
저작권의 간접침해의 유형별 판단기준에 관한 고찰: 일본의 판례를 중심으로

정 태 호*

목 차

- I. 서 론
- II. 일본 판례상에서의 간접침해의 법적 성격 검토
 - 1. 기여침해 및 대위침해의 법리
 - 2. 일본 판례상에서의 판단법리
- III. 간접침해의 유형별 분류의 태양
- IV. 인적관계의 특정성여부에 의한 유형의 검토
 - 1. 특정침해행위자에 대한 관여사례의 유형
 - 2. 불특정침해행위자에 대한 관여사례의 유형
- V. 제공하는 제품 · 서비스에 존재하는 침해특성에 의한 유형의 분류
 - 1. 유형분류의 기준 및 태양
 - 2. 침해전용물 제공사례
 - 3. 정형적 침해기여물 제공사례
 - 4. 우발적 침해기여물 제공사례
- VI. 결 론

* 원광대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사, 변리사.

초록

우리나라에서는 간접침해에 관한 연구가 온라인서비스제공자의 책임과 관련된 것 이외에는 거의 이루어지지 않고 있고, 또 간접침해와 관련된 판례도 온라인상의 저작권 침해판단과 관계된 것 밖에 없는 상황이다. 그리고, 우리나라의 판례들에서는 미국의 판례상 확립된 기여침해와 대위침해의 법리를 충실하게 적용하고 있을 뿐이다. 그러나, 일본에서는 간접침해자에 대한 저작권침해주체성의 판단에 관해 다양한 판례들과 법리들이 온라인상뿐만 아니라 오프라인상의 다양한 분야에서 골고루 나타나고 있으므로, 일본 저작권법상 간접침해에 관한 판례들의 경향의 흐름과 이와 관련된 법리들을 구체적으로 검토하여 볼 필요성이 요구되고 있다. 따라서, 본 논문에서는 저작권의 간접침해자에 대한 침해책임에 관하여 구체적인 침해형태별로 유형분류를 하여 보고, 이와 관계된 일본 판례들을 구체적으로 분석해서 검토하여 봄으로써, 우리나라에 있어서 저작권의 간접침해법리정립에 시사점을 찾고자 한다.

주제어

간접침해, 기여침해, 대위침해, 온라인서비스제공자(OSP), 일본 판례, 유형분류, 일본 저작권법

I. 서론

저작권법상에서는 소위 말하는 특허법상 ‘간접침해’와 같은 규정은 없다. 그리고, 특허법상 간접침해의 규정도 법규정상으로는 “침해로 보는 행위”라고 명명되어 있지만, 저작권법 제124조의 “침해로 보는 행위”¹⁾는 해당 규정을 간접침해라고 보기는 어렵고, 오히려 “침해로 보는 행위”라는 명칭처럼 원칙적으로는 저작권법상 일반적인 침해행위에 해당된다고 보기는 어려우나, 저작권법상 규정된 특별한 경우들에는 저작권 침해행위에 해당하는 것으로 간주해준다는 것일 뿐이다. 따라서, 저작권법상 침해로 보는 행위에 관한 규정은 특정한 행위들에 대하여 간접적 침해행위와는 관계없이 직접침해행위로 보아준다는 의미라고 해석될 수 있을 뿐, 간접침해행위와 관계된 것으로 보는 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서, 저작권법상 해당 규정은 ‘의제침해’의 개념으로 보는 것이 더욱 타당할 것이다.²⁾

1) 저작권법 제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. 1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위 2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위 3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위

② 정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·유회하는 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.

③ 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알거나 과실로 알지 못하고 정당한 권리 없이 하는 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. 다만, 기술적으로 불가피하거나 저작물등의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 전자적 형태의 권리관리정보를 고의로 제거·변경 또는 허위 부가하는 행위 2. 전자적 형태의 권리관리정보가 제거·변경되거나 또는 허위로 부가된 사실을 알고 당해 저작물등의 원본이나 그 복제물을 배포·공연 또는 공중송신하거나 배포의 목적으로 수입하는 행위

④ 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 본다.

2) 일본 저작권법상에서도 우리나라 규정과 비슷한 일본 저작권법 제113조(침해로 보는 행위)에 대해서 직접침해와 구별하면서 의제침해라고 언급하기도 한다(藤川義人, よくわかる知的財産権, 株式会社日本実業出版社, 2004, 216면.).

따라서, 저작권법에서의 간접침해에 특허법 제127조³⁾에서 규정하고 있는 간접침해의 개념을 그대로 적용하기는 어려울 것이다. 저작권법과 관련된 다수의 사례들을 통해서 간접침해를 논한다면, 주로 문제되는 온라인서비스제공자의 법적책임문제⁴⁾와 관련하여 다른 저작권직접침해행위자의 직접침해행위에 대하여 수단들을 제공함으로써 저작권직접침해에 가담한 교사, 방조자 등을 간접침해자라고 부르고 있는 것이 현재의 일반적인 경향이다.⁵⁾ 그런데, 미국의 판례 등에서 비롯된 이론인 기여책임이나 대위책임 등과 같은 것이 엄밀하게 말하자면 저작권법상 간접침해에 해당된다고 보아야 할 것이며,⁶⁾ 우리나라의 하급심 판결중에는 저작권의 간접침해와 관련하여 미국의 기여책임과 대위책임에 관한 법리를 원용하여 논리를 전개하고 있기도 하다.⁷⁾

그런데, 저작권 침해에 있어서 사실상의 물리적인 저작물의 이용행위 내지 저작권 침해행위를 직접적으로 하고 있는 자에 대해서 간접적으로 이러한 침해행위에 관여하고 있는 자를 저작권법상 어떻게 평가해야 하는지가 실제적으로 저작권법상 간접침해와 관련하여 문제될 수 있는데, 이러한 침해행위에 대한 간접적 관여자가 침해행위의 주체에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 여러 가지 유형이 있을 수 있고, 유형별로 구체적인 판단태양이 각각 다를 수 있다.

한편, 일본 저작권법은 우리나라의 저작권법상 침해로 보는 행위에 관한 규

3) 특허법 제127조(침해로 보는 행위) 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위

4) 오히려 우리 저작권법상에서는 제124조의 '침해로 보는 행위'에 관한 규정보다는 제102조의 "온라인서비스제공자의 책임제한"에 관한 규정이 저작권법상의 간접적 관여자 등에 관한 간접침해에 해당된다고 보아야 할 것이다.

5) 전성태, "저작권 간접침해에 대한 금지청구", 창작과권리, 제53호(2008.12), 194-195면.; 오승중, 저작권법, 박영사, 2009, 1172-1173면.

6) '저작권 간접침해'를 논할 경우 특허법 제127조제1호 및 제2호에서 규정하고 있는 '간접침해' 외에, 미국 판례법에서의 '기여침해(Contributory Infringement)', '대위책임(Vicarious Liability)' 및 그록스터(Grokster) 사건(545 US 913(2005))에서의 '유인(Inducement)책임' 등의 법리와 영국의 1988년 저작권·디자인 및 특허법(CDPA 1988) 제22조에서 제26조에 걸쳐 규정되어 있는 '저작권의 이차적 침해(Secondary Infringement of Copyright)' 등을 들기도 한다(전성태, 앞의 논문, 194면.).

7) 오승중, 앞의 책, 1172면.

정과 유사한 규정⁸⁾을 가지고 있기도 하지만,⁹⁾ 이것으로는 상기에서 언급한 간

8) 일본 저작권법 제113조(침해로 보는 행위) ① 다음에 게시하는 행위는 당해 저작인격권, 저작권, 출판권, 실연자인격권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 본다.

1. 국내에서 배포할 목적으로, 수입시에 국내에서 작성하였다면 저작인격권, 저작권, 출판권 또는 저작인접권의 침해로 될 행위에 의해 작성된 물건을 수입하는 행위

2. 저작인격권, 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해하는 행위에 의해 작성된 물건(전호의 수입과 관련된 물건을 포함한다)을 정을 알고 배포, 배포 목적으로 소지 혹은 배포하는 취지의 신청을 하거나 또는 업으로서 수출하거나 혹은 업으로서의 수출의 목적으로 소지하는 행위

② 프로그램저작물의 저작권을 침해하는 행위에 의해 작성된 복제물(당해 복제물의 소유자에 의해 제47조의 제1항의 규정에 의하여 작성된 복제물과 전항 제1호의 수입과 관련된 프로그램저작물의 복제물 및 당해 복제물의 소유자에 의해 동조 제1항의 규정에 의하여 작성된 복제물을 포함한다)을 업무상 전자계산기에서 사용하는 행위는, 이들 복제물을 사용하는 권원을 취득한 때에 정을 알고 있었던 경우에 한하여 당해 저작권을 침해하는 행위로 본다.

③ 다음에 게시하는 행위는 당해 권리관리정보와 관련된 저작인격권, 저작권, 실연자인격권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 본다.

1. 권리관리정보로서 하위의 정보를 고의로 부가하는 행위

2. 권리관리정보를 고의로 제거 또는 개변하는 행위(기록 또는 송신방식의 변환에 수반하는 기술적인 제약에 의한 경우 기타의 저작물 또는 실연 등의 이용의 목적 및 상태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우를 제외한다)

3. 전 2호의 행위가 행해진 저작물 혹은 실연 등의 복제물을 정을 알고 배포 혹은 배포의 목적으로 수입 혹은 소지하거나 또는 당해 저작물 혹은 실연 등을 정을 알고 공공송신 혹은 송신가능화하는 행위

④ 제94조의2, 제95조의3 제3항 혹은 제97조의3 제3항에 규정하는 보수 또는 제95조 제4항 혹은 제97조 제4항에 규정하는 2차사용료를 받을 권리는, 전항 규정의 적용에 대하여는 저작인접권으로 본다. 이 경우에 있어서 전조 중 「저작인접권자」는 「저작인접권자(다음 조 제4항의 규정에 의하여 저작인접권으로 간주되는 권리를 가지는 자를 포함한다)」로, 동조 제4항 중 「저작인접권」은 「저작인접권(동항의 규정에 의하여 저작인접권으로 간주되는 권리를 포함한다)」으로 한다.

