연구보고서
2001-01

SW저작권과 관련한 친고죄와 단속권에 관한 연구

수행기관 : 경희대학교

한국소프트웨어저작권협회

제출문

한국소프트웨어저작권협회장 귀하

본 보고서를 “SW저작권과 관련한 친고죄와 단속권에 관한 연구”의 최종 결과 보고서로 제출합니다.

2001년 6월 30일

수행연구기관 : 경희대학교

연구책임자 : 이상정
참여연구원 : 신재호
유대종
김윤명
원종규
김형렬

- 목 차 -

제1장 서론

제1절 연구 목적 ····· 1
제2절 연구 범위 ····· 2

제2장 SW저작권 침해 실태와 현황

제1절 지적재산권 침해에 대한 일반현황 ····· 4
1. 침해현황 ····· 4
2. 처리현황 ····· 5
제2절 SW저작권 침해실태와 현황 ····· 9
1. 세계적 SW 불법복제 현황 ····· 9
2. 국내 SW저작권 침해현황 ····· 16

제3장 SW저작권 보호에 관한 비교법적 고찰

제1절 국제 조약상 SW저작권 보호제도 ····· 24
1. WTO/TRIPs ····· 24
2. WIPO 저작권조약 ····· 28
제2절 주요국의 SW저작권 보호제도 ····· 30
1. 미국 ····· 30
2. EU ····· 35
1) 독일 ····· 36
2) 프랑스 ····· 37
3. 일본 ····· 39
4. 중국 ····· 40
제3절 우리나라 SW저작권 보호제도 ····· 43
1. 보호의 필요성 ····· 43

2. 보호제도 ····· 43
1) 컴퓨터프로그램 등록제도 ····· 44
2) 프로그램 저작권 등록제도 ····· 44
3) 컴퓨터프로그램 분쟁조정 제도 ····· 45
4) 프로그램저작권 위탁관리제도 ····· 45
3. 형사적 제재 제도 ····· 45

제4장 우리나라 지적재산권의 형사법적 보호

제1절 고소제도(친고죄)에 관한 일반적 고찰 ····· 48
1. 고소의 의의 ····· 48
2. 고소의 법적 성질 ····· 49
1) 권리설과 권능설 ····· 49
2) 실체권설과 절차권설 ····· 50
3. 친고죄의 의의 및 종류 ····· 51
1) 친고죄를 인정하는 이유 ····· 51
2) 상대적 친고죄와 절대적 친고죄 ····· 53
4. 고소기간 ····· 53
5. 친고죄의 고소전 수사 ····· 54
6. 친고죄에 인정 여부에 관한 논의 ····· 58
7. 반의사불벌죄와의 비교 ····· 60
1) 반의사불벌죄의 의의 ····· 60
2) 反意思不罰罪와 親告罪의 차이 ····· 62
제2절 지적재산권의 형사법적 보호 ····· 63
1. 총설 ····· 63
2. 산업재산권의 형사법적 보호 ····· 64
3. 저작권 및 프로그램저작권의 형사법적 보호 ····· 66
1) 저작권법 ····· 66
가. 저작권 등의 권리의 침해 ····· 66
나. 등록 및 표시의무의 위반 ····· 68
다. 저작권위탁관리업자에 대한 처벌 ····· 70

2) 컴퓨터프로그램보호법 ····· 71
가. 프로그램저작권 등의 권리의 침해 ····· 71
나. 등록 및 비밀유지의무 위반 ····· 74
다. 프로그램저작권위탁관리업자에 대한 처벌 ····· 75

제5장 SW저작권의 형사적 구제제도의 문제점과 사법경찰관리제도

제1절 현행 SW불법복제단속과 친고죄 규정의 문제점 ····· 77
1. 현행 SW불법복제단속의 문제점 ····· 77
1) 전문 수사 및 단속 인력의 부족 ····· 78
2) 정보수집 및 범인 추적에 있어 기술상의 곤란 ····· 81
3) 컴퓨터프로그램보호법 침해행위에 대한 사회인식의 부족 ····· 85
4) 그 밖의 문제점 ····· 87
2. 친고죄 규정의 문제점 ····· 88
제2절 사법경찰관리제도 ····· 91
1. 사법경찰관리의 정의 ····· 91
2. 행정청의 특별사법경찰권 보유현황과 직무범위 ····· 93
3. 특별사법경찰권 부여시 장·단점 ····· 95
4. 특별사법경찰관리의 직무범위와 수사관할 ····· 96

제6장 결론

제1절 현행 컴퓨터프로그램보호법의 문제점 ····· 98
제2절 입법론 ····· 100
1. 친고죄의 존치 여부 ····· 100
2. 관계공무원에 대한 사법경찰권 부여 여부 ····· 103

참고문헌 ····· 106

- 표 차례 -

【표 2-1】 연도별 죄명별 지적재산권 침해범죄 접수인원현황 ····· 4
【표 2-2】 연도별 지적재산권 침해사범 처리인원 현황 ····· 6
【표 2-3】 연도별 지적재산권 침해사범에 대한 제1심 판결선고 인원현황 ··· 7
【표 2-4】 세계 각 지역의 소프트웨어 불법복제 현황 ····· 11
【표 2-5】 세계 각 지역의 소프트웨어 불법복제 피해손실액 ····· 12
【표 2-6】 아시아 · 태평양지역 소프트웨어 불법복제현황 ····· 14
【표 2-7】 아시아 · 태평양지역 소프트웨어 불법복제 피해손실액 ····· 15
【표 2-8】 2000년 SW저작권 침해현황 ····· 16
【표 2-9】 2000년 지역별 침해현황 ····· 17
【표 2-10】 2000년 업종별 침해현황 ····· 18
【표 2-11】 2000년 저작권사별 침해현황 ····· 18
【표 2-12】 2001년 지역별 침해현황 ····· 20
【표 2-13】 2001년 저작권사별 침해현황 ····· 21
【표 2-14】 2001년 업종별 침해현황 ····· 22
【표 5-1】 Off-Line상 불법복제 경로 ····· 82
【표 5-2】 조사대상별 불법복제경로(Off-Line) ····· 83
【표 5-3】 On-Line상 불법복제 경로 ····· 83
【표 5-4】 조사대상별 불법복제 경로(On-Line) ····· 84
【표 5-5】 S/W 불법복제에 관한 교육의 경험 유 · 무 ····· 86
【표 5-6】 정품사용운동에 대한 인식 여부 ····· 86

- 그림 차례 -

【그림 2-1】 세계 소프트웨어 불법복제율 ····· 10
【그림 2-2】 2000년 세계 각 지역의 피해 손실액 비율 ····· 13

제1장 서론

제1절 연구 목적

지식정보사회의 근간은 지식과 정보에 있다. 지식과 정보가 무엇인지 명확한 정의는 내려지지 않고 있지만, 점차 일상 생활에서 그 가치와 중요성을 인식하여 가고 있음은 두말할 나위도 없다. 벤처열풍으로 많은 벤처기업들이 자신들의 꿈과 미래를 위해 개발실에서 밤을 지새우고 있으며, 또한 정보의 대중화를 위하여 초고속 정보통신망이 가정에까지 보급되는 등 정보환경의 급속한 진전은 우리생활의 패러다임을 변화시키고 있다.

네트웍이나 컴퓨터 등의 하드웨어는 SW나 콘텐츠가 없이는 무용하다고 하겠다. 따라서 SW나 콘텐츠는 필수적인 요소임에 틀림이 없다. 그러함에도 우리는 종래 하드웨어보다 차순위로 미루어왔음을 부인하지는 못할 것이다. 이것은 컴퓨터가 보급되기 시작한 당초에 소프트웨어는 하드웨어에 수반되어 제공되는 서비스 정도로 생각하였음에 그 기원을 찾을 수 있을 것이다. 1969년 IBM의 가격분리정책으로 점차 독립된 가치를 갖는 상품으로 인식되고는 있지만 아직도 초기의 생각이 불식되었다고는 볼 수 없다. 특히 우리 전통이 지식의 독점적 보호보다는 지식의 공유를 중히 여기고, 콩 한쪽도 열둘이 갈라먹는다는 나눔의 정신은 소프트웨어의 무단 번식에 기여하였음을 부인하지 못할 것이다. 실로 자신이 가진 고가의 소프트웨어를 복제하여주는 것은 하

나의 미덕이며, 이것의 거절은 째째한 인색으로 비쳐졌다. 그 사이의 저작권 교육, 당국의 철저한(?) 단속으로 이제 그러한 생각은 바뀌고 있으나 아직도 국내의 SW시장의 성장과 비례하여 불법적인 SW복제가 크게 이루어지고 있음은 그 사이의 단속자료에 비추어 분명하다.

이러한 불법 복제는 SW 개발자의 개발의욕을 떨어뜨림은 물론 국가적 측면에서도 경쟁력이 떨어질 수밖에 없다. 과연 이러한 만연된 불법 복제의 원인은 어디에 있는 것일까? 위에서 언급한 것 이외에도 SW가격체계, 독점, 경제적 비용 등 여러 가지 요인이 있을 것이다. 그러나 또 하나 분명한 것은 유체물 보호체계에 기초한 구제제도의 비효율성에도 그 원인의 일단은 있을 것이다.

이에 본 연구는 형사적 측면에서 SW저작권자에 대한 권리침해를 효율적으로 구제해줄 수 있는 방안을 모색하고자 하는 것이다.

제2절 연구 범위

현재 저작권법을 비롯한 지적재산권법에서 지적재산권 침해행위에 대한 구제는 민사적 구제와 형사적 구제를 규정하며, 형사적 제재를 위해서는 상표법을 제외하고는 모두 고소가 있어야 공소가 가능하도록 친고죄로 규정하여놓고 있다. 이러한 점은 대상 및 권리자체가 사인의 재산권적 측면이 강하여 스스로의 구제절차를 통한 보호를 기저로 하기 때문이라고 하겠다.[1)]

1) 다만, 침해죄에 대하여 친고죄로 규정하고 있는 해당 법에서도 공공의 이익을 위한 부분은 비친고죄로 규정되어있음은 물론이다. 예를 들면, 저작권법에서는 권리침해에 대한 공소는 친고죄로 규정되어있지만, 등록시 허위등록과 같은 공공적인

그러나 지적재산권의 보호 강화 경향과 더불어 이러한 친고죄에 대한 당부가 종래 우리 법학계에서 논의되어 왔고, 특히 2001년 봄의 광범위한 단속은 「컴퓨터프로그램저작권」침해의 친고죄 부분에 많은 논란을 일으켜 프로그램의 불법복제와 유통에 대한 법적인 구제에 대한 논의로서 친고죄의 폐지론과 단속공무원의 사법경찰권 부여 방안이 등장하고 있음도 주지의 사실이다.

이에 본 연구에서는 먼저 SW저작권 침해 실태와 현황(제2장)을 살펴보고, SW저작권 보호에 관한 비교법적 고찰(제3장)을 한 후, 우리나라 지적재산권의 형사적 보호제도(제4장) 및 불법복제 단속(제5장)의 문제점에 대해 살펴 본 후에 결론으로서 그 개선방안(제6장)에 대해 언급하기로 한다.

부분에 있어서는 비친고죄로 규정되어있다. 그리고 상표법에서는 상표에 체화되어 있는 권리자의 신용의 보호뿐만 아니라 소비자보호라는 강한 공공적인 성질 때문에 비친고죄로 규정되어있다.

제2장 SW저작권 침해 실태와 현황

제1절 지적재산권 침해에 대한 일반현황

1. 침해현황

1994년이래 국내에서의 지적재산권 침해범죄 발생현황은 다음의 【표 2-1】에서 보는 바와 같다.

【표 2-1】 연도별 죄명별 지적재산권 침해범죄 접수인원현황

죄명	1994년	1995년	1996년	1997년	1998년
전체접수인원	11,600<100>	13,619<100> (+16.8)	15,018<100> (+10.3)	16,403<100> (+9.2)	17,005<100> (+3.7)
특허법	151<1.3>	121<0.9> (-19.9)	153<1.0> (+26.4)	297<1.8> (+94.1)	343<2.0> (+15.5)
실용신안법	378<3.2>	355<2.6> (-6.0)	366<2.4> (+3.1)	548<3.3> (+49.7)	577<3.4> (+5.3)
의장법	417<3.6>	414<3.0> (-0.7)	425<2.8> (+2.7)	562<3.4> (+32.2)	528<3.1> (-6.0)
상표법	2,184<18.8>	2,447<18.0> (+12.0)	3,399<22.6> (+38.9)	3,616<22.1> (+6.4)	4,036<23.7> (+11.6)
저작권법	5,471<47.2>	7,190<52.8> (+31.4)	7,444<49.2> (+3.5)	7,476<45.6> (+0.4)	8,163<48.0> (+9.2)
컴퓨터프로그램보호법	348<3.0>	270<2.0> (-22.4)	315<2.1> (+16.7)	1,081<6.6> (+243.2)	794<4.7> (-26.5)
음반및비디오물에관한법률	1,658<14.3>	1,908<14.0> (+15.1)	2,248<15.0> (+17.8)	2,329<14.2> (+3.6)	2,139<12.6> (-8.2)
부정경쟁방지법	993<8.6>	914<6.7> (-8.0)	668<4.5> (-26.9)	494<3.0> (-26.0)	425<2.5> (-14.0)

주 : 1. 대검찰청, 검찰연감(1995-1999)
2. 인원은 신수+구수 기준
3. < >은 점유율
4. ( )안은 전년대비 증감율
자료 : 법무연수원, 범죄백서, 1999, 437면

【표 2-1】에서 보는 바와 같이 지적재산권 침해사범 접수율이 1994년 11,600명이었다가 1998년에는 17,005명으로 46.6%의 높은 증가율을 기록하였음을 알 수 있다. 전체적인 비율을 살펴보면 특허법, 실용신안법, 의장법 등의 산업재산권 비중이 낮은 반면에 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 상표법, 음반및비디오물에관한법률[2] 등의 비중이 높은 것을 알 수 있다.

이러한 발생동향으로 볼 때, 지적재산권 침해사범은 우리나라 경제의 국제화·개방화에 따라 단속이 강화되면서 적발 건수가 증가하였고, 미국 등의 국제 통상압력이 거세질 경우 정책적인 고려에 따라 집중단속이 이루어지면서 특정사범이 다수 적발되었음을 알 수 있다.

2. 처리현황

1994년 이후 지적재산권 침해범죄 처리현황은 다음의 【표 2-2】에서 보는 바와 같다.

2) 현재는 음반·비디오물및게임물에관한법률로 개정되었다.

【표 2-2】 연도별 지적재산권 침해사범 처리인원 현황

구분 \ 년도		1994년	1995년	1996년	1997년	1998년
전체처리인원		11,330<100>	8,051<100>	14,654<100>	15,835<100>	16,306<100>
기소	소 계	4,874<43.0>	5,463<67.9>	6,354<43.4>	6,922<43.7>	7,063<43.3>
	구 공 판	680<6.0>	961<12.0>	1,202<8.2>	1,211<7.6>	1,539<9.4>
	구 약 식	4,194<37.0>	4,502<55.9>	5,152<35.2>	5,711<36.1>	5,524<33.9>
불기소	소 계	6,123<54.0>	2,365<29.4>	8,065<55.0>	8,666<54.7>	8,935<54.8>
	혐의없음	704<6.2>	706<8.8>	796<5.4>	811<5.1>	926<5.7>
	기소유예	171<1.5>	165<2.0>	203<1.4>	246<1.5>	280<1.7>
	기소중지	628<5.5>	862<10.7>	945<6.4>	960<6.1>	1,514<9.3>
	기 타	4,620<40.8>	632<7.9>	6,121<41.8>	6,649<42.0>	6.215<38.1>
이 송		333<3.0>	223<2.7>	235<1.6>	247<1.6>	308<1.9>

주 : 1. 기소중지는 참고인중지 포함
2. < >안은 점유율
자료 : 법무연수원, 범죄백서, 1999, 439면

【표 2-2】에서 보는 바와 같이 지적재산권 침해사범 처리상의 특징을 간단히 살펴보면 같은 기간에 발생한 전체범죄의 처리에 대하여 기소율이 상대적으로 낮고 불기소율이 높으며, 불기소 사유중 기소유예 처분, 혐의 없음 및 기소중지 처분의 비율은 낮은 반면에 공소권 없음 등에 대한 처분의 비율이 높다는 점이다.

지난 5년간의 기소율을 살펴보면 1995년 67.5%로 다소 높은 기소율을 보여준 것 외에는 전체적으로 약 43% 내외의 기소율을 보여주었다. 불기소율의 경우에는 혐의 없음 처분은 대체로 5-8%대, 기소유예 처분

은 대체로 2-2%대, 기소중지 처분은 대체로 5-10%를 보여주었다.

이러한 처분경향으로 볼 때 5년 기간 중 전체적으로 기소인원이 45.0% 증가하고 기소율은 대체로 전체 처리인원의 43%전후를 기록하였고, 그 중 80% 전후가 구약식 처리됨으로써 재산형의 비중이 상대적으로 높았음을 알 수 있고, 또한 30%대가 공소권없음으로 처분됨으로써 친고죄로서의 특징을 잘 보여주고 있다.

그리고 같은 기간 중 구공판된 지적재산권 침해범죄에 대한 제1심 판결선고현황은 다음의 【표 2-3】에서 보는 바와 같다.

【표 2-3】 연도별 지적재산권 침해사범에 대한 제1심 판결선고 인원현황

구분 \ 년도	1994년	1995년	1996년	1997년	1998년
전체선고인원	838<100>	983<100> (+17.3)	1,430<100> (+45.5)	1,476<100> (+2.6)	1,805<100> (+23.0)
실형	79<9.4>	108<11.0> (+36.7)	149<10.4> (+38.0)	224<15.3> (+50.3)	254<14.1> (+13.4)
집행유예	311<37.1>	470<47.8> (+51.1)	751<52.5> (+59.8)	729<49.7> (-2.9)	1,037<57.5> (+42.2)
벌금형	311<37.1>	289<29.4> (-7.1)	384<26.9> (+32.9)	358<24.4> (-6.8)	359<19.9> (+0.3)
선고유예	12	11	40	36	10
무죄	20	12	7	16	19
공소기각	81	46	21	43	38
기타	24	47	78	61	88

주 : 1. 대법원 사법연감(1994-1998)
2. 기타는 형면제, 면소, 관할위반 및 소년부송치 등.
3. < >안은 점유율
4. ( )은 전년대비 점유율

자료 : 법무연수원, 범죄백서, 1999, 440면

【표 2-3】에서 보는 바와 같이 지적재산권 침해사범 판결선고상의 특징을 간단하게 요약하면, 다른 전체 범죄 선고의 경우에 비하여 실형 선고율은 매우 낮은 반면 집행유예 및 벌금형 선고율은 상대적으로 높다는 점이다.

지난 5년 간의 선고현황을 살펴보면, 선고인원은 1994년에 838명이었다가 1998년에는 1,805명으로 5년 간의 기간 중 115.4%의 높은 증가율을 보여주었다. 이는 동기간중의 침해사범의 증가와 밀접한 관계가 있는 것으로 보여진다. 【표 2-1】에서 보는 바와 같이 동기간 중 침해사범이 46.6%의 증가율을 보여주었다. 그리고 실형선고율은 1994년에 9.4%를 기록한 후에 점차적으로 증가 추세를 보이다가 1998년에는 14.1%를 보여 그 기간 중 4.7%의 증가율을 보였다. 집행유예 선고율은 1994년에 37.1%를 보이다가 점차적으로 증가하여 1998년에는 57.5%를 기록해 그 기간 중 20.4% 증가하였다. 벌금형 선고율은 1994년에 37.1%를 기록하여 집행유예 선고율과 동일하였으나 집행유예 선고율과는 달리 점차적으로 감소하여서 1998년에는 19.9%를 기록하여 기간 중 17.2% 감소하였다.

이러한 지적재산권 침해사범에 대한 단속 및 판결선고동향 등으로 살펴 볼 때 1990년대 지적재산권 침해사범에 대한 검찰의 수사 및 기소율이 비친고죄에 대한 부분은 강화되었으나 친고죄에 해당하는 부분은 공소권없음 처분이 많이 내려진 것으로 보아 미비하였음을 알 수 있다. 또한 법원의 제1심 판결을 볼 때 실형선고율은 조금씩 증가하고는 있으나 집행유예 선고율이 대폭적으로 높아진 것으로 볼 때 지적재

산권범죄에 대한 처벌이 전반적으로 관대하다는 것을 보여주었다. 결국, 이러한 통계수치는 미국, EU 등의 국가로부터 우리나라의 지적재산권 범죄에 대한 형사적 제재가 여전히 미흡하고 동 범죄에 대한 처벌의지가 부족하다는 지적을 받아 이 부분에 대한 압력을 받게되는 계기가 되고있음을 보여주고 있다

제2절 SW저작권 침해실태와 현황

1. 세계적 SW 불법복제 현황

미국의 사무용 소프트웨어 연합회(BSA)가 최근 미국의 시장조사업체인 International Planning and Research Corporation (IPR)에 조사 의뢰한 전세계 회원국들의 소프트웨어 불법복제율 조사 결과에 따르면, 2000년에는 전세계 PC에 인스톨된 업무용 소트웨어의 37%로 나타나 1999년의 36% 보다는 다소 높게 나타나고 있다. 최근 6년간의 세계 소프트웨어 불법복제율 추이는 다음의 【그림 2-1】에서 보는 바와 같다

【그림 2-1】 세계 소프트웨어 불법복제율

연도 1995 1996 1997 1998 1999 2000
자료 : BSA, 2001.5

【그림 2-1】에서 보는 바와 같이 세계 소프트웨어 불법복제율은 1995년 46%를 기록한 후 점차 낮아지는 추세를 보였으나 2000년에는 1999년보다 다소 높아진 것을 볼 수 있다.

최근 6년간 각 지역의 불법복제율은 다음의 【표 2-4】에서 볼 수 있는데, 서유럽의 경우는 1995년에 49%를 기록한 후 점차 낮아지는 경향을 보여 2000년에는 34%를 기록했다. 동유럽 지역은 세계에서 제일 높은 불법복제율을 보여주고 있는데 1995년에 무려 83%의 높은 불법복제율을 기록한 후 점차 낮아져 2000년에는 63%를 기록했으나 여전히 세계에서 제일 높은 불법복제율을 보여주고 있다. 북아메리카지역

은 동유럽지역과는 반대로 세계에서 제일 낮은 불법복제율을 기록하고 있는데 1995년에는 27%를 기록한 뒤 2000년에는 25%를 기록하였다. 라틴아메리카 지역은 비교적 불법복제율이 높은 지역으로 1995년에는 76%를 기록한 뒤 점차 낮아져 2000년에는 58%를 기록하였다. 아시아·태평양 지역은 1995년에 64%를 기록한 뒤 점차 낮아지는 경향을 보였으나 2000년에는 다소 높아져 51%를 기록하였다. 마지막으로 중동·아프리카 지역은 1995년 78%로 비교적 높은 복제율을 보이다가 점차 낮아져 2000년에는 55%를 보였다.

