 주장은 결코 있을 수 없습니다. 자신들이 옳다고 생각하는 방식이 아니면 허용될 수 없다는 주장은 현대미술에 걸맞지 않는 편협한 것입니다. 현대미술은 그 폭이 상당히 넓고 다양합니다.

다. 현대 미술에서는 엘리트가 아닌 대중이 창작 및 감상의 주체가 되었습니다. 그리고 대중에게도 엘리트와 같은 잣대가 적용되어야 합니다.

현대 사회에서는 예술 향유의 주체가 ‘엘리트’에서 ‘대중’으로 이동하였습니다. 저명한 미술사가인 고프리치는 『예술과 환영』에서 “예술이 민중 혹은 보다 덜 낭만적으로 표현하여 인간 존재에의 길을 찾지 못한다면 그것은 완전히 고립되어 사멸하고 말 것이다.” 라고 말하고 있습니다. 또한 요셉 보이즈는 “모든 사람은 예술가이다.” 라고 천명하고 있습니다.

미술 창작은 결코 미대 졸업생이나 유명작가의 전유물이 아니며, 이러한 배경을 가지지 아니한 대중도 할 수 있고 실제로 많이 하고 있습니다. 일례로 해외의 유명 가수인 존 레논도 미술 창작을 많이 했고, 현재 브리트니 스피어즈도 미술 창작을 하여 작품을 판매하고 있으며 그리고 국내 영화배우인 하정우도 미술 활동을 하고 있습니다.



[존 레논의 작품]

[하정우의 작품]

[브리트니 스피어스의 작품 활동 모습]

한편, 최근에는 위와 같은 연예인과 같은 유명인 뿐만 아니라 일반인들도 적극적으로 미술 창작에 나서고 있습니다. 미술을 전공하지 않은 일반인들을 위한 미술 학원이 성업하고 있고 인터넷 검색을 해보면 셀 수 없이 많은 학원들이 검색됩니다. 그만큼 많은 사람들이 직접 미술품 창작에 뛰어들고 있는 것입니다.



이러한 경향을 볼 때 미술 작품 창작을 미대 졸업생이나 유명작가의 전유물로 보는 시각은 더 이상 유지될 수 없습니다.

피고인이 미대 출신이나 미술 전업 작가가 아니고 음악대학을 중퇴한 대중가수라고 해서 미대 출신이나 미술 전업 작가와 달리 취급받아서는 안 됩니다. 즉, 미대 출신이나 미술 전업 작가들은 조수를 활용한 창작이 허용되지만 그렇지 않은 피고인에게는 그러한 방식이 허용되지 않는다는 것은 논리상 성립할 수 없습니다.

피고인 조영남		해외 유명 작가
팝아트	계열	팝아트
회화	장르	회화
○	조수 활용 여부	○
작가가 지정한 그림을 똑같이 그림, 조수의 개성을 숨기고 작가의 개성이 드러나도록 함	조수의 역할	작가의 컨셉을 작가의 지시에 따라 그림. 전체 작업을 다 하기도 하고 일부만 하기도 하는 등 다양
1명	조수의 규모	1명부터 공장 형태까지 다양
컨셉 및 작품 지정, 조수가 그려온 작품에 변경, 삭제, 추가 등 거쳐 완성	작가의 역할	컨셉 지정, 지휘 감독을 하거나 소홀히 하기도 함, 실제 직접 작업을 하지 않는 경우도 많음
○	조수 활용 사실에 대한 언론 인터뷰	○
X	구매자에게 조수 활용 사실 고지	X

5. 원심 판결의 구체적인 문제점 - 사실 오인

가. 피고인은 조수를 사용한 사실을 숨긴 것이 아니라 오히려 방송 등을 통해서 공개했습니다.

원심은 피고인이 조수가 있다는 사실을 일부러 숨겼고 심지어 직접 작업을 하는 것처럼 인터뷰해서 ‘기망’을 했다고 판시하고 있습니다.

하지만 피고인은 조수 사용 사실을 언론 등을 통해 공개하였습니다. 2009. 9. 24. 경 방영된 ‘여유만만’에서 피고인이 여성 미술가 2명과 함께 그림을 그리는 모습이 꽤 오래 방영되었습니다(증 제14호 2009. 9. 24.자 여유만만 방송 동영상 파일). 방송 진행자가 “선생님 혼자 그리실 줄 알았는데 다른 분들도 작품에 손을 대네요”라고 말하자 피고인은 “칠하는 것은 내가 칠하나, 애가 칠하나 똑같잖아”라고 답합니다.

또한 피고인은 2015. 7. 식당인 ‘새벽집’ 포이점 오픈행사 때 식당 앞 도로에서 초대형 화폭에 화투 오광 그림을 그리는 퍼포먼스를 했습니다. 이와 관련하여 2015. 7. 7. 스포츠 월드가 보도하고 있습니다(증거기록 1661쪽).



[피고인이 2015. 7. ‘새벽집’ 포이점 오픈행사 때
초대형 화폭에 화투 오광 그림을 그리는 모습의 촬영 영상]

당시 조수 3명이 피고인의 작업을 돕는 역할을 했습니다. 그 중 1명이 신미정입니다(증거기록 1239쪽, 장호찬 진술). 즉, 피고인은 불특정 다수인이 볼 수 있는 자리에서 공개적으로 조수들과 화투 그림을 그리는 작업을 하였으며, 당시 이러한 모습을 본 사람들은 다수 있습니다. 이 사건으로 검찰 수사를 받기 이전의 일입니다.

이처럼 피고인은 조수 사용 사실을 언론 등을 통하여 공개해 왔습니다.

나. 피고인이 송기창 등의 작업 장소를 통제하지 아니한 것은 피고인이 조수를 사용한다는 사실이 공개되어도 좋다고 생각했기 때문입니다.

원심은 송기창 등을 피고인의 ‘조수’로 보기 어렵다는 근거로서 이들이 피고인과는 떨어진 독립된 작업공간에서 자율적으로 작업하였다는 점, 즉 피고인이 송기창 등의 작업 장소에 대한 통제 내지 제한을 가하지 아니하였다는 점을 들고 있습니다.

그러나 피고인은 미술 작품 활동 시 조수를 사용하는 방식이 당연히 허용되는 것으로 판단하고 있었으므로 피고인이 조수를 사용한다는 사실이 공개되어도 좋다고 생각하였습니다. 그러한 이유로 피고인은 송기창 등의 작업 장소를 통제하지 아니한 것입니다. 만일 피고인이 조수 활용 사실을 숨기고 싶었다면 공개되는 것을 꺼렸을 것이고 오슬기에게 학교 실기실에서 그리는 것을 허용했을 이유가 없습니다.

