

# 가치중립적 프로그램의 제공과 형사책임의 한계

김형만\*  
경찰법행정학부 교수

## The provision of neutral program and limit of criminal liability

Hyung-Man Kim\*  
Division of police, Law and public Administration

**요 약** 소리바다와 위니(Winny)사건에 있어서와 같이 적법 또는 불법 그 어느 쪽으로도 사용이 가능한 파일공유프로그램을 개발하여 웹사이트에 이를 공개한 후, 불특정다수인이 인터넷상에서 이를 통해 저작권 침해행위를 하였다면, 이러한 도구를 제공한 자에게 방조범의 죄책을 물을 수 있는지 하는 문제가 이른바 「중립행위에 의한 방조」의 문제이다. 방조범은 종래 처벌범위의 한정방법으로 다양한 학설들이 주장되어 왔다. 그러나 인과적이고 정범의 실행행위를 용이하게 한 행위라고 하더라도 중립행위에 의한 방조처럼 그 행위의 특성상 방조라고 보기 어려운 행위에 대해서는 기존의 판례와 학설들로 처벌범위를 한정할 수 있는지 의문이 아닐 수 없다. 따라서 본 논문은 중립행위에 의한 방조의 사례로서 논의된 한국의 소리바다사건과 일본의 위니사건을 소재로 그 방조의 특성과 문제점을 종래 제기된 학설과 판례에 따라 고찰하여 방조행위의 구체화 및 양적판단을 통한 새로운 처벌범위의 한정기준을 제시하였다.

**주제어** : 중립행위, 소리바다, 위니, 저작권침해, 파일공유프로그램

**Abstract** The problem of the cases of Soribada and Winny is their duplexity that they could be used legally and illegally. The issue called 'The crime of aiding through the neutral behavior' is about whether the program developer who shared the file sharing program letting unspecified public infringe the copyright could be punished or not. Many theories about limiting the traditional scope of punishment of aider have been maintained. However, it is questionable whether it is possible to limit the scope of punishment following the former cases and theories even for the action that is causal and facilitates the principal's criminal conduct, like the aid through the neutral action which is hard to perceive as illegal aid because of its characteristics. Therefore, using the case of Soribada in Korea and the case of Winny in Japan as the examples of illegal aid through neutral behavior case, this paper examines the characteristics and problems of aid through existing theories and cases, and suggests new scope of punishment limitation standard through the elaboration of the action of aid and judgment of degree.

**Key Words** : Neutral behavior, Soribada, Winny, Infringement of copyright, P2P

\* 본 논문은 2013년 광주대학교의 학술연구비에 의하여 지원되었음

Received 8 November 2013, Revised 10 December 2013

Accepted 20 January 2014

Corresponding Author: Hyung-Man Kim(Gwangju University)

Email: hmkim57@gwangju.ac.kr

© The Society of Digital Policy & Management. All rights reserved. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0>), which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

## 1. 서론

소리바다와 위니(Winny)사건에 있어서와 같이 적법 또는 불법 그 어느 쪽으로도 사용이 가능한 파일공유프로그램(P2P)을 개발하여 웹사이트에 이를 공개한 후, 불특정다수인이 인터넷상에서 이를 통해 저작권 침해행위를 하였다면, 이러한 도구를 제공한 자에게 방조범의 죄책을 물을 수 있는지 하는 문제가 이른바 「중립행위에 의한 방조」의 문제이다.

방조범은 정범과 달리 처벌범위를 정책적으로 확장하고 있을 뿐만 아니라, 개념적으로도 방조행위가 갖는 무정형, 무한정성으로 인하여 가벌성의 한정문제가 주된 논의의 대상이 되어 왔다. 종래 처벌범위의 한정방법으로는 고의를 수정하여 이를 제한하려고 하는 판례의 태도와 이와는 달리 대부분 학설들은 여전히 인과관계 등을 중시하는 객관설을 견지하고 있다. 그러나 인과적이고 정범의 실행행위를 용이하게 한 행위라고 하더라도 중립행위에 의한 방조처럼 행위 자체의 특성상 방조라고 보기 어려운 행위에 대하여 기존의 판례와 학설은 그 처벌근거와 범위를 한정할 수 있는지 아니면, 이를 한정하기 위해 새로운 법리가 필요하지는 않는지 하는 문제가 제기되고 있다.

따라서 본 논문은 중립행위에 의한 방조의 사례로서 논의되고 그 판단과정에서 유·무죄가 엇갈린 한국의 소리바다사건과 일본의 위니사건을 소재로 하여, 그 방조의 특성과 문제점을 종래 주장된 학설과 판례에 따라 살펴보고 새로운 처벌범위의 한정기준을 제기하려고 한다.