따라서, 이를 근거로 하여 불법복제율 추이를 살펴보면 서유럽지역이나 북아메리카지역처럼 선진국이 많이 분포되어 있는 지역은 불법복제율이 낮은 것에 비해 동유럽이라든지 라틴아메리카지역, 중동·아프리카 지역처럼 개발도상국이나 후진국이 많이 분포되어 있는 지역은 불법복제율이 높음을 알 수 있다.

【표 2-4】 세계 각 지역의 소프트웨어 불법복제 현황

년도 / 지역	침 해 율(단위 : %)					
	1995	1996	1997	1998	1999	2000
서유럽	49	43	39	36	34	34
동유럽	83	80	77	76	70	63
북아메리카	27	28	28	26	26	25
라틴아메리카	76	69	64	62	59	58
아시아/태평양	64	55	52	49	47	51
중동/아프리카	78	74	65	63	60	55
세계	46	43	40	38	36	37

자료 : BSA, 2001. 5

이러한 불법복제로 인한 피해 손실액 또한 엄청난 규모임을 알 수 있는데, 이는 다음의 【표 2-5】에서 볼 수 있다. 피해손실액이 가장 큰 지역은 아시아·태평양지역으로 1995년에는 약 39억 9천$를 보이다가 2000년에는 약 40억$를 보이고 있다. 전세계적으로 살펴보면 1995년에는 약 133억$를 보이다가 2000년에는 약 117억$를 보여 세계적으로 피해손실액이 대단하다는 것을 볼 수 있다.

【표 2-5】 세계 각 지역의 소프트웨어 불법복제 피해손실액

년도 / 지역	피 해 손 실 액(단위 : 천$)					
	1995	1996	1997	1998	1999	2000
서유럽	3,642,939	2,574,871	2,518,726	2,760,337	3,629,371	3,079,256
동유럽	748,077	782,508	561,356	640,015	505,213	404,491
북아메리카	3,287,379	2,718,251	3,074,266	3,195,821	3,631,212	2,937,437
라틴아메리카	1,141,516	980,568	977,994	1,045,506	1,127,639	869,777
아시아/태평양	3,991,399	3,739,304	3,916,236	2,954,812	2,791,531	4,083,061
중동/아프리카	521,332	510,756	391,510	380,020	478,192	376,344
세계	13,332,642	11,306,258	11,440,088	10,976,511	12,163,158	11,750,365

자료 : BSA, 2001. 5

2000년을 기준으로 세계 각 지역의 불법복제 피해손실액을 비율별로

보여주는 것이 【그림 2-2】에서 보는바와 같다.

【그림 2-2】 2000년 세계 각 지역의 피해 손실액 비율

【그림 2-2】를 보면 아시아·태평양 지역이 피해손실액이 36%로 가장 많으며 서유럽과 북아메리카가 각각 26%, 25%로 손실액이 많은 것으로 나타났다.

한국이 속해 있는 아시아·태평양 지역을 좀 더 자세히 살펴보면 다음의 【표 2-6】에서 보는 바와 같다.

【표 2-6】 아시아 · 태평양지역 소프트웨어 불법복제현황

년도 / 국가	침 해 율(단위 : %)					
	1995	1996	1997	1998	1999	2000
호주	35	32	32	33	32	33
중국	96	96	96	95	91	94
홍콩	62	64	67	59	56	57
인디아	78	79	69	65	61	63
인도네시아	98	97	93	92	85	89
일본	55	41	32	31	31	37
한국	76	70	67	64	50	56
말레이시아	77	80	70	73	71	66
뉴질랜드	40	35	34	32	31	28
파키스탄	92	92	88	86	83	83
필리핀	91	92	83	77	70	61
싱가포르	53	59	56	52	51	50
대만	70	66	63	59	54	53
태국	82	80	84	82	81	79
베트남	99	99	98	97	98	97

자료: BSA 2001.5

한국의 경우는 1995년 불법복제율이 76%를 보이고 점차 감소하는 경향을 보였으나 2000년은 56%로 1999년 50%에 비해 다소 높아지는 경향을 보였다. 아시아 · 태평양 지역에서는 뉴질랜드와 일본이 불법복제율이 낮은 경향을 보였고 베트남과 중국은 불법복제율이 90%를 상회해 상당히 높은 수치를 나타내었다.

아시아 · 태평양 지역의 불법복제로 인한 피해손실액은 【표 2-7】에

서 보는 바와 같다.

【표 2-7】 아시아 · 태평양지역 소프트웨어 불법복제 피해손실액

년도 / 국가	피 해 손 실 액(단위 : 천$)					
	1995	1996	1997	1998	1999	2000
호주	198,146	128,267	129,414	192,237	150,390	132,533
중국	443,933	703,839	1,449,454	1,193,386	645,480	1,124,395
홍콩	122,938	129,109	122,169	88,627	110,190	86,195
인디아	155,645	255,344	184,664	197,333	214,557	239,629
인도네시아	150,921	197,313	193,275	58,756	42,106	69,991
일본	1,648,493	1,190,323	752,598	596,910	975,396	1,666,331
한국	675,281	515,547	582,320	197,516	197,269	302,938
말레이시아	80,596	121,488	82,552	79,268	84,154	95,567
뉴질랜드	26,083	29,271	20,284	21,758	19,656	12,373
파키스탄	14,233	23,144	20,395	22,667	18,913	31,379
필리핀	45,022	70,735	49,151	31,138	33,163	27,091
싱가포르	40,374	56,553	56,599	58,262	61,758	44,299
대만	165,462	116,980	136,850	141,274	122,946	154,754
태국	99,146	137,063	94,404	48,613	82,183	53,082
베트남	35,076	15,216	10,132	10,328	13,106	34,938

자료 : BSA, 2001. 5

한국의 경우 불법복제로 인한 피해손실액은 1995년 6억 7천만$을 기록한 뒤 점차 줄어들다가 2000년에는 약 3억$을 기록해 1999년에 비해 다소 높아진 것을 볼 수 있다. 2000년도에 일본의 경우 약16억 6천$을 기록했으며 중국의 경우는 약 11억$을 기록해 피해손실액을 기준

으로 볼 때 1, 2위를 기록했다.

2. 국내 SW저작권 침해현황

2000년도에 국내에서 SW 불법복제 침해 현황에 관한 내용은 다음의 【표 2-8】에서 보는 바와 같다.

【표 2-8】 2000년 SW저작권 침해현황

(단위 : 건, 천원)

	건수	피해금액
1월	63	1,637,168
2월	2	662
3월	37	176,406
4월	0	0
5월	49	1,580,431
6월	83	597,423
7월	0	0
8월	3	499,775
9월	4	1,213,178
10월	565	2,137,450
11월	6	233,021
12월	48	942,571
계	860	9,018,087

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-8】에서 보는 바와 같이 2000년 한 해 동안 불법복제 단속건은 860건이었으며 피해금액은 약 90억에 이르는 것으로 조사됐다. 복제율은 약 54%였으며, 이를 지역별과 업종별로 구분하여 나타낸 것이 【표 2-9】와 【표 2-10】이다.

【표 2-9】 2000년 지역별 침해현황

(단위 : 건 , 천원)

	건수	피해금액
서울	37	2,551,820
인천	6	167,675
대전	51	1,198,702
대구	218	315,806
울산	62	293,584
부산	1	263
광주	2	403,101
경기	47	1,193,807
강원	0	0
충북	0	0
충남	1	20,386
경북	127	113,247
경남	122	2,184,812
전북	150	420,732
전남	36	154,117
제주	0	0
계	860	9,018,087

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-10】2000년 업종별 침해현황

(단위 : 건, 천원)

	건수	피해금액
일반기업	518	5,264,062
SW업체	2	25,180
학원	66	3,037,305
교육기관	4	77,884
공공기관	1	285
금융기관	3	34,830
의료기관	13	29,593
PC판매	26	192,442
사무소	107	239,844
게임방	93	80,145
개인	27	36,516
계	860	9,018,087

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-9】에서 보는 바와 같이 불법복제 건수로는 대구, 전북, 경북 순이었으나 피해금액을 기준으로 볼 때는 서울, 경남, 대전 순임을 알 수 있다. 즉, 서울은 단속건수에 비해 피해금액이 많게 나타났는데 이는 단속된 한 기관에서 높은 불법복제율을 보인 것으로 보여진다. 【표 2-10】은 업종별로 불법복제 단속건수를 보여주고 있는데. 단속건수나 피해금액 면에서나 모두 일반기업이 가장 많은 것으로 조사됐다. 【표 2-11】은 2000년도에 불법복제 단속건수를 저작권사별로 보여주고 있다.

【표 2-11】2000년 저작권사별 침해현황

(단위 : 건, 천원)

저작권사	침해건수	피해금액	복제율(%)
나모인터랙티브	117	24,904	71.06
새롬기술	233	12,771	80.87
한글과컴퓨터	701	269,783	61.69
안철수연구소	491	79,813	73.20
마이크로소프트	714	2,776,572	45.13
어도비시스템즈	203	1,378,346	70.30
오토데스크	186	3,593,895	52.02
씨만텍	201	91,099	57.37
Sybase	20	177,738	60.65
Quark	13	55,440	41.67
Nicomak	93	23,760	58.08
Mecromedia	41	120,069	72.77
Inprise	34	266,761	30.00
HummingBird	7	20,988	69.50
Corel	28	22,165	72.62
Bllzzard	74	19,608	53.43
큰사람컴퓨터등 18개사	154	84,375	-

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-11】에서 보는 바와 같이 오토데스크, 마이크로소프트사, 어도비시스템즈 같은 대기업들이 피해금액의 많은 부분을 차지하고 있음을 알 수 있다. 즉, 오토데스크는 약 36억원, 마이크로소프트사는 약 27억 7천만원, 어도비시스템즈는 약 13억 7천만원의 피해금액을 보여주고 있다. 2001년에는 대검찰청에서 정보화 산업의 최대 걸림돌인 소프트웨어 불법복제를 방지하고, 미국·EU 등 선진국과의 통상마찰방

지를 목적으로 2001. 2. 27. 전국 검찰에 '지적재산권침해사범 특별단속'을 지시하였다. 이에 따라 2001년 3월부터 4월까지 두 달 동안 전국적으로 특별 단속이 실시되었다. 【표 2-12】는 특별 단속의 결과를 보여주고 있다.

【표 2-12】 2001년 지역별 침해현황

(단위 : 건 , 천원)

	건수	피해금액
서울	221	4,601,903
인천	14	370,872
대전	111	584,378
대구	257	175,488
울산	36	295,114
부산	224	2,540,915
광주	23	746,226
경기	201	513,003
강원	35	191,950
충북	41	96,496
충남	6	8,169
경북	131	159,074
경남	49	180,174
전북	10	19,264
전남	38	273,924
제주	0	0
계	1,397	10,756,950

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-12】에서 보는 바와 같이 동 기간 동안 침해건수는 1,397건이었고 피해금액은 약 107억 5천만원이었으며 복제율은 약 63.66%였다. 지역

별로는 서울이나 부산같이 대도시에서 침해건수라든지 피해금액면에서 높은 비율을 보여주고 있는 것을 알 수 있다. 【표 2-13】과 【표 2-14】는 특별단속 결과를 저작권사별과 업종별로 나누어서 보여주고 있다.

【표 2-13】 2001년 저작권사별 침해현황

(단위 : 건 , 천원)

저작권사	건수	피해금액
나모인터랙티브	111	21,285
마인즈	1	26
삼성전자	42	7,802
새롬기술	257	15,048
스페이스인터내셔날	2	254
안철수연구소	525	136,021
큰사람컴퓨터	39	2,966
포힘정보	2	1,265
피코소프트	6	462
하우리	15	4,037
한국하이네트	1	19,500
한글과컴퓨터	880	222,437
핸디소프트	2	704
Adaptec	5	1,870
Adobe	252	1,666,999
Autodesk	189	4,163,220
Blizzard	118	19,443
Corel	12	17,732
Inprise	11	75,247
JASC	1	196
Macromedia	52	158,397
Microsoft	750	3,931,951
Quark	20	68,376
SPC	3	5,000
Spss	2	3,080
Sybase	11	176,675
Symantec	102	36,432
TrendMicro	5	525

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-14】2001년 업종별 침해현황

(단위 : 건, 천원)

	건수	피해금액
일반기업	874	7,200,099
학원	91	1,835,676
교육기관	10	227,373
공공기관	6	55,174
금융기관	2	7,620
의료기관	43	110,297
PC판매	13	30,450
사무소	188	943,106
게임방	161	255,206
개인	9	91,949
계	1,397	10,756,950

자료 : 한국소프트웨어저작권협회(SPC)

【표 2-13】에서 보는 바와 같이 적발건수는 한글과컴퓨터사, 마이크로소프트사, 안철수연구소 순으로 나타났고, 피해금액을 기준으로 볼 때는 오토데스크사, 마이크로소프트사, 어도비시스템즈 순으로 나타났다. 업종별 침해현황은 【표 2-14】에서 볼 수 있는데 일반기업이 침해건수나 피해금액 면에서 가장 많은 것으로 조사 됐으며, 학원이나 사무소도 비교적 높은 불법복제를 하고 있는 것으로 조사됐다.

검찰에서는 이들 위반사범에 대해서 원칙적으로 불법복제율 사용비율이 10%이상이거나 정품구입가격이 1,000만원 이상 해당하는 복제품 사용업체를 입건하고, 단속 후 정품을 구입하거나 정품구입계약을 체

결하는 경우에는 입건 후 벌금액을 대폭 경감 등의 관용 조치를 취하였다.

제3장 SW저작권 보호에 관한 비교법적 고찰

제1절 국제 조약상 SW저작권 보호제도

1. WTO/TRIPs[3)]

WTO(World Trade Organization)협정 부속서 1C로 발효된 TRIPs(Agreement on the Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights)협정은 총 7개장에 73개 조항으로 구성되어 있다. 이 TRIPs의 내용과 기존의 국제규범을 비교하여 볼 때 가장 큰 특징은 지적소유권 보호규범의 강화라 할 것이다.

TRIPs 협정에서 저작권과 관련된 조항은 제9조에서 제14조까지 6개 조로 구성되어 있는데 이를 자세히 보면 아래와 같다.

1) 베른협약과의 관계 : 모든 회원국은 베른협약 제1조에서 제21조까지 및 그 부속서를 준수하여야 한다. 그러나 회원국은 동 협약의 제6조의 2(저작인격권의 보호)에 의하여 허여된 또는 그 규정으로부터 발생한 권리[4)]와 관련하여 어떠한 권리나 의무를 가지지 아니한다.[5)]

---

3) 송영식・이상정, 「저작권법 개설」, 세창출판사, 2000, 368-377면.

4) 베른협약 제6조의 2 : (1) 저작자의 재산권과 독립하여, 그리고 이 권리의 양도 후에도, 저작자는 저작물의 저작자라고 주장할 권리 및 이 저작물과 관련하여 그의 명예나 명성을 해치는 왜곡・절단・기타 변경 또는 기타 훼손행위에 대하여 이의를 제기할 권리를 가진다.
(2) 전 항에 따라 저작자에게 부여되는 권리는 그의 사망 후에 적어도 재산권의 만기까지 계속되고, 보호가 주장되는 국가의 입법에 의한 권한이 있는 사람이나 단체에 의하여 행사될 수 있다. 다만, 이 의정서를 비준하거나 또는 이에 가입할

2) 보호범위 : 저작권 보호는 표현에는 미치나 아이디어나 절차, 운용방법이나 수학적 개념에는 미치지 않는다고 규정하고 있다.[6]

3) 컴퓨터프로그램 및 자료편집물 : 컴퓨터프로그램은 그것이 소스코드이건 오브젝트코드이건 모두 베른협약에 따른 어문저작물로 보호하며[7], 데이터베이스는 그것이 기계적 가독형태이거나 기타의 형태인 것을 불문하고 지적 창작물로 보호한다.[8]

4) 대여권 : 컴퓨터프로그램 또는 영상저작물의 경우 저작자 또는 권리승계인에게 대여권을 인정한다.[9]

당시에, 저작자의 사망 후에 전 항에 규정된 모든 권리의 보호를 입법으로 규정하지 아니한 국가는 이러한 권리 중 일부를 저작자가 사망한 후에는 존속하지 아니하도록 할 수 있다.
(3) 이 조에 의하여 부여되는 권리를 보전하기 위한 구제의 방법은 보호가 주장되는 국가의 입법의 지배를 받는다.

5) WTO/TRIPs 제9조 제1항 : Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.

6) WTO/TRIPs 제9조 제2항 : Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

7) WTO/TRIPs 제10조 제1항 : Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).

8) WTO/TRIPs 제10조 제2항 : Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.

9) WTO/TRIPs 제11조 : In respect of at least computer programs and cinematographic works, a Member shall provide authors and their successors in title the right to authorize or to prohibit the commercial rental to the public of originals or copies of their copyright works. A Member shall be excepted from this obligation in respect of cinematographic works unless such rental has led to widespread copying of such works which is materially

5) 보호기간 : 저작권의 보호는 사진저작물과 응용미술저작물을 제외하고는 50년 이상 보호하여야 하되 사망시 기산주의를 채택하지 아니할 경우는 발행연도의 다음해부터 기산하여, 그리고 완성 후 50년 내에 발행되지 않았을 경우에는 완성연도의 다음해부터 기산한다.[10)]

6) 저작인접권 : 실연자, 방송사업자와 음반제작자에게 저작인접권을 인정하고, 그러한 권리가 고정·실연 또는 방송이 행해진 연도 말로부터 기산하여 50년간 존속함을 규정한다.[11)]

---

impairing the exclusive right of reproduction conferred in that Member on authors and their successors in title. In respect of computer programs, this obligation does not apply to rentals where the program itself is not the essential object of the rental.

10) WTO/TRIPs 제12조 : Whenever the term of protection of a work, other than a photographic work or a work of applied art, is calculated on a basis other than the life of a natural person, such term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorized publication, or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year of making. ; 협정안은 베른협약을 존중한다고 규정하므로 사망시 기산주의의 경우에는 사망 후 50년 이상 보호되며, 사진저작물이나 응용미술저작물은 25년 이상 보호된다(베른협약 제7조).

11) WTO/TRIPs 제14조 : Protection of Performers, Producers of Phonograms (Sound Recordings) and Broadcasting Organizations

1. In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization : the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization : the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.

2. Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.

3. Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization : the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of

7) 저작권 및 저작인접권의 제한 : TRIPs는 저작권의 제한에 대해서 규정한다.[12] 저작인접권에 대해서도 로마협약에 의하여 허용되는 정도까지 조건, 제한, 예외, 유보조항을 규정할 수 있다.[13]

기존의 지적재산권 조약은 조약의 해석이나 적용에 관해서 체약국간에 분쟁이 생긴 경우에는 국재사법재판소에 부탁할 수 있다는 취지를 규정하고 있을 뿐, 독자적인 분쟁처리 절차를 가지고 있지 않다. 그러나, GATT는 독자적인 분쟁처리절차를 가지고 있고, 지금까지 높은 규범성을 유지하여 온 것은 GATT가 독자적인 분쟁처리절차를 가지고

---

broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).

4. The provisions of Article 11 in respect of computer programs shall apply mutatis mutandis to producers of phonograms and any other right holders in phonograms as determined in a Member's law. If on 15 April 1994 a Member has in force a system of equitable remuneration of right holders in respect of the rental of phonograms, it may maintain such system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of right holders.

5. The term of the protection available under this Agreement to performers and producers of phonograms shall last at least until the end of a period of 50 years computed from the end of the calendar year in which the fixation was made or the performance took place. The term of protection granted pursuant to paragraph 3 shall last for at least 20 years from the end of the calendar year in which the broadcast took place.

6. Any Member may, in relation to the rights conferred under paragraphs 1, 2 and 3, provide for conditions, limitations, exceptions and reservations to the extent permitted by the Rome Convention. However, the provisions of Article 18 of the Berne Convention (1971) shall also apply, mutatis mutandis, to the rights of performers and producers of phonograms in phonograms.

12) WTO/TRIPs 제13조 : Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

13) WTO/TRIPs 제14조 제6항.

있다는 것에 기인한다. TRIPs 교섭에서도 규범성이 강한 분쟁처리 규정을 목표로 하였으나 구체적인 내용에 있어서는 대립이 있었다. 당사자의 협의, 제소, 패널조치까지는 대략 합의가 되었으나 i) GATT 분쟁처리를 적용하자는 주장, ii) GATT절차와의 결부를 부정하면서 보복조치를 인정하지 못한다는 주장, iii) 계쟁사항의 내용에 따라 WIPO에 부탁하거나 GATT절차를 준용하자는 주장 등 3개의 안이 서로 주장되었기 때문이다. 그러나 최종타결에서는 제1안이 채택되었다.

WTO/TRIPs의 협정에 따르면 컴퓨터 프로그램은 그것이 소스코드이건 오브젝트 코드이건 불문하고 베른협약상의 어문저작물로 인정하고(WTO/TRIPs 제10조 제1항), 저작자 또는 권리승계인에게 대여권을 인정하고 있다(WTO/TRIPs 제11조). 다만, 컴퓨터프로그램의 허가금지권을 인정하되 일반공중에 대한 상업적 대여로 한정하였다.

2. WIPO 저작권조약

세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization: WIPO)는 세계지적소유권설립조약에 따라 1967년 탄생된 기구로서 저작권과 산업재산권의 보호에 관한 중심적 역할을 담당하고 있는 정부간 국제 기구이자 국제 연합의 전문기관이다.

WIPO는 1996년 12월 외교회의를 통하여 세계지적소유권기구 저작권조약을 만들었는데 이는 베른협약 등 기존의 조약에서 미흡한 부분을 보완하고 발전하는 기술과 조약간의 공백을 줄여보자는 의도를 가지고 있다. WIPO 저작권조약은 베른협약 제20조 소정의 특별협정이며, 이

조약은 베른협약의 가맹국이 아니더라도 WIPO 회원국은 이 조약에 가입할 수 있다고 규정한다(조약 제1조).[14]

WIPO 저작권 조약에서 컴퓨터프로그램은 베른협약 제2조에서 규정한 어문조작물로서 보호된다(조약 제4조)[15]. 이러한 보호는 그 표현의 방식이나 형태에 관계없이 모든 컴퓨터 프로그램에 적용된다.[16] 또한 컴퓨터프로그램에 대하여 대여권을 인정하되, 프로그램 그 자체가 대여의 본질이 아닌 경우는 대여권을 인정하지 않고 있다(조약 제7조).[17]

---

14) WIPO Copyright Treaty Article 1. : Relation to the Berne Convention.
(1) This Treaty is a special agreement within the meaning of Article 20 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as regards Contracting Parties that are countries of the Union established by that Convention. This Treaty shall not have any connection with treaties other than the Berne Convention, nor shall it prejudice any rights and obligations under any other treaties.
(2) Nothing in this Treaty shall derogate from existing obligations that Contracting Parties have to each other under the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.
(3) Hereinafter, "Berne Convention shall" refer to the Paris Act of July 24, 1971 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.
(4) Contracting Parties shall comply with Articles 1 to 21 and the Appendix of the Berne Convention.

