

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 위반(예비적죄명:업무
방해)

[서울남부지방법원 2011. 9. 30. 2009노1968]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 권기환

【변 호 인】 법무법인 다빈치 담당변호사 정준모

【원심판결】 서울남부지방법원 2009. 10. 12. 선고 2008고정3943 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 벌금 4,000,000원에, 피고인 2를 벌금 1,500,000원에 각 처한다.

피고인들이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인들을 노역장에 유치한다.

피고인들에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

【이유】

】1. 기초사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

가. 피고인들과 피해자의 지위

(1) 피해자 엔에이치엔 주식회사(이하 피해자 회사라 한다)는 인터넷에서 정보검색, 커뮤니티, 오락 등의 서비스를 제공하는 국내 최대의 인터넷 포털사이트 '네이버'(그 도메인 이름은 'www.naver.com'이고, 이하 네이버라고 한다)를 운영하는 회사로서, 네이버를 방문하는 사용자에게 배너광고를 노출하거나 우선순위 검색결과 도출서비스 등을 제공하는 방법으로 광고영업을 하여 그 수익을 주된 수입원으로 삼고 있다.

피해자 회사는 1997년 이후 네이버 홈페이지의 상단 등에 'naver'라는 문자를 사용하였고, 수차례에 걸친 디자인 변경이 있었지만 1999년경부터 현재까지 네이버의 홈페이지 등에 녹색의 영문 대문자로 구성된 " " 표장과 함께 네이버를 상징하는 모자 로고 " "를 사용해 오고 있다(이하 위와 같은 표장과 로고를 이 사건 영업표지라 한다). 이 사건 영업표지는 네이버를 통한 피해자 회사의 광고영업을 표시하는 표지로서 국내에 널리 인식된 표지이다.

(2) 피고인 1은 공소외 1 회사를 운영하는 사람으로서, 인터넷 사이트를 이용한 광고영업 시스템인 '다국어검색지원서비스'라는 프로그램(이하 이 사건 프로그램이라 한다)을 개발한 후 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 이 사건 프로그램을 배포하여, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

(3) 피고인 2는 광고대행업체인 공소외 2 주식회사(이하 공소외 2 회사라 한다)를 운영하는 사람으로서, 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입한 후 2008. 1. 초순경까지 이 사건 프로그램을 포함한 「

□□□□□□」광고 상품을 광고주들에게 판매하여, 공소외 2 회사의 인터넷홈페이지 사이트(인터넷 주소 2 생략) 및 광고주들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

나. 이 사건 프로그램의 설치 과정

(1) 이 사건 프로그램은 공소외 1 회사, 공소외 2 회사 및 피고인들이 모집한 광고주들 내지 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들(이하 이 사건 사이트들이라 한다)에 인터넷 사용자들이 접속할 경우, 액티브엑스(ActiveX) 컨트롤 방식(마이크로소프트사에서 개발한 것으로 웹브라우저에서 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 프로그램을 설치해 주는 기능을 함)의 플러그인 프로그램으로 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 설치된다.

(2) 즉, 인터넷 사용자들이 이 사건 사이트들에 접속할 경우, 웹브라우저의 주소표시줄 아래에 이 사건 프로그램을 설치하라는 알림줄이 자동으로 표시되고, 그 알림줄을 마우스로 클릭한 후 '액티브엑스 컨트롤 설치'를 다시 마우스로 클릭하면, '이 사건 프로그램을 설치하시겠습니까?'라고 묻는 보안경고 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '설치' 항목을 클릭하면 다시 '서비스 이용약관 및 설치동의'라는 제목의 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '약관에 동의합니다' 항목에 클릭한 후 '설치동의' 항목을 클릭하면, 이 사건 프로그램이 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 자동으로 설치된다.

다.

이 사건 프로그램의 동작 방식

인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 네이버에 접속할 경우 작동되는 이 사건 프로그램의 동작 방식은 다음과 같다.

- ① 네이버에 접속함과 동시에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고가 네이버의 초기화면 중앙에 약 20초 동안 노출되어 네이버가 제공하는 배너광고를 덮어쓰는 방식(해보고 (특허명 생략), 키워드 검색을 중심으로 검색 결과 화면에만 해당 배너광고가 노출되는 '키워드 대상 플래티늄 광고'도 있다)
- ② 네이버 화면의 좌우측 여백 부분에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고를 노출하는 방식(해보고 크롭 배너광고)
- ③ 특정 키워드를 네이버에서 검색할 경우 피고인들이 모집한 광고주 중 해당 키워드를 등록한 광고주의 인터넷홈페이지 사이트가 새창으로 즉시 열리는 방식(해보고 키워드광고)

라. 이 사건 프로그램을 이용한 사업 방식

피고인 1은 광고주들을 모집하여 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하는 한편, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 회원으로 가입한 기업 및 개인들에게 이 사건 프로그램을 배포한 후 회원들이 이 사건 프로그램을 설치하여 광고 노출이 될 경우 그 광고 수익 중 일부를 회원들에게 수당으로 지급하는 방식으로 영업을 하여 왔다(2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 사이에 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 가입한 회원은 총 235명이고, 회원들에 대하여 지급한 수당은 합계 약 27,425,602원이다). 피고인 2가 운영하는 공소외 2 회사는 광고대행업체로서 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입하면서 피고인 1과 사이에 광고대행계약을 체결한 다음, 이 사건 프로그램을 포함한 광고 상품을 광고주에게 판매하는 방식으로 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하였고, 광고 유치에

성공한 경우에는 피고인 1로부터 그 계약금액의 30%를 광고대행비용으로 지급받았다.

2. 원심의 판단과 항소이유 및 직권판단

가. 당초의 공소사실

당초의 공소사실 요지는 다음과 같다.

