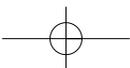
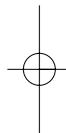
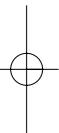
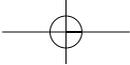
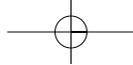


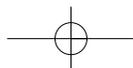
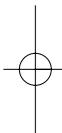
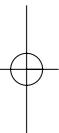
Sentencing Commission

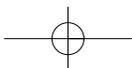
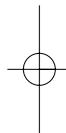
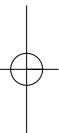
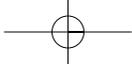
# 양형기준안 지정토론문





# 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문 (도중진)





## 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문

도 중 진 (충남대학교 법학전문대학원 교수)

### I 토론의 방향

대법원 양형위원회는 투명하고 예측가능한 양형기준의 설정을 통하여 국민의 건전한 상식이 반영된 공정하고 객관적인 양형을 실현하고, 이를 통하여 더욱 신뢰할 수 있는 형사재판제도를 구현한다는 목표 아래 2007년 1월 법원조직법을 개정하고 대법원 양형위원회를 설치하여 우리나라의 법질서에 합리적이고 공평한 양형기준을 설정하기 위한 작업에 매진하고 있다.

그런데 최근 지식재산의 일종인 산업기술 등이 외국으로 유출되는 사건에서 그 피해가 해당 기업은 물론 사회적·국가적인 파장까지를 고려한다면 재판실무에서 부과하는 형량을 강화하는 것이 마땅하다는 이유에서 우리나라도 지식재산권범죄에 대한 표준적인 양형기준을 마련하여 적용하는 것을 고려할 필요성이 실무계를 중심으로 꾸준히 제기되어 왔다.

이러한 상황 아래 금번 대법원 양형위원회가 마련한 지식재산권범죄 양형기준안은, 특허법·실용신안법·디자인보호법·상표법·저작권법·부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률·산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 등의 지식재산권 관련범죄(권리침해행위, 영업비밀침해행위, 부정경쟁행위)를 대상으로 양형기초자료를 분석하여 각 유형별로 권고 형량범위(감경, 기본, 가중)를 설정하는 동시에 양형인자(특별양형인자, 일반양형인자)를 추출하고 특별양형인자를 기준으로 결정된 권고 형량범위 내에서 일반양형인자와 특별양형인자를 종합적으로 고려하여 선고형을 결정하도록 하는 기본구조를 취하고 있다.

이러한 기본구조는 이미 우리 형사실무에서 적용되고 있는 다른 범죄유형의 양형기준안 기본구조와 동일하다 할 것이지만, 집행유예 기준, 특별양형인자 및 일반양형인자로 추출된 구체적인 양형인자에 관한 사항은 지식재산권 관련범죄의 특성을 고려하여 마련된 것인 만큼 이러한 지식재산권범죄에 고유한 구체적인 양형인자 및 집행유예 기준의 적정성 여부를 중심으로 토론을 진행하는 것이 보다 효율적이라 할 것이다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### II 대상범죄 선정기준의 문제점

지식재산권범죄 양형기준안은 지식재산권 관련 법률에서 양형기준안의 적용대상인 대상범죄를 선정함에 있어서, 국민적 관심이 매우 큰 침해범죄, 최근 5년간 범죄의 발생빈도, 징역형 선고비율 등을 고려하여 권리침해행위, 영업비밀침해행위, 부정경쟁행위 등으로 범죄를 대분류한 후 이에 대한 양형기준을 제시하고 있다.

물론 양형기준의 실무에의 적용·실용가능성을 고려하면 적용될 범죄의 발생빈도를 중심으로 대상범죄를 선정하는 것은 당연하다 할 것이지만, 또 다른 선정기준인 국민의 관심정도는 국민의 관심이 상황과 시대에 따라 변할 수 있다는 점을 고려할 때 아쉬움이 남는 기준이라 할 것이다. 한편 양형기준안은 징역형 선고비율을 대상범죄 선정의 기준으로 고려한 것처럼 보이지만, 양형기초자료 및 연구보고에 따르면 지식재산권범죄에 대해서는 집행유예의 선고비율이나 벌금형의 선고비율이 압도적으로 높은 현실을 감안할 때 대상범죄 선정기준으로 삼는 것은 의문이라 할 수 있다. 그럼에도 지식재산권범죄로 선정된 대상범죄는 그 발생빈도에 비추어 형사실무에서 양형기준의 활용도가 높은 범죄로 선정된 것으로 평가할 수 있을 것이다.

### III 지식재산권범죄 양형기준안 양형인자의 문제점

지식재산권범죄 양형기준안은 양형인자를 특별양형인자(행위관련요소, 행위자관련요소·기타요소)와 일반양형인자(행위관련요소, 행위자관련요소·기타요소)로 분류하고 각각의 양형인자를 다시 가중요소와 감경요소로 분류하고 있다. 그러나 그 구체적인 양형인자에 있어서는 다음과 같은 문제점을 발견할 수 있다.

첫째, 특별양형인자인 ‘범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우(특히 범행을 단순 공모하였을 뿐 범행을 주도하지 아니하고, 실행행위를 분담하지도 않은 경우)’를 권리침해행위, 영업비밀침해행위 및 부정경쟁행위의 감경인자로 분류하고 있다. 그러나 이 요소는 형법상 양형의 기초가 되는 책임주의(‘자기 행위 책임의 원칙’) 및 공동정범의 성립범위와 관련하여, 특히 그 객관적 요건인 ‘공동의 실행행위’가 없는 자에게도 공동정범의 성립을 인정할 수 있는지 여부와 밀접하게 연결되어 있는 요소라 할 수 있다. 물론 공동의사주체설 및 간접정범유사설을 기초로 공모공동정범을 인정하고 있는 대법원 판례

의 입장에 따르면, 특히 범행을 주도하지 아니하고 실행행위를 분담하지도 않은 경우의 공모공동정범은 다른 공동정범에 비하여 형을 감경하는 것이 타당할 것이므로 감경인자로 인정할 수밖에 없을 것이다. 그러나 학계의 통설적 견해인 기능적 범행지배설이나 실행행위분담설에 입각하는 한, 이러한 감경인자는 공동정범의 감경인자로 인정될 수 없다. 즉 공동정범의 객관적 요건인 ‘공동의 실행행위’가 존재하지 않는 경우에는 해당 범죄의 교사범 또는 방조범으로 처벌되어지기 때문이다(그나마 교사범은 정범과 동일한 형으로 처벌되지만, 방조범의 경우는 법률상 감경사유이다). 따라서 ‘범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우’의 양형인자는 양형인자의 투명화라는 관점에서 더욱 구체화시킬 필요가 있을 것이다.

둘째, 지식재산권범죄 양형기준안은 농아자, 심신미약, 자수 등을 권리침해행위, 영업비밀침해행위 및 부정경쟁행위의 특별양형인자 중 감경인자로 분류하고 있지만, 이들 요소는 이미 형법상 법률상의 감경사유로 규정되어 있다. 이러한 법률상의 감경사유는 법정형의 범위 내에서 피고인에게 유리하게 작용하는 양형참작사유가 아니라 처음부터 법정형의 하한을 하회할 수 있는 처단형을 만들 수 있는 요소, 즉 법정형의 폭 자체에 변화를 가져오게 하는 기능을 담당한다. 이점에서 지식재산권범죄 양형기준안의 위와 같은 감경인자는 형법상 정해진 법정형과 처단형의 의미를 퇴색시킬 수 있다. 즉 형벌법규는 구성요건에서 개개 범죄의 불법정도에 따라 법정형을 정해 놓고 있는데 이러한 법정형을 기초로 법률상 가중·감경사유를 적용하여 처단형이 정해지기 때문이다. 그러나 지식재산권범죄 양형기준안에 따르면 이러한 법률상 감경사유가 있음에도 본래의 법정형의 범위 안에서 권고 형량범위가 설정되어 있다는 문제점이 있다. 이러한 문제점은 특별양형인자와 일반양형인자에서 가중인자로 분류되어 있는 누범의 경우에도 동일하게 적용된다 할 것이다.

셋째, 지식재산권범죄 양형기준안은 ‘과실범, 예비음모의 경우’를 영업비밀침해행위의 특별양형인자 중 감경인자로 분류하고 있다. 그러나 과실범처벌규정인 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’ 제36조 제3항의 별치조항에 따른 제14조(산업기술의 유출 및 침해행위 금지) 제4호의 구성요건은 ‘제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위’를 처벌한다고 규정하고 있다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

여기서는 지식재산권범죄 양형기준안이 제시하는 영업비밀침해행위 감경인자로서의 과실범이 어떠한 과실범을 의미하는지 명확하지 않다는 문제점이 있다. 과실범은 형법 제14조에 따라 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌’ 하는 것이 원칙이고, 중과실범[형법 제171조(중실화죄), 제268조(중과실치사상죄)]은 보통과실범에 비해 ‘주의의무를 현저히 태만히 한 경우, 즉 극히 근소한 주의만 기울였다면 결과발생을 방지할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 이를 예견하지 못한 경우’로서 가중처벌하는 것이 일반적이다.

