

## 저작권법위반

[서울중앙지방법원 2005. 1. 12. 2003노4296]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 검사

【검 사】 배성중

【변 호 인】 법무법인 태평양 담당변호사 류광현외 2인

【원심판결】 서울지방법원 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결

### 【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인들은 모두 무죄.

### 【이유】

#### 】I. 검사의 항소이유 요지

이 사건 공소사실은 정범이 최소 150만 명에 이르는 등 범죄의 특성상 수사과정에서 충분한 조사를 거쳐 그 중 일부 정범{소리바다 프로그램의 이용자 아이디(ID)가 각 bagazi19, shparkkhu, tenae, tkfkd15, comelf, daphne90 등인 성명 불상자들}의 구체적인 행위만을 예시적으로 기재한 것이며, 그러한 기재만으로 피고인들이 방어권을 행사하는 데 전혀 문제가 없을 뿐만 아니라, 법원이 심판대상을 한정하는 데에도 아무런 장애가 없었고, 나아가 정범의 행위에 대한 구체적인 특정을 요하는 경우 공소장변경을 통하여 공소사실을 구체적으로 충분히 특정할 여지가 있으므로, 원심이 정범이 행한 범죄의 특별구성요건을 충족하는 구체적 사실이 기재되지 않거나 특정되지 않았다는 이유만으로 이 사건 공소를 기각한 것은 부당하다.

#### II. 항소이유에 대한 판단

1. 검사의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 전체를 "피고인들은 약 450만 명의 회원이 가입된 인터넷 음악파일 공유 '소리바다' 사이트(www.soribada.com)를 공동으로 운영하는 자들인바, 2000. 3.경 미국에서 개발된 음악파일 공유프로그램 '냅스터'가 선풍적인 인기를 끌고 있는 것을 보고 인터넷을 통해 연결된 컴퓨터 내에 저장되어 있는 음악파일(mp3 파일)을 상호 복제, 교환하여 음악을 감상할 수 있는 음악파일 공유 기능의 '소리바다' 프로그램을 개발, 배포하기로 마음먹고, 사용자가 피고인들이 개발한 프로그램을 내려받아 컴퓨터에 설치·실행하면 피고인들이 관리하는 서버를 통해 선택속자 5,000명과 연결되어 해당 음악파일 보유자로부터 이를 복제, 전송받아 직접 듣거나 자신의 디렉토리에 저장하여 전송할 수 있도록 프로그램을 개발한 다음, 2000. 5. 20.경부터 서울 강남구 논현동 261-1 한국인터넷데이터센터 빌딩 내에 서버 3대를 설치하고, 음악파일 공유서비스 제공목적으로 인터넷 사이트 '소리바다'를 개설한 후 위 소리바다 프로그램을 위 홈페이지를 통하여 무료로 배포하였다.

그 후, 위 프로그램의 설치·실행을 통하여 수많은 사용자들이 언제든지 쉽게 음악파일을 복제, 전송받아 사용하게 되었는데, 이처럼 복제, 전송되는 음악파일의 대부분은 타인의 음악저작권을 침해하는 것이었고, 피고인들은 프로그램

개발자 및 인터넷서비스 제공자로서 사용자들이 위와 같이 타인의 음악저작권을 침해한다는 사실을 잘 알고 있음에도 불구하고 그 침해를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 채 단지 인터넷상의 음악파일을 아무런 대가 없이 서로 공유한다는 미명하에, 상호 공모하여, 공소외 3(ID : daphne90)이 2000. 6. 초순경 대전 유성구 소재 한국생명공학연구소 내 환경생명공학연구실에서 위 프로그램을 내려받아 자신의 노트북 컴퓨터에 설치하고 회원가입을 하여 계정을 개설한 다음, 2001. 7. 말경에서 2001. 8. 4.경 사이에 같은 장소에서 위 프로그램을 이용하여 위 소리바다 서버에 접속한 상태에서 성명불상자들이 공유디렉토리에 저장하고 있는 저작인접권자인 피해자 (주)신촌인터넷내셔널에서 제작한 가수 박효신의 '해줄 수 없는 일', '바보', '애써', 'Love is blind', '스토킹', '피아니스트', '하늘은 왜 내게', '링이', '피터팬', 'Inside love', 'Outro' 등의 음반이나 씨디(CD)를 기초로 만들어진 음악파일(MP3)을 검색한 후 이를 내려받아 자신의 공유디렉토리에 저장하고, 2001. 8. 4. 같은 장소에서 위 소리바다 서버에 접속하여 위 서버에 접속한 다수의 회원들이 위 음악파일을 전송받아 이용할 수 있도록 소위 P2P 방식으로 상호 연결하여 줌으로써 피해자의 음반에 대한 복제·배포권을 침해하도록 도와주어 이를 방조한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 기재와 같이 사용자들이 저작인접권자인 피해자들의 음반에 대한 복제·배포권을 침해하도록 도와주어 이를 방조한 것이다. "라는 것으로 변경하는 공소장변경을 신청하였고, 당심이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 달라졌으므로, 당초의 공소제기를 전제로 하는 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

2. 다만, 위와 같이 변경된 공소사실에 대하여 피고인들은 여전히 공소제기 절차의 적법성 여부에 대하여 다투고, 나아가 검사와 피고인들은 이 사건 범행의 성립여부에 대하여도 다투고 있으므로, 아래에서는 (1) 먼저, 이 사건 공소제기 절차의 적법성 여부와 관련하여, 변경된 이 사건 공소사실의 특정 여부 및 고소의 적법성 여부에 대하여 검토하고, (2) 다음으로 이 사건 범행의 유·무죄와 관련하여, ① 피고인들이 개발·배포한 '소리바다' 시스템의 운영방식, ② 정범인 소리바다 서비스 사용자들이 피해자들의 저작재산권인 복제권·배포권을 침해하였는지 여부, ③ 나아가, 피고인들에게 정범의 저작권 침해행위에 대한 형사상 방조책임이 성립하는지 여부에 대하여 차례로 살피기로 한다.

### Ⅲ. 이 사건 공소제기의 적법성에 대한 판단

#### 1. 이 사건 공소사실의 특정 여부

##### 가. 피고인들의 주장 요지

위와 같이 변경된 이 사건 공소사실에는 여전히 정범의 범죄사실인 이 사건 저작권법위반 행위가 구체적으로 특정되어 있지 않다.

즉, 이 사건 범행의 정범들이 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 서버에 접속한 후 다른 이용자들로부터 다운로드(down-load) 받아 자신들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장하였다는 음악파일인 mp3 파일(MP3(MPEG-1 Layer 3) 기술에 의해 압축된 오디오 파일을 말하며, 통칭 'mp3 파일'로 불린다)이 과연 저작인접권자인 이 사건 피해자들이 제작한 음반이나 씨디(CD)를 기초로 하여 만들어졌는지 여부, 나아가 정범들이 언제, 어디서, 어떻게 mp3 파일들을 다운로드 받았는지 또는 그 상대방은 누구인지 여부가 전혀 특정되어 있지 않은 채, 1년이 넘는 막연한 기간 내의 어느 시점에 위와 같은 mp3 파일의 다운로드 행위가 이루어졌다는 등으로 기재된 것은 현실적으로 범죄행위를 다른 행위와 구별할 수 있도록 특정한 것으로 볼 수 없다.

## 나. 판단

- (1) 형사소송법 제254조 제4항은 공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 기재하여야 한다고 규정하는바, 위 규정의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하다 할 것이고( 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결 참조), 한편, 방조범의 공소사실을 기재함에 있어서는 그 전제요건이 되는 정범의 범죄구성요건을 충족하는 구체적 사실을 기재하여야 하므로( 대법원 1988. 4. 27. 선고 88도251 판결, 대법원 1982. 5. 25. 선고 82도715 판결, 대법원 1983. 12. 27. 선고 82도2840 판결 등 참조), 시일, 장소, 방법 등에 의하여 정범이 행한 범죄의 구체적인 실행행위를 특정하여 기재하여야 하고, 나아가 정범의 실행행위에 방조범이 어떠한 행위로 방조하였는가를 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 명백히 기재하면 족하다 할 것이다.
- (2) 이 사건 공소사실에 관하여 보건대, 검사는 당시에 이르러 위에서 본 바와 같이 정범들 5명의 성명, 각 소리바다 프로그램의 설치 및 mp3 파일을 다운로드 받은 시기와 장소, 구체적인 행위태양, 공유폴더에 위와 같이 다운로드 받은 mp3 파일을 저장한 채 다시 소리바다 서버에 접속함으로써 다수의 회원들이 위 파일을 다운로드 받아갈 수 있도록 제공한 시기 등을 구체적으로 특정하여 변경하였고, 나아가 이 사건 정범들이 다운로드 받았다는 mp3 파일은 모두 이 사건 피해자들이 제작한 음반이나 CD를 기초로 하여 만들어졌다는 것을 전제로 하여 정범들이 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 서버에 접속한 후 성명불상자들로부터 위 파일을 다운로드 받아 자신들의 컴퓨터에 저장한 것으로 기재하고 있는바(이 사건 정범들이 다운로드 받은 mp3 파일이 실제로 이 사건 피해자들이 제작한 음반이나 CD를 기초로 하여 만들어졌는지 여부는 결국 피해자들의 권리침해 부분에서 판단되어야 할 사항이다), 그렇다면 변경된 이 사건 공소사실에는 정범들의 저작권법위반 행위에 대하여 다른 범죄사실과 구별될 수 있을 정도로 구체적으로 특정하여 기재되어 있는 것으로 봄이 상당하여, 피고인들의 위 주장은 이유 없다.

## 2. 고소의 적법성 여부

### 가. 피고인들의 주장 요지

친고죄인 이 사건 범행에 대한 고소는 고소권자 아닌 자가 제기한 것이어서 무효이다.

