

부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반(영업비밀누설등)·업무상배

임

[서울중앙지방법원 2017. 2. 15. 2016노3163]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 한승헌(기소), 최형규(공판)

【변 호 인】 법무법인 평안 담당 변호사 정한익 외 1인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2016. 8. 11. 선고 2013고단7560 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 4월에, 피고인 2를 징역 1년 6월에 각 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 피고인 1에 대하여는 1년간, 피고인 2에 대하여는 3년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문 등에 그 수식과 알고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지

성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업 비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 설시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).
- ② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.

- ③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다(특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

- ② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

- ① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에

해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바, 이는 이유불비의 위법에 해당한다.

- ② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.
- ③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.
- ④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다. 따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실체적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부분은 모두 유지될 수 없게 되었다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문 등에 그 수식과 알고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 설시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).
- ② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.
- ③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다(특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

- ② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

- ① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에 해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바, 이는 이유불비의 위법에 해당한다.
- ② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.

③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.

④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다.

따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실제적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부

분은 모두 유지될 수 없게 되었다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문에 그 수식과 알고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 실시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).

② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.

③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다 (특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에 해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바, 이는 이유불비의 위법에 해당한다.

② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.

③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.

④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다.

따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실체적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부분은 모두 유지될 수 없게 되었다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문 등에 그 수식과 알고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 설시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).

② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.

③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다

(특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

- ② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

- ① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에 해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바, 이는 이유불비의 위법에 해당한다.

- ② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.

- ③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.

- ④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다.

따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실체적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부분은 모두 유지될 수 없게 되었다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문에 그 수식과 알고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 설시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).

② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.

③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다(특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에 해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바, 이는 이유불비의 위법에 해당한다.

② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.

③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.

④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다.

따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실체적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부분은 모두 유지될 수 없게 되었다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문 등에 그 수식과 알

고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

- ② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 설시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).
- ② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.

- ③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다(특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

- ① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

- ② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

- ① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에 해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바, 이는 이유불비의 위법에 해당한다.
- ② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.
- ③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.
- ④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다. 따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실체적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부분은 모두 유지될 수 없게 되었다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 한국저작권위원회의 감정결과 통보서의 증거능력에 관한 법리오해

제1심은, 한국저작권위원회의 2014. 5. 21.자 감정결과통보서를 유죄의 증거로 거시하였으나, 이는 법정 외에서 당사자의 참여가 배제된 채로 이루어진 후 그 결과가 통보된 것인데 검사나 피고인 측이 이를 증거로 제출한 바 없고, 이에 대한 적법한 증거조사절차가 이루어진 바도 없어 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(나) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고만 한다)의 '영업비밀' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 각 파일(이하 이를 합하여 '이 사건 각 파일'이라고 한다) 중 연번 1 내지 13번, 33번, 34번 기재 피해자 공소외 1 주식회사(2013. 6. 11. 주식회사 ○○○를 흡수합병하면서 상호가 주식회사 ○○○로 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '피해자 회사'라고만 한다)의 각 파일과 공소외 2 주식회사(2012. 11. 9. 주식회사 △△△△△△로 상호가 변경되었다, 이하 상호변경 전후를 통틀어 '공소외 2 회사'라고만 한다)의 소스코드 사이에 유사성이 발견된 부분은, 대부분 인터넷상으로도 쉽게 검색할 수 있는 일반에 공개된 내용이거나, 카메라 제조사 등 제3자가 제공하는 메뉴얼에 그 내용이 상세히 나와 있거나, 공개된 논문 등에 그 수식과 알고리즘이 그대로 존재하는 등 비공지성이 없으므로 영업비밀에 해당하지 않는다.

② 이 사건 14번 파일은 3D 스캐너의 소스코드 파일이 아니고, 피해자 회사가 판매한 제품의 사후 관리를 위하여 피해자 회사의 개발팀 직원뿐만 아니라 영업팀 직원을 포함한 거의 모든 직원이 일상적으로 사용하는 파일로서 비공지성이나 비밀관리성이 없어 영업비밀에 해당하지 아니한다.

③ 이 사건 각 파일은 독립된 경제적 가치가 있다고 보기 어렵고, 피해자 회사가 상당한 노력에 의하여 이를 영업 비밀로 유지, 관리한 바도 없다.

(다) 부정경쟁방지법상의 '사용' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 제1심은 파일을 실행하는 행위와 파일을 클릭하여 저장 내지 열람하는 행위를 혼동하여 파일을 클릭하는 것만으로 이 사건 각 파일을 실행하였다고 전제하고 있으나, 피고인 2는 전자파일의 형태로 이루어진 피해자 회사의 소스코드를 실행시킨 사실이 없으므로 이는 부정경쟁방지법에서 규정하는 '사용'에 해당하지 아니한다(더욱이 제1심은, '피고인 2가 이 사건 각 파일을 실행하여 그 내용을 열람한 다음 일부 내용을 편집하여 별도의 파일로 저장해 두었다'라고 설시하고 있는데, 이는 이 사건 공소사실의 내용에도 존재하지 않고, 어느 파일에 대한 것인지도 분명하지 않다).

