

발간등록번호

11-1430000-001672-01



특허, 디자인 및 영업비밀

특별사법경찰 운영방안

[별책]

특허법, 디자인보호법, 부정경쟁방지법

법률위반 수사실무 매뉴얼의 기초

2018. 11.



○ 수사실무 매뉴얼 작성에 활용된 기초자료

본 수사실무 매뉴얼은 현장 실무자들의 간단한 참고용으로 작성된 것이다.

연구보고서의 본책에 포함된 <침해이론> 내용을 요약하여 정리하여 포함하였으며, 자세한 사항에 대하여는 본책의 참고가 필요하다.

본 매뉴얼의 작성을 위해 국내·외 특허, 디자인, 영업비밀에 관한 기존논문, 연구보고서, 특허청 기존자료, 대한민국 대법원 판례, 그리고 미국·영국·일본 등의 판례 및 실무자료들을 바탕으로 정리하였다.

수사실무 기법의 중요 부분들에 있어서는 일반 특별사법경찰 활동에 적용되는 수사기법들을 기초로 하여 특허청 지식재산권보호를 위한 특별사법경찰활동의 특색에 부합하도록 수정, 정리하여 구성하였다.

이러한 자료들을 기초로 해서 '지식재산권보호의 임무를 수행하는 특별사법경찰관리'에게 필요한 수사실무 매뉴얼을 별책으로 작성하였다.

본 수사실무 내용은 서울중앙지방검찰청에서 발간한 '지식재산권범죄 수사실무'의 내용을 참고하고 있으므로 그 수사실무를 참고할 필요가 있다.

<목차>

제1장 지식재산권 범죄	1
제1절 지식재산권 관련 근거	1
1. 정의	1
2. 지식재산권의 환경	3
3. 지식재산권 분류	4
4. 관련 법령	5
5. 지식재산권의 특수성	7
제2절 지식재산권 관련 범죄	8
1. 침해죄 구성요건	8
2. 산업재산권법 위반죄	9
3. 부정경쟁방지법 위반죄	11
제3절 지식재산권 관련 범죄의 쟁점	13
1. 친고죄 관련 쟁점	13
2. 지식재산권 범죄의 고의성 판단	14
3. 지식재산권 범죄 예방을 위한 전략	18
제4절 지식재산권 침해범죄의 형사절차 개요	19
1. 침해범죄의 성립요건 개요	19
2. 죄의 수(罪數) 문제	21
3. 형사절차 개요	22
4. 특허침해 범죄 처벌	25
5. 영업비밀 침해범죄 처벌	27
6. 직무발명 누설에 대한 처벌	28
제2장 특허법 침해행위 판단	29
제1절 특허권 발생	29
1. 특허권 발생요건	29
2. 특허법상 특허요건	29
제2절 특허권 효력발생 요건	31
1. 신규성	31
2. 진보성	31
3. 특허권 보호범위	32
4. 특허권의 존속	33
제3절 특허권 침해의 성립요건	35
1. 특허권의 침해 성립	35
2. 특허권 보호대상에서 제외 경우	36
3. 침해행위 및 구성요건	37
4. 특허권 침해에 대한 구제	39
제4절 특허권 침해의 유형에 따른 특허범죄 성립요건	41

1. 직접침해와 간접침해	41
2. 문헌침해와 균등침해	41
3. 이용침해	42
4. 생략침해 및 불완전이용침해	43
5. 선택침해	44
6. 간접침해	44
제5절 특허권 침해의 확인심판	47
1. 권리범위 확인심판 제도	47
2. 권리범위 확인심판 제도 운영실무	47
제6절 특허권 침해 피의자의 항변사항 검토	49
1. 개요	49
2. 특허발명에 무효사유가 존재한다는 항변	49
3. 자유실시기술의 항변	50
제7절 특허권 침해죄 관련 벌칙규정	51
1. 비밀누설죄	51
2. 위증죄	51
3. 허위표시의 죄	51
4. 거짓행위의 죄	51
5. 비밀유지명령 위반죄	52
6. 양벌규정	52
7. 몰수	52
제3장 디자인보호법 침해행위 판단	53
제1절 디자인권의 발생 및 보호	53
1. 디자인보호를 위한 등록 및 독점권 발생	53
2. 디자인권 보호에서 제외 사항	54
3. 디자인보호법 위반에 대한 벌칙규정	54
제2절 디자인권 침해범죄 성립요건	55
1. 디자인권 침해범죄 및 구성요건	55
2. 디자인권 침해범죄 판단 시 고려사항	57
3. 디자인 침해가 많이 발생하는 분야	59
제3절 디자인권 침해에 대한 유사 판단	60
1. 디자인 침해에 대한 유사 판단의 내용	60
2. 디자인침해 여부 판단을 위한 실무적 기준	63
3. 디자인 침해에 대한 유사 판단 방법	65
4. 디자인권 침해의 유사 판단 시 주의사항	68
5. 기타 고려 요인	72
제4절 디자인권 침해 피의자의 항변사항 검토	73
1. 개요	73
2. 등록디자인이 신규성이 없다는 항변	73
3. 자유실시디자인의 항변	73

4. 실시권 존재의 항변	74
5. 권리소진 항변	74
6. 침해의 고의가 없다는 항변	74
제5절 디자인권 침해죄 관련 벌칙 규정	76
1. 비밀누설죄	76
2. 위증죄	76
3. 허위표시의 죄	76
4. 거짓행위의 죄	76
5. 비밀유지명령 위반죄	77
6. 양벌규정	77
7. 몰수	77
제4장 영업비밀보호 침해행위 판단	78
제1절 개요	78
1. 영업비밀 침해죄 처벌 현황	78
2. 영업비밀 보호를 위한 법의 발전	78
3. 영업비밀을 침해하는 부정경쟁행위	82
제2절 영업비밀 침해행위	85
1. 영업비밀의 개념	85
2. 영업비밀 침해행위의 정의 및 벌칙	86
3. 영업비밀 정보의 내용	87
4. 외국의 영업비밀 개념	88
제3절 영업비밀 침해행위의 구성요건	91
1. 침해범죄의 구성	91
2. 영업비밀의 비공지성	93
3. 영업비밀의 경제적 유용성	94
4. 비밀관리성	96
제4절 모방행위에 의한 부정경쟁방지법 침해행위	100
1. 형태모방행위에 의한 침해	100
2. 상품주체 혼동행위에 의한 부정경쟁방지법 침해위반 판단	107
3. 형태모방행위에 관한 사례들 판례로 본 부정경쟁방지법 침해판단 기준	109
4. 판매 후 혼동 여부에 관한 사례의 판례로 본 판단 기준	111
5. 병행수입품에 관한 사례의 판례로 본 판단 기준	112
6. 저명한 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위에 대한 판단	113
제5절 부정경쟁행위 및 영업비밀 침해범죄 사례로 본 판단요건 및 처벌행위	115
1. 부정경쟁행위 관련 사례	115
2. IT 관련 영업비밀 침해 사례	124
3. 영업비밀 침해행위의 형법적 판단(보호)	124
4. 영업비밀 침해행위의 처벌 강화 필요성	131
제6절 영업비밀 침해 피의자의 항변사항 검토	136
1. 개요	136

2. 실시권 존재의 항변	136
3. 침해의 고의가 없다는 항변	137
제7절 영업비밀 침해죄 관련 벌칙 규정	139
1. 비밀유지명령 위반죄	139
2. 양벌규정	139
제8절 관련 사안	140
1. 비친고죄	140
2. 업무상 배임죄와의 관계	140
3. 상표법과의 관계	141
제5장 지식재산권보호 특별사법경찰관리 수사집행 매뉴얼	144
제1절 수사 개요	144
1. 수사 필요성	144
2. 수사 대상	147
3. 적용 법조문 (관련 법제)	150
4. 수사기관	153
제2절 수사계획 수립	157
1. 수사지역, 수사대상	157
2. 수사방법	158
3. 결과조치	161
4. 수사절차	161
제3절 검거 및 계도활동	164
1. 대상, 방법, 계도활동	164
2. 현행범 체포 및 조사방법	164
3. 현행범에 대한 압수 수색 검증	164
4. 현행범 임의동행 및 임의수사 절차	165
5. 진술서(확인서) 징구	165
6. 현행범 석방 절차	165
제4절 입건	169
1. 개요	169
2. 피의자 신문, 절차 및 방법	177
3. 참고인 조사, 절차 및 방법	185
4. 범죠회보보고서 작성 및 보고 절차	193
제5절 보강수사 및 수사서류 작성	204
1. 송치 후의 수사와 추송	204
2. 수사관계사항의 조회(사실조회)	204
3. 감정·통역의 위촉	206
4. 실황조사	210
5. 수사촉탁	211
6. 증거보전신청	212
7. 출국금지 및 출국정지	212

제6절 사건송치	216
1. 사건송치 절차	216
2. 의견서 작성	217
3. 의견서 불기소 이유 작성법	221
4. 송치서류 관련 검토사항	222
제7절 영장신청 및 집행	224
1. 체포영장	224
2. 구속영장	235
3. 압수/수색/검증 영장	241
제8절 포괄일죄 사건 처리방법	246
1. 포괄일죄 개요	246
2. 포괄일죄 사건 처리방법	247
3. 기소 유형별 재판절차	249
4. 포괄일죄 적용사례	253

<표 차례>

<표 5-1> 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률	144
<표 5-2> 특허청 소관 공공기관 현황	147
<표 5-5> 특허청 소관법률	153
<표 5-6> 일반사법경찰과 특별사법경찰의 구분	157
<표 5-7> 현행범인 체포서	167
<표 5-8> 피의자 석방보고서	168
<표 5-9> 현행범상 수사개시의 단서	169
<표 5-10> 수사보고	170
<표 5-11> 조사 착수 시 유의사항	171
<표 5-12> 고소의 취소	172
<표 5-13> 고소 취소에 있어서 실무상 유의사항	172
<표 5-14> 범죄의 내사	174
<표 5-15 > 임의수사 방법	177
<표 5-16> 수사의 단계별 구분	178
<표 5-17> 문서성격에 따른 구분	178
<표 5-18> 수사방법에 따른 구분	179
<표 5-19> 피의자 신문조서	181
<표 5-20> 진술 거부권 및 변호인 조력권고지	182
<표 5-21> 출석요구서	183
<표 5-22> 진술조서	184
<표 5-25> 참고인 출석 요구서	192
<표 5-33> 감정의뢰서	209
<표 5-45> 사건송치서	223
<표 5-46> 긴급체포서	231
<표 5-47> 체포영장 신청	232

<표 5-48> 체포영장신청부	233
<표 5-49> 체포 구속영장집행원부	234
<표 5-50> 구속영장신청	239
<표 5-51> 구속영장신청부	240
<표 5-52> 압수증명서	245

<그림 차례>

<그림 4-14> 부정경쟁방지법 관련 사례	116
<그림 4-15> 인텔이 100억 년 국내기술, 삼성은 특허료 안 내려 ‘꼼수’	117
<그림 4-16> 같은 게임처럼 보이는 두 게임	120
<그림 4-17> 같은 게임처럼 보이는 두 게임	121
<그림 4-18> 르슈크레 인형 정품(왼쪽)과 짝퉁제품	142
<그림 5-1> 대-중소기업 수직계열화된 불안전 경쟁시장(공정위)	145
<그림 5-2> 중소기업 ‘지식재산 문명’에 의한 불안전 정보시장(특허청, 중기부)	146
<그림 5-3> 기술탈취에 취약한 구조(특허청)	146
<그림 5-4> 특허청의 직권조사와 시정권고 강화안	147
<그림 5-5> 중국-아세안 지역 우리기업 피침해 신고·상담 현황 (단위: 건)	148
<그림 5-6> 지식재산권 보호 순위	149
<그림 5-7> 국내 위조상품 시장규모	149
<그림 5-8> 고소 고발장의 접수 및 배당 절차	171
<그림 5-9> 인지사건 수사절차	173
<그림 5-10> 정정예시1	198
<그림 5-11> 정정예시2	198
<그림 5-12> 정정예시3	198
<그림 5-13> 정정예시4	199
<그림 5-14> 정정예시5	199
<그림 5-15> 정정예시6	200
<그림 5-16> 절차	211

제1장 지식재산권 범죄

제1절 지식재산권 관련 근거

1. 정의

○ 정의

‘지식재산’이란 “인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술·사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원, 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것”을 지칭한다(지식재산기본법 제3조 정의).

○ 지식재산권의 구성 = 산업재산권 + 저작권 + 신지식재산권

신지식재산권이란 경제·사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 새로운 분야에서 출현하는 지식재산을 말한다.

그리고 지식재산권은 인간의 창조적 활동 또는 경험 등을 통해 창출하거나 발견한 지식·정보·기술이나 표현, 표시 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 지적창작물에 부여된 재산에 관한 권리를 말한다.

국가, 지방자치단체, 공공연구기관 및 사업자 등은 지식재산의 창출·보호 및 활용 촉진과 그 기반 조성을 위한 정부의 시책이 효과적으로 추진될 수 있도록 서로 협력하여야 한다(아래 <표 1>).

○ 선진 각국 지식재산권의 중요성

선진국의 영업비밀보호 등으로 대변되는 지식재산권 관련 법: WTO 무역 관련 지식재산권 협정(TRIPs) 제39조: 미공개 정보보호(protection undisclosed information) 규정

<표 1> 각국의 지식재산권 침해행위 보호를 위한 법령의 처벌규정

구분	법률명	개요
미 국	경제스파이법	▪ 영업비밀을 외국으로 유출시킨 자는 15년 이하의 징역 또는 50만 달러의 벌금, 조직이 해외로 유출시킨 경우에는 1,000만 달러의 벌금.
	EAR(수출관리규칙)	▪ EAR의 규제대상기술 등을 미구국적 보유자로부터 외국국적 보유자에게 개시한 경우, 외국국적 보유 자의 모국에 수출한 것으로 의제(Deemed Export), 민사벌(50만 달러 이하의 제재금) 과 형사벌(10년 이하의 징역 또는 100만달러 이하의 벌금(병과 가능)).
	특허법	▪ 미국내에서 행하여진 발명에 관하여 미국특허상표청(USPTO)에 출원 후 6개월이 경과하지 아니한 것 중에 USPTO의 허가를 받지 아니하고 외국출원을 하거나, 비밀유지명령을 무시하고 외국 출원을 한자 는 2년 이하의 징역 또는 1만 달러의 벌

구분	법률명	개요
독 일	부정경쟁방지법	영업비밀을 외국으로 유출시킨 자에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 벌금
	대외무역관리법	외국무역관리령에서 규제되는 기술 및 기술지원(구두, 전화, 전자적 형태를 포함)을 허가를 받지 아니 하고 제공한 자는 5년 이하의 징역 또는 50만 유로 이하의 벌금.
일 본	부정경쟁방지법	일본에서 관리되고 있는 영업비밀을 외국에서 사용·개시한자에 대해서는 10년 이하의 징역 또는 1000만엔 이하의 벌금(병과 있음).
	외국환 및 외국무역법	비거주자에 대하여 규제대상기술을 경제장관의 허가를 받지 아니하고 제공한 자는 5년 이하의 징역 또는 제공가액의 5배 이하의 벌금(병과 있음), 3년 이내의 화물수출기술제공의 금지(행정제재).
한 국	부정경쟁방지법	영업비밀을 외국으로 유출시킨 자는 7년 이하의 징역 또는 부정이익액의 2배 이상 10배 이하의 벌금(병과 있음).
	대외무역법	수출허가를 받지 아니하고 전략물자를 수출한 자는 5년 이하의 징역 또는 수출가액의 3배 이하의 벌금. 그러나 전략물질에 관한 무형물질(기술도) 이에 포함되는 지는 불분명.
	산업기술유출방지법	국가안전보장 등에 의한 판단, 국가핵심기술의 수출 및 통제, 산업기술 유출자의 처벌

*출처: 구태언(2015)¹⁾

○ 일본 '지적재산기본법' 상에서의 '지적재산' 및 '지적재산권'에 관한 정의

<p>제2조(정의)</p> <p>① 이 법률에서 「지적재산」이란, 발명, 고안, 식물의 신품종, 의장, 저작물 기타의 인간의 창조적 활동에 의하여 창출되는 것(발견 또는 해명된 자연법칙 또는 현상으로서, 산업상의 이용가능성이 있는 것을 포함한다), 상표, 상호 기타 사업활동에 이용되는 상품 또는 역무를 표시하는 것 및 영업비밀 기타의 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보를 말한다.</p> <p>② 이 법률에서 「지적재산권」이란, 특허권, 실용신안권, 육성자권, 의장권, 저작권, 상표권 기타의 지적재산에 관하여 법령에 의하여 정해진 권리 또는 법률상 보호되는 이익과 관련된 권리를 말한다</p>
--

○ 지식재산권 분류의 특징

위의 한국, 외국의 사례에서 살펴본 바와 같이, 지식재산권은 그 나라의 산업발전에 기여하는 '산업재산권'과 인간다운 생활에 기여하기 위한 '저작권' 그리고 4차산업 혁명 등 기술적 변화에 기여하는 '신지식재산권' 등으로 구분한다. '산업재산권'은 특허권, 실용신안권, 디자인권 및 상표권 등 전체를 특허청에 출원하여 등록된 후 이에 따른 독점적 권리를 갖게 된다. 디자인보호를 위한 디자인보호법이 있는 바와 같이, '저

1) 구태언, 산업기술 보호제도를 위한 법률적 준비사항과 해외제도와와의 비교법적 검토, 한국산업기술보호협회, 2015.10.27.

작권’ 등은 저작물 등의 창작자에게 부여된 권리로 개인적인 권리로서 보호를 받게 된다.

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’)은 이미 등록된 경우와 관계없이 ‘국내에서 보호’를 받게 된다. 특허법에서 보호받는 대상은 공개된 경우의 특허요건에 맞는 기술적 사항만을 보호하지만, ‘영업비밀’과 같은 부정경쟁방지법에서 보호하는 대상은 공개되지 않고(공지성), 독립적으로 충분한 경제적 가치를 갖는 기술 및 경영적 정보를 포함한 것을 의미한다.

2. 지식재산권의 환경

○ 경제산업환경의 변화와 융합

4차 산업혁명 영역에서의 지식재산 환경변화 및 지식재산권의 확장이 계속되고 있다. 그 결과 산업/기술 간 융합촉진으로 발명·창작이 활성화되어 신규 지식재산 창출이 활발해지고 있다. 예를 들면, IT, 제조업, 바이오 등의 경계가 무너지면서, 학제 및 산업간 구분이 약해져서 핀테크, 자율주행자동차, 3D 프린팅 등의 융합산업이 활성화되며 이에 따른 발명·창작이 활발해지고 있다.

인간-인간, 인간-사물, 사물-사물 간 연결성이 기하급수적으로 확대되며, 이에 따라 아이디어·정보의 탐색/가공/교류 활동의 고속화로 지식재산의 과잉 및 양극화 현상도 발생한다.

○ 인공지능에 의한 발명·창작 활성화 및 발명·창작의 주체의 확장

기존에 발명·창작의 주체는 인간으로 국한하였으나, 4차 산업혁명의 영역에서는 <인간+시스템>으로 창작 주체가 확장되고 있다. 이에 따라 인공지능 발명·창작의 권리·책임주체 및 활용 촉진에 대한 확장된 고려가 요구되고 있다.

○ 새로운 환경변화로 야기되는 문제점

4차 산업혁명 영역에서 창작 주체가 시스템으로 확장됨에 따라 시스템에 의한 창작물에 대한 지재권 인정 및 보호 문제가 대두되고 있다. 하지만 현행 저작권법 및 지식재산권법 체계는 인간의 행위를 전제로 하여 법률관계를 설정하고 있어, AI에 의한 저작물 등은 법적으로 보호가 불가능한 상태이다.

말하자면 VR/AR, 3D프린터 등 4차 산업혁명 관련 기술과 상품이 기존의 법체계에 완전히 포섭되지 않은 새로운 유형의 저작물로 등장하고 있다는 점도 고려해야 한다.

① (특허권 침해행위의 범위) 3D 디지털 설계도면을 작성하는 행위가 특허법 상의 실시로 볼 수 있는지 여부 등 동 행위를 지식재산권법상 침해행위로 볼 수 있는지.

② (보호대상의 적격) 3D 디지털 설계도면을 특허법상의 물품으로 볼 것인지, 아니면 저작권법상의 저작물로 볼 것인지.

③ (3D 디지털 설계도면 유통 책임) 특허 등 지식재산권으로 보호되는 제품에 대한 3D 디지털 설계도면과 프린트된 결과물을 유통하는 행위에 대한 법적 책임문제.

④ 금융상품은 금융사에 천문학적인 로열티 수익을 가져다주는 경제적·무형적 자산으로서 새로운 금융상품에 대한 보호가 필요.

○ 침해행위에 대한 보호

방송창작물 등의 경우에는 현행 저작권법상 프로그램 보호의 특례 등으로 보호가 될 수 있으나 여전히 부족하다. AI 창작물의 종류 중 특허, 디자인 또는 상표의 경우에는 해당 산업재산권 법률에서 보호방안을 모색하게 된다.

하지만 제안서 상 아이디어 탈취행위 및 4차 산업혁명 발전에 따른 아이디어 탈취 행위 등은 타인의 성과를 부당하게 모용하는 것이므로 부정경쟁원리에 의해 보호하거나 중소기업기술보호법 등에 의해 침해행위의 유형으로 규정하는 방안도 검토해야 한다.

우선 저작권법, 산업재산권 보호 관련 법체계 내의 특례규정 마련으로 초점을 맞추고, 그러한 입법이 체계 적합성 등의 문제로 인해 부적절하다고 판단되면 별도의 특별법을 통해 보호하는 방향의 논의가 필요하다.

○ 침해판단의 기준

어떤 요건을 갖춘 경우에 침해를 인정할 것인지의 문제인 바, 비록 판례를 통해 그 기준이 정립되고 있지만, 침해 여부의 불확실성을 최소화하기 위한 구체적인 기준을 알아두는 것이 필요하다.

또한 침해 판단에 따른 민/형사책임의 인정 가부를 고려해야 한다. 즉, 침해가 인정되는 경우 민사적 구제수단은 당연히 인정되어야 하겠으나, 형사책임까지 인정할 것인지에 대한 사전검토도 필요하다.

3. 지식재산권 분류

지식재산권은 산업재산권, 저작권, 신지식재산권 등이다(아래 <표>)

<표 3> 지식재산권의 분류

종류	권한	내용
산업재산권	특허권	원천/핵심기술(대발명)
	실용신안권	주변/개량기술(소발명)
	디자인권	물건의 디자인
	상표권	식별력 있는 기호/문자, 도형
저작권	저작권	문학, 예술분야 창작물
	저작권접권	실연가, 음반제작가, 방송사업자의 권리
	데이터베이스	데이터베이스 제작자
신지식재산권	첨단산업재산권	산업저작권, 정보재산권 등

*출처: 특허청

4. 관련 법령

특허청(소관: 산업재산조사과)은 2014년 7월 3일 집무규정을 제정(특허청훈령 제776호/ 개정 2017. 6. 22. 특허청훈령 제878호)하였는데, 그 목적은 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률²⁾」에 의하여 「상표법」 중 상표권 또는 전용사용권 침해에 관한 범죄와 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 중 제2조 제1호 가목³⁾에 규정된 부정경쟁행위에 관한 범죄를 단속하는 특허청의 특별사법경찰관리(이하 “상표권경찰”이라 한다)의 업무수행에 필요한 사항을 정하기 위한 것이다. 특허청 특별사법경찰관리 집무규정은 92개 조문으로 이루어졌으며 2017년 7월 1일 개정되어 시행 중이다.

① 특허청 특별사법경찰을 다른 용어로 상표권 경찰이라고 하는데, 이는 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정한 직무의 범위⁴⁾ 안에서 범죄사실을 수사하고 그에 관한 증거를 수집함을 그 직무로 하고 있다.

2) 제5조(검사장의 지명에 의한 사법경찰관리) 다음 각 호에 규정된 자로서 그 소속 관서의 장의 제청에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청검사장이 지명한 자 중 7급 이상의 국가공무원 또는 지방공무원 및 소방위 또는 지방소방위 이상의 소방공무원은 사법경찰관의 직무를, 8급·9급의 국가공무원 또는 지방공무원 및 소방장 또는 지방소방장 이하의 소방공무원은 사법경찰관의 직무를 수행한다.

38. 특허청, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 부정경쟁행위, 상표권 및 전용사용권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원.

3) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위.

4) 제6조(직무범위와 수사 관할) 제4조와 제5조에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행할 자의 직무범위와 수사 관할은 다음 각 호에 규정된 범죄로 한정한다.

35. 제5조제38호에 규정된 자의 경우에는 소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」에 규정된 같은 법 제2조제1호가목의 부정경쟁행위에 관한 범죄와 「상표법」에 규정된 상표권 또는 전용사용권 침해에 관한 범죄

② 상표권 경찰이 범죄조사를 할 때에는 「형사소송법」 및 「특별사법경찰관리 직무규칙⁵⁾」 등 관계 법령을 엄수하여 국민의 자유와 권리를 부당하게 침해하는 일이 없도록 하여야 한다(제3조).

③ 상표권 경찰이 범죄수사를 할 때에는 비밀을 엄수하여 수사에 지장을 초래하지 아니하도록 주의하는 동시에 피의자 등 기타 사건 관계자의 명예를 훼손하는 일이 없도록 주의하여야 한다고 규정하고 있다.

④ 상표권 경찰은 직무상 취득한 범죄정보 제공자 등에 대한 비밀을 누설하여서는 아니 되며, 당해 정보의 조사 목적 외에는 성명·연령·주소·직업·용모 등에 의하여 범죄정보제공자 등임을 미루어 알 수 있을 정도의 사실이나 사진을 제3자에게 제공하지 못한다.

<표 > 지식재산기본법

제1장 총칙

제1조(목적) 이 법은 지식재산의 창출·보호 및 활용을 촉진하고 그 기반을 조성하기 위한 정부의 기본 정책과 추진 체계를 마련하여 우리 사회에서 지식재산의 가치가 최대한 발휘될 수 있도록 함으로써 국가의 경제·사회 및 문화 등의 발전과 국민의 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

제2조(기본이념) 정부는 지식재산 관련 정책을 다음 각 호의 기본이념에 따라 추진하여야 한다.

1. 저작자, 발명가, 과학기술자 및 예술가 등 지식재산 창출자가 창의적이고 안정적으로 활동할 수 있도록 함으로써 우수한 지식재산의 창출을 촉진한다.
2. 지식재산을 효과적이고 안정적으로 보호하고, 그 활용을 촉진하는 동시에 합리적이고 공정한 이용을 도모한다.
3. 지식재산이 존중되는 사회환경을 조성하고 전문인력과 관련 산업을 육성함으로써 지식재산의 창출·보호 및 활용을 촉진하기 위한 기반을 마련한다.
4. 지식재산에 관한 국내규범과 국제규범 간의 조화를 도모하고 개발도상국의 지식재산 역량 강화를 지원함으로써 국제사회의 공동 발전에 기여한다.

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "지식재산"이란 인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원(유전자원), 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것을 말한다.
2. "신지식재산"이란 경제·사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 새로운 분야에서 출현하는 지식재산을 말한다.
3. "지식재산권"이란 법령 또는 조약 등에 따라 인정되거나 보호되는 지식재산에 관한 권리를 말한다.
4. "공공연구기관"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기관을 말한다.
 - 가. 국가 또는 지방자치단체가 직접 설립·운영하는 연구기관
 - 나. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교
 - 다. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제2조에 따른 정부출연연구기관

5) 법무부령(법무부 형사기획과 주관).

- 라. 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제2조에 따른 과학기술분야 정부출연연구기관
- 마. 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 제2조에 따른 지방자치단체출연연구원
- 바. 「특정연구기관 육성법」 제2조에 따른 특정연구기관
- 사. 「산업기술혁신 촉진법」 제42조에 따른 전문생산기술연구소
- 아. 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 제2조에 따른 공익법인 중 지식재산의 창출이나 활용과 관련된 업무를 수행하는 기관
- 자. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따라 공공기관으로 지정된 기관 중 지식재산의 창출이나 활용과 관련된 업무를 수행하는 기관
- 5. "사업자등"이란 공공연구기관 외의 자로서 지식재산과 관련된 사업을 하거나 연구·지원 등의 업무를 수행하는 자를 말한다.

*출처: 지식재산 기본법 [시행 2018. 6. 20.] [법률 제15245호, 2017. 12. 19., 일부개정]

5. 지식재산권의 특수성

○ 지식재산권 취득 요건

특허를 취득하기 위해서는 당해 발명이 '자연법칙을 이용한 기술적 창작으로서 고도한 것'이라는 발명의 정의에 해당되어야 한다.

이를 충족한 후 추가로 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성이라는 실체적 요건을 갖추어야 비로소 특허를 취득할 수 있다. 이러한 요건에 대하여 엄격한 심사를 거쳐 특허를 취득하게 된다.

○ 지식재산권 침해소송

특허를 취득하였다고 하더라도 무효사유는 언제든지 있을 수 있으므로, 이에 대한 다툼은 특허심판원의 무효심판에서 다투게 된다. 특허침해 소송의 경우에도 상대방이 무효의 항변을 주장하거나 특허무효심판을 제기한 경우라면 언제든지 권리의 존부를 다시 판단해야 하는 상황이다. 결국 지식재산권은 항상 무효에 의해 권리가 박탈될 가능성을 지닌 권리이다. 이 점은 의료, 노동, 조세, 정보통신 등의 기술적 전문성이 요구되는 타 소송과 다른 점이다.

○ 지식재산권 소송의 특징

지식재산권 소송은 다른 민사사건과 상당히 구별되는 특징이 있다. 지식재산권은 재산권으로서 민법상 준물권에 해당된다. 토지나 건물과 같은 유체재산이 아니라, 보이지 않는 무형재산의 일종으로 무체재산권이다.

제2절 지식재산권 관련 범죄

1. 침해죄 구성요건

<표 4> 침해죄 구성요건 개요

죄명	구성요건	법정형	친고죄	양벌규정
침해죄	실용신안권 또는 전용실시권 침해	징역 7년 또는 벌금 1억원	○	○ 벌금 3억원
비밀누설죄	직원 또는 그 직에 있었던 자가 그 직무상 득한 실용신안등록출원 중 고안(국제출원 중 고안도 포함)에 관하여 비밀을 누설하거나 도용	징역 5년 또는 벌금 5천만원	×	×
위증죄	법에 따라 선서한 증인, 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술, 감정 또는 통역을 한 때	징역 5년 또는 벌금 1천만원	×	×
허위표시죄	특허법 제224조제1호~제3호 규정 위반	징역 3년 또는 벌금 2천만원	×	○ 벌금 6천만원
거짓행위죄	거짓 그 밖에 부정한 행위로써 실용신안등록 또는 심결	징역 3년 또는 벌금 2천만원	×	○ 벌금 6천만원
비밀유지명령 위반죄	국내외에서 정당한 사유없이 특허법 제224조의3 제1항에 따른 비밀유지명령을 위반한 자	징역 5년 또는 벌금 5천만원	○	×

○ 객체

침해죄의 객체로서의 영업비밀의 의미 및 범위에 대해서 우리나라는 일본과 독일과 같이 거의 동일하다.

독일은 영업비밀 외에 자신에게 맡겨진 기술방법의 초안 또는 서면, 특히, 스케치, 모델, 형판, 단면도, 요리법도 침해죄의 대상이 되도록 규정하고 있다.

○ 주체

침해죄의 주체는 우리나라 경우는 그 주체를 '누구나'로 넓혀서 규정하고 있다. 외국의 경우, 독일 부정경쟁방지법은 근로관계에 있는 자와 모든 사람을 구분하여 규정하고 있다.

비밀누설죄의 기본적인 성격과 역사적 변천과정 또는 범죄의 성격에 비추어 보면 특정한 신분이 있는 자만 범죄행위를 행할 수 있는 것으로 보는 신분범이 맞다고 하겠다. 신분이 없는 자가 행한 경우에는 절도 등으로 처벌이 가능하다.

그러나 우리나라의 경우 영업비밀 침해에 대한 사회적 내지 국가적 대응책으로서 신분범의 구성요건을 삭제하였다.

○ 행위

누설은 기본적인 행위 유형으로 모든 구성요건에서 규정하고 있다. 영업비밀의 기본적인 구성요건에 있어서 사실적인 누설이다. 누설의 사전적 의미는 ‘비밀에 속하는 사실을 아직 모르는 타인에게 알리는 것’을 의미한다.

우리나라의 경우 형사처벌의 대상이 되는 영업비밀 침해행위는 취득, 사용, 누설로 한정하고 있다. 하지만 뒤에서 보겠지만, 독일 부정경쟁방지법에서는 자신이 이용(Eigennutzen), 통지(누설) (Mitteilung), 획득(verschafft), 확보(sichert), 누설에의 유인과 제안(교사)(Verleiten und Erbieten), 교사의 의사를 밝히는 것, 타인의 제안을 수용, 타인과의 영업비밀 누설에의 약속을 처벌받는 행위로 규정하고 있다.

2. 산업재산권법 위반죄

○ 산업기술 해외유출사건의 검거 사례(경기남부지방경찰청)

① 사건개요

경기남부경찰청(청장 이기창) 국제범죄수사대는 7년간 80억 원을 들여 개발한 반도체 제조 부품 설비도면 등을 빼돌려 일본계 법인 乙社에서 동종 제품을 만든 피해회사 직원과 협력회사 직원 등 2명을 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소의견 송치했다. 또한 이들이 이직한 일본계 법인 乙社도 같은 혐의로 입건해 기소의견 송치했다. 특히 이 일본계 법인 乙社は 2016년 6월 국내에 공장을 설립하면서 5년간 자치단체 보조금 50억 원을 지원받기로 되어 있다.

이 사건의 개요를 보면 다음과 같다. 즉 피해회사(甲)는 2013년 1월에 7년간 80억 원을 투자해 반도체 제조 부품인 실리콘 카바이드 링을 세계 최초로 상용화했다.

피해회사 前 협력업체 설계팀장 A씨(46세)는 피해회사의 실리콘 카바이드 링 제조 설비 설계도면을 외장하드에 저장한 후, 乙社로 이직하면서 가지고 갔다. 乙社에서 피해회사와 동일 설비를 제작하는데 있어 A씨가 빼돌린 피해회사의 설비 설계도면 만으로 제품 양산에 성공할 수 없다고 판단하여 피해회사의 설비 운영전문가 B를 추천해 2015년 12월에 함께 이직했다.

이직한 乙社에서도 피해회사와 동일한 실리콘 카바이드 링 제조설비를 설계하면서 유출한 피해회사 도면을 사용했다. A씨는 연봉을 41%(4,600만원 ⇒ 6,500만원)를 인상 받은 것으로 확인되었다. 피해회사 前 생산담당 팀원 B씨(37세)는 피해회사의 실리콘 카바이드 링 개발 자료를 회사 이메일에서 개인 이메일로 보내는 방식으로 유출하여 乙社로 이직, 乙社에서는 생산팀장으로 근무하며 유출한 개발자료를 사용해 실리콘 카바이드 링을 생산했다. B씨는 연봉을 38%(4,000만원 ⇒ 5,500만원)를 인상 받은

것으로 확인되었다.

乙社は 2016년 6월 국내에 피해회사와 동종제품을 생산하는 공장을 설립하면서 지방자치단체 두 곳으로부터 향후 5년간 총 50억 원의 보조금을 받기로 하고 지금까지 12억 원의 지원금을 받은 것으로 확인되었다.

② 피해액

실리콘 카바이드 링(Silicon Carbide Ring)은 반도체 웨이퍼를 절삭하는데 사용되는 부품으로 피해회사의 제품은 기존 제품에 탄소를 더하여 수명과 성능을 약 2~3배 향상시킨 것으로 세계 최초로 상용화에 성공하였으며, 이 제품의 세계시장 규모는 1,500억 원 정도로 피해회사는 80%를 점유하고 있다.

피해회사는 2015년 12월 산업통상자원부 주관 ‘대한민국 기술대상’ 행사에서 이 기술의 우수성을 인정받아 상장을 수여 받았다. 피해회사는 향후 기술유출로 인한 매출 감소, 연구개발비 등 연간 300억 원 상당의 손해가 있을 것으로 추정하고 있다.⁶⁾

③ 이 사업기술유출 사건의 적용법률

본 사건에서 적용할 수 있는 법률은 첫째, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제1항 및 동법 제19조이다. 이는 10년 이하 징역, 1억원 이하 벌금 및 법인 처벌 양벌규정에 해당한다. 둘째, 형법 제356조(업무상 배임)으로 10년 이하 징역, 3000만원 이하 벌금에 해당한다.

④ 시사점

경찰청(외사국)이 2017년 4월 1일~9월 30일까지 6개월간 △전기전자·정보통신 등 국가핵심기술, 중요 산업기술유출 행위 △기업 대상 영업비밀 침해 행위 등 산업기술 유출범죄 기획수사를 추진한 결과, 총 90건 223명을 검거했다고 밝혔다.

위 기간동안 경찰청이 기획수사를 진행한 결과에 의하면, 93.3%(84건)가 중소기업의 피해사건으로 중소기업은 대기업에 비해 예산·인력 등 한계로 기술유출에 취약하기 때문에 정기적인 예방교육·보안점검이 중요하다고 결론지었다. 특히, 기업 내부 직원이 금전이득 취득 및 경쟁업체 이직·동종업체 창업 목적으로 기술유출을 저지르는 경우가 91%(82건)⁷⁾를 차지하므로 직무발명 보상 확대 등 직원에 대한 처우개선과 함께 기술유출 사건 발생 시 피해 입증이 용이하도록 컴퓨터·이직 이력 보관 등 퇴직자에 대한 후속 관리의 필요성을 강조하였다.

3. 부정경쟁방지법 위반죄

6) <http://www.ggetv.co.kr/news/articleView.html?idxno=87290>(검색일: 2018. 09. 20).

7) 유출자 신분: 내부 임직원에 의한 기술유출 91%(82건) 경쟁업체 등 외부 자에 의한 기술유출 9%(8건). 유출 동기: 이직 및 창업 목적 68%(61건), 단순 금전이득 목적 29%(26건), 인사 등 처우불만에 의한 유출 3%(3건).

○ 동종의 상품에서 통상적으로 가지는 형태를 판단한 국내의 유일한 대법원 판결인 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결(에어졸 소화기 제품 사건 이하, “대상판결”이라 함)을 분석해 보면, 이와 관련된 구체적인 판단방법을 파악할 수 있을 것이다.

○ 대상 판결은 부정경쟁방지법 상 상품형태 모방행위 금지규정에 의한 보호의 대상에서 제외되는 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미에 관하여 최초로 법리적으로 판시하면서 그 구체적인 판단 방법을 보여준 사례로서 의미가 있다.⁸⁾ 대상 판결의 내용은 이하와 같다.

[사례] 소화기의 형태모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태로 인정한 사례⁹⁾

원고 제품의 주된 특징적 형태와 실질적으로 동일한 형태들이 이미 1984. 1.경 ‘소형 소화기의 케이스’라는 명칭으로 출원된 실용신안등록에 관한 공보의 도면에 도시된 제품, X 주식회사가 2007. 11.경부터 판매한 쌍구형 휴대형 소화기 및 주식회사 Y가 2009. 7.경부터 판매한 동종 제품(이하 이들을 통틀어 ‘선행제품들’이라고 한다)에도 그대로 나타나 있다.

한편 원고 제품이 선행제품들과 세부적인 형상·모양 등에서 다소 차이가 있다고 볼 수는 있으나 이와 같은 차이점이 전체 상품의 형태에서 차지하는 비중이나 이로 인한 시각적인 효과 등에 비추어 볼 때 이는 원고 제품에 다른 제품과 구별되는 개성을 부여하는 형태적 특징에 해당한다고 보기는 어렵다.

원고는 일부 선행제품들과 원고 제품의 분사방식의 차이를 들어 그 선행제품들은 원고 제품과 동종 상품이 아니라고 주장하나, 그와 같은 정도의 세부적인 차이를 들어 동종 상품이 아니라는 주장은 받아들일 수 없다.

따라서 원고 제품의 형태는 전체적으로 볼 때 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 불과하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에 의하여 보호되는 상품형태에 해당한다고 보기 어렵다 (동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태로 판단한 것임).

8) 김창권, 앞의 논문, 24면.

9) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결.

<그림 7> 부정경쟁방지법 위반 사례



제3절 지식재산권 관련 범죄의 쟁점

1. 친고죄 관련 쟁점

1) 개요

○ 친고죄 구분

특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(특허법 제225조). 본 죄는 상표권 침해죄와 달리 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄로서 특허제도 그 자체는 산업정책적인 공익성이 강한 것이지만, 특허권 등의 침해는 사익에 관한 것으로 보고 친고죄로 규정한 것이다.¹⁰⁾

구분	특허 실용 디자인	상표법	부정경쟁방지법	저작권법
침해죄	친고죄	비친고죄	비친고죄	친고죄
비밀누설죄	비친고죄	없음	없음	없음
위증죄	비친고죄	비친고죄		
허위표시죄	비친고죄	비친고죄		
거짓행위죄	비친고죄	비친고죄		
비밀유지명령 위반죄	친고죄			

○ 주요 쟁점은 다음과 같다.

① 동일한 제품에 대해 여러 나라에서 특허권이 성립한 경우 그 중 1개국에서 특허권자 등에 의해 적법하게 생산, 판매된 특허제품을 다른 나라에 수입한 경우 수입국의 특허권 침해인지 여부(소위 국제적 소진의 문제)

② 특허권자로부터 구입한 일회용 카메라를 사용하고 나서 필름을 교체하고 촬영매수 표시장치를 조작하여 재사용하는 행위가 허용되는지 여부(소위 허용되는 수리냐 허용되지 않는 재생산이냐의 문제)

③ 물건의 특허가 소진의 대상이 됨에는 의문이 없으나 특허의 대상이 물건이 아닌 방법발명의 경우에도 소진이 성립하는지, 만일 성립한다면 어떤 물건에 대해 성립하는지 여부 등이 소진과 관련하여 주로 논의되어 왔다.

2) 고소권자

○ “고소권자가 범죄행위가 계속되는 도중에 범인을 알았다고 해도, 그 날부터 곧바

10) 임석재·한규현, 특허법, 박영사, 2017, 657면.

로 위 조항에서 정한 친고죄의 고소기간이 진행된다고는 볼 수 없다. 이 경우 고소기간은 범죄행위가 종료된 때로부터 계산하여야 하며, 동종행위의 반복이 당연히 예상되는 영업범 등 포괄일죄의 경우에는 최후의 범죄행위가 종료한 때에 전체 범죄행위가 종료된 것으로 보아야 한다.”¹¹⁾고 판시한 바 있다.

3) 고소기간

○ 공소기간에 관하여는 형사소송법 제230조에 따라 범인을 알게 된 날로부터 6개월 이내에 하여야 한다. 판례는 “범인을 알게 된 날이란 범죄행위가 종료된 후에 범인을 알게 된 날”을 가리키는 것이다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도4680 판결 등).

2. 지식재산권 범죄의 고의성 판단

1) 개요

○ 침해범죄의 구성요건으로서의 고의(故意)

형법 제8조에 따라 특허법에서 특별히 규정된 것을 제외하고 형법이 적용되므로 특허법상 과실범의 규정이 없는 이상 고의범만 처벌된다(형법 제13조). 따라서 특허법 제130조의 과실의 추정 규정은 문제가 되지 아니한다.

형법상 ‘고의’의 본질에 대하여 권리침해 등의 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 인식하고 있음을 뜻하므로 다른 사람의 권리를 침해하고 있다는 사실만 인식하면 된다는 견해가 있다.¹²⁾

판례는 “범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다”¹³⁾고 판시하여 인식(지적 요소) 이외에 의욕(의지적 요소)이라는 주관적 태도가 추가적으로 요구된다는 입장에서 서있다.¹⁴⁾

또한 판례는 상표법위반 사건에서도 “상품에 관한 광고에 타인의 등록상표를 표시하고 전시하는 행위를 한 자를 고의범인 구 상표법 제93조에서 정한 상표권 침해죄로 처벌하기 위해서는 범죄구성요건의 주관적 요소로서 적어도 미필적 고의가 필요하므로, 그 행위가 구 상표법 제2조 제1항 제6호 (다)목에서 정한 상품에 관한 광고행위에

11) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도5014 판결.

12) 김기태, 저작권법의 해석과 적용, 삼진기획, 2001, 353면; 김기태, 한국저작권법 개설, 이체, 2005, 252면.

13) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결.

14) 김성돈, 형법총론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2017, 201-202면.

해당한다는 사실에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 이를 용인하려는 내심의 의사가 있어야 한다”고 판시하여 타인의 권리를 침해한다는 인식 및 이를 용인하려는 내심의 의사가 필요하다는 태도를 취하고 있다.

○ 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010도11053 판결

피고인이 자신이 운영하는 甲 주식회사 인터넷 홈페이지에 乙 명의의 등록상표가 부착된 공기정화장치인 삼림욕기를 판매하기 위하여 사진과 함께 각 부의 명칭 및 기능, 시험성적서, 상표등록증 등을 게재하여 광고함으로써 乙의 상표권을 침해하였다는 내용으로 기소된 사안이다. 위와 같은 행위는 삼림욕기와 관련하여 행하여진 광고행위로서 ‘상표의 사용’에는 해당하나, 피고인이 인터넷 홈페이지를 丙에게 위탁 관리하던 중 乙 등으로부터 삼림욕기의 판매 중지를 요구하는 내용증명을 받는 등 이를 이용한 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처하자 丙에게 홈페이지에서 삼림욕기를 삭제하여 달라고 요청하였음에도 丙이 위와 같은 작업을 하지 않는 바람에 삼림욕기의 사진 등이 삭제되지 않고 그대로 남아 있었다.

이를 종합할 때, 피고인에게 乙의 등록상표를 삼림욕기와 관련하여 광고함으로써 이를 사용하려는 내심의 의사가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로, 같은 취지에서 무죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례이다.

2) 고의의 조각

○ 법률의 착오로 본 고의의 조각

법률의 착오¹⁵⁾란 책임비난에 필요한 위법성의 인식이 없는 경우로서 대법원 판례는 범의(고의성)를 조각하는 것으로 보고 있다.¹⁶⁾

특허권 침해죄에 있어서 침해의 대상이 추상적인 권리로서 그 보호범위를 확정하기도 쉽지 않으므로 일반인이 스스로 자신의 행위가 침해에 해당하는지 여부를 판별하기는 어렵기 때문에 전문가의 조력을 받는 경우가 많다.

그 중에서도 특허심판원의 권리범위확인심판과 같이 전문적이고 중립적인 기관에 의한 판단을 신뢰한 경우에는 그와 같은 판단이 법원에 의한 종국적인 판단의 결론과 다르더라도 행위자에게 침해죄의 고의를 인정하기는 어려울 것이다.¹⁷⁾

○ 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다53342 판결

‘법률의 착오’와 직접적으로 관련된 사안은 아니지만 특허권자의 권리행사 시 유의해야 할 민사판결을 소개한다.

특허권자가 특허권 침해 여부가 불명확한 제품의 제조자를 상대로 손해 예방을 위

15) 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인이 정당한 이유가 있는 것인 때에 한하여 벌하지 아니한다(형법 제16조).

16) 대법원 1974. 11. 22. 선고 74도2676 판결 등.

17) 광민섭, “지적재산권 침해소송 실무와 최근의 판례동향”, 특허심판원, 2009년 5월, 58면.

하여 그 제품의 제조나 판매를 금지시키는 가처분신청 등의 법적 구제절차는 취하지 아니한 채, 사회단체와 언론을 이용하여 불이익을 줄 수도 있음을 암시한다.

나아가 그 구매자에 대하여도 법률적인 책임을 묻겠다는 취지의 경고와 함께 역시 사회단체와 언론을 통한 불이익을 암시하며, 형사고소에 대한 합의조건으로 제품 제조자와의 계약을 해제하고 자신과 다시 계약을 체결할 것을 지속적으로 강요하여 마침내 이에 견디다 못한 구매자로 하여금 기존계약을 해제하고, 기왕 설치되어 있던 제품까지 철거되도록 하였다면 이러한 일련의 행위들은 정당한 권리행사의 범위를 벗어난 것으로서 위법한 행위이고, 특허권자가 회사의 대표이사로서 위와 같은 행위를 하였다면 회사도 특허권자와 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다는 민사판결이 있다.

○ 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1793 판결

검사가 피고인들의 행위에 대하여 범죄혐의 없다고 무혐의 처리하였다가 고소인의 항고를 받아들여 재기수사명령에 의한 재수사 결과 기소에 이른 경우, 피고인들의 행위가 불기소처분 이전부터 저질러졌다면 그 무혐의 처분결정을 믿고 이에 근거하여 이루어진 것이 아님이 명백하다.

무혐의 처분일 이후에 이루어진 행위에 대하여도 그 무혐의 처분에 대하여 곧바로 고소인의 항고가 받아들여져 재기수사명령에 따라 재수사되어 기소에 이르게 된 이상, 피고인들이 자신들의 행위가 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하는 데 정당한 이유가 있었다고 할 수 없다고 본 사례도 있다.

○ 대법원 1982. 1. 19. 선고 81도646 판결

양말 등을 제조 판매하던 피고인이 디자인권(사건 당시에는‘의장권’이라 불리었다)을 침해하였다는 경고를 받고 변리사에게 문의하였고, 변리사는 피고인의 양말에 관한 디자인은 고소인의 등록디자인과 유사하지 않다는 감정결과를 피고인에게 전달하였으며 또한 피고인은 자신의 디자인을 특허청에 출원하여 등록받기도 하였다. 이후 고소인은 피고인을 대상으로 권리범위확인심판청구를 하여 대법원 판결 이전까지는 계속 패소하였으나 대법원에서는 승소하였다(대법원 77후9 판결). 이러한 정황 하에서 대법원은 위 대법원 판결이 있을 때까지는 피고인 자신이 제조하는 양말이 고소인의 디자인권을 침해한 것이 아니라고 믿을 수밖에 없었다 할 것이어서 양말을 제조, 판매하는 행위는 법령에 의하여 죄가 되지 않는다고 오인함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌할 수 없다고 하였다.

3) 디자인보호법 위반에 관한 사례

○ 외국사례: ‘카시트’ 등록디자인 무효소송

(사건개요) ‘카시트’ 디자인 무효소송은 「Baby」가 「Jügen」의 ‘자동차용 어린이 시트 (Child seats for motor cars)’ 디자인이 이전에 카탈로그에 공개된 디자인과 동일하다는 이유로 무효확인 소를 제기한 판례이다.

청구인인 「Baby」는 과거에 카시트를 판매하기 위해 피청구인과 사업관계에 있었으며, 청구인의 증거물과 피청구인의 디자인은 유사하여 신규성 및 개별특성을 상실한다고 주장하였다.

이에 OHIM 무효심판부는 「Jügen」의 디자인이 유럽의 등록요건인 ‘신규성’과 ‘개별특성’을 상실하는지 여부에 대한 판단을 하였고, 두 디자인은 동일하다고 판단하였다.

청구인 : Baby Gab S.L. (스페인)	피청구인 : Jürgen Schandelmaier (독일)
카탈로그 공개	Jürgen Schandelmaier
-	OHIM : 000602792-0002
	

판단근거로는 첫 번째, ‘신규성’에 관해서는 양 디자인은 측부에 날개를 구비한 동일한 형상 및 2가지 색상으로 구성되었다는 공통점은 있지만 날개 부분의 색상이 달라 디자인이 동일하지 않다고 판단하였다. 그러나 두 번째 ‘개별 특성’에 대해서는 차량 내부의 다양성에 맞춰 시트는 다양한 색상으로 제공될 수 있기 때문에 본 판례에서 ‘색상’의 차이는 전체적인 인상에 큰 비중을 차지하지 않아 양 디자인은 동일하다고 판결하였다.

(시사점)

본 판례에서 OHIM 무효심판부는 ‘신규성’ 판단 시 ‘색채’의 차이를 언급하였다. 국내 디자인보호법에서는 ‘디자인이라 함은 물품의 형상, 모양, 색채 또는 이들을 결합한 것’으로 정의하고 있어 ‘색채’가 디자인의 일부임을 알 수 있다. 그러나 색채는 모

양이나 형상을 구성하지 않으면 디자인 등록을 받을 수 없으며 색채만으로는 유사판단 요소가 되지 못하며 동일성 판단 시에만 고려대상이 된다.

3. 지식재산권 범죄 예방을 위한 전략

○ 다음의 사례는 '영업비밀 보호를 위한 특허권 관리'의 중요성에 관한 사례이다. 한국의 기업이 해외진출을 위해 영업비밀보호를 위한 전략을 사용하였으나, 이보다는 해당국가에 대한 특허출원으로 보호하는 것이 더 좋은 경우가 있다.

그 이유는 영업비밀보호법에 의한 보호는 다음과 같은 이유로 특허법에 의한 보호보다 어려운 경우가 많기 때문이다.

-해외 유출 전 적발 시 처벌이 어렵고 이미 유출된 경우 회수가 불가능한 경우가 많고, 영업비밀의 요건(비공지성, 경제성 및 비밀관리성)의 입증에 곤란한 경우 많으며, 역설계¹⁸⁾에 의한 영업비밀의 획득은 적법한 행위로 인정될 수 있기 때문이다.

그러므로 특별한 경우가 아니면 기술을 영업비밀로 보호하려는 전략보다는 적극적인 특허획득으로 보호하는 전략이 더 중요하다.

○ 사례: K社の 반도체 트랜지스터 기술 유출 건(2002)

(사건개요) K社は 중국의 경우 외국인 특허출원 비용은 미국, 일본 등 선진국 수준인 반면, 보호수준은 낮은 것으로 판단하여 중국에 특허출원을 하지 않고 영업비밀로 보호하기로 결정하였다. 하지만 이후 중국 업체가 2000만개 이상의 반도체 트랜지스터를 무단으로 복제, 유통함으로써 매출액 감소 및 브랜드 이미지 손실 등 막대한 손해를 입었다.

(시사점) 영업비밀은 그것이 비밀로 유지되는 경우에만 보호가 되므로 특허에 비하여 침해에 극히 취약한 형태의 지식재산권이다.

특히 모방이 쉬운 기술은 반드시 특허권으로 보호받는 전략이 필요하다.

18) 역설계(reverse engineering): 제품을 분해하여 그 제품에 사용된 기술을 알아내는 행위.

제4절 지식재산권 침해범죄의 형사절차 개요

○ 지식재산권 관련 침해범죄는 대부분 형사절차로 진행

특허권 침해에 대해서는 보통 특별행정심판인 권리범위 확인심판, 특허무효심판 등이 발생하며, 민사소송으로는 침해금지청구소송(보통은 가처분신청) 및 손해배상청구소송 등이 발생한다.

특허권 침해죄(특허법 제225조)와 같이 형법이나 형사소송법에 근거한 형사절차로 진행하게 된다.

1. 침해범죄의 성립요건 개요

○ 범죄는 위법하고 책임 있는 행위가 있을 때 성립

범죄성립의 3대 요건으로서 ① 구성요건 해당성, ② 위법성, ③ 책임(유책성)이 발생해야 하며, 이 세 가지 중에서 하나라도 발생되지 않으면 범죄성립이 없다.

1) 구성요건 해당성

구성요건 해당성이란 어떤 행위가 형법 각칙이나 특별형법(특허법 제12장의 벌칙조항들)에 규정된 범죄의 구성요건에 해당하는 것을 의미한다.

특허권 침해죄 사례

어떤 행위를 한 자가 특허법 제225조에 규정된 구성요건 즉 "특허권 또는 전용실시권을 침해한 자"에 해당한다

○ 객관적 요건

어떤 행위를 한 자가 객관적으로 "특허권 또는 전용실시권을 침해한 자"에 해당해야 한다. 이러한 행위에 대하여 "특허권", "전용실시권", "침해" 및 "자"의 객관적 의미 내용을 분석하는 것이 핵심사항이 된다.

이에 대한 결여사항에 대해서 사례를 들면, 독점적 통상실시권을 침해했다라도 통상 실시권은 특허권이나 전용실시권의 객관적인 의미내용에 포섭되지 않으므로 특허법 제225조 침해죄의 구성요건에 해당하지 않게 된다.

○ 주관적 요건

주관적 요건은 특별히 과실범이라고 명시되어 않으면, 원칙적으로 고의를 뜻한다.

‘고의’란 범죄의 결과를 인식하면서 그 행위를 의욕하는 심리상태라고 할 수 있다.

고의에는 미필적 고의가 있다. 미필적 고의란 범죄의 결과 발생가능성을 인식하면서도 '할 수 없지'하는 태도로 행위에 나아가는 심리상태를 뜻한다.

반면에 결과 발생가능성은 인식하지만 원치 않으면서 '발생할 리 없지' 하는 태도로 행위에 나아가는 경우라면 '인식 있는 과실'일 뿐 미필적 고의가 아니다.

특허권 침해 관련 범죄들은 원칙적으로 고의범이다. 다만 양벌규정(특허법 제230조 등)의 적용을 받는 개인의 경우에는 선임감독상의 과실만으로 충분할 것이다.¹⁹⁾ 법인의 경우에는 법인에게 자연인의 심리상태인 고의나 과실이 있을 수 없으므로 무과실 책임으로서 주관적 요건 자체가 필요치 않다.²⁰⁾

2) 위법성

위법성이란 구성요건에 해당하는 행위가 법질서에 객관적으로 반하는 것을 의미한다.

형법 각칙이나 특별형법의 조항들은 모두 법질서에 반하는 행위 중에서도 중요한 것들을 범죄행위로서 규정한 것이므로, 어떤 행위가 구성요건에 해당하면 원칙적으로 위법성이 있다고 말할 수 있다.

위법성에서는 어떤 행위가 예외적으로 위법성에 해당되지 않는지(위법성 조각) 검토하는 것이 문제될 뿐이다. 따라서 위법성에 해당하지 않게 되는 행위로는 정당행위(형법 제20조), 정당방위(형법 제21조), 긴급피난(형법 제22조), 자구행위(형법 제23조), 피해자의 승낙(형법 제24조) 등이다.

<책임>

책임은 위법한 행위라고 할지라도 그 행위에 비난 가능성이 있어야 범죄가 성립할 수 있다. 구성요건에 해당하는 위법한 행위는 원칙적으로 비난받을 사항이므로 책임에서 문제가 되는 것은 어떠한 경우에 예외적으로 책임이 조각되는가이다.

책임이 조각되는 경우로는 행위자가 만14세 미만인 형사미성년자인 경우(형법 제9조), 심신장애자로서 사물식별능력이나 의사결정 능력이 없는 경우(형법 제10조), 강요에 의해 어쩔 수 없이 행위한 경우(형법 제12조), 정당한 이유에 근거하여 자기의 행위가 범죄가 되지 않는 것으로 오인한 경우(형법 제16조) 등이다.

19) 미성년자보호법의 양벌규정에 의한 영업주 처벌은 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인한 과실책임이라고 한 판결이 있다. 대법원 1987. 11. 20. 선고 87도1213 판결.

20) 대법원 83.3.22. 81도2545 판결; 대법원 90.10.12. 90도1219 판결; 대법원 92.8.14. 92도299 판결 등.

2. 죄의 수(罪數) 문제

범죄성립요건에 관한 문제는 아니지만 죄수(罪數) 문제도 검토해 볼 필요가 있다. 죄수에 따라서 형량이 달라질 수 있기 때문이다. 죄수(罪數)란 말 그대로 죄의 수를 뜻한다.

갑의 집에서 물건을 훔치고 을의 집에서 물건을 훔쳤을 때 몇 개의 절도죄가 성립하겠느냐 또는 1999.2.1.부터 1999.8.1.까지 특허권을 계속해서 침해했다면 몇 개의 침해죄가 성립하겠느냐의 문제이다.

1) 일죄와 포괄일죄, 집합범

○ 일죄

일죄는 예컨대 갑의 집에서 물건을 한 번 훔친 경우와 같은 단순한 일죄가 있다.

그리고 겹보기에는 여러 개의 범죄인데도 포괄하여 한 개의 범죄로 취급되는 포괄일죄가 있다. 포괄일죄에는 결합범, 접촉범, 계속범, 연속범, 집합범 등이 있다.

특허권 침해죄와 관련해서는 집합범을 살펴보는 것으로 족하다.

○ 집합범

집합범이란 동일한 의사로 반복되는 다수의 동종 범죄행위가 전체로서 하나의 범죄로 취급되는 경우를 말한다.

여기에는 상습범과 영업범이 있다. 상습범이란 동일, 유사한 다수의 범죄를 저질렀다고 해도 상습성이 있으면 하나의 범죄로 취급되는 경우를 말한다.

영업범이란 영업적으로 또는 직업적으로 범죄를 저지르는 경우 하나의 범죄로 취급한다(예: 무면허 의료행위). 특허권 침해죄는 대개 영업적으로 또는 직업적으로 다수의 침해행위가 동일한 의사로 반복되는 경우가 대부분이므로 영업범에 해당한다.

단순한 일죄이든 포괄일죄이든 일죄로 인정되면 형법 각칙이나 특별형법에서 정한 형에 따라 가중 없이 처벌된다. 다만 상습범의 경우에는 이미 형법각칙이나 특별형법에 형이 가중되어 정해져 있음이 보통이다.

○ 수죄

수죄에는 상상적 경합범과 실제적 경합범이 있다. 상상적 경합범은 하나의 행위가 수 개의 범죄를 성립시키는 경우를 말하며(예: 총을 한방 쏘았는데 갑을 관통하여 사망시키고 을에게 상처를 입힌 경우에는 원칙적으로 갑에 대한 살인죄와 을에 대한 과실치상죄의 상상적 경합범이 성립한다),

실체적 경합범이란 수 개의 범죄로서 포괄일죄와 상상적 경합범 이외의 모든 경우를 말한다(예: 갑을 죽이고 을의 물건을 훔쳤다면 원칙적으로 갑에 대한 살인죄와 을에 대한 절도죄의 실체적 경합범이 성립한다).

○ 처벌

상상적 경합범은 원칙적으로 무거운 범죄에서 정한 형으로 처벌되지만(형법 제40조), 실체적 경합범은 무거운 범죄에서 정한 형이 사형, 무기징역 또는 무기금고인 한 가중하여 처벌된다(형법 제38조).

○ 특허권 침해죄

특허권 침해죄는 집합범(특히 영업범)으로서 포괄일죄에 해당하므로 침해 기간에 관계없이 특허법 제225조에 따라 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금형으로 처벌된다.

다만 항소심에서 형이 선고된 후에 다시 동일한 침해행위를 하면 별개의 범죄로 취급된다. 이처럼 항소심 형선고시를 기준으로 하는 것은 기판력의 기준시가 되기 때문이다.

그러나 복수의 상표권을 침해하면 수죄로서 실체적 경합범이 되고,²¹⁾ 이것은 복수의 특허권을 침해하는 경우도 마찬가지가 된다.

3. 형사절차 개요

○ 형사절차: 수사절차, 공소제기절차(기소절차), 공판절차 및 형집행절차(행형절차)
형집행절차는 주로 행형법에 의하고 나머지는 주로 형사소송법에 의하여 진행된다.
형사소송법에 의하여 규율되는 수사절차, 공소제기절차, 공판절차를 좁은 의미의 형사절차라고 하며, 형사소송법의 연구영역이다.

1) 수사절차 및 수사개시

수사란 범죄유무 조사, 범인 체포 및 증거 수집을 위한 수사기관(검찰이나 경찰)의 활동을 말한다.

수사에는 상대방의 임의적인 의사에 의존하는 임의수사(예: 임의출석한 특허권자를 참고인으로서 조사하는 경우)와 상대방의 의사와 무관하게 보통은 기본권 침해를 수반

21) 서울지법 94.2.1. 93노7448 판결; 서울지법 96.9.4. 96노896 판결.

하는 강제수사(예: 피의자를 체포하거나 구속하는 경우)가 있다.

강제수사는 기본권 또는 인권의 침해를 수반하는 경우가 많아 법이 정한 엄격한 절차에 따라야 한다. 예로 피의자를 체포하려면 원칙적으로 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 영장이 있어야 한다.

○ 특허권 침해범에 대한 불구속 수사

수사는 피의자가 도망하거나 증거를 인멸할 우려가 있으면 (또는 일정한 주거가 없으면) 구속수사로 진행될 수도 있지만, 특허권 침해죄의 경우에는 침해자들이 대부분 사업자로서 도망이나 증거인멸의 우려가 높지 않아 불구속수사로 진행되는 것이 일반적이다.

다만 비친고죄인 상표권 침해죄의 경우에는 상표권 침해의 반공익적인 특성을 고려하여 (때로는 외국과의 통상마찰을 고려하여) 특허권 침해죄의 경우보다는 상대적으로 구속수사가 많다.

○ 고소에 의한 수사 개시

수사는 보통 고소나 고발로 개시한다(그 밖에 자수, 현행범 발견, 변사자 검시, 불심검문, 진정, 범죄신고, 신문보도 등을 단서로 하여 개시될 수도 있다).

그러나 특허권 침해죄는 친고죄이므로 반드시 피해자(또는 피해자와 일정한 관계에 있는 자)의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있지만, 수사 자체는 고소가 없더라도 착수할 수 있다.

고소권은 일신 전속적인 권리이므로 상속이나 양도의 대상이 될 수 없다. 특허권이 나 저작권 침해와 같이 침해가 계속되는 경우에는 권리 이전에 따라 그 전에 이루어진 침해에 대한 고소권도 함께 이전되는 것이 일반적이다. 판례에서도 상표권을 양수한 자가 피해자의 지위를 승계한다고 한다(대법원 1995. 9. 26. 선고 94도2196 판결).

친고죄의 고소기간은 고소할 수 없는 불가항력의 사유가 없는 한 범인을 안 날로부터 6개월인데(형사소송법 제230조 제1항), 상당히 짧은 기간이므로 특허권 침해죄의 경우에는 고소권이 소멸하지 않도록 주의할 필요가 있다. 다만 아직 범죄가 진행 중이면 고소기간이 진행하지 않고 범죄가 종료한 때로부터 고소기간이 진행된다.

상표권 침해죄와 같은 비친고죄는 고소기간이 없으므로 이 문제가 생기지 않는다.

고소는 취소할 수 있지만 제1심판결 선고시까지만 가능하고, 고소를 취소한 뒤에는 다시 고소할 수 없다.

2) 공소제기

○ 공소제기 여부 판단

공소제기란 검사가 수사결과를 토대로 법원에 공소장을 제출함으로써 형사소송 절차가 시작되는 것을 말한다.

형사소송법은 기소독점주의에 따라 기소는 원칙적으로 검사만 할 수 있다. 즉결심판은 벌금, 구류 또는 과료에 처할 경미한 범죄에 대하여 경찰서장이 청구할 수 있으나 이는 예외적이다. 그리고 기소편의주의에 따라서 검사의 재량에 따라서 공소를 제기할 것인지 여부가 달려있다. 이것이 검사의 기소유예처분권이다.

○ 불기소처분, 기소유예처분 및 기소중지처분

검사가 수사결과 공소를 제기하지 않는 경우에는 불기소처분, 기소유예처분 또는 기소중지처분 등을 내린다. 불기소처분은 범죄의 혐의가 없거나 범죄가 성립하지 않거나 공소권이 없는 경우에 내리는 처분이고, 기소유예처분은 범죄사실은 인정되지만 형법 제51조 각호의 사항(1.범인의 연령, 성행, 지능과 환경 2.피해자에 대한 관계 3.범행의 동기, 수단과 결과 4.범행 후의 정황 등)을 참작하여 검사가 재량으로써 내리는 처분을 말한다.

기소중지처분은 피의자, 고소인 또는 중요한 참고인의 소재불명 등으로 수사를 종결할 수 없는 경우에 그 사유가 해소될 때까지 일시적으로 수사를 중단하는 처분을 말한다.

기소중지처분의 경우에 언제든지 수사를 재개하여 공소를 제기할 수 있음은 물론이지만, 불기소처분이나 기소유예처분의 경우에도 확정력이 없으므로 필요하면 언제든지 수사를 재개하여 공소를 제기할 수 있다(대법원 95. 3. 10. 선고 94도2598 판결).

특허권 침해죄의 경우에 당사자가 합의를 했다면 고소의 취소와 함께 검사의 불기소처분(공소권 없음)을 끌어낼 수 있다. 다만 상표권 침해죄, 영업비밀 침해죄 등은 비친고죄로서 고소를 취소했다고 해도 공소권이 없어지는 것은 아니므로 경우에 따라 기소유예처분이 내려지게 될 수 있다.

○ 공판절차

공판절차는 형사소송절차, 즉 형사법원에서 피고인의 행위가 범죄를 성립시키는지 여부 및 어느 정도의 형을 내릴 것인지 여부를 심리하는 절차를 말한다.

피고인은 변호인(보통은 변호사)을 통하여 검사와 공방을 벌이고 법원은 이를 토대로 유죄 또는 무죄 여부를 가려서 유죄라면 형의 종류와 양을 결정하게 된다.

특허권 침해죄의 경우에는 징역형(7년 이하)과 벌금형(1억원 이하)이 선택적으로 규정되어 있다. 사업자들을 징역형으로 처벌하는 것은 적절하지 않을 경우에는 벌금형을 선고하는 경우도 많다.

○ 증거의 엄격성

형사소송에서는 특히 증거에 관하여 매우 엄격하여 고문에 의한 자백과 같이 위법한 방법으로 수집한 증거는 아예 증거능력을 인정하지도 않고(자백배제법칙, 위법수집 증거배제법칙), 전문증거(hearsay)도 예외적으로만 증거능력을 인정하며(전문법칙), 피고인의 자백이 유일한 증거이면 다른 보강증거가 없는 한 처벌할 수도 없다(자백보강법칙).

4. 특허권 침해 범죄 처벌

특허권(보통 실용신안권, 의장권 및 상표권을 포함하는 의미) 또는 전용실시권을 침해하면 특허법 제225조의 침해죄가 성립한다.

○ 특허권 침해

침해란 정당한 권원 없이 업으로서 대한민국 영토 내에서 특허발명을 실시하는 것을 말한다. 따라서 법정실시권이나 약정실시권이 있는 경우, 특허권의 효력이 미치지 않는 경우는 물론이고 공지사실 제외이론이 적용되는 경우에도 침해가 성립할 수 없다(대법원 93.11.12. 92도3354 판결). 권리자의 동의가 있는 경우도 침해가 성립할 수 없지만, 이때의 동의는 사전동의를 의미하므로 사후동의를 침해죄의 성립에 영향이 없다(부산지법 95.2.22. 94노2893 판결).

○ 특허권 침해에 대한 고소

특허권 침해죄는 친고죄로 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기하며, 고소는 원칙적으로 범인을 안 날(범인을 알게 된 이후에도 계속 침해하는 경우에는 침해행위가 종료한 날)로부터 6개월 이내에 해야 한다. 이 기간이 경과하면 고소권이 소멸하므로 검사가 공소를 제기할 수가 없고 따라서 범죄는 성립하지만 침해자를 형사처벌 할 수가 없다. 만일에 고소가 없음에도 검사가 공소를 제기했다면 무죄판결이 선고되는 것이 아니라 공소제기가 위법무효라는 이유로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결이 선고된다.

○ 특허권 침해에 대한 처벌: 몰수

특허법 제231조 제1항은 특허권 침해죄에 해당하는 침해행위를 조성한 물건 또는 그 침해행위로부터 생긴 물건은 이를 몰수하거나 피해자의 청구에 의하여 그 물건을 피해자에게 교부할 것을 선고해야 한다고 규정하고 있고, 동조 제2항은 피해자가 그

물건을 교부받은 경우에는 그 물건의 가액을 초과하는 손해의 액에 한하여 배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

물수는 부가형이기는 하지만 형벌의 일종임이 명백하므로 물수의 선고는 형사소송절차에서 이루어진다는 점에 대하여 의문이 없다. 피해자의 물건교부청구 및 법원의 교부선고도 형사소송법 제333조 제1항("압수한 장물로서 피해자에게 환부할 이유가 명백한 것은 판결로써 피해자에게 환부하는 선고를 하여야 한다.")에 따른 압수장물환부의 특별규정으로서 역시 형사소송절차에 속한다. 따라서 법원의 교부선고가 있다고 해서 특허권자가 민사적으로 손해배상청구권을 행사하는 것에 영향을 미칠 수 없고(형사소송법 제333조 제4항 참조) 다만 그 손해의 액을 계산할 때 참작된다(특허법 제231조 제2항).

○ 특허권 침해에 대한 경고장 남용

특허권자가 특허권을 침해하는 상대방에게 경고장을 보내는 것은 정당한 권리행사로 간주된다. 경고행위가 범죄의 구성요건에 해당한다 할지라도 형법 제20조의 정당행위로서 위법성에 저촉되지 않는다.

그러나 침해가 아님이 객관적으로 명백함에도 불구하고 상대방에게 경고장을 보내고 상대방으로부터 자신의 행위가 특허권을 침해하는 것이 아님을 밝히는 답장을 받은 후에도 다시 무리하게 최고장을 보내는 경우에는 형법 제314조의 업무방해죄 성립이 문제될 수 있다. 만일 경고장을 보내기 전에 이미 특허권자가 침해가 아님을 알 만한 사정이 있었다면 처음 경고장을 보낸 행위만으로도 업무방해죄 성립이 문제될 수 있다.

