

저작권법위반행위와 위법성의 인식* **

김 혁 돈***

<국문초록>

저작권법 위반행위에 있어서 그 성립요건으로 위법성의 인식은 당연히 요구된다고 할 수 있지만 일반인의 관점에서 위법성을 인식하고 있었다고 보기 힘든 경우가 있다. 그럼에도 불구하고 저작권법위반행위에 있어 위법성의 인식에 대한 우리 법원의 태도는 구성요건적 행위에 대한 인식만 있으면 위법성의 인식은 당연히 인정하고 있는 듯한 태도를 보이고 있다. 이러한 법원의 태도는 구성요건요소가 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소로 구성요건의 내용도 구별될 수 있고 이에 대한 인식의 정도도 다르게 평가될 수 있는 점을 간과한 것이 아닌가 의문이 든다. 구성요건요소가 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소로 구성요건의 내용도 구별될 수 있고 기술적 구성요건에 대한 인식과는 달리 규범적 구성요건요소의 경우에는 위법성의 인식과 밀접한 연관이 있다고 할 수도 있고 구성요건적 사실에 관한 인식이 위법성의 인식을 추단할 수도 있다. 소위 규범적 구성요건요소의 포섭에 관한 착오의 경우 두 가지 착오가 착종되어 있어 이 경우에는 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오로 평가될 수 있다고 할 수 있다.

저작권침해행위와 관련하여서는 일반인들이 저작권법상의 금지행위의 개념과 그 유형을 알지 어려운 측면이 있고 특히 개인적인 호기심이나 만족을 위하여 타인의 저작물을 이용하는 경우가 많은데, 이 경우에 있어 위법성의 인식이 있다고 인정하기 어려운 경우도 많다. 우리 대법원의 태도에 의하면 이러한 아주 경미한 침해행위에 있어서도 자신이 이용하고자 하는 저작물이 타인의 저작권의 대상이라는 인식만 있으면 그 행위가 금지되어 있다는 것에 대한 인식이 인정되므로 저작권법위반행위로 처벌할 수 있다고 하고 있는데 이는 위법성을 인식하지 못한 자에게 형벌을 부과하는 결과를 낳는 것이다.

더욱이 우리 법원이 이러한 태도를 취하고 있는 점을 이용하여 선의 또는 경미한 과실에 의하여 저작권을 침해한 이들을 공갈하는 저작권사냥꾼과 같은 부작용이 발생하기도 한다. 저작권 위반행위에 대한 형사처분의 결과도 대부분 불기소처분하고 기소율이 극히 저조한 것을 보면 경미한 저작권침해행위에 있어 위법성의 인식을 추단하고 형사재제를 부과하는 것보다는 비범죄화하는 것이 마땅하다. 우리 법에서 ‘영리의 목적이나 상습성이 있는’ 경우에 비범죄죄로 하고 있는 측면을 감안하여 저

* 본 논문은 2018년도 가야대학교 교내연구비 지원을 받았음.

** 본 논문은 2019년 저작권관례연구회 제1회 학술대회에서 발표한 발표문을 수정·보완한 것임.

*** 법학박사, 가야대학교 경찰행정학과 부교수

작권법상의 형사처벌의 범위를 합리적으로 제한할 필요가 있다고 생각한다.

주제어 : 저작권법, 위법성의 인식, 법률의 착오, 규범적 구성요건요소, 비범죄화

• 투고일 : 2019.06.30. / 심사일 : 2019.07.16. / 게재확정일 : 2019.07.17.

[대상판결]

대법원 2008. 10. 9. 선고 2006도4334 판결 [저작권법위반]

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제97조의5에서 규정하는 저작권재산권의 침해죄에 있어서의 고의의 내용은 저작권재산권을 침해하는 사실에 대한 인식이 있으면 충분하고, 그 인식은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것이다 (대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도6403 판결 등 참조).

위 법리 및 원심이 유지한 제1심판결의 채용 증거들을 기록에 의하여 살펴 보면, 피고인은 공소외인이 제작한 원심판시 풍경사진을 컴퓨터 바탕화면 제공 업체인 애드게이터사로부터 전송받아 복제한 다음 포털사이트인 네이버(www.naver.com) 포토앨범에 전송함에 있어, 저작권법상의 사진저작물인 위 풍경사진의 저작권자가 누구인지는 구체적으로 몰랐다 하더라도 적어도 위 사진의 저작권자가 있다는 사실은 알고 있었고, 또한 애드게이터사의 웹페이지 상의 ‘업로드된 이미지의 저작권에 대하여는 위 회사가 책임지지 않는다’는 취지의 문구가 기재되어 있었음을 알 수 있는바, 그렇다면 피고인에게는 적어도 저작권재산권을 침해하는 사실에 대한 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당하고, 나아가 설령 피고인이 위 풍경사진을 애드게이터사로부터 회원 자격으로 전송 받은 것이어서 이를 복제한 다음 포털사이트인 네이버 포토앨범에 전송한 행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 오인하였다 하더라도 그와 같이 오인한 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

[참고판결]

대법원 1991. 8. 27. 선고 89도702 판결 [저작권법위반]

원심판결 이유에 의하면 원심은, 저작권법의 입법취지에 비추어 볼때 구 저작권법 제71조 제1항 소정의 부정출판공연죄가 성립되려면 저작권자의 허락 없이 공정한 이용의 범위를 넘어 타인의 저작물을 출판 또는 공연함으로써 저작권자의 인격적 재산적 이익을 해치는 행위가 있고 그에 대한 행위자의 주관적 인식이 있어야 할 것인데 피고인은 제1교회 목사 및 한국기독교민중교육연구소의 직원으로 재직하면서 기독교적 민중교육운동 등의 활동을 하여 오던 중 근로자들이 노동조합행사, 노동쟁의 등을 할 때 이미 공표되어 있는 기존의 가요 등의 곡조에 구전되어 내려오는 노동현실에 대한 풍자 등을 내용으로 한 새로운 가사를 붙여 부르는 것에 관하여 흥미를 가지고 그 가사를 수집, 정리 분석하여 근로자들의 정서식 등을 인식함으로써 피고인의 교육운동의 전개 방향에 대한 연구자료로 삼고자 1981.3.경부터 그 판시 근로자들 사이에 불리워지고 있는 60여개의 가사들을 근로자들을 통하여 수집한 뒤 기존의 곡명을 밝힌 가운데 그 악보를 전사하고 그 곡조에 따라 근로자들에 의해 불리워지는 곡명 및 가사를 적어 넣고 서문과 분류목차를 첨가 정리한 다음 100부를 인쇄 제본하여 그 중 70부를 피고인과 관심을 같이 하는 위 연구소회원 및 목사들에게 연구자료로서 배부한 사실을 인정할 수 있는 바, 이와 같은 피고인의 책자편찬의 동기, 위 가사들의 자연발생적인 노동민요적 성격 및 그 수집방법, 위 책자의 발간부수 및 그 배포의 상대방이 극히 제한되어 있었던 점 등의 제반사정을 종합하고 위 책자의 발간에 의하여 피고인이 경제적인 이익을 얻은 것이 없는 점 등을 고려하여 보면 피고인이 위 책자를 편찬 배포함에 있어 일반인으로서 정당하게 이용할 수 있는 범위를 일탈하여 공소사실 적시 가요의 작곡자 및 작사자의 인격적 재산적 이익을 침해하였다고 볼 수 없을 뿐더러 그에 대한 범의도 인정되지 아니한다는 이유로 제1심판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였다.

