컴퓨터프로그램保護法上 民間機構의 法的 地位에 關한 硏究

연구책임자: 윤명선
백윤철
공동연구원: 정 완
유진식
이기욱

- 目 次 -

제1장 序 論 ····· 1

제1절 序言 ····· 1

제2절 硏究目的・範圍 ····· 5

Ⅰ. 硏究目的 ····· 5

Ⅱ. 컴퓨터프로그램保護法의 主要 改正內容 ····· 6

Ⅲ. 硏究報告書의 構成 ····· 8

제2장 컴퓨터프로그램과 不法複製 ····· 10

제1절 컴퓨터프로그램 産業保護의 必要性 檢討 ····· 10

Ⅰ. 컴퓨터프로그램 市場의 國際的 動向 ····· 10

Ⅱ. 國內産業의 保護 必要性 ····· 10

Ⅲ. 産業保護의 必要性 ····· 11

제2절 컴퓨터프로그램의 特性 ····· 13

Ⅰ. 生命週期(Life Cycle)가 짧은 産業 ····· 13

Ⅱ. 維持・保守가 重要한 産業 ····· 14

Ⅲ. 公共財的, 産業的 性格 ····· 15

Ⅳ. 國際的 性格이 강한 産業 ····· 18

Ⅴ. 멀티미디어 産業으로의 變化 ····· 19

Ⅵ. 컴퓨터프로그램 去來의 性格 ····· 20

Ⅵ. 컴퓨터프로그램의 法的 保護와 民間機構 ····· 21

제3절 不法複製와 團束活動 ····· 23

Ⅰ. 複製와 不法複製의 意義 ····· 23
Ⅱ. 우리 나라에서 不法複製 ····· 23
Ⅲ. 團束活動 ····· 24
제4절 컴퓨터프로그램保護法 違反事犯의 團束上 問題點 및 對策 ····· 27
제5절 프로그램 審議調停委員會의 團束權限 廢止에 관한 論議 ····· 29
Ⅰ. 團束協助의 廢止 ····· 29
Ⅱ. 프로그램審議調停委員會의 審議・調停 强化 ····· 34
Ⅲ. 컴퓨터프로그램審議調停委員會와 著作權審議調停委員會의 統合案提示 ····· 35

제3장 不法複製團束과 民間機構의 參與 ····· 37
제1절 不法複製團束의 法的 問題點 ····· 38
Ⅰ. 序 ····· 38
Ⅱ. 行政調査의 許容與否 ····· 38
Ⅲ. 卽時强制의 許容與否 ····· 44
Ⅳ. 行政上 强制執行의 許容與否 ····· 47
Ⅴ. 司法警察權 賦與 與否 ····· 48
제2절 不法複製團束에 대한 民間機構의 參與 形態 ····· 50
Ⅰ. 自體團束活動 ····· 50
Ⅱ. 行政團束에의 民間支援 ····· 51
Ⅲ. 行政團束의 民間委託 ····· 53
Ⅳ. 搜査를 겸한 團束에의 民間 參與 ····· 55
제3절 行政權限의 委任・委託에 관한 現行 法制 ····· 56
Ⅰ.‘소프트웨어불법복제 團束 및 支援’事務의 內容과 權力的 性格 56
Ⅱ. 權限의 委任 또는 委託에 관한 現行法의 規定 ····· 59

제4절 不法複製團束事務의 民間機構委託에 따른 問題點 ····· 62
Ⅰ. 事務遂行의 中立性, 客觀性의 缺如 ····· 62
Ⅱ. 行政의 綜合性, 整合性의 問題 ····· 63
Ⅲ. 民間團體의 透明性의 缺如 ····· 63
Ⅳ. 民間團體와 行政의 柔軟性 ····· 64
Ⅴ. 救濟手段의 不充分 ····· 64
제5절 團束參與 民間機構의 法的 地位 保障 ····· 66
Ⅰ. 民間機構 參與의 前提條件 ····· 66
Ⅱ. 參與民間機構의 法的 地位 保障 ····· 67

제4장 結 論 ····· 69

제1장 序 論

제1절 序言

현대 사회는 기존의 농업사회와 산업사회를 거쳐 정보사회라고 불리우는 사회로 진입하게 되었는데, 이러한 정보사회에서 정보의 중요성은 종전과는 비교할 수 없을 정도로 증가하고 있다. 이와 더불어 정보의 법적 보호 문제도 그 중요성을 더해가고 있는 실정인데, 이러한 보호의 배경에는 정보의 수집, 작성, 검색 등에는 막대한 투자가 소요되는 반면 그 정보의 이용 및 도용에는 비용이 거의 들지 않는다는 정보산업의 특수성에 기인하고 있다.

이러한 정보 중에서도 특히 주목받는 것은 컴퓨터소프트웨어인데, 컴퓨터 하드웨어 및 통신기술의 발달과 함께 컴퓨터소프트웨어는 정보의 생성, 수집, 저장 및 이용에 이르기까지 누구나 쉽게 많은 양의 정보를 활용할 수 있게 됨으로 인해 그 중요성이 빠르게 증가하고 있는 분야이다.

예전에는 이러한 컴퓨터소프트웨어에 비해 하드웨어의 중요성이 강조되었고, 이러한 하드웨어의 보호는 기존의 법 원리에 따라 그 보호가 가능하였으나, 현재는 소프트웨어의 중요성이 하드웨어의 중요성을 능가하게 되었고 소프트웨어의 특성으로 인해 이의 보호를 위한 새로운 법적 제도 마련이 줄기차게 요구되어 오고 있는 것이다. 특히, 소프트웨어 중에서도 중요할뿐만 아니라 법적인 보호의 논의가 가장 많은 것이 바로 컴퓨터프로그램이다.

컴퓨터소프트웨어는 컴퓨터프로그램은 물론 명세서, 흐름도 등을 포함하

는 개념이나 법적인 보호에 대한 논의는 컴퓨터프로그램에 집중되어 있다. 특히 컴퓨터프로그램은 산업적 성격과 실용적인 성격은 물론 국제적 교역의 대상으로서 국가간의 이해에 밀접히 연관됨에 따라 이러한 보호는 국제조약 등을 통해 범세계적인 제도 마련으로 연결되었을 뿐만 아니라 국가간의 무역분쟁의 중요한 이슈가 되고 있다.

이처럼 컴퓨터프로그램의 국제적인 성격으로 인해 국가간의 장벽이 거의 무의미해지고, 국제적으로 통일적인 보호가 요망됨은 물론이나 산업 또는 문화에 미치는 영향이 지대하기 때문에 쉽사리 통일을 하기가 쉽지도 않은 것이 현실이다. 이에 따라 각국은 자국에 맞도록 법을 제정 또는 개정하여 컴퓨터프로그램의 보호를 시도하고 있다.

소프트웨어 산업은 21세기 경제의 고부가가치 산업으로 인식되어 있을 뿐 아니라, 특히 한국의 우수한 고급두뇌를 활용하여 국가의 핵심적 역량 산업으로 육성해야 한다는데 많은 공감을 하고 있는 산업분야이다. 그러나 현재 한국의 소프트웨어 산업은 불법복제로 인한 폐해가 심각하여 소프트웨어 산업 성장에 큰 장애가 되고 있으며, 더 나아가 우수한 소프트웨어 개발자의 시장참여를 주저하게 만드는 요소가 되고 있는 형편이다.

상용소프트웨어연맹(BSA)과 소프트웨어출판업자협회(SPA)가 발표한 보고서에 따르면 2000년에 세계 평균불법복제율이 약 37%에 이른 것으로 나타났다. 이러한 평균에 비하여 우리 나라의 소프트웨어 불법복제 비율은 점차 줄어들고 있지만 아직도 후진국 수준에 머물러 있다. 2000년 우리 나라 소프트웨어 불법복제 비율은 56%로 미국(24%), 일본(37%) 등 선진국과는 상당한 격차가 있는 것은 물론 같은 아시아지역 내의 싱가포르(50%)보다도 높다. 그리고 2001년 3, 4월달 정부의 S/W불법복제 침해사범에 대한 집중단속으로 인하여 어느해 보다 많은 1,806여개 업체가 적발되었으며, 그 피해규모 또한 180억원 이상으로 나타났다. 그리고 SPC의 그동안

많은 홍보와 계몽 그리고 단속이 이루어졌음에도 불구하고 정품S/W를 아직까지 하나도 구입하지 않은 기업이 전체의 30%에 해당되는 542개사에 달한다고 한다[1].

