컴퓨터프로그램 불법복제 단속활동에 있어서 민간참여를 위한 법제 개선방안

이원우 (한양대학교 법과대학 교수)

I. 연구의 의의 및 필요성

우리나라의 경제발전을 위해 컴퓨터프로그램 보호가 필요하다는 인식이 상당정도 확산되기는 하였으나, 우리나라의 불법복제율은 여전히 매우 높은 것으로 나타나고 있다.[1] 컴퓨터프로그램의 불법복제를 방지하기 위해서 다양한 노력이 이루어지고 있지만, 일차적으로는 불법복제에 대한 단속이 철저히 이루어져야 소기의 목적이 달성될 수 있을 것이다. 그러나 불법복제가 광범위하게 이루어지고 있는 상황에서 전문적 지식을 갖추고 상시적으로 이를 단속할 수 있는 조직 내지 인력이 절대적으로 부족한 것이 현실이다. 특히 불법복제가 점차 지능화·전문화·다양화·신속화·대규모화 되고 있는 데 반하여, 단속기관은 인원의 부족과 전문성의 결여라는 문제점을 극복하지 못하고 있어, 단속의 실효성이 의문시되고 있다.

이러한 현실인식에 기초하여 컴퓨터프로그램을 효과적으로 보호하기 위해서는 행정기관에게만 그 임무수행이 맡겨져서는 아니 된다는 주장이 설득력 있게 제기되고 있다. 특히 행정의 임무가 증대되어 과부하가 이야기되고 있는 현실에서, 새로운 행정임무를 법제화하더라도 행정이 현실적으로 이를 집행할 능력을 갖추기 어렵기 때문에 이러한 법제화는 유명무실하게 될 것이다. 오늘날에는 당해 분야에 전문성을 가지고 있고 또한 적극적인 이해관계를 가진 민간기관이 다양한 방식으로 행정임무 수행에 참여하고 있다. 다만 민간단체에게 어느 정도까지 공적 임무의 수행을 맡길 것이며, 이에 대한 법적 통제는 어떻게 이루어져야 할 것인지에 대하여는 많은 논란이 제기되고 있다.

그런데 민간에 의한 행정임무의 수행에 대한 잘못된 인식으로 말미암아 이러한 제도적 개선을 위한 시도가 좌절되어오고 있다.

이는 2002. 11. 8. 컴퓨터프로그램보호법의 개정에서도 잘 나타나고 있다. 원래 정부안 제34조제3항에서는 정당한 권원을 가지지 않은 자가 영리를 목적으로 복제한 프로그램등 부정복제물을 정보통신부장관이 수거·삭제·폐기하는 절차에 있어서 정보통신부장관이 협조를 요청하는 대상기관을 프로그램심의조정위원회와 "관련단체"에서 프로그램심의조정위원회와 "프로그램저작권 보호와 관련된 협회등의 단체"

---

1) 한국소프트웨어저작권협회(SPC)에 따르면 2002년도 SPC회원사에게 고소되어 확인된 침해건수는 1,303건이었고, 피해액은 140억원에 이르렀으며, 이들 업체의 침해율은 약40.56%였다고 한다. 김규성, SPC집계 2002년 S/W불법복제조사리뷰, 『소프트웨어저작권』 2003. 3, 9면 참조.

로 변경하여 한국소프트웨어저작권협회의 법적 위상을 높이려고 하였고, 이 점에서 부분적으로 목적을 달성한 것도 사실이다. 그러나 다른 한편으로는 입법심의과정에서 오히려 종전의 규정보다 민간참여의 범위가 축소되는 결과를 가져왔다. 즉 심의과정에서 협조기관임에도 불구하고 권한을 표시하는 증표를 제시하도록 규정한 법 제34조 제4항의 문제를 제기하면서, 민간기관의 경우에는 이러한 증표를 제시할 수 없다고 보아 삭제하여야 한다는 주장이 제기되었고, 이 주장이 받아들여져 법 제34조 제4항에서 위원회 또는 관련단체를 삭제하게 되었다. 개정 전의 규정에 따르면, 뒤에서 보는 바와 같이 법리상 문제점이 있음은 별론으로 하고, 프로그램심의조정위원회와 관계기관이 관계공무원과 함께 권한을 행사할 수 있었다고 해석될 수 있었던 점에 비추어, 이러한 개정은 프로그램심의조정위원회와 관련단체의 협조권한을 명백하게 축소시키는 결과를 가져온 것이라 할 수 있다. 요컨대 이론적 검토를 거쳐 충분하게 이론적으로 뒷받침되지 못한 입법안을 제시함으로써, 컴퓨터프로그램보호에 민간단체의 참여를 제도화하기 위한 법적 근거를 오히려 축소시키는 결과를 가져왔다고 할 것이다.

이 연구는 이러한 관점에서 컴퓨터프로그램보호에 있어서 민간참여를 위해서는 어떠한 법제도적 개선이 필요하며, 여기에 어떠한 법적 문제점들이 야기될 수 있고, 그러한 문제점들을 해결하기 위해서는 어떠한 법제도적 보완이 필요한지를 검토하고자 한다. 이를 통하여 법률개정의 기본방향과 구체적 대안을 제시할 것이다.

II. 컴퓨터프로그램보호에 있어서 국가와 민간의 임무배분 문제

1. 개관

컴퓨터프로그램의 보호를 위한 활동은 불법복제의 단속활동에 국한되지 아니하며, 컴퓨터프로그램을 위시한 지적재산권에 대한 국민의 의식계몽운동으로부터 컴퓨터프로그램의 개발과 보호를 위한 인력 및 제도개발, 분쟁조정, 형사적 집행 등에 이르기까지 광범위하며, 이들 모든 작용에 민간단체의 참여가 문제될 수 있다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법의 운용 전과정에 대하여 민간이 참여할 수 있는 영역과 참여할 수 있는 민간단체의 범위결정, 이에 대한 통제와 감독 등에 대하여 구체적인 검토를 수행할 필요가 있다. 다만 논의의 효율성을 위해 이 글은 불법복제 단속활동에 있어서 민간단체의 참여문제로만 주제를 한정할 것이다.

2. 불법복제에 대한 단속활동에 있어서 민간의 역할에 관한 세 가지 기본모델

(1) 국가-사회의 책임배분의 지도원리와 법제도의 모델

행정제도를 설계함에 있어서 국가(행정)와 민간부문의 역할배분을 어떻게 할 것

인가에 대하여는 일반적으로 세 가지 기본원리가 지배한다고 본다. 즉 공공주체와 민간부문 사이의 기능 및 책임배분에 따라 국가책임의 원리, 자기책임의 원리, 공동책임의 원리가 지도원리 내지 정책기준으로 작용한다.[2] 이들 세 원리가 지배하는 행정제도의 모델을 "국가감독모델", "자기책임모델", "협력모델"이라고 각각 칭할 수 있다.

앞에서 제시한 불법복제의 실효성 문제를 극복하기 위한 법제개선방안을 설계함에 있어서도 이러한 세 가지 모델이 고려될 수 있다.

(2) 국가감독모델

이 모델에 따르면, 국가가 전문성을 갖춘 충분한 인력을 확보하여 컴퓨터프로그램 단속을 위한 특별국가기관을 설치함으로써 불법복제를 실효적으로 단속하고자 할 것이다. 이러한 방식에 따르면 단속의 실효성을 철저히 확보할 수 있고, 또한 공권력행사에 의한 실효성 확보와 이에 대한 법적 통제문제를 동시에 보장할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이에 대하여는 컴퓨터프로그램보호를 위하여 과연 국가가 전문인력을 충분히 확보하여 대규모단속조직을 별도로 설치할 필요가 있는가라는 문제가 제기된다. 이는 오늘날 일반적으로 추구되고 있는 "작은정부"의 이상에도 반하는 것이지만, 충분한 인적자원을 유지하기 위해 지나치게 과다한 예산을 사용하게 되어 현실적으로 채택될 수 없는 방안이라고 본다. 전국적으로 대규모화되고 있는 불법복제의 현실에 비추어 보면 여기에는 방대한 규모의 조직이 요구되기 때문이다.

(3) 자기책임모델

자기책임모델이란 불법복제에 대한 단속의 이니셔티브를 원칙적으로 사인에게 맡기는 것이다. 즉 이해관계자인 개인들, 특히 컴퓨터프로그램저작권을 가진 개인이나 기업이 불법복제를 적발하여 불법복제자를 상대로 손해배상소송을 청구하게 하거나 검찰에 고발하여 형사소추를 진행하도록 하는 방법이다. 이 방식은 불법복제단속에 가장 강력한 동기를 가지고 있는 당사자와 일반 시민들을 동원하여, 즉 광범위한 자발적 조직을 이용하여, 불법복제를 단속한다는 점에서 장점이 있다. 그러나 불법복제의 단속을 위하여 증거를 조사하고 정보를 수집하기 위해서는 공권력의 행사가 요구되는 상황이 많은데, 이러한 이해관계자들은 그러한 권한을 행사할 수 없고 공권력주체에게 권한발동을 요구하는 경우 시간적 적절성을 상실하기 쉽기 때문에 단속의 실효성을 발휘하기 힘들다. 더욱이 우리나라의 경우, 미국과는 달리, 사소제도가 일반적으로 채택되지 않고 있는 상황에서 이를 입법화하는 데에는 난점이 있을 뿐 아니라, 근본적으로 아직 우리나라에서 사소제도가 채택되지 않고 있는 이유는

2) 이들 세 원리의 의의 및 기능에 대하여는 Won-Woo Lee, Privatisierung als Rechtsproblem, 1997, S. 35 ff., passim.; Stober, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2002, S. 8 ff.