구 저작권법은 학문적 예술적 저작물의 저작자의 이익을 보호함과 동시에 저작물을 원활히 이용하도록 함으로써 문화발전을 도모하기 위해 특정한 경우에 일반공중이 저작권자의 허락을 받지 아니하고 저작물을 자유로이 사용할

수있는 경우를 비침해행위로서 규정하고 있는바(제1조, 제64조), 타인이 저작권을 가지는 저작물의 무단편집, 출판행위가 이러한 비침해행위에 해당하거나 또는 이에 준하여 사적으로 극히 제한된 범위의 사람이 이용하기 위하여 소량의 부수를 복제하는 경우가 아니라면 저작물의 정당한 이용행위라고 할 수 없을 것이고, 또한 구 저작권법 제71조 제1항의 부정출판공연죄에 있어서의 고의의 내용은 저작권을 침해하여 출판공연하는 행위에 해당하는 객관적 사실에 대한 인식이 있으면 족하고 그것이 저작권이라고 하는 권리를 침해하고 있다는 것에 대한 인식이나 그 결과를 의욕할 필요까지는 없다고 할 것이다.

[연구]

I. 들어가면서

범죄가 성립하기 위한 요건을 범죄성립요건이라고 하고 그 요건으로 구성요건해당성, 위법성, 책임을 들고 있는 것은 주지의 사실이다. 각 성립요건의 내용을 어떻게 구성할 것인가에 대한 논의가 범죄체계론이라고 할 수 있는데, 범죄체계론의 발전사는 ‘위법성의 인식’의 위치정립의 역사라고 하여도 과언이 아니라고 생각한다. 이처럼 ‘위법성의 인식’은 범죄성립에 있어 중요한 요소라고 할 수 있다. 더불어 고의를 어떻게 파악하는가의 여부는 각 범죄체계에 따라 다르지만 범죄가 성립하기 위하여 구성요건적 사실의 인식과 함께 위법성의 인식을 필요로 하는 것도 모든 범죄체계에 있어 동일하다고 할 수 있다.

그렇다면 범죄가 성립하기 위하여는 기본적인 성립요소로 자신이 하는 바로 그 행위가 ‘법률’에 의하여 금지되어 있다는 것을 알고(인식의 정도가 어느 정도여야 하는 것인지도 문제되지만) 있어야 한다는 것을 필수적으로 요구하고 있다고 할 수 있다. 또한 금지에 대한 인식이 없는 경우에 ‘법률의 착오’라고 하여 ‘오인에 정당한 이유가 있는 경우에’ 형사책임을 면하는 규정을 둔 것도 위법성의 인식을 범죄성립의 필수요건으로 하고 있는 것의 반영이라고 하겠다.

그러나 실제 범죄성립에 있어 행위자가 ‘위법성의 인식’을 확정적으로 인식하고 있는지는 의문스럽다. ‘위법성의 인식’의 정도의 문제나 ‘위법성의 인식’을

입증하는 문제는 다음으로 미루더라도 과연 모든 범죄의 필수적 성립요소인 ‘위법성의 인식’을 이론에서처럼 현실에서 발생하는 사건에서 확인하고 있는지는 의문이다. 이론에 따르면 모든 범죄자는 ‘위법성의 인식’을 미필적으로나마 인식하고 있어야 하는데 과연 실제 법판단에서 확인하고 있는지는 의문이다. 더욱이 형사처벌을 규정하고 있는 법률에서 이러한 인식을 전제로 하고 있는데, 법위반행위자가 자신의 행위가 금지된 것을 알고 있어야 한다고 의무지을 수 있는지(인식가능한 것인지) 의문스러운 경우가 많은 것도 사실이다.

자연법상의 범죄라고 일컬어지고 있는 범죄들-살인, 강도, 절도, 등-에 있어서야 자신이 행하는 행위가 금지되어 있다는 것에 대하여 의식적으로나 혹은 (자기합리화를 통한다할지라도) 잠재적으로나 금지에 대한 인식이 존재한다는 것에 대하여 부정할 수는 없을 것이다. 그러나 복잡다기한 현대 사회의 각종 법률들에 자신이 지금 행하고자 하는 행위를 금지하는 규정이 있다는 것을 최소한 미필적으로나마 인식하고 있다고 과연 단언할 수 있을지는 의문이다.

저작권법위반행위에 대하여 저작권법 제136조에서 제138조까지에 저작권법위반행위에 대하여 벌칙규정을 두고 최고 징역 5년 또는 5천만원의 벌금을 규정하고 있어 형량에 있어 적지 않은 법정형을 예정해 두고 있다. 저작권법위반행위에 대한 재제가 중한 만큼 저작권위반행위가 가지는 사회적 의미가 중요하다는 면을 반영한 결과라고 생각할 수 있다. 그러나 우리 사회 전반에 있어 저작권에 대한 인식이 높은가라는 질문에 대하여는 (과거에 비하여 높아졌다고 할 수는 있지만) 그리 긍정적인 답변이 나올 것이라 예상하는 것도 그리 생경한 것은 아닐 것이다. 그렇다면 저작권법에서 형사벌로 금지하고 있는 저작권법위반행위를 하는 사람은 자신의 행위가 저작권법에서 금지하고 있다는 것을 (미필적으로나마) 인식하고 행하는 것일까? 다시 말하여 ‘위법성의 인식’이 있다고 할 것인지는 의문이다. 대법원 판례¹⁾와 같이 법률의 부지는 정당화되지 않는다는 원칙에 따라 행위자에게 그 부지의 책임을 모두 돌릴 수 있을 것인가 고민하지 않을 수 없는 문제라고 하겠다.

법은 아주 어렵고 우리 생활에서 가까이해서 좋을 것이 없는 것이라는 관념

1) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010도15260 판결: “「형법」 제16조에 의하여 처벌하지 아니하는 경우란 단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 인식함에 있어 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지”.

이 지배하고 있는 중장년층 이상의 사람들은 물론이거니와 한자용어에 익숙하지 않은 세대들에게서 공통적으로 가지고 있는 인식이 법률용어는 너무 어렵다는 것이다. 법조인들만의 무기로 사용하기 위한 것이 아닌가하는 조롱도 있을 정도이다. 소위 법률은 그들만의 무기로 법조는 그들만의 리그로 인식되고 있는 것도 사실이다. 일상법률용어의 개념도 이렇게 우리의 실생활과 거리가 있는데, 일반국민에게 각종 특별법의 내용까지 모두 인식하고 있어야 할 것을 요구하는 것은 불가능한 것을 기대하는 것은 아닐까?