## 2. 가치중립적 프로그램 제공자의 형사책임

파일공유프로그램에 대한 법적 평가는 어느 국가든 대부분 저작권침해에 대한 것이 주류를 이루고 있다. 그 유형을 보면 미국의 냅스터(Napster)와 일본의 파일로그(File Rogue·냅스터의 일본판)처럼 서비스 운영자가 중앙서버를 두고 이를 통해 사용자 간에 음악파일을 교환할 경우에 침해행위에 중대한 관여를 하는 「직접침해형」이 있고, 한국의 소리바다와 일본의 위니처럼 중앙서버를 두고는 있으나 그 서버에 IP주소와 같은 사용자

상호간의 연결에 필요한 정보만을 보유하고 그 외의 목록과 파일은 사용자들이 직접주고 받게 되어 있어 서비스제공자에게 책임을 묻기 곤란한 「간접침해형」으로 구분할 수 있다[9]. 그러나 최근에는 이러한 구분조차도 명백하지 않을 뿐만 아니라, 그것이 가능한 경우라도 적법·불법 그 어느 쪽으로도 사용이 가능한, 즉 가치중립적인 프로그램을 제공한 경우에 있어서 이를 이용하여 제3자의 저작권을 침해하였다면, 그 서비스제공자에게 책임을 인정할 수 있는지, 있다면 어떠한 조건 하에서 물을 수 있는지가 소리바다사건과 위니사건에서 커다란 쟁점이 되었다. 아래에서는 이 두 사건을 비교·분석하여 그 형사책임의 한계를 명백히 하고자 한다.

### 2.1 소리바다사건

#### 2.1.1 사건개요

피고인들은 약 450만 명의 회원이 가입된 인터넷 음악파일 공유 '소리바다' 사이트를 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 음악파일을 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 선접속자가 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 모 빌딩 내에 서버 3대를 설치하고, 음악파일 공유서비스 제공목적으로 인터넷 사이트 '소리바다'를 개설한 후, 위 홈페이지를 통하여 소리바다 프로그램을 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 아니하였다. 그 결과 피해자의 음

반에 대한 복제·배포권을 침해하도록 방조한 혐의로 기소된 사건이다. 즉 이 사건은 피고인들이 음악파일 공유에 필수적인 ‘소리바다’를 제공하여 사용자들이 이로 하여금 타인의 저작권법상 복제권을 침해할 수 있도록 한 것이 방조범이 성립될 수 있는지 여부가 쟁점이 된 사안이다.

### 2.1.2 판례요지

서울중앙지검이 ‘소리바다’ 운영주를 저작권법위반의 방조죄로 불구속기소한 사건에 대해, “정범인 공소외인들이 언제, 누구에게, 어떻게 고소인들의 …… 저작권접권을 침해하였는지 관하여 아무런 기재도 없이 막연히 공소외인들이 고소인들의 음반에 대한 복제·배포권을 침해하도록 도와주어 방조하였다고만 기재되어 있다. 그렇다면 이 사건은 정범의 범죄특별구성요건을 충족하는 구체적 사실이 기재되어 있지 아니하거나 이를 특정할 수 없다는 이유”로 서울중앙지법은 2003. 5. 15.에 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하였다[1]. 이에 대하여 검사는 피고인의 방어권 행사에도 문제가 없고, 법원이 심판대상을 특정 하는데도 장애가 없으므로 …… 공소기각을 한 것은 잘못이라고 항소하였다. 이를 받아들인 항소심은 i) 공소사실의 특정여부 및 고소의 적법성 여부, ii) 정범인 소리바다 서비스 사용자들이 음반제작자로서 피해자들인 저작인접권자의 복제권·배포권을 침해하였는지 여부, iii) 피고인들에게 정범의 저작권 침해행위에 대한 형사상 방조책임이 성립하는지 여부가 쟁점이 되었다. 그러나 본고는 이 사건에서 최대의 쟁점이었던 ii), iii)에 대해서만 검토하기로 한다. 그것은 서비스제공자인 피고인을 방조범으로 처벌하기 위해서는 정범인 사용자들의 범죄가 성립되어야 하기 때문이다.

우선 ii)와 관련하여 항소심은 2005. 1. 12.에 사용자의 저작권침해를 인정하였다. 즉 재판부는 사용자들이 음반제작자의 동의 없이 음반 CD로부터 MP3 파일을 추출하여 자신의 컴퓨터에 저장하거나 다른 사용자의 컴퓨터를 검색한 후, 원하는 MP3 파일을 송신 받아 컴퓨터 하드디스크에 저장한 행위는 저작권법 제30조의 사적이용에 해당하지 않는 한, 음반제작자의 각각 복제권<sup>1)</sup>과

배포권의 침해에 해당한다고 판시하였다. 그러나 이러한 사용자의 침해유형은 앞에서 설명한 직접책임형과 유사하지만, 소리바다 시스템의 운영방식상 서비스제공자가 그 침해를 관리·지배할 수 없기 때문에 결국 형사책임의 근거는 소리바다 시스템이 처음부터 불법한 용도로 만들어진 이른바 “불법도구”인지 여부에 달려 있다고 할 수 있다.

이에 대해 항소심은 피고인들이 처음부터 복제권 침해행위를 방조할 목적으로 소리바다 프로그램을 개발하였다거나 또는 P2P 방식의 소리바다 서비스자체를 저작권침해의 용도에 사용할 목적으로 제작된 불법도구인지 여부에 대해서, 그것을 단정 지을 수 없을 뿐만 아니라 피해자의 침해행위에 대한 통지도 없어 침해내용을 구체적으로 알 수 없기 때문에 침해행위를 방지해야 할 법적 작위의무가 발생하지 않는다는 이유 등으로 iii)에 대한 방조책임이 성립된다 할 수 없다고 판시하였다[10].

