

**중국의 주요 지적재산권 형사보호에
관한 연구**

**중국의 주요 지적재산권 형사보호에
관한 연구**

치안정책연구소 수사구조개혁연구실

경찰연구관 이 기 수

목 차

I. 서 론	1
1. 연구목적	1
2. 연구내용 및 방법	2
II. 중국 지적재산권 형사보호 개관	3
1. 중국 지적재산권의 범주	3
가. 중국 지적재산권의 기본개념	3
나. 중국 지적재산권의 권리체계	5
2. 중국 지적재산권 침해범죄의 개념과 특징	10
가. 중국 형법상 지적재산권 침해범죄의 개념	10
나. 지적재산권 침해범죄의 특징	11
3. 지적재산권의 형사보호	14
가. 지적재산권 형사보호의 개념	14
나. 중국 지적재산권 형사보호의 연혁	15
다. 한국 지적재산권 형사보호의 연혁	16
라. 한중 지적재산권 보호의 제도적 차이점	18
III. 상표권 형사보호	24
1. 상표권 침해범죄의 형사입법 연혁	24
가. 중국의 상표권 침해범죄 형사입법 연혁	24
나. 한국의 상표권 침해범죄 형사입법 연혁	25

2. 상표권 형사보호 법규	26
가. 중국의 상표권 형사보호 법규	26
나. 한국의 상표권 형사보호 법규	27
3. 한·중 차이점 비교	29
가. 범죄행위	29
나. 상표권 침해행위	29
4. 개선사항	30
IV. 특허권 형사보호	31
1. 특허권 침해범죄의 형사입법 연혁	31
가. 중국의 특허권 침해범죄 형사입법 연혁	31
나. 한국의 특허권 침해범죄 형사입법 연혁	32
2. 특허권 형사보호 법규	33
가. 중국의 특허권 형사보호 법규	33
나. 한국의 특허권 형사보호 법규	34
3. 한·중 차이점 비교	35
4. 개선사항	36
V. 저작권 형사보호	37
1. 저작권 침해범죄의 형사입법 연혁	37
가. 중국의 저작권 침해범죄 형사입법 연혁	37
나. 한국의 저작권 침해범죄 형사입법 연혁	38
2. 저작권 형사보호 법규	39
가. 중국의 저작권 형사보호 법규	39
나. 한국의 저작권 형사보호 법규	40

3. 한·중 차이점 비교	45
4. 개선 사항	45
가. 중국	45
나. 한국	46
VI. 영업비밀 형사보호	47
1. 영업비밀 침해범죄 형사입법 연혁	47
가. 중국의 영업비밀 침해범죄 형사입법 연혁	47
나. 한국의 영업비밀 침해행위 형사입법 연혁	48
2. 영업비밀 형사보호 법규	49
가. 중국의 영업비밀 형사보호 법규	49
나. 한국의 영업비밀 형사보호 법규	50
3. 한·중 차이점 비교	51
4. 개선 사항	52
VII. 입법적 대책	53
1. 중국의 지적재산권 형사보호에 대한 개선	53
가. 집중형 입법체제	53
나. 지적재산권 형사보호 규정의 증설	54
다. 지적재산권범죄에 대한 형벌구조의 수정	54
라. 범죄행위 규정에 있어 명확성 보완	55
2. 한국의 지적재산권 형사보호에 대한 개선	55
가. 친고죄 규정의 개선	55
나. 법인에 대한 처벌강화	56
다. 저작권법상 방송과 전송개념 재정립	56
라. 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 처벌수위 조정 등	57

VIII. 결 론	57
▣ 참 고 문 헌 ▣	60
<부 록>	62
□ 중국 지적재산권 형사보호 법규(중국형법)	62

I. 서론

1. 연구목적

지적재산권 제도는 한 국가의 경제발전, 사회진보, 기술혁신, 문화번영에 있어 중요한 법률제도이다. 각국의 경제교류가 더욱 더 활발해지고, 과학기술은 신속히 발전하고 있어 지적재산권 보호 작업의 중요성은 날이 갈수록 세계 각국에서 중요시 되고 있다.

한국과 중국은 모두 유구한 역사를 가진 문화대국이라고 할 수 있다. 양국은 역사상 오랜 동안 밀접한 관계를 유지하며 서로 많은 영향을 끼치고 있다. 특히 1992년 국교수립 이후 15년여의 기간 동안 경제무역규모는 대폭 성장했고, 현재 이미 양국은 서로에게 가장 중요한 무역과 경제협력의 동반자가 되어 있다¹⁾. 2007년 4월에는 중국 원자바오 총리가 한국을 방문하여 “중국이 한국과 자유무역협정(FTA)을 맺기를 희망한다”는 연설을 하였고, 현재는 이를 위해 양국이 공동연구를 진행하고 있다.

이러한 경제교역의 확대로 양국이 모두 상대국에 대한 보다 깊은 이해가 절실하다. 실제 양국의 교역에 있어 무역관련 지적재산권 제도의 차이나 상호간의 법률제도에 대한 이해부족으로 무역분규가 끊이지 않고

1) 1992년 8월 수교 당시 63.7억 달러에 불과하던 한중 교역액은 2008년 1683억 달러로 무려 26배 규모로 급성장했다. 중국은 2003년 미국을 제치고 우리나라의 최대 수출대상국이 되었으며, 2004년에는 한국의 최대 교역국으로 부상하였고, 2007년 수입규모에서도 일본을 제치고 최대 수입대상국으로 부상했다. 한편 한국은 중국에게 수교 당시 제7위 교역국에서 2008년에는 일본, 미국, 홍콩에 이어 제4위 교역국으로 부상했으며, 수입규모에서도 일본 다음으로 2위를 차지하고 있다. 2009년 상반기 양국 교역액이 경제위기 여파로 전년 동기대비 27%나 감소했으나 對중국 수입총액의 감소폭 대비 수출총액 감소폭이 작아 실질 무역수지는 상승하는 효과를 가져왔다.(자료 KOTRA)

있다. 이런 점에서 한국의 학계나 중국진출을 염두에 둔 업계에서 중국의 법률을 이해하는 것은 대단히 중요하다고 할 수 있다. 하지만 중국이나 한국의 학계에서 이 영역에 대한 연구는 대단히 부족하다.

이 연구는 한국의 학계나 기업에게 필요하지만 연구가 많이 진행되지 않은 중국의 법률을 이해하는 데 있어 작은 시작이 되었으면 하는 바람에서 진행하게 되었다.

2. 연구내용 및 방법

본 연구에서는 중국의 지적재산권 형사보호와 관련하여 그 주요 내용이 되는 상표권, 특허권, 저작권, 영업 비밀에 대한 침해범죄 규정을 살펴보고, 한국과의 비교분석을 통해 개선안을 제시하는 형태로 진행하게 될 것이다.

우선 중국 지적재산권의 개념 및 권리체계를 논하고, 지적재산권 침해범죄의 개념과 특징 등에 대해 일반적 내용을 기술할 것이며, 둘째, 지적재산권 형사보호의 개념, 연혁을 논하고, 구체적 법규를 보기 전에 알아야 할 한·중 양국 지적재산권 제도의 일반적 차이점을 파악하고, 분석할 것이다.

셋째, 중국과 한국의 지적재산권 형사보호 법규정을 살펴보고, 양국 간의 차이점을 분석하고 개선안을 제시할 것이다.

마지막으로, 이러한 내용을 토대로 입법적 대책을 제시할 것이다. 연구과정에서 국내 선행 연구가 거의 없는 상황이기 때문에 중국의 관련 법규와 서적을 주로 참고하여 중국법제를 검토하고, 중국과 국내의 인터넷 자료, 논문 등 연구 자료를 바탕으로 차이점 등 연구를 진행할 것이다.

II. 중국 지적재산권 형사보호²⁾ 개관

1. 중국 지적재산권의 범주

가. 중국 지적재산권의 기본개념

지적재산권³⁾은 지적소유권이라고도 한다. 지적재산권에 관한 문제를 담당하는 국제연합의 전문기구인 세계지적재산권기구(WIPO)는 이를 구체적으로 ‘문학·예술 및 과학 작품, 연출, 예술가의 공연·음반 및 방송, 발명, 과학적 발견, 공업의장·등록상표·상호 등에 대한 보호 권리와 공업, 과학, 문학 또는 예술분야의 지적 활동에서 발생하는 기타 모든 권리를 포함 한다’고 정의(定義)하고 있다. 이것은 기술개발, 산업, 소비자가 조성한 시장구조에 상응하는 권리를 말한다. 지적재산권은 일종의 무형재산권이며 광의와 협의로 나뉜다.

광의의 지적재산권은 인간이 경제, 과학기술, 문화생활 중 획득한 지적 성과물에 대해 법에 의해 향유하는 법적 권리를 말한다. 1967년7월 14일 지적재산권국제사무소(BIRPI)⁴⁾의 회원국을 소집해 스톡홀름에서 체결한 《세계지적재산권조약공약》 제2조 규정에 따르면 지적재산권은 다음의 내용을 포괄한다. 저작권, 인접권, 특허발명, 실용신안과 비특허발명에

2) 중국에서는 ‘형사보호’가 아닌 ‘형법보호’라는 용어를 사용하고 있는데 이는 우리와 달리 형법에 지적재산권 관련 처벌조항이 모두 규정되어 있기 때문이다. 한국에서는 개별 지적재산권법에 지적재산권 침해범죄에 대한 형벌이 규정되어 있기 때문에 ‘형법보호’라는 용어를 쓰지 않으므로 그에 부합하는 ‘형사보호’로 번역하기로 한다.

3) 동일한 용어로 중국에서는 ‘지식산권(知識產權)’이란 용어가 쓰인다.

4) 1893년에 창설된 기구로 1967년에 창설된 WIPO(세계지적재산권기구)의 전신이었다.

대한 권리, 과학적 발견 성과에 대한 권리, 공예품외형설계에 관한 권리, 상품상표, 서비스상표, 과학, 문학과 예술영역의 지적성과의 기타 권리. 그 외에 《무역관련 지적재산권에 관한 협정》(일명 TRIPS 협정)도 지적재산권에 대해 열거식의 규정을 하고 있다. 그 지적재산권 범위는 (1)판권과 인접권, (2)상표권, (3)지리표지권, (4)공업품외관설계권, (5)특허권, (6)집적회로설계권, 미공개정보독점권(주로 영업비밀)이다.

협정의 지적재산권은 특히 인간이 창조적 작품과 상공업활동 중 지적성과물에 대해 향유하는 권리를 말한다. 이는 저작권과 공업산권⁵⁾을 포함한다. 그중 저작권은 판권과 인접권을 포함한다. 공업산권은 특허권, 상표권과 영업비밀을 포함한다. 저작권은 문학, 예술, 과학 작품의 작자 혹은 전파자가 법에 의거 향유하는 권리이고, 작가가 문학, 예술, 과학 작품, 연출, 촬영, 녹음, 광고제품, 컴퓨터 소프트웨어에 대해 향유하는 권리를 포함한다. 특허권은 정부당국이 특허법에 의거 특허권자에게 부여한 것으로 법정기한 내 향유하는 독점적 권리를 말한다. 발명특허권과 실용신안특허권, 외관설계특허권을 포함한다. 상표권은 등록상표 소유자가 그 등록상표에 대해 법에 의거 향유하는 배타적 권리를 말하는 것으로 상품상표권, 서비스 상표권, 유명상표권 및 상업표기권을 포함한다. 영업비밀은 비밀소유자가 법에 의거 향유하는 배타적 권리로 경영비밀권과 기술비밀권을 포함한다.

이상에서 보듯이 지적재산권은 외관상 대단히 광범위한 개념이다. 그 기원은 인류의 지적·창조적인 노동성과를 보호하고자 함에서 기인했고, 사회발전과 과학기술의 진보에 따라 그 설계범위도 끊임없이 확대발

5) 공업산권(工業產權)은 지적재산권 중 특허권과 상표권을 포괄하는 개념으로 중국에서는 한자 그대로 ‘工業產權’으로 사용하고 있는데 국내에 정확히 부합하는 용어가 없어 그대로 사용하기로 한다. 중국법학 연구의 어려운 점 중의 하나는 한자로 사용되면서 국내의 용어와 혼동이 올 수 있는 용어가 많다는 것인데 여기서는 중국을 연구한다는 차원에서 중국에서 사용되는 용어를 그대로 사용할 수 있는 경우는 별도의 새로운 용어를 만들지 않고 그대로 사용하기로 한다.

전하고 있다. 지적재산권은 저작권과 공업산권을 핵심으로 형성되어 관련된 기타권리를 포함하는 광대하고 복잡한 권리체계이다.⁶⁾

나. 중국 지적재산권의 권리체계

지적재산권은 하나의 광대하고 복잡한 권리체계이다. 이 권리체계는 상표권, 특허권, 저작권, 영업비밀권과 기타 관련 권리를 포함한다.

1) 상표권

상표권은 상표권자가 상표에 사용하는 등록상표에 대해 향유하는 독점적 권리를 말한다. 상표권은 두 가지 측면의 내용을 갖는다. 즉 적극적 측면의 권리로 상표전용권, 양도권, 허가권, 속전권이고 소극적 측면의 권리는 상표금지권 같은 것이다.

가) 상표전용권.

이는 상표권자가 상품에 사용하는 등록상표를 사용할 권리이다. 이런 권리는 배타성과 독점성을 갖는다. 즉 법률이 허용한 상표권자가 그 등록상표에 대해 향유하는 온전하고 충분한 사용권, 그리고 합법적 이익을 취득할 권리를 말한다.

나) 상표양도권.

이는 상표권자가 법에 의거 등록상표를 양도할 수 있는 권리를 말한다. 그러나 양도 시에는 반드시 합법적인 양도절차를 거쳐야 하며 당국의 비준 증명이 없는 양도는 허용되지 않는다. 양도 후 본래 상표권자의 주체자격은 소멸된다.

6) 姜偉, 知識產權刑事保護研究, 北京法律出版社, 2004, pp1-57

다) 상표허가권.

이는 상표권자가 법에 의거 타인이 등록상표를 사용하도록 허가하는 권리를 말하는 것으로, 합법적인 허가계약을 통해 실현된다. 허가권리 범위의 크고 작음에 따라 특허허가권과 같이 상표허가권은 상표독점허가권, 상표분할허가권으로 구분된다. 허가받은 자가 사용하는 등록상표일 경우 상표에는 반드시 허가인 명칭 혹은 성명, 생산지를 명시해야한다.

