

수사기관에서 본 지적재산권 친고죄 조항

글; 정진섭 (鄭陳燮)

* 부장검사, 법무부 정책연구과정, 법학박사

I. 머리말

지적재산권법상의 친고죄 조항이 과연 타당한가에 관하여는 오랫동안 논란이 있어 왔다. 결국, 지난해 저작권법, 특허법, 의장법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법, 컴퓨터프로그램보호법의 권리침해죄 친고죄 조항 폐지 개정안이 국회에 상정되기에 이르렀다. 즉 현행 친고죄는 타인의 특허권을 무단 실시하거나, 불법복제S/W를 사용하더라도 권리를 침해당한 권리자가 이를 고소하지 않으면 처벌이 불가능하도록 되어 있어서, 권리자의 고소가 없더라도 형사처벌이 가능하도록 바꾸자는 것이다. 한편, 친고죄를 완전히 폐지하는 대신에, 저작권자의 고소가 없어도 처벌이 가능한 반의사불벌죄를 적용하는 방안도 검토되고 있다. 이러한 입법개정 움직임에 대하여는 친고죄 폐지·수정이 지적재산권 침해에 대한 일관성 있고 체계적인 단속활동을 가능하게 하고, 공공정책 차원에서 지적재산권 보호에 기여한다는 반응이 있는 반면에, 실효성도 없고, 정당한 이용을 오히려 위축시킬 수도 있다는 비판도 존재한다.

이와 관련하여, 지난해 서울대학교 행정대학원 부설 한국정책지식센터에서 정책포럼에서 과연 친고죄를 유지하는 것이 타당한지, 만약 폐지한다면 그 효과와 부작용은 무엇인지 검토하는 지상토론을 벌인 바 있다.¹⁾ 위 정책토론의 토론 내용이 친고죄 폐지 여부에 유권적인 결론을 내려주는 것은 아니겠지만, 각계의 전문가들이 핵심적인 쟁점에 관하여 거의 빠짐없이 토론을 하였으므로 나름대로 중요한 의미가 있다고 본다.

따라서, 본고에서는 위 정책포럼에서 발제자의 의견과 이에 대한 여러 토론자의 소견을 정리 소개한 다음, 수사기관 실무자인 필자의 소감을 피력하는 순으로 정리하려 한다.²⁾

II. 친고죄 폐지 주장에 대한 각 전문가 소견

1. 발제자 의견³⁾

위 정책포럼에서 발제자인 최승열 박사는, 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램저작권 침해죄에 대한 친고죄 규정의 폐지가 적극적으로 필요하다고 주장하였다.

먼저, 현행 규정상 프로그램 저작권 침해행위별 소추요건에 관한 내용은 아래 도표와 같다.

1) 사이트 주소는 www.know.or.kr 이며, 수록된 메뉴는 "정책포럼>정보정책>제20회 포럼"으로 찾아가면 된다.

2) 위 정책포럼에 기고한 필자의 글과 이번 글의 논조가 서로 다른 점이 있는 바, 이는 미흡한 지식을 보충하는 과정에서 필자의 견해가 조금씩 수정되어 가는 과정에 있기 때문입니다. 해량하시어 참조바랍니다.

3) 최 승 열 프로그램심의조정위원회 연구실장, choiandy@pdmc.or.kr

<프로그램저작권 침해행위별 소추요건>

형사소추요건	규 정		내 용
친고죄	§46 ①	§29 ①	복제·개작·번역·배포·발행 및 전송권 침해
		§29 ④1 §29 ④2	프로그램저작권 침해프로그램의 국내 배포목적 수입, 침해프로그램의 복제물을 지정취득후 업무상 사용
		§30 ①	기술적보호조치 무력화 행위
	§46 ②2	§29 ②	성명표시권 등 위반
	§46 ③4	§29 ④3	저작권관리정보 침해
비친고죄	§46 ①3	§30 ②	기술적보호조치 무력화 예비행위
	§46 ②	§25	비밀유지의무 위반
	§46 ②1	§20 ①	지정없는 위탁관리업무
	§46 ③3	§29 ⑤	허위등록·제출
	§46 ④	§20 ②	신고없는 대리·중개업

발제자는, 일반적인 프로그램저작권 침해죄가 친고죄로 규정되어 있음으로써 나타나고 있는 문제점들은 다음과 같은 사항들을 지적하였다.

첫째, 소프트웨어 불법복제 단속 등 국가 법집행의 효율성에 대한 문제이다. 단속을 통하여 불법복제를 적발하더라도 프로그램 저작자 특히 중소기업 저작권자의 경우에는 그 신원을 확인하기 어려울 뿐만 아니라 고소의지가 약하여 불법복제에 대한 형사소추가 어려운 것이 현실이다. 또한 프로그램 저작자의 파악이 가능한 유명 소프트웨어 저작자에게만 단속사실을 통보하게 되어 다수의 소프트웨어 저작권자가 자신의 소프트웨어에 대해 적절한 보호를 받을 수 있는 기회가 배제되는 결과가 발생하는 등 단속실무상의 형평성에 문제가 제기된다. 이와 같은 이유로 컴퓨터 소프트웨어 산업의 성장을 가로막는 불법복제에 국가가 효과적인 정책을 집행하는데 있어서 친고죄 규정이 장애요인이 된다는 것이다.

둘째, 컴퓨터프로그램 침해행위의 경제범죄적 성격과 관련된 문제이다. 컴퓨터프로그램의 경우 기능적 저작물의 성격을 띠고 있어, 일반저작물과 달리 경제적 효용성과 기능성이 중시된다. 따라서 일반 저작물과 같이 개인의 인격적 산물 또는 사적 재산으로만 간주하여 이를 친고죄로 할 이유가 없다는 것이다. 특히 인터넷의 확산으로 컴퓨터프로그램에 대한 대량 불법복제가 이루어지고 있는 현실에서 이러한 불법복제 프로그램의 유통을 방지할 경우 전체 소프트웨어 시장의 공정한 유통질서를 심각하게 침해하게 되며 국가 산업경쟁력의 약화로 이어지게 될 것이다.

셋째, 저작권자의 부당한 합의요구 관행에 따른 문제점이다. 즉 현행 친고죄 규정에 의하면 저작권자가 고소하지 않으면 형사소추가 이루어지지 않으므로 저작권자가 이를 악용하여 피고소인에 대하여 과도한 손해배상합의금을 요구하는 등의 부당한 관행이 나타나고 있다는 것이다. 결국 행정기관의 단속과 형사사법기관의 결정이 고소권자 개인에 의해 좌우되는 상황이 발생하게 되는 것이다.

결론적으로, 정보화시대에서의 소프트웨어는 일반저작물과는 다른 산업적·기능적 특성으로

인하여 불법복제로 인한 손실은 더 이상 개인의 문제라고 할 수 없으며, 소프트웨어산업의 경쟁력과 직결되므로 선진국과 비교하여 높은 불법복제율을 보이고 있는 우리의 현실에 비추어 볼 때, 행정단속의 실효성을 높여 정품사용을 장려하고 공정한 이용환경을 조성하는 것이 필요하다. 또한 친고죄로 인하여 발생한 과도한 합의금 요구의 관행도 시정되어야 할 것이다. 따라서 현행 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램저작권 침해죄에 대한 친고죄 규정의 폐지가 적극적으로 검토되어야 할 것이다.

발제자는, 컴퓨터프로그램보호법, 저작권법을 제외한 특허법, 의장법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법의 친고죄 폐지 법안에 대해서는 그 타당성 여부에 관하여 뚜렷한 소견을 제시하지 않고 있다.

그러나, 발제자가 소프트웨어 산업의 특수성을 지난해 비친고죄로 전환한 영업비밀의 보호의 예⁴⁾와 같이 국익 차원에서 다루어져야 할 문제라고 강조하고 있는 점에 비추어 보면, 장차 과학기술의 보호 필요성이 높아지면 국익 차원에서 모두 친고죄 규정의 폐지 내지 재검토가 가능할 것이라는 생각을 가지고 있는 것으로 짐작된다.