그러나 대법원은 피고인들이 P2P 프로그램을 통한 음반파일의 공유가 대부분 허락 없는 복제라는 결과에 이르게 됨을 예견하면서도 음악공유프로그램을 개발해 널리 제공했을 뿐만 아니라, 권리자가 저작권법에 위반되는 것임을 수차례 경고하고 권리보호를 위한 조치를 요청한 바 있음에도 불구하고 프로그램 배포와 서버의 운영을 계속하여 사용자들이 불법복제 할 수 있도록 해 온 점, 또한 피고인들이 적어도 미필적 고의를 가진 상태에서 프로그램을 배포하고 서버를 운영하여 정범의 복제권 침해행위를 용이하게 해 준 것이므로, 방조의 점에 대하여 무죄로 판시한 원심판결은 법리를 오해한 위법이 있다고 파기환송을 하였다[13].

## 2.2 위니(Winny)사건

### 2.2.1 사건개요

프로그래머인 피고인은 송수신용프로그램의 기능을 가진 파일공유소프트 위니를 개발하여 그 최신판으로 점차 버전업하면서 자신이 개설한 홈페이지상에 이를 계속 공개 및 제공하였다. 甲과 乙은 각각 동 소프트웨어를 이용하여 저작권자의 승낙 없이 각각 특정 파일에 보관하고 있던 게임소프트와 영화데이터를 업로드 가능한 상태에 두

1) 소리바다의 사용자들이 다른 사용자의 컴퓨터에 접속하여 악곡의 복제물을 자신의 컴퓨터에 다운로드 하드디스크 등에 저장하는 행위는 음을 유형물에 고정하는 것으로서 당해

음반제작자의 복제권을 침해하는 행위에 해당한다고 판시하였다. 즉 당시에는 음반제작자 및 저작인접권자들에게는 전송권이 부여되지 않았기 때문이다.

고 동 소프트웨어를 기동시켜, 온라인상에서 액세스하여 온  
 불특정다수인에 대해 당해 데이터를 송신할 수 있도록  
 하여 상기 저작물의 저작권자가 갖는 공중송신권(일본  
 저작권법제23조 제1항)을 침해하였다.

피고인은 甲과 乙의 행위에 앞서, 본진 소프트가 불특  
 정다수인에 의해 저작권자가 갖는 저작물의 공중송신권  
 을 침해하는 정보의 송수신에 폭넓게 이용되고 있다는  
 상황을 인식·인용하고 굳이 동 소프트웨어를 자기 홈페이지  
 상에 공개하여, 불특정다수인이 입수할 수 있도록 甲과  
 乙에게 동 소프트웨어의 최신판을 다운로드 시켜, 이것으로  
 甲과 乙의 저작권침해행위를 용이하게 하였다. 이로 인  
 하여 피고인은 2004년 5월 甲과 乙을 정범으로 하는 저작  
 권법위반죄의 방조범으로 기소되었다.

**2.2.2 판례요지**

제1심인 료토(京都)지방법원은, 2006년 12월 13일 판  
 결에서 “위니는 중앙서버를 갖지 않는 P2P 기술의 하나  
 로써 의의가 있으며 그 기술자체는 가치중립적이다. 가  
 치중립적인 기술의 제공이 일반적으로 범죄행위가 될 수  
 없는 것처럼 무한정적인 방조범의 성립범위를 확대하는  
 것은 타당하지 않지만, 그와 같은 기술을 실제로 외부에  
 제공하는 행위 자체가 방조행위로서 위법성을 갖는가 여  
 부는, “그 기술의 사회에 대한 현실적인 이용상황이나 그  
 것에 대한 인식, 나아가 제공할 때의 주관적 태양여하에  
 의하여 해석하여야 한다.” 그리고 위니를 포함한 파일공  
 유소프트가 저작권을 침해한다고 하여도 안전한 소프트  
 로서 평가되고 고효율과 편리한 기능을 구비하고 있어,  
 피고인은 이와 같은 위니의 현실적 이용상황을 인식·인  
 용하여 자신이 개설한 홈페이지에 최신판을 공개하여 불  
 특정다수인이 입수할 수 있도록 제공한 행위는 저작권위  
 반죄의 방조범을 구성한다”고 판시하였다[3].

