
산업보안 기술 보호의 철학적 배경과 양형인자의 방향성에 관한 논의

박 미 랑*

- | | |
|------------------|---------------------------|
| I. 들어가기 | 2. 부정경쟁행위 양형기준 |
| II. 철학적 논의 배경 | 3. 산업보안 범죄 양형기준 차별성
평가 |
| 1. 자연권 전통과 공리주의 | 4. 소 결 |
| 2. 현대적 재산권 논의 | IV. 전문법으로서 산업보안법 |
| III. 양형기준 소개 | V. 결 론 |
| 1. 영업비밀침해행위 양형기준 | |

* 한남대학교 경찰행정학과 부교수(범죄학 박사, 형법박사).

초 록

이 글은 산업보안 범죄행위를 처벌하는 그 정당성을 철학적 배경에서 찾고 양형기준을 통해 처벌이 적용되는 실제 모습을 살피는 것을 목적으로 하였다. 철학적 배경으로는 로크의 노동이론, 헤겔의 인격이론을 소개하였고, 공리주의적 관점 그리고 현대의 재산권 논의를 함께 소개하였다. 이를 통해 재산권 논의에 기초하여 기존의 형법범죄 중 절도의 양형기준을 산업보안 범죄행위(부정경쟁행위, 영업비밀침해행위) 양형기준과 비교하였다. 그 결과 부정경쟁행위와 영업비밀침해행위의 양형기준이 절도범죄와 거의 동일한 인자로 구성되었음을 발견할 수 있었다. 즉, 절도범죄와 산업보안 범죄 관련 행위는 비록 다른 법률로 규율하고 있지만 처벌의 과정을 들여다보면 처벌 과정상 가중과 감경을 담당하는 요인들이 동일하여 같은 방식으로 처벌하고 있다는 것이다. 그러나 산업보안 범죄는 개별법으로서 기존의 형법 체제의 규율방식과는 차이점을 갖는다. 사안중심적이고, 과학기술화된 전문 언어, 그리고 과학기술적 일상영역과 기능적 행위 영역을 규율한다는 점에서 전문법적 특성을 갖는다.

이러한 결과에 기초하여 요약하면, 현재의 산업보안범죄행위를 규율하는 양형기준은 절도 처벌 방식에서 벗어나, 전문법적 특징을 반영하고 산업보안범죄의 특수성을 반영할 수 있도록 수정되어야 할 것이다. 구체적인 양형기준의 수정 방향과 제언은 논문의 본문을 통해 논의하도록 한다.

주제어

산업보안 범죄, 부정경쟁행위, 영업비밀침해행위, 양형기준, 철학적 배경, 전문법

I. 들어가기

지금 우리사회에서 당연하게 여겨지고 있는 산업보안 범죄의 처벌은 전통적인 형법이 규정했던 영역도 아니고 개별법이 제정되던 당시 처음부터 형사적 규제내용을 포함하였던 것은 아니다. 우리나라의 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」(이하 ‘산업기술보호법’이라 한다)이 제정되기 이전 산업보안 관련 범죄에 대해 주로 적용되었던 법률은 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)이다. 그러나 부정경쟁방지법은 단순히 형사적 처벌만의 대상이 아니라 민사적 구제의 내용도 함께 담고 있다는 점, 그리고 이득액을 중심으로 벌칙규정이 제정되어 있으나 실질적으로 그 이득액을 산정하는 것이 모호하다는 점에서 기존의 형법의 처벌방식과는 다르다는 것을 알 수 있다. 실제로 미국의 경우도 산업기술보호법의 기본 형태인 「영업비밀보호법」이 민사적 보호를 중심으로 구성되었고, 「1979년 통일영업비밀보호법」에도 형사적 구제에 관한 규정은 없었다. 이후 「1996년 경제스파이법」이 제정되면서 연방차원에서의 형사적 처벌법규가 마련되었다. 현재 우리나라의 경우 산업보안 범죄 행위를 규율하는 대표적인 법인 부정경쟁방지법과 산업기술보호법이다. 부정경쟁방지법은 1991년 부정경쟁방지법의 개정을 통하여 최초로 영업비밀을 보호하기 시작하였고 2007년 수정을 통해 영업비밀 보호를 대폭 강화하였다. 현재 형사적 처벌 규정은 국내 범죄의 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금, 국외 범죄는 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 산업기술보호법은 국내 핵심기술 보호 및 산업기술의 부정한 유출을 방지하고 국내 산업 경쟁력 강화는 물론 국가의 안전을 보호하기 위한 목적으로 2006년 제정되었다. 그리고 관련법을 위반하였을 경우 형사적 제재로는 국내는 7년 이하 7억 원 이하, 국외 범죄의 경우 15년 이하의 징역 또는 15억 원 이하의 벌금이 가능하다.¹⁾ 이러한 형사적 규제를 구체적으로 적용하고 실현하는 단계가 양형단계이다. 그리고 산업보안 관련 범죄 역시도 이러한 양형기준의

적용을 받고 있다.

2009년부터 시행된 양형기준은 거듭된 수정을 거쳐 이미 제정된 범죄군에 대한 양형기준을 다듬어 가는 것은 물론 그 적용 범죄군의 범위를 확대해 나가고 있다. 산업보안과 관련한 범죄도 양형기준이 마련되면서 처벌에 대한 형식이 명확해졌고 그 처벌 절차도 평가의 대상이 되었다. 비록 산업기술보호법에만 단독으로 적용되는 양형기준은 마련하지 않았지만, 2012년 지식재산권 범죄군의 세부 기준으로 부정경쟁행위와 영업비밀침해행위에 관한 양형기준은 마련되어 현재 시행 중에 있다. 초기에 마련된 양형기준에 대한 비판적 논의를 반영하여 현재의 지식재산권 관련 양형기준을 제정하였다고 전제하지만 공정성, 투명성, 예측가능성을 목표로 하는 양형기준이 그 기능을 잘 발휘하고 있는지, 그리고 그러한 목표를 달성하기에 적합한 양형기준인지에 대한 비판적 고찰은 충분하지 못하였고 여전히 필요하다고 여겨진다.

본 연구는 산업보안 기술과 정보 보호의 당위성을 논하는 철학적 배경을 살피고 이를 위반하는 행위의 처벌 기준이 어떠한 철학적 배경에 더욱 가까이 다가가 있는지 양형기준을 통해 살펴보는 것을 주요 목적으로 하였다. 더욱 구체적으로 기존의 육법체계의 형법에 속해 있는 범죄행위를 규율하는 모습과 어떠한 차별성을 갖고 있는지에 대하여 양형기준을 통해 살펴보도록 한다. 더 나아가 마지막으로 산업보안범죄를 규율하는 법률들이 나아가야 할 방향성을 전문법의 특징을 활용하여 제언하도록 한다. 그러나 본격적인 논의에 앞서 짚고 넘어가야 할 두 가지 상황이 남아 있다. 첫째, 산업보안 범죄에 대한 뚜렷한 정의가 학계에 자리 잡히지 않았다는 점이다. 학계에서 통상적으로 인정되는 산업보안 범죄에 대한 정의가 자리 잡지 않았지만 합리적으로 구성된 정의를 차용한다면 산업보안 범죄를 넓게 확장할 경우 “범죄로 부터 재화와 서비스를 생산하는 모든 경제활동을 보호하는 일체의 노력”이며 유형은 물론 무형의 자산까지도 지키는 자산보호와 피해를 막는 손실

1) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제36조 제1항과 2항의 내용. 과거 처벌기준은 국외 유출의 경우 최대 10년 혹은 10억 원 이하, 국내일 경우 최대 5년 혹은 5억 원 이하였으나, 2016년 3월 29일 개정을 통해 법정형이 상향조정되었다.

