

대 법 원

판 결

사 건 2017도19025 저작권법위반방조
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 변호사 이창우
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2017. 11. 3. 선고 2017노2303 판결
판 결 선 고 2021. 9. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건 개요와 쟁점

가. 공소사실 요지

이 사건 공소사실 요지는 다음과 같다.

피고인은 성명불상자들이 해외에 서버가 있는 동영상 공유사이트인 '(사이트명 1 생략)' 등에 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근하게 할 목적으로 저작권자의 영상저작물인 드라마·영화 등의 동영상(이하 '이 사건 영상저작물'이라 한다)을 임

의로 업로드하고 계속하여 이를 게시하여 이용에 제공하고, 위 게시물에 접근한 이용자들이 이 사건 영상저작물을 클릭하면 개별적으로 송신이 이루어지게 하는 방법으로 저작권자의 전송권을 침해하고 있다는 사실을 알고 있었다. 그런데도 피고인은 2015. 7. 25.부터 2015. 11. 24.까지 총 450회에 걸쳐, 자신이 개설하여 운영하면서 광고 수익을 얻는 이른바 '다시보기 링크사이트'인 (사이트명 2 생략) 사이트 게시판에 이 사건 영상저작물과 연결되는 링크를 게시하고(이하 '이 사건 링크 행위'라 한다), 이 사건 사이트를 이용하는 사람들이 제목 등으로 이 사건 영상저작물을 검색하여 게시된 링크를 찾을 수 있게 한 뒤 이들이 링크를 클릭하면 성명불상자들이 이용제공 중인 이 사건 영상저작물의 재생 준비화면으로 이동하여 개별적으로 송신이 이루어지게 하였다. 이로써 피고인은 영리를 목적으로 또는 상습으로 성명불상자들의 전송권 침해행위를 용이하게 하여 방조하였다.

나. 원심판단

원심은 다음과 같은 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고한 제1심 판결을 그대로 유지하였다.

성명불상자들이 저작권자의 이용허락 없이 해외 동영상 공유사이트에 이 사건 영상저작물을 게시한 행위는 저작권자의 전송권 침해에 해당한다. 이 사건 영상저작물의 게시가 철회될 때까지는 유·무형의 방법으로 방조행위가 이루어질 수 있지만, 방조행위는 전송권 침해의 실행행위 자체를 용이하게 하는 방법으로만 가능하다. 그런데 공소사실 기재 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 지나지 않는다. 인터넷 이용자는 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 방문하여야 비로소 해당 게시물에 접

속할 수 있게 된다. 따라서 피고인의 행위는 저작권 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한 것이 아니라 그와 무관한 지위에서 단순히 전송권이 침해되고 있는 상태를 이용한 것에 불과하여 이를 방조행위로 볼 수 없다.

원심은 "링크를 하는 행위 자체는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자에게서 이용허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로, 이러한 링크 행위만으로는 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다."라는 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결 등(이하 '종전 판례'라 한다)을 참조 판결로 인용하고 있다.

다. 쟁점

쟁점은 이 사건 링크 행위가 정범의 범죄를 방조한 행위에 해당하는지 여부이다. 정범의 범죄는 전송의 방법으로 공중송신권(공소사실 기재 '전송권'은 현행 저작권법상 '공중송신권'에 해당한다)을 침해한 행위이다. 이는 링크 행위만으로는 공중송신권 침해를 방조한 행위에 해당하지 않는다는 종전 판례를 유지할 것인지에 관한 문제이다.

2. 저작권법상 공중송신권과 그에 대한 침해

가. 공중송신, 전송 등의 개념

2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 저작권법은 제18조에서 방송권(저작자는 그 저작물을 방송할 권리를 가진다)을, 제18조의2에서 전송권(저작자는 그 저작물을 전송할 권리를 가진다)을 규정하고 있었는데, 2006년의 저작권법 전부 개정

을 통해 방송, 전송, 디지털음성송신 및 기타의 송신행위를 모두 포괄하는 '공중송신'이라는 개념을 신설하였다.

이 사건에 적용되는 저작권법(2016. 3. 22. 법률 제14083호로 개정되기 전의 것, 이하 '저작권법'이라 한다)은 제2조에서 공중송신 등에 관하여 정의하고 있다. '공중송신'은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 '저작물 등'이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다(제2조 제7호). '전송(傳送)'은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다(제2조 제10호). 여기서 '공중'은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말한다(제2조 제32호).

공중송신 중 전송에서 말하는 '공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것'의 전형적인 예로는, 공중의 구성원이 이용할 수 있는 상태로 저작물 등을 인터넷 웹사이트 서버에 업로드 하는 경우를 들 수 있다. 공중의 구성원에게 저작물 등을 실제로 송신하지 않더라도 저작물 등을 업로드하여 접근할 수 있도록 하는 행위 자체만으로도 전송에 해당한다.

나. 공중송신권 침해

저작권법은 "저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다."라고 정하고(제18조), 공중송신권을 저작재산권으로 명시하여(제10조 제1항) 공중송신권을 저작자의 저작재산권으로 보호하고 있다. 또한 저작권법은 벌칙 규정을 두어 저작재산권을 공중송신 등의 방법으로 침해한 자를 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하고 있다(제136조 제1항 제1호).

저작물을 이용하려면 원칙적으로 저작재산권자의 이용허락을 받아야 한다(제46조). 저작재산권자의 이용허락이 없는데도 고의로 저작물을 공중송신하는 경우에는 저작권법에서 정한 저작재산권의 제한 규정(제23조부터 제35조의3까지) 또는 저작물 이용의 법정허락(제50조부터 제52조까지)에 해당하지 않는 한 공중송신권 침해행위가 되어 벌칙 규정이 적용된다.

3. 링크 행위의 의미와 한계

가. 인터넷에서 링크와 표현의 자유

성명불상자들이 저작권자의 허락 없이 해외 공유사이트에 이 사건 영상저작물을 임의로 업로드하고 계속하여 이를 게시하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에 접근할 수 있도록 이용에 제공한 행위가 저작재산권인 공중송신권을 전송의 방법으로 침해한 행위에 해당함은 분명하다. 그런데 이 사건에서는 피고인이 위와 같이 공중송신권을 침해하는 게시물(이하 '침해 게시물'이라 한다)인 영상저작물에 연결되는 링크를 자신이 운영하는 사이트에 게시한 행위가 성명불상자들의 범죄인 공중송신권 침해행위를 용이하게 했는지가 문제된다. 이와 관련하여 링크 행위의 의미, 기능과 성격은 살펴볼 필요가 있다.

인터넷을 기반으로 하는 서비스인 월드와이드웹(World Wide Web)은 인터넷에 연결된 컴퓨터를 통해 사람들이 시간과 공간의 제약 없이 정보를 전송하고 공유할 수 있도록 하는 기술이다. 월드와이드웹은 인터넷에 연결된 장치들이 보유한 정보를 촘촘하게 연결하여 누구나 손쉽게 인터넷에 존재하는 정보에 접근할 수 있도록 하겠다는 사상에 기반하고 있다. 정보를 거미줄처럼 연결하기 위하여 월드와이드웹이 채택한 기술이 하이퍼링크(hyperlink, 이하 '링크'라 한다)이다. 월드와이드웹은 인터넷에 존재하는 정보

를 단일 자원 식별자(Uniform Resource Identifier, 이하 'URI'라 한다)로 표시하는데, 링크는 URI를 웹페이지 문서와 연결시켜 인터넷 이용자가 링크를 클릭하면 시간과 공간에 구애받지 않고 URI로 표시된 정보에 접근할 수 있도록 해준다. 또한 링크는 연결 대상의 형식이나 내용에 구애받지 않는 중립적인 기술이다.

링크는 인터넷 공간의 정보를 연결하고 공유하는 핵심적인 수단이다. 따라서 이용자들이 인터넷 공간에서 다른 정보에 대한 링크를 자유롭게 할 수 있도록 허용함으로써 표현의 자유를 보장하고 정보의 자유로운 유통을 촉진할 필요가 있다.

나. 링크의 자유의 한계

표현의 자유와 정보 유통의 자유도 절대적으로 보장되는 것은 아니다. 헌법은 모든 국민이 언론·출판의 자유를 가진다고 정하면서도(제21조 제1항), 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 안 된다고 정함으로써(제21조 제4항), 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하고 있다. 인터넷 공간에서 링크를 설정하는 방식으로 이루어지는 표현행위도 타인의 권리를 침해하거나 그 침해를 용이하게 하는 경우까지 허용될 수는 없다.

헌법은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 정하고 있다(제22조 제2항). 학문과 예술의 자유를 제도적으로 보장하여 학문과 예술을 발전·진흥시키고 문화국가를 실현하고자 저작자 등의 권리보호를 국가의 과제로 정한 것이다. 이와 같은 헌법 규정에 따라 저작권법 등을 제정하여 저작자 등의 권리를 구체적으로 보호하고 있다(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌마200 결정 등 참조).

링크가 설정되면 인터넷 특성상 수많은 인터넷 이용자들이 링크를 통해 링크 대상 정보에 접근할 수 있다. 만일 링크 대상 정보가 침해 게시물이라면, 그러한 정보에 연

결되는 링크를 제공하는 행위는 경우에 따라서는 공중의 구성원이 침해 게시물에 손쉽게 접근할 수 있도록 해준다.

인터넷 공간에서 정보를 연결하고 공유하는 핵심 기술인 링크의 독자적 가치를 존중하고 링크 행위의 자유를 보장하여야 한다. 그러나 링크를 하는 행위가 저작자의 저작권 재산권인 공중송신권을 침해하거나 침해를 방조하는 불법행위에 해당하여 저작권법이나 형법상 범죄구성요건을 충족할 경우에는 사법적 통제를 하여야 한다. 링크 행위에 대한 사법적 통제가 무조건 링크의 자유와 그 독자적 가치를 침해한다고 볼 수는 없다.

인터넷과 각종 정보통신 기술 발달로 저작권재산권이 침해되는 사례가 빈발하는 현실에서 표현행위의 일종인 링크의 자유와 저작자의 저작권재산권은 모두 헌법상 보장되는 기본권으로서 서로 긴장관계를 갖고 대립하는 과정에서 각자의 영역 내에서 보호되어야 하고 어느 한쪽을 절대적으로 보호하여 다른 쪽을 희생시켜서는 안 된다.

4. 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 한 행위가 공중송신권 침해에 해당하는지 여부

침해 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지 등(이하 통틀어 '침해 게시물 등'이라 한다)에 연결되는 링크를 한 행위라도, 전송권(공중송신권) 침해행위의 구성요건인 '전송(공중송신)'에 해당하지 않기 때문에 전송권 침해가 성립하지 않는다. 이는 대법원의 확립된 판례이다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 등 참조).

링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 또는 경로를 나타낸 것에 지나지 않는다. 인터넷 이용자

가 링크 부분을 클릭함으로써 침해 게시물 등에 직접 연결된다고 하더라도, 이러한 연결 대상 정보를 전송하는 주체는 이를 인터넷 웹사이트 서버에 업로드하여 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 측이지 그 정보에 연결되는 링크를 설정한 사람이 아니다. 링크는 단지 저작물 등의 전송을 의뢰하는 지시나 의뢰의 준비행위 또는 해당 저작물로 연결되는 통로에 해당할 뿐이므로, 링크를 설정한 행위는 전송에 해당하지 않는다. 따라서 전송권(공중송신권) 침해에 관한 위와 같은 판례는 타당하다.

5. 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 한 행위가 공중송신권 침해의 방조에 해당하는지 여부

가. 공중송신권 침해의 방조에 관한 종전 판례는 인터넷 이용자가 링크 클릭을 통해 저작자의 공중송신권 등을 침해하는 웹페이지에 직접 연결되더라도 링크를 한 행위가 '공중송신권 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없다'는 이유로, 링크 행위만으로는 공중송신권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다는 법리를 전개하고 있다.

링크는 인터넷 공간을 통한 정보의 자유로운 유통을 활성화하고 표현의 자유를 실현하는 등의 고유한 의미와 사회적 기능을 가진다. 인터넷 등을 이용하는 과정에서 일상적으로 이루어지는 링크 행위에 대해서까지 공중송신권 침해의 방조를 쉽게 인정하는 것은 인터넷 공간에서 표현의 자유나 일반적 행동의 자유를 과도하게 위축시킬 우려가 있어 바람직하지 않다.

그러나 링크 행위가 어떠한 경우에도 공중송신권 침해의 방조행위에 해당하지 않는다는 종전 판례는 방조범의 성립에 관한 일반 법리 등에 비추어 볼 때 재검토할 필요가 있다. 이는 링크 행위를 공중송신권 침해의 방조라고 쉽게 단정해서는 안 된다는

것과는 다른 문제이다.

나. 정범이 침해 게시물을 인터넷 웹사이트 서버 등에 업로드하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하면, 공중에게 침해 게시물을 실제로 송신하지 않더라도 공중송신권 침해는 기수에 이른다. 그런데 정범이 침해 게시물을 서버에서 삭제하는 등으로 게시를 철회하지 않으면 이를 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 개별적인 위법행위가 계속 반복되고 있어 공중송신권 침해의 범죄행위가 종료되지 않았으므로, 그러한 정범의 범죄행위는 방조의 대상이 될 수 있다.

다. 형법 제32조 제1항은 "타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다."라고 정하고 있다. 방조란 정범의 구체적인 범행준비나 범행사실을 알고 그 실행행위를 가능·촉진·용이하게 하는 지원행위 또는 정범의 범죄행위가 종료하기 전에 정범에 의한 법익침해를 강화·증대시키는 행위로서, 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위를 말한다(대법원 1965. 8. 17. 선고 65도388 판결, 대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결, 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결 등 참조). 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 등 참조).

방조범은 정범에 종속하여 성립하는 범죄이므로 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에는 인과관계가 필요하다. 방조범이 성립하려면 방조행위가 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 정범으로 하여금 구체적 위험을 실현시키거나 범죄 결과를 발생시킬 기회를 높이는 등으로 정범의 범죄 실현에 현실적인 기여를 하였다고 평가할 수 있어

야 한다. 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 없는 행위를 도와준 데 지나지 않는 경우에는 방조범이 성립하지 않는다.

판례는 전송권(공중송신권) 침해를 방조하는 행위에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 전송권 침해를 방조하는 행위란 정범의 전송권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 말한다. 위와 같은 방조행위는 정범의 전송권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 전송권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 전송권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함한다. 방조범은 정범이 실행하는 전송권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고, 정범의 전송권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011도1435 판결 등 참조).

최근 저작권자의 이용허락 없이 전송되는 방송프로그램, 영화, 만화 등 침해 게시물로 연결되는 링크를 공중에게 제공하면서 배너 광고를 통해 광고 수익을 얻는 등의 방식으로 링크를 온라인상 저작권 침해물의 유통 경로로 악용하는 이른바 '다시보기' 사이트 등의 링크 사이트(이하 '저작권 침해물 링크 사이트'라 한다)나 모바일 어플리케이션이 급속히 확산되었다. 비록 링크 자체는 연결 통로의 역할을 하는 것으로서 중립적 기술이라고 할지라도 링크가 제공되는 환경, 링크의 게시 목적과 방법 등의 여러 사정을 고려하면 전송의 방법으로 저작권자를 침해하는 정범의 범죄 실현에 조력하는 행위가 될 수 있다.