이와 같은 원심에 대하여 변호인과 검사 쌍방 모두가  
 항소하였지만, 2009년 10월 8일 오오사카(大阪)고등법원  
 은 “가치중립의 소프트웨어를 인터넷상에서 제공하는 것이  
 정범의 실행행위를 용이하게 하였다고 하기 위해서는 소  
 프트의 제공자가 불특정다수인 가운데에서 위법행위를  
 할 사람이 있을 가능성, 개연성이 있다고 인식·인용하  
 는 것만으로는 부족하고, 그것 이상으로 소프트웨어를 위법  
 행위의 용도만으로 또는 이것을 주요한 용도로써 사용시  
 키려고 인터넷상에서 권장하여 소프트웨어를 제공한 경우에

방조범이 성립한다고 해석하여야 한다”는 기준을 제시하  
 였다. 다만 이 사건에 있어서 피고인이 “위니를 인터넷상  
 에서 공개, 제공할 경우에 저작권을 침해하는 사람이 있  
 을 가능성, 개연성이 있다는 것을 인식하고, 이것을 인용  
 한 것은 인정되지만, 그것 이상으로 저작권침해의 용도  
 만으로 또는 이것을 주요한 용도로써 사용하기 위해 인  
 터넷상에서 권장하여 본진 위니를 제공하였다고 인정할  
 수 없기 때문에” 제1심 판결을 파기하여 피고인에게 무  
 죄를 선고[5]를 하자, 검사가 상고하였다.

그러나 2011년 12월 19일 최고재판소는 방조범 성립  
 요건에 관한 법령해석의 오류는 있으나, 피고인의 행위  
 에 대해 저작권법위반죄의 방조범성립을 부정한 것은 결  
 론에 있어서 정당하다고 상고를 기각하였다. 즉 “당해 소  
 프트의 성질이나 객관적 이용상황 등을 묻지 않고, 제공  
 자가 외부적으로 위법사용을 권장하여 제공한 경우”라는  
 원심의 요건을 부정하고, 본건과 같은 가치중립적인 소  
 프트의 제공행위에 대해서 방조죄가 성립하기 위한 다음  
 과 같은 구체적인 기준을 제시하였다. i) 소프트 제공자  
 가 당해 소프트웨어를 이용하여 현재 행하려 하고 있는 구체  
 적인 저작권침해를 인식·인용하면서, 그 공개·제공을  
 하고 실제 당해 저작권침해가 행해진 경우, ii) 당해 소  
 프트의 성질, 그 객관적 이용상황, 제공방법 등에 비추어,  
 동 소프트웨어를 입수한 자 가운데 예외적이라고 말할 수  
 없는 범위의 자가 동 소프트웨어를 저작권침해에 이용할 개연  
 성이 높다고 인정될 수 있는 경우로써 제공자도 그것을  
 인식하고, 인용하면서 동 소프트웨어를 공개·제공하고 실제  
 그것을 이용하여 저작권침해가 행하여졌을 때에 한하여  
 당해 소프트웨어의 공개·제공행위가 그것 등의 저작권침해  
 의 방조행위에 해당한다고 하는 것이 상당하다고 판시하  
 였다[12].

**<Table 1> Contrast of Soribada and Winny case(1)**

	Soribada case	Winny case
Technological Aspect	Indirect infringement Style	
Content Aspect	70% of illegal user	40% of illegal user
Legal Aspect	Guilty	Not guilty

**2.3 두 사건의 판결에 대한 이동(異同)**

위에서 살펴 본 바와 같이 두 사건은 모두 적법, 불법

그 어느 쪽으로도 사용이 가능한 P2P 방식의 파일공유 프로그램을 개발하여 불특정다수인에게 이를 공개·제공한 행위가 저작권위반죄의 방조범이 성립하는지 여부가 쟁점이 된 매우 유사한 사안이다. 그럼에도 불구하고 양국의 판례는 각각 유무죄 판단을 번복한 끝에 최종심에서 한국은 유죄, 일본은 무죄로 결론을 달리하였다.

두 사건의 비교·분석을 위해 공통점과 차이점을 정리해 보면, 첫째, 소리바다와 위니는 냅스터(Napster)와 같은 직접침해형이 아닌 간접침해형의 방식이다. 따라서 서비스제공자가 사용자의 침해행위에 중대한 관여를 할 수 없기 때문에 결국 그 프로그램을 처음부터 침해행위를 위하여 개발·공개되었는지 여부, 즉 불법도구인지의 여부가 쟁점이 되었다. 둘째, 서비스제공자가 프로그램의 위법한 사용을 인식·인용하면서 이것을 불특정다수인이 입수할 수 있도록 홈페이지에 공개하여 저작권침해행위를 용이하게 하였다라는 점이다. 셋째, 각각 유죄를 인정한 판결에서 이들 프로그램에 대한 개발 및 공개 자체는 위법하지 않지만, 외부의 제공행위에 대한 이용상황과 주관적 태도를 고려하여 위법하다고 판단한 점 등이다. 다만 소리바다사건의 항소심에 있어서 검찰은, 프로그램의 제공행위라는 작위를 법적 비난의 대상으로 한 것이 아니라 서비스제공자가 침해행위를 예상하였음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않은 부작위에 있다고 판단하여 부작위범적 구성을 한 점에서 그 범죄구성상 차이가 있을 뿐이다[6].

