저작권법상 양벌규정 단서에 관한 연구

2010. 7.

한국소프트웨어저작권협회
KOREA SOFTWARE PROPERTY - RIGHT COUNCIL

제 출 문

한국소프트웨어저작권협회 회장 귀하

본 보고서를 “저작권법상 양벌규정 단서에 관한 연구”의 최종결과보고서로 제출합니다.

2010년 7월 30일

연구책임자: 김 병 일

연구기관: 한양대학교 법학연구소(지적재산&정보법센터)

CONTENTS

제1장 서 론 ··· 7
제1절 연구의 필요성과 목적 ··· 7
제2절 연구의 내용 및 방법 ··· 9

제2장 소프트웨어 및 소프트웨어산업의 특성과 그 보호대상 가치 ··· 11
제1절 소프트웨어의 제품적·산업적 특성 ··· 12
Ⅰ. 소프트웨어의 유통측면의 특이성 ··· 12
제2절 보호대상으로서 소프트웨어의 가치적 특성과 소프트웨어의 보호 ·· 18
Ⅰ. 소프트웨어의 보호대상 가치 ··· 18
II. 소프트웨어에 대한 다양한 보호방법 ··· 19
제3절 소프트웨어특성을 고려한 소프트웨어 관리 ··· 23
I. 소프트웨어 관리 ··· 23

제3장 저작권법상 양벌규정 ··· 27
제1절 양벌규정제도 ··· 27
I. 양벌규정제도의 의의 ··· 27
II. 양벌규정의 법적성질 ··· 28
III. 양벌규정의 입법방식과 외국의 입법례 ··· 39
제2절 저작권법과 양벌제도 ··· 47
I. 서언 ··· 47
II. 소프트웨어 저작권 침해와 구제 ··· 47
Ⅲ. 소프트웨어 저작권 침해와 양벌규정 제도 ··· 55
IV. 저작권법상 양벌규정의 성립요건 ··· 59
V. 선임감독상의 주의의무위반 ··· 75

제4장 저작권법상 양벌제도의 적용 ··· 83
제1절 저작권법상 양벌제도의 적용범위 ··· 83
Ⅰ. 서언 ··· 83
Ⅱ. 저작권법상 양벌규정 단서의 적용범위 ··· 84
Ⅲ. 방법론적 검토－불법복제의 유인 파악 ··· 93
Ⅳ. 소 결 ··· 99
제2절 소프트웨어 자산관리와 양벌제도의 적용 ··· 100
I. 종업원의 저작권침해행위방지를 위한 업무주의 감독의무 및 면책 기준 ··· 100
II. 개정양벌규정에 의한 업무주 처벌의 요건과 수단 ··· 102

참고문헌 ··· 105

제1장 서 론

제1절 연구의 필요성과 목적

현대 법규는 일반적으로 일정한 위반행위에 대하여 형사적 제재를 부과하고 있으며, 형사적 제재의 실효성 확보를 위해 위반행위를 직접 실행한 행위자 이외에 이익귀속의 주체인 단체나 사업주 본인까지 처벌하는 양벌규정을 포함하고 있다.

저작권법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전이라는 목적(제1조)하에 저작재산권의 침해행위(제136조), 부정발행행위(제137조), 출처명시위반행위(제138조) 등에 대한 벌칙규정과 함께 제141조에서 양벌규정을 두고 있다.

2007년 11월 29일 헌법재판소는 종업원의 무면허의료행위에 대하여 법인 또는 개인에게 위반행위자와 동일하게 무기 또는 2년 이상의 징역을 규정한 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조(양벌규정)[1]에 대한 위헌결정을 하였다. 2007년 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청판결[2]을 기준으로 이후 2009년 7월 30일 하루에만 청소년보호법 제54조 위헌제청[3], 의료법 제91조 제1항 위헌제청[4] 구 건설산업기본법 제98조 제2항 위헌제청[5], 구 도로법 제86조 위헌제청[6], 의료기사 등에 관한 법률 제32조 위헌제청[7], 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 제31조 위헌제청[8]등 6개의 사건에서 모두 양벌규정에 대한 위헌판결이 내려졌다.[9]

---

1) 당시 보건범죄단속에관한특별조치법 제6조(양벌규정)에 따르면, "법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제2조 내지 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 개인에 대하여도 각본조의 예에 따라 처벌한다."

2) 이 사건 법률조항이 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 "종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우"라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 '책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다'는 책임주의에 반한다(헌재 2007.11.29, 2005헌가10, 판례집 제19권 2집 , 520, 520-520).

3) 헌재 2009.7.30, 2008헌가10, 공보 제154호, 1395, 1395-1395.

4) 헌재 2009.7.30, 2008헌가16, 공보 제154호, 1409, 1409-1409.

5) 헌재 2009.7.30, 2008헌가18, 공보 제154호, 1427, 1427-1434.

6) 헌재 2009.7.30. 2008헌가17, 공보 제154호, 1418, 1418-1427.

7) 헌재 2009.7.30. 2008헌가24, 공보 제154호, 1418, 1435~1442.

8) 헌재 2009.7.30. 2008헌가14, 판례집 21권 2집 상 77-96.

9) 최근 영화 파일을 온라인으로 불법 유통시켜 저작권법을 위반했을 때, 이를 올리거나 내려받은 사람 외에 해당 사이트를 운영한 법인까지 벌금을 부과하도록 한 저작권법의 양벌규정이 "형벌의 책임주의에 반할 수 있다"며 법원이 직

이러한 위헌 결정의 주된 논거는, “이 사건 법률조항이 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 사업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 사업주도 처벌하도록 규정하고 있고, … 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 ‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 책임주의에 반한다”는 것이었다.[10] 위헌판결의 대표적인 논지로는 양벌규정에 대하여 면책사유를 규정하지 않은 양벌규정은 형법상 책임주의 원칙에 반하여 위헌이며, 이를 면책사유가 있는 경우에는 적용하지 않는 합헌적 법률해석은 문리적 해석의 한계를 넘어서는 것으로서 허용되지 않는다고 보았다. 즉 직접적으로 법률에 면책사유를 규정하여 위헌성을 제거해야 한다는 것이다.

헌법재판소가 양벌규정에 대해 일련의 위헌판결을 내린이후, 후속조치로써 관련규정에 대한 개정작업이 이루어지고 있다. 이미 법무부는 2008년 7월 24일자 보도를 통하여 양벌규정이 포함된 392개의 법률안에 대하여 법률개정을 예고한 바 있고, 2009년 7월 30일자 위헌판결된 법률이 대부분 이러한 개정대상에 포함되어 있었다. 이 보도문에 따르면 크게 세 가지 방향으로 개정이 이루어지는데, 먼저 종업원의 범죄행위만 있으면 처벌되던 것을 책임주의를 관철시켜 관리 감독을 소홀히 한 경우 처벌하도록 하고, 징역형으로도 처벌하던 것을 처벌수준을 합리화 하여 벌금형으로 한정하고, 업무와 무관하도록 처벌하던 것을 업무관련성 요건을 추가하여 업무와 관련된 경우만 처벌하도록 하는 것이 그것이다. 이 보도문의 개정대상 양벌규정에는 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법도 포함되어있었다. 이에 따라 2009년 4월 22일 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법에 흡수되면서 기존 컴퓨터프로그램 보호법상의 양벌규정에 면책규정이 도입되게 되었다. 구프로그램보호법 제50조상의 양벌규정에 징역형은 존재하지 않았고, 또한 업무관련성 요건도 구비되어 있는 경우였기 때문이다.

2009년 4월 1일 가결, 2009년 7월 23일 시행된 개정 저작권법 제141조(양벌규정) 후단에 “다만,

---

권으로 위헌법률심판을 제청했다. 영화 파일을 대량으로 올리는 ‘헤비업로더’의 불법 유통을 방조한 혐의로 기소된 문용식(50) 나우콤 대표 등 7개 웹하드 업체와 경영진 9명의 저작권법 위반 사건을 심리하고 있는 서울중앙지법 형사항소1부(재판장 양재영)는 2009년 11월 19일 이 법의 양벌규정(제141조)에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청했다. 이 결정에 따라 재판은 중단됐으며, 헌법재판소의 판단이 내려진 뒤 재개된다. 앞서 1심은 지난 2월 소프트라인(토토디스크), 이지원(위디스크) 등 온라인 웹하드 운영자 4명에게 각각 징역 1년에 벌금 3000만원을 선고하는 등 무더기로 실형을 선고했다. 한국영화제작가협회 등 35개 영화사는 지난해 3월 저작권법 위반 혐의로 웹하드 업체들을 고소했고, 검찰은 이들이 파일 불법 유통으로 수십억원의 부당 이익을 챙겼다며 기소했다.
(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/388698.html)(2010.1.4. 방문).

10) 합헌의 반대의견(이동흡 재판관)에 따르면, “이 사건 법률조항의 문언상 ‘사업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실’이 명시되어 있지 않더라도 그와 같은 과실이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석하는 것은 문언해석의 범위 내에 있는 것으로서 합헌적 법률해석에 따라 허용된다고 판단된다. 결국 이 사건 법률조항에 대한 대법원의 해석은 위와 같은 합헌적 법률해석에 기초한 것으로 새로운 입법작용에 이르지 아니한 정당한 합헌해석의 범위 내에 있는 것이므로, 이러한 해석을 전제로 한 이 사건 법률조항은 형벌에 관한 책임주의원칙에 위반되지 아니한다.”

법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”가 추가되어 개정되었다.[11] 저작권법 제141조 양벌규정은 기존의 내용에 ‘면책조항이 추가’되어 개정되었다. 2009년 7월 23일 시행 저작권법 제141조 양벌규정에 단서가 신설됨에 따라 이에 대한 구체적인 해석이 필요하게 되었다.

저작권법 제141조는 양벌규정에 법인이나 고용주가 “상당한 주의와 감독”을 게을리 하지 않은 경우 처벌되지 않도록 단서규정을 신설한바 있다. 관련 대법원 판결이 존재하지만, 저작권법 관련 판례가 아니고 내용이 부족하므로 연구를 통해 양벌규정 단서의 구체적인 기준을 마련할 필요가 있다.

본 연구를 통하여, 양벌규정 단서의 구체적인 기준을 제안함으로써 법인의 소프트웨어 관리를 촉진한다. 나아가 양벌규정 관련 대법원 판결이 존재하지만, 저작권법 관련 판례가 아니고 내용도 부족하여 연구를 통해 보다 구체적인 기준을 제공함으로써 적절한 수준에서의 소프트웨어 관리를 유도할 수 있을 것이다.

제2절 연구의 내용 및 방법

2009년 7월 23일 시행 저작권법 제141조 양벌규정에 단서가 신설됨에 따라 이에 대한 구체적인 해석이 필요하다. 본 연구는 저작권법에 신설된 양벌규정의 단서에 관한 구체적인 해석 기준을 마련하는 것을 주된 내용으로 한다.

양벌규정은 법률전반에 걸쳐 규정되어 있기 때문에 저작권법에 한정하여 해석할 문제는 아니지만, 소프트웨어 관리 차원에서 구체적인 법률 해석의 필요가 있다.

특히, 저작권법 제141조 양벌규정에 법인이나 고용주가 ‘상당한 주의와 감독’을 게을리 하지 않은 경우 처벌되지 않도록 단서 규정을 신설하고 있는데, ‘상당한 주의와 감독’에 관한 구체적 기준을 제시하여 법인 내에서 적절한 소프트웨어 관리가 행해질 수 있다. 나아가 본 연구는 기업 내에 불법복제 사실이 있는 경우에 단서 규정을 적용할 수 있는지의 여부와 단서 규정을 적용할 가능성이 있기 위해서는 기업이 최소한 어떤 조치들을 취해야 하는지를 구체화하는 가이드라인을 제시하고자 한다.

저작권법의 양벌규정에서는 “상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우”를 면책조건으로

---

11) 저작권법 제141조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다. 다만 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

하고 있다. 이때 '상당한'이 어느 정도를 의미하는지가 문제될 수 있다. 면책요건의 핵심인 상당한 주의와 관리의 의무에 관하여, "상당한" 주의와 관리의 의무이기 때문에 소프트웨어 관리를 하더라도 이것이 적용되기 위해서는 단순한 관리가 아니고 아주 체계적이고 철저한 관리가 이루어져야 한다.

상당한 주의와 관리의 의무를 이행하였는지의 여부는 결국 법원에서 기업이 입증하여야 할 문제이므로, 법적 안정성을 제고하기 위하여 종업원에 대한 관리, 감독의 주의의무에 관한 가이드라인을 제공하여 적절한 소프트웨어 관리가 이루어질 수 있는 환경을 조성할 필요가 있다.

이에 본 연구는 다음과 같은 내용으로 구성되어 있다.

－양벌규정의 의의와 적용내용

－양벌규정의 적용유형

－기업의 소프트웨어 이용 시의 양벌규정의 적용

－단서규정의 신설이유 및 의의

－단서 규정에서 상당한 주의와 관리를 게을리 하지 않음의 의미

－소프트웨어 자산관리와 사업주의 면책 가능성

－사업주 면책 적용 판단기준으로서의 주의 감독 방안(가이드라인)

제2장 소프트웨어 및 소프트웨어산업의 특성과 그 보호대상 가치

일반적으로 소프트웨어(소프트웨어)란 컴퓨터의 동작에 관한 프로그램 또는 절차를 말하며, 프로그램이란 컴퓨터에 의한 처리에 적합한 순번이 붙여진 명령의 열을 말한다.[12] 저작권법 제2조 제16호는 "컴퓨터프로그램저작물"은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터"라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시・명령으로 표현된 창작물을 말한다."라고 규정하고 있다. 그런데, 소프트웨어산업진흥법 제2조 제1호는, "소프트웨어"라 함은 컴퓨터・통신・자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령・제어・입력・처리・저장・출력・상호작용이 가능하도록 하게 하는 지시・명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료"라고 정의하고 있다. 소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어와 프로그램을 엄격히 구분하고 있고, '소프트웨어'의 개념은 프로그램과 관련 자료 등을 포괄하고 있다.[13] 소프트웨어는 컴퓨터 프로그램을 포함하는 넓은 개념이고, 컴퓨터 프로그램 저작물은 저작권 보호의 측면에서 정의한 것으로 컴퓨터 프로그램과 동일한 개념이다.

일상적으로 프로그램과 소프트웨어를 구별하지 않고 혼용되고 있다. 소프트웨어는 하드웨어와 대비되는 개념으로서, 프로그램 자체 외에 그것이 특정형태로 구체화된 수학적 과정 내지 알고리즘(algorithm) 및 흐름도(flowchart)와 프로그램 매뉴얼(manual) 등과 같은, 프로그램의 개발과 사용에 필요한 보조적인 문서를 포함하는 보다 넓은 개념이라고 할 수 있다. 그런데, 우리 저작권법은 컴퓨터 이외의 정보처리능력을 가진 장치에 작용을 하는 프로그램도 컴퓨터프로그램으로 보호한다는 점에서 순수하게 컴퓨터 내에 사용되는 프로그램을 보호하는 미국, 일본 등과 다르고, 컴퓨터 내에 직・간접적으로 사용되는 일련의 지시나 명령을 보호하므로 소프트웨어저작물로서 프로그램의 메뉴얼 등 관계문서까지 보호하는 프랑스, 중국 등과 차이가 있고, 프로그램저작물에 예비도안저작물을 포함하는 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 1991년 5월 14일의 유럽공동체 지침(이하 EU 소프트웨어지침)[14]과도 차이가 있다. WIPO 모델조항[15] 제1조에서도, '소프트웨어'를

---

12) 제2장의 설명은, 김원오, 컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구 , 프로그램심의조정위원회(2003. 12), 13-26면에 기초함.

13) 사용자설명서, 제조자기술문서 및 기타 소프트웨어개발과정에서 생성되는 문서들도 프로그램개념에 포함되지 않는다. 다만 프로그램개발설계서 및 기타 관련문서들도 독창성을 나타내고 있는 한, 저작권법 제4조 제1항 제1호의 어문저작물 또는 제8호의 도형저작물에 해당되어 저작권법에 의하여 보호될 수 있을 것이다. 이하에서는 '프로그램'은 법조문 해설 등 필요한 경우에만 사용하고 소프트웨어(이하 '소프트웨어'라 함)라는 용어를 사용하기로 한다.

14) Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

15) World Intellectual Property Organization, Model Provisions on the Protection of Computer Software, (1978).

컴퓨터 프로그램 외에 프로그램기술서, 프로그램명세서 및 기타 보조자료를 포함하는 개념으로 정의하면서 이를 보호대상으로 규정하고 있고, 중국의 '컴퓨터 소프트웨어 보호 조례'도 이를 그대로 본받고 있다.

그러나 현행 저작권법은 이러한 넓은 의미의 소프트웨어를 그 보호대상으로 하지 않고 오직 '컴퓨터프로그램'만을 보호대상으로 하고 있을 뿐이다. 다만, 소프트웨어의 나머지 부분은 창작성이 있는 경우에는 일반 저작물로 보호를 받을 수는 있다. 최근 컴퓨터 활용이 늘어남에 따라 소프트웨어의 개발 및 그 보호는 한 나라의 과학기술 및 산업의 발전에 매우 중요한 역할을 하게 됨에 따라 저작권법의 보호범위를 소프트웨어로 확대하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있을 것이다.[16]

제1절 소프트웨어의 제품적 · 산업적 특성

Ⅰ. 소프트웨어의 유통측면의 특이성

1. 유지 및 보수의 중요성

소프트웨어는 다른 저작물과는 달리 생명주기[17]도 짧을 뿐만 아니라,[18] 이용과정에도 차이가 있다. 컴퓨터프로그램은 첫 생산과정에 소요되는 비용보다 유지 · 보수 및 관리를 위해 소요되는 비용이 이를 상회하는 경우가 일반적이다. 예컨대 사용자들의 새로운 요구, 하드웨어의 변화, 시스템 소프트웨어의 변화 등에 대응하기 위해 새로운 기능을 추가해야 할 필요에 맞추어 새로운 버전(Version)을 창작하는 것도 보수의 한 단계로 생각할 수 있다[19]. 또한 컴퓨터프로그램의 생산계약 및 매매계약은 주로 유지 · 보수계약을 포함하는 경우가 많고, 컴퓨터프로그램 패키지의 경우 버전이 1 이상인 것이 대부분인 것을 살펴보면 그 의의와 중요성을 알 수 있다. 이러한 특성으

---

16) 김병일, "컴퓨터프로그램의 새로운 보호체계 모색", 디지털재산법연구 , 2004. 5, 102-104면. 이하에서는 소프트웨어와 프로그램을 개별 법률에서 별도로 규정한 것을 제외하고는 내용에 따라 혼용하여 사용한다.

17) 컴퓨터프로그램의 생성에서 소멸까지의 주기는 보통 요구분석->설계->코딩(Coding)->테스트->운용보수->폐기 또는 대체의 단계를 거친다.

18) 컴퓨터프로그램의 생명주기는 컴퓨터프로그램 언어의 발달, 하드웨어의 발달, 및 사용자의 편리성 등 많은 요구조건에 따라 혁신되고 있는 컴퓨터프로그램 산업의 속성상 생명주기는 짧을 수밖에 없다. 또한 제작된 컴퓨터프로그램은 기존 저작물과 달리 그 자체의 생명주기로 소멸하는 것이 아니라, 새로운 버전(Version)이 계속적으로 제작된다는 특징을 가진다. 이러한 생명주기의 특성은 컴퓨터프로그램이 저작물이나 발명과 같이 장기의 보호기간을 필요로 하는지에 대해 의문을 갖게 한다.

19) 그 이유는 새로운 버전을 만들게 되면 그것을 새로운 제품으로 판매하는 것이 아니라 패치(fatch) 프로그램 등의 이름으로 기존의 컴퓨터프로그램에 덧붙여 사용할 수 있도록 할뿐만 아니라, 기존의 컴퓨터프로그램을 매수한 소비자에게 새로운 버전을 무상으로 공급하여 주는 경우에는 기존 컴퓨터프로그램의 보수에 불과하기 때문이다.

로 말미암아 판매보다는 집단적 라이선싱등 다양한 거래 및 유통관련 특이성도 나타나게 된다.

2. 소프트웨어 유통방식의 변화

가. 개요

최근 소프트웨어를 포함한 디지털정보를 내용으로 하는 새로운 거래형태가 급증하고 있다. 즉 상품에 바탕을 둔 전통적 경제체제에서 서비스와 정보의 이전에 바탕을 두고 있는 경제체제로 발전하고 있으며, 이러한 정보산업은 지식기반경제에서 중핵을 차지하고 있다. 새로운 거래목적으로 디지털정보의 등장과 새로운 거래수단으로 전자거래방식의 등장은 기존의 법이론 및 해석으로 해결하기 어려운 문제가 발생함에 따라 새로운 법규범을 요구하고 있다.

디지털정보거래는 거래에 의하여 이전되거나 획득되는 가치는 유체물이 아니라, 그 유체물에 화체되어 있는 무체물인 정보라는 데에 특징이 있다. 따라서 디지털정보거래는 전통적인 상품거래와는 거래대상 및 계약구조 등에서 상당히 다르다. 디지털정보거래는 디지털정보의 매매(이전)보다는 라이선싱을 주된 내용으로 이루어지는 새로운 정보계약에 의하여 이루어지고 있다. 예컨대, 소프트웨어의 패키지 유통에는 슈링크랩 라이선스(shrink-wrap license: 포장형 사용허락) 라고 불리는 일반시장 라이선스(mass market license)계약[20]이 첨부되어 있고, 소프트웨어를 구입한 이용자는 소프트웨어제작자의 당해 라이선스계약에 기초하여 소프트웨어를 사용하게 된다. 또한 인터넷을 통하여 저작물을 포함한 다양한 정보재 거래에서는 클릭랩 라이선스(click-wrap license)이라고 불리는 일반시장 라이선스계약이 이용되고 있다. 이러한 계약에 기초하여 소프트웨어 제작자는 당해 소프트웨어를 구입한 자에게 다양한 사용조건을 부과하게 된다.

이러한 디지털정보의 라이선싱은 전통적인 매매 또는 리스와는 다른 계약형태이므로 디지털정보거래에 바탕을 둔 새로운 법규범이 요구되고 있다. 우리나라는 주로 컴퓨터소프트웨어의 사용허락을 규율할 목적으로 특허법, 저작권법 등에 디지털정보의 사용허락에 대하여 규정하고 있을 뿐 디지털정보거래에 관한 권리의무, 구제수단 등 규정이 없기 때문에, 소프트웨어와 같은 디지털정보 자체가 거래의 내용인 경우에 발생할 수 있는 법적 문제점을 해결하기 어려운 실정이다.[21]

최근에는 한 회사에 다수의 컴퓨터가 있어서 하나의 소프트웨어를 공유하는 현상에 대응하여 "그룹 라이선싱" 혹은 특정 직장에 대한 "사이트 라이선싱" 등 다양한 라이선싱 방법이 개발되었고, 최근에는 소프트웨어 실물의 제공이 아닌 디지털 형태의 네트워크를 통한 서비스 제공방식의 유통, 즉 '서비스로서의 소프트웨어'(SaaS.Software as a Service)이 차지하는 비중이 증대할 것이다.[22]

---

20) '일반시장라이센스계약'이란 shrink-wrap 라이센스 및 click-wrap 라이센스로 대표되는 정보재의 B2C 대량거래에 이용되는 정형적인 사용허락계약서로 일종의 약관으로 볼 수 있다.

21) 구병문, 계약에 의한 디지털콘텐츠 보호와 그 문제점에 관한 연구, 박사학위 논문, 2008, 29면 이하 참조.

22) 또 소프트웨어 시장에서 소프트웨어 번들링 (Software Bundling)과 상호 호환성(interoperability)도 매우 중요한 의미를 갖는다. 구대환, "컴퓨터프로그램과 그 시장 발전의 특성(하)," 지식재산21 2003년 3월호(통권 제77호), 76면.

나. 소프트웨어 라이선스 계약

소프트웨어란 무형(intangible)의 것으로, 법적 용어로 정의하기는 어렵다. 일반적으로 소프트웨어란 컴퓨터 프로그램 및 컴퓨터를 효율적으로 이용할 목적으로 작성된 컴퓨터프로그램 관련자료를 의미한다. 소프트웨어는 프로그램의 일부로서 내포되거나 내포되어 있는 정보콘텐츠 및 라이선서에 의하여 거래의 일부로서 제공되는 것을 포함하는 것으로써, 일반적으로 하드웨어에 대립되는 개념으로 사용된다.[23)]

소프트웨어는 크게 Word 또는 Excel의 경우처럼 다수의 이용자의 욕구를 충족시키는 제품인 범용소프트웨어(off-the-shelf software 또는 packaged software)와 특정고객의 욕구를 충족하기 위해 제작되는 주문형소프트웨어(custom software 또는 custom-designed software)로 나눌 수 있다.[24)] 일반적으로 상업적으로 판매되는 소프트웨어는 범용소프트웨어라고 한다. 이러한 소프트웨어는 어떤 하나의 특정 분야에서만 사용될 수 있는 것이 아니라, 대부분의 사람들이 사용할 수 있는 범용의 용도를 가지고 있다. 하지만 이러한 범용소프트웨어와 달리, 특정한 분야에서 특수한 목적을 위하여 사용자들이 자신만을 위하여 소프트웨어의 개발을 의뢰하여 만들어진 제품은 여러 가지 분야에서 두루두루 사용될 수 있는 것이 아니라, 제품을 주문한 사람에 의해서만 특수 용도로 사용될 수 있다. 이와 같이 사용자의 요청에 의하여 특수한 목적으로 개발된 소프트웨어를 주문형소프트웨어라고 한다.[25)]

계약적 관점에서 볼 때, 소프트웨어가 주로 저작권법에 의하여 보호된다는 사실은 매우 중요하다.[26)] 왜냐하면 그 결과로서 소프트웨어의 이용은 일반적으로 권리보유자로부터 사용허락(licence)을 필요로 한다. 주문형소프트웨어 및 경우에 따라서는 매우 고가의 범용소프트웨어는 보통 소프트웨어제조회사가 직접 판매한다. 이에 반하여 범용소프트웨어는 대개 보통의 유통경로를 통하여 판매된다. 소프트웨어제조회사는 해당 소프트웨어를 우선 소위 'distributor'라고 하는 도매상에게 양도한다. 도매상은 다시 이를 직접 또는 소매상을 통하여 소비자에게 판매한다.[27)] distributor는 소프트웨어제조회사로부터 소위 '마스터코피'(master copy)로서 프로그램복제물을 인도받고 이를 통하여 필요한 만큼의 복제물을 제작하여 판매한다. 정형적으로 체결되는 주문형 소프트웨어 계약과는 달리, 범용소프트웨어 또는 시판용 소프트웨어는 소비자가 소프트웨어 소유자(software owner)와 직접 계약을 체결하지 않고, 소매상 또는 도매상에 의하여 공급된다. 이 같은 직접적 계약관계를 설정하기 위하여 일반적으로 'shrink-wrap' 라이선싱 방법이 이용된다.[28)] 저작

---

23) 오승종, 저작권법 , 박영사, 2007, 863면.

24) *Feremy Newton*, "System Supply contract" in : *Chris Reed & John Angel* (ed.), Computer Law, 4th (2000 London), p. 39

25) 이에 대해서는 '컴퓨터 대사전' <http://dic.inuri.com> 참조.

26) 소프트웨어는 영업비밀, 특허, 저작권 법리에 의한 법적 보호가 가능하다.

27) 소프트웨어판매계약의 다양한 형태에 대해서는 *Pres*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994, S. 159 ff. und 194 ff. 참조.

권이 소프트웨어에 존재하므로, 소프트웨어의 사용은 사용허락(license)을 필요로 한다. 그런데 이러한 사용허락은 소프트웨어 소유자가 소프트웨어 사용에 다양한 조건을 부과하는 것을 가능케 한다. 이런 이유로 소프트웨어 복제물이 소프트웨어 소유자와 소비자간에 직접적인 합의 없이 판매되는 경우조차도, 소프트웨어 소유자는 shrink-wrap 라이선스 조건을 부과하려고 한다. 즉 오늘날에는 저작권법에 의한 소프트웨어의 보호가 가능해졌음에도 불구하고, 소프트웨어 소유자 (제작자)는 계약에 의한 소프트웨어 보호를 추구하는 경우가 일반적인 상황인데, 이 경우 저작자와 이용자간에 저작물이용, 종류 및 방법을 정하고 있는 계약을 '라이선스'라 볼 수 있을 것이다.

다. 배타적 이용권의 허용 필요성

컴퓨터프로그램은 산업재로서의 성격을 가지기 때문에 일반 저작물과 달리 배타적 이용권(exclusive license)을 별도로 인정할 필요가 있다. 이는 일반저작물과는 달리 소유보다는 사용이 중요하기 때문에, 컴퓨터프로그램은 산업재로서 경제적 이익과 직결된다. 따라서 배타적 이용권은 저작권으로부터 컴퓨터프로그램을 구별시켜 주는 또 하나의 원인이 되고 있다.[29]

3. 기능성 저작물인 프로그램(소프트웨어)

다만 컴퓨터프로그램 자체에 내재된 전체적인 창작적 아이디어가 아닌 단지 코드의 나열된 표현만을 보호할 뿐이라는 것이 저작권법과 특허법의 차이이다. 우리나라 학설에 따르면 특허법과 저작권법의 차이는 특허의 보호대상은 '기술(技術)'인 반면, 저작권법의 보호대상은 '예술(藝術)이라고 하는 종적인 개념으로 이해를 하고 있다. 그러나 미국에서는 특허법과 저작권법의 차이는 특허의 보호대상은 '아이디어'인 반면, 저작권법의 보호대상은 '표현'이라고 하는 횡적인 개념으로 이해를 하고 있다. 이 아이디어와 표현의 이분법은 미국저작권법의 핵심원리로서 기능을 하고 있다. 예컨대, 프로그램은 기술분야에 속한다. 따라서 전술한 종적인 개념에 기초하여 특허와 유사한 권리인 '프로그램권'을 부여하여 프로그램을 보호하는 방안을 고려할 수도 있을 것이다. 그러나 전통적인 입장에 따르면, 프로그램의 경우 표현인 명령의 조합 형식에는 저작권은 성립하지만, 아이디어인 그 기능과 목적에는 저작권은 미치지 않는다. 즉 프로그램에 있어서 아이디어인 그 기능과 목적이 신규한 것일지라도 저작권은 성립하지 않으며, 그것에 대한 보호를 구하려면 별도의 특허권 취득절차를 거칠 필요가 있는 것이다.

추상적 관념인 '아이디어'와 그 아이디어를 표현매체에 구체적인 형태로 나타낸 '표현'은 차이가 있다. 또 아이디어는 그 추상적 정도에 따라 추상적 아이디어와 구체적인 아이디어로 구분할

---

28) 이러한 프로그램 거래의 법적 성질에 관하여는, 허명국, "표준 컴퓨터 프로그램 거래의 법적 성질," 비교사법 제16권 3호(통권46호), 2009.9, 21면 이하 참조.

29) 오승종 외, 컴퓨터프로그램보호법의 독자적 영역에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 2000, 94면.

수 있다. 따라서 지적 창작물은 그 추상적 정도에 따라 '추상적 아이디어', '구체적 아이디어', '아이디어의 표현' 3종류로 구분할 수 있다. 이러한 것들은 본래 공유(public domain)에 속하며 누구라도 자유로이 이용할 수 있는 것인지는 그 추상도의 차이에 따라 공공성에 차이가 존재한다. 추상적 아이디어는 공공성이 매우 크며, 정책적으로도 사인에게 독점을 부여하는 것은 바람직하지 않다. 구체적 아이디어는 산업상 이용가능성에 직결되며, 공공성도 낮기 때문에 그 창작을 일반 공중에게 공개하는 것을 조건으로 하여 창작촉진효과가 인정되는 기간에 한하여 사인에게 독점권을 부여하는 것이 허용되고 있다. 한편, 표현은 가장 공공성이 낮고 아이디어의 자유이용(저작권의 경우 아이디어 자유의 원칙)에 저촉하지 않는 것을 조건으로 하여 창작촉진효과가 인정되는 기간에 한하여 사인에게 독점권을 부여하는 것이 허용되고 있다.

저작권법이 보호하는 것은 아이디어의 '표현'이고, 아이디어 자체는 특허법에 의하여 보호될 수 있는 것이지 저작권법에서 보호되는 것은 아니다(아이디어와 표현의 이분법). 아이디어의 이용은 특허법에 의하여 제한을 받을 뿐이고 저작권법에 의한 제한을 받지 않는다. 실질적 유사성 여부를 판단함에 있어 저작물의 표현에 해당되고 독창적인 부분만을 가지고 대비해야 한다는 것이 확립된 법리이다.[30] 저작권법은 아이디어는 보호하지 않고 표현만 보호하는데, 이를 아이디어 / 표현 이분법(idea-expression dichotomy)이라고 한다. 이러한 아이디어 / 표현 이분법은 미국 판례법을 통해 발전되어 왔고,[31] 우리나라 법원도 확고하게 지지하고 있다. 그렇다면 무엇이 아이디어이고 무엇이 표현인가가 문제로 되는데, 이를 구별하는 것은 매우 어려운 문제이다.[32] 보호받지 못하는 아이디어와 보호받는 표현의 구별과 관련하여 여러 가지 이론이 제시되어 왔으나, 사실상 어느 것도 완벽한 것은 없다고 할 수 있다.

전통적 이론인 아이디어와 표현의 이분법을 기능적 저작물에도 그대로 적용할 수 있는지에 대하여 의문이 제기될 수 있다.[33] 그 예를 알고리즘의 보호에 관한 입법태도를 가지고 살펴보면 다음과 같다. '해법'이라 함은 프로그램에서 지시와 명령의 조합방법을 말한다(저작권법 제101조의2 제3호). 해법은 보통 알고리즘(Algorithm)이라고 불리는 것으로 컴퓨터가 작동하는 순서 또는 일정한 결과를 얻기 위한 문제처리의 논리수순을 말한다. 이 알고리즘을 컴퓨터언어로 표현한 것이

---

30) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결; 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 3080 판결 등.

31) 미국연방대법원의 Baker v. Selden 사건판결(101 U.S.99)에서 비롯된 이래 미국의 판례로 확립되었고, 현행 미국 저작권법 제102조 (b)항은 이를 명문화하고 있다. 우리 저작권법은 아이디어 / 표현 이분법에 대하여 명문규정을 두고 있지는 않지만, 대법원 1993.6.8. 선고 93다3073, 3080 판결은 저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이지, 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체가 아니라고 판시하여 미국의 입법 및 판례와 같은 입장을 취하고 있다. 위 대법원판결에 대한 상세한 평석은, 심창섭, "저작권에 의하여 보호되는 저작물의 범위", 대법원판례해설, 제19-2호(1993), 379면 이하 참조.

32) 미국의 저명한 Learned Hand 판사는 그 누구도 아이디어와 표현의 경계선을 고정하지 못하였고, 앞으로 누구도 그 일을 하지 못할 것이라고 설시한 바 있다.

33) 이해완, 저작권법 , 박영사, 2007, 874면 이하.

프로그램이다. 저작권은 원래 아이디어가 아닌 아이디어의 표현만을 보호하는 것으로 알고리즘은 보호대상에서 제외된다.[34] 입법자가 알고리즘을 저작권법의 적용대상에서 제외한 이유는 알고리즘을 특정프로그램의 기초에 깔려 있는 아이디어나 원칙과 동일시하였기 때문이다.[35] 또한 외국의 입법례에서도 알고리즘 자체를 명시적으로 저작권법의 보호대상에서 제외하고 있지는 않다 하더라도, 판례 및 문헌의 대체적인 경향은 알고리즘은 학문적인 이론으로서 이를 저작권보호에서 제외하여야 한다고 한다. 그러나 알고리즘을 저작권보호에서 일반적으로 배제하는 것에는 문제가 있다. 해법(알고리즘)은 저작권법 제101조의2 제3호에 규정된 바와 같이 '지시와 명령의 조합방법'을 말한다. 그러나 하나의 프로그램은 그 자체가 수많은 지시와 명령의 조합이고, 따라서 이는 하나의 거대한 알고리즘 또는 수많은 알고리즘의 복합체라고 볼 수 있다. 소재의 선택과 배열이 창작성이 있을 경우에는 주지하다시피 저작권 보호능력이 있다. 따라서 하나의 프로그램 내에 존재하는 지시와 명령의 창작적인 선택과 배열, 즉 창작적인 알고리즘은 저작권법으로 보호할 필요성이 있다고 할 수 있을 것이다.[36]

4. 네트워크 산업으로서의 소프트웨어

소프트웨어 제작자는 이용자들이 이미 잘 알고 있는 제품을 선호하므로 경쟁자에 대하여 역시 유리한 점을 가지게 되는 것을 어플리케이션 효과(application effect)라 한다. 이로써 이용자는 자신이 새로 배워야 하는 제품보다 자신이 잘 알고 있는 제품으로 업그레이드하고자 하므로 제작자는 이익을 얻게 된다. 뿐만 아니라 소프트웨어 제작자는 여러 사람들이 동일한 제품을 이용하게 되는 효과에 따른 이익을 누릴 수 있는데, 이러한 효과를 네트워크 효과(network effect)라 한다. 이 네트워크 효과(network effect)는 소프트웨어의 세계에서도 존재한다.[37] 네트워크 효과(network effect)는 호환성이나 상호접속성의 보장 필요성에 대한 근거를 제공할 뿐만 아니라, 호환성 확보를 위해 필요한 명령문을 이해하기 위한 리버스엔지니어링의 필요성을 정당화시킨다.[38]

---

34) 정상조, 지적재산권법 홍문사, 2004, 257~258면.
35) 송역식 외, 송영식 지적소유권법(하) , 육법사, 2008, 780-781면.
36) 이해완, 앞의 책(주 33), 903-910면; 안효질, 개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설, 프로그래심의조정위원회 연구보고서, 2002, 참조.
37) 정진근, "프로그램코드역분석에 관한 비교법적 고찰," 比較私法 , 13권2호(통권33호)(2006.06), 522면.
38) Seungwoo Son, Can block dot (Shrinkwrap) licenses override federal reverse engineering right?: The relationship between copyright, contract, and antitrust laws, 6 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 63 (2004), p 92; 정진근, 앞의 논문(주 37), 522면.

