

## 복스캔 대행업무와 저작권침해 성립여부 -일본의 복스캔서비스사건(동경지방법원 2013년 9월 30일, 2012년 (7) 제33525호)을 중심으로-

고영수(일본테즈까야마대학 법학부 교수)

### 차 례

1. 서론
2. 복스캔 서비스사건의 개요
3. 재판소의 판단
4. 판결의 분석
5. 결론

■ keyword : | 복스캔서비스, 저작권 침해, 간접침해, 사적복제, 저작권 |

### 1. 서론

저작권은 복제권을 비롯한 여러 지분권으로 구성되고 있고, 권리자만이 각 지분권에 근거한 이용 행위를 할 수 있기 때문에, 저작권자만이 그 저작물의 복제를 할 수 있다. 그러나 저작권법은 저작권자의 이익보호와 함께 공정한 이용을 피하기 위해서, 일정한 제한을 마련하고 있다. 예를 들면, 일본 저작권법 제30조는 사적이용을 위한 복제에 대해서, 일정한 요건 아래에서, 저작권자의 허락 없이, 저작물을 복제하는 것을 허용한다. 따라서 서적의 구입자가 사적이용 목적으로 서적을 재단하고 스캔하여 전자파일로 변환하는 행위(이하 복스캔이라 함)도 사적 복제의 허용 범위 내에 있는 것으로 볼 수 있다.

그런데, 복스캔 행위에 제3자가 관여할 경우, 법적으로 어떻게 다루어야 할 것인지가 문제된다. 복스캔 행위에 의 제3자 관여행위의 유형은, ①업자로부터 복스캔을 위한 도구나 장소의 제공을 받고, 이용자 스스로가 스캔하여, 전자파일을 가지고 가는 형태, ②업자가 서적을 제공하고, 그것을 이용자 스스로가 스캔하여, 전자파일을 가지고 가는 형태, ③이용자가 업자에게 서적을 송부하고, 업자가 서적을 재단, 스캔한 다음 전자파일을 제공하는 형태를 생각할 수 있다).

최근 일본에서는 ③의 유형에 해당하는 저작권 침해 소송이 발생하여 일본에서 큰 반향을 일으켰다. 이 유형의 특징은 정당한 서적의 소유자인 이용자가 스캔 대상을 직접 특정하지만, 실제 스캔에 의한 ‘전자파일’화는 복스캔 대행업자에 의해 이루어진다는 점에 있다. 국내에서도 이에 대한 단속을 강화할 것이라는 보도(동아일보 인터넷뉴스 2014년 5월 23일자)가 나올 정도로 매우 민감한 사안으로 대두되고 있다.

본고에서는 복스캔 대행업자를 복제 행위의 주체로 보아 저작권(복제권) 침해를 인정한 복스캔 서비스사건 판결을 소재로 저작권 문제를 검토해 보기로 한다.

### 2. 복스캔 서비스사건<sup>2)</sup>의 개요

본건은 원고X들(소설가·만화가·만화원작자)이 법인 피고Y들(복스캔서비스업자 Y<sub>1</sub>, Y<sub>2</sub> 및 각각의 대표Y<sub>3</sub>, Y<sub>4</sub>)은 ‘전자파일’화의 의뢰가 있었던 서적에 대해 권리자의 허락을 받지 않고, 스캐너로 서적을 읽어 들여 전자파일을 작성하고, 그 전자파일을 이용자에게 납품하였기 때문에, 주문을 받은 서적에는 X들이 저작권을 가지는 X작품이 다수 포함되어 있을 개연성이 높고, 이후 주문을 받은 서적에도 포함될 개연성이 높아, X들의 저작권(복제권)이 침해될 우려가 있다고 주장하여, (1)저작권법 112조 1항에 근거한 침해금지청구로서, Y들 각각에

1) 각 유형에 관한 사적복제의 해당여부, 업자의 법적 책임에 대해 검토할 필요가 있지만, 본고에서는 본건과 직접 관련되는 ③의 유형에 한정해서 검토하기로 하고, 기타 유형에 대해서는 기존의 연구 성과를 참조(野田薫央外6人「書籍の自炊代行に關する著作権問題」, パテント 65(7), 70~84頁(2012-07)).

2) 최고재판소 홈페이지 게재,  
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20131001115316.pdf>

대하여, 제3자로부터 위탁을 받아 X작품이 인쇄된 서적을 전자적 방법에 의해 복제하는 것의 금지를 청구함과 동시에, (2)불법행위에 의한 손해배상으로, Y들을 상대로 변호사비용 상당액의 연대 지불을 요구한 사안이다.

쟁점은 저작권법 제112조 제1항에 근거한 금지청구의 성립여부(쟁점1)에 관해, Y들이 X들의 저작권을 침해할 우려가 있는가(쟁점1-1), Y들의 스캐닝이 사적이용을 위한 복제의 보조로서 적법하다고 할 수 있는가(쟁점1-2), X들의 Y<sub>1</sub>에 대한 금지청구가 권리남용에 해당하는가(쟁점1-3), 불법행위에 의한 손해배상 청구의 성립 여부(쟁점2), 손해액(쟁점3)이었다.

본고에서는 쟁점1을 중심으로 검토하기로 한다.

### 3. 재판소의 판단 (청구인용)

#### (1) 복제의 주체 등에 대해서

「저작권법 제2조 제1항 제15호는 『복제』에 대해서 「인쇄, 사진, 복사, 녹음, 녹화 기타 방법에 의해 유형적 재제(再製)를 하는 것」이라고 정의하고 있다.

