

링크에 의한 저작권침해 확산에 대한 입법적 대응방안

[최종보고서]

2017. 10. 22.

용역수행기관: 성균관대 산학협력단
연구책임자: 이해완 교수(성균관대)

목 차

제1장. 서론	1
제2장. 링크에 관한 저작권법적 쟁점의 개관	3
I. 서설	3
II. 직접침해의 성립 여부	3
1. 서설	3
2. 복제권 침해 여부	4
3. 공중송신권(전송권) 침해 여부	4
4. 배포권, 전시권, 이차적저작물 작성권 침해 여부	5
5. 저작인격권 침해 여부	5
III. 간접침해의 성립 여부	6
제3장. 우리나라 판례의 동향	8
I. 추잉 사건 이전의 판례	8
II. 추잉 사건에 대한 대법원 판결	15
III. 추잉 사건에 이후의 판례 동향	23
IV. 판례 동향의 전체적 정리 및 그에 대한 평가	31
제4장 해외 주요국 등의 판례 동향	34

I. 미국	34
II. EU	41
III. 영국	60
IV. 일본	63
V. 중국	67
VI. 종합적 검토	68

제5장 링크사이트 운영 실태와 입법적 대처방안 모색 · 70

I. 링크 사이트의 운영 실태와 문제점	70
II. 일본에서의 '리치사이트' 규제에 관한 논의 동향	72

제6장 저작권법 개정의 필요성과 그 방향성 74

I. 개정의 필요성	74
II. 개정의 방향성	77

제7장 결론: 저작권법 개정안의 제시 및 그 설명 91

I. 서설	91
II. 제1안의 제시와 그 설명	91
III. 제2안의 제시와 그 설명	93
IV. 맺음말	94

제1장 서론

하이퍼링크(hyperlink, 이하에서는 ‘링크’라고만 한다)는 인터넷상의 정보를 전달하는 하나의 수단으로서, 대부분의 인터넷 이용자들이 이해하고 있는 바와 같이, 웹페이지 상의 특정한 텍스트나 이미지 등에 다른 웹페이지로의 연결정보가 포함되어 있어 그 텍스트나 이미지 등을 클릭하면 자동으로 다른 웹페이지상의 정보를 개시하도록 하는 것을 뜻한다. 이것은 인터넷을 인터넷답게 만드는 핵심적 기능요소이므로, 링크의 자유는 인터넷의 자유 또는 인터넷상의 표현의 자유와 관련된 것으로 인식되어 상당한 존중과 보호를 받아 왔다. 그러나, 다른 자유의 영역이 그러한 것처럼 ‘링크의 자유’도 절대적인 것일 수는 없다. 예컨대 불법적인 음란정보에 링크하는 것에 대하여는 대법원도 음란부호 공연전시죄의 정범에 해당하는 것으로 본 바 있다.¹⁾ 저작권 보호와의 관계에서도 링크의 자유를 기본적으로 보장하되 저작권자들의 권리를 지나치게 해하는 결과를 초래하지 않도록 그 한계선을 적정하게 잘 긋기 위해 주의를 기울일 필요가 있다.²⁾

그러한 관점에서 우리나라의 판례상황을 살펴보면, 우리 대법원 판례는 저작권의 보호와 링크의 자유 사이의 적정한 한계선을 제시하고 있다고 할 수 없다. 대법원은 타인의 저작물을 허락 없이 링크하는 행위가 ‘복제’ 또는 ‘전송’ 등의 개념에 해당하지 않아 저작권 침해의 직접침해에 해당하지 않는다는 것을 일관되게 판시해 오고 있을 뿐만 아니라, 2015.3.12. 선고 2012 도 13748 판결(뒤에서 보는 이른바 ‘츄잉사건’ 판결)에서 불법복제물에 대하여 링크를 건 행위가 저작권 침해의 방조행위가 될 수 있는지 여부가 문제가 된 사안에서 그 가능성조차 부정하는 취지의 판시를 하였고, 달리 링크설정 행위가 저작권 침해가 될 수 있는 가능성에 대하여 언급한 판결은 전혀 내지 않고 있기 때문이다. 결국 링크행위가 저작물의 불법복제물의 유포나 그 확산에 어떠한 기여를 하든지 상관없이 ‘링크’의 방식을 취하기만 하면 그 방식의 특성으로 인하여 어떤 이유로든 저작권침해의 책임을 지지 않는다고 보는 것이 대법원 판례의 입장인 것으로 인식될 수 있는 상황이 상당기간 지속되고 있다고 할 수 있다. 이러한 판례 상황은 마치 ‘저작권’이라는 배의 밑창에 큰 구멍이 난 것에 비유할 수 있을 정도로, 저작권 보호의 면에서 대단히 염려스러운 상황을 초래하고 있다.

필자는 위 ‘츄잉 사건 판결’에 중대한 논리적 오류가 있다고 보고 동시에 그것이 저작권등 보호에 대하여 가지는 부정적이고 파괴적인 영향을 크게 우려하여, 여러 가지 매체를 통해 그에 대한 강한 비판의견을 제시해 왔다. 뒤에서 보는 바와 같이, 이 판결에 대하여는 필자 외에도 다수 학자들이 비판적 입장을 취해 왔고, 나아가 서울고등법원 판결이 정면으로 판례변경의 필요성을 제시하는 상황까지 이르렀다.

그러나 아직도 대법원 판례의 변경은 이루어지지 않고 있고, 따라서 링크를 이용한 불법복제물 확산에 대한 무방비적 상황에서 벗어나지 못하고 있다. 유료 콘텐츠의 불

1) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결 참조.

2) 이해완, “인터넷 링크와 저작권 침해 책임” 성균관법학 제27권 제3호(2015. 9), 231면.

법복제물에 링크하여 프레임 링크 등의 형태로 서비스하면서 광고 등 수익을 올리는 링크 사이트가 다양한 형태로 출현하고 있고 이로 인해 저작권자 등의 권익이 크게 위협받고 있으나, 그에 대한 법적인 구제 내지 대처 방안이 마땅치 않아 권리자들이 많은 어려움을 겪고 있는 상황인 것이다.

이러한 상황의 지속으로 인한 저작권보호의 공백에 대하여, 이제는 입법적 대응을 더 이상 미룰 수 없다고 생각된다. 대법원 판례의 변경이 생각보다 쉽지 않은 상황에서 판례변경을 수동적으로 기다리고만 있기에는 저작권자들의 정당한 권익에 미치는 파괴적 영향이 너무 큰 것으로 보이기 때문이다. 나아가 설령 대법원 판례가 링크에 의한 간접침해의 가능성을 인정한다고 하더라도 특히 불법복제물에 대한 링크설정행위에 대하여 직접침해를 인정하는 것에 비하여 저작권 보호가 미흡한 면이 있을 수 있는데, 비교적 최근에 나온 EU의 판례 등을 볼 때 불법복제물에 대한 링크행위에 대하여는 제한적 요건 하에서 직접침해로 인정하는 국제적 경향이 보인다는 점에서도 새로운 입법론적 검토를 필요로 하는 면이 있다.

본 보고서는 이러한 관점에서 링크에 의한 저작권 침해의 가능성에 대한 지금까지의 법리 및 판례 동향에 대하여 살펴본 다음, 저작권자의 정당한 권익을 크게 위협하는 위와 같은 상황에 대한 입법적 대처방안에 대하여 살펴보고, 구체적으로 저작권법 개정안을 마련하여 제시해 보고자 한다.

제2장 링크에 관한 저작권법적 쟁점의 개관

I. 서설

링크에 관한 저작권법적 쟁점은 크게 1) 타인의 저작물에 허락 없이 링크를 거는 행위가 저작권의 직접침해를 구성할 수 있는지의 문제와 2) 타인의 저작물에 대한 불법복제물에 링크를 거는 행위가 저작권 침해행위의 방조행위로서 간접침해의 책임을 질 수 있는지의 문제로 나누어진다. 이하에서 순차적으로 위 두 가지의 법적 쟁점에 대한 기존 논의에 대하여 개관해 보기로 한다.

II. 직접침해의 성립 여부

1. 서설

먼저, 타인의 허락 없이 그 저작물에 대하여 링크를 거는 행위가 그의 저작권에 대한 직접침해를 구성하는지 여부에 대하여 살펴본다. 이 문제를 살펴봄에 있어서는 링크의 여러 가지 유형에 따라 법적 평가가 달라질 것인지에 대한 논의가 있으므로, 링크의 유형에 대하여 먼저 살펴볼 필요가 있다.

링크의 유형은 다음과 같은 네 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

1) 단순링크 : 링크를 설정한 웹사이트의 이용자가 그 링크 정보를 클릭했을 때 링크설정의 대상이 되는 타깃 사이트의 ‘홈페이지’ 또는 ‘메인페이지’가 열리도록 하는 링크를 말한다.

2) 심층링크(deep link, 직접링크-direct link-라고도 함) : 타깃사이트의 홈페이지를 거치지 않고 바로 그 내부에 있는 세부적인 정보에 직접 링크하는 것을 말한다.

3) 프레임링크(framing, frame link) : 웹사이트의 화면을 둘 이상으로 구획하여 서로 다른 정보를 제시할 수 있는 프레임 기능을 이용하여, 화면의 일정한 영역(프레임)에서는 링크제공자가 제공하는 정보를 보여주고, 다른 영역(프레임)에서는 링크가 설정된 타깃 사이트의 정보가 제시되도록 하는 방법으로 링크하는 것을 말한다.

4) 인라인 링크 또는 임베디드 링크(inlining, embedded link) : 링크제공자가 링크에 사용하는 태그를 일반적인 링크용 태그가 아닌 다른 태그를 사용함으로써 해당 웹사이트를 방문했을 때 별도로 링크가 연결된 텍스트나 이미지를 클릭할 필요 없이 링크된 내용이 자동적으로 보여지거나 들려지도록 하는 방식의 링크를 말한다. 이러한 인라인 링크의 경우에는 링크가 자동적으로 실행되기 때문에 웹사이트 이용자는 링크된 정보의 위치는 물론 링크가 되어 있다는 사실조차 모르는 경우가 많다. 인라인 링크를 위해 사용하는 태그는 이미지의 경우는 이고, 음악의 경우는 <bgsound src = " " >이다.³⁾

2. 복제권 침해 여부

타인의 저작물에 허락 없이 링크를 건 것이 저작권자의 복제권에 대한 직접침해를 구성하기 위하여는 링크를 거는 것 자체가 그 저작물에 대한 복제행위로 평가될 수 있어야 한다. 그러나 링크를 거는 행위를 자세히 분석해 보면, 링크설정자가 작성하는 웹페이지상에 예를 들어 '한국저작권위원회'와 같이 링크하고자 하는 웹사이트의 이름과 URL(인터넷주소)에 링크에 사용하는 태그(tag)를 붙여 놓은 것에 불과하고 링크대상이 되는 저작물에 대한 복제행위가 전혀 수반되지 않음을 알 수 있다. 따라서 링크 설정행위 자체를 저작권법상의 복제권 침해로 보는 것은 법리적으로 성립하기 어렵다. 그것은 위에서 본 네 가지 유형 모두에 대하여 마찬가지로 적용되는 법리이고, 이 점에 대하여는 국내에서나 국제적으로 큰 이견이 없다고 할 수 있다.

3. 공중송신권(전송권) 침해 여부

타인의 저작물에 링크를 설정해 두면, 그 링크를 누군가가 클릭할 경우에 타깃 사이트가 있는 서버컴퓨터에서 이용자의 PC로 해당 저작물의 송신이 이루어진다. 다만, 링크제공자가 갑(甲), 타깃사이트의 운영자가 을(乙), 그 링크를 클릭한 이용자를 병(丙)이라 할 때, 해당 송신은 갑(甲)에게서 병(丙)에게로 이루어지는 것이 아니라 타깃 사이트 운영자인 을(乙)로부터 병(丙)에게로 이루어진다고 할 수 있다. 이러한 상황에서 갑의 링크 설정행위가 저작권법상 공중송신행위, 보다 구체적으로는 전송행위에 해당하는 것으로 볼 수 있을지 여부에 따라, 링크설정행위가 저작권법상 공중송신권 또는 전송권의 직접침해를 구성할 수 있을지 여부가 달라진다.

이에 대하여는 특히 단순링크가 아닌 심층링크, 프레임 링크 등의 문제와 관련하여 여러 가지 논의가 있을 수 있으나, 필자는 오래 전부터 일본의 일부 학설⁴⁾을 참고하여 “이 경우 당해 링크사이트의 문서 기타 정보를 웹서버에 올려 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 측에서 전송행위를 하는 것이고, 그 사이트의 주소로 연결시키기 위해 HTML문서에 위와 같은 태그를 기재하여 올려 두는 행위는 단지 ‘저작물의 전송 의뢰를 하도록 하는 지시 또는 의뢰의 준비’에 해당할 뿐이므로 원칙적으로 저작권법상의 ‘전송’에 해당하지는 않는 것으로 보는 것이 타당하다”는 입장을 밝혀 왔다.⁵⁾

3) 프레임 링크의 경우 이용자의 클릭이 있어야 화면에 나타나는 점에서 일반 링크와 유사하지만, 그 클릭행위 후에 나타나는 화면은 여전히 링크 제공 웹사이트의 한 프레임인 것처럼 보여, 링크 제공 사이트의 일부에 링크 대상물이 현출되는 방식이라고 볼 여지가 있다는 점에서 다음에서 보는 인라인 링크로서의 속성도 일부 가지고 있다고 할 수 있다. Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", E.I.P.R. 2014, 36(5), 280. 따라서 프레임 링크와 인라인 링크의 구별이 아주 선명하다고 하기는 어렵다. 이해완, 앞의 논문, 233면 참조.

4) 岡村久道·近藤剛史 編著, インタネットの法律實務, 新日本法規(1997), 90면 참조.

5) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사(2012), 353면 등. 이것은 과거 2000년경부터 일관되게 밝혀 온 입장이다.

이러한 필자의 입장과 그 근거 논리는 이후 대법원 판례에 의하여 기본적으로 수용되었다. 다만, 필자는 그것을 심층링크 및 프레임링크에 대하여까지만 주장하고, 인라인링크에 대하여는 공중송신권(전송권) 침해의 가능성이 있을 수 있다고 주장한 바 있다.⁶⁾ 그러나 대법원 판례는 뒤에서 보는 바와 같이, 이른바 ‘서버 기준’을 취하여, 링크의 설정만으로는 그 유형을 불문하고 공중송신권 내지 전송권의 직접 침해 가능성이 없는 것으로 보는 입장을 위와 같은 논리를 기반으로 일관되게 표명하고 있다. 그것은 미국의 주류적 판례나 일본 판례의 입장과는 유사하지만, EU의 최근 판례에서 일정한 요건 하에 직접침해의 성립을 인정하고 있는 것과 차이를 보이는 부분이 되고 있다. 그런데 링크설정행위가 ‘전송’에 해당하지 않는 것으로 보는 위의 근거논리는, 비록 필자 자신이 일찍부터 주장해 온 것이기는 하지만, 링크의 자유를 옹호하기 위하여 취한 논리라는 측면이 강하였고 법리적으로 절대적 타당성을 가진 것으로, 오늘날의 시점에서 재검토의 가능성이 있을 수 있다. 이에 관하여 자세한 것은 뒤에서 살펴본다.

4. 배포권, 전시권, 이차적저작물 작성권 등 침해 여부

뒤에서 보는 바와 같이, 미국의 판례상으로는 링크 설정행위가 배포권, 전시권 등을 침해하는 것인지 여부도 진지하게 검토되고 있다. 우리나라의 판례에서도 전시권 침해 여부가 다루어진 적이 있긴 하지만,⁷⁾ 우리나라에서 배포권과 전시권은 동일하게 ‘유형물’에 대하여만 적용되고 무형적인 배포나 전시에 대하여는 문제되지 않으므로, 그 점에 다른 법리를 취하고 있는 미국과는 달리, 배포권이나 전시권의 침해 여부는 처음부터 문제 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

한편, 링크의 유형 중 프레임 링크에 대하여는 이용자가 링크를 클릭하였을 때 원래 타깃사이트에 링크제공자의 제공정보가 결합되어 있는 형태로 화면에 제시되는 점을 들어서, 링크된 저작물에 대한 저작권자의 이차적저작물작성권을 침해한 것으로 볼 수 있다는 견해도 있으나, 이용자에게 그러한 결합화면이 제시된다는 것만으로 새로운 창작성이 추가된 개작이 이루어진 것으로 보기는 어려울 것이므로, 이차적저작물작성권의 침해를 인정하기도 어렵다고 보아야 할 것이다.⁸⁾

5. 저작인격권 침해 여부

특히, 프레임 링크의 경우에는 화면상에서 원래 의도한 모습으로 나오지 않고 다

6) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사(2012), 353면 등.

7) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결이 그러한 예에 해당하나, 이 사건에서 대법원이 전시권 침해를 공중송신권 침해와 동일한 차원에서 이른바 ‘서버 기준’을 적용하여 결론을 내린 것은 적절하지 않은 점이 있다. 전시권은 유형물의 전시에 대하여만 적용되는 권리임을 동 판결에서 밝히고 있으므로, 그러한 이유로 전시권은 처음부터 제외하고 공중송신권에 대해서만 ‘서버 기준’을 적용하는 것이 보다 타당하였을 것이다. 이해완, 저작권법(제3판), 박영사(2015), 505면 참조.

8) 이해완, 위의 책(제3판), 489면 참조.

른 홈페이지의 일부 프레임과 중복되어 다른 모습으로 보여지게 된다는 점에서 동일성유지권 침해로 평가할 수 있다고 하는 견해가 있다. 그리고 다른 한편으로는, 프레임 링크의 기법을 교묘하게 사용함으로써 링크된 저작물을 마치 자신이 직접 작성한 것처럼 보이게 하는 경우에는 성명표시권의 침해로 볼 수 있다는 견해도 있다. 그러나, 저작권법상 저작인격권의 침해가 성립하기 위해서는 저작권법상 저작자의 권리에 포함되는 ‘이용’ 행위가 있어야 하는데, 프레임 링크를 설정한 것만으로는 타인의 저작물의 ‘이용’이 있다고 하기는 어려우므로 저작인격권(동일성유지권이나 성명표시권)의 침해를 인정하기도 어려운 것으로 생각된다.⁹⁾ 이 점에 대하여는 대법원도 동일한 입장을 표명한 바 있다.¹⁰⁾

III. 간접침해의 성립 여부

위에서 본 바와 같은 이유로 타인의 저작물에 대한 링크설정행위에 대하여 저작권재산권이나 저작인격권의 직접침해에 대한 책임을 물을 수는 없다고 하더라도, 불법복제물을 링크하여 제공함으로써 그 링크를 클릭하여 이용하는 행위가 있을 경우 그 이용에 따라 이루어지는 전송 및 복제 행위에 대하여는 링크 제공자에게 복제권 또는 공중송신권 침해에 대한 방조의 책임을 물을 수 있는 가능성이 있다. 이에 대하여 우리나라 학자들 사이에 많은 논의가 있었던 것은 아니지만, 필자는 이전부터 그러한 경우의 방조책임(일종의 간접침해 책임)의 가능성은 당연한 것으로 여기고 간략하게나

9) 링크행위가 저작인격권 침해가 될 수 있을지 여부, 특히 성명표시권 침해의 가능성에 대하여는 국내 학설이 일치하지 않고 있다. 예컨대, 장현진, “온라인 뉴스에 대한 링크설정행위의 법적 문 제점”, Law & Technology(3권 1호), 69면; 김현철, “링크제공자의 저작권법상 책임에 관한 소고”, 계간 저작권 2002 여름호, 55면; 배성호, “링크의 저작권침해 여부”, 사법행정 43권 10호(2002.10.), 15면은 긍정설의 입장(다만, 김현철, 배성호의 각 논문은 “링크가 저작권법상의 이용 에 해당하는가 여부는 좀 더 검토를 요한다고 하겠다”고 밝히고 있다)을, 전지원, 앞의 논문, 528면은 부정설의 입장을 각 취하고 있다. 저작재산권에 저촉되는 ‘이용’ 행위가 있어야 저작인 격권 침해도 인정할 수 있다는 법리를 일관되게 적용하는 것이 법적 안정성 등의 면에서 바람직하다고 보아, 이해완, 앞의 책(제3판), 490면도 종전의 견해를 변경하여 부정설의 입장을 취하였다.

10) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 : “구 저작권법은 제12조 제1항에서 ‘저작자는 저작물의 원작품이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다’고 규정하고, 같은 조 제2항 본문에서 ‘저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다’고 규정하고, 제34조 제1항 본문에서 ‘이 절의 규정에 의하여 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다’고 규정하고 있는바, 위 각 법률조항의 입법 취지나 관련 법규정 등에 비추어 볼 때 구 저작권법 제12조 제2항, 제34조 제1항 각 본문에서 규정한 ‘저작물을 이용’한다고 함은 같은 법에서 저작자의 권리로 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 저작물을 이용하는 것을 의미한다고 봄이 상당하다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고의 웹사이트에서 ‘해외이미지’라는 분류를 통해 검색되는 원고의 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221점 중 ‘슬라이드 쇼’ 기능을 선택하면 화면에 보이는 이미지 102점에 관하여 원고의 주장처럼 피고가 원고의 성명표시권을 침해하였다거나 출처명시의무를 위반하였다고 인정하기 위하여는, 그 전제로서 이를 구 저작권법에서 저작자의 권리로 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 이용한 사실이 인정되어야 하는데, 피고가 위 이미지들을 그와 같은 방식으로 이용하였다고 단정할 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 원심도 비록 이유를 달리하기는 하였으나, 피고가 원고의 성명표시권을 침해하였다거나 출처명시의무를 위반하였다고 보기 어렵다고 본 결론 자체는 정당하므로, 거기에 원고의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 성명표시권 및 출처명시의무에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.”

마 그러한 취지를 표명해 왔다.¹¹⁾ 뒤에서 보는 바와 같이, 해외 주요국들에서도 간접 침해의 가능성은 예외 없이 인정하고 있다. 그러나, 우리나라 대법원은 문제의 ‘츄잉 사건’에서 바로 이 점에 관한 예외적 입장으로 해석될 수 있는 판결을 선고하여 큰 논란의 대상이 되고 있다. 이와 관련하여, 해석론적으로 관례에 대한 비판론이 비등함과 동시에, 입법적 개선방안에 대한 검토도 진행되고 있다. 이에 대하여는 다음 장에서부터 자세히 살펴보기로 한다.

11) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사(2012), 354면 등.

제3장 우리나라 판례의 동향

I. 추잉 사건 이전의 판례

1. 서설

타인의 저작물에 대한 링크 설정 및 제공이 저작권침해에 해당하는지 여부를 다룬 판례의 동향을 검토함에 있어서, 추잉 사건에 대한 대법원 판결을 하나의 분수령으로 보아, 그 이전의 판결들을 먼저 살펴본 다음, 추잉 사건에 대한 대법원 판결의 입장을 자세히 살펴보고, 그 다음으로 추잉 사건에 대한 대법원 판결이 선고된 후에 나오고 있는 대법원 판결 및 하급심 판결들의 동향에 대하여 살펴보기로 한다.

추잉 사건에 대한 대법원 판결은 불법복제물에 대한 링크설정 행위가 저작권 침해의 방조(간접침해)에 해당하는지 여부에 대한 문제를 다룬 최초의 판결이다. 따라서 그 이전의 판결들은 간접침해의 문제에 대하여는 언급하지 않고, 타인의 저작물을 권리자의 허락 없이 링크하여 제공하는 것이 저작권이나 저작인격권의 직접침해에 해당하는지 여부에 대하여만 주로 다루고 있다. 그 결론은 저작권침해에 관한 한 예외 없이 (직접)침해의 성립을 부정하는 취지를 일관해 온 것으로 볼 수 있다. 보다 구체적으로 판례의 입장과 그 취지를 살펴보기 위해, 아래에서 판결이 선고된 시점의 순서대로 각각의 판결에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 서울지방법원 2001.12.7. 선고 2000가합54067호 판결 - '전자지도' 사건

(1) 사실관계

A는 전자지도 등의 데이터베이스와 컴퓨터 소프트웨어의 개발 및 판매업을 영위하는 회사이고 피고 B는 전자지도검색 소프트웨어 등의 개발 및 판매업과 인터넷정보서비스 제공업을 영위하는 회사이고 피고 C는 인터넷 정보서비스 제공업 등의 정보통신사업을 영위하는 회사이다.

전자지도의 개발업체인 A와 전자지도 공급계약을 맺고 지도검색서비스를 운영하던 B가 A의 허락 없이 자신의 협력업체인 C의 홈페이지 지도찾기코너에 B의 홈페이지를 무단으로 프레임 링크시켰다. 그 결과 C의 인터넷 홈페이지 이용자들은 전자지도를 포함한 지도검색서비스 일체를 이용할 수 있게 되었다.

(2) 법원의 판단

가. 피고 C는 자신이 개설한 ○○○이라는 이름의 이 사건 사이트에 인터넷 홈페이지

지를 개설한 후 그 홈페이지 이용자들에게 지도검색서비스 등 각종 인터넷 서비스를 제공하면서 인터넷 정보서비스 제공업을 영위하는 회사로서 저작권이 원고에게 있다는 점이 지도검색서비스상 표시되어 있는 이 사건 전자지도를 포함한 피고 B의 지도검색서비스 일체를 영리목적으로 프레임 링크하여 자신의 인터넷 홈페이지 이용자들에게 제공함에 있어, 원고의 이 사건 전자지도에 관한 저작권을 침해하거나 원고의 위 전자지도의 저작권자로서의 정당한 이익을 침해하지 아니하도록 주의하여야 함에도 불구하고, 아래에서 보는 바와 같이 이를 게을리한 과실이 있다.

나. 피고 C는 원고의 허락 없이 이 사건 전자지도를 포함한 피고 B의 지도검색서비스 일체를 자신의 인터넷 홈페이지에 프레임 링크하여, 인터넷 홈페이지 이용자들이 그 홈페이지에 있는 ‘지도보기’ 란을 클릭하면, 인터넷 이용자들 개인 컴퓨터 모니터 화면 테두리에는 자신의 컴퓨터 서버에서 전송된 자신의 인터넷 홈페이지 화면이, 화면 중앙에는 피고 B의 컴퓨터 서버에서 전송된 그의 이 사건 전자 지도를 포함한 지도검색서비스가 각각 나타나게 하는 방법으로, 자신의 인터넷 홈페이지 이용자들이 하여금 자신의 이 사건 사이트에 링크된 B의 컴퓨터 서버로부터 직접 이 사건 전자지도를 전송받게 함으로써 실질적으로 원고(A)의 허락 없이 이 사건 전자지도를 자신의 컴퓨터 서버에 복제하여 이를 자신의 인터넷 홈페이지 이용자들에게 제공하는 것과 같은 외관과 효과를 얻게 되었는데, 이와 같이 피고 C가 원고의 허락 없이 자신의 인터넷 홈페이지에 이 사건 전자지도를 포함한 피고 B의 지도검색서비스 일체를 프레임 링크 한 행위는, 원고의 허락 없이 이 사건 전자지도를 자신의 컴퓨터 서버에 복제하여 이를 자신의 인터넷 홈페이지 이용자들에게 전송한 행위와 마찬가지로, 이 사건 전자지도의 저작권자로서 전자지도 등 데이터베이스 판매업을 영위하는 원고로 하여금 위 전자지도와 같은 데이터베이스를 판매할 수 있는 기회를 상실하게 하는 손해를 입게 하여, 원고의 저작권에 기한 정당한 이익을 침해하므로, 이는 원고의 이 사건 전자지도에 관한 저작권을 침해하는 행위와 마찬가지로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 타인의 정당한 이익을 해하고 이로 인하여 이익을 얻는 위법한 행위에 해당한다.

따라서, 피고 C는 원고에게 위와 같은 불법행위로 인하여 원고에게 발생한 이 사건 전자지도 판매 수입 상실액 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.

(3) 검토

위 판결은 타인의 저작물에 대한 프레임 링크 설정행위에 대하여 다루어진 최초의 판례라는 점에서 주목을 받았다. 그러나 위 판결은 프레임 링크의 설정이 저작권 침해에 해당하는지에 대하여 정면으로 판단하지는 않았다. 단지 피고 C의 위와 같은 프레임 링크 설정 행위가 “원고의 허락 없이 이 사건 전자지도를 자신의 컴퓨터 서버에 복제하여 이를 자신의 인터넷 홈페이지 이용자들에게 전송한 행위와 마찬가지로, 이

사건 전자지도의 저작권자로서 전자지도 등 데이터베이스 판매업을 영위하는 원고로 하여금 위 전자지도와 같은 데이터베이스를 판매할 수 있는 기회를 상실하게 하는 손해를 입게 하여, 원고의 저작권에 기한 정당한 이익을 침해”하는 것으로 보아, “원고의 이 사건 전자지도에 관한 저작권을 침해하는 행위와 마찬가지로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 타인의 정당한 이익을 해하고 이로 인하여 이익을 얻는 위법한 행위에 해당한다”고 판시하였을 뿐이다. 이것은 프레임 링크 설정행위만으로는 타인의 저작물에 대한 복제 또는 전송행위가 수반되지 않는 것으로 보는 입장을 취하여 저작권 침해로 보지는 않으면서, 그 링크를 통해 실질적으로 복제 또는 전송이 이루어진 것과 비슷한 결과가 초래된다고 보아 민법상의 일반 불법행위의 성립을 인정함으로써, 저작권자의 이익을 보호하고자 한 취지라 할 수 있다. 그러나, 프레임 링크 설정에 대하여 저작권침해의 성립을 부정하면서 그것이 저작권자의 정당한 이익을 침해하는 행위라는 이유로 쉽게 불법행위의 성립을 인정하게 되면 그것도 링크의 자유에 대한 중대한 제약이 될 것이라는 점에서 이 판결의 사안이 가진 특수성을 일부 감안하더라도, 그 타당성을 인정할 수 있을지 강한 의문이 든다. 이후 이 판결과 같은 취지를 대법원 판례 등에서 수용한 것을 아직 발견할 수 없는 이유도 거기에 있지 않을까 생각된다. 다만 불법복제물에 대한 링크 제공을 통해 광고수익을 취하는 경우에 대하여 저작권침해에 대한 방조책임을 인정하면서 가사 그것을 인정할 수 없다고 하더라도 민법상의 불법행위책임을 물을 수 있을 것이라고 판시한 서울고등법원 판결이 최근 선고되었음은 후술하는 바와 같다.

3. 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결

(1) 사실관계

이 사건 원고는 대중가요의 작사, 작곡자이고 피고들은 인터넷상의 음악 서비스 제공자들이다. 피고들이 원고의 허락 없이 원고가 저작권을 가진 일부 음악들에 대한 스트리밍 서비스와 그에 대한 미리듣기 서비스 또는 mp3 파일 다운로드 서비스나 통화연결음 서비스 등을 제공하고 있는 것을 발견하고 원고가 저작권침해를 주장한 사건이다.

이 사건에서 링크와 관련한 법적 쟁점이 대두된 것은 원고가 피고들 중 일부에 대하여 그들이 피고들이 자신들의 음악사이트에 접속하는 인터넷 이용자들이 대하여 자신의 서버에 대한 링크를 용이하게 함으로써, 자신들의 음악사이트에 직접 접속하지 아니한 제3자에 대하여도 이 사건 음악저작물에 관한 스트리밍 서비스 등을 제공하는 방법으로, 원고의 복제권 및 전송권을 침해하였다고 주장하였다.

원고의 이 주장에 대하여 원심인 서울고등법원은 2008. 9. 23. 선고 2007나70720

판결에서 피고들이 링크행위의 직접적인 주체는 아니라는 것을 이유로 링크에 대한 1차적인 책임을 부정한 후 원고의 주장 취지에 제3자의 링크 행위에 대한 방조의 책임을 묻는 취지가 있음을 감안하여 그에 대하여 판단하면서, “개방성·신속성 등을 특징으로 하는 인터넷의 속성에 비추어 볼 때, 개인이 자신의 블로그에 특정한 웹사이트에 대한 링크를 걸어 놓았다거나, 웹사이트의 운영자가 인터넷 이용자들에게 링크를 용이하게 하는 태그를 제공하였다는 등의 사정만으로 타인의 복제권, 전송권을 곧바로 침해하였다고 단정할 수는 없고, 나아가 위와 같은 제3자의 링크를 통하여 피고 2, 4가 궁극적으로 제공하는 음원서비스는 전체듣기, 미리듣기 등의 스트리밍 서비스라 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 피고 2, 4의 직접적인 행위인 스트리밍 서비스의 제공에 대하여 이미 침해책임을 묻는 이상, 그 방편 내지 예비단계에 불과한 피고 2의 링크 관련 태그 지원에 대하여 별도의 복제권, 전송권 침해책임을 묻는 것은 상당하지 아니하므로, 결국 원고의 위 주장은 이유 없다.”고 판시하였다. 아래에 인용하는 것은 그 상고심인 대법원에서 해당 쟁점에 대하여 언급한 부분이다.

(2) 대법원의 판단

구 저작권법(2006.12.28.법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 같다)제2조 제14호는 그 법률에서 ‘복제’라 함은 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 같은 조 제9의2호는 ‘전송’이란 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 그런데 인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미하는 인터넷 링크 가운데 이른바 심층링크(deep link) 또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(url)와 하이퍼텍스트 태그(tag)정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 위 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다. 따라서 이는 구 저작권법 제2조제14호에 규정된 “유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 “송신하거나 이용에 제공하는 것”에 해당하지도 아니한다. 그러므로 위 심층링크 내지 직접링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 할 것이다.

원심은, 그 판시와 같이 피고들이 인터넷 이용자에게 그 서버에 있는 원고의 음악저작물을 송신함으로써 원고의 음악저작물들에 대한 복제권 및 전송권을 침해하였다고 판단한 다음, 피고 2주식회사 및 피고 3주식회사가 운영하는 웹사이트의 서버 등에 저장된 원고의 음악저작물들이 인터넷 이용자에 의하여 링크되었다거나 피고 2주식회사

가 자신의 서버에 대한 링크를 쉽게 하도록 인터넷 이용자에게 인터넷 주소(url) 및 하이퍼텍스트 태그 등의 정보를 제공하였다더라도 그러한 사정만으로는 위 침해행위와 별도로 위 피고들이 원고의 음악저작물들에 대한 복제권 내지 전송권을 침해하였다고 할 수 없고, 그 밖에 원고가 제출한 증거만으로는 위 피고들에게 모든 음악저작물에 대한 링크를 사전에 방지하여야 할 의무가 있었다는 점을 인정하기에 부족하다는 이유로 이들 부분에 관한 원고의 주장을 배척하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 저작권자의 복제권 및 전송권에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.

(3) 검토

대법원의 위 판결은 타인의 저작물에 대한 링크설정 행위가 복제권 또는 전송권에 대한 직접침해가 될 수 있는지에 대하여 최초로 명확하게 판시한 것으로서, 침해의 성립을 부정하는 취지를 분명히 하고 있다.

복제권 침해의 성립을 부정하는 근거로서, 저작권법상의 ‘복제’에 해당하는 행위가 수반되지 않았다는 것을 드는 것이나 전송권 침해의 성립을 부정하는 근거로서, “저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 ...’송신’하거나 이용에 제공하는 것’에 해당하지도 아니한다”는 것을 든 것은 모두 위에서 본 바와 같은 학설의 입장을 수용한 것이라 할 수 있다. 다만 대법원의 이러한 판시내용 중 링크결기가 전송의 개념에 해당하지 않는다고 본 것은 앞서도 잠깐 언급한 바와 같이, 절대적 타당성을 가진 논리라고 보기는 어렵다. ‘송신’의 개념에는 해당하지 않더라도, ‘이용제공’의 개념에 해당하는 것으로 보는 것은 논리적으로 불가능한 것은 아니며, 저작권자의 권익을 보다 두텁게 보호하고자 하는 관점에서는 이용제공의 범위를 지나치게 좁히는 것이 타당하지 않다고 보아, 타인의 저작물에 대한 링크를 설정하여 공중에게 제공하는 행위도 ‘이용제공’의 범위에 포함된다고 볼 수 있을 것이기 때문이다. 그러므로, 링크제공행위를 ‘전송’에 해당하지 않는다고 보는 것은 전송에 대한 개념규정에서 오는 필연적인 결론이라기보다는, 링크의 자유를 최대한 보장하고자 하는 정책적인 관점의 반영이라는 측면이 강하다고 할 수 있다. 뒤에서 보는 EU의 판례는 ‘공중전달’의 개념을 넓게 잡아 링크설정 행위도 공중전달의 개념에 포함될 수 있는 것으로 보면서, 그 범위를 다른 기준으로 적절히 제한하는 입장을 취하고 있음을 알 수 있는데, 그것도 위와 같은 판례의 입장이 절대적 타당성을 가진 것은 아닐 수 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

한편으로, 위 판례의 사안은 저작재산권자인 원고의 허락 없이 복제, 전송되는 음원에 대한 링크가 문제가 된 것이라는 점에서, 불법복제물에 대한 링크설정 행위가 저작권의 간접침해에 해당할 수 있는지 여부도 하나의 쟁점이 될 수 있었던 것이 아닐까 생각되는 측면이 있다. 그러나 자세히 살펴보면, 피고들이 자신이 관리하는 서버를 통해서 제공하고 있는 음원서비스에 대한 링크가 문제된 것이고, 그 음원서비스에

대하여는 피고들 자신이 저작권침해의 법적 책임을 부담하고 있는 상황에서, 이용자 인 제3자의 링크에 대하여 피고들이 별도의 방조책임을 질 것은 아닌 사안이라 할 수 있다. 원심판결은 그러한 취지로 판시하였고, 대법원도 같은 취지로 판결하면서, 방조책임을 대한 언급을 하지는 않았다. 따라서 방조책임 내지 간접침해의 문제에 대하여 이 판결이 선례로서의 의미를 가지는 것은 아니다.

4. 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결

(1) 사실관계 및 원심법원의 판단

피고는 검색 포털 사이트 중 하나를 운영하는 회사로서 그 사이트에서 ‘해외이미지’라는 분류를 통해 검색되는 원고의 사진작품 또는 그 복제물인 외부이미지 221점을 상세보기 이미지’라고 하여, 이른바 썸네일 이미지의 크기보다는 상당히 큰 크기로 화면에 나타나게 하여 다수의 인터넷 이용자들을 대상으로 서비스하였다.

피고가 위와 같은 서비스를 하기 위해 원고의 저작물의 원본을 가져다가 위 상세보기 이미지의 크기로 변환한 후 그것을 자신이 관리하는 서버에 복제하여 제공한 것인지는 분명하지 않다. (다음에서 보는 바와 같이, 대법원은 그에 대한 직접적인 증거가 없다고 보고 있다.) 그럼에도 불구하고 원심인 서울고등법원은 2008. 11. 19. 선고 2008나35779 판결에서“피고는 원고가 저작권을 보유하고 있는 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221장에 대하여 이를 원고의 허락 없이 복제한 후, 500×330 픽셀 크기(인쇄할 경우 약 17.64cm × 13.23cm)로 변환하여 게시함으로써 다수 인터넷 사용자의 이용에 제공한 이상, 이는 원고의 위 사진에 대한 복제권, 전시권, 구 저작권법 제18조의 2에 의한 전송권을 각 침해한 것이라고 할 것”이라고 판시하였다.

이와 달리, 다음에서 보는 바와 같이 대법원은 ‘복제’ 사실을 인정하기 어렵다고 보았는데, 상세보기 이미지의 크기로 변환한 것을 서버에 복제해 두지 않고도 그러한 서비스를 했다는 것은 이른바 ‘인라인 링크’의 방식을 취했을 가능성이 많음을 전제로 한 것이다.

(2) 대법원의 판단

...원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

먼저 피고가 그 웹사이트에서 ‘해외이미지’라는 분류를 통해 검색되는 원고의 위 사진들에 대한 복제권, 전송권 및 전시권을 침해하였다고 하기 위하여는 피고가 원래의 사진 이미지 또는 적어도 이를 상세보기 이미지 크기로 축소, 변환한 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하고 있었다는 점을 원고가 입증하여야 하는데, 기록을 살펴봐도 이를 인정할 직접적인 증거는 없다.

다만 기록에 의하면, 피고 웹사이트에서 ‘해외이미지’라는 분류를 통해 검색되는 외부이미지의 경우, 피고가 이미지 검색프로그램을 이용하여 각종 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지를 무작위로 검색·수집하여 그 썸네일 이미지와 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 자신의 서버에 저장해 두었다가, 인터넷 이용자가 검색어를 입력하면 그에 해당하는 썸네일 이미지를 목록화하여 보여 주고, 인터넷 이용자가 다시 그 중 특정 썸네일 이미지를 선택하면 화면 중앙부에 원래의 이미지를 상세보기 이미지로 축소하여 보여 주며, 그 하단에서 원래 이미지가 위치한 인터넷 주소(URL), 파일 크기 등의 정보를 보여 주고 있음을 알 수 있다. 그런데 이른바 인터넷 링크에 의하여 이미지를 보여 주는 방법에는 웹브라우저에서 인터넷 이용자를 특정 웹페이지로 이동시켜 주는 방식 외에, 동일 서버 또는 다른 서버에 있는 이미지를 링크를 제공하는 웹페이지의 특정한 위치에 특정한 크기로 나타나도록 하는 방식으로도 구현할 수 있으며, 후자의 방식에 의할 경우에는 웹브라우저의 주소창에 표시된 웹사이트의 주소가 변하지 않은 채 링크된 다른 웹사이트의 이미지 등에 직접 연결할 수 있는바, 앞서 본 바와 같이 인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 위와 같은 사정만으로는 피고가 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다고 단정하기에 부족하다.

그럼에도 불구하고 원심은, 피고가 그 웹사이트에서 ‘해외이미지’라는 분류를 통해 검색되는 원고의 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221점의 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였음을 전제로 그 복제권, 전송권 및 전시권 침해로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판단하였으니, 원심판결에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 주장은 이유 있고, 반면에 피고의 손해배상책임을 인정됨을 전제로 손해배상액 산정의 잘못 여부를 다투는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(3) 검토

위 판결에서 말하는 “동일 서버 또는 다른 서버에 있는 이미지를 링크를 제공하는 웹 페이지의 특정한 위치에 특정한 크기로 나타나도록 하는 방식”이라는 것이 이용자의 클릭 행위를 필요로 하지 않고 그와 같이 현시되도록 하는 방식이라는 점에서 ‘인라인 링크’ 방식의 일종이라 할 수 있다. 따라서 위 판결은 인라인링크 방식으로 타인의 저작물을 저작권자의 허락 없이 링크하였다도 그 저작물(의 복제물)을 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다는 증거가 없는 한 복제권, 전송권 등의 직접침해를 주장할 수 없다는 취지를 분명히 표명한 것으로 볼 수 있다. 이것은 앞서 본 대법원 2008다77405 판결의 취지를 그대로 수용하면서, 더 나아가 뒤에서 보는 미국에서의 주류적 판례가 취하는 ‘서버 기준’을 수용하여 링크의 유형이나 방식

을 불문하고, 자신이 관리하는 서버 등의 유형물에 복제물을 저장하지 않은 이상 ‘전송’을 인정할 수 없다는 입장을 명백히 밝힌 것이라 할 수 있다.¹²⁾

II. 추잉 사건에 대한 대법원 판결

1. 사실관계

피고인은 자신의 주거지에 단독으로 약 8.3테라바이트 용량에 이르는 서버와 관련 컴퓨터를 설치하여 만화 등 콘텐츠를 취급하는 사이트를 개설하여 운영하였다. 피고인은 위 사이트를 개설하여 만화, 애니메이션, 이미지 등에 따른 항목을 구분하고 다시 그 항목을 개별 만화명에 따라 분리한 후, 회원으로 가입한 운영진들에게 그들이 해외에 있는 각 블로그 등에 개설한 만화 등 관련 디지털 자료에 대한 링크를 걸 수 있도록 하고, 그와 같이 운영진등 일부 회원들이 링크를 걸어 올린 각종 저작권보호대상 디지털콘텐츠를 위 사이트의 다수 회원 및 불특정 다수인이 열람 또는 다운로드를 할 수 있도록 하여 링크를 통하여 해외에 있는 위 운영진들이 개설한 각 블로그 등에 쉽게 접근하여 위 만화들을 볼 수 있게 함으로써 공소장 첨부 범죄일람표 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 이를 복제, 배포 등을 하는 행위를 그대로 방치하여 상습적으로 저작권자의 저작권의 침해를 용이하게 하여 이를 방조하였다는 이유로 검찰에 의하여 '저작권법위반방조죄'로 기소되었다.

2. 1심 및 2심 법원의 판단

1심법원은 피고인에 대하여 저작권법위반 방조의 죄책을 인정하여 징역 6월에 집행유예 2년의 유죄판결(청주지방법원 영동지원 2012.6.21. 선고 2012고단131판결)을 선고하였다.

그러나 2심 판결(청주지방법원 2012.10.19. 선고 2012노626판결)은 피고인이 방조한 정범의 행위가 무엇인지 공소사실만으로는 명확하지 않다고 보아 두 가지 가능성에 대하여 검토한 후 결론적으로 저작권 침해 방조죄에 대하여 무죄의 판결을 선고하였다. 즉, 법원은 ① 인터넷 이용자 등이 외국 블로그에 이 사건 디지털 콘텐츠를 게시(업로드)한 행위를 정범으로 할 경우에 대하여는 그러한 게시(업로드) 행위는 복제권 침해행위에 해당하지만, 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 것을 의미하므로 이 사건에서도 그 방조행위는 복제권 침해의 실행행위 자체를 용이

12) 위 판결에서 '서버 기준'을 충족할 경우(타 사이트에 대한 링크 방식이 아닐 경우)에 '전시권'의 침해도 인정될 수 있는 것처럼 실시하고 있지만, 그것은 전시권에서 말하는 전시의 개념에는 무형적인 전시가 포함되지 않고 유형물에 의한 전시만 포함된다고 하는 위 판결 앞부분의 판시와 모순되는 면이 있어, 실시상의 오류가 아닌가 생각된다. 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2015, 505 면; 이해완, 앞의 논문, 236-237면 참조.

하게 하는 방법으로만 가능하다고 할 것이라고 전제한 다음 "이 사건 링크 행위나 이 사건 링크 글을 방치하는 행위는 인터넷 이용자 등에 대하여 복제권 침해의 실행행위를 용이하게 한 것이 아니라, 인터넷 이용자 등과 무관한 지위에서 단순히 인터넷 이용자 등에 의하여 복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다고 할 것이어서 그 행위를 방조행위로 볼 수 없고, 그 행위가 복제권 침해행위로 인한 피해를 확산시키는 결과를 가져오더라도 달리 볼 것은 아니다"라고 판시하였다. 다음으로 ② 이 사건 링크행위를 정범의 실행행위로 보는 것을 전제로 한 판단에 있어서는 이른바 직접링크(direct link)를 포함하여 링크를 거는 것만으로는 복제, 전송 등의 저작물 이용행위에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 하는 기존 판례의 입장을 원용한 다음 결국 "이 사건 링크 행위가 저작권법위반 정범의 행위에 해당하지 않으므로, 피고인이 이 사건 링크 글을 방치한 행위를 저작권법위반방조라 할 수 없다"고 판결하였다.

3. 대법원의 판단

대법원은 2015.3.12. 선고 2012도13748 판결에서 먼저 기존 판례를 인용하면서 "이른바 인터넷 링크(Internetlink)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹 페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 위와 같은 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니한다"고 판시하였다. 나아가 링크걸기가 저작권침해의 방조행위가 될 수 있는지 여부와 관련하여서는, "형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데, 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로 이러한 링크 행위만으로는 ... 저작재산권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다"고 판결하여 결국 검사의 상고를 기각하였다.

4. 검토

(1) 위 판결의 의의와 문제의 소재

앞서 살펴본 바와 같이 링크를 하는 행위 자체가 저작재산권의 '직접침해'가 될 수 없다는 것은 이미 어느 정도 확립되어 있는 판례의 입장이라 할 수 있다. 위 사건의 항소심 판결이 위 ②의 쟁점, 즉 링크 정보를 게시한 행위를 정범의 실행행위로

볼 수 있는지에 대하여 부정적인 입장을 취한 것은 기존의 판례에 부합되는 입장이라 할 수 있고, 대법원 판결의 그 부분 판시도 마찬가지이다.

그러나 위 판결에서 다룬 ①의 쟁점, 즉 위 사이트의 회원(A)이 외국에 개설된 블로그에 그 이용자(B)에 의하여 업로드된 불법복제물에 대하여 링크를 거는 정보를 게시하는 행위가 B의 저작권 침해행위에 대한 방조가 될 수 있는지 여부¹³⁾에 대하여 위 항소심 법원 및 대법원이 판단한 것은 기존의 판례와는 다른 쟁점에 대한 새로운 판결이다. 즉, 위 대법원 판결은 링크에 의한 저작권의 ‘직접침해’가 아니라 ‘간접침해’의 문제를 정면에서 다룬 것으로서, 이 문제에 대한 최초의 대법원 판결이라고 할 수 있다.

위 쟁점에 대한 대법원 판결의 결론은 부정적인 것으로 보인다. 즉, 대법원 판결은 불법복제물에 대한 링크설정행위가 저작권의 직접침해 행위가 아님은 물론이고, 불법복제물 게시자의 침해행위에 대한 방조도 될 수 없는 것으로 보고 있는데, 이것이 과연 타당한 것일까? 이러한 대법원 판례의 입장에 대하여 논리적으로 자세하게 비판한 두 가지 의견이 있다. 아래에서 두 가지의 비판론을 차례대로 소개한다.

(2) 비판론 I - 사후적 침해행위 방조론

이것은 필자의 사건이다. 필자는 위 판결이 선고된 해에 발표한 논문에서 다음과 같은 주장을 하였다.¹⁴⁾

이 문제에 대하여 정확한 법적 판단을 하기 위해서는, 피고인이 운영하는 웹사이트의 이용자들이 링크를 건 불법복제물인 콘텐츠를 게시한 사람(편의상 A라고 표시함)의 행위를 세밀하게 분석해 볼 필요가 있다. 먼저 A가 불법복제물을 외국 블로그에 업로드하여 불특정 다수인이 자신이 선택한 시간과 장소에서 접근하여 이용할 수 있도록 제공한 행위가 있다. 이는 저작권법상 ‘전송’의 개념에 분명히 해당하므로 A는 그 저작권권자의 공중송신권을 침해한 것으로 평가할 수 있고, 동시에 업로드 과정에 복제행위가 수반되므로 저작권권자의 복제권도 침해한 것으로 볼 수 있다. 그런데 이러한 업로드 행위는 링크 이전에 이미 이루어진 것이므로 ‘링크’와의 관계에서 말하자면 ‘사전적 침해행위’에 해당한다. 이러한 사전적 침해행위는 그 이후에 링크를 건 행위에 의하여 그 실행이 용이하게 되었다고 할 수 없으므로 이러한 사전적 침해행위에 대하여 링크제공행위가 ‘방조’가 될 수 없다고 본 것은 기존 대법원 판례의 입장에 비추어 타당하다고 할 수 있다. 위 항소심 및 대법원의 판결은 이 점에 초점

13) 피고인이 위 사이트를 위와 같은 방법으로 운영한 것이 저작권법위반의 방조가 될 수 있는지 여부를 판단하기 위한 전제이다. 만약 A의 행위가 침해방조행위가 된다면 피고인의 행위도 방조의 방조, 즉 간접방조로서 저작권법위반의 방조로 평가되었을 것이다.

14) 이해완, 앞의 논문, 253~260면 참조.

을 맞춘 것이 아닐까 생각된다.

그러나 문제는 여기서 그치지 않는다. A가 게시한 불법복제물에 대하여 B가 불법 정 다수인이 이용하는 웹사이트에 링크를 걸어들 경우 그 웹사이트의 이용자 C가 링크를 클릭하게 되면 그 때 그 복제물이 A로부터 C로 송신되게 되고, 그 과정에서 새로운 복제가 발생하게 된다. 링크를 클릭함에 따라 이루어지는 이러한 ‘송신’과 ‘복제’의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가가 대단히 중요한 문제이다.

먼저 ‘송신’의 법적 성격을 보면, C가 링크를 클릭함에 따라 그에게 스트리밍 방식으로 또는 다운로드 방식으로 이루어지는 송신은 저작권법상 전송의 개념에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 저작권법은 제2조 제10호에서 ‘전송’의 개념에 대하여 “공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다”고 규정하여 이용제공에 따라 이루어지는 ‘송신’이 전송의 개념에 포함된다는 것을 명확히 하고 있기 때문이다.¹⁵⁾ 전송의 개념 중 ‘이용제공’은 ‘송신’을 위한 전단계적 준비행위의 성격을 가지므로, 우리 저작권법이 이용제공행위를 공중송신의 일종인 전송의 개념에 포함시킨 것은 디지털 환경 하에서 저작재산권자의 권리를 두텁게 보호하기 위한 취지라 할 것이고, 이용제공행위만 전송에 해당하는 것으로 봄으로써 그 이후 이용제공행위에 수반되는 ‘송신’ 행위가 가지는 별도의 법적 의미를 무시하는 취지는 결코 아니라고 보아야 한다. 따라서 ‘이용제공’에 따라 이루어지는 ‘송신’이 ‘이용제공’의 개념에 흡수되는 것으로 볼 수는 없으며, 이용제공 행위에 기하여 이루어지는 송신은 각각의 송신마다 이용제공행위와는 별도의 전송행위(공중송신행위)에 해당하는 것으로 보아야 한다. 따라서 C가 링크를 클릭할 때 A로부터 C에게로 이루어지는 불법복제물의 송신은 A에 의한 전송행위로 평가되어야 할 것이고, 이러한 A의 사후적 침해행위로서의 공중송신권 침해에 대한 관계에서, B의 링크 제공행위는 정범인 A의 침해행위를 용이하게 하는 행위임이 명백하므로 공중송신권 침해 방조행위로 평가되어야 할 것이다. 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다는 것이 대법원 판례의 입장¹⁶⁾이기 때문이다.

15) 참고로, 2006. 12.28.자로 저작권법이 전면개정되기 전의 저작권법(2000.1.12. 개정 이후) 제2조 제9호의 2는 전송에 대하여 “일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신 하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다”고 규정하여 ‘송신’을 ‘이용제공’보다 앞에 규정하는 입장을 취하고 있었다. 또한 WIPO 저작권조약(WCT) 제8조는 공중송신권에 대하여 규정하면서 공중을 대상으로 한 저작물의 이용제공 행위를 포함하여 공중에게 유선 또는 무선으로 송신하는 모든 행위에 대하여 저작권자가 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있고, 우리 저작권법상의 공중송신권은 WCT의 그러한 규정을 본뜬 것이라 할 수 있다. 송신의 전단계 행위인 ‘이용제공’도 공중송신에 포함되긴 하지만, 공중에 대한 ‘송신’ 행위도 ‘공중송신’ 개념의 중심에 있다고 할 수 있다.

16) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조.

다음으로, C가 링크를 클릭함에 따라 이루어지는 다운로드 등에 수반되는 복제행위에 대하여 살펴보자. 이러한 복제행위도 링크제공 행위 이후에 그와 관련하여 이루어지는 사후적 침해행위라 할 수 있다. 이러한 복제행위의 주체를 누구로 볼 것인지가 문제이나, C만이 아니라 A도 해당 복제행위의 주체인 것으로 보는 것이 타당하다. A가 불법복제물을 불특정 다수인이 접근하여 다운로드 등을 받을 수 있도록 이용 제공한 것의 연장선상에서 이루어지는 것으로서, 그에 따른 송신에 대하여 A가 행위주체로서의 책임을 져야 하는 것과 마찬가지로 복제에 대하여도 행위주체로서의 책임을 지는 것이 마땅하기 때문이다. 다만 송신과 달리 복제에 대하여는 C도 행위주체가 되는 것으로 보아야 할 것이므로 결국 A와 C가 모두 복제 행위의 책임주체가 되는 것으로 보아야 할 것으로 생각된다.¹⁷⁾ C의 경우에는 사적 이용을 위한 복제로서 저작권법 제30조에 따라 복제권 침해의 책임을 지지 않을 가능성이 있으나, A의 경우에는 사적 이용을 위한 복제라고 할 수 없으므로 복제권 침해의 책임에서 벗어날 가능성이 없으리라 생각된다. 따라서 앞서 본 바와 같은 논리에 따라 링크제공 행위를 한 B는 A의 복제권 침해행위(C가 기업용 소프트웨어를 다운로드 받은 경우와 같이 사적 이용을 위한 복제에 해당하는 것으로 보기 어려운 경우에는 동시에 C의 복제권 침해행위)에 대하여도 방조행위를 한 것으로 평가될 수 있다.

위 사건의 항소심판결과 대법원판결은 위와 같은 사후적 침해행위에 대한 관계에서 링크제공행위가 방조행위가 되지 않는다는 것과 그 이유를 명시적으로 언급하지 않고 있다. 항소심 판결의 경우 “이 사건 링크 행위나 이 사건 링크 글을 방치하는 행위는 인터넷 이용자 등에 대하여 복제권 침해의 실행행위를 용이하게 한 것이 아니라, 인터넷 이용자 등과 무관한 지위에서 단순히 인터넷 이용자 등에 의하여 복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다고 할 것이어서 그 행위를 방조행위로 볼 수 없고, 그 행위가 복제권 침해행위로 인한 피해를 확산시키는 결과를 가져오더라도 달리 볼 것은 아니다”라고 판시하였는데, “복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다”고 한 것은 사후적 침해행위의 존재를 별도로 파악하지 못함으로써 그 과정에서 이루어

17) 하급심 판결 중에 필자의 이러한 입장과 동일한 입장을 취한 사례가 있다. ‘백스뮤직’ 사건에 대한 서울중앙지방법원 2006. 2. 15. 선고 2005노480 판결이 그것인데, 이 판결은 “HTTP 방식에 의한 서비스의 경우 이용자들이 노래듣기를 선택하면 피고인 ○○○ 측의 서버에서 전송된 해당 곡의 컴퓨터 압축파일(asf파일)이 이용자 컴퓨터의 하드디스크의 임시폴더에 다운로드되어 재생되는데, 이와 같이 임시폴더에 다운로드된 파일은 미리 설정된 위 임시폴더의 사용공간이 다 채워지기 전에는 삭제되지 않고 위 임시폴더에 저장된 상태로 계속 남아 있게 되는 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면, 피고인 ○○○, ○○○가 한 HTTP 방식에 의한 서비스의 경우에는 이용자가 별도로 복제행위를 하는지의 여부와 관계없이 위 피고인들의 위 HTTP 방식에 의한 서비스 자체만으로도 해당 곡의 음원파일에 대하여 저작권법 제2조 제14호 소정의 복제가 이루어졌다고 할 것이므로, 위 피고인들의 변호인의 위 주장은 이유 없다”고 판시함으로써 이용자들이 클릭함에 따라 이루어지는 복제행위와 관련하여 서비스회사도 해당 이용자와 함께 복제행위의 주체가 될 수 있음을 인정하였다. 이것은 간접적 관여에 의한 직접침해의 인정과 관련된 문제로서 원격녹화 서비스와 관련된 이른바 ‘엔탈 사건’에서도 유사한 판결(서울고등법원 2009.4.30. 선고 2008나86722판결)이 내려진 바 있다. 이해완, 앞의 책(제3판), 1116면 이하 참조.

지는 송신 등을 법적인 의미를 갖지 않는 사실상의 이용행위에 불과한 것으로 평가한 것이 아닐까 생각된다. 대법원 판결도 항소심 판결의 그러한 오류의 연장선상에 있을 가능성이 적지 않은 것으로 보인다. 즉, 사전적 침해행위로서의 업로드 행위에만 주로 초점을 맞춘 나머지 링크를 클릭함에 따른 전송 및 복제 행위와 관련된 법적 문제를 충분히 의식하지 않은 것으로 보인다. 그렇지 않고 대법원이 그 문제를 인식하였다면 그 점에 대한 보다 명시적인 언급을 하는 것이 타당하였을 것이다.

결론적으로 위 대법원 판결이 링크행위가 사전적 침해행위(업로드 행위)에 대한 관계에서 방조행위가 될 수 없고 따라서 그러한 링크행위를 방조한 인터넷 서비스 제공자인 피고인의 경우 침해행위에 대한 간접방조를 한 것으로 볼 수 없다고 본 것은 타당하다고 할 수 있으나, 사후적 침해행위에 대한 관계에서도 방조죄의 성립 가능성을 절대적으로 부정하는 취지라면 그 타당성을 인정할 수 없다. 그런데 대법원 판결은 항소심 판결과 마찬가지로 링크를 클릭함에 따라 이루어지는 사후적 침해행위에 대한 관계에서 왜 링크 제공행위가 방조가 될 수 없는지에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있다. 따라서 판례의 해석 및 적용이라는 관점에서 볼 때, 이러한 대법원 판례의 입장은 사전적 침해행위에 대하여만 적용되는 것으로 보아야 할 것이고, 사후적 침해행위에 대하여는 아직 대법원 판례의 입장이 분명하게 정립되지 않은 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 위 사안에서는 검사가 공소제기를 할 때 정범의 행위를 분명하게 특정하지 않은 오류가 있었고, 그것이 항소심 및 대법원의 위와 같은 결론에 큰 영향을 미친 것으로 보인다는 점을 감안할 때 더욱 그러하다.

불법복제물을 링크한 것이 어떤 경우에도 직접침해나 간접침해를 전혀 구성하지 않는 것으로 보는 입장은 우리 저작권법 제102조 제1항 제4호에서 온라인서비스제공자가 “정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위”를 일정한 요건 하에서만 면책될 수 있는 것으로 규정한 것과도 조화되기 어려운 입장이다.

위 대법원판결은 “링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치정보나 경로를 나타낸 것에 불과”하다고 판시하고 있으나, 그것을 직접침해의 문제가 아니라 간접침해의 문제에 대하여도 삼단논법의 대 전제로 삼는 것은 설득력이 없다. 서론에서도 잠깐 언급한 바 있지만, 인터넷상의 음란정보를 링크한 것이 음란부호 공연전시죄를 구성하는지가 문제된 사건에서 대법원은 “형식적으로 보면, 인터넷상의 링크는 링크된 웹사이트나 파일의 인터넷 주소 또는 경로를 나타내는 것에 불과하여 그 링크에 의하여 연결된 웹사이트나 파일의 음란한 부호 등을 전시하는 행위 자체에 해당하지 않는다고 볼 여지가 없지 아니하나, 인터넷상의 링크란 하나의 웹페이지 내의 여러 문서와 파일들을 상호 연결하거나 인터넷상에 존재하는 수많은 웹페이지들을 상호 연결해 주면서, 인터넷 이용자가 '마우스 클릭(mouse

click)'이라는 간단한 방법만으로 다른 문서나 웹페이지에 손쉽게 접근 검색할 수 있게 해주는 것(다른 웹페이지의 정보를 검색하기 위하여 특별한 명령어를 키보드로 입력하는 것과 같은 조치를 별도로 취할 필요가 없게 해준다.)으로서, 초고속정보통신망의 발달에 따라 그 마우스 클릭행위에 의하여 다른 웹사이트로부터 정보가 전송되어 오는 데 걸리는 시간이 매우 짧기 때문에, 인터넷 이용자로서는 자신이 클릭함에 의하여 접하게 되는 정보가 링크를 설정해 놓은 웹페이지가 아니라 링크된 다른 웹사이트로부터 전송되는 것임을 인식하기조차 어렵고, 점점 더 초고속화하고 있는 인터넷의 사용환경에서 링크는 다른 문서나 웹페이지들을 단순히 연결하여 주는 기능을 넘어서 실질적으로 링크된 웹페이지의 내용을 이용자에게 직접 전달하는 것과 마찬가지로의 기능을 수행하고 있다고 하지 않을 수 없다”고 판시한 바 있다.¹⁸⁾

따라서 위 대법원 판결은 위에 언급한 바와 같이 제한적으로 해석, 적용되어야 할 것이지만, 위 판결이 링크행위는 어떤 경우에도 저작권재산권 침해의 방조행위가 될 수 없는 것처럼 잘못 해석될 가능성을 남기고 있다는 것 자체가 중대한 오류라 할 것이다.

(3) 비판론 II - 계속적 이용제공 방조론

이것은 박준석 교수의 견해이다. 박교수는 필자와는 약간 다른 관점에서 위 대법원 판결을 비판하였다. 대법원 판결이 링크의 자유 보장에 지나치게 치우친 관점을 취한 것이나 저작권법 제102조 규정의 취지와 맞지 않는다는 것 등은 필자의 관점과 일치하지만, 다음과 같은 주장은 필자의 사건과 뚜렷이 다른 견해를 제시한 부분이다.

“대법원은 최초 업로드행위자가 범한 복제권 및 공중송신권 침해행위를 각각 이 사건 링크의 방조대상으로 검토함에 있어 복제권에서나 타당한 논리를 공중송신권에도 별다른 검토 없이 그대로 적용해버리는 오류를 범하고 있다. 만일 복제권 침해에 국한하였다면 이미 끝나버린 복제행위를 그보다 나중시점에 걸린 링크가 조력할 여지가 전혀 없으므로 이 사건 판결의 이해가 타당하다. 그렇지만 공중송신권 침해에 관해서는 설령 링크가 나중에 걸렸다고 하더라도 여전히 방조가 가능함을 이 사건 판결은 간과하고 있다. 공중송신권 침해는 업로드가 완료되더라도 계속 진행되는 침해행위의 성격을 가질 뿐, 이미 끝나버린 침해행위가 아닌 것이다. 환언하여 ‘...유형물에 고정하거나 다시 제작하는...’ 행위를 뜻하는 복제는 당해 고정이나 제작행위가 끝나는 즉시 더 이상 타인이 조력할 여지가 없게 되지만, 공중송신 중 전송은 다른 이들이 “접근할 수 있도록 이용에 제공”하는 행위가 본질이므로 업로드가 모두 이루어지는 순간 앞서 복제와 같이 타인의 조력이 불가능하게 되는 것이 아니라 그 업로드된 콘텐츠가 인터넷 상에 존속하는 동안은 여전히 ‘이용에 제공’이 계속 되고 있는 것이고 그런 계속적 행위를 타인이 충분히 조력할 여지가 생기는 것이다. [중략] 복제

18) 대법원 2003.7.8. 선고 2001도1335판결.

권 침해범죄는 그 성질상 업로드로 유형물(여기서는, 서버에의 복제물을 의미함)이 만들어지는 즉시 당해 범죄의 기수(既遂)가 될 뿐 아니라 범죄의 종료(終了)까지 있게 되는 범죄, 즉 우리 형법상 즉시범에 해당한다. 반대로 공중송신권 침해범죄는 즉시범이 아니라 계속범에 해당할 것이다. 왜냐하면 일단 인터넷상에 업로드되면 기수에 도달할지는 몰라도 범죄가 종료되는 것은 아니며, 당해 콘텐츠가 삭제될 때까지 ‘이용에 제공’하는 행위가 계속된다고 보아야 하기 때문이다. 여기서 혼동하지 말아야 할 것은, 여기서 전송행위가 제공하는 ‘이용’이란 ‘송신’이 이루어지는 것처럼 실제 이용이 이루어지는 것을 의미한다기보다 이용자가 원하면 언제든지 접근할 수 있도록 허용하는 접근가능성 제공을 뜻한다는 것이다. 따라서 주거에 일단 침입한 것으로 주거침입죄는 기수에 도달하지만 주거로부터 퇴거할 때까지 당해 범행의 구성요건적 행위가 계속된다고 이해하는 우리 형사법의 시각을 채용하면, 인터넷공간에 일단 업로드한 것으로 전송에 의한 공중송신권 침해범죄는 기수에 도달하지만 당해 콘텐츠가 삭제될 때까지 당해 범행의 구성요건적 행위가 계속되는 셈이다. 이런 상황에서 설정되는 링크는 실질적으로 접근가능성을 증대시켜 ‘이용에 제공’하는 행위에 조력하는 행동에 해당하므로, 실제 당해 링크를 통한 송신이 이루어지는지에 관계없이, 형법상 방조에 해당한다고 볼 수 있게 되는 것이다.”¹⁹⁾

박교수의 위 견해는 필자의 분류에 의한 ‘사전적 침해행위’에 대하여도 링크제공자의 방조책임을 인정할 수 있다고 보는 점에서, ‘사후적 침해행위’에 대하여만 방조책임을 인정될 수 있다고 보는 필자의 입장과 구별된다. 필자는 사전적 침해행위 중 파일 업로드 과정에서의 ‘복제’ 행위만이 아니라 업로드에 의한 ‘이용제공’ 행위에 대하여도, 링크설정행위가 그 실행행위 자체를 용이하게 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이라는 점에서 그 부분에 대한 대법원 판례의 취지를 수긍하는 입장을 취하였음에 반하여, 박교수의 견해는 ‘이용제공’ 행위의 계속성 및 ‘접근 가능성’ 제공이라고 하는 그 특성에 비추어, 링크제공자에 의한 방조가 인정될 수 있다고 보는 입장을 취하고 있는 것이다. 필자의 견해에 비하여 박교수의 견해에 의할 때 방조책임을 추궁이 보다 용이하여지고, 그 범위가 넓어지는 면이 있어, 권리자의 입장에서 권리의 보호를 받는 면에서는 보다 유리한 입장이라 할 수 있을 것이고 논리적으로도 상당한 설득력이 있다.

다만, 필자는 여전히, ‘이용제공’의 실행행위는 업로드 행위에 한정되고, 링크에 의하여 더 많은 공중의 구성원들이 실제 해당 저작물에 접근할 수 있게 되는 것은 피해의 확대를 가져오는 것이긴 하지만 실행행위 자체를 용이하게 하는 것이라고 보기는 어려운 것으로 판단되어, 위에서 소개한 사건을 지금도 그대로 유지하는 입장에 있음

19) 박준석, “인터넷 링크행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가 - 대법원 2012도13748 판결의 문제점과 저작권 형사범죄 처벌의 논리 -”, 산업재산권 제48호(한국지식재산학회, 2015), 128~131면.

을 밝힌다. 그것은 공중송신 중 이용제공이 가지는 계속(범)적 성격을 부정하는 것은 아니고, 단지 이용제공의 실행행위 자체와 기타의 다른 요소들을 개념적으로 구분하는 논리에 기한 것일 뿐이다.

아무튼 필자의 입장에 의하더라도, 불법복제물에 대한 링크설정행위가 그에 따라 필연적으로 수반되게 되는 침해행위에 대하여 방조책임을 저야 하는 것으로 보는 것인데, 위 대법원 판결은 그 점을 분명히 하지 않고 있고, 전체적으로 방조책임의 가능성을 부정하고 있는 것으로 보이는 면이 강하다는 점에서 적어도 일정한 범위에서 방조책임을 인정하는 취지의 새로운 판례에 의하여 대체, 변경되어야 할 것으로 생각된다.

III. 추잉 사건 이후의 판례 동향

1. 서설

추잉 사건에 대한 대법원 판결 이후 아직 링크에 의한 저작권침해 방조의 책임 유무를 정면으로 다룬 새로운 판결은 선고되지 않고 있다. 다만 하급심에서는 이 문제를 다루면서 대법원 판례를 따른 예도 있으나, 최근 대법원 판례를 정면으로 비판하면서 링크제공자의 방조 책임을 인정한 판결이 나오기도 하였다. 아래에서 그에 해당하는 서울고등법원 판결을 소개하고 그 의미를 분석해 보기로 한다.²⁰⁾

2. 서울고등법원 2017.3.30. 선고 2016나2087313판결²¹⁾

(1) 사실관계

1) 원고들은 방송3사로서 많은 방송프로그램을 직접 제작하거나 이를 제작한 사람으로부터 저작재산권을 양수하였다.

20) 링크에 의한 침해 방조를 인정한 사례는 아니지만, 불법복제물인 줄 알면서 임베디드 링크를 했다면 침해방조책임을 물을 수 있다는 것을 전제로 한 다른 하급심판결도 있다. 의정부지방법원 2017. 2. 2. 선고 2016고정405 판결이 그것인데, 이 사건에서 피고인은 제3자에 의해 다음 티비팟에 복제되어 게시되어 있던 한글 2007 강의 동영상을 본인이 운영하는 다음 카페에 소스코드를 복제하는 방법으로 (이른바, 임베디드 링크 공유) 게시하였다. 해당 피고인은 최초 저작권 위반죄의 정범으로 기소되었다가 재판 진행 중 저작권 위반 방조죄로 적용 법조가 변경되었다. 이에 대하여 법원은 “...검사가 제출한 자료만으로는 피고인이 성명불상자가 Daum TV 팟에 게시한 위 영상저작물이 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 동영상이었음을 알면서도 이를 게시하였다고 인정하기 어렵고, 달리 인정할 만한 증거가 없다”고 판시하였다.

21) 이 판결에 대하여는 최근 대법원에서 상고를 기각하는 판결이 선고되어 최종 확정되었다. 해당 대법원 판결(2017. 9. 7. 선고 2017다222757판결)에 대하여는 약간 다른 취지의 보도가 있기도 하였지만, 저작권자인 원고들만 상소한 사건이다보니, 대법원에서는 링크제공행위가 전송행위는 아니라는 이유로 직접침해를 부정하는 취지 등만 판시하여, 불법복제물에 대한 링크제공행위가 저작재산권침해의 방조행위가 될 수 있을지 여부 등에 대하여 명시적 판단을 하지는 않았다.

2) 해외에 서버를 두고 있는 'www.0000000.com.', 'www.00000.com' 사이트 등 (이하 '해외 동영상 공유 사이트'라 한다)의 운영자나 사용자 등은 원고들의 허락을 받지 않고 이 사건 각 방송 프로그램을 위 사이트에 게시하고 있다.

3) 해외에 서버를 두고 있는 '00000.net' 사이트(이하 '해외 동영상 링크 사이트'라 한다)는 해외 동영상 공유 사이트의 서버에 저장된 이 사건 각 방송 프로그램을 이른바 임베디드 링크(embedded link) 방식으로 연결하고, 개개의 저작물에 대한 링크의 이름을 해당 프로그램의 제목과 방영일자 등으로 설정하여 이용자들이 원하는 프로그램을 쉽게 찾아 무료로 시청할 수 있도록 하고 있다.

4) 한편 피고는 2013. 12.경 영화, TV 프로그램 등의 동영상이나 사진을 게시 하고 커뮤니티 서비스 등을 제공하는 'www.000000000.com' 등 사이트(이하 '이 사건 각 사이트'라 한다)를 개설·운영해왔다.

5) 피고는 이 사건 각 사이트에 해외 동영상 링크 사이트에서 대량으로 수집한 해외 동영상 공유 사이트에 게시된 이 사건 각 방송 프로그램에 대한 임베디드 링크를 게재하여 이용자들이 무료로 시청할 수 있도록 하는 방법으로 이용자를 이 사건 각 사이트에 유인한 후, 이 사건 각 사이트에 게시된 배너광고의 클릭수에 따라 주식회사 0000로부터 수익금을 지급받았다.

6) 이에 원고들은 피고가 위 방송프로그램들에 대한 원고들의 공중송신권(전송권)을 직접 침해하였거나 그렇지 않더라도 이 사건 링크행위를 한 것은 해외 동영상 공유 사이트에 이 사건 각 방송 프로그램을 게시한 자(이하 '해외 동영상 공유 사이트 게시자'라 한다)의 공중송신권(전송권) 침해행위를 용이하게 하는 것으로서 그 침해행위의 방조에 해당한다고 예비적으로 주장하였다. 나아가 또 하나의 예비적 주장으로 더 나아가 설령 이 사건 링크행위를 위와 같은 공중송신권(전송권) 직접 침해나 공중송신권(전송권) 침해행위의 방조로 볼 수 없다고 하더라도, 위와 같은 피고의 행위는 적어도 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위 또는 민법상 불법행위에 해당한다고 주장하면서 손해배상을 청구하였다.