그런데 산기법상의 과실범처벌규정은 ‘중대한 과실로 알지 못하고’ 라고 규정하고 있기 때문에 지식재산권범죄 양형기준안이 제시하는 영업비밀침해행위 감경인자로서의 과실범도 적어도 ‘중대한 과실’을 감경하는 구체적 감경인자로 세분화할 필요가 있을 것이다. 즉 ‘과실범’이라는 감경인자는 지나치게 포괄적이어서 ‘중과실범’만을 처벌한다는 산기법의 입법취지에 반할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 보통과실범의 경우를 감경하는 것으로 오해할 소지가 있어 죄형법정주의의 원칙에도 반하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이는 예비·음모를 ‘법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다’고 규정한 형법 제28조의 일반조항과 법률상 감경사유로 규정되어 있는 예컨대 산기법 제37조(예비·음모) 등의 경우에도 동일하게 적용된다 할 것이다.

넷째, 지식재산권범죄 양형기준안의 선고형 결정방법에 따르면 선고형은 특별양형인자를 고려하여 결정된 형량범위 내에서 다시 일반양형인자와 특별양형인자를 종합적으로 고려하여 결정하도록 되어 있다. 그러나 이러한 방식은 특별양형인자에 의해 결정된 형량범위를 기준으로 다시 특별양형인자를 종합적으로 고려하는 방법에 대한 구체적인 종합결정방법이 불명확하다는 문제점을 내포하고 있다. 나아가 이중평가금지의 원칙에 따라 형량범위를 결정할 때 고려된 가중인자를 선고형을 정할 때에 다시 고려되지 않도록 하기 위한 보다 정밀하고 구체적인 결정방법이 제시될 필요가 있을 것이다.

마지막으로 집행유예의 기준과 관련하여서는 주요참작사유 및 일반참작사유의 부정적 요인과 긍정적 요인들이 비교적 상세하게 그 합리성을 담보하고 있다고 판단된다. 다만 그동안 실무운용에 있어서 지식재산권범죄에 대한 집행유예 선고비율이 높은 점을 감안하여 실무운용의 제안으로 집행유예 기준에 대한 토론을 갈음하고자 한다.

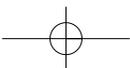
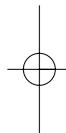
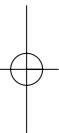
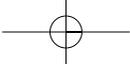
양형의 지도원리에 따르면, 일반적으로 양형과정은 책임평가와 예방판단을 거치게 되고 책임평가과정에 있어서는 행위불법요소와 결과불법요소가, 예방판단에 있어서는 예방요소가 각각 중요한 역할을 담당하게 되는데, 집행유예의 허용여부는 예방판단과 밀접

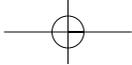
하게 결합되어 있기 때문이다. 특히 범인의 재범위험성에 판단의 중점이 놓여진다는 점에서 범인의 재범방지를 목적으로 하는 특별예방적 관점이 중요한 역할을 담당하기 때문이다.

따라서 형법상 집행유예는 첫째 책임양형의 범위 내에서, 둘째 특별예방적 관점에서 피고인의 재범위험성에 대한 우려가 적고, 셋째 적극적 일반예방적 관점에서 범인을 사회에 복귀시킴으로써 사회방위에 지장이 없거나 일반 국민의 법감정을 해치거나 규범의식을 약화시킬 위험이 없을 때 그 선고가 가능하다고 하여야 할 것이다. 즉 원칙적으로 형을 집행하지 않은 상태에서 보호관찰 등을 통한 방법이 효과적이라고 예상될 때에는 집행유예사유가 존재한다고 할 수 있지만, 예외적으로 재범의 위험성이 존재하지 않는다고 하더라도 법질서의 방위차원이라는 일반예방적 관점에서 집행유예가 허용될 수 없는 고유의 영역이 존재한다고 하여야 한다. 우리 형법은 이에 관한 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 이는 법문해석상 인정되는 집행유예의 소극적 요건이라 할 수 있다.

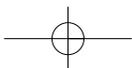
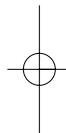
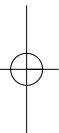
여기서 법질서의 방위차원이라는 관점으로부터 형의 집행이 필요하다고 하기 위해서는 행위 및 행위자가 관련된 모든 상황을 전체적으로 고려하여 판단하여야 한다. 예컨대 범행으로 인한 이익침해(개인적 피해, 사회적 피해 및 국가적 피해)의 정도, 피해자의 피해 및 피해 회복 정도, 범행방법에서 나타난 범죄적 악성, 직위의 악용, 고도의 법적 무관심 등이 그 판단자료로 활용될 수 있을 것이다.

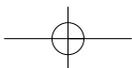
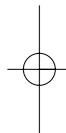
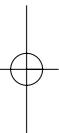
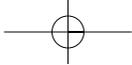
이점에서 특히 지식재산권범죄의 영역은 산업기밀유출로 인하여 파생되는 개인적 피해, 사회적·국가적 피해의 정도가 상상할 수 없을 정도로 막대하다는 점, 장기간에 걸쳐 개발한 경제적 고부가가치의 산업기밀이 유출됨으로써 피해자는 거의 회복불가능한 상태에 처할 위험성이 크다는 점, 산업기술유출사범은 대부분 화이트칼라형 범죄로서 대부분의 사건에서 초범이 대부분이고 법원의 온정주의적 집행유예선고에 의해 집행유예기간을 도과한 경우 유출시킨 산업기술을 재차 활용할 수 있는 길이 열려있어 범죄인이 이를 악용할 가능성이 크다는 점 등을 감안할 때, 산업기술유출사범은 설령 재범의 위험성이 존재하지 않는다고 하더라도, 실무운동상, 법질서의 방위차원이라는 일반예방적 관점에서 재판상의 감경(자량감경 형법 제53조)에 의해 집행유예가 허용될 수 없는 고유의 영역에 속하는 범죄유형으로 이해할 필요가 있을 뿐만 아니라, 산업기밀유출범죄에 있어서 해당 회사와 경쟁국가의 축적한 기술을 유출·누설해 개인 및 국가경제에 돌이킬 수 없는 손해를 가할 경우에는 법질서의 방위차원이라는 일반예방적 관점에서 초범여부의 사정에 관계없이 실형선고와 벌금형을 병행할 필요가 있다 할 것이다.





# 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문 (박성준)





## 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문

박 성 준 (국가지식재산위원회 지식재산진흥관)

### I 들어가며 : 지식재산권 보호의 중요성

세계경제는 상품의 가치가 물리적 생산 활동이 아닌 창의성, 감성, 연구 개발과 같은 지식활동에 의해 결정되는 지식기반경제로 전환됨에 따라 지식재산권의 중요성이 어느 때보다 강조되는 상황입니다.

S&P 500 기업의 가치 중 지식재산(IP: Intellectual Property) 등 무형자산 비율이 80%에 육박하였으며, Apple사의 무형자산 가치는 194조 원으로 시가총액(215조 원)의 90%(10), 삼성전자의 순자산은 38조 원, 브랜드가치는 19조 원(순자산의 50%)(10)이라는 수치가 이러한 것들을 보여주는 단적인 예라고 할 수 있습니다.

이러한 지식기반경제시대에 우리나라도 이에 대응하기 위해 지난해 5월 제정된 지식재산 기본법에 의거하여 국가지식재산위원회를 신설하여 지식재산에 관한 정책과 계획을 심의·조정하고 국가차원의 지식재산 투자전략을 수립하는 역할을 하고 있습니다.

한편 이렇게 지식재산권이 중요해짐에 따라 관련 범죄도 증가하고 있는 추세를 보이는 바, 법무부에서 발간한 2010 범죄백서에 따르면 지식재산권범죄는 해마다 등락은 있지만 2005년 33,348건에서 2009년 68,893건(저작권법과 상표법 위반사범이 대다수를 차지)으로 증가한 것으로 나타나고 있음. 따라서 지식재산권 보호에 관한 중요성이 강조되어야 할 것입니다.

하지만 우리나라의 지식재산 보호는 상당히 낮은 수준으로 스위스 국제경영개발연구원(IMD)발표에 따르면 2010년 우리나라의 지재권 보호 순위가 세계32위에 그치고 있는 실정입니다.