라) 상표속전권⁷⁾

이는 상표권자가 등록상표보호기한 도래 전에 법에 의거 향유하는 속전등록신청의 권리이다. 상표권자가 원하면 이 권리는 제한 없이 계속 사용할 수 있다.

2) 특허권(專利權)⁸⁾

특허권은 특허권자가 그 발명·창조에 대해 법에 의거 향유하는 권리로 법률이 허용하는 범위 내에서 자신의 의지에 의해 모종의 행위를 하거나 하지 않거나 혹은 의무인에게 모종 행위를 하거나 하지 않도록 요구하는 것을 포함한다.

구체적으로 특허권은 다음을 포함한다.

가) 특허실시권.

특허권자가 법에 의거 특허품에 대해 제조, 사용, 판매, 수입하거나, 특허를 사용해 직접 제조 또는 상품을 사용, 판매하는 권리를 말한다.

7) 속전이란 계속해서 연기한다는 의미로 여기서는 상표권자가 그 권리를 계속해서 연기하며 누릴 수 있다는 의미로 쓰였다.

8) 중국은 특허 대신 ‘전리(專利)’라는 용어를 사용하고 있는데 이는 특허, 실용신안, 디자인을 통칭하는 개념이라고 할 수 있다. 전리가 특허보다 넓은 개념이라고 할 수 있지만 이 연구는 주요 지적재산권으로서 특허를 주로 다루고 있으므로 연구의 편의를 위해 ‘특허’로 번역하였다.

그것은 일종의 독점권이고 제조권, 사용권, 판매권, 수입권으로 구성되는 권리이다. 모든 권리는 두 가지 측면의 내용을 갖는다. 하나는 자신이 실행할 수 있는 권리고, 다른 하나는 타인의 실행을 금지하는 권리이다.

나) 특허허가권.

이는 특허권자가 타인이 해당 특허권을 실행하도록 허가하는 권리로서 그 내용은 특허권자가 타인의 특허품 제조, 사용, 판매, 수입 또는 그 특허기술을 사용하도록 허가하는 권리이다. 체결한 계약 내용에 근거해 독점허가권, 분할판매허가권 등으로 구분할 수 있다.

다) 특허양도권.

특허권자가 법에 의거 자신의 특허 양도를 요구할 수 있는 권리이다. 특허권의 양도는 특허권자가 행사하는 자신의 특허처분권이다. 특허양도 후에 특허권의 주체는 변경되고, 본래 특허권자의 주체자격은 소멸된다.

라) 특허표시권(특허권리 기재권)

이는 특허권자가 자기 특허상품 혹은 상품포장 상 특허표시와 특허번호를 표기할 권리를 말한다. 특허표시권을 사용하면 상품의 신용과 경쟁력을 제고할 수 있고 타인의 위조를 방지할 수 있다.

마) 기타권리.

이는 특허권자가 상기권리 외에 향유하는 권리로 포기권, 즉, 특허권자가 자신의 특허권을 포기하는 권리와 기소권, 즉 특허권이 침해당했을 때 권리침해에 대한 소송을 제기할 수 있는 권리 등이 있다.

3) 저작권(著作權)

저작권은 저작권자가 그 창작품에 대해 법에 의거 향유하는 권리 또는 저작권자가 그 창작문학, 예술과 과학작품에 대해 갖는 인격적 권리, 재산권리 및 기타권리를 총칭하는 말이다. 작품의 창작과정과 그 저작권자의 인격관계에서 볼 때 저작권과 저작인접권 및 저작인격권, 재산권과 기타권리는 연합하여 특허권, 상표권과 구별되는 독특한 권리체계를 구성한다.

구체적으로 저작권은 저작인격권, 저작재산권, 기타 권리로 분류할 수 있다.

가) 저작인격권.

저작권자와 분리할 수 없는 인격적 이익의 향수를 내용으로 하는 권리로서 발표권, 서명권, 수정권, 작품완전성보호권을 포함한다.

나) 저작재산권.

저작권자가 작품을 이용해 보수를 획득하는 권리로 사용방식에 따라 다른 권리를 갖는다. 구체적으로 이는 복제권, 공연권, 방송권, 전시권, 발행권, 영화제작권 등을 포함한다.

다) 기타권리.

저작권자가 상기 인격권, 재산권 외 향유하는 권리로 소추권, 증여권 등을 포함한다.

4) 영업비밀권(商業秘密權⁹⁾)

영업비밀권은 영업비밀의 소유자가 그 사용하는 영업비밀에 대해

9) 영업비밀권에 대해 상응하는 중국의 용어는 상업비밀권(商業秘密權)이다.

향유하는 권리를 뜻하는 것으로 사용권, 양도권, 사용허가권과 보수취득권, 공개권 등을 포함한다.

영업비밀권은 영업비밀을 향유하는 권리를 지칭하는데 그렇다면 영업비밀이란 무엇인가? 어떤 학자는 다음 몇 가지 사항으로 판단하고 있다. (1) 비밀개발에 소요된 시간, 물질과 노동 (2) 영업비밀의 신뢰성, (3) 보호조치를 취했는가 여부, (4) 영업정보의 보호조치가 유효한가 (5) 영업비밀의 가치 (6) 관련정보가 이미 있는 지식과 구별되는 정도 (7) 유관 당사자 간의 관계.

구체적으로 말하면 영업비밀은 기술비밀과 영업비밀을 포함한다. 기술비밀은 공업생산방면의 기술성 비밀이고 유관 제조기술, 생산공예, 신상품 배합 등 지식과 경험 및 기술수준과 잠재력 등 기술정보를 포함한다. 기술비밀권은 일종의 중요한 지적재산권이고 회사의 대량 인력과 물자를 투입하여 개발하고 완성한 것이다. 과학기술요원은 전직을 함에 있어 재직 중 취득한 이전 회사의 기술비밀을 불법적으로 다른 회사에 누설하거나, 제3자에게 누설 또는 사용하게 하거나 본인이 사용할 수 없다. 경영비밀은 비밀성을 지닌 경영관리 및 그와 관련된 정보와 지식, 관리비결, 고객명단, 자원정보, 생산판매 전략, 투자유치관련 정보 등을 포함한다. 경영비밀권은 합법적인 경영비밀이 법률의 보호를 받을 권리를 말한다.

5) 기타 지적재산권

지적재산권은 법정권리이며 한편으로는 하나의 방대하고 복잡한 권리체계이다. 저작권, 특허권, 상표권, 영업비밀권 이외에도 상호권, 상품외장권 등을 포함한다. 다른 한편으로 지적재산권은 하나의 발전하는 권리체계이다. 사회발전과 진보에 따라 부단히 확대·발전되어가고 있다. 이를테면 반도체칩배치설계보호권, 지역명칭권¹⁰⁾ 등 새로운 형태의 사

물이 끊임없이 출현하고, 정보와 경제의 발전은 지적재산권에 새로운 내용을 주입하고 있다. 어떤 학자는 정보지적재산권이라는 개념을 제시하기도 했다.

상호권은 회사명칭권, 법인명칭권이라고도 불리운다. 회사나 기업 등이 그 명칭이나 이름에 대하여 법에 의거해 누리는 권리이다. 협의의 상호는 회사의 이름만을 지칭한다. 하지만 광의의 상호는 회사의 이름뿐만 아니라 기업의 명칭도 포함한다. 이를테면 상해대중기차유한공사는 광의의 상호로 기업명칭이고, 대중은 협의의 상호로 회사의 이름이다.¹¹⁾

2. 중국 지적재산권 침해범죄의 개념과 특징

가. 중국 형법상 지적재산권 침해범죄의 개념

지적재산권 침해범죄에 대한 중국 형법학계의 견해는 일치하지 않는다. 지적재산권 침해범죄의 개념에 대하여는 협의와 광의의 두 가지 측면에서의 개념정립이 필요하다고 할 수 있다.

협의의 지적재산권 침해범죄는 중국의 지적재산권 관련 형법규정을 위반한 것을 의미한다. 타인의 지적재산권을 침해하고, 내용이 심각하여 형법 제3장 제7절 규정에 의거 형사책임을 물어야 하는 행위를 뜻한다. 구체적으로 등록상표도용죄, 등록상표도용품판매죄, 등록상표표지의 불법제조죄, 불법제조된 등록상표표지판매죄, 특허사칭죄, 저작권침해죄, 침해복제품판매죄와 영업비밀침해죄를 포함한다.¹²⁾

10) 지역명의 소유자가 그 명칭에 대해 갖는 권리를 말하는 것으로 우리나라 상표법상 지리적 표시권에 해당한다고 할 수 있다.

11) 姜偉, 전게서 참고, pp.1-57

12) 2005년 중국 각 지방법원이 접수한 지적재산권 1심 형사사건은 3,567건으로 전년 대비 28.4%

광의의 지적재산권 침해범죄는 중국의 모든 지적재산권법률규정을 위반한 것을 의미하는 것으로 타인의 지적재산권을 침해하여 죄의 情狀이 심각하고, 사회주의 시장경제질서를 파괴하여 형사처벌을 받아야 하는 행위를 말한다. 구체적으로 형법 제3장 제7절의 지적재산권범죄의 내용을 포함할 뿐만 아니라 기타 지적재산권 관련 상품을 대상으로 하는 범죄행위까지 포함한다. 그래서 생산, 판매, 위조상품죄, 불법경영죄, 밀수죄, 절도죄, 공모입찰죄, 국가기밀누설죄 등에까지 이른다.

본 논문에서는 협의의 개념에 한정하여 연구를 진행하게 되었다. 그 이유는 중국형법 상 제3장 제7절 지적재산권범죄의 장에서 내용을 한정하고 있고 광의의 개념을 채택 시 연구범위가 무한히 확대되기 때문이다.

나. 지적재산권 침해범죄의 특징

1) 객체의 특징

지적재산권침해범죄의 객체는 복잡하다. 그 주요 객체는 지적재산권에 대하여 국가가 관리하는 경제질서¹³⁾이고, 그 다음은 지적재산권자의 합법적 권익이다.

가 증가하였고, 그중 지적재산권 침해범죄 사건은 524건으로서 전년 대비 35.4%증가, 위조상품 생산, 판매 범죄사건은 1,117건으로 16.5%증가하였으며, 불법경영 범죄사건은 1,926건으로 전년 대비 34.4%증가하였다. 지적재산권 관련 범죄가 급증하고 있음을 보여준다. 이에 반해 한국은 2005년도에 전년 대비 지적재산권 관련 주요 4개 범죄가 14.4% 감소하였다. 관련 범죄가 급증하고 있는 중국과 대비해 큰 차이를 나타내고 있다. (중국지재권백서, 2006, KOTRA, 대검찰청 통계분석 참조)

- 13) 이 부분은 우리나라와 비교해 중국의 지적재산권 침해범죄를 보는 크게 다른 시각을 보여준다. 우리나라는 지적재산권 침해범죄를 개인의 권리를 침해하는 행위로 보아 상표권을 제외한 특허권, 저작권, 영어비밀 침해범죄에 대해 주로 친고죄를 규정하고 있다. 그러나 중국은 일차적으로 국가가 관리하는 경제질서를 해한 것으로 보기 때문에 지적재산권 침해범죄에 친고죄 규정을 두지 않고 있다.

형법통설의 관점에 따라 범죄객체는 범죄행위가 침범하는 사회관계이다. 그렇다면 지적재산권 침해범죄의 범죄객체는 명확히 지적재산권 제도가 보호하는 일련의 권리의무관계이다. 만일 지적재산권을 침해하여 범죄를 구성하면 그것은 필연적으로 한 측면에서는 국가가 지적재산권에 대해 보호하는 제도를 훼손하는 것이고 다른 한 측면에서는 지적재산권자의 권리를 방해하거나 그 권리를 침해하는 것이다. 바꾸어 말하면 한 방면에서는 지적재산권범죄는 시장경제질서를 교란하고, 그 객체는 사회주의 시장경제질서이고, 다른 한 방면에서는 지적재산권범죄는 재산권을 침범하고, 그 객체는 재산권관련 법률관계이다. 이렇게 보면 지적재산권 침해범죄는 두 종류의 범죄특징을 갖는다. 하나는 경제형범죄이고, 또 하나는 재산형범죄이다. 이런 면에서 일반경제범죄 및 재산범죄와 다르고, 객체도 복잡객체(複雜客體)라 할 수 있다.

2) 객관적 특징

지적재산권범죄는 객관적 측면에서 지적재산권제도를 위반하는 것으로 표현되고 지적재산권자의 허가를 받지 않고 타인의 저작권, 특허권, 상표권, 영업비밀과 기타 지적재산권을 침해하는 것이고, 情狀이 심각한 행위를 뜻한다. 범죄는 객관적 측면에서 주로 행위로 표현되고 행위가 없으면 범죄와 형벌도 없다.

지적재산권범죄의 객관적 측면에서 3가지 현저한 특징이 있다. 우선 지적재산권범죄는 객관적으로 허가를 받지 않은 권리침해행위이다. 다음으로 지적재산권침해범죄는 객관적으로 타인의 저작권, 특허권, 상표권, 영업비밀과 기타 지적재산권을 침해하는 행위이다. 여기에서 지적재산권침해범죄는 객관적으로 타인의 지적재산권을 침해하는 情狀이 심각한 행위를 말한다. 따라서 타인의 지적재산권을 침해하는 모든 행위를 뜻하는 것이 아니고 불법판매나 불법소득이 일정수준에 다다른거나 기타

죄의 情狀이 심각한 지적재산권침해행위일 때 비로소 범죄를 구성하는 것이다. 이 점에서도 중국의 지적재산권범죄는 우리나라와 또 다른 면의 특징을 갖고 있다고 할 수 있다.

3) 주체의 특징(主体特征)

지적재산권범죄의 범죄주체는 통상의 상황 하에서 일반주체 즉, ‘만16세 이상의 형사책임능력 있는 자연인’¹⁴⁾은 모두 범죄주체가 될 수 있고 그 외 회사도 범죄주체가 될 수 있다. 하지만 특수한 상황 하에서 범죄주체는 특수주체가 되는데, 그러한 예로 《특허법》 제64조 규정의 국가중요특허기밀누설죄의 주체는 국가특허기술자가 되는 경우를 들 수 있다.

4) 주관적 특징(主觀特征)

지적재산권범죄의 주관적 특징은 일반적으로 고의에서 나오고, 개별 정황 하에서는 과실에서도 나올 수 있다. 과실에 의한 예로 중국형법이 규정한 과실영업비밀누설죄¹⁵⁾ 등을 들 수 있다.