그것이 우리나라의 법문화 및 행정문화에서는 제대로 작동되기 어렵기 때문이라는 점을 고려하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 자기책임모델은 입법론적으로 타당성을 인정받기 어렵다고 본다.

(4) 협력모델

오늘날 국가는 다양하고 복합적인 임무를 부여받고 있다. 그러나 이러한 모든 임무를 국가가 직접 처리하는 것은 불가능하고 또한 합목적적이지도 않다. 이러한 상황은 국가의 기능과 역할의 변화를 야기하게 되었다. 혹자는 이러한 국가역할의 변화를 경찰국가(Polizeistaat), 법치국가(Rechtsstaat), 사회국가(Sozialstaat)의 단계를 거쳐 유도국가(Steuerungsstaat)의 단계로 변화하였다고 설명하기도 하고,[3] 혹자는 관료국가(bureaucratic state)에서 계약국가(contracting state)로의 변화라고 설명하기도하며,[4] 또 혹자는 급부국가(Leistungsstaat)에서 급부보장국가(Gewährleistungsstaat)로의 전환이라고 설명하기도 한다.[5] 이러한 변화는 국가와 사회의 임무 내지 역할의 재분배를 요청하고, 국가기능의 중점을 민영화와 자율규제 내지 자기규제(Selbstregulierung)를 통한 유도에 두고자 한다.[6]

세 번째 모델인 협력모델은 이러한 국가기능의 성격변화에 따라 오늘날 세계적으로 추구되는 행정제도모델이라고 할 수 있다. 협력모델은 위의 두 모델이 내포하고 있는 단점을 제거하고 양자의 장점을 도입할 수 있는 모델이라고 할 수 있다. 즉 컴퓨터프로그램 보호를 위한 행정의 역할을 강화하되, "국가감독모델"에서 야기되는 문제점을 제거하기 위하여 민간부문과 행정의 협력을 도모하는 것이다. 국가는 최소한의 인력과 조직만을 가지고 기획·조정·지휘 등에 주력하고, 구체적인 집행업무는 민간부문에서 동원하는 것이다. 즉 공적 임무에 대한 궁극적 책임은 국가행정부문이 담당하되, 그 구체적인 기능수행은 민간부문에 맡기는 이른바 "기능민영화"를 도입하는 것이다. 가장 쉽게 생각할 수 있는 방안이 행정청이 한국소프트웨어저작권협회의 협력을 얻어 단속활동을 펴는 것이다. 국가가 전담하기도 어렵고 개개

---

3) 이는 Franz-Xaver Kaufmann의 주장이다. Kaufmann, Diskurse über Staatsaufgaben, in Grimm (Hg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15-41. 이에 대한 설명은 송석윤, "국가역할의 역사적 변천", 『법과 사회』, 제20호, 2001년 상반기, 9-32면, 특히 15-28면 참조.

4) 계약국가에 대하여는 김종철, "관료국가에서 계약국가로?", 『법과 사회』, 제20호, 2001년 상반기, 67-95면, 특히 85-93면 참조.

5) 예컨대 Stober, Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1997, S. 32.

6) 이러한 민영화와 자율규제의 증대가 오늘날 신자유주의적 영향을 강하게 나타내고 있는 것은 사실이지만, 이를 단순히 자유주의적 관점에서만 바라보는 것은 문제가 있다. 민영화와 자율규제 내지 자기조종적 규제 등은 앞에서 언급한 것처럼 현대의 사회·경제·과학기술 등 제분야의 발전으로 인한 국가사회기능의 변화에 기인한 것이지, 특정 이데올로기의 영향으로만 평가하여서는 아니 된다. 앞의 영국에 대한 설명에서 나타나듯이 이러한 변화 가운데 공화주의 원리의 강화도 함께 나타나고 있다고 본다. 민영화와 자율규제가 가지는 이러한 양측면에 대하여는 이원우, "신자유주의의 세계화와 경찰국가의 강화에 대한 토론문", 『신자유주의와 민주법학』, 2001년 민주주의법학연구회 심포지움, 88-97면, 특히 94-97면 참조.

기업에게 맡길 수도 없으므로 이해관계를 가진 기업들이 공동으로 참여하는 자율적 민간기구를 활용하자는 것이다. 다만 이 모델을 채택하는 경우 민간단체에게 부여될 공적 임무의 범위와 권한 및 그 통제방식에 대하여 논란이 있을 수 있다. 이 문제는 결국 협력모델을 구체적으로 어떻게 설계할 것인가의 문제로 귀결한다.

3. 협력모델의 구현을 위한 법적 수단

"협력모델"을 구체적으로 어떻게 제도화할 것인가에 대하여는 매우 다양한 대안들이 가능하다.[7] 여기서는 다양한 협력모델의 제도적 형태들을 구현하는 데 사용될 수 있는 법제도들, 즉 기능민영화를 위한 법적 수단들의 기본내용과 장단점 및 법리적 문제점들을 간략히 검토할 것이다. 이는 뒤에서 살펴보게 될 현행법제의 문제점과 개선방안의 설계를 위한 이론적 토대를 제공할 것이다.

(1) 公務受託私人 (公權受託私人 Beliehene)[8]

공무수탁사인이란 특정의 개별적인 고권적 권한을 자신의 이름으로 행사할 권능이 부여된 사법상의 자연인 또는 법인을 말한다.[9] 이러한 공무수탁사인은 독일에 있어서는 오랜 역사를 거쳐 유지되어 온 전통적인 조직형태로서[10] 독일[11] 뿐 아니라 우리나라의 현행 실정법의 여러 곳에서 그 예를 발견할 수 있다.[12]

컴퓨터프로그램 불법복제 단속활동에 있어서 조사를 위한 사업장에의 출입, 질문 및 컴퓨터검색, 자료제출요구, 그밖에 불법복제물의 수색·수거·삭제·폐기 등의 권한을 부여하려면 공무수탁사인의 법리에 따라야 할 것이다. 또한 컴퓨터프로그램을 업무상 일상적으로 사용하는 일정부류의 영업자에 대하여 정품사용의무를 부과하고, 이를 일일이 행정청이 점검하는 것이 아니라, 일정한 요건을 갖춘 민간인증기관을 지정하여 진입허가시 또는 정기적으로 검사를 받고 인증서를 제출하도록 하는

---

7) 이에 대하여 상세한 내용은 이원우, "정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰", 『행정법연구』 제3호, 1998년 하반기, 108-136면, 특히 119-135면 참조.

8) 用語에 대하여: 본문의 설명에서 알 수 있듯이 公務受託私人(Beliehene)이란 公任務가 부여된 것이 아니라 공임무수행을 위한 公法上의 權限이 개별적으로 부여된 私人이다. 이러한 관점에서 공무수탁사인이라는 번역에는 문제가 있다고 본다. 公法上의 權限을 受託받은 私人이라는 의미에서 오히려 "公權受託私人"이라 함이 정확할 것이다. 다만 아직 이 용어가 우리에게 생소하므로 이 글에서는 일반적으로 통용되고 있는 공무수탁사인이라는 용어를 사용한다.

9) 이는 독일의 통설·판례의 입장이다. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, S. 412.

10) Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, S. 870; Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1995, Rdnr. 230.

11) 독일 실정법상 구체적인 예들은 Won-Woo Lee, Privatisierung als Rechtsproblem, 1997, S. 176의 각주 (1179) 참조.

12) 현행법상 공무수탁사인의 예는 정하중, "민간에 의한 공무수행", 『공법연구』 제30집 제1호, 2001. 12, 463-488면 참조.

경우를 상정해 볼 수 있다. 이 경우 민간인증업체가 인증서를 발급할 권한을 보유하는 한 이는 공무수탁사인으로서의 성질을 가지게 될 것이다.

공무수탁사인의 결정적인 징표는 공임무의 수행을 위해 유인된 사인이 고권적 권한(hoheitsrechtliche Befugnisse)을 행사할 수 있다는 것이다.[13] 공무수탁사인은 이 점에서 기능민영화를 위한 다른 법적 수단들과 구별된다. 고권적 권한은 공법적 정당화근거에 기초하여 공법적 형식으로 행사되기 때문이다. 따라서 공무수탁사인을 위해서는 법률상의 근거를 요한다. 여기서 공무수탁사인에 의하여 사인에게 공법상 권한을 부여하기 위하여 어느 정도의 구체적인 법적 근거를 요하는가에 대한 문제가 제기된다. 국내학설이나 판례에서 이 문제를 직접 논하고 있지 않지만, 법률유보의 일반원칙에 비추어 몇 가지 기준을 도출할 수 있을 것이다. 이에 대하여는 후술한다.