(1) 피고인 1

주위적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트에 불특정 네티즌들로 하여금 이 사건 프로그램 다운로드시 ActiveX 프로그램이 자동설정 되도록 설치하여 놓아 그 광고 프로그램 설정사실을 제대로 인식하지 못한 불특정 다수 네티즌이 네이버 등 포털 사이트를 방문하여 특정 키워드 검색시 그 메인화면 위로 피고인 회사와 계약이 체결된 광고 배너 '대출광고' 등이 약 20초간 노출되도록 함으로써 마치 네이버 등 포털사이트에서 위 광고 영업 활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트를 통해서 불특정 다수의 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하게 한 다음 위 프로그램을 설치한 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속하여 특정 키워드를 검색할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고 서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

(2) 피고인 2

주위적 공소사실 : 피고인은 2007. 1. 4.경부터 2008. 2. 29.까지 공소외 2 회사의 인터넷 홈페이지 상에 공소외 2 회사와 업무 제휴나 협력 계약을 체결한 바 없는 네이버 등 포털사이트를 '협력사' 내지 '파트너사'로 게시하여 놓고, 회사 광고상품 전화판매직원인 공소외 3 등으로 하여금 「□□□□□□」 및 플로팅광고 상품을 판매토록 하면서 인터넷 사이트 및 전화판매를 통해 '공소외 2 회사는 네이버 등 업체들과 제휴가 되어 있다'는 등의 내용의 문건을 게재하거나 설명토록 함으로써 네이버가 공소외 2 회사와 업무협력이나 제휴활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 위와 같은 방법으로 광고주를 모집하고 불특정 다수의 인터넷 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 주위적 공소사실에 대하여는 피고인들에게 모두 무죄를 선고하였으나, 예비적 공소사실에 대하여는 그 판시와 같은 증거를 들어 이를 모두 유죄로 인정한 다음 피고인 1에게 벌금 400만 원을, 피고인 2에게 벌금 150만 원을 각 선고하였다.

다.

항소이유

(1) 피고인들(예비적 공소사실)

① 사실오인 : 피고인들은 이 사건 프로그램을 다운로드받는 인터넷 사용자들에게 팝업창을 통하여 이 사건 프로그램의 동작 방식에 대하여 사전에 고지한 후 그 설치에 동의를 한 사람들에게만 이 사건 프로그램이 다운로드 되도록 하였을 뿐, 위계로 피해자 회사의 업무를 방해한 것이 아니고, 업무방해의 고의도 없다.

② 법리오해 : 원심에서 예비적으로 추가된 업무방해의 공소사실은 당초의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반의 공소사실과 동일성이 없으므로, 위법한 공소장변경에 해당한다.

(2) 검사(주위적 공소사실) : 피고인들은 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 자신들의 광고와 네이버의 광고를 혼동하게 하였고, 이러한 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 나목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당함에도 불구하고, 원심은 이러한 행위가 영업주체 혼동행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였으므로, 주위적 공소사실에 대한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

라. 직권판단

그런데, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같은 내용으로 일부 변경하는 공소장변경신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었고, '유죄의 이유'에서 판단하는 것과 같이 변경된 주위적 공소사실이 유죄로 인정되므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9593 판결). 이 사건의 경우, 피고인 1에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하도록 한 다음 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하였다는 점에는 변함이 없으므로, 공소장변경 전후의 주위적 공소사실 사이에 동일성이 인정된다고 할 것이다.

또한 피고인 2에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 변경된 공소사실 역시 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 광고행위를 하는 이 사건 프로그램이 포함된 상품을 광고주들에게 판매하였다는 사실을 기초로 하고 있으므로, 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 공소장변경 이전

의 주위적 공소사실과 동일성이 있다 할 것이다.

3. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다(피고인들에 대하여 변경된 주위적 공소사실을 유죄로 인정하는 이상, 예비적 공소사실에 대하여는 따로 판단하지 않는다).

【이유】

1. 기초사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

가. 피고인들과 피해자의 지위

(1) 피해자 엔에이치엔 주식회사(이하 피해자 회사라 한다)는 인터넷에서 정보검색, 커뮤니티, 오락 등의 서비스를 제공하는 국내 최대의 인터넷 포털사이트 '네이버'(그 도메인 이름은 'www.naver.com'이고, 이하 네이버라고 한다)를 운영하는 회사로서, 네이버를 방문하는 사용자들에게 배너광고를 노출하거나 우선순위 검색결과 도출서비스 등을 제공하는 방법으로 광고영업을 하여 그 수익을 주된 수입원으로 삼고 있다.

피해자 회사는 1997년 이후 네이버 홈페이지의 상단 등에 'naver'라는 문자를 사용하였고, 수차례에 걸친 디자인 변경이 있었지만 1999년경부터 현재까지 네이버의 홈페이지 등에 녹색의 영문 대문자로 구성된 " " 표장과 함께 네이버를 상징하는 모자 로고 " "를 사용해 오고 있다(이하 위와 같은 표장과 로고를 이 사건 영업표지라 한다). 이 사건 영업표지는 네이버를 통한 피해자 회사의 광고영업을 표시하는 표지로서 국내에 널리 인식된 표지이다.

(2) 피고인 1은 공소외 1 회사를 운영하는 사람으로서, 인터넷 사이트를 이용한 광고영업 시스템인 '다국어검색지원서비스'라는 프로그램(이하 이 사건 프로그램이라 한다)을 개발한 후 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 이 사건 프로그램을 배포하여, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

(3) 피고인 2는 광고대행업체인 공소외 2 주식회사(이하 공소외 2 회사라 한다)를 운영하는 사람으로서, 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입한 후 2008. 1. 초순경까지 이 사건 프로그램을 포함한 「□□□□□□」광고 상품을 광고주들에게 판매하여, 공소외 2 회사의 인터넷홈페이지 사이트(인터넷 주소 2 생략) 및 광고주들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

나. 이 사건 프로그램의 설치 과정

(1) 이 사건 프로그램은 공소외 1 회사, 공소외 2 회사 및 피고인들이 모집한 광고주들 내지 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들(이하 이 사건 사이트들이라 한다)에 인터넷 사용자들이 접속할 경우, 액티브엑스(ActiveX) 컨트롤 방식(마이크로소프트사에서 개발한 것으로 웹브라우저에서 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 프로그램을 설치해 주는 기능을 함)의 플러그인 프로그램으로 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 설치된다.