<Table 2> Contrast of Soribada and Winny case(2)

	Soribada case	Winny case
Similarities	P2P : Indirect infringement style	
	Unspecified public could acquire	
	Judged as illegal act due to the subjective attitude	
Difference	Recognized as nonfeasance	Recognized as feasance

### 3. 방조범과 가치중립행위의 방조

#### 3.1 파일공유프로그램과 가치중립성

사용자간의 파일공유행위가 서비스제공자의 통제 하에 있지 않다고 하는 점에서 소리바다와 위니는 순수한

P2P형 시스템을 구현한 방식이다. 이 프로그램의 개발로 컴퓨팅 분야에서의 고도의 보안수준과 대량의 데이터 전송·축적기술 등이 실현됨은 물론 차세대 응용분야에서도 중요한 역할이 기대되었지만, 이를 통한 불법적인 파일교환도 사회적으로 커다란 이슈가 되었다. 이처럼 기술은 의도하건 의도하지 않던 간에 다양한 목적으로 이용되어 왔으며, 그 과정에서의 기술은 법과의 끊임없는 충돌 속에서 발전을 거듭해 왔다. 소리바다사건과 위니 사건에서 나타난 저작권자와 이용자, 저작권자와 서비스 제공자의 충돌은 이러한 상황을 한층 가중시켰다고 할 수 있다.

기술과 법과의 충돌관계를 해소하기 위해 그 기준을 최초로 제시한 것이 Sony Betamax사건(1984년)에서 확립된 이른바 소니원칙이다[8]. 즉 “기술은 중립이고, 그 상당한 부분 비침해적 용도로 사용된다면 침해가능성의 인식여부와 관계없이 기여책임을 인정하지 않는다”고 하는 것이다. 다만 이 원칙은 2005년 그록스터(Grokster)사건에서 “합법, 비합법적으로 모두 사용되는 경우에는 사용자들에게 저작권침해를 촉진하기 위한 적극적 의도가 있었다면 간접책임을 인정한다[4]”고 하여 수정되었지만, 그 후 가치중립적 기술의 제공행위가 논란이 된 일련의 사건에 있어서도 이 원칙은 여전히 유지되고 있다고 할 수 있다. 예컨대 소리바다사건의 항소심은 “비침해적, 합법적인 용도로 사용되고 있거나 장차 그와 같이 사용될 개연성이 높은 경우에는 그 용도가 일부 침해적으로 사용되고 있다는 사정만으로 불법도구라고 단정 지을 수 없다”고 하고 있으며, 또한 위니사건의 최고재판소결정도, “위니는 1, 2심 판결이 가치중립적인 소프트라고 부르는 것처럼, 적법한 용도로도 저작권침해라고 하는 위법한 용도로도 이용할 수 있는 소프트이고, 이것을 저작권침해에 이용할지 그 외의 용도로 이용할지는 어디까지나 이용자의 판단에 맡겨져 있다”고 하여, 두 사건 모두 소니원칙을 원용하고 있는 것으로 보여 진다. 따라서 일본의 FL-MASK<sup>2)</sup>처럼 그 자체가 불법도구가 아닌 한, 소리바

2) FL-MASK는 1996년 일본의 음란물단속이 강화된 시기에 발생한 사건으로서, 화상을 가역적으로 마스크(masking)를 할 수 있는 FL-MASK의 개발자가, 자신의 홈페이지와 FL-MASK로 마스크를 한 외설화상을 공개하고 있던 웹사이트 사이에 상호연계하여 마스크(은폐)된 부분을 제거하기 용이하게 하였다는 이유로 일본 형법제175조의 음란화상의 진열방조죄로 처벌된 사건이다.

다와 위니와 같은 가치중립적 파일공유프로그램의 개발은 물론 공개·제공만으로는 위법하지 않을 뿐만 아니라 그것이 상당 부분 비침해적으로 사용되는 한 침해가능성의 인식여부와 관계없이 기여책임이 인정되지 않는다. 이처럼 여기서 말하는 가치 중립(적)이란, 가벌성이 결여된 것처럼 보이는 행위로서 이러한 행위에 의해 정범을 방조한 형태를 중립행위에 의한 방조<sup>3)</sup>라고 한다.

### 3.2 중립행위에 의한 방조

방조행위란, 정범에 의한 구성요건의 실행을 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위로서 유형적이든 무형적이든 그 수단과 방법에 제한이 없으며 편면적 방조도 가능하다. 또한 방조의 고의에 대해서도 판례는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것이 아니고, 미필적 인식 또는 예견으로 족하다고 해석하고 있다<sup>11)</sup>. 그러나 방조의 유형을 이와 같이 무한정·무정형적으로 해석하면, 사후적으로 볼 때 정범의 결과에 영향을 미친 모든 행위가 방조범의 객관적 구성요건에 해당하게 되어 그 처벌범위가 부당하게 확대될 가능성이 있어, 이것을 한정할 필요가 있다.

더구나 이와 같은 처벌범위의 한정문제는 가치중립적인 프로그램의 배포나 일상적인 직업활동에 의해 타인의 범죄행위를 용이하게 한 경우<sup>4)</sup>와 같이 이른바 중립행위에 의한 방조의 경우에 특히 문제가 된다. 그러나 아무리 중립적 또는 일상적 행위라고 할지라도 그 행위가 확정적으로 정범의 범죄수행을 용이하게 한다는 인식이 있는 경우에는 방조범의 성립을 부정하는 것은 타당하지 않을 것이다. 따라서 위의 사례에서처럼 서비스제공자의 프로그램 배포행위가 범죄행위를 용이하게 할지도 모른다는 불확정적 인식이 있는 경우에 원칙적으로 방조범의 성립을 인정하여야 할 것인지가 문제되며, 이 두 개 사건의 쟁점이기도 하다.