이 범죄는 허위사실유포 기타 위계로써 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 때에 성립한다. 예를 들어, 객관적으로 침해가 아님이 명백하고 권리자 스스로도 침해가 아니라고 생각함에도 불구하고 최고장(또는 경고장)에서 제품의 생산, 판매를 즉시 중단할 것을 요구하고 이행치 않을 경우에 민사적, 형사적 조치를 취하겠다고 경고했다면 위력에 의한 업무방해가 될 수 있고, 만일 침해자의 행위를 과장하여 업계에 퍼뜨리고 다님으로써 영업을 방해했다면 허위사실유포에 의한 업무방해가 될 수 있다. 이는 정당한 권리행사라고 보기 어렵기 때문이다.²²⁾

따라서 상대방으로부터 답장을 받은 경우에는 침해 여부에 대하여 신중히 검토할 필요가 있으며 만일 침해가 아님이 객관적으로 명백하다고 판단되는 경우에는 함부로 최고장을 보낼 일이 아니다.

이것은 최고장을 대신해서 보내는 대리인 입장에서도 마찬가지이다. 대리인은 침해

22) 의장권을 등록받은 자가 전용실시권자에게 경고장을 보낸 경우에 업무방해죄가 성립한다고 판단한 판결이 있다: 대법원 77.4.26. 76도2446 판결.

여부를 판단할 능력이 특허권자보다 뛰어나므로 객관적으로 침해가 아니라고 판단하면서도 최고장을 보내면 업무방해죄의 교사범 또는 방조범이 성립할 수도 있다.

반면에 침해 여부가 객관적으로 명백하지 않은 경우에는 업무방해의 고의가 있다 해도 정당한 권리행사의 범위에 속하므로 위법성이 조각된다. 특허권자 입장에서는 침해 여부를 객관적으로 판단하기가 어려우므로 변리사의 감정서를 첨부하거나 아니면 적어도 최고장에 약식 감정 정도의 기재를 해두는 것이 안전하다.

5. 영업비밀 침해범죄 처벌

○ 영업비밀 누설죄 대상

영업비밀을 누설하면 우선 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률('부경법') 제 18조 제1항 및 제2항의 영업비밀누설죄가 성립할 수 있다. 이 범죄는 기업의 임직원이 그 기업에 유용한 기술상의 영업비밀을 정당한 이유 없이 제3자에게 누설한 때에 성립한다(동조 제2항 제1호). 기업의 임직원이었던 자가 부정한 이익을 얻을 목적이거나 기업에 손해를 가할 목적으로 계약관계 등에서 정한 비밀유지의무에 위반하여 이러한 행위를 한 때에도 마찬가지이다(동조항 제2호). 특히 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알고서 누설한 경우에는 가중 처벌된다(동조 제1항).

이 범죄는 기업의 임직원 또는 임직원이었던 자만이 범할 수 있는 신분범이라는 점 그리고 범행의 객체를 기술상의 영업비밀로 한정된 점이 특징이다.

이 범죄는 친고죄이므로 권리자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있음이 원칙이지만(동법 제18조의4 제2항), 예외적으로 국가안보나 중대한 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 비친고죄로 취급된다(동조의 제1항).

○ 영업비밀 누설에 의한 절도죄(형법 제329조) 성립

절도죄는 타인의 재물을 절취한 때에 성립하는데, 설계도면, 연구보고서 또는 시제품 등을 절취한 때에 이 범죄가 성립할 수 있다. 퇴사하면서 서류를 가져간 경우에도 절도죄가 성립하지만(대법원 86.9.23. 86도1205 판결), 변리사에게 의장등록출원을 의뢰한 후에 반환한 경우에는 절도죄가 성립하지 않는다(대법원 91.6.11. 91도878 판결).

절도죄는 원칙적으로 비친고죄이지만, 직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주, 가족 또는 그 배우자 간에 범죄가 발생한 경우에는 형을 면제하고, 이들 이외의 친족 간에 범죄가 발생한 경우에는 예외적으로 친고죄로 취급된다(형법 제344조). 친족의 범위는 민법 제777조에 따른다.

○ 영업비밀 누설에 의한 업무상횡령죄 및 업무상배임죄

기업 임직원이 영업비밀을 누설하는 경우에는 업무상횡령죄 또는 업무상배임죄(형법 제356조)의 성립도 문제될 수 있다.

업무상횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 업무상의 임무에 위배하여 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에 성립한다(예: 설계도면을 관리하는 자가 이를 외부에 유출시키면 업무상횡령죄가 성립할 수 있다).

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립한다(예: 영업비밀의 비밀성을 유지할 의무 있는 자가 제3자에게 누설하면 업무상배임죄가 성립할 수 있다. 영업비밀 취급사무도 재산상 사무에 속한다고 보기 때문이다).

업무상횡령죄나 업무상배임죄는 비친고죄이므로 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다.

6. 직무발명 누설에 대한 처벌

사용자 등과 종업원 등 사이에 직무발명의 양도에 관한 계약이 체결되어 있지 않아서 직무발명이 종업원 등의 보유에 속하는 경우에는 사용자 등은 무상의 법정실시권을 가질 뿐이다(특허법 제39조 제1항). 이 경우에는 직무발명이 사용자 등에게 이전되지 않은 상태이므로 직무발명을 사용자 등의 영업비밀이라고 볼 수는 없고, 따라서 직무발명의 발명자인 종업원 등이 무단으로 이를 누설하거나 제3자에게 양도했다 해도 부경법상의 영업비밀누설죄는 성립하지 않을 것으로 생각된다.

이 경우에는 발명진흥법에서 정한 직무발명누설죄가 성립할 수 있다. 이 범죄는 종업원 등에게 부과한 의무, 즉 특허나 실용신안의 출원공개 또는 의장등록을 받을 때까지 직무발명의 내용에 관한 비밀을 유지할 의무를 위반하여 부정한 이익을 얻거나 사용자에게 손해를 가할 목적으로 그 직무발명의 내용을 공개한 때에 성립한다.

이 범죄는 친고죄이므로 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 이 경우에도 절도죄, 업무상횡령죄, 업무상배임죄가 문제될 수 있을 것이나, 영업비밀을 누설한 경우에 준하여 취급할 수 있다.

제2장 특허법 침해행위 판단

제1절 특허권 발생

1. 특허권 발생요건

○ 침해의 금지 또는 예방청구권 규정(특허법 제126조 제1항) 상 특허권 발생 요건
특허제도는 새로운 발명을 한 者에게 새로운 발명을 공개한 대가로 독점배타적 권리인 특허권을 부여하고, 공개된 발명의 이용 및 실시를 통해서 산업발전에 이바지하고자 하는 것이다.

① 특허권 또는 전용실시권이 존재할 것(시간적으로 권리의 존속기간 내의 침해일 것, 지역적으로 국내 권리의 침해행위 일 것), ② 정당한 권원 없는 자의 실시일 것, ③ ‘업(業)’으로서 실시일 것, ④ 특허권의 보호범위에 속할 것을 요한다.

2. 특허법상 특허요건

① 특허권²³⁾ 또는 전용실시권의 존재

특허권의 존속기간은 설정등록이 있는 날부터 특허출원일 후 20년이 되는 날까지로 한다(특허법 제88조 제1항).

파리조약 제4조의2는 특허독립의 원칙을 천명하였고, 이에 속지주의 원칙상 특허권 효력은 우리나라의 영토 내에만 미친다.

② 정당한 특허권의 소유 및 독점권

특허권의 전용실시권은 그 설정행위로 정한 범위 안에서 업으로서 특허발명을 실시할 권리를 독점한다(설정된 범위 내에서 특허권 독점, 특허법 제100조 제2항).

특허발명의 업 실시권도 이에 한정한다. 즉, 특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다(특허법 제94조).

통상실시권으로서 계약으로 정한 범위’(즉, ‘설정행위로 정한 범위’)에서 특허발명을 업으로서 실시할 수 있는 권리를 가진다 (특허법 제102조 제2항).

23) 등록실용신안은 일단 등록이 된 이상 심판에 의하여 실용신안등록을 무효로 한다는 심결이 확정되지 아니하면 유효하며, 실용신안등록을 무효로 할 수 있는 사유가 있더라도 다른 절차에서 그 전제로서 실용신안등록이 당연무효라고 판단할 수 없다(대법원 1998. 10. 27. 선고 97후2095 판결).

<표 > 특허요건

제2장 특허요건 및 특허출원 <개정 2014.6.11.>

제29조(특허요건) ① 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외하고는 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다.

1. 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공지(공지)되었거나 공연(공연)히 실시된 발명
2. 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되었거나 전기통신회선을 통하여 공중(공중)이 이용할 수 있는 발명

② 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 발명에 의하여 쉽게 발명할 수 있으면 그 발명에 대해서는 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다.

③ 특허출원한 발명이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 다른 특허출원의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명과 동일한 경우에 그 발명은 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다. 다만, 그 특허출원의 발명자와 다른 특허출원의 발명자가 같거나 그 특허출원을 출원한 때의 출원인과 다른 특허출원의 출원인이 같은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 그 특허출원일 전에 출원된 특허출원일 것
 2. 그 특허출원 후 제64조에 따라 출원공개되거나 제87조제3항에 따라 등록공고된 특허출원일 것
- ④ 특허출원한 발명이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 실용신안등록출원의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 고안(고안)과 동일한 경우에 그 발명은 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다. 다만, 그 특허출원의 발명자와 실용신안등록출원의 고안자가 같거나 그 특허출원을 출원한 때의 출원인과 실용신안등록출원의 출원인이 같은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 그 특허출원일 전에 출원된 실용신안등록출원일 것
2. 그 특허출원 후 「실용신안법」 제15조에 따라 준용되는 이 법 제64조에 따라 출원공개되거나 「실용신안법」 제21조제3항에 따라 등록공고된 실용신안등록출원일 것

⑤ 제3항을 적용할 때 다른 특허출원이 제199조제2항에 따른 국제특허출원(제214조제4항에 따라 특허출원으로 보는 국제출원을 포함한다)인 경우 제3항 본문 중 “출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면”은 “국제출원일까지 제출한 발명의 설명, 청구범위 또는 도면”으로, 같은 항 제2호 중 “출원공개”는 “출원공개 또는 「특허협력조약」 제21조에 따라 국제공개”로 본다.

⑥ 제4항을 적용할 때 실용신안등록출원이 「실용신안법」 제34조제2항에 따른 국제실용신안등록출원(같은 법 제40조제4항에 따라 실용신안등록출원으로 보는 국제출원을 포함한다)인 경우 제4항 본문 중 “출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면”은 “국제출원일까지 제출한 고안의 설명, 청구범위 또는 도면”으로, 같은 항 제2호 중 “출원공개”는 “출원공개 또는 「특허협력조약」 제21조에 따라 국제공개”로 본다.

⑦ 제3항 또는 제4항을 적용할 때 제201조제4항에 따라 취하한 것으로 보는 국제특허출원 또는 「실용신안법」 제35조제4항에 따라 취하한 것으로 보는 국제실용신안등록출원은 다른 특허출원 또는 실용신안등록출원으로 보지 아니한다.

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

제2절 특허권 효력발생 요건

1. 신규성

1) 신규성(novelty)

출원된 발명이 그 출원 전에 일반인에게 알려져 있거나 이용 가능하게 되지 않고 새로운 것이어야 한다는 특허요건을 말한다.

2) 신규성의 부재

출원된 발명이 신규성을 갖추지 못하고 있는 경우에는 산업상 이용가능성, 진보성 등 다른 특허요건은 더 이상 판단할 필요 없이 거절결정하게 된다.²⁴⁾

특허법은 발명이 ①특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공지된 경우(公知), ②특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공연히 실시된 경우(公用), ③특허출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재된 경우(간행물 게재), ④특허출원 전에 전기통신회선을 통하여 公衆이 이용가능하게 된 경우(인터넷 공개)에는 신규성이 없다고 규정하고 있다(특허법 제29조 제1항).

2. 진보성

1) 특허권의 진보성(특허법 제29조 특허요건)

해당 특허발명이 그 특허출원 전에 제29조 제1항이 규정하는 선행기술과 비교하여 상당한 경제적 가치가 있는 중요한 기술적 진보를 가져오는 것이 아니면 특허를 허락하여서는 안된다고 규정하고 있다.

3. 특허권 보호범위

○ 보호범위 판단방법으로 청구범위 기재방식 또는 국가별 법제에 따라 중심한정주의와 주변한정주의로 나눌 수 있다.

○ 우리나라 판례의 경향: 주변한정주의(Peripheral Claiming): 우리나라 미국, 일본 등은 주변한정주의적 입장이고, 독일 등 대륙법계 국가들은 중심한정주의적 입장을 취하였으나 현대에는 주변한정주의를 취한다.²⁵⁾

24) 특허청. 2006. 특허청 차장 전상우. 지식재산 논단. 발명의 신규성 . 진보성 판단

주변한정주의(Peripheral Claiming)

- 청구범위는 발명자가 스스로 자신의 권리의 외연을 설정한 것으로서 발명의 모든 구성요소를 기재하여야 하고(All Elements Rule), 청구범위에 기재되지 아니한 사항은 보호범위에서 배제된다고 한다.²⁶⁾

중심한정주의(Central Claiming)

- 청구범위에 기재된 것은 발명의 추상적 사상이므로 해석을 통하여 그와 실질적으로 기술사상을 같이하는 범위에까지 발명의 보호범위를 확장할 수 있다.

○ 특허청구범위의 판례

대법원 판례는 특허침해 단계에서 권리범위 판단 시에 제반 사정에 의해 청구범위에 기재된 발명을 제한 해석할 수 있다는 입장이다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013후1726 판결).

○ 공지기술 참작의 원칙

특허발명은 출원 당시의 기술수준을 반영하고, 명세서 역시 출원 시 기술수준에 입각하여 작성되므로 특허청구범위 해석을 위해서도 출원 시 기술수준이 참작되어야 한다.

판례도 특허권의 권리범위를 정하는 경우는 출원 당시의 기술수준을 고려하고 그 작용, 효과도 살펴보아 공지기술 참작의 원칙을 분명히 하고 있다(대법원 1991. 12. 27. 선고 90후1857 판결 등).

○ 과거의 모순주장 금지원칙(출원경과 금반언 원칙)

출원경과 금반언(estoppel) 원칙은 모순되는 주장을 금지하는 일반적인 모순주장 금지의 원칙(미국 판례의 법원리)으로 특허법에 적용되어 특허권자가 특허권의 취득과정에서 특허청에 대해 취한 행동(보정이나 의견진술 등)에 반하는 주장을 나중에 일어나는 특허권 침해소송에서 금지하는 것이다.²⁷⁾

4. 특허권의 존속

25) 나종갑, “특허청구범위 해석에 있어서 중심한정주의 기원 및 발전과 시사점”, 산업재산권 제49호, 한국지식재산학회, 2016, 67~77면.

26) 조영선, 특허법 2.0, 박영사, 2018, 293-294면.

27) Robert A. Mathews, 2 Annotated Patent Digest(August 2016 Update), §14:1 A definition of prosecution history estoppel.

○ 특허권의 존속기간

특허권의 존속기간은 「특허법」 제87조 제1항에 따라 특허권의 설정등록이 있는 날부터 특허출원일 후 20년이 되는 날까지로 한다(「특허법」 제88조 제1항).

○ 특허존속기간의 연장

특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령에 따라 허가를 받거나 등록 등을 하여야 하고, 그 허가 또는 등록 등(이하 "허가 등"이라 함)을 위하여 필요한 유효성·안전성 등의 시험으로 인하여 장기간이 소요되는 다음 어느 하나에 해당하는 발명인 경우에는 「특허법」 제88조 제1항에도 불구하고 그 실시할 수 없었던 기간에 대하여 5년의 기간까지 그 특허권의 존속기간을 한 차례만 연장할 수 있다(「특허법」 제89조제1항 및 「특허법 시행령」 제7조).

특허권의 존속기간을 연장할 때 허가 등을 받은 자에게 책임 있는 사유로 소요된 기간은 「특허법」 제89조 제1항의 "실시할 수 없었던 기간"에 포함되지 않는다(「특허법」 제89조 제2항).

○ 특허등록 무효판결 사례 (특) [대법원 2011. 9. 29., 선고, 2009후2463, 판결]²⁸⁾

○ 판시사항

발명자가 아닌 사람으로서 특허를 받을 수 있는 권리의 승계인이 아닌 사람이 발명자가 한 발명의 구성을 일부 변경하여 발명자의 발명과 기술적 구성이 상이하게 되었으나 기술적 사상의 창작에 실질적으로 기여하지 않은 경우, 그 특허등록이 무효인지 여부(적극)를 따진다.

甲이 경영하는 개인업체 연구개발부장 乙이 丙 회사에 전직하여 甲의 영업비밀을 丙 회사 직원들에게 누설하여 丙 회사가 甲의 영업비밀을 변형하여 명칭이 “떡을 내장하는 과자 및 그 제조방법”인 특허발명을 출원하여 특허등록을 받은 사안이다.

위 특허발명은 무권리자가 출원하여 특허를 받은 경우에 해당하여 그 등록이 무효라고 한 사례이다.

○ 판결요지

발명자가 아닌 사람으로서 특허를 받을 수 있는 권리의 승계인이 아닌 사람(이하 ‘무권리자’라 한다)이 발명자가 한 발명의 구성을 일부 변경함으로써 그 기술적 구성이 발명자의 발명과 상이하게 되었다더라도, 변경이 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 보통으로 채용하는 정도의 기술적 구성의 부가·삭제·변경에 지나지 않는다.

그로 인하여 발명의 작용효과에 특별한 차이를 일으키지 않는 등 기술적 사상의 창작에 실질적으로 기여하지 않은 경우에 그 특허발명은 무권리자의 특허출원에 해당하여 등록이 무효이다.

28) 등록무효(특) [대법원 2011. 9. 29. 선고 2009후2463 판결].

위 사건에서 甲이 경영하는 개인업체 연구개발부장 乙이 丙 회사로 전직하여 甲의 영업비밀[이하 ‘모인(冒認)대상발명’이라 한다]을 丙 회사 직원들에게 누설함으로써 丙 회사가 甲의 모인대상발명을 변형하여 명칭이 “떡을 내장하는 과자 및 그 제조방법”인 특허발명을 출원하여 특허등록을 받았다.

특허발명의 특징적인 부분인 ‘떡이 가진 장기간 보관할 수 없는 문제점을 해결하기 위한 떡생지 제조공정인 구성 2’는 모인대상발명의 구성과 실질적인 차이가 없고, 丙 회사가 모인대상발명과 실질적으로 차이가 없는 구성 2에 모인대상발명에 없는 구성 1, 3, 4를 새로 부가하는 것은 통상의 기술자가 보통으로 채용하는 정도의 변경에 지나지 않는다.

그 변경으로 발명의 작용효과에 특별한 차이를 일으키지 않아서, 丙 회사가 특허발명의 기술적 사상의 창작에 실질적으로 기여한 것이 없다.

위 특허발명은 무권리자가 출원하여 특허를 받은 경우에 해당하여 특허법 제133조 제1항 제2호, 제33조 제1항 본문에 따라 그 등록이 무효라고 한 사례이다.

제3절 특허권 침해의 성립요건

1. 특허권의 침해 성립

○ 침해의 금지 또는 예방청구권 규정(특허법 제126조 제1항) 상 특허권 발생의 성립요건을 위반한 경우

<표 > 특허권의 침해와 보호

제6장 특허권자의 보호 <개정 2014.6.11.> 제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등) ① 특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. ② 특허권자 또는 전용실시권자가 제1항에 따른 청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건(물건을 생산하는 방법의 발명인 경우에는 침해행위로 생긴 물건을 포함한다)의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거, 그 밖에 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다. [전문개정 2014.6.11.] 제127조(침해로 보는 행위) 다음 각 호의 구분에 따른 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. 특허가 물건의 발명인 경우: 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 2. 특허가 방법의 발명인 경우: 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 [전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

○ 별개의 제품 생산 시

특허제품을 구성하는 부품이나 시장에서 새로 구입한 제3자에 의해 제조된 부품 등을 이용하여 별개의 제품을 생산하였다고 평가된다면 이는 이미 당해 특허제품이 아닌 것으로 판단하여 그 제품에 특허권 효력이 미치므로 침해가 성립할 수 있다.²⁹⁾

○ 경제활동에 적용 시

개인적·가정적 범위의 영리를 직접 목적으로 하지 않는 실시는 침해를 구성하지 않는다.

그러나 경제활동을 영위하는 자가 특허발명의 대상이 되는 물품을 그 용도대로 사용하면 권리침해가 발생한다.

○ 문언침해와 균등침해

29) 윤태식, 특허법: 특허 소송 실무와 이론, 진원사, 2017, 789면; 맹정환, “특허권 소진 이론에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2014, 1면.

청구범위에 기재된 특허발명의 구성요소를 모두 구비하는 경우 문언침해에 해당하고, 청구범위에 기재된 구성 중 변경된 부분이 있는 경우에 양 구성요소가 등가관계(equivalent)에 있다면 균등침해로서 특허권을 침해한다.³⁰⁾

○ 특허권 침해죄의 처벌

「특허법」 제225조 제1항에 따라 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처해지며, 이러한 침해죄는 고소가 있어야 한다.

또 「특허법」은 침해자가 법인인 경우 행위자를 벌하는 외에도 그 법인에 대해 3억원 이하의 벌금을 과하도록 하는 양벌규정을 두고 있다.

2. 특허권 보호대상에서 제외 경우

- (1) 발견, 과학적 이론 또는 수학적 방법
 - (2) 문학 작품, 연극 작품, 음악 작품이나 예술 작품 또는 기타 예술 창조
 - (3) 공개 또는 이용해서 불편 비도덕적 또는 반사회적 행위를 초래하면 일반적으로 예상되는 발명
 - (4) 동물 또는 식물 품종
 - (5) 지적 활동을 수행하는 방법이나 법칙
 - (6) 게임을 하는 방법이나 규칙
 - (7) 사업을 수행하는 방법 또는 틀
 - (8) 기술적 효과를 낳지 않는 컴퓨터 프로그램
 - (9) 정보의 제공
 - (10) 자연의 법칙에 반하여 작용하는 장치(예: 영구 기관)
 - (11) 산업상 이용할 수 없는 발명
 - (12) 인체 또는 동물의 몸에 대한 진단 방법 또는 치료 방법
- 단, 이 방법을 사용하는 물질 및 조성물의 경우는 특허가 가능하다.

30) 특허법 연구, 사법연수원, 2015, 421면.

3. 침해행위 및 구성요건

1) 특허권 등 침해범죄의 징계 및 성격

특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(특허법 제225조).

상표권 침해죄와 달리 특허권 침해에 대하여는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 사익에 관한 친고죄로서 규정한다.

공소기간은 형사소송법 제230조에 따라 범인을 알게 된 날로부터 6개월 이내에 하여야 한다.

2) 침해행위에 대한 ‘고의(故意) 또는 과실’ (특허법 제128조 제1항)

특허권 침해는 일종의 불법행위로서 “고의 또는 과실로 인하여”라는 요건을 요구하고 있다. 불법행위로 인한 손해배상청구의 일반요건을 갖추게 된다.

이는 손해배상책임의 발생요건에 해당하고, 민사상 손해배상청구 요건이기도 하다.

형사상 침해범죄(특허법 제225조 등)의 객관적 구성요건

- 민사상 침해금지청구권의 발생요건과 동일하며, 주관적 구성요건으로서 침해자에게 고의(故意)가 인정되어야 한다.

3) 침해행위 관련 범죄의 고의(故意)

형법 제8조에 따라 특허법에서 특별히 규정된 것을 제외하고 형법이 적용되므로 특허법상 과실범의 규정이 없는 이상 고의범만 처벌된다(형법 제13조). 따라서 특허법 제130조의 과실의 추정 규정은 문제가 되지 아니한다.

형법 원칙 상 ‘고의’의 본질에 대하여 권리침해 등의 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 인식하고 있음을 뜻하므로 다른 사람의 권리를 침해하고 있다는 사실만 인식하면 된다.³¹⁾

고의

- 민법 제750조 불법행위에서 고의란 자기의 행위로부터 일정한 결과가 발생할 것이라는 점을 인식하면서도 그것을 인용하여 감히 이를 행하는 심리상태이다(민법 제750조). 그러므로 고의가 인정되기 위해서는 행위자가 적극적으로 손해발생을 의욕할 것이 요구되지 아니하며, 손해발생 가능성에 대한 인식으로 족하다.³²⁾

○ 판례

그러나 판례는 타인의 권리를 침해한다는 인식 및 이를 용인하려는 내심의 의사가 필요하다는 입장이다.

대법원 2012. 10. 11. 선고 2010도11053 판결(피고인이 자신이 운영하는 甲 주식회사

31) 김기태, 저작권법의 해석과 적용, 삼진기획, 2001, 353면; 김기태, 한국저작권법 개설, 이체, 2005, 252면.

32) 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2011, 604면.

인터넷 홈페이지에 乙 명의의 등록상표가 부착된 공기정화장치인 삼림욕기를 판매하기 위하여 사진과 함께 각 부의 명칭 및 기능, 시험성적서, 상표등록증 등을 게재하여 광고함으로써 乙의 상표권을 침해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위와 같은 행위는 삼림욕기와 관련하여 행하여진 광고행위로서 '상표의 사용'에는 해당하나, 피고인이 인터넷 홈페이지를 丙에게 위탁 관리하던 중 乙 등으로부터 삼림욕기의 판매 중지를 요구하는 내용증명을 받는 등 이를 이용한 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처하자 丙에게 홈페이지에서 삼림욕기를 삭제하여 달라고 요청하였음에도 丙이 위와 같은 작업을 하지 않는 바람에 삼림욕기의 사진 등이 삭제되지 않고 그대로 남게 된 사정 등을 종합할 때, 피고인에게 乙의 등록상표를 삼림욕기와 관련하여 광고함으로써 이를 사용하려는 내심의 의사가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로, 같은 취지에서 무죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례).

4) 법률의 착오 (고의의 조각)

자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인이 정당한 이유가 있는 것인 때에 한하여 벌하지 아니한다(형법 제16조).

법률의 착오란 책임비난에 필요한 위법성의 인식이 없는 경우로서 특허심판원의 권리범위 확인심판과 같이 전문적이고 중립적인 기관에 의한 판단을 신뢰한 경우에는 그와 같은 판단이 법원에 의한 종국적인 판단의 결론과 다르더라도 행위자에게 침해죄의 고의를 인정하기는 어렵다.

○ 판례: 침해죄의 고의를 인정하지 않은 경우

① 대법원 1982. 1. 19. 선고 81도646 판결
양말 등을 제조 판매하던 피고인이 디자인권(사건 당시에는 '의장권'이라 불리었다)을 침해하였다는 경고를 받고 변리사에게 문의하였고, 변리사는 피고인의 양말에 관한 디자인은 고소인의 등록디자인과 유사하지 않다는 감정결과를 피고인에게 전달하였으며 또한 피고인은 자신의 디자인을 특허청에 출원하여 등록받기도 하였다. 이는 전문가의 판단에 따른 것으로서 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌할 수 없다고 하였다.

② 대법원 1995. 7. 11. 선고 94도1814 판결
행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 허가를 받지 아니하여 처벌대상 행위를 한 경우, 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿었기 때문에 허가를 받지 아니하였다면, 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨 데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌할 수 없다.

○ 판례: 침해죄의 고의를 인정한 경우

① 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1793 판결
검사가 피고인들의 행위에 대하여 범죄혐의 없다고 무혐의 처리하였다가 고소인의 항

고를 받아들여 재기수사명령에 의한 재수사 결과 기소에 이른 경우, 피고인들의 행위가 불기소처분 이전부터 저질러졌다면 그 무혐의 처분결정을 믿고 이에 근거하여 이루어진 것이 아님이 명백하고, 무혐의 처분일 이후에 이루어진 행위에 대하여도 그 무혐의 처분에 대하여 곧바로 고소인의 항고가 받아들여져 재기수사명령에 따라 재수사되어 기소에 이르게 된 이상, 피고인들이 자신들의 행위가 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하는 데 정당한 이유가 있었다고 할 수 없다.

4. 특허권 침해에 대한 구제

1) 침해의 금지 및 예방의 청구

특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

2) 특허권 침해 시 법적 구제수단

민사적 구제수단으로써 침해금지청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권 및 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.

형사적 구제수단으로는 특허권을 고의로 침해한 경우 특허권자는 고소를 통하여 침해죄를 주장할 수 있다.

<표 > 특허권의 보호장치

특허권자 및 전용실시권자의 보호

특허권자 및 전용실시권자는 침해금지청구권, 손해배상청구권, 부당이득반환청구권 등의 민사상의 보호와 특허권이 고의로 침해된 경우 특허권자 또는 전용실시권자는 경찰이나 검찰에 고소하여 특허권 침해죄를 추궁할 수 있는 형사상의 보호를 받을 수 있습니다(『특허고객 상담 사례집』, 2014, 특허청, 408쪽).

손해배상청구권

특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다(『특허법』 제128조제1항).

손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 그 물건의 양도수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다(『특허법』 제128조제2항).

신용회복청구권

법원은 고의나 과실로 특허권 또는 전용실시권을 침해함으로써 특허권자 또는 전용실시권자의 업무상 신용을 떨어뜨린 자에 대해서는 특허권자 또는 전용실시권자의 청구에 의하여 손해배상을 갈음하여 또는 손해배상과 함께 특허권자 또는 전용실시권자의 업무상 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다(『특허법』 제131조).

*출처: 특허청 찾기쉬운 생활법령 정보 <http://easylaw.go.kr/>

3) 손해배상청구

특허권자 또는 전용실시권자는 고의나 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 그 물건의 양도수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다.

4) 신용회복청구

법원은 고의나 과실로 특허권 또는 전용실시권을 침해함으로써 특허권자 또는 전용실시권자의 업무상 신용을 떨어뜨린 자에 대해서는 특허권자 또는 전용실시권자의 청구에 의하여 손해배상을 갈음하여 또는 손해배상과 함께 특허권자 또는 전용실시권자의 업무상 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.

제4절 특허권 침해의 유형에 따른 특허범죄 성립요건

1. 직접침해와 간접침해

1) 직접침해와 간접침해

직접침해는 특허권 침해의 원칙적인 형태로서 문언침해(동일침해)와 균등침해로 구분된다.

2) 기타 침해

독립된 <침해의 유형>으로 볼 것인지에 따라서 우회침해, 생략침해, 불완전이용침해, 선택침해 등이 있다.³³⁾

유형	특허발명	확인대상발명	판례 태도
문언침해	A+B+C	A+B+C	침해로 인정
균등침해	A+B+C	A+B+C'	침해로 인정
이용침해	A+B+C	A+B+C+D	침해로 인정
생략침해	A+B+C	A+B	침해 부정
불완전이용침해	A+B+C	A+B+D	침해 부정
선택침해	A+B+C	a+B+C	침해 부정
우회침해	A+B+C	A+ⓑ+B+C	침해로 인정

2. 문언침해와 균등침해

1) 문언침해(동일침해)의 성립요건

문언침해는 청구범위의 문언해석에 의하여 특정된 당해 특허발명의 구성요소를 모두 그대로 사용하는 경우에 성립한다.

복수의 구성요소로 이루어진 특허청구범위에 대하여는 그 구성요소 전부를 그대로 이용하고 있어야 문언침해에 해당한다.

2) 균등침해의 성립요건 (판례)

침해자는 청구범위의 구성요소 가운데 기술적 중요도가 떨어지는 사소한 구성을 다른 것으로 치환하는 것만으로 손쉽게 침해책임을 우회할 수 있어 특허권이 형해화 되는 상황을 방지하고 특허권을 보완하기 위해 균등침해를 판단하게 되었다.

33) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산 소송실무(제3판), 박영사, 2014, 382면.

- 특허발명과 대비되는 확인대상발명이 특허발명의 권리범위에 속한다고 할 수 있기 위하여는 특허발명의 청구범위에 기재된 구성요소들과 구성요소들 사이의 유기적 결합 관계가 확인대상발명에 그대로 포함되어 있어야 한다. 그리고 확인대상발명에서 특허발명의 청구범위에 기재된 구성 중 변경된 부분이 있는 경우에도, ① 양 발명에서 과제의 해결원리가 동일하고, ② 그러한 변경에 의하더라도 특허발명에서와 실질적으로 동일한 작용효과를 나타내며, ③ 그와 같은 변경이 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이라면 누구나 용이하게 생각해 낼 수 있는 정도인 경우에는, ④ 특별한 사정이 없는 한 확인대상발명은 특허발명의 청구범위에 기재된 구성과 균등한 것으로서 여전히 특허발명의 권리범위에 속한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2014후2788 판결 등.).

균등침해 여부의 판단을 위해 특허발명의 구성을 어떻게 나눌 것인가 하는지는 실 무상 중요한 문제가 된다.

발명의 구성단위가 되는 구성요소는 일정한 기능을 가지는 최소의 단위로 파악하는 것이 적절하다.³⁴⁾

3. 이용침해

1) 이용침해의 성립요건

특허권자가 선 출원된 특허발명을 이용하여 특허받은 경우에는 선 출원된 특허권자의 동의를 얻지 아니하고는 자기의 특허발명을 업으로서 실시할 수 없다(이용발명 규정, 특허법 제98조).

이용침해는 기본발명의 구성요소를 모두 그대로 가지면서 새로운 구성요소를 ‘부가’하여 특허성을 취득한 경우이다.

이용침해의 성립요건으로 발명으로서의 일체성 유지를 요구하는 이유는 후 발명과 선행 발명 간에 발명의 중복관계가 인정되어야 이용관계에 대한 이용침해를 인정할 수 있다.³⁵⁾

이용관계의 성립요건으로서 ① 후 발명이 선행 특허발명의 구성에 새로운 기술적 요소를 부가한 것일 것, ② 후 발명이 선행 특허발명의 요지를 전부 포함하고 이를 그대로 이용한 것일 것, ③ 후 발명 내에 선행 특허발명이 발명으로서의 일체성을 유지하고 있을 것이라는 3가지를 제시하고 있다.

2) 이용침해의 성립요건에 관한 판례

이용관계는 확인대상발명이 특허발명의 구성에 새로운 기술적 요소를 부가하는 것으로

34) 이회기, “고안의 필수구성요소에 관하여”, 특허판례연구, 박영사, 2009, 281면 이하.

35) 권택수, “특허발명의 이용·저촉관계”, 신특허법론, 법영사, 2005, 595면.

서 확인대상발명이 특허발명의 요지를 전부 포함하고 이를 그대로 이용하면서 확인대상발명 내에 특허발명이 발명으로서의 일체성을 유지하는 경우에 성립하며, 이는 특허발명과 동일한 발명뿐만 아니라 균등한 발명을 이용하는 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2014후2788 판결 등.).

3) 이용침해의 종류

위의 <침해의 유형> 표 상에서 A+B로 이루어진 특허발명에 C라는 구성요소를 부가하여 A+B+C라는 형태의 발명을 완성·실시하는 것(구성요소 부가형), ‘물건 A’와 ‘물건 A를 생산하는 방법’이나 ‘제조방법 A’와 ‘방법 A를 실시하는데 사용하는 장치’처럼, 발명이 선행 특허발명의 구성요소 자체를 그대로 포함하지는 않지만 그 발명을 실시하는 과정에서 선행 특허발명의 실시가 수반되는 것(실시 불가피형) 등이다.³⁶⁾

4. 생략침해 및 불완전이용침해

1) 생략침해 및 불완전이용침해의 개념

생략발명은 확인대상발명이 특허발명의 구성요소 중 비교적 중요성이 낮은 구성요소를 생략하여 특허발명의 작용효과보다 열악하거나 동일한 효과를 가져오는 것을 말한다.

불완전이용발명은 이러한 생략발명에 일정한 구성요소를 부가한 경우를 말한다. 이것들이 특허침해를 구성하는지 실무상 문제된다.

2) 생략침해 및 불완전이용침해에 관한 판례

판례에 따르면 생략발명이나 불완전이용발명은 특허권 침해로 인정되기 어렵다. 즉, 생략발명 및 불완전이용발명의 법리를 명시적으로 인정한 대법원 판결은 찾기 어렵다. 최근 일련의 대법원 판결들은 특허발명의 모든 구성요소는 필수적인 것이며, 따라서 침해가 성립하려면 특허발명의 모든 구성요소가 갖추어져야 한다는 이른바 구성요소 완비의 원칙(All Elements Rule)에 찬성하고 있다.

3) 생략침해 및 불완전이용침해에 관한 실무방향

발명의 구성요소는 원칙적으로 청구범위에 기재된 문언을 기준으로 하되, 각 구성요소의 단위는 최소한 발명 전체의 작용효과에 직접 기여하기 위하여 독자적으로 수행하고 있는 어떤 기능 또는 작용을 보유할 정도는 되어야 한다.

독자적인 기능을 수행하고 있는지 여부는 청구범위의 해석에 관한 일반원칙(공지기

36) 조영선, 특허법 2.0, 박영사, 2018, 340면.

술의 참작, 출원경과 등 참작)에 따라 합리적으로 판단해야 한다.

5. 선택침해

1) 선택침해의 성립요건

선택발명은 예를 들면 화학분야에서 선행발명을 상위개념으로 할 때 하위개념의 관계에 있는 것을 의미하며 선행발명의 명세서에 구체적으로 개시되어 있지 않아 선행발명이 인식하지 못한 반면 선행발명이 지적한 효과에 비하여 우수한 작용효과를 가져오는 발명을 말한다.

예컨대 선행발명 A의 명세서 본문에는 a1, a2에 대하여만 개시되어 있었는데, 후에 A의 개념에 포함되는 a3를 선택하여 a1이나 a2에 비하여 뛰어난 작용효과를 달성하였을 때 a3의 발명을 선택발명이라고 한다.³⁷⁾

선택발명의 선행발명에 대한 침해 여부는 일률적으로 정할 것이 아니라 개별 침해사건에서 선택발명의 실시형태가 선원특허의 기술적 범위에 속하는지 여부로 판단해야 한다.

2) 선택침해의 성립요건에 관한 판례

선택발명은 선행발명에 대한 관계에서 신규성 및 진보성을 가지는지 여부를 포함한 특허의 성립성에 초점을 맞추어 주로 논의되고 있다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2001후2740 판결)

선택발명이 선행발명에 대한 침해가 되는지에 관하여는 논의가 많지 않다.

6. 간접침해

1) 간접침해행위

① 특허가 물건의 발명인 경우 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위, ② 특허가 방법의 발명인 경우 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위이다(특허법 제127조, 침해로 보는 행위).

2) 간접침해의 유형³⁸⁾

37) 협의의 선택발명 이외에, 개념상 상위개념인 선행발명의 범주에 속하나 선행발명과는 이질적이거나 양적으로 현저한 효과를 가지는 점에 특징이 인정되어 별도의 발명으로 성립하는 후원발명 일반을 '광의의 선택발명'이라고 부를 수 있으며, 수치한정발명이 여기에 포함된다. 유럽에서는 실제로 협의의 선택발명과 수치한정발명을 아울러 선택발명(Selection Invention)이라고 부른다(Richard Hacon 외, Concise European Patent Law, Kluwer law international, 2007, p. 43).

38) 박희섭·김원오, 특허법원론(제4판), 세창출판사, 2009, 438-439면.

① 특허가 물건의 발명인 경우

물건의 생산에만 사용하는 물건을 업으로서 생산, 양도하는 등의 행위는 간접침해를 구성한다.

주로 침해품이 부품이고 특허발명품이 이를 포함하는 완성품인 경우에 주로 문제된다.

(예) 특허발명이 만년필인 경우, 그 만년필의 생산에만 필요한 펜촉을 생산하는 행위는 특허권 침해로 간주된다. 그러나 그 펜촉이 특허발명의 만년필의 생산에만 사용되지 않는 경우는 특허권 침해로 인정되지 않는다.

② 특허가 방법의 발명인 경우

그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 업으로서 생산, 양도하는 등의 행위는 간접침해를 구성한다.

(예) DDT를 사용하여 살충하는 방법에 대한 특허발명이 존재할 경우, DDT가 살충방법에만 사용될 때에는 이를 업으로서 생산, 판매하는 행위는 간접침해로 인정된다. 그러나 DDT가 살충제 이외의 용도로 사용되고 있는 경우에는 이를 생산 및 판매하여도 특허권 침해로 간주되지 않는다.

③ 특허발명이 물건을 생산하는 방법발명인 경우

그 물건의 생산방법에만 사용되는 생산장치를 업으로서 생산, 판매하는 행위는 간접침해로 인정된다.

3) 간접침해의 성립요건

① 물건을 ‘생산’하는 데만 사용

특허발명 물건을 단순히 수리하는 것이라면 특허권이 소진된 특허발명 물건을 ‘사용’하는 것에 불과하므로 특허권 침해로 되지 않는다. 그러나 단순한 수리를 넘어 새로운 생산에 해당되는 경우라면 특허권 침해로 될 수 있고, 따라서 그러한 수리를 위하여 특허발명에 관계된 부품을 공급하는 경우에는 간접침해가 성립할 수 있다.³⁹⁾

간접침해의 성립요건에 관한 판례

-“특허발명의 대상이거나 그와 관련된 물건을 사용함에 따라 마모되거나 소진되어 자주 교체해 주어야 하는 소모부품일지라도, 특허발명의 본질적인 구성요소에 해당하고 다른 용도로는 사용되지 아니하며 일반적으로 널리 쉽게 구할 수 없는 물품으로서 당해 발명에 관한 물건의 구입 시에 이미 그러한 교체가 예정되어 있었고 특허권자 측에 의하여 그러한 부품이 따로 제조·판매되고 있다면, 그러한 물건은 특허권에 대한 이른

39) 정상조·박성수, 특허법 주해Ⅱ, 박영사, 2010, 97면.

바 간접침해에서 말하는 '특허 물건의 생산에만 사용하는 물건'에 해당하고, 위 '특허 물건의 생산에만 사용하는 물건'에 해당한다는 점은 특허권자가 주장·입증하여야 한다.”(대법원 2001. 1. 30. 선고 98후2580 판결 등)

리사이클링 제품인 특허발명 물건에 관한 소모품을 교체한 경우의 사례에서 이를 생산에 해당한다고 보아 간접침해를 인정한다.

-“특허권의 속지주의 원칙상 물건의 발명에 관한 특허권자가 그 물건에 대하여 가지는 독점적인 생산·사용·양도·대여 또는 수입 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 효력이 미치는 점을 고려하면, 특허법 제127조 제1호의 ‘그 물건의 생산에만 사용하는 물건’에서 말하는 ‘생산’이란 국내에서의 생산을 의미한다고 봄이 타당하다.”고 하였다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결).

특허물건의 ‘생산’이 국외에서 일어나는 경우에는 그 전 단계의 행위가 국내에서 이루어지더라도 간접침해가 성립할 수 없다고 판시하였다.

제5절 특허권 침해의 확인심판

1. 권리범위 확인심판 제도

청구범위는 해석의 대상이 되는 추상적 문언이므로, 구체적으로 특정한 발명의 실시 형태가 등록특허의 권리범위에 속하는지 여부는 개별 사안마다 청구범위와 실시형태의 구성대비를 통하여 이루어져야 하는데, 그와 같은 역할을 담당하는 것이 곧 권리범위 확인심판 제도이다.

○ 권리범위 확인심판

권리범위 확인심판은 어떠한 기술의 실시형태가 특허등록된 발명의 청구범위에 포함되는지 여부를 판단하는 심판이다(특허법 제135조).

발명의 권리 효력이 미치는 범위를 대상물과의 관계에서 구체적으로 확정하는 것이다.⁴⁰⁾

권리범위 확인심판은 개별 실시형태를 대상으로 하며, 문제된 청구범위의 효력범위에 그러한 개별 실시형태가 포함되는지 여부를 판단할 뿐 개별 실시행위가 궁극적으로 권리침해를 구성하는지까지 고려하는 절차가 아니다.

2. 권리범위 확인심판 제도 운영실무

실무상으로는 특허권 침해로 인한 손해배상 등의 소송 과정에서 선결문제인 특허침해 여부를 먼저 확정받기 위하여 권리범위 확인심판 청구를 제기하는 경우가 대부분이다.

확정된 권리범위 확인심결이 있을 때 민·형사소송 절차에서 그 결론이 사실상 존중되어야 하지만 법원을 구속할 힘은 없다.⁴¹⁾

○ 지식재산권 침해소송 심판

제1심

2016년 1월 1일부터 지식재산권(특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권) 침해소송의 민사본안관할을 1심은 고등법원 소재지가 있는 5개 지방법원(서울중앙지방법원, 대구지방법원, 대전지방법원, 광주지방법원, 부산지방법원)이 전속적으로 맡고 있다.

40) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90후373 판결.

41) 특허법 연구, 사법연수원, 2015, 291면.

제2심

2심은 특허법원으로 집중하게 되도록 민사소송법 제24조, 제36조 및 법원조직법 제28조, 제28조의4, 제32조를 개정하여 침해소송과 권리범위 확인심판사건의 모순을 해소할 수 있게 하고 있다.

법원조직법 및 민사소송법에서 규정한 ‘특허권 등의 지식재산권에 관한 소’에는 특허권 등의 지식재산권 침해를 이유로 한 금지·폐기·신용회복 등 청구나 손해배상 청구소송만이 아니라 특허권 등의 실시계약에 기초한 실시료지급 청구소송, 특허권 등의 이전·말소등록 청구소송, 전용·통상실시권 등의 설정 유무, 귀속 등에 관한 소송, 직무발명·고안·디자인에 대한 보상금 청구소송 등도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다 (서울고등법원 2016. 5. 24.자 2016나2016427 결정).

제6절 특허권 침해 피의자의 항변사항 검토

1. 개요

○ 특허발명의 공지기술

특허발명이 공지기술이거나 공지기술을 포함하고 있는 경우에 그 특허는 무효로 되어야 하는바, 이러한 경우에 제3자가 실시하는 태양이 특허발명의 구성을 모두 포함하고 있다고 하여 특허발명의 보호범위에 속한다고 보아 침해를 인정하는 것은 바람직하지 않다. 특허권침해소송에서 이와 같은 특허권에 기한 권리행사는 제한되어야 함이 상당하다.

이에 종래부터 공지기술 제외설, 무효항변설, 권리남용설 등의 이론이 제시되어 왔다.

2. 특허발명에 무효사유가 존재한다는 항변

특허발명이 공지기술 그 자체인 경우나 청구범위에 기재된 문언대로 해석하면 공지기술을 포함하는 경우에 법원은 특허무효심결의 확정을 기다리지 아니하고 이들 공지기술에 특허권의 효력이 미치지 않도록 판단하여야 한다.

법원이 이와 같이 판단하더라도 그것은 소송물인 금지청구권 또는 손해배상청구권 등 권리의 존부, 행사의 가부를 당해 소송 당사자 간에 정하는 데에 지나지 않고, 특허무효를 대세적으로 선고하는 것은 아니다.

대법원은 1983. 7. 26. 선고 81후56 전원합의체 판결 이래로, 특허침해의 성립 여부가 다투어지고 있는 당해 발명에 '신규성'이 없는 경우에는 특허침해소송을 담당하는 법원은 당해 특허가 무효임을 전제로 한 판단할 수 있다고 하여 왔다. 구체적으로 판례는 "등록된 실용신안이 그 출원 전에 국내에서 공지되었거나 공연히 실시된 고안으로서 신규성이 없는 경우에는 그에 대한 등록무효의 심결이 없어도 그 권리범위를 인정할 수 없고 이와 같이 권리범위가 인정되지 아니하는 실용신안등록에 대하여는 그 등록내용과 동일한 물품을 제작, 판매하였다 하여 실용신안권 침해죄를 구성할 수 없다."⁴²⁾고 판시하였다.

○ 무효사유가 명백한 특허권의 행사를 제한한 판례

대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결은 "특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라고 하더라도 특허발명의 진보성이 부정되어 특허가 특허무효심판에 의하여 무효로 될 것이 명백한 경우에는 특허권에 기초한 침해금지 또는 손해배

42) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002도3151 판결.

상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다고 보아야 하고, 특허권침해소송을 담당하는 법원으로서도 특허권자의 그러한 청구가 권리남용에 해당한다는 항변이 있는 경우 당부를 살피기 위한 전제로서 특허발명의 진보성 여부에 대하여 심리·판단할 수 있다”고 판시하였다.

3. 자유실시기술의 항변

○ 자유실시기술의 항변

특허출원 당시 공지의 기술에 해당하는 발명은 본래 누구라도 자유롭게 실시할 수 있는 것이므로 특허발명의 권리범위에서 제외되어야 한다(공지기술 제외의 원칙).

○ 특허권자의 침해 주장에 대한 방어방법 허용 판례

대법원은 특허권자의 침해 주장에 대한 방어방법으로 “어느 발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지를 판단함에 있어서 특허발명과 대비되는 발명이 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 경우에는 특허발명과 대비할 필요 없이 특허발명의 권리범위에 속하지 않게 된다.”⁴³⁾라고 허용하였다.

자유기술의 항변은 권리범위확인심판과 특허권 침해에 관한 민사사건과 형사사건에서도 허용되고 있다.⁴⁴⁾

43) 대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결 등.

44) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4341 판결 등.

제7절 특허권 침해죄 관련 벌칙규정

1. 비밀누설죄

제12장 벌칙 <개정 2014.6.11.>

제225조(침해죄) ① 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 죄는 고소가 없으면 공소(공소)를 제기할 수 없다.

[전문개정 2014.6.11.]

제226조(비밀누설죄 등) 특허청 또는 특허심판원 소속 직원이거나 직원이었던 사람이 특허출원 중인 발명(국제출원 중인 발명을 포함한다)에 관하여 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 도용한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

2. 위증죄

제227조(위증죄) ① 이 법에 따라 선서한 증인, 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 거짓으로 진술·감정 또는 통역을 한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2017.3.21.>

② 제1항에 따른 죄를 범한 자가 그 사건의 특허취소신청에 대한 결정 또는 심결이 확정되기 전에 자수한 경우에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. <개정 2016.2.29.>

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

3. 허위표시의 죄

제228조(허위표시의 죄) 제224조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2017.3.21.>

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

4. 거짓행위의 죄

제229조(거짓행위의 죄) 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로 특허, 특허권의 존속기간의 연장등록, 특허취소신청에 대한 결정 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2016.2.29., 2017.3.21.>

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

5. 비밀유지명령 위반죄

제229조의2(비밀유지명령 위반죄) ① 국내외에서 정당한 사유 없이 제224조의3제1항에 따른 비밀유지명령을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 죄는 비밀유지명령을 신청한 자의 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.
[본조신설 2011.12.2.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

6. 양벌규정

제230조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제225조제1항, 제228조 또는 제229조의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에는 다음 각 호의 구분에 따른 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과(과)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제225조제1항의 경우: 3억원 이하의 벌금
2. 제228조 또는 제229조의 경우: 6천만원 이하의 벌금

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

7. 몰수

제231조(몰수 등) ① 제225조제1항에 해당하는 침해행위를 조성한 물건 또는 그 침해행위로부터 생긴 물건은 몰수하거나 피해자의 청구에 따라 그 물건을 피해자에게 교부할 것을 선고하여야 한다.

- ② 피해자는 제1항에 따른 물건을 받은 경우에는 그 물건의 가액을 초과하는 손해액에 대해서만 배상을 청구할 수 있다.

[전문개정 2014.6.11.]

*출처: 특허법 [시행 2018.7.18.] [법률 제15582호, 2018.4.17., 일부개정]

제3장 디자인보호법 침해행위 판단

제1절 디자인권의 발생 및 보호

1. 디자인보호를 위한 등록 및 독점권 발생

디자인보호법은 디자인의 창작을 장려하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.

<표> 디자인보호법 창작성

제1조(목적) 이 법은 디자인의 보호와 이용을 도모함으로써 디자인의 창작을 장려하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제3조(디자인등록을 받을 수 있는 자) ① 디자인을 창작한 사람 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 따라 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진다. 다만, 특허청 또는 특허심판원 직원은 상속 또는 유증(유증)의 경우를 제외하고는 재직 중 디자인등록을 받을 수 없다.
② 2명 이상이 공동으로 디자인을 창작한 경우에는 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 공유(공유)한다.

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

쉽게 디자인할 수 있는 디자인은 등록대상이 아니다.

<표> 디자인보호법 등록요건

제33조(디자인등록의 요건) ④ 공업상 이용할 수 있는 디자인으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외하고는 그 디자인에 대하여 디자인등록을 받을 수 있다.

1. 디자인등록출원 전에 국내 또는 국외에서 공지(공지)되었거나 공연(공연)히 실시된 디자인
 2. 디자인등록출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되었거나 전기통신회선을 통하여 공중(공중)이 이용할 수 있게 된 디자인
 3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 디자인과 유사한 디자인
- ② 디자인등록출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 따라 쉽게 창작할 수 있는 디자인(제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 디자인은 제외한다)은 제1항에도 불구하고 디자인등록을 받을 수 없다.
1. 제1항제1호·제2호에 해당하는 디자인 또는 이들의 결합
 2. 국내 또는 국외에서 널리 알려진 형상·모양·색채 또는 이들의 결합
- ③ 디자인등록출원한 디자인이 그 출원을 한 후에 제52조, 제56조 또는 제90조제3항에 따라 디자인공보에 게재된 다른 디자인등록출원(그 디자인등록출원일 전에 출원된 것으로 한정한다)의 출원서의 기재사항 및 출원서에 첨부된 도면·사진 또는 견본에 표현된 디자인의 일부와 동일하거나 유사한 경우에 그 디자인은 제1항에도 불구하고 디자인등록을 받을 수 없다. 다만, 그 디자인등록출원의 출원인과 다른 디자인등록출원의 출원인이 같은 경우에는 그러하지 아니하다.

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

○ 디자인 독점권 발생

디자인출원의 심사결과 디자인이 등록되면, 대한민국 전역에 독점할 수 있는 권리가 발생한다. 이후 허락없이 등록된 디자인과 동일하거나 유사한 디자인은 민사상, 형사상 처벌을 받는다.

다만, 무효사유가 명백한 경우에는, 디자인 권리가 무효가 되기 전이라도, 권리침해가 되지 않는 경우도 있다. 이는 신규성 상실이라는 무효사유에 가까워야 가능하지만 실제 침해소송에서 가장 많이 활용되는 대응전략이다.

○ 디자인보호범위

디자인보호법은 디자인의 권리범위, 보호범위에 대해서 다음과 같이 규정하고 있다.

제93조(등록디자인의 보호범위) 등록디자인의 보호범위는 디자인등록출원서의 기재사항 및 그 출원서에 첨부된 도면·사진 또는 견본과 도면에 적힌 디자인의 설명에 따라 표현된 디자인에 의하여 정하여진다.

2. 디자인권 보호에서 제외 사항

(1) 독창적이지 아니한 것;

(2) 표준적인 기하학적 도형, 친숙한 상징, 문장(紋章)이나 주제, 또는 표준화, 통상화, 보편화 또는 평상화된 그 밖의 모양, 패턴, 또는 구조와 같은 일상적인 것이나 평범한 것;

(3) 관련 업계에서 통상적으로 사용되는 변이인 중요하지 않은 세부사항이나 구성요소에서만 (2)호에 의하여 제외된 디자인과 차이가 있는 것;

(4) 오로지 그것을 체화한 물품의 실용적 기능만을 위한 것;

(5) 또는 이 장에 따른 등록 출원일로부터 2년 이전에 미국 또는 외국에서 디자이너나 소유자에 의하여 공개된 실용품에 체화된 것.

하지만 이들 디자인이 그러한 소재의 실질적 수정, 개작 또는 재배열이라면 보호될 수 있다(미국 저작권법 제1302조 규정 참조).

3. 디자인보호법 위반에 대한 벌칙규정

디자인보호법 상 디자인권 또는 전용실시권의 침해는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금형에 처한다(디자인보호법 제220조).

제2절 디자인권 침해범죄 성립요건

1. 디자인권 침해범죄 및 구성요건

디자인권을 침해하는 범죄행위는 위법하고 책임 있는 행위가 있어야 하고 침해 결과의 발생을 필요로 하며 친고죄이고 미수범 처벌은 없다.

1) 디자인권 침해범죄의 성립요건

- ① 침해의 대상이 되는 권리가 존재하여야 하고(디자인권 또는 전용실시권),
- ② 침해자의 디자인의 실시가 권리침해의 태양에 해당될 것(디자인권의 권리범위(유사 범위)에 속하고, ‘업(業)’으로서 실시하고 있을 것, 위법성 조각사유에 해당되지 않을 것 등),
- ③ ‘고의(故意)’가 있을 것⁴⁵⁾ 등을 요한다. 디자인보호법상 ‘고의’는 추정되지 않고, ‘과실’만 추정된다(디자인보호법 제116조 참조).

2) 디자인권 침해에 대한 고의성 여부 판단

(1) 고의성이 성립되는지 여부 또는 위법성의 조각(형사책임의 부정) 사유 성립 여부 디자인권 실시권자의 승낙에 관한 착오가 있었던 경우에 침해의 범죄의사가 있었던 것인지 여부에 관해서 형법 제16조의 위법성 조각 사유 등이 디자인권 침해죄에도 적용된다.

형법 제16조

자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인이 정당한 이유가 있는 것에 한하여 벌하지 아니한다.

(2) 인권 효력의 제한

디자인보호법 제94조의 디자인권의 효력이 미치지 않는 범위이거나 동법 제100조의 선사용에 따른 통상실시권 등 법정실시권이 인정되는 경우 등처럼 디자인권 효력이 제한될 경우에는 위법성 조각사유가 인정된다. 이는 형법 제20조의 법령에 의한 행위로서 정당행위가 된다.⁴⁶⁾

디자인보호법 위반죄로 단속 및 조사 시에 이러한 점도 고려할 필요가 있다.

(3) 디자인권 효력이 미치지 않는 범위

디자인보호법 제94조(디자인권의 효력이 미치지 아니하는 범위)

45) 디자인보호법상 ‘고의’는 추정되지 않고, ‘과실’만 추정됨(디자인보호법 제116조 참조).

46) 강동세, 지적재산권의 형사적 이해, 세창출판사, 2003, 29-34면 참조.

① 디자인권의 효력은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다. 1. 연구 또는 시험을 하기 위한 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인의 실시 2. 국내를 통과하는 데에 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치, 그 밖의 물건 3. 디자인등록출원 시부터 국내에 있던 물건 ② 글자체가 디자인권으로 설정등록 된 경우 그 디자인권의 효력은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미치지 아니한다. 1. 타자·조판 또는 인쇄 등의 통상적인 과정에서 글자체를 사용하는 경우 2. 제1호에 따른 글자체의 사용으로 생산된 결과물인 경우.

(4) 디자인권 효력이 제한될 경우

디자인보호법 제100조(선사용에 따른 통상실시권)

디자인 등록출원 시에 그 디자인 등록출원된 디자인의 내용을 알지 못하고 그 디자인을 창작하거나 그 디자인을 창작한 사람으로부터 알게 되어 국내에서 그 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 디자인 및 사업의 목적 범위에서 그 디자인 등록출원된 디자인의 디자인권에 대하여 통상실시권을 가진다.

하지만 변리사 등 전문가의 전문 분야 및 전문 정도, 회신내용 등에 따라서는 비록 전문가의 의견에 기초하여 행동하였다고 하더라도 침해의 고의가 인정될 수도 있는 점도 고려할 필요가 있다.⁴⁷⁾

47) 정상조·설범식·김기영·백강진 공편, 디자인보호법 주해, 박영사, 2015, 1263면(정택수 집필 부분).

2. 디자인권 침해범죄 판단 시 고려사항

1) 공지된 부분의 권리범위 부정

등록디자인이 그 등록출원 전에 공지된 디자인 등과 동일·유사한 경우에는 무효심판의 유무와 관계없이 권리범위가 인정되지 않는다.⁴⁸⁾

대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3797 판결

“등록디자인이 그 출원 전에 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시된 디자인이나 그 출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재된 디자인과 동일 또는 유사한 경우에는 그에 대한 등록무효의 심결이 없어도 그 권리범위를 인정할 수 없고, 이와 같이 권리범위가 인정되지 아니하는 등록디자인에 대하여는 그 등록디자인과 동일한 디자인의 물품을 제작, 판매하였다 하여 디자인권침해죄를 구성할 수 없다.”

2) 공지된 디자인으로서 자유실시 디자인의 권리 부정

특사경에서 침해 혐의가 있는 디자인에 대해서는 기존에 공지되어 있는 디자인이나 그러한 디자인으로부터 쉽게 창작할 수 있는지 여부도 함께 고려하여 침해 여부를 판단하여야 한다.

현실적으로는 자유실시디자인의 해당 여부 판단함에 있어서 쉽게 창작할 수 있는지 여부(용이창작성 여부)를 중심으로 자유실시 디자인에 대한 해당 여부를 판단하여야 한다.

대법원 2016. 8. 29. 선고 2016후878 판결

디자인이 공지된 디자인에 해당되거나 공지된 디자인에 의하여 쉽게 창작할 수 있는 디자인에 해당하는 경우에는 디자인권의 침해에 해당되지 않는 것으로 본다.

(1) 디자인권 침해죄 단속 및 조사 시 디자인권에 대한 무효 여부는 판단하지 않는다
특사경이 디자인권 침해죄에 관한 단속 및 조사 시에는 디자인권에 대한 무효 여부를 판단할 필요가 없고 침해 여부에 대해서만 판단하도록 하여야 한다. 왜냐하면 특허권 및 디자인권의 무효는 디자인등록 무효심판의 확정에 의하지 아니하는 한 형사소송에서 이를 주장할 수 없다.

즉, 우리나라에서 산업재산권인 특허권 침해 여부는 기술적인 판단을 전제로 하는 경우가 많고, 디자인권 침해에 관해서도 디자인의 심미감 등의 유사에 대한 판단을 전제로 하며, 형사재판에서의 심리에 관해서는 특허권이 무효로 된 때에 재심사유로만 삼다.

48) 정상조·설범식·김기영·백강진 공편, 앞의 책, 1265면(정택수 집필 부분).

따라서 디자인권 침해죄에서는 무효심판에 의해 무효 여부에 대한 최종적인 확정을 토대로 침해죄 적용 여부를 판단하는 것이 바람직하다.

대법원 2012.1.19.선고 2010다95390 전원합의체 판결.

“특허법은 특허가 일정한 사유에 해당하는 경우에 별도로 마련한 특허의 무효심판절차를 거쳐 무효로 할 수 있도록 규정하고 있으므로, 특허는 일단 등록된 이상 비록 진보성이 없어 무효사유가 존재한다고 하더라도 이와 같은 심판에 의하여 무효로 한다는 심결이 확정되지 않는 한 대세적(對世的)으로 무효로 되는 것은 아니다.”

“특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라고 하더라도 특허발명의 진보성이 부정되어 그 특허가 특허무효심판에 의하여 무효로 될 것이 명백한 경우에는 그 특허권에 기초한 침해금지 또는 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다고 보아야 하고, 특허권침해소송을 담당하는 법원으로서도 특허권자의 그러한 청구가 권리남용에 해당한다는 항변이 있는 경우 그 당부를 살피기 위한 전제로서 특허발명의 진보성 여부에 대하여 심리·판단할 수 있다고 할 것이다.”

대법원 판례에 따르면, 침해금지청구나 손해배상청구와 같은 민사소송에서만 권리남용을 판단하기 위한 전제로서 특허권을 비롯한 디자인권 등의 신규성이나 진보성 등에 근거한 무효 여부를 주장하고 판단할 수 있다.

권리남용의 주장 및 적용 여지가 없는 침해죄 등에 관한 형사소송에서는 디자인권의 무효 주장을 할 수 없고, 당사자가 주장하더라도 법원에서 이에 대한 심리 및 판단을 할 수 없다.

(2) 디자인권 침해에 대한 간접침해는 민사책임만 부과

우리나라에서 현재 간접침해도 디자인권 침해죄의 적용에 포함시키자는 견해가 상당하지만⁴⁹⁾, 대법원은 간접침해에 관하여 특허권 침해죄의 성립을 부정하였고, 이 판례 해석은 디자인권 침해죄에도 간접침해와 관련하여 동일하게 적용될 수 있다.

대법원 1993. 2. 23. 선고 92도3350 판결.

대법원은 특허권침해죄 사안에서 간접침해의 규정은 특허권자 등을 보호하기 위하여 특허권 등의 간접침해자에게도 민사책임을 부과시킴으로써 특허권자 등을 보호하기 위한 취지의 정책적 규정일 뿐 이를 특허권등의 침해행위를 처벌하는 형벌법규의 구성요건으로까지 규정한 취지는 아닌 것으로 본다.

49) 정상조·설범식·김기영·백강진 공편, 앞의 책, 1265-1267면(정택수 집필 부분)의 논의 참조.

3. 디자인 침해가 많이 발생하는 분야

1) 가구 패널 디자인

○ 사례: 가구업체 넵스에 대한 디자인침해소송

넵스의 협력사인 '우드피플'이 '넵스'를 상대로 디자인침해에 따른 가처분소송을 청구하였다.⁵⁰⁾ 넵스가 리브판넬과 무늬목의 공급업체를 '우드피플'에서 다른 업체로 변경하게 되면서 디자인권리를 가지고 있었던 '우드피플'이 디자인침해소송을 제기한 것이다.

'우드피플'이 어떤 디자인에 대해서 침해소송을 청구하였는지 정확히 모르지만, 우드피플측에서 보유한 디자인권리 몇 가지를 보면, 디자인침해 여부를 다투는 디자인권리 범위확인심판과, 디자인 무효를 다투는 디자인무효심판 등과 관련이 있다.

-장식 판넬 디자인: 건물의 내벽이나 천장, 주방가구, 가구류 표면에 부착되는 장식 판넬에 대한 디자인이 있다.

-장식 판넬: 2번째의 디자인권리 역시 장식 판넬에 대한 것이다.

-장식 판넬: 3번째 디자인권리도 장식판넬에 대한 것이며, 다른 그 모양이 상당히 독특한 것이 특징이다.

소송을 당한 '넵스'에서도 기존에 이미 존재하였던 장식 판넬의 디자인에 의해서, 디자인권리를 좁게 해석하여야 한다거나, 디자인권리가 인정되어서는 안된다는 대응을 진행하였다.

2) 시사점

디자인침해 여부는 그 디자인권리가 출원되기 이전에 어떤 유사한 디자인이 존재하였는지가 중요하다. 실제 소송을 진행하다 보면, 어떤 증거자료(과거의 유사 디자인)를 제출하는지에 따라 침해 여부가 결정되는 경우가 많다. 결과적으로 볼 때, 소송을 진행하는 동안 의견서/준시서면을 어떻게 작성하는지도 중요하지만 과거에 유사한 디자인자료를 제출하는지가 사실 더 중요하여 이것이 결정적으로 디자인 침해소송에서 승소 요건으로 작용하게 된다.

50) 가처분소송은 당사자 간에 현재 다툼이 있는 권리관계가 존재하고 그에 대한 확정판결이 있기까지 현상의 진행을 그대로 방치한다면 권리자가 현저한 손해를 입거나 급박한 위험에 처하는 등 소송의 목적을 달성하기 어려운 경우 인정되는 보전처분을 의미한다.

제3절 디자인권 침해에 대한 유사 판단

1. 디자인 침해에 대한 유사 판단의 내용

1) 디자인의 유사 개념

디자인의 유사란 2개의 디자인을 비교할 때 양 디자인 간에 공통적인 동질성을 가지고 있어서 외관상 서로 유사한 미감을 일으키는 것을 말한다.

2) 디자인의 유사 판단 시점

유사 판단은 신규성, 선출원주의, 확대된 선출원주의, 관련디자인의 등록요건 판단 시에 고려되고, 디자인권의 권리범위 판단 시, 이용·저촉 관계 여부 판단 시 등에 적용된다. 이때 디자인 물품의 동일·유사성이 디자인 형태의 유사 판단 전제가 된다.

3) 법원에서의 디자인 유사 판단

디자인을 구성하는 요소들을 각 부분으로 분리하여 대비하는 것이 아니라 전체와 전체를 대비·관찰하여, 보는 사람의 마음에 환기될 미적 느낌과 인상이 유사한지 여부에 따라 판단하고, 그 물품의 성질, 용도, 사용형태 등에 비추어 보는 사람의 시선과 주의를 가장 끌기 쉬운 부분을 중심으로 대비·관찰하여, 일반 수요자의 심미감에 차이가 생기게 하는지 여부의 관점에서 판단하고 있다.

4) 법원에서의 디자인 유사 판단의 핵심

전체관찰과 요부관찰로 구분한다. 공지의 형상과 모양을 포함한 디자인의 경우 원칙적으로 그것이 특별한 심미감을 불러일으키는 요소가 되지 못하는 것이 아닌 한 실제 공지 부분의 중요도가 낮게 평가된다(기능적 형태도 중요도가 낮게 평가됨). 유사 여부 판단에서의 색채, 재질의 역할도 고려될 수 있고, 참신한 디자인이 유사한 폭이 넓다고 볼 수 있다. 즉, 디자인의 지배적 특징을 파악하는 것이 유사 여부 판단의 관건이다(대법원 1982. 6. 8. 선고 81후7 판결; 대법원 1987. 2. 24. 선고 85후101 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고 95후 1135 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010후 913 판결 등).

대법원 1986. 9. 23. 선고 86후13 판결.

각 의장을 구성하는 요소들을 전체적으로 관찰하여 전체 대 전체의 관계에 있어서 수요자에게 주는 미감의 지배적인 특징이 서로 유사하다면 세부적인 특징에 있어서는 다소 차이가 있는 경우라도 양 디자인은 서로 유사하다.







다.

디자인의 유사 판단은 2개 디자인을 비교하는 것을 전제로 하는 것으로서 ‘대비하는 대상이 중요한 것’에 해당하는지 여부가 중요한 문제이며, 중요한 점이 공통되면 양자는 유사하다는 결론에 도달할 개연성이 높다.⁵¹⁾

대법원 2012. 4. 13. 선고 2011후3469 판결.

	등록디자인	확인대상디자인
정면도		
배면도		
가슴 중앙부 확대도		
유사점	① 앞뒤면의 몸체상부와 팔 부분은 검은 색, 몸체하부는 회색으로 한 점 ② 지퍼의 좌우 양편에 넓고 긴 회색 천을 옷깃부터 허리 단까지 단 점 ③ 가슴부의 가로 덮개 하단과 좌우 옆 주머니의 단부가 검은 색의 천으로 마감 처리되어 있는 점	
가슴가 로덮개 상세도		

51) 김병일, “디자인권의 침해 판단 기준에 관한 연구”, 산업재산권(제45호), (사)한국지식재산학회(2014. 12.), 216~217면.

팔목폭 조절부		
허리폭 조절부		
차이점	<p>① 가슴부의 가로 덮개의 형상이 이 사건 등록디자인은  와 같이 일측이 목 아래 지퍼쪽으로 하향하면서 가로 지퍼와의 폭이 넓게 되어 있음에 비하여, 확인대상디자인은  와 같은 일직선으로 되어 있는 점</p> <p>② 팔목과 옆구리 폭 조절부의 형상이 위와 같이 약간 차이가 있음</p>	

디자인권은 물품의 신규성이 있는 형상, 모양, 색채의 결합에 부여되는 것으로서 공지의 형상과 모양을 포함한 출원에 의하여 디자인등록이 되었다 하더라도 공지부분에까지 독점적이고 배타적인 권리를 인정할 수는 없으므로 디자인권의 권리범위를 정함에 있어 공지부분의 중요도를 낮게 평가하여야 하고, 따라서 등록디자인과 그에 대비되는 디자인이 서로 공지부분에서 동일·유사하다고 하더라도 등록디자인에서 공지부분을 제외한 나머지 특징적인 부분과 이에 대비되는 디자인의 해당 부분이 서로 유사하지 않다면 대비되는 디자인은 등록디자인의 권리범위에 속한다고 할 수 없다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2003후762 판결 등 참조).

