연구보고서 2010-05

프로그램저작권 친고죄에 관한 연구

2010. 12.

한국소프트웨어저작권협회
KOREA SOFTWARE PROPERTY · RIGHT COUNCIL

연구보고서 2010-05

프로그램저작권 친고죄에 관한 연구

2010. 12.

연구기관 : 고려대학교 법학전문대학원

이 대 희 교수

한국소프트웨어저작권협회

제 출 문

한국소프트웨어저작권협회장 귀하

본 보고서를 “프로그램저작권 친고죄에 관한 연구”의 최종 보고서로 제출합니다.

2010. 12.

주관연구기관: 한국소프트웨어저작권협회

연구수행기관: 고려대학교 법학전문대학원

이 대 희 교수

〈 목 차 〉

제1장 서론 ····· 1

Ⅰ. 친고죄 ····· 1

Ⅱ. 친고죄 찬반론 ····· 1

1. 비친고죄화(친고죄 폐지) 옹호론 ····· 1

2. 비친고죄화(친고죄 폐지) 비판론 ····· 3

Ⅲ. 소프트웨어 저작권의 보호와 친고죄·비친고죄 ····· 5

제2장 저작권 침해죄와 친고죄 ····· 7

Ⅰ. 저작권 침해죄 입법 및 조약 ····· 7

1. 미국 저작권법 제506조 ····· 7

2. 미국의 연방 범죄 및 형사절차법 ····· 8

3. KORUS FTA ····· 9

4. ACTA ····· 9

5. KORUS FTA 이행 저작권법 개정안 ····· 10

6. 미국과 FTA 체결한 국가의 입법 ····· 11

(1) 미국-싱가포르 FTA ····· 11

(2) 미국-호주 FTA ····· 12

Ⅱ. 미국 및 한국의 형사적 집행의 비교 ····· 13

1. 서론 ····· 13

2. 미국법상의 저작권 침해죄 ····· 14

3. 미국법과 한국법의 비교 ····· 15

4. 소결론 ····· 17

제3장 미국의 형사소추 실제와 FTA ····· 20

Ⅰ. 서론 ····· 20
Ⅱ. 미국 형사집행의 실제 ····· 20
Ⅲ. 미국의 형사소추의 실제와 KORUS FTA 이행의무 ····· 27

제4장 법적조치의 해석 ····· 29

Ⅰ. 서론 ····· 29
Ⅱ. 법적조치를 취하는 주체 ····· 30
Ⅲ. 단속 및 직권수사 ····· 32
Ⅳ. ACTA와의 비교 ····· 33
Ⅴ. 법적조치의 해석 ····· 34

제5장 소프트웨어 저작권집행의 실제와 친고죄 ····· 36

Ⅰ. 서론 ····· 36
Ⅱ. 소프트웨어 저작권과 친고죄 ····· 36
Ⅲ. 저작권자 보호 ····· 38
1. 잠재적 고객으로서의 침해(혐의)자 ····· 39
2. 기업에 대한 소프트웨어 저작권 집행 ····· 41
3. 민사적인 구제수단의 한계 ····· 42
4. 손해배상 ····· 43
5. 기타 ····· 44
Ⅳ. 당사자 합의에 의한 분쟁해결의 필요성 ····· 46
1. 서론 ····· 46
2. 합의에 의한 분쟁해결: 조정의 예 ····· 48
3. 친고죄 남용의 방지 ····· 50
Ⅴ. 이용자의 편익 ····· 53

1. 범죄자 양산 ····· 53
2. 저파라치에 의한 부당한 합의금 요구 ····· 56
3. 형사적 제재 및 손해배상 ····· 57
4. 양벌규정으로 인한 문제점 ····· 58
Ⅵ. 국가의 부담증가 ····· 59
1. 서론 ····· 59
2. 저작권 침해 판단의 부담 ····· 60
3. 집행부담의 문제점 ····· 61
4. 외국의 압력으로 인한 정부의 부담 ····· 64
Ⅶ. 형사정책적 고려 ····· 66
1. 서론 ····· 66
2. 공권력 사용에 관한 논의 ····· 67
3. 개인적 법익 vs. 공익 ····· 71
4. 저작권자의 저작권 집행의 역할·필요성 ····· 73
5. 소프트웨어 저작권에 있어서 친고죄의 필요성 ····· 77

제6장 개정안과 비친고죄의 범위 ····· 80

Ⅰ. 서론 ····· 80
Ⅱ. 현행 저작권법 및 개정안 ····· 81
Ⅲ. 영리성 요건 ····· 82
1. 영리성 및 저작권법 개정안의 비친고죄 ····· 82
2. 영리성에 관한 법원의 판결 ····· 86
3. 상업적 이득·금전이익의 해석 ····· 88
(1) 미국 저작권법과 KORUS FTA ····· 88
(2) 상업적 이득·개인적 금융이익의 요부 ····· 89
(3) 1909년 저작권법 ····· 91
(4) 금전이익 ····· 92

(5) 상업적 이득 ····· 93
(6) 미국의 상업적 이득·금전이익과 KORUS FTA ····· 93
4. 상업적 이득·금전이익의 해석 문제점 ····· 95
(1) 상업적 이득·금전이익과 저작권 침해 ····· 95
(2) 상업적 이득·금전이익과 민사·형사책임 ····· 99
5. 형사적 제재의 정도에 따른 문제점 ····· 104

제7장 결론 ····· 106
1. 서론 ····· 106
2. 수사 및 기소 등을 의미하는 법적조치 ····· 107
3. 법적조치: 기소로 해석되는 경우 ····· 109
4. 입법론 ····· 111
(1) 제1안 ····· 111
(2) 제2안 ····· 111

참고문헌 ····· 113

제1장 서론

Ⅰ. 친고죄

친고죄는 피해자나 기타 법률이 정하는 고소권자의 처벌희망의 의사표시, 곧 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있는 범죄를 의미한다. 친고죄에서는 공소를 제기하고 유지하기 위하여 고소를 전제로 하므로 고소가 없거나 고소가 취하된 경우 형사소추를 할 수 없다. 친고죄의 존재이유로는 대략 (i) 범죄를 소추하여 이 사실이 일반인에게 알려지는 경우에 도리어 피해자에게 불이익을 주거나 추가적인 불이익이 발생할 수 있다는 것, (ii) 비교적 법익의 침해가 경미하고 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 대하여 굳이 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없다는 것, (iii) 피해자의 명예를 보호하거나 가족관계를 존중할 필요성이 있다는 것, (iv) 피해자의 이익을 우선하여야 한다는 것 등이 제시되고 있다.[1] 그동안 저작권 침해죄를 친고죄로 한 것은 주로 피해자 개인의 법익을 침해한 것에 대해서는 피해자 개인의 의사에 맡기는 것이 타당하고 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없다는 것에 해당하는 것으로 보인다.

Ⅱ. 친고죄 찬반론

1. 비친고죄화(친고죄 폐지) 옹호론

저작권침해를 비친고죄화하는 것에 대해서는 다음과 같은 근거가 제시되고 있다. 첫째, 지적재산권의 공익성을 실현할 수 있다는 것이다. 곧 대량불법복제가 이루어지는 경우에는, 시장의 공정한 유통질서를 심각하게 침해하게 되고 국가 산업

1) 박달현, 보충성의 원칙과 친고죄의 본질, 비교형사법연구(제3권 제1호), 2001, 237-238면.

경쟁력이 약화됨으로써, 저작권 침해에 의하여 공익이 침해된다고도 할 수 있고 따라서 비친고죄화할 필요성이 있다는 것이다. 또한 저작권 산업의 경제적 중요성(GDP 기여, 일자리 창출효과, 국위선양 등)을 고려한다면, 저작권의 침해에 대해서는 권리자의 개인적 구제차원이 아니라 공익적 견지에서 접근하여야 한다는 것이다.

둘째, 비친고죄로 함으로써 수사기관의 공소편의가 증대된다는 것이다. 친고죄하에서는 저작권자가 친고죄의 존재를 악용(고소→형사소추)하여 피고소인에 대하여 과다한 손해배상합의금을 요구하는 등의 관행이 있을 수 있는데, 이로 인하여 결국 정부기관의 단속과 형사사법기관의 결정이 고소권자 개인에 의하여 좌우되는 상황에 도달하는 문제점이 제기된다. 또한 침해자의 저작권 침해가 분명함에도 불구하고 고소가 없는 한 형사소추절차를 진행할 수 없는 문제점이 발생할 수 있다. 그리고 친고죄에 의하면 저작권자의 신원이나 소재를 필요로 하므로 수사기관 등에 의하여 저작권 침해가 파악된 이후에도 저작권의 효율적인 집행이 어려워지는 문제점이 발생할 수 있다.

친고죄 폐지에 대한 이러한 주장은 법집행의 예측 가능성을 확보할 수 있다는 주장과 연계될 수 있다. 친고죄하에서는 고소권자의 의지가 예측불가능하여 그 처벌도 예측할 수 없으니, 친고죄가 폐지되는 경우 행정기관의 단속활동이 행정목적에 의하여 정하여진 기준에 따라 기소여부가 결정되어 법집행의 예측가능성을 제공할 수 있다는 것이다.

셋째, 행정단속 내지 법집행의 실효성이 확보된다는 것이다. 친고죄하에서 유명한 저작자는 적절한 보호를 받을 수 있으나 침해자의 신원확인이 어려운 저작자들은 고소의지가 약하여 형사소추가 어려운데, 비친고죄화함으로써 이를 구제할 수 있으며 보호의 형평성을 기할 수 있다는 것이다.[2)]

넷째, 일반저작물과 달리 경제적 효용성과 기능성이 중시되는 컴퓨터프로그램[3)]

---

2) 최승렬, 컴퓨터프로그램저작권 침해에 대한 친고죄 규정의 개선방안(발제문), 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004, 4-5면.

3) 컴퓨터프로그램과 소프트웨어는 동의어가 아니지만, 본 보고서는 양자를 혼용하여 사용하기로 한다.

의 경우, 일반 저작물과 같이 개인의 인격적 산물 또는 사적 재산으로만 간주하여 이를 친고죄로 할 이유가 없다는 것이다.[4)]

다섯째, 친고죄하에서의 저작권자의 부당한 합의요구에 따른 문제점이 지적되고 있다.[5)] 즉 현행 친고죄 규정에 의하면 저작권자가 고소하지 않으면 형사소추가 이루어지지 않으므로 저작권자가 이를 악용하여 피고소인에 대하여 과다한 손해배상 합의금을 요구하는 등의 부당한 관행이 나타난다는 지적이다.

2. 비친고죄화(친고죄 폐지) 비판론

친고죄의 폐지에 대해서는 첫째, 친고죄는 저작권을 사권적인 권리로 파악하고 저작권의 인격적 측면에 바탕을 두어 당사자인 저작권자가 처분할 수 있도록 하는 것에 기초하는 것이고 한국의 법체제는 이같은 대륙법적인 것에 기원을 두고 있다는 원론적인 주장[6)]이 가장 강력한 비판으로 제기된다. 지적재산권의 사익성은 아직까지 공익성보다 월등히 강하며, 지적재산권의 공익성은 그 존재의의가 의문시된다는 것이다. 지적재산권은 사익성에 바탕을 두고 독점적인 권리를 부여하여 독점시장에서 경제적인 보상을 받게 함으로써 저작물의 창작을 유도하는 것이고 따라서 저작권자가 처분할 수 있도록 하여야 한다는 것이다.

지적재산권의 공익성은 사실상 지적재산권의 행사와 관련된 공익성을 의미하는 것이며, 비친고죄와 관련된 공익성은 저작권이 침해됨으로써 일반 공중이 피해를 입는가의 문제로서, 비판론은 친고죄하에서는 비친고죄하에서보다 저작권의 집행이 상대적으로 어렵고 따라서 저작물의 창작이 이루어지는 동기가 감소함으로써, 결국 저작권 침해로 인하여 일반인이 피해를 받는 것은 저작물의 창작 감소로 인하여 저작물을 그만큼 이용할 수 없게 되는 것에 한정되는 것인데 저작물의 창작 감소는 친고죄와 비친고죄 간에 큰 차이가 나지 않는다는 것을 지적하고 있다.

---

4) 최승렬, *supra note* 2, 5면.

5) Id.

6) 김문환, 컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 연구(연구보고서 2000-26), 프로그램심의조정위원회, 2000, 96면.

둘째, 친고죄 폐지에 대한 가장 강력한 비판론은 저작물의 중요성이나 저작권자의 의사와 관계없이 처벌하거나 형사소추가 폭증할 가능성이 있다는 것이다.[7] 비친고죄하에서는 권리를 통제할 수 있는 저작권자의 의사에 반하여 처벌할 수도 있다. 곧 저작권은 무방식주의에 의하여 창작 즉시 권리가 자동적으로 발생하므로 일정한 기간이 경과한 후, 저작권의 존속기간 중일지라도, 침해자를 형사적으로 쉽게 처벌하는 결과를 야기할 수 있고, 결국 형사범을 양산하는 법체제는 선진 법체제하에서 바람직한 것이 아니라는 것이다.

셋째, 비친고죄하에서는 당사자간의 분쟁해결 기회가 차단된다는 비판론이 제기된다.[8] 곧 사소한 침해의 경우에는 당사자간의 합의에 의하여 분쟁을 종결할 수 있음에도 불구하고, 친고죄 폐지로 인하여 종결할 수 있는 기회가 상실된다는 것이다.

넷째, 형사적 제재는 단지 징벌적 효과만 있으며 저작권자에게 경제적 손실을 보상해주는 것이 아니고 따라서 권리자에게 실질적인 만족을 가져다주지 않는다는 것이다.[9] 이러한 주장은 형사적인 제재는 민사적인 구제수단에 대한 보충적인 수단으로 활용하는 것이 권리자에게 더욱 유리하다는 주장과 연결된다.

그 외에도 친고죄 폐지에 대해서는, 저작권자는 형사적 처벌에 의하여 침해가 억지되고 더 이상의 침해중지로 인한 간접적인 보상을 받을 뿐이지 저작권자에게 실질적인 보상을 해 주는 것이 아니라는 것, 친고죄 폐지에 의하여서도 단속의 실효성을 반드시 보장할 수는 없다는 것, 친고죄 폐지로 인하여 권리위에 잠자는 자도 보호함으로써 과보호의 문제가 야기된다는 것 등의 비판[10]이 제기되고 있다.

---

7) 정진섭, 컴퓨터프로그램보호법 침해사범에 대한 대응-수사기관의 단속현황 및 향후의 대책을 중심으로-, 한국정보법학회 제3차 학술심포지움 발표자료, 1996, 8면.

8) 정 완, 소프트웨어 불법복제 실태와 법제도적 개선방안, 한국형사정책연구원, 2003, 151면.

9) 안효질 외 4인, 컴퓨터프로그램보호법 개정의견에 관한 검토보고서, 프로그램심의조정위원회, 2001, 128면.

10) 정 완, *supra note* 8, at 51.

Ⅲ. 소프트웨어 저작권의 보호와 친고죄·비친고죄

소프트웨어 저작권 집행을 친고죄의 형태에 의할 것인가, 아니면 비친고죄의 형태에 의할 것인가 여부는 KORUS FTA의 이행뿐만 아니라 소프트웨어 저작권 보호와 밀접한 관계에 있는 쟁점이다. 위에서 논의한 친고죄 폐지여부 찬반론에 대한 근거들은 친고죄·비친고죄에 관한 이론적 근거에 기초하고 있거나 소프트웨어 저작권 집행과 관련된 근거에 기초하고 있다. 친고죄·비친고죄에 관한 이론적 근거는 어느 것이 타당하거나 타당하지 않다고 판단하기는 매우 어려운 문제에 해당하고 집행과 관련된 근거도 어느 근거가 우월하다고 하기 어려운 것으로 보인다.

한국에서 소프트웨어 저작권 집행에 있어서 친고죄로 할 것인가 비친고죄로 할 것인가 여부, 비친고죄로 한다면 어느 범위로 허용할 것인가는 다음과 같은 두 가지 측면에서 고려할 수 있다. 첫째, 친고죄·비친고죄 여부는 KORUS FTA에서 그 논란이 촉발된 것이므로 KORUS FTA가 그 기준이 되어야 한다. 친고죄·비친고죄 여부는 KORUS FTA의 '법적조치'라는 문구의 해석에 의하여 결정될 문제이다. 본 보고서가 상세히 논의하는 바와 같이 법적조치에는 수사도 포함되는 것으로 해석될 수 있고, 따라서 KORUS FTA에 의하면 한국은 비친고죄를 입법할 하등의 의무가 존재하지 않게 된다. 현재의 친고죄를 원칙으로 저작권을 집행하더라도 충분하며 친고죄로 할 것인가, 비친고죄로 한 것인가는 한국이 저작권 정책목표를 달성하기 위하여 취하여야 하는 문제가 된다.

둘째, KORUS FTA가 언급하고 있는 법적조치가 '혹시라도' 기소를 의미하는 것으로 해석된다면, 비친고죄 형태에 의한 저작권 집행의 단점 내지 문제점으로 인하여 비친고죄의 범위를 최소한도로 축소하여 입법하여야 할 것이다.

본 보고서는 첫째, KORUS FTA에 따라 저작권의 형사적 집행을 비친고죄의 형태로 할 의무가 없다고 주장하고자 하며, 둘째, KORUS FTA에 따라 비친고죄의 형태로 입법할 의무가 있다고 한다면, 최소한 소프트웨어 저작권과 관련하여서는 친고죄를 유지하는 것이 한국에서의 소프트웨어 산업을 보호하는데 바람직하며 비

친고죄의 형태를 택하더라도 그 범위를 협소하게 하는 것이 바람직하다는 것을 주장하고자 한다. 이를 위하여 본 보고서는 미국에서의 형사적 저작권 집행에 관한 법규정과 집행의 실제를 고찰하고, 친고죄·비친고죄 논란을 촉발시킨 '법적조치'의 의미를 고찰하고, 한국에서의 저작권 집행현실을 고려한다면 친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 것이 훨씬 더 유리하다는 점을 상세히 논의하고, '영리를 위하여 상습적으로' 저작권을 침해하는 경우에 비친고죄로 규정하는 것의 문제점을 지적하고자 한다.

제2장 저작권 침해죄와 친고죄

Ⅰ. 저작권 침해죄 입법 및 조약

1. 미국 저작권법 제506조

<table>
<tr><td rowspan="3">저작재산권</td><td rowspan="3">고의에 의한 침해</td><td>상업적인 이득이나 개인적인 금융이익(private financial gain)의 목적[§506(a)(1)(A)]</td><td rowspan="3">“연방 범죄 및 형사절차법”에 의한 제재</td></tr>
<tr><td>총 소매가치 1,000 달러 초과하는 저작물의 1개 이상 복제물이나 음반을, 180일 동안, 복제 또는 배포(전자적인 수단 포함)[§506(a)(1)(B)]</td></tr>
<tr><td>상업적으로 배포(배포하는 자가 상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물을 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포[§506(a)(1)(C)]</td></tr>
<tr><td>저작인격권</td><td colspan="3">형사적 제재 없음(506조의 규정이 적용되지 않음)
[시각저작물(visual works)의 저작권자에 대한 성명표시권 및 동일성 유지권]</td></tr>
</table>

금융이익(financial gain)은, 다른 저작물을 수령하는 것을 포함하여, 가치가 있는 어떤 것을 수령하거나 수령할 것을 기대하는 것을 포함한다(101). 따라서 금전적인 거래에 한정되는 것이 아니다. 사람들이 저작권을 침해하는 복제물을 서비스 이용 시간이나 다른 복제물 등 다른 물품으로 거래하는 교환도 포함된다. 새로운 이용자가 참여하기 위해서는 침해자료를 제공할 것을 요구하는 폐쇄적 P2P 파일거래 네트워크를 운영하는 자에 대하여 ‘상업적 이득이나 개인적인 금융이익’이 있다는 것을 인정한 사례도 있다.

2. 미국의 연방 범죄 및 형사절차법

위반	제재
저작권법 §506(a)(1)(A) 위반: 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의 목적	총 소매가치 2,500 달러를 초과하는 1개 이상 저작물의 10개 이상의 복제물이나 음반을, 180일 동안, 복제하거나 배포(전자적인 수단 포함)하는 위반인 경우, 5년 미만의 징역 또는 (Title No. 18에 규정된 액수의) 벌금에 처하거나 징역 및 벌금을 병과
	제1항 범죄의 2번째 이후의 범죄에 대해서는 10년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
	그 외의 경우에는 1년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
저작권법 §506(a)(1)(B) 위반:총 소매가치 1,000 달러 초과하는 저작물의 1개 이상 복제물이나 음반을, 180일 동안, 복제 또는 배포(전자적인 수단 포함)	총 소매가치 2,500 달러를 초과하는 1개 이상 저작물의 10개 이상의 복제물이나 음반을 복제하거나 배포(전자적인 수단을 포함)하는 위반인 경우, 3년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
	제1항 범죄의 2번째 이후의 범죄에 대해서는 6년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
	총 소매가치 1,000 달러를 초과하는 1개 이상 저작물의 1개 이상의 복제물이나 음반을 복제하거나 배포하는 위반인 경우, 1년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
저작권법 §506(a)(1)(C) 위반:상업적으로 배포(배포하는 자가 상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물을 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포	3년 미만 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
	상업적인 이득이나 개인적인 금융이익을 목적으로 한 경우, 5년을 초과하는 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
	2번째 이후의 범죄에 대해서는 6년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과
	상업적인 이득이나 개인적인 금융이익을 목적으로 하는 범죄의 2번째 이후의 범죄에 대해서는 10년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과

3. KORUS FTA

KORUS FTA는 '상업적인 규모(commercial scale)'로 '고의에 의한' '저작권(저작인접권 포함) 해적행위'에 대하여 형사절차 및 형사제재를 규정하도록 하면서, 상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 해적행위는 (i) 금융이익(financial gain)에 대한 직·간접 동기가 없는, 고의에 의한 중대한(significant) 저작권 침해 및 (ii) 상업적 이득(commercial advantage)이나 개인적인 금융이익(private financial gain)을 위한 고의에 의한 침해를 포함하도록 하고 있다. 여기에서의 금융이익(financial gain)은 가치가 있는 것을 수령하거나 기대하는 것을 포함하며, 해적행위에 의한 제품을 고의에 의하여 수입하거나 수출하는 행위를 형사적인 제재의 대상으로 하는 불법행위로 취급하도록 하고 있다.

KORUS FTA는 친고죄와 관련하여, 당국이, 민간 당사자나 권리자의 공식적인 청구를 필요로 하지 않고, 지적재산권에 관한 제18장의 위반에 대하여 직권으로(ex officio) 법적 조치(legal action)를 개시할 수 있도록 하고 있다[§18.20.27.(f)].

구분	내용	
형사절차·형사제재 대상	상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 해적행위	
	금융이익에 대한 직·간접 동기가 없는, 고의에 의한 중대한 저작권 침해	상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해
친고죄 관련	당국이 직권으로 법적 조치 개시	

4. ACTA

구분	내용
형사절차·형사제재의 대상	상업적인 규모로 고의에 의한 저작권(저작인접권 포함) 해적행위
친고죄 관련	당국이 자발적인 수사 또는 법적 조치 개시

ACTA(10월 Draft)는 상업적인 규모로 고의에 의한 저작권(저작인접권 포함) 해적 행위의 경우 형사절차 및 제재를 규정하도록 하고 있다(§2.14.1). 또한 이러한 형사적 위반과 관련하여 당국이 자발적으로(upon their own initiative) 수사(investigation)나 법적 조치(legal action)를 시작할 수 있도록 규정하고 있다(§2.17).

5. KORUS FTA 이행 저작권법 개정안

제136조(권리의 침해죄 등) ① 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조의 규정에 따른 권리를 제외한다)를 복제·공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

제1안(초기안)

제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법으로 제136조제1항 또는 제136조제2항제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우
2. 제136조제2항제2호·제2호의2·제3호의2 및 제3호의 3, 제137조제1호 내지 제3호·제5호 및 제7호와 제138조제5호, 제138조의 2내지 제138조4의 경우

제140조의2(중대한 침해의 판단) 법원은 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리를 침해하는 행위가 제140조제1호에 규정된 중대한 침해인지 여부를 판단함에 있어서는 다음 각 호의 사항을 참작하여야 한다.

1. 저작물 등의 성격과 가치
2. 침해행위로 만들어진 복제물의 수량과 가치
3. 침해행위의 기간과 회수
4. 침해행위의 매체와 수단
5. 기타 관련 사실

제2안

제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어

느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 영리를 목적으로 또는 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우

6. 미국과 FTA 체결한 국가의 입법

(1) 미국-싱가포르 FTA

§16.9.21 Each Party shall provide criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of willful trademark counterfeiting or copyright or related rights piracy on a commercial scale. Willful copyright or related rights piracy on a commercial scale includes (i) significant willful infringements of copyright or related rights that have no direct or indirect motivation of financial gain, as well as (ii) willful infringements for purposes of commercial advantage or financial gain. (a) Specifically, each Party shall provide: .... (iv) that its authorities may initiate legal action *ex officio*, without the need for a formal complaint by a private party or right holder.

미국-싱가포르 FTA는 KORUS FTA와 마찬가지로 (i) 직간접적인 금융이익의 동기가 없더라도 저작권 침해가 고의에 의하여 중대한 경우와 (ii) 상업적 이득이나 금전적 이익을 얻기 위하여 저작권을 고의로 침해한 것에 대하여 형사적 제재를 가하고 비친고죄의 형태로 집행하도록 규정하고 있다. FTA를 이행하기 위한 싱가포르 저작권법은, (i) 저작권을 침해하고, (ii) 침해가 고의에 의한 것이고, (iii) ① 침해의 정도가 중대한(significant) 것이거나/것이고 ②상업적인 이득을 얻기 위한 경우, 20,000 싱가포르 달러 미만의 벌금이나 6개월 미만의 징역에 처하거나 병과하도록 하고, 두 번째 이후의 침해에 대해서는 50,000 달러 미만 벌금/3년 미만 징역에 처하도록 규정하고 있다(§136.3A). 상업적인 이득은 침해자 자신이 운영하는

영업이나 거래에 대하여 직접적인 이득, 수익 및 금전적 이익을 획득하는 것으로 정의되어 있다(§136.6B). 싱가포르 저작권법은 FTA와 동일하게 (i) 중대한 침해와 (ii) 상업적인 이득을 위한 경우로 규정하고, 다만 FTA가 상업적인 이득이나 금전적 이익을 별도 규정하고 있지 않으므로 상업적인 이득을 '직접적인' 이득 등이라고 하여 제한적으로 규정하고 있는 점이 특이하다.

(2) 미국-호주 FTA

§17.11.26 (a) Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Wilful copyright piracy on a commercial scale includes: (i) significant wilful infringements of copyright, that have no direct or indirect motivation of financial gain; and (ii) wilful infringements for the purposes of commercial advantage or financial gain. §17.11.27 In cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale, each Party shall provide: (d) that the appropriate authorities, as determined by each Party, shall have the authority to initiate criminal legal action *ex officio* with respect to the offences described in this Chapter without the need for a formal complaint by a private party or right holder.

호주 저작권법은 기소범죄(Indictable offence)와 약식범죄(Summary offence, 과실범)로 구분하여 규정하고 있는데, 제132AC조(저작권자에게 손해를 가하는 상업적 규모의 침해)에서 기소범죄를 규정하면서 침해로 인하여 (i) 저작권자에게 상당한 손해가 되는 영향(substantial prejudicial impact)을 미치고 (ii) 상업적인 규모로 침해가 될 것을 요건으로 하면서, 이러한 범죄에 대하여 550 형벌단위(penalty units) 미만의 벌금이나 5년 미만의 징역에 처하거나 병과하도록 하고 있다[§132AC(1)&(2)]. 또한 상업

적인 규모의 침해를 판단하기 위한 사항으로서 (i) 침해물품의 양 및 가치와 (ii) 기타 관련 사항이라고 규정하고 있다[§132AC(5)].[11] 따라서 호주 저작권법은 저작권자에게 상당한 손해의 영향을 미치는 것에 대하여 형사적 제재를 가하도록 하면서, 상업적 규모를 요건으로 하면서도 저작권자에게 상당한 손해가 되는 영향을 미칠 것을 내용으로 하고 상업적인 규모의 침해를 판단하는데 있어서 미국 저작권법과는 다른 내용을 규정하고 있는 점에서 차이가 있다. '저작권자에게 상당한 손해가 되는 영향'은 FTA가 규정하고 있는 '중대한 침해'를 이행한 것으로 판단된다.

Ⅱ. 미국 및 한국의 형사적 집행의 비교

1. 서론

KORUS FTA는 제18장의 범죄에 대하여 직권으로 "법적 조치(legal action)"를 개시할 수 있도록 하고 있다[§18.20.27.(f)]. 이 규정으로 인하여 저작권 침해죄를 비친고죄로 규정토록 할 의무가 있는 것으로 받아들여지고 있다. 저작권 침해죄를 비친고죄로 하는 것이라는 입장은 당국이 직권으로 취하는 법적 조치가 '기소'를 의미한다는 것을 전제로 하는 것이다. 검찰이 피해자(저작권자)의 고소가 없어도 '기소'를 하여야 한다는 것은 저작권을 더 강력하게 보호하고 저작권 침해에 대한 형사적 제재를 강화한다는 것을 의미한다. 그런데 형사적인 제재의 강화만이 저작권을 강력하게 보호하는 것이 아니며 재산권 침해에 대한 형사적인 제재는 오히려 바람직하지 않다는 것을 고려한다면, '기소'를 전제로 하는 KORUS FTA 규정을 이행함에 있어서 신중을 요한다. 따라서 KORUS FTA를 정확하게 해석하여 이행함으로써 이를 이행하는 것과 관련하여 양국간의 분쟁을 방지해야겠지만, KORUS FTA가 어느 정도 해석의 여지가 있다면 한국의 현실을 반영하여 이행할 필요성이 있다. 우선 KORUS FTA를 이행하기 위한 해석을 함에 있어 미국의 법과 KORUS FTA를 비교할 필요성이 있다.

---

11) 또한 호주 저작권법은 침해 복제물(infringing copies)에 대한 형사적 처벌과 관련하여 '상업적 이득이나 이익(commercial advantage or profit)을 획득할 목적'을 규정하고 있다(제132AD조 이하).

2. 미국법상의 저작권 침해죄

저작권 침해죄의 비친고죄와 관련하여 KORUS FTA를 국내법에 이행함에 있어서 기준이 될 수 있는 것 중의 하나는 미국의 저작권 침해죄이다. 왜냐하면 미국은 FTA 체결을 협상함에 있어 자국의 보호수준을 기준으로 하고 있고, 이에 따라 자국의 법은 FTA의 내용을 이미 이행한 것으로 하여 자국의 법을 개정하지 않으려 하기 때문이다. 곧 저작권 침해에 대한 미국의 현재의 형사적 제재에 대한 입법은 KORUS FTA를 이행한 것으로 보아도 무방한 것으로 보아도 되며, KORUS FTA를 한국이 이행함에 있어서, 한국의 현실을 적절히 반영할 수 있다면. 굳이 미국의 수준보다 높게 이행할 필요가 없는 것이 된다.

미국 '저작권법'과 '연방 범죄 및 형사절차법'에 따른 저작권 침해죄에 대한 형사적 제재는 다음의 표와 같이 요약될 수 있다.

유형 및 요건		추가 요건	제재의 내용
고의	상업적인 이득/ 개인적인 금융이익의 목적	① N/A	1년 미만 징역/벌금/병과
		② 일정 총소매가치($2,500) 초과 저작물, 일정 숫자(10) 이상의 복제물/음반, 일정 기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적 수단 포함)	5년 미만 징역/벌금/병과
		③ ②의 상습범(2번째 이후)	10년 미만 징역/벌금/병과
	일정 소매가치($1,000) 초과 저작물, 1개 이상 복제물/음반, 일정기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적인 수단 포함)	① 일정 소매가치($1,000) 이상 저작물, 10개 이상의 복제물/음반, 복제/배포	1년 미만 징역/벌금/병과
		②일정 소매가치($2,500) 초과 저작물, 10개 이상의 복제물/음반, 복제/배포(전자적인 수단을 포함)	3년 미만 징역/벌금/병과
		③ ②의 상습범(2번째 이후의 범죄)	6년 미만 징역/벌금/병과
	상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물, 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포	① N/A	3년 미만 징역/벌금/병과
		② 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익 목적	5년 미만 징역/벌금/병과
		③ ①의 상습범(2번째 이후의 범죄)	6년 미만 징역/벌금/병과
		④ ②의 상습범(2번째 이후의 범죄)	10년 미만 징역/벌금/병과

3. 미국법과 한국법의 비교

위의 표에 따라 미국에서의 저작권 침해죄와 한국 저작권법상의 저작권 침해죄를 비교해보도록 하자. 첫째, 가장 기본적인 출발점이 되는 미국의 저작권 침해죄는 '상업적인 이득이나 개인적인 금융이익을 목적으로 저작권을 침해'하는 것[12]에 대하여 1년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과하도록 되어 있다. 이 규정으로만 비교한다면, 저작재산권을 침해한 것에 대하여 5년 이하 징역/5천만원 이하의 벌금/병과할 수 있는 한국의 저작권법(§136 I)이 훨씬 더 엄격하다는 것을 알 수 있다. '영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법'으로 침해하는 경우 비친고죄를 규정하고 있는 KORUS FTA 이행 저작권법 개정안(§140)과 비교하는 경우, 역시 개정안이 훨씬 더 엄격한 것이라 할 수 있다. 물론 미국은 '상업적인 이득이나 개인적인 금융이익'을 요건으로 하고, 개정안은 '영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법'으로 규정하고 있는 점에서 차이가 있다. 개정안은 '중대한 침해'를 판단하기 위한 요소로서 (i) 저작물 등의 성격과 가치, (ii) 침해행위로 만들어진 복제물의 수량과 가치, (iii) 침해행위의 기간과 회수, (iv) 침해행위의 매체와 수단, (v) 기타 관련 사실 등을 규정하고 있다(안 §140조의 2). 또한 미국은 (i) 일정 총 소매가치 초과 저작물, 일정 숫자 이상의 복제물, 일정 기간을 규정하여 기본적인 위반행위보다 가중된 '5년 미만 징역/벌금/병과'를 할 수 있도록 하고, (ii) 상습범에 대해서는 '10년 미만 징역/벌금/병과' 할 수 있도록 하여, '5년 미만 징역/벌금/병과'에 있어서는 한국과 형량을 동일하게 규정하고 있다. 개정안에서의 요소와 미국법이 규정한 요소와 동일하지 않아서 객관적으로 비교할 수 없으나, 양법의 요소는 대략적으로 동일하며 다만 한국법은 추상적으로 요소를 규정하고 있지만 미국법은 구체적으로 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다. 이러한 차이를 비교하여 고려하면, 한국법하에서는 일정 총소매가치($2,500) 이하의 저작물에 대하여, 일정 숫자(10) 이하의 복제물/음반이 복제된 경우, 일정 기간(180일) 동안과 관계없이 복제된 경우에도 미국과 동일한 형량이 되므로, 미국법보다 훨씬 더 엄격하다는 것을 알 수 있다.