유형적 재제(再製)를 하기 위해 여러 단계로 이루어지는 일련의 행위가 행하여지는 경우가 있어, 그러한 경우에는 유형적 결과 발생에 관여한 복수의 사람 가운데, 누구를 복제의 주체라고 볼 것인가가 문제된다.

이 문제에 대해서는 복제의 실현에 있어서의 중추적 행위를 한 자가 누구인지에 대한 견지에서 검토하는 것이 상당하고, 중추적 행위 및 그 주체에 대해서는 각각의 사안에 있어, 복제의 대상, 방법, 복제물체의 관여 내용, 정도 등의 제반 요소를 고려해서 판단하는 것이 상당하다 (최고재판소 2011년 1월 20일, 2009년(受)제788호,民集65권1호399면참조).

본건에 있어서의 복제는, ... (생략)... ①이용자가 Y들에게 서적의 ‘전자파일’화를 신청하고, ②이용자는 Y들에게 서적을 송부하고, ③Y들은 서적을 스캔하기 쉽도록 재단하고, ④Y들은 재단한 서적을 Y들이 관리하는 스캐너로 읽어 들여 ‘전자파일’화 하고, ⑤완성한 전자 파일을 이용자가 인터넷으로 전자 파일로 다운로드하거나 아니면 DVD등의 매체에 기록된 것으로 수령하는 일련의 경과에 의해 실현된다.

이 일련의 경과에 있어서 복제의 대상은 이용자가 보유하고 있는 서적이며, 복제의 방법은 서적에 인쇄된 문자, 그

립을 Y들이 관리하는 스캐너로 읽어 들여 ‘전자파일’화하는 것이다. ‘전자파일’화에 의해 유형적으로 다시 제작하는 것이 완성될 때까지 이용자와 Y들의 관여의 내용, 정도 등을 보면, 복제의 대상이 되는 서적을 Y들에게 송부하는 것은 이용자이지만, 그 후의 서적의 ‘전자파일’화 작업에 관여하는 것은 오로지 Y들이며, 이용자는 동 작업에는 전혀 관여하지 않고 있다.

이상에서 본건에 있어서의 복제는 서적을 ‘전자파일’화하는 점에 특색이 있고, ‘전자파일’화 작업이 복제에 있어서 중추적 행위라고 해야 하는 바, 그 중추적 행위를 하고 있는 것은 Y들이며, 이용자가 아니다.

따라서, Y들을 복제의 주체로 인정하는 것이 상당하다.]

#### (2) 저작권법 제30조 제1항 (사적이용을 위한 복제)과의 관계

「이 점에 대해 Y<sub>1</sub> 및 Y<sub>3</sub>은 저작권법 제30조 제1항의 적용을 주장함에 있어, Y<sub>1</sub>은 사용자를 위해 그 자의 지시에 따르고, 보조자적인 입장에서 전자 데이터화 하고 있는 것에 불과하고, Y<sub>1</sub> 및 Y<sub>3</sub>은 동항의 「사용하는 자가 복제한다」는 의미의 해석에 대해, 「복제」를 향해 인과의 흐름을 개시, 지배하고 있는 자가 복제의 주체라고 판단되어야 하고, 복제의 자유가 서적의 소유권에 유래하는 것임을 보더라도, 서적의 소유자가 복제의 주체라고 판단해야 한다고 주장한다.

저작권법 제30조 제1항은 복제의 주체가 이용자라 해서 이용자가 피고가 되거나 사업자가 간접침해자 또는 교사·방조자로서 피고가 될 때, 이용자 측의 항변으로써 그 적용이 문제가 되는 것으로 해석되는 바, 본건에 있어서는 복제의 주체는 사업자로 여겨지고 있기 때문에, 동항의 적용이 문제가 되는 것은 아니다. 하지만, Y들의 주장은 이용자를 복제의 주체라고 보아야 할 사안으로 주장하고 있는 것으로도 해석되므로 이 점에 대해서 검토한다.

분명히 Y들은 이용자로부터 발주를 받아 서적을 ‘전자파일’화하고, 이것을 이용자에게 납품하는 것이기 때문에 이용자가 인과의 흐름을 지배하고 있는 것처럼도 보인다.

그러나, 본건에 있어서 서적을 ‘전자파일’화함에 있어서는 서적을 재단하고, 재단한 면을 스캐너로 읽어 들이고, ‘전자파일’화한 데이터를 점검하는 등의 작업이 필요

하게 되는 것이고, 일반 서적구독자가 스스로 이들 설비를 준비하여, 구체적인 작업을 하기에는 설비의 비용 부담이나 노동력·기술의 면에서 곤란을 수반하는 것으로 생각된다.

이러한 ‘전자파일’화 작업의 구체적 내용을 보면, 추상적으로는 이용자가 인과의 흐름을 지배하고 있는 것처럼 보여도, 유형적 재제(再製)의 중핵을 이루는 ‘전자파일’화 작업은 Y들의 관리하에 있다고 여겨져, 복제에 있어서 중추적 행위를 Y들이 하고 있다고 보는 것이 상당하다.