(2) 즉, 인터넷 사용자들이 이 사건 사이트들에 접속할 경우, 웹브라우저의 주소표시줄 아래에 이 사건 프로그램을 설치하라는 알림줄이 자동으로 표시되고, 그 알림줄을 마우스로 클릭한 후 '액티브엑스 컨트롤 설치'를 다시 마우스로 클릭하면, '이 사건 프로그램을 설치하시겠습니까?'라고 묻는 보안경고 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '설치' 항목을 클릭하면 다시 '서비스 이용약관 및 설치동의'라는 제목의 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '약관에 동의합니다' 항목에 클릭한 후 '설치동의' 항목을 클릭하면, 이 사건 프로그램이 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 자동으로 설치된다.

다.

이 사건 프로그램의 동작 방식

인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 네이버에 접속할 경우 작동되는 이 사건 프로그램의 동작 방식은 다음과 같다.

- ① 네이버에 접속함과 동시에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고가 네이버의 초기화면 중앙에 약 20초 동안 노출되어 네이버가 제공하는 배너광고를 덮어쓰는 방식(해보고 (특허명 생략), 키워드 검색을 중심으로 검색 결과 화면에만 해당 배너광고가 노출되는 '키워드 대상 플래티넘 광고'도 있다)
- ② 네이버 화면의 좌우측 여백 부분에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고를 노출하는 방식(해보고 크롭 배너광고)
- ③ 특정 키워드를 네이버에서 검색할 경우 피고인들이 모집한 광고주 중 해당 키워드를 등록한 광고주의 인터넷홈페이지 사이트가 새창으로 즉시 열리는 방식(해보고 키워드광고)

라. 이 사건 프로그램을 이용한 사업 방식

피고인 1은 광고주를 모집하여 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하는 한편, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 회원으로 가입한 기업 및 개인들에게 이 사건 프로그램을 배포한 후 회원들이 이 사건 프로그램을 설치하여 광고 노출이 될 경우 그 광고 수익 중 일부를 회원들에게 수당으로 지급하는 방식으로 영업을 하여 왔다(2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 사이에 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 가입한 회원은 총 235명이고, 회원들에 대하여 지급한 수당은 합계 약 27,425,602원이다). 피고인 2가 운영하는 공소외 2 회사는 광고대행업체로서 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입하면서 피고인 1과 사이에 광고대행계약을 체결한 다음, 이 사건 프로그램을 포함한 광고 상품을 광고주에게 판매하는 방식으로 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하였고, 광고 유치에 성공한 경우에는 피고인 1로부터 그 계약금액의 30%를 광고대행비용으로 지급받았다.

2. 원심의 판단과 항소이유 및 직권판단

가. 당초의 공소사실

당초의 공소사실 요지는 다음과 같다.

(1) 피고인 1

주위적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트에 불특정 네티즌들로 하여금 이 사건 프로그램 다운로드시 ActiveX 프로그램이

자동설정 되도록 설치하여 놓아 그 광고 프로그램 설정사실을 제대로 인식하지 못한 불특정 다수 네티즌이 네이버 등 포털 사이트를 방문하여 특정 키워드 검색시 그 메인화면 위로 피고인 회사와 계약이 체결된 광고 배너 '대출광고' 등이 약 20초간 노출되도록 함으로써 마치 네이버 등 포털사이트에서 위 광고 영업 활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트를 통해서 불특정 다수의 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하게 한 다음 위 프로그램을 설치한 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속하여 특정 키워드를 검색할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고 서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

(2) 피고인 2

주위적 공소사실 : 피고인은 2007. 1. 4.경부터 2008. 2. 29.까지 공소외 2 회사의 인터넷 홈페이지 상에 공소외 2 회사와 업무 제휴나 협력 계약을 체결한 바 없는 네이버 등 포털사이트를 '협력사' 내지 '파트너사'로 게시하여 놓고, 회사 광고상품 전화판매직원인 공소외 3 등으로 하여금 「□□□□□□」 및 플로팅광고 상품을 판매토록 하면서 인터넷 사이트 및 전화판매를 통해 '공소외 2 회사는 네이버 등 업체들과 제휴가 되어 있다'는 등의 내용의 문건을 게재하거나 설명토록 함으로써 네이버가 공소외 2 회사와 업무협력이나 제휴활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 위와 같은 방법으로 광고주를 모집하고 불특정 다수의 인터넷 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 주위적 공소사실에 대하여는 피고인들에게 모두 무죄를 선고하였으나, 예비적 공소사실에 대하여는 그 판시와 같은 증거를 들어 이를 모두 유죄로 인정한 다음 피고인 1에게 벌금 400만 원을, 피고인 2에게 벌금 150만 원을 각 선고하였다.

다.

항소이유

(1) 피고인들(예비적 공소사실)

① 사실오인 : 피고인들은 이 사건 프로그램을 다운로드받는 인터넷 사용자들에게 팝업창을 통하여 이 사건 프로그램의 동작 방식에 대하여 사전에 고지한 후 그 설치에 동의를 한 사람들에게만 이 사건 프로그램이 다운로드 되도록 하였을 뿐, 위계로 피해자 회사의 업무를 방해한 것이 아니고, 업무방해의 고의도 없다.

② 법리오해 : 원심에서 예비적으로 추가된 업무방해의 공소사실은 당초의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법을 위반의 공소사실과 동일성이 없으므로, 위법한 공소장변경에 해당한다.

(2) 검사(주위적 공소사실) : 피고인들은 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 자신들의 광고와 네이버의 광고를 혼동하게 하였고, 이러한 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 나목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당함에도 불구하고, 원심은 이러한 행위가 영업주체 혼동행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였으므로, 주위적 공소사실에 대한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

라. 직권판단

그런데, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같은 내용으로 일부 변경하는 공소장변경신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었고, '유죄의 이유'에서 판단하는 것과 같이 변경된 주위적 공소사실이 유죄로 인정되므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9593 판결). 이 사건의 경우, 피고인 1에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하도록 한 다음 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하였다는 점에는 변함이 없으므로, 공소장변경 전후의 주위적 공소사실 사이에 동일성이 인정된다고 할 것이다.