특히 저작권법 제2조의 정의에서 규정하고 있는 각종 개념²⁾들은 일반인이

2) 『저작권법』 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. [개정 2009.4.22, 2011.6.30, 2011.12.2, 2016.3.22] [[시행일 2016.9.23]]

1. “저작물”은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다.
2. “저작자”는 저작물을 창작한 자를 말한다.
3. “공연”은 저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함한다.
4. “실연자”는 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다.
5. “음반”은 음(음성·음향)을 말한다. 이하 같다)이 유형물에 고정된 것(음을 디지털화한 것을 포함한다)을 말한다. 다만, 음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다.
6. “음반제작자”는 음반을 최초로 제작하는 데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자를 말한다.
7. “공중송신”은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.
8. “방송”은 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것을 말한다.
- 8의2. “암호화된 방송 신호”란 방송사업자나 방송사업자의 동의를 받은 자가 정당한 권한 없이 방송(유선 및 위성 통신의 방법에 의한 방송에 한한다)을 수신하는 것을 방지하거나 억제하기 위하여 전자적으로 암호화한 방송 신호를 말한다.
9. “방송사업자”는 방송을 업으로 하는 자를 말한다.
10. “전송(傳送)”은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.
11. “디지털음성송신”은 공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다.
12. “디지털음성송신사업자”는 디지털음성송신을 업으로 하는 자를 말한다.
13. “영상저작물”은 연속적인 영상(음의 수반여부는 가리지 아니한다)이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것을 말한다.

그 정확한 내용을 알기에는 너무 어려운 개념들로 이루어져 있어서 과연 일반인이 어느 정도까지 허용되는 행위이고 어느 정도까지가 금지되는 것인가 알기에는 매우 어렵다고 할 수 있다. 더욱이 그 내용에 대하여 착오를 일으키는 경우에 자신이 행하는 행위 자체에 대하여 오인하는 경우도 있을 수 있고 그 법적 평가에 대하여 오인하는 경우도 있을 수 있어 사실의 착오인지 금지의 착오인지 경계선상에 있는 것들도 있다고 할 수 있어 이러한 경우 어떻게 해결해야 하는 것인지도 의문이다.

일상생활에서 흔히 있을 수 있는 경미한 저작권침해행위에 있어서 이러한 현상은 더욱 두드러질 수 있어 저작권침해행위자들이 자신의 행위가 저작권을 침해하는지에 대한 인식조차도 없는 경우가 있는데 이에 대하여 법률의 부지는 정당화되지 않음으로 원칙적으로 형사처벌의 가능성을 열어두는 것이 과연 바람직한 것인지도 의문이다.

아래에서는 범죄론도그마에서 필수적인 범죄성립요건으로 요구되는 위법성의 인식이 저작권침해행위에 있어서도 법질서 전체에 대하여 위반된다는 인식의 정도로 인정할 수 있을 것인지에 대하여 알아보고, 단순한 법률의 부지에 대하여 금지착오를 인정할 수 없다는 대법원의 태도가 저작권침해행위에도 적용될 수 있는지, 저작권침해에 대한 인식이 사실의 착오로 해결하여야 하는지 아니면 법률의 착오로 해결하여야 하는지, 경미한 저작권침해행위에 대하여도

14. “영상제작자”는 영상저작물의 제작에 있어 그 전체를 기획하고 책임을 지는 자를 말한다.
15. “응용미술저작물”은 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다.
16. “컴퓨터프로그램저작물”은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다.
17. “편집물”은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 “소재”라 한다)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다.
18. “편집저작물”은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다.
19. “데이터베이스”는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.
20. “데이터베이스제작자”는 데이터베이스의 제작 또는 그 소재의 갱신·검증 또는 보충(이하 “갱신등”이라 한다)에 인적 또는 물적으로 상당한 투자를 한 자를 말한다.

이하 생략

위에서 볼 수 있듯이 일반적으로 사용되는 용어조차도 저작권법상의 그 의미를 정확하게 인식하는 것은 쉬운 일은 아닌 것으로 보인다.

적용할 수 있는지의 여부를 알아보고자 한다.

II. 저작권 침해행위와 위법성의 인식

1. 저작권 침해행위에 대한 위법성의 인식

저작권법상의 저작권침해행위에 대한 벌칙규정은 ‘고의범’에 대한 형사처벌만을 고려하고 있다. 그러므로 구성요건적 고의 외에 위법성의 인식이 인정되어야 저작권범위반죄가 성립한다고 볼 수 있다. 그러나 현실적으로 모든 저작권법 위반행위를 하는 행위자가 저작권법상에 금지된 행위를 한다는 인식, 타인의 저작권을 침해한다는 인식을 가지고 행위했다고 볼 수 있는가는 의문이 아닐 수 없다.

앞에서 언급한 바와 같이 자연법상의 전통범죄의 경우에는 그 행위가 사회내지 일반적인 법관념상 금지되어 있다는 것에 대한 미필적 인식을 인정할 수 있으나, 개별행위가 저작권의 보호대상인지, 그 범위가 어디까지인지, 어떠한 행위가 침해행위인지 정확히 알기 힘든 경우에 있어 자신의 행위가 법규범에 의하여 내지는 일반사회관념상 금지되었다는 인식을 가지는 것이 과연 가능할지 의문이다. 오히려 행위자가 위법성을 인식하고 있다는 것을 입증하기 어렵기 때문에 법적용에 있어 구성요건적 행위가 존재한다는 것만으로 위법성을 인식하고 있다고 전제하고 있는 것은 아닌지 의문이다.

[대상판결]의 경우 피고인은 자신이 회원자격으로 컴퓨터바탕화면 제작업체로부터 받은 배경화면을 포털사이트 포토앨범에 업로드하는 때에 자신이 회원자격으로 정당하게 받은 화면을 업로드하는 것은 저작권범위반행위가 아니라고 판단하였다. 당시 바탕화면 상에 저작권의 보호대상임을 명시하고 있다고 하지만 자신은 회원자격으로 다운로드받은 것이므로 이에 해당하지 않는다고 판단하였다고 볼 수 있는 것이다. 이 경우에 피고인에게 위법성의 인식이 있다고 인정할 수 있을 것인가? 일반적인 금지착오의 법리를 적용하면 오인에 ‘정당한 이유’가 있는지를 판단하여 정당한 이유가 인정되면 면책한다고 한다. 그 ‘정당한 이유’의 판단기준으로 숙려 및 조회의무를 들고 있는데, 일반인의 일상

생활에 엄격하게 적용한다면 면책될 가능성은 전혀 없다고 보여진다.

[참고판결]에서 “객관적 사실에 대한 인식이 있으면 족하고 그것이 저작권이라고 하는 권리를 침해하고 있다는 것에 대한 인식이나 그 결과를 의욕할 필요까지는 없다고 할 것이다.”라고 판시하고 있는 것은 구성요건적 사실을 인식하고 있는 경우의 대부분은 위법성의 인식마저도 추정하고 있는 것이라고 할 수 있고, 형사소송법상 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’의 원칙과 무죄추정의 원칙을 침해하는 것이라도 할 수 있다.

참고판결에서 “객관적 사실에 대한 인식이 있으면 족하고 그것이 저작권이라고 하는 권리를 침해하고 있다는 것에 대한 인식이나 그 결과를 의욕할 필요까지는 없다고 할 것이다.”라고 하는 표현을 함으로써 행위의 물리적 사실에 대한 인식만 있으면 족하고 규범적 구성요건에 대한 인식을 필요로 하지 않는다는 결론에 이르게 되는데, 종래의 기술적 구성요건요소도 현재에는 규범적 구성요건요소화되는 현상을 고려한다면 규범적 요소인 사실에 대한 인식이 없어도 구성요건적 고의가 성립한다는 결론에 이르게 되어 타당하지 않다는 견해³⁾도 있다.