즉, 이 사건 범행의 정범들이 소리바다 서버에 접속한 후 다른 성명불상자들의 공유폴더에 저장되어 있는 mp3 파일을 다운로드 받아 자신들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장하고, 다시 다수의 다른 회원들이 위 파일을 전송받아 이용할 수 있도록 하였다는 행위는 명백히 저작권법상 '전송'행위에 해당할 뿐 복제나 배포행위로 볼 수 없는데, 이 사건 고소인들인 음반제작회사들은 모두 저작권법상 저작인접권자로서 음반에 대한 복제권과 배포권만을 가질 뿐 '전송권'은 부여되어 있지 않으므로, 이 사건 고소는 고소권자 아닌 자가 제기한 것으로서 무효이다.

## 나. 판단

살피건대, 정범들의 위와 같은 행위가 저작권법상 '전송'에 해당하는지 아니면 '복제'나 '배포'의 행위에 해당하는지 여부는 이 사건 범행의 유·무죄에 대한 실체판단과 관련된 사유일 뿐 고소의 유효요건으로서 판단될 사항은 아니고,

더욱이 고소장(수사기록 2쪽), 공소외 6에 대한 검사 작성의 진술조서(수사기록 26쪽)의 각 기재에 의하면 이 사건 피해자들은 모두 저작인접권자로서 정범의 저작권법위반 행위에 대한 피고인들의 방조행위로 인하여 자신들의 음반에 대한 저작인접권, 즉 복제·배포권이 침해되었음을 이유로 2001. 1. 21.경 피고인들을 형사고소한 사실이 인정되는바, 그렇다면 일응 피해자들에게는 적법한 고소권이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### IV. '소리바다' 시스템의 운영방식

##### 1. P2P 방식 프로그램에 대한 개괄적인 설명

피고인들의 원심 및 당심 법정 진술, 원심 증인 공소외 7, 당심 증인 공소외 8의 각 법정 진술, 피고인들에 대한 검사 작성의 각 피의자신문조서, 수사보고(인터넷검색자료)의 각 기재를 종합하면, 다음의 사실이 인정된다.

(1) 일반적으로 인터넷은 정보를 요청하는 클라이언트(client)와 정보를 제공하는 서버(server)로 구성되는바, 기존의 네트워크 방식은 인터넷 사용자가 중앙서버에 접속하여 그 서버로부터 서버 안에 저장되어 있는 각종 정보를 제공받는 방식(서버 대 개인, server to client)이었음에 비하여, P2P 방식은 인터넷 사용자들이 자신의 컴퓨터 내 하드디스크에 저장하고 있는 파일(file)이나 자료 등 정보를 인터넷 사용자들 상호간에 직접 공유할 수 있도록 하는 네트워크 방식으로, 사용자들의 각 컴퓨터가 기존 중앙서버의 역할을 겸하도록 함으로써 중앙서버를 통하지 않고도 사용자들 사이에 직접 정보를 주고받을 수 있게 해주는 방식(개인 대 개인, peer-to-peer)을 의미한다.

(2) 그런데, 기존의 네트워크 방식에서는 정보를 주고받는 두 컴퓨터의 역할이 분명하여, 그들 사이에 불법적인 데이터 전송이 일어날 경우 저작권 침해행위에 대하여 항상 불법행위를 주도하는 중앙서버의 관리자에게 직접 책임을 추궁하는데 별다른 어려움이 없었으나, P2P 시스템에서는 정보를 주고받는 두 컴퓨터 또는 그 이상의 컴퓨터 상호간에 특별히 서버 또는 클라이언트의 역할이 정해져 있지 않고, 각자 자신의 리소스(resource)를 관리하면서 서로간에 자료를 전달하거나 전달받는 등 어느 한 컴퓨터(즉, 특정서버)가 파일교환을 포함한 자료전송행위를 주도하지 않기 때문에 위법행위의 책임 유무 또는 그 소재를 파악하는 것이 쉽지 않을 뿐 아니라, 최근에 이르러서는 mp3라는 파일압축기술과 결합하여 음반, CD 등의 음악저작물이 대량으로 쉽고 빠르게 mp3 파일로 변환되어 인터넷상에서 광범위하게 유통됨으로써, P2P 시스템을 이용하여 파일 등을 주고받는 개별 사용자들 또는 P2P 시스템의 개발업체들과 음반회사 등 저작인접권자들(저작권자 포함) 사이에 잦은 마찰이 생기고 있고, 결국 이 사건 형사고소에 이르렀다.

(3) 한편, P2P 방식은 그 연결방식에 따라 크게, ① 인터넷상에서 개인 사용자들끼리의 상호연락을 원활하게 해주기 위하여 중앙서버가 개입하는 형태와, ② 비슷한 성능의 컴퓨터를 가진 사용자들끼리만 서로 연결된 형태로서 중개매개자(즉, 중앙서버)를 거치지 않고 사용자 상호간에 자체적으로 파일교환 등이 이루어지는 형태로 나눌 수 있다.

전자의 경우, 중앙서버에는 mp3 등의 음악파일이 하나도 저장되어 있지 않지만, 대신 중앙서버에서는 회원들 각자의 컴퓨터에 어떤 파일이 있는지 그 목록을 관리하면서 이를 검색할 수 있는 기능이 내장되어 있어, 회원이 원하는 파일의 위치정보를 제공하는 과정에 중앙서버가 개입하는 방식이고(다만, 사용자가 실제로 원하는 파일을 찾아 다운

로드를 받을 때에는 중앙서버를 거치지 않고, 파일을 갖고 있는 사용자의 컴퓨터와 직접 1:1로 연결되어 파일을 다운로드 받게 된다), 후자의 경우에는 중앙서버로부터 일단 프로그램을 다운로드 받아 사용자 개인의 컴퓨터에 프로그램을 설치한 후 이를 실행할 경우, 그 다음부터는 프로그램 자체에 검색엔진이 내장되어 있어서 자료를 찾고자 하는 상대방의 해당 컴퓨터에 직접 연결되어 자료를 찾아내어 파일 등을 다운로드 받는 방식으로(즉, 중앙서버에는 파일 자체는 물론이고 파일의 목록 등 파일공유에 필요한 어떠한 정보도 보관되어 있지 않다), 이 방식은 어느 단일의 주체에 의하여 정보가 보급·관리되는 것이 아니라 모든 사용자들이 위와 같이 설치한 프로그램을 통하여 직접 상호관계를 맺고 자신의 컴퓨터 내에 저장되어 있는 파일 등의 디렉토리 정보를 릴레이식으로 중개하는 방식을 취하고 있다.

전자에 속하는 대표적인 것으로는 미국의 '냅스터(Napster)'가 있고, 후자의 대표적인 예로는 '그누텔라(Gnutella)', '프리넷(Freenet)' 등이 언급되고 있으며, 이 사건 '소리바다(soribada)'는 일반적으로 냅스터와 그누텔라의 중간형태에 속하는 것으로 설명되고 있다.

## 2. 소리바다 시스템의 운영방식

위 증거들 및 수사보고(프로그램 및 mp3 다운로드과정 순서도), 증거목록(수사기록 635쪽 이하), 공소외 3, 공소외 1, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 2에 대한 각 접속화면, 소리바다 1.1베타버전의 설치화면 1 내지 4의 각 기재를 종합해 보면, 다음의 사실들이 인정된다.

### 가. 소리바다 프로그램의 개발과 배포

- (1) 피고인들은 친형제로서 평소 프로그램 개발에 많은 관심을 갖고 있던 중 음악과 관련된 프로그램을 개발하기로 하여, 1998년경 처음으로 인터넷상에서 mp3 파일을 비롯한 음악파일을 연주해 주는 프로그램인 '소리통'과 'SAP'를 개발하여 마이뮤직이라는 회사에 납품을 하기도 하였다.
- (2) 그런데, 1999년경 미국에서 개발된 음악파일 공유 프로그램인 '냅스터'의 선풍적인 인기를 접하게 된 피고인들은, 그 후 한국으로 귀국하여 '냅스터'가 이용하는 P2P 방식과는 달리 인터넷 사용자들이 중앙서버에 의존하지 아니하고 일단 서버에 접속한 후에는 사용자들끼리 정보를 주고받을 수 있는 프로그램을 개발하기로 마음먹고, 2000. 3.경 프로그램 개발에 착수하여 2개월 만인 2000. 5. 중순경 그 개발을 완료하였다.
- (3) 그리고, 그 무렵 피고인들은 성명불상자의 후원을 받아 서울 강남구 논현동 261-1 소재 한국인터넷데이터센터 빌딩 내에 서버 3대를 설치하고 인터넷상에서 mp3 파일의 공유서비스 제공 등을 목적으로 웹사이트 '소리바다(www.soribada.com)'를 개설한 다음, 인터넷 사용자들이 위 사이트에서 mp3 파일 공유프로그램인 '소리바다 프로그램'을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 설치할 수 있도록 무료로 제공하였다.

### 나. 소리바다 서비스의 내용

- (1) 소리바다 프로그램은 앞서 본 P2P 방식을 통하여 회원으로 가입한 인터넷 사용자들 상호간에 mp3 파일을 서로 다운로드 받거나 자신이 갖고 있는 mp3 파일을 다른 사용자와 공유할 수 있도록 해 주는 음악 공유·검색 서비스를

제공한다.

- (2) 소리바다 시스템은 '냅스터'와 같은 중앙서버가 존재하지만, 중앙서버에는 단지 사용자아이디(ID), 패스워드(password), 이메일주소, 가입회원의 성별과 나이, 사용자의 인터넷 연결속도, 사용자의 최종접속 IP주소 등 사용자 상호간의 연결에 필요한 정보만 보관되어 있을 뿐, 공유의 대상이 되는 mp3 파일 자체는 물론 mp3 파일의 목록이나 그에 대한 정보는 보관되어 있지 않다.

다.