15) WIPO Copyright Treaty Article 4. : Computer Programs.
Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.

16) 송영식・이상정, 전게서, 378-381면.

17) WIPO Copyright Treaty Article 7. : Right of Rental.
(1) Authors of :
(ⅰ) computer programs ;
(ⅱ) cinematographic works ; and
(ⅲ) works embodied in phonograms, as determined in the national law of Contracting Parties, shall enjoy the exclusive right of authorizing commercial rental to the public of the originals or copies of their works.
(2) Paragraph (1) shall not apply :
(ⅰ) in the case of computer programs, where the program itself is not the

제2절 주요국의 SW저작권 보호제도

1. 미국

미국은 1980년 12월 저작권법을 개정하여 컴퓨터프로그램을 저작권에 의해서 보호하고 있는데, 저작권법 제101조에서 컴퓨터프로그램을 "일정한 결과를 얻기 위해 컴퓨터에 직접 혹은 간접으로 사용하는 일련의 명령어의 집합이다."라고 정의[18]하고 아이디어, 수순, 공정, 시스템, 조작방법, 개념, 원리, 발견 등은 저작권 보호 대상에서 제외하고 있다. 또한 2차적 저작물을 작성할 수 있는 권리, 배포권, 실연권, 전시권, 대여권 등을 저작권으로 인정하고 있으며, 저작인격권의 규정은 없다.

프로그램 복제와 관련하여 복제물의 소유자가 행하는 복제물 또는 각색물은 프로그램 이용에 있어서 필수적인 수순으로 창작된 경우 저작권 침해가 아닌 것으로 규정하고 있고, 도서관 등에서의 복제는 허

---

essential object of the rental ; and

(ii) in the case of cinematographic works, unless such commercial rental has led to widespread copying of such works materially impairing the exclusive right of reproduction.

(3) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of authors for the rental of copies of their works embodied in phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of works embodied in phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive right of reproduction of authors.

18) 17 USC § 101: "A computer program is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in order to bring about a certain result."

용하고 있다. 또한 비평, 논평, 시사보도, 학급용 다수복제, 학문 또는 연구 등 공정한 이용의 경우나 비영리적인 목적인 경우에도 저작권 침해가 아닌 것으로 규정하고 있다.

권리 침해의 경우 민, 형사상의 소송절차는 원인이 발생한 날로부터 3년 이내에 제기하여야 하며, 침해당사자는 저작권법에서 규정한 바에 따른 처벌 외에 저작권 침해물품에 대한 몰수, 파기처분도 가능하다.

우리 나라와 마찬가지로 무방식주의를 택하고 있으나 컴퓨터프로그램을 등록하면 등록 중에 나타난 사실 및 저작권의 합법성에 대한 추정 효과가 있고, 저작권 침해소송과 법정손해배상금, 변호사 비용 청구를 위한 전제조건이 된다.[19]

미국에서 저작권 침해행위에 대한 형사적 제재 방법으로는 미연방법 제17편 법전 제506조(a)(1)에서 상업적인 이익이나 개인의 금전적인 이득을 위하여 고의로 저작권을 침해한 자와 동조(a)(2)에서 180일 기간 동안에 총 소매가로 1,000$이상의 가치를 가지고 있는 하나 또는 그 이상의 저작권을 지니고 있는 저작물의 하나 또는 그 이상의 복제물이나 음반을 전자적인 방법을 포함하여 배포 또는 복제하는 것은 미 연방법 제18편 법전 제2319조에서 규정한 바에 따라 처벌된다(17 USC § 506(a)).[20]

---

19) 차태원, "국내소프트웨어 불법복제 근절을위한 지적재산권 보호강화방안연구", 한국외국어대 세계경영대학원 석사학위논문, 1999, 34-35면.

20) 17 USC § 506(a) : (a) Criminal Infringement.-Any person who infringes a copyright willfully either-

(1) for purposes of comercial advantage or private financial gain, or

(2) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $1,000, shall be punished

미 연방법 제18편 법전 제2319조(b)는 미 연방법 제17편 법전 제506조(a)(1)을 위반한 사람에 대한 처벌을 규정하고 있는데, 180일 기간동안에 총 소매가로 2,500$이상의 가치를 지니고 있는 하나 또는 그 이상의 저작권을 가지고 있는 저작물의 최소 10개의 복제물이나 음반을 전자적인 방법을 포함하여 배포나 복제를 한 자는 5년 이하의 구금이나 벌금형에 처해질 수 있고 이를 병과 할 수 있다(18 USC § 2319(b)(1)).[21] 재범은 10년 이하의 구금, 벌금형, 또는 병과 할 수 있으

---

as provided under section 2319 of title 18, United States Code. For purposes of this subsection, evidence of reproduction or distribution of a copyrighted work, by itself, shall not be sufficient to establish willful infringement.

원래 미국은 (1)항만을 규정하고 있었고 (2)항에 대한 규정은 없었다. 이 (2)항은 United State 대 La Macchia(871 FSupp 535, 33 USPQ2d) 판결이 계기가되어 신설된 것이다. La Macchia 사건의 내용은 다음과 같다.

즉 MIT 공과대학 대학원생이던 라마키아는 학교 서버를 이용하여 백만달러 상당의 복제소프트웨어를 소장하는 전자게시판을 운영하다가 체포 기소되었다. 1994년 메사추세추연방법원 스턴스(Richard G. Stearns)판사는 피고가 '상업적 이익이나 개인적인 재정적 이득' 을 얻었다고 볼만한 증거가 없다는 이유로 그를 무죄 석방하였다. 본 건이 보여주는 법의 흠결을 메꾸는 일은 의회의 권한에 속한다고 지적하였다. 통신망을 이용한 사기죄(wire fraud, 18 U. S. C. 1343)를 訴因으로한 기소에 대해서도 저작권을 통신망사기죄로 보호하려는 것은 입법자의 의도에서 벗어나는 것이라 하여 기각되었다.

공정사용의 법리는 일정한 부분에 있어서 저작권 침해에 대한 법률적인 면책을 부여하는 것이다. 적어도 사회, 문화적인 공헌을 목적으로 하는 저작권법의 기본 취지에서 기인한 것이라고 하겠다. 그렇지만 이러한 기본적인 취지를 몰각한 경우가 발생할 수 있다. 그 예가 본 판례이며, 금전적인 이익을 얻지는 않았다고 하더라도 타인의 소프트웨어를 네트웍상에 공개하는 것은 타인의 권리침해는 명백하다고 할 것이다. 그렇지만 공정사용의 법리에 비영리를 목적으로 하는 규정을 처벌할 수 없기 때문에 위법한 행위가 되지 않았다. 이러한 법적 불비를 해결하고자 제정된 법이 본 (2)항이다.

21) 18 USC § 2319(b)(1) : Any person who commits an offense under section 506(a)(1) of title 17 -

(1) shall be imprisoned not more than 5 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of at least 10 copies or phonorecords, of 1 or more copyrighted works, which have a total retail

며(18 USC § 2319(b)(2))[22] 동조 (b)(1), 동조 (b)(2)의 경우를 제외하고는 1년 이하의 구금, 벌금형이나 이를 병과 할 수 있다(18 USC § 2319(b)(3)).[23]

미 연방법 제18편 법전 제2319조(c)는 미 연방법 제17편 법전 제506조(a)(2)을 위반한 사람에 대한 처벌을 규정하고 있는데, 180일 기간동안에 총 소매가로 2,500$이상의 가치를 지니고 있는 하나 또는 그 이상의 저작권을 가지고 있는 저작물의 최소 10개의 복제물이나 음반을 전자적인 방법을 포함하여 배포나 복제를 한 자는 3년 이하의 구금이나 벌금형에 처해질 수 있고 이를 병과 할 수 있다(18 USC § 2319(c)(1)).[24] 재범은 6년 이하의 구금 또는 벌금형이나 병과 할 수 있으며(18 USC § 2319(c)(2))[25] 180일 기간동안에 총 소매가로 1,000$이상의 가치를 지니고 있는 하나 또는 그 이상의 저작권을 가지고 있는 저작물의 하나 또는 그 이상의 복제물이나 음반을 전자적인 방법을 포함하여 배포나 복제를 한 자는 1년 이하의 구금이나 벌금형에 처해질

---

value of more than $2,500;

22) 18 USC § 2319(b)(2) : shall be imprisoned not more than 10 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense is a second or subsequent offense under paragraph (1)

23) 18 USC § 2319(b)(3) : shall be imprisoned not more than 1 year, or fined in the amount set forth in this title, or both, in any other case.

24) 18 USC § 2319(c)(1) : Any person who commits an offense under section 506(a)(2) of title 17, United States Code -

(1) shall be imprisoned not more than 3 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution of 10 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of $2,500 or more;

25) 18 USC § 2319(c)(2) : shall be imprisoned not more than 6 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense is a second or subsequent offense under paragraph (1)

수 있고 이를 병과 할 수 있다(18 USC § 2319(c)(3)).[26]

또한 법원은, 위 조 (a)항의 규정을 위반한 자에 대하여 유죄판결을 하는 때에는 소정의 형에 부가하여, 모든 침해 복제물 또는 음반과 이러한 복제물 또는 음반을 제작하는 데 사용된 모든 기구, 장치, 또는 장비의 몰수, 파괴, 또는 기타의 처분을 명할 수 있다(17 USC § 506(b)).[27]

저작권의 허위표시행위로써 사기의 의사를 가지고 허위임을 알고 있는 저작권 표시나 이와 동일한 의미를 지닌 단어를 물건에 부착하거나, 또는 사기의 의사를 가지고 허위임을 알고 있는 저작권 표시나 이와 동일한 의미의 단어가 붙어 있는 물건을 공개적으로 배포하거나 공개배포를 목적으로 수입한 사람은 누구든지 2,500$ 이하의 벌금에 처한다(17 USC § 506(c)).[28]

또한, 저작권 표시의 사기적 제거행위로써 누구든지 사기의 의사를 가지고 저작권이 있는 저작물의 복제물에 부착된 저작권 표시를 제거

---

26) 18 USC § 2319(c)(3) : shall be imprisoned not more than 1 year, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $1,000.

27) 17 USC § 506(b) : Forfeiture and Destruction.-When any person is convicted of any violation of subsection (a), the court in its judgment of conviction shall, in addition to the penalty therein prescribed, order the forfeiture and destruction or other disposition of all infringing copies or phonorecords and all implements, devices, or equipment used in the manufacture of such infringing copies or phonorecords.

28) 17 USC § 506(c) : Fraudulent Copyright Notice.-Any person who, with fraudulent intent, places on any article a notice of copyright or words of the same purport that such person knows to be false, or who, with fraudulent intent, publicly distributes or imports for public distribution any article bearing such notice or words that such person knows to be false, shall be fined not more than $2,500.

또는 변경한 때에는 2,500$ 이하의 벌금에 처한다(17 USC § 506(d)).[29]

동조 (e)항의 허위기재 행위로써 누구든지 고의로 제409조에 규정된 저작권 등록신청서 또는 이러한 신청서에 관련하여 제출되는 명세서 내에 구체적 사실을 허위로 기재한 때에는 2,500$ 이하의 벌금에 처한다(17 USC § 506(e)).[30]

2. EU

EU는 단일 시장 내에서 자본과 노동, 상품과 서비스의 자유로운 이동과 유통의 확보를 통해 규모 있는 경제의 실현을 목적으로 하고 있고 지침과 규칙을 통해 법제도를 통일하는 작업을 진행하고 있다.[31]

그러나 회원국들간에 컴퓨터프로그램의 법적 보호가 상이하여 이를 통일화하려는 작업이 진행되어 1991년 5월 14일 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 EC지침(Directive)을 확정, 공표하였다.

이 지침은 회원국들에게 지침의 내용을 1993년 1월 1일 이전에 입법화하라는 명령으로, EU법의 한 형태이다. 유럽 각 국은 이 지침을 컴

29) 17 USC § 506(d) : Fraudulent Removal of Copyright Notice.-Any person who, with fraudulent intent, removes or alters any notice of copyright appearing on a copy of a copyrighted work shall be fined not more than $2,500.

30) 17 USC § 506(e) : False Representation.-Any person who knowingly makes a false representation of a material fact in the application for copyright registration provided for by section 409, or in any written statement filed in connection with the application, shall be fined not more than $2,500.

31) 정상조, "유럽 공동체 내에서 컴퓨터 프로그램의 보호",「인권과 정의」, 1992, 96면.

퓨터 소프트웨어 보호의 기본원칙으로 삼고 있다. 주요한 내용으로는 異機種 상호호환성(interoperability) 개념의 도입을 들 수 있다. 異機種 상호호환성은 "정보를 교환하고, 교환한 정보를 상호간에 이용할 능력"으로 정의된다.

EC지침은 세계 최초로 리버스엔지니어링을 독립 창작한 프로그램의 이기종 상호성을 위해 필요한 경우, 저작권자의 허락 없이 일정한 요건 하에서 허용한다고 규정되어 있다.[32] 프로그램의 개발자는 異機種 상호호환성을 위해 리버스엔지니어링에 의해 얻은 정보는 이와 같은 목적을 위해 사용해야만 하고 여기서 얻은 정보는 판매나 유사 프로그램의 개발에는 이용하지 못한다.

베른협약에 맞추어 제정된 EC지침은 프로그램 사용자의 보호를 강화하고, 일정 요건 아래서 기술적 창작품인 프로그램을 컴퓨터 하드웨어 및 기타 프로그램과의 상호 호환성을 높이기 위한 리버스엔지니어링을 허용하는 등의 특징을 지니고 있다.[33]

1) 독일

독일은 SW를 저작권법으로 보호하고 있는 바, 저작권법에서의 형사적 제재를 살펴보면 보호저작물을 부당하게 이용한 자는 3년 이하의 징역 혹은 벌금에 처하며 미수범도 처벌한다고 규정하고 있다.[34] 또한

32) The EC Council Directive on Legal protection of Computer programs 제6조(2).
33) 이원형, "컴퓨터 프로그램의 법적 보호방법에 관한 연구 : 미국판례를 중심으로" 국민대학교 법학박사학위논문, 1998, 23-24면.
34) 독일저작권법 제106조 : (보호 저작물의 부당한 이용)
① 법률상 허용된 경우 이외에 권한이 있는 자의 승낙 없이 저작물, 저작물의 개

이를 영업적으로 부당하게 이용하면 5년 이하의 징역 또는 벌금형으로 가중 처벌한다.[35] 저작권법 제108조a를 제외한 나머지 제106조부터 제108조까지는 고소가 있어야 벌할 수 있다고 규정하고 있으나 일정한 예외가 있다.[36]

2) 프랑스

프랑스의 경우는 지적재산권법 제1편이 저작권법이다. 동법 제331조의 1 이하에서는 「소송절차 및 제재」에 관한 규정을 두고 있으며, 제335조의 1 이하가 벌칙규정이다.[37]

작물 혹은 변형물을 복제, 배포 혹은 공개 재현하는 자는 3년 이하의 징역 혹은 벌금에 처한다.
② 미수는 처벌한다.

35) 독일 저작권법 제108조a : (영업적인 부당이용)
① 제106조 내지 제108조의 경우에 영업적으로 행하는 자는 5년 이하의 징역 혹은 벌금에 처한다.
② 미수는 처벌한다.

36) 독일 저작권법 제109조 : (고소)
제106조 내지 제108조의 경우 고소가 있어야 벌한다. 형사소송관청이 형사처벌에의 특수한 공공의 이익을 이유로 직권에 의한 개입이 명해지는 경우에는 예외로 한다.

37) 제335조의 1
이 법전 제335조의 4상의 범죄가 확정되는 대로 관할 경찰관은 불법복제 음반 및 비디오그램, 불법 제작되거나 수입된 복제품 및 물품, 그리고 불법행위로 특별히 설치한 설비를 압류할 수있다.
제335조의 2 제1항
저작자의 재산에 관한 법률 및 규칙과 전체 또는 부분적으로 반하여 작성된 저술, 음악작곡, 소묘, 회화 또는 기타 인쇄되거나 조각된 제작품의 판은 침해를 구성한다. 침해행위는 범죄이다.
제2항 프랑스나 외국에서 발행된 저작물에 대한 프랑스 내에서 이루어진 침해행위는 3개월에서 2년간의 징역과 6,000프랑 이상 12,000프랑 이하의 벌금 또는 그 중 하나의 벌에 처할 수 있다.
제3항 저작물을 침해하는 판매, 이용 및 수입행위는 제2항의 벌에 처한다.

제335조의 3
어떤 방법에 의하든 법으로 규정한 저작자의 권리에 위반하여 정신적 저작물의 복제, 공연 또는 배포행위 또한 침해를 구성한다.

제335조의 4
제1항 실연자, 음반이나 비디오그램 제작자 또는 시청각 통신사업자의 허락을 받지 않고 만들어진 공연, 음반, 비디오그램이나 프로그램의 고정, 복제, 유상이나 무상에 의한 공개전달이나 이용 또는 방송은 3개월이상 2년이하의 징역 및 6,000프랑 이상 12,000 프랑 이하의 벌금 또는 2가지 중 하나의 벌에 처할 수 있다.
제2항 제작자나 실연자의 허락을 받지 않고 행한 음반이나 비디오그램의 수입 또는 이용은 제1항의 벌에 처한다.
제3항 음반의 사적복제나 공개전달 또는 방송에 관하여 저작자, 실연자 또는 음반이나 비디오그램 제작자에게 지급해야 할 보수를 지급하지 않은 경우에는 제1항에 규정된 벌금에 처한다.

제335조의 5
제1항 전 3개조에서 규정된 침해해위를 상습적으로 하는 경우에는 형벌이 가중된다.
제2항 법원은 또한 한시적으로나 또는 일시적으로 5년의 기간내에서 기소자가 운영하는 시설의 폐쇄를 명할 수 있다.
제3항 그와 같은 폐쇄명령을 받을 경우 종업원은 폐쇄기간 동안과 그 후 최고 6개월 동안 현물에 의한 모든 이익을 포함하여 그의 급여와 동등한 배상을 받는다.
제4항 단체약정이나 개별약정에서 해고에 대하여 더 많은 배상의 지급을 규정하고 있는 경우에는 그 약정에 의한다.
제5항 전 2개항의 규정을 위반한 경우에는 1개월 이상 6개월 이하의 징역 및 150프랑 이상 15,000프랑 이하의 벌금에 처한다.
제6항 상습범의 경우에는 형벌이 가중된다.

제335조의 6
제1항 전 4개조에서 언급된 경우에 있어서 법원은 불법으로 취득된 이익의 전부 또는 일부의 몰수, 불법적으로 복제된 모든 음반, 비디오그램, 물품 및 복제물의 몰수, 그리고 범죄를 범할 목적으로 특별히 설치된 설비의 몰수를 명할 수 있다.
제2항 법원은 또한 형법 제51조에 규정한 판결 전문 또는 발췌문을 기소자의 비용으로 게재할 것을 명할 수 있다. 다만, 신문게재료는 징수할 벌금액의 상한을 초과할 수 없다.

제335조의 7
전 5개조의 언급된 경우에 몰수된 설비, 불법물품 및 수입금은 손해를 보상할 목적으로 피해자 및 그의 권리승계인에게 인도된다. 몰수된 설비, 침해물품, 또는 수입금이 없는 때는 나머지 보상 및 전체보상은 일반경로를 통하여 해결된다.

3. 일본

일본은 1985년 저작권법을 개정하여 1986년 1월부터 컴퓨터프로그램을 보호하기 시작했다. 개정된 저작권법에 따라 통산성 산하 재단법인 소프트웨어 정보센터에서 컴퓨터프로그램 지적재산권 등록 및 보호에 관한 업무를 수행하고 있는데 컴퓨터 프로그램을 "전자계산기를 기능시켜 하나의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 명령을 조합하는 것으로 표현된 것"으로 정의하고 한국과 마찬가지로 프로그램 언어, 규약, 해법 등은 보호대상에서 제외하고 있다.

일본 저작권법은 대체로 운영체제, 응용 프로그램 등의 컴퓨터프로그램을 저작권으로 보호한다. 동시에 일본에서는 ROM에 저장된 오브젝트 프로그램을 꺼내어 다른 ROM에 저장하는 경우도 소스프로그램의 복제와 같이 취급함으로써 오브젝트 프로그램에 이르기까지 그 보호범위를 넓혔다. 그리고 프로그램이 기록된 매체와 관계없이, 즉 코딩 시트(coding sheet)에 기록된 것이나, 펀치 카드에 기록된 것이나, 잡지

제335조의 8

제1항 법인은 형법 제121조의 2에 따라 이 법전 제335조의 2 내지 제335조의 5에서 규정된 침해행위로 형사적 책임이 선고될 수 있다.

제2항 법인은 다음 각 호의 벌칙에 책임을 진다.
1. 제131조 내지 제138조에 따라 결정된 벌금
2. 제131조 내지 제139조에 언급된 벌칙

제3항 제131조 내지 제39조의 제2호에 언급된 금지는 침해를 범한 권리행사에서의 활동이나 또는 침해를 범한 권리행사의 경우이다.

등에 기고 된 것 등을 불문하고 모두 저작물로 인정한다. 다만 프로그램 실행을 전제로 메모리에 일시적으로 로딩(loading)하는 것은, "그것이 순간적, 과도적이므로 복제에 해당하지 않는다."고 함으로써 제한을 두었다.[38]

프로그램 복제의 경우 프로그램 복제물의 정당한 소유자가 당해 프로그램을 전자계산기(컴퓨터)에 이용하기 위한 경우 필요한 범위 내에서 복제 또는 각색이 가능하도록 되어 있으며, 재판절차상 어쩔 수 없는 경우와 영리 목적이 아닌 교육 목적의 경우에는 복제가 가능하도록 허용하고 있다. 컴퓨터 프로그램 등록은 한국의 경우와 마찬가지로 무방식주위를 채택하고 있으며, 권리침해의 경우 3년이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금이 부과된다.[39] 또한 권리 침해의 죄는 친고죄로 규정되어 있으나 예외가 있다.[40]

4. 중국[41]

---

38) 이원형, 전게논문, pp. 24-25.