⑤ 국내에서 배포하는 것을 목적으로 하는 상업용 음반(이하 이 항에서 「국내배포목적 상업용 음반」이라 한다)을 스스로 발행하거나 또는 다른 자에게 발행하게 하고 있는 저작권자 또는 저작인접권자가 당해 국내배포목적 상업용 음반과 동일한 상업용 음반으로, 오로지 국외에서 배포하는 것을 목적으로 하는 것(이하 이 항에서 「국외배포목적 상업용 음반」이라 한다)을 국외에서 스스로 발행 또는 다른 자에게 발행하게 하고 있는 경우에 있어서, 정을 알고 당해 국외배포목적 상업용 음반을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위 또는 당해 국외배포목적 상업용 음반을 국내에서 배포하거나 혹은 국내에서 배포할 목적으로 소지하는 행위는, 당해 국외배포목적 상업용 음반이 국내에서 배포되는 것에 의하여, 당해 국내배포목적 상업용 음반의 발행에 의하여, 당해 저작권자 또는 저작인접권자가 얻을 것이 기대되는 이익이 부당하게 해하여지는 것으로 되는 경우에 한하여, 그러한 저작권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 본다. 다만, 국내에서 최초로 발행된 날부터 7년을 넘지 아니하는 범위 내에서 정령으로 정하는 기간을 경과한 국내배포목적 상업용 음반과 동일한 국외배포목적 상업용 음반을 수입하는 행위 또는 당해 국외배포목적 상업용 음반을 국내에서 배포하거나 혹은 국내에서 배포할 목적으로 소지하는 행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

⑥ 저작자의 명예 또는 성망을 해하는 방법에 의하여 그 저작물을 이용하는 행위는 그 저작인격권을 침해하는 행위로 본다.

접침해에 대한 보호가 될 수 없으므로, 보호의 실효성을 확보하기 위해서 간접 침해와 관련된 침해의 방조행위를 침해행위에 준하는 것으로 취급하여서 간접 침해행위의 법적책임과 관련된 판단이론 등이 상세하게 검토되고 있음을 알 수 있다.¹⁰⁾ 즉, 일본에서는 복수자의 관여하에 침해행위가 이루어진 경우에 있어서, 저작물의 이용 등에 해당하는 행위를 직접 물리적으로 하는 자와 이것에 간접적으로 관여하는 자와의 관계를 중심으로 하여,¹¹⁾ 사실상의 물리적인 침해행위를 하고 있는 직접적 침해행위자에 대하여 간접적으로 관여하고 있는 자의 간접침해책임여부에 관한 계속적인 논의가 이루어지고 있다.¹²⁾

그런데, 우리나라에서는 간접침해에 관한 연구가 온라인서비스제공자의 책임과 관련된 것 외에는 거의 이루어지지 않고 있고, 또 이에 관한 판례도 온라인상의 저작권 침해판단과 관계된 것 밖에는 없는 상황이다. 한편, 일본에서는 판례에 따라서 간접침해판단에 관한 다양한 사례들이 온라인상뿐만 아니라 오프라인상의 다양한 분야에서 골고루 나타나고 있으므로, 일본 저작권법상 간접침해에 관한 판례들의 경향의 흐름과 관련 이론들을 구체적으로 검토하여 볼 필요성이 요구되고 있는 바, 이하에서는 저작권의 간접적 침해 관여에 대한 침해책임에 관하여 구체적인 유형별로 분류하여 보고, 이와 관계된 일본의 구체적인 판례들을 분석하여 검토해 봄으로써, 우리나라에 있어서 저작권의 간접침해법리정립에 시사점을 찾고자 한다.

[한국저작권위원회 정보자료(법령자료), 일본저작권법(2010판 번역본) 웹페이지 참조]
 <http://www.copyright.or.kr/info/law/precedent_view.do?bd_seq=8080&cPage=4&CT_NO=>,
 (검색일 :2011.4.20.).

9) 著作権法令研究, 著作権入門, 社団法人著作権情報センター, 1999, 80면.

10) 小泉直樹外 6人, ケースブック知的財産法, 第2版, 株式會社弘文堂, 2008, 291면; 이와 관련하여 일본은 저작권정보센터 산하에 '기여침해·간접침해 위원회'를 설치하여 체계적이고 종합적인 연구를 수행한 바 있는데, 동 위원회는 1999년 10월 26일에 설립되어 저작권 등의 침해에 다수인의 주체가 관여된 사례에 있어서 직접침해자 이외의 자의 책임을 어떤 방식으로 물을 수 있는지에 대하여 집중적인 연구를 수행하였다(오승중, 앞의 책, 1172면.).

11) 牧野利秋, “著作権等侵害の主体”, 新裁判實務大系 著作権關係訴訟法, 株式會社青林書院, 2007, 347면.

12) 高林龍, 著作権ビジネスの理論と實踐, 株式會社成文堂, 2010, 330면.

II. 일본 판례상에서의 간접침해의 법적 성격 검토

1. 기여침해 및 대위침해의 법리

일본 판례상에서 나타나 있는 간접침해의 법적 성격을 살펴보기에 앞서 저작권침해책임에 관한 기본법리를 분류하여 보면, 직접침해와 간접침해로 나누어 볼 수 있다. 그리고, 간접침해는 ‘기여침해’ 및 ‘대위침해’로 크게 정리할 수 있겠고¹³⁾, 추가적으로 ‘유인책임의 법리’까지 고려하여 볼 수 있다. 이 중 간접침해와 관계된 3가지의 침해태양은 모두 미국의 판례들을 통하여 형성되어 온 것이다.¹⁴⁾ 우선 기여침해란, 저작권에 대한 침해가 있을 때 그 침해행위에 대한 인식을 가지고 침해행위를 유발, 야기하거나 침해행위에 실질적으로 관여한 때 인정되는 것을 말하고, 대위침해란, 감독·통제의 권리와 능력이 있고 침해행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 받은 때에 인정되는 것이라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 한편, 유인책임의 법리는 역시 미국 연방대법원의 “Grokster”사건에서 나타나게 된 것으로서 P2P 소프트웨어를 배포하면서 저작권 침해를 적극적으로 유도하였다는 것이 저작권 침해를 부담한다는 내용에 관한 것인데,¹⁶⁾ 여기서는 적어도 저작권 침해를 유도하는 행위가 있을 경우에는 그 저작권침해과정 자체에 대한 관여정도가 낮다고 하더라도 간접침해책임을 인정하는 입장이라고 볼 수 있다.¹⁷⁾

따라서, 간접침해를 크게 기여침해와 대위침해의 두가지 태양으로 분류하여 각각의 적용요건을 정리하여 본다면, 기여침해가 인정되기 위해서는 직접침해

13) 안효질, P2P환경하에서의 저작권침해책임, 한국법제연구원, 2001, 39면.

14) 미국 저작권법에서는 직접침해자가 아닌 제3자가 그 침해책임을 질 수 있는 경우, 즉, 직접침해에 대응한 간접침해에 관하여는 따로 규정하고 있지 않으므로, 간접침해에 관한 법리는 법원의 판례들을 통하여 발전되어 올 수 밖에 없었다(사법연수원, 전자거래법, 2011, 493면.).

15) 박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2006, 31면.

16) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd, 125 S.Ct.2764(2005).

17) 그러나, 이러한 태도가 종전의 기여침해 내지 대위침해와 구별되는 제3의 간접침해유형을 신설한 것인지, 유도행위를 기여침해요건 중 “기여”의 변형으로 보아 기존의 기여침해이론을 창의적으로 적용한 것인지 여부는 아직 명확하지 않은 것으로 보인다(사법연수원, 앞의 책, 502-503면.).

행위의 간접적 관여자가 직접침해행위를 알았거나 알 수 있었던 점(인식요건) 및 간접적 관여자가 다른 사람의 침해행위를 유인, 유발하거나 중대하게 기여하였다는 점(실질적 기여 요건)이 입증되어야 할 것임에 반하여, 대위침해가 인정되기 위해서는 간접적 관여자 등이 직접침해자의 행위를 통제할 수 있는 권리와 능력이 있다는 점(관리지배성) 및 침해행위를 통하여 직접적인 경제적 이익을 얻었다는 점(경제적 이익의 귀속성)이 입증되어야 한다.¹⁸⁾ 이 경우에 대위침해의 경우에는 기여침해와는 달리 침해행위에 대한 인식 여부는 따지지 않는다고 본다.¹⁹⁾ 이와 관련하여 미국의 판례에서는 기여침해를 인정하거나²⁰⁾ 대위침해만을 인정한 판례도 있으나,²¹⁾ 냅스터(Napster)판례와 같이 기여침해와 대위침해를 모두 인정한 판례도 있다.²²⁾ 해당 냅스터 판례에서는 P2P운영자인 냅스터가 직접침해자들의 직접침해행위를 인식하였고, 그 침해행위에 중대하게 기여하였으므로, 기여침해책임을 부담할 뿐만 아니라, 위 침해행위로 인하여 직접적인 경제적 이익을 얻었고 불법복제물을 탐지할 능력과 이용자의 접근을 종료할 권리를 가지는 등 침해상황을 통제할 수 있는 지위에 있었으므로 대위침해책임도 부담한다고 판단하였다.²³⁾

한편, 우리나라의 판례의 경우에는 이상과 같은 기여침해와 대위침해의 법리를 모두 참고 및 고려하고 있는 것으로 보이는데,²⁴⁾ 온라인서비스제공자의 책임 문제와 관련하여 주로 방조와 관련된 기여침해에 가까운 책임을 인정하고 있는 판례도 있기는 하다.²⁵⁾ 그러나, 실제적으로 기여침해와 대위침해의 관계에 관하여 양자의 구별이 반드시 명확하지는 않고 그것이 중첩되는 경우 양자의 경계 및 그 경계를 이루는 기준도 명확하지 않다는 한계 때문에, 우리나라나 일본과

18) 박준석, 앞의 책, 33면, 36면; 한국정보법학회, 정보법 판례백선(Ⅰ), 박영사, 2006, 558-559면.

19) 사법연수원, 앞의 책, 494면.

20) Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443F.2d 1159 (2d Cir.1971); Sega Enterprises v. MAPHIA, 857 F. Supp. 679 (N.D.Cal 1994).

21) Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304,307 (2d Cir.1963); Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc., 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

22) A&M Records v. Napster, Inc., 239F.3d 1004(9th Cir. 2001).

23) 사법연수원, 앞의 책, 500면.

24) 오승중, 앞의 책, 1219-1220면.

25) 서울중앙지법 2001.8.24.선고 2000가합83171판결(한국정보법학회, 앞의 책, 560면.).

