# SW저작권에 있어서 비친고죄 적용 기준에 관한 연구

## - 상업적 규모에 대한 기준 정립 -

수행기관: 인하대학교

# 제 출 문

한국소프트웨어저작권협회장 귀하

본보고서를 “SW저작권에 있어서 비친고죄 적용 기준에 관한 연구
- 상업적 규모에 대한 기준 정립 -“의 최종 결과 보고서로 제출합니다.

2007년 12월

수행연구기관 : 인하대학교

연구책임자 : 김병일

참여연구원 : 김정환

# 목차

**제1장 서론** ····· **1**

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위 및 내용 ····· 3

**제2장 저작권침해와 친고죄** ····· **5**

제1절 친고죄일반론 ····· 5

1. 친고죄의 의의 ····· 5

2. 친고죄의 존재근거 ····· 7

가. 독일의 논의 ····· 7

나. 우리나라의 논의 ····· 8

다. 소결 ····· 10

3. 친고죄와 수사의 관계 ····· 11

4. 친고죄의 남용 제한 ····· 12

가. 고소의 기간 ····· 13

나. 고소의 취소 ····· 13

다. 고소불가분의 원칙 ····· 14

5. 반의사불벌죄 ····· 14

가. 반의사불벌죄의 의의 ····· 14

나. 반의사불벌죄와 친고죄와의 관계 ····· 15

제2절 저작권법상 친고죄규정의 본질 ····· 17

1. 저작권의 본질 ····· 17
2. 친고죄제도의 본질 ····· 18
가. 독일의 고소제도의 연혁 ····· 18
나. 친고죄의 본질 ····· 20

제3절 SW저작권침해와 비친고죄화 논의 ····· 21
1. 비친고죄화 관련 규정 ····· 21
2. 저작권법상 친고죄규정에 대한 논의 ····· 22
가. 친고죄 폐지론 ····· 22
나. 반의사불벌죄론 ····· 23
다. 친고죄 완화론 ····· 24
라. 친고죄 존치론 ····· 24

**제3장 SW 저작권 침해와 비친고죄화에 관한 비교법적 고찰 ····· 26**
제1절 국제조약 ····· 26
1. 베른협약 ····· 26
2. TRIPs 협정 ····· 27
3. WCT ····· 29
4. 유럽연합 저작권집행지침 ····· 31

제2절 저작권 침해죄에 관한 입법례 ····· 32
1. 미국 ····· 32
가. 입법이유 ····· 32

나. 저작권법 상의 형사적 침해행위 ····· 33
1) 저작권법 제506조 형사범죄(Criminal offenses) ····· 33
2) 저작권법 제2319조 저작권의 형사적 침해
(Criminal infringement of a copyright) ····· 37
다. 미국 디지털밀레니엄저작권법 ····· 39
2. 독일 ····· 39
가. 규 정 ····· 39
나. 입법이유 ····· 41
다. 독일의 '영업성(Gewerbsmäßigkeit)' 해석론 ····· 28
1) "영업성 (gewerbsmäßigkeit)" 의 개념 ····· 41
2) 저작권 침해관련 구체적 사례 ····· 47
3. 일본 ····· 50

**제4장 우리나라 SW 저작권 침해와 비친고죄화 ····· 52**

제1절 현행법상 저작권침해죄 ····· 52
1. 개요. ····· 52
2. 저작권법의 벌칙규정 ····· 55
3. 컴퓨터프로그램 보호법의 벌칙 규정 ····· 56
4. 컴퓨터프로그램 보호법 개정안 ····· 59
가. 컴퓨터프로그램 보호법 개정안 주요내용 ····· 59
나. 개정조문 비교표 ····· 61

제2절 저작권침해행위의 "영리성" 해석 ····· 63
1. 영업성과 직업성 ····· 63

가. 일반적 논의 ····· 63
나. 저작권법상의 논의 ····· 64
2. 저작권침해행위의 영리성 ····· 65
3. 저작권침해행위의 영리성 해석과 저작권법 개정안 ····· 67

**제5장 결어** ····· **70**

**참고문헌** ····· **77**

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

저작권법은 권리의 침해행위가 일반 생활 속에서 많이 일어나는 점을 감안하여 피해자인 저작권자의 고소가 있어야 형사처벌을 할 수 있는 친고죄로 규정하고 있다. 이러한 저작권 규정과 같은 취지에서 현행 컴퓨터프로그램 보호법 제48조는 "프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다."고 규정하고 있어, 침해에 있어서 친고죄 형태를 취하고 있다.

그런데 최근 한미 FTA의 협상에서 "자국의 권한있는 당국은 이 장에 기술된 위법행위에 대하여 사인이나 권리자의 공식적인 고소없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다."라는 내용을 삽입함으로써 기존의 친고죄 규정을 수정해야 하는 처지에 놓이게 되었다. 그뿐만 아니라 법무부는 형사절차에 있어서 일정한 규모, 즉 '상업적 규모' 이상의 저작권 침해사건은 권리자의 고소가 없더라도 침해자를 처벌할 수 있도록 제도를 정비한다는 발표를 해서 컴퓨터프로그램 보호법에 비친고죄가 도입될 것으로 예측된다.

한미 FTA 등에 의해서 비친고죄가 도입될 때도 관련 규정을 포괄적으로 해석해야 할지, 제한적으로 해석해야 할지, 문언 그래도 해석해야 할지 하는 조문의 해석문제가 발생한다. 그 이유는 서로 다른 법체계를 가지는 두 나라가 하나의 합의조항으로 인해 같은 내용의 법적용을 하게 된다면 분명히 기본 법적환경의 상이로 인해 해석차이가 발생할 것이기 때문이다.

우리나라의 경우를 살펴보면 지금까지 저작권법 적용에 있어서 주로 민사적인 구제수단보다는 형사적인 구제수단에 의하여 지적재산권의 집행이 이루어져 왔다.[1] 사권의 침해에 대해서는 민사적인 해결방안이 바람직한데도 불구하고 앞으로 비친고죄화에 의한 형사처벌 가능성이 확대된다면 선진적인 분쟁해결방안에 역행하는 것이라 할 수 있을 것이다. 즉 민사적인 해결방법이 충분치 못한 경우에는 보충적으로 형사

1) 이것은 손해배상과 같은 민사적 구제수단의 효용성이 약하다는 것에도 기인(예컨대 손해배상액수가 매우 미미하다는 것)한다.

적 구제수단을 제공하여야 할 것인데 그렇지 못하게 될 경우 이는 제한되어야 할 것이다. 요컨대 SW저작권 침해로 인한 공익의 침해가 심대하다고 인정되는 경우에는 이에 한정하여 비친고죄로 하는 것도 고려하여야 하고, 나아가 형사적인 제재나 이에 한 발 더 나아가 비친고죄에 의한 처벌은 예외적인 것이 되어야 하므로, 공익 침해의 방지라는 목적을 달성하기 위한 "특정의 경우에 한정하여", "매우 엄격한 요건"에 의하여서만 인정하여야 할 것이다.

컴퓨터프로그램 보호법에 비친고죄를 도입하는 경우, 그 처벌은 예외적으로 해석하는 기준이 필요할 것인데, 그 기준은 "상업적 규모"라는 단어의 해석에 있을 것으로 보인다. 때문에 그 제한 해석의 기준이 될 "상업적 규모(침해동기 및 피해액)"에 대한 기준을 정립할 필요가 있다. 특히 SW인 경우 그 종류에 따라 다양한 가격을 형성하고 있으므로, 상업적 규모에 대한 일괄적인 기준을 정립하는 것은 여러 가지 면에서 어려움이 있을 뿐만 아니라 이로 인해 오히려 SW 산업 발전을 저해하는 요소가 될 수 있기 때문이다. 그래서 이하의 보고서에서는 이러한 형사적 구제수단의 기준이 될 수 있는 요건에 대해서 살펴보도록 하겠다.

## 제2절 연구의 범위 및 내용

컴퓨터프로그램의 침해에 대한 비친고죄 도입을 논의하기 위해서 우선 일반론으로서의 저작권 침해에 대한 친고죄 규정들을 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이를 위해 제2장에서는 친고죄의 의의와 그 존재근거를 살펴볼 필요가 있을 것이며, 친고죄의 경우 경찰력의 수사 가능성에 대해서 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이는 한미 FTA 협상문 상에 "자국의 권한 있는 당국은 이 장에 기술된 위법행위에 대하여 사인이나 권리자의 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다."라는 내용에 친고죄가 포함되는지 살펴볼 필요가 있기 때문이다. 또한, 친고죄와 유사하게 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시가 있으면 이에 반해서 처벌할 수 없는 범죄를 반의사불벌죄의 개념을 살펴 친고죄와의 관계를 살펴보고자 한다.

제3장에서는 제2장에서 살펴본 저작권 일반에 있어서 친고죄를 기초로 SW저작권 침해와 관련하여 논의되고 있는 비친고죄 규정에 대해서 살펴보고자 한다. 이러한 내용을 알아보기 위해 SW저작권의 비친고죄에 대한 국제조약 등을 살펴보고 난 후 각국의 입법례를 살펴보고자 한다. 특히 각국의 입법례는 미국과 독일에 초점을 맞추고자 한다. 미국의 경우 피해자인 저작권자의 고소가 없이도 공소를 제기할 수 있으나 수사기관이나 공소기관들이 피해자들의 협조를 얻는 것이 대부분인 것으로 보이는 특징이 있고, 독일의 경우 저작권 침해죄에 대해서는 고소가 있어야 벌할 수 있지만, 형사소추관청이 형사처벌의 특수한 공공이익을 이유로 직권에 의한 개입이 명해지는 경우에는 예외로 하는 특징이 있기 때문이다. 때문에 이들 두 나라의 입법에 의하면 대규모적인 침해나 공익적인 침해의 경우에 고소가 없이도 형사적으로 처벌한다는 것을 알 수 있고, 따라서 비교법적으로 본다면 저작권 침해죄에 대한 처벌에 대해서는 반드시 고소가 요구되는 것은 아니라는 것을 알 수 있기 때문이다.

제4장에서는 제3장에서 살펴본 SW저작권침해에 대한 비친고죄규정을 토대로 우리나라에서의 적용을 살펴보고자 한다. 이를 위해 우선 우리나라 현행법상 저작권 침해죄에 대해서 살펴본 후 저작권침해 규정에 대한 기준을 살펴보고자 한다. 특히 침

해의 기준이 될 수 있는 “영리성”에 대해서 자세하게 살펴볼 것인데, SW의 경우 다양한 가격을 형성하고 있으므로, 상업적 규모에 대한 일괄적인 기준을 정립하는 것은 여러 가지 면에서 어려움이 있을 뿐만 아니라 SW 산업 발전을 저해하는 요소가 될 수 있기 때문이다.

결국 본 연구는 SW의 경우 상업적 규모의 기준에 한하여 비교법적 연구, 특히 독일과 미국의 입법례와 실무 운영을 검토하여, 국내 실정에 맞는 상업적 규모(침해 동기 및 피해액)의 기준 설정하는 것으로 마무리하고자 한다.

# 제2장 저작권침해와 친고죄

## 제1절 친고죄일반론

형사법상 친고죄에 대한 논의를 검토하고자 한다. 친고죄제도가 존재하는 이유는 무엇이며, 친고죄에서 고소제기 전 수사가 제한되는지 여부, 친고죄의 남용제한을 위한 규정, 반의사불벌죄와의 관계에 대하여 살펴보기로 한다.

### 1. 친고죄의 의의

형사소추의 형태는 공소제기의 주체에 따라 크게 국가소추주의, 사인소추주의, 공중소추주의로 구별할 수 있다. 우리 형사소송법 제246조는 "공소는 검사가 제기하여 수행한다"라고 규정함으로써, 사인소추·공중소추를 부정하고 기소 또는 불기소의 결정권한을 국가기관인 검사에게 독점적으로 인정하고 있다.[2] 이러한 국가소추주의[3]에 따르면 국가의 소추권행사가 사인의 의사에 좌우되어서는 안 된다. 이렇듯 국가가 형벌청구권을 독점하는 이유는, 국가가 형벌권을 공평하고 획일적으로 행사할 의무를 질뿐만 아니라, 모든 범죄가 소추되어야 한다는 것에 공공의 이익이 있기 때문이다.[4] 또한, 범죄인에 대한 범죄피해자의 감정적 대응과 현실적 소추능력의 불비가 형사소추권의 국가독점의 현실적인 이유이기도 하다.[5] 이러한 국가소추주의하에서 '범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계에 있는 고소권자가 수사기관에 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시'인 고소는 수사단서의 하나에 불과하며,[6] 원

2) 다만 예외적으로 즉결심판에관한절차법 제3조 제1항에 따르면, 즉결심판의 청구는 경찰서장이 하도록 하고 있다.
3) 국가소추주의란 단순히 공소제기의 권한을 국가기관이 독점한다는 의미에 그치지 않고, 널리 형사절차의 개시와 진행이 국가의 형사소추기관(사법경찰관리, 검사 그리고 법원)의 지배 아래 있다는 의미이다.
4) 김선복, 친고죄에 대한 고찰, 형사법연구 제10호(1997.12), 158면.
5) 신동운, 형사소송법(제4판), 2007, 77면.
6) '수사'는 범죄의 혐의가 있다고 생각할 때 수사기관이 개시하는 조사활동인 반면에, '내사'는 범죄혐의가 확인되지 아니한 단계에서 단순히 혐의의 유무만을 조사하는 것이다. 즉 검사를 주재자로 하는 수사기관은 범죄의 혐의가 있다고 사료한 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하게 되는데(형사소송법 제195조), 이 때 수사기

칙적으로 특별한 소송법적 의미가 없다.

그러나 비록 국가소추주의는 획일적이고 공평한 소추를 담보할 수는 있지만, 관료주의 및 기소독점주의와 결합하여 실체적 정의발견의 해태 및 기소권의 남용으로 피해자의 인권침해 등과 같은 문제발생의 위험성이 존재한다.[7] 따라서 예외적으로 이러한 국가소추주의에 대한 제약을 인정하고 있는데, 그것이 친고죄나 반의사불벌죄라고 할 수 있다.[8] 그 중 공소제기를 위하여는 피해자 기타 법률이 정하는 사람의 처벌희망의사표시가 있어야 하는 형법상의 일정한 범죄를 친고죄라고 하며, 고소 또는 고발을 소송조건으로 한다는 점에서 이를 정지조건부범죄라 부르기도 한다.[9] 형법은 이를 '○○죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다'라는 형태로 규정하고 있다.

만약 불법이 발생하였다는 상황만이 형사처벌을 논거하고 정당화한다면, 형사처벌에 있어 피해자의 의사가 고려될 여지는 없다.[10] 또한, 형사처벌의 이유가 범죄의 사회해악성에 있다면, 친고죄는 존재할 수 없다. 그러나 형법의 임무는 사회방위뿐만이 아니라, (개인적・사회적・국가적) 법익의 보호가 중요하므로,[11] 친고죄의 존재를 부정할 수는 없다.[12] 독일에서는 19세기말에 Binding이 친고죄에 대하여 강한 비판을 가하여, 친고죄의 경우 범죄소추를 피해자의 의사에 의존시킴으로써 소송관계가 불안정해지므로, 친고죄는 폐지되어야 한다(친고죄 폐지론)고 주장하였다. 사형(私刑)이

---

관이 범죄혐의가 있다고 판단하게 되는 원인을 '수사단서'라고 한다. 수사단서에는 수사기관 자신의 체험에 의한 경우로서 현행범인의 체포(형사소송법 제212조), 변사자의 검시(형사소송법 제222조), 불심검문(경찰관직무집행법 제3조), 타사건 수사중의 범죄발견 등이 있고, 타인의 체험을 근거로 한 경우로서 고소(형사소송법 제223조), 고발(형사소송법 제234조), 자수(형사소송법 제240조), 진정·탄원·투서 등에 의한 범죄혐의확인(검찰사건사무규칙 제141조) 등이 있다.

7) 이용식, 친고죄에 있어서 고소 전 수사의 허용 여부, 형사판례의 연구 II (지송이재상교수화갑기념논문집), 2003, 36면.

8) 신양균, 형사소송법(제2판), 2004, 94면.

9) 이용식, 앞의 글, 36면.

10) Maiwald, Die Bedeutung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970, 35면 (Jähnke, LK-Kommentar (11. Aufl.), 1994, Vor § 77 Rn. 2 재인용)

11) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT(5. Aufl.), 1996, 7면.

12) 형법상 친고죄로 규정된 범죄로는 간통죄(제241조), 추행·간음목적 약취·유인죄(제288조 제1항), 결혼목적 약취·유인죄(제291조), 추행·간음목적 수수·은닉죄(제292조), 강간죄(제297조), 강제추행죄(제298조), 준강강·강제추행죄(제299조), 미성년자·심신미약자 간음·추행죄(제302조), 피감호부녀 간음죄(제303조 제1항), 피구금부녀 간음죄(제303조 제2항), 미성년자 의제강간·강제추행죄(제305조), 혼인빙자간음죄(제306조), 사자명예훼손죄(제308조), 모욕죄(제311조), 비밀침해죄(제316조), 업무상 비밀누설죄(제317조)가 있다. 제328조 제1항(친족상도례)에서는 상대적 친고죄로 규정하고 있다. 그러나 '영리'목적 약취·유인죄(제288조 제1항)은 친고죄가 아님을 주의해야 하고, 과실치상죄(제266조)는 친고죄였으나 1995년 개정으로 반의사불벌죄로 변경되었다.

극복된 시대에 사적복수를 형법의 보호목적보다 우위에 두는 것은 타당하지 않으며, 친고죄제도는 피고소인에 대한 강압수단으로 고소권을 활용하려는 악의의 고소인에게 유리하게 작용할 수 있다고 한다.[13] 그러나 이러한 비판론은 일반적으로 받아들여지지 않았다. 왜냐하면, 친고죄는 고소의 남용가능성보다 화해사상에 기하여 피해자의 특별한 이익을 보장할 수 있다는 친고죄의 장점이 더 중시되었기 때문이다.[14]

## 2. 친고죄의 존재근거

공평하고 획일적인 형벌권의 행사를 보장하기 위하여 형사소추권이 국가에 독점적으로 부여되었는데, 이러한 국가소추주의의 예외인 친고죄의 도입을 위해서는 정당한 이유가 제시되어야 한다.

### 가. 독일의 논의

친고죄의 취지 혹은 법이론적 근거는 통일적인 하나의 이론으로 설명되지 못하고, 사적이익들이 존재하는 경우에 무조건적인 국가소추의 관철을 피하기 위한 여러 형사정책적 고려들에 의하여 설명된다.[15] 독일에서는 일반적으로 Mittermaier의 3분설로 설명되고 있다: 범죄의 경미성(경미사상), 피해자의 범죄자와의 밀접한 관계(화해사상), 형사절차에 의한 사생활침해에 대한 피해자의 보호(사생활의 비밀의 자유 혹은 비밀성).[16] 이러한 취지에 따라서 독일 형법전 상의 ① 주거침입(§ 123), 경미한 가치의 재물에 대한 절도 및 횡령(§ 248a)은 경미성을 이유로, ② 단순상해 및 과실치상(§ 232), 모욕(§ 194), 친족상도례(§ 247)는 화해사상에 기하여, ③ 그리고 비밀침

13) Binding, Handbuch des Strafrechts 1. Band, 1885, 603면 각주 5 (박상기/박강우, 고소제도에 관한 연구, 1998, 76면 재인용).
14) Brähmer, Wesen und Funktion des Strafantrags, 1994, 183면.
15) Jescheck/Weigend, 앞의 책, 907면.
16) Jescheck/Weigend, 앞의 책, 907면 참조.

해(§ 205), 약취 · 유인(§ 238 I), 저작권법상의 침해(§ 109 UrhG)는 사생활의 보호(Intimitätsgedanke)를 이유로 하여 친고죄로 규정하였다고 설명된다.[17][18]

그러나 이 세가지 논거 어느 것도, 피해자가 자신의 고소를 통해 형사소송절차를 개시시키는 권리를 설명하지 못한다는 비판이 있다.[19] 첫째, 범죄가 경미한 경우에 있어서는 피해자의 의도에 따라서 소추여부가 결정되는 것이 아니라, 객관적 기준(즉 범죄의 경중)에 의하여 소추여부가 결정되는 것이다. 둘째, 피해자와 범죄자간의 화해는 피해자의 고소권에 의존하는 것이 아니라, 화해의 결과로서 소추의 중단이 통지되는 것이다. 셋째, 범죄로 인한 피해보다 형사소추로 인한 피해가 더 큰 경우에서는 고소권이 적합한 수단인 것이 아니라, 형사소추여부에 대한 법원의 입장을 문의할 수 있는 가능성을 피해자에게 주는 것이 바람직하다고 한다.

### 나. 우리나라의 논의

우리 판례[20]와 통설[21]의 입장은 다음과 같이 2분설로 설명한다. 범죄를 소추해서 그 사실을 일반에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있기 때문에 이와 같은 경우에는 피해자의 처벌희망의 의사표시가 있어야 비로소 소추해서 처벌할 수 있게 하는 것이고(피해자의 명예보호), 또한 비교적 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 관하여 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서

---

17) Gropp, Strafrecht AT(2. Aufl.), 2001, § 8 Rn. 8. 특이하게도 저작권의 침해를 친고죄로 규정한 이유를 사생활에 대한 피해자의 보호에서 찾고 있으나, 더 이상의 구체적인 설명은 피하고 있다.

18) 이러한 원칙에 따라서 우리 '형법'상의 모욕죄(형법 제311조)와 사자명예훼손죄(형법 제308조) 등은 범죄의 경미성을 이유로, 친족상도례(형법 제328조・제344조)는 피해자와 범죄자의 밀접한 관계로 인하여, 그리고 강간죄(형법 제297조)와 간통죄(형법 제241조)는 형사절차에 의한 사생활침해에 대한 피해자의 보호를 이유로 하여 친고죄로 규정되었다고 설명하기도 한다 (김선복, 앞의 글, 168면).
'일본' 형법이 규정한 친고죄로는 ① 피해법익이 작고 피해자의 의사에 반하여서까지 처벌할 필요가 없는 경우로서 과실상해죄(§ 209), 기물손괴죄(§§ 251, 255), ② 범인과 피해자 사이에 일정한 관계가 있는 경우(§§ 244 II, 251, 255), 그리고 ③ 피해자의 이익과 명예를 보호하는 경우로서 강간죄(§§ 177, 180), 명예훼손죄(§§ 230, 232), 비밀누설죄(§§ 134, 135)가 있다 (미츠이 마코토 저/신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 23면).

19) Jescheck/Weigend, 앞의 책, 907~908면.

20) 대법원 1994.4.26. 93도1689.

21) 신동운, 앞의 책, 77면; 신현주, 형사소송법(신정판), 1999, 197~198면; 임동규, 형사소송법(제4판), 2006, 131면; 조준현, 형법총론, 1998, 96면 등 참조.

까지 처벌할 필요가 없어서 이 같은 경우에는 피해자로부터 아무런 말이 없으면 소추하지 아니하고 피해자가 처벌을 희망하여 올 경우에 그때에 논하겠다고 한다(피해법익의 경미성).[22] 이와 달리 일원적으로 친고죄의 취지를 설명하는 견해도 있는데, 피해자의 명예보호 또는 가족관계의 존중이 친고죄의 취지라는 견해가 있으며,[23] 피해자의 명예보호가 친고죄의 유일한 취지라는 견해와[24] 피해자의 이익 우선이 친고죄의 유일한 정당화사유라고 보는 견해도 있다.[25]

친고죄의 취지로서 피해법익의 경미성을 논거로 하는 것에 대하여 다음과 같은 비판이 있다. 경미범죄란 행위의 당벌성 또는 사회적 유해성이 미약한 범죄한 범죄를 말하는 것인데, 피해법익의 경미성 또는 중대성은 실정법상으로 형법체계에 구현되어 있다. 형사입법에 있어 입법자는 불법의 정도에 따라 형벌의 종류와 범위를 결정하기 때문이다. 따라서 법정형이 범죄경중의 판단기준이 되는 것이다. 만약 피해법익의 경미성이 친고죄의 유일한 취지라면, 대표적인 친고죄인 모욕죄(형법 제311조)보다 낮은 법정형을 가진 범죄는 모두 친고죄로 규정되어야 할 것이다. 그러나 과실치상죄(형법 제266조 제1항)는 모욕죄보다 낮은 법정형임에도 불구하고 친고죄가 아니다. 따라서 피해의 경미성은 개별사례에 따라 친고죄의 논거로서 설명될 수는 있지만, 친고죄를 일반적으로 정당화시켜주는 원리로서는 한계가 있다.[26] 다음으로 친고죄의 취지로서 피해자의 명예보호에 대하여도 비판이 가해진다. 보호되는 명예의 실체가 확인되지도 않으며, 그러한 명예가 다른 법익에 비하여 특별히 보호되어야 하는 이유도 명확하지 아니하다고 한다. 특히 명예보호를 위해 친고죄로 규정된 범죄 내에서도 일관되게 피해자의 명예가 보호되지도 아니한다고 한다.[27] 친고죄인 강간죄(형법 제297조와 제306조)를 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제6조의 특수강간죄에서는 비친고죄로 규정되어 있다. 독일에서는 강간죄의 경우에 피해자의 이익보다 공공의 이익이 우월하다는 이유로 이미 1876년에 강간죄를 비친고

22) 우리의 통설과 판례는 2분설, 독일은 3분설을 취하지만, 그 내용에 있어서는 큰 차이가 없으며, 다만 친고죄에 해당하는 구체적인 범죄들을 비교할 때 독일의 경우 우리에 비해서 상대적으로 친고죄의 적용범위가 넓게 인정된다고 한다 (박달현, 친고죄와 고소불가분의 원칙, 형사법연구 제12호 (1999.12), 385면).
23) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 161면.
24) 주광일, 주석 형사소송법(개정판), 1996, 305면.
25) 김선복, 앞의 글, 172~173면.
26) 박달현, 친고죄와 고소불가분의 원칙, 형사법연구 제12호(1999.12), 387~388면.
27) 박달현, 앞의 글, 389~390면.