방지활동”이라 칭할 수 있음을 알 수 있다.²⁾ 이러한 넓은 시각에서는 산업보안 범죄를 산업기술의 개념으로 한정하여 바라볼 경우 대상이 되는 사건들이 매우 적을 뿐만 아니라 산업보안의 본질을 왜곡할 수 있다고 본다.³⁾ 둘째, 산업보안 범죄 행위만을 규율하는 단독 양형기준이 존재하지 않는다는 점이다. 다만 지식재산권 범죄군에 부분 집합으로 속해 있는 영업비밀침해 행위와 부정경쟁행위를 규율하는 양형기준에서 산업보안 범죄 행위의 흔적을 찾을 수밖에 없다. 실제 영업비밀침해행위 양형기준 내 양형인자의 설명에는 산업기술보호법의 내용을 빌려 개념을 정의하고 그 근거를 제시하기도 한다. 때문에 비록 단독 양형기준은 존재하지 않지만 산업보안 문제를 논하면서 부정경쟁방지법의 내용에 근거한 영업비밀과 부정경쟁 양형기준을 활용하는 것은 큰 문제가 없다고 여겨진다.

이러한 산업보안 기술과 정보 보호의 정당성 논의를 철학적 배경에서 살피고 이에 대한 위반 행위를 규율하는 도구로서 양형기준 속 양형인자들의 적절성을 검토하도록 한다. 구체적으로 기존의 형법에서 재산권 침해행위를 규율하는 절도범죄 행위와 관련한 양형기준과 산업보안 범죄행위 양형기준을 비교함으로써 산업보안 범죄를 규율하는 양형기준의 적절성을 평가하도록 한다. 더 나아가 현재의 양형기준이 산업보안 범죄를 규율하기에 부족한 면이 있다면 적절한 방향성을 제시하도록 한다. 이러한 방향성 논의에는 개별적이고 전문영역을 논하는 산업보안 범죄의 특수성을 반영하여 전문법 논의를 활용하도록 한다.

2) 이창무, “산업보안의 개념적 정의에 관한 고찰”, 『한국산업보안연구』, 제2권 제1호 (2011), 74-75면.

3) 이창무, 같은 논문, 74-75면.

II. 철학적 논의 배경

1. 자연권 전통과 공리주의

산업보안기술의 정당성 논의는 지식재산권에 대한 논의에서, 그리고 지식재산권에 대한 논의는 재산권 논의에서 그 뿌리를 찾을 수 있다. 그 뿌리는 크게 두 줄기로 나뉘는데 자연권 전통과 공리주의 전통이다. 독일과 프랑스 중심의 대륙법계에서는 저작권에 도덕적 관련성을 부여하면서 저자와 그의 지적 산물에는 특별한 관계가 있다고 보았다.⁴⁾

로크는 인간은 생명과 육체를 자연권으로 보유할 권리를 갖고, 이 생명과 육체를 통해 행해진 노동 역시도 자신의 것으로 소유된다고 주장하였다.⁵⁾ 그리고 노동으로 인해 창출된 가치도 당연히 당사자가 소유할 수 있다고 보았다.⁶⁾ 아무런 형태나 의미를 가지고 있지 않은 재화에 노동력이 투입되게 되면 영(zero)에 있던 가치가 변화하게 되고 그 변화된 가치는 노동력을 투입한 자신의 것이 될 수 있다고 본다. 이러한 입장을 확장하여 지식재산에 대입하여 해석하면, 육체와 정신을 자연권으로 보유하고 있는 한 개인이 스스로의 육체와 정신을 활용하여 만들어 낸 소산물을 사유물로 주장하는 데 큰 무리가 없다.⁷⁾ 하지만 산업체의 입장에서는 이러한 노동의 소산물을 누구에게 귀속시키느냐의 문제가 발생하게 되는데, 산업체가 육체와 정신을 활용하는 기본 재화를 제공하고 그러한 활동에 대한 대가를 지불하였다는 입장에서 그 소유권을 주장할 수 있을 것이다.

헤겔은 재산과 그 재산을 소유한 사람과의 관계에 집중한다. 헤겔은 개인의 재산에 관한 이론을 설명하면서 사람의 의지가 물건에 옮겨진다는 것, 재산은 하나의 단위체에 의해 소유될 수 있다는 점, 재산관계는 그 개성과 긴

4) 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 『산업재산권』, 제26권(2008), 254면.

5) Penner, James. E., *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press, 1997, pp.188-189.

6) 조지 세이빈·토머스 솔슨, 『정치사상사』, 성유보·차남희(역), 한길사, 1997, 700, 790면.

7) Penner, 같은 책, pp.188-189.

밀한 유대감을 갖는다는 관계성을 설명한다.⁸⁾ 이를 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 의지가 물건에 화체된다는 말은, 사람이라는 실체는 물리적인 환경과 그 환경을 구성하는 부분과 차별화하려는 노력을 통해 존재할 수 있다는 말을 의미한다. 그리고 재산이 하나의 단위체에 의하여 소유될 수 있다는 관점은 사람이 사회에 행하는 기여 행위를 설명할 수 있다.⁹⁾ 이성적인 스스로의 결정이라고 정의되는 자유는 적절하게 조직화되고 완전히 발전된 국가와 같은 집단의 맥락에서 가능한 것이라고 보았다. 그리고 어떤 특정한 종류의 재산관계는 그 개성과 긴밀한 유대(bond)를 갖는다고 하였는데, 이는 객관적인 공동체의 도덕성으로 이해할 수 있을 것이다.¹⁰⁾ 또한 권리에 관한 이야기를 하면서 직접적으로 국가의 재산으로 발전시키지는 않았지만 그가 제시해 온 국가 이론이 가족과 재산 소유 등을 동일선상에서 해석하고 있다. 헤겔에게 시민사회와 대비하여 발전된 국가란 도덕적으로 완성된 유기체이고 국가 내에서 개인들은 공동사회의 도덕성에 속한다고 보았다.

앞선 대륙법계 자연법 전통과 달리 영미법계에서는 지식재산 보호의 정당성을 사회 속에서 찾으며 사회와 저작물의 관계에 초점을 둔다.¹¹⁾ 영미법계에서 저작권은 작가에게 부여되는 단순한 법적인 권리일 뿐 자연권으로 인정되지 않는다. 이들은 집단주의적 성향이 강한 공리주의적 전통과 맞닿아 있다.¹²⁾ 이들은 사회적, 국가적 공익을 앞세워 자연권을 부정해 왔고, 저작권에서도 자연권에 비해서는 저작권을 상대적으로 덜 인정하는 경향이 있다. 사실 현재 미국의 경우 저작권을 대하는 입장은 자연권 전통에 근거한 재산권으로 인정하는 경향이 있지만 과거의 모습은 상당히 공리주의적 입장과 가까웠다.¹³⁾

8) Penner, 같은 책, p.169.

9) 강준모, “신기술시대에 있어서 지적재산권 보호의 법리적 논거와 철학적 근거에 관한 해석론”, 『법학연구』, 제49권(2013), 230면.

10) 강준모, 같은 논문, 230면.

11) Stallberg, Christina G., “Towards A New Paradigm in Justifying Copyright: An Universalistic Transcendental Approach”, *Fordham, Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, Vol.18(2008), pp.359-360.

12) Stallberg, 같은 논문, pp.339-345.

어쨌건 최대다수의 최대행복을 주목적으로 하는 공리주의에 힘입어 영미 법계에는 유인이론과 효율적 배분이론으로 분화되는 과정을 겪는다. 다수와 공동의 행복을 지향한다는 공통점은 있지만 그 실천 방법과 수단은 다르다. 유인이론은 창작자에게 경제적 인센티브를 주기 위함이고, 효율적 배분이론은 아무나 그 창작물을 사용하지 못하게 하도록 존재한다.