2. 토론자 의견

1) 상습범에 한해 비친고죄로 하자는 견해⁵⁾

가. 토론 개요

이 토론자는, 비친고죄 제도를 도입할 경우에는 저작물의 주지 저명성이 있는 등 공익목적으로 필요가 현저한 경우에 국한하여 엄격히 전문범 또는 상습범에 한하여 제도적 장치가 마련되어야 한다는 것이다. 이에 따른 정보 수집력을 강화하고, 특히 민간기구와의 적극적인 협력, 저작권자와의 긴밀한 협조체제가 유지되어야 하는 선결과제가 선행되어야 한다는 주장도 함께 하고 있다.

토론자는, 친고죄가 갖는 단점은 반의사불벌죄에 있어서 똑같이 적용된다는 점을 강조하고 있다. 즉, 친고죄를 폐지하고자 하는 견해는 사법기관이 개인의 기호나 저열한 동기에 지배될 수 있다는 악의적인 비판이 있을 수 있으나, 반의사불벌죄에 있어서 역시 피해자가 처벌을 원하지 않는다고 하는 의사에 공소권이 좌우된다는 점에서 친고죄와 다를 바 없으며, 결국 반의사불벌죄의 도입은 피해자 즉 저작권사의 의사와 상관없이 수사권 행사를 보다 간편하게 행사하고자 하는 것에 가깝다. ⁶⁾

4) '부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률'은 영업비밀 침해범에 대하여 원래 친고죄로 규정하고 있었으나, 국익을 해치는 산업스파이 행위에 국가가 적극적으로 개입하기 위하여 2004년 1월 동법 개정법률은 친고죄 규정을 폐지하였다. 영업비밀이 국가의 경쟁력을 좌우하는 중요한 요소로 인식됨에 따라 친고죄 규정을 폐지한 것이다. 이에 따라 올 7월부터 시행에 들어간 동개정법에 맞추어 서울중앙지검 첨단범죄수사부는 '기술유출범죄수사센터'를 설치하는 한편, 각 검찰청 홈페이지에 '첨단기술유출범죄.' 전용신고창구를 개설하는 등 국가경쟁력 보호 차원에서 적극적인 대응을 해 나가고 있다. 법개정 이후 최근까지 국내 IT 관련 핵심기술을 외국계 업체로 유출하려던 이들을 대거 적발하여 기소하는 성과를 거두고 있다.

5) 김 규 성, 한국소프트웨어저작권협회 사무총장

6) 특히 반의사불벌죄의 도입을 주장하는 견해는 당사자간의 합의에 의한 피해보상의 통로가 필요하다는 점에서 반의사불벌죄를 도입하고자 하나, 이 역시 친고죄와 다를 바 없으며, 오히려 이러한 문제점을 이유로 친고죄를 폐지하고자 한다면 반의사불벌죄 조항으로서 해결도 부당하다고 보여진다고 강조한다.

그러나 저작권 행사와 관련한 일차적인 의사결정은 저작권자에 맡겨져야 하며, 침해 내지 형사소추 과정에서 저작권의 의사를 심분 반영하기 위하여는 친고죄로서의 규정이 보다 타당하다고 여겨진다고 설명하고 있다.

나. 비평

이 토론자의 견해를 음미하면, 원칙적으로는 친고죄 조항의 존재의의를 긍정하는 것으로 판단된다. 그러나 컴퓨터S/W 저작권자의 입장에서 피해구제의 수단을 좀더 확보하자는 차원에서 상습범, 영업범의 경우에는 예외적으로 친고죄 절차를 생략해도 무방하지 않겠느냐 하는 제한적 폐지론이라 볼 수 있다.

이 견해는 우리나라의 S/W 불법복제 실태가 오랜 단속에도 불구하고 크게 개선되지 않고 있다는 현실을 반영한 주장이라 여겨진다. 실무상으로는, 상습범이나 영업범이나 아니냐를 구분하는 경계가 애매하여 그 입법형식이나, 제도 운영에 어려움이 뒤따른다는 단점도 있지만 채택 못할 방안은 아니라고 본다.

다만, 법개정시 당연히 뒤따라야 할 수사당국의 조직, 인력확충과 대대적이며 자발적인 불법복제 단속이 과연 법정경제학적으로 투자비용에 비하여 얼마나 효용성을 발휘할 것인가에 대한 정밀한 분석이 뒷받침되어야 할 것이다. 또, 국민의 법의식에 비추어 볼 때 민사절차보다 형사절차를 선호하는 경향을 부채질할 우려도 생각하여야 할 것이다.

2) 친고죄조항의 재검토에 앞서 대안 논의를 우선해야 한다는 견해⁷⁾

가. 토론 개요

이 토론자는, 친고죄 조항의 폐지 여부에 관한 찬·반 논쟁의 논리적인 면을 차치하고라도 현실적으로 친고죄 조항을 폐지하는 것에 대한 불만도 적지 않으므로, 친고죄 조항의 폐지를 논하기에 앞서, 전제적으로 몇가지 과제들을 먼저 해결하는 방안으로의 접근을 시도해 보자는 견해를 제시하고 있다. 더구나 자칫 국가 관여의 확대로 기업의 경제활동을 위축시키는 결과를 초래해서는 안될 것이므로, 이를 견제하기 위하여 예컨대, 침해죄의 요건을 엄격히 규정한다거나 혹은 민사적 구제방안을 강화한다거나, 민사분쟁 해결방법의 하나인 ADR제도의 활용을 적극적으로 검토한다거나 하는 방안들을 대안으로 제시해 볼 수 있다는 것이다.

이 토론자는, 친고죄 조항과 관련한 쟁점사항을 공익성과 실효성의 두가지 측면에서 검토하고 있다.

먼저, 공익성에 관련한 의견은 다음과 같다.

즉, 지적재산권이 다른 재산권과는 달리 공익성을 많이 내포하고 있는 재산권이라는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 그렇다고 하여 모든 지적재산권이 일률적으로 공익성에 근접한다고 보아서도 안된다. 예를 들면, 특허권, 실용신안권, 의장권 등의 경우에는 저작권, 부정경쟁, 컴퓨터프로그램 보호권 등에 비해서는 상대적으로 공익성이 낮은 것으로 평가된다. 이러한 취지에서, 지적재산 권리별 분석을 통하여 공익성 접근성에 기초하여 친고죄 존재 여부를 결정하는 지혜가 요구된다는 것이다.

또한, 지적재산권법이 지향하는 산업발전 혹은 문화발전은 지적재산권의 보호에 기초하여,

7) 이 용 우, 법학박사, 한국지적재산권법제연구원 원장

공정한 이용 혹은 적정 경쟁을 통해서 발전되어 나간다고 할 수 있다. 오히려 지적재산권의 무제한적 보호는 이용을 저지하거나 완전경쟁을 저해하는 수단이 될 수 있다는 점을 고려하여야 한다. 지적재산권법에서 강제실시제도, 공정이용제도, 법정허락제도 등을 두고 있는 것도 이러한 이유에서이다. 지적재산권의 보호본질을 공개보상설에 입각하여 이해할 경우에도 지적재산권은 시장경쟁질서에 끼칠 수 있는 영향이 지대하다고 할 수 있다. 만일 무제한적 보호만을 고집한다면 예컨대, 독과점시장을 형성하여 자유시장경제의 원리인 완전경쟁 혹은 공정경쟁을 크게 해치는 결과를 가져올 수도 있는 것이다.

다음, 실효성에 관련한 의견은 다음과 같다.

디지털화 시대에는 지적재산권 침해유형이 다양화되고, 특히 인터넷상의 침해범에 대해서는 증거확보 등이 곤란하므로 이에 따른 지적재산권자의 보호는 더욱 강화되어야 하며, 특히 인터넷 등을 통한 정보통신망 등에서의 저작권 침해의 문제는 공중의 이익에 미치는 영향이 크다고 할 수 있다. 따라서 이 경우에는 친고죄 조항의 폐지가 필연적인 것으로 보인다. 한편, 지적재산권범죄에서 친고죄 조항을 둔 취지는 형법상의 강간죄를 친고죄로 하는 것과는 다르다. 지적재산권 침해로 인해서 개인의 수치심이 발생하거나, 그로 인하여 사회활동이나 기업활동에 제약을 받는 일은 발생하지 않는다고 본다. 다만, 친고죄로 한 것은 지적재산권을 사법상의 권리로 인식하여 당사자주의 원칙을 우선 적용한다는 취지인 것이다. 그러나 침해행위가 소비자의 권리에 불이익을 준다거나, 공정경쟁에 해를 끼친다거나, 아니면 국제간 경쟁력을 현저히 저하시키는 행위에 의거 국가적 손실을 야기한 때에는 지적재산권자 개인의 의사에 보다 덜 구애받고, 국가가 이를 단속하거나 처벌할 필요성이 충분히 존재한다. 지적재산권을 침해하는 것이 범죄행위인 것으로 모두가 인식하고 또한 그러한 규정을 둔 지적재산권법의 타당성을 인정함에도 불구하고, 친고죄 조항으로 인하여 실효성을 거둘 수 없게 된다면 이는 실로 안타까운 일이다.