또한 피고인 2에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 변경된 공소사실 역시 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 광고행위를 하는 이 사건 프로그램이 포함된 상품을 광고주들에게 판매하였다는 사실을 기초로 하고 있으므로, 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 공소장변경 이전의 주위적 공소사실과 동일성이 있다 할 것이다.

3. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다(피고인들에 대하여 변경된 주위적 공소사실을 유죄로 인정하는 이상, 예비적 공소사실에 대하여는 따로 판단하지 않는다).

【이유】

】1. 기초사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

가. 피고인들과 피해자의 지위

(1) 피해자 엔에이치엔 주식회사(이하 피해자 회사라 한다)는 인터넷에서 정보검색, 커뮤니티, 오락 등의 서비스를 제공하는 국내 최대의 인터넷 포털사이트 '네이버'(그 도메인 이름은 'www.naver.com'이고, 이하 네이버라고 한다)를 운영하는 회사로서, 네이버를 방문하는 사용자들에게 배너광고를 노출하거나 우선순위 검색결과 도출서비스 등을 제공하는 방법으로 광고영업을 하여 그 수익을 주된 수입원으로 삼고 있다.

피해자 회사는 1997년 이후 네이버 홈페이지의 상단 등에 'naver'라는 문자를 사용하였고, 수차례에 걸친 디자인 변경이 있었지만 1999년경부터 현재까지 네이버의 홈페이지 등에 녹색의 영문 대문자로 구성된 " " 표장과 함께 네이버를 상징하는 모자 로고 " "를 사용해 오고 있다(이하 위와 같은 표장과 로고를 이 사건 영업표지라 한다). 이 사건 영업표지는 네이버를 통한 피해자 회사의 광고영업을 표시하는 표지로서 국내에 널리 인식된 표지이다.

(2) 피고인 1은 공소외 1 회사를 운영하는 사람으로서, 인터넷 사이트를 이용한 광고영업 시스템인 '다국어검색지원서비스'라는 프로그램(이하 이 사건 프로그램이라 한다)을 개발한 후 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 이 사건 프로그램을 배포하여, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

(3) 피고인 2는 광고대행업체인 공소외 2 주식회사(이하 공소외 2 회사라 한다)를 운영하는 사람으로서, 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입한 후 2008. 1. 초순경까지 이 사건 프로그램을 포함한 「□□□□□□」광고 상품을 광고주들에게 판매하여, 공소외 2 회사의 인터넷홈페이지 사이트(인터넷 주소 2 생략) 및 광고주들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

나. 이 사건 프로그램의 설치 과정

(1) 이 사건 프로그램은 공소외 1 회사, 공소외 2 회사 및 피고인들이 모집한 광고주들 내지 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들(이하 이 사건 사이트들이라 한다)에 인터넷 사용자들이 접속할 경우, 액티브엑스(ActiveX) 컨트롤 방식(마이크로소프트사에서 개발한 것으로 웹브라우저에서 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 프로그램을 설치해 주는 기능을 함)의 플러그인 프로그램으로 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 설치된다.

(2) 즉, 인터넷 사용자들이 이 사건 사이트들에 접속할 경우, 웹브라우저의 주소표시줄 아래에 이 사건 프로그램을 설치하라는 알림줄이 자동으로 표시되고, 그 알림줄을 마우스로 클릭한 후 '액티브엑스 컨트롤 설치'를 다시 마우스로 클릭하면, '이 사건 프로그램을 설치하시겠습니까?'라고 묻는 보안경고 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '설치' 항목을 클릭하면 다시 '서비스 이용약관 및 설치동의'라는 제목의 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '약관에 동의합니다' 항목에 클릭한 후 '설치동의' 항목을 클릭하면, 이 사건 프로그램이 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 자동으로 설치된다.

다.

이 사건 프로그램의 동작 방식

인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 네이버에 접속할 경우 작동되는 이 사건 프로그램의 동작 방식은 다음과 같다.

- ① 네이버에 접속함과 동시에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고가 네이버의 초기화면 중앙에 약 20초 동안 노출되어 네이버가 제공하는 배너광고를 덮어쓰는 방식(해보고 (특허명 생략), 키워드 검색을 중심으로 검색 결과 화면에만 해당 배너광고가 노출되는 '키워드 대상 플래티늄 광고'도 있다)
- ② 네이버 화면의 좌우측 여백 부분에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고를 노출하는 방식(해보고 크롭 배너광고)
- ③ 특정 키워드를 네이버에서 검색할 경우 피고인들이 모집한 광고주 중 해당 키워드를 등록한 광고주의 인터넷홈 페이지 사이트가 새창으로 즉시 열리는 방식(해보고 키워드광고)

라. 이 사건 프로그램을 이용한 사업 방식

피고인 1은 광고주를 모집하여 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하는 한편, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 회원으로 가입한 기업 및 개인들에게 이 사건 프로그램을 배포한 후 회원들이 이 사건 프로그램을 설치하여 광고 노출이 될 경우 그 광고 수익 중 일부를 회원들에게 수당으로 지급하는 방식으로 영업을 하여 왔다(2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 사이에 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 가입한 회원은 총 235명이고, 회원들에 대하여 지급한 수당은 합계 약 27,425,602원이다). 피고인 2가 운영하는 공소외 2 회사는 광고대행업체로서 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입하면서 피고인 1과 사이에 광고대행계약을 체결한 다음, 이 사건 프로그램을 포함한 광고 상품을 광고주에게 판매하는 방식으로 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하였고, 광고 유치에 성공한 경우에는 피고인 1로부터 그 계약금액의 30%를 광고대행비용으로 지급받았다.