#### 소리바다 서비스의 이용방법

- (1) 사용자는 먼저 인터넷상에서 소리바다의 웹사이트(www.soribada.com)나 셰어웨어(shareware), 프리웨어(freeware)의 다운로드 서비스를 제공하는 웹사이트에 접속하여 "소리바다 프로그램"을 무료로 다운로드 받아 이를 자신의 컴퓨터에 설치한다.
- (2) 이 때, 사용자는 자신의 아이디(ID)와 비밀번호(password) 등을 입력하여 소리바다 서비스의 회원으로 등록한 다음, 다른 소리바다 사용자들이 자신의 컴퓨터에 접근하여 mp3 파일을 다운로드 받아갈 수 있는 '공유폴더'(통상 기본설정 화면에서 제시하는 "C:\My Documents"로 많이 지정한다)를 자신의 컴퓨터 하드디스크에 지정해야 하고, 동시에 자신이 다른 사용자로부터 다운로드 받은 mp3 파일을 저장할 '다운로드폴더'도 함께 지정하게 되는데, 소리바다 프로그램을 설치할 당시에는 기본적으로 공유폴더와 다운로드폴더는 서로 일치되도록 설정되어 있다(다만, 위와 같은 공유폴더의 지정은 소리바다 프로그램의 설치 단계에서만 요구될 뿐, 그 후의 이용과정에서는 공유폴더를 설정하지 않더라도 소리바다 서비스를 이용하는 데는 아무런 지장이 없고, 사용자들 중에는 실제 공유폴더를 설정하지 아니한 채 이용하는 경우도 상당수 있는 것으로 보인다).
- (3) 사용자가 소리바다 프로그램의 설치를 마치고 실행하면 자동적으로 소리바다 서버에 접속되는데, 이때 사용자 컴퓨터의 소리바다 프로그램은 그 컴퓨터의 IP주소 등 연결정보를 자동적으로 소리바다 중앙서버로 송신하고, 서버는 위와 같이 접속한 사용자의 ID와 패스워드를 확인한 후 그 이용자에게 중앙서버에서 보관하고 있던 다른 사용자들의 IP주소 등 연결정보를 자동적으로 송신하여 준다.
- 즉, 사용자의 접속 당시에 이미 접속해 있던 다른 사용자들 5,000명(소리바다 시스템은 기본적으로 중앙서버에 접속해 있는 수많은 사용자들 중 특정사용자의 접속 당시에 이미 접속하고 있던 다른 사용자 "5,000명"을 검색가능한 범위로 한정하여 이를 하나의 그룹으로 형성한 다음, 그 5,000명의 컴퓨터 IP주소를 사용자에게 자동으로 송신하여 주도록 설정되어 있다)의 컴퓨터 IP주소 등을 그 사용자에게 제공하여 주는 것이다.
- (4) 위와 같이 소리바다 중앙서버는 사용자들로부터 받은 IP주소를 그들이 회원등록 당시에 입력하였던 ID, 패스워드 등과 함께 데이터베이스에 저장하여 사용자목록으로 관리하고, 사용자들은 등록 당시의 컴퓨터가 아닌 다른 컴퓨터로도 얼마든지 소리바다 서버에 접속하여 소리바다 서비스를 이용할 수 있으며, 그러한 사유로 사용자의 컴퓨터 IP주소가 바뀌는 경우 소리바다 서버는 최종 접속당시의 컴퓨터 IP주소에 대한 정보만을 보관하게 된다.

(5) 사용자가 컴퓨터에 설치된 소리바다 프로그램의 검색창에 자신이 찾고자 하는 노래의 제목이나 가수이름 등을 검색어로 입력하여 검색을 요청하면, 소리바다 프로그램은 위와 같이 중앙서버로부터 송신받은 다른 사용자들의 IP주소를 통해 동시접속자 중 5,000명(정확하게는 5,000명이 사용하고 있는 해당 컴퓨터의 소리바다 프로그램에게 송신하는 것이다) 각자에게 개별적으로 해당 검색어를 일괄 송신하고, 이어 위 검색어를 송신받은 다른 사용자들의 소리바다 프로그램은 자동적으로 그 프로그램이 설치된 컴퓨터의 하드디스크 내 공유폴더에 저장되어 있는 모든 mp3 파일을 검색하여, 요청받은 검색어와 일치하는 파일을 발견하면 해당 파일의 정보를 요청자의 컴퓨터로 송신하게 된다.

(6) 요청자의 소리바다 프로그램은 응답받은 파일정보를 재구성하여 검색결과 리스트를 보여주는데, 위 리스트에는 노래제목, 가수 명, 파일이름, 파일크기, 사용자 ID, 음질, 노래시간, 응답소요시간(Ping Time) 등이 표시되고, 요청자는 '자동정렬' 기능을 사용하여 속도, 크기, 음질 등 자신이 원하는 방식으로 검색결과 리스트를 순서대로 정렬하여 볼 수 있다.

검색을 요청하여 검색결과 리스트를 받는 데 걸리는 시간은 불과 2, 3초 정도이다.

(7) 요청자가 검색결과 리스트 중에서 자신이 원하는 파일을 선택하여(사용자들은 보통 위 자동정렬 기능을 사용하여 그 중 가장 다운로드 속도가 빠르면서도 음질이 양호한 mp3 파일을 선택한다) 이를 더블클릭하거나 '내려받기' 버튼을 누르면, 요청자의 컴퓨터는 당해 파일이 보관되어 있는 제공자의 컴퓨터와 1:1로 직접 연결되어(이는 소리바다 중앙서버가 송신한 제공자 컴퓨터의 IP주소를 이미 알고 있기 때문에 연결이 가능하다), 제공자 컴퓨터의 공유폴더로부터 해당 파일의 복제물을 전송받아 요청자 컴퓨터의 다운로드폴더로 자동적으로 다운로드되어 저장된다.

요청자는 여러 개의 파일을 선택하여 동시에 다운로드 받을 수도 있고, 다운로드를 받는 도중에 실시간으로 해당 파일을 실행하여 미리 노래를 들어볼 수도 있다.

(8) 한편, 위와 같이 사용자가 소리바다 프로그램을 이용하여 mp3 파일을 검색하고 다운로드 받는 과정에서 소리바다의 중앙서버를 경유하지는 않는다.

또한 소리바다 중앙서버에는 앞서 본 바와 같이 mp3 파일의 목록 등이 별도로 보관되어 있지 않고 사용자들의 ID와 패스워드 등 연결정보만을 보관하고 있어, 개별 사용자들이 서버에 접속해 올 경우 그 ID 등의 일치여부만을 확인한 후 사용자에게 선접속자 5,000명의 컴퓨터 IP주소를 송신하여 줄 뿐이어서, 피고인들로서는 소리바다 서버에 접속 중인 개별 사용자들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장되어 있는 mp3 파일의 목록이나 그 내용을 당연히 알 수는 없을 뿐 아니라, 위와 같이 사용자들 상호간에 서로 주고받는 파일에 대하여도 소리바다 서버의 운영자가 아닌 일반 회원으로서 직접 접속하여 검색함으로써 이를 확인하지 않는 한 어떠한 내용의 파일이 검색되고 있는지조차 알 수 없다.

## V. 공소외 1 등 소리바다 서비스 사용자의 저작권법위반 여부

### 1. 피해자들의 법적 지위 등

#### 가. 이 사건 피해자들의 법적 지위

이 사건 피해자들 중 (주) 우퍼엔터테인먼트는 가수 '클론', (주) 동아뮤직은 가수 '박완규', (주) 대영에이앤브이는 가수 '박지윤', (주) 신촌인터내셔널은 가수 '박효신'이 각 부른 별지 범죄일람표 기재 각 노래에 관하여 음을 음반에 맨 처음 고정한 음반제작자( 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정된 것) 제2조 제7호)로서, 저작권법에 의하여 저

작인접권의 보호를 받고( 같은 법 제61조), 그들이 제작한 음반을 복제·배포할 권리를 갖는다( 같은 법 제67조).

#### 나. 기초사실

당심 증인 공소외 2, 공소외 5, 공소외 3의 각 법정 진술, 공소외 1, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 2, 공소외 3에 대한 검사 작성의 각 진술조서(이에 대하여, 피고인들은 실질적으로 정범에 해당하는 자들에 대하여 검사가 진술거부권을 고지하지 아니한 채 피의자신문조서가 아닌 진술조서의 형식으로 신문한 것이므로 위 각 진술조서는 증거능력이 없다는 취지로 주장하므로 살피건대, 방조범이 성립하기 위해서는 정범의 실행행위가 요구된다 할 것이나, 반드시 정범과 방조범을 함께 처벌해야 하는 것은 아니고 사안에 따라서는 방조범만 처벌되는 경우가 있을 수 있고, 그러한 경우 정범은 피의자의 신분이 아니라 단순한 참고인에 불과하므로 정범에게 진술거부권을 반드시 고지해야 하는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 이유 없다), 공소외 2, 공소외 5 작성의 각 진술서, 수사보고( 공소외 1, 공소외 3 각 진술 청취 보고), 수사보고(참고자료, 수사기록 417쪽 이하), 저작권 침해대상 음반의 출시일자에 대한 인터넷검색자료, 공소외 1, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 2, 공소외 3에 대한 각 접속화면의 각 기재에 의하면, 다음의 사실들이 인정된다.