같은 대륙법계 국가에서는 이와 같은 미국판례상의 법리의 시사성이 다소 떨어진다는 평가도 있으며, 이 때문에 우리나라의 하급심 판례에서도 이와 같은 기여침해와 대위침해에 관한 법리를 원용하여 논리를 전개하면서도 우리나라의 성문법상의 근거 및 법체계와의 조화에 대해서는 분명히 밝히지 못하고 있다는 비판이 있다.²⁶⁾

2. 일본 판례상에서의 판단법리

1) 가라오케 판례를 중심으로 한 판단법리

일본에서는 소위 ‘가라오케 법리’가 판례상 확립되어 있었으며, 해당 법리에서는 간접적 관여자의 침해책임을 물을 때의 기준으로서 관리·감독권능 및 직접적인 경제적 이익의 귀속성을 그 근거로 하고 있다.²⁷⁾

이와 관련하여 해당 법리의 기초가 된 판례로서 최고재판소의 “클럽캣츠아이” 사건²⁸⁾이 있는데, 여기서 나타난 판단법리가 바로 “가라오케 법리”라고 불리고 있다.²⁹⁾ 해당 사건에서는 스낵바 및 카페를 경영하는 자들이 해당 스낵바 등에서 가라오케 장치와 음악저작물인 악곡이 녹음된 가라오케 테이프를 갖추어 두고, 호스티스 등의 종업원이 가라오케 장치를 조작하고 손님에 대하여 곡목의 색인리스트와 마이크를 인도하여 노래를 권하게 하고, 손님이 선택한 곡목의 가라오케 테이프의 재생에 의한 연주를 반주로 하여 다른 손님들의 앞에서 노래부르게 하였으며, 또 여러차례 호스티스 등에게도 손님과 함께 또는 단독으로 노래를 부르게 함으로써 가게의 분위기를 좋게 유도하여 손님들이 다수 들어

26) 오승중, 앞의 책, 1172-1173면.

27) 作花文雄, 詳解 著作権法(第4版), 株式會社ぎょうせい, 2010, 804면.

28) 最高裁昭和63年3月15日判決昭59(オ)1204(民集42卷3号99頁 判時1270号34頁判タ663号95頁[クラブキャッツアイ事件]; 大淵哲也, “間接侵害(1)-カラオケスナク”, 著作権判例百選(第4版), 株式會社有斐閣, 2009.12, 190-191면.

29) 平嶋龍太, “著作権侵害主体の評価をめぐる論議について-私的利用領域の擴大と差止範圍畫定の視点から”, 現代社會と著作権法[齊藤博先生御退職記念論文集], 株式會社弘文堂, 2008, 233면; 近藤剛史, “カラオケによる歌唱-クラブ キャッツアイ事件”, 知的財産法最高裁判例平釋大系Ⅲ(小野昌延先生喜壽記念), 株式會社青林書院, 2009, 124면.

오게 함으로써 이익을 높이는 것을 의도하고 있었다는 사실관계를 전제로, 연주(노래)의 형태에 의한 음악저작권의 침해책임을 해당 스낵바 등의 경영자들이 부담하여야 한다고 판단하였다.³⁰⁾ 이와 같은 가라오케 사례의 경우에는 손님에 노래 부르는 것에 대하여 점포의 관리 및 지배성이나 이익 귀속성이 높다고 인정되는 점때문에 점포경영자의 저작권침해가 인정되고 있는 것이다.³¹⁾

결국 해당 판례에서 나타난 “가라오케 법리”는 직접적인 이용행위의 주체라고는 말하기 어려운 자를 관리 및 지배성과 영업상의 이익이라고 말하는 두 개의 요소에 주목하여 규범적으로 이용행위의 주체라고 평가하는 판단방법이라고 할 수 있겠다.³²⁾ “관리 및 지배성”과 “영업상의 이익”이라는 2가지 요건을 통해서 이러한 “클럽캣츠아이”사건의 “가라오케 법리”만을 살펴본다면, 일본의 간접침해판단법리는 앞서 살펴본 미국판례법상의 대위책임과 유사한 것으로 충분히 해석이 가능하다. 그러나, 이와 같은 “가라오케 법리”를 결과적으로는 저작권의 직접침해의 개념에 포함시켜 해결하는 법리로 해석하기도 하는데,³³⁾ 이러한 해석론은 직접적인 침해행위자는 침해주체성이 전혀 인정되지 않고, 간접적 관여자만이 침해자로 인정된다는 면에서, 냅스터 사건 등과 같이 직접침해행위자의 침해주체성을 인정하면서 아울러 간접침해자의 침해주체성을 인정하고 있는 미국판례법상의 전통적인 간접침해의 해석론에 따른 견해라고 할 수 있다. 일면 이와 같은 해석론이 타당하다고 할 수 있겠으나, 일본에서는 간접침해라는 법리 해석에 있어서 “가라오케 법리”의 관리 및 지배성과 영업상의 이익이라는 법리에 대한 검토를 빼놓고 있지 않다는 점에서 일본만의 독특한 간접침해이론이 발생 및 발전하게 되었고,³⁴⁾ 이러한 점에서 본다면, 미국의 판례해석론에 충실하

30) 이에 관하여, 해당 사건의 伊藤正己 재판관은 “고객만이 노래를 부르는 것에 대해서 까지 영업주인 상고인이 음악저작물의 이용주체라고 파악하는 것은 좀 부자연스럽고 무리한 해석이 아닐까라고 생각한다.”고 하는 소수의견을 개진하기도 하였다(小泉直樹外 6人, 앞의 책, 292-293면; 장재혁 編譯, 著作權에 관한 外國判例選(7)-日本篇-, 저작권심의조정위원회, 2003, 59-62면 참조.).

31) 作花文雄, 앞의 詳解 著作權法(第4版), 804면.

32) 青山紘一, 著作權法(事例・判例), 經濟産業調査會, 2010, 145면.

33) 오승중, 앞의 책, 1175면.

34) 이와 관련하여 “가라오케 법리”에 관한 내용들은 일본의 저작권 관련 서적이나 논문들에서 간접침해자의 침해주체성판단과 관련된 부분에서 다루어지고 있기도 하다.

게 따라온 우리나라의 간접침해 법리와는 다른 독특한 모습을 확인할 수 있다.

한편, 이러한 “가라오케 법리”의 판단과 유사한 해석상의 판례들을 살펴보면, “중부관광”사건³⁵⁾에서는 중부관광주식회사의 각 영업소에 있어서의 타인의 저작권을 침해하는 연주자체는 각 악단에 의해 이루어지고 있다고 하더라도 이것에 의한 음악저작물의 저작권의 침해자는 영업주인 중부관광주식회사라고 판시하였다. 여기서도 간접침해에 관한 침해행위해당여부의 판단이 관리지배성이나 경제적 이익의 귀속성에서 파악되고 있음을 확인할 수 있다.³⁶⁾

한편, “프로모터 연주권 침해”사건³⁷⁾에 있어서 각 연주회에서의 연주는 프로모터들인 2명의 관리하에 이루어지고 있고, 이 2명의 프로모터들은 그 연주에 의하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 지위에 있으므로, 연주회에 관한 저작권 침해의 책임은 해당 프로모터들이 부담한다고 판시하고 있다. 그리고, “베자르안 무 무단상연”사건³⁸⁾에서는 무용의 저작물 상연의 침해책임과 관련된 주체는 실제로 무용을 연기한 댄서에 한정되지 않고, 해당 상연을 관리하고 해당 상연에 의한 영업상의 이익을 수수하는 자도 무용의 저작물 상연의 주체가 되는 것이므로, 저작권의 침해자가 될 수 있다고 판단하였는데,³⁹⁾ 이상의 판례들 모두 가라오케 법리를 중심으로 하고 있고, 그 적용법리상의 요건들을 살펴보면, 미국의 대위침해책임론적인 판단법리에 충실한 판례들이라고 할 수 있겠다.

결국 가라오케법리에 따르는 이상과 같은 일본의 판례에서는 가라오케 점포에 있어서의 직접적 행위자에 대한 관리 및 감독권능과 해당 저작물 이용행위에 의한 직접적인 경제적 이익의 귀속성이라고 하는 요건에 의하여 직접적인 침해자에 수단 또는 도구적인 위치를 부여하여 간접침해자의 침해성을 인정하고 있음을 확인할 수 있다.⁴⁰⁾

35) 名古屋高裁昭和35年4月27日決定判例時報224号111-113頁[中部觀光事件].

36) 作花文雄, 著作權法 基礎と応用, 社団法人發明協會, 2004, 196-197면 참조.

37) 東京地裁平成14年6月28日判決判例時報1795号151-158頁, 判例タイムズ1116号265-273頁[プロモーター演奏權侵害事件].

38) 東京地裁平成10年11月20日判決[ベジャール振付無斷上演事件]

39) 齊藤博, 著作權法(第3版), 株式會社有斐閣, 2007, 361면.

40) 青山紘一, 앞의 책, 476면.

2) 새로운 법리해석의 경향

최근에는 이와 같이 간접침해자에게 특정한 법리적 요건을 기준으로 획일적인 책임을 지우는 것이 지나치다고 보아 가라오케 법리에 대하여 재검토하는 경향이 있기도 하다.⁴¹⁾ 게다가 앞서 언급한 가라오케 법리를 지나치게 확대해석하여 적용하게 된다면 이는 저작권법상에도 없는 간접침해의 법리적용이 남용될 수도 있어 이것을 통하여 저작권법상의 권리제한규정을 피하여 저작권침해에 관한 적용이 쉬워질 우려가 있으므로,⁴²⁾ 침해의 주체는 원칙적으로 조문에 규정된 범위라고 해석하여야 하며, 간접침해의 적용을 위해서는 입법에 의하여 간접침해 등의 범위를 명확하게 규정하여야 한다는 견해도 나타나게 되었다.⁴³⁾

그리고, 이상의 가라오케 법리에 따른 판례들과 같이 일본에서는 간접침해자의 침해귀속성을 파악하는 경우에 관리, 감독기능 및 직접적인 경제적 이익에 관한 귀속성의 요건에만 얽매어서 이들 관점에서만 귀책의 성립여부를 결정하고자 하는 경향도 볼 수 있지만, 이와 같은 전제에만 구속될 경우, 다양한 침해사례에 대하여 현실적으로 타당한 결론을 도출하는 것이 곤란해질 수도 있을 것이다.⁴⁴⁾

따라서, 간접침해자의 주관적, 객관적인 요소에 대하여 다원적으로 파악한 후에 이러한 간접침해자가 귀책상당의 법익침해에 실질적으로 기여하고 있는지의 여부의 판단이 요구된다고 보는 것이 일본내에서 최근의 유력한 설로 나타나고 있다.⁴⁵⁾ 즉, 귀책상당의 법익책임에 대한 실질적 기여성을 고려하는 입장으로서는

41) Ibid.