(2) 법원의 판단

1) 공중송신권(전송권) 직접 침해 여부.

가) 저작권법 제18조는 '저작권자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다'라고 규정하고 있고, 저작권법 제2조 제7호는 '공중송신이란 저작물, 실연·음반·방송 또는

데이터베이스를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다'라고 규정하고 있으며, 같은 조 제10호는 '전송이란 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다'라고 규정하고 있는바, 이 사건에서는 공중송신권 중 전송권 침해 여부가 문제가 된다.

나) 인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결한다 하더라도 이를 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 저작권법 제2조 제7호에 규정된 '송신하거나 이용에 제공하는 것'에 해당하지 아니하므로, 위와 같이 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 전송에 해당하지는 않는다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결 등 참조).

다) 이 사건 링크는 이 사건 각 사이트의 이용자로 하여금 이 사건 각 사이트에 접속하는 외에 별도의 클릭 없이 해외 동영상 공유 사이트의 서버에 저장된 이 사건 각 방송프로그램의 개개의 복제물로 연결시켜 주는 방식의 임베디드 링크인 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실에 기록과 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음의 사정을 더하여 보면, 피고의 이 사건 링크행위는 원고들의 전송권을 직접 침해하는 행위로는 보기 어렵다.

① 이 사건 각 사이트의 이용자는 이 사건 링크를 통해 해외 동영상 공유 사이트로부터 이 사건 각 방송 프로그램의 복제물을 직접 전송받게 되고, 이 사건 각 사이트에서는 직접적인 전송행위는 일어나지 않는다.

② 이 사건 링크가 이용자로 하여금 편리하게 이 사건 각 방송 프로그램 복제물을 검색하고 이용할 수 있게 함으로써 원고들의 전송권 침해를 확대시키는 효과를 가져 온다고 하더라도 이 사건 링크행위를 해외 동영상 공유 사이트 게시자에 의한 이 사건 각 방송 프로그램 게시행위(이하 '업로드 행위'라고 한다)와 동일하게 볼 수는 없다.

③ 해외 동영상 공유 사이트에서 일어나는 전송행위에 대한 실질적인 지배는 업로드 행위를 한 해외 동영상 공유 사이트의 게시자에게 있다.

④ 피고의 이 사건 링크는 해외 동영상 공유 사이트에 게시된 이 사건 각 방송 프로그램 복제물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다.

라) 따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 공중송신권(전송권) 침해행위의 방조 여부

가) 저작권법이 보호하는 권리의 침해를 방조하는 행위란 타인의 그러한 권리 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것인 바, 위와 같은 침해의 방조행위에 있어 방조자는 실제 침해행위가 실행되는 일이나 장소, 그 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 침해행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 등 참조).

나) 살피건대, 위 1.항의 인정사실에 갑 제4, 12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음의 사정들을 종합하면, 이 사건 링크행위는 실질적으로 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중에의 이용제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위로서 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조에 해당한다고 봄이 타당하다(따라서 이와 일부 배치되는 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결 등의 견해는 변경되어야 하고, 설령 그 판례의 취지에 따라 이 사건 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 볼 수 없다고 하더라도, 피고의 이 사건 링크행위는 부정하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인의 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물의 명성 등에 편승하는 행위로서 법적으로 보호할 가치가 있는 원고들의 이익을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 봄이 타당하므로, 민법상의 일반 불법행위가 성립한다고 보아야 하고, 이 사건에서는 그 경우 원고들이 그로 인한 구체적 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려워 법원은 민사소송법 제202 조의2에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 인정할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 결론에는 영향이 없다고 보인다²²⁾).

① 저작권법 제102조 제1항 제4호²³⁾는 온라인서비스제공자의 ‘정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위’가 저작권법상의 권리를 침해함을 전제로 일정한 요건 아래 온라인서비스제공자의 책임제한을 규정하고 있다. 위 규정은 온라인서비스제공자가 정보검색도구를 통하여

22) 이 사건 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조나 민법상의 불법행위로 인정하므로, 원고의 제2 예비적 주장인 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 주장은 따로 판단하지 않는다.(판결문상의 각주임)

23) 저작권법 제102조(온라인서비스제공자의 책임제한) ① 온라인서비스제공자는 다음 각 호의 행위와 관련하여 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해되더라도 그 호의 분류에 따라 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

4. 정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위 (판결문상의 각주임)

온라인상의 ‘저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위’, 즉 링크행위를 서비스이용자에 의한 직접적인 저작권 침해행위에 대한 일종의 방조로 보고 있는 것으로 해석되므로,²⁴⁾ 이와 같이 우리 저작권법도 링크행위가 저작권법상의 권리 침해에 대한 방조가 성립될 수 있음을 당연한 전제로 하고 있다고 볼 수 있다.

② 저작권법 제10조 제1항은 ‘저작자는 제11조 내지 제13조의 규정에 따른 권리(이하 “저작인격권”이라 한다)와 제16조 내지 제22조의 규정에 따른 권리(이하 “저작재산권”이라 한다)를 가진다’라고 규정하고 있는바, 저작권법상 저작권자에게 주 어지는 권리는 3개의 저작인격권(공표권, 성명표시권, 동일성유지권)과 7개의 저작재산권(복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권, 대여권, 2차저작물작성권)이고, 위 권리들은 개별적이고 독립된 권리이다. 따라서 링크행위가 링크행위 전에 이루어진 이용자의 업로드행위로 인하여 침해된 저작권자의 복제권 및 공중송신권(그 중 전송권) 중 어떠한 권리 침해에 대한 방조인지는 개별적으로 검토하여야 한다.

③ 이용자가 업로드행위를 함으로써 복제행위, 즉 서버에 고정하는 행위는 즉시 완성되는바, 그 이후 침해 저작물로의 링크행위가 있다 하더라도 이미 완성된 복제행위를 용이하게 하였다고 볼 수 없으므로 링크행위를 이용자의 복제권 침해행위에 대한 방조로 볼 수는 없다.

그러나 공중송신 중 전송은 다른 이들이 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 행위가 본질이므로(위 저작권법 제2조 제10호 참조) 업로드된 침해 저작물이 인터넷상에 존속하는 동안은 여전히 이용에 제공이 계속되고 있는 것이고, 그러한 계속적 행위에 대하여서는 타인이 이를 용이하게 할 여지가 충분히 있다. 그런데 링크행위는 침해된 저작물에 대하여 실질적으로 접근가능성을 증대시켜 이용에 제공하는 행위를 용이하게 하므로, 결국 다른 이용자에 의하여 실제 당해 링크를 통한 송신이 이루어지는지에 관계없이 이용자의 전송권 침해행위에 대한 방조가 성립할 수 있다.²⁵⁾

④ 이용자 입장에서는 링크가 아니었다면 발견하지 못하였을 정보에 접근 할 수 있게 되고, 불법 저작물 제공자 입장에서조차 자신이 원본을 확보한 뒤 직접 보유하면서 전달하는 경우보다 타인의 원본을 링크로 매개하여 전달하는 경우가 더 편리할 뿐만 아니라 링크행위는 불법 저작물의 복제나 전송행위가 아니어서 적어도 직접적인 저작권 침해행위로 책임추궁을 당하지 않으므로 링크방식이 선호되는바, 만약 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 보지 않는다면, 침해 저작물임을 명백히 알고 있는

24) 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 699면; 송영식, 지식소유권법, 육법사, 2013, 718면; 이규호, 저작권법 제4판, 진원사, 2014, 631면; 이해완, 저작권법 제3판, 박영사, 2015, 496면 (판결문상의 각주임)

25) 박준석, 인터넷 링크행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가?, 산업재산권 48호, 한국산업재산권법학회, 2015, 128면, 131면 (판결문상의 각주임)

정보로의 링크행위가 증가될 가능성이 높다.

⑤ 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 보는 경우 인터넷 공간에 서의 링크행위가 위촉되어 링크를 통한 정보교환을 위촉시킨다는 우려가 있을 수 있으나, 이는 링크행위자가 링크 당시 링크되는 게시물의 위법성을 인식하였는지, 이를 인식하지 못한 데 대한 과실이 있었는지, 링크행위가 공익적 기능을 수행하는 공정이용인지, 링크행위자가 온라인서비스제공자인 경우 저작권법 제102조에 따른 책임제한 요건을 충족하는지 등의 검토를 통하여 저작권법상의 침해에 대한 책임을 제한할 수 있으므로, 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 본다 하더라도 그것이 링크행위의 자유를 심각하게 제한하는 것은 아니다.²⁶⁾

⑥ 피고는 이 사건 각 사이트를 개설하여 이 사건 각 방송 프로그램의 제목과 방영일자 별로 정렬하여 이 사건 링크로 게재하였고, 이에 따라 이용자들은 이 사건 각 사이트에서 원하는 방송 프로그램을 검색하여 해당 게시물을 클릭하기만 하면 그 화면에서 바로 해당 방송 프로그램의 복제물에 접속하여 이를 전송받는 방법으로 시청할 수 있었다. 따라서 피고의 이 사건 링크행위는 이 사건 각 사이트 이용자들이 하여금 편리하게 해외 동영상 공유 사이트에 게시된 이 사건 각 방송 프로그램의 복제물을 전송받을 수 있도록 함으로써 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 이용에 제공하는 행위를 용이하게 하는 행위를 하였다고 평가하기에 충분하다.

(3) 검토

위 판결의 의의를 정리해 보면 다음과 같다.

1) 동영상에 대한 임베디드 링크에 대한 판례

위 판결의 사안은 현재 우리나라에서 영상저작물과 관련하여, 링크 방식이 어떻게 악용되어 저작권자의 정당한 권익을 위협하고 있는지를 보여주는 전형적인 사안이다. 위 사안에서 피고는 해외에 서버를 두고 있는 ‘해외 동영상 공유사이트’와 그것을 임베디드 링크 방식으로 연결하면서 개개의 저작물에 대한 링크의 이름을 해당 프로그램의 제목과 방영일자 등으로 설정하여 이용자들이 원하는 프로그램을 쉽게 찾아 무료로 시청할 수 있도록 하는 ‘해외 동영상 링크 사이트’를 이용하여, 임베디드 링크 정보를 대량으로 수집한 후 ‘이 사건 각 사이트’에 동일한 링크 방식으로 이용자들이 무료로 동영상을 시청할 수 있도록 제공함으로써 사이트에 게시된 배너광고의 클릭수에 따라 인터넷 광고회사로부터 수익금을 지급받는 방식으로 부당한 수익을 취하였다. 이것은 결과적으로 영상저작물에 대한 저작권자의 정당한 권익을 침해한 대가로

26) 박준석, 앞의 글, 105면 (판결문상의 각주임)

수익을 얻는 부당한 영리행위임이 누가 보더라도 명백하지만, 앞서 본 ‘츄잉 사건’에 대한 대법원 판례로 인하여 하급심에서 이에 대한 법적 책임을 묻기가 쉽지 않은 상황에 있다고 할 수 있다. 이러한 상황에서 위 판결은 츄잉 사건의 대법원 판결의 견해는 변경되어야 한다고 하면서 그에 배치되는 논거를 제시하고 ‘해외 동영상 공유사이트’의 이용자에 의하여 이루어진 저작재산권(공중송신권 중 전송권) 침해에 대한 피고의 방조책임을 인정하는 판결을 내린 것이라는 점에서 높은 평가를 하여야 할 것으로 보인다.

2) 공중송신권(전송권)의 직접 침해 여부에 대한 판단

먼저, 위 판결은 피고의 위와 같은 행위가 영상저작물 저작권자의 공중송신권(전송권)을 직접 침해하는 행위인지에 대하여 판단하고 있다. 이와 관련하여, 앞서 본 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결은 동영상 임베디드 링크에 대한 판단은 아니지만, 이미지에 대한 임베디드(인라인) 링크가 문제된 사안에서 이른바 ‘서버 기준’을 비교적 뚜렷이 취하여, 임베디드 링크의 경우에도 다른 유형의 링크와 마찬가지로 공중송신권에 대한 직접침해를 인정하기 위해서는 자신이 관리하는 서버 등 유형물에 해당 저작물을 복제, 저장해 둔 경우일 것을 요하고, 단순히 타인이 관리하는 서버에 저장된 저작물(또는 그 복제물)에 링크를 거는 것만으로는 이를 전송행위라고 볼 수 없고 따라서 공중송신권(전송권)의 직접침해를 인정할 수 없다는 취지의 판시를 한 바 있다. 서울고등법원의 위 판결도 이러한 판례의 입장을 따르면서 그 논거를 적절히 보충하고 있다. 만약 위 판결의 해당 부분이 대법원판결에 의하여 승인된다면, 동영상 임베디드 링크에 대하여도 ‘서버 기준’에 따라 공중송신권의 직접침해는 인정하지 않는 법리가 보다 명확히 정립되게 될 것이다.

3) 공중송신권(전송권)의 침해 방조 여부에 대한 판단

다음으로, 위 판결은 동영상 공유 사이트의 이용자에 의하여 이루어진 공중송신권(전송권) 침해에 대하여 링크 사이트 운영자인 피고의 방조책임을 인정할 수 있을지 여부에 대하여 판단하면서 대단히 자세한 논거를 제시하여 결국 그 방조책임을 인정하는 결론을 도출하였다. 위에 인용한 바와 같이, 판결의 논거는 그 핵심적인 부분에서 필자의 ‘사후적 침해행위 방조론’을 취한 것은 아니고, 박준석 교수의 ‘계속적 이용제공 방조론’을 취한 것임이 명백하다. 필자의 입장보다 박준석 교수의 입장이 대법원 판례의 취지와 보다 정면으로 대립하는 견해이면서 사후적 침해행위에 대한 별도의 입증을 요하지 아니하는 등 침해구제의 편의성을 높이는 면이 있는데, 위 판결이 그러한 입장을 취함으로써 대법원 판례의 견해는 변경되어야 한다는 전제 하에 사후적 침해행위(링크를 클릭함으로써 이루어지는 송신 및 복제행위)에 대한 별도의 판단 없이, 공중송신의 본질적 요소 중 하나인 ‘이용제공’에 대한 관계에서 방조책임을 궁

정하는 입장을 취하고 있는 것이다. 기존 판례이론을 전제로 한 필자의 사건으로는 위 판결의 이러한 입장에 대하여 일부 이견이 있지만, 위 판결의 근본적인 취지에는 동의하며, 상고심에서 필자의 입장도 종합적으로 고려하여 이 부분 법리에 대한 진지한 재검토가 이루어질 수 있기를 기대한다.

4) 부정경쟁방지법 위반 또는 민법상의 일반불법행위 책임에 대한 판단

위 판결은 위와 같은 방조책임의 인정이 ‘츄잉 사건’에 대한 대법원 판결의 견해와 배치되는 면이 있다는 것을 인식하고, 위 2) 나)의 괄호부분에서 위 대법원 판례의 견해가 변경되어야 한다고 언급하면서 그것이 변경되지 않을 수도 있음에 대비하는 뜻에서 가정적인 판단을 하고 있다. 즉, 위 판결은 거기서 “설령 그 판례의 취지에 따라 이 사건 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 볼 수 없다고 하더라도, 피고의 이 사건 링크행위는 부정하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인의 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물의 명성 등에 편승하는 행위로서 법적으로 보호할 가치가 있는 원고들의 이익을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 봄이 타당하므로, 민법상의 일반 불법행위가 성립한다고 보아야” 한다고 하여, 설사 법적으로 저작권침해에 대한 방조의 책임이 부정된다고 하더라도 민법상의 일반불법행위에 해당하는 것으로 보아 저작권자의 구제를 인정하여야 한다고 판시하고 있는 것이다. 이것은 앞서 본 ‘전자지도’ 사건에서 프레임 링크 방식으로 타인의 저작물을 사용한 것에 대하여 일반 불법행위를 인정한 것과 맥을 같이하는 것이라고 할 수 있다.

저작권침해에 대한 방조책임을 인정하는 것에 비하여 민법상의 일반불법행위만 인정하는 것은 오로지 민사적 구제로 구제수단이 한정된다는 등의 면에서 저작권자 보호의 정도가 약화되는 면이 있지만, 민사적 구제조차 인정하지 않는 것보다는 낫다고 보아 이러한 법리를 예비적, 가정적으로 제시하고 있는 것이다. 이와 관련하여, 판결문에 의하면, 실제로 원고들이 제2 예비적 청구원인으로 주장한 것은 민법상의 불법행위가 아니라 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 (차)목 규정(2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법에 신설된 규정)위반이었던 것으로 보인다. 부정경쟁방지법의 동규정은 부정경쟁행위금지에 대한 보충적 일반조항의 성격을 가진 것으로서 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위의 하나로 규정함으로써 동법상의 손해배상청구권, 금지청구권 등 구제수단을 취할 수 있도록 하고 있다. 동법도 이를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있지는 않으므로, 민법상의 불법행위로 인정하는 것에 비하여 금지청구권의 행사가 보다 명확하게 인정되고, 손해배상과 관련한 추정규정의 적용을 받을 수 있다는 정도의 혜택만 권리자에게 추가로 주어진다고 할 수 있다. 하지만 민법상의 불법행위

보다 권리자의 입장에서 조금이라도 더 유리한 법 적용일 수 있다는 점과 실제 원고가 그것을 예비적 청구원인으로 삼아 주장하였다는 점 등에 비추어보면, 위 판결에서 이에 대한 판단을 생략하고,²⁷⁾ 민법상의 불법행위를 인정한 것은 아마도 동 재판부가 판례가 변경되지 않은 상황을 전제로 판단할 때 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목을 적용하기보다는 민법상 불법행위의 법리를 적용하는 것이 위 사안과 같은 경우에 보다 타당한 법 적용이라고 판단한 것이 아닐까 생각된다. 그것은 재판부가 위 (차)목 규정의 적용범위를 다소간 제한적으로 보는 입장에서, 인터넷 이용자의 링크 행위가 영리적인 목적의 경쟁행위는 아닐 수 있다는 것을 감안한 것일 가능성이 클 것으로 보인다. 위 판결의 이 부분과 관련된 판시는, 현재 링크제공자의 저작권침해 책임 또는 침해방조 책임이 대법원 판례에 의하여 분명히 인정되지 않고 오히려 그 책임이 부정되는 것처럼 보이는 상황에서 예비적으로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 규정의 적용이 주장되기도 하지만, 법리적인 면에서 인터넷 이용자의 링크설정행위에 대하여는 위 (차)목 규정보다 민법상의 불법행위 법리를 적용하는 것이 타당한 것으로 보는 입장이 있다는 것을 보여 주고 있다.

III. 판례 동향의 전체적 정리 및 그에 대한 검토

1. 판례 동향의 전체적 정리

링크제공자의 저작권침해 책임 유무와 관련하여 현재까지 우리나라 판례가 보여온 입장을 전체적으로 정리해 보면 다음과 같다.

(1) 링크제공자의 저작권 직접침해 책임은 판례에 의하여 일관되게 부정되어 왔다.

링크제공자가 저작재산권의 직접침해 책임을 지는지 여부에 대하여 대법원은 링크의 유형을 불문하고 직접침해의 책임을 부정하는 입장을 취해 왔다. 특히 저작재산권 중 복제권의 경우는 링크설정만으로 복제행위가 수반되지 않는다는 이유로, 공중송신권(전송권)의 경우는 링크설정만으로는 “저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 ‘이용제공’이나 ‘송신’ 행위에 해당한다고 볼 수 없다”는 이유로 그에 대한 침해를 부정하였고, 전시권의 경우도 유형물을 전시하는 것에만 권리가 미친다는 이유 등으로 그 침해 가능성을 부정하였다. 저작인격권 중 성명표시권 침해가 문제 된 경우도 있으나, 저작인격권 침해가 되려면 저작재산권의 각 지분

27) 위 판결은 위에서 인용한 바와 같이 각주에서 “이 사건 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조나 민법상의 불법행위로 인정하므로, 원고의 제2 예비적 주장인 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 주장은 따로 판단하지 않는다”고 판시하고 있다.

권 중 하나에 해당하는 ‘이용’ 행위가 있어야 하는데 링크의 경우에는 그러한 전제조건을 결하고 있다는 이유에서 역시 그 침해 가능성을 부정하는 입장을 취하였다.

링크의 유형 중 이른바 직접링크(심층링크)나 프레임링크 등의 경우에 직접침해를 인정하지 않는다는 것은 이미 하나의 판례이론으로 정립된 것으로 볼 수 있고, ‘인라인 링크(임베디드 링크)’의 경우에도 이른바 ‘서버 기준’을 취하여 직접침해의 책임을 부정한 판례가 나온 바 있다. 다만 그것은 이미지에 대한 인라인 링크가 문제가 된 사안이었고, 아직 동영상 임베디드 링크에 대한 대법원 판례가 나온 바는 없다. 위에서 본 서울고등법원 판결은 동영상 임베디드 링크에 대하여도 링크 제공자의 직접침해 책임을 부정한 사례이고, 그에 대한 판단이 대법원의 승인을 받게 되면, 인라인 링크에 대하여도 공중송신권(전송권)의 직접침해 책임을 부정하는 것이 대법원 판례의 입장으로 분명하게 정립되는 것으로 볼 수 있을 것이라 생각된다.

다만 대법원 판례가 이렇게 링크의 모든 유형에 걸쳐 명확하고 일관성 있게 직접침해 책임을 부정하는 입장을 취하는 것이 타당한지에 대하여는 앞으로 좀 더 신중하게 검토할 필요가 있을 것으로 보인다. 뒤에서 보는 바와 같이 EU의 경우에는 링크의 경우에도 일정한 요건 하에 공중송신권에 대한 직접침해가 될 수 있음을 인정하는 판례가 축적되고 있기 때문이다. 공중송신권을 저작권자에게 인정하여야 할 의무를 각 나라에게 지우는 다자간 국제조약인 WIPO저작권조약(WCT)의 해석과 관련하여 국제적으로 문제가 될 수 있다는 점 등에 비추어 앞으로 그 추이를 지켜보아야 할 문제라 할 것이다.

(2) 링크제공자의 간접침해 책임 유무에 대하여는 부정적인 대법원 판례가 나와 큰 영향을 미치고 있으나 아직 확립된 판례라고 보기는 어려운 상태에서 그에 대한 반대견해를 뚜렷이 표명하는 하급심판결이 나오고 있다.

링크제공자의 간접침해 책임, 특히 불법복제물을 인터넷에 업로드한 자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조책임의 유무와 관련하여서는 이 문제를 뚜렷이 다룬 유일한 판례가 추잉 사건에 대한 2015년의 대법원 판결이고, 아직 이를 지지하거나 반대하는 다른 대법원 판결이 선고되지는 않고 있다. 이 문제에 대한 하급심판결은 위 대법원 판례 입장을 따르는 것과 그렇지 않은 것으로 나누어지면서 혼란을 겪고 있는 상황으로 보이고, 위에 소개한 서울고등법원 판결은 대법원 판례의 입장을 정면으로 비판하면서 그것이 변경되어야 한다는 전제 하에, 학설 중 대법원 판례를 비판한 견해들 중 본고에서 ‘계속적 이용제공 방조론’이라 명명하기로 한 박준석 교수의 견해를 타당한 것으로 보아 명시적으로 채택한 바 있다. 다만 그에 대하여 피고가 상고하지 않고 원고들만 상고함으로써 최근 선고된 동 사건의 상고심 판결에서도 저작재산권침해에 대한 피고의 방조책임을 인정한 서울고등법원의 판결이유의 당부에 대한 대법원의 명시적 판단이 제시되지 않았다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다.

(3) 링크제공자의 행위가 부정경쟁행위나 민법상의 불법행위에 해당할 수 있는지에 대하여는 아직 대법원 판결이 나오지는 않고 있고, 하급심판결 중 불법행위 책임을 긍정한 사례는 있다.

링크제공자의 저작권침해 방조 책임을 부정하는 대법원 판례의 입장이 변경되지 않을 것에 대비하여, 링크 사이트에 의하여 피해를 입고 있는 저작권자 등은 민사소송에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 규정 저촉을 예비적 청구원인으로 주장하는 예가 더러 보인다. 이와 관련하여, 법원이 링크제공자의 행위가 위 (차)목의 부정경쟁행위라고 인정한 사례는 잘 발견되지 아니하고, 위 서울고등법원 판결의 경우, 민법상의 일반 불법행위 책임을 예비적, 가정적으로 인정하는 입장을 표명한 바 있다. 만약 민법상의 불법행위 책임이나 부정경쟁방지법 (차)목 규정의 저촉 등만 인정되고 저작권침해의 책임은 직접침해는 물론 방조책임도 전혀 인정되지 않는다면, 저작권자로서는 민사적 구제수단만 사용할 수 있고, 저작권법상의 형사적 또는 행정적 구제수단을 사용할 수 없게 되어 권리 보호를 충분히 받지 못하는 상황이 될 수 있다.

나. 검토

위와 같은 상황은 링크제공자의 법적 책임과 관련하여 권리자의 정당한 권익을 보호할 수 있는 방향으로의 바람직한 판례 정립이 이루어지지 않는다고 할 수 있고, 이로 인하여 권리자의 권리 보호 등 측면에서 여러 가지 혼란과 어려움이 초래되고 있는 상황이라 할 수 있다. 그리고 ‘츄잉 사건’에 대한 대법원 판결이 나온 지 이미 2년 반 이상의 세월이 흐르고 있는 상황이어서, 판례의 변경 등을 무작정 기다리고만 있기에는 권리자들의 피해가 너무 많이 누적되고 있는 상황이다. 결론적으로 판례의 위와 같은 상황은 입법적 대응의 필요성과 정당성을 뒷받침하고 있다고 할 수 있다.

제4장 해외 주요국 등의 판례 동향

I. 미국

1. 서설

링크와 관련된 미국 판례를 보면, 초기 판례로서 Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc. 사건 판결 (2000)²⁸⁾이 링크를 거는 것만으로는 복제행위가 수반되지 않는다는 이유로 저작권침해(직접침해)를 부정하는 판시를 한 이래로 대체로 직접침해를 잘 인정하지는 않는 경향을 보이고 있다. 그러나 직접침해를 인정한 사례가 없는 것은 아니며,²⁹⁾ 일정한 요건 하에 간접침해가 성립할 수 있다는 것에 대하여는 판례가 당연시하는 경향을 보이고 있고, 실제로 간접침해(기여침해)를 인정한 사례도 있다.³⁰⁾ 아래에서는 링크와 관련한 미국 판례의 입장을 가장 잘 알 수 있게 하는 주류적 입장의 대표적 사례라 할 수 있는 Perfect10 사건 판례를 자세히 살펴보기로 한다.

2. Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc 사건 판결³¹⁾

(1) 사실관계

검색포털 사이트인 구글(Google)이 구축한 이미지 검색 서비스에 따라 이용자들이 검색창에 특정한 단어를 입력하여 검색하면 검색결과 화면에 검색어로 사용된 단어와 관련된 이미지들을 썸네일(thumb·nail) 형태로 제시하고 이용자가 썸네일을 클릭하면 구글의 웹페이지 화면에 큰 직사각형의 윈도우가 나타난다. 그 윈도우는 두 개의 구분된 정보 영역으로 나누어지며, 웹브라우저는 윗부분의 영역에는 썸네일 이미지와 텍스트를 포함하여 구글이 제공하는 정보들로 채워진다. 한편으로 구글 웹페이지의 지시는 이용자의 웹브라우저에 썸네일에 해당하는 큰 이미지가 저장되어 있는 웹사이트의 주소를 제공함으로써 그 지시에 따라 이용자의 브라우저는 바로 그 웹사이트 발행자의 컴퓨터에 접근하여 원래의 큰 이미지를 다운로드받아 그 이미지가 이용자의

28) Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc., No. CV 99-7654 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000).

29) Live Nation Motor Sports, Inc. v. Davis, No. 3:06-CV-276-L, 2007 WL 79311 (N.D. Tex. Jan. 9, 2007)이 그러한 사례에 해당한다.

30) Tarantino v. Gawker Media, LLC, No. 2:14-cv-00603 (C.D. Cal. Jan. 27, 2014) 등 다수.

31) Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508F.3d1146(9th Cir.2007). 이해완, 앞의 논문, 237면 이하 참조.

컴퓨터 화면의 하단에 나타나도록 한다('인라인 링크' 방식). 구글은 윈도우의 아랫부분을 채우는 이 이미지를 자신의 서버에 저장하지는 않고 따라서 그 이미지를 이용자에게 송신하지 않는다. 단지 구글은 이용자의 웹브라우저가 제3자 웹사이트에 접근하도록 하는 HTML 지시를 제공할 뿐이지만, 이용자가 보는 화면상으로는 구글 웹사이트의 정보를 포함하는 윈도우의 윗부분이 아랫부분의 프레임에 있는 큰 이미지에 대하여 설명을 하고 있는 것처럼 보이게 된다.

구글은 또한 아마존과의 제휴를 통해 수익을 창출하였다. 이 제휴는 아마존이 구글의 검색결과를 인라인 링크하는 것을 허락하는 것인데, 이를 통해 마치 아마존이 검색결과를 제공하는 것과 같은 인상을 주지만 실제로는 구글이 아마존의 이용자에게 검색결과를 송신하도록 링크되어 있을 뿐이다.

한편, 이 사건의 원고인 Perfect 10은 저작물인, 누드모델들의 사진 이미지들을 판매하는 회사로서 인터넷상에서 회원제 웹사이트를 운영하고 있다. 그 가입회원들은 해당 사이트의 회원 전용 영역("members' area")에서 이미지를 보기 위해 월 회비를 내야 하며, 회원전용 영역에 들어가기 위해 패스워드를 사용한다. 구글은 이러한 비밀번호를 입력하여야 들어가는 회원 전용영역의 이미지들을 검색 인덱스 또는 데이터베이스에 포함하지는 않는다.

그런데 일부 웹사이트 발행자들은 인터넷에 Perfect 10의 허락 없이 그 이미지들을 게시하고 있다. 이러한 상황에서 구글의 검색엔진은 자동적으로 그 이미지들을 인덱스하고 이용자의 검색 질의(query)에 응하여 그 이미지들의 썸네일 버전을 제공하는 경우가 있다. 그리고 이용자가 구글이 제공하는 썸네일 이미지를 클릭할 경우 이용자의 브라우저는 구글의 인라인 링크에 따라 제3자 웹페이지에 접근하여 해당 웹사이트 발행자의 서버 컴퓨터에 저장된 침해 이미지를 불러오게 된다.

2004부터 2005년 사이에 Perfect 10은 구글과 아마존닷컴을 상대로 저작권침해 소송 및 저작권침해금지 가처분 신청을 제기하였다. 그 가처분 신청에 대한 캘리포니아 지방법원의 1심판결³²⁾과 연방 제9항소법원의 2심판결³³⁾을 비교해 보면, 그 판단내용의 일부는 같고 일부는 엇갈렸는데, 가장 크게 차이가 난 부분은 썸네일 이미지를 제공하는 부분을 '공정이용'으로 인정할지 여부였다. 2심 법원은 공정이용을 인정한 점에서 그것을 인정하지 않은 1심 법원과 판단을 달리하였다. 본 보고서의 주제와 관련된 것은 썸네일 부분이 아니라 큰 이미지에 대한 인라인 링크에 대한 판단 부분인데, 1심과 2심은 그러한 링크 제공이 미국법상의 전시권이나 배포권의 '직접침해'가 될 수 없다는 점에서는 판단을 같이 하였으나, '간접침해'의 성립 여부에 대하여는 판단

32) Perfect10 v. Google, Inc., 416F.Supp.2d828(C.D.Cal.2006).

33) Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508F.3d1146(9th Cir.2007).

을 약간 달리하였다.

아래에서는 썸네일 부분을 제외하고 큰 이미지의 인라인 링크와 관련된 쟁점에 관하여 1심 법원과 2심법원의 판결내용을 소개한다.

(2) 직접침해 여부에 대한 판단

1)) 전시권의 침해 여부

유형물에 의한 전시만 전시권에 저촉되는 것으로 보는 우리 대법원 판례의 입장³⁴⁾과 달리, 미국의 판례는 온라인상의 무형적 전시도 전시권의 영역에 포함되는 것으로 보고 있다. 따라서 이 사건에서 구글이 인라인 링크의 방식으로 다른 웹사이트에서 서비스하는 이미지들을 이용자들이 화면 아래 부분에서 볼 수 있도록 한 것이 전시권 침해에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

이와 관련하여 1심 법원은 이른바 ‘서버 기준(server test)’을 채택하는 입장을 분명히 하였다. ‘서버 기준’이란 자신이 관리하는 서버 컴퓨터에 전자적 정보를 저장하여 직접 송신 서비스를 제공하는 자만이 전시권등 침해의 주체가 될 수 있다는 것이다. 이러한 서버 기준에 반대되는 것이 이른바 ‘편입 기준(incorporation test)’인데, 이에 의하면, 화면상 자신의 웹페이지 안에 다른 저작물을 편입시킨 모습을 취하기만 하면³⁵⁾ 설사 자신이 관리하는 서버에 해당 정보를 복제, 저장하지 않아도 전시권 침해의 주체가 될 수 있게 된다. 1심 법원이 ‘편입 기준’을 채택하지 않고 ‘서버 기준’을 채택하면서 그 이유 내지 근거로 제시한 것은 다음과 같다.

① 이 기준은 기술적 차원에서 이용자들이 웹 브라우저를 사용할 때 일어나는 상황에 기초한 것으로서 콘텐츠가 이용자의 컴퓨터에 보이기 전에 실제로 인터넷상에서 어떻게 이동하는지의 실제상황을 반영한다. 구글 이미지 검색서비스가 제공 하는 썸네일들 중 하나를 클릭하여 아래쪽 프레임에 있는 큰 이미지를 보는 사람들은 구글이 저장하거나 서비스하는 이미지를 보는 것이 아니다. 오히려 이용자들의 컴퓨터는 콘텐츠의 송신에 책임이 있는 제3자 웹사이트들과 직접적으로 연결되어 그로부터 콘텐츠를 송신받고 있다.

② 서버 기준의 채택은 구글과 같은 검색엔진에 의한 저작권침해활동을 유도하는 것도 아니고 그러한 활동에 대한 책임을 간단하게 부정하는 것도 아니다. 이 기준은 단지 제3자 웹사이트들에 저장된 저작권침해 콘텐츠들을 인라인링크 또는 프레임링크의

34) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 참조.

35) 프레임 링크와 인라인 링크의 경우가 여기에 해당한다(필자 주).

방법으로 링크하는 것에 대하여 직접침해의 책임을 부정할 뿐이다. 이 기준에도 불구하고 저작권자들은 그러한 콘텐츠를 포함하여 서비스하는 데 대하여 기여침해 또는 대위책임을 추궁할 수 있다. 그러한 간접침해책임을 다른 종류의 판단기준에 따라 구체적으로 판단될 것이다.

③ 웹사이트 운영자들은 서버기준을 쉽게 이해할 수 있고 법원도 이를 상대적으로 쉽게 적용할 수 있다. 확실히 법원이 웹브라우저의 주소창의 주소만 확인하면 된다는 점에서 '편입 기준'도 비교적 쉽게 적용될 수 있긴 하다. 그러나 그 기준은 실제적이고 논리적인 면에서나 동시에 여러 소스로부터 콘텐츠를 모아서 제시할 수 있는 능력의 면에서나 웹의 상호 연결된 속성을 인정하지 않는다는 문제가 있다.

④ 이 사건과 같은 경우에, 본래의 직접적 침해자들은 Perfect 10의 큰 이미지들을 복제하여 누구나 볼 수 있도록 인터넷에 올린 웹사이트 운영자들이다. 그들의 행동이 없었다면 Perfect 10은 소송을 제기하지 않았을 것이다.

⑤ 서버 기준은 비록 쉽지는 않지만 저작권법이 추구하는 미묘한 균형, 즉 창조적 저작물의 창작을 유인하는 것과 정보의 전파를 유인하는 것 사이의 균형을 유지한다. 단지 이용자들이 쉽게 정보를 찾을 수 있도록 웹을 색인³⁶⁾하는 것은 직접침해를 구성하지 않고 저작권침해 콘텐츠를 저장하여 서비스하는 것이 직접적으로 저작권자들의 권리를 침해하는 것으로 보는 것이다.

위와 같은 근거 하에 1심 법원은 구글의 프레임 링크 및 인라인 링크는 제3자 웹사이트에 저장되어 서비스되는 큰 이미지의 '전시'에 해당하지 않는다고 판시하였고, 2심 법원도 1심 법원의 위와 같은 판단에 동의하였다.

2) 배포권의 침해 여부

공중을 대상으로 한 '유형물'의 양도 또는 대여만 저작권법상 배포의 개념에 해당하는 것으로 보고 따라서 무형적인 정보의 거래에 대하여는 배포권이 미치지 않는 것으로 보고 있는 우리 대법원 판례의 입장³⁷⁾과 달리, 미국의 판례는 온라인상의 무형물(무형적 복제물)의 전달도 배포의 개념에 포함되어 배포권이 미치는 것으로 보고 있다.³⁸⁾

36) 원(原) 정보 내용을 적절히 나타내는 정보를 추출하고, 원 정보 위치를 가리키는 참조 정보와 함께 나타내는 것을 말한다. 네이버 지식백과, 색인 [index] (컴퓨터인터넷IT용어대사전, 2011. 1.20., 일진사).

37) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 등 참조.

38) New York Times Co. v. Tasini, 533U.S.483(2001).

따라서 위 사건에서 구글이 인라인 링크 등의 방식으로 다른 사이트에서 제공하는 큰 이미지를 이용자의 컴퓨터에서 볼 수 있도록 한 것이 배포권의 침해에 해당 하는지 여부도 문제되었다.

이에 대하여 1심 법원은 구글이 이용자의 컴퓨터에 해당 이미지를 송신하지 않은 이상 배포권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시하였고, 2심 법원도 그러한 1심 법원의 판단을 긍정하였다. 2심 법원은 "구글의 검색엔진은 이용자의 브라우저가 어디에서 웹사이트 발행자의 컴퓨터에 있는 큰 이미지들을 찾을지 알려주는 HTML 지시문을 송신할 뿐, 그 자신이 저작권침해 사진 복제물을 배포하지는 않는다"고 판시하였다. 사진 이미지를 전자적으로 이용자의 컴퓨터에 송신함으로써 이미지의 (디지털) 복제물을 배포하는 것은 해당 웹사이트 운영자라고 본 것이다.

한편, 미국에서는 우리 저작권법의 '전송' 개념의 중핵을 이루고 있는 '이용제공' 행위, 즉 송신의 전단계로서 공중의 구성원이 자신이 선택한 시간과 장소에서 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 행위를 배포로 보는 법리가 정립된 바 있는데,³⁹⁾ 이러한 '의제 배포'의 법리에 따라 구글의 위와 같은 인라인 링크 제공행위가 배포로 간주될 수 있지 않은가 하는 쟁점도 제기되었다. 이에 대하여 2심 법원은 Hotaling 사건 등의 경우와 달리 구글은 Perfect 10의 큰 사진 이미지들을 색인하였을 뿐 공중에게 이용제공할 이미지들을 보유하고 있지 않으므로, 위 법리에 따라 배포행위를 한 것으로 간주될 수 없다고 판시하였다.

결국 우리 저작권법상의 전송 개념에 포함되는 이용제공 행위에도 해당하지 않는 것으로 본 것으로서 그 근거로는 '전시권'에 대하여 적용한 '서버 기준'을 여기서도 적용한 것이라 할 수 있다.

3) 검토

미국 법원이 구글의 인라인 링크 행위에 대하여 위와 같은 근거로 전시권 및 배포권의 직접침해를 부정한 것은 권리보호를 통한 창작에 대한 인센티브 제공과 정보의 자유로운 유통에 대한 보장의 필요성 사이에 균형을 이루기 위한 정책적 판단이 크게 영향을 미친 것으로 볼 수 있다. 결론적으로 '서버 기준'을 취하여 직접 침해는 전면적으로 부정하였는데,⁴⁰⁾ 그 구체적 근거 중의 하나는 직접침해의 책임을 부정한다고 해서 링크에 의한 저작권침해의 확산을 모두 방지하는 결과가 되는 것은 아니고 간접

39) Hotaling v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints 118F.3d199,203 (C.A.4(Va.),1997).

40) 이러한 판례 입장에는 인터넷상의 정보 유통과 관련하여 가능한 한 명확한 규칙(clear rule)을 정립하고자 하는 취지가 반영되어 있다. see John Blevins, "Uncertainty As Enforcement Mechanism: The New Expansion of Secondary Copyright Liability to Internet Platforms", 34 Cardozo L. Rev. 1821, 1853-55(2013).

침해의 법리에 따라 일정한 구제가 가능하므로 그것으로 위의 두 가지 가치 사이에 균형을 달성할 수 있을 것으로 본 것에 있었음을 주목할 필요가 있다.

(3) 간접침해 여부에 대한 판단

1) 서언

미국법상 저작권의 간접침해는 크게 '기여 침해'와 '대위책임'으로 나누어지므로 아래에서 순서대로 살펴보기로 한다.

2) 기여침해의 성립 여부

2심 법원은 컴퓨터 시스템 운영자가 특정한 저작권침해물이 그 시스템을 통해 이용 가능한 상태로 있다는 것에 대한 '실제적 인식'을 가지고 있고 저작물에 대한 더 이상의 손해를 막기 위한 간단한 조치를 취할 수 있음에도 불구하고 계속하여 침해 저작물에 대한 접근가능성을 제공하면 기여침해에 대한 책임이 있다고 전제하고 결론적으로 구글의 그러한 책임 유무에 대하여 신중하게 심리할 필요가 있다고 보았다.

이 점에서 2심 법원은 1심 법원과 일부 판단을 달리하였다. 1심 법원은 설사 구글이 저작권 침해물이 그 시스템을 통해 이용 가능한 상태로 있다는 것을 알고 있었다고 가정한다 하더라도 구글은 침해 웹사이트들에 대한 방문을 장려하기 위하여 어떤 실질적인 홍보적 또는 광고적 노력을 취한 바가 없고 침해 웹사이트에 중대한 수익 흐름을 제공하지도 않았기 때문에 침해행위에 '실질적으로(materially)' 기여한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 2심 법원은 1심의 위와 같은 판단은 잘못된 것이라고 하면서 "구글이 저작권침해 복제물들을 전세계 시장에 배포하는 다른 웹사이트들의 행위를 실질적으로 돕고 전세계에 있는 인터넷 이용자들이 저작권침해물에 접근할 수 있도록 돕는다는 것은 다름의 여지가 없다"고 판시하였다. 2심 법원은 위에서 본 기여침해의 요건을 적용할 경우, 구글이 그 검색엔진을 사용하여 Perfect 10의 저작권을 침해하는 복제물을 이용할 수 있다는 것을 인식하고 있었고 간단한 조치로 Perfect 10의 저작물에 대한 추가적인 손해를 방지할 수 있음에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 않았다면 기여침해의 책임을 져야 할 것이라고 보았다. 이와 관련하여 1심법원이 실제 Perfect 10의 침해 통지가 적절한 것이었는지 여부에 대한 사실 심리를 충실하게 하지 않았음을 지적하면서 2심 법원은 그 부분의 심리를 1심법원이 다시 하도록 하는 취지의 판결을 내렸다.

3) 대위책임의 유무

2심 법원은 구글이 대위책임의 요건 중 하나인 직접침해를 중단시키거나 제한할 권리를 가지고 있을 것이라는 요건을 충족하지 않아 대위책임을 지지는 않을 것으로 보았고, 그 점에 있어서는 1심 법원의 판단과 다르지 않았다.

4) 온라인서비스 제공자 면책과 관련된 판단

위에서 본 바와 같이 2심 법원은 구글이 기여침해의 책임을 질 가능성이 있을 것으로 보았는데, 그 경우 구글이 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA) 상의 온라인 서비스 제공자(OSP) 면책조항, 특히 512조 (d)의 규정을 들어 항변한 내용에 대하여 판단할 필요가 있다. 1심 법원은 구글이 기여침해의 책임을 질 가능성이 없다고 보아 그에 대한 판단을 하지 않았으나, 2심 법원은 그 부분에 대하여 다른 결론을 내렸으므로, 면책조항의 적용요건에 대하여 구체적인 심리가 필요하다고 보았고, 따라서 그 점에 대하여도 1심에서 다시 심리하도록 하는 취지의 판결을 하였다.

5) 검토

위와 같이 2심 법원인 제9항소법원은 구글이 원고 저작물의 불법복제물을 인라인 링크방식으로 제공하고 있는 것은 침해에 대한 구체적 인식 등의 일정한 요건 하에 기여침해를 구성할 가능성이 있는 것으로 판단하였다.⁴¹⁾ 이것은 '서버 기준'을 취하여 직접침해 책임을 부정하더라도 저작권자에게 최소한의 법적 구제수단을 인정할 수는 있다는 점에서 직접침해 부정의 근거가 되는 법리 중 하나라는 것은 앞에서 본 바와 같다. 이와 같이 한편으로 직접침해의 책임을 부정하면서 다른 한편으로 일정한 추가적인 요건 하에 간접침해를 인정할 수 있는 가능성을 열어 두고, 나아가 OSP의 경우는 일정한 요건 하에 면책을 받을 수 있도록 함으로써 이 문제를 둘러싼 여러 가지 고려요소들 사이에 미묘한 균형을 이루고 있다는 것을 알 수 있다.

미국 DMCA의 OSP 면책 조항은 한미 FTA를 계기로 우리 저작권법상으로도 흡사하게 도입되어 있다. 우리 저작권법 제102조 제1항 제4호에서 "정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위"에 대하여 일정한 요건 하에 면책을 받을 수 있도록 규정하고 있는 것이 미국 저작권법 제 512조 (d)와 같은 취지이다. 이 규정은 인터넷상의 링크 제공 행위가 적어도 일정한 경우에 침해책임을 지게 될 가능성이 있음을 전제로 한다. 링크 제공행위의 직접침해 가능성과 간접침해 가능성을 모두 전적으로 부정하는 입장을 취할 경우에는 위 규정

41) 2심 법원의 파기환송 결정에 따라 1심 법원이 다시 구체적으로 심리한 후 기여침해에 대하여 여전히 부정적인 입장을 취하였으나, 구체적인 상황에 따라서는 링크제공행위에 대하여 기여침해의 책임을 추궁할 가능성이 있음은 당연한 전제로 삼고 있다. Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., No. CV 04-9484 AHM SHX, 2010WL9479060 (C.D. Cal. July 30, 2010) aff'd, 653F.3d976(9th Cir.2011).

의 취지와도 저촉되는 면이 있음은 앞서 언급한 바와 같다.

3. 종합적 검토

위와 같이 미국은 이 부분 쟁점과 관련하여 연방 대법원 판례가 뚜렷이 정립된 것은 아니고, 항소법원 등 지역에 따라 약간의 차이를 보이고 있으나, 주류적 판례 입장을 보이는 Perfect 10 사건 등을 통해 볼 때, 전체적으로 직접침해 책임을 인정하지는 않는 대신, 일정한 요건 하에 간접침해의 일종인 기여침해 책임을 인정할 수 있는 것으로 보는 입장이 강하며, 이 경우 OSP의 책임과 관련하여서는 미국 저작권법 제 512조 (d)가 적용되는 것으로 봄으로써, 전체적으로 링크의 자유와 저작물의 보호, OSP의 책임과 법적 안정성 등을 두루 조화시키고자 하는 취지를 구현하고 있다고 할 수 있다. 다만 미국에서도 직접침해 책임을 부정하는 입장이 완전히 확립된 것은 아니고 직접침해 책임을 인정한 사례도 나오고 있으며, 뒤에서 보는 바와 같이 EU의 경우에도 일정한 요건 하에 직접침해 책임을 인정하고 있으므로, 향후 어느 방향으로 귀착될지는 좀더 지켜볼 필요가 있을 것으로 보인다.

II. EU

1. 서설

위에서 본 바와 같이 우리나라와 미국의 경우는 링크제공자의 저작권 직접침해 책임에 관하여 이른바 ‘서버 기준’을 취하여 이를 일관되게 부정하는 입장을 취하는 경향이 강함에 반하여, EU의 경우에는 그렇지 않고, 아래에서 보는 바와 같이 유럽 사법재판소 판례를 통해, ‘새로운 공중’에의 이용제공인지 여부를 기준으로 하여, 그 요건을 충족하는 경우에는 공중송신권에 대한 직접침해를 인정하는 입장을 나타내고 있다. 특히, 불법복제물에 대한 링크 제공의 경우 최근의 판례를 통해, 불법복제물에 대한 인식 여부, 영리목적의 유무 등을 감안하여 공중송신권 침해로 인정할 수 있음을 긍정하고 있다. 공중송신권(전송권)의 인정이 다자간 국제조약상의 의무라는 점을 감안할 때, 공중송신권의 범위와 관련한 EU의 이러한 해석에 보다 큰 관심을 가질 필요가 있다. 아래에서는 이 문제에 대한 최초의 판결로 주목받은 유럽사법재판소의 Svensson 사건 판결과 그 뒤에 나온 두 가지의 중요한 판례들을 순차적으로 검토해 보기로 한다.

2. Svensson 사건 판결⁴²⁾

42) CJEU Case C-466/12; 2014. 2. 13.자 판결. 이해완, 앞의 논문, 242~248면 참조.

(1) 재판의 경과와 쟁점

이 사건은 스웨덴에서 Svensson을 비롯한 4명의 저널리스트들(원고들)이 자신들이 신문에 기고한 글(그 글은 신문사의 웹사이트에도 게재되어 누구나 제약 없이 열람할 수 있게 제공되고 있었다)을 피고가 자신이 운영하는 웹사이트에 무단으로 링크를 거는 방식으로 공중에게 송신하여 자신들의 저작권을 침해하였다는 이유로 스톡홀름지방법원(1심 법원)에 손해배상청구소송을 제기한 사건에서 출발하였다. 1심 법원은 피고의 링크제공 행위는 공중송신의 개념에 해당하지 않는다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였고, 원고들은 이에 불복하여 항소하였다.

항소심 법원인 스웨덴의 스베아 고등법원(Svea Court of Appeal)은 심리를 중단하고, 2012. 9. 18. 유럽사법재판소(CJEU, Court of Justice of EU)에 유럽 저작권지침⁴³⁾의 공중송신권 관련 규정의 해석에 대한 선결적 판결(preliminary ruling)을 요청하면서 다음과 같은 4개항의 질의를 하였다.

1) 어떤 저작물에 대한 저작권자 이외의 누군가가 자신의 웹사이트에 그 저작물에 대한 링크를 제공하면 그것이 EU 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 공중송신에 해당하는가?

2) 위 1)의 질문에 대한 답은 링크된 저작물이 누구나 접근할 수 있는 웹사이트에 있는지 또는 어떤 방식으로든 접근이 제한되어 있는지 여하에 따라 달라지는가?

3) 위 1)의 질문에 대한 답은 링크의 방식이 이용자가 링크를 클릭하면 다른 웹사이트에서 그 저작물이 보여지는 경우와 그렇지 않고 이용자가 링크를 클릭하면 같은 웹사이트에서 링크된 내용이 보여지는 인상을 주는 방식인 경우 사이에 차이가 있는가?

4) 회원국이 저작권자의 공중송신권에 대하여 저작권지침에서 규정하고 있는 것보다 더 넓은 보호를 주는 것은 가능한가?

(2) 질의(쟁점)에 대한 유럽사법재판소의 판시

1) 위 1) ~3)의 질의에 대한 판시

43) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

2014. 2. 13.자 판결에서 유럽사법재판소는 먼저 위 1) 내지 3)의 질의와 관련하여 다음과 같이 판시하였다.

저작권지침 상의 공중송신의 개념은 저작물의 '송신행위'가 있을 것과 그 행위가 '공중'을 대상으로 할 것의 두 가지 요소를 가지고 있는데, 기존의 판례에 의하면 그 중 '송신행위'의 개념은 넓게 해석되어야 하고 따라서 위와 같은 링크 제공행위도 '송신행위'에 해당하는 것으로 보아야 한다. 위와 같은 링크의 제공은 링크제공 사이트의 이용자들이 하여금 링크된 저작물에 바로 접근하여 이용할 수 있도록 하는 것이고, 공중의 구성원이 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 이상 실제로 공중의 구성원이 접근하여 이용하는지 여부와 관계없이 공중송신행위(전송행위)에 해당할 수 있기 때문이다.

공중송신 개념의 두번째 요소인 '공중'에의 제공과 관련하여서는, 여기서 말하는 '공중'은 불특정 다수인, 나아가 상당히 많은 수의 사람들(a fairly large number of persons)을 의미하는 것으로 보아야 한다. 링크의 방식으로 이루어지는 송신의 대상은 해당 사이트의 잠재적 이용자들이로서 상당히 많은 수의 사람들이라고 할 수 있다.

따라서 이러한 경우에 공중송신은 이루어지고 있다고 하여야 할 것이다. 그러나 확립된 기존의 판례에 따르면, 저작권지침상의 공중송신의 개념에 포함되기 위해서는 본 사안과 같은 인터넷상의 최초 송신 이후에 다시 동일한 기술적 수단으로 송신이 이루어지는 경우에는 '새로운 공중', 즉 저작권자들이 최초의 공중송신을 할 때 염두에 두지 않은 공중에 대한 송신이어야 하는 것으로 보아야 한다. 본 사안의 경우에 링크 방식으로 저작물을 이용가능하게 하는 것은 새로운 공중에게 송신되는 것이라고 할 수 없다. 본 사안에서 최초의 송신의 대상인 공중은 해당 사이트의 모든 잠재적 방문자들로 구성되어 있어 그 사이트에 대한 접근에 아무런 제한적 조치가 없음을 감안하면, 결국 모든 인터넷 이용자들이 자유로운 접근을 할 수 있는 것이다. 이러한 상황에서는 링크에 의하여 해당 저작물에 접근할 수 있게 된 이용자들은 저작권자들이 최초의 송신 시에 염두에 둔 공중의 범위에 속하는 것으로 보아야 하고, 따라서 새로운 공중이 없으므로 본 사안에서의 공중송신을 위해서는 저작권자의 허락을 받을 필요가 없다.

이러한 판단에 있어서 링크의 방식이 이용자가 링크를 클릭하면 다른 웹사이트가 아니라 동일한 웹사이트에서 저작물의 내용이 보이는 인상을 주는 방식인지 여부는 문제되지 않는다. 즉 그 경우에도 그러한 링크의 제공이 공중송신의 개념에는 해당하지만 새로운 공중이 없으므로 저작권자의 허락을 받을 필요가 없다는 점에서 다르지 않은 것이다.

반면에, 링크의 제공이 해당 사이트의 이용자들이 원래 저작물을 제공하는 사이트

에서 회원들만 볼 수 있도록 하기 위하여 설정한 제한조치를 우회하는 것을 가능하게 하고 따라서 이러한 링크가 없으면 해당 저작물에 접근할 수 없다는 점에서 일종의 '개입'(intervention)에 해당하는 경우라면, 링크 제공 사이트의 모든 이용자들은 저작권자가 최초의 송신을 허락할 때 염두에 두지 않은 새로운 공중으로 간주되어야 한다. 따라서 그러한 공중송신에 대하여는 저작권자의 허락을 필요로 한다. 이러한 법리는 특히 해당 저작물이 다른 사이트에서는 이용 가능하더라도 최초로 송신된 사이트 상에서는 더 이상 공중에 이용될 수 있도록 제공되지 않는 경우 또는 단지 제한된 공중에게만 제공하는 것으로 변경된 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.

새로운 공중에의 송신으로 인정되지 않는 위와 같은 상황 하에서 세 가지의 질문에 대한 답은 저작권지침 3조 1항은 다른 웹사이트에서 자유롭게 접근할 수 있는 저작물에 대한 링크를 웹사이트에서 제공하는 것은 위 규정에서 뜻하는 공중송신에 해당하지 않는 것으로 해석되어야 한다는 것이다.

2) 위 4)의 질의에 대한 판시

유럽사법재판소는 위 4)의 질의에 대하여는 저작권지침 전문 1,6,7조로부터 명백하게 알 수 있는 바와 같이 지침의 목적은 무엇보다 저작권보호와 관련하여 존재하는 입법상의 차이와 법적 불확실성을 제거하고자 하는 데 있음을 지적하면서, 저작권자에 대한 추가적 보호의 가능성(회원국의 입법 재량권)을 부정하는 결론을 내렸다. 즉, 공중송신의 개념에 저작권지침 3조 1항에서 규정된 것 이외의 행위를 포함시킴으로써 저작권자에 대한 보호를 확대할 수 있도록 하는 제안을 수용하는 것은 결국 입법상의 차이를 낳아 제3자에게 법적 불확실성을 발생시키는 효과를 가짐으로써 위와 같은 지침의 입법취지를 손상하게 된다는 이유로 그러한 확대 보호는 허용되지 않는다고 본 것이다.

(3) 검토⁴⁴⁾

유럽 사법재판소의 위와 같은 판단은 링크제공행위가 공중송신의 개념에는 해당할 수 있다고 함으로써 직접침해가 될 수 있는 가능성을 인정하면서 '새로운 공중'이라는 도구 개념을 통해 링크의 자유를 일정한 한계 내에서 보장하고 있다는 점에서 주목된다. 유럽 사법재판소의 위 판례에 대하여는 다음과 같은 점들을 유의할 필요가 있다.

1) 이 판결은 기본적으로 링크제공행위에 대하여 직접침해의 가능성을 전면적으로 부정하는 우리나라 대법원의 판례와는 달리 '제한적 긍정설'의 입장을 취하고 있다고 할 수 있다. 링크제공행위가 저작권지침 3조 1항의 공중송신행위에 해당할 수 있음을

44) 이해완, 앞의 논문, 245~248면.

인정한 것인데, 지침 3조 1항의 공중송신 개념은 우리 저작권법의 공중송신 개념과 유사하게 '수신의 이시성(異時性)'을 핵심적 개념요소로 하는 '전송'을 포함하는 개념이다. 위 판결에서 "링크의 제공은 링크제공 사이트의 이용자들로 하여금 링크된 저작물에 바로 접근하여 이용할 수 있도록 하는 것"이라고 한 것은 결국 링크제공행위가 '전송'에 해당하는 것으로 본 취지이다. 이것은 우리 대법원이 미국의 판례입장에 따라 이른바 '서버 기준'을 채택한 것과 달리, 자신이 관리하는 서버에 저작물의 복제물을 저장한 경우가 아니더라도 전송에 해당할 수 있음을 인정한 것이다. 이처럼 링크제공행위를 전송으로 볼 경우 링크의 자유를 지나치게 제한함으로써 인터넷이라는 표현매체의 사용에 과도한 위축효과를 가져올 우려가 있는 문제에 대하여는 '새로운 공중' 기준이라는 해법을 제시하고 있다고 할 수 있다.⁴⁵⁾

2) 위 판결이 제시한 '새로운 공중'의 법리는 우리나라의 판례에는 도입된 바 없고, 지금까지의 판례 법리를 적용할 경우에는 동일한 결론을 내리기가 어려운 것으로 생각된다. 먼저 위 판결에서 '공중'의 개념을 불특정다수인으로서 상당히 많은 수의 사람이라고 본 것은 우리나라 저작권법상의 개념규정과 약간의 상이점이 있다. 우리 저작권법은 공중의 개념에 대하여 '불특정다수인(특정다수인을 포함한다)'을 말한다'고 규정하여(법 제2조 제32호), 특정다수인을 포함하는 개념으로 규정하고 있고, 학설은 일반적으로 불특정인의 경우에는 '다수'가 2인 이상이기만 하면 되는 것으로 보며, 특정다수인의 경우에도 특히 전송의 개념에 포함된 '공중' 개념과 관련하여 다수인의 의미가 '매우 많은 수의 사람'일 것을 요하는 것으로 보지는 않는다.

유럽 사법재판소의 위 판결은 1) 링크의 제공이 '새로운 공중'에 대한 것일 것을 그것이 공중송신의 개념에 해당하기 위한 요건으로 보는 취지인지, 아니면 2) 최초의 공중송신에 대하여 저작권자가 허락한 이상 그 허락범위에는 '새로운 공중'이 아닌 공중을 대상으로 한 송신에 대한 것도 포함된 것으로 보는 취지인지 불분명한 점이 없지 않다. 판결문의 설시 상으로는 위 1)의 취지인 것으로 보게 될 가능성이 높지만,⁴⁶⁾ 왜 굳이 링크의 경우에 그냥 공중이 아니라 '새로운 공중'이어야 하는지 그 이유를 제시하고 있지는 않으므로, 아마도 그 이면에는 2)의 판단이 하나의 전제로 숨어 있는 것이 아닐까 생각해 보게 된다. 그러나 위 2)의 입장을 우리 저작권법에 대입해보면, 우리 저작권법에 대한 해석론으로 선뜻 그러한 논리를 수용하거나 지지하기는 어려운 것으로 생각된다. 왜냐하면, 저작권자가 어떤 사이트를 통한 특정한 전송을 허락하였다는 이유만으로 다른 사이트를 통한 전송 행위도 그 잠재적인 송신대상인 공

45) 이 판결이 이와 같이 링크제공행위를 제한적으로나마 공중송신행위로 본 것은 링크제공행위는 공중송신행위에 해당하지 않는다고 판시하였던 종전의 EU 회원국 판례(예컨대, 페이퍼보이 검색 엔진 사건에 대한 독일 고등법원 판결- Paperboy, Case I ZR 259/00(July 17, 2003) - 등)를 번복하는 의미를 가지고 있다. Jeremy de Beer, Mira Burri, "Transatlantic copyright comparisons: making available via hyperlinks in the European Union and Canada", E.I.P.R. 2014, 36(2), 103-104.

46) Alan Baker, "EU Copyright Directive: can a hyperlink be a 'communication to the public'?", Computer and Telecommunications Law Review, 2014, 20(4), 101.

중의 범위만 동일하다면 모두 허락한 것으로 본다는 것은 저작권자의 진정한 의사에 부합하지 않는 경우가 많을 것이고(실제 위 사안의 경우도 신문사의 웹사이트에서만 제공되기를 희망하였을 것이라는 점에서 그러하다), 진정한 의사에 반하는 이용허락을 의제하는 것은 저작권자의 권리범위를 부당하게 축소하는 결과를 초래할 것이기 때문이다. 따라서 위 판결의 취지는 최초 공중송신에 대한 저작권자의 허락범위에 대한 의사해석에 기한 것이라기보다는 일반적인 전송행위와는 다른 특성을 가진 링크제공 등의 행위에 대하여 저작권침해 인정을 제한하는 하나의 기준을 찾아보고자 하는 다소간 '정책적'인 판단에 기한 것으로 보는 것이 타당하지 않을까 생각된다.

아무튼 위 판결에서 말하는 '새로운 공중'이 무엇을 의미하는지가 대단히 중요한 문제인데, 위 판결은 '새로운 공중'이란 "저작권자들이 최초의 공중송신을 (허락)할 때 염두에 두지 않은 공중"이라고 설시하고 있다. 결국 저작권자의 최초 공중송신에 대한 허락의 취지에 따라 이후의 링크제공행위를 허락한 것으로 볼 것인지 여부를 따지는 것이 아니라 최초의 공중송신 시에 저작권자가 상정한 '잠재적인 이용자군'의 범위에 이후의 링크제공에 의한 잠재적 이용자군의 범위가 포함되는지 여부를 기준으로 하여 모두 포함되면 새로운 공중이 아니라고 보고, 모두 포함되지 않고 일부라도 원래의 잠재적 이용자군이 아닌 사람들이 포함되는 경우이면 새로운 공중에 해당하는 것으로 보는 입장으로 이해할 수 있다. 따라서 위 사안과 같이 저작권자의 허락에 기하여 인터넷 이용자라면 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 제공되고 있는 저작물에 링크를 거는 경우에는 그 잠재적인 이용자군(대상 공중)이 '모든 인터넷 이용자'에 해당하므로, 그 저작물에 링크를 걸더라도 새로운 공중에 대한 전송을 하는 것에 해당하지 않으므로 공중송신에 해당하지 않는 것으로 보게 된다. 그러나 예를 들어 온라인상으로 유상으로 서비스되는 동영상이나 음원파일, 만화 등의 불법복제물을 링크한 경우를 생각해 보면, 저작권자가 온라인상에 최초 공중송신을 할 때 염두에 둔 것은 정당하게 대가를 지급하고 접근 권한을 가지게 된 이용자들에 한정되므로, 그 불법복제물에 권리자의 허락 없이 링크를 거는 행위는 '새로운 공중'의 기준을 충족하여 그 링크제공행위 자체가 전송행위로서 '공중송신권 침해'에 해당하는 것으로 볼⁴⁷⁾ 수 있는 가능성을 남기고 있었다. 다만, 그 부분에 대한 보다 명료한 해석은 뒤에서 자세히 소개하는 GS Media 사건 판결에 맡겨지게 된다.

3) 위 판결은 링크제공이 저작재산권(공중송신권)의 직접침해가 될 수 있는 가능성을 위와 같이 제한적으로만 인정하고 회원국이 그것보다 확대하여 침해를 인정하는 입법을 할 자유는 없다고 판시하고 있다.

47) 이것이 뒤에서 보는 GS Media 사건 판결이 나오기 전에, 필자가 Svensson사건 판결의 취지를 해석하면서 내린 결론이었다. 뒤에서 보는 GS Media 사건 판결은 기본적으로는 필자의 이러한 해석에 부합하는 것이라 할 수 있으나, 표현의 자유와의 균형을 위하여 '불법성에 대한 인식 또는 인식가능성'등의 추가적 판단기준을 제시한 점에 차이가 있다.

4) 위 판결은 위와 같이 '새로운 공중' 기준을 유일한 구별 기준으로 제시함에 따라 링크가 프레임 링크인지, 인라인 링크인지 여부는 판단에 영향을 미치지 않는 것으로 보았다.

3. BestWater International 사건 판결⁴⁸⁾

(1) 사실관계

원고는 물 정수 시스템을 제조하여 판매하는 사업자로서, 자신의 제품 광고를 위하여 수질오염을 다룬 약 2분 가량의 '사실(Die Realität)'이라는 제목의 동영상을 제작하였고, 이 동영상은 유튜브(YouTube)에 누구나 볼 수 있도록 올려졌다.

원고와 경쟁 관계에 있는 사업자의 대리점을 각자 운영하고 있는 피고들(2명)은 유튜브의 옵션 기능인 임베딩(embedding)을 사용하여 원고 제작의 위 영상을 자신들의 웹사이트에 '프레임 링크' 방식으로 연결하여 제공하였다. 따라서 피고들의 웹사이트 방문자들은 유튜브나 원고의 인터넷 사이트를 거치지 않고 피고들의 사이트에서 클릭하기만 하면 직접 이 영상을 볼 수 있게 되었다.

원고는 피고들이 독일 저작권법 제19조a의 공중전달권(전송권)을 침해하였다고 주장하면서 피고들을 상대로 한 손해배상청구 소송을 독일 뮌헨지방법원에 제기하였다.

(2) 재판의 경과

뮌헨지방법원은 2011. 2. 2. 프레임 링크의 경우 이용자들에게 링크된 내용이 링크 설정자의 것으로 보이게 되므로 공중전달권(전송권)의 침해를 인정할 수 있다고 판단하여 원고의 청구를 인용하고 피고들에게 손해배상책임을 인정하는 판결을 선고하였다.⁴⁹⁾

그러나 항소심에서 뮌헨고등법원은 2012. 2. 16. 피고들의 항소를 인용하여 위 1심 판결을 파기하였다.⁵⁰⁾ 프레임 링크의 경우 웹사이트의 링크를 클릭하면 이용자의 컴퓨터에서 직접 타인의 웹사이트로 연결되며, 저작물이 호출되어 공중에게 전달될지 여부는 링크 설정자가 아니라 유튜브와 같은 플랫폼에 저작물을 업로드한 자가 결정하게 되므로 링크 설정자는 공중전달권(전송권)을 침해하지 않은 것으로 본 것이었다.

48) C-348/13, EU:C:2014:2315.(2014.10.21.) 이 판결에 대한 자세한 소개는 박희영, "사법재판소, 유튜브 동영상 임베딩은 허용된다", 저작권동향 제22호(한국저작권위원회, 2014.11.28.), 335~337면 참조.

49) LG München I, Urteil vom 2. Februar 2011 — 37 O 15777/10.

50) OLG München, Urteil vom 16. Februar 2012 — 6 U 1092/11.

상고심을 맡은 대법원은 2013. 5. 16. 고등법원의 견해를 수용하여 타인의 웹사이트에 업로드되어 있는 저작물을 프레임 링크 방식으로 자신의 웹사이트에 단순히 연결하는 것은 기본적으로 저작권법 제19조a의 공중전달권(전송권)에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁵¹⁾ 그러나 이러한 프레임 링크 방식의 서비스가 독일 저작권법상 열거되지 않은 공개재현권(제15조 제2항)에는 저촉될 가능성이 있다고 보아 이 조항의 근거 규정인 EU 저작권지침 제3조 제1항⁵²⁾에 대한 해석을 유럽사법재판소에 요청하였다.

(3) 유럽사법재판소의 판결 내용

유럽사법재판소(ECJ)는 2014. 10. 21. 위 사안과 같은 동영상 프레임 링크 설정행위는 정보사회 저작권 지침 제3조 제1항의 공중송신에 해당하지 않고 따라서 저작권 침해에 해당하지 않는다고 판결하였다.

사법재판소는 저작권 지침 제3조 제1항의 ‘공중송신’은 저작물이 지금까지 사용된 것과 다른 기술적 과정을 사용하여 재현되거나(예를 들어 3D 클립을 2D 클립으로 변환한 경우 또는 온라인으로만 볼 수 있도록 제공되는 영화를 다운로드할 수 있게 만든 경우 등) 또는 저작권자가 원래 공중송신을 허용했을 때의 공중(이용자)이 아니라 새로운 공중에게 재현되도록 한 경우(예를 들어 로그인을 해야만 볼 수 있는 영상을 로그인 없이도 모든 이용자가 볼 수 있게 한 경우)에 인정된다고 전제한 다음, 이 사안에서는 해당 저작물이 다른 웹사이트에서 저작권자의 허락 하에 모든 인터넷 이용자에게 이미 자유로운 접근이 가능하도록 제공되고 있으므로 저작권 지침 제3조 제1항의 ‘공중송신’에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 판시하였다. 요컨대, 어떤 웹사이트에서 공중에게 제공되고 있는 저작물을 프레임 링크의 방법을 사용하여 다른 웹사이트에 임베딩하는 행위는 해당 저작물이 새로운 공중에게 전달되는 것이 아니고 동시에 원래의 제공방법과는 다른 특별한 기술적 과정을 통해서 전달되는 것이 아닌 한 ‘공중송신’에 해당하지 않는다고 본 것이다.

(4) 검토

유럽사법재판소의 위 판결은 위 Svensson 사건 판결의 취지가 동영상 임베딩(프레

51) BGH, Beschluss vom 16. Mai 2013 — I ZR 46/12 — Die Realität.

52) 저작권지침 3조 1항 : Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

입 링크 방식)의 경우에도 그대로 적용됨을 확인한 것이라 할 수 있다. 특정 사이트를 통해 모든 인터넷 이용자에게 자유롭게 접근 가능하도록 제공되고 있는 저작물에 대한 링크인 한, 그것이 신문기사이든 동영상이든 불문하고 동시에 프레임 링크의 방식을 취하여 마치 링크 설정자의 웹사이트에서 제공하는 서비스인 것으로 느껴지게 하는 경우인지 여부를 불문하고, 그것은 ‘새로운 공중’에게 송신하는 것이 아니므로 EU 저작권 지침 제3조 제1항의 ‘공중송신’에는 해당하지 않고 따라서 저작권의 직접 침해에 해당하지 않는다는 것을 분명히 한 것이다.

4. GS Media 사건⁵³⁾

(1) 사실관계 및 재판의 경위⁵⁴⁾

2011.10.13. 및 같은 달 14. 플레이보이(Playboy) 잡지의 출판사인 Sanoma의 요청에 따라 사진 작가 에르메스(C. Hermès)가 이 사건 사진들(네덜란드의 여성 앵커인 Britt Dekker의 누드 사진들)을 찍었으며, 그것은 위 잡지 2011년 12월 호에 게재될 예정이었다. 그와 관련하여 에르메스는 Sanoma에 위 사진들에 대한 배타적 이용권을 부여하였다.

한편, GS Media는 웹 사이트인 GeenStijl을 운영하고 있다.이 사이트에서 제공하는 정보에 따르면 동 사이트는 “뉴스, 스캔들 폭로 및 조사 저널리즘, 가벼운 가십성 내용과 별난 이야기들”을 담으며, 매일 230,000 명이 넘는 방문자가 들르는 사이트로서 네덜란드 뉴스 사이트 중에서 가장 많이 방문하는 웹 사이트 10곳 중 하나에 해당한다.

2011. 10. 26. GeenStijl 웹 사이트의 편집자는 어느 익명의 사람으로부터 메시지를 받았는데, 여기에는 호주에 소재한 웹스토리지 사이트인 Filefactory.com 웹사이트(이하 “Filefactory 웹 사이트”라 한다)에 올려진 전자 파일에 대한 하이퍼 링크가 포함되어 있었고, 그 전자 파일에는 문제의 사진이 들어 있었다.

같은 날 Sanoma는 GS 미디어의 모회사에 이 사건 사진들이 GeenStijl 웹사이트에 게시되지 않도록 막아달라고 요청하였다.

2011. 10. 27. ‘Dekker의 ...누드 사진들’이라는 제목의 기사가 GeenStijl 웹사이트에 게시되었는데, 이 기사는 이 사건 사진들 중 하나의 일부분을 포함하고 있고, “그리고 지금, 당신이 기다리고 있는 사진들에 대한 링크”라는 문구로 끝나며, 그 문

53) C-160/15, EU:C:2016:644.; 2016.9.8. 결정.

54) 유럽사법재판소의 이 사건에 대한 판결앞 부분에서 자세히 기술하고 있는 내용을 거의 누락 없이 번역하여 인용한다.

구에 걸린 하이퍼링크를 클릭하면 이용자들은 Filefactory 웹 사이로 이동하여 거기에 있는 또다른 링크를 통해 각 파일마다 그 사진들 중 하나를 포함한 11개의 전자파일들을 다운로드할 수 있게 되었다.

같은 날, Sanoma는 GS Media의 모회사에 이 사건 사진들에 대한 하이퍼링크가 GeenStijl 웹 사이트에서 삭제되었음을 확인할 것을 요구하는 이메일을 보냈다. 하지만 GS 미디어는 그 요구에 응답하지 않았다.

그러나 Sanoma의 요청에 따라 Filefactory 웹 사이트에 게재된 사진들은 삭제되었다.

2011. 11. 7.자 서한을 통해 Sanoma 등의 변호인은 GS Media가 GeenStijl 웹 사이트에서 2011. 10. 27 일자 기사에 있는 하이퍼 링크, 포함된 사진 및 해당 웹 사이트의 동일한 페이지에 게시된 사용자의 반응들을 삭제할 것을 요구했다.

같은 날 GS 미디어와 Sanoma 등 사이의 분쟁에 관한 기사가 GeenStijl 웹 사이트에 게시되었는데, 그 기사는 마지막 부분에“업데이트 : 아직 Dekker의 nude 사진들을 보지 못했나요? 그것들은 ‘여기’ 있습니다.”라는 문구를 제시하고 다시 해당 사진들 중 하나 이상을 볼 수 있는 Imageshack.us라는 웹사이트에 접근할 수 있는 하이퍼링크를 걸어 두었다. 하지만 그 웹사이트의 운영자는 그 사진들을 제거해 달라는 Sanoma의 요청을 수용하였다.

그 후 2011. 11. 17. “Bye Bye Wave Wave Playboy”라는 제목의 세 번째 기사가 GeenStijl 웹 사이트에 실렸고, 거기에는 이 사건 사진들에 대한 하이퍼 링크가 다시 포함되었다. 그 웹 사이트의 포럼 사용자들도 문제의 사진을 볼 수있는 다른 웹사이트에 대한 새로운 링크들을 게시했다.