그 결과 송기창은 본인의 주거지 등에서 작업을 하였고, 송기창이 피고인의 작

품 밑그림을 그리는 것을 주변에서 많이 목격했습니다. 또한 오슬기는 홍익대학교 실기실에서 작업을 하였는데, 학교 실기실은 미술 관련 종사자가 많은 곳입니다.

따라서 원심이, ‘피고인이 송기창 등의 작업 장소를 제한하지 아니하였다는 사실’을 송기창 등을 피고인의 조수로 볼 수 없는 근거로서 판단한 것은 부당합니다.

다. 원심에서 문제 삼고 있는 피고인의 회화 능력은 이미 1960~1970년대에 수준급이었습니다. 피고인은 화투를 그릴 실력이 없어서 조수를 활용한 것이 아닙니다.

원심은 피고인이 화투를 세밀하게 회화로 표현하는 등의 능력을 갖추고 있지 못하였다고 단정하고 있습니다.

그러나 피고인은, 피고인이 송기창 등에게 일부 작업을 시킨 2009년 이전에도 이미 화투를 소재로 한 ‘회화’ 작업을 하였고 이를 꾸준히 발표 및 전시했습니다. 이 작품들의 수준도 꽤 높습니다.



[동양화(2007년 제작, 2008년 전시)]



[극동에서 온 꽃(2008년 제작·전시)]

즉, 피고인은 화투를 그릴 실력이 없어서 조수를 활용한 것이 결코 아닙니다. 피고인이 조수를 사용하게 된 것은 우연한 기회였습니다. 송기창이 2008년경 한국에 왔다가 미국에 돌아가려는데 돈이 없어서 비행기 표를 구하지 못하자 피고인에게 자기가 그림을 도와주겠다고 부탁을 하고 피고인은 이를 승낙하고 그 대가로 비행기 표 값을 준 것입니다[검사 작성의 피의자에 대한 피의자신문조서(수사기록 1833, 1834쪽), 원심에서의 피고인 신문 녹취서 10쪽, 검사 작성의 송기창에 대한 제3회 진술조서(수사기록 1369, 1370쪽)].

피고인은 대중가수로서 1회 출연료로 평균 1,500만 원을 받고 있으며 1년 수입이 평균 4억 원에 달합니다. 송기창 등 조수를 활용하기 이전에도 작품이 꽤 팔렸습니다. 그런 피고인이 그림을 몇 점 팔아서 사기를 치려고 했다는 것은 있을 수 없는 주장입니다.

원심의 판단과는 달리 피고인의 회화 실력은 1960~1970년대에 이미 수준급이었습니다. 피고인의 1969년 작 ‘시골 풍경’이나, 1971년 작 ‘자화상’을 보면 피고인의 회화 능력이 1960~1970년대에 이미 상당한 수준에 올랐던 것을 알 수 있습니다. 국립현대미술관장을 역임한 미술평론가 오광수는 “69년에 제작된 작품과 72년, 73년에 제작된 몇 작품들을 보고 있으면, 조영남은 가수가 되지 않았더라면 화가 조영남으로 남았을 것이 틀림이 없다는 생각을 하게 된다”고 하고 있습니다(증 제6호 어린이 생활안전기금마련 조영남그림전시회 팜플렛).



[시골 풍경(1969)]



[자화상(1971)]

따라서 원심이 피고인이 회화 능력을 갖추지 못해서 조수를 활용했다고 인정한 것은 명백한 잘못입니다.

라. 조수들은 피고인의 요구에 따라 밑그림만 그려왔을 뿐 ‘창작’을 하지 않았습니
다. 피고인은 조수가 그려 온 그림에 선 추가, 색 변경, 배경 변경 등 많은 작업
을 한 후 서명을 해서 그림을 완성하였습니다.

원심은 이 사건 그림들은 사실상 송기창 등이 그림 그림이고, 피고인은 그림의
배경 부분 등에 경미한 덧칠 작업만 추가하였을 뿐이라고 단정하고 있습니다.

그러나 송기창 등은 피고인의 부탁에 따라 피고인이 콜라주를 한 작품, 유화 작
품의 이미지를 컴퓨터를 이용해서 출력한 다음 똑같이 밑그림을 그대로 그려 왔
을 뿐입니다. 그런데 창작의 사전적 의미는 “예술 작품을 독창적으로 지어냄” 입
니다. 송기창 등의 행위는 피고인이 시키는대로 그려온 것 뿐이지 독창적으로 지
어낸 것이 아닙니다. 아래의 송기창 등의 밑그림을 보면 송기창 등이 단지 기계
적으로 밑그림을 그려준 데 불과하다는 것을 명확히 확인할 수 있습니다.



[송기창의 밑그림]



[오슬기의 밑그림]

피고인은 위와 같이 송기창 등 조수가 그려 온 그림에 상당히 오랜 시간을 투입하여 선을 추가하고, 색을 변경하며, 배경을 변경하는 등 수많은 변경을 가한 끝에 서명을 해서 그림을 완성하였습니다.

일례로 피해자 주미화에게 환불한 가족여행(2012)[원심 판결문 범죄일람표(1) 순번 11번] 및 가족여행(2013)[원심 판결문 범죄일람표(2) 순번 3번]의 경우 송기창이 밑그림을 그려 온 것에 피고인이 상당히 오랜 시간을 투입하여 수많은 변경을 가한 끝에 작품을 완성했습니다.

피고인이 완성한 작품 1 : 가족여행(2012) [원심 판결문 범죄일람표(1) 순번 11번]	피고인이 완성한 작품 2 : 가족여행(2013) [원심 판결문 범죄일람표(2) 순번 3번]
	

즉, 송기창 등이 이 사건 그림들을 ‘창작’ 한 것이 결코 아닙니다. 따라서 이 사건 그림들을 사실상 송기창 등이 그린 것이라고 단정한 원심은 명백한 사실 오인을 범하였습니다.

마. 팝아트의 경우 작품 제작에 조수가 관여했다고 해서 작품의 가치가 달라지지 않습니다.

원심은 조수 활용 여부에 따라 작품의 가치가 달라진다고 단정하고 있습니다. 그러나 팝아트 등 현대미술의 경우에는 아이디어가 중요하고 실행행위에는 의미를 부여하지 않기 때문에 조수를 활용했다고 해서 작품의 가치가 떨어지지 않고 따라서 가격이 달라지지도 않습니다. 팝아트 등 컨템퍼러리 아트의 경우에는 조수의 사용이 더욱 폭넓게 허용되기 때문에 더 그렇습니다. 월스트리트 저널 2011. 6. 3.자 기사⁵⁾[증 제21호 번역 인증서(월스트리트 저널 2011. 6. 3.자 기사)]에 따르면 조수가 작업을 해도 작품의 가치가 떨어지지 않는다고 합니

5) <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303745304576357681741418282>

다.