#### 3.2.1 학설의 개관

중립행위에 의한 방조의 처벌범위에 대해서는 전면적 긍정설과 가벌성을 제한하는 제한설로 구분할 수가 있다. 전면적 긍정설은 전통적인 방조의 성립요건(인과성 또는 촉진관계와 고의)을 충족하는 이상, 항상 방조범이 성립한다고 하는 소수설의 입장과 일정한 방법으로 방조범의 성립범위를 한정하려고 하는 제한설인 판례와 다수설의 입장이 있다. 이것은 중립적 또는 일상적인 행위는 형벌로부터 해방되어야 한다는 형사정책적 고려가 작용하고 있기 때문일 것이다.

처벌범위를 한정하는 제한설에 대해서도 다양한 견해가 주장되고 있어 그 학설을 크게 분류하면, 행위의 주관적 요소(고의, 의도, 동기 등)를 중시하는 주관설과 행위의 객관적 요소를 중시하는 객관설, 그리고 양자 모두를 고려하는 절충설로 분류할 수 있다. 종래의 독일<sup>7)</sup>과 일본<sup>14)</sup>의 판례는 행위의 주관적 요소를 중시하여 방조범의 성립요건으로 정범행위에 대한 인식만으로는 부족하고, 그것을 권장·촉진한다는 인식과 인용이 있어야 한다고 판시하여 주관설<sup>5)</sup>에 따르고 있다. 즉 정범행위에 대한 권장·촉진의사를 방조범의 처벌범위를 한정하는 결정적인 요소로 파악하고 있으나, 오늘날 이와 같은 판례는 찾아보기 힘들다. 따라서 다수설과 판례는 주관설보다는 오히려 행위의 객관면을 중시하는 객관설과 객관면과 주관면 모두를 고려하는 절충설로 이해되고 있다<sup>2)</sup>. 그 중에서도 특히 중립적 행위에 의한 방조를 특별한 범죄유형으로 파악하지 않고, 일반적인 방조범의 성립요건 내에서 이를 재검토하는 방법으로 처벌범위를 한정하려고 하는 설이 타당하다고 생각한다. 다만 우리나라는 중립행위에 의한 방조를 정범으로 다룬 사건이 소리바다 사건의 항소심 이외는 보이지 않아 그 입장을 확인하기 곤란하다.

#### 3.2.2 판례의 검토

우선 소리바다사건을 살펴보면, 항소심은 서비스제공자가 배포한 프로그램이 불법도구라는 검사의 주장을 배

3) 위니사건에서 반대 의견을 제시한 大谷剛彦판사는 “기여를 이용하는 행위자의 목적에 따라 법익침해의 위험성 유무가 다른 행위”를 가치중립적 행위라고 하고 있으나, 독일의 판례는 이에 대하여 명백히 정외하고 있지 않다. 다만 직업상 전형적 행위와 일상적 행위를 중립적 행위로 해석하고 있는 것 같다(BGH NJW 2000, 3010).

4) 경우거래에 있어서 탈세에 도움이 된다고 하는 것을 알면서 경유를 저가로 구입한 경우(熊本地裁平成6年3月15日)처럼, 피고인은 매매의 당사자의 지위, 즉 일상적인 직업활동의 범주를 초과하지 않았기 때문에 방조범은 성립되지 않는다.

5) 변호사가 피구금자의 친족으로부터 그 자의 도주를 돕는 것이 범죄에 해당하는지 상담을 받고, 실수하여 범죄에 해당하지 않는다고 조언한 행위에 대해 피구금도주죄의 방조 및 법인비호죄의 성부가 문제가 되었다. 원판결은 양죄의 성립을 인정하였지만, 라이히법원은 범죄촉진의사의 유무에 대해서 더욱 심리하여야 한다고 하여 원판결을 파기하였다.

적합은 물론 피고인이 정범의 침해내용을 구체적으로 인식하고 있지 않을 뿐만 아니라, 침해행위를 방지해야 할 작위의무가 발생하지 않는다는 이유로 방조책임을 부정하고 있다. 이에 대해 대법원은 “i) 음반파일의 공유가 대부분 허락 없이 복제라는 결과에 이르게 됨을 예견하면서도 음악파일 공유프로그램을 개발해 제공했을 뿐만 아니라, ii) 권리자가 저작권법에 위반되는 것임을 수차례 경고하고 권리보호를 요청한 바 있음에도 불구하고 프로그램 배포와 서버의 운영을 계속하여 이용자들이 불법복제를 할 수 있도록 해 온 점”을 근거로 무죄를 선고한 항소심을 파기하였다. 즉 대법원은 항소심과 달리 배포한 프로그램이 불법도구인지 여부에 대한 명시적인 판단은 하지 않았지만, 그 가치중립성을 부정하였다고는 볼 수 없을 것이다. 즉 i) 과 같이 판시한 것은, 서비스제공자의 불법적인 의도가 인정되면 설령 그것이 합법적으로 이용되고 있는 사정이 있어도 그 책임을 면할 수 없다는 그록스터판결의 영향을 받아 간접책임을 인정하려는 것으로 보인다. 결국 소리바다사건은 항소심이 방조범 성립을 부정하고 있어 위의 확설이 적용될 여지가 없다. 그러나 대법원의 결정은 프로그램의 가치중립성을 전제로 서비스제공자의 불법적인 의도라는 주관적 요소와 i) 과 같은 객관적 이용상황 등을 고려하여 처벌범위를 제한하고 있기 때문에 절충설의 입장에서 서 있다고 할 수 있다.