죄로 하였다.[28]

### 다. 소결

결국 피해법익의 경미성 또는 피해자의 명예보호만으로 개별 친고죄들의 제도적 취지를 일반적으로 설명하기는 어렵다. 저작권법상 친고죄의 경우 권리침해시 주로 권리자의 명예를 훼손하기보다는(저작인격권 침해) 권리자의 재산을 침해하는 것이며(저작재산권 침해), 침해자와 권리자와의 밀접한 관계가 있다고는 할 수 없을 것이다. 또한, 지적재산권이 침해되었을 경우 그 손해는 형법상 재산범죄에 의한 침해보다 훨씬 더 클 수 있다. 따라서 저작권법 범죄에 있어서 친고죄 규정은 피해법익이 경미성이나 피해자의 명예보호를 근거로 하여 설명하기 어렵다.

친고죄는 실용적인 고려에서 도입되고 입법자가 사용하고자 하는 정도에 따라 존재하는 것이라고 볼 수 있다.[29] 형법은 사회통제의 최후수단으로서 '보충성의 원칙'이 적용된다. 형벌은 다른 법률의 수단과는 비교할 수 없는 강력한 법률효과이며, 형법의 지나친 확대의 금지가 형사정책의 영원한 요청이라 할 수 있다.[30] 따라서 사회적 갈등의 발생시에 피해자와 가해자간의 자율적인 해결이 가능하다면, 국가형벌권의 개입 이전에 이러한 자율적 해결이 우선되어야 할 것이다. 그리고 국가형벌권이 개입되는 경우라 하더라도 친고죄의 형태를 통해 피해자와 가해자간의 갈등이 해결될 수 있다면, 친고죄로 규정함이 타당할 것이다.[31] 그 외에 저작권법상 친고죄규정에 대한 논의에서는 저작권을 포함한 지적재산권제도의 특수성이 고려되어야 할 것이다. 즉, 저작권은 발생 기원상 민사적 색채가 강하고, 그 침해행위를 처벌하는 것도 자연범이라기보다는 국가 정책적 고려에서 비롯되었다는 역사적 배경을 가지고 있다.[32]

---

28) Weigend, Deliktsopfer und Strafverfahren, 1989, 151면 (유숙영, 성적 자기결정권과 친고죄, 형사판례의 연구 II (지송이재상교수화갑기념논문집), 2003, 55면, 각주 23 재인용).
29) Jähnke, LK-Kommentar(11. Aufl.), 1994, Vor § 77 Rn. 3.
30) 이재상, 형법총론(제5판보정판), 2005, 7면.
31) 박달현, 앞의 글, 392~393면은 친고죄의 제도적 취지를 보충성의 원리로서 모든 친고죄에 일반적으로 설명한다.

이렇듯 저작권 침해범죄의 친고죄 규정은, 한편으로는 국가형벌권의 보충적 최후수단의 특성상, 다른 한편으로 저작권 등의 침해행위에 대한 민사상의 구제에 그 중심이 있는 저작권제도 특성상 '범죄자와 피해자간의 화해[33]를 통하여 피해자의 이익'을 도모하고자 하는데[34] 저작권법상의 범죄에 대하여 친고죄로 규정한 이유를 찾을 수 있다고 생각된다.[35]

### 3. 친고죄와 수사의 관계

고소란 고소권자가 수사기관에 범죄사실을 신고하여 그 처벌을 구하는 의사표시로서, 일반적으로 수사의 단서에 불과할 뿐 소송조건은 아니다. 그러나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄의 경우에는 유효한 고소가 존재해야 법원은 당해 사건에 대하여 심리와 재판을 할 수 있다. 여기에서 친고죄의 경우에 고소가 없는 때에도 수사의 필요성을 인정하여 수사할 수 있는지 문제가 된다.[36]

이와 관련하여, 첫째, 고소는 소송조건이지 수사의 조건은 아니라는 것을 주된 논거로 하는 '전면허용설'[37]이 있다. 수사란 형사소추기관인 검사와 사법경찰관이 국가형벌권의 실현을 위하여 범인·범죄사실·증거 등을 조사하는 활동으로 소추기관은 피해자의 처벌의사표시 여부에 좌우되지 아니하고 수사를 행하여야 하므로, 고소 제기 전에도 임의수사는 물론 강제수사를 전부 할 수 있다는 것이다.

---

32) 이상정 외, 앞의 책, 64면.

33) 독일에서는 친고죄 중 피해자와 범죄자간의 밀접한 관계가 있을 경우(상해 및 과실치상, 친족상도례)를 화해사상으로 표현하는데, 필자는 이러한 밀접한 관계에 제한하여 화해사상을 이야기하는 것은 아니다.

34) 김선복, 앞의 글, 172~173면은 친고죄의 제도적 취지에 대하여 피해자이익의 우월성만을 가지고서 모든 친고죄에 일반적으로 적용한다.

35) 이러한 입장은, 저작권법·컴퓨터프로그램 보호법의 사권(私權)적 성격으로 인해 친고죄로 규정된 것이라는 견해(안효질 외, 앞의 책, 156~157면; 최용암 외, 앞의 책, 97면; 홍승희, 지식재산권 관련 형벌법규 정비방안, 2006, 108면)와 결국 유사한 시각이다. 그러나 사권(私權)의 침해에 대한 형사책임추구의 여부는 원칙적으로 그 피해자의 판단에 맡기는 것이 타당하다라고 저작권범죄의 친고죄규정을 설명하는 것은 바람직하지 아니해 보인다. 형법상 재산권관련 범죄들 경우에 대다수는 비친고죄로 규정되어 있는데, 이러한 침해행위를 형사처벌하는 것도 개인의 재산권, 즉 사권을 보호함이 일차적 이유이기 때문이다.

36) 친고죄에 있어서 고소전 수사의 허용 여부에 대한 학설의 대립은, 현재로서는 소송조건이 구비되어 있지 아니하지만 장차 소송조건이 구비될 가능성이 존재하는 경우에 대한 것이다 (이용식, 앞의 글, 38면).

37) 일본의 판례와 독일의 통설, 그리고 우리나라의 소수설이 취하고 있는 입장이다 (이용식, 앞의 글, 38면 참조).

둘째, 수사는 공판절차를 전제로 하므로 유효한 처벌의사표시가 없어 공소제기가 불가능해질 경우라면 처음부터 수사의 필요성이 없기에, 고소가 없으면 강제수사는 물론 임의수사도 할 수 없다는 '전면부정설'이 있다.[38] 친고죄의 존재근거를 피해자의 명예보호에 있다고 보고 피해자의 고소가 없는 경우에는 수사를 허용하지 않아야 한다고 한다.

셋째, 우리 대법원은 "범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사하였다 하더라도 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태하에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다."라고 하여 '제한적 허용설'을 따르고 있다.[39] 우리나라의 다수설[40]도 제한적 허용설을 취하는데, 그 근거로는 고소 전이라도 친고죄에 대한 수사의 필요성이 있는 경우에는 수사가 허용되어야 하며 친고죄에 있어 고소는 공소제기의 유효요건이지 수사의 개시조건은 아니라고 한다.

생각건대, 국가형벌권의 실현이라는 형사절차의 목적에 비추어 본다면, 친고죄의 고소는 본질적으로 공소제기의 조건이고, 고소 전이라도 공소제기를 위한 준비절차인 수사의 필요성, 즉 증거와 범인을 발견·확보할 필요성이 인정될 수 있다. 하지만, 피해자의 의사를 존중하여 친고죄로 규정한 입법자의 의사를 고려하면, 고소가능성이 전혀 없는 경우에는 현실적으로 수사의 필요성도 없게 되므로, 제한적 허용설이 타당하다고 생각한다. 예컨대 고소기간의 경과로 고소권이 소멸하거나, 고소취소나 합의서 등의 제출 경우에는 일체의 수사를 허용해서는 안 될 것이다.

### 4. 친고죄의 남용 제한

38) 강구진, 앞의 책, 150면.
39) 대법원 1995.2.24. 선고 94도252.
40) 배종대・이상돈, 형사소송법(제7판), 2006, 183면; 신양균, 앞의 책, 69면; 이재상, 형사소송법(제6판), 2003, 174면; 임동규, 앞의 책, 124면; 정영석・이형국, 형사소송법(전정판), 1996, 148면; 정웅석, 형사소송법(제3판), 2006, 82면. 신동운, 앞의 책, 63면은 원칙적 허용설과 제한적 허용설과 구별하여, 대법원의 견해를 원칙적 허용설로서 설명한다.

### 가. 고소의 기간

친고죄의 경우에 국가형벌권의 행사가 피해자 등의 처벌희망의사표시의 유무에 의하여 장기간 좌우되는 폐단을 방지하기 위하여, "범인을 알게 된 날로부터 6월"이 경과하면 고소하지 못하도록 고소기간을 제한하고 있다 (형사소송법 제230조 제1항).[41] 범인을 알게 된다는 것은 통상인의 입장에서 보아 고소권자가 고소할 수 있을 정도로 범죄사실과 범인을 아는 것을 의미하며, 범죄사실을 안다는 것은 고소권자가 친고죄에 해당하는 범죄의 피해의 있었다는 사실관계에 관하여 확정적인 인식이 있음을 의미한다.[42]

### 나. 고소의 취소

고소취소는 처벌을 희망하지 않는 의사표시로서 수사기관이나 법원에 대하여 행하여져야 한다. 친고죄의 경우에는 이미 행한 고소를 취소하면 공소기각의 판결을 하게 되므로(형사소송법 제327조 제5호), 그 의미가 중요하다. 형사소송법 제232조 제1항에 따르면, "고소는 제1심판결선고전까지 취소할 수 있다". 범인과 피해자 사이의 사적 분쟁해결이 원만하게 이루어지도록 고소취소를 인정하면서도, 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 아니하고 제1심판결선고 이전까지로 제한하고 있다.[43] 또한, 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못하도록 하고 있다(형사소송법 제232조 제2항).

그러나 고소취소의 제도는 현실적으로 범인과 피해자 사이에 사적분쟁해결을 촉진

---

41) 그러나 '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률' 제19조 제1항에 따르면, 친고죄의 고소기간 제한을 "1년"으로 규정하고 있다. 반면 비친고죄의 경우에는 고소기간에 제한이 없다. '일본 형사소송법'상 친고죄의 고소도 원칙적으로 고소권자가 범인이 누구인지를 안 날로부터 6월을 경과하면 불가능하다. 다만 2000년 개정으로 강간·강제추행 등의 성범죄에 관하여는 고소여부를 결정하는 데 시간을 필요로 하는 피해자의 심정에 비추어서 고소기간제한이 철폐되었다 (미츠이 마코토 저/신동운 역, 앞의 책, 15면).

42) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106.

43) 대법원 1988. 3. 8. 선고 85도2518.

하고 범죄피해자에게 신속한 피해배상을 가능하게 하는 기능을 발휘하는 장점이 있으나, 자칫하면 민사소송의 형사화를 초래하고 형사절차가 피해배상을 받아내기 위한 압력수단으로 악용될 우려가 있다는 비판이 있다.[44]

### 다. 고소불가분의 원칙

고소불가분의 원칙은 친고죄에만 해당하는 것으로서, 하나의 범죄의 일부에 대한 고소 또는 취소는 그 사건전부에 대하여 효력이 발생하며(객관적 불가분원칙 혹은 범죄사실의 불가분), 수인의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 취소는 다른 공범자에게도 효력이 미친다(주관적 불가분원칙 혹은 범인의 불가분)는 것을 말한다. 형사소송법은 주관적 불가분원칙만을 규정하고 있으나(형사소송법 제233조), 객관적 불가분의 원칙도 이론상 당연한 것으로 인정되고 있다.[45]

고소불가분의 원칙에 의해 친고죄의 고소권자가 범죄와 범인을 제한하거나 지정할 수 없게 하는 이유는, 국가형벌권의 행사가 피해자의 자의적인 의사에 좌우되어 형사사법의 공평성과 객관성이 상실되는 것을 방지하고자 함이다.[46]

## 5. 반의사불벌죄

### 가. 반의사불벌죄의 의의

피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시가 있으면 이에 반해서 처벌할 수 없

44) 박상기/박강우, 앞의 책, 13면; 신동운, 앞의 책, 90면.
45) 배종대/이상돈, 앞의 책, 194면. 친고죄의 고소가 영향을 미치는 범위는 기본적으로 죄수론상의 과형상 일죄를 기준으로 결정되므로, 일반적 소송행위와 친고죄의 고소사이에 차이가 없고, 따라서 이러한 객관적 측면에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하다 (신동운, 앞의 책, 87면).
46) 박상기/박강우, 앞의 책, 51면.

는 범죄를 반의사불벌죄라고 한다. 이 경우에는 원칙적으로 피해자의 의사와 상관없이 수사와 소추가 가능하다. 범인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시의 존재가 공소제기의 해제조건이 되며, 그런 의미에서 해제조건부범죄라고도 부른다.[47] 형법은 이를 '○○죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다'라는 문구로 규정하고 있다. 반의사불벌죄에 대하여 수사기관이 수사를 시작하였거나, 수사 이후 소추기관이 공소를 제기하였는데 후에 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시를 한 경우에는 수사기관은 그때부터 수사절차를 중단하여야 하며, 이미 공소가 제기된 이후라도 제1심 판결이 선고되기 전이라면 법원은 공소를 기각하여야 한다(형사소송법 제327조제6호). 이는 친고죄의 경우 고소취소와 같은 법적 효과이다.

형법에서는 외국원수에 대한 폭행·협박·모욕·명예훼손죄(형법 제107조), 외국사절에 대한 폭행·협박·모욕·명예훼손죄(형법 제108조), 외국국기·국장모독죄(형법 제109조), 단순・존속폭행죄(형법 제260조), 과실치상죄(형법 제266조), 단순・존속협박죄(형법 제283조), 명예훼손죄(형법 제307조), 출판물에 의한 명예훼손죄(형법 제309조)가 이에 해당한다. 또한, 행정법이나 특별법에서도 반의사불벌 형식을 채택하는 경향이 점차 증가하고 있는 추세이다(교통사고처리특례법, 부정수표단속법 위반 등).[48]

### 나. 반의사불벌죄와 친고죄와의 관계

반의사불벌죄에 고소불가분의 원칙의 적용문제와 관련하여 반의사불벌죄와 친고죄의 관계에 대한 두가지 입장이 대별된다. 반의사불벌죄는 친고죄와 마찬가지로 국가소추주의의 예외로서 '친고죄와 유사한 범죄유형'이라는 입장과 반의사불벌죄에는 고소불가분의 원칙이 적용되지 않는다는 것을 논거로 '친고죄와는 다른 성질의 범죄유형'이라는 입장이 존재한다.

대법원은 후자의 입장으로 다음과 같이 설명한다.[49] 반의사불벌죄는 1953. 9. 18.

47) 정동욱, 친고죄・반의사불벌죄의 소송법상 취급, 고시계 제39권 제8호(1994.08), 147면.
48) 정동욱, 앞의 글, 147면.
49) 대법원 1994.4.26. 선고 93도1689.

형법 제정시 구 형법에 없던 새로운 유형의 범죄를 창설한 것으로서, 친고죄의 범죄보다 상대적으로 덜 경미하여 처벌의 필요성이 적지 않는데도 이를 친고죄로 하는 경우 피해자가 심리적 압박감이나 후환이 두려워 고소를 주저하여 법이 그 기능을 다하기 어려울 것에 대비한 것이며, 반의사불벌죄는 피해자에 대한 배상이나 당사자 사이의 개인적 차원에서 이루어지는 분쟁해결을 촉진하고 존중하려는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있어서, 이점에서는 친고죄와는 다른 의미가 있다고 한다. 반의사불벌죄 경우에는 범죄를 소추해서 그 사실을 일반에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있기에 피해자의 처벌희망 의사표시를 소추조건으로 할 이유는 없는 것이므로, 그 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시는 반드시 위와 같은 불가분의 원칙에 따라야 한다고 할 수는 없으며, 경미한 범죄에 대하여 피해자의 의사에 따라 처벌여부에 차등을 둔다고 하여 형사소송의 목적에 배치된다고 하기는 어려울 것이므로, 그 어느 경우로 할 것인가는 입법정책에 속하는 것이라고 한다.

즉 대법원의 입장에 따르면, 반의사불벌죄는 피해자의 명예보호와 무관하고, 당사자간의 개인적 분쟁해결을 위한 제도라고 한다. 그러나 형법상 명예보호를 내용으로 하는 범죄 가운데, 명예훼손죄(형법 제307조)와 출판물에 의한 명예훼손죄(형법 제309조)는 반의사불벌죄로 규정되어 있다. 또한, 형사소송법 제327조는 반의사불벌죄의 '명시한 의사'와 친고죄의 '고소의 부존재 또는 고소취소'를 소송법적으로 동일한 효과를 인정하고 있으며, 실질적으로 친고죄 역시 당사자간의 개인적 분쟁해결을 도모하고 있고, 반의사불벌죄는 발생사적 측면에서도 종래 친고죄의 운영상의 결함을 보완하고자 창설된 유형의 범죄이다. 따라서 반의사불벌죄는 친고죄의 일종 혹은 친고죄에 준하는 범죄유형이라고 보는 것이 타당하다.[50] 이렇게 친고죄와 본질을 같이 하는 반의사불벌죄개념을 인정하는 이유는, 국가형벌권의 행사가능성을 확대한 것, 즉 친고죄를 비친고죄로 전환하지 아니하면서도 공익적 관점을 강화한 것이라고 설명된다.[51]

---

50) 같은 입장으로는 서울형사지방법원 1993.5.20. 선고 92노5251 (박달현, 앞의 글, 185면 재인용); 윤동호, 피해자의 의사와 형사절차, 피해자학연구 제14권 제1호(2006.4), 133면.
51) 윤동호, 앞의 글, 133·138면.

## 제2절 저작권법상 친고죄규정의 본질

### 1. 저작권의 본질

저작권법에 존재하는 모든 법리들은 최종적으로 저작권법이 추구하는 목적을 위해 존재하는 것이고, 저작권침해행위에 대한 형사상의 제재규정 역시 동법의 목적추구를 위한 하나의 중요한 도구인 것이다. 이때 저작권의 목적은 저작권의 본질을 어떻게 이해하느냐에 따라 다르게 되는데, 저작권에서도 다른 법규범과 마찬가지로 크게 자연권설과 실정권설이 대립하고 있다.[52] '자연권설'에 따르면 시대의 변화나 사회정책적 필요에 영향을 받지 않고, 저작물은 저작권이라는 정신적 소유권에 기한 것이므로 논리필연적으로 보호받게 된다. 이러한 입장은 사회전체적인 적합성보다는 개인의 권리보호에 중심을 두는 것이다.[53] 이와 달리 '실정권설'은 저작권의 정책적 성격을 강조하는데, 저작권은 문화발전의 증진이라는 공익의 달성을 위한 도구로서의 실정권에 불과하다고 본다. 이러한 입장은 개인의 권리보호 그 자체가 목적이 아니게 되고, 저작권의 사회적합성에 중심이 두어진다.[54]

이와 관련하여 저작권법 제1조에서 동법의 목적을 다음과 같이 밝히고 있다: "이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다." 따라서 저작권법은 일차적으로는 저작자와 저작인접권자(가수나 무용수·배우와 같은 실연자 그리고 제작자·방송사업자 등)를 보호하고 있다. 그러나 다른 한편으로 저작자 및 저작인접권자의 보호는 무한정한 것이 아니고 일정한 범위로 제한함으로써 일반공중의 저작물에 대한 공정한 이용을 도모하고 있다. 왜냐하면, 타인 저작물을 인용·비평하는 행위와 이를 이용하여 교육하는 행위를 금지한다면 문화의 향상발전에 이용할 수 없기 때문이다.

---

52) 이에 대하여는 권영준, 저작권침해판단론, 2007, 58~65면 참조.
53) 권영준, 앞의 책, 59면.
54) 권영준, 앞의 책, 61면.

즉 저작권법은 문화의 향상발전이라는 궁극적 목적을 위해 '저작자의 이익과 이용자인 일반공중의 이익간의 조화'[55]를 다루는 것이라고 할 수 있고,[56] 결국, 저작권법은 저작권의 본질을 실정권설에 우위를 두되 자연권사상도 고려하여 입법되었다고 판단할 수 있다.

그렇다면, 저작권법상의 범죄행위를 친고죄로 규정할 것인지의 여부판단도 이러한 전제위에서 행해져야 할 것이다. 친고죄와 비친고죄 중 어느 것이 저작자의 이익과 일반공중의 이익을 조화하여 문화의 향상발전에 더욱 이바지할 것인지를 가지고 판단해야 할 것이다. 이러한 입장은 결과적으로 저작권의 본질을 실정권설의 입장에서 접근하는 것이다. 저작권이란 개념 자체의 탄생이 역사적으로 15세기 인쇄술의 발전으로 인한 것이고, 당시 인쇄업자와 출판업자의 투자보호라는 정책적 견지에서 출발하였던 것이 르네상스시기에 저작자를 예술가로서 보호함이 강조되었고, 이후 19세기 관념론의 기초위에서 자연법적 사고의 영향으로 자연권 혹은 인권(Menschenrecht)으로서 강조되었다. 그후 생산기술과 통신기술의 급속한 발전으로 20세기 후반 저작권산업의 국민경제적 의미가 중요해졌다. 이렇듯 저작권은 인쇄·복사술과 통신장치들의 발달에 따른 공동체적 결과들에 대한 반응이며, 경제적 변동에 대한 반응이라고 할 수 있다.[57] 따라서 사회적합성의 시각에서 저작권을 판단함이 타당하다고 생각한다.