2011 년 12월에 이 사건 사진들이 플레이보이 잡지에 실렸다.

Sanoma 등은 네덜란드의 암스테르담 지방법원(rechtbank Amsterdam)에 GS 미디어를 상대로 동사가 운영하는 GeenStijl 웹사이트에서 위와 같은 하이퍼링크와 사진 일부분을 게시함으로써 에르메스의 저작권을 침해하고 사노마와 다른 원고들의 권리를 침해하는 불법행위를 했다고 주장하면서 침해소송을 제기하였다. 암스테르담 지방법원은 대체로 원고들의 청구를 인용하는 판결을 내렸다.

암스테르담 항소법원(Gerechtshof Amsterdam)은 1심판결과 달리 GS 미디어가 GeenStijl 웹사이트에 하이퍼 링크를 게시한 것은 저작권 침해를 구성하지 않는다고

판시하였다. 이 사건 사진들은 이미 Filefactory 웹 사이트를 통해 공중에게 공개되어 있었다는 것이 그 이유로 제시되었다. 다만 항소법원은 해당 링크를 게시함으로써 GS Media는 해당 웹 사이트 방문자들로 하여금 Filefactory 웹 사이트에 불법 게시된 이 사건 사진들을 보도록 유도한 것은 그러한 하이퍼링크가 없었다면 그 사진들을 쉽게 찾을 수 없었을 것이라는 점을 감안할 때 Sanoma 등에 대한 불법행위로 보아야 한다고 판시하였다. 또한 같은 항소법원은 GS 미디어가 GeenStijl 웹사이트에 이 사건 사진들 중 하나의 일부분을 게시함으로써 에르메스의 저작권을 침해하였다고 판결했다.

GS Media는 네덜란드 연방대법원(Hoge Raad der Nederlanden)에 상고하였다. 원고인 Sanoma 등도 그 패소부분에 대하여 상고하면서, 상고이유로 특히 앞서 본 스벤손 사건에 대한 ECJ 판결을 근거로 하여, 저작권자의 동의 없이 저작물이 올려진 웹사이트에 대한 하이퍼링크를 인터넷 이용자들에게 제공하는 것은 공중송신을 구성한다고 주장하였다. Sanoma 등은 나아가, Filefactory 상의 사진들에 정상적으로 접근할 수 있었을 공중에 비하여 더 넓은 범위의 공중에게 이용가능하게 되도록 GS 미디어와 그 웹사이트가 개입함으로써 Filefactory 웹사이트에 올려진 사진들에 대한 접근 ‘제한조치’를 우회한 것으로 보아야 한다고 주장하였다.

대법원은 이러한 쌍방상고 사건을 검토하면서 저작물이 이전에 사실상 공표되었으나, 저작권자의 동의를 받지 않고 공표된 경우에 ‘공중송신’이 있다고 볼 것인지의 쟁점에 대하여, ECJ의 Svensson 사건 판례 및 BestWater 사건 판례만 보아서는 충분한 확신을 가지고 결론을 내릴 수 없다고 판단하였다. 한편으로는 링크설정자의 ‘개입’이 권리자가 이전에 그 동의를 주었다고 볼 수 없는 공중에게 그 저작물이 접근가능하도록 하였는지 여부가 입증되어야 한다는 것이 ECJ 판례에서 귀결되는 논리이지만, 다른 한편으로는 어떤 저작물이 이미 인터넷상으로 일반공중에게 이용가능하게 되어 있는 상황이라면 그 저작물이 이미 올려져 있는 그 사이트로 하이퍼링크를 설정하는 것은 실제로 새로운 공중에게 접근가능하게 하는 것이 아니라고 볼 수도 있는 것이다. 나아가 인터넷상에 저작권자의 동의 없이 공중에게 전달되는 많은 저작물이 있다는 사실도 또한 고려되어야 할 것이다. 웹 사이트 운영자는 저작물이 게시되어 있는 웹사이트에 하이퍼링크를 달려고 할 경우 권리자가 해당 저작물의 게시에 동의했는지 여부를 확인하는 것이 항상 쉽지는 않을 것이다. 연방대법원은 나아가, Svensson 사건 판결에서 말하는 ‘제한조치’를 구성하는 것이기 위하여 충족되어야 할 조건들의 문제가 상고이유로 제기되고 있음을 인식하고, 그와 관련하여 이 사건 사진들은 GS 미디어가 GeenStijl 웹 사이트에 하이퍼 링크를 올리기 전에도 인터넷에서 찾기가 불가능하지 않았지만 쉽게 찾을 수는 없어서 해당 사이트에 해당 링크를 게시한 사실이 그 사진들에 대한 접근을 크게 촉진하였다는 것을 지적하였다.

이러한 상황에서 네덜란드 대법원은 절차진행을 정지하고 다음의 질문에 대한 선결적 판결을 받기 위해 ECJ에 사건을 회부하기로 결정했다.

1 (a) 저작권자가 아닌 어떤 사람이 자신이 운영하는 웹사이트에 제3자가 관리하고 일반 인터넷 사용자가 액세스할 수 있으며 저작물이 저작권자의 동의 없이 이용가능하게 되어 있는 웹사이트를 하이퍼링크의 방법으로 연결하고 있다면, 그것은 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 공중송신을 구성하는가?

(b) 그 저작물이 이전에 어떤 다른 방법으로 권리자의 동의하에 공중에게 전달된 바가 없다면 결론이 달라지는가?

(c) 하이퍼링크 설정자가 위 1(a)에서 언급된 제3자의 웹사이트에 저작물을 올려 둔 것에 대하여 저작권자의 동의가 없었다는 사실 및 그 저작물이 이전에 어떤 다른 방식으로 권리자의 동의하에 공중에게 전달된 바도 없다는 사실에 대하여 알고 있는지 여부 또는 알았어야 하는지 여부가 중요한 의미를 가지는가?

2 (a) 질문 1(a)가 부정적으로 답변된 경우 : 그 하이퍼링크에 의하여 연결되는 웹사이트 및 거기 올려진 저작물이 참으로 일반 인터넷 이용자(일반 공중)에게 발견가능한 하지만 그렇게 쉽게 발견할 수는 없어 하이퍼링크가 그 저작물의 발견을 크게 촉진하는 경우라면, 공중송신이 있다고 볼 수 있는가?

(b) 질문 2(a)에 답함에 있어서, 그 하이퍼링크 설정자가 하이퍼링크가 연결하는 웹사이트가 일반 인터넷 이용자(일반 공중)에 의하여 쉽게 발견될 수 없다는 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부가 중요한 의미를 가지는가?

3 하이퍼링크의 방법으로, 이전에 저작권자의 동의 하에 공중에게 전달된 바 없는 저작물에 대한 접근이 제공된 경우에 이를 공중송신으로 볼지 여부의 질문에 답함에 있어서 고려되어야 할 다른 상황들이 있는가?

(2) 유럽사법재판소의 판결내용

함께 검토되어야 할 것으로 보이는 세 가지 질문들에 의하여 네덜란드연방대법원(이하 '조회법원'이라 함)은 본질적으로 어떤 가능한 상황들의 경우에 어떤 웹사이트에 다른 웹사이트에서 저작권자의 동의 없이 자유롭게 이용가능하게 되어 있는 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것이 저작권지침 3조 1항에서 말하는 '공중송신'에 해당하는지를 묻고 있다.

그 질문과 관련된 맥락 속에서, 동 법원은 문제가 된 저작물들이 아직 어떤 다른 방식으로 저작권자의 동의하에 공표된 바가 없다는 사실, 그 하이퍼링크를 제공하는 것이 그 저작물들을 발견하는 것을 훨씬 쉽게 한다는 사실, 그리고 그 링크를 게시한 사람이 그러한 사실들과 권리자들이 후자의 웹사이트에 해당 저작물들을 공표하는 것에 대하여 동의를 하지 않았다는 사실을 인식하였는지 또는 인식하였어야 한다는 사실이 결론에 어떤 영향을 미칠 수 있을지의 질문을 제기하고 있다.

저작권지침 제3조 제1항에 의하면, 회원국들은 저작자들에게 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 그 저작물에 접근하여 이용할 수 있는 권리를 포함하여 유선 또는 무선의 방법으로 그 저작물을 공중에게 송신하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리를 부여하여야 한다. 따라서 그 규정 하에서, 저작자들은 저작자들에게 자신들의 저작물의 가능한 이용자와 그 이용자들이 행하려고 고려할지도 모르는 공중송신 사이에 그러한 사용을 금지하기 위해 개입할 수 있도록 허용하는 본질적으로 금지적인 성격의 권리를 가진다.

저작권지침 제3조 제1항은 공중송신 개념을 정의하지 않고 있으므로, 그 의미와 범위는 그 지침이 추구하는 목적과 그 규정이 해석되는 맥락을 고려하여 결정하여야 한다.

그와 관련하여, 저작권 지침의 목적이 저작자들에게 높은 수준의 보호를 제공하여 그들이 공중송신의 경우를 포함하여 자신의 저작물에 대한 이용에 대한 적절한 보상을 받을 수 있도록 하는 것에 있다는 것은 지침 전문 (9)와 (10)을 통해 확인할 수 있다.

동시에, 전문 (3)과 (31)을 통해, 동 지침에 의하여 도모되는 ‘조화’는 특히 전자적 환경에서, 한편으로 유럽연합의 기본권 헌장 제17조 (2)에 의해 보장되는 저작권자 및 저작인접권자의 지적재산권을 보호하는 바의 이익과 다른 한편으로 동 헌장 제11조에 의해 보호되는 저작물 이용자들의 이익과 기본권의 보호, 특히 표현의 자유 및 정보의 자유, 그리고 그들의 일반적 이익의 보호 사이에 공정한 균형을 유지하는 것임을 확인할 수 있다.

본 재판소가 이전에 판결한 바와 같이, ‘공중송신’ 개념은 두 가지의 요소를 포함하는데, 그것은 공중에의 ‘송신’행위와 ‘공중’에의 저작물의 송신이라는 요소(‘송신’과 ‘공중’)이다. 나아가 본 재판소는 공중송신의 개념은 개별적 평가를 요한다는 것을 분명히 하였다.

그러한 평가를 위해서는 상호간 독립적이기보다 상호의존적인 몇 가지의 보충적인 요소들이 고려되어야 한다. 그러한 요소들은 다른 상황들에서 넓은 폭으로 다른 정도로 나타나기 때문에 그것들은 개별적으로 및 다른 요소들과의 상호관계 속에서 고려되어야 한다.

본 재판소가 첫 번째로 강조해 온 판단요소는, 이용자에 의한 불가결의 역할과 그 개입의 의도적 성격이다. 이용자는 그 행동의 결과를 충분히 인식하면서 그 고객들에게 저작물에 대한 접근을 제공하기 위해 개입하며, 특히 원칙적으로 그 개입행위가 없으면 그 고객들이 전달되는 저작물을 향유할 수 없는 상황에서 그렇게 할 때 ‘공중 송신’을 하는 것으로 판단된다.

두 번째로, 본 재판소는 ‘공중’의 개념은 불특정한 수의 잠재적 시청자들을 말하며 나아가 상당히 많은 수의 사람들을 뜻한다고 밝혀 왔다.

나아가 ‘공중송신’에 해당하기 위하여는 저작물이 이전에 사용된 것과는 다른 특정한 기술적 수단을 사용하여 송신되어야 하며 그렇지 않으면 ‘새로운 공중’, 즉 저작권자들이 저작물에 대한 최초의 공중송신을 허락할 때 기히 고려하지 않은 공중에게 송신되어야 한다(Svensson 사건 판결 등).

세 번째로, 재판소는 저작권 지침 제3조 제1항에서 말하는 송신의 의미는 영리적 성격의 것을 말하는 것으로 보는 것이 적절하다고 밝혀 왔다. 본 사건에서 문제된 상황과 같이 어떤 웹사이트에 다른 웹사이트에서 저작권자의 동의 없이 자유롭게 이용 가능하게 되어 있는 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것이 지침 3조 1항에서 말하는 ‘공중송신’을 구성하는지 여부를 판단함에 있어서 특히 이러한 판단요소들을 고려하여야 한다.

그와 관련하여, 2014.2.13.자 Svensson 사건 판결에서 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용할 수 있는 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것은 그 규정에서 말하는 공중송신을 구성하지 않는 것으로 규정해석(그 해석은 이후 BestWater International 사건에서 프레임 링크의 경우에도 적용되는 것으로 판단된 바 있다)을 한 것에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.

그러나 이 판결들에서 제시된 이유를 보면, 본 재판소가 문제된 송신 행위는 새로운 공중을 대상으로 이루어진 것이 아니라는 근거 하에 공중송신이 없다고 한 것은, 단지 저작권자의 동의하에 다른 웹사이트에 자유롭게 이용가능하게 된 상태에 있는 저작물들에 대한 하이퍼링크를 게시한 경우에만 적용할 의도를 가진 것이었음을 알 수 있다.

그러한 맥락에서, 본 재판소는, 그 하이퍼링크와 그것이 연결하는 웹사이트가 동일한 기술적 수단, 곧 인터넷을 이용하여 저작물에 대한 접근을 제공하고 있는 한, 그 링크가 새로운 공중을 대상으로 한 것이어야 한다고 판시하였다. 그렇지 않은 경우, 특히 그 저작물이 저작권자의 허락 하에 다른 웹사이트상에 모든 인터넷 이용자들에게 이미 자유롭게 이용가능한 상태로 제공되고 있을 경우, 그 행위는 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 공중송신에 해당하는 것으로 볼 수 없다는 것이다. 실제로, 해당 저작물이 하이퍼링크가 접근을 허용하는 웹사이트에서 자유롭게 이용가능하게 된 순간, 그리고 그것이 유지되는 동안, 그 저작물의 저작권자들은 그러한 송신에 대하여 동의를 함으로써 모든 인터넷 이용자들을 '공중'에 포함하였다는 것을 고려하여야 한다.

따라서 Svensson 사건 판결이나 BestWater International 사건 판결로부터, 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용할 수 있게 제공되었지만 저작권자의 동의 없이 그렇게 된 경우에 그 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것이 원칙적으로 저작권 지침 제 3조 제1항에서 말하는 공중송신의 개념에서 제외될 것이라는 결론이 도출될 수는 없다.

오히려 이 판결들은 위 규정이 공중에게 저작물을 송신하는 모든 행위는 저작권자의 허락을 받아야 한다고 명시적으로 규정하고 있음을 전제로, 위 규정의 해석에 있어서 그러한 동의가 가지는 중요성을 확인하고 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 GS 미디어, 독일, 포르투갈 및 슬로바키아 정부와 유럽 집행위원회(European Commission)는 다른 웹 사이트에 게시된 저작물에 대한 링크를 그 저작물의 저작권자들이 인터넷상의 공표에 동의하지 않았다는 이유로 모두 자동으로 '공중송신'으로 보는 것은 표현의 자유와 정보의 자유에 대해 대단히 제한적인 결과를 초래할 것이며, 저작권 지침이 그러한 자유 및 공중의 이익이라는 축과 다른 한편에서 지적재산권의 효과적 보호에 대한 저작권자의 이익이라는 축 사이에 설정하고자 하는 올바른 균형과 일치하지 않을 것이라고 주장한다.

이와 관련하여 인터넷은 실제로 헌장 제11조에 의해 보장되는 표현의 자유와 정보의 자유에 특히 중요하며, 하이퍼링크는 인터넷의 적정한 운영과 엄청난 양의 정보를 이용할 수 있는 특징을 가진 동 네트워크 내의 의견 및 정보의 교환에 기여한다는 것에 주목할 필요가 있다. 나아가, 특히 그러한 링크를 게시하는 개인들이 그 링크가 연결하는 웹사이트가 보호되는 저작물에 대한 접근을 제공하는지, 그리고 필요할 경우 그 저작물들의 저작권자가 인터넷상의 공중송신에 대하여 동의하였는지 여부를 확인하는 것은 어려울 수 있다. 그러한 확인은 그러한 권리들이 이용허락을 받은 사람의 재이용허락(sub-license)의 대상이 될 수도 있는 상황에서는 더욱 어렵다. 더구나

하이퍼링크가 접근을 가능하게 하는 웹사이트의 내용은 그 링크 설정 이후에 변경되어 링크 설정자가 모르는 상태에서 변경될 수도 있다.

따라서, 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 ‘공중송신’에 대한 개별적인 평가라고 하는 목적을 이루기 위해서, 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용가능한 저작물에의 하이퍼링크를 제공하는 것이 그렇게 함에 있어서 이익을 추구하지 않는 사람에 의하여 행해질 경우에는, 그 제공자가 해당 저작물이 저작권자의 동의 없이 인터넷에 공표되었다는 것을 모르고 있거나 합리적으로 알 수 없다는 사실을 고려할 필요가 있다.

실제로, 그러한 사람은 일반적으로 고객들에게 인터넷에 불법적으로 게시된 저작물에 대한 접근을 제공하기 위해 일반적으로 그의 행위의 결과에 대한 완전한 지식을 가지고 개입하는 것은 아니다. 또한 하이퍼 링크를 통해 접근할 수 있는 웹 사이트에서 이미 무제한으로 해당 저작물에 대한 접근을 할 수 있게 되어 있는 경우에 모든 인터넷 이용자들은 원칙적으로 해당 ‘개입’ 행위가 없어도 이미 접근가능성을 가진다.

그와는 대조적으로, 예컨대 그 사람(링크 제공자)이 저작권자들에 의하여 그에 대한 통지를 받은 사실로 말미암아, 그가 제공하는 하이퍼링크가 인터넷상에 불법적으로 업로드되어 있는 저작물에 대한 접근을 제공하는 것을 알았거나 알았어야 한다는 것이 입증된다면, 그 링크의 제공은 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 ‘공중송신’을 구성하는 것으로 보아야 할 것이다.

링크가 그것이 게시되는 웹사이트의 이용자들로 하여금 저작물이 업로드되어 있는 사이트에 의하여 취해진 제한조치를 우회할 수 있도록 하는 경우에도 그러한 링크의 게시는 그 이용자들이 그러한 개입이 없으면 그 저작물을 이용할 수 없는 의도적 개입에 해당한다는 점에서, 동일한 법리가 적용된다.

또한, 하이퍼링크의 게시가 이익을 위해 수행 될 때, 그러한 링크를 게시한 사람은 해당 저작물이 해당 하이퍼링크가 연결하는 웹사이트에 불법적으로 게시된 것이 아니라는 것을 확인하기 위해 필요한 점검을 수행할 것을 기대할 수 있다. 따라서 그 경우 링크제공자가 해당 저작물의 저작권보호를 받는 성격과 저작권자가 인터넷에 게시하는 데 동의하지 않았을 가능성에 대한 충분한 지식을 가지고 게시한 것으로 추정해야 한다. 그러한 상황에서, 그러한 추정이 복멸되지 않는 한, 인터넷에 불법적으로 업로드된 저작물에 하이퍼링크를 게시하는 행위는 저작권 지침 3조 1항의 의미에서 ‘공중송신’을 구성한다.

하지만 새로운 공중이 없다면, 위 규정에서 말하는 ‘공중송신’은 없으며, 따라서 하이퍼링크가 접근을 허용하는 저작물들이 이미 저작권자의 동의하에 다른 웹 사이트에

서 자유롭게 사용할 수 있게 된 상태라면, 그 하이퍼링크의 제공은 공중송신에 해당하지 않는다.

저작권 지침 3조 1항에 대한 이러한 해석은 저작자들을 위해 동 지침에 의하여 추구되는 바 높은 수준의 보호를 제공한다. 실제 그러한 지침의 규정 하에, 그 5조 3항에 의하여 설정된 제한범위 내에서, 저작권자들은 그 저작물을 웹사이트상에 최초로 업로드한 사람만이 아니라 그 웹사이트에 불법적으로 공개된 저작물에 대한 하이퍼링크를 수익을 목적으로 게시하는 사람 및 위에서 본 조건을 갖춘 경우에는 경제적 이익을 추구함이 없이 그러한 링크를 게시한 사람들에 대하여도 침해소송을 제기할 수 있다.

이와 관련하여, 저작권자들은 모든 경우에 그러한 사람들에게 인터넷에 자신들의 저작물이 올려진 것의 불법적 성격과 그 링크를 삭제하는 것을 거절하면 법적 조치를 취할 가능성이 있다는 것을 알릴 가능성을 가지고 있고 그 사람들은 제5조 3항에 나열된 예외 중 하나로 항변할 수 없을 가능성이 많다는 것에 유의할 필요가 있다.

본건의 사안과 관련하여, GS 미디어가 GeenStijl 웹 사이트를 운영하고 있고 이익을 취하기 위해 Filefactory 웹사이트에 올려진 이 사건 사진들이 포함된 파일들에 대한 하이퍼링크를 제공하였다는 것은 명백한 사실이다. Sanoma가 이 사건 사진들의 인터넷 게재를 승인하지 않았다는 것도 분명하다.

더욱이 GS 미디어가 그 사실을 알고 있었고 따라서 그러한 링크를 게시하는 것이 그 공표물의 불법적 성격에 대한 완전한 인식 하에 이루어졌다고 하는 추정이 복멸되지 않았다는 것이 위에서 본 사실인정의 논리적 귀결이다.

이러한 경우, 조희법원에 의한 최종 검토가 이루어질 것을 전제로, 해당 링크를 게시함으로써 GS Media는 저작권 지침 3조 1항의 의미에서 ‘공중송신’을 한 것으로 보인다. 그러한 맥락에서 위 법원이 언급한 ‘다른 상황들’을 따질 필요는 없다.

이상의 검토사항들과 관련하여, 제기된 질문들에 대한 답은 저작권 지침 3조 1항의 해석, 적용에 있어서 웹사이트에 저작권자의 동의 없이 다른 웹사이트에 자유롭게 이용가능하게 제공되어 있는 저작물들에 대한 하이퍼링크를 게시한 사실이 동 규정에서 말하는 ‘공중송신’에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 그 링크들이 그 다른 웹사이트에의 해당 저작물 게재의 불법적 성격을 몰랐거나 합리적으로 알 수 없었던 사람에 의하여 영리 목적 없이 제공되었는지, 아니면 그 반대로 이들 링크가 그 불법성에 대한 인식이 추정되어야 할 상황에서 영리목적으로 제공되었는지 여부가 먼저 판단되어야 하는 것으로 해석되어야 한다는 것이다.

...

이상의 근거 하에, 본 재판소(제2실)는 다음과 같이 판결한다. 저작권 지침 3조 1항의 해석, 적용에 있어서 웹사이트에 저작권자의 동의 없이 다른 웹사이트에 자유롭게 이용가능하게 제공되어 있는 저작물들에 대한 하이퍼링크를 게시한 사실이 동 규정에서 말하는 ‘공중송신’에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 그 링크들이 그 다른 웹사이트에의 해당 저작물 송신의 불법적 성격을 몰랐거나 합리적으로 알 수 없었던 사람에 의하여 영리 목적 없이 제공되었는지, 아니면 그 반대로 이들 링크가 그 인식이 추정되어야 할 상황에서 영리목적으로 제공되었는지 여부가 먼저 판단되어야 하는 것으로 해석되어야 한다는 것이다.

(3) 검토

유럽사법재판소의 위 판결은 불법복제물에 대한 링크설정 행위가 일정한 조건 하에 EU 저작권 지침 제3조 제1항에서 말하는 공중송신에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것을 명확히 한 최초의 판결로서 큰 의미를 가진다. 위 판결이 그 조건으로 제시한 것은, 1) 그 링크에 의하여 연결되는 웹사이트에 저작물이 업로드되어 있는 것이 저작권자의 허락 없이 불법적으로 이루어진 것을 알거나 알 수 있었던 이용자에 의하여 이루어질 것과 2) 영리를 목적으로 링크한 경우에 그 불법성 인식에 대한 추정이 복멸되지 않을 것 등의 두 가지이다.⁵⁵⁾ 그런데 이 두 가지는 이른바 ‘AND’ 조건이 아니라 ‘OR’조건으로 연결되는 것임을 유의할 필요가 있다. 즉, 위 1)과 2)의 조건을 동시에 충족하여야 공중송신 개념에 해당하는 것이 아니라 위 1)과 2) 중 어느 하나에 해당하기만 하면 공중송신 개념에 해당하는 것으로 보고 있는 것이다. 이러한 결론에 비추어볼 때, 위 판결은 저작권자의 정당한 권익 보호와 인터넷상의 표현의 자유라고 하는 두 가지 목적가치 사이에 균형을 이루고자 하는 의도를 가지면서도 저작권자의 정당한 권익 보호에 소홀함이 없도록 하는 면에 보다 큰 관심을 기울인 것으로 보인다. 이러한 유럽사법재판소의 판결은 우리 저작권법의 개정에도 크게 참고할 만한 부분이라 생각된다.

5. 종합적 검토

(1) 직접침해의 성부

이상과 같이 ECJ는 위 세 판결을 통해, 링크제공자의 행위가 어떠한 요건 하에 저작권자의 공중송신권에 대한 직접침해를 구성하는지와 관련하여 그 판단기준을 비교

55) 네덜란드연방대법원이 질문한 사항 중 ‘링크된 불법복제물이 인터넷상에서 쉽게 찾을 수 있는지 여부’ 등의 요소는 위 판단에 영향을 미치지 않는 것으로 본 취지라 할 수 있다. 그러한 요소까지 판단기준으로 삼을 때 판단하기가 어렵고 애매해지는 면이 클 것이라는 점에서 그것을 판단기준으로 삼지 않은 ECJ의 입장이 타당한 것으로 생각된다.

적 명료하게 제시하고 있다. 그 내용을 간략히 정리해 보면 다음과 같다.

1) 인터넷 링크 설정 및 제공행위가 EU 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 공중송신에 해당하기 위해서는 링크를 제공하는 것이나 링크된 웹사이트의 저작물 송신이나 모두 인터넷이라는 동일한 기술적 방식으로 행해지는 이상 링크제공이 '새로운 공중'에 대하여 이루어질 것으로 요건으로 한다.

2) 만약 링크된 저작물이 이미 저작권자들의 허락 하에 인터넷 이용자라면 누구나 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 제공되고 있다면, 그것은 이미 '모든' 공중에게 제공된 것이므로, 그에 대한 링크의 설정 및 제공이 '새로운 공중'에 대한 것이라고 볼 수 없으므로 위 지침상의 '공중송신' 개념에 해당하지 않고 따라서 저작권의 직접 침해행위로 보지 않는다. 이 경우 링크의 방식 내지 유형의 차이는 문제 되지 않고, 프레임 링크 등의 경우도 마찬가지인 것으로 보아야 한다.

3) 그러나 저작권자 등에 의하여 설정된 일정한 제한조치(예컨대 로그인 절차)에 의하여 접근이 제한된 저작물등에 대하여 그 기술조치를 우회하여 접근하게 하는 링크를 설정하여 제공하는 경우에는 '새로운 공중'에게 제공하는 것으로 볼 수 있으므로, 공중송신권 침해가 성립하는 것으로 보아야 한다.

4) 나아가, 링크된 저작물(복제물)이 저작권자등의 허락 없이 불법적으로 어떤 웹사이트에 올려진 것인 경우라면, 그것을 링크하여 제공하는 것도 일정한 조건 하에 공중송신에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그 조건은 위에서 본 바와 같이, 불법성에 대한 인식 여부, 영리목적의 유무 등과 관련된 것이다.

링크제공자의 저작권 침해여부와 관련한 ECJ의 위와 같은 입장은 적어도 불법복제물에 대한 링크설정행위에 관한 한 비교적 폭넓게 직접침해 책임을 인정하고 있다는 점에서, 위에서 본 미국이나 우리나라의 판례입장과 큰 차이를 보이고 있다. 어느 입장이 타당한지에 대하여 단언할 수는 없지만, 우리가 이 문제와 관련하여 저작권자의 정당한 권익을 보호하기 위한 개정입법을 할 경우에는 ECJ의 위와 같은 판례 태도를 참고할 필요가 있을 것이라 생각한다.

(2) 간접침해의 성부⁵⁶⁾

위에서 살펴본 세 사건에 대한 유럽 사법재판소의 판결은 '간접침해'에 대한 문제에 대하여는 전혀 언급하고 있지 않다. 따라서 특정 사이트에서 누구나 접근하여 이용할 수 있도록 제공되고 있는 저작물의 불법복제물을 다른 사이트에서 제공하고 있

56) 이해완, 앞의 논문, 262면.

는 것을 링크하여 제공하는 행위가 위에서 요구하는 조건을 충족하지 못하여 직접침해는 아닌 것으로 판단되더라도 그러한 링크제공행위가 그에 따른 다운로드 및 송신 행위 등에 대한 관계에서 저작권 침해방조행위로 문제될 수 있는 가능성은 남아 있는 것으로 생각된다. 즉, 위 판결은 링크제공행위에 대하여 우리 판례가 인정하지 않는 직접침해의 가능성을 제한적으로 인정한 것일 뿐, 간접침해의 가능성을 부정한 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.⁵⁷⁾

III. 영국

1. 서설

ECJ의 Svensson 사건 판결이 난 후 아직 GS Media 사건 판결이 선고되기 전에, 영국고등법원은 영상저작물의 불법복제물에 대한 링크가 공중송신권 침해에 해당할 수 있다는 판결을 선고한 바 있다. 아래에서 그 판결의 내용을 소개한다.

2. Paramount v. Sky⁵⁸⁾

(1) 사실관계

원고들은 영화제작사들이고, 피고들은 영국의 인터넷 서비스 제공자들이다. 원고들은 피고들이 운영하는 네 개의 웹사이트 즉 vooz.co (‘Vooz 웹사이트’), megashare.info (‘Megashare 웹사이트’), watch32.com (‘Watch32 웹사이트’) 등 (이들을 묶어 ‘타깃 사이트’라 칭함)에 대한 접속 차단을 청구하였다.

판결문에 의하면 다음의 사실들이 증거에 의하여 인정된다.

- 1) 원고들은 타깃 사이트의 운영자에게 어떤 라이선스도 부여한 적이 없다.
- 2) 타깃 사이트의 목적은 저작권의 보호를 받는 콘텐츠를 이용 가능하게 만드는 것이며, 여기에는 원고들이 저작권을 가지고 있는 콘텐츠도 포함된다.

57) 저작권 간접침해 성립 여부의 문제는 EU 저작권지침에서 회원국 간 조화를 규정의 대상으로 삼지 않은 영역이므로 회원국 간 입장 차이가 있을 수 있다. Jeremy de Beer•Mira Burri, supra, 104; Pekka Savola, supra, 284. 한 사례로, 불법 MP3음악파일 사이트들에 링크를 건 사안에 대하여 벨기에 안트워프 지방법원이 “불법적으로 음악을 다운로드 받을 수 있는 사이트에 링크를 한 것은 불법을 저지르는 데 필요한 열쇠를 준 것과 다름이 없는 것으로서 불법행위를 선동한 것에 대한 책임을 져야 한다”고 판시한 사례(김현철, “링크제공자의 저작권법상 책임에 관한 소고”, 계간 저작권 2002 여름호, 56면)가 있다.

58) Paramount Home Entertainment International Ltd and others v British Sky Broadcasting Ltd and others [2014] EWHC 937 (Ch), 18 February 2014. (사건번호: HC13D05471). 판결내용의 소개는 한국저작권위원회 침해정보심의팀의 박현주 연구원이 2015.1.14. 작성한 판결전문 번역문을 참고하여, 필자가 발췌, 요약하면서 일부 수정을 한 것임을 밝힌다.

3) 그 콘텐츠들은 영화 또는 텔레비전 영상물로 구성되어 있다.

4) 타깃 사이트 운영자(주로 역외에 근거지를 두고 있는 경우가 대부분임)들은 명백하게 자신들이 저작권 침해에 대한 책임이 있다는 것을 알고 있다.

5) 타깃 사이트는 다른 곳보다도 영국 사용자를 주된 대상으로 하고 있다.

6) 타깃 사이트에서 제공되는 콘텐츠 중 저작권의 보호를 받는 콘텐츠의 비율은 Viooz 웹사이트가 90% 이상, 메가쉐어 웹사이트는 100%, zMovie 웹사이트는 87% 이상, Watch32 웹사이트는 95% 이상이었다.

7) 다만 타깃 사이트 그 자신은 저작권 침해 콘텐츠를 서버에 저장하지 않으며, 대신 콘텐츠를 링크하면서, 그것을 카테고리별로 분류하고, 그 출처를 안내하며, 전체적인 구성을 적절하게 조정, 편집하고, 검색 기능을 제공함으로써 타깃 사이트의 방문자들이 보고 싶은 영화나 텔레비전 프로그램을 빠르게 찾을 수 있게 하는 서비스를 제공한다.

8) 대개 타깃 사이트에 내장된 플레이어(embedded player)가 사용자로 하여금 영화나 텔레비전 프로그램을 재생(스트리밍)해 볼 수 있게 해 주는데, 그 스트리밍 자체는 다른 사이트에서 호스팅되는 것이다. 다만 타깃 사이트의 사용자는 그 하이퍼링크가 역외 운영자로부터 유래된 불법 콘텐츠를 사용자에게 연결시켜주는 식으로 작동한다는 것을 알지 못할 가능성이 많다.

(2) 영국고등법원의 판결 내용

판결은 이전의 선례를 인용하는 등의 방식으로 다음과 같은 법리를 제시하고 있다.

1) ‘공중송신’은 폭넓게 해석되어야 한다.

2) ‘공중송신’은 유선 혹은 무선의 수단으로, 송신이 행해지는 장소에 있지 않은 공중에게 전송 혹은 재전송하는 행위를 포함한다.

3) 공중의 일원이 중재 행위 없이는 즐길 수 없었을 저작물에 접근할 수 있게 해주는 경우 ‘송신’ 행위를 한 것이라고 볼 수 있다.

4) 어떤 저작물이, 공중이 그 저작물에 실제로 접근했는지 여부와 상관없이 어떤 사람이 공중에 대한 접근을 형성하는 방식으로 공중에게 이용 가능하게 되었다면 이는 ‘송신’이 있었다고 말하기에 충분하다.

5) ‘공중’은 쉽게 가늠할 수 없는 숫자의 잠재적 수용자를 이르며, 상당히 많은 수의 사람을 의미하는 개념이다.

6) 새로운 송신행위가 있지만 원래의 송신 행위에 쓰인 수단과 다르지 않은 기술적 수단이 사용된 경우에는 그 송신 행위가 저작자가 원래의 송신을 승인할 때에 고려되지 않은 새로운 공중에게 송신되었음을 증명해야 한다.

7) 그러나 원래의 송신과 다른 기술적 수단을 사용하는 송신행위가 있는 경우에는 새로운 공중에게 송신이 되고 있는지를 반드시 고려할 필요는 없다.

위의 법리, 그 중에서도 특히 6)과 7)은 ECJ의 Svensson 사건 판결에서 제시한 법리와 큰 관련성을 가진다. 영국고등법원의 이 판결은 Svensson 사건 판결이 나온 후에 선고된 것이므로, Svensson 사건 판결을 의식하지 않을 수 없었다. 따라서 ECJ가 Svensson 사건 판결에서 제시한 ‘새로운 공중’ 기준의 구체적 해석, 적용이 문제 되는 부분과 관련하여 Svensson 사건 판결의 취지가 어떤 것인지에 대하여 언급하고 있다. 그 내용을 일부 인용해 보면 다음과 같다.

“(Svensson 사건) 판결의 결론은 궁극적으로 해당 신문사 웹사이트에 있는 해당 기사의 제공이 원래 사실상 그 기사를 모든 공중이 이용할 수 있는 영역에 두는 것이었고 따라서 리트리버(동사건의 피고회사)를 포함하여 모든 이해당사자들에게 이용할 수 있도록 제공한 것이었다는 것을 근거로 하여, 신문기자들(동사건의 원고들)의 청구를 기각하는 것이었다. Svensson 사건 판결의 사안은 이 사건 영화 및 TV 프로그램이 명백하게 저작권의 보호를 받고 있고, 그 저작물들을 타겟 사이트에서 이용 가능하게 하는 운영자들은 어떤 모양이나 형태로도 그렇게 하는 데 대한 허락을 받은 바 없다는 점에서, 이 사건 사안과는 대단히 큰 차이를 보인다. 그러므로 Svensson 사건 판결의 사안은 그 사실관계에 있어서 이 사건 사안과 명백히 구별된다...그러나 그 판결은 그것이 단순히 하이퍼링크의 방법으로 접근을 제공하는 것이 일반적으로는 저작권지침 3조 1항이 말하는 송신에 해당할 것이라는 것을 이전의 어떤 선례보다 더욱 명확히 밝히고 있다는 점에서 상당히 흥미롭다. 나아가 그것은 일반적으로는 그 규정이 말하는 ‘공중송신에 해당할 것이다. 그 판결의 결론은 해당 ‘공중’의 특성에 달려 있는데, 그 경우는 사실상 원래의 기사가 신문사 자신의 웹사이트를 통해 송신된 대상과 동일한 공중이었다. 그러므로 나에게서 스벤손 사건이 오늘 내 앞에 있는 이 사안에 대하여 어떤 적합한 방식으로든 영향을 미치지 않을 것으로 보인다.”

위와 같은 근거 하에 법원은 결국 접속차단 명령의 다른 요건들을 모두 따져본 다음, 차단명령을 승인하는 판결을 선고하였다.

(3) 검토

영국고등법원의 위 판결은 GS Media 사건 판결이 나오기 전에도 Svensson 사건 판결은 저작권자의 허락에 따라 특정 사이트를 통해서 이미 모든 공중이 자유롭게 이용할 수 있도록 저작물이 제공되고 있는 경우의 링크에 대하여 적용되는 것이고, 그렇지 않고 유상저작물 등에 대한 불법복제물이 저작권자등의 허락 없이 인터넷에 유포되어 있는 경우, 그 복제물에 링크하는 것에 대하여는 적용되기 어렵다는 것을 분명히 한 것이다. 나아가 해당 사이트에 대한 접속차단까지 인정함으로써 링크사이트로부터 저작권자의 권리를 보호하고자 하는 의지를 강력하게 표명하고 있는 점에서 주목된다.

IV. 일본

1. 서설

일본의 경우, 아래에서 소개하는 ‘로켓뉴스 24’ 판결이 링크제공행위의 저작권침해 책임 유무의 문제를 간접침해 책임에 대한 부분을 포함하여 비교적 자세하게 다룬 거의 유일한 최근 판례로 보이므로 최근의 일본 판례의 입장을 이해하기 위해 이 판례를 자세히 조명하기로 한다.

2. '로켓뉴스 24' 사건에 대한 오사카 지방법원의 판결⁵⁹⁾

(1) 사실관계

원고는 2011년 6월 당시 주식회사 니왕이 제공하는 인터넷상의 동영상공유 서비스(2012년 5월 이래 '니코니코'라고 불리고 있지만 당시에는 '니코니코 동영상'으로 불리고 있었다)의 프리미엄 회원으로서, '니코니코 생방송'에 의한 동영상의 라이브 스트리밍 송신(TV프로그램에서의 이른바 생방송과 마찬가지로 즉시적인 동영상 송신의 성격을 가진 것이다) 등을 행하고 있었다.

니왕이 니코니코에서 제공하는 서비스에는 웹사이트 상에서 동영상을 공유하여 이에

59) 平成 25년(2013년) 6월 20일 오사카지방법원, 平23(ワ)15245호.

코멘트를 붙일 수 있는 '니코니코 동영상', 라이브 스트리밍 송신되는 동영상 을 시청할 수 있는 '니코니코 생방송' 등이 있다. '니코니코생방송'에서 송신되는 동 영상은 '니코니코(2011년 6월 당시는 니코니코 동영상)'의 회원만 시청할 수 있어 유료회원인 니코니코 프리미엄 회원은 스스로 '니코니코생방송'으로 라이브 스트리 밍 송신을 할 수 있다. 또한 '니코니코'에서는 위 라이브 스트리밍 송신 종료 후에 도 일정 기간 '니코니코생방송'의 내용을 시청할 수 있는 서비스(이른바 '타임 시프트 기능')를 제공 하고 있었다.

원고는 2011년 6월 5일 카메라 등을 지참하고 자신이 상반신에 착의를 하지 않고 (머리에 토끼귀 모양의 장식 등만 하였다), 오사카 시내의 맥도날드 가게에 들어가는 모습 및 원고 자신이 점원이나 경찰관과 대응하는 모습 등을 촬영하여 이것을 동영상 으로 '니코니코 생방송'에 라이브 스트리밍 송신을 하였다(이하 본건 생방송이라 한 다). 원고가 아닌 어떤 제3자(특정되지 않았다)가 본건 생방송중 원고가 맥도날드 가 게에 들어가기 직전부터 출동한 경찰관과 함께 파출소로 가서 주의를 받기까지의 15 분간의 영상(이하 본건 동영상이라 한다)을 동영상 공유사이트 '니코니코 동영상'에 업로드하여(본건 생방송 또는 위 타임시프트기능에 의하여 송신되는 내용을 제3자가 녹화한 다음 '니코니코 동영상'에 업로드한 것으로 추측된다), 동 사이트에 접근하는 자는 언제라도 시청할 수 있게 하였다.

정보제공 서비스 등을 목적으로 하는 주식회사로서 다양한 뉴스 등을 모아 이에 헤 드라인 기사를 붙여 독자가 코멘트를 달 수 있는 서비스로 '로켓뉴스 24'라는 웹 사 이트(이하 '본건 웹사이트'라 한다)를 운영관리하고 있는 피고는 본건 동영상에 관심 을 가지고 같은 달 9일 본건 웹사이트 내에 위 동영상에 대하여 비판적인 내 용의 기 사(이하 '본건 기사'라 한다)를 게재함과 동시에 '니코니코 동영상'에 있는 본건 동영 상에 부착되어 있는 인용 태그 또는 URL을 본건 웹사이트의 편집화면에 입력하여, 본건 기사의 상부에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭하면 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있는 상태로 두고, 기사의 말미에 '참조출처: 니코니코 동영상'이 라고 기재하였다.

이를 발견한 원고가 피고의 위와 같은 행위는 자신이 촬영하여 올린 영상저작물 인 위 동영상에 대한 저작권을 침해한 것에 해당한다는 등의 이유로 피고를 상대로 손해 배상청구 소송을 제기하였다.

(2) 피고의 링크제공이 원고의 공중송신권을 침해하는 행위인지 여부에 대한 법원의 판시

피고가 본건 동영상을 전송(송신가능화)하였는지 여부에 대하여 법원은 다음과 같이

판시하였다.

원고는 피고에게, 본건 기사의 상부에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭하면 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있는 상태로 둔 것이 본건 동영상의 '송신가능화'(일본 저작권법 제2조 1항 9호의4)에 해당하므로 공중송신권 침해에 의한 불법행위가 성립한다는 취지로 주장한다.

그러나 위 기초사실 기재와 같이 피고는 '니코니코 동영상'에 업로드되어 있는 본건 동영상의 인용 태그 또는 URL을 본건 웹사이트의 편집화면에 입력함으로써 본건 동영상에 링크를 건 데 불과하다.

이 경우 본건 동영상의 데이터는 본건 웹사이트의 서버에 저장된 것이 아니고 따라서 본건 웹사이트의 열람자가 본건 기사의 윗부분에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭했을 경우에도 본건 웹사이트의 서버를 거치지 않고 '니코니코 동영상'의 서버에서 직접 열람자에게 송신된 것이라고 할 수 있다.

즉, 열람자의 PC 상으로는 링크원(元)인 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있는 상태가 되어 있다고 할지라도 본건 동영상의 데이터를 PC에 송신하는 주체는 어디까지나 '니코니코 동영상'의 관리자이고 피고가 이를 송신하는 것은 아니다. 따라서 본건 웹사이트를 운영관리하는 피고가 본건 동영상을 '자동공중송신'을 했다거나(법 2조 1항 9호의4), 또는 그 준비단계의 행위인 '송신가능화'(법 2조 1항 9호의5)를 했다고는 인정되지 않는다.

(3) 방조에 의한 불법행위 성립 여부에 대한 판시

위 판결은 방조에 의한 불법행위의 성립 여부에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

원고의 주장은 피고의 행위가 '송신가능화' 자체에 해당하지 않는다고 하더라도 '니코니코 동영상'에 업로드되어 있는 본건 동영상에 링크를 거는 것으로 공중송신권 침해의 방조에 의한 불법행위가 성립한다는 취지의 주장으로 볼 여지도 있다.

그러나 '니코니코 동영상'에 업로드되어 있는 본건 동영상은 저작권자의 명시 또는 묵시의 허락 없이 업로드되어 있다는 것이 그 내용이나 체제상 명백하지 않은 저작물이고, 적어도 이러한 저작물에 링크를 거는 것이 바로 위법하다고는 하기 어렵다. 그리고 피고는 위 기초사실과 같이 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있게 한 것에 대하여 원고로부터 항의를 받은 시점, 즉 '니코니코 동영상'에의 본건 동영상의 업로드가 저작권자인 원고의 허락 없이 행해진 것을 인식할 수 있게 된 시점

에 바로 본건 동영상에의 링크를 삭제하였다.

이러한 사정에 비추어보면, 피고가 본건 웹사이트상에서 본건 동영상에의 링크를 붙인 것은 원고의 저작권을 침해하는 것이라고는 할 수 없고, 제3자에 의한 저작권침해에 대하여 이를 위법하게 방조한 것도 아니며, 고의 또는 과실이 있다고도 할 수 없으므로, 불법행위는 성립하지 않는다.

(4) 검토

위 판결의 사안은 온라인 뉴스 사이트에서 직접 다른 사이트의 동영상을 프레임 링크 방식으로 링크하여 해당 뉴스 사이트의 이용자가 재생 버튼을 클릭하면 바로 그 사이트 안에서 동영상을 시청하는 것이 가능하도록 한 사안이고 오늘날 많이 행해지는 링크유형이라 할 수 있다.

위 판결은 이에 대하여 공중송신권의 직접침해를 부정하면서 그 근거로서 "본건 동영상의 데이터는 본건 웹사이트의 서버에 저장된 것이 아니고 따라서 본건 웹사이트의 열람자가 본건 기사의 윗부분에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭했을 경우에 도 본건 웹사이트의 서버를 거치지 않고 '니코니코 동영상'의 서버에서 직접 열람 자에게 송신된 것이라고 할 수 있다"는 것을 이유로 하여 공중송신의 주체는 '니코니코 동영상'의 관리자이지 피고가 아니라고 판시하고 있음을 알 수 있다. 이것은 우리나라의 대법원과 미국의 연방항소법원이 취하고 있는 '서버 기준'과 동일한 기준을 취한 것이라 할 수 있다.⁶⁰⁾

한편으로, 위 판결은 방조에 의한 침해(간접침해)와 관련하여, 원고의 동영상이 자신이 생방송을 할 때 이용한 사이트에 올려져 있다는 점에서 설사 해당 동영상 파일이 제 3자에 의하여 원고의 허락 없이 복제된 것이라 하더라도 "본건 동영상은 저작권자의 명시 또는 묵시의 허락 없이 업로드되어 있다는 것이 그 내용이나 체제상 명백 하지 않은 저작물"이라는 점을 들어, 그러한 저작물에 링크를 거는 것이 "위법하다고는 하기 어렵다"고 판시하고 있다. 링크제공자의 입장에서 링크대상이 불법복제물이라고 판단하기 어려운 사정이 있었음을 그의 고의 또는 과실의 유무에 대한 판단자료로만 보지 않고 '위법성' 유무의 차원으로 접근하고 있는 점은 최대한 '링크의 자유'를 존중하고자 하는 취지를 내포한 것이 아닌가 생각된다. 물론 위 판결도 위법성의 결여를 단정할 수는 없다고 보아 "고의 또는 과실이 있다고도 할 수 없다"는 것을 보충적으로 덧붙이고 있다.

아무튼 위 판결은 위 사안과 같은 경우에 결과적으로 방조에 의한 침해가 성립하지

60) 이해완, 앞의 논문, 251면.

않는 것으로 보고 있지만, 명백한 불법복제물을 링크로 제공하는 경우에는 방조에 의한 침해가 당연히 성립할 수 있음을 판단의 전제로 하고 있음을 주목할 필요가 있다.⁶¹⁾

V. 중국

1. 서설

중국에서는 드라마 영상물에 대한 링크에 대하여 우리나라의 전송권에 해당하는 ‘네트워크전송권’의 직접 침해를 인정한 하급심판결이 나온 바 있다. 아래에서 그 판결의 내용을 소개한다.

2. 드라마 궁쇄연성 링크 사건 판결(북경시 해정구인민법원, 2016)⁶²⁾

(1) 사실관계

원고회사(深圳市腾讯计算机系统有限公司)는 드라마 ‘궁쇄연성(宫锁连城)’에 대한 ‘네트워크 전송권’을 보유하고 있다.

2014. 6. 4. 원고회사는 피고가 운영하는 플랫폼 ‘콰이칸잉스(快看影视)’ 모바일버전에서 이 사건 드라마가 불법적으로 재생되고 있는 것에 대하여 공중을 통해 확보한 증거를 제출하였다. 피고는 “콰이칸잉스”에서 많은 수의 영화와 텔레비전 작품을 편집, 분류하고, 그것을 재생할 수 있도록 제공하고 있는데, 그것을 통해 동영상을 재생할 경우, 출처를 화면에 표시하지 않고 바로 재생 페이지로 들어가며, 사전 광고 및 일시 정지 등 없이 재생되며, 그 밖에도 판본, 레이아웃 등이 본 드라마를 정식으로 서비스하는 러스왕(乐视网)의 앱을 이용할 경우와는 달랐다. 러스왕 사이트에는 함부로 허락 없이 그 영상물에 링크할 수 없다고 명시되어 있다. 이에, 원고회사는 피고가 직접 편집하고 이익을 얻기 위해 어떤 권리의 동의없이 그 저작물을 공중의 이용에 제공함으로써 원고회사의 정당한 권리(네트워크전송권)를 침해한 것이라고 주장하였다.

61) 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 340면도 "다만, 홈페이지(A)의 운영자(피고)가 링크된 홈페이지(B)상의 콘텐츠가 위법한 것임을 알면서도 링크를 한 경우에는 피고에게 저작권 침해의 방조자로서 불법행위책임을 추궁할 수 있을 것이다"라고 하면서 각주(326번)에 오사카지방법원의 위 판결을 인용하고 있다. 이상, ‘간접침해’와 관련한 검토내용은 이해완, 앞의 논문, 263~264면 참조.

62) 백지연, “[중국] 해전법원, 동영상콘텐츠플랫폼의 불법링크행위는 공정이용에 해당하지 않음”, 저작권 동향 2016년 제1호(한국저작권위원회) 및 중국 국가판권국 홈페이지 기사 “海澱法院：影視聚合平台盜鏈行為不屬於合理使用”(http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/518/274793.html) 참조.

이에 대하여, 피고는 ‘콰이칸잉스’에서 이 사건 드라마를 재생할 때 어떠한 광고도 하지 않았으며 이익을 얻을 목적이 없었다고 주장하였다. 또한 피고회사는 단지 링크만 제공했을 뿐이며 서버 내에 해당 저작물을 저장하지 않았다고 반박하였다. 판결 당시, 이 사건 드라마는 이미 ‘콰이칸잉스’에서 삭제되었다.

(2) 법원의 판단

본 소송의 쟁점에는 사실관계의 면에서 ‘콰이칸잉스’ 앱에서 검색 가능한 드라마 <궁궐연성> 재생 시 링크주소가 러스왕과 연관이 있는지 여부도 포함되었으나 저작권자의 허락 없이 링크를 하여 제공하는 경우에 저작권침해가 될 수 있는지가 법리적 측면에서 주된 쟁점이 되었다.

법원은 피고회사의 위 서비스와 같이 엔진서비스 역할을 하는 플랫폼의 불법성과 주관적 의사의 존재 여부, 불법링크행위가 과연 공정이용에 해당하는지를 종합적으로 검토한 후 결론적으로 피고가 원고의 영상저작물에 대한 ‘네트 워크전송권’(우리 저작권법상의 공중송신권 중 ‘전송권’에 해당함) 침해를 인정하여야 한다고 밝혔다.

법원은 본 소송에서의 불법 링크 행위는 원 사이트와 권리자가 저작물의 사용에 대해 동의한 범위를 넘었으며 작품의 타깃이 되는 이용자층과 전송범위를 변경한 것이 때문에 공정한 사용이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 이에 따라 법원은 피고가 원고에게 3만 5천 위안(한화 약 660만원)의 손해배상금을 지급하도록 명하였다.

(3) 검토

위 판결은 중국의 하급심 판결이 미국에서 말하는 ‘서버기준’이 아니라 ‘편입기준’을 적용함으로써 링크제공자가 링크를 통해 링크대상 저작물을 마치 자신의 사이트의 서비스 중 일부인 것처럼 편입하여 서비스할 경우에 그 링크에 대하여 저작권자의 동의가 없을 경우, 전송권 침해를 인정하는 경향을 보이고 있음을 보여준다. 이것은 미국, 우리나라, 일본 등의 판례가 취하는 ‘서버기준’과 다를 뿐만 아니라 EU 판례가 취하는 ‘새로운 공중’ 기준과도 다른 것으로서, 이 부분에 대한 법리해석이 다양하게 나뉘고 있음을 보여 주는 것이라 할 수 있다.

VI. 종합적 검토

1. 직접침해 여부

링크 행위가 저작권의 직접침해가 될 수 있는지 여부에 대한 국내외 판례 입장을 요약해 보면, 우리나라와 미국, 일본의 판례는 서버기준을 채택 하여 비교적 명확한 부정설의 입장을 취하고 있는 반면, EU 및 영국 등의 판례는 공중송신권(전송권)에 대한 직접침해의 가능성을 인정하면서 '새로운 공중' 기준을 통해 링크의 자유와 권리자 보호 사이의 균형을 도모하고 있다고 할 수 있다. 한편으로, 중국의 하급심 판결은 '편입기준'을 취함으로써 저작권자의 권리보호에 보다 치중한 입장을 보이고 있다.

미국과 일본의 경우는 불법복제물에 대한 링크를 간접침해로 규제하는 것으로 어느 정도 균형을 이룰 수 있다고 본 측면이 있으나, 우리나라의 경우는 '츄잉 사건'에 대한 대법원 판례로 인해 그렇게 말하기도 어려운 상황이 되었다. 전체적으로 저작권자의 보호라는 면에서는 가장 배려가 약한 판례 입장을 취하고 있는 셈이고, 그러한 입장의 정당성을 정면으로 지적하는 하급심 판결이 나오고 있긴 하지만, 언제 판례의 변경이 이루어질지 예측하기는 어렵다.

국제적으로 서로 다른 입장을 보이고 있는 판례 법리 중 어느 것이 가장 바람직한 입장이라고 할 수 있을지 단언하여 말 하기는 쉽지 않다. 다만 사건으로는 EU의 입장이 결론적인 면에서 가장 바람직한 가치 균형을 이루는 것이 아닐까 생각된다.

아무튼 우리가 미국의 판례와 같이 서버 기준을 채택할 경우에도, 불법복제물에 대한 링크행위에 대하여 일정한 요건 하에 간접침해의 책임을 물을 수는 있도록 하여야만 링크의 자유와 저작권등의 보호 사이에 최소한의 균형을 이룰 수 있을 것이다.

2. 간접침해 여부

위와 같이 미국과 일본의 판례는 불법복제물에 대한 링크행위를 일정한 요건 하에 저작권의 간접침해로 볼 수 있음을 분명히 하고 있고, 앞서 본 바와 같이, 미국의 판례는 그것을 직접침해책임 부정의 중요한 근거 중의 하나로 제시하고 있다. 한편으로 EU에서 일정한 조건 하에 직접침해를 인정하고 있지만, 직접침해의 조건을 갖추지는 못한 경우에도 구체적인 상황에 따라 간접침해를 인정하는 것이 각국 판례에 의하여 가능하다는 것도 위에서 살펴본 바와 같다.⁶³⁾

링크에 의한 불법복제물의 확산, 전파와 관련하여, 우리의 판례처럼 직접침해와 간

63) 국내 학설 중 링크 제공자가 저작권침해의 방조 책임을 지게 될 가능성을 전면적으로 부정하는 학설은 잘 발견되지 않는다. 본 보고서의 입장과 같이 그러한 책임을 질 가능성을 긍정하는 학설로는 박준석, 앞의 논문, 128~131면 외에, 김현철, 앞의 논문, 56~57면; 박성호, 앞의 책, 340면; 이대회, "인터넷상에서의 저작물 제공과 전송 - 서버 접속 및 인라인 링크를 중심으로 -", 계간 저작권 2014 여름호, 140면 등이 있다.

접침해의 가능성에 대하여 대법원 관례가 모두 부정적인 입장을 표명함으로써 저작권자의 권리보호에 무방비상태를 초래하는 것은 세계적으로 유례를 찾아볼 수 없는 상황이므로, 이러한 상황을 입법적인 노력을 통해서라도 변화시켜 나가야 할 것이라는 것은 외국 사례들의 세밀한 관찰을 통해서도 뚜렷이 확인할 수 있었다고 생각한다.

제5장 링크사이트의 운영 실태와 입법적 대처방안의 모색

I. 링크사이트의 운영 실태와 문제점

1. 서설

오늘날 링크 사이트의 유형은 매우 다양하고 복잡하지만, 특히, 방송 콘텐츠에 대한 스트리밍 링크 사이트의 문제가 대단히 심각한 문제양상을 띠고 있다. 그러한 관점에서 아래에서는 방송 콘텐츠에 대한 링크 사이트의 현황과 문제점에 초점을 맞추어 살펴본다.

2. 방송콘텐츠에 대한 스트리밍 링크 사이트의 운영현황과 문제점⁶⁴⁾

방송사들이 자체 조사하여 관계기관에 제출한 자료에 의하면, 방송콘텐츠에 대한 스트리밍 링크 사이트의 현황은 다음과 같은 특징을 보이고 있다.

1) 스트리밍 링크 사이트들은 대체로, 드라마와 예능, 시사교양 등 모든 방송 프로그램에 대한 모음 서비스를 제공하고 있다.



64) KBS • MBC • SBS, “링크기반 불법 사이트 침해 현황”(방송사제출자료, PPT 자료) 참조

2) 현재 방송콘텐츠에 대한 링크사이트는 하나가 만들어지면 많은 링크 사이트에서 그 링크 정보를 복사하여 제공하는 형태로 기하급수적으로 확산되고 있는데, 그 최초의 원천 사이트 역할을 하고 있는 것이 BayKoreans 사이트이다. 이 사이트 하나에서 제공되고 있는 비공개 링크 정보를 동영상닷컴 등 다른 많은 사이트에서 공유하여 제공하고 있는 것이다.



3) 위 링크 사이트에 게시된 링크정보 중 URL을 따로 복사하여 인터넷 주소 창에 붙여서 들어가 보려고 하면 접속이 되지 않는데, 그 이유는 동영상 콘텐츠가 업로드 되어 있는 스토리지 사이트가 ‘비공개’로 설정되어 있어, 공중이 그 주소정보를 가지고 접근할 수 없고, 오로지 링크 사이트(BayKoreans 등)를 통해서만 접근할 수 있도록 되어 있다. 따라서 저작권자들이 스토리지 사이트 운영자에게 권리행사를 하기도 곤란한 상태에서, 링크 방식을 통해 방송콘텐츠를 무료로 이용할 수 있는 사이트가 기하급수적으로 늘어나고 있는 상황이다.

4) 위 링크 사이트들은 방송사 저작물을 위주로 하여 운영하면서 여러 개의 링크를 동시에 나열, 제공함으로써 이용자의 편의를 도모하는 등 이용자가 방송사의 유료 콘텐츠를 대신하여 이러한 링크 정보를 통해 불법복제물을 이용하도록 적극적으로 유인, 조장하고 있다.

5) 이러한 링크 사이트들은 모두 사이트 전체를 광고로 거의 가득 채워, 광고 수익을 취하고 있다. 그 수익은 모두 저작권자들이 정당하게 얻어야 할 수익을 가로챈 것으로 볼 수 있는데, 이러한 사이트에 광고를 의뢰하는 광고주들에는 2015년 8월 현재 대기업, 교육기관, 정부기관도 포함되어 있고, 대기업 및 주요 기업들의 광고가 약 30%를 차지하고 있다.

6) 링크 사이트 중 원천 사이트라고 할 수 있는 베이코리아 사이트의 서버 소재지는 스위스, 코스타리카, 유럽 등으로 수시로 변동되고 있다. 2015년 8월 현재 페이지

지분 기준으로 이 사이트는 코리안 클릭 전체순위 74위로서 KBS, SBS 등 사이트보다 우위를 보이고 있다. 그리고 방송사들의 주장에 의하면, 그로 인한 저작권침해의 75%가 한국에서 이루어지고 있다. 방송사들의 주장에 의하면, MBC 방송만 가졌을 때 스트리밍 사이트의 월간조회수는 2,638만 회, 연간 조회 수는 3.1억회로서 그로 인한 잠재피해액이 약 4,406억원에 이르고, 방송시장 전체의 잠재 피해액은 연간 약 1.5조원에 이를 것이라고 한다.

7) 앞서본 대법원 판례의 상황은 위와 같은 침해 상황에 대한 저작권자들의 대응을 어렵게 하는 요인으로 작용하고 있다. 권리자들의 삭제 요구에, 링크 사이트 운영자들은 대법원 판례를 제시하면서 링크 정보를 내리는 등의 조치를 거부하는 사례가 많다고 한다.

3. 검토

위에서 방송콘텐츠에 대한 링크 사이트의 현황에 대하여 살펴보았지만, 방송콘텐츠만의 문제는 아니다. 이후 만약 대법원에서 종전의 판례를 그대로 유지하는 판결을 선고하는 등으로 판례에 의한 규범적 상황이 더욱 악화될 경우에는 모든 유형의 저작물에 대한 저작권 산업의 기초가 붕괴되어, 저작권자들에게 회복 불능의 큰 피해를 안기게 될 것으로 우려된다.

II. 일본에서의 ‘리치사이트’ 규제에 관한 논의 동향

1. 서설

일본에서 말하는 ‘리치사이트(リーチサイト)’는 저작권 침해 콘텐츠를 공유하는 사이트 등의 링크를 제공함으로써 이용자들의 접속을 용이하게 하는 사이트를 뜻한다. 일본에서도 이러한 리치사이트의 문제가 심각하여 이에 대한 입법적 대처방안에 대하여 논의해 오고 있다. 아래에서는 그 중 ‘차세대 지재시스템 검토위원회’ 보고서에 정리된 논의내용이 우리나라에서의 구체적인 법개정 방향을 정하는 데 참고로 할 만한 부분이 있어 이를 소개하고자 한다.

2. ‘차세대 지재시스템 검토위원회’ 보고서 내용

2016년 4월에 공표된 일본 지적재산전략본부 검증·평가·기획 위원회 ‘차세대 지재시스템 검토위원회’ 보고서 내용에 의하면, 리치사이트 규제와 관련하여 동위원회에서 논의된 사항이 다음과 같이 정리되어 있다.⁶⁵⁾

65) 知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会 次世代知財システム検討委員会, “次世代知財システム検

침해 콘텐츠 자체와 소비자를 침해 콘텐츠에 유도하는 리치사이트가 별도로 설치 운영되고 있어서, 침해 콘텐츠가 확산되기 쉬운 실태가 존재하는 한편, 현재 리치 사이트에 대해 유효한 조치를 강구할 수 없다는 문제가 있다.

리치사이트는 침해 콘텐츠를 직접 보유하거나 송신하는 등의 행위를 하고 있지 않기 때문에, 현행 저작권법상의 저작권 침해로 법적 조치를 취할 수 있는지 반드시 명확하지 않은 상태이다. 따라서 현재로서는 리치 사이트에 대하여 삭제 통지를 보내도 링크를 삭제하지 않고 무시되는 경우가 많은 것으로 보인다. 또한 검색엔진 서비스 제공자에게 검색 결과에서 숨겨 달라는 요청을 해도 위법성이 명확하지 않아서 원하는 대로 대응이 이루어지지 않는다는 보고가 있다.⁶⁶⁾

지극히 악질적인 리치사이트가 침해 콘텐츠의 불법 유통에 실제로 큰 역할을 하는 한편, 법적 근거가 불명확하기 때문에 실효성 있는 조치를 취하기 어려운 상황을 감안할 때, 리치사이트를 통한 침해 콘텐츠로의 일정한 유도 행위에 대하여 법적 조치가 가능한지를 명확하게 하는 것을 포함하여 법제 면에서의 대응 등 구체적인 검토를 추진할 필요가 있다. 이 때 법적 대응의 구체적인 방법으로 침해간주 규정의 정비에 의한 것도 고려될 수 있다는 의견이 있었다.

검토에 있어서는 법적 대응이 이루어져야 할 행위의 범위에 대하여, 그 악질성등에 대한 검토를 행할 것이 요구된다. 또한 정보를 소개하는 것만이나 단순히 링크를 거는 행위만으로는 기본적으로 저작권 침해에 해당하지 않는다는 지금까지의 생각과의 관계를 포함하여, 언론·표현 활동의 자유와의 균형에 유의할 필요가 있다.

법적 대응이 이루어져야 할 행위의 범위에 대해서는 "영리 목적"(영리성), "대량으로"(대량성), "업으로서"(계속성)의 관점에서 일정한 제한을 하는 방안과, 경미한 것은 제외하거나, 경고하여도 멈추지 않는 것과 같은 악의적인 것이 대상이 될 수 있도록, "침해 콘텐츠를 확산할 목적을 가지고", "침해 콘텐츠라는 정을 알면서"라는 요구 사항을 붙이는 방안, 비친고죄화의 대상⁶⁷⁾을 참고로 하여, 시판되고 있는 저작물일 것, 그것을 원작 그대로 이용하는 행위일 것, 저작권자의 권리를 부당하게 해하는 것 일 것 등과 같은 요구 사항을 붙이는 방안 등이 제시되었다.

또한, 디지털 네트워크 환경에서 악의적인 리치사이트를 배제하는 한편으로, 정품사이트로 유도하는 사이트가 소비자에게 발견되기 쉽도록 해 나가는 것이 중요하다.

討委員会 報告書～デジタル・ネットワーク化に対応する 次世代知財システム構築に向けて～
(2016.4.) 41～42면 참조.

66) 차세대 지재시스템 검토위원회 제5회에서의 민간전문가 보고.

67) 環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定に伴う制度整備のあり方等に関する報告書(案)、平成 28 年 2 月 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会.

제6장 저작권법 개정의 필요성과 방향성

I. 개정의 필요성

위에서 본 바와 같이, 현재 웹스토리지 서비스를 제공하는 사이트와 연계하여 비공개 링크를 사용하는 방식으로 저작권침해물의 온라인 유포가 광범위하게 이루어지고 있는 상황으로 인해 저작권자들이 엄청난 규모의 피해를 입고 있음에도 불구하고 그에 대한 법적인 보호와 구제는 참으로 미흡하고 혼란스러운 상황에 있다. 위와 같은 상황은 저작권자들에게 돌아가야 할 대가가, 현재도 하에서 법망을 빠져나가기 가장 쉬운 교묘한 방법을 찾아 불법복제물을 유포시키는 링크사이트 운영자의 광고수익과, 정당한 대가를 지급하지 않고 그러한 사이트를 찾아 이용하는 일부 소비자들의 비용 절감 혜택으로 나뉘어 분배되고 있는 상황인데, 이것이 법적 정의의 심각한 훼손이라는 것은 그 누구도 부정할 수 없을 것이다.

이러한 상황을 결정적으로 악화시킨 것은 2015년의 추잉 사건에 대한 대법원 판결이다. 이 판결을 선고한 분들이 “이제부터 링크 방식을 취하기만 하면 어떤 경우에도 법적 책임에서 자유로우니, 안심하시고 링크 사이트를 잘 운영해서 저작권자의 정당한 몫을 가로채고 막대한 광고수입을 누리는 영업을 계속 하시라”고 부추길 의도를 가지고 있지는 않았겠지만, 결과적으로는 지금까지 상당부분 그러한 결과를 야기한 면이 있다는 것을 부정하기 어렵다. 권리자들이 불법복제물에 대한 링크 정보를 삭제해 달라고 내용증명을 보내면, 대법원 판결을 내세워 이를 거부하면서 오히려 업무방해로 고소할 수도 있다고 하는 답변을 보내고 있는 상황이 초래되었기 때문이다. 불법복제물의 유포를 확산시키는 대가로 경제적 이익을 취하는 링크 사이트 운영자들이 이렇게 당연한 것만큼 권리자들의 심정은 답답할 것이다.

위 판결이 선고된 직후부터 필자를 포함한 상다수의 학자들이 강력하게 위 판결을 비판해 왔지만 아직도 판례는 변경되지 않은 상태로 2년 반 이상의 세월이 지나고 있다. 방송사들의 주장에 의하면, 방송분야만 1년에 약 1.5조원에 이르는 피해가 있다고 하니, 이미 4조원이 넘는 피해가 이미 발생했을 수 있는 상황인 셈인데(필자가 엄밀하게 산정해 본 것이 아니므로, 그 피해액 추산의 정확성을 보증하긴 어렵지만, 상당한 규모의 피해가 속수무책으로 확대되고 있는 것은 사실이다), 방송분야만 피해를 입고 있는 것이 아님은 물론이다.

이러한 상황은 입법적 대처를 절실하게 필요로 하고 있다. 저작권자들 권리자의 정당한 권리를 보호하는 것은 저작권법의 목표일 뿐만 아니라 헌법상의 국가 의무이기도 하다. 현재 그 보호에 뚫린 가장 큰 구멍이 바로 링크 사이트에 대한 법적 구제가 어려운 부분이니, 입법적으로 그 구멍을 메워서 저작권자들의 권리보호를 충실하게

하는 것은 국가의 마땅한 책임이라 할 것이다.

저작권법의 개정 등을 통해 서둘러 링크 사이트를 통한 침해 확산을 방지하여야 할 필요성은 위에서 본 바와 같이, 2015년의 추잉사건 판결과 깊은 관련성을 가지고 있는 것이 사실이다. 그러나 링크 사이트에 대한 입법적 대처가 위 판결에 대한 대처로서의 의미만 가지고 있다고 볼 것은 아니다. 일본의 경우, 다수학자들은 링크제공자의 저작권침해에 대한 방조책임을 인정하는 입장을 취하고 있고, 우리나라의 추잉사건 판결과 같은 최고재판소 판결이 나온 바는 없음에도 불구하고 링크 사이트에 대한 입법적 대처가 필요하다는 공감대가 커져 정부 차원의 논의를 가속화해 오고 있는 것을 볼 수 있다. 앞서 주요국의 판례동향을 통해 알 수 있었던 것처럼, 우리나라와 일본, 미국 등은 이른바 ‘서버기준’을 취하여 링크제공자의 직접침해 책임을 일률적으로 부정하는 입장을 취해온 측면이 강한 반면, EU의 경우에는 불법복제물을 링크한 경우에는 ‘불법성에 대한 인식’ 등을 조건으로 직접침해를 인정하는 입장을 취하여 ‘직접침해’의 차원에서 저작권자의 정당한 보호와 표현 및 정보의 자유를 조화시키는 입장을 보이고 있다. 만약 대법원이 추잉 사건에 대한 판결의 입장을 변경하여 일정한 상황적 조건 하에 링크제공자의 방조책임을 인정하는 입장을 취한다고 하더라도, 그것만으로는 링크사이트에 대한 법적 대응으로 미흡한 면이 있을 수 있다는 것에 대하여 보다 진지한 검토가 필요한 상황이다.

대법원에서 ECJ의 GS Media 사건 판결 등을 긍정적으로 검토하여 그에 부합하는 방향으로 판례 변경을 한다면, 링크의 자유와 저작권자의 권리 보호를 조화시키는 새로운 법적 상황이 도래할 수 있는 것은 사실이다. 그러나 EU의 판단기준이 우리 법에는 없는 ‘새로운 공중’의 기준이나 ‘개별적 고려’의 가능성 등을 통해 상당히 복잡하게 전개되는 고유한 논리를 내포하고 있어, 우리의 현행법에 대한 해석적 법리로 수용하기에는 상당한 난점이 있는 것으로 생각된다. 따라서 대법원 판례가 EU의 판례를 수용하는 쪽으로 변경되기를 기대하기는 어렵다. 위 추잉 사건 판례조차 변경되지 않고 있는 상황이 아닌가.

위 ECJ 판결이 여러 가지 상충하는 법적 가치를 저울에 놓고 비교형량하면서 그 균형을 잡기 위하여 다분히 입법적인 성격을 띠는 결론을 내린 것임을 감안할 때, 우리의 법제 하에서 그러한 부분을 판례에 맡겨두기보다 정면으로 입법을 통해 반영하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

이러한 필자의 생각을 판례의 변경과 관련한 몇 가지 예상 시나리오와의 관계에서 재정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 대법원 판례의 변경이 쉽지 않은 것을 감안할 때, 이후 유사한 쟁점을 가진 사안에서 대법원이 ‘추잉’ 사건 판결의 논리를 보강하여 그대로 유지하는 판결을 선고

하는 상황을 생각해 볼 수 있다. 그것은 이미 저작권 보호에 상당한 파괴적 영향을 미치고 있는 상황이 더욱 악화되어 저작권산업 등에 거의 '재앙'과도 같은 악영향을 미치게 될 것이다. 앞서 본 바와 같은 교묘한 방식의 링크사이트가 거리낌없이 국내에서 활동함으로써, 저작권의 합법시장은 완전히 파괴되고, 모든 합리적 소비자들은 링크사이트를 통해 동영상, 음악 등을 감상하게 되고 저작권자가 누려야 할 경제적 보상은 링크 사이트 운영자의 광고수익 등으로 치환되게 될 것이다. 그러한 상황을 방지하기 위해서는 저작권법 개정이 시급하게 필요하다.

둘째, 대법원 판례가 변경되지도 않고 그 취지를 유지하는 새로운 판결이 선고되지도 않고 계속 현재와 같은 상황이 상당기간 더 지속될 수도 있다. 그 경우에도 저작권자들이 엄청난 규모의 부당한 피해를 입고 있는 상황이 지속되는 것이므로, 역시 시급한 입법적 대처가 필요하다.

셋째, 추이사건과는 약간 다른 취지의 대법원 판결이 선고되지만 전원합의체 판결에 의하여 분명하게 정리되지 않는 상황이 될 수도 있다. 그 경우 현재의 상황보다 약간 개선될 수 있지만, 여전히 법적인 불명확성으로 인한 혼란과 저작권자들의 피해가 지속될 수 있다. 이러한 경우에도 입법적 대처는 절실히 필요하다.

넷째, 추이사건과 동일한 쟁점을 가진 다른 사건에 대하여 대법원이 전원합의체에 회부하여 전원합의체 판결을 통해, 추이사건 판례를 변경함으로써 링크제공자의 저작권침해에 대한 방조책임의 가능성이 판례에 의하여 분명하게 승인되는 상황이 될 수도 있다. 이러한 상황은 상당히 소망스러운 것으로서, 이렇게 되면 그것만으로도 상황이 상당한 정도 개선될 수 있다. 그러나 그 경우에도 '방조책임'이 가지는 정범에 대한 종속성 등의 문제 등으로 저작권자의 대응 및 구제에 어려움을 안기는 부분이 남아 있는데, 표현의 자유와의 조화를 생각하더라도 일정한 조건 하에 직접침해를 인정하여 저작권자의 권리구제를 보다 용이하게 하고 링크 사이트에 의한 침해상황에 보다 적극적으로 대응하는 의미에서 저작권법 개정을 검토할 필요가 있다. 물론 이러한 판례변경이 언제 이루어질 것인지에 대하여 아무도 확신할 수 없는 상황이 더욱 법 개정 노력을 필요로 하는 측면이 더욱 큰 것은 사실이다.