저작권 침해물 링크 사이트에서 이루어지는 링크 행위와 같이 링크 대상이 침해 게시물 등임을 알면서 그러한 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 제공한 자는 정범의 행위가 공중송신권 침해의 구성요건에 해당한다는 점을 충분히 인식하면

서도 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 행위를 용이하게 하여 공중송신권 침해를 강화·증대할 의사로 링크 행위를 하였다고 볼 수 있다.

저작권 침해물 링크 사이트에서 제공하는 링크가 없었더라면 정범이 게시한 저작권 침해물을 발견할 수 없었던 공중의 구성원까지 그 링크를 통해 원하는 시간과 장소에서 쉽게 저작권 침해물에 접근할 수 있게 되었다. 링크 행위로 말미암아 공중이 접근할 수 있도록 저작권 침해물을 이용에 제공하는 정범의 실행행위가 용이하게 되고 공중송신권이라는 법익의 침해가 강화·증대된다. 이와 같이 링크를 제공하는 행위가 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도에 이른다면, 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하였다고 볼 수 있다. 이러한 경우 단순히 공중송신권이 침해되고 있는 상태를 이용한 것에 지나지 않는다고 볼 수 없고 방조범 성립에서 요구되는 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이의 인과관계를 인정할 수 있다.

라. 온라인에서 이루어지는 대량의 저작권 침해는 주로 해외 서버에서 일어나고 있다. 국제 공조를 통하지 않고서는 정범을 특정하거나 적발하는 데 어려움이 있기 때문에 정범에 대한 단속과 처벌에는 현실적인 한계가 있다. 이러한 상황에서 저작권 침해물 링크 사이트를 통해 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 제공하는 등으로 정범의 범죄 실현에 조력하는 행위자마저도 방조범으로 처벌하지 않는다면 저작권이 침해되는 상황을 사실상 방치하는 결과가 되고, 이는 권리자에게는 지나치게 가혹하다. 저작권 침해물 링크 사이트에서 제공하는 링크로 말미암아 침해 게시물에 대한 공중의 접근이 용이해지는 반면 피해자인 저작재산권자로서는 적법한 저작물 제

공을 통한 수익이나 향후 수익 기회를 상실하게 된다는 점에서, 위와 같은 링크 행위가 정범의 범죄 실현에 기여하는 정도도 작지 않다.

마. 외국의 사례를 보더라도, 저작권 침해물로 연결되는 링크를 한 행위에 관하여 단지 링크가 링크 대상의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 지나지 않는다는 이유로 공중송신권 침해에 관한 간접적인 책임조차 전면적으로 부정한 사례는 찾기 어렵다. 저작권자의 허락 없이 위법하게 공개된 저작물에 대한 링크 행위가 저작권 침해에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사례에서, 미국에서는 우리나라의 공중송신권에 대응하는 권리인 배포권·전시권의 침해는 부정하면서도 일정한 요건을 충족하는 경우 간접침해 책임을 부담할 수 있다고 하였다. 유럽연합 사법재판소는 공중전달권·공중이용제공권의 직접침해를 긍정하였다. 한편 일본에서도 링크 행위가 공중송신권 침해에 대한 방조행위가 될 수 없다고 본 사례는 없고, 단지 링크 대상이 저작권 침해물인지 분명하지 않아 불법행위를 방조하거나 고의·과실을 인정할 수 없다는 이유로 공중송신권 침해에 대한 방조 책임을 부정한 사례가 있을 뿐이다.

바. 요컨대, 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과 같이, 링크 행위자가 정범이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다. 이러한 링크 행위는 정범의 범죄행위가 종료되기 전 단계에서 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과

발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 정범의 실행행위를 용이하게 하고 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하였다고 평가할 수 있다. 링크 행위자에게 방조의 고의와 정범의 고의도 인정할 수 있다.

6. 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 한 행위에 대한 방조범 성립의 한계 설정

가. 인터넷 이용자들 사이에서 일상적으로 이루어지는 링크는 인터넷 공간의 본질적 가치인 정보의 자유로운 유통을 위한 핵심적이고 필수적인 수단이다. 위와 같이 저작권 침해물 링크 사이트에서 이루어지는 링크가 아니라면, 헌법 제21조에 따라 보장되는 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유라는 관점에서 링크의 자유를 보호할 필요가 있다.

공중송신권 침해 게시물에 단순히 링크를 한 경우에 방조행위의 방법에 제한이 없다는 방조 법리만을 기계적으로 적용하여 공중송신권 침해의 방조행위라고 인정하는 것은 경계해야 한다. 방조행위가 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직·간접적인 모든 행위라는 이유만으로 링크를 통한 공중송신권 침해의 방조범 성립을 쉽게 인정할 경우 자칫 시민들이 인터넷 공간에서 링크 설정을 통해 자유롭게 정보를 교환하고 공유하는 일상적인 인터넷 이용 행위를 위축시킬 수 있다. 결국 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 한 행위가 공중송신권 침해의 방조행위로서 방조범이 성립하는지 판단하기 위해서는, 위에서 본 방조범의 고의 요건과 인과관계 요건 등을 엄격하게 적용하여 링크 행위 고유의 독자적인 기능과 가치가 훼손되지 않도록 합목적적인 결론을 도출할 필요가 있다.

나. 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 고의의 존재에 대한 증명책임은 검사에게 있다. 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로

공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거로 하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결 등 참조).

방조범 성립에 요구되는 방조의 고의와 정범의 고의를 침해 게시물 등에 대한 링크에 관하여 보면, 링크 대상이 침해 게시물 등으로서 불법성이 있다는 것을 링크를 한 사람이 인식하여야 한다는 것을 뜻한다. 물론 방조범에서 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 등 참조), 이는 정범의 범행 대상인 침해 게시물 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다.

위에서 보았듯이 링크의 자유에 대한 제한은 엄격하게 인정할 필요가 있고, 링크 대상인 게시물이 저작재산권자로부터 이용허락을 받은 것이거나 저작물의 공정한 이용의 대상이 될 여지가 있으며, 빠른 속도로 다양한 정보의 연결과 공유가 이루어지는 인터넷 공간의 특성상 링크 대상이 공중송신권 침해 등으로 위법한 게시물인 경우와 그렇지 않은 경우의 구별이 언제나 명확한 것도 아니다. 불법성에 대한 피고인의 인식은 적어도 공중송신권 침해 게시물임을 명확하게 인식할 수 있는 정도가 되어야 한다. 검사는 링크를 한 행위자가 링크 대상인 게시물이 공중송신권을 침해하는 게시물 등으로서 불법성이 있다는 것을 명확하게 인식할 수 있는 정도에 이르렀다는 점을 엄격하게 증명하여야 한다.

다. 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 하였을 때 정범의 공중송신권 침해에 대한 방조행위가 성립하려면, 링크 행위가 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 공중송

신권 침해의 기회를 현실적으로 증대시켜 정범의 범죄 실현에 현실적인 기여를 하였다고 평가할 수 있어야 한다. 위에서 보았듯이 저작권 침해물 링크 사이트에서 정범의 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 게시하는 경우 등과 같이 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 그 공중송신권 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 링크를 제공하는 행위가 이에 해당한다. 반면 위와 같은 정도에 이르지 않은 링크 행위는 정범의 공중송신권 침해와 밀접한 관련이 있고 그 법익침해를 강화·증대하는 등의 현실적인 기여를 하였다고 보기 어려운 이상 공중송신권 침해의 방조행위라고 쉽사리 단정해서는 안 된다.

라. 요컨대, 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물로 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과 같이, 링크 행위는 그 의도나 양태에 따라서는 공중송신권 침해와 밀접한 관련이 있는 것으로서 그 행위자에게 방조 책임의 귀속을 인정할 수 있다. 이러한 경우 인터넷에서 원활한 정보 교류와 유통을 위한 수단이라는 링크 고유의 사회적 의미는 명목상의 것에 지나지 않는다. 다만 행위자가 링크 대상이 침해 게시물 등이라는 점을 명확하게 인식하지 못한 경우에는 방조가 성립하지 않고, 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 제공한 정도에 이르지 않은 경우 등과 같이 방조범의 고의 또는 링크 행위와 정범의 범죄 실현 사이의 인과관계가 부정될 수 있거나 법질서 전체의 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖추었다고 볼 수 있는 경우에는 공중송신권 침해에 대한 방조가 성립하지 않을 수 있다.

7. 판례 변경

링크 행위자가 정범이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등

으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는 위 5.에서 본 방조 요건을 충족하여 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄를 용이하게 하였다고 볼 수 있으므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립할 수 있다.

이와 달리 저작권자의 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등으로 링크를 하는 행위만으로는 어떠한 경우에도 공중송신권 침해의 방조행위에 해당하지 않는다는 취지로 판단한 종전 판례인 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

8. 이 사건에 대한 판단

가. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

성명불상자들은 저작재산권자의 이용허락 없이 해외 인터넷 동영상 공유사이트인 '(사이트명 1 생략)' 등에 영화·드라마·예능프로그램 등인 이 사건 영상저작물을 업로드하여 게시하였다. 성명불상자들의 위와 같은 행위는 저작재산권자의 허락 없이 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이 사건 영상저작물을 이용에 제공하는 공중송신권 침해에 해당한다. 성명불상자들이 위와 같이 업로드한 이 사건 영상저작물을 삭제하지 않는 한 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 이 사건 영상저작물을 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 공중송신권 침해의 범죄행위는 종료되지 않았다.

피고인은 성명불상자들의 이 사건 영상저작물에 대한 공중송신권 침해행위 도중에 그러한 범행을 충분히 인식하면서 총 450회에 걸쳐 이 사건 영상저작물로 연결되는 링

크를 이 사건 사이트에 게시하였다. 이 사건 사이트의 이용자들은 피고인이 게시한 링크를 통해 이 사건 영상저작물에 용이하게 접근할 수 있고, 피고인은 그러한 사실을 충분히 알고 있었다.

이 사건 사이트는 피고인이 광고 수익을 얻기 위한 목적으로 개설하여 계속적으로 운영하는 저작권 침해물 링크 사이트로서, 피고인은 불특정 다수의 이용자들이 이 사건 영상저작물에 대한 링크를 손쉽게 찾을 수 있도록 링크를 영화·드라마·예능프로그램 등의 유형별로 구분하여 게시하고 이에 대한 검색기능을 제공하였다.

나. 위와 같은 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인은 성명불상자들의 공중송신권 침해행위 도중에 그 범행을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 이 사건 사이트에 영리적·계속적으로 게시하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 하여 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 성명불상자들의 범죄를 용이하게 하였으므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립할 수 있다.

한편 이 사건에서 방조범인 피고인은 영리를 목적으로 또는 상습적으로 저작재산권 침해행위를 방조하였으므로, 이 사건 공소사실에 대한 공소는 저작권법 제140조 단서 제1호에 따라 고소가 필요하지 않아, 이 사건 공소제기는 적법하다고 볼 수 있다(대법원 2013. 10. 11. 선고 2013도8907 판결 등 참조).

다. 원심은 피고인의 이 사건 링크 행위가 단지 공중송신권이 침해되고 있는 상태를 이용한 것에 지나지 않아 공중송신권 침해의 방조행위가 될 수 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다. 원심판단에는 공중송신권 침해의 방조에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 검사의 상고이유

주장은 정당하다.

9. 결론

검사의 상고는 이유 있어 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심 법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 조재연, 대법관 김선수, 대법관 노태악의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 천대엽의 보충의견, 그리고 반대의견에 대한 대법관 조재연의 보충의견, 대법관 김선수의 보충의견, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

10. 쟁점에 관한 대법관 조재연, 대법관 김선수, 대법관 노태악의 반대의견

가. 반대의견의 요지

다수의견은 피고인의 이 사건 링크 행위와 같이 링크 대상이 공중송신권 침해 게시물임을 알면서 그러한 게시물에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시한 행위는 공중송신권 침해행위의 방조에 해당한다는 이유로, 이 사건 링크 행위가 공중송신권 침해의 방조행위가 될 수 없다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 공중송신권 침해행위의 방조에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 한다. 대법원은 이 사건 링크 행위가 행해지기 불과 4개월여 전에 이 사건 링크 행위와 같이 인터넷상에서 링크를 하는 행위는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여 이러한 링크 행위만으로는 공중송신권 침해행위의 실행을 용이하게 하는 방조행위에 해당하지 않는다는 견해[대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결(중전 판례이다) 참조]를 밝혔는데, 다수의견은 중전 판례의 위와 같은 견해를 변경하고 있다.

그러나 다음과 같은 이유로 다수의견에 동의할 수 없다. 첫째, 다수의견은 규제와 처벌의 필요성을 내세워 이 사건 링크 행위를 처벌하고자 형법 총칙상 개념인 방조에 대한 확장 해석, 링크 행위 및 방조행위와 정범의 범죄 사이의 인과관계에 관한 확장 해석을 통해 형사처벌의 대상을 확대하고 있는데, 이는 형사처벌의 과잉화를 초래하고 사생활 영역의 비범죄화라는 시대적 흐름에 역행하는 것이다. 둘째, 다수의견은 표현의 자유 보장을 위해 링크 행위에 대한 방조범의 성립 인정은 신중하여야 하고 그 한계 설정이 필요하다고 하면서도 정작 이 사건에서는 스스로 그 한계를 무너뜨리고 있다. 다수의견은 방조범 성립 범위의 확대로 말미암아 초래될 부작용을 축소하고자 영리적·계속적 형태의 링크 행위만을 방조범으로 처벌할 수 있다고 하나, 이는 일반적인 방조범의 성립과 종속성, 죄수 등의 법리에 반하고, 법원으로 하여금 방조범의 성립이 문제될 때마다 그 성립요건을 일일이 정해야만 하는 부담을 지우며, 죄형법정주의 원칙에 따른 법적 안정성과 예측가능성에 커다란 혼란을 가져올 수밖에 없다. 셋째, 이 사건과 같은 링크 행위에 대하여 종전 판례를 변경하여 유죄로 판단할 정당성은 인정되기 어렵다. 비록 저작권 침해물 링크 사이트에서의 영리적·계속적 링크 행위의 폐해가 증가하고 있다고 하더라도 이에 대해서는 입법을 통해 대처하는 것이 바람직하다. 링크 행위의 유형화와 그에 따른 처벌의 필요성 및 근거조항 마련을 위한 입법 논의가 이루어지고 있는 현시점에서 대법원이 구성요건과 기본 법리를 확장하여 종전에 죄가 되지 않는다고 보았던 행위에 관한 견해를 바꾸어 형사처벌의 범위를 넓히는 것(사실상 소급처벌에 해당한다)은 결코 바람직하지 않다. 충분한 논의를 통해 사회적 합의를 끌어내고, 그에 따른 입법적 결단을 기다려주는 것이 올바른 제도 도입을 위해서도 필요하다. 결론적으로 쟁점에 관한 종전 판례의 견해는 여전히 타당하므로 유지되어야

한다. 이하에서 더 구체적으로 살펴본다.

나. 이 사건 링크 행위가 공중송신권 침해행위를 방조한 행위에 해당하는지

(1) 대법원은 형법상 방조의 의미에 관하여 일관되게 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 말한다고 판시해 왔다(대법원 1986. 12. 9. 선고 86도198 판결, 대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결, 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018모2593 판결 등 참조). 이렇듯 대법원은 방조의 개념 정의에서부터 정범의 실행행위와 관련성이 있는 행위만이 형법상 방조로 처벌된다는 점을 밝혀 왔고, 정범의 실행행위와 직접적이고도 밀접한 관련성이 있다고 객관적으로 인정되는 행위만이 방조에 해당한다고 판시하여 방조와 정범의 실행행위 사이의 관련성 내지 인과관계를 특별히 강조하기도 하였다(대법원 1965. 8. 17. 선고 65도388 판결). 링크 행위는 저작권 침해행위 '자체'를 용이하게 하는 것이 아니어서 저작권 침해행위의 방조에 해당하지 않는다는 종전 판례도 방조와 정범의 실행행위 사이의 관련성 내지 인과관계를 방조 성립요건의 하나로 인정하였다고 이해할 수 있다.