39) 일본 저작권법 제119조 : 다음 각호의 하나에 해당하는 자는 3년 이상의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처한다.
1. 저작인격권, 저작권, 출판권, 또는 저작인접권을 침해한 자 〔제30조 제1항(제102조 제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 정하는 사적이용 목적을 가지고 저작물 또는 실연 등의 복제를 행한 자는 제외한다〕
2. 영리를 목적으로, 제30조 제1항에서 규정하는 자동복제기기를 저작권, 출판권, 또는 저작인접권의 침해가 되는 저작물 또는 실연 등의 복제에 사용되게 한 자 (1984년 법 제46호에 의하여 전부 개정 ; 1992년 법 제106호에 의하여 일부 개정 ; 1996년 법 제117호에 의하여 본문 일부 개정)

40) 일본 저작권법 제123조 : ① 제119조 및 제121조의 2의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.
② 무명 또는 이명 저작물의 발행자는 그 저작물에 관한 전항의 죄에 대하여 고소할 수 있다. 다만, 제118조 제1항 단서에 규정하는 경우 및 당해 고소가 저작자가 명시한 의사에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다. (1991년 법 제63호에 의하여 제1항 일부 개정 ; 1995년 법 제91호에 의하여 제1항 일부 개정)

중국저작권법은 1990.9.7 제7기 전국인민대표자대회 상무위원회 제15차회의에서 통과되어 1991.6.1부터 시행되고 있다. 이와 함께 컴퓨터소프트웨어에 대해서는 1991.6.4 국무원의 기계공업부령에 의해 「컴퓨터소프트웨어보호조례(이하 보호조례라 함)」가 제정되어, 1991.10.1부터 시행 중에 있다[42][43].

중국에서 컴퓨터소프트웨어에 관해서는 저작권법 제3조에서 예시적으로 열거하고 있으며, 제53조에서 컴퓨터프소프트웨어의 보호방법은 국무원이 별도의 규정을 두도록 하고 있다. 따라서, 보호조례에서 상세적으로 보호규정을 두고 있다. 비록 우리나라와 같이 독립된 법체계가 아닌 조례의 형식으로 규정하고있지만 내용면에서 일반법과 차이를 두지 않고 있다[44].

특이하게, 저작권법에서는 형사처벌에 대한 규정을 두지 않고 있다. 다만 침해사범에 대한 처벌의 필요에 의해서 1994.7 전국인민대표자대회 상무위원회에서 「저작권침해죄처벌에관한규정(이하 처벌규정이라 함)」을 제정하였고, 1997.10.1 시행중인 형법 제217조 내지 제218조에 동 내용을 흡수 규정하고 있다.

처벌규정 제1조에서는 영리적 목적으로 컴퓨터소프트웨어를 복제발

41) 중국저작권법과 컴퓨터소프트웨어보호조례는 평화방송의 구재회 부장께서 번역하여 계간 저작권에 기고한 내용을 주로 참조하였다.
42) 이해완, 「중국법」, 사법연수원, 1998.
43) 현재 저작권법 개정을 준비중에 있는데, WTO 가입문제와 맞물려, 3월에 있었던 인민대표자대회에서는 통과되지 않고, 가을에 열릴 예정인 인민대표자대회에서 통과될 것이라고 한다.
44) 보호조례는 보통 우리법상의 시행령과 동일하게 이해될 수 있다.

행하고, 불법소득 금액이 비교적 많거나 또는 기타 중대한 사정이 있는 경우에는 3년이하의 유기징역, 구금에 처한다. 불법소득 금액이 대단히 많거나 또는 기타 특별히 중대한 사정이 있는 경우에는 3년이상 7년이하의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

처벌규정 제2조에서는 영리를 목적으로 불법 복제물을 판매한 것이 확실하고, 불법소득 금액이 "비교적" 많은 경우에는 2년이하의 유기징역, 구금에 처한다. 불법소득 금액이 "대단히" 많은 경우에는 2년 이상 5년이하의 유기징역에 처하도록 하고 있다. 법인 등의 단체가 침해행위를 한 경우에는 벌금이 부과되고, 관리책임자와 그 행위와 직접적인 책임이 있는 자에 대해서도 동 규정에 의해 처벌하도록 하고 있다.

그렇지만 동 규정에서 "비교적", "대단히" 등에 대한 명확한 범위가 정해지지 않은 문제 때문에 1995.1.16 최고인민법원 재판위원회에서 「저작권침해죄처벌에관한규정에대한몇가지문제의해석」을 통과시켜, 제1조의 규정에 대해서는 개인의 경우에는 2만원 이상, 법인 등에 대해서는 10만원 이상일 경우에 "불법소득 금액이 비교적 많은 것"으로 정하고 있으며, "기타 중대한 사정"의 경우는 저작권 침해로 이미 2회 이상 행정책임 또는 민사책임을 추궁당하였거나 또는 저작권을 침해한 경우, 개인이 불법으로 취급한 금액이 10만원 이상, 법인 등의 경우는 50만원 이상인 경우, 기타 중대한 결과 또는 중대한 사정을 조성한 경우로 하고 있다. 또한 제1조의 규정중 개인의 불법소득 금액이 10만원 이상 또는 법인 등의 경우 50만원 이상이면 "대단히 많은 것"으로 보며, 저작권침해로 형사책임을 추궁당하였거나 또는 저작권침해를 범한 경우, 개인이 불법으로 취급한 금액이 1백만원 이상, 법인 등의 경우에

5백만원 이상인 경우, 기타 특별히 중대한 결과 또는 기타 특별히 중대한 사정을 조성한 경우에는 "기타 특별히 중대한 사정이 있는 경우"로 본다.

또한 저작권법에서는 형사벌이 없는 대신, 제46조에서는 민사책임이외에 저작권행정관리부서가 불법소득을 몰수하고 벌금을 부과하는 등의 행정처벌을 할 수 있도록 하는 행정처벌규정을 두고 있다.

제3절 우리나라 SW저작권 보호제도

1. 보호의 필요성

오늘날 컴퓨터 산업 투자액의 거의 80%가 소프트웨어에 대한 투자라고 한다. 이렇듯 프로그램 창조에 많은 비용과 노력과 시간이 드는데 비하여 소프트웨어의 복제는 녹음테이프의 복제보다도 더 용이하고 복제된 소프트웨어도 원본과 동일한 기능을 발휘한다. 이러한 소프트웨어의 고가화와 복제의 용이성은 그 보호의 필요성을 절감하게 하여 1986년 12월 31일 법률 제3920호로서 컴퓨터프로그램보호법을 제정하였다. 동법은 컴퓨터프로그램을 보호하기 위한 저작권법의 특별법적인 성격을 갖는 법이다. 컴퓨터프로그램보호법은 최근에 개정되어 2001년 7월 17일 시행 예정에 있으므로 여기서는 개정된 법 내용을 기준으로 살펴보겠다.

2. 보호제도

1) 컴퓨터프로그램 등록제도

컴퓨터프로그램 등록제도는 컴퓨터프로그램보호법 제23조에 근거하여 프로그램 저작권 분쟁에 대비하여 창작년월일을 추정받도록 하는 공시제도로 "프로그램의 창작 사실을 명확히 하고 권리변동 사항을 분명히 하여 거래의 안전을 도모하고 프로그램 공보 등을 통하여 개발된 프로그램을 널리 주지시켜 중복투자를 방지하고 컴퓨터 소프트웨어 이용촉진을 도모"함을 목적으로 실시되고 있다.[45]

프로그램 저작자는 프로그램의 창작 후 1년 안에 프로그램의 명칭 또는 제호, 프로그램저작자의 국적·실명 및 소재, 프로그램의 창작연월일, 프로그램의 개요를 프로그램심의조정위원회에 등록하여야 한다.[46]

2) 프로그램 저작권 등록제도

컴퓨터프로그램보호법은 프로그램 저작권의 이전등록 등도 등록하도록 하고 있는데 프로그램배타적발행권의 설정, 상속이나 일반승계를 제외한 프로그램저작권 또는 프로그램 배타적발행권의 이전 또는 처분제한과 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권을 목적으로 하는 질권의 설정·변경·소멸 또는 처분제한의 경우 프로그램심위조정위원

45) 차태원, 전게논문, 26면.
46) 컴퓨터프로그램보호법 제23조, 제27조.

회에 등록하도록 하고 있다.[47]

3) 컴퓨터프로그램 분쟁조정 제도

컴퓨터프로그램 저작권과 관련하여 침해 분쟁이 일어날 경우 컴퓨터프로그램보호법 제35조 내지 제43조까지 규정되어 있는 프로그램심의조정위원회에서 구성된 3인의 조정부에서 3개월 이내에 조정을 하게 된다. 조정이 성립되면 그 조정조서는 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다[48].

4) 프로그램저작권 위탁관리제도

프로그램을 사용하려는 사람이 일일이 저작자를 찾아서 사용허락을 받는다는 것은 비효율적이다. 따라서 프로그램 저작자들로부터 저작권 사용에 대한 권한을 위탁받아서 사용자들에게 사용허락을 해주는 위탁관리제도를 실시하고 있다. 현재는 정보통신부장관의 지정을 받은 한국소프트웨어진흥원에서 위탁관리 업무를 수행하고 있다[49].

3. 형사적 제재 제도

---

47) 컴퓨터프로그램보호법 제26조, 제27조.
48) 컴퓨터프로그램보호법 제40조 제2항.
49) 프로그램심의조정위원회는 2001년 6월 25일자로 법정기관인 한국소프트웨어진흥원에서 독립하여, 컴퓨터프로그램보호법상의 위원회로 운영되며, 위탁관리업무도 자체적으로 수행하게 된다.

우리나라 컴퓨터프로그램보호법은 제46조에서 프로그램저작권을 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해한 자[50]와 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위[51], 동법 제30조에서 규정한 기술적보호조치의 침해에 대해서는 3년이하의 징역 또는 5천만원이하에 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 또한, 프로그램 복제물 관리공무원의 직무상 비밀누설에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.[52] 그리고, 동법 제20조 제1항의 규정에 의한 지정을 받지 아니하고 프로그램저작권위탁관리업무를 한 자, 프로그램 저작자의 실명 또는 이명을 변경, 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경한 자[53], 허위프로그램의 등록 또는 허위복제물의 제출을 한 자[54], 동법 제29조 제4항 제3호[55]의 규정에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.[56] 또한, 동법 제20조 제2항[57]에 의한 신고를 하지 않고 프로그램저작권의 대리 또는 중개업을 한 자는 5백만원이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.[58]

---

50) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제1항.
51) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제4항 제1호.
52) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제2항.
53) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제2항.
54) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제3항.
55) 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제4항 제3호 : 정당한 권한없이 고의로 저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위.
56) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제3항.
57) 컴퓨터프로그램보호법 제20조 제2항 : 프로그램저작권의 대리 또는 중개를 업으로 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관에게 신고하여야 한다.

저작권 침해의 상습범은 가중 처벌되고[59], 동법 제46조의 벌칙 규정은 경우에 따라 친고죄로 규정되어 있다.[60] 또한, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제46조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대해서도 동조의 벌금형을 과한다고 규정하고 있다.[61]

58) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제4항.
59) 컴퓨터프로그램보호법 제47조 : 상습으로 제46조 제1항의 규정에 해당한 자는 5년 이하의 징역 또는 7천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.
60) 컴퓨터프로그램보호법 제48조 : 제46조제1항 및 동조 제3항제2호·제4호의 죄는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자의 고소가 있어야 고소를 제기할 수 있다.
61) 컴퓨터프로그램보호법 제50조.

제4장 우리나라 지적재산권의 형사법적 보호

제1절 고소제도(친고죄)에 관한 일반적 고찰

1. 고소의 의의

형사소송법상 "告訴"란 범죄의 피해자 및 그와 일정한 관계에 있는 자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고함으로써 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 범죄사실을 신고하는 것이므로 고소대상인 범죄사실이 특정되어야 한다.[62] 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는가를 확정할 수 있는 정도면 족하며, 고소인이 범행의 일시, 장소, 방법이나 죄명까지 상세히 지적할 것을 요하지 않는다.[63] 그러므로 범인의 성명이 불명확하거나 오기가 있거나, 범행의 일시·장소·방법 등이 명확하지 않거나, 틀린 곳이 있어도 고소의 효력에는 영향이 없다. 또한 범죄사실에 대한 신고만 있으면 범인이 누구인가 적시할 필요도 없으며,[64] 지정한 범인이 진범이 아닌 경우에도 그 고소의 효력에는 영향이 없고 진범에 대해 유효하다고 한다.[65]

이와 관련하여 우리 대법원은 "고소는 고소인이 일정한 범죄사실을

62) 대판 1981.10.31, 81도2133. ; 만약 범죄사실을 특정한 고소가 없는 경우에는 공소사실에 대하여 적법한 고소가 없으므로 그에 기한 공소제기의 절차는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다(대판 1984.3.13, 84도270).
63) 대판 1990.9.28, 90도603.
64) 이재상, 형사소송법, 박영사, 1997, 187면.
65) 日本 大判 1931.4.28, 判錄 23. 433; 日本 大判 1922.11.2, 刑集1, 616.

수사기관에 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시이므로 그 고소한 범죄사실이 특정되어야 할 것이지만 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는가 확정할 수만 있으면 되는 것이고, 고소인 자신이 직접 범행의 일시·장소와 방법 등까지 구체적으로 상세히 지적하여 범죄사실을 특정할 필요까지는 없다(대판 1984.10.23, 84도1704; 대판 1988.10.25, 87도1114)"고 하면서 "고소인이 피고소인들이 저지른 불법행위에 대하여 고소를 제기함에 있어 법의 무지로 비록 죄명을 잘못 적었다고 하더라도 그 고소내용이 객관적인 사실관계를 거짓없이 신고한 이상 무고죄가 된다고 할 수 없다(대판 1984.5.29, 83도3125)"고 판시하였다.

이러한 고소는 범인인 자신이 범죄 발각전에 신고하는 자수와 신고주체에서 차이가 있으며, 고소권자 및 범인 이외의 제3자가 신고하는 고발은 i) 대리인에 의한 고발이 허용되지 않는 점, ii) 고발 기간에 제한이 없다는 점, iii) 취소시기에 제한이 없다는 점 등에서 고소와 법적 취급을 달리 하고 있다.

2. 고소의 법적 성질

1) 권리설과 권능설

고소의 법적 성질에 대하여 먼저, 형사소송법상 하나의 권리라 하기보다는 수사의 단서에 지나지 않고, 특히 비친고죄의 경우 고소인에게 사건의 처리결과를 통지받을 권리,[66] 재정신청권,[67] 검찰항고권[68] 등이

인정될 뿐 소송조건이 아니며, 따라서 고소권자의 권리라 하기보다 오히려 법적 지위 내지 권능이라 보는 권능설[69]이 있다.

그러나 국가의 형벌권은 범죄피해자의 감정적 대응과 소추능력의 불비로 인한 왜곡을 방지하기 위하여 국가가 독점하는 것일 뿐, 원래 범죄 피해자의 '권리'를 국가가 대리하여 행사는 것으로 범죄의 피해자 및 그와 특정관계에 있는 사람이 가지는 권리로 이해할 수 있다.[70]

이와 관련하여 대법원은 "고소가 있어야 죄를 논할 수 있는 친고죄의 경우와 달리 비친고죄에 있어서 고소는 단순한 수사의 단서가 됨에 지나지 아니하므로 고소의 유무 또는 그 고소의 취소여부에 관계없이 그 죄를 논할 수 있다"[71]고 판시한 바 있지만, "피해자의 고소권은 형사소송법상 부여된 권리로서 친고죄에 있어서 고소의 존재는 공소의 제기를 유효하게 하는 공법상의 권리라고 할 것이므로 그 권리의 성질상 법이 특히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없다고 함이 상당하다"[72]고 판시하여 고소의 권리성을 분명히 한 바 있다.

2) 실체권설과 절차권설

---

66) 형사소송법 제258조, 제259조.
67) 형사소송법 제260조, 공직선거및선거부정방지법 제273조.
68) 검찰청법 제10조.
69) 谷口正孝, 告訴・告發・自首, 刑事訴訟法 基本問題 46講, 160면.
70) 江橋崇, 告訴の不受理は許容されるか, 法學セミナ, 1970.
71) 대판 1987.11.10, 87도2020.
72) 대판 1967.5.26, 67도471.

고소의 목적은 범죄자를 처벌하는 것으로 고소가 형벌의 필요여부를 결정한다는 점을 중시하는 "실체권설"과 고소를 본안판단의 전제조건인 소송조건으로 보는 "절차권설"이 있다. 절차권설에 의하면 고소가 없어도 범죄가 배제되는 것이 아니라 소추될 수 없기 때문에 처벌할 수 없는 것에 불가한 것으로 보게 된다. 실체권으로서의 성질과 절차권으로서의 성질의 결합으로 보는 "절충설"은 내재된 피해자의 보복욕구는 실체권적 측면을 가지는 동시에 외적으로는 특별한 소송조건으로 기능하는 고소의 2중적 성질을 인정하고 있다.

3. 친고죄의 의의 및 종류

1) 친고죄를 인정하는 이유

고소는 일반적으로 수사의 단서에 불과하지만, 친고죄에서는 유효한 고소가 없는 경우(고소가 적법하게 취소된 경우를 포함한다) 검사는 공소제기를 할 수 없고 고소는 소송조건이 된다. 어떠한 죄가 친고죄인가는 실체법에서 정해진다.

친고죄를 인정하는 이유는 크게 2가지 이유에서이다.

먼저, 공소를 제기하여 피해사실을 널리 알릴 경우 피해자의 명예, 비밀을 해할 염려가 있는 경우로서 예컨대 강간죄,[73] 死者의 명예훼손죄,[74] 업무상 비밀누설죄[75] 등의 경우가 그러하다.

---

73) 형법 제297조.
74) 형법 제308조.
75) 형법 제317조.

친고죄를 인정하는 또다른 이유는 사익성이 강하여 국가적 형벌에 의한 간섭없이 내부적으로 해결하는 것이 바람직하다는 이유에서[76] 피해자의 의사를 무시하면서까지 공소를 제기할 필요가 없는 경우로써 친족상도례[77] 등이 이 경우에 속한다.

즉, 친고죄에서는 문제되는 행위의 일반적 가벌성보다 오히려 피해자에게 불리하고 피해를 주는 불필요한 형사소송을 방지하는 소송법상 효과를 중요시하고 있는 것이다.

이러한 친고죄에 대하여는 "고소불가분의 원칙(Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags)"이 적용되는데, 고소불가분의 원칙이란 하나의 범죄 일부에 대한 고소 또는 그 취소는 사건 전부에 대하여 효력이 발생하며(객관적 불가분의 원칙), 수인의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에게도 효력이 미친다(주관적 불가분의 원칙, 형사소송법 제233조)는 것을 말한다.[78]

친고죄의 고소는 소송조건이고 공소제기는 고소에 의하여 좌우되기 때문에 국가형벌권의 행사가 피해자의 자의적인 의사에 좌우되어 형사사법의 공평성과 객관성이 상실되는 것을 방지하기 위해서, 고소불가분의 원칙을 통하여 친고죄의 고소권자가 범죄와 범인을 제한하거나 지정할 수 없도록 하는 것이다.

---

76) 이재상, 형법각론, 박영사, 1996, 263면.
77) 형법 제328조 2항, 제365조 1항.
78) 고소불가분의 원칙은 수사기관에 범죄사실을 신고하여 처벌을 요구하는 경우에만 적용되고, 조세범처벌법(대판 1962.1.11, 4293형상883),이나 관세법상의 즉시 고발의 경우(대판 1971.11.23, 71도1106)에 즉시고발의 특별요건의 구비여부는 범인 개개인에 대하여 따져야 하므로 고소불가분의 원칙이 적용되지 않는다. "반의사불벌죄"에 있어서도 공범자 사이에 불가분의 원칙이 적용되지 아니한다.

2) 상대적 친고죄와 절대적 친고죄

친고죄는 친족상도례의 경우와 같이 범인과 피해자가 일정한 신분관계에 있기 때문에 친고죄가 되는 "상대적 친고죄"와 범인의 신분과 상관없이 친고죄가 되는 "절대적 친고죄"로 구분하는 것이 일반적이다.

절대적 친고죄에서는 고소불가분의 원칙에 따라 공범 중 1인에 대한 고소의 효력은 다른 공범자 모두에게 미치지만, 상대적 친고죄에서는 그 신분관계가 있는 범인을 특히 지정하지 않으면 다른 공범자를 고소하여도 그 효과는 친족인 공범자에게 미치지 않는다. 또한 그 신분관계가 있는 자에 대한 고소취소는 다른 공범자에게 효력이 없다.[79] 이러한 예외에 대하여 상대적 친고죄의 경우 주관적 불가분의 원칙이 처음부터 타당하지 않다고 보는 견해[80]와 비신분자에 대한 고소는 친고죄의 고소가 아니므로 처음부터 고소불가분의 원칙과 상관이 없는 문제라고 보는 견해[81]가 있다.

4. 고소기간

친고죄에서는 범인을 알게 된 날부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다.[82] 친고죄의 고소는 소송조건이므로 공소제기의 여부를 오랫동안

79) 대판 1964.12.15, 64도481.
80) 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1996, 158면.
81) 신동운, 형사소송법 I, 법문사, 1997, 105면; 이재상, 전게서, 194면.
82) 형사소송법 제230조. 이에 대한 예외로 성폭력특별법에서 정한 성폭력 범죄의 고소기간은 1년이다(성폭력특별법 제19조).

사인의 의사에 맡겨 불확정한 상태에 두는 것을 막기 위한 것이므로 비친고죄에 대해서는 고소기간의 제한이 없다.

고소기간의 시기는 범인을 알게 된 날이다. "범인을 알게 된 날"이란 범죄행위종료 후의 날을 말하며, 고소권자가 범죄의 계속중에 범인을 알아도 그 날을 고소기간의 기산일로 할 수 없다.[83] 특히, 체포·감금죄와 같은 계속범에서는 그 범행계속중에 피해자가 범인을 알아도 그 지배하에 있는 한 고소를 할 수 없기 때문이다. 이른바 포괄일죄의 경우에는 그 최종범죄행위의 종료시 이후, 결과의 발생을 요건으로 하는 범죄에 대해서는 결과발생시 이후, 공범의 경우 교사범·방조범에 대해서는 정범의 범죄행위종료후의 시기가 기산점이 될 것이다.[84]

범인을 알게 되었을 것을 요하므로 단순히 범죄사실을 아는 것만으로는 고소기간이 진행되지 않는다. 여기서 범인을 알게 된 날이란 적어도 범인이 누구인가를 특정할 수 있을 정도로 알게 된 날을 말하며, 범인의 주소나 성명은 수사과정에서 밝혀야 할 내용이므로 반드시 알 필요는 없다. 또한 범인을 알게 된 날로부터 고소기간이 진행되지만 아직 범죄가 종료되지 아니한 때에는 고소기간이 진행되지 않는다.[85]

5. 친고죄의 고소전 수사

일반적으로 "수사"란 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수

83) 日本 最決 昭和 5.12.17, 刑集 24. 13. 1765.
84) 增井淸彦, 告訴·告發, 刑事法重點講座理論と實際, 立花書房, 1988, 57-58면.
85) 박상기/박강우, 고소제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998, 50면.

