

일본에서의 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성의 판단에 관한 연구

정태호*

차 례

I. 서론

II. 간접적 관여자와 침해주체성판단과의 관계

1. 직접적 침해행위자와 간접적 관여자의 관계
2. 특별규정의 유무에 의한 간접적 관여자의 침해주체성 인정여부
3. 간접적 관여자에 대한 간접침해의 의미검토

III. 간접적 관여자의 침해주체성 판단의 경향

1. 클럽캣츠아이 판례를 중심으로 한 가라오케 법리
2. 가라오케법리의 확대해석에 따른 귀책법리의 적용
3. 가라오케 법리에 대한 비판적 견해 및 새로운 해석
4. 주체성판단에 관한 최근 판례의 변화 동향

IV. 결론

* 원광대학교 법학전문대학원 조교수.

접수일자 : 4월 30일 / 심사일자 : 5월 28일 / 게재확정일자 : 6월 1일

I. 서론

저작권침해의 사례에는 다양한 태양의 것이 있는데, 오늘날 중요한 과제로서 검토가 요구되는 것은 이와 같은 다양한 침해태양의 특성에 입각하면서, 저작물의 이용행위주체, 또는 저작권 침해행위의 주체를 어떻게 파악하는가에 관한 문제라고 할 수 있을 것이다. 저작권자의 허락을 얻지 않고 행위자가 직접 서적이거나 레코드 등의 복제·판매를 하는 전형적인 침해사례라면, 침해행위 및 그 침해행위의 법적 주체를 파악하는 일은 그다지 어려운 일은 아니며, 실제적인 저작권 침해의 주체를 판단하고 정하는데 별도로 추가적으로 검토하여 볼 문제가 없을 것이다. 그러나, 저작권 침해행위를 직접적으로 하고 있는 자에 대해서 간접적으로 이러한 침해행위에 관여하고 있는 자를 저작권법상 어떻게 평가해야 하는지는 문제가 될 수 있을 것이다. 또 이러한 저작권침해행위에 대한 간접적 관여자가 침해행위의 주체에 해당되는지 여부를 파악하는 것에 관해서는 저작권침해행위의 구조적인 해석 및 귀책법리의 연구가 필연적으로 요구된다고 하겠다.

일본 저작권법상에서도 원칙적으로 저작권의 직접침해에 관한 제112조의 침해금지청구 등에 관한 규정과 제113조의 침해로 보는 행위, 제114조의 손해배상청구에 관한 규정이 존재하고 있다.¹⁾ 특히 일본 저작권법은 일본 특허법의 간접침해의 규정²⁾과 일부 유사한 의제침해에 관한 일반적

-
- 1) 東京弁護士會弁護士研修センター運営委員會, 「知的財産權訴訟」, 株式會社商事法務, 2006, 98頁.; 梅原ゆかり 監修, 「すでに役立つ知的財産の法律とトラブル解決マニュアル」, 三修社, 2006, 71頁.; 伊藤塾, 「知的財産權法(第2版)」, 株式會社弘文堂, 2007, 178頁.
 - 2) 일본 특허법 제101조 1. 특허가 물(物)의 발명인 경우에는 업으로서 그 물의 생산에만 사용하는 물을 생산, 양도, 대여 혹은 수입하거나 또는 그 양도 혹은 대여의 청약을 하는 행위
 2. 특허가 물의 발명인 경우에는 그 물의 생산에 사용하는 물(일본 국내에서 널리 일반적으로 유통되는 것을 제외)에 있어서 그 발명에 의한 과제의 해결에 불가결한 것이고, 그 발명이 특허발명이고 또한 그 물이 그 발명의 실시에 사용되는 것을 알면서도, 업으로서 그 생산, 양도 등 혹은 수입 또는 양도 등의 청약을 하는 행위
 3. 특허가 물의 발명인 경우에는 그 물을 업으로서의 양도 등 또는 수출을 위하여 소지하는 행위
 4. 특허가 방법의 발명인 경우에는 업으로서 그 발명의 실시에만 사용하는 물을 생

규정³⁾을 가지고 있기도 하지만⁴⁾5), 실제적인 저작권자에 관한 보호의 실

- 산, 양도, 대여 혹은 수입하거나 또는 그것의 양도 혹은 대여의 청약을 하는 행위
5. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 사용에 사용하는 물(일본 국내에서 널리 일반적으로 유통되는 것을 제외)에 있어서 그 발명에 의한 과제의 해결에 불가결한 것이고, 그 발명이 특허발명이고 또한 그 물이 그 발명의 실시 사용되는 것을 알면서도, 업으로서 생산, 양도 등 혹은 수입 또는 양도 등의 청약을 하는 행위
 6. 특허가 물을 생산하는 방법의 발명인 경우에는 그 물을 업으로서의 양도 등 또는 수출을 위하여 소지하는 행위
- 3) 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 제47조의3 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 때 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 허위의 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 공중송신 혹은 송신가능화하는 행위
 - ④ 제94조의2, 제95조의3 제3항 혹은 제97조의3 제3항에 규정하는 보수 또는 제95조 제1항 혹은 제97조 제1항에 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 제1항 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 배

효성을 확보하기 위해서 실제 판례상으로 직접침해와 관련된 행위를 규범적으로 인정하거나 또는 침해의 방조행위를 침해행위에 준하는 것으로 취급함으로써 침해책임을 부담하여야 하는 주체를 더욱 넓게 인정하기 위한 판단이론 등이 전개되고 있다.⁶⁾ 그런데, 우리나라 저작권법상에서도 제124조에서 일본 저작권법처럼 간접침해와 같은 의제침해에 관한 규정은 두고 있으나⁷⁾, 이것은 앞서 살펴본 일본 저작권법 제113조와 마찬가지로

포할 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 기산하여 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 저작인접권을 침해하는 행위로 본다.

- 4) 著作権法令研究会, 『著作権法入門』, 社団法人著作権情報センター, 1999, 80頁.
- 5) 엄격하게 말하자면, 특허법의 경우와 같이 실질적인 간접적인 침해물품에 관한 간접침해규정은 없고, 특정 행위에 대해서 침해로 간주하는 일종의 의제침해의 형태로 보는 것이 더욱 타당할 것이다(전성태, “저작권 간접침해에 대한 금지청구”, 창작과권리 제53호, 세창출판사, 2008.12, 201쪽 참조).
- 6) 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, 291頁.
- 7) 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 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위② 정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.
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 권리

지로 간접적 관여자의 침해주체성판단의 문제를 실제로 해결하기 위한 근본적인 해결규정이 되지 못하는 것이고, 더군다나 우리나라에서는 관련 판례들이 풍부한 일본에서의 경우와는 달리 실제 판례상으로도 저작권침해행위의 간접적 관여자 등에 관한 귀책법리의 판단사례 등이 온라인상의 저작권 침해판단과 관계된 것 밖에는 없는 상황이다. 따라서, 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성 판단에 관한 다양한 사례들이 나타나고 있는 일본 저작권법상 판례들의 경향과 관련 이론들을 구체적으로 검토하여 우리나라에서의 향후의 판단방법과 입법론 등에 관하여 중요하게 검토하여 볼 필요가 있다고 생각되므로, 이하에서는 간접적 관여자와 침해주체성판단과의 관계를 중심으로 일본에서 저작권의 침해책임을 부담해야 하는 주체의 범위가 간접적 관여자에 관하여 어떻게 확장되어 왔는지 살펴보고, 특히 최근의 일본에서의 판례의 동향 및 그 구체적인 적용법리의 변천을 중심으로 간접적 관여자의 침해주체성의 판단문제에 관하여 검토해 보도록 하겠다.

II. 간접적 관여자와 침해주체성판단과의 관계

1. 직접적 침해행위자와 간접적 관여자의 관계

저작권자의 허락이 없는 등 권원없이 저작물의 이용 등의 행위가 단독으로 된 경우에는 그 행위자가 저작권침해의 주체가 된다는 것은 당연한 사실이다. 그런데, 복수자의 관여하에 침해행위가 이루어진 경우에는, 저작물의 이용 등에 해당하는 행위를 직접적으로 행하는 자와 이것에 간접

의 침해로 본다. 다만, 기술적으로 불가피하거나 저작물 등의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 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.