(2) 公義務負擔(Inpflichtnahme) · 公義務負擔私人(Inpflichtgenommene)

기능민영화를 위한 법적 수단으로서 공무수탁사인과는 그 성격이 다른 법제로서 이른바 공의무부담이라는 것이 있다.[14] 이는 공임무 수행을 위하여 사인에게 특정한 의무가 부과되는 것을 말한다. 공의무부담에 있어서 의무란 사인에게 강제적으로 부과된 의무만을 의미하며, 대가적 급부로서 임의로 부담하는 의무는 제외된다. 이러한 의미에서 공의무부담을 "강제적 협력 (Zwangskooperation)"[15]이라 표현하기도 한다. 이른바 "계약에 의한 사인의 공역무부담 (vertragliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben)"은 구체적인 사실관계에 따라 다음에 보는 행정보조자나 특허모델로 이해하여야 할 것이다. 현행법상 석유사업법 제17조에 의한 석유수출입업자 및 석유판매업자의 석유비축의무, 소득세법 제127조에 의한 소득세 원천징수의무, 재해구호법 제7조 및 제9조의 협력의무, 경범죄처벌법 제1조 36호에 의한 공무원에 대한 원조의무 등이 공의무부담의 예에 속한다.[16] 컴퓨터프로그램보

---

13) 이러한 통설의 입장에 선 문헌 및 판례로는 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 1987, S. 415; Jani, Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, 1992, S. 58 ff.; N. Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1993, S. 250 ff.; Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1995, S. 815 f.; BVerwGE 97, 282 ff.; BGH, NJW 1993, 1258 ff.; OLG Schleswig, NJW 1996, 1218 f. 참조.

14) 이것이 통설·판례이나 공무수탁사인의 개념을 넓게 파악하여 공의무부담까지 이에 포함되는 것으로 보는 異說도 있다. Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 47, 187; W. Rudolf, in: Erichsen (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1995, S. 706. 통설의 입장에 대하여는 공무수탁사인의 개념에 관한 통설과 관련하여 앞에서 인용된 문헌 참조.

15) Stober, Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung der kommunalen Abfallentsorgung, in: Tettinger (Hg.), Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung, 1994, S. 25, 32.

16) 독일의 예에 대하여는 Won-Woo Lee, Privatisierung als Rechtsproblem, 1997, S. 179 본문 및 각주 (1201), (1202) 참조.

호를 위한 단속활동과 관련해서는 컴퓨터프로그램을 일상적으로 업무상 사용하는 일정한 사인에 대하여 일정한 보고의무나 협력의무를 부과하는 경우에 공의무부담이 문제될 수 있을 것이다. 이러한 의무는 일정한 영업을 영위하는 자 또는 그러한 영업자들로 구성된 동업자조합 등에게 부과할 수 있을 것이다.

공의무부담은 공공주체의 부담경감 외에도 경제적 자기책임의 강화를 목표로 하며, 이를 통해 임무수행에 있어서 경제적 효율성도 제고된다. 그러나 중소기업에 대하여는 공의무부담이 과도한 부담이 되어 오히려 효율성을 저해할 수 있으므로 당해 의무부담이 그 의무를 지게 되는 사인의 객관적 능력에 비추어 수인가능한지 혹은 합목적적인지를 비례원칙의 관점에서 평가하여야 할 것이다.

공의무부담은 직접 법률에 의하여 혹은 법률에 근거한 행정행위에 의하여 이루어질 수 있다.[17]

(3) 비독립적 行政補助者(Verwaltungshelfer)

공공주체는 공임무를 수행하기 위하여 다양한 형태로 사인을 사용할 수 있는데, 그 중 당해 공공주체를 위하여 비독립적으로 활동하며 단순히 도구로서 공임무수행에 동원되는 경우를 행정보조자라 칭한다. 따라서 행정보조자는 공무수탁사인과는 달리 자신의 이름으로 활동하지 않으며, 공공주체의 위임에 의하여 그 지시에 따라 활동한다.[18] 이를 특히 뒤에서 살피는 독립적 행정보조자와 구분하여 비독립적 행정보조자라고 하며, 이것이 행정보조자의 전형적인 모습이다.

비독립적 행정보조자는 민법상 이행보조자에 해당하는 것이다. 따라서 '공적 임무의 사실상의 이행'만이 민영화되며, 의사결정・행위기준의 설정・규제 등 통제는 공공주체에 의하여 이루어진다. 따라서 자기책임의 원리는 제한적으로만 구현된다. 이 점에서 다음에 설명할 독립적 행정보조자와 구별된다.

비독립적 행정보조자의 기본적인 개념징표는 비독립성이다. 제3자인 국민에게 사실상 행정작용을 하는 것은 행정보조자인 사인이지만, 비독립적 행정보조자는 제3자와 아무런 직접적 법률관계에도 서지 않는다. 그러므로 비독립적 행정보조자의 활동은 당해 공공주체에게 귀속되며, 이로 인한 법률관계도 공공주체와 제3자인 국민 사이에 형성된다.

예컨대 관계공무원이 수행하는 프로그램불법복제 단속활동에 있어서 공무원이 압수 또는 수거한 불법복제물에 대한 검사・조사 등의 사실행위를 위탁받아 행하는 경우가 이에 해당할 것이다.

---

17) M. Jani, a.a.O., S. 94.

18) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104, Rdnr. 5; Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 10. Aufl., 1996, S. 316; Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1995, S. 816; Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 206, 208; Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 119.

실정법상 이러한 행정보조자 모델에 의한 민영화의 가능성을 열어 놓은 규정들도 있으나,[19] 행정보조자는 공무수탁사인과는 달리 명문의 규정이 없는 경우에도 원칙적으로 허용된다. 따라서 공공주체는 명문의 수권 없이도 자신의 공임무를 수행하기 위하여 비독립적 행정보조자로서 사인을 이용할 수 있다.[20]

(4) 독립적 행정보조자 : 特許모델(Konzessionsmodell)

위의 비독립적 행정보조자와는 달리 공적 임무수행에 이용되는 사인이 외부에 대하여 독립적으로 활동하는 경우가 있다. 즉 사인이 강제적으로 임무수행의 책임을 부담한 것이 아니라 공적 임무수행에 자발적인 의사로 참여하였고(공의무부담과의 차이점), 고권적 권한을 행사하지 않는다면(공무수탁사인과 차이), 일반적으로 행정보조자라 할 수 있는데, 최근에는 기본적으로 이러한 행정보조자이지만 제3자에 대하여 자신의 이름으로 독립적으로 임무를 수행하는 현상이 증대되고 있다. 따라서 이러한 부류를 전통적인 행정보조자와 구별하여 독립적 행정보조자 또는 특허모델이라 칭한다.

일부 학설은 이러한 유형의 행정보조자를 공무수탁사인의 한 유형으로 파악한다.[21] 그러나 행정보조자는 기능적으로 공행정의 일부를 구성하기는 하더라도 고권적 권한을 가지는 것은 아니므로 이 견해는 부당하다.[22]

독립적 행정보조자의 경우에는 비독립적 행정보조자와는 달리 단순히 사실상의 임무수행만이 아니라 중요한 의사결정과 행위지침의 제정 등도 민간부문으로 이전한다. 공공주체는 규제자로서 통제권한을 통해 영향력을 행사할 수 있을 뿐, 원칙적으로 의사결정과정에 직접 개입하지 않는다.

III. 현행법상 불법복제 단속활동에 있어서 민간참여제도와 그 문제점

1. 개관

현재에도 프로그램 불법복제 단속활동에 다양한 방식으로 민간단체가 참여하고 있다. 우선 행정법적 근거 없이 프로그램저작권자 및 그 단체에 의한 자체단속활동

---

19) 예컨대 폐기물관리법 제13조 제2항 참조.

20) 이러한 독일의 통설적 견해에 대하여는, Stober, in: Tettinger (Hg.), Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung, 1994, S. 25, 34; v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 15 f.; Peine, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S. 95, 107 등 참조.

21) Steiner, a.a.O., S. 20 ff., 40 ff.; Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl., 1924, S. 163 ff., 245 ff.; E. R. Huber, a.a.O., S. 535, 548 ff.

22) 같은 견해 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, S. 414; Koenig, a.a.O., S. 106. 그밖에 위의 책에 인용된 문헌 참조.

을 수행하는 경우가 있다. 이는 법적으로는 단속활동이라고 볼 수는 없고, 단속기관에게 단속권의 발동을 촉구하기 위하여 불법복제의 증거확보 차원에서 이루어지는 것이라고 할 것이다. 이른바 자기책임모델에 의하여 사소제도를 불법복제에 대한 주된 단속방식으로 채택한다면, 이러한 활동에 대한 법적 대책이 필요할 것이다. 그러나 현행법제 하에서 이러한 자체단속활동은 개인정보침해 등 사생활의 침해문제와 불법해킹의 문제 등 위법성시비를 피하기 어렵게 된다는 문제점이 있다.[23]

따라서 현행법제 하에서는 민간단체는 행정기관의 단속활동에 보조자 내지 전문가로서 참여할 수 있을 뿐이다. 다만 그 법적 근거와 활동범위에 대하여는 논란이 있다. 이하에서는 현행법상 불법복제 단속활동에 민간단체의 참여가 어디까지 허용될 수 있는지에 대하여 실정법규정의 해석론을 통하여 검토하고, 그 문제점들을 지적하고자 한다.

2. 행정권한의 위탁에 관한 일반법규정에 근거한 민간참여제도와 문제점

정부조직법 제6조 제3항에 따르면, 行政機關은 法令이 정하는 바에 의하여 그 所管事務중 調査・檢査・檢定・管理業務 등 國民의 權利・義務와 직접 관계되지 아니하는 事務를 사인에게 委託할 수 있으며, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항은 이를 구체화하여 "그 소관사무중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무"로서 단순사실행위인 행정작용(제1호), 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무(제2호), 특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무(제3호), 기타 국민생활과 직결된 단순행정사무(제4호) 등을 규정하고 있다.