## 2. 친고죄제도의 본질

### 가. 독일의 고소제도의 연혁

55) "저작자의 권리보호는 보다 많은 저작물을 탄생시켜 일반 대중이 이를 이용할 수 있도록 하기 위한 수단이므로 저작자의 권리보호와 저작물의 공정한 이용도모라는 세부적인 목표사이에서도 전자가 후자의 수단"이라고 설명하기도 한다 (권영준, 앞의 책, 55~56면).
56) 송영식·이상정, 앞의 책, 30면; 오승종·이해완, 저작권법(제3판), 2004, 12면.
57) Dreier/Schulze, 앞의 책, Einl. Rn. 10~13

고대 게르만법에서는 국가형벌권이 존재하지 아니하였고, 벌금부과를 위해서는 현재의 사인소추(Privatklage)에 해당하는 피해자의 혈족의 소추가 요구되었다.[58] 이것은 중세 전반기까지 지속되었으나, 중세 후반기에 도시화와 부랑민의 발생 등으로 인해 범죄가 급증하자 여러 도시에서 공통의 형사절차가 발전되었다.[59] 이는 피해자 개인의 주도로 진행된 형사재판에서, 범죄는 가해자와 피해자간의 문제만이 아니라 공동체 구성원 모두의 문제라는 생각으로 바뀌게 된 것이다.[60] 또한, 황제의 권력이 확장되던 16세기경부터는 사인소추권은 황제의 권력과 충돌되면서 사인소추의 관행은 점차 축소되었다.[61] 그리하여 본격적인 로마법의 계수를 통해 탄생된 1532년 카알 5세의 카롤리나형법전(Constitutio Criminalis Carolina)에서는 전통적인 중세의 사인소추를 존치시키되 그 조건을 강화하고, 재판관이 스스로 범죄혐의자에 대한 재판을 시작하는 규문재판(Inquistionsprozess)이 존재하였다.[62] 이후 근대국가에서는 국가가 형벌권을 독점하면서 규문재판이 강조되어 범죄피해자의 지위가 약해졌는데, 18·19세기 계몽사상[63]을 바탕으로 한 형사절차의 개혁이 이루어지면서부터 범죄피해자를 고려하는 근대적인 고소제도가 시작되었다. 계몽사상은 소추권과 심판권이 법관에게 집중된 규문적 형사절차를 맹렬히 비판하였다. 이후 독일에서는 근대적 고소제도와 사인소추가 도입되었고, 친고죄 규정이 증가하였다.[64] 19세기 중반에 규문주의적 형사소송구조를 폐지하고 탄핵주의로 전환하면서 검사에게만 범죄의 소추권을 인정하였다.[65] 오늘날은 형사사법의 새로운 목표로서 피해자에 대한 보호 및 구제와 관련하여 고소제도가 새로이 인식되고 있다. 그 외에도 국가형벌권의 정당성 획득과 가해자와 피해자 간의 화해의 증진, 국가의 형사사법부담의 경감이라는 측면에서 형

58) Schroeder, Strafprozeßrecht(3. Aufl.), 2001, 16면.
59) Schroeder, 앞의 책, 17면.
60) 박상기, 독일형법사, 1993, 93면.
61) 박상기/박강우, 앞의 책, 74면.
62) Schroeder, 앞의 책, 17~18면.
63) 계몽사상시대의 자연법론에 따라서 형법은 세속화·합리화 되었고, 형벌목적도 종교적이거나 형이상학적인 근거로 응보를 주장하지 않게 되었으며, 형벌의 최고목적은 국가질서와 안전의 유지가 되었다 (박상기, 앞의 책, 158면 이하 참조).
64) 박상기/박강우, 앞의 책, 74면.
65) 시민혁명 이전에 프랑스에서는 국가권력에 종속적인 법관에 대한 시민들의 불신이 깊었는데, 시민혁명의 결과 형사재판을 왕의 명령에 따라 충실하게 수행하던 형사소추관(procureurs du roi)대신에 공소관(minisère public), 즉 검사제도가 도입되었다. 이러한 프랑스의 검사제도가 독일에 계수되었는데, 이는 프랑스의 검사제도가 소추기관으로서 국가의 중심적 위치를 인정하고 단지 형사소송에 법치국가적 이상을 실현하는 적합한 수단이라고 보여졌기 때문이다 (박상기, 앞의 책, 198~207면 참조).

사절차에 피해자참여의 확대가 모색되고 있다.[66] 이러한 측면에서 사인소추제도[67] 등이 존재하고 있다.

### 나. 친고죄의 본질

독일의 고소제도의 발전과정에 대한 검토에서 알 수 있듯이, 친고죄제도를 포함한 고소제도는 절대적 권리로서 설명되는 것이 아니라 시대상황에 따라서 그 제도가 생성·변화하고 있음을 알 수 있다. 고소제도는 형사소송절차에서 피해자 참여의 확대라는 시대적 필요성 아래에서 발전해 왔다. 친고죄는 검찰의 기소독점에 대한 법적통제의 필요성으로 인해 형사절차에 피해자 내지 사인(私人)을 형사절차에 참가시킴으로써 검찰의 기소독점에 대한 통제를 가져올 수 있었으며, 형사소추기관에 대한 국민들의 지지도 이끌어 낼 수 있었다. 이러한 측면에서 친고죄는 그 중요성을 획득할 수 있었다.[68]

저작권의 본질과 친고죄의 본질을 살펴본 결과, 결국 저작권범죄를 친고죄로 규정할 것인지의 문제 역시 논리필연적인 문제가 아니라, 입법정책적인 문제로써 판단하여야 할 것이다.

---

66) 박상기/박강우, 앞의 책, 14면.

67) 독일형법상의 친고죄의 대부분과 독일저작권법상의 친고죄 등의 경우에 피해자는 검사에게 고소할 필요없이 법원에 직접 공소를 제기할 수 있다(독일 형사소송법 제374조). 이러한 사인소추절차에서는 피해자가 공소를 제기한 검사와 마찬가지로 형사소송을 제기하고 수행하는 지위에 있으며 이에 상응해서 피해자에게 넓은 범위에서 검사와 동일한 권리가 인정된다(동법 제385조). 그러나 소추의 공익이 있다고 판단되는 경우에는 검사의 공소권이 배제되지 아니한다(동법 제377조). 사인소추절차의 가장 큰 특징은, 사인소추를 제기하고자 하는 피해자는 먼저 조정관청에서 화해시도를 거쳐야 하고, 화해시도가 성공하지 못한 경우에 비로소 소를 제기할 수 있다(동법 제380조). 그러나 이러한 사인소추절차는 비록 피해자에게 강한 권한을 부여하는 것이지만, 현실적으로 사인소추를 선택한 피해자에게 소송부담이 커서 실제로는 그 이용률이 극히 미미하다.

68) 박상기/박강우, 앞의 책, 75면.

## 제3절 SW저작권침해와 비친고죄화 논의

### 1. 비친고죄화 관련 규정

저작권법상의 형사처벌조항은 원칙적으로 친고죄이다(제140조 본문).[69] 따라서 저작권자 등의 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다. 그러나 예외적으로 비친고죄의 경우를 규정하고 있다(제140조 단서). 개정(2006.12.28)이전의 구 저작권법에서는 제98조 제3호(허위등록의 경우), 제5호(업으로 또는 영리를 목적으로 제92조 제2항의 기술적 보호조치를 무력화하는 장치 등을 제공하는 등의 행위를 한 경우), 제99조 제1호(저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 경우), 제2호(제14조 제2항의 저작자 사망 후에 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 한 경우), 제3호(허가를 받지 아니하고 저작권신탁관리업을 한 경우), 제5호(온라인서비스제공자의 업무를 방해한 경우), 제100조 제3호(미신고 저작권대리중개업을 한 경우와 영업폐쇄명령을 위반한 경우)를 비친고죄로 규정하였다.[70]

그러나 현행 저작권법은 비친고죄의 대상을 확대하여 영리를 위하여 상습적으로 저작재산권을 복제 등의 방법으로 침해한 경우(제136조 제1항)와 영리를 위하여 상습적으로 데이터베이스제작자의 권리를 복제 등의 방법으로 침해한 경우(제136조 제2항 제3호), 침해물을 배포목적으로 수입 또는 소지한 경우(제136조 제2항 제5호), 업으로 또는 영리를 목적으로 권리관리정보를 제거 등을 한 경우(제136조 제2항 제6호), 실연자의 이름을 허위로 표시하여 공연 등을 한 경우(제137조 제2호)를 비친고죄로 추가하였다(제140조). 이러한 비친고죄화의 개정은 다음과 같이 설명된다. "저작권법이 친고죄를 원칙으로 했던 것은 저작권의 인격적 성격을 고려한 측면도 있지만 대부분의 침해행위는 일반인이 개인적 이용을 위하여 일회적으로 행한다는 점을 고려한 것이었다. 하지만, 최근 저작권이 산업화되면서 침해행위가 조직적이고 반복적

69) 반면 컴퓨터프로그램 보호법상의 형사처벌조항은 친고죄를 예외적으로 규정하고 있다 (동법 제48조).
70) 구 저작권법 제102조 참조.

으로 이루어지는 경우가 많으며, 저작자 등이 개인적으로 그 사실을 알거나 대응하기도 어렵고 산업적인 피해가 심각하기 때문에 그 권익을 심각하게 침해하는 경우에 비친고죄의 적용범위를 확대한 것"이라고 한다.[71]

## 2. 저작권법상 친고죄규정에 대한 논의[72]

저작권 관련 범죄의 증가가 사회·경제적 문제화되는 오늘날, 이러한 범죄행위에 대하여 저작권법상 원칙적으로 친고죄로 규정되어 있기에 효율적인 단속이 저해된다는 문제점이 제기되면서 형사소추조건을 완화하여야 한다는 의견이 주장되었다. 친고죄의 전면적 폐지론부터, 반의사불벌죄로의 대체론, 친고죄 완화론, 친고죄 존치론 등이 논의되어 왔다.[73]

### 가. 친고죄 폐지론

지적재산권이 침해된 경우에 해당 권리자가 여러 가지 이유에서 고소를 고소기간 내에 하지 못하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 형사소추기관이 고소가 없다 하더라도 권리침해에 대하여 신속하고 효과적으로 대처할 수 있도록 친고죄규정은 폐지되어야 한다고 한다.[74] 그리고 저작권법상의 저작자추정규정(제8조)이 형사소송제도에 적용가능한지에 대하여 아직 판례나 문헌이 없는 상황에서, 저작권범죄에 있어 고소권자가 분명하지 아니한 경우 친고죄는 문제된다고 한다.[75] 또한 친고죄규정은

71) 심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권 제76호, 2006년 겨울호, 64면.
72) 친고죄제도의 문제에 대해서는 컴퓨터프로그램 보호법과 관련되어서도 많이 논의되었다. 컴퓨터프로그램 보호법의 친고죄제도는 컴퓨터프로그램 보호법의 일반법인 저작권법의 친고죄제도와 근본적으로 취지를 달리하는 것이 아니라고 보여지고, 따라서 컴퓨터프로그램 보호법의 친고죄논의는 저작권법상 친고죄문제에도 적용될 수 있을 것이다.
73) 이에 대한 상세한 논의는 최용암 외, 효과적 S/W 보호를 위한 법제정비방안 연구 [상], 2004, 96~116면 참조.
74) 안효질 외, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구, 2001, 160면 참조.
75) 안효질 외, 앞의 책, 161면 참조.

통상문제로서 거론되었다. 선진국들은 특히 소프트웨어프로그램과 관련하여 불법복제 단속의 실효성을 확보하고, 저작권자의 권리보호를 강화하기 위해서 저작권침해행위의 경우 사전에 피해자의 고소가 없더라도 처벌할 수 있도록 요청하였다.[76]

### 나. 반의사불벌죄론

저작권이 산업화되고 그 사회경제적 효과가 강조되는 현실에 있어서 저작물을 더 이상 개인의 인격적 산물 내지는 순수한 사적재산으로 보아 개인이 공소권을 좌우하도록 해서는 안 되지만, 현실적으로 아직은 불법저작물 사용이 범죄라는 의식이 사회규범으로 강제할 만큼 강화되어 있지 못하고, 손해배상책임을 묻는 민사상 구제수단도 충분한 것이 못 되는 현실에서 당사자 간에 합의를 통한 피해보상을 할 수 있는 통로가 필요하다는 것을 고려할 때 반의사불벌죄로 규율하는 것이 타당하다고 주장한다.[77] 저작권의 침해는 격지간에서 이루어지므로 권리자가 이를 쉽게 인식할 수도 없고, 그 침해행위가 일반 다중적으로 이루어질 경우 그 행위에 대한 고소의 어려움이 있으며, 영세한 권리자가 대기업이나 다중을 상대로 고소한다는 것은 우리의 현실과 국민의 의식구조에 비추어 기대하기 어렵고, 국가는 정책적 차원에서 지적재산권을 보호해야 할 책임이 있으므로 국가가 적극적인 수사권을 발동해서 그 침해행위를 벌할 수 있어야 하며, 1심법원에 정식으로 기소되어 선고된 지적재산권 사건 중 공소기각으로 종결된 사건이 많지 않다는 근거하에 당사자가 수사개시 후 1심판결 선고 전까지 처벌을 원치 않는다는 의사표시를 할 수 있는 반의사불벌죄로 규정하자고 한다.[78] 이러한 견해는 저자권법 개정과정에서도 논의되었지만, 만약 반의사불벌죄로 규정할 경우에는 저작권 침해예방보다는 권리자의 이익을 챙기는 도구로 전락할 위험이 있다는 이유, 즉 저작권자는 자신의 고소제기 없이도 수사기관이 수

76) 최용암 외, 앞의 책, 98면: 2004년 2월 국제지적재산권연맹(IIPA)에서 발표한 지적재산권 이행보고서에서는 한국을 우선감시대상국으로 유지할 것을 권고하였고, 피해자의 고소가 없더라도 처벌이 가능하도록 요건완화를 주장하였다.

77) 정경모, 불법소프트웨어에 대한 민·형사적 구제제도의 문제점, 소프트웨어저작권 통권7호, 2001년 5월호, 15면~16면. '반의사불벌죄'에 대한 설명은 아래 III 5 참조.

78) 민형기, 지적소유권의 형사적 보호, 지적재산권에 관한 제문제(하), 재판자료 제57집, 1992, 243~244면.

사 후에 그 처벌여부를 물어올 것이므로 그때에 처벌여부를 가지고서 침해자와 협상을 벌여 처벌받지 않을 것을 협상카드로 삼아 이득을 취하는 방식을 사용할 위험성이 높다는 이유로 반의사불벌죄로의 입법론은 배척되었다.[79]

### 다. 친고죄 완화론

친고죄 규정을 완전히 폐지하는 것은 현실적으로 어렵다고 보고, 저작권을 보호할 수 있도록 친고죄의 요건을 독일 저작권법[80] 등을 참고하여 완화하자는 견해가 있다.[81] 불법복제물이 시장에서 거래되는 것은 지적저작물을 보호하고 이를 통한 건전한 경제발전을 도모한다는 우리사회의 경제질서와 경제정책과 모순되므로, 이러한 유형의 범죄행위에 대해서 형사제재를 가하는 것은 단지 권리자의 이익을 보호할 뿐만이 아니라 건전한 경쟁질서를 확립한다는 공익에도 부합한다고 한다. 따라서 친고죄의 요건을 완화하여 고의로 영업적으로 저작권을 침해하는 행위에 대해서는 비친고죄로 하자고 한다.[82] 2006년 12월 개정된 저작권법은 이러한 시각에서 이루어진 개정으로 보인다.

### 라. 친고죄 존치론

민사적 구제수단이 비효율적이고 미약한 우리의 현실상 형사처벌은 민사구제와 함

---

79) 심동섭, 앞의 글, 65면.

80) 독일 저작권법은 저작권침해행위에 대하여 원칙적으로 친고죄로 규정하고 있다 (§§ 106~108, § 108b, § 109 UrhG). 그러나 예외적으로 §§ 106~108 UrhG의 가중적 구성요건인 § 108a UrhG 는 비친고죄로 규정되어 있는데, 그 규정은 다음과 같다: § 108a UrhG 영리적인 불법사용(Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung) (1) §§ 106~108의 침해행위시 영리적으로(gewerbsmäßig) 행위한 경우라면, 그 행위자는 5년 이하의 징역 또는 벌금형으로 처벌된다 (2) 미수범은 처벌한다. 이러한 § 108a UrhG 는 1985년 6월 24일 개정으로 입법되었는데, 3년이하의 자유형으로 처벌되는 일반적 저작권침해행위(§§ 106-108 UrhG)의 법정형이 5년이하의 자유형으로 상향된다. 즉 일반적인 저작권침해행위는 3년이하의 징역형이고 친고죄로 규정되는 반면에(§ 109 UrhG), 저작권의 영리적 침해행위는 5년이하의 징역형으로 비친고죄(Offizialdelikt)로 규정되었다.

81) 안효질 외, 앞의 책, 162면.

82) 안효질 외, 앞의 책, 162면.

께 권리자보호수단으로서 큰 역할을 하고 있으므로, 저작권범죄의 친고죄 규정은 존치되어야 한다는 입장이다.[83] 일반 형사범죄에서와 달리 저작권범죄의 경우 권리자는 침해에 대한 배상만 얻으면 처벌을 원치 않는 경우도 적지 아니하므로, 그 처벌 여부를 권리자에게 맡기는 친고죄 형식이 바람직하다고 한다. 그리고 친고죄로 규정한다 하더라도, 판례에 따르면 고소가능성이 있는 경우에는 임의수사는 물론 강제수사도 가능하다고 하므로 비친고죄로 하는 경우와 실제로 크게 다르지 아니하다고 한다.[84] 또한, 발생기원상 민사적 색채가 강하고, 지적재산권의 침해에 대한 규제는 국가정책적 고려에서 비롯된 것이라는 지적재산권제도의 특수성에서 공익성이 강한 상표권의 침해를 제외하고는 친고죄로 규정함이 타당하다고 한다.[85]

83) 이상정 외, SW저작권과 관련한 친고죄와 단속권에 관한 연구, 2001, 101면.
84) 이상정 외, 앞의 책, 102면. 다만 6월의 고소기간을 1년으로 연장할 필요가 있다고 제안한다 (같은 책, 102면). '친고죄에서 고소전 수사의 허용여부'에 관한 논의는 아래 III 3 참조.
85) 강동범 외, 소프트웨어불법복제단속 및 지원(협조)에 따른 형사법적 문제점과 개선방안에 관한 연구, 2002, 27면과 76면.

# 제3장 SW 저작권 침해와 비친고죄화에 관한 비교법적 고찰

## 제1절 국제조약

### 1. 베른협약

베른협약은 다른 나라에서 저작권 보호를 받고자 하는 유럽국가들의 노력으로 성립되었는데[86], 저작권에 관한 가장 오래된 국제조약으로 저자(author)의 권리를 강조하는 대륙법계와 복제권(copyright)을 강조하는 영미법계를 통일하는 협정을 모색하였으나 실패하여 이를 절충한 형태로 서로 다른 법적 관점들이 혼재되어 있다. 베른협약은 1886년에 체결된 이후 1896년 파리, 1908년 베를린, 1914년 베른, 1928년 로마, 1948년 브뤼셀, 1967년 스톡홀롬[87], 1971년 파리에서 각각 개정회의가 개최되어 그 결과가 협약에 반영되었다.[88]

베른협약은 회원국이 저작인격권 뿐만 아니라 번역권(translation), 복제권(reproduction), 공중전달권(방송 또는 무선송신의 방법에 의한 공중전달, 다른 사업자에 의한 유선을 통한 공중전달과 재방송, 확성기나 기타 유사한 송신 장치에 의한 공중전달), 공연권 (public performance), 공개낭송권(public recitation), 2차적 저작물 작성권(adaptation), 영화화권 (film [cinematographic] right)과 같은 저작재산권을 인정해야 하지만 이 외의 권리보호를 부여할 수 있도록 최소보호의 원칙을 채택하였다(협약 제19조). 방송권, 녹음권은 모든 회원국이 인정해야 하지만 강제허락이 가능하

86) 베른협약의 원가맹국은 영국, 프랑스, 독일, 이탈리아, 벨기에, 스페인, 아이티, 스위스, 튀니지 등 9개국으로서 이들 중 대다수는 당시 주요 출판국가로 평가되던 나라이다(정진섭·황희철, “국제지적재산권법”, 육법사 1995년 107면 각주 146) 참조).

87) 저작권은 복제권을 중심으로 한다고들 하는데, 베른협약에 복제권이 정식으로 포함된 것은 1967년 스톡홀롬 회의였다. 이전의 복제권은 전기적·전자적 방법으로 녹음물이나 녹화물에 저작물을 고정하는 것을 의미하는 기계적 복제(mechanical reproduction)이었고, 스톡홀롬 회의에서 개정된 베른협약 제9조 제1항은 “이 협약이 보호하는 문학·예술 저작물의 저작자는 어떠한 방법이나 방식으로, 이 저적물의 복제를 허락할 배타적 권리를 가진다.”고 하여 인쇄, 사진, 조각, 사진복사, 기계적 복제 기타 유형물에 고정하는 것이 포함되었다(최경수, “국제지적재산권법”, 한울아카데미, 2001년, 188면).

88) 최경수, 앞의 책, 178면.

다.

베른협약은 저작권 침해와 관련하여 “어느 저작물의 불법 복제물은 그 저작물이 법적 보호를 향유하는 동맹국에서 압류될 수 있다[89]”고 하여 압류에 대해서만 규정할 뿐 기타 형사 구제의 방법 및 절차에 관하여는 아무런 언급을 하지 않고 있다. 그렇지만, 저작권 침해에 대한 민사적, 형사적 또는 행정적 구제는 모든 국내법에 위임된 것으로 보고 있다.[90]

## 2. TRIPs 협정

TRIPS 협정 제2부 제1절은 저작권 및 관련하는 권리에 관한 보호수준을 정하고 있다. 여기서 ‘관련하는 권리’란 저작인접권에 해당하는 것으로, 미국에는 저작인접권이라는 개념이 없기 때문에, 이를 배려하여 ‘관련하는 권리’라는 표현을 이용한 것이다.

TRIPS 협정은 제2부 제1절에서 저작권 및 저작인접권에 관한 내용으로 6개조(제9조 - 제14조)로 구성되어 있으며, 제13조까지는 저작권을, 제14조는 저작인접권을 다루고 있다. 비록 조문수는 적지만 베른협약 제1조 내지 제21조 및 부속서가 준용되어 있기 때문에 저작권 전반이 거의 포함되어 있다.

TRIPS 협정은 ‘Bern Plus' 접근방식에 따라 베른협약의 실체적 규정을 그 내용으로 하면서 추가적으로 저작권 보호를 하고 잇는 반면, 저작인접권 보호에 관한 다자간 협약인 로마협약에 관하여는 그 협약의 계속적인 유효성을 명시적으로 보장하는 규정만 두고 잇을 뿐 TRIPS 혀벙 보호의 한 기준으로서 로마협약의 실체적 규정을 수용하지 않았다.[91] 다만, TRIPS 협정은 독자적으로 실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호에 관한 규정을 두고 있다.

TRIPs 협정은 저작권 침해에 대한 형사처벌과 관련하여 “회원국은 적어도 고의로

89) 베른협약 제16조제1항.
90) 허희성, 『베른협약축조개설』, 일신서적출판사, 1994, 162면.
91) 하동철, 공연권에 관한 연구, 서강대학교 대학원 박사학위제출논문(2005), 16-17면.

그리고 상업적 규모로 이루어지는 상표권 또는 저작권 침해행위에 적용될 형사 절차와 처벌을 규정한다. 이용 가능한 구제는 이와 상응하는 정도의 범죄에 적용되는 처벌 수준과 일치하고 억제를 제공하기에 충분한 구금 및/또는 벌금을 포함하여야 한다"고 규정하고 있을 뿐이다.[92] 즉, 최소한 고의로 대규모로 저질러지는 저작권 침해행위에 대한 형사처벌 규정을 둘 것을 의무화할 뿐 형사책임을 묻는 구체적인 방법과 절차에 대하여는 회원국에 일임하고 있는 것이다.

한편, TRIPs협정 제41조는 동협정에서 보호받는 권리를 침해하는 행위에 대하여 회원국은 효과적인 조치를 취하여야 하며, 특히 소송절차가 공정하게 이루어지도록 보장하여야 하고, 행정관청의 결정을 법원이 검토할 기회, 즉 법원에 의한 재판을 받을 권리를 보장하여야 함을 규정하고 있다. 동조 제1항은 권리구제는 더 이상의 권리침해를 하지 못하도록 경고할 수 있을 정도로 충분하며, 동조 제2항은 권리실현을 위한 소송절차는 불필요하게 복잡하거나 비용이 많이 들어서는 아니 되며, 그 기간도 부당하게 길거나 지체되어서는 아니 된다고 규정하고 있다. 또한, 형사절차에 대해서 규정하고 있는 TRIPs협정 제61조는 "최소한의 보호"만을 규정하면서 회원국은 적어도 "고의로" 그리고 "상업적인 규모로" 상표를 무단사용하거나 고의로 저작물을 불법복제하는 자에 대해서만 형사처벌할 의무가 있음을 규정하고 있다.[93]

즉, TRIPs협정은 권리구제를 효과적으로 하여야 하고, 소송절차가 공정하게 진행되어야 하며, 너무 복잡하지도 않고 지나친 비용을 요하지도 말아야 한다는 일반적인 규정만 두고 있을 뿐 구체적인 제재방법에 대해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다.[94]

---

92) TRIPs 협정 제61조.

93) TRIPS 협정 제61조는 "Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of willful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. (後略"고 규정하고 있고, 상업적 규모의 故意에 의한 copyright piracy에 대해서는 刑事処罰이 적용되어야 한다고 규정하고 있다.

94) 현행 컴퓨터프로그램 보호법상의 친고죄 요건이 Trips협정 제41조에서 말하는 "효과적인 조치"에 미치지 못한다 하더라도 친고죄 전부를 폐지할 필요는 없다. 협정 제61조는 회원국은 고의로 영업적으로 불법복제하는 자에 대해서만 형사처벌할 의무가 있기 때문에 비영업적 범위로 프로그램저작권을 침해하는 자에 대해서는 현행과 같은 친고죄 규정은 Trips협정 의무위반은 아니다(안효질, 앞의 연구, 199면.).