캔버스와 가구 위에 도형과 문자를 자수한 작품으로 잘 알려진 개념 예술가 가다 아메르 Ghada Amer 그리고 발견한 물건을 사용하는 사진가 잭 피어슨 Jack Pierson을 포함하여 갤러리를 대표하는 30명 중 5명의 예술가들이 화실 조수를 사용한다고 한다. 그들이 조수를 사용한다는 사실은 수집가가 요청하는 경우 갤러리에 의해 즉시 밝혀진다고 말하면서 “그들 작품의 시장성에 조금도 영향을 주지 않아요.”라고 말한다.

또한 스탠 세서는 “고객이 물을 경우 작가들이 조수를 썼는지 여부를 화랑에서 즉시 고지하고 있으나 그것이 작품의 시장성에 조금도 영향을 미치지 않는다고 하고 있습니다(2016. 12. 16. 자 변호인 제출 참고자료1 표미선 의견서, 공판기록).

진중권도 원심에서 “외국에서 난 기사를 보니까 알렸을 때 하고 안 알렸을 때 판매에는 아무 차이가 없었다고 하더라고요”라고 증언했습니다.

실제로 피고인의 경우에도 이 사건으로 수사가 진행되는 사실이 언론을 통해서 알려진 이후에도 피고인의 작품 가격이 떨어지지 않았습니다.

따라서 원심이 작품 제작에 조수가 관여했는지 여부에 따라 작품의 가치가 달라진다고 전제한 것은 명백한 사실오인입니다.

이 사건은 발단은 피해자들이 문제를 삼았기 때문이 아닙니다. 송기창이 자신

이 그린 작품 2점을 피고인의 작품인 것 처럼 피고인 몰래 팔았다가 문제가 된 것입니다. 사기죄의 성격상 피해자가 문제 삼지 않는데 수사하여 기소하는 것은 매우 이례적입니다.

6. 원심 판결의 구체적인 문제점 - 법리 오해

가. 원심은 대법원 2000. 6. 23. 선고 2000도1633 판결에 반합니다.

원심은 “그림의 거래는 일반 종류물의 매매나 특정물이라고 하더라도 흔히 거래가 이루어지는 일반 물건의 매매와는 달리 작가나 작품의 내용 및 평가에 따른 매수인의 주관적인 의도가 우선 중시되어야” 한다는 대법원 2000. 6. 23. 선고 2000도1633 판결을 인용하고 있습니다.

그러나 원심은 위 판결을 피상적인 문구에만 집착해서 잘못 이해하고 있습니다. 위 판결은 유명한 동양화가인 청전(靑田) 이상범(李象範, 1897~1972)의 설경 산수화 작품이 문제된 사안에 대한 것이었습니다. 실제 문제된 작품 사진은 구하지 못했지만 유사한 그림을 찾아서 본 문서에 첨부했습니다. 이상범은 전통적 수묵기법의 새로운 창조적 추구와 더불어 한국 산야와 전원의 독특한 향토적 분위기를 독자적인 사상풍의 화법으로 구현시킨 근대 한국화의 대표적 산수화가입니다. 이상범의 회화 능력은 매우 탁월했습니다. 일반적으로 수묵화는 작가별로 묘사 능력 차이가 많고 덧칠이 허용되지 않아서 다른 화가가 원 작가의 회화를 따라하기란 매우 어렵습니다.



위 사안에서 가로 121cm, 세로 15cm의 이상범의 설경산수화 중 훼손된 26cm×15cm(그림 전체 면적의 21%)를 떼어내고 다른 사람이 그려 넣었습니다. 이렇게 되면 작품의 가치가 심각하게 훼손되고 시장가격이 아무리 높게 잡아도 50%가 안 됩니다. 전문적인 지식이 있는 수집가나 미술상이라면 그런 경우에는 전혀 가치가 없다고 판단해서 구입하지 않습니다. 그럼에도 불구하고 대법원은 구매자에게 그 사실을 알릴 의무가 없다고 판시하였습니다. 즉, 원작의 20%가 넘는 부분을 다른 사람이 임의로 그려 넣었고, 작가가 그러한 행위에 관여한 바도 없으며, 그로 인한 재산적 피해의 발생이 명백한 경우임에도 구매자에게 그 사실을 고지할 의무가 없다고 판시한 것입니다.

그런데 이 사건 그림들의 경우 작가인 피고인의 주도로 작품이 제작되었으며 피고인이 완성, 서명, 공표를 결정했습니다. 또 조수 활용 사실로 인하여 가치 하락이나 가격 하락 등 구매자에게 재산적 피해가 발생한 사실도 없습니다.

따라서 위 대법원 판결의 취지에 따르면 이 사건 피고인은 조수 활용 사실을 구매자에게 고지할 의무가 없다고 보는 것이 합리적인 해석입니다.

그럼에도 불구하고 원심은 오히려 위 대법원 판결의 전제 부분만을 인용한 채 위 대법원 판결을 ‘피고인이 조수 활용 사실을 구매자에게 고지할 의무가 있다는 판단’의 근거로 적시하고 있습니다. 이러한 원심의 판단은 위 대법원 판결의 취지에 명백히 반한다 할 것입니다.

나. 원심은 서울고등법원 1995. 5. 19. 선고 95나8746 판결에도 반합니다.

원심은 피고인이 송기창에게 피고인의 기존 회화를 유사한 형태로 표현해 줄 것을 요구하고 송기창이 그려온 그림에 피고인이 덧칠을 추가하고 서명한 작품 등이 사실상 송기창의 작품이고, 송기창이 이 사건 미술작품의 창작적 표현형식에 기여한 ‘작가’라고 판단했습니다. 그러나 창작성을 가진 사람이 작가이지 실제 작품 제작을 한 사람이 작가는 아닙니다.

“저작권법상 미술저작물이란 형상 또는 색채에 의하여 미적으로 표현된 저작물을 말하며 밑그림이나 덧생 또는 미완성작품도 작가의 사상, 감정이 창작적으로 표현된 것이면 미술저작물이라 할 것인 바, 위에서 본 바와 같이 비록 동화책을 완성하기까지는 덧생, 셀트레스, 셀칼라 지정, 셀채색, 배경채색 등에 이르는 여러 단계를 거치고 그 가운데 채권자가 한 작업은의 작업이고 나머지의 작업은 신청외 조▲▲의 다른 피용자에 의하여 수행되었다 할 것이나, 완성된 이 사건 그림 중 창작성이 있는 작업은 등장인물과 배경의 덧생 및 셀칼라지정 작업에 있다고 할 것이고, 창작된 인물과 배경그림에 지정된 색깔을 칠하는 작업은 그림의 완성을 위한 기계적인 작업에 불과하다고 할 것이므로 채권자가 덧생한 후 채권자가 지정한 색깔로 채색된 이 사건 그림은 그 전체로서 채권자의 창작성이 담긴 채권자의 미술저작물이라 할 것”이라고 판시한 서울고등법원 1995. 5. 19.