적으로 관여하는 자와의 관계가 문제로 될 수 있다.⁸⁾ 즉, 사실상의 물리적인 침해행위를 하고 있는 직접적 침해행위자에 대하여 간접적으로 관여하고 있는 자의 침해주체성여부가 문제가 될 수 있으며, 일본에서도 이에 관한 침해주체성 판단은 중요한 쟁점으로 지속적인 논의가 이루어지고 있다.⁹⁾ 직접적 침해행위를 하는 자에 있어서도 법적인 책임여부에 대하여 두가지 태양이 있는데, P2P소프트웨어로 위법송신하고 있는 유저 등과 같이 법적으로 저작권 침해가 성립되는 경우가 있을 수 있고, 가라오케에서 노래부르는 고객 등과 같이 저작권법상으로 저작권 침해행위자에 해당되지 않는 경우가 있을 수 있다. 여기서 일본 저작권법상 해석에 따르면, 전자의 경우에 있어서의 간접적 관여자인 P2P소프트웨어의 제공자 등은 직접적인 침해행위자인 유저 등과 공동의 저작권 침해행위자가 될 수 있는 것이고, 후자의 경우에는 직접적 행위자인 노래부르는 고객 등은 저작권 침해의 책임이 없는 반면에 간접적 관여자인 가라오케 경영자는 단독의 저작권 침해행위자가 될 수 있다고 본다.¹⁰⁾ 그리고, 이상에서의 후자의 경우와 같이 간접적인 관여자가 단독의 저작권 침해행위자에 해당하게 되는 경우, 해당 간접적 관여자는 노래부르는 고객 등과 같은 직접적 행위자를 침해행위에 관한 수족(手足) 내지 도구로 이용하는 것이므로 직접적 침해행위자라고 법적으로 파악하는 “수족론¹¹⁾”과 관련된 판례들이 상당수 존재하고 있었으며¹²⁾, 후술하겠지만, 이와 같은 ‘수

8) 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, 347頁.

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

10) 作花文雄, 『詳解 著作権法(第4版)』, 株式會社ぎょうせい, 2010, 800頁.

11) ‘수족론’이란, 타인에 의한 물리적인 이용행위를 고용계약 등의 밀접한 지배관계에 의해서 행하게 하고 있는 것에 근거하여 이용행위의 주체로 평가하는 방법이다(上野達弘, “いわゆる「カラオケ法理」の再検討”, 『紋谷暢男教授古稀記念 知的財産權法と競争法の現代的展開』, 社団法人發明協會, 2006, 784頁.; 高林龍, 앞의 책, 334頁.). 그런데, 이와 같은 ‘수족론’은 저작권법에 한정된 것이 아닌 타법률에서도 일반적으로 해석되는 이론이므로, ‘수족’의 정도에 의해 밀접한 지배관계가 인정되는 사안에서 이용행위의 주체성을 인정하고 있다(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・著作隣接權論文集』, 社団法人著作権情報センター, 2007, 119頁.).

12) 中山信弘 著, 윤선희 編譯, 『著作権法』, 법문사, 2008, 419頁.

족론'에서 더욱 발전된 해석론인 “가라오케 법리”까지 나오게 된 것이다.¹³⁾ 결국 현재 일본의 저작권실무로서는 간접적 관여자의 저작권 침해주체성 판단과 관련하여 실질적으로 사실상의 직접적인 침해행위에 간접적으로 관여하고 있는 자를 일단 간접적 관여자로 구분하고, 이와 같은 간접적 관여자에 대해서는 일본의 판례상으로 확립되어 온 규범적인 해석에 근거하여 그 구체적인 사실관계에 맞추어서 저작권의 침해주체에 해당되는지의 여부를 판단하고 있다고 할 수 있겠다.

2. 특별규정의 유무에 의한 간접적 관여자의 침해주체성 인정여부

중전의 일본에서는 일본 특허법상 침해전용품에 대한 기여침해에 관련된 규정인 제101조처럼 저작권법상 별도의 명문규정이 없기 때문에 간접적인 침해관여자에 관한 문제의 발생시 저작권법상 특정규정에 의하여 간접적 관여자를 저작권 침해의 주체자라고는 평가할 수 없고, 단지 교사, 방조자로서의 공동불법행위자로서 손해배상청구의 대상이 될 수 있는데 지나지 않는다는 소견이 일반적으로 나타났다.¹⁴⁾ 그러나, 일본 특허법 제101조의 간접침해규정은 침해전용품 등의 생산, 양도를 특허권 등의 침해로 간주함으로써 당해 특허권 등의 효력의 실효성을 실질적으로 확보하기 위한 제도이고¹⁵⁾, 저작권법에 있어서는 마찬가지로의 규정을 도입한다고 하면 저작권에 대한 침해전용품의 제조판매 등의 행위를 고유의 권리 침해행위로 판단할 수 있으므로 보다 규제하기 쉬워진다고 하는 측면은 있지만, 해당 규정이 존재하지 않는 것이 간접적 관여자를 저작권 침해행위의 주체로서 파악하는 것을 방해하는 것도 아니고, 또 관련 규정의 부

13) ‘수족론(또는 ‘수족법리’라고도 함)’과 ‘가라오케 법리’는 학설상 구별되는 개념이지만 ‘수족론’에서 요구되고 있는 ‘중속관계의 존재’는 ‘가라오케 법리’에서의 ‘지배관리성’요건의 판단에 포함되는 것으로 취급되는 것으로 충분하다고 해석하는 견해도 있다(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, 233-234頁.).

14) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 419頁.; 전성태, 앞의 논문, 202-203쪽 참조.

15) 中山信弘, 『工業所有權法 上 特許法(第2版増補版)』, 株式會社弘文堂, 2002, 421頁.

존재를 근거로 한 해석만을 해야 한다는 합리성도 찾을 수 없다고 본다.¹⁶⁾

따라서, 저작권제도의 해석운용에 있어서 주관적인 면 및 객관적인 면에 걸치는 다원적인 평가하에 침해행위의 주체성에 대하여 판단되어야 하고, 법적 안정성이라는 이름하에 범규정에 없으면 적용할 수 없다고 하는 사고정지적(思考停止的)인 제도운용이 이루어져야 하는 것은 아니라고 일본의 판례와 다수설에서는 해석하고 있다.¹⁷⁾

한편, 간접적 관여자의 저작권침해주체성에 대하여는 지금까지의 판례들에 있어서 제112조의 금지청구의 대상이 될 수 있는지 여부라고 하는 관점에서 다투어지는 경우가 대부분이며, 금지청구의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 다수적인 견해이기도 하다.¹⁸⁾ 즉, 특허법에 있어서의 간접침해규정과 같은 규정이 저작권법에 없다고 하더라도 그 점 때문에 바로 저작권법이 방조적 내지 교사적인 행위를 하는 자에 대한 금지청구를 인정하고 있지 않다고 해석할 필연성은 없다고 보고 있는 것이다.¹⁹⁾

3. 간접적 관여자에 대한 간접침해의 의미검토

한편, 상기에서의 직접적 침해행위자에 대한 간접적 관여자의 책임을 논하는 경우에 직접침해, 간접침해 및 의제침해 등의 개념에 관하여 그 해석상 적용되는 경우가 적지 않은데, 각각의 문맥에 따라 어떠한 개념으로서 이용되고 있는지를 이해해 둘 필요가 있다. 의제침해란 문자그대로 법문상 “침해로 간주한다”로 되어 있는 것이지만 다양한 것이 있을 수 있다. 예를 들면 일본 특허법 제101조 각 호에 게재되어 있는 침해간주행

16) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 807頁.

17) 高部眞規子, “著作権侵害訴訟の請求の趣旨及び判決主文”, 「新・裁判實務大系 著作権關係訴訟法」, 株式會社青林書院, 2004, 48-49頁.

18) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 808頁.; 塩月秀平, “著作権侵害主体事例分析”, 「ジュリスト(No.1316)」, 株式會社有斐閣, 2006.7, 141頁.; 이와 같은 일본의 판례 및 다수설적인 견해에 대하여 조문상의 근거없이 금지청구나 벌칙의 적용과 같은 강력한 효과를 갖는 저작권침해를 인정하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다(中山信弘, 앞의 「著作権法」, 419頁.; 高部眞規子, “著作権侵害の主体について”, 「ジュリスト(No.1306)」, 株式會社有斐閣, 2006.2, 126-128頁 참조.)

19) 小泉直樹外 6人, 앞의 책, 311-314頁 참조.; 青山紘一, 「著作権法(事例·判例)」, 經濟産業調査會, 2010, 485-487頁 참조.

