

**부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반(피고인1에대하여추가된죄명
:컴퓨터등장애업무방해)**

[서울고등법원 2009. 10. 22. 2009노300]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 검사

【검 사】 유병두

【변 호 인】 법무법인 백상 담당변호사 김재철

【원심판결】 서울중앙지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합312 판결

【주문】

】

1. 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기한다.
피고인 1은 무죄.
피고인 1에 대한 판결의 요지를 공시한다.
2. 검사의 피고인 2 주식회사에 대한 항소를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

피고인들은 업링크솔루션 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 자신들의 광고와 네이버의 광고를 혼동하게 하였고, 이러한 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2항 제1호 (나)목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당함에도 불구하고, 원심은 이러한 행위가 영업주체 혼동행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 직권판단

직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 피고인 1에 대한 공소사실과 상상적 경합관계에 있는 아래와 같은 공소사실을 추가하고, 이에 대한 죄명으로 '컴퓨터등장애업무방해'를, 적용법조로 형법 제314조 제2항, 제1항, 제40조를 각 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 피고인 1에 대한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 검사의 항소이유는 여전히 당원의 심판대상이 되므로 이에 관하여 아래에서 판단하기로 한다.

3. 공소사실의 요지

가. 종전 공소사실

- 1) 피고인 1은 2006. 8.경 업링크솔루션이라는 프로그램(이하 '이 사건 프로그램'이라 한다)을 개발하였는데, 위 프로그램을 설치한 이용자들이 피해자 공소외 주식회사(이하 '피해자 회사'라 한다)에서 운영하는 인터넷 포털사이트인

네이버 홈페이지(www.naver.com) 등에 접속할 경우 피고인 1이 운영하는 피고인 2 주식회사 서버에 저장되어 있는 광고가 이용자의 컴퓨터 화면에서 보이는 네이버 홈페이지의 광고를 대체하거나 빈 공간에 추가된다.

피고인 1은 2006. 8.경부터 2007. 7.경까지 사이에 피고인 2 주식회사에서 운영하는 인터넷홈페이지(www.○○○.co.kr)를 통해서 불특정 다수의 인터넷 이용자들에게 위 프로그램을 배포, 설치하게 한 다음, 프로그램을 설치한 이용자들이 네이버 홈페이지에 접속할 경우 피고인 2 주식회사 서버에 저장되어 있는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고서비스인 것처럼 이용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 국내에 널리 인식된 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 피해자의 광고서비스 영업활동과 혼동을 하게 하는 행위를 하였다.

2) 피고인 2 주식회사는 같은 일시경 대표이사인 피고인 1이 피고인 2 주식회사의 업무에 관하여 위와 같은 방법으로 피해자의 광고서비스 영업활동과 혼동을 하게 하는 행위를 하였다.

나. 추가 공소사실의 요지(피고인 1)

피고인 1은 2006. 8.경부터 2007. 7.경까지 사이에 인터넷상에서 인터넷을 이용하는 이용자들의 개인용 컴퓨터에 이 사건 프로그램을 설치한 후 인터넷을 이용하게 하면서 위 프로그램의 작동으로 피해자 회사의 정보처리장치인 네이버 홈페이지 서버(웹서버)가 처리하는 정보처리결과 이용자의 개인용 컴퓨터에 표시되는 배너광고를 피고인 2 주식회사 배너광고로 강제로 대체하여 표시함으로써 피해자 회사가 제공하는 배너광고가 이용자에게 도달하게 함을 방해하고(이른바 대체광고), 피해자 회사가 네이버 홈페이지 이용자에게 심미감, 쾌적함 및 이용 편의를 제공하기 위하여, 또는 필요한 경우 피해자 회사가 직접 여백 부분에 배너광고를 제공하기 위한 목적 등 홈페이지 운영정책상 여백으로 남겨둔 홈페이지 좌우 끝 여백 부분에 피고인 2 주식회사 배너광고를 강제로 표시하는 방식으로 게시하고(이른바 여백광고), 네이버 홈페이지의 검색결과 표시의 제일 상단부에 피고인 2 주식회사 검색광고를 끼워넣어 네이버 홈페이지가 제공하는 검색결과를 그보다 하단으로 강제로 밀려나게 함으로써(이른바 키워드삽입광고) 정보처리장치인 네이버 홈페이지 서버 및 이용자의 개인용 컴퓨터가 이용자의 화면에 배너광고 및 검색광고와 관련한 정상적인 처리결과를 표시하는데 장애를 발생하게 하여 피해자 회사의 광고업무 및 네이버 홈페이지 운영에 관한 업무를 방해하였다.