42) 鳥澤孝之, “著作物利用行為の主体の範圍の再考—物理的利用行為者を介した著作物の利用をめぐる—”, 第6回著作権・著作隣接権論文集, 社団法人著作権情報センター, 2007, 131-132면.

43) 中山信弘 著, 윤선희 編譯, 著作権法, 법문사, 2008, 423-424면; 물론 이러한 입법론적인 견해에 대해서 곤란성을 들어 비판하는 견해가 있기도 하다(潮海久雄, “著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から—”, 現代社會と著作権法[齊藤博先生御退職記念論文集], 株式會社弘文堂, 2008, 224-226면 참조).

44) 作花文雄, 詳解 著作権法(第4版), 806면.

45) 이와 관련하여平成21年11月13일에 선고된 하급심인 도쿄지방법재판소의 판결 “동영상 투고 사이트·TV 브레이크 사건에서는 “저작권법상의 침해주체를 결정하는 것에 대하여는 당해 침해행위를 물리적, 외형적인 관점에서만 보아야 하는 것이 아니라, 이들 관점에 입각한 후에 실태에 맞게 저작권을 침해하는 주체로서 책임을 지게 하여야 하는 자라고 평가할 수 있는지 여부를 법률적인 관점에서 검토해야 한다.”

사실상 침해와 직접적으로 관련된 행위를 하고 있지 않는 간접침해자에 대하여는 주관적이고 객관적인 각 요소에 대하여 종합적이면서 상관적으로 파악하여 당해 간접침해자에 대하여 귀책상당의 법익침해에 대한 실질적 기여가 인정되는지 여부를 인정할 필요가 있고, 또 간접침해자의 침해주체성을 파악하는 관점 및 그 인정요소를 다원적으로 검증해 나갈 필요가 있다는 것이다.⁴⁶⁾

이와 관련하여 직접침해행위자에 의하여 야기된 결과에 대하여 간접적 관여자의 귀책상당의 실질적 기여성의 유무를 판단하는 데 있어서, 사실상의 직접적인 침해행위를 하고 있지 않다고 하더라도, 간접적 관여자의 주관적인 면, 여기에서는 단순한 심리상태가 아니라 간접침해자에게 결과회피의무(작위 또는 부작위 의무)를 부과하는 데 상응하는 침해에 대한 인식의 상태가 중요한 요소가 된다고 본다.⁴⁷⁾

일반적으로 간접침해에 관한 이와 같은 요건의 객관적인 판단기준에 대해서는 침해사례의 유형에 맞게 검토할 필요가 있는데,⁴⁸⁾ 사실상의 물리적인 직접적 침해행위자에 대한 감독, 규제권능 또는 행위지배성, 간접침해자의 직접침해행위의 침해야기 내지 조장성, 간접침해자의 행위와 법익침해의 인과관계성 내지 개연성의 정도, 법익침해야기를 방지 또는 회피하기 위한 조치의 실시상황 등이 있을 수 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁹⁾

결국 이상과 같은 일본의 판례에서 나타난 간접침해에 대한 법적성격을 정리하여보면, 처음에는 미국 판례법상의 대위침해의 법리를 적용하는 것에 가까웠으나, 법익침해에 대한 실질적인 기여의 정도를 고려하면서 기여책임의 법리를 도입하기 시작하였으며, 지금 현재로서는 대위침해와 기여침해의 법리를 아우르며, 기타 간접침해자의 주관적, 객관적 요소들을 다원적으로 고려하는 법리를

및 "행위의 내용·성질, 침해 과정에 있어서의 지배관리의 정도, 당해 행위에 의하여 생긴 이익의 귀속 등의 여러 가지 점을 종합적으로 고려하여, 침해주체로 주목받아야 할 자가 스스로 조절가능한 행위로 당해 침해결과를 초래하게 하여 거기에서 이익을 얻은 자로서 침해행위를 직접적으로 하는 자와 동일시할 수 있는지 여부라는 점에서 판단해야 한다."고 판시하고 있다(作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 813-814면).

46) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 806면.

47) *Ibid.*

48) 瀬海久雄, 앞의 논문, 204면.

49) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 807면.

적용하고 있다고 해석해 볼 수 있다.

Ⅲ. 간접침해의 유형별 분류의 태양

한편, 저작권 침해에 관계되는 간접침해의 인정에 있어서는 개개의 사례의 특성에 맞게 검토할 필요가 있지만, 이들 사례 중에는 간접적 관여자와 직접침해행위자의 인적관계에 의하여 직접침해를 한 특정침해행위자에 대한 관여사례와 불특정침해행위자에 대한 관여사례로 크게 분류하여 볼 수 있다.⁵⁰⁾

우선 특정침해행위자에 관한 관여사례 중에는 그 관여태양에 따라 사교장의 연주 등에서 볼 수 있는 업무위탁·고용유형, 저작권 침해에 제공되는 기기, 장치의 판매나 서비스 등에 관한 기기·장치 등의 제공유형, 저작권 침해행위가 이루어지는 시설을 제공하는 이용장소 제공유형의 사례 등이 있으며, 불특정침해행위자에 대한 관여사례 중에는 그 관여태양에 따라 간접적 관여자가 직접적 행위자에게 능동적으로 관여하는 유형과 당초에는 간접적 관여자가 알지 못하고 있다가 사후적으로 당해 침해행위를 인식하게 되는 수동적인 관여유형의 것이 있다.⁵¹⁾ 이 경우의 능동적 관여유형의 사례로서는 대중시장에 저작권 침해기여물 또는 서비스를 제공함으로써 간접적으로 관여하는 경우가 기본적으로 상정된다. 또 수동적 관여유형으로서는 인터넷상에 저작권 침해정보가 유통된 경우에 있어서의 서비스제공자의 책임이 인정되는 사례가 상정된다.⁵²⁾

그리고, 간접침해자가 제공하는 제품·서비스에 존재하는 침해특성에 의한 사례의 분류로서는 제품·서비스의 침해특성에 따라 침해전용물 사례, 정형적(定型的) 침해기여물 사례, 우발적 침해기여물 사례로 분류하여 볼 수 있겠다.⁵³⁾

50) 作花文雄, “非中央管理型P2PとAuthorization法理の適用可能性—豪州「Sharman」事件聯邦裁判所(FCA)判決をめぐる間接侵害責任法理の論点と考察—Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd”, コピライト, 社団法人著作権情報センター, 2006.1, 24-41면 및 2006.2, 39-50면 참조.

51) Ibid.

52) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 826면.

53) Ibid.

한편, 간접침해의 인정에 있어서 요구되는 직접적 침해행위에 대한 간접적 행위자의 인식의 정도⁵⁴⁾는 유형마다 일의적으로 정해지는 것이 아니라 개별 사례마다 침해결과가 초래되지 않도록 하는 의무위반의 책임을 져야 하는 것, 또는 귀책상당의 법익침해야기에 대한 실질적 기여성이 인정되는 것이라고 하는 관점에서 판단될 필요가 있을 것이다.⁵⁵⁾ 특히 불특정침해행위자의 관여사례로서 정형적 침해기여물 사례 중 침해특성이 비교적 낮은 경우나, 또는 우발적 침해기여물 사례 그 자체의 경우에는 직접적 침해행위에 대한 인식뿐만 아니라 보다 적극적인 침해의도 또는 침해하여도 상관없다고 하는 침해용인의도나 침해조장행위가 있음이 귀책인정에 있어서 요구되는 경우가 있다.⁵⁶⁾

이중 간접침해자와 직접침해행위자가 특정한 관계에 있는 유형의 사례(특정 침해행위자 관여사례)와, 불특정한 관계에 있는 유형의 사례(불특정침해행위자 관여사례)가 있을 수 있지만, 특정침해행위자 관여사례와 불특정침해행위자 관여사례 중에서 어느 것이 보다 높은 침해결과가 초래되지 않도록 하여야 하는 의무가 부과되어야 하는지에 대해서는 당해 사례의 침해태양에 있어서의 제품 또는 서비스의 침해특성의 정도 등과 상관적으로 파악되어야 하므로, 일률적으로는 말하기는 어렵다고 볼 수 있다.⁵⁷⁾

IV. 인적관계의 특정성여부에 의한 유형의 검토

1. 특정침해행위자에 대한 관여사례의 유형

1) 업무위탁 · 고용유형

업무위탁 · 고용유형이란, 예를 들면, 앞에서 살펴본 “클럽캣츠아이”사건의

54) 침해발생의 개연성에 대한 인식, 침해에 대한 실제의 인식(어떠한 침해가 현재 발생하고 있다는 인식, 특정한 구체적인 침해에 대한 인식)을 의미한다고 볼 수 있겠다.

55) 作花文雄, 앞의 논문, 39-50면 참조.

56) *Ibid.*

57) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 827면.

경우처럼, “사교장 등에 있어서의 위법한 음악연주에 관하여 실제의 음악연주가와 당해 사교장의 경영자 등의 관계에서 볼 수 있는 사례이다.⁵⁸⁾ 예컨대 간접적 관여자가 직접적침해행위자에 대해서 저작물의 이용을 수반하는 업무를 고용주로서 명하거나 또는 위임·청부계약 등에 의하여 위탁하는 타입의 것이다. 즉, 업무위탁·고용유형은 “클럽캣츠아이”사건의 경우처럼, 경우에 따라서는 행위 지배성 등의 관점에서 간접적 관여자 자신이 직접적인 저작권 침해행위주체라고도 인정될 수 있는 사례이다. 즉, 업무위탁의 성질이 고용 또는 고용에 근접하는 태양의 위탁계약인 경우, 그와 같이 해석될 가능성이 높다고 할 수 있겠다.