이러한 입장을 살펴보면 현재 우리나라의 산업보안 기술과 정보 보호의 정당성 입장은 재산권에 기반한 철학적 입장에 더욱 가깝게 다가가 있다고 여겨진다. 그러나 헤겔의 국가이론을 적용할 경우 개인의 지적 재산의 보호가 결국 개인만을 위한 것이 아니라 사회의 공동체의 이익과도 맞닿을 수도 있다. 또한 다른 한편에서는 단순히 개인 간의 영업비밀침해행위나 부정경쟁행위만을 규율하는 것이 아닌 국내 산업 경쟁력 강화와 국가의 안전의 보호라는 취지를 갖는 산업기술보호법 등은 그 목적 측면에서는 공리주의적 입장에서도 설명이 가능하다. 예를 들어, 산업기술보호법 제11조의2에 따라 인수합병 등을 규제하는 것은 사회적 관점에서 법익이 있기 때문이다.¹⁴⁾

2. 현대적 재산권 논의

지식재산 보호의 정당성에 대한 두 줄기의 논의를 살펴보았지만 공리주의적 관점에서의 정당성은 현재 국제사회에서 지식재산을 보호하고 있는 많은 나라들의 보호정책과는 거리감이 있고 그 공익이라는 보호주체도 불명확하다는 한계가 있다. 그렇다면 재산권 개념을 중심으로 재산권과 그 권리를 어떻게 보호해야 하는지에 대한 논의를 이어가도록 하겠다. 법경제학자인 캘러브레시(Calabresi)와 멜러메드(Melamed)는 재산권을 보호하기 위한 방식을 세 가지로 범주화하였다.¹⁵⁾ 첫째, 재산권 규칙, 둘째, 책임 규칙, 그리고 마

13) 남형두, 같은 논문, 289면. 그리고 이러한 지식재산권에 대한 입장의 변화는 미국의 지적재산권 산업의 발달과 연관성을 갖는다. 과거 영국에서 출판물을 비롯한 지적산물들을 주로 수입해 오던 미국이 문화산업의 발달로 인해 수출국가로 그 지위가 변모하면서 공리주의적 입장은 자연권 입장으로 돌아서게 된 것이다.

14) 손승우·박장혁, “산업기술보호관련 법체계 정비에 관한 소고—산업기술유출방지법 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 『법학논총』, 제37권 제4호(2013), 468-469면.

지막으로 처분불가능 규칙이다.¹⁶⁾ 재산권 규칙, 책임 규칙, 처분불가능성의 개념을 소개한 캘러브레시와 멜러메드의 권리보호에 대한 이해방식은 권리가 어떠한 규칙에 의해 보호되는지에 따라 다른 사회적 결과를 낳을 수 있음을 재산권 규칙과 책임규칙을 통해 설명하였다.¹⁷⁾ 이러한 캘러브레시와 멜러메드의 권리보호 규칙들은 형법적인 제재의 활용 정당성을 설명하는 데에도 유용한 도구로 활용된다. 이들에 따르면, 형법은 어떤 개인이 재산권 규칙을 책임 규칙으로 전환하는 것을 억제하기 위해 존재한다. 만약 형법이 존재하지 않는다면 동의가 이루어지지 않은 강제적인 권리의 이전이 더욱 쉽고 빈번히 발생할 수 있을 것이기 때문이다.

그렇다면 이러한 산업보안 범죄 행위를 규율하는 법의 구체적인 적용 과정은 어떠한 모습을 하고 있을까? 지식재산권 범죄군에 속해 있는 영업비밀 침해행위와 부정경쟁행위에 대한 양형기준을 중심으로 실질적으로 우리의 처벌 모습이 어떠한 철학에 더욱 맞닿아 있는지, 그리고 그 모습은 적절한지 살펴보도록 한다.

III. 양형기준 소개

1. 영업비밀침해행위 양형기준

부정경쟁방지법의 양형기준은 영업비밀 침해행위에 관한 기준과 부정경쟁 행위 양형기준으로 나누어진다. 영업비밀에 관한 내용은 국내침해와 국외침해로 구분하였고, 각 선고형의 기본구간을 8월~1년 6월, 1년~3년으로 하여 국

15) Calabresi, Guido & Melamed, Douglas, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Havard Law Review*, Vol.85 No.6(1972), pp.1090-1092.

16) Calabresi, Guido & Melamed, Douglas, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Havard Law Review*, Vol.85 No.6(1972), pp.1090-1092.

17) 김대근, "권리에 대한 법경제학적 분석의 의의와 한계", 고려대학교, 박사, 2009, 84면.

의 침해에 대한 범죄를 약 1.5배에서 2배가량 엄격하게 구간을 정하고 있다.

영업비밀과 부정경쟁행위 모두 양형기준을 적용하는 방식은 동일하고 특별양형인자와 일반양형인자로 나누어진다. 특별양형인자는 선고형의 구간을 이동시키는 역할을 하고, 일반양형인자는 구간 내에서의 형량을 결정하는 역할을 주로 담당한다. 특별양형인자와 일반양형인자 모두 행위요소와 행위자 요소를 담고 있고, 감경요소에 따라 구간이나 형량이 감소하게 되고, 가중요소에 의해 구간이 높아지거나 형량이 높아지게 된다. 즉 특별양형인자 중에서 가중요소를 다수 갖는 경우 기본구간에서 가중구간으로 이동하여 일반양형인자의 감경과 가중요소를 판단하여 그 구간 안에서 하한형 혹은 상한형에 가까운 형을 선고하게 된다. 영업비밀 침해행위에 관한 양형인자는 <표 1>과 같다.¹⁸⁾

표 1. 영업비밀 침해행위 양형인자

구 분		감경요소	가중요소
특별 양형인 자	행 위	실제 피해가 경미한 경우 범행가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우 영업비밀이 외부로 유출되지 아니하고 회수된 경우	계획적·조직적 범행 피해기업에 심각한 피해를 초래한 경우 국가·사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀에 관한 범행
	행위자/ 기타	농아자 심신미약(본인책임 없음) 자수 처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함)	동종 누범 비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자
일반 양형인 자	행 위	소극 가담 영업비밀의 관리를 소홀히 한 경우	유출된 영업비밀이 실제로 사용된 경우 피해규모가 큰 경우 취득·사용한 영업비밀을 누설한 경우 범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우
	행위자/ 기타	진지한 반성 피해 회복을 위한 노력 형사처벌 전력 없음	동종 전과(집행종료 후 10년 미만)

18) 양형기준, 2016.

특별양형인자의 감경요소 중 행위요소로는 실제 피해가 경미한 경우, 범행 가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우, 영업비밀이 외부로 유출되지 않고 회수된 경우, 행위자 요인으로는 농아자, 심신미약(본인책임 없음), 자수, 처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함)이다. 특별 가중요소 중 행위요소는 계획적·조직적 범행, 피해기업에 심각한 피해를 초래한 경우, 국가·사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀 침해에 관한 범행이고, 행위자 요인으로는 동종누범, 비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자에 해당한다.

구간 내 형량을 이동시키는 일반양형인자 중 행위요인은 소극가담, 영업비밀의 관리를 소홀히 한 경우이고 행위자인자는 진지한 반성, 피해회복을 위한 노력, 그리고 형사처벌 전력 없음이다. 일반 가중요소 중 행위요인은 유출된 영업비밀이 실제로 사용된 경우, 피해규모가 큰 경우, 취득·사용한 영업비밀을 누설한 경우이고, 행위자요인은 동종전과(집행종료 후 10년 미만)이다.

2. 부정경쟁행위 양형기준

부정경쟁행위 양형기준은 기본 6월~1년4개월을 구간으로 하고 가중 시 10월~2년, 감경구간일 경우 최대 8월까지 선고가 가능하다. <표 2>는 부정경쟁행위 관련 양형기준을 보여주고 있다. 특별 감경인자로는 실제피해가 경미한 경우, 범행가담 또는 범행동기에 참작할 사유가 있는 경우, 농아자, 심신미약(본인책임 없음), 자수, 처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함)이 있다. 특별 가중요소로는 계획적·조직적 범행, 피해자에게 심각한 피해를 초래한 경우, 다수의 소비자를 상대로 기망하거나 적극적인 기망수단을 사용한 경우, 침해가 객관적으로 명백한 상태에서 침해중단 요구를 받고도 침해행위를 지속한 경우, 그리고 동종누범이 있다. 구간 내 형량의 선고 시 고려되는 인자인 일반 양형 감경인자는 소극가담, 생계형 범죄, 진지한 반성, 피해회복을 위한 노력, 형사처벌 전력 없음이고, 일반 가중요소로는 반복적 또는 장기간의 범행, 피해규모가 큰 경우, 그리고 동종전과(집행종료 후 10년 미만)이다.