4. 종전 공소사실에 관한 원심의 판단

원심은, 네이버 홈페이지 중 네이버 홈페이지를 나타내는 마크(), 네이버를 상징하는 모자로그() 만이 영업표지에 해당한다고 판단한 다음(위와 같은 마크, 로고를 이하에서는 '이 사건 영업표지'라 한다), ① 이 사건 프로그램은 이를 설치한 컴퓨터의 이용자가 피해자 회사의 네이버 등 국내의 유명 포털사이트에 접속하면 나타나는 해당 포털사이트의 화면의 일부에 피고인 2 주식회사에서 제공하는 광고화면이 나타나게 하는 것으로서, 피고인들은 광고주로부터 수주한 광고를 시행하는 과정에서 이 사건 프로그램을 이용하여 수주한 광고주의 광고를 게재하는 것에 불과하고 피고인 2 주식회사나 그 영업 자체를 광고하는 화면을 게재한 바는 없는 점, ② 피고인 1은 네이버 등 포털사이트의 화면 일부에 게재한 광고화면 자체나 위 포털사이트 화면의 다른 일부에 위 광고를 시청한 사람들이 피고인 2

주식회사를 피해자 회사로 오인하여 위 피고인의 영업에 관한 거래를 가능하게 하는 주소나 전화번호 등의 표시를 하지는 아니한 점, ③ 이 사건 프로그램이나 이를 이용한 피고인들의 이 사건 광고영업은 대다수의 인터넷 이용자가 네이버 등 유명 포털사이트에 접속하는 것을 이용하여 피고인 2 주식회사가 수주한 광고의 빈번한 노출기회를 확보하는 데 그 토대를 두고 있는 것으로 보이고 네이버 등 유명 포털사이트 업체의 영업표지 자체의 식별력을 활용하는 것으로 보기는 어려운 점, ④ 피고인 1은 위와 같은 이 사건 광고 게재를 통하여 이를 피해자 회사의 영업표지와 연결시켜 다른 광고주들에게 피고인 2 주식회사의 광고영업이 피해자 회사의 영업과 동일하거나 밀접한 관련이 있는 것으로 오인시켜 광고를 수주하는 행위를 한 것으로 볼 증거는 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1의 공소 사실 기재 행위는 피해자 회사가 운영하는 포털사이트인 네이버의 화면 일부를 사용하는 데 불과한 것으로서 피해자 회사의 영업표지의 식별력을 활용하여 영업활동을 한 것으로 보기는 어려우므로, 구 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되기 전의 것, 이하 '부정경쟁방지법'이라고 한다)이 규제하고 있는 영업주체의 혼동행위에는 해당한다고 할 수 없다는 이유로 위 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였다.

5. 당심의 판단

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

- 1) 피해자 회사는 국내 최대의 인터넷 포털사이트인 '네이버(www.naver.com)'를 운영하는 회사로서, 광고매체로 이용되는 위 인터넷 포털사이트를 보유한 광고매체사의 지위에서 광고주들 또는 광고대행사들과 광고계약을 체결하고 위 인터넷 포털사이트에 배너광고 또는 우선순위 검색결과 도출서비스 형태 등으로 광고를 게재하고 광고주 등으로부터 광고료를 지급받는 방식의 광고영업을 통하여 수익을 얻고 있다.
 - 2) 피고인 1은 인터넷홈페이지를 이용한 광고영업 프로그램인 이 사건 프로그램을 개발하여 피고인 2 주식회사가 운영하는 인터넷 홈페이지인 'www.○○○.co.kr'를 통하여 인터넷 이용자들에게 배포하는 한편, 광고주들과 이 사건 프로그램을 이용한 광고계약을 체결하고 광고료를 지급받는 방식의 광고영업을 통하여 수익을 얻고 있다.
 - 3) 인터넷 이용자가 피고인 2 주식회사 운영의 인터넷 홈페이지(www.○○○.co.kr)의 좌측 중단에 있는 ① 'Download' 버튼을 클릭하면 활성화된 이 사건 프로그램의 설치에 관한 '보안경고(인증)' 창이 뜨고, ② 위 창의 '실행' 항목을 클릭하면 '○○○ 설치' 창이 뜨며, ③ 위 창의 '다음' 항목을 클릭하면 '○○○ 이용약관' 창이 뜨고, ④ 위 창의 '동의함' 항목을 클릭하면 '○○○ 서비스 소개' 창이 뜨는데, 그 내용은 별지 ○○○ 서비스 소개의 기재와 같으며, ④ 다시 위 창의 '설치' 항목을 클릭하면 이용자의 컴퓨터에 이 사건 프로그램이 설치된다.
 - 4) 이 사건 프로그램의 목적은, 인터넷 이용자가 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 인터넷상의 특정 홈페이지(주로 포털사이트)를 방문하였을 때 피고인 2 주식회사에서 제공하는 광고를 위 컴퓨터에 직접 나타내 보이도록 하는 것이다.
- 구체적으로 광고를 나타내는 방식은, ① 포털사이트의 여백을 스스로 찾아내어 피고인 2 주식회사가 선택한 배너광고를 노출하는 방식(이하 '삽입광고방식'이라 한다), ② 포털사이트가 제공하는 광고란에 피고인 2 주식회사가 선택한