그런데 다수의견은 방조의 개념에 정범의 실행행위를 용이하게 하는 행위뿐만 아니라 '정범의 범죄행위가 종료되기 전에 정범에 의한 법익침해를 강화·증대시키는 행위'로서 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위'까지 포함된다고 한다. 다수의견은 방조 개념에 위 행위가 포함되는 것이 마치 대법원 판례인 것처럼 대법원 판결들을 근거로 들고 있으나, 이는 대법원 판결에서 단 한 번도 실시하지 않은 내용으로서 학설상의 논의를 비판 없이 받아들여 대법원이 확고하게 유지해 온 방조의 개념을 바꾸는 것이어서 동의할 수 없다. 대법원은 일관되게 정범은 '실행행위 전'이나 '실행행위 중'

에 정범을 방조하여 그 실행행위를 용이하게 하는 것을 말한다고 판시해 왔는데(대법원 1982. 4. 27. 선고 82도122 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조), 다수의견은 '범죄행위가 종료되기 전'까지 행해진 행위도 방조의 개념에 포함될 수 있다고 하여 정범의 실행행위 종료 이후의 행위로 인한 방조 성립 가능성을 열어두고 있다. 특히 '범죄 실현'은 '범죄 실행'뿐만 아니라 그로 인한 '결과 발생'까지 포함하는 개념임에도, 다수의견은 정범의 '실행행위'가 아닌 정범의 '범죄 실현'과의 관련성만 있어도 방조가 성립할 수 있다고 보고 있다. 따라서 다수의견의 태도는 형법상 방조의 성립 범위를 예측 가능한 범위를 넘어 광범위하게 확장하는 결과를 초래하고, 방조의 개념에 관한 기존 판례 전부를 실질적으로 변경하는 것에 해당한다. 특수한 영역에서의 처벌 공백을 보충해야 한다는 필요성 때문에 형법 총칙상의 개념인 방조의 의미에 관한 견해를 변경하여 방조의 성립 범위를 확장하는 것은 본말이 전도된 것으로서 그로 인해 초래될 다양한 영역에서의 파장은 현재의 단계에서 그 범위를 예측할 수 없을 정도로 매우 심각하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 인터넷 링크는 인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미한다. 그중 이른바 심층링크(deep link) 또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(URL)와 하이퍼텍스트 태그(tag) 정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결). 피고인이 이 사건 사이트에 게시한 링크 역시 해외 인터넷 동영상 공유사이트(이하 '해외 공유사이트'라 한다) 서버

에 저장된 이 사건 영상저작물의 인터넷 주소와 하이퍼텍스트 태그 정보를 복사한 것으로서, 피고인은 이 사건 링크 행위를 통해 이 사건 사이트를 방문한 사람들에게 이 사건 영상저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 알려준 것에 불과하다.

해외 공유사이트에 이 사건 영상저작물을 업로드한 성명불상의 정범들은 저작권법 제136조 제1항 제1호에서 정한 복제, 공중송신의 방법으로 저작권자의 권리(복제권, 공중송신권)를 침해하였다. 이 사건 영상저작물을 공중의 이용에 제공하는 정범들의 행위는 업로드로써 종료되는데(정보통신망을 이용한 명예훼손 행위는 명예훼손적 글의 게시행위로써 종료된다는 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결 등 참조), 이 사건 링크 행위 당시 정범들의 업로드는 이미 종료된 상태였으므로, 이 사건 링크 행위는 이 사건 영상저작물을 공중의 이용에 제공하는 정범들의 행위를 용이하게 한다고 볼 수 없다. 다만 이 사건 링크 행위 당시에도 해외 공유사이트 등을 통해 이 사건 영상저작물에 접근한 이용자들의 요청이 있는 경우 그들에 대한 이 사건 영상저작물의 개별적인 송신은 계속되고 있었으나, 위와 같은 송신은 이미 종료된 업로드를 기초로 해외 공유사이트 서버에 설치된 파일 전송 프로그램(file transfer protocol)을 통해 기계적·반복적으로 구현되는 결과에 지나지 않는다. 따라서 이를 정범들의 행위로 평가할 수 있다고 하더라도, 이 사건 사이트 방문자들에게 이 사건 영상저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 알려준 이 사건 링크 행위가 위와 같은 송신행위 자체에 실질적인 기여를 하였다고 평가하기는 어렵다. 이 사건 사이트를 통해 이 사건 영상저작물의 웹 위치 정보 내지 경로가 공개됨으로써 이 사건 영상저작물에 접근할 수 있는 이용자의 범위가 확대될 수 있으나, 그러한 결과가 해외 공유사이트 서버에 설치된 프로그램을 통해 구현되는 송신행위 자체에 어떠한 영향을 미친다고 보기는 어렵기 때문이다. 정

범들의 업로드 행위 이후 공중송신권 침해의 실행행위 자체를 용이하게 하는 행위란 송신 및 그 계속성·지속성 유지를 위한 기술적 조치와 관련된 행위, 즉 송신의 속도를 높이는 프로그램을 제공하거나 송신을 중단시키기 위해 게시물을 서버에서 삭제하고자 하는 제3자의 시도를 막을 수 있는 프로그램을 제공하는 행위 등 송신행위와 객관적으로 밀접한 관련성이 있는 행위를 말하는 것으로 보아야 한다. 결국 이 사건 링크 행위는 객관적으로 정범들의 공중송신권 침해의 실행행위를 용이하게 하는 방조행위에 해당하지 않는다.

(3) 이 사건 링크 행위에 관한 위와 같은 판단은 링크 행위 일반에도 그대로 적용될 수 있다. 즉 링크 행위를 통해 침해 게시물에 접근할 수 있는 이용자의 범위가 확대된다고 하더라도, 그러한 결과가 침해 게시물의 업로드 이후에 행해지는 개별적인 송신 행위 자체에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵다. 따라서 링크 행위는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수 없어 링크 행위만으로는 저작권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다는 종전 판례의 법리는 타당하다.

(4) 다수의견과 같이, 침해 게시물에 연결하는 링크를 통해서 공중의 구성원이 원하는 시간과 장소에서 침해 게시물에 접근하여 이용할 수 있게 된다는 이유로 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 인정할 경우, 인터넷 이용자들의 일상적인 링크 행위뿐만 아니라 저작권 침해물이 게시된 웹사이트나 웹페이지의 인터넷 주소(URL)를 공개하는 행위, 정보검색 서비스를 통해 침해 게시물에 접근하는 것을 용이하게 하는 포털사이트(Portal Site) 운영자의 행위 등도 형법상 방조에 해당할 여지가 생기는데, 이러한 해석은 인터넷 환경에서 표현의 자유와 일반적 행동의 자유를 지나치게 위축시

키고, 링크 행위가 수행하는 정보전달 기능에 상당한 제약을 가져올 가능성이 크다. 종전 판례는 위와 같은 심각한 파장을 고려하여 방조행위의 비정형적 특성에도 불구하고 링크 행위와 정범의 공중송신권 침해행위 사이에는 직접적 관련성 내지 인과관계가 존재하지 않는다는 이유를 들어 링크 행위를 형법상 방조의 범위에서 제외하였고, 이는 지극히 타당한 태도이다.

다수의견은 링크 행위를 형법상 방조로 의율하는 것에 대한 위와 같은 우려를 의식하여 링크 행위 중 일정한 요건을 충족하는 행위만이 공중송신권 침해행위의 방조를 구성한다고 하나, 이러한 기준 자체의 문제점에 대해서는 뒤에서 별도로 살펴본다.

(5) 다수의견은 저작권 침해물로 연결되는 링크를 한 행위에 관하여 공중송신권 침해에 관한 간접적인 책임조차 전면적으로 부정한 외국 사례를 찾기 어렵다는 점을 판례 변경의 필요성을 뒷받침하는 근거로 들고 있다. 그러나 다수의견이 외국의 사례로 거론하는 미국, 유럽연합 사법재판소, 일본의 사례는 모두 민사상 손해배상을 청구한 사안들이다. 오히려 이 사건 링크 행위와 같이 저작권 침해물로 연결되는 링크를 한 행위에 대하여 공중송신권 침해행위의 방조로 형사처벌 하는 입법례는 찾기 어렵다.

다. 다수의견이 제시한 링크 행위로 인한 방조범이 성립하기 위한 요건에 관하여

다수의견은, 공중송신권 침해 게시물에 연결되는 링크를 저작권 침해물 링크 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근하여 이용할 수 있도록 링크를 제공하는 정도의 링크 행위(이하 '영리적·계속적 링크 행위'라 한다)를 한 경우에는 그 밖의 링크 행위를 한 경우와 달리 정범의 공중송신권 침해와 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하

였기 때문에 방조범이 성립한다고 한다. 영리적·계속적 링크 행위와 그 밖의 링크 행위는, 공중송신권 침해행위와의 인과관계 존재 여부에서 차이가 나기 때문에 전자는 방조를 구성하나 후자는 그렇지 않다는 취지인 듯하다. 그러나 다음과 같은 이유로 다수의견이 설정한 위 기준 자체에도 동의하기 어렵다.

(1) 다수의견은 종전 선례에서 확립된 형법상 방조의 개념을 허물어 가면서까지 링크 행위가 공중송신권 침해행위에 대한 방조에 해당할 수 있다는 결론을 도출하였다. 그리고는 그와 같은 결론에 따르면 인터넷 공간에서 표현의 자유나 일반적 행동의 자유의 과도한 위축, 인터넷 공간 자체의 사회, 경제, 문화, 기술적 의미와 가치 훼손 등의 문제가 우려되자, 이제는 방조범이 성립하는 링크 행위의 범위를 비난가능성이 큰 일부 행위, 즉 영리적·계속적 링크 행위만으로 제한하고자 사실상 링크 행위에만 적용되는 방조범 성립요건을 만들어냈다. 다수의견의 이러한 접근 방식은 다른 사안에서 그 예를 찾기 어렵고, 대법원으로 하여금 앞으로 또 다른 유형의 행위에 관한 방조의 성립이 문제될 때에 그 행위에 맞는 성립요건을 일일이 정해야만 하는 부담을 지우며, 죄형법정주의 원칙에서 나온 법적 안정성과 예측가능성에 커다란 혼란을 가져올 수밖에 없다.

(2) 방조범이 성립하기 위해서 정범의 범죄행위가 인정되어야 하는 것은 공범의 종속성에 따른 당연한 결과이고(대법원 1981. 11. 24. 선고 81도2422 판결, 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016도12865 판결 등 참조), 공범의 종속성에 따라 여러 명의 정범이 각기 저지른 범행을 방조한 행위는 각 정범의 범죄별로 별개의 죄를 구성한다. 또한 저작권 침해행위는 저작권자가 같더라도 저작물별로 침해되는 법익이 다르므로 각각의 저작물에 대한 침해행위는 원칙적으로 별개의 죄를 구성하고, 동일한 저작물에 대한

침해행위가 단일하고도 계속된 범의 아래 일정 기간 반복하여 행하여진 경우에만 포괄하여 하나의 범죄가 성립한다고 볼 수 있을 뿐이다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도 12131 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 다수의견의 논리대로 링크 행위가 공중송신권 침해행위에 대한 방조에 해당할 수 있다고 가정하더라도, 링크 행위는 공중송신권을 침해한 정범별로, 링크의 대상이 되는 저작물별로 실제적 경합의 관계에 있는 별개의 죄를 구성한다고 보아야 공범의 성립, 죄수, 책임에 관한 일반적인 법리에 부합한다. 따라서 링크 행위의 계속성(반복성) 여부에 따라 링크로 인한 방조의 성립 여부 자체가 달라진다는 다수의견의 논리는, 한 명의 정범이 업로드한 단일 저작물인 침해 게시물로 연결하는 다수의 링크 행위가 계속적으로 이루어진 경우에 한하여 적용된다는 취지가 아닌 이상, 특정 행위의 구성요건 해당성을 판단할 때에 그와 별개의 죄를 구성하는 다른 행위들의 태양을 종합적으로 고려할 수 있음을 전제하는 것이 되어 방조범의 성립과 종속성, 죄수 등 형사법의 기본 체계와 이론에 부합하지 않는다. 예컨대, 이 사건에서 피고인은 2015. 7. 25. 제1심 판시 범죄일람표 순번 1 기재와 같이 이 사건 사이트 게시물 판에 '(아이디명 생략)'이라는 아이디를 사용하는 정범이 해외 공유사이트에 업로드한 드라마 '(드라마 명칭 생략)'의 복제 영상에 연결하는 링크를 게시하였다. 링크 행위가 공중송신권 침해행위의 방조에 해당할 수 있다는 다수의견의 논리대로라도, 위 링크 행위는 피고인의 다른 링크 행위와 별개의 죄를 구성하는데, 다수의견은 위 링크 행위로 인한 방조의 성립 여부를 개별적·독자적으로 판단하지 않고, 피고인이 이 사건 사이트를 운영하면서 계속적·반복적으로 링크 행위를 해왔다는 점을 들어 이 사건 링크 행위 전체가 방조를 구성한다고 보고 있다. 이러한 다수의견의 논리는 종래의 방조범

의 성립과 종속성, 죄수에 관한 기본 법리를 무너뜨리는 것이어서 받아들일 수 없다.

(3) 링크는 URI를 웹페이지 문서와 연결하여 인터넷 이용자가 링크를 클릭하면 시간과 공간에 구애받지 않고 URI로 표시된 정보에 접근할 수 있도록 하는 기술이다. 링크의 위와 같은 기능은 링크의 양이나 게시 기간, 링크가 게시된 인터넷 환경과는 무관하게 일정하게 수행되는 것이므로, 링크 행위의 태양이나 링크가 게시된 인터넷 환경에 따라 링크 행위와 정범의 공중송신권 침해행위 사이의 관련성 내지 인과관계가 실질적으로 달라진다는 다수의견의 전제도 타당하지 않다. 월드와이드웹 기반의 또 다른 서비스인 이른바 소셜 네트워크 서비스의 발달 등으로 인터넷상에서 이루어지는 정보의 교환 방식이 다양해지고, 영리를 목적으로 만들어진 웹사이트 못지않게 대중의 관심을 끄는 개인 블로그 등이 늘고 있는 현실 등에 비추어 보면, 링크 행위의 영리성이 링크 행위와 정범의 공중송신권 침해행위 사이의 관련성 내지 인과관계의 존재 여부를 결정할 핵심적인 기준이 된다고 보기도 어렵다. 더욱이 링크 행위의 영리성은 링크 행위자가 행위 당시에 가진 '목적'에 관한 사항일 뿐인데, 행위 당시 행위자가 가진 목적에 따라 그 행위와 다른 행위 사이의 관련성 내지 인과관계가 달라진다고 볼 수 없다.