---

12) 한국법과 비교함에 있어서 가장 기본적인 요건인 '고의'는 여기에서는 고찰하지 않기로 한다. 왜냐하면 한국에서의 저작권 침해죄가 성립하기 위해서는 당연히 범의, 곧 고의를 요구하고 있기 때문이다.

둘째, 형사제재를 가하는 '저작물 이용행위'에 있어서 한국법이 미국법보다 훨씬 더 광범위하다. 미국 저작권법은 기본적으로 (i) 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익을 목적으로 저작권을 침해하는 경우, (ii) 일정 소매가치($1,000) 초과 저작물, 1개 이상 복제물/음반, 일정기간(180일) 동안, **복제/배포(전자적인 수단 포함)**에 의한 저작권 침해, (iii) 상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물을 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 **컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포**하는 것에 의한 저작권 침해를 기본적인 유형으로 하고 있다.

(i)에 해당하는 저작물 이용행위에 따른 배타적 권리를 침해하는 모든 행위를 대상으로 하지만 형량은 '1년 미만 징역/벌금/병과'로서 한국법에 비해서는 매우 미미하다. 이러한 기본적인 유형에 대하여 '총 소매가치 2,500 달러를 초과하는 1개 이상 저작물의 10개 이상의 복제물이나 음반을, 180일 동안, 복제하거나 배포(전자적인 수단 포함)하는 위반인 경우'에 대해서는 한국법의 형량과 동일하게 '5년 미만 징역/벌금/병과'를 하도록 하지만, 한국과 동일한 형량의 대상이 되는 저작물 이용행위는 '복제나 배포(전자적인 수단 포함)'에 한정되므로 복제, 배포, 공중전송, 전시, 공연, 2차적 저작물작성, 대여 등 모든 행위에 대하여 형사적 제재를 가하게 되는 한국법과 상당한 차이가 있게 된다. 뿐만 아니라 미국법은 위의 (ii) 및 (iii)에 있어서 형사적 제재의 대상이 되는 행위를 '복제나 배포'에 한정하거나 한국법상 전송에 해당하는 '컴퓨터 네트워크상에서의 이용제공'에 한정하고 있으므로, 역시 한국법과 상당한 차이가 있고 한국법이 형사적으로 훨씬 더 엄격하게 제재를 가하고 있다는 것을 알 수 있다. 특히 한국에서의 저작권 집행이 민사적 구제수단보다는 주로 형사적 구제수단에 의한다는 것을 고려한다면, 재산권 침해에 대한 형사적 제재에 있어서 한국이 미국보다 훨씬 더 광범위하고 엄격하게 제재를 가하는 것이 된다. 요컨대 한국은 (i) '복제, 배포, 공중전송, 전시, 공연, 2차적 저작물작성, 대여' 등 '저작권법이 규정하고 있는 모든 저작물 이용행위'에 대하여 '5년 이하 징역/벌금/병과'라는 형사적 제재를 가하고 있고, (ii) 영리를 위하여 상습적으로 복제, 배포, 공중전송, 전시, 공연, 2차적 저작물작성, 대여하는 방법으로 저작권을 침해한 것에 대해서는 비친고죄로 하고 있으며, (iii) 저작권법 개정안도 '영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법'으로 복제, 배포,

공중전송, 전시, 공연, 2차적 저작물작성, 대여 등 저작물 이용행위에 대하여 비친고죄로 하고 있다. 이에 반하여 미국은 '미국 저작권법이 규정하고 있는 모든 저작물 이용행위'에 대하여 '1년 미만 징역/벌금/병과'를 하고 있으며, 한국법과 유사하게 '5년 이하 징역/벌금/병과' 정도가 되기 위해서는 저작물의 가치가 일정 액수를 초과하거나, 복제물이 일정 숫자 이상이 되거나, '복제, 배포, 전송'의 방법으로 이루어져야 한다. 바로 여기에서 크나큰 차이가 있게 된다. 물론 미국법은 상습범에 대하여 6년 미만 또는 10년 미만 징역형에 처하는 형사적 제재를 가하고 있지만, 미국에서 형사적 구제수단은 민사적 구제수단에 비하여 예외적으로 이용된다는 것을 고려한다면, 그리 중요한 의미를 가지는 것이 될 수 없다.

4. 소결론

KORUS FTA

	'상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 침해행위'에 포함되는 행위	
형사제재 대상	금융이익에 대한 직·간접 동기가 없는, 고의에 의한 중대한 저작권 침해	상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해

미 국

유형 및 요건		추가 요건
고의	상업적인 이득/ 개인적인 금융이익의 목적	① N/A
		② 일정 총소매가치($2,500) 초과 저작물, 일정 숫자(10) 이상의 복제물/음반, 일정 기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적 수단 포함)
	일정 소매가치($1,000) 초과 저작물, 1개 이상 복제물/음반, 일정기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적인 수단 포함)	① 일정 소매가치($1,000) 초과 저작물, 1개 이상의 복제물/음반, 복제/배포
		②일정 소매가치($2,500) 초과 저작물, 10개 이상의 복제물/음반, 복제/배포(전자적인 수단을 포함)

	상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물, 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포	① N/A
		② 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익 목적

KORUS FTA는 '상업적인 규모'로 '고의에 의한' '저작권(저작인접권 포함) 해적행위'에 대하여 형사절차 및 형사제재를 규정하도록 하면서, 상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 해적행위는 (i) 금융이익에 대한 직·간접 동기가 없는[더라도] 고의에 의한 중대한 저작권 침해 및 (ii) 상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해를 포함하도록 하고 있다. 여기에서의 금융이익은 가치가 있는 것을 수령하거나 기대하는 것을 포함한다. 미국의 경우, (i) 상업적인 이득/ 개인적인 금융이익의 목적으로 저작권 침해, (ii) 저작물의 복제/배포, (iii) 상업적 배포 예정 저작물의 전송 등 3가지 유형을 기본으로 하고, 여기에 ① 저작물의 가치나 복제물의 숫자를 고려하거나 ② 상업적인 이득/개인적인 금융이익의 목적이 있는 경우나 ③ 상습범인 경우, 형을 가중하는 식으로 하고 있다. 전술한 바와 같이, 미국의 저작권 침해에 대한 이러한 입법이 KORUS FTA를 충족한다는 것을 전제로 한다면, 미국은 (i) KORUS FTA가 규정하고 있는 '상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해'에 대하여 '1년 미만 징역/벌금/병과'의 형태로 규정하고 있다고 할 수 있고, (ii) 금융이익에 대한 직·간접 동기가 없더라도 고의에 의한 중대한 저작권 침해에 대해서는 ① 저작물의 가치나 복제물의 숫자를 고려하거나 ② 상업적인 이득/개인적인 금융이익의 목적이 있는 경우나 ③ 상습범인 경우 형을 가중하는 방식으로 규정하고 있다고 할 수 있다. KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 '비친고죄'의 대상으로 '영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법으로' 저작권을 침해한 것을 규정하고 있다. 문제는 저작권 침해에 대한 미국의 형량이 훨씬 더 가볍다는 것, 미국에서는 저작권 집행의 주된 수단이 형사적인 구제수단이 아니라 민사적인 구제수단이라는 것, 한국에서의 저작권 집행의

주된 수단은 민사적인 것보다는 형사적인 구제수단이라는 것이다. 따라서 한국에서는 경미한 저작권 침해도 '5년 이하의 징역/5천만원 이하 벌금/병과'라고 하는, 미국과는 비교할 수 없을 정도의 강력한 형사적 제재가 가해질 수 있는 문제점이 발생한다. 더군다나 한국은 '복제, 배포, 공중전송, 전시, 공연, 2차적 저작물작성, 대여' 등 '저작권법이 규정하고 있는 모든 저작물 이용행위'에 대하여 '5년 이하의 징역/5천만원 이하 벌금/병과'가 가해질 수 있지만, 미국은 '1년 이하의 징역/벌금/병과'에 불과하며, 5년, 6년, 10년 미만의 징역형은 복제나 배포에 제한되며 일정한 추가적인 요건이 더하여진다. 결국 한국에서의 저작권 침해에 대한 형사적 제재는 미국보다 훨씬 더 광범위하고 강력한 것이 된다. 재산권 침해에 대한 형사적인 집행은 원칙적으로 바람직하지 않다는 것과 미국의 법제가 KORUS FTA를 이행하는 내용을 포함하고 있다는 것을 고려한다면, 한국이 저작권 침해에 대한 형사적 제재를 굳이 미국보다 강력하게 규정할 필요는 없다는 결론에 이르게 된다.

제3장 미국의 형사소추 실제와 FTA

Ⅰ. 서론

저작권 침해에 대한 한국의 입법은 KORUS FTA의 내용을 이행한 것으로 판단되고 있는 미국의 입법보다 훨씬 더 광범위하고 강력하여 재산권 침해에 대한 형사적 집행을 강화할 수 있다. 그런데 미국에서 저작권 집행에 대한 형사제재의 실제를 고찰해보면, 저작권 집행을 형사적 집행에 훨씬 더 적게 의존하고 있으며, 미국이 저작권 침해죄를 비록 비친고죄의 형태로 규정하고 있다고 하더라도 당사자 간에 타협에 의하여 해결되는 것이 많다는 것을 알 수 있다. 이러한 미국에서의 형사적 집행의 실태를 고려한다면, 비친고죄를 규정하고 있는 것으로 받아들여지고 있는 KORUS FTA의 'legal action'이 반드시 '기소'만을 의미하는 것이 아니라 '수사' 등을 포함하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다.

Ⅱ. 미국 형사집행의 실제

미국에서의 저작권 집행은 민사적인 구제수단에 의하는 것을 원칙으로 하며 형사적인 집행은 예외적인 것이 된다. 저작권 침해에 대한 이러한 형사적 집행은 미국 법무부의 컴퓨터범죄 및 지적재산권을 담당하는 부서인 CCIPS(Computer Crime and Intellectual Property Section)의 다음과 같은 설명에서 잘 나타나고 있다.[13)]

> I.C 형사적 제재의 필요성
>
> 민사적인 구제수단에 의하여 피해를 입은 지적재산권 권리자가 보상받는데 도움을 받을 수 있으나, 가장 악의적인(most egregious) 위반자, 곧 반복적이고 대규모에 의한 위반자, 조직범죄집단, 공공의 건강이나 안전을 위협하는 범죄행위를 하는 위반자를 처벌하고 억제하기 위하여 종종 형사적 제재가 인정된다....
>
> ...

II.A.7 저작권 침해죄가 되는 경우

모든 침해가 형사적 위반이 되지는 않는다. 저작권에 대한 형사적 제재는 항상 원칙이라기보다는 예외였다. 비록 저작권법의 형사 규정이 과거의 세기에서 형사적 제재를 가한 행위의 범위를 상당히 많이 확대시켜 왔지만, 형사적 제재는 일정한 유형의 저작권 침해, 곧 일반적으로 침해가 특히 중대하거나(particularly serious), 침해자가 침해가 잘못이라는 것을 알거나, 개별 저작권자가 저작권을 민사적으로 집행하는 것이 특히 어려운 경우에 적용된다.

미국의 저작권법은 연방이 규율하는 연방법이고 따라서 저작권 침해죄는 연방범죄에 해당한다. CCIPS는 저작권 침해에 대한 연방의 소추(federal prosecution)와 관련하여 위반행위가 연방법 위반에 해당한다면 연방이 기소를 하는 것이지만, 이에 대해서는 다음과 같은 4가지 예외사유가 존재한다. 첫째, 지적재산권 침해범죄에 대한 연방의 이익이 존재하는가 여부이다. 이러한 연방의 이익을 고려하기 위한 요소로는 연방법 우선 집행의 필요성, 위반행위의 성격 및 심각성, 형사소추의 억제효과, 위반자의 형사 및 민사적 위반의 상습성, 타 범죄의 수사나 기소에 협력하려는 위반자의 의지 등이 제시되고 있다. CCIPS는 위반행위의 성격이나 심각성과 관련하여 건강과 안전에 대한 위협, 침해의 양, 수익 및 이익의 액수, 위반자의 숫자, 조직범죄의 관련 여부, 피해자의 손해나 장래 입게 될 손해의 정도 등의 요소 이외에 다음의 요소를 제시하고 있다.

IX.B.2 위반의 성격 및 심각성

…

· 연방 형사기소는 가장 악의적인 케이스에 가장 적절한 것이다. 지적재산권법의 형사규정은 민사규정에 따라 제재를 가할 수 있는 행위의 일부분만을 처벌한다. 이 경우에도 연방정부는 주관적 요건을 포함하여 '합리적인 의심의 여지없이' 정도로 입증을 하여야 한다.

· 제한되어 있는 연방 자산이 기술적인 위반에 해당하는 것으로서 중요성이 떨어지는 케이스를 소추하는데 사용되어서는 아니 된다. 지적재산권의 민사규정도 중요성이 떨어지는 것은 구제하지 않는다는 원칙을 인정하고 있다.

…

· 피해자는 원상회복, 손해배상, 징벌적 또는 준징벌적 손해배상, 금지명령, 소송비용 및 변호사비용 등에 대하여 민사적인 구제수단을 가진다.

…

13) US DOJ, Computer Crime and Intellectual Property Section ("CCIPS"), Prosecuting Intellectual Property Crimes, http://www.cybercrime.gov/ipmanual/index.html.

CCIPS는 형사소추의 억제효과에 대하여 다음과 같이 언급하고 있다.

IX.B.3 기소의 억제효과 일정한 침해자는 민사적 책임으로 억제되지 않는다.... 형사 기소가 반복적인 위반자가 계속 위반하는 것을 보다 더 잘 억제할 수 있다.

둘째, 위반자가 다른 관할권에서 기소당하는지 여부이다.

셋째, 비형사적 구제수단이 적절한가 여부이다. 이에 대하여 CCIPS는 다음과 같이 언급하고 있다.

IX.D 비형사적 구제수단의 적절성 법무부의 정책방침은 비형사적인 구제수단이 적절히 해결할 수 있는 상황에 대하여 형사적 기소를 하지 않는 것을 허용하고 있다. 지적재산권에 관한 모든 연방 범죄의 내용은 민사법에 유사하게 규정되어 있고, 이러한 민사법은 금지명령, 원상회복, 손해배상, 징벌적 및 준징벌적 손해배상, 소송비용, 변호사비요 및 심지어 일방적인 절차에 의하여 침해물품까지도 압수할 수 있는 구제수단을 제공하고 있다.... 이러한 민사적 구제수단이 이용가능하고 적절한 경우 지적재산권 케이스를 평가하는데 상당히 주의하여야 한다.

이러한 CCIPS의 언급은 민사적 구제수단이 존재하는 경우 형사적 제재가 그만큼 회피될 수 있다는 것을 의미한다. 미국에서의 지적재산권, 특히 저작권 집행이 형사적 방법이 아니라 민사적 방법으로 집행되는 것은 바로 이러한 형사정책적 고려사항의 산물이라 할 수 있다.

넷째, 회사나 기업을 기소하는 경우 특별한 사항을 고려하여야 한다.

지금까지의 논의를 정리해보면 미국에서의 저작권 집행은 형사적인 방법이 아니라 주로 민사적인 방법에 의존한다는 것을 알 수 있는데, 바로 여기에서 한국과 확연한 차이가 있음을 알 수 있다. 재산권 침해에 대한 구제수단은 원칙적으로 민사적으로 제공하는 것이 바람직하며 이러한 법집행문화가 선진적인 문화가 될 것이다.

전술한 바와 같이 한국 저작권법상의 저작권 침해죄에 대한 제재는 미국보다 엄격하다고 할 수 있는데, 여기에 미국보다 형사적 구제수단에 더 많이 의존함으로써, 형사규정에 의한 저작권 집행이 미국보다는 훨씬 더 많이 이용되는 것이라 할 수 있다.

비친고죄 범죄는 피해자의 고소가 없이도 검사가 기소할 수 있는 범죄이다. 한국의 기준에서 보았을 때 미국의 저작권 침해죄는 비친고죄인데, 그렇다면 검사가 기소를 하게 된 동기가 무엇인가를 살펴볼 필요성이 있다. 검사가 지적재산권 위반을 이유로 수사를 한 피의자의 숫자는 2002년도에 405명(저작권은 210명, 이 중에서 제506조 위반은 138명)이었는데, 검사가 수사를 하도록 한 동기는 15개의 연방, 주, 지방정부의 기관이 의뢰한 것이었다. 이러한 15개의 기관에는 FBI(63%), 세관(23%), 우체국 등을 포함한 기타의 기관(14%)이 포함되어 있다. 또한 이 중에서 지적재산권 위반범죄로 확정된 피의자 숫자는 383명이었다.[14] 이에 반하여 민사적 구제수단은 형사적인 집행방법보다 훨씬 더 많이 이용되는데, 2002년도에 미국 연방지방법원에 제기된 지적재산권 소송은 8,254건이었다.[15] 특허권 침해에 대해서는 민사적 구제수단만이 허용되어 특허소송이 포함된 것이지만, 형사사건보다 그 수가 월등이 많다는 것을 알 수 있다. 8,254건 중에서 저작권 소송은 2,084건(파기되거나 이송된 케이스 등을 제외하면 1,889건)이었다. 1,889건의 저작권 소송 중 화해(42.3%), 자발적인 취하(19.1%) 등에 의하여 사건이 종결된 것이 1,466건(77.6%), 심리(배심원 평결, 판사의 판결 등)에 의하여 종결된 것은 1.5%에 불과하다. 이러한 통계에 의하면, 저작권 침해를 이유로 하는 미국 저작권법 제506조 위반에 기인한 피의자 숫자가 138명임에 반하여 민사소송은 1,889건에 달한다. 이 수치만 보더라도 미국에서의 저작권 집행은 형사적인 방법보다는 대부분 민사적인 방법에 의한다는 것을 알 수 있다.

형사적 구제수단이 민사적 구제수단보다 침해를 억제하는데 더욱 효과적이므로 재산권 침해에 대해서는 형사적인 구제수단이 필요할 수도 있다. 또한 침해자들은 민사적인 구제방법, 예컨대 손해배상을 영업비용으로 생각하고 계속하여 침해할 수

---

14) Mark Motivans, Intellectual Property Theft, 2002, Bureau of Justice Statistics Special Report, USDOJ, (Oct. 2004.).

15) Id.

도 있으므로, 형사적인 구제수단이 적절할 수도 있다. 모든 지적재산권 침해행위에 대하여 형사적인 제재를 가하는 것은 바람직하지 않은데, 문제는 형사적 구제수단이 적용될 수 있는 적정한 범위를 어떻게 정할 것인가 여부이다. 비친고죄에 의하여 형사적 제재의 가능성을 넓게 하는 것은 바람직하지 않다.

지금까지 미국에서 저작권을 집행함에 있어 민사적 집행방법을 주로 사용한다는 것을 살펴 보았다. 그렇다면 미국이 저작권을 형사적으로 집행함에 있어, 굳이 한국의 법적 기준에 의하면 비친고죄의 형태에 의하여, 실제로 어떻게 집행하고 있는지를 고찰할 필요성이 있다. 미국에서 지적재산권 침해에 대한 형사제재를 규정하고 있는 저작권법 제506조에 따라 수사, 기소, 법적 판단에 대한 통계를 고찰해 봄으로써 형사소추의 실태를 살펴보기로 하자.

저작권 위반 케이스 숫자(괄호안은 피의자·피고인 숫자)[16)]

	2005	2006	2007	2008	2009
수사의뢰건수	213 (280)	162 (295)	190 (278)	125 (171)	79 (118)
기소건수	85 (97)	98 (152)	110 (140)	76 (86)	58 (75)
해결/종료	56 (68)	100 (125)	105 (147)	96 (117)	85 (103)

저작권법 제506조 위반과 관련한 '수사를 의뢰받은 건수'(Number of Investigative Matters Received by U.S. Attorneys)는 2009년도 79건에 피의자 118명이었으나, 기소건수(Number of Cases Filed)는 58건에 피고인 75명이었다. 따라서 수사가 이루어진 것 중에 73%만이 기소되었으며 피의자 숫자로 보면 64%가 기소된 셈이다. 지난 2005년부터 2009년까지 5년동안 수사의뢰건수 769건 중 427건, 곧 55.5%만이 기소되었고 피의자 숫자로는 1,142명 중 550명, 곧 48%만이 기소되

16) U.S. Department of Justice, FY 2009 Performance and Accountability Report: Appendix E, (Nov. 2009.).

었다는 것을 알 수 있다. 우선 이 수치를 보면 수사를 의뢰받은 사건이 모두 기소로 연결된 것은 아니라는 것을 알 수 있는데, 2002년도의 통계조사에 의하면, 검사가 기소를 하지 않은 이유로서 증거 불충분(20%), 기관의 요청(17%), 범의(犯意)에 대한 증거부족(12%), 다른 기관에 의한 민사·행정 소송·기소(11%) 등이었다.

재판종결 결과

	2005	2006	2007	2008	2009
유죄인정	46	78	123	88	81
유죄판결	4	2	0	5	2
기각	14	29	17	18	17
무죄	1	1	1	2	0
기타 종료	3	15	6	4	3

위의 통계는 미국의 형사소추 절차에서 검찰측과 피고인 간에 형사소추에 대한 협상이 얼마나 활발하게 이루어지는지를 보여주고 있다. 2009년 유죄를 인정(plead guilty)한 피고인 숫자는 81명이었음에 반하여, 유죄판결은 2명이고 기소가 기각된 것이 17명이었다. 유죄를 인정하는 것이 압도적인 것은 2009년에 한정되는 것이 아니며 계속하여 압도적인 지위를 차지하고 있다. '유죄인정'은 검사가 공소사실에 대하여 유·무죄를 묻고(arraignment) 피고인이 유죄임을 시인(plead guilty)하면 증거조사를 하지 않고 바로 유죄판결을 하도록 하고, 무죄임을 주장하면(plead not guilty) 증거조사를 하게 된다. 검찰측과 피고인측의 유무죄여부 및 형량에 대한 협상(plea bargaining)은 미국의 형사절차에서 전반적으로 이루어지는 것이지만, 검찰측과 피고인측이 서로 협상한다는 것을 나타내는 것임에는 분명하다.

위의 두 통계 결과에 의하면, (i) FBI를 비롯한 여러 기관들이 검사로 하여금 수사하도록 의뢰를 하지만 이러한 의뢰로 인하여 반드시 기소로 연결되는 것은 아니라는 것, (ii) 형사소송은 대부분 피고인의 '유죄인정,' 곧 검찰측과 피고인간의 협상에 의하여 종결된다는 것을 알 수 있다. 피고인의 '유죄인정'에 의하여 검찰측

은 증거조사를 하거나 '합리적 의심의 여지가 없을 정도로(beyond reasonable doubt)' 법원을 설득하는 수고를 들게 되고 다른 검찰 업무에 보다 많은 노력이나 시간을 할애할 수 있게 된다. 또한 피고인은 유죄를 인정하는 대신에 형량을 덜게 되는 이점을 가지고, 장기간의 소송에 의하여 시간을 낭비할 필요가 없게 된다. 비록 이러한 협상이 지적재산권 범죄에 한정되는 것은 아니지만, 당사자간의 협상에 의한 형사사건의 조기해결이라는 이점을 가지게 된다. 당사자간의 협상에 의한 분쟁의 해결은 아래의 표에서 볼 수 있는 바와 같이 미국에서 지적재산권에 관한 민사소송에서도 그대로 나타난다.

총 사건수	판단에 의하지 않은 종료			판단에 의한 종료	
1,889	76.3%			23.7%	
	화해	자발적 취하	기타	심리	기타
	42.3	19.1	14.6	1.5	20.9

지금까지 저작권 침해에 대한 미국의 입법 및 형사소추의 실제를 고찰한 바에 의하면, (i) 미국에서의 형사적 제재는 '1년 미만 징역/벌금/병과'라는 한국에 비해서는 매우 미미한 형사적 제재를 가하는 것을 기본으로 하여, 여기에 침해 기간, 저작물의 가치, 복제·배포·전송 등의 요건을 추가하여 '3년, 5년, 6년, 10년 미만 징역/벌금/병과'한다는 것, (ii) 그러나 미국의 이러한 형사적 제재는 한국에 비해서는 상대적으로 상당히 미약하다는 것, (iii) 미국은 저작권 침해에 대하여 형사적 구제수단보다는 민사적 구제수단을 훨씬 더 많이 이용한다는 것, (iv) FBI를 비롯한 여러 기관들이 검사로 하여금 수사하도록 의뢰를 하지만 이러한 의뢰로 인하여 반드시 기소로 연결되는 것은 아니라는 것, (ii) 형사소송은 대부분 피고인의 '유죄인정,' 곧 검찰측과 피고인간의 협상에 의하여 종결되며 당사자간의 협의에 의한 분쟁은 민사소송에도 마찬가지라는 것 등을 알 수 있다. 요컨대 미국은 형사적 구제수단이 민사적 구제수단보다 많이 이용되지 않으면서도 한국보다 완화된 형사적

제재를 하고 있으며, 민사적 구제수단보다 훨씬 적게 이용되는 형사절차에서도 당사자간의 협상에 의하여 절차를 조기에 종료시킨다는 것을 알 수 있다. 미국법에서 친고죄와 비친고죄를 구별하는 것은 한국의 법체계만큼 의미가 있는 것이 아니다. 미국과 한국이 동일한 수준의 입법으로 KORUS FTA를 이행한다는 것을 전제로 한다면, 한국의 현행 저작권법 및 저작권법 개정안은 미국의 형사제재보다 훨씬 더 엄격하다. 따라서 비친고죄를 유지함으로써 장점이 발생하는 등 한국 나름대로의 독자적인 이익이 있지 않는 한, 또한 KORUS FTA를 이행하는 미국과 한국을 동일선상에 놓고 판단하는 한, 그리고 비친고죄를 의미하는 것으로 여겨지는 'legal action'을 반드시 '기소'로 고집할 필요가 없다면, 한국이 KORUS FTA를 이행함에 있어서 비친고죄에 의하여 피해자의 고소없이 처벌하는 경우 오히려 불합리한 결과가 발생한다면 반드시 비친고죄로 이행할 필요성은 없는 것으로 보인다.

Ⅲ. 미국의 형사소추의 실제와 KORUS FTA 이행의무

KORUS FTA는 당국이 '법적 조치(legal action)'를 개시함에 있어 민간 당사자나 권리자의 공식적인 청구를 필요로 하지 않고 직권으로 할 수 있도록 하고 있다[§18.20.27.(f)]. 이 규정에서 말하는 법적 조치에는 수사 등도 포함될 수도 있고 공소제기도 포함될 수 있는데, 만약 공소제기만을 의미하는 것으로 해석한다면 이 규정은 비친고죄를 의무화하는 것으로 해석할 수 있지만, 수사 등도 포함하는 것이라면 비친고죄를 의무화하는 것으로 해석될 수 없다. '법적 조치'의 의미를 해석하는 것과 관련하여 입법역사(legislative history)와 같은 KORUS FTA 협상과정에서의 자료가 존재하는 것도 아니며, 법적 조치의 의미에 대해서는 논란이 될 수밖에 없다. 협상과정에서 법적 조치에 대한 자료가 존재하지 않는다고 전제한다면, 법적 조치에 수사 등도 포함하는가, 아니면 공소제기만 포함하는가 여부는 아무런 의미가 없는 것이다. 또한 친고죄, 비친고죄를 구별하는 것은 미국에서는 그 의미가 한국의 법체제에서만큼 의미가 있는 것도 아니다. 따라서 법적 조치에 수사 등도 포함되어 비친고죄를 의무화하는 것이 아니라고 하거나 공소제기만 포함되어 친고죄

를 의무화하는가 여부에 대해서는, 양쪽의 입장이 모두 존재가 가능한 것이므로 한국이 KORUS FTA를 이행함에 있어서는 한국의 입장이나 실정에 적합하게 이행하는 것이 타당할 것이다.

미국의 저작권 집행에 있어서 검사는 FBI 등으로부터 지적재산권 침해에 관한 수사를 하도록 의뢰(referral)를 받는다. 그러나 이와 같이 수사를 의뢰받은 후 수사결과로 인하여 항상 기소로 연결되는 것은 아니다. 반드시 기소로 연결되지 않는 것은 증거가 불충분하거나 범의를 입증하기 위한 증거가 부족하거나 다른 기관에 의한 민사·행정 소송·기소 등을 원인으로 하고 있다. 일정한 범죄를 수사하고 수사결과에 바탕을 두어 공소를 제기함에 있어 수사를 한 이후에 반드시 기소로 연결되는 것이 아닌 것은 미국에만 한정되는 것이 아니다. 바로 여기에서 KORUS FTA의 '법적 조치'를 해석함에 있어 이러한 사실을 주목할 필요가 있다. KORUS FTA는 민간 당사자나 권리자의 공식적인 청구를 필요로 하지 않고 당국이 법적조치를 직권으로 개시할 수 있다는 것(may initiate)을 규정하는데, 법적 조치가 수사 등도 포함하는 경우에는 수사를 개시하는 것 자체가 법적 조치를 취하는 것이 되므로 비친고죄와는 아무런 관계가 없게 된다. 문제는 지적재산권 침해에 대하여 수사를 한다고 해도 반드시 기소로 연결되는 것은 아니라는 것이다.

제4장 법적조치의 해석

Ⅰ. 서론

KORUS FTA, 미국-싱가포르 FTA, 미국-칠레 FTA, 미국-콜롬비아 FTA 등 미국이 체결한 대부분의 FTA는 친고죄·비친고죄와 관련하여 '법적 조치(legal action)'라는 어휘를 사용하고 있고, 미국-호주 FTA는 '형사법적 조치(criminal legal action)'라는 어휘를 사용하고 있다. 이에 반하여 ACTA는 '수사 또는 법적 조치'라고 규정하고 있다. 미국이 체결한 FTA와 ACTA가 상호간에 연관성이 있다는 것을 전제로 한다면, 미국이 체결한 FTA에서 언급하고 있는 법적 조치는 수사를 제외한 것이라고 해석할 수 있다. 그러나 미국이 체결한 FTA와 ACTA는 지적재산권을 보호하기 위한 것이라는 점을 제외한다면 전혀 연관성이 없는 것이므로, FTA에 나타나 있는 법적조치가 수사와 구별되는 법적조치라고 해석할 수는 없다.[17] 그렇다면 KORUS FTA에 규정되어 있는 법적조치를 어떻게 해석할 것인가가 문제되는데, 법적조치는 어휘가 어떠한 지위를 가지는지, 협상과정에서 한미간에 어떻게 논의되었는지는 다음의 내용에 의하여 비교적 정확하게 설명되고 있는 것으로 보인다.

우리 저작권법과 한미 FTA를 비교하여 볼 때, 협정문에서 사용된 법적 조치(legal action)의 개념을 어떻게 이해하느냐 여부에 따라 형사 소추와 관련된 저작권법의 개정 여부가 결정된다고 하겠다. 법적 조치를 수사(investigation)를 포함하는 것으로 이해할 때에는 우리 형사소송법상 친고죄의 경우에도 고소의 가능성이 있는 한 고소 없이도 수사할 수 있다는 제한적 허용설이 다수설이자 판례의 태도이므로 굳이 저작권법을 개정할 필요가 없으나, 법적 조치가 공소 제기(indictment)를 의미하는 경우에는 직권 기소의 범위에 있

17) 연관성이 있다고 가정하더라도, ACTA 협정문에 수사 또는 법적 조치라고 기술한 것에 의해 단순히 법적 조치가 수사를 배제한 것이라고 보기는 어렵다. 협정 당사국들은 협정문의 의미가 보다 분명할 것을 요구하였을 것이고, 이런 점에서는 법적 조치의 의미가 불분명함을 보완하기 위해서라도 기술적으로 수사를 함께 규정하였을 것이기 때문이다. 즉, 협정문의 차이만으로 법적 조치가 기소를 의미한다고 단정할 수는 없다.