다섯째, 대법원이 전원합의체 판결을 통해 EU의 판례와 같은 새로운 균형적 입장을 취하는 판례를 내는 경우를 상정해 볼 수 있다. 그렇다면, (필자의 관점에 의할 때) 저작권법 개정을 할 필요 없이 저작권자의 권리보호와 표현의 자유 사이의 법적 균형과 사회적 정의는 달성될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 그 가능성은 극히 희박하고 그것이 현행 저작권법의 해석론으로서 다수 학자의 지지를 받고 있는 것도 아니므로, 현재 상황에서 그러한 판례변경을 기다리기보다 개정입법을 서둘러 저작권자의 정당한 권익을 보호하기 위한 노력을 기울이는 것이 국가의 의무이고 책임이다.

II. 개정의 방향성

1. 서설

링크 사이트의 문제에 대한 입법적 대응에 있어서 무엇보다 먼저 고려하여야 할 것은 저작권자 등의 권리를 충실하게 보호하는 것이다. 따라서 이와 관련하여 생각해 볼 수 있는 여러 가지 입법적 대안들의 타당성을 검증함에 있어서도 그것이 링크 사이트로 인한 피해가 늘어나고 있는 상황에 대하여 저작권자들이 효과적으로 대응하여 충분한 법적 구제를 받을 수 있는지 여부를 중요한 기준으로 적용하여야 할 것이다.

그러나 다른 한편으로는 링크에 대한 새로운 규제의 도입이 링크의 자유를 과도하게 제한하는 것이 되지 않도록 유의할 필요가 있다. 링크는 인터넷을 대중화하는 데 결정적인 기여를 한 월드와이드웹의 핵심적인 기능으로서 오늘날 인터넷의 활용에 있어서 일상적으로 활용되고 있는 중요한 부분이므로, 이것의 사용에 지나친 법적 리스크를 안기는 입법을 할 경우, 인터넷상의 표현의 자유에 대한 위축효과(chilling effect)를 안기는 부작용이 클 수 있다. 당연히 링크의 자유도 절대적 자유일 수는 없지만, 그것이 가지는 기능적 중요성 등에 비추어, 과도한 규제가 가져올 문제점에 대하여 각별히 유의할 필요가 있다는 것이다.

따라서 불법복제물에 대한 링크의 악용으로 저작권자의 권익이 침해되는 상황을 방지하는 입법에 있어서, 한편의 저작권보호와 다른 한편의 표현의 자유라고 하는, 서로 상충하는 두 가지 법적 가치 사이에 적절한 균형과 조화를 이루기 위해 노력할 필요가 있다. 이것이 이 부분과 관련한 입법적 노력의 기본적 방향성이라 할 수 있다.

2. 여러 가지 대안들에 대한 검토

(1) 서설

위에서 살펴본 기본적 방향성을 전제로, 아래에서, 링크로 인한 저작권 침해 상황에 대한 입법적 대처방안으로 생각될 수 있는 여러 가지 대안들을 제시하고 그 타당성을 하나하나 점검해 보기로 한다.

(2) 링크 사이트 운영만 규제대상으로 하는 방안

먼저, 개별적 링크행위에 대한 규제가 일반 국민의 표현의 자유에 미칠 수 있는 영향을 고려하고, 현재 가장 문제의 초점이 되는 것은 링크 방식을 악용하여 불법복제물의 유포를 하면서 광고수익을 취하는 사이트들인 것을 감안하여, 개별적 링크설정

행위는 규제대상으로 하지 않고 링크 사이트 운영자에 대하여만 일정한 조건 하에 형사처벌을 받도록 하는 등의 규정을 신설하는 방안을 검토해 볼 수 있다.

그러나 다음과 같은 이유에서, 이러한 방안은 타당하다고 하기 어렵다.

첫째, 이러한 방안으로는, 불법복제물에 대한 개별적 링크 행위가 가지는 위험성에 대하여는 아무런 대처를 할 수 없다는 점에서 저작권 보호에 근본적 한계를 가지고 있어, 저작권 보호의 충실화라고 하는 입법목적은 달성하기 어렵다. 예컨대, 앞에서 본 바와 같은 GS Media 사건 판결의 사안과 같이, 출판 전에 해외 사이트를 통해 유출된 저작물의 불법복제물을 유명한 국내 뉴스 사이트에서 링크하여 제공하는 것과 같은 경우에는 위 방안에 의한 개정입법만으로는 전문적인 링크 사이트를 통한 행위가 아니라는 점에서 권리자의 법적 구제가 여전히 불가능한 한계가 있다. 상영전의 영화파일이 유출된 사건은 국내에도 있었는데, 그러한 경우에 국내 유명포털에서 블로그를 운영하는 파워블로거가 그 파일을 링크하여 제공함으로써 엄청난 접속회수를 기록하고 있어도 권리자가 전혀 법적 구제를 받을 수 없다면, 그것은 큰 문제가 아닐 수 없다. 특히, 현재와 같이 추잉 사건에 대한 대법원 판결이 변경되지 않고 있는 상황에서, 새로운 입법조치도 이러한 부분에 대한 법적 구제를 받을 수 있게 하지 않는다면, 저작권보호에 큰 어려움이 초래될 수 있을 것이다. 전체적으로 일반 국민들 사이에 불법복제물의 전파를 확산하는 링크를 자유롭게 할 수 있다고 하는 인식을 바꾸어 나가지 않으면, 저작권 보호에 큰 문제를 야기할 수 있다는 것을 감안하여야 할 것이다.

둘째, 법리적으로도 위와 같은 방안은 정당화되기가 어려운 면이 있다. 링크 사이트 운영자는 실제적으로는 영리목적으로 불법복제물의 유포를 확산시키는 주범으로 볼 수 있지만, 법리적으로는 사이트 이용자의 링크제공 행위를 적절히 유도하고 그것을 조직화하여 제공하는 ‘방조’적 활동만 하는 경우가 많다. 그러한 상황에서 사이트 이용자들의 링크제공행위의 위법성을 인정하지 않고, 그것을 적법한 행위로 볼 수 있게 하는 대법원 판례가 존재하는 상황에서 그 이용자들의 행위를 돕는 사이트 운영자만 처벌하는 것은 정범은 무죄인데, 방조범만 유죄로 인정하는 법리적 모순을 범하는 것이 되어, 여러 가지 문제가 제기될 수 있다. 따라서 법리적인 면에서도 이 방안은 결코 정당화될 수 없는 문제점을 내포하고 있다.

(3) ‘공중송신’ 또는 ‘전송’에 대한 정의 규정을 수정하는 방안

또 하나의 대안으로, EU의 판례에서 공중송신의 개념에 일정한 조건을 갖춘 링크 설정 및 제공 행위를 포함하고 있는 것을 본떠서 우리도 ‘공중송신’이나 그 하위개념인 ‘전송’의 개념을 수정하여, 불법성에 대한 인식을 가진 불법복제물에 대한 링크 행

위 등이 그 개념에 포함되도록 하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 그렇게 하면, 일정한 요건을 갖춘 링크제공 행위가 공중송신권의 직접침해에 해당하게 되므로, 그에 대한 법적 구제를 받는 것이 가능해지는 것이 사실이다.

그러나 이 방안도 우리가 선택할 적절한 대안이라 생각되지 않는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, EU의 판례에서 제시하고 있는 ‘새로운 공중’의 기준이나 ‘개별적인 평가’의 필요성 등은 상당히 복잡하고 난해한 면이 있어, 이를 ‘기타의 공중송신’이나 ‘전송’의 개념에 입법적으로 반영하는 것이 용이하지도 않고 적절하다고 보기도 어려운 면이 있다. 이후 WCT 등의 다자간 국제조약의 이행과 관련하여, 공중송신의 개념에 대한 국제적 재논의가 있을 때 이와 관련한 보다 심도 있는 재검토가 필요할 수 있지만, 지금으로서는 ECJ 판례의 복잡한 법리를 수용하여 법리적 혼란을 초래하는 일은 지양하는 것이 보다 바람직할 것으로 생각된다.

둘째, 현 상황에서 필요한 것은 불법복제물에 대한 링크제공행위에 대한 규제에 한정되는데, 그것은 행위 자체의 성격이 아니라 행위의 목적물이 가진 속성에 의존하는 면이 많다는 점에서, 공중송신 행위의 일반적 정의를 통해 이를 규정하기보다, 침해간주행위에 포함하여 규정하는 것이 보다 적절하게 여겨지는 면이 있다.

(3) 침해간주 규정(제124조)을 개정하여 불법복제물에 대한 링크제공행위를 일정한 조건 하에 침해행위로 간주하는 방안

1) 서설

결국 침해간주규정(저작권법 제124조)을 개정하여 불법복제물에 대한 링크제공행위를 일정한 조건 하에 침해행위로 간주하는 방안이 기본적으로 가장 타당한 방안이라 생각된다. 이 방안은 불법복제물에 대한 링크제공행위가 일정한 조건 하에 위법성을 가짐을 분명히 하고, 그에 대한 민·형사 및 행정적인 모든 법적 구제를 가능하게 한다는 점에서, 저작권자의 권리를 두텁게 보호하는 방안이 될 수 있고, 동시에 침해간주의 ‘추가적 조건’을 적절히 설정함으로써 표현의 자유에 대한 과도한 제약이 되지 않도록 배려할 수도 있다는 점에서 그러하다. 링크 사이트 운영자들에 대하여도, 그들이 직접 링크를 제공하는 경우는 물론이고 그 이용자들의 링크제공행위를 유도하고 조장하는 방식으로 영리목적 추구를 하는 경우에도, 침해간주행위에 대한 방조의 책임을 물을 수 있다는 점에서, 권리보호에 큰 문제가 없는 상황이 될 수 있다.

이 방안을 취할 경우에 결국 관건이 되는 것은 ‘불법복제물에 대한 링크제공’이라

는 기본 요소 외에 어떤 추가적인 요소들을 침해간주의 추가요건으로 할 것인지가 중요하다. 그 추가적인 요소들로는, ① 링크대상 복제물의 불법성에 대한 인식과 그에 대한 공중의 접근을 용이하게 하고자 하는 목적의 존재, ② 영리의 목적 및 반복·계속성 ('업으로' 요건), ③ 해당 저작물등이 온라인상의 적법한 '무상제공 서비스' 영역에 있는 것이 아닐 것⁶⁸⁾의 세 가지 요소를 생각해 볼 수 있다. 그 외에도 침해의 규모 등 여러 가지 요소를 생각해 볼 수 있겠지만, 다른 요소들을 추가하면 그만큼 저작권자의 권리보호에 제약을 가하게 될 것이라는 점에서 바람직하지 않은 면이 있으므로 본 보고서에서는 위 세 가지 요소들을 중심으로 검토해 보기로 한다.

위 세 가지의 요소에 대하여 다양한 형태의 결합이 있을 수 있으나, 아래에서는 그 중에서 특별히 관심을 가지고 검토할 만한 네 가지의 대안에 대하여만 살펴보기로 한다.

2) 첫째 대안 : 불법복제물에 대한 링크설정이기만 하면 다른 추가조건 없이 침해행위로 간주하는 방안

이것은 저작권자들의 구제의 폭을 가장 넓게 하므로 저작권 보호의 면에서는 가장 바람직한 면이 있지만, 링크의 자유는 가장 크게 제약하고, 링크설정자의 법적 리스크를 크게 한다는 점에서는 큰 문제점을 내포하고 있는 방안이라 할 수 있다.

이와 관련하여, GS Media 사건 판례가 표현의 자유에 대한 문제를 짚은 부분은 우리의 입법과정에 시사하는 바가 많다고 생각된다. 그것을 다시 여기에 인용해 보면 다음과 같다.

“그러나 GS 미디어, 독일, 포르투갈 및 슬로바키아 정부와 유럽 집행위원회(European Commission)는 다른 웹 사이트에 게시된 저작물에 대한 링크를 그 저작물의 저작권자들이 인터넷상의 공표에 동의하지 않았다는 이유로 모두 자동으로 '공중송신'으로 보는 것은 표현의 자유와 정보의 자유에 대해 대단히 제한적인 결과를 초래할 것이며, 저작권 지침이 그러한 자유 및 공중의 이익이라는 축과 다른 한편에서 지적재산권의 효과적 보호에 대한 저작권자의 이익이라는 축 사이에 설정하고자 하는 올바른 균형과 일치하지 않을 것이라고 주장한다.

이와 관련하여 인터넷은 실제로 헌장 제11조에 의해 보장되는 표현의 자유와 정보의 자유에 특히 중요하며, 하이퍼링크는 인터넷의 적정한 운영과 엄청난 양의 정보를 이용할 수 있는 특징을 가진 동 네트워크 내의 의견 및 정보의 교환에 기여한다는 것

68) 이것은 필자가 저작권자의 경제적 이익을 해치지 않으면서 표현의 자유에 대한 리스크를 조금이라도 줄이기 위한 하나의 제한요소로서 일본 저작권법 제119조 제3항에서 '유상저작물등'에 한하여 위법다운로드를 형벌화한 사례 등을 참고하여 고안해 본 것이다. 다만 후술하는 바와 같이, 그 적용범위는 일본법의 위 규정과 크게 다르다.

에 주목할 필요가 있다. 나아가, 특히 그러한 링크를 게시하는 개인들이 그 링크가 연결하는 웹사이트가 보호되는 저작물에 대한 접근을 제공하는지, 그리고 필요할 경우 그 저작물들의 저작권자가 인터넷상의 공중송신에 대하여 동의하였는지 여부를 확인하는 것은 어려울 수 있다. 그러한 확인은 그러한 권리들이 이용허락을 받은 사람의 재이용허락(sub-license)의 대상이 될 수도 있는 상황에서는 더욱 어렵다. 더구나 하이퍼링크가 접근을 가능하게 하는 웹사이트의 내용은 그 링크 설정 이후에 변경되어 링크 설정자가 모르는 상태에서 변경될 수도 있다.

따라서, 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 ‘공중송신’에 대한 개별적인 평가라고 하는 목적을 이루기 위해서, 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용가능한 저작물에의 하이퍼링크를 제공하는 것이 그렇게 함에 있어서 이익을 추구하지 않는 사람에 의하여 행해질 경우에는, 그 제공자가 해당 저작물이 저작권자의 동의 없이 인터넷에 공표되었다는 것을 모르고 있거나 합리적으로 알 수 없다는 사실을 고려할 필요가 있다.”

결국 위 판결은 저작권 보호와 표현의 자유 사이의 올바른 균형을 이루기 위해 불법복제물에 대한 링크제공행위가 공중송신에 해당하기 위해서는 ‘불법성의 인식 또는 합리적 인식가능성’ 등의 추가적인 요건을 요하는 것으로 보았는데, 그 이유로는 위와 같이, 링크를 제공하는 개인들이 일일이 그 불법성 유무를 확인하기는 어렵다는 것 등을 제시하고 있는 것이다. 이것은 우리의 입법과정에서도 반드시 고려되어야 할 부분이라 할 것이다.

물론 위 첫째의 대안을 취하더라도 링크 대상물의 불법성에 대한 인식이 없으면 ‘고의’가 부정되어 형사처벌의 대상에서는 제외될 가능성이 있지만, 민사적 불법행위 책임은 과실만 인정되어도 질 수 있고, 과실이 없어도 침해정지 등 청구를 당할 수 있는 등 법적 분쟁에 휘말릴 수 있는 리스크가 크다는 점을 간과할 수 없다. 따라서 위 첫째 대안은 인터넷 이용자들의 법적 리스크를 과도하게 높이고, 인터넷상의 표현의 자유를 위축시키는 문제가 있다는 점에서 타당한 방안이라고 보기 어렵다.

3) 둘째 대안 : 불법성에 대한 인식 등을 추가적인 요건으로 하는 방안

이것은 불법복제물에 대한 링크제공이라는 객관적 사실 외에 위 ①의 요소, 즉 링크대상 복제물의 불법성에 대한 인식과 그에 대한 공중의 접근을 용이하게 하고자 하는 목적의 존재를 침해간주의 추가적 요건으로 하는 방안이다.

필자는 이 방안이 저작권 보호와 표현의 자유 사이에 균형을 이루는 가장 적절한 방안이라 생각한다. 위에서 본 ECJ의 GS Media 사건 판결의 취지도 불법복제물에 대한 링크의 경우 ‘불법성에 대한 인식 또는 합리적 인식가능성’만 있으면 공중송신권 침해로 보는 입장을 통해 그러한 균형을 달성하고자 한 것이므로(판결을 잘못 읽으면

영리목적도 필요로 하는 것으로 오해될 가능성이 있지만, 자세히 읽어 보면, 그렇지 않고, 불법성에 대한 인식 또는 인식가능성이 있거나 영리목적이 있는 경우를 중첩적 관계로 보는 것이 아니라 선택적인 관계로 보는 입장을 취한 것임을 알 수 있다), 이 방안은 적어도 EU의 판례에 비하여 표현의 자유 보장에 소홀하다고 할 수는 없으며, 저작권 보호의 측면에서도 위 첫째 대안에 비하여는 구제의 어려움이 있을 수 있지만, 전문적 링크 사이트에 대한 규제는 충분히 가능하며, 개별적인 링크 행위의 경우에도 그 악의성이 정황상 충분히 입증될 만한 경우에는 구제받을 수 있으므로 큰 부족함은 없다고 할 수 있다.

따라서 필자는 이 방안을 필자가 지지하는 개정방안 중 ‘제1안’으로 제시하고자 한다.

다만 이 방안에 대하여도 표현의 자유에 대한 제약 등의 우려와 문제제기의 가능성이 있을 수 있다는 점에서, 다른 적절한 대안이 없을지 신중하게 검토해 볼 필요는 있을 수 있다.

4) 셋째 대안 : ‘영리 목적’ 또는 ‘업으로’ 요건을 추가적으로 요하는 방안

이것은 저작권 침해간주행위로 보기 위해 불법복제물에 대한 링크제공 행위라는 객관적 사실에, 위 ①과 ②의 요소를 추가로 요하는 것으로 규정하는 방안이다. 즉 링크제공자가 영리의 목적으로 또는 업으로 링크 대상물의 불법성을 인식하고 그에 대한 공중의 접근을 용이하게 할 목적을 가지고 불법복제물에 대한 링크를 제공한 경우에 한하여 침해간주행위로 규정할 것을 제안하는 것이다.⁶⁹⁾

그러나 필자로서는 이 방안에 대하여 찬성하기 어려운 면이 있다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 위 방안은 1회적으로 이루어지는 비영리적인 행위이지만 큰 피해를 야기할 수 있는 링크제공행위에 대하여는 법적 구제수단을 부여하지 않음으로써 저작권 보호에 중대한 공백을 초래하는 문제를 남길 수 있다. 앞서 예를 든 바와 같은 상황, 즉 상영 전에 유출되어 국내에서는 잘 알려지지 않은 해외 사이트에 올려져 있는 영화

69) 이것은 현재 한국저작권위원회 저작권통상담에서 검토하고 있는 대안이다. 여기서 ‘업으로’라는 문구는 행위의 반복성과 계속성을 뜻하는 것으로 볼 수 있는데, 그와 관련하여 다음의 판례가 참조사례로 제시되고 있다.

대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4390 판결: 여기서 ‘업으로’ 한다는 것은 같은 행위를 계속하여 반복하는 것을 의미하고, 여기에 해당하는지 여부는 단순히 그에 필요한 인적 또는 물적 시설을 구비하였는지 여부와는 관계없이 금전의 대부 또는 중개의 반복·계속성 여부, 영업성의 유무, 그 행위의 목적이나 규모·횟수·기간·태양 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다.

파일을 어떤 개인이 발견하고 이를 검색포털에서 검색가능한 형태로 포털의 블로그 등에 링크한 경우에 그로 인한 피해는 어마어마할 수 있지만, 위와 같은 법개정만으로는 이에 대한 법적 구제가 쉽지 않은 것이다. 이것은 다른 나라라면 방조책임 등으로 해결가능할 수 있지만, 현재 방조책임조차 부정하는 취지의 대법원 판례가 변경되지 않고 있는 우리나라의 상황에서는 큰 문제가 될 수 있는 것이다.

둘째, 전문적으로 불법복제물을 링크 방식으로 전파하는 링크 사이트 운영자에 대한 규제와 단속의 면에서도 쉽지 않은 문제를 야기한다. 그러한 사이트 운영자에게 방조책임을 물으려면 그 사이트의 이용자들이 ‘영리 목적’으로 링크를 제공하거나 아니면 ‘업으로’ 그렇게 한 경우여야만 할 터인데, 그것을 입증하기가 쉽지 않은 경우가 많이 있을 수 있는 것이다. 당연히 링크 사이트 운영자에게는 광고수익을 올리는 등의 영리목적이 인정되지만, 문제는 사이트 운영자가 아니라 그 사이트를 운영하여 링크 정보를 올리는 개인에게 영리목적이 있거나 반복성 등이 인정되어야만 사이트 운영자를 처벌하는 것도 가능하다는 점에서, 수사기관의 부담이나 민사소송을 제기하는 원고등의 입증상의 부담이 상당히 클 수 있다는 것이 우려될 수 있다. 현재에는 사이트 운영자들이 직접 링크 정보를 올리는 형태를 취하는 경우가 많지만, 링크 사이트 운영자 측에서 새로운 입법에 대응하여 이용자들의 비영리적 링크제공 활동을 방조하는 형태를 취하기만 해도, 링크 사이트 규제가 쉽게 무력화될 수 있다는 것을 간과하여서는 안 될 것이다.

따라서 위 방안은 저작권보호와 표현의 자유 사이에 균형을 이루기보다, 표현의 자유에 다소간 치중함으로써 저작권보호의 면에서는 여전히 상당한 어려움을 초래하는 문제를 내포하고 있다고 생각된다.

5) 넷째 대안 : 불법성에 대한 인식 등이 있을 것과 해당 저작물등이 온라인상의 적법한 ‘무상제공 서비스’ 영역에 있는 것이 아닐 것을 추가적인 조건으로 규정하는 방안

이것은 위 ②의 조건이 가지는 문제점을 인식하여, ①과 ③의 요소만 침해간주행위로 보는 추가적 요건으로 규정하는 방안이다. 즉, 이 방안은 불법복제물에 대한 링크 제공이라는 기본적인 요건 외에, 불법성에 대한 인식 및 공중에의 접근 제공의 목적이 있어야 한다는 주관적 요건과 함께, 해당 저작물등이 온라인상의 적법한 ‘무상제공 서비스’ 영역에 있는 것이 아닐 것이라는 요건을 추가적으로 요구함으로써, 표현의 자유에 대한 우려를 최소화하면서 동시에, 저작권산업 내지 저작권의 합법시장에 대한 피해의 우려도 최소화하고자 하는 취지를 반영한 것이라 할 수 있다.

이 방안에 대하여는 한편으로 저작권 보호의 면에서 위 규정에 의하여 제외되는 저

작물등(이를 ‘무상제공저작물등’이라 약칭한다)도 저작권법에 의한 충실한 보호를 받아야 함에도 불구하고 그 부분에 대한 보호를 소홀히 한다는 비판이 있을 수 있고, 다른 한편으로는 표현의 자유를 강조하는 입장에서 여전히 우려를 제기하는 입장이 있을 수도 있다. 그러나 이러한 개정입법을 하면서도 여전히 불법복제물에 대한 링크 제공자의 방조책임을 인정하지 않는 취지의 대법원 판례는 잘못이고, 그것은 변경되어야 하거나 제한적으로 해석되어야 한다는 것을 강조하는 전제 하에서 개정할 경우에는 상업적으로 이용되지 않는 저작물에 대한 보호의 방치라고 하는 비판으로부터 상당부분 자유로울 수 있을 것으로 생각되고, 표현의 자유에 대한 우려에 대하여도 위에서 본 EU 판례의 입장 등을 들어 적절히 대응할 수 있으리라 생각된다. 필자로서는 위 둘째 대안이 타당한 방안이라 생각하지만, 그에 대하여 표현의 자유에 대한 우려가 강하게 제기될 경우의 대안으로 이 방안을 취하여도 큰 문제는 없다고 생각되어, 결론 부분에서 이 넷째 대안을 ‘제2안’으로 제시하고자 한다.

무상제공저작물등이 아닐 것을 요하는 것은 일본의 2012년 개정 저작권법에서 제 119조 제3항70)에 새로 추가된 ‘위법 다운로드 형벌화’ 관련 규정에 포함된 ‘유상저작물등’의 개념을 참고한 면이 있지만, 실제 위 ‘유상저작물등’의 개념은 녹음, 녹화물 등으로 한정되는 등 특수하게 한정된 적용영역을 가진 점에서 이를 우리의 링크 규제 입법에 도입하는 것은 적절치 않은 것으로 생각되어 그 규정과는 크게 다른 내용의 규정을 제안하게 된 것이다.

3. 관련 이슈들의 검토

(1) 저작권법 제133조의 2 등에 따른 시정명령 등의 대상으로 할 수 있는지 여부

저작권법 제133조의 2는 온라인상의 저작권등 침해행위에 대한 시정명령에 대한 근거규정으로서 그 제1항에서 “문화체육관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 "불법복제물등"이라 한다)가 전송되는 경우에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 다음 각 호의 조치를 할 것을 명할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 ‘불법복제물등’은 같은 조 제2항 등의 대상으로 이어지고 있고, 제133조의 3의 시정권고의 대상도 마찬가지이다.

위와 같이 불법복제물에 대한 링크제공이 일정한 조건 하에 ‘저작권재산권 침해행

70) 그 규정내용은 다음과 같다. 第三十条第一項に定める私的使用の目的をもって、有償著作物等(録音され、又は録画された著作物又は実演等(著作権又は著作隣接権の目的となつてゐるものに限る。))であつて、有償で公衆に提供され、又は提示されているもの(その提供又は提示が著作権又は著作隣接権を侵害しないものに限る。)をいう)

위'로 간주되게 되면, 그 링크 정보 자체가 위 규정에서 말하는 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는...정보”로서 ‘불법복제물등’에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로, 이에 대한 시정명령이나 시정권고 등이 그 부분에 대한 추가적인 법 개정 없이도 가능할 것으로 보인다. 따라서 이 부분과 관련한 추가적 법개정은 필요하지 않다.

(2) 온라인 서비스제공자의 면책

링크에 대한 규제를 할 경우에 제기되는 한 가지 우려는 온라인서비스제공자에게 이와 관련한 모니터링 의무가 주어지는 것 아닌가 하는 부분이다. 그러나 온라인서비스제공자에 대한 저작권법 제102조의 규정은 침해간주행위에 대하여도 그대로 적용되는 것이므로, 온라인서비스 제공자의 책임이 특별히 가중되거나 모니터링 의무가 강제되는 것은 아니다.

(3) 링크사이트를 특수한 유형의 OSP로 규제하는 문제와 추가개정의 필요성 유무

앞에서 본 바와 같은 악의적이고 전문적인 침해목적의 링크 사이트에 대하여는 특수한 유형의 OSP로 지정하여 규제할 필요성이 있을 수 있다. 이를 위해 추가적인 법 개정이 필요할지 여부에 대하여 검토해 보면, 다음과 같다.

저작권법 제104조는 ‘특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등’에 대한 규정으로서 제1항에서 “ 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있고, 그 제1항에서는 “문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다”고 규정하고 있다.

한편으로, 전기통신사업법 제22조 제2항은 부가통신사업에 대한 신고제를 원칙으로 규정한 제1항 규정의 예외로서, “제1항에도 불구하고 특수한 유형의 부가통신사업을 경영하려는 자는 다음 각 호의 사항을 갖추어 과학기술정보통신부장관에게 등록(정보통신망에 의한 등록을 포함한다)하여야 한다”고 규정하면서 다음 각호의 규정을 나열하고 있다.

1. 제22조의3제1항 및 「저작권법」 제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시 계획(제2조제13호가목에 해당하는 자에 한정한다)

1의2. 송신인의 전화번호가 변작 등 거짓으로 표시되는 것을 방지하기 위한 기술적 조치 실시 계획(제2조제13호나목에 해당하는 자에 한정한다)

2. 업무수행에 필요한 인력 및 물적 시설
3. 재무건전성
4. 그 밖에 사업계획서 등 대통령령으로 정하는 사항

이것이 바로 웹하드 등록제라고 불리는 제도로서 실제적인 면에서 저작권 보호에 큰 기여를 하고 있다. 전기통신사업법 제2조 제13호는 “ ‘특수한 유형의 부가통신역무’란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무를 말한다”고 하면서 다음의 가목과 나목 규정을 두고 있다.

- 가. 「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 부가통신역무
- 나. 문자메시지 발송시스템을 전기통신사업자의 전기통신설비에 직접 또는 간접적으로 연결하여 문자메시지를 발송하는 부가통신역무

위 규정 중 가목 규정은 저작권법 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자로 고시될 경우 전기통신사업법상의 ‘특수한 유형의 부가통신역무’를 수행하는 자에 대하여 웹하드 등록제의 적용을 받도록 하는 취지를 내포하고 있다.

위와 같은 규정들을 종합해 보면, 앞서 본 바와 같이 불법복제물에 대한 링크 제공 행위를 일정한 조건 하에 침해간주행위로 보는 규정을 도입하기만 하면, 링크 사이트에 대하여 별도의 추가적 법규정을 도입할 필요 없이, 제104조 제2항에 따라 문화체육관광부 장관이 일정한 유형의 링크 사이트를 ‘특수한 유형의 온라인서비스제공자’로 고시함으로써 웹하드 등록제의 적용을 받도록 할 수 있다는 것을 알 수 있다. 따라서 링크 사이트에 대하여 별도의 규제를 하지 않아도 일정한 링크제공행위의 위법성을 분명히 하는 입법을 하기만 하면, 저작권 보호를 위한 강력한 행정규제의 적용을 통해 링크 방식을 교묘하게 악용하여 저작권침해를 확산시키는 사이트를 근절해 나갈 수 있을 것으로 기대된다.

(4) 해외 링크사이트에 대한 접속차단 문제

앞서 본 바와 같이, 현재 방송콘텐츠 링크 사이트의 원천이 되고 있는 링크 사이트는 해외에 서버를 두고 있고, 그것도 여기저기 옮겨가면서 운영되고 있는 상황이다. 이와 같이 많은 링크 사이트가 해외에 서버를 두고 운영되고 있어서 이에 대한 민사 및 형사상의 법적 구제수단을 취하기가 어려운 면이 있다.

현제도 하에서 이에 대한 유일한 실효성 있는 대처방법은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률에 기하여 ‘접속차단’조치를 취하는 방법이다.

구체적으로 규정내용을 보면 다음과 같다.

* 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률

제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보
4. 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보
5. 「청소년 보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보
6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보
- 6의2. 이 법 또는 개인정보 보호에 관한 법령을 위반하여 개인정보를 거래하는 내용의 정보
7. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보
8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보
9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보

② [생략]

③ 방송통신위원회는 제1항제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다.

1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있었을 것
2. 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것
3. 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것

④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항에 따른 명령의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 의견제출의 기회를 주지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

2. 의견청취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

*방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률

제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

1. 「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의
2. 「방송법」 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결
3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 규정된 사항의 심의
4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구
5. 전기통신회선을 이용하여 유통되는 정보의 건전화에 관한 사항
6. 심의위원회의 사업계획·예산 및 결산에 관한 사항
7. 심의위원회 규칙의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
8. 다른 법령에 의하여 심의위원회의 심의사항으로 정한 사항

위 규정들 중 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 제44조의 7 제3항에서 “정보통신서비스 제공자 또는 게시관 관리·운영자에게 해당 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다”고 규정한 바의 정보의 처리에 대한 정지 또는 제한 등에는 불법정보를 가진 해외사이트에 대한 접속차단도 포함되는 것으로 보고 있다. 그리고 저작권 침해 등의 정보는 제44조의 7 제1항 제9호의 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보”에 해당하는 것으로 보고 있다.

따라서 현재 문화체육관광부와 한국저작권보호원은 위 규정들을 근거로 하여 해외 저작권침해 사이트에 대한 접속차단을 위한 행정절차를 취하고 있는데, 다음의 그림은 그 절차를 도해한 것이다.⁷¹⁾



71) 한국저작권위원회 공정이용국 침해정보심의팀, “온라인 저작권 침해 대응 워킹그룹 결과보고서(연구주제 : 저작권 침해사이트에 대한 접속차단 도입 근거마련을 위한 저작권법 개정(안) 연구, 연구수행자: 박정인)”(2016. 8.), 6면 참조.

위와 같은 절차는 여러 기관을 거치면서 상당한 시일이 소요되는 등으로 저작권 보호조치로서의 신속성의 요구에 반하는 등의 문제점이 있어 저작권보호의 주무부처인 문화체육관광부가 바로 접속차단을 요구할 수 있는 근거를 가지도록 하는 입법적 개선방안이 검토될 수 있다.⁷²⁾ 앞으로 이 부분에 대하여는 보다 신중한 검토가 필요할 것으로 생각한다. 다만 그와 같은 추가적인 개정입법을 하지 않더라도, 위와 같은 절차를 통해 해외 사이트에 대한 접속차단이 가능하긴 하고, 단지 그 조치의 신속성 등만 문제될 뿐이라는 점, 이러한 행정조치의 남용에 대하여는 경계의 목소리도 있을 수 있다는 점 등을 감안하여, 본 보고서에서 이를 개정안의 내용에 포함하여 제시하지는 않는 것으로 한다.

(5) 링크제공자의 방조책임과의 관계

본 보고서에서 제시하는 개정안은 불법복제물에 대한 링크 제공행위를 일정한 조건 하에 ‘직접침해’로 간주하는 취지로서, 이것이 불법복제물에 대한 링크 제공자의 간접 침해(침해 방조)책임을 원칙적으로 인정하는 학설의 입장 등을 대체하는 것은 아니다. 필자로서는 본 보고서가 제안하는 바와 같은 법개정이 이루어진 이후에도 여전히 링크제공자의 ‘사후적 침해행위’에 대한 방조책임을 인정되어야 할 것으로 보고, 그렇게 주장할 것이다. 따라서 추잉 사건에 대한 대법원 판례가 변경되어야 할 것이라는 주장도 그대로 유지한다. 이 개정안은 그 부분에 대한 판례 변경이 이루어질지 여부가 불투명한 것을 전제로 하지만, 그 부분에 대한 판례변경을 대체하는 의미의 개정안을 제시하는 것은 아닌 것이다. 만약 필자의 주장과 같이 대법원 판례가 변경되어 사후적 침해행위에 대한 방조책임을 인정될 경우, 권리자로서는 한편으로 침해간주 규정의 요건을 입증하여 침해간주행위라고 주장할 수 있고, 다른 한편으로 그러한 직접침해 간주 규정의 적용을 받기 어려운 경우에도 방조책임을 입증할 경우에는 방조책임을 추궁할 수 있게 될 것이다. 그렇지 않은 경우, 즉 판례가 변경되지 않고 오히려 보다 분명하게 방조책임을 부정하는 것으로 굳어질 경우에는 방조책임을 묻기가 어렵게 되겠지만, 그 경우에도 침해간주 규정을 통해 필요한 권리구제를 받을 수는 있어 큰 문제가 초래되지는 않을 수 있을 것으로 기대된다.

(6) 형사처벌 규정

72) 한국저작권위원회 공정이용국 침해정보심의회, 위 보고서, 14~16면이 그러한 취지의 개정안을 제시하고 있다.

제124조의 개정으로 그 제1항 제4호에서 일정한 요건을 갖춘 링크제공행위를 침해 간주행위로 보는 규정을 신설할 경우, 그에 대하여는 현행 저작권법 제136조 제1항이 아니라 제2항(그 제4호에서 “제124조 제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자”를 처벌대상으로 규정하고 있다)이 적용됨으로써 저작재산권침해행위 자체보다는 법정형이 약간 가벼워져, “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수” 있게 된다. 이와 같이 법정형이 약간 가벼워지는 것을 수용할 수 있다고 보는 한, 형사처벌 규정에 대한 추가적인 개정은 필요하지 않다.

(7) 경과규정

본 보고서가 제안하는 바와 같은 침해간주 규정의 개정이 이루어질 경우, 그것은 위와 같이 형사처벌 규정으로도 이어지는 것이고, 따라서 당연히 그 소급효는 제한되는 것으로 해석되므로, '제124조의 개정 규정은 이 법 시행 후 행해진 행위부터 적용한다'는 식의 주의적 부칙규정은 필요하지 않은 것으로 파악된다. 다만 일정한 계도 및 홍보기간의 필요성 등을 감안하여 법개정 후 일정한 기간이 지난 후를 시행일로 하는 것을 고려할 필요가 있을 것이다. 다만 오랫동안 저작권자의 피해가 누적되어 온 것을 감안할 때 시행일을 너무 많이 늦추는 것은 바람직하지 않다.

제7장 결론: 저작권법 개정안의 제시 및 그 설명

I. 서설

위에서 저작권법 개정의 방향성을 구체적으로 검토하면서 도출한 결론에 따라 저작권법 개정안을 작성하여 제시해 보기로 한다. 위에서 정리한 개정의 방향을 요약해 보면 다음과 같다.

1) 링크 사이트의 운영을 규제대상으로 하기보다 링크제공 행위 자체를 대상으로 규정한다.

2) 공중송신이나 전송의 정의규정을 손질하는 것보다 침해간주 규정을 통해 불법복제물에 대한 링크제공행위를 일정한 조건하에 침해간주행위로 보는 규정방식을 취한다.

3) 불법복제물에 대한 링크제공행위를 다른 추가조건 없이 침해간주행위로 규정하는 것은 표현의 자유에 대한 지나친 제약이 되어 바람직하지 않고, 영리의 목적이거나 반복·계속성을 추가적인 조건으로 하는 것은 저작권보호에 중대한 공백을 초래하는 부분이 있어 바람직하지 않다.

4) 따라서 링크 대상물의 불법성에 대한 인식 등만을 추가적인 요건으로 하거나 (제1안), 거기에 더하여 링크 대상물이 상업적으로 이용될 것을 목적으로 작성되거나 공표된 것일 것을 추가적 요건으로 하는 방안(제2안)이 타당하다.

위와 같은 전제 하에, 아래에서 제1안과 제2안의 개정안을 구체적으로 제시하고, 그에 대한 간략한 설명을 곁들이고자 한다.

II. 제1안의 제시와 그 설명

1. 제1안의 제시

현행법 규정	개정안
<p>제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.</p> <p>1. ~3. (생략)</p> <p><신설></p>	<p>제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.</p> <p>1. ~3. (현행과 같음)</p> <p>4. <u>저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물임을 알면서 공중의 구성원이 정보통신망을 통하여 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적으로 그 복제물의 인터넷주소 또는 그 주소로의 연결정보를 제공하는 행</u></p>

2. 제1안에 대한 설명

위와 같이 저작권법 제124조 제1항 제4호의 규정이 신설될 경우, 위 4호 규정의 적용을 받아 저작권등의 권리침해 행위로 간주되게 위하여는 다음의 요건을 갖추어야 한다.

1) 저작권이나 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물을 링크 대상으로 한 경우일 것

이른바 ‘불법복제물’에 대한 링크의 경우만 본호의 적용대상이 됨을 분명히 한 것이다. 저작권을 침해한 경우만이 아니라 저작권법상의 기타 권리로서 저작인접권, 출판권 등을 침해한 경우도 포함된다. ‘복제물’이라는 용어를 사용함으로써 2차적저작물의 경우는 제외하는 취지도 내포된 것으로 볼 수 있을 것이다.

2) 불법복제물이라는 것에 대한 인식을 가지고 링크 제공 등을 한 경우일 것

타인의 저작권 등 권리를 침해하는 불법복제물이라는 것을 인식할 것이라는 주관적 요건을 요하는 것으로 규정한 것이다. 앞에서 살펴본 ECJ의 GS Media 사건 판결에서는 실제로 인식하는 경우 외에 합리적 인식가능성이 있는 경우도 공중송신의 개념에 포함하는 입장을 취하였으나, 위 규정안은 인식가능성의 경우는 제외하고 실제로 인식하였음을 입증한 경우에만 침해간주행위가 되도록 하여, 표현의 자유에 대한 제약을 최소화하고자 한 것이다.

3) 공중의 구성원이 정보통신망을 통하여 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적이 있을 것

위 2)의 불법성에 대한 인식에 더하여 또 하나의 주관적 요건으로 공중의 구성원이 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적을 가진 경우일 것을 요건으로 규정한 것이다. 이것은 자신이 개인적으로 사용하기 위하여 링크를 해 둔 것인데, 우연히 다른 사정으로 인하여 공중에게 공개된 것과 같은 경우에는 적용되지 않도록 하여, 인터넷 이용자들의 정당한 이익을 보호하고자 하는 취지를 담은 것이라 할 수 있다.

4) 그 복제물의 인터넷주소 또는 그 주소로의 연결정보를 제공하는 행위일 것

이것은 링크의 설정 및 제공행위만이 아니라 인터넷 주소를 단순히 화면에 표시함으로써 복제하여 사용할 수 있도록 하는 경우도 포함하는 취지를 내포한 것이다. 그러한 경우를 제외한다면, 역시 저작권등 보호에 큰 공백을 초래할 수 있음을 감안한 것이다.

III. 제2안의 제시와 그 설명

1. 제2안의 제시

현행법 규정	개정안
<p>제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.</p> <p>1. ~3. (생략)</p> <p><신설></p>	<p>제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.</p> <p>1. ~3. (현행과 같음)</p> <p>4. <u>저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물(해당 저작물등의 원본이나 그 다른 복제물의 전부가 정보통신망을 통하여 동일·유사한 방식으로 누구든지 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 경우를 제외한다)임을 알면서 공중의 구성원이 정보통신망을 통하여 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적으로 그 복제물의 인터넷주소 또는 그 주소로의 연결정보를 제공하는 행위</u></p>

2. 제2안에 대한 설명

제2안은 제1안과 마찬가지로 제124조 제1항에 제4호의 규정을 신설하는 방안으로서, 그 내용도 다른 것은 제1안과 모두 같고, 단지 그 중 괄호 안에 추가한 부분만 다른 것이다. 그 괄호 부분의 취지는 앞서 본 ‘무상제공저작물등’을 보호대상에서 제외하자는 것이다. 즉, 링크 대상물에서 “해당 저작물등의 원본이나 그 다른 복제물의 전부가 정보통신망을 통하여 동일·유사한 방식으로 누구든지 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 경우”를 제외함으로써 이미 온라인상의 다른 웹사이트 등을 통해 무상으로 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 저작물은 제외하는 취지를 분명히 한 것이다. 이것은 이를 통해 예컨대 인터넷상의 블로그 내용

을 허락 없이 퍼온 글에 대한 링크 제공행위 등은 처음부터 위 규정에 의한 책임추궁의 대상에서 제외되도록 한 것이다. 앞서본 바와 같이, 링크 제공 행위 자체에 '영리 목적' 등을 요할 경우에, 권리보호에 중대한 결함이 생기는 것을 감안하여, 그와 같은 권리보호상의 문제를 피하면서, 동시에 표현의 자유 보장 영역을 조금이라도 더 넓히 고자 하는 뜻에서, 인터넷상의 '무상제공' 서비스 영역을 '영리성'이 약한 것으로 보 아, 이 규정을 통한 보호범위에서 제외한 취지이다. 이 안을 취하더라도, 유료 사이트 나 회원제 로그인 방식의 사이트 등을 통해 서비스되는 콘텐츠의 경우는 해당 링크제 공 행위가 영리적 목적을 가지는지 혹은 반복성 및 계속성을 가지는지 여부를 불문하 고 법적 구제의 대상이 되도록 함으로써 저작권자들의 경제적 이익은 크게 훼손되지 않을 것이라는 점을 감안한 것이다. 그리고 이러한 규정을 두더라도 위 규정의 적용 대상에서 제외되는 저작물의 불법복제물에 대한 링크제공 등 행위에 대하여 방조책임을 물을 수 있는 가능성은 있음을 전제로 하는 것이기도 하다.

문언상 '저작권자들의 허락을 받고'라는 표현 대신 '적법하게'라고 한 것은 허락을 받지 않고도 법정허락 등에 의하여 적법하게 제공되는 경우가 있음을 감안한 것이나, 기본적으로 저작권자들의 허락을 받은 경우를 염두에 둔 것이다.

앞서 소개한 사례에서 나온, 출판 전에 유출된 사진저작물이나 상영전에 유출된 영 상저작물은 물론이고, 오프라인으로만 발행되고 온라인상으로는 아직 제공되지 않고 있는 저작물이나 온라인상 로그인 방식으로 회원가입을 한 이용자에게만 무상으로 제 공되고 있는 것 등은 위 규정의 적용대상에 포함되는 반면, 온라인상 영리목적으로 운영되긴 하지만 모든 공중을 대상으로 무상으로 서비스하는 포털 사이트 등을 통해 로그인을 하지 않고도 자유롭게 접근할 수 있는 형태로 (배너 광고 등과 함께) 제공 되고 있는 것은 그 제공방식이 크게 다르지 않는 한 그 적용대상에서 제외될 것이다. “..복제물의 전부”라고 표현한 것은 고객 유인을 위해 그 일부만 ‘미리보기’ 또는 ‘미 리듣기’ 방식으로 제공되고 있는 영상저작물 또는 음악저작물 등을 염두에 둔 것으로 서, 그러한 경우는 그 '전부'에 대한 자유로운 접근이 허용되지 않는다는 이유로 위 규정의 적용대상에서 제외되지 않고 포함되게 된다. '동일·유사한 방식으로'라는 제한 어를 붙인 것은 적법하게 서비스되는 것은 오로지 스트리밍 방식일 뿐인데, 불법으로 다운로드 방식으로 변환하여 제공하는 복제물에 링크를 한 것과 같은 경우는 적용대 상에 포함되도록 하는 취지이다. 그리고 형사책임의 면에서는 이러한 괄호 속의 제 외대상에 객관적으로 해당하는 경우만이 아니라 그에 해당한다고 믿을 만한 요소들이 있어 그렇게 믿은 경우에도 '고의'가 부정되어 형사책임을 면할 수 있을 것이다.

IV. 맺음말

이상의 '제1안'과 '제2안'중 어느 하나가 채택되어 개정입법이 이루어질 경우, 표 현의 자유에 대한 과도한 제약을 피하면서도 저작권자들의 권익을 충실하게 보호할 수 있게 될 것으로 기대된다. 류잉 사건에 대한 대법원 판결이 나온 지 이미 2년 반

이 넘는 세월이 지났고, 그 사이에 링크 사이트를 통한 침해 상황은 계속 악화되어 오고 있었음을 감안하여 이제는 더 이상 지연하거나 실기하지 않고 개정입법을 서둘러 강력하게 추진함으로써 저작권자의 정당한 권익이 속수무책으로 침해되는 상황이 방지되지 않도록 하여야 할 것이다.

특허권 등에 관한 소송의 판결서 공개제도 개선방안에 관한 연구

= 목 차 =

제1절 서론	1
I. 연구의 개요	1
II. 본 보고서에서 주장될 사항	2
제2절 우리나라 판결서, 심판원 심결문 공개제도 현황	4
I. 우리나라 판결서 공개제도 관련 규정	4
II. 우리나라 판결서 공개제도 현황	6
제3절 주요국의 판결서 공개제도 현황	9
I. 미국의 판결서 공개제도 현황	9
I-A. 미국의 특허심판(IPR) 심결문 공개 현황	42
II. 유럽의 판결서, 심결문 공개제도 현황	8
III. 중국의 판결서 공개제도 현황	8
IV. 홍콩의 판결서 공개제도	3
V. 대만의 판결서 공개제도 현황	3
VI. 일본의 판결서 공개 현황	7
VII. 마카오의 판결서 공개제도 현황	4
VIII. 인도네시아의 판결서 공개제도 현황	4
제4절 일반 소송 및 특허소송 판결서 공개제도 개선방안	5
I. 일반 소송 판결서 공개제도 개선의 필요성	6
II. 일반 소송 판결서 공개제도 개선방안	4
III. 특허권 등에 관한 소송의 판결서 공개제도 개선방안	36
제5절 결론	67

제1절 서론

I. 연구의 개요

1. 연구의 목적

당사자는 소송 제기로부터 소송 관련 정보를 수시로 알게 된다. 그러나 당사자가 아닌 자는 그 소송에 관한 정보를 알기가 어렵다. 소송의 결과인 판결서의 접근성을 제고할 필요가 있다. 특히, 산업재산권 사건에서는 그 권리의 대세효로 인하여 제3자가 해당 소송에 관한 정보를 쉽게 알 수 있도록 할 필요성이 더 높다. 본 연구는 당사자가 아닌 자가 소송 관련 정보를 용이하게 입수할 수 있도록 하는 체계를 모색한다. 나아가 본 연구는 산업재산권 사건의 판결서 공개제도를 개선하는 것을 주요 목적으로 한다. 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권의 산업재산권은 대세효를 가지므로 다수의 알려진 또는 알려지지 않은 이해관계인에 의한 해당 특허, 실용신안, 상표 또는 디자인의 실시 또는 사용을 배척한다. 그러므로, 산업재산권 사건의 판결서는 제3자가 용이하게 입수할 수 있도록 할 필요가 있는 것이다.

2. 연구의 대상: 특허소송을 중심으로 검토, 그러나 선결문제로서 일반 소송도 검토

특허, 실용신안, 상표 및 디자인의 4개 산업재산권 권리에 관한 심판 및 소송의 심결문 및 판결서의 공개제도를 본 연구의 주요 대상으로 한다. 산업재산권 4개의 성격이 비슷하므로, 이 연구에서는 특허소송 판결서 및 특허심판 심결문을 중심으로 논한다. 특허사건에 대한 연구의 결과는 그대로 실용신안, 상표 및 디자인에 관한 소송의 판결서 및 심판의 심결문에 적용될 것이다. 만약, 특허소송 판결서에서 당사자 성명 및 특허번호를 삭제할 필요가 없다면 특허심판 심결문에서도 삭제할 필요가 없을 것이고 나아가 나머지 실용신안, 상표 및 디자인의 소송 판결서 및 심판 심결문에서도 동일하게 당사자 성명 및 권리번호를 삭제할 필요가 없을 것이다. 본 연구는 판결서의 익명화(Anonymisierung, Anonymization)⁷³⁾ 또는 가명화(Pseudonymisierung, Pseudonymization) 작업의 부당함, 특히 특허사건에서의 부당함을 지적한다.

그런데, 산업재산권 사건의 판결서 공개는 필연적으로 일반 사건의 판결서 공개제도에 의하여 영향을 받는다. 그렇다면, 산업재산권 사건의 판결서 공개제도의 개선을 위해서는 선결문제로서 일반 사건의 판결서 공개제도의 개선에 대하여 검토하여야 한다. 그런 견지에서 이 글은 필연적으로 일반 사건의 판결서 공개제도에 대하여 검토하게 되고 나아가 그 제도의 개선 방안을 제안한다.

3. 민사소송, 형사소송 판결문 개선방안의 언급

본 연구는 일반적인 민사소송, 형사소송의 판결서에서도 당사자 성명, 대리인 성명 등을 삭제

73) Szonja Navratil, *Chapter 8 A Comparative Overview of Publicity in the Administration of Justice*, 27 IUS Gentium 177, 184 (2014) (“Anonymisation (protection of personal data in court decisions and documents)”).

할 필요가 없다고 주장한다. 물론, 이혼소송, 가사소송, 강간사건, 미성년자 사건 등 일부 사건에서는 개인정보를 보호할 필요성이 높다. 그 외 일반 사건에서는 판결서가 더 쉽게 더 빠르게 공개될 수 있도록 하여야 한다. 나아가, 아래에서 밝히는 바와 같이 특허, 실용신안, 상표 및 디자인의 4개 소송에서는 개인정보를 보호할 필요성이 극히 낮다. 그래서 그 4개 소송에서 개인정보를 삭제하는 현재 시스템을 타파하여야 한다.

4. 연구의 범위

가. 우리나라 판결서 공개 현황

민사소송, 형사소송, 특허소송의 판결서 및 특허심판 심결문의 공개 현황을 파악한다.

나. 주요국의 판결서 공개 현황

중국, 대만, 일본, 독일, 프랑스, 영국, 미국 중 최소 5개 이상 국가의 판결서 공개 현황을 조사한다. 일반적인 민사소송, 형사소송에 대하여도 간단히 파악하고, 나아가 특허소송 및 특허심판에 대하여 자세히 파악한다.

다. 판결서 공개 시스템 파악

판결서에서 개인정보를 삭제하는지 여부도 중요하지만 판결서가 얼마나 빨리 얼마나 쉽게 입수 가능한지도 중요하다. 그래서, 신속성 및 용이성의 측면에서 주요국의 공개제도와 우리나라의 공개제도를 비교한다.

II. 본 보고서에서 주장될 사항

1. 공통사항으로 일반 사건의 판결서 공개제도 개선 촉구

특허권 등에 관한 소송의 판결서도 일반 사건의 판결서 공개제도 아래에서 공개된다. 그런 견지에서 일반 사건의 판결서 공개제도를 개선할 필요가 있다. 아래에서 살펴보는 바와 같이, 우리나라의 판결서 공개제도는 개선의 여지가 상당하다. 중국에서 유학을 와서 성균관대학교 법학전문대학원에서 공부를 하는 학생이 “한국은 IT 강국인데, 한국에서 판결서 입수하는 것이 중국에서 판결서 입수하는 것보다 더 어려운 것이 이해되지 않는다”고 말한다. 우리 판결서 공개제도가 중국의 그것보다 불편하다는 것이다.

2. 특허소송 판결서 및 특허심판 심결문 공개 촉구

특허제도는 출원인이 발명을 공개하는 대가로 공중이 그 출원인에게 배타권을 인정하는 것이다. 그런 견지에서 특허등록을 출원인(특허권자)과 공중 사이의 계약이라고 볼 수 있다. 그 계약의 내용이 특허명세서에 기재되어 등록되는 것이다. 그 등록된 특허에 대하여 특허권자와 무효심판 청구인 사이에 공방이 있고 그래서 등록된 내용에 변화가 발생하는 경우 그 내용에 대하여 계약 당사자인 공중이 즉시 그리로 온전히 알 수 있어야 한다. 그러므로, 심결문, 판결

서 등이 있는 경우 그러한 사실이 등록원부에 즉시 기재되어야 하고, 그 심결문, 판결서 등의 온전한 내용을 공중이 즉시 그리고 쉽게 입수할 수 있어야 한다. 그렇게 입수한 내용을 바탕으로 공중, 특히 제3의 경쟁자는 사업포기, 사업개시, 회피설계, 실시계약 등의 경영판단을 하게 된다. 경영판단에 있어서 관련 정보의 온전하고 신속한 입수가 중요함은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 그리고 현대 기업경영에서 특허권 관련 정보가 (모든 기업에게는 아니지만 적어도 대부분의 기업에게) 중요함은 이미 주지의 사실이다.

현재 법원은 개인정보 보호라는 명분 아래 특허소송 판결서의 비실명화 작업을 진행하고, 그 작업이 종료된 후에 판결서를 공개하는데, 그러한 조치는 첫째로는 판결서의 공개가 지연되는 단점을 초래하고 둘째로는 판결서 당사자를 알 수 없게 하는 단점을 초래한다. 해당 특허가 전체적으로 무효되었다는 사실, 해당 특허의 어떤 청구항이 무효되었다는 사실, 해당 특허의 청구항이 정정되었다는 사실, 해당 특허가 어떤 선행기술과 비교되어 무효가 아니라고 판단되었다는 사실 등은 경쟁자들에게는 매우 중요한 정보이다. 그런 정보를 개인정보 보호라는 특허사건에는 전혀 어울리지 않는 목적을 위하여 장기간 법원 내에 잠재우는 것은 특허제도의 목적에 반한다.

특허제도는 발명의 보호 및 이용을 통하여 기술발전을 촉진하는 목적을 가지는데, 판결서 공개의 지연은 발명의 원활한 이용을 지연시키게 된다. 특허권 침해소송에서 피고가 누구였는지는 제3의 경쟁자에게는 매우 중요한 정보이다. 어떤 행위가 침해를 (비)구성하였는지도 중요하지만 어떤 피고가 그 행위를 하였는지도 경영판단에 매우 중요하다. 그런 점에서 특허소송에서는 일반적으로는 개인정보를 보호할 필요가 없으며, 영업비밀 등의 이유로 특별히 공개하지 않아야 할 사항이 있는 특별한 경우에만 그 내용을 판결서에 포함하지 않든 아니면 판결서 수정작업을 하면 되는 것이다. 특허소송에 관한 위의 논리는 상표소송, 디자인소송, 실용신안소송 등에도 그대로 적용된다. 그러므로 법원은 산업재산권 판결서를 즉시 그리고 완전히 공개하고, 특허청은 등록원부 사이트에서 그 판결서를 구할 수 있도록 하여야 한다.

더욱이 소송 과정에서 양 당사자가 제출한 자료도 즉시 공개되어야 한다. 양 당사자가 협상을 통하여 사건을 종결하여 판결이 생성되지 못하는 경우에도 제3자 경쟁자가 해당 소송에서 펼쳐진 공방에 대하여 알 수 있어야 한다. 어떤 경우에는 그 소송자료에 해당 특허를 무효시킬 수 있는 자료가 포함되어 있을 수 있다. 특허무효를 회피하기 위하여 양 당사자가 협상을 통하여 소송을 종결시키는 경우도 허다하다.

제2절 우리나라 판결서, 심판원 심결문 공개제도 현황

I. 우리나라 판결서 공개제도 관련 규정

1. 헌법

헌법 제109조가 법원의 재판에서 심리와 판결은 공개한다고 규정한다. 그러한 재판의 공개를 통하여 사법부에 의한 재판이 행정부 및 입법부에 의하여 견제되고 나아가 국민 및 여론에 의하여 감시받도록 하고 있다. 재판공개는 재판정의 공개는 물론이고 판결의 공개도 포함한다.⁷⁴⁾ 이러한 법리는 미국에서 통용될 뿐만 아니라 유럽에서도 그러하다. 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제6(1)조에 따르면 공중도덕, 국가안보 등의 이익을 위한 경우를 제외하고는 판결서가 공개되어야 한다고 규정한다.⁷⁵⁾

2. 민사소송법

민사소송법 제163조는 소송기록의 열람 제한에 대하여 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 그러나, 동 규정은 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀 또는 영업비밀을 대상으로 하므로 일반적인 당사자의 성명, 특허번호 등은 동 규정의 대상이 되지 못한다. 판결서에 기재된 개인정보를 보호하기 위한 규정은 2011년 7월 18일 민사소송법 개정으로 제163조의2로 신설된다.⁷⁷⁾ 동 규정은 확정 판결의 판결서를 누구나 인터넷을 통하여 열람할 수 있도록 규정한다. 동조 제1항이 인터넷

74) Szonja Navratil, supra, at 187 (“Open trial means both courtroom publicity and the public announcement of court decisions.”).

75) European Convention on Human Rights, Art. 6(1) (“criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”).

76) 민사소송법 제163조(비밀보호를 위한 열람 등의 제한) ①다음 각호 가운데 어느 하나에 해당한다는 소명이 있는 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송기록중 비밀이 적혀 있는 부분의 열람·복사, 재판서·조서중 비밀이 적혀 있는 부분의 정본·등본·초본의 교부(이하 "비밀 기재부분의 열람 등"이라 한다)를 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있다.

1. 소송기록 중에 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀이 적혀 있고, 제3자에게 비밀 기재부분의 열람 등을 허용하면 당사자의 사회생활에 지장이 클 우려가 있는 때

2. 소송기록중에 당사자가 가지는 영업비밀(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조제2호에 규정된 영업비밀을 말한다)이 적혀 있는 때

②제1항의 신청이 있는 경우에는 그 신청에 관한 재판이 확정될 때까지 제3자는 비밀 기재부분의 열람 등을 신청할 수 없다.

③소송기록을 보관하고 있는 법원은 이해관계를 소명한 제3자의 신청에 따라 제1항 각호의 사유가 존재하지 아니하거나 소멸되었음을 이유로 제1항의 결정을 취소할 수 있다.

④제1항의 신청을 기각한 결정 또는 제3항의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

⑤제3항의 취소결정은 확정되어야 효력을 가진다.

77) 법률 제10859호(시행 2015. 1. 1.).

을 통한 열람 및 복사를 규정하고, 제2항은 판결서에 기재된 “성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 대법원규칙으로 정하는 보호조치를 하여야 한다”고 규정한다. 결국 민사소송법 제163조의2 제2항이 판결서에서 당사자 성명 등을 방만하게 삭제하여 판결서의 정보성을 훼손시키는 근거가 된다. 동 규정은 개정되어야 한다.

3. 대법원 규칙

「민사판결서 열람 및 복사에 관한 규칙」 제4조는 “법원사무관등은 전산정보처리시스템에 등록된 판결서에 대하여 개인정보 보호를 위한 비실명 처리를 하여야 한다”고 규정한다. 위 민사소송법 제163조의2 제2항 및 그에 따른 대법원규칙 제4조가 민사소송 판결서에서 여러 개인정보를 삭제하는 근거가 된다. 동 규칙 제3조 제4호는 개인정보를 개인정보 보호법 제2조 제1호가 규정하는 개인정보라고 말하는데, 개인정보 보호법 제2조 제1호는 개인정보를 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 등 그 개인을 식별할 수 있는 정보라고 규정한다.⁷⁸⁾ 결국 살아 있는 개인의 정보가 개인정보 보호법의 보호의 대상이므로 기업정보는 보호의 대상이 아니다. 그렇다면 기업(법인)이 당사자인 경우 그 기업의 이름은 삭제될 필요가 없다.

4. 대법원 예규

대법원 재판예규 제1411호(2012. 12. 27. 결재) 「판결서 등의 열람 및 복사를 위한 비실명 처리 기준」이 비실명화 작업의 구체적인 내용을 보여준다. 동 예규 제3조는 모든 판결서 등이 비실명 처리의 대상이라고 규정한다.⁷⁹⁾ 특허사건의 판결서 등 사건의 성격에 따라서 비실명 처리를 할 필요가 없는 경우도 있을 터인데 동 규정은 사건의 성격을 불문하고 모든 판결서 등이 비실명 처리의 대상이라고 규정하고 있는 것이다. 동 예규 제4조는 삭제의 대상이 되는 개인정보를 다음과 같이 열거하고 있다: 사건관계인의 성명, 성명에 준하는 것, 연락처, 금융정보, 기타 개인을 특정할 수 있는 정보.

대법원 재판예규 제5조 제2항은 당사자가 법인이나 단체일 경우, 그 명칭을 제외한 대표자 성명, 법인의 주소 등을 삭제하도록 규정한다. 그렇다면 기업의 명칭은 삭제될 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 많은 판결서는 기업 당사자의 명칭을 삭제하고 있다. 나아가, 법인의 대표자 성명, 법인의 주소 등은 공개된 정보이고 기업의 명칭을 알면 인터넷에서 손쉽게 알 수 있는 정보인데 그것을 삭제할 필요가 있는지 의문이다.

이러한 규정들에 따라 대법원은 판결서를 공개하고 있는 바 그러한 공개제도에 대하여 알아본다.

78) 개인정보 보호법 제2조 제1호(“개인정보’란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.”).

79) 제3조 (비실명 대상 판결서 등) 판결서 등의 열람 및 복사를 위한 법원 전산정보처리시스템에 등재하는 모든 판결서 등은 개인정보 보호를 위하여 비실명 처리한다.

II. 우리나라 판결서 공개제도 현황

1. 종합법률정보 사이트를 통한 판결서 공개 현황

대법원은 “법원 종합법률정보”라는 이름의 사이트(<http://glaw.scourt.go.kr>)를 운영하며, 동 사이트를 통하여 일부 판결서를 공개한다. 동 사이트에서 ‘직무발명’이라는 검색어로 검색한 결과 33개의 판결이 검색되었고, 그 중 19개는 대법원 판결, 9개는 고등법원 판결, 나머지 5개는 하급심 판결이었다. 그 숫자로 보아서 판결 중 극히 일부만 동 사이트에서 공개하는 것으로 보인다. 해당 사이트에 등재된 판결들은 어떤 기준으로 선별되는지 궁금하다.

위 5개의 지방법원 판결 중 2개가 서울중앙지방법원의 것인데, 서울중앙지방법원의 사이트에서 같은 조건으로 검색한 결과 7개의 판결이 검색되었다. 이 하나의 검색예에 의하면 7개 중 2개만 종합법률정보 사이트에서 무료로 공개되고 나머지 5개는 개별 법원 홈페이지에서 따로 검색하여야 한다. 결국, 종합법률정보 사이트에서는 일부 판결만 공개하고 있어서 그 사이트에서의 검색의 효율이 낮다. 더 치밀한 판결서 검색을 위해서는 각 법원이 제공하는 인터넷 열람 서비스를 이용하여야 한다. 그러나, 그러한 각 법원의 인터넷 열람서비스를 이용하기 위해서는 개별 법원 사이트를 각각 방문하여야 하는 불편을 감수하여야 한다. 참고로, 아래에서 살펴보는 바와 같이, 중국에서는 전국 약 3천개 법원의 판결서가 하나의 사이트에서 통합 공개되고 있다.

2. 인터넷 열람을 통한 판결서 공개 현황

판결서 공개는 인터넷 열람제도의 도입으로 인하여 새로운 세대를 맞이한다. 아래에서는 동 제도에 대하여 상술한다.

가. 판결서 공개의 목적

법원은 국민의 알권리를 충족하고 바람직한 법률문화를 정착시키기 위하여 판결서의 공개를 확대하였다. 2014년 4월 2일 법원행정처장(박병대)은 재판제도 개선에 관하여 기자간담회를 열고, “재판결과를 투명하게 공개해 사법신뢰를 높이기 위한 방안으로 민사판결서 공개”에 대하여 설명하였다. 그 설명은 재판결과의 투명성을 더욱 제고하여 사법신뢰를 더욱 높일 것이라는 의도로 이해된다. 국민의 알권리를 더욱 높은 차원에서 충족하고, 사법행정의 투명성을 더욱 제고하기 위하여 판결서의 정보성을 더 높이고 판결서 공개시기를 더 앞당길 필요가 있다.

상기 언급한 법원의 방침에 따라 (2013년 1월 1일부터 형사판결서가 공개된 데 이어) 2015년 1월 1일부터는 민사 판결서도 공개되기 시작하였다. 그러므로 누구든지 확정된 사건의 판결서를 인터넷을 통해 열람하고 복사할 수 있게 된다. 법원은 판결서가 철저히 비실명 처리될 것이라는 점도 강조하였다. 개인정보보호법 제2조 제1호가 규정하는 개인정보를 보호하기 위하여 법원은 비실명 처리를 한다.⁸⁰⁾ 개인정보보호법 제2조 제1호는 개인정보를 살아 있는 개인

80) 대법원규칙 제2558호(2014. 10. 2. 공포), “민사판결서 열람 및 복사에 관한 규칙” 제4조(“법원사무

에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 등을 말한다고 규정한다.⁸¹⁾ 그런 견지에서 회사의 명칭은 개인정보가 아니므로 보호의 대상이 되지 못한다.

나. 판결서 공개의 일정 및 절차

대법원은 2014년 “9월 1일부터 개인정보 보호를 강화하는 방향으로 개정된 '재판서 양식에 관한 예규'를 순차적으로 시행하고 있다”고 밝혔다.⁸²⁾ 개정 예규에 따르면 판결서에는 당사자의 성명과 주소만 기재하고 주민등록번호는 기재하지 않는다. 즉, 판결서 정본에는 당사자 성명 및 주소가 기재되는데, 비실명화 작업을 통하여 그 정보가 삭제된 후 판결서가 공개되는 것이다.

2015. 1. 1. 이후 확정된 판결서는 인터넷으로 열람이 가능하다. 다만, 판결의 확정을 기다린 후, 나아가 비실명화 작업을 거친 후 열람이 가능하여 열람의 시기가 매우 늦어진다는 문제점을 가진다.⁸³⁾ 판결의 확정을 기다릴 필요가 없이 선고 후 바로 비실명화 작업을 한 후 가급적 빨리 판결서가 공개될 필요가 있고, 비실명화 작업도 최소화 하여 ① 비실명화 작업을 위한 예산도 절약하고, ② 판결서의 정보성도 높이고, ③ 공개시기도 앞당길 필요가 있다. 한편, 판결의 확정을 기다릴 필요가 없이 선고 후 바로 공개해야 한다는 점에 대하여 금태섭 국회의원이 이해하고 있고, 동 의원이 민사소송법 및 형사소송법 개정안을 발의하여 그 개정안이 2017년 10월 현재 국회에 계류 중에 있다.⁸⁴⁾

현 행	개 정 안
제163조의2(확정 판결서의 열람·복사) ① 제162조에도 불구하고 누구든지 판결이 확정된 사건의 판결서(「소액사건심판법」이 적용되는 사건의 판결서와 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 및 이 법 제429조 본문에 따른 판결서는 제외한다)를 인터넷, 그 밖의 전산정보처리시스템을 통한 전자적 방법 등으로 열람 및 복사할 수 있다. 다만, 변론의 공개를 금지한 사건의 판결서	제163조의2(판결서의 열람·복사) ① ----- 판결이 선고된 사건의 판결서(확정되지 않은 사건에 대한 판결서를 포함하며, 「소액사건심판법」이 적용되는 사건의 판결서와 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 및 이 법 제429조 본문에 따른 판결서는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)-----

관등은 전산정보처리시스템에 등록된 판결서에 대하여 개인정보 보호를 위한 비실명 처리를 하여야 한다.”).

81) 개인정보 보호법 제2조 제1호(“개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.”).

82) <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=87699>>.

83) 대법원규칙 제2558호(2014. 10. 2. 공포), “민사판결서 열람 및 복사에 관한 규칙” 제3조 제3호(“비실명 처리”란 판결서에 나타난 정보 중에서 그대로 공개될 경우 개인의 사생활이 침해될 수 있는 사항에 관하여 제3자가 인식하지 못하도록 비실명으로 표시하는 것을 말한다.”).

84) 금태섭의원 대표발의, 민사소송법 일부개정법률안, 2017. 2. 24.

로서 대법원규칙으로 정하는 경우에는 열람 및 복사를 전부 또는 일부 제한할 수 있다.	-----, ----- -----.
---	------------------------

한편, 법원은 소위 주요 판결에 대하여는 판결이 확정되기 전이라도 바로바로 판결서를 공개한다. 서울중앙지방법원이 공개한 ‘우리법원 주요판결’을 보면 2014가단5356072 판결은 2017. 3. 10. 선고되었는데, 사이트에는 3. 17. 등재되었고, 2017. 4. 14. 현재 1,565건의 조회수가 기록되고 있다.

다. 각 법원별 검색

해당 법원의 판결서를 검색하기 위해서는 그 법원 홈페이지를 방문하여야 한다. 즉, 해당 법원의 판결서는 그 법원의 홈페이지에서만 열람이 가능하다. 그러므로, 본인의 사실관계와 가장 유사한 사실관계를 가진 사건을 검색하기 위해서는 모든 법원의 홈페이지에서 제각각 검색하여야 한다. 대법원 홈페이지가 소개하는 ‘각급법원’은 대법원 아래에 6개 고등법원(특허법원 포함), 서울 및 각 지역 가정법원, 서울행정법원, 서울회생법원, 서울 5개각지방법원, 경기도 4개 지방법원, 강원도 1개 지방법원, 충청도 2개 지방법원, 경상도 4개 지방법원, 전라도 2개 지방법원 등이 존재하므로, 일반 민사사건의 경우 총 24개의 법원 홈페이지를 방문하여 검색하여야 한다. 예를 들어, 교통사고 위자료 청구소송을 제기하는 원고가 유사한 사안에서 위자료가 인정된 사례를 검색하고자 하는 경우, 위 24개의 법원 홈페이지를 모두 검색하여야 하는 것이다. 하나의 사이트에서 일괄 검색이 가능하도록 시스템을 정비하여야 한다. 미국 연방법원의 경우 전국 94개 지방법원의 판결서를 하나의 사이트에서 일괄 검색할 수 있도록 한다. 중국의 경우 전국에 약 3,000개의 법원이 존재하는데, 모든 법원의 판결서는 하나의 사이트에서 통합 관리하고 통합 공개한다.

라. 실제 검색

각 법원의 홈페이지 대표 화면에서 ‘정보’ 아래 ‘판결서 인터넷 열람’을 클릭하면 인터넷 검색 화면으로 넘어 간다. ‘정보’ 아래 ‘판결서 사본 제공 신청’이 가능하지만 인터넷 열람이 더 편리하므로, 사본 제공 신청에 대하여는 언급을 생략한다. 2015. 1. 1. 전에 확정된 판결은 사본 제공 신청을 통해서만 입수가 가능하다. 사본 제공 신청이 인터넷 열람보다 더 불편한 것은 말할 것도 없다. 검색을 위해서는 개인정보 수집 및 이용에 대하여 동의한 후 본인확인 절차를 거쳐야 한다. 매번 이러한 확인 절차를 거치는 것도 불편한 일이다. 국민 누군가가 판결서를 검색하고 내려받으려 하는데, 그 국민의 개인정보를 수집하여야 할 필요성이 인정되지 않는다. 개인정보는 수집한 후 보호하는 것보다 아예 수집하지 않는 것이 더 강력하고 간명한 보호방안이다.

형사사건의 검색을 위해서는 법원명, 사건번호, 당사자 명을 반드시 입력하여야 한다. 그 3가지 정보를 모두 아는 자는 통상 당사자뿐이므로, 형사 판결서에 대한 일반적인 검색은 가능하지 않다고 보아야 한다. 나의 사건과 유사한 사실관계를 가졌던 사건에서의 판결을 검색하고

자 하는 피고인 및 대리인의 필요가 매우 강할 것인데, 그러한 필요(요구)는 목살 당하고 있다.

그러나, 민사·행정·특허·선거특별 사건의 경우 사건번호로도 검색이 가능하지만, 편리하게는, 검색어로도 검색이 가능하다. 2개 이상의 검색어가 모두 포함된 판결서를 찾는 기능을 갖춘 사이트도 있고 없는 사이트도 있다. 대법원 사이트는 그러한 기능을 갖추고 있지 않다. “특허 & 손해배상”으로 검색하면 결과가 전혀 나오지 않는 반면, “손해배상”으로 검색한 결과 500건이 검색되었다. 서울중앙지방법원 사이트는 그러한 기능을 갖추고 있다. 즉, 간단한 검색식의 활용이 가능하여, 두 단어가 동시에 존재하는 문서를 찾기 위해서는 두 단어 사이에 ‘&’를 둔다. &를 사용하지 않고 두 단어 사이를 띄워쓰는 것도 같은 효과를 가진다.⁸⁵⁾ 두 단어 중 하나라도 존재하는 문서를 찾기 위해서는 두 단어 사이에 ‘/’를 둔다. 모든 법원이 이러한 간단한 검색기능을 동일하게 가질 필요가 있다.

하나의 검색사례로, 특허법원 사이트에서 2016. 4. 14.부터 2017. 4. 14.까지 1년의 기간에 대하여⁸⁶⁾ ‘진보성’이라는 검색어로 검색한 결과, 총 263건이 검색되었다.

마. 결제 및 판결서 내려받기

각 판결 우측에 ‘이유’를 짧게 제시하고, “더보기”를 클릭하면 해당 검색어가 포함된 문장 부분을 조금 더 자세하게 보여준다. 하지만, 많은 경우 그 정도의 내용으로는 해당 판결이 내가 원하는 것인지를 알기 어렵다. 그래서 건 당 1천원을 지불하고 내려받기 한 후에야 그 판결이 내가 원하는 것인지를 정확히 확인할 수 있다.

열람하기 원하는 판결서의 체크박스를 선택하고 결제하기 버튼을 눌러서 결제를 진행하면 된다. 그런데, 체크박스 선택은 5건 이하로 제한된다. 결국, 구하고자 하는 판결서가 50개라면 결제하는 절차를 10번이나 반복해야 한다는 것이다. 매우 불편하다.