소프트웨어의 불법복제는 국내 소프트웨어산업 기반을 위태롭게 한다. 소프트웨어 불법복 제로 회사 존립이 위태로운 상황에서 개발을 포기한 중소규모 업체들과 국내시장을 포기한 업체들이 생겨나고 있다. 소프트웨어 불법복제는 흔히 「소탐대실」로 비유된다. 소비자들이 눈앞의 이익 때문에 정품의 10분의 1도 안 되는 가격으로 불법복제품을 구입할 경우 시장을 잃은 소프트웨어 업체는 제품개발을 포기하고 결국 소비자가 원하는 제품을 얻을 수 없는 상황이 도래하게 된다.

현재 한국의 소프트웨어 산업은 불법복제로 인한 폐해가 심각하여 소프트웨어 산업 성장에 큰 장애가 되고 있으며, 이에 대한 컴퓨터프로그램보호법의 법적·제도적 개선이 필요하고, 불법복제로 인해 우수한 소프트웨어 개발자의 시장참여를 주저하게 만드는 요소가 되고 있는 형편이어서, 이에 대한 효율적인 소프트웨어 개발자에 대한 컴퓨터프로그램보호법의 법적·제도적 지원이 필요하다. 그리고 급변하는 정보화시대에 건전한 소프트웨어 유통과 소프트웨어 개발자에 대한 저작권을 보호할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법의 개선안이 필요하다. 즉 현행 컴퓨터프로그램보호법상 SW불법복제 단속 및 지원(협조)에 대한 행정법적·형사법적 타당성과 허용범위 검토 및 대안 제시의 필요성이 대두되고 있으며, 실질적인 SW저작권 보호를 위해서는 미국의 상용소프트웨어연맹(BSA)와 같이 실질적인 활동을 할 수 있는 민간단체의 활성화가 필요하고, 이러한 민간단체에 대하여 국가의 협력이 필요하고, 이에 대한 제도적 법적 개선 방안이 필요하다.

---

1) SPC의 조사에 의하면 2001. 01. 01부터 2001. 12. 31.까지 컴퓨터프로그램 피해금액이18,701,792천원이며 복제율이 약 50.39%에 이른다고 한다.

일반적으로 컴퓨터프로그램의 불법복제를 규제하는 방법으로는 자율적 규제, 민사법적 규제 그리고 형사법적 규제를 들 수 있는데, 우리 나라에서는 일반적으로 형사법적 규제를 하고 있다. 즉, 컴퓨터프로그램의 불법복제행위에 대하여 국가형벌권을 수단으로, 즉 불법복제자에게 형벌을 부과함으로써 불법복제행위를 예방하려 한다. 이러한 위반자를 찾아 내기 위해서는 일반적으로 단속활동을 통하여 범죄자를 발견·체포하여 기소하는데, 정통부 공무원이나 수사기관의 전문적 지식의 부족, 인력·장비의 부족 등은 사실상의 제약으로 인하여 원활한 단속활동을 하기란 어렵고, 컴퓨터에서 사용되고 있는 경우에 수많은 소프트웨어 중 어느 것이 불법복제된 것인지를 찾아내는 것은 대단히 어렵다. 또한 소프트웨어 저작자 스스로 자신의 소프트웨어가 불법복제되어 유통되고 있다는 사실을 알면서도 고소하기를 꺼리는 경우도 있다. 이러한 점 때문에 불법복제행위를 발견하여 처벌하는 데에는 한계가 있으므로, 민간 전문인력의 도움을 받을 수밖에 없다. 이와 같이 민간 전문인력의 도움이 필요하다고 하여 단속이나 수사에의 민간 전문인력의 참여가 정당화되는 것은 아니다. 왜냐하면 위법행위의 단속이나 증거확보는 행정활동 내지 수사활동으로서 국가의 독점적인 권한에 속하기 때문이다. 따라서 민간 전문인력의 참여에 대한 정당성과 근거 그리고 그 범위와 한계 등에 대한 검토가 필요하게 된다[2].

결론적으로 본 연구는 이러한 소비자의 불법복제현황을 근절시키기 위하여, 현행 컴퓨터프로그램보호법상 불법소프트웨어 단속시에 관한 문제점을 알아보고, 이러한 문제점을 기초로 하여 컴퓨터프로그램보호법상 불법소프웨어 단속시 정보통신부를 보조하는 민간기구의 설립에 관하여 연구하고자 한다.

---

2) 한국디지털재산법학회, 소프트웨어불법복제단속 및 지원에 따른 형사법적 문제점과 개선방안에 관한 연구, 한국소프트웨어저작권협회, 2002., 3-4면 참조.

제2절 硏究目的・範圍

Ⅰ. 硏究目的

디지털기술의 현저한 발달과 그에 상응하는 네트워크 기반의 고속화에 힘입어 정보화사회가 도래하면서 인터넷 사용이 일상화되고 과거에는 꿈꾸지 못했던 생활환경으로 변화하고 있는 지금, 어느 때보다도 지적재산권으로서 컴퓨터프로그램, 즉 소프트웨어는 중요한 의미를 가지게 되었다.

컴퓨터프로그램의 저작권자를 보호하고 소프트웨어의 불법복제행위를 처벌하기 위하여 1986년 12월 31일 제정, 시행된 컴퓨터프로그램보호법은 그 동안의 여러 가지 환경변화에 따라 현재까지 모두 7차례의 개정을 통하여 수시로 보완되어 왔다.

동법은 당초 소프트웨어의 불법복제행위를 근절하기 위하여 제정되었지만, 그 후 인터넷의 혁신적인 발달로 인하여 불법복제행위가 인터넷상의 가상공간을 통하여 불법전송되는 과정을 통하여 보다 심화된 사이버범죄로서의 문제를 야기하게 되었고, 이에 따라 전송권의 개념을 도입하는 등 여러 가지 방법에 의하여 사이버공간을 이용한 불법복제행위를 규제해오고 있는 상황이다.

컴퓨터프로그램보호법의 주요내용은 크게 저작권자의 저작권보호에 관한 내용과 불법복제 및 전송행위를 처벌하기 위한 형사법적 내용의 둘로 나눌 수 있다. 동법의 규정내용에 대하여는 그 동안 여러 학자 및 실무자에 의하여 많은 문제점들이 제기되어 왔는바, 이하에서는 기술한 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법상 민간기구의 설립의 법정화를 검토하기로 한다.

본 연구의 최종 목적은 현행 컴퓨터프로그램보호법의 불법소프트웨어 단속시의 문제점과 개선방안을 기초로, 불법복제 등과 같은 소프트웨어저작

권의 침해에 대한 현행 컴퓨터프로그램보호법상 보호방안과 개선방안을 마련하고, 미국의 상용소프트웨어연맹(BSA)와 같은 실질적인 활동을 할 수 있는 민단단체의 육성방안을 마련하는데 있다.

Ⅱ. 컴퓨터프로그램保護法의 主要 改正內容

컴퓨터프로그램보호법은 현재까지 모두 7차례의 개정이 이루어졌는데, 그 주요한 개정내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 1993년말 개정법은 그 동안의 첨단기술의 발달과 함께 한미지적재산권협상, UR협상의 타결 등 국내외적으로 저작권 환경이 크게 변화함에 따라 저작자의 권익보호를 강화함으로써 변화된 국내외 저작권 환경에 효율적으로 대처하려는데 입법취지를 둔 것이었다. 주요 개정내용은, 프로그램저작권 침해행위에 대한 벌금액을 3,000만원 이하로 상향조정하였고, 법인 등에서 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램을 공표하지 않더라도 법인 등을 저작권자로 인정토록 하였으며, 저작권자에게 프로그램을 영리목적으로 대여하는 것을 허락하는 권리를 부여하였고, 불법복제품을 업무상 사용한 경우에도 저작권 침해행위로 규정하였으며, "프로그램 심의위원회"를 "프로그램 심의조정위원회"로 개편하여 사전분쟁조정제도를 도입한 것 등이다.

두번째, 1995년말 개정법은 WTO체제에 맞추어 프로그램저작권 관련제도를 무역관련지적소유권에 관한 협정에 맞도록 정비하고 컴퓨터프로그램의 이용촉진과 관련산업을 육성하기 위하여 저작권위탁관리제도를 도입하는 등 현행규정상의 일부 미비점을 개선·보완하려는 데 그 입법취지가 있었다. 개정내용을 보면, 프로그램저작권의 보호기간을 프로그램이 창작된 때

부터 50년간이었던 것을 프로그램이 공표된 다음 연도부터 50년간으로 변경하였고, 프로그램저작권자의 허락없이 프로그램을 통신망등을 통하여 일반인에게 전송하거나 배포하는 행위도 프로그램 저작권을 침해하는 것으로 보아 처벌하도록 하였으며, 프로그램의 이용촉진과 프로그램 관련산업을 육성하기 위하여 프로그램저작권을 신탁관리하는 위탁관리기관을 정보통신부장관이 지정할 수 있도록 하고 프로그램저작권의 대리·중개를 업으로 하고자 하는 자는 신고하도록 하였고, 1987년 7월 1일 전에 창작된 프로그램은 이 법을 적용하지 아니하던 것을 우리 나라가 가입한 세계무역기구 무역관련지적소유권에 관한 협정이 정하는 바에 따라 적용하도록 하였다.