(4) 다수의견이 제시하는 방조범이 성립하기 위한 요건인 '영리적·계속적' 게시라는 행위 태양은 정범의 경우에는 '영리를 목적으로 또는 상습적으로'라는 규정형식을 통해 친고죄에서 제외되기 위한 소추조건에 해당한다(저작권법 제140조 단서 제1호). 다수의견의 논리대로라면 정범의 경우에는 소추조건에 해당하는 사항이 방조범의 경우에는 성립요건이 된다는 것인데, 이는 정범과 방조범 사이에 구성요건이 분리되는 기이한 결과를 가져와 방조의 종속성에 반한다.

(5) 링크 이용자로 하여금 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게

접근하여 이용할 수 있도록 하는 것은 링크 행위의 기본적 속성이고, 인터넷상에서 링크 행위를 하는 경우 특정 소수만이 링크의 이용자가 되는 것이 예외적이라고 여겨질 정도로 공중의 구성원이 링크의 이용자가 되는 것이 일반적이다. 따라서 다수의견이 제시하고 있는 '링크 행위가 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근하여 이용할 수 있도록 하는 정도에 이르러야 한다'는 기준은 링크를 영리적·계속적으로 게시할 때에만 충족되는 것이 아닐뿐더러 링크 행위와 정범의 침해행위 사이의 인과관계 존재 여부를 결정할 기준이 된다고 보기도 어렵다.

(6) 방조의 성립 여부는, 기존에 대법원이 확립한 바대로 특정 행위가 정범의 실행행위를 용이하게 하는 것인지(여기에는 방조행위와 정범의 실행행위 사이의 관련성 내지 인과관계의 문제가 포함된다), 그 행위 당시 행위자에게 방조의 고의와 정범의 고의가 있었는지를 따져서 결정하면 된다. 형법 제31조에서 정한 교사의 성립 여부를 특정 행위로써 정범이 범죄의 결의를 하게 되었는지, 그 행위 당시 행위자에게 교사의 고의와 정범의 고의가 있었는지를 따져서 결정하면 족한 것과 마찬가지로이다.

다수의견은 기존에 대법원이 확립한 이러한 일반적인 원칙에서 벗어나 마치 링크 행위가 독자적인 범죄행위에 해당하는 것처럼 링크 행위 자체의 반가치, 그 행위로 인한 법익침해의 정도를 종합적으로 고려하여 링크 행위의 방조범 성립 여부를 판단하고 있다.

이렇듯 다수의견은 영리적·계속적 링크 행위와 그 밖의 링크 행위 사이에 정범의 공중송신권 침해행위와의 인과관계 존재 여부가 달라지는 이유에 대해서 구체적이고도 설득력 있는 논증을 하지 못하고 있다. 다수의견의 위와 같은 논리적 한계 및 그로 인해 침해 게시물로 연결되는 링크를 제공하는 행위 모두가 방조범에 해당할 수 있는 잠

재적 가능성은 처벌의 필요성을 이유로 이 사건 링크 행위를 처벌하고자 한다면 별도의 구성요건을 창설하여야 한다는 반대의견이 타당함을 여실히 보여준다.

라. 판례 변경의 정당성에 관하여

앞에서 살펴본 바와 같이 종전 판례는 여전히 타당하므로 이를 변경할 필요는 없다. 설사 종전 판례에 따르면 새로운 입법 없이는 저작권 침해물 링크 사이트에서의 영리적·계속적 링크 행위를 저작권법 위반죄의 정범은 물론이고 방조범으로도 처벌하지 못하는 현실적인 문제가 있다고 하더라도, 우리 사회에서 이 사건 쟁점에 대해 대법원이 종전 판례의 견해를 채택하였음을 당연한 전제로 하여 국민들이 일상생활을 영위하고 국회도 입법을 통해 무분별한 링크 행위로 야기되는 문제 등에 대처하고자 법률개정 논의를 진행하고 있는 현시점에 대법원이 종전 판례를 변경하여 이 사건 링크 행위를 유죄로 인정하는 것은 법적 안정성을 심각하게 훼손할 우려가 있다.

대법원이 일정한 유형의 행위에 대하여 처벌의 대상이 아니라고 명시적인 견해를 밝힌 경우 법령 개정 등의 사정변경 없이 그 견해를 바꾸어 처벌의 대상으로 판단하는 것은 판례의 모순·저촉 상황을 해소하기 위해 불가피한 경우, 시대 상황이 근본적으로 바뀌어 종전 견해를 고집하면 현저히 정의에 반하게 되는 경우 등이 아니면 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 대법원이 처벌법규의 해석을 통해 일정한 유형의 행위가 처벌의 대상이 되는지를 판단하면, 이러한 판단은 처벌법규와 어우러져 국민들이 준수할 행위 준칙으로서의 기능을 하게 된다. 특히 대법원이 특정 유형의 행위에 대하여 처벌의 대상이 아니라고 명시적인 견해를 밝힌 경우 그러한 판단을 신뢰하여 행동한 국민들은 법적으로 보호받아 마땅하다. 대법원이 확립된 판례를 통해 처벌의 대상이 아니라고 본 행위를 한 사람을 법령 개정 등의 사정변경 없이 처벌하는 것

은 헌법상 형벌불소급의 원칙 및 평등의 원칙과 조화되기 어렵고, 대법원이 세워놓은 판단기준을 허물어 처벌의 영역을 확장하는 것은 국민들에게 행위 준칙을 제공하는 역할을 포기하는 것과 다를 바 없다. 이 사건 공소사실 행위는 대법원이 종전 판례를 통해 링크 행위는 저작권법 위반 방조죄를 구성하지 않는다고 판단한 직후에 행해진 것이라는 점에 비추어 보면, 이 사건에서 종전 판례를 변경하여 유죄로 판단할 정당성은 더욱 인정되기 어렵다고 하지 않을 수 없다.

마. 소결

이 사건 링크 행위가 공중송신권 침해의 방조행위가 될 수 없다고 보아 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 종전 판례의 견해에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 공중송신권 침해행위의 방조에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

이 사건 쟁점과 관련하여 대법원이 오랜 기간 일관되게 유지해 온 형법상 방조의 개념을 확장하고는, 그로 인한 부작용이 우려되자 특정 사안에만 적용될 수 있는 이른바 핀셋(pincette) 법리(그러나 다수의견이 이 사건에서 채택한 방조의 개념 확대가 이 사건과 같은 유형의 행위에만 그 영향을 미치리라는 보장은 없다)를 도입하여 법적 안정성을 후퇴시킨 다수의견에 동의할 수 없다. 이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

11. 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 천대엽의 보충의견

이 사건 링크 행위가 공중송신권 침해의 방조에 해당한다는 다수의견의 취지와 논거를 보완하고 반대의견의 비판에 대하여 간략하게라도 답변하고자 한다.

가. 전송의 방법에 의한 공중송신권 침해의 의미와 이에 대한 법적 평가

(1) 정범의 행위인 공중송신권 침해는 저작권자를 공중송신의 방법으로 침해하는 것, 달리 말해 저작물을 저작권자의 이용허락 없이 공중송신하는 행위이다. 이 사건에서 문제되는 정범의 행위는 공중송신 중 '전송'이다. 전송은 다수의견에서 보았듯이 저작물 등을 업로드하여 공중이 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 것이고, 공중의 구성원에게 저작물 등을 실제로 송신하였는지 여부와는 관계없다.

이는 저작권법의 정의 규정을 보면 명확하다. 공중송신은 저작물 등을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것이다(저작권법 제2조 제7호). 전송은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것으로서, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다(저작권법 제2조 제10호). 저작권법상 전송은 '공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것'이고, 그에 따라 이루어지는 기계적인 송신은 전송의 부수적인 요소에 지나지 않는다. 전송에서 말하는 '저작물 등을 이용에 제공하는 것'이란 공중의 구성원이 원하면 언제든지 저작물 등에 접근할 수 있도록 허용하는 접근가능성 제공을 뜻한다. 공중의 구성원에게 저작물 등을 실제로 송신하지 않더라도 저작물 등을 업로드하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 하면 전송에 해당하게 된다.

(2) 저작권법 제136조 제1항 제1호는 저작권자를 공중송신의 방법으로 침해한 자를 구성요건으로 하고 있다. 공중송신 중 전송은 그 개념 자체에서 시간적 계속성을 예정하고 있다. 가령 인터넷 웹사이트 서버에 저작권자의 이용허락 없이 저작물을 업로드하여 누구나 원하는 시간과 장소에서 이에 접근할 수 있도록 이용에 제공하는

행위는 공중송신권을 계속 침해하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 행위는 일정한 위법행위의 실행과 그 지속성을 내포하고 있으므로, 최초의 위법행위뿐만 아니라 그 계속 행위에 대해서도 공중송신권 침해라는 점에서는 동일하게 평가할 수 있다. 정범이 서버에 저작물을 업로드하는 위법행위를 저질러 공중송신권 침해의 위법상태를 야기한 다음 업로드한 저작물의 게시를 철회하지 않는다면, 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이를 무선 또는 유선통신의 방법으로 공중의 이용에 제공하는 위법행위가 계속되고 있다고 볼 수 있다. 따라서 전송의 방법에 의한 공중송신권 침해는 저작물(침해 게시물)의 게시가 철회되기 전까지는 침해행위가 계속되는 계속범에 해당한다.

법원 실무에서도 다른 사람의 저작물을 무단으로 업로드하여 공중송신권을 침해하는 행위를 계속범으로 보는 사례가 있다. 무단 업로드한 게시물이 게시되어 있는 기간 동안에는 공중송신권 침해 범행이 계속되고 있다고 보아 그 게시 기간 등이 특정된 경우 공소사실이 특정되었다고 판단한 대법원 판결(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도3968 판결) 역시 공중송신권 침해가 계속범에 해당한다는 전제에 있다고 이해할 수 있다.

(3) 저작권 침해물 링크 사이트에서 제공하는 링크를 통해 인터넷 이용자가 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있다는 것은 분명하다. 전송의 방법으로 저작재산권을 침해하는 정범의 입장에서 '공중이 침해 게시물에 접근하는 것'은 실질적으로 '침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 것'과 같다. 위와 같은 링크로 말미암아 침해 게시물에 대한 공중의 접근이 쉬워지면, 그에 상응하여 공중이 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 방법으로 저작재산권을 침해하는 정범의 실행행위도 쉬워지고 공중송신권에 대한 법익침해도 강화된다. 따라서 저작권 침해물

링크 사이트에서 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 제공하는 행위는 정범의 공중송신권 침해행위의 계속 중에 이를 용이하게 하는 방조행위 개념에 포함될 수 있다.

나. 방조에 관한 일반 법리와 공중송신권 침해 방조에 관한 종전 판례의 부정합성

(1) 종전 판례는 '링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없다.'고 하였다. 이는 정범의 공중송신권 침해행위의 실행을 저작물의 무단 게시행위나 무단 송신행위 등으로 보면서, 그러한 저작물에 연결되는 링크는 무단 게시행위나 무단 송신행위의 실행 자체를 용이하게 하지 않았다는 취지이다. 종전 판례에 따르면, 정범의 저작물 게시행위(업로드) 자체를 용이하게 하는 경우 또는 업로드 후 인터넷 이용자의 요청에 따라 기계적으로 이루어지는 저작물 송신행위 자체를 용이하게 하는 경우에만 방조범이 성립하게 된다.

그러나 방조를 단지 정범의 '실행 자체'를 용이하게 하는 행위로 제한된다고 본 선례는 방조범에 관한 일반적인 대법원 판결들에서는 찾을 수 없다. 대법원은 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적, 정신적 방조행위까지도 널리 형법상 방조행위에 해당한다고 판단해 왔다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018모2593 판결 등 참조). 종전 판례는 공중송신의 방법으로 저작재산권을 침해하는 범죄에 한하여 유독 방조의 성립 범위를 좁힌 것으로서 방조에 관한 대법원의 확립된 판례와 정합성이 없다

(이러한 의미에서 종전 판례 법리아말로 반대의견의 어법을 따르면 '핀셋 법리'라고 할 수 있다).

(2) 위에서 보았듯이 공중의 구성원에게 저작물 등을 실제로 송신하지 않더라도 저작물 등을 업로드하면 공중이 접근할 수 있도록 공중의 이용에 제공하는 것으로서 전송에 해당한다. 그러나 종전 판례는 정범의 행위를 단지 저작물의 게시라는 자연적인 행위 또는 인터넷 이용자의 요청에 따라 이루어지는 저작물의 송신이라고 파악하고 있을 뿐이다. 공중송신 중 전송의 방법에 의한 저작재산권 침해는 '공중이 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것'이 본질적 요소인데도 종전 판례는 이를 제대로 파악하지 못하였다.

전송의 방법에 의한 저작재산권 침해의 범죄행위는 저작재산권자의 이용허락 없이 저작물을 게시함으로써 종료되는 행위가 아니라 저작물의 게시가 철회되기 전까지 범죄행위가 계속 반복된다. 저작물의 게시 기간이 길어지거나 저작물에 상시 접근할 수 있는 공중의 구성원이 많아질수록 저작물이 무단으로 공중의 이용에 제공되어 저작재산권자의 공중송신권이 침해되는 정도도 심화된다. 링크를 통하여 저작물의 위치 정보나 경로를 알려주면, 인터넷 이용자들이 원하면 언제든지 저작물에 쉽게 접근할 수 있어 저작물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 행위가 용이해질 수 있다. 그런데도 종전 판례는 링크가 정범의 공중송신권 침해행위를 용이하게 하지 않는다고 단정하여 방조범의 성립 가능성을 원천적으로 부정하였다. 이는 종전 판례가 정범의 구성요건에 해당하는 전송의 방법에 의한 저작재산권 침해의 의미를 제대로 살피지 못한 채 이에 대한 법적 평가를 잘못하였기 때문이다.

다. 반대의견의 문제점

(1) 반대의견은, 다수의견이 이 사건 링크 행위를 처벌하기 위해 대법원이 유지해 온 형법상 방조의 개념을 확장한 다음 그로 인한 부작용이 우려되자 특정 사안에만 적용될 수 있는 이른바 핀셋 법리를 도입하여 법적 안정성을 후퇴시켰다고 비판한다. 그러나 다수의견은 중전 판례에 대한 법원 내부와 외부의 비판(가령 박준석, "인터넷 링크 행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가?", 산업재산권 제48호, 한국지식재산학회, 2015, 80-81면; 이해완, "링크사이트에 의한 저작권침해 확산에 대한 입법적 대응방안 연구", 성균관법학 제29권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 418-421면 참조)을 수용하고 방조의 개념에 관한 판례와 다수설을 이 사건에 적용한 것이기 때문에, 위와 같은 비판은 아무런 근거가 없다. 이 사건은 방조 개념의 확장 문제와는 관계가 없는데도, 반대의견은 이 사건을 전혀 다른 맥락으로 파악하고 있다.

학계의 다수설은 방조의 개념을 '정범에 의한 구성요건의 실행을 가능하게 하거나 용이하게 하거나 또는 정범에 의한 법익침해를 강화하는 것'이라고 정의하고 있다(다수의 형법 교과서나 주석서만 보더라도 이를 확인할 수 있다. 가령 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 제13판, 박영사, 2018, 491면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제10판, 박영사, 2019, 520면 참조). 이것이 판례의 입장과 다르다거나 방조의 개념을 확장한 것이라고 주장하는 견해는 찾을 수 없다. 대법원이 여러 차례에 걸쳐 방조의 개념을 '정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위'라고 하였는데, 이는 정범의 범죄 실현을 용이하게 하는 행위로서 정범에 의한 법익침해를 강화·증대하는 행위와 다르지 않다. 다수의견은 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄행위 계속 중 피고인이 이 사건 링크 행위로 정범의 범죄를 용이하게 하였고 더 나아가 그에 따라 정범에 의한 공중송신권 침해가 강화·증대되어 방조범의 성립을 충분히 인정

할 수 있다는 취지이지, 방조의 개념을 확장하여 방조가 아닌 사안을 방조로 포섭시킨 것이 아니다.