위는 특허권의 침해로 되는 물건의 생산 등에만 이용되는 물건의 생산 등, 특허권자의 실시권의 침해행위에 제공하는 행위를 규제하는 것이다. 다른 한편으로, 일본 저작권법 제113조에 규정하고 있는 저작권에 관한 침해간주행위는 저작자 등이 전유하는 배타적 권리의 침해에 제공하는 행위를 규제한다기 보다도, 배타적 권리의 규제내용으로는 법규정상 되어 있지 않지만, 권리자의 이익 확보를 도모한 후에 규제하는 것이 필요하다고 생각되는 행위에 대하여 권리침해로 간주함으로써 실질적으로 권리내용의 확충을 도모하는 것이다.²⁰⁾ 즉, 저작권법상 이들 침해간주규정에서 규제하고 있는 행위는 현행법 체계에서는 배타적 권리의 규제내용으로 하기에는 맞지 않는 측면이 있기 때문에 침해로 간주하는 조치로서 별도로 규정하고 있는 것으로 해석되고 있다고 하겠다.

저작권 침해와 관련하여 일본 저작권법에 있어서는 동법상의 권리를 “침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자”에 대하여 동법 제112조제1항에 근거하여 금지청구를 행하는 것이 인정되고 있다.²¹⁾ 그러나, 저작물 등에 대하여 물리적으로 직접 이용행위를 하는 자 이외의 자에 대하여 금지청구를 행할 수 있는지의 여부에 관해서는 현행 일본 저작권법상은 반드시 명확하지는 않다.²²⁾ 일본의 법원에서는 저작물 등에 대하여 물리적으로 직접 이용행위를 하는 것이라고는 말하기 어려운 자를 일정한 경우에 이용행위의 주체라고 평가하여 저작권침해의 주체로 판단하고 있다.²³⁾ 이와 관련하여 권리행사의 명확한 근거를 얻을 수 있다고 하는 관점과 아울러, 콘텐츠유통사업자(ISP등)의 법적안정성을 높이기 위해서도, 간접적 관여자에 관련된 간접침해의 범위를 명확화해야만 한다는 지적이 일본에서 이루어지고 있다.²⁴⁾ 이와 관련하여 일본의 대표적인 판례상의 법리인 ‘가라오케 법리’가 나온 이후로 간접적 관여자의 침해주체성 인정에 관하여 최근에 어떠한 다양한 판단들이 나오고 있는지에 관해서 이하에서 살펴보도록 하겠다.

20) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 801頁.

21) 田村善之, 「著作権法概説(第2版)」, 株式會社有斐閣, 2006, 305-306頁.

22) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 418頁.

23) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 800頁.

24) 青山紘一, 앞의 책, 145頁.

Ⅲ. 간접적 관여자의 침해주체성 판단의 경향

1. 클럽캣츠아이 판례를 중심으로 한 가라오케 법리

일본에서 ‘가라오케 법리’를 적용한 판례에 있어서는 물리적으로 직접적인 저작권 침해행위를 한 자에게 간접적으로 관여한 자의 법적 책임을 물을 때의 기준으로서 관리·감독권능 및 직접적인 경제적 이익의 귀속성을 근거로 하고 있다.²⁵⁾ 해당 법리의 기초가 된 판례로서 최고재판소의 “클럽캣츠아이”사건²⁶⁾이 있는데, 해당 판례에서의 판단법리를 중심으로 간접적 관여자의 침해주체성 판단과 관련하여 “가라오케 법리”라는 법리를 적용하여 왔다.²⁷⁾ 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, 여러차례 호스티스 등에게도 손님과 함께 또는 단독으로 노래를 부르게 함으로써 가게의 분위기를 만들게 하여 손님이 끌어모아져서 이익을 높이는 것을 의도하고 있었다는 사실관계를 전제로 음악저작물의 이용주체를 해당 스낵바 등의 경영자들과 인정하였다.²⁸⁾

이와 같은 가라오케 사례의 경우에는 각각의 고객이 노래부르는 것 자

25) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 804頁.

26) 最高裁昭和63年3月15日判決昭59(オ)1204(民集42卷3号199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, 190-191頁.

27) 平嶋龍太, 앞의 논문, 233頁.; 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, 124頁.

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

체는 고객이 저작물이용의 법적주체라고 가정하여 평가했을 경우라도 통상 자기 자신의 즐거움을 위해, 또는 동료고객이 듣게 하도록 하기 위해 노래를 부르고 있고, 공중에 대해 노래를 부르는 것이 아니기 때문에 연주권이 작용하지 않는 것에 근거하여 적법한 것으로 볼 수 있는 반면에, 이와 같이 노래 부르는 것에 대하여 점포의 관리 및 지배성이나 이익 귀속성이 높다고 인정되는 점때문에 점포를 노래부르는 법적주체라고 보아 연주권의 침해행위자라고 인정하고 있는 것이다.²⁹⁾

결국 해당 판례에서 나타난 “가라오케 법리”는 물리적인 이용행위의 주체라고는 말하기 어려운 자를 “저작권법상의 규율의 관점”을 근거로 하여 관리 및 지배성과 영업상의 이익이라고 말하는 두 가지 요건을 가지고 규범적으로 이용행위의 주체라고 평가하는 판단방법이라고 할 수 있겠다.³⁰⁾

해당 판단법리와 관련하여 “중부관광”사건³¹⁾에서는 중부관광주식회사의 각 영업소에 있어서의 음악의 연주자체는 각 악단에 의해 이루어지고 있다고 하더라도 이것에 의한 음악저작물의 사용주체는 영업주인 중부관광주식회사라고 판시하였고, 중부관광주식회사가 단순히 연주자에 대한 간접적 관여에만 머물고 있는 것이 아니라, 해당 회사의 침해행위 주체성이 관리지배성이나 경제적 이익의 귀속성을 근거로 해서 판단되고 있음을 확인할 수 있다.³²⁾ 그런데, 해당 사건에 있어서는 사실상의 행위주체인 악단의 저작권법상의 침해주체성은 소극적으로 파악되고 있지만, 악단도 업으로서 공중에 대하여 연주하고 있는 이상, 악단에 대해서도 저작권 침해를 하지 말아야 할 의무가 법적으로 인정되어야 할 것임에도 해당 판례에서 이상과 같이 판단한 것에는 상기의 가라오케 사건과는 달리 문제의 소지가 있다고 하겠다.³³⁾

한편, 이와 관련된 것으로서 각 연주회에 있어서의 연주는 프로모터들

29) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 804頁.

30) 青山紘一, 앞의 책, 145頁.

31) 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].

32) 作花文雄, 「著作権法 基礎と応用」, 社団法人發明協會, 2004, 196-197頁 참조.

33) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 804頁.

인 2명의 관리하에 이루어지고 있고, 이 2명의 프로모터들은 그 연주에 의하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 지위에 있으며, 이들 연주회에 관해서는 해당 프로모터들이 저작물을 연주사용한 것이라고 인정할 수 있다고 “프로모터 연주권 침해”사건³⁴⁾에서도 가라오케 법리를 적용하여 판시하고 있다.

그리고, “베자르안무 무단상연”사건³⁵⁾에서도 타인의 저작물인 무용의 상연의 주체는 실제로 무용을 연기한 댄서에 한정되지 않고, 해당 상연을 관리하고 해당 상연에 의한 영업상의 이익을 받는 자도 저작물인 무용상연의 주체이며, 저작권의 침해의 주체가 될 수 있다고 판단하였고, 댄서의 상연에 대한 행위주체성을 인정하면서 관리 지배성 및 경제적 이익의 귀속성에서 흥행의 기획, 알선 등을 업으로 하고 있던 매니지먼트회사의 침해행위 주체성을 인정하고 있는 점이 특색이라고 할 수 있는데³⁶⁾, 이 상에서 언급한 판례들 모두 가라오케 법리를 중심으로 하여 기존의 행위지배론적인 판단법리에 근거한 판례들이라고 할 수 있겠다.

이상의 내용과 같이, 기존의 일본의 판례에서는 가라오케 점포에 있어서의 점포의 종업원과 고객과의 관계, 사교장 경영자와 연주자와의 관계 등 사실상의 직접적 침해행위자와 간접적 관여자와의 인적관계가 밀접한 사례에 있어서, 직접적 행위자에 대한 관리 및 감독권능과 해당 저작물 이용행위에 의한 직접적인 경제적 이익의 귀속성이라고 하는 요건에 의하여 직접적인 침해자에 간접적 관여자의 수단 또는 도구적인 위치를 부여하여 간접적인 관여자의 침해행위 주체성을 인정하여 왔다.³⁷⁾ 즉, 이와 같은 가라오케 법리의 기본적인 골격은 행위지배성의 관점에서 간접적 관여자의 침해행위 주체성을 파악하는 것이라고 할 수 있다. 한편, 이와 관련하여 우리나라에서도 “클럽캣츠아이 사건”과 유사한 형태의 사례로서 노래방 업주의 공연권 관련 사건이 있기는 하지만, 노래방 업주가 저

34) 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].