(1) 이 사건 피해자들 중 ① 피해자 (주) 우퍼엔터테인먼트에서 제작하여 2000. 4. 4.경 출시한 가수 '클론'의 4집 음반에는 "1. 초련, 2. 바로너, 3. 신세계, 4. 거짓말, 5. 숏바리, 6. 필요악, 7. 미안해, 8. Now Concert, 9. 짜리, 10. 변해버린 너" 등의 곡이, ② 피해자 (주) 동아뮤직에서 제작하여 1999. 9. 9.경 출시한 가수 '박완규'의 1집 음반에는 "1. Inferno, 2. 천년의 사향, 3. 약속, 4. Till to the rainbow, 5. 너의 눈물을 내가 볼 수 있도록, 6. 새로운 모습으로, 7. 진심, 8. 남겨진 날들, 9. 자유, 10. Angel, 11. One more try, 12. 태양의 꿈" 등의 곡이, ③ 피해자 (주) 대영에이앤브이에서 제작하여 2000. 7. 26.경 출시한 가수 '박지윤'의 4집 음반에는 "1. Intro, 2. 달빛의 노래, 3. 성인식, 4. 내가 원하는 남자, 5. 환상, 6. 연극, 7. 꿀, 8. 그댈 원했지만, 9. 귀향, 10. 사랑이 시작되기 전에, 11. 떠나는 이유, 12. 그대 그리고 사랑, 13. 달빛의 노래(REMIX)" 등의 곡이, ④ 피해자 (주) 신촌인터넷서널에서 제작하여 2000. 1. 5.경 출시한 가수 '박효신'의 1집 음반에는 "1. 해줄 수 없는 일, 2. 바보, 3. 애써, 4. Love is blind, 5. 스톱킹, 6. 피아니스트, 7. 하늘은 왜 내게, 8. 링이, 9. 피터팬, 10. Inside Love, 11. Outro" 등의 곡이 각 수록되어 있다.

(2) 공소외 1은 2000. 7.경 인터넷상에서 소리바다 프로그램을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 이를 설치하고 'bagazi19'라는 ID로 회원가입을 한 다음, 그 무렵부터 2001. 8. 4.경까지 사이에 위 프로그램을 실행하여 소리바다 서버에 접속한 상태에서 앞서 본 바와 같은 이용방법에 따라 위 서버에 접속하고 있던 성명불상자들의 공유폴더에 저장되어 있던 가수 "클론"의 위 4집 음반에 수록된 곡들과 같은 곡명의 mp3 파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 이를 저장하였고(수사기록 1185쪽 참조), 공소외 4(같은 1200쪽 참조), 공소외 5(같은 1208쪽 참조), 공소외 2(같은 1212쪽 참조), 공소외 3(같은 1230쪽 참조)도 모두 위와 같은 방법으로 별지 범죄일람표 기재와 같이 각 mp3 파일을 다운로드 받아 저장하였다(다만, ① 공소외 4의 경우 가수 "박완규"의 1집 음반에 수록된 곡들 중 "5. 너의 눈물을 내가 볼 수 있도록, 12. 태양의 꿈" 등 두 곡의 mp3 파일을 다운로드 받지 않았고, 다운로드 받은 mp3 파일 중 일련번호(트랙번호) "7."과 "8."의 순서가 음반과는 달리 뒤바뀌어 있으며, ② 공소외 5의 경우 가수 "박완규"의 1집 음반에 수록된 모든 곡의 mp3 파일을 다운로드 받았으나, 검사는 그 중 "5. 너의 눈물을 내가 볼 수



있도록, 12. 태양의 꿈" 등 두 곡의 mp3 파일만을 다운로드 받은 것으로 기소하고 있고, ③ 공소외 3의 경우 가수 "박효신"의 1집 음반에 수록된 모든 곡의 mp3 파일을 다운로드 받았으나, 그 일련번호(트랙번호) 중 1. 내지 3., 11.을 제외한 나머지 번호의 순서가 음반과 다르다).

(3) 그리고, 공소외 1, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 2, 공소외 3(이하 5명을 합하여 '공소외 1 등'이라 한다)는 모두 2001. 8. 4. 위와 같이 다운로드 받은 각 mp3 파일이 자신들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장되어 있는 상태에서 소리바다 프로그램을 실행하여 소리바다 서버에 접속하였다.

(4) 공소외 1 등이 위와 같이 각 mp3 파일을 다운로드 받을 당시 이 사건 피해자들로부터 mp3 파일을 다운로드 받는 데 대하여 사전동의를 받거나 또는 사후에 이를 승낙받은 사실 또한 없다.

(5) 한편, 공소외 1 등이 다운로드 받은 각 mp3 파일은 가수 '클론'을 비롯한 별지 범죄일람표 기재 각 가수들의 위 각 음반에 수록된 곡들 중 어느 한두 곡만을 특정하여 다운로드 받은 것이 아니라, 각 곡명 앞에 일련번호(트랙번호)가 붙어있는 상태에서 각 음반에 수록된 곡들과 같은 곡명의 mp3 파일을 전부 또는 그 대부분을 다운로드 받았고, 그 일련번호(트랙번호) 또한 음반에 수록된 곡들의 그것과 거의 일치한다(그리고, 공소외 1 등이 다운로드 받은 각 mp3 파일의 음질이 모두 '128'kbps로 동일하다).

## 2. 공소외 1 등이 다운로드 받은 mp3 파일의 출처

### 가. 피고인들의 주장 요지

인터넷상에서 유통되고 있는 mp3 파일은 음반제작회사에서 제작한 음반이나 CD를 기초로 만들어진 것뿐만 아니라, 가수들의 라이브 공연현장이나 실황녹화현장 또는 TV방송이나 라디오방송 등을 통하여 직접 노래를 녹음한 후 이를 다시 mp3 파일로 변환하여 만들어진 것들도 얼마든지 있을 수 있는바, 이 사건 범행의 정범인 공소외 1 등이 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 서버에 접속한 후 성명불상자들로부터 다운로드 받아 자신들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장하였다는 각 mp3 파일이 오로지 저작권접권자인 이 사건 피해자들이 제작한 음반이나 CD를 기초로 하여 만들어졌음을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 사건 정범들이 피해자들의 저작권법상 권리를 침해한 것으로 단정지을 수는 없다.

### 나. 판단

살피건대, 공소외 1 등이 다운로드 받은 mp3 파일의 곡명 수, 그 일련번호(트랙번호) 등이 각 음반에 수록된 곡들과 거의 일치하는 점에 비추어, 위 mp3 파일들이 피고인들이 주장하는 바와 같이 라이브 공연현장 등에서 녹음되어 mp3 파일로 변환되었을 가능성은 거의 없어 보이고(위와 같은 경위로 노래를 녹음할 경우 인기곡인 한두 곡만을 녹음하게 되는 것이 보통이고, 음반에 수록된 전 곡을 동시에 녹음한다는 것은 사실상 경험칙에 반한다).

또한, 일반적으로 실황현장에서 녹음할 경우 그 음질이 떨어진다는 점, 공소외 1 등이 다운로드 받은 mp3 파일의 음질이 모두 '128'로 동일하다는 점에 비추어, 위 mp3 파일들이 각각 별개의 과정을 거쳐 mp3 파일로 변환되었을 가능성은 거의 없어 보인다), 오히려 성명불상자들이 이 사건 피해자들이 각 제작한 음반이나 CD를 구입한 후 그 전부를 일률적으로 mp3 파일로 변환하여 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장하였다가 다른 회원들을 거쳐 또는 직접 공소외 1 등에게 전송되어진 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

### 3. 복제권 침해 여부

#### 가. 당사자들의 주장 요지

검사는, 공소외 1 등이 성명불상자의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장되어 있는 별지 범죄일람표 기재 각 mp3 파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 저장한 행위가 피해자들의 복제권을 침해한 것이라고 주장하고, 이에 대하여 피고인들은 앞서 본 바와 같이 소리바다 프로그램을 통한 mp3 파일의 교환은 전송에 수반되는 행위일 뿐이므로, 이는 '전송권'의 문제로 보아야 하고, 복제권이 침해될 여지는 없다고 다툰다.

#### 나. '복제'의 의의

- (1) 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제2조 제14호는 '복제'를 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다고 규정하여, 복제의 개념을 그 표현형태를 직접 볼 수 있는 "인쇄물 등의 유형물로 다시 제작하는 것"에 한정시키고 있었다.
- (2) 그러나, 정보통신망(특히, 인터넷)과 디지털기술의 발달에 따라 정보통신망을 통하여 전달되는 '디지털저작물'의 등장 등 저작권 주변환경이 변화함에 따라 그 변화를 수용할 수 있는 새로운 개념의 정립이 요청되었고, 이에 따라 2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되어 2000. 7. 1.부터 시행되는 개정된 저작권법(이하 '저작권법'은 위와 같이 개정된 저작권법을 말한다)은 제2조 제14호에서 '복제'를 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다고 정의하여 복제의 개념에 "유형물에 고정하는 것"을 추가로 규정하고 있는바, 이로써 정보통신망을 통하여 송신되거나 검색된 디지털저작물 등 정보를 디지털 형태로 다시 전자적 기록매체(플로피디스크, 컴퓨터의 하드디스크 등)에 저장하는 행위 또한 복제의 개념에 포함시킬 수 있는 새로운 '디지털 복제개념'을 도입하기에 이르렀다.

다.

#### 소리바다 사용자들의 복제권 침해 여부에 대한 판단

##### (1) 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 경우

(가) 이 사건 범행의 정범들 중 공소외 1은 2000. 7.경부터, 공소외 2는 2000. 7. 26.경부터, 공소외 3은 2001. 7. 말경부터 각 2001. 8. 4.경까지 사이에 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 중앙서버에 접속한 후 성명불상자들로부터 그들의 공유폴더에 저장하고 있는 별지 범죄일람표 순번 1, 4, 5 기재 각 피해자들이 제작한 가수들의 음반이나 CD를 기초로 만들어진 mp3 파일을 검색한 후 이를 다운로드 받아 자신들의 각 컴퓨터 내 공유폴더에 저장한 사실, 위와 같이 mp3 파일을 다운로드 받는 과정에서 피해자들로부터 사전동의나 사후승락을 받지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 그리고, 저작권법은 위에서 본 바와 같이 구 저작권법과는 달리 복제의 개념에 음반 및 그 복제물을 "유형물에 고정"하는 것을 새로이 포함시킴으로써 디지털 복제개념을 도입하였는바, 이에 따르면 인터넷 사용자가 타인에게 파

일을 제공하기 위하여 원시적으로 음반이나 CD로부터 음원을 추출하여 mp3 형식의 파일로 매체에 저장하거나 인터넷상에서 검색된 mp3 파일 등을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 내 하드디스크에 저장하는 행위, 이와 같이 저장된 mp3 파일을 다시 mp3 플레이어칩이나 CD에 저장하는 행위 등은 모두 유형물에 음을 고정하는 것에 해당하여 복제행위로 보아야 한다.