### 3. WCT

WTO/TRIPs 이후, WIPO의 최대 관심사항은 디지털기술과 인터넷으로 야기된 저작물의 창작·이용환경의 변화에 대한 법제도적 대응방안을 모색하는 일에 있었다. 1996년 12월 2일부터 20일까지 WIPO 주관으로 스위스 제네바에서 160여 개국이 참가한 가운데 인터넷 등 사이버스페이스에서 저작권자의 저작물을 보호하기 위한 새로운 국제규범 제정 논의를 위하여 개최된 '저작권과 저작인접권 문제에 관한 WIPO 외교회의'는 WIPO 신조약으로 통칭되는 WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Treaty)과 WIPO 실연·음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty)을 채택하였다.[95] 이들은 모두 인터넷시대를 대비하기 위한 것이라는 점에서 양자를 합하여 "인터넷협약"이라고도 한다.[96]

WIPO 인터넷협약은 1886년 체결된 문예저작물 보호에 관한 베른협약,[97] UNESCO를 통해 미국의 주도로 1952년 성립된 세계저작권협약(UCC), 실연자·음반제작자 및 방송사업자 보호에 관한 1961년의 로마협약, 음반의 불법복제 방지에 관한 1971년의 제네바 협약, 1995년 WTO 성립과 더불어 발효한 WTO TRIPs 협정[98] 등 저작권 보호 관련조약의 계보를 잇는 것으로 인터넷시대의 도래를 반영한 것이다.[99] 즉 WIPO

---

121) 특히 WIPO에 의한 이 조약의 채택배경에는 TRIPs 협정으로 인하여 WTO에 지적재산권 보호의 주도권을 빼앗길 것을 우려한 WIPO의 고려도 많이 작용하였다고 전해진다. 채택과정을 비롯해서 WCT의 전반적인 내용에 대해서는 최경수, "WIPO 저작권조약 및 실연 음반조약 해설 (상) (하) *계간저작권* 제37호 (1997년 봄호), 4-12면 및 제38호 (1997년 여름호), 4-15면 참조. 두 조약을 전문적으로 연구 분석한 해외문헌으로는 R. Reinbothe and S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: Commentary and Legal Analysis*, London: Butterworths, 2002 및 M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002 참조.

96) WCT는 베른조약 의정서로 칭했던 것으로 외교회의에서는 제1조약으로 불리고 있었던 것이고, WPPT는 신문서로 칭했던 것으로 외교회의에서는 제2조약으로 불리고 있었다. 한편 WIPO 외교 회의에서는 제3조약으로 불리고 있던 데이타베이스에 관한 조약안에 대해서도 심의될 예정이었지만 미국의 반대로 결국 심의되지 않았다.

97) 우리나라는 소급보호 규정이 없는 UCC에만 1987년 가입하여 오다가 1997년 WTO의 성립으로 어차피 소급보호를 규정해야 될 상황에 이르러 1996년 8월 21일 베른협약에 가입하였다. 한편 북한에도 2002년 제정된 저작권법이 시행되고 있으며, 북한은 금년 1월 28일 베른협약에 가입하였다.

98) WTO 무역관련 지적재산권협정의 약칭으로 WTO TRIPs 협정에 의한 저작권 보호에 대해서는, 박덕영, "WTO TRIPs 협정상의 저작권 보호체계," *대한국제법학회논총* 2003년 제3호 참조.

99) 저작권의 국제적 보호체계는 이영아, "저작권 국제조약"(저작권 문화하교 교재), 저작 권심의조정위원회, 2003 및 최경수, 국제지적재산권법 (도서출판 한울) 참조. 저작권 관련 각종 국제조약의 원문은 Paul Goldstein, *International Legal Materials on Intellectual Property*, 2002 Edition, New York: Foundation Press, 2002 참조. 조약들의 영한 대역본은 저작권심의조정위원회, *저작권에 관한 국제협약집(개정판)*, (저작

인터넷협약은 저작권과 저작인접권 보호에 관한 양대 조약인 베른협약(Berne Convention)[100]과 로마협약[101]의 미비점을 보완하면서 디지털 환경 변화에 대처한 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 베른협약의 경우 실체규정을 개정하기 위해서는 동맹국의 만장일치를 얻어야 하는 어려움이 있었고,[102] 로마협약의 경우에도 각국의 저작인접권에 대한 규정이 상이하여 법개정이 용이하지 않았기 때문이다.

WCT의 핵심적인 내용은 디지털 시대에도 기존의 저작권을 효과적으로 보호하기 위한 방안을 마련하기 위한 것이었다.[103] 동 조약은 30번째 국가가 비준서나 가입서를 WIPO 사무국장에게 기탁한 때로부터 3개월 후에 효력을 발생하도록 정한 규정에 따라 지난 2002년 3월 6일 발효되었다.[104]

WCT도 역시 저작권의 집행과 관련하여 "체약 당사자는 침해를 예방할 수 있는 신속한 구제 조치와 추후의 침해를 억제할 수 있는 구제 조치를 포함하여, 이 조약상의 권리 침해에 대하여 효과적으로 대응할 수 있는 시행 절차를 회원국의 법률로

---

권관계자료집), 1997 참조.

100) 이 조약의 정식명칭은 "문학 및 예술저작물보호에 관한 베른협약"(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)으로서 1886년 9월 9일 체결된 이래 7차의 개정(1896 파리, 1908 베를린, 1914 베른, 1928 로마, 1948 브리쉘, 1969 스톡홀름, 1971 파리)을 거쳐 오늘에 이르고 있고, 우리나라는 1996년 5월 21일에 가입하여 3개월 후인 1996년 8월 21일에 발효되었다. 2001년 4월 15일 현재 가입국 수는 148개국이다.

101) 1928년 저작인접권의 국제법적 보호에 관한 최초의 움직임이 있었다. 바로 베른협약 로마 개정회의에서였는데, 이 회의에서는 비록 실연자에게 저작권을 부여하는 것이 부정되기는 했지만, 베른협약 회원국들은 실연자의 권리를 보호할 실현성 있는 조치를 검토해야 한다는 결의를 끌어냈다. 이후 1948년 베른협약 브뤼셀 개정회의에서 저작인접권에 관한 논의를 하였는데, 이 회의에서 대다수 회원국들은 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 권리가 서로 연계되어야 하고, 그리고 서로 공정하고 동등한 균형을 이루어야 한다는 견해를 피력하였다. 이러한 견해는 널리 인식되고 공유되어 마침내 1961년 "실연자, 음반제작자, 방송사업자의 보호를 위한 국제협약"(International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisation)의 체결이라는 결실을 맺었다.

102) 베른협약 제20조는 "저작자에게 이 협약보다 광범위한 권리를 부여하거나 이 협약에 저촉되지 아니하는 다른 규정을 포함하는" 별도의 조약을 체결할 권리를 체약국들에게 부여하고 있으며, 베른협약의 개정은 만장일치를 요구하기 때문에 기존협약의 개정보다는 새로운 조약을 채택하는 방법을 선택하였다. 그러나 WCT 제17조에 의하면, 여기서 특별협정이라 함은 베른동맹의 당사국만 가입할 수 있다는 것은 아니며, WIPO회원국 모두에게 개방된다.

103) WCT는 새로운 디지털 환경하의 경제·사회·문화 및 기술의 발전으로 인하여 야기된 문제를 해결하기 위하여 새로운 국제적 규범을 도입하고 기존의 일부 규범에 대한 해석을 명확히 하는 것을 그 주된 내용으로 하고 있으며 그 내용은 다음과 같다: ① 컴퓨터프로그램을 어문저작물로 인정하며, ② 창작성 있는 데이터베이스(전자적 데이터베이스를 포함)를 저작물로서 보호하고, ③ 배포권과 대여권을 명시하였으며, ④ 공중전달권을 확장하고, ⑤ 기술적 보호조치의 무력화를 규제하며, ⑥ 효과적인 권리관리정보를 보호한다. WIPO의 논의과정이나 조문별 주해에 대해서는 문화체육부, *세계지적소유권기구 저작권조약 및 실연음반조약 해설* (1997.11) 참조.

104) 2003년 9월 현재 양 조약 모두 미국, 일본을 비롯한 42개국이 가입하고 있으며, EU의 각 회원국은 EC가 제정한 EC 저작권지침의 국내이행을 완료한 후에 가입할 것으로 보인다. 우리나라는 아직 가입은 하지 않았으나, WCT가 요구하는 대부분의 내용을 그동안의 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 개정을 통하여 이미 국내법에 반영하여 WCT 가입에 따른 사후조치는 그다지 필요할 것으로 보이지 않는다.

보장하여야 한다"고만 규정할 뿐 구체적인 방법과 절차를 정하고 있지는 않다.

사실, WCT 채택 과정에서는 저작권의 집행에 관한 규정(provisions of enforcement of rights)을 둘 것인가 말 것인가 여부가 논란이 되었다. 미국은 이미 TRIPs 협정에 지적재산권의 집행에 관한 자세한 규정이 있고, 이러한 규정은 WCT 상의 권리에도 미칠 수 있으므로 굳이 별도의 규정을 둘 필요가 없다는 입장이었고, 다른 국가들은 WCT의 독립성을 강조하여 저작권의 집행에 관한 별도의 규정을 둘 것을 주장하였다. 별도의 규정을 둠에 있어서도, TRIPs 협정 제41조 내지 제61조와 유사한 규정을 부록의 형태로 두자는 의견과 이러한 규정들을 준용하자는 의견 등이 제기되었지만 최종적으로는 자메이카의 제안을 따라 TRIPs 협정 제41조 제1항과 유사한 현재의 규정을 두게 된 것이다.[105]

## 4. 유럽연합 저작권집행지침

본래 유럽연합 위원회는 지적재산권 침해행위에 대한 효과적인 대응 방법은 강력한 형사처벌을 가하는 것이라고 생각하여 지침 초안에 형사 책임에 관한 규정을 두었었다. 즉, 모든 중대한[106](serious) 지적재산권 침해행위에 대하여는 회원국이 의무적으로 형사처벌을 가하는 규정을 두도록 하였다.[107] 그렇지만, 형사적 제재 수준을 조율하는 문제는 각국의 형사 정책과 관련된 민감한 문제이기 때문에 좀 더 연구를 진행하기로 하고 최종 지침에서는 빠지게 되었다.

그러나 2007년 현재 논의되고 있는 지적재산권 형사구제 지침에는 동일한 내용이 포함되어 있다.

---

105) Jörg Reinbothe, supra, p. 169-171.
106) 지적재산권 지침 초안은 침해행위가 고의로 그리고 상업적 목적을 위하여 행해진 경우에는 침해가 중대한 것으로 보았다(An infringement is considered serious if it is intentional and committed for commercial purposes).
107) 지적재산권 지침 초안 제20조.

## 제2절 저작권 침해죄에 관한 입법례

### 1. 미국

#### 가. 입법이유

미국의 경우 저작권법이 생겨난 초기부터 저작권침해행위에 대한 형사처벌규정이 있었던 것은 아니다. 초기에는 저작권침해에 대해서 이를 형사범죄로 보지않아 형사처벌규정을 두지 않다가 이후 처벌규정을 두어 현행법까지 몇 차례 개정되어 왔는데, 참고할만한 개정은 1976년 저작권법 개정이다. 이 개정에서는 저작물 중 영화 및 녹음물에 대한 것이기는 하지만, 1897년 이후 계속해서 요구되었던 주관적 구성요건으로서의 "영리목적"의 수준을 크게 완화하여 "상업적 이익" 또는 "사적 금전적 이득"을 목적으로 하는 행위도 저작권 침해에 해당하도록 하였다. 이후 1980년 의회는 컴퓨터 프로그램을 저작권법상의 보호되는 저작물로 포함시키게 되고, 소프트웨어 업계는 영화나 음반산업의 예에 따라 보호수준을 높이고자 하였다. 이에 의회는 컴퓨터프로그램을 단순히 영화저작물류에 포함시켜 보호하기 보다는 아예 모든 저작물의 침해에 대하여 형사적 침해시 중죄로 처벌할 수 있도록 하는 "저작권중죄법"을 제정하였다. 이후 2004년 MIT 공대생이던 David LaMaccia가 상업적 이익이나 사적인 금전적 이득을 목적으로 하지 않은 컴퓨터 네트워크를 통한 저작물 공유는 저작권을 침해하지 않았다는 판결을 받게 되었다. 이에 1997년에는 "전자절도금지법(NO Electronic Theft법 : 이하 NET법)"이 제정되어 침해행위의 주관적 구성요건인 금전적 이득을 얻고자 했는가의 여부와 상관없이 "총소매가액이 1,000달러를 넘는 하나 이상의 저작물의 복제물 또는 음반으로 180일 이내에 하나이상 복제하거나 배포한 경우"에 형사적 저작권 침해행위로 처벌할 수 있도록 하였다. 이후 2005년 저작권법 개정에서는 상업적 배포 전이나 후에 일어나는 네트워크상의 저작물 침해에 대해 "배포 예정임을 알거나 알 수 있었음에도 상업적 배포 전에 저작권자의 허락없이 그 저작물을 배포하거나 컴퓨터 네트워크를 통해 공중이 이용할 수 있도록 한 경우 중죄로 처벌한다."라는 취지의 "가족오락및저작권법(Family Entertainment and copyright Act of 2005 : FECA)안이 통과되었다.[108] 이러한 입법을 통해 침해에 있어서 고의보다는 객관적인 침해사실을 통해 형사벌을 가할 수 있는 근거를 마련한 것이다.

108) 김지현, 프로그램저작권 침해에 대한 형사적 구제방안 연구, 2006년, 3~12면 참조.

### 나. 저작권법 상의 형사적 침해행위

저작권법 제506조와 제2319조에 의해 형사적 처벌이 되기 위해서는 ① 저작권이 존재하여야 하고, ② 침해행위가 존재하여야 하며, ③ 침해자의 행위에 침해의 고의가 있어야 한다. 이러한 세 가지 요건이 만족되면 기본적으로 경죄로서의 침해행위는 성립하며 ④ 미국 저작권법 규정상의 중죄에 해당되는 침해행위가 있는 경우에는 중죄로 기수가 된다. 물론 ⑤ 침해자의 항변사유인 공정이용이 아니어야 한다.[109] 이하에서는 제506조와 제2319조에 대해서 자세하게 살펴보도록 하겠다.

#### 1) 저작권법 제506조 형사범죄(Criminal offenses)

##### 가) 규정

미국 저작권법 506조 (a)는 누구든지 고의적으로 ① 상업적 이익 또는 사적 금전적 이득을 위하거나, ② 180일 이내에 총 소매가액 1,000달러를 이상인 하나 이상의 저작물을 복제물이나 음악으로 전자적 방법을 포함하여 하나 이상 복제하거나 배포하는 행위 또는 ③ 상업적 배포가 예정된 저작물이라는 것을 알았거나 알 수 있었던 경우, 공중에 속하는 자들이 접속할 수 있는 컴퓨터 네트워크에서 이를 이용할 수 있도록 하거나 상업적 배포예정인 저작물을 배포하는 행위를 한 자는 8편 제2319조의 규정에 의해 처벌받는다.[110]

상업적 배포예정인 저작물이란 컴퓨터프로그램, 음악저작물, 영화 또는 기타 시청

---

109) 김지현, 앞의 글, 28면.

110) § 506 · Criminal offenses

(a) Criminal Infringement.— (1) In general.—Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed

(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain

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

(C) by the distribution of a work being prepared for commercial distribution, by making it available on a computer network accessible to members of the public, if such person knew or should have known that the work was intended for commercial distribution.

각저작물 또는 녹음물이 허락없이 배포된 시점에서 저작자가 상업적 배포에 대한 합리적 기대를 가지고 있고, 저작물의 복제물이나 음반이 상업적으로 배포된 적이 없는 경우이고, 영화의 경우 허락없이 배포된 시점에 그 영화가 영화상영시설에서의 상영이 가능하도록 한 바 있으며, 영화상영시설외의 상영허용이 의도된 형태로서 미국 내에서 일반 대중에게 판매할 목적인 저작물의 이용이 허용되지 않은 경우이다.[111)]

나) 형사적 침해행위의 성립요건

저작권법 제506조의 침해행위가 되려면 우선 저작권이 존재하여야 하며, 유효한 저작권이 존재한다는 전제하에서 저작권의 침해행위가 있어야 한다. 또한, 저작권 침해행위에 고의가 있어야 형사적 저작권 침해행위로 처벌할 수 있다. 이렇게 세 가지의 요건이 갖추어진 경우 이외에 중죄에 해당하는 요건에 해당한다면, 중죄로 처벌할 수 있으며, 침해자의 항변사유인 공정이용에 해당하지 않아야 처벌할 수 있다. 이하에서 형사적 침해행위의 성립요건에 대해서 자세히 알아보도록 하겠다.

① 저작권의 존재

저작권은 저작물의 완성과 동시에 권리가 발생하는 무방식주의를 취하고 있음은 우리나라와 마찬가지이다.[112)] 하지만, 미국은 소송을 제기하려면 "저작권 등록" 절차를 거쳐야만 침해소송을 제기할 수 있다.[113)] 따라서 저작권법상으로는 피해자가 저

111) § 506 · Criminal offenses
(3) Definition.— In this subsection, the term "work being prepared for commercial distribution" means
(A) a computer program, a musical work, a motion picture or other audiovisual work, or a sound recording, if, at the time of unauthorized distribution
(i) the copyright owner has a reasonable expectation of commercial distribution; and
(ii) the copies or phonorecords of the work have not been commercially distributed; or
(B) a motion picture, if, at the time of unauthorized distribution, the motion picture
(i) has been made available for viewing in a motion picture exhibition facility; and
(ii) has not been made available in copies for sale to the general public in the United States in a format intended to permit viewing outside a motion picture exhibition facility.

112) § 302 · Duration of copyright: Works created on or after January 1, 1978
(a) In General.—Copyright in a work created on or after January 1, 1978, subsists from its creation and, except as provided by the following subsections, endures for a term consisting of the life of the author and 70 years after the author's death.

작권등록을 한 후에야 검사는 침해행위자를 기소할 수 있다. 즉, 민사소송뿐만 아니라 검찰이 기소하는 형사소송에서도 저작권자의 저작권 등록이 소송제기의 전제요건이 되는 것이다.[114]

② 저작권 침해

저작권 침해에 대한 명문의 규정은 없지만 "저작권법 제501조는 저작권법 제106조 내지 제118조에서 규정한 저작권자의 배타적 권리에 대하여 위법한 행위를 한 자는 저작권을 침해한 것이다"라고 규정[115]하고 있기 때문에 저작권을 침해하였다고 하려면 저작권자의 배타적 침해를 했다는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다.

저작권법상 저작권에 대한 권리침해로는 인정하되 형사적 침해행위로까지는 보지 않는 경우가 있을 것인데, 저작권법 제109조(b)(a)을 위반하여 음반의 소유자 또는 컴퓨터프로그램의 특정 복제물을 소유하고 있는 자가 자신이 소유하고 있는 저작물의 복제물이나 음반을 저작권자의 허락 없이 대여 등을 통해 배포하는 행위에 대하여, 저작권자의 민사상 손해배상은 인정하고 있지만 이를 형사적 범죄행위로는 되지 않

113) § 411 · Registration and infringement actions
(a) Except for an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A(a), and subject to the provisions of subsection (b), no action for infringement of the copyright in any United States work shall be instituted until preregistration or registration of the copyright claim has been made in accordance with this title. In any case, however, where the deposit, application, and fee required for registration have been delivered to the Copyright Office in proper form and registration has been refused, the applicant is entitled to institute an action for infringement if notice thereof, with a copy of the complaint, is served on the Register of Copyrights. The Register may, at his or her option, become a party to the action with respect to the issue of registrability of the copyright claim by entering an appearance within sixty days after such service, but the Register's failure to become a party shall not deprive the court of jurisdiction to determine that issue.

114) 김지현, 앞의 글, 29면.

115) § 106 · Exclusive rights in copyrighted works
Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:
(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
(5) in the case of lit erary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copy-righted work publicly; and
(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

아 형사처벌을 적용하지 않는 경우에 해당될 것이다. 또한, 저작권법 제506조(a)(a)(B)의 규정에서 180일 이내에 총소매가약 1,000달러 이상의 하나 이상의 저작물을 복제물이나 음반으로 전자적 방법을 포함하여서 하나 이상 복제하거나 배포한 경우에 이르지 않은 행위들의 경우가 있을 것이며, 상업적 이익이나 사적 금전적 이득을 목적으로 하지 않고 타인의 저작물을 개작하거나 공연, 게시한 경우 등은 민사상 침해는 될지언정 형사상 침해소송의 대상은 되지 않는다.[116]

③ 고의

고의와 관련된 내용은 별도로 다루기로 한다.

④ 중범죄 성립

경죄에 대해서는 저작권법 제506조(a)(a)의 (A)와 (B)에서 규정하고 그에 관련된 중죄는 제2319조(b)(1)(2) 및 (c)(1)(2)에서 규정하고 있다. 그리고 다른 유형으로는 저작권법 제506조(a)(1)(C)가 곧바로 중죄요건을 규정하고 있고 제2319조(d)에서는 그 중죄의 형량만을 규정하는 경우가 있다.[117]

⑤ 공정이용에 해당하지 않을 것

저작권법 제107조의 공정이용에 해당하는 경우에는 형사상 침해행위가 되지 않는다.[118]

다) 주관적 요건으로서의 고의와 상업적 이익 또는 사적 금전적 이득

앞에서 살펴본 바와 같이 미국 저작권법은 형사적 저작권 침해행위가 성립하기 위한 주관적 요건으로 “고의”와 “상업적 이익 또는 사적 금전적 이득”을 목적으로 할 것을 필요로 하는데, 전자인 고의가 어떤 행위에 대한 고의인가에 대한 법원의 견해

116) 김지현, 앞의 글, 32면.
117) 김지현, 앞의 글, 37면.
118) 물론 민사상 침해행위에도 해당하지 않는다.

가 나누어져 왔는데, 다수설에 의하면 저작권의 형사적 침해범죄는 특정한 범죄의사를 요구하는 범죄로서 저작권을 침해하는 "침해에 대한 고의"를 뜻한다고 보고 있다.[119] 그리고 후자인 "상업적 이익 또는 사적 금전적 이득"의 경우 1997년 NET법에 의해 주관적 성립요건에서 제외되기에 이르렀고, 이는 가중처벌의 요건이 될 뿐이다.[120]

위의 주관적 요건 중 금전적 이득이라는 부분에 대해서는 저작권법 제101조에서 "다른 저작물의 수령을 포함하여 그 어떤 금전적 가치의 수령 또는 수령의 기대를 포함"하는 개념이라고 정의규정을 두고 있다. 당연히 이 요건은 행위자가 침해행위를 통하여 금전만을 지급받는 경우를 의미하지는 않고 침해자가 실제로 침해행위를 통해서 이익을 실현했을 필요도 없다. 이 요건은 어디까지나 침해자의 심리적인 주관적 요건이므로 이 요건이 충족되기 위해서 침해자가 이익추구를 목적으로 하였거나 어떤 금전적 이득을 실현할 것을 바랐던 것으로 충분하다.[121]

2) 저작권법 제2319조 저작권의 형사적 침해
(Criminal infringement of a copyright)

미국 저작권법 제2319조는 저작권의 형사적 침해를 규정하고 있으며, 제17편 제605조(a)를 위반한 자는 제2319조의 (b)내지는 (d)에 의해서 처벌됨을 밝히고 있다.[122]

제2319조 (b)는 제506조(a)(1)(A)의 규정을 위반한 자는 누구든지 180일 이내에 총 소매가액 2,500달러를 초과하는 하나 이상의 저작물을 복제물이나 음반으로 전자적 방법을 포함하여 최소 10개를 복제하거나 배포한 경우에는 5년 이하의 징역이나 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과할 수 있다고 규정하고 있다. 위 내용을 두 번 이상 범한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의

119) 소수설에 의하면 저작권 침해행위에 있어서 필요한 고의란 단지 복제행위 등을 하는 고의라고 보았다.
120) 김지현, 앞의 글, 35면.
121) 김지현, 앞의 글, 21~22면.
122) § 2319 · Criminal infringement of a copyright
(a) Any person who violates section 506(a) (relating to criminal offenses) of title 17 shall be punished as provided in subsections (b), ( c), and (d) and such penalties shall be in addition to any other provisions of title 17 or any other law.