또, Y들은 Y들이 보조자에게 지나지 않는다고 주장한다. 이용자가 그 수족으로서 타인을 이용하여 복제를 할 경우, 「그 사용하는 자가 복제한다」고 평가할 수 있는 경우도 있겠지만, 그렇다고 하기 위해서는 구체적 사정하에서 수족으로 여겨지는 행위가 복제를 위한 중추적 행위이고, 그 중추적 행위가 이용자의 관리하에 있다고 인정될 필요가 있다. 본건에 있어서는 상기한 바대로, Y들은 이용자의 수족으로서 이용자의 관리하에 복제를 하고 있다고는 볼 수 없기 때문에 이용자가 Y들을 수족으로 스스로 복제를 한 것으로 평가할 수는 없다」

### (3) 유형적 재제(再製) 후의 저작물 및 복제물의 개수에 의해 복제 유무가 좌우되는지에 대해

「게다가, Y<sub>1</sub> 및 Y<sub>3</sub>은 「복제」라고 말할 수 있기 위해서는 오리지널 또는 복제물에 내재된 정보를 내재시키는 매체를 유형적으로 재제(再製)하는 데다 해당 재제(再製) 행위로 인해 복제물의 개수를 증가시킬 필요가 있고, 다시 말하면, 「유형적 재제(再製)」에 따라, 그 대상인 오리지널 또는 복제물이 폐기되는 경우에는 해당 재제(再製) 행위로 인해 복제물의 개수가 증가되지 않기 때문에 해당 「유형적 재제(再製)」는 「복제」에는 해당하지 않는다는 취지의 주장을 한다.

그러나, 저작권법 제21조는 「저작자는 그 저작물을 복제할 권리를 전유한다」라고 규정하고, 저작권자가 저작물을 복제할 배타적인 권리를 가지고 있음을 정하고 있다. 그 취지는 복제(유형적 재제(再製))에 의해 저작물의 복제물이 작성되면, 이것이 반복 사용될 가능성·개연성이 있기 때문에, 저작물의 복제(유형적 재제(再製)) 그 자체를 저작권자의 배타적인 권리로 한 것이라고 해석된다.

그렇다면, 저작권법상의 「복제」는 유형적 재제(再製) 그 자체를 말하는 것이고, 유형적 재제(再製) 후의 저작물 및 복제물의 개수에 의해 복제의 유무가 좌우되는 것

이 아니기 때문에 Y<sub>2</sub> 및 Y<sub>4</sub>의 주장은 채용할 수 없다」

### (4) Y들의 스캐닝이 사적이용을 위한 복제의 보조로서 적법이라고 할 수 있는지에 대해

「Y들은 Y들의 스캐닝에 대해, 그 스캔 사업의 이용자가 복제의 주체이며, Y들은 그것을 보조한 것이기 때문에, 저작권법 제30조 제1항의 사적이용을 위한 복제의 보조로서, Y들의 행위는 적법하다는 취지의 주장을 한다.

그러나, 상기(2) 대로, 본건에 있어서 저작권법 제30조 제1항의 적용은 문제가 안되고, 또, 본건에 있어서의 서적의 복제 주체는 Y들이며 이용자가 아니기 때문에, Y들의 주장은 사실관계에 있어서도 그 전제가 결여되어 있다. 따라서, Y들의 주장은 이유가 없다」

### (5) X들의 Y<sub>1</sub>에 대한 금지청구가 권리남용에 맞을지에 대해서

「Y<sub>1</sub> 및 Y<sub>3</sub>은 본건은 법적으로 보아도, 사회적으로 보아도 평가나 장래의 제도설계에 대해 다양한 의견이 있을 수 있는 문제라고 말할 수 있다고 하여, 만일 스캔 대행이 사적이용에 해당하지 않는다고 판단될 경우라도 권리 남용에 해당한다는 취지의 주장을 한다.

그렇지만, Y<sub>1</sub> 및 Y<sub>3</sub>들의 주장에 의해도 권리 남용에 해당하는 사정은 알 수가 없고, 상기(1)에서 인정한 사실에다가, 본건 기록을 정밀히 조사해도 마찬가지로 권리 남용에 해당하는 사정은 발견되지 않기 때문에 Y<sub>1</sub> 및 Y<sub>3</sub>들의 주장은 이유가 없다」

## 4. 판결의 분석

본 판결은 복스캔 서비스업자에 의한 서적 스캔 서비스에 대해, 이용자가 아닌 그 업자가 복제 행위의 주체에 해당한다하여 X들의 민사구제로서의 금지청구 및 손해배상청구를 인용한 최초의 사법판단이라 할 수 있다<sup>3)</sup>.

3) 이에 앞서 2013년 9월 9일에 복스캔 대행 업자에게 형사 책임을 인정하여, 유죄(징역 2년, 집행 유예 3년, 벌금 50만엔)가 확정된 長崎지방법관소판결이 있다 (2013년 9월 10일자 일본경제신문조간참조). 피고는 저작자의 허락 없이, 만화를 스스로 인터넷 통신판매로 구입하거나, 별도의 손님의로부터 송부된 것을 유통하여, 전자파일을 판매한 혐의를 받았다. 또, 본건 판결이후, 2013년 10월 30일에는 거의 같은 사안에 대해 東京지

이하 재판소가 판시한 몇 가지 논점에 대해 분석을 해 보기로 한다.

**가. 복제 주체인정을 위한 「중추적 행위론」의 검토**

본 판결은 복제의 주체를 인정함에 있어 로쿠라쿠Ⅱ사건의 최고재판소판결(2011년 1월 20일 民集65권1호399면)을 인용하고, 「복제의 실현에 있어서 중추적 행위를 한 자는 누구인가라는 견지에서 검토하는 것이 상당하다」고 한 다음, 「중추적 행위 및 그 주체에 대해서는 각각의 사안에 있어서, 복제의 대상, 방법, 복제물への 관여 내용, 정도 등의 제요소를 고려해서 판단하는 것이 상당하다」라고 하면서, 본건에 있어서, ‘전자파일’화 작업이 복제에 있어서 중추적 행위이며, 그 행위를 하고 있는 Y들이 복제의 주체가 된다고 인정하고 있다.

