
일본에서의 저작권 간접침해행위의 규제*

- 판례 · 학설 및 입법적 동향을 중심으로 -

전 성 태**

목 차

- I. 서론
- II. 판례 및 학설의 동향
 - 1. 판례
 - 2. 학설
 - 3. 판례 및 학설의 검토
- III. 입법적 논의 동향과 학계의 반응
 - 1. 서설
 - 2. 입법적 검토에 대한 주요 내용
 - 3. 학계의 반응
- IV. 결론 및 시사

* 본 논문은 한국지식재산연구원의 2010년도 국제학회 · 세미나 참가지원사업에 따른 연구임.

** 한국지식재산연구원 부연구위원, 법학박사

초록

저작권(copyright) 분야에서는 저작물을 무단으로 직접 침해(direct infringement)하는 행위뿐만 아니라, 저작권 직접침해에 일정한 수단을 제공함으로써 저작권 침해를 야기하는 자들에 대한 책임(liability)이 문제되어 왔다. 특히 우리나라에서는 저작권 간접침해책임의 일종으로서 온라인서비스제공자(Online Service Provider, 이하 ‘OSP’)의 책임이 논란의 중심이 되어 왔다. 이러한 OSP 책임에 대하여 우리 판례는 민법(civil law) 제760조 제3항이 성문법적 근거가 됨을 밝히고 있다. 이와 같이 방조에 의한 공동불법행위(joint)로 이론 구성한 판례의 입장에 대하여 학설도 대개 일치된 입장을 취하고 있다.

그러나 우리와 저작권법제가 유사한 일본의 경우에는 판례를 통하여 다양한 법리가 저작권 간접침해문제 해결에 이용되고 있다. 우선 “가라오케 법리(karaoke theory)”를 들 수 있다. 이 법리는 ‘지배관리성(control)’과 ‘이익성(benefits)’을 요건으로 저작물의 이용주체를 확장하는 법리이다. 이 법리는 계속 확장되어 ‘지배관리성’과 ‘이익성’을 충족한 경우에는 직접침해행위자가 아니라도 저작권 침해로 간주하는 법리로 사용되고 있다. 또한 교사·방조의 법리도 저작권 간접침해의 해결법리로서 적용되고 있다. 특히 민사영역에서 방조에 의한 불법행위의 경우에는 금지청구를 인정하지 않는 것이 일반적임에도, 방조법리를 이용하여 저작권 간접침해에 대하여 금지청구를 긍정하고 있는 실정이다. 그럼에도 이러한 판례의 법리들은 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없다는 비판이 계속되고 있다. 이에 따라 일본에서는 저작권 간접침해에 관하여 법적 안정성과 예측가능성을 확보하자는 관점에서 입법적 검토가 계속되고 있다.

이러한 측면에서 볼 때, 우리나라에서 통설로 여겨지는 방조 법리의 경우도 간접침해자의 책임범위에 대한 불확실성에 대한 문제가 여전히 남아 있다. 이러한 관점에서 입법적으로 해결하고자 하는 일본의 노력은 우리에게 시사하는 바가 크다. 우리도 저작권 간접침해행위자의 규율문제를 저작권법 틀에서 법적 안정성과 예측가능성을 담보하는 관점에서 많은 논의와 입법적 노력을 기울여야 할 때라고 생각된다.

주제어

저작권 간접침해, 가라오케 법리, 교사·방조 법리, 금지청구, 간접침해 유형

I. 서론

‘저작권 침해행위’란 저작권자 이외의 자가 저작권자의 허락 또는 법적 권원 없이 저작권법에 규정된 지분권을 이용하는 행위를 말한다.¹⁾ 그래서 복제권, 공연권, 방송권 등 저작재산권의 지분권을 저작권자의 허락없이 이용하는 행위²⁾와 이들 침해행위와 실질적으로 동일시 할 수 있는 행위를 할 경우에는 저작권 침해가 된다.³⁾

이 점은 일정한 이용행위에 대하여 배타적 권한의 범위를 설정하고, 권리자만이 당해 이용행위를 할 수 있도록 법적 권한을 주고 있는 지식재산권법제 하에서의 권리침해의 개념에 공통되는 것이라고 볼 수 있다.

‘저작권 간접침해’란 법률적 개념이 아니라 강학상 발전된 개념이지만, 일반적으로 저작권 직접침해[저작권법에서 규정하고 있는 법정이용행위(저작권법 제16조~제22조 및 124조)를 침해한 경우를 말한다]에 일정한 手段(도구나 시설·장소·기회·서비스 등)을 제공함으로써 저작권 침해를 야기하는 것을 말한다. 이와 같이, 저작권 직접침해에 일정한 수단을 제공한 자의 저작권 침해행위를 ‘저작권 간접침해행위’라고 하고, 그 책임을 부담하는 자를 ‘저작권 간접침해행위자’라고 할 수 있을 것이다. ‘저작권 간접침해’의 개념은 인터넷 서비스 제공자의 책임을 포괄하는 넓은 개념으로 파악할 수 있다.

저작권 분야에서는 저작물을 무단으로 직접 이용하여 저작권을 침해하는 자가 아니라, 저작권 직접침해에 일정한 수단 등을 제공함으로써 저작권 침해를 야기하는 자들의 책임이 문제되어왔다. 특히 2000년대에 접어들면서, 우리나라의 소리바다 사건(제1심)⁴⁾을 비롯하여 일본에서는 파일로그 사건⁵⁾ 및 연주회

1) 송영식·이상정, 저작권법 개설, 제4판, 증보판, 2009, 303면; 中山信弘, 著作権法, 有斐閣, 2007, 458-459면.

2) 저작권법 제16조 내지 제22조.

3) 저작권법 제124조.

4) 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284판결.

5) 東京地決平成14年4月9日 東京地決平成14年4月11日判時1780号25頁(가처분결정), 東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁(第1審中間判決), 東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁[第1審終局判決], 東京高判平成17年3月31日[控訴審].

프로모션 사건⁶⁾ 등 다양한 형태의 저작권 간접침해행위에 대한 사건들이 발생하였다.

우리나라의 경우 저작권법에 간접침해에 대한 별도의 특별한 입법적 조치가 되어 있지 아니하며, 온라인서비스제공자(OSP)의 책임제한에 관한 소극적 규정만이 마련되어 있기 때문에, 간접 침해자에게 책임을 지우기 위한 법적 근거에 대해서는 상당한 논란이 있어 왔다.

판례는 소리바다 사건을 통한 다수의 판결을 통해 시행착오를 겪은 결과, 민법 제760조 제3항이 OSP 책임에 대한 성문법적 근거가 될 수 있음을 밝히고 있다. 이와 같이 방조에 의한 공동불법행위로 이론 구성한 판례의 입장에 대해 학설은 거의 대체적으로 따르고 있다.⁷⁾ 판례는 소리바다1 사건에서 OSP 사업자로서의 주의의무를 확정하고 이에 미흡할 경우 공동 불법행위 책임을 부과하는 논리를 구성하고 있는데, 이와 같은 법리는 소리바다3 사건에서 슈퍼노드 방식의 P2P 사업자에게도 확장 적용된 바 있으며 최근 소리바다5 사건에서도 재차 확인되고 있다. 현행법상으로 학설과 판례가 거의 일치하여 공동불법행위 책임에 의한 이론 구성을 하고 있다.

한편, 우리와 같이 저작권법에 저작권 간접침해에 대한 책임규정이 없는 일본에서는 간접침해와 관련된 다수의 사건에 각종의 법리를 이용하거나 새롭게 창출하여 저작권침해의 관여자를 침해의 주체로 인정하여 침해의 정지 및 손해배상에 의한 구제를 하고 있다. 또한 일본은 2002년부터 이러한 간접침해문제를 입법적으로 해결하기 위한 논의를 계속하고 있다.

따라서 본고에서는 일본의 판례에서 나타난 저작권 간접침해법리와 학설의 태도 및 일본의 입법적 동향에 관하여 살펴보고자 한다.

6) 東京地判平成14年6月28日判時1795号151頁.

7) 김기중, "개정 저작권법에서 저작물의 전송을 차단하는 기술적인 조치", Law & technology, 제3권 제2호(2007), 61면; 이규호, "인터넷서비스제공자의 책임 : 저작권자와 디지털복제기술공급자의 충돌과 조화", 계간 저작권, 77호(2007. 4), 67면; 박태일 "온라인서비스제공자책임에 관한 연구: 우리나라의 사례를 중심으로", 창작과 권리, 제44호(2006.), 45면; 최진원, "인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰 - 간접침해와 사적복제를 중심으로 -", 인터넷법률, 통권 제43호(2008. 7), 84면.

II. 판례 및 학설의 동향

1. 판례

일본에서는 저작권 간접침해행위와 관련된 다양한 사건들이 문제되어 왔고, 판결로 이어졌다. 그 결과 저작권 간접침해와 관련된 많은 판례들이 축적되고 있다. 이에 따라, 일본의 학계와 실무계에서는 이러한 저작권 간접침해 사건들을 유형화하여 분석한 논자들도 상당수 있다.⁸⁾ 그 중에서 일설은 저작권 간접침해 사건을 스스로 직접 저작권 침해행위를 하지는 않았으나, 장소나 기회를 제공한 결과 자기가 지배하는 영역에서 저작권 침해행위가 이루어진 경우에 그 장소나 기회를 제공한 자의 책임이 문제된 사례, 저작권 직접침해자에게 가라오케 장비를 리스하는 것과 같이 일정한 도구를 제공한 사례, 그리고 IT 장비와 같은 일정한 시스템을 제공함으로써 저작권 침해를 야기하는 사례로 구분하고, 이를 i) ‘장소·기회 제공형’, ii) ‘도구 제공형’, iii) ‘시스템 제공형’ 이라는 3유형으로 분류하여 설명하는 견해⁹⁾가 있다. 일본에서 발생한 저작권 간접침해 사례는 대개 이 3가지 유형에 포섭된다. 따라서 이하에서는 이 견해에 따라, 일본의 저작권 간접침해 관련 사안을 분석하고 정리하여 설명하고자 한다.