한편, 레스토랑카페·테사피나드(テサフィナード)사건에서는 레스토랑 카페가 점포에서 가수, 악기연주자 등에게 노래와 악기연주에 의한 JASRAC⁵⁹⁾이 관리하는 저작물을 연주하게 하고, 이것을 방문한 불특정다수의 손님들에게 듣도록 하고 있는 것에 관하여 해당 점포경영자의 침해성이 판단된 사례인데, 1심에서는 첫째, 점포에 있어서의 신청에 의한 피아노연주, 피아노연주하면서 노래부르기, 배경음악으로의 피아노연주, 둘째, 점포가 주최하는 ‘라이브(live)’로의 연주, 셋째, 제3자 주최의 라이브연주 등의 경우에 있어서 모든 행위에 대하여 레스토랑 카페, 즉, 점포의 경영자가 침해자로 판단되었다.⁶⁰⁾ 그러나, 항소심에서는 제3자 주최의 라이브연주에 대해서는 점포의 경영자가 저작권침해행위를 하였다고는 말할 수 없다고 판단되었다.⁶¹⁾

2) 기기·장치 등 제공유형

기기·장치 등 제공유형은 간접침해자가 직접침해행위자에 대해서 저작권 침해에 이용되는 기기·장치 등을 양도 또는 대여하는 사례(서비스 제공을 포함함)이다.⁶²⁾ 예컨대, 가라오케장치를 설치하고 있는 사교음식점에 있어서의 음악

58) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 804면.

59) 日本音楽著作権協會(Japanese Society for Rights of Authors and Composers).

60) 大阪地判平成19年1月30日判決.

61) 大阪高裁平成20年9月17日判決平19(ネ)735(判時2031号132頁・判例百選(4)93事件).

62) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 834면.

저작물의 저작권 침해자는 개개의 고객이 아니라 당해 점포의 경영주체인 것은 확립된 판례법리로 되어 있다.⁶³⁾ 따라서, 가라오케장치를 설치하고 고객의 이용에 제공하는 점포 등은 음악의 저작물의 권리와 이용허락계약을 체결할 필요가 있지만, 허락없이 위법하게 이용하고 있는 점포에 가라오케장치를 공급하고 있는 가라오케 리스업자에 대하여도 손해배상에 관계되는 공동불법행위책임을 져야 하다는 것이 여러 판례에 있어서 확립되고 있다.⁶⁴⁾

기기·장치제공유형의 판례들을 구체적으로 살펴보자면, 우선 가라오케 박스(カラオケボックス) 사건⁶⁵⁾을 들 수 있다. 해당 판례를 살펴보면, 가라오케 박스에서 음악저작물의 연주 내지 그 복제물을 포함하는 영화저작물의 상영을 행하고 있는 주체는 가라오케 박스를 제공한 점포영업자라고 하고 점포영업자가 연주권, 상영권의 침해에 근거한 책임을 부담하였다. 가라오케 박스 안에서의 손님's 가창도 점포영업자를 침해주체로 확대해석한 점에서 특히 본 판례를 가라오케 법리를 더욱 발전시킨 것으로 보고 있기도 한데, 그 근거로서는 가라오케 박스는 박스 내부의 소수의 동료끼리의 가창으로 손님을 수족으로 사용하고 있다고 하는 경영자의 관리적 요소는 가라오케 스낵바보다 낮다고 보이고, 종래는 가라오케 스낵바에서의 손님's 가창은 해당 스낵바를 점포로서 직접 관리, 지배하는 자로서의 침해를 인정한 것임에 비해 가라오케 박스와 같은 경우에는 반드시 점포 등의 장소를 관리지배하지 않고 있더라도 침해주체성을 인정하였다

63) 黃山久芳 외 4人, 知的財産法判例集, 株式會社有斐閣, 2007, 364면.

64) 예를 들면, 大阪高裁平成9年2月27日判決(判例時報1624号131~136頁) “스낵魅留來” 사건에서는, 가라오케장치 리스업자는 적어도 스낵바 경영에 관한 저작권 침해행위를 방조한 자로서 일본민법 제719조제2항에 근거하여 공동불법행위책임을 면할 수 없다는 취지를 판시하고 있다. 最高裁平成13年3月2日判決平成(受)222号(民集55卷2号, 判例時報1744号108~120頁, 判タ1058号107~119頁) “カラオケリース・ビデオメイツ” 사건에서는, 리스업자는 가라오케장치의 리스계약을 체결하였을 경우에 있어서 리스계약의 상대방에 대해서 당해 음악저작물의 저작권자와의 사이에서 저작물 사용허락계약을 체결해야 할 것을 고지할 뿐만 아니라 상기 상대방이 당해 저작권자와의 사이에서 저작물 사용허락계약을 체결하거나 또는 신청을 한 것을 확인한 후에 가라오케장치를 양도해야 할 조리상의 주의의무를 진다고 판시하고 있다(辰巳直彦, “カラオケリース業者のカラオケ装置の引渡しの際の確認義務”, 知的財産法最高裁判例平釋大系Ⅲ(小野昌延先生壽喜記念), 株式會社青林書院, 2009, 325~326면). 大阪地裁平成15年2月13日判決인 “통신가라오케 리스업자 저작권침해금지청구” 사건에 있어서도 상기의 최고재판소 판결과 마찬가지로 판시가 이루어지고 있다.

65) 東京地判平成10年8月27日判決平9(ワ)19839(知的裁集30卷3号478頁・判時1654号34頁・判タ984号259頁・判例百選(3)65事件)

는 점을 들고 있다.⁶⁶⁾ 즉, 이것은 직접적인 관리지배성이 없어도 침해주체성을 인정하고 있다는 점에서 기존의 관리, 지배성을 강조한 가라오케 법리를 발전시킨 것이라고 볼 수 있다는 것이다. 그런데, 이것은 음악저작물이 수록된 가라오케 박스의 제공을 통해 직접 손님이 음악저작물을 이용하게 하는 것이므로, 점포영업자의 직접적인 침해행위로 해석될 수도 있을 것이다.

다음으로 야간주점(ナイトパブ) G7 사건⁶⁷⁾도 기기, 장치 제공유형의 판례라고 볼 수 있는데, 해당 판례에서 가라오케 장치의 리스업자는, 리스계약의 상대방이 해당 저작권자와의 사이에서 저작물사용허락계약을 체결하거나 또는 신청을 한 것을 확인한 후에 가라오케 장치를 인도해야하는 조리상의 주의의무를 부담하는 것을 근거로 하여 해당 주의의무를 위반한 경우로 보아 저작권의 침해주체로 판단되었다. 본 판례는 저작권 등의 직접침해주체가 아닌 자도 저작권침해의 불법행위책임을 질 수 있다는 것을 보여준 판결로서 선례적인 의의를 가지고 있기도 하다.⁶⁸⁾

한편, 기기·장치제공유형의 대표적인 판례로서 히트원(ヒットワン) 사건⁶⁹⁾을 살펴보면, 해당 판례에서는 사교음식점 등에 대하여 타인의 저작권이 있는 악곡데이터를 수록하여 업무용통신가라오케 장치를 리스 또는 판매하는 업자와 같은 가라오케 장치의 제공업자는 관리저작물의 저작권의 침해자 또는 침해할 우려가 있는 자에 해당한다고 판단하였다. 본 판결은 가라오케 장치의 제공업자에 대해서 관리저작물의 이용주체, 즉, 저작권침해행위의 직접적인 행위주체 그 자체라고는 볼 수 없지만, 사교음식점 등의 각 점포에 있어서의 관리저작물의 이용을 방조하는 자로서 그 지배의 내용, 정도 등에 비추어 볼 때에 악곡의 저작권자가 가라오케 장치제공업자에 대하여 악곡데이터의 사용금지조치를 취할 수 있는 것으로 판단한 것인데, 직접적인 침해행위자가 아니라고 판단한 후 방조자

66) 中山信弘, 앞의 著作権法, 420-421면.

67) 最高裁判平成13年3月2日判決平12(受)222(民集55卷2号185頁・判時1744号108頁・判タ1058号107頁・判例百選(4)102事件); 이와 유사사건 판례로는 大阪高裁判平成9年2月27日判決平6(ネ)841号(가라오케 리스사건) 있음(山口裕博, “リース業者の責任-カラオケリース事件-”, 著作権判例百選(第3版), 株式會社有斐閣, 2001.5, 216-217면.).

68) 黃山久芳外 4人, 앞의 책, 364면.

69) 大阪地裁判平成15年2月13日判決平14(ワ)9435(判時1842号120頁・判タ1124号285頁・判例百選(4)100事件).

로서의 지배관리성을 확대해석하여 침해주체성을 판단하였다는 데 의의가 있다고 볼 수 있으며, 간접침해의 침해주체성에 관한 판단에 있어서 다소 권리자측 입장에 선 판결의 경향을 보여준 판결이라고 할 수 있겠다.⁷⁰⁾

3) 이용장소 제공유형

앞서 살펴본 “중부관광” 사건 등의 경우와 같이, 이용장소 제공유형은 간접적 관여자가 직접적침해행위자에 대해서 연주회장이나 극장, 문화홀 등 저작권 침해가 이루어지는 장소를 제공하는 사례로 보면 될 것이다.

2. 불특정침해행위자에 대한 관여사례의 유형

1) 해당 사례의 일반적인 특성

불특정 침해행위자 관여사례는 저작권법의 분야에서는 종래에는 거의 볼 수 없는 것이었지만, 최근 일반시장에 대해서 저작권 침해특성을 가지는 제품이나 서비스가 제공되는 사례가 등장하고 있다. 여기에서의 불특정이란 간접침해자가 직접적 행위자를 특정할 수 없는 경우를 가리키는 것이 아니라 양자간의 인적관계의 밀접성이나 한정성의 정도를 나타내는 것으로 해석되고 있다.⁷¹⁾

P2P 소프트웨어 제공사례 등과 같은 불특정침해행위자에 대한 관여사례의 경우는 전술한 가라오케장치 리스사례 등의 경우와 마찬가지로의 태양으로써 간접침해자가 대중소비자인 직접적 행위자의 행위에 대해서 관리, 감독하는 것이 곤란하다.⁷²⁾ 그러나 P2P 소프트웨어의 경우에 저작권 침해이용에 제공되는 개연성은 가라오케장치 리스와 비교하더라도 더욱 높은 것이라고 생각되고, 또 손해의 정도는 가라오케장치 리스와 비교하여 더욱 커질 가능성이 있으며, 가라오케장치 리스와 마찬가지로의 관리·감독을 할 수 없다는 것만을 이유로 하여 그

70) 青山紘一, 앞의 책, 486-487면.

71) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 829면.

72) 안효질, 앞의 책, 36면.