1건 당 1천원의 결제수수료가 부과되며, 신용카드 결제 또는 금융기관 계좌이체를 통하여 수수료를 지불하여야 한다. 신용카드 결제를 위하여 ① 결제카드 선택, ② 플러그인창에서 ISP 인증번호 입력, ③ 카드사의 ISP 비밀번호 입력 등의 절차를 거쳐야 한다. 해외에서 발행된 카드로는 아예 지불이 되지 않는다고 한다. 결국, 해외의 학자가 우리 판결서를 연구하는 것이 원천 봉쇄되고 있다.

복잡한 지불 절차를 성공하면 드디어 열람이 가능하다. 열람하기를 클릭하면, 판결서가 아래와 같이 보여지며, 출력(인쇄)도 가능하고, 내려받기(다운로드)도 가능하다. 판결서는 pdf 파일로 내려받기 된다. 대상 판결서에서는 원고 및 피고의 회사 명칭이 표시되었다. 판결서를 pdf 파일의 형태가 아닌 일반 텍스트 파일로도 내려받기가 가능하여야 한다. 금태섭 국회의원 개정안은 “「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」 제2조에 따른 기계 판독이 가능한 형태로 제공되어야 한다”고 제시한다. 데이터 처리를 위해서는 기계 판독이 가능한 형태여야

85) 서울중앙지방법원에서 2016. 4. 17.부터 2017. 4. 17. 사이에 확정된 판결 중 ‘특허’와 ‘손해배상’의 두 단어를 모두 가진 판결은 47건이 검색되었다.

86) 기간을 최대 1년까지 설정할 수 있다.

하는 것이 매우 중요하다. 인공지능(AI)이 판결문 초안을 제시하는 시대가 온다고 예상하는데, 인공지능이 기존의 판결문을 읽을 수 없다면 우리나라에는 그런 시대가 오지 않게 된다. 4차 산업혁명의 시대에는 모든 기존의 정보가 기계 또는 인공지능이 읽을 수 있는 것이어야 한다.

최초 열람 후 24시간 이내에만 열람이 가능하다고 한다. 왜 그러한 24시간 제한을 두는지 의문이다. 시스템 운영의 기술적 문제로 시간적 제한을 둘 필요가 있다고 하더라도, 적어도 1주일, 1개월 정도의 기간을 설정할 필요가 있다. 그렇게 기간을 늘린다고 하여 시스템에 부가되는 부담은 크게 달라지지 않는다.

법원 사이트가 판결서를 제공하면서 그 상단에서 대상 판결서를 영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금지한다고 안내하는데, 왜 그러한 금지가 필요한지 의문이다. (로앤비와 같은) 판결서 DB 회사가 판결서 파일을 내려받기 하여 영리목적으로 이용하는 것이 금지된다는 것인가? 만약, 금지된다면 (로앤비와 같은) 판결서 DB 회사는 판결서를 불법적으로 이용하고 있는 것인가?

인터넷에서도 여러 개인들이 판결서를 배포하고 있는데, 그러한 배포가 무단 배포인지도 의문이다. 그러한 배포를 금지하게 되면 결국 각 개인이 다소 복잡한 절차를 거쳐서 1천원을 지불한 후 열람이 가능하게 된다. 결국, 그러한 배포를 무단 배포라고 보는 것은 국민에게 불편함과 요금을 요구하는 입장과 다름이 아니다.

바. 판결서 내용

많은 판결서에서 자연인 당사자의 성명은 삭제하고 법인 당사자의 명칭은 삭제하지 않는 것이 원칙인 것으로 보인다. 그러나, 서울중앙지방법원 판결서 중에는 자연인의 성명을 삭제하는 선에서 나아가 당사자 회사의 명칭도 삭제하고, 더 나아가 대리인 법무법인의 명칭까지도 삭제한 사례가 있다. 회사의 명칭 및 대리인 법무법인의 명칭은 개인정보가 아니므로 삭제할 필요가 없다. 나아가, 대리인의 자연인 성명도 삭제하여야 하는지 의문이다. 판사의 성명을 삭제할 필요가 없듯이 대리인의 성명도 삭제할 필요가 없는 것이다.⁸⁷⁾

대법원 재판예규 제1411호(2012. 12. 27. 결재), “판결서 등의 열람 및 복사를 위한 비실명 처리 기준(재형 2012-2)”⁸⁸⁾ 제4조 제1항은 “사건관계인의 성명은 원칙적으로 모두 비실명 처리한다”고 규정하고, 제2항에 의하면 사건관계인이 아니더라도 판결서 내용 중에 개인이 출현하는 경우 성명을 비실명 처리한다.⁸⁹⁾ 그러나, 동 예규 제4조 제2항은 당사자가 법인이나 단체일 경우, 그 명칭은 비실명 처리의 대상에서 제외하고 있다.⁹⁰⁾

87) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결(변호사들의 승소율이나 전문성 지수 등을 제공하는 서비스가 변호사들의 개인정보에 관한 인격권을 침해하는 위법한 행위가 아니라고 본 사례).

88) <<http://jeju.scourt.go.kr/img/wjs/4.pdf>>.

89) 제4조(비실명 처리의 범위) ① 판결서 등에 나타난 사건관계인의 성명은 원칙적으로 모두 비실명 처리한다. 단 해당 사건의 법관, 검사의 성명은 예외로 한다.

② 판결서 등에 나타난 개인을 특정할 수 있는 정보로서 공개될 경우 사건관계인이나 제3자의 개인 정보를 침해할 수 있는 다음 각 호의 사항은 비실명 처리한다.

90) 제5조 (비실명 처리의 방식) ① 사건관계인의 성명 등 개인정보는 원칙적으로 알파벳 대문자인 A,

각급 법원이 개별적으로 비실명화 작업을 함으로 인하여 법원별로 비실명화의 범위에 일관성이 없을 수 있다. 이런 견지에서도 판결서 공개는 하나의 사이트에서 일괄 처리될 필요가 있다. 미국 94개 연방법원의 판결서 및 중국의 약 3,000개 법원의 판결서가 각각 하나의 사이트에서 일괄 처리되고 있는 점에 따르면 우리도 하나의 사이트에서 전국 모든 판결서를 일괄 처리하여야 한다.

사. 특허법원 판결서의 내용

특허법원 판결서에서도 원고 및 피고의 회사 명칭이 표시되고, 심결번호(예를 들어, “특허심판원 2012당2848호”)도 표시되며, 발명의 명칭, 특허번호 등이 표시된다. 그 외 다른 판결서(2016허3761 판결 등)에서도 원고/피고의 회사 명칭, 특허심판원 심판번호, 발명의 명칭, 특허번호 등이 표시되었다.

그런데, 2016허6388 판결(특허등록무효)에서는 원고와 피고의 성명 및 명칭을 삭제하고 있다. 원고 및 제2 피고는 자연인인 것으로 보이며 제1피고는 주식회사인데도 불구하고 그 회사의 명칭이 삭제되어 있다. 동 판결은 나아가 발명의 명칭 및 특허번호도 삭제하고 있다. 참고로, 2016허3501 판결서는 원고의 성명은 삭제되어 있고, 피고의 회사 명칭은 유지되어 있다. 그런데 다른 판결서(2016허5538 등 병합 판결)에서는 회사인 원고와 피고의 명칭을 모두 삭제하고 있다.⁹¹⁾ 2016허7725 판결도 회사인 양 당사자의 명칭을 삭제하고 있는데, 판결문에 나타난 심결번호(205당5643)을 근거로 특허심판원 심결문을 검색한 결과, 청구인은 한국토지주택공사이고, 피청구인은 ㈜대진티엔에스이다. 회사 명칭을 삭제하는지 존치시키는 지에 대하여 일관성이 없는 것으로 보인다.

특허법원 2016. 7. 8. 선고 2016허229 판결은 원고 명칭을 삭제하였고, (피고는 특허청장), 출원번호도 삭제하였다. 출원번호를 통하여 공개공보를 검색하여 출원인 명칭을 알 수 있으므로 출원번호를 삭제한 것으로 추측된다. 그런데, 동 판결은 심판번호(2015원3630)를 적시하고 있고, 그 심판번호를 키프리스 사이트에서 검색한 결과 청구인은 충남에 거주하는 자연인 ‘고인자’씨이고, 특허출원번호는 10-2013-0078658호이다.

서울중앙지방법원의 다른 판결(2016가합529142 판결)은 원고의 명칭(주식회사 디자이너그룹)은 삭제하지 않았고, 피고의 명칭(주식회사 A)은 삭제하였다. 피고가 본인의 명칭을 삭제할 것을 요청한 것으로 이해되는데, 지재권을 침해한 피고의 법인 명칭을 보호할 필요가 있는가?

B, C, D, E 등으로 중복되지 않게 변환하여 표시하는 방식으로 비실명 처리한다. 비실명 처리해야 하는 정보가 많을 경우 AA, AB, AC, AD, AE 등으로 두 개 이상의 알파벳 대문자를 겹쳐 사용할 수 있다.

② 판결서 당사자란의 경우, 사건관계인의 성명을 제외한 주민등록번호, 주소, 거소 부분을 모두 삭제하는 방식으로 비실명 처리한다. 당사자가 법인이나 단체일 경우, 명칭을 제외한 대표자 성명, 법인 주소, 대표자 주소 부분을 모두 삭제하는 방식으로 비실명 처리한다.

91) 대상 판결이 특허심판원 2016. 6. 21. 2015당923 심결 등에 대한 심결취소소송에 관한 것인데, 2015당923 심결에 의하면 무효심판 청구인은 아주약품, 환인제약, 인트로팜텍, 삼일제약 및 휴온스글로벌이고 피청구인은 베링거 인겔하임이다.

그런데 그 판결서에서도 발명의 명칭, 특허번호, 특허권자의 명칭은 삭제되었고, 심판번호(2015당5447)는 삭제되어 있지 않다. KIPRIS에서 심판번호 2015당5447로 검색한 결과, 대상 심결문은 특허번호, 발명의 명칭, 청구인 성명, 제1 피청구인 성명, 제2 피청구인 회사명칭 등을 개시하고 있다.

결국, 판결서에서 심판번호를 기재한다면 심결문에서 (피)청구인 성명을 쉽게 알 수 있다. 더욱이 심결문을 검색하는 KIPRIS 시스템은 무료이고 아무런 사전 절차를 거치지 않아서 매우 빠르고 편리하게 당사자 성명을 알 수 있는 것이다. 결국, 특허법원 판결서에서 속심 절차인 심판의 심판번호를 지우지 않는다면 판결서에서 당사자 성명을 지우는 것은 난센스임을 알 수 있다. 그렇다면 특허법원은 개인정보를 제대로 보호하는데 반해, 특허심판원이 개인정보를 제대로 보호하지 않는 것인가?

아. 판결의 확정 후 판결서의 공개

특허법원은 중요한 판결에 대하여 우리법원 주요판결 난에서 소개를 하는데, 판결이 확정되기 전에도 해당 판결을 공개한다. 예를 들어, 2016허7725 판결은 2017. 3. 24. 선고되었는데, 특허법원 사이트에는 판결이 확정되기 전인 2017. 3. 30.에 소개되고 있다.

3. 대법원 도서관에서의 검색

대법원 도서관을 직접 방문하여 판결서를 열람할 수도 있다.⁹²⁾ 그러나, 동 방문열람제도는 그 장소를 직접 방문하여야 한다는 단점 외에 ① 미리 예약을 하여야 한다는 점, ② 대상자가 제한된다는 점,⁹³⁾ ③ 판결문을 검색, 열람만 할 수 있고 복사할 수 없다는 점 등의 문제점을 가진다. 이용자는 사건번호를 메모한 후 해당 법원의 사이트에서 판결문 제공을 신청하여야 한다. 그러한 문제점으로 인하여 ① 다량의 판결문에 대한 통계적 처리가 거의 불가능하다는 점, ② 다수의 판결문을 허다히 그리고 수시로 검색, 참고하여야 하는 교수들에게는 거의 활용되지 않는다는 점 등의 악영향을 초래한다.

4. 특허심판원의 산업재산권 사건 판결서의 입수

특허법 제188조가 특허취소결정 또는 심결에 대한 소와 관련하여 법원이 재판의 제기사실 및 판결서 '정보'를 특허심판원장에게 통지 및 송부하여야 한다고 규정한다. 그에 따라, 법원은 판결서 정보를 특허심판원장에게 송부하고 있다. 법원은 판결이 확정된 후 소송절차종료통지서와 함께 판결서 정보를 송부하고 있다.

제188조(심결 등에 대한 소) ① 특허취소결정 또는 심결에 대한 소 및 특허취소신청서·심

92) 본 열람에서는 대부분의 판결서를 검색할 수 있는 것으로 이해되는데, 몇 %가 포함되는지에 대하여는 공개되지 않고 있다.

93) 대상자는 ① 검사, 검찰공무원, 변호사, 법무사, 사법연수생 및 대학교수, ② 국가기관, 연구기관, 시민단체의 임·직원으로서 소속 기관장 또는 단체장의 의뢰로 법원도서관장의 승인을 얻은 사람 및 ③ 기타 상당한 이유가 있어 법원도서관장의 승인을 얻은 사람의 3종류이다. 변리사는 아예 대상자가 되지 못한다.

판청구서·재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.

...

⑧ 제1항에 따른 특허법원의 판결에 대해서는 대법원에 상고할 수 있다.

제188조(소 제기 통지 및 재판서 정보 송부) ① 법원은 제186조제1항에 따른 소 또는 같은 조 제8항에 따른 상고가 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.

② 법원은 제187조 단서에 따른 소에 관하여 소송절차가 완결되었을 때에는 지체 없이 그 사건에 대한 각 심급(審級)의 재판서 정보를 특허심판원장에게 보내야 한다.

1995년 법 개정 전에는 특허청의 심판소 및 항고심판소를 거친 사건이 바로 대법원에 상고됨으로 인하여 대법원과 특허청 사이에 업무협조가 필수적이었다. 그래서, 대법원이 특허청장에게 상고접수의 사실을 통지하면 특허청장은 항고심판에 관한 서류를 대법원에 송부하는 것이었다. 특허청장이 그러한 (당연한) 수고를 하는 대신에, 대법원은 (송부된 심판서류와 함께) 판결서 정본을 특허청장에게 송부하여야 하는 것이다. 그러한 체제에서 항고심판이 대법원 사건의 속심적 성격을 가진 것으로 보아야 하고, 그러한 체제를 개선하면서 계승한 현행 체제에서도 심판이 특허법원 사건의 속심적 성격을 가진 것으로 보아야 한다.

1994년 규정 (1995년 법률 제4892호로 개정되기 전)	현행 규정
<p>제188조 (상고제기통지 및 서류송부) ① 대법원은 상고의 제기가 있는 때에는 지체없이 그 취지를 특허청장에게 통지하여야 한다.</p> <p>② 특허청장은 제1항의 규정에 의한 통지가 있는 때에는 지체없이 그 사건에 관한 서류를 대법원에 송부하여야 한다.</p> <p>제189조 (서류의 환송등) 대법원은 소송절차가 완결된 때에는 지체없이 제188조제2항의 규정에 의한 서류와 그 사건에 대한 판결문 정본을 특허청장에게 송부하여야 한다.</p>	<p>제186조(심결 등에 대한 소) ① 특허취소결정 또는 심결에 대한 소 및 특허취소신청서·심판청구서·재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.</p> <p>...</p> <p>⑧ 제1항에 따른 특허법원의 판결에 대해서는 대법원에 상고할 수 있다.</p> <p>제188조(소 제기 통지 및 재판서 정보 송부) ① 법원은 제186조제1항에 따른 소 또는 같은 조 제8항에 따른 상고가 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.</p> <p>② 법원은 제187조 단서에 따른 소에 관하여 소송절차가 완결되었을 때에는 지체 없이 그 사건에 대한 각 심급(審級)의 재판서 정보를 특허심판원장에게 보내야 한다.</p>

제188조 제1항은 심결취소소송이 특허법원 또는 대법원에 제기되었을 때 법원이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하도록 규정한다. 특허권 등에 관한 소송의 관할이 집중된 현재 체제에서는 관할집중 법원이 침해소송이 제기되었을 때 그 취지를 특허청장에게 통지하도록 규정할 필요가 있다. 미국 특허법 제190조가 그러한 예이다.

현행 특허법 제188조 제2항은 심결취소소송의 절차가 '완결'되었을 때에는 지체 없이 그 사건의 재판서 정본을 특허심판원장에게 송부하여야 한다고 규정한다. 절차가 완결되었다는 것은 판결이 확정되었다는 것을 말할 것인데, 판결의 확정 시까지 송부를 지연할 필요가 없으므로 판결이 선고된 후 가장 빠른 시기에 그 재판서 정본을 특허심판원장에게 송부하게 하도록 할 필요가 있다. 또, 특허권 등에 관한 침해소송이 관할집중 법원에 제기된 경우에도 해당 판결이 선고된 후 가장 빠른 시기에 그 재판서 정본을 특허심판원장에게 송부하게 하도록 할 필요가 있다.⁹⁴⁾

<특허법 제188조 개정안>

현행 규정	개정안
<p>제188조(소 제기 통지 및 재판서 정본 송부) ① 법원은 제186조제1항에 따른 소 또는 같은 조 제8항에 따른 상고가 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.</p> <p>② 법원은 제187조 단서에 따른 소에 관하여 소송절차가 완결되었을 때에는 지체 없이 그 사건에 대한 각 심급(審級)의 재판서 정본을 특허심판원장에게 보내야 한다.</p>	<p>제188조(소 제기 통지 및 재판서 정본 송부) ① 법원은 제186조제1항에 따른 소, 같은 조 제8항에 따른 상고 또는 <u>민사소송법 제24조 제2항 또는 제3항에 따른 소</u>가 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.</p> <p>② 법원은 제187조 단서에 따른 소 또는 <u>민사소송법 제24조 제2항 또는 제3항에 따른 소에 관하여 판결이 선고되었을 때</u>에는 지체 없이 그 사건에 대한 각 심급(審級)의 재판서 정본을 특허심판원장에게 보내야 한다.</p>

5. 특허심판 심결문 공개제도 현황

특허심판원의 심결문은 아래에서 설명하는 바와 같이 한국특허정보원 특허정보넷 키프리스 사이트에서 검색할 수 있다. <www.kipris.or.kr>.

가. 공개시기: 심결 2-3주 후

특허심판원의 심결문은 심결 후에 개인정보 삭제 조치 후 2-3주 후 키프리스를 통해 공개된다. 심결이 확정된 후 공개되는 것이 아니라 심결 후에 바로 공개된다는 점이 판결문의 공개와 다른 점이다. 심결의 결과는 거의 하루 이내에 즉시 공개된다. 심결이 얼마나 빨리 공개되는지를 확인하기 위하여 2017년 4월 5일에 4월 중 심결된 건 중 '장치'라는 키워드를 가진 사건을 검색하였더니 4월 4일에 심결된 심결 2건이 검색되었다. 그렇다면 심결의 결과는 거의 하루 이내에 공개되고 검색되는 것이다. 그러나, 그 공개에는 심결문이 첨부되어 있지 않다. 즉, 심결의 결과는 전산으로 연결되어 거의 실시간으로 알 수 있으나, 심결문 자체의 공개에는 개인정보 삭제를 위하여 2-3주가 더 소요되는 것이다.

94) 등록원부 기재사항 검토 필요.

나. 개인정보 삭제 작업

심결문에 포함된 주소 등 개인정보가 삭제되는데, 그 삭제는 프로그램에 의하여 자동으로 삭제되는 것이 아니라 (특허청 산하기관인 특허정보원에서) 사람이 심결문을 읽어가면서 수작업으로 삭제한다.

다. 심결문 표시사항

심결문에는 심판번호, 사건표시(특허(출원)번호, 발명의 명칭, 심판의 명칭), 청구인 정보(청구인 성명 또는 회사 명칭, 회사 주소, 자연인 주소는 삭제), 피청구인 정보(피청구인 성명 또는 회사 명칭, 주소), 대리인 성명(법인인 경우 주소 기재, 법인이 아닌 경우 주소 삭제), 심결일 등이 적시된다.

라. 개인의 성명 한때 삭제

2011년 9월 개인정보보호법 시행에 따라 개인정보를 삭제한 후 심결문을 공개하였었고, 그 이전의 과거 심결문은 2013년도까지 단계적으로 삭제하였었다. 개인의 성은 공개하고 이름만 삭제하였고, 주소는 광역시는 표시하고, 시군구 이하를 삭제하였다.

마. 개인 성명 유지

그 후 과도한 비실명화 처리에 대한 민간 정보서비스업체의 불만제기 등이 있어서, 개인정보보호법과 산업재산권법의 취지를 모두 고려하여 방침을 변경하였다(2014. 4월). 즉, 특허법 시행령 제19조에 따라 공보에는 출원인, 발명자의 성명을 게재하도록 되어 있으므로, 심결문도 공보와 동일한 수준으로 개인정보를 공개하도록 방침을 변경한 것이다. 그에 따라, 현재는 심결문 서지사항(청구인, 피청구인) 중 개인의 성명은 삭제하지 않고, 주소 일부만 계속 삭제하고 있다.

개인정보 보호법 제6조가 다른 법률에 의한 예외의 가능성을 인정하고 있다.⁹⁵⁾ 즉, 민사소송법에서 (재판공개의 원칙에 따라 법정에서 당사자의 성명이 공개된다는 점에 근거하여 당사자 성명을 공개하도록 강제하는 규정을 둘 수 있는 것이다. 또, 특허법에서 특허소송 당사자의 성명을 공개하도록 허용하는 것이 가능하다. 현행 특허심판원의 성명공개 제도는 특허법 ‘시행령’을 근거로 하고 있는데 시행령이 법(개인정보 보호법)에 대한 예외가 되기는 어려운 측면이 있다.

특허법 시행령 제19조 제3항은 자연인인 출원인의 성명뿐만 아니라 주소도 게재하도록 하고 있으며, 제4항은 신청이 있으면 그 주소의 일부만을 게재할 수 있다고 규정하고 있는데, 원칙적으로는 주소의 일부만을 게재하도록 하고 신청이 있는 경우에만 주소의 전부를 게재할 수 있도록 하는 것이 더 효율적이다. 주소의 전부를 게재하도록 요청하는 사례가 예외적이므로 예외를 예외사항으로 두어야 한다.

<특허법 시행령 제19조 개정안>

95) 제6조(“개인정보 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.”).

현행 규정	개정안
④ 특허청장은 법 제87조제3항 및 이 조 제 3항에 따라 자연인인 특허권자, 자연인인 출원인 또는 발명자의 주소를 게재하는 경우 그 특허권자, 출원인 또는 발명자의 신청이 있으면 그 주소의 일부만을 게재할 수 있다.	④ 특허청장은 법 제87조제3항 및 이 조 제 3항에 따라 자연인인 특허권자, 자연인인 출원인 또는 발명자의 <u>주소의 일부만을 게재할 수 있고</u> , 그 특허권자, 출원인 또는 발명자의 신청이 있으면 그 주소의 전부를 게재할 수 있다.
⑤ 제4항에 따른 신청 방법 및 절차, 주소의 게재 범위는 특허청장이 정하여 고시한다.	⑤ 제4항에 따른 신청 방법 및 절차, 주소의 게재 범위는 특허청장이 정하여 고시한다.

바. 심판자료의 공개

인터넷 홈페이지를 통해 신청하거나 방문하여 서류열람복사신청서를 제출하면 심결문 외 심판 자료를 구할 수 있다. 다만 당사자가 심판서류열람복사제한을 신청한 사건과 진행 중인 심판 사건은 제3자가 열람하는 것이 불가능하다. 산업재산권의 대세적 효과를 감안하면, 심판자료의 복사, 열람도 자유롭게 할 필요가 있다.

사. 판결서 공개제도와 심결문 공개제도의 비교

아래는 판결서 공개제도와 심결문 공개제도를 비교한 것인데, 두 제도의 가장 큰 차이점은 ① 공개되는 판결/심결의 비율, ② 공개시기(판결 확정 후 공개 v. 심결 후 2-3주 후 공개), ③ 자연인 성명의 삭제 여부, ④ 판결서/심결문의 내려받기의 무료 여부 등이다.

<판결서 공개제도와 특허 심결문 공개제도의 비교>

구분	판결서 공개제도	심결문 공개제도
공개되는 판결/심결 비율	모든(??) 판결서	모든 심결문
공개 시기	판결 확정 후	심결 후 2-3주 후
비용	건당 1천원	무료
검색 전 실명 확인	요구	요구치 않음
자연인 성명	삭제	존치
자연인 주소	삭제	삭제
법인 명칭	삭제 또는 존치	존치
법인 주소	삭제 또는 존치	존치
특허번호	존치 (일부 삭제)	존치
재판자료/심판자료	비공개	공개

판결서 중 몇 % 정도가 인터넷으로 공개되는지에 대하여 정확히 알려져 있지 않다. 기본적으로 모든 판결서를 공개하는 것을 원칙으로 하고, 특별한 이유가 적시되는 경우에 한정하여 비공개를 허용하여야 할 것이다. 참고로, 중국은 원칙적으로 모든 판결서를 공개하도록 하고 판사가 공개하지 않는 판결서로 분류하는 경우 비공개의 이유를 적시하도록 강제한다.

일반 판결문에서도 자연인의 성명을 존치할 필요가 있고, 특히 (대세효가 있는) 산업재산권 사건의 경우 더욱 그러하다. 특히, 특허번호, 출원번호를 삭제하는 비실명화는 특허제도의 목적과 상충하므로 조속히 그러한 실무를 변경하여야 할 것이다.

6. 소결

가. 필요정보의 삭제

당사자 성명 또는 명칭은 판결서의 아주 중요한 정보이므로 삭제되지 않아야 한다. 더욱이 회사의 명칭이 삭제되는 실무는 조속히 개선되어야 한다. 대법원 예규도 회사의 명칭의 삭제를 요구하지 않고 있다. 더욱이, 대세효를 가지는 산업재산권의 경우, 양 당사자의 성명을 삭제하지 않아야 하고 출원번호, 특허번호 등을 필히 기재하여야 한다.

나. 공개되지 않는 판결서 다수

현재 인터넷을 통하여 공개되는 판결서가 전체 판결서 중 몇 %를 점하는지에 대한 자료는 공개되어 있지 않다. 대한변호사협회장(김현)이 2017. 3. 28.자 서울경제에 기고한 글에 의하면 대법원 종합법률정보에 공개된 건수는 전체의 0.27%에 불과하다고 한다. 각 법원에서 개별적으로 공개한 판결서의 합은 그보다는 많을 것은 확실시 되지만, 그보다 100배(27%)가 되어도 여전히 미흡한 수치이므로, 대법원은 (특별한 경우를 제외하고는) 모든 판결서가 공개되고 있음에 대하여 확인해 줄 수 있어야 한다. 물론, 법원의 (이유 있는) 재량으로 판결서를 공개하지 않을 수는 있어야 한다. 대부분의 국가에서 판결서를 공개하는 것이 법적 의무는 아니다. 법원이 공개 여부에 대하여 재량을 가지는 것이다.⁹⁶⁾ 뉴질랜드, 영국, 호주, 미국 등의 국가도 법원이 해당 판결서의 공개 여부를 판단할 재량을 허용한다.⁹⁷⁾ 다만, 현실적으로 법원이 비공개 선택하는 판결은 많지 않고 대부분의 판결은 공개된다. 중국에서는 판사가 비공개를 결정하는 경우 비공개의 이유를 적시하도록 요구하여 가급적 공개되도록 유도한다.

다. 공개시기의 지연

현행 실무에 의하면, 판결서는 대상 판결이 확정된 후 (일정한 기간이 경과한 후) 공개된다. 주지하는 바와 같이, 1심 판결은 최소 1년, 길게는 3년이 지나야 확정된다. 그렇다면 귀중한 판결서 정보가 1-3년동안 사장되어 활용되지 못하는 것이다. 미국, 독일, 영국, 네덜란드, 프랑스 등의 국가는 판결이 선고된 후 대상 판결의 확정을 기다리지 않고 (일정한 기간이 경과한 후) 바로 공개한다. 우리도 판결의 확정을 기다리지 않고 선고 후 가급적 빨리 공개하여야 한다.

라. 입수의 비용이성

대법원이 판결문 검색 서비스가 One-stop 서비스를 제공하고 있는데, 그 사이트를 통하여 검색할 수 있는 판결서는 매우 제한적이다. 더 많은 판결서를 검색하기 위해서는 개별 24개 법원의 홈페이지를 방문하여 따로 검색하여야 하므로 여간 불편한 것이 아니다. 또, 그 검색에 있어서도 편리하지 않을 뿐 아니라 매 판결 당 1천원의 수수료를 지불하여야 한다. 그 외 수수료의 지불도 1회에 5건으로 한정되어 있는 등 상식에 반하는 불편함이 존재한다.

96) Szonja Navratil, supra, at 190.

97) Szonja Navratil, supra, at 190 (“In the common law legal systems, built upon case law (New Zealand, the United States, Australia, the United Kingdom), courts exercise their discretion in choosing to publish court decisions.”).

제3절 주요국의 판결서 공개제도 현황

I. 미국의 판결서 공개제도 현황

1. 미국의 정보공개에 대한 원칙

미국에서는 법원의 판결서를 포함하여 정부가 보유한 정보가 공개되어야 한다고 주장하며, 그 공개에 대하여 다음의 8개 원칙을 제시하였다:⁹⁸⁾ ① 정보는 완전하여야 한다(Data must be complete); ② 정보는 정본(正本)이어야 한다(Data must be primary); ③ 정보는 시의적절해야 한다(Data must be timely); ④ 정보는 접근 가능하여야 한다(Data must be accessible); ⑤ 정보는 기계로 처리될 수 있어야 한다(Data must be machine processable); ⑥ 접근에 차별이 없어야 한다(Access must be non-discriminatory); ⑦ 정보의 포맷에 소유권이 주장되지 않아야 한다(Data formats must be non-proprietary); ⑧ 정보는 허가가 필요하지 않아야 한다(Data must be license-free). 이러한 원칙이 우리의 판결서 공개제도에도 적용되어야 한다고 생각한다.

2. 미국의 판결서 공개에 대한 철학

미국에서는 역사적으로 판결서가 쉽고 빠르게 공개되어 왔다. 1886년 매사추세츠 법원은 “정의의 위해 판결서에 모두가 무료로 접근할 수 있어야 하며 ... 그러한 접근을 막는 것은 건전한 공공정책에 반한다”고 실시한 바 있다.⁹⁹⁾ 판결서에 대한 공중의 접근은 사법체계에 대한 감시를 가능하게 하여 사법체계의 기능에 긍정적인 역할을 한다.¹⁰⁰⁾ 사법정의의 핵심이 재판의 공개라고 천명한 법철학자도 있다.¹⁰¹⁾ 재판 및 판결의 공개는 사회의 법원에 대한 통제가 가능하도록 한다. 미국연방대법원의 Burger 전 대법관은 판결서에 대한 접근의 제한은 오류의 판결을 유발한다고 보았다.¹⁰²⁾ 뉴욕주 Judith S. Kaye 전 법원장도 사법절차의 신뢰성을

98) *About the 2007 Workshop*, Open Gov't Data. <<http://opengovdata.org>>.

99) *Nash v. Lathrop*, 6 N.E. 559, 560 (Mass. 1886) (“it needs no argument to show that justice requires that all should have free access to the opinions, and that it is against sound public policy to prevent this, or to suppress and keep from the earliest knowledge of the public the statutes, or the decisions and opinions of the justices.”).

100) *Ferrand v. Lyonnais*, 106 F.Supp.3d 452, 455 (S.D.N.Y. 2015) (“public access to courts' decisions ‘plays a significant positive role in the functioning of the [judicial system],’ insofar as public access furthers the ‘democratic monitoring of judicial processes,’ which in turn ‘provides judges with critical views of their work and deters arbitrary judicial behavior.’”).

101) David S. Ardia, *Court Transparency and the First Amendment*, 38 *Cardozo L. Rev.* 835 (2017) (“‘Publicity is the very soul of justice,’ legal philosopher Jeremy Bentham once warned.”).

102) Szonja Navratil, *supra*, at 177 (“The essential feature of the publicity in the administration of justice is ensuring social control over the independent administration of justice, because as Justice Burger, the former US Supreme Court Justice, put it, depriving the public access to judicial procedures leads to erroneous decisions and, in the worst case, corruption (Open Society Justice Initiative 2009).”).

제고하기 위하여 판결서 공개가 중요하다고 보았다.¹⁰³⁾ 미국연방대법원의 Holmes 전 대법원장은 재판의 공개가 법관으로 하여금 공무를 수행하고 있음을 인식하게 하는 중요한 역할을 한다고 설명하였다.¹⁰⁴⁾

제9구역항소법원(9th Circuit) Sidney R. Thomas 법원장이 2017년 3월 27일(월) 신축 법원 청사에 대한 미디어 공개행사에서 “재판진행상황의 방송공개가 사법부의 투명성(transparency)을 제고할 것”이라고 언급하였다. 즉, 미국에서는 판결서의 공개는 물론이고, 소송기록도 공개하며, 나아가 방송공개를 통하여 재판의 공개를 더욱 강화하고 있다. 최근 우리 법원도 재판의 방송공개에 대하여 검토하기 시작하였다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾ 실제로 대법원은 2013. 3. 13. 법원 사상 최초로 공개 변론 사건에 대해 TV로 중계방송을 실시한 바 있다. 재판의 방송 공개를 논하기 전에 판결서의 공개를 활성화 하는 방안에 대하여 먼저 논의하고 이행하여야 할 것이다.

3. 미국의 판결서 공개제도의 역사

미국의 판결서 공개 제도는 영국의 영향을 받은 것인데, 영국은 1372년에 소송기록에 공중이 접근할 수 있는 권리를 규정한 법을 제정하였다.¹⁰⁷⁾ 미국은 그러한 영국의 공개정책을 더욱 확대하였다.¹⁰⁸⁾ 미국에서 형사사건의 공판 및 공판 전 절차에 대한 공개에 대하여는 미국연방대법원이 명확하게 인정하였는데, 민사사건의 공판 및 소송기록에 대한 공개에 대하여는 동 법원이 명확하게 인정하는 바 없다.¹⁰⁹⁾

4. 정보공개와 필요성

정부기관이 생성하는 문서가 개인정보를 보호할 필요가 있다. 법정은 인간 군상들의 인생이 기록되는 곳이다. 그러나, 다른 한편으로는 사법부의 공개성(openness)을 제고할 필요가 있다.¹¹⁰⁾ 미국에서는 소송기록이 사법부의 기능, 활동을 감시, 조사할 수 있는 창구(window)로 인식한다.¹¹¹⁾ 그런 견지에서 소송기록을 공개할 필요성과 공개하지 않을 필요성이 공존하며,

103) Gary D. Spivey, *Public Access to Court Decisions Expanded*, N.Y. St. B.J., January 2006, at 32, 33 (“Providing free public access to court decisions is consistent with the recommendations of Chief Judge Judith S. Kaye’s Commission on Public Access to Court Records. In its 2004 report, the commission recommended expanded access through the Internet to a broad range of court records, including judicial opinions. It supported Internet access to court records as a means ‘to shed greater light on the functioning of the courts and thus to promote greater accountability of the judicial process.’”).

104) *Cowley v. Pulsifer*, 137 Mass. 392, 394 (1884).

105) 김태형, “재판에 대한 방송의 허용 여부에 관하여”, 저스티스 통권 제130호, 한국법학원, 2012.

106) 조규범, “재판방송의 쟁점과 과제”, 국회입법조사처, 2013.

107) William Ollie Key, Jr., *The Common Law Right to Inspect and Copy Judicial Records: In camera or On Camera*, 16 Ga. L. Rev. 659, 660-66 (1982).

108) All Courts Shall Be Open: The Public’s Right to View Judicial Proceedings and Records, 52 Temp. L.Q. 311, 337-43 (1979).

109) David S. Ardia, *supra*, at 835.

110) Justin Hughes, *Created Facts and the Flawed Ontology of Copyright Law*, 83 Notre Dame L. Rev. 43, 77-78 (2007).

111) Amanda Conley, *et al.*, *Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry*, 71 Md. L. Rev. 772, 774 (2012) (“Because records provide an essential window into the functioning of one of the three pillars of

그 두 필요성을 조화시키는 법 체계를 운영할 필요가 있다.¹¹²⁾ 미국연방법원의 소송기록은 PACER(Public Access to Court Electronic Records) 시스템을 통하여 접근할 수 있다.¹¹³⁾ 주법원의 소송기록에 대한 접근성은 주에 따라 매우 달라서 일률적으로 말할 수 없다.¹¹⁴⁾

소송기록도 정부기록의 일부이며, 정부기록은 정보공개청구의 대상이 된다. 1966년 제정된 정보자유화법(FOIA, Freedom of Information Act)이 대부분의 정부기록을 공개의 대상으로 본다.¹¹⁵⁾ 다만, FOIA는 행정부의 기록을 대상으로 하고 사법부의 기록은 대상으로 하지 않는다. 그러나, 전자정부법 제3501조에 따르면¹¹⁶⁾ 모든 연방법원은 소송기록에 대한 접근을 가능하게 하는 웹사이트를 구축, 운영하여야 하며, 선고된 사건은 물론이고 진행 중인 사건에 대한 기록도 공개하며, 판결서는 검색어에 의한 검색이 가능하도록 등재되어야 한다. 소송기록을 공개하는 관행은 사실 미국 헌법이 제정되기 전부터 존재하여왔던 것이라고 한다.¹¹⁷⁾ 미국에서는 형사재판에의 참가권은 수정헌법 제1조 및 제14조에 의하여 보장되는 것이고,¹¹⁸⁾ 공중이 민사사건의 공판에도 참석할 수 있는 권리도 수정헌법 제1조에 의하여 보장된다.¹¹⁹⁾ 소송기록에 대한 접근권은 헌법에 의하여 보장되는 것이 아니라 보통법(common law)에 의하여 보장되는 것이라고 한다. 이러한 권리를 소송기록에 대한 접근권 추정(presumption of access)이라고 칭한다.

5. 미국의 소송기록 접근권에 대한 논의

법적 이익(legitimate interest)을 가진 자는 누구든지 소송기록에 접근할 수 있는데, 법적 이익의 존재 여부는 매우 넓게 해석된다.¹²⁰⁾ 미국은 전세계적으로도 판결서 공개가 가장 활발하다. 그런데도 불구하고 영업비밀 보호, 공서양속 보호 등의 여러 이유로 판결서를 공개하지 않는 경우가 증가하고 있고, 그러한 경향에 우려를 표시하고 있다.¹²¹⁾

government--the courts--citizens are presumed to have a right to inspect them to ensure that courts are exercising their powers not only competently and fairly but also within the limits of their mandate.”).

112) Barry T. Albin, Supreme Court of N.J., Report of the Supreme Court Special Committee on Public Access to Court Records i-iii (2007).

<<http://www.judiciary.state.nj.us/publicaccess/publicaccess.pdf>>.

113) <<http://www.pacer.gov>>.

114) Amanda Conley, et al., supra, at 776-77 (“Because of the enormous variability across jurisdictions . . .”).

115) Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (2006).

116) E-Government Act of 2002, Pub. L. No. 107-347, § 205(a)-(b), 116 Stat. 2910, 2913-14 (codified at 44 U.S.C. §3501 (2006)).

117) Amanda Conley, et al., supra, at 785-86 (“The right of public access to judicial documents predates the Constitution and may be traced as far back as English common law, the predecessor to the U.S. legal system.”).

118) Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

119) Brown & Williamson Tobacco Corp. v. F.T.C., 710 F.2d 1165 (6th Cir. 1983), cert. denied, 465 U.S. 1100 (1984).

120) Amanda Conley, et al., supra, at 788.

121) David S. Ardia, *Court Transparency and the First Amendment*, 38 Cardozo L. Rev. 835 (2017); Annotation, Restricting Public Access to Judicial Records of State Courts, 84 A.L.R.3d 598 (1978); Annotation, Restricting Access to Judicial Records, 175 A.L.R. 1260 (1948).

6. 접근이 제한되는 정보의 종류

삭제 또는 접근거부가 인정되는 정보는 청소년 범죄(juvenile delinquency), 성폭력, 약물치료프로그램 대상자 등이다.¹²²⁾ 소송기록에 편입되기 전에 판사가 해당 정보를 밀봉(sealing)하여 공개대상에서 제외할 수 있다. 당사자는 주민번호(SSN), 계좌번호 등의 민감정보(sensitive information)와 영업비밀 등을 소송기록에서 삭제할 것을 신청하여야 한다. 그런 견지에서 판결서에 민감한 개인정보가 아예 기재되지 않도록 미리 조치하고 그 후 판결서 원본을 공개하는 방식을 택한 것이다. 미국 민사소송법 제6801조는 ‘미공개 개인정보의 보호(Protection of nonpublic personal information)’에 대하여 규정하고 있는데, 재판에서의 당사자의 성명은 공개된 정보이므로 보호할 필요가 없다고 판단된다. 개인정보보호법은 프라이버시를 보호하는 것인데,¹²³⁾ 프라이버시는 공개되지 않은 정보를 혼자만의 것으로 지킬 권리를 말하는 것이며,¹²⁴⁾¹²⁵⁾ 공개된 정보는 프라이버시권의 보호대상이 되지 않는다.

7. 접근할 수 있는 시기

미국의 연방법원 판결은 선고 후 24시간 이내에 바로 공개된다. 예를 들어, *Asetek v. CMI* 판결은 2017년 4월 3일 선고되었는데,¹²⁶⁾ 그 날 오후에 한 블로그에서 그 판결을 소개하고 있다.¹²⁷⁾ 아래에서 보여주는 CAFC 홈페이지에서도 판결문을 공개하고 있는데, 그 사이트에 의하면 그 날 선고된 판결문을 볼 수 있다.

미국에는 Westlaw, LexisNexis, Loislaw, VersusLaw, HeinOnline 등의 상업서비스가 제공되고 있다.¹²⁸⁾ 그러한 회사들의 서비스를 이용하여 판결서를 쉽게 검색할 수 있다. 웨스트로를 통하여 판결서가 얼마나 빨리 쉽게 온전히 공개되는지를 살펴본다.

122) Amanda Conley, et al., supra, at 790–91.

123) 정대경, “국내외 개인정보보호정책 비교 분석 - 개인정보보호 법률과 전담조직을 중심으로 -”, 『정보보호학회논문지』 제22권 제4호, 2012, 926면(“일상화된 개인정보의 오·남용 및 침해로부터 개인의 프라이버시를 보호하고 공공부문 및 민간부문의 감시행위로부터 이를 통제할 수 있는 독립적인 보호하는 감독기구가 필요하게 된 상황이다.”).

124) Wikipedia (“Privacy is sometimes defined as an option to have secrecy.”).

125) A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy?*, 52 Stan. L. Rev. 1461, 1543 (2000) (“A plaintiff must show: (1) that the public or private defendant is infringing on a ‘legally protected privacy interest’—which in the case of informational privacy means an individual’s right to prevent the ‘dissemination or misuse of sensitive and confidential information’ . . .”).

126) *Asetek Danmark A/S v. CMI USA Inc.*, --- F.3d ---- (Fed. Cir. April 3, 2017).

<<http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/16-1026.Opinion.3-30-2017.1.PDF>>.

127) Thomas F. Cotter, *Federal Circuit Affirms Damages Award, Remands for Consideration of Injunction Against Non-Party*, April 3, 2017 (“A modified version of the opinion in *Asetek Danmark A/S v. CMI USA Inc.* issued this morning (opinion here).”).

<[http://comparativepatentremedies.blogspot.kr/2017/04/federal-circuit-affirms-damages-award.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+ComparativePatentRemedies+\(Comparative+Patent+Remedies+\)>](http://comparativepatentremedies.blogspot.kr/2017/04/federal-circuit-affirms-damages-award.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+ComparativePatentRemedies+(Comparative+Patent+Remedies+)>)>.

128) Lisa Smith-Butler, *Cost Effective Legal Research Redux: How to Avoid Becoming the Accidental Tourist, Lost in Cyberspace*, 9 Fla. Coastal L. Rev. 293, 299 (2008).

2017년 4월 18일(미국시간)에 검색을 하면서 연방지방법원 판결 중 4월 15일 이후에 선고되었으면서 판결서 중에 plaintiff이라는 단어를 가진 판결을 검색한 결과 92개의 판결이 검색되었으며, 그 판결들 중 다수가 4월 17일에 선고된 것이었다. 그렇다면, 미국 연방지방법원의 판결은 선고된 다음 날에는 Westlaw에서 검색이 가능한 것이다. 미국의 판결서가 24시간 이내에 공개된다는 점이 확인된다.

비실명화 작업이 필요한 경우 그러한 24시간 공개는 불가능하다. 당연히, 미국의 판결서는(특별한 경우를 제외하고는) 비실명화 작업이 없이 정본 그대로 공개된다. 양 당사자 성명, 대리인 성명, 판사 성명, 판결서에 거론된 제3자의 성명 등이 그대로 공개된다.

결론적으로, 미국의 판결서는 특별한 경우를 제외하고는 모든 판결서가 선고로부터 24시간 이내에 공개되고 판결서의 내용은 삭제되지 않고 그대로 공개된다. 당사자의 주소는 예민한 개인정보가 될 수 있다. 그런데 미국의 판결서는 아예 주소를 기재하지 않고 그러므로 주소를 삭제할 필요성을 아예 없애고 있다. 우리 판결서도 주소를 기재하지 않도록 하고 성명은 기재하도록 할 필요가 있다.

8. 연방법원 판결서 검색 시스템 PACER

연방법원 판결문은 특별한 경우를 제외하고는 모두 연방법원전자기록센터인 PACER에서 검색이 가능하다.

가. 등록 및 활성화

PACER 사용을 위해서는 사용자 등록을 하여야 한다. 등록 후 검색을 위한 안내문이 7-10 근무일 이내에 우편송부되고 그 안내에 따라 등록을 활성화 하면 검색이 가능하다.

나. 비용

검색결과가 나타나면 그 결과에 대한 비용은 한 페이지 당 10센트이며, 하나의 문서 당 최고 3불이다. 판결서 검색 및 내려받기는 비용이 발생하지 않는다. 구두심리에서의 오디오 파일 등은 하나 당 2.4불이다. 분기 당 비용이 15불을 초과하지 않는 경우에는 그 비용은 면제(무료)된다.

9. 뉴욕주의 판결서 공개

뉴욕주 법원에 의해 선고되는(2000년 1월 1일 이후의) 모든 판결서는 인터넷을 통하여 무료로 접근할 수 있다. 해당 사이트는 뉴욕주 법 보고국(Law Reporting Bureau)의 사이트이다.¹²⁹⁾ 해당 사이트에서 사건번호를 통해서 검색하는 것이 가능한 것은 물론이고 자연어를 통해서 검색하는 것이 가능하다.¹³⁰⁾ 미국의 뉴욕주, 뉴저지주, 캘리포니아주 등이 디지털 법원

129) <www.courts.state.ny.us/reporter/decisions.htm>.

130) Gary D. Spivey, *Public Access to Court Decisions Expanded*, N.Y. St. B.J., January 2006, at 32, 33 (“While the Slip Opinion Service has been available in some form since 2000, it has been continually expanded and only recently has been enhanced with powerful new search capabilities ...”).

자료의 시대에 접근성(accessibility)과 개인정보(privacy)와의 균형을 평가하고 있다고 한다.¹³¹⁾

10. 소송기록의 공개

미국에서는 판결서의 공개의 수준을 넘어서 소송기록(court record)의 공개에 대하여 논란이 있고, 현재 소송기록은 일반적으로는 공개되는 것이며, 다만 특수한 경우에만 공개되지 않는다.¹³²⁾ 특별한 경우를 제외하고는 공개하여야 한다는 다수설과 법원이 재량으로 공개 여부를 결정할 수 있다는 소수설이 존재한다.¹³³⁾ 소수설의 한 예로, DC 항소법원은 민사소송에서의 소송기록에 대해서는 공중이 수정헌법 제1조에 의한 접근권이 보장되지 않는다고 실시하였다.¹³⁴⁾ 민사소송의 소송기록의 공개가 판결의 품질을 높이지도 않을 뿐 아니라, 민감한 정보가 포함되어 있다는 지적도 있다.¹³⁵⁾

I.A. 미국의 특허심판(IPR) 심결문 공개 현황

1. 당사자 성명 공개

미국특허심판원에서 진행되는 특허무효심판(IPR)의 심결문은 양 당사자 성명을 적시한다. 미국은 보통의 판결서에서 양 당사자 성명을 사건의 명칭으로 삼으므로 기본적으로 양 당사자 성명이 판결서에 기재된다. 이러한 실무는 일반 민사소송에서도 그대로 운영되고 심지어 대부분의 형사소송에서도 그대로 운영된다.

2. 대리인 성명 및 로펌 명칭 공개, 나아가 대리인 이메일 주소 적시

양 당사자를 대리하는 변호사(대리인)들에 관한 정보는 더 상세히 공개된다. 대리인의 성명은 물론이고, 그 대리인이 속한 로펌이 이름 및 그 대리인의 이메일 주소가 적시된다.

3. 심판관 성명 공개

심리에 참여한 심판관들의 성명이 적시되고 심결을 작성한 심판관의 성명도 특정된다.

4. 특허번호 및 발명 공개

청구의 대상이 된 특허번호, 발명 등의 내용이 공개된다. 특히, 특허사건에서는 특허번호 및 발명의 내용이 그 사건의 가장 중요한 정보가 된다.

131) Amanda Conley, et al., *Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry*, 71 Md. L. Rev. 772, 776, fn. 15 (2012).

132) Ronald D. May, *Public Access to Civil Court Records: A Common Law Approach*, 39 Vand. L. Rev. 1465, 1478 (1986).

133) Ronald D. May, *Public Access to Civil Court Records: A Common Law Approach*, 39 Vand. L. Rev. 1465, 1468 (1986).

134) Reporters Comm. for Freedom of the Press, 773 F.2d at 1325.

135) Ronald D. May, *supra*, at 1497-98.

5. CAFC 판결서의 내용

심결취소소송이 제기되는 경우 CAFC가 판결을 하게 되는데, CAFC의 판결서도 위 심결문과 공개되는 내용이 동일한 정도이다. 다만, 대리인의 성명 및 로펌 이름만 적시되고, 이메일 주소는 공개되지 않는다.

II. 유럽의 판결서, 심결문 공개제도 현황

유럽의 판결서 공개에 대하여 익숙한 법률 DB 회사(Darts-ip)에 유럽의 판결문 공개현황에 대하여 부록과 같은 질문을 하였고, 그에 대한 답변은 다음과 같다. 동 질문은 유럽의 주요 4개 국가인 독일, 프랑스, 네덜란드, 영국에 대한 것이며, 미국도 비교의 목적에서 포함되었다.

1. 양 당사자 성명, 대리인 성명 및 대리인 법률사무소 명칭 공개 여부

미국, 영국, 프랑스 및 네덜란드에서는 양 당사자 성명, 대리인 성명 및 대리인 법률사무소 명칭이 모두 공개되는데 반해, 독일에서는 그 모든 것이 공개되지 않는다.

2. 판결서 공개시기

조사된 모든 국가에서 판결서 및 심결문은 판결 또는 심결의 선고 후 일정 기간 이내에 공개되었다. 그 기간은 미국은 24시간이고, 영국 및 네덜란드는 1주일이며, 프랑스가 1개월이며, 독일은 1-3개월이 소요되었다. 판결의 '확정'을 기다리지 않고 공개되는 점 및 미국, 영국, 네덜란드가 모두 1주일 이내에 판결서를 공개하고 있는 점이 주목된다.

미국	24 시간 이내
영국, 네덜란드, 유럽특허청 심판원	1주일 이내
프랑스	1개월 이내
독일	1-3 개월

3. 공개되는 판결서의 범위

판결서가 (특별한 경우를 제외하고는) 모두 공개되는지 여부에 대하여 문의한 바, 미국 및 영국은 모든 판결서를 공개하는데 반해, 프랑스, 독일 및 네덜란드는 모두 공개하고 있지는 않다고 한다.

4. 특허사건 판결서의 공개

특허사건의 판결서에 대하여 성명 공개, 공개 시기, 공개 범위에 대하여 문의하였는데, 특허사건의 판결서와 일반 사건의 판결서에 차이가 없다는 답변을 들었다. EPO의 심결문 공개도 1주일 이내에 이루어진다고 한다.

5. 소송기록의 공개

소송기록을 방문하여 열람하고 복사할 수 있는 지 여부에 대하여 미국, 영국 및 프랑스에서는 허용되는데 반해, 독일 및 네덜란드에서는 허용되지 않는다고 한다. 소송기록을 인터넷으로 공개하는 국가는 미국뿐이라고 한다.

III. 중국의 판결서 공개제도 현황

1. 중국 재판문서공개제도 이력

2000년 최고인민법원이 「최고인민법원의 재판문서공개관리방법」을 공포하였다.¹³⁶⁾ 그 후 중국에서는 약10년간 재판문서공개에 미흡한 점에 대하여 반성하였다. 그러한 반성에 따라 개선이 이루어졌다. 구 「최고인민법원의 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공포하는 것에 관한 규정」은 2013년 11월 13일에 공포되었고, 2014년 1월 1일부터 시행되고 있었지만,¹³⁷⁾ 2016년 8월에 개정되어 동년 10월1일부터 다시 시행되었다.¹³⁸⁾

중국재판문서사이트는 중국에서 재판문서를 공개하는 플랫폼으로서 전 세계 최대의 재판문서 사이트이다.¹³⁹⁾ 2017년 3월 12일(오후 8:32)까지 중국재판문서사이트에서 재판문서 총 27,009,374건이 등재되었고, 방문횟수는 6,395,856,869회이다.¹⁴⁰⁾

2. 중국최고인민법원 인터넷 공개 규정

중국 최고인민법원의 인터넷 공개 규정에 따른 중국의 판결서 공개제도 현황은 다음과 같이 요약될 수 있다. 산업재산권 사건의 판결서도 일반 민사소송 판결서의 공개와 동일하게 취급된다.

<중국 판결서 공개제도 요약>

- 철학
 - 판결서의 전면적이고 신속한 공개를 통하여 사법공정을 촉진하고 사법공신력을 제고
- 하나의 인터넷 사이트에서 일괄 공개
 - 중국재판문서 사이트(<http://wenshu.court.gov.cn/>)가 전국 법원의 판결서를 공개하는 통합적 플랫폼 역할을 수행

136) <http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=15137>.

137) 중국 최고인민법원 <<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-5867.html>>.

138) 중국 최고인민법원 <<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-25321.html>>.

139) 李秀平, “裁判文书公开的三年旅程”, 法律与生活, 2016年 22期, 5页(“当3年时间成为过往, 周强在全国人大常委会上汇报司法公开工作的次日, 即2016年11月7日, 全国3000多家法院累计在中国裁判文书网上公开的裁判文书已达2260万篇, 访问总量近35亿次。与此同时, 作为裁判文书公开平台的中国裁判文书网也成了全球最大的裁判文书网。”)。

140) 중국재판문서사이트 <<http://wenshu.court.gov.cn/>>.

- o 비공개 사안을 명확히 특정
 - 국가비밀, 미성년자 범죄, 이혼소송 등을 한정적으로 열거
- o 비공개시 이유를 공개
 - 판결서 공개를 원칙으로 하되 비공개인 경우 판사가 비공개의 이유를 적시하도록 요구
- o 공개시기
 - 선고일로부터 7 근무일 이내에 공개
 - 항소의 경우 항소심 판결에 효력이 발생한 후 7 근무일 이내에 공개
- o 당사자 성명
 - 당사자 성명의 공개를 원칙으로 하되, 익명 처리하는 경우를 한정적으로 열거
 - 혼인, 상속 사건의 당사자, 형사사건 피해자, 증인, 감정인, 미성년자
- o 익명처리 방식
 - 성은 유지하고 이름은 ‘모’로 처리
 - 영문성명은 첫째 알파벳만 유지하되 그 뒤는 삭제
 - 중복이 발생하는 경우 아라비아 숫자를 붙여 구분: 김모1, 김모2
- o 삭제할 개인정보 특정
 - 이메일 주소, 신분증 번호, 계좌번호, 차량번호 등
 - 주소는 현(縣), 구(區)는 유지하고 그 뒤는 삭제
 - 출생월일은 삭제하지 않음
- o 중국특허청 복심위원회의 심결문 공개
 - 당사자 성명 유지
 - 심결일 후 1-3일만에 등재

중국 최고인민법원이 판결서의 인터넷을 통한 공개와 관련하여 규정을 제정, 공포하였다. 동 규정은 우리에게 시사하는 바가 매우 크므로 그대로 번역하여 아래에 소개한다.

「최고인민법원의 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공포하는 것에 관한 규정」
 법 석 (法
 釋)(2016)19호

2016년 7월 25일 최고인민법원심판위원회 제1689차 회의에서 통과하여 2016년 10월 1일부터 시행¹⁴¹⁾

‘심판공개원칙’을 관철하기 위해, 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공포하는 것을 규범

화하여, **사법공정**을 촉진시키고 **사법공신력**(司法公信力)을 제고하고자 한다. 「중화인민공화국형사소송법」, 「중화인민공화국민사소송법」, 「중화인민공화국행정소송법」 등 관련 규정에 의거하고 인민법원의 실무상 실재를 결합하여 본 규정을 제정한다.

제1조 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공개할 때, 법에 따라 전면적이고 신속하게 하여야 한다.

제2조 중국재판문서사이트는 전국 법원이 재판문서를 공개하는 통합적인 플랫폼이다. 각급 인민법원이 본 법원의 정무(政務)사이트 및 사법공개 플랫폼에서 중국재판문서사이트에의 연결(링크)을 설치하여야 한다.

제3조 인민법원이 이하 열거한 **재판문서**를 내릴 때 인터넷으로 공개하여야 한다:

- (一) 형사, 민사, 행정 판결서;
- (二) 형사, 민사, 행정, 집행재정서(執行裁定書);
- (三) 지급령;
- (四) 형사, 민사, 행정, 항소기각판결에 따른 집행;
- (五) 국가배상결정서;
- (六) 강제의료결정서 혹은 강제의료신청기각의 결정서;
- (七) 형벌집행 및 변경결정서;
- (八) 소송행위, 집행행위를 방해하는 것에 대한 내린 구류·벌금 결정서, 구류를 사전 해제하는 것에 관한 결정서, 구류·벌금 등 제해하는 결정을 항의하는 것에 인한 심의를 신청하는 것에 대한 내린 심의결정서;
- (九) 행정화해서, 민사공익소송화해서;
- (十) 기타 중지, 종결소송절차에 효과가 있는 혹은 당사자 실체권익에 대한 영향이 있는, 당사자 절차 권익에 대한 중대한 영향이 있는 재판문서.

제4조 인민법원이 내린 재판문서에서 이하 열거한 경우, 인터넷으로 공개하지 않음:

- (一) 국가비밀과 관련된 경우;
- (二) 범죄를 범한 미성년자의 경우;
- (三) 조정방식으로 판결을 종결하거나 인민조정협의효력을 확인하는 경우. 그러나 국가 이익, 사회 공공이익, 타인의 합법이익을 보호하기 위해 확실히 필요한 경우를 제외함;
- (四) 이혼소송 혹은 미성년자의 양육, 후견과 관련된 경우;
- (五) 인민법원이 인터넷으로 공표하는 것이 적당하지 않다고 판단하는 기타 경우.

제5조 인민법원이 사건을 수리하는 통지서·응소통지서를 받을 때, 당사자에게 인터넷으로 공개하는 재판문서의 범위를 고지하여야 하고, 정무(政務)사이트, 전자터치스크린, 소송지침서 등 여러 방식을 통해 공중에게 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공개하는 관련 규정을 고지한다.

제6조 인터넷으로 재판문서를 공개하지 않은 경우, 판결번호, 심리법원, 재판날짜 및 공개하지 않은 이유를 공개하여야 한다. 그러나 상술한 정보를 공개하면 국가기밀을 누설

하게 되는 경우는 제외한다.

제7조 법률효력이 발생하는 재판문서는, 재판문서가 효력을 발생한 일부부터 근무 7일 내에 공개하여야 한다. 법에 의거하여 소송을 제기하거나 항소한 1심 판결서·재정서의 경우, 2심 재판에 효력이 발생한 후 근무 7일 내에 인터넷으로 공개하여야 한다.

제8조 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공개할 때, 아래에 열거한 인원의 성명을 익명으로 처리하여야 한다:

- (一) 혼인가정, **상속 분쟁**안건에 있어서의 당사자 및 그의 법정대리인;
- (二) 형사안건 **피해자** 및 그의 법정대리인, 민사소송을 부가하는 원고 및 그의 법정대리인, **증인, 감정인**;
- (三) **미성년자** 및 그의 법정대리인.

제9조 본 규정 제8조에 의거하여 익명으로 처리할 때, 이하의 요령에 따라서 처리하여야 한다:

- (一) 성씨를 유지하되, 이름은 ‘모’로 대체한다.
- (二) 소수민족성명에 대한, 첫 번째 글만 유지하고 기타 내용은 ‘모’로 대체한다.
- (三) 외국인, 무국적인 성명의 증문의 번역문에 대한 첫 번째 글만 유지하고 나머지 내용은 ‘모’로 대체한다; 외국인, 무국적인의 영문성명은, 첫 번째 영문 알파벳만 유지하고 기타 내용을 삭제한다.

다른 성명을 익명으로 처리하여 그 전의 익명과 중복이 발생하는 경우, 성명 뒤에 증가하는 아라비아 숫자를 붙여 구분한다.

제10조 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공개할 때, 아래에 열거한 정보를 삭제하여야 한다:

- (一) **자연인의 가정주소, 통신방식, 신분증번호, 은행의 계좌번호, 건강 상황, 차량 번호, 동산 혹은 부동산 소유권증서번호 등 개인정보;**
- (二) **법인 및 기타조직의 은행의 계좌번호, 차량 번호, 동산 혹은 부동산 소유권증서번호 등 정보;**
- (三) **상업비밀과 관련된 정보;**
- (四) 가사, 인격권익 등 분쟁에서 개인프라이버시와 관련된 정보;
- (五) 기술수사조치와 관련된 정보;
- (六) 인민법원이 공포하는 것이 적당하지 않다고 인정하는 기타 정보.

본 조 제1항에 의하여 정보를 삭제하는 것이 재판문서를 정확하게 이해하는 것에 대하여 영향을 미치는 경우, 기호 ‘×’로 부분대체를 한다.

제11조 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공개할 때, 당사자, 법정대리인, 위탁대리인, 변호인의 아래에 열거한 정보를 유지하여야 한다:

- (一) 본 규정 제8조에 의거한 익명으로 정리하는 경우 이외, 당사자 및 그의 법정대리인이 자연인인 경우, 성명, **출생월일**, 성별, 거주지 소재한 현(縣), 구(區)를 유지한다; 당사자 및 그의 법정대리인이 법인 혹은 기타 조직인 경우, 명칭, 거주지, 조직기관코드(組

織機關代碼). 법정 대표인 혹은 주요 책임자의 성명, 직무;

(二) 위탁대리인 및 변호인이 변호사 혹은 말단법률서비스근무자 경우, 성명, 개업증명 번호와 변호사사무소, 말단법률서비스기관 명칭을 유지한다; 위탁대리인 및 변호인이 기타의 자인 경우, 성명, 출생월일, 성별, 거주지 소재한 현, 구 및 당사자와의 관계를 유지한다.

제12조 사건을 처리한 법관이 재판문서에 대한 본 규정 제4조 제5항에 따라 인터넷으로 공개하는 것이 적당하지 않다고 판단하는 경우라고 인정할 경우, 서면의견 및 이유를 제출하여야 한다. 부문책임자가 심사를 통하여 주관한 부원장에게 보고하고 심정(審定)한다.

제13조 최고인민법원은 전국 법원이 인터넷으로 재판문서를 공개하는 것을 감독·지도한다. 고급, 중급 인민법원은 관할한 구역법원이 인터넷으로 재판문서를 공개하는 것을 감독·지도한다.

각급 인민법원 심판관리 사무실 혹은 심판관리 직능을 담당하는 기타 기관은 본 법원이 인터넷으로 재판문서를 공개하는 것의 관리에 대해 책임진다. 이하 직책을 이행한다:

- (一) 인터넷으로 재판문서를 공개하는 것을 조직하고 지도한다;
- (二) 인터넷으로 재판문서를 공개하는 것에 대해 감독하고 심사한다;
- (三) 사회공중이 재판문서의 공개에 대한 신고와 의견을 처리한다;
- (四) 기술부문을 조화롭게 하여 기술적 지지 및 보장이 되도록 하여야 한다;
- (五) 기타 상관 관리를 한다.

제14조 각급 인민법원은 정보기술을 의지하여 재판문서를 공개하는 것을 심판과정을 포함시켜서 관리하게 될 것이어야 하며, 재판문서를 공개하는 작업량을 감소하여 재판문서를 신속하게, 전면, 간편하게 공개하는 것을 실현한다.

제15조 인터넷으로 공개한 재판문서는, 본 규정에 의하여 기술적으로 처리하는 것이 요구되는 경우 이외, 재판문서의 원본과 일치하여야 한다.

인민법원이 재판문서 중의 오기를 보정하는 경우에 대하여, 인터넷으로 오기를 보정한 재정서를 신속하게 공개하여야 한다.

사건을 처리한 법관은 인터넷으로 공개한 재판문서와 재판문서 원본의 일치성 및 기술적 처리의 적합성을 책임진다.

제16조 인터넷으로 공개한 재판문서와 재판문서 원본이 불일치하거나 기술처리가 적절하지 않은 경우, 즉시 철회함과 동시에 교정한 후 다시 공개하여야 한다.

인터넷으로 공개한 재판문서가 심사를 통하여 본 규정 제4조가 열거한 경우가 존재하는 경우, 즉시 철회하여야 함과 동시에 본 규정 제6조에 의하여 처리하여야 한다.

제17조 인민법원정보기술서비스센터는, 중국재판문서사이트를 운영하는 것과 업그레이드를 보완한 것을 책임지고, 사회 각 분야가 당해 사이트가 공개한 재판문서를 합법적으로 이용하기 편리하도록 조치한다.

중국재판문서사이트는 사건에 의하여 따른 심판절차의 사건번호를 적용하여, 재판문서의 서로 관련된 것을 실현한다.

제18조 본 규정은 2016년 10월 1일부터 시행한다. 최고인민법원 이전에 공포한 사법해석 및 규범성 문건이 본 규정과 불일치한 경우, 본 규정으로 준한다.

3. 중국재판문서사이트¹⁴²⁾¹⁴³⁾

가. 검색방법

검색에는 빠른검색과 상세검색이 있다. ‘빠른검색’은 검색창에 키워드를 입력하여 진행된다. 키워드는 주제어, 개요, 당사자 이름, 법원, 판사 성명, 변호사 성명, 변호사 사무실 등을 포함한다. 최근 5건의 검색기록은 자동적으로 저장된다. ‘상세검색’도 있다. 상세검색에서는 15가지의 다중화 정보를 조합하여 검색할 수 있다. 원문, 개요, 사건의 명칭, 사건번호, 법원의 명칭, 법원의 등급, 사건의 종료일, 심판절차, 문서유형, 심판 일자, 판사 성명, 당사자 이름, 변호사 성명, 변호사 사무소 및 관련 법률이다. 검색 결과에서 재검색도 가능하다. 그런 견지에서 두 개의 검색어를 “and” 조건으로 검색하는 기능과 동일한 효과를 가진다. 즉, 두 개 이상의 키워드를 한 번에 검색할 수는 없으나, 하나의 키워드로 검색한 후 그 검색결과 내에서 다른 키워드로 검색할 수 있는 것이다.

나. 결과 화면

검색결과는 왼쪽 및 오른쪽의 두 화면으로 보여주는데, 오른쪽 화면은 관련 문서 화면이다. 관련 문서 화면에는 사건의 번호, 전 재판 기록에서는 최종 기록까지 보여주며, 심리절차, 심리법원, 날짜를 보여준다. 왼쪽 화면은 카테고리 화면이다. 카테고리 항목에는 키워드에 따른 사건의 분리, 법원의 등급에 따른 분리, 지역 및 법원에 따른 분리, 재판연도에 따른 분리, 재판절차에 따른 분리, 재판 유형에 따른 분리, 소송의 개요에 따른 분리의 7가지가 있다. 그 항목에 따른 재분류가 가능하다. 검색된 판결의 수가 많은 때에 2차 분류(sorting)를 할 때에 유용한 기능이라고 생각된다.

다. 대상 판결

중국재판문서사이트는 2013년 7월 1일부터 시행하여, 2014년 전 판례까지 소량 업데이트 되었고 그 이후 판례부터는 전체 판결문이 업데이트 되었다. 최신 판례만 검색이 가능한 것이다.

라. 추가 기능

중국재판문서사이트는 판례 검색, 내려받기 기능 외에 의견을 제기하거나 의견을 게시하는 기능도 제공한다. 관련 정보를 이용자들이 공유할 수 있고 또는 사이트 운영자에게 의견, 요구

141) <<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-25321.html>>.

142) <<http://wenshu.court.gov.cn/>>.

143) 대상 사이트의 설명: <<http://wenshu.court.gov.cn/Index/Help>>.

를 제시할 수도 있다.

4. 민사 판결

중국 민사소송의 판결서에는 원고 및 피고의 성명, 양 당사자의 대리인 성명, 대리인이 속한 사무소 명칭 등의 개인정보가 판결서에 명시된다. 나아가, 판사 성명, 선고일도 적시된다. 당사자 개인의 신분증번호를 공개하는 판결은 보이지 않는데, 당사자 주소를 보여주는 판결은 자주 보인다. 당사자 주소 전부를 공개한 것은 법원의 실수로 추측된다.

5. 특허 판결

중국 특허소송의 판결서에는 원고 및 피고의 성명, 양 당사자의 대리인 성명, 대리인이 속한 사무소 명칭 등의 개인정보가 판결서에 명시된다. 특허번호도 당연히 적시된다. 특허소송은 많은 경우 회사가 당사자가 된다. 일반 민사소송이 개인이 당사자가 되고 그 개인의 성명이 공개되는 점을 감안하면 특허소송에서 회사의 이름이 공개되는 점에는 더더욱 문제가 없을 것으로 생각된다. 예를 들어, 우리나라의 직무발명 사건 판결에서 피고 회사의 이름은 공개하되, 원고 개인의 성명은 공개하지 않는 점은 회사의 개인정보는 보호할 가치가 낮고 개인의 개인 정보는 보호할 가치가 높음을 말해준다.

8. 중국복심위원회 심결문

중국특허청 복심위원회가 심결한 심결문은 홈페이지를 통해서 공개되며, 다음의 사항을 기재한다: 결정번호, 특허번호, 발명명칭, 특허권자 성명, 무효심판 청구인 성명, 심판일.¹⁴⁴⁾ 3월 12일 검색에서 3월 10일 심결문이 등재된 것을 감안하면 심결일 후 1-3일만에 등재되는 것으로 보인다.

가. 전리복심위원회 제24380호 무효결정(专利复审委员会第24380号无效决定)

내용: 안전번호, 결정일, 발명창조명칭, 외관설계분류번호, 무효심판 청구인 성명, 특허권자 성명, 특허번호, 신청날짜, 수권공고일, 무효심판 청구일, 부도, 법률 의거, 결정요점, 심판장·주심사원·참여심사원의 성명.

나. 특허복심위원회제62505호복심결정(专利复审委员会第62505号复审决定)

내용: 안전 번호, 결정일, 발명명칭, 국제분류번호, 심판청구인 성명, 출원번호, 우선권일, 출원일, 공개일, 심판청구일, 법률번호, 결정요점, 심판장·주심사원·참심사원의 성명. 특허권자 성명?

IV. 홍콩의 판결서 공개제도

144) http://app.sipo-reexam.gov.cn/reexam_out1110/wuxiao/wuxiaolb.jsp

1. 관련 규정

홍콩심판공개제도는 홍콩인권법안(香港人權法案)에 기원한다. 홍콩인권법안조례(CAP 383 HONG KONG BILL OF RIGHTS ORDINANCE) 제10조에 따르면 “누구든지 법원이나 법정에서 평등해야 한다. 누구든 형사기소를 받거나 권리의무로 인한 소송의 판결을 할 때, 관할법정에서 공정하고 공개적으로 심문을 받아야 할 권리가 있다. 법원은 민주사회의 풍속, 공공질서 혹은 국가안전과 관계되거나 당사자 사생활을 보호할 필요가 있을 때, 혹은 특별한 경우로 인하여 공개심판하면 반드시 인정되는 절대적으로 필요한 한도의 사법을 영향을 미치는 경우, 언론계 및 공중이 심판절차의 전부 혹은 일부에 대한 방청을 금지한다; 단, 청소년을 보호하는 경우이거나 혼인 분쟁 혹은 자녀후견 경우 외에 형사민사의 판결은 일률적으로 공개적으로 공포하여야 한다.”¹⁴⁵⁾

2. 고도하고 투명한 자유 방청

홍콩 법원과 법정은 사회공중에 고도의 투명성을 유지하고 있다. 재판은 공개로 한 사안이면 누구든지 방청할 수 있다. 재판정보는 법원사이트에서 공개하는¹⁴⁶⁾ 동시에, 각 법원 및 심판처의 중요한 위치에서 게시하여야 한다. 게시되는 내용은 법정, 판사, 시간, 안전번호, 소송 당사자, 고소죄목의 성질 등이고, 공중은 각 법원의 등기처(登記處)에서 검색할 수 있다.¹⁴⁷⁾

3. 홍콩법원의 재판문서 공개

홍콩법원은 하나의 인터넷 사이트를 통해 판결서 전부를 공개한다. 홍콩 각급법원(즉, 홍콩중심법원, 공동법원상소법정, 공동법원원송법정, 경쟁사무심사사무처, 구역법원, 가사법원, 토지심사사무처의 선고)의¹⁴⁸⁾ 판결서는 집중적으로 ‘사법기관사이트’(www.judiciary.gov.hk)의 ‘판결서 및 법률참고자료’ 항목에서 공중에 공개한다. 일반적인 경우, 판결서는 송달 후 3 근무일 내에 중심법원 사이트에 올려야 한다. 중요한 안건이나 공중들이 주목한 사건이면 선고 당일에서 ‘신재판문서’ 항목에서 검색할 수 있다.¹⁴⁹⁾ 2008년 8월부터, 홍콩사법기관은 1995년 이후 법학적으로 가치 있는 판결서 및 그것의 영문 번역문과 함께 사법기관 사이트에 업로드

145) 香港人權法案條例 第10條(“人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定期時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。”)。

146) <http://www.hkcfh.gov.hk/eng/work/forthcoming/index.html> 법원에서 자유 방청하는 것을 확인할 수 있다.

147) 蔣惠齡·龍飛, “香港澳門的司法公開制度與啟示”, 法律適用, 第4期, 2013, 39頁(“香港法院和法庭對社會大眾保持着高度的透明, 只要是公開聆訊的案件, 允許任何公民旁聽。...在香港, 庭審信息會在法院的網站上公布, 同時張貼於各法院及審裁處的顯要位置, 如在終審法院的法庭外、高等法院大樓內牆、裁判法院外牆上, 都張貼着排列整齊、格式統一的訊訊案件表, 表中列出了法庭、法官、時間、案件編號、訴訟各方、控罪性質、應訊代表等內容, 公眾也可以向各法院登記處進行查詢, 訊訊案件表公布的時間是訊訊日的前一個工作日的下午六點。”)。

148) http://www.judiciary.hk/eng/legal_ref/judgments.htm 참고.