8) 직접침해자에게 침해를 야기한 행위 유형을 상당인과관계론에 따라저작권 간접침해의 유형을 1) 통상의 용도가 저작권 침해인 물이나 서비스의 제공, 2) 통상의 용도가 저작권 침해가 아닌 물이나 서비스의 제공, 두 가지로 분류하여 각 행위의 형태에 따라 저작권 간접침해의 해당성을 설명하는 견해(山本隆司, 著作権の間接侵害に對する差止めとその行為類型, 2007, 5면 이하 참조, www.itlaw.jp/NBL865.pdf(2010. 5. 25 검색). 저작권 간접침해의 분류를 직접침해자와 간접침해자와의 인적관계의 유무로 구분하여, 인적관계가 있는 경우는 다시 업무위탁·고용관계, 기기·장치 등 제공유형, 이용장소 제공유형으로, 인적관계가 없는 경우에는 능동적 관여유형과 수동적 관여유형으로 나누어 설명하는 견해도 있다(作花文雄, 著作権制度と政策, 第3版, 發明協會, 2008, 364-365면). 이러한 분류 외에도 後藤勝也, “マルチメディア社會における著作権の間接侵害, コピライト, 438号(1997), 56-57면은 (i) 저작권침해에 이용되는 기기·소프트웨어의 제공, (ii) 저작권침해에 관계된 장소·기회제공, iii) 저작권침해물의 전달이라는 3유형으로 정리를 행하고 있다(같은 분류로는 寄与侵害・間接侵害委員會, 寄与侵害・間接侵害に對する研究, 社団法人著作権情報センター附屬著作権研究所, 2001, 61면).

9) 吉田克己, “著作権の間接侵害と差止請求”, 知的財産法政策研究, Vol.14(2007), 北海道大學大学院法學研究科21世紀COEプログラム「新世代知的財産法政策學の國際據点形成」事務局, 2007, 145면.

1) 장소·기회 제공형

(1) 클럽 캐치아이 사건

이 사건¹⁰⁾ 원고는 일본음악저작권협회(이하, 'JASRAC'라 함)이며, 피고는 클럽 캐치아이라는 가라오케 점포의 경영자이다. 이 사건의 피고는 자신의 점포에 가라오케 장치를 설치하여 원고인 JASRAC의 관리 하에 있는 악곡이 수록된 가라오케 테이프를 고객에게 제공하였다. 고객은 피고가 미리 준비한 가라오케 테이프의 범위 내에서 곡을 선택하고, 피고가 설치한 가라오케 장치를 종업원의 조작을 통하여 가창하게 하였다. 이에 원고는 피고의 행위가 연주권을 침해한다고 주장하여 금지청구 및 손해배상을 청구하였다.¹¹⁾ 이 판결은 가라오케 점포를 연주행위의 주체로 보고, 피고의 행위가 공중에게 직접 듣게 하는 것을 목적으로 하는 연주에 해당한다고 하여 원고의 청구를 인용하였다. 피고는 항소했으나 항소심판결¹²⁾도 1심과 같이 원고를 지지하고 항소를 기각하였다. 이에 원고는 항소심판결에 불복하여 상고하였다.

일본 최고재판소¹³⁾는 “가라오케 등의 운영자가 가라오케 장치와 음악저작물인 악곡이 녹음된 가라오케 테이프를 비치해 두고 고객에게 가창을 권유하며, 고객이 선택한 곡목을 가라오케 테이프로 재생하는 방식으로 연주함으로써 다른 고객의 면전에서 가창하도록 하는 등의 행위를 통해 점포의 분위기를 조성하고 있을 경우에는 가라오케 운영자는 당해 음악저작물의 저작권의 허락을 얻지 않는 한, 고객에 의한 가창에 따라 그 가창의 주체로서 연주권 침해에 따른 불법행위 책임을 면할 수 없다.”고 판시하였다. 이 판결에서 법원은 다음 두 가지 사항을 그 이유로 들고 있다. 하나는 가라오케 영업주의 ‘지배관리’¹⁴⁾이고, 다른

10) 最判昭和63年3月15日民集42卷3号199頁.

11) 福岡地判昭和57・8・31無休集16卷2号485頁.

12) 福岡高判昭和59・7・5無休集16卷2号463頁.

13) 最判昭和63年3月15日民集42卷3号199頁.

14) 고객이나 노래방 등의 가창이 공중인 다른 고객에게 직접 들리도록 하는 것을 목적으로 한 것은 명백하며, 고객만이 가창할 경우에도, 고객은 스낵의 경영자와 무관계로 가창하고 있는 것은 아니고, 종업원에 의한 가창의 권유, 경영자가 비치한 가라오케 테이프의 범위내에서의 선곡, 경영자가 설치한 가라오케 장치를 종업원에 의한 조작을 통해 경영자의 관리하에 가창하고 있다고 해석되는 점

하나는 ‘영업상의 이익’¹⁵⁾이다. 이상의 이유를 들면서, 저작권법이라는 법률의 관점에서 보면 경영자에 의한 가창과 동일시 할 수 있다고 판시하였다. 이러한 저작권 침해의 주체성 판단을 일본에서는 “가라오케 법리”라고 불리고 있다. 물리적으로 실제 연주자를 지배·관리함으로써 영업상의 이익을 취한 자는 저작권 침해의 주체로 인정하는 법리이다.

(2) 연주회 프로모션 사건

이 사건¹⁶⁾은 저작권자가 음악연주회를 주최한 프로모션에 대하여 음악저작물을 무단으로 연주 및 사용하였다는 이유로 공연의 개최 및 연주의 금지를 청구한 사안이다. 이 사건의 프로모터는 연주회장을 설치, 입장요금을 결정하여 티켓을 판매하는 등 연주회에 대해 광고 선전활동을 하였다. 또한 연주회 당일에는 연주회장을 운영·관리 하는 등의 업무를 하였으며, 이렇게 함으로써 연주회의 손익이 귀속하므로 연주회에서의 연주가 그의 관리하여 이루어졌으며 경제적 이익을 얻을 수 있는 지위에 있다고 하여 금지청구를 인정한 사안이다.

2) 도구제공형

(1) 파브하우스 G7 사건

이 사건 원고는 일본 음악저작권협회(JASRAC)이며, 피고는 가라오케 점포의 경영자와 이 자에게 가라오케 장치를 제공하고 있는 비디오메이츠 유한회사(이하, ‘비디오메이츠’라 함)이다. 사안의 개요는 다음과 같다. 피고 비디오메이츠는 이바라키현 남부를 중심으로 하는 지역에서 가라오케 장치의 리스 및 판매 업무를 하고 있다. 1991년 피고 비디오메이츠와 가라오케 경영주는 가라오케 장치의 리스 계약을 체결할 때 피고 비디오메이츠에게 구두로 원고와 사용허

15) 경영자는 고객의 가창을 점포의 영업정책의 일환으로 삼아, 이를 이용하여 소위 노래방으로서의 분위기를 조성하고, 이러한 분위기를 좋아하는 고객을 방문을 도모하여 영업상의 이익을 증대시키는 것을 의도하고 있다고 해야 하는 점

16) 東京地判平成14年6月28日判時1795号151頁.

락계약을 체결해야한다는 점을 피고 가라오케 경영주에게 환기시켰으나, 실제로 사용허락계약을 체결했는지 여부에 대해서는 확인하지 않았다. 원고의 주장에 의하면 가라오케 점포의 사용허락계약의 체결율은 1999년 3월 현재 60.4%, 이 사건 점포가 있는 이바라키현의 경우 52%에 지나지 않았다. 이는 피고 가라오케 경영주의 가라오케 장치의 리스와 관계가 있다고 주장하여 원고는 저작권 침해를 이유로 피고들에 대하여 금지 및 손해배상청구를 하였다. 한편, 피고 가라오케 경영주는 원고와 사용허락을 얻을 필요가 있음을 리스계약을 체결할 때에 계약서나 구두로 주의를 환기하였으며, 그 이상의 책임을 부담하지 않는다고 주장하여 다툼이 된 사안이다.

제1심 판결¹⁷⁾ 및 항소심 판결¹⁸⁾은 가라오케 연주를 행하고 있는 스넥바가 저작권 침해를 이유로 하는 가라오케 장치의 사용금지 가처분의 집행명령을 받은 점을 알고 있는 때부터 가라오케 장치의 리스를 계속한 점에 대해서는 책임을 인정했으나, 그 이전의 행위에 대해서는 스넥바가 허락계약을 체결하지 않을 가능성을 의심할 만한 특단의 사정이 있다고 보기 어렵다고 하여 주의의무 위반을 부정하였다.

한편, 일본 최고재판소¹⁹⁾는 가라오케 장치의 리스업자에 대한 손해배상청구에 대해서는 가라오케 경영자가 허락을 얻지 않고 있음을 현실로 안 날로부터의 손해만을 허용한 원심판결의 일부를 파기하고, 그 이전의 손해에 대해서도 침해행위에 제공한 기기의 제공자인 가라오케 장치의 리스업자의 방조책임을 인정하여, 손해배상청구에 관계된 부분을 증액·변경해야 한다고 판시하였다. 또한 가라오케 경영자에 대해서도 주관적 병합에 의해 가창·상영의 금지 및 가라오케 장치의 철거청구와 함께, 손해배상청구가 행해져 원판결은 이를 허용해야한다고 했으나, 동일인이라는 관계로는 상고를 할 수 없다고 확정하였다.

또한 이 판결은 불법행위에 의한 손해배상책임을 기초로 한 주의의무가 문제시된 사안으로서 그 판결요지는 “가라오케장치의 리스업자는 가라오케 장치의 리스계약을 체결할 때 당해 장치가 오로지 음악저작물을 상영하거나 연주하여

17) 水戸地判平成11・4・14平成9(7)106号.

18) 東京高判平成11・11・29民集55卷266頁.

19) 最高裁平成13年3月2日民集55卷185頁.

공중에게 직접 보이거나, 듣도록 하기 위해 사용되는 것일 때에는 리스계약의 상대방에 대하여 당해 음악저작물의 저작권자와의 사이에 저작물사용허락계약을 체결하거나 신청을 한 것임을 확인 한 후에 가라오케 장치를 인도해야할 조리상의 주의의무를 진다.”는 것이다. 이 판결은 이러한 결론에 이른 이유에 대해 다섯 가지를 들고 있다. 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 가라오케 장치의 위험성(가라오케 장치에 의해 상영 또는 연주되는 음악저작물의 대부분이 저작권의 대상임에 비추어 보면, 가라오케 장치는 당해음악저작물의 저작권자의 허락이 없는 한 일반적으로 가라오케장치이용 점포의 운영자에 의한 저작권침해를 발생시킬 개연성이 높은 장치라고 할 수 있는 점), 둘째 피해법익의 중대성(저작권침해는 형벌법규에도 저촉되는 범죄행위인 점), 셋째 리스업자의 사회적 지위(가라오케장치의 리스업자는 이러한 저작권침해의 개연성이 높은 가라오케 장치를 대여에 제공함으로써 영업상의 이익을 얻고 있는 점, 넷째 예견가능성(일반적으로 가라오케 장치 이용점포의 경영자가 저작물 사용허락계약을 체결하는 비율이 반드시 높다고는 할 수 없는 점은 공지의 사실이고, 가라오케 장치의 리스업자로서는, 리스계약의 상대방이 저작물 사용허락계약을 체결하거나, 신청을 한 것을 확인할 수 없는 한, 저작권침해가 행해질 개연성을 예상해야만 하는 점), 다섯째 결과의 회피가능(가라오케장치의 리스업자는 저작물 사용허락계약을 체결하거나, 신청한 것인지 여부를 쉽게 확인할 수 있고, 이에 따라 저작권침해회피를 위한 조치를 강구하는 것이 가능한 점)을 들었다.