세번째, 1998년말 개정법은 정보통신사회의 도래로 컴퓨터프로그램저작권에 대한 침해가 다양하고 광범위하게 이루어짐에 따라 그에 대비하기 위하여 컴퓨터프로그램저작권의 하나로 전송권을 신설하고 교과용 도서에 컴퓨터프로그램을 게재하는 경우에는 보상금을 지급하도록 하는 등 컴퓨터프로그램저작권자의 권리를 보호함으로써 소프트웨어산업의 발전기반을 조성하려는 데 입법취지를 두었다. 주요 요지를 보면, 컴퓨터프로그램저작권의 침해에 대비하기 위하여 컴퓨터프로그램저작권자가 유·무선통신의 방법으로 프로그램을 송신할 수 있는 권리인 전송권을 신설하고, 컴퓨터프로그램 및 컴퓨터프로그램저작자 등에 관한 정보인 저작권관리정보에 대한 보호규정을 신설하였고, 종전에는 컴퓨터프로그램을 교과용 도서에 게재하는 경우 이를 무상으로 하였으나, 추후에는 일반 저작물과 같이 일정한 보상금을 지급하거나 공탁하도록 하여 컴퓨터프로그램저작권자의 권익을 보호하며, 컴퓨터프로그램저작권의 침해로 인하여 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 산정하기 어려운 경우에는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하여 컴퓨터프로그램저작권자의 손해액에 대한 입증부담을 경감하였다. 또한, 컴퓨터프로그램저작권에 대한 보호를 강화하기 위하여 컴퓨터

프로그램저작권을 침해한 자에 대한 벌금을 3천만원 이하에서 5천만원 이하로 상향조정하였다.

네번째, 1999년말 개정법은 디지털시대 또는 인터넷시대에 효율적으로 대응하기 위하여 리버스엔지니어링의 허용과 기술적 조치의 보호 및 배타적 발행권의 보호 등을 내용으로 하는 개정이 이루어졌다. 기술적조치를 무력화해서는 아니 된다고 규정하고 동시에 기술적 조치를 무력화하는 기기, 장치, 부품, 프로그램 등을 公衆에 배포하거나 전송해서는 아니된다는 규정을 두었다. 또한 리버스엔지니어링의 허용여부에 대한 그 동안의 논쟁을 종식시키고 저작권의 효력을 분명히 하기 위하여 역분석 또는 리버스엔지니어링을 저작권의 제한사유의 하나로 허용하는 명문 규정을 두었다.

가장 최근 개정법인 2000년말 개정법(2001년 7월 1일부터 시행)은 리버스엔지니어링의 구체적 허용기준을 규정하고, 기술적 보호조치 규정을 현실화한 것이다. 컴퓨터프로그램코드의 역분석(逆分析)을 일정한 범위에 한하여 제한적으로 허용하도록 하고, 프로그램의 등록 등에 관한 업무를 프로그램심의조정위원회에 위탁하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선・보완하려는 데 입법취지가 있다. 주요골자를 보면, 동법 시행령에서 규정하고 있는 컴퓨터프로그램코드역분석에 관한 사항을 보다 구체화하여 이 법에서 직접 정하고, 정보통신부장관은 프로그램의 등록, 프로그램복제물의 접수 및 프로그램저작권의 이전등록등에 관한 업무를 프로그램심의조정위원회에 위탁할 수 있도록 하였으며, 프로그램심의조정위원회의 조정조서에 대하여 재판상의 화해와 동일한 효력이 있도록 하였다.

Ⅲ. 硏究報告書의 構成

본 연구보고서에서는 컴퓨터프로그램보호법상 불법소프트웨어 단속시의 문제점과 개선점을 살펴보기 전에 현행 컴퓨터프로그램보호법상 불법소프트웨어 단속기관인 프로그램심의조정위원회의 법적 지위를 저작권심의조정위원회와 비교하여 우선 살펴보고, 컴퓨터프로그램을 보호하는데 있어서의 프로그램심의조정위원회의 현행법상의 문제점을 알아보고, 단속권한의 민간위탁 방안을 검토하고, 향후 행정단속과 민간단체의 참여 문제를 심도있게 다루고, 결론적으로 불법소프트웨어 단속시 저작권의 위탁관리자인 민간단체의 법적 지위와 입법론을 제시하고자 한다.

제2장 컴퓨터프로그램과 不法複製

제1절 컴퓨터프로그램 産業保護의 必要性 檢討

Ⅰ. 컴퓨터프로그램 市場의 國際的 動向

우리 나라의 컴퓨터프로그램산업은 미국과 일본 등 선진국에 비해 기술경쟁력에 있어 열위에 있다. 그 이유는 우리의 컴퓨터 도입 역사가 30년 정도로 일천할 뿐만 아니라 컴퓨터가 도입될 당시부터 연구개발에는 신경쓸 여력이 없이 업무에 이용하는데만 치중했기 때문이다. 또한 기술개발의 노력도 일부 기술에만 치우처져 전체적으로 불균형적인 발전을 이루어왔다. 그러한 결과로 타제품으로의 대체성이 강한 응용소프트웨어분야의 컴퓨터프로그램의 수준은 어느정도 높아졌으나, 호환성이 결여되어 보급에 있어 가장 중요한 분야인 시스템소프트웨어분야나 최첨단의 인공지능소프트웨어분야의 컴퓨터프로그램은 아직도 부족한 실정이다.

Ⅱ. 國內産業의 保護 必要性

2001년도를 기준으로 우리 나라에서 수입된 소프트웨어 중에 응용소프트웨어가 30%, 시스템소프트웨어가 70%의 비중을 차지하고 있어 시스템소프트웨어의 수입비중이 응용소프트웨어보다 월등히 높은 것으로 나타나고 있다. 이에 반해 수출된 소프트웨어 중 응용소프트웨어가 80%로 시스템소

프트웨어의 20%에 비해 낮아 핵심소프트웨어의 수출이 부진한 편이다.

이는 컴퓨터의 핵심 소프트웨어인 시스템소프트웨어의 수입증가로 인해 정보화사회로 진입하여 컴퓨터의 보급이 확산되고 응용소프트웨어의 수요가 다양해질수록 상대적으로 시스템소프트웨어의 시장점유율은 그 종류에 비해 증가할 것이다. 또한 게임 소프트웨어와 같이 문화적 측면을 가진 응용소프트웨어의 경우 일본 등으로부터 수입이 증가하고 있어 폭력 및 왜색문화가 수입되고 있는 실정이다. 따라서 선진국의 지적재산권 보호추세에 대응하여 우리의 소프트웨어산업을 고부가가치산업으로 육성하기 위해서 이에 대한 정부의 적극적인 정책적 지원과 국내산업의 보호가 특히 뒷받침되어야 할 것으로 보인다.

Ⅲ. 産業保護의 必要性

이상과 같이 컴퓨터산업이 갖는 중요성에도 불구하고, 우리의 컴퓨터프로그램산업은 아직 성숙기에 도달하지 못하고 있다. 따라서 산업의 일부로서 컴퓨터프로그램산업을 보호·육성하여야 할 것이다.

모든 국가가 그렇듯이, 자국의 산업이 성숙기에 도달하지 못하는 때에는 산업의 성숙을 위해 정책적인 보호가 필요하게 된다. 그러나 저작물의 경우는 그 도입이 국경의 제한이나 다른 규율에 의해 제한하기 힘들게 된다. 더군다나 저작물에 대한 국제조약은 이러한 어려움을 가중시키고 있다.

따라서 컴퓨터프로그램은 기존의 저작권법 체계가 아닌 제3의 법리에 의해 보호되어야 할 것이며, 다른 저작물들과 차별적으로 적용하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 컴퓨터프로그램을 저작물의 일부로서 규정하게 되면 컴퓨터프로그램의 보호를 위해 저작권법 전체를 개정하여야 할 것이

고, 이러한 개정규정이 다른 저작물에 대해 영향을 미치지 않도록 하려면 단서규정을 두어야 할 것이다.