149) 司法機構(사법기관사이트)(“一般情況下, 判案書將於送抵後3個工作天內上載至此網站。重要的案件或公眾關注的案件, 則可於宣告當日在「新載判案書」一欄找到。”)。

http://www.judiciary.hk/eng/legal_ref/judgments.htm

를 하였다.¹⁵⁰⁾ 인터넷으로 공개한 재판문서는 번체 중국어와 영어 두 언어로 작성될 수 있다. 재판문서가 공개하는 내용은 사건번호, 사건 명칭, 당사자 성명(当事人的姓名), 법관 성명, 심판시간, 판결이유 등이 포함한다.¹⁵¹⁾ 홍콩법원이 공포한 재판문서는 당사자 이름을 감추지 아니한다. 왜냐하면, 법원이 안건을 공개적으로 심리하므로 당사자가 법원 재판을 선택한 동시에 자동적으로 관련된 프라이버시의 권리를 포기한 것이기 때문이다.¹⁵²⁾

4. 홍콩가사법원의 공개

통상적으로, 가사사건은 개인 프라이버시와 미성년자의 성장과 관련되기 때문에, 일반적으로 공개하지 않는다. 그러나 해당 사건이 홍콩인권법 조례 제10조에서 규정한 불공개 심판이유에 해당하지 않으면 그 사건은 공개 심판하여야 한다.¹⁵³⁾

<홍콩 제도 요약>

- o 공개시기
 - 판결서 송달 후 3 근무일 이내에 공개
- o 하나의 인터넷 사이트에서 통합 관리
 - **사법기관사이트(www.judiciary.gov.hk)를 통하여 모든 법원의 판결서를 통합 관리**
- o 당사자 성명
 - 자연인 성명도 공개
 - **법원이 안건을 공개적으로 심리하므로 당사자가 법원 재판을 선택한 동시에 자동적으로 관련된 프라이버시의 권리를 포기한 것으로 봄**

V. 대만의 판결서 공개제도 현황

1. 관련 규정

150) 司法機構(사법기관사이트) (“由2008年8月開始，司法機構已把自1995年以來所發下的具法學價值之中文判案書連同其英文譯本上載至司法機構的網站，作為資料庫中新增的分類資料。”)。

http://www.judiciary.hk/tc/legal_ref/judgments.htm

151) 张媛聆, “裁判文书公开制度研究”, 中国政法大学硕士学位论文, 2015, 17页(“裁判文书公开的内容包括案件名称、案件编号、当事人姓名或名称、法官姓名、审判时间、判决理由等。”)。

152) 张媛聆, “裁判文书公开制度研究”, 中国政法大学硕士学位论文, 2015, 17页(“香港法院公布的裁判文书并不会隐藏当事人的姓名, 因为法院认为凡公开审理的案件, 当事人在选择法院裁判的同时就已经自动放弃了相关隐私权。”)。

153) 惠岭·龙飞, “香港澳门的司法公开制度与启示”, 法律适用, 第4期, 2013, 40页(“通常情况下, 家事案件因为涉及个人隐私以及未成年人的成长问题, 一般不公开审理。但是, 一般民事案件中非公开审理也可以经法庭指令转为公开审理。实务指示25.1附表2列出通常不公开审理的民事法律程序, 但如果法官认为在某案件中, 香港人权法案第10条所列出不公开审理的理由并不存在, 那么法庭仍然可以根据实务指示25.1中第4(b)条命令公开审理。除上述情况外, 根据《婚姻诉讼规则》第81(2)条, 法官也有酌情权可指令一项附属济助的申请转为公开审理。”)。

대만법원조직법(台灣法院組織法) 제83조의 규정에 따르면 “각급 법원 및分院(分院)이 정기적으로 공보를 출간하거나 기타 적당한 방식으로 판결서를 공개하여야 한다. 단 기타 법률로 규정한 자 외에, 당해 규정에 의한다. 전항 공개에 대하여 자연인의 성명 외에, 자연인의 신분증 통일번호 및 기타 당해 개인을 식별할 수 있는 자료를 포함하지 아니한다.”¹⁵⁴⁾ 당해 규정에 따르면, 대만 각급법원 및分院의 판결서가 선고 후 통일적으로 대만 사법원글로벌정보사이트(司法院全球資訊網)에서¹⁵⁵⁾ 공개한다. 비공개 대상이 되는 “기타 법률로 규정한 자”는 아동 및 청소년 범죄, 성폭행, 국가기밀, 사업비밀 및 조정사건, 비소안건 등과 관련한 판결서는 사법원글로벌정보사이트에서 공개하면 안 된다. 즉, 당사자만 접근할 수 있지만 일반 공중들은 청구할 수 없고 검색할 수도 없다.¹⁵⁶⁾ 사법원글로벌정보사이트에서 대만 최고법원, 최고행정법원, 타이베이, 타이중, 가오슝 고등행정법원, 대만고등법원 및 타이중分院, 지혜지산법원 등 법원의 판결서를 공개한다.¹⁵⁷⁾

2. 판결서의 인터넷 공개와 당사자의 프라이버시의 균형

대만 법원의 판결서 공개는 다음의 과정을 거쳤다: 전부 공개→당사자 개인정보 일부를 삭제→당사자의 성명을 삭제→ 당사자 성명을 공개하는 과정을 걸쳤다. 이하에서 그 역사를 살펴본다.

1998년부터, 특별한 경우를 제외하고는 모든 판결서는 사법원글로벌정보사이트에서 전문을 공개하였다. 2003년부터 당사자의 프라이버시권을 보호하기 위해서 인터넷으로 공개한 판결서에서 당사자의 신분증통일번호, 주소지 등을 삭제하였다. 2007년부터는 당사자의 성명을 삭제하였다. 2010년 11월에, 대만 입법원은 **법원조직법 제83조**를 개정하여 당사자 성명을 공개하여야 하고 다만 당사자의 신분증통일번호 및 기타 당해 개인을 식별할 수 있는 자료를 공개에 포함하지 않는다고 규정하였다.¹⁵⁸⁾ 개정된 이유는 “판결서를 공개하는 것은 공중감독, 사법자원공유 및 법학교육의 목적을 구비한다. 당사자 성명을 삭제한 후 판결서를 공개하는 것은, 매체 및 일반 공중이 검색하기 곤란하고 상기 목적을 실현하기 어렵게 한다. 게다가 당사자 성명은 재판과정에서 이미 공개되므로 그 후 판결서에서 공개된다고 하여 당사자의 프라이버시권을 추가적으로 침해하는 것도 아니다. 당사자 신분증통일번호, 주소지 등 개인정보의 공

154) 法院組織法 第83條(“各級法院及分院應定期出版公報或以其他適當方式, 公開裁判書。但其他法律另有規定者, 依其規定。前項公開, 除自然人之姓名外, 得不含自然人之身分證統一編號及其他足資識別該個人之資料。”)。

155) <http://www.judicial.gov.tw/>

156) 龍飛, “台灣地區裁判書上網制度”, 人民法院報, 2013.9.27., 第8版(“根據該規定, 台灣各級法院及分院的裁判書宣示後均統一公布在台灣‘司法院’全球資訊網上, 還定期出版公報刊登裁判書。所謂不公開的‘法律另有規定者’, 是指涉及兒童與青少年犯罪、性侵害、國家機密、商業秘密以及調解案件、非訴案件票、拍、促及催字案件的裁判不得公開在‘司法院’全球資訊網上。對於這些裁判書, 當事人可以自行向裁判法院索取, 但一般民眾對此不能查詢。”)。

157) <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

158) 龍飛, “域外法院裁判書上網制度比較研究”, 人民司法, 第17期, 2014, 6-7頁(“我國台灣地區法院裁判書公開經歷了全部公開到將當事人部分個人信息隱匿, 到隱匿當事人姓名, 再到公開當事人姓名的發展過程。自1998年起, 台灣‘司法院’規定, 除了依法不得公開的案件之外, 所有案件的判決書均在‘司法院’全球資訊網上全文公開。後來, 因當事人隱私權保護的困擾, ‘司法院’自2003年起陸續將上網文書中當事人的身份證字號、住址等信息隱匿。自2007年起, 更將上網文書中當事人的姓名隱匿。直至2010年11月, 台灣‘立法院’對法院組織法部分條文進行修正, 第83條規定, ‘各級法院及分院應定期出版公報或以其他適當方式, 公開裁判書。但其他法律另有規定者, 依其規定。前項公開, 除自然人之姓名外, 得不含自然人之身份證統一編號及其他足資識別該個人之資料。’)。

개는 상기 목적을 달성하는데 도움이 되지 않고 또 다른 자에 의하여 도용, 남용될 가능성이 있으므로 공개하지 않는다.”¹⁵⁹⁾

<대만 법원조직법 제83조 개정 대비표>

구법	개정법
<p>각급 법원 및分院(分院)이 정기적으로 공보를 출판하고, 재판서 전문을 게재하여야 한다.</p> <p>各級法院及分院應定期出版公報，刊載裁判書全文。</p>	<p>각급 법원 및分院이 정기적으로 공보를 출판하거나 기타 적당한 방식으로 재판서를 공개하여야 한다. 다만, 기타 법률에서 따로 규정한 경우, 그 규정을 따른다.</p> <p>전항이 규정하는 공개는, 자연인의 성명 외에, 자연인의 신분증통일번호 및 기타 해당 개인을 충분히 식별할 수 있는 자료를 포함하지 않게 해야 한다.</p> <p>各級法院及分院應定期出版公報或以其他適當方式，公開裁判書。但其他法律另有規定者，依其規定。</p> <p>前項公開，除自然人之姓名外，得不含自然人之身分證統一編號及其他足資識別該個人之資料。</p>

3. 판결서를 인터넷으로 공개하기 위한 심사

대만 각급법원 및 그의分院의 판사는 판결서 원본을 작성한 후 서기원에게 교부한다. 서기원은 원본을 수령한 후 규정한 기한 내에(형사 7일; 민사 10일) 판결서 정본을 작성하여 당사자에게 송달한 후, 그 정본을 대만사법원정보관리처에 제출하고 심사한다. 그 후 2일 내에 인터넷으로 검색이 된다. 단, 대만 최고법원 및 최고행정법원의 재판자료는 재판 후 1개월 이내에 검색이 되게 한다.¹⁶⁰⁾

<대만의 판결서 공개제도 요약>

- 하나의 인터넷 사이트에서 통합 관리
 - 사법원글로벌정보사이트(司法院全球資訊網)에서 모든 법원의 판결서를 통합하여 관리
- 당사자 성명 삭제 또는 존치의 역사

159) 龙飞, “台湾地区裁判文书上网制度”, 人民法院报, 2013.9.27., 第8版(“台湾‘司法院’则在此次修正说明中指出, 裁判文书公开“具有公众监督、司法资源共享以及法学教育的目的, 目前隐匿当事人姓名的公开方式, 不利于媒体与一般民众检索, 可能导致无法实现上述目的。况且当事人姓名在法院审判过程中已经公开, 之后再于裁判文书中公开并未过分侵害当事人隐私权。至于当事人身份证统一编号、地址等个人资料公开与否, 对于上述公益目的之达成较无助益, 更可能造成有心人士盗用或滥用, 因此不予公开。”)。

160) 龙飞, “台湾地区裁判文书上网制度”, 人民法院报, 2013.9.27., 第8版(“按照台湾‘司法院’的规定, 台湾各级法院及其分院的法官在制作裁判文书原本后交由书记官, 书记官收领原本后在规定期限内制作裁判正本(刑事为收领原本后七日内, 民事为收领原本后十日内)并送达当事人后, 提交台湾‘司法院’资讯管理处审核, 二日内上网提供查询。台湾‘最高法院’及‘最高行政法院’的裁判资料于判决后一个月提供查询。”)

- 개인정보보호법으로 인하여 2007년부터 당사자 성명을 삭제
 - 그러나, 2010년부터 당사자 성명 존치
 - “판결서를 공개하는 것은 공중감독, 사법자원공유 및 법학교육의 목적을 구비한다. 당사자 성명을 삭제하여 공개하는 것은, 매체 및 일반 공중이 검색하기 곤란하고 상기 목적을 실현하기 어렵게 한다. 게다가 당사자 성명은 재판과정에서 이미 공개되므로 그 후 판결서에서 공개된다고 하여 당사자의 프라이버시권을 추가적으로 침해하는 것도 아니다.”
- o 공개시기
- 선고 후 10일 내에 송달되고 그 후 2일 이내에 공개
 - 다만 최고법원 판결은 선고 후 1개월 이내에 공개

VI. 일본의 판결서 공개 현황

<일본 판결서 공개제도 요약>

법인의 명칭은 존치
 자연인의 성명은 A, B 등으로 표시
 당연히, 형사사건의 자연인의 성명도 동일하게 표시

1. 문제 제기

2001년에 발표된 e-Japan 전략의 추진에 의해서 일본의 인터넷 이용률은 급격히 증가하고 사회에서 정보의 유통량은 폭발적인 증가를 보았다. 그러나 정보화 사회의 진전에 따라서 개인정보 보호에 대한 관심이 높아지면서 과도한 보호 의식이 반대로 “비민주화”를 조장하는 경향이 나오고 있다. 지나친 현상으로는 개인정보가 포함되어 있다는 이유로 행정정보가 비공개되는 등, 개인 정보를 보호한다는 명목 하에 공공성 있는 정보가 공개되지 않고, 민주주의사회의 발전을 후퇴시키는 상황도 발생하고 있다.¹⁶¹⁾ 일본에서 판결문이 제대로 공개되지 않고 있다고 주장하면서, 판결문은 사회 전체가 공유해야 할 것이라는 점 및 국민 개개인이 언제든지 접근할 수 있는 것이어야 한다는 점이 주장되고 있다.¹⁶²⁾ 물론, 그러한 비판에도 불구하고 일본 법원은 판결문 공개에 소극적인 태도를 유지하고 있다. 이하, 일본의 판결문 공개과정의 문제점을 제시한다.

161) 榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報コモンズ」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 553頁.

162) 榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報コモンズ」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 552頁(“일본 개인정보보호법 전면 시행 이후, 개인정보보호의 풍조 높아짐에 따라서 공공성이 있는 정보가 공개되지 않고 여러 가지 사회문제가 일어나고 있다. 개인정보를 보호할 필요성을 부정하는 것은 아니지만, 사회와 공유해야 할 정보가 공개되지 않는 상황은 민주주의사회의 존망에 관련되는 중대한 사회 문제이다. 그리고 일본에서 국민이 사법에 참가하는 재판원 제도가 실시를 향해서 순조롭게 진행되고 있지만, 법원의 판결문의 공개는 일부에만 머물고 있고, 연구자들 사이에서도 중요한 판결문을 가져올 수 없다는 문제가 일어나고 있다. 판결문은 사회 전체가 공유해야 할 것이며, 국민 개개인이 언제든지 액세스(access)할 수 있는 것이어야 한다.”).

2. 판결문 가명처리

일본은 2005년 4월 민간사업자도 법률의 적용대상이 되는 개인정보보호법이 전면 시행되어 “위반에 따른 주무장관의 권고, 명령에 따르지 않을 경우 6개월 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금”이라는 벌칙이 규정되었다. 판결문의 경우, 이름과 주소 등 개인 정보뿐만 아니라 범죄에 관계되는 정보도 포함할 수 있어서, 그 취급에 충분한 주의가 요구된다. 현재 발간과정에서도 판결문의 개인정보에 대하여 가명처리를 수작업으로 진행해야 하며, 데이터 입력 작업과 비용이 많이 드는 작업이다.¹⁶³⁾

3. 판결문 공개제도의 문제점 제기

개인정보를 보호하는 것은 매우 중요한 일이지만, 개인정보를 과도하게 보호하는 것은 오히려 사회적 문제를 일으킬 수도 있다. 정보의 유통을 저해하는 의식이 사회에 만연하면 인터넷이 만들어 온 “정보의 자유로운 유통에 의한 열린사회”를 부정하게 되어 버린다. 개인정보를 보호한다는 이유로 정보를 은닉되게 되면 현대사회는 정보가 유통하지 않는 비민주주의적인 암흑의 시대로 퇴행할 것이다.¹⁶⁴⁾

2007년 1월 20일에 개최된 “사법제도개혁과 테크놀러지” 연구회(S)에서 판례를 데이터베이스화하고 있는 민간사업자로부터 현재의 판결문 공개 과정에 관한 문제점이 제기되었다. 우선 큰 문제로 사회에서 공유해야 할 공공재산이라고 할 수 있는 판결문이 전부 공개되지 않는다는 지적이 있었다.¹⁶⁵⁾ 이러한 사정은 독일도 마찬가지이며, 지식재산 블로그 FOSS Patents를¹⁶⁶⁾ 운영하는 독일인 Florian Muller씨도 본인이 “독일에 살고 있는데 왜 독일 국내의 판결보다 미국의 판결에 대해서 더 자세한 정보를 얻는” 현실에 대하여 불평하고 있다.¹⁶⁷⁾ 중국에서 우리나라 성균관대학교로 유학을 온 한 법학도의 말이 우리의 현실 및 수준을 지적한다. “[판결문을 입수하는 수고로움과 관련하여] 한국이 중국보다 더 어려워요!”

아래 신문기사가 일본의 사정을 잘 보여준다.

“일본에서 판결 정보의 수집은, 실제로 방청하거나 법원까지 가서 자료를 열람하지 않는 한계에서, 미디어를 통한 보조정보에 의지할 수밖에 없기 때문에 곤란하다. 왜냐하면, 중요한 재판에 대한 판결문이 법원의 사이트에 공개되지만, 시간이 지연되고, 모든 재판의 판결문이 공개되는 것이 아니다. 또한 판결이 공개 전에 재판에 대해서는 Web정보 수집 수단은 거의 없다. 일본에서는 누가 누구를 소송하고 있는지를 조사하는 것만으로도 큰 부담이다. 법원에 가면 자료를 열람할 수 있지만 그 러하자면 사건번호를 알고 있어야 하고, 원고, 피고 이름으로 사건번호를 검색할

163) 榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報 commons」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 556頁.

164) 榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報 commons」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 556頁.

165) 榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報 commons」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 554頁.

166) <http://www.fosspatents.com/2012/08/google-loses-leverage-as-motorola.html>

167) kurikiyo, “裁判情報入手の日米ギャップについて”, TechVisor.JP, 2012.09.05.

<http://www.techvisor.jp/blog/archives/2597> 2017년 5월6일 방문.

수 있지만 검색 단말은 스스로 조작하지 못하고 담당자에게 의뢰하여 대신 검색하게 하여야 한다. 그렇게 되면 일본 법인과 본사의 어느 쪽이 원고·피고인지 등의 문제도 있으므로, 포괄적으로 찾는 것은 어려운 일이다. 또한 복사는 허용되지 않으므로 내용을 가지고 돌아가기에는 메모 밖에 없다. 그러나 소송기록, 특히 지식재산 관계의 소송기록은 사회적으로 매우 중요하기 때문에, 더 많은 국민들에게 액세스할 수 있는 시스템 구축이 필요하다고 생각하지만, 일본은 아직 전혀 할 수 있지 않다고 생각한다.

...

민사재판에서도 이혼 및 상속에 관하는 것이라 해도 개인정보보호 문제도 있다고 생각하지만, 지식재산 관계의 경우 결과적으로 당사자 이외에 영향을 미치므로 공익적 관점에서 정보공개를 촉진해야 한다(예를 들어, 대기업에 특허소송이 제기되고 있는 사실을 알면 관련 기업은 자사의 그 특허를 회피하기 위해 일찍 설계변경을 행할 것이다. 이로 인해 불필요한 소송과 개발노력도 줄일 수 있다).¹⁶⁸⁾

4. 일본 도쿄지방법재판소 사례

현재, 일본에서는 최고재판소, 고등재판소 및 일부 지방재판소에서의 판례위원회에서 취사선택을 하여 일부 판결만 공개하고 있다. 다음은 도쿄지방법재판소 판결문 홈페이지 게시 요강(2005년) 및 홈페이지 게재까지의 흐름이다.

(1) 게재 기준

사회에서의 분쟁해결의 참고가 될 판결 또는 공해소송과 행정소송처럼 지역주민의 이해 등 공공의 이익에 관련된 판결을 게재할 것이라며, 판례타임스와 판례시보에 게재되는 것보다 다소 넓은 것으로 한다. 신문 등 언론에서 거론된 판결에 대해서는 원칙적으로 게재하는 방향으로 검토한다.

(2) 홈페이지 게재까지

각 재판부에서 판결의 사본을 정리하여 행정부서에 제출한다(매월 10일 체결).

- 담당부의 판례위원회에서 합의하고 홈페이지 게재 판결을 선택한다.
- 기재된 판결의 가명처리 및 요지 작성을 각부에 의뢰한다.
- 가명처리¹⁶⁹⁾ 후 데이터를 담당과에 제출한다.
- 담당과에서 총무과에 제출하여 결재를 얻은 후 홈페이지 게재한다.

5. 指宿 信(Makoto Ibusuki) 교수의 지적

위 소개된 제도에서 가장 큰 문제점은 사법의 당사자가 공개와 비공개를 결정하고 있는 점이다. 指宿 信(Makoto Ibusuki) 교수(成城大学 法学部)는 위의 공개방법에는 중대한 문제가 있다고 지적하면서 실무적 관점, 학술적 관점 등 여러 관점에서 그 문제점을 제기하고 있다.

(1) 실무적 관점: 중요한 판결 누락 가능성

판례의 가치는 그 시점으로만 결정할 수 있는 것이 아니라 후세에 그 문제점이나 의의가 인

168) kurikiyo, “裁判情報入手の日米ギャップについて”, TechVisor.JP, 2012.09.05.
<http://www.techvisor.jp/blog/archives/2597> 2017년 5월6일 방문.

169) 개인정보보호에 배려하고 실명을 가명으로 변환하는 과정이다.

식될 가능성도 있다. 판례의 수집선택에 대하여 선택의 폭이 넓으면 넓을수록 바람직하고, 자료의 한정은 결과적으로 열린 사법에 연결되지 않는다.

(2) 실무적 관점: 법적 예견 가능성 저해

판례정보가 많으면 많을수록 판결 예측 가능성이 높아진다. 정보부족에 의한 예측 가능성의 어려움은 결국 남소(濫訴)의 원인도 된다. 형사재판에 있어서 양형 판단의 정당성 담보나 민사재판의 유형별 손해 배상금의 조사를 실시하기 위해서도 더 많은 판례 정보가 필요하다.

(3) 실무적 관점: 법의 정합성·지속성 저해

판사가 선례의 존재를 모른 판결문을 쓴다는 것도 상정되어, 그 판결문도 공개되지 않으면 사법부에서 다른 법적 판단이 방치되는 것을 의미하고, 법의 정합성이나 안정적인 계속성의 관점에서 큰 문제가 된다.

(4) 학술적 관점

선례에 대한 접근 장애는, 연구자에게 판례 연구 자료를 한정하며 기존 판례연구의 질을 떨어뜨린다. 또 연구자에 의한 미공개 간행 판례를 대량으로 인용한 논고 등은 비평을 받기도 어렵고, 상호 비판적 학문적 분위기를 저해한다.

(5) 정치적 관점: 사법부의 어카운터빌리티(책임)

판결은 강제력 있는 권력의 발동으로 수반되는 국가작용이며, 국가작용의 정당성은 재판이 공개되고 있는 것은 물론, 판결 내용이 널리 일반에 공개되는 경우에, 사법부의 정치적 책임이 충족된다고 파악해야 한다.

(6) 정치적 관점: 사법부의 밀실성 증대

미공개 판례의 증가는 사법부의 밀실성을 증대시킬뿐 아니라, 그 결과 판결의 공개를 통해서 재판의 공개라는 헌법상의 요청에 부합하지 못한다.

(7) 법적 관점

재판정보의 제약은 시민과 법조의 재판정보에의 접근권을 침해하고, 그 결과로 재판 이용자인 시민의 법적 권리가 실질적으로 침해될 가능성이 발생한다.

정리하면, 指宿 교수는 연구자로서의 입장에서 “재판정보 접근에의 소외감은 법학연구자에게 적지 않아, ‘판례는 법원과 판사만이 이용할 수 있으면 충분한 내부 자료가 아니라는 점을 새삼스럽게 말하고 싶다’는¹⁷⁰⁾ 지적이 반복되고 있다”고 지적하며 현행 제도에 대하여 분노를 드러내고 있다.¹⁷¹⁾

VII. 마카오의 판결서 공개제도 현황

1. 마카오 법원의 법정 공개

마카오 법원은 사회공중에게 개방된다. 법정재판일 및 시간에 대하여 법원이 순서대로 일정표

170) 椿寿夫, “判例の入手をめぐる”, 最高裁判所裁判集法律時報, 4月号, 1990(榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報 commons」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 555頁 재인용.).

171) 指宿信, “判例公開について(上・下)”, 法律時報, 9月および10月号, 2001(榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報 commons」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 555頁 재인용.).

를 제시한다. 법원 사이트의 ‘안건분발표(案件分發表)’ 항목에서 하급법원이 매일 처리하는 사건을 검색할 수 있다. 그리고 이전의 분발표에 대한 2001년 7월 30일 이후 각급 법원 분발안건을 검색할 수 있다. 또한 ‘안건배기(案件排期)’ 항목에 중심법원 지난 주, 이번 주, 다음 주의 재판 안배 및 의사 경우를 검색할 수 있다.¹⁷²⁾ 특히 주목된 의사회(議事會)의 결과는 당일 선고 후 바로 인터넷으로 올린다. 의사표(議事表)의 내용은 안건종류, 번호, 날짜, 장소, 당사자의 기본정보, 변호사, 재판문서작성자, 보조판사, 판결결과 등이 있다.¹⁷³⁾

2. 판결서 공개시기

1999년 12월 20일 마카오특별행정구입법회(澳門特別行政區立法會)에서 사법조직강요법(司法組織綱要法)을 통과하였다. 사법조직강요법 제426조에서 합의법정 판결서는 마카오특별행정구 공보(澳門特別行政區公報)에서 즉시 공개하여야 한다.¹⁷⁴⁾ 선고 당일 인터넷으로 볼 수 있다. 다수 판결서는 중문과 포르투갈어의 2가지 언어로 공개된다.¹⁷⁵⁾

3. 인터넷 사이트를 통한 공개 및 요약 제시

마카오 중급 법원 이상 법원의 판결서는 마카오특별행정구법원¹⁷⁶⁾ 인터넷 사이트에서 공개할 뿐만 아니라 판결서를 인터넷으로 공개하기 전에 판결서 작성자의 이론적 요약도 함께 작성해서 공개하여야 한다.¹⁷⁷⁾ 당해 요약에서는 구체적으로 안건종류, 안건번호 심판날짜, 주제, 요약, 심판결과, 표결, 재판문서작성자, 보조판사, 판결서 전부 등의 내용이다.¹⁷⁸⁾ 판결서 내용에서 법원은 당사자 성명을 가명으로 처리하고 개인정보도 감춰서 판결서를 제시한다. 예를 들어, 상소인은 甲과 乙, 피상소인은 丙과 丁이라는 형태로 성명을 삭제한다.

<마카오의 판결서 공개제도 요약>

- o 공개시기
 - 선고 후 즉시 공개

172) 惠岭·龙飞, “香港澳门的司法公开制度与启示”, 法律适用, 第4期, 2013, 41页(“澳门的法庭是向社会公众敞开的, 法庭开庭日期及时间会张贴在法院入口大堂的次序日程表内。澳门初级法院受理案件后, 通过网络进行随机分案。在网站中“案件分发表”可以查询到初级法院每天分发案件的情况。另外, 以往的分发表可以查询到2001年7月30日以后每天的案件随机分发到各个法庭的情况统计表。在“案件排期”栏目中可以看到终审法院上周、本周和下周的开庭安排和议事情况, 尤其值得关注的是评议会的结果在当天评议结束后就上传到网上, 非常快捷地向社会公布裁判结果。”)。

173) <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/scheduletui>

174) 司法組織綱要法 第四百二十六條(“一、合議庭裁判書須立即公佈於《澳門特別行政區公報》。”)。

175) 惠岭·龙飞, “香港澳门的司法公开制度与启示”, 法律适用, 第4期, 2013, 41页(“裁判文书公开的时限求。澳门法院当天审理的案件, 一般下午就能将裁判文书上传至网络, 且大多数裁判文书都有中文本和葡文本。截至2012年12月底, 澳门终审法院上网裁判文书543份, 最早的可以查询到2000年2月2日的文书。中级法院裁判文书上网5959份, 最早的可以查询到2001年1月11日的文书。每年终审法院出版一本《澳门特别行政区终审法院合议庭裁判》汇编, 其中包括该法院所有合议庭裁判及决定。”)。

176) 澳門特別行政區法院 <http://www.court.gov.mo/zh/>

177) 惠岭·龙飞, “香港澳门的司法公开制度与启示”, 法律适用, 第4期, 2013, 41页(“裁判文书的理论性摘要。上网的裁判文书不仅仅是把文书上传至网上即可, 而是规定了上网裁判文书前部必须载有由卷宗裁判文书制作人草拟的一份理论性摘要。该摘要具体包括: 种类、案件类别、案件编号、审判日期、主题、摘要、审判结果、表决、裁判文书制作人、助审法官、裁判文书全文等内容。”)。

178) <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/tui-yong>

o 당사사 성명

- 甲, 乙, 丙, 丁 등의 형태로 성명을 삭제

VIII. 인도네시아의 판결서 공개제도 현황

<인도네시아 판결서 공개 제도 요약>

o 철학

판결서 공개가 법원의 투명성을 높이고, 삼권분립의 가장 중요한 덕목인 견제와 균형 ((checks & balances)을 실질적으로 구현하게 하고, 판결서 분석을 활발하게 한다. 우리도 ‘모든’ 판결서를 가급적 빨리 공개하고 그 판결서를 가급적 쉽게 입수할 수 있도록 하여야 한다.

o 공개

인도네시아 대법원 인터넷 사이트를 통해 판결서를 일괄 공개한다. 우리는 현재 24개 법원 사이트에서 분산하여 판결서를 공개하고 있다. 대법원 사이트에서 일괄하여 공개하여야 한다.

o 시기

판결의 확정을 기다리지 않고 선고 후 2주 이내에 판결서를 공개한다. 우리 특허심판원이 심결문을 선고 후 2-3주 이내에 공개하는 현황과 유사하다. 우리의 경우 법원은 판결의 ‘확정’을 기다린 후 공개한다. 판결의 확정을 기다림에 의한 이익과 판결서를 빨리 공개함에 의한 이익 중 후자가 훨씬 더 크다고 생각된다.

o 당사자 성명 존치

인도네시아는 재판이 공개되고 판결서가 공개법정에서 읽혀지므로 판결서의 내용은 보호되는 개인정보가 아닌 것으로 본다. 우리도 재판공개 원칙이 적용되는 법정에서 읽혀진 판결서에 기재된 당사자 성명을 구태여 삭제할 필요가 있는지에 대하여 고민하여야 한다.

o 판결서 내려받기 비용

인도네시아는 법원이 판결서 사본의 비용을 청구할 수 없도록 규정하되, 다만 복사서비스를 제공하는 제3자가 복사비를 청구할 수 있을 뿐이다. 판결서 1건당 1천원의 비용을 청구하는 우리 대법원과 비교할 때 인도네시아 법원의 대국민 서비스의 태도가 뛰어나다. 많은 판결서를 분석하여야 하는 학자에게는 그 비용도 부담이 될 수 있다. 예를 들어, 지난 5년간 특허소송의 통계를 작성하기 위하여 5백건의 판결서를 입수하여야 하는 경우 비용이 50만원이나 되는 것이다. 그러한 비용으로 인하여 귀중한 연구가 저해되어서는 곤란하다.

o 사건 통계

인도네시아는 사건에 관한 통계를 공개하도록 요구한다. 예를 들어, 특허권 침해소송이 1년에 몇 건이 제기되었는지, 특허권자 승률이 얼마인지 등에 관한 통계도 공개될 필요가 있다.

1. 판결서 공개에 대한 인도네시아 정부의 방침

인도네시아의 경우, 2003년 전자정부 개발에 대한 국가정책 및 전략에 관한 대통령지시 제3호가 정부가 보유한 정보가 더 원활히 공개되도록 요구하였다.¹⁷⁹⁾ 그 제3호 지시에 따라서 최고법원은 투명성(transparency)을 원칙으로 삼고, 그를 위해서 공중이 판결서에 접근할 수 있어야 한다고 보았다.¹⁸⁰⁾ 법원의 판결서 공개에 관하여 형사소송법 제226조 제3항은 판결서 사본은 신청의 이익을 감안한 후 법원장의 허가에 의해서만 제공될 수 있다고 규정하고 있다.¹⁸¹⁾ 그러나 대법원은 해당 규정이 (법원의 판결이 공개된 법정에서 읽어진 경우에만 유효하다고 규정하는) 법원권한법(Judiciary Power Law) 제18조의 규정에 반한다고 보았다.¹⁸²⁾ 법원판결서가 공개된 법정에서 읽혀진 경우 그 판결서의 내용은 이미 개인정보가 아닌 것으로 보아야 한다. 더욱이 법원권한법 제35조는 삼권분립의 가장 중요한 원칙인 견제와 균형(checks & balances)의 원칙에 따라 판결서의 공개를 촉구한다.¹⁸³⁾ 또한, 대법원은 **더 많은 판결서가 공개되어야 하는 점, 공중이 더 활발하게 판결서를 분석하는 점 등을 중요하게 보았다.**

2. 대법원 사이트를 통한 인터넷 공개

인도네시아 대법원이 운영하는 웹사이트(<http://putusan.mahakamahagung.go.id>)가 예전에는 일부 중요한 대법원 판결만 공개하였으나, 전자정부 개발에 따라 현재는 모든 법원들의 판결서를 공개하고 있다.¹⁸⁴⁾

3. 최고법원 통지 제6호(2010년)

제6호 통지는 정보공개법 및 법원정보개시 결정의 규정에 따른 것이다. 제1심 및 제2심 법원의 법원정보개시를 보장하기 위해, 최고법원장은 다음의 행위를 지시하고 있다.¹⁸⁵⁾

가. 대법원의 하위에 있는 모든 기관이 정보공개법 및 법원정보개시 결정에 기초하는 의무를 완전히 이해하고, 그 이행을 착수하는 것을 보장한다.

나. 법원 정보공개 결정 및 정보공개법에 따라 요구되는 공공 정보, 특히 공중이 가장 필요하다고 판단한 다음의 정보를 입수하는 완전한 권리를 부여한다.

179) 영문판 8면.

180) 영문판 8면.

181) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石 努・Fallissa Ananda Putri・Gita Armaros Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 7-8頁 참조.

182) 영문판 8면.

183) 영문판 8면.

184) 9면(“Thanks to the e-government development, decisions issued by the courts in Indonesia can be accessed through the Supreme Court’s website today.”).

185) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石 努・Fallissa Ananda Putri・Gita Armaros Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 12頁(“裁判所における情報開示の実施指示に関する2010年最高裁判所通達第6号この情報開示指示の発布は, 情報公開法及び裁判所情報開示決(以下に定義)の制定に伴うものである。第一審及び第二審裁判所における裁判所情報開示の実施を確実にするために, 最高裁判所長官は, 次の行為を命じている。”).

- a) 법원의 판결서 및 선언문(최종적이고 구속력을 가지는지 여부를 불문한다)
 - b) 소송비용, 조사관 비용, 보석금 비용, 증거 비용, 심지어는 지불능력이 없는 사람들에 대한 법적 지원 비용에 대한 정보
 - c) 소장의 작성 및 소장의 취급에 관한 정보
- 다. 상기 항목에 대한 모든 정보를 공개한다(단, 아직 확정되지 않고 구속력을 가지지 않은 판결 및 선언은 제외)
- 라. 법원이 공적 정보의 사본의 비용을 청구하지 않아야 한다. 이용자는 복사서비스를 제공하는 제3자에게 복사비만을 지불한다.
- v. 정보공개법과 법원정보개시 결정 사이에 모순이 발생한 경우에는 정보공개법이 우선한다.¹⁸⁶⁾

4. 최고법원 제1-144 지침(이하 ‘법원정보서비스 지침’)¹⁸⁷⁾

법원정보서비스지침은 2007년에 제정한 법원개시결정을 개정하기 위해 공포된 것이다. 본 부속서(付屬書)에 의하여, 법원의 정보에 있어서 그 개시방법의 요건을 명확하게 설명하고 있다. 또한, 어떤 방식으로 법원 정보개시를 방해하는 공무원은, 공무원의 징계에 관한 2010년 정부규칙 제53호 및 정보공개법에서 규정하는 바와 같이, 징계 및/또는 형사제재의 대상이 되는 점을 강조하고 있다. 이 지침의 공포에 따라서, 법원정보개시결정은 무효가 되고, 정보서비스에 관한 모든 규칙은, 이 지침에 모순되지 않는 범위에서 효력을 유지한다.¹⁸⁸⁾

본 지침은 또한 공개를 요구하는 정보를 다음의 3가지로 분류하고 있다. 즉, (1) 정기적으로 공개되는 정보, (2) 항상 공중의 이용에 제공하여야 한다는 정보 및 (3) 제외 또는 은닉되는 정보이다. 확정되고 구속력 있는 판결은 항상 공중의 이용에 제공되어야 할 정보에 포함된다.¹⁸⁹⁾

186) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石 努・Fallissa Ananda Putri-Gita Armarosa Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 12頁(“ i. 最高裁判所の下位にある全ての機関が, 情報公開法及び裁判所情報開示決定に基づく義務を完全に理解し, その履行を引き受けることを確実にする。ii. 裁判所情報開示決定及び情報公開法に基づき必要とされる公的情報, とりわけ公衆が最も必要と判断した以下の情報を入手する完全な権利を付与する。

a) 裁判所の判決及び宣言(最終的であり, かつ拘束力を有するか否かを問わない)

b) 訴訟費用, 調査官費用, 保釈費用, 証拠費用, さらには支払能力のない人々に対する法的支援費用に関する情報

c) 訴状の作成及び訴状の取扱いに関する情報

iii. 上記の項目に関する全ての情報を公開する。ただし, まだ最終的ではなく拘束力を有していない判決及び宣言を除く。iv. 裁判所が公的情報の写しの料金を請求してはならないことを徹底する。利用者は, 複写を行う第三者に対する複写費用のみを支払う。v. 情報公開法と裁判所情報開示決定との間に矛盾が生じた場合には, 情報公開法が優先することとする。”)。

187) 最高법원장관결정 제1-144/KMA/SK/2011호.

188) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石 努・Fallissa Ananda Putri-Gita Armarosa Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 13頁(“この指針の発布は, インドネシアの裁判所の官僚主義を改革するという最高裁判所の公約に伴うものである。この指針は, 2007年に出された裁判所情報開示決定を改正するために発布されたものであり, その付屬書により, 裁判所の情報についてその開示方法の要件を明確に記述している。また, 何らかの形で裁判所情報開示を妨害する公務員は, 公務員の懲戒に関する2010年政府規則第53号及び情報公開法で規定するように, 懲戒処分及び/又は刑事制裁の対象となることを強調している。この指針の発布に伴い, 裁判所情報開示決定は無効となり, 情報サービスに関する全ての規則は, この指針に矛盾しない限りにおいて効力を維持する。”)。

가. 정보의 분류

법원정보서비스지침의 부속서 I 은 법원의 정보개시제도에서, 정보를 다음의 세 종류로 분류한다.

1) 법원이 정기적으로 공개해야 할 정보

가) 프로파일(집약한) 정보 및 법원의 기본 업무

- ▷ 법원의 프로파일
- ▷ 법원이 관할을 소유하는 각종 사건에 대한 법원의 절차
- ▷ 법원에서 분쟁해결에 관한 비용
- ▷ 제 1 심 재판에 대한 법원의 일정

나) 국민의 권리에 관한 정보

- ▷ 소송 당사자의 권리 (예를 들어, 법적 지원을 받을 권리, 무료 소송 심리 소송에서 다른 기본적인 권리)
- ▷ 판사 또는 법원의 다른 직원에 대한 불만 처리 절차
- ▷ 접수 업무에 관한 절차
- ▷ 청구한 정보의 사본을 입수 관한 비용¹⁹⁰⁾

다) 법원의 사업 계획, 재무 상대 및 실적에 관한 정보

- 라) 정보 액세스 기록에 대한 정보 (정보 접근에 대한 거부이유 포함)
- 마) 기타 정보 (재해시의 조기 경보 시스템, 법원에서 대피 절차 등)

2) 최고법원이 정기적으로 공개해야 할 정보

가) 심사 위원 및 / 또는 다른 직원의 자격 부여에 관한 정보

나) 최고법원 규칙 초안 목록 및 제정 절차

다) 최고법원 판례

라) 최고법원 판결

마) 최고법원의 연차보고서

바) 최고법원의 전략계획

189) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石 努・Fallissa Ananda Putri・Gita Armarosa Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 13頁(“この指針はまた, 開示を要する情報を次の 3 区分に分類している。すなわち, (1) 定期的
に開示される情報, (2) 常に公衆の利用に供しなければならない情報, 及び (3) 除外又は秘匿される情報である。最終的かつ拘束力ある判決は, 常に公衆の利用に供しなければならない情報に含まれる。”)。

190) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石 努・Fallissa Ananda Putri・Gita Armarosa Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 24-25頁(“裁判所情報サービス指針の付属書Iは, 裁判所の情報開示制度において, 情報が次の3種類に分類されることを定めている。

i. 裁判所が定期的に公開しなければならない情報

a) プロファイル情報及び裁判所の基本業務

裁判所のプロファイル

裁判所が管轄を有する各種事件についての裁判所の手続

裁判所における紛争解決に関する費用

第一審の審理に関する裁判所の日程

b) 国民の権利に関する情報

訴訟当事者の権利 (例えば, 法的支援を受ける権利, 無料弁護の審理, 訴訟における他の基本的な権利)

裁判官又は裁判所の他の職員に関する苦情処理手続

受付業務に関する手続

請求した情報の写しの入手に関する費用

3) 항상 공중의 이용에 제공하고, 입수할 수 있어야 할 정보

가) 분쟁 및 절차에 관한 정보

- ▷ 법원의 모든 판결(최종적이고 구속력 있는 판결과 그렇지 않은 판결 모두)
- ▷ 사건등록부에 관한 정보
- ▷ 사건 통계
- ▷ 사건을 처리하는 단계
- ▷ 사건비용의 사용에 관한 보고

나) 판사와 법원직원에 대한 감독 조치 및 징계에 관한 정보

- 다) 규칙, 규정 및 조사 결과에 관한 정보
- 라) 조직, 관리, 인사 및 재무 상태에 관한 정보

4) 제외되는 정보

가) 공개된 경우에, 법 집행절차를 중지시킬 수 있는 정보

나) 공개된 경우에, 지식재산권의 보호에 지장을 초래하거나 부정경쟁을 야기할 우려가 있는 정보

다) 공개된 경우에, 국가의 방위 및 안보를 위태롭게 할 우려가 있는 정보

라) 공개된 경우에, 국가 경제를 해칠 우려가 있는 정보

마) 공개된 경우에, 외교를 위태롭게 할 우려가 있는 정보

바) 공개된 경우에, 개인 행위 또는 의지를 노출할 수 있는 정보

사) 공개된 경우에, 개인 정보를 노출할 우려가 있는 정보

아) 공개된 경우에, 규칙 작성 절차를 매우 위태롭게 할 우려가 있는, 법원 또는 기타 국가 기관 간의 비공식 외교문서

자) 정보공개법 제17조 및 제19조에 의거하여 공개를 요구하지 않는 정보

차) 공개된 경우에, 국가의 천연자원을 훼손할 우려가 있는 정보

카) 상기의 제외에는, 다음 정보가 포함된다.

- ▷ 판사의 합의체의 구성에 대한 정보
- ▷ 제재 또는 처벌의 대상이 된 판사 또는 다른 법원 직원의 자세한 신원정보
- ▷ 판사 또는 다른 법원 직원의 근무평가보고서
- ▷ 보고된 공지가 아닌 판사 또는 다른 법원 직원의 자세한 신원정보
- ▷ 법원의 조정으로 입수된 기록 및 문서
- ▷ 특정 사건에 있어서 법원의 판결 또는 소송 상의 합의에 특정인의 개인정보를 개시할 가능성이 있는 정보(여기서 말하는 정보의 일부 제외는 그 정보의 나머지 부분의 공개를 전체적으로 제외하는 것은 아니라는 점에 유의해야 한다).¹⁹¹⁾

191) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石努・Fallissa Ananda Putri・Gita Armarosa Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 26頁(“c) 開示された場合に, 国家の防衛及び安全保障を危うくするおそれのある情報
d) 開示された場合に, 国家の天然資源を暴露するおそれのある情報
e) 開示された場合に, 国家経済の強靱性を損なうおそれのある情報
f) 開示された場合に, 外交を危うくするおそれのある情報
g) 開示された場合に, 個人的な行為又は意志を暴露する可能性のある情報
h) 開示された場合に, 個人情報暴露するおそれのある情報
i) 開示された場合に, 規則作成手続を非常に危うくするおそれのある, 裁判所又はその他の国家机关間の覚書
j) 情報公開法の第 17 条及び第19 条に基づき開示を要しない情報

5. 기타 공개 절차

법원정보서비스지침의 부속서 I 은 그 외에도 정보개시제도의 절차를 다음과 같이 규정하고 있다.

가. 정기적으로 공개해야 할 정보는 법원 청사에서 일반인이 보거나 볼 수 있는 게시판 또는 기타 매체를 통해 공개된다.

나. 가능하면, 정보개시는 도서, 정기 간행물(인쇄물 또는 법원의 웹 사이트)에 의하여 할 수 있다.

다. 특히 최고법원의 정보개시는 최고법원의 웹 사이트를 통하여 이루어진다.¹⁹²⁾

라. 법원의 웹사이트는 법원의 서기관(사건 관련 정보를 다루는) 또는 법원의 사무국(조직에 대한 정보를 취급) 또는 법원장에 의하여 지명된 다른 임원에 의해 운영된다.

마. 최고법원의 웹사이트는 법률·홍보 국장에 의해 관리되고, 그 책임범위 내에 정한다.¹⁹³⁾

바. 최고법원의 업무단위는 각각의 정보·기술 담당관의 책임 내에 각각의 공식 웹사이트를 만들 수 있다.

사. 정보·문서 담당관은 정기적으로 공개해야 할 정보를 적어도 6개월에 한 번씩 갱신해야 한다. 그러나 다음의 정보를 제외한다.

- 1) 법원의 판결 및 규정은 공개법정에서 공포 후 2주 이내에 공개해야 한다.
- 2) 최고법원 규칙 및 통지는, 그 시행 후 1 주일 이내에 공개해야 한다.
- 3) 연차보고서는 공적의 발표 후 1 주일 이내에 공개해야 한다.
- 4) 심리 일정은, 주 1회 갱신해야 한다.
- 5) 채용사항은 채용절차보다 최대 1개월 전에 공개해야 한다.¹⁹⁴⁾

k) 上記の除外には、次の情報が含まれる。

裁判官の合議体の構成に関する情報

制裁若しくは処罰の対象となった裁判官又は他の裁判所職員の詳細な身元情報

裁判官又は他の裁判所の職員の勤務評価報告書

報告された公知ではない裁判官又は他の裁判所の職員の詳細な身元情報

裁判所の調停で入手された記録及び文書

特定の事件における裁判所の判決又は訴訟上の合意で特定の人の個人情報を開示する可能性のある情報

192) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石努・Fallissa Ananda Putri·Gita Armaros Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 27頁(“ (c)その他の手続裁判所情報サービス指針の付属書Iは、他にも、情報開示制度の手続を以下のとおり定めている。

i. 定期的に開示しなければならない情報は、裁判所庁舎で一般の人が見る、若しくは目にすることができ
る掲示板又はその他の媒体を通して公開される。

ii. 可能であれば、情報の開示は、書籍 / 定期出版物 (印刷物又は裁判所のウェブサイト上) によっても
行うことができる。

iii. とりわけ最高裁判所については、情報開示は、最高裁判所のウェブサイトを通じて行われる。

iv. 裁判所のウェブサイトは、裁判所の書記官 (事件関連情報を扱う) 若しくは裁判所の事務局 (組織
に関する情報を扱う) 又は裁判所長によって指名されたその他の担当官によって運営され、その責任下
に置かれる。

v. 最高裁判所のウェブサイトは、法律・広報局長によって管理され、その責任下に置かれる。”。

193) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石努・Fallissa Ananda Putri·Gita Armaros Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 28頁(“

194) ジャカルタ・インターナショナル・ロー・オフィス・平石努・Fallissa Ananda Putri·Gita Armaros Sembiring, “インドネシアにおける裁判所の判決公開に関する調査研究”, 法務総合研究所国際協力部, 2016, 27頁(“ vi. 最高裁判所の業務ユニットは、それぞれの情報・文書担当官の責任下で各自の公式

- 아. 발표는, 편이한 언어로 작성된 정보를 필요로 하는 사람이 직접 연락을 취할 수 있도록 정보·문서 담당관 또는 정보 담당관의 성명 및 적절한 연락처 번호를 기재하여야 한다.
- 자. 정기적으로 공개해야 할 정보는 매년 12월 1일에 다음 해 1월 2일 발표 분을, 또는 매년 6월 1일에 같은 해 7월 1일 발표 분을, 정보·문서 담당관이 수집한다.

웹사이트를作成することができる。

vii. 情報·文書担当官は、定期的に開示しなければならない情報を、少なくとも6カ月に1回更新しなければならない。ただし、次の情報を除く。

- a) 裁判所の判決及び規定は、公開法廷審理における公表後 2 週間以内に開示しなければならない。
- b) 最高裁判所規則及び通達は、その施行から 1 週間以内に開示しなければならない。
- c) 年次報告書は、公の発表から 1 週間以内に開示しなければならない。
- d) 審理の日程は、週 1 回更新しなければならない。
- e) 採用事項は、採用手続より最大 1 カ月前に開示しなければならない。”).

제4절 일반 소송 및 특허소송 판결서 공개제도 개선방안

I. 일반 소송 판결서 공개제도 개선의 필요성

1. 재판공개 원칙

헌법 제109조가 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 규정하여 재판공개 원칙을 천명하고 있다. 그 원칙에 따라 재판 및 판결서를 공개하도록 하는 이유는 동 공개를 통하여 법원을 견제하고¹⁹⁵⁾ 국민에게 유익한 정보를 제공하는 것이다. 그런데, (해당 사건번호를 요구하는 등) 현재의 공개제도는 그러한 의의를 살리지 못하고 있다.¹⁹⁶⁾ 공개법정에서 공개된 당사자의 성명은 더 이상 개인정보도 사생활도 아니므로 비실명화를 통하여 보호할 가치가 없다.

2. 법치주의

성문법이 모든 상¹⁹⁷⁾황을 다 규정할 수 없다. 그래서 판례가 법의 해석을 통하여 성문법의 공백을 메우는 역할을 한다. 그런 견지에서 판결도 법의 일부를 형성한다.¹⁹⁸⁾ 즉, 성문법과 더불어 판결이 우리 정부와 국민이 따라야 할 법을 말해준다. 실제로 선행 판례는 해당 사건에 큰 영향을 미친다. 그리고 법은 투명하게 공개되어야 하고, 공개되지 않는 성문법은 없다. 그런 견지에서 판결서도 투명하게 공개될 필요가 있다. 공개되지 않는 판례(법)가 존재하는 것은 법치주의에 일정 부분 반한다.

특허는 대세효를 가지고 그 효과가 다수 공중(the public at large)에게 미치므로 그런 견지에서 특허(청구항)는 법령과 유사한 효과를 가진다.¹⁹⁹⁾ 달리 말하면 특허는 공중기록(public record)과 유사한 지위를 가지므로²⁰⁰⁾ 그 기록과 관련된 사항에 변경이 발생하는 경우 공중이 가급적 빨리 그리고 가급적 용이하게 알 수 있도록 하여야 한다. 나의 영업에 영향을 미치는 특허에 관한 소송이 깜깜이로 진행된다는 점은 용납하기 어렵다.

195) 임준규, 앞의 논문, 69면(“사법부의 민주적 통제를 위하여 재판의 판결서는 공개되어야 한다는 주장도 있다.”).

196) 머니투데이 2013. 3. 13. 기사, “보기도 어려운 판결서 공개 ... 시행 2달째 불만만..”, 법무법인 양현의 김승열 대표변호사 인터뷰 부분.
<<http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2013031214513757960>>.

197) Liu Shude, *Expression of Judicial Openness in China—A Review Based on Legal Norms and Practices*, China Law June 2013, p. 96 (판결서가 법학교육의 살아 있는 교과서(living textbook for legal education)라는 설명).

198) 임준규, 앞의 논문, 66면(“미국 법원은 미국이 독립하면서부터 소송기록에 대한 접근권을 널리 인정하고 있는데, 그 이유는 모든 사람은 자신이 지켜야 할 법을 알아야 하며, 법의 일부인 판결과 법원의 해석, 그리고 그 근거를 알 수 있어야 한다는 것이었다.”).

199) *Teva Pharm. USA, Inc. v. Sandoz, Inc.*, 135 S.Ct. 831, 847 (2015) (“Because they are governmental dispositions and provide rules that bind the public at large, patent claims resemble statutes.”).

200) *Teva Pharm. USA, Inc. v. Sandoz, Inc.*, 135 S.Ct. 831, 847 (2015) (“The scope of a patent holder's monopoly right is defined by claims legally actualized through the procedures established by Congress pursuant to its patent power. Thus, a patent holder's actual intentions have effect only to the extent that they are expressed in the public record.”).

3. 판결의 전문성 제고

지금도 우리나라 법원의 판결의 품질은 매우 우수하다. 그러나, 세계적인 중심(hub) 법원이 되기 위해서는 우리 법원이 세계 최고수준의 법원들과 경쟁하여야 하므로, 한 차원 더 높은 수준을 모색할 필요가 있다. 판결의 전문성 제고라는 하나의 큰 목표를 위해 10가지 이상의 개별 노력을 경주하여야 할 것으로 생각된다. 판결의 전문성은 법원이 가장 중요하게 내세우는 가치이므로 경쟁국 법원들도 그 점에서 우리 법원에게 뒤지고 싶은 생각이 전혀 없을 것이다. 더욱이 판결의 양적 축적이라는 면에서 우리나라는 미국, 일본, 독일 등에 비하여 뒤처져 있다. 판결의 품질이라는 측면에서 기존의 판결을 잘 활용하는 것이 대리인, 판사에게 매우 중요하다. 특히, 대리인이 모든 관련 판결을 충분히 검토한 후의 의견서, 답변서는 품질이 높아질 것이고 그 고품질 의견서, 답변서가 고품질 판결서로 연결될 가능성이 더 높다.²⁰¹⁾ 다양한 필요에 의한 판결서 검색이 쉽고 정확할 수 있어야 한다.

<다양한 판결서 검색>

- ① 대상 사실관계와 가장 유사한 사실관계를 다룬 판결서 검색
- ② 특정 법리를 실시한 해당 문구를 검색
- ③ 특정 판결서와 연관되는 논문의 검색
- ④ 특정 판결서의 법리와 다른 법리를 실시한 판결서 및 논문 검색
- ⑤ 대상 특허를 중심으로 다룬 판결서 및 논문
- ⑥ 어떤 쟁점에 관한 특허권자의 승률
- ⑦ 어떤 쟁점에 관한 법원의 시기별 입장 변화
- ⑧ 해당 쟁점에 관한 사건을 다수 대리한 대리인 명단
- ⑨ 특허심판원과 특허법원의 특허무효율 비교 등등

4. 특허권의 속성

특허는 기본적으로 개인의 사유재산이다.²⁰²⁾²⁰³⁾ 다른 한편 특허는 공중(the public)이 특허발명을 실시할 수 없도록 하는 대세효(對世效)를 가졌다는 점에서 공중의 이익에 영향을 미친다.²⁰⁴⁾ 그런 점에서 특허는 사권의 측면과 공권의 측면을 동시에 가진다.²⁰⁵⁾²⁰⁶⁾ 혹자는 특허

201) 중국 최고법원이 분쟁을 용이하게 분석하기 위하여 또는 당사자에게 법적 편리함을 제공하기 위하여 판결서 DB를 구축하여 왔다고 말한다. “To better analyze disputes and provide legal convenience for litigants, the top court established a database to collect litigations, Wang said, adding that 91 million cases and 44 million verdicts have been stored in it by now.”
<http://www.chinadaily.com.cn/china/2016-10/16/content_27076546.htm>.

202) 35 U.S.C. § 261 (“Subject to the provisions of this title, patents shall have the attributes of personal property.”).

203) Zhun Lu, *Patents in Probate Court: Influence of Probate Proceedings on Patent Rights*, 16 *Quinnipiac Prob. L.J.* 93, 97 (2002) (“Patents are generally treated as personal property and can be transferred in the same way . . .”).

204) 37 C.F.R. § 56(a) (“A patent by its very nature is affected with a public interest.”).

205) John R. Thomas, *Liberty and Property in the Patent Law*, 39 *Hous. L. Rev.* 569, 592 (2002) (“These episodes remind us that patents combine the attributes of public regulation and private property.”).

206) Robert P. Merges, *As Many As Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform*, 14 *Berkeley Tech. L.J.* 577, 596 (1999)

무효 쟁송이 사법의 영역이 아니라 공법의 영역에 속한다고 주장하기도 한다.²⁰⁷⁾ 특허가 무효 되면 공중이 해당 특허발명을 자유롭게 실시할 수 있다는 점에서 특허무효 쟁송은 공중의 이익에 영향을 미친다.²⁰⁸⁾ 이런 점에서 우리 특허법은 (이해관계인은 물론이고) 심사관이 공중의 이익을 위하여 특허무효심판을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이런 점에서 주요 국가의 특허법은 (이해관계와 무관하게) 누구든지(any person) 특허무효심판을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 일반 사법의 체계 아래에서는 특허무효심판을 청구하기 위해서는 이해관계가 필요하지만 특허무효심판이 공법 절차의 성격을 가진다는 점에서 이해관계가 없는 누구든지 청구할 수 있도록 하는 것이다. 한편, 어떤 피고의 행위가 특허권을 침해하는 것이 아니라는 판결은 공중이 그 행위를 자유롭게 할 수 있게 한다는 점에서 특허권 침해소송도 공중의 이익에 영향을 미친다.

5. 정보의 비대칭성 해소

무기 평등의 원칙이 법원에서 보장되어야 한다.²⁰⁹⁾ 즉, 양 당사자가 법령, 판결 등에 대하여 동일한 접근권을 가져야 한다. 현재의 시스템은 불법 또는 탈법을 하는 자, 대형 로펌 등이 정보의 우위를 점하는 구조를 용인한다. 대형 로펌은 어떤 판결을 입수하고, 개인 변호사는 그 판결을 입수하지 못하는 상황을 방지하여야 한다.

6. 발명의 공개를 강화하는 시스템의 필요

미국의 한 논문은 특허제도가 기본적으로 발명을 공개하는 제도임을 설명한 후, 발명 그 자체 외에 추가적인 정보, 즉, 소송정보, 허가관청 정보 등도 공개된다고 설명한다.²¹⁰⁾ 어떤 특허와 관련하여 소송이 제기되면 그 특허와 관련된 사실은 공중기록(public record)이 된다. 그래서 미국 특허법 제290조는 특허청이 관련 사실을 알 수 있도록 하고 특허청이 그 사실을 특허등록원부에 기재하도록 요구한다.²¹¹⁾ 하지만, 이러한 강행규정에도 불구하고 미국에는 94개의

(“neither pure public (administrative) proceedings, nor pure private (registration system) proceedings are efficient. Our patent system envisions a mixture of public and private expenditures to determine the validity of patents.

207) Megan M. La Belle, *Patent Law As Public Law*, 20 Geo. Mason L. Rev. 41 (2012) (“This Article proceeds in five parts. Part I explores the dichotomy between public and private law and demonstrates that patent validity challenges are better characterized as public law.”).

208) Megan M. La Belle, *Patent Law As Public Law*, 20 Geo. Mason L. Rev. 41, 53 (2012) (“the result of a successful validity challenge is that the previously protected intellectual property enters the public domain and creates a public good.”).

209) 김현(대한변호사협회장), “판결문 쉽게 찾기”, 서울경제 2017. 3. 28.자, 38면(“우리로 특정 사건 외에는 판결문을 전부 공개해야 한다. 누구든지 판결문을 쉽게 찾아볼 수 있어야 국민의 알 권리와 무기 평등의 원칙이 실현될 것이기 때문이다.”).

210) Colleen V. Chien, *Contextualizing Patent Disclosure*, 69 Vand. L. Rev. 1849, 1878 (2016) (“Contextual disclosures outside of the PTO, but compelled by a variety of U.S. statutes, comprise a third layer of patent disclosures. These disclosures generally fall into the categories of court disclosures, regulatory disclosures, and marking disclosures. When patents are asserted, facts about the patent become a matter of public record. According to 35 U.S.C. § 290, trial courts must let the PTO know when a patent is litigated, as well as when a judgment on such litigation is issued.”).

211) Colleen V. Chien, *Contextualizing Patent Disclosure*, 69 Vand. L. Rev. 1849, 1880–81 (2016) (“The PTO is required, in turn, to include this information in the file of each

연방지방법원이 존재하고 그 법원의 모든 행정직원(clerk)이 위 통지의무를 성실히 이행하지는 않는다. 그래서, 조사된 6천개의 특허소송 중 65%만이 특허청 등록원부에 기재되었다는 조사가 있다.²¹²⁾ 그런 점에서 이와 유사한 법을 우리나라에 도입하는 경우 우리나라는 법 순응도(compliance rate)가 매우 높을 것이 예상된다. 즉, 우리나라는 특허소송 관할집중으로 인하여 1심에서 5개 지방법원, 그 후 특허법원 및 대법원의 총 7개 법원만이 이러한 통지의무를 가지므로 그 7개 법원의 행정직원과 잘 협조하면 거의 모든 특허정보를 즉시즉시 받을 수 있을 것이다. 대상 특허와 관련된 소송정보를 인지하는 것은 정보의 전파라는 측면에서도 매우 중요하다.²¹³⁾

patent.”).

212) Colleen V. Chien, *Contextualizing Patent Disclosure*, 69 Vand. L. Rev. 1849, 1881 (2016) (citing Robin Feldman et al., *The AIA 500 Expanded: The Effects of Patent Monetization Entities*, UCLA J.L. & Tech., Fall 2013, at 67).

213) Colleen V. Chien, *Contextualizing Patent Disclosure*, 69 Vand. L. Rev. 1849, 1881 (2016) (“Yet, knowing if a patent has been previously litigated—and the outcome of this litigation—clearly has significance for an invention's dissemination.”).

II. 일반 소송 판결서 공개제도 개선방안

1. 특별한 경우를 제외한 모든 판결서의 공개

판결은 다양한 인간활동을 다루므로 판결서의 내용에 보호되어야 할 개인정보가 포함될 가능성이 상존한다. 그러므로 판결서 공개에 대하여는 법원이 재량을 가질 필요가 있다. 그러나, 그러한 재량이 전제나 감시 없이 허용되는 경우 판결서 공개에 원칙이 사라지고 비공개가 일상적이 될 가능성이 생긴다. 그래서, 중국의 경우 판결서를 공개하지 않는 경우 비공개의 이유를 적시하도록 요구하는데, 우리도 그 방식을 따를 필요가 있다. 즉, 판결서를 공개하지 않을 경우 그 이유(국가안보, 공서양속, 기타 법원이 필요하다고 판단하는 경우 등)를 명확하게 적시하고, 법원이 비공개의 이유를 명확하게 밝히도록 하여야 한다.

<민사소송법 제163조의2 개정방안>

현 민사소송법 제163조의2	개정방안	금태섭 의원 개정안
제163조의2(확정 판결서의 열람·복사) ① 제162조에도 불구하고 누구든지 <u>판결이 확정된 사건</u> 의 판결서(「소액사건심판법」이 적용되는 사건의 판결서와 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 및 이 법 제429조 본문에 따른 판결서는 제외한다)를 인터넷, 그 밖의 전산정보처리시스템을 통한 전자적 방법 등으로 열람 및 복사할 수 있다. 다만, 변론의 공개를 금지한 사건의 판결서로서 대법원규칙으로 정하는 경우에는 열람 및 복사를 전부 또는 일부 제한할 수 있다.	제163조의2(판결서의 열람·복사) ① 제162조에도 불구하고 누구든지 <u>모든</u> 판결서(「소액사건심판법」이 적용되는 사건의 판결서와 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 및 이 법 제429조 본문에 따른 판결서는 제외한다)를 인터넷, 그 밖의 전산정보처리시스템을 통한 전자적 방법 등으로 열람 및 복사할 수 있다. 다만, 변론의 공개를 금지한 사건의 판결서로서 대법원규칙으로 정하는 경우에는 열람 및 복사를 전부 또는 일부 제한할 수 있다.	제163조의2(확정 판결서의 열람·복사) ① 제162조에도 불구하고 누구든지 <u>판결이 선고된 사건의 판결서(확정되지 않은 사건에 대한 판결서를 포함하며, 「소액사건심판법」이 적용되는 사건의 판결서와 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 및 이 법 제429조 본문에 따른 판결서는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)</u> 를 인터넷, 그 밖의 전산정보처리시스템을 통한 전자적 방법 등으로 열람 및 복사할 수 있다. 다만, 변론의 공개를 금지한 사건의 판결서로서 대법원규칙으로 정하는 경우에는 열람 및 복사를 전부 또는 일부 제한할 수 있다.
② 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 제1항에 따른 열람 및 복사에 앞서 판결서에 기재된 <u>성명 등</u> 개인정보가 공개되지 아니하도록	② 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 제1항에 따른 열람 및 복사에 앞서 판결서에 기재된 <u>공개되지 않은</u> ²¹⁴⁾ 개인정보가 공개되지	② 제1항에 따라 열람 및 복사가 제한되지 아니한 판결서(일부만 제한된 경우도 포함한다)는 대법원 규칙에서 정하는 바에 따라 판결서에

대법원규칙으로 정하는 보호 조치를 하여야 한다.	아니하도록 대법원규칙으로 정하는 보호조치를 하여야 한다.	기재된 문자열 또는 숫자열이 검색어로 기능할 수 있도록 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」 제2조에 따른 기계 판독이 가능한 형태로 제공되어야 한다.
----------------------------	---------------------------------	---

2. 법인 명칭 등의 존치 필요

기업이 소송의 당사자인 경우 그 기업의 명칭은 삭제할 필요가 없다. 개인정보 보호법 제2조 제1호는 개인정보를 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 등 그 개인을 식별할 수 있는 정보라고 규정한다.²¹⁵⁾ 결국 살아 있는 개인의 정보가 보호의 대상이므로 기업의 정보는 보호의 대상이 아니다. 그렇다면 기업(법인)이 당사자인 경우 그 기업의 명칭은 판결서에서 삭제될 필요가 없다. 대법원 재판예규 제1411호 제5조 제2항도 당사자가 법인이나 단체일 경우, 그 명칭을 제외한 대표자 성명, 법인의 주소 등을 삭제하도록 규정한다. 「민사판결서 열람 및 복사에 관한 규칙」 제4조는 “법원사무관등은 전산정보처리시스템에 등록된 판결서에 대하여 개인정보 보호를 위한 비실명 처리를 하여야 한다”고 규정한다. 살아 있는 개인에 관한 정보가 아닌 법인의 명칭은 개인정보도 아니고 삭제될 필요도 없는 것이다. 한편, 그 법인의 대표자 성명, 법인의 주소 등은 법인의 명칭으로부터 매우 쉽게 파악할 수 있다. 그렇다면, 법인의 대표자 성명, 법인의 주소 등도 삭제할 필요가 없다.

당사자가 법인 또는 단체인 경우, 대표자 성명 및 법인의 주소를 삭제하도록 요구하는 대법원 재판예규 제1411호 제5조 제2항은 개정되어야 한다. 즉, 법인의 명칭이 공개되면 누구든지 용이하게 대표자 성명 및 법인의 주소를 알 수 있으므로, 그 정보는 개인정보도 아닐 뿐 아니라 공개된 정보이므로 삭제할 필요가 없는 것이다.

<대법원 재판예규 제1411호 제5조 개정방안>

현 대법원 재판예규 제1411호 제5조	개정방안
① 사건관계인의 성명 등 개인정보는 원칙적으로 알파벳 대문자인 A, B, C, D, E 등으로 중복되지 않게 변환하여 표시하는 방식으로 비실명 처리한다. 비실명 처리해야 하는 정보가 많을 경우 AA, AB, AC, AD,	① 사건관계인의 성명은 원칙적으로 판결서에서 공개한다. 다만, 사건관계인의 성명을 공개하지 않아야 하는 경우에는 성(姓) 뒤에 모(某)자를 붙여 비실명 처리하고, 같은 성을 가진 자가 다수인 경우 모 뒤에 숫자 1,

214) 미국 민사소송법 제6801조는 ‘미공개 개인정보의 보호(Protection of nonpublic personal information)’에 대하여 규정하고 있는데, 재판에서의 당사자의 성명은 공개된 정보이므로 보호할 필요가 없다고 판단된다.

215) 개인정보 보호법 제2조 제1호(“개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.”).

<p>AE 등으로 두 개 이상의 알파벳 대문자를 겹쳐 사용할 수 있다.</p> <p>② 판결서 당사자란의 경우, 사건관계인의 성명을 제외한 주민등록번호, 주소, 거소 부분을 모두 삭제하는 방식으로 비실명 처리한다. 당사자가 법인이나 단체일 경우, <u>명칭을 제외한 대표자 성명, 법인 주소, 대표자 주소</u> 부분을 모두 삭제하는 방식으로 비실명 처리한다.</p>	<p>2 등을 붙여 구분한다.</p> <p>② 판결서 당사자란의 경우, 사건관계인의 성명을 제외한 주민등록번호, 주소, 거소 부분을 모두 삭제하는 방식으로 비실명 처리한다. 당사자가 법인이나 단체일 경우, <u>명칭, 대표자 성명, 법인 주소는 삭제하지 않고, 대표자 주소는 삭제하는 방식</u>으로 비실명 처리한다.</p>
---	---

3. 자연인 성명의 존치, 주소의 삭제 필요

가. 판결서에서 자연인 성명을 존치할 수 있는 이유

다음과 같은 이유로 자연인의 성명을 공개할 수 있다고 본다.

첫째, 대법원 사이트는 ‘비실명화 처리’를 개인의 ‘사생활’이 침해될 수 있는 사항에 관하여 제3자가 인식하지 못하도록 비실명으로 표시하는 것을 말한다고 설명하는데,²¹⁶⁾ 공개된 재판에서의 당사자 성명이 사생활이라고 보기 어렵다. 개인정보도 민감한 정도에 따라 여러 종류로 나뉘지는데,²¹⁷⁾ 성명은 일반정보에 해당하여 보호의 가치가 가장 낮다. 재판의 심리는 공개되어야 하고,²¹⁸⁾ 그 심리과정에서 당사자 성명도 특정되어야 하고 공개되어야 한다. 심리과정에서 당사자 성명을 공개하지 않는 것은 심리의 비공개에 해당한다. 헌법 제17조가 사생활의 비밀을 규정하고 있는데, 재판과정에서 공개된 본인의 성명은 사생활이라고 보기 어렵다.²¹⁹⁾ 미국 민사소송법 제6801조는 ‘미공개 개인정보의 보호(Protection of nonpublic personal information)’에 대하여 규정하고 있는데, 재판에서의 당사자의 성명은 공개된 정보이므로 보호할 필요가 없다고 판단된다.

둘째, 대법원 사이트는 사건관계인의 주민등록번호, 주소는 삭제하더라도 성명은 삭제하지 않는다고 설명한다.²²⁰⁾

셋째, 독일을 제외하고는 미국, 영국, 프랑스, 네덜란드, 중국 등에서 일관되게 당사자인 자연인의 성명을 공개하고 있다. 대만에서도 한 때는 자연인의 성명을 삭제하기도 하였으나, 공개재판에서 당사자 성명이 공개된다는 점을 이유로 더 이상 삭제하지 않는다. 인도네시아도 재

216) “판결서 등에 나타난 정보 중에서 그대로 공개될 경우 개인의 사생활이 침해될 수 있는 사항에 관하여 제3자가 인식하지 못하도록 비실명으로 표시하는 것을 말합니다.”

217) 유종락, “디지털시대의 개인정보보호 - 새로운 개인정보보호법을 중심으로”, 「디지털융복합연구」 제9권 제6호, 한국디지털정책학회, 2011, 85면(개인정보를 일반정보, 가족정보, 교육정보, 병역정보, 재산정보, 소득정보, 신용정보, 고용정보, 의료정보, 법적정보, 조직정보, 취미정보, 신체정보 등으로 분류)(권건보, 「개인정보보호와 자기정보통제권」, 경인문화사, 19면 인용).

218) 헌법 제109조(“재판의 심리와 판결은 공개한다.”).

219) 헌법재판소 2001. 8. 30. 99헌바92(“사생활과 관련된 사사로인 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리인 ‘사생활의 비밀’과 함께 헌법상 보장되고 있는 것”).

220) “판결서 당사자란의 경우, 사건관계인의 성명 부분을 제외한 주민등록번호, 주소, 거소 부분을 모두 삭제하는 방식으로 비실명 처리함.”.

판이 공개되고 판결서가 공개법정에서 읽혀지므로 판결서의 내용은 보호되는 개인정보가 아닌 것으로 본다. 더욱이 (당사자 성명을 삭제하고 있는) 독일에서도 법원조직법 제169조 제1항이 재판공개 원칙을 규정하고 있으며, 그 규정에 근거하여 당사자 성명을 공개하여야 한다는 주장이 존재한다.²²¹⁾

넷째, 재판안내문 기재사항 및 재판 방청에 의하여 당사자 성명을 인지하는 것이 가능하다. 법정 밖 게시판에 오늘의 재판을 안내하는 안내문이 게시되는데, 그 안내문에서 사건번호, 사건명, 원고이름, 피고이름이 적시된다. 아래는 서울중앙지방법원 2017. 4. 20.자 서관 405호에 대한 재판 안내문이다. 원고·피고 성명 또는 명칭을 모두 지우는 경우 당사자가 본인의 재판일정을 알지 못할 수 있으므로 모두 지울 수가 없다. 그래서 성만 남기고 이름을 지우는 방법을 생각할 수 있는데, 김OO으로 표시하면 김씨 성을 가진 자는 모두 본인의 사건으로 오해할 가능성이 높을 것이다. 그래서, 성명의 가운데 자만 지우는 교육지책을 택하게 되었다. 즉, 홍길동의 경우 홍O동이라고 표시하는 것이다. 법인의 이름을 지우는 방식은 더욱 상식에 반한다. ‘메르츠화재해상보험’이라는 당사자 명칭을 지우기 위해 ‘메O츠O재O상O험’이라고 표시하고 있다. 또, 당사자 명칭이 영문인 경우 영어 철자를 하나씩 건너뛰면서 지우고 있다. ‘COEOIOGOEIO’가 그 예인데, 여기서의 ‘O’는 영어 알파벳 ‘O’가 아니라 지워졌음을 나타내는 표시이다. 이러한 법원의 비상식적인 노력에도 불구하고 일반인이 법정에서 방청을 하는 것이 일반적으로 허용되고 방청을 하면 법관이 양 당사자의 성명 또는 명칭을 특정함을 들을 수 있다.²²²⁾ 법정에서 재판부가 가장 먼저 진행하는 것이 당사자의 신원을 확인하는 ‘인정신문’이다. 특히, 대리출석이 금지된 형사재판에서 인정신문은 필수적이다. 인정신문 절차에서 성명뿐만 아니라 생년월일, 직업 등이 질문, 답변된다. 즉, 재판공개 원칙 아래에서는 일반인이 법정에서 양 당사자의 성명 또는 명칭을 듣는 것을 막을 수 없고, 그렇다면 재판안내문에서 양 당사자의 성명 또는 명칭을 삭제하는 것은 합리적이지 않다.