참고판결에서의 법원의 태도는 권리침해에 대한 구체적인 사실에 대한 정확한 인식이 없어도 권리의 존재만 인식하면 타인의 권리를 침해한다는 고의를 인정할 수 있다⁴⁾는 것인데, 이는 위법성의 인식에 대한 현실적인 입증곤란을 회피하고(일반형범법) 궁극적으로는 저작권침해행위로 인한 민사적인 손해배상을 강제하는 수단으로 사용되는 것이 아닌가하는 의심을 하게도 만든다.

저작권법위반행위에 있어서, 평균적인 일반인의 관점에서 저작권법상의 개념들과 그 금지행위의 내용을 정확히는 아니더라도 개괄적으로 이해할 수 있다고 할 수 있기 때문에 행위자에게 위법성의 인식이 있다고 전제할 수 있는지 더 나아가 자신의 행위가 저작권을 침해하는 행위일 수 있으므로 전문가에게 조회하는 의무를 부과할 수 있을 것인지에 대하여 긍정적으로 답할 수 있

3) 하민경, 저작권침해의 형사책임 부과를 위한 고의와 위법성의 인식의 재고, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 242면.

4) 이수미, 저작권 침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구-한국 저작권법 제136조와 미국 저작권법 제506조를 중심으로-, 법학연구 제13집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010, 173면.

는가에 대하여는 많은 의문이 든다.

일반인의 기준에서 자연법상의 범죄행위라고 할 수 있는 일반범죄에 대하여 ‘문외한인 일반인’의 기준에서 자신의 행위가 법전체질서에 반한다는 인식을 하고 있거나 할 수 있었다는 점을 인정하기에는 그리 무리가 없다고 생각된다. 그러나 자신의 행위가 각종 전문용어로 치장된 특별법상의 행위에 포섭될 수 있다는 점을 인식할 가능성은 자연법상의 범죄행위에 비하여 아주 낮다고 할 것이다. 자신의 행위가 법률에서 금지하고 있는 행위에 포섭될 수 있는지 숙려함에 한계가 있으며 조화에 소요되는 반대급부를 고려하지 않을 수 없다. 그렇다면 일반인에게 불가능한 것을 의무지우고 있다고 볼 수도 있는데, 의무를 부과하기 전에 교육이 선행되어야 할 것이고 손쉽게 조회할 수 있는 제도적 보장이 선행되어야 하는 것은 아닌지 의문이다.

결국 일반인에게 불가능한 것을 강제할 것이 아니라 저작권침해행위가 명백하고 그 침해의 위법성을 인식하였다고 확신할 수 있는 경우에만 형사재제의 대상으로 하고 그 외에 경미한 경우에는 민사법적 손해배상으로 해결하는 것이 민사사건의 형사화를 방지하는 면에서도 의미있다고 할 것이다.

2. 침해행위에 대한 착오의 문제

저작권법상의 저작권침해죄가 성립하기 위하여는 저작권침해행위를 구성하는 구성요건적 사실을 인식하고 이러한 행위가 법질서 전체에 위반됨을 인식하고도 이를 행하겠다는 의사가 있어야 한다. 저작권침해행위를 구성하는 구성요건적 사실에는 기술적 구성요건요소뿐만 아니라 행위자의 행위가 저작권법상의 보호대상인 타인의 저작권을 침해한다고 하는 규범적 구성요건요소도 포함된다고 할 것이다.

저작권 침해행위를 하는 행위자의 구성요건적 고의는 기술적 구성요건과 규범적 구성요건에 대한 인식을 포함한다고 할 수 있고, 행위자의 행위의 의미에 대한 평가를 담고 있는 규범적 구성요건에 대한 인식은 위법성의 인식과 명확하게 구별되기 힘든 특징이 있다. 여기에서 행위자가 인식하는 규범적인 사실이 무엇인가가 문제될 수 있는데, 사실의 인식대상인 규범적인 요소는 규범적

구성요건에 포섭되어 있는 사실의 본질적인 사회적 의미 내용을 이해하는 것을 말한다⁵⁾고 한다. 이러한 인식은 정확한 법적 평가를 요구하는 것이 아니라 문외한에 의하여 판단된 법적·사회적 의미내용, 즉 문외한으로서의 소박한 가치평가면 충분하다고 한다. 더 나아가 인식한 법적 평가의 착오는 고의를 조각하지 않고 형법 제16조의 범률의 착오에 의하여 해결하여야 한다고 한다.⁵⁾

기술적 구성요건요소로 이해되던 개념들도 사회생활의 발전에 따라 규범적 요소로 변화되는 경우가 있어 현재에 와서는 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소로 구별하는 것이 큰 의미를 가지지 않는다는 견해도 있다. 이러한 견해에 의하면 오늘날의 모든 구성요건요소는 궁극적으로 가치판단을 통하여 해석되는 것이므로 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소의 구별의 한계가 불명확하고 구성요건요소는 형법학의 해석을 통하여 그 의미가 밝혀지는 것이라는 의미에서 모든 구성요건요소는 규범적 구성요건요소로 보아야 한다고 한다.⁶⁾

구성요건적 사실의 인식과 위법성의 인식을 구별하는 견해에 따르면 사실의 인식에 착오가 있는 경우와 위법성의 인식에 착오가 있는 경우의 해결방법이 달라질 수 밖에 없으므로 행위자의 착오가 어느 것과 연관되어 있는지가 중요한 문제가 될 수 있다. 반면 구성요건적 사실에 대한 인식과 위법성의 인식을 분화하지 않은 소위 고의설에 따르면 행위자가 규범적 구성요건에 대한 착오를 일으켰는지 위법성의 인식에 착오가 있는지 상관없이 고의를 조각하는 면에서 동일한 결론에 이르게 되어 그 구별이 큰 의미를 가지지는 않게 된다. 위법성의 인식을 고의의 요소로 파악하게 되면 위법성의 인식도 검사에게 입증책임이 있게 되기 때문에 위법성의 인식을 책임의 요소로 파악하게 되었다는 견해⁷⁾도 있지만 위법성의 인식에 대한 실질적 증명책임이 검사에게 있으므로 큰 의미가 없다고도 할 수 있다.⁸⁾

구성요건적 사실인지 위법성조각사유인지에 대한 논란이 있을 수 있는 경우도 있다고 생각된다. 저작권법 제23조에서 제36조까지는 저작재산권의 제한규

5) 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011, 162면. 이러한 경우 규범적 구성요건요소에 대한 인식과 위법성의 인식이 어느 면에서 구별될 수 있는지 곤란하다는 문제가 있다.

6) 김성돈, 형법총론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2011, 170.

7) Gunther Arzt, Ignorance Or Mistake Of Law, The American Journal of Comparative Law, Volume 24, Issue 4, Autumn 1976, p.655.

8) 하민경, 앞의 논문, 254면.

정을 두고 일정한 경우 저작물을 이용할 수 있도록 허용하고 있다. 자신의 행위가 저작권권을 침해하는 행위이지만 저작권법상의 저작권권 제한규정에 해당한다고 오인한 경우, 동 규정의 의미가 무엇인지에 따라 다르게 법리가 적용될 여지가 있는 것이다. 동조들에 있어서 저작권권을 제한하는 것의 의미는 위법성을 조각하는 전제사실로 보아야 할 것이다. 자신의 행위가 이에 해당하지 않음에도 이에 해당한다고 오인한 행위는 소위 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오가 될 것이고 이의 해결방법에 의하면 될 것이다.