선고 95나8746 판결 역시 이와 같은 취지입니다.

이 사건 미술작품에는 피고인의 창작성이 담겨 있으며, 송기창은 기계적인 작업을 한 것에 불과합니다. 따라서 위 서울고등법원 판결에 따르면 이 사건 미술작품은 피고인의 미술저작물에 해당합니다.

따라서 이 사건 미술작품이 송기창의 작품이고 송기창이 그 작품의 ‘작가’라고 판시한 원심은 서울고등법원 1995. 5. 19. 선고 95나8746 판결의 취지에도 정면으로 반합니다.

다. ‘회화’에서 조수 활용은 오랜 역사를 가지고 있고, 레디메이드의 등장 이후 국내외에서 ‘회화’ 제작에 조수가 광범위하게 활용되고 있습니다. 따라서 조수 활용과 관련하여 ‘회화’에만 다른 잣대를 적용할만한 합리적인 근거나 이유가 없습니다.

(1) 원심의 판단

원심은 ‘회화’에는 조수 활용에 관하여 조각 등 다른 장르와 다른 기준이 적용되어야 한다고 판시했습니다.

(2) ‘회화’에서의 조수 활용은 오랜 역사를 가지고 있습니다.

‘회화’에서의 조수 활용은 오랜 역사를 가지고 있습니다. 이탈리아에서 배운 전성기 르네상스와 바로크의 예술과 플랑드르의 전통을 융합하여 바로크의 대표적 화가로서 활약한 루벤스⁶⁾, 이탈리아의 화가·건축가이며 이탈리아

르네상스의 3대 거장으로 불리는 라파엘로⁶⁾ 등 유명 화가들이 조수의 도움을 받았다는 것은 널리 알려진 이야기입니다. 이들은 주문이 밀려서 많은 조수를 두고 협업을 하거나 스케치만 한 후 조수들이 그려오면 완성하는 방식으로 많은 회화를 제작했습니다. 이들이 남긴 회화가 엄청나게 많은 것을 보면 조수를 활용했다는 사실을 쉽게 알 수 있습니다.



[루벤스, 집정관 데키우스 무스의 승전과 전사, 1617]



[라파엘로, 가바의 성모, 1509~1510년 경]

6) 미술대사전(인명편), 1998., 한국사전연구소

7) 두산백과

(3) 현대미술의 시도로서 고정관념을 부수려는 반(反)예술인 ‘레디메이드’가 등장하였습니다.

그런데 현대미술의 시도로서 유명한 ‘레디메이드’라는 것이 등장하였습니다. 프랑스 화가이며 다다이즘의 중심적 인물인 마르셀 뒤샹⁸⁾의 작품 「자전거 바퀴」(1913)는 의자에 자전거 바퀴살 하나를 거꾸로 꽂아서 만든 최초의 레디메이드 작품입니다. 「샘」(1917)은 바닥에 기성품 변기를 얹어놓은 것이었는데 미술은 어떠한 것이라는 기존의 가치관을 부수려는 반(反)예술의 전형을 보여주었습니다.



[마르셀 뒤샹, 샘]



[마르셀 뒤샹, 자전거 바퀴]

레디메이드의 출현은 미술의 역사를 새로 쓰는 계기가 되었습니다. 작가의 선택에 의해서 예술 공간에 던져진 사물은 일상(비예술)과 예술을 결합시켰으며 동시에 둘 사이의 경계를 흐리게 했습니다.

8) 미술대사전(인명편), 1998., 한국사전연구사

- (4) 레디메이드는 ‘가공’을 작가의 ‘선택’으로 최소화하여 아이디어만 남은 미술의 형식입니다.

레디메이드 작품을 하는 미술가는 더 이상 미술작품을 만들기 위한 작업을 하지 않아도 되었습니다. 작품의 ‘선택’이 바로 작업이자 작품이 되었기 때문입니다. 미술가는 선택한 기성품을 배열하고 조합하는 정도의 수고만 하면 되었습니다. 이처럼 레디메이드는 전통적인 미술개념에서 불문율처럼 이해되던 ‘가공’을 작가의 ‘선택’으로 최소화하여 물체가 없어지고 아이디어만 남은 미술의 형식을 말합니다. 뒤샹의 의도는 미술에서 지적(知的)인 바탕을 강조하고, 그럼으로써 미술창작 과정에 동반되는 신체적 활동과 손재주에 대한 관심을 지적인 것으로 돌리려는 것이었습니다.



[파블로 피카소, 황소 머리, 1942]

- (5) 마르셀 뒤샹 이후 작가의 조수 활용이 일반화되었습니다. 이러한 경향은 ‘회화’라고 하여 예외가 아닙니다.

이처럼 마르셀 뒤샹이 레디메이드 작업을 통해 미술창작 과정에 동반되는 신체적 활동과 손재주에 대한 관심을 지적인 것으로 돌리자, 작가가 조수를 활용하는 것이 일반화되었습니다.

이러한 경향은 ‘회화’ 장르에서도 마찬가지입니다. 현대의 많은 해외 예술가들이 회화 작업에서도 조수를 사용했거나 하고 있습니다.

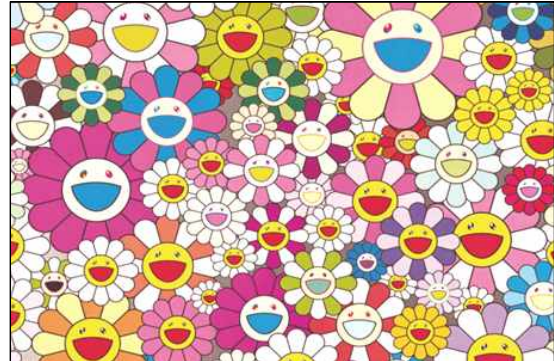
예컨대 미국의 미니멀 아트 작가로서 ‘미니멀 아트를 통과하여 콘셉추얼 아트가 출현한다’는 과정을 충실하게 실현한 작가로 인정받고 있는 솔 르윗(Sol Le Witte)⁹⁾의 회화 1259점은 모두 조수가 제작한 것입니다.