벌금형에 처해지며, 이는 병과할 수 있다. 그리고 그 외의 경우에는 1년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해진다고 규정하고 있다.[123]

미국 저작권법 제2319조 (c)는 제506조(a)(1)(B)의 규정을 위반한 자는 누구든지 총소매가액 2,500달러 이상인 하나 이상의 저작물을 최소 10개의 복제물이나 음반으로 복제하거나 배포한 경우에는 3년 이하의 징역이나 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과할 수 있다. 이 경우 두 번 이상 위반한 경우에는 6년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과할 수 있다. 그리고 총소매가액이 1,000달러를 초과하는 하나 이상의 저작물을 하나 이상의 복제물이나 음반으로 복제하거나 배포한 경우에는 1년 이하의 징역이나 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과할 수 있다고 규정하고 있다.[124]

미국 저작권법 제2319조 (d)는 제506조(a)(1)(C)의 규정을 위반한 자는 누구든지 3년 이하의 징역, 본 편에서 정한 벌금형 또는 이를 병과할 수 있고, 상업적 이익이나 사적 금전적 이득을 목적으로 위반한 경우에는 5년 이하의 징역, 본 편에서 정하는 벌금형 또는 이를 병과할 수 있다. 그리고 두 번 이상 위반한 경우에는 6년 이하의 징역, 본 편에서 정한 벌금형 또는 이를 병과할 수 있다. 위의 상업적 이익이나 사적 금전적 이득을 목적으로 위반한 경우를 두 번 이상 위반한 경우에는 10년 이하의 징역, 본 편에서 규정한 벌금형 또는 이를 병과할 수 있다고 규정하고 있다.[125]

---

123) § 2319 · Criminal infringement of a copyright
(b) Any person who commits an offense under section 506 (a)(1)(A) of title 17
(1) shall be imprisoned not more than 5 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of at least 10 copies or phonorecords, of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $2,500;
(2) shall be imprisoned not more than 10 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense is a second or subsequent offense under paragraph (1); and
(3) shall be imprisoned not more than 1 year, or fined in the amount set forth in this title, or both, in any other case.

124) § 2319 · Criminal infringement of a copyright
(c) Any person who commits an offense under section 506(a)(1)(B) of title 17
(1) shall be imprisoned not more than 3 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution of 10 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of $2,500 or more;
(2) shall be imprisoned not more than 6 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense is a second or subsequent offense under paragraph (1); and
(3) shall be imprisoned not more than 1 year, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $1,000.

### 다. 미국 디지털밀레니엄저작권법

디지털밀레니엄저작권법(DMCA)[126]에서는 고의를 가지고 상업적 이익이나 개인적인 이익을 목적으로 기술적보호조치 무력화 금지 규정과 저작권 관리정보의 동일성 유지를 위반할 경우에 위반 횟수에 따라 처벌하고 있다. 그리고 소송의 원인이 발생한 날로부터 5년 이내에 소송을 제기되지 않으면 형사소추를 할 수 없게 제한하고 있다.

즉 미국에서는 프로그램저작권자의 고소의사와 관계없이 일정 기간이나 위반 횟수를 설정하고, 그 기간 동안이나 위반횟수에 따라 저작권 침해행위를 처벌하고 있다.

## 2. 독일

### 가. 규 정

독일은 저작권침해행위에 대하여 원칙적으로 친고죄로 규정하고 있다 (§§ 106-108,

---

125) § 2319 · Criminal infringement of a copyright
(d) Any person who commits an offense under section 506(a)(1)(C) of title 17
(1) shall be imprisoned not more than 3 years, fined under this title, or both;
(2) shall be imprisoned not more than 5 years, fined under this title, or both, if the offense was committed for purposes of commercial advantage or private financial gain;
(3) shall be imprisoned not more than 6 years, fined under this title, or both, if the offense is a second or subsequent offense; and
(4) shall be imprisoned not more than 10 years, fined under this title, or both, if the offense is a second or subsequent offense under paragraph (2).

126) (a) IN GENERAL.-Any person who violates section 1201 or 1202 willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain- "(1) shall be fined not more than $500,000 or imprisoned for not more than 5 years, or both, for the first offense; and "(2) shall be fined not more than $1,000,000 or imprisoned for not more than 10 years, or both, for any subsequent offense.
(b) LIMITATION FOR NONPROFIT LIBRARY, ARCHIVES, OR EDUCATIONAL INSTITUTION
- Subsection (a) shall not apply to a nonprofit library, archives, or educational institution.
(c) STATUTE OF LIMITATIONS.-No criminal proceeding shall be brought under this section unless such proceeding is commenced within five years after the cause of action arose.

§ 108b, § 109 UrhG)[127]. 그러나 예외적으로 §§ 106-108 UrhG의 가중적 구성요건인 § 108a UrhG 는 비친고죄로 규정되어 있는데, 그 규정[128]은 다음과 같다.

| |
|---|
| 제108조 a (영업적인 무단 이용)[129]<br>① 제106조 내지 제108조의 경우에 **영업적으로** 행하는 자는 5년 이하의 징역 혹은 벌금으로 처벌한다.<br>② 미수는 처벌한다. |

이러한 § 108a UrhG 는 1985년 6월 24일 개정으로 입법되었는데, 3년이하의 자유형으로 처벌되는 일반적 저작권침해행위(§§ 106-108 UrhG)의 법정형이 5년이하의 자유형으로 상향된다. 즉 일반적인 저작권침해행위는 3년이하의 징역형이고 친고죄로 규정하는 반면에(§ 109 UrhG), 저작권의 영업적 침해행위는 5년이하의 징역형[130]으

127) 저작권위원회 홈페이지(http://www.copyright.or.kr/)에 따르면(2007.09.24 방문), 독일저작권법 규정은 다음과 같이 번역되어 있다.

제106조 (보호저작물의 무단 이용) ① 법률상 허용된 경우 이외에 권한이 있는 자의 승낙 없이 저작물, 저작물의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개재현하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금으로 처벌한다. ② 미수는 처벌한다.

제107조 (저작자 표시의 무단 부가) ① 미술저작물의 원본에 저작자의 승낙을 얻지 아니하고 저작자 표시(제10조 제1항)를 부가하거나 이와 같이 부가한 원본을 배포하는 자, 미술저작물의 복제본, 개작물 또는 변형물에 원본의 외관을 가지게 하는 방식으로 저작자 표시(제10조 제1항)를 부가하거나 이와 같이 표시된 복제본 혹은 이와 같은 개작물 또는 변형물을 배포한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금으로 처벌한다. 다만, 위 행위가 여타 규정에 의하여 보다 무거운 형이 과해질 경우에는 예외로 한다. ② 미수는 처벌한다.

제108조 (인접보호권의 무단 침해) ① 법률상 허용된 경우 이외에 권한이 있는 자의 승낙을 얻지 아니한 다음 각 호의 행위자는 3년 이하의 징역 혹은 벌금으로 처벌한다.

1. 학술적 출판물(제70조) 혹은 이와 같은 출판물의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개재현하는 자
2. 사후 저작물 혹은 이와 같은 사후 저작물의 개작물 또는 변형물을 제71조에 반하여 이용하는 자
3. 사진(제72조) 혹은 사진의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개재현하는 자
4. 실연자의 실연을 제77조 제1항 또는 제2항, 제78조 제1항에 반하여 이용하는 자
5. 음반을 제85조에 반하여 이용하는 자
6. 방송물을 제87조에 반하여 이용하는 자
7. 녹화물 또는 녹음-녹화물을 제94조에 반하여 이용하는 자
8. 제87조 b 제1항에 반하여 데이터베이스를 이용하는 자

② 미수는 처벌한다.

제109조 (고소) 제106조 내지 제108조 및 제108조 b의 경우 고소가 있어야 벌한다. 형사소추관청이 형사처벌에의 특수한 공공 이익을 이유로 직권에 의한 개입이 명해지는 경우에는 예외로 한다.

128) UrhG § 108a (Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung)

① Handelt der Täter in den Fällen der §§ 106 bis 108 gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

② Der Versuch ist strafbar.

129) 저작권위원회 홈페이지(http://www.copyright.or.kr/)의 독일저작권법 번역문(2007.09.24 방문).

로 비친고죄(Offizialdelikt)로 규정하고 있다.

### 나. 입법이유

독일 연방의회의 개정안 이유서에 따르면, 위 규정의 입법배경은 다음과 같다. 본 조항은 "소위 비디오물에 대한 해적행위(Videopiraterie)의 증가와 관련한 저작권의 개정이다. 또한 입법자는 저작물에 대한 해적행위(Raubdruck)의 현상에 대해서도 더 강력한 형사적 제재를 도입하고자 한다. 그러나 해적행위에 대한 일반적인 범죄화는 계획되지 않고, 제안된 법률안에서도 고려되지 않았다. 오히려 법률규정은 영업적인 범죄행위에 대한 대응임을 분명하게 표현한다. 본 법률규정에서는 매우 주목할 만한 기술적 장치들이 도입되었고, 이에 관련된 조항 모두가 개정되었다. 저작권 침해의 경우에 조직적 범죄의 형태와 단체범죄의 형태가 빈번하게 발생하여 이에 대해 단호히 대처되어야 한다. 그래서 영업적 행위에 대해서만 5년의 징역형으로 법정형이 상향되었고, 기본적 구성요건은 변경되지 않았다".[131]

이러한 이유에서 도입된 § 108a UrhG 를 비친고죄로 규정한 것과 관련하여, "전형적으로 기본적 구성요건과 가중적 구성요건 간에는 상당한 차이가 있으며, 이것은 또한 형벌에서도 표현되어야 한다. … 이러한 이유에서 저작권에 대한 영업적 범죄들에 대한 비친고죄의 규정이 도입된다"라고 설명한다.[132]

### 다. 독일의 '영업성(Gewerbsmäßigkeit)' 해석론

독한사전에 의하면 'gewerbsmäßig'라는 독일어는 우리말로 "영업 [직업] 적인, 영업에 맞는"이라고 해석된다.[133] 따라서 우리 법률상의 '영리성'과는 다른 개념이 아

130) 법원이 범행의 경중에 따라 자유로이 형량을 선고할 수 있도록, 입법자는 의도적으로 최저형량을 규정하지 아니하였다 (BT-Drucks. 11/4792, 24면).
131) BT-Drucks. 10/3360, 20면.
132) BT-Drucks. 10/3360, 21면.

니가하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 법률용어로서 'gewerbsmäßig'는 오히려 '영리적인'이라고 해석함이 타당하다. 다수의 동종의 행위가 동일한 의사에 의하여 반복되어 포괄일죄를 구성하는 집합범(Kollektivdelikt)에는 영업범(Gewerbsmäßigkeit), 상습범(Gewohnheitsmäßigkeit) 및 직업범(Geschäftsmäßigkeit)이 속한다.[134] 이중 영업범(Gewerbsmäßigkeit)은 행위자가 행위의 반복으로 수입원을 삼는 것을 말하며, 직업범(Geschäftsmäßigkeit)은 범죄의 반복이 경제적·직업적 활동이 된 경우를 말한다고 한다.[135] 따라서 'geschäftsmäßig'라는 독일어가 우리 법률용어로는 '영업적 혹은 직업적'이라고 해석함이 타당하고 'gewerbsmäßig'는 오히려 '영리적인'이라고 해석함이 타당하다.[136] 그러므로 '영업성(gewerbsmäßigkeit)'의 개념에 대한 독일에서의 논의는 우리 저작권법과 컴퓨터프로그램 보호법상의 '영리성'의 개념 해석에 대하여 참고가 될 수 있다. 본 글에서는 용어해석의 혼동을 피하기 위하여 독한사전에서 사용되는 용어(즉 영업성)를 사용하기로 한다.

#### 1) "영업성 (gewerbsmäßigkeit)" 의 개념

전술한 바와 같이, 독일 입법부는 해적행위(Piraterie)형태의 침해행위에 대응하고자 가중적 구성요건의 입법을 의도하였으나, 피보호권에 대한 해적행위개념의 구성요건화가 어려워, 그 대신에 침해행위의 영업성을 기준으로 가중된 처벌규정을 도입하였다고 한다.[137] 따라서 저작권침해행위의 가중적 처벌규정의 핵심은 침해행위의 '영업성(Gewerbsmäßigkeit)'에 존재한다. 이때 영업성이란 무엇을 의미하며, 어떠한 해석기준에 의하여 영업적인 행위와 비영업적인 행위를 구분하는가가 중요한 의미를 갖

133) 모델 독한사전, 삼화출판사, 2003, 823면.
134) 이재상, 형법총론(제5판보정판), 2006, 526면; 이형국, 형법총론연구 II, 1986, 724면; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 33 Rn. 275.
135) 이재상, 같은 책, 526면; Roxin, 같은 책, § 33 Rn. 275.
136) 독일어 사전에 따르면(Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 2001, 649면), 'geschäftsmäßig'는 "als Gewerbe betrieben(영업행위로서 하다)"라고 해석되나, 독일 법률용어사전에 따르면(Köbler, Juristisches Wörterbuch, 12. Aufl., 2003, 206면), 독일 판례와 같이 "sich aus wiederholter Begehung einer Tat eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen(범행의 반복된 실행을 통해서 어느정도 지속적이고 상당량의 소득을 창출하려고 한 경우)"라고 해석하고 있다.
137) Dreier/Schulze, UrhG Kommentar, 2004, § 108a Rn. 4.

는다. 그러나 "영업적(gewerbsmäßig)"이라는 용어에 대한 정의는 저작권법 혹은 기타 법률에 존재하지 아니하며, 따라서 판례와 학설의 해석에 의존하고 있다. 특히 § 108a UrhG의 영업적(gewerbsmäßig)이라는 표현과 관련하여 저작권법 특유의 해석은 존재하지 아니하고, 형법과 마약법 등에서의 해석론에 의존하고 있다.[138] 독일연방법원도 § 108a UrhG의 영업성 개념은 다른 형벌규정들의 영업성 개념과 동일하게 해석된다고 명시적으로 밝히고 있다.[139]

독일의 판례와 학설에 따르면 "범행의 반복된 실행을 통해서 어느정도 지속적이고 상당량의 소득을 창출하려고 한 경우에, 범죄자는 영업적으로 행위한 것"이라고 한다.[140] 이에 대한 상세한 설명은 다음과 같다.

가) 범행의 반복성 (Dauerhaftigkeit der Tätigkeit)

영업성의 판단에 있어서는 '범죄자의 의도'가 중요한 판단기준이라고 한다.[141] 영업성은 '주관적 요소', 즉 '반복된 범행을 통해서 어느정도 지속적이고 상당량의 소득을 창출하려는 의도'에 근거를 둔다고 한다.[142] 이러한 소득이 범죄자에게 지속적인 소득을 개척했다거나 범죄자의 생계비용을 도맡았다는 것은 요구되지 아니한다고 한다.[143] 따라서 계획했던 범죄행위들의 첫 번째 행위를 통해서도 주관적 요소는 이미 존재할 수 있게 된다고 한다.[144] 즉 상습성은 전형적인 다수의 (최소 2회이상) 범죄행위를 전제로 하는 반면에, 영업성에서는 한번의 법률침해행위도 이미 이러한 영업

138) 독일 형법에서 영업성은 형벌을 논거하는(strafbegründ) 요소로 사용되기도 하며(§§ 180a, 181 I 3, 181a II의 윤락행위관련 범죄들), 몇몇의 구성요건들에서는 형벌가중구성요건으로 규정되며(§ 244a의 범죄단체구성절도, § 263 V의 범죄단체구성사기 그리고 §§ 260, 260a 의 장물, § 284 III의 허용되지 않는 도박개장), 그리고 양형시에 형이 가중되도록 작용하기도 한다 (§ 243 I Nr. 3, § 253 IV, § 261 IV, § 263 III, § 291 II, § 292 II, § 300). 독일 마약법 § 29 III Nr. 1에서는 영업적 마약거래행위 등을 가중처벌하고 있다.

139) BGH, Urteil vom 3. März 2004 - 2 StR 109/93, 27면.

140) BGHSt 1, 383; Dreier/Schulze, 앞의 책, § 108a Rn. 5; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2002, § 243 Rn. 24; Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., 1999, 165면; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 33 Rn. 275; S/S/Stree, StGB Kommentar(26. Aufl.), 2001, Vorbem §§ 52 ff Rn. 95; Tröndle/Fischer, StGB (54. Aufl.), 2007, Vor § 52 Rn. 62.

141) http://www.mediendelikte.de/urhg108a.htm.

142) Tröndle/Fischer, 앞의 책, Vor § 52 Rn. 62.

143) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 2 (9. Aufl.), 2003, § 33 Rn. 92.

144) BGH NStZ 1995, 85면.

성의 전제조건에 해당한다고 한다.[145] 그러므로 다수의 범행들이 행해졌을 필요가 없으며, 오히려 최초의 범행으로부터 실행구조와 종류에 따라 반복된 행위를 통해 지속적인 소득을 이용하려는 의도가 포함될 수 있다면, 최초의 범행도 영업성(Gewerbsmäßigkeit)의 인정에 충분하다고 한다.[146] München 지방법원의 판결에 따르면 많은 양을 단지 한번 판매한 것도 영업성(Gewerbsmäßigkeit)의 요건을 충족시킨다고 한다.[147]

이러한 주관적 요소의 판단은 구체적 사안에서 저작물의 영업적 복사, 유포, 공연한 상연 또는 불허된 처분이 존재하느냐에 의존한다고 한다.[148] 주관적 요소인 § 108a UrhG의 영업성의 인정을 위한 중요한 기준은 소득의 범위(Umfang), 기간(Dauer)과 규모(Größenordnung)라고 한다.[149] 마약범죄의 경우에서는 범죄자가 마약을 단 한번의 행위로 획득하였고 그것을 지속적인 소득을 창출하기 위하여 분할하여 매각하였다면, 영업성은 존재한다고 한다. 그러나 범죄자가 마약을 단 한번의 행위로 매각하려고 계획하였다면, 그러하지 아니하여야 할 것이라고 한다.[150]

### 나) 어느정도 지속적이며 상당량인 소득 창출

#### ① 소득(Einnahme)

범죄자는 어느정도 지속적이며 상당량의 소득의 창출을 목적하여야 하는데, 이때 영업성의 요건으로서의 소득은 다음과 같이 해석된다. 영업성(Gewerbsmäßigkeit)은 경영활동(Gewerblichkeit)과 동일한 의미가 아니며, 영업성은 (시장거래를 통한) 이윤추구(Gewinnstreben)를 전제하지 아니한다고 한다.[151] 즉 영업성의 특징은 "단지 범행을 통해 획득된 대상의 이용을 통해 이윤을 획득하려는 의도가 아니라, 일치되는

145) BGH NStZ 1995, 85면.
146) Dreier/Schulze, 앞의 책, § 108a Rn. 6.
147) CR 1997, 749·751면 (Dreier/Schulze, 앞의 책, § 108a Rn. 6 재인용).
148) Dreier/Schulze, 앞의 책, § 108a Rn. 5.
149) http://www.mediendelikte.de/urhg108a.htm.
150) Weber, Betäubungsmittelgesetz Kommentar, 1999, § 29 Rn. 943.
151) BGH StV 1983, 281면 (S/S/Stree, StGB Kommentar(26. Aufl.), 2001, Vorbem §§ 52 ff Rn. 95 재인용).

범행들의 반복된 실행을 통해 소득을 개발하려는 노력"이라고 한다.[152] 독일 연방의회도 이러한 독일 연방법원의 해석에 동조하여, 1989년 제품해적행위(Produktpiraterie)와 관련한 제안이유서에서 영업성의 개념을 동일하게 설명하였다. 이에 따르면 "영업성은 보호되는 (저작)권리에 대하여 반복적이며 (경우에 따라서는 반복의사로) 수익의도를 가지고 행해지는 고의적인 침해행위에 존재한다. 따라서 경영활동(Gewerbebetrieb)범주의 단순한 거래, 즉 경영행위(gewerbliches Handeln)는 영업성에 포함되지 않는다"고 한다.[153]

따라서 매각의 의도는 영업성의 개념에 전제되지 아니하며,[154] 좁은 의미의 거래행위(Handelstätigkeit)나 금전적 이득은 필요하지 아니한다고 한다. 영업성은 이익기대가 실현되는 것을 전제하지 아니하며, 따라서 범죄자가 약속된 임금을 얻지 못하는 경우에도 또한 영업성은 존재한다고 한다.[155] 또한 특별한 부도덕성이 요구되지도 아니하며, 지속적인 현금유입이 추구되는 것도 필요하지 아니하고, 금전적 가치가 있는 재산상이익, 그리고 지출의 절약도 충분하다고 한다.[156] 예컨대 절도범이 자신의 요구의 충족을 위해 절취물을 취득하여 자신의 소비를 위해 지속적으로 보유함으로써, 절도범이 자신을 위해 사용하려는 것도 영업성의 인정에 충분하다고 한다.[157] 또한 장물의 일부를 숨겨서 범죄적 행동의 계속을 가능하게 하도록 부분적 손해전보에 사용하는 것도 영업성의 인정에 반하지 아니한다고 한다.[158]

마약법(Betäubungsmittelgesetz)의 영업성에 관한 해석에서도 마찬가지이다. 광고의 목적으로 무료견본을 교부하는 경우에 영업성은 이미 존재할 수 있다고 하며,[159] 범죄자가 지속적으로 마약을 자가수요을 위해 획득하는 경우도 영업성에 문제가 되지 않으며, 취득자의 직접적인 이익들도 영업성에 충분하다고 한다.[160] 그러나 이와 다르게 해석한 최근의 판례도 있다. 다른 물건과 달리 마약의 경우에는 총체적으로는

152) Tröndle/Fischer, 앞의 책, Vor § 52 Rn. 62.
153) BT-Drucks. 11/4792, 17면.
154) Dreier/Schulze, 앞의 책, § 108a Rn. 5; Kindhäuser, 앞의 책, § 243 Rn. 24.
155) BGH NStZ 1995, 85면.
156) Weber, 앞의 책, § 29 Rn. 949.
157) BGH NStZ 2003, 41면.
158) Tröndle/Fischer, 앞의 책, Vor § 52 Rn. 62.
159) Weber, 앞의 책, § 29 Rn. 940.
160) BGH NStZ 1998, 622면.

거래에 적합하지 아니하여 합법적인 시장이 존재하지 아니하므로, 범죄자가 단지 자신의 소비를 위해 마약을 구매하는 경우에는 영업적 행위는 존재하지 아니한다고 한다.[161] 이 판례의 해석에 의한다 하더라도 저작물은 마약과 같이 그 자체가 거래할 수 없는 물건이 아니므로, 범죄자가 지속적으로 자신을 위해 사용하려는 것도 영업성의 인정을 부정할 이유는 아니라고 판단된다.

이러한 소득은 범죄자 자신의 소득이어야 한다. 제3자를 위한 소득(예컨대 사업주를 위한 소득)의 경우에는, 범죄자가 범죄행위로부터 제3자에게 간접적인 금전적 이익을 받는다 하더라도 범죄자의 소득으로 인정하기 어렵다고 한다.[162] 즉 보수의 지급여부는 영업성의 판단기준이 되지 아니한다고 한다. 그러나 일회의 사업을 위하여 약속된 보수가 지급되는 경우에, 반복된 실행의 의도는 존재하지 아니한다고 하나,[163] 범죄자가 보수를 주기적으로 수령한 경우라면 영업성은 인정된다고 볼 수도 있다고 한다.[164]

② 상당량과 지속성

소득은 상당량일 것이 요구되는데, 어느 정도가 상당량인지와 관련하여 다음과 같이 해석하고 있다. 소득은 주수입원일 필요가 없고 부수입원도 충분하지만, 소득은 일정량과 일정한 의미(Gewicht)를 가져야만 한다고 한다고 한다.[165] 다만 경우에 따라 경미한 보수는 영업성 인정에 충분하지 아니할 수 있으며, 반대로 사업관계의 개척을 위한 무료 견본의 제공이 영업적 행위일 수 있다고 한다.[166]

또한 추구된 소득이 일정기간 지속되어야 한다고 하는데, 이것은 시간적 무한성을 의미하는 것이 아니라, 어느정도(gewiss)의 지속을 의미한다고 설명할 뿐,[167] 그 이상의 구체적 설명은 나타나지 아니한다.

---

161) BGH NStZ 2003, 41면.
162) BGH wistra 1994, 232 (S/S/Stree, 앞의 책, Vorbem §§ 52 ff Rn. 95 재인용).
163) Weber, 앞의 책, § 29 Rn. 945.
164) S/S/Stree, 앞의 책, Vorbem §§ 52 ff Rn. 95.
165) Weber, 앞의 책, § 29 Rn. 947.
166) Weber, 앞의 책, § 29 Rn. 947.
167) BGHSt 1, 383.

다) 요 약

독일의 영업성 해석을 요약해서 말하자면, 다음과 같다.

첫째, 범행의 반복성 또는 지속성이 요구된다. 다만 이러한 반복성 또는 지속성은 최초 범행시에 행위자의 의도에 존재하면 충분하고 실제적으로 다수의 범행이 실행되었을 필요는 없다.

둘째, 소득을 창출하려는 의도가 있어야 한다. 소득의 창출이란 침해된 저작물의 시장거래를 통한 금전적 이득의 획득일 필요는 없으며, 행위자 자신이 사용하는 등의 지출의 절약 형태(즉 소극적 형태의 소득)에도 존재한다.

셋째, 소득은 행위자 자신을 위한 것이어야 한다. 행위자가 제3자로부터 보수를 받는 등의 형태로 간접적인 금전적 이익을 얻는 것은 원칙적으로, 자신에게 특별한 이익이 배당되지 아니하는 한, 자신을 위한 것으로 보지 아니한다. 즉 소득은 직접적이어야 하며, 직업성(혹은 업무성)과 구분하고 있다.