생각건대 저작권법 위반행위에 있어 위법성의 인식을 인정함에 있어서, 규범적 구성요건요소에 대한 인식이 있다면 이는 자신의 행위가 법질서 일반에 있어 금지되었다는 것에 대한 미필적 인식이 있다고 볼 수도 있을 것이고 위법성의 인식이 추단된다고 판단할 수 있을 것이다. 결국 규범적 구성요건요소인 사실에 대한 착오가 있다면 위법성조각사유전제사실에 관한 착오로 볼 수 있다고 생각되며 이의 해결방법과 비슷한 결론에 이르게 될 것으로 생각된다.

Ⅲ. 비교법적 검토

1. 각국의 저작권침해에 대한 형사법적 보호형태

미국의 경우에는 저작권침해죄를 비친고죄로 규정하고 있으며, 상업적 이득 또는 개인의 금전적 이익을 위하여 저작권을 침해한 경우, 180일 이내에 피해액이 1,000달러 이상인 복제물을 복제 및 배포한 경우, 고의를 가지고 상업적 이익이나 개인적 이익을 목적으로 기술적 보호조치 등을 침해한 경우에 형사처벌의 대상으로 규정하고 있다.⁹⁾ 또한 저작권자의 고소의사와 무관하게 일정 기간이나 위반횟수를 설정하고 그 기간 동안 또는 위반횟수에 따라 저작권침해행위를 처벌하고 있다. 특히 상업적 이익 또는 개인적인 금전적 이득을 목적으로 고의로 저작권을 침해하는 행위의 경우 주관적 범죄성립요건으로서 고의 이외에 상업적 이익 또는 개인적인 금전적 이득의 목적이라고 하는 주관적 요소를 포함하는 목적범의 형태를 가지고 있다. 따라서 고의를 인정하기 위하여는 행위자가 그러한 주관적 목적을 가지고 침해행위에 개입했는가의 여부가

9) 미국저작권법 제506조.

입증되어야 할 것이다.

특히 저작권 보호를 위한 기술적 조치에 있어서는 기술적 보호조치를 침해하는 행위가 무조건 범죄를 구성하여 형사처벌의 대상이 되는 것은 아니고 침해의 고의와 상업적 이익 및 재정적 이득이라고 하는 목적이 모두 있어야 범죄가 성립하도록 규정되어 있다. 따라서 의도적으로 기술적 보호조치를 우회 내지 해제했다고 하더라도 상업적 이익 등의 목적이 없었다면 동 법률상 형사처벌의 대상이 되지 않는다.¹⁰⁾

영국의 저작권법상의 형사제재의 대상으로 삼고 있는 저작권침해의 유형은 불법제작과 소지, 공연 또는 배포와 실연권을 침해하는 형태로 구분할 수 있다. 우선 불법제작 및 소지와 관련된 행위로는 저작권자의 이용허락 없이 저작물의 불법복제물을 판매나 대여의 목적으로 제작하거나 사적 이용 또는 가정내 사용 이외의 목적으로 영국으로 수입하는 행위, 불법복제물을 만들기 위해 특별히 설계된 물품을 제작하는 행위를 들 수 있다. 공연 및 배포와 관련된 행위로는 저작물을 공연 등의 방법으로 침해하는 행위, 업무과정에서 또는 업무과정이 아닌 경우에도 저작권자를 해칠 정도로 저작물을 공중에 전달함으로써 침해하는 행위를 규정하고 있다. 실연권침해와 관련한 범죄행위로는 동의 없이 실연의 녹음물을 제작하는 행위, 적절한 동의 없이 제작된 녹음물임을 알면서 공연 또는 공중전달하는 행위, 불법녹음물임을 알면서 사적 및 가정내 사용을 위한 경우를 제외하고 영국에 수입하는 행위 또는 업무상 판매·대여하거나 판매나 대여를 위하여 제공·진열 또는 배포하는 행위 등을 규정하고 있다. 또한 기술적 보호조치를 침해하는 범죄행위로는 컴퓨터프로그램 이외의 저작물에 대하여 기술조치를 우회하거나 효과적인 기술적 조치의 우회를 가능하게 하거나 이를 용이하게 할 주된 목적으로 설계 및 제작된 장치나 상품 등을 판매나 임대를 위해 제작하는 행위, 사적이용 및 가정내 이용 이외의 목적으로 수입하는 경우 등을 규정하고 있다.¹¹⁾ 영국의 경우에는 형사제재의 대상으로 하는 저작권침해행위를 대부분 목적범 내지는 미국에서의 특정고의범죄와 같이 규정하고 있는 특징이 있다고 할 수 있다.

독일의 저작권법상의 규정¹²⁾을 살펴보면 우리의 경우와 같이 특별히 고의나

10) 탁희성, 저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안, 형사정책연구원 연구보고서, 2009, 70면.

11) 탁희성, 앞의 보고서, 78~79면.

위법성에 대한 인식을 요구하는 규정은 보이지 않고 당연히 이론상 성립요건으로 하고 있는 우리의 벌칙규정과 유사하게 규정되어 있다. 개별 형사재제의 대상이 되는 행위에 있어 미수범처벌규정을 두고 있는 것이 우리의 경우와 다른 특징이다. 저작권위반행위에 대하여 제106조 내지 제108조의 위반죄와 제108조b의 위반죄에 대하여는 친고죄로 규정하고 있고, 제108조a의 영리를 목적으로 한 경우에는 비친고죄로 하고 있는 점이 특징이다. 다만 친고죄로 규정된 경우에도 특별한 공공의 법익을 침해하기 때문에 사법기관의 개입이 필요하다고 판단되면 공소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 독일저작권법은 일반적인 권리침해범죄보다 영업적 목적에 의한 권리침해를 가중처벌하는 것도 한 특징이라고 할 수 있다.

프랑스 저작권법상의 형사재제의 특징은 일반적인 저작권침해행위보다는 기술적 수단을 이용한 저작권침해행위에서 찾아볼 수 있다. 프랑스 저작권법은 저작권침해의 목적이나 고의 없이 저작물의 권리보호 및 정보관리를 위한 기술조치를 침해하는 행위에 대해서도 형사적 제재를 부과하도록 규정하고 있다. 그리고 이와 같은 침해행위를 위해 제작된 수단이나 서비스를 제3자에게 제공하는 행위에 대해서는 그보다 중한 형벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 저작권침해의 목적 없이 행한 기술적 보호조치 우회행위에 대해서까지 형사적 제재를 가능하도록 한 것은, 기술적 보호조치라고 하는 저작권 보호수단 자체도 법으로 보호되는 대상임을 명백히 한 것이라 할 수 있다.¹³⁾

일본의 경우에도 우리와 크게 다르지 않는데, 사적인 이용을 목적으로 하는 경우에도 모두 저작권위반행위의 벌칙이 적용되도록 하고 있어 경미한 침해의 경우에도 형사재제의 대상으로 하고 있으며 우리와 마찬가지로 거의 모든 위반행위에 대한 형사재제를 하기 위하여는 피해자의 고소를 요건으로 하고 있다. 일본 저작권법상 저작권침해에 대한 형사적 규제에 있어서는 앞의 영국이나 독일과 달리 각각의 권리에 따라 별도로 규정되어 있지는 않고 포괄적으로 규정하고 있어 상징형법적인 인상을 주는 것이 특징이다. 실연권을 저작권에 포함시켜 규정하고 있으며, 저작권과 출판권 또는 저작인접권 침해행위에 대해 동일한 형사적 규제를 적용하고 있는 것으로 보아 저작권 혹은 저작인접권의 침해행위의 불법성의 정도를 동일하게 파악하고 있다고 보여진다. 또한 양벌규

12) UrhG, §106~§111a.