로쿠라쿠Ⅱ사건은 하드 디스크 레코더를 이용한 서비스(일본에서 설치된 주된 기기와 이용자가 조작하는 부속 기기가 인터넷을 통해 접속되고, 주된 기기에 녹화된 TV프로그램이 이용자의 지시에 따라, 부속 기기에 송신되는 서비스)을 제공하는 자를 상대로, 동 서비스는 방송사업자가 제작한 저작물인 방송프로 등의 복제권(저작권법 제21조, 제98조)을 침해한다고 주장하여, 방송프로 등의 복제 금지, 손해배상의 지불 등을 요구한 사안이다<sup>4)</sup>.

본건과 비교해 보면, 물리적·자연적 복제 행위의 시점에서는 「방송프로의 녹화」와 「서적의 전자화」는 대행업자 측에서 행하여진다는 점에서 공통되지만, (1)복

제의 대상(방송프로와 서적)에 차이가 있는 점, (2)본건에서는 복제의 대상이 된 저작물은 이미 이용자가 대가를 지불해서 취득하고 있는 것에 반해, 로쿠라쿠Ⅱ사건에서는 녹화된 저작물은 대행업자의 서비스를 경유하여 처음으로 취득되는 점, (3)본건에서는 이용자의 물리적인 복제 행위에의 관여가 거의 행해지지 않고 있는 것에 반해, 로쿠라쿠Ⅱ사건에서는 이용자의 녹화 지시에 의해, 부속 기기에의 복제 행위가 행하여지는 점 등에 있어서 차이가 생긴다.

본래 중추적 행위론을 포함한 이용행위 주체론이 등장한 배경의 하나는 저작권법 제112조 제1항에 근거한 금지청구를 할 수 있는 자의 법해석의 문제에 있다. 즉, 저작권법 제112조 제1항은 「침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자」의 존재가 금지청구의 전제가 된다.

저작물을 권리자의 허락없이 무단으로 스스로 직접 이용하는 자는 당연히 이에 해당하지만, 본건과 같이 저작물의 이용 행위에 제3자가 관여할 경우, 제3자가 금지청구의 대상이 되는지가 문제 된다.

본 판결은 제3자 관여행위의 법적 책임을 인정하고 있는데 그 논거로 중추적 행위론을 들고 있다. 그러나 이용주체의 인정에 있어서는 로쿠라쿠Ⅱ사건의 최고재판소판결에서 金築誠志재판관이 보충 의견<sup>5)</sup>에서 실시한 바와 같이, 「행위를 물리적, 자연적으로 관찰하는 것만으로는 충분하지 않고, 사회적, 경제적 측면도 포함시켜 종합적으로 관찰해야 한다」라고 하는 사고방식도 있어, 본건의 문제를 해결하기 위한 중요한 시점이 된다고 생각된다.

이러한 사고방식의 바탕에는 직접 침해 행위에 관여하지 않는 경우라도, 침해 행위의 지배 관리성이나 이익성을 요건으로 간접 관여자를 침해 주체로 인정한 「가라오케법리」에의 비판이 있다<sup>6)</sup>. 즉, 「가라오케법리」는 법적근거·범위가 불명확하여 행위자의 행위가 적법한 사적복제 행위임에도 불구하고, 복제 주체를 서비스 제공자라고 규범적으로 인정함으로써, 이른바 「적법행위가 위법행위로 전환」해 버린다는 것이다<sup>7)</sup>.

방재판소는 거의 같은 판단을 내렸다(東京지방법판소 2013년 10월 30일, 2012년 (9)제33533호).

4) 1심 판결은 「주기기 로쿠라쿠는 본건 서비스를 성립시키는 중요한 의미를 가지는 복제 기능을 가진 기기인 점, 피고는 본건 서비스 목적에 의거 당초, 주기기 로쿠라쿠의 설치 장소를 제공하여 지배관리하는 점에서, 일본국 이외의 이용자가 각별히 이용하기 쉬운 구조를 실현하고 있다. 본건 서비스에 주기기 로쿠라쿠가 하는 역할을 보면, 피고는 본건대상 서비스를 제공하고 있다고 할 수 있고, 본건 프로그램 및 본건 방송에 관련되는 소리 또는 영상의 복제 행위를 관리 지배하고 있다고 인정할 수 있는 동시에, 그에 의한 이익을 얻고 있는 것으로 인정된다」라고 해서 원고승소의 판결을 내렸다. 이에 대하여, 지적재산고등재판소는 「본건 서비스에 있어서는 주기기 로쿠라쿠가 지상파 아날로그 방송을 정확하게 수신하고, 디지털 녹화 기능이나 인터넷 기능을 정확하게 발휘하는 것이 필요 불가결한 기술적 전제조건이 되지만, 이 기술적 전제조건을 구비를 필요로 하는 점은 주기기 로쿠라쿠를 이용자 자신이 자기관리할 경우도 완전히 같다. 이러한 기술적 전제를 정비해 제공했다고 해서 즉시 그 자가 수신·녹화·송신을 할 것이라고 할 수는 없다」라고 하여, 피고의 권리침해를 부정했다.