그렇다면, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3이 음반제작자의 동의 없이 위에서 본 바와 같은 과정을 거쳐 mp3 파일을 다운로드 받아 자신들의 컴퓨터에 저장한 것은 유형물에 음을 고정하는 것에 관한 배타적 권리인 음반제작자의 복제권을 침해하는 것이라 할 것이다.

(2) 공소외 4, 공소외 5의 경우

(가) 이 사건 범행의 정범들 중 공소외 4와 공소외 5가 모두 2000. 6. 초순경부터 2001. 8. 4.경까지 사이에 별지 범죄일람표 순번 2, 3 기재 각 피해자들이 제작한 가수들의 음반이나 CD를 기초로 만들어진 mp3 파일을 검색한 후 이를 다운로드 받아 자신들의 각 컴퓨터 내 공유폴더에 저장한 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 2000. 7. 1. 이전에 시행되던 구 저작권법에서는 복제의 개념에 음반 및 그 복제물을 "유형물에 고정"하는 것을 포함시키지 않고, "유형물로 다시 제작하는 것"만을 복제행위에 해당하는 것으로 파악하였고, 그 복제개념이 정보통신망을 통하여 전달되는 디지털저작물을 염두에 두고 정의된 것이 아님은 앞서 본 바와 같이 명백하다.

따라서, 구 저작권법에 의하면 인터넷상에서 송신받거나 검색된 mp3 파일 등 컴퓨터 파일형태로 되어 있는 저작물을 다운로드 받아 컴퓨터의 하드디스크와 같은 전자적 기록매체에 저장하는 것은 복제에 해당하지 않는다 할 것이다.

(다) 따라서, 위 공소외 4와 공소외 5가 소리바다 프로그램을 통해 mp3 파일을 다운로드 받은 행위가 2000. 7. 1. 이전에 이루어졌다면 이들의 행위는 복제에 해당하지 않는다 할 것이고, 2000. 7. 1. 이후에 다운로드 받은 경우에만 비로소 복제에 해당한다 할 것인데, 이 사건에서 공소외 4와 공소외 5가 2000. 7. 1. 이후에 mp3 파일을 다운로드 받았음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

라. 복제행위가 저작권법 제27조의 사적이용에 해당하는지 여부

공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 행위가 음반제작사의 복제권을 침해하는 경우, 다시 복제행위가 저작권법 제27조 소정의 사적이용을 위한 복제에 해당하여 그 이용이 허용되는지 여부가 문제되므로, 아래에서는 이 점을 살피기로 한다.

한편, 만약 공소외 4와 공소외 5가 2000. 7. 1. 이후에 mp3 파일을 다운로드 받았다면 이 역시 피해자 (주) 동아뮤직의 복제권을 침해한다 할 것이므로, 이 경우에도 아래에서의 판단이 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

(1) 저작권법 제27조의 규정내용과 성립요건

저작권법 제27조 본문은 공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다고 규정하고 있다.

따라서, 이용자의 행위가 사적이용에 해당하기 위해서는, ① 영리를 목적으로 하지 아니할 것, ② 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용할 것 등 두 가지 요건을 충족하여야 하고, 다시 위 ②항의 '한정된 범위'에 대한 판단 요소로서는, ㉠ 그 이용인원이 소수일 것, ㉡ 이용인원들 사이에 강한 인적결합이 존재할 것 등이 요구된다.

## (2) 피고인들의 주장 요지

피고인들은, 저작권법 제27조 소정의 '영리의 목적'이라 함은 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감한다는 의미가 아니라, 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제의료를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통하여 직접 이득을 취득할 목적을 의미한다 할 것인데, 소리바다 프로그램의 사용자들은 대부분 인터넷상에서 음악을 감상할 개인적인 목적으로 mp3 파일을 다운로드 받았고 이는 음반이나 CD의 구입비용을 절감한 것에 불과하며, mp3 파일에 대한 복제는 1회적으로 이루어지고 저장된 mp3 파일은 단지 개인용 PC에서 재생되어 위와 같이 음악 감상을 위하여 이용될 뿐이므로, 이는 저작권법 제27조의 사적이용에 해당한다는 취지로 주장한다.

## (3) 판단

### (가) 인정사실

공소외 1 등이 소리바다 프로그램을 통하여 소리바다 중앙서버에 접속한 후 성명불상자들의 공유폴더에 저장되어 있던 별지 범죄일람표 기재 각 피해자들이 제작한 음반, CD를 기초로 만들어진 mp3 파일을 다운로드 받아 자신들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장하였고, 다시 2001. 8. 4. 위와 같이 다운로드 받은 각 mp3 파일이 공유폴더에 저장되어 있는 상태에서 소리바다 프로그램을 실행하여 소리바다 서버에 접속한 사실은 앞서 본 바와 같고, 당시 증인 공소외 6의 법정 진술, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 5, 공소외 4, 공소외 1에 대한 각 검사 작성의 진술조서, 공소외 6 작성의 진술서, 공소외 3, 공소외 1, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 2에 대한 각 접속화면의 각 기재에 의하면, 공소외 6은 2001. 8. 4. 소리바다 프로그램을 통하여 소리바다 중앙서버에 접속한 후 가수 '클론', '박완규', '박지윤', '박효신' 등을 검색어로 하여 mp3 파일을 검색한 결과, 다른 소리바다 회원들로부터 그들이 각자 자신의 컴퓨터 내 공유폴더 상에 저장하고 있던 위 가수들이 부른 곡들의 mp3 파일 정보를 송신받아 검색결과 리스트를 제공받은 사실, 위 리스트에는 이 사건 범행의 정범들인 공소외 1 등이 저장하고 있던 mp3 파일들도 포함되어 있었던 사실, 공소외 1 등은 모두 인터넷상에서 mp3 파일로 음악을 듣고 이를 다른 사람들과 공유하여 사용할 수 있는 사이트가 있다는 얘기를 친구 등으로부터 전해듣거나 신문기사 등을 접한 후 소리바다 중앙서버에 접속하여 각자의 ID로 계정을 개설한 다음, 자신의 컴퓨터상에서 음악을 듣기 위하여 mp3 파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 이를 저장한 사실을 인정할 수 있다.

### (나) 공소외 1 등의 복제행위가 사적이용에 해당하는지 여부

살피건대, 공소외 1 등은 인터넷상에서 mp3 파일의 구입비용을 지급하거나, 비용을 지급하고 구입한 음반 또는 CD로부터 mp3 파일을 추출한 것이 아니라 무상으로 소리바다 프로그램을 통하여 다른 사용자로부터 mp3 파일을 다운로드 받았고, 이를 다른 사용자들이 다시 다운로드 받아갈 수 있도록 자신들의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장한 후 소리바다 서버에 계속 접속하여 그 서비스를 이용함으로써, 접속해 있는 동안 불특정 다수의 회원들이 공소외 1 등의

위 공유폴더에 접근하여 mp3 파일의 목록을 검색하여 이를 다운로드 받도록 공유한 이상, 공소외 1 등에게는 음악 감상을 위한 개인적인 목적 외에 다운로드 받은 mp3 파일을 다른 소리바다 회원들과 함께 공유하고자 하는 의도 또한 있었던 것으로 봄이 상당하다.

그런데, 위와 같은 파일공유 행위가 인터넷상에서 소리바다 서버에 접속한 불특정 다수인들, 특히 동시접속자 5,000명 사이에서 광범위하게 이루어진다는 점에서, 이를 두고 단순히 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하기 위하여 복제한 것으로는 볼 수 없다.

따라서, 더 나아가 영리목적의 유무에 관하여 판단할 것 없이 공소외 1 등의 mp3 파일 복제행위는 저작권법 제27조 소정의 사적이용을 위한 복제에 해당하는 않는다고 하겠다.

#### 4. 배포권 침해 여부

##### 가. 검사의 주장 요지

(1) 검사는, 2001. 8. 4. 이 사건 범행의 정범인 공소외 1 등이 자신들의 공유폴더에 앞서 본 바와 같이 다운로드 받은 mp3 파일을 저장한 후 소리바다 서버에 접속함으로써, 자동적으로 다른 불특정 다수의 회원들이 접근하여 이를 복제하여 다운로드 받을 수 있는 상태에 두었을 때 배포행위가 개시되었고, 실제로 다른 사용자가 mp3 파일을 자신의 컴퓨터 내 하드디스크에 재복제물을 생성하는 방법으로 다운로드 받았을 때 배포권의 침해행위가 완성된다고 주장하면서, 위와 같이 공소외 1 등이 각자 보유하고 있는 공유폴더에 mp3 파일을 저장해 두는 것이 피해자들의 배포권을 침해한 것이라고 주장한다.

(2) 또한, 소리바다 사용자들이 공유폴더에 mp3 파일을 저장한 채 소리바다 서버에 접속하여 자동적으로 다른 사용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 하는 행위는, 그 사용자의 컴퓨터 내 공유폴더를 다른 사용자들이 검색하여 원하는 mp3 파일에 대한 다운로드를 요청하고, 위 요청에 따라 컴퓨터가 음원에 대한 복제물인 당해 mp3 파일에 대하여 새로이 재복제물을 생성하고 이를 자동적으로 요청자에게 송신하는 전기적 신호과정을 통하여 mp3 파일을 다운로드 받게 되고, 그 mp3 파일이 컴퓨터 내 하드디스크의 다운로드폴더에 자동적으로 저장됨으로써 재복제물이 생성되는 일련의 행위과정과 결합됨으로써, 결과적으로 음원 유형물(음이 고정되기 전의 유형물은 요청자가 이미 가지고 있는 하드디스크이므로 요청자가 스스로 제공하는 것이 된다)에 고정하여 양도하는 결과가 되어 음반제작자의 배포권을 침해하는 것이라고도 주장한다.