2. 원심의 판단과 항소이유 및 직권판단

가. 당초의 공소사실

당초의 공소사실 요지는 다음과 같다.

(1) 피고인 1

주위적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트에 불특정 네티즌들로 하여금 이 사건 프로그램 다운로드시 ActiveX 프로그램이 자동설정 되도록 설치하여 놓아 그 광고 프로그램 설정사실을 제대로 인식하지 못한 불특정 다수 네티즌이 네이버 등 포털 사이트를 방문하여 특정 키워드 검색시 그 메인화면 위로 피고인 회사와 계약이 체결된 광고 배너 '대출광고' 등이 약 20초간 노출되도록 함으로써 마치 네이버 등 포털사이트에서 위 광고 영업 활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트를 통해서 불특정 다수의 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하게 한 다음 위 프로그램을 설치한 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속하여 특정 키워드를 검색할 경

우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고 서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

(2) 피고인 2

주위적 공소사실 : 피고인은 2007. 1. 4.경부터 2008. 2. 29.까지 공소외 2 회사의 인터넷 홈페이지 상에 공소외 2 회사와 업무 제휴나 협력 계약을 체결한 바 없는 네이버 등 포털사이트를 '협력사' 내지 '파트너사'로 게시하여 놓고, 회사 광고상품 전화판매직원인 공소외 3 등으로 하여금 「□□□□□□」 및 플로팅광고 상품을 판매토록 하면서 인터넷 사이트 및 전화판매를 통해 '공소외 2 회사는 네이버 등 업체들과 제휴가 되어 있다'는 등의 내용의 문건을 게재하거나 설명토록 함으로써 네이버가 공소외 2 회사와 업무협력이나 제휴활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 위와 같은 방법으로 광고주를 모집하고 불특정 다수의 인터넷 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 주위적 공소사실에 대하여는 피고인들에게 모두 무죄를 선고하였으나, 예비적 공소사실에 대하여는 그 판시와 같은 증거를 들어 이를 모두 유죄로 인정한 다음 피고인 1에게 벌금 400만 원을, 피고인 2에게 벌금 150만 원을 각 선고하였다.

다.

항소이유

(1) 피고인들(예비적 공소사실)

① 사실오인 : 피고인들은 이 사건 프로그램을 다운로드받는 인터넷 사용자들에게 팝업창을 통하여 이 사건 프로그램의 동작 방식에 대하여 사전에 고지한 후 그 설치에 동의를 한 사람들에게만 이 사건 프로그램이 다운로드 되도록 하였을 뿐, 위계로 피해자 회사의 업무를 방해한 것이 아니고, 업무방해의 고의도 없다.

② 법리오해 : 원심에서 예비적으로 추가된 업무방해의 공소사실은 당초의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반의 공소사실과 동일성이 없으므로, 위법한 공소장변경에 해당한다.

(2) 검사(주위적 공소사실) : 피고인들은 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 자신들의 광고와 네이버의 광고를 혼동하게 하였고, 이러한 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 나목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당함에도 불구하고, 원심은 이러한 행위가 영업주체 혼동행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였으므로, 주위적 공소사실에 대한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미

친 위법이 있다.

라. 직권판단

그런데, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같은 내용으로 일부 변경하는 공소장변경신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었고, '유죄의 이유'에서 판단하는 것과 같이 변경된 주위적 공소사실이 유죄로 인정되므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9593 판결). 이 사건의 경우, 피고인 1에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하도록 한 다음 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하였다는 점에는 변함이 없으므로, 공소장변경 전후의 주위적 공소사실 사이에 동일성이 인정된다고 할 것이다.

또한 피고인 2에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 변경된 공소사실 역시 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 광고행위를 하는 이 사건 프로그램이 포함된 상품을 광고주들에게 판매하였다는 사실을 기초로 하고 있으므로, 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 공소장변경 이전의 주위적 공소사실과 동일성이 있다 할 것이다.

3. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다(피고인들에 대하여 변경된 주위적 공소사실을 유죄로 인정하는 이상, 예비적 공소사실에 대하여는 따로 판단하지 않는다).

【이유】

】1. 기초사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

가. 피고인들과 피해자의 지위

(1) 피해자 엔에이치엔 주식회사(이하 피해자 회사라 한다)는 인터넷에서 정보검색, 커뮤니티, 오락 등의 서비스를 제공하는 국내 최대의 인터넷 포털사이트 '네이버'(그 도메인 이름은 'www.naver.com'이고, 이하 네이버라고 한다)를 운영하는 회사로서, 네이버를 방문하는 사용자들에게 배너광고를 노출하거나 우선순위 검색결과 도출서비스 등을 제공하는 방법으로 광고영업을 하여 그 수익을 주된 수입원으로 삼고 있다.

피해자 회사는 1997년 이후 네이버 홈페이지의 상단 등에 'naver'라는 문자를 사용하였고, 수차례에 걸친 디자인 변경이 있었지만 1999년경부터 현재까지 네이버의 홈페이지 등에 녹색의 영문 대문자로 구성된 " " 표장과 함께 네이버를 상징하는 모자 로고 " "를 사용해 오고 있다(이하 위와 같은 표장과 로고를 이 사건 영업표지라 한다). 이 사건 영업표지는 네이버를 통한 피해자 회사의 광고영업을 표시하는 표지로서 국내에 널리 인식된 표지이다.

- (2) 피고인 1은 공소외 1 회사를 운영하는 사람으로서, 인터넷 사이트를 이용한 광고영업 시스템인 '다국어검색지원서비스'라는 프로그램(이하 이 사건 프로그램이라 한다)을 개발한 후 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 이 사건 프로그램을 배포하여, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.
- (3) 피고인 2는 광고대행업체인 공소외 2 주식회사(이하 공소외 2 회사라 한다)를 운영하는 사람으로서, 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입한 후 2008. 1. 초순경까지 이 사건 프로그램을 포함한 「□□□□□□」광고 상품을 광고주들에게 판매하여, 공소외 2 회사의 인터넷홈페이지 사이트(인터넷 주소 2 생략) 및 광고주들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

나. 이 사건 프로그램의 설치 과정

- (1) 이 사건 프로그램은 공소외 1 회사, 공소외 2 회사 및 피고인들이 모집한 광고주들 내지 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들(이하 이 사건 사이트들이라 한다)에 인터넷 사용자들이 접속할 경우, 액티브엑스(ActiveX) 컨트롤 방식(마이크로소프트사에서 개발한 것으로 웹브라우저에서 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 프로그램을 설치해 주는 기능을 함)의 플러그인 프로그램으로 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 설치된다.