35) 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]

36) 齊藤博, 『著作權法(第3版)』, 株式會社有斐閣, 2007, 361頁.

37) 青山紘一, 앞의 책, 476頁.

작권의 직접침해행위자임을 아예 처음부터 전제하여 놓고, 복제권과는 별도로 존재하는 공연권의 침해여부를 판단하는데 그쳤을 뿐, 노래방 업주를 간접적 관여자로 취급하거나, 이와 관련하여 간접적 관여자에 대한 침해주체성 판단에 관해서는 아무런 판단이 이루어지지 않았다.³⁸⁾

2. 가라오케법리의 확대해석에 따른 귀책법리의 적용

앞서 살펴본 최고재판소의 가라오케 법리에 관한 판결이 내려진 후에, 이와 같은 간접적으로 관여한 자의 법적 책임을 물을 때의 기준으로서 관리·감독권능 및 직접적인 경제적 이익의 귀속성 법리를 확대해석하여 직접적인 저작권의 침해자이외의 자를 침해주체로 판단한 판결들이 다수 판시되어 왔는 바, 대표적인 판례들을 구체적으로 정리하여 보면 다음과 같다.

(1) 가라오케 박스(カラオケボックス) 사건³⁹⁾

해당 사건의 판결에서는 가라오케 박스에서 음악저작물의 연주 내지 그 복제물을 포함하는 영화저작물의 상영을 행하고 있는 주체는 점포영업자라고 판단하고 있으며, 점포영업자가 연주권, 상영권의 침해에 근거한 책임을 부담하였다. 가라오케 박스 안에서의 손님 가창에 관해서까지 점포영업자를 침해주체로 확대해석한 점에서 특히 본 판례를 가라오케 법리를 더욱 발전시킨 것으로 보고 있기도 하다. 이와 관련된 근거를 살펴보면, 독립된 공간에 설치되어 점포영업자가 직접 참석하여 영업에 관여하고 있지 않은 가라오케 박스와 관련해서는 손님을 수족으로 사용하고 있다고 하는 경영자의 관리적 요소는 가라오케 스낵바보다 낮다고

38) 노래반주용 기계의 제작업자에게 사용료를 받고 가사와 악곡 등 음악저작물의 이용을 허락하는 경우에 그 허락의 범위는 일반적으로 노래반주용 기계에 그것을 수록하여 복제하는데 한하는 것으로 인정되고, 따라서 저작권자의 별도의 허락없이 노래방에서 위와 같이 복제된 노래반주용 기계를 구입하여 복제된 가사와 악곡을 재생하는 방식으로 일반공중을 상대로 영업하는 행위는 공연권을 침해하는 것이 된다(대법원 1994.5.10.선고 94도690판결).

39) 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・判夕984号259頁・判例百選(3)65事件).

보이고, 종래는 가라오케 스낵바에서의 손님's 가창에 대하여 해당 스낵바를 점포로서 직접 관리 및 지배하는 자로서의 침해를 스낵바의 경영자에게 인정한 것임에 비해, 가라오케 박스와 같은 경우에는 반드시 점포 등의 장소를 직접적으로 관리지배하지 않고 있더라도 침해주체를 인정하였다는 점을 그 근거로 들 수 있겠다.⁴⁰⁾ 즉, 이것은 직접적인 관리지배성이 없어도 침해주체성을 인정하고 있다는 점에서 기존의 관리 및 지배성을 강조한 가라오케 법리를 확대적용한 것이라고 볼 수 있는 것이다.

(2) 야간주점(ナイトパブ) G7 사건⁴¹⁾

가라오케 장치의 리스업자는 리스계약의 상대방이 해당 저작권자와의 사이에서 저작물사용허락계약을 체결하거나 또는 신청을 한 것을 확인한 후에 가라오케 장치를 인도해야하는 조리상의 주의의무를 부담하여야 하는 것이나, 해당 주의의무를 위반한 경우로 보아 저작권의 침해주체로 판단되었다. 본 판례는 직접적인 침해주체가 아닌 자도 저작권침해에 관한 불법행위책임을 질 수 있다는 것을 보여준 판결로서 선례적인 의의를 가지고 있다 할 것이다.⁴²⁾

(3) 히트원(ヒットワン) 사건⁴³⁾

대중적인 사교음식점에 있어서 타인의 저작권이 있는 악곡데이터를 수록하여 업무용통신가라오케 장치를 리스 또는 판매하는 업자와 같은 가라오케 장치의 제공업자는 저작권의 침해자 또는 침해할 우려가 있는 자에 해당한다고 판단되었다. 본 판결은 가라오케 장치의 제공업자에 대해서 저작물의 이용주체, 즉, 저작권침해행위에 관한 직접적인 이용주체 그

40) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 420-421頁.

41) 最高裁平成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, 216-217頁.).

42) 黃山久芳外 4人, 「知的財産法判例集」, 株式會社有斐閣, 2007, 364頁.

43) 大阪地判平成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).

자체라고는 볼 수 없지만, 사교음식점의 각 점포에 있어서의 저작물의 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 방조자로서의 관리지배성을 확대해석하여 침해주체성을 판단하였다는데 의의가 있다고 볼 수 있으며, 침해주체성 판단에 있어서 다소 권리자측 입장에 선 판결의 경향을 보여준 판결이라고 해석되기도 한다.⁴⁴⁾

(4) 2채널소학관 사건⁴⁵⁾

본 판결에서는 인터넷 전자게시판상에서 저작권침해발언이 있었던 것 때문에 게시판운영자는 해당 발언에 관한 자동공중송신 등의 금지와 손해배상을 명령받았다. 본 판결은 전자게시판에 게재된 발언이 저작권침해에 해당할 때에 게시판의 운영자는 그와 같은 발언의 제공의 장을 설치한 자로서 그 침해행위를 방지하고 있는 경우, 그 침해태양 등에 비추어 볼 때에 그 방지행위자체가 저작권침해행위로 판단되어야만 하는 경우도 있을 수 있다고 판단하였는데⁴⁶⁾, 이것은 종래의 가라오케 법리에서의 장소 등에 관한 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 볼 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

(5) 파일로그 사건⁴⁸⁾

본 판결에서는 전자파일교환서비스중에 음악저작물의 저작권이 침해된

44) 青山紘一, 앞의 책, 486-487頁.

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

46) 青山紘一, 앞의 책, 490頁.

47) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 421頁.

48) 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).

경우, 서비스의 운영회사가 송신가능화권 및 자동공중송신권의 침해주체로 판단되었다. 본 판결의 요지를 살펴보면, 전자파일교환서비스 “파일로그”는 단순히 일반적으로 위법한 이용도 있을 수 있다고 하는 것만에 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 있으며, 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 하고, 침해의 주체라고 인정할 수 있다고 설시하여 간접적 관여자의 직접침해자로서의 침해주체성을 인정하고 있다.⁴⁹⁾

(6) 녹화넷(録畫net) 사건⁵⁰⁾

본 판결에서는 텔레비전방송의 녹화서비스에 있어서의 복제행위의 주체가 해당 서비스사업자라고 판단되었는데⁵¹⁾, 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 있었던 것이다. 이에 대하여 본 판결에서는 저작권자의 방송에 관계되는 본건 방송에 대한 복제행위를 관리하고 있는 점을 근거로 하여 해당 서비스업자의 관리지배성과 이익귀속성을 적용하여 복제권을 직접적으로 침해하는 행위자로서의 침해주체성을 인정하였다.⁵²⁾

49) 青山紘一, 앞의 책, 494頁.

50) 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).

51) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 419頁.

52) 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, 602-603頁.

(7) MYUTA 사건⁵³⁾

휴대전화용스토리지(storage)서비스에 있어서의 저작권침해(복제)의 주체가 그 서비스업자에 있다고 판단되었는데, 본 판결에서는 서비스업자가 관리하는 저작물의 저작권을 침해하는 것이고, 음악저작물의 저장 및 유저(user)의 휴대전화용 송신서비스가 금지청구의 대상이 됨을 밝혔다.⁵⁴⁾

(8) 選撮見録 사건⁵⁵⁾

1주일 분량의 TV프로그램을 녹화가능하게 하는 집합주택용 자동녹화장치인 영상기록전달시스템을 판매하고 있는 업자가 직접적으로는 복제행위 또는 송신가능화행위를 하지 않은 자이더라도 현실적인 복제행위 또는 송신가능화행위의 과정을 관리·지배하고, 또 이익도 얻고 있는 자이므로, 복제행위 내지 송신가능화행위의 주체가 되어 저작권, 저작인접권의 침해주체로 된다고 판단되었는데, 원심인 1심판결⁵⁶⁾과 달리 본 판결인 항소심에서는 다만 금지가 인정되는 것은 텔레비전 방송을 수신할 수 있는 지역에 한정된다고 판단하였다.