중국 형법 제219조는 영업비밀침해죄를 규정함에 있어 “영업비밀 침해행위임을 명확히 알거나, 당연히 알고 있어야 함에도 (알지못한 과실로) 타인의 영업비밀을 획득, 사용하거나 유출하는 행위는 영업비밀 침해로서 논한다.” 고 규정하고 있다.

14) 중국은 만 16세 이상은 완전형사책임연령으로, 만14세 미만은 형사책임이 절대 없는 연령으로 규정하고, 만14세 이상부터 만16세 미만의 경우는 살인·강도·강간 등 중범죄에 대해서만 형사책임을 지는 상대적 형사책임 연령으로 규정하고 있다.(曲新久, 중국 미성년자 형사책임 입법 및 그 완비, 2008 제6회 한중형법국제학술심포지움, 영남대 p.47)

15) 우리나라의 경우 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제18조에서 영업비밀 침해행위에 대한 처벌규정을 두고 있지만 과실로 인한 행위를 처벌하는 규정은 두고 있지 않다.

3. 지적재산권의 형사보호

가. 지적재산권 형사보호의 개념

지적재산권의 형사보호는 형사법을 통해 지적재산권보호를 실현하는 것을 말한다. 구체적으로 말해 입법자가 일련의 엄중한 지적재산권 침해행위에 대하여 범죄로 규정하고, 법적 제재를 가하는 것, 즉 형벌을 수단으로 형사절차를 통해 침해인의 형사책임을 추궁하여 지적재산권을 보호하고 이를 통해 지적재산권 권리인의 이익을 보호하고 지적재산권 관리질서를 유지하는 것을 말한다.

지적재산권의 형사보호는 지적재산권의 법률보호형식의 하나이다. 지적재산권 법률보호는 행정보호와 사법보호를 포괄한다. 지적재산권의 행정보호는 행정기관이 유관법률규정에 의거 지적재산권보호의 직권을 행사하는 것을 말한다. 지적재산권의 사법보호는 지적재산권에 대하여 사법경로를 통해 보호를 진행하고, 즉 지적재산권을 향유하는 권리인이나 법원 같은 공소인이 권리침해자를 상대로 형사소송이나 민사소송을 제기하여 형사책임, 민사책임을 묻고, 지적재산권행정기관의 처벌에 불복하는 당사자가 법원을 향해 행정소송을 제기하여 행정법집행에 대해 사법심사를 진행하고, 정확한 행정처벌을 지지하거나 행정처벌의 착오를 바로잡아 각 당사자에게 합법적 권익을 확보해 실질적인 보호를 얻도록 하는 것이다. 세계 각국에서 지적재산권에 대한 가장 유력한 보호형식은 사법보호이고, 사법보호는 민사보호와 형사보호로 구성된다. 그래서 어떤 면에서 본다면 지적재산권의 법률보호는 주로 지적재산권의 사법보호를 뜻한다.

지적재산권의 형사보호는 보호의 최후 방어선으로 민사보호 및 행정보호와 함께 지적재산권의 법률보호망을 구성하고 있다. 지적재산권의

형사보호는 지적재산권 법률보호의 중요 보호형식으로 현실적인 필요에 의한 것이고, 시장경제이론과 글로벌 경제화의 요구에 따른 것이며 세계적인 형사입법의 추세이기도 하다. 또한 지적재산권침해범죄를 제압하는 유력한 무기로서 경제적이고, 효과적인 특징을 갖고 있다. 상대적으로 비용이 많이 들고 번잡한 민사소송에 비해 형사절차를 이용하면 훨씬 유리하고 효과적으로 심각한 지적재산권 범죄를 예방할 수 있을 것이다.

지적재산권 형사보호는 세계의 형사입법 발전추세에도 부합한다. 각국이 국제 지적재산권 침해범죄에 대해 공동 대처하는데 용이하고, 국제사법협력과 지적재산권의 국제보호도 강화할 수 있게 한다.¹⁶⁾

나. 중국 지적재산권 형사보호의 연혁

중국지적재산권제도의 시작은 비교적 늦다. 하지만 개혁개방의 추진 아래 지적재산권입법도 속도를 내고 있다. 1982년 ‘중화인민공화국 상표법’을 통과시켰는데 이는 중국지적재산권법률제도를 시작하는 중요한 징표라 할 수 있다. 중국정부는 연이어 ‘중화인민공화국특허법’과 ‘중화인민공화국저작권법’, ‘중화인민공화국부정경쟁방지법’ 등을 통과시키고, ‘공업산권보호파리조약’, ‘집적회로지적재산권보호조약’, ‘상표국제등록마드리드협약’, ‘무역관련지적재산권협약’ 등 국제공약에 참여하였다.

중국의 지적재산권 형사보호는 역사가 길지 않지만 관련법률의 입법은 그 속도가 매우 빠르다고 할 수 있다.

1979년 ‘형법’은 처음으로 위조상표죄를 지적재산권 범죄로 규정했다. 그리고 1997년 중국은 형법개정을 통해 형법 제3장 제7절에서 7개 조항의 지적재산권 침해범죄를 규정하였다. 이것은 1993년의 상표법 개정 결정으로 유사상표범죄를 엄중 처벌하는 규정을 흡수한 것이고, 1990년

16) 姜偉, 전게서 참조, pp.1-57

제정한 저작권법과 1993년의 부정경쟁방지법의 성과를 실현한 것으로 지적재산권 형사보호와 지적재산권의 입법보호를 보증하는 조치로서, 당시의 입법 환경 하에서 대단히 적극적인 조치이며, 1979년 제정한 지적재산권 침해범죄 규정보다도 진일보한 입법이라 할 수 있다. 이러한 일련의 조치로 형법은 지적재산권 침해범죄를 타격하는 입법으로서의 면모를 갖추고 중국 사회주의 시장경제의 발전에도 적극적인 작용을 하게 되었다.¹⁷⁾

이후 중국경제가 개혁과 부단한 자본주의 시장경제의 심화, 경제무역의 세계화에 따라 2000년에 중화인민공화국 특허법 수정에 대한 결정, 2001년 중화인민공화국 저작권법 수정에 대한 결정, 중화인민공화국 상표법수정에 대한 결정을 통과시킴으로써 많은 지적재산권보호의 새로운 내용들을 추가하였고, 어느 정도 국제수준에 달하는 법률보호체계를 형성하였다. 또한 중국은 WTO가입을 위해 “TRIPS협정”(무역관련 지적재산권에 관한 협정)에 가입하고, 최저보호표준원칙을 준수함으로써 유효한 법적 보장을 제공하였다. 전문적 지적재산권 입법에의 요구는 침해행위의 내용에까지 미치게 되었고 이것은 지적재산권 관련 형법규정의 수정을 촉구하게 되었으며, 동시에 1992년 <중의약품종보호조례>, 1995년 <지적재산권 세관보호조례>, 1997년 <식물신품종보호조례>, 2001년 <반도체집적회로설계보호조례>를 발표하게 되었다. 그러나 아직까지 중국형법은 이와 같은 법률의 수정 후에 형사책임을 추궁할 수 있는 내용들을 반영하고 있지 않아 과제로 대두되고 있기도 하다.

다. 한국지적재산권 형사보호의 연혁

한국의 지적재산권제도는 1946년 특허법 제정을 기점으로 시작되었다. 이후 1949년 상표법 제정, 1957년 저작권법, 1961년에는 기존 특허

17) 杜国强, 王明星. 侵犯知识产权罪比较研究. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2005, pp.71-350

법을 분리하여 특허법, 실용신안법, 의장법의 개별 단독법으로 제정하고, 같은 해 부정경쟁방지법을 제정하였으며, 1998년에는 부정경쟁방지법을 개정하여 「부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률」을 제정하였다. 그리고 이 기간 동안 한·미간 지적재산권관련 미통상법 제301조 협상타결(1985년), 국제저작권협약(UCC, 1987년)에 가입하였고, 이후 ‘공업소유권보호를 위한 파리협약’에 가입하고, ‘한일상표권 상표보호에 관한 협정’을 체결하는 등 빠른 발전의 길을 걸어왔다.

한국의 지적재산권 형사보호는 1988년 서울 올림픽 이후 법집행을 강화하면서 본격화되었고, 1996년 한국이 OECD에 가입한 이후에는 법규정을 개정하여 강력한 형사보호를 시행한 것으로 볼 수 있다.

한국은 중국과 달리 형법에 지적재산권범죄 처벌조항을 규정한 것이 아니고 각 지적재산권법에 개별적으로 규정하는 형식을 취하고 있다.

개별법의 개정 동향을 살펴보면, 상표법은 1949년부터 2009년 최종개정까지 총 26회 개정하였으며, 형벌규정은 2001년 개정을 통해 현재에 이르고 있다.

특허법은 1961년부터 2009년 최종개정까지 총 32회 개정하였으며, 형벌규정은 2001년 개정을 통해 현재에 이르고 있다.(2009년 조항 일부변경)

저작권법은 1957년 이후 2007년 최종개정까지 총 19회 개정하였으며, 형벌규정은 2003년 개정하여 현재에 이르고 있다.(2009년 일부 변경)

부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률은 명칭을 개정한 98년부터 2009년 최종개정까지 총 7회 개정하고, 형벌규정은 2007년 개정하여 현재에 이르고 있다.

이처럼 중국의 지적재산권 침해죄에 대한 형벌규정은 97년 개정을 통해 규정된 후 경제발전이나 기술변화를 반영한 법개정이 없는 반면, 한국은 개별 법률에 따라 수십 차례에 걸쳐 법률개정을 하고 있으며 개정작업은 현재에도 지속되고 있다.¹⁸⁾

18) 윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2007, p.21-25와 www.lawnb.com 참조.

라. 한중 지적재산권 보호의 제도적 차이점

양국 간의 지적재산권 형사보호를 논함에 있어 기본적인 차이를 먼저 거론할 필요가 있다. 즉, 한국과 중국은 현재 경제교류를 활발하게 하고 있지만 역사적인 배경이 상당히 다르고, 이로 인해 나타나는 입법체계 등의 기본적인 차이가 있을 수 밖에 없다. 이에 대한 이해 없이 바로 차이점을 논한다면 이는 숲을 보지 않고 나무만을 보며 그 차이점을 이야기하는 것과 다를 바 없을 것이다.

한국과 중국의 기본적 차이점은 7가지를 들 수 있는데 다음과 같다.

1) 법률보호형식의 차이

앞서 밝힌 바와 같이 지적재산권의 형사보호는 법률보호 형식의 하나이다. 지적재산권의 법률보호는 행정보호와 사법보호를 포괄하고, 사법보호는 다시 민사보호와 형사보호로 나눌 수 있다. 여기에서 중국과 한국의 주요한 차이점이 나타난다.

다시 말해 중국에는 행정보호가 활성화되어 있는 것이다. 중국법제에 따르면 행정보호는 행정직능기관이 유관법률규정에 의거 지적재산권 보호의 직권을 행사하는 것을 말한다. 그 내용으로서 유관행정관리부문은 지적재산권 권리침해행위가 공공이익에 손해를 초래할 경우에는 권리침해행위를 금지하고, 불법소득을 몰수하고, 권리침해복제품 소각, 그리고 벌금형에 처할 수도 있으며 죄질이 중할 경우는 권리침해복제품 제작의 주요 재료, 도구, 설비 등을 몰수할 수 있다.

이에 반해 한국에서 지적재산권 보호는 주로 사법보호 형태인 민사보호와 형사보호를 주로 규정하고 있다. 즉, 권리자의 권리가 침해되었을 때

권리자는 법원에 민사소송을 제기하거나 수사기관에 수사를 의뢰하여 권리를 구제받는 형태가 주를 이루고 있다는 점에서 한국은 중국과 차이를 나타내고 있다. 이는 지적재산권 범죄를 주로 친고죄로 규정하여 권리당사자의 의견을 존중하는 한국의 법취지에 부합한다. 중국은 한국에서 형벌규정에 적용된 몰수처분을 행정관리부문이 직접하고 있다.

이렇게 행정보호가 발달해 있는 경우 권리자가 권리침해 시 직접 나서지 않아도 행정부문에서 직접 처리하기 때문에 권리구제에 있어 대단히 편리한 점이 있다. 그러나 행정부문이 소극적이거나 권리침해가 많아질 경우 오히려 권리구제가 어려워지는 단점을 갖기도 하며, 중국의 경우 실제 이런 문제점들이 곳곳에서 나타나고 있다.

2) 입법체제의 차이

세계 각국의 지적재산권 범죄에 관한 입법 체제는 집중형, 분산형, 그리고 결합형의 입법형식으로 나눌 수 있는데 중국의 형법은 지적재산권 침해범죄에 대한 내용이 형법에만 집중적으로 규정된 집중형을 택하고 있고, 한국의 경우 개별 지적재산권 법규에 해당 지적재산권침해범죄를 규정한 분산형을 택하고 있다.

중국은 1997년 형법을 수정하며 지적재산권 범죄를 형법전에 편입하여 이에 관한 전문적인 장(章)을 두었는데 중국이 택한 이 집중형 입법체제는 형법의 과학성과 통일성을 강화하는데 유리하다고 할 수 있으며, 또한 지적재산권 범죄의 공통된 특징을 반영하고, 그 구별 및 관계를 종합적으로 고려하여 범죄규정이 더욱 체계성과 과학성을 구비하도록 한다는 장점이 있다. 그러나 반면에 ①지적재산권 범죄는 전문성이 비교적 강한 범죄로서 경제범죄 자체의 위법성은 경제법규에 의하여 범죄를 확정하는 것이 필요하고, ②지적재산권 범죄는 법정범죄로서 과학기술의 진보와 인권관념의 강화에 따라 그 외연이 무단히 확장되는 추세에 있고,

이러한 불확정한 상태는 권리침해행위 유형의 부단한 쇄신을 요구하는 것임에도 형법전의 법정범에 대한 규정은 상대적으로 안정적인 것이어서, 지적재산권 범죄의 발전에 제대로 대응할 수 없다는 단점이 있다.¹⁹⁾

3) 형벌 내용의 차이

한국은 지적재산권 범죄에 대해 자유형과 벌금을 규정하고, 주로 벌금위주의 처벌을 채택하고, 몰수규정을 두어 침해행위에 사용된 물건이나 침해행위의 결과물 등을 몰수하도록 하는 형태를 취하고 있다.

이에 비해 중국은 자유형 위주로 규정하고, 벌금형을 보충하는 형태를 띠고 있다. 그리고 앞서 밝힌 바와 같이 몰수규정은 형법에 규정된 형사보호의 내용이 아니고 행정보호 즉, 관리행정부문에서 몰수를 결정하는 행정보호의 내용으로 각 지적재산권 개별법에 규정하고 있다.