배너광고를 덮어쓰는 방식(이하 '대체광고방식'이라 한다), ③ 포털사이트의 검색창 하단과 포털사이트가 제공하는 키워드광고 사이에 피고인 2 주식회사가 제공하는 키워드광고를 삽입하는 방식(이하 '키워드광고방식'이라 한다)으로 구별된다.

- 5) 삽입광고방식 및 대체광고방식의 경우에는 인터넷 이용자가 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 네이버 홈페이지를 방문하면 네이버 홈페이지 창 위에 피고인 2 주식회사가 제공하는 배너광고 등이 나타나는 별도의 새로운 창이 나타남으로써 그 위치와 크기가 같은 네이버 홈페이지의 배너광고 등을 덮어버리거나 네이버 홈페이지의 여백에 광고가 나타나게 되고, 키워드광고방식의 경우에는 인터넷 이용자가 네이버 홈페이지의 검색창에 키워드를 입력하면 이용자의 컴퓨터 화면에 검색결과를 표시하기 위하여 피해자 회사의 서버로부터 검색결과인 HTML 문서를 전송받게 되는데, 이 사건 프로그램이 위 HTML 문서에 피고인 2 주식회사의 광고용 HTML 코드를 삽입하여 위 HTML 문서를 변경함으로써 이용자의 컴퓨터 화면에는 피고인 2 주식회사의 키워드광고가 삽입된 화면이 나타나게 된다.

그런데 공소사실 기재 기간 동안 이 사건 프로그램이 위와 같이 동작하는 과정에서 제공되는 광고의 출처가 피고인 2 주식회사라는 점을 표시한 바는 없다.

- 6) 한편, 삽입광고방식, 대체광고방식의 경우에는 이용자가 개별 광고 위에 표시된 'x'표시의 닫기 버튼을 클릭하면 해당 광고가 화면에서 사라지면서 원래의 광고가 보이게 된다.

그리고 이용자가 이 사건 프로그램 전체의 영구 삭제를 원한다면 '제어판'의 '프로그램 추가/삭제' 등 메뉴에서 이를 삭제할 수 있다.

나. 항소이유에 관한 판단

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (4)목 소정의 영업주체 혼동행위가 성립하기 위하여는 행위자가 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 '사용'할 것을 그 요건으로 하고 있는바, 그 사용의 형태에 대해서는 특별한 제한이 없다.

그러나 타인의 영업표지를 부정하게 자신의 영업에 사용하여 출처의 혼동을 가져오는 부정경쟁행위를 방지하기 위한 부정경쟁방지법의 목적에 비추어 볼 때 타인의 영업표지를 '사용'한다고 하기 위해서는 적어도 타인의 영업표지를 행위자 자신의 영업 출처를 표시하는 것으로 사용하여야 한다고 할 것이다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 참조).

그런데 앞에서 보았거나 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 비록 피고인들이 다수의 이용자를 확보하고 있는 네이버 등 포털사이트의 고객흡인력에 편승하여 네이버 등 포털사이트를 피고인들의 광고영업에 이용하려는 의도로 이 사건 프로그램을 배포한 사정이 엿보이나, 피고인들은 광고영업을 위하여 네이버 등 포털사이트를 광고공간으로 활용하였을 뿐이지 이 사건 영업표지 자체를 자신들의 광고영업 출처를 표시하는 것으로 사용함으로써 그 식별력을 활용한 것으로 보이지는 않는 점, 네이버 홈페이지의 이용자의 입장에서는 네이버 홈페이지가 포털사이트로서 제공하는 정보의 내용에 가치를 두는 것이지 네이버 홈페이지에 게재된 광고에 관하여 그 게재의 주체가 누구인지에 대하여는 특별히 가치의 차이를 두고 있다고 단정할 수 없