나. 비평

이 토론자는 친고죄 조항 때문에 지재권보호 절차의 실효성이 약화되는 현실에 어떠한 형태로든 개선조치가 뒤따라야 한다는 요지의 주장을 펼치고 있다. 그러므로, 친고죄 조항 폐지에 많이 공감하는 중간적 입장이라고 이해할 수 있다.

특허권, 실용신안권, 의장권 등의 경우에는 저작권, 부정경쟁, 컴퓨터프로그램 보호권 등에 비해서는 상대적으로 공익성이 낮은 것으로 평가된다고 피력하는 점을 보면, 후자의 경우에는 친고죄를 폐지하는 게 좋다는 적극적 입장으로 해석되기도 한다. 한편, 이웃 일본이 1998년에 이미 모든 지적재산권에 규정하고 있는 친고죄 조항을 삭제한 것도 강조하여 소개하는 것을 보면, 우리나라에서도 특허권의 비롯한 여러 지재권의 공익성이 높아지는 마당에 그 친고죄 폐지 여부도 검토가능하다는 견해를 가지고 있는 것으로 짐작된다.

이 토론자의 현실진단과 문제의식은 대체로 정확하여 공감할 만하다. 필자는 친고죄 조항의 효용성을 강조하는 입장을 견지해 왔으나, 그렇다고 하여 친고죄 조항이 장차에까지 절대적으로 지켜져야 하는 일반적, 법원칙적 제도라고 파악하는 것은 아니다. 그러므로, 법의식과 경제현실이 변화되면 얼마든지 법개정으로 친고죄 조항을 수정해 나갈 수 있다고 본다.

3) 친고죄 폐지는 지재권의 과보호를 초래하므로 반대한다는 견해⁸⁾

8) 남 희 섭, 법무법인 지평 변리사

가. 토론 개요

이 토론자는, 법률개정안은 현행 지적재산권법의 친고죄 조항으로 인해 권리 침해행위에 대한 처벌의 실효성이 떨어지므로 이를 비친고죄로 변경하여 관련산업의 발전에 이바지하자라는 것을 법개정 목적으로 하고 있지만, 지적재산권의 과보호로 인한 폐해가 더 클 것으로 보이고, 친고죄를 폐지한다고 하더라도 법개정 목적이 달성된다고도 보이지 않기 때문에 적절하지 아니하다고 지적한다.

이 토론자의 논거는 다음과 같다.

첫째, 특허법과 의장법에서 예정하고 있는 '산업발전'이나 저작권법에서 천명하고 있는 '문화발전'이란 범목적은 권리 보호를 통해서만 달성되는 것이 아니라, 권리의 대상이 되는 발명이나 저작물이 사회 전반에 널리 이용되도록 하는 '권리의 이용'과 균형을 이루어야만 달성될 수 있다. 따라서 권리 보호의 강화가 정당하려면, 이것과 상충되는 법익 즉, 공중의 이용과 균형을 이루어야만 하는데, 특허권이나 저작권과 같이 권리의 대상 자체가 무형의 창작물이고 권리의 범위와 한계도 명확하지 않은 경우에 이것을 권리자의 고소도 없는 경우까지 국가에서 공권력을 동원하여 처벌할 수 있게 한다면 창작물의 이용 행위를 위축시킬 수 있으므로 오히려 산업발전이나 문화발전에 나쁜 영향을 줄 수 있다.

둘째, 특허법이나 저작권법과 같은 창작보호법에서 부여하는 권리는 창작자 개인의 재산적 이익 보호를 주목적으로 하는 사권적 성격이 강하고 형사소추의 경우에도 권리자의 의사를 존중하는 것이 바람직하므로, 절도죄나 사기죄와 같이 그 자체가 반윤리적, 반사회적 성격을 갖는 일반재산범죄의 자연범과는 달리 그 자체가 반사회적이라기보다는 산업발전을 위한 정책적 목적 달성을 위한 법정범이라는 점에서, 이를 비친고죄로 전환하는 것은 우리나라의 창작보호법 체계에도 어울리지 않는다.

셋째, 우리나라의 지적재산권법은 국제적인 영향을 많이 받아 지금까지 변모해 왔는데, 그 배경에는 1980년대 이후부터 줄곧 지적재산권 제도를 국내외적으로 강화해 온 미국의 압력이 크게 작용하였다. 또한, 최근에는 일본에서도 지적재산입국을 천명하며 권리자 보호를 위한 제도 강화를 추진하고 있는데, 이러한 상황에서 우리나라에서 지적재산권 범죄를 비친고죄로 전환할 경우 미국이나 일본과 같은 선진국에서 자국의 기업이 우리나라에서 보유하고 있는 지적재산권의 침해에 대한 대대적인 단속을 우리 정부에 요구할 것이고 이것은 통상마찰이나 국내산업 위축으로 이어질 가능성이 높다.

넷째, 특허권이나 저작권의 침해자를 처벌하기 위해서는 권리의 범위를 해석해야 하는데, 특허권과 저작권은 그 권리 자체가 기본적으로 불확정 개념을 사용하고 있기 때문에 권리의 범위를 판단하기가 매우 어렵고, 등록된 특허권이라고 하더라도 특허심판, 소송 과정에서 무효로 된 사례도 많이 있으므로 권리의 유효여부에도 변동가능성이 높다. 따라서, 검찰이나 경찰에서 침해행위를 스스로 인지하여 이를 수사한다는 것은 현실성도 거의 없고 위협할 수도 있다.

다섯째, 지적재산권 침해행위는 원래 민사적 색채가 강하여 권리자는 피해의 예방, 회복을 먼저 구하고 침해자에 대한 처벌은 보완적이고 차선책의 의미가 있다. 특히, 현행 특허법과 저작권법은 침해자의 과실을 추정하는 규정, 생산방법의 추정 규정, 손해배상액의 추정 규정을 마련하여 민사적 보호 체계가 매우 발달되어 있다. 이처럼 현행 법체계에서 권리자가 민사적으로 분쟁을 충분히 해결할 수 있는 데에도 불구하고 권리자의 의사를 전혀 고려하지 않고 처벌여부를 결정지을 수 있도록 하는 제도는 그 필요성에 의문을 제기하지 않을 수 없다. 또한, 권리자는 예컨대, 사업목적상 가해자의 처벌을 원하지 않음에도 불구하고 수사기관이 임의로 수사·처벌하게 되면 권리자는 오히려 예상하지 못한 손해를 입을 우려가 있다.

나. 비평

이 토론자가 주장한 대로, 지적재산권 침해행위는 원래 민사적 색채가 강하여 권리자는 피해의 예방, 회복을 먼저 구하고 침해자에 대한 처벌은 보완적이고 차선책의 의미가 있다는 데 공감한다. 다만, 토론자의 주장 중에서 견해를 달리하는 부분을 몇가지 지적하고자 한다.

토론자는 현행 특허법과 저작권법에는 침해자의 과실을 추정하는 규정, 생산방법의 추정 규정, 손해배상액의 추정 규정 등을 마련하여 민사적 보호 체계가 매우 발달되어 있다는 점을 강조하고 있다. 그러나, 이런 현행법 체계 하에서도 권리자가 민사적으로 충분히 구제받지 못하는 경우가 제법 발생하는 것이 엄연한 현실이다. 침해자가 민사재판의 지연책을 동원하면서, 침해의 증거를 인멸하거나 도피 등으로 피해구제의 시일을 놓치는 경우도 적지 않다.