(9) 만화넷(漫畫)배선송신 사건⁵⁷⁾

만화단행본을 화상과일화하고, 특정한 웹사이트를 통하여 인터넷에 의한 공중송신으로써 만화의 저작자의 저작권(공중송신권)을 침해한 경우에 있어서, 침해행위자에 인터넷브로드밴드(broadband)회선을 제공하거나 또는 서버를 제공한 회사가 각각 침해행위의 방조자로서 공동불법행위책임을 부담한다고 판단되었다.

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

54) 青山紘一, 앞의 책, 501頁.

55) 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).

56) 大阪地裁平成17年10月24日判決判時1911号65頁.

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

(10) 위니(ウイニー) 사건⁵⁸⁾

본 판결에서는 파일공유소프트웨어개발자의 인터넷을 매개로 한 파일 공유소프트웨어의 제공행위가 저작권침해의 방조로서 저작권법위반에 해당한다고 판단되었다. 다만, 항소심에서 형법상의 방조죄⁵⁹⁾는 성립하지 않은 것으로 해서 무죄로 되었다.⁶⁰⁾ 본 판결은 프로그램의 개발자가 저작권침해에 관한 방조죄의 피고인으로 된 일본국내 최초의 케이스라고 할 수 있겠다.⁶¹⁾

3. 가라오케 법리에 대한 비판적 견해 및 새로운 해석

인터넷상의 시장 등에서 침해전용품 등을 제공함으로써 침해결과를 야기할 개연성이 상당정도로 높은 정형적인 침해기여물 또는 서비스를 제공하는 사례에서는 인터넷 환경의 특성상 관리 및 감독권능 내지 행위지배성의 요건이 정확하게 적용되기 어려운 점이 있고, 또 그렇기 때문에 특별한 규정이 존재하지 않는다는 이유로 법적 안정성의 관점에서 원칙적으로 침해전용품제공자의 책임은 없다고 하는 것도 제도의 해석운용을 과도하게 제약하는 것이 되어 타당한 결론을 도출하는 것이 곤란해진다고 볼 수도 있다.⁶²⁾ 따라서, 이와 관련하여 최근에는 이와 같이 간접적 관여자에게 특정한 법리적 요건을 기준으로 규범적인 책임을 지우는 것이 지나치다고 보아 가라오케 법리에 대하여 재검토하는 경향이 나타나고 있다.⁶³⁾ 게다가 가라오케 법리를 지나치게 확대해석하여 규범적으로 적용하게 된다면 이는 저작권법상의 권리제한규정의 적용을 회피할 수 있게 됨으로써 저작권침해에 관한 적용이 쉬워질 우려가 있으므로⁶⁴⁾, 침

58) 東京地裁平成19年12月13日(知財ふり)ずむ平成22年1月号38頁).

59) 日本刑法第62條第1項.

60) 大阪高裁平成21年10月8日判決平19(う)461.

61) 青山紘一, 앞의 책, 532頁.

62) 이와 관련하여 입법적 해결은 필요에 맞게 적절하게 연구되어야 하지만, 제도의 해결운용에 의한 유연하고 탄력적인 해결에 맡기는 편이 합리적인 결론이 도출될 수 있는 것도 있다는 견해가 있다(作花文雄, 앞의『詳解 著作権法(第4版)』, 813頁.).

63) 青山紘一, 앞의 책, 476頁.

64) 鳥澤孝之, 앞의 논문, 131-132頁.

해의 주체는 원칙적으로 조문에 규정된 범위라고 해석하여야 하며, 이를 위해서는 입법에 의하여 간접침해 등의 범위를 명확하게 하여야 할 것이라는 입법론적 견해도 나타나게 되었다.⁶⁵⁾

한편으로 이상의 가라오케 법리에 지나치게 충실한 판례들의 경우처럼, 일본에서는 간접적인 관여자의 침해귀속성을 파악하는 경우에 관리·감독권능 및 직접적인 경제적 이익에 관한 귀속성의 요건에만 얽매어서 귀책의 성립여부를 결정하고자 하는 경향도 볼 수 있지만, 이와 같은 전제에 설 경우, 간접적 관여자에 관한 복잡하고 다양한 침해사태들에 대하여 타당한 결론을 도출하는 것이 실제적으로 어렵다고 할 수 있을 것이다.⁶⁶⁾

결국 최근에는 간접적 관여자의 주관적, 객관적인 요소들을 복합적으로 파악한 후에 간접적 관여자가 귀책상당의 법익침해에 실질적으로 기여하고 있는지 여부의 판단이 필요하다고 보는 것이 일본내에서 유력한 설로 나타나고 있다.⁶⁷⁾ 즉, 이것은 귀책상당의 법익책임에 대한 실질적 기여성을 고려하는 입장으로서 사실상의 물리적인 직접침해행위를 하고 있지 않는 간접적인 관여자에 대하여는 주관적 및 객관적인 각 요소들을 종합적으로 검토하여 간접적 관여자에 대하여 귀책상당의 법익침해에 대한 실질적 기여가 인정되는지 여부를 인정하여야 하고, 또 규범적으로 행위주체를 파악하는 관점과 그 인정요건 등을 복합적으로 검토할 필요가 있

65) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 423-424頁.; 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-不法行爲法および私的複製・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, 224-226頁 참조.).

66) 作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 806頁.

67) 이와 관련하여 平成21年11月13일에 선고된 하급심인 도쿄지방법판소의 판결 “동영상 투고 사이트·TV브레이크”사건에서는 “저작권법상의 침해주체를 결정하는 것에 대하여는 당해 침해행위를 물리적, 외형적인 관점만에서 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.” 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 동일시 할 수 있는지 여부라는 점에서 판단해야 한다.”고 판시하고 있다(作花文雄, 앞의 「詳解 著作権法(第4版)」, 813-814頁.).

다는 것이다.⁶⁸⁾ 그리고, 직접적 행위자에 의하여 야기된 결과에 대하여 간접적 관여자의 실질적 기여성의 유무를 판단하는데 있어서는 해당 간접적 관여자에게 침해에 관한 결과회피의무를 부과하는데 상응하는 침해에 대한 인식의 상태가 주관적인 면에서 중요한 요소가 된다고 볼 수 있다.⁶⁹⁾

이와 관련하여 '과실'은 불법행위의 성립요건이고 저작권 침해의 성립요건이 아니며, 기본적으로는 행위자에게 과실이 없더라도 저작권법상 저작권 침해행위자가 되고, 일본 저작권법 제112조의 규정에 근거하여 금지청구의 대상이 된다.⁷⁰⁾ 그런데, 이와 같은 불법행위성립의 요건으로서의 '과실'과는 별도로 여기에서는 간접적 관여자의 귀책상당의 실질적 기여성의 성립요건으로서의 '과실'이 묻어진다고 볼 수 있다. 즉, 간접적 관여자를 저작권 침해의 행위주체라고 인정한 후에 이와 같은 간접적 관여자에게 귀책결과가 발생하는 것에 대한 예견가능성이 있고, 해당 결과를 피하는 조치를 취하여야 할 의무가 존재하는지 여부라고 하는 것이 문제로 된다고 볼 수 있다.⁷¹⁾

일반적으로 불법행위법에 있어서의 과실은 단순한 심리상태나 주관적인 요건이 아니라 객관적인 결과의 초래를 피하여야 할 의무의 위반으로 파악되고 있고, 행위자에게 과실을 인정하는데 있어서 침해결과의 예견가능성의 유무 및 해당 결과의 회피의무를 부과하는 것이 당연한 것인지 여부가 검토될 필요가 있으며, 행위자의 행위에서 생기는 결과발생의 개연성, 피침해이익의 중대함, 그리고 결과의 회피의무를 부과함으로써 회생이 되는 이익과의 비교형량에 의하여 판단되는 것으로 되어 있지만⁷²⁾, 이것은 간접적 관여자의 저작권 침해행위주체성의 인정에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다.⁷³⁾ 예를 들면, 침해전용품은 물론이고, 정형적인 침해기여물의 제공자에 대하여도 침해결과의 예견가

68) 作花文雄, 앞의「詳解 著作権法(第4版)」, 806頁.