[솔 르윗의 작품]

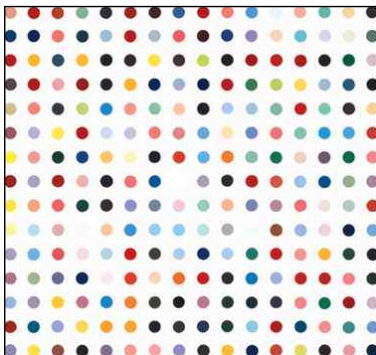
또한 원심도 인용하고 있는 무리카미 다카시는 회화 작업에 35명의 조수를 활용하고 있습니다.

9) 미술대사전(인명편), 1998., 한국사전연구소



[무라카미 다카시의 작품]

데미안 허스트와 리히텐슈타인도 ‘회화’에 조수를 사용했거나 사용하고 있습니다.



[데미안 허스트의 점 그림]

[리히텐슈타인]

비즈니스 인사이더 2013. 6. 12.자 기사¹⁰⁾[증 제22호 번역 인증서(비즈니스 인사이더 2013. 6. 12.자 기사)]에 따르면 데미안 허스트의 ‘점’ 그림은 거의 1,400점이 존재하는데 그 중 데미안 허스트가 그린 것은 25점에 불과하다고 합니다. 그런데도 데미안 허스트는 “모든 스폿 페인팅은 저의 시선, 손길,

10) <http://www.businessinsider.com/why-damien-hirst-is-controversial-2013-6>

마음이 담겨있습니다.”라고 말하고 있습니다.

또한 국내에서도 많은 예술가들이 ‘회화’ 작품에 조수를 활용하고 있습니다. ‘동구리’로 유명한 권기수 작가가 대표적입니다.



[권기수]

“원로 화가인 A씨는 밑그림 정도만 그릴 뿐 나머지 채색은 조수들이 거의 다 하는 것으로 알려졌다. 단색 그림으로 잘 알려진 서양화가 B씨도 조수들이 작업한다. 친근하고 귀여운 캐릭터 작품으로 몸값 높은 인기작가 C씨는 얼마 전 작업실을 방문한 기자들에게 조수들의 작업 과정 일부를 공개하기도 했다.”라는 서울신문 2014. 1. 9.자 기사(증 제30호) 중 “인기작가 C씨”는 권기수 작가를 말하는 것으로 보입니다.

이처럼 이미 오래 전부터 ‘회화’ 제작에 조수가 활용되어 왔음은 물론, 현재 국내외의 많은 예술가들이 ‘회화’에 있어서도 광범위하게 조수를 활용하고 있습니다. 조수 활용과 관련하여 ‘회화’에만 다른 잣대를 적용할만한 합리적인 근거나 이유는 전혀 존재하지 아니합니다.

라. 작가가 조수를 활용하는 방법은 매우 다양하며, 결코 원심이 규정하는 방식에 국

한되지 아니합니다.

(1) 원심은 앤디 워홀, 제프 쿤스 등 유명작가들 및 그와 같은 부류에 속하는 작가들 대부분은 “조수나 보조인력을 정식으로 고용하여 정당한 보수를 지급하고, 이들을 체계적으로 관리하면서 작품의 구상에서부터 완성에 이르기까지 작품제작 전반에 관여하고 있으며, 고용된 조수나 보조인력들은 작가의 구체적인 지휘·감독하에 작품을 생산해내고 있다.”고 판시하고 있습니다.

그러나 원심의 판시와 달리, 매우 다양한 조수 활용 방법이 존재합니다. 원심의 판시는 아무런 근거가 없습니다.

(2) 작가들은 다양한 경로로 조수를 채용하고 있습니다. 홍익대학교를 졸업한 권기수 작가의 경우 지방대학 등 다양한 대학의 후배들을 어시스턴트(조수)로 활용하고 있습니다(2016. 12. 16. 자 변호인 제출 참고자료1 표미선 의견서, 공판기록). 진중권 역시 “작가-조수 관계의 유형은 다양하다. ... 알음알음 소개받아 구두계약으로 시급을 주며 일을 시키는 경우...” 라고 함으로써 작가와 조수의 관계 유형에는 다양한 방식이 존재할 수 있다고 밝히고 있습니다(증 제24호 오마이뉴스 2016. 7. 13.자 기사).

(3) 조수를 한 명 두는 영세한 규모부터 조수 여러 명을 두고 체계적으로 관리하는 대규모 공장 형태까지 다양합니다. 데미안 허스트의 최초의 조수였던 레이첼 하워드는 “저는 유일한 조수였고..... 처음에는 저뿐이었죠. 공장은 아니었어요.”라고 말한 바 있습니다[증 제17호 번역 인증서(가디언지 2015. 7. 17. 자 기사)]. 데미안 허스트와 같은 세계적인 작가조차 최초에는 단 한 명의 조수만

을 두고 있었던 것입니다. 이처럼 영세한 규모의 스튜디오에서 조수를 활용하는 경우가 압도적인 다수이며 반드시 여러 명의 조수를 두거나 ‘공장’ 형태로 조수를 활용하는 것은 아닙니다.

(4) 미술의 특정 분야에서만 조수가 활용되는 것이 아니라 여러 장르에서 조수가 활용되고 있고 ‘회화’도 그 중 하나입니다. 앞서 말씀드린대로 솔 르윗, 데미안 허스트, 무라카미 다카시, 로이 리히텐슈타인, 권기수 등이 대표적입니다. 국내외 인기 작가들 중 상당수가 조수를 활용하였거나 현재 활용하고 있다는 것이 미술계에 공공연하게 알려져 있습니다. 조수를 활용하지 않는 작가들이 있기는 하지만 그 이유는 여러 가지가 있습니다. 스스로 창작하는 것을 고집하는 작가도 있고 작품이 잘 팔리지 않기 때문에 조수를 활용할 필요가 없는 작가도 있으며, 조수에게 줄 비용을 감당하지 못하는 작가도 있습니다.

(5) 조수에게 어느 정도 작업을 시킬지에 대해서도 여러 가지 형태가 있습니다. 심지어 조수에게 작품의 일부가 아닌 전 과정을 시키는 경우도 있습니다. 존 브라운(John H. Brown)의 ‘감식안과 인식론적 기초(Connoisseurship and Epistemological Fundamentals)’에 의하면 현대미술 작가라면 작품 제작의 전 과정을 자신이 수행할 수도 있고 일부만 수행하고 나머지를 조수에게 맡길 수도 있으며 아예 전 과정을 조수에게 시킬 수도 있습니다.¹¹⁾

(6) 작가가 조수에게 구체적이고 상세한 지휘감독을 하지 아니하는 경우도 많을 뿐 아니라 피고인은 매우 구체적으로 지시했습니다.