이 사건 등록디자인 “  ” 과 확인


대상디자인 “  ” 은 앞·뒷면의 몸체상부와 팔 부분은 짙은 색, 몸체하부는 밝은 색으로 배치한 점, 지퍼의 좌우 양편 옷섶 부분에 넓고 긴 밝은 색 천을 옷깃부터 허리 단까지 댄 점, 가슴부의 가로 덮개 하단과 좌우 옆 주머니의 단부가 짙은 색의 천으로 마감 처리되어 있는 점 등에서 유사하나, 이와 같은 유사점은 원심판시 비교대상디자인들(




등)에 그대로 나타나 있는 것이어서 그 중

요도를 낮게 평가하여야 한다. 그리고 이 사건 등록디자인의 ‘가슴부위의 절개선

과 가로 덮개 앞부분의 단추 및 단추가 위치한 부분에서부터 시작되는 지퍼에 의하

여 생기는 형상과 모양’, 즉 “” (이하, ‘가슴부위 절개 선 등 형상과 모양’ 이라고 한다)은 작업복 앞면에서 흔히 볼 수 있는 형상이 아니고 수요자에게도 잘 보이는 부분이어서 보는 사람의 주의를 가장 끌기 쉬운 부분일 뿐만 아니라 이 사건 등록디자인의 설명에 “본 물품은 도면대용 정면도 및 참고도에서 표현된 바와 같이 어깨 및 가슴부위에 절개로 모양을 나타내었으며, 지퍼를 사용하여 중요한 것을 보관할 수 있도록 한 것을 특징으로 하는 것임” 이라고 기재되어 있으므로 이 사건 등록디자인의 요부에 해당한다 할 것인데, 가슴부위 절개선 등 형상과 모양이 확인대상디자인은

“” 와 같은 형상이어서 양 디자인은 그 요부에서 현저한 차이가 있고, 이러한 형상의 차이는 양 디자인의 전체적인 심미감에 큰 차이를 가져온다. 따라서 양 디자인은 그 요부를 중심으로 대비·관찰하면 보는 사람으로 하여금 상이한 심미감을 느끼게 하므로, 확인대상디자인은 이 사건 등록디자인과 동일·유사하지 아니하여 이 사건 등록디자인의 권리범위에 속하지 아니한다.

2. 디자인침해 여부 판단을 위한 실무적 기준

1) 물품성의 동일 유사 여부

디자인권리와 침해여부가 문제되는 디자인의 물품이 전혀 상이한 경우가 있다. 즉, 디자인권리는 기본적으로 물품이 동일하거나 유사한 경우에 권리침해 문제가 된다. 예를 들어 실제 자동차와 장난감 자동차는 기본적으로 물품이 상이하다고 보고 있으며, 다른 물품일 경우에 쉽게 따라할 수 있는 부분이 아니라고 보고 있다. 따라서 디자인 침해 여부를 검토하는데 있어 첫조건은 물품이 실질적으로 동일한가부터 보아야 한다.

(1) 디자인의 어느 부분이 비슷한가

디자인, 모양, 색상이 모두 완전히 동일하다면 침해에 해당될 수 있다. 그러나 완전히 동일함에도 불구하고 침해가 되지 않는 경우가 있다. 그러므로 디자인권리와 내 제품 사이에 디자인이 비슷한 부분이 어디인가를 정확하게 판단해낼 수 있어야 한다. 그냥 보면 되지 않냐고.. 생각할 수 있지만, 내 제품과 디자인권리를 비교할 때 누가봐도 비슷하다고 하는 부분과 다른 부분을 정리하는 것이 필요하다.

(2) 대법원의 판단 논리

비슷한 부분이 예전부터 있어 왔던 디자인이라면 그 부분에 대해서는 권리로 인정 해주지 않는다. 따라서 디자인 침해문제를 논할 때는 반드시 과거에 있던 디자인들을

조사하고, 분석하는 작업이 필요하다.

실제 소송에서 가장 중요한 부분이 된다. 얼마나 많은 공을 들여 관련되는 예전 디자인을 찾아내느냐 하는 노력의 결과가 디자인침해 소송에서 승소냐 패소냐를 결정한다.

2) 비슷한 부분이 여전히 존재할 경우

그 유사한 부분이 디자인 중요부가 아님을 주장 입증해야 한다. 디자인의 요부, 핵심이라고 하는 사항은 과거 디자인이 어떠한지에 따라 결정되기 때문이다. 디자인의 요부에 대해서는 반드시 근거(증거자료)를 제시하여 증명하게 된다. 그러므로 과거에 존재하였던 디자인을 충분히 검토하는 것이 중요하다. 또 디자인 물건을 사용하는 경우 뿐만 아니라, 거래시 유통과정에서는 어떠한지를 반드시 체크해야 한다. 실제 소송에서 결과가 뒤집히는 경우가 이 때문이기도 하다.

3) 비슷하지 않은 부분의 경우

유사하지 않은 부분은 당연히 침해가 되지 않으리라 생각하는 것이 일반적이나, 비슷해보이지 않더라도 침해가 되는 경우가 있다. 이는 아주 미미한 차이인 경우이거나, 차이가 있더라도 기능적으로 경우에 따라 충분히 바꿀 수 있는 부분이라면 침해가 되는 경우가 발생한다. 관련되는 제품이 어떻게 사용되고 있는지, 관련되는 제품이 어떻게 변형되고 있는지에 대한 자료가 중요하다.

4) 최근 대법원 판결 내용(손해배상청구 관련)

대법원은 '스마트폰 악세사리' 관련한 디자인침해소송에서, 등록디자인에 대하여 무효심결이 확정되기 전이라 하더라도, 등록디자인이 공지된 디자인에 의하여 용이하게 창작될 수 있어 그 디자인등록이 무효심판에 의하여 무효로 되는 것이 명백한 경우에는, 디자인권리에 기초하여 침해금지 또는 손해배상청구는 권리남용에 해당하여 허용되지 않고, 법원에서도 디자인권리자의 그러한 청구가 권리남용에 해당한다는 항변이 있는 경우에는 용이 창작 여부를 심리하여 판단할 수 있다고 판단하였다.

따라서 동일한 경우 뿐만 아니라 용이하게 창작할 수 있다는 주장이 있는 경우에도 무효될 수 있으므로, 그 무효여부에 대해서 판단하여야 한다는 것이다. 이러한 대법원 판결에 의해 디자인특허무효심판 뿐만 아니라 손해배상청구소송에서도 창작성에 대한 다툼이 더욱 많아질 것으로 예상된다.

3. 디자인 침해에 대한 유사 판단 방법

1) 유사물품

물품의 동일·유사성 물품의 동일·유사성 여부는 물품의 용도, 기능 등에 비추어 거래 통념상 동일·유사한 물품으로 인정할 수 있는지 여부에 따라 결정하여야 할 것이다.

동일물품이란 용도와 기능이 동일한 것을 말한다(예: 태엽식, 자동식, 전자식 손목시계).

유사물품이란 용도가 동일하고 기능이 다른 것을 말한다(예: 볼펜과 만년필, 탁상시계와 손목시계).

용도와 기능이 상이하더라도 양 물품의 형상, 모양, 색채 또는 그 결합이 유사하고 서로 섞어서 사용할 수 있는 것은 유사물품으로 보아야 한다.

	동일물품	유사물품	비유사물품
동일형태	동일한 디자인	유사한 디자인	비유사한 디자인
유사형태			
비유사형태			

대법원 1992. 4. 24. 선고 91후1144 판결 (유사 판단)

인용디자인이 표현된 물품은 ‘접착제 용기’라고 인정되므로 원심이 이를 주방에서 주로 사용하는 포장용 용기로 인정한 것은 잘못이나, 인용디자인이 표현된 물품도 액체에 가까운 상태의 제품을 담아서 보존시키는 포장용의 용기라는 점에서 등록디자인이 표현된 ‘마요네즈 용기’와 그 기능 및 용도가 동일, 유사하므로 사회통념상 동일 유사물품에 해당한다.

대법원 2001. 6. 29. 선고 2000후3388 판결 (유사 판단)

음식 찌꺼기 발효통’과 ‘쓰레기통’은 용도와 기능이 상이한 면이 있으나, 쓰레기통도 음식 찌꺼기를 담아 일정 기간 보관할 수 있고, ‘음식 찌꺼기 발효통’도 경우에 따라 일반쓰레기를 담아 사용할 수 있는 것이어서 양 물품은 용도상 서로 혼용될 수 있어, 결국 양 디자인의 물품은 서로 유사하다.

2) 특허청 심사실무(디자인심사기준)에 따른 구체적 판단방법

심사단계에서는 객관적이고 신속한 판단을 위해 디자인과 불가분의 관계에 있는 물품이 다른 물품과 혼동을 야기하게 되면 유사한 디자인으로 본다(물품혼동설)

침해 판단과 관련된 등록 후에는 종합적으로 고려해야 한다.

① 창작내용의 공통성을 기준으로 하여 판단한다. ② 디자인이 표현된 물품이 다른 물품과 혼동을 야기할 우려가 있으면 유사한 디자인으로 볼 수 있다. ③ 보는 사람에게 주는 미적 인상을 기준으로 유사성을 판단할 수 있다.

대법원 1996. 11. 12. 선고 96후443 판결 등 다수.

디자인의 유사 여부는 이를 구성하는 각 요소를 분리하여 개별적으로 대비할 것이 아니라 그 외관을 전체적으로 대비 관찰하여 보는 사람으로 하여금 상이한 심미감을 느끼게 하는지의 여부에 따라 판단하여야 하므로 그 지배적인 특징이 유사하다면 세부적인 점에 다소 차이가 있을지라도 유사하다고 보아야 한다.

3) 물품적 본질 대비에 따른 구체적 판단방법

디자인보호법상 디자인은 물품의 형상, 모양이나 색채 또는 이들의 결합이 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것으로서 물품을 떠나서는 존재할 수 없고 물품과 일체 불가분의 관계에 있으므로 물품에 동일·유사성이 없을 때에는 그 물품의 표현된 디자인 또한 유사성이 없다고 보아야 한다.

대법원 1985. 5. 14. 선고 84후110 판결

출원디자인이 표현된 '접시덮개'를 인용디자인이 표현된 '접시'와 비교해보면 양자 모두 식품용기류에 속하기는 하나 접시는 식품을 담아 받쳐주는 용도와 기능을 가진 반면 접시덮개는 위와 같은 접시 위에 덮어 식품에 이물의 부착을 막고 식품의 보온, 보습 및 방취를 하는 용도와 기능을 가진 것이므로 위와 같은 용도와 기능의 차이에 비추어 볼 때 거래통념상 동일종류의 물품이라고 볼 수 없다.

※ 대법원 1999. 12. 28. 선고 98후492 판결, 대법원 2006. 7. 28. 선고 2003후1956 판결 등 일부 판결에서 '물품의 동일·유사성'을 '물품의 동일성'이라 표현하기도 하지만 같은 의미로 읽힌다(98후492 판결 참조).

4) 형태적 본질 대비에 따른 구체적 판단방법

[형태의 유사판단에 관한 디자인 심사기준]

- 형상이나 모양 중 어느 하나가 유사하지 아니하면 원칙적으로 유사하

지 아니한 디자인으로 보되, 형상이나 모양이 디자인의 미감에 미친 영향의 정도 등을 종합적으로 고려하여 디자인전체로서 판단한다.

- 모양의 유사여부는 주제의 표현방법과 배열, 무늬의 크기 및 색채 등을 종합하여 판단한다. 공지의 형상에 독특한 모양이 화체되어 새로운 미감을 일으키는 경우에는 모양에 대하여 심사를 하여야 한다.
- 색채는 모양을 구성하지 아니하는 한, 유사여부 판단의 요소로 고려하지 않는다. 모양을 이루는 경우 명도를 중심으로 한 톤의 차이에 의해 판단한다.



(1) 유사여부 판단 요소가 부적절한 경우: 색채, 기능, 구조, 정밀도, 내구력, 제조방법

색채는 그 자체로서 신규성·창작성이 없으므로 모양을 구성하지 아니하는 한 유사여부 판단의 요소로 고려하지 아니한다. 디자인에 있어서 창작의 노력이 가장 집중되는 것은 형상이고 색채는 그에 따라 결정되는 것이 보통이다.

특허법원 1999. 5. 13. 선고 99허178 판결 (유사 판단)

특허법원은 디자인등록무효심판사건에서 인용디자인은 색채가 아닌 형상과 모양의 결합으로 이루어진 것이어서 그와 형상과 모양이 유사한 디자인은 색채가 어떠한지를 불문하고 모두 유사한 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.

하지만 실무적으로 특허법원 2010. 3. 18. 선고 2009허8447 판결은 투명·불투명은 색채는 아니지만 디자인의 유사여부를 판단하는 요소가 되었다.

이 사건 디자인	확인대상디자인
	

특허법원 2010. 3. 18. 선고 2009허8447 판결: ‘천장에 매다는 등’에 관한 권리범위 확인심판사건.

- 이 사건 등록디자인과 확인대상디자인은 ① 범종 형상으로 되어 있는 점, ② 흰색 실로 휘감아 형성된 줄무늬의 모양이 있는 점, ③ 범종 형상의 상단

부에는 꼭지가 달린 둥그런 뚜껑 모양의 연결부재 형상으로 되어 있는 점에서 유사하나, 두 디자인 사이에 위 ① 내지 ③의 유사점은 이 사건 등록디자인의 출원 전에 이미 공지된 사실이 인정되므로, 디자인권의 권리범위를 정함에 있어 그 중요도를 낮게 평가하여야 한다고 한 사례이다.

구 의장법시행규칙 별표 2의4호 등에 따르면 디자인의 대상이 되는 물품의 전부 또는 일부가 투명한 경우 그에 관한 설명을 기재하도록 규정되어 있는바, 디자인의 대상이 되는 물품의 투명·불투명은 물품의 형상·모양·색채는 아니지만, 디자인의 유사 여부를 판단하는 요소가 될 수 있다고 한 사례이다.

(2) 유사여부 판단 요소가 부적절한 경우: 재질

디자인심사기준에 따르면, 재질은 그 자체가 모양이나 색채로서 표현되는 경우에만 유사여부 판단의 요소로 참작한다. 기능, 구조, 정밀도, 내구력, 제조방법은 그 자체가 외관으로 표현되지 않는 한 유사여부 판단의 요소가 될 수 없다.

4. 디자인권 침해의 유사 판단 시 주의사항

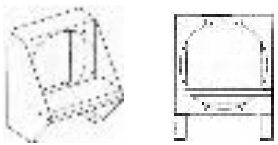
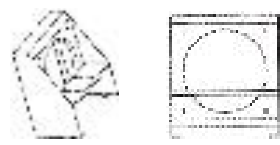
1) 중요부(요부) 판단 고려

물품의 잘 보이는 면에 유사여부 판단의 비중을 둔다(예: TV정면). 그러나 상식적인 범위 내에서의 물품의 대소의 차이는 유사여부 판단의 요소로 고려하지 않는다.

대법원은 디자인 중 중요도를 낮게 평가해야 하는 2가지의 경우로는 첫째, 등록디자인이 공지부분을 포함하고 있는 경우와 둘째, 디자인의 구성 중 물품의 기능에 관련된 부분에 대하여 그 기능을 확보할 수 있는 선택 가능한 대체적인 형상이 그 외에 존재하는 경우이다.

대법원 2011. 2. 24. 선고 2010후3240 판결. 등록번호 제296675호 관련 사건 (유사 판단)

동일한 기능의 대체형상이 존재하는 ‘오일쿨러용 케이스’ 사건

이 사건 디자인	확인대상디자인
	

양 디자인은 몸체부의 전체 외곽 형상이 정사각형에 가까운 사각형이고, 송풍 팬의 장착 부분이 원형의 홀로 형성되어 있는 점, 몸체부의 상판(덮개 부분)이 직사각형의 수평 판으로 되어있고, 중앙의 직하부에 수평의 받침대가 직사각형의 형태로 형성되어 있는 점, 양측 세로판은 상판 및 수평의 받침대와 수직으로 결합되어 있으며, 수평의 받침대가 결합된 부분이 상판과 결합된 부분보다 폭이 넓은 점 등에서 서로 유사하다.

그런데 양 디자인의 위와 같은 유사점 중 사각 형태의 몸체부 외곽 형상이나 원형의 홀 등은 오일쿨러용 케이스의 기본적 형태이거나 위 물품의 기능을 확보하는 데에 불가결한 형상이라 하더라도, 받침대가 양측 세로판 사이에 결합된 형상의 경우 송풍 모터를 지지하기 위한 받침대를 고정시키기 위하여 오일쿨러용 케이스가 반드시 이러한 형상을 갖고 있어야 한다고는 볼 수 없고, 동일한 기능을 수행하면서도 전체적인 미감을 고려하여 그 받침대와 양측 세로판의 형상이 얼마든지 다르게 구성될 수 있으므로, 위와 같은 형상이 이 사건 등록디자인의 출원 전에 공지된 부분이라고 볼만한 아무런 증거가 없는 이 사건에 있어서, 이 부분은 위 물품을 대하는 일반 수요자가 느끼는 전체적인 심미감에 영향을 미치는 요소임이 분명하다. 그렇다면 양 디자인은 전체적으로 심미감에 차이가 없는 유사한 디자인이라 할 것이다.

2) 유사성 정도(폭)의 고려

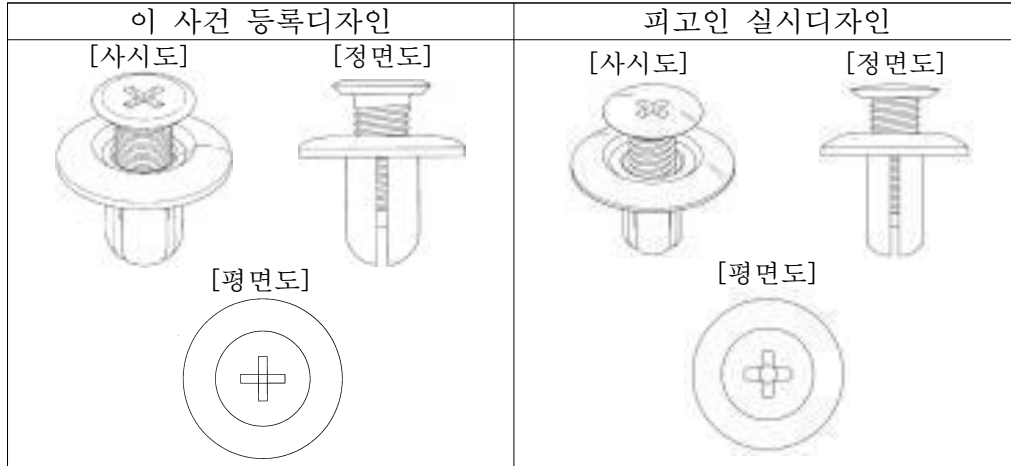
유사성이 높지 않은 확률이 많은 경우는, ① 새로운 물품, ② 동종류의 물품에서 특히 새로운 부분, ③ 특이한 형상에 첨가되는 모양 등일수록 그 유사성의 폭이 넓어서 유사함이 덜하다.

대법원 판례 (유사성 폭을 좁게 보는 판단 요인)

병 등의 용기 뚜껑에 관한 디자인과 같이 단순한 형태로서 옛날부터 흔히 사용되어 왔고 여러 가지의 디자인이 많이 고안되어 있으며, 구조적으로도 그 디자인을 크게 변화시킬 수 없고 취미나 유행의 변화에 한도가 있는 것(대법원 1996. 6. 28. 선고 95후1449 판결), 창문틀에 관한 디자인과 같이 무수히 많이 창작되고 등록된 것(대법원 1996. 1. 26. 선고 95후750 판결), 손목시계에 관한 디자인과 같이 출현된 지가 오래되어 다양한 종류로 여러 가지 디자인이 나와 있고, 구조적으로도 그 디자인을 크게 변화시킬 수 없으며, 취미나 유행의 변화에 한도가 있는 것(대법원 1995. 12. 22. 선고 95후873 판결), 물품의 형태가 단순한 것(대법원 2000. 2. 11. 선고 98후2610 판결) 등을 각각 대비되는 두 디자인 간의 유사의 폭을 좁게 보는 사정으로

고려해 오고 있다.

대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도12633 판결 (비유사성 판단)

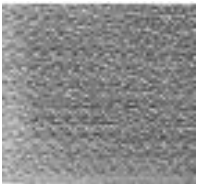




디자인의 유사 여부를 판단함에 있어서는 이를 구성하는 요소들을 각 부분으로 분리하여 대비할 것이 아니라 전체와 전체를 대비·관찰하여 보는 사람의 마음에 환기될 미감과 인상이 유사한 것인지의 여부에 따라 판단하여야 하고, 이 경우 보는 사람의 주의를 가장 끌기 쉬운 부분을 요부로서 파악하고 이것을 관찰하여 일반 수요자의 심미감에 차이가 생기게 하는지 여부의 관점에서 디자인의 유사 여부를 결정하여야 하며, 옛날부터 흔히 사용되어 왔고 단순하며 여러 디자인이 다양하게 고안되었던 것이나 구조적으로 그 디자인을 크게 변화시킬 수 없는 것 등에서는 디자인의 유사범위를 비교적 좁게 보아야 한다(대법원 1997. 10. 14. 선고 96후2418 판결 참조).

피고인이 제작·판매한 리벳볼트의 디자인은 피해자의 등록디자인과 볼트 머리부와 나사산의 형상, 리테이너 확장부 하단 및 볼트 머리의 십자홈 형상 등 사람의 주의를 끌기 쉬운 특징적인 부분들이 서로 달라 전체적인 심미감에서 차이가 있으므로, 피고인이 피해자의 디자인권을 침해하였다고 볼 수 없다는 이유로 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판단을 수긍한다.

대법원 2010. 5. 13. 선고 2010후265 판결(비유사 판단)

‘직물지’의 이면도 고려한 유사판단

이 사건 디자인	확인대상디자인	
		
	표면	이면

좌우로 길쭉한 썩기 무늬가 반복적으로 형성되어 있는 표면과 아무런 무늬가 없는 이면으로 구성된 이 사건 등록디자인과 좌우로 길쭉한 썩기 무늬가 반복적으로 형성되어 있는 표면과 그와 대칭되는 좌우로 길쭉한 썩기 무늬가 반복적으로 형성되어 있는 이면으로 구성된 확인대상디자인은, 그 표면의 모양에 있어서는 좌우로 길쭉한 썩기 무늬를 상하좌우로 규칙적으로 배열하여 서로 유사한 면이 있으나, 그 이면에 있어서는 이 사건 등록디자인은 아무런 무늬가 없는 반면, 확인대상디자인은 표면과 거의 동일한 무늬로 구성되어 있는 차이가 있다.

그런데 양 디자인의 대상이 되는 물품은 식물지로서 스카프 등에도 사용될 수 있고, 이 경우 벽지 등과는 달리 표면 외에 이면의 모양도 보는 사람의 주의를 끌 것이며, 더욱이 식물지의 사용시뿐만 아니라 거래시 그 수요자는 표면 외에 이면의 심미감도 아울러 고려하여 구입 여부를 결정할 것으로 보이므로, 비록 표면이 이면보다 보는 사람의 눈에 잘 띈다 하더라도 표면의 모양만이 요부라고 보기 어렵다. 이와 같은 점을 고려하여 일반 수요자의 입장에서 양 디자인을 이면까지 포함하여 전체적으로 대비 관찰하여 볼 때, 양 디자인은 그 이면에 무늬가 있고 없는 현저한 차이로 말미암아 전체적인 심미감이 서로 달라 유사하다고 볼 수 없으므로, 확인대상디자인은 이 사건 등록디자인의 권리범위에 속한다고 할 수 없다.

3) 동적디자인과 같은 형태의 변화 요인 고려

기본적 주체를 이루는 자태가 정적디자인과 유사하면 유사한 디자인이고, 동작의 내용이 특이하면 유사하지 아니한 디자인으로 본다.

대법원 1999. 10. 8. 선고 97후3586 판결

대비되는 의장의 표현된 물품들이 다 같이 그 기능 내지 속성상 사용에 의하여 당연히 형태의 변화가 일어나는 경우, 그 의장의 유사 여부는 형태의 변화 전후에 따라 서로 같은 상태에서 각각 대비한 다음 이를 전체적으로 판단하여야 한다.

동적디자인 상호간에 있어서는 그 정지상태, 동작의 내용 및 동작중의 기본적인 주체를 이루는 자세 등을 전체로서 비교하여 유사 여부를 판단한다.

5. 기타 고려 요인

1) 완성품(부품의 종합체)과 부품

완성품과 부품은 용도와 기능이 상이하므로 원칙적으로 비유사 물품으로 본다. 단, 부품의 구성이 완성품에 가까운 경우 유사물품으로 보아 디자인의 유사여부를 판단한다(예: 안경과 안경테).

2) 틀과 형틀로부터 만들어지는 물품

형틀과 형틀로부터 만들어지는 물품 디자인은 용도와 기능이 상이한 비유사물품인 바 비유사한 디자인으로 본다(예: 빵틀과 빵).

3) 부분디자인

부분디자인 간의 유사여부는 그 디자인이 속하는 분야의 통상의 지식을 기초로 ① 디자인의 대상이 되는 물품 ② 부분디자인으로서 등록을 받고자 하는 부분의 i) 기능·용도, ii) 형태, iii) 차지하는 위치·크기·범위를 종합적으로 고려하여 판단한다.

4) 글자체디자인

시행규칙 별표4의 N1류 글자체의 물품의 구분 중 한글 글자체, 영문자 글자체 등 상호간은 유사한 물품으로 보지 아니한다.

글자체디자인이 i) 기존 글자체의 복사나 기계적 복제에 해당하는 경우, ii) 기존 글자체의 부분적 변경에 해당되는 경우, iii) 기존 글자체의 자족(패밀리글자체)에 해당되는 경우에는 기존 글자체디자인과 동일·유사하다고 판단한다.

제4절 디자인권 침해 피의자의 항변사항 검토

1. 개요

디자인의 유사 여부 판단은 어려운 작업 중에 하나이며, 디자인 유사 여부 판단은 디자인등록요건 및 디자인 보호범위 판단의 핵심이다. 일반적으로 디자인의 유사 여부 판단은 디자인간의 전체를 대비·관찰하여, 보는 사람의 마음에 환기될 미적 느낌과 인상이 유사한지 여부에 따라 판단하되, 보는 사람의 시선과 주의를 가장 끌기 쉬운 부분을 중심으로 대비·관찰하는 전체관찰·요부관찰에 의하는데, 대상판결은 등록디자인, 확인대상디자인 및 비교대상디자인들 간의 복수의 유사 여부 판단을 하는 경우 그 유사 여부 판단들 간에 일관성이 유지되어야 한다고 판시하였다.

2. 등록디자인이 신규성이 없다는 항변

디자인의 특징적인 부분을 도출해 내고 이들을 대비하는 작업은 유사 여부 판단에서 매우 중요하다.

대법원 판단기준 (대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다202939 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도12633 판결; 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003후762 판결 등)
등록디자인이 신규성이 있는 부분과 함께 공지의 형상과 모양을 포함하고 있는 경우 그 공지 부분에까지 독점적이고 배타적인 권리를 인정할 수는 없으므로 디자인권의 권리범위를 정함에 있어서는 공지 부분의 중요도를 낮게 평가하여야 하며, 등록디자인과 그에 대비되는 디자인이 공지 부분에서는 동일·유사하다고 하더라도 나머지 특징적인 부분에서 서로 유사하지 않다면 대비되는 디자인은 등록디자인의 권리범위에 속한다고 할 수 없다.

3. 자유실시디자인의 항변

대법원에서는 “등록디자인과 대비되는 디자인이 등록디자인의 출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 것인 때에는 등록디자인과 대비할 것도 없이 그 등록디자인의 권리범위에 속하지 않는다고 보아야 한다.”고 판시하여, 침해자가 실시하고 있는 디자인이 공지된 디자인에 해당되거나 공지된 디자인에 의하여 쉽게 창작할 수 있는 디자인에 해당하는 경우에는 디자인권의 침해에 해당되지 않는 것으로 본다.⁵²⁾

52) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2016후878 판결.

따라서 특사경에서 침해 혐의가 있는 디자인에 대해서는 이것이 기존에 공지되어 있는 디자인이나 그러한 디자인으로부터 쉽게 창작할 수 있는지 여부도 함께 고려하여 침해 여부를 판단하여야 하는데, 현실적으로는 자유실시디자인의 해당 여부 판단함에 있어서 쉽게 창작할 수 있는지 여부(용이창작성 여부)는 특사경의 구성원이 정확하게 판단하는 것이 다소 어렵다고 볼 수 있으므로, 공지된 디자인에 해당되는지 여부를 중심으로 자유실시디자인에 대한 해당 여부를 판단하여야 할 것이다.

4. 실시권 존재의 항변

디자인보호법 제114조⁵³⁾의 간접침해와 관련하여 우리나라의 학설상으로는 민사책임 뿐만 아니라, 고의가 있는 경우 디자인권침해죄가 성립한다고 볼 수 있는지에 대한 견해가 대립되고 있다. 즉, 긍정설의 입장에서는 간접침해행위도 침해행위에 해당되므로 민사책임을 물을 수 있을 뿐만 아니라 고의가 있는 경우에는 침해죄가 성립된다는 것이고, 부정설의 입장에서는 간접침해규정은 민사책임을 논함에 있어 침해의 전단계에 있는 행위를 침해로 의제하여 권리자를 보호하기 위한 정책적인 규정이므로 형사책임에까지 이를 그대로 적용하는 것은 죄형법정주의에 반하는 확장해석이므로 침해죄가 성립되지 않는다는 것을 주장한다.⁵⁴⁾

5. 권리소진 항변

권리소진의 원칙이란, 저작권자가 기본적으로 배포권을 독점적으로 가지지만 저작권자가 저작물을 양도한 이후에는 해당 저작물에 대한 배타적인 배포권을 상실하여 더 이상 양수인의 해당 저작물에 대한 판매 내지 배포행위를 금지할 수 없다는 의미이다. 이 원칙을 주장하기 위한 요건으로 다음의 세 가지가 요구된다. 먼저 저작물의 원본 또는 복제물일 것, 저작권자의 동의를 받았을 것, 마지막으로 양도의 방법으로 거래되었을 것 등이다.

6. 침해의 고의가 없다는 항변

디자인보호법상 디자인권 침해범죄의 성립을 위해서 주관적으로 침해자의 ‘고의’를 요하는 것은 특허권의 침해와 동일하다. 디자인권 등 침해되는 형법 제8조가 정한 ‘타 법령에 정한 죄’에 해당하므로, 제228조의 몰수규정 등 특별한 규정을 제외하고 형법

53) 제114조(침해로 보는 행위) 등록디자인이나 이와 유사한 디자인에 관한 물품의 생산에만 사용하는 물품을 업으로서 생산·양도·대여·수출 또는 수입하거나 업으로서 그 물품의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위는 그 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.

54) 노태정·김병진, 디자인보호법, 세창출판사, 2009, 726면.

총칙이 그대로 위 침해죄에 관하여 적용된다.⁵⁵⁾

디자인권 침해범죄의 구성요건으로서는 ① 침해의 대상이 되는 권리가 존재하여야 하고(디자인권 또는 전용실시권), ② 침해자의 디자인의 실시가 권리침해의 태양에 해당될 것(디자인권의 권리범위(유사 범위)에 속하고, ‘업(業)’으로서 실시하고 있을 것, 위법성조각사유에 해당되지 않을 것 등), ③ ‘고의(故意)’가 있을 것⁵⁶⁾ 등을 요한다.

주관적 구성요건으로서 고의 인정 여부에 관하여, 타인의 디자인권 등을 침해한다는 인식이 없었던 경우에는 침해에 대한 고의를 인정할 수 없는데, 다만 이러한 디자인권의 타인성이나 침해의 의미 등에 대한 침해자의 인식은 정확한 법적 평가를 요구하는 것이 아니고, 문외한에 의하여 판단된 법적, 사회적 의미 내용, 즉, 문외한으로서의 소박한 가치평가이면 충분하다고 본다.⁵⁷⁾

55) 정상조·설범식·김기영·백강진 공편, 디자인보호법 주해, 박영사, 2015, 1260면(정택수 집필 부분).

56) 디자인보호법상 ‘고의’는 추정되지 않고, ‘과실’만 추정됨(디자인보호법 제116조 참조).

57) 정상조·설범식·김기영·백강진 공편, 앞의 책, 1262면(정택수 집필 부분).

제5절 디자인권 침해죄 관련 벌칙 규정

1. 비밀누설죄

- 225조(비밀누설죄 등) ① 특허청 또는 특허심판원 직원이나 그 직원으로 재직하였던 사람이 디자인등록출원 중인 디자인(헤이그협정 제11조에 따라 연기 신청된 국제디자인등록출원 중인 디자인을 포함한다)에 관하여 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 도용한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 특허청 또는 특허심판원 직원이나 그 직원으로 재직하였던 사람이 제43조제1항에 따른 비밀디자인에 관하여 직무상 알게 된 비밀을 누설한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제43조제4항에 따라 비밀디자인을 열람한 자(제43조제4항제4호에 해당하는 자는 제외한다)가 같은 조 제5항을 위반하여 열람한 내용을 무단으로 촬영·복사 등의 방법으로 취득하거나 알게 된 내용을 누설하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 제185조제1항에 따라 비밀사본을 열람한 자가 같은 조 제2항을 위반하여 열람한 내용을 무단으로 촬영·복사 등의 방법으로 취득하거나 알게 된 내용을 누설·도용하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

2. 위증죄

- 제221조(위증죄) ① 이 법에 따라 선서한 증인, 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 거짓의 진술·감정 또는 통역을 한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
<개정 2017.3.21.>
- ② 제1항에 따른 죄를 범한 자가 그 사건의 디자인등록여부결정, 디자인일부심사등록 이의신청에 대한 결정 또는 심결이 확정되기 전에 자수한 경우에는 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

3. 허위표시의 죄

제222조(허위표시의 죄) 제215조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2017.3.21.>

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

4. 거짓행위의 죄

제223조(거짓행위의 죄) 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로써 디자인등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2017.3.21.>

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

5. 비밀유지명령 위반죄

제224조(비밀유지명령위반죄) ① 국내외에서 정당한 사유 없이 제217조제1항에 따른 비밀유지명령을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 죄는 비밀유지명령을 신청한 자의 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

6. 양벌규정

제227조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제220조제1항, 제222조 또는 제223조의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에는 다음 각 호의 구분에 따른 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과(과)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제220조제1항의 경우: 3억원 이하의 벌금

2. 제222조 또는 제223조의 경우: 6천만원 이하의 벌금

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

7. 몰수

제228조(몰수 등) ① 제220조제1항에 해당하는 침해행위를 조성한 물건 또는 그 침해행위로부터 생긴 물건은 몰수하거나 피해자의 청구에 의하여 피해자에게 교부할 것을 선고하여야 한다.

② 피해자는 제1항에 따른 물건을 받은 경우에는 그 물건의 가액을 초과하는 손해액에 대하여만 배상을 청구할 수 있다.

*출처: 디자인보호법 [시행 2018.10.18.] [법률 제15579호, 2018.4.17., 일부개정]

제4장 영업비밀보호 침해행위 판단

제1절 개요

1. 영업비밀 침해죄 처벌 현황

○ 영업비밀 침해죄 처벌 실효성의 문제

영업비밀 침해죄에 관한 처벌규정은 우리나라의 ‘부정경쟁방지법’에 정비가 잘되어 있으나, 실제 처벌은 무죄, 집행유예, 벌금에 그치거나 합의로 종결하는 경우가 많아 영업비밀 침해죄의 실효성은 낮다.

○ 최근의 경향: ‘혐의없음’ 처리결과

최근 3년 동안 검찰에서의 기술유출범죄 처리현황을 살펴보면, 주로 부정경쟁방지법 위반 사건의 처리가 대부분이며, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 위반 사건의 처리는 그 비율이 매우 낮고 ‘혐의없음’으로 처리되는 결과도 매우 높은 비율을 차지한다.

따라서 단속 및 조사와 관련해서 기존의 ‘혐의없음’의 주된 원인이 되는 영업비밀의 성립요건 미비를 잘 따져보아야 할 것이며, 비밀관리성의 판단기준에 관하여 법원에서 상당히 엄격한 판례를 적용하고 있어 비밀관리성에 대한 판단과 적용에 특히 주의를 기울일 필요가 있다.

○ 영업비밀 침해죄 판단 자료의 수집 필요

실제 비밀관리성의 해석에 있어서는 현행법상 입법취지에 따른 구법상의 해석과 다른 명확한 대법원 판례나 해석기준이 나오지 않았으므로, 이에 대해서는 특사경에서 최근의 하급심 판결들부터의 해석을 수시로 수집 및 정리하여 이러한 정리된 해석을 가지고 영업비밀침해죄의 여부에 대한 판단을 할 필요가 있다.

2. 영업비밀 보호를 위한 법의 발전

1) 부정경쟁방지법의 목적

영업비밀 보호를 위한 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법’(부정경쟁방지법)은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다.

부정경쟁방지법 제2조제2호 영업비밀

2. "영업비밀"이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

2) 부정경쟁방지법의 발전과정

- 1998년 12월 법: 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」로 개정⁵⁸⁾

형사처벌과 관련하여 외국관련 영업비밀 침해의 가중처벌(제18조 제1항), 징역형과 벌금형의 병과(제18조 제4항) 규정을 신설하고, 영업비밀 침해죄의 처벌범위를 확대하여 행위주체에 전직 임직원도 포함시켰으며, 보호객체를 기업의 특유한 생산기술에서 기업에 유용한 기술상 비밀로 하고, 국가안보나 중대한 공익을 위해 필요한 경우 친고죄에 대한 예외를 인정하였으며, 법정형을 상향조정 하였다(제18조 제1항, 제2항).

- 2001년 보완

2001년에는 유명상표와의 혼동 외에 비상업적 사용 등 정당한 사유 없이 유명상표 표지의 식별력이나 명성을 손상시키는 행위를 부정경쟁행위의 유형으로 추가하고(제2조 제1항), 이러한 손상행위에 대해서는 다른 부정경쟁행위와 달리 고의가 있는 경우에만 손해배상 및 신용회복의 책임을 묻도록 하였다(제5조, 제6조).

- 2004년 보완

2004년에는 부정한 목적으로 타인의 성명·상호·상표 등과 동일하거나 유사한 도메인 이름을 등록·사용하는 행위를 부정경쟁에 추가했으며 2007년에는 영업비밀을 외국으로 유출하려는 자에 대한 징역형의 법정형을 최고 7년 이하에서 10년 이하의 징역으로 상향 조정함과 동시에, 2009년에는 행위유형에 누설만이 아니라 취득·사용까지 처벌의 대상으로 포함시켰다(제18조).

3) 아이디어 탈취 현황과 문제

- 아이디어 탈취의 심각성

기술탈취 유형에는 납품기술에 대한 자료요구를 하거나 협업과정에서 탈취하는 경우가 많다. 최근에는 인력탈취나 기술제안서 및 아이디어 탈취 등에 대한 침해가 심각하다.

58) 박상열(2011), 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호, 지식재산연구 제6권 제3호(2011. 9).

아이디어 탈취는 수탁기업(중소기업)을 선정하는 과정에서 수탁기업의 제안서를 제출받아 독자적으로 활용하거나 계열사 또는 자회사인 경쟁사로 유출하는 유형 등이 있다.

이에 정부는 아이디어 탈취 금지를 위한 개정 부정경쟁방지법이 2018년 7월 18일부터 발효된다. 특허제도와 달리 심사와 등록을 하지 않고 추상적인 아이디어를 보호한다는 점에서 그 보호대상과 요건에 대한 세심한 주의가 필요하다.

○ 개정안의 주요 내용(신설)

사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 및 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 신설하였다(부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목).

다만, 제공받은 아이디어가 동종업계에서 널리 알려진 것이거나 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 알고 있었던 사실을 입증하는 경우에는 면책되도록 하고 있다.(동법 제2조 제1호 차목 단서).

이에 대한 위반행위에 대해서는 특허청의 행정조사와 시정권고의 대상이 되도록 하고 관련 조사기록은 법원이 요청할 경우 증거자료로 제출할 수 있도록 하고 있다(동법 제7조, 제8조, 제14조의 7).

○ 아이디어 탈취 유형

① 중소기업이 거래선 확보단계에서 대기업 및 공공기관에게 설명한 아이디어를 대기업 등이 단독으로 사업화 추진

② 대기업 및 정부 조달 시, 해당 제안서가 타 기업으로 유출되어 제안 참여업체가 피해를 보는 사례들이 빈번히 발생

거래선 확보 또는 계약 성립을 위하여 대기업 및 공공기관에 전달된 아이디어를 탈취하는 행위는 민·형사적 제재대상이 되어야 하며, 하도급 계약 관계를 전제로 탈취행위를 규제하는 하도급거래 공정화에 관한 법률과 구별이 필요하다.

○ 아이디어 탈취에 대한 침해 적용사례 없음

아이디어 탈취에 대하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목을 적용한 사례가 아직 존재하지 않으며 광범위하게 적용되는 차목이기 때문에 이에 영업상 및 기술적 아이디어 탈취에 대한 별도의 제재 방안 마련도 필요하다.

○ 사례1: 제안서 및 아이디어 탈취⁵⁹⁾

영세 게임제작사인 ‘모비아트’는 2013.4. 자사 게임 ‘쉐이크팝콘’을 네이버 라인에 제안하면서 기획서와 설치파일까지 모두 라인 쪽에 넘겼다. 라인은 “게임으로서 매력은 있으나 타이밍이 좋지 않다”며 제휴를 거절하였다.

8개월이 지나 라인은 ‘쉐이크팝콘’을 빼다박은 ‘디즈니츠무츠무’라는 게임을 일본에서 출시하였는데, ‘모비아트’는 구체적인 게임의 특징들이 똑같다며 결국 표절 의혹을 제기하였다. 라인은 모비아트 제휴 제안 전에 이미 관련 프로젝트를 진행하였다(한겨레, 2015.9.7.)

○ 사례2: 제안서 및 아이디어 탈취

보안 솔루션업체 ‘비이소프트’는 ‘유니키’라는 금융거래 보안솔루션을 개발해 2014.3. 우리은행에 사업을 제안하였다.

이후 13개월간 우리은행의 자료 요청에 응하며 협의를 진행하였으나 결국 우리은행이 비슷한 기술을 개발하여 사용하고 있다고 주장한 바 있다. 이후 해당 중소기업은 우리은행의 기술 도용 의혹을 제기하였으나 오히려 명예훼손 소송을 당하기도 하였다.

○ 사례3: 제안서 및 아이디어 탈취

중소 이동통신자인 A 텔레콤은 2003년 응급상황에서 한번의 버튼으로 지정 수신자에게 자동 연결되는 ‘휴대폰 비상 호출 기능(SOS)’ 특허를 출원하고, 이 기술을 상용화하기 위하여 대기업인 L텔레콤에 제안서와 자료를 제출했지만 거부당하였다.

그런데 1년 뒤 L텔레콤이 긴급상황 L통보시스템이 탑재된 핸드폰을 출시하자 특허를 도용당했다며 소송을 제기하였다. L사는 오히려 A사 특허가 일본 특허와 유사하다며 특허무효 소송을 제기하여 쌍방의 법적 분쟁으로 악화된 바 있다.

특허 무효소송에서 대법원은 A사 특허의 유효성을 인정하여 A사는 승소하였다. □ 그러나 특허침해 소송에서는 A사의 특허와 L사의 서비스는 모두 단말기 소지자가 비상상황에서 버튼 하나로 비상연락처에 알려 구제받기 위한 기술이지만 기술 구성과 효과가 달라 특허를 침해했다고 볼 수 없다고 판단한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다75839 판결).

○ 사례4: 제안서 및 아이디어 탈취

정밀기계를 제작하는 중소기업인 S사는 수년간 많은 노력과 투자를 한 결과, 독자적 기술을 개발하였고, 대기업은 이 제품의 성능을 인정하여 해당 제품을 구입하기로

59) 손승우, “대기업 등 기술탈취 불공정 사례 및 대응방안”, 2016년도 중소기업 기술보호 컨퍼런스, 중소기업청 • 대중소기업협력재단·(사)벤처기업협회 • 중소기업기술혁신협회, 코엑스홀 E 5,6(3F), 2016.9.23. 33-45쪽 참조.

결정하였다. 그러나 대기업은 납품 조건으로 S사의 기술제공을 요청하였으며, S사는 거래단절을 우려하여 핵심기술도 동시에 제공하기로 하였다.

그 후 대기업은 납품받은 S사의 기술을 타 중소기업에 제공하여 개발하였고 S사 제품 가격보다 낮은 가격으로 유통하였다. 이후 S사는 해당 기술에 대한 시장 경쟁력이 하락하였고, 대기업은 해당 제품을 추가 도입하면서 S사와 타 중소기업이 가격 경쟁 하도록 하였다. S사는 판로를 빼앗길 수 없어 울며 겨자 먹기 식으로 납품 가격을 대폭 인하하게 되었던 것이다.

3. 영업비밀을 침해하는 부정경쟁행위

부정경쟁행위란, 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위를 말한다.

<표> 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 목적

<p>부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 (약칭: 부정경쟁방지법) [시행 2018. 7. 18.] [법률 제15580호, 2018. 4. 17., 일부개정]</p> <p>제1장 총칙 <개정 2007. 12. 21.> 제1조(목적) 이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다. [전문개정 2007. 12. 21.] 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2011. 12. 2., 2013. 7. 30., 2015. 1. 28., 2018. 4. 17.></p> <p>1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 가. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 나. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위 다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위 라. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 거</p>

<p>짓의 원산지의 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지를 오인(誤認)하게 하는 행위</p> <p>마. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인하게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위</p> <p>바. 타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로서 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위</p> <p>사. 다음의 어느 하나의 나라에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위일 전 1년 이내에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 해당 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위</p> <p>(1) 「공업소유권의 보호를 위한 파리협약」(이하 "파리협약"이라 한다) 당사국</p> <p>(2) 세계무역기구 회원국</p> <p>(3) 「상표법 조약」의 체결국(締約國)</p> <p>아. 정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위</p> <p>(1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적</p> <p>(2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적</p> <p>(3) 그 밖에 상업적 이익을 얻을 목적</p> <p>자. 타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다.</p> <p>(1) 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위</p> <p>(2) 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위</p> <p>차. 사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위. 다만, 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었거나 그 아이디어가 동종 업계에서 널리 알려진 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>카. 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위</p> <p>2. "영업비밀"이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.</p> <p>3. "영업비밀 침해행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>가. 절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 "부정취득행위"라 한다) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위</p> <p>나. 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위</p>
--

- 다. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
 - 라. 계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
 - 마. 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
 - 바. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
4. "도메인이름"이란 인터넷상의 숫자로 된 주소에 해당하는 숫자·문자·기호 또는 이들의 결합을 말한다.

[전문개정 2007. 12. 21.]

*출처: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 (약칭: 부정경쟁방지법) [시행 2018. 7. 18.] [법률 제 15580호, 2018. 4. 17., 일부개정]

제2절 영업비밀 침해행위

1. 영업비밀의 개념

1) 영업비밀

영업비밀이란 “공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”를 말한다(부정경쟁방지법 제2조 제2호). 우리나라 법은 영업비밀 침해행위를 부정경쟁행위의 하나로 보고 있다.

2) 영업비밀의 정의(부정경쟁방지법 제2조 제2호)

영업비밀의 정의를 만족하는지 여부에 관한 판단이 영업비밀 침해 판단의 기본적인 전제 사항이다(비공지성, 경제적 유용성, 비밀관리성 + 기술상 또는 경영상의 정보).

○ 영업비밀의 성립 조건

- ① 공연히 알려져 있지 않으면서[비공지성(非公知性) 또는 비밀성(秘密性)],
- ② 생산방법 또는 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 혹은 영업상의 정보로서 독립된 경제적 가치를 지니며[경제적 유용성(經濟的 有用性)],
- ③ 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지될 것[비밀관리성(秘密管理性)]을 요건으로 한다.

영업비밀에 대한 입증요건

대법원의 판결에 따르면, 영업비밀이 “독립된 경제적 가치”를 가진다는 의미는 그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하다는 것(대법원 2009.10.29. 선고 2007도6772 판결 등)을 말한다.

또한 ‘공연히 알려져 있지 아니하다’라는 비공지성은 “그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상 입수할 수 없는 것”(대법원 2009.3.16. 선고 2008마1087 결정 등)을 말한다.

그리고 ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된다’라고 하는 비밀유지성은 “그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것(대법원 2009.1.30. 선고 2006도 8498 판결 등 참조)을 의미한다고 판시하였다.

2. 영업비밀 침해행위의 정의 및 벌칙

1) 영업비밀 침해행위의 정의(부정경쟁방지법 제2조 제3호)

부정취득행위와 비밀유지의무 위반행위

가목 - 부정취득, 부정취득한 영업비밀 사용 또는 공개

라목 - 비밀유지의무 위반행위

나, 다, 마, 바목 - 각각 사후적 관여행위를 열거하고 있다. 부정취득 또는 비밀유지의무 위반행위를 취득 당시 알거나 중과실로 알지 못하고 이를 취득, 사용, 공개/선의로 취득한 후 알거나 중과실로 알지 못하고 사용, 공개

2) 영업비밀 침해행위에 대한 벌칙

(1) 구제수단

○ 영업비밀 침해행위에 대한 민사적 구제수단(부정경쟁방지법 제10조~ 제12조)
침해금지/예방청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권이 존재한다.

○ 영업비밀 침해행위의 형사적 구제수단(제18조 제1항 및 제2항)

징역형과 벌금형: “부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로”를 공통적인 요건으로 하여 “그 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서 취득·사용 또는 제3자에게 누설한 자”(제18조 제1항), “그 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자”(제18조 제2항)

(2) 벌칙

10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금/5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

단, 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 특정 금액(1억원/5천만원)을 초과 시에는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금형 부과한다.

징역과 벌금은 병과(併科)가 가능하다(제18조 제5항). 위의 침해범죄는 비친고죄이다.

<표 > 벌칙

<p>제18조(벌칙) ① 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서 취득·사용 또는 제3자에게 누설한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 1억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다. <개정 2009. 12. 30., 2013. 7. 30.></p> <p>② 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5천만원을 초</p>

과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다. <개정 2013. 7. 30.>

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2013. 7. 30., 2017. 1. 17., 2018. 4. 17.>

1. 제2조제1호(아목, 차목 및 카목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자
2. 제3조를 위반하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용한 자
 - 가. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국가·국장, 그 밖의 휘장
 - 나. 국제기구의 표지
 - 다. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용·증명용 표지

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2013. 7. 30.>

1. 제9조의7제1항을 위반하여 원본증명기관에 등록된 전자지문이나 그 밖의 관련 정보를 없애거나 훼손·변경·위조 또는 유출한 자
2. 제9조의7제2항을 위반하여 직무상 알게 된 비밀을 누설한 사람

⑤ 제1항과 제2항의 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다. <개정 2013. 7. 30.>

[전문개정 2007. 12. 21.]

*출처: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 (약칭: 부정경쟁방지법) [시행 2018. 7. 18.] [법률 제 15580호, 2018. 4. 17., 일부개정]

3. 영업비밀 정보의 내용

영업비밀로 보호되는 정보들은 기술상의 정보와 경영상의 정보가 있으며, 기술적 창작으로서의 특허성이나 문화적 창작으로서의 저작물성이 요구되지 않는다.⁶⁰⁾

1) 기술상 정보

① 기술상 정보의 예로는 “제품제조기계의 설계도, 기계의 운용 매뉴얼, 조작방법, 의약품 또는 화장품 등의 배합요령 및 비율, 설계방법, 제조방법, 제조기술, 제조공정, 청사진, 성분원료와 배합비, 강도계산의 운용방법, 기계의 사양, 공장의 배치도 등과 연구개발에 관한 정보, 즉, 연구개발 전략 및 방법, 연구개발 계획, 연구개발 보고서, 연구개발인지, 실험데이터, 실험성과 및 분석자료, 신제품에 대한 아이디어나 디자인, 소프트웨어프로그램” 등 공업기술에 사용되는 모든 지식을 들 수 있다.

2) 경영상 정보

② 경영상 정보의 예로서는 “원자재의 구입선, 주문서, 제품 견적에 대한 노하우, 판매고객 리스트, 신제품의 생산계획이나 판매계획, 고객의 관리방법, 대리점 명부, 재료나 상품의 구입처, 거래선의 루트, 판매가격표, 원가계산표, 판매계획, 판매지침서, 판매마진을, 판매매뉴얼, 시장조사정보, 수입 또는 수출루트, 재산목록, 타사와의 합병·지원·투자계획, 인사배치방법, 구인계획, 경영관리기법, 광고나 홍보계획, 선전광고

60) 사법연수원, 부정경쟁방지법(판례 및 해설), 2008, 164-165면.

방법, 미발표의 대차대조표, 제품의 할인시스템, 인사나 조직 및 재무관리기법, 원가계산방법, 자금조달계획, 사원의 급여수당의 액수, 설비투자 우선 순위” 등이 있다. 예를 들면, 롯데카드사의 VIP회원 관리에 관한 자료의 퇴직자 파일도 영업비밀에서 말하는 경영상의 정보에 해당된다.

3) 영업비밀의 유사 개념: 노하우(Know-How), 기업비밀

영업비밀과 유사한 개념으로 Know-How, 재산적 정보 또는 미공개정보, 기업비밀 등이 있다.

Know-How는 주로 기술적 정보에 국한되는 것으로 이해되고 비밀성을 갖추지 않은 것도 포함될 수 있다. 기술적 정보 외에 영업상 정보를 포함하고 비밀성을 요하는 영업비밀과 구별된다.

기업비밀이란 적법한 기업활동을 위해 유용한 정보에 한정하지 않고 세금포탈, 공해물질 방출, 사장과 직원간의 애정스캔들 등 법적으로 보호받을 수 없는 정보도 포함한다.

4. 외국의 영업비밀 개념

1) 미국법

(1) 영업비밀의 정의

영업비밀이란 “사업 또는 그 외의 기업의 운영에 있어서 이용 가능하며 또한 타인에 대한 현실적 또는 잠재적인 경제적 우위를 가져오기에 충분한 가치를 가지며, 은닉되어 있는 모든 정보”를 말한다(미국 1993년 3차 부정경쟁수정정보고, Restatement of the Law Third, Unfair Competition) 제39조)

○ 보호대상 영업비밀

방식(Formula), 양식(Pattern), 데이터 편집물, 컴퓨터 프로그램, 장치(Device), 방법, 처리방식(Technique), 공정(Process) 및 그 외의 형식 또는 구체화 된 가치가 있는 정보를 대상으로 한다.

민사상으로 기술정보, 경제정보 등이 보호대상이고, 형사상으로 미국 각 주에 따라 보호대상을 과학기술비밀로 제한하기도 한다.

○ 비밀성(비공지성)

영업비밀로 보호받기 위해서는 당해 정보가 비밀이어야 한다. 그러나 비밀성이 절대적일 필요는 없다.

○ 가치성(유용성)

영업비밀은 사업 또는 다른 기업의 운영에 있어서 타인에 대한 현실적 또는 잠재적인 경제적 우위를 가져오기에 충분한 가치를 지녀야 한다.

○ 비밀관리성(Reasonable Effort to Maintain Secrecy)⁶¹⁾

정보의 비밀성을 유지하기 위하여 이루어지는 예방조치의 유무 및 정도는 해당 정보가 영업비밀로서 보호받을 자격이 있다는 점을 강조하고 있다.

(2) 미국 RICO법에서 규정하고 있는 영업비밀 보호 규정

미국의 RICO(Federal Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act, RICO)법은 1996년 법개정으로 불법 복사 및 위조행위를 형사벌 범죄행위에 포함시켜 지적재산권의 침해행위로서 처벌할 수 있도록 하였다.

RICO법상 영업비밀보호를 위한 조항

(1) 영업비밀의 이용(제40조)

타인의 영업비밀의 이용에 대한 책임은 다음의 경우에 인정된다.

(1) 행위자가 타인의 영업비밀인 것을 알거나 혹은 알 수 있는 정보를 제43조에서 규정하는 준칙에 따라 부정한 수단에 의해 취득하는 경우,

(2) 행위자가 타인의 영업비밀을 동의 없이 사용 또는 개시하거나, 사용 또는 개시할 때에, ① 행위자가 해당정보가 제1조에서 규정하는 준칙에 따라 타인에 대한 비밀유지의무가 발생하는 상황에서 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 알 수 있는 경우, ② 행위자가 해당정보가 제3조에서 규정하는 준칙에 따라 부정한 수단에 의해 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 알 수 있는 경우, ③ 행위자가 해당정보가 제43조에서 규정하는 준칙에 따라 부정한 수단에 의해 그것을 획득한 자 혹은 영업비밀을 개시하는 것이 제41조에서 규정하는 준칙에 따라 타인에 대해서 비밀준수의무의 위반이 되는 자로부터, 또는 그 자를 통하여 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 또는 알 수 있는 경우, ④ 행위자가 해당정보가 우연하게 혹은 실수로 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 혹은 알 수 있는 경우이다. 다만, 그 취득행위가 해당정보의 비밀성을 유지하기 위한 상당한 예방조치를 취하지 않았기 때문에 발생한 경우는 제외한다.

(2) 영업비밀의무(제41조)

영업비밀의 개시를 받은 자는 제40조에서 규정하는 준칙에 있어서 다음의 경우에 당해 영업비밀의 보유자에 대해서 비밀유지의무를 갖는다.

61) Rockwell Graphics Systemsm Inc. v. DEV Industries, Inc., 925 F.2d 174(1990);E. I. DuPont de Numours & Co. v. Rolfe Christopher et al., 431 F. 2d 1012(1970), cert. denied, 400 U.S. 1024(1971).

(1) 당해 영업비밀의 개시 전에 비밀유지의 명시적 약속을 한 때, (2) 양 당사자의 관계 혹은 개시에 동반되는 다른 사실이 개시의 시점에 있어서 ① 개시를 받은 자가 당해 개시가 비밀리를 의도한 것이라는 것을 알거나 혹은 알 수 있거나, ② 개시를 한 자가 개시를 받는 자가 비밀유지에 동의하고 있다고 추인하는 것이 합리적일 때이다.

(3) 종업자에 의한 비밀유지의무위반(제42조)

고용자 또는 전 고용자가 보유하는 영업비밀을 비밀유지의무에 위반하여 사용하거나 혹은 개시하는 종업원 또는 전 종업원은 제40조에서 규정하는 준칙에 따라 영업비밀의 이용에 대해서 책임을 진다.

(4) 영업비밀의 부정취득(제43조)

제40조의 준칙에서 타인의 영업비밀의 부정한 취득수단에는 절도, 사취, 무허가에 의한 통신도청, 비밀유지의무 위반의 교사 또는 고의에 의한 비밀유지의 무위반에 의 참가, 그 외의 수단으로 그 자체가 위법인 것 혹은 사건의 상황에 따라 위법인 것 등이 포함된다.

독자의 발견 및 공공연히 입수가 가능한 제품 및 정보의 해석은 부정한 취득수단에 해당되지 않는다.

2) 독일

(1) 영업비밀

독일에서 영업비밀이란 기업의 영업상 관계하는 정보(예:고객정보, 업자데이터, 계산서류, 계약서류 등), 기업비밀(betriebsgeheimnis)인 기술적 영역에 관계된 정보(예:설계계획, 제조방법 등)로 기술에 관한 사실 및 영업거래·경제에 관한 사실 등이 모두 포함된다.

(2) 영업비밀의 요건

영업비밀이 되는 4가지 요건

(1) 사업(기업체) 관련성(Beziehung zum Geschäftsbetrieb), 이 요건은 영업비밀의 개념에서 가장 핵심적인 요건이다. (2) 비공지성(Fehlende Offenkundigkeit), 영업의 비밀로 인정되기 위해서는 공연히 알려져 있지 않아야 한다. 비밀유지를 담당하는 담당자 외의 제3자도 이 범위에 속한다. (3) 비밀유지의 의사(Geheimhaltungswille), 영업비밀로 인정되기 위하여서는 영업비밀의 소유자가 이를 영업비밀로 유지하려는 의사가 있어야 한다. (4) 비밀유지에 대한 이익(Geheimhaltungsinteresse). 즉, 영업비밀은 이를 비밀로 유지하는 데에 상당한 이익이 존재하여야 한다.

제3절 영업비밀 침해행위의 구성요건

1. 침해범죄의 구성

1) 영업비밀의 취득

○ 영업비밀의 취득

영업비밀의 취득이란 사회통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태에 이른 경우를 말한다.⁶²⁾

기업의 직원으로서 영업비밀을 인지하여 이를 사용할 수 있는 자는 이미 당해 영업비밀을 취득한 것으로 보아야 하기 때문에 그러한 자가 당해 영업비밀을 단순히 기업의 외부로 무단 반출한 행위는 경우에 따라 업무상 배임죄에 해당할 수도 있겠으나 여기서 영업비밀 취득에는 해당하지 않는다.⁶³⁾

○ 영업비밀의 취득 실체

영업비밀의 취득은 문서, 도면, 사진, 녹음테이프, 필름, 전산정보처리 조직 등에 의하여 처리할 수 있는 형태로 작성된 파일 등 유체물의 점유를 취득하는 형태로 이루어질 수 있고,⁶⁴⁾ 유체물의 점유를 취득함이 없이 영업비밀 자체를 직접 인식하고 기억하는 형태로 이루어질 수도 있으며, 영업비밀을 지득하고 있는 사람을 고용하는 형태로 이루어질 수도 있다.

2) 영업비밀의 사용 및 누설

○ 영업비밀의 사용

영업비밀의 사용은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품의 생산 또는 판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특징이 가능한 행위를 가리킨다.⁶⁵⁾

○ 영업비밀의 누설

영업비밀의 누설이란, 영업비밀을 아직 알지 못하는 타인에게 이를 알려주는 행위를 말하며, 구두의 고지, 서면에 의한 통지 등 모든 방법이 가능하다. 부정경쟁방지법 제 2조 제3항 가목에서는 영업비밀의 침해행위 중 공개행위에 대해서 규정하고 있으며, 여기에서 공개행위는“비밀을 유지하면서 특 정인에게 알리는 것을 포함한다.”고 정의하고 있으므로 공개의 개념에 누설의 개념도 포함되는 것으로 해석된다.

62) 대판 2008.4.10, 2008도679; 대판 1998.6.9., 98다1928.

63) 대판 2008.4.10, 2008도679; 전지연, 전계논문, 267면.

64) 대판 2008.9.11, 2008도5364.

65) 대판 1998.6.9, 98다1928.

3) 영업비밀의 침해행위 요건

○ 주관적 구성요건

영업비밀 침해행위는 형사범죄와 같이 ‘고의’가 있어야 하며, ① 부정한 이익을 얻거나, ② 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적이 있어야 한다. 이 경우 확실한 정도의 인식임을 요하지 않고 미필적 인식도 인정한다.

즉, 영업비밀 침해죄가 성립되기 위해서는 실제로 부정한 이익을 취득할 것이 요구되지 않으며, 이러한 목적으로 영업비밀을 누설함으로써 족하다.

위의 ②에서 “영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적”이란 영업비밀 보유자에 대하여 불이익을 주려는 목적을 의미하는데, 경제적 불이익에 한하지 않고 기타 명성, 이미지, 기술적 불이익 등을 포함한다.

○ 부정경쟁법상 영업비밀의 침해 성립

부정경쟁법상 영업비밀의 침해가 성립하기 위해서는 주관적 요건으로 행위에 대한 고의가 존재하여야 하며, 또한 “부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로”라는 주관적 요소가 필요하다.

따라서 부정경쟁법상의 영업비밀에 대한 형사법적 보호는 목적범의 경우에 한하여 보호를 받고 있다. 여기에서 말하는 “부정한 이익을 얻을 목적”은 경제적인 대가를 받거나 고용을 보장받는 등 다양한 혜택이나 이익을 받을 것을 조건으로 하여 기업의 영업비밀을 누설하거나 사용하는 등의 행위를 말한다.

또한 “기업에 손해를 입힐 목적”은 기업의 영업비밀을 누설하는 행위 등을 통하여 기업의 매출을 감소시키거나 경쟁기업과의 경쟁으로 인하여 이익을 감소시키려는 목적 등을 의미한다.

○ “기업에 손해를 입히는 행위가 아닌 것”

협상을 성공시키기 위하여 영업비밀인 설계도면을 상대방에게 설명하거나, 기술이전계약을 성사시키기 위하여 영업비밀인 제품의 제조공정과정 일부를 설명하는 과정에서 이를 누설하거나, 공중의 이익을 위하여 업체의 영업비밀의 일부인 폐수처리과정을 누설하는 등의 경우에는 부정할 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 아니라 다른 목적을 위한 부수사정에서 영업비밀이 누설된 경우이므로 여기의 기업에 손해를 입힐 목적에는 해당한다고 볼 수 없다.

이것은 사업자의 부정정보를 내부고발하는 행위에서의 고발자의 정의감으로 기업에 손해를 입힐 목적에는 해당되지 않는다. 내부고발의 원인은 다양하지만 이러한 행위에 이르게 된 동기와 “기업에 손해를 입힐 목적”은 상이하다고 할 수 있다. 또한 이러한 행위가 기업 또는 상사에 대한 개인적 감정에 따른 경우라 할지라도 내부고발로써 정당하다면 “기업에 손해를 입힐 목적”에는 해당하지 않는다.

즉, 기업은 부정행위에 의해 수익을 얻는 것이 허용되지 않기 때문에 그 행위를 고발함으로써 발생하는 손해는 “기업에 손해를 입힐 목적”에서 말하는 손해에는 해당되지 않는다.⁶⁶⁾

2. 영업비밀의 비공지성

1) 비공지성(비밀성)

‘공지성’이란, 간행물 등 전파매체 등에 의해 공개되어 있거나 일반 공중이 언제 어디서나 쉽게 구입, 복사, 대출, 열람 등을 통해 내용을 파악할 수 있도록 공개되어 있는 것을 의미한다.

영업비밀의 ‘비공지성’은 ‘공연히 알려져 있지 아니한 것’으로서 불특정 다수인이 그 정보를 알거나 알 수 있는 상태에 있지 아니한 것을 뜻한다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2006도9022 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도679 판결).

정보의 내용이 일반적으로 알려져 있을 때는 영업비밀이라고 할 수 없다.

대법원 판결에 따른 영업비밀의 비공지성

대법원은 영업비밀의 비공지성과 관련하여 “부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조제2호의 영업비밀이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다 할 것이고, 여기서 공연히 알려져 있지 아니하다고 함은 그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상 입수할 수 없는 것을 말하고, 보유자가 비밀로서 관리하고 있다고 하더라도 당해 정보의 내용이 이미 일반적으로 알려져 있을 때에는 영업비밀이라고 할 수 없다.”라고 판시(대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결)하였다.

2) 절대적 비공지성(비밀성)을 요건으로 하지 않는다

비밀보유자가 그 비밀을 모르는 사람보다 우월적 입장에서 그 정보를 관리하고 있어 그 외의 다른 자로서는 부정한 수단, 방법을 통하지 아니하면 이를 얻기 어려운 상태여야 한다. 일반인에게 또는 적어도 그 업계에서는 일반적으로 알려진 것이어서는 안되지만 그렇다고 절대적인 비공지성(비밀성)이 요구되는 것은 아니다.

판례: 서울고등법원 2007. 12. 20.자 2007카합232 결정.

비공지성은 특허법 등에서 추구하는 정도의 고도의 수준을 요하는 것이 아니고, 어떠한 ‘기술적 사상’이 공지된 것으로서 이미 업계에 널리 알려져 있다고 하더라도 그와 같은 기술적 사상을 구체적으로 구현하기 위하여 필요한 ‘세부적인 기술상의 정보’, 즉, ‘노하우(know-how)’에 독자적인 가치가 있고, 해당 업체에 의하여 그것이 비밀로서 유지, 관리되고 있는 경우에는

66) 박상열(2011), 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호, 지식재산연구 제6권 제3호(2011. 9), p.134.

그 기술상의 정보자체에 대하여 별도의 비공지성 등이 인정될 수 있다.

영업비밀에서의 비공지성은 특허법에서의 비공지에 관한 신규성과는 다른 개념이며, 비공지성의 인정도 상대적으로 완화시켜 적용하여야 한다.

3) 부분적인 정보와 종합적인 정보에 관한 비공지성 판단

공지되어 있는 부분적인 정보를 취합하여 새로운 정보를 개발하거나 공지된 종합적인 정보로부터 부분적인 정보들을 통해 새로운 형태의 정보를 얻은 경우는 이전의 공지된 정보와는 별개의 정보라고 볼 수 있을 것이므로 비공지성을 인정하여 보호할 필요가 있다.⁶⁷⁾

4) 역설계에 대한 비공지성(비밀성)의 판단

제품을 해석, 평가함으로써 그 구조, 재질, 성분, 제법 등 그 제품에 화체되어 있는 정보를 추출하거나 추출한 정보를 사용하는 행위로서의 역설계(Reverse Engineering)를 통하여 정보를 입수할 수 있는 정보에 비공지성의 인정여부가 문제가 될 수 있다.

일반인이 용이하게 역설계를 통하여 취득할 수 있는 정보에 대해서는 비밀성을 인정할 수 없지만, 영업 비밀의 보유자인 회사가 직원들에게 비밀유지의 의무를 부과하는 등 기술정보를 엄격하게 관리하는 이상, 역설계가 가능하고 그에 의하여 기술정보의 획득이 가능하더라도, 그러한 사정만으로 그 기술정보를 영업비밀로 보는 데에 지장이 없다(대법원 1999. 3. 12. 선고 98도4704 판결).

5) 국외에서만 공지될 경우의 비공지성(비밀성)의 판단

오늘날과 같은 세계화, 국제화의 시대에 당해 영업비밀이 해외에서 누설되어 버렸다면 당연히 국내에서도 비공지성을 상실한 것으로 보는 것이 타당하다는 것이며, 이러한 후자의 견해가 통설, 판례이다(서울지방법원 1997. 2. 14. 선고 96가합7170 판결).

3. 영업비밀의 경제적 유용성

1) 경제적 유용성

영업비밀로서 보호받기 위해서는 '당해 정보가 생산방법, 판매방법, 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로서 독립된 경제적 가치를 지닌 것'이어야 한다.

경제적 유용성의 입증책임은, 비공지성과는 달리, 영업비밀임을 주장하는 보유자에

67) 황의창, "영업비밀 보호제도의 도입과 기업의 대응," 생산기술(제2권 제8호), 한국생산기술연구원, 1991. 6. 164-165면.

게 있다. 이것은 입증의 상대적 어려움에, 해당 정보가 영업활동에 사용되고 있거나 향후 사용될 가능성이 있을 때, 경쟁업체가 이를 입수하여 어느 정도의 경제적 이익이 기대될 때에는 충분히 인정 가능하기 때문이다.

2) 경제적 유용성의 판단

경제적 유용성은 ① 건전한 거래질서 유지를 위한 법의 목적에 맞추어 사회일반의 입장에서 객관적으로 판단되어야 한다. 정보의 취득이나 개발을 위하여 상당한 비용이나 노력이 필요한 경우, 그 정보의 보유로 경쟁업체와의 경쟁관계에 있어 유용하게 활용할 수 있는 정보 등이면 경제적 유용성이 인정된다.

또 ② 사회적 상당성이 인정되는 정보라야 보호받을 수 있다.

대법원 2009. 7. 9. 선고 2006도7916판결; 대법원 2009. 4. 9. 선고 2006도 9022판결.

판례는 ‘독립된 경제적 가치를 가진다’는 것은 그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대해서 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하다는 것을 의미한다는 입장을 취하고 있다.

즉, 경쟁관계에 있어서 상대방에게 유용하게 활용될 수 있는 정보, 상대방이 알면 경쟁의 우위가 사라지는 정보는 모두 경제적 유용성이 있다.

사례

“대리점 마진율, 할인율, 가격 등을 포함. 기계의 기본적인 작동원리가 공공연히 알려져 있더라도 기계의 구성부품의 규격, 재질, 가공방법” 등을 들 수 있는데, 이것들이 공공연히 알려져 있지 않다면 역시 경제적 유용성이 있다고 볼 수 있다.

3) 경제적 유용성의 인정여부

경제적 유용성의 인정여부에 관하여 논란이 되는 것들이 몇 가지 있다.

① 잠재적으로 유용한 정보의 경제적 유용성 인정여부는 현실적으로 사용되고 있지 아니한 정보라고 하더라도 장래 상업적 가치를 발휘할 가능성이 있으면 유용하게 활용할 수 있는 것으로 보아 인정한다.⁶⁸⁾

② 기업의 탈세나 공해배출 사실 등의 반사회적 정보는 법적으로 보호받을 수 있는 정당한 이익이라고 할 수 없으므로 경제적 유용성을 인정할 수 없다.⁶⁹⁾

68) 김정덕·김성화, 영업비밀보호법의 이해, 한국학술정보(주), 2011. 8., 93면.

③ 실패한 실험결과 등과 같은 부정적 정보는 실패한 내용을 되풀이하지 않고 그 실험을 생략하여 연구개발비 및 연구기간을 절약할 수 있을 뿐만 아니라 무임승차 행위의 방지를 위한 측면에서도 경제적 유용성을 인정할 수 있다.⁷⁰⁾

④ 경쟁회사의 제품계획, 제품개발스케줄 등과 같이 그 자체는 직접 생산방법, 판매 방법 등의 영업활동에서는 이용되지 않지만, 알고 있으면 경쟁상 매우 유용하게 활용될 수 있는 간접적으로 유용한 정보도 경제적 유용성을 인정할 수 있다.⁷¹⁾

○ 기술정보의 투자 등에 대하여 독립된 경제적 가치를 인정한 사례⁷²⁾

필기구제조업체에 있어서 잉크제조에 필요한 10여 가지의 화학약품의 종류, 제품 및 색깔에 따른 약품들의 조성비율과 조성방법에 관한 기술정보는 가장 중요한 경영요소중의 하나로서, 그 기술정보가 짧게는 2년, 길게는 32년의 시간과 많은 인적, 물적 시설을 투입하여 연구개발한 것이다.