제2절 보호대상으로서 소프트웨어의 가치적 특성과 소프트웨어의 보호

Ⅰ. 소프트웨어의 보호대상 가치

1. 소프트웨어의 본질적 보호가치

컴퓨터프로그램은 그 본질적 보호가치 평가에 있어서 법학자나 정책입안자들이 감지하기 어려운 여러 가지 중요한 숨겨진 특성을 가지고 있다.[39]

첫째, 프로그램의 가치는 텍스트(text)에 있는 것이 아니라 그 작동(behavior)에 있다. 즉 프로그램은 컴퓨터로 하여금 특정한 업무를 수행하도록 하기 위해 존재한다는 사실이다. 동일한 작동을 수행하는 프로그램은 서로 다른 텍스트로 쓰여 졌다 하더라도 시장에서 대체상품으로 간주된다는 사실은 과연 저작권법이 프로그램을 위한 적절한 법적 보호수단인지의 검토에 있어서 중요한 사항이다. 즉, 컴퓨터프로그램은 어떤 업무를 하고 어떤 동작을 일으키도록 디자인되므로 이런 의미에서 저작권에 의한 소프트웨어 보호는 어려움이 있다. 왜냐하면 저작권은 아이디어, 절차, 공정, 시스템 그리고 작동방법을 보호하지 않기 때문이다. 프로그램은 프로그램 된 업무를 얼마나 잘 수행하는지에 의해 주로 평가되므로 프로그램의 효율과 신뢰성의 증진이 매우 중요하다.[40]

둘째, 텍스트를 보지 않고도 기능상 동일한 프로그램을 다른 프로그래머가 작성할 수 있다는 점에서 텍스트와 작동은 별개이다(Text and Behavior Are Largely Independent). 이는 다른 저작물과 컴퓨터프로그램을 구별하는 매우 중요한 특성이다.

셋째, 프로그램은 사실상 소스코드(원시프로그램:source code) 또는 오브젝트 코드(목적프로그램: object・code) 형식으로 작성된 기계이기 때문에,[41] 프로그램은 표현이 중시되는 기존의 어문저작물과는 다른 특성을 갖고 있다. 따라서 오브젝트 코드(object・code)를 이용하여 원시프로그램(source code)을 추출하는 리버스엔지니어링(reverse engineering)의 허용문제 및 범위에 대해서 많은 논의가 있다. 역공정의 범위를 어디까지 확장할 것인가에 대해서는 합리적 결정이 필요하고, 이러한 결정은 법리적 해석과 컴퓨터 산업의 현실을 고려한 법 정책적 해석 간의 조화로운 토대에서 이루어져야 할 것이다.[42]

---

39) Pamela Samuelson, et al, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 Colum. L. Rev. 2308(1994), (이하, 'Manifesto'), pp.2316-2332.

40) 구대환, 앞의 논문(주 22), 64면.

41) 컴퓨터프로그램은 컴퓨터 언어(예를 들어 C-언어, BASIC, FORTRAN 등)를 이용하여 인간이 이해할 수 있는 방식으로 정해진 언어 체계에 따라 기술되어진다. 이를 원시프로그램이라고 한다. 원시프로그램은 인간이 이해할 수 있으나 컴퓨터는 그러하지 아니하므로, 컴퓨터에서 실행시키기 위하여 0과 1로 이루어진 목적프로그램으로 변경된다. 이 과정은 목적프로그램의 발생시기와 존속기간에 따라 컴파일과 인터프리팅으로 구분된다. 컴퓨터프로그램은 목적프로그램으로 유통되는 것이 일반적이지만, 원시프로그램은 프로그램의 갱신과 버그 제거, 호환성 확보를 위해 반드시 필요하다.

2. 창작과정상의 보호 요소의 가치적 특성

모든 소프트웨어 개발과정은 일반 저작물과는 다른 다음 특징을 갖고 있다.[43)]

첫째, 프로그램화된 산업디자인은(industrial designs embodied in programs) 전형적으로 누적적인 성질을 갖고 있어서 일련의 소프트웨어 공학기술과 수년간의 경험과 훈련에 의해 축적된 기존의 노하우(know-how)의 집적으로 이루어진다.[44)]

둘째, 창작의 과정과 재료를 대비해 은유적으로 표현하자면 프로그램은 텍스트를 매개로 하여 작성된 기계라고 볼 수 있다. 소프트웨어는 텍스트이자 동시에 기계라는 이중적 성격을 가지지만 텍스트보다는 기계와 더 많은 공통점을 갖는다. 따라서 소프트웨어는 어문저작물이라기 보다는 가상기계(virtual machines)로 보는 것이 적절한 법적 보호수단의 선택을 위해 적절한 은유라고 한다.

셋째, 소프트웨어의 실행프로그램은 프로그램을 창조하게 한 소스파일에 의존하지 않으며 번역되고 연계된 프로그램은 그 기초가 되는 소스코드의 존재와 전적으로 관계없이 기능을 행사한다. 오브젝트코드는 지각할 수 있는 표현을 가지고 있지 않다. 따라서 전통적인 저작물의 구입자는 표현을 당연히 인식할 수 있으나 소프트웨어는 표현과 아무런 관계를 가지고 있지 않다는 특성을 지니고 있다.

이러한 프로그램의 본질과 개발과정상의 특성들은 프로그램의 보호가치, 보호방식과 권리제한에 관한 입법을 하는 경우에 반드시 고려해야만 한다.

Ⅱ. 소프트웨어에 대한 다양한 보호방법

1. 서언

컴퓨터프로그램 보호에 있어서 가장 기본적인 것은 무단복제를 금지하는 법적 강제 장치의 효율성문제라고 볼 수 있다. 이는 최초에 소프트웨어를 개발하는 데에는 인적, 시간적, 재정적으로 많은 노력이 요구되지만 유사품제조에는 별 노력이 요구되지 않으며, 모조품도 정품과 성능 면에서 별 차이를 보이지 않고 선투자의 이점도 별로 크지 않다. 소프트웨어의 불법복제는 소프트웨어 개발자가 투자비용을 회수할 수 있는 기회를 주지 못하고 이런 환경에서 독창적인 소프트웨어 개발의 유인이 없어지게 됨에 따라 시장실패(market failure)를 초래하게 된다.

기본적으로 소프트웨어의 노하우는 제품의 표면에 노출되어 있기 때문에 후발자가 쉽게 선투자자를 모방할 수 있는 것이다. 더욱이 복제・유사품을 제작하는 기술도 다양하게 나타날 수 있다. 세계의 많은 나라들이 저작권법에 의해 소프트웨어를 무단복제로부터 보호하는 체제를 취하고

---

42) 정진근, 앞의 논문(주 37), 522-523면.
43) 김원오, 앞의 연구보고서(주12), 13-26면 참조.
44) Manifesto, Supra Note 39, pp. 2315-2316.

있으나, 이러한 방법은 기존 저작물과의 차별성으로 인한 규정의 부적용 문제와 함께 이러한 결함을 해결하기 위해 단서 조항을 삽입한다면 법체제가 왜곡될 가능성 등을 낳게 될 것이다. 또한 새로운 기술의 발전으로 인하여 컴퓨터프로그램의 기술이 발전하면 할수록 저작권법에 의한 컴퓨터프로그램의 보호는 많은 문제를 야기할 수 있다. 예컨대 현재 프로그램 역분석(reverse engineering)은 투입되는 인력, 시간과 노력이 결코 경미한 것이 아니므로 남의 개발품을 쉽게 노력 없이 모방품을 만드는 것이라고 할 수 없을지 모르나 향후 자동 역분석이 쉽게 이루어지는 기술이 개발된다면 역분석도 규제의 대상이 되어야 할 것이다. 따라서 컴퓨터프로그램을 기본적으로는 저작물의 하나로서 보호하되, 컴퓨터프로그램의 특수한 성질과 보호가치를 반영하여 별도의 입법을 통해 해결하는 것이 가장 좋은 방법이라는 제3의 방법론 등이 다수 제시되고 있다.

컴퓨터 자체나 이를 운영하는 소프트웨어가 인류사회에 등장한 것은 최근의 일이고 이를 어떻게 이용하고 보호할 것인가는 기존의 법체계로서는 아직 완벽하게 감당해낼 수 없었다. 컴퓨터프로그램이 지금처럼 널리 대중적으로 보급되기 전에는 프로그램 개발이 주로 용역계약에 의해 이루어졌기 때문에 프로그램에 대한 법적 보호도 계약법에 의하여 이루어졌다. 그러다가 컴퓨터 프로그램의 이용이 널리 확대되어 대중의 수요를 미리 예측한 패키지 프로그램이 개발되어 대량으로 유통되기 시작하면서 종래의 계약법에 의한 보호의 한계를 느끼게 되어, 특허권이나 저작권 같은 준물권적인 성격의 무체재산권에 의한 보호방법이 강구되게 되었다. 이러한 여러 가지 보호방법은 반드시 양립불가능한 관계에 있는 것은 아니며, 여러 가지 보호방법이 경합적으로 인정될 수도 있다.

2. 저작권법에 의한 보호

가. 개요

현재 소프트웨어의 저작권적 보호를 인정하는 것에 관하여는 각국의 입법태도가 거의 일치하고 있다.[45] 소프트웨어의 보호와 관련하여 1978년 WIPO는 '컴퓨터 소프트웨어의 보호에 관한 모델 규정'을 공표한 바 있다. TRIPs협정에서도 컴퓨터 프로그램은 원시코드와 목적코드를 불문하고 베른조약상의 어문저작물로서 보호한다는 명문의 규정을 두고 있다.[46]

---

45) 우리나라, 중국, 브라질과 같이 저작권법 원리에 따라 보호하되, 별도의 입법을 하여 보호하는 나라도 있지만, 대부분의 경우는 기존의 저작권법을 약간 개정하거나 아니면 판례이론에 의하여 저작권법을 컴퓨터 프로그램에 대하여도 적용하는 방법을 채택하고 있다.

46) TRIPs 협정 제10조 1항은, "컴퓨터 프로그램(Computer Programs)은 원시코드(source code)와 목적코드(object code)를 불문하고 모두 베른조약상의 어문 저작물[literary works under the Berne Convention(1971)]로 보호되어야 한다"고 규정하고 있다. 이는 선진국들의 입장에서 볼 때, 오랜 역사를 가진 베른협약을 원용하는 간단한 방법으로 프로그램저작권의 보호기간, 그 소급효 등 복잡한 쟁점들을 일거에 해결하고 손쉽게 국제적인 보호체계를 구축하는 의미를 가진 것이었다. 이에 따라, WTO 회원국 사이에서는 프로그램에 대하여 몇 가지 TRIPs 협정의 특칙을 적용받는 외에는, 일반 어문 저작물을 베른협약에 따라 보호하는 것과 동일한 내용의 보호가 주어진다. 프로그램에 대하여 적용

나. 컴퓨터프로그램의 보호범위

컴퓨터프로그램의 어문적 요소인 소스코드와 목적코드가 저작권법의 보호를 받는 것은 마치 소설의 본문내용이 보호받는 것과 마찬가지로 명백하다. 그러나 축어적으로 코드화되지 않은 컴퓨터프로그램의 비문자적 부분(nonliteral aspects of computer program)인 구조(Structure), 순서(Sequence) 및 배열(구성, Organization)의 보호범위에 관하여 견해가 대립되어 왔다. 즉 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 미국의 이른바 제2세대(second generation) 논의는 어디까지를 저작권으로 보호할 것인가 하는 것이다.

이에 관한 미국의 논의는 반복이론(iterative test), 구조·순서 및 배열이론(Structure, Sequence and Organization: SSO), 외관이론(look and feel 또는 total concept and feel test), 연속여과이론(successive filtering test) 등의 이론으로 발전해 오고 있다. 미국에서는 1986년의 Whelan v. Jaslow, 797 F. 2d 1222(3rd Cir. 1986)판결에서 SSO도 저작권으로 보호된다고 선언함으로써 이 논의가 시작된 이래, Plains Cotton v. Goodpasture, 813 F. 2d 407(5th Cir. 1987)판결과 Engineering Dynamics, Inc. v. Structural Software, Inc., 21 USPQ 2d (BNA) 1524(E.D.Ca.1991)의 정반대의 판결이 나왔으며, 수년간 논란 끝에 Whelan판결을 부정한 Altai판결[47]에 의해 어느 정도 정리되었지만, Altai판결을 따르면 프로그램의 독창적 개발에 대한 인센티브는 줄어들 수밖에 없는 문제점도 존재한다.

소프트웨어의 구조, 순서 및 배열이 저작권적으로 보호되어야 한다는 사람들은 모방하는 사람들이 비록 개발자의 프로그램을 라인 그대로 베끼지 않았더라도 프로그램들이 서로 실질적으로 유사하면 침해가 성립하는 것으로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 저작권은 저작물의 표현을 보호하는 것이지 저작물에 내재하는 아이디어를 보호하는 것이 아니며 구조, 순서 및 배열을 보호하는 것은 아이디어까지 보호하는 결과를 초래하므로 저작권의 보호대상이 될 수 없다는 주장도 있다.[48] 그러나 현실적으로 프로그램을 디자인하거나 개발하는 자들은 코드보다도 구조, 순서 및 배열이야말로 소프트웨어의 창조적 측면으로 생각한다. 그러므로 저작권보호대상을 문자적 코드에 한정하는 것은 저작권법의 근본목적인 창작을 위한 인센티브 부여에 어긋난다고 주장하고 있다.

아이디어/표현의 이분법이라는 저작권의 기본이론에 의하면, 알고리즘은 저작권 보호를 받을 수 없다. 그러나 컴퓨터프로그래밍 기술의 발달로 이제 알고리즘만 있으면 쉽게 컴퓨터프로그램을 제작할 수 있게 되었고, 앞으로는 자동적으로 컴퓨터프로그램을 제작해주는 응용프로그램의 탄생도 멀지 않았다고 한다. 따라서 컴퓨터프로그램과 같이 기술적이며, 기능성이 강한 것에 대해

될 수 있는 TRIPs 협정의 특칙규정으로는 저작인격권을 인정하지 않을 수 있도록 한 규정, 일부 예외를 허용하는 조건하에 대여권을 인정하는 규정 등을 들 수 있다.

47) 23 U.S.P.Q. 2d 1241.

48) 최근에는 컴퓨터소프트웨어의 보호범위를 축소해가는 경향을 보이고 있는데 컴퓨터프로그램의 구조, 순서 및 배열도 저작권 보호가 가능하다는 것을 정면으로 반대하는 것은 아니지만 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 범위와 대상을 점차 줄여 나가면 소프트웨어를 작성하였을 때 그에 편입되는 문자적 코드 외에는 저작권보호의 대상이 될 것이 없지 않을까 소프트웨어 산업계는 염려하고 있다.

서는 산업재산권과 같이 아이디어를 상당부분 보호해 주어야 할 필요성이 제기되고 있으며, 이러한 특성은 컴퓨터프로그램보호법에서 별도의 규정을 두어 따로 보호할 필요성을 제기하는 원인이 되고 있다.[49]

한편, 프로그램의 저작권 보호에서의 커다란 변화는 소프트웨어 산업내의 경쟁을 촉진하는 방향으로 관련 저작권법이론이 변화되고 있다. 과거에는 컴퓨터프로그램 보호의 중요성이 강조되어 보호강화에만 관심이 집중되어 왔고, 프로그램의 구조, 순서 및 배열의 보호범위를 아주 넓게 인정하는 것이 그 주류를 이루어 왔으나, 최근에 프로그램관련 산업내의 자유로운 경쟁의 중요성이 새롭게 인식되어 프로그램의 보호범위를 대폭축소하고 이른바 리버스 엔지니어링의 허용과 경쟁적인 프로그램의 개발을 간접적으로 장려하고 있다.[50] 신프로그램을 개발하는 경우에 가장 중요한 과정중의 하나가 유사한 기능을 발휘하는 기존의 프로그램을 입수해서 우선 그것을 복제하고 목적코드로 되어 있는 프로그램은 소스코드로 바꾸는 것[51]과 같이 철저하게 역분석함으로써 어떻게 그 프로그램이 구성되는가 그리고 구체적인 소스 프로그램은 어떠한 것인가 등을 파악하는 과정을 거치게 되는데 이러한 리버스엔지니어링은 프로그램의 복제와 개변을 전제로 하고 있어서 저작권침해여부가 문제된다. 대규모 프로그램업자나 선발프로그램업자는 리버스엔지니어링이 허용되면 리버스엔지니어링이라는 이름 아래 기존프로그램의 무단복제가 쉽게 이루어지고 결국 창작적인 프로그램을 개발하려는 의욕이 현저히 저하될 것으로 주장하고 있는 반면, 소규모 프로그램업자나 후발프로그램업자들은 대부분 자신의 리버스엔지니어링이 일반관행에 따른 것으로 저작권의 예외로서 허용되어야 한다고 주장한다. 이러한 주장은 리버스엔지니어링이 프로그램산업내의 경쟁을 강화할 수 있다고 한다. 저작권의 범위가 지나치게 넓으면 저작물에의 접근이 어렵고 관련 산업 내의 경쟁이 크게 제한되며 결과적으로 과학 기술의 발전을 이룩할 수 없게 된다. 컴퓨터산업내의 경쟁은 기존프로그램의 인터페이스[52]에의 접근 및 그에 대한 분석이 자유롭게 이루어지는 것을 전제로 하는데 이러한 인터페이스는 대부분의 경우에 기존프로그램의 철저한 분석 없이는 불가능하다.

---

49) 김원오, 앞의 연구보고서(주12) 참조.

50) 국내 입법은 현행 저작권법 제101조의4 참조.

51) 다른 사람이 개발한 프로그램을 조립해체(disassembly) 또는 디컴파일 하는(decompilation) 절차를 통하여 경쟁자들은 목적코드를 상당히 이해할 만한 높은 수준의 코드로 번역하여 컴퓨터프로그램의 기본디자인을 알아내게 된다.

52) 인터페이스란 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어 그리고 이용자 사이에 상호교환, 상호연결 및 상호작용을 가능하게 하는 부분이다. 시장에 이미 나와 있는 컴퓨터와 호환성이 있는 컴퓨터를 제조하거나 기존의 컴퓨터에 응용될 수 있는 소프트웨어를 개발하려고 하는 경우에는 그러한 컴퓨터의 인터페이스와 동일한 인터페이스에 기초한 컴퓨터나 소프트웨어를 만들어야 한다. 또한 소프트웨어와 그 이용자를 연결지어 주는 메뉴화면도 하나의 인터페이스로 중요한 의미를 가지고 이용자들은 동일한 메뉴화면을 유지하거나 메뉴화면의 표준화를 요구한다. 이러한 인터페이스의 저작권과 관련하여 최근에 컴퓨터프로그램의 보호와 관련하여 어려운 논점의 하나가 되었다.

다. 저작권적 보호의 한계와 저작권의 활용방안

소프트웨어의 저작권적 보호는 단순한 복제를 방지하는 데에는 효과적이지만 프로그램을 그대로 베끼지만 않는다면 침해가 성립되지 않을 가능성이 많기 때문에 다른 경쟁관계에 있는 소프트웨어 개발업체가 모방제품을 만드는 것을 방지하는 효과적인 보호수단은 될 수 없다. 즉 저작권자가 "모방 제품이 침해품이다"라고 인정받기 위해서는 모방자가 자기 소프트웨어 제품을 보고 모방했다는 것을 어떤 형태로든 입증하여야만 하는 어려움이 있다. 또한 경쟁업체가 독자적인 개발에 의해서 유사한 제품을 내놓더라도 그 제품은 침해품이 아닌 것으로 인정된다. 그러므로 컴퓨터 프로그램 보호제도는 유통업자나 최종소비자의 단순 복제를 방지하기 위해서는 가장 적당한 제도이나 경쟁관계에 있는 소프트웨어 개발 업체에 대항하기 위한 수단으로 이용하기에는 부적당한 점이 있음을 인식하여야 한다. 즉 프로그램 저작권은 특허나 영업비밀과는 달리 경쟁업체보다는 유통업체나 소비자를 견제할 목적으로 만들어진 것으로 보인다. 따라서 프로그램 저작권은 경쟁업체를 견제하기 위한 수단으로서는 한계가 있다. 유통업체나 소비자가 그대로 무단 복제하는 것은 분명하게 금지하지만 프로그램을 그대로 베끼지만 않는다면 침해가 성립되지 않을 가능성이 많다. 프로그램 저작권자는 경쟁업체의 모방제품이 저작권 침해품이라고 인정받기 위해서는 모방자가 자기의 소프트웨어 제품을 보고 부당하게 모방했다는 것을 어떤 형태로든 입증하여야 하기 때문에 저작권에 의하여 경쟁업체를 견제하는 것이 매우 어려우며 경쟁업체에 대한 저작권을 행사할 때는 많은 주의를 기울여야 한다.

제3절 소프트웨어특성을 고려한 소프트웨어 관리

Ⅰ. 소프트웨어 관리

1. 소프트웨어 관리의 의의

소프트웨어 관리 라 함은 "소프트웨어의 구매에서부터 사후관리, 폐기에 이르기까지 소프트웨어와 관련하여 이루어지는 모든 과정"을 말한다. 소프트웨어를 구입하는 경우에는 필요한 소프트웨어의 종류와 수량, 필요예산, 계약조건 등을 우선 검토하고, 구입 후에는 소프트웨어의 설치 및 보유소프트웨어 관리, 소프트웨어 설치현황에 대한 점검 및 그에 따른 조치 등을 행한다.

2. 소프트웨어 관리의 목적

소프트웨어 관리의 직접적인 목적은 보다 쉽고 효율적인 소프트웨어 자산관리 체계를 확립하는데 있으며, 그에 따라 소프트웨어 관련 비용의 절감, 시스템의 안정된 운영과 효율적인 업무를 기

대할 수 있으며, 더 나아가 소프트웨어 저작권자의 권리보호 및 소프트웨어공정이용문화 정착을 통하여 소프트웨어산업발전을 도모하는 데 있다.

3. 소프트웨어 관리의 기대효과

가. 비용절감

① 필요한 소프트웨어와 불필요한 소프트웨어의 구별

실제 업무에 대한 철저한 분석을 통해 필요한 소프트웨어와 불필요한 소프트웨어를 구분하여 적정 수량을 파악 하고, 반드시 필요로 하는 소프트웨어만을 선택・구입함으로써 활용이 적은 소프트웨어의 무분별한 구입을 줄이고, 이에 따라 소프트웨어 구입 및 이에 따른 보관, 유지비용을 절감할 수 있다.

② 적절한 라이선스(License)의 선택・활용

소프트웨어 저작자(제작자)들은 대체로 자체적인 라이선스 정책을 가지고 있다. 따라서 조직에 필요한 소프트웨어의 수량조사와 함께 소프트웨어 저작자들의 라이선스 정책을 파악하여 실정에 맞는 라이선스를 선택함으로써 소프트웨어 구입 및 기타 부대비용을 최소화할 수 있다.

나. 시스템의 안정적 운영

소프트웨어에 따라서는 호환성 등의 이유로 시스템 전체를 불안정하게 하는 경우도 있다. 이러한 경우소프트웨어 관리를 통하여 이용 상황을 파악해 두면 시스템 장애 시에 적절하게 대처할 수 있으며 문제점을 파악하고 수정하여 안정성을 한층 더 높일 수 있다. 또한, 무분별한 불법소프트웨어의 설치를 차단함으로써 인트라넷 전체를 파괴할 수도 있는 바이러스, 트로이 및 기타 악성코드 등의 침입을 예방하는 효과도 있다.

다. 소프트웨어 공정이용문화 정착

최근에는 정품 소프트웨어 사용에 대한 인식이 확산되고 있으나, 아직도 무분별하게 불법소프트웨어를 사용함으로써 조직에 피해를 주는 경우가 있다. 따라서 체계적이고 조직적으로 소프트웨어를 관리함으로써 이러한 불법복제를 미연에 방지할 필요가 있다. 소프트웨어공정이용문화 정착으로 인한 수요의 창출은 소프트웨어산업 전반에 걸친 연구개발과 투자를 촉진시켜 IT강국으로서의 입지를 더욱 확고하게 할 것이다.

4. 소프트웨어 관리 프로세스

소프트웨어 관리는 각 기관의 규모, 업무특성 등 환경에 따라 상이할 수 있지만 통상적으로 다음과 같은 프로세스로 이루어진다.

가. 1단계－기반 구축

1단계는 소프트웨어 관리를 위한 기반을 구축하는 단계로 소프트웨어 관리의 중요성을 전 직원에게 인지시키고 소프트웨어 관리의 기본적인 체계를 마련하는 것으로 시작된다고 할 수 있다.

나. 2단계－정책과 절차 수립

2단계는 소프트웨어 관리를 위한 정책과 절차를 수립하는 단계로, 전체 소프트웨어 관리 라이프사이클을 수립하고, 쉐어웨어 소프트웨어 등의 사용정책, 포상과 징계절차, 지속적인 유지를 위한 정책보급과 이를 재평가하는 단계이다.

다. 3단계－조사・분석

2단계는 소프트웨어 사용 실태 조사 및 현황 분석 단계로 현재 기관 내에 설치되어 있는 소프트웨어를 조사하기 위하여 점검용 소프트웨어를 설치하고 사용법을 숙지하며 기관 내 소프트웨어 관리 상황 및 문제점 등을 파악한다.

라. 4단계－보완・정비

4단계는 분석된 결과를 토대로 보완조치를 취하고 관리체계를 정비하는 단계로 소프트웨어 점검에 따라 파악되어진 불법 소프트웨어에 대하여 후속조치를 취하고 소프트웨어 관리대장 등을 작성하여 향후 정기적인 소프트웨어 관리 기반을 조성한다.

마. 5단계－교육・지속적 유지

5단계는 교육 및 지속적 유지 단계로, 내부규정 등을 정비하고 소프트웨어 수요조사 및 구입・점검 관련교육 등을 주기적 또는 필요시 반복함으로써 소프트웨어관리체계를 유지해 나간다.

제3장 저작권법상 양벌규정

제1절 양벌규정제도

Ⅰ. 양벌규정제도의 의의

1. 양벌규정의 개념

양벌규정이라 함은 일정한 위반행위가 법인이나 개인의 업무와 관련하여 행해진 경우에 직접적인 위반행위자를 처벌하는 외에 그 업무의 주체인 업무주(법인과 개인)도 처벌하는 제도를 말한다.[53]

양벌규정에서 직접위반 행위를 행한 종업원뿐만 아니라 업무주를 처벌하는 목적은 그 위반행위로 인하여 발생한 이익의 귀속주체인 업무주로부터 부당하게 취득한 불법수익을 박탈하는 한편, 나아가 형벌의 위하력(威嚇力)을 사용하여 업무주로 하여금 종업원의 위반행위를 방지할 수 있는 조치를 취하게 함으로써 장래 종업원의 위반행위를 예방하고자 함에 있다.[54]

다만, 이처럼 실제행위자의 위법행위에 직접가담하지 아니한 경우에도 그 책임을 묻는 것이 과연 사업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실에 대하여 처벌케 하는 것인지에 대하여는 일치된 견해가 존재하지 아니한다.

2. 양벌규정의 특징

현행 법률들에 규정되어 있는 양벌규정은 다음과 같은 특징을 가지고 있다.[55]

첫째, 양벌규정은 직접적인 위반행위자와 동시에 처벌받는 업무주가 법인인지 개인인지에 대해서 구별하지 아니한다.

둘째, 양벌규정은 먼저 벌칙의 전제가 되는 금지규범과 명령규범을 열거한 다음 이러한 규범이 위반된 경우에 부과되는 벌칙에 대해서 규정하고 마지막에 양벌규정을 두는 방식을 취하고 있다.

셋째, 양벌규정은 다양한 형태로 규정되어 있는데, 입법형식을 기준으로 볼 때, 공범형식으로 규정된 경우, 면책규정이 있는 경우 그리고 어떠한 조건이나 면책사유가 규정되어 있지 않는 경우이다.

---

53) 오경식, “양벌규정에 대한 판례분석”, 영남법학 , 제27호(2008,10), 59면.

54) 대법원 1991.2.26.선고 90도597판결; 1991.11.12.선고 91도01판결; 1992.11.10선고92 도2324판결; 1995.05.26선고 95도30판결; 1996.2.23선고 95도2083판결; 1997.6.13.선고 97도34판결. 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰,” 한양법학 제20권 제4집, 2009, 101-102면.

55) 이주희, 앞의 논문(주 54), 101면.

4. 양벌규정의 기능

양벌규정은 다음과 같은 특징을 가지고 있다.

첫째, 양벌규정은 법인의 형사책임을 긍정하는 기능을 갖고 있다. 대법원 판례[56]를 분석해 보면 형법은 행위자의 책임을 원칙으로 하고 있기 때문에 법인의 형사책임을 일반적으로는 부정하고 있을 뿐만 아니라, 법인은 법률상 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌된다는 점을 분명히 하고 있다. 양벌규정은 형법 총칙이 부여하지 못한 범죄능력과 수형능력을 법인에게 부여하여 법인에 대한 형사처벌을 가능케 한다.[57]

둘째, 양벌규정은 수범자를 확대하는 기능을 갖고 있다. 즉 양벌규정은 그 규정을 두고 있는 법률상의 형벌법규가 '사업자' 등의 일정한 신분자의 위반행위만을 처벌하는 신분범으로 되어 있는 경우에는 이 양벌규정이 그러한 신분없는 행위자까지 정범으로 처벌을 가능케 함으로써 비신분자인 종업원 등에게 신분자로서의 지위를 부여하고 있다.[58]

셋째, 양벌규정은 과실범을 처벌하는 기능을 갖는다. 양벌규정을 두고 있는 법률의 거의 전부가 과실범처벌 규정을 두고 있지 않으므로, 형법 제14조와 제8조의 관계에서 과실범은 처벌되지 않는다고 해석해야 한다. 그럼에도 불구하고 양벌규정은 업무주체인 개인이나 법인에 대해서는 과실만으로도 형사처벌을 가능케 하고 있다. 다만 과실범 처벌 기능의 경우에는 업무주처벌근거를 부작위책임에서 보는 입장에서는 달리 파악될 수도 있을 것이다.[59]

Ⅱ. 양벌규정의 법적성질

1. 양벌규정의 의미

형법에는 법인의 범죄능력을 인정하는 규정이 없으므로, 현재 다수설과 판례[60]는 법인의 범죄능력을 부정하고 있다.[61] 이때 자연인인 사업주에 대하여 형법의 공범개념을 적용하는 방법을 생각할 수 있으나, 공범은 고의범을 전제로 하고 있으므로, 종업원 등의 범죄행위에 대하여 구체적

---

56) 대법원 1983.3.22 선고, 80도1591 판결 (공 1983, 764).

57) 판례는 수형능력만을 부여한다고 본다. 대법원 1962.5.24선고, 4294형상530 판결; 대법원 1971.9.28선고, 71도1394 판결.

58) 한편, 강동범 교수는 양벌규정은 법인 또는 영업주를 처벌하는 규정일 뿐 실제의 행위자를 처벌하는 규정은 아니기 때문에 양벌규정으로부터 행위자에 대한 처벌을 근거지울 수는 없다고 하여 양벌규정의 수범자 확대기능을 부정하고 있다. 그리고 양벌규정이 행위자를 처벌하는 규정이 아니라는 견해는 양벌규정이 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 대표이사를 처벌하려는 것이어서 양벌, 즉 양자를 모두 처벌한다는 의미를 제대로 이해하지 못한 것이라고 할 수 있다.

59) 이주희, 앞의 논문(주 54), 106면.

60) 대법원 1984.10.10, 82도2595; 대법원 1994.2.8. 93도1483.

61) 이재상, 형법총론(제6판), 박영사 2009, 93면 참조.

인식을 하는 경우에만 공범이 성립할 수 있다. 또한 그 입증도 어려워 현실적으로 사업주를 공범으로 처벌하기는 어렵다. 이와 같이 법인 자체나 사업주에 대하여는 기존의 형법이론으로 형사처벌이 어렵기 때문에, 이를 극복하기 위하여 양벌규정이 존재하고 있다.[62] 양벌규정은 일본의 입법형식[63]을 차용한 것으로 1961년 제3공화국 성립 이후 법령정비에 의해 일반화된 입법형식으로 자리 잡기 시작하여,[64] 대부분의 행정법규에 규정되어 있다.[65] 따라서 실무상 형법총칙에 대등한 중요성을 지니고 있으며, 형법 제8조 단서에서 규정된 '그 법령의 특별한 규정'의 대표적인 예라고 할 수 있다.[66]

법인의 범죄능력 인정여부에 관하여는 아직 학계에서 논란이 있으나,[67] 현행법상 양벌규정이 존재하는 경우 법인의 형벌능력을 부정하지는 아니한다. 판례에 따르면, 법인의 범죄능력은 인정되지 않으나,[68] 형벌능력은 인정한다: "법인은 기관인 자연인을 통하여 행위를 하게 되는 것이기 때문에, 자연인이 법인의 기관으로서 범죄행위를 한 경우에도 행위자인 자연인이 범죄행위에 대한 형사책임을 지는 것이고, 다만 법률이 목적을 달성하기 위하여 특별히 규정하고 있는 경우에만 행위자를 벌하는 외에 법률효과가 귀속되는 법인에 대하여도 벌금형을 과할 수 있을 뿐"이라고 한다.[69]

양벌규정의 유형은 3가지로 분류되는데,[70] 첫째, "법인 또는 사업주가 사전 또는 사후에 직접행위자의 위반행위를 알고도 이를 방치・방관하거나 교사한 경우에 그 공범책임을 근거로 처벌하는 경우", 둘째 "법인이나 사업주의 과실책임을 근거로 처벌하는 취지가 명시된 경우로서, 종업원의 업무집행에 대한 선임감독을 태만하지 않았음을 증명한 경우에 법인의 책임을 면제하는 경우", 셋째 "법인이나 사업주의 처벌에 아무런 조건이나 면책사유를 규정하지 않은 경우"가 있다.[71]

첫째 유형과 둘째 유형은 과실책임이라는 것이 법규정상 분명하나, 대다수의 양벌규정의 형태

---

62) 김대휘, 양벌규정의 해석, 형사판례의 연구 I, 2003, 113면.
63) 일본의 입법형식은 프랑스형법의 '타인의 행위에 대한 형사책임'과 '형식범설(단순위반을 규정한 위경죄에서는 책임표지를 요구하지 아니하는 견해)'을 통합한 것이라고 한다 (조병선, 환경형사판례에 관한 비판적 고찰, 형사판례연구 (1), 1993, 304면).
64) 정금천, 양벌규정과 법인의 형사책임, 형사판례의 연구 I, 2003, 136면.
65) 형사정책연구원(박미숙/탁희성/임정호), 양벌규정의 개선방안에 관한 연구, 2008, 15면.
66) 신동운, 판례백선 형법총론(개정판), 1997, 74면.
67) 이에 대한 상세한 논의는 형사정책연구원(박미숙/탁희성/임정호), 앞의 보고서(주 65), 75-83면 참조. 법인의 범죄능력을 인정하는 입장에서는 각종법규상의 벌칙규정이 직접 적용되고 양벌규정이 적용될 필요는 없게 되고, 반면 법인의 범죄능력을 부정하는 입장에서는 법인에 벌칙규정이 직접 적용될 수 없다. 최근에는 법인의 범죄능력과 양벌규정에 의한 처벌규정은 다른 차원의 문제로서 이해하는 견해가 유력하다 (박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009, 71면; 조국, 법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 2007, 61면).
68) 대법원 1984.10.10. 선고 82도2595 판결.
69) 대법원 1994.2.8 선고 93도1483 판결.
70) 이재상, 앞의 책(주 61), 98면.
71) 김정환, "저작권법상 양벌규정의 해석", 소프트웨어와 법률 제6호, 2009, 117면.

인 셋째 유형과 관련하여 양벌규정의 법적성격이 논의된다. 이에 대하여 '무과실책임설'과 '과실책임설'이 대립되어 왔고, 근래에는 '부작위감독책임설'이 주장되기도 한다.[72] 한편 양벌규정에 의한 법인처벌의 근거에 관한 판례의 입장은 무과실책임설을 취한 경우[73]도 있으며, 과실책임설을 취한 경우[74]도 있는데, 주류적인 입장은 과실책임설로 이해되고 있다. 이러한 양벌규정에 의한 법인처벌의 근거에 관한 상세한 논의는 저작권법의 양벌규정에 면책조항이 신설된 이상 피하기로 하고, 면책규정이 존재하는 유형(두번째 유형)에 해당하는 과실책임설에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 처벌근거

가. 일반론

행정상의 특별입법에서 의무주체를 한정하고 있지 아니하여 누구든지 어떠한 행위를 하지 못하게 되어 있고 그 위반행위를 처벌하는 통상적인 경우에는 실제행위자는 특별입법에 포함되어 있는 벌칙 본조에 의하여 처벌되고, 법인 등 업무주는 양벌규정에 의하여 함께 처벌되는 것은 해석상 의문의 여지가 없다.

업무주가 자연인인 경우에는 원칙적으로 범죄와 형벌능력이 있으므로, 그가 범죄의 구성요건을 직접 실행하지 아니하였다고 하더라도 일정한 관계가 있는 자의 위법행위에 대하여 양벌규정에 의한 처벌을 받게 되는 것이다.

한편 업무주가 법인인 경우에는 법인의 본질론 및 범죄능력이나 형벌능력의 문제가 제기된다. 법인의 범죄능력의 문제에 관하여, 범죄능력을 부정하는 견해와 긍정하는 견해, 또 행정범이나 법인 처벌규정이 있는 경우에만 범죄능력을 긍정하는 견해가 있는데, 판례와 다수설은 범죄능력 자체는 부정하는 것으로 보인다. 그러나 법인이 스스로 또는 기관을 통하여 범죄능력을 가지는가의 문제는 형법의 해석 이전의 선험적인 문제이고, 실정법이 법인을 처벌하고 있고 그것이 각 당해 특별법이 달성하려고 하는 규범목적에 의하여 필요성이나 정당성이 긍정되고 있는 이상, 법인의 본질이나 범죄능력에 관한 이론적 문제에 집착할 필요가 없다.

법인이 실정법에 의하여 인격이 부여되고 기관을 통하여 행위하며 그에 대하여 어떠한 법률효과가 귀속되는 것은 명백하다. 기관의 행위에 의한 법률효과는 법인 자체에 공・사법상의 권리・의무가 귀속되는 민사상・행정상의 법률효과뿐만 아니라, 형사상의 제재도 귀속될 수 있는 것인데,

---

72) 이에 대해서는 이재상, 앞의 책(주 61), 98-99면 참조.