11) <http://faculty.philosophy.umd.edu/jhbrown/connoisseur/index.html> 2018. 3. 9. 17:52 검색

뉴욕타임즈는 무라카미 다카시의 조수 작업장에 관하여 “실제로 현장 자체가 하나의 그림이라면, 방관자는 필수적인 요소인 지휘자가 빠져 있음을 인정해야 한다.”고 묘사하고 있는바[증 제19호 번역 인증서(뉴욕타임즈 2001. 7. 25. 자 기사)], 이는 작업장에 무라카미 다카시 본인이 없다는 것을 의미합니다.



[무라카미 다카시의 작품을 조수들이 작업하는 모습]

또한 뉴욕에서 활동하는 알렉산더 고리즈키의 조수들은 인도 자이푸르에 살고 있습니다[증 제21호 번역 인증서(월스트리트 저널 2011. 6. 3.자 기사)]. 뉴욕에서 활동하는 작가가 인도에서 작업하는 조수를 감독할 여지가 없습니다.

이처럼 작가가 조수의 작업장에 부재한다는 것은 조수에게 구체적이고 상세한 지휘감독을 하지 아니한다는 것을 의미합니다.

더구나 피고인은 자신의 콜라주 작품을 주고 그대로 그려오도록 하였습니다. 이보다 더 구체적인 지시 및 감독은 없습니다. 송기창은 원심에서 증인으로 출석하여 “증인이 그림을 그릴 때 피고인 조영남의 구체적인 지시나 감독을 받은

사실이 있나요”라고 질문에 “예”라고 답했습니다. “구체적인 지시나 감독이라고 하면요”라는 질문에 “샘플이 있으니까, 이미 제작되어 있는 그걸 보고 똑같이 그리거나 키우거나 그런 상황이었지요”라고 답했습니다. 그리고 피고인이 “마음에 안 드시면 빠꾸한 적도 있었고 다시 그려온 것도 있고”라고 답했습니다. “피고인 조영남은 증인이 그린 그림이 마음에 들지 않는 경우 다시 그려달라고 하기도 하였”다는 것입니다. 구체적인 지시 상황에 대해서는 “항아리 그 그림이 있었고요. 사진이 있었고. 사진과 함께 화투 끝발 좋은 걸로 해서 5개를 여기다 이렇게 이렇게 이렇게 드로잉을 하시면서 보여줬지요. 저한테. 그래서 그걸 제가 집에 가지고 가서 그걸 가지고 확대하고 키운 다음에 그린 다음에 컨셉을 먼저 보여드리고 사진으로 보낸 적도 있어요. 보내서 이렇게 그리면 어떨겠느냐. 오케이를 받으면 거기서 그려서 완성된 거예요”라고 증언하였습니다. “그린 다음에 오케이를 받아야지 그걸 끝까지 피니쉬를 끝내지요”라고 증언했습니다. 송기창 등 조수가 작품을 그대로 그려오는데 작가인 피고인이 현장에서 지휘 감독을 할 이유는 전혀 없습니다.

(7) 작가들은 자신보다 테크닉이 좋은 조수를 활용하는 경우가 많으며 테크닉이 좋은 조수를 활용하는 것이 문제될 이유는 없습니다.

제프 쿤스는 “나는 기본적으로 개념을 생각하는 사람입니다. 물리적으로 제작에 참여하지 않아요. 필수적인 기술이 없어서 최고의 사람들에게 가는 거죠.”라고 밝히고 있습니다[증 제20호 번역 인증서(뉴욕타임즈 매거진 2012. 8. 17. 자기사)]입니다. 데미안 허스트 역시 “나의 조수들은 나보다 훨씬 뛰어난 페인팅 솜씨를 지니고 있다.”고 밝힌 바 있습니다. 따라서 송기창이 피고인보다 월등히 뛰어난 수준이라고 전제(그러한 전제 역시 사실에 부합하지 아니합니다)한 채

그러한 이유로 송기창이 조수가 아닌 ‘작가’라고 판시한 원심은 매우 부당한 것입니다.

(8) 원심은 작가가 조수를 활용하는 형태를 아무 근거도 없이 자의적으로 한정하여 그것만이 일반적인 관행이라고 전제한 뒤, 그러한 방식을 취하지 아니한 피고인에게는 조수 활용 사실을 고지할 의무가 있다고 판시하였습니다. 그러나 작가가 조수를 사용하는 방식은 결코 원심이 규정하는 방식에 국한되지 아니합니다. 따라서 원심은 잘못된 전제를 한 뒤 그러한 전제 하에 피고인에게 고지 의무를 인정한 법리오해를 범하였습니다.

마. 조수 활용 사실을 알리지 않는 것이 미술계의 상식이고 현실입니다.

원심은 조수의 도움을 받는 경우 이를 구매자에게 고지할 의무가 있다고 판시하고 있습니다.

그러나 홍익대학교 미술대학 김명규 교수는 “제작에 관여한 어시스턴트(Assistant)등 정교한 제작을 위해 사용된 모든 기술자들과 정밀 기계의 사용 등을 작품에 고지하지 않는 것이 일반적 상식으로 고착화되어 있습니다”라고 하고 있습니다(2016. 12. 16. 자 변호인 제출 참고자료4 김명규 의견서, 공판기록). 또한 광주국제아트페어 총감독인 윤형재는 “조수와 함께 작업을 하면서도 대부분의 작가들이 이를 공지하지 않는 이유는 단순노동, 기능적인 필요성은 의미가 없기 때문이다”라고 하고 있습니다(2016. 12. 16. 자 변호인 제출 참고자료3 윤형재 의견서, 공판기록).

그리고 미국의 유명 미술잡지 ‘아트인 아메리카(Art in America)’의 편집장인 리처드 바인(Richard Vine)은 “요즘 아마 대다수의 사람들은 화가의 개념적 독창성과 관찰력이 가장 중요하다고 생각하기 때문에, 작업 과정에서 조수의 역할에 대해 그들 자신을 면밀하게 신경 쓰지 않습니다. 정말로 조수의 사용은 오늘날 매우 광범위하고 견고하게 확립되어 있기 때문에, 딜러들이 구체적으로 물어보지 않는 한, 관례적으로 이에 대해 논의할 것으로 기대되지 않습니다.”라고 밝히고 있습니다[증 제27호 인증서(리처드 바인 진술서)].

이처럼 국내외 미술계의 권위자들은 모두 조수 활용 사실을 알리지 않는 것이 상식이고 현실이라는 점을 분명히 밝히고 있습니다.