##### 나. 소리바다 사용자들의 배포권 침해 여부에 대한 판단

##### (1) '배포'의 의미 및 '전송권'의 도입

(가) 저작권법 제2조 제15호에 의하면 '배포'라 함은 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말하고, 이는 구 저작권법의 배포 개념과 동일하다.

여기서, 배포행위인 "양도 또는 대여"는 원칙적으로 저작물의 유형물에 의한 보급(dissemination), 즉 저작물이 담겨져 있는 물체(원작품 또는 복제물)의 점유이전을 수반하는 개념으로서, 통신망을 통하여 무형적으로 디지털저작물을 일반공중에게 제공하는 행위를 포섭하기는 어렵다.

(나) 그런데, 정보통신망과 디지털기술의 발달에 따라 '디지털저작물'이 등장하는 등 저작권 주변환경의 변화에 맞추어 새로운 개념정립이 요구되자, 2000. 1. 12. 저작권법이 개정되면서 앞서 본 바와 같이 기존의 복제 개념에 "유형물에 고정"시키는 것을 추가하여 디지털 복제개념을 도입함과 동시에, 복제권·배포권과는 구별되는 '전송권'이라는 개념을 새로이 도입하게 되었다.

(다) 저작권법 제2조 제9의2호에 의하면 '전송'이라 함은 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 규정하고 있다.

이는 쌍방향적인 정보통신망에 의한 통신에 관한 권리로서, 기존의 복제권이나 배포권 또는 방송권이 컴퓨터 통신을 통한 저작물의 유통에 그대로 적용되기 어렵다는 이유 때문에, 즉 복제는 전송에 수반되어 이루어지는 행위일 뿐이고, 배포는 유체물의 점유이전을 수반하지 않는 전송에는 적합하지 아니한 개념이며(전송의 결과, 디지털 저작물의 원본은 전송 후에도 전송자의 컴퓨터 내에 그대로 남아 있으면서 동일한 복제물이 동시에 다수의 수신자 컴퓨터에 전달되어 저장되므로, 전송의 경우에는 유체물의 점유이전을 수반하지 않는다), 방송 또한 쌍방향적인 정보의 유통을 특징으로 하는 전송과는 상이한 개념이기 때문에, 컴퓨터 통신을 통한 저작물의 유통에 적합한 새로운 개념으로 '전송권'이라는 개념을 도입한 것으로 해석되고 있다.

(라) 저작권법상 전송권은 저작자만이 갖고 있고( 제18조의2), 음반제작회사인 저작인접권자에게는 복제·배포권 외에 따로 전송권이 부여되어 있지 않다( 제67조).

(2) 공소외 1 등의 배포권 침해 여부

(가) 우리 저작권법은 저작재산권을 이른바 '권리의 다발(bundle of right)'로 파악하고, 다시 저작재산권을 여러 종류의 지분적 권리가 포함된 것으로 구성하고 있으며, 이러한 지분적 권리에 대하여 법에서 제한적으로 나열하는 '열거주의' 방식을 채택하고 있다.

따라서, 현실적으로 저작권자 등의 이익이 침해되는 사태가 발생한다 하더라도 저작권법이 권리로서 보호를 하고 있지 아니하면 다른 법리에 의한 보호는 별론으로 하고, 저작권법에 의한 보호는 받을 수 없다고 해석함이 상당하다.

(나) 그런데, 저작권법은 제2조에서 전송( 제9의2호), 복제( 제14호), 배포( 제15호)의 각 개념을 각자 다른 개념과 명확하게 구분하여 규정하고 있는바, 그렇다면 위 각 행위는 논리적으로 다른 행위에 해당하거나 포섭될 수 없다 할 것이다.

더욱이, 형사책임에 대하여는 엄격한 해석의 원칙이 적용되어야 하므로, 어느 한 개념표지에 해당하는 행위를 다른 개념에 해당하거나 포함되는 것으로 해석할 수는 없다.

(다) 이 사건에 돌아와 살피건대, 소리바다 시스템에서 이루어진 공소외 1 등 개별 사용자들의 '타인이 mp3 파일을 전송받아 갈 수 있는 상태에 두는 행위' 또는 파일 교환행위 자체는 전통적인 의미에서 유형물의 점유이전을 수반하는 것으로는 볼 수 없어 '배포'행위에 해당한다고 할 수 없고, 오히려 디지털 형태의 저작물을 컴퓨터 통신을 통하여 서로 주고받거나 그 이용에 제공하는 것에 해당한다 할 것이므로, 이는 저작권법상 '전송'의 개념표지에 속하는 것으로

로 봄이 상당하다.

그 외, 달리 공소외 1 등 정범들이 피해자들의 배포권을 침해하였음을 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면, 피고인들이 정범인 공소외 1 등의 배포권 침해행위를 방조하였다는 이 부분 공소사실은 피고인들의 방조행위에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

## 5. 소결론

당심에서 변경된 공소사실의 별지 범죄일람표 기재 정범들 중 순번 1, 4, 5 기재의 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3만이 같은 순번 기재 각 피해자들의 복제권을 침해하였다 할 것이고, 순번 2, 3 기재 공소외 4, 공소외 5의 복제권 침해 및 위 정범 5명의 각 배포권 침해에 대하여는 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인들에 대한 이 부분 각 공소사실에 대하여는 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다.

## VI. 피고인들이 정범의 복제권침해 방조 여부

아래에서는 피고인들이 인터넷상에서 소리바다 서비스를 제공함으로써 이 사건 범행의 정범들 중 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 복제권 침해행위를 방조하였는지 여부를 살피기로 한다(한편, 만약 이 사건 정범의 행위가 모두 복제권 및 배포권 침해행위에 해당한다고 보는 경우에도, 아래에서의 판단이 동일하게 적용될 것이다).

### 1. 피고인들이 "처음부터" 복제권 침해행위에 제공하기 위하여 소리바다 시스템을 개발·배포하였는지 여부 - 소리바다 시스템이 이른바 "불법도구"인지 여부

#### 가. 당사자들의 주장 요지

##### (1) 검사의 주장 요지

소리바다의 P2P 서비스는 공유폴더 설정, 음악파일 찾기(검색) 및 내려받기, 파일전달의 각 기능을 보유하고 있으므로, 처음부터 음악파일의 무단 복제·배포를 목적으로 개발된 불법적인 기술이고, 인터넷 음악의 편리한 공유라는 미명하에 사용자들 스스로 그들 전체로 구성되는 저작권법위반 공동체를 구성한 후 불법적인 음악파일의 공급자로서 역할을 분담하도록 프로그램화되어 있고 음악파일의 복제·배포가 소리바다 프로그램에 의하여 이루어지고 있는바, 그렇다면 피고인들은 처음부터 불법적인 의도를 갖고 사업을 영위하기 위하여 인터넷 사용자간 음악파일의 불법복제 및 배포를 목적으로 프로그램을 개발하여 이를 인터넷서비스로서 제공하였다 할 것이므로, 사용자들의 mp3 파일 복제행위에 대하여 방조범으로서 형사책임이 있다.

##### (2) 피고인들의 변소내용 및 주장 요지

피고인들의 당심 및 원심 법정 진술, 피고인들에 대한 검사 작성의 각 피의자신문조서의 기재에 의하면, 피고인들은 소리바다 프로그램을 개발하기 이전에 미국의 '냅스터'가 음반제작회사들의 권리를 침해한다는 이유로 법원에 제소당한 사실을 알고 있어 피고인들 또한 제소당할 가능성을 어느 정도 예상하였으나, 그 당시에는 냅스터의 행위가 불법이라고 판정받은 것도 아니고 전문가들 사이에도 의견이 분분했기 때문에 소리바다 프로그램이 불법이라고는 생각하지 않은 채 개발에 착수하게 되었고, 또한 미국에서 직접 냅스터를 이용해 본 결과 인터넷 사용자들에게는 상당히 유용한 프로그램이라는 생각을 가지게 되었으며, 나아가 음악파일의 무단유통으로 인하여 음반제작회사들의 음반

판매량이 일시적으로는 감소할 수도 있으나, 한편으로는 그 음악에 대한 홍보효과도 있어 장기적으로는 음반판매량이 늘어날 수도 있으리라고 생각한 나머지(그 외, 피고인들은 프로그램 개발능력을 널리 홍보함으로써 자신들의 인지도를 높이하고자 하는 동기에서 소리바다 프로그램의 개발에 착수한 면도 있으나, 이는 이 사건 방조행위와 직접 관련성이 없어 보인다), 냅스터보다 진일보한 방식, 즉 개별 사용자들이 중앙서버에 접속한 후에는 서버에 의존하지 않고 사용자들끼리 자유롭게 정보를 주고받을 수 있는 방식으로 운영되는 소리바다 프로그램을 개발하게 되었다고 변소하고 있고, 나아가, 소리바다의 운영방식인 P2P 서비스에 의한 파일공유 방식은 고속 인터넷망의 보편화와 컴퓨터 성능의 획기적인 발전에 따라 필연적으로 등장한 새로운 기술의 진보인 만큼, 이를 불법도구로 보아 전면적으로 부정하는 것은 기술발전을 결정적으로 가로막고 퇴보시키는 것으로 저작권법의 기본 이념에도 부합하지 않는다고 주장한다.