책임이 면제되어야 한다는 결론은 정당화할 수 없을 것이다.⁷³⁾

권리침해야기의 개연성이 정형적으로 높은 제품 또는 서비스의 시장으로의 제공에 의하여 초래되는 방대한 손해의 부담을 무조건적으로 권리자측에게 부담케하는 것은 불합리하고, 정보기술의 진전이라고 하는 사회공공을 위해서 감수해야 할 권리의 제약이라고 하기 위해서는 그 감수해야 할 정도가 과도하게 크다고 할 수 있다. 간접적 관여자가 광고료 수입 등에 의하여 당해 침해행위에 기인하여 직접적 또는 간접적인 이익을 얻고 있는 경우에 있어서는 더욱더 불합리할 것이다.⁷⁴⁾ 따라서, 간접적 관여자가 대중소비자인 불특정직접침해행위자에 대해서 특정관계가 있는 경우와 마찬가지로 태양에 의한 관리 및 감독권능을 행사할 수 없다고 하더라도 상당한 주의의무 또는 결과회피의무를 다하지 않는 한은 그 침해행위 주체성 및 귀책상당성이 긍정되었다고 하더라도 불합리하지는 않을 것이다.⁷⁵⁾

결국 특정침해행위자에 대한 관여사례의 경우에는 간접침해자가 직접침해행위자에 대해서 능동적으로 관여하는 것이 기본적으로 상정되지만, 불특정침해행위자에 대한 관여사례의 경우에는 능동적인 관여유형 외에 수동적인 관여유형이 고려될 수 있다. 또한 제공하는 제품이나 서비스의 침해특성을 감안하여 간접침해자의 침해행위 주체성의 인정이 이루어질 수 있다.

2) 능동적 관여유형

능동적 관여유형이란 간접적 관여자가 불특정의 직접적 침해행위자를 대상으로 저작권의 침해특성을 가지는 제품이나 서비스를 제공하는 사례의 유형이다. “파일로그” 사건 등과 같은 P2P 소프트웨어 제공자의 법적책임이 물어진 사례는 이 유형에 속한다고 할 수 있다.⁷⁶⁾ 능동적 관여유형의 대표적인 사건으로서 파일로그 사건⁷⁷⁾을 구체적으로 살펴보면, 해당 판례에서는 전자파일교환서

73) 中山信弘, 앞의 著作權法, 421-424면 참조.

74) 作花文雄, 앞의 詳解 著作權法(第4版), 829면.

75) *Ibid.*

76) 中山信弘, 앞의 著作權法, 422면 참조.

77) 東京高裁平成17年3月31日判決平16(ネ)446(裁判所HP・判例百選(4)95事件).

비스 중에 음악저작물의 저작권이 침해된 경우에는 서비스의 운영회사가 송신 가능화권 및 자동공중송신권의 침해주체로 판단되었다. 본 판결에서는 전자파일교환서비스 “파일로그”는 단순히 일반적으로 위법한 이용도 있을 수 있다고 하는 것에만 그치지 않고, 그 성질상 구체적이면서 현실적인 개연성을 가지고 특정한 유형의 위법한 저작권 침해행위를 야기하는 것이며, 운영회사가 그것을 예상하면서 본건 서비스를 제공하여 그와 같은 침해행위를 유발하고, 더구나 그것에 대한 해당 운영회사의 관리가 있고, 이것에 의해 어떠한 경제적 이익을 얻을 수 있는 여지가 있다고 볼 수 있는 사실이 있을 때에는, 운영회사가 바로 자신이 통제 가능한 행위에 의하여 침해의 결과를 초래하고 있는 자로서 그 책임을 물어야 하는 것은 당연하고, 침해의 주체라고 인정할 수 있다고 설시하여 간접침해자로서의 책임을 인정하고 있다.⁷⁸⁾

그 밖에 능동적 관여유형과 관련된 판례들로는 녹화넷(録畫net) 사건⁷⁹⁾ 및 MYUTA 사건⁸⁰⁾ 등이 있는데, 녹화넷(録畫net) 사건에서는 텔레비전방송의 녹화서비스에 있어서의 복제행위의 주체가 서비스사업자라고 판단하였는데,⁸¹⁾ 해당 서비스사업자는 웹사이트에 있어서 본건 서비스가 해외에 거주하는 이용자를 대상으로 일본의 방송프로그램을 그 복제물에 의하여 시청하게 하는 것을 목적으로 한 서비스인 것을 선전하고, 이용자로 하여금 본건 서비스를 이용하게 하여 매월의 유지관리비용 명목으로 이익을 얻고 있었다. 이에 대하여 본 판결에서는 저작권자의 방송에 관계되는 본건 방송에 대한 복제행위를 관리하고 있는 점을 근거로 하여 해당 서비스업자의 관리지배성과 이익귀속성을 적용하여 복제권을 침해하는 행위자로서의 침해책임을 인정하였다.⁸²⁾ 한편, MYUTA 사건에서는 휴대전화용스토리지서비스에 있어서의 저작권침해(복제)의 주체가 그 서비스업자에 있다고 판단되었는데, 서비스업자가 관리저작물의 저작권을 침해하는 것이고, 음악저작물의 저장 및 유저(user)의 휴대전화용 송신서비스가 금

78) 青山紘一, 앞의 책, 494면.

79) 知財高裁平成17年11月15日決定平16(モ)15793(裁判所HP・判例百選(4)97事件).

80) 東京地裁平成19年5月25日判決(平18(ワ)10166)(判時1979号100頁・判タ1251号319頁・判例百選(4)98事件).

81) 中山信弘, 앞의 著作権法, 419면.

82) 知的所有權問題研究會, 最新 著作権關係判例と實務, 株式會社 民事法研究會, 2007, 602-603면.

지청구의 대상이 됨을 밝혔다.⁸³⁾

3) 수동적 관여유형

수동적 관여유형이란 간접적 관여자가 제공하고 있는 서비스 등이 불특정의 공중에 대한 것이고, 당해 서비스 등에 있어서의 저작권 침해의 개연성의 정도가 그다지 높지 않은 경우로, 개개의 이용자의 당해 서비스 등의 이용상황을 파악할 수 없기 때문에 저작권 침해를 금지한다는 취지의 주의환기 등의 일반적인 조치를 강구하는 것은 있을 수 있다고 하더라도 보다 구체적인 저작권 침해 회피의무를 사전에 부과하는 것까지는 요구되지 않은 사례의 유형이다. 이와 같은 경우에는 구체적인 침해행위가 발생하여 간접적 관여자가 그 사실을 인식한 이후에 침해회피의무가 발생할 수 있다고 본다.⁸⁴⁾ 이 유형의 것으로는 제3자가 업로드한 위법정보에 대하여 인터넷서비스제공자(ISP)에게 책임을 묻는 간접침해 책임의 사례가 있다. 즉, 인터넷서비스제공자를 통하여 여러 가지 정보가 유통되고 있고, 이 중 인터넷서비스제공자가 당해 정보의 제공에 주체적으로 관여하는 경우도 있는데, 해당 서비스제공자가 주체적인 관여는 하고 있지 않지만 권리침해정보가 당해 인터넷서비스제공자의 시스템을 통하여 유통하는 것에 수반하여 수동적으로 관여하는 경우가 있다.⁸⁵⁾

인터넷서비스제공자가 직접 또는 간접적으로 저작물의 송신에 주체적으로 관여하고 있는 경우에는 기본적으로는 저작권 침해행위자로서의 책임을 지는 것은 당연하다. 그러나 당해 정보의 네트워크상에서의 유통이나 서버에 대한 축적에 주체적으로 관여하고 있는 것은 서비스제공자의 이용자이고, 서비스제공자는 정보의 전달매체로서의 수동적인 역할을 하고 있는데 지나지 않는 경우에는 침해정보의 유통·축적을 인식하고, 결과회피해야 할 조리상의 의무가 발생하는 등, 당해 인터넷서비스제공자의 과실책임이 인정되어야 할 특단의 사정이 없는 한, 기본적으로는 책임을 지지 않는 것이라고 해석된다.⁸⁶⁾

83) 青山紘一, 앞의 책, 501면.

84) 高林龍, 앞의 책, 335면.

85) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 831면.

86) 일본인터넷서비스제공자책임제한법(プロバイダ責任制限法) 제3조제1항.

부작위에 의한 저작권 침해행위를 검토하는 데 있어서 불법행위법에 관한 관점에 입각하여 보기도 하는데, 일반적으로 부작위에 의한 불법행위가 성립하기 위해서는 일정한 작위의무의 존재가 필요하고 이 작위의무를 매개함으로써 야기하고 있는 결과에의 인과관계를 파악하게 된다.⁸⁷⁾ 이 경우에 있어서 법률의 규정에 따라 어떤 자에 대해서 작위의무를 부담하게 한 경우는 분명하지만, 해당자의 선행행위 혹은 관습이나 조리에 따라 작위의무를 인정할 때에는 사람들의 행동의 자유에 대한 부당한 제약이 되지 않도록 신중한 판단이 요구될 것이다.⁸⁸⁾

한편, 종래의 방송, 출판 등과 같은 대중매체(매스미디어)의 경우에는 발신하는 정보에 저작권 침해가 되는 것이 포함되어 있었다면, 설사 해당 정보가 제3자의 제공에 관계되는 것이었다고 하더라도 해당 대중매체에 과실을 물을 수 없는 특별한 사정이 있는 경우는 별개로 하고, 대부분의 경우는 발신정보의 적법성에 대하여 확인하는 주의의무가 인정되고, 당해 정보제공자와 함께 해당 대중매체는 능동적 관여자로서 공동의 저작권침해책임을 지게 된다고 할 수 있다.⁸⁹⁾

또 대중매체중에서도 정보를 단순히 매개하고 있는데 지나지 않는 자로서 통신사업자 등은 그 매개물이 저작권 침해물인 것을 사전에 인식하는 것이 어렵고, 매개정보의 적법성에 대하여 확인하는 주의의무는 통상의 경우는 인정되지 않으며, 또 사후에 인식하였다고 하더라도 이미 해당 정보는 매개해 버렸고, 그 인식의 시점에서 할 수 있는 것이 없는 경우에는 침해회피의무를 물을 수 없을 것이다.⁹⁰⁾ 그러나 인터넷의 전자게시판이나 블로그 등의 경우에는 그 특성상 인

87) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 831면.

88) 참고적으로 부작위불법행위가 쟁점으로 되었던 일본의 대표적인 판례로서는 最高裁昭和62年1月22日判決“置石電車脱線轉移事故” 사건이 있는데, 해당 사건에서는 사고발생이 예견가능하고 선행행위에 기초한 의무로서 사고의 발생을 미연에 방지해야 하는 의무를 부담하여야 한다는 취지로 판시가 되었다.