이 규정들과 관련하여 두 가지 쟁점이 논의되고 있다. 첫째, 행정기관이 이 두 규정을 근거로 하여 민간위탁을 할 수 있는지, 아니면 이는 일반적인 민간위탁의 가능성을 선언한 데에 불과하고, 실제 민간위탁을 위해서는 개별적인 근거규정을 별도로 두어야 하는지에 대하여 학설과 판례가 대립하고 있다. 행정조직법정주의를 강조하는 입장에서는 별도의 개별적 근거규정이 필요하다고 하지만,[24] 판례는 이들 규정이 바로 개별적 민간위탁을 위한 직접 근거규정으로 인정될 수 있다고 본다.[25] 필자는 절충설을 취한다. 즉 정부조직법 제6조 제3항이나 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항에서 민간위탁의 대상으로 규정하고 있는 사무들의 경우에는 원칙적으로 행정보조자로서의 임무수행을 민간에게 위탁하는 것에 불과하고 따라서 법률상 특별한 근거가 없더라도 민간위탁이 가능한 것이다. 따라서 이러한 경우 위 규정들은 그러한 가능성을 확인한 것이고, 따라서 별도의 근거규정이 없더라도 민간위탁이 가능하다고 본다. 이 점에서 기본적으로 판례의 입장에 동의한다. 그러나

---

23) 같은 견해 경건, "현행 컴퓨터프로그램보호법제의 문제점과 개선방안", 『행정법연구』 제8호, 2002. 상반기, 94면.

24) 홍정선, 『행정법원론(하)』, 2003, 25-26면; 경건, 앞의 논문, 95면 각주(22)도 이러한 입장에 서 있는 것으로 보인다.

25) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누5287 판결. 이는 대법원의 일관된 입장이다.

위 규정들에서 열거하고 있는 조사·검사·검정·관리업무 등의 사무를 수행함에 있어서 공법적 권한을 행사하여야 하는 경우, 예컨대 검사필증, 인증서 등을 발급하거나 관리업무수행을 위하여 일방적 구속적 사실행위 등을 행사하여야 하는 경우 등에 있어서는 고권적 행정작용의 수행을 위탁하여야 하므로, 반드시 법률에 개별적인 수권규정을 두어야 한다고 본다.

두 번째 쟁점은 위 문제와 관련이 있는 것으로서 불법복제 단속사무가 과연 위 규정들에서 말하는 "調査·檢査·檢定·管理業務 등 國民의 權利·義務와 직접 관계되지 아니하는 事務"에 해당하느냐의 문제이다. 이는 調査·檢査·檢定·管理業務 등 國民의 權利·義務와 직접 관계되지 아니하는 事務에 어떠한 활동까지 포섭될 수 있는가의 문제이다. 이에 대하여는 불법복제 프로그램에 대한 단속사무는 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항 제3호에서 말하는 "특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무"에 해당하기는 하지만, 단속사무는 상대방의 의사결정의 자유, 행동의 자유, 사생활의 자유 등을 침해하는 행위이기 때문에 국민의 권리·의무에 직접 관계되는 사무이고, 따라서 민간위탁의 대상사무에 포함되지 아니한다는 견해가 있다.[26] 이 견해에 따르면 정부조직법 및 행정권한의위임및위탁에관한규정의 관련법규정들은 불법복제 단속업무의 민간위탁에 대한 근거규정으로 볼 수 없으며, 결국 별도의 위임규정이 필요하다고 본다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항에서 그 근거를 찾고자 할 것이다. 상대방의 의사결정의 자유, 행동의 자유, 사생활의 자유 등을 침해하는 행위라면 당연히 국민의 권리·의무와 직접 관계되는 사무에 해당할 것이고, 민간위탁을 위해서는 별도의 근거규정이 필요할 것이다. 그러나 불법복제 단속활동에서 민간단체가 수행하는 업무가 과연 국민의 권리·의무에 직접 관계되는 사무인지에 대하여 의문이 제기될 수 있다. 우선 법해석상 "국민의 권리·의무에 직접 관계"된다는 것이 무엇을 의미하는지 살펴보아야 한다. 단속활동이 침해적 활동이라고 해서, 단속활동의 틀 내에서 이루어지는 모든 업무가 국민의 권리·의무에 직접 관계되는 사무라고 할 수는 없다고 본다. 그렇게 본다면 조사·검사·검정·관리업무는 대부분이 국민의 권리·의무에 직접 관계되는 사무에 해당할 것이다. 법문에서 권리·의무에 "직접" 관계된다고 규정한 것은 민간단체가 수행하는 활동으로 인하여 직접 국민의 권리·의무에 영향을 주는 경우에 한하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 컴퓨터프로그램을 불법으로 복제하거나 불법복제품을 사용하는지의 여부를 조사함에 있어서 자료제출명령이나 컴퓨터에 대한 점유의 이전명령 등 권력적 작용을 공무원이 수행하면서, 민간단체는 당해 프로그램의 정품여부를 알아내기 위한 전문지식이나 기술을 제공하는 경우라면, 이는 국민의 권리와 의무에 직접 관계되는 것이라고 할 수는 없을 것이다. 이러한 경우에는 별도의 개별적 수권규정이 없더라도 민간위탁이 가능하다고 본다. 불법복제 단속에서 결정적으로 중요한 것은 사용중인 프로그램이 불법복제된 것인지의 여부에 대한

---

26) 경건, 앞의 논문, 95면; 백윤철 외, 『컴퓨터프로그램보호법상 민간기구의 법적 지위에 관한 연구』, 한국소프트웨어저작권협회, 2002. 8, 57면.

판단이고, 그 판단은 거의 전적으로 민간전문인력이 담당하므로 실제로 단속을 행하는 주체가 민간인이라는 인상을 가지게 되고, 이러한 관점에서 관련법령에 민간위탁에 관한 명시적인 개별적 수권규정을 두는 것이 바람직하다는 주장[27]은 정책적 관점에서 수긍이 가는 견해이지만, 적어도 법리상으로는 개별규정 없이 민간위탁이 가능한 경우도 있다고 본다.

요컨대 법리상으로는 현행 정부조직법과 행정권한의위임및위탁에관한규정에 의하여서도 불법복제 단속활동에 민간참여가 일정부분 가능하지만, 정책적인 관점에서 개별적 근거를 마련하는 것이 타당하다고 본다. 현행법상 바로 그러한 개별수권조항을 둔 것이 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항이며, 아래에서는 이 규정의 내용과 문제점에 대하여 검토하기로 한다.

3. 컴퓨터프로그램보호법상 민간참여제도의 현황과 문제점

(1) 법률규정의 개정내용

구컴퓨터프로그램보호법(2002. 12. 30. 법률 제6843호에 의하여 개정되기 이전의 것) 제34조 제3항은 “정보통신부장관은 제1항의 규정에 의하여 관계공무원이 수거등을 함에 있어서 필요한 때에는 제35조의 규정에 의한 프로그램심의조정위원회 또는 관련단체에 협조를 요청할 수 있다”고 규정하고 있었다. 그런데 이 규정은 2002년 12월 30일 일부 개정되어 2003년 7월 1일부터 시행된 개정법률에 의하여 “정보통신부장관은 제1항의 규정에 의하여 관계공무원이 수거등을 함에 있어서 기술적 자문 및 이에 준하는 지원이 필요한 때에는 제35조의 규정에 의한 프로그램심의조정위원회 또는 프로그램저작권 보호와 관련된 협회 등의 단체에 협조를 요청할 수 있다”(밑줄 필자)고 개정되었다. 이와 더불어 동조 제4항도 함께 개정되었는바, 개정전에는 “제1항 및 제2항의 규정에 의하여 수거 등의 처분을 하는 관계공무원이나 위원회 또는 관련단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다”(밑줄 필자)라고 하였던 것이 “제1항 및 제2항의 규정에 의하여 수거 등의 처분을 하는 관계공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다”고 개정되었다.

(2) 개정법률의 의의와 문제점

구컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항에 대하여는, 불법복제 단속활동에 민간단체가 중요한 역할을 하고 있음에도 불구하고 단지 “관련단체”라고만 규정함으로써 어떤 요건을 갖춘 단체를 의미하는지 불분명하여 단속지원의 법적 근거로는 빈약하다는 비판이 있었고, 이러한 문제를 극복하기 위하여는 단속활동에 참여할 수 있는

27) 경건, 위의 논문, 94-95면.

민간단체에 대하여 별도의 상세한 규정을 두는 것이 바람직하다는 주장이 제기된 바 있었다.[28] 이러한 배경 하에서 정부는 제3항과 제4항의 "관련단체"를 "프로그램저작권 보호와 관련된 협회 등의 단체"로 개정하는 개정안을 제출하였다.