어서 현행 저작권법과 한미 FTA 사이에는 일정한 차이가 나므로 저작권법을 개정하여야 할 것이다. 한미 FTA 자체는 법적 조치의 의미에 대해 아무런 정의 규정을 두고 있지 않다. 또한, 협상 과정에서도 미국 대표단의 태도는 어떤 때는 수사를 의미하는 것으로, 어떤 때는 기소를 의미하는 것으로 답변하였지만 이를 확인한 공식 문건은 존재하지 않는다.[18]

KORUS FTA가 규정하고 있는 '법적조치'에 수사가 포함되는 것으로 해석된다면, 한국은 비친고죄를 입법하여야 할 하등의 의무를 부담하지 않으며, 따라서 한국에서 저작권 침해죄를 친고죄로 할 것인가, 비친고죄로 할 것인가는 KORUS FTA와 관련하여서는 더 이상 논의의 필요성이 없는 것이다. 본 보고서는 법적조치에 수사가 포함되는 것이 타당하며 따라서 KORUS FTA를 이행함에 있어서 한국이 비친고죄의 형태로 입법할 조약상의 의무를 부담하지 않으며, 친고죄 또는 비친고죄 여부는 한국의 저작권 정책목표를 달성하기 위하여 한국이 결정하여야 할 문제라는 것을 주장하고자 한다.

Ⅱ. 법적조치를 취하는 주체

FTA는 양 국가 간의 조약으로서 양 국가가 이를 이행할 의무를 부담한다. 규정을 해석함에 있어서는 일단 '어휘'의 사전적 의미가 중요할 수밖에 없는데, 사전적으로 조치(action)라는 단어는 소송을 의미하는 것에 한정되지 않으며 권리의 집행이나 국가권력의 발동과 관련하여 다양한 의미를 내포하고 있다. 우선 FTA는 '당국(authorities)'이 '직권으로(ex officio)' 법적조치를 개시할 수 있도록 규정하고 있는데, FTA가 사용하고 있는 '당국'이라는 어휘를 고찰하면 당국은 검찰이나 법원에 한정되고 있지 않으며 행정부 등 일정한 행위를 할 권한이 있는 정부기관을 의미하는 것으로 규정하고 있다. 첫째, KORUS FTA는 출원인이 '상표관련 당국(trademark authorities)'의 통신에 대하여 답변(대응)을 하고, 최초의 등록거절에 대

18) 김현철, 한미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정방안 연구, 한국저작권위원회, 2007, 223면.

하여 이의를 제기하고, 최후의 등록거절에 대하여 사법적으로(judicially) 이의를 제기할 수 있는 기회를 부여하는 상표등록제도를 갖출 것을 규정하고 있다[§18.2.9(b)]. 여기서는 상표당국이라는 어휘를 사용하였지만 당연히 한국의 경우 특허청을 의미하는 것이다. 둘째, KORUS FTA는 민사사법절차에서 '사법당국(judicial authorities)'이 침해자로 하여금 권리자에게 손해배상 등을 지급하도록 명령할 권한을 가지도록 하거나 손해배상 산정시 고려할 사항을 규정하고[§18.10.5(a)], 패소 당사자로 하여금 소송비용 등을 승소 당사자에게 지급토록 명령하는 권한을 가지고[§18.10.7], 침해혐의 물품의 압류를 명령하고[§18.10.8], 침해물품의 폐기 등을 명령할 수 있는 권한을 가지도록 규정하고 있는데[§18.10.9(b)], 여기서의 사법당국은 사법부를 의미하는 것이다. 셋째, KORUS FTA는 사법당국이나 기타 당국(judical or other authorities)이 민사절차에서 기술전문가를 임명하는 것에 관하여 규정하고 있는데[§18.10.15], 여기에서의 기타 해당 당국은 사법부를 제외한 국가기관을 의미하는 것이라 할 수 있다. 사법당국이나 기타 관계당국(judicial or other competent authorities)이라고 규정한 것도 마찬가지이다[§18.10.27(e)]. 넷째, KORUS FTA는 국경조치와 관련하여 '관계 당국(competent authorities)'이 일정한 권한을 가질 것을 규정하고 있는데[§18.10.19 이하], 여기서의 관계당국은, 한국의 경우 관세청을 의미하는 것이겠지만, 여러 국가기관을 의미하는 것이 된다.

KORUS FTA '당국'이라는 어휘를 사용할 경우 당국, 상표관련 당국, 사법당국, 기타 당국 등의 표현을 사용하고 있다. KORUS FTA에서 상표 및 사법당국이라고 할 경우 그 당국은 분명히 정해져있는 것이지만 '당국'에 대해서는 그렇지 않다. KORUS FTA는 친고죄·비친고죄 관련 조항에서는 '당국'이라고만 표현하고 있으므로, 여기에서의 당국은 이론적으로 입법, 사법, 행정 등 어느 정부기관도 해당할 수 있다. 다만 저작권 침해에 대하여 법적조치를 취하는 당국이므로, 행정이나 사법부의 어느 기관이 해당할 수 있을 것이고 행정부의 경우에는 경찰이나 검찰이 포함될 수 있을 것이다. 만약 첫째, 친고죄·비친고죄에 관한 KORUS FTA 규정의 '당국'이 '검찰'에 한정하는 것이라고 한다면 '법적조치'는 기소가 되어야 할 것이고 따라서 KORUS FTA를 이행하기 위한 한국 저작권법은 비친고죄로 규정하여야 할

것이다. 그러나 이것과 정반대로 둘째, 당국이 오히려 '경찰'에 한정하는 것이라고 한다면 법적조치는 수사가 될 것이고 따라서 검사의 기소를 전제로 하는 개념인 비친고죄와는 아무런 관련이 없는 것이 될 것이다. 물론 이 경우에는 경찰이 수사만 하고 처벌을 하기 위하여 기소는 하지 못하므로, 당국에 경찰만 해당한다는 해석은 있을 수 없다. 셋째, 당국에 경찰과 검찰이 모두 포함되는 것으로 해석되는 경우, 한국의 저작권법이 친고죄로 규정하더라도 KORUS FTA를 이행하는 것이 된다. 전술한 바와 같이 당국은 검찰에 한정되는 것이 아니라 경찰 등 여러 국가기관이 포함될 수 있고, 따라서 친고죄·비친고죄에 관한 KORUS FTA의 규정이 비친고죄의 형태로 저작권을 집행할 것을 규정하는 것으로 해석할 수는 없다. 곧 한국 저작권법이 친고죄의 형태로 규정하더라도 KORUS FTA를 이행하는 것이 된다.

Ⅲ. 단속 및 직권수사

현재 한국에서는 저작권 침해죄가 친고죄 여부인가와 관계없이 저작권 침해에 대하여 단속이나 수사가 이루어지고 있다. 곧 권리자의 고소가 없더라도 단속과 수사가 이루어지고 있는데, 첫째, 저작권 침해에 대한 단속은 저작권법과 '사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률'에 의하여 규율되고 있다. 문화체육관광부 등에 근무하며 저작권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 국가공무원 및 지방공무원은 사법경찰관 또는 사법경찰리의 직무를 수행할 수 있다(§5 xxvi).

둘째, 친고죄의 경우 고소가 없는 경우에도 검사나 사법경찰관이 수사를 할 수 있는가와 관련하여, (i) 고소가 없는 경우에도 이와 관계없이 강제 및 임의수사를 할 수 있다는 전면허용설, (ii) 고소가 없다면 강제수사도 할 수 없을 뿐만 아니라 임의수사도 할 수 없다는 전면부정설, (iii) 고소 전이라도 필요성이 있다면 수사가 이루어져야 하며 친고죄에 있어서 고소는 공소제기의 유효요건이지 수사의 개시요건은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 수사가 가능하다고 하는 제한적 허용설이 대립하고 있다.[19] 대법원은 "범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였

다 하더라도 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태하에서 행하여졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수 없다"고 하여 제한적 허용설을 취하고 있으며, 다수설도 제한적 허용설을 취하고 있다.[20]

이상에서 살펴본 바와 같이 저작권 침해죄가 친고죄의 형태로 집행되더라도, 권리자의 고소여부와 관계없이, 국가기관이 단속이나 수사를 할 수 있으므로 KORUS FTA를 친고죄의 형태로 이행하더라도 아무런 문제가 없다. KORUS FTA는 권리자의 공식적인 청구가 없이도 당국이 직권으로 법적조치를 개시할 수 있도록 하고 있는데, "당사자의 공식적인 청구가 없이도 취할 수 있는 법적조치"로는 단속과 수사가 포함될 수 있고 당사자의 청구가 없더라도 법적조치를 취할 수 있는 것이 바람직하다. 따라서 KORUS FTA가 규정하고 있는 '법적조치'를 기소로 한정하여 해석할 하등의 이유가 존재하지 않으며 비친고죄의 형태로 집행하여야 하는 것으로 해석할 이유도 없게 된다.

Ⅳ. ACTA와의 비교

'법적 조치'의 의미와 관련하여 고려할 수 있는 요소로서 최근 협상이 사실상 타결된 ACTA(Anti-Counterfeiting Trade Agreement)를 들 수 있는데, ACTA는 미국과 한국 등 국가의 숫자로만 본다면 약 35개국 이상이 타결을 위한 협상에 참여한 의미 있는 것이다. ACTA(10월 Draft)는 형사적 위반과 관련하여 당국이 자발적으로(upon their own initiative) 수사(investigation)나 법적 조치(legal action)를 시작할 수 있도록 규정하고 있다(§2.17). 따라서 ACTA는 수사와 법적 조치를 모두 사용하고 있으므로 여기에서의 법적 조치는 당연히 수사를 포함하지 않게 된다. 이러한 문언에 따라서만 해석하면 KORUS FTA의 법적 조치는 수사를 제외한

19) 김정환, 저작권법상 범죄의 비친고죄화에 대한 형사법적 검토, 산업재산권(제23호), 2007, 257면.
20) Id.

법적 조치를 의미하므로 기소를 의미하는 것에 해당되어 KORUS FTA가 비친고죄를 의무화한 것으로 여겨질 수 있다. 그러나 KORUS FTA는 '법적 조치'라는 단어만을 사용하고 있으므로 ACTA에서 사용한 단어와 동일하게 해석할 수 없고 따라서 기소에 한정된다는 해석은 전혀 합리성이 없는 것이 된다. 오히려 ACTA는 당국이 자발적으로 취할 수 있는 것으로서 수사와 법적 조치를 모두 허용하고 있는 것으로 파악할 수 있고, 따라서 KORUS FTA를 해석함에 있어서도 ACTA와 같이 수사와 수사 이외의 법적 조치를 취하도록 하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

Ⅴ. 법적조치의 해석

KORUS FTA의 규정에 의하면 '법적 조치'는 검사에 의한 '기소'뿐만 아니라 '수사' 등 기소 이외의 조치도 모두 포함하는 것으로 해석되는 것이 가능하다. 법적 조치가 기소나 수사 등 어떤 개념으로 해석될 것인가에 대하여 국내법의 '입법역사'에 해당하는 KORUS FTA 협상 자료가 공개된 것이 아니며 이에 대한 자료가 존재하는지도 알 수 없다. 그렇다면 이를 어떻게 해석할 것인가가 문제된다. 본 보고서는 최소한 프로그램저작권 침해죄에 대해서는 친고죄 내지 반의사불벌죄로 운영하는 것이 권리자 및 침해(혐의)자에게 유리하며, 또한 한국에서의 소프트웨어 산업발전을 위해서도 바람직하다는 의견을 제시하였다. 그렇다면 우선 프로그램저작권 침해죄를 친고죄로 이행하는 경우 KORUS FTA 이행의무가 어떻게 될 것인가가 문제된다. 우선 KORUS FTA의 이행과 관련된 양국의 분쟁은 협정 제22장 '제도규정 및 분쟁해결'에 의하게 된다. 우선 '법적 조치'에 대한 정의가 없으므로 이를 비친고죄를 의무화하는 것으로 해석될 수 있는 '기소'에 한정시키지 않고 '수사' 등도 포함하는 것으로 하여 친고죄로 운영하더라도 KORUS FTA 이행의무를 위반하는 것이 되지 않는다. 또한 현재 전세계적으로 소프트웨어가 가장 많이 소유하고 있는 국가는 미국이고, 한국에서의 프로그램저작권 침해죄를 친고죄로 운영하는 것이 권리자에게도 유리하므로 미국이 이에 대하여 이의를 제기할 것으로 보이지도 않는다.

‘법적 조치’의 의미와 관련하여 고려할 수 있는 요소로서 최근 협상이 사실상 타결된 ACTA를 들 수 있다. 상기한 바와 같이 ACTA 협정문과 비교하여 보아도 KORUS FTA를 해석함에 있어서도 ACTA와 같이 수사와 수사 이외의 법적 조치를 취하도록 하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

KORUS FTA의 법적 조치를 ‘기소’에 한정하여 해석한다면 한국이 불이익을 받을 수 있다. 의무적으로 기소를 하여야 하는 비친고죄가 저작권을 보다 더 강력하게 보호하는 것이라고 한다면, 한국은 KORUS FTA를 이행하는 과정에서 저작권법에 비친고죄를 규정하게 된다. 이러한 비친고죄의 규정을 미국에 대해서만 적용토록 하는 것이 입법 기술적으로 가능하지만 바람직한 것은 아니어서 모든 국가를 상대로 비친고죄의 형태로 저작권을 보호하게 된다. 그러나 ACTA 가입국들은 반드시 비친고죄의 형태로 입법할 의무가 없으므로, 한국 국민은 미국 이외의 ACTA 가입국으로부터는 친고죄의 형태로 보호받게 되지만 한국은 미국을 비롯한 외국 국민을 비친고죄의 형태로 보호하는 결과가 된다. 따라서 굳이 KORUS FTA가 규정하고 있는 ‘법적 조치’를 ‘기소’에 한정하는 것으로 해석하여 저작권법에 규정할 것이 아니라, 수사 등을 포함하는 것으로 하여 친고죄로 하는 것이 바람직하다.

제5장 소프트웨어 저작권집행의 실제와 친고죄

Ⅰ. 서론

앞의 장에서 논의한 바와 같이 KORUS FTA에 의하여 한국이 비친고죄의 형태로 저작권을 집행할 의무가 없으며 따라서 현행 저작권법이 '영리를 위하여 상습적으로' 저작권을 침해한 경우에 비친고죄의 형태로 저작권을 형사적으로 집행하면 충분하다. 본 보고서는 KORUS FTA에 의하여 한국이 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 입법을 할 필요성이 없다는 것을 강조하였다. 그런데 만일 KORUS FTA에 의하여 한국이 비친고죄로 저작권을 형사적으로 집행할 의무를 부담하는 것으로 해석된다면, 첫째, 비친고죄로 집행하는 것이 저작권자 보호에 도움이 되지 않으며, 이용자(침해자)에게 편익도 제공하지 않으며, 한국에서의 소프트웨어 산업발전에 도움이 되지 않으며, 형사정책적으로도 바람직하지 않으며, 정부에 대하여 많은 부담이 작용할 것이며, 둘째, '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해한 경우에 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 경우 지나치게 광범위하게 비친고죄로 형사적 제재를 가하게 되므로 바람직하지 않은 결과를 가지고 온다. 따라서 한국이 비친고죄의 형태로 입법을 하더라도 최소한도로 그 범위를 축소하여 입법을 할 필요성이 있다. 첫째의 측면에 대해서는 이 장에서 고찰하고, 두 번째 측면은 다음 장에서 고찰하기로 한다.

Ⅱ. 소프트웨어 저작권과 친고죄

프로그램저작권과 친고죄·비친고죄의 관계를 논의하기 위해서는 먼저 친고죄·비친고죄의 의미 및 차이점을 고찰하고 한국에서의 프로그램저작권 집행의 현실을 고려할 필요성이 있다. 첫째, 친고죄와 비친고죄에 있어서는 고소 취하의 효력에 차이가 존재한다. 저작권자는 비친고죄하에서도 침해혐의자를 고소할 수 있지만,

친고죄와 비친고죄는 고소권자의 고소 여부에 따라 형사소추를 할 수 있는가 여부에서 차이가 있게 된다. 곧 친고죄에 있어서는 고소권자가 고소를 취하하면 공소가 유지될 수 없고 재판이 진행될 수 없지만, 비친고죄에 있어서는 고소의 취하와 관계없이 공소가 유지될 수 있고 재판이 계속 진행되어 피고인이 유죄판결을 받을 수 있다. 이러한 차이점으로 인하여 친고죄하에서는 저작권자와 침해혐의자 내지 피고인과 협상을 하여 합의를 할 수 있고 합의에 따라 고소를 취하할 수 있게 된다. 따라서 친고죄 및 비친고죄에 있어서 가장 큰 차이점은 친고죄에 있어서는 저작권자와 침해혐의자 내지 피고인과 협상의 여지가 있다는 것이 된다. 그렇다면 한국의 저작권, 특히 프로그램저작권의 집행에 있어서 이러한 협상의 여지를 남겨놓는 것이 적절한 것인가가 문제된다.

둘째, 침해사실에 대한 저작권자의 인지에 있어서 차이가 존재한다. 비친고죄에 있어서는 수사기관이 저작권자에게 침해사실을 통지해 줄 의무가 없고 따라서 저작권자가 침해된 사실에 기하여 손해배상을 위한 협상을 하거나 손해배상을 묻기 위한 소송을 제기하는 것이 사실상 불가능하다. 친고죄에 있어서는 저작권자가 고소를 하여 공소가 이루어지고 수사기관이 고소권자에게 침해사실을 통지해주기 때문에 저작권자가 침해사실을 아는 것은 당연하며 형사소송에 의하여 침해규모를 알 수 있게 되어 보다 용이하게 민사소송을 제기할 수 있게 한다.

이러한 친고죄·비친고죄의 차이점으로 인하여 이에 따라 저작권이 집행되는 경우 많은 실질적인 차이점이 존재하게 된다. 그런데 이러한 차이점에 한국에서의 저작권 집행의 특성이 추가됨으로써 친고죄 및 비친고죄의 이론적인 틀이 실무에서는 상당히 다르게 적용된다는 것이 문제이다. 예컨대 저작권 침해죄가 공익을 보호법익으로 한다고 하여 비친고죄의 형태로 집행한다면 저작권이 훨씬 더 잘 보호될 것이라는 이론이 한국의 저작권 집행의 현실에서는 적용되지 않는다. 요컨대 저작권 침해죄의 친고죄 폐지 옹호론이나 반대론이 제기하고 있는 근거가 현실에서 그대로 적용되는 것이 아니며, 따라서 한국에서의 저작권침해죄를 친고죄로 할 것인가, 아니면 비친고죄로 할 것인가 여부는 친고죄나 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 경우 어떠한 효과가 나타날 것인가를 면밀하게 고려하여 결정하여야 할 것이다. 한국에서의 저작권 문

화 및 집행의 현실을 고려하여, 한편으로는 소프트웨어 저작권을 보호하고 다른 한편으로는 소프트웨어 이용자의 이익도 고려함으로써, 저작권이 추구하고자 하는 정책목표(copyright policy)를 달성할 수 있는 체제를 결정하여야 할 것이다. 본 보고서는, 첫째, 한국에서의 저작권 문화나 집행의 현실을 고려한다면, 최소한 소프트웨어 저작권에 있어서는, 친고죄가 저작권자를 보다 더 효율적으로 보호하고 소프트웨어 이용자에게도 이익이 될 뿐만 아니라 집행을 위한 국가의 부담도 덜 수 있으며, 둘째, KORUS FTA에 의하여 비친고죄가 요구된다면, KORUS FTA를 이행할 수 있는 최소한의 범위 내에서 비친고죄를 인정하는 것이 합리적이라는 결론을 내리고자 한다.

Ⅲ. 저작권자 보호

KORUS FTA는 지적재산권의 보호수준을 상향화하고 집행을 강화함으로써 지적재산권을 보다 효율적으로 보호하기 위한 것이다. 집행의 강화에 관한 친고죄·비친고죄 논의와 관련하여 KORUS FTA가 비친고죄를 의무화하는 것으로 해석한다면 과연 저작권자가 제대로 보호받느냐가 문제된다. 다음의 논의는 비친고죄에 의한 저작권 집행이 저작권의 실효적인 보호와 연결될 수 없다는 것을 잘 설명하고 있다.

> 친고죄의 폐지는 오히려 권리자의 보호에 불리할 뿐이다. 왜냐하면, 대대적인 단속이 항상 이루어져서 모든 저작권법 위반, 상표법 위반이 입건되는 것은 아니어서 이러한 지적재산권 침해죄에 대해서는 어느 정도 권리자에 의한 고소, 고발이 필수적인 절차가 될 수밖에 없다. 그런데 친고죄의 경우 권리자가 손해배상 등 민사적인 구제를 받을 것을 전제로 하여 고소를 취소하는 등 권리자에게 선택의 여지를 제공하게 되지만, 비친고죄의 경우에는 권리자의 고소취소가 단지 양형에 있어서의 참고자료에 불과하게 되어 실질적으로는 권리자의 구제에 도움이 되지 않는다. 게다가 수사기관의 입장에서도 비친고죄의 경우에는 모든 사건이 기소 여부를 최종 결정하여야 하는 부담이 생기게 되어 단속에 오히려 부담을 가질 수도 있다.[21]

21) 박성수, 한미자유무역협정과 지적재산권집행-저작권을 중심으로-, FTA와 지적재산법:집행 및 구제를 중심으로, 2007년 추계 한국디지털재산법학회·한국산업재산권법학회 공동학술대회(2007년 10월 4일).

일부 권리자는 S/W 무상보급을 통한 이용 확대(쉐어웨어 형태)를 원하는 경우가 있고, 침해자를 형사처벌하는 것 보다는 권리침해에 대한 손실보전만을 원하는 경우가 많아 친고죄 폐지가 반드시 저작권 보호 강화라고 보기 어려운 면이 존재한다. 나아가 비친고죄로 할 경우 국가가 모든 권리침해사실을 인지하여 소추할 의무가 발생하게 되므로 과도한 형벌권 행사 부담이 예상된다.[22]

비친고죄에 의하여 국가가 프로그램 저작권을 침해한 자를 처벌한다는 것은 저작권을 강화한다는 것을 의미하기도 하므로, 비친고죄는 프로그램 저작권자에게 유리한 것으로 보일 수 있다. 그러나 비친고죄에 의한 저작권 집행은 최소한 소프트웨어 저작권의 집행에 있어서만은 저작권자를 보호하는데 적합하지 않다.

1. 잠재적 고객으로서의 침해(혐의)자

한국에서의 소프트웨어 저작권 집행은 적발된 침해자로 하여금 정품 소프트웨어를 사용하도록 하는 것을 주된 목적으로 한다는 특징을 가지고 있다. 후술하는 바와 같이 한국에서의 소프트웨어 저작권집행은 거의 모두 기업을 상대로 이루어지고 있으므로 침해자인 기업에 대하여 형사적 제재를 가하지 않고 적법 사용자로 전환시키는 것은 기업에게는 물론 소프트웨어 저작권자에게도 매우 중요하다. 소프트웨어 저작권자에게 침해행위에 기초하여 침해자로 하여금 정품 소프트웨어를 사용하도록 하는 것이 시장의 확대를 위하여 중요하며, 친고죄에 의한 저작권 집행이 이것을 가능하게 하는데 중요한 역할을 한다. 타인에 의한 창작물을 존중하여 저작권 침해에 대하여 제재가 가하여지지 않더라도 정품을 구매하여 사용하는 것이 가장 이상적인 형태가 될 것이다. 그러나 이것은 현실적으로 불가능하고 따라서 저작권 침해에 대해서는 민·형사적 구제수단이 주어지는데, 침해행위에 대한 민·형사적 제재의 가능성으로 인하여 이용자들이 저작물을 적법하게 사용토록 하는 것도 훌륭한 저작권 집행의 형태가 된다. 그러나 이러한 저작권 집행도 비현실적인 것이고

22) 김병일, SW저작권에 있어서 비친고죄 적용, 소프트웨어와 법률(제5호), 2008, 111면.

민·형사적 제재의 가능성에도 불구하고 저작권 침해는 발생할 수밖에 없다. 그러나 기왕에 저작권 침해가 발생하였다면, 이러한 침해행위에 대하여 처벌하는 것보다 침해자를 적법한 이용자로 전환시키는 것이 저작권자나 이용자에게 가장 적합한 형태가 될 것이고 이것을 가능하게 하는 것이 친고죄의 형태이다. 특히 침해(혐의)자가 개인이 아닌 기업인 경우 적법사용자로 전환시키는 것은 최고의 저작권 집행 형태가 된다.

한국에서 저작권자가 침해(혐의)자로부터 손해배상을 받는다는 것은 사실상 현실성이 떨어지고, 손해배상을 받더라도 실손해배상에 한정되며, 더더욱 미국과 같은 징벌적 손해배상제도가 존재하지 않는다. 따라서 한국에서 프로그램저작권자들은 프로그램저작물의 잠재적 고객인 침해(혐의)자로부터 손해배상을 받는 방법을 취하기보다는 이들로 하여금 정품 소프트웨어를 구입하도록 하는 방법을 선호한다. 침해(혐의)가 프로그램저작권자의 잠재 고객인 경우가 대부분이기 때문이다. 침해(혐의)자가 정품 소프트웨어를 구입하도록 하기 위해서는 이들이 이를 구입하도록 어느 정도 강제하거나 동기를 제공할 필요가 있는데, 이 역할을 하는 것이 바로 친고죄이다. 친고죄에 의하여 침해(혐의)자는 저작권자와 정품 소프트웨어를 구입하기 위한 협상 테이블에 앉게 되는데, 침해(혐의)자를 정품 소프트웨어 사용을 협상할 테이블로 끌어들이는데 있어서 손해배상 등 민사적 구제수단으로는 불가능하다. 만약 저작권자의 의사와 관계없이 침해자를 상대로 검사가 공소를 제기하여 형사적 제재를 가한다면, 저작권자와 침해자 간에 적법 소프트웨어를 사용하기 위한 협상을 논의할 여지가 전혀 없게 된다. 이를 저작권자의 입장에서 보면, 잠재적인 고객을 잃게 되는 것이고 따라서 정품 소프트웨어를 판매할 기회를 상실하게 소프트웨어 시장의 확대는 있을 수 없게 된다. 한국에서는 아직 미국과 같이 저작권이 훌륭하게 준수되고 있지 않으며, 소프트웨어 불법복제율이 선진국에 비하여 아직도 상대적으로 높으며, 프로그램저작권이 침해된 경우 손해배상 등 민사적 구제수단이 효과적으로 발휘되는 것을 기대할 수 없다. 저작권자의 의사와 관계없이 침해자에 대하여 형사적 제재를 가한다면, 고객이자 침해자인 이용자가 다수의 소프트웨어 중에서 일부만 침해한 경우에도 형사적 제재를 받게 되어 저작권자 입장에서는 이

러한 잠재적 고객을 상실하여 영업기회를 잃어버리게 될 수 있다. 요컨대 친고죄에 의하여 모든 침해(혐의)자에 대하여 일률적으로 형사적 제재를 가할 것이 아니라 저작권자와 침해(혐의)자 간에 정품 소프트웨어를 사용할 수 있는 협상의 여지를 가질 수 있도록 하는 것이 한국의 소프트웨어 산업의 특징상 매우 바람직한 것이다.

2. 기업에 대한 소프트웨어 저작권 집행

한국에서 프로그램저작물에 대한 저작권이 집행되는 것은 일반 저작물과 그 성격을 달리하고 있다. 바로 소프트웨어가 개인뿐만 아니라 기업차원에서 사용된다는 점이다. 프로그램저작권은 대체로 개인에 의하여 침해되는 경우와 기업에 의하여 침해되는 2가지 형태로 분류될 수 있다. 우선 P2P나 웹하드 등을 통하여 인터넷상에서 이루어지는, 주로 개인에 의한 프로그램저작권 침해행위에 대하여 민사적 또는 형사적 구제수단을 활용하는 것은 매우 어렵거나 사실상 불가능한 것이 현실이다. 개인을 상대로 저작권 침해에 대하여 손해배상을 받는 것은 프로그램저작물이나 일반 저작물이나 거의 마찬가지라 할 수 있다. 그런데 소프트웨어는 기업에 의하여 상당히 많이 사용된다는 것이 음악이나 영상저작물 등과 차이가 있게 되고 기업이 사용함에 있어 비친고죄와 연관하여 일정한 문제점이 발생할 수 있다.

현재 한국에서는 저작권을 침해한 개인에게 침해책임을 묻는 것은 거의 존재하지 않으며, 특히 소프트웨어 분야에서는 기업이 소프트웨어를 사용하는 것이 일반적이며 또한 집행이 거의 대부분 기업을 상대로 이루어진다. 그런데 기업에 대하여 가할 수 있는 제재는 5,000만원 이하의 벌금형이고, 한국에서의 5,000만원 이하의 벌금형은 대부분 약식기소에 의하여 부과되는 것이 대부분이므로[23] 벌금형이 기업에 대하여 위하력을 가진다는 것을 기대할 수 없게 된다. 비교적 고가(高價)인 것이 많은 소프트웨어 산업분야에 있어서는 약식기소에 의한 5,000만원 이하의 벌금은, 미국에서의 징벌적 손해배상액과 비교될 수 없는 미미한 액수에 불과한 것으로

23) 한국소프트웨어저작권협회, 개정저작권법에 관한 연구(연구보고서 2009-01), 2009, 110-111면.

의미가 더욱 약하다. 기업의 입장에서는 이 정도의 벌금을 기업을 유지하기 위한 비용쯤으로 생각할 수도 있다. 대부분 기업을 대상으로 프로그램 저작권을 집행하는 한국의 현실에서는 저작권침해죄를 비친고죄의 형태로 집행하는 것이 결코 저작권을 강력하게 보호하는 것이 되기 어렵다. 한국에서의 소프트웨어 저작권 집행은 상당부분 기업을 상대로 이루어지고 있는데, 소프트웨어 저작권을 침해한 기업에 대한 형사적 제재는 비친고죄하에서 프로그램저작권을 강력하게 보호하기보다는 침해억지력을 발휘함에 있어서는 친고죄하에서와 사실상 아무런 차이가 없게 된다. 따라서 법인과 저작권자가 타협할 기회를 가지게 함으로써 법인이 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 것이 보다 더 바람직한 것이 된다.

3. 민사적인 구제수단의 한계

소프트웨어 저작권이 침해된 경우 저작권자 입장에서는, (i) 과거의 침해행위에 대한 손해배상을 받고 (ii) 침해자가 장래에 정품 소프트웨어를 사용하게 하는 것이 최선의 방책이 된다. 침해자가 실제로 형사처벌을 받는 것은 저작권자에게 사실상 아무런 상관이 없다.[24] 저작권 침해에 대한 민·형사적 제재의 가능성만으로 저작권 침해가 발생하지 않는 이상적인 일은 존재할 수 없다. 저작권이 사권이고 민사적인 저작권 집행이 선진적인 것이라는 것을 고려한다면, 민사적인 구제수단만으로도 저작권이 충분히 집행되도록 하는 것이 바람직한 것이 된다. 그런데 한국에서는 민사적인 구제수단이 수행하는 역할이 제한된다는 것이 문제이다.

민사적 구제수단의 역할이 매우 제한적인 상황하에서는 비친고죄에 대하여 이론상 기대되는 저작권자 보호의 역할은 의미가 없어지게 된다. 저작권 침해에 대한

24) 형사처벌은 국가권력에 의한 형사정책의 소산이며, 형사처벌이 행해졌다고 하여 저작권자에게 보상이 이뤄지는 것은 아니기 때문이다. 비록 저작권 침해의 감소가 실현되는 경우라면 간접적인 영향이 있다고 하겠지만, 저작권 침해의 증감에 대한 효과는 형사처벌만에 의한 것도 아니고 그러한 결과가 나온다는 보장도 없다. 오히려 당사자 간의 합의가 보장되는 것이 침해 감소에 더 효과적일 수 있다. 더구나 기약 없고 중장기적이며 간접적인 이익보다 손실에 대한 보상이 신속하게 이뤄지는 것이 소프트웨어 기업의 존속에도 절대적인 도움이 된다. 소 잃고 외양간 고치는 것 보다 당장에 소를 잃지 않도록 하는 것이 더 중요할 수 있다. 장래가 촉망되는 또는 탄탄한 중견 소프트웨어 기업을 잃게 되면, 다시 그러한 소프트웨어 기업이 탄생하는 것은 쉬운 일은 아닐 것이다.