또, 토론자는, 권리자가 예컨대 사업목적상 가해자의 처벌을 원하지 않음에도 불구하고 수사기관이 임의로 수사·처벌하게 되면 권리자는 오히려 예상하지 못한 손해를 입을 우려가 있다고 지적하고 있으나, 친고죄 조항을 삭제한다고 해서, 수사기관이 권리자의 의사를 전혀 고려하지 않고 처벌여부를 결정하는 제도로 바뀌는 것이라고 보는 인식에는 동의하기 어렵다.

친고죄 조항은 본래 소송절차에 관한 규정에 불과하다. 즉, 범죄의 성립요건이 아니라, 범죄가 성립됨을 전제로 이를 소추할 때 피해자의 의사를 다시 확인해 본다는 절차적 의미만 있는 것이다. 형법상 절도죄를 비롯한 모든 재산적범의 침해 범죄가 그러하듯이 권리자의 동의 여부는 피해자의 처벌여부에 관건이 되는 핵심적 구성요건이다. 즉, 피해자의 승낙이 있으면 위법성이 없어지므로 범죄 자체가 성립되지 않을 것이다. 따라서, 수사기관에서 권리자의 의사에 반하여 형사처벌에 나설 염려는 전혀 없다고 보아도 된다. 다만, 권리자가 자신의 권리를 포기하지는 않았지만 국내유통망 구축, 불법복제 예방 등의 자구노력을 기울이지 않은 경우까지 수사기관에서 자발적 단속에 나설 경우 부작용이 예상되므로 그 단속의 합리적 경계선에 관한 실무적 연구, 검토가 선행되어야 할 것이다.

한편, 이 토론자는 특허권이나 저작권의 침해자를 처벌하기 위해서는 권리의 범위를 해석해야 하는데, 특허권과 저작권은 그 권리 자체가 기본적으로 불확정 개념을 사용하고 있기 때문에 권리의 범위를 판단하기가 매우 어렵다는 점과 등록된 특허권이라고 하더라도 특허심판, 소송 과정에서 무효로 된 사례도 많이 있으므로 권리의 유효여부에도 변동가능성이 높다는 점을 지적하면서, 검찰이나 경찰에서 침해행위를 스스로 인지하여 이를 수사한다는 것은 현실성도 거의 없고 위험할 수도 있다는 견해를 펼치고 있다.

이 역시 쉽게 동의하기는 어렵다. 특허권침해죄의 범죄 구성요건 해당여부에 대한 수사 및 기소여부 판단은 법률에 의해서 검사에게 부과된 권한이자 책무이다. 권리의 범위에 대한 판

단에 과학기술적 지식이 많이 필요한 것은 사실이지만, 그렇다고 해서, 검사나 경찰 등 수사기관이 특허등록원부에 기재된 청구범위의 해석 판단을 할 수 없다는 것은 논리의 비약이다. 지재권침해 사건에 대해서 친고죄로 규정하고 있는 이유는 수사기관 측의 비전문성 때문이 전혀 아니며, 단지 피해자의 의사를 존중하겠다는 입법정책 때문인 것이다. 실무상으로, 검사는 특허사건 등 과학기술적 지식이 많이 필요한 사건은 여러 객관적 감정이나 전문가 의견 청취결과 등을 종합하여 합리적인 해석을 하기 위해 노력하고 있다. 또, 지재권전담부서 및 전담검사의 지정을 비롯한 검찰 전문화를 위한 조치를 취해나감으로써 특허사건 등의 올바른 해결을 도모하고 있다. 따라서, 우리 국민의 법의식과 경제현실이 구태여 친고죄의 유지를 원하지 않는다면 언제든지 국회에서 입법개정을 통해서 삭제하여도 무방하다는 게 보다 타당한 시각일 것이다.

또한, 단속이나 수사의 효율성을 높이기 위해서는 특허청과 같은 전문기관의 협조를 받거나 특허청 자체에서 단속조직을 운영하여야 하는데, 이것은 불필요한 행정력의 낭비를 초래할 것이라는 지적도 마찬가지이다. 검찰이나 법원 등 사법기관에서는 공정한 수사과 재판을 위하여 당사자 양측의 주장과 입증을 경청하여야 하며, 그 진위를 가려내기 위하여 특허청이 아니더라도 민관의 여러 전문기관으로부터 감정 그밖에 여러 형태의 협조를 받을 수 있다. 특허청 자체에 단속조직을 운영할 필요가 있을는지, 불필요한 행정력 낭비일지는 특허청 측의 내부적 검토가 있어야 할 일이라 하겠다. 그러나, 특허청이 이미 위조상표나 부정경쟁행위 등 공익적 성격이 뚜렷한 범죄에 대해서 조사기능을 수행하고 있는지 이미 오래 되었다. 우리나라가 IT, BT, NT 등 첨단산업 발달로 특허권의 공익성이 점차 높아지는 추세에 있음에 비추어 볼 때, 국가경쟁력의 확보 내지 유지책의 일환으로 친고죄 조항을 폐지하고 단속조직을 특허청에 두는 것이 더 유리한 시대가 의외로 빨리 다가올지도 모르겠다.

끝으로, 이 토론자는 현재의 상황에서 우리나라가 지적재산권 범죄를 비친고죄로 전환할 경우 미국이나 일본과 같은 선진국에서 자국의 기업이 우리나라에서 보유하고 있는 지적재산권의 침해에 대한 대대적인 단속을 우리 정부에 요구할 것이고 이것은 통상마찰이나 국내산업 위축으로 이어질 가능성이 높다는 점을 지적하고 있다.

그러나, 15년간의 범조실무 경험에 비추어보면, 미국, EU 등 선진국가와 통상마찰은 우리나라가 국내법이나 국제협약에 따른 범집행을 소홀히 할 때 주로 빚어졌으며, 법의 규정과 정신에 따라 제대로 집행한 경우에는 그 결과가 상대국가 또는 기업의 의도에 만족스럽지 못하더라도 충분히 설명할 수 있었다. 친고죄 조항의 경우는 대륙법계 제도가 영미법계의 비친고죄 제도보다 반드시 우월하다고 단정할 수는 없다. 그러나, 한국의 법제도가, 대륙법계 전통을 존중하여, 친고죄 조항의 준치를 택하고 있는 이상, 미국정부도 이의 개폐 문제를 통상압력의 대상으로 삼지는 않아왔다. 1990년대 초경 위조상품이나 불법복제문제가 너무 성행할 때 이 문제를 제기하였으나, 한국정부 및 검찰의 지재권 보호정책이 엄정함을 구체적 사건처리를 통해서 확인한 다음에는, 친고죄 조항의 준치가 불법의 방치를 의미하지 않는다는 신뢰를 유지하고 있다. 즉, 친고죄 조항의 전면폐지를 요구하는 미국측의 통상압력은 지난 10여년간 존재하지 않았다는 뜻이다. 다만, 우리의 국익 측면에서 공익성이 새롭게 부각되는 첨단 특허기술 유출 문제, 인터넷상 S/W불법복제 창궐문제 등 개별적인 현안에 관하여 친고죄의 존속 여부를 재검토한다는 국내적 문제만이 고려대상이라고 할 수 있다.

일본도 자국의 첨단산업 경쟁력 우위를 확보하려는 차원에서 특허권 침해의 친고죄 조항을

삭제하였으나, 우리나라에게 동일한 입법개정을 요구하고 있지는 않다. 우리나라도 21세기에 들어와서는, 일본처럼 전반적인 산업구조가 첨단화 하는 과정에 있어서 지적권의 소중함이 날로 강조되고 있으며, 그 공익성을 강화한다는 측면에서 친고죄 조항을 축소 적용하는 경향에 접어들었다고 볼 수 있다. 다만, 경제구조의 양극화 현상에 따라 재래 산업에 끼칠 부정적 요인을 어떻게 타개할 것인가. 지적권보호 강화를 통해서 부담하게 될 사회 비용증가가 얼마나 될 것인가는 전적으로 법경제학자들의 치밀한 분석결과에 의존하여야 할 것이다. 이제는 우리나라 국회가 국내외 요인을 모두 고려하여 합리적인 입법정책을 선택하여야 할 단계가 되고 있다.