그런데 국회심의과정에서 불법복제 단속활동에 있어서 민간단체의 참여에 관한 위 개정안에 대하여 다음과 같은 몇 가지 문제점이 제기되었다. 첫째, 불법복제 프로그램의 수거등은 공권력이 행사되는 행정처분으로서 비록 협조기관의 위치에 있다고는 하나, 이러한 공권력의 행사과정에 참여하는 조직의 법적 성격과 업무 및 구성원이 컴퓨터프로그램보호법을 비롯한 개별법에 전혀 정해지지 않은 것은 문제가 있다는 주장이 제기되었다. 둘째, 불법복제물의 단속업무는 협조기관이 협조의 범위를 넘어 실질적인 공권력행사 등 위법소지가 있는 과도한 규제가 나타날 개연성이 높고, 단속과정에서 각종 비리 등이 야기될 우려도 적지 않기 때문에 그 과정에 참여하는 기관은 법적 정체성이 명백하고 투명할 필요가 있다는 비판이 제기되었다. 셋째, 제3항에서 정보통신부장관은 수거 등을 위하여 필요한 경우에 민간기관에 협조를 요청할 수 있다고 규정하고, 제4항에서 이 단체는 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하도록 규정하고 있는바, 제3항과 제4항을 결합하여 해석하면 관련단체도 단속활동에서 공권력작용인 행정처분을 할 수 있으며, 그러한 처분권의 소재를 외부적으로 알려주는 증표를 소지하도록 규정한 것으로 해석될 수 있다는 문제가 지적되었다.

국회과학기술정보통신위원회의 심의과정에서 제기된 이상의 문제점들을 해결하기 위해서는 아마 두 가지 다른 방법이 가능하였을 것으로 보인다. 첫째 방안은 단속활동에서 민간단체의 임무와 역할을 확대·강화하되, 단속활동에 참여할 수 있는 단체의 구성이나 조직 등에 대하여 상세한 규정을 두고, 단속활동에 참여하는 경우에 행사할 수 있는 권한의 범위를 명확하게 규정하는 것이다. 둘째 방안은 단속활동에서 민간단체의 임무와 역할을 축소·약화하여 제한함으로써, 논란의 소지를 제거하는 것이다. 어느 방안을 채택할 것인가는 물론 정책결정의 문제라고 할 수 있다. 국회는 둘째 대안을 선택하였으며, 이는 필연적 결과였다고 할 수 있다. 첫째 대안을 채택하기 위해서는 단속활동에서 민간단체의 임무와 역할을 어디까지 확대·강화시킬 수 있으며, 그와 같이 확대한다고 할 때, 법률에서 어떠한 사항에 대하여 어느 정도로 구체적으로 규정하여야 하는지 등에 대하여 사전논의를 거쳐 합의를 만들어내고 이에 근거한 법률안이 마련되어 있어야 했기 때문이다. 당시 제출된 정부안에서는 그러한 문제들을 쟁점화하지 않고 있었다.

결국 이번 개정으로 인하여 관련단체라는 막연한 규정이 프로그램저작권 보호와 관련된 협회 등의 단체로 명확하게 되었지만, "기술적 자문 그밖에 이에 준하는 지원"에 국한해서 참여할 수 있도록 임무와 역할의 폭이 제한되었고, 이에 따라 권한을 표시하는 증표 등의 소지에서도 제외되었다. 법해석론적으로 보면 종래 "관련단체"라는 표현이 막연하였다고는 하지만, 이는 제3항과 제4항의 다른 표현이 종래와

28) 예컨대 경건, 위의 논문, 96-97면.

같은 것을 전제로 제기되던 비판이다. 현재의 개정법률과 같은 규정 하에서라면 종전과 같이 관련단체라고 되어 있다고 하더라도, 관계규정을 종합적으로 해석하면 불법복제 단속활동에 지원하는 관련단체란 결국 프로그램저작권의 보호와 관련된 단체임은 명백하고, 또한 임무범위가 기술적 자문 그밖에 이에 준하는 지원에 국한되고 증표의 소지가 요구되지도 않기 때문에, 아무런 문제가 제기되지 않았을 것이다. 결국 이번 개정은 종전에 비하여 명확하게 규정되어 해석상의 다툼이나 논란의 소지를 제거했다는 점에서 긍정적이라고 하겠지만, 불법복제 단속활동에 있어서 민간단체의 임무와 역할을 오히려 축소시켰다는 점에서는 앞으로의 정책전개의 방향과 부합하지 않는다는 문제점이 지적되어야 할 것이다.

IV. 불법복제 단속활동에 있어서 민간참여의 확대·강화를 위한 법제 개선방안

1. 개설

본절에서는 이상에서의 논의를 기초로 하여 컴퓨터프로그램의 효과적 보호를 위한 민간참여제도의 개선방안을 설계하고자 한다. 앞서 살펴 본 바와 같이 국가감독모델과 자기책임모델이라는 양극단의 모델 사이에 협력모델이 위치하고 있으나, 협력모델에는 협력의 범위와 정도에 있어서 매우 광범위한 스펙트럼이 존재한다. 따라서 불법복제 단속활동에 민간단체가 참여하는 협력모델의 다양한 방안을 제시하고, 이들 모델 중 현행법질서와 우리나라의 법문화 및 행정문화 등을 고려하여 가장 바람직한 모델을 설계할 것이다. 그리고 이러한 모델에 대하여 제기될 수 있는 법적 문제점들을 이론적으로 검토하여, 위 모델의 이론적 정당성을 논증하고, 또한 위 모델에 대한 법리적 또는 정치적 문제제기를 방지하기 위한 제도적 보완책들을 검토할 것이다.

2. 불법복제 단속활동에 있어서 민간참여의 허용과 법률유보문제

앞에서의 논의를 살펴보면, 불법복제 단속활동에 사인을 참가시키는 제도를 도입하는 경우에 법적으로 문제가 되는 것은, 결국 당해 민간단체의 조직과 권한에 대하여 얼마나 구체적으로 명확하게 법률에서 근거규정을 두어야 하는가의 문제로 귀결됨을 알 수 있다. 이는 법률유보의 범위와 한계의 문제이며, 종국적으로 민간단체에 어떠한 권한을 부여할 것인가에 따라 결정될 것이다.

여기서는 우선 일반적인 원칙을 살펴보고, 항목을 바꾸어 구체적인 대안별로 법률유보의 정도에 대하여 살펴보기로 한다.

오늘날 법률유보의 범위와 그 강도와 관련하여서는 이른바 중요사항유보설이 유력하게 주장되고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례도 대체로 이 이론에 입각하고 있다고 할 수 있다. 이에 따르면 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고 중요한 의

미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 대한 규율은 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대하여 스스로 결정하여야 한다. 이 견해의 특징은 규율대상의 중요도에 따라 의회가 법률로 직접 규율할 사항과 위임입법을 통해 규율할 수 있는 사항 그리고 위임입법도 필요 없는 사항 등으로 단계화하여 판단한다는 것이다.

규율대상의 중요도란 규율대상 행정작용이 국민에 대하여 미치는 영향의 정도, 관련되는 기본권의 성질과 규율영역 등에 따라 결정된다. 이에 따라 몇 가지 기준을 제시해 보면 다음과 같다. 첫째, 국민에 대한 영향이라는 관점에서, 벌칙이나 의무부과적 제재적 처분이나 행정강제적 처분 → 그밖의 행정처분(행정행위) → 행정처분 이외의 행정작용 → 행정작용과 직접 관계없는 행정내부조직에 관한 사항 등의 순서에 따라 중요도가 점차 약화된다. 둘째, 관련되는 기본권의 성질과 규율영역이라는 관점에서는, 침해되는 기본권의 성질과 보호필요성, 영향의 범위 등을 고려하여 국민의 기본권실현에 중요한 의미를 가지는 사항은 입법자가 직접 규율하여야 한다. 일반적으로 신체의 자유나 표현의 자유와 같은 정신적 자유보다 경제적 자유에 대한 제한은 법률유보의 요구가 완화될 수 있다. 또한 침해적 행정영역인가 수익적 행정영역인가에 따라 법률유보의 범위와 정도에 차이 있음은 다언을 요하지 아니한다.

컴퓨터프로그램불법복제단속은 단순히 경제적 자유에 대한 제한 뿐 아니라 표현의 자유 등에 제한도 수반할 수 있으므로 통상적으로 엄격한 법률유보가 요구된다고 할 수 있을 것이다.

특히 컴퓨터프로그램 불법복제 단속활동에 있어서 민간단체에게 공법상의 권한을 부여하고자 하는 경우에는 공무수탁사인의 법리에 따라 강력한 법률유보의 요청이 제기된다.

공무수탁사인으로서 권력적 행정작용의 일부를 행사하기 위해서 어느 정도의 법적 근거를 요하는가에 대하여 명백하게 입장을 밝히는 견해는 없다. 사견으로는 위에서 제시한 일반적인 기준을 적용하여 볼 때, 불법복제 단속활동에서 공법적 권한을 행사할 수 있기 위해서는 일정한 권한을 행사할 수 있다는 하나의 조항을 추가하는 식으로는 부족하다고 본다. 따라서 위임된 권한의 종류와 범위가 개별적으로 규정되고, 그러한 공법상 권한의 위탁을 받을 수 있는 민간단체에 대한 요건이나 그러한 단체의 조직에 대한 기본적 사항, 그리고 관할관청의 감독권에 대하여도 규정되어야 한다고 본다.[29]

아래에서는 구체적인 대안모델을 상정하여, 민간단체의 임무와 역할을 어디까지 확대·강화할 것인가의 문제를 검토한 후, 구체적인 대안모델에 있어서 어떠한 법적 규율이 필요할 것인지에 대하여 살펴보도록 한다.

---

29) 같은 견해 Martin Burgi, Beleihung im Strafvollzug, Stober (Hg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 2001, S. 43-54, 49 f.