민사적인 구제수단이 충분하고 적절한 상황하에서 비친고죄의 형태로 프로그램 저작권을 집행하는 것이 저작권자를 보호하는 것에 도움이 되는 것은 분명하다. 그러나 민사적 구제수단이 충분하지 않다면, 비친고죄에 의한 저작권 강화는 '형사적 처벌의 강화'만을 의미할 뿐 저작권을 강력하게 보호하는 의미를 희석시킬 뿐이다. 또한 한국에서의 소프트웨어 저작권 침해는 대부분 기업을 상대로 이루어지고 있는데, 기업으로부터 손해배상 등 민사적인 구제수단을 기대할 수 없는 상황에서는, 비친고죄에 의한 처벌강화는 저작권자에게 아무런 이익이 되지 않는다. 민사적 구제수단이 충분한 역할을 할 때까지는 친고죄의 형태로 소프트웨어 저작권을 집행하는 것이 바람직하다.

4. 손해배상

저작권은 사권이지만 저작권 침해에 대해서도 민사적 구제수단 이외에 형사적인 구제수단이 필요하다. 민사책임을 침해행위에 대한 비용쯤으로 여기고 계속 침해하는 경우와 같이 민사적 책임으로는 전혀 억제되지 않는 저작권 침해가 존재한다. 또한 형사제재의 가능성은 일반 공중에 의한 저작권 침해를 억제하는 효과를 발휘할 수 있다. 저작권, 특히 프로그램저작권과 같이 개인이 처분할 수 있는 개인적 법익에 대한 침해에 대해서는 원칙적으로 형사적 제재에 의한 방법보다 민사적 구제수단에 의하여 권리를 집행하는 것이 바람직하고 선진적인 법집행문화를 실현하는 것이 된다. 요컨대 저작권 침해에 대해서도 형사적 구제수단이 필요하지만 민사적 구제수단을 광범위하게 활용하는 것이 보다 바람직하다. 그렇다면 한국의 저작권 집행상황이 민사적 구제수단, 특히 손해배상에 의한 저작권 집행이 형사적 집행에 우선할 수 있을 정도로 적절한지 여부가 문제된다. 만약 민사적 구제수단이 형사적 집행보다 우선할 수 있을 정도로 권리자를 적절하게 구제할 수 없다면 형사적 구제수단이 우선시되는 결과를 불러올 것이다. 한국의 상황이 바로 여기에 해당한다.

한국에서 손해배상을 함에 있어서는 실손해배상의 원칙에 의하여 실제 손해액만을 배상해 주게 되며, 그나마 무체재산권의 특성상 권리자가 침해를 입증하기가

매우 어려우며, 실제로 한국에서의 저작권 침해로 인한 손해배상액은 미국에 비하여 상당히 미미하다. 이를 권리자 측에서 본다면, 손해배상은 저작권을 집행함에 있어 활용할 가치가 적다는 것을 의미하고, 침해(혐의)자 입장에서 본다면, 저작권을 침해하더라도 배상할 액수가 미미하므로 저작권 침해를 억제하는 동기로 작용하지 않는다. 따라서 한국에서 손해배상제도가 침해자에 대하여 가지는 침해억제효과는 사실상 매우 약하며, 바로 이것이 한국에서 민사적 구제수단보다 형사적 구제수단이 널리 이용되는 것을 설명하고 있다.

KORUS FTA가 이행된 이후에도 저작권 집행을 위하여 형사적 구제수단에 의존하는 경향이 단시일 내에는 크게 달라질 것으로 보이지 않는다. KORUS FTA는 법정손해배상제도의 도입을 예정하고 있지만, 침해된 각 저작물마다 최고한도를 1천만 원(영리목적으로 고의로 침해한 경우에는 5천만 원)으로 하여 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 손해액을 인정하도록 되어 있기 때문이다(개정안 125조의 2). 따라서 미국에서는 민사적 집행방법이 더 많이 활용되지만 한국에서는 저작권자들이 앞으로도 형사적 집행방법을 선호할 수밖에 없다.

비친고죄하에서는 저작권자와 침해자가 협상할 기회가 제공되지 않으며 저작권자의 의사와 관계없이 일방적으로 처벌되므로, 저작권자가 기소의 사실을 인식하지도 못하게 되어 비록 미미한 액수나마 손해배상을 받을 기회조차도 없게 된다. 결국 "비친고죄의 전면도입으로 인해 오히려 권리자의 의사에 반해서 형사처벌되고, 그로 인해 사실상 권리자의 침해된 권리에 대한 보상은 오히려 요원해지는 결과를 초래할 수 있다."[25]

5. 기타

비친고죄는 저작권자의 의사와 관계없이 검사가 기소를 할 수 있다는 것을 의미하는데, 형사소송과 관련하여 침해가 이루어진 사실이 저작권자에게 통지되는 것이 아니다. 따라서 저작권 침해로 인한 기소가 이루어졌음에도 불구하고 저작권자

25) 탁희성, 저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안, 형사정책연구원, 2009, 129면.

의 입장에서는 자신의 저작권이 침해되어 기소가 이루어졌다는 것을 알 수가 없다. 이 경우 침해자는 손해배상을 하거나 정품을 사용함으로써 형사처벌을 면하는 기회를 가지지 않게 될 뿐만 아니라, 반사적으로 저작권자는 침해자로부터 손해배상을 받거나 침해자를 정품 사용자로 전환시키기 위한 기회를 상실하게 된다. 비친고죄에 의한 이러한 저작권 집행은 침해자는 물론 저작권자에게도 아무런 도움이 되지 않는다.

저작권자의 의사를 고려하지 않는 비친고죄에 의한 저작권 집행은 소프트웨어 분야에서 바람직하지 않은 결과를 불러올 수 있다. 저작물은 창작되는 순간, 아무런 방식을 필요로 하지 않고, 저작권에 의하여 보호받으므로 모든 저작물은 저작권 보호의 대상이 된다. 그런데 일정한 경우에는 저작자들이 저작권을 행사하지 않는 방식으로 저작물 이용을 확대시키는 비즈니스 모델(BM)을 택할 수도 있는데, 비친고죄에 의하면 이러한 사항을 고려하지 않고 이용자를 처벌하는 문제점이 발생할 수 있고 이러한 처벌은 저작권자에게 아무런 도움이 되지 않는다. 곧 비친고죄에 의한 저작권 집행은 "디지털 저작물의 경우 저작권자 본인이 공개용 소프트웨어나 쉐어웨어 방식을 통하여 무상보급함으로써 시장진출을 노리는 소프트웨어업계의 경향이 흔하다는 현실을 무시하는 것"[26]이며 "일부 권리자는 S/W 무상보급을 통한 이용 확대(쉐어웨어 형태)를 원하는 경우"[27]를 무시하는 것이다.

비친고죄에 의한 저작권 집행이 권리자를 보호할 수 있기 위해서는 국가가 모든 저작권을 제대로 집행해 준다는 것을 전제로 한다. 그러나 국가가 모든 저작권을 집행한다는 것은 불가능한 것이고, 비친고죄하에서도 여전히 권리자의 고소에 의한 조력이 필요하다(이에 대해서는 국가의 부담증가 부분에서 상술). 따라서 저작권 침해죄를 비친고죄로 운영하는 것은, 최소한 프로그램저작물, 소프트웨어 있어서만은, 권리자에게 도움이 되지 않는다.

---

26) 정 완, supra note 8, at 150.

27) 김병일, supra note 22, at 111.

Ⅳ. 당사자 합의에 의한 분쟁해결의 필요성

1. 서론

프로그램저작권을 집행함에 있어서는 일반 저작물에 대한 권리의 집행과는 다른 차이점이 나타난다. 곧 한국에서는 프로그램저작권을 집행함에 있어서 권리자와 침해혐의자 간의 협의가 매우 중요한 역할을 하고 있다는 점이다. 그런데 프로그램저작권 침해죄를 비친고죄로 운영한다면 당사자간에 협의에 의하여 분쟁을 해결할 기회가 완전히 없어지게 된다. 현재 한국에서는 민사적 구제수단보다 형사적 구제수단이 월등하게 우선시된다는 것은 명확한 사실이므로 저작권 집행에 있어서 선진적인 문화가 존재한다고 할 수는 없다. 궁극적으로 민사적인 저작권 집행이 보다 광범위하게 이용될 수 있도록 민사적 구제수단을 보완하여야 하지만, 현재의 상태에서 권리자를 제대로 구제하면서도 형사적 집행을 가능한 한 축소시키는 것이 필요하다. 요컨대 저작권 집행에 있어서 핵심적인 정책목표는 형사적 제재를 가능한 한 적게 하면서도 침해행위로부터 권리자를 적절하게 구제하는 것이 되어야 할 것이다. 현재 한국에서는 민사적 구제수단이 권리자를 적절하게 구제하지 못할 뿐만 아니라 침해행위를 억제할 수 없으므로, 형사적 구제수단을 활용하는 것은 불가피한 것이다. 형사적 구제수단에 의하여 한편으로는 침해행위를 억제하고 다른 한편으로는 침해자가 적절하게 구제를 받도록 하는 것이 필요하다. 이를 달성할 수 있는 것이 바로 친고죄를 활용하는 것이다. 곧 미국과 같이 민사적 구제수단으로 피해자가 충분히 보호받을 수 없는 한국의 상황하에서 형사적 구제수단을 활용하여 피해자를 구제하는 것이다. 요컨대 형사적 구제수단에 의하여 침해(혐의)자가 권리자 내지 피해자와 협의할 수 있는 테이블에 나오도록 강제하고, 협상 테이블에서 권리자 내지 피해자는 침해(혐의)자로부터 손해를 배상받거나 정품 소프트웨어를 구입하기 위한 협의를 할 수 있게 된다. 침해(혐의)자를 협상 테이블로 불러들일 수 있는 것이 친고죄에 따른 고소이며 협상 테이블에서 협의가 성립되는 경우 침해(혐의)자는 형사책임을 면할 수 있게 되어, 결국 형사집행은 그 집행의 가능성에 의하여 침해(혐의)자가 손해배상

이나 정품 소프트웨어를 구입할 수 있도록 하기 위한 일종의 강제수단으로만 작용하고 궁극적으로는 형사적 제재를 가하지 않게 되어 바람직한 결과를 불러올 수 있다. 실제로 한국에서 프로그램저작권 집행의 현실은 권리자의 고소에 이은 양 당사자간의 협상에 의하여 침해(혐의)자가 정품 소프트웨어를 구입하는 것으로 귀결되는 것이 일반적이다. 물론 궁극적으로는 민사적 구제수단이 보다 광범위하게 활용되어야 하지만 한국의 현실은 이를 허용하지 않고 있으므로, 친고죄에 의한 프로그램저작권 집행은 한국에 특유한 집행방법이 될 수 있다.

소프트웨어 산업에 있어서는 정품을 사용하게 함에 있어서 당사자간의 협의가 매우 중요한 역할을 한다. 소프트웨어 이용에 있어서는 기본적으로 이용자로 하여금 컴퓨터프로그램을 사용하도록 허락하는 것이며, 일반적으로 개인을 상대로 프로그램저작권을 집행하는 것은 실효성이 적고 따라서 기업을 상대로 이용허락을 위한 협상을 하게 된다. 프로그램저작권을 침해하기 전에 저작권자와 이용자가 협의를 하여 정품 소프트웨어를 사용하는 것이 정상이지만, 저작권을 침해하여 사용하는 경우에는 이를 일률적으로 처벌하는 것보다는 양 당사자가 협의할 기회를 가지게 하여 침해(혐의)자가 정품을 사용하게 함으로써, 저작권자는 시장을 확대하고 이용자는 형사처벌을 면하고 앞으로는 적법 소프트웨어를 사용하는 것이 양자 모두에게 이익이 된다. 민사적인 손해배상이 침해를 적절하게 억제하거나 저작권자에게 손해에 대한 충분한 배상을 보장해 준다면, 침해자에 대한 형사소추와 관련하여 양 당사자가 이러한 협상의 장을 가질 필요성이 없으나 한국의 현실은 그렇지 않다는 것이 문제이다. 이러한 사실은 프로그램저작권 침해를 해결하기 위한 한국저작권위원회에서의 조정에서도 잘 나타나고 있다.

프로그램저작권 침해에 있어서 형사적 제재가 능사가 아니고 양 당사자가 장래에 정품 소프트웨어를 사용하게 하는 것이 중요하고, 민사적 구제수단의 비실효성으로 인하여 형사적 제재는 침해(혐의)자가 협상하도록 강제하는 것이 바람직할 것이다. 이를 가능하게 하는 것이 프로그램에 대한 저작권 침해를 친고죄에 의하여 집행하는 것이고, 이에 의하여 (i) 침해에 대한 형사적 제재 가능성으로 인하여 침해에 대한 억지력이 생기게 되며, (ii) 침해에 대한 억지력으로 인하여 (잠재적) 사용자는 침해를 하

기보다는 사전에 저작권자로부터 이용허락을 받아 사용하게 될 것이며, (iii) 저작권자의 고소 및 고소의 취하 가능성으로 인하여 침해(혐의)자는 정품 소프트웨어를 이용하기 위한 협상을 하게 될 동기를 가지게 되고, (iv) 프로그램저작권 침해가 발생한 경우 침해자는 형사처벌을 면하고 대신 적법하게 소프트웨어를 사용하게 될 것이며, (v) 저작권자는, 자신에게 사실상 아무런 도움이 되지 않는 침해자에 대한 형사적 제재보다는, 침해(혐의)자를 고객으로 상대하게 되어 시장을 확대할 수 있게 된다. 요컨대 소프트웨어 산업은 다른 저작물과 다른 특성을 가지고 있고 친고죄의 형태가 비친고죄의 형태보다 소프트웨어 산업을 더 발전시킬 수 있게 된다.

2. 합의에 의한 분쟁해결: 조정의 예

한국저작권위원회(이하 위원회)에서의 조정과정을 고찰함으로써 당사자들간의 합의에 의하여 분쟁이 해결되는 중요성과 이러한 분쟁의 해결에 있어서 형사적 제재의 가능성이 하는 역할을 살펴보기로 하자. 위원회에 의한 저작권 분쟁의 조정에 있어서는 비록 국가산하기관인 위원회를 통한 것이지만 당사자들간의 합의에 의하여 저작권분쟁이 해결될 수 있고 이러한 분쟁을 해결하는데 결정적인 역할을 하는 것이 형사적 제재의 가능성이라는 것을 알 수 있다. 프로그램저작권자가 침해(혐의)자를 상대로 형사고소나 민사소송을 제기하기 전에 조정을 신청하고, 조정과정에서 양 당사자가 손해배상액을 합의하거나 장래에 정품 소프트웨어를 사용하기로 합의하는 경우가 많이 있다. 저작권분쟁 조정과정에서 저작권자와 침해(혐의)자는 모두 소송에 의하여 분쟁을 해결하는 것보다 조정에 의하여 해결하는 것이 훨씬 더 유리하게 된다. 저작권위원회에서의 조정은 매우 신속하고 저렴하게 저작권 분쟁의 해결을 가능하게 한다. 조정과정에서 저작권자의 측면에서 가지는 무기는, 조정이 성립되지 않는 경우, 침해(혐의)자를 상대로 민사소송을 제기하여 손해배상을 받거나 형사절차를 진행하여 침해자에게 징역/벌금의 형사적 제재를 가할 수 있다는 것이고, 반면 감수하여야 할 불이익은 법원으로부터 손해배상이나 침해자의 유죄판결을 받는데 상당한 시간이 소요될 수 있다는 것, 변호사비용 및 소송비용 등이 소요된다는 것, 소송과정에서 만에 하나 패소할 가능성이 있다는 것(변호사비용

및 소송비용 등도 부담) 등을 들 수 있다. 조정과정에서 조정이 성립되지 않았을 경우 침해(혐의)자가 가지는 무기는 소송을 진행함으로써 저작권자에게 시간적·비용적 부담을 안겨줄 수 있다는 것, 소송에서 승소할 수도 있다는 것을 들 수 있고, 반면 부담하여야 할 위험은 형사절차에서 징역/벌금이라는 형사적 제재를 받을 수 있고 민사절차에서 손해배상 판결을 받게 된다는 것(변호사비용 및 소송비용 등도 부담)을 들 수 있다.

	저작권자	침해(혐의)자
무기 (이익)	• **침해자로부터의 손해배상** • **<u>침해자의 유죄판결: 징역/벌금</u>**	• 저작권자의 시간 소요 • 승소가능성
위험 (불이익)	• 장시간 소요 • 일정한 비용부담 • 패소시 변호사/소송비용 부담	• **저작권자에 대한 손해배상** • **<u>형사적 제재: 징역/벌금</u>**

위의 표에서 제시되지 않은 고려요소는 손해배상액과 소송진행에 따라 양 당사자에게 소요되는 거래비용(transaction cost)이다. 소송을 진행함에 따라 양 당사자에게는 모두 거래비용이 소요되는데, 침해가 발생하지 않았더라면 저작권자에게는 소요되지 않았을 비용이므로 거래비용 측면에서는 저작권자가 약간 불리한 측면에 있게 된다. 양 당사자에게 중요한 의미가 있는 것이 손해배상액이라는 요소이다. 저작권자에게는 저작권 침해를 이유로 민사적 구제수단으로서 손해배상이 이루어질 수 있는데, 조정이 성립하지 않는 경우 저작권자가 손해배상을 받는 것이 예정된다면, 손해배상의 가능성은 저작권자에게는 상당히 유리하게, 침해자에게는 상당히 불리하게 작용될 것이고, 따라서 당사자는 소송이 아닌 조정절차에 의하여 분쟁을 종료할 가능성이 높게 된다. 그러나 본 보고서가 상세히 논한 바와 같이 한국에서는 손해배상의 액이 미국 등 선진국에 비하여 상당히 미미한 것이 사실이고 따라서 민사적 구제수단으로서 제대로 역할을 하지 않고 저작권자들도 권리구제를 위하여 손해배상에 의존하지 않는 것이 일반적이다. 따라서 조정과정에서 민사소송

에 의한 손해배상의 가능성은 저작권자가 가질 수 있는 큰 무기가 되지 않으며 침해(혐의)자에게는 큰 위협이 될 수 없다.

조정과정에서 침해(혐의)자에게 가하여질 수 있는 가장 큰 위험요소이자 저작권자에게 가장 큰 무기는 침해자가 형사적 제재(징역/벌금)의 가능성이다. 형사적 제재의 가능성을 염두에 두고 저작권자와 침해(혐의)자는 합의할 동기를 가지게 되는데, 특히 조정이 성립되지 않았을 경우 형사적 제재의 가능성은 침해자에게 가장 큰 위협이 되고 침해자는 조정에 의하여 저작권 침해에 관한 분쟁을 조정할 동기를 가지게 된다. 조정과정에서 침해(혐의)자가 형사적 제재를 받을 가능성이 없다면, 침해(혐의)자는 합의에 의하여 조정할 의사 내지 동기를 가질 수 없게 되고 심지어 조정에 응하지도 않으려 할 것이다. 양 당사자가 상호간에 이익을 얻기 위하여 체결하고자 하는 계약과 달리, 저작권 침해에 있어서 침해(혐의)자에게는 침해상태를 계속 유지하는 것이 유리한 것이고 침해상태를 교정하기 위한 협의, 곧 과거의 침해에 대한 손해배상을 하거나 장래에 정품 소프트웨어를 사용하기 위한 협의를 할 동기를 전혀 가질 수 없다. 침해(혐의)자가 침해상태를 교정하기 위하여 저작권자와 협의를 하도록 하는 동기가 바로 저작권 침해에 대하여 저작권자에게 부여되는 민·형사적 제재수단인데, 전술한 바와 같이 형사적 구제수단(징역/벌금)이 협의를 하도록 하는 동기를 부여하는 주된 수단이 된다.

3. 친고죄 남용의 방지

손해배상과 관련하여 친고죄하에서는 프로그램저작권자들이 침해(혐의)자로부터 합의금을 강요하기 위하여 친고죄를 이용하고 있다는 비판이 행하여지고 있다. 곧 '현행 친고죄 규정에 의하면 저작권자가 고소하지 않으면 형사소추가 이루어지지 않으므로 저작권자가 이를 악용하여 피고소인에 대하여 과다한 손해배상합의금을 요구하는 등의 부당한 관행이 나타나고 있다'는 비판[28]이다. 그러나 이것은 상당히 위험하거나 설득력이 없는 주장이나 비판이라 할 수 있다. 첫째, 이러한 주장은 어

28) 최승렬, supra note 2, at 4-5.

디까지나 이론적으로 행하여진 것에 불과하며 그 실체가 존재하지 않는 것이다. 이러한 주장은 최근 한국사회에서 발생한 '묻지마식 고소'와 관계될 수 있다. 곧 우리사회는 저작권자를 대리한다고 주장하는 주체가 침해(혐의)자 그것도 대부분 경미한 저작권 침해(혐의)나 미성년자를 상대로 수사기관에 고소를 하고, 이러한 고소에 바탕하여 침해(혐의)자로부터 '과도한' 손해배상금을 받아온 것을 목격하였다. 이러한 저작권 집행은 그 자체가 불법이라 하기는 어렵지만 정상적인 저작권 집행이 아닌 것은 분명하고 사회적으로 문제가 되는 저작권집행이었다. 우리사회는 이러한 문제를 해결하기 위하여 저작권교육조건부 기소유예제도나 고소장각하제도 등을 활용하였다. 이러한 저작권 집행은 거의 대부분 '인터넷상에서의 경미한 저작권 침해'를 대상으로 한 것을 특징으로 한다. 그렇다면 소프트웨어 저작권집행에서는 어떠한가? 소프트웨어 저작권집행에 있어서도 저작권자가 고소하고(또는 고소를 하지 않고) 저작권자와 침해(혐의)자가 합의하여 저작권자에게 손해배상금을 지급하거나 침해자가 정품 소프트웨어를 사용하도록 합의를 하는 일이 많다. 위에서 언급한 '묻지마식 고소'에서와 마찬가지로 소프트웨어 저작권집행 과정에서도 분명히 침해(혐의)자에 대한 형사적 제재의 가능성이 활용된다. 그러나 '묻지마식 고소'와 소프트웨어 저작권집행은 많은 점에서 차이가 있다. 무엇보다도 '묻지마식 고소'에서는 '합의금의 수령' 자체를 목적으로 하지만 소프트웨어 저작권집행에 있어서는 '정품 소프트웨어'의 사용이 주된 목적이지 합의금 수령, 곧 손해배상은 부수적인 것이라는 점이다. '묻지마식 고소'에서는 대부분 1회적인, 경미한 저작권 침해를 근거로 합의금을 받으려고 하지만, 소프트웨어에 있어서는 개인이 아닌 기업에 의한 불법 소프트웨어 사용을 대상으로 장래 정품을 사용토록 하고 과거에 이루어진 침해에 대하여 손해배상을 하도록 하는 것이라는 점에서, 양자는 근본적으로 다른 것이다. '묻지마식 고소'에서도 저작권 침해행위에 대하여 합의금을 받아냄으로써 결과적으로 저작권을 집행하는 것이 되지만, 그 근본적인 목적은 저작권 집행이 아니라 합의금을 받아내는 것이다. 이와 달리 소프트웨어 저작권집행에 있어서는 저작권을 집행하는 것이 주된 목적이다. 또한 '묻지마식 고소'에 있어서는 대부분 1회성의, 경미한 저작권 침해에 대하여 비교적 높은 금액의 합의금을 받아내려 하므로

‘과다한’ 합의금 내지 손해배상을 받으려는 것이지만, 소프트웨어 저작권집행에 있어서는 과거의 침해행위에 대한 정상적인 손해배상을 받거나 장래에 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 것이다. 침해(혐의)자에 대한 형사적 제재가능성이 저작권자에 의하여 결정되므로 저작권자가 과도한 손해배상을 받으려고 할 가능성이 이론적으로 존재하지만, 실제의 집행에 있어서는 그렇지 않으며 이것은 한국에서 민사적인 집행이 제대로 그 역할을 하지 못함으로써 발생하는 부수적인 결과에 불과하며, 이러한 방법에 의한 집행이 소프트웨어 저작권에 특유한 방법이 되고 있는 것이며, 후술하는 바와 같이 친고죄를 남용하는 것을 방지하는 제도적인 장치가 존재한다.

둘째, 저작권자들이 침해(혐의)자로부터 합의금을 강요하거나 부당한 방법으로 합의금을 받아내는 것은 불법행위에 해당한다.[29] 현재 프로그램저작권자들은 침해(혐의)자로부터 합의금을 받거나 또는 함께 장래를 향하여 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 합의를 하는 것이 일반적이다. 합의금이라는 표현을 쓰고 있지만 이것은 손해배상을 의미하는 것이고 침해(혐의)자가 프로그램저작권을 침해한 것에 대한 정당한 손해배상에 해당하며, 적발행위로부터 합의금을 받아내는 것보다는 장래에 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 것이 일반적이다.

셋째, 적발행위에 이어서 침해(혐의)자로부터 합의금을 받는다 하더라도 이러한 행위는 정품 소프트웨어를 사용하는 기업과 불법 소프트웨어를 사용하는 기업 간의 형평성을 구하기 위하여 필요하다. 만약 합의금의 형태로 손해배상을 받지 않는다면, 기업에게 있어서는 불법 소프트웨어를 사용하다가 적발되는 경우에 정품을 사용하는 것이 합리적인 행태가 되므로 처음부터 정품 소프트웨어를 사용한 기업에게는 상당히 불공평하고 정품 소프트웨어를 사용할 동기를 가지지 않게 된다.

넷째, 친고죄에 의한 권리집행의 남용을 방지하기 위한 제도적인 장치들이 존재한다. 다음의 설명은 친고죄 형태에 의한 저작권 집행의 의미와 친고죄 남용의 방

29) 당사자 간의 합의는 장래에 민·형사상 소송을 하지 않겠다는 것을 전제로 한 자율적인 의사결정이다. 그러나 저작권자 또는 그 대리인이 공갈·협박을 하거나 부당한 방법으로 합의금을 강요하거나 받아낼 수는 없다.

지를 잘 설명하고 있다.

> 친고죄의 경우에 있어 고소취소제도가 형사절차를 피해배상을 받아내기 위한 압력수단으로 악용될 수 있으며, ... 그러나 고소취소의 제도는 현실적으로 범인과 피해자 사이에 사적분쟁해결을 촉진하고 범죄피해자에게 신속한 피해배상을 가능하게 하는 기능을 발휘하는 장점의 이면이라고.... 또한 친고죄가 남용되지 아니하도록 제도적 장치들이 마련되어 있으며, 고소전이라도 고소가능성이 전혀 없는 경우가 아니라면 수사는 허용될 수 있다. 근대의 민사책임과 형사책임의 엄격분리원칙도 현대에 와서는 그 의미가 약해져, 범죄행위로 발생한 민사상의 손해배상청구권을 형사절차에서 함께 판단하도록 하는 '배상명령절차'(소송촉진 등에 관한 특례법 제25조) 등이 이용되고 있다.[30]

친고죄에 있어서는 "국가형벌권의 행사가 피해자 등의 처벌희망의사표시의 유무에 의하여 장기간 좌우되는 폐단을 방지하기 위하여" 범인을 알게 된 날로부터 6월 이내에 고소하도록 고소기간을 제한하고(형소 §230 I), 고소취소를 제1심판결 선고전까지만 허용하고(형소 §327 v), 고소를 취소한 자에 대하여 다시 고소하는 것을 금지하며(형소 §232 II), 하나의 범죄 일부에 대한 고소나 취소는 그 사건 전부에 대하여 효력이 발생하며 수인의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소나 취소는 다른 공범자에게도 미치게 하여(형소 §233) 국가형벌권 행사를 피해자의 자의적인 의사에 좌우되지 않도록 하고 있다.[31]

Ⅴ. 이용자의 편익

1. 범죄자 양산

한국에서 프로그램저작권을 집행함에 있어서는 다른 일반 저작물과는 차이점이 많이 존재한다. 소프트웨어 저작물의 이러한 성격으로 인하여 소프트웨어 저작권을

30) 김정환, supra note 19, at 268.

31) Id. at 260.

비친고죄의 형태로 집행하는 경우에 소프트웨어 이용자에 대하여 여러 문제점이 발생할 수 있다. 먼저 비친고죄하에서 저작권 침해로 인한 범죄자 양산의 문제이다. 비친고죄하에서의 형사소추는 이론상 세 가지 방향으로 흘러갈 수 있다. 첫째, 형사소추가 급격히 증가하는 방향이다. 친고죄 폐지에 대하여 제기되었던 비판 중에 가장 강력한 것은 저작물의 중요성이나 저작권자의 의사와 관계없이 처벌하거나 형사소추가 폭증할 가능성이 있다는 것이었다.[32] 사권 침해에 대하여 모두 형사소추를 하고 그 결과 범죄자를 양산하는 것은 결코 선진적인 법집행이 될 수 없는 것은 당연하다. 또한 침해(혐의)자는 저작권자에게 손해배상을 하거나 장래에 정품 소프트웨어를 사용하기 위한 협의를 할 기회도 없이 형사처벌된다. 당사자의 협의에 의하여 얼마든지 바람직한 결과를 얻을 수 있는데, 침해자를 무조건 형사적으로 처벌하는 것은 문제이다.

둘째, 형사소추가 매우 미미하게 이루어지는 방향이다. 국가가 모든 저작권을 집행할 수 없으며 국가기관이 저작물성이나 저작권의 범위를 판단할 수 없다. 따라서 국가기관이 저작권 침해에 대하여 소추하여야 하는 비친고죄하에서 국가가 저작권을 제대로 집행하지 않거나 소추가 진정으로 필요한 경우에도 소추가 이루어지지 않는 결과가 발생할 수 있다. 저작권 침해에 대하여 국가에 의한 소추가 제대로 또는 거의 이루어지지 않는다면, 저작물 이용자, 곧 침해자에게는 유리할지 모르지만, 저작권 선진국으로 가는 길은 요원해질 것이다.

셋째, 국가기관이 과도하게 형사소추하는 것도 아니고 형사소추를 거의 하지 않는 것도 아닌, 곧 지금까지 저작권 침해에 대하여 단속을 하는 것과 같이 형사소추를 하는 방향이다. 만약 저작권자의 보호 등을 고려하지 않고 저작권 집행의 측면에서만 본다면, “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 가능”[33]할 것이다. 그러나 저작권이라는 권리범위의 불확실성이

32) 정진섭, 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가-수사기관의 관점에서 본 소견-(토론문),지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004, 29-30면.

나 저작물성을 고려한다면 수사기관이 이러한 예규나 절차규정을 마련하여 집행하는 것은 매우 어려운 일에 해당한다. 결국 수사기관의 일방적인 수사권 발동으로 인하여 저작권을 집행하고 형사소추를 한다면 침해(혐의)자 간의 형평성 문제가 발생할 뿐만 아니라 일관성 있는 저작권정책을 실현하는 것은 불가능해진다.

위에서 언급한 세 가지 방향 가운데 가장 가능성이 높은 것은 범죄자 양산이 될 것으로 보인다. 한국의 국가기관이 일정한 정책이나 방향에 따라 형사소추를 한다면 범죄자 양산의 문제는 미미할 수도 있지만, 최소한 소프트웨어 있어서만은 한국의 의지대로 저작권을 집행할 수 있는 것이 아니다. "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 높다."[34] 곧 소프트웨어에 있어서는 한국은 사용자의 입장에 있는 것이지 저작권자의 입장에 있다고 할 수 없고, 따라서 한국에서의 소프트웨어 저작권 보호는 국제적인 문제가 될 수밖에 없다. 비친고죄는 저작권자의 고소와 관계없이 침해자를 처벌할 수 있고 이것은 외국정부가 한국정부를 상대로 저작권 보호를 위하여 수사나 형사소추를 하도록 압력을 가하는 수단이 될 수 있다. 곧 친고죄하에서는 저작권자의 고소라는 방파제가 외국의 압력을 막아줄 수 있지만, 비친고죄하에서는 이러한 방파제가 사라진다. 따라서 외국의 압력이나 요구에 따라 정부가 대대적으로 단속이나 수사를 한 이후 형사소추가 이루어지고 이에 따라 범죄자가 양산될 수 있다. 이러한 범죄자의 양산에 의하여 저작권이 보호될 수 있지만, 형사적 제재는 사권을 보호하기 위한 최후의 수단이고 형사적 제재 이외에도 얼마든지 적절하고 합리적인 방법이 있는데 굳이 비친고죄의 형태로 범죄자를 양산할 필요가 없다. 후술하는 바와 같이 KORUS FTA에 의하여 (i) 한국이 취하여야 할 법적조치를 해석함에 있어 친고죄나 비친고죄의 해석이 모두 가능하다면 굳이 비친고죄로 이행할 필요가 없으며, (ii) 일정한 저작권 침해 유형에 대하여 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 것이 요구되는 것으로

33) Id.

34) 남희섭, 친고죄 폐지에 대한 반대 의견(토론문), 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004, 26면.

해석된다면, 비친고죄의 범위를 최소한으로 축소시키는 것이 필요하다.

2. 저파라치에 의한 부당한 합의금 요구

비친고죄하에서는 고소권자 이외의 자도 고소를 할 수 있게 되고 따라서 소프트웨어 이용자들은 고소의 위협을 당할 수 있는 문제점이 발생한다. 비친고죄는 검사가 고소권자의 고소 여부와 관계없이 기소할 수 있다는 것을 의미하지만, 비친고죄하에서도 친고죄와 마찬가지로 고소나 고발이 가능하다. 문제는 친고죄하에서는 고소권자가 저작권자로 한정되어 저작권 침해(혐의)자에 대한 고소에 대하여 '통제'가 가능하고 주로 기업을 대상으로 하는 이러한 고소는 기업으로 하여금 장래를 향하여 정품을 사용토록 하는 것을 목적으로 함에 반하여, 비친고죄하에서 저작권자 이외의 자들이 고소나 고발을 하는 경우에는 고소나 고발의 목적이 저작권 집행이나 정품을 사용할 것을 목적으로 하는 것이 아니라 고소를 위협수단으로 사용하여 부당하게 '합의금'을 받아낼 수 있다는 것이다.