이와 관련해서는 서방선진국을 비롯한 많은 국가에서 한국과 비슷한 형태 즉, 자유형과 벌금을 처벌내용으로 규정하고, 주로 벌금 위주의 처벌에 몰수규정을 두고 있는 형태를 취하고 있다.

형벌내용에 있어 또 하나의 차이점은 중국의 경우 형법 제220조에서, 한국은 각 지적재산권 법규에서 양벌규정을 두고 있는데 법인²⁰⁾에 대한 벌금형이 개인과 차이가 있느냐 여부이다. 즉, 한국의 경우는 최근 지적재산권법 중 일부 법을 개정하여 법인에 대한 형벌내용을 개인과 분리해보다 많은 벌금을 규정하였다. 이는 법인의 범죄가 그 피해의 심각성이 크고, 개인에 비해 벌금을 무겁게 해야 형벌의 효과를 볼 수 있다는

19) 실제로 중국은 1997년 형법에 지적재산권 범죄를 규정한 이후 10년이 넘는 지금까지도 관련 규정을 개정하지 않고 있다.

20) 중국에서는 ‘단위(單位)’ 라는 용어를 사용하는데 이는 법인을 포함하여 단체를 뜻하는 것으로 한국의 법률에서 주로 사용하는 법인보다 큰 개념이라고 할 수 있으나 큰 차이를 찾기는 어렵다고 판단된다.

점에서 타당성 있는 조치로 보여 진다. 중국의 경우는 형법 제220조에서 양벌규정 만을 규정하고, 침해행위자와의 벌금형의 차이는 따로 규정하지 않고 있다.

4) 친고죄 규정

한국은 지적재산권 침해범죄와 관련해 상표권 침해의 경우를 제외하고, 특허권, 저작권, 영업비밀 침해범죄를 주로 친고죄로 규정하고 있다.

친고죄 규정은 본래 범죄를 기소하여 공개하는 것이 피해자 등에게 고통과 수치감을 줄 우려가 있어 그 명예를 존중해야할 필요가 있을 때 규정하는데 강간죄의 경우가 그 전형적인 예에 해당한다. 또 다른 이유로는 비교적 경미한 범죄에 대하여 피해자의 의사나 감정을 고려해 주기 위해 마련된 것이다. 예로서 일본의 사문서 훼손죄(제259조), 기물파손죄(제261조)를 들 수 있다.

그러나 한국의 지적재산권 침해사범에 대한 친고죄 규정은 이와 달리 약간 특이한 배경에서 비롯되었다. 즉, ①지적재산권 침해범죄가 공익보다는 개인적 이익을 침해하는 면이 강하고 ②지적재산권 침해행위가 본래 민사적 색채가 강하므로, 침해행위에 대하여 민사절차에 의하여 피해의 예방, 회복을 구하는 것이 우선되어야 하고, 침해자에 대한 처벌은 차선책이기 때문에 피해자의 의사를 존중하여 친고죄로 한 것이라는 것이다.²¹⁾

이에 반해 중국은 앞서 밝힌대로 지적재산권 침해범죄의 주요 객체를 국가가 관리하는 경제질서로 보아 동 범죄에 대하여 전혀 친고죄를 채택하고 있지 않다는 점에서 큰 차이를 보이고 있다.

한편 한국의 관련학계에서는 이에 대해 위 친고죄의 취지를 지지하는

21) 주해특별형법 4, 청림서원 1991, p.58.

의견과 오늘날 지적재산권이 공익적 성격이 높아지고, 국제적인 성격이 짙어져가는 변화에 처해있고, 그러한 이유로 피해자의 의사에 의존할 경우 단속도 어렵다는 등의 이유를 들어 친고죄를 폐지하자는 주장도 강하게 제기되고 있다.

5) 범죄성립 요건의 차이

한국은 범죄행위를 규정하고, 범죄성립에 있어 그 정상여부를 불문하고 있으나, 중국은 범죄로 처벌함에 있어 때 조항마다 ‘정상(情狀)이 엄중’ 하거나, ‘불법소득액이 크다’ 는 조건이 충족될 것을 요구한다. 이는 지적재산권 침해행위를 처리함에 있어 결과적으로 상당한 차이를 가져온다. 즉 한국에서는 경미한 행위라도 법규에 규정된 행위인 경우에 수사기관이 수사를 할 수 있고, 처벌대상이 될 수 있지만 중국에서는 일정한 정도에 이르지 않은 행위는 처벌대상에서 완전히 제외되기 때문에 지적재산권의 형사보호 범위가 현격하게 줄어드는 결과를 가져온다.

6) 관할의 차이

법원과 수사기관 간의 관할문제에 차이를 보이고 있다. 중국은 지적재산권 침해행위가 있는 경우, 권리자는 법원에 소를 제기하거나 수사기관인 공안기관에 고소할 수 있다. 그러나 저작권 침해행위가 사회질서나 공공이익을 심각하게 해하거나 특별히 죄질이 좋지 않은 경우 법원은 이를 수리할 수 없고, 공안기관이 직접 나서 수사하도록 되어 있다.

한국은 이에 비해 권리자가 법원에 민사소송을 제기하거나, 수사기관에 고소를 함에 제약이 없다. 그것이 심각한 범죄라 하더라도 법원에 민사소송을 제기하는데 문제가 없다. 더욱이 친고죄에 해당하는 경우는 그것이 심각한 경우라도 통상 수사기관이 권리자의 고소 없이 수사하지

않는다는 점에서 중국과 관할에 있어 차이점을 나타내고 있다.

아울러 중국에서는 형사소송 중 부대민사소송²²⁾을 제기할 수 있으나, 한국에서는 이것이 허용되지 않고 별도의 민사소송을 제기해야 한다.

7) 지적재산권 침해범죄 규정

지적재산권 범죄관련 한국과 중국의 규정을 비교해보면 한국에서 범죄로 규정된 행위가 중국에서는 범죄행위가 아닌 경우를 많이 발견할 수 있다. 다음 장에서 상표법, 특허법, 저작권법 등의 규정을 비교하며 구체적인 내용에 있어 차이점을 논하겠지만 이 외에도 식물신품종권 침해나, 집적회로배치도설계권을 침해한 경우 한국은 이를 범죄로 규정했지만 중국은 이에 대한 형사 처벌규정이 없다. 이는 한국이 지적재산권 법규를 먼저 제정하고, 시대발전과 기술진보 등에 따른 새로운 범죄 등에 대해 법 개정을 통해 대응해 온데 비해 중국은 개혁개방 이후 논의가 시작되어 그 역사가 짧고, 지적재산권범죄 상황이 한국과 여러 면에서 다르다는 등의 이유로 범죄로 규정되지 않은 것으로 파악해볼 수 있다.

형사보호규정에 있어 또 하나 차이점은 한국의 경우 개별 지적재산권 법규에 지적재산권과 관련하여 위증죄, 사위행위의 죄, 허위표시죄, 직무상 비밀누설죄 등을 규정하고 있는데 이는 공무침해적 성격으로 인하여 모두 비친고죄로 규정하고 있고, 이 규정들은 특이한 제도라기보다는 지적재산권 범죄를 형법에 규정하지 않고 개별 지적재산권법에 규정함으로써 나타난 특징으로, 일반형법에 대한 특별형법으로서의 성격을 가지고 있다고 할 수 있다.

22) 부대민사소송이란 범죄로 입은 재산상 손해에 대하여 형사소송 중 권리자가 민사상의 손해배상 등을 형사소송에 함께 처리토록 제기하는 민사소송으로 원고가 피해액을 입증해야 한다. 한국에서 일부범죄에 인정되는 배상명령제도와 유사하다고 할 수 있으나 이것도 지적재산권 침해범죄에는 허용되지 않는다.

Ⅲ. 상표권 형사보호

1. 상표권 침해범죄의 형사입법 연혁

가. 중국의 상표권 침해범죄 형사입법 연혁

중국이 상표권에 대해 형사보호를 부여한 것은 1979년 중국형법에서 시작되었다. 이 법 제127조는 상표관리법규를 위반하여 기업이 他기업이 등록한 상표를 위조한 경우 직접 책임자는 3년 이하 유기징역, 구류 또는 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 1982년 8월 23일 제5회 전국인민대회 상임위원회 제24차 회의에서는 ‘중화인민공화국상표법’을 통과시켰고 1983년 3월 1일 시행하였다. 이것은 중국 최초의 전면적인 상표관리법규이고, 1979년 형법 중 상표권침해범죄에 관련한 상응규정을 설치한 것이다. 이 법 제40조는 타인의 등록상표를 위조하여 범죄를 구성한 경우 손해배상 이외에 법에 의거 형사책임을 진다고 규정했다. 타인등록상표표지의 위조·임의제조 혹은 위조·임의 제조한 등록상표 표지를 판매하여 범죄를 구성한 경우 피해자에게 손해배상을 하는 외에 법에 따라 형사책임을 지게 된다. 위조등록상표상품을 판매하여 범죄를 구성하는 경우에도 손해배상 외에 형사책임을 지게 된다. 1979년 형법의 상표권침해범죄에 대한 보충규정은 중대한 개정을 했는데 상표위조범죄의 주체, 대상, 법정형을 개정한 외에 위조등록상표상품판매죄와 타인등록상표표지불법제조죄, 불법제조등록상표표지죄등 신죄명을 추가했다.

1997년 형법은 위의 ‘보충규정’ 내용을 흡수했다. 213조 내지 215조는 등록상표도용죄, 등록상표도용품판매죄와 등록상표 표지의 불법제조죄

또는 불법제조된 등록상표 표시 판매죄를 구분하여 규정하였다.

2001년 10월 27일 제9회 전국인민대회 상임위원회 회의에서 상표법을 개정하였는데 현행 형법 중 상표권침해범죄규정을 존속시키고, 상표법 제14조에서 유명상표에 대한 규정을 통해 이를 보호토록 하였다. 이러한 일련의 활동은 중국 상표권의 형사입법이 완성단계를 향해가고 있음을 나타내는 것이다.²³⁾

나. 한국의 상표권 침해범죄 형사입법 연혁

한국은 1949년 상표법을 제정하였으며, 1949년 상표법에 이미 형벌규정을 두고 있었다. 즉, 상표권침해행위와 허위수단을 이용해 상표권을 등록한 행위, 등록받지 않은 상표를 등록받은 것처럼 사칭한 행위 등에 대해 5년 이하의 징역 또는 2천원 이상 50만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다.

이후 상표법은 가장 최근 개정인 2009년 5월 개정까지 총 25차례의 개정을 해왔다. 특히 1990년에는 경제발전 및 국제교류의 확대를 고려 상표기능을 강화하고, 나아가 국제화의 필요성 증대에 따라 상표권보호를 강화하는 전문개정을 했다.²⁴⁾

현행상표법은 상표권침해죄에 대해 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 종래 5년 이하 징역 형이었던 것이 2001년 2월 3일에 7년 이하로 상향조정된 것이며, 또한 벌금형도 종래 2천만원 이하이던 것을 97년 8월 개정 시에 5천만원 이하로 상향되다가 다시 2001년 2월 3일에 1억원 이하로 징역형과 함께 상향조정되었다. 이처럼 상표권침해죄에 대한 형량을 상향조정하여 권리보호를 강화하였다.

23) 杜國強, 王明星, 전계서 참조.

24) 홍승희, 지적재산권 형벌법규 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006.12 pp.34-149

2. 상표권 형사보호 법규

가. 중국의 상표권 형사보호 법규

1) 등록상표 도용죄²⁵⁾(형법 제213조) :

상표권자의 허가를 받지 않고 동종의 상품에 등록상표와 동일한 상표를 사용하여 그 정도가 심각한 경우²⁶⁾, 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다. 정도가 특히 심각한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과 한다.

2) 등록상표 도용품 판매죄(형법 제214조) :

‘등록상표를 도용한’ 제품임을 명백히 알고 이를 판매하였고, 판매금액의 액수가 비교적 큰 경우, 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과하며, 판매금액의 액수가 대단히 큰 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과 한다.

25) 중국형법상 죄명은 혼선을 피하기 위해 한국 특허청발행의 해외지재권보호 가이드북(중국, 2005.6)을 따랐다.

26) 중국의 형법규정은 우리에게 익숙하지 않게 ‘정도가 심각한 경우’의 형태로 규정된 경우가 많다. 이런 경우 법의 명확성 원칙에 어긋나는 것으로 지적하는 경우도 많은데 중국에서는 이러한 문제점을 ‘사법해석’을 통해 해결하고 있다. 즉 위와 같은 내용에 대해 법원과 검찰에서 법규해석을 통해 구체적인 수위를 정해두고 있다. 지적재산권 범죄에 대해서 중국정부는 ‘최고인민법원과 최고인민검찰원의 지적재산권 침해 형사사건을 처리하는 데서의 구체적인 법률 적용 문제에 관한 해석’을 결정·공고하고 있다. 등록상표도용죄에 대해서는 동해석에서 불법영업액수 5만 위안, 위법소득액수 3만 위안 이상인 경우를 ‘심각한 경우’를 판단하는 기준으로 삼고 있다.

3) 등록상표 표지의 불법 제조죄 또는 불법 제조된 등록 상표 표지의 판매죄(형법 제215조):

타인의 등록상표 표지를 위조·무단제조하거나 또는 위조·무단 제조된 등록상표 표지를 판매하였고 그 정도가 엄중한 경우에는 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다. 정도가 특히 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과한다.

나. 한국의 상표권 형사보호 법규

1) 상표권 침해죄(상표법 제93조):

상표권 및 전용사용권의 침해행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

※ 상표권침해죄와 관련하여 제66조에서 상표권 또는 전용사용권을 침해하는 행위를 4가지로 규정하고 있다.

[제66조 (침해로 보는 행위) ①다음 각호의 1에 해당하는 행위는 상표권 (지리적 표시 단체표장권을 제외한다) 또는 전용사용권을 침해한 것으로 본다.

1. 타인의 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 타인의 등록상표와 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위
2. 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하거나 사용하게 할 목적으로 교부·판매·위조·모조 또는 소지하는 행위

3. 타인의 등록상표를 위조 또는 모조하거나 위조 또는 모조하게 할 목적으로 그 용구를 제작·교부·판매 또는 소지하는 행위
4. 타인의 등록상표 또는 이와 유사한 상표가 표시된 지정상품과 동일 또는 유사한 상품을 양도 또는 인도하기 위하여 소지하는 행위]

2) 위증죄(상표법 제94조):

- ① 이 법의 규정에 의하여 선서한 증인·감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술·감정 또는 통역을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

3) 허위표시의 죄(상표법 제95조) :

제91조의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

※ 허위표시행위에 대하여는 제91조에 3가지 내용을 규정하고 있다.