넷째, 소득은 지속적이고 상당량일 것이 요구된다. 다만 어느정도의 소득이 지속적이고 상당량인지에 대하여는 일반적 기준을 제시하지 아니하고 사안에 따라 해결하고 있다.

2) 저작권 침해관련 구체적 사례 (BGH, Urteil vom 3. März 2004 - 2 StR 109/93)

독일연방법원도 최근의 판결(BGH, Urteil vom 3. März 2004 - 2 StR 109/93)에서 이러한 해석을 기초로 하여 저작권침해행위의 영업성을 판단하였다.

가) 사실관계

피고인은 CD를 제작 판매하는 회사(TD GmbH)의 임원이었다. 동 회사는 불가리

아 회사의 주문을 받아 1994년 5월부터 1996년 1월까지 총 268,090개의 CD를 생산하여 불가리아에 항공으로 수출했다. 이 CD들에는 유명한 대중음악연주가들의 연주가 녹음되어 있었다. 몇몇의 독일 음반회사들이 그 외국국적의 음악저작자의 사용권들을 보유하고 있었는데, 불가리아의 주문자와 독일의 생산회사(TD GmbH) 모두 각 음악저작권자의 동의를 가지고 있지 아니하였다. 피고인은 이러한 사실을 알고 있었고 저작권을 침해함을 인정했다.

나) 본안판단

본 사안과 관련하여 하급심은 피고인을 독일 저작권법 § 108 I Nr. 5 (권리자의 동의없이 불법적으로 음반을 사용하는 자는 3년이하의 징역이나 벌금에 처한다) 에 의하여 비영리범으로 처벌하였다. 이에 대하여 검사는 피고인의 행위는 '영업적 범죄행위'로서 가중적 처벌규정인 독일 저작권법 § 108a가 적용되어야 한다고 상소하였다.

이에 대해 독일연방법원은 경영활동(Gewerbebetrieb)의 영역에서의 불법적 사용은 영업적(gewerbsmäßig) 행위와 동일한 의미로 볼 수 없다는 해석론을 전제로 하여 논증하였다. 본 사안에서 피고인은 이익배당의 형태 혹은 그와 유사한 형태로 동 회사(TD GmbH)의 이익분배에 직접적으로 참여했다거나, 동 회사의 동업자로서 이익배당에 참여했다는 것이 증명되지 아니하였다. M-콘체른 회사들이 동 회사의 단독주주이었고 피고인 자신이 M-콘체른 회사에 주주로서 참여했으나, M-콘체른 회사로부터의 이익배당을 통해서 이득을 보고자 의도했다는 것은 증명되지 아니하였다. 따라서 피고인은 저작권자의 권한을 침해함으로부터 지속적인 소득을 창출하려고 하였다는 것이 증명되지 아니하였으로, 검사의 상소를 기각하고 하급심의 판결을 확정하였다.

다) 검토

본 사안에서 피고인은 1년 8개월간 268,090개의 불법 CD를 제작 · 판매하는 행위에 가담하였음에도 영업범으로 가중처벌되지 않고, 비영업범으로서 일반적 침해행위로 처벌되었다. 이러한 판단의 핵심은, 첫째 영업성과 직업성의 구분함이고, 둘째 '자신

을 위한 소득의 창출유무'이었다. 비록 직업적으로 피고인은 불법CD를 제작 · 판매하는 회사의 임원이었으나, 이러한 불법행위가 자신의 소득을 창출하기 위해 한 것으로 증명되지 아니하였기에 '영업성'이 인정되지 아니한 것이다.

영업범은 피용자로서 침해행위에 가담하는 경우에는 인정되기 어렵고, 사업주나 자영업자 혹은 일반인 - 일반인도 개인PC와 CD라이터를 사용하여 영업적 불법침해를 실현할 수 있다고 한다[168] - 이 자신을 위한 소득을 창출하려는 의도로 저작권침해행위를 하는 경우에 인정될 수 있다고 한다. 아무리 많은 양의 저작물을 불법침해한다고 하더라도 자신의 소득을 만들려는 의도가 없다면 영업성이 인정되지 아니한 반면, 비록 1회의 침해행위라도 자신의 지속적 소득을 만들려는 의도하에서 행해진 것이라면 영업성이 인정되고 있다.

독일 저작권법 제109조[169]에서는 '제106조 내지 제108조, 제108조b의 경우 고소가 있어야 벌한다'라고 규정하여 저작권 침해에 대하여 원칙적으로 친고죄로 하고 있다. 다만 형사소추에 특별한 공중의 이익이 관련된 경우(제109조)와 영업목적으로 저작권을 침해한 경우(제108조a)[170]에는 비친고죄로 규정하고 있다.

독일 저작권법의 경우 영리를 목적으로 하지 않은 단순 불법복제와 영리를 목적으로 하는 불법복제에 대하여 그 수사개시의 요건을 달리 정하고 있다. 영리를 목적으로 하지 않는 불법복제의 경우에는 친고죄의 적용을 받아, 수사의 개시가 피해자의 고소에 종속되도록 하는 반면, 영리를 목적으로 하는 불법복제에 대한 형사소추에는 친고죄 규정을 적용시키지 않고 있다.

즉 우리 컴퓨터프로그램 보호법과 비교하여 프로그램저작권 범죄가 상습적으로 해하여진 것에 초점을 맞추지 않고, 영리목적으로 저작권침해를 한 것에 초점을 맞추고 있다. 영리목적으로 저작권을 침해하는 경우에는 보통 상당한 기술적 설비를 갖추게 되고, 그 경제적 수입도 큰 것이 보통이다. 이러한 범죄유형은 보통 조직적으로

168) http://www.mediendelikte.de/urhg108a.htm.

169) § 109 [Strafantrag] In den Fällen der §§ 106 bis 108 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichcen Interesses an der trafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

170) § 108a [Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung] (1) Handelt der Täter in den Fällen der §§ 106 bis 108 gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

행해지며, 따라서 이러한 범죄에 대해서는 단호하게 대처하여야 한다. 이에는 비단 형벌의 양을 일반 저작권침해의 경우에 비하여 강화하는 것뿐만 아니라, 아예 이를 비친고죄로 하여 저작권침해에 대하여 신속하고 효과적으로 대처할 수 있어야 한다. 영리목적의 프로그램저작권침해의 경우에는 저작권자에게 미치는 경제적 손실이 막대하고 그 침해자의 행태가 형사상 특히 비난받을 만하기 때문이다.[171]

### 3. 일본

일본 저작권법에서 저작권 범죄는 원칙적으로 친고죄이므로 형사소추에는 고소가 필요하다(동법 제123조제1항). 또한 무명 또는 이명 저작물의 발행자는 그 저작물에 관한 죄에 대하여 고소할 수 있다(동법 제123조제2항). 다만, 무명 또는 이명 저작물 발행자의 고소의 경우 저작자의 이명이 그 자의 것으로 주지되어 있거나 실명의 등록이 있을 경우 및 당해 고소가 저작자가 명시한 의사에 반하는 경우에는 공소를 제기할 수 없다(동법 제123조제2항 단서).[172]

일본 저작권법도 "제119조, 제120조의2제3호 및 제4호, 제121조의2 및 전조의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다"고 하여 원칙적으로 저작권 침해죄를 친고죄로 규정하고 있다.[173] 다만, 저작자 사후의 인격권 침해의 경우, 기술적 보호조치 회피의 경우, 성명 사칭의 경우 및 출처표시 위반의 경우에는 사익뿐만 아니라 공익의 침해 소지도 있으므로 비친고죄로 규정하고 있다.

< 표> 외국의 입법례

171) 안효질, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 2002, 197면. 독일저작권법상 영리목적의 저작권침해에 대한 형사처벌의 강화이유에 대해서는 BT-Drucksache 10/3360, s. 20 f. 참조.

172) 저작자사후의 인격권침해죄, 기술적보호조치회피죄, 성명사칭죄 및 출처표시위반죄는 그 보호법익이 사익뿐만 아니라 사회공익이기 때문에 비친고죄로 하고 있다(일본저작권법 제120조 내지 제122조).

173) 일본 저작권법 제123조제1항.

| | 입 법 례 |
|---|---|
| 미국 | 상업적이익이나 개인의 금전적 이득을 위해 일정기간(180일내)동안, 침해가치(1,000달러 이상)를 지니는 저작물 또는 음반을 복제배포하는 경우 처벌(저작권법제506조) |
| 독일 | 친고죄가 원칙이나 공공의 이익이 관련된 형사소추와 영리목적의 저작권침해에는 비친고죄 적용(저작권법제109조) |
| 일본 | 원칙적으로 친고죄임(저작권법제123조) |

# 제4장 우리나라 SW 저작권 침해와 비친고죄화

## 제1절 현행법상 저작권침해죄

### 1. 개요.

2006년 12월 28일 개정되어 2007년 6월 28일 시행된 저작권법의 주요 개정내용 중 하나는 비친고죄 대상의 확대이다. 저작권법 제140조에 따르면, 특히 영리를 위하여 상습적으로 지적재산권 등을 복제 등의 방법으로 침해하거나 데이터베이스제작자의 권리를 침해한 경우(저작권법 제140조제1항), 업으로 또는 영리를 목적으로 기술적 보호조치나 권리관리정보를 침해한 경우(저작권법 제140조제2항) 그리고 침해물을 배포목적으로 수입 또는 소지하는 행위가 영리를 목적한 경우(저작권법 제140조제3항)를 비친고죄로 하였다.[174] 다른 한편, 2006년 10월 4일 개정되어 2007년 4월 4일 시행된 컴퓨터프로그램 보호법[175]은 프로그램저작권 침해행위에 대하여 다수의 유형에 대하여 친고죄로 규정하고 있으나, 한미 FTA 합의의 후속조처의 하나로 입법예고된 컴퓨터프로그램 보호법 개정안은 "영리목적 또는 6개월 내에 침해된 프로그램의 가격이 100만원을 넘을 경우" 비친고죄를 적용하도록 하고 있다.[176] 저작권법의 개정취지는 "최근 저작권이 산업화되면서 침해행위가 조직적이고 반복적으로 이루어지는 경우가 많으며, 저작자 등이 개인적으로 그 사실을 알거나 대응하기도 어렵고 산업적인 피해가 심각하기 때문에 그 권익을 심각하게 침해하는 경우(영리+상습적)에 비친고죄 적용범위를 확대"[177]한 것이라고 한다. 이러한 현행 저작권법상의 친고죄 규

174) 개정 저작권법의 비친고죄 확대 대상에 대한 상세한 설명은 심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권 제76호(2006 겨울호), 63-65 참조.

175) 프로그램저작물은 일반저작물과 달리 '표현'이 중요한 것이 아니라, 그 '기능'이 중요하고, 일반저작물과 달리 그 수명이 짧은 특징을 가지고 있다. 이러한 특수성과 연관되어 프로그램저작물에 대하여 별도의 법률로서 제정되어 있다(서달주, 한국저작권법, 2007, 607면).

176) 디지털 타임스, [변화하는 SW 저작권] (1) 저작권과 친고죄, 2007.09.14. 이미 2004년 2월 국제지적재산권연맹(IIPA)에서 발표한 지적재산권 이행보고서에서는 우리나라를 우선감시대상국으로 유지할 것을 권고하였고, 프로그램저작권 침해행위의 경우에 피해자의 고소가 없더라도 처벌이 가능하도록 요건완화를 주장하였다(최용암 외, 효과적 S/W 보호를 위한 법제정비방안[상], 정보통신부, 2004, 98면).

정과 입법 예고된 컴퓨터프로그램 보호법상의 친고죄 규정에 대하여 필자는 원칙적으로 찬성하는 바이다.

인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물인 저작물과 컴퓨터 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물인 컴퓨터프로그램저작물은 그 창작자를 위해서뿐만 아니라 사회·국가적으로도 보호되어야 한다는 것은 명약관화하다. 이러한 창작물은 저작권법과 컴퓨터프로그램 보호법을 통해 보호되고 있으며, 특히 창작물에 대한 권리를 침해한 경우에는 민사적 구제수단뿐만이 아니라 형사적 벌칙이 규정되어 있다. 벌칙규정과 관련해서는 원칙적으로 친고죄로 규정되어 있다는 것이 특징적이다.[178] 저작권(컴퓨터프로그램저작권을 포함) 침해행위를 친고죄로 규정하는 것에 대하여 근래에 많은 논의가 이루어졌고, 법률의 개정시에 항상 중요한 쟁점으로 다루어져 왔다.[179] 현재의 현실을 감안하여 저작권(프로그램저작권권을 포함) 침해행위에 대한 형사제재를 친고죄로 규정하는 것과 비친고죄로 규정하는 것 중 어느 것이 저작권자의 권리를 보호하고 사용자의 이익을 해하지 않는지가 논의의 쟁점이다. 저작권 침해행위는 피해자 개인의 문제일 뿐만 아니라 국가 산업경쟁력의 약화와 같은 사회적인 문제라는 점, 저작권자를 알 수 없는 경우 그리고 영세한 저작권자의 이익을 보호하기 위해서는 '비친고죄'로 규정함이 타당하다고 주장하는 반면, 저작권은 원칙적으로 사권(私權)을 보호하는 것이므로 이에 대한 침해 역시 원칙적으로 피해자가 침해자에 대하여 형사책임을 물을 것인지를 결정해야 하고,[180] 민사적 구제수단이 비효율적이고 미미한 현실상 저작권자의 권리를 더 효과적으로 보호하기 위해서는 저작권자의 의지에 따라 저작물(프로그램 저작물 포함)의 사용과 유통이 통제되어야 하므로 '친고죄'로 규정하여야 한다는 견해,[181] 그리고 반의사불벌

177) 심동섭, 앞의 글, 64면.

178) 저작권법 제140조, 컴퓨터프로그램 보호법 제48조 참조. 컴퓨터프로그램 보호법 제48조의 문구상 비친고죄가 원칙인 듯하나, 실질적으로 프로그램저작권 침해행위의 대부분이 친고죄로 규정되어 있다.

179) 2007년 9월 4일에는 이상민의원 등이 "현행법은 저작권자가 문제삼지 않는 경우에도 형사처벌될 수 있도록 규정하고 있어 인류번영의 토대가 되는 지적재산의 전달·공유가 위축될 우려가 있음. 이에 지적재산의 전달 및 공유가 위축되지 않도록 저작권 권리자가 처벌을 요구하지 않을시 처벌하지 않도록 하고자 하는 것"이라는 이유로 다시 반의사불벌죄로의 개정안을 제출하였다.

180) 그러나 사권(私權)의 침해에 대한 형사책임추구의 여부는 원칙적으로 그 피해자의 판단에 맡기는 것이 타당하다라고 저작권범죄의 친고죄규정을 설명하는 것은 바람직하지 아니해 보인다. 형법상 재산권관련 범죄들 경우에 대다수는 비친고죄로 규정되어 있는데, 이러한 침해행위를 형사처벌하는 것도 개인의 재산권, 즉 사권을 보호함이 일차적 이유이기 때문이다.

181) 비친고죄로의 규정함은, 산업측면에서 바라볼 때도 불법이용자가 지금의 구제 여지없이 바로 형사처벌이

죄로 규정하자는 견해가 대립하고 있다.[182]

여기에서 이와 관련한 더 이상의 상세한 논의는 피하기로 하고, 필자의 입장만을 밝히고자 한다. 저작권자의 이익보호와 일반공중의 이익도모에 중심이 있는 저작권 제도 특징상 형사적 제재이전에 범죄자와 피해자의 화해를 통하여 피해자의 이익을 도모하고자 하는데 저작권침해행위에 대하여 친고죄로 규정한 이유를 찾을 수 있다. 그렇다면, 저작권법상 친고죄의 존재를 전적으로 부정할 필요는 없다. 다만 저작물(컴퓨터프로그램을 포함)에 대한 조직적·대량적 침해행위가 발생하는 경우, 그 피해 규모도 크고 나아가 저작물의 공정한 유통질서를 심각하게 침해하게 된다. 이러한 침해의 경우는 단순한 개인의 재산권침해의 정도를 초과하는 경제범죄[183]로 보아야 할 것이고, 이러한 경제범죄적 성격을 띠게 되는 저작권침해유형에 대해서는 일반적인 침해유형과 달리 국가가 보다 적극적으로 보호하고 대처해야 할 필요가 있다. 따라서 이러한 경우는 저작자의 소추의사와 관계없이 국가의 형벌권이 작용될 수 있는 비친고죄로 규정함이 타당할 것이다.[184]

이때 과연 비친고죄로 규정할 범위가 어디까지인지의 문제가 논의의 중심으로 떠오른다. 현행 저작권법과 컴퓨터프로그램 보호법 개정안에서는 그 기준으로 '영리성'을 제시하고 있는데, 영리성은 무엇을 의미하며, 구체적으로 어떠한 경우에 영리성을 인정할 수 있는지에 대하여 검토가 필요하다. 아래에서 필자는 먼저 저작권법과 컴퓨터프로그램 보호법상의 친고죄규정을 살펴본 후에, 특히 우리 저작권법과 유사한 형사제재규정을 두고 있는 독일의 '영리성'판단에 대한 논의를 검토하여 영리성에 대한 해석론을 전개하고자 한다.

---

되어 이에 처한 이용자가 고객이 될 리 만무하고 프로그램저작권자, 이용자 모두에게 불리한 제도라고 한다(디지털 타임지, [변화하는 SW 저작권] 공청회 달군 친고죄 삭제 논란, 2007.09.14). 특히 프로그램의 경우에는 자신의 프로그램으로 표준화시키기 위해 널리 보급시킬 필요성이 있을 수 있는데, 직권으로 침해행위를 단속하는 것은 권리자의 의사에 반하게 되며, 자신의 권리의 보호·관리를 태만히 하고 있는 자를 부당하게 보호한다고 한다 (이상정 외, SW저작권과 관련한 친고죄와 단속권에 관한 연구, 2001, 90-91면).

182) 저작권침해에 대한 친고죄 논의에 대해서는 최용암 외, 앞의 보고서, 96-116면 참조.

183) 법익침해로부터 법익을 보호함으로써 사회를 유지·존속시킨다는 형법의 기능적 시각에서 보면, 경제범죄란 '경제질서 전체 또는 개개의 경제제도를 침해하거나 위태롭게 하는 행위'를 의미하며, 초개인적 경제질서 자체를 보호법익으로 한다 (류전철, 경제범죄의 개념과 유형, 법학논총 제8집(2002.08), 조선대학교 법학연구소, 55면 참조).

184) 김정환, 저작권법상 범죄의 비친고죄화에 대한 형사법적 검토, 산업재산권 제23호(2007.08), 270면.

## 2. 저작권법의 벌칙규정

저작권법 제140조에 따르면, 저작권 범죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 영리를 위하여 상습적으로 저작권을 복제・공연・공중송신・전시・배포・대여・2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 경우와 영리를 위하여 상습적으로 데이터베이스 제작자의 권리를 복제・배포・방송 또는 전송의 방법으로 침해한 경우에 해당하는 행위를 한 경우, 등록을 허위로 하거나, 기술조치를 침해하거나, 권리관리정보를 훼손하거나, 부정발행, 사후 인격적 이익을 침해하거나, 무허가 저작권신탁관리업이나 대리중개업을 하거나, 온라인서비스제공자의 업무방해, 영리를 목적으로 침해의제행위를 한 경우 등의 경우에는 비친고죄로 규정하고 있다.

이렇듯 저작권 침해행위를 원칙적으로 친고죄로 한 것은 저작권이 사권(私權)이기 때문이고, 반대로 일부 침해행위를 비친고죄로 한 것은 그 침해행위의 보호법익이 개인적 이익이 아니라 '사회적 공익'이기 때문이라고 설명한다.[185] 이때 '사회적 공익'은 구체적으로 무엇을 의미하는지가 의문시되고, 따라서 이에 대한 상세한 기준이 필요로 하게 된다. 이러한 공익성 침해기준에 대한 일반화의 어려움을 인정하면서, 미국 저작권법에서 일정기간 침해한 저작물의 가격을 기준으로 하는 방안을 제안하거나,[186] 불법복제가 대량・대규모로 이루어지는 경우 '저작물의 공정한 유통질서'라는 공공의 이익을 심각하게 저해하는 경제범죄 또는 공공범죄라고 설명한다.[187] 그러나 아직 통일적인 명확한 개념정의는 이루어지고 있지 아니하다.

참고로 독일 저작권법 제109조에 따르면, 저작권범죄는 원칙적으로 친고죄이나 "형사소추관청이 형사처벌에의 특수한 공공 이익을 이유로 직권에 의한 개입이 명해지는 경우"에는 비친고죄로 규정하고 있어, '특수한 공공 이익(Besonderes öffentliches Interesse)'이 무엇인지에 대한 논의가 있다. 그러나 독일에서도 이에 대한 통일적인

185) 안효질, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구 - 주요 선진국을 중심으로, 2001, 157면; 이상정・송영식, 저작권법개설(제4판), 2007, 339면; 정완, 소프트웨어 불법복제 실태와 법제도적 개선방안, 2003, 148면; 최용암 외, 앞의 보고서, 97면; 홍승희, 지식재산권 관련 형벌법규 정비방안, 2006, 108면.
186) 이상정 외, 앞의 보고서, 89-90면.
187) 최용암 외, 앞의 보고서, 3면.

정의는 아직까지 존재하지 아니하고,[188] 이에 대하여 구체적으로 서술하고 있는 한 견해에 의하면, 동일인의 반복 범행; 단체나 컴퓨터 동호회 등의 조직화된 행위; 대가를 받고 다수의 프로그램을 배포하는 행위; 잡지 등을 통해 프로그램 전체를 공개적으로 공급하는 행위; 대량으로, 즉 평균 100개 정도 이상의 불법복제 프로그램을 보유하고서 개인물물거래를 하는 행위; 고가의 프로그램, 즉 5000DM ~ 10000DM (대략 300~600만원)정도의 거래가격인 프로그램을 배포하는 행위 등을 특별한 공공이익의 예로서 들고 있다. 반면 개인이 자기 자신이 이용하기 위해서 일상적으로 존재하는 거래를 통해 다수의 프로그램을 거래하는 행위는 특별한 공공이익이 없다고 한다.[189]

생각건대, 사회적 공익이라는 일반개념은 현행 저작권법상 '영리'라는 문구로 표현되었다고 보여지고, 결국 '영리'개념의 해석이 중요한 의미를 갖는다고 하겠다.

### 3. 컴퓨터프로그램 보호법의 벌칙 규정

컴퓨터프로그램은 저작권법의 특별법[190]인 컴퓨터프로그램 보호법에 의하여 보호되며, 컴퓨터프로그램 보호법 제7조에 따르면, 프로그램제작자는 프로그램 공표권과 성명표시권, 동일성유지권 그리고 프로그램을 스스로 복제, 개작, 번역, 배포, 발송 및 전송할 권리를 가진다. 이러한 프로그램저작권에 대한 침해를 컴퓨터프로그램 보호법은 제29조에 규정해 두고 있으며,[191] 이러한 경우 저작권자는 민사적 구제수단

188) Heghmanns, Öffentliches und besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie, NStZ 1991, 116면.

189) Heghmanns, 앞의 글, 116면.

190) 컴퓨터프로그램 보호법 "제45조 (다른 법률과의 관계) 이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 「저작권법」의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다."라는 컴퓨터프로그램 보호법을 저작권법의 특별법으로 보는 근거가 된다. 그리하여 저작권법은 컴퓨터프로그램 보호법에 대하여 일반법으로서 프로그램에 관한 한 보충적 효력을 갖게 된다 (서달주, 앞의 책, 686면). 그러나 벌칙규정과 관련하여서는 죄형법정주의의 원칙상 저작권법상의 벌칙규정은 유추적용 금지의 원칙에 따라 컴퓨터프로그램저작물 관련 범죄에 준용할 수 없다 (같은 책, 536・688면).

191) 불필요한 조문을 규정함으로써 오히려 '공표권' 침해에 대한 법적 보호의 공백을 만들었다는 의미있는 비판이 있다 (김규성, 컴퓨터프로그램 보호법, 2007, 204면).

이외에 형사적 구제수단을 통하여 보호받을 수 있다(컴퓨터프로그램 보호법 제46조). 현행 컴퓨터프로그램보호법 제48조(고소)에서는 「제46조제1항(제3호의 경우 중 제30조제2항의 규정을 위반한 경우를 제외한다) 및 동조 제3항 제2호·제4호의 죄는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다」고 규정하고 있다.

컴퓨터프로그램보호법은 ① 정당한 권원없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해하거나 다른 사람의 프로그램배타적발행권등을 복제·배포 및 전송의 방법으로 침해한 경우(제29조 제1항), ② 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입한 경우(제29조 제4항 제1호), ③ 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 경우(제29조 제4항 제2호), ④ 정당한 권원없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화한 경우(제30조 제1항), ⑤ 정당한 권원없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경한 경우(제29조 제2항), ⑥ 정당한 권한없이 고의로 권리관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 경우(제29조 제4항 제3호)에는 고소가 있어야 소를 제기할 수 있는 친고죄[192]로 규정하고 있다.