표 2. 부정경쟁행위 양형인자

구 분		감경요소	가중요소
특별 양형인자	행 위	실제 피해가 경미한 경우 범행가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우	계획적·조직적 범행 피해자에게 심각한 피해를 초래한 경우 다수 소비자를 상대로 기망하거나 적극적인 기망 수단을 사용한 경우 침해가 객관적으로 명백한 상태에서 침해중단 요구를 받고도 침해행위를 지속한 경우
	행위자/ 기타	농아자 심신미약(본인책임 없음) 자수 처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함)	동종 누범
일반 양형인자	행위	소극 가담 생계형 범죄	반복적 또는 장기간의 범행 피해규모가 큰 경우
	행위자/ 기타	진지한 반성 피해 회복을 위한 노력 형사처벌 전력 없음	동종 전과(집행종료 후 10년 미만)

3. 산업보안 범죄 양형기준 차별성 평가

범죄의 동기와 그 모습은 범죄마다 다르다. 그리고 그 보호법익이 다르기에 처벌의 이유와 목적도 모두 다르다. 산업보안 범죄를 규율하는 법들도 마찬가지이다. 그러나 특징적인 것은 형법이 규율하는 영역을 벗어나 다양한 개별법들이 산업보안 범죄행위를 규율하고 있다는 것이다. 우리나라의 경우 영업비밀 침해에 대한 피해가 커지고 그 형사적 처벌의 필요성이 높아지면서 기존의 부정경쟁방지법의 한계가 드러났고 입법자들은 산업기술보호법을 제정하였다. 그 결과 보호법익은 기존의 민간 사업체의 영업 기술 보호에서 사회와 국가로 그 범위가 확대되었다. 기존의 법률이 처벌 강도가 매우 낮고 사전 예방적 기능이 부족하다고 비판되었기에 산업기술보호법은 그 예방적 기능까지도 포함하였다. 그리고 산업보안을 위한 산업체, 사회적, 국가적 제도 마련은 물론 책임과 의무도 함께 논하고 있다. 이러한 모습은 복잡

해진 사회 속의 범죄행위가 기존의 관덕텐 시스템의 육법이 규율할 수 있는 영역을 벗어났기 때문이고 다양한 개별 법률들의 경합적 규율의 필요성을 반영한 결과이다.¹⁹⁾ 그렇다면 그 처벌 기준도 차별적이고 경합적 규율의 방식을 따르고 있는지 살펴보기로 한다. 이를 위해 기존의 형법이 보호하고 있는 재산권 침해행위에 대한 처벌기준 중 대표적인 모습인 절도 범죄의 양형기준과 비교해 보도록 한다.

(1) 절도 양형기준과 영업비밀침해행위 양형기준 비교

절도범죄의 양형기준과 영업비밀침해행위의 양형기준을 비교해 보면, 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우, 농아자, 심신미약, 자수, 처벌불원, 소극가담, 상당부분 피해 회복된 경우, 진지한 반성, 형사처벌 전력 없음, 동종누범, 범행을 조직적으로 분담한 경우, 2인 이상 합동한 경우, 동종전과, 개인적 피해 또는 사회적 피해가 중하고 그 피해가 회복되지 아니한 경우에 해당하는 인사들이 영업비밀침해행위 양형기준과 중복되거나 동일한 기준에서 평가될 가능성을 보였다. 영업비밀 침해행위 양형기준 속에서 독자적인 양형기준은 1) 영업비밀이 외부로 유출되지 아니하고 회수된 경우, 2) 영업비밀 관리를 소홀히 한 경우, 3) 비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자, 4) 유출된 영업비밀이 실제로 사용된 경우, 5) 취득·사용한 영업비밀을 누설한 경우, 6) 범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우에 불과하였다.

우리의 산업보안범죄와 관련된 양형기준을 살펴보면 기존의 전통적인 형법범죄에 적용된 요인들이 고스란히 포함되어 있을 뿐만 아니라 산업보안이라는 특수 요인을 인정하는 전문법적 향기는 거의 풍기지 않는다. 실제 영업비밀 양형인자와 절도범죄 양형인자를 비교해보면, 비밀관리와 비밀유지에 관한 사실을 제외하고는 거의 모든 내용이 절도범죄나 특별재산에 대한 절도와 동일함을 알 수 있다<표 3 참고>.

19) 이상돈, 『형법강의』, 법문사, 2009, 530면.

표 3. 절도범죄와 영업비밀침해행위 양형기준 속 동일 인자 비교

	절 도	특별재산에 대한 절도	영업비밀침해행위
동일 인자	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우
	농아자	농아자	농아자
	심신미약	심신미약	심신미약
	자수	자수	자수
	처벌불원	처벌불원	처벌불원
	소극가담	소극가담	소극가담
	상당부분 피해 회복된 경우	상당부분 피해 회복된 경우	피해가 경미한 경우 피해회복을 위한 노력
	진지한 반성	진지한 반성	진지한 반성
	형사처벌 전력 없음	형사처벌 전력 없음	형사처벌 전력 없음
	동종누범	동종누범	
	범행을 조직적으로 분담한 경우 2인 이상 합동한 경우	2인 이상 합동인 경우	계획적·조직적 범행
	동종전과	동종전과	동종전과
	개인적 피해 또는 사회적 피해가 중하고 그 피해가 회복되지 아니한 경우	-	피해기업에 심각한 피해를 초래한 경우 국가, 사회적으로 파급효과 큰 영업비밀에 관한 범행 피해규모가 큰 경우
다른 인자	실내거주공간 외 장소에 침입한 경우	특별재산에 대한 절도를 의도하지 않았던 경우	영업비밀이 외부로 유출되지 아니하고 회수된 경우
	흥기를 휴대한 경우 또는 야간 손괴주거침입 또는 야간손괴건조물 등 침입	흥기를 휴대한 경우	영업비밀 관리를 소홀히 한 경우
	특수한 수법, 도구, 또는 조직을 이용한 범행을 반복하여 행한 경우	특수한 수법, 도구, 또는 조직을 이용한 범행을 반복하여 행한 경우	비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자

	피지휘자에 대한 교사	피지휘자에 대한 교사	유출, 누설
	상습범인 경우	상습범인 경우	범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우
	산림문화·휴양에 관한 법률 제35조 제2항, 산림보호법 제54조 제1항에 해당하는 경우	-	-

(2) 절도 양형기준과 부정경쟁행위 양형인자 비교

다음으로 부정경쟁행위 양형인자와 절도, 특별절도와 비교한 결과도 매우 유사한 인자들의 중복이 눈에 띈다(표 4 참고). 부정경쟁 행위에 속하는 인자는 기존의 절도 범죄 인자와 비교하였을 경우 총 20개의 인자 중 19개의 인자가 동일하였다. 구체적으로 살펴보면 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우, 농아자, 심신미약, 자수, 처벌불원, 소극가담, 생계형범죄, 진지한 반성, 형사처벌 전력 없음, 계획적·조직적 범행, 동종전과, 피해자에게 심각한 피해를 초래한 경우, 침해가 객관적으로 명백한 상태에서 침해행위를 지속한 경우, 피해규모가 큰 경우, 반복적 또는 장기간의 범행이 동일하였다. 차별적 인자로는 “다수의 소비자를 상대로 기망하거나 적극적으로 기망수단을 사용한 경우” 1개의 인자만이 달랐다. 이를 통해 사실 우리의 산업보안을 규율하는 많은 모습들이 기존 형법범, 특히 재산권을 보호하는 절도범죄와 유사한 처벌기준을 갖고 있는 것을 알 수 있다.