- (1) 등록을 하지 아니한 상표 또는 상표등록출원을 하지 아니한 상표를 등록상표 또는 등록출원상표인 것 같이 상품에 표시하는 행위
- (2) 등록을 하지 아니한 상표 또는 상표등록출원을 하지 아니한 상표를 등록상표 또는 등록출원상표인 것같이 영업용 광고·간판·포탈·상품의 포장 또는 기타 영업용 거래서류 등에 표시하는 행위
- (3) 지정상품외의 상품에 대하여 등록상표를 사용하는 경우에 그 상표에 상표등록 표시 또는 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위

4) 사위행위의 죄(상표법 제96조) :

사위 기타 부정한 행위로써 상표등록·지정상품의 추가등록·상표권의 존속기간 갱신등록·상품분류 전환등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 한·중 차이점 비교

가. 범죄행위

중국의 경우 등록상표 도용죄, 등록상표 도용품 판매죄, 등록상표 표시의 불법 제조죄 또는 불법 제조된 등록상표 표시 판매죄의 3가지 행위를 범죄로 규정하고 있다.

이에 비해 한국은 상표권 침해죄, 허위표시의 죄, 사위행위의 죄를 규정하고, 각 죄에 별도의 구체적인 행위태양을 규정하고 있다. 즉 상표권 침해죄는 동법 제66조에서 4개의 행위를 규정하고, 허위표시의 죄는 제91조에서 3가지의 행위를 따로 규정하였다.

범죄행위에 대한 규정에 있어 중국이 형법에서 간단히 규정하고 사법기관의 해석 등을 활용해 보충하는 방식을 취하고 있는 반면, 한국은 개별 지적재산권에 구체적으로 규정하는 방식을 택하고 있다.

나. 상표권 침해행위

(1) 중국의 등록상표도용죄는 상표권 침해행위로 상표권자의 허가 없이 ‘동종의 상품에 등록상표와 동일한 상표를 사용한’ 경우만을 규정하고 있는데 이는 한국의 상표법 제66조 ①의 1과 비교할 때 구성요건이 너무 제한적이다.²⁷⁾ 즉, 타인의 등록상표와 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위는 한국에서는 범죄가 되지만 중국의 형법을 따르면 죄가 되지 않는다.

한편 2004년 12월에 발표된 ‘최고인민법원, 최고인민검찰원의 지적재산권 침해 형사사건을 처리하는 데서의 구체적 법률 적용 문제에 관한 해석’은 제8조에서 “형법 제213조에서 규정한 ‘동일한 상표’란 도용

27) 王敏. 淺論知識產權刑事立法缺陷与完善[J]. 內江科技, 2006年第2期, p.40

된 등록상표와 완전히 동일하거나, 또는 도용된 등록상표와 시각적으로 기본적인 차이가 없어 일반 공중에 혼동을 일으키기에 충분한 상표를 가리킨다”고 규정하여 ‘동일한 상표’의 개념범위를 보다 확대하여 보호 영역을 넓혔다.

(2) 중국의 등록상표 도용품 판매죄는 ‘등록상표를 도용한’ 제품임을 명백히 알고 이를 판매한 행위를 범죄로 규정하고 있다. 이 규정은 한국 상표법상의 형사보호규정과 비교해볼 때 일치하는 것을 찾기 어렵다. 그러나 이 행위는 상표법 제66조 ①의 4에 규정한 침해행위로 처벌할 수 있을 것이다. 즉 판매는 양도나 인도에 포함되는 행위이고 이를 위해 소지할 수밖에 없으므로 침해행위에 포함된다. 즉 한국에서는 판매 이전에 소지 단계에서 이미 처벌규정을 두고 있는 것이다.

(3) 중국의 등록상표 표지의 불법 제조죄 또는 불법 제조된 등록상표 표지의 판매죄는 한국의 상표법 제66조 ①의 3에 규정된 내용과 유사하다. 단지 한국에서는 위조나 모조를 위한 용구의 제작, 교부, 판매 등까지도 범죄행위로 보고 있다.

(4) 그 외에 한국의 상표법은 등록되지 않은 것을 등록된 상표인 것처럼 가장하는 허위표시의 죄를 규정하고, 국가의 상표등록제도를 보호하는 사위행위의 죄도 규정하고 있다.

4. 개선사항

중국의 경우, 상표권과 관련한 범죄행위의 범위가 너무 좁게 규정되어 있다. 즉 상표권자의 권익이나 사회적 위해가능성을 고려할 때 처벌의 필요가 있는 여러 가지 행위들이 누락된 상태라고 할 수 있다. 이미 중국학계에서는 많은 논의가 진행 중인 것으로 알려져 있다. 따라서 중국은 이러한 상황을 고려하여 조기에 법개정을 통한 구체적인 법규를 신설하여 상표권 보호를 강화할 필요가 있다고 하겠다.

IV. 특허권 형사보호

1. 특허권 침해범죄의 형사입법 연혁

가. 중국의 특허권 침해범죄 형사입법 연혁

역사적으로 오랫동안 중국대륙은 특허권침해범죄를 중시하지 않았다. 1979년까지도 형법과 단행형법 중 특허권 침해범죄 관련 규정이 없었다. 그러다가 특허사칭죄 규정이 1984년 통과된 ‘중화인민공화국특허법’에 규정되었다. 이 법은 2차 수정 후에 제58조 규정에서 ‘타인특허를 사칭한 경우 민사책임을 지는 외에 특허관리부문이 책임지고 바로 잡아 이를 공고하고, 위법소득을 몰수하며 5만 위안 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하였으며, ‘범죄를 구성하는 경우 법에 의거 형사책임을 진다’고 규정하고 있다. 최고인민법원은 1985년 ‘특허심판진행업무에 관한 통지’ 중 (2) 특허범죄관련사건의 심판업무부분 제1조 제1항에 ‘타인특허를 사칭하여 죄질이 엄중한 경우 직접책임자에 대하여 형법 제127조 규정을 참작하여 타인특허사칭 행위를 처벌한다’고 규정하고 있다.

1997년 형법은 특허사칭죄를 직접 형법에 삽입하여 동법 제216조에 ‘타인특허를 사칭하여 죄질이 엄중한 경우 3년 이하의 징역이나 구류에 처하고, 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다’고 명확히 규정하였다. 동법의 주요 개정내용은 첫번째, 회사가 특허사칭죄를 구성할 수 있고, 이것에 대해 명확히 양벌규정을 두었고, 두번째, 1997년 형법36조에서 손해배상, 즉 범죄행위로 피해자에게 경제적 손실을 끼친 경우 범죄인에 대해 형사처벌 이외의 상황에 따라 손해배상을 명할 수 있음을 명확히

하였다. 당연히 1997년 형법은 특허권침해 방면에서 한걸음 진보하였지만 아직 미흡한 점이 많다. 예를 들어 제216조는 특허사칭행위를 너무 단순하게 규정해 특허사칭죄의 행위를 모호하게 했고, 그로인해 특허사칭행위에 대해 오해의 소지가 있게 하였다. 그밖에 타인특허의 불법적 시행이 특허사칭행위보다 사회적 위해가 크고 발생률이 높음에도 아쉽게 중국형법은 이를 범죄로 규정하지 않고 있다.²⁸⁾

나. 한국의 특허권 침해범죄 형사입법 연혁

한국의 특허법은 1961년 제정되었는데 이 법률에는 특허권 침해에 대하여 5년 이하의 징역이나 백만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고, 이를 조성한 물건이나 이로 인해 생성된 물건은 몰수하도록 규정하고 있다. 이후 2009년 현재까지 총 32차례 개정을 하였으며 1973년과 1990년에는 전문개정이 이루어졌다. 특허권 침해에 대한 처벌내용은 1997년에 5년 이하의 징역이나 5천만원이하의 벌금에 처하도록 개정하고, 2001년도에 현재와 같이 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였다.

그리고 위증죄의 경우 1961년 법률에는 6월 이상 5년 이하 징역에 처하도록 하였으나 2001년 개정을 통해 현재와 같은 5년 이하 징역 또는 1천만원 이하 벌금에 처하도록 규정하였다.

허위표시의 죄는 제227조에서 제228조로 조항은 바뀌었으나 내용은 변함 없이 3년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금에 처하도록 유지되고 있다.

사위행위의 죄는 1961년도에는 규정이 없다가 현재 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

특허청 직원 등이 직무상 지득한 특허관련 비밀을 누설한 경우

28) 杜國強, 王明星, 전계서 참조.

1961년도 법률에서 5년 이하의 징역이나 50만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였으나 이후 개정을 거쳐 2009년 현재는 5년 이하의 징역 또는 5000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였다.²⁹⁾

2. 특허권 형사보호 법규

가. 중국의 특허권 형사보호 법규

1) 타인의 특허 사칭죄(형법 제216조)

타인의 특허를 사칭하여 그 情狀이 엄중한 경우 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다.

한편 2004년 12월에 발표된 ‘최고인민법원, 최고인민검찰원의 지적재산권 침해 형사사건을 처리하는 데서의 구체적 법률 적용 문제에 관한 해석’은 전리 사칭행위를 다음과 같이 열거하고 있다.

[제10조 아래 열거된 행위 중 하나를 행한 경우에는 형법 제216조 규정의 ‘타인의 특허를 사칭한’ 행위에 해당 한다:

1. 허가를 받지 않고, 자신이 제조 혹은 판매하는 제품, 제품 포장에 타인의 전리번호를 표기하는 행위;
2. 허가를 받지 않고, 광고 혹은 기타 선전물에 타인의 전리번호를 사용함으로써 사람들로 하여금 해당 기술이 타인의 특허 기술인 것처럼 오인하게 하는 행위;
3. 허가를 받지 않고, 계약상 타인의 전리번호를 사용함으로써 사람들로 하여금 해당 기술이 타인의 특허기술인 것처럼 오인하게 하는 행위

29) 윤선희, 전제서와 www.lawmb.com 연혁법령 참조.

4. 타인의 특허증명서, 특허 서류 혹은 특허 신청서류를 위조 또는 변조하는 행위]

나. 한국의 특허권 형사보호 법규

1) 특허권 침해죄(특허법 제225조)

특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

특허권의 침해는 직접침해와 간접침해 모두를 포함하는데 직접침해란 특허권자 이외의 자가 정당한 권한 없이 특허발명을 업으로서 실시하는 행위를 말하고, 간접침해는 동법 제127조에서 2가지 행위를 규정하고 있다.

[제127조 (침해로 보는 행위) 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.

1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위
2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위]

2) 허위표시죄(특허법 제228조)

제224조의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

[제224조 (허위표시의 금지) 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 특허된 것이 아닌 물건, 특허출원중이 아닌 물건, 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원중이 아닌 방법에 의하여 생산한 물건 또는 그 물건의 용기나 포장에 특허표시 또는 특허출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위
2. 제1호의 표시를 한 것을 양도·대여 또는 전시하는 행위
3. 제1호의 물건을 생산·사용·양도 또는 대여하기 위하여 광고·간판 또는 표찰에 그 물건이 특허나 특허출원된 것 또는 특허된 방법이나 특허출원중인 방법에 의하여 생산한 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위
4. 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원중이 아닌 방법을 사용·양도 또는 대여하기 위하여 광고·간판 또는 표찰에 그 방법이 특허 또는 특허출원된 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위]

3) 사위행위의 죄(특허법 제229조)

사위 기타 부정한 행위로써 특허, 특허권의 존속기간의 연장등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

4) 비밀누설죄(제226조)

특허청 직원·특허심판원 직원 또는 그 직에 있었던 자가 그 직무상 지득한 특허출원 중의 발명(국제출원 중의 발명을 포함한다)에 관하여 비밀을 누설하거나 도용한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 한·중 차이점 비교

중국 형법은 특허사칭죄 만을 규정하고 있다. 즉, 타인의 특허를

자신의 특허인양 사칭하는 경우만이 범죄로 규정되어 있다. 따라서 타인의 특허를 모방하여 특허권을 침해하는 행위나 특허가 없으면서 있는 것처럼 하는 허위표시행위는 범죄로 규정하고 있지 않다.

한국의 특허법은 특허권 침해죄, 허위표시죄를 규정하여 위 두 가지 행위를 모두 범죄행위로 규정하였고, 사위행위죄를 규정하여 국가의 특허관리제도를 해하는 행위를 범죄로 규정하고 있다.

또한 비밀누설죄를 규정하여 발명에 관한 사실의 누설을 방지함으로써 특허권자의 권익을 보호하고 있다.

4. 개선사항

중국 형법은 특허권침해행위 즉, 타인의 특허를 모방하여 특허권을 침해하는 행위와 특허가 없으면서 있는 것처럼 하는 허위표시행위가 범죄로 규정되어 있지 않다. 하지만 이 두 가지 행위의 사회적 위해성은 특허사칭죄 못지않음을 고려할 때 범죄로 규정되어야 할 것이다. 또한 허위표시와 사위행위의 죄도 규정되는 것이 온전한 특허권 보호를 위해 바람직할 것으로 판단된다.³⁰⁾

한국의 특허법은 양벌규정을 통해 행위자를 벌하는 이외에 그 법인에 대하여도 각조의 벌금을 과하도록 하고 있다. 그러나 현행규정의 액수로는 개인에게 경제적 타격을 가할 수 있지만 조직적으로 개입한 법인에게는 제재와 예방의 효과를 거두기 어려운 수준이고 법인에 의한 침해가 행해지는 경우 특허권자의 피해가 치명적일 수 있으므로 법인에 대한 제재를 강화할 필요가 있다.³¹⁾

이와 관련하여 일본의 경우는 이미 1990년대에 법인에 대한 처벌을 개인과 차별화하여 처벌함으로써 법적 처벌 및 예방의 효과를 높이고 있다.

30) 榮曉紅. 完善我國知識產權刑法保護的构想[J]. 時代法學 200, 年第4期, pp.1-12.

31) 이정재, 특허권 침해에 대한 보호강화 방안의 연구, 2002, pp.95-97.

V. 저작권 형사보호

1. 저작권 침해범죄의 형사입법 연혁

가. 중국의 저작권 침해범죄 형사입법 연혁

중화인민공화국성립 후 중국정부는 비록 일련의 저작권보호법규를 계속 반포했지만 저작권침해행위를 형벌수단을 이용해 규제하는 움직임은 없었다. 1979년 형법도 저작권 침해범죄 규정이 없다. 1986년 3월부터 1989년 12월의 몇 개 저작권법 초안에는 모두 형사처벌 규정이 있는데 저작권침해에 대해 情狀이 엄중한 경우 형사책임을 지도록 규정하고 있다. 하지만 1990년 6월 이후의 저작권법 수정안과 1990년 9월 반포한 ‘중화인민공화국저작권법’에서는 형사책임 관련규정을 다시 삭제하였다.