위니사건은 앞에서 설명한 것처럼 1, 2심은 물론 최고 재판소도 위니의 가치중립성을 인정한, 즉 중립적 행위로서 판례에 언급된 일본의 유일한 사건이다[15]. 우선 1심은 “기술의 제공이 방조행위로서 위법성을 갖는지 여부는, 그 기술의 사회에서 현실적 이용상황이나 이것에 대한 인식, 나아가 제공 시의 주관적 태양여하에 의하지만, 위니가 저작권을 침해하여도 안전한 소프트로서 폭넓게 이용되고 있는 상황 하에서 피고인이 이를 인식하고, 그와 같은 이용을 인용하면서 이것을 공개한 까닭에 그 침해상태의 야기를 굳이 기도하지 않아도 방조범이 성립한다”고 하여, 위니의 현실적 이용상황이라는 객관적 요소와 제공시의 주관적 행위태양여하에 의해 방조범의 성립범위를 제한한다는 점에서 역시 절충설에 따르면 있다. 이에 대해 항소심은 1심의 이러한 판단에 대해 “위니의 현실적 이용상황을 어떻게 인식하라는 것인지가 명확하지 않은 이상, 어느 정도의 비율로 이용하는 상황이

되었을 때 방조범이 성립하는 것인지 그 기준이 명확하지 않다”고 하여, 이러한 방법을 택하고 있지 않다. 즉 항소심은 “가치중립적 소프트를 인터넷상에서 제공하는 것이 정범의 실행행위를 용이하게 하였다고 하기 위해서는, 소프트 제공자가 불특정다수 가운데에 위법행위를 하는 자가 있을 가능성, 개연성을 인식하고 인용하는 것만으로는 부족하고, 그것 이상으로 소프트를 「위법행위의 용도만」으로 또는 이것을 「주요한 용도」로서 사용하도록 인터넷 상에서 권장하여 소프트를 제공한 경우에 방조범이 성립한다고 해석하여야 한다”고 하여, 위법한 용도 또는 주요한 용도라고 하는 행위자의 주관적 의도를 범죄성립의 특별한 한정기준으로 하고 있다는 점에서 주관설의 입장에 있다고 해석될 수 있다. 다만, 일본의 최고재판소는 항소심이 소프트제공행위라고 하는 특수성을 고려하지 않고 “제공자가 외부적으로 위법사용을 권장한 경우에만 한정하려는 것에 대해 그 근거가 있다고 하기 어려워” 이것을 부정하였다. 그리고 방조범의 일반적 성립요건 또는 이를 수정하려는 견해에 따라 이 사건을 해결하려고 하였다. 즉 소프트의 성질, 그 객관적 이용상황, 제공방법을 고려하여 객관적 성립요건의 해당성을 인정할 후, 피고인의 공명심, 위법사용에 대한 경고나 소프트가동의 시험에 대한 관심 때문에 그것을 인식·인용하였다는 증거가 없다고 하여 미필적 고의를 매우 제한적으로 해석하여 고의를 부정하였다고 볼 수 있다.

(Table 3) Contrast of Soribada and Winny case(3)

		Ground/Result
Soribada case	1 Trial	Facts charged unspecified/Indictment Dismissed
	2 Trial	Considerable parts used without infringement/Not Guilty
	3 Trial	Find guilty if there is illegal purpose even though it is used legally/Guilty
Winny case	1 Trial	Recognized and accepted the infringement fact/Guilty
	2 Trial	Not solely for the infringement/Not Guilty
	3 Trial	No ground of promoting illegal use/Appeal dismissed

#### 4. 결론

위에서 살펴 본 것처럼 소리바다와 위니사건에 대한

최대의 논점은, 피고인이 제공한 가치 중립적 프로그램 으로부터 정부의 저작권침해에 대한 사실적 인과성과 그 인식이 있었음에도 불구하고 결과 발생에 대해 불확정적 인식밖에 없었다는 이유로 방조의 고의를 부정해야 하는가 하는 점에 있다.