최근 우리 사회는 소위 '묻지마식 고소'에 의하여, 저작권자로부터 위임을 받거나 심지어 위임을 사칭하여, 경미한 저작권 침해에 대해서조차도 고소하고 피고소자로부터 합의금을 받아내는 사회적 문제점이 발생하였다. 이로 인하여 많은 경미한 저작권 침해자들이 부당한 합의금 요구에 응하였고, 문화체육관광부나 검찰은 '저작권교육 조건부 기소유예'나 '고소장 각하'제도를 운영하여 문제를 해소하고자 하는 등의 경험을 하였다. 이러한 '묻지마식 고소'는 '저작권을 집행함으로써 저작권 질서를 잡는 것을 목적으로 하는 것'이 아니라 '고소를 이용하여 합의금을 받아내는 것'을 목적으로 하는 것이어서 상당한 사회적 문제가 된다. 그런데 소프트웨어에 대하여 비친고죄로 운영하는 경우 고소권자에 한정되었던 고소가 일반인에게도 확대되므로 소프트웨어에 대해서도 '묻지마식 고소'가 횡행할 수 있다. 곧 친고죄는 고소권자를 저작권자로 한정하는 방파제 역할을 하며 저작권자의 고소는 저작권 집행을 목적으로 하지만, 비친고죄는 고소권자를 저작권자로 한정하는 방파제를 제거하여 소프트웨어 저작권 침해에 대하여 고소를 빌미로 합의금을 요구하는

관행이 발생할 것이다. 만약 이러한 고소 위협이 기업을 상대로 한다면 저작권교육 조건부 기소유예나 고소장 각하제도도 활용하기 어려운 상황이 된다.

특히 소프트웨어는 그 가격이 일반 저작물보다 훨씬 높으므로 프로그램저작권 침해(혐의)자를 상대로 고소할 것을 위협하고 상당한 합의금을 받아내려는 사회적 문제점이 훨씬 더 많이 발생할 수 있다. 합의금을 지급하지 않는 경우 실제의 고소로 연결될 것이고, 고소 이후 침해(혐의)자는 저작권자와 타협하여 정품을 사용할 기회를 얻지 못하고 형사처벌로 연결된다. 침해(혐의)자가 저작권자와의 합의에 의하여 침해(혐의)자를 상대로 고소하고 침해(혐의)자와 합의하여 정품을 사용토록 하는 현재의 상황을 급격하게 악화시킬 수 있다.

3. 형사적 제재 및 손해배상

비친고죄하에서 저작권을 집행하는 경우, 소프트웨어 분야에서는 형사소송 절차 종료 이후 손해배상을 구하기 위한 민사소송도 증가할 수밖에 없다. 물론, 저작권자가 형사소송 사실을 모르는 경우에는 손해배상을 위한 민사소송을 할 수는 없다. 그러나 소멸시효 이전에 형사소송 사실을 알게 되거나 직접 고소를 한 사건에 대해서는 소멸시효 이전에 민사소송을 할 수 있다.

이렇게 형사소송 이후에 민사소송을 진행하는 것은 저작권자에게도 부담이지만, 침해(혐의)자 내지 이용자에게도 가혹할 수 있다. 형사소송 자체가 침해(혐의)자에게 부담이 될뿐더러 일정 기간이 흐른 후에 다시 침해(혐의)자에게 민사소송으로 인한 재정적, 시간적 및 사회적 비용이 들게 되는 것은 큰 부담이 아닐 수 없다. 현재도 합의를 하지 않고 형사소송을 한 경우에, 상당한 시간이 흐른 후 저작권자가 민사소송을 전제로 다시 합의를 요구하거나 민사소송을 진행하는 경우가 있다.

현재의 프로그램저작권 집행 관행은 저작권자에 의하여 침해를 적발한 후 저작권자와 침해(혐의)자 간의 협의에 의하여 합의금(손해배상금)을 지급하거나 장래에 적법 소프트웨어를 사용하는 합의를 하는 것이다. 이와 달리, 비친고죄하에서는 검·경찰의 수사 기록을 토대로 저작권자가 용이하게 민사소송을 진행할 수 있는

데, 선행된 형사절차에 의하여 피고인의 침해가 명확하게 입증될 수밖에 없고, 이러한 자료는 그대로 민사소송에서의 증거로 사용될 수 있다.

한국의 손해배상제도는 실손해 배상에 바탕을 두고 있다고 하더라도, 형사소송에서의 증거로 인하여 민사소송에서 손해배상을 받는 것이 용이할 뿐만 아니라 시간을 두고 두 번의 소송을 거쳐야 하는 이용자의 부담은 상당할 수 밖에 없다.

따라서, 현재의 프로그램저작권 집행 실태에 의하면 침해(혐의)자는 보통 장래를 위하여 정품 소프트웨어를 사용하고 일정한 금전배상을 하는 것으로 그치면서 형사처벌을 면하지만, 비친고죄하에서는 형사처벌뿐만 아니라 손해배상까지 지급하고 저작물의 이용을 위해 구매까지 하게 되며, 재정적, 시간적 및 사회적 비용으로 인해 가혹해질 수 있다. 이에 대해, 저작권자도 민사소송을 위한 상당한 비용을 들여야 함은 물론이다. 물론, 현재도 합의를 하지 않는 경우에는 이와 마찬가지겠지만, 비친고죄의 경우에는 당사자들이 합의에 의해 이러한 비용을 자발적으로 제거할 수 없게 된다.

4. 양벌규정으로 인한 문제점

저작권 침해죄에 대해서는 양벌규정이 적용되어 바람직하지 않은 결과가 야기될 수 있다. 저작권법에 의하면, 법인의 대표자, 대리인·사용인 그 외의 종업원이 법인의 업무에 관하여 저작권을 침해하는 경우 행위자인 종업원 외에 법인에 대하여도 벌금형을 부과한다(§141). 그런데 프로그램저작권의 비친고죄에 의한 집행은 현재의 저작권 집행에서보다 종업원까지도 처벌하는 문제점을 나타낼 수 있다. 현재 프로그램저작권 집행에 있어 저작권자들이 개인 침해(혐의)자를 상대로 고소를 하는 것은 사실상 거의 존재하지 않으며 법인 내지 기업 위주로 고소를 하고 있다. 따라서 법인으로 하여금 정품 소프트웨어를 사용할 것을 합의하고 종업원에 대해서는 책임을 묻지 않는 방식으로 종결되는 것이 일반적이다. 그런데 저작권 침해죄를 비친고죄로 운영하는 경우, 기업은 처벌되지 않거나 처벌되더라도 벌금형에 한정되지만, 종업원은 직접적으로 자기 자신의 이익을 위한 것이 아니라 법인을 위한 것이었음에도 불구하고 징역형/벌금형의 처벌을 받게 되는 문제점이 있다. 기업을

상대로 손해배상이나 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 것에 그치는 현재의 친고죄에 의한 집행이 기업에 대한 벌금형 및 종업원에 대한 징역형/벌금형이 부과되는 것보다 이용자에게 훨씬 더 유리할 뿐만 보다 더 바람직한 결과를 가져오게 된다.

Ⅵ. 국가의 부담증가

1. 서론

친고죄는 피해자 또는 기타 법률이 정하는 고소권자의 처벌을 희망하는 의사표시, 곧 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있는 범죄를 의미한다. 친고죄에서는 공소를 제기하고 유지하기 위하여 고소를 전제로 하므로 고소가 없거나 고소가 취하된 경우 형사소추를 할 수 없다. 비친고죄에 있어서는 고소권자의 고소가 없어도 범죄자를 처벌할 수 있으며, 친고죄하에서 저작권자 등 고소권자의 고소가 없어도 소추기관, 곧 국가가 저작권을 집행할 의무를 부담한다는 것을 의미한다. 곧 비친고죄에 있어서는 국가가 저작권자 등 권리자를 대신하여 저작권을 집행하는 것을 의미한다. 만약 권리자가 저작권을 제대로 집행할 수 없다면 비친고죄에 의한 저작권 집행은 저작권 보호를 위하여 상당한 역할을 할 수 있을 것이다. 그렇다면 국가에 의한 소프트웨어 저작권 집행이 용이하게 이루어질 것인가가 문제되는데, 국가에 의한 저작권 집행이 불가능하지는 않겠지만 상당히 많은 비용이 소요될 수 있다는 것이 문제이다.

저작권의 형사적 집행은 단속, 수사 및 고소로 시작되는데, 저작권 침해행위에 대한 행정부의 단속은 '사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률'에 의하여 규율되고 있다. 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률은 문화체육관광부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 저작권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원에게 사법경찰관 또는 사법경찰리의 직무를 수행할 수 있도록 하고 있다(§5 xxvi).

2. 저작권 침해 판단의 부담

저작권 침해 여부를 판단하는 것이 매우 어렵고, 따라서 저작권자를 대신하여 권리를 집행하여야 하는 국가의 입장에서 침해여부를 판단하여 저작권을 집행하기 위해서는 많은 비용이 소요될 수밖에 없다는 점을 들 수 있다. 저작물이 저작권에 의하여 보호받기 위해서는 창작성을 갖추어야 하며, 표현만을 보호받고 아이디어는 보호받지 못하며, 존속기간이 경과하지 않은 저작권만 보호받는다. 따라서 저작권에 의하여 보호받을 수 있는 저작물인지 여부, 저작권에 의하여 보호받는다면 그 보호받는 범위가 어떻게 되는가를 판단하는 것은 매우 어려운 문제에 속한다. 특히 소프트웨어에 있어서는 저작권에 의하여 보호받을 수 있는지 여부와 보호범위를 설정하는 것은 소프트웨어 저작권을 집행하여야 하는 일선 수사기관에게는 사실상 불가능한 것이다. 예컨대 Computer Associates v. Altai 케이스[35]에서 법원은 Nimmer 변호사가 제창한 연속여과판단기준(successive filtration test)을 적용하여 침해 여부를 판단하였는데, 이 판단기준은 ① 추상적 아이디어로만 구성된 프로그램 요소는 제외하고, ② 프로그램의 효율성의 제고라고 하는 관점에서 채택된 요소는 제외하고, ③ 외부적 요인에 의해서 지배되고 있는 프로그램 요소를 제외하고, ④ 일반인의 공유영역(public domain)의 프로그램으로부터 취득한 프로그램 요소를 제외하며, ⑤ 이러한 여과(filtration)를 통해서 남겨진 부분(golden nuggets)을 가지고 유사여부를 판단하게 된다. 이 케이스에서 볼 수 있는 바와 같이 일반 저작물은 마찬가지이고 컴퓨터 프로그램 저작물에 있어서 법원조차도 저작권 침해여부를 판단함에 있어서 상당한 어려움에 봉착하게 되는데, 일선 수사기관이 이를 판단하는 것은 사실상 불가능한 것이 된다. 프로그램 저작권 침해 여부를 판단하기 위하여 법원이 제3의 주체에게 프로그램의 유사·동일성 정도에 대한 감정을 의뢰하거나 저작권 침해에 대한 조정을 함에 있어서 당사자들이 역시 제3의 주체에게 감정을 의뢰하는 것은 프로그램 저작권 침해여부를 판단하는 것이 매우 어렵다는 것을 의미한다. 요컨대 소프트웨어 저작권을 비친고죄의 형태로 집행하는 경우 가장 큰 문제점은 일선 수사기관이나 소추기관이 저작권 침해여부를 판단하는 것은 사실상 불가능하다는 점이다. 이러한 어려

35) Computer Associates Intern., Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

움은 다음의 언급에서 설명되는 바와 같이 국가의 부담으로 작용하게 된다.

> 게다가 수사기관의 입장에서도 비친고죄의 경우에는 모든 사건이[의] 기소 여부를 최종결정하여야 하는 부담이 생기게 되어 단속에 오히려 부담을 가질 수도 있다고 본다.[36]

침해여부에 대한 판단의 어려움으로 인하여 저작권을 집행하는 일선 수사기관은 유명한 프로그램만을 대상으로 단속할 수밖에 없게 되고 단속 위주로 저작권을 집행하게 된다. 따라서 저작권 집행에 있어서 프로그램 간의 차별적인 취급이 발생할 수밖에 없으므로, 비친고죄화로 인한 침해 방지의 기대는 사라진다. 더구나 형사처벌 전후에 프로그램 저작권자와 침해(혐의)자가 타협에 의하여 침해문제를 해결하여 침해(혐의)자가 정품을 사용토록 하는 결과는 기대할 수 없게 된다.

3. 집행부담의 문제점

비친고죄하에서는 저작권을 집행하는 국가기관의 입장에서도 타당하지 않은 결과가 발생할 수 있다. 저작권이라는 재산권에 대한 침해는 기본적으로 민사적 집행이 타당하고 형사적 집행은 대규모 또는 저작권자가 집행하기 어려운 침해에 대하여 예외적으로 이루어지는 선진적인 법집행문화가 될 것이다. 친고죄와 비친고죄의 차이점 중의 하나는 친고죄에 있어서는 저작권자가 저작권 집행비용을 상당부분 부담하지만, 비친고죄에 있어서는 기본적으로 국가가 저작권 집행비용을 부담한다는 점이다.[37] 저작권 집행비용을 국가가 부담하는가, 저작권자가 부담하는가는 정책적인 문제이지 중요하지 않을 수도 있다. 그러나 국가가 대부분 부담하는 것이 바람직하지 않은 결과를 야기할 수 있는 것이 문제이다. 저작권 침해죄를 비친고죄

36) 박성수, supra note 21.

37) 친고죄인 경우에도 검·경찰이 인지수사를 할 수 있고, 고소 또는 고발에 의해 수사를 할 수 있으며, 비친고죄인 경우라고 하더라도 검·경찰이 갑자기 수사활동을 늘릴 것이라고 예상하기는 어렵다. 다만, 다른 점이라면 친고죄인 경우에는 검·경찰 보다는 당사자인 저작권자가 직접 증거확보를 하고 고소를 해야 한다는 인식이 높기 때문에, 검·경찰의 부담이 적은 반면 상대적으로 저작권자의 부담이 높다는 점이다.

로 운영하는 경우, 먼저 국가기관이 모든 저작권 침해(현행 저작권법은 '영리를 위하여 상습적으로 저작권을 침해'한 경우 저작권법 개정안은 '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해한 경우 비친고죄의 형태로 집행할 것을 규정하고 있는데, 영리성이나 상습성 하나만 충족해도 비친고죄에 의하고 특히 영리성이나 상습성이 매우 넓게 해석될 수 있으므로 개정안에 의하면 비친고죄에 의하여 저작권을 집행하는 것이 상당히 넓게 된다)에 대하여 수사하고 기소하여야 하는 부담이 있게 되므로 국가가 자원을 더 많이 투입할 수밖에 없게 된다. 비친고죄에 의한 저작권 집행으로 인하여 국가의 부담이 증가한다는 것은 다음의 견해에 의하여 매우 잘 설명되고 있다.

> 우리의 법풍토는 세계에서 유례를 찾아보기 힘들 정도로 형사고소를 선호하는 편이므로, 만일 당장 친고죄 조항이 폐지되면, 지재권침해사건의 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 방파제 조항만 폐지해 버리면 수사기관도 업무 폭주로 인해서 발생사건을 다 감당하지 못하는 사태마저 예견된다.[38]

> 침해자를 형사처벌하는 것 보다는 권리침해에 대한 손실보전만을 원하는 경우가 많아 친고죄폐지가 반드시 저작권 보호 강화라고 보기 어려운 면이 존재한다. 나아가 비친고죄로 할 경우 국가가 모든 권리침해사실을 인지하여 소추할 의무가 발생하게 되므로 과도한 형벌권 행사 부담이 예상된다.[39]

> 현행 저작권법 및 관련 국제협약에 의하면 당해 저작물이 창작된 때로부터 아무런 형식요건도 필요없이 저작권이 발생하게 되는데, 이처럼 다양한 소프트웨어 저작권의 존재형태와 권리확립을 위한 의지 등 구체적 사정을 고려하지 않고 국가 수사기관에서 일일이 저작권 침해여부를 가린다는 것은 불가능에 가까운 요구라 할 것이고....[40]

---

38) 정진섭, 적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가-수사기관의 관점에서 본 소견-(토론문),지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004, 29-30면.

39) 김병일, supra note 22, at 111.

40) 정 완, supra note 8, at 150.

공익적인 측면도 있지만 기본적으로 개인적인 권리인 저작권의 집행을 그 권리자가 아닌 국가가 맡는 것은 정당성이 있어야 한다. 국가가 권리자를 대신하여 '모든' 저작권을, 그것도 권리침해여부나 범위가 불명확한 권리를 집행하는 것은 정당성이 없다. 국가가 권리자를 대신하여 권리를 집행하는 경우에는 국가가 나설 수밖에 없는 특수한 사정이 있어야 한다. 저작권이 침해됨으로써 국가의 저작권 산업이 영향을 받을 수 있고 따라서 저작권의 보호가 더 이상 개인이 처분할 수 있는 영역에 있지 않을 정도로 저작권이 중요한 것이라고 한다면, 비친고죄의 형태에 의하여 국가가 저작권을 집행하는 것이 타당할 것이다. 그러나 아직 저작권이 이 정도로 중요한 것이 아니며, 모든 세세한 저작권 침해를 국가가 집행하는 것이 필요하지도 않다. 국가의 자원을 모든 저작권을 침해하는 것에 사용할 필요는 없으며 국가의 개입이 필요한 한도에서만 사용하여야 할 것이다. 여기에 해당하는 것이 바로 대규모로 침해가 이루어지거나 저작권자가 집행하기 어려운 경우이다. 곧 국가가 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 것은 대규모로 침해가 이루어짐으로써 국가가 나서지 않는다면 저작권산업에 상당한 영향을 미칠 수 있거나 저작권 침해를 억제할 수 없는 경우에 한정되어야 할 것이다. 이러한 측면을 반영하여 친고죄 및 비친고죄의 형태에 의하여 저작권을 집행하여야 할 것이다.

모든 형태의 저작권 침해를 비친고죄에 의하여 집행하는 경우 '모든 저작권'을 집행하지 못함으로써 준법정신 내지 법에 대한 경외심이 사라질 수 있는 문제점이 발생할 수 있다. 국가가 저작권 침해 중에서 앞서 언급한 바와 같이 대규모 형태로 저작권이 침해되거나 저작권자가 집행하는 것이 어려운 저작권 침해를 대상으로 하는 것은 현실적일 수 있으나, 국가가 모든 형태의 저작권 침해를 집행하는 것은 불가능하다. 따라서 사소한 저작권 침해에 대해서조차도 비친고죄의 형태로 저작권을 집행한다면, 경미한 저작권 침해 등 상당수의 저작권 침해가 국가에 의하여 집행되지 않는 일이 발생하게 된다. 이것은 저작권 침해가 이루어지더라도 국가에 의하여 저작권이 집행되지 않는 것이 되어 침해자에 대한 처벌의 가능성이 없거나 매우 낮다는 것을 의미하고, 결국 저작권에 대한 수범자들의 준법정신이 약화될 것이다. 또한 비친고죄에 의한 저작권의 집행은 저작권을 강력하게 보호하는 것을 전

제로 하는데 오히려 저작권 집행을 약화하는 결과를 가져올 수도 있다.

비친고죄하에서는 국가기관이 저작권자가 집행하여야 할 부분에 대해서까지 대신하여 집행하거나 당사자간의 합의에 의하여 종료될 수 있는 사건도 형사소송을 진행하여야 하므로 소송경제상 바람직스럽지 않은 결과가 야기된다.[41] 만약 국가의 행정력이 부족하여 저작권 집행을 등한시하면 저작권의 효율성이 떨어지게 된다. 민사구제수단이 충분하지 않은 현재 한국의 상황에서, 소프트웨어 산업분야에 있어서는, 친고죄는 국가와 함께 또는 국가 대신에 저작권자가 저작권을 집행하는 것이 된다. 따라서 친고죄하에서는 저작권자가 자신의 권리를 집행하고 형사소송을 진행시키지 않고 저작권자와 침해(혐의)자가 합의에 의하여 분쟁을 종결시킴으로써 국가의 부담이 감소할 수 있다.

4. 외국의 압력으로 인한 정부의 부담

비친고죄 형태에 의한 저작권 집행은 외국이 저작권을 보호하기 위하여 한국에 압력을 가할 수 있도록 하는 빌미를 제공할 수 있다.[42] 이 견해는 '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 가능성'이 있다고 하고 있다. 특히 소프트웨어 분야에 있어서는 이러한 주장은 상당히 신빙성이 있는 것으로 보인다. 외국정부의 압력으로 인한 대대적인 단속이나 수사 및 이에 이은 형사소추는 결국 '범죄자의 양산'으로 연결된다. KORUS FTA

41) 비친고죄라고 하더라도 저작권 침해의 여부를 명확히 판단하거나 입증하기 위해서 검사 또는 피의자가 저작권자를 찾아야 하는 경우가 더 많을 수 있다. 비친고죄의 형태로 형사적 제재를 가하는 미국에서조차도 검사가 기소를 함에 있어서 저작권자의 협력을 얻어야 하는 것이 일반적인 것으로 알려져 있다. 저작물의 성격상 저작권자가 관여하지 않는다면, 저작권에 의한 보호여부, 침해여부, 권리의 범위 등을 경찰이나 검찰이 판단하는 것은 사실상 불가능한 것이다. 결국 비친고죄 하에서 경찰이나 검찰이 기소를 하기 위해서는 저작권자의 협력을 필요로 하게 되고 이러한 형태의 저작권 집행이 주된 방법이 될 수밖에 없다.

42) 친고죄 폐지에 대한 반대 의견(토론문), 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004, 26면.

는 소프트웨어를 보호하기 위한 특별규정을 두고 있다. 곧 KORUS FTA는 중앙정부 기관이 저작권 및 저작인접권을 침해하는 컴퓨터 소프트웨어 및 기타 자료를 사용하지 않고 컴퓨터 소프트웨어를 해당 이용허락계약에서 허락된 바대로만 사용할 것을 규정하는 법, 명령, 규칙, 가이드라인, 행정명령 등을 규정하도록 하고 있다. 또한 이러한 조치들은 이와 같이 정부가 사용하기 위하여 소프트웨어 및 기타 자료를 획득하고 관리하는 것을 규율하도록 하고 있다[§18.4.9].

KORUS FTA의 이러한 규정은 최소한 정부기관에서나마 소프트웨어에 대한 저작권 침해를 방지하기 위한 것인데, 관공서와 대부분의 기업들이 정품 소프트웨어를 사용하고 있는 것을 고려한다면 소프트웨어를 보호하기 위한 선언적인 의미를 가질 것으로 보인다. 선언적인 성격임에도 불구하고 이 규정은 소프트웨어를 보호하기 위한 미국의 의지를 담은 것이라 할 수 있다. 친고죄의 형태에 의한 저작권 집행은 권리자가 결정할 문제이므로 외국이 국내의 권리자를 상대로 압력을 가할 성질의 것은 아니다. 그러나 비친고죄에 의한 저작권 집행에 있어서는 국가가 권리의 집행에 관여하는 것을 의미하므로 외국이 한국정부를 상대로 저작권을 강력하게 집행하도록 압력을 행사할 수 있는 여지가 있게 된다. 예컨대 한국에서의 저작권의 형사집행이 미국의 저작권법과 집행의 실제와 동일한 수준에 있다면, 미국이 한국에 압력을 가하더라도 큰 문제가 될 수는 없다. 그러나 본 보고서가 강조해 왔듯이 한국에서의 저작권에 대한 형사적 집행은 미국보다 훨씬 더 강력하며, 저작권 집행이 민사적 구제수단이 아니라 대부분 형사적 구제수단에 의존하는 현실에서는, 외국에 의한 저작권 집행 압력은 한국이 상대 외국에 대하여 차별적으로 대우를 받는 것이 될 수 있을 뿐만 아니라 한국 정부에 대해서도 부담이 될 수밖에 없다. 따라서 저작권 집행에 있어서는 민사적인 집행을 유도하여야 할 뿐만 아니라 형사적으로 집행하는 경우에도 가능한 한 비친고죄에 의한 집행을 축소시키는 것이 바람직하다.

Ⅶ. 형사정책적 고려

1. 서론

2006년 저작권법 개정시 저작권 침해죄를 비친고죄로 규정하였는데, 이 당시 개정안의 설명[43]은 저작권 침해죄를 비친고죄의 형태로 집행하여야 하는 이유를 상징적으로 설명하고 있다.

> 현행 저작권법이 친고죄를 원칙으로 했던 것은 저작권의 인격적 성격을 고려한 측면도 있지만 대부분의 침해 행위는 일반인이 개인적 이용을 위하여 일회적으로 행한다는 점을 고려한 것이었다. 하지만 최근 저작권이 산업화되면서 침해행위가 조직적이고 반복적으로 이루어지는 경우가 많으며, 저작자등이 개인적으로 그 사실을 알거나 대응하기도 어렵고 산업적인 피해가 심각하기 때문에 그 권익을 심각하게 침해하는 경우(영리+상습적)에 비친고죄 적용범위를 확대한 것이라고 할 수 있다. 우상호 의원 초안은 "영리를 위하여 반복적으로"라는 표현을 썼으나 법사위 논의과정에서 너무 포괄적이라는 견해가 제기되어 법무부 등의 의견을 받아들여 "영리를 위하여 상습적으로"라는 표현으로 변경되었다.
>
> 우상호 의원 초안 작성과정에서 비친고죄 확대보다는 반의사불벌죄로 하는 것이 어떤가 하는 논의가 있었다. 하지만 최근 권리자들의 침해구제는 일단 저작권 침해자를 고소한 상태에서, 협상을 통해 일정대가를 받고난 후 고소를 취하하는 형태가 주류를 이루고 있다. 따라서 수사기관은 엄청난 인력을 동원하여 수사를 종결하는 단계에 와서 고소권자가 고소를 취하함에 따라 개인의 이익을 위해 공권력이 낭비되고 있다는 비판을 받아왔다. 만약 반의사불벌죄로 할 경우 권리자는 자신의 고소 없이도 수사기관이 알아서 수사한 후에 처벌여부를 물어올 것이므로 그때 가서 처벌 여부를 가지고 침해자와 협상을 벌일 여지가 더 많아질 것이라고 짐작되었다. 즉, 지금까지의 행태로 볼 때 권리자는 고소에 의해서 침해자와 협상을 벌여 이득을 취하는 방법 외에 고소 없이도 수사기관이 알아서 수사하여 기소 전 단계에 있는 침해자와 협상을 벌여 처벌받지 않을 것을 협상카드로 하여 이득을 취하는 방법 등을 취할 것이라는 견해가 우세하였다. 따라서 반의사불벌죄는 저작권 침해예방을 위한다기보다 권리자의 이익을 챙기는 도구로 전락할 위험이 있다는 이유로 논의에서 제외되었다.

> 인터넷 환경하에서 저작권 침해가 대규모로 반복적으로 이루어지고 있으며 산업적 피해가 심각하나, 저작자인'개인'이 그 침해사실을 일일이 알아서 대응하기에는 한계가 있으며, 시간 및 비용이 많이 들기 때문에 영리+상습적인 침해에 대해서는 비친고죄 확대 적용[44]

43) 심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권(제76호), 2006, 63-65면.

위의 설명에서 볼 수 있는 바와 같이, 현재의 친고죄·비친고죄 논의에서도 여전히 적용될 수 있는 2006년의 비친고죄 확대논거는 (i) 저작권의 산업화에 따른 조직적·반복적 침해가 증가되었다는 것, (ii) 저작권자가 침해행위를 알기 어렵고 대응하기 어렵다는 것, (iii) 저작권 침해로 인한 산업적인 피해가 심각하다는 것이었다. 또한 반의사불벌죄 반대론의 근거로서, (i) 개인의 이익을 위하여 공권력이 낭비될 수 있다는 것과 (ii) 반의사불벌죄가 침해예방이 아니라 권리자의 이익을 챙기는 도구로 전락할 수 있다는 것은 친고죄에 대해서도 적용될 수 있는 논거가 될 것이다. 친고죄 폐지·축소에 대한 논의와 마찬가지로 위에서 제기한 논거들은 상당히 타당성이 있다는 것을 부정할 수 없다. 그러나 비친고죄 확대를 위한 이러한 논거들이 현실적으로 어떠한 결과로 나타날 것인가는 이론적인 논거와는 전혀 다를 수 있으며, 위에서 제기한 논거들이 모든 저작물에 대하여 동일하게 적용될 수는 없다.

2. 공권력 사용에 관한 논의

비친고죄에 의한 저작권 집행은 저작권자가 아니라 국가가 저작권을 집행한다는 것을 의미한다. 단순히 개인이익의 침해에 그치는 것이 아니라 '국가의 저작권 산업'에 영향을 미칠 수 있는 저작권 침해에 대하여 저작권자 개인이 아닌 국가가 집행하는 것은 극히 당연한 것이다. 이러한 논리는 공익을 침해하는 범죄에 대해서는 비친고죄의 형태로, 사익을 침해하는 범죄에 대해서는 친고죄의 형태로 집행한다는 논리와 같은 것이다. '저작권 산업'에 영향을 미치는 저작권 침해행위에 대하여 국가가 자원(예산 내지 세금)을 이용하여 집행하고자 하는 경우, 저작권자의 고소가 없다고 하여(친고죄) 또는 고소를 취하하였다고 하여(친고죄 및 반의사불벌죄) 처벌할 수 없게 된다면, 결국 국가의 공권력이 낭비될 수 있다. 그러나 국가의 공권력 낭비에 대해서는 다음과 같은 점이 지적될 수 있다. 첫째, 국가가 저작권 침해죄를 비친고죄로 집행한다는 것은 '모든 저작권 침해'에 대하여 국가가 수사하고 소추할 수 있다는 것을 의미하는데, 국가가 모든 저작권 침해를 집행한다는 것

44) 심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권(제76호), 2006, 64면.

은 현실적으로 불가능한 것이다. 저작권은, 출원, 심사, 등록 등의 절차에 의하여 발생하는 산업재산권과 달리, 저작물을 창작하는 순간 발생하며 저작권으로 보호받기 위하여 등록이 요구되지 않으며 비교적 낮은 수준의 창작성 내지 독창성만 갖추면 된다. 따라서 이 세상에서 보호하여야 하는 저작권은 무수히 많으며 국가가 이러한 모든 저작권을 형사적으로 집행한다는 것은 이론적으로 타당하지 않으며 현실적으로 가능하지도 않다. 국가가 현실적으로 가능하고 이론적으로 타당한 범위의 저작권 침해에 대해서만 형사적 제재를 가한다면 이러한 문제점은 해결될 수 있는데, 그렇다면 어느 정도의 범위이어야 하는가가 문제된다. 개정안은 그 범위를 '영리를 위하여 또는 상습적으로 저작권을 침해'하는 것으로 정하고 있는데, 본 보고서가 상세하게 논의한 바와 같이 이러한 범위는 너무나도 광범위한 것이어서 공권력에 의한 저작권 집행에 대하여 제기되는 문제점이 '사실상 동일하게' 나타날 수 있다는 것이 문제이다. 따라서 개정안의 '영리를 위하여 또는 상습적으로'라는 요건을 보다 더 엄격하게 하거나 그 범위를 축소할 필요성이 있다. 저작권자의 고소나 고소취하 여부와 관계없이, 국가가 형사적 제재를 가할 필요성이 있는, 곧 공권력을 낭비해서는 아니 되는 비친고죄의 형태로 제재를 가할 필요성이 있는 저작권 침해죄의 범위를 설정하여야 한다. '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해하는 것은 분명히 여기에 해당되지 않는다.

둘째, 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하기 위해서는 '국가가 저작권을 집행하기 전'에 또는 '최소한 저작권을 집행하는 과정'에서 저작물의 존재를 사전에 인지하고 있어야 하는데, 이것은 저작권의 성격상 불가능한 일이다. 전술한 바와 같이 개정안에 의하면 저작권자의 고소나 고소취하와 관계없이 국가가 제재를 가하여야 하는 저작권 침해는 그 범위가 지나치게 광범위하다. 결국 '영리를 목적으로 또는 상습적으로' 저작권을 집행하는 경우에도 국가는 선별하여 저작권을 형사적으로 집행할 수밖에 없게 되는데, 여기에서 저작물들 상호간에, 심지어 동일한 저작물들 간에 차별이 발생하게 된다. 예컨대 수사와 같이 저작권을 집행하는 단계 이전에 수사기관이 수사하여야 할 대상인 특정 유형이 저작물이나 특정 저작물을 인지하여야 한다거나 수사과정에서 인지하여야 한다면, 이러한 유형의 저작물이나 특정

저작물만이 보호되는 차별적인 결과가 발생한다. 매우 광범위하게 해석될 수 있는 '영리를 목적으로 또는 상습적으로' 저작권을 침해한 경우에 형사적 제재를 가함으로써 보호받는 저작물과 그렇지 않는 저작물이 존재하고, 또한 형사적 제재를 받게 되는 저작권 침해와 그렇지 않은 저작권 침해가 존재한다. 특정 유형 상호간 또는 동일유형의 저작물 상호간에 차별적인 취급이 발생하지 않도록 하기 위해서는 국가가 저작권자의 의사와 관계없이 비친고죄의 형식으로 처벌할 저작권 침해죄를 협소하게 규정하는 것이 합리적인 것이 될 것인데, 개정안의 '영리를 목적으로 또는 상습적으로'는 국가가 저작권자의 의사와 관계없이 처벌하여야 하는 저작권 침해죄는 너무나도 광범위하다.

