

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2011도1435 가. 저작권법위반(인정된 죄명 : 저작권법위반방조) 나. 저작권법위반방조
피 고 인	피고인 1 외 7인
상 고 인	피고인들
변 호 인	법무법인 지평지성 외 3인
원 심 판 결	서울중앙지방법원 2011. 1. 11. 선고 2009노723 판결
판 결 선 고	2013. 9. 26.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들의 상고이유에 대하여

가. 방조행위 및 그 범의에 관한 상고이유에 대하여

저작권법이 보호하는 복제권·전송권의 침해를 방조하는 행위란 정범의 복제권·전

송권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위로서, 정범의 복제권·전송권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권·전송권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권·전송권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며, 정범에 의하여 실행되는 복제권·전송권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고, 정범의 복제권·전송권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다 (대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결, 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 등 참조).

원심은 그 적법하게 채택된 증거들을 종합하여, 제1심 판시 이 사건 각 사이트에서 불특정 다수의 사이트 이용자들이 의하여 저작재산권자의 동의를 얻지 않은 영화 파일들의 업로드 및 다운로드가 이루어진 사실, 피고인들은 이 사건 각 사이트의 실질적인 운영자로서 위 각 사이트의 운영방식과 이용실태 등을 모두 인식하고 있었음에도 사이트 이용자들에게 영화 파일의 업로드를 유인하거나 다운로드를 용이하게 해주고, 이를 통해 수익을 얻은 사실 등을 인정한 다음, 이러한 사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 각 사이트를 운영·관리함으로써 제1심 판시 범죄일람표 1, 2, 6, 8 기재와 같이 위 각 사이트 이용자들의 복제권·전송권 침해행위를 용이하게 하여 이를 방조하였고, 그에 대한 고의가 있음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 방조행위 및 범의의 성부에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 기술적 조치 이행으로 인한 책임제한에 관한 상고이유에 대하여

구 저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제102조 제1항에서 '온라인서비스제공자가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다'고 규정하고, 같은 조 제2항에서 '온라인서비스제공자가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다'고 규정하고, 같은 법 제103조 제5항에서 '온라인서비스제공자가 저작권자로부터 불법 저작물의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구받고 즉시 그 저작물의 복제·전송을 중단시킨 경우에는 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다'고 규정하고 있는데, 위 각 조항의 입법취지나 위 각 조항의 해당 문구상 별다른 제한이 없는 점 등에 비추어 보면, 위 각 조항은 형사상 책임에도 적용된다고 봄이 상당하다.

한편, 구 저작권법 제102조 제2항이 규정하고 있는 '기술적으로 불가능한 경우'라 함은, 온라인서비스의 제공 자체는 유지함을 전제로 이용자들의 복제·전송행위 중 저작권의 침해행위가 되는 복제·전송을 선별하여 방지 또는 중단하는 것이 기술적으로 불가능한 경우를 말하는 것이므로, 비록 온라인서비스 이용자들이 해당 온라인서비스를 이용하여 저작물을 복제·전송함으로써 그 저작권을 침해하였다고 하더라도, 온라인서

비스제공자가 그와 같은 침해사실을 알고 저작권의 침해가 되는 복제·전송을 선별하여 이를 방지 또는 중단하는 기술적 조치를 다하였다고 인정되는 경우에는 해당 침해행위에 대한 형사상 책임이 면제된다고 할 것이다. 그리고 온라인서비스제공자가 구 저작권법 제103조 제5항에 의하여 그 책임을 감경 또는 면제받을 수 있기 위해서는 저작권자로부터 중단 요구를 받은 즉시 그 저작물의 복제·전송을 중단시켜야 하는 점에 비추어, 온라인서비스제공자가 스스로 저작권 침해사실을 알게 된 경우에도 그 즉시 당해 복제·전송을 중단시켜야 구 저작권법 제102조 제1항에 의하여 그 책임을 감경 또는 면제받을 수 있다고 봄이 상당하다.