적정한 지식재산권의 보호가 어렵다면 지식기반경제의 근간 자체가 흔들리고, 이는 국

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

가경쟁력의 필연적 약화로 이어지고 있습니다. 조선일보는 2012. 3. 13.자에서 불법다운로드에 의해 일자리 3만 5700개, 세수 1478억 원이 손실되었다는 연구결과를 보도하기도 하였으며, 불법복제로 인한 합법저작물 시장 침해규모는 2조 1,172억 원(10년)에 이르고 있습니다.

이러한 실정에서 지식재산권범죄에 대한 합리적이고 정당한 형벌부과는 지식재산권 침해자에 대한 주요한 제재수단으로써 지식재산권 보호 강화에 큰 도움이 될 것으로 생각합니다.

### II 지식재산권범죄에 대한 대응 강화 추세와 우리의 방향

#### 01 · 세계적 대응 강화 추세

세계적으로도 지식재산 보호의 중요성을 인지하고 지식재산권 침해범죄를 경제성장의 장애요인으로 생각하여 이에 대한 대응에 적극적으로 나서고 있는 추세입니다.

영국 지식재산청(UKIPO)은 지식재산권범죄에 대응하기 위해 2004년에 영국지식재산범죄그룹(UK IP Crime Group)을 신설하였고, 매년 **지식재산범죄 전략**을 발표하고 있습니다.

##### ■ '11년 지식재산범죄 전략 수행수단

- 범죄관련성을 예방하고 단절시킨다
- 온라인과 오프라인의 다양한 유통단계에서 위조품 등 침해상품의 거래를 차단한다
- 범죄자의 재산을 몰수하는 등 지식재산범죄의 유인을 축소한다

미국 백악관은 2011년 3월 '지식재산집행 입법권고에 관한 백서'를 발간하며 지식재산권범죄 연방판결지침(양형기준)에 대해 아래와 같이 상향을 권고한 바 있습니다.

#### ■ 연방판결지침 상향권고 항목

- 미국에서 해외로 유출되거나 유출이 공모되는 영업비밀을 포함한 영업비밀 도용 및 경제적 간첩행위
- 국방, 국가안보, 주요기간산업 또는 법 집행에 의해 사용될 것임을 알면서도 침해제품을 고의로 판매한 경우의 상표 및 저작권 침해
- 조직범죄기업/조직범죄단이 자행하는 지식재산범죄
- 사망 또는 심각한 신체손상 위험을 야기할 수 있는 지식재산범죄 및 위조약품관련 지식재산범죄
- 지식재산범죄를 상습적으로 위반하는 자

이외에 일본은 지적재산추진계획, 중국은 지재권 보호행동계획을 매년 수립하여 지재권 보호에 대한 강화노력을 기울이고 있습니다.

## 02 · 우리의 대응 방향

### 가. 보호강화를 위한 처벌조치 강화 필요

지식재산권의 보호를 위한 국가적 대응을 강화하고 있는 세계적 추세와 더불어 국내에서도 보호강화를 요구하는 목소리가 매우 큰 실정입니다.

특허청-무역위원회가 공동으로 조사한 '11년 지식재산활동 실태조사에 따르면 지식재산권침해 대응을 위한 필요한 정부정책으로 조사기업의 71.9%가 실효성 있는 행정적·사법적 처벌조치 강화를 요구하고 있습니다.

이는 우리나라도 현재의 낮은 보호수준을 지식재산권범죄에 대한 단호한 대응 등을 통하여 높은 수준으로 끌어올려야 하는 것을 뜻하며, 이는 지식기반사회를 살아가는 우리를 향한 시대적 요구라 할 것입니다.

### 나. 특허권·실용신안권과 상표권·저작권의 차이 고려한 형사정책 필요

지식재산권범죄에 대한 대응강화에서 가장 우선적으로 고려할 것은 지식재산권을 침해당한 사람에게 실질적인 구제수단을 제공하면서 침해행위가 재발하지 않도록 제재할 수 있는 수단을 확보하는 것이라고 할 것입니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

이러한 고려사항과 다양한 지식재산권들의 특성을 생각한다면 지식재산권범죄에 대한 대응강화수단은 지식재산권들의 성격에 따라 가장 실효적인 방법을 택해야 한다고 생각합니다.

특히 특허권·실용신안권과 상표권·저작권은 ①침해여부의 명확성 ②침해의 계속성·반복성 ③침해자의 수 등의 특성에서 차이를 보이므로 양자를 구분해서 논의해야 합니다.

| 권리 \ 특성   | 특성 | 침해여부의 명확성 | 침해의 계속성·반복성 | 침해자의 수 |
|-----------|----|-----------|-------------|--------|
| 특허권·실용신안권 |    | 低         | 低           | 少      |
| 상표권·저작권   |    | 高         | 高           | 多      |

### 다. 침해 예방적 행위여부 적극적 반영 필요

지재권 침해사건에 대한 형사적 처벌은 거래질서 확립과 재발방지에 도움이 될 것으로 생각되나 피해자 지재권의 잠재적 가치까지 배상해 준다고 할 수는 없습니다. 따라서 침해 예방적 행위를 적극 장려할 필요가 있다고 생각합니다.

그러므로 양형기준에 침해자가 침해 예방적 행위를 하였는가 여부를 반영한다면 사회적 비용을 최소화하면서 지식재산권 보호라는 공익을 효율적으로 달성할 수 있을 것으로 생각합니다.

예를 들면 저작권 침해사건에 있어서 침해자가 저작권 침해방지를 위한 모니터링 프로그램 참여나 영업비밀 침해사건에 있어서 영업비밀 보유 회사가 사내에 직무발명 보상제 등 연구자에 대한 적절한 보상체계를 가지고 있었는가 등을 고려하는 게 필요할 것으로 생각합니다.

### III 검토 의견

## 01 · 지재권 침해 형량강화에 관한 일반규정 명시필요

현재 양형기준이 통계적으로 과거 지재권 침해 사건의 형량을 기준으로 한 것이라면 중전의 관대한 형량기준이 다시 반복될 우려가 있습니다. 물론 중전 형량기준보다 좀 더 강화된 양형기준이 제시된 것으로는 보이나 국내기업들의 71.9%가 처벌강화를 요구하고 있고, 형량기준을 강화하고 있는 세계적인 추세를 고려할 때 지재권 사건에 대한 **형량강화**라는 사법 정책적 의지를 명시적으로 표시한 일반 규정을 두는 것이 바람직할 것으로 보입니다.

## 02 · 벌금형과 징역형의 선택기준 마련 필요

현재 지식재산권범죄에 대해 내려지는 형벌의 많은 경우가 벌금형입니다. 그러나 벌금형은 피침해자에 대한 경제적 보상이 아니며 벌금형의 낮은 한도로 인해 침해자의 부당이익 회수가 어려워 실질적 제재효과를 가지기도 어려운 것으로 알고 있습니다. 이처럼 벌금형이 피해자에 대한 보상효과도 침해자의 행위억제 효과도 부족하다면 지식재산권 침해에 대해서는 가급적 **벌금형보다는 징역형을 부과하는 것이 바람직할 것으로** 생각합니다.

다만, **벌금형**은 민사적 손해배상 사건이 별도로 진행될 가능성이 없어서 침해자의 부당이득을 환수할 필요성이 있는 경우 징역형과 병과해서 부과하는 등 **제한적으로 적용**하는 게 바람직할 것으로 생각합니다. 따라서 지재권 침해에 대한 **벌금형을 내릴 수 있는 경우를 명시함으로써 지재권 침해사건에 대한 형사처벌의 관대화 경향을 억제할 필요**가 있을 것으로 생각합니다.

## 03 · 중소기업의 특허권 · 실용신안권에 대한 기술탈취 엄단 필요

특허권은 침해여부가 명확하지 않아 침해자 스스로 예측할 수 없는 경우가 많고, 침해가 반복·계속적으로 일어나는 것도 아니며 특허권의 침해와 관련해서 일반 대중의 이익이 심각하게 피해를 받는 경우가 많지 않습니다. 따라서 영미법계와 **상당수 국가에서 특허권에 대해서는 형사처벌을 하지 않고** 있습니다. 우리나라에서도 특허권 침해에 대해서

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

는 특허침해 여부에 대한 특허심판 결과를 확인해야 실행을 선고하는 등 매우 제한적으로 운영되고 있는 것으로 알고 있고, 이는 특허권의 성격상 타당한 것으로 판단됩니다.