반대의견은 다수의견이 정범의 실행행위 종료 이후의 행위에 대해서도 방조 성립의 가능성을 열어두었다고 하지만, 이것도 다수의견을 오독한 것이거나 근거가 없는 비판이다. 다수의견은 정범의 범죄행위의 종료 후에도 방조범이 성립할 수 있다고 한 적이 없다. 종범은 정범이 실행행위를 하기 전이나 실행행위를 하던 중에 정범을 방조하여 실행행위를 용이하게 하는 것을 말하므로 정범의 '범죄 종료' 후에 이루어지는 이른바 사후방조를 종범이라고 볼 수 없다는 것은 대법원의 확립된 판례이다(대법원 1982. 4. 27. 선고 82도122 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 등 참조). 다수의견이 사용한 '범죄행위의 종료'라는 표현은 대법원 판례에서 말하는 '범죄 종료'와 같은 뜻이다.

대법원은 정범의 범죄가 기수에 이른 이후에도 범죄행위가 종료하기 전에는 정범의 범죄에 대한 방조가 성립할 수 있다고 판단하였다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도 6027 판결 등 참조). 범죄가 기수에 이른 이후에도 범죄행위가 종료하지 않은 계속범의 경우에는 행위가 계속되는 동안 방조가 성립할 수 있다. 이러한 판례의 태도는 다수의견과 같이 정범의 범죄가 기수에 이른 후에도 범죄행위가 종료하기 전까지는 정범의 법익침해를 강화하는 행위가 방조행위에 포함될 수 있음을 보여주는 근거가 된다. 예를 들어 감금죄는 피해자를 일정한 장소에 감금함으로써 기수에 이르지만, 그 후 정범의 범행을 알면서 피해자를 감금된 장소 밖으로 나가지 못하도록 하는 자는 그 행위를 통해 정범에 의한 신체적 활동의 자유 침해를 강화하여 정범의 범죄 실현에 기여하므로 감금죄의 방조범이 성립한다.

반대의견은 다수의견이 정범의 실행행위가 아닌 범죄 실현과 관련성만 있어도 방조가 성립할 수 있다고 보아 방조의 범위를 확장하였다고 한다. 그러나 다수의견은 어떠한 행위가 단지 정범의 범죄 실현과 관련성만 있어도 방조라고 한 것이 아니다. 다수의견은 "방조란 정범의 구체적인 범행준비나 범행사실을 알고 그 실행행위를 가능·촉진·용이하게 하는 지원행위 또는 정범의 범죄행위가 종료하기 전에 정범에 의한 법익 침해를 강화·증대시키는 행위로서, 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위를 말한다."라고 하였다. 다수의견은 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에 인과관계가 필요하다는 점을 분명히 하였다. 다수의견이 말하는 '정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위'란 정범의 범죄 실현과 인과관계가 있는 행위여야 방조라고 할 수 있다는 점을 강조한 것으로서, 방조행위의 영향력이 정범의 범의 강화, 실행행위는 물론 정범 결과에까지 미쳐야만 방조범 성립을 위한 인과관계를 인정할 수 있다는 취지이다. 반대의견은 다수의견을 제대로 이해하지 못하고 있다. 공범의 처벌근거는 공범이 정범의 실행행위를 통해서 간접적으로 법익침해라는 정범 결과의 발생을 야기하는 데 있는데도, 반대의견은 정범의 실행행위만을 방조행위의 결과라고 여기고 있을 뿐이다. 오히려 반대의견과 같이 방조행위와 정범 결과 사이의 인과관계를 무시할 경우에 방조범의 성립 범위가 지나치게 확대되는 문제가 발생한다. 다수의견이 방조의 개념을 확장하였다는 전제에서 나온 반대의견의 비판은 타당하지 않다.

(2) 반대의견은 영상저작물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 행위가 업로드로써 종료된다는 점을 중시하고 있는데, 그 근거로 정보통신망을 이용한 명예훼손 행위는 명예훼손적인 글의 게시행위로써 종료된다는 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결을 들고 있다. 그러나 위 판결은 전송의 방법에 의한 공중송신권 침해에 대해 그대로

적용할 수 없다.

명예훼손에서는 서적·신문 등 기존 매체에 명예훼손적인 내용의 글을 게시하는 경우에 게시행위로써 명예훼손의 범행이 종료한다. 위 판결은 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우 명예훼손적인 글을 게시한 이후 독자의 접근가능성이 기존 매체에 비하여 좀 더 높다고 볼 여지가 있지만 그러한 정도의 차이만으로 범죄의 종료 시기를 달리 볼 수 없다고 판단하였다. 반면 전송의 방법에 의한 저작권 침해는 '공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것'으로 구성요건적 행위 자체가 공중에 대한 상시 접근가능성 제공을 통한 저작물 등의 지속적인 이용 제공이라는 시간적 계속성을 예정하고 있는 계속범에 속한다. 따라서 정보통신망을 이용한 특정 게시물의 게시 부분이 공통될 뿐 구성요건적 행위의 내용과 법적 성격을 달리 하는 위 판결의 법리가 이 사건에서 타당할 수는 없다.

(3) 반대의견은 다수의견에 따를 경우 링크의 자유를 지나치게 위축시키거나 링크가 수행하는 정보전달기능을 제약할 가능성이 크다고 한다. 그 이유로 인터넷 이용자들의 일상적인 링크 행위뿐만 아니라 침해 게시물이 게시된 웹사이트나 웹페이지의 인터넷 주소(URL)를 공개하는 행위 등도 형법상 방조에 해당할 여지가 있다고 한다. 그러나 이는 다수의견의 취지를 오해한 것이다.

다수의견은 인터넷 환경에서 일반적인 표현의 자유와 행동의 자유가 보장되어야 한다는 점을 분명히 하였다. 다만 일반적인 링크의 자유가 그 한계를 넘어 저작자의 저작권 침해를 조장·강화하는 등 이를 용이하게 하는 모든 경우에까지 무한정 허용될 수 있는 것은 아니다. 다수의견은 링크의 자유 보장과 저작권 보호 사이의 균형과 조화를 도모한다는 관점에서 링크 행위가 정보의 교환과 공유라는 고유의 기능을

넘어서 실질적으로는 정범의 공중송신권 침해를 강화·증대하는 것과 같다고 평가되는 경우에 한하여 방조범 성립을 인정하는 것이지, 그러한 정도에 이르지 않은 웹페이지 주소의 공개 등 일반적이고 통상적인 링크 행위까지 방조범의 성립을 인정하자는 것이 아니다.

행위자가 정범이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 웹사이트나 웹페이지의 인터넷 주소를 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 행위를 한 경우에는 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다고 보아야 한다. 이러한 행위는 저작권 법상 전송의 방법에 의한 공중송신권 침해행위의 개념이나 형법상 방조의 법리에 비추어 공중송신권 침해 방조의 요건을 갖추고 있고, 나아가 그 위법성 측면에서도 표현의 자유와 일반적 행동의 자유를 보장하는 법질서 전체적인 관점에서 사회적 상당성을 잃은 행위로 평가할 수 있기 때문이다. 반대의견은 링크의 자유라는 한쪽 법익만을 지나치게 강조한 채 저작재산권자의 보호를 외면하였다는 비판을 면하기 어렵다.

(4) 반대의견은 정보검색 서비스를 통해 침해 게시물에 접근하는 것을 용이하게 하는 포털사이트 운영자의 행위가 형법상 방조에 해당할 여지가 생긴다는 점을 우려하지만, 이것이 다수의견을 반대할 이유가 될 수 없다.

포털사이트 운영자는 '이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자'로서 저작권법에서 말하는 온라인서비스제공자에 해당한다(저작권법 제2조 제30호). 그런데 이 사건 당시 적용되던 저작권법 제102조는 온라인서비스제공자의 책임 제한이라는 제목으로 제1항 제4호에서 온라인서비스제공자가 '정

보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망 상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위'와 관련하여 저작권이 침해되더라도 정해진 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 책임지지 아니한다고 정하고 있다. 이 규정은 온라인서비스제공자의 행위가 저작재산권 침해행위에 대한 방조행위가 될 수 있다는 전제에서 일정한 요건을 갖춘 경우에 책임을 면제하는 것으로서, 온라인서비스제공자의 행위가 어떠한 경우에도 절대적으로 면책되어야 한다는 극단적인 입장을 취하지 않는 한, 반대의견의 우려는 이 사건에서 방조범의 성립을 부정할 근거가 될 수 없다.

(5) 반대의견은 종전 판례가 링크 행위와 정범의 공중송신권 침해행위 사이에 직접적인 관련성 또는 인과관계가 존재하지 않는다는 이유를 들어 링크 행위를 형법상 방조의 범위에서 제외하였다고 한다. 그러나 종전 판례는 그러한 이유를 들어 판단하지 않았고 판결문 어디에서도 그러한 표현이 나와 있지 않다.

라. 다수의견이 제시한 기준의 타당성

(1) 반대의견은, 다수의견이 여러 정범들의 다수의 저작물에 대한 저작권 침해행위를 링크의 방법으로 방조한 경우에도 별개의 죄인 각각의 링크 행위들을 종합하여 영리성·계속성이 충족되면 전체 링크 행위에 대해 방조죄가 성립한다고 보고 있어 공범의 성립, 죄수 등 형사법의 기본 체계나 관련 법리에 부합하지 않는다고 비판한다. 그러나 이는 다수의견의 취지를 곡해한 것이다.

다수의견은 방조의 대상이 되는 각 정범의 행위나 저작물의 수와 무관하게 죄수가 결정된다고 한 적이 없다. 별개의 죄를 구성하는 다른 행위들이 언제나 함께 고려되어야 한다고 한 적도 없다. 각각의 링크 행위들을 종합하여 영리성·계속성이 충족되면 전체 링크 행위에 대해 단일한 방조죄(이 점에 대한 반대의견의 취지가 불명확하나, 공

중송신권 침해 방조죄의 포괄일죄를 말하는 것으로 보인다)가 성립한다고 한 적도 없다. 저작재산권 침해행위는 저작권자가 같더라도 저작물별로 침해되는 법익이 다르므로 각각의 저작물에 대한 침해행위는 원칙적으로 각 별개의 죄를 구성한다는 것은 대법원의 확립된 판례이다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12131 판결, 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011도1957 판결 등 참조). 하나 또는 여러 정범의 저작재산권 침해행위가 실제적 경합관계에 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그러한 저작물로 연결되는 링크 행위 또한 공중송신권을 침해한 정범별로 혹은 링크의 대상이 되는 저작물별로 실제적 경합의 관계에 있는 별개의 방조행위가 된다는 것은 당연하다.

다수의견은 피고인에게 방조의 고의가 있는지, 피고인이 이 사건 링크 행위를 통해 정범의 실행행위 또는 구성요건적 결과발생의 기회를 현실적으로 강화·증대시켰는지 등을 증명하는 과정에서 링크가 제공되는 환경, 링크의 게시 목적 등과 함께 링크 행위의 영리적·계속적인 측면을 주요 정황의 하나로 고려하여야 한다는 의미일 뿐이고, 공범의 종속성을 부정하거나 방조범 죄수의 일반론을 부정하는 취지가 아니다.

(2) 반대의견은, 링크 행위자가 가진 목적에 불과한 영리성이나 링크 행위의 양태, 링크가 게시된 인터넷 환경 등에 따라 링크 행위와 정범의 공중송신권 침해행위 사이의 관련성이나 인과관계의 존재 여부가 달라질 수 없다고 한다. 나아가 링크 행위가 공중의 구성원이 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도에 이르러야 방조범이 성립한다는 다수의견의 기준은 링크를 영리적·계속적으로 게시할 때에만 충족되는 것도 아니라고 비판한다.

다수의견을 다시 설명하자면 다음과 같다. 링크 행위가 전송의 방법에 의한 공중송신권 침해의 개념이나 방조범의 일반 법리에 비추어 그 성립요건을 충족하는 경우에는

공중송신권 침해의 방조범에 해당할 수 있다. 다만 방조범 성립 여부를 판단할 때에는 인터넷에서 링크가 가지는 정보 유통의 기능, 표현의 자유나 일반적 행동의 자유의 일환으로서 링크 행위의 자유를 충분히 보장할 필요성 등을 고려하여 고의나 인과관계에 관한 요건을 엄격하게 적용하여 합리적인 범위 내에서 방조범의 성립을 제한하여야 한다.

방조범은 정범 범행의 성립과 계속, 강화와 증대 등에 실질적으로 기여하는 사실이 인정되어야 성립할 수 있다. 이 사건에서 피고인이 단지 일상적인 정보 교환을 위한 링크 행위의 수준에 그쳤다면 공중송신권 침해라는 정범 범행의 성립이나 강화 등에 실질적으로 기여하는 사실이나 고의를 인정하기 어려울 것이다. 그러나 피고인이 저작권 침해물 링크 사이트를 운영하면서 확정적인 고의로 그 링크를 영리적·계속적으로 제공하여, 전송의 방법으로 공중송신권을 침해하는 정범의 범죄 실현에 현실적으로 기여한 사실이 증명되었으므로 방조범 성립요건을 구비하였다고 인정할 수 있다.

다수의견은 이와 같이 방조범의 고의, 정범과 방조범 사이의 인과관계와 그 증명을 엄격히 요구함으로써 방조범의 성립을 합리적인 범위 내에서 제한적으로 인정할 필요가 있다고 보았다. 특히 인과관계 문제는 이 사건에서 중요한 부분이다. 종래의 판례는 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이의 인과관계를 명시적으로 언급하지 않았고, 다만 학설상 인과관계 필요설에 입각하고 있다는 평가를 받아 왔을 뿐이다. 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에 인과관계가 있어야 하는지 여부와 그 정도에 대해서는 다양한 견해가 있는데, 단순한 위험의 창출이나 증대가 아니라 정범의 구체적 위험의 실현이나 결과발생의 기회를 증대시킨 경우에 한하여 방조범을 인정할 수 있다는 구체적·인과적 기회증대설 또는 인과적 위험증대설이 국내의 일반적인 견해이다. 이에 따르면,

방조행위가 정범의 실행행위 또는 법익침해의 결과발생과 밀접하게 관련되어 정범의 범죄 실현에 현실적으로 기여하였다고 인정할 수 있는 행위, 즉 정범의 '실행행위' 또는 '구성요건적 결과발생'의 기회를 현실적으로 증대시킨 경우에 한하여 방조범이 성립하고, 이러한 정도에 이르지 않으면 방조행위가 성립하지 않는다.

다수의견은 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에 인과관계가 필요하다는 점을 명시적으로 긍정하고 있다. 이는 일체의 기회증대가 아니라 실질적 인과관계 있는 인과적 기회증대의 경우로 방조범의 성립을 제한할 필요가 있음을 분명히 한 것이다.

다수의견이 이 사건 링크 행위에 의한 방조범 성립의 주요 정황의 하나로 들고 있는 사정, 즉 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 제공하는 경우 등과 같은 링크 행위의 유형은 공중의 구성원이 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도로 정범의 범죄 실현에 대한 구체적·인과적 기회증대를 인정할 수 있거나 방조범의 확정적인 고의를 추단할 수 있는 하나의 지표이다. 그러나 이것이 인과관계의 존재나 고의 또는 이를 전제로 하는 방조범의 성립을 인정하기 위한 절대적인 기준은 아니다. 이와 다른 전제에서 나온 반대의견의 비판은 타당하지 않다.