위 법리와 제1심 및 원심에서 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 피고인들이 이 사건 각 사이트 이용자에게 의한 제1심 별지 범죄일람표 1, 2, 6, 8 기재의 각 저작재산권 침해사실을 알고서 즉시 그 저작물의 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 바가 없으므로, 구 저작권법 제102조 제1항이나 제103조 제5항에 따라 형사상 책임을 감경 또는 면제받을 수 없다. 그리고 피고인들이 이 사건 각 사이트에 취한 기술적 조치는 원심 판시 '금칙어 설정' 또는 '해쉬값 등록·비교'를 통한 필터링 방식 뿐으로서, 이러한 기술적 조치만으로는 그 당시 기술수준 등에 비추어 최선의 조치로 보이지 않을 뿐만 아니라 이들 기술적 조치 자체도 제대로 작동되지 아니한 것으로 보이는 이상, 피고인들은 저작권의 침해가 되는 복제·전송을 선별하여 이를 방지하거나 중단하는 기술적 조치를 다하였다고 할 수 없으므로, 구 저작권법 제102조 제2항에 따라 형사상 책임이 면제된다고도 할 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 구 저작권법 제102조 제1항, 제2항 및 제103조 제5항이 규

정한 책임제한에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

2. 피고인 1, 피고인 2 주식회사의 공소사실 불특정에 관한 상고이유에 대하여

형사소송법 제254조 제4항에서 범죄의 일시·장소와 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 용이하게 하기 위한 데 있다고 할 것이므로, 공소제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시, 장소, 방법, 목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 공소제기의 효력에는 영향이 없다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도2556 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 피고인 1, 피고인 2 주식회사에 대한 이 사건 예비적 공소사실의 특정 여부를 살펴보면, 비록 위 공소사실 중 정범의 범죄 구성요건적 행위에 해당하는 제1심 판시 '○○○○', '△△△△' 사이트 이용자들의 영화 파일 업로드 행위에 관하여 그 이용자들의 성명 등이 기재되어 있지 않으나, 그 중 일부는 아이디가 특정되어 있고, 나아가 이용자들이 업로드한 영화의 제목, 업로드한 시기, 업로드한 저장공간 등이 특정되어 있어 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 위 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없으므로, 공소제기의 효력에 영향이 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당한 것으로 수증할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

3. 피고인 3, 피고인 4 주식회사, 피고인 7, 피고인 8 주식회사의 상습성에 관한 상

고이유에 대하여

가. 구 저작권법 제140조 본문에서는 저작재산권 침해로 인한 같은 법 제136조 제1항의 죄를 친고죄로 규정하면서, 같은 법 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 같은 법 제140조 단서 제1호가 규정한 '상습적으로'라고 함은 반복하여 저작권 침해행위를 하는 습벽으로서의 행위자의 속성을 말한다고 봄이 상당하고, 이러한 습벽의 유무를 판단함에 있어서는 동종 전과가 중요한 판단자료가 되나 동종 전과가 없다고 하더라도 범행의 횟수, 수단과 방법, 동기 등 제반 사정을 참작하여 저작재산권 침해행위를 하는 습벽이 인정되는 경우에는 상습성을 인정하여야 할 것이며, 한편 같은 법 제141조의 양벌규정의 적용에 있어서는 행위자인 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원의 위와 같은 습벽 유무에 따라 친고죄인지 여부를 판단하여야 할 것이다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도14475 판결 등 참조).

나. 제1심 및 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들을 알 수 있다.

① 피고인 3은 웹스토리지서비스 제공 사이트인 제1심 판시 '▽▽▽▽' 사이트를 운영하는 법인인 피고인 4 주식회사의 실질적인 1인 주주이자 고문이고, 피고인 7은 위와 같은 성격의 사이트인 제1심 판시 '□□□□□' 사이트를 운영하는 법인인 피고인 8 주식회사의 웹스토리지서비스를 관장하는 사업본부장이다[한편, 피고인 3은 2003. 8. 20. 서울중앙지방법원에서 청소년보호법위반(청소년이용음란물제공)죄, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄로 징역 8월, 집행유예 1년을, 2005. 12. 1. 서울서부지방법원에서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포등)방조죄

로 벌금 700만 원을 각 선고받아 처벌받은 전력도 있다].

② 위 피고인들이 제1심 판시와 같은 방법으로 위 각 사이트를 운영할 경우 회원들이 대부분 정당한 허락 없이 저작권에 의한 보호 대상 저작물인 영화 파일을 업로드 내지 다운로드함으로써 복제 및 전송의 방법으로 반복적으로 저작권을 침해하는 행위를 조장·방조하는 결과에 이르게 된다.