표 4. 절도범죄와 부정경쟁행위 양형기준 속 동일 인자 비교

	절 도	특별재산에 대한 절도	부정경쟁행위
	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우
동일 인자	농아자	농아자	농아자
	심신미약	심신미약	심신미약
	자수	자수	자수

	처벌불원	처벌불원	처벌불원
	소극가담	소극가담	소극가담
	생계형범죄		생계형범죄
	진지한 반성	진지한 반성	진지한 반성
	형사처벌 전력 없음	형사처벌 전력 없음	형사처벌 전력 없음
	동종누범	동종누범	
	범행을 조직적으로 분담한 경우 2인 이상 합동한 경우	2인 이상 합동인 경우	계획적·조직적 범행
	동종전과	동종전과	동종전과
	개인적 피해 또는 사회적 피해가 중하고 그 피해가 회복되지 아니한 경우	-	피해자에게 심각한 피해를 초래한 경우 침해가 객관적으로 명백한 상태에서 침해행위를 지속한 경우 피해규모가 큰 경우
다른 인자	상습범인 경우	-	반복적 또는 장기간의 범행
	실내 거주공간 외에 장소에 침입한 경우	특별재산에 대한 절도를 의도하지 않았던 경우	다수 소비자를 상대로 기망하거나 적극적인 기망수단을 사용한 경우
	흥기를 휴대한 경우 또는 야간 손괴주거침입 또는 야간손괴건조물 등 침입	흥기를 휴대한 경우	-
	특수한 수법, 도구, 또는 조직을 이용한 범행을 반복하여 행한 경우	특수한 수법, 도구, 또는 조직을 이용한 범행을 반복하여 행한 경우	-
	피지휘자에 대한 교사	피지휘자에 대한 교사	-
	산림문화·휴양에 관한 법률 제35조 제2항, 산림보호법 제54조 제1항에 해당하는 경우	-	-

4. 소 결

본 글에서는 전통적인 재산권 침해행위인 절도 행위에 대한 양형기준을 산업보안 범죄 행위 양형기준과 살펴봄으로써 산업보안 범죄를 규율하는 양형기

준의 적절성을 논하고자 하였다. 산업보안 범죄 행위를 규율하는 법은 형법의 절도 행위가 아닌 부정경쟁행위 혹은 영업비밀침해행위로 처벌하고 있지만 처벌을 구체화하는 양형기준을 구성하는 구체적 인자들이 절도범죄의 인자들과 거의 동일함을 확인하였다. 즉, 법과 양형기준의 이름은 다르지만 산업보안 범죄 역시도 기존의 재산권의 확장으로 해석되고 있음을 알 수 있었다.

이러한 양형기준 인자들의 독자성에 관한 비판 이외에도 산업기술보호법과 관련한 독자적 양형기준도 문제이다. 산업기술보호법이라는, 영업비밀 혹은 부정경쟁이라는 사익의 범위를 넘어선 공익을 침해하는 범죄를 규율하는 법률이 존재하고 있음에도 불구하고 영업비밀침해행위의 양형기준을 통해 의율하는 것도 심각한 문제이다. 산업기술보안범죄만을 규율할 수 있는 양형기준을 독자적으로 운영하여야 할 것이다.

이를 위하여 두 가지 인자들이 조금 더 면밀히 다루어져야 하는데, 첫째 산업보안범죄라는 특수성을 반영하기 위해서는 단순히 “비밀유지의 의무가 있는 자”를 직위에 따라 차별적으로 가중하여 처벌하여야 한다. 현재 양형기준은 “비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자”에 대한 가중처벌을 하고 있지만 조직 내 직위에 따라서, 업무 종류에 따라서 접근할 수 있는 정보의 양과 질이 다르다. 하지만 직위나 접근 정보의 양과 질을 구분하지 않고 단순히 “비밀유지에 대한 의무가 있는 자”로만 한정하여 가중하는 것은 침해되거나 유출되는 정보의 가치와 사익을 넘어선 보호법익을 구분하지 않고 처벌하는 것이다.

둘째, “국가, 사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀에 관한 범행” 양형인자보다 더욱 구체화된 국가핵심기술 침해 및 유출행위에 대한 가중 인자가 포함되어야 할 것이다. 산업기술보안법이 규율하는 산업기술은 「산업발전법」 제5조에 따른 첨단기술, 「조세특례제한법」 제18조 제2항에 따른 고도기술, 「산업기술혁신 촉진법」 제15조의2에 따른 신기술, 「전력기술관리법」 제6조의2에 따른 신기술, 「부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법」 제19조에 따른 부품·소재기술, 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제7조 제1항에 따른 신기술, 그리고 국가핵심기술이다. 그리고 국가핵심기술이라 함은

국내의 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장 잠재력이 높아 해외로 유출될 경우에 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 기술로서 제9조의 규정에 따라 지정된 산업기술을 말한다.²⁰⁾ 산업보안범죄의 독자적 양형기준은 이러한 신기술과 국가핵심기술의 가치에 기반한 차별적 가중인자를 포함하여야 할 것이다. 그리고 이러한 기술에 따른 차별적 가중은 기술가치 평가 작업과 반드시 함께 운영되어야 할 것이다.

IV. 전문법으로서 산업보안법

우리의 법체계는 판택텐 법학에 근거를 둔 형식으로 짜여 있다. 판택텐 체계는 주로 로마법학을 연구했던 19세기 독일의 판택텐 학자들이 일구어 놓은 법체계를 말한다. 이들은 개념과 체계를 강조하고, 상위개념으로부터 하위 개념까지 논리적으로 연결되는 개념의 피라미드 및 흐름이 없는 완결된 체계를 추구했다.²¹⁾ 판택텐 체계에 기반을 둔 채로 공법, 사법 그리고 형사법을 구분하는 기본 삼법 체계는 그 배후에 정치적이고 사회적 의미를 담고 있다. 그 의미들은 바로 국가 사회를 이원화된 체계로 바라보는 것이다. 즉, 국가 영역과 사회 영역이 서로 독립된 체계로 분리되어 운영되며 이러한 독립된 운영을 위한 각기 별도의 원칙이 존재한다고 본다. 그에 따라 사회영역은 사적 자치원칙이 지배하고, 국가 영역은 민주주의 참여를 핵심으로 하는 공적 자치 원칙과 법치국가 원칙이 지배하는 것이다. 때문에 자연스럽게 공법이 국가 영역을 대변하고 사법이 사회영역을 대변하는 모습을 띤다.²²⁾ 이미 로마법에서 찾아볼 수 있는 이러한 국가와 사회의 이원론은 근세 이후 서

20) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제2조 제2항.

21) 양천수, “사법영역에 등장하는 전문법화 경향—도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 『법과 사회』, 제33권(2007), 114면.

22) 양천수, 같은 논문, 115면. 양천수는 관련 논문에서 형사법은 공법범주에 포함된다고 볼 수 있다고 하였다.

구 사회의 핵심적인 공동체 구성 원리로 정착되었고, 이후 자유주의와 결합하여 사회영역의 자유는 확대하는 방향으로, 그리고 국가권력은 작게 개입하는 방향으로 그 틀을 짜는 데 기여해 왔다.²³⁾

그러나 현대의 사회 속의 법체계는 국가와 사회의 이원론을 고수하기에 위기를 맞게 되었다. 사회변화 때문이다. 그러한 사회의 변화는 전문화, 세분화, 탈중심화의 모습을 하고 있는데 이는 자연스럽게 사회 속에 자리 잡은 기존의 합리성 개념에 변화를 가져온다. 법학에서도 마찬가지이다. 기존의 판택텐 체계에서 추구하는 완결성의 개념은 사실상 불가능해지고 다중심화된 사회는 기존의 판택텐 중심의 삼법, 혹은 육법 체계가 설명할 수 없는 다양한 법현상이 지속적으로 등장하고 있다.

우리는 앞서서도 산업기술보호법과 부정경쟁방지법의 모습을 기존의 자유주의적 시민형법의 관점으로 평가하고 그 법학 원칙 혹은 그 정의를 실현하기에 한계가 있음을 지적해 왔다. 이상돈의 관점을 빌리면 이러한 불합치 현상은 당연한 결과이다. 그는 사회의 전문화, 세분화, 그리고 탈중심화가 가져온 현상으로서 법의 홍수를 지적하였고, 그리고 판택텐 체계에 입각한 기본 육법체계로 설명하기 어려운 법률들의 출현에 대해 전문법의 성장으로 진단하고 있다.