셋째, 예컨대 수사가 종결되어 있는 상태에서 저작권자가 고소하지 않았거나 고소를 취하하였다고 형사적 제재를 가할 수 없고 따라서 공권력이 낭비된다는 논거는 모든 유형의 친고죄 내지 반의사불벌죄를 부정하는 것과 같은 것이 된다. 형법을 비롯한 많은 법률에는 친고죄나 비친고죄의 형태로 침해자(위반자)를 처벌하는 규정이 존재하는데, 친고죄 및 반의사불법죄를 인정하는 것은 나름대로의 이유가 존재한다. 만약 권리자의 고소가 없거나 고소가 취하됨으로써 처벌할 수 없게 되어 공권력이 낭비된다면, 친고죄나 반의사불벌죄의 형태로 처벌하여야 하는 형사상 범죄는 존재할 이유가 없게 된다. 범죄를 친고죄나 반의사불벌죄의 형태로 처벌하는 것은 각자 합리적인 이유 내지 근거가 존재한다. 저작권 침해죄를 친고죄나 비친고죄로 처벌하는 것도 나름대로 합리적인 이유가 존재한다. 고소나 고소취하 여부와 관계없이 처벌하여야 할 것인지 여부를 결정함에 있어서는 국가의 공권력 낭비방지도 하나의 이유가 될 수 있지만, 유일한 근거는 될 수 없다. 공권력의 낭비방지 이외에도 저작권의 적절한 보호, 저작권 산업의 보호, 저작권자 및 이용자에 대한 바람직한 효과발생 여부 등 여러 가지 요소를 고려하여야 할 것이다. 고소의 취하에 의하여 이러한 목표를 달성할 수 있다면 행위자를 처벌하지 않는 것이 바람직할 것이며, 고소의 취하라는 저작권자의 의사 여부와 관계없이 처벌할 수 있는 저작권 침해죄의 범위는 공권력의 낭비를 막고 저작권자와 이용자의 편의를 고려할 수 있는 지극히 제한적인 범위가 되어야 할 것이다.[45)]

셋째, 저작물의 성격이나 저작권의 범위에 따라 저작권자 개인의 고소에 맡겨야 하는 저작권 침해죄의 친고죄적 성격을 부인할 수 없다. 저작권은 저작물의 창작 즉시 권리가 발생하고 보호받기 위하여 등록 등 아무런 방식이 필요하지 아니하며, 아이디어는 보호받지 못하고 아이디어를 표현한 것만이 보호받으며, 독립창작의 항변이 가능한 등 저작권 보호여부나 보호범위는 매우 복잡한 쟁점을 포함할 수밖에 없다. 이러한 사항을 국가가 결정하거나 인지하는 것은 불가능하므로 저작권 침해죄는 친고죄적 성격을 포함할 수밖에 없다. 따라서 저작권자의 의사에 따라 처벌하여야 하는 저작권 침해죄와 국가가 저작권자의 의사와 관계없이 처벌하여야 하는 저작권 침해죄를 구별하는 것이 합리적이고, 이를 어떻게 구별할 것인가 여부가 관건이 된다. 과연 '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해한 경우에 저작권자의 의사와 관계없이 처벌하는 것이 타당한가가 문제인데, 이러한 비친고죄의 형태로 처벌하는 경우 저작권에 의한 보호여부나 권리범위를 정하는 문제가 당연히 수반되고, 이를 수사를 담당하는 국가기관이 정한다면, 정하는 것도 불가능할 뿐만 아니라 국가기관에게도 부담이 될 수밖에 없어서 바람직하지 않다.

넷째, 저작권 침해에 의하여 저작권 산업이 영향을 받거나 저작권이 조직적·대규모로 침해되는 경우에는 당사자의 의사에 따라 형사적 제재 여부가 결정되도록 할 것이 아니라 국가가 일방적으로 처벌하는 것이 바람직하다. 따라서 저작권 침해죄에 있어서도 비친고죄의 형태로 저작권을 집행할 필요성이 있다는 것은 누구나 인정할 수 있다. 역시 이 경우에도 저작권 침해죄의 친고죄 및 비친고죄 상호간의 범위를 정하는 것이 관건이 되는데, '영리를 위하여 또는 상습적으로' 침해하는 것이 저작권 산업에 영향을 미치거나 조직적·대규모로 침해하는 것에 해당하는가가 문제되는데, 분명 그렇지 않다는 것이 문제이다. 재산권인 저작권을 권리자가 아닌 국가가 형사적으로 집행하는 경우는 위에서 언급한 바와 같이 침해에 의하여 저작권 산업이 흔들릴 정도이거나, 저작권이 조직적이고 대규모적으로 침해되거나, 저작권이 매우 교묘하게 침해되는 등 저작권자 개인이 도저히 감당할 수 없는 침해

45) 이런 점에서 미국에서는 민사구제를 중심으로 하면서 형사구제를 할 때에도 FBI와 저작권 관련 단체들이 긴밀히 협력하고 있다.

에 한정되어야 할 것이다. 저작권법 개정안이 규정하고 있는 '영리를 목적으로 또는 상습적으로' 저작권을 침해하여야 한다는 기준은 이러한 침해보다 훨씬 더 광범위한 것이어서, 저작권 산업이 영향을 받거나, 저작권 침해가 조직적이거나 대규모로 침해되지 않거나, 저작권자가 개인적으로 충분히 집행할 수 있는 경우까지 국가가 처벌하는 것이 된다. 따라서 오히려 공권력이 낭비되는 결과가 발생하거나, 모든 저작권 침해에 공권력을 발동하는 것은 불가능하고 따라서 선별적으로 발동할 수밖에 없어서 공권력이 균등하게 발동되지 않는 타당치 않은 결과가 발생한다.

저작권 침해죄를 친고죄로 할 것인가, 비친고죄로 할 것인가 여부를 결정할 수 있는 가장 중요한 목적은 어떤 형태로 침해죄를 집행하는 것이 한편으로는 저작자의 권리를 보호하고 다른 한편으로는 이용자가 가지는 이익도 해치지 않도록 할 수 있는가 여부이다. 결론적으로 (i) 저작권의 산업화에 따른 조직적·반복적 침해가 증가되었다는 것, (ii) 저작권자가 침해행위를 알기 어렵고 대응하기 어렵다는 것, (iii) 저작권 침해로 인한 산업적인 피해가 심각하다는 것을 인정할 수 있다고 하더라도 비친고죄의 범위를 정하는 개정안의 '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해하여야 한다는 기준은 지나치게 광범위할 수 있고 따라서 그 범위를 축소시킬 필요성이 있다. 오히려 차라리 현재와 같이 '영리를 위하여 그리고 상습적으로' 저작권을 침해하는 것에 대하여 비친고죄로 집행하는 것이 바람직한 것으로 보인다.

3. 개인적 법익 vs. 공익

저작권 산업의 경제적 역할 내지 중요성(GDP 기여, 일자리 창출 등)을 고려한다면, 저작권은 공익적인 측면을 포함한다는 것은 분명하다. 이와 동시에 저작권은 개인이 창작한 저작물에 대하여 부여하는 배타적인 권리로서 개인적인 법익을 보호한다는 것도 부인할 수 없는 것이고, 오히려 개인적인 법익을 보호하는 것이 원칙이다. 요컨대 저작권 침해죄는 기본적으로 개인적인 법익을 보호하기 위한 것이지만 더 이상 개인적인 법익의 보호에 한정한다고 할 수 없으며, 공익을 보호하기 위한 측면을 내포하고 있다. 저작권 침해죄를 모두 친고죄의 형태로 집행한다는 것

은 타당하지 않으며 비친고죄의 형태로만 집행한다는 것도 타당한 것이 아니다. 그렇다면 비친고죄에 의한 저작권 침해죄의 집행은 공익을 보호하기 위한 목적에 한정하여야 할 것이고 나머지는 친고죄에 의하여 집행하여야 할 것이다.

비친고죄의 논거가 저작권 산업의 경제적 역할 내지 중요성을 고려한 것이고 이러한 논거가 정당하다면, 공익적인 측면을 보호하는 것에 한정하여 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하고 그 이외의 것은 친고죄의 형태로 집행하는 것이 타당한 것이 된다. 곧 저작권 산업 자체나 저작권 산업의 국제적 경쟁력에 영향을 미칠 정도의 저작권 침해에 대해서는 비친고죄의 형태로 집행하고 그 이외의 것은 친고죄의 형태로 집행하는 것이 바람직한 것이 된다. 본 보고서의 이러한 입장은 다음의 견해와 동일한 것으로서 대부분의 학자에 의하여 지지되고 있는 견해라 할 수 있다.

> 저작권자의 이익보호와 일반공중의 이익도모에 중심이 있는 저작권제도 특징상 형사적 제재이전에 범죄자와 피해자의 화해를 통하여 피해자의 이익을 도모하고자 하는데 저작권침해행위에 대하여 친고죄로 규정한 이유를 찾을 수 있다. 그렇다면 저작권법상 친고죄의 존재를 전적으로 부정할 필요는 없다. 다만 저작물(컴퓨터프로그램을 포함)에 대한 조직적·대량적 침해행위가 발생하는 경우, 그 피해규모도 크고 나아가 저작물의 공정한 유통질서를 심각하게 침해하게 된다. 이러한 침해의 경우는 단순한 개인의 재산권침해의 정도를 초과하는 경제범죄로 보아야 할 것이고, 이러한 경제범죄적 성격을 띠게 되는 저작권침해유형에 대해서는 일반적인 침해유형과 달리 국가가 보다 적극적으로 보호하고 대처해야 할 필요가 있다. 따라서 이러한 경우는 저작자의 소추의사와 관계없이 국가의 형벌권이 작용될 수 있는 비친고죄로 규정함이 타당할 것이다.[46]

> SW저작물과 같이 상당수의 저작물의 경우 다양한 가격을 형성하고 있으므로, 상업적 규모에 대한 일괄적인 기준을 정립하는 것은 여러 가지 면에서 어려움이 있을 뿐만 아니라 SW 산업 발전을 저해하는 요소가 될 수 있다. 특히 SW 저작권은 기본적으로 개인의 인격적, 재산적 이익에 관한 사권으로 피해자가 사적분쟁절차를 통해 권리구제를 우선 도모하도록 하는 것이 효율적일 뿐만 아니라, 일부 권리자는 S/W 무상보급을 통한 이용 확대(쉐어웨어 형태)를 원하는 경우가 있고, 침해자를 형사처벌하는 것 보다는 권리침해에 대한 손실보전만을 원하는 경우가 많아 친고죄폐지가 반드시 저작권 보호 강화라고 보기 어려운 면이 존재한다. 나아가 비친고죄로 할 경우 국가가 모든 권리침해사실을 인지하여 소추할 의무가 발생하게 되므로 과도한 형벌권 행사 부담이 예상된다. 따라서 원칙적으로는 친고죄를 유지하되, 기술적 대량복제가 가능한 프로그램

46) 김정환, supra note 19, at 270.

의 특성을 고려하여, 예외적으로 영리목적의 대량불법복제 내지 상업적 규모(commercial scale)의 불법복제에 대해서 공익적 견지에서 국가가 소추권을 행사하는 것이 바람직하다...[47]

4. 저작권자의 저작권 집행의 역할·필요성

저작권이 사권적인 성격을 가진다는 것은 부정할 수 없으며 이와 동시에 현대시대에는 저작권 침해죄의 보호법익에 저작권 산업의 보호 등 공익적 성격이 포함된다는 것도 부정할 수 없는 사실이다. 저작권 침해죄의 보호법익에는 저작권이라는 개인적인 법익과 저작권 산업의 보호 등 공익이 모두 포함되는 것이라 할 수 있으며, 결국 저작권 침해죄를 규율함에 있어서 친고죄 또는 비친고죄가 적절한 것인가의 문제라기보다는 친고죄와 비친고죄로 규율하는 범위를 어떻게 설정할 것인가 여부가 문제가 된다. 친고죄 및 비친고죄의 범위 설정은 한편으로는 저작권자의 이익을 보호하고 다른 한편으로는 일반 공중의 저작물 이용의 이익을 도모하고자 하는 저작권의 정책목표를 달성하는 것이어야 할 것이다. 친고죄 및 비친고죄에 대해서는 각각의 장·단점과 그 이론적 근거가 존재하지만, 한국에서 저작권 침해죄를 규율함에 있어서는 저작권 집행환경 등을 고려하였을 때 실제로 어느 형태가 저작권의 정책목표를 달성하는데 적절한 것인지 여부에 따라 양자의 범위를 설정하여야 할 것이다. 이러한 범위설정과 관련하여 저작권 침해죄는 기본적으로 친고죄의 성격을 가질 수밖에 없다는 것을 인정할 필요성이 있는데, 이에 해당하는 대표적인 것으로서 수사기관이 모든 사건을 수사한다는 것은 불가능하다는 것을 들 수 있다.

비친고죄와 관련하여서는 예컨대 저작권 보호의 공익적인 성격으로 인하여 개인적 권리구제의 차원이 아니라 공익적 견지에서 접근하여야 한다거나 유명한 저작물과 그렇지 않은 저작물간의 보호의 형평성을 기한다는 것이 논의되는데, 이것은 국가기관이 저작권자의 의사와 관계없이 저작권을 집행한다는 것에 대한 논거가 된다. 따라서 비친고죄하에서는 국가기관이 모든 저작권에 대하여 집행하는 것

47) 김병일, supra note 22, at 111.

이 되고 이에 의하여 언급한 공익의 보호나 저작물간 또는 권리자간의 보호의 형평성을 기할 수 있게 된다. 그렇다면 국가가 모든 저작권에 대하여 집행을 할 수 있는가가 문제되는데, 이것은 이론적으로는 가능할 수 있지만 현실적으로는 불가능한 것이다. 국가기관이 모든 저작권 침해에 대하여 단속을 하거나 수사하는 것은 현실적으로 불가능한 것이고, 개인적인 권리의 성격이 매우 강한 저작권에 대한 집행비용을 국가가 모두 부담하는 것도 적절한 것이 아니다. 따라서 저작권 집행에 있어서는 권리자에 의한 고소나 고발이 필수적일 수밖에 없다.

비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 미국에서도 권리자에 의한 저작권 집행이 필수적이다. 이에 해당하는 예로서 온라인서비스제공자(OSP)와 관련된 저작권자의 저작권 집행을 들 수 있는데, 미국 저작권법 제512조는 OSP의 면책과 관련하여 권리자가 OSP에 대하여 일정한 요건을 갖춘 통지를 하도록 하고[§512(c)(3)], 권리자가 OSP의 네트워크에 침해저작물을 올린 자의 신원을 파악하기 위하여 법원 서기(clerk)에게 문서소환장을 발하여 줄 것을 청구할 수 있도록 하고 있다[§512(h)]. 권리자가 OSP에 대하여 통지한 예를 살펴보기로 하자.

ISP → Account Holder(User, Subscriber)

Dear ... Internet Subscriber:
...(OSP) has been notified by a copyright owner, or its authorized agent, that your Internet account may have been involved in the exchange of unauthorized copies of copyrighted material (e.g., music, movies, or software). We are enclosing a copy of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) notice that OSP received from the copyright holder which includes the specific allegation.
Under the DMCA, copyright owners have the right to notify OSP's register agent if they believe that a OSP customer has infringed on their work(s). When OSP receives a complaint notice from a copyright owner, OSP will notify the identifiable customer of the alleged infringement by providing them a copy of the submitted DMCA notice. As required by law, OSP may determine that the customer is a repeat copyright infringer and reserves the right to suspend or terminate the accounts of repeat copyright infringers.

It is possible that this activity has occurred without your permission or knowledge by an unauthorized user, a minor who may not fully understand the copyright laws, or even as a result of a computer virus. However, as the named subscriber on the account, you may be held responsible for any misuse of your account. Please be aware that using OSP's service to engage in any form of copyright infringement is expressly prohibited by OSP's Acceptable Use Policy and that repeat copyright infringement, or violations of any other OSP policy, may result in the suspension or termination of your service. You may view OSP's rules and policies, including OSP's Acceptable Use Policy, under the policies section of .
We ask that you take immediate action to stop the exchange of any infringing material. For additional information regarding copyright infringement and for a list of frequently asked questions, please visit.

Copyright Owner → OSP

Dear ....:
...(Agent) represent the intellectual property interests of ...(Copyright Owner) that publish interactive games for video game consoles, personal computers, handheld devices and the Internet in the United States and in other countries. Agent is authorized to act on behalf of Copyright Owner whose copyright and other intellectual property rights it believes to be infringed as described herein.
Agent is providing this notice pursuant to the Section 512 of Title 17 of the U.S. Code(as enacted by the 'Online Copyright Infringement Liability Limitation Act') to make OSP aware that the IP Address identified below is using the services and systems of OSP to infringe the exclusive copyright and other rights of one or more Copyright Owner works. This notice is addressed to you as the agent designated by OSP to receive notifications of claimed infringement.
Based on the information at its disposal on 20 Dec 2010 03:40:23 GMT, Agent has a good faith belief that the subscriber using the IP address 24.183.49.56 is infringing the copyright rights of one or more Copyright Owner works by copying and distributing unauthorized copies of game products (through peer-to-peer or similar software/services), in violation of applicable copyright laws, through internet access that OSP provides directly

to the 24.183.49.56 or through a downstream provider that purchases this access for 24.183.49.56. The copyrighted works that have been infringed include but are not limited to:
Title: Call of Duty: Modern Warfare 2
Notice ID:290-9835165
Infringement Source: BitTorrent
Infringement Time stamp: 20Dec201003:40:23GMT
Infringement Last Documented: 20Dec201003:40:23GMT
Infringer User name:
Infringing Filename: Callof Duty Modern Warfare 2PCISORELOADED.rar
Infringing File size: 2147483647
Infringer IP Address: 24.183.49.56
Infringer DNS Name:
Infringer Port ID: 0
Infringer Bay ID: 6b9c3168084fab5a707fbeba7c089fdbe6e6c24d|2147483647
The unauthorized copies of game product are listed and/or identified thereon by their titles or variations thereof, game-related listings/references/descriptions, or depictions of game-related artwork. Such copies, titles, game-related listings/references/descriptions, depictions, and material that is the subject of infringing activities are hereinafter referred to as "Infringing Material."
Given this infringing activity by 24.183.49.56, Agent urges OSP to cooperate with its efforts to protect the intellectual property rights of its members companies and immediately do the following:
1. Notify the account holder of the Infringing Material.
2. Take steps to stop the infringing activity.
3. Take appropriate action against the account holder under your Abuse Policy/Terms of Service Agreement, including termination of repeat offenders under Section 512(i) of Title 17 of the U.S. Code.
Agent believes that the information in this notification is accurate. Under penalty of perjury, I hereby affirm that Agent is authorized to act on behalf of Copyright Owner whose exclusive copyright rights we believe to be infringed as described herein. OSP or the account holder may contact Agent at the above-listed contact details, with email preferred. Please include the above-noted Reference Number in the subject line of all email correspondence.

위의 표에 제시된 내용은 OSP가 제공하는 인터넷 서비스를 통하여 P2P로 게임저작물을 불법적으로 다운로드받은 자에 저작권자가 경고하는 것에 관한 것이다. P2P를 통하여 게임저작물을 교환 내지 공유하는 것에 대하여 저작권을 집행함에는 저작권자뿐만 아니라 정부기관에게 상당한 노력을 필요로 한다. 위에서 든 예는 (미국에서는 친고죄·비친고죄 구별의 실익이 적지만 비록 의미를 둔다면) 비친고죄의 형태로 저작권이 집행되는 미국에서조차도 저작권자에 의한 저작권 집행이 매우 중요한 역할을 한다는 것을 나타내고 있다. 비친고죄하에서 정부기관이 모든 저작권 침해를 단속하고, 침해자에 대하여 소추함으로써 처벌하는 등 모든 저작권을 집행하는 것은 불가능한 것이다. 뿐만 아니라 국가기관이 저작권을 집행한다고 해도 사법부가 아닌 국가기관이 저작권 침해여부를 최종적으로 판단하여야 하는 부담을 가지게 되는데 저작권 침해 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 요컨대 저작권이라는 것 자체는 그 성격상 저작권자에 의한 고소나 고발 등을 필요로 하는 사권적인 성격을 가질 수밖에 없다.

5. 소프트웨어 저작권에 있어서 친고죄의 필요성

저작권 집행에 있어서 주도적이거나 단초적인 역할을 하여야 하는 것이 저작권자라고 한다면, 비친고죄하에서도 저작권자에 의한 고소나 고발이 가능하므로 저작권자의 고소가 이루어진 이후 국가기관이 침해자를 처벌하면 되지 않는가라는 주장이 있을 수 있다. 이 경우에는 저작권자가 국가기관에 의한 저작권 집행에 조력(助力)을 하는 것이 되어 저작권 집행이 보다 더 효율적일 수도 있을 것이다. 그러나 비친고죄하에서 저작권자의 고소에 의하여 저작권을 집행하는 경우 저작권 침해를 간파해내는 측면에서는 매우 효율적일 수 있으나, 국가기관이 저작권자의 의사를 고려하지 않고 침해자를 처벌하게 되므로 당사자간의 협상에 의하여 저작권 침해를 해결할 여지가 없게 되는 문제점이 있다. 곧 국가기관이나 저작권자에 의하여 간파된 저작권 침해를 국가기관이 일방적으로 처벌할 것을 결정할 것이 아니라 당사자들이 스스로 해결할 수 있도록 하는 실마리를 제공할 필요성이 있다. 이것이 바로 친고죄나 반의사불벌죄의 형태로 저작권을 집행하는 것이 된다.

친고죄나 반의사불벌죄가 저작권자와 침해(혐의)자가 스스로 분쟁을 해결할 수 있는 기회를 가진다고 한다면, 저작권자가 침해(혐의)자를 고소하지 않은 상태에서 저작권자와 침해(혐의)자가 분쟁을 해결할 수 있으며 따라서 고소를 전제로 하는 친고죄는 필요하지 않을 수 있다는 반론이 제기될 수 있다. 저작권 침해가 발생한 경우, 저작권자와 침해(혐의)자가 협의하여 스스로 분쟁을 해결하는 것이 최상의 수단이 된다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 이러한 협의에 의하여 저작권자는 과거의 침해행위로부터 손해배상을 받아내거나 침해자가 정품 소프트웨어를 사용토록 할 수 있을 것이고, 침해자의 입장에서도 손해배상을 하거나 장래에는 정품을 사용함으로써 저작권 침해로 인한 민·형사 책임을 회피할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 시나리오가 가능하기 위해서는 저작권자가 침해(혐의)자로 하여금 손해배상 및 정품 소프트웨어 사용을 위한 협상의 장(場)에 나올 수 있도록 하는 수단을 필요로 한다. 저작권 침해에 대하여 민사·형사 등 어떠한 제재의 가능성도 존재하지 않는다면 침해(혐의)자의 입장에서는 저작권자에게 손해배상을 하거나 장래에 정품 소프트웨어를 사용하도록 하는 협상의 장에 나갈 아무런 동기가 없게 된다. 침해(혐의)자가 협상의 장에 나가도록 하는 동기, 곧 협상의 장에 나갈 수밖에 없게 하는 것은 저작권법이 저작권자에게 인정하고 있는 민사적 및 형사적 구제수단이다. 침해자의 입장에서 본다면, 법원을 통하여 손해배상과 같은 민사적 제재가 자신에게 가하여질 것을 예상한다면, 자신의 저작권 침해가 저작권자에게 간파되고 저작권자가 협상의 장으로 나올 것을 요구하였을 경우, 협상장에 나가는 것이 유리하고 저작권자에게 손해배상을 하거나 장래 정품 소프트웨어를 사용할 것을 협상할 수밖에 없다. 바로 이것이 가장 바람직한 저작권 집행방식이 될 것이다. 그런데 이러한 손해배상이라는 민사적 구제수단을 전제로 하는 이러한 방식이 제대로 작동되기 위해서는, 법원에 의한 손해배상이 제대로 이루어져야 한다는 것을 전제로 한다. 본 보고서가 강조해온 바와 같이, 한국에서의 저작권 집행은 민사적인 구제수단보다는 형사적인 구제수단에 의존해 왔는데, 이것은 법원에 의하여 인정되는 손해배상액이 미미한 것 등 저작권 침해에 대한 손해배상제도가 제대로 정착되지 않은 것에 기인하는 것이다. 민사적인 구제수단이 제 역할을 하지 않는 저작권집행 환경하에서 저작권자들은 형사적인 구제수단에 의존할 수밖에 없게 된다. 요컨대 민사적인 제재수단에 의하여서는, 저작권

침해(혐의)자가 저작권자에게 손해배상을 하거나 정품 소프트웨어를 사용하는 것을 협의하기 위한 협상의 장에 가도록 하는 동기나 협상의 장에 갈 수밖에 없도록 하는 강제력이 사실상 존재하지 않게 된다. 이러한 문제를 해결할 수 있는 것이 바로 형사적 제재의 가능성인데, 민사적 구제수단보다 훨씬 강력한 형사적 제재의 가능성은 침해(혐의)자로 하여금 협상의 장으로 가게 하는 충분한 동기 내지 강제력을 가지게 된다. 곧 형사적 제재 가능성은 침해(혐의)자가 저작권자에게 침해로 인한 손해배상을 하거나 장래 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 협의를 함에 있어서 일종의 지렛대 역할(leverage 효과)을 한다. 저작권 침해가 발생한 경우, 침해(혐의)자에게 있어서는 실제로 형사처벌을 받지 않으면서 손해배상을 하거나 장래 정품 소프트웨어를 사용하는 것이 최상의 방법이 될 것이고, 저작권자의 측면에서도 침해(혐의)자를 상대로 실제로 민·형사 소송을 제기하지 않으면서도 침해(혐의)자로부터 손해배상을 받거나 침해(혐의)자가 장래에 정품 소프트웨어를 사용토록 하는 것이 최상의 방법이 될 것이다. 이것을 가능하게 하는 것이 친고죄나 반의사불벌죄의 형태로 소프트웨어 저작권을 집행하는 것이 된다.

다음은 소프트웨어 저작권이 침해된 경우 일정한 단계에 따른 저작권 집행을 나타내는 것이다.

당사자 상호간 협의에 의한 저작권 침해 문제의 해결	국가기관 비관여
⬇	
민사적 구제수단(손해배상)을 전제로 하는 당사자간 해결	국가기관 비관여
⬇	
민사적·형사적 구제수단을 전제로 하는 당사자간 해결	조정(한국저작권위원회) 국가기관 비관여
⬇	
형사적 구제수단을 전제로 하는 당사자간 해결	국가기관 비관여 친고죄/반의사불벌죄
⬇	
법원에 의한 민사적 손해배상 인정	국가기관 관여
⬇	
검찰 및 법원에 의한 형사적 제재: 징역/벌금	국가기관 관여

제6장 개정안과 비친고죄의 범위

Ⅰ. 서론

KORUS FTA가 규정하고 있는 '법적조치(legal action)'에 '기소'만이 포함된다고 해석할 하등의 이유가 존재하지 않는다는 것, 기소뿐만 아니라 단속이나 수사도 포함되는 것으로 해석될 수 있고 이러한 해석이 타당하다는 것, 따라서 한국의 저작권법이 저작권 침해죄를 친고죄로 집행하더라도 KORUS FTA를 이행하는 것이 된다는 것 등을 살펴보았다. 그렇다면 만에 하나 법적조치가 기소만을 의미하여 한국이 저작권 침해죄를 비친고죄의 형태로 이행하여야 하는 것으로 해석한다면 어떻게 되겠는가? KORUS FTA는 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하도록 하고 형사적 제재를 가할 경우에 민간 당사자나 권리자의 공식적인 청구가 없더라도 당국이 직권으로 법적조치를 개시할 수 있도록 하고 있지만, KORUS FTA가 모든 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하고 직권으로 법적조치를 개시하도록 하는 것은 아니다. 곧 형사적 제재를 가하여야 하는 저작권 침해행위는 상업적인 규모로 고의에 의하여 저작권을 침해하는 것에 한정되며, 이러한 저작권 침해에 (i) 금융이익에 대한 직간접적 동기가 없더라도 고의에 의하여 중대하게 저작권을 침해한 경우와 (ii) 상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 얻기 위하여 고의로 저작권을 침해한 경우가 해당하도록 규정하고 있다. 따라서 친고죄·비친고죄 논란의 불씨가 되고 있는 KORUS FTA의 규정이 '비친고죄를 규정하고 있다고 해석하더라도' 비친고죄의 범위를 위의 (i) 및 (ii)에 해당하는 경우로 한정하여야 한다. 그런데 KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해한 경우 비친고죄로 규정하여 KORUS FTA가 규정하고 있는 것보다 광범위하게 규정하고 있는데, 이러한 개정안은 비친고죄(비친고죄로 해석된다면)의 범위를 지나치게 확대하는 것이라 할 수 있다. 본 장은 이에 대한 상세한 고찰을 하고자 한다.

Ⅱ. 현행 저작권법 및 개정안

현행 저작권법

제140조 (고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. <u>영리를 위하여 상습적으로</u> 제136조 제1항 및 제136조제2항 제3호에 해당하는 행위를 한 경우[48]

저작권법 개정안 1

제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. <u>영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법으로</u> 제136조 제1항 또는 제136조 제2항 제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우 … **제140조의2(중대한 침해의 판단)** 법원은 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리를 침해하는 행위가 제140조 제1호에 규정된 중대한 침해인지 여부를 판단함에 있어서는 다음 각 호의 사항을 참작하여야 한다. 1. 저작물 등의 성격과 가치 2. 침해행위로 만들어진 복제물의 수량과 가치 3. 침해행위의 기간과 회수 4. 침해행위의 매체와 수단 5. 기타 관련 사실

저작권법 개정안 2

제140조(고소) 이 장에 규정된 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. <u>영리를 목적으로 또는 상습적으로</u> 제136조 제1항, 제136조 제2항 제3호 및 제4호(제124조 제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)에 해당하는 행위를 한 경우

48) 2006년 12월 개정 이전의 규정.
제102조 (고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 제98조 제3호 및 제5호, 제99조 제1호 내지 제3호 및 제5호와 제100조 제3호의 경우에는 그러하지 아니하다.

Ⅲ. 영리성 요건

1. 영리성 및 저작권법 개정안의 비친고죄

미국 저작권법은 저작권 침해에 대한 형사적 제재에 대한 가장 기본적인 요건으로 '상업적인 이득(commercial advantage)'이나 '개인적인 금융이익(private financial gain)'을 규정하고 있고[§501(a)(1)(A)], KORUS FTA는 '상업적인 이득'이나 '개인적인 금융이익'을 목적으로 고의적으로 침해하는 것을 '고의에 의한 상업적 규모의 저작권 침해'에 포함시켜 규정하고 있다. 따라서 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익은 한국이 저작권 침해에 대하여 비친고죄의 형태로 형사적 제재를 가하도록 하는 KORUS FTA를 이행함에 있어서 핵심적인 기준 내지 요소가 된다. 비친고죄로 형사적 제재를 가하도록 하는 KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안이 제안하는 '영리를 목적으로 또는 상습적으로'가 미국 저작권법이나 KORUS FTA를 이행하는 것이 되는가, 이행하는 것이 되더라도 적절하게 이행하는가, 적절하지 않다면 적절하게 이행하기 위하여 다른 대안은 존재하지 않는가 문제된다.

개정안은 '영리성' 또는 '상습성'의 요소를 비친고죄의 핵심요소로 사용하고 있는데, 우선 저작권법의 영리성 및 이에 대한 법원의 판단을 살펴보기로 한다. 저작권법은 영리를 목적으로 대여하는 것을 대여권의 대상으로 하고 있고(§§21, 77, 80), 교과용도서보상금 및 수업목적보상금의 수령 단체가 비영리일 것을 요건으로 하고 있고(§25 V), 영리를 목적으로 하지 않는 공연·방송에 대하여 저작권을 제한하고 있으며(§29), 사적이용을 위한 복제, 시험문제로 복제, 시각장애인 등을 위한 복제, 교육·학술 또는 연구를 위한 데이터베이스의 이용이 권리의 제한에 해당하기 위해서는 비영리일 것을 요구하고 있으며(§§30, 32, 33, 101조의 3), 저작권신탁관리업을 하고자 하는 자에 대하여 그 목적이 비영리일 것을 요구하고 있으며(§105 II), 권리의 침해죄를 규정함에 있어 업으로 또는 영리를 목적으로 할 것(§136) 등을 규정하고 있다. 이들 영리성에 대한 판단은 각 규정에 따라 그 의미가 달라질 수밖에 없을 것으로 보이는데, 저작권 침해와 관련하여 다음의 판결을 살펴보기로 하자.

(가) 사적이용의 항변

살피건대, 저작권법 제27조의 사적이용에 해당하여 복제가 허용되기 위하여는, i) 주관적 요건으로 영리의 목적이 없어야 하고, 이와 함께 ii) 객관적 요건으로 그 이용범위가 개인적 이용이나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위로 국한되어야 할 것이다.