73) 양벌규정인 건축법 제57조는 실제의 위반행위자 이외에 그 이익귀속주체인 법인 또는 자연인이 별도로 있을 경우 그 법인 또는 자연인이 실제 위반행위를 분담하지 아니하였다 하더라도 그 법인 또는 자연인을 처벌할 수 있다는 규정일 뿐 행위자 처벌규정이라고 해석할 수 없는 것이므로 이를 근거로 실제의 위반행위자를 처벌할 수 없다. (대법원 1990.10.12. 선고 90도1219 판결).

74) 미성년자 보호법상의 양벌규정에 의한 사업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이다. (대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결).

이러한 법률효과들은 원칙적으로 실정법상 특별규정이 있는 경우에만 승인되는 것이다. 그런데 기본적으로 형법은 자연인의 행위에 대하여 그 책임의 귀속을 묻는 것인 이상, 법인 자체가 자연인이 아니고 단지 법률상 승인된 권리・의무의 주체일 뿐이므로, 형사상으로는 법인의 행위를 자연인의 행위와 동일시하거나 이로 환원시킬 수 없다. 따라서 실정법상 특별규정(양벌규정)이 있는 경우에 법인에 대하여 형사상 제재가 귀속된다 하더라도 자연인에 대한 제재인 자유형 등과 같은 것은 사물의 본성상 귀속될 수 없고, 법인에 대한 형사상 법률효과인 제재로서의 형벌은 벌금이나 과료와 같은 재산형에 국한될 수밖에 없다(이른바 법인의 형벌능력에 관한 문제).

학설상으로는, 법인에 대한 처벌의 근거는 범인의 감독의무위반에서 연유한 부작위범행에 있다고 하고 법인의 범죄능력이나 자기책임을 긍정하는 견해도 있고,[75] 그렇게 볼 여지도 있으나, 이는 어디까지나 형법 제8조에서 승인하는 부수형법상의 특별규정이 있는 경우에 한하는 것이고 일반적으로 적용할 수 있는 원칙은 아니라 할 것이다. 그러므로 양벌규정이 없는 일반 형법범죄에 관하여 대법원이 명백히 법인의 범죄능력을 부정하고, 따라서 법인이 배임죄의 주체로 되지 않으므로, 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관을 배임죄의 주체로 보고 있음은 당연하다.[76]

또 이와 관련하여 업무주가 법인인 경우에는 문제가 없지만, 법인격 없는 단체인 경우에 양벌규정에 명시적으로 근거가 없는 한 처벌할 수 없다는 것이 학설・판례의 태도이고, 이는 정당하다. 예컨대 노동조합및노동관계조정법 제94조나 보험업법 제227조, 공직선거및선거부정방지법 제260조 등과 같이 명시적으로 단체도 처벌대상으로 삼고 있는 경우에는 법인격의 존부는 그 요건이 아니라고 해석된다.

나. 업무주의 처벌근거

(1) 개요

양벌규정에 의한 업무주 처벌의 근거에 대해서는 무과실책임설과 과실책임설이 대립하고 있는바, 무과실책임설은 종업원의 행위책임을 행정규제의 목적달성을 위해 사업주에 전가시키는 것이고 사업주에게 고의나 과실의 존재가 필요치 않다고 보는 견해로서, 그 이면에는 사업주의 사업수행과정에서 행하여진 위법행위는 통상 사업주의 이익을 위하여 행하여지는 것이고 이러한 행위에 대한 이익, 불이익은 사업주에게 귀속시키는 것이 적절하다는 사고가 깔려 있다. 이에 반해 과실책임설은 사업주의 책임을 행위자에 대한 선임・감독상의 과실책임이라고 보는 견해로서 현재의 다수설이라 할 수 있으며, 그 밖에 중간적 견해로는 과실추정설이나 과실의제설도 있다.

실정법의 해석상, 위 양벌규정의 규정형식 중 제 1 유형의 경우에는 검사의 입증을 덜어주는 것

75) 조병선, 앞의 논문(주 63), 10면 이하 참조.
76) 대법원 1984. 10. 10 선고 82도2595 전원합의체 판결.

이고, 제 2 유형은 입증책임을 전환한 것인데, 위의 경우 모두 과실책임설에 입각한 입법형식이라고 보인다. 그리고 제 3 유형은 무과실책임에 입각한 업무주 처벌의 경우가 될 것이다. 입증책임을 전환하는 제 2 유형의 경우에도 그 입증의 정도를 엄격히 함으로써 실무상으로 제 3 유형과 결과에 차이를 보이고 있지 않는 것 같다.

무릇 법인 등 업무주에 대한 동시처벌은 대부분의 행정상 특별입법에 해당되는 부수형법이 추구하는 행정목적을 달성하기 위하여 과하는 질서벌적 성격의 특별형벌이라 할 수 있다. 물론 업무주가 직접 위반행위를 하거나 배후에서 조종 내지 교사, 묵인, 방치하는 경우가 많고, 이와 같은 경우에는 업무주도 정범 또는 공범으로 처벌될 수 있다. 그러나 실제로 업무주에 대하여 책임을 묻는 것은 쉽지 않고 그 입증도 어렵다. 그래서 업무주도 함께 처벌하는 것은 업무주의 개입에 관한 입증이 어려운 경우에도 행정상 제재를 부과함으로써 행정목적을 달하려고 하는 것이 입법자의 의도 속에 숨어 있다고 추단된다. 그 처벌의 근거를 선임・감독상의 과실이 있는 것이라고 표현하든, 그러한 과실이 추정된다거나 의제된다고 표현하든 간에 이론상의 문제라 할 것이다. 굳이 말한다면 제 3 유형의 경우에도 처벌 자체는 무과실책임에 의하여 면책을 인정하지 아니하지만 업무주 처벌의 근거는 선임・감독상의 과실에 기한다고 볼 것이다.

판례는 종래 업무주 처벌의 근거가 무엇인지 명확히 하지 않았으나,[77] 최근 대법원은 법인의 경우 직원 등의 위반행위에 대하여 행위자인 직원 등을 벌하는 외에 업무주체인 법인도 처벌하는 것이 엄격한 무과실책임은 아니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하는 한편, 그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 처벌규정의 실효를 살리자는데 그 목적이 있다고 명시하고 있어 과실추정설에 가까운 것이 아닌가 해석된다.[78]

(2) 양벌규정에 의한 법인처벌의 근거에 대한 학설

법인처벌의 근거에 대하여, 학설은 업무주의 감독상의 부주의라는 주관적 측면에 초점을 맞춘 과실책임으로 파악하는 견해와, 감독의무의 불이행이라는 객관적 측면에 초점을 맞춘 부작위 책임으로 파악하는 견해로 대별 될 수 있다.

1) 과실책임설

'과실책임설'은 양벌규정에서 사업주를 처벌함은 타인책임의 전가가 아니라, 사업주 자신의 행

77) 판례 중에서는, 구 미성년자보호법 제4조 제2항, 제2조 제1항 제3호의 미성년자 출입금지를 위반한 영업자가 같은 법 제6조에 의하여 처벌되고 그 업무주인 법인 등을 제7조의 양벌규정에 의하여 처벌되도록 되어 있었는데, 이는 무과실책임의 규정형태라 할 것임에도 불구하고, "양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반 행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감동상의 과실로 인하여 처벌되는 것"이라고 한 바 있다.

78) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001도5595 판결.

위자에 대한 선임감독상의 과실책임을 묻는 것이라는 견해이다.[79] 즉 법인은 사업의 통제자로서 종업원 등이 위반행위를 하지 않도록 주의의무를 지는데, 이러한 주의의무(선임감독의무)를 태만히 하였기 때문에 법인이 처벌받는 것이라고 한다.[80]

다수의 견해는 면책규정이 있는 경우에는 과실책임으로 보고 있다.[81] 그러나 과거의 논쟁은 주로 아무런 조건이나 면책사유가 없었던 규정에 대한 논쟁이 주된 것이었고, 면책규정이 추가된 경우에는 부수적으로 이와 관련해 논의되었기 때문에 지배적인 견해라고 보기 어렵다는 견해도 있다.[82] 그러나 법무부의 보도자료[83] 에 따르더라도 "종업원의 선임・감독에 과실이 없음에도 불구하고 종업원의 범죄를 이유로 기업주를 처벌하는 양벌규정 개선 " 이 입법취지라고 보도하고 있는 이상 다수의 견해도 유지될 것으로 생각된다.

이때 과실책임설은 과실을 인정하는 방법에 따라 과실의제설,[84] 과실추정설, 진정과실책임설로 구분된다.[85]

양벌규정에서는 종업원의 위법행위가 있으면 사업주과실의 존재를 추정하는 것이고, 사업주가 과실의 부존재를 증명하지 않는 한 사업주는 책임을 면할 수 없다는 견해가 과실추정설이다. 과실추정설에 의하면, 면책규정의 역할은 과실이 강하게 추정되는 조항이라고 본다. 따라서 거증책임이 전환되어 업무주측에서 선임・감독에 과실이 없음을 입증해야 한다고 보는 견해가 있다.[86] 다만 법문에 '증명'이라는 용어가 있는 경우에만 거증책임의 전환을 인정한다고 보는 견해도 있다.[87] 과실추정설에 대해서는, 명문의 규정 없이 거증책임을 피고인에게 전환하는 것은 형사소송의 대원칙인 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)'라는 원칙에 반하고[88] 피고인에게 무과실의 반증이 쉽지 않다[89]는 비판이 있다. 업무주처벌근거를 과실책임으로 보는 견해

---

79) 사업수행과정에서 행해진 위법행위는 사업주의 이익을 위해서 행해지는 것이 일반적이므로, 이러한 행위에 대한 이익뿐만 아니라 불이익도 사업주에게 귀속시키는 것이 바람직하다는 전제에서, 양벌규정은 종업원의 행위에 대한 책임을 사업주에게 전가시키는 것으로서 사업주에게 고의나 과실도 필요치 않다는 것이 '무과실책임설'이다. 김정환, 앞의 논문(주 71),117면.

80) 형사정책연구원, 앞의 보고서(주 65), 85면 참조.

81) 이재상, 앞의 책(주 61), ,98면; 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2007,140면; 조국, "법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격", 서울대학교 법학, 제48권 제3호, 2007.9, 69면.

82) 이주희, 앞의 논문(주 54), 105면.

83) 법무부, 2008.7.24일자 보도자료.

84) 종업원의 위법행위가 있으면 법인의 과실은 법률상 당연히 존재하는 것으로 의제된다는 견해이다. 따라서 사업주가 과실의 부존재를 증명하더라도 면책될 수 없게 된다. 이 견해에 따라 무과실의 경우에도 과실이 있는 것으로 의제하는 것은 책임주의에 반하며, 이는 결국 무과실책임설과 동일한 결론에 이른다. 우리나라에서 현재 이러한 견해를 취하는 학자는 없다. 이재상, 앞의 책(주 61), 99면 참조.

85) 김정환, 앞의 논문(주 71), 118면.

86) 백형구, 형사소송법강의, 2001, 594면.

87) 정웅석, 형사소송법, 2006, 762면.

88) 김성돈, 형법총론, 2006, 161면; 조국, 앞의 논문(주81), 69면.

89) 신동운, 형법총론(제5판), 법문사, 2010, 107면.

는 '상당한 주의와 감독'이라는 문리적 해석에 충실한 견해이고, 거증책임의 전환은 이러한 법인 과실의 입증곤란을 구제하기 위한 견지에서 주장된다.

진정과실책임설은 종업원자의 선임감독에 대한 사업주의 과실(주의의무위반)을 형사사건 일반의 과실과 마찬가지로 공소를 제기하는 검사가 입증하여야 한다는 견해로서, 이러한 견해가 형법의 기본원칙에 충실한 해석이라고 한다.[90]

2) 부작위감독책임설

부작위감독책임설은, 법인이 업무활동의 관리・지배자로서 종업원에 의해 행해진 위험발생과 결과발생의 원인을 방지해야 할 보증인적 지위를 인정할 수 있고, 법인 자신이 종업원에 대한 선임감독의 작위의무를 이행하지 않았기에 처벌된다는 견해이다.[91] 부작위감독책임설은 업무주를 처벌하는 근거를 감독상의 부주의라는 주관적 과실책임으로 보지 않고 감독의무의 불이행이라는 객관적인 행위책임으로 보아 부작위책임으로 보는 견해이다.[92] 법인의 책임을 과실책임이 아니라 부작위책임으로 보면, 과실책임뿐만 아니라 고의책임(종업원의 위법행위를 고의로 방치한 경우)도 인정할 수 있게 된다고 한다.[93]

또한 과거에 아무런 조건이나 면책사유가 없었던 규정에 대해서 부작위책임으로 보는 견해[94]도 있었으나 면책사유의 규정에도 불구하고 이러한 견해가 유지될 것인지는 확실하지 않다. 그리고 고위관리자의 행위와 하위종업원의 행위를 구분하여 전자의 경우에는 행위책임을 후자의 경우에는 감독책임을 인정하자는 견해도 있다.[95]

또한 새로 개정되는 양벌규정에 따른 '상당한 주의 또는 감독을 게을리 한 경우'를 '위반행위 방지시스템'이 제대로 가동되지 않은 경우로 '과실행위'보다는 '부작위'에 가깝기는 하나, '오존층 보호를 위한 특정물징의 제조규제 등에 관한 법률'등을 예로 들면서 '결과범'[96]이 아닌 '추상적위험범'[97] 또는 '거동범'[98]이므로 일종의 단체책임으로 보는 견해도 있다.[99]

---

90) 신동운, 앞의 책(주 89), 107면.
91) 임웅, 형법총론(개정판 제2보정), 법문사, 2009, 81면; 조병선, 양벌규정과 법인의 형사책임, 형사판례연구(3), 1995, 13면.
92) 이주희, 앞의 논문(주 54), 106면.
93) 임웅, 앞의 책(주 91), 81면.
94) 임웅, 앞의 책(주 91), 81면.
95) 김재봉,"양벌규정과 기업처벌의 근거・구조", 법학논총 제24집 제3호, 한양대학교법학연구소, 2007,15면.
96) 결과범이라함은 범죄(犯罪)의 구성(構成) 요건(要件)이 일정(一定)한 결과(結果)의 발생(發生)을 요구(要求)하고 있는 범죄(犯罪) 를 말한다.
97) 추상적위험범은 위험이 발생될 필요없이 법익의 침해에 대한 일반적, 추상적인 위험성만 있으면 구성요건이 충족되는 범죄이므로 위험의 발생이 구성요건요소가 되지 않는다. 반면에 구체적위험범은 단순한 추상적인 위험만으로는 부족하고 구체적인 위험을 발생시켜야 범죄가 되므로 그 위험의 발생이 구성요건요소가 된다.
98) 거동범이란 실질범(實質犯)또는 결과범에 대응하는 말이다. 행위범(行爲犯)・단순거동범(單純擧動犯)이라고도 한다. 예를 들면, 폭행죄는 돌을 던지거나 간질이는 등, 타인의 신체에 대하여 유형력(有形力)을 행사하는 것만으로도 범죄

부작위 책임으로 이해하는 견해의 핵심은 거증책임이 소추기관 측에 있다는 점이다. 형사소송법상의 거증책임 원칙이나 '의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)'원칙을 이에 대한 근거로 들고 있으며, 아울러 고의범의 처벌근거가 보다 확실해지고, 종업원의 범죄 발생 이전단계에서 종업원의 범죄행위를 방지할 수 있는 기대가능한 안전조치를 취할 의무를 부담하게 된다는 점에서 법익보호에 유리하다고 주장한다.

3) 부작위감독책임・행위책임의 이원설

법인활동의 구조적 특성을 고려하여 '법인기관'의 위법행위는 법인 자신의 행위로 인정하여 법인의 불법행위책임으로 보고, '법인종업원'의 위법행위는 법인의 관리감독상의 부작위책임으로 인정하는 견해이다.[100]

(3) 판례

1) 대법원의 입장

대법원은 양벌규정의 해석에 관하여 다소 일관성 없는 태도를 보여 왔고, 개별 법역마다 약간씩 다른 해석을 하고 있었다. 양벌규정에 대한 대법원의 입장은 일관적으로 설명될 수 없고, 개별적인 양벌규정의 특성에 따라 무과실책임설, 과실추정설, 진정과실책임설을 취하고 있다.[101] 그러나 면책조항이 있는 양벌규정에 대하여는 과실책임설, 그 중에서도 과실추정설을 취하고 있음이 분명하다.

구 관세법 제197조[102]와 구 공중위생법 제45조의 면책규정과 관련하여, "구 공중위생법 제45조의 규정은, 법인의 경우 종업원의 위반행위에 대하여 행위자인 종업원을 벌하는 외에 업무주체인 법인도 처벌하고, 이 경우 법인은 엄격한 무과실책임은 아니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하고, 그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 양벌규정의 실효를 살리자는 데 그 목적이 있다"고

가 성립되며, 상해의 결과가 발생한 때에는 상해죄(傷害罪)가 성립되는 것이므로 거동범이다.

99) 단체책임을 '총체적인 위반행위 방지시스템이 결여된' 고의범으로 추정하는 책임이라고 설명하고 있다. 조병선, 개정양벌규정에서의 기업의 형사책임 : 과실추정설에 대한 반론, 형사정책 제21권 제1호, 2009.6. 363면 이하.

100) 김일수/서보학, 앞의 책(주 81), 142면.

101) 이재상, 앞의 책(주 61), 99면 참조. 과실추정설에 의한 과실책임을 인정한 판례는 대법원 1980.3.1선고1, 80도138 판결; 대법원 1992.8.18 선고, 92도1395판결, 다만 무과실책임 또는 과실책임을 인정한 것인지에 대해 논의가 있는 판례는 대법원 1991.11.12선고, 91도801판결.

102) 대법원 1980.3.11. 선고 80도138 판결 : "구 관세법 제197조에 의하면 피고인과 같은 법인이 같은 법 제196조에 의하여 처벌받게 되는 경우에도 본인으로서 그 직원 또는 임원의 위반행위를 방지하는 방도가 없었음을 증명한 때에는 면책을 받게 되어 있는바 이는 법인에게 무과실책임은 아니라 하더라도 입증책임을 부과함으로써 업무주체에 대한 과실의 추정을 강하게 하려는데 그 목적이 있다 할 것". (대법원 1995.7.25. 선고 95도391 판결; 대법원 2002.1.25. 선고 2001도5595 에서도 동일한 판결).

한다.[103] 대법원은 “공중위생법 제45조에 의하면, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제42조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형에 처한다라고 양벌규정을 하면서 그 단서에 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원의 부당행위를 방지하기 위하여 당해 업무에 대하여 상당한 주의와 감독을 한 것이 증명된 때에는 그 법인 또는 개인에 관하여는 예외로 한다라는 면책규정을 두고 있다. 이는 법인의 경우, 종업원의 위반행위에 대하여 행위자인 종업원을 벌하는 외에 업무주체인 법인도 처벌하고, 이 경우 법인은 엄격한 무과실책임은 아니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하고, 그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 양벌규정의 실효를 살리자는 데 그 목적이 있다“라고 판시[104]하여 면책규정있는 양벌규정에 있어서 업무주처벌의 근거가 과실책임에 기한 것임을 비교적 명백히 하고 있다.

한편 대법원은 “건축법 제78조 제1항(무허가건축 등의 처벌규정)에 의하여 허가 없이 건축행위를 한 경우에, 법인의 대표자를 건축법 제78조 제1항에 의하여 무허가 건축행위로 처벌하기 위하여는 그 법인의 대표자가 직접 무허가 건축행위를 하도록 지시하였거나 또는 그 법인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 무허가 건축행위를 한다는 점을 알면서 이를 묵인 내지 방치한 사실이 인정되어야만 할 것이고, 단순히 그 법인의 대리인, 사용인 기타 종업원으로 하여금 무허가 건축행위를 하지 못하도록 지휘, 감독하여야 할 주의의무를 게을리함으로 말미암아 허가 없이 건축행위가 이루어진 데 불과한 경우에는 그 법인의 대표자를 위 제78조 제1항에 의하여 처벌할 수 없다”고 하였는데,[105] 이는 대표자의 직접 행위책임을 물을 수 없는 경우로 보인다. 또 위 판례는 이어서 “건축법 제78조 제1항이 허가 없이 건축물을 건축한 행위에 대하여는 건축주(건축주가 법인인 경우에는 그 대표자)만을 처벌대상으로 규정하고 있으므로, 건축주인 법인의 대표자 아닌 자가 허가 없이 건축행위를 하였다고 하더라도 그를 법인의 대표자와 공범으로 처벌할 수 있는 경우를 제외하고는 건축법 제78조 제 1 항에 의하여서는 처벌할 수 없다”고 하였다.[106]

그러나 한편, 대법원은 구 건축법 제57조와 같은 유형의 양벌규정인 구 건설업법(1995. 12. 30. 법률 제5137호로 개정되기 전의 것) 제63조, 구 도시가스사업법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되기 전의 것) 제55조, 구 산업안전보건법(1996. 12. 31. 법률 제5248호로 개정되기 전의 것) 제71조, 구 석유사업법(1982. 12. 31. 법률 제3645호로 개정되기 전의 것) 제29조, 구 중기관리법(1993. 6. 11. 법률 제4561호 건설기계관리법으로 전문 개정되기 전의 것) 제36조, 구 환경보전법(1990. 8. 1. 법률 제4257호 환경정책기본법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제70조 등에 대하여는, 그 취지가 벌칙규정의 위반행위를 그 적용대상자인 업무주 등이 직접 하지 않은 경우에도 행위자와 업무주

103) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1395 판결.
104) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1395 판결; 동지 판례 대법원 1980. 3. 11. 선고 80도138 판결.
105) 대법원 1996.4.9. 선고 96도263 판결.
106) 대법원은 위 판결에서 실제행위자인 공장장에 대하여 처벌부정설을 취한 것으로 보이는데, 다만 벌칙 본조가 아니라 양벌규정에 의하여 그를 처벌할 수 있는지 판시가 없어 폐기대상 판례로 적시되지 않은 것 같다.

등 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로 위 양벌규정에 의하여 업무주 등이 아닌 행위자도 벌칙규정의 적용대상이 된다고 해석하여 왔다.[107]

또 대법원은, 중기관리법의 양벌규정인 제36조의 규정취지는 각 본조의 위반행위를 중기소유자인 법인이나 타인이 직접하지 않은 경우에도 그 행위자와 중기소유자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 위 양벌규정에 의하여 중기소유자가 아닌 행위자도 중기소유자에 대한 각 본조의 벌칙규정의 적용대상이 되며, 회사소유 중기의 관리를 사원이 담당하고 있다면 그 관리에 직접 관여하지 아니한 대표이사는 위 법 위반행위의 행위자라 할 수 없다고 판시하였는데 (대법원 1992. 11. 10. 선고, 92도2324 판결, 공 93, 163, 1996. 2. 23. 선고 95도2083 판결, 공 96, 1173), 이는 본 판결과 같은 취지라 하겠다. 따라서 대법원이 부수형법상의 의무주체 내지 수범자가 한정된 경우에 양벌규정 그 자체가 형벌의 공백을 메워주는 충전물로 보았다는 조병선 교수의 지적은 정당하다. 이 경우 위 규범의 직접 수범자는 법인이고, 양벌규정에 의하여 확장된 수범자인 '중기를 관리한 사원'은 대리인책임을 지고, 이 때 법인의 책임은 선임감독책임이라고 설명될 수 있다.[108]

2) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 양벌규정의 법적성격이 선임감독상의 책임이라는 것을 분명히 하고 있다. "양벌규정으로 사업주인 법인 또는 개인을 처벌하는 것은 위반행위를 한 피용자에 대한 선임 감독의 책임을 물음으로써 행정규제의 목적을 달성하려는 것이므로 형벌체계상 합리적인 근거가 있다"고 하였고,[109] 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌결정(헌재 2007.11.29, 2005헌가10)에서도 이러한 입장을 재확인하였다. 전술한 바와 같이 헌법재판소의 최근 일련의 양벌규정의 개정의 분수령이 된 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청 사건에서 '이 사건 법률조항을 그 문언상 명백한 의미와 달리 "종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우"라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문언상 가능한 범위를 넘어서는 해석으로서 허용되지 않는다고 보아야 한다.'[110]라고 판시하고 있는바 업무주의 처벌근거가 과실책임임을 분명히 하고 있고, 또한 취지상 면책규정을 명문으로 규정한 개정된 양벌규정 조항들은 합헌으로 추단될 수 있을 것이다.

---

107) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 판결(석유사업법위반의 경우, 공1981, 13473), 1991. 11. 12. 선고 91도801 판결(환경보전법위반의 경우, 공1992, 157), 1992. 8. 14. 선고 92도299 판결(조세범처벌법위반의 경우), 1995. 5. 26. 선고 95도230 판결(산업안전보건법위반의 경우, 공1995하, 2307), 1995. 11. 21. 선고 93도35 판결(중기관리법위반의 경우, 공1996상, 123), 1997. 6. 13. 선고 97도534 판결(공1997하, 2103) 등 참조).

108) 조병선, "양벌규정과 법인의 형사책임," 형사판례연구[3], 15면.

109) 헌재 2000.06.01, 99헌바73.

110) 헌재 2007.11.29, 2005헌가10, 판례집 제19권 2집 , 520, 520-520.

다. 소결

법인에 대한 형사처벌은 양벌규정이 존재하는 한 부정할 수 없는 현실이다. 그렇다면 이를 형법상의 기본원칙인 책임주의에 조화될 수 있도록 해석하여야 할 것이고, 무과실책임설은 취할 수 없게 된다.

면책규정 있는 양벌규정의 업무주처벌근거를 과실책임으로 보든 부작위책임으로 보는 그 내용과 실질에 있어서는 크게 차이가 없을 것이다. 예컨대, 과실책임으로 보는 경우에도 물론 해석방법을 통하여 고의의 경우에도 처벌이 가능할 것이다. 또한 결과방지를 위한 감독의무와 주의의무를 분설해서 파악하는 것 보다는 주의 및 감독이라는 포괄적인 의무를 규정하고 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

다만 과실책임으로 구성하면서 과실이 추정되고 이로 인해 거증책임이 전환되는 논리가 구성되는 부분에는 문제가 있다고 본다. 왜냐하면 증명문제에 아무런 명시적 언급없이 'in dubio pro reo' 원칙을 폐기하는 것은 무리가 있기 때문이다.[111] 그러나 피고인에게 거증책임이 부과되는 거증책임의 전환이라는 개념이 합리적인 근거가 있으면 현행법상 인정된다.[112] 이러한 차원에서 일본 최고재판소는 양벌규정에서는 과실에 대한 입증책임이 전환됨을 밝히고 있다. "양벌규정은 사업주로서의 선임・감독 그 밖에 위반행위를 방지하기 위해 필요한 주의를 다하지 아니한 과실의 존재를 추정하는 규정이므로, 사업주가 이에 관한 주의를 다하였다는 것을 증명하지 아니하는 한 형사책임을 면하지 못하는 것"이라고 한다.[113]

이러한 문제점들을 명시적으로 극복하기 위해서는 부작위책임으로 이론을 구성하는 것도 좋은 대안이 될 수 있을 것이다. 부작위책임으로 보는 경우에는 범죄발생을 방지하기 위한 효과적인 조직구성의무을 업무주의 감독의무로 주로 파악하게 되고, 논리적으로 범죄발생이전 단계에서 기대가능한 안전조치를 취할 의무를 부담한다는 장점이 있다.[114]

그러나, 과거의 공중위생법판례등은 그 문언에 명시적으로 '증명'이라는 용어를 사용하였지만, 이번 개정으로 인한 면책요건에는 이러한 용어가 빠져 있고, 또한 '상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우'의 문언의 취지에는 '주의의무위반'을 요건으로 하는 과실책임으로 규정하고자 하는 입법자의 의도가 반영된 것으로 보인다.

과거에 과실추정설로 이해하였던 견해는 양벌규정의 면책규정이 오히려 삭제되어가는 상황에

---

111) 신동운, 신형사소송법(제2판), 법문사 2009, 885면; 배종대・이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006,593면.

112) 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사 2009, 512면. 형법 제263조에서 규정한 상해죄의 동시범 특례규정도 입증책임의 전환이라고 해석함이 일반이다. 또한 거증책임의 전환은 입증이 필요한 사항에 대한 입증이 불분명한 경우, 사실인정의 기준을 정하는 것이므로, 형벌 목적 달성을 위해 합리적인 필요성에 따라 예외적으로 입증책임을 전환한다고 하여 무죄추정의 원칙에 위반되는 것은 아니다. (구승모, 양벌규정의 구조와 행위자의 특정에 대한 토론문, 형법 개정 및 양벌규정 개선공청회, 2008, 273면).

113) 最高裁昭32・11・27刑集11・12・3113 (구승모, 앞의 토론문(주 112), 273면 재인용).

114) 이주희, 앞의 논문(주 54), 106면.

서 무과실책임설의 부당성을 주장하기 위한 견해라고 생각이 된다. 다만 순수한 과실책임으로 볼 경우 법인범죄의 처벌에 곤란함을 겪을 우려가 있으므로, 선임감독의 범위를 넓게 책정하여야 것이다.[115] 이러한 논리는 후술하는 저작권법상의 양벌규정의 분석에서 업무관련성의 범위를 보다 폭넓게 판단하여야 한다는 지침을 제공해준다.

요컨대, 현행 저작권법상의 양벌규정은, 그 입법적 타당성을 차치하고 생각해보면, 사업주의 주의의무위반이 추정되는 규정이라고 할 수 있다. 이때 주의의무위반이란 종업원의 선임감독불이행에 대한 것을 의미할 뿐이지, 법인 자신의 불법행위책임까지 요구하는 것은 아니다. 그리고 이를 설명하는 방식은 과실책임설이든 부작위감독책임설이든 구별의 의미가 없어 보인다. 과실범의 실행행위는 주의의무에 위반하는 것이고, 부작위범도 작위의무에 위반하는 것으로 두 범죄의 형태는 구조적으로 유사하기 때문이다.[116] 왜냐하면 감독의 유형은 두 가지가 있는데 첫째, 피감독자가 해당 과실행위를 하였을 때 감독자가 현장에 있으면서 실수로 해당행위에 대한 지시를 내리는 작위형태가 있고, 둘째 피감독자가 해당 과실행위를 하였을 때 감독자가 현장에 없었을 경우, 감독자는 피감독자가 그러한 행위를 하지 않도록 사전에 지휘・훈련・감시・통제를 하여야 하는데 이를 하지 아니한 경우의 부작위형태가 있는데,[117] 첫 번째 감독유형은 형법상의 공범론이 적용되는 경우이고, 두 번째 감독유형이 양벌규정이 적용되는 유형이기 때문이다. 오히려 현실적으로 중요한 점은 어떤 경우에 '선임감독불이행'이 인정될 수 있는가이다.[118]

Ⅲ. 양벌규정의 입법방식과 외국의 입법례

1. 입법방식

법인이나 기업의 처벌을 위해서 자연인의 위법행위에 의존할 것인지 여부에 따라 종속모델(Akzessorisches Verbandstrafmodell)과 독립모델(Eigenständige Begründung der Strafbarkeit)로 구분되고 있다.[119]

'독립모델'은 기업이나 법인의 처벌을 위해서는 자연인의 위법행위가 반드시 필요한 것이 아니라, 기업이나 법인 자체의 조직구조상의 결함을 요건으로 하는 모델이다. 이 모델에 따르면 행위자인 자연인을 특정할 수 없는 경우, 대표자 등 조직체 개인의 능력으로 하위종업원의 위법행위 방지를 관리감독하는 것이 불가능한 경우, 대표자 등 조직체 개인에게 귀속시킬 수 없는 조직구조의 결함으로 인하여 침해행위가 발생한 경우에 기업이나 법인에 책임을 인정할 수 있다. 그러나

115) 조국, 앞의 논문(주 81), 74면.
116) 김종덕, 형법상 감독책임에 관한 고찰, 계명법학 제7집, 2003, 200면.
117) 김종덕, 앞의 논문(주 116), 201면.
118) 김정환, 앞의 논문(주 71), 123면.
119) 김재봉, 양벌규정과 기업처벌의 근거・구조, 법학논총(한양대학교 법학연구소) 제24집 제3호, 2007, 38-40면.

독립모델에서는 자연인의 위법행위를 전제로 하지 않고 단체의 전체적 경향이나 상태를 기초로 과실여부를 판단하게 되고, 조직의 정비에 있어서 기업이 예견할 수 있는 법익침해가 구체적이지 않기 때문에, 기업처벌이 경우에 따라 과도하게 확대되거나 축소되는 문제가 있다고 한다.[120] 대규모화된 기업에서 수많은 종업원의 위법행위방지를 위한 상위감독자의 관리감독에는 한계가 있다. 이러한 경우를 방지하기 위하여 사전에 기업의 조직이나 시스템을 정비하고 적정하게 운용할 필요성이 있다. 이때 어느 정도까지 범죄방지를 위한 조직이나 시스템의 구비를 요하는지가 문제될 수 있는데, 이에 대한 일응의 기준이 미국에서 일반화된 준법프로그램(compliance program)이다.[121] 그러나 이 또한 행위자의 개입 없이 기업의 안전관리시스템의 불비나 조직구조상의 결함에 기인한 법인의 형사책임을 인정하는 것은 '행위 없는 행위자처벌'로서 형법의 책임주의원칙에 모순된다고 비판된다.[122]

반면 '종속모델'은 기업이나 법인에 소속된 자연인의 위법행위를 전제로 하는 방식이다. 이 종속모델에는 첫째 기업・법인의 구성원에 의하여 범죄행위가 행하여진 경우에 바로 기업・법인의 행위로 귀속되는 '행위책임'의 형태와 둘째 기업・법인의 구성원이 범죄행위를 하였더라도 바로 기업・법인의 행위로 귀속되지 않고 상급자의 감독의무위반이 있을 때 이것이 기업・법인의 행위로 귀속되는 '감독책임'형태로 나누어진다. 감독책임의 형태에서는 구성원의 범죄행위 이외에 감독과실행위가 요구되므로, 구성원의 범죄행위가 있더라도 면책의 여지가 있다. 양벌규정은 특정 행위자의 위법행위를 전제로 기업・법인을 처벌한다는 점에서 종속모델에 속한다고 할 수 있다.[123]

2. 주요국가의 입법례

법인의 형사처벌에 대한 방식은 크게 3가지로 나누어 볼 수 있는데, 첫째, 독립모델의 방식으로서 법인의 범죄능력을 전제로 하여 법인처벌을 전면적으로 긍정하는 영국과 미국, 그리고 프랑스 등의 방식이 있고, 둘째 종속모델의 방식으로서 법인의 범죄능력을 부정하고 질서위반법에서 범칙금만을 부과하는 독일의 방식과 우리나라와 일본과 같이 행정법규에 양벌규정을 입법하는 방식으로 나누어 볼 수 있다.[124]

가. 일본

양벌규정은 종업원이 업무와 관련하여 그 권한 내에서 행한 위반행위에 대해 대표자 등의 고의. 과실 여부를 묻지 않고 대표자 등이 행위자를 대신하여 처벌받는 전가벌규정(이를 대위벌규정이

120) 김재봉, 앞의 논문(주 119), 41면.
121) 김재봉, 앞의 논문(주 119), 44면.
122) 강동욱, 법인의 범죄주체능력과 형사책임에 대한 토론, 형사법연구 제22호, 2004년 겨울, 85면.
123) 김정환, 앞의 논문(주 71), 109면.
124) 이천현, 법인의 범죄능력과 형사책임, 형사법연구 제22호, 2004년 겨울, 59면; 김정환, 앞의 논문(주 71), 109면 이하 참조.

라고도 함)의 부당성 때문에 이를 대체하기 위해서 일본에서 처음으로 등장한 입법형식이다.

따라서 일본에서는 심지어 면책규정이 없는 경우에도 과실책임으로 보고 있고, 그 중 과실이 추정되어 입증책임이 전환된다고 보는 과실추정설이 통설과 판례이다.

구체적으로 살펴보면 일본 최고재판소는 세법관련 사건에서 "위반한 행위에 대하여 경영자 등이 행위자들에 대해서 선정 감독 기타 위반 행위를 방지하기 위하여 필요한 조치를 다하지 않은 과실의 존재를 추정하는 규정이 있다고 해석될 수 있으므로, 경영자 등이 필요한 조치를 다했다는 증명을 제출하지 않으면 경영자 등도 책임을 면할 수 없고. 입장세법 제28조(필자주－양벌규정조항)에 따라 경영자 등은 무과실책임을 져야되고, 타인의 범죄 행위에 의하여 이것에 아무런 관계없이 형사 책임을 지게 된다는 전제에서 이것을 위헌이라고 주장하는 논지는 이유가 없다"[125]고 판시하면서 과실을 추정하여 증명책임을 전환시키되 무과실책임은 아니기 때문에 위헌요소가 없음을 명백히 하였다.

최근의 우리 헌법재판소 판례의 반대의견도 일본의 이러한 통설 판례를 인용하여 합법적 법률해석의 논거를 통하여 면책규정 없는 양벌규정의 합헌 주장을 한 바 있다.[126]

일본 저작권법 제124조의 양벌규정도 따로 별도의 면책규정의 요건을 두고 있지 않고 있지만 과실추정설로 인해서 상당한 주의의무를 다하였음을 입증하면 면책이 되는 것으로 해석되고 있다.[127]

나. 미국

(1) 개요

미국에서는 법인이 범할 수 없는 성질의 범죄 이외의 모든 범죄에 대하여 법인을 형사처벌의 대상으로 한다. 본래 미 연방법원은 첫째, 법인의 대리인이나 종업원이 위반행위를 하고, 둘째, 그 행위가 대리인이나 종업원의 직무나 권한의 범위 내에서 행한 것이고, 셋째, 그 행위가 법인을 위하여 행하여진 경우에 법인의 대위책임(무과실책임)을 인정하였다.[128] 이에 따르면 행위자에 대한 면책은 인정되지 않았고, 종업원 개인의 업무와 관련된 범죄행위의 경우에도 위 요건을 충족하면 법인에 대하여 형사책임을 인정하고 있다.[129]

이것은 하지만 형법상의 책임원칙에 반하므로 하위구성원에 의한 범죄행위로 법인을 처벌하는 경우에는 상위구성원의 감독과실 등을 요건으로 해야 한다는 비판(동일시이론 : doctrine of

---

125) 最高裁第二小法廷, 昭和37年 3月16日, 昭３４（あ）１０００号(入場税法違反被告事件).