(2) 즉, 인터넷 사용자들이 이 사건 사이트들에 접속할 경우, 웹브라우저의 주소표시줄 아래에 이 사건 프로그램을 설치하라는 알림줄이 자동으로 표시되고, 그 알림줄을 마우스로 클릭한 후 '액티브엑스 컨트롤 설치'를 다시 마우스로 클릭하면, '이 사건 프로그램을 설치하시겠습니까?'라고 묻는 보안경고 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '설치' 항목을 클릭하면 다시 '서비스 이용약관 및 설치동의'라는 제목의 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '약관에 동의합니다' 항목에 클릭한 후 '설치동의' 항목을 클릭하면, 이 사건 프로그램이 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 자동으로 설치된다.

다.

이 사건 프로그램의 동작 방식

인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 네이버에 접속할 경우 작동되는 이 사건 프로그램의 동작 방식은 다음과 같다.

- ① 네이버에 접속함과 동시에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고가 네이버의 초기화면 중앙에 약 20초 동안 노출되어 네이버가 제공하는 배너광고를 덮어쓰는 방식(해보고 (특허명 생략), 키워드 검색을 중심으로 검색 결과 화면에만 해당 배너광고가 노출되는 '키워드 대상 플래티늄 광고'도 있다)
- ② 네이버 화면의 좌우측 여백 부분에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고를 노출하는 방식(해보고 크롭 배너광고)
- ③ 특정 키워드를 네이버에서 검색할 경우 피고인들이 모집한 광고주 중 해당 키워드를 등록한 광고주의 인터넷홈페이지 사이트가 새창으로 즉시 열리는 방식(해보고 키워드광고)

라. 이 사건 프로그램을 이용한 사업 방식

피고인 1은 광고주를 모집하여 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하는 한편, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 회원으로 가입한 기업 및 개인들에게 이 사건 프로그램을 배포한 후 회원들이 이 사건 프로그램을 설치하여 광고 노출이 될 경우 그 광고 수익 중 일부를 회원들에게 수당으로 지급하는 방식으로 영업을 하여 왔다(2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 사이에 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 가입한 회원은 총 235명이고, 회원들에 대하여 지급한 수당은 합계 약 27,425,602원이다). 피고인 2가 운영하는 공소외 2 회사는 광고대행업체로서 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입하면서 피고인 1과 사이에 광고대행계약을 체결한 다음, 이 사건 프로그램을 포함한 광고 상품을 광고주에게 판매하는 방식으로 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하였고, 광고 유치에 성공한 경우에는 피고인 1로부터 그 계약금액의 30%를 광고대행비용으로 지급받았다.

2. 원심의 판단과 항소이유 및 직권판단

가. 당초의 공소사실

당초의 공소사실 요지는 다음과 같다.

(1) 피고인 1

주위적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트에 불특정 네티즌들로 하여금 이 사건 프로그램 다운로드시 ActiveX 프로그램이 자동설정 되도록 설치하여 놓아 그 광고 프로그램 설정사실을 제대로 인식하지 못한 불특정 다수 네티즌이 네이버 등 포털 사이트를 방문하여 특정 키워드 검색시 그 메인화면 위로 피고인 회사와 계약이 체결된 광고 배너 '대출광고' 등이 약 20초간 노출되도록 함으로써 마치 네이버 등 포털사이트에서 위 광고 영업 활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트를 통해서 불특정 다수의 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하게 한 다음 위 프로그램을 설치한 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속하여 특정 키워드를 검색할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고 서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

(2) 피고인 2

주위적 공소사실 : 피고인은 2007. 1. 4.경부터 2008. 2. 29.까지 공소외 2 회사의 인터넷 홈페이지 상에 공소외 2 회사와 업무 제휴나 협력 계약을 체결한 바 없는 네이버 등 포털사이트를 '협력사' 내지 '파트너사'로 게시하여 놓고, 회사 광고상품 전화판매직원인 공소외 3 등으로 하여금 「□□□□□□」 및 플로팅광고 상품을 판매토록 하면서 인터넷 사이트 및 전화판매를 통해 '공소외 2 회사는 네이버 등 업체들과 제휴가 되어 있다'는 등의 내용의 문건을 게재하거나 설명토록 함으로써 네이버가 공소외 2 회사와 업무협력이나 제휴활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 위와 같은 방법으로 광고주를 모집하고 불특정 다수의 인터넷 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 주위적 공소사실에 대하여는 피고인들에게 모두 무죄를 선고하였으나, 예비적 공소사실에 대하여는 그 판시와 같은 증거를 들어 이를 모두 유죄로 인정한 다음 피고인 1에게 벌금 400만 원을, 피고인 2에게 벌금 150만 원을 각 선고하였다.

다.

항소이유

(1) 피고인들(예비적 공소사실)

① 사실오인 : 피고인들은 이 사건 프로그램을 다운로드받는 인터넷 사용자들에게 팝업창을 통하여 이 사건 프로그램의 동작 방식에 대하여 사전에 고지한 후 그 설치에 동의를 한 사람들에게만 이 사건 프로그램이 다운로드 되도록 하였을 뿐, 위계로 피해자 회사의 업무를 방해한 것이 아니고, 업무방해의 고의도 없다.

② 법리오해 : 원심에서 예비적으로 추가된 업무방해의 공소사실은 당초의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반의 공소사실과 동일성이 없으므로, 위법한 공소장변경에 해당한다.