제2절 컴퓨터프로그램의 特性

Ⅰ. 生命週期(Life Cycle)[3]가 짧은 産業

컴퓨터프로그램은 하드웨어의 기종과 운영체제 등에 따라 달라지게 되며, 하드웨어의 수명이 단기화 됨에 따라 컴퓨터프로그램의 수명주기도 점차 짧아지고 있다. 그러나 이는 컴퓨터프로그램이 하드웨어에 종속적이었던 때의 현상이며, 현재는 이러한 현상과 함께 소프트웨어 자체원인, 즉 수요의 다양화와 변화로 인하여 하드웨어와 상관없이 생명주기가 짧아지는 추세에 있다. 이와 같이 생명주기는 컴퓨터프로그램 언어의 발달, 하드웨어의 발달, 기억장소의 절감요청, 실시시간의 절감 요청 및 사용자의 편리성 등 많은 요구조건에 따라 계속적으로 발전되는 컴퓨터프로그램의 속성, 즉 이러한 발전에 대한 희구에 따라 컴퓨터프로그램의 생명주기는 더욱 짧아지게 되었다.

정보처리산업진흥회의 1992년 보고서에 의하면 대형 컴퓨터의 수명주기는 2~3년, PC는 6개월 정도에 불과하다고 하는데, 특히 컴퓨터프로그램의 생명주기는 다른 어떤 프로그램으로 대체되느냐의 문제이며, 이것은 일률적으로 시간을 규정하는 것이 무의미할 정도로 숨가쁘게 변화하고 있다.

이러한 짧은 생명주기 즉, 새로운 변화로의 요구는 컴퓨터프로그램이 기존의 저작물과 같이 저작권법에 의해서 보호되어야 하는 것인가 아니면 새로운 제3의 법에 의해 보호되어야 할 것인가에 대해 많은 시사점을 준다.

제작된 컴퓨터프로그램은 다른 저작물과 같이 그 자체의 생명주기로 소

---

3) 생명주기 또는 라이프 사이클(Life Cycle)이라고도 불리우는 것으로서, 컴퓨터프로그램의 생성에서 소멸까지의 주기로서 보통 요구분석->설계->코딩(Coding)->테스트->운용보수->폐기 또는 대체의 단계를 거친다.

멸하는 것이 아니라, 새로운 버전(Version)의 상품들이 계속적으로 제작된다는 특징을 가진다. 예를 들어 국내에서 가장 대표적인 문서편집기인 한글 프로그램도 많은 버전(Version)을 거쳐 지금까지 존재하고 있으며, 마이크로소프트(Microsoft)사의 윈도우즈나 MS-Word와 같은 컴퓨터프로그램도 많은 버전을 가지고 있다. 이와 같은 2차적 저작물의 작성으로 인해, 원저작물의 보호기간에 비해 아주 짧은 시간, 즉 저작자의 사후 50년이란 기간보다 아주 짧은 수년동안에 많은 새로운 버전이 탄생하였고, 이러한 새로운 버전은 다시 저작자의 사후 50년이란 긴 보호기간을 권리로서 부여받게 되고,[4] 그 기간 안에는 다른 발달된 모습이 다시 나옴으로 인해서, 결국은 원저작자는 탑위에 탑을 쌓는 것과 같이 다른 후발제작자에 비해 유리한 위치를 가지게 된다. 결국은 영구적인 권리를 인정하는 것에 다름 아닌 것이다.

이러한 생명주기의 특성은 컴퓨터프로그램이 저작물과 같이 장기의 보호기간을 필요로 하는지에 대해 의문을 갖게 한다.

Ⅱ. 維持・保守가 重要한 産業

컴퓨터프로그램은 시스템을 정의, 설계, 분석하고 프로그램과정을 거쳐 테스트 및 수정과정을 거치면 탄생되게 된다. 이러한 생산의 과정에 소요되는 비용은 막대한 금액일 것이 당연히 예상되나, 유지・보수 및 관리를 위해 소요되는 비용은 처음 제작할 때의 생산비용을 상회하는 경우가 일반적이다. 각 단계의 비용에 대한 비율을 살펴보면, 전체 비용 중 67% 정도

4) 물론 2차적 저작물로 보호를 받는 부분은 원저작물에 부가된 실질적 개변이 있는 부분으로서 창작성이 있는 부분만이다.

가 유지・보수비용이라고 한다[5].

유지 및 보수가 이루어지는 형태를 살펴보면, 유지는 시스템을 관리하고 운용하기 위한 과정으로서 관리자와 전원 및 장소 등 계속적인 자원의 보급이 필요한 것을 의미한다.

보수란 하자의 보수뿐만 아니라 사용자들의 새로운 요구, 하드웨어의 변화, 시스템 소프트웨어의 변화 등에 대응하기 위해 새로운 기능을 추가해야할 필요가 증가하게 되는데, 이때 기존의 컴퓨터프로그램에 일정한 기능을 덧붙여 새로운 컴퓨터프로그램을 창작하게 된다. 이를 새로운 버전(Version)의 창작이라 하는데, 보수의 한 단계로 생각할 수 있다. 그 이유는 새로운 버전을 만들게 되면 그것을 새로운 제품으로 판매하는 것이 아니라 패치(patch) 프로그램 등의 이름으로 기존의 컴퓨터프로그램에 덧붙여 사용할 수 있도록 할뿐만 아니라, 기존의 컴퓨터프로그램을 매수한 소비자에게 새로운 버전을 무상으로 공급하여 주는 경우에는 기존 컴퓨터프로그램의 보수에 불과하기 때문이다.

유지 및 보수를 위한 비용은 위에서 보았듯이 생산비용을 초과할 뿐만 아니라, 컴퓨터프로그램의 생산계약 및 매매계약은 주로 유지・보수계약을 포함하는 경우가 많고, 컴퓨터프로그램 패키지의 경우 버전이 1 이상인 것이 대부분인 것을 살펴보면 그 의의와 중요성을 알 수 있다. 이러한 특성으로 말미암아 다음에서 보는 거래, 즉 유통관련 특이성도 나타나게 된다.

Ⅲ. 公共財的, 産業的 性格

컴퓨터프로그램은 이제 그 기능이 행정, 철도 등의 교통, 교육, 산업에

5) 이희우, 성균관대학교 행정대학원, 석사학위논문, 1993, 10쪽, 도표 재인용

이르기까지 미치지 않는 곳이 없게 되었다. 또한 컴퓨터프로그램의 실질적인 표준화 현상과 호환성의 문제로 인해 특정한 컴퓨터프로그램은 공공재로서의 성격을 가지게 되었다. 예를 들어 미국의 마이크로소프트(Microsoft)사의 도스(DOS) 프로그램이나 윈도우즈(Windows) 프로그램 또는 국내 한글과컴퓨터사의 훈글과 같은 프로그램의 사회적 기능은 시장의 자유로운 매매계약에 의해 통제하는 것만으로는 부족하게 되었다.

즉, 컴퓨터프로그램은 지하철이나 수돗물의 공급, 전기의 공급 등과 같이 공공재로서의 성격을 가지게 되었으며, 이로 인하여 정부가 산업을 육성하고, 관리할 필요성을 가지게 되었다. 특히, 컴퓨터프로그램 산업은 창작에 비용과 노력이 많이 드는 산업이므로 중복투자의 방지, 음란물의 유통방지, 바이러스 등 업무의 효용을 떨어뜨리는 행위의 방지, 자의적 공급중단의 방지 등 정보의 개입이 필요한 산업이다.

컴퓨터프로그램산업의 발전에 영향을 미치는 정책변수로는 기술개발, 수요창출, 인력양성 및 지원제도 등을 들 수 있다. 즉, 신기술의 도입, 안정적인 수요확보, 적절한 표준제도 그리고 금융세제와 같은 법체계는 정부의 정책적 개입이 있어야만 효과적으로 작용하는 것이다.

또한 컴퓨터프로그램의 발전은 타산업과의 관련성이 높아 그 파급효과가 지대하다. 즉, 산업구조가 정보화되는데 있어 기술면에서의 원동력은 반도체 및 컴퓨터기술과 소프트웨어기술의 발전이라 할 수 있으며, 거꾸로 컴퓨터 소프트웨어의 발전은 반도체 및 컴퓨터기술의 발전을 이끌고 있으며, 이로 인하여 관련기술과의 조합에 의해 정보산업뿐만 아니라 제어계측, 정밀기계, 화학공업 등의 일반제조업이나 서비스산업 등 산업 각 부문의 생산성 향상에 크게 기여할 것으로 기대되고 있다. 또한 모든 산업 각 부문을 유기적으로 연결하여 소프트화, 즉 정보화하는데 매개역할을 담당하게 되었다.

이와 같은 공공재적 그리고 산업적 성격으로 인하여 생기는 컴퓨터프로그램의 특성은 기존의 저작물과는 대단히 다른 모습을 갖게 한다.