이 판결은 “클럽 캐치아이 사건”을 답습한 것으로서 가라오케 장치를 이용하는 점포의 경영자를 침해주체로 파악하고, 리스업자를 방조자로 파악하여 공동 불법행위에 의한 손해배상책임을 인정한 사안이다.²⁰⁾

20) 이 판결 당시에는 침해행위로서 가사가 화면에 표시된 점 및 반주음악의 재생에 대한서의 상영을 파악하는 것이 가능했으므로, 가창이 아닌 영상의 재생이라는 관점에서 보면 클럽 캐치아이 판결보다는 의제가 적은 것으로 생각된다.

(2) 비토운 사건

이 사건²¹⁾의 원고는 JASRAC이며, 피고는 주식회사 비토운(ビットウン)이다. 이 사건은 피고 가라오케리스업자가 통신 가라오케 기기를 리스한 점포 중에서 93개 점포가 원고의 관리악곡을 허락없이 연주하고 있다고 하여, 피고에 대하여 원고가 리스하는 통신 가라오케 기기로 악곡 리스트에 기재된 음악저작물의 가라오케 음악 데이터의 사용금지청구를 한 사안이다. 이 사건은 통신 가라오케의 사안이며, 리스업자는 가라오케 장치의 리스 후에도 음악 데이터를 가라오케 점포에 유선으로 송신하였다. 따라서 버튼 하나로 악곡 데이터의 송신을 중지하면 점포에서는 가라오케 장치를 사용한 연주를 정지할 수 있는 사정이 있었다. 이 사건 원고는 연주권 및 상영권 침해를 이유로 원고에게 금지청구를 하였다.

오사카지방법원은 “리스업자를 저작권 침해의 방조자로 파악한 후 침해의 방조행위를 현실로 행한 자라도 방조자의 행위가 당해 저작권 침해행위와 밀접한 관련이 있고, 당해 방조자가 방조행위를 중지할 조리 상의 의무가 있으며, 또한 방조행위를 중지하여 저작권침해의 사태를 제거할 수 있는 상태에 있는 때에는 당해 방조행위를 한 자는 저작권 침해를 한자(침해주체)에 준하는 자라고 평가할 수 있으므로 저작권법 제123조 제1항의 ‘저작권을 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자’에 해당한다.”고 하였다. 그리고 저작권법 제123조 1항에 규정한 금지청구에 대해서도 적어도 침해행위의 주체에 준하는 입장이라고 평가될 수 있는 방조자를 상대방으로 하여 금지를 구하는 것이 허용된다고 판단하였다.

(3) 토끼메끼 메모리얼 사건

이 사건²²⁾은 가정용 게임 소프트웨어의 저작자가 그 개변만을 목적으로 하는 메모리 카드의 수입판매업자에 대하여 손해배상을 청구한 사안에 대하여 이를 인용한 원심 판결에 대한 상고를 기각한 판결이다. 이 사건에서 법원은 “오

21) 大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁.

22) 最判平成13年2月13日民集55卷1号87頁.

로지 게임 소프트웨어의 개변만을 목적으로 하는 메모리 카드를 수입, 판매하여 타인에게 사용하게 할 의도로 유통한 자는 타인의 사용으로 게임 소프트웨어의 동일성유지권의 침해를 초래한다고 하여 게임 소프트웨어의 저작자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 진다.”고 판시하였다. 그 이유에 대하여 법원은 현실로 이 사건 메모리 카드를 사용하는 자가 있음을 알고, 이를 유통한 수업 판매업자의 행위가 없었다면 이 사건 게임 소프트웨어의 동일성유지권 침해는 발생하지 않았을 것이라는 점을 들었다.

(4) 네오지오 사건

이 사건²³⁾은 TV게임기 본체를 사용하여 게임 소프트웨어를 구동하는 데 필수적인 전용 콘트롤러의 제조판매업자에 대하여 상영권 침해의 주체 및 공동주체로 보아 이 사건의 게임 장치의 판매금지 등을 청구한 사안이다. 이에 대해 법원은 콘트롤러의 제조판매자가 관리·지배하거나 상영 자체로 인해 이익을 얻을 목적이라고 할 수 없으므로 상영행위에 해당하지 않는다고 판시하였다. 따라서 콘트롤러의 제조판매업자의 행위는 상영행위와 동일시 할 수 없다고 하면서 이용자와 공동 상영주체도 아니라고 하여 판매금지청구를 기각한 사안이다.

3) 시스템 제공형

(1) 스타지오 사건

이 사건²⁴⁾의 원고는 음반의 기획, 제작 및 판매 등을 목적으로 하는 주식회사이며, 음원을 최초로 고정한 자이다. 피고 A는 전기통신설비에 의한 음반, 영상, 부호 등의 송신사업 및 동 설비의 운용을 목적으로 하는 주식회사이며, 피고 B는 방송법에 따른 위탁방송업무의 수탁 등을 목적으로 하는 주식회사이다. 이 사건에서 피고 A는 방송법상 위탁 방송사업자로서 통신방송서비스 채널에서 음악을 중심으로 하는 라디오 방송을 디지털 신호에 의해 유료로 공중에게

23) 大阪地判平成9年7月17日知財集29卷3号703頁;大阪高判10年12月21日知財集30卷4号981頁.

24) 東京地判12年5月16日判時1751号149頁.

송신하였으며, 이 사건 각 음원도 이 사건 프로그램에서 공중에게 송신되고 있다. 그 처리로서 피고 A는 음악 CD를 아날로그로 재생하여 디지털 신호로 변환하고, 이를 압축하여 자신의 서버에 저장 한 후, 프로그램 편성 데이터를 편성 서버에 입력하였다. 이에 따라 음악 데이터를 자신의 서버로부터 송출 서버로 송신, 집적하였다. 피고 B는 피고 A의 위탁을 받아 보유 서버 등의 감시업무와 스크램블²⁵⁾ 가공 등을 하였다. 이에 원고는 피고에 대하여 이 사건 각 음원에 대한 디지털 신호를 자신의 서버에 축적한 행위가 원고의 레코드 제작자로서의 복제권을 침해한 행위 등을 이유로 각 음원의 공중송신 및 음원을 수록한 매체 작성의 금지, 동매체의 폐기청구를 함과 동시에, 손해배상금 1,500만엔 및 그 지연 손해금의 지불을 구하는 소송을 제기하였다.

이에 법원은 피고의 행위는 복제행위의 실질적 부분이라고는 할 수 없고, 수신자의 의사결정을 조절할 수 있는 것은 아니므로, 수족으로서 행하였다고 평가할 수 있을 정도로 수신자의 녹음행위를 관리지배하고 있다고 볼 수 없다고 하였다. 따라서 이를 수신한 이용자의 복제행위와의 관계에서 복제권 침해의 주체에 해당하지 않는다고 하여 금지청구도 손해배상도 인정하지 않은 판결이다.

(2) 선촬견록 사건

이 사건의 원고는 마이니치 방송, 아사히 방송 등 일본의 5대 방송사업자이며, 피고는 크롬사이즈(クロムサイズ) 주식회사이다. 이 사건에서 원고는 집합주택에 거주하는 이용자를 위해 관리실 등의 공용부분에 서버를 설치하고, TV 방송을 일괄하여 수신·녹화(1주일간 보존)하고, 이용자의 요청에 응하여 송신하는 집합주택용 하드디스크 비디오 레코더시스템인 “선촬견록(選撮見録)”을 판매하였다. 이 사건 시스템에는 녹화해야할 프프로그램을 개별적으로 선택하는 개별예약모드와 일주간 분량의 5대 채널의 프로그램 모두를 예약하는 전체

25) 스크램블 방송(scrambled broadcast)이란 특수한 신호를 넣거나 주사선의 순번을 바꿔서 특정 이용자만 시청하도록 한 방송이다. 특히 위성 방송, 종합 유선 방송(CATV) 등의 유료 채널 방송에 사용된다. 스크램블 방송은 방송의 도시청(盗視聴)을 방지하기 위해 TV신호를 일정한 규칙에 따라 교란시켜 내보낸다. 이 신호를 보통의 TV에 방영해도 정확한 영상이 나타나지 않으며 스크램블 전용 복호기(decoder)를 통해야만 정확히 표시된다.

예약모드 두 개의 방식을 구비하고 있었다. 그러나 이 사건 시스템의 이용자 중 어느 가구가 전체예약모드를 선택한 경우에는 전체 방송프로그램에 녹화 데이터가 하나씩 서버에 저장되어 이로부터 각 이용자에게 데이터가 송신되도록 되어 있었다. 이 사건 피고로부터 선촬영록을 구입한 자는 서버를 집합주택 관리실 등에 설치하여 각 가구에는 주민이 소유하는 TV 수상기에 접속하여 방송프로그램을 시청하게 하는 뷰어를 설치하였다. 관리실 등에서 설치된 서버와 각 가구에 설치된 뷰어는 일체로서 시스템을 구성하는 것이었다. 그러한 시스템을 작동하는 원리는 다음과 같다. 이용자가 서버에 접속한 뷰어를 통하여 예약명령을 하고, 서버가 예약명령에 따라 자동적으로 방송프로그램을 녹화하고 있으므로 수상명령에 따라 자동적으로 녹화한 방송프로그램을 이용자에게 발신한다. 이용자는 매월 1200엔에서 1400엔의 보수료를 지불할 필요가 있다. 원고는 저작권 및 저작권접권 침해를 이유로 피고에 대하여 금지청구를 신청하였다.