그러나 프로그램의 복제물을 관리하는 업무에 종사하는 자의 비밀유지의무위반(제46조 제2항), 지정을 받지 않고 프로그램저작권위탁관리업무를 한 자(제46조 제3항 제1호), 허위로 프로그램의 등록, 복제물의 제출, 프로그램저작권의 이전등록 등(제46조 제3항 제3호)을 한 경우, 신고없이 프로그램저작권의 대리 중개업을 한 경우(제46조 제4항), 상습적으로 일정한 저작권침해행위를 하는 경우(제47조),[193] 기술적

192) 친고죄란 범죄피해자가 수사기관에 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시(고소)를 하여야 범인을 처벌할 수 있는 범죄를 말한다. 친고죄는 공소제기로 피해사실이 알려져 피해자의 명예·비밀을 해할 염려가 있는 경우 또는 私益性이 강하여 국가적 형벌권의 행사없이 내부적으로 해결하는 것이 바람직한 경우 입법자의 정책의지에 의하여 설정된 것이라 할 수 있다.

193) 특히 "상습으로" ① 정당한 권원 없이 다른 사람의 프로그램 저작권 또는 프로그램 배타적 발행권 등을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송하는 방법으로 침해하는 행위, ② 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위와 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위, ③ 정당한 권원없이 기술적 보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술

보호조치를 무력화하는 기기 · 장치 · 부품 등을 제조 · 수입하거나 공중에 양도 · 대여 또는 유통하는 경우와 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송 · 배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공한 경우(제30조 제2항)는 비친고죄로 규정하고 있다. 이러한 행위들은 프로그램저작권자의 사익뿐만 아니라 공익과도 관련이 있거나 그 침해행위가 상습적이어서 법에 의한 엄격한 단속 및 제재가 요구되기 때문이다.

| 형사소추요건 | 규 정 | 내 용 |
|---|---|---|
| 친고죄 | §29① | 복제 · 개작 · 번역 · 배포 · 발행 및 전송권 침해 |
| | §29② | 성명표시권 등 위반 |
| | §29④1, 2 | 프로그램저작권 침해프로그램의 국내 배포목적 수입, 침해프로그램의 복제물을 지정취득후 업무상 사용 |
| | §29④3 | 저작권관리정보 침해 |
| | §30① | 기술적보호조치 무력화 행위 |
| 비친고죄 | §20① | 지정없는 위탁관리업무 |
| | §20② | 신고없는 대리 · 중개업 |
| | §25 | 비밀유지의무위반 |
| | §29③ | 허위등록 · 제출 |

현행 컴퓨터프로그램보호법 제48조는 프로그램저작권 침해에 대한 공소제기의 요건으로 권리자의 '고소'를 규정하고 있다. 즉 프로그램저작권 침해행위는 친고죄이므로 형사소추에는 권리자의 고소가 필요하다. 이와 같이 컴퓨터프로그램보호법이 프로그램저작권 침해행위에 대하여 친고죄로 한 이유는 컴퓨터프로그램보호법이 원칙적으로 사권을 보호하는 것이므로 그 침해에 대해서 형사책임을 물을 것인지의 여부를 판단하는 것도 원칙적으로 그 피해자의 결정에 일임하여야 한다는 점을 고려한 것이다. 프로그램저작물의 경우는 그 정도가 크지는 않지만, 저작물은 창작자의 정신활동의 산물로서 그의 인격적 요소가 내포되어 있고 저작자와 저작물간에 정신적 유대관계가 깊은 것으로 그 침해시에 형사책임의 추궁여부를 피해자의 의견을 최대한

을 제공하는 자는 가중하여 처벌하고 있다 (컴퓨터프로그램 보호법 제47조).

존중하여 판단하여야 하기 때문이다.

### 4. 컴퓨터프로그램 보호법 개정안

컴퓨터프로그램 보호법상의 비친고죄 관련 개정은 2004년 지적재산권보호종합대책에서 관련 산업을 보호하고 단속 및 처리절차의 신속성을 기하고자 저작권법과 컴퓨터프로그램 보호법 개정안을 제출하였다. 2004년 9월 4일 정성호 의원 등 12인이 제출한 개정안의 제안이유는 "컴퓨터프로그램은 컴퓨터정보화사회에 있어서 필수불가결한 지적창작물로써 사적 재산권으로서의 성격뿐만 아니라 공익을 위한 성격이 매우 강하고 앞으로의 발전가능성이 큰 반면에 컴퓨터프로그램의 무단 복제 등 또한 성행하여 전세계적으로 비난을 받고 있음에도 불구하고 컴퓨터프로그램보호법에서는 컴퓨터프로그램과 관련된 범죄를 친고죄로 규정한 것이 많아 사실상 컴퓨터프로그램에 대한 보호가 유명무실하게 되었기 때문에 동법의 친고죄를 비친고죄로 개정하여 동법의 컴퓨터프로그램에 대한 보호를 강화하고자 함"이라고 제시되어 있으며, 주요내용은 "특정한 기준 없이 친고죄로 규정한 컴퓨터프로그램보호법 제48조를 삭제함으로써 일관성을 유지하도록 한다(안 제48조 삭제)"는 내용을 담고 있었다.

이후에도 컴퓨터프로그램 보호법의 개정논의가 있을 때마다 친고죄의 존치여부, 조치할 경우 친고죄의 대상에 대하여 논의가 되었다. 머리말에서 보았듯이, 컴퓨터프로그램 보호법 개정안은 "영리목적 또는 6개월 내에 침해된 프로그램의 가격이 100만원을 넘을 경우" 비친고죄를 적용하도록 하고 있다. 이러한 개정안에서 역시 '영리'의 해석이 중요한 의미를 가지게 된다. 이에 최근 컴퓨터프로그램 보호법 개정안의 내용을 살펴보기로 하겠다.

#### 가. 컴퓨터프로그램 보호법 개정안 주요내용

2007년 8월 28일 컴퓨터프로그램 보호법 일부개정안이 발의되었다. 개정안의 제안 이유는 한미 FTA 합의사항에 따라 프로그램저작권자의 권리와 프로그램저작권 집행을 강화하는 등 한미 FTA 이행에 필요한 관련 규정을 정비하고, 현행 대통령령에 규정된 위임사항을 법률에서 직접 위임하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선・보완하려는 것이다.

개정안의 주요내용은 ①프로그램저작권자의 권리 강화,[194] ② 프로그램저작권 침해에 대한 민사적 해결 절차 마련,[195] ③ 형사적 집행 절차 강화,[196] ④ 온라인서비스 제공자의 책임제한 요건 명확화 등,[197] ⑤ 권리관리정보 및 기술적 보호조치 관련 규정의 강화,[198] ⑥ 형사처벌 대상 축소 등, ⑦ 분과위원회 심의의 효력 근거 마련 등[199]의 내용을 담고 있다.

위의 개정안 내용 중에 형사처벌 대상 축소한다는 취지에서 안 제46조에서 영리목적 또는 6개월 내에 침해된 프로그램의 총 시장가격이 100만원을 초과하는 경우만을 형사처벌의 대상이 되도록 하였으며 권리자의 고소 없이도 기소할 수 있도록 친

194) 프로그램저작권의 보호기간을 저작자의 생존기간 및 사망 후 70년으로, 무명·이명 저작물인 경우 또는 업무상 창작한 경우 프로그램의 보호기간을 공표된 다음 연도부터 70년으로 규정함(안 제7조의2), 현행 복제의 정의규정에 '일시적 또는 영구적'이라는 문구를 포함시켜 프로그램저작물이 일시적으로 저장되는 경우도 복제에 해당되도록 하고, 통신과정에서 기술적인 과정의 일부로서 발생하는 경우 등 일정한 경우에는 침해가 되지 않도록 함(안 제2조제3호 및 제12조제2항)

195) 프로그램저작권 침해행위에 의하여 만들어진 물건과 침해행위에 제공된 도구등의 압류를 법원이 명할 수 있도록 규정함(안 제31조제3항), 프로그램저작권을 침해당한 권리자는 실제 손해액의 입증이 용이하지 아니한 경우 30만원에서 3천만원의 범위 내에서 상당한 금액의 배상을 법원에 청구할 수 있도록 함(안 제32조의2), 법원은 프로그램저작권의 침해에 관한 소송에 있어서 당사자의 신청에 따라 증거 수집을 목적으로 필요하다고 인정한 때에는 타당사자에 대하여 그가 알고 있거나 관리 또는 지배하고 있는 정보의 제공을 명할 수 있도록 함(안 제33조의2), 프로그램저작권의 침해에 관한 소송 당사자가 준비서면 등에 영업비밀이 포함되어 있음을 소명한 경우 법원이 소송 목적 이외의 목적으로는 공개를 금지하는 명령을 할 수 있도록 함(안 제33조의3)

196) 저작권자가 정품임을 표시하기 위하여 제작한 라벨을 위조하여 유통하거나 저작권자가 의도한 방법 이외의 방법으로 유통하지 못하도록 함(안 제33조의6), 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물과 침해행위에 제공된 기기·장치·부품 등 침해자 또는 배포자의 소유에 속하는 것을 몰수할 수 있도록 함(안 제46조의2)

197) 온라인서비스제공자의 유형을 구체화하여, 각각의 경우에 따른 면책요건을 명확히 함(안 제33조의4 내지 제33조의7), 정보통신망상에서 프로그램저작물의 복제·전송으로 인하여 프로그램저작권을 침해당하였다고 주장하는 자는 소제기를 위하여 정보통신부장관에게 해당 서비스제공자가 보유하고 있는 최소한의 이용자 정보 제공을 청구할 수 있도록 함(안 제34조의8)

198) 권리관리정보가 정당한 권한없이 제거 또는 변경되었다는 사실을 알면서 그 권리관리정보를 배포하거나 배포할 목적으로 수입하는 행위를 하지 못하도록 함(안 제34조의9), 프로그램저작물에의 접근을 통제하는 기술적 보호조치의 무력화 행위 및 무력화를 위한 도구의 거래 행위 등을 하지 못하도록 함(안 제34조의10 및 제34조의11)

199) 분과위원회에서 부정복제물 등에 대하여 심의한 사항을 위원회가 심의한 것으로 함(안 제35조), 현행 대통령령으로 위임된 프로그램저작권의 대리·중개업 신고의 수리에 관한 사항 등을 법률에서 직접 규정함(안 제45조의2)

고죄 규정을 삭제하는 내용을 담고 있으며, 해당 규정은 미국 저작권법 제506조(a)를 참조한 것으로 보인다.

나. 개정조문 비교표

| 현 행 | 개 정(안) |
|---|---|
| 第46條(罰則) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 者는 5년이하의 懲役 또는 5千萬원이하의 罰金에 處하거나 이를 倂科할 수 있다. | 제46조(벌칙) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. |
| 1. 第29條第1項의 規定을 위반한 者 | 1. 영리를 목적으로 또는 6개월의 기간 안에 침해된 프로그램의 총 시장가격이 100만원을 초과하여 제29조제1항의 규정을 위반한 자 |
| 2. 第29條第4項第1號 또는 第2號의 規定에 해당하는 행위를 한 者 | 2. 제29조제4항제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위를 한 자 |
| 3. 第30條의 規定을 위반한 者 | 3.제33조의3제1항의 규정을 위반한 자 |
| | 4. 영리를 목적으로 제34조의10 및 제34조의11의 규정을 위반한 자(다만, 비영리 도서관, 기록보존소 또는 교육기관의 경우는 그러하지 아니하다) |
| ②第25條의 規定에 위반한 者는 2年이하의 懲役 또는 2千萬원이하의 罰金에 處한다. | ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다. |
| | 1. 제25조의 규정을 위반한 자 |
| | 2. 제34조의8제3항의 규정을 위반한 자 |
| ③다음 各號의 1에 해당하는 者는 1年이하의 懲役 또는 1千萬원이하의 罰金에 處한다. | ③다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다. |
| 1. 제20조제1항의 규정에 의한 지정을 받지 아니하고 프로그램저작권위탁관리업무를 | 1. 제20조제1항의 규정에 의한 지정을 받지 아니하고 프로그램저작권위탁관리업무를 |

| | |
|---|---|
| 한 자<br>2. 제29조제2항의 규정을 위반한 자<br>3. 제29조제3항의 규정을 위반한 자<br>4. 第29條第4項 第3號의 規定에 해당하는 행위를 한 者<br><br>④ (생 략)<br><신 설><br><br>第48條(告訴) 제46조제1항(제3호의 경우중 제30조제2항의 규정을 위반한 경우를 제외한다) 및 同條 第3項第2號·第4號의 罪는 프로그램著作權者 또는 프로그램배타적발행권자등의 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다. | 한 자<br>2. 제29조제2항의 규정을 위반한 자<br>3. 제29조제3항의 규정을 위반한 자<br>4. 제33조의6의 규정을 위반한 자<br>5. 제34조의8제1항의 규정에 따른 이용자 정보의 제공을 허위로 청구한 자<br>6. 영리를 목적으로 제34조의9의 규정을 위반한 자(다만, 비영리 도서관, 기록보존소 또는 교육기관의 경우는 그러하지 아니하다)<br>④ (현행과 같음)<br>⑤제1항제3호의 죄는 대한민국 영역외에서 동항의 죄를 범한 자에게도 적용된다.<br><br>제48조 <삭 제> |

## 제2절 저작권침해행위의 “영리성” 해석

### 1. 영업성과 직업성

#### 가. 일반적 논의

전술한 바와 같이, 독일 판례와 통설은 영업성(Gewerbsmäßigkeit)의 개념을, ‘직업성(Geschäftsmäßigkeit)’개념과 구분함을 전제로 하여, 영업성은 경영활동(Gewerblichkeit)과 동일한 의미가 아니며, 시장을 통한 이윤추구를 전제하지 아니한다고 한다.[200]

행위자가 범행을 동일한 방식으로 반복하려고 하는 의도와 그것을 통해 범행을 ‘지속적인 혹은 적어도 한번은 반복되는 자신의 경제적 혹은 직업적 활동의 부분을 만들려고 의도함’이, 직업적(geschäftsmäßig) 범행을 나타낸다고 한다.[201] 이러한 의도가 존재하는 경우에는 영업적 행위와 마찬가지로 이미 첫 번째 행위도 직업성의 표지를 충족시킨다.[202] 직업성의 해석에서는 재산상의 이익을 창출하려는 의도가 존재할 필요는 없다고 한다.[203] 앞의 구체적 판례에서 보았듯이, 비록 저작권침해결과물의 시장거래를 통하여 이윤을 획득하였거나 하려고 한 것은 아니나, 자신의 소득으로 만들려는 의도(최소한 소극적인 소득 창출 등)가 있어야 영업성이 인정되고, 직업성은 이러한 의도가 없어도 직업적 활동의 일부로서 한다는 의도만 있으면 성립한다.

우리는 일반적으로 “영업범(Gewerbsmäßigkeit)”이란 행위자가 행위의 반복으로 수입원을 삼는 것을 말하며, “직업범(Geschäftsmäßigkeit)”은 범죄의 반복이 경제적 · 직업적 활동이 된 경우를 말한다고 한다.[204] 이러한 영업범과 직업범의 구분함과 관련

---

200) 반면 독일의 소수견해는 영업성과 관련하여 직업상의 행위가 요구된다고 해석하기도 한다 - Stratenwerth, Schultz-FG, 88면(S/S/Stree, 앞의 책, Vorbem §§ 52 ff Rn. 95 재인용).
201) RG 61, 52; 72, 315; Bay NStZ 1981, 29면 (S/S/Stree, 앞의 책, Vorbem §§ 52 ff Rn. 97 재인용).
202) Bay NStZ 1981, 29면 (S/S/Stree, 앞의 책, Vorbem §§ 52 ff Rn. 97 재인용).
203) RG 61, 52 (S/S/Stree, 앞의 책, Vorbem §§ 52 ff Rn. 97 재인용).
204) 이재상, 앞의 책, 526면.

하여 “직업범은 반드시 영리적 목적으로 할 필요가 없다는 점에서 영업범과 구별된다.”라고 설명하기도 하며,[205] 양자의 구별실익이 없으므로 모두 영업범이라고 설명하기도 한다.[206] 실제 판례에서는 무면허 의료행위[207]와 불법 의약품판매행위[208]를 영업범의 사례로서 포괄하여 처벌하였다.

### 나. 저작권법상의 논의

현행 저작권법을 살펴보면, 권리의 침해행위를 규정한 제136조 제2항 제5호와 제6호에서는 “업으로 또는 영리를 목적으로”라고 규정하고, 이러한 침해행위에 대하여는 비친고죄로 규정하고 있다(제140조 제2호). 반면 제140조 제1호에서는 제136조 제1항 및 제136조 제2항 제3호의 침해행위를 “영리를 위하여 상습적으로”한 경우를 비친고죄로 규정하며, 한편 제140조 제3호에서는 제136조 제2항 제4호의 침해행위를 “영리를 목적으로” 한 경우를 비친고죄로 규정하고 있다.

일반 형법보다 빈번하게 개정논의가 이루어지고 실제로도 자주 개정되는 저작권법에서 이러한 비친고죄 적용조항의 차별화는 입법자의 입법상의 과오라기보다는, 각 침해행위의 형태와 관련하여 의도적으로 친고죄 적용을 다르게 입법한 것이라고 판단된다. 따라서 저작권법 영역에서는 ‘영리성’의 개념 속에 ‘업무성’의 개념이 포함된 것으로 볼 것이 아니라, “업무성”의 개념은 별개의 개념으로 구분해야 할 것이다.

한편, 해석의 출발점은 법문의 일상적 의미의 폭이다.[209] 국어사전에서는 ‘영리’를 “재산상의 이익을 꾀함”이라고 설명하고, ‘업’은 직업을 의미하는 것으로서 “생계를 유지하기 위하여 자신의 적성과 능력에 따라 일정한 기간 동안 계속하여 종사하는

---

205) 신동운, 형법총론(제2판), 2006, 724면.
206) 오영근, 형법총론(제2판), 2002, 779면.
207) 대법원 1984.2.28. 선고 83도3313.
208) 대법원 2001.8.21. 선고 2001도3312.
209) 김영환, 형법해석의 한계-허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계, 신동운 외, 법률해석의 한계, 2000, 35면. 문언의 자연적 의미에 충실할 것을 강조하는 입장은 형벌법규의 수범자가 어문학자나 법관이 아니라 사회 일반인임을 강조한다. 그러므로 보통의 표현방법으로부터 벗어나는 해석은 일반인들에게 형벌법규를 부정직한 규범으로 생각되게 하고 형법학을 일반인이 접근하지 못하는 학문으로 비춰지게 한다고 한다 (신동운, 형벌법규의 흠결과 해석에 의한 보정의 한계, 같은 책, 12면 각주 9).

일"이라고 설명한다.[210] 형법상의 해석에서도 '영리의 목적'은 "재산상의 이익을 얻을 목적"이라고 하며,[211] '업무'란 "사람이 그 사회생활상의 지위에 터잡아 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업이라고 한다.[212] 따라서 "영리성"과 "업무성(혹은 직업성)"은 다른 개념으로 이해함이 타당하다.

## 2. 저작권침해행위의 영리성

이러한 전제에서 영리성의 판단기준을 생각한다면, 영리적 행위는 행위자의 업무(직업)와 관련될 필요가 없으며, 영업(혹은 경영)활동과도 다른 의미이다. 따라서 직업성과의 구분을 전제하며, (시장거래를 통한) 이윤추구를 요구하지 아니하며, 어느 정도 지속적이고 상당한 량의 소득일 것을 요구하는 독일의 해석론은 상당부분 우리 저작권법상 '영리성'해석에서도 고려할 수 있다고 생각된다. 독일의 해석론을 참조하여 '영리성' 판단에 있어서 문제될 몇 가지를 생각해 보자.

첫째, 침해물의 시장거래를 통한 이윤추구뿐만 아니라, 자신의 직접적인 사용을 위한 침해의 경우(즉 소극적 소득)도 영리성을 인정할 수 있으며, 이득을 꾀하는 데 있어서 그 이득은 침해자의 주수입원일 필요는 없고 부수입원도 충분하나 이득은 일정량으로서 일정한 의미를 가져야 한다는 독일의 해석론은 우리에게도 그 의미가 있다고 보인다. 침해결과물의 시장거래여부가 영리성 판단의 중심기준일 수는 없고, 침해행위로 발생된 불법저작물의 수량과 가치가 우선적 기준이 되어야 할 것이다.[213]

둘째, 저작권법 제140조 제1호에서는 친고죄와 관련하여 특별히 영리성과 별개로 동일죄질의 최소 2회 이상 다수의 범죄행위를 전제로 하는 '상습성'을 요건으로 하고 있다. 따라서 영리성의 판단에 있어 '반복된 범죄에 징표된 범죄적 경향'[214], 즉 상습

---

210) Naver 국어사전(http://krdic.naver.com/), 2007.9.27 방문.
211) 김일수, 한국형법 III(개정판), 1997, 315면; 박상기, 형법총론(제5판), 2004, 136면; 이형국, 형법각론연구 I, 1997, 244면.
212) 대법원 1991.6.28. 선고 91도944.
213) 어느 정도가 일정량인지에 대한 일반적 기준을 제시하지 못함에 대하여는 비판을 감수할 수 밖에 없다.
214) 이재상, 앞의 책, 578면.

성이 요구되지 않음은 분명하고, 범행의 계속성·반복성이 필요적 요소는 아니라고 생각된다. 일회의 침해행위라도 영리성을 인정할 수 있을 것이다. 형법 제288조 제1항(영리 등을 위한 약취, 유인, 매매 등)의 해석에서도 계속성·반복성을 요구하지 아니한다.[215] 따라서 최초 침해시라도 범행반복의 의도를 요구하는 독일의 해석과는 구별되어야 한다.

한편 독일에서는 소득의 지속성도 요하는 반면, 우리 형법의 영리성 해석에서는 소득의 지속성을 요하지 아니하는데, 저작권법상 특별히 소득의 지속성을 요구할 근거를 찾기는 어렵다. 따라서 범행의 반복성(혹은 지속성)뿐만 아니라, 소득의 반복성(혹은 지속성)도 영리성 인정을 위한 요건은 아니라고 생각한다.

셋째, 침해자가 타인의 이득을 위해 침해행위를 한 경우에 문제될 수 있다. 특히 전술한 독일연방법원의 사례에서처럼 피고용자가 고용주를 위하여 침해행위를 한 경우, 피고용자에게 영리성을 인정할 수 있는지가 문제된다. 독일연방법원은 영업성과 직업성의 엄격 구분을 전제로 하여, 피고용자가 회사를 위하여 저작권침해행위를 한 경우, 특별히 그 회사로부터 이익배당을 통하여 이득을 보고자 했다는 것이 증명되지 아니한다면, 영업성(즉 영리성)을 인정하지 아니한다. 하지만, 우리 형법의 일반적 해석론에 따르면, 이득은 범죄행위로부터 직접 얻은 이익뿐만 아니라 범죄행위 후 일정한 업무에 종사함으로써 얻은 대가도 포함되며, 범죄행위에 대한 보수로서 제3자에게서 얻은 재산상의 이익도 포함된다고 한다.[216] 한편, 저작권법 동조항의 입법취지를 살펴보면, 조직적·반복적으로 행해지는 불법행위에 대응하기 위해서 비친고죄의 적용범위를 확대한 것이다.[217] 따라서 개인이 혼자 자신의 이득을 위하여 저작권을 침해하는 경우보다는, 일정한 조직에 속해 보수 등의 대가를 받으며 저작권침해행위를 하는 경우에 영리성을 인정하여 비친고죄로 처벌함이 입법자의 취지일 수 있다.

그러나 생각건대, 이러한 형법의 일반적 해석론을 저작권법에 적용하는 것은, 영리성과 직업성의 구분을 모호하게 하는 것으로 타당하지 아니하다. "영리를 목적으로"

215) 김일수, 앞의 책, 315면; 박상기, 앞의 책, 136면; 이형국, 앞의 책, 244면.
216) 김일수, 앞의 책, 315면; 이형국, 앞의 책, 245면.
217) 심동섭, 앞의 글, 64면.

와 “업으로”를 명확히 구분하여 규정한 저작권법의 규정상 피고용자들이 타인(즉 고용주)을 위하여 행위를 한 경우에 있어서 특별히 그 행위에 대한 대가를 별도로 받지 아니한 이상 영리의 목적을 인정하기는 어렵다. 이러한 해석에서 발생할 수 있는 부당함은 법률의 개정으로 해결해야 할 것이다.