20세기 들어 80년대 이래로 날로 심각해지는 해적출판행위에 직면하자 중국은 심각한 저작권침해행위에 대해 투기거래죄를 적용해 처리하였다. 하지만 저작권침해행위를 투기거래죄로 처리하는 것은 형사절차 상 범죄를 정확히 규정하기 어려울 뿐 아니라 당시 날로 심각해지는 저작권 침해행위를 적절하게 억제할 수가 없었다. 그래서 1994년 7.5일 정식으로 ‘저작권침해범죄규제에 관한 결정’을 통과시킴으로써 중국저작권 형사보호 입법의 부족을 보충하였다.

이 법률을 더욱 잘 적용하기 위해 최고인민법원은 1995년 1월 16일 다시 ‘전국인민대표대회 상무위원회의 저작권 침해범죄 규제에 관한 결정-약간문제의 해석’을 도출하고, 사법실천부문이 정확히 저작권침해안건을 처리하도록 지도하였다. 1997년 형법도 ‘지적재산권범죄’를 전문적

으로 규정하였다. 그중 저작권침해범죄의 규정은 ‘저작권침해범죄의 규제에 관한 결정’의 주요내용을 흡수하여 저작권침해범죄에 관하여 2개 조항 즉 제217조와 제218조를 통해 규정하였다.

최고인민법원의 유관사법해석에 근거해 제217조와 제218조의 죄명은 저작권 침해죄와 침해복제품 판매죄로 구별한다.

그밖에 2001년 통과된 ‘중화인민공화국저작권법수정에관한결정’에서 저작권법은 중요한 수정을 거쳤다. 수정후의 저작권법은 새로이 저작권침해범죄의 형사책임조항을 신설하였다. 비록 이 조항이 형법과 결합해야 비로소 저작권침해행위에 대해 양형이 정해지긴 하지만 이런 종류의 수정은 의심할 바 없이 중국에서 저작권보호가 강화됨을 의미한다.³²⁾

나. 한국의 저작권 침해범죄 형사입법 연혁

한국에서는 1957년 1월 28일 저작권법이 최초로 공포되었다. 이 법 제69조에서는 저작인격권을 침해하여 저작권자의 명예를 훼손시킨 자는 6월 이하의 징역 10만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 저작권을 침해하여 출판 또는 공연한 자에 대하여 1년 이하의 징역에 처하도록 규정하여 일찍이 형사보호를 시행하기 시작했다. 이후 1986년 12월에 한 차례의 전문개정이 있는 후, 19차례 개정이 있어왔다. 1994년 저작권 및 저작권법을 침해한 물건을 그 정을 알고 배포목적으로 소지한 경우 침해행위로 보며, 벌금액을 상향조정하였다. 형사책임은 2000년대 들어와서 대폭 강화되었는데, 첫째는 법정형의 상향이고 둘째는 적용범위가 확대된 것이다. 2000년 1월 12일 개정에서 저작재산권에 대한 침해죄에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원의 벌금으로 규정되어 있던 것을 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 처벌수위를 높이고 2003년에는

32) 杜國強, 王明星, 전게서 참조.

영리목적 또는 상습적으로 저작권을 침해하는 경우 친고죄 적용을 배제시키는 등 저작권 보호를 점차 확대, 강화해왔다.³³⁾

2. 저작권 형사보호 법규

가. 중국의 저작권 형사보호 법규

1) 저작권침해죄(형법 제217조)

영리를 목적으로 이하에 열거한 저작권 침해행위를 범하고 그 위법 소득의 액수가 비교적 크거나 기타 정도가 엄중하면 죄를 구성한다. 이 경우에는 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 또는 벌금만을 부과한다. 또한 위법 소득이 대단히 크거나 기타 정도가 특히 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과 한다.

- (一) 저작권자의 허가를 받지 아니하고 저작권자의 문학작품, 음악, 영화, 텔레비전 작품, 비디오 작품, 컴퓨터 소프트웨어 및 기타 작품을 복제 발행하는 행위
- (二) 타인이 출판권을 향유하는 도서를 출판하는 행위
- (三) 오디오, 비디오 작품 제작자의 허가를 받지 아니하고 그가 제작한 오디오, 비디오 작품을 복제 발행하는 행위
- (四) 타인의 서명을 사칭한 미술작품을 제작, 판매하는 행위

2) 침해복제품 판매죄(형법 제218조)

위 형법 제217조가 규정하는 침해복제품임을 명백히 알고 이를 영리 목적으로 판매하였고, 그 위법 소득이 대단히 큰 경우에는 죄가 된

33) 윤선희, 전게서, www.lawnb.com 연혁법령 참조.

다. 이 경우에는 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다.

나. 한국의 저작권 형사보호 법규

1) 저작재산권 침해죄 (저작권법 제136조 제1항)

① 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리를 복제·공연·공중송신³⁴⁾·전시·배포·대여·2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

※ 저작재산권에 대해서는 동법 제4절 제1관 16조 내지 22조에 규정 제4조 (저작물의 예시 등) ①이 법에서 말하는 저작물을 예시하면 다음과 같다.

1. 소설·시·논문·강연·연설·각본 그 밖의 어문저작물
2. 음악저작물
3. 연극 및 무용·무언극 그 밖의 연극저작물
4. 회화·서예·조각·판화·공예·응용미술저작물 그 밖의 미술저작물
5. 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물
6. 사진저작물(이와 유사한 방법으로 제작된 것을 포함한다)
7. 영상저작물
8. 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물
9. 컴퓨터프로그램저작물

[제124조 (침해로 보는 행위) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.

34) 공중송신이란 “저작물 등을 공중이 수신하거나 접근하게할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것”을 말한다(저작권법 제2조 7호)

1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위
 2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위
 3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위
- ②정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.
- ③저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알거나 과실로 알지 못하고 정당한 권리 없이 하는 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. 다만, 기술적으로 불가피하거나 저작물등의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 전자적 형태의 권리관리정보를 고의로 제거·변경 또는 허위 부가하는 행위
 2. 전자적 형태의 권리관리정보가 제거·변경되거나 또는 허위로 부가된 사실을 알고 당해 저작물등의 원본이나 그 복제물을 배포·공연 또는 공중송신하거나 배포의 목적으로 수입하는 행위
- ④저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 본다.]

2) 저작인격권 침해(제136조 제2항)

②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

1. 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해하여 저작자 또는 실연자의 명예를 훼손한 자
2. 제53조(저작권의 등록) 및 제54조(권리변동 등의 등록)의 규정에 따른 등록을 거짓으로 한 자
3. 제93조의 규정에 따라 보호되는 데이터베이스제작자의 권리를 복제·배포·방송 또는 전송의 방법으로 침해한 자

[제93조 (데이터베이스제작자의 권리) ①데이터베이스제작자는 그의 데이터베이스의 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송(이하 이 조에서 “복제등”이라 한다)할 권리를 가진다.

②데이터베이스의 개별 소재는 제1항의 규정에 따른 당해 데이터베이스의 상당한 부분으로 간주되지 아니한다. 다만, 데이터베이스의 개별 소재 또는 그 상당한 부분에 이르지 못하는 부분의 복제 등이라 하더라도 반복적이거나 특정한 목적을 위하여 체계적으로 함으로써 당해 데이터베이스의 통상적인 이용과 충돌하거나 데이터베이스제작자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 당해 데이터베이스의 상당한 부분의 복제 등으로 본다.

③이 장에 따른 보호는 데이터베이스의 구성부분이 되는 소재의 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 영향을 미치지 아니한다.

④이 장에 따른 보호는 데이터베이스의 구성부분이 되는 소재 그 자체에 는 미치지 아니한다.]

4. 제124조제1항의 규정에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자
5. 업으로 또는 영리를 목적으로 제124조제2항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자

6. 업으로 또는 영리를 목적으로 제124조제3항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자. 다만, 과실로 저작권 또는 이 법에 따라 보호되는 권리 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알지 못한 자를 제외한다.

3) 부정발행등의 죄(제137조)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. [개정 2009.4.22] [[시행일 2009.7.23]]

1. 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자
2. 실연자 아닌 자를 실연자로 하여 실명·이명을 표시하여 실연을 공연 또는 공중송신하거나 복제물을 배포한 자
3. 제14조제2항의 규정을 위반한 자
4. 제105조제1항의 규정에 따른 허가를 받지 아니하고 저작권신탁관리업을 한 자
5. 제124조제4항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자
6. 자신에게 정당한 권리가 없음을 알면서 고의로 제103조제1항 또는 제3항의 규정에 따른 복제·전송의 중단 또는 재개요구를 하여 온라인서비스제공자의 업무를 방해한 자
7. 제55조의2(제63조제3항, 제90조, 제98조 및 제101조의6제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반한 자

4) 출처명시위반죄(제138조)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제35조제4항의 규정을 위반한 자
[제35조 (미술저작물등의 전시 또는 복제)
④위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위

탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다]

2. 제37조(제87조 및 제94조의 규정에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 출처를 명시하지 아니한 자

[제37조 (출처의 명시)]

- ① 이 관의 규정에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조·제29조 내지 제32조 및 제34조의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.]

3. 제58조제3항의 규정을 위반하여 복제권자의 표지를 하지 아니한 자

[제58조 (출판권자의 의무)]

- ③ 출판권자는 특약이 없는 때에는 각 출판물에 대통령령이 정하는 바에 따라 복제권자의 표지를 하여야 한다.]

4. 제59조제2항의 규정을 위반한 자

[제59조 (저작물의 수정증감)]

- ② 출판권자는 출판권의 목적인 저작물을 다시 출판하고자 하는 경우에 특약이 없는 때에는 그때마다 미리 저작자에게 그 사실을 알려야 한다.]

5. 제105조제1항의 규정에 따른 신고를 하지 아니하고 저작권대리중개업을 하거나, 제109조제2항의 규정에 따른 영업의 폐쇄명령을 받고 계속 그 영업을 한 자

[제105조 (저작권위탁관리업의 허가 등)]

- ① 저작권신탁관리업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화관광부장관의 허가를 받아야 하며, 저작권대리중개업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화관광부장관에게 신고하여야 한다.]

3. 한·중 차이점 비교

1. 저작권 침해행위 성립에 중국은 ‘영리목적’을 필요로 한다. 영리 목적이 없는 행위는 범죄로 보지 않고 있다. 이에 반해 한국은 영리 목적이 없어도 침해행위 만으로 범죄가 성립한다.
2. 침해행위태양에 있어 한국이 공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적 저작물 작성의 방법 등을 포함하고 있는 반면, 중국은 이들 행위를 규정하지 않고 있고 복제, 발행, 출판, 제작, 판매 등 행위에 제한되어 있다.
3. 중국 형법은 “타인의 서명을 사칭한 미술작품을 제작, 판매” 하는 것을 범죄로 규정하였지만, 타인의 서명을 사칭한 기타 작품을 제작하는 것은 저작권 침해죄로 규정하지 않았다. 즉, 문학작품, 시청각 작품, 컴퓨터프로그램 등에 타인의 서명을 사칭하여 제작, 발행하는 행위는 제외되어 있다. 이에 대해 한국의 저작권법은 제136조 제2항 1호에서 “저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해하여 저작자 또는 실연자의 명예를 훼손한 자”를 규정하고 위 타인의 서명사칭행위가 이에 해당하는 행위로 저작인격권을 침해한 것으로 보고 있고³⁵⁾, 미술품에 제한하지 않고 문학작품, 시청각작품, 컴퓨터 프로그램 등을 포함하고 있다.

4. 개선 사항

가. 중국

- 1) 저작권 침해범죄에 ‘영리목적’을 규정할 경우 영리목적 없이 인

35) 대법원 2000.4.21 선고. 97후884 판결.

터넷을 통해 무차별 배포하는 등의 행위는 권리침해를 넘어서 사회적으로 심각한 행위임에도 처벌하지 못하게 된다. 따라서 저작권자의 이익을 효율적으로 보호하기 위해서는 ‘영리목적’의 주관적 요건은 제거되어야 할 것이다.

- 2) 침해행위의 태양도 인터넷, 공중과 방송의 발달 등을 감안할 때 공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적 저작물 작성의 방법 등 여러 가지 가능한 형태를 포괄하는 것이 필요하다.
- 3) 타인의 서명을 사칭한 경우, 당연히 문학작품, 시청각작품, 컴퓨터 프로그램도 보호대상으로 규정되어야 할 것이다.

나. 한국

- 저작권법상 방송과 전송개념의 구분

한국의 저작권법은 방송³⁶⁾과 전송³⁷⁾의 개념을 동시성 여부로 구분하고 있다. 따라서 규정에 따르면 신기술에 의해 방송과 통신이 융합되었다고 할 수 있는 인터넷방송이나 IPTV는 방송이 갖는 대중매체적 특징과 공익성을 갖고 있음에도 불구하고 방송이 아닌 전송의 범주에 포함된다고 볼 수밖에 없다. 이것은 대단히 중요한 의미를 갖는다. 즉, 저작권법은 방송사업자의 대중매체로서의 중요성과 공공적 기능을 고려하여 법정이용허락 등 몇 가지 중요한 권리를 인정하고 있는데, 만일 같은 행위를 인터넷방송사업자나 IPTV에서 했을 경우는 저작권 침해에 해당하는 결과가 나올 수 있는 것이다. 이는 신기술에 의한 방송과 통신의 융합발전을 저해하고 법이 기술의 발전을 저지하는 결과를 초래할 것이다.

36) 방송이란 "공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음, 영상을 송신하는 것"을 말한다.(저작권법 제2조 8)

37) 전송이란 "공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다(저작권법 제2조 10)

따라서 기술변화의 반영과 지속적인 기술발전을 위해 방송과 전송개념의 재정립이 요구된다.³⁸⁾

VI. 영업비밀 형사보호

1. 영업비밀 침해범죄 형사입법 연혁

가. 중국의 영업비밀 침해범죄 형사입법 연혁

중국 영업비밀보호의 출발은 비교적 늦다. 그리고 과거에는 주로 민사법률을 통해 보호했다. 이를테면 1986년 반포한 ‘중화인민공화국민법통칙’, 1987년 반포한 ‘기술계약법’에는 모두 영업비밀에 관한 규정이 있다. 1992년 중·미양국이 서명한 ‘지적재산권보호에 관한 중·미 양해각서’도 있다. 1993년 9월2일 반포한 ‘중화인민공화국 부정경쟁방지법’은 중국영업비밀 입법에 있어 하나의 이정표라 할 수 있다. 이법은 영업비밀에 대해 상세하고 빠짐없는 정의를 도출하고 영업비밀침해에 따른 책임을 규정하였다. 하지만 민사책임과 행정책임에 한정하고, 형사책임 규정은 없다.