제1심 판결²⁶⁾에서는 다수 이용자를 위해 하나의 녹화를 활용하는 것이므로 이는 사적복제에는 해당하지 않는다고 판시한 후 대개 필연적으로 권리침해의 결과가 발생하는 반면, 직접침해를 배척·예방하는 것이 상당히 곤란한 행위의 경우에는 직접적인 저작 인접권 침해행위와 동일시 할 수 있다는 점을 이유로 저작권법 제112조²⁷⁾ 1항의 유추해석으로 직접침해행위 이외의 행위의 금지를 인정할 수 있다고 하였다. 따라서 침해행위에 필연적으로 결부되는 행위에 대해서는 방조행위라도 저작권자는 그에 대한 금지를 청구할 수 있다고 판단하였다. 그러나 항소심판결²⁸⁾은 이러한 법리로 금지를 인정할 수 없고, 가라오케 법리를 사용하여 금지를 인정하였다. 항소심 판결은 이러한 판매자가 장치의 판매로 인해 개개의 주택 거주자인 사용자의 복제의 과정을 기술적으로 결정하고 지배

26) 大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁.

27) 일본 저작권법 제112조는 우리 저작권법 123조와 같이 금지청구권에 관하여 규정하고 있다. 일본 저작권법 제112조 (금지청구권) ① 저작자, 저작권자, 출판권자, 또는 저작권접권자는 그 저작권격권, 저작권, 출판권, 또는 저작권접권을 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자에게 그 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다. ② 저작자, 저작권자, 출판권자, 또는 저작권접권자는 전항의 규정에 의한 청구를 함에 있어서 침해의 행위를 조성한 물건, 침해의 행위로 작성된 물건, 또는 오직 침해행위에 제공된 기계 혹은 가구의 폐기, 기타 침해 정지, 또는 예방에 필요한 조치를 청구할 수 있다.

28) 大阪高判平成19・6・14判時1991号122頁.

하고 있는 것과 동시에, 판매 후에도 안정적 운용을 위해 당해 서버장치를 인터넷에 접속하여 리모트 콘트롤함으로써 보수·관리를 하고 있는 것도 고려하여 판매보수업무 등에서 이익을 얻고 있다고 하여 판매자가 행위주체로 인정된다고 하였다.

(3) 마네키TV 사건

이 사건 원고는 일본방송협회이며, 피고는 주식회사 永野상점이다. 사실관계는 다음과 같다. 피고는 해외거주자에 한정하지 않고, 국내를 포함하여 해외 또는 방송파가 미치지 않는 지역까지도 인터넷을 매개하여 TV방송을 시청할 수 있도록 서비스를 제공하였다. 이 사건의 최대 특징은 서비스의 제공에 시판품을 이용하고 있는 점이다. 이 사건에서는 소니가 시판하고 있는 ‘로케이션 프리 TV’라는 제품을 사용하였다. 이 제품은 TV 튜너가 컴퓨터와는 분리되어 시판된 상태에서 인터넷을 경유하여 TV 방송의 송수신을 할 수 있도록 제작된 제품이며, TV 방송을 수신하여 실시간으로 인터넷 회선을 경유하여 송신하는 기능을 가진 베이스스테이션으로 베이스스테이션에 대하여 방송 데이터의 송수신 명령을 보내거나 또 베이스스테이션으로부터 데이터를 수신하여 시청하게 하는 전용 모니터 혹은 전용 소프트웨어로 구성되어 있다. 이 서비스를 이용하기 위해서는 이용자가 스스로 판매점에서 로케이션 프리 TV방식을 구입한 후 베이스스테이션을 사업자에게 송부할 필요가 있다. 그리고 이용자가 베이스스테이션에 접근할 때 특별한 인증절차가 필요한 것은 아니다. 이에 대하여 원고는 피고를 상대로 송신가능화권에 기초하여 금지를 청구하였다.

가처분 결정²⁹⁾ 및 항고심 결정³⁰⁾에서는, 베이스 스테이션은 이용자가 소유하고 있으므로 침해주체는 사업자가 아니라 이용자라고 판단하였다. 그 밖에 이용되고 있는 것은 범용품이며, 이 사건 서비스에 특유의 특별한 소프트웨어가 사용되고 있지 않고, 한 대의 베이스스테이션으로부터 다수의 모니터와 컴퓨터에 방송 데이터가 송신되는 것도 예정되어 있지 않다. 또한 피고가 관할하는 다

29) 東京地決平成18・8・4平成18(コ)22022.

30) 知財高決平成18・12・22平成18(ラ)10009.

수의 베이스스테이션 전체가 일체의 시스템으로서 기능하고 있는 것도 아니고, 이용자가 베이스스테이션에 접근할 때에 특별한 인증 절차를 요구하는 등 피고가 방송의 시청을 관리하고 있지 않다는 것이다.

(4) 파일로그 사건

이 사건의 원고는 JASRAC이며, 피고는 P2P에 의한 파일 교환 서비스를 제공하는 유한회사 에코에코오이다. 이 사건은 피고가 제공하고 있던 파일교환서비스 “파일로그”에서는 소위 P2P 기술 중에서도 중앙관리서버를 필요로 하는 초기 기술이 이용되고 있었다. 구체적인 원리는 회원이 피고가 배포하는 소프트웨어를 사용하여 중앙관리서버에 접근하면, 스스로 공유설정을 하는 폴더 내의 파일정보가 중앙서버에 송신된다. 회원은 원하는 파일을 당해 소프트웨어를 사용하여 검색할 수 있으며, 검색 키워드를 입력하여 중앙서버에 송신하면, 당해 소프트웨어를 사용하여 다른 회원이 공유설정을 하고 있는 폴더내의 파일정보를 검색하고, 파일을 당해 이용자의 컴퓨터로부터 다운로드 할 수 있는 내용의 것이었다. 이 과정에서 피고의 중앙관리서버 그 자체에는 교환용 파일이 저장되어 있지 않았다. 이에 원고는 저작권 및 저작권접권 침해를 이유로 파일로그를 제공하는 피고에 대하여 금지 및 손해배상을 청구하였다.

제1심 중간판결³¹⁾ 및 항소심판결³²⁾은 피고의 중앙관리서버에 파일이 저장되어 있는 것은 아니지만, 이용자에게 있어서 이 사건의 클라이언트 소프트웨어를 인스톨하는 것이 불가결한 점, 수신자가 희망하는 전자파일의 소재 확인 등에 피고 서버가 필요불가결한 점, 서비스의 이용방법에 있어서 자기가 개설한 웹사이트 상에서 설명하고, 대부분의 이용자가 그 설명을 참고하여 이 사건 서비스를 이용하고 있는 점 등의 사실을 종합하여 관리성을 긍정하였다. 또한 당해 서비스의 이용에 필요불가결한 소프트웨어를 입수하기 위해 웹사이트로부터 광고수입을 얻고 있었으므로 이익성도 인정되었다. 따라서 원고가 시스템에 있

31) 東京地決平成14年4月9日東京地決平成14年4月11日判時1780号25頁(가처분결정) 및 東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁(第1審中間判決).

32) 東京高判平成17年3月31日[控訴審].

어서 송신 가능화 및 자동공중송신의 주체라고 판시하였다.

4) 판례에서 나타난 법리

(1) 수족론

일본에서는 “가라오케 법리”가 등장하기 이전부터 물리적인 이용행위를 한 자가 존재한 사례가 있었고, 그러한 자를 고용계약 등을 통해 수족처럼 지배하고 있는 자가 있을 경우에는 그 자를 행위주체로 본다고 하는 소위 “수족론”이라는 법리가 존재하였다.³³⁾ “스타지오 사건”은 수족론을 적용하여 “CS 방송에 있어 음원을 디지털 방식으로 송신한 업자”의 저작권 침해행위의 주체성을 부정한 사례이다.

가라오케법리는 “수족”이라고 할 정도의 지배관계를 인정할 수 없기 때문에 이용행위의 주체성을 긍정할 수 없는 상황에서 ‘영업상의 이익’ 요건과 결합하여 이용행위의 주체성을 긍정한다는 점에서 수족론과 비교할 수 있다.

(2) 저작물의 이용주체를 확장하는 법리

소위 “가라오케 법리”라고도 한다. 초기 일본에서는 지배·관리성 및 이익성을 근거로 하는 가라오케 법리를 이용하여 저작물의 직접침해자에게 장소나 기회를 제공한 자의 이용주체성을 인정하였다. 또한 가라오케 법리의 적용이 확장되어 저작물의 직접 이용자에게 저작권 침해를 야기 시킬 수 있는 시스템을 제공한 자의 이용주체성을 인정하는 경우에도 가라오케 법리를 적용하고 있다. 이러한 가라오케 법리는 앞의 “클럽 캐치아이 사건”에서 일본 최고재판소가 확립한 법리라고 평가되고 있으며, 이 법리의 초기 해석에 따르면, i) ‘지배·관리

33) 수족론이 적용된 사례로서는 카바레에서의 연주권 침해를 문제로 한 사건들이 많다. 일례로 “중부관광 사건”을 들 수 있다. 이 사건은 중부관광주식회사가 악단 A에게 음악을 연주토록 한 카바레 경영자 B에 대하여 금지 가처분을 구한 사안이다. 이 사건 항소심은 카바레 경영자의 의사에 따라 자유롭게 악곡선택이 가능한 점, 이러한 연주로 인해 카바레 경영자는 경제적 수익을 올리고 있는 점을 들어, 음악의 연주 자체는 각 악단 A에 의해 이루어졌으나, 이에 따른 음악 저작물의 사용은 카바레 경영자 B에 의한 것이라고 해석된다고 하였다(吉田克己, 앞의 논문, 146면 참조).

성', ii) '영업상의 이익'이라는 2가지 요건을 충족한 경우에는 물리적으로 직접 저작물을 이용하지 않은 자라도 법적 평가의 대상이 되어 직접 이용행위를 한 자로 평가된다.

클럽 캐치아이 사건 이후, 일본 최고재판소는 가라오케 관련사건(연주회 프로모션 사건) 및 그 외의 사건(선촬견록 사건, 네오지오 사건, 마네키 TV 사건, 파일로그 사건 등)에서도 동일한 법리를 적용하고 있으며, 다수의 하급심 판결에서도 '지배·관리' 및 '이익성' 요건을 충족한 경우에는 직접 침해행위를 한 자가 아니어도 저작권 침해자로 간주하는 적극적인 태도를 보이고 있다.³⁴⁾

(3) 교사·방조 법리

저작권 간접침해자에게 금지청구를 긍정하는 법리로선 “가라오케 법리” 외에 교사·방조 법리도 이용되고 있다. 이 법리를 적용하여 금지청구를 긍정한 사례로는 “파브하우스 G7 사건”, “비토운 사건” 판결이 있다. 저작권 간접침해 행위자 즉 직접침해행위자로 평가되지 아니한 저작권 침해 방조자에 대하여 저작권법 제112조를 적용하여 금지청구를 긍정한 사례이다.