126) 헌재 2009.7.30, 2008헌가10 판결에서 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견.

127) 金正重彦・小倉秀夫, 著作權法 コンメンタール 下卷, 東京布井出版, 2002, 320면.

128) New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States 212 U.S 4812 (1909) (이천현, 앞의 논문(주 124), 59면 재인용).

129) Bucy, Corporate Ethos, A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 Minn. L. Rev. 1103 (1991) (김용섭, 양벌규정의 문제점 및 개선방안, 행정법연구, 2007년 상반기, 197면 재인용).

identification)이 제기되고, 이러한 비판이 입법(Model Penal Code와 여러 주법)에 수용되었고, 1991년 도입된 연방가이드라인(Federal Sentencing Guideline) 제8장 '조직체에 대한 연방 양형 가이드라인'에서 콤플라이언스시스템(compliance system)을 실시한 경우를 벌금액의 감경사유로 인정하게 되었다.[130]

요컨대, 미국의 경우 원칙적으로 대위책임(vacarious liability)에 의해 광범위한 법인의 형사책임을 인정하나, 컴플라이언스 제도를 도입하여 컴플라이언스 프로그램을 실시하는 기업에 대하여는 형사책임을 면제・감경하는 상황이다.[131]

(2) 대위책임

영미법상으로는 엄격책임(strict liability)과 대위책임(vicarious liability)이 양벌규정에 준하는 규정이라고 볼 수 있다.[132]

미국에서는 New York Cent. & H.R.R v. United States. 212 U.S. 481 (1909) 판례이후 대위책임(vicarious liability)을 법인의 형사책임의 일반원리로 인정하게 되었고, 1962년 공표된 모법형법전(Model Penal Code)에서 대위책임과 동일시원리를 모두 채택[133]함으로써 각 주 형법을 제－개정하는 데 표준이 되었다. 위 판례이후 연방법원이 채용하고 있는 대위책임의 구체적인 요건은 ① 위법행위자가 법인의 대리인 또는 종업원이어야 하고, ② 대리인 또는 종업원의 위법행위가 자신의 직무 또는 권한의 범위 내에서 이루어져야 하며, ③ 대리인 또는 종업원의 위법행위가 법인을 위하여 행한 것이어야 한다는 것이다. 이러한 경우에는 대위책임은 일종의 무과실책임으로 작용하게 된다.

이에 대해서 모법형법전의 경우에는 책임주의를 고려하여 무과실항변을 명문화 하고 있는 바 이는 연방법원이 일종의 무과실책임으로 보는 것과는 상충되는 규정이라 할 수 있다. 이러한 모법형법전의 내용은 법인처벌에 근거가 되는 대위책임이론은 민법상의 이론을 채용한 보상책임을 위한 것으로써 형법상의 책임주의 원칙에 반한다는 문제가 제기되면서, 법인의 하위구성원에 의한 범죄행위로 법인을 처벌할 경우에는 상위구성원의 감독과실 등을 요건으로 하여야 한다는 견해(동일시이론(identification theory)를 반영한 것이다.[134] 즉, 당해범죄행위에 대해 감독책임을 지는 고급관리직원이 범죄의 실행을 방지하기 위하여 적절한 주의의무를 다하였다는 점이 증거의 우월(preponderence of evidence)에 의하여 입증되면 항변이 인정되는 것이다.[135]

---

130) 이천현, 앞의 논문(주 124), 60면.
131) 김정환, 앞의 논문(주 71), 111면.
132) 영국에서는 이러한 성문법상의 책임 외에 Tesco Supermarket Ltd v. Nattrass 판결이후 법인의 고위급 관리직을 담당하는 개인의 의사와 행위를 법인의 의사와 동일시하는 '동일시 원리(doctrine of identification)'가 채택되었다.
133) Model Penal Code, Section 2.07.
134) 이천현, 앞의 논문(주 124), 60면 이하.
135) 주현수, "법인의 범죄능력과 형사책임에 관한 연구",연세대학교 법학과 석사학위논문, 2001, 22면.

(3) 준법프로그램(compliance program)

미국은 일종의 무과실 책임으로 운영되는 것의 폐해를 막기 위해 1991년 '미연방 조직범죄 판결(또는 양형)지침(U.S. Federal Sentencing Guidelines: U.S.S.G)'에서 'Compliance Program'을 도입[136] 하여 양형에 있어서 감경사유로 활용하고 있다. 즉, 이러한 입장에서는 법인의 형사책임은 범죄행위를 방지하지 못한데 대한 감독책임으로서의 성격을 갖고 있는 것이다.

'기업내 법령준수제도'를 의미하는 콤플라이언스 시스템은 첫째, 법령준수의 매뉴얼의 작성과 운용, 둘째, 법령준수를 위한 인적조직의 정비, 셋째, 위반행위자가 발각된 경우 처리절차 등을 내용으로 한다.[137] 콤플라이언스는 일상적인 기업활동 중에 위법행위를 방지하기 위하여 행하여지는 '예방적 콤플라이언스'와 사내의 위반행위를 발각한 경우나 그러한 의심이 있는 경우에 행하여지는 '대증적 콤플라이언스'의 두 가지로 구분된다.[138] "예방적 콤플라이언스는 계몽・교육, 내부감사의 실시, 사내통보의 장려・보호, 위법행위가 발각된 경우의 사내제재의 명확화를 들 수 있고, 위법행위가 발각된 경우에 대응하는 대증적 콤플라이언스에는 내부조사와 법집행기관에의 신고의 선택, 위법행위의 사실관계의 해명(법집행기관과의 연대・협력), 원인의 규명과 시정조치의 실시, 위법행위 관여자에 대한 처분을 들 수 있다."[139] 콤플라이언스 시스템은 법인 고유의 주의의무의 내용이고, 법인이 이를 실시하고 있는 경우에는 무과실로서 면책이라는 학설상의 주장이 연방법원에 의해 지지되어지고 있다고 한다.[140]

한편 저작권관련 판례를 살펴보면 업무주가 침해의 고의가 없었고 침해의 사실을 알지 못한 경우에도 저작권 위반행위에 대해서 대위책임을 인정하고 있는바 일반적인 대위책임법리가 적용되고 있다고 할 수 있다.[141]

다. 독일

독일에서는 법인에게 범죄행위능력이 인정되지 아니한다는 전통적 사고에서 법인의 형사책임능력과 수형능력을 부인하고 있다.[142] 단체의 포괄적인 형사상 책임을 요한다는 입법론이 근래 다른 유럽 국가들의 변화와 관련하여 제기되고 있으나, 사실상의 목표설정과 이론적인 논증은 구분되어진다고 하고 있다.[143] 따라서 단체의 포괄적인 형사상 책임과 효과적이고 강력한 기업제재

136) U.S.S.G §8B2.1.
137) 김용섭, 앞의 논문(주 129), 197면.
138) 김용섭, 앞의 논문(주 129), 193면.
139) 김용섭, 앞의 논문(주 129), 193면: 이와 같은 기업내부의 통제문제로 방향을 전환하여 위법을 자율적으로 억제하고 내부법령준수시스템을 가동할 경우에 처벌을 감면하게 하는 등의 회사내부의 법령준수프로그램(Compliance Program)제도의 도입 등은 우리의 법인에 대한 형사책임의 감면에 있어 바람직한 입법정책적 수단이라고 논한다.
140) 김용섭, 앞의 논문(주 129), 198면.
141) Shapiro, Bernstein & Co. v H. L. Green Co. (1963, CA2 NY) 316 F2d 304.
142) S/S/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vor §§ 25 ff. Rn. 119.
143) S/S/Cramer/Heine, a.a.O.(FN 142), Vor §§ 25 ff. Rn. 121.

를 요구하는 견해는 종래의 형법이론의 기초와의 모순을 피하기 위하여, 법인 등에 대한 형사제재로서 '보안처분'을 제시하고 있다.[144] 보안처분에는 책임(Schuld)을 전제로 하지 않기 때문이다. 그러나 이것 역시 특별한 기업의 유책성(Verantwortlichkeit)과 관련하여 단체제재를 정당화하는 것이라고 비판된다.[145]

한편 입법체계상 범죄행위와 질서위반행위가 본질적으로 구분되므로, 범죄행위에 대한 형벌과 질서위반에 대한 범칙금이 또한 명확히 구분된다. 따라서 전통적 사고에 기인해서 법인에게 형벌을 과할 수는 없지만, 법인에게 질서위반법(Ordnung소프트웨어idrigkeitengesetz : OWiG)을 적용하여 단체관련된 의무가 침해되었거나 단체가 사실상 이득을 취했다는 것을 조건으로 하여 법인의 위반행위를 인정하고 있다. 질서위반법 제30조 제1항에 따르면 다음과 같다.

첫째, 행위주체는 법인의 대표기관이나 그 기관의 구성원(제1항 제1호), 권리능력 없는 사단의 집행부나 집행부의 구성원(제1항 제2호), 권리능력 있는 사단의 대표자(제1항 제3호), 법인이나 단체의 포괄적 대리권자 또는 지도적 지위의 지배인이나 대리권자(제1항 제4호), 법인이나 단체인 기업이나 회사의 활동에 책임을 지는 그 외의 자 중 경영감시나 지도적 지위에서 통제를 수행하는 자(제1항 제5호)이다. 둘째, 이러한 자가 형사범죄행위나 질서위반행위를 하여야 하고, 셋째, 이를 통해 법인이나 단체에 해당하는 의무를 침해하거나 법인 또는 단체가 이득을 얻거나 얻을 수 있어야 한다. 제2항에서는 범칙금의 최고액수를 규정하고 있다.

이때 형사범죄행위나 질서위반행위를 통해서 어떠한 법인(Juristische Personen)과 단체(Personenvereinigungen)의 의무가 침해되느냐가 문제되는데,[146] 대리인의 조달범위 내에 있는 고유한 의무뿐만 아니라 위임가능한 모든 의무가 관련된다고 한다.[147] 그 의무는 단체소속인, 종업원, 이용자나 관련 없는 자를 위하여서 내적으로나 외적으로 나아갈 수 있고, 보호목적은 각 관련구성요건에 의존하게 된다.[148] 기업주에 대한 보호의무는 등록・건강・보험・보수・교통안전의무 뿐만 아니라, 과실구성요건의 주의의무, 보증인지위에 기한 보증의무, 배임죄(독일형법 제266조)에서의 재산보전의무 등, 형벌구성요건으로 보호되는 모든 법익이 관련된다.[149]

이러한 질서위반법 제30조는 근본적으로 단체의 가벌성을 부정하는 입장에서 하나의 해결방법을 제시한 것이지만, 동시에 그 한계를 나타내고 있다고도 한다.[150] 근본적으로 형사처벌의 방식이 아니고, 법인 등의 하위종업원 등이 위법행위를 한 경우에는 법인 등의 단체에게 책임을 물을 수 없다.

---

144) S/S/Cramer/Heine, a.a.O.(FN 142), Vor §§ 25 ff. Rn. 128 참조.
145) S/S/Cramer/Heine, a.a.O.(FN 142), Vor §§ 25 ff. Rn. 128.
146) Gerd Eidam, Unternehmen und Strafe, 3. Aufl. Luchterhand, 2008, S. 223-225.
147) Bohnert, OWiG, 2. Aufl., 2007, § 30 Rn. 32.
148) Bohnert, a.a.O.(FN 147), § 30 Rn. 33.
149) Bohnert, a.a.O.(FN 147), § 30 Rn. 34.
150) Achenbach, Die Sanktionen gegen die Unternehmensdeliquenz im Umbruch, JuS, 1990, S. 605.

3. 양벌규정의 입법방식

우리 형법은 일반적인 법인등 업무주 본인의 처벌규정을 두고 있지 않으나, 행정상의 부수형법은 거의 예외 없이 법인 등 업무주 본인을 처벌하는 규정을 가지고 있다. 종래 행정형법의 업무주 처벌방식으로는, 종업원의 고의 또는 과실에 의한 위반행위가 있을 때 행위자를 벌하지 아니하고 그 업무주인 자연인이나 법인을 벌하는 방식인 전가벌규정이 있었다고 하나, 오늘날의 행정법규에는 행위자인 종업원을 벌하는 외에 그 배후의 업무주도 처벌하는 방식의 양벌규정을 채택하고 있는 것이 보통이다.

부수형법상 존재하는 양벌규정의 형식은 다음과 같이 3가지 유형으로 나눌 수 있다.

첫째 유형은 법인이나 사업주의 공범책임을 근거로 하여 처벌하는 형태로서, 근로기준법 제116조 후단과 같이 "…사업주가 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우, 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우 또는 위반을 교사한 경우에는 사업주도 행위자로서 처벌한다"는 규정이 대표적이다. 사업주가 사전 또는 사후에 직접행위자의 위반행위를 알고도 방치, 방관하거나 교사한 경우이다.

둘째 유형은 법인이나 사업주의 과실책임을 근거로 법인의 면책규정을 명문화한 형태이다. 선원법 제148조 1항 단서, 하천법 제85조 단서, 항공법 제140조 단서, 구 공중위생법 제45조 단서, 관세법 제197조, 구 자동차운수사업법 제74조, 구 건축법 제57조 등은 업무주가 종업원의 업무집행에 대한 선임감독을 태만히 하지 않았음을 증명한 경우에 법인의 책임을 면제한다. 정치자금에 관한법률 제33조의 후원회 대표자나 국회의원 등에 대한 양벌규정도 이러한 유형에 속한다고 할 수 있다.

세째 유형은 아무런 면책사유도 규정하지 않은 경우로서 대부분의 양벌규정이 이러한 형태를 취하고 있다. 즉 "…한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다"라고 규정하는 유형이다. 공직선거및선거부정방지법 제260조, 식품위생법 제79조, 보건범죄단속에관한특별조치법 제6조, 도로교통법 제81조, 수산업법 100조 등의 양벌규정도 이 경우에 해당된다. 이러한 유형의 양벌규정이 오늘날 대종을 이루고 있으며, 종전에 면책을 인정하는 제 2 유형은 제 3 유형으로 개정되고 있는 추세인데, 현행 건축법 제81조나 현행 공중위생법 제45조, 자동차관리법 제100조 등의 양벌규정이 그러한 예이다.

한편 2007년 11월 29일 헌법재판소의 위헌결정 후 법무부에서는 총 424개의 모든 양벌규정에 대한 검토와 정비작업을 수행하였고, 형사정책연구원에서는 법무부의 용역에 따라 이에 대한 연구보고서를 제출하였다.[151] 이 보고서에서는 법률의 유형에 따라 2가지 입법안을 제안하였다. 그 중 저작권법은 기본적인 양벌규정 유형으로 분류[152]되어 입법안 I의 방식으로 제안되었다. 이에

151) 형사정책연구원(박미숙/탁희성/임정호), 앞의 보고서(주 65).
152) 형사정책연구원(박미숙/탁희성/임정호), 앞의 보고서(주 65), 각주 171).

따르면 다음과 같다.[153]

제○○조 (양벌규정)	법인(단체를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제○○조의 위반행위를 하고, 그 법인 또는 개인이 그 위반행위에 관한 업무활동에 관하여 상당한 주의 또는 관리감독할 의무를 게을리 한 때에는 그 행위자에 대한 처벌과 독립하여 그 법인 또는 개인에 대하여 ○○이하의 벌금형에 처한다.

한편, 비슷한 시기에 국회사무처에서 발간된 자료에 따르면, “대법원 및 헌법재판소의 최근 판례는 과실책임설을 따르고 있으므로 양벌규정의 입법에서는 다음에서 보는 바와 같이 주의・감독의무의 이행, 방지 또는 시정조치의 이행 등 면책사유를 규정함으로써 책임범위를 규정하는 것이 바람직할 것이다”라고 한다.[154] 이에 따르면 다음과 같다.

제○○조 (양벌규정)	법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 (제○○조의) 위반 행위를 하였을 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다. 다만 그 위반 행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 태만히 하지 아니하였을 때에는 그 법인 또는 개인은 벌하지 아니한다.

일본은 우리나라와 입법 내지 학설의 상황이 전적으로 유사하지만, 독일에서는 형법 제14조와 질서위반법 제9조에 일반규정을 두어 ‘기관이나 대리인의 책임’을 명시하여, 구성요건의 특수한 행위자표지의 확장을 통하여 본인을 위하여 대리인이나 위임관계에서 행동한 자에 대하여도 그 적용영역을 확장하고 있다. 우리 형법의 경우에는 이러한 일반규정이 없기 때문에 문제가 되고 있다. 사견으로는, 독일형법과 같은 명확한 입법적 해결이 가장 명백하고 효과적이라고 생각한다.[155]

153) 형사정책연구원(박미숙/탁희성/임정호), 앞의 보고서(주 65), 140면.
154) 국회사무처, 입법이론과 법제실무, 2008, 1107면.
155) 독일의 입법에 대해서는, 김정환, 앞의 논문(주 71), 137-139면.

제2절 저작권법과 양벌제도

I. 서언

법인과 같은 단체의 사회적 활동의 증가와 함께 그와 관련된 불법행위도 증가하여 이에 대한 규제요구도 증가하고 있다. 그러나 근대이후의 형법이론은 자연인의 자유의사를 전제로 하고 있기에, 의제된 인격인 법인의 범죄능력을 고려하지 않고 있다. 형벌규정은 자연인인 행위자만을 처벌하는 것을 원칙으로 한다. 이에 따라 법인과 같은 단체에 관련된 불법행위를 개인책임의 원칙으로만 해결한다면, 그 불법행위결과를 직접 수행한 종업원의 책임을 묻는데 그치고 그 불법행위에 실질적으로 책임이 있는 단체나 사업주에게 책임을 물을 수 없게 된다. 즉 법인이나 단체를 처벌할 수 없는 형사정책적인 흠결이 발생한다. 종업원 등의 희생 하에 사업주 등의 부당한 이익취득은 공평한 책임분배라고 할 수 없다. 따라서 현대 법규는 일반적으로 일정한 위반행위에 대하여 형사적 제재를 부과하고 있으며, 형사적 제재의 실효성 확보를 위해 위반행위를 직접 실행한 행위자 이외에 이익귀속의 주체인 단체나 사업주 본인까지 처벌하는 양벌규정을 포함하고 있다.[156]

저작권법 역시 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전이라는 목적(제1조)하에 저작재산권의 침해행위(제136조), 부정발행행위(제137조), 출처명시위반행위(제138조) 등에 대한 벌칙규정과 함께 제141조에서 양벌규정을 두고 있다. 비록 저작권법상의 양벌규정은 아니었지만, 도로법상의 양벌규정에 관하여 헌법재판소는 양벌규정의 합헌성을 인정하였다.[157]

Ⅱ. 소프트웨어 저작권 침해와 구제

저작권법상의 권리침해는 ⅰ) 저작재산권 침해, ⅱ) 저작인격권 침해,[158] ⅲ) 출판권침해, ⅳ) 저작인접권 침해의 4가지 태양으로 분류할 수 있다. 또 저작권자 등의 권리보호에 만전을 기하기 위하여 이들 분류에는 직접 해당하지 아니하나 실질적으로는 이들 침해행위와 동시할 수 있는 일정한 행위에 대해서도 법은 권리침해행위로 보고 있다(저작 124조 참조). 저작권법상의 소프트웨어저작권의 침해는 i) 저작재산권의 침해, ii) 저작인격권의 침해, 그리고 iii) 프로그램배타적 발행

156) 김정환, 앞의 논문(주71), 102-103면.
157) 헌법재판소 2000.6.1 선고 99헌바73 결정.
158) 저작인격권 침해의 유형은 그 내용을 구성하는 지분권에 따라 ⅰ) 공표권침해, ⅱ) 성명표시권 침해, ⅲ) 동일성유지권 침해, ⅳ) 저작자 사후의 인격권침해(저작권법 제14조 제2항)로 분류할 수 있고, ⅴ) 저작인격권 침해의 간주규정을 두어 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권을 침해하는 행위로 본다(저작권법 제124조 제4항).

권의 침해로 구분된다.

1. 직접침해

소프트웨어 저작재산권의 침해행위로서 저작권법 제136조 제1항은 복제・2차적저작물 작성・공중송신・배포 및 대여를 들고 있다. 이들 권리는 저작권법에서 프로그램저작자에게 배타적으로 귀속되어 있으며, 따라서 정당한 권원없이 타인의 프로그램을 복제, 개작, 배포 등을 하는 것은 저작권침해가 된다.

한편 저작권법 제101조의5는 프로그램배타적발행권자에게 프로그램배타적발행권을 인정하고 있으며, 따라서 정당한 권원없이 타인의 프로그램배타적발행권등을 복제・배포 및 전송의 방법으로 침해하여서는 아니된다.

또한 저작권법 제136조 제2항은 프로그램저작인격권의 침해를 규정하고 있다. 동 규정에 따르면, 정당한 권원없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경하여서는 아니된다.

2. 간접침해

가. 개요

저작권법 제124조 제1항 제3호는 프로그램저작권을 직접침해하는 것은 아니지만, 앞으로 침해의 개연성이 매우 높은 경우를 저작권침해행위로 간주하고 있다. 이를 강학상 “간접침해”라고 한다. 법이 들고 있는 간접침해행위는 다음과 같다:

제124조 (침해로 보는 행위) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. <개정 2009.4.22> 1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위 2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위 3. <u>프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위</u> 제2항－제3항 생략

구컴퓨터프로그램보호법 제29조 제4항 제2호(저작권법 제124조 제1항 제3호)는 “프로그램저작권을 침해하는 행위에 의하여 만들어진 프로그램의 복제물(여기서 불법복제물에는 제1호의 수입프로그램도 포함된다)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 컴퓨터에 업무상 사용하는 행위”는 프로그램저작권의 침해로 본다고 규정하고 있다.

프로그램을 단순히 사용하는 것이 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법상 복제를 수반하는가 또는 불복복제물을 단순히 사용하는 것이 저작권침해를 구성하는가에 대하여 의견이 일치하지 않았다. 1986년 컴퓨터프로그램보호법 제정 이후에 많은 학자들은 이 문제를 프로그램저작자에게 추가로 소위 사용권을 인정하여야 하는가의 주제로 논의하였지만,[159] 입법자는 이 문제를 완전히 해결하려고 하지는 않았고, 그 해결을 장래의 컴퓨터프로그램보호법의 발전 및 법원의 판단에 맡기려 하였다. 그러나 불법복제물의 사용으로 인하여 소프트웨어개발업자가 입게 되는 막대한 경제적 손실을 그대로 방치할 수도 없었기 때문에 적어도 영리목적으로 불법복제물을 사용하는 것은 저작권침해행위로 간주하는 규정을 신설하기로 하였다. 다만 이 경우에도 프로그램의 단순한 사용행위가 저작권법상 복제로 볼 수 있는가의 문제는 미해결인 채로 남겨두었다.[160]

저작권법은 저작물의 복제와 공중에의 제공 등을 중심으로 구성되어 있는 것으로 저작물의 사용 일반(일기, 보기, 듣기 등)을 금지하지 아니한다. 즉 저작권법은 프로그램저작권의 지분권 중에 사용권(right of use)을 포함하지 않고 있고,[161] 저작물의 사용, 즉 프로그램을 컴퓨터에 이용하는 것 자체는 자유이며 단지 사용 시에 필연적으로 수반하는 (일시적) 복제는 별도의 문제로 파악될 수 있다.

나. 입법례

일본 저작권법은 1988년 법개정을 통하여 같은 법 제113조 제1항 2호에서 "저작인격권, 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해하는 행위에 의하여 작성된 물건(전 호의 수입에 관한 물건을 포함한다)을 그 情을 알고 반포하거나 반포할 목적으로 소지하는 행위'를 당해 저작인격권, 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해하는 행위로 본다는 규정을 두고 있었는데, 우리 프로그램보호법은 이 규정을 본받아 유사하게 규정한 것이다. 우리 저작권법도 1994. 1.7 개정법에서부터 일본 저작권법 제113조 제1항 2호(현행 저작권법 제124조 제1항 2호)와 같은 규정을 두게 되었다.

다. 동호의 입법취지

구프로그램보호법상 프로그램저작권의 지분권 중에는 사용권이 포함되어 잇지 않지만, 타인이 프로그램을 무단으로 사용하는 것을 무한정 허용하거나 불법복제물이 유통되어 기업 등이 그것을 사용하는 것을 금지할 수 없다면 프로그램저작권자의 보호에 불충분한 결과를 초래하므로 일정한 경우에는 이를 제한할 필요가 있다는 취지에서 1994.1.5 개정법은 이것을 침해행위로 간주하

159) 법제정의 배경에 대해서는 김문환, "컴퓨터프로그램보호법의 개정에 관한 의견," 계간 저작권 21호 (1993), 4, 9 및 18면.
160) 안효질, 개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설, 프로그램심의조정위원회, 2000, 참조.
161) 이해완, 앞의 책(주 33), 979면.

고 있다.

동제도는 불법 프로그램의 복제물 사용행위를 한정된 범위(요건)하에서 간접침해로 의제함으로써 저작권법 체계의 일관성을 유지하면서 프로그램 저작권자의 보호를 도모할 수 있다는 점에서 제도적 의의가 있다. 현행 저작권법 제124조 제1항 제3호의 침해 간주 규정은 다른 규정과 달리 일시적 저장을 규제하는 것으로써 저작권법상 일시적 저장이 복제에 포함되지 않는 것을 보완하는 측면과 저작권법이 사용권(right of use)을 지분권으로 인정하지 않고 있기 때문에 발생할 수 있는 프로그램저작자의 불충분한 보호를 보완하는 측면이 강한 규정이라 할 것이다. 따라서 이러한 업무상 불법프로그램의 사용행위는 저작권의 본질적인 지분권을 침해하는 행위가 아니라 저작권법이 저작권자 보호의 실효성을 높이기 위하여 일정한 요건 하에 침해행위로 의제하고 있는 것이다. 저작권법 제124조 제1항 3호는 컴퓨터프로그램 보호법 폐지에 따라 일반저작물에는 해당하지 않고 프로그램저작물에만 적용되는 침해로 보는 행위를 규정하였다. 다만, 이러한 침해행위에 대하여 기존의 친고죄에서 반의사불벌죄로 변경되었다.

3. 소프트웨어 저작재산권 침해죄의 유형

가. 개요

개정 저작권법은 다음과 같이 프로그램 저작권 침해행위에 대한 벌칙을 반영하였다.

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. ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 1. 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해하여 저작자 또는 실연자의 명예를 훼손한 자 2. 제53조 및 제54조(제63조제3항, 제90조, 제98조 및 제101조의6제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 등록을 거짓으로 한 자 3. 제93조의 규정에 따라 보호되는 데이터베이스제작자의 권리를 복제·배포·방송 또는 전송의 방법으로 침해한 자 4. 제124조제1항의 규정에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자 5. 업으로 또는 영리를 목적으로 제124조제2항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자 6. 업으로 또는 영리를 목적으로 제124조제3항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자. 다만, 과실로 저작권 또는 이 법에 따라 보호되는 권리 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알지 못한 자를 제외한다.

제137조 (부정발행등의 죄) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1~6. (생 략)

7. 제55조의2(제63조제3항, 제90조, 제98조 및 제101조의6제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반한 자

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
2. 제136조제2항제2호·제5호 및 제6호, 제137조제1호 내지 제4호, 제6호 및 제7호와 제138조제5호의 경우
3. 영리를 목적으로 제136조제2항제4호의 행위를 한 경우(제124조제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)

저작권법 제136조부터 제142조까지는 프로그램저작권침해에 대한 벌칙을 규정하고 있다. 프로그램저작권의 침해시 그 권리자는 침해정지청구권 및 손해배상청구권의 민사적 구제에 의하여 만족을 얻을 수 있을 뿐만 아니라, 침해자에게 형사상 제재를 가하도록 함으로써 침해자를 징벌함과 동시에 저작권침해를 예방할 수 있다. 민사상 권리침해의 경우에는 침해행위가 고의로 이루어졌든 과실로 인한 것이든 불문한다. 심지어 침해정지청구의 경우에는 침해행위자에게 아무런 귀책사유가 존재하지 않는 경우에도 가능하다. 그러나 형사상 제재를 가하기 위해서는 원칙적으로 행위자에게 고의가 있을 것이 요구된다.

나. 소프트웨어 저작권 침해행위의 유형

(1) 권리침해

누구든지 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·공중송신·배포·대여·2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다(저작권법 제136조 제1항). 법문에는 저작권이라고만 규정되어 있으나 저작권법 제101조의6의 프로그램배타적발행권을 침해한 경우도 이에 포함된다고 본다. 저작권법은 저작물에 관하여 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 자에 대하여 권리침해죄를 인정하고 있다(저작권법 제136조 제2항 1호). 즉 모든 저작인격권의 침해를 벌하는 것이 아니라, 저작인격권침해행위가 동시에 저작자의 명예를 훼손하는 정도로 중대한 것이어야 한다.

(2) 간접침해

프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위(법 제124

조 제4항 제1호) 또는 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위(법 제124조 제1항 제3호)를 한 자에 대해서도 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 범금에 처하거나 이를 병과할 수 있다(법 제46조 제1항 제2호). 직접 프로그램저작권을 침해하는 행위는 아니지만 권리침해의 개연성이 매우 높아 이에 대해 형사상 제재를 가하고 있는 것이다.

(3) 기타 침해

컴퓨터프로그램저작권의 침해가 광범위하고 빠르게 확산되어 가고 있음에 따라 프로그램저작권자들은 기존의 법적 구제수단 외에 자구의 수단으로 저작물에 기술조치를 부가하고 있으나, 이를 회피 또는 무력화하는 기술도 함께 발달하고 있어 저작권자가 부가한 기술적 보호조치에 대한 법적 보호의 필요성이 제기되고 있는 상황에서 저작권법 제124조 제2항은 기술적 보호조치의 침해행위를 침해행위로 간주하고 있고, 비밀유지의무위반, 위탁관리업무규정의 위반 등에 대해서도 형사상 제재를 가하고 있다.

(4) 소프트웨어 저작권 침행의 구체적 유형

소프트웨어의 저작권적 보호와 침해성립범위는 다음과 같다.

첫째, 타인의 프로그램을 그대로 복제하는 데드 카피(dead copy)가 저작권침해로 되는 것은 물론이다. 그러나 한편 단순한 아이디어는 저작권으로 보호받지 못하는 것 역시 사실이다.

문제는 아이디어와 표현이 극히 밀접한 관계에 있는 경우, 환언하면 어느 아이디어를 표현하고자 하면 필연적으로 그 표현으로 되지 않을 수 없는 경우에는 그 표현은 저작권법으로 보호받을 수 없다. 왜냐하면 만약 그러한 표현에 저작권의 성립을 인정하면 표현의 보호라는 이름하에 아이디어를 보호하는 것으로 되기 때문이다. 이러한 경우는 예컨대, 하드웨어(hardware)로부터의 규제를 강하게 받고 있는 마이크로・프로그램 등에서는 드물지 않으리라고 본다. 이 때 그 표현으로 되지 않을 수 없는 경우란 절대적 의미에서가 아니고, 경제성・효율성 등을 고려하여 판단하여야 한다.[162] 저작권법상 이러한 아이디어와 표현의 융합(merge)의 경우 저작권보호를 받지 못한다는 명문의 규정은 없지만 당연한 법리이다.

둘째, 타인의 프로그램과 동일하다 하더라도 그 타인의 프로그램과는 별도로 독립해서 프로그램을 작성한 경우는 독립한 저작권이 성립하며, 타인의 저작권침해로 되지 아니하는 것도 당연하다.

셋째, 리버스 엔지니어링(reverse engineering)한 결과 추출된 알고리즘을 기초로 해서 별개의 표현을 가진 프로그램을 작성한 경우는 알고리즘은 보호되지 아니하므로 저작권침해로 되지 아니한다.[163] 그러나 현실적인 문제로서 다음에 보는 클린룸기법(技法)이 아니고 분석과 코딩을 동일

162) 中山信,弘 著作權法, 有斐閣, 2008, 96-106면 참조.

엔지니어가 한다면 결국 프로그램이 동일 또는 유사하게 될 수 밖에 없어 침해의 두 요건인 접근과 실질적 유사를 충족시키므로 면책되기는 힘들 것이다. 결국 현실문제로서는 다음의 클린룸기법에 의할 수밖에는 없다.

넷째, 프로그램 개발그룹을 둘로 나눠 타인의 프로그램으로부터 아이디어를 추출하는 그룹(analyzers)과 코드를 실제로 작성하는 그룹(coders)으로 나눠, 전자의 아이디어를 받아 후자가 별도로 프로그램을 작성한 경우(이를 소위 Isolation Booth기법 혹은 클린룸[clean room] 작전이라고 한다)는 결과적으로 원래의 프로그램과 표현이 같은 경우라 하더라도 저작권침해로 되지 아니한다고 본다. 다만 이러한 기법 역시 현실문제로서 재판관을 포함한 외부인을 납득시켜야 하므로 분리가 완전한 것으로 되었다는 납득이 갈 수 있도록 만반의 조치를 강구해야 할 것이다.

대표적인 소프트웨어 저작권 침해 유형을 열거하면 다음과 같다:

－정당한 권원(라이선스)의 취득없이 무단으로 사용하는 행위.

－보유한 소프트웨어의 상위버전을 사용하는 행위

－보유수량을 초과하여 사용하는 행위

－별도의 라이선스 취득없이 네트워크를 통하여 다수의 사용자가 공유하는 행위.

－번들 소프트웨어를 다른 하드웨어 장치에서 사용하는 행위.

－프리웨어・쉐어웨어, 오픈소스 소프트웨어의 사용조건을 위반하는 행위

4. 민사상의 구제제도

민사적 구제제도의 2대 지주는 침해금지제도(Injunction)와 손해배상제도이다. 현행법은 부당이득반환청구권에 관한 규정을 두고 있지 아니하나 동 청구권을 부정하는 것이 아니고 민법의 부당이득반환에 관한 규정(민법 제741조)에 의하여 동 권리를 행사할 수 있다.

가. 저작권침해행위 금지청구권

권리자는 침해자에 대하여 침해행위의 금지를 청구할 수 있음과 아울러 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 청구할 수 있다.

침해행위에 의하여 만들어진 물건이란 무단출판된 인쇄물(그러나 예컨대 어느 서적 중 사진만이 무단복제되어 사진저작권을 침해한 것이라면 인쇄물 자체의 폐기청구는 과잉청구이고 그 중

163) 일본의 마이크로소프트사 대 秀和 시스템・트레이딩주식회사 사건의 판결(東京地裁1987. 1. 30.) 결과에 비추어 보면 리버스엔지니어링은 심히 곤란하게 되었다. 이 사건에서 피고는 원고 마이크로소프트사가 개발한 오브젝트코드 형태의 BASIC의 인터프린터의 역조작을 통해 알게된 소스코드에 주석을 붙여 책으로 출판한 것이 문제로 되었다. 자세한 것은 判例時報 1219호 48면 이하 참조.

무단복제된 사진부분만의 폐기를 청구하여야 한다), 무단작성된 연주레코드, 저작자의 허락 없이 저작물의 내용을 개변한 저작복제물 등이다. 그 밖에 필요한 조치에는 장래 침해의 금지를 담보하기 위한 담보제공 등을 생각할 수 있다. 또 법은 '보증금'의 공탁 없이 가처분결정을 내릴 수도 있도록 규정한다(저작권법 제123조 제3항).

나. 손해배상청구권

지적창작물의 도용에 기인한 경제적 이익을 불법행위자로부터 효과적으로 박탈하여 저작권자에게 보상케 해 주는 제도가 극히 필요함에 반하여 현실의 세계에 있어서는 그 입증의 곤란 때문에 법규정이 거의 유명무실하게 되어 버리는 경우가 많은 실정이다.

입증의 곤란을 구제하기 위하여 현행 저작권법은 손해액추정규정의 신설, 손해액의 재량 인정[164] 등 권리보호에 상당한 배려를 하고 있다. 또 저작인격권의 침해에 대하여는 손해배상청구와 함께 또는 이에 갈음하여 명예회복을 위한 필요한 조치를 청구할 수도 있다(저작권법 제127조).

5. 소프트웨어 저작권 침해죄와 친고죄

가. 개요

저작권법이 규정하는 특정사항에 관한 의무위반에 대해서 저작권법은 벌칙으로 제재를 가하고 있다. 벌칙의 적용에 대해서 형법총칙 및 형사소송법상의 제 규정의 적용이 있음은 말할 나위도 없다. 저작권범죄에 대해서는 과실범 및 미수범은 존재하지 아니하며 고의범만이 처벌된다. 저작권 범죄에 대한 공소는 원칙적으로 고소가 있어야 한다(친고죄). 다만, 개정 저작권법 제140조에서는 '영리・상습적인 저작권 침해시' 비친고죄를 적용하고 있다. 한편, 한미 FTA에서는 '상업적 규모로 저작권 침해시' 비친고죄를 적용하도록 하고 있다. 따라서 우리나라는 형사절차에 있어서 일정한 규모, 즉 '상업적 규모' 이상의 저작권 침해사건의 경우 권리자의 고소가 없더라도 침해자를 처벌할 수 있도록 제도를 정비하여야 한다.

나. 소프트웨어 저작권 침해죄와 친고죄의 개정

저작권법이 규정하는 특정사항에 관한 의무위반에 대해서 저작권법은 벌칙으로 제재를 가하고 있다. 벌칙의 적용에 대해서 형법총칙 및 형사소송법상의 제 규정의 적용이 있음은 말할 나위도 없다. 저작권범죄에 대해서는 과실범 및 미수범은 존재하지 아니하며 고의범만이 처벌된다. 저작권 범죄에 대한 공소는 원칙적으로 고소가 있어야 한다(친고죄). 다만, 개정 저작권법 제140조에서는 '영리・상습적인 저작권 침해시' 비친고죄를 적용하고 있다. 한편, 한미 FTA에서는 '상업적

164) 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제93조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다(저작 94조).

규모로 저작권 침해시' 비친고죄를 적용하도록 하고 있다. 따라서 우리나라는 형사절차에 있어서 일정한 규모, 즉 '상업적 규모' 이상의 저작권 침해사건의 경우 권리자의 고소가 없더라도 침해자를 처벌할 수 있도록 제도를 정비하여야 한다.