4) 지적재산권법상 친고죄 조항은 유지되어야 한다는 견해 9)

가. 토론개요

이 토론자는, 지적재산권법상 친고죄 조항은 그대로 유지되어야 한다고 주장한다. 그의 주장은 지적재산권의 본질론에서 출발한다. 즉, 지적재산은 개인의 권리이기도 하지만, 그 누구도 자신의 지적재산에 대해 완전히 배타적인 권리를 주장할 수 없는 것이 또한 사실이라는 것이다. 다른 사람들의 지적 산물에서 완벽하게 독립적일 수 없기 때문에 사실상 지적재산의 다수는 사회적 산물이라고 할 수 있는 성격이다. 인간의 지적 활동은 수많은 다른 사람들의 성과와 아이디어 등을 의식적 또는 무의식적으로 수용한 결과라는 점이 우선 고려되어야 한다. 따라서 지적재산권법은 그 본래의 목적인 창작자나 발명자의 독점적 권리를 인정한다는 것과 그 창작물의 공개를 통해 더 많은 사람들이 문화적 또는 기술적 성과를 함께 나눌 수 있도록 해주어야 한다는 두 가지 목적을 달성하기 위한 것이며, 그러한 목적 달성을 위한 수단은 최대한 권리자와 이용자 양자의 자율적 판단과 양심에 근거한 합리적 행동에 근거해야 한다는 것이다.

그의 견해에 의하면, 지적재산권법에서 친고죄 조항을 폐지하고자 하는 것은 시민들의 자기 권리에 대한 선택권을 제한하는 결과를 가져올 것이라 한다. 따라서, 과도한 개입이 오히려 지적재산권법이 의도하는 바 자유롭고 활발한 창작을 억제할 것이다.¹⁰⁾ 창과 방패의 대결 양상으로 보여지는 지적재산권 보호와 이용이라는 서로 모순되는 것처럼 보이는 두 권리에서 파생되는 문제를 해결하는 유일한 방법은 처벌이 아니라 '햇볕정책'과 같이 권리침해가 필요없는 사회적, 문화적 기반을 마련하는 것이어야 한다. 국가는 시민들의 건실한 양식과 자치능력을 믿고 스스로 문제해결 능력을 키워가도록 돕는 일을 먼저 생각하기 바란다는 권고 의견을 내고 있다.

그의 논거를 구체적으로 보면,

첫째, 권리자 스스로 권리를 주장하지 않을 권리를 무시하는 조치이다

9) 이 용 훈, 도서관문화비평가, 한국도서관협회 기획부장

10) 위 토론자는, 최근 '산업기술유출방지및보호지원에관한법률(안)'이 국회에서 논의되는 과정에서 기술유출 방지를 위해 과학기술인들에게 전직 및 겸직금지 등을 포함한 보안 준수 서약을 요구하는 내용이 포함된 것과 관련하여, 정작 과학기술인들은 이러한 조치가 자신들의 사기를 떨어뜨릴 뿐 아니라 기업들의 연구개발과 해외협력 활동을 위축시킬 것이라는 이유로 반대의사를 표명하였다는 것에 비교하면서, 과도한 규제는 또다른 편법과 규제를 피하는 방법만을 양산해 낼뿐이라고 강조한다.

지적재산권법상 친고죄를 폐지할 경우, 자신의 권리를 요구하지 않는 많은 권리자들의 자유로운 의사에 반하는 결과를 가져오게 된다. 그것은 결국 친고죄를 폐지하고자 하는 의도와도 배치되는 것이다.

둘째, 지적재산권 보호를 위해 더 우선되어야 할 것들이 있다.

국가가 시민들의 자율성과 자치능력을 과도하게 침해하는 것으로 생각되는 친고죄 조항 폐지를 추진하는 것은 현 민주주의 시대정신과도 부합하지 않는다. 국가는 손쉽게 사법적 권리를 행사하는 방법을 선택하기에 앞서, 시민들이 자율적으로 스스로의 문제를 풀어갈 수 있는 방법을 우선 생각하는 신중함을 가지기를 바란다. 우리나라에서 문제가 되고 있는 저작권 침해 논란은 제도적 장치 미비에 근본적인 원인이 있다고 보기 어렵다. 권리자 스스로 자기 권리 보호에 대한 의식도 미비하고 사회 문화적으로도 사적 재산권에 대한 인식이 강하지 않은 점 등을 개선하기 위한 노력이 먼저 선행되어야 할 것이다.

셋째, 오히려 정보의 자유로운 활용을 위한 제도적 장치 마련이 중요하다.

국가는 과도한 개입에 나서기 보다 더 많은 시민들이 지적 창작물을 더 자유롭게 이용하고, 이를 통해 새로운 창작물을 생산해 낼 수 있도록 하는 선순환 구조를 만드는 일에 나서야 할 것이다. 권리자나 이용하는 시민들의 저작재산권에 대한 이해 수준이 높다면 보다 자율적으로 권리의 사용이나 양도 등이 활발하게 이루어질 것이다. 따라서 국가는 이러한 민간차원의 자율적 관리체제를 지원하기 위한 지원책을 마련하는 것이 더 바람직할 것이다.¹¹⁾

이러한 시민사회의 자발적 노력에 대응해서 국가는 공공성을 갖춘 다양한 정보공유 수단, 즉 도서관과 같은 공적인 정보공유 수단을 확대하는 것이 보다 효과적인 대응책이 될 것이다. 지적재산권 분야에서 선진적인 운용을 하고 있는 나라들은 하나같이 잘 갖추어진 도서관 시스템을 가지고 있다. 이러한 시스템을 통해 시민들이 특별히 타인의 권리를 침해하지 않고서도 필요한 정보나 창작물을 이용할 수 있도록 돕고 있다. 물론 그 과정에서는 엄격한 권리보호 장치를 작동시켜 권리자와 이용자 모두를 보호하도록 하고 있다. 우리나라가 이와 같은 공적인 시스템이 제대로 마련되지 않았던 것이 지적재산권 보호 노력을 약화시켜 왔다는 생각이다. 어렵지 않게 필요로 하는 창작물을 이용할 수 있는데, 굳이 고소를 당할 수 있는 권리침해 행

11) 이 토론회는, 최근 시민사회단체가 주도하고 있는 '정보공유라이선스'(<http://www.freeuse.or.kr/>) 사용 시도를 들면서, 이것이 지적재산권과 관련한 문제를 풀어가는데 있어 긍정적 사고와 개인의 의사를 존중하는 바람직한 방안이라는 의견을 제시하였다. 그런데, 정보공유 라이선스는 원래 미국 스탠포드 대학교의 저작권법 주임교수인 Lessig 교수가 창설한 creativecommons licence를 모방한 것이다. Creative Commons Licence는 "이용허락(License)"계약을 체결하기 위한 일종의 표준약관과 같은 것이다. 저작권법 제42조에 의하면 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있고, 이용허락을 받은 자는 "허락 받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서" 저작물을 이용할 수 있다. 보통 그러한 이용허락은 당사자간의 개별적인 계약을 통하여 이루어지는데, 이와 달리 실제 많이 쓰일 것으로 예상되는 '이용방법 및 조건'들을 골라내어 이를 적절히 조합한 다음 몇 가지 유형의 표준 라이선스를 마련함으로써, 저작자는 그중 원하는 라이선스를 선택하여 저작물에 첨부하고 이용자는 첨부된 라이선스를 확인 후 저작물을 이용함으로써 당사자 사이에 개별적인 접촉 없이도 그 라이선스 내용대로 이용허락의 법률관계가 발생하도록 하는 시스템이다. 이 creative commons licence는 한국, 일본, 대만 등의 아시아국가, 독일, 프랑스, 이태리 등의 유럽국가, 미국, 캐나다, 브라질 등의 미주 국가 등 14개국이 Creative Commons License 시스템을 완성하여 운영하고 있고, 영국, 중국, 이스라엘 등 10개국에서 준비중에 있다. Creative Commons License는 각 국가마다 그들 고유의 법체계에 따른 몇 가지 수정이나 추가가 이루어지는 외에는 기본적으로 공통된 라이선스 내용과 방식을 갖고 있을 뿐만 아니라 각 국가의 언어와 함께 영문으로 작성되어 게시되므로 자국민이 아닌 자도 그 나라의 저작물에 대한 license를 쉽게 이해하고 그에 맞추어 저작물을 이용할 수 있는 장점이 있다. 우리나라에서는 2005년 3월21일 한국정보법학회의 주도로 'Creative Commons Korea' (<http://www.creativecommons.or.kr>)를 설립하였다.