생산제품중의 90%이상의 제품에 사용하는 것으로서 실질적으로 그 기술정보 보유업체의 영업의 핵심적 요소로서 독립한 경제적 가치가 있다.

○ 피고인이 영업비밀 보유자보다 현저히 낮은 가격으로 납품한 것을 근거로 영업비밀 보유자의 납품가격 등의 독립된 경제적 가치를 부정한 사례⁷³⁾

피고인이 000처럼 국내업체를 통해 ###에 납품할 제품을 생산하였다면 000의 ###에 대한 납품가격, 아웃소싱구매가격, 물류비 등을 알게 되는 경우 경쟁상의 이익을 얻을 수 있으므로 독립된 경제적 가치가 있다고 볼 수 있다.

하지만 피고인이 000과 달리 중국업체를 이용하여 제품을 생산한 후 000에 비해 현저히 낮은 가격으로 ###에 납품을 한 이상 000의 납품가격, 아웃소싱구매가격, 물류비 등에 대한 정보가 피고인에게 있어서 독립된 경제적 가치가 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 000의 ###에 대한 납품가격의 대략적인 것은 동종업계에 알려져 있기도 하므로 위와 같은 정보가 영업비밀에 해당한다고 볼 수 없다.

4. 비밀관리성

1) “합리적인 노력”에 의한 영업비밀 관리

비밀관리성이라는 요건과 관련하여 영업비밀은 그 보유자가 당해 정보를 ‘합리적인 노력’에 의하여 비밀로써 관리하고 있는 것이어야 한다.⁷⁴⁾

69) 윤선희, 영업비밀개설, 법경출판사, 1991, 22면.

70) 황의창, “영업비밀 보호제도의 도입과 기업의 대응,” 생산기술(제2권 제8호), 한국생산기술연구원, 1991. 6., 174면.

71) 사법연수원, 앞의 부정경쟁방지법(2010), 84면.

72) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결.

73) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도8278 판결.

74) 박상열, “부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호,” 지식재산연구(제6권 제3호), 한국지식재산연구원·한국지식재산학회, 2011. 9, 108면.

2015. 1. 28. 시행 개정 부정경쟁방지법 이전에는 비밀관리에 관하여“상당한 노력”이라고 규정되어 있었으나, 해당 개정법 이후에는 “합리적인 노력”으로 개정되었다.

기존에 영업비밀로 인정받기 위한 요건 중 하나인 비밀 유지에 필요한 “상당한 노력”을 “합리적인 노력”으로 완화하여 중소기업이 처한 현실적 여건을 고려할 수 있도록 하였다는 것이 비밀관리에서의“합리적인 노력”에 대한 입법취지라고 볼 수 있다.⁷⁵⁾

판례: 2심인 의정부지방법원 2016. 9. 27. 선고 2016노1670 판결에서의 “3) 부정경쟁방지법의 개정 경위” 부분

“위와 같은 개정 경위에 비추어 볼 때 비밀로 유지하기 위한 ‘합리적인 노력’을 기울였는지 여부는 해당 정보에 대한 접근을 제한하는 등의 조치를 통해 객관적으로 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태가 유지되고 있는지 여부(= 접근 제한 + 객관적 인식가능성)를, 해당 정보에 대한 ① 물리적, 기술적 관리, ② 인적, 법적 관리, ③ 조직적 관리가 이루어졌는지 여부에 따라 판단하되, 각 조치가 ‘합리적’이었는지 여부는 영업비밀 보유 기업의 규모, 해당 정보의 성질과 가치, 해당 정보에 일상적인 접근을 허용하여야 할 영업상의 필요성이 존재하는지 여부, 영업비밀 보유자와 침해자 사이의 신뢰관계의 정도, 과거에 영업비밀을 침해당한 전력이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려해 판단해야 할 것이다.”

이것을 정리하면 다음 표와 같다.⁷⁶⁾ ‘합리적인 노력’으로 개정된 것은 그 영업비밀 자체의 보호에 목적이 있는 것이 아니고, 비밀로 관리되고 있는 타인의 정보를 부정한 수단으로 취득하여 경쟁상 유리한 지위를 차지하려는 행위를 막아 건전한 경쟁질서를 유지하고자 함에 있다.

합리적 노력의 판단 기준: 접근 제한 + 객관적 인식가능성		
① 물리적, 기술적 관리	② 인적, 법적 관리	③ 조직적 관리
영업비밀 보유 기업의 규모, 해당 정보의 성질과 가치, 해당 정보에 일상적인 접근을 허용하여야 할 영업상 필요성이 존재하는지 여부, 영업비밀 보유자와 침해자 사이의 신뢰관계, 과거에 영업비밀을 침해당한 전력이 있는지 여부 등에 기초하여 판단함.		

이상과 같은 판단법리를 바탕으로 2심 판결에서는 1심 판결과 다르게 피해자 회사는 이 사건 고객정보를 비밀로 유지하기 위한 ‘합리적인 노력’을 다하였다고 보아 해당 영업비밀의 “비밀관리성” 및 피고인의 유죄를 인정하였다.

75) 김광목, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고(김한표의원 대표발의), 2014. 11. 1면.

76) 2심인 의정부지방법원 2016. 9. 27. 선고 2016노1670 판결에서의 “4) ‘합리적인 노력’ 의미” 부분의 내용임.

2) 영업비밀 관리성의 인정요건

구체적으로 비밀관리성이 인정되기 위해서는 4가지의 요건이 필요하다.

① 비밀유지의 의사가 명시적일 필요까지는 없지만 평균적 종업원이 느낄 정도로는 필요하고, ② 당해 정보가 영업비밀이라는 사실을 인식할 수 있을 정도로 특징이 되어 있어야 하며, ③ 당해 정보를 필요이상으로 타인에게 접근시키지 않기 위해 물리적인 접근통제가 있어야 하고, ④ 당해 정보에 접근하는 자에게는 보유자의 의도에 반하는 사용 및 공개를 하지 않도록 비밀유지의무를 부여하여야 한다.⁷⁷⁾

3) 영업비밀 관리성 인정 여부를 판단하는 보안관리 실무

① 보완관리 규정의 존재(영업비밀문서의 작성, 발송, 접수, 보관, 폐기방법 등에 관한 문서관리규정의 존재 여부 고려), ② 보안책임자 지정, ③ 보안서약서(비밀준수서약서)의 수령(이것은 입사 또는 퇴사 시 일반적으로 수령하는 서약서로는 부족하고, 특정 영업비밀에 관한 비밀준수약정이어야 함), ④ 사원을 대상으로 영업비밀에 관한 정기적인 보안교육의 실시(구체적인 시기, 횟수, 내용 등), ⑤ 보안장치(물리적인 의미의 시건장치, 보안요원, 방문 및 열람 대장 작성, 출입카드 발급 및 반납 관리, CCTV의 설치, 문서보관장소에 잠금장치나 카드키설치, 컴퓨터파일에 패스워드 설정 여부 등), ⑥ 비밀의 분류 및 표시(보안등급 등을 표시 - 영업비밀이라는 사실을 인식할 수 있도록 문서에 표시 : ‘극비’, ‘대외비’ 등의 표시 고려), ⑦ 비밀로 분류된 자료의 보관 장소 및 상태(정보를 일정한 장소에 보관하고 물리적으로 그 접근을 제한하고 있는지 여부 고려), ⑧ 비밀정보에 대한 접근 및 관리의 제한조치(직급 및 직책에 따른 접근 권한 세분화 - 그 정보에 접근할 수 있는 자를 제한함에 있어서 문서관리규정, 영업비밀관리규정, 비밀관리규칙, 사규 등에 특별히 지정된 자 이외에는 열람이나 복사, 취급 등을 금지, 문서 등의 배부처를 제한하고 있는지 여부 고려), ⑨ 방화벽 설치(전자파일 형태의 전자적 의미의 방화벽, 인증 등 고려), ⑩ 고장수리 등을 전문업체에 맡기는 경우에 영업비밀임을 분명히 하여 계약의 전제조건으로 상대방에게 비밀유지의무를 부과했는지 여부 등의 사정들을 종합적으로 고려하여 비밀관리성 여부를 판단할 수 있다.

① 보안관리는 형식적인 것이 아니라 실질적인 것이 고려되어야 한다. 즉, 형식적으로는 사내 규정을 제정하고 도면에 비밀표시를 하였다고 하더라도 실제 운영에서는 이러한 규정들이 준수되지 않고 일반 직원들이 자유롭게 영업비밀의 대상이 되는 정보에 대한 접근이 가능하다면 비밀관리성은 부정될 수 있는 것이다. ② 보안관리는 구체적으로 검토되어야 할 것이다. 즉,

77) 김정덕, 김성화, 영업비밀보호법의 이해, 한국학술정보(주), 2011. 8., 98-99면.

78) 한국특허법학회, 앞의 영업비밀보호법, 63면 참조(김종석 저).

일반적인 보안관리 시스템이 구축되어 있다고 하더라도 구체적으로 특정 사건에서 문제가 된 영업비밀에 관해서는 비밀분류 내지 표시가 되지 않았거나 비밀준수의무를 부과하지 않았다면 비밀관리성 요건이 부정될 수 있다.⁷⁸⁾

4) 영업비밀 탐지 수단

상대방 기업의 영업비밀을 침해하기 위해 탐지 수단으로는 각종 인적 자원 또는 물적 장비를 동원하여 여러 가지 형태로 다양하게 침해행위를 한다. 예를 들면,

- 절취, 복사, 촬영에 의한 방법
- 전자기기에 의한 도청 및 비밀녹음
- 위장침투행위
- 기업 내부자의 매수
- 스카우트 작전
- 제3자를 이용하는 방법
- 컴퓨터스파이

영업비밀 탐지행위는 예컨대 시장조사기관이나 기술컨설턴트, 공인회계사, 변호사, 변리사, 기자 등 경쟁기업의 정보에 쉽게 접근할 수 있는 직업을 갖고 있는 사람에게 그 정보의 입수를 의뢰하는 방식으로, 다른 제3의 조직이나 개인에게 특정한 기업의 비밀자료 입수를 의뢰하기도 한다. 이 간접적 방법은 제3자의 전문적인 기술이나 기법을 활용할 수 있다는 점과 직접 법적 저촉문제를 회피할 수 있다는 점에서 이용된다.

컴퓨터스파이행위라 함은 컴퓨터프로그램 또는 컴퓨터에 입력되어 있는 자료(Data)를 권한 없이 획득하거나 누설, 이용하는 것을 말한다.

컴퓨터 스파이의 행위유형

첫째, 전자적 기록물 자체를 부정하게 취득하는 방법으로서 ① 타인의 컴퓨터 데이터를 절취, 횡령 등의 방법으로 입수하는 경우, ② 타인의 컴퓨터를 이용하여 타인의 데이터를 타인의 용지로 몰래 인쇄하거나 복사하는 경우, ③ 데이터 통신의 회선으로부터 직접 통신 중에 있는 데이터를 도청하는 경우 등이 있다.

둘째, 전자적 기록의 가치를 이용하는 방법으로서 ① 컴퓨터 단말기의 화면에 데이터가 나타나도록 하여 이를 몰래 기록하거나 촬영하는 경우, ② 타인의 컴퓨터를 자신의 단말기에 몰래 연결한 후 정보를 입수하는 경우 등이 있다.

제4절 모방행위에 의한 부정경쟁방지법 침해행위

1. 형태모방행위에 의한 침해

“형태모방”이란, 타인이 개발·제작한 상품형태를 모방하여 자기의 상품으로 시장에 제공하는 부정경쟁행위를 말한다.

형태모방행위: 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목

“타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 (형태모방)행위”를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 본 규정은 상품형태의 모방, 즉 데드카피(dead copy)’를 규제하기 위하여 만들어진 규정이다.

처벌

형사벌과 관련하여 해당 규정의 위반 시에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(부정경쟁방지법 제18조 제3항 제1호).

부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목에서 상품형태의 모방행위에 대하여 2017. 7. 18. 시행 개정 부정경쟁방지법을 통해서 형사벌의 대상(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)에 포함되었다. 향후 형사사건에서 자목의 적용이 적극적으로 활용될 가능성이 크다. 상품형태의 개발단계에서부터 주지성을 획득하기 전단계나 등록을 마치기 전단계의 권리자의 이익을 보호하여 그 보호범위를 확대하고자 하였다.

주지상표

주지상표라 함은 상품 또는 영업에 대해 자타구별기능과 출처표시기능을 가진 식별력을 전제로 해서 이러한 식별력이 소비자 및 거래자, 경쟁업계에 널리 인식되어 객관적인 거래의 표지로 기능하고 있는 상태를 말한다(사법연수원, 부정경쟁방지법: 해설 및 판례, 2005, 10-11면).

1) 상품형태의 모방행위(‘dead copy’)

(1) 상품형태 모방행위

상품형태의 ‘데드카피(dead copy)’란 타인이 제작한 ‘상품의 형태’를 모방하는 행위를 말한다.

상품의 형태란 물건의 외관의 형태로서 그 형상, 모양(도화), 색채(색상, 명도, 채도 등), 질감, 광택감 또는 이것들이 포괄적으로 결합한 것을 말한다.⁷⁹⁾

79) 배상철, “미등록의장의 모방(dead copy)방지제도에 관한 소고 - 일본 부정경쟁방지법상 상품형태모방금지조

상품형태의 모방행위는 물건자체의 디자인이나 외관에 대하여 상품의 형태로 그대로 모방하는 행위라고 할 것이다.

(2) 상품형태 모방행위의 주관적 구성요건

부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목을 적용하기 위한 요건은 ① 타인의 상품형태를 ② 모방한 상품을 ③ 양도.대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입.수출하는 행위이다.

단, ④ 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 경과된 상품이나(보호기간) ⑤ 타인이 제작한 상품과 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태를 모방한 상품은 제외된다.

또한, 타인의 상품형태를 모방한 상품을 생산·판매하는 자는 자신이 상품화한 상품을 모방당한 것은 아니라고 할 것이므로 청구권자로서의 고소인이 될 수 없다.

2) 상품형태의 모방행위('dead copy')에 의한 침해여부 판단

(1) 상품형태에 해당하는지 여부 판단

① 상품의 포장상자 또는 상품설명서

우리나라의 판례가 축적된 것이 없고, 일본의 경우, 상품의 용기, 포장, 상품설명서 종류도 상품자체와 일체가 되고 있어 상품자체와 용이하게 분리할 수 없는 형태로 결합되어 있는 경우에는 상품의 형태에 포함된다고 해야 한다”고 판시한 바 있다(平成8 . 3 . 9 大阪地裁 平成7년(モ)第51550号).

② 세트상품

일본에서는 개개상품을 조합한 한 벌(세트)에 대해서 보호를 인정한 것으로 BEAR'S CLUB 수건세트 사건이 있다.

③ 부품

일본 판례는 당해 부품이 독립적인 거래의 대상이 되는 경우 상품의 형태로 보호될 수 있다고 한다.

(2) 상품형태의 모방 여부 판단

모방이라 함은 이미 존재하는 타인의 상품의 형태를 흉내내어 그것과 동일 또는 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말한다.

타인이 만들어 낸 상품 자체에 표현된 창작적 성과를 응용하여 다른 상품을 만들어 내는 것은 해당 규정에서 모방이 아니다.

대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목에서의 '모방'이란 타인의 상품형태에 의거하여 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말하며,

항을 중심으로-”, 산업재산권(제14호), 사단법인 한국산업재산권법학회, 2003, 159면.

형태에 변경이 있는 경우 실질적으로 동일한 형태의 상품에 해당하는지는 당해 변경의 내용·정도, 착상의 난이도, 변경에 의한 형태적 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

모방을 판단하기 위해서는 ① 객관적 측면에서 타인의 상품형태와 동일 또는 실질적으로 동일하다고 할 수 있을 정도로 극히 유사할 필요가 있고, ② 주관적 측면에서 타인의 상품형태와 극히 유사한 상품형태를 만들어 내는 것에 대해 인식하고 있을 필요가 있다(모방의도의 존재).

① 상품형태의 모방 여부 판단 시 객관적 요건: '실질적 동질성' 판단

객관적 측면에서, 모방은 상품의 실질적 동일성을 요구한다. 실질적 동일성이란 치수가 약간 짧다든지 세부가 약간 다르든지 색조가 근소하게 다르다고 하는 다소의 차이가 있어도 전체를 관찰하여 그 양자의 특징이 완전히 동일한 것을 말한다.

실질적으로 동일성을 잃지 않는 정도의 근소한 수정이 가해진 것도 모방의 범위에 포함된다. 예를 들면, 다소의 수정이 있더라도 비용이 거의 들지 않은 경우, 상품의 주변에 쓸데없는 장식만을 추가한 경우 등이다.

② 상품형태의 모방 여부 판단 시 주관적 요건: 모방의도의 입증 판단

침해행위에 있어서 모방의도가 입증되어야 하는데, 이는 행위자의 내심의 문제이기 때문에 그 존재 여부를 직접 입증하는 것이 어렵기 때문에, 저작권법상의 저작권 침해 판단에서 선행 저작물을 알고 모방했을 것을 요건으로 하는 '의거성'에 관한 논의를 참조한다.

의거성

저작권법이 보호하는 복제권이나 2차적저작물 작성권의 침해가 성립하기 위하여는 대비대상이 되는 저작물이 침해되었다고 주장하는 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결, 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 등 참조).

③ 상품의 형태가 실질적으로 동일한 경우

이것은 우리나라 저작권법상 의거성의 판단에 있어서 후행저작물이 선행저작물과 현저한 유사성이 인정될 경우에는 의거성이 추정되는 것으로 보는 저작권법상 대법원 판례를 참조할 필요가 있다.

의거관계는 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이의 유사성이 인정되면 추정할 수 있고(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결 참조), 특히 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로

작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다 (대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다55068 판결).

④ 선행상품에 접할 기회가 있는 경우

모방자가 선행자의 상품에 용이하게 접근해서 그 형태를 인지할 수 있는 상황에 있다면 모방자의 모방의도를 추정할 수 있는 유력한 증거가 된다.

이에 대한 반증으로 상품의 개발과정, 제조과정 등을 기록하여 후행상품의 개발자가 선행상품과 관련없이 비용·노력을 투자하여 독자적으로 상품을 개발하였다는 것을 상세하게 주장·입증하는 것이 중요하다.

3) 상품형태의 모방행위('dead copy')의 적용 예외: “통상적으로 갖는 형태”

(1) 동종의 상품이 통상 가지는 형태

‘동종의 상품이 통상 가지는 형태’란 동종의 상품에서 흔한 형태 또는 동종의 상품의 기능 및 효용을 발휘하기 위해 불가피하게 채택할 수밖에 없는 형태로 해석된다.

즉, 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일 또는 유사한 상품을 포함한다)이 통상적으로 갖는 형태를 모방한 상품은 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목: 형태모방행위”의 규정 적용대상에서 제외된다.

대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결.

대법원 판례에서 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목은 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여하는 등의 행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하면서, 단서에서 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품을 양도·대여하는 등의 행위를 부정경쟁행위에서 제외하고 있다. 여기에서 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태는 동종의 상품 분야에서 일반적으로 채택되는 형태로서, 상품의 기능·효용을 달성하거나 상품 분야에서 경쟁하기 위하여 채용이 불가피한 형태 또는 동종의 상품이라면 흔히 가지는 개성이 없는 형태 등을 의미한다”고 하였다.

동종의 상품이 없는 신규한 상품이라 하더라도 타인의 상품과 동일 또는 유사한 기능 및 효용을 실현하기 위하여 상품이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 경우 부정경쟁행위로 되지 않는 것이다.

통상적으로 가지는 형태는 동종의 상품분야에 있어서 일반적으로 채택되는 형태로 다음과 같이 설명된다. 즉, ① 상품의 기능 및 효용을 가져오기 위하여 채용되는 형태, 즉 그 상품으로서의 기능 및 효능을 이루기 위하여 불가피하게 채용할 수밖에 없는 상품형태, ② 당해 상품 또는 동종 상품에서 일반적인 형태로서 개성이 전혀 없는 상품형태 또는 당해 상품의 형태가 그 기능 및 효용을 내기 위해서는 불가피하게 채택하지 아니하면 안 되는 형태, ③ 시장에서 사실상 표준으로 되어 있는 것과 같은 형태, ④ 상품의 기능상 그러한 형태를 취하지 않고서는 상품으로 성립하기 어려운 형태, ⑤ 동종의 상품이 공통적으로 갖는 기본적인 기능을 확보하기 위한 불가결한 형상, ⑥ 동종의 상품분야에 일반적으로 채택되는 형태로서 당해 상품의 형태가 어떠한 특징도 발견할 수 없는 경우, 즉 당해 상품의 기능이나 효용을 확보하기 위하여 불가결한 기술적인 형태 및 경쟁상 불가피한 형태, ⑦ 상품형태가 이미 수요자 사이에 일반적으로 알려져 있는 경우, ⑧ 원고 상품의 형태를 채용하는 것이 일반적인 경우, ⑨ 원고 상품의 형태가 종전부터 있었던 경우 등과 같이 통상적 형태에 관하여는 위와 같은 다양한 설명이 있으나, 일반적으로 개성이 없는 형태(몰개성적 형태, 흔한 형태)와 기능적 형태(불가피적 형태)의 두 가지의 유형으로 나누는 것이 대체적인 견해이다.⁸⁰⁾

(2) 개성이 없는 형태(몰개성적 형태, 흔한 형태)

‘개성이 없는 형태’란 단순히 동종의 선행 상품 중에 유사한 형태가 있다는 것만으로는 충분하지 않고 동종의 상품이라면 일반적으로 가지고 있는 형태일 것을 요구하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁸¹⁾

(3) 기능적 형태(불가피적 형태)

기능적 형태란, 예컨대 카메라의 경우 그 외견상 일정한 본체, 렌즈, 셔터, 스트로브 발광부 등을 들 수 있다. 기능적 형태란 상품의 형태와 기능이 일체불가분이 되어 있어 상품의 기능 및 효용을 달성하기 위하여 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 기술적 형태인데(예를 들어 ‘공의 구형’이나 ‘자동차 바퀴의 원형’과 같이 동일한 기능을 가진 상품이라면 모두가 공통으로 갖고 있는 기본적 형태를 말함), 경쟁상 불가피한 형태(다른 형태를 채택하는 경우 개발비용이 지나치게 높아지는 등의 이유로 동종 상품 분야에서 경쟁하기 위해서 채용이 불가피한 형태)도 이에 포함된다고 할 수 있다.⁸²⁾

(4) 우리나라 판례의 의미

80) 김창권, 김창권, “상품형태 모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미(2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결: 공2017상, 464)”, 대법원판례해설 제112호(2017년상), 법원도서관, 11-12면.

81) 김창권, 김창권, “상품형태 모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미(2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결: 공2017상, 464)”, 대법원판례해설 제112호(2017년상), 법원도서관, 12면.

82) 안원모, “상품형태의 보호-부정경쟁방지법 제2조 제1호(자)목을 중심으로” 산업재산권(제19호), 한국산업재산권법학회, 2006. 4., 325면.

동종의 상품에서 통상적으로 가지는 형태를 판단한 유일한 대법원 판결은 <대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결(에어졸 소화기 제품 사건 - 이하, “대상판결”이라 함)>이다.

대상판결은 부정경쟁방지법상 상품형태 모방행위 금지규정에 의한 보호의 대상에서 제외되는 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미에 관하여 최초로 법리적으로 판시하면서 그 구체적인 판단 방법을 보여준 사례로서 의미가 있다.⁸³⁾

소화기의 형태모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태로 인정한 사례 <대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결>

원고 제품(사진 왼쪽)	피고 제품(사진 오른쪽)	
		
원고 제품 전면	원고 제품 후면	원고 제품 분출구 및 분사구
		

83) 김창권, “상품형태 모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미(2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결: 공2017상, 464)”, 대법원판례해설 제112호(2017년상), 법원도서관, 24면.

선행제품 1	선행제품 2	선행제품 3		선행제품 4	
					

선행제품 4와 원고의 제품의 비교	선행제품 3의 도면 확대
	

원고 제품의 주된 특징적 형태와 실질적으로 동일한 형태들이 이미 1984. 1.경 ‘소형 소화기의 케이스’ 라는 명칭으로 출원된 실용신안등록에 관한 공보의 도면에 도시된 제품, X 주식회사가 2007. 11.경부터 판매한 쌍구형 휴대형 소화기 및 주식회사 Y가 2009. 7.경부터 판매한 동종 제품(이하 이들을 통틀어 ‘선행제품들’ 이라고 한다)에도 그대로 나타나 있다. 한편 원고 제품이 선행제품들과 세부적인 형상·모양 등에서 다소 차이가 있다고 볼 수는 있으나 이와 같은 차이점이 전체 상품의 형태에서 차지하는 비중이나 이로 인한 시각적인 효과 등에 비추어 볼 때 이는 원고 제품에 다른 제품과 구별되는 개성을 부여하는 형태적 특징에 해당한다고 보기는 어렵다. 원고는 일부 선행제품들과 원고 제품의 분사방식의 차이를 들어 그 선행제품들은 원고 제품과 동종 상품이 아니라고 주장하나, 그와 같은 정도의 세부적인 차이를 들어 동종 상품이 아니라는 주장은 받아들일 수 없다. 따라서 원고 제품의 형태는 전체적으로 볼 때 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 불과하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호(자)목에 의하여 보호되는 상품형태에 해당한다고 보기 어렵다(동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태로 판단한 것임).

2. 상품주체 혼동행위에 의한 부정경쟁방지법 침해위반 판단

1) 상품주체 혼동행위

상품주체 혼동행위란 ① 국내에 널리 인식된 타인의 상호 기타 상품표지(상품표지성 및 표지의 주지성)와, ② 동일 또는 유사한 것을 사용하여(표지의 유사성), ③ 타인의 상품과 혼동을 일으키는(혼동성) 것을 말한다.

상품주체 혼동행위: 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목

“국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위”

처벌

형사벌과 관련하여 해당 규정의 위반 시에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(부정경쟁방지법 제18조 제3항 제1호).

형태모방행위(자목)에서의 상품의 형태가 갖추어진 날로부터 3년이 경과할 경우 등에도 이상의 요건을 만족하면 가목의 상품주체 혼동행위를 적용하여 형태모방행위를 처벌할 수 있다.

2) 상품주체 혼동행위라는 판단 요건

(1) 상품표지성의 판단

‘상품표지’란 특성의 상품을 표창하기 위해 감각적으로 파악할 수 있는 수단으로서 특정상품을 개별화하고 다른 동종의 상품으로부터 구별시키는 구별력 또는 식별력을 갖는 것을 말한다. 예로는 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장 등이 있다.

성명이나 상호는 반드시 등기나 등록되어 있을 필요는 없다.

(2) 표지의 주지성 판단

주지성이란 국내에서 널리 인식되어 있는 상태를 의미하며, 그러한 상품이라면 부정경쟁행위로부터 보호를 받을 수 있다.

주지성 판단

‘국내에 널리 인식되어 있을 것’의 의미는 국내 전역에 걸쳐 모든 사람에게 주지되어 있을 것은 아니고 국내의 일정한 지역범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도면 족하다는 것이 판례에서 인정한 것이다(대법

원 1976. 2. 10 선고 74다1989 판결, 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다 44925 판결 등).

주지성의 인식 주체는 일반적으로 거래자나 일반수요자 간에 알려져 있으면 족할 뿐 거래자와 수요자 쌍방이 모두 알고 있을 필요 없으며, 일반 공중에게도 알려져 있을 필요는 없다. 다만, 상품의 종류나 성질에 따라 상품표지를 인식하는 주체는 다르기 때문에 개별적 사안에 따라 구체적으로 판단할 수밖에 없다.

주지성 인정의 자료

대법원 판례에서 ‘널리 알려진 상표 등인지 여부는 그 사용의 기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 기준이 된다 할 것’이라고 판시하고 있다(대법원 1984. 1. 24. 선고 83후34 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003도5837 판결 등 다수 판결).

(3) 표지의 유사성 판단

원칙적으로 부정경쟁방지법상 상품표지 및 영업표지의 유사 여부 판단은 상표법상 상표의 유사여부 판단과 동일하게 적용되는 것이라고 볼 수 있다.

상표의 유사 여부 판단은 원칙적으로 상표의 구성 전체에서 느껴지는 일반 수요자의 심리를 기준으로 하는 전체관찰 방법에 의하여야 하고, 상표 구성요소 중 일부를 추출하여 그 부분만을 타인의 상표와 비교함으로써 상표의 유사 여부를 판단하는 것은 원칙적으로 허용되지 않고 있다.⁸⁴⁾

부정경쟁방지법상 상품표지의 유사성 판단기준에 관한 판례

대법원은 상표의 유사 여부는 외관·호칭 및 관념을 객관적·전체적·이격적으로 관찰하여 지정상품 거래에서 일반 수요자나 거래자가 상표에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 하여 상품 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있는지에 따라 판단하여야 하므로, 대비되는 상표 사이에 유사한 부분이 있다고 하더라도 당해 상품을 둘러싼 일반적인 거래실정, 즉 시장의 성질, 수요자의 재력이나 지식, 주의 정도, 전문가인지 여부, 연령, 성별, 당해 상품의 속성과 거래방법, 거래장소, 사후관리 여부, 상표의 현존 및 사용상황, 상표의 주지 정도 및 당해 상품과의 관계, 수요자의 일상 언어 생활 등을 종합적·전체적으로 고려하여 그 부분만으로 분리인식될 가능성이 희박하거나 전체적으로 관찰할 때 명확히 출처의 혼동을 피할 수 있는 경우

84) 박영규, “등록 이후 사용에 의해 식별력을 취득한 상표 구성 부분의 법적 취급 - 대법원 2011후3698 전원합의체 판결의 의미와 전망을 중심으로 -”, 지식재산연구(제9권 제2호), 한국지식재산연구원·한국지식재산학회, 2014. 6. 147면.

에는 유사상표라고 할 수 없어 그러한 상표 사용의 금지를 청구할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 서비스표 및 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목, 나목에서 정한 상품표지, 영업표지에도 마찬가지로이다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2011. 12. 27. 선고 2010다20778 판결).

(4) 혼동성 판단

혼동성의 판단에 있어서 상품표지의 주지성과 식별력의 유무가 중요한 역할을 한다.

타인의 상품과 혼동에 관한 판례

“타인의 상품과 혼동을 하게 하는'이라는 의미는 상품의 출처가 동일하고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 타인의 상품표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반수요자나 거래자로 하여금 '당해 상품표지의 주체와 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있지 않을까'라고 오신하게 하는 경우도 포함하며, 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위에 해당하는지 여부는 상품표지의 주지성과 식별력의 정도, 표지의 유사 정도, 사용 태양, 상품의 유사 및 고객층의 중복 등으로 인한 경업·경합관계의 존부 그리고 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다.”고 판시한 바 있다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도8459 판결).

3. 형태모방행위에 관한 사례들 판례로 본 부정경쟁방지법 침해판단 기준

1) 상품형태에 대한 상품주체 혼동행위의 판단에 관한 핵심적 판단기준

(1) 스칸디아 토미시리즈 가구 사건(대법원 2012.2.9. 선고 2010도8383 판결)

○ 사건

피고인이 독자적인 이름을 내걸고 상품을 제작, 판매함에 있어서, “스칸디아”라는 브랜드를 사용하는 회사에서 “토미(Tommi)” 시리즈로 판매되고 있던 가구 세트(침대, 장롱, 서랍장 등)와 그 전체 구조, 원목 재질, 단추모양 손잡이 등의 면에서 일반 소비자에게 “스칸디아”의 상품으로 인식될 수 있을 정도의 유사한 형태를 가진 상품을 출시하여 판매하였다. 이에 피고인은 국내에 널리 인식된 스칸디아 상품임을 표시한 표지(스칸디아의 토미 시리즈)와 유사한 형태의 가구 상품(아가페 시리즈)을 판매하여 부정경쟁행위를 하였다.

○ 대상판결 결과

상품형태는 디자인권이나 특허권 등에 의하여 보호되지 않는 한 원칙적으로 이를 모방하여 제작하는 것이 허용되며, 다만 예외적으로 어떤 상품형태가 2차적으로 상품 출처 표시기능을 획득하고 나아가 주지성까지 획득하는 경우에는 부정경쟁방지법 제2

조 제1호 가목의 “기타 타인의 상품임을 표시한 표지”에 해당하여 같은 법으로 보호를 받을 수 있다.

이때 상품의 형태가 출처표시 기능을 가지고 아울러 주지성을 획득하기 위해서는, 상품의 형태가 다른 유사상품과 비교하여, 수요자의 감각에 강하게 호소하는 독특한 디자인적 특징을 가지고 있어야 하고, 일반수요자가 일견하여 특정의 영업주체의 상품이라는 것을 인식할 수 있는 정도의 식별력을 갖추고 있어야 하며, 나아가 당해 상품의 형태가 장기간에 걸쳐 특정의 영업주체의 상품으로 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나, 또는 단기간이라도 강력한 선전·광고가 이루어짐으로써 그 상품형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르러야 한다(대법원 2007.7.13. 선고 2006도1157 판결 참조).

(2) 로베르타 사건(대법원 2006.4.13. 선고 2003도7827 판결)

○ 사건

피고인은 이탈리아로부터 “**ROBERTA DI CAMERINO**” 상표가 부착된 여성의류, 핸드백, 넥타이, 스카프 등을 수입, 판매하다가 상표와 도형에 대한 국내 사용권을 취득한 뒤 이를 다시 각 상품별로 나누어 국내 업체들에게 서브라이선스를 주고 이를 관리하는 회사를 운영하였으나, 계약만료 후 이 상표를 방향제, 카 매트 등 다른 상표에 부착하여 국내에 판매함으로써 부정경쟁행위를 하였다.

○ 대상판결 결과

이 사건 공소사실은 국내에 널리 인식된 피해자 회사 상품의 포장, 용기 및 도안과 유사한 것을 사용한 상품을 판매하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목의 ‘상품주체 혼동행위’에 해당한다.

국내 전역에 걸쳐 모든 사람들에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니고 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에서 알려진 정도로 족하다는 것은 상품 자체의 형태와 관련된 부정경쟁행위와 동일하다.

대법원 판례에서는 상품의 포장용기나 물건 등에 표시된 문양·색상·도안은 상품의 출처를 표시하는 기능을 가진 것은 아니고, 다만 어떤 포장용기에 표시된 문양, 색상 또는 도안 등이 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 장기간 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그 색상, 도안 등이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되고 우월적 지위를 획득할 정도에 이른 경우에만 비로소 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목에서 정하는 ‘국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지’에 해당된다고 판시하였다(대법원 2001.2.23. 선고 98다 63674 판결, 대법원 2001.4.10. 선고 98도2250 판결, 대법원 2001.9.14. 선고 99도691

판결, 대법원 2006.1.26.선고 2004도651 판결 등).

결론적으로 대상판결은 상품의 포장, 용기 및 특히 색채의 조합과 관련된 도안(디자인)과 상품주체 혼동행위의 관계에 관하여 원칙적으로 상품의 포장, 용기 및 도안(디자인)은 상품의 출처를 표시하는 기능을 가진 것은 아니나, 특별한 사정이 존재하여 이것이 상품표지로서의 역할을 하였을 때에는 상품표지성과 더 나아가 주지성까지도 그 주지도에 의해 모두 인정될 수 있다는 판단 법리를 종합적으로 정리하여 준 판결이다.

(3) 마시마로 사건의 개요(대법원 2005.2.18.선고 2004도3944 판결)

○ 사건

피고인은 모두 국내에서 인기있는 캐릭터인 ‘마시마로’의 모양으로 이루어진 봉제인형을 판매하고 있었으나, 피해자 회사가 피해자와 상품화 계약을 체결하고 저작권을 토대로 생산, 판매함으로써 국내에 널리 인식된 ‘마시마로’ 봉제인형을 무단복제 및 수입하여 피해자 회사의 상품과 혼동을 일으키게 하는 부정경쟁행위를 하였다.

○ 대상판결 결과

대법원 판례는 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목에 규정된 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지가 되기 위해서는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터 사용허락을 받은 사용자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다고 판시하고 있다.

대상판결을 통해 캐릭터에 관한 부정경쟁방지법상 상품주체 혼동행위가 적용되기 위해서는 캐릭터의 상품화 사업을 하는 자의 ‘상품표지’로서 수요자에게 널리 인식될 필요가 있을 뿐만 아니라, 형사사건에서의 피고인도 역시 해당 캐릭터를 단순하게 상품의 디자인으로서만 사용하는 것이 아니라 상품표지로서도 사용하고 있을 것이 모두 충족되어야 한다.

4. 판매 후 혼동 여부에 관한 사례의 판례로 본 판단 기준

부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목: ‘타인의 상품과 혼동하게 하는 행위’
현실적으로 상품의 출처에 관한 혼동을 초래하는 행위뿐만 아니라 혼동을 초래할 우려가 있는 행위도 포함되며, 그에 해당하는지 여부는 상품표지의 주지성과 식별력의 정도, 표지의 유사 정도, 사용 태양, 상품의 유사 및 고

객층의 중복 등으로 인한 경엽·경합관계의 존부, 그리고 모방자의 악의(사용 의도) 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2007.4.27.선고 2006도8459 판결 등 참조).

(1) 비비안 웨스트 우드 사건

○ 사건

이탈리아 패션 브랜드인 ‘비비안 웨스트 우드(Vivienne West Wood)’가 국내에 널리 인식된 상표라는 사실을 알면서도, 피해자는 그가 생산·판매하는 가방이나 핸드백 등에 표장을, 피고인은 그가 판매한 가방에 피해자의 등록상표들의 구성 중 상단 도형 부분을 사용하였다. 이에 피고인의 상품표지는 피해자의 사용표장과 동일하였고, 피고인은 그가 운영하는 쇼핑몰에서 국내 주지표지인 ‘비비안 웨스트우드’의 모조품 가방을 판매하였기 때문에 부정경쟁행위를 하였다.

○ 대상판결 결과

부정경쟁방지법상 상품주체 혼동행위에서 정한 상품표지의 유사 여부는 동종의 상품에 사용되는 두 개의 상품표지를 외관, 호칭, 관념 등의 점에서 전체적·객관적·이격적으로 관찰하되 구체적인 거래 실정상 일반 수요자나 거래자가 상품표지에 대하여 느끼는 인식을 기준으로 그 상품의 출처에 대한 오인·혼동의 우려가 있는지를 살펴 판단하여야 한다(대법원 2011.1.13.선고 2008도4397 판결).

우리나라 대법원 판례에서 ‘수요자’를 기준으로 혼동가능성을 판단한다는 입장에 비추어 볼 때에, “타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는지의 여부”는 비록 특정 구매자가 상품을 구매할 당시에는 출처에 대한 혼동을 일으키지 않는다고 하더라도 일반 수요자의 관점에서 출처에 대한 혼동의 우려가 있는 것으로 인정되는 경우에는 부정경쟁방지법상 혼동위험성이 있는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 2012.12.13.선고 2011도6797 판결).

5. 병행수입품에 관한 사례의 판례로 본 판단 기준

병행수입이 허용되는 경우와 허용되지 않는 경우에 관한 구체적 기준 명함이나 외부 간판 등의 경우에도 병행수입업자가 정식 수입판매대리점에 의하지 않고 병행수입된 점이라는 것을 명확히 밝히고 있는 경우에는 혼동가능성이 부정될 수 있으므로, 결국 혼동가능성을 판단함에 있어서는 해당 상품 시장에서의 거래자 또는 수요자의 평균인의 인식을 기준으로 하여 그 상품의 유통경로, 수요자층의 분포상태, 광고의 형태 등을 참작하여 구체적으로 살필 수밖에 없다는 견해가 있다.

(1) 나이키 사건 개요(대법원 2009.1.30.선고 2008도7462 판결)

○ 사건

국내에서 널리 인식된 ‘나이키’ 표장을 사용하여 나이키 인코포레이티드 상표권자로부터 전용사용권을 부여받은 피해자인 주식회사 나이키스포츠의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 하는 부정경쟁행위(부정경쟁방지법 제2조 제1항 나목의 영업주체 혼동행위)를 하였다.

이 사건을 살펴보면, 나이키 제품은 한국 내의 전용사용권자이자 이 사건의 피해자인 주식회사 나이키스포츠가 독점적으로 수입·판매하고 있는데, 피고인이 사용한 것은 나이키라는 상표로서의 표장이라고 할 것이고, 그것을 외부간판이나 현수막 등에 사용한 것인 바 이것은 영업표지로서 사용한 것이라고 할 수 있다.

○ 대상판결 결과

대상판결은 최초로 병행수입업자의 상표 사용의 범위에 대하여 구체적인 판단 기준을 제시하였다는 점에서 그 의의가 크다고 할 수 있는 기존의 대법원 99다42322 판결의 판단 법리를 재확인한 것이라고 할 수 있다.

병행수입업자가 독점수입판매대리점을 통하여 정식으로 수입된 것이 아니라 병행수입된 것이라는 것을 명시하는 등 수요자에게 실제적인 영업주체의 혼동이 되지 않도록 하는 별도의 조치를 한 경우에는, 법원은 영업주체 혼동행위 여부에 대한 판단 시에 실거래계의 구체적인 영업주체의 혼동 여부를 중심으로 사안을 검토할 필요가 있다.

6. 저명한 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위에 대한 판단

부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목의 규정은 저명한 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위를 규제하는 것으로서, ① 상품표지 또는 영업표지가 국내에 널리 인식되었을 것, ② 그 상품표지 또는 영업표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하는 행위, ③ 이로 인하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위 등을 그 요건으로 한다.

하지만 이 규정은 분야가 다른 상품에 사용하여 저명상표품의 신용이나 명성 등을 실추시키는 것을 규제하는 것이어서, 타인의 상품의 형태를 모방하여 소비자에게 출처의 혼동을 일으켜 무단으로 경제적 이익을 도모함과 아울러 소비자에게 출처의 혼동에 관한 피해를 주는 것을 단속하는 특사경 조사 범위에는 맞지 않다고 할 것이다.

위 규정에서 사용하고 있는 ‘국내에 널리 인식된’이라는 용어는 국내 전역 또는 일정한 지역 범위 안에서 수요자들 사이에 알려지게 된 ‘주지의 정도’를 넘어 관계 거래자 외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 된 이

른바 ‘저명의 정도’에 이른 것을 의미한다고 판례는 언급하였다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결, 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다 49180 판결).

상품형태의 출처표시로서의 희석화나 명성의 손상 여부는 권리자의 주관적인 판단에 달려 있는 것이 크다고 볼 수 있으므로, 이것은 권리자의 고소와 입증에 의하여 처리할 수밖에 없는 것이며, 특사경의 구성원이 이것을 직접 판단하여 단속하는 것은 타당하지 않다.

제5절 부정경쟁행위 및 영업비밀 침해범죄 사례로 본 판단요건 및 처벌행위

1. 부정경쟁행위 관련 사례

1) 별집채꿀이 올려진 소프트아이스크림의 형태가 일관된 정형성이 없다고 판단한 사례⁸⁵⁾

○ 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목은 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여하는 등의 행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하고 있다.

이는 타인이 개발한 상품의 형태를 모방하여 실질적으로 동일하다고 볼 수 있을 정도의 상품을 만들어 냄으로써 경쟁상 불공정한 이익을 얻는 것을 막기 위한 것으로서, 여기에 규정된 모방의 대상으로서의 ‘상품의 형태’는 일반적으로 상품 자체의 형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 전체적 외관을 말한다. 그러므로 위 규정에 의한 보호대상인 상품의 형태를 갖추었다고 하려면, 수요자가 그 상품의 외관 자체로 특정 상품임을 인식할 수 있는 형태적 특이성이 있을 뿐 아니라 정형화된 것이어야 한다. 사회통념으로 볼 때 그 상품들 사이에 일관된 정형성이 없다면 비록 상품의 형태를 구성하는 아이디어나 착상 또는 특징적 모양이나 기능 등의 동일성이 있다고 하더라도 이를 ‘상품의 형태’를 모방한 부정경쟁행위의 보호대상에 해당한다고 할 수 없다.

투명한 컵 또는 콘에 담긴 소프트 아이스크림 위에 별집채꿀(‘별집 그대로의 상태인 꿀’을 말한다)을 올린 모습을 한 원고 제품은, 공산품이 아니라 매장 직원이 고객으로부터 주문을 받고 즉석에서 만들어 판매하는 것으로서 그 제조·판매방식의 특성상 소프트 아이스크림의 높이와 모양, 별집채꿀의 크기나 모양 및 소프트 아이스크림에 놓이는 위치 등이 개별 제품별로 차이가 날 가능성이 높다.

실제로 원고의 매장에서 판매되는 원고 제품은 별집채꿀이 원고 주장처럼 2cm×3cm×2cm 크기의 직육면체라고 보기 어려운 불규칙적인 형태의 입체형상인데다 별집채꿀이 소프트 아이스크림에 놓이는 위치도 다양하여 일정한 형태로 정형화되어 판매되고 있지 않으며, 원고가 별집채꿀의 크기나 모양을 균일하게 하기 위한 별도의 대책을 마련한 것으로 보이지도 않고, 이러한 점 등에 비추어 보면 원고 제품은 개별 제품마다 상품형태가 달라져서 일정한 상품형태를 항상 가지고 있다고 보기 어렵다. 원고 제품은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목에 의한 보호의 대상이 된다고 할 수 없다.

85) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다240454 판결.

<그림 4-14> 부정경쟁방지법 관련 사례



2) 인텔이 100억 낸 국내기술, 삼성은 특허료 안 내려 ‘꼼수’
 삼성전자가 스마트폰과 태블릿피시 등에서 쓰이는 모바일 핵심 기술을 특허 사용료를 내지 않고 3년 동안 쓰다가 소송에서 불리한 상황에 처하자, 특허권을 가지고 있는 대학교수가 재직했던 국립대 쪽을 여러 차례 만나 특허 소유권을 주장하는 맞소송을 내도록 부추긴 정황이 드러났다. 삼성전자와 달리 인텔은 이 교수 쪽에 100억원의 사용료를 내고 특허 기술을 쓰고 있다(한겨레. 2018.05.23.⁸⁶).

86) 한겨레. 2018.05.23. [단독] 인텔이 100억 낸 국내 기술, 삼성은 특허료 안내려 ‘꼼수’(검색일자: 2018.08.16.)

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/845786.html

<그림 4-15> 인텔이 100억 낸 국내기술, 삼성은 특허료 안 내려 '꼼수'

이종호 서울대 교수의 특허권 관련 일지		※발크 핀셋: '오버랩 트랜지스터' 기술
2001년 12월	이종호 교수, '발크 핀셋' 기술 발명 이 교수, 카이스트에 발명 신고· 특허 양도증 제출	2016년 11월 KIP, 삼성과 특허 사용료 협상 결렬 뒤 특허 침해 소송 제기
2002년 1월	카이스트 한국 특허 출원· 국외 특허 포기	2017년 10월 미국 특허심판원(IPR), 삼성이 제기한 특허 무효심판 기각
3월	이 교수, 경북대 재직 시작. 경북대에 국외 특허 출원 요청했으나 경북대 거절	2018년 1~3월 삼성, 경북대 10여차례 접촉해 특허 소유권 확인 요청
2003년 2월	이 교수, 미국 특허 출원	5월 경북대, 이 교수에게 '특허 소유권 양도하라'는 내용증명 발송
2012년 10월	인텔, 특허 사용료 100억원 지급	6월 KIP와 삼성의 특허 침해 소송 1심 판결 예정
2015년 3월	삼성, 갤럭시 S6 모델에 핀셋 기술 사용 발표	

*출처: 한겨레. 2018.05.23.⁸⁷⁾

3) 기술 탈취한 대기업 돈·로비 공세...피해기업 승소는 '별따기'

○ 반도체 장비를 제조하는 한미반도체는 삼성전자 자회사인 세크론을 상대로 특허 침해 금지 소송을 벌여 2012년 1심 재판에서 이겼다.

삼성전자는 반도체 칩 최종 공정에 쓰이는 '패키징 장비'를 한미 쪽에서 납품받다가, 갑자기 거래를 끊고 자회사인 세크론을 통해 납품받았다. 법원은 세크론이 한미반도체의 기술특허를 침해한 사실을 인정했다.

업계에서는 삼성전자가 한미반도체 장비를 세크론에 보내, 같은 장비를 만들게 한 것으로 보고 있다. 세크론은 또 다른 삼성전자 자회사인 세메스에 2012년 10월 합병됐다. 해당 사건은 한미반도체가 항소심까지 승소했으나, 지난해 8월 한미반도체가 소를 취하해 법적 분쟁이 종결됐다.

○ 2005년엔 삼성전기가 중소기업 슈버가 개발한 휴대전화 특허기술을 모방해 특허권을 침해했다는 결정이 나왔다.

슈버는 1999년 오토폴더 기술 개발에 성공해 2001년부터 삼성전자에 납품했으나, 2001년 말 삼성전자가 거래를 끊고 공급선을 같은 계열인 삼성전기로 바꿨다. 특허심

87) 한겨레. 2018.05.23. [단독] 인텔이 100억 낸 국내 기술, 삼성은 특허료 안내려 '꼼수'(검색일자: 2018.08.16.)

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/845786.html

판원은 삼성전기의 특허침해 사실을 인정했으나, 슈버는 삼성전자의 거래중단 조처 이후 극심한 경영난과 금융권의 대출금 회수 압력을 견디지 못해 부도가 났다(한겨레, 2018.05.23.⁸⁸⁾).

4) 부정경쟁방지법 제2조제1호 카목 “상당한 노력”에 의한 영업비밀 보호 성과에 관한 판례

○ [법률 제13081호, 2015. 1. 28., 일부개정] 때 제기된 영업비밀 보호를 위한 “상당한 노력”에 의한 비밀유지 보호에 관해 성과를 인정한 판례이다.

부정경쟁방지법 제2조제1호 (카)목 적용으로 인정된 판례

카. 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

부정경쟁방지법 제2조제2호 영업비밀

2. "영업비밀"이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

영업비밀로 보호받기 위해서는 "상당한 노력"으로 비밀을 유지하여야 하는데, 자금사정이 좋지 않은 중소기업은 영업비밀 보호를 위한 충분한 시스템을 구비하지 못하여 영업비밀로 보호받지 못하는 사례가 종종 발생해 왔다. 그리고 영업비밀 원본증명제도는 영업비밀이 포함된 전자문서의 등록을 통하여 영업비밀 보유사실에 대한 입증곤란을 완화하기 위한 제도이나, 원본증명서가 발급되더라도 원본등록된 정보의 보유사실에 대한 추정규정이 없어 입증곤란을 완화하는데 한계가 있기도 하였다.

이에 정부는 비밀유지에 필요한 "상당한 노력"을 "합리적인 노력"으로 완화하고, 원본증명서를 발급받은 자는 전자지문의 등록 당시에 해당 전자문서의 기재 내용대로 정보를 보유한 것으로 추정하는 규정을 신설함으로써 중소기업의 영업비밀보호를 강화하고 영업비밀 보유자의 입증곤란을 완화하려는 조치를 마련한 바 있다.

대법원 민사2부는 'S 단팥빵'을 운영하는 민모씨가 동종 경쟁업체인 'N 단팥빵' 주인 김모씨와 이모씨를 상대로 낸 부정경쟁행위 금지 청구소송 상고심(2016다229058)

88) 한겨레. 2018.05.23. 기술 탈취한 대기업 돈·로비 공세...피해기업 승소는 '별따기' (검색일자: 2018.08.16.) http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/845795.html#csidxce6effeafa8f03b6ee77f5e4a89bf7

에서 양측의 상고를 기각하고 원심을 확정했다(CCTV 뉴스, 2017.02.02.⁸⁹⁾).

2013년 S 단팥빵을 개업한 민씨는 천연발효종과 유기농 밀가루 등을 사용해 맛을 차별화하면서 매장 전면을 전체 개방해 전면 모두에 매대를 설치하는 등 기존 빵집과는 차별화된 인테리어를 전략으로 삼았다. 이후 민씨의 빵집은 하루 매출이 1000만원을 넘는 등 큰 인기를 끌었다.

그러나 민씨의 빵집에서 퇴사한 제빵사가 민씨의 가게 인테리어와 매대 배치 방식은 물론 빵 모양 등까지 거의 비슷하게 만들어 서울 도심에 N 단팥빵을 개점했다.

이에 민씨는 1억여원을 투자해 준비한 자신만의 차별적 인테리어 등을 무단 도용당했다며 부정경쟁행위 금지 청구소송을 냈다. 1심과 2심은 “민씨가 창업 단계에서 상품 기획과 디자인 개발을 위해 많은 노력을 들인 사정에 비춰볼 때 민씨 가게의 인테리어 등은 부정경쟁방지법 제2조 1호 차목이 규정하고 있는 ‘해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물’에 해당한다”

“N 단팥빵은 S 단팥빵과 유사한 간판과 매장 인테리어 사용을 금지하고 5000만원을 배상하라”며 원고일부승소 판결했다.

5) 애매한 저작권 악용 표절 사례: 게임 분야

○ 게임계에서의 표절 사례

아이디어를 저작권 침해로 보지 않는 법적인 견해 탓에 소송 단계에서 무위에 그치고 있지만 이러한 베끼기 논란은 연일 발생하고 있다(한국일보, 2015.05.17⁹⁰).

중국의 게임 개발업체 리리스게임즈는 '히어로스 차지'의 제작사인 유쿨이 자사의 '도탑전기' 소스코드를 도용했다며 지난 3월 캘리포니아 연방 법원에 소송을 제기했다. 리리스게임즈는 유쿨이 도탑전기의 소스코드를 무단으로 사용해 '히어로스 차지' 게임 구동 시 자사의 카피라이트 팝업이 그대로 등장한다고 밝혔다. 두 게임은 지난해 국내에 출시된 모바일 게임으로 캐릭터부터 게임방식까지 유사해 '쌍둥이 게임'으로 불리기도 했다.

여기에 미국의 게임 개발사 블리자드엔터테인먼트도 리리스게임즈가 '자사의 세계관 및 캐릭터 디자인 저작권을 침해했다'며 대만 지방법원에 소송을 제기했다. 현재 블리자드 측은 '도탑전기'의 캐릭터 '어둠순찰자' 등이 '월드 오브 워크래프트'의 '실바나스'를 표절한 것이라고 주장하며 소송을 진행 중이다. 아래의 사진은 위부터 리리스게임즈의 '도탑전기', 유쿨의 '히어로스 차지' 게임 구동화면이다.

89) CCTV 뉴스. 2018.02.02. 부정경쟁방지법 제2조제1호 차목 첫 적용 판례... 타인의 투자·노력으로 만든 성과물에 대한 부정경쟁행위 해당 여부 관건 (검색일자: 2018.08.16.)

<http://www.cctvnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=66129>

90) 한국일보. 2015.05.17. 같은 게임 아니야?...애매한 저작권 악용 표절 난무.

<http://www.hankookilbo.com/v/c6a01432c8138d46ba39957a8250e027>

<그림 4-16> 같은 게임처럼 보이는 두 게임



*출처: 한국일보. 2015.05.17.91)

6) 네이버 갑질 사례

○ 모비아트 "기획서와 APK파일까지 모두 넘겼다"

2013년 5월 <쉐이크팝콘>을 일본에 서비스하길 원한 모비아트는 라인주식회사의 글로벌게임팀에 <쉐이크팝콘>의 기획서와 플레이영상, APK파일 등을 전달했다. 이후 일본 단말기에서는 APK파일(게임 실행파일)이 제대로 작동되지 않는다는 답변을 받았고, 새로운 빌드까지 만들어서 다시 전달했다(ThisisGame. 2015.04.23.)⁹²⁾.

91) 한국일보. 2015.05.17. 같은 게임 아니야?...애매한 저작권 악용 표절 난무.
<http://www.hankookilbo.com/v/c6a01432c8138d46ba39957a8250e027>

92) ThisisGame. 2015.04.23. "기획서도 믿고 줬는데..." 일본 인기게임 디즈니 츠무츠무, 아이디어 도용의혹: 모비아트, 디즈니 츠무츠무가 쉐이크팝콘의 아이디어 도용했다 주장
<http://www.thisisgame.com/webzine/news/nboard/4/?n=58565>

<그림 4-17> 같은 게임처럼 보이는 두 게임



*출처: ThisisGame. 2015.04.23.

수 차례 메일이 오간 후, 라인주식회사에서는 <포코팡>과 콘셉트가 비슷하고, 라인
은 단순한 채널링 게임이 아닌 퍼블리싱 게임을 찾고 있다는 이유로 <쉐이크팝콘>의
서비스를 거절한다. 이때가 6월 중순이다.

하지만 이로부터 약 반년이 지난 2014년 1월, 라인주식회사에서는 자이로센서 기능
을 탑재한 <디즈니 츠무츠무>를 출시한다. 개발사는 라인주식회사와 함께 NHN재팬에
서 분사한 플레이아트다.

2014년 4월 이 사실을 안 모비아트는 글로벌 로펌 변호사들과 상담을 거쳐 같은 해
7월 라인주식회사와 플레이아트에 게임의 유사성을 문제 삼는 내용증명을 보낸다. 라
인주식회사는 직접 개발하지 않은 게임인 만큼 문제가 없고, 플레이아트는 게임의 유
사성이 없다는 답변을 보낸다.

현재 모비아트에서는 라인주식회사와 플레이아트에 대한 소송을 검토 중이다. 모비
아트 관계자는 "일본에서 소송을 해야 하는 데다가, 게임에서 표절로 승소한 사례는
거의 없는 것으로 알고 있다. 하지만 승패와 상관없이 억울함을 풀기 위해서라도 소송
을 고려하고 있다"고 밝혔다.

7) KT, 벤처기업에 ‘특허 갑질’ 사례: TV썩 서비스

○ KT는 지난 5월 올레tv에서 하이퍼 가상현실(VR) 기술과 어린이 콘텐츠를 결합한

‘TV쪽’ 서비스를 선보였는데, 드림투스튜디오 측은 KT가 자사의 특허를 침해했다고 주장하고 있다(공공뉴스. 2017.08.03.)⁹³⁾

TV쪽 서비스 출시는 황창규 KT 회장이 선정한 5대 플랫폼 집중육성 전략 일환 중 하나다.

‘TV쪽’은 어린이가 IPTV와 스마트폰을 매개로 가상현실을 제공하는 쌍방향 놀이학습 서비스로, TV 속 인기 캐릭터와 함께 율동을 하는 등 미취학 아동의 신체 및 감성 발달을 위한 서비스다.

드림투스튜디오는 해당 특허 상용화를 위해 다양한 사업자들과 수차례 접촉했고, KT와는 2015년 9월부터 지난해 1월까지 ‘IPTV 증강현실 플랫폼 구현 기술제안서’를 보내 두 차례 만나 논의했다.

드림투스튜디오 측은 KT와 사업화를 논의하는 과정에서 IPTV에서 영상을 편리하게 합성·출력하기 위해 셋톱박스에 카메라 설치를 제안했다. 그러나 KT는 막대한 비용 등을 이유로 드림투스튜디오 측 제안을 거절, 이후 논의가 보류됐다.

드림투스튜디오가 KT에 보낸 제안서에 따르면, 셋톱박스에 설치된 카메라를 활용하는 방식이 스마트폰 카메라를 이용하는 ‘TV쪽’ 서비스와 다를 뿐, 예시 문장과 콘텐츠 구성은 ‘TV쪽’ 서비스와 상당히 유사하다는 것이다.

<표 4-43> 아이디어 탈취 특허청 민원

성청장님 안녕하십니까. 저는 영세한 콘텐츠 개발업체를 운영하는 사업가입니다. 지난해 5월 KT가 저의 사업기획과 아이디어를 도용하여 'TV쪽'이라는 플랫폼 콘텐츠를 출시하였습니다. 지난 국정감사와 뉴스를 통하여 저의 억울한 사연이 소개되어 해결될 것으로 기대했으나 여전히 힘든 시간을 보내고 있습니다. 공정위와 중기부 등에도 문의드렸으나 이번 부정경쟁방지법 개정안이 통과되고 시행되어야 직권조사가 가능하디 합니다.

*출처: 손승우(2018: 17p⁹⁴⁾)

8) 3D 스캐너 영업비밀 유출 사건

○ 범죄사실

서울 성북구 (주소 2 생략) 소재 피해자 공소외 1 주식회사(이하 ‘공소외 1 회사’라고 함)는 3차원 광학 스캐너 생산 분야 1위 업체로서 ‘세계일류상품 인증기업’이다.

피고인 2는 공소외 1 회사의 전체 소스코드에 접근할 수 있는 권한이 있음을 이용하여 공소외 1 회사에서 퇴사한 후 피고인 1이 설립한 공소외 2 회사로 전직하여 공소외 1 회사에서 무단 반출한 3차원 광학스캐너에 필요한 스캐너 제어 소스코드를 이용하여 시제품을 생산하고, 공소외 2 회사를 통해 위 공소외 8 회사 및 공소외 5 회

93) 공공뉴스. 2017.08.03. [이민경의 재계ON] KT, 벤처기업에 ‘특허 갑질’ 논란‘TV쪽’ 서비스 특허 침해 의혹 주장..KT “자체 특허 받은 다른 기술”

<http://www.00news.co.kr/news/articleView.html?idxno=4985>

94) 손승우. 2018.06.07. 대중소기업 공존을 위한 산업기술보호 제도 개선 방향. 단국대학교 법과대학 소속. 제 8회 국제지식재산권 및 산업보안 컨퍼런스 강연.

사, 공소외 9 회사로부터 생산자금을 받아 공소외 1 회사의 3차원 광학 스캐너의 제조기술을 복제하여 만든 3D스캐너를 위 공소외 8 회사 및 공소외 5 회사, 공소외 9 회사에 판매하기로 마음먹었다.

2011. 8.말경부터 공소외 1 회사의 3차원 광학 스캐너 소스코드 및 하드웨어를 복제한 3차원 광학 스캐너의 제작을 시작하였다. 이로써 피고인 2는 피해자 회사의 영업비밀 등 재산 가치에 해당하는 시가 불상의 재산상 이익을 취득하고, 피해자 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

○ 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반(영업비밀누설등)·업무상배임 [서울중앙지방법원 2016. 8. 11., 선고, 2013고단7560, 판결]

○ 양형의 이유

피고인 2는 피해자 회사의 주력상품에 대한 소스코드를 개발하는 중요한 업무를 수행한 것을 기화로 해당 제품의 소스코드 전체를 퇴사 후 경쟁업체에 취업하여 사용할 의사로 피해자 회사에 반환하거나 폐기하지 않고 계속 보관하면서 이를 경쟁업체에서 동종제품을 개발하는 데에 이용한 것은 사안이 가볍지 않고 죄질도 좋지 않다.

피고인이 침해한 영업비밀은 피해자 회사의 주력상품 개발 및 생산에 핵심적인 기술에 관한 것으로서 그 침해의 정도가 중하다고 할 수 있다.

피고인은 피해자 회사가 수년에 걸쳐 거액의 자금을 투입하여 개발하고 개선하면서 축적해 온 영업비밀을 부정하게 이용함으로써 퇴사 후 경쟁업체에서 단기간 내에 훨씬 적은 비용을 들여 동종제품을 개발, 판매할 수 있었다.

피고인이 개발한 제품이 갖는 개선된 성능이나 시장경쟁력이라는 것도 결국은 이 사건 범행으로 부정하게 이룩한 것으로 볼 수밖에 없다.

피해자 회사는 수년에 걸쳐 거액의 자금을 투입하여 위와 같은 기술력을 확보할 수 있었고 그러한 기술력을 인정받아 관련 시장에서 주요기업으로서 상당한 매출을 올리고 정부로부터 세계일류상품으로 인증받기도 했는데, 이 사건 범행으로 인하여 적지 않은 피해를 입게 된 것으로 보이는 점, 피고인이 이 법정에서조차 납득할 수 없는 변명으로 일관하면서 진정으로 반성하고 있지 않은 점, 수년이 지난 지금까지도 피해가 전혀 회복되지 않았고 피해 회복을 위한 진지한 노력도 찾아볼 수 없다.

피해자 회사가 피고인의 엄벌을 탄원하고 있는 점은 불리한 정상으로 고려하지 않을 수 없다.

2. IT 관련 영업비밀 침해 사례

1) 주요 형사사건으로 본 영업비밀 침해 사례

(1) (주)현대LCD의 직원의 컬러 STN LCD 제조 핵심기술 중국유출 기도 사건
컬러 STN LCD 제조에 필요한 기술 및 영업자료를 하드디스크에 복사한 후 이를 집으로 가져가 CD에 옮겨담아 중국으로 가져가려다 적발된 사건

(2) (주)코바이오텍의 전직 연구원 등의 미생물발효장치 제조기술 중국 유출 사건
세포배양기, 자동공정시스템 등 미생물발효장비의 설계도면을 CD 등에 담아 가지고 (주)바이오씨엔에스라는 동종회사를 설립해 이를 활용하는 한편, 2중국 동방생물공정 유한회사와 합작을 시도하고자 자료를 누설하였다가 적발된 사건

(3) (주)하이닉스반도체 책임연구원의 초집적 메모리 반도체 제조공정 관련 핵심기술 미국 유출 기도사건
초집적 메모리 반도체 제조공정 관련 핵심기술 자료를 사이버폴더에 올려 집에서 다운로드 받는 방법으로 빼내고 또한 지속적으로 자료를 빼내 보관하다가 적발된 사건으로 기술개발비 약 4,070억원 상당 피해 사건이고 1명에게 1년 6월의 실형 선고를 한 사건

(4) (주)주성엔지니어링 전직 임원의 LCD 생산장비 제조기술 미국 유출 기도 사건
미국의 경쟁사인 AMAT사로 전직 교섭 중 휴대용 USB 메모리 스틱을 이용, 약 3기가 바이트에 달하는 방대한 분량의 위 PECVD 장치 제조 관련 핵심기술 자료를 빼내 입사시 사용에 대비하다가 적발된 사건

2) 사건으로 본 영업비밀 침해죄의 특징

IT분야에서 영업비밀 침해죄가 증가한다는 것이고, 또한 해외기업이 새로 시장에 진입하려는 국내회사를 상대로 장벽을 쌓고자 국내회사의 임직원 및 기술을 빼돌리려 하는 등 살아남기 위해 갈수록 국제적 기술전쟁이 치열해 지고 있다는 것이다. 영업비밀 탐지는 주로 컴퓨터, CD 등 정보통신시스템을 이용하거나 저장매체를 사용하여 손쉽게 영업비밀을 유출하는 사례가 대부분이다.

3. 영업비밀 침해행위의 형법적 판단(보호)

현행 형법은 “관리할 수 있는 동력은 재물로 간주한다”고 규정하고(제346조) 있는 바, 영업비밀 침해행위의 절도죄에 대한 성립 여부를 판단하기 위해서는 우선 영업비밀의 재물성을 인정할 수 있을 것인지, 그리고 주관적 요건으로서 고의 외에 불법영득

의사를 어느 범위까지 인정할 수 있을 것인지 판단해야 한다.

1) 절도죄 성립요건

대법원에 따르면, 절도죄의 객체는 관리 가능한 동력을 포함한 재물에 한하고 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유 하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것이라고 전제하고 있다.

대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결

본건 절도죄로 기소된 공소사실은 피고인이 피해 회사 연구개발실에서 그곳 노트북 컴퓨터에 저장되어 있는 식물원단 고무코팅 시스템의 설계도면을 A2 용지에 2장 출력하여 가지고 나와 이를 절취하였다는 것이다.

컴퓨터에 저장되어 있는 ‘정보’ 그 자체는 유체물이라고도 볼 수 없고 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용 가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

타인의 컴퓨터에 저장된 정보나 영업비밀을 단순히 열람하거나 범인 소유의 종이 또는 디스켓 등을 가지고 복사 또는 출력해 간 경우에는 절도죄를 적용하여 처벌할 수 없다.

하지만 피해자가 정보를 따로 저장해 둔 디스켓이나 정보를 출력해 둔 서면을 가져간 경우라면 그 자체로서 유체물이고 그 속에 정보를 담고 있는 점에서 가치가 증대된 재물인 만큼 절도죄가 성립된다.

2) 고의와 불법영득의사 성립요건

절도죄가 성립하기 위해서는 절취의 고의 이외에 불법영득의사가 필요하다. 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용, 처분할 의사를 말한다.⁹⁵⁾

대법원 2008. 9. 11. 선고 2008도5364 판결.

부정한 이익을 얻을 목적으로 타인의 영업비밀이 담긴 CD를 절취하여 그 영업비밀을 부정사용한 사안에서, 절도죄와 별도로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀부정사용죄가 성립한다고 하였다.

95) 김국현, 영업비밀보호법 실무, 2010, 세창출판사, 144-145면.

대법원 2008. 2. 15. 선고 2005도6223 판결.

영업비밀 침해와 절도죄를 모두 인정한 사례 - 사원이 회사를 퇴사하면서 부품과 원료의 배합비율과 제조공정을 기술한 자료와 회사가 시제품의 품질을 확인하거나 제조기술 향상을 위한 각종 실험을 통하여 나타난 결과를 기재한 자료를 가져간 경우 이는 절도에 해당하고, 위 자료는 부정경쟁방지법에서 정한 영업비밀에도 해당한다고 판단하였다.

3) 횡령죄 성립요건

횡령죄는 타인의 '재물'을 보관하는 자가 그 재물'을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄이다. 횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 불법영득의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다(대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결, 1998. 2. 24. 선고 97도3282 판결 등).

그리고 '장물'이란 재산죄인 범죄행위에 의하여 영득된 물건을 말하는 것으로서 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령 등 영득죄에 의하여 취득된 물건이어야 한다(대법원 1975. 9. 23. 선고 74도1804 판결 참조).

횡령죄에서 재물의 개념은 절도죄와 동일하게 해석되므로, 영업비밀 자체를 구성하는 정보를 비롯한 사상, 아이디어 등은 물리적 관리가 불가능하여 횡령죄에서의 재물로 볼 수 없다.

결국 절도죄와 마찬가지로 횡령죄에서도 정보 자체가 아닌 정보가 수록된 물건을 횡령죄의 객체로서 '재물'에 해당한다고 보아야 하며, 그 밖에 주관적 요건으로서 불법영득의사가 있어야 적용된다.

주의: 절도죄와 횡령죄 간 차이

통상 회사에 보관하고 있는 비밀서류의 경우 그 소유권은 회사에 있고 점유도 행위자의 단독점유가 아니라 회사와의 공동점유상태에 있으므로 위 문서를 취거한 때에는 회사에 대한 소유권과 점유권의 침해가 동시에 존재하므로 절도죄가 성립한다.

그러나 회사가 비밀서류를 회사 외부의 별도의 장소나 분소 같은 곳에 위탁해 놓거나 다른 보안회사에 위탁하여 놓은 경우 이러한 비밀서류를 위탁받아 보관하고 있는 회사 임직원이 이를 임의 취거한다면 횡령죄가 성립한다는 점에서 양자 간의 차이가 있다.⁹⁶⁾

96) 염동신, "사이버상 영업비밀의 보호", 사이버지적재산권법, 2004, 410-411면.

4) 배임죄 및 업무상 배임죄의 성립요건

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 범죄이다(형법 제355조 제2항).

그리고 업무상 배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 범죄이다.

업무상 배임죄

형법 제355조 제2항(배임)(타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.); 형법 제356조(업무상의 배임)(업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다).

회사 직원이 경쟁업체 또는 자신의 이익을 위하여 이용할 의사로서 무단으로 자료를 반출하는 행위를 업무상배임죄로 의율할 때에는, 위 자료가 반드시 영업비밀에 해당할 필요까지는 없더라도, 적어도 불특정 다수인에게 공개되어 있지 않아 보유자를 통하지 아니하고는 이를 입수할 수 없고, 보유자가 자료 취득이나 개발을 위해 상당한 시간, 노력 및 비용을 들인 것으로 이를 통해 경쟁상 이익을 얻을 수 있는 정도의 '영업상 주요한 자산'에 해당할 것을 요한다.

또한 유출한 것이 그 기업에 유용한 영업비밀이면 부정경쟁방지법상의 영업비밀누설 행위와 형법상의 업무상 배임죄는 상상적 경합 관계에 있으므로, 영업비밀 침해에 관한 죄와 업무상 배임죄는 1개의 행위에 대해서 형이 더 무거운 업무상 배임죄에 정한 형으로 처벌하기로 하면서도 부정경쟁방지법상의 처벌규정에 의하여 벌금형을 병과할 수 있다.⁹⁷⁾

기존에 공지된 부품들을 조립하여 완제품을 생산하는 업체의 관련 정보가 기존 부품 등에 관한 조립 등에 관하여 새로운 기술정보로서의 영업비밀의 성립요건을 갖추게 되는 경우처럼, 영업비밀에 관한 명확한 요건의 정립을 전제로 하여, 이와 관련된 사건 발생시 재산상의 손해 및 사용자의 재산상의 이익의 취득을 인정하여 업무상 배임죄를 적용하는 것이 바람직하다.

우리나라는 신의칙상 타인의 사무를 관리하는 자의 지위를 인정하고 영업비밀에 해

97) 김국현, 영업비밀보호법 실무, 2010, 세창출판사, 150-151면.