(3) 반대의견은, 다수의견이 링크 행위가 독자적인 범죄행위에 해당하는 것처럼 링크 행위 자체의 반가치, 그 행위로 인한 법익침해의 정도를 고려하고, 나아가 '영리적·계속적' 게시라는 행위 양태가 정범의 경우에는 소추조건에 해당함에도 방조범의 경우 성립요건이 된다고 봄으로써 대법원이 확립한 일반원칙인 방조의 종속성에 반한다고 한다. 그러나 공범의 성립이 정범의 성립에 종속된다는 것은 대법원의 확립된 견해이고(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결, 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016도12865

판결 등 참조), 다수의견도 링크 행위를 정범과는 독립하여 성립하는 독자적인 범죄행위로 평가하고 있지 않다. 다수의견은 저작권법상 소추조건 규정에서 정한 사항을 방조범의 성립요건으로 인정하자는 취지도 아니다.

다수의견이 링크 행위의 성격을 고려하는 이유는 링크 행위가 가지는 가치중립성과 표현의 자유나 일반적 행동 자유의 측면에서 링크 행위의 의미를 규명하고 방조범에서 말하는 인과관계와 위법성의 측면에서 링크 행위의 영리적·계속적 형태 등 관련 정황을 고려하여 평가하기 위한 것이다. 링크 행위로 인한 법익침해의 정도 역시 링크 행위자가 아닌 정범에 의한 법익침해의 정도를 뜻하는 것으로, 링크 행위가 정범의 범죄 실현에 기여한 행위로서 방조범이 성립할 수 있는 행위인지를 판단할 때 당연히 고려하여야 하는 요소이다. 이러한 정황들이 저작권법상 소추조건 규정에서 정한 요건과 개념상 중복된다고 하더라도, 다수의견은 이를 구체적 사안에서 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이의 인과관계와 위법성에 대한 증명과 평가의 문제로 포섭하고자 하는 것일 뿐이고, 방조범의 일반 법리에서 벗어나 방조행위의 양태를 방조범의 독자적인 성립요건으로 삼아야 한다는 것이 아니다.

공범의 성립에 관한 제한적 종속형식설에 따르더라도 방조범이 성립하는지는 정범의 구성요건 해당성과 위법성에 종속될 뿐 정범의 책임에까지 종속되지 않는다. 책임은 행위자 개인에 대한 법적 비난이므로 책임의 개별화가 실현되어야 하고, 이에 따라 방조범의 책임은 정범과는 독자적으로 확정된다. 정범보다 가벌성이 높은 방조범 고유의 책임을 인정하는 것 역시 방조범의 일반 법리상 이례적이지 않다. 책임의 개별화 원칙으로 가벌성이나 양형책임의 측면에서 정범보다 무거운 방조범도 있을 수 있다. 방조범의 형은 '정범'의 형보다 감경하지만(형법 제32조 제2항), 여기서 '감경한다'는 것은

법정형의 감경을 뜻하고 선고형을 감경한다는 것이 아니므로, 방조범에 대한 '선고형'이 정범보다 가볍지 않더라도 위법하지 않다는 것이 판례이다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도8408 판결 등 참조). 다수의견은 형사법의 대원칙인 개인책임의 원칙 또는 책임의 개별화 원칙에 따라 위와 같은 여러 정황들을 방조범인 피고인의 책임과 관련한 요소로서도 아울러 고려할 수 있다는 취지이지, 방조범이 정범과 독립하여 성립한다는 것이 아니다.

마. 종전 판례 변경의 필요성

(1) 이미 살펴본 것처럼 종전 판례는 정범의 구성요건적 행위인 저작권법상 전송의 의미를 제대로 살피지 못하고 형법상 방조의 개념을 잘못 해석하여 침해 게시물에 대한 링크 행위의 공중송신권 침해 방조범 성립을 전면적으로 부정하였다. 이러한 판례는 저작권법상 공중송신권 침해와 형법상 방조범 성립요건에 관한 법리에 비추어 타당하지 않아 더 이상 유지될 수 없다.

(2) 반대의견은, 종전 판례가 국민들의 행위 준칙으로서 실질적인 규범력을 가지게 되었다는 전제에서 피고인의 링크 행위를 판례 변경을 통해 방조범으로 처벌하는 것을 우려한다. 그렇지만 대법원 판례일지라도 그것이 옳바르지 않다면 이를 바로잡는 조치는 빠를수록 바람직하다. 더욱이 대법원이 링크 행위가 공중송신권 침해의 방조가 되지 않는다는 견해를 취한 것은 2015. 3. 12. 선고한 종전 판례가 유일하고, 일반 국민들에게 규범력을 가질 정도로 장기간 유지된 대법원의 확립된 입장도 아니다. 오히려 종전 판례는 저작권 침해물 링크 사이트의 운영자 등에게는 링크라는 수단을 이용하면 어떠한 경우에도 저작재산권 침해의 책임에서 벗어날 수 있고, 그 때문에 저작재산권 침해의 피해를 입은 국민에게는 정당한 권리보호가 이루어질 수 없다는 잘못된 신호를

줄 수 있다. 법률에 대한 잘못된 해석·적용으로 말미암아 마땅히 변경해야 할 판례를 방치하는 태도야말로 도리어 정의 관념을 왜곡하고 법적 안정성과 구체적 타당성을 훼손할 수 있다.

대법원은 전원합의체 판결로 최근에 선고된 선례를 변경해 왔다. 예를 들면, 양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 관한 판결(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결), 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 다른 소수지분권자가 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 없다는 판결(대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결), 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 '공제 후 과실상계' 방식으로 산정하여야 한다는 판결(대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결) 등 다수의 전원합의체 판결이 있다.

특히 형사사건에서 특정 사안에 대하여 무죄를 선고한 판결을 유죄 취지로 변경한 판결도 적지 않다. 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조에서 규정한 강간죄의 객체인 '부녀'에 법률상 처(妻)가 포함되고, 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있더라도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우 강간죄가 성립한다고 인정한 판결(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결), 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분한 경우

보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자가 아니라도 횡령죄가 성립한다는 판결(대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결), 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다는 판결(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결), 위계에 의한 간음에서 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체 외에 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다고 인정한 판결(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결) 등이 있다.

대법원이 기존 판결의 오류를 바로잡는 것은 헌법에서 부여받은 권한이자 의무이지 법적 안정성을 훼손하는 일이 아니다. 위에서 본 여러 대법원 전원합의체 판결 또한 마찬가지이다.

(3) 반대의견은, 국회에서 침해 게시물 등에 대한 링크 행위를 저작권 침해 등으로 규율하려는 저작권법 개정 논의가 진행 중인 상황에서 대법원이 종전 판례를 변경하는 것은 법적 안정성을 훼손할 우려가 있다고 한다.

저작권법 개정 논의는 링크 행위의 공중송신권 침해에 대한 방조범 성립 가능성을 부정한 종전 판례에서 비롯되었다. 이 판례가 학계로부터 큰 비판을 받고 있는데도 그 변경이 이루어지지 않고 종전 판례가 선고된 이후 저작권 침해물 링크 사이트 등이 범람하고 있는데도 이에 대한 적절한 사법적 통제를 기대하기 어렵다고 보아 개정안이 마련되었다. 국회에서 입법적 해결을 모색하는 이유가 바로 종전 판례의 존재 때문이므로, 종전 판례를 변경하는 것은 국회의 입법 논의를 해결할 수 있는 직접적이고 현

실적인 해결책이다.

이 사건은 대법원이 종전 판례에서 선언한 방조범 규정의 해석·적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있어 전원합의체에서 심판하는 사건으로(법원조직법 제7조 제1항 제3호), 법령의 해석·적용을 중핵으로 하는 사법권은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 속한다(헌법 제101조, 제103조). 이는 입법권을 가지는 국회의 저작권법 개정 논의와 직접적인 관련이 없고, 이와 연계하여야만 할 필연적인 이유도 없다. 대법원의 헌법적 책무에 비추어 볼 때, 이 사건 링크 행위가 현행법의 해석으로도 충분히 공중송신권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수 있는데도 공중송신권 침해와 방조의 개념을 잘못 적용한 종전 판례를 고수하는 것은 바람직하지 않다.

(4) 반대의견은, 종전 판례를 변경하여 이 사건 링크 행위를 방조범으로 처벌하는 것이 헌법상 형벌불소급의 원칙이나 평등의 원칙과 조화되기 어렵다고 한다.

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니다. 형법 조항에 관한 판례의 변경은 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 않아 이로써 법률조항 자체가 변경된 것이 아니다. 행위 당시의 판례에 따르면 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 해서 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결 등 참조). 물론 변경되는 판례에 대한 피고인의 신뢰와 그 보호의 필요성에 비추어 구체적인 사안에 따라서는 형법 제16조에서 정한 법률의 착오에 해당하는지 여부를 심리하여 판단할 필요가 있을 수 있다.

바. 종합

저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과

같이, 링크 행위는 저작권법상 공중송신권 침해와 형법상 방조범의 성립요건에 관한 법리에 비추어 구체적인 사안에 따라 공중송신권 침해의 방조가 성립될 수 있는데도, 종전 판례는 방조범 성립을 전면 부정하는 오류를 범하였다. 이는 정범의 행위인 전송의 의미와 이에 대한 법적 평가를 그르치고 형법상 방조의 개념을 잘못 적용하였기 때문이다. 이것이 다수의견이 종전 판례를 변경해야 한다고 하는 이유이다.

다수의견은 저작재산권을 공중송신 중 전송의 방법으로 침해하는 정범의 구성요건적 행위의 의미와 성격에 대한 올바른 이해를 바탕으로 피고인의 링크 행위는 정범의 공중송신권 침해의 방조에 해당하고, 이러한 결론이 방조범 성립에 관한 일반 법리에 저촉되지 않는다는 근거를 제시하였다. 영상저작물을 무단으로 공중의 이용에 제공한 정범 범행의 성격, 영상저작물로 연결되는 링크가 제공되는 환경, 그러한 링크가 게시된 목적과 영리적·계속적으로 링크를 제공하는 행위의 방법과 실질, 링크 행위와 정범의 범행 사이의 구체적·인과적 관련성 등을 종합하여 위와 같은 결론을 도출하였다.

나아가 고의와 인과관계의 증명 등의 측면에서 방조범의 성립 범위를 합리적으로 제한함으로써 인터넷 환경에서 일반적인 표현의 자유와 행동의 자유가 부당하게 제한되지 않도록 하고자 하였다. 다수의견이 침해 게시물 등에 연결되는 링크가 영리적·계속적으로 게시되었다는 점을 강조하는 것도 그 연장선상에서 나온 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 개진한다.

12. 반대의견에 대한 대법관 조재연의 보충의견

가. 종전 판례의 타당성

반대의견에서 밝힌 바와 같이 이 사건 영상저작물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 행위는 업로드로써 종료된다고 보아야 하므로, 그 이후에 이루어지는 링크 행위는 정

범의 위와 같은 실행행위를 용이하게 한다고 볼 수 없다. 그런데 다수의견은 정범이 공중송신권 침해 게시물을 서버에서 삭제하는 등으로 게시를 철회하지 않는 이상 정범의 범죄행위는 종료되지 않는다고 하면서 이러한 정범의 침해 상태 유지 행위도 방조의 대상이 될 수 있다고 한다. 설령 다수의견과 같이 정범의 범죄행위 범위를 확장하여 보더라도, 아래와 같은 이유로 링크 행위는 형법상 방조에 해당한다고 볼 수 없다. 그럼에도 종전 판례를 변경하고자 하는 다수의견은 형법법규 엄격해석의 원칙에 위배되므로 받아들이기 어렵다.

(1) 링크가 공중송신권 침해물의 웹 위치 정보 내지 경로를 공개하고 이동을 용이하게 함으로써 웹에 접근할 수 있는 이용자의 범위를 확대할 수는 있으나, 정범이 공중송신권 침해물을 게시한 웹의 접속자(방문자)가 많아진다는 사정만으로, 그 저작물의 이용 여부와 무관하게, 정범으로 하여금 게시를 철회하지 않고 유지하도록 하는 결의를 강화한다거나 그러한 유지를 용이하게 한다고 볼 수는 없다.

(2) 인터넷 이용자가 링크(심층링크 또는 직접링크를 말한다. 이하 같다) 클릭을 통해 링크가 연결시켜주는 웹의 위치에 도달한다고 하더라도, 그 웹페이지 또는 웹사이트가 이용자의 접속 즉시 자동으로 저작물이 실행되도록 되어 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 웹의 위치에 있는 저작물을 이용할 것인지 여부는 개별 이용자의 별개의 의사결정 및 이에 따른 추가적인 클릭 행위 여부에 따라 결정된다.

그런데 인터넷 링크 자체는 링크를 클릭함으로써 도달하는 웹에 대한 위치 정보 내지 경로를 나타낼 뿐이고, 그 외 링크를 통해 도달하는 웹에 존재하는 것에 관한 정보는 담고 있지 않다. 링크를 물리적인 현실공간에 대응시켜 보면 공중의 어느 지점을 가리키는 손가락, 공식적인 지역명칭과 번호로만 이루어진 주소기재 또는 목적지를 알

수 없는 교통수단에 비유할 수 있다. 링크 자체로는 그 가리키는 곳에 무엇이 있는지, 그것이 공중송신권 침해물인지 여부 등에 관한 정보를 제공한다거나 공중송신권 침해물에 대한 이용의사를 촉진시킨다고 볼 수 없다.

(3) 인터넷 공간에서 링크 행위는 다양한 목적으로 광범위하게 이루어지는 일상적인 행위로서 그 성격상 중립적인 정보제공성이 강한 행위이고, 공중송신권 침해 저작물에 대한 링크 행위를 하는 경우 역시 공중송신권 침해의 정범 또는 정범의 실행행위와 무관하게 정보 제공목적 또는 자신이 운영하는 웹사이트나 웹페이지 등에 대한 방문자유인 등의 독자적인 동기나 이해관계를 가지고 링크 행위를 하는 경우가 많다. 이러한 점에 비추어 보아도 인터넷 이용자에게 있어 링크가 당연히 정범의 공중송신권 침해 실행행위를 연상하게 하는 것이라고 속단하기 어렵다.

(4) 위와 같은 링크의 속성에 비추어 보면, 설령 다수의견과 같이 정범의 실행행위 범위를 확장하여 본다고 하더라도 링크 행위 자체가 정범의 공중송신권 침해 실행행위를 용이하게 한다는 결론이 도출된다고 볼 수 없다.