영업비밀보호에 관해 1979년 형법에는 형사보호규정이 없기 때문에 법시행 중 행위자에게 국가 혹은 민간기업 영업비밀 누설의 情狀이 엄중한 행위는 통상 형법 제186조 국가기밀누설죄로 처벌하였다.

1988년 반포한 ‘국가기밀누설범죄처벌에 관한 보충규정’은 국경밖의 기구, 조직, 인원절취, 매수, 국가기밀불법제공의 행위에 대해 상응하는 형사책임을 규정하였다. 1992년 12월 11일 최고인민법원, 최고

38) 정진근, 전계논문 참조.

인민검찰원이 발표한 ‘절도사건처리에 관한 구체적 법률응용의 약간문제의 해석’ 중 1조 4항은 ‘절도한 회사재무, 즉 유형재산은 전력, 도시가스, 천연가스, 중요기술성과 등 무형재물을 포함한다.’ 고 규정하고 있는데 영업비밀도 중요기술성과의 예에 속한다. 1994년 6월 17일 최고인민검찰원, 국가과학기술위원회가 반포한 ‘과학활동 중 경제범죄사건처리에 관한 의견’의 제5조 규정은 ‘불법기술비밀절도에 대해 情狀이 엄중한 경우 절도죄로 형사책임을 묻는다’ 고 규정하였고, 1994년 9월 29일 최고인민법원은 ‘지적재산권사법보호강화에 관한 통지’에서 중요기술성과물 절도에 대해 마땅히 절도죄로 형사책임을 묻는다는 것을 명확히 규정하고 있다.

이상의 규정들은 당시 영업비밀 침해관련 범죄 예방과 제지에 기여해 권리를 보호하고, 공평경쟁의 시장질서 보호에 어느 정도 중요한 작용을 하였다. 하지만 영업비밀침해행위에 대한 명확한 처벌규정이 없는 상황에서 이는 편의적 방편이었을 뿐이고, 실무상 문제의 발생은 불가피했다. 따라서 이러한 문제점을 고려하여 1997년 형법은 제219조에 영업비밀침해죄를 명시하였는데 이것은 영업비밀침해행위처벌의 수위를 높여 사회주의 시장의 공평경쟁질서를 보호하고 영업비밀권리자의 합법권익을 보호한다는데 중요 의의가 있다.³⁹⁾

나. 한국의 영업비밀 침해행위 형사입법 연혁

한국의 영업비밀 침해관련 형사보호규정은 ‘부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률’에 규정되어 있다. 이 법은 1961년 ‘부정경쟁방지법’으로 제정되었고, 당시에는 영업비밀에 관한 규정이 없었다. 그러나 기술수준이 향상되고 국제교류가 증대됨에 따라, 핵심기술유출 등의 영업비밀침해가 우려됨에 따라 1991년 개정을 통해 제18조 1항 3호에 영업비밀

39) 杜國強, 王明星, 전계서 참조.

침해누설죄를 규정하였고, 이후 관련규정의 보완 등을 통해 1998년 12월 31일 “부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 ‘로 법명변경과 함께 개정되었다.[제18조 1항 3호:①다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

3.기업의 임원 또는 직원으로서 부정한 이익을 얻거나 그 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 특유한 생산기술에 관한 영업비밀을 제3자에게 누설한 자]

한편 이때의 법률상으로는 영업비밀침해의 처벌대상은 해당 기업의 전·현직 임직원으로 제한되어 행위자는 신분범이었다. 그러나 2004년 1월 법률개정으로 행위자를 모든 위반자로 하여 처벌대상을 전면 확대하였다. 그 외에도 보호대상이 되는 영업비밀을 기술상의 영업비밀로 한정 하였던 것을 경영상의 영업비밀도 추가함으로써 모든 영업비밀을 보호의 대상으로 하고 있다. 또한 벌금도 상향하였는데 개정 전 1억원 이하 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 했던 것을 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 상향하였다.

그 밖에도 영업비밀침해죄는 친고죄로 고소가 있어야 공소를 제기 할 수 있었는데 2004년 개정 이후 비친고죄로 바뀌었다.⁴⁰⁾

2. 영업비밀 형사보호 법규

가. 중국의 영업비밀 형사보호 법규

영업비밀침해죄(형법 제219조)

아래 열거한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 권리인에게 중대한 손실을 끼친 경우 죄가 된다. 이 경우 3년 이하의 유기징역 혹은 구금에

40) 윤선희, 전제서와 www.lawmb.com 연혁법령 참조.

처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다. 특별히 엄중한 결과를 초래한 경우는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과한다.

- (一) 절도, 재물유혹, 협박 혹은 기타 부당한 수단으로 권리인의 영업 비밀을 획득하는 행위
- (二) 전항의 수단으로 획득한 권리인의 영업비밀을 유출, 사용 혹은 타인이 사용하도록 허락하는 행위
- (三) 약정을 위반하거나 권리인의 영업비밀 준수 요구를 위반하여 그 보유한 영업비밀을 유출, 사용 혹은 타인이 사용토록 허용하는 행위 이상의 행위들을 명확히 알거나 당연히 알고 있어야 함에도(알지 못한 과실로) 타인의 영업비밀을 획득, 사용하거나 유출하는 행위는 영업 비밀 침해로서 논한다.

본 조의 소위 ‘영업비밀’이란 공중이 알지 못하고 권리인에게 경제적 이익을 가져올 수 있으며, 실용성을 갖고 있는 것으로 권리인이 비밀조치를 한 기술정보와 경영정보를 말한다.

본 조의 소위 ‘권리인’이란 영업비밀의 소유자와 영업비밀 소유자의 허가를 통해 영업비밀을 사용하는 자를 말한다.

나. 한국의 영업비밀 형사보호 법규

영업비밀침해죄(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제18조)

- ① 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서 제3자에게 누설한 자는 10년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.
- ② 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

[(동법 제2조 3호) “영업비밀 침해행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

- 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
- 나. 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
- 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]

3. 한·중 차이점 비교

한국은 ‘부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적’이 요구된다. 즉, 영업비밀 침해행위 모두가 범죄가 되는 것이 아니고 위의 목적이 있는 경우에만 범죄로 된다. 과실범은 범죄에서 제외되어 있다.

중국은 주관적 범죄성립요건으로 부정한 이익이나 기업에 손해를 가할 목적 등을 요하지 않는다. 더 나아가 고의범과 과실범을 모두 범죄로 보고, 과실범에 대해 고의범의 처벌내용을 그대로 적용하도록 규정하고 있다.

4. 개선 사항

1. 영업비밀에 대한 양국의 태도는 특허나 상표권 등에서 나타난 것과 상반된다. 다시 말해 특허권이나 상표권을 보호함에 있어서는 중국에서 범죄로 성립되지 않는 행위가 한국에서 범죄로 성립되는 경우가 많았으나 영업비밀에 대해서는 상반된 태도를 보이고 있다. 중국에서 범죄로 규정한 행위가 한국에서 범죄로 되지 않는 것이다. 즉, 한국에서는 ‘부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적’이 있는 경우에만 범죄가 성립한다."

한국의 법규가 영업비밀 침해에 대해 ‘부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적’을 요구하고, 그 목적이 있을 때만을 처벌대상을 삼는 것은 영업비밀 보호에 미흡한 점이 있다고 느껴진다. 주관요소인 두 가지 목적에 대해 명확한 증거를 찾기 어렵거나 입증이 곤란한 경우가 얼마든지 발생할 수 있고, 부정한 수단을 통해 영업비밀을 취득하거나 유출하더라도 위 두 가지 목적이 없다고 해서 처벌대상에서 제외시킨다는 것은 영업비밀 보호 관점에서 부족함이 느껴지므로 검토의 필요성이 있다고 보여 진다.

2. 한국의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률은 외국에서의 영업비밀침해행위에 대해 7년 이하 징역 또는 재산상 이익의 2-10배에 상당하는 벌금, 국내에서의 영업비밀침해행위는 5년 이하 징역 또는 재산상 이익의 2-10배에 상당하는 벌금으로 규정하여 처벌수위를 대폭 강화하였다. 그러나 이는 지나치게 처벌수위를 높여 다른 유사법익침해에 대

한 법정형과 비교할 때 형평성문제가 제기될 수 있는 만큼 비례원칙에 맞게 조정할 필요가 있다.

3. 외국유출 목적의 영업비밀 취득행위를 기수범으로 처벌할 필요가 있다. 이는 외국에 유출된 후에 처벌은 진정한 지적재산권 형사보호의 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 따라서 해외유출을 목적으로 영업비밀을 취득한 경우를 기수범으로 처벌하는 것을 적극 검토할 필요가 있다.⁴¹⁾

4. 중국의 경우, 고의범과 과실범의 주관적인 악질성, 사회위해성은 차이가 있음에도 동일한 법정형을 규정한 것은 형평의 문제가 있으므로 수정을 검토할 필요가 있다.⁴²⁾

Ⅶ. 입법적 대책

1. 중국의 지적재산권 형사보호에 대한 개선

- 한국과의 기본적 차이점을 중심으로 검토

가. 집중형 입법체제

중국이 채택하고 있는 집중형체제, 즉 지적재산권 침해범죄를 모두 형법에 규정하고 있는 방식은 강력한 지적재산권 보호의식을 보여주고, 형식상의 체계화를 구현하여 범죄억제력을 강화하는데 유리하다는 장점을 갖고 있지만, 다른 한편으로는 1997년 형법에 지적재산권 범죄를 규

41) 최병문. 영업비밀침해의 형사처벌, 비교형사법연구. 2006. pp.564-565

42) 장봉문. 중국의 지적재산권 보호와 발전방안 2006. pp32-47.

정한 이후 개정이 없다는 사실이 말해주듯이 법률수정이 적시에 이루어지지 않는 결과를 초래하여 특히나 변화무쌍한 지적재산권 범죄의 발전과 변화에 맞춰 즉각 반응할 수 없다는 큰 단점을 갖고 있다. 따라서 개별 지적재산권에 형벌규정을 두어 탄력적으로 대응할 수 있는 분산형 입법 체제를 검토할 필요가 있다고 하겠다.⁴³⁾

나. 지적재산권 형사보호 규정의 증설

중국형법은 지적재산권범죄에 대해 7개의 죄명을 규정하고 있는데 이는 지적재산권의 객체범위가 무단히 넓어지고 인터넷 관련 지적재산권이 끊임없이 발전하는 현대사회에서 지적재산권 보호수요에 부합하지 못한다고 판단된다. 따라서 지적재산권 관련 가능한 범죄유형을 구체적으로 분류하고 이에 대해 보다 세밀하게 규정하여 죄명을 증설하는 것이 합당하다고 생각된다. 위에서 각 지적재산권 항목마다 기술된 개선사항은 그에 대한 참고가 될 수 있을 것이다. 또한 지적재산권 범죄의 객체에 있어서도 상표권, 특허권, 저작권과 영업비밀 등 4가지 유형에 한정되고 있으나 식물신품종에 대한 권리, 집적회로 배치도 설계권 등에 대한 권리 침해행위를 범죄행위로 추가 규정하여 형사보호의 범위를 확대·강화할 필요가 있을 것이다.⁴⁴⁾

다. 지적재산권범죄에 대한 형벌구조의 수정

현재 중국의 지적재산권 범죄에 대한 형벌은 자유형을 주로하고 벌금형을 보충적으로 운용하며 몰수형은 규정하지 않고 있다. 이는 지적재산권

43) 장봉문. 전제논문 참조

44) 趙輝. 論在TRIPS協議下我國知識產權法律制度的完善[J]. 河南商業高等專科學校學報, 2006年第2期, pp.92-95 참조

범죄에 미치는 형법의 제재력을 약화시켜 나날이 심각해지는 지적재산권 범죄의 통제를 어렵게 만들고 있다. 따라서 선진각국이 채택 시행하고 있는 방식, 즉 자유형과 벌금을 함께 규정하고 실제 적용에 있어서는 법정범임을 감안하여 자유형은 필요최소한도에 그치고, 벌금형을 위주로 하고, 몰수규정을 적용하여 지적재산권 범죄에 대하여 실효성 있는 대응력을 갖추어야 할 것이다.⁴⁵⁾

라. 범죄행위 규정에 있어 명확성 보완

현재 중국은 지적재산권 침해범죄를 규정함에 있어 ‘정상(情狀)이 엄중’ 하거나 ‘위법소득액이 크다’ 는 요건을 규정하고 있는데 이는 범규정에 있어 명확성의 원칙을 벗어난 것으로 입법기관은 사법기관의 해석에 의존하게 되고 범죄자의 기본적인 형사권익보호에 심각한 지장을 초래할 수 있다. 따라서 형법규정에 범죄성립의 요건을 보다 명확히 규정할 것이 요구된다.

2. 한국의 지적재산권 형사보호에 대한 개선

한국의 법제는 향후 중국 입법의 지향점이 될 수 있다. 그리고 한국 역시 아직까지 지적재산권 관련 형사보호 입법은 발전해가는 단계라고 할 수 있으므로 중국과 같은 맥락에서 개선점을 논하고자 한다.

가. 친고죄 규정의 개선

한국은 상표권 침해범죄를 제외한 특허권, 저작권 관련 범죄를 친고죄로 규정하고 있다. 이에 대해 지적재산권범죄가 민사적 색채를 띤

45) 장봉문. 전제논문 참조

법정범적 요소가 많고, 또 개인적 권리와 결부된 것이라는 등의 이유로 친고죄규정을 지지하는 의견들이 있다. 그러나 오늘날 ① 지적재산권 침해행위가 다중적으로 이루어져 개별적 고소가 어려운 경우가 많고, 외국에서 침해가 이루어지는 경우 권리침해 내용조차 확인하는 것이 수월치 않으며, 지적재산권 자체가 상당히 경쟁적 요소를 포함하고 있어 쉽게 침해될 수 있으므로 국가가 정책적 차원에서 이를 보호해줄 책임이 있으며, ② 수사 및 재판과정이 고소권자의 의사에 좌우되는 폐단이 있고, 특히 눈에 띄는 불법행위에 대하여 고소가 없어 단속에 임하기 어렵고, 특허권, 저작권 등이 갈수록 공익적 성격이 강해져 간다는 점 등을 비추어볼 때 친고죄 규정 폐지를 적극적으로 검토할 필요가 있다고 하겠다.