당하지 않더라도 보호할 가치가 있는 정보를 업무상 중요한 자산으로 보아 업무상 배임죄의 객체로 인정하여 형법상으로 보호하는 태도를 보이고 있으나, 다른 주요국가들의 경우 타인의 사무를 관리하는 자의 지위는 대체적으로 인정하나 이와 같은 영업상 주요한 자산이라는 개념을 근거로 하여 형법상 업무상 배임죄로 해결하는 방법을 취하고 있는 국가는 우리나라 밖에 없다.

따라서 외국의 법해석과 적용면에서의 동향과 비교하여 볼 때에, 우리나라의 형법상 업무상 배임죄를 적용하기 위한 요건상 해석에 있어서 무리가 있지는 않은지에 대하여 다시 한번 검토하여 볼 필요가 있을 것이다.

5) 영업비밀 침해범죄로서 ‘취득’, ‘사용’ 또는 ‘누설’

영업비밀 침해범죄를 구성하는 행위 태양으로서 ‘취득’, ‘사용’ 및 ‘누설’은 서로 병렬적인 관계를 가진다.

(1) 취득

영업비밀의 ‘취득’이란 사회 통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태에 이른 경우를 말한다.⁹⁸⁾

기업의 직원으로서 영업비밀을 인지하여 이를 사용할 수 있는 사람은 이미 당해 영업비밀을 취득하였다고 보아야 하므로 그러한 사람이 당해 영업비밀을 단순히 기업 외부로 무단 반출한 행위는 ‘영업비밀의 취득’에 해당하지 않는다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도679 판결).

(2) 사용

‘사용’의 의미와 관련하여, 영업비밀의 ‘사용’이란 취득한 영업비밀을 그 속성대로 사용하는 행위를 말한다.

판례에 따르면(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결), 영업비밀의 ‘사용’은 영업비밀 본래의 사용목적에 따라 이를 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특징이 가능한 행위를 말한다.

(3) 누설

‘누설’이란 영업비밀을 제3자에게 고지하는 것을 말하며, 제3자가 영업비밀의 내용을 직접 인식할 것을 요하지는 않는다.

영업비밀의 매체를 제3자의 지배로 이전한 때에는 아직 제3자가 영업비밀의 존재나 내용을 인식하지 못하였다고 하여도 누설행위가 성립되는 것으로 보고(구두(口頭)나 팩스, 우편, 이메일 등을 통하여 영업비밀을 알려주는 경우에는 제3자에 영업비밀이 도달함으로써 누설의 기수가 성립된다. 이와 관련된 영업비밀 침해죄는 영업비밀이 직

98) 한국특허법학회 편, 위의 책, 156면(최승재 집필부분).

접 침해되지 않더라도 침해의 구체적 위험이 있을 때에 성립하는 구체적 위험범이다.

영업비밀 침해죄와 관련하여 ‘누설’은 영업비밀 내용을 모르고 있던 자에게 그 영업비밀을 알게 하는 행위로 한정해서 해석해야 할 것이다. ‘공연성’을 요하지 않으므로 특정인에게 알려도 그 자가 정보의 내용을 알고 있지 않다면 누설에 해당되며, 영업비밀이 상대방에게 도달하면 영업비밀 침해행위가 완성된다. 이때 영업비밀의 내용에 관하여 상대방이 현실적으로 인식하였을 것을 필요로 하지 않기 때문에 부작용에 의한 누설도 가능하다. 그리하여 영업비밀 관리의무가 있는 자가 영업비밀이 기재된 서류를 방치하여 다른 사람이 읽게 하는 경우에도 누설이 성립된다.⁹⁹⁾

6) 미수범 처벌

‘미수’란 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 종료하였더라도 결과가 발생하지 아니한 경우를 말하며, 여기서 ‘실행의 착수’란 범죄 구성요건을 실현하는 행위를 직접적으로 개시하는 것을 말한다.

부정경쟁방지법상 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 취득, 사용 또는 누설하기 위해 실행에 착수하였으나 이에 관한 취득 등에 관한 실제적인 결과가 발생하지 않은 경우에 미수범 처벌이 가능하다.

부정경쟁방지법 제18조의2에서는 제18조 제1항 및 제2항의 미수범을 처벌한다고 규정하고 있다. 즉, 행위자가 당해 영업비밀과 관계된 영업활동에 이용 혹은 활용할 의사 아래 그 영업활동에 근접한 시기에 영업비밀을 열람하는 행위(영업비밀이 전자파일의 형태인 경우에는 저장의 단계를 넘어서 해당 전자파일을 실행하는 행위)를 하였다면 그 실행에 착수가 있는 것으로 본다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결).

영업비밀 침해행위에 따른 기수와 미수의 구분에 대하여 아래와 같이 정리될 수 있다(서울고등법원 2008. 10. 2. 선고 2008노1298 판결 참조).

단계	행위의 태양	구분
0	취득	
1	저장 또는 비치	실행의 착수 없음
2	열람	미수
2-1	열람 후 이용성·활용성 고려 중	미수
3	실행(이용 또는 활용)	기수
4	결과(미완성 포함)	기수

7) 예비·음모범 처벌

‘예비’란 범죄의사의 실현을 위한 준비행위 및 영업비밀 침해를 하기 위해서 하는

99) 김국현, 영업비밀보호법 실무, 2010, 세창출판사, 81면.

준비행위를 말하고,¹⁰⁰⁾ ‘음모’란 2인 이상이 일정한 범죄를 실현하기 위하여 서로 의사를 교환하고 합의하는 것으로, 2인 이상의 사이에 행하여지는 영업비밀 침해를 하기 위한 모의를 말한다.¹⁰¹⁾

‘예비·음모’란 아직 실행의 착수에 이르지 않았으나 실행의 착수에 시간적·장소적으로 밀접하게 연관된 준비행위를 말하고, 예비죄는 목적범으로서 예비행위 자체에 대한 고의 이외에 기본범죄를 범할 목적이 있어야 한다.¹⁰²⁾

부정경쟁방지법 제18조의3에서는 제18조 제1항(3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금) 및 제2항(2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자의 처벌 규정을 두고 있다.

8) 보완: <전제행위에 대한 처벌> 사항

영업비밀의 침해행위와 관련된 문제이다. 즉, 부정경쟁방지법에서는 “취득·사용·누설”하는 행위만을 규정하고 있는데 영업비밀의 사용 및 누설행위의 전제행위로서 “탐지·수집”행위를 포함하는 것이 필요하다.

해당 행위는 부정경쟁방지법 제18조의 2(미수)나 제18조의 3(예비·음모)으로도 처벌이 가능하다. 하지만 영업비밀침해의 예비와 음모의 처벌규정은 영업비밀의 침해행위로서의 불명확성 때문에 그 규정자체에 의문이 있을 수 있다.

① 따라서 영업비밀의 탐지나 수집행위를 독자적인 행위태양으로 규정하여 이를 명문화하는 것이 필요하다.

②일반적 예비행위에 대한 처벌규정을 삭제하고, 필요한 경우에는 정형화된 예비행위를 별도로 규정하여 처벌하여야 한다.

일본 사례

일본의 부정경쟁방지법 제21조 제1항 제3호에서는 영업비밀을 보유자로부터 개시받은 자로서 부정의 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여, ① 영업비밀기록매체 등 또는 영업비밀이 화체된 물건을 영득하는 것, ② 영업비밀기록매체 등의 기재 혹은 기록에 대해서 또는 영업비밀이 화체된 물건에 대해서 그 복제를 작성하는 것, ③ 영업비밀기록매체 등의 기재 또는 기록으로 삭제하여야 할 것을 삭제하지 않고, 또한 당해기재 또는 기록을 삭제한 것과 같이 가장하는 것 등의 부정한 사용의 전 단계의 행위를 처벌하고 있다.

100) 황의창·황광연, 부정경쟁방지및영업비밀보호법, 세창출판사, 2009, 270면.

101) 김국현, 영업비밀보호법 실무, 2010, 세창출판사, 89면.

102) 김국현, 영업비밀보호법 실무, 2010, 세창출판사, 89-90면.

4. 영업비밀 침해행위의 처벌 강화 필요성

1) 영업비밀 침해에 관한 형사처벌 규정의 모호성

영업비밀의 침해로 처벌되는 행위는 영업비밀을“취득·사용하거나 제3자에게 누설”하는 행위이다(제18조제1항).

우리나라의 영업비밀 침해에 따른 형사처벌은 국내외 유출(제18조 제1항 및 제2항), 미수범 처벌(제18조의2), 예비·음모(제18조의3) 양벌규정(제19조) 관련 조항이 존재함에도 불구하고 전반적으로 형사처벌이 부실하다.

특히 구성요건에 해당되는 행위유형이 6가지로 열거되어 있지만, 취득 등의 행위의 해석상의 문제 등이 발생하여 처벌이 애매한 사안도 발생하고 있다. 또한, 영업비밀 침해를 통하여 만들어진 물건의 유통 등 다양한 태양으로 이루어지고 있는 영업비밀 침해에 대해서 기존의 법령 해석을 통한 포섭에도 한계가 있다.

2) 형사처벌 규정 강화 필요성

실제사례에서 영업비밀 또는 산업기술유출로 인한 재산상이득액을 특정하기 매우 곤란하고, 이러한 재산상이득액 산출의 어려움으로 인하여 실질적으로 이익을 얻은 배후를 처벌하기 어려운 문제점에 당면해 있다. 따라서 재산상 이득액산정 곤란 등의 이유로, 이익을 얻은 배후 기업등을 처벌하기 위하여 벌칙규정을 확정액으로 다시 전환하거나, 죄질과 피해정도에 따라 정할 필요에 대해서도 검토가 필요하다.

우리나라 산업재산권법 및 산업기술유출방지법에도 몰수 규정이 있는데, 영업비밀보호법에는 관련 규정이 없어 이에 대한 검토가 필요하다.

적극적으로 스카웃을 지시하거나 영업비밀 탈취를 지시 또는 묵인하여 영업비밀을 취득하는 경우 개인보다 더 악의적인 행위라고 할 수 있으며, 영업비밀 침해를 통한 시간절약 등을 통한 부정한 경쟁행위의 위험성이 개인보다 훨씬 크므로 법인에 대한 처벌을 강화해야 아닌지에 대한 문제 개선도 필요하다.

또한 다른 형사법과의 연계성 내지 관련성을 함께 검토할 필요가 있다. 우리나라의 법원은 영업비밀 침해가 이루어지면 부정경쟁방지법위반죄 뿐만 아니라, 업무상 배임죄, 절도죄, 특정경제가중처벌에 관한 법률위반죄, 증거인멸죄 등으로 경합하여 처벌하고 있기 때문이다.

특히 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’의 산업기술과 국가핵심기술과의 차이점과 보호제도의 차이점이 있는지에 대해서 비교 검토의 필요성 있다. 이는 죄수론의 문제뿐만 아니라 과연 적절한 형사처벌인지 또는 형사정책적으로 이러한 형벌 조항들의 의미와 영업비밀의 보호와의 상관관계 문제와도 관련이 있다.

한편, 영업비밀 유출에 따른 양형이 낮다. 따라서 아무리 형사처벌 등을 강화하는 경우라도, 실질적 양형이 낮다면 실효성이 현저히 떨어지는 문제가 발생한다. 영업비밀의 국내 유출시 현행법상 징역형은 5년까지 가능함에도 실제 법원의 양형은 양형위원회의 양형기준에 따라 1년 이내로 집중되고 있어 산업기술유출 사범에 대한 양형기준을 강화할 필요가 있다.¹⁰³⁾

3) 손해배상책임

○ 민사상 손해배상책임

우리나라 부정경쟁방지법에는 영업비밀 침해에 대한 민사상 손해배상과 관련하여 제11조(영업비밀 침해에 대한 손해배상책임), 제14조의2(손해액의 추정 등), 제14조의3(자료의 제출), 제14조의4(비밀유지명령), 제14조의5(비밀유지명령의 취소), 제14조의6(소송기록 열람 등의 청구 통지 등) 등이 있다.

○ 영업비밀 침해행위 및 그에 대한 손해배상책임

영업비밀의 침해행위에 대한 손해배상을 청구하는 경우에, 우리나라 민법 제750조의 불법행위에 의한 손해배상책임은 침해의 사실, 침해자의 고의 또는 과실, 손해의 발생, 손해가 침해행위에 의하여 발생한 것이라는 4가지 요건을 충족시켜야 한다고 되어 있으므로 민법에서의 일반적인 법해석도 영업비밀 침해행위와 관련된다.

(1) 침해사실의 존재

영업비밀 그 자체에 물권적 권리인 배타적 권리가 부여된다고 볼 수는 없다. 다만 영업비밀을 비밀로 유지하면서 보유하고 있는 자는 영업비밀을 사용할 수 있는 상태 자체를 하나의 배타적 권리로서 부정경쟁방지법에서 보호하고 있으므로, 이러한 법익을 침해하는 경우에는 일반적으로 법익침해가 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 침해자의 고의 또는 과실

민법 제750조의 성립요건으로 침해자의 고의 또는 과실은 부정경쟁방지법 제11조에서도¹⁰⁴⁾ 당연히 확인적 의미로 규정한 것이라고 할 수 있다. 이때 ‘고의’란 타인의 영업비밀에 대한 위법한 침해가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 말하며, ‘과실’이란 타인의 영업비밀에 대한 위법한 침해가 발생한다는 사실을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의, 즉 주의를 게을리하였기 때문에 이를 알지 못하고서 어떠한 침해행위를 하는 심리상태를 말한다.

한편 입증 책임의 어려움을 고려하여 특허법 제130조, 실용신안법 제30조12)와 디

103) (사)한국지식재산권학회(2015), 형사처벌 실효성 제고 등 부정경쟁방지법 개선방안 연구, 특허청, 9쪽.

104) 부정경쟁방지법 제11조(영업비밀 침해에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

자인보호법 제116조에는¹⁰⁵⁾ 과실 추정 규정을 마련하고 있고, 상표법 제68조는¹⁰⁶⁾ 고의 추정 규정을 마련하고 있으나, 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해 행위에 대해서는 고의 또는 과실 추정에 관한 규정을 마련하고 있지 아니하다. 다만, 영업비밀의 법익이 침해한 사실이 인정되는 경우에는 사실상 과실이 있음이 강력하게 추정되는 것으로 해석될 수 있다.

다른 지식재산권법에 규정되어 있는 고의 또는 과실 추정 규정을 부정경쟁방지법에 마련하고 있지 않은 이유는 우선 특허법에 과실추정규정을 마련한 이유에서 찾아볼 수 있다.

특허법 제130조에 과실추정 규정을 마련한 취지는 특허권 침해자의 과실에 대해서 특허권자가 그 존재를 증명하는 것은 권리자 보호에 매우 불리하며, 특허권자로서 손해배상청구권을 행사하기 위한 전제조건으로서 고의 또는 과실을 입증하기 어려운 경우도 있을 수 있기 때문에 특허법에 특칙을 마련하여 침해자의 과실을 추정하는 것이라고 한다. 특히 제3자는 자신이 실시하고자 하는 기술 또는 발명이 타인의 특허권을 침해하는지 여부에 관하여 특허공보 등을 조사해야 할 주의의무가 있고, 따라서 누구든지 노력만 한다면 타인의 특허의 존재를 알 수 있기 때문이라고 설명하고 있다. 이에 대하여 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해행위에 대하여 과실추정 규정을 마련하지 않은 이유는 영업비밀은 타인에게 공개되지 않을 때 그 의미가 있으며, 제3자는 영업비밀 보유자의 영업비밀을 알 수 있는 방법이 없으므로, 특허법상의 주의의무가 부과되지 않으며, 따라서 과실 추정 규정을 마련할 근거가 없기 때문인 것으로 이해된다.

다만 부정경쟁방지법 제11조에는 영업비밀 보유 내부자 또는 제3자(예: 산업스파이)가 어떠한 의도를 가지고 고의 또는 과실로 영업비밀침해를 한 경우에 손해배상책임을 진다고 규정하고 있는데, 영업비밀의 경우에 일반적으로 알면서(고의) 또는 중과실¹⁰⁷⁾ 등 악의적으로 침해하는 경우가 많고, 이 경우에 영업비밀 보유자에게 치명적인

105) 디자인보호법 제116조(과실의 추정) “①타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다. 다만, 제43조제1항에 따라 비밀디자인으로 설정등록된 디자인권 또는 전용 실시권의 침해에 대하여는 그러하지 아니하다; ② 디자인일부심사등록디자인의 디자인권자·전용실시권자 또는 통상실시권자가 그 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인과 관련하여 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 경우에는 제1항을 준용한다.”

106) 상표법 제68조(고의의 추정) “제90조의 규정에 의하여 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정한다.”

107) 민법상 중과실의 의미에 대하여 대법원의 판례를 살펴보면 다음과 같다. “공무원이 직무상 불법행위(不法行爲)를 한 경우에 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지만, 공무원에게 경과실(重過失)이라 함은 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의(故意)에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다”(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다19833 판결).

이외에도 민법 제756조에 규정된 사용자책임의 요건과 관련하여 대법원은 “.... 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에 있어서도 피용자의 행위가 사용자나 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 중대(重大)한 과실(過失)로 인하여 알지 못한 경우에는 사용자책임을 물을 수 없다고 할 것인데, 이 경우 사용자책임이 면책되는 피해

손상을 입힐 수 있는 바, 고의또는 중과실의 경우에는 손해배상액을 상향 조정하는 것도 검토할 수 있다.

(3) 실질적인 손해 발생

영업비밀 침해행위로 인하여 영업비밀 보유자에게 실질적으로 손해가 발생해야 한다. 만일 영업비밀 침해행위를 한 경우라도 실질적으로 손해가 발생하지 않았거나 침해로 인하여 생산된 제품을 판매하지 않았다면 손해배상청구 요건을 충족시키지 못한 것으로 된다.

이때 영업비밀 침해행위로 인하여 발생한 손해에 대한 입증책임에 관하여 민법상 손해배상청구에 대한 해석에 의하면, 영업비밀 보유자는 영업비밀 침해로 인하여 손해가 발생한 사실은 물론 그 구체적인 손해액까지 입증해야 한다. 다만 손해가 발생한 경우에 이를 입증하는 것 뿐만 아니라 손해액을 산정하는 것은 무형의 자산을 보호객체로 하고 있는 지식재산권의 경우 더 더욱 곤란하다. 이를 위하여 부정경쟁방지법 제14조의2는 특허법과 마찬가지로 손해액 추정 규정을 마련하고 있다. 부정경쟁방지법 제14조의2(손해액의 추정 등) 규정은 영업비밀의 침해로 인한 손해배상액의 추정에 관한 규정으로, 영업비밀 침해가 발생한 경우에 손해액 산정의 곤란을 구제하기 위함애 그 목적이 있다.

특허법 제128조 및 부정경쟁방지법 제14조의2는 손해액 산정을 위한 방법, 즉 권리자가 침해행위로 인하여 손해를 입은 경우에 손해액 추정에 관한 산정방법에 관한 규정들이다. 이때 손해액 추정은 모두 일실이익의 추정 규정으로, 이때 추정되는 것은 일실이익으로 한정될 뿐이고, 일실이익 발생의 전제가 되는 사실은 여전히 권리자가 입증해야 한다고 우리나라 대법원은 판시하고 있다.¹⁰⁸⁾ 그러므로 만일 권리자가 침해행위와 손해발생 및 양자 사이의 인과관계를 모두 입증하였을 때 비로소 상기 규정에 따라 손해액이 추정되고, 이러한 추정을 다투고자 하는 침해자로서는 반대 사실을 들어 실제 손해액이 이에 미치지 못한다는 점을 입증(추정의 효력을 복멸시키기 위한 것이므로 본증이고 반증이 아님)하여야 한다.

(4) 인과관계

영업비밀 보유자의 손해가 영업비밀 침해행위에 의하여 발생하였다는 사실, 즉 침해행위와 손해 사이에는 상호 인과관계가 존재해야 하며, 이는 민법 제750조의 해석과 마찬가지로 상당 인과관계의 입증이 필요하다.

자(被害者)의 중대(重大)한 과실(過失)이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였다라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의(故意)에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평(公平)의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다.”라고 판시(대법원1999. 10. 8. 선고 99다30367 판결)함으로써 중과실의 의미를 설명하고 있다.

108) 대법원 1997. 9. 12. 선고, 96다43119 판결.

이때 손해액의 추정에 관한 부정경쟁방지법 제14조의2 규정이 상당인과관계를 입증하는 데에도 영향을 미치는지가 문제될 수 있는데, 특허법 제128조와 상표법 제67조에도 이와 동일한 취지의 규정이 있으므로 이들 규정의 해석론을 살펴야 한다.¹⁰⁹⁾

특허법 제128조 제4항은 특허권자가 현실적으로 특허발명을 실시하는지 여부를 불문하고, 통상 실시로 상당의 손해를 법정 최저손해배상액으로 하여 지급해야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 즉 특허법규정에 의해 손해발생은 물론 더 나아가 침해행위와 손해 사이의 인과관계 및 손해액 모두를 의제한다는 것이다.

부정경쟁방지법 제14조의2 제3항에 의한 실시로 상당액을 손해액으로 하여 청구할 수 있는 규정은 단순히 손해액 추정 규정이 아니라, 손해 발생은 물론 침해행위와 손해 사이의 인과관계까지 추정함으로써 영업비밀 보유자가 영업비밀 사용에 대해서 통상 받을 수 있는 금액을 최저 손해배상액으로 의제하는 성격의 규정이라고 해석해야 하며, 따라서 영업비밀 보유자는 영업비밀이 침해되었다는 사실만 입증하면 손해발생과 침해행위와의 상당인과관계 및 손해액까지도 추정할 수 있는 것으로 해석될 수 있다.

이와 관련하여 우리나라 법원은 “구 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(2001. 2. 3. 법률 제6421호로 개정되기 전의 것) 제14조의2 제1항 (현재의 같은 법률 제14조의2 제2항과 같다)의 규정은 부정경쟁행위 또는 영업비밀침해행위로 인하여 입은 영업상의 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 손해의 액을 입증하는 것이 곤란한 점을 감안하여 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 권리자가 입은 손해의 액으로 추정하는 것일 뿐이고, 침해가 있는 경우에 그로 인한 손해의 발생까지를 추정하는 취지라고 볼 수 없으므로, 권리자가 위 규정의 적용을 받기 위하여는 침해행위에 의하여 실제로 영업상의 손해를 입은 것을 주장·입증할 필요가 있으나, 위 규정의 취지에 비추어 보면, 위와 같은 손해의 발생에 관한 주장·입증의 정도에 있어서는 손해 발생의 염려 내지 개연성의 존재를 주장·입증하는 것으로 족하다고 보아야 하고, 따라서 권리자가 침해자와 동종의 업을 하고 있는 것을 증명한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그러한 침해에 의하여 영업상의 손해를 입었음이 사실상 추정된다고 할 것이다.”라고 판시하고¹¹⁰⁾ 있어서 영업비밀 보유자가 영업비밀 침해자와 동종의 업을 영위하고 있음을 입증하면 특별한 사유가 없는 한 영업비밀 침해행위에 의하여 영업상 손해를 입었다고 추정하고 있다.

109) (사)한국지식재산권학회(2015), 형사처벌 실효성 제고 등 부정경쟁방지법 개선방안 연구, 특허청, 44쪽.

110) 서울고등법원 2002. 5. 1. 선고 2001나14377 판결.

제6절 영업비밀 침해 피의자의 항변사항 검토

1. 개요

실제사례에서 영업비밀 또는 산업기술유출로 인한 재산상이득액을 특정하기 매우 곤란하고, 이러한 재산상이득액 산출의 어려움으로 인하여 실질적으로 이익을 얻은 배후를 처벌하기 어려운 문제점에 당면해 있다. 따라서 재산상 이득액산정 곤란 등의 이유로, 이익을 얻은 배후 기업등을 처벌하기 위하여 벌칙규정을 확정액으로 다시 전환하거나, 죄질과 피해정도에 따라 정할 필요에 대해서도 검토가 필요하다.

우리나라 산업재산권법 및 산업기술유출방지법에도 몰수 규정이 있는데, 영업비밀보호법에는 관련 규정이 없어 이에 대한 검토가 필요하다.

적극적으로 스카웃을 지시하거나 영업비밀 탈취를 지시 또는 묵인하여 영업비밀을 취득하는 경우 개인보다 더 악의적인 행위라고 할 수 있으며, 영업비밀 침해를 통한 시간절약 등을 통한 부정경쟁행위의 위험성이 개인보다 훨씬 크므로 법인에 대한 처벌을 강화해야 아닌지에 대한 문제 개선도 필요하다.

또한 다른 형사법과의 연계성 내지 관련성을 함께 검토할 필요가 있다. 우리나라의 법원은 영업비밀 침해가 이루어지면 부정경쟁방지법위반죄 뿐만 아니라, 업무상 배임죄, 절도죄, 특정경제가중처벌에 관한 법률위반죄, 증거인멸죄 등으로 경합하여 처벌하고 있기 때문이다.

특히 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’의 산업기술과 국가핵심기술과의 차이점과 보호제도의 차이점이 있는지에 대해서 비교 검토의 필요성 있다. 이는 죄수론의 문제뿐만 아니라 과연 적절한 형사처벌인지 또는 형사정책적으로 이러한 형벌조항들의 의미와 영업비밀의 보호와의 상관관계 문제와도 관련이 있다.

한편, 영업비밀 유출에 따른 양형이 낮다. 따라서 아무리 형사처벌 등을 강화하는 경우라도, 실질적 양형이 낮다면 실효성이 현저히 떨어지는 문제가 발생한다. 영업비밀의 국

내 유출시 현행법상 징역형은 5년까지 가능함에도 실제 법원의 양형은 양형위원회의 양형기준에 따라 1년 이내로 집중되고 있어 산업기술유출 사범에 대한 양형기준을 강화할 필요가 있다.¹¹¹⁾

2. 실시권 존재의 항변

영업비밀 보유자의 손해가 영업비밀 침해행위에 의하여 발생하였다는 사실, 즉 침해행위와 손해 사이에는 상호 인과관계가 존재해야 하며, 이는 민법 제750조의 해석과

111) (사)한국지식재산권학회(2015), 형사처벌 실효성 제고 등 부정경쟁방지법 개선방안 연구, 특허청, 9쪽.

마찬가지로 상당 인과관계의 입증이 필요하다.

이때 손해액의 추정에 관한 부정경쟁방지법 제14조의2 규정이 상당인과관계를 입증하는 데에도 영향을 미치는지가 문제될 수 있는데, 특허법 제128조와 상표법 제67조에도 이와 동일한 취지의 규정이 있으므로 이들 규정의 해석론을 살펴야 한다.¹¹²⁾

3. 침해의 고의가 없다는 항변

민법 제750조의 성립요건으로 침해자의 고의 또는 과실은 부정경쟁방지법 제11조에 서도¹¹³⁾ 당연히 확인적 의미로 규정한 것이라고 할 수 있다. 이때 ‘고의’란 타인의 영업비밀에 대한 위법한 침해가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 말하며, ‘과실’이란 타인의 영업비밀에 대한 위법한 침해가 발생한다는 사실을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의, 즉 주의를 게을리하였기 때문에 이를 알지 못하고서 어떠한 침해행위를 하는 심리상태를 말한다.

한편 입증 책임의 어려움을 고려하여 특허법 제130조, 실용신안법 제30조¹²⁾와 디자인보호법 제116조에는¹¹⁴⁾ 과실 추정 규정을 마련하고 있고, 상표법 제68조는¹¹⁵⁾ 고의 추정 규정을 마련하고 있으나, 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위에 대해서는 고의 또는 과실 추정에 관한 규정을 마련하고 있지 아니하다. 다만, 영업비밀의 법익이 침해한 사실이 인정되는 경우에는 사실상 과실이 있음이 강력하게 추정되는 것으로 해석될 수 있다.

다른 지식재산권법에 규정되어 있는 고의 또는 과실 추정 규정을 부정경쟁방지법에 마련하고 있지 않은 이유는 우선 특허법에 과실추정규정을 마련한 이유에서 찾아볼 수 있다.

특허법 제130조에 과실추정 규정을 마련한 취지는 특허권 침해자의 과실에 대해서 특허권자가 그 존재를 증명하는 것은 권리자 보호에 매우 불리하며, 특허권자로서 손해배상청구권을 행사하기 위한 전제조건으로서 고의 또는 과실을 입증하기 어려운 경우도 있을 수 있기 때문에 특허법에 특칙을 마련하여 침해자의 과실을 추정하는 것이라고 한다. 특히 제3자는 자신이 실시하고자 하는 기술 또는 발명이 타인의 특허권을 침해하는지 여부에 관하여 특허공보 등을 조사해야 할 주의의무가 있고, 따라서 누구

112) (사)한국지식재산권학회(2015), 형사처벌 실효성 제고 등 부정경쟁방지법 개선방안 연구, 특허청, 44쪽.

113) 부정경쟁방지법 제11조(영업비밀 침해에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

114) 디자인보호법 제116조(과실의 추정) “①타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다. 다만, 제43조제1항에 따라 비밀디자인으로 설정등록된 디자인권 또는 전용실시권의 침해에 대하여는 그러하지 아니하다; ② 디자인일부심사등록디자인의 디자인권자·전용실시권자 또는 통상실시권자가 그 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인과 관련하여 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 경우에는 제1항을 준용한다.”

115) 상표법 제68조(고의의 추정) “제90조의 규정에 의하여 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정한다.”

든지 노력만 한다면 타인의 특허의 존재를 알 수 있기 때문이라고 설명하고 있다. 이에 대하여 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해행위에 대하여 과실추정 규정을 마련하지 않은 이유는 영업비밀은 타인에게 공개되지 않을 때 그 의미가 있으며, 제3자는 영업비밀 보유자의 영업비밀을 알 수 있는 방법이 없으므로, 특허법상의 주의의무가 부과되지 않으며, 따라서 과실 추정 규정을 마련할 근거가 없기 때문인 것으로 이해된다.

다만 부정경쟁방지법 제11조에는 영업비밀 보유 내부자 또는 제3자(예: 산업스파이)가 어떠한 의도를 가지고 고의 또는 과실로 영업비밀침해를 한 경우에 손해배상책임을 진다고 규정하고 있는데, 영업비밀의 경우에 일반적으로 알면서(고의) 또는 중과실¹¹⁶⁾ 등 악의적으로 침해하는 경우가 많고, 이 경우에 영업비밀 보유자에게 치명적인 손상을 입힐 수 있는 바, 고의 또는 중과실의 경우에는 손해배상액을 상향 조정하는 것도 검토할 수 있다.

116) 민법상 중과실의 의미에 대하여 대법원의 판례를 살펴보면 다음과 같다. “공무원이 직무상 불법행위(不法行爲)를 한 경우에 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지만, 공무원에게 경과실 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 않는바, 그 경우 공무원의 중과실(重過失)이라 함은 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의(故意)에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다”(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다19833 판결).

이외에도 민법 제756조에 규정된 사용자책임의 요건과 관련하여 대법원은 “.... 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에 있어서도 피용자의 행위가 사용자나 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 중대(重大)한 과실(過失)로 인하여 알지 못한 경우에는 사용자책임을 물을 수 없다고 할 것인데, 이 경우 사용자책임이 면책되는 피해자(被害者)의 중대(重大)한 과실(過失)이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의(故意)에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평(公平)의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다.”라고 판시(대법원1999. 10. 8. 선고 99다30367 판결)함으로써 중과실의 의미를 설명하고 있다.

제7절 영업비밀 침해죄 관련 벌칙 규정

1. 비밀유지명령 위반죄

우리나라 부정경쟁방지법에는 영업비밀 침해에 대한 민사상 손해배상과 관련하여 제 11조(영업비밀 침해에 대한 손해배상책임), 제14조의2(손해액의 추정 등), 제14조의3(자료의 제출), 제14조의4(비밀유지명령), 제14조의5(비밀유지명령의 취소), 제14조의6(소송기록 열람 등의 청구 통지 등) 등이 있다.

제18조의4(비밀유지명령 위반죄) ① 국내외에서 정당한 사유 없이 제14조의4제1항에 따른 비밀유지명령을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 죄는 비밀유지명령을 신청한 자의 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.
[본조신설 2011. 12. 2.]

*출처: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 (약칭: 부정경쟁방지법)
[시행 2018. 7. 18.] [법률 제15580호, 2018. 4. 17., 일부개정]

2. 양벌규정

우리나라의 영업비밀 침해에 따른 형사처벌은 국내외 유출(제18조 제1항 및 제2항), 미수범 처벌(제18조의2), 예비·음모(제18조의3) 양벌규정(제19조) 관련 조항이 존재함에도 불구하고 전반적으로 형사처벌이 부실하다.

특히 구성요건에 해당되는 행위유형이 6가지로 열거되어 있지만, 취득 등의 행위의 해석상의 문제 등이 발생하여 처벌이 애매한 사안도 발생하고 있다. 또한, 영업비밀 침해를 통하여 만들어진 물건의 유통 등 다양한 태양으로 이루어지고 있는 영업비밀 침해에 대해서 기존의 법령 해석을 통한 포섭에도 한계도 있을 것이므로, 향후 영업비밀 침해 행위유형을 확장할 필요가 있는지, 대상 행위별로 벌칙조항의 포섭범위를 달리할 필요가 있는지에 대해서도 고민이 필요하다.

제19조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제18조제1항부터 제4항까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013. 7. 30.>

[전문개정 2008. 12. 26.]

*출처: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 (약칭: 부정경쟁방지법)
[시행 2018. 7. 18.] [법률 제15580호, 2018. 4. 17., 일부개정]

제8절 관련사안

1. 비친고죄

영업비밀 침해행위의 민사적 구제수단(제10조부터 제12조)으로서는 침해금지/예방청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권이 존재한다. 한편, 영업비밀 침해행위의 형사적 구제수단(제18조 제1항 및 제2항)에서는 “부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로”를 공통적인 요건으로 하여 “그 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서 취득·사용 또는 제3자에게 누설한 자”(제18조 제1항)와 “그 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자”(제18조 제2항)를 각각 나누어 징역형과 벌금형을 부과하고 있다. 즉, 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금/5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 단, 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 특정 금액(1억원/5천만원)을 초과 시에는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금형 부과한다. 이상의 징역과 벌금은 병과(併科) 가능한데(제18조 제5항), 특히 이상의 침해범죄는 비친고죄이다.

2. 업무상 배임죄와의 관계

○ 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반(영업비밀누설등)·업무상배임 [서울중앙지방법원 2016. 8. 11., 선고, 2013고단7560, 판결]

○ 범죄사실

서울 성북구 (주소 2 생략) 소재 피해자 공소외 1 주식회사(이하 ‘공소외 1 회사’라고 함)는 3차원 광학 스캐너 생산 분야 1위 업체로서 ‘세계일류상품 인증기업’이다.

피고인 2는 공소외 1 회사의 전체 소스코드에 접근할 수 있는 권한이 있음을 이용하여 공소외 1 회사에서 퇴사한 후 피고인 1이 설립한 공소외 2 회사로 전직하여 공소외 1 회사에서 무단 반출한 3차원 광학스캐너에 필요한 스캐너 제어 소스코드를 이용하여 시제품을 생산하고, 공소외 2 회사를 통해 위 공소외 8 회사 및 공소외 5 회사, 공소외 9 회사로부터 생산자금을 받아 공소외 1 회사의 3차원 광학 스캐너의 제조기술을 복제하여 만든 3D스캐너를 위 공소외 8 회사 및 공소외 5 회사, 공소외 9 회사에 판매하기로 마음먹었다.

2011. 8.말경부터 공소외 1 회사의 3차원 광학 스캐너 소스코드 및 하드웨어를 복제한 3차원 광학 스캐너의 제작을 시작하였다.

이로써 피고인 2는 피해자 회사의 영업비밀 등 재산 가치에 해당하는 시가 불상의 재산상 이익을 취득하고, 피해자 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

○ 양형의 이유

피고인 2는 피해자 회사의 주력상품에 대한 소스코드를 개발하는 중요한 업무를 수행한 것을 기화로 해당 제품의 소스코드 전체를 퇴사 후 경쟁업체에 취업하여 사용할 의사로 피해자 회사에 반환하거나 폐기하지 않고 계속 보관하면서 이를 경쟁업체에서 동종제품을 개발하는 데에 이용한 것은 사안이 가볍지 않고 죄질도 좋지 않다.

피고인이 침해한 영업비밀은 피해자 회사의 주력상품 개발 및 생산에 핵심적인 기술에 관한 것으로서 그 침해의 정도가 중하다고 할 수 있는 점, 피고인은 피해자 회사가 수년에 걸쳐 거액의 자금을 투입하여 개발하고 개선하면서 축적해 온 영업비밀을 부정하게 이용한 것이다.

퇴사 후 경쟁업체에서 단기간 내에 훨씬 적은 비용을 들여 동종제품을 개발, 판매할 수 있었으므로, 피고인이 개발한 제품이 갖는 개선된 성능이나 시장경쟁력이라는 것도 결국은 이 사건 범행으로 부정하게 이룩한 것으로 볼 수밖에 없다.

피해자 회사는 수년에 걸쳐 거액의 자금을 투입하여 위와 같은 기술력을 확보할 수 있었고 그러한 기술력을 인정받아 관련 시장에서 주요기업으로서 상당한 매출을 올리고 정부로부터 세계일류상품으로 인증받기도 했는데, 이 사건 범행으로 인하여 적지 않은 피해를 입게 된 것으로 보이는 점, 피고인이 이 법정에서조차 납득할 수 없는 변명으로 일관하면서 진정으로 반성하고 있지 않은 점, 수년이 지난 지금까지도 피해가 전혀 회복되지 않았고 피해 회복을 위한 진지한 노력도 찾아볼 수 없는 점, 피해자 회사가 피고인의 엄벌을 탄원하고 있는 점은 불리한 정상으로 고려하지 않을 수 없다.

3. 상표법과의 관계

1) 개요

민법 제750조의 성립요건으로 침해자의 고의 또는 과실은 부정경쟁방지법 제11조에서도 부정경쟁방지법 제11조(영업비밀 침해에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

당연히 확인적 의미로 규정한 것이라고 할 수 있다. 이때 ‘고의’란 타인의 영업비밀에 대한 위법한 침해가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 말하며, ‘과실’이란 타인의 영업비밀에 대한 위법한 침해가 발생한다는 사실을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의, 즉 주의를 게을리하였기 때문에 이를 알지 못하고서 어떠한 침해행위를 하는 심리상태를 말한다.

한편 입증 책임의 어려움을 고려하여 특허법 제130조, 실용신안법 제30조12)와 디자인보호법 제116조에는 디자인보호법 제116조(과실의 추정) “①타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다. 다만, 제43조제1항에 따라 비밀디자인으로 설정등록된 디자인권 또는 전용실시권의 침해

에 대하여는 그러하지 아니하다; ② 디자인일부심사등록디자인의 디자인권자·전용실시권자 또는 통상실시권자가 그 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인과 관련하여 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 경우에는 제1항을 준용한다.”

과실 추정 규정을 마련하고 있고, 상표법 제68조는 상표법 제68조(고의의 추정) “제90조의 규정에 의하여 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정한다.”

고의 추정 규정을 마련하고 있으나, 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위에 대해서는 고의 또는 과실 추정에 관한 규정을 마련하고 있지 아니하다. 다만, 영업비밀의 법익이 침해한 사실이 인정되는 경우에는 사실상 과실이 있음이 강력하게 추정되는 것으로 해석될 수 있다.

다른 지식재산권법에 규정되어 있는 고의 또는 과실 추정 규정을 부정경쟁방지법에 마련하고 있지 않은 이유는 우선 특허법에 과실추정규정을 마련한 이유에서 찾아볼 수 있다.

2) 사례

○ 르슈크레 인형 짝퉁 사건 상표법위반·저작권법위반·부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반 [대구지방법원 2015. 7. 10., 선고, 2014노816, 판결]

<그림 4-18> 르슈크레 인형 정품(왼쪽)과 짝퉁제품



*출처: 영남일보. 2015.07.11.

○ 범죄사실

이 법원이 인정하는 범죄사실은 원심판결문의 범죄사실란 제1의 다.항의 “상표등록(상표등록번호 2 생략)한 'le sucre' 상표와 동일 또는 유사한 토끼 형태 문양의“를 ”

상표등록(별지 1과 같은 상표등록 (상표등록번호 2 생략))한 상표와 동일 또는 유사한 별지 2의“로, 범죄사실란 제2의 다.항, 제3의 다.항의 각 “상표등록한 ‘le sucre’ 상표와 동일 또는 유사한 토끼 형태 문양의“를 각 ”상표등록(별지 1과 같은 상표등록 (상표등록번호 2 생략))한 상표와 동일 또는 유사한 별지 2의“로 각 변경하고, 범죄사실란 제2의 가.항 5행 ‘10회에 걸쳐’ 및 제2의 나.항 9행 ‘10회에 걸쳐’를 각 삭제하는 외에는 원심판결의 해당란 기재와 같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 양형의 이유

피고인들이 수입·판매한 이 사건 토끼 인형과 동일·유사한 토끼 인형이 8만여 개에 이르고, 그 시가가 36억 원(정품 가액 기준)을 초과하는 상당한 금액인 점, 피고인들의 위법행위로 인하여 그 권리자에게 상당한 피해가 발생한 것으로 보인다.

그 피해도 회복되지 않은 점, 관련 증거들에 의하면 피고인들이 타인의 저작권, 상표권 등을 침해하고, 부정경쟁행위를 하였음이 인정됨에도 범죄사실을 부인하면서 변명으로 일관하고 있다.

피고인 2는 2000년 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반죄, 상표법위반죄로 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고받은 전력이 있고, 피고인 3은 2008년 상표법위반죄로 벌금형을 선고받은 전력이 있다.

피고인들은 원심판결 후에도 이 사건 토끼인형과 유사한 토끼인형을 판매한 점, 피고인 3은 이 사건 등록상표에 관하여 표등록 무효 심결 청구를 하였다가 기각되었다.

대전지방법원에서 이 사건과 같은 내용으로 상표법위반죄 등으로 처벌을 받은 공소외 7의 처인 공소외 8이 또다시 이 사건 등록상표에 관하여 상표등록 무효 심결 청구를 하였다가 각하되었는데 이는 실질적으로 피고인 2의 관여 하에 이루어진 것으로 보이는 점, 그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경, 이 사건 범행의 동기와 경위, 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등 이 사건 기록 및 변론에 나타난 모든 양형조건을 참작하여 주문과 같이 형을 정한다.

제5장 지식재산권보호 특별사법경찰관리 수사집행 매뉴얼

제1절 수사 개요

1. 수사 필요성

○ 한국 특허출원

한국은 세계 4위이지만, 지식재산(IP) 보호 문화수준은 낮다(손승우, 2018¹¹⁷). 그리고 GDP 대비 R&D 투자(약69조원, GDP 비중4.24%)는 세계 2위('16년)이지만, 기술가치를 인정하지 않는 거래문화이다. 이에 비해 EU와 미국은 영속적인 파트너 관계 형성과 NDA 체결이 정착되어 있다.

○ 법률 개정안

중소기술탈취 근절대책('18.02.21.)으로 현재 「중소기업기술탈취근절TF」 설치 운영 중에 있으며, 중기부, 산업부, 공정위, 특허청, 경찰청, 대검찰청 등 6개 부처가 협력하고 있다. 또한 있는 근절제도 기본마련을 위해 최근 기술보호를 위한 일련의 법률 개정안이 공포되었다.

<표 5-1> 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률

구분	내용
신설안	법률 제15580호 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(신설)
법률	법률 제15580호
날짜	2018.04.17.
내용	<ul style="list-style-type: none"> 제2조 제1호 (중략) 같은 호에 차목을 다음과 같이 신설한다. 사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위. 다만, 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었거나 그 아이디어가 동종 업계에서 널리 알려진 경우에는 그러하지 아니하다.

*출처: 국가법령정보센터.¹¹⁸(검색일자: 2018.08.16.)

○ 특허제도 발생은 '시장실패'로 생겨난 제도

새로운 기술인 무형의 지식은 쉽게 일어나는 도용으로 인해 보상을 받기 어렵다. 이는 투자와 노력 의지의 상실, 즉 시장실패로 이어지게 된다.

이에 대한 대비책으로 정부가 개입하여 신기술에 일정기간 독점 권리 부여하는 특

117) 손승우. 2018.06.07. 대중중소기업 공존을 위한 산업기술보호 제도 개선 방향. 단국대학교 법과대학 소속. 제8회 국제지식재산권 및 산업보안 컨퍼런스 강연.

118) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 [시행 2018. 7. 18.] [법률 제15580호, 2018. 4. 17., 일부개정] <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=203190&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>

허제도가 탄생하게 된다.

한국은 국제적인 수준의 특허제도 구축하고 있지만, 기술개발에 대한 시장실패 문제는 여전하다. 그 중에서도 대기업의 중소기업 기술탈취는 혁신성장 전략의 큰 걸림돌이다.

기술수요자인 대기업도 독점권을 가지므로, 기술개발자인 중소기업의 독점권은 유명무실한 상태이다. 대기업과 중소기업의 수직계열화 상태를 일소하여, 기술개발자인 중소기업의 독점적 지위를 강화할 필요가 있다(박성준, 2018¹¹⁹⁾).

<그림 5-1> 대-중소기업 수직계열화된 불완전 경쟁시장(공정위)



*출처: 박성준(2018: 2p)

중소기업은 소위 ‘지식재산 문맹’에 의한 불완전 정보시장 속에서 인력, 자금, 정보 등의 대응역량이 부족하다. 이에 대해 중소기업의 지원강화가 필요하다. 첫째, 분쟁 대응 지원강화, 둘째, 인프라 구축지원, 셋째, 교육 및 인식제고가 필요하다.

119) 박성준. 2018.06.07. 특허제도의 시장실패와 개선방안. 특허청 산업재산보호협력국 소속. 제8회 국제지식재산권 및 산업보안 컨퍼런스 강연.

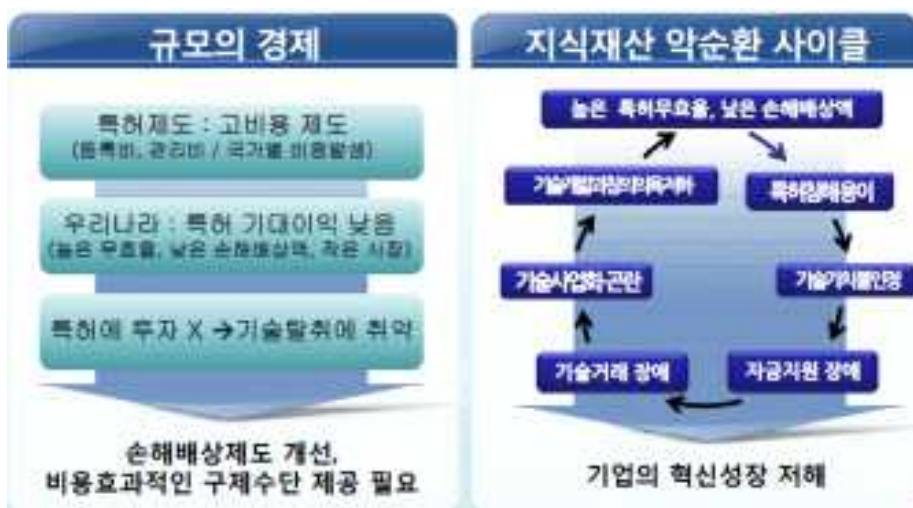
<그림 5-2> 중소기업 '지식재산 문맹'에 의한 불완전 정보시장(특허청, 중기부)



*출처: 박성준(2018: 3p)

○ 우리나라는 특허시장의 '규모의 경제'로 기술탈취에 취약한 구조
 규모의 경제라 함은 특허제도(등록비, 관리비, 국가별 비용발생)에 높은 비용이 드는 것을 말한다. 우리나라는 특허 기대이익(높은 무효율, 낮은 손해배상액, 작은 시장)이 낮아서 특허에 투자하지 않게 되고, 이에 기술탈취에 취약한 상태이다. 따라서 손해배상 제도의 개선과 비용 효과적인 구제수단 제공이 필요하다.

<그림 5-3> 기술탈취에 취약한 구조(특허청)

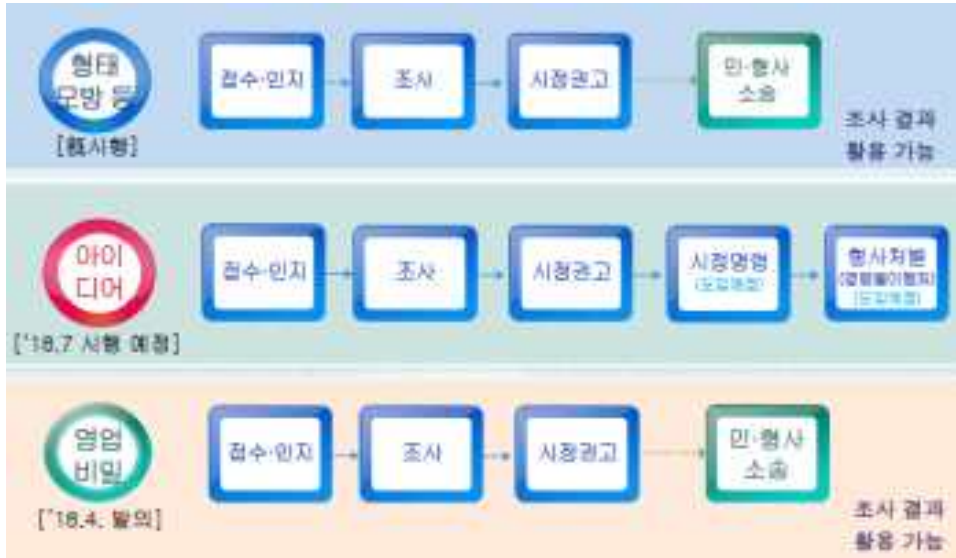


*출처: 박성준(2018: 4p)

이에 특허청은 특별사법경찰 기능의 확대와, 형태모방, 아이디어, 영업비밀에 대한

직권조사·시정권고의 강화안을 대책으로 마련하고 있다.

<그림 5-4> 특허청의 직권조사와 시정권고 강화안



*출처: 박성준(2018: 8p)

사회발전으로 범죄수사의 전문성이 요구됨에 따라, 상표, 삼림, 환경, 식품, 컴퓨터 프로그램등 특별법규 위반자에 대하여 전문성을 갖춘 공무원에게 사법경찰권을 부여 하고 검사의 지휘를 받아 수사한 후 사건을 검찰에 송치하게 하는 수사 매뉴얼이 필요한 시점이다.

2. 수사 대상

특허청 소관 공공기관은 한국발명진흥회, 한국특허정보원, 한국지식재산 연구원, 한국지식재산 보호원, 한국지식재산 전략원의 5개가 있다. 이 중에서 한국지식재산보호원이 재산권보호에 대한 지원 기능을 맡고 있다.

<표 5-2> 특허청 소관 공공기관 현황

구분	한국발명진흥회	한국특허정보원	한국지식재산 연구원	한국지식재산 보호원	한국지식재산 전략원
유형	기타공공기관	기타공공기관	기타공공기관	기타공공기관	준정부기관
설립 근거	발명진흥법 제52조	민법 제32조	발명진흥법 제51조	민법 제32조	민법 제32조
주요	특허 이전·사업화,	특허정보시스템 운영,	국내외 지식	국내외 지식	특허 관점의
기능	지식재산 인력양성	선행기술조사	재산권 정책연구	재산권 보호 지원	R&D전략 수립 지원
임원(명)	13(상임 2,	15(상임 5,	10(상임 1,	10(상임 1,	14(상임 1,

구분	한국발명진흥회	한국특허정보원	한국지식재산 연구원	한국지식재산 보호원	한국지식재산 전략원
	비상임 11)	비상임 10)	비상임 9)	비상임 9)	비상임 13)
정원(명)	118	662	65	60	87
부서별 주요 기능	· 경영기획처 기관운영, 홍보, 지역지식재 산 진흥 등 · 사업지원본부 특허기술거래, IP금융 지원, IP교육 등	· 정보진흥본부 기관운영, 특허 정보 보급확 산 등 · 특허넷사업단 특허넷사업 총 괄, KIPRIS 시 스템 운영 등 [부설기관] · 특허정보진흥 센터 선행기술조사, 특허기술 분 류 등	· 연구본부 국내외 지식재 산권 동향 조 사, 연구 인 프라 구축 · 행정실	· 사업기획실 기관운영, 분쟁 동향 조사, 위조상품 단 속 · 분쟁대응실 국제 지재권 분 쟁컨설팅 및 예방 등 · 공익변리사 특 허상담센터 사회적 약자의 지재권 보호	· 기획본부 기관운영, 신사 업 기획·발굴 · 사업본부 중 소 기 업 IP-R&D 전략 수립 지원 · 기반본부 정부 R&D 특허 전략 지원 및 확산
'16 예산 (백만원)	78,644	88,097	7,012	17,974	63,212

*출처: 특허청(2016: 23p)

○ 해외에서 우리기업에 대한 지식재산권 분쟁이 지속적으로 발생하고, 국내 위조상품의 피해는 여전히 심각한 상태이다.

국내·외 지식재산권 분쟁에 따른 수출중단, 소송비용 부담은 우리기업의 해외 시장 진출에 장애물로 작용한다. 우리나라는 주요국에 비해 지식재산권 보호 환경이 여전히 취약하고, 해외로부터의 위조상품의 유입 확대가 우려되는 상황이다.

<그림 5-5> 중국·아세안 지역 우리기업 피침해 신고·상담 현황 (단위: 건)



*출처: 특허청(2016:4p)¹²⁰⁾

120) 특허청. 2016.06.24. 업무현황. 제343회 국회(임시회) 업무보고. 산업통상자원위원회.

<그림 5-6> 지식재산권 보호 순위



*출처: 특허청(2016:4p)

<그림 5-7> 국내 위조상품 시장규모



*출처: 특허청(2016:4p)

○ 기술유출 피해가 증가하고, 온·오프라인 시장에서 위조상품 유통이 근절되지 않고 있어 실효적인 지식재산권 보호 미흡한 상태이다(특허청, 2016:15p)¹²¹⁾.

기술유출 건당 피해규모 증가(억원): (’12) 15.7 → (’13) 17.0 → (’14) 24.9

상표권 특사경 위조상품 형사 입건(건): (’12) 302 → (’13) 376 → (’14) 430

○ 한류 확산으로 해외에서 우리기업의 지식재산권이 침해되는 사례가 증가하고 있으나, 우리기업의 분쟁대응 역량은 여전히 미흡하다.

IP-DESK에 접수된 지재권 피침해 신고·상담 건수(건): (’12) 138 → (’13) 337 → (’14) 297

121) 특허청. 2016.06.24. 업무현황. 제343회 국회(임시회) 업무보고. 산업통상자원위원회.

3. 적용 법조문 (관련법제)

특별사법경찰제도는 사회발전으로 범죄수사의 전문성이 요구됨에 따라, 상표, 삼림, 환경, 식품, 컴퓨터프로그램 등 특별법규 위반자에 대하여 전문성을 갖춘 공무원에게 사법경찰권을 부여하고 검사의 지휘를 받아 수사한 후 사건을 검찰에 송치하게 하는 제도이다.

<표> 형사소송법 제197조

형사소송법 제197조【특별사법경찰관리】 삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사
함에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다.

1956.01.12 법률 제380호 “사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률”로 창설되었다. 그 후 법률의 개정으로 특별사법경찰 및 그 직무범위가 지속적으로 확대되었다. 2010.12.09 개정으로 상표법 관련하여 동 법률 제5조 제38호에 규정하여 상표권 특별사법경찰권을 부여받았다.

<표> 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률

제5조(검사장의 지명에 의한 사법경찰관리)

38. 특허청, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 부정경쟁행위, 상표권 및 전용 사용권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방 공무원

제6조(직무범위와 수사관할)

35. 제5조제38호에 규정된 자의 경우에는 소속 관서 관할 구역에서 발생하는「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」에 규정된 같은 법 제2조제1호가목의 부정경쟁행위에 관한 범죄와 「상표법」에 규정된 상표권 또는 전용사용권 침해에 관한 범죄

특별사법경찰관은 소속 관서의 관할구역 및 법상의 직무범위 안에서 범인의 검거 및 조사, 증거 수집 등을 직무로 하고, 특별사법경찰리는 특별사법경찰관의 수사를 보조함을 직무로 한다.

특별사법경찰관리도 사법경찰관리인 점에서 형사소송법상의 권한에 있어서 일반사법경찰 관리와 차이가 없으나 직무범위가 특수한 사항이나 지역에 제한된다.

특별사법경찰관은 수사의 주체로서, 실제적 진실발견을 위해 적극적, 능동적으로 범죄를 수사함과 아울러 국민의 자유와 권리를 보호하여야 하고, 적법절차에 따라 엄정하게 수사하여야 하며, 수사권을 신중히 행사해야 한다는 것을 명심하여야 한다.

통상적으로 특별사법경찰제는 「형사소송법」 제197조에 따라 관할 검사장이 지명하는 일반직 공무원이 특정한 직무의 범위 내에서 단속계획을 수립해 단속과 조사, 송치 등의 업무를 수행하는 제도이다. 특별사법경찰제의 시행을 위한 법적·제도적 뿌리를 살펴보면, 이는 전문화된 기능별로 전문성이 부족한 일반사법경찰관리로서는 직무수행

이 불충분하기 때문에 그 효율성을 위해 전문적 지식이 정통한 행정공무원에게 사법경찰권을 부여하여 수사활동을 하도록 제도화 한 것으로 정의된다.¹²²⁾

한편 특별사법경찰관은 4급~7급 공무원에게 부여하고 있고, 이에 반해 특별사법경찰관은 8급~9급에게 부여해 주어 업무를 수행해 나가고 있다. 무엇보다 일반사법경찰관리의 수사권이 미치지 어려운 철도, 환경, 위생, 산림, 해사, 전매, 세무, 교도소 등 특정지역과 시설에 대한 수사나 조세, 마약, 관세사범 수사시 전문가에게 수사권을 위임하여 업무를 수행하도록 권한을 부여하고 있다. 하지만 이것은 하나의 예시적 규정에 불과하다는 사실이다. 그 이유는 2009년 3월 기준으로 중앙행정부처와 지방자치단체 932개 기관에 17,613명이 특별사법경찰관리로 임명되어 임무를 수행한바 있다.¹²³⁾ 이러한 수치는 2013년말 기준으로 16,244명, 2017년 19,469명, 2018년 기준 약 20,000여명이나 되었으며, 이러한 추세라면 특별사법경찰의 숫자는 향후 지속적으로 증가할 것으로 예측된다.

2015년 여름에는 항공기 내에서도 특별사법경찰제를 도입해야 한다는 주장이 나왔고,¹²⁴⁾ 문화체육관광부의 사행성 분야에도 특별사법경찰제를 도입해야 한다며 연구용역이 발주되기도 했다.¹²⁵⁾

2015년 7월에는 불법대부업, 가짜석유 제조 등 서민생활침해사범에 적극 대처하기 위해 법무부의 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 개정안이 국회를 통과했다. 오늘날 사회가 급속히 발전하면서 행정법규 위반범죄는 복잡하고 다양하게 증가하고 있으나 일반 형사범 위주로 인력을 운용하여 행정법규 위반 사범에 대해 상시적으로 단속하기 어려운 게 사실이다. 따라서 행정범죄에 대한 전문성과

122) 신현기(a), 철도특별사법경찰제의 실태분석과 개선방안에 관한 연구, 한국민간경비학회, 「한국민간경비학회보」, 11(1), 2012, pp.48-49; 이상원·이승철, 환경특별사법경찰제도의 개선 방안, 「치안정책연구」, (23), 2009, 237; 이재상, 「형사소송법」(서울: 박영사, 2000), p.171.

123) 김종오·김태진, 특별사법경찰의 교육훈련 효율성 제고 방안에 관한 연구, 한국고안행정학회, 「한국고안행정학회보」, 20(4), 2011, pp.41-73; 법률신문, 2009. 3. 23.

124) (세종=연합뉴스) 성혜미 기자 = 하태경 "항공 특별사법 경찰 만들자"...국토부 장관 '공감' <송고시간 | 2015/09/11 20:24>. 국회 국토교통위원회 하태경 새누리당 의원이 11일 국토교통부 국정감사에서 "철도사법경찰·해양경찰처럼 항공분야에도 특별사법경찰제도를 도입하자"고 제안했다. 이에 유일호 국토부 장관이 "공감한다"고 밝혀 앞으로 별도의 항공경찰이 탄생할지 귀추가 주목된다. 현재는 항공기내 보안요원은 2년 이상 경력을 가진 '객실 승무원' 가운데 정신적으로 안정되고 성숙된 자를 지정해 필요시 전자총격기 등 무기를 지급하게 돼 있다. 기내소란 등 문제가 발생하면 착륙 후 인천국제공항 경찰대 등에 인계하는 상황이다. 예컨대 지난달 미국에서 인천으로 오는 항공기 안에서 싱가포르인 승객 A씨가 승무원 뺨을 때리고 앞좌석에 와인을 붓는 등 난동을 피우자 승무원들이 A씨를 결박해 일등석 빈 공간에 격리한 바 있다. 하 의원은 "작년 12월5일 땅콩회항사건이 발생했지만 같은달 8일 최초 언론보도가 나오고 나서야 국토부가 허둥지둥 조사에 나섰고 공정성 논란이 불붙었다"며 "항공분야 사법경찰이 없기 때문에 수사가 지연된 것"이라고 지적했다. 이어 "공항이나 항공기에서의 테러나 불법행위 발생을 방지하고 전문적이고 공정한 수사와 신속한 사법처리를 위해 항공분야 전문 경찰을 신설해야 한다"고 강조했다. 앞서 하 의원은 지난 7월 항공기내 소란행위 처벌을 강화하고 항공기 안에서 죄를 범한 범인을 반드시 경찰에 넘기도록 하는 내용의 항공보안법 개정안, 일명 '조현아법'을 발의했다. 하 의원은 항공 특별사법 경찰제 도입을 위한 법안을 마련하고자 입법조사처 문의를 공청회 등을 준비할 계획이다(noanoa@yna.co.kr).

125) 본 연구용역은 2015년 9월 계명대학교 산학협력단에서 수행했고, 아쉽게도 2018년 8월 까지 본 특사경제도 는 실전에 도입되지는 못하고 보류 중에 있다.

정보력 그리고 접근성이 큰 해당분야의 관리와 감독공무원에게 특별사법경찰권을 부여하면 범죄행위를 발견하는 즉시 신속한 수사가 가능해 단속의 효율성과 전문성이 높아질 수 있어 효율성이 기대된다.

특히 금번에 개정된 시·군·구의 공무원들이 특별사법경찰권을 부여받아 불법대부업, 가짜석유제조 판매 등 특별법 위반행위를 직접단속 할 수 있게 되었고, 나아가서 불법 다단계 방문판매, 무허가 의료기기 판매, 규격이나 품질검사를 받지 않은 목재제품의 유통, 119구조와 구급대의 구조활동 방해행위, 감염 수산생물의 수입 및 금지된 수산생물용 약품 사용행위 등을 단속하는 사무에 종사하는 행정공무원들에게도 특별사법경찰권을 부여하게 되었다는 점은 매우 고무적이다.

이 밖에 자본시장의 불공정거래행위에 대한 조사와 단속사무에 종사하는 금융위원회 소속공무원과 금융위원회 위원장의 추천을 받은 금융감독원 직원에게도 특별사법경찰권이 부여되도록 했다.¹²⁶⁾ 즉 금융감독원 또는 그 지원이나 출장소에 근무하는 직원으로서 금융위원회 위원장의 추천에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장이 지명한 4급 이상의 직원, 금융위원회 위원장이 사법경찰관의 직무를 수행하는 것이 적절하다고 인정하여 사법경찰관으로 추천한 5급 직원은 관할 구역에서 발생하는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행하고, 그 밖의 직원은 그 범죄에 관하여 사법경찰리의 직무를 수행한다.

○ 특허청 소관법률로는 특허법, 상표법, 발명진흥법 등 총 8개 법률이 있다.

126) 2018년 10월 정기국회에서 다루기 시작했는데 12월 회기 내에는 그 결과가 나올 예정이다. 박용진 대표의원은 <금융감독원장에게 사법경찰관리 추천권 부여>, 즉 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 일부법률개정안을 국회에 제출해 계류 중에 있다. 현행법 제7조의3에 따르면 금융감독원 또는 그 지원이나 출장소에 근무하는 직원으로서 금융위원회 위원장의 추천에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장이 지명한 사람은 사법경찰관 또는 사법경찰관리의 직무를 수행한다고 규정하고 있다. 그러나 동 조항 신설(2015. 8. 11.) 이후 현재까지 금융위원회 위원장이 금융감독원 직원을 사법경찰관리로 추천하지 않고 있어 사실상 사문화되어 있는 상태다. 금융감독원은 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 규정된 범죄에 관하여 필요한 조사를 하고 있으나 현실적으로 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 없어 임의조사에 그치고 있는 바, 통신사실 조회, 출국금지 등 수사권한을 활용하여 불공정거래를 신속하고 효율적으로 조사할 수 있도록 금융감독원 직원을 사법경찰관리로 지명해야 할 필요성이 제기되고 있다. 이에 금융위원회 위원장 뿐만 아니라 금융감독원 원장도 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장에게 사법경찰관이나 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 있는 직원을 추천할 수 있도록 함으로써 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 규정된 범죄에 관하여 필요한 조사를 효율적으로 할 수 있도록 하기 위함이다(안 제7조의3).

<표 5-5> 특허청 소관법률

법률명	주요내용
특허법	특허출원심사, 특허요건, 특허권의 효력, 심판, 소송 등을 규정
실용신안법	실용신안등록출원심사, 실용신안등록요건, 실용신안권의 효력, 심판, 소송 등을 규정
상표법	상표등록출원심사, 상표등록요건, 상표권의 효력, 심판, 소송 등을 규정
디자인보호법	디자인등록출원심사, 디자인등록요건, 디자인권의 효력, 심판, 소송 등을 규정
발명진흥법	발명의 진흥, 지식지식재산센터, 산업재산권 분쟁조정위원회, 한국발명진흥회 설립근거 등을 규정
부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률	부정경쟁행위(국내에 널리 알려진 타인의 상표 등의 부정 사용 등) 방지와 영업비밀 보호 등을 규정
반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률	배치설계권의 등록, 배치설계 심의조정위원회 등을 규정
변리사법	변리사의 자격, 변리사 시험, 등록, 징계 등을 규정

*출처: 특허청(2016: 22p)¹²⁷⁾

4. 수사기관

○ 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관이다. 검사는 공익의 대표자로서 ① 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항, ② 범죄수사에 관한 사법경찰관의 지휘·감독, ③ 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구, ④ 재판집행의 지휘·감독, ⑤ 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독, ⑥ 다른 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항을 그 직무와 권한으로 하고 있는 국가기관(검찰청법 제4조 제1항)으로서 형사사법의 중추적 기능을 담당한다.

○ 경찰은 경찰청소속, 검찰청소속, 특별사법경찰로 나눌 수 있다. 첫째, 경찰청소속 일반사법경찰관리는 정무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다(형사소송법 제196조 제1항). 둘째, 검찰청소속 일반사법경찰관리는 검찰수사서기관·수사사무관 및 마약수사사무관은 검사를 보좌하며 그 지휘를 받아 범죄수사를 행한다(검찰청법 제46조 제2항). 셋째, 전문분야에 대한 범죄수사에서 일반사법경찰관리만으로는 전문지식의 부족과 행정기관의 소관업무에 대한 감독의 효율성 등으로 인하여 효과적이고 적절한 수사를 기대하기 어려우므로 각 전문분야의 업무에 종사하는 공무원들에게 각 전문분야에 관한 범죄수사권을 특별히 부여할 필요가 있다. 이러한 필요에 따라 생겨난 것이 특별사법경찰관리이다.

특별사법경찰관리도 사법경찰관리인 점에서는 일반사법경찰관리와 다를 바가 없으며

127) 특허청. 2016.06.24. 업무현황. 제343회 국회(임시회) 업무보고. 산업통상자원위원회.

다만 그 직무의 범위가 특수한 사항 또는 지역에 한정되어 있는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

특별사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정하게 되어 있고(형사소송법 제197조), 이에 따라 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」이 제정되었으며 기타의 특별법에도 특별사법경찰관리에 관한 규정을 두고 있는 경우가 있다.

특별사법경찰관리는 일반적으로 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장의지명을 받아야 한다(사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제5조, 제7조의2).

특별사법경찰관리의 직급은 대체로 4급 내지 7급의 공무원이 사법경찰관, 8급과 9급의 공무원이 사법경찰리가 된다. 관할 지방검찰청 검사장의 지명을 받는 특별사법경찰관리 중 국립공원관리공단 또는 그 분사무소에 근무하는 임·직원은 공무원이 아님에도 예외적으로 제한된 범위 내에서 사법경찰관리의 직무를 수행하고 있다.

○ 검사는 범죄수사에 관하여 단독관청이다. 따라서 검사는 자기의 권한과 책임 하에 범죄의 혐의가 있다고 판단될 때에는 수사를 개시할 수 있다.

다만 검찰조직 내에서 직무상 상사의 지휘·감독을 받는 것은 별개의 문제이다. 검찰청의 공무원은 검찰청의 직무집행에 관하여 상호 원조하여야 한다(검찰청법 제9조).

따라서 검사는 원칙적으로 그 소속 검찰청의 관할구역 내에서 수사하여야 하나(동법 제5조 본문), 그 관할구역 외에서 수사가 필요한 경우 해당 검찰청의 검사에게 수사를 촉탁하거나(검찰사건사무규칙 제18조) 직접 관할구역 외로 출장수사를 할 수 있으며(검찰청법 제5조 단서), 출장 수사하는 경우에도 해당검찰청 검사의 원조를 받을 수 있다.

검사와 사법경찰관리의 관계현행법상 수사의 주재자는 검사이다. 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사에 관하여 사법경찰관리를 지휘·감독할 직무와 권한을 갖는다(검찰청법 제4조 제1항제2호).

○ 역으로 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다. 즉 사법경찰관은 수사권을 갖고 있으나 그 수사권은 검사의 지휘, 감독을 받아야하고, 사법경찰리는 수사권이 없어 검사 및 사법경찰관의 지휘, 감독을 받아야하므로 검사는 수사의 주재자이고 사법경찰관리는 그 보조자라고 할 수 있다.

사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 하며(동법 제53조) 관할구역 외에서 수사하거나 관할구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받아 수사할 때에는 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다(형사소

송법 제210조 본문).

○ 현행법이 검사와 사법경찰관리의 관계를 상명하복의 관계로 설정한 것에는 여러 가지 이유가 있다.

우선, 수사는 체포, 구속, 압수, 수색 등 강제수사의 형태로 행하여지는 경우가 많고 그 과정에서 피의자나 기타 관계인의 인권이 침해될 우려가 있다.

따라서 수사의 전 과정을 법률전문가인 검사가 통할하게 하여 피의자 등의 인권을 보장할 필요가 있다.

그리고 범죄수사는 전국적인 수사망의 확보와 지휘체계의 수립을 통하여 효율적으로 수행될 수 있으므로 여러 형태의 사법경찰관리를 검사를 정점으로 기능적으로 결합함으로써 범죄수사의 효율성을 꾀할 수 있다.

○ 사법경찰관리 상호간의 관계는 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하고, 사법경찰리는 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조한다(형사소송법 제196조 제1항·제2항).

즉, 사법경찰관은 자신의 명의로 권한으로 수사를 할 수 있으나, 사법경찰리는 검사나 사법경찰관의 수사를 보조할 뿐 그 독자적 수사는 할 수 없다.

따라서 각종 조서의 작성에 있어서도 사법경찰리는 그 작성권한이 없고(동법 제312조) 다만 그 작성에 참여할 수 있을 뿐이다(동법 제243조).

그러나 실무에서는 사법경찰리가 사법경찰관사무취급의 명목으로 각종 조서를 작성하고 있고 판례도 사법경찰리 작성의 조서는 사법경찰리가 검사의 지휘를 받고 수사 사무를 보조하기 위하여 작성한 것으로서 그 유효성을 인정하고 있다.

○ 상호간 대등한 사법경찰관리 상호간에 있어서는 그 직무를 수행함에 있어서 상호 성실하게 협조하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제8조).

따라서 검사의 경우와 마찬가지로 사법경찰관리는 원칙적으로 소속 관서의 관할구역 내에서 수사를 하여야 하나(동규칙 제6조 본문) 그 관할구역 외에서의 수사가 필요한 경우 다른 사법경찰관리에게 수사촉탁의 방법으로 피의자체포·출석요구·조사, 장물 기타 증거물의 수배·압수·수색 또는 검증, 참고인의 출석요구·조사, 기타 필요한 조치 등에 관하여 협조를 받을 수 있고, 관할구역 내의 사건과 관련성이 있는 사건을 발견하기 위해 직접 출장수사를 하는 경우(동규칙 제6조 단서)에도 다른 사법경찰관리의 협조를 받을 수 있다.

○ 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리도 서로 대등한 수사기관으로서 협조관계에

있음은 물론이나(사법경찰관리집무규칙 제8조, 특별사법경찰관리집무규칙 제6조) 특별사법경찰관리의 존재 목적상 몇 가지 특칙이 있다.