69) *Id.*

70) 加戸守行, 「著作権法逐條講義(五訂新版)」, 社団法人著作権情報センター, 2006, 636頁.

71) 作花文雄, 앞의「詳解 著作権法(第4版)」, 807頁.

72) 潮見佳男, 「不法行為法」, 信山社, 1999, 484頁.; 舟橋諄一, 「物權法」, 株式會社有斐閣, 1960, 36-39頁.

73) 作花文雄, 앞의「詳解 著作権法(第4版)」, 807頁.

능성 및 결과회피의무가 있음을 상정하는 것은 피침해이익의 내용이나 침해행위의 태양에 의하여 여러 경우가 있을 수 있겠지만⁷⁴⁾, 이를 일반론적으로 정하더라도 그다지 불합리한 것은 아니라고 볼 수 있다.⁷⁵⁾ 간접적 관여자의 저작권 침해행위주체성의 판단에 관하여 이와 같은 요건의 객관적인 판단기준에 대해서는 침해사례의 유형에 맞게 검토할 필요가 있는데⁷⁶⁾, 이와 관련하여서는 직접적 침해행위자에 대한 감독 및 규제권능과 같은 행위지배성, 간접적 관여자의 침해행위에 대한 조장성, 간접적 관여자의 행위와 저작권침해의 인과관계성, 침해야기를 방지 또는 회피하기 위한 조치 등을 고려하여야 할 것이다.⁷⁷⁾

4. 주체성판단에 관한 최근 판례의 변화 동향

침해주체성판단에서 최근에 법원의 판단에 변화가 보이고 있다. 마네키(まねき)TV사건의 제2심인 항소심판결⁷⁸⁾에서는 NHK 및 민방 5사가 인터넷 회선을 통하여 텔레비전프로그램을 시청할 수 있도록 하는 서비스를 제공하고 있는 업자에 대하여 방송가능화권 및 공중송신권을 침해하고 있다는 취지를 주장하여 그 서비스의 금지 등을 구하였는데, 해당 서비스를 제공하고 있는 업자는 베이스스테이션에서 방송파의 수신을 행하기 위한 물리적 설비의 제공을 하고 있는 것에 지나지 않고, 공중송신행위의 일종인 전송행위를 하고 있는 것은 아닌 것으로써 판단하여 청구를 기각하였다.⁷⁹⁾ 그러나, 해당 항소심판결에 대한 상고심과 관련하여 최근에 선고된 최고재판소의 판결에서는 해당 서비스업자가 불특정 다수인인 ‘공중’에게 저작물을 불법적으로 다운받도록 공중송신하는 행위를 직접적으로 하고 있는 것이므로, 공중송신권의 침해에 해당된다고 판단하였는데, 물리적인 설비를 가진 채 이것을 이용하여 직접 저작물을 다운받고 있는 유저

74) 潮海久雄, 앞의 논문, 207-208頁.

75) 作花文雄, 앞의 『詳解 著作権法(第4版)』, 807頁.

76) 潮海久雄, 앞의 논문, 204頁.

77) 作花文雄, 앞의 『詳解 著作権法(第4版)』, 807頁.

78) 知財高裁平成20年12月15日判決平20(ネ)10059(判時2038号110頁).

79) 青山紘一, 앞의 책, 147頁.

의 침해주체성을 부인하고 곧바로 서비스업자의 직접적인 침해주체성을 인정하였다.⁸⁰⁾ 그런데, 해당 판결에서는 관리·감독권능 및 직접적인 경제적 이익의 귀속성에 근거하여 침해주체성을 판단하여 왔던 ‘가라오케 법리’에서의 판단기준을 고려하지 않고 “공중에 대한 송신가능화”의 주체에 해당하는지 여부를 기준으로 판단하고 있다는 점을 주목하여야 할 것이다.⁸¹⁾

한편, 레스토랑카페·테사피나드(テサフィナード)사건에서는 레스토랑 카페가 점포에서 가수, 악기연주자 및 손님 등이 노래와 악기연주에 의하여 저작물을 연주하게 하고, 불특정다수의 손님에게 듣도록 하고 있는 것에 대하여 해당 점포의 경영자가 연주의 주체라고 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 연주의 주체로 판단되었다.⁸²⁾ 그러나, 항소심에서는 제3자 주최의 라이브연주에 대해서는 점포의 경영자를 이용주체로 하는 저작권침해행위라고 말할 수 없다고 판단되었다.⁸³⁾ 해당 판결에서도 기존의 ‘가라오케 법리’에서의 관리·감독권능 및 직접적인 경제적 이익의 귀속성만을 근거로 하는 판단법리를 적용하지 않고 있다.

그리고, 앞서 언급한 마네키(まねき)TV사건과 유사한 형태의 사건인 로크라크Ⅱ(ロクラクⅡ) 사건을 살펴보면, 1심판결⁸⁴⁾에서는 “피고는 본건 대상서비스를 제공하고, 본건 프로그램 및 본건 방송에 관한 음악 또는 영상의 복제행위를 행하고 있다고 하여야 하며, 원고인 NHK 및 東京지국 회사의 본건프로그램에 대한 복제권⁸⁵⁾ 및 원고들의 본건방송에 관한

80) 最高裁平成23年1月18日判決平21(受)653.

81) かんぞう, “[著作権][時事]まねきTV事件最高裁判決のロジックを読み解く...試み”, 인터넷 판례 관련 기사 참조(<http://chiteki-yuurei.seesaa.net/article/181399708.html>)(2011.4.29.: 최초접속일).

82) 大阪地裁平成19年1月30日判決.

83) 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).

84) 東京地裁平成20年5月28日判決平19(ワ)17279.

85) 일본저작권법 제21조.

음악 또는 영상에 대한 저작인접권으로서의 복제권⁸⁶⁾을 침해한다.”고 판단되었다. 그러나, 항소심판결⁸⁷⁾에서는 “본건서비스는 이용자의 자유로운 의사에 기초해서 행해지는 적법한 복제행위의 실시를 용이하게 하기 위한 환경, 조건 등을 제공하고 있는 것에 지나지 않는다.”고 하여, 본건 텔레비전프로그램의 복제서비스업자는 복제행위의 주체라고는 말할 수 없는 것으로 판단되었다. 본 판결에서 지적재산고등재판소는 ‘가라오케 법리’의 판결이 “본건과 사안을 다르게 하는 것”이라고 하고 있지만, 판시 사항을 의미론적으로 분석하여 보면 실질적으로는 “가라오케법리”를 적용하지 않은 판결이라고 해석되기도 하였다.⁸⁸⁾ 그런데, 해당 항소심판결에 대한 상고심과 관련하여 최근에 선고된 최고재판소의 판결에서는 앞서 살펴본 마네키(まねき)TV사건과 마찬가지로 해당 복제서비스업자의 침해주체성을 인정하였는데, 항소심과의 다른 결론에 대한 문제 및 기타 다른 논의들은 별론으로 하고 살펴본다면, 해당 최고재판소의 판결에서도 역시 ‘가라오케 법리’만을 따르지 않고 복제주체성 판단에 관하여 복제의 대상, 방법, 복제에 관여 내용, 정도 등 여러가지 요소들을 복합적으로 고려하여 침해주체성을 판단하고 있음을 확인할 수 있다.⁸⁹⁾ 한편, 이상의 마네키(まねき)TV사건과 로크라크II(ロクラクII)사건과 유사한 형태의 사례로서 우리나라에서도 ‘엔탈사건’이 있는데, 해당 사건에서는 ‘복제행위의 적극적 주체가 누구인가’ 혹은 ‘시스템의 관리주체가 누구인가’ 등에 관한 쟁점을 중심으로 판단이 이루어지고 있는 바, 이상과 같은 최근의 일본의 판례들에서의 다원적인 요소를 고려하는 것과 같이 시스템의 관리 시스템, 서비스의 운영형태, 프로그램의 보호필요성, 손해와 수익 발생형태, 녹화 시스템의 전체를 조달, 구축하여 피고의 점유, 관리하에 있고 피고가 그 작동을 점검, 감시하고 장치의 보수와 교체 등을 담당하는 점 등이 복합적으로 고

86) 일본저작권법 제98조.

87) 知財高裁平成21年1月27日判決平20(ネ)10055,平20(ネ)10069(裁判所HP・判例百選(4)96事件).

88) 青山紘一, 앞의 책, 148頁.