Ⅲ. 소프트웨어 저작권 침해와 양벌규정 제도

1. 양벌규정과 소프트웨어저작권침해

소프트웨어관련 범죄는 직접적인 침해 행위자뿐만 아니라 그 사용자를 실질적인 범죄주체로 이해하는 것이 타당한 경우가 많기 때문에 행위자 본인만 처벌하는 것만으로는 처벌의 목적을 충분히 달성할 수 없는 우려가 있다.[165] 따라서 양벌규정의 조항을 통해 정당한 권리자의 법익을 보호하는 것이 필요하다.

이는 소프트웨어 정품사용의 실태를 보면 그 필요성이 두드러진다. 2009년 한해에만 적발된 침해건수가 1,448건에 이르고 침해금액도 34,729,830,848원에 이른다. 2007년 2,033건 및 48,101,981,192원에서 2008년 2,387건 55,972,458,483원으로의 증가추세가 꺾인 것이지만 이는 단지 적발된 경우만을 의미하므로 그 실체는 훨씬 크다고 할 수 있다.[166]

또한 소프트웨어산업 진흥법은 제1조(목적)에서 "이 법은 소프트웨어산업의 진흥에 필요한 사항을 정하여 소프트웨어산업 발전의 기반을 조성하고 소프트웨어산업의 경쟁력을 강화함으로써 국민생활의 향상과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다."라고 규정하고 있으며, 제15조(유통활성화)는 제1항에서 "정부는 소프트웨어산업의 진흥을 위하여 소프트웨어의 유통활성화에 노력하여야 한다."라고 노력의무를 규정하고 있다.[167]

즉 여타의 양벌규정이 종업원에 대한 주의감독을 강화하여 일반적인 범죄를 예방하는 데에 있다면 소프트웨어 저작권침해의 경우에는 이에 더하여 관련 산업의 성장 및 발전과도 밀접한 관련이 있는 것이다.

---

165) 김규성(편), 컴퓨터프로그램보호법, 세창출판사, 2007, 303면 이하.
166) 한국소프트웨어저작권협회 홈페이지 자료 (http://www.spc.or.kr/).
167) 동법 제2항에서는 "지식경제부장관은 제1항의 규정에 의한 소프트웨어의 유통촉진을 위하여 필요한 사업을 실시할 수 있으며 정품소프트웨어의 유통을 촉진시키는 활동을 지원할 수 있다."라고 규정하여 정품소프트웨어 유통 진흥을 위한 구체적 조치를 취할 수 있음을 규정하고 있기도 하다.

2. 저작권법 제141조의 개정경위

구 저작권법 제141조는 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.” 라고 규정하여 법인에게 그 종업원등에 대하여 감독의무자로서의 일종의 무과실 책임을 묻는 양벌규정 형식을 취하고 있었다. 이에 대해서 앞에서 살펴본 것과 같이 일련의 위헌판결에 따른 법무부의 개정으로 면책규정을 신설하게 되었다.

강승규의원 등 11인의 국회의원은 2008년 11월 27일 저작권법 일부개정법률안(의안번호 : 1802291)을 제출하였는데, 저작권법 제141조(양벌규정) 후단의 신설을 제안하였다. 이에 따르면 구 저작권법 제141조 후단에 “다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”가 추가된다. 이 제안부분은 국회심의과정에서 수정 없이 2009년 4월 1일 가결되다.[168] 즉 개정된 저작권법[169]에서는 그 단서조항에서 “다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

구 저작권법 제141조	현행 저작권법 제141조(양벌규정)
법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.	법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009.4.22>

그러나 저작권법 제141조 양벌규정은 형사정책연구원의 연구보고서의 제안과 달리, 기존의 내용에 ‘면책조항이 추가’되어 개정되었다. 2000년대 초 우리나라 양벌규정의 입법흐름은 면책규정을 삭제해 가는 추세였는데,[170] 헌법재판소의 위헌결정 후 다시 면책규정이 추가되는 추세이다.[171] 또한 이러한 개정배경에는 검찰실무상의 의견이 반영된 듯하다. 검찰에서는 형사정책연구

168) 제282회국회(임시회), 국회본호의회의록(임시회의록), 제1호, 8면.
169) 2009.07.31 (법률 9785호).
170) 이주희, 사업주처벌의 의미, 근거, 성립요건, 외법논집 제30집, 2008, 263면. 일본의 경우에도 면책규정을 두고 있는 양벌규정은 서서히 그 모습을 감추고 있다고 한다 (이주원, 산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌, 고려법학 제51호, 2008, 289면 각주 11).
171) 2008년 3월 이전에는 면책규정이 규정된 양벌규정이 10여개에 불과했으나, 2008년 3월 이후 국회의 법령제·개정을 통해 2008년 4월에는 40여개에 달한다고 한다. (형사정책연구권, 앞의 보고서(주 65), 42면).

원의 개정안의 규정이 입법된다면 검사가 사업주의 감독상 책임이 있음을 입증해야 하는데, 이는 법인의 형사처벌을 강화하는 세계적 추세에 반하고, 실무상 과실범의 공동정범이 처벌가능하므로 검사가 사업주의 감독상 책임을 입증하는 경우에만 법인・사업주를 처벌할 수 있다는 것은 당연히 가능한 것이기 때문에 사업주의 과실이 입증될 것을 요하는 양벌규정은 존재의의가 없다고 생각하는 듯하다.[172] 또한 형사정책연구원의 제안과 같이 과실책임을 요건으로 하면, 수사기관은 관리감독상의 과실유무를 조사하여야 하는데, 실무상 감독책임의 주체가 누구이며, 그가 어떠한 내용의 관리감독 책임을 지는지 여부를 조사하기가 쉽지 아니하다고 한다.[173] 따라서 "종업원의 영업상 위법행위만 입증되면 법인이나 사업주의 과실을 추정하여 자신들의 무과실을 입증하는 경우 면책받을 수 있도록 개정함이 상당"하다고 한다.[174][175]

3. 저작권법 제141조의 내용

가. 저작권법 제141조 본문의 내용

저작권법 제141조는 법인 등의 업무에 관하여 종업원 등이 저작권법에 규정한 침해행위를 한 경우에는 행위자인 본인만 처벌한다면 처벌의 목적을 충분히 달성할 수 없음을 감안하여 입법례에 따라 그 법인이나 사용자 등에 대하여도 벌금형을 병과할 수 있게 한 것이다.[176]

저작권법에 규정된 범죄는 주로 출판, 녹음, 녹화, 공연, 공중송신 등 기업적 형태에서 행하여지는 것이므로 행위자 자체보다도 오히려 그 행위자의 사용자를 실질적 범죄의 주체로 생각하는 것이 타당할 경우가 많기 때문에 이러한 양벌규정이 필요한 것이다.[177]

저작권법 제141조의 양벌규정이 적용되는 것은 법인의 대표자에 의한 범죄행위 또는 법인 또는 개인사업자의 대리인, 사용인, 기타 종업원에 의한 범죄행위인 경우이다. 형사책임은 본래 개인의 행위를 반사회성에서 착안하여 추궁하는 것이므로, 법인이나 단체 등의 대표자의 행위는 민사적으로는 법인 또는 단체자체의 행위로 의제되는 것이지만, 형사상으로는 의제되지 않고 개인의 행위로 되는 것이다. 여기서 대리인은 법인 또는 개인 사업자의 의사 자체를 대리하는 자이며, 사용인 또는 기타 종업원의 명칭과 관계없이 사용자의 지배 하에서 사용자를 위하여 사용자의 의사를 육체적으로 실천하는 자이다.[178]

---

172) 구승모, 양벌규정이 구조와 행위자의 특정에 대한 토론문, 형법 개정 및 양벌규정 개선 공청회 자료집, 2008.6.20, 270-271면.

173) 구승모, 앞의 토론문(주 172), 271면: 감독책임의 준수여부는 법인 내부에서 은밀히 사후적으로 진술을 맞추어 조작하는 등 증거인멸의 우려가 높아 공소유지가 쉽지 아니하고, 양벌규정의 사업주의 책임은 종업원에 대한 일반적인 지휘감독상의 과실도 포함하는 개념이므로 수사의 대상이 법인의 영업행위 전반으로 확대되는 부담도 있다고 한다.

174) 구승모, 앞의 토론문(주 172), 272면.

175) 김정환, 앞의 논문(주 71), 107면.

176) 허희성, 2007신저작권법축조개설(하) , 명문프리컴(2007), 640면.

177) 허희성, 앞의 책(주 176), 640면.

또한 저작권법 제141조의 양벌규정이 적용되는 것은 행위자의 범죄행위가 법인 또는 개인사업자의 업무상 행위인 경우에 한정된다. 여기서 업무에 관한한 행위인지의 여부는 그 행위의 효과가 최종적으로 귀속하는 주체가 법인 또는 개인 사업자인지의 여부에 따라 객관적으로 판단되어야 한다.

법인 또는 개인사업자에게 과해지는 형은 각 조에서 규정한 벌금형이다. 사용자가 개인사업자인 경우에도 체형을 과하지 않고 벌금형만을 과하는 것은 양벌규정이 사용자의 종업원에 대한 주의의무 해태의 책임을 추궁하는 것이기 때문이다. 따라서 개인사업자가 고의로 종업원에게 범죄행위를 하도록 한 경우에는 그 종업원의 교사범 또는 공동정범으로서 벌칙 자체의 직접적 적용을 받게 된다.

저작권법 제141조의 양벌규정에 의하여 법인 또는 개인사업자가 처벌되는 경우에는 그들에게 고의를 조건으로 하지 않는다. 즉 행위자가 처벌되는 경우에는 사용자에게 고의 또는 과실 유무를 묻지 않고 벌금형을 가한다.

나. 저작권법 제141조 단서의 내용

개정 저작권법에는 소프트웨어 저작권 침해와 관련해 양벌규정(제141조)에 단서조항이 신설됐다. 양벌규정은 직접 침해를 한 종업원뿐만 아니라, 종업원에 대한 “주의관리의 의무”를 가지고 있는 기업에게도 그 의무를 게을리 한 것에 대한 책임을 묻는 규정이다.

개정 저작권법에서는 기업의 종업원이 침해 행위를 한 때에 법인이 상당한 주의를 기울였다면 법인의 책임은 면할 수 있다는 단서조항이 신설됐다. 이 단서조항에 따라 기업이 주의관리의 의무를 게을리 하지 않은 경우에는 처벌을 면할 수 있다. 다만, 이에 대해 기업이 그 사실을 증명해야 하는 부담이 있다. 나아가 또 IT 자산 또는 소프트웨어를 관리하는 담당자(보통 기업의 CIO) 입장에서는 회사 내부에서 관리 책임을 물을 수도 있으므로 더욱 더 세심한 주의가 필요하다. 따라서 소프트웨어 관리의 중요성이 더욱 커졌다고 볼 수 있다.

다. 기준설정의 필요성

저작권법 제141조의 규정은 기업이 소프트웨어 저작권을 관리하기 위한 상당한 주의와 감독의 명확한 기준이 없다는 문제점을 가지고 있다. 다시 말해 어느 정도의 감시 감독을 해야만 해당 조문에 해당하는지에 대한 명확한 기준이 없기 때문에 저작권침해에 대한 단속을 하는 시점에서 저작권자와 기업의 충돌이 예상된다. 당연히 기업은 자신의 침해에 대해 기업의 책임이 없을 것을 주장할 것이며, 이로 인해 정품 소프트웨어 사용에 대한 의지가 꺾이지 않을까 하는 우려가 생기게 되는 것이다.[179)]

178) 허희성, 앞의 책(주 176), 640면.

따라서 이러한 면책사유에 대한 선제적 기준설정이 필요성이 있다고 생각되며, 이러한 기준의 설정 공표는 특히 소프트웨어 저작권자의 측면에서는 정당한 권리의 보호를 사용자등의 입장에서는 충분한 주의의무를 이행할 수 있게 하는 기초가 될 수 있다.

그리고 본문의 요건 중에서는 '업무관련성' 또한 소프트웨어의 특성과 업무의 특성을 종합적으로 고려하여 판단될 필요가 있다. 이러한 업무관련성의 판단은 헌법재판소의 위헌결정의 취지인 책임주의 원칙을 적용하기위한 기초가 되기 때문이다.

Ⅳ. 저작권법상 양벌규정의 성립요건

저작권법상의 양벌규정에 의하여 개별적 위법행위를 직접 실행한 자 이외에 사업주인 법인이나 개인을 처벌하기 위해서는 ① 대표자나 종업원 등이 각 본조의 위반행위를 하고, ② 그 위반행위가 법인이나 개인의 업무에 관한 것이어야 하며, ③ 법인이나 개인의 무과실이 증명되지 아니하여야 한다.

1. 위법행위자 (종업원 등)

가. 의의

종업원은 명칭에 상관없이 사업주인 법인 또는 개인을 위하여 행위하고 그 실질적인 지배권이 미치는 자를 이른다.[180] 판례는 양벌규정의 적용 대상이 되는지 여부와 관련된 사안에서 '소정의 법인의 종업원에는 법인과 정식의 고용계약이 체결되어 근무하는 자뿐만 아니라 그 법인의 대리인, 사용인 등이 자기의 보조자로서 사용하고 있으면서 직접 또는 간접으로 법인의 통제・감독하에 있는 자도 포함한다'고 판시[181]하는등 종업원의 개념을 상당히 넓게 파악하고 있다. 즉, 설령 파견근로자라고 하더라도 업무주의 일정한 지휘・감독 하에 있으면, 종업원에 해당된다고 보고 있다.

양벌규정과 관련해서는 위법행위를 행한 행위자의 특정이 우선이다. 저작권법상 양벌규정(제141조)과 관련하여 법인 사업주인 경우에는 법인의 대표자, 대리인, 사용인 기타 종업원이 행위자이고 개인 사업주인 경우에는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 행위자이다. 이러한 규정에 따르면 법인의 양 극단(대표자와 사용인・종업원)에 있는 자에 대해서는 처벌이 용이하지만, 중간간부들에 대한 처벌은 용이하지 않을 수 있다. 구체적인 위반행위가 발생한 경우 하급실무자의 고의를 입증하는 것은 실무상으로 용이하지 않으므로, 결재선에 있는 사람들의 행위주체성을 인

179) (사)문화콘텐츠와법연구회, 개정저작권법에 관한 연구, 2009, 110면.
180) 김규성(편 앞의 책(주 165),305면.
181) 대법원 1993.5.14. 선고 93도344 판결(증권거래법위반).

정해야 한다는 실무의 견해가 있다.[182] 이때 행위자는 주로 직접 실행행위를 수행한 자를 출발점으로 업무의 성격과 종업원의 역할, 처벌의 실효성 등을 고려하여 상향조정되다가 정책적 차원에서 결정된다고 한다.[183] 판례는 환경보전법위반사건에서 대학병원의 관리사무를 총괄하는 관리부원장을 행위자로 인정한 경우도 있는 반면,[184] ○○축산협동조합업무를 통괄하고 일상업무를 대표하는 조합의 전무를 행위자로 인정하지 않은 경우도 있다.[185]

하지만 일반적으로 판례는 종업원의 범위를 비교적 넓게 인정하고 있다. 판례에 따르면, "종업원은 사업주의 사업경영과정에 있어서 직접 또는 간접으로 사업주의 감독통제 아래 그 사업에 종사하는 자를 일컫는 것이므로 사업주 스스로 고용한 자가 아니고 타인의 고용인으로서 타인으로부터 보수를 받고 있다 하더라도 객관적 외형상으로 사업주의 업무를 처리하고 사업주의 종업원을 통하여 간접적으로 감독통제를 받는 자라면 위에 포함된다."[186] 따라서 반드시 계약에 의하여 고용하지 아니한 자라 하더라도, 사업주의 감독통제를 받으면 종업원이라 할 수 있다. 예컨대 증권회사지점의 대리가 업무보조자로 고용한 자가 고객으로부터 유가증권의 종류, 종목 및 매매의 구분과 방법에 대하여 결정을 받지 아니하고 일임매매를 한 경우에 구 증권거래법 제215조 제2항(양벌규정)에 따라 회사의 책임을 인정하였다. 소정의 법인의 종업원에는 법인과 정식의 고용계약이 체결되어 근무하는 자뿐만 아니라 그 법인의 대리인, 사용인 등이 자기의 보조자로 서 사용하고 있으면서 직접 또는 간접으로 법인의 통제・감독 하에 있는 자도 포함한다.[187]

다만 행위자는 어느 정도 사업주를 대신한 독자적 권한이 존재해야 한다. 주한미군 부평교역처 보급창의 폐기물처리업무를 담당하는 직원이 적법한 신고절차 없이 미허가・미신고의 폐기물처리업자에게 사업장폐기물을 처리하게 한 사안에서, 대법원에 따르면 "위 직원은 위 보급창의 일반적인 통제・감독을 받으면서도 폐기물처리에 관한 어느 정도의 독자적 권한이 있으므로, 구 폐기물관리법 제62조의 양벌규정이 적용되는 대리인・사용인 기타의 종업원에 해당한다"고 하였고, "여기서 '당해 업무를 실제로 집행하는 자'라 함은 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여, 자신의 독자적인 권한이 없이 오로지 상급자의 지시에 의하여 단순히 노무제공을 하는 것에 그치는 것이 아니라, 적어도 일정한 범위 내에서는 자신의 독자적인 판단이나 권한에 의하여 그 업무를 수행할 수 있는 자를 의미한다고 봄이 상당하다"고 판결이유를 설명했다.[188]

또한 판례는 종업원의 범위를 비교적 넓게 인정하고 있기 때문에, CTO나 전산관리자도 종업원에 해당하며 그들이 직접 불법복제를 하거나 방조하는 경우에는 양벌규정이 적용될 수 있다.

---

182) 선우영, 환경보전법 제70조의 행위자, 형사판례연구(1), 1993, 291면.
183) 선우영, 앞의 논문(주 182), 291면.
184) 대법원 1991.2.26. 선고 90도2597 판결.
185) 대법원 1991.11.12. 선고 91도801 판결.
186) 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결.
187) 대법원 1993.5.14. 선고 93도344 판결.
188) 대법원 2007.12.28 선고 2007도8401 판결.

나. (법인 또는 개인의) 대리인의 개념

양벌규정에 있어서 대리인은 대향적인 관계에서 위임을 받은 대리인을 말하는 것이 아니라, 상사지배인과 같이 종업원의 신분을 가지고 있는 자만을 포함하는 개념으로 해석된다.[189] 대리인이나 기관인 경우에 그 위임이나 고용 등의 선임행위가 무효(독일형법 제14조제3항의 경우)라 하더라도 형사처벌과 관련해서는 대리인 등의 자격에 변함이 없다고 본다.[190]

2. 사업주[191](법인 또는 개인)

가. 의의

종업원 등의 위반행위에 대하여 양벌규정으로 사업주의 책임을 묻는 것이 종업원 등에 대한 사업주의 선임감독상의 과실책임을 근거로 하는 것이라고 한다면, 그 종업원은 사업주의 사업경영과정에 있어서 직접 또는 간접으로 사업주의 감독통제 아래 그 사업에 종사하는 자를 일컫는 것이고,[192] 사업주는 사업경영의 주체가 되는 것이다. 그렇다면 사업주는 사업경영에 임하고 사업에 종사하는 자들의 집단을 전체로서 통괄하는 지위에 있을 것이 필요하다.[193]

사업주의 개념과 관련하여 특히 개인인 경우에는 명목상의 사업주가 아니라 실질적인 사업주인지 여부를 기준으로 판단한다. 판례에 따르면, 명목상의 소유자가 아니라 '자기의 계산'으로 영업을 하는 자인지 여부가 기준[194]이 되므로 형식상의 명의자는 사업주가 아니다.[195] 예컨대 약국을 실질적으로 경영하는 약사가 다른 약사를 고용하여 그 고용된 약사를 명의상의 개설약사로 등록하게 해두고 실질적인 영업약사가 약사 아닌 종업원을 직접 고용하여 영업하던 중 그 종업원이 약사법위반 행위를 하였다면 구 약사법 제78조의 양벌규정상의 형사책임은 그 실질적 경영자가 지게 된다고 한다.[196]

단, 사업주가 개인인 경우에 그 사업주와 직접 행위자인 종업원간에 형법총칙상의 공범관계가 성립할 수 있으며, 이러한 경우 선임감독상의 과실로 인한 양벌규정이 아니라 형법총칙상 공범규정이 적용된다.[197][198]

---

189) 김우진, 행정형벌법규와 양벌규정, 형사판례연구(6), 1998, 392면.
190) 김대휘, 양벌규정의 해석, 형사판례의 연구 I, 2003, 122면; 이주원, 앞의 논문(주 170), 306면.
191) 양벌규정으로 인해 처벌되는 '법인 또는 개인'을 호칭하는 용어로 문헌과 판례에서 사업주, 영업주, 업무주 등이 혼용되고 있다.
192) 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결.
193) 김우진, 앞의 논문(주 189), 384면.
194) 법문언의 규정상 법은 업무주의 범위를 상당히 넓게 바라보아 자신의 계산으로 사업을 경영하고 있는 자라고 볼 수 있다는 근거를 제시하기도 한다. 김규성(편), 앞의 책(주 165), 304면.
195) 대법원 1992.11.10. 선고 92도2034 판결: 구 수산업법 제88조의 법인 또는 개인이라 함은 자기의 계산에서 어업 또는 수산업을 경영하는 자를 가리킨다.
196) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000도3570 판결.
197) 이주원, 앞의 논문(주 170), 311면.

나. 법인격 없는 단체

저작권법상의 양벌규정은 그 적용대상을 법인 또는 개인으로 규정하고 있다. 이 경우 법인격 없는 단체가 법인과 같은 실체를 가지고서 사회생활상의 업무를 수행하면서 그 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 위반행위를 한 경우 법인격 없는 단체도 사업주에 포함시킬 수 있는지가 논란이 되고 있다. 이러한 단체가 법인과 같은 실체를 가지고 사회생활상 업무를 수행한다면 법인과 다름없는 기능을 하고 있으므로 처벌을 긍정하는 견해가 있다.[199] 법인격 없는 사단 또는 재단으로 대표자 또는 관리인을 두고 있는 경우도 포함된다는 견해는 법인격 없는 단체에 대한 양벌규정이 없음에도 이러한 단체가 사실상 법인과 다름없는 기능을 하고 있다는 것을 근거로 제시한다.[200]

그러나 명문의 규정이 없는데도 법인격 없는 단체에 대하여 양벌규정을 적용하는 것은 가벌성을 확장하는 유추해석이고,[201] 이러한 단체에 대한 통제는 구성원 개인에게 함으로써 충분히 실효를 거둘 수 있다고 한다.[202] 대법원 또한 죄형법정주의의 원칙상 법인격 없는 사단에 대하여는 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없다는 입장이다. "자동차운수사업법 제74조는 이른바 양벌규정으로서 … 법인격 없는 사단에 대하여서도 위 양벌규정을 적용할 것인가에 관하여는 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니하므로, 죄형법정주의의 원칙상 법인격 없는 사단에 대하여는 같은 법 제74조에 의하여 처벌할 수 없고, 나아가 법인격 없는 사단에 고용된 사람이 유상운송행위를 하였다 하여 법인격 없는 사단의 구성원 개개인이 위 법 제74조 소정의 "개인"의 지위에 있다하여 처벌할 수도 없다."[203] 형사처벌의 대상을 법인과 개인으로 한정하고 있는 것이 분명한 이상, 경제적·조직적 통일체로서의 법인과 법인격 없는 단체는 분명히 구분하여야 한다.

그러나 위법행위가 법인의 존속 중에 행해진 경우라면 비록 법인이 해산한 뒤 청산종료의 등기까지 경료했다 하더라도 양벌규정의 책임을 면할 수 없다고 한다. 예컨대 구 조세법처벌법상의 양벌규정과 관련하여 판례에 따르면, "법인(회사)의 법인세 체납은 피고인 법인의 존속 중에 있었던 일이고 이러한 법인세 체납이 완전히 정리되지 아니하여 관할 세무서장의 고발로 공소되어 그 피고사건의 법원공판 계속 중에 비록 피고인 회사의 청산경료의 등기가 경료되었다고 하더라도 그 피고사건이 종결되지 아니하는 동안 피고인 회사의 청산사무는 종료된 것이라 할 수 없고 형

---

198) 한편 우리 입법자는 개정 전의 양벌규정에서와 마찬가지로 개정된 양벌규정에 있어서도 개인업무주와 법인업무주를 구별하지 않고 동일하게 다루고 있다. 또한 헌법재판소도 이점에 대해서는 문제삼고 있지 않다. 따라서 본 보고서는 개인업무주와 법인업무주를 동등시하고 있는 입법태도를 존중하여 법인에 대한 범죄주체성에 대한 문제를 다루지 않았다.

199) 이천현, 앞의 논문(주 124), 75면.

200) 이천현, 앞의 논문(주 124), 75면이하

201) 그러나 이러한 해석은 가벌성을 확장하는 금지되는 유추해석이므로 허용되지 않으며, 이 경우에는 구성원 개인에 대한 처벌에 그쳐야 할 것이라는 견해가 있으며, 이 견해가 헌법상 죄형법정주의 원칙상 타당하다고 본다. 조국, 앞의 논문(주 112), 65면.

202) 김일수/서보학, 앞의 책(주 81), 142면.

203) 대법원 1995.7.28. 선고 94도3325 판결.

사소송법상 법인의 당사자능력도 그대로 존속한다고 해석함이 상당하다"고 한다.[204]

대법원 판례에 의하면, 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없다고 한다.[205] 그러나 형법이론상 형법적용에 있어서 법인격 유무라는 형식적 요건 보다는 사실적 상태라는 실질적 요건을 중시해야 하므로 법인격 없는 사단의 범죄능력과 형벌능력을 인정하도록 하는 입법론적 검토가 필요하다고 생각한다.[206]

한편, 법인의 관리 감독을 받지 아니하는 아파트 관리사무소가 아파트 대표자 회의에 정품 구매를 요청하였으나, 대표자 회의가 불법 소프트웨어의 사용을 묵인하고 저작권 침해를 하도록 한 경우, 즉 저작권 침해를 방조하거나 교사한 경우에는 관리사무소 직원 및 대표자회의의 대표는 일반 형법이론에 의해서 처벌을 받는다 나아가 대표자회의 등과 같은 단체가 불법 소프트웨어가 설치된 PC를 관리사무소에 제공한 경우에는 불법소프트웨어 설치에 직접 관여한자는 저작권 침해를 이유로 처벌을 받는다.

3. 사업주의 종속성

양벌규정에 있어 사업주에게 책임을 지우는 것이 사업주 자신의 잘못에 기인되는 것인가 아니면 자연인인 행위자의 범죄행위와 결부되어야 하는가가 논의된다. 즉 사업주의 처벌을 위해 행위자인 종업원 등의 범죄성립 혹은 처벌이 전제 조건이 되는가의 문제이다. 사업주는 개별적 위반행위를 직접 실행하는 것이 아니라, 위법해위를 실행하는 자는 그 종업원 등이기 때문에 이러한 논의가 발생한다. 이에 대해서는 양벌규정의 법적근거에서 살펴보았듯이, 사업주가 양벌규정으로 처벌되는 것은 사업주 자신의 주의의무불이행으로 인한 책임이라고 본다.

형법상에서 공범(교사범・방조범)의 성립요건 중의 하나가 정범의 범죄행위성립이다. 이러한 정범의 범죄가 성립하여야만 공범의 성립과 처벌이 가능해지는데, 이것을 공범의 종속성이라고 한다. 이때 어느 정도의 종속성이 요구되는지와 관련하여 학설이 대립하는데, 공범의 처벌근거와 관련하여 제한적 종속형식설이 통설이다. 즉 공범의 처벌근거가 정범의 책임에 가담한 것에 있는 것이 아니라, 정범의 불법을 야기・촉진한 것에 있기 때문에, 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 공범의 성립요건으로 충분하고, 정범이 유책하여 처벌받을 것까지 요구하지 아니한다. 이러한 제한적 종속형식이 개인책임의 원리에도 상응한다고 한다.[207]

양벌규정에서의 법인 등 사업주의 형사책임(법인의 과실책임)과 공범의 형사책임(자연인의 고

---

204) 대법원 1976.4.27. 선고 75도2551 판결.
205) 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도524 판결.
206) 오영근, 형법총론 제2판, 박영사 2007, 150면.
207) 이재상, 앞의 책(주 61), 425면.

의책임)이 동일한 형태는 아니다. 그러나 법인 등 사업주도 공범과 마찬가지로 위법행위를 직접 실행하지 아니함에도 불구하고 형사처벌된다는 유사함이 존재한다. 일부 견해는 대리인 등의 위반행위가 범죄로서 완전히 성립되어야 한다고 보기도 하지만, 다수의 견해는 대리인 등의 위법행위 자체만 성립되면 사업주는 양벌규정에 의하여 처벌될 수 있다고 본다.[208] 즉 형법상의 공범에서와 마찬가지로 해석하고 있다.

이에 대하여 판례는 종속성의 범위를 더 넓게 인정하고 있다. 위반행위자가 업무주로 한정되는 경우에서 그 위반행위를 종업원이 한 경우의 미성년자보호법위반사건에서 다음과 같이 밝혔다: "양벌규정에 의한 사업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 사업주의 위 과실책임을 묻는 경우 금지위반행위자인 종업원에게 구성요건상의 자격이 없다고 하더라도 사업주의 범죄성립에는 아무런 지장이 없다."[209]

결국 종업원 등의 위반행위와 이에 대한 사업주 자신의 선임감독상의 과실행위가 존재하면 충분하지, 종업원 등의 직접 행위자의 처벌이 사업주의 처벌함에 대한 요건은 아니라고 본다. 공범이론에서 마찬가지로 성립상의 종속성은 요하나, 처벌상의 종속성은 요하지 아니한다고 할 수 있다.

4. 업무에 관한 행위(업무관련성)

가. 개요

사업주가 처벌되는 것은 행위자의 위반행위가 사업주의 업무에 관하여 행해진 경우로서 업무와 관계없이 개인적으로 행해진 경우는 포함되지 않는다. 구성원의 모든 불법행위에 대해서 법인에게 책임을 부과하는 것은 책임의 지나친 확대로서 불합리한 결과를 초래하기 때문이다.[210] 이때 업무는 사회생활상의 지위에서 계속 반복적으로 행하는 사무이면 충분하지 영리의 목적유무는 불문한다.[211]

다만 양벌규정에서 말하는 법인의 업무는 객관적 외형적으로 보아 법인의 업무에 해당하면 충분한 것이므로, 그 행위가 법인의 내부 결재를 밟지 아니하였거나 그 행위의 동기가 직원 등의 이익을 위한 것이라 하여도 무방하다고 한다.[212] 예컨대 "식품위생법 제47조의 양벌규정은 식품사업주의 그 종업원에 대한 감독태만을 처벌하려는 규정으로서 종업원이 사업주의 업무를 수행함에 있어서 동조 소정의 위반행위가 있을 때는 설사 그 위반행위의 동기가 직접적으로 종업원 자신의 이익을 위한 것에 불과하고 그 영업에 이로운 행위가 아니라 하여도 사업주는 그 감독 해태

208) 김대휘, 앞의 논문(주 190), 123면.
209) 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결.
210) 형사정책연구원, 앞의 보고서(주 65), 106면.
211) 이주원, 앞의 논문(주 170), 307면.
212) 대법원 2002.1.25. 선고 2001도5595 판결.

에 대한 책임을 면할 수 없다."[213]

업무에 관한 행위인지 여부는 양벌규정의 적용에 있어서 책임주의의 기본원칙을 기본으로 하여 판단하여야 할 것이다. 물론 종업원등의 위법행위를 어느 범위까지 업무주에게 책임질 수 있도록 하느냐는 구체적 상황별로 판단할 수 밖에 없을 것이다. 그러나 최소한의 기준을 설정하는 것도 중요하지만, 소프트웨어 불법복제 영역에서 구체화하여 기준설정을 하는 것이 더욱 필요할 것이다. 이를 위해 먼저 추상적인 수준에서 기준을 제시하고 있는 판례와 학설을 검토한 후, 구체화된 기준 설정을 고려해 보도록 하겠다.

나. 업무에 관한 행위의 추상적 기준

(1) 판례의 태도

판례는 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'위반 사건에서 '제34조에 법인을 처벌하기 위한 요건으로서 규정한 '법인의 업무에 관하여' 행한 것으로 보기 위해서는 객관적으로 법인의 업무를 위하여 하는 것으로 인정할 수 있는 행위가 있어야 하고, 주관적으로는 피용자 등이 법인의 업무를 위하여 한다는 의사를 가지고 행위함을 요한다'라고 판시하여[214]

①객관적으로 행위의 성질을 관찰하되 ②주관적으로 법인의 업무를 위하여 행하는 의사도 동시에 요구한다.

다만 과거 '미성년자보호법위반' 사건에서 '객관적 외관상으로 영업주의 업무에 관한 행위이고 종업원이 그 영업주의 업무를 수행함에 있어서 위법행위를 한 것이라면 그 위법행위의 동기가 종업원 기타 제3자의 이익을 위한 것에 불과하고 영업주의 영업에 이로운 행위가 아니라 하여도 영업주는 그 감독해태에 대한 책임을 면할 수 없다'라고 판시하였는 바[215], 이 판례에 따르면 ③위법행위의 동기가 반드시 업무주의 이익을 위한 것일 필요는 없다.

그런데 소프트웨어 불법복제 등의 경우 명시적인 대법원의 판례를 찾을 수 없으므로 이러한 일반적이고 추상적인 기준만으로는 어떠한 경우 '객관적 외관상' 업무관련성이 인정될 수 있는지 문제시 될 것이다. 또 우리나라의 저작권관련 학설의 경우 법인의 정관 등에 정하여져 있는 목적범위에 한하지 않으며, 부수적 업무도 포함하고, 업무에 관한 행위인지 여부는 그 행위의 효과가 최종적으로 귀속하는 가에 따라 객관적으로 판단하여야 한다고 보고 있다.[216]

---

213) 대법원 1977.5.24. 선고 77도412 판결: 공소사실의 요지를 살펴보면, 양벌규정의 피고인이 경영하는 동궁다방의 주방장과 그 보조인이 공모하여 위 다방주방에서 레귤러커피를 적게 넣고도 적량을 넣은 것과 같은 진한 색과 맛을 내개하기 위하여 판매용커피를 끓일 때마다 담배 1개피씩 넣어서 끓여 판매함으로써 피고인의 업무에 관하여 이물의 혼합 또는 첨가로 건강에 해로운 식품을 조리 판매한 사건이다.

214) 대법원 2006.6.15. 선고 2004도1639 판결.

215) 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결.

216) 김규성(편), 앞의 책(주 165), 305면; 김기태, 신저작권법의 해석과 적용, 세계사, 2007, 306면.

지방법원 판례에 의하면, 회사의 종업원들이 2003년경부터 2008년 10월까지 저작권자들의 복제 승낙 내지 사용허락을 받지 않고 개인용 컴퓨터의 각 하드디스크 내에 각종 컴퓨터 프로그램 47점을 복제하여 사용하고 있는 사실을 미필적으로 인식하고 있는 경우에는, 회사가 종업들로 하여금 그 프로그램을 업무상 사용하게 한 사실을 인정할 수 있으므로, 그 회사는 양벌규정에 따라 책임을 진다.[217)]

(2) 미국의 판례

미국의 경우 대위책임법리(vicarious liability)의 적용관련 사례이긴 하지만, 백화점 체인 내에서 상점영업자가 불법복제 음반을 판매한 사안에서 경제적인 이익이 귀속하는 주체라는 이유로 백화점 소유주에게 대위책임을 묻고 있고, 이후로도 경제적 이익 귀속을 대위책임 법리의 기준으로 판단하고 있다.[218)]

(3) 소결

결국 판례의 '객관적으로 외형적으로' 보는 규정을 구체화하면 행위의 효과의 귀속 혹은 경제적 이익의 귀속으로 판단될 것이다. 물론 업무주를 위한 의사를 포함시켜야 한다는 판례도 있지만, 소프트웨어 불법복제 등의 경우에는 결국 컴퓨터에 저장되어 있는 소프트웨어를 기준으로 그러한 의사를 추단할 수 밖에 없을 것이다. 왜냐하면 소프트웨어 불법복제는 그 '행위' 자체(소프트웨어의 설치)가 적발되는 경우는 거의 없고, 다만 '행위'의 결과 (설치된 소프트웨어)만이 판단이 될 수 밖에 없기 때문이다. 나아가 판례는 회사가 종업원의 불법복제 사실을 미필적으로 인식하고 있었던 경우에는 불법복제 소프트웨어의 업무상 관련성을 인정하고 있다는 점을 유념할 필요가 있다.

다. 소프트웨어 불법복제에서의 업무관련성

(1) 서언

소프트웨어 불법복제등의 경우에도 객관적으로 보아 행위의 효과가 사용자등에게 귀속하거나 행위로 인한 이득이 사업주에게 속하는 경우에는 업무관련성이 있다고 보아야한다.

이러한 관점에서 종업원이 사업장에서 행한 불법복제 등의 행위는 일반적으로는 사용자등의 업무와 관련된 행위로 인정되기 쉬울 것이다. 그러나 비록 사업장내에 설치된 모든 불법소프트웨어가 업무관련성이 있다고 보는 것은 무리일 것이다.

즉, 업무관련성의 판단은 구체적, 개별적 상황을 고려할 수 밖에 없다. 그러나 비교적 명확한 하

217) 부산지방법원 2000.9.3. 선고 2009도1956 판결.
218) Shapiro, Bernstein & Co. v H. L. Green Co. (1963, CA2 NY) 316 F2d 304.

나의 기준을 제시한다면 적발된 소프트웨어의 유형을 고려하는 방법이 사용될 수 있다.

예를 들어 그 성질상 개인의 취미나 연구, 부업 등의 목적으로 불법복제 등을 행한 경우 혹은 일반업무에 있어서 업무상 사용될 개연성이 전혀 없는 업무용 프로그램의 사용의 경우까지 단순한 업무용 소프트웨어라는 이유만으로 업무관련성을 인정하기는 어려울 것이다.

이러한 경우에는 아예 업무관련성이 없음을 이유로 양벌규정의 적용에서 배제되어야 할 것이다.

그러나 설령 업무와 직접적인 관련성이 없더라도 일정한 업무관련의 개연성이 있는 경우에는 완전히 업무관련성이 없다고 보기는 어려울 것이다. 이러한 미묘한 판단 기준을 비교적 구체화하기 위해서는 먼저 소프트웨어를 목적에 따라 분류할 필요가 있다. 이러한 분류를 통해서 다시 본래의 업무의 특성과의 연계하여 업무관련성을 판단해야 할 것이다.