그러나 특허침해 행위의 경우에도 고의적, 반복적, 조직적 행위에 대해서는 엄정한 처벌이 필요합니다. 특히 대중소기업 또는 하도급 관계에 있어서 중소기업이나 납품업자의 특허를 고의적, 악의적, 조직적으로 침해하는 경우가 많이 발생하고 있습니다. 현재 하도급법에 의하면 대기업이 하도급 관계에 있는 기업의 기술을 탈취한 경우 3배 배상과 엄정한 처벌 규정을 두고 있음. 그러나 하도급 계약을 체결하지 않은 관계에서 기술탈취만 당한 경우에는 하도급법이 적용되지 않아 엄정한 처벌이 어려운 실정임. 이러한 경우에는 공익적 관점에서 특허 침해에 대해서 엄단할 필요가 있으며 이를 가중인자로 고려할 필요가 있을 것으로 생각합니다.

### 04 · 상표권 등 법정 최고형량 선고 가능성 필요

지재권 침해시 법정 최고형량은 7년이나 양형기준안에 따르면 가중된 형량(기본형량+가중요인)을 적용해도 4년을 넘지 못하게 되어 있는 것으로 이해됩니다. 양형기준에 의해서 침해범에 대한 법정 최고형량이 실질적으로 개정되는 결과가 되어서는 안될 것으로 생각합니다.

현재 양형기준은 다수의 침해 사건인 경우에 한하여 형량을 더 추가할 수 있어서 법정 최고형량 선고도 가능하도록 되어 있습니다. 그러나 침해행위가 다수인 경우뿐만 아니라 하나의 침해행위라도 가중인자가 다수인 경우에는 법정 최고형량 선고가 가능하도록 열어 두어야 할 것으로 생각합니다.

미국, 영국, 독일, 일본 등 주요국도 지재권 침해에 대해서는 대체로 5년~10년의 법정 최고형량을 규정하고 있음. 우리나라 형량이 주요국에 비해서 과다한 것이 아닌 한 법정 최고형량을 양형기준에 의해서 차단하는 것은 부적절하다고 생각합니다.

특히, 상표법, 부정경쟁방지법, 저작권법 등의 지식재산권침해범죄는 불법복제 혹은 위조 상품의 제조·판매·유통을 통해 시장 질서를 왜곡시켜서 대내적으로는 생산자에게는 이익감소, 소비자에게는 편익을 감소시키므로 사회전반적인 효용을 감소시키는 역할을 하고, 대외적으로는 국가의 이미지와 위상을 추락시키는 등 공공의 이익을 침해하

는 행위로서 국가의 강력한 형법상의 제재가 필요하고 이러한 제재의 실효성을 확보하기 위해서는 지금보다 강력한 처벌이 있어야 합니다.

## 05 · 감경인자 중 ‘실제피해가 경미한 경우’ 수정 필요

양형기준안의 모든 유형에서 특별양형인자 중 감경인자로 ‘실제피해가 경미한 경우’를 규정하고 당해 권리를 사실상 사용하지 않고 있는 경우도 ‘실제 피해가 경미한 경우’로 분류하고 있습니다.

그러나 최근 특허권은 제품생산을 위해서만 사용되는 것이 아니라 특허권 자체가 활발한 거래의 대상이 되고 있습니다. 특히 개인발명가나 중소기업은 특허권으로 제품 생산을 통한 수익창출이 어려워 특허권 거래를 통해 수익창출을 시도하고 있습니다.

따라서 ‘실제 피해가 경미한 경우’의 정의에서 “권리를 사실상 사용하지 않고 있는 경우”는 삭제하는 것이 바람직합니다. 그렇지 않으면 대기업이 중소기업이나 개인발명가의 기술을 침해해도 실제 생산되고 있지 않다는 이유로 처벌이 약화되는 문제가 발생할 수 있습니다.

## 06 · ‘손해배상 가능성이 없는 경우’를 가중인자로 추가

지재권 침해에 있어서 피해당사자의 구제가 가장 우선되어야 할 것으로 생각합니다. 다만, 공익적 관점에서 침해행위의 억제와 거래질서의 확립과 소비자보호 등을 위해 형사적 처벌이 필요한 것으로 생각합니다.

따라서 지재권 침해사범에 대한 형사적 처벌에 있어서도 부당이익을 은닉하는 등 민사적 손해배상 가능성이 없는 경우에는 가중 처벌이 필요할 것으로 생각합니다.

## 07 · 저작권 침해 예방행위에 대한 감경인자 추가

저작권은 등록된 형태의 권리가 아니므로 권리의 정확한 범위와 형태를 인지하기 어려우며, 따라서 의도치 않은 침해가 발생할 여지가 많습니다. 따라서 침해 발생시 이러한 사항이 양형의 고려사항이 되어야 합니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

특히 소프트웨어 등 저작권의 경우에는 의도치 않은 침해에 대한 판단이 어려운 바, 이것을 판단하기 위해서는 기업이 사전적으로 침해방지를 위한 활동을 펼쳐왔는지에 대한 것을 고려할 수 있습니다.

예를 들어 주기적인 소프트웨어 사용실태 조사, 소프트웨어 자산관리사 고용 등의 사전적으로 침해예방 자율 활동을 하고 있는 기업의 경우 이를 감경인자로 추가 하는 것이 바람직합니다. 이러한 것들은 다른 지식재산권에도 적용될 여지가 많고, 이러한 인자의 추가는 기업들이 지식재산권 침해를 자율적으로 방지하는 유인구조로 작동할 수 있습니다.

### 08 · 영업비밀침해시 연구성과 보상체계 여부 고려

연구에 대한 합리적인 보상이 이루어지지 않으면 직원들의 불만이 증가하고 이는 영업비밀 유출의 동기로 작용할 수 있는 바, 이는 개인의 문제만이 아닌 조직의 시스템의 문제요소이므로 영업비밀 침해행위 유형과 관련해서는 회사에서 직무관련보상이나 처우 등 합리적인 보상을 해주었는지 여부를 감경 혹은 가중인자로 추가하여야 합니다.

이러한 인자의 추가는 기업들에게 직무발명제도의 정비 등을 통해 연구 개발자의 연구 활동에 대한 합리적 보상에 대한 유인을 증가시켜줄 수 있으므로 영업비밀 침해행위를 감소시키는 기제로써 작용할 것입니다.

특히 직무발명보상제도는 우리 기업의 지재권 경쟁력 제고를 위해 정부가 적극 육성하고 있는 사업인 바 적극적으로 동제도를 도입하고 있는 기업에 대한 유인으로서 양형인자에 반영하는 것이 바람직할 것으로 생각합니다.

### 09 · 특허침해에 대한 징벌적 손해배상 도입시 재검토 필요

우리나라에서는 오랫동안 특허권 침해에 대한 손해배상이 적절히 이루어지지 않아 특허 무용론이 제기되는 등 우리 지재권 경쟁력 확보에 가장 큰 걸림돌이 되어 왔습니다. 따라서 최근 국가지식재산위원회에서는 우리 특허제도의 경쟁력 강화를 위해 특허 손해배상의 적절성 확보 방안에 대해서 심도있게 논의하고 있습니다.

특허 침해시 손해배상의 일반 원칙에 따라 1배의 배상을 철저히 해주는 것이 바람직

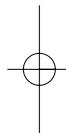
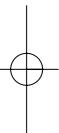
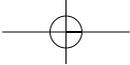
하나 몇 가지 정책적 고려에 의해 우리나라도 3배 배상제도의 도입도 검토 하고 있습니다. 특히, 특허권의 특성상 권리의 잠재가치, 기회가치까지 적절하게 배상해 주기 어렵고 따라서 이러한 영업상 기회를 빼앗은 원인 제공자에게 그 피해를 보상하게 하는 것이 필요한 측면이 있습니다. 또한, 특허권 침해는 공익에 대한 침해보다는 사익에 대한 침해 성격이 강합니다. 특허침해는 그 예측성과 반복성이 낮고 이로 인한 피해자도 일반 대중 보다는 당해 권리자에 국한되므로 권리자에 대한 경제적 보상이 더 바람직한 구제조치라고 볼 수 있음.

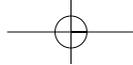
이처럼 아직 논의 단계에 있기는 하나 향후 특허침해에 대한 3배 배상제도 도입시 특허침해에 대한 형사처벌 기준은 권리자에 대한 보상이 아닌 침해행위 억제를 통한 공공질서 확립 목적에 맞추어 좀 더 명확하게 설정되어야 할 것으로 생각합니다.

#### IV 마치며

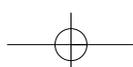
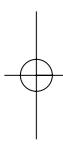
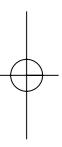
국가지식재산위원회에서는 앞서 말씀드린 특허손해배상 적절성 확보방안 이외에도 지재권 생태계의 개선을 위한 여러 가지 연구 검토를 하고 있습니다. 특히 지난 3월 7일에는 각계 전문가들로 구성된 지식재산권 분쟁해결제도 선진화 특별위원회를 발족하고 우선적으로 특허소송 관할제도 집중문제와 특허침해소송에서의 소송대리 전문성 강화문제를 해결하기 위해 노력하고 있습니다.