1) 비영리목적

일반적으로 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감하는 정도만으로는 영리의 목적을 인정하기에 부족하다 할 것이나, 시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우와 마찬가지로 **통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위에는 영리의 목적이 인정**된다 할 것이다.

살피건대, 갑3의 1, 2의 각 기재에 의하면 음악저작권자들은 인터넷이나 PC통신상에서 음악파일 복제 및 전송에 대하여 일정한 액수의 사용료를 받아온 사실이 인정되는바, 소리바다 이용자들이 그와 같은 비용을 지급하고 구입해야 하거나 또는 CD 구입비용을 지급하고 CD음반을 구입하여 그로부터 추출하여야 하는 mp3파일을 무상으로 다운로드 받는 행위에는 영리의 목적이 인정된다고 할 수 있다.

뿐만 아니라, 소리바다 이용자들이 위와 같이 파일공유행위를 하면서 그 대가를 주고받고 있지는 않으나, 이는 상호간에 원하는 mp3파일을 무료로 다운로드 받기 위하여 자신의 mp3파일도 무상으로 제공하는 것으로서 일종의 물물교환의 형태를 띠고 있다고 볼 수 있으므로, 결국 복제의 대가로 금전을 취득하는 것은 아니라고 하더라도 다른 mp3파일을 계속 다운로드 받는 경제적 이익을 취득하는 것이라고 볼 것이다.[49]

P2P 파일교환에 관한 위의 판결들은 '통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위'에 대하여 영리의 목적을 인정하는 원칙을 밝히고 있다. 이에 따라 '저작물의 구입비용을 절감하는 것'에 대해서는 영리성을 부정하고 있으나, '게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 것,' '비용을 지급하고 구입해야 하거나 또는 CD 구입비용을 지급하고 CD음반을 구입하여 그로부터 추출하여야 하는, mp3파일을 무상으로 다운로드 받는 행위'에 대하여 영리성을 인정하고 있다. 다음에서 볼 수 있는 바와 같이 상급심은 사적이용을 위한 복제의 요건을 논의하지 않음으로써 영리성에 대한 이러한 판단을 인정하고 있는 듯한 인상을 주고 있다.

49) 수원지방법원 성남지원, 2003.10.24. 선고 2003가합857 손해배상(기) 판결; 수원지방법원 성남지원, 2003.2.14. 선고 2002카합284 가처분이의 판결.

㈐ 피고들의 사적이용을 위한 복제항변에 관하여

이에 대하여 피고들은, 소리바다 사용자들의 다운로드 행위는 사적이용(私的利用)을 위한 복제에 해당하므로 원고의 복제권을 침해하는 것이 아니라는 취지로 항변하므로 살피건대, 저작권법 제27조 소정의 '사적이용을 위한 복제'에 해당하려면, 그 복제행위가 영리를 목적으로 하지 아니하고, 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것이어야 하며, 이때 한정된 범위 안에서 이용한다고 하려면 적어도 그 이용인원이 소수이고 그들 사이에 강한 인적결합이 존재해야 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 소리바다 서비스를 이용한 MP3 파일 다운로드 행위는 인터넷상에서 소리바다 서버에 접속하였다는 점 외에 아무런 인적결합 관계가 없는 불특정 다수인인 동시접속자 5,000명 사이에서 연쇄적이고 동시다발적으로 광범위하게 이루어진다는 점에서, 이를 두고 단순히 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하기 위한 복제행위라 할 수 없는 것이니, 나머지 점에 관하여 더 나아가 따져 볼 필요 없이 소리바다 사용자들의 MP3 파일 복제행위는 저작권법 제27조 소정의 사적이용을 위한 복제에 해당하지 않는다고 하겠다.[50]

(2) 사적이용을 위한 복제 항변

채무자들은, 소리바다 이용자들의 다운로드 행위는 사적이용(私的利用)을 위한 복제에 해당하므로 이 사건 음반제작자들의 복제권을 침해하는 것이 아니라고 주장한다.

저작권법 제27조에서 규정하는 사적이용을 위한 복제에 해당하기 위하여는, 그 복제행위가 ① 영리를 목적으로 하지 아니하고(주관적 요건), ② 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것이어야 한다(객관적 요건)는 요건을 모두 충족하여야 할 것인바, 먼저 객관적 요건에 관하여 살펴본다.

개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용에 해당하기 위하여는, 복제를 하는 이용자들이 다수집단이 아니어야 하고, 그 이용자들 서로간에 어느 정도의 긴밀한 인적결합이 존재할 것이 요구된다고 할 것인바, 앞서 본 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 소리바다 서비스는 아이디, 비밀번호를 등록하면 누구라도 자유롭게 이용할 수 있는 점, 이용자가 MP3파일을 공유폴더에 저장하고 소리바다 서버에 접속하기만 하면 최대 5,000명에 이르는 다른 이용자들이 해당 파일에 접근하여 별다른 절차를 거침이 없이 자유로이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이는 점, 소리바다 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드폴더는 공유폴더와 일치하도록 되어 있으므로 원칙적으로 다운로드폴더로 다운로드된 MP3파일은 그 즉시 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있게 되는 점, 이용자들 사이에는 MP3파일을 공유한다는 공통의 목적 외에 별다른 인적 유대관계가 없고, 아이디만을 확인할 수 있을 뿐 아무런 개인적인 정보도 공유되고 있지 아니한 점, 이 사건 가처분결정에 의해 소리바다 서비스가 중단되기 이전 등록 회원의 수 및 접속규모가 막대한 점 등에 비추어 보면, 소리바다 이용자들의 이 사건 MP3파일 복제행위는 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다 할 것이므로, 채무자들의 사적이용을 위한 복제 항변은 더 살필 필요가 없이 이유 없다.[51]

영리성에 관한 위 2개 판결에 있어서 하급심만이 '영리성'을 판단하고 있으므로 저작권 침해와 관련하여 영리성에 관한 법원의 확고한 입장이 된다고 할 수는 없다. 또한 저작권과 관련하여 대법원이 영리성에 대하여 판단한 선례도 존재하지 않으므로, 영리성에 관한 법원의 판단이 앞으로도 계속 나올 것으로 예상된다. 위에서 인용된 하급심 판례는 영리성을 논의하였지만 상급심은 논의를 하지 않음으로써 하급심의 논의를 인정하고 있는 것처럼 보이지만, 문제는 앞으로 나올 판결들이 위의 하급심 판결과 동일하게 판시하는 일이 얼마든지 많이 발생할 수 있다는 것이다. 위에서 인용된 하급심 판결은, '통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위'에 대하여 영리성을 인정하는 입장을 취함으로써, 영리성에 대하여 매우 낮은 수준의 것을 요구하고 있는 것으로 보이는데, 이러한 판결에 의한다면 상당수의 저작물 이용행위들이 영리성의 요건을 충족하게 된다. 위의 하급심 법원이 판시하는 바와 같이 '게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 것'이나 P2P 네트워크를 통하여 파일을 다운로드받는 행위 등 '통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위'는 모두 영리성의 요건을 충족하게 된다. 문제는 영리성의 요건이 상당히 낮거나 영리의 개념이 매우 광범위하다는 것이고, 앞으로 위의 하급법원의 판결과 유사한 판결이 얼마든지 나올 수 있다는 것이다. KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 '영리를 목적으로 또는 상습적으로'라고 규정하고 있는데, 이 개정안에 의하면, 낮은 수준의 영리성의 요건만 충족하면 비친고죄의 형태로 형사적 제재를 가할 수 있게 된다는 것을 의미하고 결국 범죄자를 양산하는 바람직하지 않은 결과가 야기된다. 현행 저작권법은 '영리를 위하여 상습적으로' 저작권을 침해하는 것을 비친고죄로 하고 있지만, 저작권법 개정안은 '영리를 목적으로 또는 상습적으로' 저작권을 침해하는 것을 비친고죄로 하고 있다. 따라서 저작권법 개정안은 현행 저작권법보다 비친고죄의 범위를 확대하는 것이 되는데, 영리성의 요건이 매우 낮거나 영리성의 범위가 매우 넓으면 비친고죄로 처벌할 저작권 침해는 상당히 많아지게 된다.

---

50) 서울고등법원, 2005.1.25. 선고 2003나80798 손해배상(기) 판결.

51) 서울중앙지방법원, 2005.8.29. 선고 2004카합3491 음반복제금지가처분 판결.

2. 영리성에 관한 법원의 판결

저작권 분야에서 ‘영리의 목적’에 관하여 판단한 판결은 많지 않은데 저작권법이 아닌 다른 법률과 관계하여 ‘영리의 목적’을 판단한 판결을 살펴보기로 하자.

대법원 1992. 10. 9. 선고 92도848 【보건범죄단속에관한특별조치법위반】
3. 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 소정의 '**영리의 목적**'이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 그 이익의 귀속자가 반드시 경영의 주체나 손익귀속의 주체와 일치하여야 할 필요는 없는 것이므로, 원심이, 의사인 위 김기진과 공모한 피고인에게도 영리의 목적이 있었다고 본 데에 보건범죄단속에관한특별조치법에 관한 법리오해의 위법이 없다. 논지 역시이유없다.

대법원 1997.12.12. 선고 97도2368 【향정신성의약품관리법위반】
[3] 향정신성의약품관리법 제40조 제2항, 제1항 제3호, 제3조 제3항 위반의 죄는 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 "영리의 목적", "향정신성의약품을 제조할 목적"을 범죄성립요건으로 하는 목적범임이 그 법문상 명백한바, **영리의 목적**이라 함은 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것이고, ...

대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】
1. 제1주장에 관하여 의사가 영리의 목적으로 비의료인과 공모하여 무면허의료행위를 하였다면 그 행위는 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조에 해당한다고 할 것이고, 나아가 위 조문 소정의 **영리의 목적**이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 무면허의료행위를 행하는 자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다 (대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 참조)

위의 대법원 판결들은 저작권법이 아닌 법률이 규정하고 있는 ‘영리의 목적’에 대하여 판단하고 있는 판결들이다. 저작권법은 ‘영리를 목적으로 하지 아니하고’와 같이 많이 규정하고 잇는데, 결국 모두 ‘영리의 목적’을 판단하는 것이다. 저작권법 이외의 법률에 대한 동일한 ‘문구’인 ‘영리의 목적’이 저작권법에도 적용될 수 있는가 문제될 수 있지만, 위의 대법원 판결들이 영리의 목적에 대하여 판단한 대략적인 원칙은 저작권법에도 동일하게 적용될 수 있을 것으로 보인다. 위의 판결에 의하면 ‘영리의 목적’은 ‘널리 경제적인 이익을 취득할 목적’으로서 매우 광범위하게 정의되

고 있으며, 그 이익의 귀속자가 그 이익의 귀속자가 반드시 경영의 주체나 손익귀속의 주체와 일치하여야 할 필요는 없는 것으로 정의할 수 있다. 또한 영리의 목적은 (i) 회수와는 관련이 없으며(반복적으로 업으로 또는 1회로도 가능), (ii) 이용자가 실제 경제적 이익을 취득했는가는 관계없으며(의도만으로 영리 목적의 행위가 됨), (iii) 영리목적은 해당 행위와 직접적, 간접적으로 연결되어야 한다.[52]

법원의 판결에 의하면, 비록 저작권법 이외의 영역에서 이루어진 것이지만, 영리의 목적은 매우 광범위하다. 저작권법 제29조 '비영리 공연·방송'에 관한 다음 학자의 논의를 보면 영리의 목적이 매우 광범위하다는 것을 알 수 있다.

> ... 어떤 경우이든 이용행위와 경제적 이득 간의 상관관계 내지 인과관계가 존재해야 한다. 이용행위로 인해 경제적 이익의 창출이 되지 않는 한 간접적인 영리 목적이 존재한다고 하기 어려운 것이다.
>
> 이렇게 볼 때 영리 목적 공연이나 방송에서 제외되는 행사는 한정적임을 알 수 있다. i) 가족 행사에서 이뤄지는 공연, ii) 종교 집회에서 벌어지는 공연, 출제일이나 경축일 공연 또는 자선 공연, iii) 회사 워크숍 행사에서 이뤄지는 공연이 비영리 공연·방송이라고 할 수 있다.[53]

현행 저작권법은 '영리를 목적'으로 하고 '상습적으로' 저작권을 침해한 경우에만 비친고죄로 처벌한다. 그런데 저작권법 개정안은 '영리를 목적'으로 저작권을 침해한 것만으로도 비친고죄의 형태로 처벌해야 하므로, 이것만으로도 비친고죄의 범위는 훨씬 더 확대되고 범죄자가 현재보다 훨씬 더 많이 양산될 수 있다. 뿐만 아니라 영리의 목적 내지 영리성에 관한 법원의 입장이나 학계의 논의에 의하면 영리성의 범위가 매우 넓기 때문에 '영리를 목적'으로 저작권을 침해하는 것만으로도 비친고죄로 처벌하는 경우 범죄자가 더욱 더 많이 양산될 수 있다는 것을 예상할 수 있다. 재산권 침해 범죄로 인하여 범죄자가 많이 양산되는 것은 사회적으로나 형사정책적으로 결코 바람직스러운 것은 아니다.[54] 그렇다면 이와 같이 범죄자

52) 최경수, 저작권법 개론, 한울, 2010, 411-412면.

53) Id. at 412.

54) 재산적 권리인 저작재산권의 침해에 대해 형사처벌하는 것은 사인간의 거래 관계에 대한 국가의 개입이며, 이러한 형사처벌에는 형사정책적인 고려가 있어야 한다.

가 많이 양산할 수 있는 저작권법 개정안에 의하여서만 KORUS FTA를 이행하는 것이 되는가? 범죄자를 많이 양산하지 않고서도 KORUS FTA를 이행할 수 있는 개정안을 모색할 필요가 있다.

3. 상업적 이득·금전이익의 해석

(1) 미국 저작권법과 KORUS FTA

KORUS FTA는 상업적인 규모로 저작권을 침해하는 것에 '상업적 이득이나 개인적 금융이익을 목적으로 하는 고의에 의한 침해'가 포함되는 것으로 하고 있는데 [§18.10.27(d)], 여기에서 말하는 '금융이익'은 '가치가 있는 어떤 것(anything of value)을 수령하거나 기대하는 것'을 포함한다고 규정(FN. 33)하고 있다. 미국 저작권법도 금융이익을 '다른 저작물을 수령하는 것을 포함하여, 가치가 있는 어떤 것을 수령하거나 기대하는 것'이라고 정의하고 있는데(§101), 이것은 1997년 No Electronic Theft Act에 의하여 입법된 것이다.

KORUS FTA는 상업적인 규모로 저작권을 고의로 침해하는 것에 (i) 금융이익에 대한 직·간접 동기가 없는, 고의에 의한 중대한 저작권 침해(금융이익에 대한 직·간접 동기가 없더라도, 고의에 의한 중대한 저작권 침해, (ii) 상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해가 포함되는 것으로 규정하고, (iii) 금융이익은 '가치가 있는 어떠한 것을 수령하거나 기대하는 것'을 포함하는 것으로 규정하고 있다. FTA의 이러한 규정은 미국 저작권법과 유사하거나 사실상 동일하므로 미국 저작권법을 살펴볼 필요가 있다. 미국 연방 저작권법과 범죄·형사절차법은 (i) ① 상업적인 이득이나 ② 개인적인 금융이익을 얻을 목적으로 (ii) 저작권을 고의로 침해한 경우, 1년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과하도록 규정하고 있고, 저작권법은 금융이익을 '다른 저작물을 수령하는 것을 포함하여, 가치가 있는 어떤 것을 수령하거나 기대하는 것'이라고 정의하고 있다(§101). 따라서 KORUS FTA와 미국 저작권법이 규정하는 상업적 이득과 개인적인 금융이익의 내용은 다음과 같이 요약될 수 있다.

KORUS FTA

	‘상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 침해행위’에 포함되는 행위	
형사제재 대상	금융이익에 대한 직·간접 동기가 없는, 고의에 의한 중대한 저작권 침해	상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해 * 금융이익: 가치가 있는 어떠한 것을 수령하거나 기대하는 것’을 포함

US Copyright Act & Crime and Criminal Procedure Act

§101: 금융이익	다른 저작물을 수령하는 것을 포함하여, 가치가 있는 어떤 것을 수령하거나 기대하는 것
저작권법 §506(a)(1)(A) 위반: 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의 목적	….
	….
	그 외의 경우에는 **1년 미만의 징역 또는 벌금에 처하거나 병과**

(2) 상업적 이득·개인적 금융이익의 요부

미국의 저작권 침해에 대한 형사적인 제재를 가함에 있어서 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익이 요건으로 되어 있지만 항상 요구되는 것은 아니다. 이를 정리하면 첫째, 미국 저작권법은 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의 목적으로 저작권을 고의로 침해한 것에 대하여 연방 범죄 및 형사절차법에 따라 처벌할 것을 규정하고 있다[§506(a)(1)(A)]. 연방 범죄 및 형사절차법은 이에 대하여 1년 미만의 징역이나 일정 액수의 벌금을 과하거나 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 곧 저작권 침해에 대한 가장 기본적인 형사적 제재는 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의 목적으로 저작권을 고의로 침해한 것에 대해서는 1년 미만의 징역이나 일정 액수의 벌금을 과하거나 병과하도록 하고, 여기에 일정한 추가적인 요건이 충족되는 경우 보다 강한 제재를 가하고 있다. 따라서 여기에 있어서 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의

목적은 가장 경미한 형사적 제재가 가하여지는 침해행위의 요건이 된다.

둘째, 상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물을 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포하는 경우, 3년 미만의 징역이나 일정 액수의 벌금을 과하거나 병과하도록 하면서, 이러한 유형의 침해행위가 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익을 목적으로 하는 경우, 5년 미만의 징역이나 일정 액수의 벌금을 과하거나 병과하도록 하고 있다. 따라서 여기서의 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의 목적은 가중처벌을 할 수 있는 근거로서 작용한다.

이와 같이 미국에서 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익의 목적은 (i) 1년 미만의 징역이나 일정 액수의 벌금을 과하거나 병과하기 위한 '범죄의 구성요건'이 되고, (ii) 범죄의 구성요건은 아니지만 가중 처벌할 수 있는 근거로 작용하고 있다.

유형 및 요건		추가 요건	제재의 내용
고의	상업적인 이득/ 개인적인 금융이익의 목적	① N/A	1년 미만 징역/벌금/병과
		② ...	....
		③ ...	....
	일정 소매가치($1,000) 초과 저작물, 1개 이상 복제물/음반, 일정기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적인 수단 포함)	① ...	...,
		② ...	...,
		③ ...	....
	상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물, 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포	① ...	3년 미만 징역/벌금/병과
		② 상업적인 이득이나 개인적인 금융이익 목적	5년 미만 징역/벌금/병과
		③ ,,,	....
		④ ...	....

이상에서 살펴본 바와 같이 미국의 저작권 침해에 대한 형사적 제재와 관련하여 상업적 이득이나 개인적인 금전이익은 저작권 침해에 대한 모든 유형의 형사적 제재에 대하여 요구되는 것은 아니다. 1997년 저작권법 개정 이전에는 저작권 침해에 대하여 상업적 이득이나 개인적인 금전이익을 요건으로 하였는데, 인터넷상에서의 저작권 침해행위에 있어서는 침해행위가 시장에 상당히 많은 영향을 줌에도 불구하고 침해자가 금전적인 이익을 구하지 않거나 필요로 하지 않게 된 것에 기인한다. 곧 저작권법의 거부, 반기업정서, 해적행위자 커뮤니티에서 이름을 드러내는 등, 저작권 침해자는 이익을 얻기 위한 동기와는 아무런 상관이 없는 목적으로 저작권 침해가 이루어졌다. 이러한 상황하에서 침해자가 상업적 이득이나 개인적인 금전이익을 목적으로 침해할 것을 요구한다면, 저작권에 대한 해적행위에 대하여 형사적 제재를 가할 수 없는 결과가 야기한다. 바로 이에 해당하는 예가 United States v. LaMacchia 케이스[871 F. Supp. 535(D. Mass. 1994)]인데, 이 케이스에서는 이익을 얻기 위한 동기를 가지지 않고, 인터넷 사이트에서 저작권 침해자료를 거래토록 한 자에 대하여 형사적 제재를 가할 수 없었다.

상업적 이득이나 금전이익을 요건으로 하였을 경우 저작권 해적행위를 처벌할 수 없었던 이러한 문제점(Lamacchia loophole이라 부름)때문에 미국 의회는 저작권법을 개정하게 되었다. 곧 1997년 저작권법 개정에 따른 저작권을 고의로 침해한 경우, 상업적 이득이나 개인적인 금전이익이 요건으로 요구되는 것은 제506조 (a)(1)(A)이며, (a)(1)(B) 및 (a)(1)(C)를 적용함에 있어서는 불필요하다.

(3) 1909년 저작권법

1976년 저작권법이 규정하고 있는 '상업적 이득이나 개인적 금융이익'은 1909년 법 제104의 '영리를 위하여'와 동일한 것으로 여겨지고 있다.[55] KORUS FTA는 상업적인 규모로 저작권을 침해하는 것에 '상업적 이득이나 개인적 금융이익을 목적으로 하는 고의에 의한 침해'가 포함되는 것으로 하고 있다[§18.10.27(d)]. '상업적 이득'은 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하였던 1909년 미국 저작권법(Copyright Act

55) 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, NIMMER ON COPYRIGHT, 1997, §15.01 FN.3.

of 1909) 제104조가 '영리를 위하여(for profit)'로 규정한 것에 기원하는데, 제104조는 저작권을 고의로 영리를 위하여 침해한 자(any person who willfully and for profit shall infringe any copyright)에 대하여 경범죄로서 처벌할 것을 규정하고 있었다. 1909년 법에 의하면, 비영리 공연(nonprofit performance)을 해석함에 있어서 입장료와 같이 공연에 대하여 직접 지급할 필요는 없었고, 공연을 하는 자가 공연으로부터 직·간접적인 상업적 이득이나 이익을 기대하여 공연하는 경우 영리를 위한 공연으로 인정되었다. 곧 이러한 기대를 하여 공연이 이루어졌다면 실제로 이러한 공연에 의하여 상업적인 이득이나 이익이 실현되지 않았더라도 영리를 위한 것으로 인정되었다. 이에 의하면 레스토랑 손님을 위하여 음악을 틀어준 경우, 손님이 음악에 대하여 추가적인 지급을 하지 않았더라도 영리를 위한 공연이 인정되며, 호텔이 방송을 손임에게 틀어주는 경우 방송을 틀어주는 것이 손님을 끌기 위한 것이라면, 방송에 의한 공연에 대하여 손님이 별도로 이용료를 지급하지 않더라도, 공연으로 인정된다. 결국 상업적 또는 영리기업과 관련하여 이루어지는 공연은, 일반 공중이 공연을 보거나 듣는 것에 대하여 비용을 지급하지 않더라도, 배타적인 권리 범위에 속하는 것이 된다. 공연이 목적이 상업적 이득을 위하여 이루어진 것이라면 1909년 법에 따라 영리를 위한 것이 되며, 현행 1976년 저작권법 제110조 제4항의 저작권 제한에 해당하지 않게 된다.

(4) 금전이익

금전이익(financial gain)은 금전적인 거래뿐만 아니라, 미국 저작권법 제101조가 정의하고 있는 바와 같이 '다른 저작물을 수령하는 것 등 가치가 있는 어떤 것을 수령하거나 기대하는 것'을 의미한다. 제101조는, 다른 저작물의 복제물과 교환하는 것과 같이, 소위 '교환'하는 것도 금전적 이익에 해당하는 것에 포함시키고 있다. KORUS FTA도 '다른 저작물의 복제물과 교환하는 것을 포함'하는 것을 규정하지 않고 있으나, 미국 저작권법과 사실상 동일하게 규정한 것이라 할 수 있다. 상업적 이득이나 금전이익을 인정할 수 있는 좋은 예로서 '폐쇄적인 P2P 파일교환 네트워크를 운영하는 피고가 회원으로 가입하기 위해서는 해적자료를 제공하도록 요구한 경우'를 들 수 있다.

(5) 상업적 이득

상업적 이득은 침해물품에 대한 대가를 지급받는 것뿐만 아니라 기업이 경쟁자에 대하여 내부적으로 우위를 획득하기 위하여 침해물품을 사용하는 것을 포함하며, 침해물품에 대하여 지급을 받지 않는 경우에도 마찬가지이다.[56] 상업적 이득에 해당하는 예로서 간접비를 낮추기 위하여 저작권을 침해하는 소프트웨어를 사용하는 경우, 웹사이트가 광고수익을 내기 위하여 저작권을 침해하는 소프트웨어를 다운로드받도록 하는 경우, 기업이 궁극적으로는 적법 서비스를 판매하기 위한 것이지만 적법 서비스를 구매할 고액을 끌어들이기 위하여 위조제품을 제공하는 경우 등을 들 수 있다.[57] 상업적 이득이나 금전이익을 이익을 얻었는지 여부는 아무런 상관이 없으며 이익을 얻기 위한 의도가 있었느냐 여부가 중요하다.[58]

(6) 미국의 상업적 이득·금전이익과 KORUS FTA

저작권 침해에 대한 형사적 제재에 있어서 미국은 1909년 저작권법에서 저작권을 고의에 의하여, 영리의 목적으로 침해한 자에 대한 경범죄(misdemeanor)로 간주하고 일정한 형사적 제재를 가하는 것으로 하여[59] 고의 및 '영리의 목적(for profit)'을 형사적 제재의 요소로 규정하였다. 1976년 저작권법은 고의에 의하여, 상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적으로 저작권을 침해한자에 대하여 연방 범죄 및 형사절차법에 따라 처벌할 것을 규정함으로써, 고의 및 상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 요건으로 규정하였다.[60] 1976년 저작권법은 1997년과 2005년의 개정에 의하여 (i) 일

---

56) United States Department of Justice, Computer Crime & Intellectual Property Section.

57) Id.

58) Id.

59) **Sec. Willful infringement for profit**
(a) ... any person who willfully and for profit shall infringe any copyright secured by this title, or who shall knowingly and willfully aid or abet such infringement, shall be deemed guilty of a misdemeanor ....

60) **Sec. 506. Criminal offenses**
(a) Criminal infringement
Any person who infringes a copyright willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain shall be punished as provided in section 2319 of title 18 [18 USCS Sect. 2319].

정 소매가치($1,000) 초과 저작물, 1개 이상 복제물/음반, 일정기간(180일) 동안, 복제/배포(전자적인 수단 포함)하는 것과[§506(a)(1)(B)], (ii) 상업적으로 배포(상업적 배포를 위한 저작물임을 알았거나 알 수 있었던 경우)하기 위한 저작물, 공중의 구성원들이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크에 이용제공함으로써 배포하는 것[§506(a)(1)(C)]이 추가되었다. 1976년 저작권법이 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하기 위한 기본적인 요건은 '고의에 의하여, 상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적으로 저작권을 침해'한 것이다. 다만 상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적으로 하지 않더라도 형사적 제재가 가해질 수 있으며[§506(a)(1)(A) & (B)], 이 경우에는 상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적으로 한다면 형이 가중될 수 있다.

결국 미국 저작권법상 형사적 제재는 (i) '상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적'이 요구되는 경우, (ii) '상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적'이 요구되지 않는 경우로 분류하여 가하여지고, (ii)의 경우 상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적으로 하면 가중되는 경우가 있을 수 있다. KORUS FTA는 상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 침해행위에 대하여 비친고죄의 형태로 형사적 제재를 가하도록 하면서, 상업적인 규모로 고의에 의한 저작권 침해행위에 (i) 금융이익에 대한 직·간접 동기가 없더라도 고의에 의한 '중대한 저작권 침해'와 (ii) 상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해가 포함되는 것으로 하고 있다. 따라서 미국 저작권법과 KORUS FTA를 굳이 비교한다면 다음의 표와 같이 비교할 수 있다.

미국 저작권법		KORUS FTA
요건	규정	
'상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적'으로 하는 경우	§506(a)(1)(A)	상업적 이득이나 개인적인 금융이익을 위한 고의에 의한 침해
상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적'이 요구되지 않는 경우(가중되는 경우 존재)	§506(a)(1)(B)	금융이익에 대한 직·간접 동기가 없더라도 고의에 의한 '중대한 저작권 침해'
	§506(a)(1)(C)	

KORUS FTA를 협상함에 있어서 한미 양측이 위의 표에서 제시된 바와 같이 협상하였다고는 할 수 없지만, 미국의 저작권법을 고려한다면 이러한 표에 따른 협상이 이루어졌다고 추정할 수 있다.

4. 상업적 이득·금전이익의 해석 문제점

(1) 상업적 이득·금전이익과 저작권 침해

상업적 이득 및 금전이익이 비교적 광범위하게 해석되더라도 상업적 이득이나 금전이익이 있는 것으로 해석되어서는 안 되는 중요한 사항으로서, '자기 자신을 위하여 저작물을 복제하거나 다운로드받음으로써 침해 저작물을 무료로 또는 할인하여 얻음으로써 금전이익을 획득하는 경우'이다.[61] 이러한 이익은 모든 침해에 공통되는 사항으로서, 이러한 단순한 침해가 개인적 금전이익과 동일시된다면 저작권 침해에 대하여 민사적으로 제재를 가하는 것과 형사적으로 제재를 가하는 것을 구별하는 것을 불가능하게 한다. 비록 저작권에 해당하는 케이스는 아니지만, 불법으로 위성 및 케이블 TV 디코더(decoder)를 사용하는 것과 관련하여 법원은 이용자 자신과 가족 및 친구가 이익을 받기 위하여 이러한 디코더를 구입하고 사용하는 것은 연방법[케이블 시스템상에서 통신서비스를 가로채거나 수령하는 것을 금지한 규정을 고의에 의하여 '상업적인 이득이나 개인적인 금전이익'을 목적으로 위반한 자에 대하여 벌금 및 징역형 부과, 47 U.S.C. §553(b)(2)]이 규정하고 있는 '이익(gain)'에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.

미국 법무부는 '자기 자신을 위하여 저작물을 복제하거나 다운로드받음으로써 침해 저작물을 무료로 또는 할인하여 얻음으로써 금전이익을 획득하는 경우'를 형사적 제재의 대상으로부터 배제하고 있다.[62] 이것은 형사적 제재의 대상과 민사적 권리의 침해를 분명히 구별하기 위한 의도라고 파악된다. 미국 법무부가 형사적 제재의 대상으로부터 배제하고 있는 것은 한국법상 '사적복제'에 해당하는 것인데,

61) United States Department of Justice, supra note 56.
62) Id.

한국에서는 '비영리'라는 주관적 요건과 개인적 이용이라는 객관적 요건을 충족하는 사적복제는 저작권에 대한 제한으로 인정된다. 그런데 문제는 '비영리' 요건이 광범위하게 해석될 수 있음으로써 미국법이나 형사실무상으로는 형사적 제재의 대상이 되지 않는 행위가 한국에서는 형사적 제재의 대상이 되어 처벌받을 수 있다는 점이다. 다음의 소리바다 형사사건에 대한 판단(2심)에서 볼 수 있는 바와 같이 사적복제는 쉽게 부정될 수 있다.

> 파일공유 행위가 인터넷상에서 소리바다 서버에 접속한 불특정 다수인들, 특히 동시접속자 5,000명 사이에서 광범위하게 이루어진다는 점에서, 이를 두고 단순히 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하기 위하여 복제한 것으로는 볼 수 없다. 따라서, 더 나아가 영리목적의 유무에 관하여 판단할 것 없이 OOO 등의 mp3 파일 복제행위는 저작권법 제27조 소정의 사적이용을 위한 복제에 해당하는 않는다[63] ....

위의 소리바다 판결(형사사건)은 P2P에 의한 파일교환 행위의 사적복제를 부인하고 있다. 이 판결을 살펴보면(사적복제의 여지가 없어질 수 있다는 것을 논의로 하고 판단하면), 미국 형사실무에서는 형사적으로 처벌될 수 없는 행위가 한국에서는 사적복제가 부인되어 형사적으로 처벌받을 수 있다는 것을 알 수 있다. 위의 판결은 사적복제의 요건 중에 비영리성을 판단하지 않았지만, 소리바다 가처분 및 손해배상 판결은 비영리성을 부정하고 있다.

> 소리바다 이용자들이 그와 같은 비용을 지급하고 구입해야 하거나 또는 CD 구입비용을 지급하고 CD음반을 구입하여 그로부터 추출하여야 하는 mp3파일을 무상으로 다운로드 받는 행위에는 영리의 목적이 인정된다고 할 수 있다.[64]

가처분신청 및 손해배상에 관한 소리바다 판결과 형사에 관한 소리바다 판결 등 3개의 판결에 의하면, P2P 파일교환에 의한 복제행위는 사적복제가 부정되어 형사처벌의 대상이 된다. P2P 파일교환에 있어서 사적복제를 부인하는 이러한 판결은 사적복제를 사실상 부인하는 판결이어서 문제가 있을 수 있는데, 저작권법 개

63) 서울중앙지방법원, 2005.1.12. 선고 2003노4296 저작권법위반 판결.

64) 수원지방법원 성남지원, 2003.10.24. 선고 2003가합857 손해배상(기) 판결; 수원지방법원 성남지원, 2003.2.14. 선고 2002카합284 가처분이의 판결.