그렇다면 전문법이란 무엇인가? 사회의 전문화, 세분화, 탈중심화의 변화는 삼법 혹은 육법전의 규율범위는 좁히고 행정법형식의 개별 법률들의 규율 영역의 확대를 낳는다.²⁴⁾ 그리고 이렇게 새로 등장한 개별 법률들 역시 다시 세분화된 형식으로 하부체계를 조직화하는 모습으로 발전하게 되는데 이상돈은 이러한 법의 모습을 전문법의 모습이라 보았다.²⁵⁾ 그렇기 때문에 단순히 전문가의 직업 활동을 규율하는 것이 전문법이 아니라 지속적으로 세분화되어 가는 사회적 하부체계의 영역마다 고유하게 생성·발전하고 있는 법을 의미한다. 이러한 전문법의 모습은 기존의 판택텐 체계를 완전히 부

23) 양천수, 같은 논문, 115면.

24) 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2010, 530면.

25) 이상돈, 같은 책, 530면.

정하며 새롭게 생성된 것이 아니라 판토텐 체계의 기본법전과 사안중심적인 규율형식이 결합하는 이중적인 구조를 갖는 특징을 보인다.²⁶⁾

또한 전문법은 전문영역 안에서 매우 세분화된 모습을 띠고 있지만 그 안에서의 공통의 사회적 기반을 갖는다. 그런 기반으로 전문법은 생활 세계와 사회세계를 규율한다. 이상돈은 이러한 법이 관여하는 부분의 비율에 따라서 사회적 행위영역을 세 가지로 분류하였는데, 일상영역, 과학기술화된 일상영역, 기능적 행위영역이 그것이다.²⁷⁾ 일상영역 속의 개인은 다른 사람과 함께 그 의미를 이해할 수 있는 방향으로 사회적 행위를 정돈하라는 절대 명령 하에 놓이게 되는데, 모든 개인이 공평하게 자유를 누리기 위해 모두가 지켜야 하는 자유의 한계를 설정하게 된다. 이러한 영역에서는 누군가의 침해행위나 위태 이익에 대한 판단을 특별한 전문 지식이 없이도 가능하고 개인들도 큰 전문적 지식 없이 사회 속에서 개인의 행동을 펼치는 데 큰 제약을 받지 않는다.²⁸⁾ 그러나 현대사회에서는 이러한 영역이 매우 협소해졌다.²⁹⁾

일상이 과학기술적 지식과 전문 언어로 변해 버린 현대사회 속에서는 타인의 자유가 침해되는 결과에 대한 책임도 전문지식과 전문 언어가 동원되지 않고는 판단될 수 없는 상황이 되었고, 생활세계에 침전되어 있는 귀속규칙으로는 법적 책임의 판단이 불가능한 경우가 많다. 때문에 생활 세계적 지평을 넘어선 복잡성을 해소하기 위해 법언어 역시 전문화될 수밖에 없다고 지적한다.³⁰⁾ 이렇듯 과학과 기술의 성장으로 점차 사회적 하부체계가 자기 완결적인 체계로 성장하면서 새로운 행위영역이 성장하게 되는데, 시장의 조정기능 위에서 과학과 기술의 전문지식을 제공하는 전문가 집단과 계획·조정·관리하는 행정 관료의 기능적인 상호작용에 의하여 재화의 생산과 분배를 수행하는 행위영역이 바로 그것이다. 그리고 이상돈은 이것을 기능적

26) 이상돈, “전문법—이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』, 제39호(2002), 133-136면.

27) 이상돈, 같은 책, 536면.

28) 이상돈, 같은 책, 536면.

29) 생활세계에서 자연발생적으로 성장해 온 의료행위도 일상영역에만 머물지 않게 되었다. 의료체계는 사회체계에, 물건을 사고파는 행위는 유통체계에 편입되어 버렸다.

30) 이상돈, 같은 책, 536면.

행위영역이라 칭하였다. 개인들은 특정한 행위의 지침이 어겨진다 하더라도³¹⁾ 당장 눈앞에서 자유의 침해를 판단할 수 없다. 이러한 행위를 하는 당사자 역시도 일상영역을 마주하는 것이 아니라 행정 관료가 만들어 놓은 특정 전문지식으로 조합된 행위의 지침을 먼저 마주하게 된다. 이상돈은 이 세 행위영역을 설명하면서 비록 전문법이 이 중 어느 하나만을 규율한다고는 할 수 없지만 우선 과학기술적 일상영역과 기능적 행위영역을 주로 규율한다고 설명하였다. 이러한 전문법의 정의와 특성에 기대 보면 산업보안 범죄를 규율하고 있는 부정경쟁방지법과 산업기술보호법 역시도 이러한 전문법의 모습에 가까이 있음을 알 수 있다. 그리고 그 이유는 다음과 같이 말할 수 있다.

첫째, 사안중심적인 규율형식을 띠고 있는 산업기술 관련 법률은 정확하게 어떠한 법 영역에 속하는지 판단하는 것이 쉽지 않다. 산업기술보호법과 부정경쟁방지법이 공법, 사법, 그리고 형법의 측면을 모두 아우르고 있기 때문이다. 부정경쟁방지법의 경우 금지청구권과 손해배상 등의 민법상의 권리를 명시하고 있고, 영업관련 비밀 규정을 위반한 자에 대한 업무정지명령, 과징금 등을 부과하는 행정법적 요인, 그리고 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 취득, 사용, 또는 누설한 자에 대한 처벌 규정을 두는 형법적 모습도 함께 보여 주고 있다. 산업기술보호법 역시도 그러하다. 국가핵심기술의 보호조치에 대한 내용, 그리고 산업기술분쟁조정위원회, 기관 등에 과태료 부과 등의 모습은 행정법의 모습을 띠고 있지만 산업기술의 유출 및 침해행위에 대한 벌칙내용은 형법의 모습을 함께 담고 있다.

둘째, 과학기술화된 전문 언어의 사용이다. 불법행위 등을 규정하는 행위와 이를 판단하는 과정에 관여되는 언어들이 전문적인 지식과 과학기술화된 전문 언어이다. 예를 들어, 부정경쟁방지법에서 영업비밀을 인정하기 위해서는 관련자들은 경제적 가치, 그리고 비밀유지성 등을 증명해야 하는데, 이

31) 예: 공인회계사가 어떤 회사에 대한 외부감사 보고서를 작성하는 행위를 할 때, 회계감사기준이라는 전문화된 행위의 지침이 주어지기는 하지만 이를 위반한 감사보고서의 작성 행위가 증권시장에 참여하는 어떤 투자자의 재산이익을 침해하게 될 것인지 내다볼 수 없다. 이상돈, 같은 책, 538면.

러한 과정에 사용되는 언어들은 일상 언어로 판단하기 어려운 경우가 많다. 또한 산업기술보호법에서는 산업기술과 국가 핵심기술을 판단하는 것이 그 핵심관건인데, 이러한 용어를 정의하는 데에는 「산업발전법」에 따른 첨단기술, 「조세특례제한법」에 따른 고도기술, 「산업기술혁신촉진법」에 따른 신기술, 「전력기술관리법」에 따른 신기술, 「부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법」에 따른 부품·소재기술 등을 이해하고 판단해야 하고 이러한 과정에는 단순한 법관의 인식론적 선이해가 아닌 과학기술에 근거한 전문화된 지식에 대한 판단이 요구된다. 또한 그 침해 범위 등의 평가를 위해 국내외 시장에서 차지하는 기술적, 경제적 가치를 평가하고 증명하는 것 그리고 성장 잠재력에 대한 평가 등이 요구되는데 이러한 과정에는 관련 과학 전문 기술에 대한 이해는 물론 국내외 정치적, 경제적 현상에 대한 이해도 요구된다. 비록 현재의 산업기술 관련 범죄 처리모습에는 기존의 일상영역을 규율하였던 절도, 업무상횡령, 배임 등의 법의 영역의 그림자에 많이 드리워져 있지만 전문 집단에 의해 이루어지는 침해행위, 그리고 그 침해행위를 판단하는 데에도 전문적인 기술과 지식에 관한 언어들이 사용되고 있음을 부정할 수는 없을 것이다.