저작물을 직접 이용하여 저작권을 침해 한 자는 아닌 방조자에 대하여 저작권법 제112조에 기한 금지를 긍정하는 견해이다. 이를 긍정하는 판결은 저작권법 제112조의 적용 또는 유추적용을 인정한다. 관련 판례로는 “비토운 사건(오사카 지방법원 판결)” 및 “선촬견록 사건 제1심판결”이 있다. 이를 부정한 판례(선촬견록 사건 항소심 판결)도 존재한다. 다만, 선촬견록 사건 항소심은 결론에 있어 제1심 판결과는 달리, 가라오케 법리를 적용하여 침해주체를 인정하였으므로, 저작권법 제112조의 유추적용을 통한 금지청구의 인정여부에 대해서는 판단을 내리고 있지 아니하다.

34) 大阪地判平成9年7月17日知財集29卷3号703頁; 大阪高判10年12月21日知財集30卷4号981頁; 東京地判平成10年11月20日知財集30卷4号841頁; 東京地判12年5月16日判時1751号149頁; 東京地決平成14年4月9日東京地決平成14年4月11日判時1780号25頁(가처분결정), 東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁(第1審中間判決), 東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁[第1審終局判決], 東京高判平成17年3月31日[控訴審] 등

2. 학설

일본 최고재판소 판결을 통해 확립한 가라오케법리에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있다. 대표적 비판으로는 “클럽 캐치아이 사건”을 담당한 伊藤正己 재판관은 보충의견에서 고객만이 가장하는 경우까지 점포 경영자를 음악저작물의 이용주체로 파악하는 것은 “지나치게 의제적인 것으로 상당하지 않다.”고 하였다.³⁵⁾ 한편, 금지청구를 긍정할 수 있는 점, 물리적인 이용자가 저작권 제한규정에 해당되는 경우에도 침해를 긍정할 수 있는 점에 대해서는 가라오케 법리에 일정한 의의가 있다고 보는 견해도 있다.³⁶⁾

한편, 저작권 침해에 대하여 교사·방조한 자에게 저작권법 제112조 제1항의 금지청구를 할 수 있는지에 대하여 일본의 학설과 판례는 i) 부정설, ii) 긍정설,³⁷⁾ iii) 제한적 긍정설³⁸⁾로 견해가 나뉜다.

일본에서는 교사·방조에 의한 저작권 침해에 대한 금지청구권의 인정여부에 대하여 일반적으로 부정적인 견해가 지배적이라 할 수 있다.³⁹⁾ 또한 대부분의 판례에서는 저작권 침해의 교사·방조에 대한 금지청구권을 부정한다. 또한 학설상으로도 종래부터 부정적으로 생각되어 왔다. 일본의 판례 중에서 부정설의 명확한 논거를 제시한 판례로는 2채널 사건⁴⁰⁾이 있다. 이 판결의 논거는 “i) 교사자·방조자는 침해행위의 주체가 아니라는 점, ii) 교사자·방조자는 권리침해사실을 지배 내에 두고 있지 않다는 점, iii) 특허법 등이 일정한 유형에 한하여 간접침해규정을 두고 있는 것은 당연히 교사·방조 침해에 대한 금지

35) 吉田克己, 앞의 논문, 147면.

36) 第二東京弁護士知的財産権法研究会(編)[田村善之 집필부문], “著作権法の新論点”, 商事法務, 2008, 266-267면.

37) 後藤勝也, 앞의 논문, 62면 이하; 鎌田薫, 寄与侵害・間接侵害に対する研究, 著作権情報センター付屬研究所, 2001, 59면; 作花文雄, 詳解著作権法, ぎょうせい, 2004, 803면; 佐藤豊, “著作権利用のための手段を提供する者に對する差止め”, 知的財産法政策學研究, 2号(2004), 82면 이하 참조.

38) 부정설을 전제로 하면서도, 일정한 요건하에 금지청구를 112조 1항에 기초하여 인정한 판례(大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁[ビットウン 事件])과 그 유추적용에 의해 이를 인정한 판례(大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁[選撮見録事件])이 있다.

39) 山本隆司(編集代表 野村豊弘・牧野利秋), “教唆幫助による著作権侵害の成否”, 現代社會と著作権法, 弘文堂, 2008, 271면.

40) 東京地判平成16年3月11日判時1893号131頁.

를 인정하지 않기 때문이라는 점, iv) 불법행위를 이유로 하는 금지청구는 일반적으로 허용되지 않는다는 점, v) 교사·방조에 대하여 금지를 인정하면 자유로운 표현활동을 위협할 위험이 있다는 점을 들고 있다. 그 밖에 학설상으로는 i) 교사·방조에 대해서는 ‘복제’의 금지 등 저작권의 내용에 대응한 금지를 명할 수 없는 점, ii) 저작권법 제113조⁴¹⁾ 소정의 저작권 침해로 보는 행위 이외에 ‘저작권 침해’에 의한 금지를 인정하는 것은 동조의 존재의의를 무색하게 한다는 점” 등이 주로 주장되고 있다.⁴²⁾ 이와 같이, 부정설이 취하는 논거는 대체적으로 이와 같이 요약할 수 있다.⁴³⁾

3. 판례 및 학설의 검토

1) 가라오케 법리에 대한 검토

일본의 “가라오케 법리”에서의 장소 등 제공자의 책임은 미국 판례법상의 대위책임과는 크게 구별된다.⁴⁴⁾ 대위책임의 적용은 첫째 물리적인 직접 이용행위

41) 일본 저작권법 제113조(침해로 보는 행위)

- ① 다음에 게시하는 행위는 당해 저작권권, 저작권, 출판권, 또는 저작권접권을 침해하는 행위로 본다.
 1. 국내에서 반포할 목적으로, 수입시에 국내에서 작성하였다면 저작권권, 저작권, 출판권, 또는 저작권접권의 침해가 되는 행위에 의하여 작성된 물건을 수입하는 행위
 2. 저작권권, 저작권, 출판권, 또는 저작권접권을 침해하는 행위에 의하여 작성된 물건(전호의 수입에 관한 물건을 포함한다)을, 그 情을 알고 반포하거나 반포할 목적으로 소지하는 행위
- ② 프로그램저작물의 저작권을 침해하는 행위에 의하여 작성된 복제물(당해 복제물의 소유자에 의하여 제47조의 2 제1항의 규정에 따라 작성된 복제물 및 전항 제1호의 수입에 관한 프로그램저작물의 복제물과 당해 복제물의 소유자에 의하여 동조 제1항의 규정에 따라 작성된 복제물을 포함한다)을 업무상 전자계산기에서 사용하는 행위는, 이들 저작물을 사용하는 권원을 취득한 때에 그 정을 알고 있던 경우에 한하여 당해 저작권을 침해하는 행위로 본다.
- ③ 저작자의 명에 또는 성망을 해치는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 그 저작권접권을 침해하는 행위로 본다.

42) 高部眞規子, “著作権侵害の主体について”, *ジュリスト*, No.1306(2006), 127면.

43) 山本隆司(編集代表 野村豊弘・牧野利麻), 앞의 책, 271-271면.

44) 여기에는 두 가지 구별되는 사항이 있다. 하나는 미국의 경우 방조침해이든 대위침해이든 기여침해이며, 어느 경우도 물리적인 직접 이용행위가 저작권 침해를 구성하는 것을 전제로 한다. 다른 하나는 금지청구의 가부를 둘러싸고 미국의 경우 형평법상의 구제수단에 해당하여 eBay 연방대법원 판결에서도 4가지 요소가 고려되어 법원이 간접침해 행위자에게 금지를 명하는 것이 가능하다. 이에 비해 일본은 입법상의 문제이며, 저작권자가 간접침해 행위자에 대하여 금지청구를 행사할 수 있느냐에 대해 논의가 나뉜다.

가 불법행위일 것, 둘째 직접침해행위를 통제할 권리와 권능이 있을 것, 셋째 직접 침해행위로부터 경제적 이익을 얻고 있을 것이라는 3가지 사실을 전제로 한다. 그리고 직접 침해행위에 대한 인식을 요건으로 하지는 않는다. 따라서 대위책임이 적용되는 전제는 물리적인 직접침해행위가 저작권 침해를 구성하는 것이다. 이에 비하여, 일본의 가라오케 법리는 물리적인 직접 이용행위가 저작권 침해를 구성하는지 여부를 묻지 않고, 관리 내지 지배관계 만을 전제로 이익성 요건을 충족하지 않는 경우에도 침해책임을 묻고 있다. 이는 미국의 대위책임보다 엄격한 법리라고 할 수 있다.

일본 학계의 가라오케 비판에서 본 바와 같이, 일본의 가라오케 법리와 그 변용은 장소, 도구, 시스템 및 서비스 등 제공자의 침해주체성 문제는 해결했지만, 지배성이 없이 관리성에 기해 장소 등 제공자의 규범적인 직접 이용 주체성을 인정한 것은 의제적 성격이 강하고, 기술의 발전과 산업의 발전에는 불리하다. 그 결과 기술의 발전이나 산업의 발전이 방해되고, 기술의 진보가 주는 은혜를 공중이 충분히 향수할 수 없게 만든다. 이에 대해 일본의 학설 중에는 행위 지배형에 대해서는 기본적으로 저작물 이용행위를 물리적으로 침해한 자를 지배하는 관계가 있을 것이 필요하고, 시스템 지배형에 대해서는 저작물 이용행위에 대한 시스템 등 제공자의 지배성만이 아니라, 이익성도 요건으로 해야 한다고 지적하는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 제한을 둔다고 해도 도구 등 제공자의 리스크는 변하지 않는다고 생각된다.

한편, 가라오케 법리에 기해 도구 등 제공자를 저작물의 ‘이용 주체’로 하여 의지하면 그러한 행위는 저작권자의 권리에 대한 직접 침해행위에 해당하는 것은 분명하다. 그럼에도 일본의 학계는 이러한 도구 등 제공자의 행위를 ‘저작권 간접침해행위’로 칭하고 있다.

2) 교사·방조침해법리에 대한 검토

도구 등 제공자에게 저작권 간접침해책임을 부담지우는 일본의 방조침해법리는 새로운 법리는 아니지만, 그 적용에는 다음의 두 가지 사항에 대해 유의할

45) 吉田克己, 앞의 논문, 145면.