(2) 목적에 따른 소프트웨어의 분류

컴퓨터프로그램보호위원회(현 한국저작권위원회)가 매년 조사한 '소프트웨어 정품사용 실태 및 의식 조사 연구'에 따르면[219] 소프트웨어 불법사용을 체계적으로 조사하기 위해서 2006년도부터 동일한 분류체계를 사용하고 있다.

동 보고서는 크게 시스템 소프트웨어, 개발용 소프트웨어, 응용 소프트웨어, 기타 패키지 소프트웨어, 임베디드 소프트웨어로 분류를 하고 있다. 그리고 다시 이들 소프트웨어를 세부 분류하고 있다. 이러한 분류는 대부분 업무용 소프트웨어를 중심으로 한 것으로써 기타패키지 부분의 게임 소프트웨어와 응용 소프트웨어중 기타 응용 소프트웨어를 제외하고는 일반적으로 모든 업무용 소프트웨어라고 할 수 있을 것이다.

이를 대략적으로 정리하면 다음의 [표 1]과 같다.

이러한 분류는 대략적으로 소프트웨어의 목적에 기반하고 있으며 업무관련성 판단에 예시적인 기준이 될 수 있을 것이다.

219) 컴퓨터프로그램보호위원회, 2008년도 소프트웨어 정품사용 실태 및 의식 조사 연구, 2009, 표2-1 - 표2-6 참조.

<표 1> 목적에 따른 소프트웨어 분류

구분	소프트웨어구분	예시	용도예시[220]
시스템 소프트웨어	운영체제 소프트웨어	Windows등	필수소프트웨어
	통신	CuteFTP 7 Pro, Secure Netterm5.x등	주로 FTP등 파일 다운로드
	유틸리티 소프트웨어	ACDSee pro photo manager,Nero-Burning 6.x/7.x/8.x, NortonGhost 2003/ 10(2006)/12(2008), GoldWave Digital Audio Editor 5.x, PartitionMagic 8.x, Ultra-Edit 6.x/7.x/8.x/9.x/ 10.x/11.x/12.x/13.x/14.x 등	CD,DVD제작, 이미지데이터보기, 파일편집, 음악데이터편집
	시스템관리 소프트웨어	SNMS	시스템 및 네트워크 관리
	정보보호 소프트웨어	NortonAntivirus 5.0/6.0/2001～2006, V3 Internet Security 2007 Platinum, Virobot Desktop 5.x등	바이러스 방지, 보안
	미들웨어	TCP/IP, 데이터베이스 액세스 미들웨어, DCOM(Distributed Component Object Model:분산컴포넌트객체기술), CORBA(Common Object Request Broker Architecture:코바)	분산 컴퓨팅 환경을 구현하는데 발생하는 여러 문제점 해결
	기타 시스템 소프트웨어	윈도 작업 관리자 (마이크로소프트 윈도) 맥 오에스 텐의 액티비티 모니터 (맥 오에스 텐 v10.3 이전의 프로세스 보기 프로그램)	공동작업관리
개발용 소프트웨어	프로그램개발용 언어	MS-Visual InterDev 6.0, PL/SQLDeveloper7.x, Visual Studio .NET 2002/2005등	고급 소프트웨어 개발도구

220) 용도는 다시 범주내 주요 소프트웨어의 특성과 용도를 고려하여 추가적으로 정리되었다.

개발용 소프트웨어	프로그램 및 콘텐츠 개발용 도구	3D-Studio-Max 5.0～9.0/2008/2009, CorelDraw X3/9/11/12, Delphi6.0(Ent)/7.0(Ent), Flash 4.0/5.0/8.0/CS3/CS4/ MX/MX 2004, Illustrator 8/9/10/CS/CS2/CS3/ CS4, Namo Web Board 1.0, Photoshop 5.x/6.x/7.x/CS/ CS2/CS3/CS3 Extended/CS4,등	웹 프로그래밍 또는 웹 디자인 작업, 또는 사진편집
	프로젝트 관리용 소프트웨어	마이크로소프트 프로젝트(Microsoft Project)	프로젝트 관련 이벤트에 대한 추적
	DBMS	MS-SQL Server 2000(Std), TOAD 7.x/8.x등	대용량 데이터 저장, 활용
	기타 개발용 소프트웨어	비주얼 스튜디오, 이클립스	다양한 프로그래밍 언어를 지원
응용 소프트웨어	일반사무용 소프트웨어	한글 97/2002/2002(SE)/2004/ 2005/2007, 훈민시트i/XP/2000, MS-Access 97/2000/2002/2003/2007, MS-Excel 97/2000/2002/2003/2007, MS-PowerPoint 97/2000/2002/2003/2007, Acrobat 5.0/6.x/7.x/8.0/9.0, MS-Word 97/2000/2002/2003/2007, MS-Visio 5.0/2000/2002/ 2003/2007/2007(Beta), SPSS 12/13/15등	문서작성 및 보기, 스프레트쉬트(업무용 계산), 일반통계용프로그램. 표준문서작성 및 보기
	기업관리 소프트웨어	회계관리 1.x, NEOQ 1.0/LITE 2.x, Novell GroupWise 7등	회계, 멀티플렛폼간 메세징 및 문서공유
	과학용 소프트웨어	MathType for Win 3.x/5.x, Mathematica 4.x/5.x등	전문적인 수리계산

응용 소프트웨어	산업용 소프트웨어	AutoCAD 2000i/2000～2009/, Orcad 9.2/10.5 (pspice), Crystal Reports 10/11, LT(2000/2002/2004～2009)/R14, ArchiCAD 10, Revit Building 8, JMP 4/5등	CAD(컴퓨터 지원 설계), 건축 시뮬레이션, 데이터 분석 및 전문통계, 전문보고문서작성
	기타 응용 소프트웨어	브리태니커백과사전 CD HX, Dragon NaturallySpeaking 6/7/8등	영어학습
기타패키지		DiabloII, Starcraft등	게임
임베디드소프트웨어	어플리케이션	이지윙스 3.x	네비게이션
	임베디드운영체제 (OS)	임베디드 리눅스	하드웨어의 제어
	기타 임베디드 소프트웨어	인텔의 스트롱암	시스템설계

(3) 업무용 소프트웨어의 사용과 업무관련성

업무용 소프트웨어는 원칙적으로는 일반 업무에 보편적으로 쓰이기 때문에 업무관련성이 인정될 것이다. 그러나 모든 업무용소프트웨어를 업무관련성이 있다고 보기는 힘들다. 회사의 업무 특성 혹은 부서의 업무특성을 고려하여 이를 판단하여야 할 것이다.

보다 구체적인 판단 기준을 만들기 위해서는 하기 위해서는 업무관련성의 강도에 따라 이를 나누어 판단하는 것이 논리적이다. 그러나 업무관련성의 강도를 세분화 하는 것은 너무도 판단기준을 복잡하게 할 우려가 있다. 따라서 여기서는 업무와 직접관련성이 있는 경우와 단지 간접적인 관련성이 있는 경우로 업무 특성을 이분화해서 검토하도록 하겠다.

이를 위해서는 직접관련성이 있는 경우인지 간접적인 관련성이 있는지에 대한 판단이 선행되어야 한다. 이러한 판단은 회사 혹은 해당 부서의 업무의 특성과 당해 소프트웨어의 통상적인 용도와의 관련성을 기준으로 하여야 할 것이다.

즉, 업무수행에 있어서 그러한 소프트웨어를 사용하여 업무가 진행되거나 그러한 소프트웨어를 사용함으로서 업무의 효율성이 증가할 것이라는 것이 예측되는 경우에는 직접관련성이 인정되어야 한다. 기본적으로 컴퓨터를 사용할 수 있도록 하는 운영체제(OS)나, 일반적으로 통상의 사업장에서 사용되는 소프트웨어는 회사 혹은 해당 부서의 업무의 특성과 관계없이 직접관련성이 인정된다고 보아야 한다. 그 밖에 특정 분야에서 주로 사용되는 응용 소프트웨어의 경우에는 먼저 회사의 특성을 고려하고, 부서의 특성을 고려하여 유관성이 판단되어야 한다. 특히 회사의 규모가

작은 경우에는 회사의 업종 등에 대한 고려만으로 판단될 수 있을 것이나 회사의 규모가 커질수록 분화된 조직을 가질 확률이 높으므로 부서의 업무특성을 보다 고려하여야 할 것이다.

한편, 업무용 소프트웨어 중에서 직접관련성이 인정되는 경우 외에는 간접관련성이 있다고 판단되어야 한다.

1) 업무용이고 회사 혹은 해당 부서와 직접관련성이 있는 경우

① 원칙

업무용이고 회사 혹은 해당 부서와 직접관련성이 있는 경우에는 당연히 업무관련성이 인정된다. 앞서의 소프트웨어 분류표에 의할 때 시스템 소프트웨어중 운영체제와 정보보호 소프트웨어는 대부분의 경우에 업무관련성이 인정될 것이다. 업무를 위해 컴퓨터를 가동하기 위한 기초적인 소프트웨어이기 때문이다. 또한 응용 소프트웨어중에서도 일반사무용 소프트웨어(문서작성용, 스프레드쉬트등) 또한 모든 업무에 범용적으로 사용되는 것이기 때문에 업무관련성이 인정될 것이다.

그 밖의 응용 소프트웨어(과학용 소프트웨어, 산업용 소프트웨어등)나 개발용 소프트웨어의 경우에는 회사나 부서의 업무특성을 고려해야 할 것이다. 예를 들면 설계업을 중심으로 하는 경우에 CAD관련 소프트웨어를 사용한다던지, 소프트웨어 개발업을 하고 있는 경우에 개발용 소프트웨어[221]를 설치한 경우에는 당연히 업무관련성을 인정할 것이다. 그 밖에 회계관련회사나 부서의 경우에는 회계용 소프트웨어, 홍보부서나 마케팅관련 부서에서의 통계용 소프트웨어나 그래픽관련 소프트웨어의 사용등도 이와 마찬가지 일 것이다.

② 예외

이러한 경우에 예외를 상정하기는 거의 어렵다. 다만 비록 회계부서의 경우라도 가계부프로그램 같이 단순한 기능만을 가지고 있는 소프트웨어를 사용하는 경우와 같이 그 규모상 당해 회사 또는 부서에서 사용하기 힘든 소프트웨어 등의 경우에는 업무관련성이 없다고 보아야 할 것이다.

2) 업무용이지만 회사 혹은 부서와 직접관련성이 없는 경우

①원칙

업무용이지만 회사 혹은 부서와 직접관련성이 없는 경우에도 원칙적으로는 업무관련성을 인정해야 할 것이다.

---

221) 소프트웨어 개발업무에 있어서 특정 개발 툴을 사용하는 방침이 있다고 하더라도 그 밖에 개발 툴에 대한 불법복제는 업무관련성이 있다고 보아야 할 것이다. 예를 들면 c++프로그램을 주업무에 사용하더라도 visual basic의 불법복제 등은 업무관련성이 있을 것이가. 그 밖에 다른 특정한 분야, 가령 Adobe photoshop을 주로 사용하는 이미지 편집 작업의 경우에 Corel paint shop의 사용 또한 당연히 업무관련성이 있다고 하여야 할 것이다.

대표적인 경우가 그래픽용 소프트웨어를 들 수 있다. 예를 들면 adobe사의 photoshop이나 illustrator 혹은 flash등을 들 수 있다. 또는 이와 유사한 소프트웨어로 corel사의 paintshop이나 coreldraw등이다. 최근에 사진이나 그래픽작업에 취미를 갖는 사람이 많아지면서 이러한 소프트웨어를 업무용이 아닌 개인적인 취미의 목적으로 사용하는 경우도 많다. 그러나 이러한 소프트웨어의 경우에는 업무용 프리젠테이션의 작성을 위해서 사용되는 등, 또한 실제로 많은 경우 업무 보조용으로도 사용될 수 있기 때문이다. 즉 분류상 프로그램 및 콘텐츠 개발용 도구영역이라고 볼 수 있는 것들은 일반 사무직의 경우에도 업무관련성을 인정할 수 있을 것이다.

기업관리 소프트웨어의 경우도(예를 들면 멀티플랫폼지원소프트웨어[222])나 회계관리용 소프트웨어) 직접관련성있는 업무부서가 아니더라도 어느 정도 범용적으로 사용될 수 있으므로 업무관련성을 인정하여야 할 것이다.

시스템 소프트웨어중 유틸리티 소프트웨어의 경우도 원칙적으로는 업무상의 편의를 위해서 활용될 수 있는 여지가 많으므로 업무관련성을 인정하여야 할 것이다.

②예외

그러나 업무영역과 상당한 거리가 있는 경우, 즉 어떠한 용도로도 업무에 사용되는 방법의 추론이 힘든 경우에는 업무관련성을 부정해야 할 것이다. 유틸리티 소프트웨어의 상당수가 이에 해당될 수 있을 것이다. 예를 들면 유틸리티 소프트웨어중 음악데이터 편집용 소프트웨어를 증권회사에서 사용하는 경우등과 같이 소프트웨어가 업무에 사용될 개연성이 없는 경우가 이에 해당될 것이다.

(4) 비업무용 소프트웨어와 업무관련성

1) 원칙

비업무용 소프트웨어의 사용의 경우에는 원칙적으로는 업무관련성이 없다고 보아야 할 것이다. 비업무용 소프트웨어를 특정하기는 힘드나 사적 효용을 위해 사용되는 소프트웨어가 이에 해당한다고 본다. 가장 대표적인 비업무용 소프트웨어의 경우에는 게임을 들수 있다. 이 밖에 순수한 취미의 범주에 속할 수 있는 음악 작곡용 소프트웨어나 음악 재생 소프트웨어 등도 이에 포함될 수 있다.

이 밖에도 저작권 보호의무가 있는 메신저나 트위터 등의 소프트웨어, 혹은 개인 스마트폰과 동기화되어 사적 용도로 사용되는 소프트웨어 등의 경우에는 업무관련성을 인정하기가 힘들 것이다.

---

222) 가령 Novell GroupWise는 여러 플랫폼(운영체제(OS)나 기반도구)가 다른 경우)에서 문서공유, 메일전송 등의 효과적 공유체계를 가능케 하는 소프트웨어이다.

2) 예외

비업무용 소프트웨어라 하더라도 업무용으로 간주될 수 있는 경우에는 예외적으로 업무관련성이 있다고 보아야 한다. 이는 주로 특정 소프트웨어와 그 사업의 성격과 연관성이 높은 경우에 그러할 것이다.

가장 대표적인 예를 들면 게임방에서 게임소프트웨어 등을 불법복제를 하는 경우에는 당연히 업무관련성이 있다고 보아야 한다. 게임개발회사에서의 게임소프트웨어 등의 불법복제도 마찬가지일 것이다. 혹은 음악관련 업체에서 음악 제작용 소프트웨어를 사용하는 경우도 이와 유사한 경우이다.

비업무용 스마트폰용 소프트웨어 등의 경우도 회사에서 특정 스마트폰을 지급하고 업무에 활용하고 있는 경우라면 구체적으로 사용실태에 따라서 업무관련성이 인정될 수 있다.

(5) 소결－업무관련성의 인정범위

종업원이 사업장에서 행한 불법복제 등의 행위는 원칙적으로는 사용자등의 업무와 관련된 행위로 인정되어야 한다. 그러나 모든 경우에 있어서 업무관련성을 인정할 수는 없다.

먼저 업무관련성을 인정하기 위해서는 업무용 소프트웨어의 사용이 전제되어야 한다. 업무용 소프트웨어인지의 여부에 대한 판단은 소프트웨어의 구체적 기능을 고려하여 이루어져야 할 것이다. 소프트웨어의 본래적 사용용도가 업무용이어야 할 것이며, 객관적으로 판단되어야 할 것이다. 구체적으로는 게임이나 취미용도로 사용되는 일부 유틸리티 소프트웨어등을 제외하고는 일단은 업무용 소프트웨어로 보아야 할 것이다.

다음으로는 당해 회사 또는 부서의 업무와의 연계가 인정되어야 할 것이다. 업무와 직접적인 관련이 있는 경우에는 업무관련성을 인정할 수 있으나, 업무와 직접적인 관련성이 없는 경우에는 업무에 사용될 개연성을 기준으로 판단되어야 한다. 업무와 직접적인 관련성이 없는 경우에도 원칙적으로는 업무관련성이 인정되어야 할 것이나 개연성이 거의 없는 경우에는 부정해야 할 것이다.

또한 이러한 업무에 활용될 수 있는 개연성을 판단하기 위해서는 소프트웨어의 특성을 고려하여야 한다. 당해 소프트웨어의 활용 폭이 넓을수록 업무에 활용될 개연성이 높아질 것이다. 가령 사진편집프로그램 같은 경우에는 범용성이 높아서 사적인 용도로도 이용가능 하지만 업무에 활용될 여지도 높다. 이러한 경우에는 개연성을 인정하여야 할 것이다.

그리고 당해 소프트웨어가 회사 전체적으로 혹은 부서 전체적으로 사용되고 있는 지도 업무관련성의 중요한 판단기준이 될 수 있다. 회사 혹은 부서 내에서 폭넓게 사용되고 있는 경우는 쉽게 업무관련성을 인정할 수 있을 것이다. 특히 전사적으로 사용되고 있는 경우에는 사실상 다른 요건에 우선하여 업무관련성을 인정할 수 있을 것이다.

그 밖에 당해 소프트웨어를 사용하는 종업원의 업무분장이나 특성도 고려되어야 한다. 그러나

사실상 이미 설치된 소프트웨어를 기준으로 판단하기 때문에 특정 종업원 단위로 판단하는 것은 효과적이지 못하다. 당해 종업원이 적발된 컴퓨터를 지속적이고 배타적으로 사용하지 않았을 확률도 높기 때문이다.

이러한 논의를 종합해 보면 다음과 같은 요건 등이 업무관련성을 파악하는 데, 중요한 고려의 대상이 될 수 있을 것이다.

－업무용 소프트웨어인지 여부;
－해당 업무의 특성과의 연계여부;
－소프트웨어의 특성상 범용으로 사용이 가능한지 여부;
－특정한 소프트웨어를 전사적으로 사용하였는지 여부;
－당해 종업원의 업무특성과의 연계여부.

다만, 이러한 유형화도 추상적인 기준을 세분화한 것에 지나지 않으므로 구체적인 개별 사항에 일률적으로 적용하는 것은 무리가 있을 것이다.

5. 친고죄와 양벌규정

친고죄의 경우 양벌규정에 의하여 처벌받는 사업주에 대하여 별도의 고소가 필요한 것인가가 문제된다. 판례는 이에 대하여 부정한다. 구 저작권법 위반의 사안에서 판례는 “고소는 범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계가 있는 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시이므로, 고소인은 범죄사실을 특정하여 신고하면 족하고 범인이 누구인지 나아가 범인 중 처벌을 구하는 자가 누구인지를 적시할 필요도 없는바, 구 저작권법 제103조의 양벌규정은 직접 위법행위를 한 자 이외에 아무런 조건이나 면책조항 없이 그 업무의 주체 등을 당연하게 처벌하도록 되어 있는 규정으로서 당해 위법행위와 별개의 범죄를 규정한 것이라고는 할 수 없으므로, 친고죄의 경우에 있어서도 행위자의 범죄에 대한 고소가 있으면 족하고, 나아가 양벌규정에 의하여 처벌받는 자에 대하여 별도의 고소를 요한다고 할 수는 없다”고 하였다.[223] 이는 절대적 친고죄에서 공범자 중 일부에 대한 고소가 다른 공범자에게도 효력이 미치는 것과 유사하다.[224]

---

223) 대법원 1996. 3. 12. 선고 94도2423 판결.

224) 친고죄는 피해자와 범죄자의 신분관계 유무에 따라 절대적 친고죄와 상대적 친고죄로 나눌 수 있다. 절대적 친고죄는 범죄자와 피해자의 관계와 상관없이 일정한 범죄사실에 대한 형사소추를 위해서 반드시 피해자 기타 고소권자의 고소를 필요로 하는 범죄유형을 의미하는 것으로, 형법상의 강간죄, 강제추행죄, 비밀침해죄 등이 절대적 친고죄에 해당한다. 이에 반해 상대적 친고죄는 범죄자와 피해자 사이에 일정한 신분관계를 필요로 하는 범죄유형을 말하는 것으로, 친족상도례(형법 제328조 제2항, 제365조 제1항)를 예로 들 수 있다. (S/S/Stree/Sternberg-Lieben,

일본 저작권법 제124조(양벌규정) 제3항에는 이러한 사항을 명문으로 규정하고 있다. “당해 행위자에 대하여 한 고소 또는 고소취소는 그 법인 또는 개인에 대해서도 효력을 발생하며, 그 법인 또는 개인에 대하여 한 고소 또는 고소취소는 당해 행위자에 대해서도 효력을 발생하는 것으로 한다.”[225]

Ⅴ. 선임감독상의 주의의무위반

1. 의의

앞의 처벌근거에서 살펴보았듯이, 면책규정이 존재하는 경우의 양벌규정은 ‘과실책임설’에 따라 해석하게 되고, 이때의 과실은 ‘종업원에 대한 선임감독상의 과실’이라고 해석된다. 구체적으로 구 저작권법 제103조 양벌규정과 관련하여 판례에서도 “양벌규정에 의한 사업주의 처벌은 … 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것”이라고 하였다.[226] 이 판결은 구 미성년자보호법의 양벌규정사건을 참조하였는데, 동 판결은 법인의 과실책임의 요건과 범위에 대하여 상세히 설명하고 있는데, 그 판결요지는 다음과 같다.

“(1) 양벌규정에 의한 사업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 사업주의 위 과실책임을 묻는 경우 금지위반행위자인 종업원에게 구성요건상의 자격이 없다고 하더라도 사업주의 법죄성립에는 아무런 지장이 없다.

(2) 종업원 등의 행정법규위반행위에 대하여 양벌규정으로 사업주의 책임을 묻는 것은 종업원 등에 대한 사업주의 선임감독상의 과실책임을 근거로 하는 것이며 그 종업원은 사업주의 사업경영과정에 있어서 직접 또는 간접으로 사업주의 감독통제 아래 그 사업에 종사하는 자를 일컫는 것이므로 사업주 스스로 고용한 자가 아니고 타인의 고용인으로서 타인으로부터 보수를 받고 있다 하더라도 객관적 외형상으로 사업주의 업무를 처리하고 사업주의 종업원을 통하여 간접적으로 감독통제를 받는 자라면 위에 포함된다.

StGB(26. Aufl.), 2001, § 77 Rn. 2; 신양균, 형사소송법(제2판), 2004, 94면 참조.) 양자를 구별하는 실익은 고소불가분의 원칙의 적용범위를 정하는데 있다. 형사소송법 제233조 (고소의 불가분)는 “친고죄의 공범중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다”고 규정한다. 따라서 절대적 친고죄의 경우에는 동조항이 그대로 적용되는 반면에, 상대적 친고죄의 경우에는 신분관계에 있는 자만을 기준으로 고소의 효력을 결정하므로 비신분자에 대한 고소가 있더라도 신분자에 대하여는 효력이 발생하지 않고, 역으로 신분관계에 있는 자에 대한 고소취소는 비신분자에 대하여 효력이 없다. (대법원 1964.12.15. 선고 64도481.)

225) 中山信弘 저/윤선희 편역, 저작권법, 법문사, 2008, 510면.

226) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도7673 판결.

(3) 객관적 외형상으로 사업주의 업무에 관한 행위이고 종업원이 그 사업주의 업무를 수행함에 있어서 위법행위를 한 것이라면 그 위법행위의 동기가 종업원 기타업원 자의 이익을 위한 것에 불과하고 사업주의 영업에 이로운 행위가 아니라 하여도 사업주는 그 감독해태에 대한 책임을 면할 수 없다."[227]

법인의 처벌은 행위자에 대한 관리감독상의 주의의무불이행을 전제로 하는 것이다. 즉 구성원의 업무관련활동에 대한 법인 자신의 고유한 관리감독상의 주의의무가 부과되고, 이 주의의무를 게을리 하여 발생한 결과에 대하여 행위자의 책임과는 별개로 법인 자신이 책임을 지는 것이다.[228] 사업주가 법인인 경우에 법인의 감독기관이 위반행위를 했다면, 법인 자체가 그 기관을 감독할 수는 없으므로 감독상의 과실책임은 문제될 수 없고 법인 자신의 기관에 대한 유책적 선임의 과실책임만이 문제될 것이고, 법인의 기관 아닌 대리인, 사용인 기타 종업원이 위반행위를 했다면, 법인은 기관을 통하여 위 행위자를 감독할 수 있으므로 감독상의 과실책임과 법인의 기관에 의한 위 행위자에 대한 유책적 선임의 과실책임도 문제된다. 사업주가 개인인 경우에는 행위자에 대한 유책적 선임의 과실책임과 감독상의 과실책임도 함께 문제될 수 있다.[229]

2. 특징

감독책임의 특징은 다음과 같다. 첫째, 감독자의 과실은 결과에 직접적으로 연결되는 것이 아니라, 타인인 피감독자의 행위를 매개로 하여 간접적으로 연결된다. 통상의 과실책임에서는 결과발생과 직접적으로 관련된 주의의무위반행위 그 자체가 과실의 내용이나, 감독과실에서는 타인의 과실행위를 방지하지 못한 것이 과실의 내용인 것이다.[230] 둘째, 통상의 과실범에서는 직접행위자의 과실행위를 대상으로 하므로 과실책임자의 특정이 용이하지만, 감독책임의 경우에는 직접행위자 이외에 어느 감독자의 범위까지 감독책임을 부담할 것인지를 확정하는 것이 곤란하다.[231] 셋째, 법인이나 사업주의 책임근거는 법인이나 사업주 자신의 선임・감독의무 불이행이므로, 종업원의 구체적인 범죄행위와 관련될 필요까지는 없다.[232]

3. 과실범론에서의 주의의무와 부작위범론에서의 주의의무

사업주의 행위는 종업원 등에 대한 선임・감독의무의 불이행이라는 부작위형태이고,[233] 이 부

227) 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결.
228) 형사정책연구원, 앞의 보고서(주 65), 104면.
229) 이주원, 앞의 논문(주 169), 299면.
230) 김종덕, "형법상 감독책임에 관한 고찰", 계명법학 제7집, 2003, 194면.
231) 김종덕, 앞의 논문(주 231), 195면.
232) 김정환, 앞의 논문(주 71), 133면.
233) 다만, 법인의 감독기관이 위반행위를 한 경우에는 법인의 선임상 주의의무불이행이 문제되므로, 부작위이론이 아니

작위는 고의뿐만 아니라 과실로 행해질 수 있다.[234] 따라서 사업주의 선임・감독의무의 불이행은 이론적으로 부작위범론에서 접근할 수도 있고, 과실범론에서 접근할 수도 있다.

우리 판례와 다수의 문헌은 주로 과실범론에서 접근하는 방식을 취하고 있다. 판례 역시 부작위책임으로 접근한 것은 없고, 과실범이론으로 접근하고 있다. 반면 부작위책임설은 독일에서 사업주(Geschäftsherr)의 책임으로 판례를 통해 발전되었다. 사업주책임을 종업원의 위법행위에 대한 작위범으로 이해하면, 종업원의 위법행위에 대한 사업주의 작위의 가담행위를 입증해야 하는데, 그 입증이 어렵다는 점에 착안한 것이라고 한다.[235] 과실범론으로 접근하여 사업주의 선임감독상의 과실책임이라고 이해하는 것에 대하여, 특히 사업주의 과실추정으로 사업주에게 입증책임을 전환시키는 것은 무과실책임에 가까운 책임을 지우는 것이라고 비판한다.[236] 과실범이론으로 접근하는 것은 종업원에 대한 선임감독상의 부주의라고 하는 행위자의 주관적 측면에서 처벌근거를 찾아내는 것으로, 내심에 의해 처벌이 좌우되는 심정형법에 흐를 위험이 있다고 한다.[237] 이러한 비판을 바탕으로 사업주의 처벌의 근거를 주관적인 감독상의 부주의가 아니라, 객관적인 감독의무의 위반이라고 하는 부작위행위에서 찾는 견해가 있다.[238]

그러나 두 입장 모두 사업주에게 종업원에 대한 선임・감독의 의무를 전제로 하는 것이며, 주의의무불이행의 과실책임은 이미 부작위의 요소를 포함하는 것이다. 즉 부작위과실행위라는 동일한 대상을 설명하는 것이므로, 과실책임과 부작위책임 모두가 적용되는 것이다. 부작위범론으로 접근하면 고의책임과 과실책임 모두를 부과할 수 있어 논리적・형사정책적으로 우수하다고 하지만,[239] 과실범론으로 접근한다 하더라도 물론 고의의 범죄행위에 대하여 설명할 수 있음은 앞서 양벌규정의 법적근거에서 살펴보았다.

결론적으로 과실책임설이든 부작위책임설이든, 설명하는 대상은 사업주의 선임・감독상의 의무불이행이라는 부작위과실행위에 대하여 설명하는 것이다. 따라서 양벌규정으로 인한 사업주의 책임을 어느 입장으로 설명하든지 실제적인 차이는 없다고 생각된다. 오히려 중요한 것은 사업주의 책임의 범위가 문제되는 것이고, 특히 주의의무위반을 인정할 수 있는 경우의 범위이다.[240] 아래에서는 과실책임설과 부작위책임설을 종합하여 주의의무위반을 인정할 수 있는 경우를 검토하고자 한다.

라 과실범이론으로 접근할 수 있을 것이다.

234) 임웅, 앞의 책(주 91), 81면.

235) Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, FS-Schmitt, 1992, 301면 이하 (이주희, 앞의 논문(주 170), 272면 재인용).

236) 이주희, 앞의 논문(주 170), 268면.

237) 이주희, 앞의 논문(주 170), 269면.

238) 김일수/서보학, 앞의 책(주 81), 141면; 이주희, 앞의 논문(주 170), 283면.

239) 김일수/서보학, 앞의 책(주 81) 141면.

240) 김정환, 앞의 논문(주 71), 135면.

4. 주의의무위반의 인정범위

가. 독일

독일 질서위반법 제4장에서는 '기업의 감독의무침해(Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen)'를 다루고 있는데, 그 중 제130조를 보면 다음과 같다.

"(제1항) 기업체의 소유주로서 소유자와 관련되고 그 의무의 침해가 형벌이나 범칙금으로 처벌되는 기업체에서의 의무위반행위(Zuwiderhandlungen gegen Pflichten)를 막기 위하여 필요한 감독조치(Aufsichtsmaßnahmen)를 고의나 과실로 하지 않은 자는, 적당한 주의를 통해서 막아질 수 있거나 어려워 질 수 있었던 위반행위가 행하여진 경우에는, 질서위반행위를 한 것이다. 필요한 감독조치에는 감독자의 고용・주의 깊은 선정・통제가 포함된다. (제2항) 공기업에도 제1항은 적용된다."

독일질서위반법 제130조는 두 가지의 다른 의무침해를 요구한다. 하나는 주의의무위반(Verstoß gegen die Aufsichtspflicht)이고 다른 하나는 위반행위(Zuwiderhandlung)이다. 이 두 가지 의무침해는 서로 다른 사람들에 의하여 행하여져야만 한다.[241] 여기서 주의의무의 내용은 제130조에 규정되지 않고 있어, 특별규범이나 법원의 판결에서 도출될 수 있고 또한 일정한 생활관계가 타인의 행위에 대해 책임짐을 논거하는 부작위범에서의 일반원칙[242]에 의해서 도출될 수 있다.[243] 때때로 이 원칙은 신뢰원칙, 허용된 위험 혹은 사회적 상당성과 같은 일반조항의 개념으로 서술되기도 한다.[244] 자신의 기업체에 속한 타인에 대한 의무가 널리 미치는 것처럼, 상황들에 대한 종합적 고려를 통해 정해진다. 위험의 정도, 기업체의 종류와 규모, 조직의 구조뿐만 아니라 과거에 행해진 경험들도 고려된다.[245] 종합적으로 고려한다면, 의무자의 행위에 무엇이 기대될 수 있는지가 나오게 된다. 그 행위는 위반행위를 막기에 적합하고 객관적으로 요구할 수 있는 것이어야 한다.[246] 각 활동영역의 소속자로부터 객관적(즉 책임자의 특별한 강함이나 약함이 고려되지 않고)으로 기대될 수 있어서 그에게 부담될 수 있는 주의(Sorgfalt)가 기대된다.[247]

기업관련 위반행위를 막거나 약화시키기에 적합한 조치들만이 의무로 되는데, 자신의 주의 이외에 또한 감독자의 고용・주의 깊은 선정・통제가 포함된다. 감독자를 고용한 것은 기업 자신의 통제의 의무를 종결시키지 못하고, 단지 그 강도만을 약화시킨다.[248] 필요한 감독조치(독일 질서

241) Bohnert, OWiG, 2. Aufl., 2007, § 130 Rn. 16.
242) S/S/Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 13 Rn. 51.
243) Bohnert, OWiG, 2. Aufl., 2007, § 130 Rn. 17.
244) Rogall, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl., 2006, § 130 Rn. 40.
245) Bohnert, OWiG, 2. Aufl., 2007, § 130 Rn. 18.
246) OLG Düsseldorf, wistra 1999, S 116.
247) OLG Düsseldorf, VRS 63, S 286.
248) BayObLG, NJW 2002, S. 766.

위반법 제130조 제1항 제2문)에는 감독자(Aufsichtspersonen)의 고용(Bestellung), 주의깊은 선정(sorgfältige Au소프트웨어ahl) 그리고 통제(Überwachung)가 포함된다. 이러한 감독조치는 예시적 규정이라고 하며, 이러한 예시규정을 바탕으로 사업주에게 요구되는 감독조치는 다음과 같다고 한다: "첫째, 업무주는 자신에게 속하는 업무를 담당할 종업원을 신중하게 선정할 의무가 있다. 이 때 업무주는 위임되는 업무의 영업상 의무와 그에 대한 책임을 선정의 기준으로 삼아야 한다. 예컨대 종업원이 수행할 업무가 공적 안정을 해칠 위험성이 높은 경우에는 업무주는 보다 엄격한 인사선정기준을 적용하여 종업원을 선정하여야 할 것이다. 둘째, 업무주는 인사관리의 의무가 있다. 업무주는 종업원에게 담당하게 될 업무의 내용에 대하여 정확하게 알려주고, 해당법률을 준수하도록 지속적으로 교육시켜야 할 뿐 아니라 그 내용을 숙지할 수 있는 충분한 시간을 주어야 한다. 마지막으로 업무주는 종업원의 업무처리에 관하여 정기적으로 감독할 의무가 있다. 이러한 정기감독을 통하여 종업원의 범죄행위를 예견할 수 있었거나 또는 예견한 경우에는 그러한 범죄행위의 발생을 저지하여야 한다."[249] 법적・기술적 규범의 발달에 대한 주의와 그 규범을 기업내부에 고지하는 것도 의무에 포함된다.[250] 그 외에 임의표본검사나 기업내부의 안전부서의 설치,[251] 유책성과 관할의 정확한 분배,[252] 감사부서의 설치,[253] 그리고 신뢰할 수 없는 경영자에 대한 노동관계법의 허용범위에서 경고・지시・해임과 같은 관철조치(Durchsetzungsmaßnahmen)[254]도 의무에 포함된다. 명령이나 조치들은 소유주나 대표자에 의해서 가능한 범위 내에서 구체적이어야 하고, 일반적인 지시는 보통 충분하지 아니하다.[255]

나. 미국

미국 판례에서는 법인이 당해 범죄를 범한 구성원의 범죄를 방지하기 위하여 적정한 노력(due diligence)을 기울였음을 우월한 증거(preponderance of evidence)로 입증하거나,[256] 또는 법인의 운영이 당해 범죄와 관련이 없고 그 범죄를 방지하기 위하여 모든 필요한 노력(all the necessary steps)을 다 하였음을 입증한다면 법인은 면책될 것이라는 한다.[257]

이에 대한 구체적 기준은 콤플라이언스 프로그램에서 찾을 수 있다. 즉 예방적 차원에서 계몽・교육, 내부감사의 실시, 사내통보의 장려・보호의 조치 등이 면책사유로 인정될 수 있고, 위법행위

249) Göhler, OWiG, 12. Aufl., 1998, § 130 Rn. 4 (이주희, 앞의 논문(주 170), 281-282면 재인용).
250) Bohnert, OWiG, 2. Aufl., 2007, § 130 Rn. 20.
251) OLG Köin, wistra 1994, S. 315.
252) Rogall, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl., 2006, § 130 Rn. 53.
253) BGH, wistra 1982, S. 34.
254) Rogall, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl., 2006, § 130 Rn. 62.
255) Bohnert, OWiG, 2. Aufl., 2007, § 130 Rn. 22.
256) Model Penal Code, Section 2.07(1)(c) & (5) (조국, 앞의 논문(주 81), 70면 재인용).
257) Council of Europe Commottee of Ministers Recommendation No. R (88) 18, Art. I. 5 (조국, 앞의 논문(주 81), 70면 재인용).