89) 이와 관련된 판례로서 방송국의 책임이 물어진 것으로서는 東京高裁平成8年4月16日判決(判例時報1571号 98~132頁) “악치이야기/아내들은 유리신발을 벗는다” 사건이 있다. 이 판결에서는 방송국의 책임에 대하여 “방송사업, 방송프로그램의 제작 등을 업으로 하고 있는 형소인 텔레비전 도쿄로서는, 그 제작, 방영하는 텔레비전 드라마가 타인의 저작권이나 저작인격권을 침해하는 일이 없도록 만전의 주의를 기울일 의무가 있는 것은 당연하고, 이것은 당해 텔레비전 드라마의 제작을 제3자에게 위탁하고, 이를 방영하는 경우라도 마찬가지이다.”라고 판시하고 있다.

90) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 832면.

터넷서비스제공자가 해당 정보를 매개한 후에도 당해 정보는 공중에게 이용가능한 상태에 있고, 해당 서비스제공자로서도 삭제 등의 조치를 취하는 것이 가능하며, 법적으로 침해회피의무가 생길 수 있는 점에서 수동적 관여유형의 사례가 생기게 된다고 볼 수 있다.⁹¹⁾

수동적 관여유형과 관련된 판례를 살펴보면, 2채널소학관 사건⁹²⁾이 있다. 해당 판례에서는 인터넷 전자게시판상의 저작권침해발언이 있었던 것으로 해서 게시판운영자에 대하여 당해 발언의 자동공중송신 등의 금지와 손해배상명령이 내려졌다. 본 판결은 게시판의 운영자가 게재된 발언이 저작권 침해에 해당할 때에는 그와 같은 발언의 제공의 장을 설치한 자로서 그 침해행위를 방치하고 있는 경우에는 그 침해태양 등에 비추어 볼 때에 그 방치행위자체가 저작권 침해행위로 판단되어야만 하는 경우도 있을 수 있다고 판단하였는데,⁹³⁾ 이것은 종래의 가라오케 법리에서의 장소 등의 실제적인 관리지배성을 강조하고 있었던 경향에서 더 나아가 디지털 기술의 발전에 의하여 반드시 점포 등의 장소를 관리지배하고 있지 않더라도 침해주체성을 인정한 것으로서 가라오케 법리의 확장된 모습이라고 해석되기도 한다.⁹⁴⁾

V. 제공하는 제품·서비스에 존재하는 침해특성에 의한 유형의 분류

1. 유형분류의 기준 및 태양

간접적 관여자가 직접적 행위자에게 제공하는 제품·서비스에 의하여 야기되는 간접적인 저작권 침해사례가 있는데, 이와 같은 것 중에는 제품·서비스의 침해특성으로서, ① 오로지 저작권 침해에 이용되는 특성이 있는 유형의 것(침해전용물 사례), ② 침해전용물은 아니지만 정형적인 침해태양에 의한 저작권

91) *Ibid.*

92) 東京高判平成17年3月3日判決平16(ネ)2067(判時1893号126頁・判タ1181号158頁・判例百選(4)46事件).

93) 青山紘一, 앞의 책, 490면.

94) 中山信弘, 앞의 著作権法, 421면.

침해에 상당정도 이용될 높은 개연성이 인정되는 특성이 있는 유형의 것(정형적(定型的) 침해기여물 사례), ③ 통상의 경우는 대략 적법하게 이용되는 것이지만, 우발적, 예외적으로 저작권 침해에 이용되는 유형의 것(우발적 침해기여물 사례)이 있다. 여기에서 침해전용물이나 정형적 침해기여물의 제공자에게는 당해 결과의 예견가능성이 있다고 통상은 상정되어 결과회피의무위반이 인정되며, 당해 제공자에게는 침해결과의 귀책상당성이 있어 사안에 따라서 직접적 또는 간접적인 저작권 침해행위자라고 평가될 수 있다.⁹⁵⁾

2. 침해전용물 제공사례

침해전용물 사례의 경우에 당해 침해전용물의 제공자는 특단의 사정이 없는 한, 결과회피의무 위반의 책임을 져야 하는 것이라고 생각되고, 당해 제품·서비스를 제공함으로써 침해행위를 야기한 것이 되며, 간접적인 저작권 침해행위자 등로서의 침해행위 주체성 및 귀책상당성이 인정된다고 보아야 할 것이다.⁹⁶⁾

침해전용물 사례는 저작권 분야에서는 특허권의 분야만큼은 상정되지 않지만, 예를 들면 개인적인 게임스토리의 개변(改變)사용이 동일성 유지권의 침해라고 하면, 게임 소프트웨어 개변사용을 위한 메모리카드 등의 제품이 해당하게 된다.⁹⁷⁾ 또 일반적으로 유통하는 것은 아니지만, 특정한 판화나 조각 등의 모조품을 작성하기 위한 판이나 모형 등도 침해전용물이라고 생각하여 볼 수 있을 것이나, 이 경우에 저작권 침해여부는 특허법상의 간접침해규정의 적용과는 별도로 고려 및 검토되어야 할 것이다.

3. 정형적 침해기여물 제공사례

정형적 침해기여물 사례로서는 앞서 살펴본 가라오케 리스사업 등의 사례와

95) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 833면.

96) 山本隆司, “教唆・幫助による著作権侵害の成否”, 現代社會と著作権法[齊藤博先生御退職記念論文集], 株式會社弘文堂, 2008, 275면 참조.

97) 作花文雄, 앞의 著作権法 基礎と応用, 204-205면 참조.

에 예를 들면 P2P소프트웨어 제공사례 등이 있을 수 있다. P2P 소프트웨어는 적법한 이용에도 제공할 수 있는 것이지만, 대부분의 경우, 또는 상당한 정도에 있어서 정형적인 침해태양의 이용에 제공될 수 있는 것이다. 정형적 침해기여물 사례의 경우에는 해당 제품 또는 서비스가 적법하게 이용에 제공될 가능성도 있는 점에서 그 침해특성에 맞게 침해행위의 주체성이나 귀책상당성의 인정에 요구되어야 할 침해행위에 대한 인식의 정도나 결과회피의무의 정도 등도 달라진다고 보아야 할 것이다.⁹⁸⁾

여기서 정형적 침해기여물과 관련된 판례들은 앞서 살펴본 P2P소프트웨어 제공사례로서 능동적 관여유형에 해당하는 파일로그 사건 이외에도 選撮見録 사건,⁹⁹⁾ 만화넷(漫畫net)배선송신 사건¹⁰⁰⁾ 및 위니(ウィニー) 사건¹⁰¹⁾ 등이 있는데, 여기서 選撮見録 사건에서는 1주일 분량의 TV프로그램을 녹화가능하게 하는 집합주택용 자동녹화장치인 영상기록전달시스템을 판매하고 있는 업자가 직접적으로는 복제행위 혹은 송신가능화행위를 하지 않은 자이더라도 현실적인 복제행위 또는 송신가능화행위의 과정을 관리·지배하고, 또 이익을 얻고 있는 자도 복제행위 내지 송신가능화행위를 직접 행한 자와 동일시할 수 있고, 복제행위 내지 송신가능화행위의 주체가 되어 저작권, 저작권접권의 침해주체로 된다고 판단되었는데, 단, 원심인 1심판결¹⁰²⁾과 달리 본 판결인 항소심에서는 금지가 인정되는 것은 텔레비전 방송을 수신할 수 있는 지역에 한정된다고 하여 1심판결을 일부 변경하였다.

그리고, 만화넷(漫畫net)배선송신 사건에서는 만화단행본을 화상파일화하고, 특정한 웹사이트를 통하여 인터넷에 의한 공중송신으로써 만화의 저작자의 저작권(공중송신권)을 침해한 경우에 있어서, 직접침해행위자에 인터넷브로드밴드(broadband)회선을 제공하거나 또는 서버를 제공한 회사가 각각 침해행위의 방조자로서 공동불법행위책임을 부담한다고 판단되었고, 위니(ウィニー) 사건

98) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 833면.

99) 大阪高裁平成19年6月14日判決平17(ネ)3258, 平18(ネ)568, 平18(ネ)362(判時1991号122頁・判例百選(4)99事件).

100) 東京地裁平成19年9月13日判決平19(ワ)6415(判時1991号142頁・判タ1276号311頁).

101) 東京地裁平成19年12月13日(知財부리)즈む平成22年1月号38頁).

102) 大阪地裁平成17年10月24日判決判時1911号65頁.

에서는 파일공유소프트웨어를 개발하고 있었던 자에 의한 인터넷을 매개로 한 파일공유소프트웨어의 제공행위가 저작권법위반방조에 해당한다고 판단되었다. 다만, 항소심에서 형법상의 방조죄¹⁰³⁾는 성립하지 않은 것으로 해서 무죄로 되었다.¹⁰⁴⁾ 해당 판결은 프로그램 개발자가 저작권법 위반에 관하여 방조죄의 피고인으로 된 일본국내 최초의 케이스라는 점에 의의를 둘 수 있겠다.¹⁰⁵⁾

4. 우발적 침해기여물 제공사례

우발적 침해기여물 제공사례로서는 예를 들면, 비디오 레코더 등의 복제 기능을 가진 일반적인 가정용 전자제품 등에 기인하는 사례가 해당한다고 볼 수 있는데, 우발적인 침해기여제품이나 서비스의 제공사례의 경우에는 부과되어야 할 결과회피의무는 상대적으로 낮다고 할 수 있다. 그리고, 이 사례 중 특정행위자에 대한 관여사례의 경우는 침해발생의 개연성에 대한 주의의무가 부과되는 경우도 있지만, 불특정행위자에 대한 관여사례의 경우 등에서는 간접적 관여자가 특정한 구체적인 침해발생사실을 인식한 시점부터 당해 침해를 제거할 의무가 생기는 경우가 많을 것이다.¹⁰⁶⁾ 이와 관련되어 간접침해를 인정한 일본의 판례는 거의 없지만, 참고적으로 특허권의 간접침해와 관련된 미국의 판례인 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 사건을 보면, 우발적 침해기여물의 제공에 관한 판시내용이 잘 나타나 있는데, 본 판결에서는 미국 특허법 271조(c)의 간접침해규정에 있어서의 실제상 특허권을 침해하는 일 없이 사용할 수 있는 일반적인 상품의 경우에는 간접침해를 구성하지 않는다는 취지의 규정(staple article of commerce doctrine)을 인용하면서, 복제기기의 판매는 당해 제품이 정당한 이용에 폭넓게 이용되는 경우에는 기여침해책임을 구성하지 않는다는 취지를 판시하고 있다.¹⁰⁷⁾

103) 日本刑法第62條第1項

104) 大阪高裁平成21年10月8日判決平19(う)461.