필요가 있다. 하나는 도구 등 제공자의 주의의무 문제이다. 도구 등 제공자의 주의의무의 한계를 어디로 할 것인가의 문제이다. 이 문제는 도구 등 제공자에게 주관적 과실이 있는지 여부, 방조침해가 성립하는지 여부를 판단하는 것이 핵심이 된다. 앞의 파브하우스 G7 사건이나 비토운 사건을 보면 일본의 법원은 도구 등 그 자체의 위험성, 피침해 법익의 중대성, 이익의 유무, 침해의 예측가능성 및 침해회피의 가능성 등의 요소를 종합적으로 고려한 후, 피고 측에 주의의무가 있는가를 판단하고 있다. 다른 하나는 저작권자에 대하여 도구 등 제공자에 대한 금지청구권을 행사하는 것이 타당한가의 문제이다. 이 문제는 도구 등 제공자의 자유행위의 한계와 공중의 이익이 관계되며, 그렇게 간단히 치부할 문제는 아니다. 일본에서는 유추해석방법을 채택하여 도구 등 제공행위에 대하여 금지를 인정한 판례가 몇 개 있는데, 학설은 재판실무로서 결코 주류라고 보고 있지 아니하다.

그러나 방조침해법리의 적용에 있어서 일본의 법원과 학설은 방조침해의 성질만을 상당히 중시하고, 공동침해형태를 중시하지 않았던 까닭에 저작권자가 방조침해행위자에 대하여 금지청구권을 행사하는 사례가 있는지에 대한 문제가 발생하고, 게다가 이러한 문제를 해결하기위해 가라오케 법리를 내세우게 된 것이다. 그 결과 타인의 합리적인 이용을 방조하는 행위가 독자적으로 간접침해 책임을 묻게 되고, 재판실무에서 권리자는 도구 등 제공자만을 상대로 소송을 제기하게 되었다. 즉 법원은 방조행위에 의해 제기된 소송을 공동소송으로서 처리할 필요가 없게 된 것이다.

Ⅲ. 입법적 논의 동향과 학계의 반응

1. 서설

일본은 저작권법 제112조 제1항에 따라 “저작권을 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자”에 대하여 금지청구를 인정하고 있으나 저작물을 직접 이용하자 이외의 자에 대한 금지청구의 인정여부에 대하여 저작권법 상 명확하지 않다는

문제의식을 가지고 있었다.⁴⁶⁾ 특히 일본의 종례 판례에서는 저작물을 직접 이용한 자로 여길 수 없는 자들을 이용주체라고 규범적으로 평가하여 금지청구를 인정(클립 캐치아이 사건)하거나 일정한 방조자에 대하여 저작권 침해주체에 준한다고 평가하여 금지청구를 부정(비타운 사건)한 사례, 또는 저작권법 제112조 제1항을 유추 적용함으로써 금지청구를 긍정하는 등 그 적용 법리도 다양하였다.

이러한 판례의 법리 적용에 대하여 학설에서도 다양한 논의가 전개되었고, 판례에서도 직접적인 침해행위를 하지 아니한 자들에 대하여 금지청구를 인정할 수 있는 지 여부, 긍정할 경우 그 주체는 어떠한 자들인지 여부 및 금지청구의 근거는 무엇인지에 대하여 명확하지 않은 상황이었다.⁴⁷⁾

이에 일본 정부는 소위 ‘저작권 간접침해’에 대한 문제해결을 위해 2003년 사법규제제도소위원회를 설치하여 입법적 검토를 제시⁴⁸⁾하였고, 2005년부터 문화심의회 저작권 분과회 법제문제소위원회(이하, ‘소위원회’라 함)에 사법규제위킹그룹을 설치하여 검토를 계속하였다. 특히 2005~2006년에는 이 문제에 대하여 판례, 비교법, 민법 및 특허법 등을 종합적으로 검토하였으며, 2007년부터 연구 성과를 바탕으로 하여 입법안 검토를 진행하고 있다.⁴⁹⁾ 또한 2007년 10월에는 저작권 간접침해에 대한 입법의 방향성을 제시⁵⁰⁾하고, 일반인들로부터 의견을 수렴하는 등 입법적 논의를 계속하고 있다. 그러나 입법에 대한 구체

46) 한편, 일본 특허법 제101조에서는, ① 특허발명의 실시에만 이용되는 물건의 생산, 양도 등의 행위(제1호, 제4호) 및 ② 발명의 실시에 이용되는 물건으로서 그 발명의 과제해결에 불가결한 것임을 알면서 생산, 양도 등을 하는 행위(제2호, 제5호)를 침해행위로 본다고 하여 이러한 행위가 제100조에 기해 금지청구의 대상이 됨을 명시하고 있다.

47) 文化審議會著作權分科會法制問題小委員會, 平成19 年度中間まとめ, 2007. 10, 71면, 일본문부과학성, <http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_1910.pdf>. 2011. 3. 5.

48) 司法救済制度小委員會, 文化審議會著作權分科會審議経過報告書 第5章司法救済制度小委員會における審議の経過, 2003. 1, <http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/030102f.htm>, 일본 문부과학성, 2010. 8. 22.

文化審議會著作權分科會報告書第5章司法救済制度小委員會, 2004. 1, 일본 문부과학성, <http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/04011402/029.htm>, 2010. 11. 4.

49) 文化審議會著作權分科會法制問題小委員會, 文化審議會著作權分科會報告書, 2006. 1, 일본문부과학성, <http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06012705/002/005.htm>, 2010. 11. 5.

50) 文化審議會著作權分科會法制問題小委員會, 平成19 年度中間まとめ, 2007. 10, 일본문부과학성, <http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_1910.pdf>. 2011. 3. 5.

적 조치에 대해서는 일본 각계에서도 신중히 접근하자는 입장 등 다양한 견해가 제시되고 있다.^{51,52)} 2008년에는 ISP 등 사업자의 법적 예측성을 높이는 관점에서 그 책임의 범위를 명확화하기 위한 법적 장치를 마련할 경우 ISP 및 권리자 쌍방에게 미치는 영향과 프로바이더 책임제한법과의 관계에 대한 검토와 최근 판례에 대한 검토의 필요성을 제기하고 검토를 계속하고 있는 실정이다.⁵³⁾

이하에서는 저작권 간접침해문제에 대한 일본의 입법적 검토 내용, 특히 2007년 입법적 검토⁵⁴⁾에서 제시되었던 ‘입법적 방향성’을 중심으로 최근 입법적 논의 동향과 이에 따른 학설의 태도를 살펴보고자 한다.

2. 입법적 검토에 대한 주요 내용

일본 정부는 “클럽 캐치아이 사건”이후에 저작물을 직접 이용하여 저작권을 침해한 자 이외의 자에게도 가라오케 법리를 적용하여 금지청구를 인정하였다. 이를 통해 많은 판례들이 축적되었음에도 그 판단기준이 애매하다는 비판적인 지적이 계속되었다. 그러한 비판 중에 핵심이 되는 것이 “가라오케 법리”를 지나치게 확장하는 것은 결국 금지청구를 지나치게 확장하는 것이 되고, 이는 법적 예측가능성을 저해하는 결과를 낳는 다는 것이었다. 이러한 배경하에 일본은 저작권 간접침해에 대한 예측가능성을 확보하자는 측면에서 입법적 대응을 시

51) 文化審議會著作権分科會法制問題小委員會, 文化審議會著作権分科會法制問題小委員會中間まとめに關する意見募集に寄せられた御意見Ⅶ, 2011. 3, 일본문부과학성,
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_iken.pdf, 2011. 4.

52) 관련자 등으로부터 의견 수렴의 결과 사업자, 권리자 단체 모두 저작권 간접침해행위를 입법을 통해 명확히 하자는 데에 의견의 일치가 있지만 몇 가지 관점에서 차이가 발생하고 있다. 권리자 측은 권리행사의 명확한 근거를 마련하기 위해 그간 판례에서 축적되어온 내용을 참고하여 간접침해유형을 명확히 하기를 희망하고 있으며, 사업자 측은 서비스 제공에 있어 예측가능성·법적안정성을 확보하기 위해 가라오케 법리의 과도한 확장 해석을 억제하는 형태로 침해유형을 명확화 할 것을 요구하고 있다. 또한 정보통신기술을 활용하여 나날이 새로운 기술이나 서비스가 탄생하는 시점에서 특히 인터넷 서비스 제공자(internet service provider, ISP)가 그 서비스 제공을 할 때 미국법의 DMCA 등을 기초로 하여 저작권 법상의 ‘간접침해책임’이 발생하지 않는 범위를 명확화 하려는 요구가 있는 상황이다.

53) 文化審議會著作権分科會, 文化審議會著作権分科會報告書, 2009. 1, 116~117면, 일본문부과학성,
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2101.pdf, 2011. 4.

54) 文化審議會著作権分科會法制問題小委員會, 위의 각주 42) 보고서, 71~76면 참조.

도하기에 이르렀다.⁵⁵⁾

1) 입법의 방향성 설정

(1) 4가지 관점에서의 검토

일본 소위원회는 저작권 간접침해행위 규제에 대한 입법의 방향성에 대하여 다음의 4가지 관점에서 검토하였다.

첫째, 저작권법 제112조에 있어서 금지청구의 대상이 되는 ‘침해’에 스스로 (물리적으로) 이용행위를 한 자 외에도 일정한 범위의 자가 포함되도록 하는 취지의 규정.

둘째, 저작권법 제113조에 있어서 소위 ‘간접침해’ 행위에 해당하는 일반적인 행위유형에 대하여 침해로 보는 행위로서 규정.

셋째, 저작권법 제113조에 소위 ‘간접침해’에 해당하는 구체적인 행위유형에 대하여 침해로 보는 행위로서 규정.

넷째, 신설규정으로서 소위 ‘간접침해’를 한 자에 대하여 법원이 조치명령을 할 수 있도록 하는 규정.

이러한 4가지 입법적 대안 중에서 저작권법 제113조에 저작권 간접침해행위의 유형을 추가하는 위의 둘째, 셋째 방식은 저작권의 지분권(복제권, 공연권 등)이 미치지 않는 범위까지 권리의 효력을 실질적으로 확장하는 것이어서 구체적으로 열거하게 되면 반대해석을 초래할 우려가 있다는 의견이 지적되었다. 또한 일반규정을 둘 경우 저작물의 이용형태가 다양하므로 외연이 불명확하게 될 수밖에 없는 문제가 발생할 수 있다는 점이 지적되고 있다고 한다.