#### 나. 기초사실

(1) 피고인들은 평소 프로그램 개발에 많은 관심을 갖고 있던 중 음악과 관련된 프로그램을 개발하기로 하여, 1998년경 처음으로 인터넷상에서 mp3 파일 등을 연주해 주는 프로그램인 '소리통'과 'SAP'를 개발하였고, 1999년경 미국에서 개발된 음악파일 공유 프로그램인 '냅스터'를 접하게 된 이후에는 한국으로 귀국하여 2000. 3.경 소리바다 프로그램 개발에 착수하여 2000. 5. 중순경 그 개발을 완료한 사실은 앞서 본 바와 같다.

(2) 한편, 피고인들의 당심 및 원심 법정 진술, 원심 증인 공소외 9, 공소외 10 및 당심 증인 공소외 8의 각 법정 진술, 피고인들에 대한 검사 작성의 각 피의자신문조서, 수사보고(프로그램 및 mp3 다운로드과정 순서도)의 각 기재에 의하면, 소리바다에 등록하기 위한 초기 화면에는 "소리나라('소리나라'는 형식상 피고인 2 명의로 사업자등록을 마친 상호이다)는 소리바다 사용자들이 소유하고 있는 mp3 파일에 대해 어떠한 책임도 없음을 밝힙니다.

인터넷을 통해 유포되는 mp3 파일 중 많은 파일들이 합법적이기는 하나, 저작권자의 허락없이 불법적으로 배포되는 mp3 파일도 있습니다.

소리나라는 특정 mp3 파일의 합법성 여부에 대해 알 수 없음을 밝힙니다.

불법 mp3 파일을 복제 또는 배포하는 것은 국내 또는 국외 저작권법에 위배될 수 있으며, 이 저작권법을 준수하는 것은 사용자의 몫임을 알려 드립니다"라는 약관 형식의 경고문구가 게재되어 있고, 인터넷 사용자들이 소리바다 프로그램을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 설치한 후 회원으로 등록하기 위해서는 반드시 위 경고문구를 읽고 이를 확인하였다는 의미에서 경고문구 아래에 있는 『약관에 동의하며 등록을 원합니다』라는 버튼을 눌러야 그 이후의 설치단계로 넘어가도록 설정되어 있는 사실, 음반제작자의 허락없이 만들어져 소리바다 시스템을 통하여 불법 교환되거나 다운로드 되는 mp3 파일의 수는 약 70% 정도이고, 나머지 30%는 합법적이거나 인터넷상에서 공개된 파일에 해당하는 사실(그 중에는 대중가수 "싸이"같이 자기의 음악파일을 인터넷상에서 아무런 제한없이 무료로 다운로드 받을 수 있도록 공개한 것들도 있고, 언더그라운드 가수나 신인가수들처럼 자신들의 노래를 널리 알리고 유포시킬 목적으로 자발적으로 인터넷상에 업로드시켜 놓은 경우도 있다), 소리바다 시스템이 채택한 P2P 운영방식은 앞서 본 바와 같이 기존의 네트워크 방식에 비해 중앙서버의 개입 없이 인터넷 사용자들 사이에 자유롭게 정보교환 등이 이루어질 수 있다는 장점 때문에 차세대의 인터넷 이용방식으로 각광을 받고 있으며, 현재에도 MSN 메신저 등 다양한 인터넷 통신 프로그램에서 합법적으로 이용되고 있는 사실을 인정할 수 있다.



다.

판단

- (1) 어떤 사람이 일반인들에게 물건 또는 장비를 제조·판매하였는데, 그 물건 등의 '핵심적인 용도'가 타인의 저작권을 침해하는 것에 맞추어져 있거나 또는 그 물건 등의 '유일한 용도'가 위와 같은 목적하에 제조된 경우에는, 그와 같은 물건 또는 장비가 타인에 의한 1차적 침해행위의 중요한 도구 또는 유일한 도구로 사용될 수 있다는 상당한 개연성이 있는 한, 제조자의 저작권 침해행위에 대한 인식여부와는 상관없이 위와 같은 도구의 판매행위 자체로서 다른 사람의 저작권 침해행위를 도와준 것이 되어 방조범으로서 형사책임을 부담한다 할 것이나( 특허법 제127조는, 「다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.

1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 "그 물건의 생산에만 사용하는" 물건을 생산, 양도, 대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위, 2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 "그 방법의 실시에만 사용하는" 물건을 생산, 양도, 대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위」라고 규정함으로써, 특허법상으로는 물건 또는 장비의 '유일한 용도'가 침해적인 경우에 한해 간접침해를 인정하고 있다), 물건 또는 장비가 실질적으로 비침해적·합법적인 용도로 사용되고 있거나, 장치 그와 같이 사용될 개연성이 높은 경우에는 그 물건 등의 일부 용도가 현재 침해적으로 사용되고 있다는 사정만으로 곧바로 그것을 가리켜 1차적 침해행위를 위한 불법도구라고 단정지을 수는 없다 할 것이다.

나아가, 오늘날 온라인서비스는 물론 P2P 서비스라고 하는 새로운 과학기술이 등장하여 일반인으로 하여금 저작권 침해의 양상을 더욱 가중시키는 상황에 직면하여, mp3 파일의 교환 등 불법적인 유통이 일상적으로 이루어질 수 있는 자동화된 시스템의 제공행위 자체에 형사상 방조책임의 본질이 있다는 주장이 제기되기도 하나, 인터넷상에서 행해지는 저작권 침해행위라 하여 이를 일반적인 경우와 달리 볼 것은 아니라 할 것이다.

- (2) 이 사건에 돌아와 살피건대, 피고인들이 개발한 소리바다 시스템을 통하여 인터넷상에서 유통되는 mp3 파일 중 70% 정도가 불법적인 것이어서, 소리바다의 P2P 서비스가 인터넷 사용자들 사이에서 상당한 정도로 mp3 파일의 불법복제에 이용되고 있는 것이 현실이기는 하지만, 한편, 소리바다 시스템을 통하여 실제 나머지 30%는 합법적인 mp3 파일이 유통되고 있는 점, 인터넷상에서 P2P 방식에 따른 서비스가 현재 및 장래에 비침해적인 용도로 사용될 개연성이 상당히 높다는 점, 피고인들의 소리바다 프로그램 개발경위, 위에서 본 경고문구가 설치된 위치와 그 내용 등 제반 사정을 종합해 볼 때, 피고인들이 처음부터 복제권 침해행위를 방조할 목적으로 소리바다 프로그램을 개발하였다거나, 또는 P2P 방식의 소리바다 서비스 자체를 저작권 침해의 용도로만 사용될 목적으로 제작된 불법도구라고 단정지을 수는 없고, 나아가, 현재 소리바다 서비스의 이용실태만을 근거로 불법 mp3 파일의 유통이 소리바다 서비스의 핵심적인 용도 또는 유일한 용도라고 보기도 어렵다 할 것이다.

그 외, 달리 피고인들이 불법적인 목적으로 소리바다 프로그램을 개발하였고, 소리바다 시스템의 핵심적인 용도 또는 유일한 용도가 복제권 침해행위에 있다는 점을 인정할 만한 증거가 없다.

## 2. 부작위에 의한 방조범의 성립 여부

### 가. 검사의 주장 요지

피고인들은, ① 미국에서 개발된 '냅스터'의 성공에 착안하여 소리바다 프로그램을 개발하게 되었고, 개발 당시 이미 미국에서 냅스터 사용자들의 무분별한 저작권 침해문제로 냅스터 운영자들에 대한 소송이 제기된 사실을 잘 알고 있어 국내에서도 자신들이 개발한 소리바다 프로그램으로 인하여 회원들의 저작권 침해행위가 빈번하게 이루어질 것이라는 사정을 처음부터 충분히 예상, 인식하고 있었고, ② 매일 한두 번 정도 일반 사용자와 마찬가지로 회원자격으로 소리바다 서버에 접속하여 서비스의 운영상태 및 음악파일의 검색 여부 등을 확인해 왔으므로 개별 사용자들 간에 음악파일의 무단 복제·전송행위가 이루어지고 있다는 것을 실제로 인식하고 있었다 할 것이며, ③ 소리바다 서비스는 ID와 패스워드를 등록하면 누구라도 자유롭게 이용할 수 있는데, 등록된 회원이 약 450만 명을 초과하고 하루 평균 접속자 수는 약 30만 명 이상이며, 동시에 접속하고 있는 사용자의 수도 5,000명 이상으로서, 저작권 침해행위가 일상적으로 빈번하게 이루어짐에 따라, ④ 피해자들로부터 저작권 침해행위를 이유로 서비스의 중단 내지는 그 개선을 수차례 요청받았음에도 불구하고, ⑤ 프로그램의 설치시 나타나는 초기 화면에 불법 mp3 파일의 저작권법 위배 가능성에 대한 경고문을 고지하는 것 외에는 달리 저작권 침해행위를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 채 계속해서 서비스를 제공해 왔는바, 그렇다면 피고인들에게는 부작위에 의한 방조범이 성립한다 할 것이고, '정범의 고의'와 '방조의 고의' 또한 있었다 할 것이다.

### 나. 부작위에 의한 방조범의 성립요건

- (1) 형법 제18조는 "위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다"고 하여 부작위범의 경우도 일정한 경우에는 형사처벌할 수 있도록 규정하고, 형법상 위와 같은 부작위범이 인정되기 위하여는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고, 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다 할 것이다( 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003도5207 판결, 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도1639 판결, 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결 등 참조).
- (2) 한편, 위에서 말하는 작위의무는 '법적인 의무'이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 또는 조리상 작위의무가 기대되는 경우라야 비로소 법적인 작위의무가 있다고 할 수 있다( 위 대법원 95도2551 판결 참조).

다.