나. 법인에 대한 처벌강화

법인에 의한 침해가 행해지는 경우 지적재산권자의 피해는 치명적일 수 있다. 그리고 법인의 재정능력은 개인보다 월등하다고 할 수 있다. 현행 한국의 지적재산권 침해범죄 관련 규정은 양벌규정을 통해 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대해서도 벌금을 과하도록 하고 있다. 그러나 개인과 법인의 처벌을 동일하게 규정하고 있는 법규들이 있다.

위해가능성이 크다는 점과 개인보다 규모가 크고 재정적 능력이 탁월한 법인에 대해서는 벌금액수도 그만큼 많아야 법률에 의한 처벌효과를 가질 수 있다는 점에서 볼 때, 개인과 법인의 처벌을 같이 규정한 저작권법이나 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률의 양벌규정은 양자의 처벌을 분리하여 법인의 벌금상한을 보다 큰 액수로 조정할 필요가 있다고 본다.⁴⁶⁾

46) 홍승환, 지적재산권의 권리침해와 보호제도에 관한 연구, 2006.2 pp.53-75

다. 저작권법상 방송과 전송개념 재정립

앞서 설명한 대로 한국의 저작권법은 인터넷방송이나 IPTV등 신기술에 의해 방송과 통신이 융합되어 방송이 갖는 대중매체적 특징과 공익성을 갖고 있는 경우에도 전송으로 보아 방송사업자가 누리는 권리를 향유하지 못하게 함으로써 기술의 발전에 따른 시대적 요구에 부응하지 못하고 있다. 따라서 이러한 기술발전을 반영하고 지속적인 발전을 촉진할 수 있도록 방송과 전송의 명확한 개념정립을 할 필요가 있다.

라. 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 처벌수위 조정 등

앞서 논한대로 동법은 개정을 통해 영업비밀침해행위에 대한 처벌을 대폭 강화하였지만 지나친 감이 있으므로 비례원칙을 고려 조정할 필요가 있고, 영업비밀의 해외유출 이전에 기수범으로 처벌할 수 있도록 하여 실질적인 영업비밀보호 효과를 달성토록 할 필요가 있으며, 사전예방을 위한 행정적 규제는 규정되지 않고 있으므로 이를 위한 행정보호규정을 신설할 필요가 있다고 보여진다.

Ⅷ. 결 론

한 나라에 있어 좋은 법이란 선진국의 법이 아니고 그 나라의 실정을 잘 반영한 법이라고 해야 할 것이다. 그렇기 때문에 단순히 어느 나라의 법은 좋고, 어느 나라의 법은 나쁘다고 하는 것은 상당히 위험한 결론이고 학문적으로 바람직하지도 않을 것이다.

더구나 지적재산권과 관련해 전 세계 어느 국가의 법률도 완벽한 법률은 있을 수 없다. 그것은 지적재산권이 갖는 특징 때문이다. 지적재산권은 경제가 발전하고, 사회가 변화함에 따라 계속해서 변해가고 있기 때문에 법률은 그것을 반영해 뒤따라가는 형태가 될 수밖에 없다. 다른 분야의 법률에 비해 특히 지적재산권은 그러하다. 그러기 때문에 우리가 국가 간 법률을 비교하는 것은 어느 것이 우월하고 발전된 것인가를 보기 위한 것이 아니고 외국의 법률을 자국과의 비교를 통해 보다 쉽게 이해하고, 양국의 차이점을 확인하여 이를 국가 간 교류나 기업 활동 등에 실제 활용할 수 있도록 한다는 데 보다 큰 의의가 있다고 할 수 있다.

그런 점을 이해하고 차이점을 본다면 우리는 보다 합리적이고 객관적인 자세로 외국의 법규를 바라볼 수 있을 것이다.

중국과 한국의 비교에 있어 분명 한국의 지적재산권에 대한 형사보호 규정이 그 역사도 오래 되었고 발전단계의 측면에서 한 발 앞섰다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 현재의 중국에 한국 법규를 그대로 옮겨놓는다고 해서 그것이 중국에 좋은 법률이라고 할 수 있을까? 그 질문에 대한 대답은 다소 회의적이다. 좋은 법률이란 그 나라의 실정을 잘 반영하고 있어야 한다. 따라서 현재의 중국법규는 중국에게 가장 좋은 것일 수 있다.

그런 시각에서 본다면 각국의 법률비교에 있어서 중요한 것은 각국의 법률체계를 존중하고, 그 차이점을 잘 이해하는데 있다. 그럼으로써 서로가 이해의 폭을 넓히고, 서로의 장점을 거울삼아 자국 법률체도의 발전의 모델로 삼는다면 외국 법률 연구의 목적은 충분히 달성된 것이라 생각한다.

또 다른 측면에서는 한·중 양국의 규정에 있어 모두가 부족한 부분도 있다. 이를테면 자격형의 도입⁴⁷⁾이 그것이다. 즉, 법률의 실효성을 높이기 위해서 지적재산권 범죄에 대해 자격형을 적극 검토할 필요가 있다.

47) 劉佑生等. 中國知識產權刑事司法保護對策研究 [J]. 理論前沿, 2006年第1期, 26-27, 이 논문에서도 같은 취지로 중국에 자격증 제도의 도입이 필요함을 역설하고 있다.

현재 지적재산권범죄와 관련한 형벌내용 중 자격형은 한중 양국에 모두 규정되어 있지 않다. 지적재산권 범죄자가 형벌집행을 완료한 이후에 다시 예전의 일과 동종업계에 종사할 수 있다면 그 과정에서 다시 범죄를 행할 가능성이 높다.

서구선진국에서는 지적재산권 침해범죄의 형벌에 자격형이 활용되고 있다. 그 적용범위는 비교적 광범위하다. 이를테면 기업의 사장이나 지도급 업무를 할 수 없도록 한다든가, 동종 업계에 종사하지 못하도록 한다든가, 영업권을 박탈하는 등등. 형벌의 주요목적 중 하나는 범죄인의 범죄능력을 박탈하는 것이다. 자격형은 범죄인으로 하여금 상당기간 내에 범죄를 계속할 수 있는 능력을 박탈할 수 있다. 따라서 한국과 중국도 자격형을 제정을 검토해볼 필요가 있다. 범죄의 사회위해정도에 근거해 범죄자의 업종 종사 자격연한을 결정할 수 있을 것이다. 이렇게 된다면 지적재산권 범죄에 대한 대응력을 크게 제고할 수 있을 것이고, 지적재산권 형사보호에도 획기적 변화를 기대할 수 있을 것이다.

이상에서 본 연구는 중국의 지적재산권 형사보호 규정을 살펴보고 한국과 비교하여 양국의 개선이 필요한 부분에 대해서도 살펴보았다. 필자로서 충분히 만족할 만한 수준에 이르지 못한 느낌이 들어 아쉽기도 하지만 이 분야에 대한 연구가 거의 없는 실정이고 외국법제에 대한 연구가 쉽지 않다는 점을 감안한다면 ‘필요한 새로운 시도’를 했다는 점에서 위안을 삼고 싶다. 모쪼록 부족한 이 연구가 관련 분야 연구의 활성화에 도움이 되고, 상호간의 이해를 넓혀 한·중 교류확대와 경제발전에도 작으나마 밑거름이 되기를 기대해 본다.

▣ 참고 문헌 ▣

<외국문헌>

榮曉紅. 完善我國知識產權刑法保護的构想[J]. 時代法學 200, 年第4期, pp.1-12.

劉佑生等. 中國知識產權刑事司法保護對策研究 [J]. 理論前沿, 2006年第1期, pp.26-27

趙輝. 論在TRIPS協議下我國知識產權法律制度的完善[J].

河南商業高等專科學校學報, 2006年第2期, pp.92-95

王敏. 淺論知識產權刑事立法缺陷与完善[J]. 內江科技, 2006年第2期, p.40

姜偉. 知識產權刑事保護研究.北京：法律出版社, 2004, 1-57

杜國強, 王明星. 侵犯知識產權罪比較研究.[M] 北京：中國人民公安大學出版社, 2005, pp.71-350.

高銘喧, 馬克昌. 刑法學[M].北京：北京大學出版社, pp.486-497.

[最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释]

<국내문헌>

윤선희. 지적재산권법, 세창출판사, 2007

이정재.. 특허권 침해에 대한 보호강화 방안의 연구, 2002, pp.94-100.

장봉문. 중국의 지적재산권 보호와 발전방안, 2006, pp.32-47.

정진근. 방송, 통신의 융합과 저작권법의 과제-방송과 전송의 새로운 개념정립, 산업재산권 제22호, 2007, pp.283-290.

최병문. 영업비밀침해의 형사처벌, 비교형사법연구, 2006, pp.564-565.

홍승환. 지적재산권의 권리침해와 보호제도에 관한 연구, 2006, pp.53-75.

홍승희. 지적재산권 관련 형벌법규 정비방안, 2006, pp.34-149.

특허청. 해외지적재산권보호가이드북, 2005, pp.100-110.

KOTRA. 2006년 중국 지재권 백서, 2006, pp.19-26

曲新久, 중국 미성년자 형사책임 입법 및 그 완비, 2008 제6회 한중형법국제학술
심포지움, 영남대 p.47

주해특별형법 4, 청림서원 1991. p.58

<부 록>

□ 중국 지적재산권 형사보호 법규(중국형법)

제213조(등록상표 도용죄) 상표권자의 허가를 받지 않고 동종의 상품에 등록상표와 동일한 상표를 사용하였는데 그 정도가 엄중한 경우, 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다. 정도가 특히 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과 한다.

제214조(등록상표 도용품 판매죄) ‘등록상표를 도용한’ 제품임을 명백히 알고 이를 판매하였고, 판매 금액의 액수가 비교적 큰 경우, 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과하며, 판매금액의 액수가 대단히 큰 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과 한다.

(* 판매금액 기준은 ‘최고인민법원, 최고인민검찰원의 지식재산권 침해 형사사건을 처리하는 데서의 구체적 법률 적용문제에 관한 해석’에 규정)

제215조(등록상표 표지의 불법 제조 또는 불법 제조된 등록상표 표지 판매죄) 타인의 등록상표 표지를 위조·무단제조하거나 또는 위조·무단 제조된 등록상표 표지를 판매하였고 그 정도가 엄중한 경우에는 3년 이하의 유기징역이나 구금, 감독에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다. 정도가 특히 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과 한다.

제216조(타인의 특허사칭죄) 타인의 특허를 사칭하여 그 정도가 엄중한 경우 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다.

(* 2004년 12월에 발표된 [최고인민법원, 최고인민검찰원의 지적재산권 침해 형사 사건을 처리하는 데서의 구체적 법률 적용 문제에 관한 해석]은 전리 사칭행위를 다음과 같이 열거하고 있다.)

[제10조 아래 열거된 행위 중 하나를 행한 경우에는 형법 제216조 규정의 ‘타인의 특허를 사칭한’ 행위에 해당한다:

1. 허가를 받지 않고, 자신이 제조 혹은 판매하는 제품, 제품 포장에 타인의 전리번호를 표기하는 행위;
2. 허가를 받지 않고, 광고 혹은 기타 선전물에 타인의 전리번호를 사용함으로써 사람들로 하여금 해당 기술이 타인의 특허 기술인 것처럼 오인하게 하는 행위;
3. 허가를 받지 않고, 계약상에 타인의 전리번호를 사용함으로써 사람들로 하여금 계약상의 해당 기술이 타인의 특허기술인 것처럼 오인하게 하는 행위
4. 타인의 특허증명서, 특허 서류 혹은 특허 신청서류를 위조 또는 변조하는 행위]

제217조(저작권침해죄) 영리를 목적으로 이하에 열거한 저작권침해행위를 범하고 그 위법 소득의 액수가 비교적 크거나 기타 정도가 엄중하면 죄를 구성한다. 이 경우에는 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 또는 벌금만을 부과한다. 또한 위법 소득이 대단히 크거나 기타 정도가 특히 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과한다.

- (一) 저작권자의 허가를 받지 아니하고 저작권자의 문학작품, 음악, 영화, 텔레비전 작품, 비디오 작품, 컴퓨터 소프트웨어 및 기타 작품을 복제 발행하는 행위
- (二) 타인이 출판권을 향유하는 도서를 출판하는 행위
- (三) 오디오, 비디오 작품 제작자의 허가를 받지 아니하고 그가 제작한 오디오, 비디오 작품을 복제 발행하는 행위

(四) 타인의 서명을 사칭한 미술작품을 제작, 판매하는 행위

제218조(침해복제품 판매죄) 위 형법 제217조가 규정하는 침해복제품임을 명백히 알고 이를 영리 목적으로 판매하였고, 그 위법 소득이 대단히 큰 경우에는 죄가 된다. 이 경우에는 3년 이하의 유기징역이나 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다.

제219조(영업비밀침해죄) 아래 열거한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 권리인에게 중대한 손실을 끼친 경우 죄가 된다. 이 경우 3년 이하의 유기징역 혹은 구금에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금만을 부과한다. 특별히 엄중한 결과를 초래한 경우는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과한다.

- (一) 절도, 재물유혹, 협박 혹은 기타 부당한 수단으로 권리인의 영업비밀을 획득하는 행위
- (二) 전항의 수단으로 획득한 권리인의 영업비밀을 유출, 사용 혹은 타인이 사용하도록 허락하는 행위
- (三) 약정을 위반하거나 권리인의 영업비밀 준수 요구를 위반하여 그 보유한 영업비밀을 유출, 사용 혹은 타인이 사용토록 허용하는 행위

이상의 행위들을 명확히 알거나 당연히 알고 있어야 함에도 타인의 영업비밀을 획득, 사용하거나 유출하는 행위는 영업비밀 침해로서 논한다.

본 조의 소위 ‘영업비밀’이란 공중이 알지 못하고 권리인에게 경제적 이익을 가져올 수 있고, 실용성을 갖고 권리인이 비밀조치를 한 기술정보와 경영정보를 말한다.

본 조의 소위 권리인이란 영업비밀의 소유자와 영업비밀 소유자의 허가를 통해 영업비밀을 사용하는 자를 말한다.

책임연구보고서 2009-36

중국의 주요 지적재산권 형사보호에 관한 연구

발행일 : 2009년 12월 24일

발행인 : 김 길 배

발행처 : **치안정책연구소**

경기도 용인시 기흥구 연동1길 29

홈페이지 : www.psi.go.kr

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀드립니다.



POLICE SCIENCE INSTITUTE