② 이 사건 1 내지 8, 11 내지 13, 33, 34번 각 파일은 피해자 회사와 공소외 2 회사의 것 사이에 유사성이 있기는 하나 일부 참조한 것에 불과하고, 9, 10번 각 파일은 피고인 2가 피해자 회사의 각 파일을 참조한 바 없이 직접 공소외 2 회사의 해당 소스코드를 작성한 것으로서 유사성이 없다.

③ 이 사건 15 내지 32번 각 파일의 경우, 피고인이 이를 열람한 바는 있으나, 실제로 피고인 2가 피해자 회사의 위 각 파일을 사용하여 공소외 2 회사의 소스코드를 개발한 사실이 없고, 양측의 각 소스코드 사이에 유사한 부분도 없다(특히, 그 중 연번 15 내지 17, 19, 21, 23 내지 26번의 경우 피고인 2가 피해자 회사의 각 해당 파일을 사용하여 각 불상의 파일을 제작하였다고 되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 파일을 제작하였는지 특정도 되어 있지 아니하다).

(라) 부정경쟁방지법상의 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적' 해당 여부에 관한 사실오인 내지 법리오해

① 피고인 2는 피해자 회사에 재직 중인 2011. 4.경 업무상 필요에 의하여 이 사건 각 파일이 포함되어있는 소스코드를 휴대용 저장장치를 이용하여 집으로 가지고 왔을 뿐, 피해자 회사를 퇴사하면서 그 허가를 받지 않고 이를 취득한 것이 아니며, 당시 공소외 2 회사에 취업하여 의료용 3D 스캐너를 개발할 계획도 없었다.

따라서 피고인 2가 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 이 사건 각 파일을 취득하고 사용한 것이라고 볼 수 없다.

② 특히 이 사건 14번 파일의 경우, 피고인 2가 위 파일을 실행시킨 사실은 있으나, 이는 공소외 2 회사가 개발한 제품을 구동하기 위한 것이 아니라, 종전에 피해자 회사의 제품을 구매한 소비자의 요청으로 해당 제품을 무료로 수리해 준 후 그 시험가동을 하기 위한 것이었으므로, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없었다.

(마) 업무상배임의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인 2)

① 이 사건 업무상배임과 관련한 피고인 2의 행위는 피해자 회사의 영업비밀인 소스코드를 사용 및 취득하였다는 것인데, 제1심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서도 이 사건 각 파일에 대한 사용 또는 취득이 어떻게 배임행위에 해당하는지에 대한 이유설시 없이 단순히 '반환하거나 폐기하지 아니한 행위'가 배임행위에 해당한다고 하였는바,

이는 이유불비의 위법에 해당한다.

- ② 피고인 2가 이 사건 각 파일을 사용한 시점은 모두 피해자 회사를 퇴사한 2011. 9. 이후이므로, 당시 피고인 2에 대하여 피해자 회사의 사무처리자의 지위가 인정되지 아니한다.
- ③ 피고인 2는 피해자 회사의 재직 중인 2011. 4.경 이 사건 각 파일이 포함되어 있는 피해자 회사의 소스코드를 적법하게 취득하였는바, 따라서 위 취득이 업무상배임죄에서 있어서 임무위배행위로 재산상 이익을 취득한 경우라고 볼 수 없다.
- ④ 피고인 2가 피해자 회사와 체결한 연봉계약서 및 퇴사시 제출한 퇴직원의 각 기재에 의하더라도, 비밀유지의무만이 명시되어 있을 뿐 '퇴사나 업무 변경시 모든 자료를 회사에 반환하거나 폐기하겠다'라는 내용은 없다. 따라서 피고인 2가 고용계약에 따른 부수적인 의무 내지 신의칙상 퇴사시 피해자 회사의 소스코드를 피해자 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있다고 볼 수 없다.

(2) 양형부당

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인(피고인 1에 대한 무죄부분)

검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피해자 회사의 영업비밀인 이 사건 1 내지 13, 15 내지 34번 각 파일을 사용하여 부정경쟁방지법위반(영업비밀누설등)의 범행을 범하고, 이 사건 각 파일을 반환하거나 폐기하지 아니하고 사용하여 업무상배임의 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(2) 양형부당(피고인 2 및 피고인 1에 대한 유죄부분)

피고인들에 대한 제1심의 각 형(피고인 1 : 징역 2월, 집행유예 1년, 피고인 2 : 징역 1년 6월)이 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

다만, 아래와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 의미가 있으므로 제3항 및 제4항에서 이를 변경된 공소사실에 대한 판단과 함께 살펴본다.

가. 피고인들에 대한 업무상배임의 점에 관한 공소장변경

항소심에서 검사가 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 업무상배임의 점을 아래 [변경된 공소사실] 기재와 같이 변경하였고, 이 법원이 이를 허가함에 따라 그 심판대상이 변경되었다.

또한, 위와 같이 변경된 공소사실은 제3항 및 제4항에서 보는 바와 같이 피고인 2에 대하여 그 전부가, 피고인 1에 대하여 그 일부(이 사건 14파일 부분)가 각 유죄로 인정되고, 위와 같이 각 유죄로 인정된 부분은 피고인들에 대한 각 다른 범죄사실과 실체적 경합범 또는 상상적 경합범의 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에 있어서 결국 제1심판결 중 피고인 2에 대한 부분과 피고인 1에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 업무상배임의 점에 관한 부분은 모두 유지될 수 없게 되었다.