3. 불법복제 단속활동에 있어서 민간참여의 다양한 대안들

(1) 대안설계의 착안점

불법복제 단속활동에 있어서 상정할 수 있는 민간참여의 방안의 골격을 설계함에 있어서 다음의 각 요소들이 고려되어야 할 것이다.

① 민간단체가 독자적 단속활동을 수행할 수 있는가 아니면 정보통신부의 주도하에 단속활동에 협조자로서만 참가하는가?
② 민간단체가 단속활동 개시의 요구를 할 수 있는가?
③ 민간단체가 단속활동의 과정에서 공권력의 행사가 가능한가?
④ 단속의 대상인 사인들에게 일차적으로 자율적 규제권한을 부여할 것인가? 그렇다면 자율규제의 실효성 확보를 위해 구체적으로 어떠한 수단을 도입할 것인가?(정품사용보고의무, 정품사용감시인 지정의무, 인증기관에 의한 인증의무 등)

(2) 가능한 대안

위의 요소들을 고려하면 아래와 같은 대안들이 구상될 수 있다.

<제1안> 민간단체가 독자적인 단속활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 방안

<제2안> 민간단체가 독자적으로 단속활동을 할 수는 없고, 관할행정청의 단속활동에 참여할 수 있을 뿐이지만, 단속활동의 개시를 요구할 수 있고, 단속활동에 참여하여 단순보조적 역할을 넘어서 공권력행사의 일부를 담당할 수 있도록 하는 방안

<제3안> 민간단체가 독자적으로 단속활동을 할 수는 없고, 관할행정청의 단속활동에 참여할 수 있을 뿐이지만, 단속활동의 개시를 요구할 수 있고, 단속활동에 참여하여 관계공무원의 단속활동에 적극적으로 참여하되 공권력적 조치는 행사할 수 없도록 하는 방안

<제4안> 민간단체가 독자적으로 단속활동을 할 수 없음은 물론, 단속활동의 개시 등 단속활동 전반의 주도권을 관할행정청에게 부여하되, 민간단체가 단속활동에 참여하는 경우에 단순보조적 임무수행을 넘어서 권력적 조치를 취할 수 있도록 하는 방안

<제5안> 민간단체가 독자적으로 단속활동을 할 수 없음은 물론, 단속활동의 개시 등 단속활동 전반의 주도권을 관할행정청에게 부여하고, 민간단체는 단속활동에 참여하는 경우에 단순보조적 임무수행만을 담당할 수 있도록 하는 방안

<제6안> 일정한 유형의 영업을 수행하는 자에 대하여 정품사용보고의무 또는 정품사용감시인(불법복제 감시인) 지정의무를 부과하거나, 사업허가시 또는 정기적으로 제3자인 민간인증기관을 통하여 정품사용 여부에 대한 검사를 거쳐 인증서를 제출하도록 의무를 부과하는 방안(자율규제모델)

4. 각 대안에 대한 평가와 입법화시 고려사항

(1) 대안들에 대한 평가의 의의

이상의 여섯 가지 대안모델은 일종의 이념형이며, 구체적인 제도형성에서는 중간단계의 형태들도 가능하다. 예컨대 단속활동의 개시요구를 일반적으로 인정하거나 부정하는 것이 아니라, 제한된 경우에 제한된 요건 하에서 부분적으로 인정할 수도 있고, 공법상 권한의 일부를 담당시킨다고 할 때에도 인증서 작성과 같은 약한 정도의 권한으로부터 수거·폐기 등과 같은 강력한 공권력행사에 이르기까지 다양하므로 그 중 어떠한 권한을 부여하느냐에 따라 다양화될 수 있다. 한편 각각의 경우에 정보통신부장관 등 관계행정청의 감독권한을 얼마나 강하게 인정할 것인가에 따라서도 매우 다양한 대안들이 설계될 수 있을 것이다. 따라서 위 모델들에 대한 평가는 대체적인 방향설정의 기준을 마련하기 위한 차원에서 이루어지는 것에 불과하지, 각 모델에 대한 절대적인 평가가 아님에 유의하여야 할 것이다. 따라서 여기서는 각 대안의 기초를 구성하고 있는 착안점들에 대한 평가를 통해 개선안을 모색하는 지침을 도출할 것이다.

각 대안을 평가함에 있어서 제6안은 자율규제모델로서 제1안 내지 제5안과 다른 차원의 제도이고, 제1안 내지 제6안 중 어느 대안을 채택하더라도 병행할 수 있는 방안이다. 따라서 별도의 검토를 요한다. 또한 민간단체의 독자적 단속활동권을 부여할 것인지의 여부에 따라 제1안은 제2안 내지 제5안과 차이가 있으므로 이러한 관점에서 다른 대안들과 분리하여 이에 대한 별도의 검토를 요한다. 제2안 내지 제5안은 민간단체가 단속활동 개시의 요구를 할 수 있는지 여부, 그리고 민간단체가 단속활동의 과정에서 공권력의 행사가 가능한지의 여부에 따라 구별된 것이므로, 이 두 가지 착안점에 대한 평가를 통해 비교해보기로 한다.

(2) 제1안(전면적 공무수탁사인모델)

우선 민간단체에 대하여 독립적 단속활동권을 보장하는 제1안은 가장 강력한 민간참여방식이다. 이는 단속활동의 모든 과정을 공무수탁사인의 법리를 통해 구현하고자 하는 것이다. 이러한 제도 하에서 단속활동의 임무를 부여받은 민간단체는 엄격한 감독관청의 감독과 지시를 받아야 하지만, 원칙적으로 독자적인 판단에 따라 단속활동을 수행할 수 있다. 우리 실정법상 경비업법에 의한 경비업체에 대하여 특

정한 경비업무를 위탁하는 경우 또는 민영교도소의설치및운영에관한법률에 따라 민영교도소가 운영되는 경우에 이와 유사한 법적 상황이 발생할 것이다.

이러한 공권력의 민간위탁이 헌법상 가능한가에 대하여 논란이 제기될 수 있을 것이다. 국가에 의한 권력독점의 원칙이 훼손될 수 있다는 우려가 제기될 수 있지만, 공무수탁사인은 그 자체가 국가권력의 일부로 체화되는 것이기 때문에 국가의 권력독점에 위배되지는 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 민주주의원칙이나 법치주의 원칙에 비추어 그에 걸맞는 통제장치가 관계법령에 담보되어 있어야 한다. 불법복제 단속활동은 행정강제적 처분을 수반하기 때문에 가장 강력한 공권력행사가 민간에게 위탁된다는 점이 고려되어야 한다. 이러한 공권력행사에 대하여는 민주적 정당성 확보와 이를 위한 민주적 통제장치의 확보, 엄격한 법률유보원칙의 적용 등이 철저히 관철되어야 하므로, 위탁받게 되는 민간단체에 대하여 엄격한 자격요건을 설정하고, 감독기관에 의한 지시·감독권이 적절히 보장되고, 민간단체 의하여 행사될 수 있는 권한의 내용과 발동요건 등이 명확하게 법정되어야 한다.

요컨대 이 대안은 엄격한 법적 규율을 통하여 헌법질서의 범위 내에서 도입가능성은 있으나, 이러한 제도의 도입에 대하여는 강력한 입법필요성, 즉 사회적 수요의 존재와 이에 대한 사회적 정치적 합의가 전제되어야 할 것이다.

(3) 제6안(자율규제모델)

국가가 프로그램 불법복제에 대한 단속을 상시적으로 하는 데에는 시간적 물리적 한계가 있을 뿐 아니라, 불필요한 마찰과 갈등을 야기할 우려도 있다. 자율규제방식을 도입하는 경우 이러한 문제점들을 극복하면서 컴퓨터프로그램의 불법복제를 효과적으로 방지할 수 있다.

자율규제는 여러 가지 방식에 의하여 수행될 수 있다. 첫째, 일정한 시기에 또는 주기적으로 보고서를 제출하도록 하는 데 그칠 수도 있고, 둘째 일정 규모 이상의 기업에서는 컴퓨터프로그램 불법복제 감시인을 지정하도록 의무를 부과할 수도 있다. 셋째, 단속의 대상인 사인들에게 일차적으로 자율적 규제권한을 부여하고, 이러한 자율적 규제의 실효성확보를 위한 인증 또는 검사임무의 수행을 제3의 민간단체에게 위탁하는 방안이 도입될 수 있다.

인증제도를 도입하기 위해서는 먼저 어떠한 자에 대하여 자율규제의무를 부과할 것인지에 대한 명확한 범주설정이 필요하다. 예컨대 컴퓨터프로그램을 일상적으로 업무상 사용하거나 고가의 전문적 프로그램을 업무상 사용하는 자라고 추상적으로 규정하되, 이에 해당하는 대표적인 예를 거시하는 방안이 있을 수 있다. 예컨대 “컴퓨터프로그램의 개발, 컴퓨터프로그램의 교육·훈련, 건축사업 등 컴퓨터프로그램을 일상적으로 업무상 사용하거나 고가의 전문적 프로그램을 업무상 사용하는 자”라고 의무부담자의 범위를 법률로 규정하여야 한다. 또는 구체적인 업종은 대통령령에 위임할 수도 있을 것이다. 즉 “컴퓨터프로그램을 일상적으로 업무상 사용하거나 고

가의 전문적 프로그램을 업무상 사용하는 자로서 대통령령이 정하는 자"와 같이 규정하면 될 것이다.