위를 할 사람이 얼마나 되겠는가. 지적재산권 문제는 처벌이 아니라 더 자유로운 이용이 가능하도록 함으로써 더 잘 보호될 수 있을 것이라고 믿는다.

나. 비평

이 토론자의 의견대로 국가는 처벌보다 다양한 정보공유 수단을 확대하는데 주력해야 한다는 데 공감한다. 우리나라는 도서관 등 공적인 정보공유 시스템이 부실하다는 문제점 지적도 일리가 있겠다. 그러나, 이런 주장은 지적권 보호라는 법률적 이슈가 아니라, 저작물의 왕성한 활용이라는 문화적 측면에서 바라본 견해라고 할 수 있다.

이미 자신이 보유한 지적권을 현실적으로 침해당한 권리자의 경우, 과연 어떠한 절차를 통하여 구제받을 수 있는가 하는 것은 별개 문제이다. 토론자도 최근 지적재산권 침해가 빈번해지고 그 피해규모도 커지고 있는 것은 사실이며, 따라서 이러한 침해를 방지하지 않고서는 국가경제나 개개인의 사적 재산을 보호하기가 어려울 것이라는 데에 동의하고 있다.

실제, 최근 벌어진 소리바다, 벅스뮤직 사건 뿐만 아니라, 각종 첨단 기술의 불법유출 사건 등에서 보듯이 인터넷 시대의 지적권 문제는 그 규모나 내용 측면에서 복잡다기하여 그 분쟁 해결에는 민형사상의 모든 절차가 총동원될 수밖에 없는 형편이다. 냉엄한 국내외 산업경쟁 체제와 국제통상 현실 속에서 한국의 첨단 성장동력 산업을 발전시켜나가야 한다는 국익 문제도 내포되어 있다.

이처럼 지적권 분쟁이 늘어가는 추세속에서 형사처벌은 바람직하지 않으니까 자제되어야 한다는 문화론적 담론에만 머무를 수는 없다. 법조계의 책무는 분쟁이 발생한 경우, 신속, 공정한 해결책을 내주는 것이다.

원론적으로 이 토론자의 의견을 이상적이라 여기면서도, 우리 사회가 법적인 분쟁해결 수단만큼은 빈틈없이 갖추어 나가야 한다는 측면에서 볼 때는 친고죄의 존재 문제가 논의대상이 될 수 있는 것이다.

5) 친고죄 조항의 폐지는 반국민적 입법이므로 부당하다는 견해¹²⁾

가. 토론 개요

이 토론자는, 지적재산권에 친고죄 조항을 둔 이유는 지식의 공적 성격과 사적 성격 사이에서 균형을 찾기 위한 노력의 산물이었다는 점을 지적한다. 친고죄 폐지론은 지적재산권이라는 사익을 지키기 위해 국가로 하여금 국민 전체를 감시하도록 하는 반국민적 입법론이며, 모든 국민을 노골적으로 협박하는 극도로 편의주의적인 입법론이라는 것이다. 이 토론자는 '감시와 처벌'로 모든 문제를 해결할 수는 없다는 점을 강조하는 바, 친고죄 폐지 입법 움직임에 대한 가장 강력한 반대의견이라 하겠다.

이 토론자는, 비친고죄로 개정하자는 주장의 문제점을 아래와 같이 정리하고 있다.

비친고죄로 할 때 권리자의 자구노력과 사적분쟁조정절차를 통한 분쟁 해결의 소지가 차단되어 오히려 권리자의 보호에 바람직하지 못한 결과가 초래될 수도 있다.

현행법에서는 권리자가 고소 취소를 조건으로 합의배상금을 받아낼 수 있는데, 비친고죄로

12) 홍 성 태 상지대 교양과 교수·사회학, 정보공유연대 대표

하면 형사소추절차에 있어서 피해자인 권리자에게 절차참여권이 없으므로 권리자가 형사절차를 자신의 권익구제에 적절히 이용하는 것에 장애가 될 수 있다.

수사 불경제를 초래할 수 있다. 비친고죄로 되면 당사자간 합의에 따른 고소취소에도 불구하고, 일단 개시된 형사소추절차는 범죄 혐의를 명백하게 하기 위해 수사나 재판을 계속할 수밖에 없어서, 형사소추기관의 업무부담이 가중될 것이다. 또한 특허권이나 저작권의 침해 여부를 판단하는 것은 매우 어려운 일인데, 합의금을 받고 분쟁이 종식되어 더 이상 권리자의 이익 보호를 위해 필요하지도 않은 일에 수사기관과 사법기관이 노력을 기울여야 하는 불합리가 발생한다.

수사기관의 수사권 남용의 가능성도 배제할 수 없다. 특정 기업이나 개인이 권리 침해를 이유로 표적 수사의 대상이 될 수 있거나, 필요 이상의 단속을 실시해 기업활동의 자율성을 침해하거나 수사과정에서 기업비밀이 노출될 수도 있다.

컴퓨터프로그램의 경우에 관련 기업들은 자사의 프로그램이 널리 보급되어 사용자들 사이에서 표준화되는 '네트워크 효과'를 확보하고자 한다. 이런 상황을 무시하고 직권으로 사용행위를 단속하고 처벌하는 것은 오히려 권리자의 의사에 반할 수 있다.

나. 비평

먼저, 비친고죄로 하면 형사소추절차에 있어서 피해자인 권리자에게 절차참여권이 없으므로 권리자가 형사절차를 자신의 권익구제에 적절히 이용하는 것에 장애가 될 수 있다는 토론자의 지적에 관해서 본다. 형사소송법상 범죄 피해자의 고소는 수사당서에 해당한다. 형사소송법상 수사기관이 범죄수사에 착수하는 단서는 수사기관의 자발적인 인지(認知)와 피해자의 고소(告訴)로 양분된다. 만일 비친고죄라면 인지수사가 가능해 질 것이지만, 지적재산권침해와 같은 재산적 법익 사건은 피해자의 의사를 전제로 하지 않고 수사할 여지가 없다. 만일, 합의금을 받고 분쟁이 종식되어 더 이상 권리자의 이익보호를 위해 필요하지 않게 되었다면, 검찰에서는 곧바로 불기소 처분할 것이며, 법원에서도 중요한 정상참작의 자료로 채택될 것이다.

수사기관의 수사권 남용 가능성이 있으나, 이는 친고죄 조항의 존부에 직접 관련된 문제는 아니라고 본다. 친고죄 조항이 존치되어 있는 지금도 수사기관은 언제나 자신의 권한남용을 막을 자체 감찰의 필요성은 마찬가지이다. 비친고죄로 개정되면, 수사절차와 방식이 다소 변경되지만, 근본적인 측면에서는 소추절차를 일부 완화하는 것일 뿐, 표적수사나 필요이상의 단속을 실시하는 빌미가 될 수는 없다.

도리어, 첨단산업 기술 불법유출 문제 등 민감한 국가적 이슈를 해결함에 있어서, 수사기관이 친고죄의 고소기간 제한이나, 정식 고소장 제출이라든지, 형식에 구애됨이 없이 충분한 법적, 기술적 검토를 거쳐서 범죄혐의를 살펴 볼 기회를 제공할 수 있다는 장점도 있다.

검찰을 비롯한 수사기관의 건전한 공직풍토나 국민의 향상된 법의식 수준에 비추어볼 때 토론자의 우려와 같이 자의적 수사권발동으로 악용될 소지는 없다고 본다.

컴퓨터프로그램의 경우에 관련 기업들은 자사의 프로그램이 널리 보급되어 사용자들 사이에서 표준화되는 '네트워크 효과'를 확보하고자 하는데, 이런 상황을 무시하고 직권으로 사용행위를 단속하고 처벌하는 것은 오히려 권리자의 의사에 반할 수 있다는 지적도 하고 있으나, 이에 관해서는 한국의 수사기관이 그동안 수사경험을 많이 축적하여 freeware나 shareware에 대한 불필요한 처벌에 나설 수준은 넘어선지 오래이다.