5) 柴田義明 「ロクラクⅡ最高裁判決の解説及び全文」ジュリスト 1423号42면(2011).

6) 그러나 일본저작권법에는 일본특허법 제101조와 같은 간접침해를 권리침해로 하는 규정은 존재하지 않고, 만일 특허법과 같은 간접침해 규정이 존재한다고 해도, 적용되는 것은 보조 행위만이며, 본건의 복스캔 대행업자의 행위가 보조 행위라고 단정하지 않는 한, 간접침해 규정을 적용하는 것은 곤란하다고 생각된다.

따라서, 로쿠라쿠Ⅱ사건의 최고재판소판결이 채용한 「중추적 행위론」을 복스캔 대행업에 직접 적용시킬 수 있는지에 대해서는 논의의 여지가 있다고 생각된다<sup>8)</sup>. 왜냐하면, 본건 대행 행위는 사적복제의 권한을 가지는 이용자로부터 유래(인과(因果)의 흐름)되고 있는 이상, 이를 간과할 수 없기 때문이다.

## 나. 일본 저작권법 제30조 (사적이용의 복제)적용 여부 검토

### (1) 권리제한 규정으로서의 저작권법 제30조

저작권법 제30조 제1항의 본문은 「저작권의 목적이 되는 저작물은 개인적 또는 가정 내 기타 이에 준하는 한정된 범위 내에서 사용하는 것(이하 「사적이용」이라 함)을 목적으로 할 때는 다음의 경우를 제외하고, 그 사용하는 자가 복제할 수 있다」라고 규정한다. 사적이용을 위한 복제에 관한 권리제한의 정당화 근거는 주로 개인의 개인영역에서의 활동의 자유를 보장할 필요성이 있거나, 사적이용의 목적과 같은 경미한 이용에 그치면 설령 이를 방임해도 저작권자에의 경제적인 타격이 크지 않다는 점에 있다<sup>9)</sup>. 또, 제30조 제1항 제1호<sup>10)</sup>에서 권리제한의 예외규정을 마련하고, 「공중의 사용에 제공될 목적으로 설치된 자동복제기기(복제의 기능을 가지고, 이에 관한 장치의 전부 또는 주요한 부분이 자동화되고 있는 기기를 말함)를 이용해서 복제할 경우」에는 권리침해가 된다. 그 취지는 공중의 이용에 제공될 목적으로 설치된 자동복제기기를 이용한 사적복제에 대해서는 가정과 같은 폐쇄적인 공간에서의 영세한 복제를 허용하는 취지에 부합되지 않는다고 생각되기 때문이다<sup>11)</sup>. 한편, 문헌복사의 분야에 대해서는 반드시 권리의 집중 관리체제가 갖추어지지 않고 있는 점을 고려하여, 부칙 제5조의 2에서 당분간의 조치로 권리제한의 대상에서 제외되는 자동복제기기에 문헌복사기는 포함하지 않는 것으로 규정하고 있다<sup>12)</sup>.

### (2) 본 판결이 제30조 적용을 부정하는 논거

본 판결은 앞서 살펴본 바와 같이 이용자의 복제 주체성을 부정한다. 그 판단 논거는 아래와 같이 3가지로 정리할 수 있다.

첫째로, 「저작권법 제30조 제1항은 복제의 주체가 이용자라 해서 이용자가 피고가 되거나 사업자가 간접침해자 또는 교사·방조자로서 피고가 될 때, 이용자 측의 항변으로써 그 적용이 문제가 되는 것으로 해석된다」고 한 다음, 「복제의 주체는 사업자로 여겨지고 있기 때문에, 동항의 적용이 문제가 되는 것은 아니다」라고 판단한 점이다.

둘째로, 「Y들은 이용자로부터 발주를 받아 서적을 '전자파일'화하고, 이것을 이용자에게 납품하는 것이기 때문에, 이용자가 인과의 흐름을 지배하고 있는 것처럼도 보인다」고 하면서도, 「일반 서적구독자가 스스로 이들 설비(재단기, 스캐너, 컴퓨터 등의 장치, 밀출 필자)를 준비하여, 구체적인 작업을 하기에는 설비의 비용부담이나 노동력·기술의 면에서 곤란을 수반하는 것으로 생각한다」고 판단한 점이다.

셋째로, 「이용자가 그 수족으로서 타인을 이용하여 복제를 할 경우, 『그 사용하는 자가 복제한다』고 평가할 수 있는 경우도 있겠지만, 그렇다고 하기 위해서는 구체적 사정하에서 수족으로 여겨지는 행위가 복제를 위한 중추적 행위이고, 그 중추적 행위가 이용자의 관리하에 있다고 인정될 필요가 있다」라고 한 다음, 「Y들은 이용자의 수족으로서 이용자의 관리하에 복제를 하고 있다고 볼 수 없기 때문에 이용자가 Y들을 수족으로 스스로 복제를 한 것으로 평가할 수는 없다」라고 판단한 점이다.

### (3) 본 판결에서의 제30조 적용을 부정하는 논거의 검토

이하에서는 앞서 언급한 논거에 대해서 검토하기로 한다.

우선, 제1의 논거에 대해, 판시는 저작권법 제30조 제1항의 적용이 문제가 되는 경우의 하나로, 「사업자가 간접침해자로서 피고가 될 때」를 들고 있지만, 이것은 당연히 이용자의 직접 침해행위를 전제로 하고 있는 것으로 생각된다. 즉, 이용자의 직접 침해가 문제되는 경우조차, 저작권법 제30조 제1항의 적용 문제가 생긴다고 생각하면서도, 하물며 본건과 같이 직접 침해가 없는(비침해) 이용자에게 대해 저작권법 제30조 제1항의 적용을 배제하는 것은 이치에 맞다고 할 수 없을 것이다. 단 직

7) 小泉直樹 「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号8면(2011).