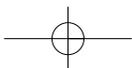
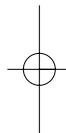
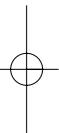
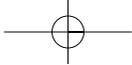
지재권 보호 강화를 위해서는 형사적 구제와 민사적 구제가 적절히 조화되어야 할 것으로 생각합니다. 여기 계신 참석자분들과 국민 여러분께서도 지식재산권 보호를 위한 소송체계 정비의 국가적 중대성과 시대적 시급성을 공감하시어 조금 더 많은 관심을 기울여 주신다면 지식재산권 보호 강화를 위한 사법부와 우리 위원회의 활동이 더욱 큰 효과를 나타낼 것이라 생각합니다.





# 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문 (이명규)





## 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문

이 명 규 (변호사)

### I 일반론

지식재산권범죄의 양형기준 설정에는 형법 총칙 제3장 제2절 형의 양정에 관한 규정 및 법원조직법 제81조의6에 정한 일반원칙에 지식재산권범죄의 특수성을 적절하게 반영하는 것이 중요하다.

특허법 등 지식재산권 보호 법률은 법률마다 목적 규정을 두고 있다.<sup>1)</sup> 특허법을 예로 들면, 출원·등록, 등록무효, 손해배상에 관한 규정 등은 ‘발명의 보호·장려 및 이용도모 → 기술발전 촉진 → 산업발전’이라는 법의 목적 달성을 위해 마련한 것이며, 특허법에서 정한 처벌규정 역시 그 목적 달성을 위한 하나의 수단에 해당한다. 따라서 양형기준의 설정을 포함한 처벌규정을 해석·적용함에 있어서는 법의 목적을 염두에 두고 같은 법률의 다른 규정들의 내용 및 그 운영 실태와 조화되도록 하려는 노력이 필요하다.

양형위원회가 마련한 <지식재산권범죄 양형기준안>(‘양형기준안’)은, 권리침해행위-영업비밀침해행위-부정경쟁행위로 범죄 유형을 분류하고, 유형별로 세부적인 양형인자를 결정하면서, 지식재산권범죄가 지니는 특수성을 반영하고 있다는 점에서 전반적으로 적절하다고 본다. 토론자는 <양형기준안>에서 제시한 양형인자들 중에서 몇 가지 항목에 관해 언급하고자 한다.<sup>2)</sup>

- 1) 특허법 제1조(목적) 이 법은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.  
실용신안법 제1조(목적) 이 법은 실용적인 고안을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.  
디자인보호법 제1조(목적) 이 법은 디자인의 보호 및 이용을 도모함으로써 디자인의 창작을 장려하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.  
상표법 제1조(목적) 이 법은 상표를 보호함으로써 상표사용자의 업무상의 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호함을 목적으로 한다.  
저작권법 제1조(목적) 이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.
- 2) ‘침해행위’에는 권리침해행위와 영업비밀침해행위가 포함되고, 권리침해행위는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권을 침해하는 행위를 포괄하지만, 이 토론문에서는 이해의 편의를 도모하고 번잡함을 피하기 위해 ‘침해행위’에 관한 양형인자에 관해 논의를 하면서 주로 특허권침해행위 또는 상표권침해행위의 경우를 중심으로 기재하였다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

## II 개별 양형인자에 대한 검토

## 01 · 권리침해행위

## 가. 특별양형인자

## (1) '실제 피해가 경미한 경우' [감경인자]

〈양형기준안〉의 [양형인자의 정의]에서는 권리가 당해 권리를 사실상 사용하지 아니하고 있었던 경우를 여기에 해당하는 것으로 들고 있는데 이는 타당하다고 본다. 그러한 경우에는 당해 권리의 보호 필요성이 적을뿐더러, 특히 특허권침해 사안에서는 NPE(Non Practicing Entity: 비실시 주체)의 지나친 권리행사로 인한 폐해를 방지하기 위해서도 필요하다. NPE가 당해 권리를 사실상 사용하지 아니하면서 라이선스 계약을 체결하여 로열티를 받는 경우는 피해가 경미하지 아니하다고 볼 수도 있으므로, '침해된 당해 권리를 권리가 사실상 사용하지 아니하고 있었던 경우'를 독립한 감경인자로 두는 방안도 검토가 필요하다고 본다.

한편, [양형인자의 정의]에서는, 침해된 권리 없이도 (그 권리를 침해하여 생산한 제품과 동일한) 제품을 생산할 수 있거나 손쉬운 다른 대체 기술이 있는 경우를 '실제 피해가 경미한 경우'로 들고 있는데, 이는 다음 ① 내지 ④의 사정을 고려할 때 다소 의문이 든다.

① 특허권의 가치의 고저는, 해당 특허 외에 다른 대체 기술 수단의 유무와 직접 상관관계가 있다고 단정할 수 없다. 해당 특허의 작용효과가 현저하다면 다른 대체 기술이 있는 경우에도 그 특허권의 가치는 높다고 볼 수 있다. 대체 기술 수단이 있는 특허권의 침해로 인한 피해가 경미하다고 볼 수 있는지는 실증적인 뒷받침을 요한다.

② 만일, 손쉬운 대체 기술이 있다는 것의 의미가 해당 특허의 작용효과에 현저성이 없는 것으로 해석될 수 있다면, 그러한 특허는 등록적격성에 문제가 있을 수 있다[형사판결 당시, 특허권의 등록은 법률상 유효하지만 특허성에 의문의 여지가 있는 경우(예를 들어 '약한 특허') 이를 양형에 반영해야 한다는 입장이라면, 별도의 양형인자를 두는 것이 바람직하다].

③ 손쉬운 대체 기술이 있는지 여부를 판단함에 있어서, 누구를 기준으로 하고, 기준 시점은 언제로 할 것인지 명확하지 않으며, 이를 심리·확정하는 작업도 손쉬운 것은 아니다.

④ 손쉬운 대체 기술이 있음에도 해당 특허권을 침해했다면, 오히려 피고인의 비난가능성이 증가되어 가중인자로 작용할 여지도 있다.

## (2) '계획적·조직적 범행' [가중인자]

예를 들어 상표위조 기술자, 모조품 제조 전문가 등을 동원하여 공장에서 루이뷔통 가방을 진품과 흡사하게 제조한 다음 대량 유통시키는 사례는 '계획적·조직적 범행'의 전형으로서 악성이 높은 침해행위에 해당한다. 그런데 지식재산권 침해행위는 개인의 단순한 우발적 범행인 경우보다는 영업활동 과정에서 제품의 제조·판매 등을 통해 이루어지는 경우가 대부분이고, 제품의 제조·판매 영업은 다수인이 사전에 치밀하고 조직적으로 계획하고 역할을 분담하여 진행하는 것이 일반적이다. 이러한 지식재산권 침해행위와 위에서 든 악질적 범행은 가중인자의 적용에 있어서 구분할 필요가 있다.

## (3) '소비자에 대한 기망적 수단이 사용된 경우' [가중인자]

[양형인자의 정의]에서는 "정품과 함께 진열하여 마치 정품인 것처럼 판매하는 경우와 같이, 단순한 권리침해에 그치지 않고 소비자들을 기망하여 시장에 혼란을 가져온 경우를 의미한다."고 설명하고 있다.

- 【'정품'이라는 용어와 관련하여】 이 경우에 해당하는 대표적 예는 저명상표를 모방한 패션상품 등을 진품과 섞어 판매하는 상표권 침해행위를 들 수 있다. 그런데 이러한 유형의 행위에 국한하는 경우라면 표현을 구체적으로 한정할 필요가 있다. '정품'은 주로 상표권 침해죄나 디자인권 침해죄에서 사용되는 용어인데, 특허권 침해죄에서는 어떤 제품을 말하는 것인지 분명하지 아니하다(예를 들어, A가 제조·판매하는 휴대전화에 사용된 많은 기술 중의 하나가 B가 보유한 특허권을 침해한 것으로 밝혀진 경우, A의 휴대전화는 정품인가 아닌가? 특정 점포에서 A, B 및 다른 제조업체 C의 휴대전화를 함께 진열하여 판매하는 경우 위의 가중인자가 적용되는가?).
- 【'소비자들을 기망하여 시장에 혼란을 가져온 경우'와 관련하여】 상표권침해는 등록상표와 동일·유사한 상표를 등록상표의 지정상품과 동일·유사한 지정상품에 사용하여 일반수요자로 하여금 상품의 출처에 관한 오인·혼동을 초래하게 하는 행위이므로 대부분의 상표권침해는 '단순한' 경우라도 소비자들에 대한 기망이 수반되며 시장에 어느 정도 혼란을 초래한다. 따라서 위 문구와 관련해서도 그 의미를 좀더 명확히 하는 것이 필요하다고 본다(소비자에 대한 기망적 수단이 사용되었다면 별도의 범죄로 의율할 수 있는 경우도 있을 것이다).
- 【'함께 진열하여 ... 판매하는 경우'와 관련하여】 상표권이나 디자인권을 침해한 짝퉁 운동화를 예로 들어 보면, 그 제품을 오프라인의 점포에서 판매하는 것만을 염두에 둔 것인지, 정품을 파는 인터넷 오픈마켓 등에서 함께 취급하는 것도 포함하는 것

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

인지 분명하지 않은데, 후자를 포함하는 것이라면 표현을 명확히 해두는 것이 바람직할 것이다.