89) 松島淳也, “著作権の間接侵害2(4)ロクラクII事件及びまねきTV事件の最高裁判決が實務に与える影響”, IT企業の法律事務 弁護士松島淳也의 인터넷 사이트 참조(<http://www.junya-matsushima.net/article/13957853.html>)(2011.4.29.: 최초접속일).

려되어 판시되고 있다.⁹⁰⁾ 이러한 우리나라의 최근 판례에서는 비록 가라오케 법리에 대한 비판적인 검토를 전제로 하고 있지는 않지만, 결과적으로는 마네키(まねき)TV사건과 로크라크Ⅱ(ロクラクⅡ)사건 등의 최근의 일본 판례들의 판단경향과 비슷한 모습을 보이고 있다고 할 수 있겠다.

이와 같이, 일본에서 가라오케 법리를 따르지 않는 판례들이 최근에 나오고 있는데, 최근에는 가라오케법리 판결 자체에 대해서도 이것은 하나의 “사례판결”에 불과하고, 해당 가라오케 법리를 최초로 언급한 “클럽캣츠아이 사건”은 극히 특수한 사례이어서 이것을 규범적으로 일반화한 것 때문에 그 후의 해석상의 혼란상태를 초래하여 온 것이라는 평가가 유력해지고 있다.⁹¹⁾

결국 이상과 같은 최근 일본에서의 판례들의 변화 동향을 볼 때에 간접적 관여자의 저작권침해주체성 판단과 관련하여 어느 정도까지 침해주체의 범위를 확장할 수 있는지에 대해서는 ‘가라오케 법리’의 일반화 또는 해당 법리의 규범적인 적용과 해석만이 아닌 침해주체의 저작권침해의 유무, 침해의 대소(大小), 침해가 확대될 위험성, 일과성(一過性), 유행성이 강한 저작물로서 침해금지의 긴급성이 인정되는지 여부, 간접적 관여자의 침해행위에 대한 내용적 및 기술적 컨트롤이 가능한지 여부, 기타

90) 우리나라의 ‘엔탈 사건’에서는 마네키(まねき)TV사건과 로크라크Ⅱ(ロクラクⅡ)사건의 결과에서처럼 저작권 침해가 인정되었다. 이 사건에서 피고는 엔탈(ental.co.kr)이라는 인터넷 사이트를 개설하여 가입 회원들이 TV 프로그램 녹화예약 신청을 하면 방영 중인 TV 프로그램을 동영상파일로 인코딩하여 위 사이트 서버에 저장한 후 다운로드 받을 수 있도록 송신하는 서비스를 제공했고, 이에 프로그램의 저작권자인 방송사가 저작권침해를 주장했다. 대법원 및 원심(심리불속행기각으로 끝났기 때문에 원심과 판단 동일)은 “비록 개별 프로그램에 대한 녹화 여부가 이용자들의 선택에 따라 이루어지고 이용자들의 녹화예약신청내역이 암호화되어 있다 하더라도, 피고는 원고의 방송프로그램에 대한 이 사건 복제행위를 포괄적으로 의도하고 개별 프로그램에 대한 복제행위를 전체적으로 통제 및 관리하고 있다고 할 것이므로, 이 사건 복제행위의 주체는 피고라고 할 것이다”고 판시했으며, 이러한 판단의 근거로 시스템의 관리 시스템, 서비스의 운영형태, 프로그램의 보호필요성, 손해와 수익 발생형태 등을 들고 있는데, 그 중에서도 이 사건 녹화시스템의 전체를 조달, 구축하여 피고의 점유, 관리하에 있고 피고가 그 작동을 점검, 감시하고 장치의 보수와 교체 등을 담당하는 점(이 점에서 이용자들이 녹화기기를 점유하고 통제·관리하는 VCR(Video Cassette Recorder)이나 일반 DVR(Digital Video Recorder)의 경우와 다르다)을 중요한 요소로 보았다(민사사건 : 대법원 2009.9.24. 선고 2009다39738판결, 형사사건 : 대법원 2009.10.15. 선고 2009도5454판결).

91) *Id.*

삭제권한 또는 금지의 범위 등과 같은 다양한 요소들을 근거로 하여 유연하게 해석하고 있음을 확인할 수 있다.⁹²⁾

IV. 결 론

상기와 같은 일본에서의 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성 판단에 관한 이론과 여러 판례들을 살펴본 결과, 가라오케 법리를 중심으로 하여 여러 가지 적용법리들이 나타나고 있음을 확인할 수 있다. 그리고, 온라인상의 간접적 관여자만의 문제가 아닌 오프라인상에서의 간접적 관여자에 대한 저작권침해의 주체성 판단의 문제도 광범위하게 다루어지고 있음도 확인할 수 있다. 결국 현재의 간접적 관여자의 침해주체성에 관한 일본의 판단경향은 ‘가라오케 법리’에서 비롯된 ‘관리지배성’과 ‘이익귀속성’이라는 2가지 큰 축을 중심으로 여러 가지 요건들이 새로운 상황에 따라 추가되어 고려되고 있음을 확인할 수 있고, 이러한 판단은 사안에 따라 다양한 판례와 법리들을 새롭게 만들어 내놓고 있다.

이와 같은 간접적 관여자의 저작권침해주체성인정에 있어서 특허법의 간접침해와 같은 별도의 명확한 규정이 없으므로, 새로운 법률규정을 만들어 해결하여야 한다는 입법론과 기존의 법률로서도 판례들의 법리를 확대적용하여 충분히 해결가능하다는 논리가 대립되어 나타나고 있는데, 물론 법률에 명확하지 않은 부분을 확대해석함으로써 저작권침해의 법리와 저작재산권제한에 관한 규정을 우회하거나 회피하여 권리자만을 우대하는 현상이 나타날 가능성을 배제할 수는 없지만, 현재의 일본의 법규정 내에서도 침해주체성 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 없어 보이기도 한다. 그리고, 이러한 현재의 상황 때문에 일본 저작권법에 있어서 간접침해의 범위를 명확히 하여야 한다는 입법에 대한 논의는 계속되고 있지만, 이것을 그렇게 신속하게 처리해야 될 필요성을 인정하

92) 中山信弘, 앞의 「著作権法」, 425頁.

고 있지는 않은 것으로 보인다.

이와 관련하여 우리나라에서는 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성 판단문제를 인터넷 상의 OSP(온라인서비스제공자) 등과 관련된 문제만으로 몰아가는 경향도 보이는 반면⁹³⁾, 오프라인상에서의 침해문제라든가 기타 다른 분야에 있어서는 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성 판단문제를 소홀히 취급하는 경향이 강하며, 실제 판례상으로도 오프라인상의 관련 판단사례는 거의 전무하다고 말할 수 있는 것이 현실이다. 게다가 앞서도 언급했지만, 일본에서의 사례와 유사한 형태의 사례들인 노래방업주의 공연권 관련 사건이나 인터넷상 TV프로그램 녹화서비스업자의 저작권 침해 문제에 관한 엔탈 사건 등이 있기는 하나, 이것을 간접적 관여자의 침해주체성의 판단에 관한 사항을 전제로 하여 판단하였다기보다는 이에 대한 아무런 고민없이 단순히 직접침해행위의 문제로서만 전제 및 해석하여 직접침해행위자의 해당여부만을 그대로 판단하고 있을 뿐이어서 역시 유사한 사례들에 대해서도 심도깊은 분석이 이루어지지 않고 있는 상황이다. 따라서, 이에 관한 전문적인 연구도 구체적으로 뒤따르지 못하고 있기도 하다.

이와 같은 우리나라의 현실속에서 상기에서 살펴본 일본에서의 판단경향에 대한 내용은 우리나라의 저작권법상에 많은 시사점을 던져주고 있다. 즉, 우리나라 저작권법상에서도 이러한 간접적 관여자의 침해주체성 판단에 관하여 명확한 기준을 던져 줄 수 있는 규정은 없는 상황이고, 판례상으로도 이와 관련된 다양한 사례들에 관한 판단기준들이 정립되어 있지는 않은 상황이므로, 판례상으로도 다양한 사례들에 대한 판단법리가 정립되어 있다면 별도의 입법론까지 고려하여 볼 필요는 없겠으나, 그렇지 않은 우리나라의 현실상 일본에서의 논의들을 검토하여 우리 저작권법상에서의 이와 관련된 규정들의 입법론 등도 한번 검토하여 볼 필요가 있을 것이다.