첫째는 관리·운용을 담당하는 기관의 성격이다. 현재 저작권은 문화관광부에서, 컴퓨터프로그램산업은 정보통신부에서 관장하고 있다. 만일 컴퓨터프로그램을 저작권법으로 규율한다면, 산업재산권성이 강할 뿐만 아니라 산업에의 효과가 지대한 컴퓨터프로그램의 재산권에 대한 관리와 실제적인 산업의 관리가 문화관광부와 정보통신부로 이원화하게 될 것이다.

통일성을 기하기 위해 하나의 기관으로 권한을 이관하는 것도 생각해볼 수 있겠으나 이러한 방법도 설득력이 없다. 컴퓨터프로그램의 산업성과 공공재적 성격으로 인해 그 관리를 문화관광부가 하는 것은 옳지 않으며, 다른 저작물과는 달리 컴퓨터프로그램만 정보통신부가 관장하는 것도 논리적 일관성이 없기 때문이다.

둘째는 특허권과의 형평성문제이다. 현재 특허권을 얻기 위해서는 저작물에 비해 더욱 엄격하고 어려운 요건을 통과하여야 한다. 특허권의 대상은 저작물과는 달리 신규성, 진보성 등 그 심사기준이 엄격하며, 그 권리를 얻기 위해서는 출원하여 심사에 통과하여야 하는 등 권리를 얻는 절차도 까다롭다. 이에 비해 저작물은 그 요건수준이 매우 낮을 뿐만 아니라 권리를 얻는 절차도 무심사주의에 의해 이루어져 누구나 쉽게 취득할 수가 있다.

그럼에도 불구하고 그 보호기간을 살펴보면 저작권은 저작자의 사후 50년인데 비해, 특허권은 출원 후 20년으로 되어 있어 형평성의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 보호기간의 차이는 특허권의 대상이 갖는 산업에의 효과 때문이다. 즉, 특허권을 너무 장기로 인정하게 되면 일반인들이 신기술을 사용하는데 어려움이 있을 뿐 아니라, 새로운 기술의 발달도 저해할 우려가 있기 때문이다.

컴퓨터프로그램은 이제 산업의 발달은 물론 학문, 생활일반에까지 필수불가결한 존재가 되어 버렸다. 모든 산업기계가 전자화하여감에 따라 단순한 기계적 발명보다는 이러한 것을 제어할 수 있는 컴퓨터프로그램이 더욱 중요하게 된 것이었고, 결국 컴퓨터프로그램이 갖는 산업에의 효과는 지대하게 되었다.

이러한 변화에도 불구하고, 산업성이 강한 컴퓨터프로그램을 저작물로서 장기의 보호기간을 부여하게 된다면 특허권의 대상과의 형평성 문제는 물론이거니와, 일반 대중의 이용과 새로운 기술의 발전에도 해악이 될 것임은 산업재산권의 법리상 당연한 결과로 나타날 것이다.

따라서 컴퓨터프로그램을 단순히 저작물로서가 아닌 산업성 그리고 공공재적 성격을 가진 재화로서 접근하는 방법도 신중히 고려해 볼 필요가 있다고 본다.

Ⅳ. 國際的 性格이 강한 産業

컴퓨터프로그램은 기반기술과 프로그래밍의 도구 등 제반 환경면에서 국제적인 표준화가 진행되어 있고, 그 유통과 이용에 있어서도 나라간의 차이가 거의 없는 국제적 성격이 강한 산업이다. 이로 인하여 컴퓨터프로그램의 무단 복제 등 제권리에 관한 국제적 분쟁이 발생하고 있다. 예를 들면 1980년대 초반의 일본과 미국의 무역분쟁 중에도 컴퓨터프로그램의 문제가 많은 영향을 끼쳤고, 현재에도 중국과 미국간의 컴퓨터프로그램의 무단 복제 문제는 통상현안의 하나로 존재하고 있다. 이는 우리 나라도 예외가 아닌데, 지금은 컴퓨터프로그램에 관한 권리에 대하여 인식이 많이 되었으나, 아직도 적지 않은 사람들이 컴퓨터프로그램을 손쉽게 복제하여 사

용하는 것을 당연한 듯이 생각하고 있다.

이러한 국제적인 통일성으로 인해 컴퓨터프로그램산업은 수출잠재력이 매우 큰 산업이다. 기존의 재화에 대한 산업의 성숙화로 소비시장이 한계에 도달함에 따라 새로운 시장개척이 필요하게 되었고, 자원 및 에너지의 고갈로 인해 에너지 다소비산업을 지양하게 되었으며, 심한 경쟁으로 말미암아 새로운 비교우위부문을 개척해야할 필요성이 대두되었다. 특히 정보화사회로 진입하고 있는 이때에, 자원부족, 부품 소재기술 부족 등의 제약으로 공업적 수출에 대한 부가가치 창출이 어려운 실정을 감안하면, 높은 교육수준의 고급인력을 바탕으로 한 우리 나라의 경우에는 중점적으로 육성하여 수출산업화 할 수 있는 좋은 부문이라 하겠다.

이러한 성격으로 인하여, 컴퓨터프로그램산업을 보호·육성하여야 할 필요성이 많아지게 되었으며 이러한 보호·육성은 국가가 가지고 있는 컴퓨터프로그램에 대한 기술이나 노하우의 수준에 따라 달리 보호되어야 할 것이다.

Ⅴ. 멀티미디어 産業으로의 變化

컴퓨터프로그램을 처음 저작권의 개념으로 묶을 당시에는 어문저작물의 일종으로 보았다. 그 이유는 컴퓨터프로그램이란 아이디어를 컴퓨터 언어를 사용하여 기술하는 것으로 보았기 때문이다. 그러나 이러한 구분은 멀티미디어의 출현과 함께 그 설득력을 잃게 되었다. 컴퓨터프로그램은 그 결과로서 정지화상, 동영상, 소리, 음악 등을 포함하게 되었으며, 전통적인 어문저작물과는 전혀 다른 특성을 가지게 되었다. 또한 프로그래밍의 과정도 종전에는 에디터 등에서 컴퓨터 언어를 이용하여 아이디어를 기술하는

방식을 취하였으나, 현재에는 객체지향언어(Object Oriented Language) 등의 발전과 함께 각 객체에 컴퓨터 언어를 기술함으로써 종전의 통일적인 기술과는 다른 모습을 갖게 되었다.

이러한 멀티미디어로의 발전과 함께 컴퓨터프로그램은 그 자체로서, 즉 독자적인 실행을 하는데 그치지 않고, 텔레비젼의 기능을 위하여라든가, 의료장비의 기능을 위하여 사용되게 되었다. 따라서 종전의 어문저작물이나 영상저작물로의 취급에는 한계점을 드러내게 되었으며, 이러한 한계는 앞으로 더욱 더 극명하게 드러날 것으로 보인다.

Ⅵ. 컴퓨터프로그램 去來의 性格

컴퓨터프로그램은 제품으로서 산업의 성격을 가진다는 것은 재론할 필요가 없으나, 생산된 제품은 가시적인 형태가 없으며 단지 디지털데이터의 무형의 형태로 존재하고 있을 뿐이다. 즉, 유형적인 제품이 아니기 때문에 제품의 성능이나 가치를 직접 눈으로 확인하기 힘들며, 숨겨진 하자를 찾아내는 것도 쉽지 않다. 아울러, 컴퓨터프로그램은 개발자의 창의성 발휘 여부에 따라 제품의 성질과 생산비용이 결정되며, 소규모의 컴퓨터프로그램을 제외한 웬만한 컴퓨터프로그램은 개발공정별로 팀을 구성해서 개발하게 되므로 개발 시 팀워크(team work)여부가 개발의 성패를 좌우하는 중요한 요소로 작용하기도 한다.

또한 거래의 형태도 완제품의 거래뿐만 아니라 건설공사와 같이 일회성 주문생산인 도급의 형태를 띠고 있는 프로젝트라는 거래도 활성화되어 있어, 공산품과 같은 제조산업의 특성과 건설공사와 같은 도급의 성격을 모두 가지고 있다.

이에 따라 컴퓨터프로그램의 보호는 권리에 관한 법으로부터 유통관련법 및 계약법으로 발달하는 경향이 있다.[6)]

Ⅵ. 컴퓨터프로그램의 法的 保護와 民間機構

선진국의 지적재산권 보호추세에 대응하여 우리의 소프트웨어산업을 고부가가치산업으로 육성하기 위해서 이에 대한 정부의 적극적인 정책적 지원과 국내산업의 보호가 특히 뒷받침되어야 할 것으로 보인다. 컴퓨터산업이 갖는 중요성에도 불구하고, 우리의 컴퓨터프로그램산업은 아직 성숙기에 도달하지 못하고 있다. 따라서 산업의 일부로서 컴퓨터프로그램산업을 보호·육성하여야 할 것이다. 즉, 국가의 컴퓨터프로그램 육성 및 보호책이 있어야 할 것으로 본다.