토론자는, 친고죄 폐지입법 논의에 대해 중국 '상앙의 고사'를 들어가면서 반대의견을 분명

히 하고 있다. 그러나, 이런 견해는 지재권 보호에 대한 법의 역할을 부정하거나, 오해하고 있다는 느낌을 금할 수 없다. 지재권 보호를 위한 형사구제절차는 국가가 국민의 권리보호를 보다 확실히 보장하기 위한 법적 보호장치일 뿐이다. 손해배상, 가처분절차 등 민사상 구제절차와 마찬가지로 불법 침해자에 대하여 응분의 불이익을 줌으로써 피해 회복 및 분쟁해결을 도모하려는 것이다. 이런 형사상 구제절차의 구체적 요건을 친고죄로 할 것인가 아니면 비친고죄로 할 것인가는 양쪽 의견 모두를 경청해 볼만한 입법정책의 문제일 뿐, 어느 한쪽이 반국민적 입법이라고 단정지을 일은 아니라 본다.

III. 필자의 견해

1. 개요

친고죄 조항은 지재권의 본질상 반드시 필요한 조항은 아니다. 입법정책상 어느 쪽이나 선택가능한 입법자의 결단 문제일 뿐이다. 따라서, 국회에서 입법에 의해서 얼마든지 개폐할 수 있는 문제이다. 문제는 지재권 보호인식 실태와 우리나라의 대내외 경제여건에 달려 있다. 우리나라 산업구조가 1980년대 2차 산업, 제조업 위주의 경제구조를 가지고 있을 때는 친고죄 유지가 당연한 이론이었을 것이다. 그러나, 21세기에 들어와서 첨단 IT, BT, NT기술 보유 늘어 가는 추세와 인터넷 보급 및 활용측면에서 세계 최일류로 성장한 시대여건에 비추어 종래의 수세적 입법태도를 수정할 필요성이 점점 커지고 있다. 따라서, 권리자 보호위주의 정책으로 전환하여 적극적 보호강화 입법을 도입하자는 주장이 점점 세력을 얻어가고 있는 형편이다.

그러므로, 이하에서는 양측의 팽팽한 견해의 중간선에 서서, 수사기관의 입장을 위주로 친고죄 조항의 효용과 한계점을 설명해 보고자 한다.

2. 친고죄 조항은 우리나라 법 풍토에서는 아직 필요하다.

형사소송법 절차 내에서 친고죄 조항의 지위는 이른바 ‘소추요건’이라는 것이다. 검사가 공소를 제기하는 데 있어서 피해자의 소추의사가 있을 것을 반드시 요구한다는 의미이다. 검사는 공익의 대표자이니까, 구태여 공소권 행사 여부를 이런 개인의 소추의사에 연결시키는 것은 예외적 조치라 하겠다.

지적재산권이 비록 사권(私權)이라고는 하지만, 공공재(公共財)적 성격도 무시할 수 없으므로, 이런 소추요건을 삭제할 것인가 여부는 전적으로 입법정책의 문제일 뿐, 반드시 어느 한쪽이 옳다는 견해는 성립하기가 어렵다.

다만, 필자는 우리나라의 법 풍토하에서 친고죄 조항은 많은 순기능을 보유하고 있다는 지적을 하려는 것이다. 우리 사회에 널리 퍼져있는 고소남용 풍토를 적절히 통제하는 방과제 역할을 담당하고 있다. 실제, 대한민국 건국이후 오늘날까지 우리 국민들은 형사고소 절차를 대단히 좋아하는 경향을 보이고 있다. 남에게 돈을 빌려준 다음 되돌려 받지 못한 경우 법원에 변제청구소송을 해야 마땅할 것인데도, 사기죄로 형사고소한 뒤 검찰에서 변제합의를 요구하는 것을 비롯하여 형사고소 남발의 폐해는 자못 심각하다. 우리나라는 형사 고소가 너무 많은 게 흠인 나라이다.

이런 현상은 지적재산권 분야도 마찬가지이다. 한국과 일본의 지적권 단속실적을 비교해 보면, 특허 등 산업재산권 출원, 등록건수는 일본 쪽이 우리보다 훨씬 많은데도, 막상 침해당해서 고소하는 비율은 거꾸로 우리 쪽이 일본 쪽을 10배나 상회하는 형편이다. 그만큼 지적권 존중 풍토가 박약하다는 지적도 있을 수 있으나, 분쟁해결의 수단을 피해자 스스로 선택할 수 있는 현행 법체제 하에서 가처분이나 손해배상청구 등 민사절차보다 형사고소를 더 앞세우려는 국민 전반의 법의식 때문이라 파악하는 것이 보다 정확할 것이다.

이런 사회 현상에 대응하여, 국민의 법의식 수준이 낮으니 검찰에서 계몽적 차원에서 적극적인 민원해결에 나서라는 주문을 받아온 것 또한 사실이다. 그러나, 수사기관에 대한 과도한 기대치와 의존도가 검찰로서는 부담스러운 것이다. 일선 경찰이나 지방자치단체에서 처리할 만한 일도 웬만하면 검찰로 직접 고소 제출하는 경향도 심각한 형편이다.

우리나라의 경우, 선진 각국에 비해서 모방 특허로 인한 분쟁소지가 훨씬 많으며, 그만큼 권리자들도 민사절차보다는 더 공세적인 형사고소를 적극적으로 활용하는 편이다. 이런 법풍토는 친고죄 조항이 있으나 없으나 마찬가지라고 볼 수 있다.

우리의 법풍토는 세계에서 유례를 찾아보기 힘들 정도로 형사고소를 선호하는 편이므로, 만일 당장 친고죄 조항이 폐지되면, 지적권침해사건의 처벌을 강화하라는 목소리는 더욱 커질 것이고, 이것은 곧 단속건수의 급증으로 나타날 것이 틀림없다. 단속실적을 권리자 집단의 이익 충족에 부응할 정도로 거두려면 검찰, 경찰을 비롯한 담당 수사기관의 인력과 조직을 대폭 증원하는 것이 불가피할 것이다. 이런 조직 확충 조치 없이 방과제 조항만 폐지해 버리면 수사기관도 업무 폭주로 인해서 발생사건을 다 감당하지 못하는 사태마저 예견된다.

일본 정부는 1998년 특허법 개정으로 침해범죄를 비친고죄로 개정하였다.¹³⁾ 우리나라에서도 친고죄 폐지를 바라는 분들은 최근의 일본 특허법 개정 동향을 듣고 있지만, 일본과 우리는 법풍토가 판이하다는 점을 생각하여야 한다. 일본 정부의 법개정 의도는 아마도 21세기 들어서면서 선진 각국이 첨단산업분야의 치열한 각축 속에 있기 때문일 것이다. 각국마다 자국의 지적재산을 극대화하려는 경쟁을 가속화하는 가운데, 지적재산권 수호가 일본의 국익에 부합한다고 판단하여 국가 수사기관에 의한 직권수사의 길을 터준 것으로 짐작된다. 미안하게도, 필자는 아직 일본의 특허법상 친고죄 폐지이후 특허권침해 사건 입건비율이 얼마나 늘었는지 통계를 파악하지 못했다. 그러나, 우리나라가 특허권 침해죄의 친고죄조항을 폐지하는 조치를 취하려면, 먼저 일본의 특허법위반 사건 발생 증감 추이를 상당기간 동안 살펴보고, 그 장단점을 따져보는 여유가 필요할 것이다. 물론, 우리나라와 다른 법의식과 고소풍토까지 감안하여야 할 것이다.

3. 친고죄 조항은 법과 기술의 충돌 문제에 완충 역할을 한다.

최근 여러 해 동안 논란을 거듭하고 있는 ‘소리바다’ 사건을 예로 들어 보겠다. 몇해전 소리바다 P2P 정보공유 서비스가 등장해서 MP3파일이 널리 무단 공유되자 음반업자들은 검찰에 저작권법위반으로 형사고소를 제기했다. 거의 동시에 민사 가처분신청도 하고, 이어서 손해배상청구 등 민사본안 소송이 줄줄이 이어졌다. 민사소송에서는 음반업자들이 대체로 승소장구하고 있다. 가처분신청 사건에서 승소하여 소리바다의 운영 자체를 금지시켰으며, 손해배상

13) 일본 平成10년(1998) 5.6. 법률51호 특허법 제196조 2항의 친고죄 조항 삭제.