8) 같은 취지의 것으로 野田外6人·前掲注(3)76면 참조.

9) 島並良·上野達弘·横山久芳 『著作権法入門』264~265면(有斐閣, 2009年).

10) 이는 1984년 저작권법개정에 의해 반영된 것이다.

11) [http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/07020702/003.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/07020702/003.htm).

12) [http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/07020702/003.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/07020702/003.htm).

접 침해가 없는 비침해 행위를 법적으로 어떻게 평가해야 할 것인지를 묻는다는 것이다.

제2의 논거인 이용자의 ‘전자파일’화 작업의 기술면 등의 곤란성에 대해서 이용자가 재단기, 스캐너, 컴퓨터 등과 같은 누구라도 용이하게 입수할 수 있는 기기를 사용하여, ‘전자파일’화하는 것은 반드시 곤란한 작업이라고 할 수는 없는 점<sup>13)</sup>에서, 이를 사적복제를 부정하는 논거로 이용하는 것은 적절하다고 말하기 어렵다.

제3의 논거인 복제 행위의 지배 관리성에 대해, 판사는 ‘전자파일’화 작업이 이용자의 관리하가 아니고, Y들의 관리하에서 이루어졌으므로, 제30조가 적용될 여지가 없다고 하지만, 복제 대상이 되는 저작물은 서적의 소유권자인 이용자에 의해 제공되는 점, 복제의 범위도 이용자에 의해 특별히 지정되는 점, ‘전자파일’화한 복제물도 이용자에게만 제공되는 점, 납품 방법도 이용자가 결정하는 점 등과 같은 여러 사정을 고려하면, 물리적인 행위는 확실히 Y들에 의해 행하여졌지만 반드시 Y들 스스로의 관리하에 ‘전자파일’화 작업을 했다고는 말하기 어렵고, 이용자의 수족으로서의 시점도 고려할 가치가 있다.

(4) 「수족론(手足論)」에 의한 사적이용을 위한 복제의 허용 범위의 확장 가능성

수족론이란 다른 사람에 의한 물리적인 이용 행위를 고용계약 등 밀접한 지배 관계에 의해 행하게 하는 것에 착안하여 이용 행위의 주체로 평가하는 사고방식이다<sup>14)</sup>. 이 이론은 복제권의 침해를 인정할 때에 행위자가 아닌 이용자를 복제 주체로 인정하는 취지의 것이다<sup>15)</sup>. 그런 의미에서, 이용자를 복제의 주체로 인정하고, 대행업자의 복제권 침해를 제한하기 위한 논거로 이용되는 본건과는 다른 측면도 있다. 여기서 문제가 되는 것은 본건과 같이, 대행업자는 이용자의 의뢰에 의해 그 수족으로서, 복제 행위를 하는 것에 불과하고, 이용자를 복제의 주체로 보아, 이를 사적복제의 범위 내(비침해)로 해석하기 위해 수족론을 이용할 수 있는가이다<sup>16)</sup>.

이 문제의 해결에는, 우선, 제30조의 적용 요건을 검토

할 필요가 있다. 그것은 크게 ① 「개인적으로 또는 가정 내 기타 이에 준하는 한정된 범위 내에서 사용할 것」, ② 「그 사용하는 자가 복제할 것」으로 나눌 수 있다.

이들 요건의 해석을 둘러싸고는 앞서 언급한 대로, 「행위를 물리적, 자연적으로 관찰하는 것만으로는 충분하지 않고, 사회적, 경제적 측면도 포함시켜 종합적으로 관찰」한다는 시점을 가진다면, 수족론에 의한 사적복제의 허용 범위의 확충 가능성이 보인다고 생각된다.

우선, ①에 대해서, 그 적용 범위는 명확하지 않지만, 「인적 또는 장소적으로 한정된 폐쇄적 관계에서의 사용」을 의미하는 것으로 해석할 수 있을 것이다<sup>17)</sup>. 그러나 디지털·네트워크 기술의 발달과 보급에 의해, 저작물이 인적 또는 장소적인 범주를 넘어서 이용되는 상황을 생각하면, 제30조의 「한정된 범위 내」라고 하는 문언을 「인적 또는 장소적으로 한정」해서 해석하는 것에는 한계가 있다고 생각된다. 예를 들면, 가정 내에서의 복제라도, 인터넷상의 전송 목적(자신의 블로그나 홈페이지)으로 하는 경우는, 이미 사적인 영역외에서의 사용이라고 볼 수 있고, 반대로, 본건과 같이, 사적인 영역외에서의 복제의 경우라도, 그 복제물의 사용이 다만 이용자만을 위한 목적에서 이루어지는 경우는 사적이용을 위한 복제라고 할 수 있을 것이다.

따라서, 이 요건의 해석에는 「복제 행위가 다만 사적이용을 위한 목적으로 이루어지는지 여부」의 판단이 가장 중요해진다고 생각된다. 이 시점을 본건에 적용시키면, 「한정된 범위 내」에서의 사용이라고도 해석할 수 있을 것이다. 다만, 그 복제 행위가 공중제공의 목적으로 설치된 자동복제기에 의해 행하여질 경우에는, 제30조 제1항 제1호에 의해, 권리침해를 구성할 가능성이 있지만, 부칙 5조의 2가 폐지되지 않는 한 복제권은 제한된다.