집·보전하는 수사기관의 활동[86] 또는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에 그 혐의의 진위를 확인하고 범죄가 발생하였다고 인정되는 경우 범인을 발견, 확보하며 증거를 수집, 보전하는 수사기관의 활동[87]을 말한다.

형사소송법에 의하면 수사기관은 범죄에 대한 주관적 혐의로 언제든지 수사에 착수할 수 있다.[88] 혐의를 가지게 된 원인은 묻지 않는다. 이 때 수사기관이 범죄혐의가 있다고 판단하게 되는 원인을 "수사단서"라고 한다. 수사단서에는 수사기관 자신의 체험에 의한 경우와 타인의 체험을 근거로 하는 경우가 있다. 현행범의 체포,[89] 불심검문,[90] 기사 또는 풍설에 의한 범죄혐의확인,[91] 타사건 수사중의 범죄발견 등이 전자에 해당한다. 이에 반하여 고소,[92] 자수,[93] 진정·탄원·투서·신고 등에 의한 범죄확인[94] 등은 후자의 경우에 속한다.[95]

즉, 고소는 범죄의 구성요건이 아니고 고소의 유무가 범죄의 성부에 하등의 영향을 미치지 않기 때문에 수사기관은 범죄의 혐의가 있다고 생각될 경우 필요한 수사를 행할 수 있다.

그러나 수사는 강제수사든 임의수사든 대개의 경우 수사대상자의 인

---

86) 정영석/이형국, 전게서, 139면.
87) 신동운, 전게서, 37면.
88) 형사소송법 제195조, 196조.
89) 형사소송법 제212조.
90) 경찰관직무집행법 제3조.
91) 사법경찰관리집무규칙 제20조.
92) 형사소송법 제223조.
93) 형사소송법 제240조.
94) 사법경찰관리집무규칙 제20조.
95) 서울고등검찰청, 검찰항고·고소제도 개선 및 사건처리절차 합리화 방안 연구, 1997, 16면.

권을 침해하거나 제한하는 성질을 가지므로 수사기관의 재량에 전적으로 맡겨질 수 없다는 것은 법치주의 원칙상 당연하다. 이러한 이유에서 헌법과 형사소송법은 수사절차에서의 기본권을 보장하기 위하여 여러 규정을 두고 있으며,[96] 수사권의 발동과 행사에 대한 실정법적 이론적 제한을 위하여 수사의 조건이 제시될 필요가 있는 것이다.[97]

그런데 수사의 궁극적 목적은 공소제기를 통한 국가형벌권의 발동이며 공소제기의 가능성을 당연한 전제로 하기 때문에 공소제기의 유효적 법요건인 소송조건이 수사의 조건이 될 수 있다.[98] 이와 관련하여 친고죄에 대하여 고소권이 아직 존재하지만 고소권자의 고소가 없는 경우 임의수사나 강제수사가 허용되는가에 대하여 학설상 다툼이 있다.

먼저, "전면적 허용설"은 일본 최고재판소가 취하고 있는 견해로[99] 친고죄에 대하여 고소가 없는 경우에도 임의수사는 물론 강제수사도 일반적으로 가능하다고 보고 있으며, 이는 친고죄의 고소가 소송조건일 뿐 수사의 조건은 아니라는 점을 그 주된 논거로 한다. 이에 대하여는 피해자의 의사를 존중하려는 친고죄의 입법취지와 부합하지 않고 공소제기의 가능성이 없는 수사까지 허용하게 됨으로써 공소제기의 준비절차라는 수사의 본질에도 반한다는 비판이 있다.[100]

---

96) 특히 형사소송법은 강제수사법정주의(동법 제199조 제1항 단서)를 비롯하여 개개의 강제수사에 필요한 요건을 개별조문에서 규정하고 있다.
97) 백형구, 현대수사법의 기본문제, 1985, 78면.
98) 백형구, 전게서, 80면.
99) 사법경찰관리 및 검찰권은 당해 공무원의 고발을 기다려 논하여야 할 국세범칙사건에 대하여 그 고발전이라도 강제수사를 할 수 있다(日最決 昭和 35.12.23).
100) 강동범, "친고죄에 있어 고소전 수사의 허용여부", 판례월보 307호, 1996, 43면.

"전면부정설"은 친고죄에 대하여 고소가 없는 경우에는 강제수사는 물론 임의수사도 허용될 수 없다는 견해[101]로서 친고죄의 경우 고소권이 없으면 공소권이 발생하지 않으므로 그 준비를 위한 수사기능도 발생하지 않으며 친고죄의 취지를 고려하여 피해자의 명예를 보호하여야 한다는 점을 논거로 한다.[102] 그러나 친고죄에 관하여 고소가 없는 때에도 증거와 범인을 발견·확보할 필요성이 있다는 점에서 타당하지 않다고 할 것이다.

"제한적 허용설"은 우리나라 다수설이지만, 수사를 허용하는 구체적 범위에 있어서는 다시 견해가 나누어진다. 제한적 허용설에 의하면 친고죄는 가해자와 피해자의 자율적인 갈등해소와 사생활의 비밀을 보장하기 위해 국가형벌의 개입을 자제하는데 그 목적이 있으므로, 고소가능성이 전혀 없는 경우 예컨대 고소기간의 경과로 고소권이 소멸하거나 고소취소나 합의서 등의 제출로 처벌을 희망하지 않는 의사표시가 명백한 경우[103]에는 일체의 수사가 허용되지 않으며, 고소 가능성이 남아 있는 경우 제한적으로 수사가 허용되는데 i) 강제수사도 허용된다는 견해,[104] ii) 원칙적으로 임의수사만 허용되지만 강간죄와 같은 폭력범죄의 경우에 한하여 강제수사가 허용된다는 견해,[105] 강제수사의 경우 신중을 기하여야 한다는 견해[106]가 있다.

이들의 주된 논거는 친고죄의 고소는 본질적으로 공소제기의 조건이

---

101) 豊島直通, 刑事訴訟法新論, 490면; 백형구, 전게서, 82면.
102) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 150면.
103) 형사소송법 제232조.
104) 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2000, 357면; 정영석/이형국, 전게서, 148면.
105) 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1999, 172면.
106) 이재상, 형사소송법, 1997, 177면; 강구진, 형사소송법원론, 1982, 161면.

며, 고소전이라도 수사의 필요성이 있다는 점, 피해자의 의사존중이라는 입법자의 의사를 존중한다는 점, 수사가 공소제기를 위한 준비절차라는 점 등이다.

이와 관련하여 우리 대법원은 "친고죄나 세무공무원의 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소송조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고는 할 수 없다"[107]고 판시하고 있는데, 이는 학설 중 우리나라 다수설인 "제한적 허용설"을 따르고 있는 것으로 해석된다.[108] 그러나, "전면 허용설"과 "제한적 허용설"은 실질적으로 차이가 없으며, "국가 형벌권의 적정한 행사를 담보하면서도 친고죄의 취지를 고려하여 원칙적으로 고소전에는 수사를 금지하되 예외적으로 긴급한 경우에만 타당하다"고 하여 이를 비판하는 견해도 있다.[109]

6. 친고죄에 인정 여부에 관한 논의

친고죄로 정한 목적이 모두 동일하지는 않지만, 친고죄의 핵심적인

---

107) 대판 1995.2.24, 94도252.
108) 그러나 본 판결을 기초로 대법원이 "전면 허용설"을 지지하고 있다는 견해도 있다(신동운, 전게서, 76면).
109) 강동범, "친고죄에 있어 공소전 수사의 허용여부", 고시계, 1997.8, 28면.

목적은 피해자를 위한 사건의 비밀유지와 형사소추에 대한 공공의 이익의 결여(경미한 법익 침해)를 이유로 무조건적 형사소추를 금지하는 데 있다.

그러나, 예전부터 범죄소추를 피해자의 처벌의사에 내맡김으로써 발생하는 소송관계의 불안정을 논거로 친고죄에 관한 비판이 계속되어 왔다. 특히, 친고죄를 폐지하여야 한다고 극단적으로 주장하는 빈딩(Binding)은 피해자의 사적 복수를 형법의 목적보다 우위에 두는 것은 모순된 것이라 반박하였다.[110] 그는 고소제도로 인하여 고소권을 피고소인에 대한 강압수단으로 활용하려는 악의의 고소인을 유리하게 취급하게 되고, 형사사법기관이 개인의 기분이나 저열한 동기에 지배될 수 있으며, 친고죄의 존재는 결과적으로 불평등한 소추를 가져온다고 비판하고 있다.

그러나, 고소제도 존립의 불가피성을 인정하여, 개선을 통한 고소제도의 유지를 주장하는 견해가 지배적이다.[111] 고소의 남용가능성보다 화해사상에 기반한 고소제도의 장점, 즉 피해자의 비밀보장 등 피해자의 특별한 이익을 고려할 수 있다는 점이 중시되어야 하며, 공공의 이익의 흠결과 피해자 이익의 우월은 고소제도존립의 불가피성을 말해준다고 한다.[112]

친고죄의 또다른 형사정책적 존재이유로서 친고죄의 존재가 수사건수와 처벌건수를 경감시켜 준다는 점이 간과될 수 없다. 이 점에서 친고죄의 고소제도는 형사정책적으로 형사사법기관의 부담경감과 비범죄

110) Binding, Handbuch I, 603면, Anm 5.
111) Germann, SchwZStr 49, 322; Maiwald, GA 1970, 33이하.
112) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl., 722면.

화 기능을 수행한다. 이에 대해서는 물론 피해자의 사적 이익이 범죄의 처벌을 결정할 수 없다는 비판이 있으나, 이러한 비판은 입법적인 것과는 거리가 있고 고소제도의 입법적 취지와 동떨어진 관점들이 개입할 수 있다는 점에서 적절치 않다고 한다.[113]

7. 반의사불벌죄와의 비교

1) 반의사불벌죄[114]의 의의

우리 형법에서는 의용형법상 친고죄이던 폭행죄, 과실치상죄, 명예훼손죄, 國交에 관한 죄, 그리고 비친고죄이던 脅迫罪를 "피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없다"라는 형식으로 규정함으로써 새로운 범죄의 유형을 창설하였다.[115] 이와 같이 고소가 있어야 논한다고 하는 친고죄와는 달리, 다른 일반범죄와 동일하게 피해자의 의사와 관계없이 訴追할 수 있으나 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 명백히 하는 경우에 소추할 수 없는 범죄의 유형을 "반의사불벌죄"

---

113) 박상기/박강우, 전게서, 77면.

114) 일반적으로 "반의사불벌죄"라는 용어가 사용되고 있으나, 反意思不論罪(강구진, 刑法講義 各論 I, 박영사, 1983, 78면)나 反意思不處罰罪(염정철, 형법각론, 61면)라는 용어로 불리어지기도 한다.

115) 이는 일본 개정 刑法假案의 영향을 받은 입법형식으로 추측되는 바, 일본에서는 그 후 1961년도의 개정 형법 준비초안에서 반의사불벌조항이 삭제되었는데, 일본에서 결국 반의사불벌죄를 받아들이지 아니한 것은 국가형벌권 확대에 대한 우려와 사인의 의사존중이라는 취지에서이다. 자세한 것은 鈴木義男, "刑法全面改正に關係法制審議會の審議", ジュリスト No. 570, 1974, 61면 이하; 日本法務省刑事局, 改正刑法草案の解說, 1974.12, 6면 이하; 안대찬, "일본 개정형법초안에 대한 관견", 「형법개정의 諸論點」, 형사법개정특별심의회, 1985, 329-348면 참조.

라고 한다.

이를 법적 효과면에서 보아 "해제조건부범죄"라고도 할 수 있다는 견해[116]도 있으나, 반의사불벌죄에 있어 명시한 의사표시로 의하여 訴追할 수 없게 되어도 그 범죄는 실체법상 可罰的으로 존재하기 때문에 위 표현은 정확한 것이라고는 할 수 없다.[117]

반의사불벌죄의 "명시한 의사"에 대하여 문언의 충실한 해석상 소송조건이 아니라 處罰阻却事由라고 보는 설[118]과 형사소송법 제327조 제6호의 규정상 고소와 마찬가지로 소송조건으로 보는 설로 나누어지고 있으나, 명시한 의사는 범죄의 성립 및 可罰性과는 관계가 없이 오직 소송의 진행, 발전을 저지하려는 소극적인 의사표시로서 소극적 소송조건으로 보아야 할 것이다.

따라서 고소와 명시한 의사는 소송조건으로서, 그것이 결여되면 결국 범죄의 처벌을 불가능하게 하는 점에서 처벌조건[119]과 유사하나, 소송조건이 흠결된 경우에도 실체법적으로는 형벌청구권이 발생하고 따라서 범죄는 可罰的이라는 본질적인 면에서, 형벌권의 존재 또는 행사의 조건이며 실체법상의 조건으로서 형벌청구권의 발생을 阻却하는 객관적 사유에 불과한 처벌조각사유나 처벌조건과는 명백히 구별되어야 한다.[120]

---

116) 이재상, 형법각론, 박영사, 1996, 59면; 강구진, 전게서, 78면.
117) 이상철, 친고죄와 반의사불벌죄에 관한 연구, 서울대 대학원 석사학위논문, 1986, 10면.
118) 염정철, 전게서, 62면.
119) 處罰條件이라 함은 범죄성립이 있음에도 불구하고 그 형벌권의 발동이 어떤 외부적, 우연적 사유에 의하여 형벌권이 발생되지 아니하는 경우를 말한다.
120) 이상철, 전게논문, 13면.

반의사불벌죄의 명시한 의사표시는 절차면에 관한 사유를 소송조건으로 하는 형식적 소송조건이므로, 반의사불벌죄에 대하여 수사기관이 수사를 계속하고 소추기관이 공소를 제기하였는데 뒤늦게 피해자가 處罰不願의 의사표시를 한 때에는 수사기관은 그때부터 수사절차를 중단하여야 하며, 이미 공소가 제기된 이후라도 제1심 판결이 선고되기 전까지 피해자가 처벌불원의 의사표시를 하였다면 법원은 공소를 기각하여야 한다.[121] 이는 친고죄의 경우 고소취소와 같은 법적 효과이다.

2) 反意思不罰罪와 親告罪의 차이

어떤 범죄가 반의사불벌죄로 규정되어 있을 경우 그 범죄를 인지한 수사기관은 피해자의 고소나 처벌의 의사표시가 없어도 바로 수사에 착수할 수 있고, 그 상태에서 행한 수사기관의 압수·수색 등의 강제처분도 유효한 수사행위로 간주된다는 점이 친고죄와 가장 다른 점이다.

친고죄의 경우 고소 전 수사의 적법성에 대하여 학설상 다툼이 있지만, 강제수사까지 일반적으로 가능하다고 볼 수는 없으며, 고소기간의 경과로 고소권이 소멸하거나 고소취소나 합의서 등의 제출로 처벌을 희망하지 않는 의사표시가 명백한 경우에는 일체의 수사를 중단하여야 하기 때문이다.

반의사불벌죄의 경우 처벌을 원하는 의사를 표시하여야 할 기간의 제한이 없다는 점도 고소기간의 제한이 있는 친고죄와 차이가 있다.

121) 형사소송법 제327조 제5호.

예를 들면 친고죄의 경우에는 피해자를 기망하거나 설득하여 고소기간 동안 고소하지 않도록 유도하면 형사처벌을 면할 수 있으나 반의사불벌죄의 경우 이러한 기망행위는 통할 수 없으며, 따라서 반의사불벌죄로 규정되어 있는 경우 친고죄로 규정되어 있는 경우보다 형사적 보호의 정도가 강하다고 할 수 있다.

제2절 지적재산권의 형사법적 보호

1. 총설

우리나라 지적재산권법에서는 지적재산권 침해행위에 대하여 모두 민·형사적 구제절차를 마련하고 있으며, 상표권의 침해를 제외하고는 지적재산권의 침해죄를 친고죄로 규정하고 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 일반적으로 친고죄 규정의 입법취지는 첫째, 범죄를 수사·기소하여 공개재판에 회부하는 것이 피해자 등에게 오히려 더 큰 고통과 수치감을 줄 우려가 있을 경우 피해자의 명예와 이익을 존중해야 할 필요가 있기 때문이며, 둘째 비교적 경미한 범죄에 대해서는 피해자의 의지나 감정을 고려하는 것이 더 바람직하기 때문이다.

그러나 지적재산권 침해죄를 친고죄로 규정한 입법취지는 달리 고려해볼 필요가 있다. 지적재산권의 침해죄는 강간죄나 사자의 명예훼손죄, 업무상 비밀누설죄 등의 경우와 같이 공소를 제기하여 피해사실을 널리 알릴 경우 피해자의 명예, 비밀을 해할 염려가 있다고는 볼 수

없기 때문에, 공익을 보호하기 위한 측면이 적고 피해가 비교적 경미하여 피해자의 의사를 무시하면서까지 공소를 제기할 필요가 없는 경우로서 보아야 할 것인데 지적재산권의 침해죄를 이러한 경우로 볼 수 있는지는 논란이 있을 수 있기 때문이다.

결국 지적재산권의 침해죄를 친고죄로 규정한 이유는 지적재산권제도의 특수성에서 찾아야 할 것이다. 생각컨대 지적재산권제도의 발생기원상 민사적 색채가 강하고, 지적재산권의 침해행위에 대해서도 자연범이라기 보다는 국가 정책적 고려에서 비롯되었다는 역사적 배경과 지적재산권 침해에 대하여 민사적 보호절차만을 두고 있는 입법례가 적지 않다는 점도 그 근거가 될 수 있을 것이다. 이러한 지적재산권제도의 특수성에 기인하여 지적재산권 침해죄는 공익성이 강한 상표권의 침해를 제외하고는 친고죄로 되어 있으며, 이하 산업재산권과 저작권으로 나누어 친고죄를 중심으로 지적재산권의 형사법적 보호에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 산업재산권의 형사법적 보호

먼저 특허법은 형사처벌의 대상으로서 침해죄(특허법 제225조[122]), 위증죄(동법 제226조[123]), 허위표시의 죄(동법 제227조), 詐僞行爲의 죄(동법 제228조[124]) 및 비밀누설죄(동법 제229조[125])를 규정하고, 침해죄

122) 제225조 (침해죄) ① 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.[시행일 2001 · 7 · 1]

123) 제226조 (위증죄) ① 이 법의 규정에 의하여 선서한 증인 · 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술 · 감정 또는 통역을 한 때에는 5년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.[시행일 2001 · 7 · 1]

에 대하여는 "제1항의 죄는 고소가 있어야 논한다(동법 제225조 제2항)"하여 이를 친고죄로 하고 있다. 이밖에 침해행위를 조성한 물건 또는 그 행위로부터 생긴 물건의 몰수(동법 제231조[126])) 및 침해자 외에 그 법인 또는 개인에 대하여 벌금형을 과할 수 있는 양벌규정(동법 제230조[127]))를 두고 있다.

이러한 규정은 다른 산업재산권법도 거의 같은 체계로 구성되어 있는데 상표법에서만 차이가 있다. 먼저 가장 큰 차이는 상표법상의 권리침해죄는 비친고죄로 규정되어 있다는 점이다.[128] 이밖에 창작을 보호대상으로 하지 않는 상표법에서는 "비밀누설죄"가 존재하지 않으며, "몰수"에 있어 그 대상에 차이가 있다.[129]

---

124) 제228조 (사위행위의 죄) 사위 기타 부정한 행위로써 특허, 특허이의신청에 대한 결정, 특허권의 존속기간의 연장등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.[시행일 2001・7・1]

125) 제229조 (비밀누설죄등) 특허청직원・특허심판원직원 또는 그 직에 있었던 자가 그 직무상 지득한 특허출원중의 발명에 관하여 비밀을 누설하거나 도용한 때에는 2년 이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처한다.

126) 제231조 (몰수등) ① 제225조 제1항에 해당하는 침해행위를 조성한 물건 또는 그 침해행위로부터 생긴 물건은 이를 몰수하거나 피해자의 청구에 의하여 그 물건을 피해자에게 교부할 것을 선고하여야 한다.

127) 제230조 (양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인・사용자 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제225조 제1항・제227조 또는 제228조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대하여는 다음 각호의 1에 해당하는 벌금형을, 그 개인에 대하여는 각 해당 조의 벌금형을 과한다.
1. 제225조제1항의 경우 : 3억원 이하의 벌금
2. 제227조 또는 제228조의 경우 : 6천만원 이하의 벌금[시행일 2001・7・1]

128) 상표법상 침해죄를 규정한 제93조에서는 다른 산업재산법과 같은 "제1항의 죄는 고소가 있어야 논한다"는 별도의 항을 두고 있지 않다.
제93조 (침해죄) 상표권 및 전용사용권의 침해행위를 한 자는 7년이하의 징역 또는 1억원이하의 벌금에 처한다.[시행일 2001・7・1]

129) 제97조의2 (몰수) ① 제93조의 규정에 의한 상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 제공되거나 그 침해행위로 인하여 생긴 상표・포장 또는 상품과 상표 또는 포장의 제작용구는 이를 몰수한다.
② 제1항의 규정에 불구하고 상품이 그 기능 및 외관을 해치지 아니하고 상표 또

3. 저작권 및 프로그램저작권의 형사법적 보호

1) 저작권법

저적권법상 죄는 그 형량에 따라 규정되어 있는데, 이를 그 내용에 따라 분류하여 열거하면 다음과 같다.

가. 저작권 등의 권리의 침해

a. 저작재산권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 재산적 권리를 복제·공연·방송·전시·전송·배포·2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 자(저작권법 제97조의 5)

b. 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 자(동법 제98조 제2호)

c. 제14조 제2항[130]의 규정에 위반한 자(동법 제99조 제2호)

d. 제92조[131]의 규정에 의하여 침해행위로 보는 행위를 한 자(동법

는 포장과 쉽게 분리될 수 있는 경우에는 그 상품은 이를 몰수하지 아니할 수 있다.

130) 제14조 (저작인격권의 일신전속성) ② 저작자의 사망후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

131) 제92조 (침해로 보는 행위) ①다음 각호의 1에 해당하는 행위는 저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다.

1. 수입시에 대한민국내에서 만들어졌더라면 저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국내에서 배포할 목적으로 수입하는

제99조 제4호)

e. 제32조 제4항[132]의 규정에 위반한 자(동법 제100조 제1호)

f. 제56조 제2항[133]의 규정에 위반한 자(동법 제100조 제2의 2호)

이러한 저작권 등의 권리의 침해죄는 개인적 이익을 침해하는 면이 강하여 원칙적으로 친고죄이다. 다만, 제14조 제2항 규정의 위반(c)은 그 요건에서 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 인정되는 경우로 한정되므로 다른 권리의 침해보다 공익적 측면이 강하여 이를 비친고죄로 하고 있다.

이와 함께 저작자나 촉탁자의 이익을 보호하고자 하는 규정을 위반한 경우(e, f)에도 저작자/촉탁자의 고소가 있어야 형사처벌할 수 있다.