소송에서도 대부분 승소를 하였다.

반면에 형사사건에서는 음반업자들은 별로 만족을 얻지 못하고 있다. 사건을 접수한 검찰은 나름대로 면밀한 수사를 거쳐 소리바다 운영자 2명에게 저작권법위반 혐의가 인정된다고 판단해서 불구속 구공판이라는 단안을 내렸다. 이 공소제기 결정은 세계적으로 앞선 결정이었으며, 정보통신 기술의 비약적 발전에 따라 복잡하게 얽혀진 이해관계를 형사적으로 해결하는 선례의 가치가 있었다. 그런데, 법원에서는 소리바다 운영자 2명에 대해 항소심에서 무죄판결을 선고하였다. 검찰은 유죄판결을 획득하기 위하여 대법원에 상고하였으나, 이미 ‘소리바다 3’라는 새로운 P2P 서비스가 등장하여 ‘소리바다 1’에 대하여 겨우 유죄판결을 받아낸다 하더라도 목은 승리에 지나지 않게 되었다.

법원은 소리바다 사건에 있어서 음반업자들의 저작권접권 보호에 관하여 왜 이런 양면적 태도를 취하는가? 검찰 측에서 보면 유죄가 분명함에도, 재판이 거듭 지연되다가 무죄선고가 이루어진 이유는 바로 법과 기술의 충돌을 가능하면 피해보려는 재판부의 의도가 아닐까 싶다. 새로운 과학기술에 대하여 법의 심판을 앞세우는 것은 바람직하지 않다는데 이의가 없을 줄로 안다. 더구나, 민사재판과 달리 인신 구금이나 사회적, 인격적 비난의 의미를 담고 있는 형사 처벌을 하는 데 있어서는 훨씬 신중해야 함은 물론이다.

그렇다면, 당초부터 음반업자들은 형사소송을 통해서보다는 민사 가치분과 본안소송에 의하여 이 문제를 풀어나가는 것이 더 바람직했을 것이다. 형사고소를 통하여 음반업자나 음악저작권자, 음원 제작자들이 얻은 이익은 과연 무엇이겠는가? 소리바다의 부도덕성과 불법성을 부각시키고, 사회 일반의 저작권에 대한 관심을 고조시킨 것이 큰 소득이라고 하겠다. 하지만, 우리 사회가 성숙한 사회라면 이런 성과는 민사소송을 통해서도 얼마든지 거두어들이 수 있었을 것이다. 더 나아가서 소송전 조정, 합의를 통해서도 얼마든지 공통의 이익을 도출해 낼 수 있었을 것이다.

친고죄 조항이 운용되고 있는 현재에도 이런 상황이라면, 만일 친고죄 조항이 폐지되는 경우, 검찰의 직권단속을 요구하는 저작권자의 목소리가 더 높아져도, 이를 합리적으로 조절할 수 있는 방과제가 사라지는 결과가 될 것이 염려된다. 결국 저작권자의 열렬한 단속 요청과 주임검사 개인의 주관적 판단이 결합하는 경우 정보통신 전반에 걸쳐 빚어질 부작용에 대한 신중한 검토가 필요하다.

IV. 마무리

지적재산권 관련범죄를 자주 다루어온 수사실무자 중의 한 사람으로서, 친고죄 조항 폐지 움직임에 대하여 일단 신중한 행보를 권고하고 싶다.

현재 우리 한국사회에서 지적재산권 보호가 잘되고 있느냐, 미흡하냐는 문제는 각자가 처한 이해관계에 따라 크게 차이가 나리라 본다. 그러나, 지적재산권 보호가 미흡하다고 보는 시각에 서있더라도, 그 원인이 친고죄 조항 때문이라고 단정하는 것은 바른 진단이라 하기 어렵다.

우리나라 검찰, 경찰을 비롯한 법집행기관들은 지적재산권법 위반 범죄를 적정하게 다스리기 위하여 나름대로 최선을 다해오고 있다. 그러나, 때로는, 국내외적인 경제상황, 대외 통상

협상 등 당면과제를 해결하려는 이유 때문 지재권을 과도하게 보호하려한다는 비판에 직면하는 경우도 있다.

특히, 저작권, 상표, 영업비밀 등 어떠한 형태를 막론하고, 모든 지적재산권은 권리자의 보호뿐만 아니라 이용자의 이용편의도 함께 균형을 이루지 않으면 안된다.

선진 각국에서도 지적재산권법에 관하여 친고죄로 규정하거나, 아예 형사처벌의 대상으로 삼지 않는 경우가 많다. Global Standard에서 비추어 볼 때, 친고죄 조항은 전혀 저촉되는 것이 없다는 것이다.

친고죄 규정은 대외통상협상 시에도 그 조항 자체의 타당성이 무시된 적이 한번도 없다. 미국이나 EU 등에서 수사현실상 증거수집절차의 어려움 등 불편과 애로를 호소한 적은 있지만, 그 정도의 불편은 각국의 사법제도가 다른데서 오는 자연스러운 장벽으로 서로 이해되고 있다. 우리 검찰은 내외국인 평등대우와 같은 국제협약상의 의무를 비교적 잘 지켜서 큰 마찰없이 수사진행을 하고 있다.

지적재산권 침해구제수단으로서의 형사절차는 민사절차에 의한 피해의 예방 회복을 보완하는 수단에 그치는 것이 바람직하다. 그렇게 하더라도, 검찰의 역할은 줄어들지 않는다. 인터넷의 폭발적인 성장과 첨단 정보산업의 융성으로 인해서 검찰이 감당하여야 할 첨단기술분야가 너무나 커져가고 있다. 현재의 수사인력과 조직만으로는 도저히 감당이 안될 정도이다. 이러한 범죄현상의 변화에 제대로 대응할 필요가 있다. 그러려면, 법조항 개정이라는 간단한 조치로 완전한 해결방법이 되지 않는다.

이들 사건을 제대로 다룰 전문적 인력을 확충하고, 조직 시스템을 보강하는 것이 선행되어야 하는 것이다. 최근에 법원은 지재권 전담재판부를 증설하였다. 검찰도 기존의 컴퓨터수사부를 첨단범죄수사부로 개편하는 작업을 단행했다. 그러나, 첨단 기술유출사건이나 인터넷상의 다중(多衆,多重) 저작권 분쟁사건을 적정하게 처리하려면, 지재권 분야의 전문검사와 전담직원 육성이 더욱 절실히 요청된다. 기존 직원에 대한 직무교육을 대폭 확대하여야 하며, 특히 청 출신의 사실조사관 특채도 필요하다. 그러나, 현단계의 인력, 조직확충 대책 만으로는 격변하는 첨단기술 전쟁시대에 대처하는데 미흡하다는 느낌을 지울 수 없다. 따라서, 이런 사법기관의 인력, 조직확충을 제대로 갖추어가면서, 이에 보조를 맞추어 친고죄 개폐 문제를 논의하는 것이 바람직하다.

국민 일반 및 여타 정부기관의 준비태세도 살펴보아야 할 것이다. 비친고죄로 바뀌면서 국민이 느끼는 불편감과 불안감을 없애는 조치를 먼저 시행하여야 한다. 이미 발생한 분쟁의 해결보다는 분쟁의 예방이 더 좋은 것이며, 소송적 해결보다는 소송외적 해결수단인 조정절차에서 해결되는 것이 비용과 절차면에서 바람직하다는 측면을 잊으면 안된다. 따라서, 분쟁예방 및 조정절차에 대한 보완 강화대책이 필요하다. 특히, 다중 저작권의 집중관리 시스템을 제대로 갖추는 것이 정보공유와 권리자의 정당한 이익 보호를 동시에 도모할 수 있는 좋은 대안이 될 것이다. 이처럼 개선된 법적 풍토를 바탕으로 수사기관이 공정하면서도 과도하지 않게 수사권을 발동할 수 있는 예규나 절차규정을 마련한다면 친고죄 조항을 폐지하더라도 폐해는 극소화하면서, 권리자 구제를 위해 효율적인 법집행 수단을 확보하는 것도 가능하게 되리라 본다.