또한 일본은 특허법 등과의 관계의 측면에서도 검토를 하고 있는데, 일본 특허법 제101조의 ‘권리침해를 야기하는 물’에 대한 규정(당해 물의 제공행위를

55) 이러한 입법적 대응에 대해서는, 가라오케 법리에서 보상 책임적 요소(이익성)를 물권적 청구권적인 영역에 포함하는 것은 민법이론에 혼란을 초래할 수 있으므로, 이러한 법리를 그대로 입법에 반영하는 것은 타당하지 않다는 의견이 있었다. 또한 외국에서도 금지의 상대방을 직접침해자에 한정하고 있는 것은 아닌데, 가라오케법리의 적용이 없는 경우에도 금지청구를 인정하는 것이 타당한 경우도 있으므로 적절한 범위에서 직접침해자 이외의 자에 대해서도 금지청구가 인정되도록 할 필요가 있다는 결론을 도출하고 있다.

침해로 본다는 규정)을 저작권법에 도입하는 것에 대하여, 저작권법에서는 특허법과 달리 그 권리침해의 태양이 물의 제공에 의한 것뿐만 아니라, 형태적으로도 다양하므로 특허법과 같은 제도를 도입하는 것은 적절하지 않다는 의견도 제기되고 있다.

이러한 검토와 더불어, 저작물의 직접적인 이용행위를 한 자 이외의 자에 대해서도 저작권법 제112조에서 규정하는 침해주체로서 제113조의 직접적인 적용을 인정하는 형태의 판례가 많이 축적되어 온 점에서 보면, 법적 연속성의 측면에서도 위의 첫 번째에서 제시하는 바와 같이 저작권법 제112조에 금지청구의 대상을 명확히 하는 것이 현실적이라는 결론에 도달하였다.

즉 일본 소위원회는 입법을 위한 검토의 중요한 요점으로서 저작권법 제112조의 ‘침해자’의 범위가 스스로 이용행위를 한자로 한정되지 않음을 명확히 하고, 또한 일정한 범위의 자로 한정한다는 취지를 명확히 하는 것이 타당한 것으로 보고 있다.

(2) 금지청구대상으로서 상정되는 범위

일본 소위원회는 지금까지 일본에서 다루어졌던 종래 판례의 상황을 고찰하면서 일정한 사례의 판결을 금지청구의 대상이 된다는 점을 염두하여 입법의 구체화를 시도하고 있다. 구체적인 사례로서는 다음의 4가지를 들고 있다.

첫째, 가라오케의 경영자의 관리지배 하에서 종업원에게 가창하도록 하는 사례 외에 손님에게 가창하도록 하는 사례 등 권리침해발생의 장소를 제공하는 사례(클럽 캐치아이 사건).

둘째, P2P방식의 파일교환 서비스(중앙 서버형)제공자 등 권리침해 발생의 ‘물리적인’ 장소를 제공하는 사례(파일로스 사건 제1심 중간판결, 항소심 판결).

셋째, 저작권 침해가 발생하고 있는 가라오케 점포에 통신 가라오케 서비스 등을 제공하는 리스업자 등 침해의 용도로 제공되는 물품 등을 침해행위가 이루어지는 상태를 알면서 제공을 계속하는 사례(비토운 사건).

넷째, 오로지 특정 게임 소프트웨어의 개변만을 목적으로 하는 메모리 카드

를 수입·판매하여 타인의 사용을 의도하여 유통하는 자 등 권리침해 만을 목적으로 하는 물품을 제공하는 사례(토끼메끼 메모리얼 사건).

이러한 사례 외에 권리침해의 목적 이외의 용도를 가진 물건의 제공에 대해서도 일정한 요건 하에 그 물건의 제공을 통하여 침해 را 야기하고 있다고 인정되는 경우에는 금지청구의 대상이 될 가능성이 있다고 파악하고 있다. 다만, 복사기와 같은 일반 제품의 제공, 전력의 공급이나 일반 주택 등의 임대와 같은 일반 서비스 등을 제공하는 자에 대하여 금지청구의 상대방에서 제외해야한다고 보고 있다.

또한 일본 소위원회에서 별도로 검토된 해적판의 양도 고지행위에 관하여 그 장소를 제공하고 있는 자에 대해서도 그 실태에 따라, 일정한 요건 하에서 침해 주체성이 인정될 가능성을 염두 해 두고 있다.

(3) 금지청구의 대상이 되어야 할 ‘간접침해’의 판단기준

입법의 방향성을 검토함에 있어 어떠한 행위를 ‘침해’라고 평가할 것인지, 그 구성요건 및 판단기준에 대한 논의가 제기되었다. 이러한 논의에 대해서는 다음과 같은 의견이 있었다.

첫째, 관리 지배성 및 침해발생의 개연성(및 그 취지의 인식)을 종합하여 판단하여야 한다.

둘째, 권리침해와 행위와의 상당인과관계를 가지는 교사 또는 방조에 해당할 것인가를 기준으로 하여야 한다.

셋째, 상당인과관계와 함께 지배 내지 관리관계의 유무를 모두 기준으로 하여야 한다.

넷째, 침해행위예의 관여의 개연성(객관적 요건)과 당해 관여행위의 인식(주관적 요건)을 기준으로 하여야 한다.

이에 대하여, ‘관리지배’의 내용 자체가 다의적인 측면이 강하다. 예컨대, 저작물의 직접행위자의 자유 의지를 일정 정도 구속하는 간접적 행위도 간접침해의 범위에 포함되는지 여부 또는 물건의 제공에 의한 침해가 간접침해행위에 포함될 것인지의 여부도 불명확하다는 의견도 제시되었다.

또한 침해 상태를 시정할 수 있는 입장에 있지 아니한 방조자에 대해서도 금지청구를 인정할 수 있는지 여부 및 주관적 요건이 인정되지 않는다는 이유로 금지청구를 인정할 수 없다고 하는 것은 권리 구제의 실효적 관점에서 부적당하다고 볼 수 있는 경우도 있다는 점도 아울러 고려의 대상이 되고 있다.

(4) 입법안의 검토

소위원회는 전술한 4가지 입법의 방향성 중에서 첫 번째 방향성을 가지고 입법의 일례로서 검토하였다. 특히 종래의 판례 중에 스스로 이용행위를 한 자 이외의 자에 대해 침해 주체성을 인정한 것에는 당해자가 “타인에게 침해행위를 야기하도록 하는 행위를 함으로써 타인의 권리를 침해한다.”는 취지로 판시된 것이 상당수 있다. 그러므로 이러한 “타인에게 침해행위를 야기하는 것”이 침해행위로 인정되는 경우 ‘를 저작권법 제112조의 금지청구의 대상으로 하는 案이 검토되었다.

그리고 그 일례로서 이하와 같은 案이 제시되었다.

타인에게 저작권 침해행위를 야기 시키는 것도 침해행위로 파악 한 후, 그 일례로서 오로지 침해의 용도에 제공되는 물건 등의 제공을 하는 것을 예시한다. 다만, 이와 같이 “오로지 침해의 용도에 제공되는 물건 등의 제공 그 밖의 행위에 의해 타인에게 침해행위를 야기시킴으로써 저작권 침해행위를 하는 자”란 “그러한 행위로 타인의 침해행위를 자신의 통제 하에 두고 있으며, 그 타인의 침해행위를 제거 내지는 배제시킬 수 있는 지위에 있는 자”로 개념 지을 수 있다.

3) 정리

이상과 같이, 일본 소위원회에서는 저작권법상의 ‘간접침해’를 저작권법상의 고유한 성질의 측면을 고려하고, 지금까지 축적된 판례를 통해 종합적인 검토를 실시하였다. 그 결과 특허법에 있어서 간접침해에 관한 규정을 참고로 하면서도 특허법과는 다른 법제로서 저작권법상의 금지청구의 대상을 명확히 하는 방향으로 입법이 추진되어야 한다는 결론에 이르고 있다.

구체적으로 저작권법 제112조의 ‘침해’에 해당하는 행위는 저작물 등에 대하여 스스로 이용행위를 한 자에 한정되는 것이 아니라, 일정한 요건을 충족한 타인의 행위도 이에 해당할 수 있는 점을 법률상 명확히 하여야 하지만, 당해 타인의 범위에 대하여 무한정으로 인정해서는 안 되므로, 어떠한 요건을 충족한 자를 그 대상으로 해야 하는가에 대하여 판례의 상황과 민법에서의 물권적 청구권 등의 기초이론과의 정합성도 고려하여 신중히 검토할 필요한 것으로 보고 있다.

3. 학계의 반응

‘저작권 간접침해’ 문제를 입법적으로 해결하고자 하는 일본 소위원회의 검토와 더불어, 일본의 학계에서는 어떠한 관점 하에 논의하고 있는지 주요한 주장을 중심으로 살펴보고자 한다. 일본의 학설은 대체적으로 저작권 간접침해행위의 규율에 대하여 ‘입법론’적 해결에 찬동하면서도 그 해결방법에 있어서는 차이가 존재한다.

1) 불법행위적 구성을 채용하여야 한다는 견해

이 견해는 저작권 간접침해행위의 규제에 대한 입법적 접근방향으로서 저작권이라는 물권적 구성보다는 불법행위적 구성을 채용하는 것이 바람직하다고 주장한다.⁵⁶⁾

그 근거는 다음과 같다. 일본의 판례는 저작권 침해의 책임주체에 있어, 그 전제가 되는 사적복제 등의 성립여부를 ‘침해된 상태’를 중심으로 하는 결과 지향적 해석하여 그 기준이 매우 불명확하다. 또한 그 결과로서 저작권 침해의 책임주체의 범위도 상당히 확대되고 있는 실정이다. 한편, 입법론의 경우에도 저작권법에 지분권 등의 개별행위유형을 규정하여 프로바이더나 검색엔진 사업자에게 예측가능성을 높이기 위해 저작권 제한 범위를 명확화하는 입법을 고려할 수 있다. 하지만 저작권법에 새로운 지분권을 규정하거나, 저작권법 제113조에

56) 潮海久雄(編集代表 野村豊弘・牧野和秋), “著作権侵害の責任主体”, 現代社會と著作権法, 弘文堂, 2008. 6, 227면.