### (4) '권리자에게 심각한 피해를 초래한 경우' [가중인자]

- 【'침해행위로 인한 피해'와 관련하여】 지식재산권범죄의 양형인자에서 '실제 피해가 경미한 경우' (특별양형인자-감경인자), '권리자에게 심각한 피해를 초래한 경우' (특별양형인자-가중인자), '피해규모가 큰 경우' (일반양형인자-가중인자), '피해회복을 위한 노력(...)' (일반양형인자-감경인자)과 같이, 피해의 규모는 양형에서 중요한 변수로 작용한다. 따라서 지식재산권범죄에서 '피해'를 무엇으로 정의하고, 어떻게 산정할 것인가에 관해서는 [양형인자의 정의] 항목에서 정해 두어야 할 중요한 사항이라고 본다.

- 【'침해행위...로 인한 총매출액이 30억 원 이상인 경우'와 관련하여】 특정 제품의 가치가, 침해된 권리 하나만으로 구현되는 경우는 드물다. 피고인이 실시 또는 사용한 기술(디자인, 상표)이 적용된 제품의 매출액은, 피고인이 실시 또는 사용한 기술(디자인, 상표)의 그 제품에 대한 기여도를 평가한 금액과 비례관계에 있지만, 그 액수는 서로 다른 경우가 보통이다. <침해행위로 인한 총매출액 = 권리자 등이 입은 피해액> 관계가 성립한다고 단정할 수도 없다. 즉, <침해행위와 관련한 제품의 매출액> ≠ '침해행위로 피고인이 얻은 이익액' ≠ '권리자가 입은 피해액' 관계가 일반적이다. 침해행위로 인한 피해 규모의 산정은 그것을 주된 목적으로 하는 민사소송 절차에서도 매우 까다로운 작업이다. 절도죄나 손괴죄의 객체와는 달리, 지식재산권의 객체인 정보는 무형의 비고갈성 재산으로서 타인의 침해행위가 그 존속 자체에는 영향을 미치지 않는다는 점도 피해의 정의 및 피해액의 산정을 어렵게 만드는 요인이다.

물론, 민사사건에서 손해배상액을 산정하는 것이 아니라, 형사사건에서 범행의 결과를 양형인자로 삼는 것이므로 피고인의 침해행위가 초래한 금전적 손실을 엄밀히 평가해야 하는 것은 아니다. 그러나 침해된 권리가 제품에서 차지하는 비중은 천차만별이고, 피고인과 권리자의 영업형태, 시장 상황 등에 따라 '침해행위로 피고인이 거둔 매출액'과 '침해행위로 권리자에게 초래된 피해액'의 차이가 클 수 있으므로, 권리자의 피해 정도를 양형인자로 포착한 것이라면, 그에 상응하는 하부 기준을 마련할 필요가 있다. 권리자 등의 피해를 객관적으로 평가하고자 한다면, 피고인이 침해한 권리의 시장가치의 하락 또는 피고인의 침해행위와 상당인과관계 있는 권리자의 매출손실액을 산정하는 것이 더 정

확할 것이다.<sup>3)</sup>

- 【주지저명상표, 개척발명】 상표권침해행위의 경우, 그 등록상표가 수요자에게 알려진 정도에 따라 권리자가 입는 피해가 다를 수 있다. 이른바 주지 저명한 등록상표가, 거래계에서 인지도가 높지 않은 등록상표보다 침해로 인한 식별력 손상·희석화의 정도가 크다. 침해행위로 인한 등록상표의 양질감 및 고객 흡인력의 훼손은 권리자의 매출액 감소 또는 침해행위로 인한 피고인의 이익에 그대로 반영되지 않을 수도 있어 금전적으로 평가하기 어렵다. 하지만 등록상표권자의 영업상 신용 내지 사회적 평가의 훼손 등과 같은 무형의 손해가 초래하는 폐해는 금전적 피해 못지 않게 크다. 이러한 경우를 [양형인자의 정의]에서 기재한 ‘그 밖에 이에 준하는 경우’로 파악할 수 있지만, ‘권리자 등에게 심각한 피해를 초래한 경우’의 한 유형으로 명시하는 것도 상표권 침해행위의 특수성을 양형에 적절하게 반영하는 방안이 될 수 있다고 본다.

이와 동일한 맥락에서 특허권 침해의 경우에도 개척발명·원천기술에 관한 특허권, 그 기술 분야에서 획기적인 발명에 대한 특허권, 국가 주요산업의 표준기술에 관한 특허권이 침해된 경우, 이를 ‘권리자 등에게 심각한 피해를 초래한 경우’의 한 유형으로 삼을 필요가 있을 것이다.

즉, 권리침해행위의 양형에 있어서는 침해된 권리가 그 기술 분야 또는 거래계에 갖는 무형의 가치를 평가하여 이를 양형에 반영하는 방안이 필요하며, 이는 ‘권리자 등에게 심각한 피해를 초래한 경우’의 한 유형으로 포섭하는 것이 바람직하다고 생각한다.

#### (5) ‘권리자의 침해중단 요구 후 범행 지속’ [가중인자]

권리자는 고소를 제기하기에 앞서 내용증명우편 등으로 특허권의 존재와 침해사실을 통고하는 것이 통례로 되어 있다.<sup>4)</sup> 고소까지 하지 않더라도 권리자가 내용증명우편 등을 통해 영업관계에 있는 다른 영업자들에게 침해중단을 요구하는 일은 거래계에서 매우 흔하다. 권리자의 침해중단 요구를 받고도 종전대로 영업을 계속하였는데 나중에 그 권리의 등록이 유효하고 피고인의 제품이나 실시방법이 그 권리범위에 속하는 것으로 판명된

3) 침해행위로 인한 이득액을 산정하는 경우에도 영업비밀의 취득으로 얻는 이익에 관한 다음과 같은 대법원 1999. 3. 12. 선고 98도4704 판결(공1999.4.15.(80), 710)은, ‘영업비밀침해행위’ 뿐만 아니라 ‘권리침해행위’로 피고인이 얻은 이득액 산정에 참고가 될 수 있다. “영업비밀을 취득함으로써 얻는 이익은 그 영업비밀이 가지는 재산가치 상당이고, 그 재산가치는 그 영업비밀을 가지고 경쟁사 등 다른 업체에서 제품을 만들 경우, 그 영업비밀로 인하여 기술개발에 소요되는 비용이 감소되는 경우의 그 감소분 상당과 나아가 그 영업비밀을 이용하여 제품생산에까지 발전시킬 경우 제품판매이익 중 그 영업비밀이 제공되지 않았을 경우의 차액 상당으로서 그러한 가치를 감안하여 시장경제원리에 의하여 형성될 시장교환가격이다.”

4) 송영식 지적소유권법(상), 육법사(2008), 618면.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

다면 결과적으로 피고인은 ‘권리자의 침해중단 요구 후 범행을 지속’한 경우에 해당한다. 그런데 등록권리의 효력은 불확실한 경우가 많으므로 권리자의 침해중단 요구를 받게 되면, 등록무효 심판청구 등으로 대응하는 경우가 많다.<sup>5)</sup> 무효사유를 품고 있는 특허가 상당수 존재하고 권리자의 침해중단 요구가 비밀비재한 현실에서 영업자가 ‘권리자의 침해중단 요구’를 받는 것만으로 그 특허와 관련된 기술을 사용하는 사업을 접는 결단을 내리기는 쉽지 않다. 이러한 여건 아래에서, 나중에 침해로 밝혀졌을 때 이를 특별양형인자(가중인자)로 삼는 것은 피고인에게 가혹할 수 있다. 권리자의 침해중단 요구 후 침해가 객관적으로 상당히 명백함에도 불구하고 범행을 지속하는 경우 등과 같이 침해의 개연성을 구체적으로 한정함으로써 적용 요건을 엄격히 하거나, 위 특별양형인자 대신에 일반양형인자(가중인자)인 ‘반복적 또는 장기간의 범행’을 특별양형인자로 정하는 방안을 검토할 필요가 있다.