13) 탁희성, 앞의 보고서, 100~101면.

정을 두어 법인에 대하여 저작권침해의 형사책임을 부담하도록 규정하여 벌금형의 부과가 가능하도록 되어 있다.¹⁴⁾

2. 위법성의 인식에 대한 평가

영미법계는 “법률의 부지는 용서되지 않는다.”는 원칙을 아주 엄격하게 적용하는 전통을 가지고 있고, 이러한 원칙은 ‘사람들은 법에 대하여 알아야 하며 법을 제대로 알고 행위해야 한다’는 생각을 기초로 하고 있다. 이는 자신의 행위가 법에 위반될지도 모른다는 생각을 한 사람은 법의 내용이 무엇인지를 문의할 의무가 있으며 이를 행하지 않은 경우 비난받아야 한다는 것이다. 한편 이러한 원칙에 반대하는 견해도 있는데, 모든 법률이나 행정법규를 다 알 수는 없고 이를 제대로 해석하지 못하였다고 하여 도적으로 비난받아야 하는 것도 아니라는 것이다.¹⁵⁾

법률의 부지를 허용하지 않는 영미법계의 원칙은 많은 문제점을 안고 있고 이로 인하여 많은 반대를 받았지만 오랫동안 유지되고 있는데, 모든 사람이 법을 잘 알 수 있고 그래야만 한다는 원칙에서 확립된 이 원칙이 수많은 법규가 존재하는 오늘날에도 그대로 적용하는 것은 가능하지 않을 수도 있다. 과거 민사상 불법행위책임이나 계약위반책임을 지는 것에 불과한 행위들이 새로이 형사처벌의 대상이 되고 있고, 수많은 행정법규들이 만들어지는 상황에서 일반인들이 이를 모두 알고 있다고 전제하는 것은 타당하지 않을 수 있다.¹⁶⁾ 법률의 착오는 항변사유가 될 수 없다는 원칙이 사실상 예외 없이 적용되었으나 최근에는 이에 대한 예외를 인정하는 판례¹⁷⁾도 등장하고 있다고 한다.¹⁸⁾

법률의 부지를 포함하여 법률의 착오를 거의 인정하지 않는 미국 판례에서도 법률의 착오를 인정하는 두 가지 경우가 있는데, 특정고의범죄(specific intent crime)인 경우와 형법 외 법률의 착오의 경우를 들고 있다.¹⁹⁾ 절도에 있어 재물의 타인성에 대한 인식이 특정고의라고 할 수 있는데, 재물의 타인성에 대하여 인식이 없다면 법률의 착오를 인정할 수 있다는 것인데 이는 고의

14) 탁희성, 앞의 보고서, 105~106면.

15) 김종구, 미국 형법상의 법률의 착오, 법학연구 제52집, 한국법학회, 2013, 197면.

16) 김종구, 앞의 논문, 197면.

17) Ratzlaf v. United States, 510 U.S. 135(1994).

18) 김종구, 앞의 논문, 198~199면.

19) 김종구, 앞의 논문, 204면.

가 성립하지 않는 경우로 보아야 할 것이다. 형법 외의 착오의 경우는 피고인의 법률의 착오가 형법과 관련된 것이 아니라 형법에 포함된 다른 법의 일부와 관련된 것인 경우를 말한다.

미국의 저작권법에서는 저작권 침해행위에 대한 형사처벌의 전제조건으로 고의와 상업적 이익 또는 사적 금전적 이득을 목적으로 할 것이 요구된다.²⁰⁾ 그러나 동법에서 고의의 개념을 정의하고 있지는 않고 판례에 대한 해석에 남겨져 있는데, 다수설의 견해를 따르면 ‘이미 알고 있는 법적 의무에 대한 자발적, 의도적 위반’이라고 정의하고 법률의 존재를 몰랐거나 법의 내용을 잘못 이해하고 있었다는 것은 형사소송에서 항변이 될 수 없다고 한다. 다만 형사처벌조항이 난해하고 복잡한 법규정은 예외가 될 수 있어 이 경우에는 피고인이 법적 의무를 알고 있었는지의 여부가 고의인정의 쟁점이 된다고 한다.²¹⁾

미국에서의 위법성의 인식은 고의에 포함되어 있는 것으로 파악되며, 이 고의가 의미하는 것은 행위자 스스로 자신의 행위가 법에 의해 금지되는 것을 알았을 것을 요구한다. 저작권 침해의 고의는 복제행위에 대한 인식과 같은 구성요건적 사실의 인식뿐만 아니라 권리침해의 인식, 나아가 위법성의 인식도 필요로 한다는 것이다.²²⁾

저작권법 위반행위의 경우 조세법과 같이 형사처벌조항이 난해하고 복잡한 것인지에 따라 고의의 인정여부 내지는 소위 법률의 착오를 주장할 수 있는지 여부가 결정된다고 할 수 있는데, 피고인이 저작권법을 잘못 이해하고 있었다거나 피고인의 입장에서 자신의 행위가 저작권상의 권리침해행위가 되지 않는다고 믿었다면 고의에 의한 저작권법 위반죄가 성립하지 않게 되는 것이다.

미국의 고의인정기준에 대하여 피고인이 ‘이미 알고 있는 법적 의무를 자발적, 의도적으로 위반’했다는 것을 입증하기 힘들고, 경솔한 피고인에게 법률의 부지 또는 법률의 착오를 인정하여 쉽게 형사처벌을 피해가게 하는 불합리한 결과를 가져온다는 비판이 있다. 이에 대하여 다수설의 엄격한 기준을 다소 완화하여 저작권에 대한 무모한 무시(reckless disregard for copyright) 또는 저작권 침해

20) 이수미, 앞의 논문, 166면.

21) 이수미, 앞의 논문, 169~170면.

22) 하민경, 앞의 논문, 255면.

의 높은 개연성에 대한 이식이 있으면 고의를 인정하자는 견해도 있다.²³⁾

행위자의 경솔 또는 무관심으로 인한 법률의 부지의 경우와 미국의 경우처럼 고의적이고 사적 이득을 취할 목적이 있는 경우는 논외로 하고 사회상규상 인식범위 밖에 있는 저작권법 위반행위에 대하여 형사재제를 가하는 것은 자제할 필요가 있어 보인다. 다수의 국가에 있어 상습범이나 영리의 목적을 형사제재의 요건으로 하고 있는 점을 볼 때에 ‘위법성의 인식’을 범죄성립요건으로 하기 위한 전제조건으로 하고 있기 때문으로 보인다. 미국의 예에 있어 특정고의범죄에 있어서의 법률의 부지를 인정하고 있는 점과 일맥상통할 수 있다고 본다.