넷째, 영리의 목적으로 행해지는 저작권침해행위가 그 목적이 성취되어야 하는가에 대하여, 형법에서는 일반적으로 범죄행위시 행위자에게 영리의 목적이 있으면, 범죄는 성립하는 것이라고 해석되는데,[218] 이러한 해석은 저작권침해행위에서도 타당하다.

### 3. 저작권침해행위의 영리성 해석과 저작권법 개정안

친고죄규정과 관련하여 한미 FTA 협정문[219]의 체결이후 제안된 저작권법 개정안은 다음과 같다.

| 현 행 | 개 정(안) |
|---|---|
| 제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.<br>1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조제1항 및 제136조제2항제3호에 해당 | 제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.<br>1. 영리를 목적으로 또는 중대한 침해의 방법으로 제136조제1항 또는 제 |

218) 김일수, 앞의 책, 316면; 박상기, 앞의 책, 137면; 이형국, 앞의 책, 245면.

219) §18.10.26.가. 각 당사국은 최소한 상업적 규모의 고의적인 상표 위조나 저작권 또는 저작인접권 침해의 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정한다. 상업적 규모의 고의적인 저작권 또는 저작인접권 침해는 다음을 포함한다.
1) 직접적 또는 간접적인 금전적 이득의 동기가 없는 중대한 고의적인 저작권 또는 저작인접권의 침해, 그리고
2) 상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 목적으로 하는 고의적인 침해
나. 각 당사국은 위조되거나 불법복제된 상품의 고의적인 수입 또는 수출을 형사처벌의 적용대상이 되는 불법행위로 다룬다.
§18.10.27.바. 자국의 권한있는 당국은 이 장에 기술된 위법행위에 대하여 사인이나 권리자의 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다.

| | |
|---|---|
| 하는 행위를 한 경우 | 136조제2항제3호 및 제4호에 해당하는 행위를 한 경우 |
| 2. 제136조제2항제2호·제5호 및 제6호, 제137조제1호 내지 제4호 및 제6호와 제138조제5호의 경우 | 2. 제136조제2항제2호·제2호의2·제3호의2 및 제3호의 3, 제137조제1호 내지 제3호·제5호 및 제7호와 제138조제5호, 제138조의2 내지 제138조4의 경우 |
| 3. 영리를 목적으로 제136조제2항제4호의 행위를 한 경우 | < 삭 제 > |
| < 신 설 > | 제140조의2(중대한 침해의 판단) 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리를 침해하는 행위가 제140조제1호에 규정된 중대한 침해인지 여부를 판단함에 있어서는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.<br>1. 저작물 등의 성격과 가치<br>2. 침해행위로 만들어진 복제물의 수량과 가치<br>3. 침해행위의 기간과 회수<br>4. 침해행위의 매체와 수단<br>5. 기타 관련 사실 |

친고죄와 관련해서 본 개정안의 특징은, 현행의 통일되지 않은 비친고죄 적용기준을 통일한 것이다. 현행법에서는 권리의 침해행위를 규정한 제136조 제2항 제5호와 제6호에서는 “업으로 또는 영리를 목적으로”라고 규정하고, 이러한 침해행위에 대하여는 비친고죄로 규정하고 있다(제140조 제2호). 반면 제140조 제1호에서는 제136조 제1항 및 제136조 제2항 제3호의 침해행위를 “영리를 위하여 상습적으로”한 경우를 비친고죄로 규정하며, 한편 제140조 제3호에서는 제136조 제2항 제4호의 침해행위를

"영리를 목적으로" 한 경우를 비친고죄로 규정하고 있다. 이러한 차별된 기준을 통합하여, 비친고죄의 기준으로 '영리목적'과 새로이 '중대한 침해'라는 기준을 규정하였다. 또한, 중대한 침해의 판단기준을 구체적으로 제시하고 있다는 점이다.[220]

이러한 개정안에 관하여 생각해 볼 사항은, 첫째 기존의 '상습성'과 '업무성'의 삭제이다. 비친고죄 적용기준이 구분된 현행법에 비하여, 통일적인 기준을 제시함으로써 복잡한 법률의 적용기준을 개선한 점은 우선 일반예방과 관련하여 의미 있다고 생각한다. 또한, 앞서 말했듯이 '영리성'의 개념과 상습성・업무성의 개념은 구분되는데, 이러한 개념상의 구분은 개정안에서도 반영되었다고 보인다. 상습성과 업무성의 삭제 대신에 '중대한 침해의 방법'을 비친고죄의 기준으로 도입하였기 때문이다. 중대한 침해의 판단기준으로 제시한 요소에서 상습성(제3호)과 업무성(제5호)[221]을 고려했다고 보여진다. 따라서 기존의 영리성의 해석론은 개정안에서도 타당할 것이다.

둘째, '영리목적'과 '중대한 침해'의 기준 간의 관계이다. 일견 영리목적은 행위의 의도와 관련된 요소이고 중대한 침해는 행위의 결과와 관련된 요소로 보아, 상호간에 그 의미를 달리하며 그 판단기준도 다르다고 생각할 수 있다. 그러나 주관적인 영리목적의 판단은 결국 객관적인 측면(즉, 행위와 결과)을 가지고서 판단할 수밖에 없게 된다. 앞서 제시한 영리성의 해석에서 밝혔듯이, 침해자의 주관적인 영리목적의 판단에서 침해행위로 발생한 불법저작물의 수량과 가치가 중심 기준이 될 것이다. 이러한 기준은 개정안 제140조의2 제3호에 중대한 침해의 판단기준으로 사용되고 있다. 바꾸어 말하면, 영리목적의 침해행위는 중대한 침해행위 일부일 수 있다. 따라서 원칙적으로 영리성의 해석은 중대한 침해방법의 해석 일부가 된다. 그러나 중대한 침해행위는 영리목적의 침해행위보다 더 많은 경우를 포함할 수 있다. 예컨대 영리를 목적으로 하는 행위와 업으로 하는 행위가 엄격히 구분된다는 전제하에서는, 업으로 하는 행위를 중대한 침해의 경우로 포섭할 수 있게 될 것이다. 이러한 경우에 있어서는 '중대한 침해의 방법'은 그 독자적 의미가 있으며 그 존재의미가 있다고 보인다.

---

220) 동 개정안 규정이 추상적 법개념의 판단기준을 구체적으로 제시한 것은(개정안 제140조의2), 죄형법정주의상 현행법보다 진일보한 것이라고 생각된다.

221) 제5호는 일반・추상적 기준을 제시하고 있는데, 여기에 범죄자의 업무성(혹은 직업성)이 고려될 수 있을 것이다.

셋째, 현행 저작권법과 마찬가지로, ‘영리목적’과 ‘중대한 침해의 방법’을 저작권침해행위의 비친고죄 적용과 관련해서만 규정을 하고, 그 침해행위의 법정형에는 차등을 두고 있지 아니하다. 컴퓨터프로그램 보호법 제47조는 상습범에 대하여 가중규정을 두고 있는데, 저작권법은 그러하지도 아니하다. 생각건대, 조직적·대량적인 저작권 침해행위에 대응하기 위해서는 ‘영리목적’과 ‘중대한 침해의 방법’의 침해행위를 일반적 침해행위의 가중적 처벌규정으로서 그 형벌을 상향하고(예컨대 컴퓨터프로그램 보호법처럼 7년 이하의 징역 또는 7천만원이하의 벌금) 비친고죄로 규정하는 것이 더 실효성이 있으며, 체계상으로도 더 타당하다고 생각한다.

# 제5장 결어

## 1. 한미 FTA의 이행과 저작권침해의 비친고죄화

저작권과 관련한 국제조약들은 저작권 침해에 대하여 적절한 민사적·형사적 구제책을 제공하여야 한다고 할 뿐 구체적인 형량이나 절차를 규정하고 있지는 않다. 예컨대, TRIPS 협정 제61조는 "회원국은 고의로 또는 상업적 규모로 상표권이나 저작권을 침해한 경우에 적용될 형사절차와 처벌을 규정하여야 한다."고 규정하고 있다. 따라서 WTO 회원국은 고의에 의한 영업적 규모의 저작권 침해(wilful copyright piracy on a commercial scale)를 형사상 절차의 대상으로 하여야 한다, 여기서 고의성이란 자기의 행위가 불법구성요건을 실현함을 인식하고 인용하는 것을 말하며, 상업적 규모란 직업적이고 전문적인 침해에 해당되는 것으로 해석된다.

미국이 호주, 싱가포르, 바레인, 모로코 등과 체결한 FTA 협정을 보면, 모든 저작권 침해행위에 대하여 형사적 제재를 가할 것을 요구하지는 않고 고의적으로 그리고 상업적 규모의 침해행위에 대해서는 형사적 구제 방법을 규정할 것을 요구하고 있다.[222] 한미 FTA에서도 저작권·저작인접권의 침해에 대하여 금전적 이익을 얻는 직접·간접적 동기가 없더라도 중대한(significant) 고의의 침해로 인하여 상업적 규모의 손해가 발생하는 경우와 상업적 이익이나 사적인 금전적 이익의 목적에 의한 고의적 침해는 형사절차의 대상으로 해야 한다고 하고 있다.

비친고죄란 저작권 위반시 권리자의 고소 여부에 관계없이 처벌할 수 있는 죄를 의미하는데, 개정 저작권법 제40조(2007.6.29 발효 예정)에서는 '영리·상습적인 저작권 침해시' 비친고죄를 적용하고 있다. 한·미 FTA 협상 결과를 이행하려면 컴퓨터프로그램보호법에도 비친고죄를 도입하여야 할 것이다. 한미 FTA에서는 '상업적 규모로 저작권 침해시' 비친고죄를 적용하도록 하고 있다. 따라서 우리나라는 형사절차

222) 예컨대, 미국-호주 FTA 협정 제17.11.27조(a), "In cases of wilful...copyright piracy on a commercial scale, each Party shall provide : (a) penalties...".

에 있어서 일정한 규모, 즉 '상업적 규모' 이상의 저작권 침해사건의 경우 권리자의 고소가 없더라도 침해자를 처벌할 수 있도록 제도를 정비하여야 한다.

저작권침해의 비친고제 확대 문제에 관해서는 개정 저작권법이 '영리· 상습적인 저작권 침해'를 비친고죄로 함에 따라 미국의 요구사항을 이미 수용한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 '상업적 규모' 이상의 저작권 침해와 '영리· 상습적인 저작권 침해'를 동일한 개념으로 파악하기는 어렵다고 생각한다. 개정 저작권법에 비친고죄 도입시 참조한 것으로 보이는 독일 저작권법을 간단히 살펴본다. 독일 저작권법은 저작권 침해죄의 형사 소추와 관련하여 "제106조 내지 제108조 및 제108조b의 경우에는 고소가 있어야 벌한다. 다만, 형사소추관청이 형사처벌에의 특수한 공공 이익을 이유로 직권에 의한 개입을 명하는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있다.[223] 그러므로, 친고죄의 대상에서 제외되는 것은 제108조a(영업적인 무단 이용)[224]의 경우와 예외에 해당하는 특수한 공익적 요구가 있는 경우이다. 이와 관련하여, 독일 저작권법상 영리를 목적으로 하지 않는 불법복제의 경우에는 친고죄의 적용을 받아, 수사의 개시가 피해자의 고소에 종속되도록 하는 반면, 영리를 목적으로 하는 불법복제에 대한 형사소추에는 친고죄 규정을 적용시키지 않고 있다고 볼 수는 있을 것이다. 그러나 영업적으로(gewerbmäßig)라는 개념을 영리목적(Erwerbszwecke)[225]으로 판단해서는 곤란하다. 왜냐하면, 영업성, 영업(Gewerbmäßigkeit)이란 반복적 (불

---

223) 독일 저작권법 제109조: § 109 [Strafantrag] In den Fällen der §§ 106 bis 108 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichcen Interesses an der trafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

224) § 108a [Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung] (1) Handelt der Täter in den Fällen der §§ 106 bis 108 gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

225) 독일 저작권법 제53조(사적 사용 및 기타 개인적 사용을 위한 복제) UrhG § 53 Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch

(1) Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.

(2) ~(7) 생략

[sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, **직접적 또는 간접적인 영리를 목적으로** 하지 않는 한]

법)행위로 지속적이고 고정적인 수입원(durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende, feste Einnahmequelle)을 창출하는 것을 말하기 때문이다.[226] 따라서 독일법상 비친고죄가 적용되는 저작권침해는 개정 저작권법상의 '영리· 상습적인 저작권 침해'라는 개념보다는 오히려 '상업적 규모 이상의 저작권 침해'라는 개념에 가까운 것으로 보인다. 또한 개정 저작권법상의 '영리를 목적으로 상습으로'라는 기준이 합리적이고 객관적인 것인지는 의문이 있으며, 한미 FTA를 이행하려면 상업적 규모, 상업적 이익 또는 금전적 이익을 얻기 위한 침해행위 및 그와 같은 금전적 동기가 없더라도 중대한 침해인 경우를 포함하여 비친고죄를 국내법에 도입하여야 하기 때문에 개정 저작권법이 도입한 친고죄에 대하여 재검토할 필요가 있다고 생각한다.

지적재산권의 침해에 대해서는 민사적 구제방안이 바람직하며 형사적 구제수단은 보충적으로 제공되어져야 한다. 또 시장의 건전한 거래질서를 유지하기 위하여 '상업적 규모로 저작권이 침해되는 경우'로 비친고죄를 확대하는 것은 타당성이 있다. 다만, 비친고죄 확대가 권리자의 의사에 반하여 처벌되거나 형사소추가 폭증되지 않도록 실무적으로 판단할 수 있는 합리적 기준이 마련될 필요가 있을 것이다. 또한 SW 저작물과 같이 상당수의 저작물의 경우 다양한 가격을 형성하고 있으므로, 상업적 규모에 대한 일괄적인 기준을 정립하는 것은 여러 가지 면에서 어려움이 있을 뿐만 아니라 SW 산업 발전을 저해하는 요소가 될 수 있다. 따라서 상업적 규모의 기준에 관하여는 주요 국가의 입법례와 실무 운영을 검토하여 국내 실정에 맞는 상업적 규모(침해 동기 및 피해액)의 합리적인 기준 설정할 필요가 있을 것이다.

### 2. 비친고죄 적용기준

저작권(프로그램저작권을 포함)을 대량·조직적으로 침해하는 경우는 피해의 규모가 클뿐 아니라 저작물의 공정한 유통이라는 사회질서까지 침해하는 것이므로 이에 대하여는 피해자의 의사여부에 상관없이 국가가 적극적으로 대처하여야 한다. 저작권

226) BGH NJW-RR 1990, 750.

(프로그램저작권을 포함) 침해행위는 국제사회에서 심각한 문제가 되어 한미 FTA협정문에서도 이에 대하여 규정하고 있으며, 이러한 침해행위는 더 이상 개인적 법익에 대한 침해가 아니라 공공범죄적 성격을 가지고 있다. 따라서 저작권법과 컴퓨터 프로그램 보호법(개정안)에서는 영리 목적의 침해행위에 있어 피해자의 처벌의사에 관계없이 국가기관의 형사처벌이 가능하도록 규정하고 있다.

다만, 이러한 대량·조직적 침해행위의 비친고죄 규정을 어떠한 방식으로 입법하느냐와 관련하여 미국의 입법처럼 구체적 수량화기준을 가지고 하는 방식과 독일의 입법처럼 추상적 문구만을 가지고 그 해석을 통하여 판단하는 방식이 존재할 수 있다. 미국 저작권법은 '상업적인 이익이나 개인의 금전적인 이득'이라는 일반화 문구를 규정한 후에 다시 수량화된 구체적 기준도 함께 규정하고 있다.[227] 입법예고된 컴퓨터 프로그램 보호법 개정안은 미국의 저작권법과 유사하게 '영리목적'이라는 추상적 문구와 수량적 기준(6개월내에 100만원)을 함께 제시하고 있다. 반면 독일 저작권법은 '영업적(gewerbsmäßig)'이라는 추상적 문구만을 가지고 있으며, 우리 저작권법 역시 '영리 목적'이라는 추상적 문구만을 두고 있다.

구체적 수량화기준은 각 국가의 상황에 대한 조사를 통해 적절한 수준이 결정될 것이고, 이러한 수량화기준이 존재할 경우 추상적 문구에 대한 해석기준으로서도 작용할 수 있을 것이다. 그러나 수량화기준에만 의존하면, 저작권침해에 대한 수사가 침해의 수량적 조사에만 집중될 우려가 있으며, 이러한 수량적 기준을 악용하는 침해행위가 발생할 경우도 있으므로 추상적 문구에 대한 해석은 필요로 된다. 또한, 구체적 수량화기준이 규정되지 아니한 현실에서는 추상적 문구의 해석이 친고죄규정의 적용에 있어서 더욱 중요한 의미를 가지고 있다. 따라서 필자는 '영리성'의 해석론을 검토한 것이다. 특히 독일에서의 해석론과 일반 형법상의 해석론을 바탕으로 살펴본 결과, 영리성은 직업성(혹은 업무성)과 구분되어야 하고, 반복성(나아가 상습성)과도 구분되어야 한다. 독일에서는 영리성을 다음과 같이 해석한다. 첫째, 범행의 반복성

227) 미국 저작권법 제506조에 따르면, (a) 형사적 침해 : 누구든지 (1) 상업적인 이익이나 개인의 금전적인 이득을 위하여, 또는 (2) 전자적 수단에 의한 것을 포함하여, 특정한 180일 기간 내에 하나 또는 그 이상의 저작물의 하나 또는 그 이상의 1,000달러 이상의 총 소매가치를 가지는 복제물 또는 음반을 복제 및 배포에 의하여, 고의로 저작권을 침해한 자는 법전 제18편 제2319조에서 규정한 바에 따라 처벌된다. (저작권위원회 홈페이지(http://www.copyright.or.kr/), 2007.09.24 방문).

이 요구된다. 다만, 이러한 반복성은 최초 범행시에 행위자의 의도에 존재하면 충분하고 실제로 다수의 범행이 실행되었을 필요는 없다. 둘째, 소득을 창출하려는 의도가 있어야 한다. 소득의 창출이란 침해된 저작물의 시장거래를 통한 금전적 이득의 획득일 필요는 없으며, 행위자 자신이 사용하는 등의 지출 절약 형태에도 존재한다. 셋째, 소득은 행위자 자신을 위한 창출이어야 한다. 행위자가 제3자로부터 보수를 받는 등의 형태로 간접적인 금전적 이익을 얻는 것은 원칙적으로, 자신에게 특별한 이익이 배당되지 아니하는 한, 자신을 위한 것으로 보지 아니한다. 넷째, 소득은 지속적이고 상당량일 것을 요구한다. 다만, 어느 정도의 침해가 상당량인지는 일반적 기준을 제시하지 아니하고 있다. 이러한 해석은 우리 저작권법상의 영리성 판단에도 참고할 수 있다고 생각된다. 하지만, 독일과 달리 범행의 반복성(혹은 지속성)과 소득의 반복성(혹은 지속성)은 영리성의 판단에 있어 필요로 하지 아니하다. 또한, 영리성의 인정에 있어서는 일정정도 이상의 행위자 자신의 이득을 위한 것이어야 하는데, 이때 일정정도에 대한 일반화가 필요하며, 이에 대하여 논의를 통한 입법적 기준제시(예컨대 컴퓨터프로그램 보호법 개정안의 100만원)가 필요하다고 생각한다. 한편, 새로이 제안된 저작권법 개정안은 불통일적 비친고죄 적용조항을 통일적으로 정비하고, 그 기준으로 영리성 이외에 침해의 중대성을 구체적 판단기준과 함께 제시하고 있다. 이 개정안은 현행법의 영리성 개념에 직업성이 배제되는 것을 보완하는 등 현행법보다 한결 진일보한 개정이라고 판단된다. 다만, 조직적·대량적인 저작물침해행위에 대응하기 위해서는 '영리목적'과 '중대한 침해의 방법'의 침해행위를 일반적 침해행위의 가중적 처벌규정으로 그 형벌을 상향하고 비친고죄 규정함이 바람직하다고 생각한다.

특히 SW 저작권은 기본적으로 개인의 인격적, 재산적 이익에 관한 사권으로 피해자가 사적분쟁절차를 통해 권리구제를 우선 도모하도록 하는 것이 효율적일 뿐만 아니라, 일부 권리자는 S/W 무상보급을 통한 이용 확대(쉐어웨어 형태)를 원하는 경우가 있고, 침해자를 형사처벌하는 것 보다는 권리침해에 대한 손실보전만을 원하는 경우가 많아 친고죄폐지가 반드시 저작권 보호 강화라고 보기 어려운 면이 존재한다. 나아가 비친고죄로 할 경우 국가가 모든 권리침해사실을 인지하여 소추할 의무

가 발생하게 되므로 과도한 형벌권 행사 부담이 예상된다.

따라서 원칙적으로는 친고죄를 유지하되, 기술적 대량복제가 가능한 프로그램의 특성을 고려하여, 예외적으로 영리목적의 대량불법복제에 대해 공익적 견지에서 국가가 소추권을 행사하는 것이 바람직하다고 생각한다.

【참고문헌】


강구진, 형사소송법원론, 1982

강동범 외, 소프트웨어불법복제단속 및 지원(협조)에 따른 형사법적 문제점과 개선방안에 관한 연구, 2002

곽윤직, 채권각론, 1992

관계부처합동, 한·미 FTA 상세 설명자료, 2007.05

권영준, 저작권침해판단론, 2007

김병일, 한미FTA의 저작권 집행분야 주요 쟁점 및 그 이행에 관한 고찰, 계간저작권 제78호, 2007

김선복, 친고죄에 대한 고찰, 형사법연구 제10호, 1997.12

김일수, 한국형법 I (개정판), 1996

김정환, 저작권법상 범죄의 비친고죄화에 대한 형사법적 검토, 산업재산권 제23호, 2007

김지현, 프로그램저작권 침해에 대한 형사적 구제방안 연구, 2006년

대검찰청, 검찰연감 2006

류전철, 경제범죄의 개념과 유형, 법학논총(조선대학교 법학연구소) 제8집, 2002.08

문화관광부 저작권정책팀,「저작권법 전부개정안」주요 내용, 2007.06.29

미츠이 마코토 저/신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003

민형기, 지적소유권의 형사적 보호, 지적재산권에 관한 제문제(하), 재판자료 제57집, 1992

박달현, 친고죄와 고소불가분의 원칙, 형사법연구 제12호, 1999.12

박상기, 독일형법사, 1993

박상기/박강우, 고소제도에 관한 연구, 1998

배종대 · 이상돈, 형사소송법 (제7판), 2006

송영식 · 이상정, 저작권법개설 (제3판), 2003

신동운, 형사소송법 (제4판), 2007

신양균, 형사소송법 (제2판), 2004

신재호, “컴퓨터 프로그램 보호법 위상에 관한 소고,” 디지털재산법연구 제5권 제1호(2006)

신현주, 형사소송법 (신정판), 1999

심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권 제76호(2006년 겨울호)

안효질 외, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구, 2001

오승종, 저작권법, 박영사, 2007

이해완, 저작권법, 박영사, 2007

유숙영, 성적 자기결정권과 친고죄, 형사판례의 연구 II (지송이재상교수화갑기념논문집), 2003

윤동호, 피해자의 의사와 형사절차, 피해자학연구 제14권 제1호. 2006.04

이상정 외, SW저작권과 관련한 친고죄와 단속권에 관한 연구, 2001

이상정, “저작권침해죄를 비친고죄로 개정하는 것의 당부,” 디지털재산법연구 제4권 제1호(2005)

이용식, 친고죄에 있어서 고소 전 수사의 허용 여부, 형사판례의 연구 II (지송이재상교수화갑기념논문집), 2003

이재상, 형법총론 (제5판보정판), 2005

이재상, 형사소송법 (제6판), 2003

임동규, 형사소송법 (제4판), 2006

정경모, 불법소프트웨어에 대한 민 · 형사적 구제제도의 문제점, 소프트웨어저작권 통권7호(2001년 5월호)

정동욱, 친고죄 · 반의사불벌죄의 소송법상 취급, 고시계 제39권 제8호(1994년 8월호)

정영석 · 이형국, 형사소송법 (전정판), 1996

정웅석, 형사소송법 (제3판), 2006

조준현, 형법총론, 1998

주광일, 주석 형사소송법 (개정판), 1996

최용암 외, 효과적 S/W 보호를 위한 법제정비방안 연구 [상], 2004

홍승희, 지식재산권 관련 형벌법규 정비방안, 2006

Brähmer, Wesen und Funktion des Strafantrags, 1994

Dreier/Schulze, UrhG Kommentar, 2004

Gropp, Strafrecht AT (2. Aufl.), 2001

Jähnke, LK-Kommentar (11. Aufl.), 1994

Jescheck/Weigend, Strafrecht AT (5. Aufl.), 1996

Schroeder, Strafprozeßrecht (3. Aufl.), 2001