가 발각된 경우에는 이에 대응하는 내부조사와 법집행기관에의 신고의 선택, 위법행위의 사실관계의 해명(법집행기관과의 연대・협력), 원인의 규명과 시정조치의 실시, 위법행위자에 대한 처분 등이 면책사유로 인정될 수 있을 것이다.[258]

다. 우리나라

실무상 사업주가 어느 정도의 주의의무를 다하였을 때 과실이 없는지는 실무상 일률적으로 말하기 어렵고, 구체적인 사건에 따라 각 법규의 목적, 특성, 위반행위의 내용, 위반자의 지위 등을 판단할 수밖에 없다고 한다.[259]

법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 구 공중위생법 제42조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형에 처한다라고 구 공중위생법 제45조에 양벌규정을 두면서 그 단서에 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원의 부당행위를 방지하기 위하여 당해 업무에 대하여 상당한 주의와 감독을 한 것이 증명된 때에는 그 법인 또는 개인에 관하여는 예외로 한다라는 면책규정을 두고 있다. 이에 대한 판례에서 대법원은 “이 사건에서 피고인 법인이 종업원들에게 소론과 같이 윤락행위알선을 하지 않도록 교육을 시키고, 또 입사시에 그 다짐을 받는 각서를 받는 등 일반적이고 추상적인 감독을 하는 것만으로는 위 법 제45조 단서의 면책사유에 해당할 수는 없는 것”이라고 하였다.[260] 즉 양벌규정에서 상당한 주의감독의무의 수행은 종업원들에 대하여 일반적・추상적인 감독을 하는 것만으로는 미흡하다고 한다.[261] 일본의 판례도 우리 판례와 유사한 입장이다. 예컨대 음주운전 방지를 위한 제도적 장치로서 사무적 계도기구나 정기적인 교육강습회 등을 마련하고 그 활동이 정상적으로 이루어진 경우에는 업무주는 상당한 주의의무를 다한 것으로 인정되지만,[262] 위반행위방지를 위하여 수차례 계고(戒告)함에 불과한 경우에는 상당한 주의의무를 다한 것으로 인정되지 아니한다.[263]

좀 더 구체적 사례를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 저작권법상의 양벌규정과 관련하여 창작성이 있는 저작물로서 저작권법의 보호대상이 되는 사진을 피고인인 여행사의 종업원이 피고인 운영의 여행사 홈페이지에 게시한 사례에서 법인의 책임을 긍정하고 있다.[264] 둘째, 관세법상의 양벌규정에서, 법인의 수출선적사무를 전담하는 업무부장이 법인의 대표자 또는 이사에게 알리지도 않은 채 위반행위를 혼자 범하였다는 사실만으로는 관세법 제197조에 규정한 법인의 면책사유에

---

258) 김정환, 앞의 논문(주 71), 136-137면.
259) 김우진, 행정형벌법규와 양벌규정, 형사판례연구(6), 1998, 383면.
260) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1395 판결.
261) 김남현, 음주운전에 관한 형사법적 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2005. 174면.
262) 大審院 昭和 3. 3. 30. (김남현, 앞의 논문(주 261). 174면 재인용).
263) 大審院 昭和 13. 4. 12. (김남현, 앞의 논문(주 261). 174면 재인용).
264) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도7673 판결.

해당되지 아니한다고 하였고,[265] 피고인 회사의 관세환급 및 상계신청업무를 담당하던 자가 피고인 회사의 실질적인 대표자에게 알리지도 아니한 채 이 사건 부정상계행위를 혼자 범하였다는 사실만으로는 같은 법조에 규정한 면책사유가 있는 때에 해당하지 아니한다고 하였다.[266] 셋째, 공중위생법상의 양벌규정에서는, 피고인 법인이 종업원들에게 소론과 같이 윤락행위알선을 하지 않도록 교육을 시키고, 또 입사시에 그 다짐을 받는 각서를 받는 등 일반적이고 추상적인 감독을 하는 것만으로는 공중위생법 제45조 단서의 면책사유에 해당할 수는 없는 것이라고 하였다.[267]

5. 상당성

저작권법의 양벌규정에서는 "상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우"를 면책조건으로 하고 있다. 이때 '상당한'이 어느 정도를 의미하는지가 문제될 수 있다. 구성요건의 외부적 표지는 형사처벌이 요구되는 행위의 불법내용을 가능한 한 명확하게 기술하는 기능을 담당하며, 이를 객관적 구성요건이라 하는데,[268] 객관적 구성요건에는 행위의 대상이나 행위과정을 적시하는 기술적 요소와 가치충족이 필요한 규범적 요소가 있다. 예컨대 형법 제243조 공연음란죄의 '음란한'이나 형법 제307조 명예훼손죄의 '공연히'등이 규범적 요소이다. 저작권법 양벌규정의 '상당한'도 규범적 요소로 볼 수 있다. 그렇다면 '상당한'이라는 개념에 어떠한 가치를 인정해야 하는지가 문제되는 것이다.[269]

형법에서는 '상당한'이라는 표현을 위법성조각사유(제21조 정당방위, 제22조 긴급피난, 제23조 자구행위)와 관련하여 사용하고 있다. 이 세 경우에서 상당성의 해석은 동일하지 아니하다.[270] 입법자가 '상당한'이라는 표현을 사용한 것이 각 개념의 신축적 적용을 가능하게 하려 한 것이기 때문이다.[271] 그러나 정당방위, 긴급피난, 자구행위의 상당한 이유의 동일한 점은 그 행위가 '사회통념상 용인되는 범위 내의 행위'이어야 한다는 것이다.[272] 그렇다면 사회통념상 용인되는 범위는 어느 정도인지가 다시 문제되는데, 이는 결국 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급 등의 일체적 사정을 고려하는 수밖에 없어 보인다.[273] 즉 단편적 기준을 제시할 수는 없고, 실제 사례들에 대한 검토를 통해서 그 기준을 살펴보는 수밖에 없는데,

---

265) 대법원 1980.3.11. 선고 80도138 판결.
266) 대법원 1995.7.25. 선고 95도391 판결.
267) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1395 판결.
268) 박상기, 앞의 책(주 67), 88면.
269) 김정환, 앞의 논문(주 71), 141면.
270) 정당방위는 부정 대 정의 관계를 전제로 하기 때문에 '상당한'의 개념을 넓게 인정하는 반면, 긴급피난의 경우에는 위난을 피하기 위한 해위가 무고한 제3자의 법익을 침해하는 정 대 정의 관계를 전제로 하므로 '상당한'의 개념을 좁게 이해한다.
271) 신동운, 형법총론(제2판), 2006, 275면.
272) 김성돈, 앞의 책(주 88), 323면.
273) 대법원 1992.12.22. 선고 92도2540판결.

이는 앞서 주의의무위반의 정도와 관련해서 살펴본 기준의 설명으로 충분하다. 주의의무위반이라는 것 역시 규범적 판단이고, 이 판단은 각 법규의 목적, 특성, 위반행위의 내용, 위반자의 지위 등을 고려할 수밖에 없는데, 이러한 고려의 요소는 상당성의 요소이기 때문이다.

6. 소결

면책규정이 존재하는 경우의 양벌규정은 '과실책임설'에 따라 해석 해석하게 되고, 이때의 과실은 '종업원에 대한 선임・감독상의 주의의무위반'이라고 해석된다. 이러한 법인의 선임・감독상의 주의의무위반은 위반행위에 직접적으로 연결되는 것이 아니라, 타인인 피감독자(종업원)의 행위를 매개로 하여 간접적으로 연결된다. 이를 설명하는 이론적 방법은 과실범에서의 주의의무위반과 부작위범에서의 주의의무위반이 있다. 그러나 어떠한 방식으로 설명하든지 실질적인 차이는 없다. 중요한 것은 주의의무위반이 인정되는 범위에 대한 해석이다.

이를 위해 독일과 미국, 그리고 우리의 문헌과 판례를 살펴보았는데, 기본적으로 구체적 사건에 따라 법규의 목적, 위반행위의 내용, 위반자의 상황 등에 대한 종합적 고려를 통해 판단한다는데 일치한다. 다만 좀 더 구체적인 판단기준을 살펴보면, 종업원에 대한 계도나 교육을 위한 법인내부의 기구를 조성하여 주기적으로 실행한 경우에는 법인의 면책이 가능하다. 또한 종업원의 위반행위를 발견하기 위한 감사기구를 설치하고 위반행위에 대한 조치를 규정한 경우에도 법인의 면책을 인정할 수 있다. 그러나 일반적・추상적인 지시나 감독은 주의의무위반의 책임을 면제하지 못한다고 하며, 면책이 가능한 조치가 상시적으로 가동되지 아니하는 경우에는 포괄적으로 법인의 주의의무위반이 인정되고 있다.[274] 한편 '상당한' 주의의무위반의 경우와 주의의무위반의 경우는 사실상 다르지 아니하다. 주의의무위반의 경우는 종합적 고려를 통해 판단되는 것으로 규범적 개념이고, 상당성이라는 것도 각 개념에 맞게 신축적으로 해석되는 규범적 개념이다. 따라서 앞서 설명된 주의의무위반이라고 판단하는 경우는 상당히 주의의무를 위반한 경우를 의미하는 것이지, 극히 경미한 경우를 의미하는 것은 아니다.

274) 김정환, 앞의 논문(주 71), 145면.

제4장 저작권법상 양벌제도의 적용

제1절 저작권법상 양벌제도의 적용범위

Ⅰ. 서언

구 저작권법 제141조는 "법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다. " 라고 규정하여 법인에게 그 종업원등에 대하여 감독의무자로서의 일종의 무과실 책임을 묻는 양벌규정 형식을 취하고 있었다.

전술한대로 헌법재판소는 역시 2007년 12월 29일 '보건범죄단속에 관한 특별조치법'상의 양벌규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 시작으로 2009년 7월 30일 청소년보호법 등의 6개의 법률에 규정된 양벌규정에 대한 위헌결정에 이르기까지 업무주처벌의 면책사유나 일정 조건을 두고 있지 않은 양벌규정은 형법상 책임주의에 반한다고 보았다.[275] 이러한 헌재의 태도는 양벌규정의 개정을 가져왔는데, 먼저 책임주의원칙과의 조화를 위해 양벌규정 단서에 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 처벌을 면하게 하는 면책규정을 추가하도록 하고, 업무주의 처벌수단을 벌금형으로 단일화하며, 업무주에게 책임을 물을 수 있는 범위를 업무에 관한 종업원의 위반행위로 한정하여 업무와 무관한 종업원의 위반행위는 업무주의 책임범위에서 제외하였다.

한편, 전술한 대로 개정된 저작권법[276]에서는 그 단서조항에서는 "다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하여 양벌규정의 적용에 있어서 면책사유를 정하고 있다.

개정양벌규정에 의한 업무주처벌의 근거가 무엇인지에 대한 견해의 대립이 예상될 뿐만 아니라 업무주 처벌의 유일한 수단으로 선택된 벌금형이 특히 법인범죄의 예방과 관련하여 실효성이 있는가를 두고 논쟁이 계속될 것으로 보인다. 이와 관련하여 본 보고서는 헌법재판소 및 개정양벌규정의 입법자가 취하고 있는 과실책임설과는 달리 업무주의 처벌의 근거를 부작위책임으로 보아, 업무주는 종업원의 소프트웨어 저작권 침해행위를 방지하기 위한 관리·감독의무를 고의 또는 과실로 부작위하였기 때문에 양벌규정에 의해 처벌되는 것으로 검토하고자 한다. 왜냐하면 부작위책임은 업무주의 감독상의 부주의라는 행위자의 주관적 측면이 아니라 감독의무의 불이행이라는 행위의 객관적 측면에 비난의 초점을 두고 있다는 점에서 형법상 행위책임의 원칙 및 책임주

275) 이주희, 앞의 논문(주 54), 116면.
276) 2009.07.31 (법률 9785호).

의 원칙에 보다 충실하다고 할 수 있기 때문이다.[277]

양벌규정의 면책적용 여부의 핵심인 '사업자의 상당한 주의 및 관리 의무' 이행 여부는 최종적으로 법원이 판단할 문제이다. 그러나 그 의무 이행을 위한 적절한 가이드라인을 제공함으로써 사전에 분쟁을 예방하고 안정적인 사업 수행을 가능케 할 필요가 있을 것이다.

Ⅱ. 저작권법상 양벌규정 단서의 적용범위

1. 서

가. 형법상 책임주의와 양벌규정

헌법재판소는 2007년 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청판결(헌재 2007.11.29, 2005헌가10)[278]을 기준으로 대부분의 양벌규정에 대하여 면책사유를 규정하지 않은 양벌규정은 형법상 책임주의 원칙에 반하여 위헌이며, 이를 면책사유가 있는 경우에는 적용하지 않는 합헌적 법률해석의 경우에는 문리적해석의 한계를 넘어서는 것으로서 허용되지 않는 다고 보았다.[279]

이후 2009년의 청소년보호법 제54조 위헌제청,[280] 의료법 제91조 제1항 위헌제청[281] 등의 일련의 양벌규정에 대한 판단도 역시 동일한 취지에서 위헌판결을 내리고 있다.

이러한 일련의 판단이 개정된 저작권에도 미친 것으로 보이며, 이는 결국 개정된 저작권법 제141조 후단의 법인 또는 개인(이하 '사업자등' 이라 한다)의 주의의무 해태의 책임이 있는 경우에만 양벌규정이 적용되는 것으로 규정하고 있는 것은 타당하다고 할 수 있다.

나. 기준설정의 필요성

위와 같은 규정은 기업이 소프트웨어 저작권을 관리하기 위한 상당한 주의와 감독의 명확한 기준이 없다는 문제점을 가지고 있다. 다시 말해 어느 정도의 감시 감독을 해야만 해당 조문에 해당하는지에 대한 명확한 기준이 없기 때문에 저작권침해에 대한 단속을 하는 시점에서 저작권자와

---

277) 이주희, 앞의 논문(주 54), 117면.

278) 이 사건 법률조항이 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 "종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우"라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 '책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다'는 책임주의에 반한다.
(헌재 2007.11.29, 2005헌가10, 판례집 제19권 2집 , 520, 520-520).

279) 동 사건에서 재판관 이동흡의 반대의견의 취지.

280) 헌재 2009.07.30, 2008헌가10, 공보 제154호 , 1395, 1395-1395.

281) 헌재 2009.07.30, 2008헌가16, 공보 제154호 , 1409, 1409-1409.

기업의 충돌이 예상된다. 당연히 기업은 자신의 침해에 대해 기업의 책임이 없을 것을 주장할 것이며, 이로 인해 정품 소프트웨어 사용에 대한 의지가 꺾이지 않을까 하는 우려가 생기게 되는 것이다.[282]

따라서 이러한 면책사유에 대한 선제적 기준설정이 필요성이 있다고 생각 되며, 이러한 기준의 설정 공표는 특히 소프트웨어 저작권자의 측면에서는 정당한 권리의 보호를 사용자등의 입장에서는 충분한 주의의무를 이행할 수 있게 하는 기초가 될 수 있다.

2. 양벌규정 적용 면책의 요건

가. 서

저작권법 제141조의 단서에 해당되어 양벌규정이 면책되기 위해서는 ① '위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여' ② '상당한 주의와 감독'을 ③ '게을리하지 아니한 경우'에 해당되어야 한다. 이러한 면책규정의 해석은 당해 분야의 특성을 충분히 고려하여 이루어 져야 한다. 그러나 이에 대한 명시적인 지침을 찾아보기는 힘들다.

판례는 저작권법 사안의 경우는 아니나 역시 유사한 면책규정이 있었던 공중위생법위반 사건에서 '피고인 법인이 종업원들에게 소론과 같이 윤락행위알선을 하지 않도록 교육을 시키고, 또 입사시에 그 다짐을 받는 각서를 받는 등 일반적이고 추상적인 감독을 하는 것만으로는 위 법 제45조 단서의 면책사유에 해당할 수는 없는 것'으로 판시[283]하여 추상적 감독책임만으로는 부족하고 구체적인 감독책임까지 요구하고 있다. 그러나 구체적으로 어떤 감독행위를 하여야 구체적인 감독책임을 이행하는지에 대해서는 명백한 판단을 내린 사안을 찾아보기 어렵다.

여기서 ① '위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여'의 요건은 순수히 해당업무와 전혀 관련 없는 종업원 개인의 불법복제 등의 행위는 아예 제141조 본문인 '그 법인 또는 개인의 업무에 관하여'부분에 포섭되지 않기 때문에 위반행위 목적의 행위를 의미하는 것에 불과하다. 물론 어느 범위에서 업무관련성이 인정될 수 있는 것인지는 별개로 검토되어야 할 것이다. 이는 제141조 자체의 적용 대상과도 결부되어 있다.

② '상당한 주의와 감독'의 경우에는 다양한 주의 감독 수단의 검토를 통하여 현실적으로 이행가능한 주의 감독 수단들을 얼마만큼이나 이행하고 있는가에 대한 검토가 요구된다고 할수 있다. 특히 이와 관련해서는 사업의 특성과 규모가 고려되어야 할 것이다.

③ '게을리하지 아니한 경우'와 관련해서는 ②의 요건의 이행과 관련하여 얼마나 '지속성' 있게 이행하느냐가 의미가 있을 것이다. 이와 관련해서는 각종 소프트웨어 자산관리 표준에 대한 검토가 요구되며, 이 역시 단순한 산술적인 횟수보다는 사업의 특성과 규모가 고려되어야 할 것이다.

---

282) (사)문화콘텐츠와법연구회(윤선희 등), 개정저작권법에 관한 연구, 2009. 4.
283) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1395.

저작권법 제 141조의 단서에 해당되어 양벌규정이 면책되기 위해서는 위반행위를 방지하기 위하여 '상당한 주의와 감독'을 '게을리하지 아니한 경우'에 해당되어야 한다.

나. 면책 적용 판단기준

(1) 일반적인 기준으로 활용가능한 기준

미국의 '미연방 조직범죄 판결(또는 양형)지침(U.S. Federal Sentencing Guidelines: U.S.S.G)'의 'Compliance Program(준법프로그램)'의 도입[284]을 고려하자는 견해[285]가 있다. 이러한 견해등도 'Compliance Program'의 경우 엄격책임하에서 사실상의 무과실책임을 묻는 폐해를 극복하기 위한 것이기 때문에 직접적으로 적용될 수는 없고 좋은 참고자료가 될 수 있다고 본다. 특히 면책이 아닌 판결선고지침이나 양형에서의 감경사유로 적용되는 점도 직접적용을 어렵게 하는 요소일 것이다.

이 지침은 효과적인 준법프로그램의 채택은 비난가능성을 줄여 감경요소로 작용하게 되며 효과적인 준법프로그램인지의 판단 여부는 '그 피용인과 대리인에 의한 범죄행위를 예방하고 적발'하기 위하여 '적절한 노력(due diligence)'을 하였는가에 의해 결정된다.[286] 그리고 이러한 적절한 노력을 하였는지 여부와 관련해서는 최소한 7가지 기준을 만족하여야 한다.[287]

첫째, 준법프로그램의 수립, 둘째, 준법프로그램의 담당자 지정, 셋째, 임직원감독체계구축, 넷째, 준법교육프로그램의 실시, 다섯째, 감시・감사 시스템 및 신고시스템 수립, 여섯째, 위반자 처벌 및 보상시스템 수립, 일곱째, 제도개선시스템(유사범죄 예방을 위한 준법프로그램개선)이 이에 해당한다.[288]

이러한 'Compliance Program'의 요소 중 일부는 소프트웨어 불법복제등의 경우에도 적용될 수도 있을 것이다.

(2) 구체적인 기준

①'상당한 주의와 감독'의 경우에는 다양한 주의 감독 수단의 검토를 통하여 현실적으로 이행가능한 주의 감독 수단들을 얼마만큼이나 이행하고 있는가에 대한 검토가 요구된다고 할 수 있다. 특히 이와 관련해서는 사업의 특성과 규모가 고려되어야 할 것이다.

②'게을리하지 아니한 경우'와 관련해서는 ①의 요건의 이행과 관련하여 얼마나 '지속성' 있게

---

284) U.S.S.G §8B2.1.

285) 김용섭, "양벌규정의 문제점 및 개선방안",행정법연구,17권,2007년 ;김재봉,"양벌규정과 기업처벌의 근거・구조", 법학논총 제24집 제3호, 한양대학교법학연구소,2007,14면; 이주희, 앞의 논문(주 54), 108면;

286) U.S.S.G §8B2.1(a).

287) U.S.S.G §8B2.1(b).

288) U.S.S.G §8B2.1(b)(1)~(7).

이행하느냐가 의미가 있을 것이다. 이와 관련해서는 각종 소프트웨어 자산관리 표준에 대한 검토가 요구되며, 이 역시 단순한 산술적인 횟수보다는 사업의 특성과 규모가 고려되어야 할 것이다.

아직까지 명확하게 불법복제 등 방지를 위한 주의 감독 수단(이하 '통제(control)수단'이라 한다)이 규정된 바는 없다.

그러나 앞서 검토한 'Compliance Program'과 소프트웨어 불법복제 등의 특수성을 고려해보면 크게 ① 교육에 의한 통제(control by education) ②담당자에 의한 통제(control by people) ③도구에 의한 통제(control by tool) ④감사에 의한 통제(control by audit) ⑤구조적인 통제(control by institutional framework)⑥제도개선시스템에 의한 통제(control by modification) 등이 구체적인 통제수단으로 고려될 수 있다.

먼저, ①교육에 의한 통제(control by education)는 'Compliance Program'의 준법교육프로그램의 실시[289]와 맥을 같이 한다. 'Compliance Program'은 준법교육프로그램 실시와 관련하여 효과적인 교육프로그램을 실행하거나 각 종업원의 역할과 책임에 필요한 정보들을 전달할 것을 규정하고 있다. 소프트웨어 불법복제가 불법행위임을 인지하는 비율이 2008년 기준 34%에 불과한 현실에 비추어 볼 때[290] 의미있는 통제수단으로 고려할 수 있다.

다음으로 ②담당자에 의한 통제(control by people)는 'Compliance Program'의 준법프로그램의 담당자 지정과 맥을 같이 한다. 'Compliance Program'은 조직 내 특정업무자를 지정하여 준법프로그램을 위임할 수 있다고 규정하고 있다.[291] 소프트웨어의 경우에도 불법복제등을 감시하고 보고 및 관리업무를 이행하는 담당자를 지정하여 통제를 할 수 있을 것이다.

③도구에 의한 통제(control by tool)의 경우에는 'Compliance Program'의 감시(monitoring) 시스템의 일종이라고 볼 수 있지만, 오히려 소프트웨어의 경우에 있어서의 특유의 통제방법이라고 할 수 있다. 소프트웨어의 경우 불법행위의 결과가 컴퓨터내에 소프트웨어가 설치되는 것으로 이루어지는 바, 이러한 결과를 하드웨어적으로나 소프트웨어적으로[292] 사전방지 할 수 있는 기술적 조치가 가능하다. 따라서 이러한 통제방식도 주의감독 수단으로 중요하게 고려될 수 있다.

④감사에 의한 통제(control by audit)는 'Compliance Program'이 감사(auditing)[293]제도를 규정한

289) U.S.S.G §8B2.1(b)(4)

290) '소프트웨어 복제는 범죄이므로 절대하지 말아야 한다'는 질문에 대해서 '매우 그렇다'와 '그렇다'로 응답한 비율을 합친 비율이다. 2006년이후 30%초반대를 넘어선 적이 없다. 컴퓨터프로그램보호위원회, 2008년도 소프트웨어 정품사용 실태 및 의식 조사 연구, 2009, 91면이하,

291) U.S.S.G §8B2.1(b)(2)(c)

292) 하드웨어적 방식으로는 사전에 설정된 소프트웨어 외에는 설치가 불가하게 하거나 아니면 설치가 된 경우 재부팅시 자동으로 삭제되게 하는 부품을 설치하는 것이고 소프트웨어적 방식은 개별컴퓨터에 하드웨어적 방식의 기능과 동일한 기능을 하는 소프트웨어를 설치하거, 네트워크 방식을 이용해서 중앙통제 방식으로 어떤 소프트웨어가 설치되는지 혹은 라이선스기간이 지났는지등을 파악하는 방식으로 설명될 수 있다. 소프트웨어 방식은 보다 유연하고 효과적인 통제를 할 수 있으나 하드웨어적 방식이 더욱 엄격하다고 할 수 있다.

293) U.S.S.G §8B2.1(b)(5)(a).

취지와 유사하다. 대외적 감사 뿐만 아니라 대내적 감사도 감독의무이행의 수단이 될 수 있다. 담당자의 지정의 경우 내부자에 이루어 진다는 점에서 엄격한 방식으로 이루어 지기 힘들다는 난점이 있을 수 있다. 반면에 감사의 경우에는 비록 내부감사라 하더라도 다른 부서등의 기관에 이루어 지는 경우를 지칭하므로 이러한 난점을 극복할 수 있다. 그러나 감시의 지속성측면에서는 담장자에 의한 통제방식이 효과적일 것이다.

⑤구조적인 통제(control by institutional framework)는 소프트웨어의 경우의 특유의 통제수단으로 고려될 수 있는 것이다. 이는 아예 소프트웨어의 설치 등이 불필요하도록 제도적으로 소프트웨어 사용정책을 수립 및 시행하는 것을 말한다. 이러한 정책 시행의 일차적인 동기는 물론 회사업무의 효율성 향상을 위한 것이다. 하지만 이러한 방식은 불법행위를 미연에 차단할 수 있다는 점에서 효과적인 감독수단으로 상정되어야 할 것이다.

⑥제도개선시스템에 의한 통제(control by modification)는 다른 통제수단이 사전적인 방법으로 이루어지는 데 비해서 사후적 방법으로 이루어지는 통제라고 할 수 있다. 즉 일단 불법행위가 재발된 경우 재발을 방지하기 위해서 문제점등을 구조적으로 개선할 수 있는 지침이나 제도를 보유하고 있는 것 혹은 실질적으로 효과적인 노력을 이행하는 것이라고 할 수 있다. 이는 'Compliance Program'의 제도개선시스템[294]과 같은 취지이다.

3. 주의 감독 수단 개괄

가. 주의 감독 수단의 종류

앞에서 살펴본 것처럼 주의 감독의 수단은 크게 ①교육에 의한 통제(control by education) ②담당자에 의한 통제(control by people) ③도구에 의한 통제(control by tool) ④감사에 의한 통제(control by audit) ⑤구조적인 통제(control by institutional framework) ⑥제도개선시스템에 의한 통제(control by modification)등으로 요약될 수 있다.

이러한 통제수단 등이 구체적으로 어떻게 활용될 수 있으며, 어떠한 방식으로 이루어질 수 있는지 그리고 어느 정도의 면책사유가 될 수 있는지를 검토할 필요가 있다.

나. 교육에 의한 통제(control by education)

교육에 의한 통제는 저작권법등 법률에 대한 지식을 전달하는 방법 및 불법복제 등의 인식을 전환시키는 방식으로 이루어질 수 있다. 부서별로 이루어지거나 전체적으로 이루어 질 수 있다. 물론 SPC등의 외부 단체를 이용하여 전문적으로 교육이 이루어지면 좋을 것이지만 중소규모의 경우에는 관련 세미나나 관련 외부 강의에 참석시키는 방법도 가능할 것이다.

---

294) U.S.S.G §8B2.1(b)(7).

교육에 의한 통제는 비교적 저비용으로 행할 수 있는 효율적인 통제수단으로 생각된다. 실제적으로 많은 소프트웨어 저작권 침해가 무지에 의해서 이루어지고 있는 점을 볼 때[295] 이러한 교육에 의한 통제가 이루어지고 있는지 여부는 최소한의 주의 감독의무를 이행하고 있느냐 여부를 판단하는 데에 기초가 될 수 있다.

'Compliance Program'은 교육과 관련하여, 정기적으로 이루어지고(periodically), 효과적인 방법(practical manner) 의해야 한다고 규정하고 있다.[296] 이러한 점에 비추어 볼 때 교육이 얼마나 지속적으로 이루어지고 있는지, 규모나 업무분야 특성을 고려하여 효과적인 방법에 의해서 이루어지고 있는지가 구체적인 판단 기준이 될 것이다.

다. 담당자에 의한 통제(control by people)

불법복제 등 방지를 전담으로 하는 업무담당자를 지정하고 있다는 사실만으로도 상당한 주의를 기울이고 있다는 사실의 반증이 될 수 있다. 일반 오피스 업무를 하는 경우에는 총괄적으로 이러한 통제를 담당하는 업무담당자를 지정하는 것도 가능할 것이나, 소프트웨어 개발 부서나 특정한 분야에서 관련 소프트웨어를 많이 사용하는 경우에는 부서별로 업무담당자가 있어야 할 것이다.

그러나 현실적으로 소규모 업체에서 업무담당자를 지정하는 것은 실효성이 없을 뿐 아니라 조직 운영 측면에서도 비효율이 발생할 수 있으므로, 중－대 규모의 사업장의 경우를 기준으로 판단되어야 할 것이다.

이러한 담당자를 지정하였다는 것만으로는 통제 활동의 이행 여부가 불확실할 수도 있으므로 활동 내역을 기록하는 일지, 장부 등의 작성이 요구될 것이다.

'Compliance Program'은 담당자 지정과 관련하여 상급자에게 보고하고, 필요한 경우 관리권한이 있는 자에게 보고하도록 하고 있으며, 담당자에게 필요한 자원을 지원할 것과 적절한 권한을 부여할 것, 그리고 관리권한이 있는 자에게 효과적인 접근(access)이 가능할 것을 규정하고 있다..[297] 이러한 점을 참고하면 업무담당자가 불법복제 등에 관한 조사권한이 있어야 하며 이에 대한 적절한 조치를 취할 수 있는 실질적인 권한을 보유하고 있어야 할 것이다.

---

295) 가령 업그레이드 라이선스를 구매하여 소프트웨어를 업그레이드 한 경우에 구 버전의 소프트웨어를 사용하면 저작권 침해에 해당한다는 등의 관련 법률 정보를 고지할 필요가 있다. 또한 각종 회사에서 사용하고 있는 소프트웨어의 라이선스의 상세 조건을 고지하여 이러한 조건에 위반되는 행위를 미리 방지할 수 있다. 그리고 특히 벌칙 규정의 고지와 프로그램관련 저작권법의 비친고죄로의 법률 개정 등이 인식의 전환 측면에 중요한 교육내용이 되어야 할 것이다.

296) U.S.S.G §8B2.1(b)(4)(a).

297) U.S.S.G §8B2.1(b)(2)(c).

라. 도구에 의한 통제(control by tool)

도구에 의한 통제는 SAM(Software Asset Management : 소프트웨어 자산관리) 소프트웨어 혹은 이에 유사한 관리 시스템 채용여부를 들 수 있다. 그러나 현실적으로 SAM소프트웨어의 부가 고려할 때 독립한 SAM소프트웨어를 사용하는 경우는 대규모의 사업장에 한 할 것이다.

이러한 도구에 의한 통제는 초기 구축이 어렵지만 한번 구축이 이행되면 상당한 효과를 발휘할 수 있다.

SAM 소프트웨어는 크게 DMS(Desktop Management System)방식과 PMS(Patch Management System)방식이 있다. 그 밖에 ITAM(IT Asset Management)소프트웨어도 일종의 SAM 소프트웨어로 볼 수 있다. DMS방식은 서버에서 개별 클라이언트 컴퓨터를 통합관리하는 방식으로 이러한 방식을 채택한 소프트웨어의 사용은 거의 완벽한 통제가 이루어지고 있다고 판단될 수 있다.

최근에는 PMS방식의 소프트웨어도 단순한 소프트웨어 패치 및 패치 정보관리를 넘어서 소프트웨어 라이선스등의 관리 영역으로 확장되고 있기도 하다. ITAM의 경우에는 소프트웨어 자산관리보다는 종합적인 IT자산관리에 보다 초점이 맞추어져 있다. 예를 들면 서버의 숫자 등의 하드웨어적 인프라가 중점이고 이에 더하여 소프트웨어 자산 등이 관리대상에 포함된다.

이러한 SAM의 설치 및 사용은 체계적으로 소프트웨어 자산관리가 이루어지고 있다는 것을 의미하고, 특히 불법복제등의 여지가 현저히 적음을 의미한다.

학교나 공공시설과 같은 경우에는 컴퓨터 재부팅시 기본 소프트웨어로 원상복귀하게 되는 도구나 소프트웨어의 설치는 효과적인 통제 장치가 될 수 있다.[298]

마. 감사에 의한 통제(control by audit)

외부의 유관단체에 의해서 정기적인 감사를 받는 것도 주요한 통제 수단 중 하나가 될 것이다. 또한 소프트웨어 자산관리 개념의 컨설팅 등은 받은 이력등도 이러한 감사와 마찬가지 일 것이다.

그러나 감사를 받았다는 사실 자체만으로는 효과적인 통제가 이루어 졌다는 보기는 힘들다. 감사나 컨설팅 등이 효과적으로 이루어 졌다면, 불법복제 등이 미연에 방지될 것이기 때문이다. 오히려 형식적인 감사등의 경우에는 통제수단으로서 작용하기 보다는 면책을 위한 수단으로 작용할 우려도 있다.

감사가 실질적으로 이루어지고 또한 이러한 감사내용에 기초해서 실질적인 시정조치가 이루어진 경우에만 통제가 이루어졌다고 판단하여야 할 것이다. 감사가 실질적으로 이루어지기 위해서는 전문성을 보유한 단체에 의해 이루어져야 할 것이며, 정기적으로 이루어 져야 할 것이며, 충분한 시간이 소요되어야 할 것이며,이 밖에 감사방식, 감사보고서등이 합리적이어야 할 것이다.

---

298) 예를 들면 하드보안관(컴퓨터내에 부품으로 설치되어 하드디스크내의 정보를 지속적으로 동일하게 유지하는 도구)이나 하드보안관의 기능을 행하는 소프트웨어의 설치 등이 이에 해당된다.

바. 구조적인 통제(control by institutional framework)

구조적인 통제는 라이선스등의 갱신등의 문제를 현대적 기법으로 해결하는 방법의 채택을 들 수 있다.

대표적으로는 클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing). 그중에서도 SaaS(Software as a Service)의 활용을 들 수 있다. Gartner. Inc에 따르면 SaaS는 "하나 이상의 공급업체가 원격지에서 보유－제공－관리하는 소프트웨어를 뜻하며, 공급업체는 하나의 플랫폼을 이용해 다수의 고객에게 서비스를 제공하며, 사용자는 이용한 만큼 돈을 지불하거나 월－년 간위의 이용료를 낼 수고 있다"로 정의하고 있다.

SaaS의 가장 대표적인 예로서는 ASP(Application Service Provider), 온디멘드(On Demand)를 들 수 있다.[299] 이러한 방식으로 소프트웨어를 사용하게 되면 업무와 관련해서 사용하는 소프트웨어의 설치 자체가 불필요해진다. 따라서 이러한 SaaS방식의 활용은 자연히 라이선스의 갱신등의 문제를 발생시키지 않으므로 효과적으로 통제기능을 행할 수 있다.[300]

다만, 이러한 구조적 통제 방식을 채택하고 있더라도 소프트웨어 공급이 모두 이런 방식으로 이루어지는 것은 현실적으로 어렵다. 왜냐하면 소프트웨어 공급측면에서 볼 때 SaaS 등의 클라우드 컴퓨팅을 지원하는 소프트웨어가 한정적이기 때문이다. 결국 구조적인 통제방식에서 벗어나는 기타의 소프트웨어가 문제된 상황에서는 당해 회사가 합법적인 라이선스의 사용 등에 대해 높은 수준의 의식이 있다는 수준의 면책사유로 밖에 활용되기 어려울 것이다.

사. 제도개선시스템에 의한 통제(control by modification)

제도개선시스템에 의한 통제는 일단 소프트웨어 불법복제 등이 적발된 경우, 재발을 방지하기 위해서 기존의 통제시스템을 개선할 수 있는 지침이나 시스템을 갖고 있는 것을 말한다. 혹은 실질적으로 재발을 방지하기 위한 노력의 투입을 의미할 수도 있다.

같은 의미로 'Compliance Program'은 당해 범죄행위에 대한 적절한 조치를 취할 것과, 차후의 유사 범죄를 방지하기 위해 적절한 조치를 취할 것을 규정하고 있으며, 준법프로그램을 수정하는 조치도 해당된다고 보고 있다.[301]

가장 대표적인 예를 들면 기존에 업무에 필요한 소프트웨어 불법복제 사유로 적발된 경우 합리적인 예산을 증액하는 것을 말한다. 이 밖에도 라이선스 관리체계를 구축하는 등 여타의 통제수단

---

299) 일종의 서비스 종량제로 소프트웨어를 인스톨하지 않고 웹에 접속하여 서버내의 소프트웨어 및 데이터베이스를 사용하는 것을 말한다.

300) 그러나 또한 Gartner, Inc는 이러한 SaaS를 포함한 클라우드 컴퓨팅 기술이 버블기(Peak of Inflated Expectations)에 최정점에 있으므로 현재의 빠른 성장세에서 환멸기(Trough of Disillusionment)로 쇠퇴할 수도 있다고 전망하였다. (http://ggamnyang.com/615?srchid=BR1http%3A%2F%2Fggamnyang.com%2F615 에서 재인용).

301) U.S.S.G §8B2.1(b)(7).

을 확보하거나 보강하는 것을 들 수 있다. 또한 위반자에 대한 징계지침등도 이에 포함될 수 있다.

다만 개선시스템과 지침의 보유만으로는 의미가 없고 이러한 개선 시스템이나 지침이 실질적으로 이행되었는지 여부가 판단되어야 할 것이다. 객관적으로 가장 쉽게 파악할 수 있는 것은 적발빈도와 적발 내용 등의 통계적 내용일 것이다. 즉, 과거의 적발에 대해서 얼마나 실질적인 제도개선이 있었으며, 이것이 결과로 이어졌는지가 면책의 요건으로 고려될 수 있을 것이다.

4. 주의 감독의 지속

'게을리하지 아니한 경우'와 관련해서는 주의 감독이 지속적으로 행해지고 있는가로 해석될 수 있다. 특히 큰 규모의 기업의 경우에는 국제적인 소프트웨어 자산관리 표준에 준거하여 평가될 수 있다. 이러한 국제 표준 중 가장 대표적인 것으로 ISO/IEC 19770-1을 들 수 있다.[302)]

이 표준에 따르면 대표적으로 소프트웨어 프로그램 인벤토리(최종 마스터 버전 배포카피) 및 빌드 인벤토리(오리지널 버전과 배포카피)가 최소 6개월마다 검증될 것을 요한다.

그 밖에 필요한 유효 라이선스의 베이스 및 수 그리고 소프트웨어 계약 인벤토리는 적어도 매년 검증될 것을 요한다.

즉 아무리 길어도 최소한 1년에 한번 정도는 라이선스 등이 총괄적으로 검토되어야 함을 의미한다. 이러한 표준에 의할 때 1년에 한번도 이러한 검증 프로세스를 이행하지 않는 경우에는 통제가 이루어지고 있다고 보기는 어려울 것이다.

이러한 내부 감사 외에도 그 밖에 앞서 검토한 통제의 수단들과 관련해서 역시 매 6개월에서 1년 사이에는 관련교육, 감사 등이 이루어 져야 할 것이다.

5. 검토 및 분석

앞서의 통제 수단들을 모두 이행하여야만 사용자등이 면책될 수 있는 것은 아닐 것이다. 이러한 여러 가지 수단 중에서 유효적절한 수단을 택하여 충실하게 이행하고 있는 지 여부가 보다 중요할 것이다.