정안의 '영리를 위하여 또는 상습적으로'라는 요건에 의하면 이 사건에서 사적복제를 부인하는 것은 정당성을 가지는 것이 된다. 곧 미국의 저작권 침해죄에 대한 형사실무상으로는 형사적 제재를 명백히 부정하여야 하는 경우에 한국에서는 저작권 침해죄를 인정하여야 하고, 그것도 비친고죄의 형태에 의하여 형사적 제재를 하여야 하는 불합리한 결과가 발생한다. 위의 소리바다 판결이 비영리성을 요건으로 하는 사적복제에 관한 것이지만, 한국의 저작권법은 여러 부분에서 '비영리의 목적'을 규정하고 있고 따라서 소리바다 판결과 같이 영리성을 매우 광범위하게 해석하여 저작권 침해를 인정하는 판결이 얼마든지 나올 수 있다는 점이 문제이다. 따라서 저작권법 개정안의 '영리를 위하여 또는 상습적으로'라는 요건이 너무 완화된 요건이므로 현행법상의 '영리를 위하여 상습적으로'를 유지하는 것이 타당하다.

특히 다음 웹하드에 관한 판결은 미국에서는 형사적 제재를 가하지 않는 사안에 대하여 한국에서는 제재를 가함으로써 한국이 형사적으로 훨씬 더 엄격하게 저작권을 집행한다는 결과를 보여주고 있다.

가. 복제권 침해

저작권법상 '복제'라 함은 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다(제2조 제22호). 따라서 피고인들의 각 웹스토리지 서비스 사이트(이하 피고인들이 운영하거나, 운영하였던 웹스토리지 서비스 사이트를 일괄하여 '이 사건 각 사이트'라고 하고, 개별 웹스토리지 서비스 사이트는 그 사이트 명으로 줄여 쓴다.)에 이용자들이 저작재산권자로부터 이용허락을 받지 않은 영화 온라인콘텐츠 파일을 업로드 하여 웹스토리지에 저장하거나 다운로드 하여 개인용 하드디스크 또는 웹스토리지에 저장하는 행위는 유형물인 컴퓨터의 하드디스크에 고정하는 경우에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 저작재산권인 복제권을 침해하는 것이 된다.[65]

65) 서울중앙지방법원, 2009.2.12. 선고 2008고단3683 판결(항소심 계류중).

66) 서울중앙지방법원, 2008.8.5. 선고 2008카합968 저작권침해금지등가처분 판결.

웹스토리지에 공중(불특정 다수인 또는 특정 다수인, 저작권법 제2조 제32호 참조. 이하 같다.)이 다운로드 할 수 있는 상태로 업로드 되어 있는 영화 파일을 다운로드 하여 개인용 하드디스크 또는 비공개 웹스토리지에 저장하는 행위에 관하여 보건대, 이는 영리의 목적 없이 개인적으로 이용하기 위하여 복제를 하는 경우에 해당할 수는 있으나, 업로드 되어 있는 영화 파일이 명백히 저작권을 침해하여 불법한 파일인 경우에까지 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권 침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 생길 수 있기 때문에, 다운로더 입장에서 복제의 대상이 되는 파일이 저작권을 침해한 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다고 보아야 할 이 사건에서는 위와 같은 다운로드 행위를 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 하기는 어렵다.[66]

위의 2개의 판결은 동일한 사안에 대한 형사 및 민사사건 판결이다. 형사판결은 사적복제의 예외를 논의하지는 않았지만, 영화파일을 개인 컴퓨터나 웹스토리지에 저장하는 행위가 복제권을 침해하는 것으로 판단하고 있다. 이것은 '자기 자신을 위하여 저작물을 복제하거나 다운로드받음으로써 침해 저작물을 무료로 또는 할인하여 금전이익을 획득하는 경우'로서, 미국에서는 형사처벌의 대상이 될 수 없다. 민사판결은 웹하드에 업로드되어 있는 파일을 개인의 PC에 다운로드받는 행위에 대하여 사적이용을 위한 복제를 부정하고 있다. 사적이용을 위한 복제는 비영리성이라는 주관적 요건과 개인적 이용이나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위에서 이용이라는 객관적 요건을 충족하여야 하는데, 이 판결은 비영리 가능성을 언급하였으나(이 점에서 소리바다 1심판결과 다름) '복제의 대상이 되는 파일이 저작권을 침해한 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다'는 것을 근거로 사적복제를 부인하고 있다. 형사나 민사판결 모두 복제권을 침해하는 것에서는 마찬가지이다.

소리바다 판결과 웹하드 판결은 모두 이용자가 인터넷상에서 다운로드받는 행위에 대하여 판단하고 있다는 점에서는 동일하지만, 소리바다 판결 제1심 및 제2심 자체뿐만 아니라 소리바다 판결과 웹하드 판결 상호간에 비영리성의 판단에 대한 미묘한 점이 존재하고 있다. 이들 판결들은 모두 미국에서는 형사처벌을 부인하는 경우에 (실제로 P2P나 웹하드 이용자를 실제로 처벌하는 것은 별개의 문제로 하더라도) 각각 형사책임을 인정하고 있다는 점에서 공통되며, 영리성이 매우 광범위하게 법원에 의하여 판단되고 있다는 점은 앞으로 저작권법상의 '영리성'이나 '비영리

성'을 판단함에 있어서 법원이 상당히 넓은 범위에서 영리성을 인정할 수 있다는 점이 우려된다. 곧 KORUS FTA를 이행하는 저작권법 개정안이 '영리를 위하여' 저작권을 침해한 경우에도 비친고죄로 처벌할 수 있도록 한다면, 미국에서는 형사적으로 처벌하지 않는 행위를 한국에서는 처벌하는 불합리한 결과가 발생한다. 따라서 '영리를 목적으로 또는 상습적으로'로 개정하여 상황을 악화시키지 말고, 차라리 현재의 '영리를 위하여 상습적으로'라는 요건을 유지하는 것이 타당할 것이다.

(2) 상업적 이득·금전이익과 민사·형사책임

미국 저작권법이 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하기 위한 구성요건으로 규정하고 있는 '상업적 이득'이나 '개인적 금전이익'은 사실상 '영리성'을 의미한다면, KORUS FTA도 이와 동일하게 해석할 수 있고 KORUS FTA를 이행하여야 하는 한국 저작권법도 이를 반영하여야 할 것이다. 저작권 침해에 대한 형사적 제재를 고려함에 있어서 가장 중요한 고려사항은 형사적 책임을 민사적 책임과 분명하게 구별하여야 한다는 것이다. 2006년 개정 이전의 저작권법은 다음과 같이 민사 및 형사책임을 구별하지 않았다.

제91조 (침해의 정지등 청구) ① 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리(제65조 및 제68조의 규정에 의한 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.... **제93조 (손해배상의 청구)** ① 저작재산권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리(저작인격권을 제외한다)를 가진 자(이하 "저작재산권자등"이라 한다)가 고의 또는 과실에 의하여 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다. ... **제97조의5 (권리의 침해죄)** 저작재산권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 재산적 권리(제73조의4의 규정에 의한 권리를 제외한다)를 복제·공연·방송·전시·전송·배포·2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

2006년 개정 이전의 저작권법은 저작권 침해에 대한 민사적 구제수단이나 형사적 구제수단을 제공함에 있어서 모두 '저작권 침해(일정한 경우 저작재산권으로 제한)'라는 표현을 사용하고 있었는데, 손해배상을 청구할 경우 '고의 또는 과실'을 요구하는 것을 제외한다면, 저작권법상으로는 저작권 침해에 대한 민·형사적 제재를 가함에 있어서 아무런 차이가 없다. 물론 형사적인 제재에 있어서 '고의'가 형법적으로 요구되므로, 민사적 구제수단과 형사적 구제수단을 구별하는 것은 이러한 형사법적 측면에서의 '고의' 이외에는 존재하지 않는다. 형사법적 측면에서의 고의는 손해배상의 요건으로서의 '고의'와는 구별되며, 저작권 침해를 위한 주관적 요건인 '의거'와도 구별되는 개념이다. 요컨대 2006년 개정 이전의 저작권법은 저작권 침해에 대한 민사적 구제수단과 형사적 구제수단을 제공함에 있어서, 형사적 절차에서 요구되는 일반적인 고의를 제외한다면, 그 '요건'에 차이를 두지 않았다.

2006년 개정 이후의 저작권법도 저작권 침해에 대한 민사적 구제수단과 형사적 구제수단을 구별하지 않고 있다.

제123조 (침해의 정지 등 청구) ①저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(제25조·제31조·제75조·제76조·제76조의2·제82조·제83조 및 제83조의2의 규정에 따른 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다. … **제125조 (손해배상의 청구)** ①저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권 및 실연자의 인격권을 제외한다)를 가진 자(이하 "저작재산권자등"이라 한다)가 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다. … **제136조 (권리의 침해죄)** ①저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조의 규정에 따른 권리를 제외한다)를 복제·공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. …

위의 표에서 볼 수 있는 바와 같이 2006년 개정에 의하더라도 저작권 침해에 대한 민사적 구제수단과 형사적 구제수단은, 저작권법상으로, 그 요건에 있어서 아무런 차이가 존재하지 않는다. 다만 개정 이전과 달리 비친고죄의 범위를 확대하면서 일정한 차이가 존재하는 것으로 변경되었다.

제140조 (고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조제1항 및 제136조제2항제3호에 해당하는 행위를 한 경우 …

민사적인 저작권 침해와 형사적인 저작권 침해죄가 성립함에 있어서는 아무런 차이가 존재하지 않지만, 권리자가 고소를 하는 것과 관계없이 처벌할 수 있는 침해죄에 있어서는 '영리성 및 상습성'이 추가되어야만 한다. 미국의 저작권법에 있어서는 형사적인 제재에 대하여 '상업적 이득이나 개인적인 금전이익'이라는 요건을 추가적으로 요구함으로써 민사 및 형사적 구제수단을 구별하고 있다. 이에 의하면, 저작물을 비영리적으로 공연하는 경우 민사적으로는 저작권 침해가 될 수 있지만 형사적으로는 저작권 침해죄가 성립할 수 없으며, 비영리목적의 저작물 복제도 마찬가지이다. 또한 형사적 제재를 함에 있어서는 피고인에게 유리하게 해석하고 소추기관에 대해서는 엄격하게 해석하여야 하므로 형사적 제재를 위하여 요구되는 '상업적 이득이나 개인적인 금전이익'의 요건은 협소하고, 엄격하게 해석될 수밖에 없다.[67]

2006년 저작권법 개정은 비친고죄의 범위를 확대하면서 '영리를 위하여 상습적으로' 저작권을 침해하는 것으로 하였다. 저작권을 보다 강력하게 보호하여야 한다는 것을 이유로 비친고죄의 범위를 확대하는 것이 타당하다는 것을 인정하더라도, '영리를 위하여 상습적으로'라는 요건이 매우 광범위하게 해석된다면, 저작권 침해에 대한 형사적 제재 확대의 문제점뿐만 아니라 민사적인 저작권 침해와 형사적인 저작권 침해죄를 구별하는, 아니 구별하여야 하는 중요한 문제점을 간과할 수 있

67) 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra note 55, at §15.01[A][2].

다. 앞서 지적한 바와 같이 한국의 판례에 의하면 '영리성'이나 '상습성'은 매우 광범위하게 해석될 가능성이 있어서, '영리를 위하여 상습적으로'라는 요건이 요구되더라도 저작권 침해에 대한 형사적 제재가 상당히 많아질 수 있는 문제점이 존재한다. 이미 한국사회는 최근 몇 년 동안 소위 '묻지마식 고소'에 의하여 상당히 경미한 저작권 침해에 대해서도 형사적 제재의 위협이 가하여졌던 사회문제를 경험한 바 있다. '묻지마식 고소'의 문제가 저작권자가 아닌 타인의 고소에 의한 것이었다. 그러나 '영리성' 및 '상습성'이 매우 광범위하게 해석되는 경우, 실제로 매우 경미한 저작권 침해행위에 대해서도 영리성이 인정된 사례가 있는데, 경미한 저작권 침해에 대하여 국가기관이 소추를 하여야 하고 결국 범죄자가 양산될 가능성이 존재하다. 또한 '영리성 및 상습성'이 매우 광범위하게 해석되는 경우 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하여야 하는 사례는 매우 많이 존재하고 국가가 실제로 형사적 제재를 가하여야 함에도 불구하고, 국가가 모두 형사적 제재를 가하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 타당하지도 않다. 모든 저작권 침해에 대하여 형사적 제재를 가할 수 없으므로 국가는 선별적으로 형사적 제재를 가하게 됨에 따라 저작권을 침해하더라도 형사적 제재를 받지 않는 경우가 많이 존재하게 되어 저작권법상의 형사적 제재규정은 형해화(形骸化)될 수 있는 문제점이 있다. 그런데 KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 권리자의 고소 없이도 형사적 제재를 가할 수 있는 저작권 침해죄의 범위를 현재의 '영리성 및 상습성' 요건으로부터 '영리성 또는 상습성'으로 하여 더욱 더 확대함으로써 현행법상 제기될 수 있는 범죄자 양산의 문제점이 더욱 확실하게 발생할 수 있다.

KORUS FTA 이행 저작권법 개정안

제140조(고소) 이 장에 규정된 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. <u>영리를 목적으로 또는 상습적으로</u> 제136조 제1항, 제136조 제2항 제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우

현행 저작권법상으로도 '민사적인 저작권 침해'와 '형사적인 저작권 침해죄' 간에 아무런 요건의 차이가 존재하지 않는다. '민사적인 저작권 침해'와 '형사적인 저작권 침해죄'를 구별하지 않는 것이 형사정책적으로 타당하지 않다는 것을 차치하더라도(이러한 문제점에 대해서도 상당한 논의가 있어야 할 것이다), 저작권법 개정안이 '영리성 또는 상습성'에 바탕을 두고 있고 영리성과 상습성이 각자 상당히 광범위하게 해석될 수 있다는 것을 고려한다면, 저작권법 개정안은 민사적 저작권 침해와 형사적인 저작권 침해죄의 간격을 더욱 더 협소하게 함으로써 양자를 구별하여야 하는 중요한 형사정책적 목적을 간과할 수 있다. '민사적인 저작권 침해'와 '형사적인 저작권 침해죄'의 구별이 현재까지 이루어지지 않았다는 것을, 최소한 현재의 시점에서 치유하지 않더라도, KORUS FTA를 이행하고자 하는 저작권법 개정에 있어서는, 국가가 처벌하여야 하는 비친고죄와 민사적인 저작권 침해를 구별하는 것이 필요하다. 저작권 침해에 대한 형사적인 비친고죄와 민사적인 제재를 구별하는 이유는 양자가 달성하고자 하는 목적이 다르며, 재산권 침해에 대하여 형사적 제재를 가하는 것은 바람직하지 않으며, 재산권 침해에 대하여 민사적으로 해결할 수 없는 경우에만 예외적으로 형사적 제재를 가하여여 하며, 민사적 요건과 형사적 요건을 동일하게 하지 않고 형사적 제재의 요건을 보다 강화함으로써 '범죄자 양산'을 방지하기 위한 것이다. 민사적인 구제수단과 형사적인 구제수단을 분명히 구별하여야 할 것이다. 이를 위해서는 장기적으로 양자간에 요구되는 요건을 달리하는 것이 필요할 것이지만, 최소한 KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법을 개정함에 있어서 만이라도 구별하는 것이 필요할 것이다. 따라서 최소한 비친고죄를 규정함에 있어서 현재의 '영리를 위하여 상습적으로'에서 '영리를 목적으로 또는 상습적으로'로 개정함으로써 상황을 악화시키지 않는 것이 필요할 것이다. 민사적인 구제수단과 형사적인 구제수단의 요건을 달리하기 위한 근본적인 해결책을 마련하지 않는다면 현재의 '영리를 위하여 상습적으로'라는 요건을 유지하는 것이 타당할 것이다.

5. 형사적 제재의 정도에 따른 문제점

미국 저작권법과 범죄 및 형사절차법에 의하면 (i) 상업적 이득이나 개인적 금전이익을 목적으로 하는 것이 요건으로 요구되는 것과 (ii) 요구되지 않는 저작권 침해로 분류할 수 있다. 곧 (i) 상업적 이득이나 개인적 금전이익이라는 요건이 충족되어야 성립되는 범죄와 (ii) 충족되지 않더라도 성립되며 이러한 요건이 존재한다면 범죄가 가중되는 범죄로 분류할 수 있다. KORUS FTA도 대략 이에 따라 규정한 것으로 볼 수 있다. 그런데 미국 저작권법과 KORUS FTA에 따라 비친고죄를 규정하는 경우 한국에서의 형사적 제재가 미국보다 훨씬 더 가중될 수 있다는 문제점이 존재한다.

미국 저작권법		한국 저작권법 개정안	
요건	형량	요건	형량
'상업적인 이득이나 개인적인 금전이익을 목적'으로 하는 경우	1년 미만 징역/벌금 / 병과 [§506(a)(1)(A)]	영리를 목적으로 또는 상습적으로 저작권 침해	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금/병과(§136 Ⅰ i)

위의 표에서 볼 수 있는 바와 같이 저작권법 개정안대로 입법을 하는 경우, 한국이 미국보다 훨씬 더 강력하게 형사적 제재를 가한다는 것을 알 수 있다. 또한 미국에서의 형사적 제재는 극히 예외적으로 가하여짐에 반하여 한국에서의 저작권 집행의 주된 수단이 형사적 제재라는 것을 고려한다면, 한국에서는 미국과 비교할 수 없을 정도의 범죄자가 양산되고 이렇게 양산된 범죄자들에 대하여 미국보다 훨씬 더 강력한 제재가 가하여지게 된다. 그리고 비친고죄에 의하여 이러한 저작권 침해에 대하여 국가가 형사적 제재를 가하여야 하는 결과가 된다. 전체적으로 보게 된다면, 비친고죄에 의하여 가하여야 하는 형사적 제재는 미국과는 비교할 수 없을 정도로 강력하고 범위가 넓은 것이 된다. 개인의 재산권인 저작권을 침해한 것에 대하여서도 일정한 경우에 형사적 제재를 가하는 것이 필요하다는 것을 부인할 수 없지만, 미국과의 형사적 제재 및 형사소추의 실태가 다른 한국에서 비친고죄의 범위를 확대하는 것은 한국에서 형사정책적으로 상당히 문제가 된다는 것을 알 수

있다. 이론적으로는 비친고죄에 의한 저작권 집행이 저작권을 강력하게 보호하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 이러한 효과가 발생하는 것도 아니며 오히려 문제점을 야기할 수 있다는 것을 알 수 있다. 따라서 저작권 침해죄에 있어서는 비친고죄를 확대하는 것보다는 오히려 축소하는 것이 타당할 수 있다.

제7장 결론

1. 서론

한국에서의 저작권 침해죄의 친고죄·비친고죄 논란은 KORUS FTA에서 시작되었지만 200년대 초반 Special 301 및 NTE 보고서에서 미국이 이를 요구한 것에 기원을 두고 있다. 그러나 2000년대 초반 이후 미국은 이후 비친고죄를 더 이상 요구하지 않아 왔으며 2007년의 KORUS FTA는 당국이 당사자의 청구 없이도 '법적 조치'를 직권으로 개시할 수 있도록 규정함으로써 친고죄·비친고죄 논란이 이루어져 왔다. 친고죄나 비친고죄나 일정한 장점 내지 단점이 존재하기 마련이며, 저작권 침해죄를 집행함에 있어서 친고죄의 형태로 할 것인가, 비친고죄의 형태로 할 것인가 여부는 각 국가의 입법정책의 문제이며, 친고죄나 비친고죄 중 어느 하나가 우월하거나 열등하다는 것을 의미하는 것이 아니다. 한국에서의 저작권의 형사적 집행을 친고죄에 의할 것인가, 아니면 비친고죄에 의할 것인가 여부는 저작권자를 보호하는 동시에 이용자의 권익도 보호할 수 있는 저작권 정책목표의 달성에 초점을 맞추고, KORUS FTA나 ACTA 등 국제조약의 준수를 고려하고, 한국에서의 저작권 존중이나 집행환경을 고려하여 결정하여야 할 것이다. 본 보고서는 첫째, 친고죄·비친고죄 논란의 원인이 되는 KORUS FTA에 의하면 한국이 비친고죄의 의무가 있는 것으로 해석될 수 없으며, 둘째, 비친고죄의 의무가 있다고 가정하더라도, 현재 한국의 저작권 집행환경이나 저작권의 정책목표를 고려한다면, 조약을 위반하지 않는 한도에서 비친고죄의 범위를 최소화하여 입법하여야 할 것이고, 셋째, '영리를 위하여 또는 상습적으로'라고 하는 식의 비친고죄 요건은 비친고죄의 범위를 지나치게 확대함으로써 비친고죄의 단점을 노정시킬 위험성이 있다고 결론을 내렸다.

2. 수사 및 기소 등을 의미하는 법적조치

KORUS FTA가 비친고죄와 관련하여 규정하고 있는 '법적 조치'는 검사에 의한 '기소'뿐만 아니라 '수사' 등 기소 이외의 조치도 모두 포함하는 것으로 해석될 수 있다. 법적 조치가 기소나 수사 등 어떤 것을 의미하는가에 대해서는 협상과정에서 미국측도 명확한 입장을 나타내지 않았으며 오히려 기소나 수사 등을 혼용하여 사용한 것으로 알려지고 있다.[68] '법적 조치'에 대한 정의가 없으므로 이를 비친고죄를 의무화하는 것으로 해석될 수 있는 '기소'에 한정시키지 않고 '수사' 등도 포함하는 것으로 하여 친고죄로 운영하더라도 KORUFS FTA 이행의무를 위반하는 것이 되지 않는다. 또한 현재 전세계적으로 소프트웨어가 가장 많이 소유하고 있는 국가는 미국이고, 한국에서의 프로그램저작권 침해죄를 친고죄로 운영하는 것이 권리자에게도 유리하므로 미국이 이에 대하여 이의를 제기할 것으로 보이지도 않는다.

최근 협상이 사실상 타결된 ACTA는 당국이 자발적으로 수사나 법적조치를 시작할 수 있도록 규정하고 있는데(§2.17), 이것은 당국이 자발적으로 취할 수 있는 것으로서 수사와 법적 조치를 모두 허용하고 있는 것으로 파악할 수 있고, 따라서 KORUS FTA를 해석함에 있어서도 ACTA와 같이 수사와 수사 이외의 법적 조치를 취하도록 하는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 미국이 수사와 법적조치를 모두 허용하고 있는 ACTA와 달리 KORUS FTA 등 자유무역협정에서만 법적조치를 기소로 한정하여 규정할 특별한 실익이 있는 것도 아니고, 전술한 바와 같이 협상과정에서 미국은 법적조치를 기소나 수사를 모두 의미하는 것으로 의견을 표명하기도 하였다. 요컨대 KORUS FTA가 규정하고 있는 법적조치의 해석상 기소 및 수사가 모두 포함되는 것으로 해석하는 것이 가능하고, ACTA와 KORUS FTA를 비교하더라도 미국이 KORUS FTA에 대해서만 반드시 '기소'를 의미하는 것을 희망하는 것이라 할 수 없고, 협상과정을 고려하더라도 법적조치에 수사도 포함되는 것으로 해석하여 친고죄의 형태로 규정하더라도 미국이 이의를 제기하거나 제기할 수도 없을 것으로 보이며, 또한 본 보고서가 상세히 논의한 바와 같이 친고죄의 형

68) 김현철, supra note 18, at 223.

태로 저작권을 집행하는 것이 저작권자에게도 유리하므로 저작권자의 입장에 있는 미국이 친고죄의 형태에 대하여 이의를 제기할 것으로 보이지 않는다.

만약 비친고죄를 입법해야 한다면, 컴퓨터프로그램 및 관련 산업의 특수성을 고려하여 친고죄로 유지해야 한다.

제1개정안(초기안)

제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법으로 제136조제1항 또는 제136조제2항제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우
2. 제136조제2항제2호·제2호의2·제3호의2 및 제3호의 3, 제137조제1호 내지 제3호·제5호 및 제7호와 제138조제5호, 제138조의 2내지 제138조4의 경우

제140조의2(중대한 침해의 판단) 법원은 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리를 침해하는 행위가 제140조제1호에 규정된 중대한 침해인지 여부를 판단함에 있어서는 다음 각 호의 사항을 참작하여야 한다.
1. 저작물 등의 성격과 가치
2. 침해행위로 만들어진 복제물의 수량과 가치
3. 침해행위의 기간과 회수
4. 침해행위의 매체와 수단
5. 기타 관련 사실

제2개정안

제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 영리를 목적으로 또는 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우

현행 저작권법

제140조 (고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조제1항 및 제136조제2항제3호에 해당하는 행위를 한 경우

3. 법적조치: 기소로 해석되는 경우

위에서 논의한 바와 같이 KORUS FTA가 규정하고 있는 '법적조치'에 수사도 포함되는 것으로 해석한다면(본 보고서는 이러한 해석이 타당하고 KORUS FTA를 이행함에 있어서도 문제가 없다고 상세히 논의하였음), 한국은 저작권 침해에 대한 형사적 제재를 가함에 있어서 비친고죄로 입법할 필요가 없다. 따라서 한국의 저작권 침해죄에 있어서 KORUS FTA와 관련하여 친고죄·비친고죄 논란 자체가 있을 수 없다. 그러나 만에 하나 법적조치가 기소를 의미하는 것으로 해석된다면 한국은 일정한 형태의 저작권 침해에 비친고죄의 형태로 저작권을 형사적으로 집행할 의무가 있게 된다. 그런데 KORUS FTA에 따라 비친고죄의 형태로 저작권을 집행하는 경우에도, 최소한 소프트웨어 저작권 집행에 있어서만은, 친고죄의 형태로 집행하는 것이 타당하므로 KORUS FTA를 집행하기 위한 최소한의 범위에서만 비친고죄로 입법하는 것이 타당하다. KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 '영리를 위하여 또는 상습적으로' 저작권을 침해하는 경우에 비친고죄의 형태로 저작권을 집행할 것을 규정하고 있는데, 본 보고서는 이러한 비친고죄의 범위는 지나치게 광범위한 것이고 따라서 비친고죄의 범위를 축소하도록 요건을 보다 더 엄격하게 규정하는 것이 필요하다는 것을 주장하였다. 비친고죄에 의한 저작권 집행과 관련하여 미국의 입법과 한국의 저작권 집행환경을 고려한다면, KORUS FTA가 비친고죄를 의무화하는 것으로 해석하더라도, 비친고죄의 범위를 축소시키는 것이 필요하다. 이러한 논리를 요약해보기로 하자.

• 미국의 저작권 집행 및 형사규정

• 민사적 방법에 의한 저작권 집행의 원칙/ 미미한 형사적 집행

- 민사적 집행방법이 형사적 집행방법에 비하여 압도적으로 많이 사용
- 저작권 침해에 대한 형사적 제재가 미국의 소프트웨어 산업 규모에 비하여 극히 적게 사용
- 민사적 구제방법 자체가 잠재적 침해자에게는 충분한 억지력 제공

- 민사적 구제방법에 의한 저작권자에 대한 충분한 배상

• 한국보다 훨씬 더 미미한 미국의 형사적 처벌의 정도 및 범위

• 수사의뢰요청이 기소에 이르는 것은 미미함

• 한국의 저작권 집행

• 민사적 구제수단의 역할 미미

• 형사적 제재에 의한 저작권 집행의 원칙

• 비친고죄의 문제점

• 범죄자 양산

• 당사자간의 협의에 의한 분쟁해결기회의 상실

- 침해(혐의)자의 형사적 처벌 대신 손해배상이나 장래에 정품 소프트웨어를 사용하기 위한 협상할 기회의 상실
- 침해자: 손해배상/정품 소프트웨어 사용 대신에 형사처벌을 받게 됨
- 침해자: 가혹한 부담의 가능성(형사처벌+손해배상)
- 저작권자: 손해배상을 받을 수 없는 문제점
- 저작권자: 잠재적인 고객인 침해자를 영원히 상실
- 소프트웨어 산업: 정품 소프트웨어 시장 확대 기대의 어려움으로 발전에 도움이 되지 않음

• 정부의 부담 증가

- 집행비용 증가로 인한 부담
- 외국의 압력

- **기업(법인)에 대한 양벌 규정**

- 기업에 대한 벌금의 미미한 위하력
- 종업원까지도 형사처벌

- **친고죄의 역할**

- 당사자가 협의에 의하여 분쟁해결할 기회를 제공
- 한국에서의 미미한 손해배상제도 보완
- 침해(혐의)자: 형사처벌 배제
- 저작권자: 협의에 의한 손해배상/정품 소프트웨어 시장 확대

4. 입법론

(1) 제1안

<u>현행 저작권법 유지</u> **제140조 (고소)** 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조제1항 및 제136조제2항제3호에 해당하는 행위를 한 경우

한국이 KORUS FTA에 의하여 비친고죄를 입법할 의무를 부담하지 않는다면 현행 저작권법 규정 그대로 유지하면 충분하다.

(2) 제2안

위에서 논의한 바와 같이 최소한 소프트웨어 산업 분야에 있어서만은 비친고죄의 형태로 저작권 침해죄를 운영하는 것이 타당하지 않으며 따라서 비친고죄로부터 프로그램저작물을 제외하는 것이 바람직하다.

<u>개정안의 수정</u> **제140조(고소)** 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 영리를 목적으로 또는 상습적으로(컴퓨터프로그램저작물 제외) 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우

위의 개정안은 컴퓨터프로그램 저작물만을 비친고죄의 범위에서 배제하는 것이다. 이러한 개정안은 한국이 KORUS FTA에 의하여 비친고죄를 입법할 의무가 없다는 것을 기본적인 근거로 하는 것인데, 컴퓨터프로그램저작물의 특성을 고려하여 컴퓨터프로그램저작물만을 비친고죄에서 예외로 하는 것이다.

〔참고문헌〕

〈〈 국내 문헌〉〉

1. 단행본

- 최경수, 저작권법 개론, 한울, 2010.

2. 논문

박달현, 보충성의 원칙과 친고죄의 본질, 비교형사법연구(제3권 제1호), 2001.

최승렬, 컴퓨터프로그램저작권 침해에 대한 친고죄 규정의 개선방안(발제문), 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004.

김문환, 컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 연구(연구보고서2000-26), 프로그램심의조정위원회, 2000.

정진섭, 컴퓨터프로그램보호법 침해사범에 대한 대응-수사기관의 단속현황 및 향후의 대책을 중심으로-, 한국정보법학회 제3차 학술심포지움 발표자료, 1996.

정 완, 소프트웨어 불법복제 실태와 법제도적 개선방안, 한국형사정책연구원, 2003.

안효질 외 4인, 컴퓨터프로그램보호법 개정의견에 관한 검토보고서, 프로그램심의조정위원회, 2001.

김현철, 한미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정방안 연구, 한국저작권위원회, 2007.

김정환, 저작권법상 범죄의 비친고죄화에 대한 형사법적 검토, 산업재산권(제23호), 2007.

박성수, 한미자유무역협정과 지적재산권집행-저작권을 중심으로-, FTA와 지적재산법:집행 및 구제를 중심으로, 2007년 추계 한국디지털재산법학회·한국산업재산권법학회 공동학술대회(2007년 10월 4일).

김병일, SW저작권에 있어서 비친고죄 적용, 소프트웨어와 법률(제5호), 2008.

한국소프트웨어저작권협회, 개정저작권법에 관한 연구(연구보고서 2009-01), 2009.

탁희성, 저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안, 형사정책연구원, 2009.

정진섭, 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가-수사기관의 관점에서 본 소견-(토론문),지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004.

남희섭, 친고죄 폐지에 대한 반대 의견(토론문), 지적재산권법상의 친고죄 조항, 타당한가?(정보정책포럼 제20회), 정책&지식(제155호), 2004.

심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권(제76호), 2006.

〈〈해외 문헌〉〉

1. 단행본

4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, NIMMER ON COPYRIGHT, 1997.

2. 논문

Mark Motivans, Intellectual Property Theft, 2002, Bureau of Justice Statistics Special Report, USDOJ, (Oct. 2004.).

U.S. Department of Justice, FY 2009 Performance and Accountability Report: Appendix E, (Nov. 2009.).

〈〈 판례 〉〉

1. 해외판례

Computer Associates Intern., Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

2. 국내판례

수원지방법원 성남지원, 2003.10.24. 선고 2003가합857 손해배상(기) 판결; 수원지방법원 성남지원, 2003.2.14. 선고 2002카합284 가처분이의 판결.

서울고등법원, 2005.1.25. 선고 2003나80798 손해배상(기) 판결.

서울중앙지방법원, 2005.8.29. 선고 2004카합3491 음반복제금지가처분 판결.

서울중앙지방법원, 2005.1.12. 선고 2003노4296 저작권법위반 판결.

서울중앙지방법원, 2009.2.12. 선고 2008고단3683 판결(항소심 계류중).

서울중앙지방법원, 2008.8.5. 선고 2008카합968 저작권침해금지등가처분 판결.

〈〈 방문 사이트 〉〉

US DOJ, Computer Crime and Intellectual Property Section ("CCIPS"), Prosecuting Intellectual Property Crimes,

http://www.cybercrime.gov/ipmanual/index.html.