두 번째로 의무의 내용을 구체적으로 규정하여야 할 것이다. 가장 단순한 의무부과방식은 일정한 시간적 요건을 정하여 "……정보통신부장관에게 보고하여야 한다"라고만 규정하는 것이다. 나아가 일정한 자를 컴퓨터프로그램 불법복제 감시인으로 지정하여, 그로 하여금 보고의무를 수행하도록 할 수도 있다. 자율규제의 실효성을 확보하려면, 자율규제에 의하여 관할관청에 제출하는 보고서가 진정한 것인지에 대하여 적절한 통제가 이루어져야 한다. 이 통제가 지나치게 잦아진다면 자율규제의 의의가 반감될 것이지만, 이러한 통제가 결여되는 경우에는 자율규제 자체가 무용지물이 될 우려도 있으므로, 적절한 정도의 통제장치를 마련할 필요가 있다. 일정한 유형의 영업을 수행하는 자 또는 일정 규모 이상의 기업에 대하여는 검사 또는 인증제도를 도입할 필요가 있다. 이 경우 정보통신부장관은 일정한 요건을 갖춘 민간단체를 인증기관으로 지정할 수 있도록 함으로써, 민간부문에 의한 자율규제가 실효적으로 목적을 달성할 수 있을 것이다. 예컨대 일정한 요건을 정하여 당해 기업의 경우 일정한 간격으로 인증서제출의무를 부과하고, 해당기업은 정기적으로 인증기관으로 지정된 민간단체로부터 정품만을 사용한다는 인증서를 받아 이를 정통부장관에게 제출하도록 하는 방법이 있을 것이다. 인증기관에서 검사결과 불법복제품을 발견한 경우에는 정보통신부장관에게 지체 없이 이를 통보하도록 하여 적절한 단속조치가 취해질 수 있도록 하여야 할 것이다. 다만 이러한 인증서 제출을 의무로 부과할 경우 기업에 대하여 과중한 부담으로 작용할 수도 있고, 초기 도입시에 반발이 야기될 수도 있으므로, 일단은 일정규모 이상의 대기업에 대하여만 의무를 부과하고, 나머지의 경우에는 권장사항으로 하되, 인증서를 제출하는 경우에는 단속대상에서 원칙적으로 제외하는 방안을 채택할 수 있을 것이다.

(4) 제2안 내지 제5안에 대한 비교평가

1) 개관

제2안 내지 제5안은 제1안과 달리 독자적 단속활동의 권한이 인정되지 아니한다는 점에서 공통점을 갖는다. 이들의 차이는 단속개시 요구권의 보유여부와 공법상 권한행사를 할 수 있는지 여부에 따라 나타난다. 제2안과 제3안은 단속개시 요구권이 부여되는 경우이고, 제4안과 제5안은 단속개시를 요구할 수 없도록 함으로써, 단속활동의 이니셔티브를 행정청에 부여하는 방안이다. 제2안과 제4안은 공권력행사의 일부를 민간단체에게 위임하는 방식이고, 이에 대하여 제3안과 제5안은 민간단체는 단순보조적 임무만 수행하고 공권력행사는 정보통신부에 의하여서만 이루어질 수 있도록 하는 방안이다.

2) 단속개시 요구권의 인정문제

단속활동에 참여하는 민간단체가 독자적인 단속활동을 할 수 있다면(제1안) 단속활동의 개시여부에 대하여도 스스로 결정하는 것이 원칙일 것이다. 그러나 독자적 단속활동을 할 수 없고, 정보통신부의 단속활동에 협조기관으로서 참가할 뿐인 경우에는, 단속활동 개시 여부는 원칙적으로 정보통신부장관이 결정할 문제이고, 단속활동이 개시된 경우에 비로소 민간단체의 참여가 가능해지게 될 것이다. 그런데 만일 이러한 제도 하에서 민간단체가 특정한 불법복제의 혐의를 잡게 되었다거나 또는 상당기간 정보통신부장관이 아무런 단속활동을 수행하지 않고 있는 경우에, 정보통신부장관에 대하여 단속활동의 개시 내지 행정조사의 개시를 요구할 수 있는 방법은 없겠는가 하는 문제가 제기된다.

프로그램저작권자 또는 프로그램배타적 발행권자등의 경우에는 동법 제48조에 의한 고소권을 가질 것이지만, 행정적 제재처분을 위한 신청권은 이와 별개의 문제이다.

컴퓨터프로그램보호법 제34조의 수거등 단속조치는 공공의 이익을 위하여 발동되는 것으로 해석되기 때문에, 일반적으로 제34조에 의한 단속조치를 요구하거나 행정조사의 실시를 요구할 권리가 국민에게 있다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 명문의 규정을 통해 신청권이 인정되어야 한다. 단속조치에 대한 신청권을 입법화하는 데에도 이론상 근본적인 한계가 존재한다. 수거등의 단속조치는 경찰권의 발동으로서의 성격을 가지며, 불법복제물등의 발견이라는 요건이 충족되어야 발동할 수 있다. 따라서 위험이 존재하지 아니하는 한 단속권의 발동을 요구할 수는 없다. 그러나 컴퓨터프로그램 불법복제에 대한 행정조사권발동은 일반 경찰권발동과는 달리 위험의 발생을 전제로 하지 아니한다. 여기서 행정조사란 위험의 존재를 발견하는데 그 목적을 두는 정보수집활동이기 때문이다. 이러한 관점에서 행정조사를 시행하도록 요구할 권리를 일정한 요건 하에 법정하는 것이 가능할 수 있다. 컴퓨터프로그램저작권에 대한 침해를 친고죄로 규정하고 사소제도를 도입하지 않은 우리나라의 입장에서, 절충적인 형태로 일정한 단체에 대하여 행정조사의 개시를 신청하고, 이러한 신청을 한 단체에 대하여 일정한 절차적 참여권을 인정할 수 있을 것이다. 즉 이러한 행정조사개시신청인에 대하여는 적어도 그 결과를 통보하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 만일 컴퓨터프로그램의 보호를 위한 행정조사에 대하여 별도의 근거규정이 신설된다면,[30] 이러한 행정조사에 대하여 이해관계인의 신청권 규정을 통하여 단속개시요구권이 인정될 수 있을 것이다.

3) 민간단체에 대한 공법상 권한 부여문제

공법상 권한을 자신의 이름으로 독자적으로 행사하지 아니하는 경우, 즉 공법상의

30) 이에 대하여 상세한 내용은 박정훈, "컴퓨터프로그램보호법상 단속처분 및 행정조사법제의 문제점과 개선방안", 『행정법연구』 제10호, 2003년 하반기, 1-14면 참조.

권한은 정보통신부공무원에 의하여 수행되고, 민간단체는 전문적 기술적 지원만을 하는 경우에는 이른바 행정보조자에 해당하는 것으로서, 이론적으로는 특별한 법률상 근거규정이 없더라도 가능하다. 다만 앞에서 언급한 바와 같이 단속활동에 협조기관으로 참여하여 지원업무만을 담당하더라도, 불법복제의 여부를 판단하는 데 결정적인 역할을 담당하기 때문에 외형상 공권력을 행사하는 것처럼 나타나고, 이에 대하여 일반국민의 입장에서 공권력행사의 주체와 행정보조자를 구분하는 것도 쉬운 일이 아니라는 점을 고려하여, 법정책적 관점에서는 가능한 한 명확한 근거규정을 마련하는 것이 바람직할 것이다. 단속활동에 참여하는 민간단체의 역할을 기술적 전문적 지식의 자문과 같은 보조적 사실행위에 국한시키고자 한다면, 현재 개정법률의 규정만으로도 충분하다고 할 수 있다.

그러나 불법복제 단속활동에 참여하는 민간단체에 대하여 공법상 권한 내지 공권력행사권한을 일부 부여하고자 한다면, 현행법의 개정이 요청된다. 앞에서 설명한 바와 같이 공법상의 권한을 민간단체에 부여한다는 것은 이른바 공무수탁사인의 법리에 따라 법률로 개별적인 공법상 권한을 부여한다는 것을 의미한다. 그러나 얼마나 상세한 법적 규율을 하여야 할 것인지는 위임되는 권한의 내용이나 성질에 따라 다르게 판단되어야 한다. 공법상 권한을 어느 정도까지 인정할 것인가는 입법정책의 문제이다.

먼저 여기서 지적하고자 하는 것은 “기술적 자문 및 이에 준하는 지원”이 과연 어느 정도까지의 활동을 포섭하는가에 대하여 논란이 있을 수 있다는 것이다. 만일 이 규정을 엄격하게 해석하면, 불법복제인지 여부의 조사 내지 검사는 공무원이 담당하고, 민간단체는 검색프로그램의 제공이라든가 검색결과에 대한 자문에 응하는 것 정도로 그 역할이 축소될 수도 있다. 그러나 관할관청이 단속활동을 주관하고 관계공무원의 지휘·감독 아래에서라면, 민간단체의 임직원이 함께 출입하여 자료를 검색하는 등의 검사 및 조사임무를 수행할 수 있어야 할 것이다. “기술적 자문 및 이에 준하는 지원”을 입법목적과 관련하여 해석한다면 이와 같이 넓게 해석되어야 한다고 본다. 그러나 논란의 여지를 없애기 위해서는 보다 명확하게 법률로 규율할 필요가 있다고 본다.