③ 반면에, 위 피고인들이 행한 저작권 보호를 위한 기술적 조치는, 앞에서 본 바와 같이 당시 기술수준 등에 비추어 최선의 조치로 보이지 않을 뿐만 아니라 그 기술적 조치 자체도 제대로 작동되지 않았다.

④ 위 피고인들은 이러한 사정을 충분히 인식하고 있으면서 위 각 사이트를 개설하여 상당한 기간에 걸쳐 영업으로 이를 운영하면서 수 백만명에 이르는 회원들에게 웹 스토리지서비스를 제공하였다.

이러한 사정들과 함께 그 밖에 제1심 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 위와 같은 행위에 의한 저작권의 침해 정도, 위 각 사이트의 영업 규모 및 매출액 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위 피고인들에게는 반복하여 저작권 침해행위를 하는 습벽이 있다고 봄이 상당하므로, 상습성을 인정하여야 한다.

같은 취지의 원심판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 구 저작권법 제140조 단서 제1호가 규정한 '상습적으로'의 해석에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

4. 피고인 3, 피고인 4 주식회사의 상고이유에 대하여

가. 공소장 변경 요부에 관한 상고이유에 대하여

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄보다 가벼운

범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로, 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결, 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도 5365 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 심리의 경과 등에 비추어 위 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려가 없다는 이유로, 위 피고인들에 대하여 저작권법위반의 공동정범으로 기소된 범죄사실을 공소장 변경 없이 직권으로 저작권법위반 방조의 범죄사실로 인정한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 공소장 변경 요부에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 위법수집증거 배제에 관한 상고이유에 대하여

국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원으로서 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결 참조).

원심은, 이 사건 고소인 측의 의뢰를 받은 공소외인이 피고인 4 주식회사 운영의 '▽▽▽▽' 사이트에 적용된 검색제한 조치를 무력화하는 기술인 '패치프로그램'을 이용하여 '침해자료 목록 및 화면출력 자료'를 수집하였는데, 위 '패치프로그램'은 네이버 등 포털사이트에서 일반인이 손쉽게 입수할 수 있는 프로그램으로 위 피고인들도 그 존재를 인식

하고 있었고, 위 자료는 위 피고인들에 대한 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거이므로 공익의 실현을 위해서 위 자료를 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하며, 이로 말미암아 위 피고인들의 영업의 자유나 재산권적 기본권 등이 일정 정도 침해되는 결과를 초래한다 하더라도 이는 위 피고인들이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다는 이유로, 위 자료의 증거능력을 인정하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 위법수집증거 배제에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

5. 피고인 3, 피고인 4 주식회사, 피고인 5, 피고인 6 주식회사, 피고인 7, 피고인 8 주식회사의 포괄일죄에 관한 상고이유에 대하여

구 저작권법은 제140조 본문에서 저작재산권 침해로 인한 제136조 제1항의 죄를 친고죄로 규정하면서, 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 상습으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우를 가중처벌한다는 규정은 따로 두고 있지 않다. 따라서 수회에 걸쳐 구 저작권법 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 원칙적으로 경합범으로 보아야 하는 것이지 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다. 그리고 저작재산권 침해행위는 저작권자가 같더라도 저작물별로 침해되는 법익이 다르므로 각각의 저작물에 대한 침해행위는 원칙적으로 각 별개의 죄를 구성한다고 할 것이다. 다만 단일하고도 계속된 범의 아래 동일한 저작물에 대한 침해행위가 일정기간 반복하여 행하여진 경우에는 포괄하여 하나의 범죄가 성립한다고 볼 수 있다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12131 판결 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위 피고인들에 대한 이 사건 저작권법위반 방조의 대상이 되는 저작물이 모두 동일한 저작물은 아니므로, 원심이 위 피고인들의 범행을 경합범으로 보아 경합범 가중을 한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 죄수판단에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

6. 그 밖의 피고인들의 상고이유들은 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 비난하는 것에 불과하거나 원심이 인정한 사실과 다른 사실을 전제로 하여 원심판단에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 있다는 것이므로, 모두 적법한 상고이유가 되지 못한다.

7. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용덕 _____

주 심 대법관 신영철 _____

 대법관 이상훈 _____

 대법관 김소영 _____