다음으로 ②에 대해서, 「그 사용하는 자가 복제한다」것의 해석을 둘러싸고, 사용하는 자 이외에 보조적인 입장에 있는 자(예를 들면, 부모를 위해서 어린이가 복제를 할 경우 등)에 의한 복제를 허용하는 것에는 학설상 이론(異論)이 없다<sup>18)</sup>. 본 판결도 「이용자가 그 수족으로서

13) 같은 취지의 것으로, 池村聰 「自炊代行事件」 NBL1015号 7頁 (2013年).

14) 島並・上野・横山, 前掲書 264~265면.

15) 野田外6人, 前掲注 (3) 76면.

16) 이에 관해서는 부정적인 견해를 취하는 것도 있다. 노다(野田)의 6명, 전계주(3) 76면은 「스페이스·인베타·파트Ⅱ사건에서의 수족론은 제30조의 적용에 의한 비침해를 결론으로 하기 위해 바로 적용되는 것은 아니다」고 하고 있다.

17) 스페이스·인베타·파트Ⅱ사건(東京지방법재판소 1979년(7)제 10867호)에서는 「한정된 범위」에 대해 「사용하는 것이 소수이며 동시에 특정될 것이 필요하여, 일반 기업 내에서 사용하기 위해 복제를 할 경우 등은 사적이용에 해당되지 않는다」고 판단하고 있다.

18) 加戸守行 『著作権法逐条講義 (4訂新版)』 226~227면

타인을 이용하여 복제를 할 경우에, 『그 사용하는 자가 복제한다』라고 평가할 수 있는 경우도 있다』라고 하면서, 이를 위한 요건으로, 「수족으로 여겨지지만 행위가 복제를 위한 중추적 행위일 것」, 「그 중추적 행위가 이용자의 관리하에 있다고 인정될 것」을 들고 있다. 단 학설상으로는, 복제를 업으로 하는 자에 의한 복제 행위는 사적이용의 복제로부터 일탈하는 것이라고 하는 견해<sup>19)</sup>나 수족론의 「확장 해석을 인정해서는 사용자 자신에 의한 사적복제를 요구한 법의 취지가 대폭 삭감되어버린다」는 부정적인 입장을 취하는 견해가 있다<sup>20)</sup>.

본 판결도 결론적으로는 대행업자의 수족론을 부정하고 있다. 이에 대하여, 수족론을 긍정하는 입장<sup>21)</sup>에서는, ②의 취지가 「개인인 본인 이외의 자가 복제할 저작물을 결정할 경우에는, 특정한 저작물에 대해서 조직적으로 복제될 수밖에 없고, 저작권자에게 미칠 영향을 무시할 수 없기 때문이라면, 긴요한 것은 사용자 본인이 무엇을 복제할 것인지를 결정하고 있는가에 있지, 물리적으로 복제를 한 자가 누구인지는 중요하지 않다」고 보는 견해<sup>22)</sup>나 「(i) 이용자와 복제업자 사이에 대가를 지불하고 복사를 의뢰하는 계약이 존재하고, (ii) 복제업자는 복제의 방법 등에 대해 이용자 등의 지시를 받고, (iii) 복제업자는 완성된 복제물에 대해 전량을 이용자에게 납품한다」라는 3가지 요건을 만족시킨다면, 복제업자에 의한 복제도 사용자 자신이 한 복제로 평가하여, 제30조 제1항의 적용을 인정해야 한다」는 견해<sup>23)</sup>도 보인다.

사건은 이용자와 복스캔 대행업자 사이에, 전자파일의 제공에 대해 1대1의 계약 관계(폐쇄적 관계)가 존재하는 점, 전자파일은 다만 이용자만을 향해서 제공되는 점, 이용자가 대행업자와의 계약 시에, 전자파일을 이용자를 향한 서비스 이외의 목적으로 사용되는 것을 용인하지

않고 있는 점, 수족론을 허용하는 것이 사적이용의 복제를 인정하는 입법 취지에도 어긋난다고는 단정할 수 없는 점 등의 이유로, 수족론의 긍정론에 찬성하고, 본건과 같은 복스캔 대행 행위는 제30조 제1항의 범위 내에 있다고 생각한다<sup>24)</sup>.

그러나 이런 견해에 대해서는 여러 각도에서 비판<sup>25)</sup>이나 물리적 복제 행위의 전 과정을 복스캔 대행업자가 직접 행하고 있기 때문에, 이용자를 복제 주체라고 평가해야 할 특별한 사정이 없는 한, 복스캔 대행업자를 복제 주체로 인정한 본 판결의 결론에 이른 것은 불가피한 판단으로 평가하여 본 판결에 동조하는 견해<sup>26)</sup>도 있다.

## 5. 결론

저작물의 이용행위의 제3자 개입에 대한 저작권 침해 유무를 판단하는 수법으로서, 복제 행위 주체의 문제(소위 이용행위주체론)로서 다루어야 할 지 아니면 사적복제의 적용 가능 여부의 문제로서 다루어야 하는 지가 중요한 문제로 되지만, 본 판결은 사적복제의 적용을 전면 부정하고, 복제 행위의 주체론 만의 판단으로 결론짓고 있다.

24) 동일한 취지의 판례 평석으로 즐고 「MYUTA事件」 帝塚山法學 16号 85~104면(2006년).