나아가 컴퓨터프로그램의 특수성과 불법복제의 전문화·다양화·지능화 등의 환경변화와 컴퓨터프로그램보호법의 목적달성을 위해서는 불법복제 단속활동에 있어서 민간단체의 역할을 제고할 필요가 있다. 현행 컴퓨터프로그램보호법 제34조에서 수거·삭제·폐기 등 단속처분에 있어서 기술적 자문 및 이에 준하는 지원을 제공하는 데에 민간단체의 역할을 한정하고 있는 것은 이러한 환경변화에 대한 인식이 결여되어 있다고 본다. “기술적 자문 및 이에 준하는 지원”으로 제한한 것은 수거등의 공권력행사에 민간단체가 관여하는 경우에 야기될 수 있는 문제점을 방지하는 데 그 입법취지가 있고, 이는 일면 타당한 조치이기도 하다. 그러나 제34조에 직접 규정되어 있지는 아니하지만, 수거등의 단속처분을 위해서는 불법복제의 존재를 밝혀내는 행정조사작용이 전제되어 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 행정조사작용에

있어서는 민간단체의 역할이 확대·강화될 필요가 있다고 본다. 구체적으로 어떠한 역할이 추가적으로 인정되어야 할 것인가는 행정조사관련규정의 신설을 통하여 반영되어야 할 것이다.[31]

이상의 논의를 종합하면, 적어도 민간단체의 출입권, 자료접근권, 기기·장치 등의 검사, 관할관청의 지시에 따라 수거·삭제·폐기 등의 사실상 집행권 등이 명시적으로 법률에 규정되어야 할 것이다. 물론 이 경우 민간단체의 임직원 역시 권한을 표시하는 증표를 소지하도록 규정한 종전의 규정이 부활되어야 할 것이다. 이러한 공법상 권한이 인정되는 경우에는 당해 민간단체의 구성 등에 대하여 법적 규율이 필요하다는 주장이 제기될 수 있다. 이에 대하여는 항목을 바꾸어 설명한다.

(5) 협회조직에 대한 법정화문제

공무수탁사인의 일반법리에 따르면 공무를 수탁 받는 사인의 법적 성격과 업무 및 구성원이 법률에 의하여 규정될 필요는 없다. 당해 권한을 수행할 수 있는 전문성 등의 자격요건에 대하여 규정할 수 있음은 물론이다. 그러나 특정한 공적 임무의 수행을 위하여 개별 법률에서 협회조직과 같은 일정한 단체의 설치와 그 업무 및 구성원 등에 대하여 규정한다면, 이는 공무수탁사인이 아니라 이미 독립된 공법인의 창설을 의미하는 것이다.

만일 컴퓨터프로그램과 관련하여 국가의 직접행정이 아니라 일정한 자율성과 전문성을 지닌 독립된 법인격체로 하여금 일상적으로 담당하게 하여야 할 중요한 공적 업무가 존재한다면, 컴퓨터프로그램보호법에 하나의 절을 신설하여 이를 전담하게 할 조직에 관한 상세한 규정을 둘 필요가 있을 것이다. 불법복제 단속활동에 있어서 더욱 많은 권한을 행사할 수 있게 되고, 관계공무원 등 관계자에 대한 교육, 정품사용에 대한 검사 및 인증서 발급, 관계행정청에 대한 행정조사신청권 및 절차참여 등 다양한 관련임무가 법률의 개정을 통하여 신설된다면, 이러한 업무를 하나의 전문조직에 담당시킬 필요가 있고, 이 경우 법률에서 독립된 조직의 설치를 규정하여야 할 것이다.

그러나 현행법과 같이 단순보조적 임무수행만을 담당하거나, 나아가 현행법률을 개정하여 일정한 공법상 권한을 행사할 수 있게 되더라도, 그것이 국부적인 업무에 한정되는 경우에는 당해 권한행사에 대한 감독관청의 감독권을 적절하게 규정하는 것으로 족하다. 다만 불필요한 논란을 방지한다는 현실적인 이유 때문이라면, 현행 음반·비데오및게임물에관한법률 제43조 정도로 간단하게 설치근거규정과 임무만을 규정하는 것은 고려해볼 수 있을 것이다.[32]

(6) 이해관계자의 참여권보장

31) 이에 대하여 상세한 내용은 박정훈, 위의 논문 참조.

32) 이와 다소 다른 관점에서이지만, 음반·비데오및게임물에관한법률 제43조와 같은 조문을 규정하자는 제안은 이미 경건, 앞의 논문, 97면.

불법복제 단속을 위한 행정조사로부터 단속처분 등에 이르기까지 프로그램저작권 보호를 위한 단체의 참여가 확대되는 경우, 컴퓨터프로그램의 이용자 내지 소비자의 관점에서 법집행의 공정성에 대한 문제제기가 일어날 수 있다. 법집행의 공정성과 장기적인 관점에서 효율성을 확보하기 위해서는 다양한 이해관계자의 의견이 적절히 반영될 필요가 있다. 따라서 소비자단체와 그밖에 이해관계자들을 집행절차에 함께 참여시키는 방안도 강구될 필요가 있다. 예컨대 행정조사절차에서 소비자단체의 참여를 보장하거나, 소비자단체 등에게 단속처분의 기준을 사전통지하고 이와 관련하여 의견을 수렴하도록 하는 방안 등을 생각할 수 있을 것이다.

V. 맺음말

컴퓨터프로그램의 보호를 위한 행정임무를 민간에게 위탁할 수 있는가라는 질문은 가부로 답하여질 수 있는 문제가 아니다. 위탁대상인 임무의 성질에 따라서 그에 대한 적절한 통제장치가 마련되어 있는지의 여부에 따라 가능할 수도 있고, 불가능할 수도 있다. 결국 구체적으로 민간위탁의 내용을 어떻게 설계할 것인가의 문제로 귀착된다. 어떠한 임무 내지 권한을 민간부문에 위탁할 것인가의 문제는 우선 정책적 필요성에 따라 대답되어야 한다. 현재의 국가행정조직에 의하여 수행되는 것이 불가능하거나 바람직하지 않은 경우, 일단 그 필요성이 인정될 것이다. 예컨대 컴퓨터프로그램보호를 위해 불법복제 프로그램의 단속임무를 국가행정이 전면에 나서기 어려운 사정이 있다면, 정책적 필요성이 인정될 수 있을 것이다. 이러한 질문의 과정을 통해 민간참여를 인정할 임무영역의 목록을 작성하여야 한다.

이러한 민간참여의 대상임무영역 내지 권한의 목록이 만들어지면, 다음으로는 이러한 개개 임무 내지 권한을 민간부문에서 담당하게 될 경우, 민주주의원칙과 법치주의 원칙에 비추어 어떠한 통제장치가 필요한지, 그리고 이를 담보할 수 있는 제도적 장치는 어떠한 것이 있는지 검토되어야 한다. 문제되는 임무를 담당할 민간조직의 구성과 자격요건으로부터, 이들의 권한행사에 대한 공적 통제장치가 검토되어야 한다. 만일 그러한 제도적 통제장치가 고안되기 어렵거나 현실적으로 수행되기 어렵다면, 당해 임무나 권한은 민간부문에 위탁될 수 없을 것이다.

이 논문에서 검토한 바에 따르면, 컴퓨터프로그램의 보호를 위한 행정영역, 특히 불법복제 단속행정의 영역에서는 민간참여를 더욱 확대하여야 할 필요성과 가능성이 인정된다. 직접적인 공권력행사를 통한 단속활동에 민간참여를 인정하는 데에는 논란이 있을 수 있지만, 일정한 범주의 사업자에 대하여 컴퓨터프로그램 정품사용의무를 부과하고, 이에 대한 실효성확보를 위해 보고의무, 감시인지정의무, 인증의무 등을 도입하는 것은 가능하다고 본다. 단속처분의 행사와 관련해서는 단속처분의 전단계인 행정조사단계에서 민간참여를 제도화하는 것이 가능하며 이는 또한 필요하다고 본다. 만일 민간참여에 대한 공법적 통제를 강화하고자 한다면, 협회조직

을 법정화하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 관계공무원 등 관계자에 대한 교육, 정품 사용에 대한 검사 및 인증서 발급, 관계행정청에 대한 행정조사신청권 및 절차참여 등 다양한 관련임무가 법률의 개정을 통하여 신설된다면, 이러한 업무를 하나의 전문조직에 담당시킬 필요가 있고, 이 경우 법률에서 독립된 조직의 설치를 규정하는 것이 바람직하기 때문이다.

오늘날 국가는 전통적 행정조직 이외에 다양한 형태의 조직방식을 사용하여 자신의 임무를 수행한다. 임무의 성격에 따라 전통적 국가중앙관서에 임무수행을 맡길 수도 있고, 완전한 민간조직에 위탁할 수도 있을 것이다. 공적 임무수행에 있어서 국가와 민간의 협력에 대하여 지나친 환상을 가지거나 그 부작용을 간과하는 것도 문제이지만, 민간참여의 부작용에 주목하여 긍정적 기능을 저평가하는 것도 온당치 않은 것으로 보인다. 전통적 행정조직방식에 의해 행정임무를 적절하게 수행하지 못하고 있다면, 예상되는 부작용에 대한 통제장치를 강구하여 새로운 행정조직방식을 도입하는 것 또한 국가의 의무라고 할 것이다.