피고인들에게 저작권 침해행위를 방지할 작위의무가 있는지 여부

- (1) 법령과 법률행위, 선행행위 등에 의한 작위의무의 발생여부

(가) 먼저, 정범들의 복제행위 당시의 저작권법 등 관련 법령을 살펴보다도 피고인들에게 그들이 개발한 소리바다 프로그램을 인터넷상에서 무료로 불특정 다수인들에게 제공한 행위로 인하여 초래된 복제권 침해행위의 발생을 방지

해야 할 법적인 의무를 부과하고 있는 근거를 찾을 수는 없다(다만, 2003. 5. 27. 법률 제6881호로 개정되어 2003. 7. 1.부터 시행되는 개정 저작권법의 제77조 이하에서는 온라인서비스제공자의 책임면제 및 그 주의의무위반과 관련하여, 저작권자, 온라인서비스제공자, 인터넷 사용자 상호간의 통지절차를 자세하게 규정하고 있다). 그리고, 피고인들과 음반제작회사들 사이에 어떠한 법률행위도 존재하지 아니하는 이상, 이로부터 법익침해의 결과발생을 방지할 작위의무를 도출할 수는 없다 할 것이다.

(나) 다음으로, 피고인들이 개발한 소리바다 프로그램이 앞서 본 바와 같이 복제권 침해행위에 이용될 목적으로 개발된 불법도구에 해당하지 않는 이상, 피고인들이 위 프로그램을 인터넷상에서 불특정 다수인들에게 무료로 배포하였다는 이유만으로 피고인들에게 당연히 복제권 침해행위를 방지할 작위의무가 발생한다고도 할 수 없다.

## (2) 조리상 작위의무의 발생 여부

### (가) 온라인서비스제공자 등의 침해방지 의무

- 1) 통상 온라인서비스제공자로서는 저작권자 등으로부터 저작권을 침해하였다는 음악파일 등의 목록을 구체적으로 통지받기 전까지는 통신망에서 유통되는 음악파일 등이 실제로 타인의 저작권을 침해하였는지 여부를 알 수 없다는 점에 비추어 볼 때, 원칙적으로 온라인서비스제공자는 자신이 운영하고 있는 시스템에서 벌어지고 있는 구체적인 저작권 침해행위를 일일이 점검(search)해서 통제해야 할 작위의무까지 있는 것은 아니고, 적어도 저작권자로부터 구체적인 침해행위의 내용이 특정된 통지를 받아 실제로 이를 알게 되었을 경우에만 비로소 저작권 침해행위를 방지할 조리상의 작위의무가 발생한다 할 것이다(인터넷상 홈페이지 운영자인 온라인서비스제공자 또는 전자게시판을 설치, 운영하는 전기통신사업자 등이 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방지하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게 하기 위해서는, 온라인서비스제공자 등이 명예훼손적인 글이 인터넷 게시판 등에 게재됨으로써 피해를 입었다고 주장하는 피해자로부터 위 글에 대한 삭제 또는 시정조치요구를 받아 이를 삭제할 의무가 발생하였음에도 불구하고 장기간 이를 방치한 경우에 손해배상책임을 진다는 취지의 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결, 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결 등 참조).
- 2) 그리고, P2P 방식에 의한 서비스의 등장으로 mp3 파일에 대한 저작권 침해의 양상이 기존의 온라인서비스제공자의 경우보다 훨씬 더 가중되는 상황에 직면하게 된다 하더라도, 조리상 작위의무의 발생여부는 위 온라인서비스제공자의 경우와 동일하게 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 이 사건의 경우에도, 피해자들이 피고인들에게 소리바다 회원들의 저작권 침해행위를 구체적으로 특정하여 통지하였음에도 불구하고, 피고인들이 해당 회원들에 대하여 그 접근을 차단하거나, ID를 폐쇄하는 등 방지조치를 전혀 취하지 아니하는 경우에 저작권법위반의 방조책임을 추궁할 수 있을 뿐이고, 만약 피해자들이 저작권 침해행위를 구체적으로 특정하지 않고, 단순히 소리바다 서비스를 통하여 저작권 침해행위가 벌어지고 있으니 서비스를 중단하거나 폐쇄하라는 내용의 통지서만을 보냈다면, 이로써 당연히 피고인들에게 방조책임을 성립된다고는 할 수 없다 할 것이다.

### (나) 판단

1) 피고인들의 복제권 침해행위에 대한 추상적인 인식

앞서 본 바와 같이 피고인들은 소리바다 프로그램의 개발 당시 미국의 냅스터에 대하여 저작권 침해를 이유로 소송이 제기되었다는 점을 알고 있었고, 이로 인하여 피고인들 또한 위 프로그램의 설치를 위한 초기 화면에 불법 mp3 파일의 유통으로 인하여 저작권의 침해가능성이 있다는 취지의 경고문구를 게재한 점, 실제 소리바다 시스템을 통하여 공유되는 mp3 파일 중 약 70% 정도는 불법파일이고, 피고인들도 매일 한두 번 소리바다 서버에 직접 접속함으로써 운영상태를 점검해 왔다는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인들이 소리바다 시스템을 통하여 사용자들 사이에 불법적인 mp3 파일이 공유되거나 다운로드 되고 있다는 점에 대하여는 추상적으로나마 이를 인식하고 있었던 것으로 인정된다.

그러나, 위와 같은 인식만으로 피고인들에게 복제권 침해행위를 방지할 작위의무가 발생할 수 없다 함은 앞서 본 바와 같다.

2) 피해자들의 구체적인 침해행위 통지 여부

① 먼저, 피고인들은 원심 법정에서, 이 사건 피해자들로부터 구체적으로 저작권이 침해된 곡명이나 저작권 침해를 방지하기 위하여 어떠한 방식의 노력을 해 달라는 취지의 협조나 통고를 받은 사실이 전혀 없다면서 이를 부인하고 있다.

② 한편, 피고인들의 당심 및 원심 법정 진술, 원심 증인 공소외 9의 법정 진술에 의하면, 이 사건 피해자들이 회원으로 가입되어 있는 한국음반산업협회의 법제이사인 공소외 9는 2000. 8.경과 2000. 9.경, 2001. 2. 16.경 피고인 1을 만나 위 피고인에게 소리바다 서비스가 저작권법에 위반되는 것임을 경고하면서 서비스의 중단 내지 그 보완을 요청한 사실이 인정된다.

그러나, 공소외 9는 피고인 1을 만날 당시 소리바다 서비스로 인하여 피해자들이 제작한 음반이나 CD의 어떠한 곡들이 침해되었는지 그 구체적인 목록을 제시하지 아니한 채 위와 같이 막연하게 소리바다 서비스가 저작권법에 위반된다는 이유만으로 그 서비스 자체의 중단 등을 요청하였을 뿐인바, 따라서 피해자들이 피고인들에게 저작권 침해행위를 구체적으로 통지한 것으로는 볼 수 없다 할 것이다.

더욱이, 비침해적인 mp3 파일도 소리바다 시스템을 통해 공유되고 있고, 저작권자 등으로부터 침해목록을 통고받기 전까지는 전체 mp3 파일 중 어느 파일이 저작권자 등의 저작권을 침해하였는지 여부를 알 수 없는 상황에서, 위와 같은 요청만으로 피고인들이 소리바다에서 교환되거나 다운로드 되는 mp3 파일 중 어떤 것이 피해자들이 제작한 음반 등을 기초로 만들어진 mp3 파일에 해당하는지 구체적으로 파악하기는 어려운 것으로 보인다.

③ 나아가, 피해자들이 수사기관에 제출한 2001. 1. 18.자 고소장, 2001. 3. 23.자 및 2001. 8. 6.자 각 고소대리인 의견보충서에는 피해자들이 소리바다 서비스를 통해 검색한 검색결과 화면자료를 각 첨부하고 있고, 2001. 3. 13. 및 2001. 4. 10.경에는 각 구체적인 음반명세서를 작성하여 직접 수사기관에 이를 제출하고 있으나, 위와 같은 검색자료 및 음반명세서는 모두 피해자들이 피해를 입었다고 주장하는 자신들의 저작권 침해내용을 입증하기 위하여 수사기관

에 제출한 것에 불과할 뿐이지, 이를 두고 피해자들이 피고인들에게 저작권접권을 갖고 있는 저작물에 대한 구체적인 침해목록의 내역을 직접 통지한 것으로는 볼 수 없다 할 것이다.

- ④ 그 외, 달리 피해자들이 피고인들에게 구체적인 저작권 침해목록을 통지하였음을 인정할 증거가 없다(수사기록 826쪽에 편철된 최고서는 피해자들이 회원으로 가입한 한국음반산업협회 명의로 발송된 것이 아닐 뿐 아니라, 그 내용을 보더라도 피고인들이 운영하는 소리바다의 mp3 공유서비스로 인하여 음반산업 전반 및 음반제작사들의 지적재산권을 매우 심각하게 위협하는 지경에 이르렀으므로 위 서비스를 즉각 중지할 것을 요청하는 것일 뿐, 구체적인 침해목록을 적시하고 있지는 않다).

(다) 소결론

그렇다면, 피고인들이 피해자들로부터 구체적인 침해행위의 통지를 받지 못하여 실제로 그 침해내용을 구체적으로 알 수 없었던 이상, 피고인들에게는 피해자들이 저작권접권을 갖고 있는 저작물에 대한 복제권 침해행위를 방지해야 할 법적인 작위의무가 발생하지 않는다 할 것이고, 그 외 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없으므로, 피고인들에게는 부작위에 의한 방조범이 성립한다고 할 수 없고, 결국 피고인들이 정범의 복제권 침해행위를 방조하였다는 이 부분 공소사실에 대하여도 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다.

Ⅶ. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 직권으로 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

당심에서 변경된 이 사건 공소사실의 요지는 "Ⅱ. 제1항" 기재 내용과 같은바, 위 "Ⅳ. 및 Ⅴ., Ⅵ.항"에서 자세히 본 바와 같이 위 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인들에게 무죄를 선고한다.

판사 박홍우(재판장) 권기만 서영호