바. 예술에는 국경이 없고 특히 팝아트는 해외에서 시작된 것이므로 국제적인 기준이 매우 중요하게 고려되어야 합니다.

원심은 “우리 미술계” 또는 “우리 사회”라는 기준에 따라 판단하고 있습니다. 그러나 피고인의 이 사건 미술작품이 속하는 팝아트는 파퓰러 아트(Popular Art, 대중예술)를 줄인 말로서, 1960년대 뉴욕을 중심으로 일어난 미술의 한 경향을 가리키며, 미국 만이 아니라 유럽이나 한국의 젊은 작가들에게도 공감을 불러 일으켰습니다.¹²⁾

리처드 바인은 “오늘날 국제적인 예술 현장에서, 예술가가 상상하고 감독하며 마침내 서명과 함께 승인하게 되는 작품을 제작하기 위하여 화가가 조수(보조

12) 팝 아트 [Pop Art] (미술대사전(용어편), 1998., 한국사전연구소)

원)를 고용하는 것은 항상 그런 것은 아니지만 자주 있고 매우 일반적입니다.” 라고 밝히고 있습니다[증 제27호 인증서(리차드 바인 진술서)].

국경이 없는 예술, 그 중에서도 해외에서 시작된 팝아트에 대하여 판단하기 위해서는 국제적인 기준이 매우 중요하게 고려될 수밖에 없습니다. 그럼에도 불구하고 원심은 “우리 미술계” 또는 “우리 사회”라는 기준에 따라 판단하고 있습니다. 그렇게 되면 대한민국만 세계에서 동떨어지게 되고 특이한 법집행을 하게 될 것입니다.

사. 저작권법상 작품의 작가는 실행행위를 한 사람이 아니라 ‘사상 또는 감정을 표현한’ 사람입니다. 이 사건 미술작품에는 조수가 아닌 피고인의 사상과 감정이 표현되어 있습니다.

원심은 송기창 등이 이 사건 미술작품 제작의 ‘실행행위’를 한 사실을 강조하며 송기창 등을 ‘작가’로 보아야 한다고 판시하고 있습니다.

그러나 저작권법에 따르면 저작자(작가)는 직접 실행행위를 한 사람이 아니라 ‘사상 또는 감정을 표현한 사람’을 말합니다.¹³⁾

이 사건 미술작품에는 송기창 등 조수가 아닌 피고인의 사상과 감정이 표현되

13) 저작권법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “저작물”은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다.
2. “저작자”는 저작물을 창작한 자를 말한다.

어 있습니다.

피고인은 일찍이 2003년 저술한 『태극기는 바람에 펄럭인다』에서 “어느 날 우연히 들여다본 화투장 몇 개에서 놀랍게도 **한국 고유의 투박한 색상과 무궁무진한 인생 궤도와 흡사한 무속적인 의미를 발견**하고 깊이 매료되었다. 화투장이야말로 피카소의 악기나 앤디 워홀의 초상화나 이중섭의 은박지나 혹은 김창열의 물방울에 비견되는 오브제 차용의 결정판이라 생각한 나는 머나먼 타국 땅에서 연방 희희낙락이었다.” 라고 밝힘으로써, 화투라는 소재가 피고인의 미술작품에 사용되게 된 경위 및 그 의미에 관한 피고인의 ‘사상과 감정’을 구체적으로 설명한 바 있습니다(증 제31호 조영남 저 ‘태극기는 바람에 펄럭인다’, 50면).



[태극기는 바람에 펄럭인다, 조영남, 2003]

또한 피고인은 2007년 “역사적으로 이걸 일본투의 그림이에요. 우리는 역사적으로 일본을 극렬히 싫어하잖아. 그럼 이걸 쳐다보지 말아야 돼. 일본에선 화투 안 친 지 오래됐어. 우리는 온 국민이 이걸 즐기잖아. 삼박사일을 관 옆에다 놓

고도 이걸 때리잖아. 이런 이중성, 모순, 패러독스를 없애야 한다고. 또 미국 카드 하는 건 근사하게 봐요. 화투 치면 천한 걸로 생각하고. 홍대생들이 카드 하면 경비 아저씨들이 그냥 지나가는데, 고스톱 치면 막 나가라고 하고. 이렇게 우리 자체가 가진 터무니없는 모순성, 그래서 안 된다는 걸 나는 이걸 자꾸 그리면서 타개해나가는 거지.” 라고 밝힘으로써 화투에 관한 자신의 ‘사상과 감정’을 보다 구체적으로 설명하고 있습니다(증 제32호 오마이뉴스 2007. 7. 14. 자 기사).

따라서 이 사건 작품의 ‘사상과 감정’은 피고인의 것이고 피고인만이 이 사건 작품의 작가가 될 수 있는 것입니다. 송기창 등 조수는 피고인의 부탁에 따라 똑같은 그림을 그려왔을 뿐이고 그 어떤 ‘사상과 감정’을 표현한 것이 아닙니다. 결국 ‘사상과 감정’을 전혀 표현한 사실이 없는 송기창 등이 이 사건 미술작품의 작가라고 판시한 원심은 저작권법에 정면으로 반하는 위법을 범한 것입니다.

아. 숙련도가 작가를 결정하는 요인이 아닙니다. 원심판시대라면 세계적인 거장들의 작품들은 대부분 조수의 작품이 됩니다.

원심은 송기창의 숙련도가 피고인보다 뛰어나므로 송기창을 이 사건 미술작품의 ‘작가’로 보아야 한다고 판시하고 있습니다.

그러나 ‘숙련도’는 작가를 결정하는 요소가 아닙니다. 숙련도가 더 낫다고 하여 조수 역할을 한 사람이 그 작품의 작가라는 논리는 성립할 수 없습니다. 원심의 이러한 논리대로라면 데미안 허스트나 제프 쿤스 등 현대 미술의 거

장들의 작품은 대부분 조수의 작품이라고 보아야 합니다. 이러한 결론에 대해 수긍할 사람은 아무도 없습니다.



[제프 쿤스의 작품을 조수들이 작업하는 모습]

그럼에도 불구하고 원심은 송기창의 숙련도가 피고인보다 뛰어나므로 송기창을 이 사건 미술작품의 ‘작가’로 보아야 한다고 판시하는 위법을 범하였습니다.

자. 원심 판시대로라면 피고인은 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 모두 침해한 것이 됩니다. 검찰이 피고인을 저작권범위반으로 기소하지 못한 것은 피고인에게 사기죄가 성립하지 않는다는 유력한 자료가 됩니다.