나. 사생활 보호의 측면

혹자는 판결서를 통하여 당사자 성명을 공개하는 것이 사생활을 침해하게 되는 것으로 보기도 하는데,²²³⁾ 사생활은 사사로운 자신만의 영역의 사실, 개인의 내밀한 영역에 대한 사실 등을 말하므로 성명은 사생활 보호의 대상이 되지 못한다.²²⁴⁾

일본에서의 논의를 참고하면, 현재의 민사소송법의 통설적 해석에 따르면 재판 자체가 헌법의 공개 원칙의 지배를 받는 이상, 관계된 정보가 공개됐다고 해도 프라이버시에 대하여 침해로 문책(問責)할 수 있는 것은 생활의 평온을 근본적으로 파괴하는 등 중대한 피해가 생긴 경우에 한한다고 생각되는 것이다.²²⁵⁾ 즉, 소송기록의 당사자 개인정보 취급에 관한 현행 제도의

221) Othamr Jauerling, Durfen Proze beteiligte in veroffentlichten Zivilentscheidungen namentlich genannt werden, in: Festschrift fur Eduard Botticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, Berlin 1969, S. 219, 228-239면; Gerhard Knerr, “Die Veroffentlichung von Namen in gerichtlichen Entscheidungen, N.G. Elwert Verlag Marburg”, 2004, S. 21, 100-102면(임준규, 앞의 논문, 66면에서 재인용).

222) 일본에서도 방청인이 필요한 범위에서 메모를 하는 것을 허용한다. 最高裁判所 平成元年3月8日民集43卷2号 89頁.

223) 임준규, 앞의 논문, 70면(“판결서의 공개는 국민의 알 권리의 실현이라고 할 수 있으나 판결서를 공개하는 과정에서 판결서에 포함된 개인정보가 공개되는 경우에는 사생활 보호라는 또 다른 기본권과 충돌한다.”).

224) 헌법재판소 2007. 5. 31. 2005헌마1139.

사고방식은, 그러한 “재판의 공개”를 대전제로 하는 것이며, 재판의 공개는 공평, 적법한 심리 판결이 법원에 의하여 행해지고 있는지를 당사자와 제3자로 모두를 포함한 국민 앞에서 밝히는 데 있는 이상, 개인정보를 보호하는 이익보다 우선된다고 보인다.²²⁶⁾

다. 정보자기결정권에 기초한 성명 삭제 청구 여부

정보자기결정권에 기초하여 개인정보의 삭제를 청구할 수 있는데,²²⁷⁾ 동 결정권에 기초하여 판결서에 기재된 본인 성명의 삭제를 청구할 수 있는가? 사생활 침해를 최소화 하기 위하여 개인정보를 보호하는데,²²⁸⁾ 재판에서 개인의 성명이 이미 공개되었으므로, 그 성명을 공개되는 판결서에 적시한다고 하여서 사생활이 별도로 침해되는 바가 없다고 생각한다. 물론, 이 점에 대하여는 여러 이견이 있을 것으로 예상된다. 한 예로, 당사자가 법원에 요구하는 것은, 해당 사건 그 자체의 해결인데, 선례로 사회 일반에 판결서를 공개하는 것은 당사자가 의도한 개인정보의 이용 목적에서 벗어난 이용형태라고 생각할 수 있을지도 모른다.²²⁹⁾

라. 법 해석학을 위한 당사자 성명의 공개

판결을 해석하는 실무가, 학자의 입장에서 소송 당사자의 개성이나 당사자를 둘러싼 인적관계의 배경이나 현상을 무시해서 분석 검토를 실시하는 것은 문제의 본질을 놓칠 우려가 있기 때문에, 오히려 당사자가 누구인지를 파악하여 논의하는 것이 법의 정확한 해석을 위해서 필요하다고 볼 수 있다.²³⁰⁾ 외국인, 장애인, 성소수자 등의 당사자가 여러 이유로 차별을 받고 있는지에 대한 사회의 감시가 필요하다. 그러한 감시를 위해서 판결서가 당사자 자연인 성명을 공개하여야 하는 것이다.

마. 대리인 성명

대리인 성명은 당연히 존치되어야 한다. 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결은 변호사 성명을 공개하고 각 변호사의 승소율, 전문성 지수 등을 제공하는 서비스가 개인정보에 관한 인격권을 침해하는 위법한 행위로 볼 수 없다고 보았다.

바. 중국의 사례

중국은 자연인의 성명을 익명으로 처리하는 경우를 다음과 같이 한정적으로 열거하고 있다. 그 외의 모든 판결서에서는 자연인 성명을 공개한다.

최고인민법원의 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공포하는 것에 관한 규정 제8조 인민법원이 인터넷으로 재판문서를 공개할 때, 아래에 열거한 인원의 성명을 익명으로 처

225) 伊藤 虞, 「民事訴訟法」, 有斐閣 第3版 4訂版, 2010, 230頁 각주67(星野 豊, “民事訴訟記録における個人情報取扱に関する一考察”, 筑波法政, 49号, 2010, 6頁 각주8 참조)

226) 星野 豊, “民事訴訟記録における個人情報取扱に関する一考察”, 筑波法政, 49号, 2010, 20頁.

227) 제4조(“정보주체는 자신의 개인정보 처리와 관련하여 다음 각 호의 권리를 가진다.

1호 내지 3호(생략)

4. 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리

5호(생략)”).

228) 제3조 제6호(“개인정보처리자는 정보주체의 사생활 침해를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리하여야 한다.”).

229) 星野 豊, “民事訴訟記録における個人情報取扱に関する一考察”, 筑波法政, 49号, 2010, 20頁.

230) 星野 豊, “民事訴訟記録における個人情報取扱に関する一考察”, 筑波法政, 49号, 2010, 20頁 각주24.

리하여야 한다:

- (一) 혼인가정, 상속 분쟁안건에 있어서의 당사자 및 그의 법정대리인;
- (二) 형사안건 피해자 및 그의 법정대리인, 민사소송을 부가하는 원고 및 그의 법정대리인, 증인, 감정인;
- (三) 미성년자 및 그의 법정대리인.

사. 주소의 삭제

당사자의 주소는 예민한 개인정보가 될 수 있으므로 전부이든 아니면 일부이든 삭제될 필요가 있다. 그런데 미국의 판결서는 아예 주소를 기재하지 않고 그러므로 주소를 삭제할 필요성을 아예 없애고 있다. 우리 판결서도 주소를 아예 기재하지 않도록 하든지, 아니면 ‘서울시 종로구’ 정도까지만 기재하게 하고 따로 삭제작업을 하지 않도록 하여야 한다.

아. 특허권에 관한 소송의 당사자 성명 존치

특허사건에서는 특허 당사자 성명을 삭제하지 않아야 한다. 만약, 특허소송에서 당사자 성명을 삭제하여야 한다면 그에 따라 특허번호도 삭제하여야 한다. 특허번호로 당사자 성명을 쉽게 알 수 있기 때문이다. 그렇다면 당사자 성명을 제대로 삭제하기 위해서는 특허번호도 삭제해야 한다는 결론을 얻는다. 그런데, 그러한 특허번호 삭제는 판결서의 정보성을 크게 훼손하게 되므로 일반 소송에서도 그러하지만 특허 특허사건에서는 특허번호 및 당사자 성명이 절대로 삭제되지 않아야 한다. 같은 취지에서 특허법 시행령 제19조는 출원인이 자연인인 경우 그 성명 및 주소를 게재하도록 강제한다.²³¹⁾

4. 판결서 공개시기의 단축

우리 법원은 판결이 확정된 후 판결서를 공개한다. 1심법원 판결이 항소심, 대법원을 통하여 확정되기까지 2-3년이 쉽게 소요된다는 점을 생각하면 우리는 판결을 지나치게 늦게 공개하고 있다. 법원은 국민의 알권리를 충족하고 바람직한 법률문화를 정착시키기 위하여 판결서의 공개를 확대하여 왔는데, 국민의 알권리를 더욱 높은 차원에서 충족하고, 사법행정의 투명성을 더욱 제고하기 위하여 판결서의 정보성을 더 높이고 판결서 공개시기를 더 앞당길 필요가 있다. 판결이 확정된 후 판결서를 공개함으로써 인하여 얻는 이익이 무엇인지 짐작하기 어렵지만, 설혹 그 이익을 인정한다고 하더라도 판결서를 속히 공개하여 얻는 이익과 비교될 정도는 아니라고 생각된다. 판결이 ‘확정’된 후 판결서를 공개하는 국가는 우리나라만 파악되었고, 조사된 모든 국가, 기관, 지역은 ‘선고일’로부터 일정 기간 이내에 판결서를 공개한다. 미국과 마카오처럼 24시간 이내에 판결서를 공개하기는 어렵더라도 (영국, 네덜란드, EPO, 중국이 하는 것처럼) 1주일 이내에 공개하는 것은 얼마든지 가능하다고 본다. 금태섭 의원의 법 개정안도 확정되지 않은 사건에 대한 판결서가 공개되어야 한다고 주장한다.

<판결서 공개시기의 국가별 비교>

공개시기	24시간 이내	1주일 이내	송달 후 3일 이내	2주일 이내	2-3주 후	1-3개월 이내	판결 확정 후
------	------------	-----------	---------------	-----------	--------	-------------	------------

231) 동 시행령 제19조 제3항 제3호는 발명자의 성명 및 주소도 게재하도록 강제하고 있다. 그런데, 주소 전부를 공개할 필요는 없는 것으로 이해된다. 그런 견지에서 동 시행령 제19조도 개정되어야 한다.

국가, 기구, 지역	미국 마카오	영국 네덜란드 중국 EPO	홍콩 대만	인도네시 아	우리 특허심판 원 심결	독일	우리나라
------------------	-----------	-------------------------	----------	-----------	--------------------	----	------

한편, 법원은 소위 주요 판결에 대하여는 판결이 확정되기 전이라도 바로바로 판결서를 공개한다. 서울중앙지방법원이 ‘우리법원 주요판결’에서 공개한, 예를 들어, 2014가단5356072 판결은 2017. 3. 10. 선고되었는데, 사이트에는 3. 17. 등재되었고, 2017. 4. 14. 현재 1,565건의 조회수가 기록되고 있다. 특허법원도 중요한 판결에 대하여 ‘우리법원 주요판결’ 난에서 소개를 하는데, 판결이 확정되기 전에도 해당 판결을 공개한다. 예를 들어, 2016허7725 판결은 2017. 3. 24. 선고되었는데, 특허법원 사이트에는 판결이 확정되기 전인 2017. 3. 30.에 소개되고 있다.

5. 하나의 인터넷 사이트를 통한 공개

우리나라는 33개 법원이 각자 홈페이지를 운영하고 그 중 24개 법원의 홈페이지에서 그 법원이 선고한 판결서를 공개하고 있다. 물론, 대법원이 종합법률 사이트를 운영하지만 그 사이트에서 공개하는 판결의 수는 매우 제한적이다. 금태섭 의원의 법 개정안 이유에 의하면 그 사이트에서 검색할 수 있는 판결은 대법원 판결의 3.2%, 각급 법원 판결의 0.003%에 불과하다고 한다. 그러므로, 판례를 정밀하게 분석하기 위해서는 24개 법원의 사이트를 따로따로 방문해서 판결서를 검색하여야 한다. 판례분석을 일상적으로 하는 학자, 학생, 변호사 등이 현행 시스템으로 인하여 큰 불편을 겪고 있다. 하나의 인터넷 사이트에서 국가 전체 법원의 판결서를 통합 관리하고 있는 국가로는 미국(PACER, Public Access to Court Electronic Records),²³²⁾ 중국,²³³⁾ 홍콩,²³⁴⁾ 대만(司法院全球資訊網),²³⁵⁾ 인도네시아,²³⁶⁾ 영국²³⁷⁾ 등 다수 국가가 파악되었다. EU 회원국은 대개 하나의 사이트에서 판결서를 공개하고 있는 것으로 보인다.²³⁸⁾ 중국이 전국에 산재된 약 3천개 법원의 판결서를 1주일 이내에 하나의 사이트에 등재하고 있는 바를 감안하면, 우리 법원은 판결서 공개라는 측면에서 중국보다 훨씬 뒤처져 있다.

6. 판결서 내려받기(downloading) 무료화

1886년 매사추세츠 법원은 “정의를 위해 판결서에 모두가 무료로 접근할 수 있어야 하며 ... 그러한 접근을 막는 것은 건전한 공공정책에 반한다”고 실시한 바 있다.²³⁹⁾ 인도네시아는 법

232) <<http://www.pacer.gov>>.

233) 중국재판문서사이트 <<http://wenshu.court.gov.cn/>>.

234) <www.judiciary.gov.hk>.

235) <<http://www.judicial.gov.tw/>>.

236) <<http://putusan.mahakamahagung.go.id>>.

237) <www.bailii.org>.

238) <<http://eur-lex.europa.eu/>>.

239) Nash v. Lathrop, 6 N.E. 559, 560 (Mass. 1886) (“it needs no argument to show that justice requires that all should have free access to the opinions, and that it is against sound public policy to prevent this, or to suppress and keep from the earliest knowledge of the public the statutes, or the decisions and opinions of the justices.”).

원이 판결서 사본의 비용을 청구할 수 없도록 규정하되, 다만 복사서비스를 제공하는 제3자가 복사비를 청구할 수 있을 뿐이다.

현재 우리 법원에서 판결서를 인터넷을 통하여 내려받기 위해서는 하나의 판결서 당 1천원을 지불하여야 한다. 그러한 행태는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제17조 제1항의 취지에 반한다고 생각한다. 동 규정은 “정보의 공개 및 우송 등에 드는 비용은 실비(實費)의 범위에서 청구인이 부담한다”고 규정한다. 민원인이 인터넷 사이트에서 전자파일을 내려받기 위해서 법원이 소요되는 비용이 있는 것으로 인정되지 않는다. 그런 견지에서도 판결서 당 1천원을 요구하는 현행 행태는 타파되어야 한다.

대학원에서 법학을 공부하는 학생은 판결서를 검토하는 것이 일상이며, 허다히 많은 판결서를 검토하여야 하는데, 그 학생에게는 1건 당 1천원도 적은 돈이 아니다. 또 요금을 청구함으로써 인하여 실명 확인, 요금의 계좌이체 등의 복잡한 절차가 요구된다. 나아가, 외국인 등록번호가 없는 외국인은 아예 해당 사이트에 접근할 수도 없다. 또, 해외에서 발행된 카드로는 아예 지불이 불가능하다. 외국에서 우리나라 판결문을 검토, 연구하는 것을 차단하는 행위라고 생각된다.

특허정보원이 운영하는 사이트인 키프리스에서는 특허심판원의 심결문을 무료로 내려받을 수 있다. 무료이므로 별도로 실명을 확인하는 절차, 계좌이체 등이 필요하지 않다. 심결문에 관심을 가진 자는 누구든지 무료로 편리하게 해당 심결문을 내려받고 검토, 연구할 수 있다. 심결문은 여러 이해관계인에게 중요한 영향을 미치므로 동 심결문을 무료로 입수할 수 있도록 하는 것이 특허청의 의도라도 생각된다. 판결서도 여러 이해관계인에게 중요한 영향을 미친다고 보아야 하고 누구나 쉽게 무료로 입수할 수 있도록 하여야 한다.

판결서 내려받기에 요금을 청구하지 않는 국가의 사례는 영국, 일본, 중국, 호주, 캐나다 등이 파악되었다. 미국 연방법원 판결서 사이트(PACER)에서도 소송기록의 내려받기에는 약간의 요금을 청구하나, 판결서 내려받기에는 별도의 요금을 청구하지 않는다. 인도네시아는 법원이 판결서 사본의 비용을 청구할 수 없도록 규정하되, 다만 복사서비스를 제공하는 제3자가 복사비를 청구할 수 있을 뿐이다.

7. 기계판독이 가능한 형태의 판결서 공개

금태섭 의원의 개정안은 열람 및 복사가 허용된 판결서는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 판결서에 기재된 문자열 또는 숫자열이 검색어로 기능할 수 있도록 기계 판독이 가능한 형태로 제공되어야 한다고 주장한다(안 제163조의2제2항).²⁴⁰⁾ 판결서가 이미지 pdf 파일로 공개되는 경우 그 파일을 텍스트 파일로 변환하기 위해서는 비용과 오류의 가능성을 감수하여야 한다. 검색 가능한 포맷의 pdf 파일을 공개하거나 아예 아래한글 파일로 공개하여야 한다. 판결서 정본이 아래한글 파일로 작성되므로 그것을 그대로 공개하는 것이 가장 효율적이다. 지금은 법원에서 아래한글 파일을 pdf 파일로 만들기 위하여 예산을 낭비하고, 법률정보를 제공하는 회사에서는 그 pdf 파일을 텍스트 파일로 만들기 위하여 또 비용을 낭비하고 있다. 임준규 논문도 판결서 단어로 검색이 가능하도록 하여야 한다고 주장한다.

8. 민간업체에의 판매 및 민간업체의 고급정보 가공

240) 임준규, 앞의 논문, 63면(“판결서를 공개하는 이유는 유사 판결을 검색하여 국민들에게 도움을 주기 위한 것이므로 핵심 단어를 입력하여 판례를 검색할 수 있도록 제도를 개선하는 것이 필요하다고 생각된다.”).

법원 및/또는 특허청은 관련 판결서, 심결서 원천데이터(raw data)를 민간업체에게 실비로 판매할 수 있어야 한다.²⁴¹⁾ 민간업체는 그 원천데이터를 바탕으로 판결서 DB를 가공하여 관련 고부가가치 정보를 판매할 수 있을 것이다. 미국에는 이러한 업체들이 하나의 산업을 형성하고 있다.²⁴²⁾ 독일에서도 그러하다.²⁴³⁾ 유럽에 본부를 두고 전세계 지식재산권 판결을 수집, 가공, 판매하는 회사도 있다.²⁴⁴⁾

다만, 개인정보보호법 제17조 제3항은 해외 법률정보업체에게 판결서 제공을 어렵게 한다.²⁴⁵⁾ 공개된 판결서에 포함된 개인정보(성명)가 해외업체에게 판매된다고 하여 그 개인의 권리를 침해하는 바가 예상이 되지 않는다. 그렇다면, 법 개정을 통하여 공개된 판결서를 해외업체에게 이전 또는 판매하는 것이 가능하다는 점을 명확하게 할 필요가 있다.

9. 대량수집

판결서의 대량 수집을 가능하게 하여야 한다. 특허청은 특허정보의 대량 수집을 가능하게 하여 민간 특허정보 서비스의 고도화를 유도하고 있다. 특허청은 국내외 지식재산 관련 정보를 키프리스 등에 제공하고 키프리스 등은 DB를 구축하여 일반 국민 누구나 인터넷을 통하여 무료로 검색, 열람할 수 있는 서비스를 제공한다. 한편, KIPRIS Plus라는 이름 아래 특허청이 개방 중인 4억 건 이상의 정보를 데이터 셋(bulk data), Open API, LOD 방식으로 실시간 제공하여, 이용자 스스로 새로운 서비스를 창출할 수 있도록 지원한다.²⁴⁶⁾ Bulk Data는 특허정보를 전자매체나 FTP 등을 통하여 자체 DB로 대용량 일괄 제공하는 방식이며, 제공방식은 CD, DVD, HDD, FTP 등이다.²⁴⁷⁾ Bulk Data 방식으로 인하여 민간 특허정보 서비스 업체가 보다 편리하게 정보를 수집하고 정보의 부가가치를 높이는 가공업무에 집중할 수 있게 되었다. 이러한 방식이 일반 판결서에도 적용되어야 한다.

11. 항소심, 상고심 진행 상황을 알려주는 서비스 제공

1심 법원의 판결서를 신속히 입수하더라도, 그 사건이 항소 나아가 상고되었는지 여부는 매우 중요한 정보이다. 예를 들어, 서울고등법원의 판결이 그대로 확정되었는지, 상고되었는지, 심리불속행 기각 되었는지, 대법원에서 계류 중인지 등은 그 사건에 대하여 관심을 가진 자에게는 매우 중요한 정보이다. 그런 정보를 아는 것이 어려워야 할 이유가 없다. 그러므로, (앞으로 통합될) 사이트에서 하급심 판결의 사건번호를 입력하여 그 사건의 항소심, 상고심 진행상

241) 임준규, 앞의 논문, 63-64면(독일 저작권법 제5조 제1항에 따라 판결서가 저작권의 보호대상에 속하지 않으므로 누구든지 판결서의 내용을 상업적으로 이용할 수 있다는 설명).

242) 미국의 Lex Machina(<https://lexmachina.com>), Westlaw(www.westlaw.com) 등등.

243) 임준규, 앞의 논문, 64면(독일에 Juris, Beck-online, Lexis-Nexis-Recht 등 여러 법률정보 제공 회사가 존재한다는 설명)(정하성, “사법정보공개- 사법정보센터운영을중심으로: 독일에서 법원판결서의 공개”, 2010 변호사대회 자료집, 2010, 138면 인용).

244) Darts-IP(www.darts-ip.com).

245) “개인정보처리자가 개인정보를 국외의 제3자에게 제공할 때에는 제2항 각 호에 따른 사항을 정보주체에게 알리고 동의를 받아야 하며, 이 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외 이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다.”

246) 이용문의: 전화 02-6915-1429; 이메일 kiprisplus@kipi.or.kr.

247) 특허청, 「지식재산 통계 FOCUS」 통권 9호, 2017. 2., 17면.

황을 알 수 있도록 하여야 한다.

III. 특허권 등에 관한 소송의 판결서 공개제도 개선방안

1. 소송 제기 사실의 즉시 공개

소송기록, 판결서에 대한 접근성을 제고하는 것은 법원의 재판품질의 제고에 연결된다.²⁴⁸⁾ 나의 판결서를 공중이 보지 못한다는 사실은 매우 도덕적인 판사를 나태함 또는 교만함에의 유혹에 일상적으로 노출시키는 것과 다름이 아니다. 미국에서는 소송기록의 공개가 일반인의 법원에 대한 존경심을 높인다고 믿는다.²⁴⁹⁾ 이러한 접근성 제고 및 보이지 않는 눈의 감시는 소장이 접수된 직후부터 시작될 필요가 있다. 판결이 선고된 후의 공개는 그러한 장점을 반감한다. 미국의 경우 특허소송이 제기되면 원고, 피고, 특허 등의 자료가 실시간으로 공개된다. 미국 특허법 제290조에 따라 법원은 소송 제기의 사실을 소 제기로부터 1개월 이내에 특허청에 통지하여야 한다. 특허권을 침해하는 다른 제3자에게 그러한 정보는 매우 중요하다. 미국의 전자정부법 제3501조에 따르면²⁵⁰⁾ 모든 연방법원은 소송기록에 대한 접근을 가능하게 하는 웹사이트를 구축, 운영하여야 하며, 선고된 사건은 물론이고 진행 중인 사건에 대한 기록도 공개하며, 판결서는 검색어에 의한 검색이 가능하도록 등재되어야 한다. 미국에서는 판결서의 공개의 수준을 넘어서 소송기록(court record)도 일반적으로는 공개되는 것이며, 다만 특수한 경우에만 공개되지 않는다.²⁵¹⁾ 특별한 경우를 제외하고는 공개하여야 한다는 다수설과 법원이 재량으로 공개 여부를 결정할 수 있다는 소수설이 존재한다.²⁵²⁾ 소송기록을 방문하여 열람하고 복사할 수 있는 지 여부에 대하여 미국, 영국 및 프랑스에서는 허용되는데 반해, 독일 및 네덜란드에서는 허용되지 않는다고 한다. 소송기록을 인터넷으로 공개하는 국가는 미국 뿐이라고 한다.

2. 특허권 등에 관한 소송의 판결서를 특허청에 송부 및 특허청의 관리

1심, 항소심 관할집중법원 및 대법원은 판결 선고 즉시 대상 판결서를 특허청에 송부할 필요가 있다. 미국 특허법은 그러한 송부의무를 특허법에 규정하고 있다. 미국의 경우 특허법 제 290조에 따라 특허소송이 제기되면 해당 법원은 1개월 이내에 그 소송 관련 정보를 특허청에 통지하여야 하고, 판결이 선고된 후 1개월 이내에 판결서를 송부하여야 한다.²⁵³⁾ 우리 특허법

248) *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 606 (1982) (“Public scrutiny of a criminal trial enhances the quality and safeguards the integrity of the factfinding process, with benefits to both the defendant and to society as a whole.”).

249) *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 606 (1982) (“[P]ublic access to the criminal trial fosters an appearance of fairness, thereby heightening public respect for the judicial process.”).

250) E-Government Act of 2002, Pub. L. No. 107-347, § 205(a)-(b), 116 Stat. 2910, 2913-14 (codified at 44 U.S.C. §3501 (2006)).

251) Ronald D. May, *Public Access to Civil Court Records: A Common Law Approach*, 39 Vand. L. Rev. 1465, 1478 (1986).

252) Ronald D. May, *Public Access to Civil Court Records: A Common Law Approach*, 39 Vand. L. Rev. 1465, 1468 (1986).

253) 미국특허법 제290조(“The clerks of the courts of the United States, within one month

에도 유사한 규정을 신설할 필요가 있다. 판결서를 송부받은 특허청은 산업재산권 판결 및 심결의 DB를 구축, 관리하며, 나아가 관련 통계를 작성, 분석한 후 공개하여야 한다.

3. 소송 제기사실 즉시 통지 및 판결서 송부를 의무화 하는 특허법 개정방안

산업재산권 사건에는 여러 이해관계인이 존재할 수 있다. 그 이해관계인에게는 소송의 제기사실 자체가 중요한 정보가 될 수 있다. 다행히 관할집중으로 인하여 특허권 등에 관한 소송이 5개 지방법원만에 의하여 다루어지므로 그 법원이 소송 제기 사실을 특허심판원장에게 통지하면, 특허심판원장이 그 사실을 특허등록원부에 기재할 수 있을 것이다. 그리고, 그렇게 특허등록원부에 변경이 발생하면 그 변경사실을 이해관계인에게 통지하는 시스템을 운영할 수 있다.

<특허법 제188조 개정안>

현행 규정	개정안
<p>제188조(소 제기 통지 및 재판서 정보 송부) ① 법원은 제186조제1항에 따른 소 또는 같은 조 제8항에 따른 상고가 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.</p> <p>② 법원은 제187조 단서에 따른 소에 관하여 소송절차가 완결되었을 때에는 지체 없이 그 사건에 대한 각 심급(審級)의 재판서 정보를 특허심판원장에게 보내야 한다.</p>	<p>제188조(소 제기 통지 및 재판서 정보 송부) ① 법원은 제186조제1항에 따른 소,²⁵⁴⁾ 같은 조 제8항에 따른 상고²⁵⁵⁾ 또는 <u>민사소송법 제24조 제2항 또는 제3항에 따른 소</u>²⁵⁶⁾ 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.</p> <p>② 법원은 제187조 단서에 따른 소²⁵⁷⁾ 또는 <u>민사소송법 제24조 제2항 또는 제3항에 따른 소에 관하여 판결이 선고되었을 때</u>에는 지체 없이 그 사건에 대한 각 심급(審級)의 판결서 정보를 특허심판원장에게 보내야 한다.</p>

after the filing of an action under this title shall give notice thereof in writing to the Director, setting forth so far as known the names and addresses of the parties, name of the inventor, and the designating number of the patent upon which the action has been brought. If any other patent is subsequently included in the action he shall give like notice thereof. Within one month after the decision is rendered or a judgment issued the clerk of the court shall give notice thereof to the Director. The Director shall, on receipt of such notices, enter the same in the file of such patent.”).

254) “특허취소결정 또는 심결에 대한 소 및 특허취소신청서·심판청구서·재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.”.

255) “제1항에 따른 특허법원의 판결에 대해서는 대법원에 상고할 수 있다.”.

256) “② 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다. ③ 제2항에도 불구하고 당사자는 서울중앙지방법원에 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기할 수 있다.”.

257) “제186조제1항에 따라 소를 제기하는 경우에는 특허청장을 피고로 하여야 한다. 다만, 제133조제1항, 제134조제1항·제2항, 제135조제1항·제2항, 제137조제1항 또는 제138조제1항·제3항에 따른 심판 또는 그 재심의 심결에 대한 소를 제기하는 경우에는 그 청구인 또는 피청구인을 피고로 하여야 한다.”.

4. 특허출원 심사정보의 공개

심사 중인 특허출원에 관한 정보가 공개될 필요가 있다. 특허출원이 출원일로부터 18개월 후 출원공개되면 그 공개로부터 가보호의 권리가 발생하므로 출원공개일 후부터는 공중이 해당 특허출원으로 인하여 피해를 볼 수 있거나 최소한 영향을 받을 수 있다. 그런 견지에서 심사 중인 특허출원에 대하여 심사가 어떻게 진행되는지를 공중에게 알릴 필요가 있다.

중국특허청이 심사 중인 특허출원에 관한 정보를 가급적 이른 시기에 공개할 필요가 있다고 판단하여 2016년 10월 심사지침서 개정안을 다음과 같이 제안하고 있다.²⁵⁸⁾ 중국특허청의 심사지침서 개정안에서 특허출원문서에 대한 공중의 접근성을 제고하기 위한 목적으로 해당 출원이 특허등록되기 전이라도 심사관의 통지서, 선행기술보고서 및 결정통지서를 공중이 열람, 복사할 수 있도록 허용한다.²⁵⁹⁾ 유럽에서는 제3자 의견이 심사에 중요한 역할을 하는데 제3자가 그러한 역할을 하기 위해서는 그 제3자가 심사 중인 출원에 관한 서류에 접근할 수 있어야 한다. 중국특허청도 심사 중인 출원에 관한 서류에의 접근성을 높임으로써 제3자 정보제공이 더 활발해질 것을 기대한다. 영국특허청의 'Ipsum' 시스템이 특허(출원)의 검색을 용이하게 하고 문서복사 신청의 필요를 없게 하였다.²⁶⁰⁾

5. 주소 삭제 관련 특허법 시행령 개정안

특허법 시행령 제19조 제3항은 자연인인 출원인의 성명뿐만 아니라 주소도 게재하도록 하고 있으며, 제4항은 신청이 있으면 그 주소의 일부만을 게재할 수 있다고 규정하고 있는데, 신청을 받은 경우에만 주소의 일부를 삭제하는 것이 아니라 특허청장이 임의로 삭제할 수 있도록 하는 것이 편리하므로, 동 규정은 개정될 필요가 있다. 주소의 일부 삭제를 신청하는 경우가 많을 것으로 생각된다. 주소의 전부 공개를 신청하는 경우는 많지 않을 것이다. 민원인이 별도의 신청을 하는 경우를 줄이는 제도가 좋은 제도이다.

<특허법 시행령 제19조 개정안>

현행 규정	개정안
④ 특허청장은 법 제87조제3항 및 이 조 제	④ 특허청장은 법 제87조제3항 및 이 조 제

258) Yuqing Feng, et al., *China may lift curbs on software patents: SIPO proposed revisions to Examination Guidelines*, Dec. 1, 2016.

<<http://kluwerpatentblog.com/2016/12/01/china-may-lift-curbs-on-software-patents-sipo-proposed-revisions-to-examination-guidelines/>>.

259) "The public are allowed to review and copy application documents including Office Actions, Search Reports and Decisions issued by the SIPO before the application is granted.

Notes: In the Europe, Third Party Opinion is a powerful means to prevent the grant of a patent, but not as powerful as in China partially due to the lack of transparency of patent application documents. The SIPO now would like to be more transparent, which is a very positive development. The proposed revisions will facilitate the public to file Third Party Opinion and prior art to block the grant of a patent."

<<http://kluwerpatentblog.com/2016/12/01/china-may-lift-curbs-on-software-patents-sipo-proposed-revisions-to-examination-guidelines/>>.

260) <<http://www.zdnet.com/article/uk-patent-office-introduces-online-search-tool/>>.

<p>3항에 따라 자연인인 특허권자, 자연인인 출원인 또는 발명자의 주소를 게재하는 경우 그 특허권자, 출원인 또는 발명자의 신청이 있으면 그 주소의 일부만을 게재할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항에 따른 신청 방법 및 절차, 주소의 게재 범위는 특허청장이 정하여 고시한다.</p>	<p>3항에 따라 자연인인 특허권자, 자연인인 출원인 또는 발명자의 <u>주소의 일부만을 게재할 수 있고</u>, 그 특허권자, 출원인 또는 발명자의 <u>신청이 있는 경우에는 그 주소의 전부를 게재한다</u>.</p> <p>⑤ 제4항에 따른 신청 방법 및 절차, 주소의 게재 범위는 특허청장이 정하여 고시한다.</p>
--	--

6. 판결서의 정보성 강화: 텍스트와 그림의 분리

정보처리의 차원에서 텍스트가 그림에 비하여 유리하다. 텍스트와 그림이 섞여 있으면 정보처리가 어려워진다. 그러므로, 판결서에서 텍스트 부분과 그림 부분을 구분할 필요가 있다. 최근 산업재산권 판결서가 텍스트와 그림을 섞어서 배치하는 경향이 강하다.

제5절 결론

정보공개법은 행정정보 공개를 통하여 관(官)과 민(民)의 정보의 비대칭성(非對稱性)을 타파하는 목적을 가진다. 같은 취지에서, 사법이 판사나 대법원장의 것이 아니라 국민 모두의 것이라는 인식 아래 사법에서의 관민(官民)의 정보의 비대칭성을 타파하여야 한다. 그러므로 판결문의 전면 공개는 사법개혁의 가장 중요한 첫걸음이 된다.²⁶¹⁾²⁶²⁾ 인터넷 열람제도의 도입으로 판결서를 예전보다 쉽게 입수할 수 있게 되었지만, 지금의 제도에도 여전히 개선의 여지가 상당하다.²⁶³⁾ 우리 법원이 세계 최고수준의 판결서를 생산하고 있지만, 그것만으로 사법정의가 완결되는 것이 아니다. 사법정의는 판결서의 생산에서 완결되는 것이 아니라 판결서의 완전한 공개에서 완결되는 것이다. “정의는 단지 실천되기만 하는 것에 그치는 것이 아니라 실천되는 것이 제대로 보여져야 하는 것이다.”²⁶⁴⁾ 금태섭 국회의원도 민사소송법 개정안에서 “판결문 공개가 확대될 경우 사법절차의 투명화로 재판에 대한 국민 신뢰 향상에 기여하고, 국민들이 소 제기 전 유사 판례를 확인함으로써 불필요한 소송을 줄일 수 있으며, 이는 헌법상 공개재판주의를 실질화하는 것”이라고 설명하고 있다.

민감한 개인정보는 철저히 보호되어야 한다. 가정법원의 판결도 철저히 보호되어야 한다.²⁶⁵⁾ 그런데, 개인정보를 강력하게 보호하기만 하는 것이 능사가 아니다. 개인정보를 원활하게 이용할 수 있는 측면도 간과되어서는 아니되며, 결국, 개인정보의 ‘보호’와 ‘이용’의 균형을 도모하는 것이 관건이 된다.²⁶⁶⁾ 헌법재판소도 정보공개의 이익과 정보보호의 이익은 어느 한 쪽이 우월한 것이 아니므로 두 이익이 조화되도록 하여야 한다고 설시한 바 있다.²⁶⁷⁾

가치가 제고된(value added) DB는 사용자에게 효율적인 검색을 가능하게 한다. 미국의 웨스트로 및 렉시스넥시스가 그러한 고부가가치 서비스의 사례이다. 한편, 정부가 무료 법률사이트를 제공하는 경우 상업용 서비스가 어떻게 변할 것인지에 대하여 논하는 논문이 있다.²⁶⁸⁾

261) 榎並利博, “個人情報を保護しながら公共情報を流通させる「情報commons」の提案”, 雑誌Fujitsu Vol.58, No.6, 2007(11), 555頁.

262) David S. Ardia, *Court Transparency and the First Amendment*, 38 Cardozo L. Rev. 835 (2017) (“‘Publicity is the very soul of justice,’ legal philosopher Jeremy Bentham once warned.”).

263) Liu Shude, *Expression of Judicial Openness in China—A Review Based on Legal Norms and Practices*, China Law June 2013, p. 96 (“there is always great room for improvement in judicial openness.”).

264) R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233) (Lord Chief Justice Hewart) (“Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.”).

265) 미국 뉴욕주는 가정법원(family court)의 소송기록을 철저히 보호하기 위한 별도의 규정을 두고 있다. N.Y.Ct.Rules, § 205.5 (Privacy of Family Court Records).

266) 김일환, “개인정보보호법제정비에 대한 비판적 고찰 - 새로운 개인정보보호법안을 중심으로 -”, 『토지공법연구』 제52집, 한국토지공법학회, 2011, 271면(“그 당시 논의는 개인정보보호를 위하여 더 ‘바람직한’ 법을 찾아가는 과정이었고, 결국 이는 개인정보의 ‘보호’와 ‘이용’간 관계를 어떻게 설정한 것인지에 대한 개인정보법 자체에 대한 철학적 고민을 담고 있었던 것이다.”).

267) 헌법재판소 2007. 10. 25. 2005헌바96.

268) David Hall, *Google, Westlaw, Lexisnexis and Open Access: How the Demand for Free Legal Research Will Change the Legal Profession*, 26 Syracuse Sci. & Tech. L. Rep. 53 (2012).

우리도 법률정보 서비스의 미래를 어떻게 방향 설정할 것인지에 대하여 고민하여야 한다. 가장 중요하게는 정부가 법률정보 서비스에 어느 정도로 개입할 것인지에 대하여 연구하여야 한다. 정부의 시장에의 지나친 개입은 시장에서의 자유로운 경쟁을 왜곡하거나 새로운 중소기업의 진입을 어렵게 할 여지가 있는 것이다.²⁶⁹⁾

데이터 처리를 위해서는 기계 판독이 가능한 형태여야 하는 것이 매우 중요하다. 인공지능(AI)이 판결문 초안을 제시하는 시대가 온다고 예상하는데, 인공지능이 충분히 많은 판결문을 읽을 수 없다면 우리나라에는 그런 시대가 오지 않게 된다. 4차 산업혁명의 시대에는 모든 기존의 정보가 기계가 읽을 수 있는 것이어야 한다. 앞으로는 판결서 숫자가 증가함에 따라 판결서 검색도 점점 어려워질 것이다. 그 검색을 인공지능이 대신할 수 있다.²⁷⁰⁾ “우리나라 법률 시장도 점점 규모가 커지면서 그에 관한 정보의 바다가 형성되고 있고, 그 바다를 항해하는데에도 당연히 해도나 나침반이 필요하게 되었다. 그 역시 시장 수요의 일부이다.”²⁷¹⁾ 판결서를 모두 공개하고 그 판결서를 검색하는 인공지능이 개발되도록 유도하여야 한다. 인공지능이 빠르고 저렴하게 법률정보를 제공하는 것이 약자의 권익을 보호하는 간명하면서도 강력한 방안이 된다.

특허소송, 실용신안소송, 상표소송, 디자인소송 등은 대세효를 가지는 권리를 근거로 한다. 그 권리의 대세효로 인하여 소송의 당사자뿐만 아니라 알려지지 않은 제3자가 그 소송에 의하여 영향을 받는다. 그러므로, 산업재산권 소송의 판결서는 더욱 빠르게 그리고 (당사자 성명의 삭제 없이) 온전히 공개되어야 한다. 나아가, 산업재산권 소송의 경우 판결서가 선고 후 즉시 공개되어야 할 뿐만 아니라 소송이 제기된 후 가급적 빨리 공중에게 그 사실이 전파되어야 한다. 그러한 전파가 분쟁을 예방하는 역할을 수행한다.

269) 이경탁 기자, “법제처 법률정보서비스는 시장에 맡기고 축소돼야”, 디지털타임스 2017년 4월 19일 기사(“법제처 법률정보서비스는 시장에 맡기고 축소돼야 한다는 주장이 나왔다. 19일 김찬훈 나라아 이넷 대표는 “법제처는 단순한 법령정보 원시자료 제공을 넘어서 법령을 포함해 자치법규까지 그리고 검색기능의 고도화는 물론 모바일 서비스까지 실시하고 있다”며 “한국정보화진흥원과 함께 법률분야의 지능정보산업 인프라 구축 사업이라는 사업까지 추진하고 있어 관련 시장과 기업을 초도화시키고 있다”고 주장했다.”).

270) 백승목 기자, “법률 검색엔진 ‘로우봇’ 개발”, 경향신문, 2017. 6. 5.자, 10면(새로 개발된 법률검색 엔진 ‘로우봇(Lawbot)’을 소개하며, 동 엔진이 텍스트 마이닝과 딥러닝 기술을 활용하므로 판례검색의 정확도를 높일 것이라고 소개함).

271) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결(박병대, 양창수 대법관의 반대의견에 대한 보충의견).

미술저작물의 추급권(Droit de Suite) 도입방안에 대한 연구

제출자

김민정. KAIST 지식재산 석사과정
계윤선. KAIST 지식재산 박사과정
박성필. KAIST 지식재산대학원 책임교수

국가지식재산위원회
- 보호전문위원회 -

I. 서론

2011년 발효된 한-EU 자유무역협정(FTA) 협상 과정에서 유럽연합(EU)측 협상단은 우리나라에 미술저작물의 추급권을 도입할 것을 요구하였다. 우리 측 협상단은 추급권 도입을 결정하기까지 상당한 시간과 연구가 필요하다는 점을 고려하여 한-EU FTA 최종 협정문에 추급권 도입이 포함되지 않도록 하였고, 대신 한-EU FTA 발효 후 2년 내에 추급권 도입 여부에 대한 재논의를 시작하기로 하였다. 다만 아직까지 국내에서 이에 대한 본격적인 논의는 이루어지지 않았는데, EU 회원국들을 중심으로 이미 세계 70여 개국에서 추급권이 법제화된 상황에서 이 문제가 EU의 우리나라에 대한 잠재적인 통상압력의 빌미가 될 가능성이 높다. 현재 가장 큰 미술시장인 미국에서 연방 차원의 추급권 제도 도입 시도가 지속적으로 이루어지고 있으며, 세계의 미술시장으로 급부상하고 있는 중국에서도 추급권 입법이 검토되고 있는 상황을 고려할 때, 국내에서 추급권에 대한 논의를 더 이상 미루어서는 안 될 시점이다. 그러나 추급권의 도입이 절실한 가장 현실적인 이유는, 우리나라 미술작가들이 처해 있는 열악한 경제환경을 개선함으로써 창작자들과 그 가족들의 생존권을 보장하고 창작의욕을 고취하려는 추급권 제도의 본질적인 기능에서 찾을 수 있다.

본 연구는 그 동안 국내외에서 진행되었던 추급권의 역사적, 법리적 분석과 추급권 도입의 경제성과에 대한 분석들을 요약하고, 법조인, 변리사, 전문중개인, 미술작가, 일반 기업인들을 대상으로 전문가 인터뷰를 실시하여 추급권 제도 도입의 타당성을 검토하고, 추급권 제도의 도입 시 필요한 구체적인 요건들을 항목별로 검토하고자 하였다. 본 연구는 국내 미술시장의 가치사슬에 포진해 있는 수많은 이해관계자들의 의견을 수렴해 분석하는 계량적 연구는 아니지만, 추급권의 내용을 충분히 이해하고 있는 업계 전문가들의 의견을 수렴하고 이를 추급권 입법을 위한 기초자료화 함으로써, 과거 한-EU FTA 시기에 진행된 한국저작권위원회의 방대한 설문조사 자료와 보완적으로 활용할 수 있는 정성적 연구로 기획되었다. 따라서 본 연구는 추급권 도입의 배경과 이론을 살펴보는 데 치중하기보다는 현실적으로 국내에 추급권 제도가 도입될 경우 필요한 입법적 요소들을 도출해 보는 데 중점을 두었다.

II. 본론

1. 추급권의 개념

추급권(droit de suite)²⁷²⁾은 저작권 분야에서 시각 또는 조형예술의 원작이 최초로 판매된 이후 재판매가 이루어질 때 저작자가 연속적인 재판매 이익의 일부를 향유하는 권리로서,²⁷³⁾ 재판매권(Resale right)으로 불리기도 한다.²⁷⁴⁾ 어문, 영상, 음악 등 다른 유형의

272) 미술저작물의 재판매 관련 추급권(droit de suite) 개념은 1893년 2월 25일 Albert Vaunois가 *Chronique de Paris*를 통해 출판한 논문에서 최초로 사용되었다. 이후 프랑스 변호사인 Edouard Mack은 1896년 Berne Congress of the International Literary and Artistic Association에 제출한 보고서에서 추급권 이슈를 제기하였다. 자세한 내용은, Michael B. Reddy, *The Droit de Suite: Why American Fine Artists Should Have a Right to a Resale Royalty*, 15 Loyola Los Angel. Entertain. Law J. 509, 515 (1994). 참조.

저작물은 저작자가 저작권을 지속적으로 보유하면서 타인이 자신의 저작물을 대량복제, 배포하는 것을 허락함으로써 경제적으로 수익을 창출하는 것이 용이하다. 반면 미술저작물은 그 작품가치가 복제물이 아닌 원저작물 그 자체에 있고,²⁷⁵⁾ 복제 등의 방법으로는 경제적 수익을 창출할 가능성이 희박하다. 이러한 미술 저작물의 특수성으로 인해 추급권 도입의 필요성이 대두되었다.

추급권이 처음 도입되던 시기에 프랑스 언론은 미술작가들의 경제적 곤궁, 미술작가들이 받는 최초판매가격과 재판매가격의 현저한 격차를 공론화 하는 등 추급권을 적극 홍보함으로써 법제화 과정을 지원하였다.²⁷⁶⁾ 이러한 배고픈 예술가(starving artists)에 대한 배려, 대량복제 및 배포를 통해 로열티 수익을 창출할 가능성이 열려 있는 다른 저작물과 달리 원작의 최초판매 가격이 유일한 미술작가의 수입원이라는 미술저작물의 특수성은 오늘날 추급권의 필요성을 논증할 때에도 가장 기본적으로 제시되는 근거들이다. 프랑스의 미술사를 대표하는 화가 밀레(Jean-François Millet)도 생전에는 그 작품의 진가를 제대로 인정받지 못하였다. 1865년 밀레가 생계를 위해 단돈 1,000 프랑(francs)에 팔아넘긴 세기의 걸작 만중(L'Angelus)이 밀레 사후인 1889년, 당시 이 작품을 소유하고 있었던 구리사업가이자 미술품수집상인 세크레탄(Eugène Secrétan)의 소장품 경매에서 뉴욕의 American Art Association에 무려 553,000 프랑에 재판매 되었다.²⁷⁷⁾ 물론 가난에 허덕이던 밀레의 후손

273) 유럽연합(EU) 추급권 지침(directive)의 서문에 해당하는 설명조항(whence clauses)은 재판매권을 저작권 분야에서 그래픽 또는 조형예술 작품의 원작자가 향유하는 불가양의 권리로서, 작품의 연속적인 판매에 대한 경제적 이익에 대한 권리로 정의하고 있다. 원문의 내용은 다음과 같다. “Whereas: (1) In the field of copyright, the resale right is an unassignable and inalienable right, enjoyed by the author of an original work of graphic or plastic art, to an economic interest in successive sales of the work concerned.” Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, EUR-Lex - 32001L0084 - EN, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0084:EN:HTML> (last visited Oct 23, 2017). 이하에서 EU의 위 추급권 지침은 “2001/84/EC 지침” 혹은 간략히 “EU 지침”으로 칭한다.

274) 한편 전문가 인터뷰 과정에서 추급권(追及權)은 권리의 본질을 정확히 표현하지 못하는 용어이며, 프랑스어를 한자로 직역한 일본식 표현을 답습한 것이므로 사용하지 않는 것이 바람직하다는 의견들이 있었다. 해외 문헌들에서는 추급권을 단순히 재판매권(resale right)이라 하거나, 미술가의 재판매권(artists' resale right) 또는 미술가의 재판매로열티권(artists' resale royalty right) 등 다양한 명칭으로 부르고 있다. 스탠포드 로스쿨의 예술법 대가였던 Merryman 교수는 추급권을 미술가의 재판매이익권(artists' resale proceeds rights)이라 칭했는데, 여기서 proceeds는 미술품의 판매 대가를 뜻한다. 보호전문위원회의 코멘트 중 추급권의 법적 성격을 고려하여 “재판매보상청구권”으로 부르는 것이 타당하다는 의견이 있었고, 전문가 의견 중 추급권의 성격을 종합적으로 고려할 때 국내에서는 이를 “재판매 이익보장권”으로 부르는 것이 타당하다는 의견이 있었다. 추급권이 도입된 근본적인 취지가 미술작가의 창작활동에 대한 기여를 최초판매 이후에도 인정해 주고자 하는 것이라는 관점에서는 이를 미술작가의 “창작기여분 보장권”으로 칭하는 것도 가능할 것이다.

275) 한국저작권위원회. (2011). 추급권 관련 인식 현황 실태조사, p.1.

276) Reddy, supra note 1 at 515.

277) 이른바 Secretan sale로 알려진 이 경매에서 미국과 프랑스 사이에 밀레의 작품, 특히 만중(L'Angelus)의 확보를 위한 경쟁이 치열했다. 미국으로 건너갔던 만중은 2년 후 다시 프랑스의 미술품 수집상인 Hippolyte François Alfred Chauchard에 의해 800,000 프랑의 가격으로 프랑스로 돌아갔다. 관련 내용은 다음 웹사이트 문서들을 통해 확인할 수 있다. <http://www.musee-orsay.fr/fr/collections/catalogue-des-oeuvres/notice.html?nnumid=345;> <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9D02EFDF143AEF33A25750C0A9619C9468>

들은 그 이익을 조금도 향유하지 못하였다.

밀레와 같은 사례는 미술작가들의 세계에서 드물지 않은 일이다. 가령 캐나다 작가 Tony Urquhart의 사례도 미술작가들의 작품활동에 대한 기여에 대한 경제적 보상이 얼마나 미약한지를 잘 보여준다.²⁷⁸⁾ 그의 작품 'The Earth Returns to Life'를 1958년 \$250에 최



초로 판매하였는데, 이 작품은 51년이 지난 2009년 Heffle Fine Art 경매에서 약 \$10,000에 재판매되었다. 그의 미디어 작품 'Instrument of Torture'는 1959년 \$150에 최초로 판매되었으나 2009년 경매에서 \$4,500에 낙찰되었다. 물론 추급권이 적용되지 않았기 때문에 Urquhart는 그의 작품의 첫 판매가 외에는 추가로 얻은 경제적 이득이 없었다. 대부분 미술작가의 작품은 처음 판매될 때로부터 일정 시간이 지나 작가의 인생을 통해 업적과 경륜이 축적된 후라야 작품의 가치가 높게 평가되며, 미술작가와 그 가족은 작품의 최초 판매 수익으로만 생활해야 하는 것이 현실이다.²⁷⁹⁾

밀레의 작품 만종(L'Angelus). 1858년작.

2. 연혁

19세기 말엽의 프랑스, 특히 파리의 미술품 시장에서 미술작가의 사회경제적 지위는 극도로 취약하였다.²⁸⁰⁾ 특히 미술작품이 일단 판매된 이후에는 미술작가가 그 작품으로부터 추가적 수익을 창출할 수 없는 미술저작물의 특수성이 근본적인 문제였다. 저작권 제도의 이러한 모순은 당시 프랑스 사회에서 미술작가의 권익을 보호하기 위한 치열한 논의로 이어졌고, 긴 사회적 논의가 결실을 맺은 것이 추급권(Droit de Suite) 제도이다. 프랑스는

9FD7CF; <http://www.musee-peintres-barbizon.fr/library/Dossier-de-presse-L-Angelus>

278) Mhum Budi Agus Riswandi SH, *Legalization of Artists' Resale Right (Droit De Suite) as the Protection System and Incentive Indonesia Painting*, 8 Res. World 91, 97 (2017).

279) 이는 이론적으로는 저작권의 최초판매이론(first sale doctrine)을 미술저작물에도 그대로 적용하는 경우 발생하는 문제이다. 따라서 추급권을 법제화하는 것은 결국 저작권법 원칙상 최초판매이론의 예외를 인정하는 것이다.

280) Henry Lydiate, *Artist's Resale Right*, Art Mon. 41, 41 (2015).

1920년 이미 판매된 미술저작물의 재판매 가격 중 매우 낮은 비율이나 미술작가에게 지급하도록 하는 추급권을 세계 최초로 법제화한 「미술가를 위한 미술품의 공매에 요금을 과하는 법률」을 제정하였다.²⁸¹⁾ 도입 당시의 추급권은 미술품 거래상의 전체 거래액(overall turnover) 중 일부를 징수하는 특별세 형태였고, 징수된 재원을 미술가들을 위한 사회복지기금의 형태로 사용하였다.²⁸²⁾ 1920년 5월 20일 최초로 법제화된 추급권은 1922년과 1957년 두 차례에 걸쳐 개정되어, 프랑스 지적소유권법 제2편 '저작자의 권리' 제2장 '재산에 관한 권리' 중 제 122조의 8에서 규정해 왔으나, 이후 '원저작물의 저작자의 이익을 위한 추급권에 관한 유럽의회 및 이사회의 2001/84/EC지침에 따라 2006년에 다시 한번 개정되었다.²⁸³⁾

프랑스에서 최초로 도입된 추급권은 베른협약(Berne Convention) 가입국 중 유럽의 주요국가들을 중심으로 법제화되기 시작하였다.²⁸⁴⁾ 베른협약은 1886년에 처음 체결되었으나, 추급권 조항이 추가된 것은 1948년이였다. 이는 프랑스와 같은 대륙법계 국가들과는 달리 영국 등 보통법(common law) 국가들은 본질적으로 저작권재산권 이외에 저작인격권 속성을 지닌 추급권 개념을 수용하기를 주저했기 때문이다.²⁸⁵⁾ 또한 베른협약은 추급권의 '징수절차와 금액은 각국의 입법으로 결정할 사항'으로 규정하여 추급권 도입을 강제하지 않고 있다.²⁸⁶⁾ 하지만 이는 유럽연합, 남미 13개국, 아프리카 16개국, 호주, 필리핀, 러시아 등 81개국에 추급권의 필요성을 알리는 계기가 되었다.²⁸⁷⁾ 우리나라는 1996년에 베른협약에 가입했지만, 추급권 법제화는 현재까지 구체적으로 공론화되지 않고 있다.²⁸⁸⁾

추급권 도입을 강제하지 않는 베른협약의 태도로 인해 영국도 2005년까지 추급권을 도

281) 이준형. (2008). 문화예술 시장과 법적제도적 규제: 경매 시장과 추급권에 관한 최근 프랑스의 논의를 중심으로. 문화정책논총, 20, p.91.

282) Rita E. Hauser, *The French Droit de Suite: The Problem of Protection for the Underprivileged Artist under the Copyright Law*, 11 Copyr. Law Symp. ASCAP 1, 57 (1959). 김원오. (2007). "EU 및 그 주요 회원국의 추급권 입법 동향". 법학연구, 10(4), p.7.에서 재인용. 이에 따르면 제1차 세계대전에서 사망한 예술가들의 미망인을 돕기 위하여 추급권이 도입되었다고 한다. 다만 이러한 역사적 상황은 추급권의 본격적인 논의를 촉발시킨 한 가지 계기에 해당하며, 근본적으로는 미술작가들 자신의 열악한 경제상황이 이러한 입법논의를 지속시킨 원인이었다. Lydiate, *supra* note 9 at 41.참조.

283) 이준형. (2008). 전계논문, p.91.

284) 김영림. (2014). "미술저작자 사후 추급권 귀속의 인적범위. 국제법무, 6(2), p.136

285) Jennifer B Pfeffer, *The Costs and Legal Impracticalities Facing Implementation of the European Union's Droit de Suite Directive in the United Kingdom*, 24 Northwest. J. Int. Law Bus. 533561, 537538 (2004). 대륙법계가 저작인격권을 중시하는 반면, 영미법계에서는 저작권재산권을 중심으로 저작권법 체계를 구성하는 것이 특징이다. 영국뿐 아니라 미국도 베른협약에 규정된 저작인격권 개념을 수용하는 데 긴 시간이 소요되었고, 아직까지도 대륙법계의 저작권법보다 저작인격권 보호에 소홀한 것이 현실이다.

286) Art.14ter (3). Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as amended on September 28, 1979, (1886), http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283698#P174_33037 (last visited Oct 1, 2017).

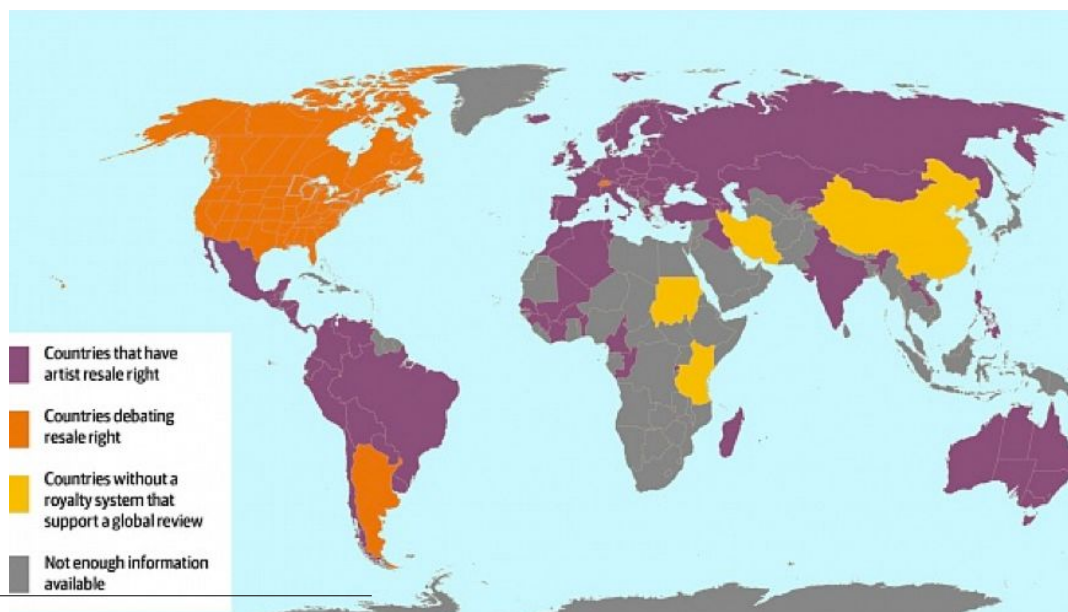
287) Henry Lydiate (2015). 전계서, p.390.

288) 다만 한-EU 자유무역협정(FTA)이 발효된 2011년 7월 1일로부터 2년 이내에 추급권 도입 논의를 재개하기로 하였으나 아직까지 본격적인 입법논의가 이루어지지 못하였다.

입하지 않는 등, 단일시장을 표방하는 유럽연합(EU)이 역설적으로 추급권 도입에 소극적인 시기가 있었다.²⁸⁹⁾ 이러한 상황을 해결하기 위해 유럽의회와 이사회는 추급권 인정에 관한 기준을 설정하는 2001/84/EC 지침을 2001년 9월 27일 브뤼셀에서 채택하였고,²⁹⁰⁾ 이 지침에 따라 각 회원국은 2006년 1월 1일 이전에 필요한 법률, 규칙 및 행정적 규정을 발효시켜야 하였다.²⁹¹⁾ 2001/84/EC 지침은 추급권 도입을 강제하면서도 그 운영에 관한 내용은 각국의 국내법으로 정하도록 하였다.²⁹²⁾

3. 각국의 추급권 도입 현황

2001/84/EC 지침을 기준으로 영국을 비롯하여 2005년까지 추급권을 도입하지 않고 있던 유럽연합 내 회원국들이 추급권을 도입하였고, 그 외 상당수의 국가들이 그 취지에 공감하여 추급권을 도입하였다. 2013년 미국 저작권위원회의 보고서 및 2014년 CISAC, EVA, GESAC이 공동 작성한 추급권 브로셔에 따르면 현재까지 추급권을 도입한 국가는 70개국 이상이다. ²⁹³⁾ 추급권을 도입한 주요 국가는 아래와 같다.²⁹⁴⁾



289) 김영림. (2014). 전계서, p.136. 영국은 중국이 세계적인 미술시장으로 부상하기 전까지 세계 2위 규모의 미술시장이었다.

290) Directive 2001/84/EC

291) 김원오. (2007). 전계서, p.9

292) 김영림. (2014). 전계서, p.137

293) US Copyright Office (2013). Resale Royalties: An Updated Analysis, p.17; CISAC-EVA-GESAC (2014). What is the Artist's Resale Right, resale-right.org, p.2. 이들 세 단체의 공식 명칭은 다음과 같다. CISAC: Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (International Confederation of Societies of Authors and Composers, 국제작가 및 작곡가 협회연합); EVA: European Visual Artists (유럽 시각예술가 단체); GESAC: Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (European Grouping of Societies of Authors and Composers, 유럽작가 및 작곡가 단체)

294) CISAC-EVA-GESAC (2014). 전계서, p.5

알바니아, 알제리, 아르메니아, 오스트레일리아, 오스트리아, 아제르바이잔, 벨기에, 베닝, 볼리비아, 보스니아, 브라질, 불가리아, 부르키나파소, 카메룬, 차드, 칠레, 콩고, 코모로, 코스타리카, 코트디부아르, 크로아티아, 체코, 덴마크, 지부티, 도미니카, 에콰도르, 엘살바도르, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 조지아, 독일, 그리스, 과테말라, 기니비사우, 온두라스, 헝가리, 아일랜드, 인도, 아이슬란드, 이태리, 라트비아, 리히텐슈타인공국, 리투아니아, 룩셈부르크, 마다가스카르, 말리, 몰타, 모리셔스, 멕시코, 모나코, 몬테네그로, 네덜란드, 니카라과, 나이지리아, 노르웨이, 파나마, 페루, 필리핀, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 러시아, 세네갈, 세르비아, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인, 스웨덴, 유고슬라비아 공화국, 토고, 튀니지, 터키, 영국, 우루과이, 우즈베키스탄, 베네수엘라, 미국(캘리포니아 주).

추급권이 도입되었거나 도입을 논의 중인 국가 현황. 출처: Art Newspaper (2015)

2014년 CISAC과 EVA는 시각예술의 추급권 도입에 관한 캠페인을 시작하였다.²⁹⁵⁾ 미술시장이 글로벌화 되면서 추급권 도입의 필요성이 더욱 커지고 있기 때문이다. 이 캠페인을 주도하는 EVA는 현재 15,000명 이상으로부터 추급권 도입을 찬성하는 서명을 받았다. 이 캠페인의 활성화로 세계지식재산권기구(World IP Organization, WIPO)가 추급권 도입에 적극 나서게 되었고, 2015년 WIPO의 저작권 및 저작권접권 작업반의 논의를 계기로 추급권을 세계 모든 지역에 전파하기 위해 이를 WIPO의 공식 아젠다 항목으로 설정하였다.²⁹⁶⁾

4. 미(未)도입국의 추급권 입법 논의

세계 최대의 미술시장인 미국은 아직까지 추급권을 전면적으로 도입하지 않고 있으며, 한편으로는 이러한 미국의 태도가 추급권을 도입하지 않은 국가들에서 반대론이 대두하는 근거가 되기도 한다. 다만 미국의 소극적인 태도는 연방 차원의 추급권 입법에 대한 것이며, 캘리포니아주는 주법으로 추급권을 도입한 상태이다.²⁹⁷⁾ 캘리포니아주에서 추급권이 도입된 것은 화가인 로버트 라우셴버그(Robert Rauschenberg)의 영향이 컸다. 그는 자신의 그림 'Thaw'를 판매한 지 10년 후에 약 100배 작품 가격이 오른 것을 보고 분노하여 추급권 추진운동을 전개하였다.²⁹⁸⁾ 이 사건을 계기로 캘리포니아 주에서는 1976년 캘리포니아 재판매법(California Resale Royalty Act)이 통과되어 미국에서 현재까지 유일하게 추급권을 인정하는 주가 되었다. ²⁹⁹⁾ 그러나 주법이 가지는 한계 때문에 연방법으로 추급권을 도입할

295) Henry Lydiate (2015). 전계서, p.390.

296) Henry Lydiate (2015). 전계서, p.390.

297) US Copyright Office (2013). 전계서 p.20-23

298) Ralph E. Lerner, Judith Bresler, *Art Law (3rd ed.)*, Practising Law Institute, 2005, p.133: 김영림. (2014). 전계서, p.137 에서 재인용

필요성이 지속적으로 제기되어 왔고, 1978년 Waxman법안을 시작으로, 1986년 Kennedy-Markey 법안, 1992년 US Copyright Office의 보고서, 2011년 EVAA법안, 2013년 US Copyright Office의 보고서 개정판, 그리고 2014년 American Royalties Too Act까지 연방법으로서의 추급권 도입 시도가 계속되고 있다.³⁰⁰⁾

한-EU FTA 협상 과정 중 유럽연합 대표부는 우리 정부에 추급권 도입을 요구하였고, 우리 대표부는 추급권 도입을 결정하는 데에 상당한 시간과 연구가 필요하다는 점을 피력하여, 결국 추급권의 도입이 한-EU FTA 최종 협정문에 포함되지는 않았다. 그러나 2011년 7월 1일 한-EU FTA가 발효한 이후 2년 내인 2013년까지 추급권 도입 여부를 재논의하기로 하였는데, 현재에 이르기까지 추급권에 관한 구체적인 공론화는 아직 진행되지 않고 있다.³⁰¹⁾

세계적으로 추급권에 대한 연구동향은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는, 이미 추급권을 도입한 국가 또는 지역에서 그 경제적 성과, 시장에 미칠 부정적 영향에 대한 모니터링 차원에서 수행되는 연구들이다. 예를 들어, 영국에서는 현재 시행되고 있는 추급권 모델에 관한 연구, 성공적인 추급권 제도 정착을 위한 역량과 평가방법에 관한 연구 등을 진행 중이다.³⁰²⁾ 둘째는, 추급권을 아직 도입하지 않은 국가들이 입법연구 차원에서 수행하는 연구들이다. 가령 캐나다에서는 캐나다 저작권법에 추급권을 포함시키려는 노력의 일환으로 캐나다 전문 예술인 협회 CARFAC(Le Front des Artistes Canadiens) 및 RAAV(Regroupment des Artistes en Arts Visuels du Quebec)에서 추급권 도입에 관한 연구를 진행 중이다.³⁰³⁾

5. 추급권 도입 찬성론 및 반대론

추급권은 저작권 분야의 최초판매 원칙(first sale doctrine)의 예외로서 대부분 도입 국가의 입법과정에서 찬반 양론의 대립이 있었다. 연방 차원의 추급권 도입 여부를 두고 큰 진통을 겪어 온 미국에서는 연방저작권법상으로는 미술품 거래시장에서의 협상력 관점에서 미술작가의 지위가 현저히 낮으므로 이들을 특별히 보호해야 한다는 점, 이를 위해 추가적

299) 미국에서는 주법보다 연방법이 우선하는 이른바 preemption이 기본 원칙이지만, 연방법에 공백(gap)이 존재한다면 그 공백을 메우기 위한 주법의 적용은 허용된다. PM Group Life Ins. Co. v. W. Growers Assurance Trust, 953 F.2d 543, 546 (9th Cir. 1992). 이러한 이유로 제9연방항소법원은 1980년 Morseburg 사건에서 캘리포니아 주법으로 추급권을 규정한 것이 연방저작권법에 저촉되는 것이 아님을 분명히 하였다. 이에 따르면, 1909년 연방저작권법이 추급권을 규정하지 않았지만, 추급권에 대한 적대감(hostility)을 표현하지도 않았고, 이 사건의 사실관계를 판단해 볼 때 추급권으로 인해 미술작품의 재판매가 허용할 수 없는 수준으로 제한되는 것도 아니다. 결국 핵심적인 질문은 주법이 연방법이 다루는 사항을 중복하여 다루고 있는지 여부가 아니라, 연방법과 주법이 조화롭게 기능하고 있는가의 여부이다. Morseburg v. Balyon, 621 F.2d 972, 977-78 (9th Cir. 1980)

300) 김경숙. (2015). 미국에서 추급권 도입을 위한 논의의 동향, 고려법학, 76, 고려대학교 법학연구원, p.29

301) 이상정. (2016). 미래 저작권 정책방향 수립을 위한 연구. 한국저작권위원회, p.96

302) Budi Agus Riswandi, S.H., M. Hum (2017), Legalization of artists' resale right (Droit de Suite) as the protection system and incentive Indonesia painting, Journal of Arts Science & Commerce, vol.8, Issue.1, p.97. 추급권을 확산시키기 위한 연구는 호주에서도 활발히 진행되고 있다. 자세한 내용은 다음 웹사이트 문서들 참조. <https://www.artslaw.com.au>; <http://www.resaleroyalty.org.au>

303) 자세한 내용은 다음 웹사이트 문서들 참조. <http://www.carfac.ca/blog/sections/news/artists-resale-right>; <https://www.raav.org>

인 보상을 지급하여 그들의 작품 활동을 장려해야 한다는 점, 세계적인 추세에 따라 장기적 관점에서 미술품 시장이 추급권 도입으로 성장할 것을 기대할 수 있다는 점 등이 추급권 도입 찬성론의 근거로 제시되고 있다.³⁰⁴⁾ 한편 추급권 도입 반대론으로는, 추급권 도입이 미술품 시장의 생태계를 파괴할 것이라거나, 최초 거래가를 더 낮추게 되어 미술작가 업계에서 부익부빈익빈 현상을 심화시킬 뿐이라거나, 현실적으로 추급권을 강제할 방법이 없다는 주장 등이 있다.³⁰⁵⁾

한-EU FTA의 영향으로 추급권에 대한 인식이 고조되던 시기인 2011년 한국저작권위원회는 “추급권 관련 인식현황 실태조사”를 실시하였는데, 이는 미술업계 이해관계자를 대상으로 한 방대한 설문조사 및 분석 연구였다. 이 연구는 추급권 도입의 경제적성과 등을 구체적으로 보여주지는 않았으나, 국내에서 추급권에 대한 업계의 인식의 정도와 추급권 도입의 찬성 및 반대에 관한 여론을 개관할 수 있게 해 주었다. 당시 조사에서 국내 미술시장 구성 영역은 크게 미술품의 창작영역, 유통영역, 소비영역으로 나뉘었고, 창작영역은 다시 미술작가와 사진작가로, 유통영역은 화랑, 경매회사, 아트페어로, 공공영역은 국립 및 사립 미술관으로 분류되었고, 예비작가 군으로 분류된 학생들 또한 조사의 대상으로 포함되었다. 조사표본수는 창작영역 420명, 유통영역 170명, 공공영역 60명, 예비작가 군이 100명이었다.³⁰⁶⁾

이 조사에서 추급권 도입에 찬성하는 비율이 전체 80.3%였는데, 작가 영역에서는 미술작가와 사진작가를 통틀어 총 90.1%의 찬성률을 보였으며, 예비작가는 94.3%, 국립미술관 및 사립미술관을 통틀어 공공영역은 69.8%의 찬성률을 나타냈는데, 유통영역의 찬성비율은 아트페어의 100% 찬성률에 비하여, 화랑과 경매회사의 찬성률이 각각 34%, 28.6%로 상반된 결과를 보여주었다.³⁰⁷⁾ 이 조사 결과를 통해 추급권의 도입에 대한 저작자 중심의 창작영역과 유통영역의 극명한 입장 차이를 확인할 수 있다.

위 조사결과를 통해서도 유추할 수 있듯이, 추급권 찬성론은 창작의 가치와 저작자의 권리를 가장 중요한 판단 기준으로 삼고 있다. 창작, 공공, 유통영역을 막론하고 추급권 시행이 '창작활동 활성화에 기여'할 것을 기대하는 것이다. 추급권은 저작자가 창작 활동에 더 매진할 수 있도록 동기를 부여하고, 이것은 결과적으로 더욱 풍성한 예술적 유산을 낳는데 기여한다는 판단이다.³⁰⁸⁾ 또한 추급권 찬성론은 위에서 언급된 바와 같이 미술 저작물의 특수성을 매우 중요한 근거로 삼고 있다. 어문, 영상, 음악 저작물의 저작자들은 복제권, 공연권, 배포권, 2차적 저작물 작성권 등 저작물의 이용 허락을 바탕으로 하는 저작재산권의 행사를 통해 비교적 용이하게 부가적인 경제적 수익을 얻을 수 있다. 반면, 미술 저작자들은 저작물이 최초로 판매된 이후에 어떠한 추가적인 경제적 이익을 기대하기 어렵다. 추급권은 미술 저작물의 특수성으로 인해 여타 저작물의 저작자들과 미술 저작자들 사이에서

304) Anna J. Mitran (2016), Royalties too?: exploring resale royalties for new media art, Cornell Law Review, col.101, p.1364-1367.

305) Anna J. Mitran (2016), 전게서, p.1367-1371.

306) 한국저작권위원회 (2011), 추급권 관련 인식 현황 실태조사, p.4.

307) 상게서, p.79.

308) Henry Hansmann & Marina Santilli, Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers, 25 J. CULTURAL ECON. 259, 265 (2001) : 박경신. (2016). 미술시장의 비밀 준수 관행 및 추급권의 실효성 확보 방안에 관한 재고, 정보법학, 20(1), p.88에서 재인용

발생하는 이 같은 간극을 좁혀주는 장치가 된다는 의견이다.

한편 한국저작권위원회의 조사에서 창작영역 및 공공영역에 비해 유통영역에서 추급권을 찬성하는 비율이 매우 낮게 나타났다. 유통영역에서 추급권 도입을 반대하는 가장 중요한 이유로 44.2%의 응답자는 '작품의 음성거래 활성화'를 들었고, '작품의 원활한 유통을 방해'한다는 이유를 든 응답자가 다음으로 높은 비율을 차지하였다.³⁰⁹⁾ 추급권의 도입으로 인해 미술품의 거래가 투명하게 이루어질 수밖에 없는 상황이 오히려 수요자들에게는 부담으로 작용하게 되고,³¹⁰⁾ 따라서 추급권 도입이 미술시장의 위축을 불러올 수 있다는 예측인 것이다. 이처럼 유통업계의 현실을 고려하여 추급권을 반대하는 논거는 여러 나라에서 찾아볼 수 있다. 오늘날 미술시장이 갈수록 글로벌화 되는 점을 고려하면서, 한편으로는 각국의 시장특성을 고려한 입법논의가 이루어져야 할 것이다. 세계 최대의 미술시장인 미국에서 연방 차원의 추급권 도입이 계속 무산되어 온 것은 다양한 정치적 이유와 유통업계의 반발 등으로 설명할 수 있겠지만, 법사상적으로는 예술법의 대가로 스탠포드 대학 교수였던 메리만(John Henry Merryman)과 그 지지자들의 강력한 추급권 반대론도 빼 놓을 수 없다.³¹¹⁾

메리만에 따르면 추급권은 “악한 명분을 지지하는, 정보부재의(uninformed) 선한 의도”의 교과서적 사례이다.³¹²⁾ 그의 추급권 반대론은 4개의 근본적인 질문에 대한 답변 형식으로 전개되었다. (1) 추급권에 대한 찬성 혹은 반대 주장들은 무엇인가? (2) 이러한 주장들은 얼마나 타당한가? (3) 추급권은 그 도입국에서 어떤 역할을 했는가? (4) 현실 거래에 추급권이 적용됨으로써 누가 이익을 보고 누가 손해를 입었는가? 이러한 질문에 대한 답을 하기 전, 메리만은 수십 년간 예술법 교수이자 세계적으로 활동했던 현대미술 딜러인 아내 낸시(Nancy Merryman)의 남편으로서 경험적 관찰을 근거로 현대 미술계(art world)의 특징을 설명하였다.³¹³⁾ 메리만에 따르면 미술계의 주요 구성원은 작가(artists)뿐 아니라, 거래상(dealers), 경매상(auctioneers), 수집상(collectors), 박물관(museums), 그리고 이들의 전문인력, 역사가(historians), 미술비평가(art critics), 미술언론(art press)이다. 이 미술계에서 미술작품이 거래되는 곳이 미술시장(art market)이며, 미술계는 하나의 생태계(ecology)를 구성하고 있으므로, 미술정책은 그 생태계의 구성원 전체에 미치는 영향을 고려하여야 한다. 미술시장은 일차시장(primary market)과 이차시장(secondary market)으로 나눌 수 있는데, 전자는 최초판매(first sale) 시장이며, 후자는 재판매(resale) 시장이다. 미술작가들의 주된 소득원은 일차시장으로서, 친구나 지인, 방문객에게, 또는 아트페어에서 직접 작품을 판매하거나, 거래상을 통해 간접적으로 작품을 판매한다. 거래상은 대개 작가의 작품들을 위탁매매(consignment) 형식으로 보유하고, 판매시에 커미션을 받는다. 거래상은 단순히 판매만 하는 것이 아니라 작가의 작품과 명성을 비평가, 언론, 수집상, 박물관에

309) 한국저작권위원회, 추급권 관련 인식 현황 실태조사, 2011, p.56.