컴퓨터프로그램은 시스템을 정의, 설계, 분석하고 프로그램과정을 거쳐 테스트 및 수정과정을 거치면 탄생되게 된다. 이러한 생산의 과정에 소요되는 비용은 막대한 금액일 것이 당연히 예상되나, 유지·보수 및 관리를 위해 소요되는 비용은 처음 제작할 때의 생산비용을 상회하는 경우가 일반적이다. 각 단계의 비용에 대한 비율을 살펴보면, 전체 비용 중 67% 정도가 유지·보수비용이라고 한다. 이렇게 개발된 프로그램이 불법복제에 의하여 저작권이 침해된다면 프로그램산업의 개발의욕은 현저하게 저하되고, 高附加 價値産業으로서 컴퓨터프로그램산업은 침체될 것이다.

컴퓨터프로그램은 기반기술과 프로그래밍의 도구 등 제반 환경면에서 국제적인 표준화가 진행되어 있고, 그 유통과 이용에 있어서도 나라간의 차

6) 컴퓨터프로그램 및 디지털정보 거래의 특성과 관련하여서는, 이대희, “디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계 - 미국의 UCITA와 관련하여”(배재대학교), 국제거래법학회 1999년 발표논문, 참조.

이가 거의 없는 국제적 성격이 강한 산업이다. 이러한 국제적인 통일성으로 인해 컴퓨터프로그램산업은 수출잠재력이 매우 큰 산업이다.

기술한 바와 같이 컴퓨터프로그램산업을 보호·육성하여야 할 필요성이 많아지게 되었으며 이러한 보호·육성은 국가가 가지고 있는 컴퓨터프로그램에 대한 기술이나 노하우의 수준에 따라 달리 보호되어야 할 것이다. 그리고 만약 국가에 의해서 이러한 프로그램산업을 보호하는 것이 어려울 경우에는 민간단체에게 그 보호방안 내지 보호대책을 위양하는 것도 하나의 방안이라고 생각한다.

제3절 不法複製와 團束活動

Ⅰ. 複製와 不法複製의 意義

컴퓨터프로그램보호법에 의하면 "복제"라 함은 프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위를 말한다(동법 제2조 제3호)고 규정하고 있다. 따라서 이를 소프트웨어와 관련시킨다면, 소프트웨어에 새로운 창작성을 더하지 아니하고 이를 유형물에 고정시켜 다시 만들어내는 것으로 정의할 수 있고, 불법복제(software piracy)란 소프트웨어에 대한 독점적인 권한을 가지고 있는 사람의 허가 없이 불법적으로 소프트웨어의 내용을 복사하여 이용하는 것'으로 정의하는 입장도 있는데, 엄격히 말하면 불법복제는 "복사하는 것"만을 의미하는 것이지 복사소프트웨어를 '이용하는 것'까지 포함하는 것은 아니라고 할 것이다[7]. 이러한 불법복제에 대한 유형은 일반적으로 1) 사용자 단순복사, 2) 하드디스크 탑재, 3) 대여, 4) 위조, 5) 온라인 전자게시판을 이용한 불법복제의 5가지로 유형화되고 있다.[8]

Ⅱ. 우리 나라에서 不法複製

우리 나라는 OECD 27개 국가 중 1999년도 기준으로 불법복제율 8위, 추정손실액 10위로서 소프트웨어 불법복제가 많이 행하여지고 있는 국가로

---

7) SPC, 앞의 논문, 7면 참조.
8) 정경모, 국내S/W 저작권 보호현황과 문제점, 소프트웨어 저작권 전문가 포럼 자료집(2001.11.2), (사)한국소프트웨어저작권협회, 7면 이하; 한국소프트웨어저작권협회, 소프트웨어저작권 관리・운영지침서, 13면 이하.

평가될 수 있다. 2000년에 소프트웨어 저작권 침해건수는 860건, 피해금액은 90.2억원, 소프트웨어침해율(복제율) 56%로 나타나 있으며,[9] 2001년에는 1,828건, 피해금액 187억원, 복제율 50.4%이다. 특히 주목할 점은 2001년 3월부터 4월까지 두 달간 검찰에서 '지적재산권침해사범 특별단속'을 실시한 결과 적발건수 1,397건, 피해금액 107.6억원으로, 이는 2001년 소프트웨어의 불법복제 건수의 76.4%, 피해금액의 57.5%에 달한다는 이러한 사실이다. 이는 소위 숨은 범죄(암수범죄: hidden crime)의 비율이 매우 높다는 것을 나타내며, 실제로 발생하고 있는 침해행위임에도 법의 규제가 미치지 않는 행위가 많다는 것을 보여주고 있다. 이러한 점은 앞으로 소프트웨어 불법복제에 대하여 보다 적극적이고 치밀한 단속활동이 이루어질 필요가 있다는 점을 암시하고 있다[10].

Ⅲ. 團束活動

1. "단속"의 의미

컴퓨터프로그램보호법 제34조는 프로그램저작권 및 기술적보호조치를 침해하는 프로그램 또는 기기, 장치 부품 등에 대하여 단속공무원의 수거·삭제·폐기권한을 인정하고 있다.

흔히 컴퓨터프로그램 불법복제의 "단속"이라는 표현을 사용하지만, "단속"의 개념이 학문상 명확한 것은 아니다. 컴퓨터프로그램보호법은 이를 명시적으로 규정하고 있지는 않으며, 음반비디오물및게임물에관한법률에서

9) www.spc.or.kr 참조.
10) SPC, 앞의 논문, 16-7면 참조.

그러한 표현을 쓰고 있을 뿐이다[11)]

어의적 의미를 고려할 때 “단속”이란 개념은 이용 중인 컴퓨터프로그램 또는 소프트웨어가 정품인지 불법복제품인지 여부를 확인하기 위한 행정기관의 조사활동 및 그에 의한 압수・수거・삭제・폐기 등 현장에서 행해지는 일련의 공권력작용으로 이해할 수 있다. 컴퓨터프로그램보호법 제34조가 동조 제1항 각호상의 프로그램이나 기기 등에 대한 수거・삭제・폐기를 규정한 것을 감안하면 이를 위한 조사활동도 전제된 것으로 볼 수 있는데, 그렇다면 일응 컴퓨터프로그램보호법 제34조가 “단속”으로서의 조사활동의 근거조항에도 해당하게 된다. 그러나 구체적으로 컴퓨터프로그램보호법 제34조에 의하여 허용된다고 보여지는 조사활동 및 수거 등의 조치가 무엇을 의미하는가에 대해서는 보다 세분화된 논의가 요구된다. 이들 작용은 본질적으로 행정작용에 해당하며, 한편 컴퓨터프로그램보호법 제46조가 프로그램저작권침해행위 및 기술적보호조치침해행위 등에 대한 형사처벌을 규정하고 있으므로, 행정법 및 형사법적 관점에서 검토할 필요가 있게 된다.

2. 불법복제 단속활동과 민간단체의 참여 필요성

현재 우리나라에서 행해지고 있는 프로그램 불법복제에 대한 단속활동

---

11) 동법 제3조 (음반・비디오물 등 관련 진흥시책의 수립・시행) ①문화관광부장관은 음반・비디오물・게임물과 관련된 산업의 진흥을 위하여 필요한 시책(이하 "진흥시책"이라 한다)을 수립・시행하여야 한다. ②진흥시책에는 음반・비디오물・게임물과 관련된 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다. 1. ... 9. 위법하게 제작되거나 판매・대여・배포(이하 "유통"이라 한다)・시청 또는 이용에 제공되는 음반・비디오물・게임물에 대한 지도・단속 10. 위법하게 제작・유통・시청 또는 이용에 제공되는 음반・비디오물・게임물에 대한 비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체(이하 "비영리민간단체"라 한다)의 자율감시활동의 지원 11. 그 밖에 관련업소의 건전한 발전 ; 동법 제24조 (등급분류 등의 통지) 위원회는 다음 각호의 1에 해당하는 결정 또는 심의・결정 등을 음반・비디오물・게임물에 대한 지도・단속권한이 있는 행정기관과 제43조의 규정에 의한 협회 또는 단체에 서면으로 통지하여야 하며 컴퓨터통신 등을 이용하여 이를 널리 알려야 한다. 1. ... 등 참조.