IV. 경미한 저작권침해행위의 문제

저작권 침해행위가 이루어지는 일반적인 형태는 고의적이고 상습적으로 타인의 저작권을 침해하려는 의도에서 이루어지는 것이 아니라 단순히 개인홈페이지나 블로그, 전자게시판 등을 통하여 정보를 얻고 이를 복제하거나 저장, 배포하는 경우가 대부분이라고 할 수 있다. 이러한 행위를 함에 있어 자신의 행위가 타인의 저작권을 침해하여 손해를 끼친다는 인식을 가지고 행한다고 보다는 자신의 어떤 무언가를 표현하고자 하는 의도가 주를 이루고 있다고 할 수 있을 것이다. 그러나 일반적인 범죄론도그마에 의하면 이러한 경우에도 자신이 저작권의 대상이 되는 저작물을 복제, 저장, 배포한다고 하는 객관적인 사실에 관한 인식은 하고 있으므로 저작권법 상의 고의는 인정될 수 밖에 없다. 이러한 결과는 상대적으로 ‘고의적인 침해’와 ‘상업적 이익 또는 사적 금전적 이득의 목적’을 요구하고 있는 미국의 경우에 비하여 우리의 경우에 있어 가벌성의 범위가 넓다고도 할 수 있다. 다만 우리 저작권법에서는 피해자의 고소가 있어야 형사소추를 할 수 있도록 하고 있어 실제에 있어 저작권침해범죄로 처벌될 가능성은 낮다고 할 수는 있지만 잠재적인 형사제재의 위험이 있다.

저작권법 위반행위에 대한 2017년 범죄통계²⁴⁾를 분석하면 전체 15,067건의

23) 이수미, 앞의 논문, 175~176면.

24) 대검찰청 2017년 범죄분석-2018.4 범죄발생검거 및 처리(http://www.spo.go.kr/site/spo/crime_Analysis.do: 2019.6.23.검색)

사건이 접수되어 기소된 사건의 수가 1,234건으로 약 8.1%를 이루고 있고 기소유예처분이 2,924건으로 19.4%, 공소권없음으로 처분한 것이 7,829건으로 51.9%를 이루고 있다. 추정컨대 공소권없음으로 처리한 것은 저작권법 위반범죄가 친고죄인 관계로 피해자의 고소가 없기 때문인 것으로 판단되고²⁵⁾ 기소유예의 경우는 침해의 정도가 경미한 것을 이유로 한 것으로 보인다. 혐의없음 불기소처분의 경우가 2,314건으로 15.3%를 이루고 있는 것은 범죄의 성립요건을 입증하기 어려운 경우가 많을 것으로 판단된다. 특히 구공판과 구약식을 포함한 기소비율이 10%에도 미치지 못하는 것은 주목할 만한 것으로 보인다.

통계자료를 통하여 나타난 것과 같이 현재 우리 저작권법에서는 위반행위에 대한 가벌성의 범위를 너무 넓게 설정하고 있어 실제에 있어 그 규범력이 떨어진다고 할 수 있다. 많은 경우가 공소권 없음이나 기소유예로 처리되고 있는 것은 사건의 경미성으로 인하여 피해자가 피해사실을 알지 못하는 경우에 고소를 획득할 수 없음으로 인한 결과와 그 경미성으로 인하여 기소를 보류하는 것으로 판단된다. 그렇다면 형사재제의 폭을 좁히고 오히려 실질적인 배상이 될 수 있도록 민사적인 해결방법을 강구하는 것이 피해자에게도 도움이 되는 해결방법이 아닌가 생각한다.

소위 저작권침해에 대한 중대한 고의 없이 타인의 저작권의 대상을 이용한 행위에 대하여 과도한 합의금을 요구하며 형사고소를 하겠다고 협박하는 ‘저작권사냥꾼’이라고 하는 행위가 사회문제화²⁶⁾된 것도 알 수 있듯이 행위자에게 고의가 없거나 경미한 경우에는 비범죄화하고 합리적인 선에서 민사책임을 부담하게 하는 것이 민사사건의 형사화를 방지하는 방법이라고도 생각한다.

우리 저작권법 제136조가 경미한 위반행위에 대하여도 형사책임을 부담하게 하므로 형벌권의 남용으로 판단될 가능성이 있음을 지적하면서 경미한 저작권법 위반행위에 대하여는 구성요건해당성이나 위법성의 성립을 제한하자는 견해가 있다. 이러한 견해에 의하면 행위불법과 결과불법을 고려하여 경미성의

25) 공소권 없음 불기소처분의 비율이 높은 것은 수사과정에 있어 피의자와 피해자가 합의하였기 때문에 고소를 취하한 결과라고 하는 견해도 있다.(최보람, ‘저작권위반행위와 위법성의 인식’에 대한 토론문, 최근 저작권판례와 생점 I, 2019년 저작권판례연구회 공동학술대회 발표자료집, 2019, 29면.)

26) “합의금 안내면 법적 대응”...‘폰트 저작권 사냥꾼’ 기승 (2017.8.10. 헤럴드경제 기사: <http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170810000161:2019.6.23.검색>)

원칙에 따라 구성요건해당성을 배제하거나 위법성을 조각하자고 한다.²⁷⁾

이러한 견해에 의할 경우, 경미한 침해인지의 여부를 판단함에는 ‘영리를 목적으로 하고 상업적으로’ 한 것인지의 여부, 침해된 저작물의 종류와 그 범위 및 용도, 침해로 인한 손해가 어느 정도인지를 고려하여야 한다고 한다. 이러한 기준들을 통하여 경미성을 판단함에 있어서는 모든 기준을 충족할 필요는 없으며 위의 기준들을 종합적으로 고려하여 문외한인 일반인의 관점에서 불법의 정도를 판단하면 된다고 한다.²⁸⁾ 그러나 이 견해에 의할 경우 결국은 문외한인 일반인의 관점이라고 하는 모호한 결정기준으로 인하여 가벌성의 범위가 자의적으로 결정될 수 있는 위험이 있다. 행위자가 자신은 문외한으로써 자신의 행위가 심각한 저작권법 위반행위가 아니라고 판단했다면 다시 법률의 착오에 의하여 해결하여야 할 것인데, 과연 합리적인 해결방법이라고 할 수 있을지 의문이 든다.

비교법적으로 보면, 형사처벌 관련 해외 입법례를 살펴보면, 미국과 같이 침해에 대한 세부적인 기준을 정하는 방식, 상업적 또는 전문적인(professional) 규모로 피해의 발생을 요하는 방식, 침해자의 고의 또는 중과실을 요하는 추상적인 요건을 규정하는 방식을 취하거나, 다수의 국가가 취하는 것처럼 특별한 요건을 두지 않고 불법적인 이용 행위가 있으면 처벌할 수 있도록 규정하는 방식들을 구분할 수 있다.

각 국의 입법례를 살펴보다도 저작권리자와 이용자 모두에게 환영받는 기준을 설정하는 것은 매우 어려운 일이라 할 수 있다. 피해 규모를 기준으로 하는 방식도 그 판단 기준이 추상적인 경우 법의 해석을 위해 사법부의 재량에 의존할 수밖에 없기 때문에 객관성을 담보하기 위해서는 다양한 사례를 통한 경험이 축적되기 전까지 상당한 시일이 걸릴 것이기 때문이다.