우선 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리의 수사권이 서로 경합되는 경우에는 특별사법경찰관리에게 수사의 제1차적 책임이 있다.

왜냐하면 특별사법경찰관리의 직무범위에 속하는 사항에 관하여는 그 특수성 때문에 일반사법경찰관리가 수사를 행하는 것이 거의 불가능하거나 부적당하기 때문이다.

수사권 문제로 일반사법경찰관과 특별사법경찰관 간에 협의가 이루어지지 않거나 중요한사건의 경우 검사의 수사권 행사기관 지정을 받아서 처리하도록 경찰청 내부지침이 마련되어 있다(범죄수사규칙 제43조 제2항).

제2절 수사계획 수립

1. 수사지역, 수사대상

무엇보다 일반사법경찰관리의 수사권이 미치지 어려운 철도, 교도소, 환경, 위생, 산림, 해사, 전매, 세무 등 특정지역과 시설에 대한 수사나 조세, 마약, 관세사범 수사시 전문가에게 수사권을 위임하여 업무를 수행하도록 권한을 부여해 줄 필요성이 높아지면서 특별사법경찰제도가 도입된 것이다. 물론 특별사법경찰관(리) 제도는 일반사법경찰관(리)제도와 비교하여 형사소송법상의 권한에는 차이가 별로 없다. 다만 그 권한의 범위가 사항적·지역적으로 제한되어 있는 점이 다소 다르다는 특징을 가지고 있다.

그러나 예외적으로 근로기준법 제108조에 따른 근로감독관과 관세법 제200조 제2항에 따른 세관공무원에게는 관련 범죄의 특수성을 고려하여 전속적 수사권을 부여하고 있다. 그 외의 특별사법경찰은 일반사법경찰과 경합적으로 수사권을 가지고 있다는 특징을 지닌다. 무엇보다 특별사법경찰의 높은 가치는 말 그대로 특수한 행정영역에서 요구되는 전문지식과 수사상의 특별한 기술을 요하는 전문화된 각종 범죄를 단속하며 신속하게 범죄에 대처하기 위한 것이라는 점에서 찾을 수 있다.¹²⁸⁾

이해를 돕기 위해 일반사법경찰과 특별사법경찰의 차이점을 정리해 보면 다음과 같다. <표>에서 보는 바와 같이 이제 우리나라에서 특별사법경찰은 일반사법경찰과의 비교 차원에서 볼 때, 중요한 두 개의 축 중에 하나로 확고하게 자리 잡았다. 이 양자가 업무를 원활하게 수행할 수 있도록 사법경찰관리집무규칙 제8조는 직무에 있어 상호 성실하게 협조하여야 함을 규정하고 있다. 때에 따라서는 양자 간 수사권이 경합하는 경우가 발생할 수 있는데, 특별사법경찰이 수사의 책임과 의무를 1차적으로 부담하도록 되어 있다. 그리고 이 양자 중에 먼저 수사에 착수한 기관에서 계속 수사를 진행하는 것이 부적합할 경우에는 상호 협조와 관할 검사의 지휘하에 인계하도록 규정되어 있다.

<표 5-6> 일반사법경찰과 특별사법경찰의 구분

	구분	일반사법경찰	특별사법경찰
공통점	검사의 지휘감독	받음	받음
	형사소송법 적용	받음	받음
차이점	직무범위의 제한	없음	받음
	수사관할의 제한	없음	받음
	분야별 예시	방법, 수사, 경비 등	환경, 산림, 철도경찰 등

128) 서울시정개발연구원, 「특별사법경찰제도의 장기발전방안」, 2009, p. 15; 신현기, 『특별사법경찰론』(파주: 법문사, 2017), p.24.

2. 수사방법

1) 수사중점

본 매뉴얼은 특사경의 특허법, 디자인 및 영업비밀 수사에 중점을 두고 있다. 특별사법경찰리는 8급~9급에게 부여해 주로 업무를 수행하고 있다. 무엇보다 일반사법경찰관리의 수사권이 미치지 어려운 철도, 환경, 위생, 산림, 해사, 전매, 세무, 교도소 등 특정지역과 시설에 대한 수사나 조세, 마약, 관세사범 수사시 전문가에게 수사권을 위임하여 업무를 수행하도록 권한을 부여하고 있다. 하지만 이것은 하나의 예시적 규정에 불과하다는 사실이다. 그 이유는 2009년 3월 기준으로 중앙행정부처와 지방자치단체 932개 기관에 17,613명이 특별사법경찰관리로 임명되어 임무를 수행한바 있다.¹²⁹⁾ 이러한 수치는 2013년말 기준으로 16,244명, 2017년 19,469명, 2018년 기준 약20,000여명이나 되었으며, 이러한 추세라면 특별사법경찰의 숫자는 향후 지속적으로 증가할 것으로 예측된다.

2) 수사 조편성

수사기관은 수사의 목적을 달성하기 위하여 강제처분을 제외하고 원칙적으로 수사상 필요한 한도 내에서 어떠한 형태의 조사활동도 행할 수 있지만 그 수사활동은 상당하다고 인정되는 방법으로 하여야 한다.

수사기관은 범죄의 혐의가 있다기 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다(형사소송법 제195조, 제196조) 이 때 수사기관이 범죄혐의가 있다고 판단하게 되는 원인을 수사의 단서라고 한다.

수사의 단서에 의하여 수사를 진행함에 있어서도 수사업무에 종사하는 자는 수사기관의 관할내의 사건인지 수사할 권한이 있는지를 판단하여 지체없이 상급자에게 그 사유를 보고하는 등 절차를 밟아서 수사를 개시하게 되는데 사건의 중요도에 따라 검찰에 보고해야 한다.

범죄정보를 입수한 특별사법경찰관은 내사단계를 거쳐 직접 범죄를 인지하고 수사를 개시하게 되는데 이를 인지사건수사라고 하며, 이는 법률상 또는 강학상의 개념이 아니라 수사실무상 통용되는 용어이다.

특히 실무상 고소·고발에 의하지 아니하고 자체생산한 범죄정보(정보)등에 의하여 수사기관에서 직접 인지수사를 하는 경우 담당부서의 명칭에 따라 특별수사(기획수사)라고도 칭한다.

129) 김종오·김태진, 특별사법경찰의 교육훈련 효율성 제고 방안에 관한 연구, 한국고안행정학회, 「한국공안행정학회보」, 20(4), 2011, pp.41-73; 법률신문, 2009. 3. 23.

3) 유의사항

○ 경무관 . 총경 . 경감 . 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다(형사소송법 제196조 제1항).

경사 . 경장 . 순경은 사법경찰리로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다(동조 제2항). 이들 사법경찰관리는 담당하는 범죄수사의 대상에 제한이 없다는 의미에서 일반사법경찰관리이다.

○ 특별사법경찰의 신조(특별사법경찰관리 직무규칙 제3조)는 규정되어 있다.

특별사법경찰관리는 항상 엄정하고 공명정대한 자세로 직무를 수행하고 수사과정에서 국민의 인권을 침해하는 일이 없도록 하여야 한다.

특별사법경찰관리는 항상 소관 업무분야의 전문지식을 함양하고 사회현상의 변화와 직무관련 범죄의 동향을 철저히 연구하여 적정한 수사를 할 수 있도록 노력하여야 한다.

특별사법경찰관리는 법령에 따라 소관 업무와 관련된 범죄를 수사함을 기본적 사명으로 하므로 항상 관계법령을 연구하고 이를 숙달하여 준수하도록 노력하여야 한다.

○ 특별사법경찰의 관계인에 대한 자세는 크게 사건관계인, 검사, 동료, 타기관 공무원에 대한 자세로 나누어 볼 수 있다.

사건관계인에 대한 자세는 첫째, 공평부당한 자세로 실제적 진실 발견과 인권보호를 최우선으로 삼아야 한다. 둘째, 공정한 수사가 될 수 있도록 사건관계인의 진술을 충분히 청취하고, 경어사용 및 친절한 태도로 세심한 배려를 기울여야 한다. 셋째, 개인의 사생활, 특히 가정문제, 종교문제 등은 수사상 필요한 최소한 범위 내에서 조사해야 한다. 다섯째, 사건관계인 중 변호인의 경우는 특히 그 권한을 존중해야 한다.

검사에 대한 자세는 첫째, 검사는 수사에 대한 주재자이고 법률 전문가이므로 관련된 업무에 있어 상관이라는 인식을 가지고 항상 예의 바르게 대하여야 한다. 둘째, 정당한 지시나 명령에 대해서는 충실히 이행하고, 수사에 관한 법률적용, 사실관계 등 항상 상의하고 조언을 구한 후에 지휘에 따라 처리해야 한다.

선배 및 동료직원에 대한 자세는 첫째, 선배, 동료직원의 다양한 사회적 경험과 식견을 존중하고 돈독한 동료애를 가지고 동거동락하는 자세를 견지해야 한다. 둘째, 업무에 있어서는 내 생각을 무조건 관철하기 보다는 상황과 사람에 따라 시각이 틀릴 수 있음을 항상 생각하고 열린 마음을 가져야 한다.

검찰공무원, 법원공무원, 경찰공무원 등 타기관 공무원에 대한 자세는 첫째, 소속기관의 업무를 존중하고 겸손한 자세로 대하여야 한다. 둘째, 자료요구 등 업무협조에 있어서는 절차에 따라 진행하고 불필요한 오해가 없도록 언행을 조심해야 한다.

○ 특별사법경찰의 업무에 대한 자세는 첫째, 국민으로부터 위임받은 공직자로서 올바른 업무수행을 위해 인품과 실력을 갖추도록 노력해야 한다. 둘째, 연구하는 자세로

업무와 관련된 법률, 예규, 지침 등을 숙지하고, 관심분야를 정하여 전문가가 되도록 노력해야 한다. 셋째, 국제화, 지식정보화 시대가 도래함에 따라 어학공부 등 자기개발에도 노력해야 한다.

○ 수사는 범죄가 발생한 이후에 사후적으로 국가형벌권의 존부를 확인하고 확정하는 절차로서 그 본질이 사법작용, 이를 통칭하여 사법경찰 기능이라고 한다.

이 기능은 삼권분립의 원칙상 사법부에 속하는 법원, 검사에게 귀속되는 권한이지만 각국에서는 편의상 행정경찰에 예심판사나 검사의 지휘를 받아 수사를 하도록 사법경찰권을 부여한다. 현실적으로는 일반(행정)경찰이 사법경찰권(작용)에 근거하여 수사경찰 또는 사법경찰의 중복적 지위를 가지면서 법원, 검찰의 지휘 하에 형법위반자 수색(범인색출), 증서수집, 피의자 검거 등의 임무를 수행한다.

수사 착수 시에 수사기관이 함정수사의 방법으로 수사를 행하는 것은 수사의 상당성을 결여하는 것이 아닌가 하는 문제가 생긴다. 함정수사란 수사기관이 특정인에게 범죄를 교사하거나 범죄를 범할 기회를 제공한 후 범죄의 실행을 기다렸다가 동인을 체포하는 수사방법이다. 함정수사의 특징인 수사기관이 적극적으로 특정인에게 구체적인 범죄동기를 부여하고 범행기회를 제공하며 범죄의 실행에 나아가도록 유인한다는 점에 있다.

함정수사는 이미 범죄의사를 가지고 있는 사람에 대하여 범죄를 범할 기회를 부여하는 「기회제공형의 함정수사」와 전혀 범죄의사가 없는 사람에게 새로운 범죄의사를 유발하는 「범의유발형 함정수사」로 나누어 볼 수 있다.

이 가운데 기회제공형의 함정수사는 수사의 상당성을 충족하여 적법하다는 점에 별다른 이론이 없다.

판례도 「소위 함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사 기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다.」고 하여 이를 인정하고 있다.

범의유발형 함정수사에 대하여 수사의 상당성을 인정할 것인가에 대해 여는 견해가 나뉘고 있다. 마약범죄나 뇌물죄와 같이 범죄에 관련된 자들이 서로 공통된 이해관계를 가지고 있어서 증거를 찾기 어려운 범죄에 대하여는 함정수사가 유력한 수사방법이 된다는 현실적 필요성과 범인이 비록 범의를 유발당하였다 하더라도 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 처벌이 가능하다는 이론적 근거를 들어 이를 인정하는 견해도 있으나, 적법절차의 준수라는 헌법 이념에 비추어 함정수사는 수사의 상당성을 결하였다고 하지 않을 수 없다. 함정수사로 인하여 기소된 피고인에 대하여 함정수사에 기초한 공소제기는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 공소기각의 판결을 하여야 한다는 견해와 수사기관이 제공한 범죄의 동기나 기회를 뿌리치기 어렵다

는 범죄인의 특수상황을 고려하여 범의가 없다고 할 수 있으므로 무죄판결을 하여야 한다는 견해 등이 있으나, 대법원은 공소기각 판결을 하여야 한다는 입장을 취하고 있다.

3. 결과조치

내사 결과 혐의가 있으면 입건(인지)하여야 하고, 혐의가 없다고 인정되는 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다.(특별사법경찰관리 직무규칙 제22조 제2항) 내사사건의 종결사유는 ①입건, ②입건유예, ③범죄혐의없음(범죄인정안됨), ④범죄혐의없음(증거 불충분), ⑤죄가안됨, ⑥공소권없음, ⑦내사중지, ⑧이송이 있으며 사안에 따라 종결한다. ①의 경우는 범죄인지보고서를 작성하여 입건절차를 진행한다. 범죄혐의가 인정되는 경우 범죄인지 보고서를 작성하여 결재권자의 결재를 받고, 범죄사건부에 등재하여 사건번호를 부여받고, 내사사건부에 “2012 사건 ○○○호로 입건”이라고 기재한다.

그 밖의 경우 자체첩보 내사의 경우는 수사보고 형식으로 내사결과보고서를 작성하여 결재권자에게 결재를 받고, 내사사건부에 “2012. 00. 0 내사종결(사유기재)”이라고 기재하고, 내사기록은 내사종결사건철에 편철한다. 수사기관이 내사를 통해 피내사자의 범죄혐의를 확인하고 수사를 개시하는 것을 입건 또는 범죄인지라고 하는데 실무적으로는 범죄사건부에 등재하여 사건번호를 부여받는 절차를 말하며, 피내사자는 피의자로 그 신분이 변하게 된다.

피의자에 대해서는 의견서를 작성해야 한다. 의견서란 수사한 사건을 검찰에 송치하면서 피의자의 인적사항, 범죄경력, 죄명, 범죄사실, 법령적용, 수사결과 및 처분의견을 기재한 종합보고서이다. 특별사법경찰관리 직무규칙 제62조, 제65조특별사법경찰관이 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할지방검찰청검사장 또는 지청장에게 송치한다.

4. 수사절차

1) 수사의 전단계(내사)

내사란 범죄의 혐의유무를 확인하기 위하여 입건전의 단계에서 수행하는 수사기관의 조사활동을 말한다. 범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 하고(특별사법경찰관리 직무규칙 제22조 제1항 본문) 내사결과 범죄의 혐의가 인정되지 않을 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다(동조 제2항). 다만 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서로서 수사단서로서의 가치가 없다고 인정되거나 실존인물의 진정·탄원·투서라도 그 내용이 형벌법규에 저촉

되지 아니함이 명백한 때에는 내사하지 아니할 수 있다(동조 제3항, 제4항).법령·예규·통첩·기타의 지시에 비추어 중요사건으로 판단될 경우에는 관할검사에게 즉시 보고하고 그 지휘에 따라야 한다.

2) 수사의 개시

수사기관이 사건을 최초로 수리하여 수사를 개시함을 입건이라 하며, 입건 이후에는 혐의자가 피의자로 된다.특별사법경찰관이 수사를 개시하는 원인에는 입건의 사유인 범죄의 인지, 고소·고발의 접수 외에 검사의 수사지휘, 다른 특별사법경찰관으로부터 이송되는 사건의 수리 등이 있다.특별사법경찰관이 인지에 의하여 수사에 착수한 때는 범죄인지보고서를 작성하여야 한다(동규칙 제23조 제1항). 위 인지보고서에는 피의자의 인적사항 . 죄명 . 범죄사실 . 적용법조를 기재하고, 그 중 범죄사실에는 범죄의 일시 . 장소 . 방법 등을 명시하며 특히 수사의 단서 및 인지하게 된 경위를 명백하게 기재하여야 한다(동조제2항).

3) 수사의 실행

수사는 형사소송법, 형사소송규칙, 특별사법경찰관리집무규칙 등 법령에 규정된 권한의 범위 내에서 자율적으로 행한다. 그러나 소관 검사가 직무상 발한 일반적 또는 구체적 지휘에 반드시 따라야 한다. 특히 검사의 지휘를 받거나 검사에게 보고할 사항은 다음과 같다.체포 또는 구속된 피의자가 구속으로 인하여 현저하게 건강을 해하게 될 염려가있을 때(특별사법경찰관리 집무규칙 제28조), 체포 또는 구속된 피의자를 석방하고자 할 때(동규칙 제31조), 압수된 물건을 환부 또는 가환부하고자 할 때(형사소송법 제219조 단서, 동규칙 제58조)에는 검사에게 보고하거나 지휘를 받아야 한다.구금된 피의자가 도주 또는 사망하거나 기타 이상이 있을 때(동규칙 제37조), 기소중지한 자 및 참고인중지의 경우에 참고인등을 발견한 때(동규칙 제69조)에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다. 특히 중요사건의 보고가 지체되거나 누락되는 일이없도록 세심한 주의를 기울여야 함은 물론이다.

4) 수사의 종결(송치)

사건에 관하여 사안의 진상을 파악하고 법령을 적용하여 검사에게 처리 의견을 건의할 수 있을 정도가 된 때에는 수사를 종결한다.고소 . 고발사건은 수리한 때로부터 2개월 이내에 수사를 완료하여야 하며, 이를 완료하지 못하였을 때에는 검사의 지휘를 받아야 한다(동규칙 제45조).수사가 완료된 때에는 사건을 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 반드시 송치하여야 한다(동규칙 제62조). 사건을 송치할 때에는 수사서류에 사건송치서, 압수물총목록, 기록목록, 의견서, 범죄경력조회 및 수사경력조회

회보서 등 필요한서류를 첨부하여야 한다(동규칙 제64조).

제3절 검거 및 계도활동

1. 대상, 방법, 계도활동

수사에 있어 피의자의 신병을 확보하는 일은 수사 성패의 판건이라고 할 수 있다. 피의자는 수사기관의 출석요구에 임의출석하는 경우도 있지만 대부분의 피의자는 출석요구에 응하지 아니하고 범행 후 잠적하여 도피하는 경우가 많아 피의자의 소재를 파악하여 검거하는 일이 수사에 있어서 중요하다.

2. 현행범 체포 및 조사방법

범행 후 필사적으로 도주하는 피의자의 소재를 파악하여 검거한다는 일은 그리 쉬운 일이 아니며, 이러한 ‘현장수사’업무는 이론보다는 체험적으로 체득해야 하기 때문에 더욱 쉽지 않다.

검거 이후에는 피의자는 허탈함과 극도의 불안감 등으로 심리상태가 저하되고 수사관은 목적달성의 안도와 자신감을 갖게 된다. 수사관이 피의자를 검거한 후에는 가급적 피의자를 자극하는 언사나 모욕감을 주는 일은 삼가야 한다.

실무적으로 어렵게 검거한 피의자에 대한 신병관리소홀로 인하여 도주하거나 자해에 이르게 방치하여 수사진행을 어렵게 할 뿐만 아니라 수사를 그르치게 하는 일이 발생할 수 있으며, 검거된 공범간의 의사소통이 이루어져 서로 진술을 조작하는 바람에 수사가 벽에 부딪치는 경우도 있다.

반면에 신병관리 과정에서 피의자를 완벽하게 제압하면서도 인간적이고 따뜻하게 대하여 피의자가 마음의 벽을 허물고 범행일체를 자백하여 수사의 활로를 찾는 사례도 있어 신병관리는 수사의 성패를 조우하는 중요한 업무라 할 수 있다.

피의자의 소재파악이나 검거과정에서의 적법절차 준수는 아무리 강조해도 지나치지 않으며, 수사과정에서 법에 규정된 절차를 준수하지 않아 어렵게 얻은 증거의 증거능력이 인정되지 아니하거나 수사관이 민형사상 책임을 지는 사례가 발생할 수 있다. 판례도 수사과정에서 긴급체포 등 절차적 사항에 관한 작은 위반행위에 대하여 엄격하게 책임을 인정하는 경향이 있다.

3. 현행범에 대한 압수 수색 검증

영장에 의한 압수·수색 또는 검증은 범죄수사에 필요한 때에 할 수 있다. ‘범죄수사에 필요한 때’라는 것은 단지 수사를 위해 필요할 뿐만 아니라 강제처분으로서 압수를 행하지 않으면 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말한다. 임의수사로도 같은 목적을 달성할 수 있는 경우에는 압수·수색은 허용되지 않으므로 강제수사의 필요

성에 대해 소명이 필요하다.

압수 수색 검증영장의 경우 영장 청구서 기재 자체에 의하여 대상이 확정될 수 있도록 압수할 물건, 수색 또는 검증할 장소, 신체나 물건 등이 개별적 구체적으로 특정되어 있어야 한다.

4. 현행범 임의동행 및 임의수사 절차

수사는 강제력 행사 여부에 따라 강제수사와 임의수사로 나누어진다.

임의수사 : 강제적인 수단에 의하지 않고, 상대방의 동의나 승낙, 협력을 얻어서 행하는 수사

강제수사 : 상대방의 의사에 관계없이 강제적으로 실시하는 수사

현행범은 임의수사가 원칙이며, 강제수사는 법률에 특별규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 할 수 있도록 규정하고 있다. 임의수사는 그 수단·방법에 특별한 제한은 없고 수사기관의 판단과 재량에 맡겨져 있다. 형사소송법등에 규정된 임의수사 방법은 유형을 예시한 것에 불과하다.

상대방의 동의·승낙을 전제로 하거나 성질상 어느 누구의 동의·승낙 없이도 할 수 있는 것이면 어떠한 방법에 의해서도 수사할 수 있는 것이 원칙이지만, 임의수사라고 하더라도 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다.

5. 진술서(확인서) 징구

진술서는 수사목적 달성을 위해 수사기관의 요청에 따라 피의자나 참고인으로 하여금 작성토록 하여 제출 가능하다. 진술서는 문답형식을 취하는 진술조서와는 달리 진술자 스스로 진술의 요지를 기재하여 제출하는 증거의 일종이다. 진술사항이 복잡하거나 진술인이 서면 진술을 원할 때에는 진술서를 작성 제출가능하다(특별사법경찰관리집무규칙 제20조 제3항).

6. 현행범 석방 절차

특별사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 인수하였을 때 즉시 조사하고 계속구금할 필요가 없다고 인정할 때에는 즉시 석방하여야 하며(특별사법경찰관리집무규칙 제39조 제1항), 체포된 현행범인에 대하여 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제213조의2, 제200조의2 제5항).

특별사법경찰관이 현행범인으로 체포된 피의자를 석방하는 경우에 미리 검사의 지휘를 받을 필요는 없으나, 체포된 현행범인을 석방한 때에는 지체없이 「피의자석방보고

서」를 작성하고 현행범인체포서 또는 현행범인인수서 사본을 첨부하여 그 사건 기록에 편철하여야 한다(특별사법경찰관리집무규칙 제39조 제2항).

규정상으로는 체포된 현행범에 대하여 특별사법경찰관이 석방할 수 있으나, 실무상으로는 검사의 신병처리에 대한 수사지휘를 받아서 석방하는 것이 타당하다.

현행범 석방 후 보고는 지체없이 하여야 하며 과서간 문발업무 등 업무효율성을 고려하여 사법경찰관은 현행범 석방 후 문발 또는 모사전송에 의하여 24시간 이내 보고를 원칙으로 하되, 원거리 등 부득이한 경우에 한해 48시간 이내 보고하여야 하고, 보고방식은 '피의자 석방보고서' 원본 부분을 작성한 후 원본을 기록에 편철하고 부분은 '현행범 체포서' 또는 '현행범인 인수서' 사본을 첨부하여 검사에게 보고한다.(대검찰청 형사2과-2888.2008.9.29)

실무상으로 사법경찰관들은 모사전송으로 보고한다.

피의자 석방보고서

제 0000-00000 호

수 신 : 000(검사 : 000)

제 목 : 피의자 석방보고
아래와 같이 석방하였기 보고합니다.

구 분	
영장 발부 연월일 또는 현행범인체포서 (인수)작성 연월일	
체포, 구속영장 번호 또는 현행범인체포서 (인수)작성 번호	
피체포·구속자 또는 현행범인	
죄 명	
석방일시	
석방사유	

특허청 특별사법경찰대 000사무소
특별사법경찰관 000 (인)

제4절 입건

1. 개요

1) 수사의 개시

수사기관은 범죄의 혐의가 있다가 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다(형사소송법 제195조, 제196조) 이 때 수사기관이 범죄혐의가 있다고 판단하게 되는 원인을 수사의 단서라고 한다.

수사의 단서에 의하여 수사를 진행함에 있어서도 수사업무에 종사하는 자는 수사기관의 관할내의 사건인지 수사할 권한이 있는지를 판단하여 지체없이 상급자에게 그 사유를 보고하는 등 절차를 밟아서 수사를 개시하게 되는데 사건의 중요도에 따라 검찰에 보고해야 한다.

<표 5-9> 현행법상 수사개시의 단서

자율적(적극적) 개시 (수사기관의 직접인지)	<ul style="list-style-type: none"> · 현행범인의 발견 · 불심검문 · 출판물의 기사 · 풍설 · 사건조사중 타사건발견 · 변사자의 검시 	형사소송법 제211조 이하, 특별사법경찰관리 집무규칙 제38조 경찰관직무집행법 제3조 특별사법경찰관리 집무 규칙 제22조 특별사법경찰관리 집무규칙 제22조 형사소송법 제222조, 특별사법경찰 관리집무규칙 제40조
타율적(소극적) 개시 (타인 피해자 등의 신고)	<ul style="list-style-type: none"> · 고소 · 고발 · 진정 · 피해신고 · 자수 · 익명의 신고 	형사소송법 제223조 형사소송법 제234조 특별사법경찰관리 집무규칙 제22조 형법 제52조 특별사법경찰관리 집무규칙 제22조

수사사무보고(특별사법경찰관리 집무규칙 제11조~제15조)에 따르면, 특별사법경찰관은 그 소관업무 내에서 특정한 범죄가 발생하거나 발생할 우려가 있을 때, 그 직무범위에 속하지 아니하는 범죄나 이에 대한 증거물을 발견한 때, 단속 계획과 단속실적을 반기별로 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 보고하여야 하고, 또한 사건마다 범죄통계를 작성하여 검찰총장이나 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다.

<표 5-10> 수사보고

제11조【수사사무 보고】특별사법경찰관은 법 제6조의 규정에 의하여 부여된 직무범위 안에서 다음 각호의 1에 해당하는 범죄를 발견한 때에는 즉시 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다. 다만, 비상사태 또는 이에 준하는 사태 하에서는 아직 범죄가 발생하지 아니한 경우에도 범죄 발생의 우려가 있는 때에는 그 동태를 보고하여야 한다.

1. 내란의 죄
2. 외환의 죄
3. 공안을 해하는 죄
4. 폭발물에 관한 죄
5. 방화, 중실화 및 업무상 실화의 죄
6. 교통방해의 죄
7. 살인의 죄
8. 상해치사 . 폭행치사죄
9. 「국가보안법」 위반범죄
10. 중요한 「관세법」 위반범죄
11. 중요한 「조세범처벌법」 위반범죄
12. 중요한 「출입국관리법」 위반범죄
13. 중요한 「철도법」 위반범죄
14. 공무원의 직무에 관한 죄 및 공무방해에 관한 죄
15. 「군형법」 중 반란의 죄, 암호부정사용죄, 「군사기밀보호법」 위반 범죄, 「군용물 등 범죄에 관한 특별조치법」 위반 범죄
16. 외국인 관련 범죄
17. 사회의 이목을 끌만하거나 정부시책에 중대한 영향을 미치는 범죄
18. 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 특별히 지시한 사항

제12조【정보 보고】특별사법경찰관은 소관 업무와 관련하여 다음 각호의 1에 해당하는 사실이 있는 때에는 그 사실과 이에 관한 조치를 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 지체없이 보고하여야 한다. 다만, 법 제8조의 규정에 의한 특별사법경찰관에 대하여는 제3호의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 소요의 발생, 그 밖의 사유로 사회적 불안을 조성할 우려가 있는 때
2. 정당 또는 사회단체의 동향이 사회질서에 영향을 미칠 우려가 있는 때
3. 일반사법경찰관리 또는 다른 기관의 특별사법경찰관리와 업무권한의 충돌이나 분쟁이 생겨 기관간의 업무 조정이 필요한 때

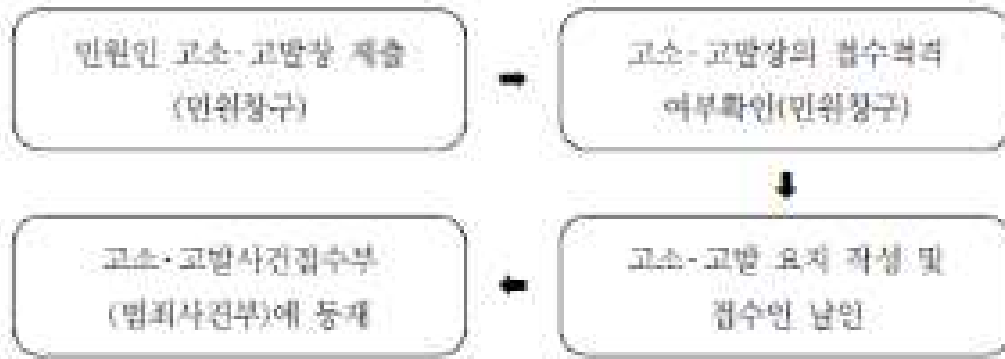
제13조【직무범위외의 범죄발생에 대한 보고】특별사법경찰관은 그 직무범위에 속하지 아니하는 범죄나 이에 대한 증거자료를 발견한 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 이를 관할지방검찰(찰)청 검사장 또는 지청장에게 지체없이 보고하여야 한다.

1. 당해 범죄가 진행 중에 있는 등으로 시급한 조치가 필요한 때
2. 당해 범죄의 법정형에 징역형이 포함되어 있는 때

제14조【단속계획 등 보고】특별사법경찰관은 반기별로 단속계획과 단속실적을 관한 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다. 다만, 법 제3조 제1항 내지 제4항 및 제8조의 규정에 의한 특별사법경찰관의 경우에는 그러하지 아니하다.

제15조【범죄통계 보고】특별사법경찰관은 사건마다 범죄통계원표를 작성하여 검찰총장이나 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 제출하여야 한다.

<그림 5-8> 고소 고발장의 접수 및 배당 절차



○ 고소 . 고발인 적격여부 피해자 여부, 대리인의 경우 위임장, 인감증명 등의 첨부 여부

관할의 확인 관할이 아닐 경우 관할 수사기관으로 직접 또는 우편접수를 권유하고 이에 응하지 않을 경우에는 사건이 이송될 수 있음을 고지하고 접수

관련사건 유무여부 확인 맞고소, 추가고소, 다른 기관에 중복제출 여부

우편으로 접수된 경우 전화연락을 통하여 확인한 후 접수

주소, 주민등록번호, 전화번호(특히 휴대전화) 기재여부 확인

시효완성 및 시효임박여부 확인

다수의 고소인이나 피고소인 사건의 경우 고소인 대표자의 진술로 고소인 진술을 대신할 수 있는지를 검토

전형적인 민사사안의 경우 법률구조절차나 민사소송절차 등 안내

<표 5-11> 조사 착수 시 유의사항

고소장의 면밀한 검토	<ul style="list-style-type: none"> . 고소권자 정당한 고소권자인지(친족상도례, 피해자 등) 검토 . 고소대리 여부 위임장 확인(특히 법인의 경우) . 피고소인의 존재 사망, 법인의 해산이나 청산여부 . 고소요지 쟁점의 정리와 관련(처벌의사 표현여부, 내사사건의 종결에 불복하는 경우) . 죄명 및 적용법조 고소인이 고소장에 잘못 기재하여 온 것이 아닌지 여부 . 공소권 소멸 여부 확인 공소시효 완성, 확정판결, 법령개폐여부를 확인하여 수사종결시 의견서나 주문에 표시 . 첨부서류 확인
소환자에 대한 파악	<ul style="list-style-type: none"> . 범죄경력조회 피고소인의 범죄수법의 예감, 전과누설에 유의, 현재 기소중지자 여부 및 재판계속중인 사건이 있는지 파악 . 관련사건조회 민사관련여부, 판결문, 불기소 결정문 등 입수
신문사항 준비	<ul style="list-style-type: none"> . 피조사자별 신문사항 준비 일관성, 누락방지
관련자 소환	<ul style="list-style-type: none"> . 출석요구서 발송, 전화, 기 출석한 관련자들에게 구두전달 등

	<ul style="list-style-type: none"> · 소환자에게 준비할 서류나 사항 통지하여 반복소환을 방지 · 소환시점은 소환자들의 자료준비에 필요한 시간 등을 고려하되 너무 장기간이면 잊어버릴 염려가 있으므로 가급적 1주일 이내가 좋으며 2~3일 전에는 전화 등으로 확인을 하는 것이 바람직
--	---

<표 5-12> 고소의 취소

<p>고소의 취소는 제기한 고소를 철회하는 소송행위 친고죄의 경우 불기소처분 또는 공소기각의 사유가 됨 비친고죄의 경우도 피의자나 피고인에게 기소유예, 구약식처분이나 집행유예의 판결을 받을 수 있는 유리한 자료가 됨</p>
--

<표 5-13> 고소 취소에 있어서 실무상 유의사항

취소권자	<ul style="list-style-type: none"> · 고소를 제기한 자가 고소 취소 가능 · 고소를 대리하는 자는 고유의 고소권자가 제기한 고소 취소 불가 ※ 예컨대 피해자가 고소를 제기한 후에 사망을 한 경우에도 법정대리인은 그 고소를 취소할 수가 없음
고소취소의 방식	<ul style="list-style-type: none"> · 요식행위가 아니므로 서면 또는 구술로서 할 수가 있지만 고소를 취소한다는 명시적인 의사표시가 있어야 함 · 피해자 진술조서 등을 작성하면서 고소를 취소하겠다는 피해자의 진술을 기재하고 명백히 기재하고, 고소취소 후에는 다시 고소할 수 없다는 점을 알고 있다는 진술이나, 합의서 또는 진정서를 제출하면서 고소를 취소한다는 취지를 기재함이 필요 · 단순히 범인의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시만으로는 고소취소가 되지 않음
고소취소의 효과	<ul style="list-style-type: none"> · 고소를 취소하면 고소권이 소멸하므로 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못함 · 친고죄의 경우는 공소권 없음으로 불기소 처분을 받게 되지만, 비친고죄의 경우에는 정상참작의 자료가 됨에 불과함
고소취소 조서의 기재사항	<ul style="list-style-type: none"> · 고소취소장을 어떤 방식으로 접수를 하였는지(합의서, 진정서, 고소취소장 등) · 고소취소권자인지 · 고소취소의 사유 및 동기 · 임의로 취소하는 것인지(사기, 강박으로 인한 것인지 여부) · 고소취소 후에는 동일한 고소를 할 수가 없다는 사실을 알고 고소를 취소하는지 여부 · 피고소인의 처벌을 원하지 않는 것인지(법대로 처리해 주시기 바랍니다라고 진술하는 경우 어떤 뜻인지 명백히 하여야 함)

2) 사건의 인지

범죄정보를 입수한 특별사법경찰관은 내사단계를 거쳐 직접 범죄를 인지하고 수사를 개시하게 되는데 이를 인지사건수사라고 하며, 이는 법률상 또는 강학상의 개념이 아니라 수사실무상 통용되는 용어이다. 특히 실무상 고소·고발에 의하지 아니하고 자체 생산한 범죄정보(첩보)등에 의하여 수사기관에서 직접 인지수사를 하는 경우 담당부서의 명칭에 따라 특별수사(기획수사)라고도 칭한다.

<그림 5-9> 인지사건 수사절차



3) 내사

수사기관이 범죄정보의 수집 등으로 수사의 단서를 입수하고 수사의 개시 여부(입건 절차실행여부)를 결정하기 위하여 수행하는 일련의 조사활동을 내사라 한다. 즉, 내사란 보도·풍설·진정·탄원·투서·익명의 신고등을 통하여 범죄혐의가 있을 수 있는 정보를 입수한 수사기관이 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 입건전의 단계에서 수행하는 조사활동을 말한다.

내사는 수사의 전단계에 불과하므로 내사의 객체는 피내사자이지 피의자가 아니다. 검찰사건사무규칙에 따르면 피내사자 이외에 피진정인이라는 사용하고 있는 데, 양자는 내사사건의 대상자이나 진정사건의 대상자이나에 따라 구별되며 내사사건과 진정사건의 구분에 관하여는 동규칙 141조가 규정하고 있다. 내사사건이든 진정사건이든 범죄혐의가 인정되면 바로 입건된다는 점에 차이가 없다.

그러나 내사단계도 수사와 연계되어 광의의 형사소송절차의 일부를 이루고 있는 것이므로 형사소송 전반에 적용되는 지도원리로서 실체적 진실주의와 적법절차의 원칙은 그대로 적용되며, 내사의 조건도 수사의 조건과 동일하다. 따라서 내사도 일정한 절차를 거쳐서 내사활동을 하는 것이 상당하다.

그 법적 근거로 형사소송법 제195조와 제199조 제1항 본문은 “수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다”고 규정한다. 동조 제2항은 “수사에 관하여 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다”라는 규정이 내사란 용어를 사용하지는 않지만 위 조항을 내사의 근거로 보아야 할 것이다.

위 조항에 따라 검찰사건사무규칙에 내사사건과 진정사건의 수리(제141조), 내사사건부의 기재(제142조), 내사사건의 처리 등(제143조)에 관하여 규정하고 있고, 사법경찰관리집무규칙 제20조와 특별사법경찰관리집무규칙 제22조에 범죄의 내사에 대하여 규정하고 있다.

<표 5-14> 범죄의 내사

특별사법경찰관리 집무규칙 제22조【범죄의 내사】① 특별사법경찰관은 직무범위에 속하는 범죄에 관한 신문·방송 그 밖의 보도매체의 기사, 익명의 신고 또는 풍문이 있는 경우에는 특히 출처에 주의하여 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 때에는 즉시 수사를 착수하여야 한다.

② 특별사법경찰관리는 내사 결과 범죄의 혐의가 없다고 인정되는 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다.

③ 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서에 대하여는 그 내용을 정확히 판단하여 수사단서로서의 가치가 없다고 인정되는 때에는 내사하지 아니할 수 있다.

④ 실존인물의 진정·탄원 및 투서라도 그 내용이 소관 형벌법규에 저촉되지 아니함이 명백하다고 인정되는 때에는 진정인·탄원인 및 투서인에게 그 뜻을 통지하고 제3항의 규정에 준하여 처리할 수 있다

검찰사건사무규칙 제41조는 민원인이 없고 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 경우 등에 내사사건으로 수리하도록 규정하고 있고, 사법경찰관리집무규칙 제20조, 특별사법경찰관리집무규칙 제22조 등은 내사개시의 단서로서 신문 기타 출판물의 기사·익명의 신고 또는 풍설과 진정·탄원 등을 열거하고 있다. 그러나 위 단서는 제한적이라기보다 예시적으로 보아야 하며, 그 밖의 내사단서로는 타사건 내사 중의 범죄혐의 발견, 국회의원이나 지방의회의원의 공개적 발언, 시장동향 등에 따른 내사기관 자체의 기획, 타기관에서 이첩된 첩보 등이 있을 수 있다. 또 변사자 검시나 불심검문에 의하여 범죄를 인지하는 경우에도 이론상으로는 인지에 앞서 내사할 수 있을 것이다. 자율적 내사이건 타율적 내사이건 대외적으로 내사한다는 사실이 알려지는 방법으로 조사활동을 하는 경우에는 내부적인 통제절차를 밟을 것을 요구하고 있다.

○ 첩보(입수)보고

특별사법경찰관은 내사할 가치가 있는 첩보를 입수하고 내사착수 여부에 대하여 상사와 협의할 필요가 있는 때에는 결재권자에게 첩보보고를 한다.

○ 내사착수(예정)보고

특별사법경찰관은 관련자 소환 및 조서의 작성, 압수·수색 등의 강제처분, 외부기관에 공문형식의 자료요청, 출국금지요청 등 대외적인 내사활동을 할 경우에는 사전에 결재권자에게 내사착수 예정보고를 하여야 하며, 긴급을 요하는 경우에는 사후에 내사착수보고, 사전에 내사착수예정보고를 한 경우에는 따로 내 사착수보고를 하지 않아도 무방하다. 사전, 사후 구별없이 내사착수보고를 하고 내사를 개시한 경우는 내사사건부에 등재하여함 불법적인 자의적 내사를 방지하기 위함.

○ 실무상 통신자료제공요청, 주민등록등본의뢰등 공무소에 사실조회등을 의뢰하기 위해서는 반드시 내사사건부에 등재되어야 함.

○ 주변조사

인터넷을 통한 자료검색, 연감, 인명사전, 신문 . 잡지 검색 등 공개된 출판물을 통하여 피내사자와 내사사실에 관한 주변조사를 시작함.

○ 사실조회

내사도 수사절차의 단계 중 하나이므로 피내사자나 내사사실과 관련된 사실관계 자료를 관계기관에 조회하게 되는데 대개의 경우 내사기밀의 유지를 위하여 해당기관에 출장확인을 하게 되는 경우가 많지만 문서나 유선 조회도 가능함(형사소송법 제199조 제2항)

내사가 시작된 사실을 내사대상이 알 경우에 증거인멸등의 우려가 있기 때문에 최대한 내사착수 사실을 은밀히 하는 것이 중요함.

○ 관련 참고인 조사와 감정

피내사자 본인이 아닌 참고인에 대하여는 임의수사의 방법으로 진술을 청취할 수가 있고 마약범죄·식품·의약 관련범죄의 경우에는 사전에 전문기관의 감정을 거치는 경우가 많으며, 상표법위반 범죄의 경우도 위조의심상품의 진위여부에 대하여 상표권자의 감정을 거쳐 위조상품임을 확인을 받아 내사를 진행함.

○ 피내사자 조사

피내사자 조사 없이도 주변조사, 사실조회, 관련 참고인 조사, 감정 등을 통하여 범죄혐의가 인정되면 범죄인지보고를 하고 입건하여 피의자로서 소환조사 가능하지만, 다른 자료에 의하여 범죄혐의를 인정하기 어려운 경우에는 피내사자를 직접 조사하게 된다.

- 이때는 아직 입건 전이어서 피의자 신분이 아니라고 하더라도 피의자와 피내사자는 형사소송법상 지위의 차이가 실질적으로 없다고 보고 진술거부권, 변호인 선임권, 변호인접견교통권을 보장하여야 한다는 것이 일반적인 견해이며, 대법원판례도 임의동행된 피내사자에 대하여도 변호인접견교통권을 인정하여야 하는 것으로 보고 있음.(대법원 1996. 6. 3. 선고 96모18호 판결)

○ 출국금지

출국금지요청에 따른 출국금지처분은 강제처분이 아니며 수명자에게 수사기간 중 국외로의 출국을 금지하는 공법상 의무를 지우는 행정처분의 일종이므로 내사단계에서도 법무부장관(참조:출입국심사팀)에게 출국금지 요청이 가능하지만, 그 요건과 요청방법은 출입국관리법시행령과 출국금지업무 처리규칙(법무부령제635호)에 엄격히 규정하고 있다.

출국금지요청을 하기 위해서는 우선 검사로부터 수사대상자에 대한 출국금지 지휘(사유와 기간)를 받아 법무부 출입국심사팀에 출국금지 요구서와 출국금지 검사지휘서를 발송하여 의뢰함.

통상적인 출국금지 기간은 체포영장, 구속영장의 경우는 장기간으로 영장만기일까지도 가능하지만, 통상적으로 수사가 진행중인 경우 10일 단위로 가능하며 연장이 필요한 경우 추가 연장요청을 해야함.

○ 강제수사

피내사자를 형사입건도 하지 않고 단지 그 혐의유무를 확인하는 단계에서 피내사자에 대한 체포·구속 등 대인적 강제처분을 한다는 것은 적절하지 않다. 다만, ‘범죄의 인지’는 범죄인지서 작성과 관계없이 실질적으로 이해하여야 하므로 실무상 피내사자에 대하여 체포영장이나 구속영장을 발부받은 후에 형사입건 절차를 밟는 경우도 있다.

긴급체포의 경우에는 예컨대 내사당사자가 갑자기 국외로 도피하려는 징후를 발견하였으나 법관의 영장을 발부받을 여유가 없는 경우와 같은 때에는 긴급체포가 가능하나, 이 경우 당연히 입건을 전제하는 것으로 보아야 한다.

○ 대물적 강제처분

사법경찰관리집무규칙 제20조 제1항 단서는 “내사를 병자하여 막연히…물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다”고 규정함으로써 내사단계에서는 압수가 가능한 것을 전제로 하고 있으며, 검찰사건사무규칙에 따른 내사사건 결정서식에도 압수물처분기재란을 두고 있어 실무상으로는 당연히 내사과정에서 압수·수색·검증 등 대물적 강제처분이 가능한 것으로 보고 있다.

이러한 대물적 강제처분은 국민의 법적 안정성에 중대한 침해가 될 수 있으므로 당연히 형사소송법이나 통신비밀보호법 등에 따른 법관의 영장 또는 허가서를 필요로 한다. 예금계좌추적을 위한 금융거래내용에 대한 정보 또는 자료제공요구도 법관의 영장을 필요로 한다,

2. 피의자 신문, 절차 및 방법

1) 피의자 신문

○ 피의자신문이란 수사기관 즉 검사 또는 사법경찰관 또는 특별사법경찰관이 피의자를 신문하여 피의자로부터 진술을 듣는 것을 말한다.

피의자는 범죄실행 여부뿐만 아니라 만약 범행을 하였다면 그 경위에 관하여 누구보다도 잘 알고 있으므로 수사기관이 범죄의 혐의를 받고 있는 피의자의 진술을 통하여 직접 증거를 수집하는 절차일 뿐만 아니라, 피의자가 자기에 대해 유리한 사실을 주장할 수 있는 기회를 제공하는 의미도 가지고 있다.

신문사항을 기재한 서류 - 피의자신문조서

○ 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.(형사소송법 제200조)

피의자나 참고인이 출석한 때에는 지체없이 진술을 들어야 하며, 오랫동안 기다리게 하는 일이 없도록 하여야 한다.(특별사법경찰관리 직무규칙 제18조 제3항)

○ 수사는 강제력 행사 여부에 따라 강제수사와 임의수사로 나누어 진다.

임의수사 : 강제적인 수단에 의하지 않고, 상대방의 동의나 승낙, 협력을 얻어서 행하는 수사

강제수사 : 상대방의 의사에 관계없이 강제적으로 실시하는 수사

○ 현행법은 임의수사가 원칙이며, 강제수사는 법률에 특별규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 할 수 있도록 규정하고 있다.

○ 임의수사는 그 수단·방법에 특별한 제한은 없고 수사기관의 판단과 재량에 맡겨져있다.

형사소송법등에 규정된 임의수사 방법은 유형을 예시한 것에 불과함.

상대방의 동의·승낙을 전제로 하거나 성질상 어느 누구의 동의·승낙 없이도 할 수 있는 것이면 어떠한 방법에 의해서도 수사할 수 있는 것이 원칙이지만, 임의수사라고 하더라도 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다.

<표 5-15 > 임의수사 방법

<p>형사소송법에 규정하고 있는 임의수사의 방법</p>	<p>피의자에 대한 출석요구와 신문(제200조), 참고인에 대한 소환 및 조사(제221조 제1항), 감정·통역·번역의 위촉(제221조 제2항) 등</p>
<p>검찰사건사무규칙(제2장 제3절 임의수사)에서 규정하고 있는 임의수사방법</p>	<p>피의자 등의 출석요구, 조서(작성), 감정의 위촉, 수사관 계사항의 조회, 임의 제출 등, 실황조사, 수사의 촉탁, 증거보전의 청구 등</p>

2) 수사서류 종류

○ 수사서류의 개념

현행 형사소송법에서는 ‘수사서류’라는 용어를 사용하지 않고 있다. 특별사법경찰관 리 직무규칙 제2장 제3절 제목을 ‘수사서류’라 하고 수사서류의 작성시 유의사항을 규정하고 있을 뿐 수사서류가 무엇인지에 대한 정의는 없다. 다만 특별사법경찰관리 직무규칙 제84조에서 특별사법경찰관이 범죄수사에 관하여 사용하는 문서와 정부의 서식을 규정하고 있고, 제64조에서 ‘송치서류’를 규정하고 있으며 검찰사건사무규칙에서 검사가 수사에 관하여 작성하거나 사용하는 서류에 대하여 규정하고 있다.

위를 종합하여 본다면 수사서류는 협의·광의의 2가지 의미로 요약할 수 있다. 협의로는 수사기록을 구성하고 있는 개개의 서류로 수사기관이 스스로 작성한 서류와 수사기관 이외의 자가 작성한 서류를 의미한다. 광의로는 협의의 수사서류를 포함하여 수사기관이 범죄수사에 관하여 사용하는 문서의 장부를 총칭하는 의미한다.

일반적으로 수사서류라고 말할 때는 협의의 수사서류를 의미하지만, 수사실무상으로는 위 두 가지 개념을 구분하지 않고 사용하는 것이 보통이다.

○ 수사서류의 의미가 다양하게 사용되고 있고, 광의의 수사서류도 그 종류가 많아 일일이 열거하기 어려워 여기에서는 특별사법경찰들이 통상적으로 사용하는 주요 수사서류에 대해서만 본다.

<표 5-16> 수사의 단계별 구분

내사단계	첩보보고, 내사결과보고서, 진정서, 진술서, 진술조서, 범죄 경력조회서, 감정결과서 등
입건 및 수사실행단계	범죄인지서, 고소고발장, 피의자신문조서, 진술조서, 진술서, 실황조서, 압수조서, 사실조회, 수사보고서, 출 석요구서, 구속영장신청, 감정결과서 등
송치단계	송치서표지, 의견서, 압수물총목록, 기록목록, 피의자 통계원표 등

<표 5-17> 문서성격에 따른 구분

소송행위적 의사표시문서의 성격	고소고발장, 고소고발취소장, 합의서, 공소장, 구속영장신청(청구), 증거보전청구서, 구속적부심사청구서 등
보고서적 성격	의견서, 범죄발생 및 검거보고서, 수사보고서 등
증거서류 성격	피의자신문조서, 진술조서, 진술서, 자술서, 실황조사, 사실 조회서류, 전과조회서, 진단서, 가족관계등록부 등
기타 문서	기록표지, 기록목록 등

<표 5-18> 수사방법에 따른 구분

임의수사방식	피의자신문조서, 진술조서, 출석요구서, 사실조회서류 등 대 부분의 수사서류가 여기에 해당
강제수사방식	구속영장, 압수·수색영장, 증거보전신청(청구), 증인신문청 구서 등

3) 진술서 작성

○ 진술서는 수사목적 달성을 위해 수사기관의 요청에 따라 피의자나 참고인으로 하여금 작성토록 하여 제출 가능하다.

진술서는 문답형식을 취하는 진술조서와는 달리 진술자 스스로 진술의 요지를 기재하여 제출하는 증거의 일종이며, 진술사항이 복잡하거나 진술인이 서면 진술을 원할 때에는 진술서를 작성 제출가능하다(특별사법경찰관리 집무규칙 제20조 제3항).

○ 실무상 진술서는 크게 3가지 형태로 구분

① 피의자가 집 등에서 스스로 작성하여 제출하는 진술서

② 피의자가 수사기관에 도착하여 수사기관의 요구에 의해 대기실 등에서 임의로 작성하여 제출하는 진술서

③ 피의자가 수사기관에 의해 구두 조사를 받은 후 조서작성에 갈음하여 작성하는 진술서 등이다.

형사소송법은 위 세 번째 형태의 진술서에 대하여 조서와 동일한 증거능력을 부여하고 있으므로(제312조 제5항), 이를 적절하게 활용할 필요가 있다.

○ 종래에는 규칙상 진술서에 대한 근거규정이 없었으나, 개정규칙을 통해 진술서에 대한 근거조항과 진술서 서식을 신설하였다.

피의자가 진술서를 작성하는 경우 중 피의자신문조서에 갈음하여 작성하는 경우는 당연히 진술거부권 등을 고지하고 답변을 기재하여야 함은 물론이므로 별도 양식인 '진술거부권 및 변호인 조력권 등 확인서'를 작성하여 기록에 같이 첨부하여야 한다.

피의자가 피의자신문조서에 갈음하여 진술서를 작성하는 경우 역시 수사과정확인서를 작성해야 한다.

○ 피의자 진술서는 참고인 진술서의 작성방법과 유의할 사항이 같음 다만, 형사소송법에 따른 피의자신문조서에 준하는 진술인의 권리 고지 절차가 더해진다.

피의자 신문은 하는 경우 피의자신문조서를 작성하는 것이 원칙론이긴 하지만, 문답의 내용을 피의자의 자필에 의한 진술서 형식으로 기재하는 것도 가능하다.

종래에는 진술서 작성에 대해 근거 조항이 없었으나, 개정된 검찰사건사무규칙 제13조제3항은 ‘검사는 피의자 또는 피의자 이외의 자의 진술을 들음에 있어 진술인이 서면 진술을 원하는 경우, 진술 사항이 복잡하고 진술인이 서면 진술에 동의하는 경우 등 서면진술을 하게 함이 상당하다고 인정되는 때에는 별지 제20호의2 서식에 의한 진술서를 작성하도록 할 수 있다’라고 규정함으로써 진술서 작성에 대한 명문의 규정을 두었는바, 이를 피의자신문조서 작성에 갈음하는 진술서의 경우라 할 것이다.

따라서 참고인 진술서와 달리 피의자신문조서에 준하여 증거능력을 인정받기 위해서는 피의자진술서 작성의 경우에도 사전에 진술거부권과 변호인 선임권을 고지해야 하고, 이를 확인하였다는 서류를 첨부해야 한다(개정 검찰사건사무규칙 제13조 제3항, 제13조의3).

○ 유의사항

개정 형사소송법 제312조 제5항은 수사과정에서 작성한 진술서에 대하여 조서에 준하는 증거능력을 부여하고 있고 이 경우 진술서는 조서에 대체하는 역할과 피의자신문 절차상 작성되는 것이므로 진술거부권이나 변호인조력을 받을 권리의 고지도 반드시 이루어져야 한다.

피 의 자 신 문 조 서

피 의 자 : 피의자성명

위의 사람에 대한 죄명 피의사건에 관하여 0000.00.00. 00:00 특별사법경찰지원과 사무실에서 특별사법경찰관 000를 참여하게 하고, 아래와 같이 피의자임에 틀림없음을 확인하다.

문 : 피의자의 성명, 주민등록번호, 직업, 주거, 등록기준지 등을 말하십시오.

답 : 성명은 피의자성명 (한자성명)

주민등록번호는 주민등록번호

직업은 직업

주거는 주거

등록기준지는 등록기준지

직장주소는

연락처는 자택전화 휴대전화

직장전화 전자우편(e-mail)

입니다.

특별사법경찰관은 피의사건의 요지를 설명하고 담당관의 신문에 대하여 형사소송법 제244조의3의 규정에 의하여 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 참여 등 조력을 받을 권리가 있음을 피의자에게 알려주고 이를 행사할 것인지 그 의사를 확인하다.

진술거부권 및 변호인 조력권고지 등 확인

1. 귀하는 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있습니다.
1. 귀하가 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 않습니다.
1. 귀하가 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있습니다.
1. 귀하가 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있습니다.

문 : 피의자는 위와 같은 권리들이 있음을 고지받았는가요

답 :

문 : 피의자는 진술거부권을 행사할 것인가요

답 :

문 : 피의자는 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인가요

답 :

이에 특별사법경찰관은 피의사실에 관하여 다음과 같이 피의자를 신문하다.

<표 5-21> 출석요구서

출석요구서	
제 0000-000000 호	
대상자 귀하에 대한 사건명 사건(접수번호:0000-000000)에 관하여 문의할 일이 있으니 0000.00.00. 00:00에 OO과 OOT팀으로 출석하여 주시기 바랍니다.	
< 사건의 요지 > 사건의 요지	
< 구비서류 등 > 1. 구비서류1 2. 구비서류2 3. 구비서류3	
<p>출석하실 때에는 이 출석요구서와 위 구비서류, 기타 귀하가 필요하다고 생각하는 자료를 가지고 나오시기 바라며, 이 사건과 관련하여 귀하가 전에 충분히 진술하지 못하였거나 새롭게 주장하고 싶은 사항 및 조사가 필요하다고 생각하는 사항이 있으면 이를 정리한 진술서를 작성하여 제출하시기 바랍니다.</p> <p>지정된 일시에 출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 이 출석요구서와 관련하여 궁금한 점이 있으면, 소속팀(☎연락처)에 연락하여 출석일시를 조정하시거나 궁금한 사항을 문의하시기 바랍니다.</p> <p style="text-align: center;">0000.00.00.</p> <p style="text-align: center;">특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)</p>	

진술조서(제○회)

성명 :

주민등록번호 :

위의 사람은 피의자 에 대한 피의사건에 관하여 년 월 일
에 임의 출석한 바, 특별사법경찰관은 진술인 를(을) 상대로 다음과 같이 전회에 이
어 계속 문답을 하다.

문 :

답 :

문 :

답 :

문 :

답 :

문 :

답 :

문 :

답 :

3. 참고인 조사, 절차 및 방법

1) 출석요구

(1) 출석요구 개요

○ 수사기관은 필요한 경우에는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있으며(제221조), 피의자 아닌 제3자를 참고인이라고 한다.

피의자 아닌 제3자를 말하므로 고소인 고발인 목격자 참고될 자료를 가지고 있는 자 통역인 번역인 등은 참고인에 해당된다.

○ 참고인들의 사건 관련 또는 사건에 증거가 되는 중요사실 등에 관한 진술을 기재한 조서가 참고인 진술조서이다.

○ 검사 작성의 진술조서이든 특별사법경찰관 작성의 진술조서이든 똑같이 진술의 임의성이 있고 조서의 진정성립이 인정되면 조서의 증거능력이 인정된다.

조서의 진정성립을 인정한 이상 내용이 객관적 사실과 다르다고 하면서 조서내용과 다른 진술을 하더라도 진술조서의 증거능력은 인정된다.

다만, 이런 경우 참고인이 법정에서 증언한 공판조서 기재내용도 증거능력이 있기 때문에 상반되는 두 가지의 증거자료 중 어느 것이 더 신빙성이 있는가는 자유심증주의에 따라 법관의 판단에 맡겨진다.

<표> 사건관계인(피의자 등)의 출석요구관련 규정

피의자 출석요구	“검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때 에 는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있 다”고 규정	형사소송법 제200조 제1항 (특별사법경찰관리 직무규칙 제18조)
참고인 등의 출석요구	“검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때 에 는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진 술을 들 을 수 있고 ...”라고 규정	형사소송법 제221조 (특별사법경찰관리 직무규칙 제18조)

<표 > 출석요구방법

구속피의자	. 수감된 교도소 및 구치소 출장하여 직접 조사하는 방법 사용함
불구속 피의자 및 참고인	원칙적으로 출석요구서에 의함 . 특별사법경찰관리 직무규칙 제 18조 제1항은 “특별사법경찰관이 피의자 또는 참고인에게 출석을 요구하는 경우에는 별지 제2호 서식에 의한 출석요구서 또는 별지 제3호서식에 의한 참고인출석요구서에 의하고, 별지 제63호 서식에 의한 출석요구통지부에 소정의 사항을 기재하여야 한다”고 규정 . 특별사법경찰관리 직무규칙 제 18조 제1항은 “특별사법경찰관이 피의자 또는 참고인에 대하여 출석을 요구할 때에는 출석요구서를 발부하여야 한다”

	<p>고 규정</p> <p>. 특별사법경찰관리 직무규칙 제18조 제2항은 "특별사법경찰관은 신속한 출석요구 등을 위하여 필요한 경우에 전화</p> <p>. 모사전송 그 밖의 상당한 방법으로 피의자 등의 출석을 요구할 수 있다"</p> <p>고 규정하여 출석요구서에 의한 소환원칙에 일부 예외 인정</p>
--	---

○ 출석요구를 하였으나 출석하지 않은 때에는 반드시 그 흔적을 기록에 남겨야 한다.

왜냐하면 정당한 이유없이 출석요구에 응하지 않은 것은 체포영장청구의 요건이 되고, 양형의 조건 또는 정상참작을 자료로 활용될 수 있기 때문이다.

○ 실무상 출석요구서가 반송된 경우에는 반송된 출석요구서를 첨부한 수사보고서를, 반송되지 않은 경우에는 소환에 응하지 않았다는 내용의 수사보고서를 각 작성하여 기록에 편철한다.

(2) 인권보호 수사준칙 규정

○ 사건 관계인에 대한 출석요구는 수사상 꼭 필요한 경우에 한하여 최소한도로 하고, 신문시 필요한 상피의자·참고인·기타 보조자등 사건관계인의 출석요구, 물건·서류의 확보등을 철저히 하여 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않도록 한다.

출석 요구 방법, 출석일시, 조사 시간 등을 정할 때에 사생활이 침해되거나 명예가 훼손되는 일이 없도록 하고, 생업이 지장받지 않도록 배려한다.

사건 관계인이 장시간 대기하지 않도록 시차를 두어 출석을 요구하고, 조사가 늦어지거나 조사를 하지 못한 경우에는 사건 관계인에게 그 사유를 설명하고 이해를 구한다.

신속히 조사를 마칠 수 있도록 미리 조사할 사항 검토한다.

참고인이 원거리에 거주하는 경우엔 되도록 우편 진술서나 공조수사 활용한다.

참고인에 대하여 정황이나 정상을 간단히 조사할 필요가 있는 경우에는 전자우편(e-mail)이나 전화 청취서 활용 등 고려한다.

기업체 또는 그 대표자를 양벌 규정에 따라 처벌하는 경우에는 가능한 우편 진술서 등을 활용함으로써 기업 활동이 위축되지 않도록 배려한다.

○ 대기실 사용을 가급적 억제하여 사건관계인이 출석하면 대기실로 보내지 말고 지체없이 조사한다.

부득이한 사유로 대기하게 하는 경우에도 대기시간이 부당하게 장시간이 되지 않도록 최선을 다하여야 하며, 반드시 대기사유를 설명하고 양해를 구하여야 한다.

수사과정 확인서에 대기시간 및 사유등을 기재하여야 한다.

○ 참고인, 고소인 또는 상피의자 소재불명으로 사건을 종국결정할 수 없는 경우 “참고인 중지” 제도를 시행한다.

○ 전문지식 및 특수경험 보유자로서 사건의 직접 당사자가 아닌 의사, 감정인 등 전문직 종사자와 통역인, 대학교수 등 사회 저명인사로서 일반 사건관계인과 달리 예우할 필요가 있는 “전문직 참고인”에 대하여 수사단계에서 소환하는방식을 개선한다.

수사단계에서는 일반 소환장이 아닌 “수사협조요청서”에 따라 출석일시 등을 조정할 수 있도록 하고, 철저한 사전준비로 조사시간을 최대한 줄이고, 피의자와 대질하는 경우에 사전 양해를 받도록 한다.

(3) 소환불응자에 대한 소재수사

○ 수사를 위하여 사건관계인을 소환하였으나 소재불명인 경우 또는 소환에 불응하는 경우 사건관계인의 소재를 확인하는 제도로 특별사법경찰관이 직접 사건관계인의 소재를 탐지하기 위하여 유선 등으로 연락하거나 현장을 방문하여 소재를 확인한다.

소재를 탐지하기 위하여 사건관계인의 소재를 방문하여 탐지한 결과 소재불명이면 소재보고서에 그 내용을 상세히 기재하고 기록에 편철한다.

소재지에서 사건관계인을 발견한 경우, 사건관계인의 동의를 얻어 수사기관까지 동행할 것을 요구를 하였으나 불응한 때는 설득(예 국민의 한사람으로서 수사에 협조하여야 되지 않겠는가, 바쁘더라도 나오셔서 조사에 응해 주셔야 사건이 종결될 수 있다는 등)시켜 임의동행 하여야 하며, 계속 불응시는 수사주무과장에게 보고하여 그 지시에 따른다.

성명 이외에 이명, 별명이 있으면 함께 기재하고 정확한 연령을 모를 때에도 “00세 가량”이라고 추정 표시한다.

고소인, 이해관계인등 소환하여 피의자등 소재파악 위한 협조를 요청한다.

미상전과 확인하여 타사건으로 조사받는 여부 등을 확인한다.

특히 최근 입건된 사항이 나타나면 주거지 변동여부나 현재지(수감중인 경우)를 파악하고 공판진행중인 사건이 있는 지 확인한다.

○ 피의자 등의 가족·친지 등을 통하여 소재 파악한다.

피의자가 장기 출타중이라는 답변을 하면 가족들에게 사건을 처리하지 않으면 불이익이 따른다는 것을 고지하여 조속히 조사받고 사건을 종결하도록 권유한다(예 - 조사만 받으면 되는 데, 출석하지 않으면 수배가 될 수도 있다),

○ 소재수사 보고서상의 주소가 피의자의 실제 주거와 다르게 기재되어 있거나 이

사하였는데도 새로운 주거지에 대한 소재수사를 실시하지 아니한 경우 실제 주거지에 대한 소재수사 실시한다.

주소지 이외 다른 장소에서 영업에 종사하고 있는 경우가 많으므로 야간 전화 또는 방문 등 소재발견 위한 노력 경주한다.

소재수사 보고서에 사건관계인 등이 거주하고 있으나 출타한 것으로 되어 있으면 재소환, 재소재수사 실시한다.

부재시 거주지 부근 현장약도, 주민등록등본, 통·반장 및 가족의 부재확인서를 첨부한다.

피의자가 학생이거나 직장인인 경우 담임선생이나 직장상사의 확인서를 첨부한다.

법인사무실이 이전해 버린 경우 법인등기부등본에 기재된 대표이사, 이사, 감사를 통해 새로운 소재지를 파악한다.

○ 주민등록 말소 및 갱신시 회보의뢰한다.

○ 참고자료는 모두 표시해주며 집 및 직장 전화번호도 모두 표시한다.

(4) 출석불응자에 대한 조치

○ 우편진술서 활용

타 사건으로 지명 수배된 피의자, 고소인, 참고인 등 사건 관계인에게 의견 및 의견 제출기회 부여한다.

○ 체포영장 활용

범죄혐의 있다고 인정되는 피의자 소환 불응시 활용한다.

○ 임의동행

임의동행이란 수사기관이 피의자 등의 동의를 얻어 수사기관까지 동행하는 것으로, 이는 사법경찰권의 행사, 즉 당사자의 동의를 전제로 한 임의수사의 현 방법으로서의 임의동행과 경찰관집행법상의 행정경찰작용의 일환으로 직무질문을 위한 임의동행의 두 가지 유형으로 분류할 수 있다.

2) 참고인 조사기법

○ 정의감에 호소하여야 한다.

수사기관이나 법원에의 출석이 귀찮거나, 피의자 . 가해자 모두와 절친하여 어느 일방에의 불리한 증언을 꺼리거나, 남의 송사에 관여하였다가 봉변만 당하지 않을까 하는 심정에서 수사에 비협조적인 경우에는 피의자의 반사회성을 부각시켜 수사에 협력하는 것은 사회의 구성원으로서의 의무임을 강조하는 등 정의감에 호소하는 것이다.

○ 보복피해 우려에 대하여 안심할 수 있도록 하여야 한다.

수사에 협력할 의향은 있으나 보복이 두려워 진술을 주저하는 경우에는 보수를 받기로 하였다든가 개인적인 감정 등이 없는 한 범인 또는 그 일당으로부터 사후보복이란 있을 수 없다는 점을 강조하여야 한다.

필요하다면 보호책임을 지겠다는 뜻을 밝혀야 한다.

비밀은 철저히 보장된다고 설득하고 수사기관에서 진술하지 않더라도 나중에 법원에서 소환장이 나오면 결국 법정에서 공개적으로 증언할 수 밖에 없으니 그럴 바에는 미리 협조하는 것이 좋다고 설득한다.

○ 참고인의 권익을 존중하여야 한다.

참고인은 수사기관으로부터 범죄의 혐의를 받고 있는 자가 아니라 어디까지나 범죄수사에 관하여 자신이 경험한 사실을 진술하여 주는 수사의 협조자이므로 설득력을 발휘하여 진술을 받아내고 신문할 때 불쾌감을 주거나 그의 명예를 훼손하는 언동을 하여서는 안된다.

사건과 관련하여 조사할 참고인을 선정할 때 당해 사건의 당사자나 직접 목격자가 아닌 자(예. 가족이나 미확인공범자)를 조사한다면 사건의 실체파악에 도움이 안될 뿐만 아니라 오히려 수사기밀만 누설시키는 결과가 될 경우가 있으므로 참고인 조사 전에 사건과의 관련성을 충분히 파악하여 조사함으로써 수사보안에 유의한다.

○ 경험사실과 추측진술 및 전문사실은 엄격히 구분하여야 한다.

참고인들 가운데는 종종 자신이 직접 경험한 사실과 추측한 사실, 그리고 전해들은 사실을 혼동하여 마치 자기가 경험한 것처럼 진술하는 사람도 있으므로 이를 명확히 확인하여 증거로서 가치를 판단하도록 조사를 철저히 해야 한다.

○ 진술의 정확성 확인

중요한 참고인의 진술은 그 정확성과 진실성을 반드시 확인해야 한다.

어떤 경우에는 자기 자신의 범행은폐를 위하여 타인의 참고인으로 등장할 수 있고, 주요 참고인의 진술에 모순이 있어 다른 합리적인 증거까지도 배척되게 하는 경우가 있기 때문이다. 따라서 진술의 모순점이 발견되면 반드시 명확히 규명해야 한다.

○ 공정한 수사 자세 견지

참고인은 이해관계가 상반되는 사건에 있어서는 결정적인 역할을 하게 되므로 진술과 증거자료의 제출에 있어서 쌍방에 균등하게 기회를 부여해야 한다.

3) 진술조서 작성

○ 진술조서의 기재순서는 사건의 내용에 따라 다르다.

대체로 참고인 조사 순서를 염두에 두고 사건에서 참고인을 통하여 규명하고자하는 사항을 중심으로 질문을 해 나가며 그에 대한 진술내용을 기재한다.

참고인이 다른 사람으로부터 전문한 사실이나 추측한 사실을 진술할 때는 경험한 사실이 아님을 분명히 알 수 있게 나타낸다.

참고인의 진술이 다른 참고인 또는 피의자의 진술과 상이한 경우에는 먼저 참고인을 진술조서로 작성하여 진술내용을 명백히 한 후 피의자 또는 다른 참고인을 조사하거나 그들과 대질신문을 실시한다.

○ 진술조서 작성 중 진술내용이 앞부분과 상반되거나 진술내용 또는 요지가 변경될 때에는 반드시 그 이유를 조서에 표시하고 그 변명이 합리적인가 여부를 판단한다.

진술내용에 변경이 있고 앞 뒤 진술 내용이 서로 모순되거나 변명이 납득할 수 없게 기재되어 있는 조서는 통모에 의한 진술이거나 추측사실을 기재한 조서로 의심받기 쉬우며 그 결과 진술내용에 대한 신빙성을 잃게 될 우려가 있다.

○ 고소 고발인의 진술조서(이것 역시 참고인 진술조서임)는 고소 고발장을 기초로 하여 고소 . 고발인의 주장과 입증자료를 제시받는 등 그 주장을 상세화한다.

고소 고발장의 접수관계, 본인이 제출하였는지 여부, 전에 다른 수사기관에 같은 내용의 고소, 고발, 진정, 탄원서를 제출하였는지 여부 및 피고소인의 특성과 범죄개요, 피해상황, 피고소인과의 관계, 참고인의 유무, 고소 . 고발의 근본취지 및 동기, 타인을 위해하기 위한 고소 . 고발인가 여부, 후일 주장사실의 번복 가능성 유무, 처벌희망 여부 및 처벌할 수 없는 경우(시효완성, 친족상도례 적용 여부 등)인가 여부, 고소권의 유무, 고소기관 경과 여부(친고죄), 고소조건의 구부 여부(간통죄 등), 기타 참고할 사항 등을 상세히 조사한다.

○ 고소취소조서

고소취소장의 적법 접수 여부, 고소취소권인가 여부, 어떤 조건으로 피의자와 합의하였는가(취소사유 등), 사기나 강박에 의한 고소취소는 아닌가를 물어 취소하고자 하는 자의 자유의사 여부를 확인하고, 한번 고소를 취소하면 같은 사건에 대하여 다시 고소를 제기할 수 없음을 알고 있다는 요지의 진술과, 처벌을 원하는지 여부(반의사불벌죄의 처벌의사 철회 시에도 취소조서에 준하여 조사하여야 함)를 조사하고, 표현이 명쾌하면 1,2,3,4...식의 일방적인 진술도 가능하다.