및 수사활동의 가장 큰 어려움은, 불법복제가 급증함에 따라 이를 상시적으로 조사하고 단속할 수 있는 전문지식을 갖춘 인력이 절대적으로 부족하다는 점이다. 따라서 단속대상이 되는 컴퓨터 시스템에 대하여 작동·운용을 보조해 주거나 법집행기관이 압수·수색의 대상으로 하고 있는 증거를 발견하도록 협력할 수 있는 전문가의 도움이 필요한 경우가 많다. 다만, 프로그램 불법복제 단속에 전문가의 협력이 필요함에도 이에 대한 법적 근거가 없어 민간전문인력이 단속활동에 참여하는데 많은 문제점이 제기되고 있다. 현재 프로그램 불법복제는 더욱 지능화·다양화·신속화·대규모화하는 반면, 단속기관은 인원의 부족과 전문성의 결여로 단속의 실효성이 떨어지고 있다. 이러한 문제를 보완하기 위해 국내외 프로그램개발자 및 그 단체들이 자체적으로 단속활동을 벌이고 있는데, 이러한 자체적 단속활동은 불법의 우려가 많다. 즉, 프로그램저작권자 등에 의한 불법복제 감시활동 등은 원칙적으로 공권력에 의한 단속을 보조하는 지위에서 이루어져야 하는 것인데, 불법복제에 대한 증거를 확보하지 못한 상태에서는 단속기관을 움직여 실제의 단속에 나서게 하기 어려운 것이 실상이므로, 프로그램저작권자 등이 증거확보의 차원에서 직접적인 단속활동을 펼치고 있는 실정이다. 실제로 저작권자·단체의 단속원들이 고객을 가장해 불법복제품을 구입하거나, 전자상가 등 불법복제의 혐의가 있는 장소를 지속적으로 감시하거나, 심지어는 통신망을 통한 불법복제의 증거를 찾기 위해 해킹행위까지 하고 있다고 한다[12].

12) 경건, 컴퓨터프로그램 보호를 위한 현행 법제의 문제점과 개선방안, 현행 컴퓨터프로그램보호법제의 문제점과 개선방안, 행정법이론실무학회, 2002.3.23. 121-3면 참조.

제4절 컴퓨터프로그램保護法 違反事犯의 團束上 問題點 및 對策

컴퓨터프로그램보호법 위반사범의 단속에 있어서 제기되는 문제점으로는 첫째, 수사요원의 전문성 부족이다. 인터넷 등 통신망을 통한 불법복제 컴퓨터프로그램의 판매가 폭증함에도 불구하고 이를 감시 단속할 만한 장비나 전문인력이 많이 부족한 것이 사실이다. 둘째, 정보수집 및 범인 추적에 있어 기술상 어려움이 있다는 점이다. S/W 불법복제 사범 중 가벌성이 높은 사범들은 대부분 주로 타인의 호출기나 핸드폰을 사용하는 등 점조직화되어 있고, 동종사범들간에 유대감이 강하여 소재 및 인적사항을 파악하는데 어려움이 있으며 특히, 대부분 공급행위가 통신망을 통해 이루어지는데 이들은 가차명 ID를 사용하는 등 신분을 위장하여 이들을 추적하는데 어려움이 있는 것이다. 또한 인터넷 FTP, 뉴스그룹 등을 이용한 불법복제 S/W공급행위 등은 신속하고 교묘히 이루어져 이들을 포착하기란 사실상 불가능하다. 셋째, 컴퓨터프로그램보호법 침해행위에 대한 사회인식 부족을 들 수 있다. 아직도 많은 사람들은 컴퓨터 등 유형의 기기를 구입하는데는 막대한 금원을 소비하면서도 이를 운용 사용할 수 있는 S/W는 모두 공짜로 이용한다는 의식이 아직도 팽배해 있는 것이 사실이다. 특히, IMF 이후 악화된 경제상황에서 업무에 필수불가결한 S/W를 고가로 구입하는 것을 강제하기 어려운 상황에서 사회전반적으로도 이들에 대하여 온정적인 시각이 존재하는 것이 현실이다.

이와 관련하여 생각할 수 있는 대책으로는 첫째, 수사기관 단속요원의 전문성 함양을 들 수 있다. 단속요원에 대한 지속적인 교육기회를 통하여 전문적 전산기술에 대한 이해의 폭을 넓히고 수사기관의 인원배치에 있어서도 컴퓨터에 밝은 직원을 발굴 컴퓨터전담수사반에 배치하여 단속요원의

고급화를 실현하는 것이다. 둘째, 통신망을 이용한 불법복제프로그램 유통사범을 엄단하는 일이다. 용산전자상가에 대한 검찰의 집중단속 이후 컴퓨터소매업체를 통한 불법복제사례는 비교적 덜 심각하나, 최근 인터넷 등 통신망을 통한 교묘한 복제S/W 판매행위는 급증하고 있는 추세이다. 수사기관의 전문적 대응체계를 완비하여 통신망에 대한 지속적인 모니터링으로 대규모 불법복제 사범 즉 영업범, 상습범에 대한 정보 수집력을 강화하고, 특히, 민간기구와의 적극적인 협력, 소프트웨어제조업체와의 긴밀한 협조체제 유지, ISP에 대한 적극적 법적용 등을 통한 처벌강화를 통해 통신망을 통한 복제 S/W사범 단속의 효율화를 도모해야 할 것이다. 셋째, 홍보활동의 강화를 들 수 있다. 지적재산권침해사범 특히 컴퓨터프로그램보호법위반 사범에 대한 단속 결과는 효과적으로 홍보되어야 범죄억제효과를 극대화시킬 수 있으며, 각종 언론매체 등을 통해 이러한 침해행위의 폐해와 부도덕성, 프로그램저작권의 보호의 필요성과 동사범에 대한 엄단의 당위성을 널리 홍보하여 국민들로 하여금 경쟁의 원천인 지식과 정보에 대한 철저한 보호는 장기적으로 우리의 산업기반을 형성하는데 중요한 관건이라는 점을 부각시킬 필요가 있다.

제5절 프로그램 審議調停委員會의 團束權限 廢止에 관한 論議

Ⅰ. 團束協助의 廢止

1. 프로그램심의조정위원회의 단속 협조

소프트웨어의 불법복제가 주로 개인 사이에 사적 영역에서 이루어지므로, 수사기관에서 인지하여 수사하기는 대단히 어렵고, 고소·고발 등이 있어야 비로소 수사기관이 알게 되는 경우가 많다. 또한 그 흔적은 통상 컴퓨터 하드웨어 등에 비가시적인 전자기록의 형태로만 남아 있기 때문에 소프트웨어 불법복제사실을 발견한다는 것은 대단히 어렵고, 소프트웨어의 불법복제사실을 인지하였다고 하더라도 그것을 찾아내는 데에는 상당한 기술이 필요하다. 즉 소프트웨어의 불법복제 여부를 확인하는 것은 컴퓨터의 사용과 프로그램에 관한 전문적인 지식이 필요하므로 일반적인 범죄를 수사하는 검사나 일반사법경찰관리로서는 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 컴퓨터에 대한 전문적인 지식을 갖춘 전문인력의 도움이 필수 불가결한 실정이다. 이러한 점을 감안하여 현재 소프트웨어의 불법복제를 단속하는 경우 통상 검찰이나 경찰에서 정보통신부·행정자치부 등 관련기관과 합동으로 단속을 실시하며, 나아가서는 현행 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항 규정에 의하면 정통부 장관은 불법프로그램을 수거를 함에 있어 프로그램심의조정위원회와 SPC 등에 협조를 요청할 수 있게 되어 있다. 여기서 문제가 되는 것은 분쟁심의·조정기구인 프로그램심의조정위원회가 불법소프트웨어 단속시 참여하는 것이다. 즉, 분쟁심의·조정기구는 중립적 입장에

서 저작권을 침해한 자와 저작권자 사이에서 분쟁을 해결해야 하는 것이 본래의 임무이기 때문이다. 따라서 이하에서는 이러한 프로그램심의조정위원회의 단속 협조에 대하여 상세한 논의를 하고자 한다[13].