결국 나날이 변해가며 다양해져 가는 사회, 문화, 경제적 환경하에서

93) 박세진·이종민, “저작권법적 대응방향에 따른 1인 미디어의 생존방향 - P2PTV(Peer-to-peer Internet Television)를 중심으로 -”, 콘텐츠재산연구 창간호, 차세대콘텐츠재산학회, 2010.11, 202-214쪽 참조.

간접적 관여자의 침해주체성 인정에 대한 체계적인 해석 및 법리정비가 앞서 살펴본 일본의 현실적인 경우뿐만 아니라 우리나라에 있어서도 간접적 관여자의 저작권침해주체성 판단의 확대에 대비하여 이에 관한 준비 또는 정비가 필요할 것이다. 즉, 다양한 거래실정의 등장과 디지털 환경하에서 인터넷과 같은 온라인상의 침해주체성판단문제 뿐만이 아니라 오프라인상의 판단문제도 검토 및 정비가 필요할 것이며, 특히 일본에서의 변화하는 판례의 동향이나 일본의 저작권법상 향후 이와 관련된 문제를 계속 주시하여 검토함으로써 간접적 관여자의 저작권침해주체성의 판단에 관한 동향을 계속 연구하여 우리의 판단기준이나 법제에 합리적으로 반영할 수 있는 준비가 필요할 것이다.

참 고 문 헌

- 장재혁 編譯, 著作權에 관한 外國判例選(7)-日本篇-, 저작권심의조정위원회, 2003.
- 박세진 · 이종민, “저작권법적 대응방향에 따른 1인 미디어의 생존방향 - P2PTV(Peer-to-peer Internet Television)를 중심으로 -”, 콘텐츠재산 연구 창간호, 차세대콘텐츠재산학회, 2010.11.
- 전성태, “저작권 간접침해에 대한 금지청구”, 창작과 권리 제53호, 세창출판사, 2008.12.
- 中山信弘 著, 윤선희 編譯, 「著作權法」, 법문사, 2008.
- 中山信弘, 「工業所有權法 上 特許法(第2版増補版)」, 株式會社弘文堂, 2002.
- 東京弁護士會弁護士研修センター運營委員會, 「知的財産權訴訟」, 株式會社商事法務, 2006.
- 梅原ゆかり 監修, 「すでに役立つ知的財産の法律とトラブル解決マニュアル」, 三修社, 2006.
- 伊藤塾, 「知的財産權法(第2版)」, 株式會社弘文堂, 2007.
- 著作權法令研究會, 「著作權法入門」, 社団法人著作權情報センター, 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.
- 牧野利秋, “著作權等侵害の主体”, 「新·裁判實務大系 著作權關係訴訟法」, 株式會社青林書院, 2007.
- 高林龍, 「著作權ビジネスの理論と實踐」, 株式會社成文堂, 2010.
- 青山紘一, 「著作權法(事例·判例)」, 經濟産業調査會, 2010.
- 田村善之, 「著作權法概說(第2版)」, 株式會社有斐閣, 2006.
- 齊藤博, 「著作權法(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 著作權關係判例と實務」, 株式會社 民事法研究會, 2007.
- 加戶守行, 「著作權法逐條講義(五訂新版)」, 社団法人著作權情報センター,

2006.

潮見佳男, 「不法行爲法」, 信山社, 1999.

舟橋諄一, 「物權法」, 株式會社有斐閣, 1960.

作花文雄, 「著作權法 基礎と応用」, 社団法人發明協會, 2004.

作花文雄, 「詳解 著作權法(第4版)」, 株式會社ぎょうせい, 2010.

上野達弘, “いわゆる「カラオケ法理」の再検討”, 「紋谷暢男教授古稀記念 知的財産權法と競争法の現代的展開」, 社団法人發明協會, 2006.

鳥澤孝之, “著作物利用行爲の主体の範圍の再考-物理的利用行爲者を介した著作物の利用をめぐる-”, 「第6回著作權・著作隣接權論文集」, 社団法人著作權情報センター, 2007.

平嶋龍太, “著作權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”, 「現代社會と著作權法[齊藤博先生御退職記念論文集]」, 株式會社弘文堂. 2008.

高部眞規子, “著作權侵害訴訟の請求の趣旨及び判決主文”, 「新・裁判實務大系 著作權關係訴訟法」, 株式會社青林書院, 2004.

高部眞規子, “著作權侵害の主体について”, 「ジュリスト(No.1306)」, 株式會社有斐閣, 2006.2.

塩月秀平, “著作權侵害主体事例分析”, 「ジュリスト(No.1316)」, 株式會社有斐閣, 2006.7.

大瀨哲也, “間接侵害(1)-カラオケスナク”, 「著作權判例百選(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-”, 「著作權判例百選(第3版)」, 株式會社有斐閣, 2001.5.

潮海久雄, “著作權侵害の責任主体-不法行爲法および私的複製・公衆送信權の視点から”, 「現代社會と著作權法[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(小野昌延先生喜壽記念)』, 株式會社青林書院, 2009.

かんぞう, “[著作権][時事]まねきTV事件最高裁判決のロジックを読み解く... 試み”, 인터넷 판례 관련 기사 참조(<http://chiteki-yuurei.seesaa.net/article/181399708.html>)(2011.4.29.: 최초접속일).

松島淳也, “著作権の間接侵害2(4)ロクラクⅡ事件及びまねきTV事件の最高裁判決が實務に与える影響”, IT企業の法律事務 弁護士松島淳也의 인터넷 사이트 참조(<http://www.junya-matsushima.net/article/13957853.html>)(2011.4.29.: 최초접속일).

<국문초록>

일본에서는 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성의 판단에 관하여 다양한 판례들과 법리들이 나타나고 있는데, 특히 “클럽캣츠아이 사건” 이후에 가라오케 법리가 정립되고 그 이후에 이것에 대한 확장해석 및 비판과 새로운 견해 등이 등장하면서 본 주제에 대한 논의가 활발해지고 있으며, 최근에는 기존의 가라오케 법리에만 구속되지 않고 다양한 요소들을 복합적으로 고려하여 구체적인 사례에 맞는 판단을 하는 경향이 강해지고 있다. 이러한 경향속에서 간접적 관여자의 침해주체성 판단과 관련하여 새로운 규정을 저작권법상에 만들어서 해결하자는 입법론과 기존의 법규정을 가지고 해결이 충분하다는 견해가 대립되고 있기도 하다. 한편, 우리나라에서는 관련 판례들이 풍부한 일본에서의 경우와는 달리 실제 판례상으로도 저작권침해행위의 간접적 관여자 등에 관한 귀책법리의 판단사례 등이 극히 미약한 상황이다. 따라서, 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성 판단에 관한 다양한 사례들이 나타나고 있는 일본 저작권법상 판례들의 경향과 관련 이론들을 구체적으로 검토하여 우리나라에서의 향후의 판단방법과 입법론 등에 관하여 중요하게 검토하여 볼 필요가 있다고 생각된다. 이와 관련하여 본 논문은 간접적 관여자에 대한 저작권침해주체성의 판단과 관련된 다양한 일본의 판례들과 이론들을 구체적으로 검토하고 있으며, 구체적으로는 간접적 관여자와 침해주체성판단과의 관계, 간접적 관여자의 침해주체성 판단의 경향 등에 대해서 일본 저작권법상 판단사례들을 근거로 하여 세부적으로 고찰하였다.

주제어 : 간접적 관여자, 침해주체성, 일본 저작권법, 가라오케 법리, 간접침해, 입법론

A Study on Determination of a Main body Infringing Copyright for a Indirect Partaker in Japan

Jung, Tae-Ho*

In Japanese Copyright Law, various court cases and principles of law for determination of a main body infringing copyright for a indirect partaker have appeared. Particularly, “Karaoke principle of law” has been set up after “Club Cats Eyes” case appeared in Japanese court. Following that principle, extention of interpretation, criticism and new opinions for that Karaoke principle of law appeared. According to that various opinions, arguments for the main subject of this paper became to be active. Particularly, there have been conflicts between legislation theory in which this related problems can solved by making new regulations about indirect infringement and opinions in which this related problems can be solved sufficiently by the established regulations of copyright law.

This paper studied on the above contents by reviewing Japanese court cases and the related theories concretely and simultaneously with that, I reviewed in detail relations between indirect partaker and determination of a main body infringing copyright, trends for determination of a main body infringing copyright and various types of indirect participations for infringement of copyright and applications of copyright law to that related cases in this paper.

Key Words : Indirect Partaker, Infringing Main Body, Japanese Copyright Law, Karaoke Principle of Law, Indirect Infringement, Legislation Theory

* Assistant Professor, Wonkwang University Law School, Ph.D.