교사·방조 규정 등 불법행위에 의한 금지규정, 즉 일반조항이나 공중 송신권을 입법할 경우에도 결국 불법행위법의 구조 내에서 개별적으로 이익형량을 해야 할 필요성이 높다고 생각된다. 일본의 해석론과 입법론의 한계에 비추어 보면, 입법적으로 규정할 수 있는 유형 이외의 행위나, 장래 발생할 수 있는 책임 주체에 관계된 기술·서비스에 대한 해석에 있어서 비침해용도의 유무를 기준으로 하기 보다는 회피의무를 설정하는 불법행위법적인 구성을 채용하여 저작권자의 잠재적 시장에 대한 영향 등 사적복제에 있어 고려되는 이익을 살펴야 한다고 보고 있다. 또한 간접침해행위자에 대하여 금지청구를 판단할 때 제소 시에 합리적인 대체설계를 할 수 있는 지 여부 등도 고려하여야 한다고 한다.⁵⁷⁾

2) 교사·방조의 법리에 의한 처리로 족하다는 견해

이 견해는 저작권 간접침해행위의 규율문제를 교사·방조 책임으로 규율하는 것이 타당하다는 견해이다.

그 근거로서 독일의 경우 저작권 간접침해행위를 상당인과관계를 요건으로 하여 금지청구를 인정하고 있으며, 미국의 기여침해 이론도 저작권 침해를 방지해야 할 의무를 부과하여 부작위에 의한 저작권 침해를 인정하는 법리라고 이해하고, 영국도 저작권법에서 규정하고 있는 2차적 침해 규정은 저작권 침해의 교사·방조에 해당한다고 본다. 이러한 비교법적 검토와 더불어, 교사·방조 책임에 대한 일본의 유력학설을 비판하면서 그 타당성을 제시하고 있다.⁵⁸⁾

3) 저작권 제한규정을 활용하면서 입법적으로 해결하자는 견해

이 설은 현행 저작권법은 개인의 자유를 과도하게 해할 뿐만 아니라, 권리의 실효성이라는 측면에도 문제가 있다고 보고 있다. 특히 기업 내의 복제와 같이 파악 불가능한 행위는 규제할 수 없으므로 저작권자의 권리가 실현되지 않는 것은 명백하다고 보고 있다. 이러한 측면에서 파브하우스 G7 사건에서의 리스업

57) 潮海久雄(編集代表 野村豊弘・牧野利秋), 앞의 책, 227면.

58) 자세한 사항에 대해서는, 山本隆司(編集代表 野村豊弘・牧野利秋), 앞의 책, 261-280면 참조.

자와 같은 행위자를 규제하는 것은 바람직하다고 생각되고, 기술과 사회 환경의 변화에 대응한 규제의 변화는 원칙적으로 입법적으로 해결되어야 한다고 본다.⁵⁹⁾ 한편, 저작권 간접침해행위에 대한 규제를 입법적으로 해결할 경우 결국 권리자의 이익 쪽으로 이루어질 것이므로, 사법적으로 가급적이면 ‘인용’ 규정이나 ‘권리남용의 방법’을 사용하여 저작권을 제한하는 방향으로 접근해야 하며, 이러한 방향으로 사법적 고려가 필요하다고 보고 있다.⁶⁰⁾

IV. 결론 및 시사

이상으로, 일본의 저작권 간접침해행위에 대한 판례·학설에서 나타난 저작권 간접침해의 규율 법리 및 입법적 동향에 관하여 살펴보았다. 현재 우리나라는 저작권 간접침해행위를 한 자에 대하여 교사·방조의 법리를 적용하는 것이 판례상 확립되어 있는 상황이다. 그러나 ‘교사·방조의 법리’는 일정한 한계를 가지고 있다. 가장 핵심이 되는 문제는 ‘저작권 간접침해책임의 범위에 대한 불확실성’이라고 할 수 있을 것이다.

교사·방조에 의한 책임의 귀책은 ‘타인에게 침해행위를 야기시킨다’라는 측면의 접근방식이다. 그러나 사실 교사·방조인가, 직접침해인가 하는 점은 디지털 정보의 인터넷상의 침해행위나 시스템 제품에서는 극히 판별이 곤란한 경우가 많다. 주관적 요건이나 교사·방조 행위의 내용에 따라서 책임의 범위가 지나치게 확대될 가능성도 있다.

이러한 문제는 일본도 마찬가지다. 일본 판례를 통해 독자적으로 전개되어 온 ‘관리지배성’과 ‘이익성’을 요건으로 하는 ‘가라오케 법리’와 저작권 간접침해자의 금지청구를 인정하는 근거가 되는 ‘교사·방조 법리’ 역시 예측 가능성, 법적안정성 결여라는 문제를 안고 있다.

이러한 상황에서 타인에게 저작권 침해를 야기시키는 행위도 침해로 파악하

59) 第二東京弁護士会の財産権法研究会(編)[田村善之 집필부문], 앞의 책, 296면.

60) 第二東京弁護士会的財産権法研究会(編)[田村善之 집필부문], 위의 책, 296면.

는 것을 명확히 하고, 이에 더하여 타인에게 침해행위를 야기 시킴으로써 저작권 침해행위를 하는자를 타인의 침해행위에 대한 통제가능성과 침해행위의 배제 및 제거 권능 가진 자로 입법(안)을 제시한 것은 일응 타당하다고 할 것이다. 일본에서의 이러한 입법적 노력이 아직 결실을 맺은 상황은 아니지만, 저작권 간접침해에 대하여 법적 안정성과 예측가능성을 확보하자는 관점에서 입법적으로 해결하고자 하는 일본의 노력은 우리에게 시사하는 바가 크다. 우리도 저작권 간접침해행위자의 규율문제를 저작권법 틀에서 법적 안정성과 예측가능성을 담보하는 관점에서 많은 논의와 입법적 노력을 기울여야 할 때라고 생각된다.

참고문헌

〈국내 단행본〉

송영식·이상정, 저작권법 개설, 제4판, 증보판, 2009.

〈해외 단행본〉

作花文雄, 詳解著作権法, ぎょうせい, 2004.

中山信弘, 著作権法, 有斐閣, 2007.

鎌田薫, 寄与侵害・間接侵害に関する研究, 著作権情報センター付屬研究所, 2001.

編集代表 野村豊弘・牧野利秋, 現代社會と著作権法, 弘文堂, 2008.

第二東京弁護士会的財産權法研究會(編), 著作権法の新論点, 商事法務, 2008.

〈국내 학술지〉

김기중, “개정 저작권법에서 저작물의 전송을 차단하는 기술적인 조치”, Law & technology, 제3권 제2호(2007).

박태일, “온라인서비스제공자책임에 관한 연구: 우리나라의 사례를 중심으로”, 창작과 권리, 제44호(2006), 세창출판사.

이규호, “인터넷서비스제공자의 책임: 저작권자와 디지털복제기술공급자의 충돌과 조화”, 계간 저작권, 77호(2007).

최진원, “인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰 - 간접침해와 사적복제를 중심으로 -”, 인터넷법률, 통권 제43호(2008).

〈해외 학술지〉

後藤勝也, “マルチメディア社會における著作権の間接侵害”, コピライト, 438号(1997).

吉田克己, “著作権の間接侵害と差止請求”, 知的財産法政策研究, Vol.14(2007), 北海道大學大學院法學研究科21世紀COEプログラム「新世代知的財産法政策學の國際據点形成」事務局.

佐藤豊, “著作権利用のための手段を提供する者に對する差止め”, 知的財産法政策學研究, 2号(2004).

高部眞規子, “著作権侵害の主体について”, ジュリスト, No.1306(2006).

〈인터넷 자료〉

文化審議會著作權分科會法制問題小委員會, “平成19年度中間まとめ”, 2007. 10., 일본문부과학성,

〈http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_1910.pdf〉. 2011. 3. 5.

文化審議會著作權分科會法制問題小委員會, “文化審議會著作權分科會報告書”, 2006. 1, 일본문부과학성,

〈http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/O6012705/002/005.htm〉, 2010. 11. 5.

文化審議會著作權分科會法制問題小委員會, “文化審議會著作權分科會法制問題小委員會中間まとめに關する意見募集に寄せられた御意見Ⅶ”, 2011. 3, 일본문부과학성,

〈http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_iken.pdf〉, 2011. 4.

司法救濟制度小委員會, “文化審議會著作權分科會審議經過報告書 第5章司法救濟制度小委員會における審議の經過”, 2003, 1,

〈http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/O30102f.htm〉, 일본 문부과학성, 2010. 8. 22;

文化審議會著作權分科會, “報告書第5章 司法救濟制度小委員會” 2004.1, 일본 문부과학성,

〈http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/O4011402/029.htm〉, 2010. 11. 4.

文化審議會著作權分科會, “文化審議會著作權分科會報告書”, 2009. 1. 일본문부과학성,

〈http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2101.pdf〉, 2011. 4.

A Study on the Regulation Related to Copyright's Indirect Infringement in Japan:

Focusing on the Case law, Theories and Legislative Trends

Seong-Tae Jeon

Abstract

In the research field of the copyright, great attention has been shown to the question, not only the behavior which infringes copyrighted materials directly without authorization but also the liability of the particular group providing the consistent expedient of the copyright's direct infringement and leading to the copyright's infringement. Especially, the OSP's liability which is a sort of copyright's indirect infringement calls attention to the central problem in Korea. As to the OSP's liability, our case law states the views that the Clause 760, Article 3 of the Korean civil law is at the basis of the written law in respect of the OSP's liability. On this wise, the theory is of the same opinion with these case law to construct the joint tort for the abetment and backing theory.

Nevertheless, in Japan having similarities of the legislative system toward copyrights with Korea, a variety of the legal principles is used as the solution of copyright's indirect infringement via the case law. Above all, the Karaoke theory is a good example of this solution. This principle of law expands the central using body of copyrighted materials and requires to the 'control' and 'benefits' conditions. If this principle of law expands consecutively and fulfils the necessary conditions for the 'control' and 'benefits', despite the fact that infringed copyrights directly, this is used in the legal principles deeming a copyright's infringement.

In addition, the legal principles of aiding and abetting are universally applicable as the legal theory of solution into the copyright's indirect infringement. Particularly in the areas of the civil case, although an illegal act by abetting generally does not presume the injunctive relief, the copyright's indirect infringement is presumed the injunctive relief according to the legal principles of abetting in nature.

However it is criticized continually because the legal principles of the case law can not make sure of the legal stability and predictability. For this reason, the legislative reviews implements unceasingly to secure the legal stability and predictability about the copyright's indirect infringement in Japan.

In this respect, the legal principles of abetting to be commonly accepted have much to contend with the uncertainty of the obligation scope among the indirect pirates in Korea. Proceeding from what has been said above, the Japan's attempt to find the solution legislatively has great implications for us.

I am convinced to reckon that it is a just time when we make greater discussions and legislative efforts of regulating the copyright's indirect infringement to assure the legal stability and predictability within the copyright law.

Keywords

copyright indirect infringement, karaoke theory, Injunctive relief, abetment and backing theory, the type of indirect infringement