(2) 검사(주위적 공소사실) : 피고인들은 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 자신들의 광고와 네이버의 광고를 혼동하게 하였고, 이러한 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 나목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당함에도 불구하고, 원심은 이러한 행위가 영업주체 혼동행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였으므로, 주위적 공소사실에 대한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

라. 직권판단

그런데, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같은 내용으로 일부 변경하는 공소장변경신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었고, '유죄의 이유'에서 판단하는 것과 같이 변경된 주위적 공소사실이 유죄로 인정되므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려

하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9593 판결). 이 사건의 경우, 피고인 1에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하도록 한 다음 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하였다는 점에는 변함이 없으므로, 공소장변경 전후의 주위적 공소사실 사이에 동일성이 인정된다고 할 것이다.

또한 피고인 2에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 변경된 공소사실 역시 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 광고행위를 하는 이 사건 프로그램이 포함된 상품을 광고주들에게 판매하였다는 사실을 기초로 하고 있으므로, 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 공소장변경 이전의 주위적 공소사실과 동일성이 있다 할 것이다.

3. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다(피고인들에 대하여 변경된 주위적 공소사실을 유죄로 인정하는 이상, 예비적 공소사실에 대하여는 따로 판단하지 않는다).

【이유】

1. 기초사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

가. 피고인들과 피해자의 지위

(1) 피해자 엔에이치엔 주식회사(이하 피해자 회사라 한다)는 인터넷에서 정보검색, 커뮤니티, 오락 등의 서비스를 제공하는 국내 최대의 인터넷 포털사이트 '네이버'(그 도메인 이름은 'www.naver.com'이고, 이하 네이버라고 한다)를 운영하는 회사로서, 네이버를 방문하는 사용자들에게 배너광고를 노출하거나 우선순위 검색결과 도출서비스 등을 제공하는 방법으로 광고영업을 하여 그 수익을 주된 수입원으로 삼고 있다.

피해자 회사는 1997년 이후 네이버 홈페이지의 상단 등에 'naver'라는 문자를 사용하였고, 수차례에 걸친 디자인 변경이 있었지만 1999년경부터 현재까지 네이버의 홈페이지 등에 녹색의 영문 대문자로 구성된 " " 표장과 함께 네이버를 상징하는 모자 로고 " "를 사용해 오고 있다(이하 위와 같은 표장과 로고를 이 사건 영업표지라 한다). 이 사건 영업표지는 네이버를 통한 피해자 회사의 광고영업을 표시하는 표지로서 국내에 널리 인식된 표지이다.

(2) 피고인 1은 공소외 1 회사를 운영하는 사람으로서, 인터넷 사이트를 이용한 광고영업 시스템인 '다국어검색지원서비스'라는 프로그램(이하 이 사건 프로그램이라 한다)을 개발한 후 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 이 사건 프로그램을 배포하여, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수 있게 하여 왔다.

(3) 피고인 2는 광고대행업체인 공소외 2 주식회사(이하 공소외 2 회사라 한다)를 운영하는 사람으로서, 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입한 후 2008. 1. 초순경까지 이 사건 프로그램을 포함한 「□□□□□□」광고 상품을 광고주들에게 판매하여, 공소외 2 회사의 인터넷홈페이지 사이트(인터넷 주소 2 생략) 및 광고주들의 인터넷홈페이지 사이트들을 통하여 인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램을 다운로드받아 사용할 수

있게 하여 왔다.

나. 이 사건 프로그램의 설치 과정

(1) 이 사건 프로그램은 공소외 1 회사, 공소외 2 회사 및 피고인들이 모집한 광고주들 내지 제휴사들의 인터넷홈페이지 사이트들(이하 이 사건 사이트들이라 한다)에 인터넷 사용자들이 접속할 경우, 액티브엑스(ActiveX) 컨트롤 방식(마이크로소프트사에서 개발한 것으로 웹브라우저에서 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 프로그램을 설치해 주는 기능을 함)의 플러그인 프로그램으로 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 설치된다.

(2) 즉, 인터넷 사용자들이 이 사건 사이트들에 접속할 경우, 웹브라우저의 주소표시줄 아래에 이 사건 프로그램을 설치하라는 알림줄이 자동으로 표시되고, 그 알림줄을 마우스로 클릭한 후 '액티브엑스 컨트롤 설치'를 다시 마우스로 클릭하면, '이 사건 프로그램을 설치하시겠습니까?'라고 묻는 보안경고 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '설치' 항목을 클릭하면 다시 '서비스 이용약관 및 설치동의'라는 제목의 팝업창이 나타나고, 그 팝업창에서 '약관에 동의합니다' 항목에 클릭한 후 '설치동의' 항목을 클릭하면, 이 사건 프로그램이 해당 사용자의 개인 컴퓨터에 자동으로 설치된다.

다.

이 사건 프로그램의 동작 방식

인터넷 사용자들이 이 사건 프로그램이 설치된 컴퓨터를 이용하여 네이버에 접속할 경우 작동되는 이 사건 프로그램의 동작 방식은 다음과 같다.

① 네이버에 접속함과 동시에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고가 네이버의 초기화면 중앙에 약 20초 동안 노출되어 네이버가 제공하는 배너광고를 덮어쓰는 방식(해보고 (특허명 생략), 키워드 검색을 중심으로 검색 결과 화면에만 해당 배너광고가 노출되는 '키워드 대상 플래티늄 광고'도 있다)

② 네이버 화면의 좌우측 여백 부분에 피고인들이 모집한 광고 중 선택된 배너광고를 노출하는 방식(해보고 크롭 배너광고)

③ 특정 키워드를 네이버에서 검색할 경우 피고인들이 모집한 광고주 중 해당 키워드를 등록한 광고주의 인터넷홈페이지 사이트가 새창으로 즉시 열리는 방식(해보고 키워드광고)

