



법과 현실의 간극을 좁히기 위한 노력

빠르게 변화하는 현실의 속도에 법이 발맞춰 변화하기란 쉽지 않은 일이다. 그 속도로 인한 현실과의 간극 속 이미 결론지어진 선례에 반하는 하급심 판결을 찾기란 더욱 쉽지 않다. 선례 구속성의 원리가 사실상 작용하고 있는 상황에서 법과 현실의 차이를 좁히기 위한 노력을 살펴보고자 한다.

대법원 선례에 반하는 하급심 판결

불법 저작물 하이퍼링크를 게재한 인터넷 사이트 운영자의 저작권 침해 여부와 관련하여 지난 3월 말 내려진 서울고등법원 판결(2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결)에 주목한다. 이 판결은 동일한 쟁점에 관한 기존 대법원 선례에 반하는 것일뿐 더러 판결문 자체에 기존 대법원 판례는 변경되어야 한다고 선언하고 있다는 점에서 눈길을 끈다. 판례법을 근간으로 하는

영미법계 국가에서는 선례 구속성의 원리(Doctrine of stare decisis)가 사법 영역을 지배해왔지만 이와 달리 대륙법계 국가에서는 상급법원의 판례가 하급법원을 구속한다는 원칙은 인정되지 않으며 법관은 헌법과 법률에만 구속된다고 하기 때문에 판례는 사실상의 구속력밖에 없고 따라서 판례의 법원성은 부정되는 것이 보통이다. 우리 법원조직법 제8조는 “상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다”

라고 규정하지만, 이는 심급제도의 합리적 유지를 위하여 당해 사건에 한하여 구속력을 인정한 것이고 그 후의 동종의 사건에 대한 선례로서의 구속력에 관한 것은 아니다(헌법재판소 2002. 6. 27. 자 2002헌마18 결정). 그럼에도 불구하고 우리나라에서 동종의 사건에서 최고법원이 대법원의 선례에 반하는 하급심 판결을 만난다는 것은 매우 희귀한 일이고, 그러한 까닭에 위 고등법원의 판결은 다소 놀랄만한 사건이다.

법과 현실 간극 좁히는 노력 필요

법이 현실을 따라가지 못한다는 비난은 어쩌면 안정성, 통일성과 보수성을 본질적 가치로 하는 법 영역에서는 받아들여야 할 숙명인지도 모른다. 하지만 사법은 끊임없이 변화하는 현실과 조응하여야 하며, 그래야만 현실적인 규범력을 얻을 수 있다. 법은 항상 현실에 적응을 해왔지만, 문제는 그 시점과 계기일 것이다. 온라인 공간에서 이루어지는 콘텐츠의 이용과 유통에 관해서는 기존 법체계가 따라가기 벅할 정도로 빠르게 변화하고 변용되어 움직이고 있다. 이러한 분야에서 사실상의 선례 구속성의 원리에 따라 상급법원의 선례에 어긋나는 판결을 내리지 못하고, 언제 내려질지 모르는 대법원 판결이 변경될 때까지 기다린다는 것은 사법에 대한 신뢰를 무너뜨리는 요인 중의 하나가 될지도 모르겠다. 필자가 많이 취급하고 있는 저작권법 영역에서도 현실을 제대로 반영하지 못하는 상급법원의 판결이 종종 목격되었는데, 인터넷 링크를 게시한 온라인 서비스 운영자의 저작권 침해 책임도 그러한 예에 속한다.

불법 콘텐츠 유통 방조 행위도 경계해야

위 고등법원 판결이 문제 삼고 있는 상급법원 판결은 소위 '츄잉' 사이트를 운영하면서 성명불상자가 일본 만화의 번역본의 인터넷상 위치 정보를 하이퍼링크로 게시판에 게재한 것을 방치한 사이트 운영자의 저작권 침해 책임을 부정한 대법원 2012도13748 판결이다. 위 대법원 판결이 나온 이후 온라인 공간에서의 불법

적인 콘텐츠 유통은 해당 사이트에 직접 업로드 되는 방식이 아니라 비교적 안전한 링크방식으로 비즈니스 모델이 이동하고 있다. 물론 인터넷에서 이루어지는 정보의 교환과 의사소통은 모두 링크를 통해 이루어지는 것이라서 표현의 자유와 정보소통의 자유를 선불리 통제하는 것은 이 또한 위험한 발상이다. 하지만 현실적으로 링크방식을 통한 저작물의 불법 부당한 이용은 이미 도를 넘었다는 것이 업계의 평가이다. 이는 애초 위 대법원 판결이 예상하지 못했던 부작용이다. 이러한 이유로 위 대법원 판결은 인터넷 공간에서 저작물의 불법적 이용을 통해 수익을 올리려는 불법 사업 기획자들에게 안전지대를 제공해주었다는 비판을 받을 것이다.

나아가 저작권 침해 방조법의 성립과 관련한 기존 선례(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결)에도 위반되는 측면도 있다. 이미 대법원은 저작권 침해를 방조하는 행위란 타인의 저작권 침해를 쉽게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 침해 행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하며, 위와 같은 침해의 방조 행위에 있어 방조자는 실제 침해 행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제 행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다고 판시한 바 있다. 위 기준에 비추어 보면 불법 저작물이 올라 있는 인터넷 공간으로 연결되는 링크 정보를 조직적으로 게시하는 인터넷 서비스 운영자는 저작권 침해의 방조 책임을 물을 여지가 상당하다고 볼 수 있다.

변화하는 현실을 제대로 반영하지 못하게 된 대법원 선례에 구속되지 않고 독자적인 판결을 내린 하급법원의 판결은 법과 현실의 간극, 선례 구속성의 원리의 현실적 제약을 돌파한 용기 있는 판결로 환영할 만하다. 인터넷 링크를 게시한 서비스 운영자의 저작권 방조 책임을 인정한 대법원 판결이 변경되기 전까지 무조건 위 대법원 선례를 따르는 하급법원의 판결이 이어지게 되면, 어떤 결과가 될지 가늠해보면 더욱 그러하다. 