만약 이와 같이 중립적 행위에 의한 방조의 사례에서 기존의 방조범에 해당하는 성립요건이 모두 구비되었음에도 이를 부정한다면, 중립적 행위에 의한 방조를 기존의 전형적인 방조사례와 명확히 구별할 표지(Merkmal)가 필요할 것이지만, 중립적 행위의 방조는 단지 가별성이 결여된 것처럼 보이는 행위에 불과하다. 또한 독일의 종래 판례나 일본의 항소심처럼, 일반적 성립요소 이외에 「축진의사」나 「위법한 용도」와 같은 특정한 요건에 의해 그 처벌범위를 한정한다면, 이것은 일정한 행위 유형마다 특별한 한정이론을 필요하게 되어 결론의 타당성을 확보하기가 용이하지 않을 것이다. 그렇다고 하면 방조범의 일반적 성립요건을 수정하여 중립적 행위에 의한 방조를 해결하지 않으면 안 될 것이다. 이러한 관점에서 1990년대 후반 독일보통법원이 중립행위의 의한 방조 사례에 대해 제시한 일반원칙은 타당하다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 판단구조는 소리바다와 위니사건의 최종심 판단에서도 영향을 미친 것으로 보인다. 즉 방조행위의 i) 객관적 요소로서, 정범행위가 오로지 가별적 행위를 목표로 하고 있고, 관여자가 이것을 알고 있는 경우에는 그 기여행위를 방조행위로 평가하여야 한다고 하여 「방조행위의 구체화」를 모색하였다. 그리고 ii) 주관적 요소로서, 관여자의 기여를 정범이 어떻게 이용하는지 알 수 없거나, 그 행위가 범죄행위에 이용될 수 있을지도 모른다고 생각한 경우에는 그 행위는 일반적으로 가별적 방조행위로 평가하지 않는다고 하여, 「방조행위의 양적판단」을 하고 있다. 이것은 기존의 학설 및 판례와 달리 방조범의 일반적 성립요건을 재검토하여 그 처벌범위를 한정하려 하고 있다는 점이다. 즉 중립행위에 의한 방조를 기존의 방조범의 한 유형으로 파악한 점에 특색이 있다.

이에 따라 소리바다와 위니사건의 최종심을 살펴보면, 프로그램의 성질, 그 객관적 이용상황, 제공방법 등을 고려하여 방조행위를 구체화하고 있다고 볼 수 있으며, 다만 ii)의 요건에 있어서 소리바다사건은 피고인이 제공한 프로그램의 약 70 퍼센트 그리고 일본의 위니 프로그램은 약 40퍼센트가 불법이용 되고 있다는 점<sup>6)</sup>에 대해

소리바다사건은 미필적 고의를 인정한 반면, 위니사건은 이를 매우 제한적으로 해석하여 고의를 부정하였다는 점에서, 즉 방조행위의 양적판단에 의해 그 결론을 달리하였고 볼 수 있다.

## ACKNOWLEDGMENTS

This research was supported by Gwangju University Research Grants in 2013

## REFERENCES

- [1] Arata Hamada, About the theories of limiting the scope of punishment of accessory, Hogakuseijigakuronkyu, Vol 92, pp.235, 2012.
- [2] Kanehiko Toyota, Strafgrund der Teilnahme und objektive Zurechnung, Seibundo, pp 52, 2009.
- [3] Kyoto District Court Decision, December 13, Heisei 18, Keisu Vol. 65, No. 9, pp.1609.
- [4] MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913(U.S.2005), Emi Tsubata, Did MGM Really Win the Grokster Case? Intellectual property law and police journal, Vol 11, pp.53, 2006.
- [5] Osaka High Court Decision, October 8, Heisei 21, Keisu Vol. 47, No. 9, pp.1635, Yoshiaki Nishigai, Contemporary problems of crime aiding and abetting by neutral behaviors, University of Tokyo law review 5, pp.87, 2010.
- [6] Peter Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, S. 281ff, 2007.
- [7] Seung Joo Beik, Brief study about the criminal responsibility of P2P service offerer, Bubjo Vol. 57(7), pp.46, 2008.
- [8] Seoul High Court Decision, January 12, 2005 (2003 na 21140).
- [9] Seoul District Court Decision, May 15.2003 (2001 godan 8336).

6) 서울지방법원2005.1.12. 선고2003노4296, 最決平成23·12·19



- [10] SONY Copr. of Amer. v. Universal City Studios, Inc., 464U.S. 417. 1984.
- [11] Supreme Court Decision, April 29, 2005 (2003 do 6056).
- [12] Supreme Court Decision, December 14, 2007(2005 do 872).
- [13] Supreme Court Decision, December 19, Heisei 23, Keisu Vol. 65, No. 9, pp.1308. 2011.
- [14] Tokyo High Court Decision, December 10, Heisei 2, Hanreita Vol. 725, pp.246. 1990.
- [15] Tsutomu Irie, Responsibility of accomplice of the literary work use, Ritsumeikan Houseironsu, Vol 3, pp.271, 2005.

**김 형 만(Hyung-Man Kim)**



- 1986년 2월 : 숭실대학교 법학과(법학사)
- 1988년 3월 : 일본명치(明治)대학원 법학과(법학석사)
- 1995년 3월 : 일본 명치(明治)대학원 법학과(법학 박사)
- 1996년 9월 ~ 2008년 2월 : 대불대학교 경찰행정학과 부교수
- 2008년 3월 ~ 현재 : 광주대학교 경찰법행정학부 교수
- 관심분야 : 사실인정, 피해자소송참여, IT와 법
- E-Mail : hmkin57@gwangju.ac.kr