25) 田村善之 「自炊代行業者と著作権侵害の成否」 WLJ判例コラム 第19号(文獻番号 2014WLJCC001) 3~4면은 「복스캔 대행업을 허용하면, DRM이 반영안된 전자파일이 확산되고, 저작권 침해가 횡행하게 된다든지, 재단한 서적이 옥션 등에서 판매되고 있는 것에 비추어 보면, 저작권자의 경제적인 불이익은 무시할 수 없다고 하는 것이다. 그러나, 사적복제에 관련된 전자파일이 인터넷에 업로드된 시점에 복제권 침해나 공중송신권 침해에 해당하기 때문에, 그 단계에서 규제할 수 있기 때문에, 오히려 침해에 결부되지 않는 경우까지를 포함 시켜서 일망타진으로 금지시킬 이유는 없다. 또, 사적복제가 가능한 이상, 스스로 사적복제를 했을 경우에 재단한 서적이 시장에 제공되는 것은 막을 수 없기 때문에, 재단된 서적의 유통에 의해 그것과 질적으로 다른 불이익이 권리자에게 발생하고 있다고도 말하기 어렵다고 생각한다. 오히려, 권리침해를 긍정하는 측의 가장 의미 있는 반론은 전자서적시장이라고 하는 저작권자에게 새로운 시장이 복스캔 대행업자에 의해 침식된다라는 점일 것이다. 이에 대하여는, 향후 간행되는 서적에 대해서는, 복스캔 대행에 의한 사적개인복제의 가능성을 염두에 둔 대가를 발행 시에 취득하면 충분한 것이 아닐까라는 재반론이 있을 지도 모르지만, 대부분의 서적이 복스캔되는 것은 아니라고 한다면, 복스캔을 상정하지 않는 여러 독자층에게는 서적의 가격이 지나치게 높게 되어, 시장에 의한 서적의 보급을 다소 방해하게 될 것이다」라고 말하고 있다.

26) 生田哲郎 森本晋 「自炊」 代行サービスを著作権侵害と判断した事例」 發明 12、43면(2013년).

(2003년)、齊藤博 『著作権法(第3版)』 229면(有斐閣、2007년)、中山信弘 『著作権法』 245면(有斐閣、2007년).

19) 加戸、前掲 227頁. 齊藤、前掲 229면.

20) 島並良 「書籍の『自炊』」 法學教室 366号 3면(2011년).

21) 小坂準記=金子剛大 「まねきTV・ロクラクII事件最高裁判決にみるコンテンツ・ビジネスの諸問題」 Law & Technology 52号 68~69면(2011년).

22) 田村善之 「デジタル機器の保守・修理・買換えと保存されたファイルの複製の可否」 知財管理 55卷 11号 15頁(2005년).

23) 奥邨弘司 「著作権法30條1項の『使用する者が複製することができる』の意義」 『知的財産權法と競争法の現代的課題』(紋谷暢男古希・2006년・發明協會) 936~939면.



본건에서 재판소의 복제 주체의 인정 수법은 복제의 실현에 있어서 중추적 행위를 한 자가 누군가라는 견지에서 복제의 대상, 방법, 복제물예의 관여의 내용, 정도 등의 제요소를 고려하여, ‘전자파일’화 작업이 복제에 있어서의 중추적 행위이고, 그 행위를 한 Y들이 복제의 주체라고 인정하고 있는 것이다.

그러나 본건 복제 행위가 정당한 서적의 소유권자인 이용자의 의뢰에 근거해서 행하여진 이상, 사적이용을 위한 복제에 대해서, 충분한 법적 판단이 필요했음에도 불구하고, 단순한 물리적, 자연적으로 관찰하는 것만으로 복스캔 대행업자의 복제 주체성을 인정했다고 하는 인상을 지울 수 없다. 즉, 복제 행위의 주체성을 복스캔 대행업자에게 전가시킴으로써, 권리자를 과도하게 보호할 우려가 있고, 이용자의 공정한 이용 기회를 빼앗을 우려 또한 있다.

따라서, 제3자가 개입된 저작물 이용에 관한 행위를 판단할 경우는, 저작물의 이용에 대한 개념을 물리적, 자연적 행위에만 착안할 필연성은 없고, 사회적, 경제적인 제반 사정 등도 고려하여야 할 것이다.

디지털·네트워크 시대에 있어서는 다종다양한 저작물의 이용 형태가 존재할 수 있음을 전제로, 저작권법이 기능 부전에 빠지지 않게 하기 위한 논의(예를 들면, 공정사용론 또는 간접침해론 등)가 시급함과 동시에 향후, 저작권법이 목적으로 하는 문화의 발전을 이루기 위해, 유통 활성화를 위한 권리처리의 룰 제정, 공정한 이용의 확보, 저작권자의 적절한 보호와 같은 시점을 반영한 제도 설계에 대한 논의가 더욱 필요하다고 사료된다.

본 연구는平成22年度 帝塚山學園의 特別研究費助成에 의한 연구 성과의 일부이다.

## 저자소개

### ● 고 영 수(Young-Soo Goh)

정회원



- 1991년 2월 : 영남대학교 법학과 (법학사)
- 1994년 3월 : 일본 오사카대학 대학원 법학연구과 (법학석사)
- 1999년 3월 : 일본 오사카대학 대학원 법학연구과 (법학박사)
- 2004년 ~ 현재 : 일본 테즈카이마대학 법학부 교수

<관심분야> : 지적재산법, 저작권, 콘텐츠, 지적재산관리