셋째, 과학기술적 일상영역과 기능적 행위영역을 규율하는 모습이다. 특히 침해 행위에 대한 피해가 즉각적이거나 예상될 수 없는 규모인 경우도 많을뿐더러, 그 법 자체가 개인, 산업체나 국가 사회에게 보안에 대한 의무를 지우고 있는 모습도 그러하다. 부정경쟁방지법에서 영업비밀을 보유한 자의 영업비밀 원본 증명 업무 기능이나 산업기술보호법 속의 산업기술 유출방지 및 보호정책의 수립 추진, 산업기술의 유출방지 및 관리, 산업기술보호의 기반 구축 및 산업보안 기술의 개발 지원 등을 규율한 내용 등이 그러한 예가 된다.

물론 산업보안을 다루는 법들이 전문법으로서 완전히 모습을 갖추었다고는 보기 어려울 수도 있다. 하지만 기존의 형법이 규율하는 모습에서 변화된 개별적 법률 모습을 띠고 있음은 부정할 수 없을 것이다. 양건 교수는 법의 진화를 법이 일정한 방향성을 가지고 낮은 단계에서 좀 더 높은 단계로 진보하는 것이라 보았다. 그리고 양천수는 이러한 법의 진화를 베버의 법진화

론,³²⁾ 노넷-셀즈닉의 법진화론,³³⁾ 토이브너의 법진화론³⁴⁾에 이어 판택텐법 → 전문법 → 자기규범생산 레짐 단계로 진화할 수 있음을 주장하고 있다.³⁵⁾ 비록 기존의 시민법의 관점에서 평가한 산업보안 관련 법률은 많은 결함과 흠결로 신랄한 비판을 받을 수밖에 없었지만 토이브너와 양천수의 법진화론의 관점에 힘입어 이 법을 재조명해 본다면, 이는 사안중심적 특징을 갖고 과학기술 영역을 규율하는 전문법으로서 진화하고 있는 모습이라 진단할 수 있을 것이다.

그렇다면 산업보안 관련 법률은 향후 전문법으로서 어떠한 모습을 갖추어야 할까?

산업보안 범죄행위를 규율하는 법률들은 이미 전문법으로 세분화되어 발달하고 있지만, 그것을 실제 형사적으로 처벌하는 실제 과정에 들어오게 되면 그 법적 성질이 과거 모습으로 회귀하는 모습이 발견된다. 전문법의 모습을 띠고 있는 산업보안 범죄 관련법의 양형기준을 살펴보면 우리는 다른 법의 탈을 쓰고 있지만 재산을 보호하는 기존의 육법체제의 모습을 발견하였다.

비록 산업보안 관련법들이 기존의 법개념에서 분화가 시작되었다 하지만, 그 행위자와 행위의 문제점과 전문적 특성을 반영하는 기준이 되어야 할 것이다. 양형기준의 낮은 예측력 역시도 이러한 전문법적 규율을 육법전 기준으로 처벌하려는 과거 지향적 기준과 시각이 낳은 뼈저거림의 증거이다. 영업비밀을 보호법칙으로 삼았다면 그 비밀의 중대성을 평가하기 위한 측정 방법이 정확하게 제시되어야 함에도 불구하고, 금액에 따른 차등성을 부여하지 않았다. 사전예방적인 모습을 하고 있는 법의 모습과는 달리 미래의 가

32) 베버의 법진화론은 “전근대적 실질법 → 근대적 형식법 → 탈근대적 실질법” 단계의 진화를 이야기한다.

33) 노넷-셀즈닉의 법발전 유형은 “억압적 법 → 자율적 법 → 응답적 법”을 설명하고, 억압적 법이란 억압적 권력의 시녀로서 이에 복종하는 법을, 자율적 법은 억압을 제한하고 자신의 통합성을 보호할 수 있는 분화된 제도로서 작동하는 법을 의미한다. 마지막으로 응답적 법은 사회적 요청과 열망에 응답하는 촉매로서 기능하는 법을 의미한다. 양천수, “새로운 법진화론의 가능성”, 『법철학연구』, 제15권 제2호(2012), 178면.

34) 토이브너의 법진화론은 “형식적 법 → 실질적 법 → 반성적 법”으로 이어지는 법진화론을 설명한다.

35) 양천수, 같은 논문, 183면.

치를 평가할 수 있는 요소들을 담고 있지 않다. 또한 법인의 행위 처벌을 담고 있는 양벌규정을 담고 있으면서도 법인의 행위와 병합된 행위, 그리고 그 조직내 임원 등 정보 접근권을 가진 사람들에 의한 행위 등을 차별적으로 보려는 노력은 전혀 발견되지 않는다. 국외 범죄에 대한 가중처벌 기준을 가지고 있지만 산업보안 범죄가 갖는 속성과 피해, 그리고 그로 인한 사회적 양태는 전혀 고려되지 않고, 단순히 형량만을 2배가량 가중하고 있는 모습도 전문적이고 합리적인 양형기준의 모습과 거리가 멀다.

물론 범죄행위의 양태가 다르고 행위자가 달라졌다고 해서 모두 전문법이 이를 반영할 수는 없을 것이다. 일찍이 라드브루흐는 법의 이념으로 정의, 합목적성, 법적 안정성을 제시한 바 있다.³⁶⁾ 전문법의 정의는 비록 이러한 전통적 법의 이념을 갖고 있되 이에 매몰될 수는 없다. 과학기술적 일상영역에서는 법에 요구되는 내용이 규범적 요청과 기능적 효율성 사이의 균형성이다. 양천수는 이를 보완과 통합의 모습으로 제안하였다.³⁷⁾ 개별법이 먼저 법전의 규율 흠결을 보완할 수 있어야 한다. 이는 이들의 모습이 같아야 함을 의미하는 것이 아니라 전문적 영역의 특수성을 잘 반영해야 함을 의미한다. 산업보안 범죄를 규율하는 개별법들 역시도 기존에 적용하던 법률의 흠결로 인해 미처 바라보지 못하였던 어두운 사각지대를 비춰 줄 수 있는 보완적 법률로, 그리고 그러한 양형기준으로 발전해 나가야 할 것이다.

산업보안을 전문법으로 이해한다면 단일한 책임체계와 기준으로 산업보안 범죄를 규율하고자 하는 것은 실패하기 쉽다는 것을 알 수 있다. 산업보안 자체가 여러 책임을 종합하는 중층적인 성격을 갖는 이상 다양한 책임 체계의 성격과 기준을 고려해야 한다. 그렇지 않으면 각 책임 체계가 충돌할 수 있고, 그렇게 되면 산업보안 범죄를 적절하게 규율하는 데 실패할 수 있다. 또한 산업보안을 성공적으로 운용하기 위해서는 여러 책임체계가 양립할 수 있도록 하는 방안을 모색해야 한다. 책임체계 사이에 일정한 우선순위

36) 이상돈, 같은 책, 543면; 프랑크 잘리거, 『라드브루흐의 공식과 법치국가』, 윤재왕(역), 길안사, 2000 참고.

37) 양천수, 같은 논문, 264면.

관계를 설정하는 것도 한 방안이 될 수 있다. 양천수가 환경오염을 방지하기 위해 제안한 방식을 빌려,³⁸⁾ 산업보안 유출을 방지하기 위해 예방적인 규제를 우선적으로 시행한다거나, 직접적인 규제보다는 간접적 규제를 우선한다는 것, 그리고 형사책임은 보충성 원칙에 따라 가급적 나중에 혹은 최후 수단으로 동원된다는 것을 고려할 수 있을 것이다. 양천수도 인식론의 측면에서 각 책임 사이의 확정적이고 고정된 우선순위 관계를 찾는 것은 어렵다고 하였지만 말이다.

V. 결 론

이 글은 산업보안 범죄의 양형의 모습을 차이와 차별의 모습으로 조망하고 더욱 발전적인 산업보안 범죄의 모습을 견지하기 위한 연구 동기를 가지고 쓰여졌다. 이를 위해 현재 산업보안 범죄와 관련한 법조항들을 살피고, 이를 가능케 하였던 철학적 근거들을 살펴보았다. 자연권 전통과 공리주의가 이러한 산업보안 관련 지식 보호의 필요성을 논하는 데 활용될 수 있는 철학적 근거인데, 과거 미국의 경우 영국의 지식재산권 침해국가의 입장에 있을 때에는 이러한 지식을 사회적 · 문화적 산물로 바라보는 공리주의적 입장을 취했었다. 그러나 그들의 지위가 지식과 정보의 수입국이 아닌 수출국으로 변모하면서 철저히 재산권적 보호의 개념으로 법제들을 바꿔 나간 것을 알 수 있다.