덴마크 등 일부 북유럽 국가들의 입법례에서는 행위자에게 고의나 중대한 과실이 있는 경우를 형사처벌의 대상이 됨을 명시적으로 규정하고 있다.²⁹⁾ 물

27) 박성민, SNS상의 저작권침해 유형과 경미한 저작권침해에 대한 형법의 자제, 형사법연구 제26권 제3호, 2014, 163~165면.

28) 박성민, 앞의 논문, 166면~168면.

29) 덴마크저작권법 제76조

론, 우리 형법이나 저작권법상의 벌칙규정을 적용함에 있어서도 당연히 고의를 요구하고 있지만 고의 유무를 명시적으로 규정하는 것이 범죄 성립에 대한 제한 요건으로 인식될 수 있다는 효과가 있다는 점에서 법률에 명확하게 규정하는 방법을 고려해 볼 필요가 있다.³⁰⁾

결국 저작권법 위반행위에 있어 행위자의 의사가 무엇이었는가에 따라 판단하여야 한다고 생각한다. 앞에서 언급한 바와 같이 일상생활에 있어서 영리의 목적 없이 사소하게 일어나는 저작권법 위반행위에 대하여 저작권 침해에 대한 인식이 있었는지에 따라 고의의 성립 내지는 위법성의 인식을 부정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 복잡다단한 저작권법상의 위반행위를 일반인의 관점에서 위법한 행위로 인식할 것을 기대하는 것은 범죄론상의 책임의 본질인 비난가능성의 전제조건이 되는 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우로 보아야 하겠다. 그러므로 저작권법상 형사재제의 대상이 되는 위반행위를 법 제 140조의 비친고죄로 규정하고 있는 ‘영리의 목적이나 상습성이 있는’ 경우와 악의적인 위반행위로 제한하는 것이 범죄성립요건인 위법성의 인식을 인정함에 있어서도 합리적인 기준을 제시할 수 있으므로 바람직하다고 생각한다.

V. 마치면서

대상판결과 참고판결에서 볼 수 있는 우리 법원의 위법성의 인식에 대한 태도는 구성요건적 행위에 대한 인식만 있으면 위법성의 인식은 당연히 인정하고 있는 듯한 태도를 보이고 있다. 이러한 법원의 태도는 구성요건요소가 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소로 구성요건의 내용도 구별될 수 있고 이에 대한 인식의 정도도 다르게 평가될 수 있는 점을 간과한 것이 아닌가 의문이 든다. 기술적 구성요건에 대한 인식과는 달리 규범적 구성요건요소의 경우에는 위법성의 인식과 밀접한 연관이 있다고 할 수도 있다. 즉 규범적 구성요건요소에 대한 인식이 있다면 위법성의 인식 가능성이 높다고 할 수 있고 규범적 구성요건요소가 많은 법규정에 있어서의 구성요건에 대한 인식은 위법성의 인식을 추정할 수 있다고 할 수도 있겠다. 그러나 법판단에 있어서는 명

30) 최혜민, 경미한 저작권 침해에 대한 형사처벌 개선을 위한 연구, 저작권위원회, 2014, 29~30면.

확하게 위법성의 인식이 있는지 여부를 다루고 있지 않고 구성요건적 사실에 관한 인식만 있으면 위법성의 인식을 추단하는 태도를 보이고 있는 것도 사실이다.

규범적 구성요건요소에 대한 인식에 착오가 있는 경우, 이것이 구성요건적 착오인지 법률의 착오인지 논란이 있을 수 있다. 규범적 구성요건요소에 대한 착오가 있는 경우 소위 포섭의 착오에 해당할 수 있는 경우가 있고 이러한 착오의 경우에는 법률의 착오와 유사한 구조를 가지기 때문이다. 규범적 구성요건요소의 포섭에 관한 착오의 경우 두 가지 착오가 착종되어 있어 이 경우에는 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오로 평가될 수 있다고 할 수 있다.

저작권침해행위와 관련하여서는 일반인들이 저작권법상의 금지행위의 개념과 그 유형을 알기 어려운 측면이 있고 특히 개인적인 호기심이나 만족을 위하여 타인의 저작물을 이용하는 경우가 많은데, 이 경우에 있어 위법성의 인식이 있다고 인정하기 어려운 경우도 많다. 우리 대법원의 태도에 의하면 이러한 아주 경미한 침해행위에 있어서도 자신이 이용하고자 하는 저작물이 타인의 저작권의 대상이라는 인식만 있으면 그 행위가 금지되어 있다는 것에 대한 인식이 인정되므로 저작권법상의 벌칙규정에 포섭될 수 있다.

이와 같은 점을 이용하여 선의 또는 경미한 과실에 의하여 저작권을 침해한 이들을 공갈하는 저작권사냥꾼과 같은 부작용이 발생하기도 한다. 저작권 위반행위에 대한 형사처분의 결과도 대부분 불기소처분하고 기소율이 극히 저조한 것을 보면 경미한 저작권침해행위에 있어 위법성의 인식이 있다고 보기도 어렵다고 생각된다. 법에서 '영리의 목적이나 상습성이 있는' 경우에 비친고죄로 하고 있는 측면을 감안하여 저작권법상의 형사처벌의 범위를 제한하는 것이 합리적이라고 생각한다.

[참고문헌]

- 김종구, 미국 형법상의 법률의 착오, 법학연구 제52집, 한국법학회, 2013.
- 박성민, SNS상의 저작권침해 유형과 경미한 저작권침해에 대한 형법의 자제, 형사법연구 제26권 제3호, 2014.
- 이수미, 저작권 침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구-한국 저작권법 제136조와 미국 저작권법 제506조를 중심으로-, 법학연구 제13집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010.
- 탁희성, 저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안, 형사정책연구소 연구보고서, 2009.
- 최보람, ‘저작권위반행위와 위법성의 인식’에 대한 토론편, 최근 저작권판례와 쟁점 I, 2019년 저작권판례연구회 공동학술대회 발표자료집, 2019.
- 최혜민, 경미한 저작권 침해에 대한 형사처벌 개선을 위한 연구, 저작권위원회, 2014.
- 하민경, 저작권침해의 형사책임 부과를 위한 고의와 위법성의 인식의 재고, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013.
- Gunther Arzt, Ignorance Or Mistake Of Law, The American Journal of Comparative Law, Volume 24, Issue 4, Autumn 1976.

[Abstract]

The act of copyright law violations and recognition of illegality

Kim, Hyeok-Don*

The recognition of illegality is required by the requirements of copyright law violations, but in some cases, it is difficult to say that they were aware of illegality from the public's point of view. It is doubtful that this court's attitude has overlooked the fact that components can be distinguished from descriptive components and normative components, and the degree of recognition of components can be assessed differently.

With regard to copyright infringement, it is difficult for ordinary people to know the concept and type of prohibited behavior under copyright law. It is often difficult to admit that there is a recognition of illegality. According to the Supreme Court's attitude, even in such a minor violation, if anyone only recognizes that the work he wants to use is subject to other people's rights, admit the recognition that the act is forbidden. This results in penalizing those who fail to recognize their illegality.

It is better to do not define as a crime than to estimate its illegality and impose criminal sanctions. There is a need to reasonably limit the scope of criminal punishment under copyright law.

Keywords : copyright law, recognition of illegality, Illusion in prohibition,
normative components, do not define as a crime

* Professor, Dept. of Police Administration, Kaya University, Ph. D. in Law.