는 점, 게다가 이 사건 프로그램의 설치과정에서 이 사건 프로그램을 통해 실현되는 광고 형태의 안내나 설명에 있어서 다소 모호하거나 미흡한 점이 있긴 하나, 기본적으로 이 사건 프로그램의 설치에 동의한 이용자들만이 이 사건 프로그램을 통한 광고에 노출되게 되므로 그러한 이용자들은 피고인들이 어떠한 형태이던지 네이버 등의 홈페이지에서 광고행위를 한다는 포괄적인 인식은 있었던 것으로 보이는 점, 피해자 회사로서도 네이버 홈페이지에서 여러 형태로 광고영업을 할 뿐이지 광고영업을 하는 데 있어서 이 사건 영업표지 자체의 식별력을 활용한다는 인식은 크지 않았던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인들이 이 사건 영업표지를 자신들의 광고영업의 출처를 표시하는 것으로 사용하였다고는 볼 수 없다.

따라서 위 공소사실에 관하여는 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 할 것이므로, 이와 결론을 같이하여 위 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

추가 공소사실에 관한 판단

형법 제314조 제2항은 '컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자'를 처벌하도록 규정하고 있는바, 여기에서 '기타 방법'이란 컴퓨터의 정보처리에 장애를 초래하는 가해수단으로서 컴퓨터의 작동에 직접·간접으로 영향을 미치는 일체의 행위를 말하나, 위 죄가 성립하기 위해서는 위와 같은 가해행위의 결과 정보처리장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리의 장애가 현실적으로 발생하였을 것을 요한다고 할 것이다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002도631 판결 참조).

그런데 앞서 보았거나 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 이 사건 프로그램이 실행된다 하더라도 이 사건 프로그램은 피해자 회사가 이용자의 컴퓨터로 보낸 HTML(hypertext markup language, 인터넷 홈페이지의 하이퍼텍스트 문서를 만들기 위해 사용되는 기본 언어) 파일 원본을 변경하는 것이 아니라 이를 화면에 나타내기 위하여 일시적으로 이용자 컴퓨터의 메모리(RAM, Random Access Memory)상으로 복제한 사본 파일에만 피고인들의 HTML 코드를 삽입하는 것이므로, 이용자의 컴퓨터에 전송을 마칠 때까지는 네이버 홈페이지의 내용에 아무런 변경을 일으키지 아니하며 네이버 홈페이지의 운영에도 아무런 영향을 미치지 아니하는 점, 이용자가 자신의 컴퓨터로 전송받은 웹페이지 중 일부를 자신의 기호나 선택에 따라 자신의 컴퓨터 영역 내에서 변경하여 열람하는 것은 인터넷의 이용자에게 보장되어야 할 당연한 권리의 범위에 속한다고 보아야 하는 점, 이 사건 프로그램은 이용자의 명시적 동의에 따라 해당 이용자의 컴퓨터에만 설치되어 그 컴퓨터 내에서만 실행되고, 이 사건 프로그램의 사용을 원하지 아니하는 이용자는 이를 언제든지 영구적으로 삭제하거나 삽입광고방식과 대체광고방식의 경우에는 피고인들의 광고 내의 'X' 등의 버튼을 클릭하는 방법만으로 그 광고를 쉽게 제거할 수 있으며, 그 광고가 제거되면 그 즉시 본래의 네이버 홈페이지 화면으로 복귀하는 점 등에 비추어 이 사건 프로그램의 설치 및 사용은 위와 같은 인터넷 이용자들의 권리의 범주를 벗어나지 아니하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인들이 이용자의 컴퓨터에까지 도달한 네이버 홈페이지의 정보를 이용자의 영역에서 이용자가 설치에 동의한 이 사건 프로그램에 의하여 약간의 변경을 가하는 것만으로는 피해자 회사 및 이용자의 정보처리에 현실적인 장애를 발생시켰다고 할 수 없다.

따라서 위 공소사실에 관하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 한다.

6. 결론

그렇다면, 피고인 2 주식회사에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인 1에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고 형법 제58조 제2항에 의하여 피고인 1에 대한 판결의 요지를 공시하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 임시규(재판장) 이수영 신혁재