이밖에 논란의 여지가 있는 것으로 침해로 보는 예비적 행위(d)에 대하여 형사법적 처벌이 가능한지 의문이 있다. 이와 관련하여 민사적 보호에 있어서도 그 성립요건에서 학설상 다툼이 있다. 먼저 침해로 간주되는 행위가 성립되기 위해서는 직접 침해가 수반되어야 한다는 "종속설"과 직접침해 유무와 관계없이 당해 규정에 해당하면 침해로

행위

2. 저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 정을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위

② 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 본다.

132) 제32조 (미술저작물등의 전시 또는 복제)

④ 촉탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 촉탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.

133) 제56조 (저작물의 수정증감) ② 출판권자는 출판권의 목적인 저작물을 다시 출판하고자 하는 경우에 특약이 없는 때에는 그때마다 미리 저작자에게 그 사실을 알려야 한다.

보는 행위로 성립된다는 "독립설"이 그것이다.[134] 그리고 산업재산권 분야에서는 "권리의 침해죄"에서 이에 대한 별도의 언급이 없어 형사법적 구제가 가능한지에 대하여 논의가 있으나, "죄형법정주의 원칙"과 직접침해의 미수범을 처벌하지 않는 것과의 "형벌의 불균형성"을 논거로 인정하지 않는 것이 타당하다 할 것이다.[135]

이러한 것을 고려하여 볼 때 권리침해의 개연성은 크지만 침해행위의 예비단계에 불과한 "침해로 보는 행위"에 대하여 명시적으로 형사처벌하고 있는 저작권법에서는 그 성립요건에서 종속설을 취하고 직접침해의 피해자의 고소에 의하여 형사처벌하는 것이 타당하다 할 것이다. 다만, "침해로 보는 행위"에 함께 규정되어 있으나, 그 실질은 침해의 예비적 행위로 볼 수 없는 경우도 있는데(저작권법 제92조 제2항, 컴퓨터프로그램보호법 제29조 제4항 제3호), 이에 대하여는 컴퓨터프로그램보호법에서 살펴보기로 한다.

나. 등록 및 표시의무의 위반

a. 제51조[136] 및 제52조[137](제60조 제3항 또는 제73조의 규정에 의하

134) 독립설과 종속설에 대하여 자세한 것은 송영식/이상정/황종환, 지적소유권법(上), 육법사, 1999, 418-419면.

135) 송영식/이상정/황종환, 전게서(上), 456면.

136) 제51조 (저작권의 등록) ① 저작자 또는 저작재산권자는 다음 각호의 사항을 등록할 수 있다.
1. 저작자 또는 저작재산권자의 성명·이명(공표 당시에 이명을 사용한 경우에 한한다)·국적·주소 또는 거소
2. 저작물의 제호·종류·창작연월일
3. 공표의 여부 및 맨처음 공표된 국가·공표연월일
4. 기타 대통령령으로 정하는 사항

여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 등록을 허위로 한 자(동법 제98조 제3호)

b. 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자(동법 제99조 제1호)

c. 제34조[138](제71조의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 위반하여 출처를 명시하지 아니한 자(동법 제100조 제1의 2호)

d. 제55조 제3항[139]의 규정에 위반하여 복제권자의 표지를 하지 아니한 자(동법 제100조 제2호)

허위로 등록하거나(a) 허위표시한 저작물을 공표한 자(b)에 대한 형사처벌은 원칙적으로 비친고죄이다. 이를 신뢰한 제3자로 하여금 또다른 저작권침해를 야기할 수 있으며, 등록제도의 공신력을 제고하기 위해서는 비친고죄로 함이 타당하다 생각할 수 있다. 그러나 출판권자가 복제권자를 표시하지 아니하거나(d), 저작물의 공정이용(fair use)시 출처를 명시하지 않은 자(c)에 대한 처벌은 친고죄로 하고 있다. 이러한 경우 당해 저작권자의 사익적 보호 측면이 강하고, 적극적으로 허위

---

137) 제52조 (권리변동 등의 등록·효력) 다음 각호의 사항은 이를 등록할 수 있으며, 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다.
1. 저작재산권의 양도(상속 기타 일반승계의 경우를 제외한다) 또는 처분제한.
2. 저작재산권을 목적으로 하는 질권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한.

138) 제34조 (출처의 명시) ① 이 절의 규정에 의하여 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제24조, 제26조 내지 제29조 및 제31조의 경우에는 그러하지 아니하다.
② 출처의 명시는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

139) 제55조 (출판권자의 의무) ③ 출판권자는 특약이 없는 때에는 각 출판물에 대통령령이 정하는 바에 의하여 복제권자의 표지를 하여야 한다.

등록(표시)한 전자의 경우와 달리 소극적으로 표시의무를 하지 아니한 경우는 공공의 이익 침해가 결여된 것으로 보아 친고죄로 규정한 것으로 해석할 수 있으나 그 기준이 반드시 분명하다고는 할 수 없다.

사실 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 저작물을 공표한 자(b)에 대해서도 당해 저작권자의 처벌의사를 존중하여 친고죄로 규정한다고 해도 해석상 문제는 없어 보인다. 즉, 친고죄냐 비친고죄냐의 결정은 이론적으로는 공공의 이익의 침해냐 경미한 사익의 침해냐 여부로 판단된다고 하지만 지적재산권 제도의 목적 자체에 공익적 요소와 사익적 요소가 혼재되어 있는 점을 고려할 때 오히려 입법정책의 문제가 아닌가 생각된다.

다. 저작권위탁관리업자에 대한 처벌

a. 제78조 제1항[140]의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 저작권신탁관리업을 한 자(동법 제99조 제3호)

b. 제78조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 저작권대리중개업을 하거나, 제80조 제2항[141]의 규정에 의한 영업의 폐쇄명령을 받

140) 제78조 (저작권위탁관리업의 허가등) ① 저작권신탁관리업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관의 허가를 받아야 하며, 저작권대리중개업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관에게 신고하여야 한다.

141) 제80조 (허가의 취소등) ② 문화관광부장관은 저작권위탁관리업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 저작권위탁관리업의 허가를 취소하거나 영업의 폐쇄명령을 할 수 있다.
1. 허위 기타 부정한 방법으로 허가를 받거나 신고를 한 경우.
2. 제1항의 규정에 의한 업무의 정지명령을 받고 그 업무를 계속한 경우.

고 계속 그 영업을 한 자(동법 제100조 제3호)

저작권위탁관리업자에 대한 처벌규정은 특정 저작권자의 사익과는 관계없는 규정으로써 모두 비친고죄로 되어있다.

이밖에 저작권법도 몰수[142]규정과 양벌규정[143]을 가지고 있는 것은 산업재산권법과 유사하다.

2) 컴퓨터프로그램보호법

컴퓨터프로그램보호법상 형사처벌의 대상은 다음과 같다.

가. 프로그램저작권 등의 권리의 침해

a. 제29조 제1항[144]의 규정을 위반한 자(컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항 제1호)

b. 제29조 제4항 제1호 및 제2호의 규정[145]에 해당하는 행위를 한 자

142) 제101조 (몰수) 저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하여 만들어진 복제물로서 그 침해자·인쇄자·배포자 또는 공연자의 소유에 속하는 것은 이를 몰수한다.

143) 제103조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.

144) 제29조 (프로그램저작권 침해행위 등) ① 누구든지 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해해서는 아니된다.

145) 제29조 (프로그램저작권 침해행위 등)

(동법 제46조 제1항 제2호)

c. 제30조[146]의 규정을 위반한 자(동법 제46조 제1항 제3호)

d. 제29조 제2항[147]의 규정을 위반한 자(동법 제46조 제3항 제2호)

e. 제29조 제4항 제3호[148]의 규정에 해당하는 행위를 한 자(동법 제46조 제3항 제4호)

---

④ 다음 각호의 사항의 경우 해당 프로그램저작권을 침해하는 것으로 본다.

1. 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위.
2. 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호의 수입프로그램을 포함한다)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위.

146) 제30조 (기술적보호조치의 침해 등의 금지) ① 누구든지 정당한 권원없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화(이하 "기술적보호조치무력화"라 한다)하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제10조의 규정에 의한 프로그램의 동일성을 변경하는 경우
2. 제12조 각호의 1에 해당되어 복제 사용하는 경우
3. 제14조의 규정에 의한 프로그램 사용자가 필요한 범위안에서 복제하는 경우
4. 정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 다른 프로그램과 호환성을 유지하기 위하여 필요한 경우
5. 정당한 권원에 의한 최종사용자로부터 프로그램의 수정·보완을 요청받은 경우
6. 정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 연구·교육 등의 목적으로 프로그램과 관련된 암호화 분석을 하기 위하여 필요한 경우[시행일 2001·7·17]

② 누구든지 상당히 기술적보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니된다. [시행일 2001·7·17]

147) 제29조 (프로그램저작권 침해행위 등) ② 정당한 권원없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경하여서는 아니된다.

148) 제29조 (프로그램저작권 침해행위 등)

④ 다음 각호의 사항의 경우 해당 프로그램저작권을 침해하는 것으로 본다.

3. 정당한 권한없이 고의로 저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위.

프로그램저작권 등의 침해죄에 대하여는 모두 친고죄로 규정되어 있다.[149] 저작권법과 달리 기술적 보호조치의 무력화 행위(c)를 형사처벌하고 저작권관리정보의 개변 등의 행위(e)를 침해간주행위로 보아 규제하고 있다. 침해로 보는 행위(b, e)에 대한 형사처벌의 적법성 여부에 대하여는 저작권법에서 살펴본 바 있고, 여기에서는 먼저 기술적 보호조치의 무력화 및 무력화 장치 등의 배포 등에 대하여 친고죄로 형사처벌하는 점에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 먼저, 기술적 보호조치의 무력화 행위(동법 제30조 제1항)를 친고죄로 규정한 취지를 생각해 보면, "침해로 보는 행위"와 마찬가지로 침해의 예비적 행위에 불과하고, 이 경우 피해자가 특정되어 있으며, 저작권 침해죄가 친고죄라는 것까지를 고려할 때 이를 비친고죄로 할 수 없음은 당연하다 할 것이다. 그러나, 기술적 보호조치의 무력화 장치 등의 배포 등(동법 제30조 제2항)의 경우 이러한 무력화 장치의 피해자는 실질적으로 침해가 발생하기 전까지는 특정될 수 없다는 문제가 있다. 그러나, 이 경우도 그 성질상 "침해로 보는 행위"에 불과하고, 그 성립요건을 "종속설"로 보는 것이 침해의제행위에 대한 형사처벌의 적법성 여부에 대한 비판에 대응할 수 있다는 점에서 직접침해를 기다려 피해자의 처벌의사에 따라 형사처벌하는 것이 타당할 것이다. 또한 이 규정의 무분별한 적용이 IT(Information Technology)관련 기술 발전의 걸림돌이 될 수 있다는 점, 그리고 저작권 침해죄가 여전히 친고죄로 규정되어 있다는 점

149) 제48조 (고소) 제46조 제1항 및 동조 제3항 제2호·제4호의 죄는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

까지를 고려할 때 그 예비적 행위를 친고죄로 규정하는 것은 불가피한 선택이라 생각된다.[150]

마지막으로 침해의 예비적 행위로 볼 수 없는 권리관리정보의 개변 등의 행위(동법 제29조 제4항 제3호)에 대하여 친고죄로 규정된 점에 대하여, 저작권법상 비친고죄로 규정된 "저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자(동법 제99조 제1호)"와 비교함으로써 친고죄의 적용범위를 재검토할 필요가 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 침해의 예비적 행위를 침해로 보는 행위로 규정하여 형사처벌할 경우 권리의 침해죄가 비친고죄로 전환된다 하여도 이를 친고죄로 규정하여야 할 나름대로의 이유가 있다. 그러나, 권리관리정보의 개변 등의 행위는 그것이 직접침해를 유발할 수 있는 예비적 성격을 가지고 있기는 하지만, 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자와 같이 공공의 이익을 침해하는 면도 없지 않다. 즉, 저작(권)자에 대한 허위의 정보를 부착하여 유통시킨 자에 대하여 저작권법에서는 비친고죄로 컴퓨터프로그램보호법에서는 친고죄로 규정되어 있다는 것은 그것이 경미한 사익을 침해한 것에 불과한 것이냐 아니면, 공공의 이익의 침해냐의 판단기준이 불명확하다는 것을 반증하고 있다고 할 것이다.

나. 등록 및 비밀유지의무 위반

150) 그러나 이 경우 일본 저작권법은 형사처벌의 범위에서 우리 컴퓨터프로그램보호법과 차이가 있지만 원칙적으로 비친고죄로 하고 있으며, 우리나라도 최근 저작권법 개정안에서도 이를 비친고죄로 규정하고 있다.

a. 제25조[151]의 규정에 위반한 자(동법 제46조 제2항)

b. 제29조 제3항[152]의 규정을 위반한 자(동법 제46조 제3항 제3호)

저작권법과 마찬가지로 허위로 등록한 자에 대하여는 비친고죄로 규정되어 있으며, 저작권법에는 규정이 없지만 산업재산권에서와 같이 비밀유지위반에 대하여도 비친고죄로 규정되어 있다.

다. 프로그램저작권위탁관리업자에 대한 처벌

a. 제20조 제1항[153]의 규정에 의한 지정을 받지 아니하고 프로그램저작권위탁관리업무를 한 자(동법 제46조 제3항 제1호)

b. 제20조 제2항[154]의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 프로그램저작권의 대리 또는 중개업을 한 자(동법 제46조 제4항)

저작권법과 마찬가지로 위탁관리업자에 대한 처벌은 비친고죄이다.

---

151) 제25조 (비밀유지의무) 제24조의 규정에 의하여 제출된 프로그램의 복제물을 관리하는 업무에 종사하는 공무원 및 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 비밀을 다른 사람에게 누설하여서는 아니된다.

152) 제29조 (프로그램저작권 침해행위 등) ③ 허위로 제23조의 규정에 의한 프로그램의 등록 또는 제24조의 규정에 의한 프로그램의 복제물의 제출을 하여서는 아니된다.

153) 제20조 (프로그램저작권 위탁관리기관지정등) ① 정보통신부장관은 프로그램의 이용을 촉진하고 프로그램관련산업을 육성하기 위하여 대통령령이 정하는 요건과 절차에 따라 프로그램저작권을 신탁관리하는 전문기관(이하 "위탁관리기관"이라 한다)을 지정하여 프로그램저작권 위탁관리업무를 수행하게 할 수 있다.

154) 제20조 (프로그램저작권 위탁관리기관지정등) ② 프로그램저작권의 대리 또는 중개를 업으로 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관에게 신고하여야 한다.

이밖에 컴퓨터프로그램보호법은 다른 지적재산법과 달리 상습범에 관한 특별규정[155]을 두고 있으며, 저작권법과 같은 양벌규정[156]도 가지고 있다.

155) 제47조 (상습범) 상습으로 제46조 제1항의 규정에 해당한 자는 5년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

156) 제50조 (양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제46조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다.

제5장 SW저작권의 형사적 구제제도의 문제점과 사법경찰관리제도

제1절 현행 SW불법복제단속과 친고죄 규정의 문제점

1. 현행 SW불법복제단속의 문제점

불법복제가 소프트웨어산업에 미치는 영향으로 인하여 정부는 지난 90년대부터 지속적으로 소프트웨어침해사범에 대한 단속을 실시하여오고 있다. 그러나 우리나라의 불법복제율은 선진국인 미국, 영국, 일본 등과 비교할때 다소 높은 편이며 세계 평균보다도 높은 편이다.[157] 높은 불법 복제율은 국내 소프트웨어산업의 성장을 가로막는 최대의 걸림돌이 되고 있으며 선진국과의 통상마찰문제로까지 확대되고 있을 실정이다. 불법복제율을 10% 낮출 경우, 소프트웨어산업의 매출은 1조 3천억원 증가하고 8만여명의 고용창출 효과를 발생시킬 것으로 예측되고 있다.

불법복제가 이루어지는 원인[158]으로는 우선 불법복제품이 정품보다

157) 한국 56%, 미국 24%, 일본 37%, 중국 94%, 영국 26%(BSA, Sixth Annual BSA Global Software, 2001. 5).

158) 프로그램심의조정위원회에서 조사한 바에 따르면 소프트웨어불법복제를 하게되는 동기로는 '소프트웨어가격이 비싸기 때문에'가 40.3%로 가장 높고, 다음으로 '정품보다 쉽게 구입할 수 있어서'가 18.3%, '새로운 버전의 소프트웨어가 곧 나오므로'가 11.3%, '주변 사람들도 복제품을 사용하는 것 같아서'가 8.5%를 차지하고 있다. 특이할 만한 것은 '정품구입에 따른 혜택이 별로 없어서'가 12.4%를 차지하고 있다는 것이다. 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사보고서, 2001. 2월.

가격이 저렴하다는 것이다. 사용자 입장에서는 불법복제품이 정품과 비교하여 품질에 있어 큰 차이가 없는 경우라면 비싼 정품보다는 가격이 싼 복제품을 선호하게 되는 것은 당연하다고 할 수 있을 것이다. 둘째, 어디에서든 불법복제품을 쉽게 구입할 수 있다는 점이다. 디지털 기술과 복제 기기의 발달은 누구든지 저렴한 가격으로 쉽게 복제 기기를 구입할 수 있게 만들었을 뿐만 아니라 이를 이용하여 복제품을 만들어 낼 수 있게 해주고 있다. 셋째, 그 동안 많은 인식의 변화는 있었으나, 아직도 소프트웨어는 무료라고 하는 인식과 소프트웨어의 불법복제가 개인의 재산권을 침해하는 행위라고 하는 사회적 인식의 부족이라고 할 수 있다.

1) 전문 수사 및 단속 인력의 부족

현재의 소프트웨어 수사 및 단속의 가장 큰 문제점은 인터넷 등 통신망을 통해 불법복제된 소프트웨어의 판매가 급증하고 있음에도 이를 감시하고 단속할만한 전문적인 전산지식을 갖춘 수사 인력과 이를 뒷받침할 상시적인 단속인력이 절대적으로 부족하다는 것이다.[159]

---

159) 대검찰청 형사부 보도자료(2001. 05. 15)에 따르면, 지난 3~4월간 전국 21개 지검·지청 직원과 정보통신부, 행정자치부 유관기관의 전산담당자들 260여명이 합동으로 실시한 지적재산권침해사범 특별단속에서 검찰은 총2,315개업체를 조사하였고 이 중 불법복제품 사용비율이 10%이상이거나, 정품구입가격 1,000만원 이상에 해당되는 복제품을 사용한 878개 업체를 입건하였다고 한다.

금번의 특별합동단속은 기업체 등을 중심으로 소프트웨어 정품사용 분위기를 정착시켰다고 하는 소득을 얻었지만, 단속과정에서 적지 않은 문제점들이 제기되었다고 한다. 단속에 참여한 대부분의 인력은 전문적인 전산지식을 지니고 있는 전

서울지검 컴퓨터수사부내 컴퓨터범죄 전담 검사실은 검사를 포함하여 4명으로 구성되어져 있고, 경찰청내에도 사이버범죄수사대가 설치되어 있으나 인터넷 등 정보통신망을 통한 음란물의 유통, 해킹 등의 사건을 주로 담당하고 있어 소프트웨어불법복제물의 유통이나 단속활동은 어려운 상황이다.

이러한 상황을 고려하여 컴퓨터프로그램보호법은 제34조에서 정보통신부장관은 관계공무원에게 정당한 권원을 가지지 아니한 자가 유통 또는 영리를 목적으로 부정복제한 프로그램, 통신망을 통하여 영리를 목적으로 전송하는 프로그램, 프로그램저작권을 침해하는 방법으로 제작된 프로그램을 그 사정을 알면서 취득한 자가 업무상 사용하는 프로그램, 기술적 보호조치를 무력화하기 위해서 제작된 기기, 장치, 부품 및 프로그램을 발견한 때에는 이들 복제물을 수거·삭제·폐기할 수 있는 권한을 부여할 수 있도록 하고 있다. 여기서 "관계공무원"이 정보통신부 관련 공무원을 의미하는 것이라는 것은 정보통신부장관의 권한범위에 비추어 알 수 있으나, 권한을 위임받은 관계공무원은 불법복제물을 "발견한 때"에 한하여 당해 불법복제물을 수거·삭제·폐기할 수 있다.

그러나 정보통신부장관으로부터 권한을 위임받은 관계공무원이라 하더라도 불법복제된 소프트웨어의 사용여부를 확인하고 이를 수거 등의 조치를 취할 수 있는 수사권이 부여된 것이 아니기 때문에 당해 소프

문가들이만, 수사업무에 관한 지식이 없는 관계로 단속과정에서 기업체들이나 교육기관들로부터 많은 마찰을 불러 일으켰다고 한다. 검찰은 이러한 문제점을 해결하고 지속적인 단속을 실시하기 위하여 기설치 되어있던 '지적재산권침해사범 지역합동수사반'을 상시 단속체제로 전환하여 운영한다고 한다.

트웨어가 불법복제물이라고 하는 명백한 증거가 존재하지 않는 한 당해 복제물을 수거·삭제·폐기 등을 할 수 없다는 한계가 있다.

통상 검·경합동으로 실시하고 있는 불법소프트웨어단속은 수사인력과 이를 뒷받침해줄 단속인력의 부족으로 인하여 정보통신부, 행정자치부 등 관계부처 소속 공무원들이 단속인력으로 참여하게 된다. 단속에 참여하는 공무원들은 전문적인 전산지식을 갖고 있지 않은 일반행정직 공무원들이 대부분이므로 실효성 있는 단속이 이루어지고 있는지는 의문이다.

그리고 단속에 투입된 일반공무원들이 수사권을 보유하고 있는 검찰 또는 경찰과 함께 단속활동을 수행한다고 하지만, 현행법상 일반공무원들에게는 수사권이 부여되어 있지 않기 때문에 단독으로 행하고 있는 단속활동이 적법한 행위라고는 볼 수 없을 것이다.

소프트웨어불법복제 단속은 전문적인 전산지식과 기동성을 요하는 업무로서 단속의 실효성을 높이기 위해서는 지속적인 단속활동이 이루어져야 하나, 수사인력의 절대적인 부족과 더불어 수사인력의 전문성이 결여된 현 상황에서는 어려운 일이 아닐 수 없다. 이러한 문제점들을 해결하기 위해서 일각에서는 정보통신부의 소프트웨어 진흥관련부서 공무원들에게 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'에 근거한 특별사법경찰권을 부여해야 한다는 의견이 제시되고 있다. 현실적으로 수사인력은 물론이고 이를 뒷받침해줄 단속인력이 부족하고 수사인력의 전문성 결여를 고려할 때 일견 타당한 주장이라고 보여진다.

2) 정보수집 및 범인 추적에 있어 기술상의 곤란

소프트웨어불법복제 사범 중 가벌성이 높은 사범들은 대부분 가차명의 핸드폰을 사용하면서 점조직화되어 있고, 동종사범들간의 유대감이 강하여 그 소재 및 인적사항을 파악하는데 상당한 어려움이 있다고 한다.