조서에는 반드시 제출인이 확인된 고소취소장, 합의서 등을 첨부하여야 하며, 이는 조사 중에 진술자에게 확인되어야 한다.

○ 진술서는 간이조서의 일종으로 규정된 것을 제외하고는 일정한 양식이 없으므로 형식에 구애됨이 없이 자유스럽게 작성한다.

대체로 ① 진술인의 인적사항 ② 진술하게 된 경우 ③ 진술하고자 하는 내용 ④ 진술 일시 ⑤ 진술자의 서명 또는 기명날인 순으로 작성토록 그 방법을 설명해 주어도 무방

동종 피해자가 다수인이어서 동일한 애용의 진술을 받을 필요가 있는 경우에는 일정한 양식을 만들어 그 양식에 따라 작성, 제출케 하는 것도 가능하다.

○ 진술조서의 작성자는 수사기관이지만 진술서는 작성자가 진술인 자신이므로 자필로 작성토록 하여야 하고, 수사담당자가 대서하지 아니하도록 해야 한다.

흔히 조사자가 진술인의 학력이나 지위를 고려하지 않고 법률 전문용어를 구사하여 진술자로 하여금 받아쓰도록 하는 경우도 있으나, 이는 임의성과 신빙성을 의심받게 되므로 특히 유의한다.

진술서를 제출받았을 경우에는 진술인을 바로 귀가시키지 말고 그 자리에서 내용을 검토하고, 진술내용이 사건현장 상황과 부합되지 않거나 경험칙에 반하는 내용 등이 기술되어 있으면 그에 대한 보충설명을 들어 경미한 사항은 재작성토록 하고, 사건처리에 영향을 미칠 중요한 내용이라면 진술을 반복할 경우에 대비하여 진술조서를 작성해 둬으로써 참고인을 다시 소환하는 일이 없도록 하여 수사목적 달성을 것이 바람직하다.

<표 5-25> 참고인 출석 요구서

제 호
참 고 인 출 석 요 구 서
피 의 자 에 대한 피의사건의 참고인으로 문의할 일이 (피내사자 에 대한 내사사건의 참고인으로 문의할 일이) (피진정인 에 대한 진정사건의 참고인으로 문의할 일이) 있으니 . . . 오전(후) 시에 서 팀으로 출석하여 주시기 바랍니다.
출석하실 때에는 반드시 출석요구서와 주민등록증(또는 운전면허증) 및 도장, 그리고 아 래 증거자료와 기타 귀하가 필요하다고 생각하는 자료를 가지고 나와 주십시오 1. 2. 3.
출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 사건내용에 관하여 문의할 사항이 있으면 ○○팀(☎)로 연락하여 출석일시를 협의하거나 사건내용을 문의하시기 바랍니다.
※ 질병 등으로 경찰관서 직접 출석이 곤란한 경우에는 우편.FAX.E-mail 등 편리한 매체를 이용한 조사를 받을 수 있으며, 출장조사도 요청하실 수 있습니다
20 . . .
특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)

4. 범죄인지보고서 작성 및 보고 절차

1) 내사의 종결

○ 내사 결과 혐의가 있으면 입건(인지)하여야 하고, 혐의가 없다고 인정되는 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다.(특별사법경찰관리 직무규칙 제22조 제2항)

2) 종결절차

○ 내사사건의 종결사유는 ①입건, ②입건유예, ③범죄혐의없음(범죄인정안됨), ④범죄혐의없음(증거불충분), ⑤죄가안됨, ⑥공소권없음, ⑦내사중지, ⑧이송이 있으며 사안에 따라 종결한다.

①의 경우는 범죄인지보고서를 작성하여 입건절차를 진행한다. 범죄혐의가 인정되는 경우 범죄인지 보고서를 작성하여 결재권자의 결재를 받고, 범죄사건부에 등재하여 사건번호를 부여받고, 내사사건부에 “2012 사건 ○○○호로 입건”이라고 기재한다.

그 밖의 경우 자체첩보 내사의 경우는 수사보고 형식으로 내사결과보고서를 작성하여 결재권자에게 결재를 받고, 내사사건부에 “2012. 00. 0 내사종결(사유기재)”이라고 기재하고, 내사기록은 내사종결사건철에 편철한다.

○ 범죄인지보고

수사기관이 내사를 통해 피내사자의 범죄혐의를 확인하고 수사를 개시하는 것을 입건 또는 범죄인지라고 하는데 실무적으로는 범죄사건부에 등재하여 사건번호를 부여받는 절차를 말하며, 피내사자는 피의자로 그 신분이 변하게 된다.

○ 범죄인지보고 절차 및 결재

범죄인지보고서를 작성하여 해당 결재권자의 결재를 거쳐 입건절차를 마감한다.

<표 > 인지 개념

개념구별(인지, 입건, 사건의 수리)

인지 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사에 착수하는 처분을 말하는 것으로 입건의 한 방법으로 실무상 내사사건을 입건할 때 주로 사용한다.

입건 인지뿐만 아니라 그밖에 고소·고발·자수 등 수사의 단서에 의하여 소극적·수동적으로 수사가 개시되는 경우까지 포함하는 수사개시의 절차를 지칭한다., 사건의 수리 입건뿐만 아니라 수사의 개시여부와 관계없이 다른 청으로부터 이송, 법원 등 다른 기관으로부터의 송치 등을 포함하여 수사관서에 사건이 접수되는 것을 총칭하는 것이다.

○ 수사보고서

범죄수사를 하면서 사건과 관련된 사항(수사의 단서, 증거 입수상황, 수사의 경과나 그 결과 등)을 조사 확인하여 기록으로 남겨둘 필요가 있을 때 작성하는 서류다.

정형화된 규정서식이 없거나 서식을 활용하기에 부적합한 수사관련 사항을 기록에 현출시키기 위하여 보고서 형식으로 작성한다.

수사 실무상 광범위하고 빈번하게 사용되는 것으로서 수사기록 전체의 유허유 역할을 하고 각 증거서류의 의미를 부여하는 기능을 한다.

○ 작성요령

수사보고서는 법령상 규정된 양식이 없으므로 조사 확인한 내용을 사실 그대로 작성해도 무방하나 실무상으로는 정부공문서규정에 따른 문서양식을 원용하여 작성하는 것이 관례이다.

상단 중앙에는 작성자의 소속기관명, 우측 상단에 작성연월일, 수신란에 (소속과장 〇 〇 〇) 등 보고를 받을 자를 기재한다.

제목은 그 내용을 불문하고 “수사보고”라는 포괄적 명칭을 사용하여도 무방하나 제목만으로도 보고 취지를 알 수 있도록 내용을 축약하여 “수사보고(피의자출석불응)”식으로 기재하는 것이 보다 바람직하다.

○ 보고내용 사건번호, 사건명, 피의자명, 수사하게 된 동기, 수사과정, 수사결과 등을 기재한다.

단순한 내용이라면 서술식으로 간명하게, 복잡한 내용은 항목을 나누어 상세하게 작성한다.

하단에는 작성연월일 작성자가 직명을 기재하고 기명 날인 또는 서명해야 한다(형사소송법 제57조, 제58조 참조).

<표 > 실무상 유형

출석요구서 반송 보고	출석요구서를 발송하였으나 반송되어온 경우
피의자 출석불응 보고	출석요구서 반송이 없는 경우나 전화 등으로 출석요구 하였으나 지정기일에 출석하지 아니한 경우
피의자 조사불능 보고	피의자가 출석하였으나 조서작성 직전에 조사를 거부하는 경우 등
진술청취 보고	출석요구에 불응하여 전화로 청취한 내용을 녹취한 경우
위조상품 감정결과보고	위조상품인지 여부에 대하여 감정의리한 경우

등록원부 첨부 보고	상표권리 관계를 명확하게 하기 위해 상표등록원부를 첨부한 경우
참고자료 첨부 보고	수사에 참고될 판결문, 감정가 증명자료, 관련 기록 등을 첨부하거나 사건관계인이 서류를 제출한 경우 예)판결문등본접수보고, OO서류사본 보고 등
소재수사 보고	직접 피의자, 참고인 등의 소재수사를 한 경우
진정서 기록 편철 보고	내사, 진정사건의 기록을 관련 수사기록에 편철한 경우

<표> 보고서 작성시 유의사항

직접 수사한 사람이 작성	<ul style="list-style-type: none"> 수사보고서는 실제로 수사를 한 사람이 작성하는 것이 원칙임 2인 이상이 수사한 경우에는 내용을 가장 잘 알고 있는 사람이 작성하고 수사보고 작성자란의 맨 앞에 기재함
사실을 그대로 기술	<ul style="list-style-type: none"> 수사보고서는 그 내용의 사실과 부합하지 않으면 가치가 없음
수사할 때마다 작성	<ul style="list-style-type: none"> 사람의 기억은 시간의 경과와 더불어 희미해지는 것이므로 수사하고 보고할 필요가 있을 때 생생한 실태를 보고함. 보고하고자 하는 내용이 빠짐없이 기재되었는지, 제3자에게도 이해될 수 있도록 작성되었는지 등을 검토함

3) 조서의 작성

- 조서 소송법상 일정한 절차의 경과를 확인하기 위한 기록으로써 그 절차진행의 형식적 절차나 실질적 내용을 법에 의해 조서를 작성할 수 있는 권한을 부여받은 자가 법에 정한 방식에 따라 기록한 서면
- 수사절차상의 조서 검사 또는 수사관, 사법경찰관 및 특별사법경찰관이 구체적사건에 대한 수사활동 과정에 있어서 수사의 단서, 경과 및 그 결과를 기록한 서

<표> 조서의 요건

충족성	<ul style="list-style-type: none"> 기소할 사건은 공소사실과 정상에 관한 필요사항을 담아 유죄의 증거로서 충족되도록 작성 불기소 사건은 피의사실의 요지와 불기소 이유를 충분히 알 수 있게 작성 명백히 죄가 안 되는 고소사실이 포함된 경우, 고소인 동의를 받아 고소장에 기재된 어떤 사실은 고소하지 않은 것으로 수사에 참고해 달라는 취지를 조서에 기재하여 수사미진이라는 비난을 받지 않도록 고소사실이 아님을 명확히 구분
-----	---

임의성	<ul style="list-style-type: none"> · 조서는 진술의 임의성이 인정되도록 작성함. · 특이한 표현은 조서에 그대로 기재하여 임의성 확보 · 부인하다 자백한 경우 어떤 추궁에 자백하게 되었고, 왜 그 동안 부인하였는지, 자백 이유는 무엇인지 등 자백 상황을 상세히 기재 · 추궁에 대답하지 않을 경우 얼마동안 시간을 주었으나 고개를 푹 숙이고만 있을 뿐 아무 말이 없다는 등 언행을 사실대로 기재 · 참여자(신뢰관계의 동석자나 변호인등)가 있는 경우 조서 앞부분에 참여자가 있음을 기재하고 조서말미에 기명날인 또는 서명을 받아야 함
명확성	<ul style="list-style-type: none"> · 조서는 명확하고, 쉽게 이해할 수 있게 작성함. · 고소인 1회 조서는 고소요지와 적용법조가 무엇인지 명확해야 함. · 피의자 1회 조서는 피의사실의 요지에 대해 묻고 그에 대한 변소요지를 작성하면서 전부 부인하는지, 일부 어떤 것을 부인하는지 명확히 함. · 구체적으로 어떤 것을 묻는지 명확히 알 수 있도록 물어야 함. · 대질 신문시 상대방의 진술내용을 질문에 그대로 옮겨 적지 않고 "상대방 진술이 어떤가요"라고 묻는 것이 간단명료하고 바람직한 방법임
일체성	<ul style="list-style-type: none"> · 조서는 증거와 일체가 이루어지도록 작성함. · 일의 발생순서에 따라 조서 작성 · 모든 서류는 제출 경위와 사건에 어떤 의미가 있는지 알 수 있게 조서와 일체감을 주어야 함 · 조서를 작성하면서 증거물을 압수할 경우 압수목록만 작성하고 압수조서는 생략
차별성	<ul style="list-style-type: none"> · 고소인 소환 전 미리 고소인과 통화하여 피의자 상대로 동일죄명 등으로 고소한 사실이 있는지를 확인하여 동일 . 유사 사안인지 확인함. · 재고소 사건의 고소인 조사시 전 사건과 어떤 점이 다른지, 새로운 증거가 있는지를 확인하여 새로운 증거가 없으면 간략히 조사하여 종결 · 완전히 동일한 사안에 대하여 고소취소 후 재고소한 경우 구체적인 조사 없이 검사에게 수사지휘를 받아 송치 각하처리

4) 조사자의 자세

○ 실질적 진실발견을 위하여 적극적인 자세를 견지하되 항시 적법절차 준수한다.

수사는 성질상 개인의 인권을 침해할 염려가 있으므로 비밀을 엄수하고 피의자와 다른 사람의 인권을 존중하여야 하며(형사소송법 제198조) 관계자의 명예를 훼손하지 않도록 유의한다.

피의자의 명예감정을 해치거나 수사와 관계없는 사생활, 가정문제에 대한 추궁은 가급적 피하고, 반말이나 폭언 등 모욕을 주는 언행은 삼가야 할 것이다.

피의자에게는 자백이나 유죄의 증거만을 구한다는 인상을 보이지 말고 진실을 밝힌다는 의연한 자세로 임하여야 한다.

일견 진범이 틀림없어 보이는 피의자라도 실은 무고한 경우가 있으므로 수사의 결과에 대한 예단을 피하고 모든 가능성을 고려함으로써 만에 하나라도 억울한 죄인의 만드는 일이 없도록 유념해야 한다.

○ 피의자에게 법률상으로나 사실상으로 실현이 불가능한 약속이나 불필요한 약속을 하여서는 안된다.

이는 조사자의 품위에 관한 문제일 뿐 아니라 경우에 따라서는 기망에 의하여 자백하게 되었다는 주장이 제기될 원인을 주기 때문이다.

○ 조사 중에 다른 사건관계인이 있을 때에는 사실을 시인하고 싶어도 이를 기피하는 수가 많으므로 가급적 분리하여 조사하여야 한다.

다만, 대질의 필요성이 있거나 특별히 조사에 참여시킴으로써 효과를 얻는 경우로 판단될 경우에는 동석케 하여야 한다.

○ 특히, 피의자를 신문할 때에는 피의자의 자해 또는 반항에 대비하여 책상 위에 송곳, 칼 등 위험한 물건을 치우고, 대기시킬 때에도 감시직원을 배치하여 도주 자해하는 일이 없도록 조치하여야 한다.

5) 조서의 작성방식

○ 조서의 기재사항

피의자 등의 진술은 조서에 기재하여야 하고, 이를 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 확정여부를 물어야 한다(제48조).

조서에는 진술자로 하여금 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다.

단, 진술자가 기명·서명날인을 거부한 때에는 그 사유를 기재한다(제48조). 조서에는 조사 연월일시와 장소를 기재하고 그 조사를 행한 자와 참여자가 기명날인 또는 서명하여야 한다(제50조).

피의자가 조서내용의 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제시하였던 부분은 읽을 수 있도록 남겨두어야 한다(제244조).

피의자가 조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다(제57조, 제244조).

○ 조서 정정방식

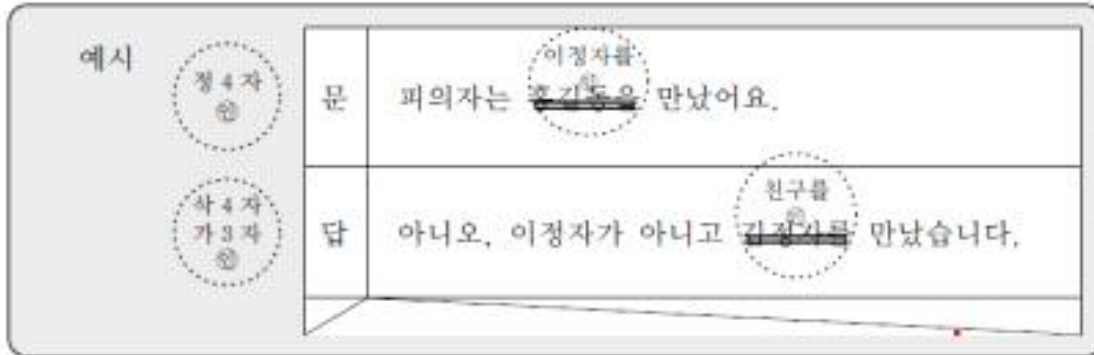
○ 단독조서(피조사자 1인)의 경우

▶ 글자의 정정시

○ 당해 부분을 두 줄로 긋고, 피조사자가 그 부분에 원형을 알아볼 수 있도록 가볍게 날(무)인

○ 해당부분의 좌측 여백에 정정한 글자수를 “정○자”라고 기재하고 그 부분에는 작성자가 날인(다만 정정하는 글자수가 다른 경우에는 “삭○자”, “가○자”로 기재)

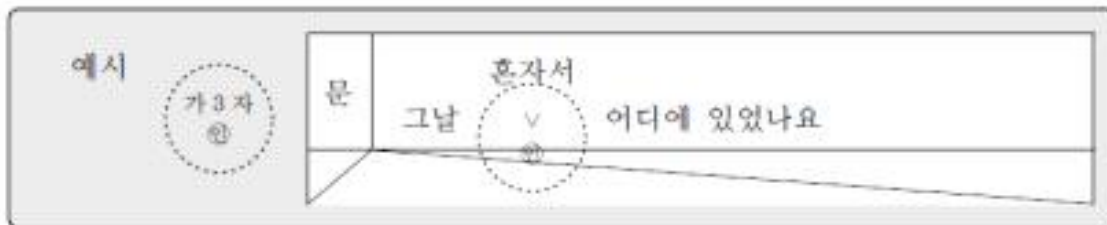
<그림 5-10> 정정예시1



▶ 글자의 추가 기재시

- 해당 부분에 “√” 표시를 한 후 추가할 글자를 “√” 표의 윗부분에 기재
- 피조사자가 “√” 표 부분에만 날(무)인하고, 좌측 여백의 “가○자” 부분에는 작성자가 날인

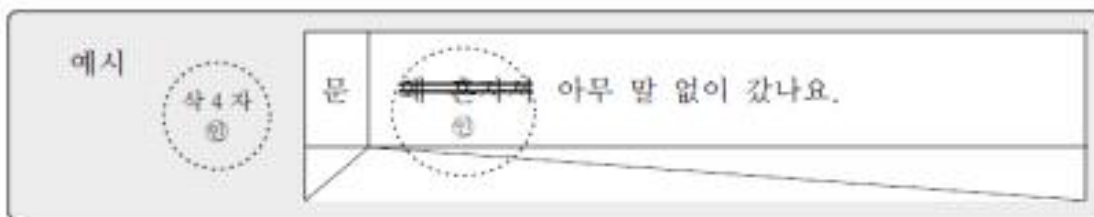
<그림 5-11> 정정예시2



▶ 글자의 삭제시

- 해당 부분의 글자를 원형을 알아볼 수 있도록 두 줄로 긋고 좌측 여백의 “삭○자”로 기재, 날인방법은 위 글자 정정시와 동일

<그림 5-12> 정정예시3



▶ 조서내용중의 1행 전체를 가감하는 경우

- 1행 전체를 추가하는 경우, 좌측 여백에 “가○자”로 기재, 날인 방법은 글자정정시와 동일

<그림 5-13> 정정예시4

예시 가5자 ①	문	직업이 무엇인가요.
	답	농업입니다 ①
	문	취미가 무엇인가요.

○ 1행 전체를 삭제하는 경우, 행의 좌측부터 우측 끝 부분까지를 두 줄 로 그어, 그 행에 있어서 여백을 없앴 좌측 여백에 “삭1행”으로 기재날인 방법은 글자 정정시와 동일

<그림 5-14> 정정예시5

예시 삭1행 ①	문	왜 거기에 갔나요.
	답	별다른 생각이 없었습니다.
	답	친구를 만나보려고 갔습니다.

<대질조서의 경우>

- 글자의 정정, 추가, 삭제 방법은 위와 동일
- 정정 부분의 날인은 해당 피조사자만이 날(무)인함
- 서류의 간인은 작성자와 함께 피조사자가 각 해당 부분에만 간인하고 말미용지 진술자란에는 전원이 서명 날인한다.

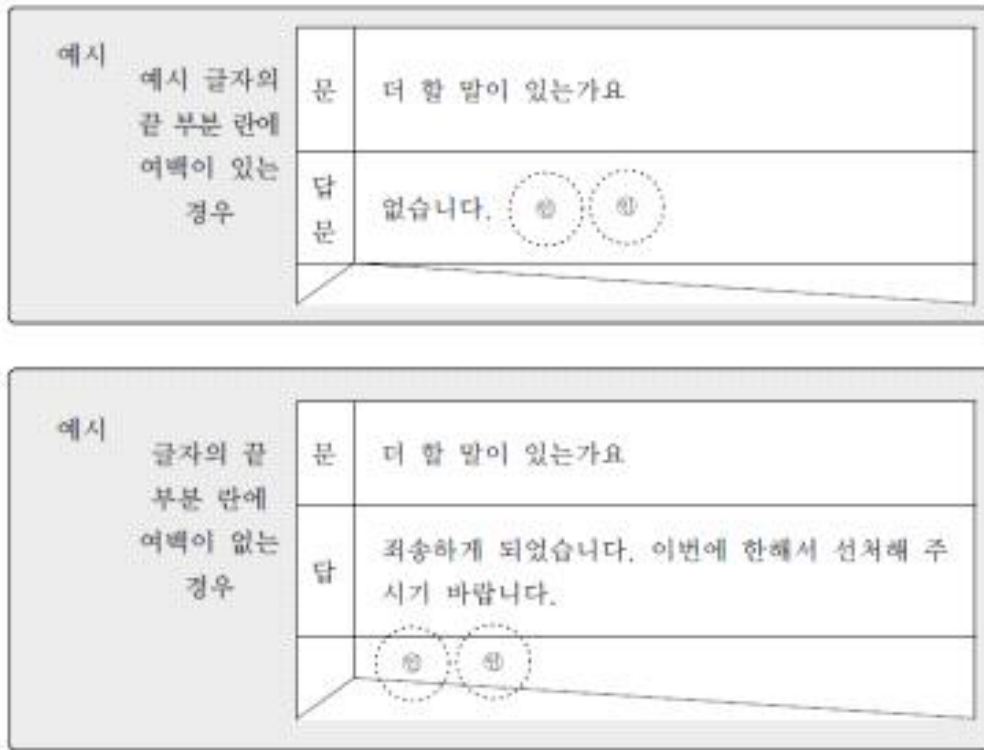
<진술서, 자술서 등의 경우>

- 정정, 추가, 삭제의 요령은 위와 동일
- 해당 부분에 진술자만이 날(무)인
- 좌측 여백에는 정정하는 글자의 숫자 기재 불요

<조서 끝 부분의 처리요령>

○ 조서 끝의 글자 끝부분에 여백이 있는 경우 피조사자와 작성자가 나란히 날(무)인하고, 여백이 없는 경우에는 다음 줄의 처음 부분에 위와 같은 방법으로 날인

<그림 5-15> 정정예시6



6) 조서 작성시 유의사항

- 조서내용 파악의 용이성과 진술의 임의성을 확보하기 위하여 질문은 간단히, 답변은 길고 상세히 작성한다.
- 표준어로 표기하되 특정한 분야, 중요하다고 생각되거나 꼭 필요한 표현 등은 피의자의 표현 그대로 기재하는 것이 좋다.
- 진술 그대로 기재하고 작성자의 주관 및 추측을 표현해서는 안된다.
- 복잡한 사항은 항목을 나누어 기재함. 질문과 답변을 물 흐르듯이 몇 개로 나누어 전개하던가 아니면 피의자의 진술내용을 1,2,3 ... 등으로 항목을 구분하여 기재
- 진술이 임의로 행하여졌다는 것을 명백히 해 두어야 함. 진술거부권의 고지, 조서의 열람, 읽어줌, 문자의 가제 . 간인 등 형식적 요건을 확실히 하여야 한다.
- 자백의 경우 자백에 이른 이유와 심경을 명백히 하여야 한다.
- 진술내용이 모순되지 않도록 문장표현에 주의하여야 한다.
- 진술내용은 피의자에게 유리하거나 불리한 것을 가리지 말고 그대로 기재하여

자연성, 진실성을 제고시키도록 노력하여야 한다.

○ 피의자의 행위가 범죄구성요건에 어떻게 반영되는가를 연구하여야 한다.

○ 조서는 순서 있게 문맥이 통하도록 기재하되 피의자가 아니면 말할 수 없는 사실을 상세하게 기재 하여야 한다.

○ 구체적으로 표현하고 추상적 표현을 자의로 사용해서는 안되며 추리적 연사와 사실적 진술을 구별하여 표기하고, 피조사자 자신의 독특한 어투(사투리, 비속어, 은어)는 그대로 표기한다.

7) 대질조사의 필요성

대질조사 피의자 간 또는 피의자와 피해자(고소인, 참고인) 간에 사건의 쟁점을 파악하고 해결하기 위하여 필요한 절차이다.

피조사자가 혐의사실을 부인할 때 그 사건의 당사자나 관계인의 주장사실을 교차 확인하여 피의사실을 특정하고, 그 증거관계를 명확히 하기 위하여 실시한다.

특히 고소사건의 경우 대질조사는 당사자의 상반된 주장의 신빙성과 탄핵자료 수집에 효율적이며, 당사자가 함께한 자리에서 쟁점에 관한 진술기회를 제공하여 사실 또는 법리오해에 의한 불복절차를 줄이는 데도 기여하고 있다.

○ 대질조서의 작성 방법

고소사건의 경우 고소인을 상대로 고소내용에 대하여 먼저 조사한 후 피의자(피고소인)신문조서를 작성하고 당사자 진술에 차이가 있으나 다른 물적 증거가 없는 경우 제2회 피의자신문조서에서 대질조사를 실시한다.

인지사건의 경우 피의자신문조서 후 피해자(참고인)진술조서를 작성하고, 역시 대질의 필요가 있을 때 제2회 피의자신문조서에서 대질조사를 실시한다.

이때 조서 제목 옆에 '(대질)'이라고 첨기하고, 대질조사에 참여한 진술자전원을 상대로 기명날인 또는 서명을 받고, 수사과정확인서를 작성케 하여 조서를 편철한다.

○ 유의사항

대질조사를 위하여 같은 시각에 출석요구를 하였으나 어느 일방이 먼저 출석하여 자신의 주장을 구두 진술하는 경우가 있는데 타방이 뒤늦게 출석하여 이 상황을 접하게 되면 편파수사 우려를 자리 수 있으므로 정해진 조사시각까지 대기실에 대기시킨 후 동시에 입실하게 하여 조사를 시작함이 바람직하다.

대질조사 중 조사자는 어느 일방의 거짓진술 가능성에 대한 예단을 가질 수 있는데, 조사자의 선인견이나 확증편향에 의한 정보일 가능성을 배제하고 말고 설령 예단이

들더라도 일방의 진술을 제지하는 등의 표시행위를 자제해야 한다.

대질조사 중 당사자는 서로 거짓진술임을 주장하면서 감정이 격양되어 상대방의 진술에 개입하거나, 고성을 지르며 과격한 언행을 표현하는 등 소란스러운 조사상황이 빚어질 수 있으므로 미리 위와 같은 상황을 초래하는 진술자에게 자제를 요청하면서 필요시 일시 퇴실시킬 수 있음을 고지하여 조사 분위기를 장악해야 한다.

○ 대질조서를 열람할 때 상대방의 인적사항이나 전과관계, 연락처 등까지 열람하여 이에 의한 협박을 받았거나 프라이버시를 침해받았다는 민원을 제기하는 사례가 있으므로 반드시 자신이 진술한 부분만 열람하도록 불필요한 부분을 미리 접어놓고 보여주는 등 적절한 조치를 해야 한다.

<표 5-30> 범죄인지조서

특허청								
제 0000-000000 호		20						
수 신 : 수신								
참 조 : 참조								
제 목 : 범죄인지보고		<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr style="background-color: #cccccc;"> <th align="center" style="width: 50%;">담당</th> <th align="center" style="width: 50%;">소장</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="height: 40px;"></td> <td></td> </tr> </tbody> </table>			담당	소장		
담당	소장							
<p>다음 사람에 대한 범죄사실을 인지합니다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 피의자 인적사항 2. 범죄경력자료 3. 범죄사실의 요지 4. 죄명 및 적용법조 5. 수사단서 및 범죄 인지 경위 								
경로	수사지휘 및 의견	구분	결재	일시				
특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)								

제5절 보강수사 및 수사서류 작성

1. 송치 후의 수사와 추송

○ 경찰청의 범죄수사 규칙에 따르면, 송치 후라도 항상 그 사건에 주의하여 새로운 사건의 수집과 참고가 될 만한 사항의 발견에 힘써야함을 정하고 있다.

<표 > 송치 후의 수사와 추송

(경찰청) 범죄수사규칙

[시행 2018. 8. 13.] [경찰청훈령 제881호, 2018. 8. 13., 일부개정]

제193조(송치후의 수사와 추송) ① 경찰관은 사건 송치후라도 항상 그 사건에 주의하여 새로운 증거의 수집과 참고가 될 만한 사항의 발견에 힘써야 한다.

② 경찰관은 사건을 송치한 후에 새로운 증거물, 서류 그 밖의 자료를 입수하였을 때에는 신속히 이를 추송하여야 한다.

③ 경찰관은 전항에 따른 추송을 할 때에는 앞서 송치한 사건명, 그 연월일, 피의자의 성명, 추송하는 서류와 증거물 등을 기재한 별지 제174호 서식의 추송서를 첨부하여야 한다.

④ 사법경찰관은 수리한 고소·고발사건에 대하여 기소, 기소중지 또는 참고인중지의견으로 송치한 후 관할지방검찰청 또는 지청으로부터 그 사건에 대하여 혐의없음, 공소권 없음, 죄가 안됨, 각하의 처분결과와 함께 피의자에 대한 수사자료표를 폐기하도록 통보받은 때에는 그 수사자료표가 지체없이 폐기될 수 있도록 처분결과를 보고하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

2. 수사관계사항의 조회(사실조회)

○ ‘수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다’(형사 소송법 제199조 제2항)고 규정되어 있다.

수사를 하다보면 사실관계의 확인, 증거의 확보 또는 범인을 찾기 위하여 관공서나 기타 단체에 어떠한 사실을 알아볼 필요가 있을 때 가장 빈번하게 활용하는 수사방법이다.

○ 대상범위는 제한이 없으며, 조회 받은 자에게 회답의무를 지우고 있다.

상대방에게 의무를 지운다는 점에서 이를 강제처분이라는 견해도 있으나, 의무 이행을 강제하는 방법이 없을 뿐 아니라 영장에 의할 것을 요구하고 있는 것도 아니므로 임의수사라고 하는 견해가 다수 의견이다.

○ 단지 조회 받은 공무소 등에서는 조회를 받은 사항이 법령에 의하여 비밀로 된 때에는 그 사유를 제시하여 거부할 수 있다.

실무상 관공서 등에 조회를 하면 비밀사항이 아님에도 만연히 책임을 회피하기 위하여 영장을 보자는 등 협조하지 않는 사례가 종종 있는 바, 이때에는 형사소송법 제

199조를 제시하면 효과적이다.

○ 절차

자료제출을 요청하는 수사사항조회서 형식의 공문을 송부하는 것이 원칙이나, 필요한 경우 전화 또는 모사전송등의 방법도 가능하며, 수사사항조회서 2부를 작성하여 1부는 결재 후 기록에 편철하고 1부는 발송조치 하는 것이 원칙이다.

회보서가 도착하면 수사주무과장의 확인을 받아 기록에 편철한다.

○ 유의사항

수사업무 수행에 있어서는 외부기관장과의 사건처리협의를 있어서는 상대기관의 입장을 고려하여 가급적 소속기관장의 명의로 송부한다.

조회서 발송 후 접수 여부를 확인하여야 하며 회보일자가 지나면 독촉한다.

회보내용에 의심이 있으면 다시 요구하거나 담당자를 불러서 보충조서를 받거나 직접 출장하여 확인하여야 하며, 이때는 수사보고서를 작성한다.

사망사실증명은 가족관계등록부, 주민등록등본을 발부받아 처리한다.

○ 전과관계 조회등

피의자의 전과 등 범죄전력에 대한 조회는 범죄경력조회와 수사경력조회가 있다.

범죄경력조회는 신원 및 범죄경력에 관하여 수형인명부 또는 전산입력된 범죄 등이며, 경력자료를 열람·대조확인(정보통신망에 의한 열람·대조확인을 포함)하는 방법으로 하는 조회를 말하고, 수사경력조회는 신원 및 수사경력에 관하여 전산입력된 수사경력 자료를 열람·대조확인(정보통신망에 의한 열람·대조확인을 포함)하는 방법으로 하는 조회를 말한다(형의실효등에관한법률 제2조 제8호, 제9호).

범죄경력자료라 함은 수사자료표중 벌금 이상의 형의 선고·면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰 그 밖에 대통령령이 정하는 사항에 관한 자료를 말하고, 수사경력자료라 함은 수사자료표중 벌금미만의 형의 선고 및 검사의 불기소처분에 관한 자료 등 범죄경력자료를 제외한 나머지 자료를 말한다(동법 제2조 제5호, 제6호).

○ 전과관련자료 조회의 제한

전과관련조회는 피의자의 전과·지명수배여부 등을 확인하여 수사 또는 재판에 참고하기 위하여 행하여지고 있으나, 이 자료가 외부에 유출될 경우에는 대상자의 명예손상 등 예기치 못한 피해가 발생할 수 있다.

수사자료표에 의한 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보는 범죄수사와 재판, 보안업무규정에 의하여 신원조사를 하는 경우 등 법률에 규정된 경우에만 허용되고, 이 경우에도 조회목적에 필요한 최소한의 범위 내에 그쳐야 한다(동법 제6조 제1항, 동시행령 제7조 제1항).

○ 위 규정에 위반하여 수사자료표의 내용을 회보하거나 수사자료표를 관리하는 자나 이를 조회하는 자가 그 내용을 누설한 경우, 법령에 규정된 경우 외의 용도로 사용할 목적으로 자료를 취득하거나 용도의 목적으로 사용한 경우에는 형사처벌하도록 규정하고 있다(동법 제10조, 제6조).

○ 기타 컴퓨터에 의한 조회

주민등록에 따른 기본적인 인적사항을 확인하는 기본자료조회, 사망자조회, 주민조회방법에 의하여 발견되지 않은 인적사항조회인 불발자료조회 등이 있다.

주민조회는 대상자의 성명과 생년월일 또는 주민등록번호로 조회한다.

특정조회 : 대상자의 정확한 주민등록번호를 알지 못하여 특정하지 못한 경우에 대상자에 대한 성명이나 연령등 확보한 자료로 대상자를 특정하는 조회로, 홍길동을 특정할 때 나이 35세 정도, 등록기준지가 경상도만 알고 있는 경우 등 생년월일 기준으로 5년 단위로 조회를 하여 전국에 홍길동을 제공받아 조건에 맞는 홍길동을 찾을 수가 있다.

기타 조직폭력배조회, 우범자조회, 운전면허조회, 차적조회 등이 있다.

※ 조회의뢰를 한 경우는 추후에 개인정보보호등에관한법률에 의한 확인절차에 대비하여 근거자료등을 확보하고 있어야 한다(사적남용 엄금).

○ 소재수사

수사하기 위하여 피의자 · 고소인 · 참고인 등 사건관계인을 소환하였으나 동인들이 소환에 불응하여 그 소재여부가 의심스럽다거나 소재불명이어서 소환조사할 수 없는 경우에 특별사법경찰관리로 하여금 위 사건관계인의 소재여부를 확인·탐지하도록 하는 수사를 말한다.

소재수사를 하는 방법은「소재수사지휘서」를 작성하여 송부하거나 구두로 지시할 수도 있는데, 이 경우 소재수사의 명령을 받은 특별사법경찰관리는 소재수사 내용을 소재수사지휘서의 이면에 있는 회답서에 상세히 기재하거나 별도의 수사 보고서를 작성하는 등 서면으로 보고하여야 한다.

3. 감정·통역의 위촉

○ 감정의 위촉이라 함은 특별한 학식이나 경험을 가진 사람이 그 학식·경험을 토대로 한 실험법칙의 결과나 구체적 사실에 관한 판단의 결과를 알려주도록 요청하는 방법으로, 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 감정을 위촉할 수 있다(형사소송법 제221조)고 규정하고 있다.

예) 범행현장에서 발견된 머리카락이나 지문, 혈흔을 채취하여 국립과학수사연구소

등에 보내 혐의자나 피의자의 것과 동일한 것인지를 감정하거나 또는 문서의 필적이거나 인영을 감정의뢰하는 것 등이다.

위촉을 받은 자가 수락하는가 여부, 출석을 거부하거나 출석 후 퇴거하는 것은 자유이며 이를 강제하는 방법은 없음 비대체적인 것이 아니므로 다른 사람에게 위촉할 수 있기 때문이다.

○ 감정기관

공신력 있는 기관이어야 하므로 주로 국립과학수사연구소나 대검찰청 과학수사담당관실이 이용되고 있으나 두 곳에서 감정할 수 없는 분야는 다른 공신력 있는 기관에 의뢰하기도 한다.

<표 > 수사기관에서 주로 이용하고 있는 감정기관

국립과학수사연구소	머리카락, 손톱, 혈흔 등에 대한 혈액형 감정, 사 체부검시 떼어낸 장기에 대한 약물감정, 필적인 영감정
대검찰청 과학수사담당관실	유전자 감식, 마약감식, 거짓말탐지기 검사, 문 서감정, 음성분석
경찰청 과학수사센터(감식과)	지문감정
식품의약품안전청	식품에 대한 성분감정

○ 감정절차

공공기관에 감정위촉하는 경우에는 공문을 기안하여 시행하게 되는데 첨부물이 문서인 경우에는 우송할 수 있지만 문서가 아닌 물건이거나 문서라도 중요한 증거물인 경우 분실의 우려 때문에 직접 가져다주는 것이 적절하다.

감정위촉을 받는 자가 공적기관이 아니고 개인인 경우에는 보다 신중한 선택이 필요하며, 사전에 전화 등으로 위촉을 의뢰하여 승낙을 받은 뒤 감정위촉서와 함께 감정대상물을 인도 이때 감정대상물 인수증을 받아두면 좋다.

감정이 끝나 감정인으로부터 감정서를 제출받으면 즉시 참고인 여비지급과 같은 절차로 감정비를 지급하고, 감정인으로부터 진술조서를 받는다.

감정인이 원거리에 있어 소환이 곤란한 경우에는 의문사항을 정확히 정리하여 우편 진술서로 우송하여 줄 것을 요청할 수도 있다.

그러나 중대한 사건에서는 무리가 따르더라도 진술조서를 받아 두는 것이 꼭 필요하다. 실무상으로는 감정비를 지급하는 감정위촉은 드물고 감정위촉할 일이 생기면 전문가의 양해를 받아 참고인 진술조서를 받는 경우가 많다.

○ 통역위촉

통역의 경우에는 통역인진술조서를 작성하는 이외에 피의자신문조서 또는 참고인진술조서에 통역인이 진술자와 공동으로 서명할 것을 요한다.

외국인을 신문할 때는 통역인을 통하여 신문하고 조서를 작성한다.

통역에 대하여는 사전에 통역인의 인적사항, 경력, 학력, 통역능력 즉 통역의 경험, 통역할 사항에 대하여 피의자가 진술한 내용을 사실대로 통역하겠다는 요지의 진술을 진술조서로 작성하거나 진술서를 제출받는다.

외국인이라고 하더라도 우리말을 할 수 있으면 통역이 필요없고, 외국인은 서명날인 대신 서명만으로 대신할 수 있다.

국어 아닌 문자나 부호는 번역하여야 하고 번역문을 수사기록에 편철해야 한다.

통역을 통하여 진술을 들은 때에는 통역인을 통하여 그 조서의 기재내용을 진술인에게 확인시킨 후 통역인으로 하여금 진술인과 함께 조서말미에 서명날인하게 하여야 한다.

국어를 이해할 수 없는 외국인 피의자에 대한 공소제기시의 공소장 부분 송달은 공소장 요지의 번역문을 송부하는 것이 바람직하다.

<표 5-33> 감정의뢰서

감정의뢰서	
제 0000-00000 호	20
수 신 : 수신자 제 목 : 감정의뢰	
다음 사항을 의뢰하오니 조속히 감정하여 주시기 바랍니다.	
사 건 번 호	0000-000000
피 의 자	000외 0명
죄 명	죄명
감정대상(종류·품명) 및 구분번호	
감 정 의뢰 사항	
채 취 년 월 일	
채 취 장 소	
채 취 방 법	
관련사건개요	사건개요
관련 피의자 주소·성명	
사건담당자 계급·성명	계급 성명
특허청 특별사법경찰대 000사무소 특별사법경찰관 000 (인)	

4. 실황조사

<표 > 실황조사 의의와 목적

의의	<ul style="list-style-type: none"> . 실황조사는 사건현장, 물건 등의 존재상태를 직접 오관(五官)의 감각기능으로 경험하는 것 . 검증과 내용은 같으나 검증이 강제수사방식인데 반하여, 실황조사는 경쟁력을 행사하지 않고 실시한다는 점에서 차이 . 검시(檢視) 중 검안 역시 사체의 외시(外視)를 오관으로 직접 체험한다는 점에서 실황조사의 특수한 형태라고 볼 수 있음 . 실황조사의 대표적인 예 교통사고의 현장조사
목적	<ul style="list-style-type: none"> . 범주는 발견되었으나 범인이 불명일 경우 범인 및 증거를 발견하기 위하여 . 범인은 판명되었으나 미체포인 경우 도주경로를 밝히기 위하여 . 범인은 검거되었으나 범행을 부인하는 경우나 또는 이에 대비하여 범주를 입증하는 자료로 실황조사를 사용하기 위하여 . 범인이 자백하였지만 자백에 모순이 있어 그 진위여부를 밝히기 위하여 실시

○ 실황조서 작성요령

실황조서는 검찰사건사무규칙 별지 제28호 서식을 준용한다.

<표 > 실황조서 작성요령

모두(冒頭)	. 조서양식에 따라 '어떤 사건에 관하여 언제, 어디에서, 어떠한 사항을 조사한 바 다음과 같다'라고 기재
실황조사대상	. 범행전후 상황이라든가 소요된 시간 등 어떠한 것을 조사하겠는가를 기재
목적	. 조사의 목적을 기재
참여인	. 조사에 참여한 자의 인적사항을 기재하되 사건과의 관계를 표시 예) 피해자, 목격자 등
조건 및 경위	<ul style="list-style-type: none"> . 조건은 조사 당시의 일시, 시간, 교통 등 . 현장의 위치 및 부근 상황 . 참여자의 진술은 순차적으로 조리있게 특별사법경찰관과의 문답 또는 참여인끼리의 문답은 그대로 기재해 주고 진술자의 간 인과 서명 날인을 받아 둠
기타	. 증거물이 있으면 임의제출형식으로 압수하고, 도면이나 사진은 말미에 첨부

○ 작성시 유의사항

조서에 '....한 점으로 보아 피의자가 범행한 것으로 판단된다'라는 식으로 조사자의 주관적인 의견을 기재하는 경우가 많은데 이는 조사취지에도 반할 뿐만 아니라 재판

에서도 그 가치를 인정받지 못한다.

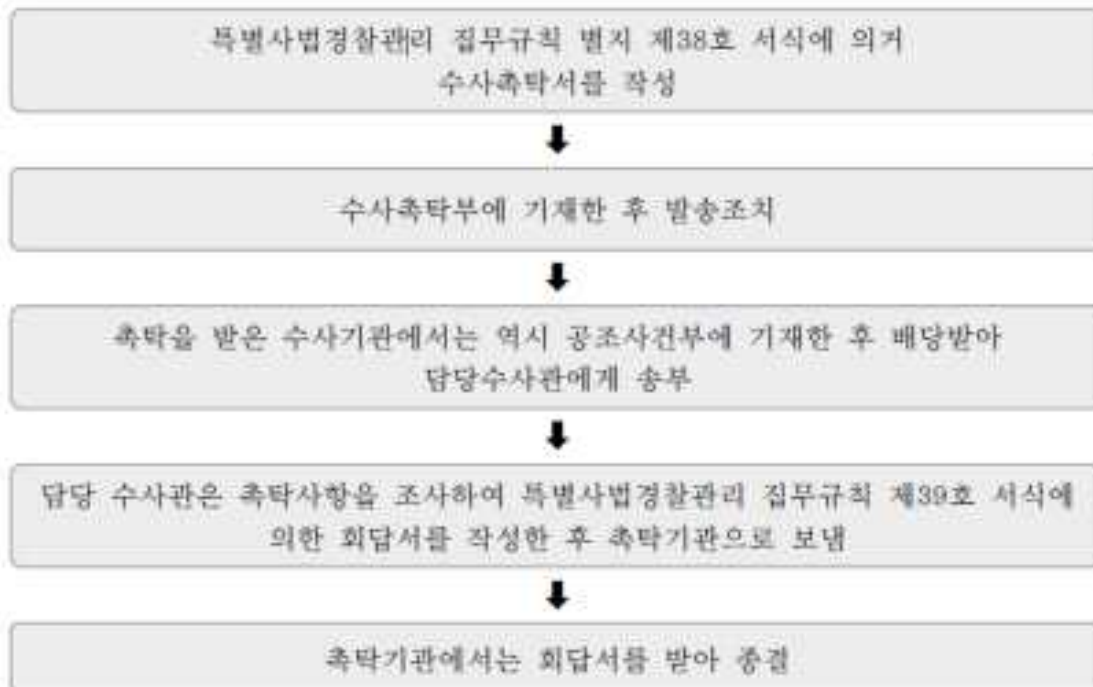
실황조서는 객관적인 상황을 기재하는 것이지 조사자의 의견을 기재하는 것이 아니며 특히 범죄사실의 입증자료를 발견하기 위한 조서는 판사가 믿을 수 있도록 현실감 있게 순리적으로 작성한다.

5. 수사촉탁

<표 > 수사촉탁

의의	<ul style="list-style-type: none"> · 타 수사기관에 특정사항을 수사외회하여 회보받는 제도 촉탁을 받은 수사기관의 입장에서 볼 때에는 '공조수사'라고 부름 · 촉탁사항은 특별한 제한 없음
목적	<ul style="list-style-type: none"> · 사건의 수사중 관할 밖에서 특정사항을 조사할 필요가 있으나 조사하기 곤란한 경우가 있을 때, 사건의 성질상 직접 수사하여야 할 필요가 있는 경우는 출장수사를 하여야 할 것이고, 그렇지 않은 경우에는 이송하여야 하나 특정사항 한 가지를 조사하기 위해 사건을 이송하는 것은 금지되며, 이때에는 촉탁수사를 하여야 함 예) 참고인이 관할구역 밖에 거주하는데 소환에 불응하여 조사를 못하고 있고, 관할구역 밖이라 소재수사지휘나 임의동행이 곤란할 때는 관할 수사기관으로 촉탁수사를 하면 관할 수사기관에서 수사하여 회보해 줌

<그림 5-16> 절차



○ 유의사항

수사촉탁서의 피조사자 인적사항, 주소, 전화 등은 정확히 기재하여야 하며, 피의사실의 요지는 수사할 사항을 명확히 기재하되 수사의 목적을 명기하면 공조 수사에 도움이 된다.

촉탁은 서면으로 하는 것이 원칙이지만, 급속을 요할 경우에는 전화, 전신 기타 방법으로도 가능하고 회보 역시 전통처리해도 무방하다.

회보기한은 특별한 제한이 없으나 통상업무처리에 비추어 너무 늦으면 안된다.

수사기간을 연장하기 위해 또는 복잡한 사건을 회피하기 위해서 무리하게 이송하는 사례가 있으나 바람직하지 못하며, 이때는 촉탁수사를 하여야 한다.

6. 증거보전신청

○ 공판정에서의 정상적인 증거조사가 있을 때까지 기다려서는 증거방법의 사용이 불가능하거나 현저히 곤란하게 될 염려가 있는 경우에 특별사법경찰관은 검사에게 신청하고, 검사·피고인·피의자 또는 변호인의 청구에 의하여 판사가 미리 증거조사를 하여 그 결과를 보전하여 두는 제도이다.

관련규정(형사소송법 제184조 제1항)에 의하면 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일전이라도 판사에게 압수·수색·검증·증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다.

7. 출국금지 및 출국정지

○ 출국금지 및 해제는 범법자가 출국하여 버리면 국가형벌권이 미치지 못하게 되므로 이를 예방하기 위하여 출국하지 못하도록 조치하는 것을 '출국금지조치'라 하며, 출국금지의 사유가 해소되었을 때 이를 해제시키는 것을 '출국금지해제'라 한다.

○ 출국금지 기본원칙

필요한 최소범위에서 실시한다.

단순히 공무수행의 편의를 위하여 하거나 형벌 또는 행정벌을 받은 사람에게 행정제재를 가할 목적으로는 불가하다.

출국금지 대상자가 유효한 여권을 가지고 있다고 인정되는 경우에만 실시함. 단, 유효한 여권을 가지지 아니한 경우에도 범죄수사와 관련된 사람에 대해서는 출국금지가 가능하다.

○ 출국금지 대상

- ① 범죄의 수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자
- ② 형사재판에 계속중인 자
- ③ 징역형 또는 금고형의 집행이 종료되지 아니한 자
- ④ 법무부령이 정하는 금액 이상 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자
- ⑤ 법무부령이 정하는 금액 이상의 국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유없이 그 납부기한까지 납부하지 아니한 자
- ⑥ 위 ①~⑤호에 준하는 자로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자 등이다.

○ 출국금지 요청 절차

출국금지 요청서(별지 제1호 서식, 출국금지를 요청하는 소명자료 첨부, 단 범죄 수사를 목적으로 출국금지를 요청하는 경우에는 검사의 지휘서를 첨부) 1부를 작성하여 결재를 득한 후, 1부를 사본하여 기록에 편철하고 원본은 출국금지요청대장을 정리한 후 법무부(참조 : 출입국심사팀장)로 모사전송하고 원본을 보관한다.

출국금지조치를 하였을 경우에는 기록표지 비고란에 “출국금지조치 및 출국금지 예정기간”을 기재한다.

출국금지는 출국금지 대상자 1인마다 1건으로 작성하여야 하고 수인을 1건으로 작성하여서는 안된다.

고소, 고발, 인지 등으로 입건한 피의자와 내사단계에 있는 피내사자에 대하여 수사 또는 내사착수 즉시 범죄수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자인가의 여부를 검토한 후 그 대상자라고 판단될 경우 지체없이 출국금지 요청한다.

다만, 출국금지가 당사자 등에게 미치는 영향을 고려하여 고소인의 요구 등에 의한 면책적인 출국금지요청을 지양하고 수사에 필요한 최소한 범위 내에서 신중하게 처리하며, 교포실업인에 대한 출국금지를 요청하는 경우에는 사전에 신중히 검토한 후 출국금지를 요청한다(대검형사 12100-13164, 189.12.19. 대검기획 61106-193, 1994.4.1.).

출국금지기간 및 출국금지 예정기간은 반드시 확정기한으로 표시하여야 한다.

○ 출국금지기간 연장요청

요청기관의 장은 출국금지기간을 초과하여 계속 출국을 금지할 필요가 있을 때에는 출국금지기간의 만료 3일 전까지 출국금지기간연장요청서(별지 제2호서식)을 법무부장관에게 제출하여야 하며, 이 경우에도 소명자료를 첨부하여야 한다.

○ 출국금지 해제요청

요청기관의 장은 출국금지기간 중이라도 출국금지 사유가 소멸한 때에는 지체없이 출국금지해제요청서(별치 제3호서식)에 의하여 출국금지의 해제를 요청하여야 한다.

<표 > 출국의 금지

출입국관리법 제4조【출국의 금지】① 법무부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 국민에 대하여는 출국을 금지할 수 있다.

1. 범죄의 수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자
 2. 형사재판에 계속중인 자
 3. 징역형 또는 금고형의 집행이 종료되지 아니한 자
 4. 법무부령이 정하는 금액 이상의 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자
 5. 법무부령이 정하는 금액 이상의 국세관세 또는 지방세를 정당한 사유없이 그 납부기한까지 납부하지 아니한 자
 6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 자로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자
- ② 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장은 그 소관 업무와 관련하여 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 있다고 인정하는 때에는 법무부장관에게 출국금지를 요청할 수 있다.
- ③ 출입국관리공무원은 출국심사를 함에 있어 제1항의 규정에 의하여 출국이 금지된자를 출국시켜서는 아니된다.
- ④ 그 밖에 출국금지절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

출입국관리법시행령 제2조【출국금지 절차】① 법무부장관은 법 제4조 제1항에 따라 출국을 금지하려면 그 기간을 정하여 출국을 금지하여야 한다. 이 경우 법무부장관은 관계 기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다.

- ② 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장은 법 제4조 제2항에 따라 출국금지를 요청하는 경우 출국금지 요청사유와 출국금지 예정기간 등을 적은 출국금지 요청서를 법무부장관에게 송부하여야 한다, 다만, 시군 또는 구(자치구를 말한다. 이하 같다)의 장의 소관 업무에 관한 출국금지의 요청은 특별시장·광역시장 또는 도지사(특별자치도지사를 포함한다, 이하 같다)가 한다.
- ③ 제1항에 따른 출국금지기간과 제2항에 따른 출국금지 예정기간은 법무부령[출국금지업무처리규칙 제6조(출국금지예정기간 등)]으로 정한다.

출입국관리법 제4조의 2【출국금지기간의 연장】① 법무부장관은 법 제4조의2 제1항에 따라 출국금지기간을 연장하려면 그 기간을 정하여 연장하여야 한다. 이 경우 법무부장관은 관계기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다.

- ② 제2조 제2항에 따라 출국금지를 요청한 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장(이하 "요청기관의 장"이라 한다)은 법 제4조의2 제2항에 따라 출국금지 기간의 연장을 요청하는 경우 출국금지기간 연장요청 사유와 출국금지기간 연장이예정기간 등을 적은 출국금지기간 연장요청서를 법무부장관에게 송부하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 출국금지기간 연장기간과 제2항에 따른 출국금지기간 연장이예정기간은 법무부령으로 정한다.

출입국관리시행령 제2조의2【출국금지기간의 연장절차】① 법무부장관은 법 제4조의2 제1항에 따라 출국금지기간을 연장하려면 그 기간을 정하여 연장하여야 한다. 이 경우 법무부장관은 관계

기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다.

- ② 제2조 제2항에 따라 출국금지를 요청한 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장(이하 "요청기관의 장"이라 한다)은 법 제4조의2 제2항에 따라 출국금지 기간의 연장을 요청하는 경우 출국금지기간 연장요청 사유와 출국금지기간 연장예정기간 등을 적은 출국금지기간 연장요청서를 법무부장관에게 송부하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 출국금지기간 연장기관과 제2항에 따른 출국금지기간 연장예정기간은 법무부령으로 정한다.

출입국관리법 제4조의3 【출국금지의 해제】 ① 법무부장관은 출국금지사유가 소멸하였거나 출국을 금지할 필요가 없다고 인정하는 때에는 즉시 출국금지를 해제하여야 한다.

- ② 제4조 제2항에 따라 출국금지를 요청한 기관의 장은 출국금지사유가 소멸한 때에는 즉시 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청하여야 한다.
- ③ 그 밖에 출국금지의 해제절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

출입국관리법시행령 제3조【출국금지의 해제 절차】① 법무부장관은 법 제4조의3 제1항에 따라 출국금지를 해제하려는 경우 출국금지사유의 소멸이나 출국금지의 필요성 여부를 판단하기 위하여 관계기관 또는 요청기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다. 다만, 출국금지사유가 소멸되거나 출국금지할 필요가 없음이 명백한 경우에는 즉시 출국금지를 해제하여야 한다.

- ② 법무부장관은 제1항에 따라 출국금지를 해제하면 그 이유를 명시하여 지체 없이 요청기관의 장에게 통보하여야 한다. 다만, 출국이 금지된 자의 여권이 반납되었거나 몰취된 것이 확인된 경우에는 통보하지 아니할 수 있다.
- ③ 요청기관의 장은 법 제4조의3 제2항에 따라 출국금지의 해제를 요청하려면 출국금지 해제요청서를 작성하여 법무부장관에게 송부하여야 한다.
- ④ 법무부장관은 제3항에 따라 출국금지 해제요청서를 받으면 지체 없이 그 해제 여부를 심사하여 결정하여야 한다.
- ⑤ 법무부장관은 제4항에 따른 심사결과 출국금지를 해제하지 아니하기로 결정하면 지체 없이 그 이유를 명시하여 요청기관의 장에게 통보하여야 한다.

제6절 사건송치

1. 사건송치 절차

○ 수사를 실행하여 사건의 진상을 밝혀내고 충분한 증거를 수집하였거나, 더 이상 수사를 계속하여도 실익이 없다고 판단되면, 즉 공소제기의 여부를 결정할 수 있을 만큼 진상이 규명되었다고 판단되면 수사를 종결하고, 사건을 검찰에 송치한다.

○ 사건 송치 절차(사법경찰관이 수사를 종결하였을 때)

소속기관의 장에게 수사결과를 보고하고, 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다.

검사가 수사 지휘한 사건의 송치여부에 대해서는 미리 검사의 지휘를 받아야 한다(송치품신).

※ 사건을 송치할 때는 소속관서의 장인 사법경찰관 명의로 하여야 하고, 다만 소속관서의 장이 사법경찰관이 아닌 때에는 사법경찰관인 수사주무과장 명의로 하여야 한다(특사경집무규칙 제56조).

○ 수사기간

수사기간은 보통 고소·고발 사건 처리기한인 2개월 내에 수사를 마무리하고, 수사기간 연장이 필요한 경우 수사지휘 검사에게 건의를 통해 수사기간 연장을 받아 처리한다.

구속사건은 구속일로부터 10일 이내에 처리하며, 구속일은 체포시부터 기산송치표지 등 작성, 압수물을 총목록으로 정리한다.

○ 사건을 송치할 때의 구비서류와 편철순서

사건송치서

압수물품 총목록

기록목록

의견서

범죄인지보고서

※ 고소, 고발사건의 경우 범죄인지서 대신 고소, 고발장 편철

○ 피의자신문조서, 진술서, 진술조서, 압수조서, 수사보고서, 범죄경력조회(지문조회)통보서, 수사자료표, 피의자·발생 및 검거통계원표 등 필요 서류

※ 범죄인지보고서 다음부터는 작성일자 순으로 편철한다.

○ 유의사항

기록에 편철하는 서류는 반드시 그 출처등 근거를 명백히 해야 한다.

계약서, 영수증 원본 등 당사자 사이에 민사상 중요한 자료는 이를 사본하여 기록에 편철하고, 원본은 당사자에게 보관토록 한다.

※ 모든 사본은 원본과 대조 확인이 필요하다(대조년월일, 확인자 서명, 날인).

소속관서의 장인 특별사법경찰관의 명의로 송치, 다만 소속관서의 장이 특별사법경찰관이 아닌 때에는 수사주무과장이 특별사법경찰관 명의로 하여야 하고, 수사주무과장이 특별사법경찰관이 아닌 때에는 수사를 담당한 특별사법경찰관의 명의로 해야 하고, 의견서는 직접 수사를 담당하였던 특별사법경찰관(리)명의로 작성한다.

압수물총목록, 기록목록, 의견서는 송치명의자 도장으로 간인, 나머지 서류는 작성 및 제출일자 순으로 기재한다.

의견서, 압수물총목록, 기록목록에는 쪽수를 표시하지 않고, 의견서부터 쪽수(1쪽)를 기입한다.

2. 의견서 작성

○ 의의

의견서는 수사한 사건을 검찰에 송치하면서 피의자 인적사항, 피의자 범죄경력, 죄명, 범죄사실, 수사결과, 처분 의견 등을 기재한 보고서를 말한다.

피의자의 인적사항, 범죄경력, 적용죄명, 범죄사실, 적용법조를 기재하고, 고소인, 피의자, 참고인의 진술 요지 및 증거자료들을 밝히고 조사자의 결론적 판단을 구체적으로 기재한다.

○ 효율적인 의견서 작성방법

의견서 작성에 특별한 규정이나 양식은 없다.

의견서는 조사의 최종 결론이고, 그 결론에 이르기까지의 집약된 내용을 표현하고, 범죄사실은 어떤 범죄구성 요건에 해당하는지 특정하고, 동 요건에 맞도록 설명한다. 결론에 이르는 내용은 논리적이어야 하고, 그 논리전개는 생략하거나 비약해서는 안된다.

피의자, 고소인, 참고인들의 주장요지는 범죄사실의 구성요건과 관련된 내용의 요지를 기재하고, 그 범죄사실의 혐의유무를 판단하는 취지를 표시한다.

의견서를 작성하면서 부족한 부분이 발견되면 곧바로 보완조사를 실시한다.

○ 의견서 범죄사실 작성요령(주요 개선내용)

2007.9월 이후 검찰에서는 새로운 공소사실 및 불기소 이유 작성방법을 시행하고 있으며, 새로 시행한 작성방법에 의하여 의견서 범죄사실 및 불기소 이유를 설명할 수 있어야 한다.

한 개의 문장으로 작성하던 범죄사실의 문장 구조를 근본적으로 고쳐 필요한 경우에는 여러 개의 짧고 간결한 문장으로 작성한다.

기존 복잡한 범죄사실을 하나의 문장으로 작성하던 관행을 버리고 범죄사실의 문장을 알기 쉽게 만드는 동시에 우리 국어 문법에 맞게 작성한다.

종전 범죄사실은 첫머리에 ‘피의자는~자인바’라는 문구로 시작, ‘~한 것이다’라는 문구로 끝나는 경우는, 시작 및 종결문구가 다소 권위적으로 비추어질 뿐 아니라 문장을 어색하게 만들며, 일본어 문투의 잔재라는 지적을 받으므로 ‘피의자는~하였다’의 형식으로 개선하는 것이 필요하다.

<현대 국어 어법에 맞는 문장작성>

○ 들여쓰기의 개선 및 행과 문단의 구분

새로운 작성방식에서 들여쓰기는 일반 문장 작성에서와 마찬가지로 새로 시작되는 문단의 첫 단어에서만 하면 된다.

<표 > 작성방식 예시1

종전 방식	<p>피의자는 서울 구로구 구로동 234에 있는 신흥목재주식회사의 기숙사에서 생활하고 있는 회사원인바,</p> <p>2007.4.29. 07:30경 위 기숙사 104호실에서 담배를 피우다가 그 담배꽂초를 버리려고 하였으므로 담배꽂초의 불을 완전히 꺼 안전한 곳에 버리는 등의 조치를 취하여 화재의 발생을 미리 막아야 할 주의의무가 있음에도 불구하고, 이를 게을리 한 채 담배꽂초의 불을 빈 담배값에 2~3회 비벼 뭉개는 정도로 완전히 끄지 아니하고 그 방에 있던 쓰레기통에 버리고 그대로 방을 나간 과실로 그 무렵 위 담배꽂초에 남아 있는 불씨에서 위 쓰레기통 안의 휴지 통에 불이 붙게 하고 그 날 08:30경 그 불이 벽과 천장 등을 거쳐 기와지붕 벽돌조 2층 건물 연건평 225제곱미터 전체에 번지게 하여 000 등 회사원 55명이 주거로 사용하는 위 회사 소유의 기숙사 1도 시가 85,000,000원 상당을 모두 태워 이를 소훼한 것이다.</p>
새로운 방식	<p>피의자는 서울 구로구 구로동 234에 있는 신흥목재주식회사의 기숙사에서 생활하고 있는 회사원이다.</p> <p>피의자는 2007.4.29. 07:30경 위 기숙사 104호실에서 담배를 피우다가 그 담배꽂초를 버리려고 하였으면 담배꽂초의 불을 완전히 꺼 안전한 곳에 버리는 등의 조치를 취하여 화재의 발생을 미리 막아야 할 주의의무가 있었다.</p> <p>그럼에도 불구하고, 피의자는 이를 게을리 한 채 담배꽂초의 불을 빈 담배값에 2~3</p>

	<p>회 비벼 문개는 정도로 완전히 꺾지 아니하고 그 방에 있던 쓰레기통에 버리고 그대로 방을 나갔다.</p> <p>위와 같은 과실로 그 무렵 위 담배꽂초에 남아 있는 불씨에서 위 쓰레기통 안의 휴지 등에 불이 붙게 하고 그 날 08:30경 그 불이 벽과 천장 등을 거쳐 기와지붕 벽돌조 2층 건물 연건평 225m2 전체에 번지게 하였다.</p> <p>그리하여 000 등 회사원 55명이 주거로 사용하는 위 회사 소유의 기숙사 1채 시가 85,000,000원 상당을 모두 태워 이를 소훼하였다.</p>
--	--

○ 문장의 주어 등 구성요소 명시

종전 범죄사실에서 피의자의 범죄사실이 여러 개일 경우 주어는 각 항에 공통된 모두사실의 피의자이므로 항이 바뀌어도 주어를 다시 반복하지 않았으나, 새로운 방법에서는 각 항을 별개의 문장으로 작성하게 되므로 각 문장마다 주어를 명기하여 작성하도록 한다.

<표 > 작성방식 예시2

종전 방식	<p>피의자는 서울51사2300호 택시 운전사인바, 2007.6.27. 23:00경 서울 서초구 반포동 123의1 앞길에서 교통정리를 하고 있는 서초경찰서 소속 순경 000으로부터 교통신호를 위반하여 위 택시를 운영하였다는 이유로 운전면허증의 제시을 요구받자 피고인의 차만 단속한다고 불평하면서 오른쪽 주먹으로 위 000의 얼굴을 1회 때리고, 오른발로 동인의 옆구리를 2회 걷어차는 등 폭행하여 동인의 교통단속에 관한 정당한 직무집행을 방해한 것이다.</p>
새로운 방식	<p>피의자는 2007.6.27. 23:00경 서울 서초구 반포동 123-1 앞길에서 교통정리를 하고 있는 서초경찰서 소속 순경 000으로부터 교통신호를 위반하여 서울51사2300호 택시를 운행하였다는 이유로 단속되었다.</p> <p>피의자는 위 경찰관으로부터 운전면허증의 제시를 요구받자 피의자의 차만 단속한다는 불평하면서 오른쪽 주먹으로 위 경찰관의 얼굴을 1회 때리고 오른 발로 옆구리를 2회 걷어차는 등 폭행하여 위 경찰관의 교통단속에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다.</p>

<부적절한 용어와 문구의 개선>

○ 법조계에서만 관행적으로 또는 별 의심 없이 사용하는 용어나 문구를 개선하여 일반 국민들이 쉽게 이해할 수 있는 우리말로 바꾸어 표현하도록 한다.

○ 관용어의 개선

<표 > 관용어의 개선

개정 전	개정 후
편취한 것이다	사람을 기망하여 재물의 교부를 받았다. 또는 재산상 이익을 취득하였다
갈취한 것이다	사람을 공갈하여 재물의 교부를 받았다. 또는 재산상 이익을 취득하였다.
구공판되어	구속 기소되어, 불구속 기소되어
구약식되어	약식명령으로 청구되어
(불법) 영득의 의사로	(자신이) 가질 생각으로

○ 개선용어(부적절한 용어, 문투, 구문)

<표 > 개선용어

개정 전	개정 후
소재	~에 있는
성명 불상	성명을 알 수 없는(모르는)
박명불상	박 아무개
초순 일자불상경	초순경
상호불상 커피숍	상호를 알 수 없는 커피숍
그 시경	그 무렵, 그 때쯤
금원	돈
동인 동녀	피해자 또는 그, 그녀
각 절취하고	각각 절취하고
반항을 억압한 후	반항하지 못하게 한 후
불응하면	응하지 않으면
~되어 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그친 것이다.	~되어 미수에 그쳤다

○ 부적절한 어미 사용

<표 > 개선 용어

개정 전	개정 후
~인 바, 한 바, 하였던 바	~인데, 하니, 하였더니
~하고(공소사실을 계속 연결시킬 때 사용 어미)	하였고 또는 하였다(시제일치)
~하였으면 ~할 주의의무가 있음에도	~하였으므로 또는 ~하였다. 그러므로

○ 비교적 흔한 조사의 오류

<표> 조사 개선 예시

개정 전	개정 후
~한 외	한 외에, 외에도
~에 불구하고	~에도 불구하고
범죄전력 3회 더 있는	범죄전력이 3회 더 있는
~운전의	~가 운전하던
피해자 ~경영의	피해자 ~가 경영하는
그곳은 도로로써	그곳은 도로로
~의 책임 있는 사유로	~에게 책임 있는 사유로

○ 숫자와 부호의 표기 개선

숫자는 아라비아 숫자를 사용하는 것이 원칙이지만 혼동의 여지를 줄이고 읽기 쉽게 하기 위하여 필요하다고 판단되면 4자리 단위로 한글을 혼용하는 방식도 허용된다 (12,345,678,900원 ⇒ 123억 4,567만 8,900원).

킬로미터(km), 제곱(평방)미터(m²), 세제곱(입방)센티미터(cm³), 킬로그램(kg), 리터(l), 칼로리(cal), 퍼센트(%) 등 각종 단위는 한글 및 부호 표기가 허용된다.

3. 의견서 불기소 이유 작성법

○ 의견서 불기소 이유 작성법

○ (혐의없음) 피의자에게 죄가 있다고 인정할 만한 증거가 부족하거나, 법률상 죄가 되지 않는다.

혐의없음 의견일 경우 일반적으로 ①인정되는 사실 ②고소인의 주장과 이에 부합하는 증거 ③피의자의 변명 및 이에 부합하는 증거 ④고소인의 주장 배척이유 ⑤맺음말 (“증거불충분으로 불기소 결정 하심이 좋겠습니다”라고 작성) 순서로 기재한다.

○ (죄가안됨) 피의자의 행위가 범죄행위를 구성하는 것처럼 보이나, 그 행위가 정당방위(또는 정당행위, 피해자의 승낙에 의한 행위, 긴급피난행위, 강요된 행위) 등에 해당하여 위법성이 없다고 판단되거나, 또는 피의자가 14세 미만의 형사미성년자 또는 심신상실자여서 피의자에게 행사책임을 묻는 것이 부적당한 경우에 하는 처분이다.

○ (공소권없음) 대부분 법률상의 근거에 의하여 처분

확정판결이 있는 경우, 사면이 있는 경우, 공소시효가 완성된 경우, 법령이 개폐되어 처벌규정이 없어진 경우, 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우, 재판권이 없는 경우(예 한미행정협정 관련사건), 동일 사건 또는 그 일부에 대하여 이미 공소가 제기

된 경우, 피의자가 생존하지 아니하는 경우에 처분한다.

○ (기소중지) 피의자의 소재불명을 사유로 하여 피의자의 소재가 밝혀질 때까지 법률에 정하여진 피의자를 처벌할 수 없는 경우에 처분한다.

○ (참고인중지) 다른 피의자 또는 중요한 증인을 찾을 수 없어 그 소재가 밝혀질 때까지 결정을 중지하는 경우에 처분한다(다른 피의자 또는 중요한 증인의 소재가 밝혀지면 다시 수사를 한다).

4. 송치서류 관련 검토사항

<표> 송치서류 검토사항

서류명	검토사항
압수물총목록	<ul style="list-style-type: none"> ○ 압수물의 품목, 수량 등 기록정수를 정확히 기재 하였는지 여부 ○ 압수조서 내용과의 차이 여부 ○ 송치, 환부 또는 가환부 표시 여부 등
기록목록	<ul style="list-style-type: none"> ○ 정수기재의 정확성 여부 ○ 서류제목의 적정성 여부 ○ 목록 기재 누락 여부 등
범죄인지서	<ul style="list-style-type: none"> ○ 인지경위를 정확히 기재하였는지 여부
피의자신문조서	<ul style="list-style-type: none"> ○ 구성요건 해당사항은 모두 신문하였는지 ○ 6하 원칙 (또는 8하 원칙)에 따라 신문하였는지 ○ 피의자 변명은 충분히 조사하였는지 ○ 신문조서에 서명,날인 및 간인이 되었는지 등
진술조서	<ul style="list-style-type: none"> ○ 진술경위 및 사건과의 관계 등 조사 여부 ○ 구두 고소,고발 등의 취지 기재 여부 ○ 조서말미에 그 증빙자료가 편철되었는지 여부 ○ 조서와 첨부자료 간에 간인이 되어 있는지 여부
압수조서	<ul style="list-style-type: none"> ○ 피압수자, 소유자 등의 표시는 정확한지 여부 ○ 압수물 총목록의 내용과 일치 여부 ○ 압수목록교부서의 편철여부 등
수사보고서	<ul style="list-style-type: none"> ○ 어떤 내용의 수사보고인지, 그 취지가 명확하게 기재되었는지 ○ 다른 서류를 첨부하여야 할 경우 그 서류가 첨부되어 있는지
기타	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신원보증서, 지문통보서가 첨부 되었는지 ○ 범죄통계원표가 정확하게 기재되어 있는지 ○ 소재불명자에 대한 지명수배가 되어 있는지 등

제7절 영장신청 및 집행

1. 체포영장

1) 체포영장 발부요건

○ 영장이란 피의자에게 상당한 범죄 혐의가 있고, 체포 사유가 있는 경우 수사기관이 구속에 앞서 단시간 동안 피의자의 신체를 보전하기 위한 대인적 강제처분을 말한다.