이는 형법상 방조의 개념에 다수의견과 같이 '정범에 의한 법익침해를 강화·증대시키는 행위'까지 포함시킨다 하더라도 마찬가지이다. 다수의견은 링크가 없었다면 정범이 게시한 저작권 침해물을 발견할 수 없었던 사람들까지 그 링크를 통해 원하는 시간과 장소에서 쉽게 저작권 침해물에 접근할 수 있게 되었으므로, 링크 행위로 말미암아 공중이 접근할 수 있도록 저작권 침해물을 이용에 제공하는 정범의 실행행위가 용이하게 되고 공중송신권이라는 법익의 침해가 강화·증대되었다고 한다. 그러나 링크 자체가 '저작권 침해물'을 발견하게 하는 수단이라고 볼 수 없다. 이와 달리 보는 것은 마치 제3자가 불법유흥업소와 마을 사이에 위치한 산에 터널을 설치하여 직접 통하는 길

을 낸 경우 그 자가 불법유흥업소의 발견을 쉽게 하였으므로, 그러한 행위가 해당 업소의 영업행위에 대한 방조가 된다고 하는 것과 같다. 인터넷 공간에서의 링크 역시 웹 사이의 일상적인 이동을 위한 경로 및 수단일 뿐 그 자체에 '저작권 침해물'에 대한 통로라는 점이 나타나 있지 않으므로, 링크 자체가 저작권 침해물에 대한 정범의 공중에 대한 이용제공행위를 용이하게 한다고 볼 수 없다.

(5) 그러므로 종전 판례가 '링크를 하는 행위 자체는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹 페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여 정범의 저작권 침해행위의 실행 그 자체를 용이하게 한다고 할 수 없으므로 링크 행위만으로는 저작권 침해행위의 방조에 해당하지 않는다'고 본 법리는 타당하다.

나. 판례 변경의 규범적 한계

(1) 우리 법제와 같은 성문법주의에서는 최고법원의 판례라고 하더라도 그것이 바로 법원(法源)이 되는 것은 아니고, 대법원은 종전 판례를 변경할 수 있다. 그러나 대법원 판례를 받아들이는 법적 현실에 유의하여야 한다. 국민에게 법전 속의 법은 멀고 살아 있는 사건 속의 판례는 가깝다. 실제 우리 사회에서 대법원 판례의 역할은 개별 사건 하나에 대한 해결에만 그치지 않고 법령해석의 통일이라는 제도적 기능도 가진다. 국민은 대법원 판례에서 의사결정과 행위의 지침 및 적법·위법의 경계를 찾는다. 그러기에 판례를 변경하고자 할 때에는 판례의 계속에 대한 신뢰를 염두에 두어야 한다. 최고법원의 판례변경은 법적 안정성의 희생 위에 성립하는 것이므로, 판례의 선언 못지않게 판례의 변경 역시 신중하고 절제되어야 한다. 그것이 국민의 신뢰에 존재의 뿌리를 둔 판례의 무게이다.

선례에 너무 엄격하게 고정되는 것은 특정한 사건에서 부정의를 가져오고 법의 정당

한 발전을 부당하게 제한할 수 있다. 이에 따라 판례의 변경은 제도적으로 허용되고 있고, 국민이 그에 따른 법률관계의 변화를 감수할 것도 어느 정도 예정되어 있기는 하다. 그러나 판례의 잦은 변경 또는 쉬운 변경은 다른 문제이다. 판례에 대한 신뢰와 상충될 수밖에 없는 소급효의 문제는 판례 변경을 선언하기에 앞서 늘 그 전제로서 고려하여야 하는 숙명과도 같은 것이다. 법치주의의 핵심가치인 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙은 판례 변경에 대한 규범적 제약조건이 된다.

(2) 형사사건의 경우 특히 법률 규정에 아무런 변동이 없는데도 종래 처벌대상이 아니라고 선언하였던 행위에 대하여 법률의 해석을 통하여 새로 처벌대상에 포함시키는 내용의 판례 변경은 더욱 신중하게 이루어져야 한다. 그러한 변경이 최선이 되기 위하여는 적어도 사회전반의 다양한 사례의 관찰과 숙의 및 판례 변경에 관한 국민의 법의식 변화 등을 두루 살피고, 판례가 왔다갔다 하는 것을 막기 위하여 새로운 판례가 유지될 것인가를 고찰하는 것이 전제되어야 한다. 인터넷 환경의 특성상 링크 없이는 그 환경 구현이 불가능한바, 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 처벌하는 경우 인터넷 참여자들에게 발생할 수 있는 방조 책임 및 형사처벌 범위 확대의 문제 등에 관하여 충분한 숙의가 이루어졌다고 보기 어렵다.

다수의견이 주장하는 종전 판례의 변경사유는 공중송신권 침해행위의 성격에 비추어 링크 행위를 형법상 방조 개념의 범위에 포섭할지 여부에 대한 종전의 판단이 잘못되었고 일정한 사정이 더해지는 경우 특정한 유형의 링크 행위는 방조에 해당한다는 것에 불과할 뿐, 종전 판례의 법리에 명백한 잘못이 있음을 지적하는 것이 아니다. 다수의견이 주장하는 일정한 사정이 더해진 경우를 포함하여 링크 행위의 반사회성 및 가벌성이 분명하다거나 통상의 수범자라면 기존 판례에도 불구하고 처벌을 감수함이 마

땅하다고 보기 어렵다. 다수의견이 종전 판례의 변경이 필요한 이유로 강조하는 저작권자의 보호가 침해자에 대한 형사처벌을 통해서만 실현가능한 것이라고 할 수 없고, 그 외 다수의견이 드는 이유 및 사정 역시 법적 안정성과 신뢰보호의 가치를 후퇴시키면서까지 종전 판례의 변경을 불가피하게 하는 것이라고 볼 수 없다. 반대의견이 링크의 자유라는 한쪽의 법익만을 지나치게 강조하는 것이 아니다. 인터넷 공간에서 링크 행위와 관련하여 입법개선조치를 기대할 수 없다거나, 입법조치를 기다리기에는 링크 행위로 인한 사회적 피해가 너무도 극심하다는 등의 사정이 보이지 않는 이상, 형사처벌은 구성요건을 명확히 하고 소급처벌이 되지 않도록 경과 규정을 마련하는 등 입법조치를 통해서 해결하는 것이 온당하다는 것이다.

(3) 그럼에도 다수의견은 종전 판례를 변경하여 공중송신권 침해 방조행위의 처벌대상을 링크 행위에까지 확대하여 해석하고 이를 기초로 피고인을 유죄로 인정하려고 한다. 이러한 다수의견의 입장은 형사법에서 국민에게 법적안정성과 예측가능성을 보장하기 위하여 소급입법 금지와 형벌불소급 원칙을 선언하고 있는 헌법 정신에 맞지 않는다. 다수의견에 대한 보충의견 중, 대법원이 링크 행위가 공중송신권 침해의 방조가 되지 않는다는 견해를 취한 것은 2015. 3. 12. 선고한 종전 판례가 유일하고 일반 국민들에게 규범력을 가질 정도로 장기간 유지된 대법원의 확립된 입장도 아니라는 견해에 대해서도 동의하기 어렵다.

다. 소결

종전 판례는 그 자체로 오류가 없다. 그뿐만 아니라 판례공보 간행 판결로서 그동안 사실심 및 수사기관 등의 판단 기준으로 자리 잡았고 인터넷 이용자들에게 최신 대법원 판례로서 행위지침의 역할을 하여 왔다. 그런데 이를 불과 6년 만에 뒤집어 인터넷

이용자 일반을 대법원 판례에 대한 신뢰라는 보호막 밖으로 끌어내어 형사처벌의 위험 앞에 놓이게 하는 다수의견에 깊이 우려한다. 판례도 하나의 역사이다.

이상과 같이 반대의견의 논거를 보충한다.

13. 반대의견에 대한 대법관 김선수의 보충의견

이 사건 링크 행위가 공중송신권 침해의 방조에 해당하지 않는다는 반대의견의 논거를 보충하고, 다수의견에 대한 보충의견이 지적한 문제 중 몇 가지 사항에 관하여 검토한다.

가. 이 사건 링크 행위에 대하여 방조의 고의를 인정할 수 있는지

다수의견은 피고인이 이 사건 사이트의 이용자들이 피고인이 게시한 링크를 통해 이 사건 영상저작물에 용이하게 접근하여 이를 이용할 수 있다는 사실을 알고 있었기 때문에 피고인에게 방조의 고의가 인정된다고 한다. 그러나 다음과 같은 이유로 피고인에게는 정범들의 범행을 방조한다는 인식과 의사, 즉 방조의 고의가 인정되지 않는다고 봄이 타당하다.

(1) 피고인은 해외 공유사이트에 이 사건 영상저작물 등 불법 복제물이 업로드된 상황을 인지하고서, 배너 광고 유치를 통한 수익을 얻고자 이 사건 사이트 게시판에 이 사건 영상저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로가 담긴 링크를 게시하였다. 피고인에게서 성명불상의 정범들에 의해 야기된 공중송신권 침해 상태를 이용하여 자신의 경제적 이익을 추구한다는 인식 내지 의사만 있었을 뿐 이 사건 링크 행위를 통해 정범들의 공중송신권 침해행위를 용이하게 한다는 인식 내지 의사는 없었다.

피고인의 이 사건 링크 행위는, 갑(甲)이 자신이 운영하는 유튜브 채널의 구독자 수를 늘리기 위해 길을 가다 우연히 목격한 을(乙)의 공연음란 행위를 위 유튜브 채널을

통해 생중계하는 행위와 유사하다. 갑의 행위를 통해 을의 공연음란 행위를 접할 수 있는 사람의 수는 늘어나고 그러한 사정에 관한 갑의 인식 또한 인정된다. 그러나 위 행위를 두고 을의 범죄(공연음란)에 대한 방조로 의율할 수는 없다. 갑에게 을의 실행 행위를 용이하게 한다는 인식과 의사가 없었을뿐더러, 갑의 위 행위는 객관적으로 을의 실행행위를 용이하게 하는 것도 아니기 때문이다. 이러한 판단은 피고인의 이 사건 링크 행위에도 그대로 적용될 수 있다. 이 사건 링크 행위를 통해 이 사건 영상저작물을 접할 수 있는 사람의 수가 늘어나 정범들에 의해 야기된 법익침해가 강화·증대될 수 있지만, 그렇다고 하여 피고인에게 정범들의 공중송신권 침해행위를 도우려는 의사가 있었다거나 피고인의 행위가 위 정범들의 침해행위를 용이하게 하는 것이라고 보기는 어렵다.

(2) 이 사건 링크 행위의 상대방은 이 사건 사이트를 방문할 불특정 다수의 사람들이고, 피고인은 이들에게 이 사건 영상저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 제공함으로써 이 사건 영상저작물로 손쉽게 접근할 기회를 제공하였다. 따라서 이 사건 링크 행위 당시 피고인에게 이 사건 사이트를 방문할 불특정 다수의 사람들이 이 사건 영상저작물에 접근하여 이를 수신하는 것을 돕는다는 인식 내지 의사가 있었다고 볼 여지가 있기는 하다. 그러나 링크 이용자에게 이 사건 영상저작물의 개별적인 송신은 해외 공유사이트 서버를 통해 기계적·반복적으로 구현되는 결과에 지나지 않고, 피고인에게 위와 같은 송신행위를 돕는다는 인식 내지 의사도 없었다. 따라서 이 사건 링크 행위는 이 사건 영상저작물을 수신한 이용자들의 행위에만 관여한 것으로 봄이 타당하고, 이렇게 보는 것이 피고인의 고의의 내용에 부합하므로, 피고인의 이 사건 링크 행위는 이 사건 영상저작물을 수신한 이용자들의 행위에 대한 방조가 될 수 있음은 별론

으로 하더라도, 그 상대방인 성명불상의 정범들의 공중송신권 침해 범행에 대한 방조가 될 수는 없다.

나. 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 의율하는 것의 공범 종속성에 따른 한계

(1) 정범의 성립은 교사범, 방조범의 구성요건의 일부를 형성하고 교사범, 방조범이 성립함에는 먼저 정범의 범죄행위가 인정되는 것이 그 전제요건이 된다. 이는 공범의 종속성에 연유하는 당연한 귀결이다. 따라서 교사범, 방조범의 사실 적시에서도 정범의 범죄 구성요건이 되는 사실 전부를 적시하여야 하고, 이 기재가 없는 교사범, 방조범의 사실 적시는 죄가 되는 사실의 적시라고 할 수 없다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81도 2422 판결, 대법원 2020. 5. 28. 선고 2016도2518 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 기소할 경우 검사는 정범의 공중송신권 침해 범죄의 구체적 사실을 공소사실에 기재하여야 한다. 그런데 링크 행위와 관련된 저작물의 공중송신 행위는 수사기관이 추적하기 어려운 해외 공유사이트 등에서 이루어지는 경우가 대부분이어서, 정범의 신원은커녕 그 인원수를 특정하는 것조차 어려운 것이 현실이다. 결국 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 기소하더라도 공소사실에 정범의 공중송신권 침해 범죄의 구체적 사실을 함께 기재하기가 쉽지 않을 수 있다. 그렇다면 대법원이 종전 판례를 변경하여 일정한 유형의 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 인정하더라도, 개개의 사건에서 공소사실의 특정 여부가 쟁점으로 부각될 여지가 크고, 결국 링크 행위를 저작권 침해의 방조죄로 처벌하기 위해서는 또다시 방조범의 사실 적시에 관한 예외 법리를 도입하는 것이 필요하게 될 수도 있을 것이다.

(2) 링크 행위가 공중송신권 침해행위에 대한 방조에 해당한다는 다수의견에 따르면, 링크 행위를 처벌하기 위해서는 정범의 행위가 구성요건 해당성과 위법성을 충족하여야만 한다. 그러나 링크 행위는 저작권자로부터 이용허락을 받은 저작물 이용자가 적법하게 복제하거나 정당한 범위 내에서 공개해 놓은 저작물에 대해서 그 저작물 이용자의 의사에 반하여 행해질 수도 있다. 이러한 링크 행위는 침해 게시물에 대한 링크 행위보다 비난가능성이 더욱 크다고 볼 여지가 있음에도, 이를 저작물의 복제행위 또는 공중송신 행위에 대한 방조로 보아서는 적절하게 규율할 수 없다.

(3) 링크 행위가 공중송신권 침해행위에 대한 방조에 해당한다는 다수의견에 따르면, 한 사람이 단독으로 또는 여러 사람이 공모하여 공중송신권 침해행위로서의 업로드와 링크 행위를 모두 행한 경우 링크 행위는 위 공중송신권 침해행위에 대한 가별적 평가에 당연히 포함되는 이른바 불가별적 사후행위에 해당하게 되어 별도의 범죄를 구성하지 않고, 공소사실에 반드시 기재될 필요도 없는 행위가 되어버리고 만다. 그러나 링크를 온라인상 저작권 침해물의 유통 경로로 악용하는 저작권 침해물 링크 사이트나 모바일 애플리케이션(이하 '링크 사이트 등'이라 한다)의 개설·운영행위(운영에 수반되는 링크 행위를 포함한다)를 그 행위자가 저작물의 업로드 행위를 하였는지에 따라 처벌여부가 좌우될 종속적 성격의 행위라고 보기는 어렵다.

다. 다수의견에 대한 보충의견의 문제점

(1) 다수의견은 방조의 개념에 정범의 실행행위를 용이하게 하는 행위뿐만 아니라 '정범의 범죄행위가 종료되기 전에 정범에 의한 법익침해를 강화·증대시키는 행위로서 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위'까지 포함된다고 한다. 이처럼 다수의견은 종전의 선례가 방조의 개념을 설명하기 위해 일관되게 사용하던 '실행행위'라는

용어 대신에 '범죄행위'라는 표현을 굳이 사용하고 있다. 여기서 말하는 '범죄행위'의 의미가 분명하지 않지만, 만일 다수의견이 이를 공소시효의 기산점에 관한 형사소송법 제252조 제1항의 '범죄행위'와 같은 의미로 사용한 것이라면, 이는 범죄행위의 '결과'까지 포함하는 의미가 되어(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002도3924 판결 등 참조) 다수의견이 설정한 방조의 개념으로 인해 정범의 실행행위로 인한 '결과 발생 시'까지 방조의 성립이 가능하다는 결론이 도출될 수 있다. 반대의견은 이 점을 우려하고 있는 것이다. 따라서 반대의견이 다수의견을 오독하였다거나 근거가 없는 비판을 하고 있다는 다수의견에 대한 보충의견의 지적은 타당하지 않다.