특히 업무분야의 특성과 사업장 규모 등에 따라 판단되어야 하는 기준은 다양할 것이다. 이를테면 일반적인 사무업무를 하는 부서의 경우에는 필수적인 라이선스 및 배포본을 관리하는 부서나 담당자를 지정하여 관리하는 것이 효율적일 것이고, 비교적 고가의 전문적인 소프트웨어를 사용하야 하는 개발업무나 연구업무, 그래픽업무, 설계업무 등의 경우에는 자산관리 도구를 사용하

302) ISO/IEC 19770-1은 2005년 5월 1일 표준화 된 규격으로 소프트웨어 불법복제 방지 등에 초점을 맞춘 국제표준은 아니다. 그보다는 포괄적인 소프트웨어 자산관리 process 표준으로 볼 수 있다. 그러나 소프트웨어 자산관리의 일환으로 4.5항의 Verification and compliance processes for SAM에서 소프트웨어 저작권과 관련한 process를 심도 있게 다루고 있다.

는 것이 용이할 것이다. 그리고 소규모의 업체의 경우에 있어서는 오히려 충실히 통제하고 있다는 사실을 증명하기가 어려울 것이다. 앞서의 통제 수단들은 대부분 일정 규모 이상의 사업장에서 채택되기 쉬운 방법이기 때문이다. 따라서 소규모의 경우에는 후술하는 불법복제의 유인의 유무라는 차원으로 접근하는 것이 좋을 것이다.

Ⅲ. 방법론적 검토－불법복제의 유인 파악

1. 서언

종업원의 소프트웨어 불법 복제나 라이선스 없는 소프트웨어 사용, 저작권 없는 프로그램 소스코드의 활용 등(이하 '불법복제등'이라 한다) 소프트웨어 저작권 침해에 대하여 사용자가 일정부분 방조하는 경우가 있을 수도 있다.

한국에서는 특히 소프트웨어에 자산에 지출하는 비용에 대해서 유형의 자산에 대한 지출보다는 차순위로 놓는 경향이 강하다. 일부의 경우에는 업무상 필수적인 소프트웨어조차 구매하지 않는 경우가 있다. 이러한 방조행위가 있다고 인정되는 경우에는 일단 사용자는 저작권법 제 141조 단서의 '상당한 주의와 감독'을 다하였다고 보기 어려울 것이다.

이러한 점에 착안해서 먼저 종업원측에서 사용자를 위해 불법 복제의 유인이 있는지가 평가되어야 한다. 이러한 유인이 없다면 상당부분의 노력이 이미 이루어지고 있다고 생각된다. 남은 주의－감독의무는 종업원이 스스로의 이익을 위해서 불법복제등을 행하는 경우에 이를 얼마만큼 감시하고 있느냐에 한정될 것이다.

다만 불법복제의 유인은 최대한 사용자측의 입장에서 판단되어야 할 것이다. 사용자는 업무에 필요최소한의 소프트웨어를 구비하면 족하다. 종업원의 편의 측면이나 업무효율성 증대를 위한 고성능의 소프트웨어나 종업원에게 익숙한 소프트웨어의 사용등은 소프트웨어 저작권의 침해 방지와는 아무런 관련이 없다.

필요최소한의 소프트웨어를 구매하여 불법복제의 유인이 없다는 것을 증명하기 위해서는 업무의 특성별로 필요최소한의 소프트웨어 라이선스 보유여부나 소프트웨어 구매 예산이 주로 판단의 기준이 될 수 있다.

2. 사업별－업무특성별 필요 소프트웨어 및 예산 정책 분석

가. 기본 소프트웨어

기본적으로 운영체제(OS)가 컴퓨터 당 1개는 있어야 한다. Microsoft Windows가 사실상의 독점을 행사하고 있는 한국에서는 일부 Linux등의 사용자를 제외하고는 Microsoft Windows의 라이선스 보유가 필수적이다. 이 밖에 서버의 경우 Unix 계열(Solarise등)과 역시 Windows계열(Window

Server)이 있다.

그리고 Office계열로 워드프로세서, 스프레드쉬트 등을 들 수 있는데 대표적인 Microsoft 오피스 외에도 할글과 컴퓨터사의 한컴 오피스 등이 있다. 이밖에 프리웨어로 제공되는 오픈 오피스(공식 명칭은 OpenOffice.org)가 있다.

컴퓨터를 사용하는 일상적인 업무에 있어서 운영체제와 오피스는 기본이 된다고 할 수 있다. 전략적으로 Linux와 OpenOffice.org를 사용하여 비용을 최소화 할 수도 있다. 그러나 사용자 편의성과 기타의 상용 프로그램 지원의 측면에서는 네트워크 효과를 고려할 때 문제가 발생할 여지가 있다.

이 밖에 바이러스 및 보안용 소프트웨어도 필수 소프트웨어가 되고 있는 실정이다.[303)]

이러한 기본 소프트웨어의 사용 정책을 통하여 볼 때 당해 사업장에 필요한 예산의 규모를 측정할 수 있으며, 지출된 예산을 통하여 면책요건의 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 물론 최저의 예산을 기준으로 판단하여야 할 것이고 번들(bundle)구매 방식등이 동시에 고려되어야 한다. 만약에 최대한 프리웨어 방식을 사용하는 정책을 취하고 있다면 프리웨어를 통한 업무프로세스가 가능함을 입증하는 경우에는 적은 예산 규모로도 충분이 가능할 것이다.

나. 분야별 분석

소프트웨어를 활용하는 업무의 분야는 너무도 다양하다. 대표적으로는 게임 등 소프트웨어 개발 분야, 그래픽업무분야, 일반경영관리분야, 연구 분야 등을 들 수 있고, 그 밖에 작곡, 출판－인쇄분야등 개별분야의 특성을 고려한 많은 전문 소프트웨어가 활용되고 있다. 대표적인 분야를 중심으로 검토하겠다.

(1) 소프트웨어 개발분야

소프트웨어 개발분야는 기본적인 개발 도구가 구비되어야 한다. 전 개발자를 기준으로 구비될 필요까지는 없지만 특정 개발 도구를 주력으로 사용하는 경우에는 개발인력 대비 상당한 숫자의 도구가 구비되어야 할 것이다.

소프트웨어 개발 분야에서의 라이선스의 문제는 각종 라이브러리 등의 사용에 있어서도 발생한다. 특히 개발 분야에 있어서는 오히려 종업원등의 고의 또는 과실로 권한 없는 라이브러리의 사용의 가능성이 있다. 사업자등이 요구하는 산출물을 보다 쉽게 만들어내는 일환으로 쉽게 구할 수 있는 상용 라이브러리를 사용하는 경우가 이에 해당한다. 이러한 부분에 까지 사용자등에게 책임을 묻기는 어려울 것이다. 자체관리 시스템이 엄격하게 도입되어 있지 않는 한 파악되기 어려우며 이러한 부분은 교육에 의한 통제를 통하여 인식의 전환이 요구되는 부분이다.

---

303) 국내업체로는 V3, 하우리, 알약 등이 있으며 해외업체로는 Norton, Semantic등이 대표적이다.

이러한 분야의 경우에는 특히 충분한 소프트웨어 구매 예산이 요구된다고 할 수 있다. 업무를 위한 주 도구 외에도 각종 보조적인 도구 등이 필요하기도 하기 때문이다.

(2) 그래픽업무분야

그래픽 업무분야는 동영상편집등을 비롯하여 비교적 고가의 소프트웨어가 사용되는 영역이다. 이러한 소프트웨어의 사용에 있어서는 업무특성에 맞는 적정한 성능의 소프트웨어를 사용할 것이 요구된다.

최고의 품질을 요구하는 경우에서부터 간단한 사진 편집까지 다양한 요구사항이 있을 수 있으므로 무조건 과다한 비용이 들어가는 도구의 사용은 바람직하지 않다. 특히 라이선스 업그레이드 등에 민감한 분야이므로 종합적인 관리가 요구된다.

일정한 고정예산보다는 라이선스 업그레이드와 관련한 집중적 예산의 편성이 요구되는 분야이다.

(3) 일반 경영관리 분야

일반 경영관리 분야는 종업원등의 불법복제등의 유인이 크지 않은 분야이다. SAP을 비록한 ERP시스템은 대게는 커스터마이징되어서 설치되기 마련이며 이러한 과정에서 라이선스 정책이 효과적으로 수립되기 때문이다.

다만 일부 DB의 경우에 있어서, 설치 가능 라이선스 이상의 설치는 하는 경우나 Mysql[304]과 같이 실제로는 프리웨어가 아닌데, 프리웨어처럼 인식되는 각종 소프트웨어에 대한 사용등에 있어서 주의가 요구된다.

이 분야는 기업의 IT투자비와 연관되어 있고, 특히 일정 규모 이상의 기업에 있어서 활용도가 높으므로 사실상 문제되지 않을 것이다.

(4) 연구 분야

연구분야는 특정의 소프트웨어를 사용하고 벤더와 사용자간에 보다 밀착관계가 있으므로 개별적인 라이선스 계약이 이루어지고 관리되므로 크게 문제 되지 않는다. 대부분이 연구기관이고 일정부분의 예산이 미리 책정되어 있는 경우가 많다는 점도 긍정적이다.

---

304) MySQL은 600만 사용자를 확보하고 있는(출처필요) 다중 스레드, 다중 사용자 형식의 구조질의어 형식의 데이터베이스 관리 시스템(SQL DBMS)이다. MySQL AB가 관리 및 지원하고 있으며, Qt처럼 이중 라이선스가 적용된다. 하나의 옵션은 GPL이며, GPL 이외의 라이선스로 적용시키려는 경우 전통적인 지적재산권 라이선스의 적용을 받는다. http://ko.wikipedia.org/wiki/MySQL(2010.6.10 방문)

3. 소프트웨어 예산의 합리적 책정

앞서의 기본 소프트웨어 및 개별분야별 필요 소프트웨어등을 통해서 특정 업종에 특정 규모의 사업장에 요구되는 대략적인 예산이 추정될 수 있을 것이다.

이러한 대략적인 예산은 엄격하게 최소한으로 산정해야 할 것이지만, 이러한 최소한의 수준에도 미치지 못하는 예산의 책정 및 지출은 결국 종업원의 소프트웨어 불법사용을 방조하는 행위와 다르지 않다고 보여진다.

물론 기업이 적극적으로 프리웨어 사용 정책을 취하고 있다면 적은 예산으로도 운용이 가능하다. 이러한 측면은 앞서 언급한 것처럼 어느 정도 실제의 업무프로세스의 분석이 추가적으로 요구될 것이다.

4. 검토 및 분석

가. 개요

앞서의 통제 수단들을 모두 이행하여야만 사용자등이 면책될 수 있는 것은 아닐 것이다. 이러한 여러 가지 수단 중에서 유효적절한 수단을 택하여 충실하게 이행하고 있는 지 여부가 보다 중요할 것이다.

특히 업무분야의 특성과 사업장 규모 등에 따라 판단되어야 하는 기준은 다양할 것이다. 이를테면 일반적인 사무업무를 하는 부서의 경우에는 필수적인 라이선스 및 배포본을 관리하는 부서나 담당자를 지정하여 관리하는 것이 효율적일 것이고, 비교적 고가의 전문적인 소프트웨어를 사용하야 하는 개발업무나 연구업무, 그래픽업무, 설계업무 등의 경우에는 자산관리 도구를 사용하는 것이 용이할 것이다. 그리고 소규모의 업체의 경우에 있어서는 오히려 충실히 통제하고 있다는 사실을 증명하기가 어려울 것이다. 앞서의 통제 수단들은 대부분 일정 규모 이상의 사업장에서 채택되기 쉬운 방법이기 때문이다.

이를 바탕으로 면책을 판단할 때 고려대상이 될 수 있는 요건을 분설하면 다음과 같다.

- 충분한 예산을 확보하고 있는지
- 업무에 필수적인 소프트웨어가 구매되고 있는지
- 지속적인 구매・관리가 이루어지고 있는지
- 구조적인 통제가 이루어지고 있는지
- 외부적 통제가 이루어지고 있는지
- 효과적인 직원 교육이 이루어지고 있는지
- 불법복제방지 업무담당자가 있는지

－적발되는 빈도 및 사례의 수

－적발 후 시정의 노력으로 추가적인 예산집행 여부

나. 개별적인 가상 사례에 대한 고찰

앞서의 요소들을 토대로 발생하기 쉬운 상황을 분석해보도록 하겠다.

(1) 충분한 예산을 확보하고 있는지

① 소프트웨어 구매예산이 사용 PC대수에 비해서 현저히 부족한 경우

이러한 경우에는 원칙적으로 면책이 인정될 수 없을 것이다. 그러나 소프트웨어 구매 예산은 규모의 경제 등으로 구매량이 많아지면 개별단가가 저렴해지는 특성이 있으므로 이를 충분히 고려하여야 할 것이다.

② 일회적 예산만을 집행하고 유지・업그레이드 예산을 상정하지 않은 경우

일회적 예산이 집행된 후 상당한 기일이 흐른 경우에는 역시 업무주의 주의・감독의무의 불이행이 있다고 볼 것이다. 왜냐하면 소프트웨어는 어느정도 최소한의 유지・업그레이드 비용이 발생하기 때문이다.

(2) 업무에 필수적인 소프트웨어가 구매되고 있는지

① 회사에서 정품소프트웨어를 사주지 않아서 불법을 사용하게 되는 경우[305)]

이러한 경우는 주로 중소규모의 소프트웨어 개발업체에서 많이 발생하는데 책임주의 원칙상 당연히 면책되기는 힘들 것이다. 필요한 소프트웨어인지 여부는 단순한 업무관련성 차원을 넘어서 담당자가 업무를 수행하는데 필수 불가결한 경우인지 여부로 판단되어져야 할 것이다.

② 회사에서 특정 기능을 수행하는 소프트웨어 라이선스를 구매하였는데 대체가능성이 있는 다른 소프트웨어를 사용하는 경우

이러한 경우는 원칙적으로는 면책이 될 것이나, 만약 저가의 성능이 상당히 부족한 소프트웨어 라이선스를 형식적으로 보유하고 구성원 대다수가 대체가능한 타 소프트웨어를 사용하는 경우에는 면책이 되기 어려울 것이다.

---

305) 컴퓨터프로그램심의조정위원회, 2006 소프트웨어지적재산권 상담사례집, 제2권, 2006, 70면.

③ 상위버젼을 구매하였는데 하위버젼을 사용하는 경우

상위버젼을 구매하였는데 하위버젼을 사용하는 경우에는 종업원 등의 과실에 의한 경우에는 법인은 원칙적으로 책임을 지지 아니 한다. 그러나 소프트웨어 저작권사가 정책에 따라 라이선스에 하위버전의 사용을 별도로 허락하고 있는 소프트웨어 또는 필요에 따라 법인이 하위버전을 사용하는 경우에는 법인에게 관리의 책임이 인정될 수 있기 때문에 면책되기는 어려울 것이다.

④ 특별한 소프트웨어를 사용해서 작업을 하는 전문가 수 에 비해서 소프트웨어 라이선스 수가 현저히 부족한 경우

예를 들어 컴퓨터보조설계(CAD)작업을 하는 데 10명의 설계전문가가 있으나 2개의 CAD용 소프트웨어 라이선스만 있는 경우에는 업무주에게 어느 정도 방조의 책임이 있다고 할 수 있으므로 면책되기는 어려울 것이다.

(3) 지속적인 구매・관리가 이루어지고 있는지

① 라이선스관리가 기록상으로 되고 있는 경우

하나의 요소로 참작될 수 있어도 라이선스 기록이 되고 있다는 사실만으로는 면책되기는 어려울 것이다.

(4) 구조적인 통제가 이루어지고 있는지

① 소프트웨어 자산관리용 소프트웨어가 설치되어 있는 경우

이는 상당히 효과적인 면책요건중의 하나가 될 수 있을 것이다. 다만 역시 앞의 우선순위적 요소들을 만족하는 경우가 아니라면 단순한 자산관리용 소프트웨어가 설치된 것만으로는 면책되기는 어려울 것이다.

② 클라우딩 컴퓨팅(cloud computing)을 활용하는 경우

원칙적으로는 효과적인 통제수단이나 먼저 어느 정도의 범위 내에서 업무를 보조하는 소프트웨어가 클라우딩방식으로 이루어지는지가 조사되어야 할 것이다. 클라우드 컴퓨팅이라함은 네트워크, 특히 인터넷을 기반으로 하는 컴퓨터의 이용형태이다. 기존 컴퓨터 이용은 이용자가 컴퓨터의 하드웨어, 소프트웨어를 자신의 컴퓨터에 보유, 관리하는 것인 반면, 클라우딩 컴퓨팅에서는 '이용자는 인터넷을 통하여 관련 서비스를 제공받고, 서비스 이용료를 지급'하는 형태이다. 클라우딩 컴퓨팅의 경우, 이용자가 가장 주의할 점은 최저한의 접속환경과 클라우딩 서비스 이용료 지급이다. 따라서 클라우딩 컴퓨팅을 이용하는 회사는 업무 수행에 필요한 충분한 접속환경과 클라우딩 서비스 이용료 예산을 확보가 선행되어야 할 것이다.

③ 기타 기술적인 불법방지시스템이 설치되어 있는 경우

효과적으로 불법복제 방지시스템이 작동하는 경우에는 양벌규정이 적용되는 사안 자체가 발생하지 않았을 것이다. 직원이 고의적으로 불법복제방지시스템을 우회하거나 훼손한 경우에는 법인의 책임은 면책될 수 있을 것이다.

(5) 기타의 경우

다음과 같은 경우에는 사안별로 면책에 참작되는 요소가 될 수 있을 것이다:

① 불법복제방지 업무담당자가 있는지의 여부;

② 효과적인 직원 교육이 이루어지고 있는지의 여부

③ 외부감사가 이루어지고 있는지의 여부;

④ 적발되는 빈도 및 사례의 수;

⑤ 적발 후 시정의 노력으로 추가적인 예산집행 여부.

Ⅳ. 소 결

개정된 저작권법 제 141조의 단서의 양벌규정 면책요건과 관련해서 사업자등이 기본적으로는 업무와 관련한 범위에서 다양한 통제수단을 지속적으로 행하고 있는지의 여부가 검토되어야 할 것이다.

다양한 통제수단은 병행될 수도 있고 특정 통제 수단을 중심으로 이루어질 수 있다. 그러나 그러한 통제수단의 시행은 종업원으로 하여금 최소한 기본적인 업무와 관련해서는 불법복제 등의 유인을 제거하지 않으면 절름발이적 수단에 불과하다고 본다. 즉, 기본적으로 적절한 소프트웨어 구매 예산의 확보와 이의 시행이 면책요건에 해당되기 위한 출발점일 것이다.

이러한 조치 없이 단순히 엄격한 통제를 이행하고 있다는 주장은 면책규정을 악용하여 정당한 소프트웨어 저작권자의 권리를 침해하려는 경우일 확률이 높으며, 이는 책임주의 원칙의 예외에 해당되지 않을 것이다.

제2절 소프트웨어 자산관리와 양벌제도의 적용

Ⅰ. 종업원의 저작권침해행위방지를 위한 업무주의 감독의무 및 면책기준

1. 업무주의 감독의무의 내용: 조직구성의무

문제는 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 방지하기 위하여 업무주가 어떠한 내용의 감독조치를 어느 정도로 이행하여야 양벌규정에서 업무주의 면책을 위해 요구하는 '상당한 주의와 감독을 게을리 하는 경우'에 해당한다고 볼 수 있느냐 하는 것이다. 업무주의 감독의무의 내용이 무엇인가를 밝히는 것은 감독의무의 이행여부에 관한 입증 및 면책 결정과 밀접한 관련이 있다. 이때 업무주의 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위 방지를 위한 감독의무의 이행과 관련하여 면책규정이 있는 양벌규정에 대한 기존의 대법원 판례의 입장에 의하면 입증책임이 업무주에게 전환되므로 업무주가 감독의무를 다하였다는 것을 입증해야 한다. 이에 반하여 업무주책임을 부작위책임으로 볼 경우에는 업무주가 감독의무를 해태하였다는 사실에 대한 입증은 소추기관인 검찰의 몫이 된다.[306]

이와 관련하여 우리 판례는 면책규정이 있는 양벌규정에 의해 업무주가 면책되기 위해서는 일반적이고 추상적 감독을 하는 것만으로는 부족하다고만 밝히고 있을 뿐, 면책되기 위한 상당한 주의와 감독의 내용에 대해서는 구체적으로 밝히고 있지 않다.[307] 따라서 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 방지하기 위한 업무주의 감독의무의 내용이 무엇인가를 이론적으로 구성해 보면, 종업원 인사관리, 종업원 재교육, 종업원 업무처리에 대한 정기적인 관리감독 등이 대표적인 감독조치가 될 수 있을 것이다. 그런데 최근에는 종업원에 대한 선임·감독의무 외에 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 위한 조직구성의무가 업무주의 감독의무의 내용으로서 강조되고 있다.[308]

종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 위한 업무주의 조직구성의무는 특히 법인 업무주와 관련하여 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 기업과 같은 법인의 경우 업무분화, 권한위임 그리고 결정권 분산 등으로 인하여 모든 종업원의 업무처리를 관리·감독한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 다수의 종업원이 수직적·수평적으로 업무처리에 관여하는 것은 기업의 일반적인 현상이므로 이 중에서 소프트웨어저작권 침해행위를 한 종업원을 특정하는 것은 매우 어려운 일이기 때문이다. 따라서 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 사전에 방지할 수 있는 안전조치

---

306) 이주희, 앞의 논문(주 54), 107면.

307) 대법원 1992. 8.18 선고 92도 1395 판결에 의하면 "이 사건에서 피고인 법인이 종업원들에게 소론과 같이 윤락행위알선을 하지 않도록 교육을 시키고, 또 입사시에 그 다짐을 받는 각서를 받는 등 일반적이고 추상적인 감독을 하는 것만으로는 위 법 제45조 단서의 면책사유에 해당할 수는 없는 것이다"라고 하고 있다.

308) 이주희, 앞의 논문(주 54), 107면.

로서 기업은 자신의 조직을 합목적적이고 적절하게 구성하는 것이 바람직할 것이다.[309]

그러므로 업무주가 합목적적이고 적절하게 조직을 구성할 의무를 해태한 경우, 이러한 조직구성의무의 해태와 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위 사이에 인과관계가 인정될 경우에는 업무주는 양벌규정에 의해 처벌된다. 그러나 양자 간에 인과관계가 부정되거나 아니면 업무주가 자신의 조직구성의무를 다한 경우에는 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위가 있더라도 업무주는 면책될 수 있을 것이다.[310]

나. 업무주의 조직구성의무의 구체적 기준: Compliance-Program의 일환인 SAM의 도입 제안

한편 업무주가 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 방지하기 위한 조직구성의무를 이행하였는지 여부는 개별사례에서 구체적인 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다. 그러나 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위로 인한 형사처벌과 관련하여 업무주에게 예측가능성과 법적 안전성을 보장하고 또한 업무주의 과실을 추정하여 업무주에게 입증책임을 전환하는 기존 판례의 입장에 따라 종업원의 소프트웨어저작권 침해행위를 방지하기 위한 주의의무를 소홀히 하지 않았다는 것을 업무주가 입증하기 위해서는 조직구성의무의 구체적인 기준을 업무주에게 제공할 필요가 있다고 할 것이다.[311]

이러한 점에서 1991년 '미연방 조직범죄 판결(또는 양형)지침(U.S. Federal SentencingGuidelines: U.S.S.G)'에 의해 도입된 'Compliance Program'이 좋은 참고가 될 수 있을 것이다. 미국에서는 종업원의 불법행위에 대하여 기업 등 조직에게 엄격책임, 즉 무과실책임을 인정한 결과 조직이 이로 인한 피해를 입게 되자, 미연방 양형 위원회는 기업등 조직이 종업원의 불법행위를 방지하기 위해 적절한 노력(Due Diligence)을 한 것이 입증될 경우 조직에 대하여 양형량을 감경시켜주는(최고 95%까지) 판결지침을 마련하였는데, 이것이 바로 미연방 조직범죄 판결지침이다. 이 판결지침은 종업원의 불법행위를 방지하기 위한 조직의 적절한 노력(Due Diligence)의 인정과 관련하여 효과적인 준법프로그램을 운영하도록 하고 있다.

미연방 조직범죄 판결지침이 제시하는 효과적인 준법프로그램의 필수요소는 첫째, 행동(준법) 기준 및 업무방침절차의 제정, 둘째, 준법프로그램담당자의 지정, 셋째, 임직원 감독체계 구축, 넷째, 준법교육프로그램의 실시, 다섯째, 감시・감사시스템 및 신고시스템 수립, 여섯째, 위반자처벌시스템 수립, 일곱째, 제도개선시스템 수립 등 7가지이다.[312]

그러나 미연방 조직범죄 판결지침은 종업원의 위법행위에 대하여 기업 등 조직의 무과실책임을

---

309) 이주희, 앞의 논문(주 54), 108면.
310) 김재봉, "양벌규정과 기업처벌의 근거・구조", 『법학논총 제24집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 7면 이하; 이주희, 앞의 논문(주 54), 108면.
311) 이주희, 앞의 논문(주 54), 108면.
312) 이주희, 앞의 논문(주 54), 109면.

인정함으로써 나타나는 조직처벌의 불합리성을 해소하기 위하여 마련된 것이고 또한 준법프로그램을 도입하는 조직에게 처벌감경적 법률효과를 부여하는 것은 기업 등 조직의 자발적인 윤리경영체계 구축을 유인하기 위한 것이다. 따라서 최소한 업무주의 과실책임을 요구하는 우리나라의 양벌규정에서 업무주의 감독의무의 이행여부의 판단기준 또는 면책기준으로 활용하기 위해서는 보다 깊이있는 연구와 신중한 접근이 요구된다고 할 것이다.[313]

본 연구보고서는 업무주의 조직구성의무의 구체적 기준으로서 Compliance-Program의 일환인 SAM을 회사가 적극 도입, 활용할 것을 제안한다.

Ⅱ. 개정양벌규정에 의한 업무주 처벌의 요건과 수단

1. 요건: 직접적 위반행위자의 특정

가. 직접적 위반행위자가 될 수 있는 종업원의 범위

저작권법 개정을 통해 면책규정이 추가된 그리고 앞으로 추가될 예정인 양벌규정에 의해 감독의무를 소홀히 한 업무주를 처벌하기 위해서는 직접적으로 소프트웨어저작권 침해행위를 한 종업원이 있어야 한다. 이와 관련하여 양벌규정은 저작권법 위반의 행위자가 될 수 있는 자의 범위에 대하여 규정하고 있다. '법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원'이라고 한 부분이 그것이다.[314]

이때 우리 판례는 종업원의 개념을 상당히 넓게 파악하고 있다고 할 수 있다. 예컨대 판례는 직접 위반행위자가 될 수 있는 종업원을 업무주와 체결한 고용계약에 의해 근무하는 자로 한정하지 않고, 법인의 대리인, 사용인 등이 자기의 보조자로서 사용하고 있으면서 직접 또는 간접으로 법인의 감독 하에 있는 자이면 종업원이 된다고 보고 있다.[315][316]

이처럼 위반행위를 할 수 있는 종업원의 범위를 폭넓게 파악하게 되면, 특히 법인업무주의 경우 법인의 대표자에서부터 사용인 기타 종업원에 이르기까지 법인을 위하여 활동하는 자가 소프트웨어저작권 침해행위를 하는 경우에는 법인업무주를 처벌할 수 있도록 함으로써 처벌의 공백이 최소화되고 또한 법인처벌을 통해 추구하고자 하는 장래범죄의 예방효과(일방예방효과)가 강화될 수 있다.[317]

---

313) Compliance Program의 도입에 찬성하는 견해로는 김용섭, "양벌규정의 문제점 및 개선방안", 『행정법연구 , 2007년 상반기, 226면 김재봉, "양벌규정과 기업처벌의 근거・구조", 『법학논총 제24집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007 14면; 이주희, 앞의 논문(주 54), 109면.

314) 이주희, 앞의 논문(주 54), 110면

315) 대법원 1993.5.14 선고 93도344판결.

316) 이주희, 앞의 논문(주 54), 110면

317) 반면 양벌규정은 직접적인 위반행위를 한 종업원과 법인만을 처벌할 뿐, 종업원의 상위감독자 또는 고위관리자에 대해서는 처벌이 불가능하다는 것이 문제점으로 지적되기도 한다. 박기석, "양벌규정의 문제점과 법인범죄의 새로

나. 직접적 위반행위자의 특정과 '업무관련성'

양벌규정에 의해 업무주가 처벌되기 위해서는 이와 같이 넓은 의미로 이해되는 종업원 중에서 직접적으로 소프트웨어저작권 침해행위를 한 자가 특정되어야 한다. 여기서 실제 소프트웨어저작권 침해행위(위반행위)자의 특정기준으로 사용되는 것이 '업무관련성'이라는 것이다. 이에 의하면 위에서 언급한 종업원의 범위가 속하는 자가 행한 모든 소프트웨어저작권 침해행위에 대하여 업무주의 책임을 묻는 것이 아니라, 업무주의 처벌은 자연인 행위자의 소프트웨어저작권 침해행위가 업무주의 업무와 관련된 경우에만 가능해진다.[318]

이러한 '업무관련성'이라는 기준은 이미 법무부가 개정을 추진하기 이전에도 대다수의 양벌규정에서 '법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제....조의 위반행위를 하면'이라는 문구에 의해 명문화되어 있었던 것이다. 그 밖에 업무관련성에 관한 문구가 빠져 있던 의료법 등 몇몇 법률에 대해서는 이번 법무부의 개정작업을 통해 보완됨으로써 업무주의 책임범위는 업무와 관련된 행위뿐이라는 것이 명확해졌다고 할 수 있다.[319]

그러나 업무관련성의 인정과 관련하여 객관적으로 행위자의 업무관련행위가 있으면 충분한 것인지 아니면 개인 또는 법인의 업무를 위하여 한다는 행위자의 주관적 의사까지 필요한 것인지가 문제될 수 있다. 이에 대해 우리 판례는 양벌규정에서 법인업무주를 처벌하기 위한 요건으로서 요구되는 종업원 행위의 업무관련성을 인정하기 위해서는 객관적으로 법인의 업무를 위하여 하는 것으로 인정할 수 있는 행위가 있어야 하고, 주관적으로는 종업원 등이 법인의 업무를 위하여 한다는 의사를 가지고 행위함을 요한다고 판시하고 있다.[320] 또 다른 판례에서는 양벌규정에 의해 법인을 처벌하기 위해서는 객관적 외형상으로 법인의 업무를 수행하면서 행한 종업원의 위법행위가 있어야 하지만, 이 때 그 위법행위의 동기는 반드시 법인의 이익을 위한 것일 필요가 없다고 보고 있다.[321] 따라서 판례에 의하면 양벌규정의 적용을 위해 필요한 업무관련성를 인정하기 위해서는 첫째, 행위자가 객관적 외형상으로 보아 업무주의 업무에 해당하는 행위를 하고, 둘째, 행위자의 행위가 업무주를 위한 것이라는 주관적 의사에 의해 이루어진 것이어야 하지만, 셋째, 행위의 동기가 반드시 업무주의 이익을 위한 것일 필요는 없다고 할 수 있다.[322]

다. 관련문제: 직접적 행위자의 처벌이 양벌규정에 의한 업무주 처벌의 요건인가?

양벌규정에 의해 업무주가 처벌되기 위해서는 업무관련성이라는 기준에 의해 특정된 행위자의

운 구성", 형사정책 제10호, 1998, 107면; 이주희, 앞의 논문(주 54), 110면.

318) 이주희, 앞의 논문(주 54), 110면.

319) 이주희, 앞의 논문(주 54), 111면.

320) 대법원 2006.6.15. 선고 2004도1639 판결.

321) 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결.

322) 이주희, 앞의 논문(주 54), 111면.

처벌이 전제되어야 하는지가 문제된다. 이 문제는 업무관련성이라는 기준에 의해 직접적 행위자는 특정되었지만 범죄성립요건의 결여 또는 인적 처벌조각사유의 존재 등으로 행위자가 처벌되지 않는 경우에 업무주의 처벌을 긍정할 것인가 아니면 부정할 것인가와 관련된 것이다.[323]

개정된 또는 개정이 예정된 양벌규정을 살펴보면, 본문에서 '법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제...조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형 을 과(科)한다'라고 표현하고 있다. 그런데 이때 '그 행위자를 벌하는 외에'라고 하는 문언 은 다양한 의미로 해석될 수 있고, 그 결과에 따라 직접적 행위자의 처벌을 업무주처벌의 요건으로 볼 것인가라는 문제에 대한 대답이 달라지게 된다. 이 문언을 직접적인 행위자의 처벌과는 '상관없이' 또는 '독립하여' 업무주를 처벌하는 것으로 볼 경우에는 업무주의 처벌은 특정된 종업원의 처벌을 요건으로 하지 않게 된다. 이에 반하여 해당 문언을 자연인 행위자의 처벌에 '부수하여' 또는 '더하여' 업무주를 처벌한다고 이해할 경우에는 종업원의 처벌이 업무주처벌의 전제요건이 될 수 있다.[324]

그러나 후자의 견해에 의하면 위반행위의 행위자로 특정된 종업원이 일정한 사유로 인하여 처벌되지 못할 경우 업무주도 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 됨으로써 처벌의 공백이 발생하게 된다.[325] 또한 양벌규정에 의하여 업무주를 처벌하는 근거가－판례에서와 같이 과실책임으로 보든 아니면 본고에서 주장하는 바와 같이 부작위책임으로 보든 간에－업무주의 자기책임에 있다고 보는 한, 업무주는 특정된 위반행위자의 처벌과는 독립하여 처벌된다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.[326] 우리 판례도 양벌규정에 있어서 업무주는 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속되는 것이 아니라 독립하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌은 업무주처벌의 전제조건이 될 필요가 없다고 보고 있다.[327]

---

323) 이주희, 앞의 논문(주 54), 111면.
324) 이주희, 앞의 논문(주 54), 112면.
325) 김용섭, "양벌규정의 문제점 및 개선방안", 『행정법연구 , 2007년 상반기, 214면 이하.
326) 같은 견해로는 이천현, "법인의 범죄주체능력과 형사책임", 『형사법연구 제22호, 2004, 77면; 이주희, 앞의 논문(주 54), 112면.
327) 대법원 2006.2.24 선고 2005도7673판결.

참고문헌

1. 국내문헌

구대환, “컴퓨터프로그램과 그 시장 발전의 특성(하),” 지식재산21 2003년 3월호(통권 제77호), 2003.

김동진, “컴퓨터 프로그램 코드의 역분석”, CLIS Monthly(2003-11호), KISDI, 2003

김병일, “컴퓨터프로그램의 새로운 보호체계 모색”, 디지털재산법연구 2004. 5.

김원오, 컴퓨터프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 2003.

김정환, “저작권법상 양벌규정의 해석”, 소프트웨어와 법률 제6호, 2009.

문화관광부, 저작권법 전면개정을 위한 기초 조사연구 , 2001.

서달주, 한국저작권법 , 박문각, 2007.

송영식・이상정 공저, 저작권법개설(제5판) , 세창출판사, 2009.

안효질, 개정컴퓨터프로그램보호법의 축조해설, 프로그램심의조정위원회, 2000.

오승종, 저작권법 , 박영사, 2007.

이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰,” 한양법학 제20권 제4집, 2009.

이해완, 저작권법 , 박영사, 2007.

임준호, “컴퓨터 프로그램의 법적 보호, 지적소유권에 관한 제문제(하)”, 법원행정처, 1992.

정상조, 지적재산권법 홍문사, 2004.

정상조, 저작권법 주해 , 박영사, 2007.

주은희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰,” 한양법학 제20권 제4집, 2009.

허희성, 2007신저작권법축조개설(하) , 명문프리컴, 2007.

2. 외국문헌

Charles R. McManis, The Privatization (or “Shrinkwrapping”) of American Copyright Law, 87 Calif. L. Rev. (1990).

Daniel J. Gervais, “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, (March 2004).

David A. Rice, Public goods, Private contract and Public Policy: Federal Preemption of software License Prohibitions Against Reverse engineering, 53 U. Pitt. L. Rev (1992).

David Nimmer & Elliot Brown & Gary N. Frischling, The Metamorphosis of Contract Into Expand, 87 Calf. L. Rev. (1999).

Dennis S. Karjala, Copyright Protection of operating software, copyright misuse, and antitrust, 9 Cornell

J.L. & Pub. Pol'y 161 (1999).
Dreier/Schulze, UrhG Kommentar (2004).
Goldstein, Paul, Copyright(2 ed.), ASPEN LAW & BUSINESS (1998).
J. H. Reichman & Jonathan A. Franklin, Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract With Public Good Uses of Information, 147 U. Pa. L. Rev. (1999).
Loewenheim, Die Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke auf Messen und Ausstellungen, GRUR 1987.
Mark A. Lemley, Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing, 87 Calif. L. rev. (1999).
Marshall Leaffer, Engineering Competitive Policy and copyright Misuse, 19 U. Dayton L. Rev. (1994).
Maureen O'Rourke, Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Copyright Preemption ofLicense Terms, 45 Duke L. J. (1995).
Merritt A. Gardiner, Bowers v. Baystate Technologies: Using the shrinkwrap license to circumvent the Copyright Act and escape federal Preemption, 11 U. Miami Bus. L. Rev. 105 (2003).
Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, Tte law & economics of reverse engineering, Yale Law Journal (April 2002).
Pamela Samuelson, et al, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 Colum. L. Rev. 2308 (1994).
Raymond T. Nimmer, Breaking Barriers: The Relation Between Contract and Intellectual Property Law, 13 Berkeley Tech. L. J. (1998).
Schricker (Hrsg.), Urheberecht, Kommentar, 2. Aufl., (1999).
Seungwoo Son, Can block dot (Shrinkwrap) licenses override federal reverse engineering right?: The relationship between copyright, contract, and antitrust laws, 6 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 63 (2004).
William Cornish & David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, (5th ed., 소프트웨어eet & Maxwell, 2003).
WIPO, "Implication of the TRIPs Agreements on Treaties Administered by WIPO" (1995. 10).
根岸哲 編, コンピュ-タ知的財産權法 (東京布井出版, 1993).
中山信弘 , ソフトウェアの法的保護(新版) (有斐閣, 昭63).
中山信弘, 著作權法, (有斐閣, 2007).
Sugiyama Keiji, ソフトウェアの著作權・特許權 (日本評論社, 1999).
作花文雄, 詳解 著作權法(第3版) , ぎょうせい, 2000.