105) 青山紘一, 앞의 책, 532면.

106) 作花文雄, 앞의 詳解 著作権法(第4版), 834면.

107) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774(1984).

Ⅵ. 결론

이상과 같이 저작권의 간접침해는 유형별로 그 해석과 구체적인 적용법리가 달라질 수도 있다. 한편으로는 능동적 관여유형과 정형적 침해기여물 유형이 중복되어 적용될 수도 있는 등 사안의 복잡성 여부에 따라 중복해서 적용될 수 있는 여지도 있다. 특히 일본에서는 대위책임에 유사한 법리를 적용하고 있는 가라오케 법리를 중심으로 하여 여러 가지 적용법리들이 나타나고 있음을 확인할 수 있으며, 행위유형별로의 세분화된 검토와 온라인상의 간접침해자의 문제만이 아닌 오프라인상에서의 간접침해자에 대한 문제도 구체적으로 세분화하여 광범위하게 다루어지고 있음도 확인할 수 있다. 이러한 판례들은 사안에 따라 다양한 판례와 법리들을 새롭게 만들어 내놓고 있다. 물론 가라오케 법리를 결과적으로는 저작권의 직접침해의 개념에 포함시켜 해결하는 법리로 해석하기도 하지만, 이것은 미국의 간접침해에 관한 판례해석론과 이에 충실하고자 하는 우리나라와는 달리 일본의 간접침해법리가 매우 다양한 사례속에서 독특하게 발전하여 왔다는 것을 보여주는 것이기도 하다.

특히 온라인 서비스 제공자의 책임문제 등과 같은 온라인상의 간접침해여부에 대한 판단만이 존재하였던 우리나라와는 달리 일본에서는 오프라인상의 다양한 사례들에 대해서도 간접침해의 법리가 형성되어 왔는데, 이것은 온라인 상에서 문제가 생긴 이후에 비로소 간접침해에 관한 연구가 시작된 우리나라가 인터넷이 발달하기 이전부터 간접침해에 관한 문제를 다루어 온 일본에 비해 그 연구의 역사도 짧고, 이에 관한 면밀한 검토도 없었다는 것을 반증하는 것이기도 하다.

따라서, 우리나라에 있어서도 미국의 판례해석론을 토대로 하여 일본에서의 다양한 판단법리와 유형별로 세분화된 간접침해의 판단기준을 심도있게 검토하여 볼 시기가 도래하였다고 생각하며, 우리나라에 있어서도 부각은 되지 않았지만, 오프라인상의 간접침해와 관련된 사례들이 유형별로 존재하고 있었고, 지금도 발생하고 있다는 사실을 간과해서는 안될 것이다.

이와 관련하여 일본에서는 저작권법에 있어서 간접침해에 관한 새로운 법률규정을 만들어 해결하여야 한다는 입법론과 기존의 법률로서도 판례들의 법리

를 확대적용하여 충분히 해결가능하다는 논리가 대립되어 나타나기도 하는데, 앞서 살펴본 바와 같이 현재의 일본의 법규정내에서도 간접침해에 관한 판단이 판례들을 통해 체계적으로 이루어지고 있다는 점을 고려하여 볼 때에는 오히려 다양한 사실관계의 해결에 융통성있게 대응할 수 있다는 면에서 별도의 입법이 필요하지 않아도 별 문제는 없을 것 같기도 하다. 그리고, 이러한 현재의 상황 때문에 일본 저작권법에 있어서 간접침해의 범위를 명확히 해야한다는 입법에 대한 논의는 계속되고 있지만, 이것을 그렇게 신속하게 처리해야 될 필요성을 인정하고 있지는 않은 것으로 보인다.

결국 우리나라에 있어서도 상기와 같은 간접침해의 유형별 사례들을 참조하여 온라인상뿐만 아니라, 오프라인 그리고, 다양한 환경하에서 벌어지고 있는 간접침해에 대한 명확한 법적 해결책을 정립하는 것이 필요할 것으로 생각된다.¹⁰⁸⁾ 이에 대한 분석 및 검토가 계속 주저될 경우에는 앞으로 일본의 경우와 같은 다양한 사례들의 발생시에 그제서야 기존의 법률규정하에서의 해석이 불충분함을 인식하게 되어 저작권법상의 간접침해에 관한 새로운 입법론과 관련된 논의 등의 의견대립 등과 같은 혼란이 이루어질 수도 있음을 염두에 두어야 할 것이다.

108) 이와 관련하여 일본의 知的財産戰略本部의 보고서인 「知的財産推進計劃 2009」의 15-24면에 따르면, 저작권법에 '간접침해'에 관해, 행위주체의 사고방식을 위시하여, 금지청구의 범위를 명확하게 하는 것 등에 대해 소속히 검토를 하고, 필요한 조치를 강구할 것을 강조하고 있다(김민배, "일본의 지적재산전략과 기술보호정책", 지식재산연구, 제5권제3호(2010.9), 한국지식재산연구원, 14면.).

참고문헌

〈국내문헌〉

- 박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2006.
- 사법연수원, 전자거래법, 2011.
- 안효질, P2P환경하에서의 저작권침해책임, 한국법제연구원, 2001.
- 오승중, 저작권법, 박영사, 2009.
- 장재혁 編譯, 著作権에 관한 外國判例選(7)-日本篇-, 저작권심의조정위원회, 2003.
- 한국정보법학회, 정보법 판례백선(1), 박영사, 2006.
- 中山信弘 著, 윤선희 編譯, 著作権法, 법문사, 2008.
- 김민배, “일본의 지적재산전략과 기술보호정책”, 지식재산연구, 제5권제3호(2010. 9), 한국지식재산연구원.
- 전성태, “저작권 간접침해에 대한 금지청구”, 창작과권리, 제53호(2008.12), 세창출판사.

〈해외문헌〉

- 藤川義人, よくわかる知的財産権, 株式會社日本實業出版社, 2004.
- 著作権法令研究會, 著作権法入門, 社団法人著作権情報センター, 1999.
- 小泉直樹外 6人, ケースブック知的財産法(第2版), 株式會社弘文堂, 2008.
- 高林龍, 著作権ビジネスの理論と實踐, 株式會社成文堂, 2010.
- 青山紘一, 著作権法(事例・判例), 經濟産業調査會, 2010.
- 齊藤博, 著作権法(第3版), 株式會社有斐閣, 2007.
- 黃山久芳外 4人, 知的財産法判例集, 株式會社有斐閣, 2007.
- 知的所有權問題研究會, 最新 著作権關係判例と實務, 株式會社 民事法研究會, 2007.
- 作花文雄, 著作権法 基礎と応用, 社団法人發明協會, 2004.
- 作花文雄, 詳解 著作権法(第4版), 株式會社ぎょうせい, 2010.
- 牧野利秋, “著作権等侵害の主体”, 新裁判實務大系 著作権關係訴訟法, 株式會社青林書院, 2007.
- 作花文雄, “非中央管理型P2PとAuthorization法理の適用可能性-豪州「Sharman」事件聯邦裁判所(FCA)判決をめぐる間接侵害責任法理の論点と考察- Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings

- Ltd”, コピライト, 社団法人著作権情報センター, 2006.1.
- 鳥澤孝之, “著作物利用行為の主体の範囲の再考-物理的利用行為者を介した著作物の利用をめぐって-”, 第6回著作権・著作隣接権論文集, 社団法人著作権情報センター, 2007.
- 平嶋龍太, “著作権侵害主体の評価をめぐる論議について-私的利用領域の拡大と差止範囲畫定の視点から”, 現代社會と著作権法[齊藤博先生御退職記念論文集], 株式會社弘文堂, 2008.
- 大淵哲也, “間接侵害(1)-カラオケスナグ”, 著作権判例百選(第4版), 株式會社有斐閣, 2009.12.
- 近藤剛史, “カラオケによる歌唱-クラブ・キャッツアイ事件”, 知的財産法最高裁判例平釋大系Ⅲ(小野昌延先生喜壽記念), 株式會社青林書院, 2009.
- 山口裕博, “リース業者の責任-カラオケ・リース事件-”, 著作権判例百選(第3版), 株式會社有斐閣, 2001.5.
- 潮海久雄, “著作権侵害の責任主体-不法行為法および私的複製・公衆送信權の視点から”, 現代社會と著作権法[齊藤博先生御退職記念論文集], 株式會社弘文堂, 2008.
- 辰巳直彦, “カラオケリース業者のカラオケ裝置の引渡しの際の確認義務”, 知的財産法最高裁判例平釋大系Ⅲ(小野昌延先生喜壽記念), 株式會社青林書院, 2009.
- 山本隆司, “教唆・幫助による著作権侵害の成否”, 現代社會と著作権法[齊藤博先生御退職記念論文集], 株式會社弘文堂, 2008.

〈인터넷 자료〉

한국저작권위원회 정보자료(법령자료), 일본저작권법(2010판 번역본) 웹사이트 참조
 <http://www.copyright.or.kr/info/law/precedent_view.do?bd_seq=8080&cPage=4&CT_NO=> (검색일 : 2011.4.20.)

A Study on Determination Standards of Indirect Infringement of Copyright based on types' classification: Focusing on Japanese Court Cases

Tae-Ho Jung

Abstract

In Korea, studies on indirect infringement are hardly accomplished except for studies on Online Service Provider(OSP)'s responsibility. And there is also no court case related to indirect infringement except for court cases related to infringement determinations on internet online. Korean court cases have only followed steadily legal principles on contributory Infringement and vicarious Infringement established by USA's court cases.

But, in Japanese copyright law, various court cases and principles of law for determination of indirect infringement of copyright have appeared not only in cases related to problems of internet online but also in various types related to offline cases. Therefore, we need to analyze and study concretely current flows of Japanese court cases and legal principles related to indirect infringemet of copyright in Japanese copyright law.

This paper studied on determination standards of indirect infringement of copyright based on types' classification by analyzing Japanese court cases and the related theories concretely and simultaneously with that, I suggested a establishment of legal principles about indirect infringemet of copyright in Korean copyright law in this paper.

Keywords

Indirect Infringement, Contributory Infringement, Vicarious Infringement, Online Service Provider(OSP), Japanese Court Cases, Types' Classification, Japanese Copyright Law