(2) 다수의견에 대한 보충의견은, 전송의 방법에 의한 공중송신권 침해는 저작물(침해 게시물)의 게시가 철회되기 전까지는 침해행위가 계속되고, 반대의견이 저작물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 행위가 업로드로써 종료된다는 점의 근거로 들고 있는 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결은 공중송신권 침해에 대해서는 그대로 적용할 수 없다고 한다. 그러나 위와 같은 지적은 타당하지 않다.

저작물을 공중의 이용에 제공하는 행위는 공중이 접근할 수 있는 인터넷 웹사이트 서버 등에 저작물을 업로드함으로써 종료되고, 그 이후에는 저작물이 공중의 이용에 제공된 '상태'가 유지될 뿐이다. 대법원은 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결에서 정보통신망을 이용한 명예훼손 행위는 명예훼손적 글의 게시행위로서 종료된다고 판단하였다. 위 판결에서 적용된 구 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항, 제2항은 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자를 처벌하도록 규정하였다. 위 규정에 따른 구성요건적 행위의 대표

적인 예가 명예훼손적 글을 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있도록 인터넷 웹사이트 서버 등에 게시하는 것이다. 이러한 행위와 저작물에 공중(다수인)이 접근하게 할 목적으로 유선 또는 무선통신을 이용하여 저작물을 이용에 제공하는 행위(공중송신)는, 그 대상이 명예훼손적 게시물이냐 저작권 침해 게시물이냐의 차이만 있을 뿐 정보통신망(유선 또는 무선통신)을 통해 다수인으로 하여금 특정 대상물에 접근하여 이용할 수 있는 상태에 둔다는 행위 태양의 측면에서 다르지 않다. 따라서 명예훼손 행위에 관한 위 판결의 법리는 저작물을 공중의 이용에 제공하는 행위에 그대로 적용된다고 보는 것이 타당하고 자연스럽다.

다수의견에 대한 보충의견은 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도3968 판결을 그 근거로 들고 있다. 그러나 위 판결은 무단으로 업로드한 게시물이 게시된 기간에 공중송신권 침해행위가 계속된다고 판단한 적이 없고, 업로드한 영상저작물 등의 제목, 게시 기간, 업로드한 저장 공간, 게시물의 번호 등이 특정되었다는 등의 이유로 공중송신권 침해죄의 공소사실이 특정되었다고 판단한 원심을 수긍하였을 뿐이다. 오히려 다수의견과 같이 업로드한 게시물이 게시되어 있는 기간 동안 공중송신권 침해행위가 계속된다고 볼 경우 공중송신권 침해죄에서 저작물의 '게시 기간'은 감금죄에서 감금 기간과 같이 공소사실에 반드시 특정되어야만 하는 사항이 되는데, 이는 현재의 실무와 부합하지 않는다(이 사건 공소사실에도 정범들의 저작물 게시 기간이 특정되어 있지 않다). 더욱이 다수의견에 따르면, 저작물의 게시를 철회하지 않는 한 공중송신권 침해 범행에 대한 공소시효가 진행되지 않고, 무단 업로드 행위자가 공중송신권 침해로 처벌을 받은 이후에도 사실심 판결 선고나 약식명령 발령 후의 행위 부분에 대하여는 또다시 처벌할 수 있으며, 저작권법 처벌조항이 무단 업로드 행위 종료 후 개정되어 법정형이

중하게 변경된 경우에는 행위자에게 개정된 중한 처벌조항을 적용할 수 있고, 급기야 14세 미만의 형사미성년자가 행한 무단 업로드 행위도 그 게시가 철회되지 않았다는 이유로 수십 년 뒤에 형사처벌할 수 있다는 결론이 도출되는데, 이는 행위자에게 지나치게 가혹하고 공중송신의 기본적인 성격과도 맞지 않는다.

(3) 다수의견에 대한 보충의견은, 링크로 말미암아 침해 게시물에 대한 공중의 접근이 쉬워지면, 그에 상응하여 공중이 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 방법으로 저작권자를 침해하는 정범의 실행행위도 쉬워지고 공중송신권에 대한 법익침해도 강화된다고 한다. 그러나 이러한 지적은 뇌물 공여 행위를 용이하게 하는 행위는 무조건 뇌물수수의 방조에 해당한다는 것과 다를 바 없어 받아들이기 어렵다. 앞서 지적한 바와 같이 이 사건 링크 행위는 이 사건 영상저작물을 수신한 이용자들의 행위에만 관여한 것으로 봄이 타당하고, 이렇게 보는 것이 피고인의 고의와 공중송신의 객관적인 성질에 부합한다.

(4) 다수의견에 대한 보충의견은, 다수의견은 피고인이 이 사건 링크 행위를 통해 정범의 실행행위 또는 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 강화·증대시켰는지 등을 증명하는 과정에서 링크 행위의 영리적·계속적 측면을 주요 정황의 하나로 고려하여야 한다는 취지일 뿐 영리적·계속적 형태의 링크 행위가 방조범의 성립을 인정하기 위한 절대적인 기준은 아니라고 한다. 그러나 이러한 지적은 다수의견의 실제 판시와 배치되는 것으로서 타당하지 않다.

다수의견은 '8. 이 사건에 대한 판단' 부분에서 이 사건 링크 행위로 인한 방조범 성립을 인정하면서 "피고인은 성명불상자들의 공중송신권 침해행위 도중에 그 범행을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 이 사건 사이트에 영리적

· 계속적으로 게시하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 하여 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 성명불상자들의 범죄를 용이하게 하였으므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립할 수 있다."라고 설시하고 있다. 이는 피고인의 이 사건 링크 행위가 영리적 · 계속적 링크 행위에 해당하기 때문에 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다는 취지로 이해될 수밖에 없다. 따라서 다수의견이 사실상 링크 행위에만 적용되는 방조범 성립요건을 만들어 죄형법정주의에 기초한 법적 안정성과 예측 가능성에 혼란을 가져온다는 반대의견의 지적은 타당하다.

라. 입법을 통한 근본적인 문제 해결의 필요성

(1) 다수의견은 최근 링크 사이트 등이 급속히 확산되고 있는 사회 현실 등을 고려하여 침해 게시물에 연결되는 링크를 영리적 · 계속적으로 하는 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 의율할 필요성이 있다고 한다. 이를 통해 다수의견이 판례의 변경을 통해 규율하고자 하는 종국적인 대상은 인터넷상에서 연결 통로의 역할을 하는 링크 행위 자체가 아니라 링크 사이트 등의 개설 · 운영행위와 같이 경제적인 이익을 위해 링크를 저작권 침해물의 유통 경로로 악용하는 행위임을 엿볼 수 있다. 같은 취지에서 다수의견은 저작권 침해물 링크 사이트에서 이루어지는 링크가 아니라면 표현의 자유나 일반적 행동의 자유라는 관점에서 링크의 자유를 보호할 필요가 있다고 하고 있다. 위와 같은 저작권 침해물 링크 사이트에서 이루어지는 링크의 악용 행위의 사회적 해악을 고려할 때, 이를 적절히 규제할 필요성이 있다는 점에 대해서는 전적으로 공감한다. 현재 이를 처벌하는 명문의 규정이 없는 것은 입법의 불비 상태라고 할 수 있다.

(2) 그렇다고 하여 다수의견과 같이 인터넷상에서 연결 통로의 역할을 하는 링크 행

위 자체를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 링크 사이트 등의 개설·운영행위 등을 규제하기 위한 정도(正道)가 아니고, 입법의 불비 상태에서 처벌의 필요성을 내세워 형법 총칙상의 방조 개념을 확장한 다음 링크 행위를 거기에 포섭시키는 것은 죄형법정주의를 실질적으로 부정하는 것이다. 링크를 저작권 침해의 수단으로 악용하는 행위와 같이, 종래에 처벌되지 않았지만 형사처벌의 필요성이 인정되는 새로운 유형의 행위는 새로운 입법을 통해 형사처벌의 대상으로 규율하는 것이 타당하다. 대법원이 판례를 변경하면서까지 이러한 행위를 다른 사람이 저지른 저작권 침해행위의 '방조'로 의율하는 것은 입법자로 하여금 이러한 행위로 인한 폐단에 대처하려는 적극적인 조치의 마련을 주저하게 하거나 바람직한 제도의 설계에 부정적인 영향을 미칠 우려가 있어 바람직하지 않다.

단적인 예로, 링크 사이트 등의 운영을 통해 얻은 불법적인 수익은 필요적으로 몰수 또는 추징함이 바람직한데, 링크 행위를 공중송신권 침해행위의 방조로 규율하여서는 이러한 필요적 몰수·추징 제도를 도입할 수 없고, 종전 판례의 변경으로 불완전한 규율 상태가 고착화될 가능성마저 있다.

(3) 처벌의 필요성이 인정되나 그에 대한 규율이 완비되지 않은 행위에 대해서는 충분한 사회적 합의를 거친 다음 입법을 통해 바람직한 규율 체계를 완비하고, 장래에 입법 당시 예상치 못한 새로운 문제가 등장하는 경우에는 법의 개정 등을 통해 차례차례 대응해 나가는 것이 헌법상 법치주의 원칙과 권력분립 원칙에 부합한다. 당장에 특정 행위나 그 행위자를 처벌할 필요성에 사로잡혀 형법 총칙상의 방조 개념을 확장하고 법리에 반하는 시도를 감행할 것이 아니라 바람직한 제도 설계와 도입이라는 거시적 관점에서 이 사건에 대한 해결책을 모색하여야 한다.

이상과 같은 이유로 반대의견을 보충한다.

14. 반대의견에 대한 대법관 노태악의 보충의견

다수의견 중 방조범 성립 부분에 관하여 반대의견의 입장을 보충하고자 한다.

정범의 범죄 실행행위를 도와주는 행위라면 정신적이든 물질적이든 방조행위가 될 수 있다. 그러나 정범의 실행 자체를 도와주는 행위가 아니라면 방조에 해당하지 않는다는 것이 지금까지 대법원의 확립된 입장이었다. 형법학계에서도 판례의 입장을 위와 같이 이해하고, 종전 판례를 인용하면서 방조행위를 설명하는 유력한 견해도 있다(예컨대 신동운, 형법총론, 제12판, 법문사, 2020, 684면). 인터넷 링크 행위만으로 저작권 침해라는 정범의 실행 자체를 용이하게 하는 것이 아니라는 종전 판례는 바로 이와 같은 선례의 연장선에 있는 것이다. 다수의견은 방조의 개념을 "정범의 구체적인 범행준비나 범행사실을 알고 그 실행행위를 가능·촉진·용이하게 하는 지원행위 또는 정범의 범죄행위가 종료하기 전에 정범에 의한 법익침해를 강화·증대시키는 행위로서, 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위를 말한다."라고 정의하면서 여러 참고 판례를 열거하고 있다. 다수의견에 대한 보충의견에서는 다수의견이 방조 개념에 관한 종래의 판례와 다수설을 이 사건에 적용한 것이라고 한다. 그러나 형법학계에서도 그렇게 보지 않는 유력한 견해가 있음은 앞에서 밝혔고 다수의견이 적용한 견해가 학계의 일반적인 지지를 받고 있다고 볼 근거도 없다. 그뿐만 아니라 다수의견이 들고 있는 어느 판례를 살펴봐도 '정범에 의한 법익침해를 강화·증대시키는 행위' 또는 '정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위' 등과 같이 포괄적으로 방조의 개념을 정의한 경우는 없다. 판례상 '강화'라는 표현은 '정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것'이라는 맥락에서 사용되고 있을 뿐이고, '실행행위를 용이하게 하는 행위'가 아닌

'범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위'로 방조행위를 설명한 적도 없다. 결국 다수의견은 선례에서 표현한 여러 용어를 사용하고 있지만, 실제로는 방조의 개념을 종래의 '정범의 실행행위 자체를 도와주는 행위'에서 실행행위 자체를 도와주지 않더라도 '정범의 범죄 실현과 밀접한 관련성이 있는 법익침해를 강화·증대시키는 행위'로 변경하여야 한다는 입장으로서, 방조범의 개념을 실질적으로 변경하여 그 성립의 범위가 확장되는 결과를 가져올 것임이 분명하다. 반대의견은 이러한 점을 지적한 것이다.

인터넷 환경 아래에서 방조범의 성립요건을 다수의견과 같이 보게 된다면, 기본적으로 인터넷 환경을 둘러싼 모든 기술적 조치가 여기에 해당할 가능성을 완전히 배제할 수 없다. 다수의견은 인과관계나 영리적·계속적 속성을 가지는지 여부에 따라 그 성립의 범위를 제한할 수 있다는 것이나, 링크 행위와 정범의 공중송신권 침해 범죄 사이에 인과관계를 어디까지 인정할 수 있는지 분명하지 않고 그 실질적 기준을 제시하지 못하고 있다는 점은 반대의견에서 상세히 반박한 바와 같다.

인터넷 환경과 링크라는 새로운 기술의 등장과 그 이용 범위의 확대로 인해 인터넷상의 링크 행위가 우리의 일상생활에 미치는 영향이 커졌고, 특히 저작권 침해행위 등에 대해서는 적절한 대처가 필요하다. 반대의견은 이러한 링크 행위에 대한 규제나 처벌의 필요성에 반대하는 것이 아니다. 그 처벌에 대한 명확한 법률이나 근거를 찾을 수 없음에도 방조범 성립에 관한 법리를 확대하여 링크 행위를 방조범으로 처벌하자는 입장에 동의할 수 없다는 것이다. 처벌규정이 없는 상황에서 법 해석을 통하여도 법 발견을 할 수 없다면, 입법적으로 해결하는 것이 바람직하고도 완전한 해결책이지, 종전에 대법원이 죄가 되지 않는다고 보았던 행위를 그 견해까지 바꾸어가면서 다시 처벌해서는 안 된다는 것이다. 반대의견은 이 점을 강조하고 다수의견에 따른 파급 효과

에 대해 깊이 우려하고 있을 뿐, 다수의견이 지적하는 것처럼 다수의견을 곡해하거나 오독한 것이 아니다. 반대의견은, 다수의견이 방조범의 성립에 관하여 확립된 선례를 규제나 처벌의 필요성을 이유로 무리하게 확대해석함으로써 인터넷상의 링크 행위뿐만 아니라 인터넷을 움직이고 그 기반이 되는 모든 기술적 조치가 형법상 방조범으로 처벌받을 수 있는 잠재적 가능성이 열리는 것과 그로 인해 초래될 수 있는 이른바 냉각 효과(chilling effect)를 우려하는 것이다. 다수의견이 새롭게 정립하고 있는 법리에 따라 '정범의 실행행위 또는 범익침해의 결과 발생에 기여한 측면이 있다'는 이유만으로 형사처벌의 대상이 되는 방조범이 쉽게 인정되어서는 안 된다는 것을 다시 한번 강조하고 싶다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장	대법원장	김명수
	대법관	이기택
주 심	대법관	김재형
	대법관	조재연
	대법관	박정화

대법관 안철상

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태약

대법관 이흥구

대법관 천대엽