310) 헤럴드 경제, 2007. 7. 19

311) John Henry Merryman, *The Wrath of Robert Rauschenberg*, 41 AM. J. COMP. L. (1993). 메리만의 이 논문은 프랑스의 화랑 사업가인 Liliane Fawcett 백작부인의 박사학위 논문에서 주장된 추급권 찬성론을 반박하는 형식으로 기술되었다. 메리만이 분석하여 비판한 위 논문은 다음과 같다: de Pierredon-Fawcett, Liliane. *The droit de suite in literary and artistic property: a comparative law study*. Columbia Univ Law School, 1991. (원본은 불어로 작성된 박사학위 논문이며, 이를 Louise Martine-Valiquette가 영역하였다.)

312) 해당 원문은 다음과 같다: “a textbook example of uninformed good intentions in support of a bad cause”

313) John Henry Merryman, 전게서, pp.105-107

홍보해야 성공할 수 있다. 가장 효율적인 수단은 화랑 전시회를 개최하는 것이다. 다만 일차시장에서만 사업을 하는 거래상은 곧 사업을 접을 수밖에 없다. 작품의 최초판매 수익으로 거래상이 투자한 비용을 회수하기 어렵기 때문이다. 이차적 시장의 핵심 주체는 경매소(auction houses)이다. 이들은 수집자, 박물관, 거래상으로부터 작품을 위탁매매 형식으로 획득한다. 이들의 거래는 공식적으로 기록 및 문서화되고, 거래가격은 투명하게 공개된다. 거래상들은 이차시장에서도 활발하게 활동하며, 상당수의 거래상은 오직 이차시장에서만 활동한다. 미국에서 활동 중인 수십만 미술작가 중에 약 이백 명에서 삼백 명 정도만 이차시장을 확보하고 있는데, 이들은 모두 이미 성공한 엘리트 작가들이다. 대다수의 미술작가들은 이차시장으로부터 차단되어 있다. 경매소와 거래상은 이들 작품이 재판매되기 어렵고, 설령 재판매가 일어나더라도 투자비용을 회수하기에는 커미션이 너무 작다는 것을 알고 있기 때문이다. 따라서 메리만의 주장에 따르자면 대부분 현역 미술작가들의 현실적 소득원은 일차시장이다.

메리만은 이러한 관찰을 근거로 추급권 찬성론은 현실을 무시한 민간전승(folklore) 내지 신화(mythology)에 지나지 않는다고 강변한다.³¹⁴⁾ 과거 프랑스에서 인상주의화가(Impressionists)의 작품을 구매한 이들은 모험심 강한 수집상이나 거래상이었는데, 이들의 행동은 순수한 예술적 관심과 해당 작가를 성공시키고 싶은 욕구에 기인한 것이었다. 하지만 이렇게 후원을 받은 작가들 중 상당수는 성공하지 못했고, 모네(Monet)와 르느와르(Renoir) 같은 성공한 소수의 작가들은 안락하고 부유한 여생을 보냈다. 이러한 관찰은 Pierredon-Fawcett 등의 추급권 찬성론자가 주장하는 “천재적 창작자의 빈곤과 그들의 작품을 거래한 이들의 부유함 사이의 충격적인 불균형(the shocking disparity between the poverty of creators of genius and the enrichment of those who traded in their works)” 논리와는 상반된 것이다.³¹⁵⁾ 일부 미술작가들은 30대에 젊은 나이에도 수천만불의 소득을 올리고 있는 현대의 미국 미술시장에서는 더더욱 가난한 예술가(starving artist)에 대한 진지한 논의가 어렵다. 비평가, 거래상, 큐레이터, 수집상들은 늘 새로운 인재를 물색하고 스카우트하기 때문에 미처 발견되지 않은 천재가 존재하기 어렵다.³¹⁶⁾ 유통업체들은 재능 있는 미술작가를 영입하기 위해 경쟁하며, 이러한 시장 메커니즘에 의해 미술작품의 재판매 가격이 정해진다. 따라서 메리만의 관점에서 추급권은 미술시장의 경제적 메커니즘을 왜곡시키는 불합리하고 비현실적인 정책도구인 셈이다.

메리만의 추급권 반대론은 많은 학자와 실무가들에게 영향을 준 것으로 보인다. 가령 부시(Alexander Bussey)는 메리만의 논거들을 대부분 수용하고 정교화하여 추급권 반대론을 제시하고 있다. 그에 따르면 추급권은 저작권의 본질에 대한 인격이론(personality theory), 공리주의이론(utilitarian theory), 노동가치설(labor theory) 중 어느 이론으로도 정당화되지 않는다.³¹⁷⁾ 특히 이 주장에 의하면 보통법(Common Law) 상의 저작권법은 공리주의에 기반을 두고 저작인격권보다는 저작재산권을 강조하므로 추급권을 수용하기 어려운 측면이 있다.³¹⁸⁾ 추급권을 도입한 많은 대륙법계 국가에서 이를 저작인격권에 가까운 일신전속권으로 법제화하였지만, 공리주의를 기반으로 저작재산권을 주로 강조하는 영미법계

314) John Henry Merryman, 전게서, p.107.

315) John Henry Merryman, 전게서, p.108.

316) John Henry Merryman, 전게서, p.109. 메리만에 따르면 피카소(Picasso), 샤갈(Chagall), 미로(Miro), 워홀(Warhol) 등은 막대한 재산을 축적하고 큰 유산을 남긴 부호였으며, 생존 작가들 중에도 상당수가 부유한 삶을 살고 있다.

317) Alexander Bussey, 전게서, 1093-1102.

에서는 추급권 도입의 명분이 줄어들어든다는 것이다. 이주장에 따르면, 영미 저작권법상 공리주의 이론은 독점배타권을 새로운 창작의 인센티브로 보는 반면, 아래 소개되는 경제학적 분석들은 추급권이 새로운 창작의 인센티브가 되지 못하고 오히려 창작을 저해하는 요소임을 밝혔다(319)

경제학적 분석결과를 근거로 추급권 반대론을 주장하는 이들도 있다. 가령 커스타인(Kirstein)과 슈미첸(Schmidtchen)은 추급권이 “미술작가들을 더 열악한 지위에 처하게 한다(places the artists in a worse position)”고 주장하였다.³²⁰⁾ 이들의 연구는 미술작품의 최초 거래 시에 합리적인 거래상(rational dealer)이라면 원래 지불하고자 했던 작품 가격에서 장래에 예상되는 재판매 로열티의 현재가치를 공제한 가격을 지불할 것이라는 경제학적 가정을 토대로 수행된 것이다.³²¹⁾ 이들은 나아가 미술작가들의 위험회피(risk aversion) 성향까지 고려할 경우 추급권 도입으로 인한 미술작가 인생 전체의 효용(utility)은 더 떨어진다고 분석하였다.³²²⁾ 또 다른 경제학적 연구는 “가격결정자(price setter)-가격수용자(price taker)” 모형을 기반으로 추급권 제도가 소비자잉여(consumer surplus)와 사회적후생(social welfare)을 감소시킨다고 분석하였다.³²³⁾ 이 분석에 따르면

318) Alexander Bussey, 전게서, 1088-1089.

319) Alexander Bussey, 전게서, 1088.

320) Roland Kirstein and Dieter Schmidtchen, Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive, CSLE Discussion Paper, No. 2000-07(2000), p.9, http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/2000-07_dds4.pdf

321) Roland Kirstein and Dieter Schmidtchen, 상게서. p.7.

322) Roland Kirstein and Dieter Schmidtchen, 전게서. p.14-16. 커스타인과 슈미첸은 이러한 현상을 “위험회피의 역설(paradox of risk-aversion)”이라 부르고 있다. 전계 논문의 내용을 본 연구진이 다른 방식으로 설명하면 다음과 같다: 추급권 제도가 도입된 미술시장에서 미술작가가 한 작품의 최초판매로 얻을 수 있는 소득을 “A”라 하면, 이는 추급권이 없는 상태(혹은 추급권을 포기한 상태)에서 얻을 수 있는 소득보다는 적은 금액이다(위 본문의 “합리적 거래상” 가설). 그 차액을 “B”라 하면, 결국 추급권이 없거나 이를 포기한 상태에서 미술작가가 해당 작품의 최초판매로 얻을 수 있는 소득은 “A+B”가 된다(이 금액을 “C”라 하자. 즉 $A+B=C$). 추급권 제도의 정당성은 미래에 해당 작품으로 얻게 될 추급료의 현재가치(이를 “D”라 하자)가 B보다 큰 경우 확보된다. 즉 “ $B < D$ ”인 경우이다. 여기서 중요한 것은 D가 확정된 금액이 아니라 해당 작품의 미래가치(이것을 “E”라 하자)에 상응하는 추급료의 현재가치라는 점이다. 결국 D를 결정하는 것은 E인데, 다만 E를 예측하는 작업이 만만치 않다. 예를 들어, 현재 그 작품이 20만원에 팔렸고 30년이 지난 후 10만원에 재판매 될 가능성이 50%, 1억 원에 재판매 될 가능성이 50%라 하자. 이 경우 E는 5,005만원이 되고, 미술작가는 5,005만원에 상응하는 추급료를 얻게 된다. 그 추급료를 30년이라는 기간을 고려하여 할인한 현재가치가 D이다. 30년 후 그 작품이 얼마에 재판매 될지, 그 확률은 얼마일지 파악하는 것은 사실상 불가능하다. 다만 어떻게든 “ $B < D$ ”라는 결론을 내릴 수 있다고 가정할 때, 커스타인과 슈미첸의 위험회피의 역설이 작동한다. 합리적 계산을 통해 D가 B보다 월등히 크게 파악되더라도, 위험회피 성향의 미술작가라면 현재의 더 작은 가치인 B를 확실히 얻는 것을 선호할 것이기 때문이다. 따라서 추급권은 사실상 복권(lottery)의 성격을 띠는 것이다. 커스타인과 슈미첸은 작품 활동에만 몰두하는 미술작가들을 위험회피 성향으로 가정하였다. 따라서 미술작가들은 미래의 D가 더 크더라도 일정 수준의 실패할 위험이 공존하고 있으므로 차라리 현재 확실히 얻을 수 있는 더 작은 B를 선호하게 된다. 일반적인 재산권 시스템이라면 미술작가들이 위험회피 성향에 따라 추급권을 포기하고 더 작지만 확실한 현재가치를 선택할 것이다. 그러나 추급권 제도가 포기할 수 없는 권리로 입법화된 많은 나라에서라면, 미술작가의 인생 전체에 걸친 기대소득은 제도 도입 이전보다 커지더라도 그가 누리는 경제적 효용은 더 작아지게 된다. 이것이 추급권 제도 하에서의 위험회피의 역설이다. 결국 미술작가가 위험회피(risk aversion) 성향을 가진다고 가정하면, 추급권 제도 하에서 미술작가 인생의 총 효용은 감소하게 된다.

323) Wang, Gyu Ho. "The resale royalty right and its economic effects." Journal of Economic Research 15.2 (2010): 171-182.

추급권 제도는 결국 성공한 미술작가에게는 유익하지만, 그 반대급부는 젊은 미술작가들과 소비자들의 이익이 감소하는 것이다.

6. 추급권 도입의 사회경제적 효과

위에서 살펴본 추급권 도입 반대론이 매우 정교하고 강력하지만, 1920년 프랑스가 추급권을 처음 법제화 한 이후 EU와 아프리카, 중남미에서 진행된 많은 입법논의들은 추급권 도입의 유익과 현실적인 필요성이 충분하다는 주장에 점차 힘이 실리는 방향으로 전개되었고, 특히 유럽의회와 이사회가 2001/84/EC 지침을 채택하여 2006년 1월 1일 이전에 유럽연합 각 회원국들이 추급권 관련 법률과 규칙, 규정을 발효시키도록 한 이후로 이러한 경향이 한층 가속화되었다.³²⁴⁾ 이후 5년이 지난 2011년 유럽연합 집행위원회(European Commission)가 2001/84/EC 지침 채택 이후 추급권 도입으로 인한 효과를 분석한 보고서³²⁵⁾를 발표하였다. 이 보고서는 유럽연합 내 추급권 도입으로 인해 세계 미술 시장에서 유럽연합이 차지하는 점유율이 감소할 것이라는 예측을 실질적으로 증명하는 어떠한 인과관계도 명확히 드러나지 않았다고 밝혔다.³²⁶⁾ 최소한 이 보고서를 근거로 하면 추급권 도입이 미술시장을 위축시킬 것이라는 예측은 기우였다.

그로부터 다시 5년이 지난 2016년, 영국에서 추급료 징수 및 분배 등을 관리하고 있는 영국 '디자인 및 예술 저작권 단체'(the Design and Artists Copyright Society, DACS, 이하 'DACs')가 영국 내 추급권 법제화 10주년이 되는 해를 맞이하여 추급권 관련 '백서'(white paper)를 발간하고 영국에서의 추급권 도입 효과를 분석하였다. 이 백서에서는 '테 파프(TEFAF, The European Fine Art Fair)'가 2015년 3월에 발행한 '미술시장 보고서'를 인용하여, 2014년 세계 미술시장이 당시 역대 최고 기록이었던 510억 유로 규모로 성장했으며, 영국 미술시장 역시 전년 대비 17%의 성장세를 보이며 114억 유로 규모로 거래가 이루어졌다고 설명하였다.³²⁷⁾ 그 중에서도, 저작자 사후 70년까지 보호를 받는 추급권이 직접 영향을 끼칠 수 있는 '20세기 이후 창작된' 미술 작품의 영국 시장 규모는 2014년 당시 약 19억 유로였는데, 같은 해에 총 10,046,000 파운드의 추급료가 징수된 것에 비추어보면, 당시 미술 시장 규모 대비 추급료 징수 규모는 0.64%에 불과하다는 것이다. 이 백서에 따르면, 영국 미술 시장은 2006년 추급권 도입 이후로도 꾸준한 성장을 거듭해 왔으며, 추급권

324) 특히 유럽의 추급권 찬성론자들의 지속적인 주장은 이 제도의 상호주의적 성격에 대한 것이다. 즉 베른협약의 규정에 따를 때 추급권은 상호주의적 권리(reciprocal right)로서 미술작가가 국적을 둔 나라와 그의 작품이 거래된 나라가 모두 추급권을 도입하고 있어야만 그러한 미술작품의 국제거래에서 발생하는 추급료를 받을 수 있다는 것이다. 가령 세계 미술시장의 30%를 점하고 있는 최대시장 미국의 경우, 아직 연방차원의 추급권이 인정되지 않으므로 미국 작가는 자신의 작품이 런던이나 파리에서 재판매 되어도 추급권의 혜택을 받지 못한다. 이는 EU 회원국 소속 작가의 작품이 미국에서 거래되는 경우에도 마찬가지이다. CISAC-EVA-GESAC (2014). 전계서 참조.

325) Report from the Commission to the European Parliament, The Council and The European Economic and Social Committee, Report on the Implementation and Effect of the Resale Right Directive (2001/84/EC), December 2011.

326) Report, 각주 35, (2011) : Ten Years of the Artist's Resale Right: Giving artists their fair share, DACS, 2016, p.8 에서 재인용

327) The TEFAF Art Market Report 2015, prepared by Dr. Clare McAndrew, Art Economics, March 2015: DACS. (2016). 상계서, p.8 에서 재인용

의 법제화가 미술시장에 미치는 파급 효과는 극히 미미한 수준이라는 점을 수치로써 구체적으로 설명하고 있다.³²⁸⁾

DACS가 매년 작성하여 발표하는 연간 보고서에 따르면, 2014년 당시 분배된 지급료 총액은 약 9,600,000 파운드에 이른다.³²⁹⁾ 2014년 당시 DACS에서 진행한 조사에 따르면, 지급료를 분배 받은 작가들 중 81%가 분배 받은 지급료를 생활비로 사용하였고, 73%가 작품 창작을 위한 재료를 구입하는 데 사용하였다. 63%의 작가들은 지급료로 작업실 사용료를 지출한 것으로 파악되었다.³³⁰⁾ 결국 분배된 지급료는 작가의 생활과 창작활동에 기본적으로도 필수적인 수입원이며, 작가가 보다 안정적으로 작품을 창작할 수 있는 여건을 만들어 주고 있다. 지급권의 도입이 경제적인 차원에서 미술 작가들의 복지 증진에 일정 부분 기여할 수 있다는 사실을 부인하기 어렵다.

지급권의 국내 도입 필요성을 검토함에 있어서, 이미 지급권을 도입한 나라들이 겪었던 찬성론 및 반대론의 대립을 피할 수는 없다. 한국저작권위원회의 지급권에 대한 인식 현황 조사는 중요한 출발점이다. 이미 살펴본 바와 같이, 국내에서 지급권 도입에 대한 의견은 전체적으로 찬성이 80.3%, 반대가 19.7%였다. 유통영역에서 특히 지급권 도입에 대한 반대론 내지 신중론이 강하게 나타났는데, 지급권의 도입이 오히려 작품의 음성 거래를 활성화하고, 지급권 시행이 요구하는 거래의 투명성이 미술시장에 부담으로 작용하여 위축을 불러올 수 있다는 우려가 지배적이다. 하지만 지급권이 도입되면 작품의 판매 경로 등이 투명해지고, 위작 시비의 가능성을 현저하게 감소시키는 등 미술시장의 건강한 거래 풍토와 토대를 마련하는 데에 중요한 역할을 할 것으로 판단된다. 뿐만 아니라, 영국의 사례에서 볼 수 있듯이 미술 저작자가 창작 활동을 하기 위해서 필요한 기본적인 경제적 기반을 갖추는 데에 지급료의 분배가 상당히 긍정적인 기여를 한다는 점이 확인되기도 하였다. 이처럼 지급권의 도입은 미술저작자 개인의 차원으로나, 미술시장의 구조적 차원, 거시적으로는 더욱 풍요롭고 건강한 예술 창작 생태계의 기반을 닦는 데 있어 도입 필요성이 결코 작지 않다.

또한 앞에서 지급권의 경제적 효과를 부정적으로 분석한 몇몇 연구결과들을 살펴보았으나, 이들 연구결과를 근거로 지급권 도입을 저지하려면 각 연구모형의 경제학적 가정이 타당해야 한다. 그러나 레드(Michael Reddy)가 역설한 것처럼 이러한 경제학적 모형들은 거래상이나 수집상이 오직 투자목적으로 작품을 구입한다고 가정한 반면, 현실의 거래상이나 수집상은 순수한 예술적 매력에 기초하여 작품을 구입하는 경우도 많다는 점을 고려해야 할 것이다.³³¹⁾ 지급권 반대론의 이러한 가정들은 경제주체의 행동이 오직 이윤획득 목적과, 경제적 합리성 등을 근거로 이루어지는 교과서적인 세계를 상정한 것이어서 현실의 미술시장을 있는 그대로 보여주는 데 한계가 있다. 굶주린 예술가(starving artists)는 신화의 세계에 머물러 있지 않고, 미술시장의 기본 요건인 미술작품을 끊임없이 생산하면서도 가난하게 생활해야 하는 안타까운 경제주체로 실재하고 있다. 미술시장이 창출하는 경제적 이윤을 이들 미술작가들이 최소생활을 영위할 수 있는 수준으로라도 분배하지 못하는 것은 시장의 실패(market failure)이며, 이를 조금이나마 해소하는 방안으로 제시된 것이 바로 지급권 제

328) DACS. (2016). 전게서, p.9

329) Annual Review 2016, DACS, p. 11

330) DACS. (2016). 전게서, p.11

331) Michael B. Reddy, 전게서.

도이다.

7. 추급권 입법의 고려요소

추급권 제도의 도입은 세계적인 흐름이며, 구체적 입법의 가이드라인도 100년이 넘도록 이 제도를 고민하며 논의해 온 유럽에서 2001/84/EC 지침을 통해 제시되어 있다. 여기서는 EU가 제시한 위 지침을 참고하여 추급권 제도 설계를 위한 핵심 요소들을 항목별로 살펴보고자 한다. 추급권 도입을 위해 고려해야 할 핵심 요소들은 Liliane Fawcett의 논문 및 이와 유사한 추급권 찬성론 문헌에서 일관된 형태로 언급되고 있다.³³²⁾

(1) 유일한 수익자(beneficiary)로서의 미술저작자

추급권 도입을 고려할 때 가장 기본적인 질문은 추급권 제도를 통해 파생되는 이익을 향유하는 주체가 누구인가 하는 것이다. 추급권의 역사와 그 도입취지를 고려한다면 그에 대한 답은 명약관화하다. 2001/84/EC 지침 제1조는 회원국들은 미술 저작물의 저작자의 이익을 위하여 추급권을 보장해야 하는데, 이 권리는 양도할 수 없고 사전에 포기조차 할 수 없는 권리로서, 저작자가 미술저작물 원본을 최초로 이전한 이후 원본이 재판매됨으로써 발생하는 판매금액을 근간으로 저작자가 이에 대한 로열티를 수령하도록 해야 한다고 규정하고 있다.³³³⁾ 위 조항에서도 알 수 있듯이, 추급권의 수익자로 상정하고 있는 미술작가는 유통업체들과의 계약에서 협상력을 제대로 발휘할 수 없으므로 궁핍이나 강박에 의해 추급권을 포기할 위험을 제거하기 위해 추급권은 양도하거나 포기할 수 없는 일신전속권(inalienable right)으로 구성하여야 한다.³³⁴⁾

(2) 전문중개상(화상, 경매인 등)을 통한 거래에 한정

2001/84/EC 지침은 추급권은 매도인, 매수인으로 판매장 및 화랑과 같은 미술품 전문중개상 및 일반적인 미술품거래상이 관여하는 재판매에 관한 모든 행위에 대하여 적용하여야 한다고 규정하고 있다.³³⁵⁾ 전문 거래상의 거래만 해당되고 개인 간의 사적 거래는 포함

332) de Pierredon-Fawcett, Liliane. The droit de suite in literary and artistic property: a comparative law study. Columbia Univ Law School, 1991. 전계서 참조.

333) Article 1. Subject matter of the resale right 1. Member States shall provide, for the benefit of the author of an original work of art, a resale right, to be defined as an inalienable right, which cannot be waived, even in advance, to receive a royalty based on the sale price obtained for any resale of the work, subsequent to the first transfer of the work by the author., Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art.

334) 김원오. (2007). 전계서, pp.10-11. 다만 추급권의 취지상 미술작가 본인뿐 아니라 그 상속인들의 경제적 이익을 보호해야 할 필요성이 있으므로 그에 대한 상속은 인정된다고 하여야 할 것이다.

335) Directive 2001/84/EC, Art.1.2. The right referred to in paragraph 1 shall apply to all acts of resale involving as sellers, buyers or intermediaries art market professionals, such as salesrooms, art galleries and, in general, any dealers in works of art.

하지 않으며, “모든 재판매행위” 라고 하여 후속적으로 재판매가 이루어질 때마다 추급권이 적용되도록 한다.³³⁶⁾ 개인간의 거래까지 추급권의 적용대상으로 하는 것은 현실적으로 거래여부를 확인할 방법이 마땅치 않고, 설령 추급권 집중관리단체를 통해 거래신고의무를 부여하더라도 지나치게 비용이 많이 들고 실효성이 떨어질 것이다.

(3) 최소 재판매가 및 최소 경과기간

2001/84/EC 지침은 추급권의 적용대상을 결정하는 기준으로서 “최소재판매가(minimum sale price)” 규정을 두도록 의무화하였으며, 그 수준이 3000유로를 초과하지 않도록 제한하였다.³³⁷⁾ 각 EU 회원국이 입법으로 보다 낮은 수준의 최소 재판매가를 설정하는 것은 허용된다. 예를 들면 프랑스는 최소판매가를 750유로로 규정하였다. 국내 추급권 도입시에도 하한선은 추급권 적용으로 인해 보장되는 신규 작가들의 권익과, 추급권 실행에 따른 유통업계의 부담을 비교 검토하여 판단해야 할 것이다(cost-benefit analysis).³³⁸⁾

2001/84/EC 지침은 미술 저작자로부터 최초 판매가 이루어진 이후 최소 3년이 경과하지 않은 재판매에 대해서는 추급권을 적용하지 않을 수 있도록 규정하고 있다.³³⁹⁾ 이는 전문 거래상들이 미술시장에 신규로 진입한 무명의 작가로부터 미술저작물을 구입하여 거래를 활성화할 수 있도록 한 정책적 배려인데,³⁴⁰⁾ 국내 추급권 도입시에도 충분히 고려할 가치가 있을 것이다.

(4) 추급률

추급률은 추급권 제도상 가장 핵심적인 사항이며, 미술작가들이 어느 정도로 추급권의 혜택을 받을 수 있는가를 결정하는 기준이 된다. 이는 한편으로는 유통업계에서 얼마나 추급권으로 인한 부담을 수용할 수 있는지를 기준이기도 하다. 이에 대해 2001/84/EC 지침은 정교한 재판매가격 구간별 추급률을 제시하고 있다.

336) 김원오. (2007). 전게서, p.21

337) Directive 2001/84/EC, Art.3.1. It shall be for the Member States to set a minimum sale price from which the sales referred to in Article 1 shall be subject to resale right. Art.3.2. This minimum sale price may not under any circumstances exceed EUR 3000.

338) 지침 전문 22항에서는 최소치 이하의 사용료 비적용은 당해 예술가의 이익과 비교하여 불균형적으로 높은 수집상 및 관리상의 비용을 감쇄하는 것에 도움이 될 수 있다. 그러나 보충성의 원칙에 따라, 새로운 예술가의 이익(interest)를 증진시키는 것에 관하여, 회원국은 유럽공동체에서 규정하는 한계치 이하의 국내적 한계치를 수립하는 것이 허용될 수 있다. 관련 최소치가 부여됨으로써, 이러한 손상(derogation)은 역내시장의 적절한 기능에 대하여 중대한 영향을 미치는 것이 아니라고 설명하고 있다. : 김원오. (2007). 전게서, p.23

339) Directive 2001/84/EC, Art.1.3. Member States may provide that the right referred to in paragraph 1 shall not apply to acts of resale where the seller has acquired the work directly from the author less than three years before that resale and where the resale price does not exceed EUR 10000.

340) 김원오. (2007). 전게서, p.21

- (1) 제4조 1항 : 규정된 요율은 아래와 같다.
- (a) 50,000유로 이하의 판매가에 대해서는 4%로 한다.
 - (b) 50,000.01유로부터 200,000유로 이하의 판매가에 대해서는 3%로 한다.
 - (c) 200,000.01유로부터 350,000유로 이하의 판매가에 대해서는 1%로 한다.
 - (d) 350,000.01유로부터 500,000유로 이하의 판매가에 대해서는 0.5%로 한다.
 - (e) 500,000유로를 초과하는 판매가에 대해서는 0.25%로 한다.
- 단, 지급료의 총액은 12,500유로를 초과할 수 없다.
- (2) 제4조 2항 : 제1항에 대한 예외로, 상기 제1항 (a)호의 판매가에 대해 4% 가 아닌 5%의 요율을 적용할 수 있다.
- (3) 제4조 3항 : 만약 최소판매가가 지침 제3조 2항에서 규정하고 있는 3,000 유로보다 낮게 결정되는 경우, 회원국은 또한 3,000 유로 이하의 판매가에 대하여 적용할 수 있는 요율을 결정하되, 이 요율은 4%보다 낮아서는 안 된다.³⁴¹⁾

한편 동 지침 제3조와 제4조에서 언급된 판매가는 '세금을 공제한 후의 금액'으로 규정하고 있다.³⁴²⁾ 세전(gross of tax) 판매가인지 세후(net of tax) 판매가인지의 여부는 결국 미술작가가 지급료를 적용하여 획득할 수 있는 이익의 크기를 결정한다.³⁴³⁾

(5) 지급료의 지급 의무자

미술저작물의 재판매에 관여한 매도인과 매수인 중에서 누가 지급료를 지급할 것인가? 2001/84/EC 지침은 지급료는 저작물 재판매시 매도인이 지급하도록 정하고, 매도인 외에 제 2항에 언급된 자연인 또는 법인 중 하나가 단독으로 책임을 부담하거나, 매도인과 함께 당해 사용료의 지불에 대한 책임을 공유할 수 있음을 규정할 있도록 하였다.³⁴⁴⁾ EU로서는 지급료를 누가 지급하도록 하는 것이 효율적인지에 대해 회원국에 재량의 여지를 인정한 것인데,³⁴⁵⁾ 지급권을 전문중개상의 거래에 한정하는 한 매도인을 지급 의무자로 설정하는 것이 가장 무난하다 할 것이다. 매수인의 경우 지급료를 지불할 의무를 지게 되면 비용부담뿐 아

341) Directive 2001/84/EC, Art. 4.3. If the minimum sale price set should be lower than EUR 3000, the Member State shall also determine the rate applicable to the portion of the sale price up to EUR 3000; this rate may not be lower than 4 %.

342) Directive 2001/84/EC, Art. 5. Calculation basis; The sale prices referred to in Articles 3 and 4 are net of tax.

343) 국내에서 미술작품의 기타소득 과세기준은 양도가액이 6천만원 이상이어야 하고, 골동품의 경우 제작 후 100년 이상이 경과한 것이어야 과세대상이 된다. 또한 국내생존원작자의 작품은 과세대상에서 제외된다. 만일 국내 지급권 입법이 2001/84/EC 지침상의 5만 유로 이하, 4% 기준을 적용한다고 가정하면 양도가액 6천만원 이하는 대개 비과세 구간에 해당하게 되어 재판매자의 이익이 될 뿐만아니라, 지급권자의 지급료를 최대한 확보하게 할 수 있다. 반대로 재판매가가 더 높은 구간들에서는 지급률이 낮아질 뿐만아니라 지급료 계산이 세후(net of tax)를 기준으로 하게 되어 상충하는 이해관계 사이에 어느 정도의 조절작용을 하게 된다.

344) Directive 2001/84/EC, Art. 1.4. The royalty shall be payable by the seller. Member States may provide that one of the natural or legal persons referred to in paragraph 2 other than the seller shall alone be liable or shall share liability with the seller for payment of the royalty. 여기서 paragraph 2에 규정된 매도인 이외의 자연인 또는 법인으로는 매수인, 판매장 및 화랑과 같은 미술품 전문 중개상 및 일반적인 미술품거래상이 있다.

나라 자신의 신분이 노출되는 위험을 감수해야 한다. 전문중개상인 매도인 매수인의 신원정보를 노출시키지 않은 채 추급료를 지불할 수 있는 시스템이 가장 무난한 방식이다.

(6) 정보공개 의무

2001/84/EC 지침에서는 재판매 후 3년의 기간 동안 필요한 모든 정보의 제공을 요구할 수 있도록 해야 한다고 정하고 있다.³⁴⁶⁾ 이는 추급권의 효율적 행사를 위한 정보 수집의 어려움을 완화하기 위한³⁴⁷⁾ 것으로, 국내 추급권 도입 시에도 반드시 규정해야 할 사항이다.

(7) 추급권 집중관리단체

2001/84/EC 지침에 따르면, 회원국은 추급료의 집중관리를 위한 강제적 혹은 임의적인 시스템을 규정할 수 있으며, 회원국은 재판매권의 행사, 특히 재판매권의 관리 수단에 대하여 규율할 책임이 있다. 이에 대해서는 추급료 징수기관에 의한 관리가 그 해결책이 될 수 있다는 견해가 있다.³⁴⁸⁾ '징수기관'이 '중앙 집중적 시스템'으로서 미술 저작물 등록을 의무화하는 등 미술시장의 거래에 대한 정확한 정보를 제공할 수 있게 하면³⁴⁹⁾ 미술시장에서 지속적으로 제기되고 있는 위작이나 도난미술품, 취득시효, 과세 목적상 미술품 감정의 문제를 해결하는 데에도 도움이 될 것으로³⁵⁰⁾ 기대된다.³⁵¹⁾

8. 전문가 인터뷰

(1) 방법

위와 같이 추급권 도입 시 고려해야 할 요소에 대해 논의하기 위해 전문가 인터뷰를 실시하였다. 전문가는 법관(부장판사) 4인, 변호사 3인, 변리사 3인, 중개업자 2인, 미술작가 2인, 기업인 6인에게 다음과 같은 설명문과 설문지를 제시하거나 강의 형태로 내용을 설명하고, 추급권의 도입필요성 여부에 대한 질문에서 시작하여 추급권의 법제화 과정에 필요한 요소들을 자유롭게 제시하도록 하였다. 인터뷰는 전화, 면담, 소그룹 내 발표 후 토론 형식

345) 김원오. (2007). 전게서, p.22

346) Directive 2001/84/EC, Art.9. The Member States shall provide that for a period of three years after the resale, the persons entitled under Article 6 may require from any art market professional mentioned in Article 1(2) to furnish any information that may be necessary in order to secure payment of royalties in respect of the resale.

347) 박경신. (2016). 전게서, p.100

348) 김원오. (2007). 전게서, p.25

349) 박경신. (2016). 전게서, p.103

350) Paul Sherman, Incorporation of the Droit de Suite into United States Copyright Law, 18 COPYRIGHT L. SYMP. 50, 51 (1970).

351) Carole M. Vickers, Comment, The Applicability of the Droit de Suite In the United States, 3 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 433, 459 (1980).

으로 해당 전문가의 상황에 맞추어 진행하였다.³⁵²⁾

(2) 설명문과 설문지의 구성

[추급권 설명문]

성명:

소속기관:

※ 추급권이란?

추급권(Droit de Suite) 또는 재판매권(resale royalty right)이란 미술작품 등의 원본이 최초 판매되더라도 이후 계속되는 재판매 과정에서 발생한 경제적 이익의 일정 비율의 금액을 작가 등이 추급권 사용료 명목으로 청구할 수 있는 권리를 말하며, 현재 우리나라는 추급권제도가 없지만 프랑스, 독일, 영국 등 유럽을 중심으로 한 70여 개국에서 시행중입니다.

※ 추급권의 배경

음악, 작곡, 작가와 같이 복제하여 대량생산 가능한 예술과는 달리 미술은 원저작품의 가치가 복제품의 가치와 비교할 수 없을 만큼 비중이 큰 특성이 있어, 예술작품의 판매 및 재판매시 작가의 판매가로 인한 수입의 형평성에 문제가 제기되었습니다. 특히 19세기 말 프랑스에서는 이러한 문제점을 인식하고 1920년 처음으로 법률에서 추급권을 언급하였으며, 이것이 시초가 되어 1948년 베른협약에 포함되었고, 현재까지 약 70개국의 입법에 영향을 미치게 되었습니다. 하지만 추급권이 저작권의 최초판매원칙과 상반되는 개념으로서 각 국에서 도입과정에 논란이 있고, 추급권 도입의 경제적 효과 등에 관한 정확한 연구는 진행이 쉽지 않습니다.

※ 추급권 도입의 찬반 논란

추급권 도입을 찬성하는 이들은 타 예술 저작권자에 비해 예술작품 작가의 거래시장에서 지위가 낮은 점, 그리고 첫 판매가가 그들의 유일한 생계 수단이라는 점, 이에 따라 추가적인 보상을 통해 작품활동을 장려해야 한다는 점을 들고 있습니다. 반면, 예술작품 거래시장의 생태계에 혼란을 주고, 최초거래가를 더 낮추게 되어 예술작가 내부적으로 빈익빈 부익부 현상을 고조시키며, 비밀 거래가 관행이 되고 있는 현실에서 추급권을 강제할 방법이 없다는 점에서 추급권 도입을 반대하는 이들도 있습니다. 따라서 추급권 도입을 위하여 여러가지 고려해야 할 사항이 있어 전문가님의 조언을 얻고자 인터뷰를 요청드립니다.

[인터뷰용 기본 설문]

A. 추급권 전반

352) 이외에도 별도의 추급권 입법연구를 주관하고 있는 문화체육관광부의 담당공무원 2인과의 인터뷰가 진행되었고, 보호전문위원회 발표와 그에 대한 코멘트를 본문의 곳곳에 반영하고자 하였다. 다만 이 내용들은 특별한 경우를 제외하고는 별도로 전문가 인터뷰 결과로 정리하지 않았다.

지만 추급권을 도입하게 되면 거래자의 정보를 공개하거나, 최소한 당사자 간 사이에는 정보가 공개되어야 합니다. 추급권 제도가 실효적이기 위해 투명한 정보공개를 실현하는 방법은 무엇이 있을까요? 예) 은폐 또는 허위보고시 벌칙 등

8. 추급권 관리단체 설립

* 위와 같은 정보 공개 및 관리를 위해 추급권 관리단체를 설립하는 것이 바람직할까요? 만일 설립이 필요하다면 관리단체의 역할 및 기능은 무엇이라고 생각하십니까?

* 설립이 필요하다면 추급권 관리단체는 공공 또는 민간 어느 영역에서 설립운영하는 것이 바람직할까요?

(3) 전문가 인터뷰 결과

2001/84/EC 지침 전문 제2항이 추급권은 작품의 연속적인 이전에 대하여 저작자인 미술작가가 대가를 받을 수 있도록 하는 생산적인 권리³⁵³⁾라 규정하고 있듯이, 추급권 도입의 핵심 취지는 저작자인 미술작가의 권익을 보호하는 데에 있다. 이번 연구를 위해 수행한 전문가 인터뷰를 통해, 추급권의 도입을 둘러싸고 각계의 전문가들이 다양한 의견을 가지고 있음에도, 추급권 도입의 가장 중요한 목적인 '미술 저작자의 권익 보호'라는 취지에 대해서는 대부분의 전문가들이 공감하고 있으며, 이처럼 형성된 공감대를 바탕으로 추급권 도입에 상당수의 전문가가 찬성한다는 사실을 확인하였다. 한편 추급권 도입 신중론의 견지에서 제기된 우려들도 존재하는 것을 고려할 때, 이후로도 다각적이면서도 지속적인 의견 수렴 과정이 필요할 것이다.

가. 추급권 도입에 대한 전반적 인식

다수의 전문가들은 추급권이 미술저작자들의 창작 의욕을 고취하는 데에 가장 큰 영향력을 발휘할 것으로 내다보고 있다. 특히 추급권의 수익자인 작가들의 경우, 다른 분야의 전문가들보다 더 구체적인 방식으로 추급권의 순기능에 대해 설명하였다. 작가들은 추급권의 도입이 창작 활동의 활성화를 이끌어낼 뿐만 아니라, 위작 논란을 감소시키고, 원작의 소장 이력을 손쉽게 파악할 수 있도록 하여, 작가나 작품에 대한 아카이브의 구축을 원활하게 하는 등 미술품 창작이나 유통 모든 면에 있어서 긍정적인 역할을 할 것으로 기대하고 있다. 더불어, 추급권은 비단 무명의 신진 작가들에게뿐만 아니라, 이미 전성기를 지나 생존을 모색하는 시기에 당면한 원로 작가들에 대한 지원책으로서도 기능할 수 있을 것이라고 설명하였다. 기업체에 종사하고 있는 한 전문가 역시 이 같은 맥락에서, 취약한 경제적 지위에 놓여 있는 예술가의 고통을 경감해 줄 수 있는 일종의 지원책으로서 추급권을 해석하였다.

다만, 직접적인 수익자인 작가들에게조차 추급권이 생소한 제도라는 점이 확인되어, 추급권에 대한 사회 전반의 인식을 제고시킬 수 있는 선행적인 과정이 반드시 필요할 것이라는 지적이 있었다. 특히 법조계의 전문가들(부장판사)은 사회 전반에서 추급권의 중요성을

353) Directive 2001/84/EC, (2) The resale right is a right of a productive character which enables the author/artist to receive consideration for successive transfers of the work. The subject-matter of the resale right is the physical work, namely the medium in which the protected work is incorporated.

인식하는 것이 중요하다고 강조하며, 충분한 의견 수렴 과정을 거치지 못한 채 국민들이 생경하게 느끼는 법을 서둘러 제정하고 강제하게 되는 상황이 벌어지는 것을 경계해야 한다는 의견을 제시하였다. 추급권에 관해 신중론의 입장을 취한 학계의 한 전문가(법학교수)는 추급권이 미술작가에게 도움이 될 수 있겠지만, 당장 국내에 도입하는 것은 시기상조라는 견해를 가지고 있었다. 그리고 국내 미술 시장 규모를 고려해 볼 때, 현재로서는 선진국이나 선진국 미술작가들 위주로 그 혜택이 돌아갈 것이라는 우려를 제기하기도 하였다. 추급권의 취지가 미술작가의 경제적 이익을 위한 것이라면 대안으로 미술작품의 거래보다는 전면적인 미술품 대여시스템의 시행을 검토해 보는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이라는 의견을 덧붙였다.

2011년 한국저작권위원회의 조사에 따르면, 화랑, 경매사, 아트페어 등을 포괄한 유통 영역에서의 추급권 찬성 의견은 미술 작가들이 속한 창작영역이나 국립 및 사립 미술관 등이 속한 공공영역에 비해 상대적으로 그 비율이 낮았다. 이처럼 유통영역을 이루는 주체들의 다수가 추급권 도입에 대체적으로 부정적인 입장을 취하고는 있다. 이번 인터뷰에 참여했던 한 갤러리 소속의 전문가 역시, 추급권이 이미 도입되어 시행되고 있는 영국이나 프랑스 등 해외 미술시장에 비해 국내 미술시장은 규모가 매우 작는데, 이 제도가 국내에서 제대로 정착하기까지는 긴 시일이 필요할 것이라고 전망하였다. 프랑스 주도의 법제도라는 비판적인 관점에서 추급권을 해석하고 있는 한 전문가(변리사)는 프랑스의 미술 시장 상황과 국내 미술 시장 상황을 비교하여 고려하지 않고 무조건적으로 제도를 도입해서는 안 된다고 강조하였다. 오히려 성급한 제도의 도입으로 인해, 작품의 원활한 유통을 방해하고, 외국 작품이 국내에서 거래될 경우 국부가 유출될 수 있으며, 국내 미술 시장의 위축을 야기할 수도 있다고 지적하였다. 다만, 생존해 있는 미술작가들에 한정해 제도를 도입하는 방안이라면 고려할만한 가치가 있을 것으로 보인다는 의견을 덧붙였다. 이처럼 신중론의 입장에서 추급권 도입을 바라보는 전문가들은 작가들의 권익을 위해 추급권을 도입하더라도 시장 질서를 저해하지 않도록 작가들과 유통업자들의 상생 차원에서 충분한 숙려 과정이 수반되어야 한다고 첨언하였다.

나. 추급권의 법적 성격

추급권의 법적 성격에 대한 판단에 있어서는, 저작재산권으로 보는 견해, 저작인격권으로 보는 견해, 양자의 성격을 모두 갖는 특수한 권리로 보는 견해로 의견이 나뉘어 전문가마다 큰 입장의 차이를 보였다. 다만 추급권이 미술작가가 포기하거나 양도할 수 없는 권리라는 점에 대해서는 대부분의 전문가의 의견이 일치하였다. 추급권을 저작재산권의 범주에서 해석한 한 전문가(부장판사)는 추급권이나 재판매권을 대신할 수 있는 “재판매이익보장권”이라는 명칭을 제안하였다. 추급권의 법적 성격에 대한 정확한 이해가 전제되어야 도입으로 인한 법체계적 혼란이 없을 것이라는 견해들이 있었는데, 법학 교수인 한 전문가는 민법상 하자담보 추급권 개념을 참조할 것을 제안하였다.

한편 보호전문위원회의 코멘트로서 추급권은 성격상 “재판매보상청구권”이며, 이는 본질적으로 인격권이 아닌 재산권이라는 견해가 있다. 이에 따르면 추급권을 인격권으로 파악하는 경우 상속법과의 관계에서 체계상 혼란을 야기할 수 있다. 상속법에 의할 때 오직 재산권만이 상속대상이 되며, 인격권은 원칙적으로 사망과 동시에 소멸된다. 추급권의 취지상 이를 일신전속권으로 규정하다보니 본질상 재산권인 이 권리가 인격권으로 오해되고 있

다는 것이다. 추급권의 본질을 재산권으로 파악하는 것은 상속법상 상속순위와 지분을 명확히 하는 데 도움이 된다.

다. 추급권의 보호기간

많은 전문가들은 추급권의 보호기간에 대해, 현행법상 저작자 사후 70년까지로 규정된 저작권 보호기간과 동일하게 적용하는 것이 타당하다고 보았다. 추급권 수익자의 범위를 저작자 사후 그 상속인까지로 확대하는 것은 미술 저작물이 거래되는 빈도가 높지 않다는 현실을 반영해야 한다는 의견이었다.

반면, 추급권을 인격권으로 파악하는 전문가는 상속이 가능하도록 제도화하는 것은 문제가 있고, 미술저작자의 생존기간에만 추급권을 인정하는 것이 바람직하다는 견해를 제시하였다. 추급권 도입을 단계적으로 하자는 의견도 제시되었다. 이에 따르면 제1단계로 저작자의 생존기간 동안만 추급권을 우선 인정한다. 그 후 일정 기간이 지난 시점에 연구와 분석을 통해 제1단계의 추급권 적용이 시장에 미치는 부정적인 영향이 적은 것으로 밝혀지면, 제2단계로 저작자 사후 20년을 인정하도록 개정된 후, 다시 평가의 과정을 거쳐 최종적으로 저작권 보호기간인 저작자 사후 70년으로 추급권 보호기간을 조정하자는 의견이 있었다.

라. 추급권을 적용하는 거래의 범위

추급권을 적용하기에 현실적으로 집행상 어려움이 따를 것으로 예측되어, 대부분의 전문가들이 사적 판매는 제외하고, 전문 중개상을 통한 거래에만 한정하여 추급권을 적용해야 한다는 견해를 보였다. 이에 덧붙여, 한 전문가(저작권 소송 및 계약 전문 변호사)는 갤러리나 경매사 등 전문 중개상의 적법한 거래를 장려하거나 감독하는 제도적인 장치가 수반될 필요성이 있다고 강조하기도 하였다. 반면, 작가들은 공통적으로 국내에서 미술품의 거래가 매도인과 매수인 간의 직접적인 사적 판매의 형태로도 빈번하게 이루어지는 만큼, 제도 도입 이후에 점차적인 보완을 통해 사적 판매의 영역까지 추급권을 적용할 수 있기를 기대하는 것으로 나타났다.

마. 추급료의 지급 의무자

대다수 전문가들이 미술품 거래에 있어서 매도인이 추급료 지급의 의무를 가져야 한다는 것에 공통된 견해를 나타냈다. 작품을 창작한 저작자에 대한 실질적인 보상이자, 작품을 사용한 대가로서 추급권을 해석한다면, 최초 판매된 이후 재판매라는 방법을 통해 작품을 이용하여 수익을 얻는 매도인이 추급료를 지불하도록 하는 것이 가장 타당한 방식이라고 할 수 있다.

앞서 살펴본 바 있듯이, 2001/84/EC 지침에서도 해당 사안을 각 회원국의 재량에 맡기고 있는데, 이번 전문가 인터뷰에서 본 사안과 관련하여 개진된 소수 의견들 역시 국내 추급권 도입 과정에서 유의미하게 검토될 수 있을 것이다. 기업체에 종사하고 있는 한 전문가는 미술품 거래의 중개상 역시, 매도인과 마찬가지로 작품 이용을 통해 일정 수익을 얻기 때문에 일정 부분의 추급료를 부담해야 한다고 제안하였다. 반면, 또 다른 전문가(저작권 소송 및 계약 전문 변호사)는 작품 거래 가격이 미래에 하락할 수도 있는 가능성을 고려하

여 지급료를 매수인이 부담하도록 한다는 의견을 제시했는데, 이 경우 지급료 부담 의무가 있는 매수인의 기대 수익을 바탕으로 작품의 거래 가격이 적정선에서 형성될 것이라고도 예측하였다. 한편, 지급료의 수익자인 작가 측에서 지급료 지불에 대한 저항을 경감하기 위해 지급료 지급 의무를 매도인, 중개상, 매수인을 포함하여 작품 거래 계약의 모든 당사자들이 일정 비율씩 분담하도록 하는 방법을 제시하기도 하였다.

바. 최소 재판매가, 지급률, 최소 경과 기간의 설정

많은 전문가들이 2001/84/EC 지침을 통해 유럽연합이 제시하고 있는 가이드라인을 참조하자는 의견이었다. 다만 우리나라의 시장 상황을 고려하여 적절한 조정을 해야 한다는 의견이 많았다. 법조계의 한 전문가(부장판사)는 법률에 규정하지 말고 하위법령에 위임하고 제도 시행 후 주기적 평가를 통해 신축성 있는 조정을 진행하는 것이 필요할 것이라고 밝혔다. 미술품 거래의 활성화와 지급권 집행의 가능성을 높이기 위해서는 2001/84/EC 지침에서 정하고 있는 바와 같이 구간별로 지급률을 차등적으로 적용하는 방안이 적절할 것이라는 의견이 있었다.

최소 재판매가 기준과 최소 경과 기간 기준을 정하는 것은 신진 작가들의 작품 거래를 활성화시키는 데에도 그 목적이 있다고 판단하고 있는 한 미술 저작자는, 재판매가액 구간별 차등 요율에 있어서도 그 동일한 취지를 반영하여, 재판매가액 제1구간의 요율을 제2구간에 적용될 요율에 비해 오히려 낮게 설정할 수 있다는 의견을 제시하기도 하였다.

예) EU 지침에 따른 재판매가액 구간별 차등 (환율 1EURO=1200원)

① 60,000,000원 이하의 재판매가 :	4%	국내 적정요율: 2 %
② 60,000,001원~ 240,000,000원 :	3%	국내 적정요율: 3 %
③ 240,000,001원~ 420,000,000원 :	1%	국내 적정요율: 1 %
④ 420,000,001원~ 600,000,000원 :	0.5%	국내 적정요율: 0.5 %
⑤ 600,000,000원 초과	의 재판매가: 0.25%	국내 적정요율: 0.3 %

판매가액 구간별로 차등 비율을 적용하지 말고 단순 비율을 일괄적으로 적용하는 방식이 낫다는 일부 의견 중에는 최고 30%까지 지급률을 적용하자는 견해도 있었다. 그 외에도 지급률을 재판매가액에 적용하는 방식이 아닌, 양도 차액을 기준으로 지급료를 징수하자는 견해가 제시되기도 하였다. 뿐만 아니라, 지급률을 적용하는 시점을 작품의 최초 판매가 이뤄지고 난 이후 10년이 경과한 때로 정하자는 의견도 있었으며, 단순한 미술품 거래가 아닌 투자의 차원에서 접근했을 때 작품이 거래된 최초 판매가를 기준으로 10배에 이르는 재판매액까지는 지급권을 적용하지 않아야 제도 도입에 대한 저항이 심하지 않을 것이라는 예측이 나오기도 하였다.

최소 재판매가, 지급률, 최소경과기간과 관련된 규정은 지급료를 산정하는 데에 가장 실질적인 준거가 될 부분으로, 각 전문가들마다 아주 상이한 기준을 제시하였다. 오랜 연구와 논의의 산물이기 때문에 충분히 참조할 가치가 있는 것으로 판단되는 2001/84/EC 지침의 내용을 바탕으로, 특히 이 항목들에 대해 각계의 다양한 의견을 충분히 반영하고 수렴할 수 있는 상당한 논의가 후속되어야 할 것으로 판단된다.

사. 거래투명성 확보

추급권 제도의 운영을 위해서 거래를 보고하고 관련 정보를 공개하는 시스템을 갖추는 것은 필수불가결하다. 재판매 보고 의무를 태만히 하거나 의도적으로 감추는 경우 어떻게 강제할 지에 대해 다양한 의견들이 있었다. 대부분 전문가들은 형벌로 강제하는 경우 추급권 도입에 대한 반대가 예상되며, 과태료 부과와 같은 행정처벌이 적당할 것으로 보았다. 한 전문가(저작권 전문 변호사)는 거래 정보를 공개하는 구체적인 방안으로 저작권위원회에 미술품 양도 사실을 등록하는 방법을 제안하였다. 유통영역을 대표하는 갤러리 소속의 한 전문가는 추급료 지불의 의무 및 거래 정보의 공개와 같은 요소들이 거래 당사자들에게 부담으로 작용하여 필연적으로 시장의 위축이 초래될 것이라는 우려를 표시하기도 하였다.

아. 추급권 집중관리단체 설립

대부분 전문가들이 추급권 집중관리단체의 필요성을 인정하였다. 다만 설립방법에 있어서 공공기관으로 설립할 것인지, 민간단체로 설립할 것인지에 대해 다양한 의견이 제시되었다. 민간단체로 설립하자고 제안한 전문가들은 현재의 저작권관리신탁제도를 응용하는 방식이 적절하고, 법령상 요건을 충족하는 추급권 관리단체를 민간에서 설립하여 문화체육관광부의 관리 감독을 받도록 하자는 의견이었다. 한편, 작가 측에서는 추급권과 관련해서 야기될 수 있는 분쟁의 조정이나 예술인에 대한 법률적 지원까지 담당할 수 있는 공정성을 갖춘 공공 기관이 필요하다는 견해가 있었다. 일반 기업체에 종사하는 한 전문가는 여러 이해 관계 집단이 개입함으로써 제도 도입에 어려움이 따를 수 있으므로 도입 초기에는 문화체육관광부 산하 공적영역에서 관련 업무를 총괄하고, 제도가 정착된 이후에 특수 법인 형태나 민간에 이관하는 것이 바람직하다는 의견을 개진하였다. 여러 다양한 견해가 제시되었음에도 논의의 핵심은 이해관계자들의 갈등으로 추급권 도입이 지연되거나 무산되어서는 안 된다는 데 대부분 전문가의 의견이 일치하였다.

III. 결론 및 제언

미술작가는 인간의 시각적 창작능력의 한계를 확장함으로써 문화를 융성하게 하고 사회 구성원의 삶을 풍성하게 하는 소중한 사회적 자산이다. 하지만 미술저작물의 특수성으로 인해 미술시장에서 대부분 작가들이 지위가 매우 열악한 것이 현실이다. 젊은 신예 작가가 창작하는 미술작품이 충분한 가치를 인정받아 해당 작가가 그 경제적 가치를 향유하려면 대개 지나간 시간이 소요되며, 미술작가의 사후에야 작품의 진정한 경제적 가치를 평가받는 경우도 많다. 이로 인해 많은 잠재력 있는 미술작가와 그 후손들이 인간으로서의 생존에 필요한 경제적 기반도 확보하지 못한 채 굶주린 예술가(starving artists)의 굴레를 벗어나지 못하고 있다. 본문에서 언급한 메리만과 같은 추급권 반대론에 따르면 이러한 생각들이 단순한 신화로 내몰릴 수 있지만, 미술작가들의 세계에서는 그것들이 신화가 아닌 뼈아픈 현실이다. 철저한 시장 메커니즘에 따라 작동하는 완벽한 미술시장을 상정하고 굶주린 예술가와 그 가족들의 경제적 곤궁, 그리고 새로운 창작활동이 위축되는 결과를 방지하기에는 미술작

가들의 현실의 무게가 너무나 큰 것이다.

추급권을 둘러싼 세계적인 추세를 살펴보면, 이 제도가 이제 70개국 이상에서 이미 법제화되었다. 추급권의 기원이 된 프랑스를 비롯한 EU 회원국들뿐 아니라, 아프리카와 중남미 많은 국가들이 이에 동참하고 있으며, 세계 최대의 미술시장인 미국도 찬반양론 속에서도 지속적으로 이 제도의 도입을 시도하고 있다. 세계에서 두 번째 규모의 미술시장으로 부상한 중국에서도 추급권 도입 논의가 이루어지고 있다. WIPO는 추급권 제도를 주요 의제로 삼아 활발한 논의를 주도하고 있다. 또한 추급권 도입은 한-EU FTA 협상에서 중요한 통상 이슈이기도 하다.

본 연구에서는 추급권 도입을 둘러싼 세계적인 논의의 흐름을 찬성론과 반대론으로 구별하여 정리하였다. 그러나 최근 세계 각국에서의 논의는 추급권이 과연 필요한가 하는 관점보다는, 오히려 추급권의 도입을 위해 무엇이 필요한가 하는 관점으로 선회하고 있다. 경제적 지원이 필요한 미술작가들과 상속인들의 생존과 창작활동을 지원하기 위한 단순한 목적으로라도 추급권의 도입은 반드시 이루어져야 할 것이다. 다만 이로 인해 미술시장의 다른 구성원들, 즉 거래상, 화랑, 경매상, 수집상 등에 대해 추급권이 어떤 영향을 미칠 것인지 면밀한 경제효과 분석과 지속적인 시장 모니터링이 병행되어야 할 것이며, 부정적인 영향을 최소화하기 위한 제도적 장치들도 논의되어야 할 것이다. 현실적으로는 추급권 제도의 효율적인 실행을 위해 거래투명성의 확보, 집중관리단체의 설립과 운영방식에 대한 깊이 있는 연구검토가 필요하다. 본 연구진은 추급권 입법을 위한 필요요소들을 파악하고자 하였고, 전문가 인터뷰를 통해 이를 점검하였다. 이러한 연구결과에 기초하여 국내에 추급권을 도입하는 경우 참고할 수 있는 두 가지 방안을 아래와 같이 제시하고자 한다.

<제1안: 추급권의 전면적 도입안>

추급권의 도입은 결국 저작권법에 추급권 조항을 신설하거나 미술시장 활성화를 위한 특별법에 추급권 조항을 포함시키는 방식으로 진행되어야 할 것이다. 이 두 가지 방식 사이에 결과적으로 큰 차이는 없겠지만, 추급권이 결국 저작인격권과 저작재산권의 요소를 동시에 가지고 있다는 점, 저작권법상 최초판매이론의 예외에 해당하여 저작권법 체계 내에서 조화롭게 운용되어야 하는 점을 고려할 때 저작권법의 일부로 신설하는 것이 법체계상 타당할 것으로 보인다. 추급권 조항을 신설할 경우, 본문에서 검토한 바와 같이 추급권의 필수요소들을 규정하여야 할 것이며, 이를 위해서는 EU가 많은 논의를 거쳐 입법화한 2001/84/EC 지침이 참고가 될 것이다. 다만 추급료율을 비롯한 구체적인 요소들은 되도록 시행령 등에 위임하여 업계 현실에 따라 융통성 있는 운용이 가능하도록 배려하여야 할 것이다. 또한 EU와는 다를 수밖에 없는 우리 미술시장의 현실을 충분히 고려하여 각 요소들에 대한 적절한 조정이 이루어져야 할 것이다. 이러한 기본적인 관점 및 문헌연구, 전문가인터뷰를 통해 검토한 각 요소별 고려사항들을 종합하여 다음과 같이 저작권법상 추급권 신설안을 제안하고자 한다. 현행 저작권법 체계상 제5장이 “영상저작물에 관한 특례”를, 제5장의 2가 “프로그램에 관한 특례”를 규정하고 있음을 감안하여, 추급권 신설 조항들을 제5장의 3에 두는 것으로 가정하였다.³⁵⁴⁾

354) 본 연구에서는 이러한 신설 조항들로 인한 저작권법 전체적인 조·항·호·목의 변경은 별도로 고려하지 않았다.

제5장의 3 미술저작물에 관한 특례

제102조 (재판매이익보장권)³⁵⁵⁾

- ① 미술저작물의 저작자는 원본을 최초로 판매한 날로부터 3년이 경과한 후 이루어진 모든 재판매에 대해 대통령이 정하는 바에 따라 그 이익의 일부를 원본의 사용료로 수령할 수 있다. 저작자는 본 항의 권리를 포기하거나 양도할 수 없다.
- ② 제1항의 권리는 경매상, 중개상, 화랑 등 미술시장의 전문 업체가 매도인, 매수인 또는 중개인이 되는 모든 재판매 행위에 적용된다.
- ③ 매도인이 저작자로부터 원본을 직접 취득한 날로부터 3년 이내에 이를 재판매하고, 그 재판매가가 1천만원 이하인 경우에는 제1항의 권리가 발생하지 아니한다.
- ④ 제1항의 사용료는 매도인이 저작자에게 지급하여야 한다.

[시행령] 제 000조 (재판매이익보장권)³⁵⁶⁾

- ① 법 제102조의 재판매이익보장권은 그 재판매 가격이 300만원 이상인 경우에만 적용할 수 있다.
- ② 법 제102조의 재판매이익보장권에 따른 사용료는 다음 각 호에 따라 산정한다. 다만 사용료의 총액은 1,250만원을 초과할 수 없다.
 1. 재판매가가 5천만원 이하인 경우 4%
 2. 재판매가가 5천만원 초과 2억원 이하인 경우 3%
 3. 재판매가가 2억원 초과 3억 5천만원 이하인 경우 1%
 4. 재판매가가 3억 5천만원 초과 5억원 이하인 경우 0.5%
 5. 재판매가가 5억원 초과인 경우 0.25%

제103조 (보호대상)

- ① 전조의 재판매이익보장권이 적용되는 미술저작물은 그림, 콜라주, 페인팅, 소묘, 판화, 인쇄, 석판화, 조각, 태피스트리, 유리공예품, 사진과 같은 시각 또는 조형미술 작품을 말한다. 다만 이러한 미술저작물은 저작자 자신이 창작한 원본 또는 원본으로 간주되는 사본이어야 한다.
- ② 본조의 적용을 받는 원본 미술저작물의 사본으로서 저작자 자신에 의하여 또는 그의 허락에 따라 한정된 부수로 제작된 것은 원본으로 간주한다. 저작자는 본 항에 따라 원본으로 간주되는 미술저작물의 사본에 일련번호와 서명을 추가하고, 사용허락의 표시를 하여야 한다.

제104조 (재판매가 산정기준)

본 장이 규정하는 재판매 가격은 세금을 공제한 금액을 기준으로 산정한다.

355) 전문가인터뷰를 통해 추급권의 한국적인 표현이 무엇일지에 대한 다양한 의견을 청취하였다. 이들 중에서 본 연구에서는 이를 “재판매이익보장권”이라 명명하였다.

356) 전문가인터뷰 과정에서 여러차례 확인한 바와 같이 최저 재판매가격, 추급료율 등은 시행령이 규정하는 것이 바람직하며, 또한 우리 미술시장의 실상을 반영하여 적절한 수준으로 조정되어야 할 것이다. 여기서는 2001/84/EC 지침을 “1유로=1천원” 환율에 따라 단순 환산하여 기재하였다.

제105조 (재판매이익 수령권자)

- ① 제102조에 따른 사용료는 저작자, 저작자가 사망한 이후에는 그의 상속인이 수령할 수 있다.
- ② 제102조에 따른 사용료의 징수, 관리를 전담하는 집중관리단체를 설립할 수 있다.

제106조 (외국인의 재판매이익보장권)

- ① 미술저작물의 저작자 또는 그 상속인이 외국인인 경우에는 그 저작자나 상속인이 국적을 둔 국가의 법령이 재판매이익보장권을 인정하는 경우에 한하여 본장의 규정을 적용한다.
- ② 재판매이익보장권 위탁관리업체는 제1항의 조건을 충족하는 국가의 목록을 매년 초 관보, 인터넷 등의 방법을 통해 공고하여야 한다.

제107조 (재판매이익보장권의 보호기간)

재판매이익보장권은 동법의 규정에 따른 저작재산권의 보호기간 동안 보호된다.

제108조 (재판매이익보장권 위탁관리)

- ① 재판매 거래내용의 등록, 사용료의 징수, 기타 본 장의 규정에 따른 미술저작물 저작자의 재판매이익보장권의 보호와 관리를 위해 재판매이익보장권 위탁관리업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관의 허가를 받아야 한다.
- ② 제1항에 따라 허가를 받은 위탁관리업체의 허가, 관리감독 등 필요한 사항은 본 법의 제7장을 준용한다.

제109조 (정보공개청구)

- ① 재판매이익보장권 위탁관리업체는 재판매거래의 등록 및 관리 업무를 수행하기 위한 시설, 인력을 포함한 제반 시스템을 구축하여야 한다.
- ② 본장의 적용을 받는 매도인은 거래가 있는 날로부터 2주 이내에 재판매이익보장권 위탁관리업체에서 재판매거래를 등록하여야 한다.
- ③ 재판매이익보장권 위탁관리업체는 제2항의 등록 여부와 관계없이 재판매가 이루어진 날로부터 3년간 사용료 징수를 위해 필요한 모든 정보를 그 재판매의 매도인에게 요청할 수 있다.
- ④ 정당한 이유 없이 제3항에 따른 정보공개청구를 2주 이내에 이행하지 아니하는 매도인에 대해서는 대통령령이 정하는 바에 따라 과태료를 부과할 수 있다.

[시행령] 제 000조 (재판매이익보장권)

- ③ 법 제109조에 따른 정보공개청구에 응하지 아니하는 매도인에 대해서는 공개를 거부한 때 1건의 재판매 정보마다 1천만원 이상, 1억원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

<제2안: 추급권의 단계적 도입안>

본 연구를 수행하는 과정에서 상당수의 전문가들이 “추급권을 도입하는 것은 미술작가

들을 위해 필요하다고 판단하지만, 우리의 현실을 충분히 검토하여 신중하게 도입하자”는 입장을 피력하였다. 이러한 신중론의 근본적인 이유로는 추급권의 법적 성격을 재산권으로 볼 것인지, 인격권으로 볼 것인지를 법이론적인 것이 있고, 나아가 추급권 도입의 경제적 효과를 아직은 확실하게 파악하기 어렵고, 특히 우리나라의 시장상황과 사회적인 여건이 추급권 도입의 부정적 영향을 충분히 해소하고 미술작가들의 권익 향상이이라는 긍정적 효과만을 가져올 수 있을지 현재로서 판단하기가 어렵다는 현실적인 것도 있었다. 보호전문위원회의 코멘트 중에도 추급권을 도입할 필요가 있으나 우리나라에는 이질적인 제도이므로 시장과 산업의 현실을 충분히 고민한 후 도입하자는 의견이 있었다. 이 의견에 따르면 미국과 중국에서 추급권 도입논의가 신속하게 마무리되지 못하는 것도 EU와 영국식 제도를 그대로 수입하는 것이 불가능하고, 또한 추급권 도입의 관건이라 할 수 있는 미술품 거래정보를 공개하는 것이 쉽지 않기 때문이라는 것이다. 이는 런던과 파리의 골동품 등 고가 미술품 시장에서는 추급권이 오히려 활성화 되었지만, 다른 시장에서는 추급권을 강제하기가 쉽지 않다는 관찰을 근거로 한 견해이다.

따라서 추급권 제도의 전면적 도입이 가져올 사회경제적 변화를 정확히 예측하기 어려움을 감안하여 이를 단계적으로 도입하는 것을 고려해 볼 수 있다. 예를 들어 영국이 1단계로 추급권 보호기간을 저작자의 생존기간으로 제한했다가, 나중에 2단계로 이를 저작권 보호기간과 연동시켰던 사례와 같이 단계적인 입법을 시도할 수 있다. 제1안인 전면적 도입안을 궁극적인 추급권 도입 단계로 본다면, 결국 추급권의 제도적 요소 중 무엇을 어떻게 완화하여 선제적으로 도입해 보느냐가 여기서 고민할 문제이다.

영국의 사례와 같이 보호기간을 조정한다면, 위의 제107조를 다음과 같이 조정하고, 일정 기간 시행한 후에 제도의 효과를 검토하여 전면적 도입안으로의 개정 필요성을 판단해야 할 것이다.

제107조 (재판매이익보장권의 보호기간)

재판매이익보장권은 저작자가 생존한 기간 동안 보호된다.³⁵⁷⁾

전문가 인터뷰 과정에서 제안된 사항 중에 추급료율 산정 기준을 단계적으로 강화하는 방식이 있었다. 이에 따르면 위에서 제시되었던 시행령을 가령 다음과 같이 수정할 수 있다.

[시행령] 제 000조 (재판매이익보장권)

- ① 법 제102조의 재판매이익보장권은 그 재판매 가격이 1천만원 이상인 경우에만 적용할 수 있다.
- ② 법 제102조의 재판매이익보장권에 따른 사용료는 재판매가격의 1%로 한다.

이러한 조정은 추급권 제도로 인해 미술시장의 여러 구성원이 겪을 충격을 대폭 완화시킴으로써 새로운 제도에 대한 저항감을 최소화하기 위한 것이다. 사실상 전면적 도입안에

357) 보호전문위원회의 코멘트 가운데 이를 더욱 세분화하여 “(1단계) 저작자의 생존기간, (2단계) 저작자의 생존기간과 사망 후 10년, (3단계) 저작재산권 보호기간과 연동” 방식이 바람직하다는 의견이 있었고, 전문가 의견 가운데에도 이와 매우 유사한 제안이 있었다. 이 또한 각 단계 별로 추급권의 사회경제적 영향을 검토하여 전면적 도입으로 나아가는 보다 더 신중한 입법과정이라 할 것이다.

규정된 대부분의 요소에 대해 이와 같이 약한 수준의 규정을 먼저 도입하는 방법을 생각할 수 있다. 심지어 일부 추급권 반대론에서 거론된 것처럼, 추급권의 법적성격에 대한 조정도 가능하다.

제102조 (재판매이익보장권)

① 미술저작물의 저작자는 원본을 최초로 판매한 날로부터 3년이 경과한 후 이루어진 모든 재판매에 대해 대통령령이 정하는 바에 따라 그 이익의 일부를 원본의 사용료로 수령할 수 있다. 다만 저작자는 본 항의 권리를 포기할 수 있다.

추급권의 일신전속성으로 인해 오히려 미술작가들의 효용이 떨어지게 된다는 등 반대론자들이 주장하는 논거를 고려한 조정이다.

이상에서 살펴 본 추급권의 “전면적 도입안” 및 “단계적 도입안” 가운데 바람직한 방식은 전면적 도입안이라 생각된다. 단계적 도입안의 경우 추급권 제도의 도입에 대한 저항감을 대폭 줄일 수 있는 장점이 있는 반면, 추급권의 취지를 충분히 달성하기 어려운 미약한 제도의 도입에 그칠 우려가 있고, 우리 정부로서는 제도의 도입 이후에도 EU로부터의 통상압력을 계속 받게 될 가능성이 높다. 다만 추급권의 보호기간을 단계적으로 늘려가는 수준의 조정은 이미 영국의 사례에서 경험했듯이 우리도 시도해 볼 수 있는 방안으로 보인다. 이 때 다른 중요 요소들은 모두 전면적 개정안으로 입법함으로써 추급권 제도의 장단점을 일정 기간 동안 모두 검토할 수 있다.

따라서 본 연구진은 연구의 결론으로서, 미술작가의 취약한 경제상황을 개선하기 위한 추급권 도입은 필요하며, 다만 그 방법론으로서 전면적 도입안과 추급권의 보호기간 만을 일부 조정한 단계적 도입안을 각각 참고할 필요가 있을 것으로 판단하였다. 우리에게 이질적인 제도를 도입하고자 하는 측면이 분명히 있고, 반대론에서 주장하는 논거들이 나름대로의 설득력과 근거를 가지고 주장된 것들이므로 전면적인 도입을 시도하더라도 그 사회경제적 효과에 대한 분석을 충분히 거쳐서 입법이 이루어져야 할 것이다. 연구 과정에서 한 전문가는 결국 추급권이 무난히 도입되고 취지에 맞게 시행되기 위해서는 국민들이 이 제도를 잘 이해할 수 있어야 함을 지적하였다. 세계적으로 추급권이 보편화되어가는 추세이며, 또한 이 문제가 EU와의 통상이슈가 되어 있음은 분명하지만, 아직 추급권에 대한 일반인들의 이해가 많이 부족한 상황임을 감안할 때 추급권 입법의 배경에 대한 국민적 이해와 사회적 공감대를 형성하기 위한 노력이 지속적으로 요구된다 할 것이다.

- 참고문헌 -

- 김경숙. (2015). 미국에서 추급권 도입을 위한 논의의 동향, 고려법학, 76, 고려대학교 법학연구원
- 김영립. (2014). “미술저작자 사후 추급권 귀속의 인적범위”. 국제법무, 6(2)
- 김원오. (2007). "EU 및 그 주요 회원국의 추급권 입법 동향". 법학연구, 10(4)
- 이상정. (2016). 미래 저작권 정책방향 수립을 위한 연구. 한국저작권위원회
- 이준형. (2008). 문화예술 시장과 법적제도적 규제: 경매 시장과 추급권에 관한 최근 프랑스의 논의를 중심으로. 문화정책논총, 20
- 한국저작권위원회 (2011), 추급권 관련 인식 현황 실태조사
- Anna J. Mitran (2016), Royalties too?: exploring resale royalties for new media art, Cornell Law Review, col.101
- Art.14ter (3). Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as amended on September 28, 1979, (1886), http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283698#P174_33037
- Budi Agus Riswandi, S.H., M. Hum (2017), Legalization of artists' resale right (Droit de Suite) as the protection system and incentive Indonesia painting, Journal of Arts Science &Commerce, vol.8, Issue.1
- Carole M. Vickers, Comment, The Applicability of the Droit de Suite In the United States, 3 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 433, 459 (1980).
- CISAC-EVA-GESAC (2014). What is the Artist's Resale Right, resale-right.org
- DACS (2016). Annual Review
- Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, EUR-Lex - 32001L0084 - EN, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0084:EN:HTML>
- Henry Lydiate, Artist's Resale Right, Art Mon. 41, 41 (2015).
- Jennifer B Pfeffer, The Costs and Legal Impracticalities Facing Implementation of the European Union's Droit de Suite Directive in the United Kingdom, 24
- John Henry Merryman, The Wrath of Robert Rauschenberg, 41 AM. J. COMP. L. (1993).
- Mhum Budi Agus Riswandi SH, Legalization of Artists' Resale Right (Droit De Suite) as the Protection System and Incentive Indonesia Painting, 8 Res. World 91, 97 (2017).
- Michael B. Reddy, The Droit de Suite: Why American Fine Artists Should Have a Right to a Resale Royalty, 15 Loyola Los Angel. Entertain. Law J. 509, 515

(1994).

- *Morseburg v. Balyon*, 621 F.2d 972, 977–78 (9th Cir. 1980).
- *Northwest*. J. Int. Law Bus. 533561, 537538 (2004).
- *PM Group Life Ins. Co. v. W. Growers Assurance Trust*, 953 F.2d 543, 546 (9th Cir. 1992).
- Paul Sherman, *Incorporation of the Droit de Suite into United States Copyright Law*, 18 COPYRIGHT L. SYMP. 50, 51 (1970).
- Report from the Commission to the European Parliament, The Council and The European Economic and Social Committee, *Report on the Implementation and Effect of the Resale Right Directive (2001/84/EC)*, December 2011.
- Roland Kirstein and Dieter Schmidtchen, *Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive*, CSLE Discussion Paper, No. 2000–07(2000).
http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/2000-07_dds4.pdf
- US Copyright Office (2013). *Resale Royalties: An Updated Analysis*
- Wang, Gyu Ho. "The resale royalty right and its economic effects." *Journal of Economic Research* 15.2 (2010).
- www.artslaw.com.au
- www.carfac.ca/blog/sections/news/artists-resale-right; <https://www.raav.org>
- www.musee-orsay.fr/fr/collections/catalogue-des-oeuvres/notice.html?nnumid=345
- www.musee-peintres-barbizon.fr/library/Dossier-de-presse-L-Angelus
- <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9D02EFDF143AEF33A25750C0A9619C94689FD7CF>
- www.resaleroyalty.org.au