○ 체포영장에 의한 체포(통상체포)

피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 형소법 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 도망할 우려가 있는 경우에 체포영장을 발부받아 피의자를 체포한다.

○ 긴급체포

피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 증거인멸 및 도망할 우려가 있는 경우에 긴급을 요하여 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 긴급 체포한다.

○ 현행범인 체포

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.

○ 체포영장에 의한 체포(형소법 제200조의 2 제1항)

죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 하며, 상당한 이유는 객관적·합리적으로 판단한다.

○ 출석 불응 또는 출석 불응의 우려

구체적 사건에 따라 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다.

출석요구서를 발송하였으나 출석에 불응한 경우 그 사실을 수사보고서 등으로 작성하고 출석요구서 사본을 기록에 편철한다.

전화로 출석을 요구하였으나 출석 불응한 경우에는 통화 일시, 수화자, 수화자와 피의자의 관계 및 연락가능성, 통화내용 등을 기재한 수사보고서를 작성하여 수사기록에 편철한다.

출석 불응의 우려가 있는 경우라 함은 피의자가 도망하거나 지명수배 중에 있는 경우를 말한다.

○ 경미사건

50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건은 일정한 주거가 없거나 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다(형소법 제200조의 2 제1항 단서).

○ 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 영장을 발부 받아 피의자를 체포한다.

2) 체포영장 신청 및 집행 절차

○ 체포영장신청서 기재사항은 피의자의 특정 사항, 변호사 성명, 범죄사실 등을 기재한다.

○ 피의자의 특정에 관한 사항

피의자의 성명, 주민등록번호, 직업, 주거 등을 기재한다.

성명이 명백하지 않은 경우는 인상, 체격 기타 피의자를 특정할 수 있는 사항을 기재한다.

주민등록번호가 없거나 이를 알 수 없을 때에는 생년월일을 기재한다.

직업이나 주거가 명백하지 않은 경우에는 그 취지를 기재한다.

○ 변호인 선임계를 제출한 변호인의 성명을 기재한다.

○ 범죄사실 및 체포를 필요로 하는 사유로, 주로 별지를 사용하여 범죄사실은 혐의 사실을 특정할 수 있을 정도로 기재하고 체포를 필요로 하는 사유는 범죄사실 말미에 구체적으로 기재한다.

○ 체포영장의 유효기간

체포영장의 유효기간은 원칙적으로 7일이지만, 지명수배자 또는 연고지가 여러 곳인 경우와 같이 피의자의 소재 파악에 7일 이상이 소요될 것으로 예상되는 때에는 그 사유를 소명하여 7일을 초과하는 유효기간을 신청하여야 한다.

기소중지를 결정하면서 체포영장을 신청할 경우에는 공소시효 만료일까지의 기간을 유효기간으로 하는 체포영장을 신청함이 원칙이다.

유효기간의 기재가 없거나 유효기간이 불명한 경우에는 그 기간을 7일(초일 불산입)로 보며, 7일 미만의 유효기간으로 발부된 체포영장의 경우에는 그 기간 내에서만 유효하다.

○ 수 통의 체포영장

피의자 연고지가 여러 곳인 경우와 같이 여러 통의 체포영장이 필요한 때에는 그 사유를 기재하고 수 통의 체포영장을 신청한다.

수 통의 체포영장은 모두 원본으로서 독립하여 집행력을 가지며, 한 통의 체포영장

에 의하여 피의자가 체포된 경우에는 다른 체포영장은 효력을 상실한다.

○ 소명자료의 제출

체포영장을 청구할 때에는 체포의 요건 및 필요성을 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.

범죄혐의 유무에 대하여는 엄격한 증명을 요하지 않고, 소명의 정도로 충분하다.

출석 불응 또는 불응 우려 및 도망 또는 증거인멸의 염려가 있다는 사실을 인정할 수 있는 자료이다.

출석요구서 사본 및 출석요구통지부 사본, 소재수사결과보고서, 출석요구를 하면 도망 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에는 그 취지를 기재한 수사보고서, 피의자가 현재 수배중인 경우에는 지명수배 조회서 등이다.

○ 체포영장의 집행지휘 및 체포영장의 제시

체포영장이 발부되면 검사는 체포영장 상단 우측 여백의 고무인으로 압날한 검사집행지휘란에 서명 또는 날인하는 방법으로 체포영장의 집행을 지휘한다.

피의자를 체포할 때에는 피의자에게 체포영장을 제시해야 한다.

체포할 때 피의자가 체포영장을 파기해 버리거나, 체포 후에 체포영장이 멸실된 경우에도 그 체포는 유효하며 다시 체포영장을 발부받을 필요는 없고, 체포영장이 멸실하게 된 경위를 기재한 수사보고서를 작성하여 기록에 편철한다.

체포영장을 소지하고 있지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지와 체포영장이 발부되었음을 고지하고 집행할 수 있다.

“급속을 요하는 경우”란 발부된 체포영장을 소지하고 있지 아니하나 즉시 집행하지 않으면 피의자의 소재가 불명하게 되어 영장 집행이 현저히 곤란하게 될 우려가 있는 경우를 말한다.

이 경우에는 집행완료 후 신속히 체포영장을 제시하여야 하고 그 집행 경위와 체포영장 제시일자 및 장소 등을 기재한 수사보고서를 수사기록에 편철한다.

※ 피의자가 도망 또는 증거를 인멸할 염려가 농후하다는 점을 부각시키기 위해 필요한 경우 체포과정, 상황 등을 기재한 수사보고서를 작성하여 구속영장 청구기록에 첨부한다.

○ 체포이유와 범죄사실 등의 고지

피의자를 체포하는 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고, 변명의 기회를 주어야 하며, 피체포자로부터 위 절차 이행에 관한 확인서를 받아 기록에 편철한다.

확인서는 피의자의 서명·날인을 받아야 하며, 서명·날인을 거부하는 경우에는 체포자

가 그 사유를 기재하고 서명·날인한다.

○ 인치 및 구금

피의자를 체포한 때에는 지체없이 피의자를 영장에 기재된 인치 및 구금 장소로 호송하여 인치 또는 구금한다.

체포된 피의자를 호송할 경우에 필요한 때에는 가장 근접한 교도소, 구치소 또는 경찰관서 유치장에 임시 유치할 수 있다.

○ 체포의 통지

피의자를 체포한 경우(긴급체포, 현행범인 체포 포함)에는 변호인이 있으면 변호인에게, 변호인이 없으면 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매와 호주 중 피의자가 지정한 자에게 체포 일시 장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있다는 취지를 알려야 한다.

체포통지서에 의하여 통지하고, 그 사본을 기록에 편철한다.

※ 체포·구속통지서에는 피의자의 가족 등에게 구속 전 피의자심문 신청 및 체포·구속적부심사 청구권이 있다는 내용이 기재되어 있다.

피의자의 구속전피의자심문 신청 여부에 관계없이 체포 직후 가족 등에게 곧바로 통지하여야 한다.

급속을 요하는 경우에는 전화 또는 모사전송 기타 상당한 방법으로 통지할 수 있으나, 그 후 지체 없이 서면으로 통지하고, 그 사본을 기록에 편철한다.

위에 규정된 사람이 없어 체포의 통지를 하지 못한 경우에는 그 취지를 기재한 수사보고서를 기록에 편철한다.

○ 피의자의 석방

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 체포 (현행범체포, 긴급체포 포함)한 때로부터 48시간이 경과하였음에도 구속영장을 청구하지 아니하거나, 구속영장의 신청 또는 청구가 기각된 경우에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

사법경찰관이 체포한 피의자를 석방하고자 할 경우에는 미리 석방사유 등을 기재한 피의자석방건의서를 작성하여 검사의 지휘를 받아야 한다. 다만 급속을 요하는 경우에는 모사전송으로 석방건의가 가능하다.

체포한 피의자를 석방하는 경우에는 체포영장신청부에 석방 일시 및 사유를 기재한다. 사법경찰관이 체포한 피의자를 석방한 때에는 지체 없이 피의자석방보고서를 작성하여 검사에게 보고하여야 한다.

○ 긴급체포

범죄의 중대성 즉, 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 한다.

선고형이 아니라 법정형을 의미한다(법정형이 3년 이하의 징역인 경우도 해당된다).

※ 무허가 가축분뇨 배출시설 설치 사범, 가축분뇨 배출시설 설치허가를 받은 자가 가축분뇨를 공공수역에 유입시킨 사범은 법정형 최고가 2년 미만으로 긴급체포가 불가하다.

○ 체포의 필요성에는 증거 인멸 및 도망의 염려가 있어야 한다.

○ 체포의 긴급성

‘피의자를 우연히 발견한 경우’ 등과 같이 긴급을 요하여 판사로부터 체포영장을 발부 받을 시간적 여유가 없어야 하고, 피의자의 도망으로 인하여 판사의 체포영장을 발부받아 집행하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우이어야 한다.

※ 예) 수사 과정에서 공범을 인지하였고 그 공범을 신속하게 체포하지 않으면 신병 확보가 어려운 때 등이다.

○ 재 체포의 제한

구속영장을 청구하지 아니하거나 발부 받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 하고, 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실로 다시 체포하지 못한다.

따라서 긴급체포를 하려고 할 경우에는 반드시 피의자가 동일한 범죄사실로 긴급체포된 전력이 있는지 여부를 확인해야 한다.

○ 긴급체포 시 주의사항

긴급체포는 피의자의 연령, 경력, 범죄성향이나 범죄의 경중, 태양 기타 제반사정을 고려하여 판사로부터 체포영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우에 한하여 인권의 침해가 없도록 신중하게 이용해야 한다.

○ 긴급체포의 절차

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 때에는 체포한 일시, 장소, 범죄사실 및 긴급체포한 사유, 체포자의 관직성명 등을 기재한 긴급체포서를 즉시 작성하고 긴급체포 원부에 그 내용을 기재한다.

※ 피의자를 긴급체포할 경우 긴급체포서를 제시하여야 하지만, 사전에 준비하지 못할 긴급한 사정이 있는 때에는 먼저 체포사유 등을 고지한 후에 긴급체포하여 경찰관서 등에 인치한 다음에 긴급체포서를 피의자에게 제시하여 집행하여도 무방하다.

지명수배된 피의자를 발견하여 긴급체포한 경우에는 검거관서의 사법경찰관이 긴급

체포서를 작성하여 수배관서에 인계한다.

긴급체포서의 '긴급체포한 사유'란에는 체포영장을 발부받을 시간적 여유가 없고, 증거를 인멸할 염려 및 도망의 염려가 있다는 점을 설득력 있게 기재한다.

구속영장 신청에 대비하여, 피의자가 증거 인멸 및 도망의 염려가 농후하다는 점을 부각시키기 위해 체포 과정 및 상황 등을 자세하게 기재한 수사보고서를 작성하여 수사기록에 편철한다.

사법경찰관이 피의자를 긴급체포 하였을 때에는 12시간 이내에 검사에게 긴급체포한 사유 및 체포를 계속하여야 할 사유 등을 기재한 긴급체포 승인건의서를 작성하여 검사로부터 긴급체포 승인을 받아야 한다.

○ 피의자의 석방

검사가 사법경찰관의 긴급체포 승인건의에 대하여 이를 승인하지 아니하는 때에는 그 사실을 사법경찰관에게 즉시 통보하여야 하며, 통보받은 사법경찰관은 피의자를 즉시 석방하고, 석방일시 및 사유를 기재한 서면을 작성하여 기록에 편철한다.

피의자를 긴급체포한 때로부터 48시간이 경과하였음에도 구속영장을 청구하지 아니하거나, 구속영장을 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 석방하는 경우 12시간 이내에 석방 사유 등을 기재한 피의자 석방건의서를 작성하여 검사의 지휘를 받아야 하며, 급속을 요하는 경우 모사전송으로 건의가 가능하다.

사법경찰관이 피의자를 석방할 때에는 지체없이 피의자석방보고서를 작성하여 검사에게 보고한다.

긴급체포 피의자를 석방하는 경우 긴급체포원부에 석방일시, 석방사유를 기재하여야 한다.

○ 긴급체포와 압수·수색·검증

피의자를 긴급체포할 때에는 영장 없이도 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 船車 내에서 피의자를 수사할 수 있고, 체포현장에서 압수·수색·검증을 할 수 있으며 피의자가 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여 사후영장 발부기간 내(48시간 이내)에 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다.

이 경우 구속영장을 발부받지 못한 때에는 즉시 압수물을 환부하고, 압수를 계속하기 위해서는 별도의 압수수색 영장을 발부받아야 한다.

○ 현행범인의 체포

현행범인이란 범죄의 실행 중이거나 실행 직후인 자를 말한다.

범죄의 실행 직후 여부는 범행과의 시간적, 장소적 근접성, 범행후의 경과, 범인의 거동, 휴대품, 범죄의 태양과 결과, 범죄의 경중 등을 고려하여 합리적으로 판단한다.

○ 준현행범인

범인으로 호칭되어 추적되고 있는 자, 장물이나 범죄에 사용하였다고 인정함에 충분한 흉기 기타 물건을 소지하고 있는 자, 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 자, 누구임을 물음에 대하여 도망하려는 자를 말한다.

○ 현행범인 체포의 제한

50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 현행범인으로 체포할 수 있다 .

○ 현행범인 체포 절차

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포가 가능하다.

검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 체포하였을 때에는 범죄사실 및 체포사유 등을 기재한 현행범인 체포서를 작성하고, 현행범인 체포원부에 내용을 기재한다.

검사 또는 사법경찰관이 아닌 자가 현행범인을 체포한 경우 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 한다.

사법경찰관리가 현행범인의 인도를 받은 때에는 체포자의 성명, 주거, 체포의 사유 등을 물어야 하고, 필요한 때에는 체포자에 대하여 경찰관서에 동행함을 요구할 수 있다.

위 경우 현행범인 인수서를 작성하고, 그 내용을 현행범인 체포원부에 기재한다.

○ 피의자의 석방

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 현행범인으로 체포한 때로부터 48시간이 경과하였음에도 구속영장을 청구하지 아니하거나, 구속영장을 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

사법경찰관이 체포된 현행범인을 석방할 때에는 지체없이 피의자 석방보고서를 작성하고, 현행범인 체포서(또는 현행범인 인수서 사본)를 첨부하여 검사에게 보고하여야 한다.

○ 준용규정

체포영장에 의한 체포에 관한 규정 중 “체포이유와 범죄사실 등의 고지” 및 “체포의 통지 등”에 관한 규정은 현행범인 체포의 경우에 준용한다.

<표 5-46> 긴급체포서

<h1 style="margin: 0;">긴 급 체 포 서</h1> <p style="margin: 5px 0 0 0;">제 0000-00000 호</p>		
피 의 자	성 명	()
	주 민 등 록 번 호	- (세)
	직 업	
	주 거	
변 호 인		
<p style="margin: 0;">위 피의자에 대한 ○○○○○○○ 피의사건에 관하여 「형사소송법」 제200조의3 제1항에 따라 동인을 아래와 같이 긴급체포함</p> <p style="margin: 0;">. . .</p> <p style="margin: 0;">특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)</p>		
체 포 한 일 시		
체 포 한 장 소		
범 죄 사 실 및 체 포 의 사 유		
체 포 자 의 관 직 및 성 명		
인 치 한 일 시		
인 치 한 장 소		
구 금 한 일 시		
구 금 한 장 소		
구 금 을 집 행 한 자 의 관 직 및 성 명		

<표 5-47> 체포영장 신청

특 허 청									
제 0000-00000 호 수 신 : ○○ 제 목 : 체포영장신청									
특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)									
다음 사람에게 대한 ○○○○○○○○ 피의사건에 관하여 동인을 ○○○○○○○○에 인치하고 ○○○○○○○○에 구금하려 하니 0000. 00. 00.까지 유효한 체포영장의 발부를 청구하여 주시기 바랍니다.									
피의자	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="text-align: center; padding: 5px;">성 명</td> <td style="width: 50%;"></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center; padding: 5px;">주민등록번호</td> <td style="text-align: center; padding: 5px;">- (세)</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center; padding: 5px;">직 업</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center; padding: 5px;">주 거</td> <td></td> </tr> </table>	성 명		주민등록번호	- (세)	직 업		주 거	
성 명									
주민등록번호	- (세)								
직 업									
주 거									
변 호 인									
범죄사실 및 체포를 필요로 하는 이유									
7 일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 취지와 사유									
둘 이상의 영장을 신청하는 취지와 사유									
재신청의 취지 및 이유									
현재 수사 중인 다른 범죄 사실에 관하여 발부된 유효한 체포영장 존재시 그 취지 및 범죄사실									
○○ 지방검찰청 제 호 년 월 일									
수 신 : ○○ 지방법원 제 목 : 구속영장청구 위와 같이 구속영장신청이 있는 바, 그 사유가 상당하다고 인정되므로 동 영장의 발부를 청구합니다.									
○○ 지방검찰청 검 사 인									

<표 5-48> 체포영장신청부

체포영장신청부		
진행번호		
사건번호	년 제 호	년 제 호
신청일시	. . . 시 분	. . . 시 분
신청자 관직 및 성명		
피의자	성명	
	주민등록번호	
	직업	
	주거	
죄명		
검사기각	. . . 시 분	. . . 시 분
판사기각	. . . 시 분	. . . 시 분
발부		
재신청	신청	. . . 시 분
	검사기각	. . . 시 분
	판사기각	. . . 시 분
	발부	. . . 시 분
유효기간		
집행	일시	. . . 시 분
	장소	
	처리결과	
구속영장신청	신청부번호	
	발부연월일	. . .
석방	연월일	. . .
	사유	
반환		
비고		

2. 구속영장

1) 구속영장 발부요건

○ 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고(범죄혐의의 상당성), 일정한 주거가 없는 때, 증거인멸의 염려가 있는 때, 도망하거나 도망할 염려가 있을 때 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.

○ 구속사유의 판단기준

일정한 주거가 없는 때, 일정한 주거는 실질적으로 고찰하되, 피의자가 성명, 주거를 묵비한 경우 실제로 일정한 주거가 있더라도 위 요건에 해당한다.

피의자의 주민등록상 주소와 실제 주거지가 동일한지 여부, 다른 경우 그 이유 및 동거인이 있는지 여부, 그 동거인과 연락가능한지 등을 고려한다.

증거를 인멸할 염려가 있는 때로, 증거인멸의 염려는 종합적으로 고려하여 판단한다. 인멸 대상이 되는 증거의 존재 여부(인멸이란 물증의 은닉, 훼손, 증인에 대한 위증이나 침묵의 강제 등을 말함) 등, 그 증거가 범죄사실 입증에 결정적 영향을 주는지 여부를 판단한다.

피의자 측에 의하여 그 증거를 인멸하는 것이 물리적·사회적으로 가능한 것인지 여부를 판단한다.

피의자 측이 피해자 등 증인에 대하여 어느 정도의 압력이나 영향력을 행사할 수 있는지 여부를 판단한다.

도망하거나 도망할 염려가 있는 때, 도망할 염려는 종합적으로 고려하여 판단한다. 범죄의 경중, 태양, 동기, 횡수, 수법, 규모, 결과 등도 판단한다.

○ 자수 여부

정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 불응하였는지 여부, 주거는 일정하나 거소를 전전하여 출석요구가 곤란한지 여부

여권의 소지여부, 여행(특히 해외여행)의 빈도 등

피의자의 직업, 경력, 범죄경력, 질병, 약물복용, 임신여부 등

피의자의 가족 중에 보호자가 있는지 여부, 연로한 부모나 어린 자녀를 부양하고 있는지 여부, 가족들이 피의자를 선행으로 이끌만한 능력이나 의사가 있는지 여부

피의자의 지역사회에서의 거주기간 및 정착성 정도

교우관계 등 지원자가 있는지 여부 등을 판단한다.

○ 구속의 제한

다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건은 일정한 주거가 없는 때에만 구속할 수 있다.

○ 구속영장 신청 및 집행 절차

구속영장의 신청방법: 사법경찰관이 검사에게 구속영장 청구를 신청하는 때에는 피의자별로 구속영장신청서를 작성한다.

피의자별로 구속영장신청서 2부, 구속영장 1부를 작성한다.

구속영장신청서에는 피의자의 성명, 연령, 주거, 직업 및 죄명, 구속 장소를 기재하고, 범죄사실 및 구속을 필요로 하는 사유 등을 기재한다.

구속영장의 청구에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 하므로 피의자신문조서, 진술조서, 수사보고서, 기타 구속에 필요한 사유를 소명하는 자료를 제출한다.

○ 구속영장 신청의 시간적 제한

체포(현행범인, 긴급체포 포함)한 피의자를 구속하고자 할 경우에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 법원에 구속영장이 청구되어야 한다.

따라서 검사에게는 최소한 36시간 이내에 구속영장을 신청한다.

○ 사법경찰관은 구속영장을 신청하였을 때에는 그 내용을 구속영장신청부에 기재하여야 하며, 발부 후의 처리결과 등도 체포·구속영장집행원부에 명백하게 기록한다.

○ 구속영장이 기각된 경우 검사의 지휘에 따라 즉시 석방하고, 석방시각을 구속영장 신청부에 기재한다.

○ 검사가 영장을 재신청하도록 지휘한 경우에는 지휘내용에 따라 자료를 보완하여 영장을 재신청한다.

○ 구속영장 집행 절차

구속영장은 검사의 지휘에 의하여 (특별)사법경찰관리가 집행한다.

구속영장을 집행할 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지, 구속 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려주고 변명의 기회를 부여한다.

구속영장을 집행할 때에는 반드시 사전에 영장을 제시해야 하며, 지정된 구속할 장소로 신속하게 인치한다(경찰서 등과 유치장시설 이용 사전협의).

○ 구속영장 집행후의 조치

사건기록에 구속사건임을 표시하고, 구속만기일 부전지를 부착한다.

○ 구속 통지 (체포의 통지와 동일)

○ 구속영장 미집행시의 조치

구속영장을 유효기간 (통상유효기간 7일) 내에 집행할 수 없게 되었을 때에는 영장에 그 이유를 기재하고, 영장반환보고서에 영장을 첨부하여 관할검찰청에 반환하고, 사건기록에는 영장반환보고서와 영장사본을 편철한다.

○ 구속사건의 수사 및 송치

사법경찰관은 피의자를 체포 또는 구속한 날로부터 10일 이내에 수사를 종결하고, 피의자와 사건기록을 검사에게 송치하여야 한다.

체포 또는 구속된 날 및 송치일도 체포·구속기간에 산입한다.

※ 구속만기 부전지를 활용하여 구속기간 산정에 착오가 없도록 하여야 하며, 구속기간을 초과시키지 않도록 유의한다.

구속기간 이내에 사건을 송치하지 못하고, 그 기간이 도과할 경우 불법체포·구속이 되어 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

○ 구속 전 피의자 심문

피의자 본인 또는 가족 등의 신청에 의하여 구속영장이 신청된 법원의 판사 앞에서 직접 피의자 심문을 받는 것(속칭 영장실질심사)을 말한다.

○ 구속 전 피의자심문 신청권자

피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인, 고용주 등이다.

※ 동거인 및 고용주도 구속전피의자심문의 신청권자임이다.

변호인 또는 피의자가 지정한 자에게 통지한다(해당자가 없을 경우 그 내용에 대한 수사보고서 작성).

피의자가 구속전피의자심문을 신청하지 않는 경우에는 가족 등에게 유선으로 신청할 수 있음을 통보하고, 그 통지사실을 기록에 현출한다.

피의자 이외의 자는 피의자의 명시한 의사에 반하여 신청 가능하다.

○ 심문신청 여부 기재 방법

피의자신문조서에 피의자가 심문을 신청하는지 여부를 기재한다.

별도의 확인서를 피의자에게 교부하여 피의자로 하여금 확인서에 신청 또는 불신청 여부를 표시하게 하고 서명 날인을 받는 방법으로 확인서를 작성한 다음, 피의자신문조서 말미에 편철한다.

○ 심문 신청의 철회

구속영장 발부여부 결정시까지 철회가 가능하다.

법원, 검찰청, 경찰서 등 사법경찰관서에 의사표시를 해야 한다.

○ 피의자심문 소요기간의 구속기간 불산입

구속영장청구서, 수사관계서류 및 증거물을 법원이 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환하는 날까지의 기간은 구속기간에 불산입한다.

<표 5-50> 구속영장신청

구속영장신청

제 0000-00000 호

20

수 신 : ○○

제 목 : 구속영장신청

다음 사람에 대한 ○○○○○○○○ 피의사건에 관하여 동인을 ○○○○○○○○에 구속하려 하니
 .까지 유효한 구속영장의 발부를 청구하여 주시기 바랍니다.

피 의 자	성 명	
	주 민 등 록 번 호	- (세)
	직 업	
	주 거	
변 호 인		
범죄사실 및 구속을 필요로 하는 이유		
필요적 고려사항		<input type="checkbox"/> 범죄의 중대성 <input type="checkbox"/> 재범의 위험성 <input type="checkbox"/> 피해자·중요참고인 등에 대한 위해 우려 <input type="checkbox"/> 기타 사유 ※ 구체적 내용은 별지와 같음
7 일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 취지와 사유		
둘 이상의 영장을 신청 하는 취지와 사유		
재신청의 취지 및 이유		
특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)		

<표 5-51> 구속영장신청부

구속영장신청부			
진행번호			
사건번호		년 제 호	
신청일시		. . . 시 분	
신청자 관직 및 성명			
피의자	성명		
	주민등록번호		
	직업		
	주거		
죄명			
체포일시 및 유형		. . . 시 분 체포. 긴급체포. 현행범인체포 (진행번호)	
영장신청 및 발부	검사기각	. . . 시 분	
		. . . 시 분	
		. . . 시 분	
	재신청	신청	. . . 시 분
		검사기각	. . . 시 분
		판사기각	. . . 시 분
		발부	. . . 시 분
	피의자 심문	일련번호	
		검사 또는 판사명	
		접수일시	. . . 시 분
접수자 관직 성명			
구인일시		. . . 시 분	
유효기간			
석방	연월일	. . .	
	사유		
반환			
비고			
특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소 특별사법경찰관 ○○○ (인)			

3. 압수/수색/검증 영장

1) 압 수

○ 압수란 증거물 또는 몰수의 대상이 되는 물건을 강제적으로 취득하는 대물적 강제처분을 말한다.

물건을 압수 할 때에는 압수조서와 압수목록을 작성하여야 한다.

○ 압수의 목적물

압수의 목적물은 '증거물'과 '몰수물'이다.

○ 압수의 제한

우편물의 압수는 제한됨. 수사기관은 피의자가 발송한 것이나 피의자에 대하여 발송된 우체물 또는 전신에 관한 것으로서 체신관서 기타가 소지 또는 보관하는 물건을 압수할 수 있다.

군사기밀과 압수에 대해 제한함. 군사상 비밀을 요하는 장소는 그 책임자의 승낙 없이 압수 또는 수색할 수 없다. 다만 그 책임자는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고 승낙을 거부하지 못한다.

공무상 비밀과 압수는 제한된다. 공무원 또는 공무원이었던 자가 소지 또는 보관하는 물건에 관하여는 본인 또는 그 당해 공무소가 직무상의 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는 그 소속 공무소 또는 당해 감독관공서의 승낙 없이는 압수하지 못한다.

소속 공무소 또는 당해 감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.

업무상 비밀과 압수는 제한됨. 변호사, 한의사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산원, 간호원, 종교의직에 있던 자가 업무상 위탁받아 소지·보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다.

다만 그 타인의 승낙이 있거나 공익상 필요 있는 경우에는 압수할 수 있다.

2) 수 색

○ 수색이란 압수할 물건이나 체포할 사람의 발견을 목적으로 주거, 물건, 사람의 신체, 기타 장소에 대하여 행하는 강제처분을 말한다.

수색을 하였을 때에는 수색의 상황과 결과를 명백히 하기 위하여 수색조서를 작성하여 기록에 편철하여야 한다.

○ 수색의 제한

군사기밀을 요하는 장소(압수의 제한 참조)

피의자 아닌 자의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 관하여는 압수할 물건이 있음을 인

정할 수 있는 경우에 한하여 수색이 가능하다.

여자의 신체를 수색할 때에는 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다.

3) 검 증

○ 검증이란 5감의 작용에 의하여 범죄현장, 범죄와 관계있는 장소·신체·물건의 소재, 형태, 성질 등을 실험 인식하여 사실을 조사하는 행위를 말한다.

○ 검증조서

검증의 결과를 기재한 서면

검증조서에는 검증목적물의 현장을 명백히 하기 위하여 ‘도화나 사진’을 첨부할 수 있다.

사법경찰관이 작성한 검증조서는 특히 신빙할 수 있는 상태에서 작성되고 성립의 진정이 인정되는 경우에는 증거로 쓸 수 있다.

조사내용 면에 있어서 실황조서와 차이가 없으나, 검증은 강제 처분이고, 실황조사는 임의처분인 점에 차이가 있다.

4) 영장에 의한 압수, 수색, 검증

○ 압수, 수색, 검증영장의 발부를 통해 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

압수, 수색, 검증영장을 신청한 경우에는 신청부에 기재한다.

○ 압수, 수색, 검증영장에는 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 검증할 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지가 기재되어 있다.

○ 압수, 수색영장의 집행과 인권보호

압수 수색영장의 집행에 있어서는 타인의 비밀을 보호해야 하며, 처분 받는 자의 명예를 해하지 않도록 주의한다.

○ 집행시간의 제한

일출 전, 일몰 후에는 압수, 수색영장을 집행할 수 없으며, 야간에 집행할 경우 야간에도 집행할 수 있다는 내용이 영장에 기재되어 있어야 하며, 영장 신청 시 별도로 요청해야 함. 다만 공중의 출입이 가능한 장소에서는 야간에도 집행 가능하다.

○ 압수·수색영장의 제시

압수, 수색영장은 반드시 집행 전에 처분 받는 자에게 제시해야 한다.

압수, 수색영장을 집행할 때에는 집행 일시, 장소를 참여자에게 통지한다.

물건을 압수한 경우 압수목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준하는

자에게 교부한다.

압수, 수색영장 집행 시 시정장치를 열거나 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

○ 중복집행의 제한

일단 압수·수색영장의 집행을 종료한 경우에는 다시 같은 물건이나 장소에 대하여 압수·수색의 필요가 있고 유효기간이 남아 있다고 하더라도 영장을 다시 발부받아 집행하여야 한다.

○ 압수물의 보관 및 송치

압수한 물건은 수사기관이 보관하는 것이 원칙이고, 압수물의 상실 또는 파손 방지에 상당한 조치를 하여야 한다.

원형보관이 원칙이나, 경우에 따라서는 대가보관도 가능하다.

사건을 검찰에 송치할 때 압수물도 함께 송치하는 것이 원칙이다.

다만, 기계설비, 수십 대의 컴퓨터 본체 등과 같이 송치하기에 적합하지 않은 압수물은 수사관서에 그대로 보관하면서 서류상으로만 송치가 가능하다.

○ 압수물의 가환부, 환부 및 환가처분

가환부란 수사기관이 압수의 효력은 그대로 존속시키면서 압수물을 소유자, 소지자들에게 잠정적으로 돌려주는 처분이다.

증거에만 제공할 목적으로 압수한 물건으로써 소유자, 소지자 등이 계속 사용할 물건은 사진촬영 등의 조치를 취하고 검사의 지휘를 받아 가환부가 가능하다.

압수물을 최종적으로 돌려주는 것을 환부라고 하며, 법원의 몰수 판결이 없을 경우 환부하여야 한다.

압수한 물건으로써 생선 등과 같이 부패하기 쉬운 물건은 검사의 지휘를 받아 미리 환가처분할 수 있다.

5) 영장에 의하지 아니한 압수 수색 검증

○ 체포 구속 현장에서의 압수 수색 검증

검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포(체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범인체포) 또는 구속하는 경우 현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다.

○ 범죄현장에서의 압수 수색 검증

범행 중 또는 범행 직후의 범죄현장에서 긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 발부받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수 수색 검증할 수 있으며, 이 경우 사후에 지체 없이 영장을 발부받아야 한다.

위 규정에 의하여 압수한 물건은 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 즉시 환부하여야 한다.

구속영장을 발부 받지 못하였으나 압수를 계속할 필요가 있는 때에는 압수수색영장

의 발부를 받아야 한다.

○ 긴급체포시의 압수 수색 검증

긴급체포의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자가 소유, 소지, 보관하는 물건에 대하여 48시간 내에 압수 수색 검증을 할 수 있다.

위 규정에 의하여 압수한 물건은 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 즉시 환부하여야 한다.

○ 유류물 또는 임의제출물의 압수

검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 기타의 자가 유류한 물건이나 소지자, 보관자가 임의 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

<표 5-52> 압수증명서

압수증명서

제 호

년 월 일

수 신 :

제 목 : 압수증명

다음과 같이 압수하였음을 증명합니다.

번호	품 종	수 량	비 고

특허청 특별사법경찰대 ○○○사무소
특별사법경찰관 ○○○ (인)

제8절 포괄일죄 사건 처리방법

1. 포괄일죄 개요

○ 특허권 침해죄의 성립에 관한 문제는 아니지만 죄수(罪數) 문제도 검토해 볼 필요가 있다.¹³⁰⁾

죄수에 따라서 형량이 달라질 수 있기 때문이다. 죄수(罪數)란 말 그대로 죄의 수를 뜻한다. 예컨대 갑의 집에서 물건을 훔치고 을의 집에서 물건을 훔쳤을 때 몇 개의 절도죄가 성립하겠느냐 또는 특허권을 계속해서 침해했다면 몇 개의 침해죄가 성립하겠느냐 문제이다.

죄수에는 일죄와 수죄가 있다. 일죄에는 예컨대 갑의 집에서 물건을 한 번 훔친 경우와 같은 단순한 일죄와 겹보기에는 여러 개의 범죄인데도 포괄하여 한 개의 범죄로 취급되는 포괄일죄가 있다.

○ 포괄일죄에는 결합범, 접속범, 계속범, 연속범, 집합범 등이 있는데, 특허권 침해죄와 관련해서는 집합범을 살펴보는 것으로 족하다.

집합범이란 동일한 의사로 반복되는 다수의 동종 범죄행위가 전체로서 하나의 범죄로 취급되는 경우를 말하는데, 여기에는 상습범과 영업범이 있다.

상습범이란 동일, 유사한 다수의 범죄를 저질렀다고 해도 상습성이 있으면 하나의 범죄로 취급되는 경우를 말하며(예컨대 상습절도), 영업범이란 영업적으로 또는 직업적으로 범죄를 저지르는 경우에 하나의 범죄로 취급되는 경우를 말한다(예컨대 무면허 의료행위).

○ 특허권 침해죄는, 이를 영업범으로 분류하는 학자는 찾아보기 어렵지만, 영업적으로 또는 직업적으로 다수의 침해행위가 동일한 의사로 반복되는 경우이므로 영업범에 해당한다고 보아야 할 것이다.

단순한 일죄이든 포괄일죄이든 일죄로 인정되면 형법각칙이나 특별형법에서 정한 형에 따라 가중 없이 처벌된다.

수죄에는 상상적 경합범과 실제적 경합범이 있다. 상상적 경합범은 하나의 행위가 수 개의 범죄를 성립시키는 경우를 말하며, 실제적 경합범이란 수 개의 범죄로서 포괄일죄와 상상적 경합범 이외의 모든 경우를 말한다.

상상적 경합범은 원칙적으로 무거운 범죄에서 정한 형으로 처벌되지만(형법 제40조), 실제적 경합범은 무거운 범죄에서 정한 형이 사형, 무기징역 또는 무기금고 아닌 한 가중하여 처벌된다(형법 제38조).

○ 특허권 침해죄는 집합범(특히 영업범)으로서 포괄일죄에 해당하므로 침해기간에

130) 이병남. 2012. 고의적인 특허권 침해시의 징벌적 손해배상제도에 관한 소고. 과학기술법연구 제20집 제3호

관계없이 특허법 제225조에 따라 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금형으로 처벌된다.

○ 아울러, 복수의 상표권을 침해하면 수죄로서 실제적 경합범이 되고 이것은 복수의 특허권 침해하는 경우에도 마찬가지이다.

2. 포괄일죄 사건 처리방법

○ 의견서에는 범죄사실에 대해서 기입함. 범죄사실은 사실을 특정하여 구성요건에 맞도록 명확히 기재한다.(형사소송법 제254조 제4항, 공소사실의 특정관련). 기재 내용은 6하 원칙에 따른다.

누가(주체), 언제, 어디서, 무엇을(객체), 왜(원인, 동기, 목적), 어떻게(수단, 방법), 무엇을(행위의 결과) 하였는지 기재하고, 누구와(공범관계), 피해자와는 어떤 관계인지에 대해 기재한다.

○ 문제는 포괄일죄의 경우, 일시에 대해서 기재하는 방법이 다르다.

보통은 범죄사실을 특정, 적용법률, 형사 미성년, 공소시효 기산점등 성립에 중요한 내용으로 명확히 기재한다.

단, 포괄일죄의 경우는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체범행의 시기와 종기, 범행방법, 범행 회수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 명시하는 방법으로 범죄사실의 특정이 가능하다.

○ 예시 : 2008. 1. 일자불상경부터 같은 해 6. 일자불상경까지 사이에..

포괄일죄에 관하여 대법원은 “포괄일죄는 수개의 행위가 포괄적으로 한 개의 구성요건에 해하여 단순히 하나의 죄를 구성하는 것으로, 수개의 행위가 결합하여 하나의 범죄를 구성하던가, 수개의 동종의 행위가 동일한 의사에 의하여 반복되든가, 또는 하나의 동일한 법익에 대하여 수개의 행위가 불가분적으로 접촉, 연속하여 행하여지는 것이므로 그 어떠한 경우임을 막론하고 구성요건에 해당하는 수개의 행위가 근원적으로 동종의 행위로서 그 구성요건을 같이 함을 전제로 하는 것”이라고 판시하였다.

즉 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고(동종의 행위태양과 동일한 고의) 그 피해 법익도 동일한 경우(동종의 보호법익)에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하고, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실제적 경합범에 해당한다고 보는 것이다.

이러한 포괄일죄는 소송경제적 이유로 또는 피고인에게 지나치게 가혹한 양형을 회

피하기 위한 목적으로 인정하고 있는 죄수의 형태이다. 그러나 연혁적으로 의용형법(구 형법)에서 연속범을 규정한 것은 피고인에 대한 무제한의 인신구속을 가능하게 하고, 심판범위의 자의적인 확장을 통하여 피고인의 방어권을 유명무실하게 하는 데에 기여했다고 보는 견해도 있다.

그러나 오늘 날에는 연속범을 포함하여 포괄일죄는 오히려 피고인에게 대부분 유리한 판단을 하게 하는 기능을 하고 있다. 피고인에게 불리한 경우란 공소시효와 관련하여 개별 범죄행위를 중심으로 판단하는 것이 아니라 포괄일죄가 인정되는 최종 범죄행위가 종료한 시점부터 기산된다는 점이다.

반면에 포괄일죄로 인정되면 기판력의 범위가 그 전부에 대하여 미치게 된다. 즉 일사부재리의 효력이 적용되어 포괄일죄의 일부에 대한 확정판결의 효력은 포괄일죄를 구성하는 범죄사실의 전부에 대하여 미친다. 그리고 포괄일죄에 해당하는 범행사실에 대한 공소제기가 있으면 다른 범행에 대한 공소제기가 있는 것으로 간주되어 모두 심판의 대상이 된다.

그러나 무엇보다도 피고인에게 유리한 것은 경합범으로 처벌되어야 할 경우에도 일죄로 처벌된다는 점이다. 더군다나 이러한 판단의 기준이 명확하지 않아서 구성요건별로 차별적인 포괄일죄 적용을 하고 있다는 점에서 이에 대한 분명한 기준설정이 필요하다. 현재 대법원이 사실상 연속범으로 보아서 포괄일죄를 인정하는 죄명을 살펴보면 주식시세조종행위 이외에도 수뢰죄, 동일인에 대한 수회의 사기죄, 배임수재죄, 배임죄, 횡령죄 등에도 인정하고 있다. 우연의 일치인지 모르겠으나 사회적으로 그 폐해가 큰 범죄임에도 불구하고 이를 경합범이 아니라 포괄일죄로 취급하는 것은 범행의 내용과 연속범의 취지에 비추어 보아도 타당하지 않다.

연속범(Fortgesetzte Handlung)이라는 용어는 현재 판례상으로는 명시적으로 사용하지는 않고 있다. 그러나 대상 판결을 포함하여 법원의 판결이유를 살펴보면 “하나의 동일한 법익에 대하여 수개의 행위가 불가분적으로 접속, 연속하여 행하여지는” 경우에 이를 포괄일죄로 취급하고 있으며 일반적으로는 이를 결합범과 계속범 이외에 집합범, 접속범과 연속범을 인정하고 있는 것으로 보고 있다.

학설에서 포괄일죄는 결합범, 계속범, 접속범, 연속범의 경우에 인정하고 있는 것이 다수설이다. 연속범이라는 표현을 하는 것과 무관하게 계속된 고의 하에 동종의 법익에 대하여 불가분적으로 연속된 수 개의 행위에 대한 포괄적 일죄 취급이 타당한지 여부에 대해서는 논란이 있다.

판례를 포함한 다수설은 포괄일죄로 취급하는 것을 긍정하지만 소수설은 연속범죄가 실질적으로는 수죄에 해당하므로 실제적 경합범으로 처벌하여야 한다고 주장한다. 이러한 소수설의 견해에 대하여 우리 형법이 상습범 규정을 두고 있다는 점에서 이를 두지 않고 있는 독일형법의 견해를 추종하는 것으로서 타당하지 않다는 비판도 있다.

우선 상습범 규정이 있으므로 연속범의 문제점은 없다는 견해는 모든 범죄에 상습범 처벌 규정이 없다는 점에서 타당할 수 없다. 또한 상습범 규정이 있더라도 연속범 대신에 상습범을 인정한다는 보장도 없다. 대상판결의 경우 (구)증권거래법을 포함하여 현재의 자본시장법에서도 주식시장에서의 시세조종행위에 대한 상습범 처벌규정은 없다(동법 제443조 참조). 그럼에도 불구하고 제한된 기간 내에 동일한 범죄를 동일한 법익에 대하여 반복적으로 실행하는 경우에 이를 수죄로 평가하는 것은 부당하지는 않지만 과도한 양형의 결과를 초래할 수 있다는 이유에서 연속범을 인정하는 것이 판례와 다수설의 입장이다.¹³¹⁾

3. 기소 유형별 재판절차

1) 공소사실의 특정 및 일사부재리의 효력

공소사실의 특정공소사실의 기재는 범죄의 일시·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다(법 제254조 제4항). 이처럼 공소사실의 특정을 규정된 취지는 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률 및 신속을 꾀함과 동시에 방어범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 것이다.

따라서 적어도 범죄의 ‘일시’는 벌칙규정이 개정된 경우에 있어서의 법령의 적용·행위자의 책임능력의 유무·공소시효의 기산일을 결정할 수 있을 정도의 기재를 요하고, 범죄의 ‘장소’는 토지관할을 갈음할 수 있을 정도를 요하며, 범죄의 ‘방법’은 범죄구성요건을 밝히는 정도로 특정해야 할 것이다.

포괄일죄를 구성하는 개개의 범죄행위가 특정되지 않으면 피고인의 방어권행사가 곤란하다는 점과 포괄일죄는 실질적인 수죄라는 점을 근거로 개개의 범죄행위를 특정해야 한다는 견해도 있으나, 포괄일죄에 있어서는 범행의 내용이 복잡하고 시간·장소의 특정이 어려운 경우가 많으므로 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체범행의 시기와 종기·범행방법·범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자와상대방을 기재하면 족하다(대판 1983.1.18, 82도2572)고 볼 것이다.

2) 검사의 공소제기가 일사부재리에 반하는지 여부

일사부재리의 효력이란 유무죄의 실체판결이나 면소판결이 확정되면 동일한 사건에 대해 다시 심리, 판단하는 것이 허용되지 않는다는 효력을 말한다.

그런데 법원의 심판대상에 관한 통설과 판례인 이원설에 의하면 일사부재리의 효력이 미치는 객관적 범위는 법원의 현실적 심판대상인 당해 공소사실은 물론 그 공소사

131) 박상기. 2012. 포괄일죄와 연속범 및 공동정범성. 저스티스, 330-358.

실과 단일하고 동일한 관계에 있는 사실의 전부(잠재적 심판대상)에 미친다.

포괄일죄의 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 후, 나머지 주요부분에 대한 공소가 제기된 경우 단순사기죄의 범죄사실과 상습사기죄의 범죄 사실은 범죄의 일시, 장소, 방법, 범죄의 상대방(피해자).피해액수(편취액수) 등이 다르므로 별개의 범죄사실이라는 점을 근거로 실체판결을 해야 한다는 실체판결설과 포괄일죄는소송법상 일죄로서 판결로 확정된 공소사실이 포괄일죄의 주요부분이건 아니건 간에 공소사실의 동일성이 인정된다는 점을 근거로 포괄일죄의 일부에 대한 유죄판결이 확정된 후 다시 공소 제기된 범죄사실이 포괄일죄의 주요부분에 해당하는 경우에도 면소판결을 해야 한다는 면소판결설이 대립하고 있다.

종래 대법원 판례는 이런 경우에도 공소사실의 동일성을 인정하여 면소판결을 하였으나, 최근 단순사기죄의 범죄사실로 유죄판결이 선고되어 확정된 경우에는 그 확정판결에 의한 일사부재리의 효력은 그 유죄판결이 선고되기 이전에 행하여진 범죄사실(상습사기죄의 범죄사실)에 미치지 아니한다.

따라서 상습사기죄의 공소사실이 유죄로 인정되는 경우에는 법원은 유죄판결을 선고하여야 하며 면소판결을 선고하여서는 안된다(대판(전합) 2004.9.16.2001도3206)라고 판시하여 그 태도를 변경하였다.

중한 죄를 범한 자가 면책되는 것은 일반인의 법감정에 반한다는 점에서 판례의 태도를 이해할 수 있지만, 판례의 입장은 첫째, 공소불가분의 원칙을 규정하고 있는 형사소송법 제248조 제2항과 일사부재리의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제13조 제1항 후단 및 형사소송법 제326조 제1호에 반하는 것이며, 둘째, 후에 공소제기된 사건에 관하여 확정판결이 있었는지 여부는 그 사건의 공소사실의 전부 또는 일부에 대하여 이미 판결이 있었는지 여부의 문제이고, 이는 전의 확정판결의 죄명이나 판단내용에 의하여 좌우되는 것이 아니며, 셋째, 기판력이 미치는 범위를 기본적으로 공소장 기재 사실을 한도로 하는 것은 소인개념을 채택하고 있지 아니하는 현행법상으로는 무리한 해석이라는 점에서, 포괄일죄를 일죄로 보는 이상 피고인의 이익을 위하여 공소사실의 동일성을 인정하는 통설의 입장이 타당하다고 본다.

3) 포괄일죄의 일부에 대한 추가기소의 적법여부 및 법원의 조치

포괄일죄의 일부에 대한 추가기소가 이중기소에 해당하는지 여부에 대해서 학설은, 포괄일죄의 추가기소는 형식적으로는 이중기소에 해당하지만 실질적 의미에서 이중기소에 해당하지 않는다는 견해와 포괄일죄의 추가기소는 이중기소에 해당하여 부적법하다는 견해가 있다. 전자의 견해는 상습범.연속범과 같은 포괄일죄는 단순일죄가 아니고 실질적으로 수죄에 해당한다는 점을 근거로 드는 반면, 후자의 견해는 i) 포괄일죄는 실체법상.소송법상 일죄에 해당하며, ii) 공소사실의 동일성이 인정되므로 포

포괄일죄의 일부에 대한 공소는전체사실에 그 효력이 미치지 때문이라는 점을 들고 있다.

판례대법원은 검사가 단순일죄라고 하여 특수절도 범행을 먼저 기소하고 포괄일죄인 상습특수절도 범행을 추가기소하였으나 심리과정에서 전후에 기소된범죄사실이 모두 포괄하여 상습특수절도인 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(절도)의 일죄를 구성하는 것으로 밝혀진 경우, 검사로서는 원칙적으로 먼저 기소한 사건의 범죄사실에 추가 기소의 공소장에 기재한 범죄사실을 추가하여 전체를 상습범행으로 변경하고 그 죄명과 적용법조도 이에 맞추어 변경하는 공소장변경 신청을 하고, 추가기소한 사건에 대하여는 공소취소를 해야한다는 입장을 취한 바 있다.

검토 및 사안의 경우 포괄일죄에 있어서 공소제기의 효력은 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실의 전체에 미치는 것이므로, 포괄일죄의 범죄사실이 추가로 발견된 경우, 검사는 공소장변경절차에 의하여 당해 범죄사실을 추가하여야 한다. 따라서 검사 X의 추가기소는 부적법하므로 위에서 언급한 것처럼 법원은 공소기각의 판결을 내려야 할 것이다(법 제327조 제3호).

4) 검사의 추가기소에 대한 법원의 조치

포괄일죄는 개개의 범죄사실이 집합하여 1개의 죄를 구성하므로 동종의 범죄사실이 포괄일죄인지 경합범인지 판단하기가 매우 어렵기 때문에 이를 구제할 필요성이 있다. 따라서 포괄일죄의 일부에 대한 추가기소가 있는 경우 검사가 공소장변경조치를 취하지 않는다면, 수소법원이 그 추가기소에 대해서 어떤 조치를 취해야 하는지 문제된다.

학설에 따르면, ① 공소기각판결설포괄일죄의 경우에도 이중기소금지의 원칙을 그대로 적용하여 법 제327조제3호에 따라 공소기각판결을 해야 한다는 입장이다. 공소장변경과 추가기소는 구별해야 하며 추가기소에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 않는 것은 포괄일죄를 사실상 수죄로 취급하는 것이며, 이중기소금지의 법리를 무의미하게 한다는 것을 이유로 한다.

② 공소장변경의제설(실체판단설)포괄일죄의 일부에 대한 추가기소는 공소장변경에 의한 공소사실의 추가와 절차상 차이일 뿐 실질적으로 동일하고, 공소사실의 추가로 인정하더라도 피고인의 방어권행사에 지장이 없으며, 피고인이 동일한 범죄사실로 이중의 위험에 처하여지지 아니한다는 점을 근거로 추가기소된 공소사실에 대하여유.무죄의 실체제판을 해야 한다는 견해이다.

③ 석명후판단설절차유지의 원칙이나 소송경제의 요구가 절대적인 것은 아니므로 형식적인추가기소를 해석에 의하여 공소장변경으로 파악하는 것은 허용되지 않지만, 법정에서 검사의 석명이 있는 때에는 공소장변경으로 인정하는 것이 가능하다는 견해이다.

판례에 따르면 종래 대법원은 「포괄적 일죄를 구성하는 행위의 일부에 관하여 추가 기소된 경우에는 일죄를 구성하는 행위 중 누락된 부분을 보충하는 취지라고 볼 것이지 이중기소의 위법이 있다고 할 수 없다」(대판 1993.10.22, 93도2178)고하여 공소장 변경의제설을 따랐다.

하지만 최근에 「검사의 추가기소에 의하여 전후에 기소된 각 범죄사실 전부를 포괄 일죄로 처벌할 것을 신청하는 취지가 포함되었다고 볼 수 있어, 공소사실을 추가하는 등의 공소장변경과는 절차상 차이가 있을 뿐 그 실질에 있어서 별 차이가 없다.

그 경우에 검사의 석명에 의하여 추가기소의 공소장 제출은 포괄일죄를 구성하는 행위로서 먼저 기소된 공소장에 누락된 것을 추가·보충하고 죄명과 적용법조를 포괄일죄의 죄명과 적용법조로 변경하는 취지의 것으로서 1개의 죄에 대하여 중복하여 공소를 제기한 것이 아님이 분명하여진 경우에는, 그 추가기소에 의하여 공소장변경이 이루어진 것으로 보아 전후에 기소된 범죄사실 전부에 대하여 실체판단을 해야하고 추가기소에 대하여 공소기각판결을 할 필요는 없다」(대판 1999.12.26, 99도3929)라고 판시하여 석명후판단설을 따르고 있는 듯 하다.

추가기소도 원칙적으로는 이중기소에 해당되어 공소기각판결을 해야만 하지만, 이를 형식적으로 관철시키면 공소장변경을 하지 않는 한, 형벌권행사가 원활하지 않고, 특히 공소장변경이 불가능한 단계에서는 새로운 사실을 심판의 대상으로 할 수 없게 된다.

왜냐하면 포괄일죄는 개개의 범죄사실이 집합하여 1개의 죄를 구성하게 되므로 동종의 범죄사실에 대하여 포괄일죄인지 경합범인지 판단하는 기준은 피해법익, 행위태양, 범의 등 견해가 다양하여 이를 가리는 것이 용이하지 않은데, 검사가 경합범으로 판단하여 추가기소를 하였으나 법원이 양 기소사실을 포괄일죄로 판단하여 전기소사실만을 유죄로 인정하고 후기소사실에 대하여는 이중기소라는 이유로 공소기각을 선고한다면 법원과 검찰의 견해 차이 때문에 피고인에 대하여 후기소사실을 이유로 처벌할 수 없게 되기 때문이다.

따라서 추가기소된 이후에 포괄일죄임이 밝혀진 경우에는 추가기소에 대하여 공소취소를 한 후 공소장변경을 하는 번거로움을 생략하고 공소장변경으로 의제하는 것이 타당하며, 다만 이 경우 추가기소를 공소장변경으로 보기 위하여는 ‘검사의 석명’이 있어야 할 것이다.¹³²⁾

132) 정웅석. 2010. [형사소송법] 포괄일죄에 대한 공소사실의 특정 · 추가기소 · 항소심심판의 범위. 고시계, 55(8), 68-83

4. 포괄일죄 적용사례

특허권 침해죄는 영업적으로 다수의 침해행위가 동일한 의사로 반복, 계속되는 것으로서 영업범으로서 포괄일죄가 된다고 보는 것이 학설의 태도이다.

특허권 침해죄의 죄수관계를 정면으로 다룬 근래의 판례는 없다. 다만 문헌들은 상표권 침해죄의 죄수관계에 대한 판시사항에 기반하여 특허권 침해죄의 죄수관계에 대한 판례의 태도를 짐작하고 있을 뿐이다.

문헌들에서 인용하고 있는 상표권 침해죄에 대한 판례들은 다음과 같다.

○ 대법원 1960. 10. 26. 선고 4293형상326판결

[1] 상표를 위조한 정범이 위조상표를 공범에게 수교하였다 하더라도 구 상표법(49.11.28. 법률 제71호) 제29조 제3호 소정의 상표교부행위에는 해당되지 않는다.

[2] 4개월 간에 걸쳐 같은 인쇄소에서 같은 등록상표 24,000매를 위조한 경우에는 상표위조의 단순일벌이 성립된다.

○ 이는 4개월에 걸쳐 계속적으로 상표법 위반행위를 한 경우 일죄가 된다는 취지의 판례이다.

○ 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009도10759 판결

[1] 수개의 등록상표에 대하여 상표법 제93조에서 정한 상표권 침해 행위가 계속하여 행하여진 경우에는 각 등록상표 1개마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립하므로, 특별한 사정이 없는 한 상표권자 및 표장이 동일하다는 이유로 등록상표를 달리하는 수개의 상표권 침해 행위를 포괄하여 하나의 죄가 성립하는 것으로 볼 수 없다.

[2] 피고인이 위조상표가 부착된 상품을 판매하여 甲의 상표권을 침해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 이미 유죄판결이 확정된 乙 등록상표에 대한 상표권 침해죄 범죄사실과 공소사실 중 丙 등록상표에 대한 상표권 침해 부분은 침해의 대상이 되는 등록상표를 달리하여 각 별개의 상표권 침해죄를 구성한다.

비록 상표권자 및 표장이 같더라도 두 죄를 포괄하여 하나의 죄가 성립하는 것으로 볼 수 없는 데도, 이와 달리 판단하여 확정판결의 효력이 이 부분 공소사실에 미친다고 보아 면소를 선고한 원심판결에 상표권침해죄 죄수에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례이다.

○ 이는 계속적으로 수 개의 등록상표에 대한 상표권 침해행위가 행해진 경우, 각 등록상표마다 포괄일죄가 성립한다는 취지의 판례이다.

○ 위와 같은 판례의 취지에 비추어, 특허권침해죄의 경우에도 계속적으로 특허권 침해행위를 한 경우 포괄일죄가 되며, 특허권 침해죄는 각 특허권마다 성립한다는 것이 법원의 태도일 것이다.¹³³⁾

133) 가산종합법률사무소. http://kasanlaw.com/bbs/board.php?bo_table=sub04_2&wr_id=28

<참고문헌>

1. 국내문헌

- 경찰청, 「경찰백서」, 서울: 경찰청, 2017.
- 경찰청, 「경찰백서」, 서울: 경찰청, 2018.
- 경기개발연구원, 「광역자치단체 특별사법경찰의 운영 개선 방안」, 정책연구 보고서 2013-13호, 2013, pp.1-47.
- 계명대학교 산학협력단, 불법사행산업 단속을 위한 특별사법경찰관제도 연구, 연구보고서, 2015.
- 곽영길, 지방정부의 특별사법경찰제도에 관한 연구, 한국자치행정학회, 「한국자치행정학보」, 26(1), 2012, pp. 1-28.
- 관세청, 세관공무원의 특사경 직무 및 제도 개선방안 연구, 연구보고서, 2017, p.56.
- 국토해양부 철도특별사법경찰대, 「2009 철도경찰통계연보」, 대전: 철도특별사법경찰대, 2011.
- 국토교통부 철도특별사법경찰대, 「2014 철도경찰통계연보」, 대전: 철도특별사법경찰대, 2014.
- 국토해양부(한국형사정책연구원), 「철도치안 효율화 방안 연구」, 국토해양부 발주 2011 연구용역보고서, 2011.
- 김찬동·이세구, 「특별사법경찰제도의 장기발전방안」, 서울시정개발연구원 보고서, 2009-PR-51, 2009, pp.1-238.
- 김충남, 『경찰학개론』, 서울: 박영사, 2008.
- 김종오·김태진, 특별사법경찰의 교육훈련 효율성 제고 방안에 관한 연구, 「한국공안행정학회보」, 20(3), 2011, pp.11-40.
- 김종오, 소방특별사법경찰의 역할 제고 방안, 한국공안행정학회, 「한국공안행정학회보」, 20(4), 2011, pp. 41-73.
- 김종오·김태진, 특별사법경찰의 교육훈련 효율성 제고 방안에 관한 연구, 한국공안행정학회, 「한국공안행정학회보」, 20(4), 2011, pp.41-73.
- 김민규, “특별사법경찰제도의 공법적 고찰: 일반행정기관에의 사법경찰권 부여에 관한 법치국가적 타당성 검토.” 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2009.
- 김성은, “환경특별사법경찰제도의 현황과 개선방안 검토: 환경감사관 제도의 도입을 계기로.” 「형사정책연구」, 80, 2009, pp.151-173.
- 김중수, “한국 자치경찰의 수사기능에 관한 고찰 -특사경 사무를 중심으로-”, 「한국정부학회 동계학술논문발표회」, 2009.
- 김택수, 「불법사행산업 단속을 위한 특별사법경찰관제도 연구」, 계명대학교 산학협력단, 2015.9, p.92.
- 도정석, 「철도산업 치안제도의 효율화 방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 서울산업대학교 철도전문대학원, 2005.
- 대검찰청, 「2010년 특별사법경찰 업무처리 현황 및 성과지표 분석 보고서」, 2010.

민형동, 특별사법경찰의 현황 및 개선방안, 한국민간경비학회, 「한국민간경비학회보」, (10), 2007, pp.33-69.

법무부, 「각국의 사법경찰제도 II」. 과천: 법무부, 1990.

법무연수원, 「범죄백서」, 법무연수원, 2010.

법무연수원, 「2011 범죄백서」. 용인: 법무연수원, 2011.

법무연수원, 「특별사법경찰 수사실무과정(기초)」. 용인: 법무연수원, 2012, pp.1-100.

법무연수원, 「특별사법경찰 수사실무과정(II)」. 용인: 법무연수원, 2015, pp.1-100.

박경래·송재현, 특별사법경찰의 운영실태와 현황 및 문제점, 한국특별사법경찰학회, 제1회 춘계학술세미나 발표자료, 2012, pp.59-89.

박경래·이원상, 「특별사법경찰의 효율적 직무수행 방안에 관한 연구: 수사장구 사용 및 불심검문을 중심으로」, 2009년도 대검찰청 연구용역보고서, 2009.

박노섭, “독일의 수사경찰”, 「비교경찰론」, 서울: 수사연구서, 2006.

박상열(2011), 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호, 「지식재산연구」, 제6권 제3호(2011. 9).

박영순, 「우리나라 철도공안행정체제의 제도화를 위한 연구」, 석사학위논문, 대전대학교 경영행정대학원, 1993.

백창현, 특별사법경찰의 현황 및 개선방안 -환경부와 국가보훈처를 중심으로-, 한국형사정책연구원, 「형사정책연구」, 18(72), 2007, pp.277-312.

백성근. 2006. 미국의 지식재산권 보호 체계. 해외연수검사 연구논문. 서울북부지방검찰청 검사 백성근 연수기관: 미국 조지워싱턴 대학교(2005. 12.27.~2006.06.23.)

법무부, 「각국의 사법경찰제도 II」. 과천: 법무부, 1990.

법무부, <특별사법경찰관리 지명절차 등에 관한 지침>, 2003.

손영택, 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률: 비공무원에 대한 사법경찰권의 부여에 관하여, 「법제」, (483), 1998, pp.3-20.

손은주, 「철도범죄 관련법령 실태분석 및 개선방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 충남대학교 대학원, 2010.

손기웅, 사회통합 긍정적 측면-독일통일 20년, 2009.

송재현·전현욱(대검찰청), 특별사법경찰 역량강화 및 지휘체계 개선 방안, 대검연구용역보고서, 2015, pp. 68-77.

사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 개정법률(법률 제11459호)

서울시정개발연구원, 「특별사법경찰제도의 장기발전방안」, 2009.

서울특별시, 「서울시민의 건강·안전·행복 지킴이 서울시 특별사법경찰」, 2011.

신현기(a), 철도특별사법경찰제의 실태분석과 개선방안에 관한 연구, 한국민간경비학회, 「한국민간경비학회보」, 11(1), 2012, pp.45-70.

신현기(b), 서울특별시 특별사법경찰제의 실태 분석과 개선방안에 관한 연구, 한국민간경비학회, 「한국민간경비학회보」, 11(3), 2012, pp.117-142.

신현기(c), 제주자치경찰단 특별사법경찰제의 실태분석과 개선방안에 관한 연구, 한국경찰연구학회, 「한국경찰연구」, 11(3), 2012, pp.143-170.

신현기(d), 특별사법경찰 교육훈련제도의 개선방안에 관한 연구, 한국경찰연구학회, 「한국경찰연구」, 12(1), 2013, pp.3-30.

신현기, 특별사법경찰제의 발전과정과 성과에 대한 고찰, 한국특별사법경찰학회, 제1회 춘계학술세미나 발표 자료집, 2012, pp. 102-104.

신현기(e), 특별사법경찰제의 발전과정과 성과에 관한 고찰, 한국자치경찰학회, 「자치경찰연구」, 5(2), 2012.

신현기, 제주자치경찰제의 실태분석과 박근혜 정부의 자치경찰제 도입 방향, 한국경찰연구학회, 한국경찰연구, 제14권 제2호, p.264(2015. 5).

신현기, 한국과 독일의 경찰간부후보생 교육훈련제도에 관한 비교 연구, 「한국경찰연구」, 9(2), 2010, pp.89-116.

신현기, 자치경찰제 시행을 대비한 서울시 특별사법경찰단의 운영실태와 발전방안에 관한 연구, 한국자치경찰학회, 「자치경찰연구」, 제9권 제1호, 2016, pp.3-8.

신현기, 식품의약품안전처 특별사법경찰 운영에 관한 실태분석, 한국민간경비학회, 「한국민간경비학회보」, 15(3), 2016, pp.29-54.

신현기, 『특별사법경찰론』, 파주: 법문사, 2017.

신현기 외 29인, 『새경찰학개론』, 서울: 우공출판사, 2015.

신현기, 『경찰조직관리론』, 파주: 법문사, 2018.

신현기, 『비교경찰제도론』, 서울: 우공출판사, 2016.

신현기 외 8인, 『비교경찰제도론』, 파주: 법문사, 2012.

신현기, 『비교경찰제도론』, 서울: 우공출판사, 2014.

신현기, 『경찰학개론(2판)』, 파주: 법문사, 2015.

신동운, 『형사소송법』, 파주: 법문사, 2008.

신태현 외 2인, 철도산업 치안제도의 효율화 방안에 관한 연구: 건설교통부 철도공안제도를 중심으로, 한국철도학회, 「한국철도학회 논문집」, 9(4), 2006, pp.3-18.

연합뉴스, 『2011 북한연감』, 2011. 6.

신승균·김종수, 한국 자치경찰의 특별사법경찰사무 수행에 관한 연구, 「자치경찰연구」, 1(1), 2008, pp.3-38.

신태현 외 2인, 철도산업 치안제도의 효율화 방안에 관한 연구: 건설교통부 철도공안제도를 중심으로, 「한국철도학회 논문집」, 9(4), 2006, pp.3-18.

안영훈, 「우리나라 특별사법경찰제도의 개선방안 연구」, 과천: 법무부, 2005.

안영훈, 특별사법경찰의 업무전문성 강화 방안, 한국특별사법경찰학회, 제1회 춘계학술세미나 발표자료, 2012, pp.5-55.

안영훈, 유럽의 자치경찰제 모형에 관한 연구, 치안정책연구소, 2005.

안정진, 특별사법경찰제도의 효율적인 운영방안에 관한 연구, 연세대법무대학원, 석사학위논문, 2012, pp.76-87.

양광호, “소방분야 특별사법경찰제도의 개선방안에 대한 연구”, 경기대학교 건설산업대학원 석사학위논문, 2010.

양재열, 환경오염 예방 및 방지를 위한 환경특별사법경찰제도의 합리적 운영방안 고찰 -환

경부와 광역지방자치단체 환경특별사법경찰을 중심으로-, 「자치경찰연구」, 제8권 제3호, 2015, pp.55-88.

우지훈, 「철도범죄분석과 철도공안업무 개선에 관한 연구」, 고려대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2008.

오병두, 특별사법경찰관리제도에 관한 소고, 강원대학교 비교법학연구소, 「강원법학」, 제27권, 2008.

이민재, 경기도 특별사법경찰제도의 효율적 운영방안에 관한 연구, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2012.

이대성·김종오, “지방자치단체 특별사법경찰의 역할제고 방안에 관한 연구: 소방본부를 중심으로”, 대불대학교 사회과학연구소, 1(1), 2010, pp.127-152.

이상원·이승철, 환경특별사법경찰제도의 개선 방안, 「치안정책연구」, (23), 2009, pp. 237-262.

이인수, 환경사법경찰제도 현황 및 발전방향, 환경특별사법경찰 교육교재, 환경부, 2003, p. 136.

이영남, 통일경찰을 위한 단계적 조직설계와 추진체계에 관한 연구, 한국경찰연구학회, 「한국경찰연구」, 10(4), 2011, pp.180-183.

이윤제, 미국 경제스파이법 연구, 청주지방검찰청 검사. 법제 2007.01.

이영돈·박창호, 『비교수사제도론』, 서울: 박영사, 2005.

이재상, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2007.

지진숙, 「특별사법경찰제도에 관한 이론적 고찰」, 경북대학교 행정대학원 석사학위논문, 2008.

전현준, 특별사법경찰의 현황과 과제, 「수사연구」, 제240호, 2003.

정웅, 협력치안에서 효율성 확보와 민간경비 역할의 제고방안, 「한국민간경비학회보」, (17), 2011, pp.97-105.

정병하·임정호, 특별사법경찰조직의 전문화 방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2009년도 대검찰청 연구용역보고서, 2009, pp.192-199.

정웅석·백승민, 『형사소송법』, 서울: 대명출판사, 2007, p.115.

조동호, “수산분야 특별사법경찰의 직무에 관한 고찰”, 전북대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2010.

지방행정체제개편추진위원회, 「한국적 자치경찰제 실시방안 연구보고서」, 2012.

최갑영, 서울특별시 특별사법경찰 추진성과 및 운영현황 보고, 한국특별사법경찰학회, 제1회 춘계학술세미나 발표자료, 2012, pp.125-133.

최세봉, 「열차 및 철도시설 테러방지를 위한 법적제재에 관한 연구」, 충남대학교 특허법무대학원, 석사학위논문, 2010.

추영빈, 북한지역 경찰조직 설계에 관한 연구, 관동대학교 박사학위논문, 2011.

통일부, 『2009 북한개요』, 2009.

홍의표, 「한국적 자치경찰제 실시방안 연구」, 한국법제연구원 수행 제3차 중간보고서, 2012.

한국형사정책연구원(박경래, 승재현, 신현기, 김도우), 특사경 전담조직 활성화 방안에 관한 연구, 연구총서 12-AB-05, 2012.

한상훈, “영업비밀의 형사법적 보호와 문제점”, 「형사정책」, 제2권 제2호(2000), p.44.

농촌진흥청, 「특별사법경찰관리 직무교육교재」, 2001.

한국자치경찰연구원, 「자치경찰의 특별사법경찰 사무수행 범위에 관한 연구」, 최종보고서, 2015, pp.6-7.

한국지방행정연구원, 지방자치단체 특별사법경찰 운영실태 및 발전지원방안 연구, 2013-12, 연구보고서, 2013<대통령 소속 지방자치발전위원회 연구영역 발주>.

환경부·대검찰청, 「환경사법경찰 특별교육 교재」, 2005.

환경부, 「환경특별사법경찰제도 개선방안에 관한 연구」, 최종보고서, 2009, pp. 5-20.

2. 외국문헌

Knemeyer/Deubert, “Kritische Überlegungen zum Verhältnis von Staatsanwaltschaft-Polizei/Polizei-Staatsanwaltschaft”, NJW 1992, p.313.

Lutz Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 51. Aufl., 20.

Federal Law Enforcement Training Center, Law Enforcement Resource Guide, 2004.

Götz, Volkmar. (1995). Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auflage, München.

Kilpatrick, F. P., et al., (1964). The Image of the Federal Service, Washington D. C.: The Brookings: 254.

3. 인터넷 자료

경찰수사연수원

금융감독원

병무청 <https://www.mma.go.kr/contents.do?mc=mma0001001>

서울남부지방검찰청

<http://www.lrti.go.kr>(법무연수원 사이버교육센터/검색일: 2018. 10. 30).

<http://www.fihi.go.kr>(수산인력개발원/검색일: 2018. 10. 5).

<http://www.seoul.go.kr/main/index.html>(검색일: 2018. 10. 10).

<http://tip.daum.net/question/66000031/82966798?>(검색일: 2018. 10. 24).

<http://kin.naver.com/qna/detail.nhn?d1id>/검색일: 2018. 10. 5).

<http://mail2.daum.net/hanmaillex/ViewMail.daum>(검색: 2018. 10. 27).

<http://www.healthmedia.co.kr/news/articleView.html?idxno=18160>(검색: 2018. 10. 10).

<http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.multimedia>(검색일: 2015. 12 10).

문화체육관광부 홈페이지(http://www.mcst.go.kr/web/s_about/organ/main/mainOrgan.jsp).

특허, 디자인 및 영업비밀

특별사법경찰 운영방안

[별책]

특허법, 디자인법, 부정경쟁방지법 법률위반

수사실무 매뉴얼의 기초

편찬기관 | 특허청

김지수 과장 산업재산보호정책과

이형원 사무관 산업재산보호정책과

김재식 주무관 산업재산보호정책과

수행기관 | 성균관대 산학협력단

정차호 교수(성균관대 법학전문대학원)

정태호 교수(원광대학교 법학전문대학원)

신현기 교수(한세대학교 경찰행정학과)

안영훈 박사(한국지방행정연구원 연구위원)

발행일 | 2018년 11월


발행처 | 특허청 산업재산보호정책과

대전광역시 서구 청사로 189

정부대전청사 4동

전화. (042) 481-5842

팩스. (042) 472-1360

이용허락 유형	표시 마크	이용허락범위
[제4유형] 제1유형+상업적 이용금지+변경금지		- 출처 표시 - 비상업적 이용만 가능 - 변형 등 2차적 저작물 작성 금지

특허, 디자인 및 영업비밀

특별사법경찰 운영방안

[별책]

특허법, 디자인보호법, 부정경쟁방지법

법률위반 수사실무 매뉴얼의 기초



KIPO

대전광역시 서구 청사로 189 정부대전청사 4동

Tel. 042-481-5842 <http://www.kipo.go.kr>

ISBN : 979-11-89854-08-9 13500

DOI : 10.8080/P9791189854089