특히, 초고속통신망의 확대 보급과 게임방의 증가 등으로 인하여 불법복제된 컴퓨터프로그램 공급행위가 단순히 통신망을 통해 공급하는 수준에서 와레즈 사이트, FTP서비스, 뉴스그룹 등을 이용하여 신속하고 교묘하게 이루어지고 있다. 특히, 불법복제의 온상인 와레즈(Warez)사이트[160]에서는 수십만원대의 소프트웨어는 물론 수천만원대의 애니매이션 제작 프로그램도 불과 1~2만원이면 쉽게 구입할 수 있다고 한다.[161]

현재 off-line상에서 이루어지는 불법복제의 대부분은 '친구 또는 동료'를 통하여 이루어지고 있는 것으로 조사되었으며, 다음으로 '컴퓨터 구입시 미리 설치', '소프트웨어를 서버에 설치한 후 여러 사람과 공유' 순으로 조사되었으며, 기업, 정부 및 교육기관의 경우도 '친구 또는 동료'로부터 소프트웨어 대여받아 불법복제하는 것으로 나타났으며, 다음

160) 와레즈는 'where is it'의 구어체로, '쓸 만한 것을 찾아 다닌다'라는 의미지만 인터넷에서는 정품 소프트웨어를 복제해 배포하거나 MP3파일 등을 무료로 내려받게 해준다는 뜻으로 쓰인다.

161) 최근들어 와레즈의 피해가 심한 곳은 게임업계로 위자드 소프트가 출시한 '악튜러스'는 와레즈를 통한 불법복제품 때문에 5만 카피(20억원 상당)의 손실을 봤으며, 한빛 소프트도 '디아볼로2'의 불법복제로 200억원대의 영업손실을 입은 것으로 알려졌다. 판타그램이 제작한 '킹덤언더파이어'도 출시 전에 와레즈 사이트에 올라 많은 피해를 입었다고 한다(국민일보 2001. 03. 08).

으로 '컴퓨터 구입시 미리 설치', '불법복제 소프트웨어 구입을 권유하는 메일 순'으로 나타나고 있다.

개인의 경우 통신망을 통하여 불법복제된 소프트웨어 입수하는 경로는 '소리바다 또는 냅스터 등의 P2P프로그램'을 가장 많이 이용하고 있으며, 다음으로 '와레즈 사이트', '팝폴더 또는 웹하드 등의 인터넷상의 개인정보저장공간'을 이용하는 것으로 조사되었으며, 기업체, 정부 또는 교육기관의 경우에는 '와레즈 사이트'를 가장 많이 이용하고 있으며, 다음으로 '소리바다 또는 냅스터 등의 P2P프로그램', '팝폴더 또는 웹하드 등의 인터넷상의 개인정보저장공간'을 이용하는 것으로 조사되었다.

【표 5-1】 Off-Line상 불법복제 경로

불법복제의 경로	비율(%)
친구 또는 동료	48.4
컴퓨터 구입시 미리 설치	17.4
S/W를 서버에 설치한 후 여러 사람과 공유	9.7
전자상가	8.7
불법복제S/W구입을 권유하는 이메일	7.5
구입수량보다 초과 설치	3.4
S/W전문점에서 대여	2.8
기타	2.1

<자료 : 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사 보고서, 2001.2월>

【표 5-2】 조사대상별 불법복제경로(Off-Line)

(단위:%)

불법복제의 경로	대기업	중소기업	소기업	정부	대학	학원
친구 또는 동료	48.4	47.9	45.9	48.8	51.3	52.2
S/W를 서버에 설치한 후 여러 사람과 공유	6.3	9.5	13.1	9.6	10.5	8.8
불법복제S/W구입을 권유하는 이메일	9.1	8.7	6.2	5.2	4.7	10.4
전자상가	8.6	7.5	8.6	11.6	6.4	11.2
S/W전문점에서 대여	3.7	3.1	2.3	2.8	1.2	2.4
컴퓨터구입시 미리 설치	16.9	17.2	17.9	15.8	22.7	13.1
구입수량보다 초과 설치	4.9	3.4	4.0	2.8	0.9	2.0
기타	2.0	2.7	1.9	3.4	2.3	0.0

<자료 : 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사 보고서, 2001.2월>

【표 5-3】 On-Line상 불법복제 경로

불법복제의 경로	비율(%)
소리바다 또는 냅스터 등의 P2P 프로그램	28.7
팝폴더 또는 웹하드 등의 인터넷상의 개인정보저장공간	22.8
FTP	11.1
와레즈 사이트	22.7
뉴스그룹	1.6
기타	9.1

<자료 : 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사 보고서, 2001.2월>

【표 5-4】 조사대상별 불법복제 경로(On-Line)

(단위 : %)

불법복제의 경로	대기업	중소기업	소기업	정부	대학	학원
소리바다 또는 냅스터 등의 P2P 프로그램	25.7	27.8	28.8	21.4	32.3	42.0
팝폴더 또는 웹하드 등의 인터넷상의 개인정보저장공간	24.3	20.8	26.0	27.9	23.4	10.7
FTP	11.4	12.8	12.1	14.4	7.2	4.1
와레즈 사이트	31.6	22.5	23.4	25.4	26.3	36.1
뉴스그룹	1.9	1.4	2.0	1.5	1.2	1.2
기타	5.1	14.7	7.7	9.5	9.6	5.9

<자료 : 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사 보고서, 2001.2월>

불법복제된 소프트웨어 유통경로로 P2P프로그램을 이용하는 경우에는 P2P프로그램의 특성상 침해자를 처벌하는 것은 어렵다고 보아야 할 것이다. 또한 웹하드나 FTP서비스 등은 개인의 사적공간이기 때문에 이를 통하여 거래되는 것을 확인하기 위해서는 법관이 발부한 영장에 근거하여 한다. 한편 대법원은 2000. 10. 24자로 "당사자의 동의없이 e-mail 등 컴퓨터를 이용한 통신내용을 취득하거나 통신의 송·수신을 방해하는 것은 통신비밀보호법상 전기통신에 대한 감청에 해당되므로 통신제한조치허가사건으로 처리한다"는 내용의 예규를 제정해 같은 해 11월 1일부터 시행토록 한 바 있어 수사기관이 컴퓨터 통신내용을 강제로 취득하기 위해서는 반드시 통신제한조치허가를 받아야만 한다. 따라서 수사기관이 P2P프로그램이나 FTP서비스를 이용하여 신속하고 교묘하게 이루어는 불법소프트웨어 배포행위를 수사한다고 하는 것은 더욱 어렵게 되었다.

한편, 검·경이 합동으로 실시하고 있는 단속활동은 사업장 또는 사무실에서 사용하고 있는 PC에 등록된 프로그램을 점검용 디스켓으로 확인한 후 검색된 복제소프트웨어가 있는 경우에는 이에 대해서 정품 확인을 요청하고, 정품소프트웨어 또는 사이트 라이센스[162], 세금 계산서, 납품 확인서 등을 제시하지 못하는 경우에는 불법복제로 간주하고 있다고 한다.

그러나 검·경이 불법복제 소프트웨어설치여부를 확인하기 위해 사용하고 있는 점검용 프로그램은 그 회피방법이 공개되어 있어 단속의 어려움이 더욱 가중되고 있다고 보아야 한다.

3) 컴퓨터프로그램보호법 침해행위에 대한 사회인식의 부족

우리나라를 비롯한 일부 국가에서는 아직도 '소프트웨어=공짜'라는 인식이 남아 있다. 컴퓨터나 핸드폰 등 눈에 보이는 물건은 돈을 지불하면서도 소프트웨어나 지적재산처럼 눈에 보이지 않는 무형의 재산에는 국민 정서상 돈을 지불하는 것에 인색하다.

소프트웨어 불법복제에 관한 교육을 받은 경험이 있는가와 관련하여 기업체나 정부의 경우는 30%정도가 경험이 있다고 답하고 있으나, 대학의 경우는 92.5%가 불법복제에 관한 교육을 받아본 적이 없는 것으로 응답하고 있다. 또한 정품사용운동에 대한 인식, 불법복제 단속에 관한 인식 등에서 대학은 가장 낮은 것으로 나타나고 있다.

---

162) 사이트 라이센스란 하나의 정품소프트웨어를 가지고 여러 대의 PC에 설치해 사용가능 할 수 있도록 저작권자가 허락한 것을 말한다.

【표 5-5】 S/W 불법복제에 관한 교육의 경험 유·무

분 류	예	아니오
대기업	42.9	57.1
중소기업	29.1	70.9
소기업	24.9	75.1
정 부	39.3	60.7
대 학	7.5	92.5
학 원	28.9	71.1
전 체	**31.2**	**68.8**

<자료 : 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사 보고서, 2001.2월>

【표 5-6】 정품사용운동에 대한 인식 여부

분 류	예	아니오
대기업	91.7	8.3
중소기업	85.5	14.5
소기업	89.1	10.9
정 부	93.9	6.1
대 학	77.6	22.4
학 원	86.3	13.7
전 체	**88.4**	**11.6**

<자료 : 프로그램심의조정위원회, 한국식 S/W불법복제율 조사 보고서, 2001.2월>

위 조사에서 따르면 불법복제의 유혹을 가장 많이 느낄 수 있는 대

학생을 대상으로 한 정품 소프트웨어 사용홍보나 교육은 거의 이루어지고 있지 않고 있다고 볼 수 있다.

소프트웨어는 공짜라는 사회적 인식을 비난하기 전에 불법복제를 방지하기 위한 많은 노력들이 올바르게 실시되고 있는지를 반성해 볼 필요가 있다. 단순히 고가의 정품소프트웨어의 사용을 강조하는 것만이 소프트웨어의 불법복제를 근절케하는 최선의 방법은 아니다. 오히려 청소년기부터 무형의 재산도 유형의 재산과 같이 보호해 주어야 하며 소프트웨어를 불법적으로 복제하여 사용하는 것은 개인의 지적 창작물을 도둑질하는 범죄라는 인식을 심어줄 필요가 있다. 장기적으로는 교육을 통한 의식개혁이 불법복제를 근절시키는 최선의 방법일 것이다.

4) 그 밖의 문제점

전술한 문제점 외에 현행 소프트웨어불법복제 단속의 문제점으로는 우선 검찰과 경찰은 불법소프트웨어단속시 증거확보를 위하여 피의자 또는 피의회사의 동의없이 개인 컴퓨터내에 내장되어 있는 불법복제물에 대한 증거자료를 수집경향이 있다는 것이다. 친고죄의 경우 권리자의 고소가 있어야 수사가 가능하나, 학설은 고소가능성이 있는 경우에는 임의수사가 가능하다고 보고 있다. 그러나 친고죄의 경우에도 임의수사가 가능하다하더라도 국가형벌권 행사를 통하여 개인의 기본적 인권을 침해할 소지를 지니고 있는 수사활동은 최소한으로 제한되어야 할 것이다. 현재 검찰과 경찰이 실시하고 있는 불법소프트웨어

단속에서 적발된 침해자들에 대한 기소여부는 프로그램저작권자들에게 불법복제품 적발사실을 통보하고 고소장이 제출되는 경우에만 처벌하는 절차를 취하고 있다는 것이다.

둘째, 소프트웨어 육성 및 불법복제방지대책은 정보통신부에서 수립하고 단속은 검찰이 주체가 되어 실시하고 있어 소프트웨어불법복제방지 정책의 일관성이 없고, 양기관의 유기적인 협조가 이루어지고 있지 않다는 것이다. 셋째, 단속대상 및 기준의 불명확성과 일관성의 결여 문제로서 정부에서는 단속대상 소프트웨어로 시중에서 유통되고 있고 주로 많이 사용되고 있는 소프트웨어를 중심으로 선정하여, 공공기관·학교·기업 등을 무작위로 추출하여 단속을 하고 있어 범용성이 높은 특정사의 제품들만이 단속의 대상이 되고 특정사만이 단속의 이익을 향유하고 있다는 것이다. 또한 "단속기준"이 공개되어 있지 않아, 실제 단속활동이 시작되면 많은 국민들이 혼란에 빠진다는 것이다. 넷째, 현재의 단속활동은 충분한 홍보·계도기간 없이 실적위주의 단속을 실시함으로써, 적발된 기업들과 많은 마찰을 일으키고 있다는 것이다.

2. 친고죄 규정의 문제점

상표권의 침해를 제외하고 지적재산권의 침해죄에 대하여는 원칙적으로 친고죄로 규정되어 있으며, 그 이유는 친고죄의 일반적인 취지와 차이가 있다. 즉, 지적재산권의 침해에 피해자의 명예와 이익을 존중해야 할 필요가 있다고 보기 어려우며, 논리적으로는 공공의 이익의 침

해와는 무관한 사익에 관한 범죄로서 피해자의 의지나 감정을 고려하여 친고죄로 규정한 것으로 해석하여야 할 것이나, 앞서 살펴본 바와 같이 그 기준이 명확하지 않기 때문에 친고죄로 규정된 범죄들을 반드시 경미한 죄라 단정할 수 없다. 이러한 이유에서 지적재산권의 침해죄를 친고죄로 규정한 취지가 그 역사적 배경이나 각국의 입법례를 고려한 입법 정책상의 문제로서 검토되고 있는 것이다.

즉, 지적재산권제도의 발생 기원상 민사적 색채가 강하고, 지적재산권의 침해행위에 대해서도 자연범이라기 보다는 국가 정책적 고려에서 비롯되었다는 역사적 배경과 지적재산권 침해에 대하여 민사적 보호절차만을 두고 있는 입법례가 적지 않다는 점이 그 근거이다.

이 경우 지적재산권의 침해죄를 친고죄로 하여야 할 논리적 필연성은 존재할 수 없으며, 현행법상 친고죄 조항을 폐지하여 비친고죄나 반의사불벌죄로 변경한다 하여도 법리적인 장애 또한 발생할 수 없다. 이 문제는 "어떤 시기의 국민과 입법자가 합의하기에 달려있는 정책의지의 형성문제"로 볼 수 있다.[163]

그러나, 지적재산권의 침해죄에 대하여 일반적으로 비친고죄로 전환시키기 위해서는, 먼저 민사절차에 의하여 피해의 예방 및 회복을 구하도록 하고 피해자의 의사를 고려하여 자율적인 분쟁 해결방안을 유도하고자 하는 친고죄의 취지에 우선할 수 있는 “공익성의 침해여부”의 검토가 선행되어야만 한다. 이를 위해서는 그 기준이 제시되어야 할 것이나, 비친고죄로 규정하기에 상당한 공익성 침해의 기준을 일반

163) 심희기/하홍준, "산업재산권 침해에 대한 형사소추요건완화와 단속공무원에게 사법경찰권을 부여하는 방안", 한국발명진흥회, 1999, 51면.

화하여 조문화하는 데에도 적지 않은 어려움이 있다.

이와 관련하여 미국 저작권법이 제시하고 있는 방법이 한 방안일 수 있다. 즉, 기간을 한정하여 그 기간동안 침해한 저작물의 가격으로 형사처벌할 수 있는 침해를 특정하는 것, 즉 가격으로 제한하는 방안이다. 비친고죄로 규정하기에 상당한 가액의 침해가 있어 저작권질서를 침해하는 말하자면 공익을 침해한 경우에 한정하여 형사처벌 하는 것이다.

이 경우 지적재산권의 침해죄를 한정할 필요성에 대하여는 별개로 논의되어져야 할 문제이다. 사실 지적재산권의 침해에 있어 침해여부를 미리 판단함은 매우 어려운 일임에도 불구하고 분쟁 해결에 있어 유리한 지위를 선점하고자 민사적 절차에 앞서 형사고소하는 것이 일반적이고, 지적재산법의 특수성으로 인하여 침해여부는 결국 법원에서 결정될 수밖에 없기 때문에 형사처벌의 대상은 민사절차와 달리 그 침해여부가 보다 분명한 경우로 한정될 필요성이 있다.164)

비친고죄로 전환하기 위하여 검토되어야 할 또다른 과제는 "지적재산권 과보호 현상의 초래"와 "경찰과 검찰의 법집행 인력의 부족"이라는 현실적 문제이다. 즉, 친고죄 조항을 폐지하면 침해에 대한 구제가 형사처벌 위주로 될 우려가 있으며, 형사소추의 폭주가 예상되어 지적재산권 제도의 균형발전에 지장을 초래할 수 있다는 것이다. 사실 프로그램의 경우에는 자신의 프로그램으로 표준화시키기 위해 널리 보급시킬 필요성이 있을 수 있는데 직권으로 침해행위를 단속하는 것은 권

164) 이는 프로그램저작권 침해죄에 한정된 문제가 아니며, 지적재산권 전반에 있어 형사처벌의 범위를 구체화하여 한정할 필요성에 대한 논의는 향후 보다 근본적인 시각에서 검토되어야 할 문제이다.

리자의 의사에 반하게 되며, 자신의 권리의 보호·관리를 태만히 하고 있는 자를 부당하게 보호하게 되어 형사처벌의 보충성 원칙에도 반하게 된다.

요약하면, 지적재산권 침해죄에 대하여 친고죄로 규정하여야 할 논리적 필연성은 없으며, 친고죄 조항을 폐지한다 하여도 특별한 법리적인 장애가 발생할 것 같지도 않다.[165] 그러나 비친고죄로 전환하기 위하여는 자율적인 분쟁 해결방안을 유도하고자 하는 친고죄의 취지에 우선할 수 있는 "공익성의 침해기준"의 검토와 "경찰과 검찰의 법집행 인력의 부족"이라는 현실적 문제, 그리고 지적재산권의 특수성을 고려한 지적재산권 "형사처벌 대상의 한정·구체화"에 논의와 사회적 합의가 선행되어야 할 것이다.

제2절 사법경찰관리제도

1. 사법경찰관리의 정의

특별사법경찰관리의 발상은 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'이 교도소·구치소나 소년원에 근무하는 국가공무원, 등대에 근무하며 등대사무에 종사하는 국가공무원, 철도공안사무에 종사하는 자, 선장 등에게 수사권을 부여하고 있는 바와 같이, 범죄의 발생지역이 일반사법경찰관리의 수사권이 미치기 어려운 경우 수사권을 행사할 수 있는 적절한 위치에 있는 관련 공무원에게 수사권을 부여하려

165) 심희기/하홍준, 전게서, 51면.

는 發想에서 유래한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

초기의 이러한 발상은 범죄의 성질이 전문화되어가면서 그 범죄와 밀접한 관계가 있는 사무를 직무상 취급하여 전문적 지식을 갖춘 공무원에게 수사를 맡기는 것이 효과적이라고 판단하여 관련 공무원에게 수사권을 부여하는 것으로 확대되었다. 산림공무원, 세무공무원, 소방공무원 등이 대표적인 예라고 할 수 있을 것이다.[166]

결국, 특별사법경찰관리제도는 해당업무에 종사하는 관련 공무원에게 직무와 관련된 범죄만을 수사할 수 있도록 함으로써 일반사법경찰관리의 지역적 제약과 전문성 부족으로 인한 애로를 해결하려는데 그 근본 취지가 있다고 할 수 있을 것이다.

사법경찰관리라함은 수사의 주재자인 검사의 지휘를 받아 수사를 할 수 있는 수사기관으로서 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 하고[167], 사법경찰리는 검사나 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조한다.[168]

사법경찰관리에는 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리가 있다. 일반사법경찰관리는 경찰직과 검찰직으로 구분할 수 있다. 경찰공무원 중 경무관·총경·경정·경감·경위는 사법경찰관에 해당되고, 경사·경장·순경은 사법경찰리에 해당된다.

특별사법경찰관리는 산림·해사·전매·세무·군 수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 수행하는 자[169]로서 그 직

166) 형사소송법 제197조는 "삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위를 법률로써 정한다."라고 규정하고 있다.
167) 형사소송법 제196조 제1항.
168) 형사소송법 제196조 제2항.

무범위 내지 수사관할은 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'을 통하여 제한된다는 점에서 일반사법경찰관리와 구별된다.

'사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'에 따르면 특별사법경찰관리는 법률상 당연히 사법경찰관리의 권한이 있는자와 검사장의 지명에 의하여 사법경찰관리로서의 권한이 인정되는 자로 구분되며, 교도소장, 근로감독관, 국립공원관리공단 임직원, 국가정보원 직원, 군 사법경찰관리 등이 전자에 해당된다.

2. 행정청의 특별사법경찰권 보유현황과 직무범위

본래 경찰공무원이 아닌 행정공무원에게 사법경찰권을 부여하는 것은 사법제도상 바람직한 현상은 아니다. 그러나 그 분야에 따라서는 사법경찰권을 행사하는 자에게 통상의 경찰공무원에게 결여되어 있는 일정한 전문성과 기동성이 요구되는 경우가 많다. 많은 나라들에서 관세사범 단속을 위하여 세관당국에 대하여 특별사법경찰권을 부여하고 있는 이유도 여기에 있다. 다른 한편으로는 일정한 전문성을 갖춘 행정인력을 활용하고 동시에 단속의 기동성을 기할 수 있는 점을 감안하여 우리나라에서는 국가의 행정공무원이나 지방자치단체의 공무원에게 '한정된 특수분야와 특수영역에서' 사법경찰권을 행사하도록 하는 관행이 생성되었으며, 그 범위는 계속 늘어나고 있다. 현재 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'에서 특별경찰권을 부여하고 있는 행정기관 현황과 직무범위·수사관할을 정리하면 아래의 표와

169) 형사소송법 제197조.