### 나. 일반양형인자

#### (1) ‘피해규모가 큰 경우’ [가중인자]

특별양형인자에서 ‘권리자에게 심각한 피해를 초래한 경우’와 구분하기 위해서라도 ‘피해규모가 큰 경우’가 무엇을 말하는지 [양형인자의 정의]란에 보충하여 두면 좋을 것 같다.

#### (2) ‘외국권리 침해상품 제작 후 수출의 경우’ [가중인자]

‘외국권리’의 의미가 무엇인지 모호하다. 외국인이 보유한, 국내에 등록된 지식재산권을 말하는 것인지, 또는 권리자의 국적을 불문하고 외국에도 등록된 지식재산권을 말하는 것인지, 어느 경우이든 그 자체로 가중인자로 삼을 필요는 없다고 보며, 만일 피해 규모가 크다면 다른 양형인자로 포섭할 수 있을 것이다.

## 02 · 영업비밀침해행위

### 가. ‘비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자’ [특별양형인자(행위자/기타), 가중인자]

여기에 해당하지 아니하는 사람으로 피해기업의 전·현직 직원 또는 피해기업과 거래

5) 특허심판원이 2010년 처리한 특허등록 무효심판 청구사건은 637건인데, 그 중 등록무효 심결 건수는 336건으로, 인용율은 52.7%에 이른다. 특허청 홈페이지 ‘심판청구별 청구 및 처리건수’ 참조.

[http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user,html,HtmlApp&c=3044&catmenu=m02\\_05\\_01\\_03](http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user,html,HtmlApp&c=3044&catmenu=m02_05_01_03); 2012. 3. 18. 최종 방문.

관계 없는 외부인을 들 수 있는데, 이들과 구분하여 ‘비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자’를 특별양형인자(가중인자)로 보는 근거가 무엇인지 의문이다.

#### 나. ‘누설된 영업비밀이 제3자에게 유출되었거나 유출되었을 가능성이 높은 경우’ [일반양형인자(행위), 가중인자]

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제1항, 제2항에서 규정한 행위 유형은 영업비밀의 ‘취득’, ‘사용’, ‘제3자에게 누설’이다. 여기에서 ‘누설’은 영업비밀의 내용을 모르고 있던 자에게 그 영업비밀을 알게 하는 행위를 의미하므로<sup>6)</sup> 영업비밀침해 행위가 ‘누설’에 해당한다면 그 자체로 제3자에게 전달되었음을 전제로 한다. 따라서 위 규정에서 정한 세 가지 침해 유형 중, ㉠ ‘누설’에 해당하는 경우, ㉡ ‘취득’이나 ‘사용’에 해당하지만 취득·사용한 영업비밀이 제3자에게 유출되었거나 유출되었을 가능성이 높은 경우, 이를 가중인자로 고려한다는 취지라면 [양형인자의 정의]란에 이와 같은 내용을 언급해 둘 필요가 있다.

#### 다. ‘범행으로 인한 대가를 수수한 경우’ [일반양형인자(행위), 가중인자]

피고인이 피해기업의 영업비밀을 취득, 사용 또는 제3자에게 누설하는 범행을 하고 타인에게서 ‘대가를 수수한 경우’가 있을 수 있고, 피고인 자신의 영업 등에 사용하여 경제적 이익을 거두는 경우가 있을 수 있는데, 전자와 후자를 구분할 필요가 있는지 의문이다. ‘범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우’로 수정하여 두 경우를 포괄하는 방안이 바람직하지 않을까 생각한다.

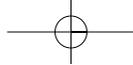
### III 맺음

지식재산권침해행위에 대한 형사적 제재는 지식재산권을 보호·장려하는 다양한 법제도 중의 하나에 해당한다. 그 형사적 제재 제도의 일부를 이루는 양형기준은, 형사재판의 공정성·객관성·신뢰성 확보라는 일반 원칙을 준수하여야 할 뿐 아니라, 지식재산권 관련 법률의 제정 목적 달성에 기여하는 방향으로 정립되어야 할 것이다. 이번 <양형기준안>은 양형위원회의 충실한 논의를 통해 전반적으로 이 점이 잘 반영된 것으로 평가된다.

6) 김국현, 영업비밀보호법 실무, 세창출판사(2010), 81면.

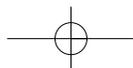
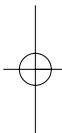
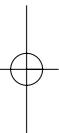
## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

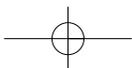
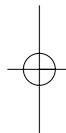
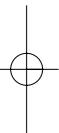
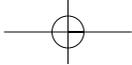
〈양형기준안〉이 재판과정에서 적용되어 좋은 성과를 거두는 데에는 다른 요인들이 변수로 작용한다. 무엇보다 기술발전, 정보화 등에 따라 급변하는 사회에 유연하게 대응할 수 있는 역량을 포함한 재판의 전문성 확보가 중요하다. 또한, 지식재산권의 출원등록 제도(등록된 지식재산권의 신뢰성 확보제도)와 민사상 구제수단인 침해금지 및 손해배상 제도의 내용 및 운용이 적정하고 효율적인지 여부, 산업발전에 있어서 지식재산권이 갖는 중요성에 대한 국민의 인식수준이 어떠한지 등도 적지 않은 영향을 미칠 것이다. 이러한 것들이 조화를 이루어 이번 〈양형기준안〉이 값진 결실을 맺기를 기대한다.



Sentencing Commission

# 지식재산권범죄 양형기준안 지정토론문 (이해완)





## 지식재산권범죄 양형기준안 토론문

이 해 완 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

### I 양형기준의 유형구분에 대하여

지식재산권범죄 양형기준안 설명자료에 의하면, 유형구분과 관련하여 세 가지의 안이 검토되었고, 그 중 제1안이 채택된 것으로 설명되고 있습니다. 그 중 제3안은 권리침해행위를 창작계열 권리침해와 신용계열 권리침해로 구분하고 있음에 반하여, 제1안과 제2안은 그러한 구분 없이 권리침해행위를 통일적으로 다루는 방향을 취하여 대조를 이루고 있습니다. 그리고 제2안은 권리침해행위를 다시 침해의 정도에 따라 ‘단순침해’와 ‘중대침해’로 나누고 있는 점에서 그러한 구분을 하지 않은 제1안과 다른 태도를 보이고 있습니다. 한편으로, 제3안은 창작계열 권리침해와 신용계열 권리침해를 각각 등록형과 비등록형으로 나누어 서로 상이한 권고 형량을 제시하고 있어 더욱 세분화된 분류기준을 제시하고 있습니다.

토론자의 생각으로는 저작권과 산업재산권 사이에는 공통점만큼이나 이질적인 측면도 많으므로 그 두 가지 권리의 침해를 서로 구분하고 영업비밀침해 등은 그것과는 또 다른 것으로 구분하는 것이 타당한 방향이 아닐까 생각되는데, 그렇게 구분한 안은 검토대상 중에 없었던 것으로 보입니다. 제3안과 같이 미등록 창작계열에 영업비밀 침해와 저작권 침해를 함께 포함시킨 것도 적절한 것으로 생각되지 않습니다. 그런 점에서, 세 가지 안의 어느 것도 아닌 제4의 안으로, 제1안을 기본으로 하되, 산업재산권침해와 저작권침해의 유형을 구분하는 방안이 검토될 필요가 있지 않았을까 생각합니다.

그와 관련하여, 설명자료에 의하면, 제1안의 단점으로 “특허권침해, 실용신안권침해, 디자인권침해, 상표권침해와 같은 등록된 지식재산권에 대한 침해행위와 등록대상이 아닌 저작권침해를 분리할 필요성이 있음. 즉, 위 두 가지는 다소 성격이 다르고 법정형과 범죄의 형태도 다르기 때문에 분리하여 규율할 필요성이 있고, 저작권침해는 보호되는 저작물의 형태가 다양하고(문학저작물, 도화저작물 등), 보호되는 권리가 다양하므로(저작권, 저작인접권, 저작인격권 등) 등록 지식재산권침해와 달리 특유한 양형인자를 설정할 필요가 있다”는 것이 지적된 것으로 보이는데, 그러한 지적에도 불구하고, 저작권침해를 따로 분리하지 않은 이유가 궁금합니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

아마도 지금까지의 판결문 분석결과에 의할 때 형량에 있어서 큰 차이가 없다는 이유로 같은 유형에 포함된 면이 있는 것으로 생각됩니다만, 과거에 기소된 특정 사건들의 죄명과 형량의 단순비교에 의할 때 그러한 경향을 보였다는 것만으로, 동일한 유형구분에 의한 기본적으로 동일한 취급이 정당한 것으로 단정하기는 어려울 것이라 생각합니다. 후술하는 저작권범죄의 비친고죄 확대 등 상황과 관련하여 이후의 상황은 이전과는 다를 것으로 예측되는 점과 현재의 기준에도 이미 저작권법과 관련한 특별한 양형인자들이 포함되어 있는데, 그것과 산업재산권에만 해당하는 양형인자들과 함께 섞여 있는 것이 바람직하지 않은 것으로 보이는 점 등을 두루 감안할 때, 설사 유형의 구분 후에 실제로 정해지는 권고 형량기준이 서로 유사하다 하더라도 체계적인 분류의 면에서는 저작권과 산업재산권을 구분하여 기준을 세우는 것이 타당하지 않을까 생각합니다.