라. 이 사건 프로그램을 이용한 사업 방식

피고인 1은 광고주를 모집하여 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하는 한편, 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 회원으로 가입한 기업 및 개인들에게 이 사건 프로그램을 배포한 후 회원들이 이 사건 프로그램을 설치하여 광고 노출이 될 경우 그 광고 수익 중 일부를 회원들에게 수당으로 지급하는 방식으로 영업을 하여 왔다(2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 사이에 공소외 1 회사의 인터넷홈페이지에 가입한 회원은 총 235명이고, 회원들에 대하여 지급한 수당은 합계 약 27,425,602원이다). 피고인 2가 운영하는 공소외 2 회사는 광고대행업체로서 2007. 7. 10.경 피고인 1로부터 이 사건 프로그램을 구입하면서 피고인 1과 사이에 광고대행계약을 체결한 다음, 이 사건 프로그램을 포함한 광고 상품을 광고주에게 판매하는 방식으로 이 사건 프로그램을 이용한 광고를 유치하였고, 광고 유치에 성공한 경우에는 피고인 1로부터 그 계약금액의 30%를 광고대행비용으로 지급받았다.

2. 원심의 판단과 항소이유 및 직권판단

가. 당초의 공소사실

당초의 공소사실 요지는 다음과 같다.

(1) 피고인 1

주위적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트에 불특정 네티즌들로 하여금 이 사건 프로그램 다운로드시 ActiveX 프로그램이 자동설정 되도록 설치하여 놓아 그 광고 프로그램 설정사실을 제대로 인식하지 못한 불특정 다수 네티즌이 네이버 등 포털 사이트를 방문하여 특정 키워드 검색시 그 메인화면 위로 피고인 회사와 계약이 체결된 광고 배너 '대출광고' 등이 약 20초간 노출되도록 함으로써 마치 네이버 등 포털사이트에서 위 광고 영업 활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 2006. 5.경부터 2008. 3. 2.경까지 공소외 1 회사의 홈페이지인 '△△△닷컴(인터넷 주소 1 생략)' 사이트 및 제휴사 사이트를 통해서 불특정 다수의 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하게 한 다음 위 프로그램을 설치한 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속하여 특정 키워드를 검색할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고 서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

(2) 피고인 2

주위적 공소사실 : 피고인은 2007. 1. 4.경부터 2008. 2. 29.까지 공소외 2 회사의 인터넷 홈페이지 상에 공소외 2 회사와 업무 제휴나 협력 계약을 체결한 바 없는 네이버 등 포털사이트를 '협력사' 내지 '파트너사'로 게시하여 놓고, 회사 광고상품 전화판매직원인 공소외 3 등으로 하여금 「□□□□□□」 및 플로팅광고 상품을 판매토록 하면서 인터넷 사이트 및 전화판매를 통해 '공소외 2 회사는 네이버 등 업체들과 제휴가 되어 있다'는 등의 내용의 문건을 게재하거나 설명토록 함으로써 네이버가 공소외 2 회사와 업무협력이나 제휴활동을 한 것처럼 혼동하게 하였다.

예비적 공소사실 : 피고인은 위와 같은 방법으로 광고주를 모집하고 불특정 다수의 인터넷 사용자들이 피해자 회사의 네이버 홈페이지에 접속할 경우 피고인 회사에서 하는 광고가 마치 피해자 회사에서 제공하는 광고서비스인 것처럼 사용자의 컴퓨터에 보이는 네이버 화면에 나타나도록 하는 방법으로 광고행위를 함으로써 사용자들을 기망하고 피해자 회사와 적법한 계약관계에 의해 게시된 광고들을 가려 위계로써 피해자 회사의 광고서비스 영업을 방해하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 주위적 공소사실에 대하여는 피고인들에게 모두 무죄를 선고하였으나, 예비적 공소사실에 대하여는 그 판시와 같은 증거를 들어 이를 모두 유죄로 인정한 다음 피고인 1에게 벌금 400만 원을, 피고

인 2에게 벌금 150만 원을 각 선고하였다.

다.

항소이유

(1) 피고인들(예비적 공소사실)

① 사실오인 : 피고인들은 이 사건 프로그램을 다운로드받는 인터넷 사용자들에게 팝업창을 통하여 이 사건 프로그램의 동작 방식에 대하여 사전에 고지한 후 그 설치에 동의를 한 사람들에게만 이 사건 프로그램이 다운로드 되도록 하였을 뿐, 위계로 피해자 회사의 업무를 방해한 것이 아니고, 업무방해의 고의도 없다.

② 법리오해 : 원심에서 예비적으로 추가된 업무방해의 공소사실은 당초의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반의 공소사실과 동일성이 없으므로, 위법한 공소장변경에 해당한다.

(2) 검사(주위적 공소사실) : 피고인들은 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 자신들의 광고와 네이버의 광고를 혼동하게 하였고, 이러한 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 나목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당함에도 불구하고, 원심은 이러한 행위가 영업주체 혼동행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였으므로, 주위적 공소사실에 대한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

라. 직권판단

그런데, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같은 내용으로 일부 변경하는 공소장변경신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었고, '유죄의 이유'에서 판단하는 것과 같이 변경된 주위적 공소사실이 유죄로 인정되므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9593 판결). 이 사건의 경우, 피고인 1에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 인터넷 사용자들에게 이 사건 프로그램을 배포, 설치하도록 한 다음 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위에 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하였다는 점에는 변함이 없으므로, 공소장변경 전후의 주위적 공소사실 사이에 동일성이 인정된다고 할 것이다.

또한 피고인 2에 대한 주위적 공소사실을 아래 범죄사실 기재와 같이 변경하더라도, 변경된 공소사실 역시 피해자 회사의 영업표지인 네이버 홈페이지를 사용하여 광고행위를 하는 이 사건 프로그램이 포함된 상품을 광고주들에게 판매하였다는 사실을 기초로 하고 있으므로, 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 공소장변경 이전의 주위적 공소사실과 동일성이 있다 할 것이다.

3. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다(피고인들에 대하여 변경된 주위적 공소사실을 유죄로 인정하는 이상, 예비적 공소사실에 대하여는 따로 판단하지 않는다).