부처	조 사 권 한		운 영 현 황
	행 정 조 사	사 법 수 사	
환경부	· 보고 및 자료제출명령권 · 사업장 출입권 · 오염물질 채취권 ※실효성 확보수단 : 벌금 또는 과태료	· 검사장의 지명에 의한 환경범죄 수사권 - 약 530여명	· 환경공무원의 수사 전문성 부족 및 복잡한 수사절차로 수사실적은 미비
관세청	· 운송기관의 출발·진행중지 · 통관의 보류 · 서류제출 및 보고 등의 검사 · 경찰관서의 장 등에 대한 원조 요구 ※실효성 확보수단 : 벌금	· 검사장의 지명에 의한 관세범 수사관 - 약 460여명 · 총기의 휴대 및 사용	· 고발대상은 즉시 검찰고발
노동부	· 장부, 서류의 제출요구권 · 사업장, 기숙사, 부속건물 임검권 · 사용자와 근로자 심문권 ※실효성 확보수단 : 범금 또는 과태료	· 근로감독관은 검사장의 지명없이 법령의 규정에 의한 사법경찰관임 -약 900명	· 노동사건은 대부분의 수사가 근로감독관에 의해 이루어지고 있음(전속고발권 없음)
국세청	· 일반세무조사(임의조사) - 질문조사, 검사권 - 서류제출명령권 - 거래처 및 금융기관 확인조사권	· 조세범처벌절차법에 의한 범칙사건조사 - 사법경찰관리가 아닌 특수한 조사공무원 ※ 실효성 확보수단 : 벌금 또는 과태료	· 충분한 자료확보가 가능하므로 주로 임의조사에 의존 · 고발조치한 예는 거의 없으며, 대부분 행정처분인 통고처리 조치
산업자원부	· 완산지 표시위반 수입물품 검사 ※실효성 확보수단 : 과태료	· 검사장의 지명에 의한 사법수사 - 산업자원부, 시·도, 시·도·군·구 단속공무원	· 주로 지방자치단체에서 단속업무 수행
식품의약품안전청	· 장부·서류 열람권 · 출입·검사·수거권 ※실효성 확보수단 : 벌금 또는 과태료	· 검사장의 지명에 의한 사법수사 - 식품의약품 안전청, 시·도시·군·구의 단속업무 공무원	· 사법경찰관에 의한 운영은 미미하여 주로 각 지청과 지방자치단체에서 수행
공정거래위원회	· 정보요구권 · 의견청취권 · 현장조사권 ※실효성 확보수단 : 과태료	없음	
특허청	· 부정경쟁행위의 시정권고 및 행정조사권 · 조사기피 및 방해시 과태료 부과	없음	· 위조상품 적발물량 30점 미만시 시정권고 · 30점 이상시 검찰고발

3. 특별사법경찰권 부여시 장·단점

정보통신부의 소프트웨어진흥관련부서[170] 공무원에게 특별사법경찰권을 부여하는 경우 예상되는 긍정적인 면으로는 첫째, 실효성 있는 단속활동으로 미래전략산업인 소프트웨어산업의 발전에 기여할 것이다. 둘째, 압수·수색이 가능해지므로 소프트웨어불법복제물 또는 이를 담고 있는 하드웨어를 현지에서 수거할 수 있어 정품사용이 증가할 것이다. 셋째, 소프트웨어불법복제여부를 식별할 수 있는 전문지식을 갖춘 전문인력을 적기에 신속하게 투입함으로써 단속의 기동성을 확보할 수 있다. 넷째, 소프트웨어복법복제 근절을 위한 정부의 강력한 의지의 표명으로 통상협상에서 유리한 지위를 확보할 수 있게 될 것이라는 것이다.

반면에 다음과 같은 부작용의 발생이 예상된다. 첫째, 조서작성, 신병확보 및 검찰 송치, 증거물 확보, 압수물의 관리·폐기 등 수사업무에 관하여 지식이 없는 행정공무원들이 사법경찰업무에 종사함으로써 인하여 당분간 수사상 과오나 권한남용 등 부작용이 발생할 우려가 있다. 둘째, 단속관련부서의 기구와 인원을 확대하고 신병유치시설을 신설·운영하는 등 신규예산을 배정·투입시켜야 하므로 납세자에게 부담을 줄 수 있다. 셋째, 프로그램저작권침해사범의 증가로 인하여 검찰에 과도한 업무부담을 줄 수도 있을 것이다.

---

170) 현재 정보통신부내에서는 지식정보산업과가 소프트웨어불법복제단속관련 업무를 총괄하고 있다고 한다.

4. 특별사법경찰관리의 직무범위와 수사관할

특별사법경찰관리의 종류와 직무범위·수사관할에 관한 근거법률은 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'이다. 특별사법경찰관리에게 수사권은 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률' 규정에 의해 법률상 당연히 사법경찰관리의 자격이 인정되는 경우와 소속관서의 장 혹은 소속기관의 장이 제청하고 관할 지방검찰청 검사장이 지명하는 방식으로 특별사법경찰관리의 자격이 인정되는 경우가 있다. 교도소장, 소년원장 및 출입국관리업무에 종사하는 국가공무원 등이 전자의 경우에 해당되며, 지방산림관할 관리청 등에 근무하며 산림보호에 종사하는 공무원이 후자에 해당된다.

정보통신부의 소프트웨어진흥관련부서[171]에 특별사법경찰권을 부여하는 경우에는 후자의 방식을 취하게 될 것이며, 그 직무범위와 수사관할과 관련하여는 특별사법경찰관리에게 컴퓨터프로그램보호법 제29조와 제30조에서 규정하고 있는 침해행위 일반에 관하여 수사권을 부여해야 하는 것이 바람직할 것이다.

특별사법경찰관리는 그 직무범위내에서 행사하는 형사소송법상의 권한은 일반사법경찰관리와 동일하나, 근로감독관[172]과 세관공무원[173]

---

171) 현재 정보통신부에서는 프로그램심의조정위원회내에 '불법 소프트웨어 상설 단속반'을 운영할 예정에 있다고 한다.

172) 근로기준법 제108조 : 이 법 기타 노동관계법령에 의한 임검, 서류의 제출, 심문 등 수사는 검사와 근로감독관이 전행한다. 다만, 근로감독관의 직무에 관한 범죄의 수사에 한하여는 그러하지 아니하다.

173) 관세법 제200조 제2항 : 다른 기관이 관세범에 관한 사건을 발견하거나 피의자를 체포하였을 때에는 즉시 관세청 또는 세관에 인계하여야 한다.

에게는 그 범죄의 특수성을 고려하여 전속적 수사권을 부여하고 그 외 특별사법경찰관리에게는 일반사법경찰관리에 대한 전속적 수사권을 부여하고 있지는 않고 있다.

제6장 결론

이상 컴퓨터프로그램저작권 침해죄의 친고죄 일반과 단속권 문제에 대하여 알아보았다. 이러한 기초 연구를 바탕으로 먼저 현행 컴퓨터프로그램보호법의 문제점을 살펴보고 입법론과 관련된 최종 결론을 내리기로 한다.

제1절 현행 컴퓨터프로그램보호법의 문제점

1) 컴퓨터프로그램보호법 제34條는 不正複製物등의 收去措置등에 대해서 규정한다. 즉 "情報通信部長官은 다음 各號의 1에 해당하는 프로그램 또는 기기 등을 발견한 때에는 關係公務員으로 하여금 이를 收去·削除·폐기하게 할 수 있다"고 규정한 후 "정당한 權原을 가지지 아니한 者가 유통 또는 사용제공 등 영리를 目的으로 複製한 프로그램" 등에 대해서 수거·삭제·폐기할 수 있다고 규정한다.

그러나 과연 친고죄의 형태로 되어 있는 현행법 체제하에서「수거」는 별론으로 하더라도 삭제·폐기할 수 있는지는 의문이다. 그것은 사법의 영역이고 적어도 법원의 명령이나 확정판결이 있어야 가능하다고 본다. 형 또는 판결의 집행과 동일한 행위를 어떻게 법원의 판결이나 명령없이도 가능한지 의문이 든다.

2) 또 하나는 본 죄는 친고죄라는 것이다. 궁극적으로 권리자가 고소

를 하지 않거나 고소를 취하하면 더 이상 형사처벌을 할 수 없다. 그런데 어떻게 정보통신부장관만의 판단으로 종국적 처분인 삭제나 폐기를 할 수 있다는 것인지 납득하기 힘들다. 현재 비친고죄로 되어 있는 부정경쟁방지법 제7조도 "調査에 필요한 最少分量의 製品을 收去하여 檢査하게 할 수 있다"고만 규정하고 있다.

3) 한편 컴퓨터프로그램보호법 제34條 제3항은 "情報通信部長官은 第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 수거등을 함에 있어서 필요한 때에는 第35條의 規定에 의한 프로그램審議調停委員會 또는 관련단체에 협조를 요청할 수 있다"고 규정한다. 이 조항은 언듯보면 별 문제가 없을 듯 보이나 이 조항에 「프로그램審議調停委員會」가 포함되어 있는 점은 납득하기 힘들다. 정보통신부장관의 역할은 비유적으로 표현하면 검찰적 역할이다.

이에 대해 「프로그램審議調停委員會」의 역할은 그것이 조정이라는 대체적 분쟁해결기관이라고 하더라도 기본적으로는 법원의 역할을 하는 기관이다. 어떻게 중립적 판단자의 입장에서 분쟁의 공정한 해결에 노력해야할 기관이 「關係公務員이 수거 등을 함에 있어서」에 그 보조 역할을 할 수 있을 것인가. 이것은 프로그램심의조정위원회의 성격을 변화시키고 사전 예단에 의해 분쟁의 공정한 해결을 방해한다. 이 부분은 삭제되고 「음반·비디오물및게임물에관한법률」 제24조와 제25조 유사의 규정을 두어야 할 것이다. 이로써 어떤 의미에서는 한국식 「안톤필러오더」[174]를 구현할 수 있을 것이다.

174) 법원의 허가를 얻어 권리자(피해자)가 그 변호사와 더불어 침해물의 수색, 압수

제2절 입법론

1. 친고죄의 존치 여부

현재와 같이 컴퓨터프로그램저작권침해죄를 친고죄로 존치시킬지 아니면 비친고죄나 반의사불벌죄로 규정할지는 큰 문제이다. 입법례도 나뉘어져 있음은 이미 본 바와 같다. 원래 지적재산권 침해죄는 그 사안이 다양하여 이를 형사처벌 문제로 해결해야 할지는 매우 어려운 문제이다. 특허법 분야에서 미국은 오로지 민사적 문제로 보고 있으나, 저작권 분야에서는 형사처벌 규정을 두고 있다. 또 프랑스는 1978년 특허법 개정시 특허권 침해죄를 폐지했으나 1990년에 부활시켰다. 또 저작권 침해에 대해서는 저작권법 335조의 1이하에서 규정을 두고 있다.

일본은 산업재산권 침해나 저작권침해나 모두 형사처벌 규정을 두고 있으나 그 사이 친고죄로 운영하던 특허권등 산업재산권 침해죄를 최근 모두 비친고죄로 변경하였다. 그러면서도 아직 저작권법은 친고죄로 유지하고 있다. 그러므로 컴퓨터프로그램침해죄를 존치할 것인지, 그 경우 친고죄로 할 것인지는 매우 어려운 문제이며, 입법례가 구구하나 우리는 다음과 같은 이유에서 현재와 같이 친고죄로 존치시킬 것을 제안한다.

를 할 수 있는 제도이다(영국의 Anton Piller order에 대하여는 이상정, 계간저작권(季刊著作權), 1995년 겨울호 통권32권, 43 면이하 참조).

1) 민사적 구제가 비효율적이고 미약한 우리 법제하에서 형사처벌은 민사구제와 더불어 권리자 보호제도로서 커다란 역할을 하므로 형사처벌은 존치되어야 한다고 보며, 같은 맥락에서 그 처벌 여부를 권리자에게 의존하는 친고죄 형식이 기본적으로 바람직하다고 본다.

만약 비친고죄로 변경한다면 이것은 비단 컴퓨터프로그램보호법만의 문제는 아니며, 가까이는 저작권법과 조화가 문제로 되며, 더나아가서 지적재산권침해죄 전체로 파급된다.

현재 유체물에 대한 재산권과는 달리 지적재산과 같은 무체물에 대해서는 공유사상이 제법 세를 얻고 있고, 권리자로서도 일반 형사범과 달리 침해에 대한 배상만 얻으면 구태여 처벌을 원치 않는 경우도 적지 않을 것이므로 처벌 여부를 권리자 수중에 맡겨 놓는 친고죄 형식이 바람직하다고 본다. 또 컴퓨터프로그램의 경우에는 자신의 제품이 널리 보급됨으로써 자신의 프로그램이 사용자들 사이에 표준화되어 "네트워크 효과(network externalities)[175]"를 확보하려는 경우도 있어 직권으로 사용행위를 단속하고 처벌하는 것은 오히려 권리자의 의사에 반하는 경우도 없는 것은 아니다.

종래 친고죄에 대한 비판으로서 권리자가 침해 여부를 알 수 없는데 이를 친고죄로 하면 권리 보호에 미흡하다는 점이 지적되었다. 그러나 이는 침해 정보의 탐색 문제이며, 현재의 수사인력에 비추어 볼 때 친고죄를 비친고죄로 변경하여도 사회전체로서 불법복제의 적발건수가

175) 어떤 재화를 소비하는 사람들의 수가 증가할수록 한 개인이 그 재화의 소비로부터 얻을 수 있는 효용가치가 증대하는 경우를 말한다.

대폭적으로 증가할 것으로는 보지 않는다.[176)]

친고죄로 하더라도 고소 가능성이 있는 경우에는 임의수사는 물론 강제수사도 가능하다는 것이 실무의 경향이므로 비친고죄로 바뀌는 경우와 크게 다를게 없다.

또 적발된 프로그램의 권리자는 다른 일이나 새로운 프로그램 창작에 전념하여 이전 버전이나 자신이 이전에 개발해 놓은 프로그램에는 관심도 없는 경우라면 일률적인 형사적 보호는 마치 국가가 나서서 전혀 의미없는 작업을 하는 꼴이 된다.

또 이용자도 당해 프로그램을 구입하려고 했는데 이미 시판된 시간이 상당히 지나 품절이 되어 구입할 수도 없고, 그 권리자의 주소 등도 불명한 경우를 생각해 보자. 이런 경우라면 구입하거나 허락을 얻고 싶어도 사실상 불가능하게 된다. 설사 이 경우 기대가능성이 없다고 보고 책임등이 阻却되어 불처벌로 결론이 난다고 하더라도 기소되어 재판이 진행되는 것은 사실이고, 어쨋든 국가는 별 의미도 없는 일을 하게 된다. 이것은 반의사불벌죄로 변경한 경우도 마찬가지이다. 결국 현재와 같은 친고죄로 존치하는 것이 타당하다고 보며 권리자가 기본적으로 스스로의 권리보호에 앞장서지 않을 수 없다.

다만 친고죄의 고소기간 문제는 재검토가 필요하다고 본다. 종래 프로그램저작권자가 침해자와 민사적 해결을 모색하다가 고소기간이 6월을 도과하는 경우가 적지 않았다. 이 점을 감안하면 지적재산권 침해죄의 경우에는 고소기간을 1년 정도로 연장하는 것이 옳다고 본다.

---

176) 또 비친고죄로 하더라도 프로그램著作權은 그 프로그램이 公表된 다음 年度부터 50年間 存續하므로 우리의 수사인력으로는 팽배해지는 컴퓨터프로그램의 보급에 비추어 볼 때 침해를 모두 적발하여 이를 처벌한다는 것은 불가능하다.

2. 관계공무원에 대한 사법경찰권 부여 여부

관계공무원에게 수사권을 인정해야 할지는 큰 문제이다. 앞서 본바와 같이 일각에서는 정보통신부의 소프트웨어 진흥관련부서 공무원들에게 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률'에 근거한 특별사법경찰권을 부여해야 한다는 의견이 제시되고 있다. 그러나 수사에 있어서는 수사의 효율성 못지 않게 수사과정에서의 인권보호도 커다란 과제이다. 그런데 일반적으로 관계공무원에게 수사권을 인정하는 경우는 수사의 미숙이나 수사권의 남용의 우려가 있다. 컴퓨터프로그램저작권이 침해되는 태양은 매우 다양할 것이나 형사처벌이 문제되는 경우는 대부분 그대로 복제하여 사용하거나 판매하는 이른바 데드카피가 대부분일 것이다. 그러므로 프로그램저작권침해 단속에 있어서는 프로그램에 대한 전문지식보다 수사에 대한 전문지식이 더 필요하다. 수사인력의 부족에 대한 보강은 관계공무원에게 수사권을 부여하는 것보다는 경찰청 등 전문 수사기관의 인력을 보강하고 이들에게 프로그램에 대한 지식을 교육시키는 편이 국가 전체적인 측면에서는 효율적이라고 본다. 그렇지 않은 경우에도 관계공무원에게 수사권을 부여하기보다는 수사는 수사 전문기관이 하고 부족한 프로그램에 대한 전문지식은 관계공무원의 도움을 받는 편이 옳다고 본다.

결국 일반수사기관에서 수사를 하고, 또 현행 컴퓨터프로그램보호법 제34조에 의거하여 관계공무원이 수거조치 등을 하면서 이들이 서로 유기적 관계를 맺는 한편 그 과정에서 취득한 정보를 권리자에게 통보

하여 권리행사를 하는 편이 바람직하다. 이를 위해 컴퓨터프로그램보호법 제34조를 다음과 같이 개정할 것을 제안한다.

第34條 (不正複製物등의 收去措置등) ①情報通信部長官은 다음 各號의 1에 해당하는 프로그램 또는 기기 등을 발견한 때에는 關係公務員으로 하여금 이를 收去하게 할 수 있다.*(*"削除·폐기하게 할 수 있다"는 부분 삭제)*

1. 정당한 權原을 가지지 아니한 者가 유통 또는 사용제공 등 영리를 目的으로 複製한 프로그램
2. 정당한 權原을 가지지 아니한 者가 通信網을 통하여 판매 또는 사용제공 등 영리를 目的으로 傳送하는 프로그램
3. 프로그램著作權을 침해하는 방법으로 제작된 프로그램을 그 사정을 알면서 취득한 者가 業務上 사용하는 프로그램
4. 技術的保護措置를 무력화를 행하기 위하여 제작된 기기, 장치, 부품, 프로그램등

②第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 당해 프로그램 또는 기기등을 수거한 때에는 그 所有者 또는 占有者에게 收去證을 교부하여야 한다. *관계공무원은 수거한 프로그램에 대하여 저작권등 권리를 가진 자나 프로그램저작권을 가진 자로 구성된 단체에게 그 사실을 통보하여야 한다(신설).*

③情報通信部長官은 第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 수거등을 함에 있어서 필요한 때에는 프로그램저작권을 가진 자로 구성된 단체

등 관련단체에 협조를 요청할 수 있다.*(* "第35條의 規定에 의한 프로그램審議調停委員會"를 "프로그램저작권을 가진 자로 구성된 단체 등"으로 변경)*

④第1項 및 第2項의 規定에 의하여 收去 등의 처분을 하는 關係公務員이나 委員會 또는 관련단체의 任·職員은 그 권한을 표시하는 證票를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

참고문헌

Ⅰ. 국내

□ 단행본

송영식・이상정 공저, 저작권법개설(전정판), 세창출판사, 2000.

신양균. 형사소송법, 법문사, 2000.

백형구, 형사소송법강의(제7정판), 박영사, 2000.

배종대・이상돈 공저, 형사소송법(제3판), 홍문사, 1999.

송영식・이상정・황종환 공저, 지적소유권법(상・하), 육법사, 1999.

신각철, 컴퓨터프로그램보호법, 법영사, 1999.

심희기・하홍준, 산업재산권 침해에 대한 형사소추 요건완화와 단속공무원에게 사법경찰권을 부여하는 방안, 한국발명진흥회 지적재산권연구센터, 1999.

특허청, 지적재산권 국제 동향 및 전망, 1999. 3.

지적재산권연구센터, 日本 工業所有權審議會企劃小委員會報告書 및 工業所有權審議會商標小委員會報告書의 飜案, 1999. 2.

대검찰청, 검찰연감(1998), 1999.

대검찰청, 범죄분석(1998), 1999.

대검찰청, 지적재산권침해사범 수사편람, 1996.

서울고등검찰청, 수사지휘론, 1998.

서울고등검찰청, 검찰항고 고소제도 개선 및 사건처리절차 개선방안 연구, 1997.

법원행정처, 사법연감(1998), 1999.

박상기・박강우, 고소제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998.

이해완, 중국법, 사법연수원, 1998.

신동운, 형사소송법(제2판), 법문사, 1997.

이재상, 형상소송법(제5판), 박영사, 1997.

이재상, 형법각론, 박영사, 1996.

박영관, 지적재산권 침해에 대한 형사적 제재, 한국형사정책연구원, 1996.

정영석・이형국 공저, 형사소송법(전정판), 법문사, 1996.

백형구, 현대수사법의 기본문제, 1985.

강구진, 형법강의 각론 Ⅰ, 박영사, 1983.

김희옥, 형사소송법의 쟁점, 법원사, 1993.

치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 1996.

□ 논문

김광용, S/W불법복제율 조사 및 S/W지적재산권 보호의 실효성 강화방안 연구, 숭실대학교, 2000.

김광용・김기수, 인터넷 설문조사를 활용한 사이버 쇼핑몰 디지인에 관한 연구, 경영정보학연구(제9권 제3호), 1999.

이성섭・김광용・서병선, 소프트웨어 불법복제의 현황과 정책적 시사점, 프로그램심의조정위원회, 1998.

이성섭・김광용・서병선, S/W산업 저작권보호의 경제적 효과, 프로

그램심의조정위원회, 1998.

김수남, 소프트웨어 저작권보호의 필요성과 불법복제 근절방안, 청주대학교, 1998.

차태원, 국내소프트웨어불법복제 근절을 위한 지적재산권 보호강안 연구, 한국외국어대 세계경영대학원 석사학위논문, 1999.

김기홍, 지적소유권의 침해실태와 수사상대책에 관한 연구, 한양대학교 행정대학원 석사학위논문, 1997.

박중희, 컴퓨터프로그램의 법적보호에 대한 연구, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 1999.

김선복, 친고죄에 대한 고찰, 형사법연구 제10권(한국형사법학회), 1997. 12.

박달현, 친고죄와 고소불가분의 원칙 : 그 문제점 및 개선방향, 형사법연구 제12권(한국형사법학회), 1999. 11.

이원형, 컴퓨터프로그램의 법적보호방법에 관한 연구 : 미국판례를 중심으로, 국민대학교 박사학위논문, 1998.

강동범, 친고죄에 있어 고소전 수사의 허용여부, 판례월보307호, 1996.

이상철, 친고죄와 반의사불벌죄에 관한 연구, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1986.

프로그램심의조정위원회, 한국식S/W불법복제율 조사보고서, 2001. 2.

김홍규・표호건, 산업재산권 권리자를 보호하기 위한 침해의 효과적 구제방안, 한국발명진흥회 지적재산권연구센터 연구보고서 98-03, 1998.

강구진, 고소에 관한 고찰, 고시계, 1980. 12.

백형구, 친고죄의 고소(1)・(2), 고시계 1994. 2~3.

김희옥, 고소권자, 고시연구, 1988. 8.

신동운, 반의사불벌죄와 고소취소, 고시연구, 1994. 9.

이재상, 친고죄와 고소, 고시연구, 1986. 9.

정동욱, 친고죄・반의사불벌죄의 소송법상 취급, 고시계, 1994. 8.

차용석, 고소를 둘러싼 제문제(1)・(2), 월간고시, 1993. 6~7.

Ⅱ. 국외

江橋崇, 告訴の不受理は許容されるか, 法學セミナ, 1970.

增井淸彥, 新版 告訴・告發, 刑事法重點講座理論の實際, 立花書房、1988.

竹田稔, 知的財産權 侵害要論, 發明協會, 1992. 6.

中山信弘, 注解 特許法(상・하), 靑林書院, 2000.

Maiwald, M., Die Betiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970.

Fishman, Stephen, The Copyright Handbook(5th ed), Nolo.com, 1999.