물론 현재 보호법익을 영업비밀과 산업기술로 규정하고 있고 실제 우리의 경우 대륙법계의 법제에 속하고 있지만 산업보안 범죄를 규율하고 있는 산업기술보호법이나 부정경쟁방지법을 최종 적용하는 양형기준에서는 절도범죄와 상당히 유사한 요인들로 구성하고 있어 재산권적으로 인식하고 있다는 근거를 제시하여 주고 있다. 더 나아가 전통적인 형사법에 속해 있는 절도범죄의 양형기준과 산업보안 범죄의 양형기준을 비교함으로써 실제로 절도범

38) 양천수, 같은 논문, 265면.

죄와 상당히 유사한 방식으로 산업보안범죄의 처벌기준을 마련하였다는 점을 비판하였고, 이를 더욱 구체적으로 살피기 위하여 양형기준 속의 인자들을 절도범죄와 비교하였다. 산업보안범죄행위를 규율하는 양형기준의 차별성을 살펴본 결과 그 내용들이 기존의 절도범죄와 차별성 없이 유사한 모습으로 제정되어 적용되고 있음을 알 수 있었다. 산업보안범죄의 특수성을 반영하는 양형기준이 되기 위하여는 현재의 단순한 “비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자”의 가중인자를 조직 내 접근가능한 정보의 양과 질을 구분하여 평가할 수 있도록 비밀유지 의무자를 등급화하여 가중할 수 있어야 할 것이며, 단순 “국가, 사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀에 관한 범행”인자가 아니라 유출된 기술들이 국가적으로 파급효과가 큰 것인지, 사회적으로 파급효과가 큰 것인지를 구분함은 물론이거니와 산업기술보호법에서 보호하는 신기술과 국가핵심기술을 차별하여 가중하여야 할 것이다.

마지막으로 본 연구는 전문법적 성격을 띤 범죄의 속성을 반영하지 못한 채 과거의 껍질을 쓰고 있는 우리의 산업보안 관련 양형기준의 모습을 조명해 주기도 한다. 고도화되고 전문화된 사회는 기존의 판데켄 체계의 범영역을 좁히고, 새로운 법의 형태는 그 이상의 흠결을 갖는다. 이러한 흠결을 보완하고 새로운 기능을 수행하도록 방향을 제시해 주는 것이 전문법의 영역일 것이다. 산업보안범죄의 전문적 기술과 언어만큼이나 이를 규율하는 법률, 이를 처벌하는 양형기준, 그리고 이를 판단하는 법관들이 전문적인 모습으로 사회의 재화를 재창조하고 방향성을 보여 주어야 할 것이다. 산업보안범죄를 규율하는 법도 마찬가지이다. 기존과 다른 양태로 행위를 규율하고 보호한다면 그러한 산업보안범죄의 속성을 반영하는 양형인자들이 마련되고 포함되어야 할 것이다. 접근가능한 질과 양을 구분한 비밀유지 의무자에 대한 차별적 가중, 그리고 산업기술보호법에서 규정하는 신기술과 국가핵심기술의 가치에 따른 가중이 그러한 내용이다. 그리고 이러한 과정에는 반드시 전문화된 기술 가치에 대한 표준화된 평가 작업이 필요하다고 여겨진다. 동시에 전문적인 언어로 규율된 그 영역이 기존 형법 규율방식과 조율될 수 있도록 법원칙과 기준들이 균형적인 틀을 제공해야 할 것이다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

프랑크 잘리거, 『라트브루흐의 공식과 법치국가』, 윤재왕(역), 길안사, 2000.

조지 세이빈 · 토머스 솔슨, 『정치사상사』, 성유보 · 차남희(역), 한길사, 1997.

이상돈, 『형법강의』, 법문사, 2009.

이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2010.

〈단행본(서양)〉

Penner, James. E., *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press, 1997.

Kramer, Matthew H., *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community and Equality*, Cambridge University Press, 2004.

Lubitz, Robin L. & Ross, Thomas W., *Sentencing guidelines: Reflections on the future*, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, 2001.

Larochelle, Gilber, *From Kant to Foucault: What Remains of Authors in Postmodernism*(Lise Buranen and Alice M Roy, Edited, *Perspective on Plagiarism*), State University of New York Press, 1999.

Mackenzie, D. L., *Sentencing and Corrections in the 21st Century: Setting the Stage for the Future*, University of Maryland, College Park, Md., Department of Criminology and Criminal Justice, Evaluation Research Group, 2001.

〈학술지(국내 및 동양)〉

강준모, “신기술시대에 있어서 지적재산권 보호의 법리적 논거와 철학적 근거에 관한 해석론”, 『법학연구』, 제49권(2013).

남형두, “저작권의 역사와 철학”, 『산업재산권』, 제26권(2008).

손승우 · 박장혁, “산업기술보호관련 법체계 정비에 관한 소고—산업기술유출방지법 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 『법학논총』, 제37권 제4호(2013).

양천수, “사범영역에 등장하는 전문법화 경향—도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 『법과 사회』, 제33권(2007).

양천수, “새로운 법진화론의 가능성”, 『법철학연구』, 제15권 제2호(2012).

이상돈, “전문법—이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』, 제39호(2002).

이창무, “산업보안의 개념적 정의에 관한 고찰”, 『한국산업보안연구』, 제2권 제1호 (2011).

허성욱, “권리남용에 관한 법경제학적 고찰”, 『법조』, 제12권(2006).

〈학술지(서양)〉

Boyle, James. “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”, *Law & Contemp. Probs*, Vol.66 No.1(2003).

Calabresi, Guido & Melamed, Douglas. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol.85 No.6(1972).

Coleman, Jules & Kraus, Jody, “Rethinking the Theory of Legal Rights,” *The Yale Law Review*, Vol.95 No.7(1986).

Hesse, Carla. “The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance,” *Daedalus*, Vol.131 No.2(2002).

Hueges, Justine, “The Philosophy of Intellectual Property”, *Geo. L. J.*, Vol.77 (1988).

Landes, William M. & Posner, Richard A. “An Economic Analysis of Copyright Law”, *J. Legal Stud.*, Vol.18(1989).

Lubochinski, Eric. “Comment, Hegel’s Secret: Personality and Housemark Cases”, *Emory L.*, Vol.52(2003).

Stallberg, Christina G. “Towards A New Paradigm in Justifying Copyright: An Universalistic Transcendental Approach”, *Fordham. Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, Vol.18(2008).

〈학위논문(국내 및 동양)〉

김대근, “권리에 대한 법경제학적 분석의 의의와 한계”, 고려대학교, 박사, 2009.

〈기타 자료〉

이영대, “소유권 개념의 변화와 지적재산권”, 정보통신연구원, 2004.

Discussion on the philosophical background of punishment for industrial security crime and the direction of sentencing guideline

Park Mirang

The purpose of this paper is to examine the legitimacy of industrial security crime in the philosophical context and to examine the actual situation in which punishment is applied through the sentencing guideline. In the philosophical background, this paper introduced Locke's labor theory, Hegel's personality theory, utilitarian view, economic perspectives, and contemporary property rights. Based on this discussion, the sentencing guideline for theft was mainly compared with the sentencing guideline of industrial security crime (unfair competition behavior, trade secret infringement).

As a result, this paper found that the sentencing guidelines for unfair competition behavior and trade secret infringement were composed of the same factors as the theft guideline. However, industrial security crimes differ from existing criminal law regimes as individual laws. It has a professional legal characteristic in that it uses subject-oriented and technical terminology and regulates scientific behavior.

In summary, based on these results, this paper says that the sentencing factors for industrial security crime could be revised to reflect the characteristics of specialized law and the specialized characteristics of

industrial security criminal behavior. The directions and suggestions for the specific sentencing standards would be discussed in the text of the paper.

Keyword

Industrial Security Crime, Unfair Competition Behavior, Trade Secret Infringement, Sentencing Guidelines, Philosophical Background, Specialized Law