그리고 한 걸음 더 나아가, 저의 사견으로는, 저작권법상의 권리침해죄 중에서 법정형이 5년 이하로 되어 있는 제136조 제1항의 권리침해죄(저작권재산권, 기타 데이터베이스제작자 권리를 제외한 저작권법상의 재산적 권리침해죄)와 법정형이 3년 이하로 되어 있는 제136조 제2항의 권리침해죄(저작인격권, 실연자의 인격권, 데이터베이스제작자의 권리침해, 기술적 보호조치 보호의무 위반 등)도 그것을 제1유형과 제2유형 등으로 구분하여 정리하는 것이 타당할 것으로 생각합니다. 제136조 제2항에 해당하는 죄를 아예 제외하면 몰라도, 그것을 제1항의 죄의 특별양형인자 중 감경인자로 보는 것은 논리적, 체계적인 면에서 적절치 않은 면이 있지 않을까 생각합니다.

### II 권고 형량기준에 대하여

검토자료에 의하면, 지식재산권범죄가 수적으로 많지 않다는 언급이 있습니다만, 사실 저작권침해의 경우 무수히 많은 형사사건이 제기되고 있는데, 그 중 대부분은 친고죄에 해당하여 합의에 의하여 ‘공소권 없음’이나 ‘공소기각’으로 끝나게 되는 부분이 있고, 그렇지 않은 경우에도 약식사건으로 끝나는 경우가 많았을 것이라 생각합니다.

그러나 한·미 FTA 이행을 위한 2011. 12. 2.자 개정 저작권법(2012. 3. 15. 시행)에서는 종래 ‘영리를 위하여 상습적으로’ 권리침해를 한 경우만을 친고죄의 예외로 규정하여 비친고죄의 요건으로 영리성과 상습성을 AND 조건으로 규정하였던 것을 ‘영리를 목적으로 또는 상습적으로’ 권리침해를 한 경우를 친고죄의 예외로 규정하여 비친고죄의 요건으로 영리성과 상습성을 OR 조건으로 규정하는 것으로 개정함으로써 비친고죄의 범

위가 대폭 늘어나게 되었습니다. 따라서 저작권침해 사건이 기소되어 공소기각이 아닌 유죄의 판결을 받게 되는 사건이 대폭 늘어나는 결과가 될 수 있고, 그에 따라 정식재판 청구 등에 의하여 법원에 회부되어 최종적으로 벌금형을 받게 되는 경우도 늘어나지 않을까 예상됩니다.

그런데 현재 저작권법의 영역에서는 권리침해가 성립할 경우 죄질이나 피해결과와 관련한 형사처벌의 ‘문턱’이 전혀 없고, 다른 한편으로 아직은 새로운 지식경제 시대에 걸맞은 저작물 이용 활성화가 제도적으로 충분히 정착되지 못한 관계로, 일부 권리자들이나 대리중개업체 또는 법무법인 등에서 고소를 남용함에 따라 예컨대 교과서에 실린 무수한 저작물들의 권리자로부터 사전 허락을 받을 수 있는 시스템이 마련되지 않아 종래의 관행에 따라 참고서 출판을 해 온 다수의 출판업자들이 권리자나 그 대리중개업자 등의 무더기 남고소에 직면하는 등의 어려움이 곳곳에서 벌어지고 있는 것이 현실입니다. 저작권 보호가 강화되는 것이 필요하지만, 확대된 집중관리(ECL)의 도입 등의 제도적 정비를 통하여 저작물의 원활한 이용을 보장하고 관련 산업을 보호하는 것이 동시에 이루어짐으로써 권리자와 이용자 사이의 상생적 관계가 확립되어 나가는 것이 바람직한 방향인데, 현재 그러한 부분이 미진한 상태에서 그 틈새를 악용하는 사례가 많다는 것입니다.

따라서 저작권침해죄의 경우에는 양형기준에도 벌금형에 대한 부분을 포함하여 정리할 필요가 있지 않은지 검토할 필요가 있고, 형량의 설정에 있어서도 지나치게 엄격하고 경직된 중벌주의로 나가는 것이 바람직하지 않은 면이 있다고 생각합니다. 현재 마련된 양형기준이 저작권침해에 대하여 지나치게 경직된 모습으로 적용될 경우에는 위에서 말씀드린 현실과 관련하여 어려움이 더욱 커질 가능성도 있지 않을까 우려됩니다.

### III 양형인자 및 집행유예 기준에 대하여

위에서 말씀드린 저작물 이용의 제도적 환경이 잘 마련되지 않아 어려움을 겪는 산업 영역에서의 문제를 적절히 양형에 반영할 수 있는 양형인자 설정이 필요하지 않을까 생각합니다. 특히 그것은 저작물 이용이 영리적이면서도 공공적인 성격을 가지는 경우에 그러합니다. 교과서에 실린 저작물을 이용한 참고서 출판 및 이러닝 산업 등의 경우가 대표적인 예인데, 그 경우의 저작물 이용은 한편으로는 영리적이지만 한편으로는 ‘교육’ 목적의 이용이라는 점에서 공공적인 의의도 있고 이러닝의 경우는 산업적인 육성대상이기도 합니다. 현재 그와 관련하여 저작권집중관리에 의하여 해결되는 비율이 썩 높지 못

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

하여, 교과서를 가지고 온라인 강의를 하는 것 자체가 저작권침해가 되지 않도록 사전적으로 처리하는 것이 불가능에 가까운 정도여서 매우 큰 법적인 리스크에 직면하고 있는 실정입니다.

이러한 점을 감안하여 ‘범행의 동기에 특히 참작할 점이 있는 경우’를 감경인자의 하나로 하고, 그 구체적인 예로써, ‘교육을 위해 교과서 등을 이용하는 것이 필요한 경우’ 등의 사유를 열거하는 것을 검토해 봐 주셨으면 합니다. 그 외에 저작물 이용의 공공적 측면을 양형인자로 고려하는 것의 예로써 ‘장애인의 독서, 기타 문화생활을 돕기 위하여 저작물 등을 이용하는 것이 필요한 경우’ 등도 생각해 볼 수 있을 것입니다. 이러한 사정들은 저작권법상 ‘공정이용’ 여부의 판단에 일정한 영향을 미치는 것으로서 궁극적으로 공정이용에 해당하면 저작권침해가 성립하지 않게 되어 무죄가 될 것이지만, 공정이용으로 보기에 유리한 측면의 하나로 작용하긴 하나 결과적으로 공정이용으로 인정되지 않는 경우도 많이 있을 수 있습니다. 예로 든 이러닝산업의 경우 교육의 목적이라는 면에서는 공공성이 있지만, 영리적 성격을 부정하기 어려운 경우로서, 공교육을 대상으로 한 저작권법 제25조의 교육목적 이용에 관한 저작권제한사유에 해당하지 않음은 물론이고, 구체적, 개별적인 사안에서 그 이용의 양적 측면 등 제반 사정을 고려할 때 2011. 12. 2.자 개정에 의하여 제35조의3으로 신설된 공정이용에 관한 보충적 일반조항에 해당한다고 보기 어려운 경우도 상당히 많을 것입니다. 그와 같이 여러 가지 고려요소를 종합할 때 결과적으로 공정이용이 아니라고 볼 경우에도 교육을 위한 목적이라는 점과 저작물 이용 환경 및 집중관리 현황 등의 상황에 비추어 저작물 이용동기에 참작할 만한 사정이 있다는 이유로 형량의 감경이나 집행유예를 결정함에 있어서 참작하는 것이 적절하고도 필요한 일일 수 있을 것이라는 취지입니다.

이와 관련하여, 양형감경인자와 집행유예 기준에 ‘범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우’라는 항목이 있습니다만, ‘범행가담’이라는 말이 다른 주범이 있는 경우를 염두에 둔 것으로 보이는 면이 있어, 그것과 별도로 ‘범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우’라는 항목을 두고 그 내용을 구체적으로 예시해 주는 것이 바람직할 것이라 생각합니다.