이 사건 미술작품은 모두 피고인이 수정하여 완성하였고, 피고인이 서명하였으며, 피고인이 완성 여부 및 공표 여부를 결정하였습니다. 따라서 만약 원심 판결과 같이 피고인이 아닌 조수를 이 사건 미술작품의 작가로 본다면, 피고인은 송기창 등의 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 모두 침해한 것이 됩니다.¹⁴⁾

14) 저작권법

제11조(공표권) ① 저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다.

제12조(성명표시권) ① 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명

그런데 검찰은 피고인을 저작권법위반으로는 기소하지 아니하였습니다. 그 이유는 알기 어렵지만 검찰에서는 저작권법위반죄로 처벌할 자신이 없었기 때문입니다. 이런 논리라면 피고인에게 사기죄가 성립할 수 없는 것이 명백합니다.

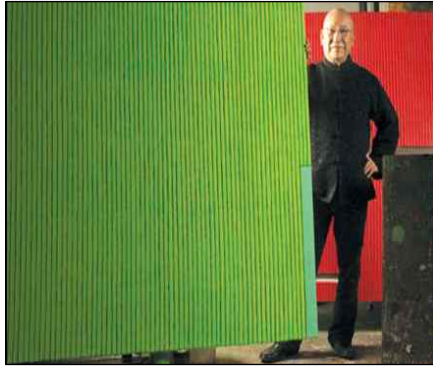
7. 만약 피고인에 대한 유죄판결이 확정된다면 회화 작업에 조수를 사용하는 작가들은 오로지 대한민국에서만 사기죄를 범한 것이 될 것입니다. 그 결과 대한민국 미술은 세계에서 고립되고 퇴행할 것입니다.

만약 피고인에 대하여 유죄가 확정된다면, 회화 작업에 조수를 사용하는 작가는 사실상 모두 불법을 범한 것이 될 것이며, 그 결과 국내 유명 작가 중 상당수에 대하여 사기죄가 성립하게 될 것입니다.

예컨대, 한국 단색화 바람의 선두주자 박서보, ‘물방울’ 그림으로 유명한 김창열도 조수를 사용하고 있지만(국민일보 2016. 5. 17.자 기사. 증거기록 1658쪽), 조수 사용 사실을 공개 또는 고지하지 않고 있으므로, 이들에 대하여도 사기죄가 성립하게 될 것입니다.

또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

제13조(동일성유지권) ① 저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다.



[박서보]



[김창열]

또한 ‘동구리’ 작업의 권기수 역시 컴퓨터 작업만 하고 있는바, 원심 판결에 따르면 이러한 것은 허용된 창작 범위 밖이므로 불법행위가 됩니다. 그렇게 되면, 소속 단체에서 징계를 받을 수도 있고 구매자나 갤러리로부터 불법행위로 인한 손해배상 책임을 부담할 수도 있습니다.



[권기수]

뿐만 아니라 원심 판결에 따르면 데미안 허스트 등 해외 유명 작가들도 해외에서는 사기죄가 안 되지만 대한민국에서만 사기죄가 성립하는 결과가 될 것입니다. 참으로 어이없는 결과가 생깁니다. 앤디 워홀도 살아 있다면 대한민국에서 사기죄로 처벌될 것입니다.



[데미안 허스트]



[앤디 워홀]

반대로 피고인 조영남은 해외에서 작품을 판매하는 데 문제가 없었는데 국내에서만 사기죄가 문제되는 결과가 될 것입니다. 피고인은 그 동안 여러 차례에 걸쳐서 미국과 중국에서 전시회를 해왔고 작품을 판매하기도 했습니다.

원심 판결이 확정된다면 대한민국의 미술 작가들은 사기죄로 처벌받는 것을 면하기 위하여 모든 작품에 대하여 “이 작품은 제가 70%만 그렸습니다”, “이 작품은 조수가 밑그림만 그렸습니다” 라고 표시하고 판매하여야 할 것입니다. 그러나 미술작품에 대하여 위와 같은 계량화를 하는 것 자체가 불가능합니다.

이러한 사정을 종합해 볼 때 원심 판결과 같이 피고인에 대한 유죄판결이 확정된다면, 결국 대한민국 미술계는 세계 추세에서 완전히 동떨어지고 퇴행을 거듭할 것임이 명백합니다.

8. 결론

피고인의 작품을 송기창 등이 컴퓨터 등을 이용해서 똑같이 그려왔고 피고인은

거기에 일부 추가, 삭제, 변경 등을 통해 작품 완성했습니다. 이는 현대미술에서는 물론이고 전통적인 미술에서도 당연히 ‘허용되는 창작 방식’입니다.

더욱이 1960년대 이후 팝아트의 개념이 일반화되면서 조수 활용은 전혀 ‘특별한 창작 방식’이 아니게 되었으며, 조수 활용 여부에 따라 작품의 가치가 달라지지도 않기 때문에 피고인과 같은 작가는 조수 활용 사실을 구매자에게 고지할 의무가 없습니다.

피고인은 팝아트를 추구하고, 조수 활용이 당연히 허용되고 이를 알릴 필요가 없다고 믿었으며, 나아가 방송 인터뷰 등을 통해 조수 활용 사실을 알리기도 하였기 때문에 피고인에게는 기망의 고의가 없습니다.

또한 조수를 활용한 작품이라고 하여 더 낮은 시장 가치를 가지는 것도 아니므로 조수 활용 작품을 구매한 구매자의 입장에서는 아무런 재산상의 손해가 없습니다.

따라서 피고인은 무죄입니다.

피고인에게 무죄가 선고된다면, 국내 미술계는 다양한 창작 방법이 허용될 뿐만 아니라 세계적인 조류와도 함께 하게 되어 더욱 발전하게 될 것입니다. 또한 대한민국 사회의 ‘미의식’은 질적으로 다른 차원으로 발전하게 될 것이고(문화심리학자 김정운 탄원서. 원심 2016. 12. 16.자 변호인 제출 참고자료 2.), 이는 궁극적으로 미술계 뿐 아니라 국가 전체의 발전으로 이어지는 계기가 될 것입니다.

재판부의 현명하신 판단을 기대합니다.

입 증 방 법

- | | |
|-----------|-----------------------------|
| 1. 증 제29호 | 중앙일보 2018. 6. 2.자 칼럼 |
| 1. 증 제30호 | 서울신문 2014. 1. 9.자 기사 |
| 1. 증 제31호 | 조영남 저 ‘태극기는 바람에 펄럭인다’ , 50면 |
| 1. 증 제32호 | 오마이뉴스 2007. 7. 14.자 기사 |

2018. 7. .

피고인 조영남의 변호인

법무법인 로플렉스

담당변호사 구 본 진

담당변호사 최 종 민

서울중앙지방법원 형사 항소2부 귀중