2. 저작권심의조정위원회와 프로그램심의조정위원회의 비교

(1) 저작권심의조정위원회

1) 서

저작권심의조정위원회는 저작권에 관한 사항을 심의하고 저작권과 관련된 분쟁을 조정하는 기관으로, 1987년 7월 1일부터 시행된 저작권법 제81조(저작권심의조정위원회)를 근거로 하여 설립되었다. 당시의 저작권법에 의하여 저작권심의조정위원회에 부여된 법적 기능은 저작권 분쟁조정과 한정된 사항에 대한 심의였으며, 위원회는 자체적으로 저작권법제 연구 및 저작권 교육·홍보를 통한 저작권 인식제고 등의 업무를 수행하고 있으며, 2000년 1월 12일 개정되어 동년 7월 1일부터 시행된 개정저작권법에 이해 문화관광부로부터 저작권 등록의 권한을 위탁받았다. 이러한 저작권심의조정위원회는 다음과 같은 기능 및 권한이 있다. 즉 저작권심의조정위원회는 저작권에 관한 사항을 심의·조정하는 기능을 갖는다. 우선 심의 기능으로 ○ 보상금의 기준에 관한 사항 심의[14], ○ 저작권위탁관리업자의 수수료의 요율 또는 금액에 관한 사항 심의, ○ 문화관광부장관 또는 위원 3인 이상이 공동으로 부의하는 사항 심의 등을 한다. 또한, 저작권 분쟁 조정제도는

13) 강동범 외 5인, 소프트웨어불법복제단속 및 지원에 따른 형사법적 문제점과 개선방안에 관한 연구, SPC, 2002., 59-60면 참조.

14) - 학교교육 목적 등에의 이용(저작권법 제23조 제3항), - 저작재산권자 불명인 저작물의 이용(저작권법 제47조 제1항), - 공표된 저작물의 방송(저작권법 제48조), - 판매용 음반의 제작(저작권법 제50조)

저작권법에 의해 보호되는 권리에 관한 분쟁이 발생하였을 때, 저작권법에 의거 설치된 저작권심의조정위원회를 통해 효율적으로 해결할 수 있는 제도이다. 조정을 받을 수 있는 대표적인 권리에 관한 분쟁 내용은 ㅇ 저작인격권에 관한 분쟁, ㅇ 저작재산권에 관한 분쟁, ㅇ 저작인접권에 관한 분쟁 등이 있다. 그리고 저작권심의조정위원회는 이러한 심의·조정 이외에 연구와 교육사업을 시행하고 있다.

이러한 저작권심의조정위원회의 심의·조정 기능에 대하여 간단히 알아보면 다음과 같다.

2) 심의권한

우선 저작권심의조정위원회의 권한으로 심의권한이 있다. 현행 저작권법은 제81조에서 저작권에 관한 사항을 심의하기 위하여 저작권심의조정위원회를 둔다고 규정하고 있으나, 제82조에서는 저작권심의조정위원회의 심의사항을 저작권관리위탁업자의 수수료의 요율 또는 금액에 관한 사항과 문화관광부장관 또는 위원 3인이 공동으로 부의하는 사항으로 제한하고 있어 다른 위원회의 심의기능과는 사뭇 다르다. 그리고 저작권심의조정위원회의 심의사항은 상당한 제한을 규정하고 있다. 또한 현실적으로도 저작권심의조정위원회가 심의하는 사항이 1년에 2~3건에 머무르고 있는 실정에서 보면 현행 저작권법이 저작권심의조정위원회의 심의기능을 인정하고 있는 것인가 하는 의문이 있다[15]. 이러한 심의기능에 대한 보완책으로 논의되는 것이 바로 저작권 분쟁 처리기관인 위원회가 자주적으로 심리·판단할 수 있는 재결 사항으로 개정할 필요성이 있다[16].

---

15) 박민, 저작권심의조정위원회의 법적 성격과 위상, 저작권, 2000. 겨울호., 30-4면 참조.

16) 정상기, 저작권심의조정위원회의 법제도적 기능과 향후 발전방향, 저작권 1997. 가을호., 63면 참조.

3) 조정권한

그리고 저작권심의조정위원회의 저작권 분쟁조정제도는 저작권법에 의해 보호되는 권리에 관한 분쟁을 효율적으로 해결할 수 있는 제도다. 법원에 의한 재판은 그 과정이 복잡할 뿐만 아니라 소송 비용과 시간이 과중한 데 반하여 저작권 등의 권리의 침해에 대한 분쟁가액은 비교적 소액이고 분쟁의 적절한 해결을 위하여 저작권 전문가들에게 도움을 받을 수 있다[17]. 그러나 이러한 조정제도는 제대로 활용되지 않고 있는 실정이다. 따라서, 위원회 조정제도에 대한 홍보를 강화하여 분쟁 해결수단으로서의 조정제도의 효율성을 널리 알리고 동시에 저작권자의 권리 의식을 증대시키기 위한 각종의 사업을 보다 면밀하게 추진할 필요가 있다고 본다. 이와 관련하여 법제도적으로 '조정전치주의' 또는 '중재제도'의 도입을 주장하는 견해가 있다. 우선 조정전치주의는 행정법의 행정심판전치주의와 대비되는 개념으로 그 도입을 주장하는 것이 아닌가 싶다. 그러나 이러한 행정법의 행정심판전치주의가 필수적 행정심판전치주의에서 임의적 행정심판전치주의로 변경되는 시점에서 조정전치주의를 주장하는 것은 설득력이 없어 보인다. 그리고 중재제도의 도입 여부는 일반법으로 중재법이 존재하는 우리 나라에서는 현재의 법체계로는 중재제도를 도입할 수 없게 되어 있다[18].

---

17) 박민, 앞의 논문, 32면 참조.

18) 조정전치주의는 사인 상호간의 민사적 다툼에 대한 소송의 전단계로서 조정을 거치도록 의무화한다는 점에서 헌법상의 기본권인 재판청구권을 제한하는 한편, 공익적 측면에서 인정되고 있었던 행정심판전치주의조차 임의적 전치주의로 완화되고 있다는 점을 고려할 때 적절한 대안으로 보기 어렵다. 또한, 중재제도는 중재법상 중재인의 자격 여부 또는 '사단법인 대한상사중재원'과의 중복 가능성 등에 있어서 문제가 발생할 소지를 안고 있다. 한편, 직권조정제도와 재정제도는 신청의 임의성, 분쟁 해결의 강제성 및 결과에 대한 불복 가능성의 측면에서 공통적인 바, 표현만 다를 뿐 결국 유사한 제도로서 강학상 '재결'에 해당하는 것으로 보인다. 생각건대, 저작권 분쟁은 대체로 소액 사건인 경우가 일반적이므로 소송경제적인 측면을 고려하지 않을 수 없으며, 또한 저작권 분쟁에 내포된 사안의 특수성·전문성을 감안할 때 처음부터 소송으로 가기보다는 소송 전단계로서 저작권 전문기관인 위원회의

(2) 프로그램심의조정위원회

컴퓨터프로그램보호법이 1987년 7월 1일부터 시행되었음에도 불구하고 '90년대 중반까지도 약 80% 정도가 불법복제 ·유통현상이 지속되어 왔었다. 동법에 근거하여 한국정보산업연합회에서는 저작된 컴퓨터프로그램을 등록업무로 대행하여 왔으나 이 등록업무와 분쟁심의조정위원회 기능을 이관받아 1994년에 당시 과학기술처산하 별도의 비영리 재단법인으로 (재)한국컴퓨터프로그램보호회가 설립되었다. 그러나 1995년에 체신부가 정보통신부로 개편되면서 과기처로부터 컴퓨터프로그램보호법, 소프트웨어개발촉진법 등의 소프트웨어 연관산업의 이관과 정보화촉진기본법의 제정을 통하여 한국컴퓨터프로그램보호회의 기능과 임무가 새롭게 재정립하는 계기가 되었다. 컴퓨터프로그램보호법 제29조의 규정에 의하여 설립된 프로그램심의조정위원회는 1995년부터 분쟁조정업무를 시작(한국컴퓨터프로그램보호회에서 사무국 업무 수행)하였다[19].

기술한 저작권심의조정위원회와 유사한 역할을 하고 있는 컴퓨터프로그램심의조정위원회는 저작권심의조정위원회와 그 위상이나 역할은 유사하나 컴퓨터프로그램보호법상 소프트웨어불법복제물 점검활동 지원사업사업으로 불법복제 단속관련 기술적 지원(점검용 S/W개발·운영), 불법복제 점검활동 관련 사전조사 및 계획수립지원 등을 하고 있는 점은 저작권심의조정위원회와는 다른 점이다. 프로그램심의조정위원회의 본래의 기능은 심의·조

'재결'을 거치도록 하는 것이 당사자의 분쟁해결에 도움이 되리라고 본다. 이러한 경우 저작권 분쟁은 엄연히 사인 상호간의 민사적 다툼이므로 그 신청에 있어서 당사자에게 임의성이 보장되어야 함은 물론이고, 또한 그 재결에 불복하고자 하는 경우 그 불복의 기회가 차단되어서는 아니 된다는 점에 유의할 필요가 있다.--정상기, 앞의 논문, 65-7면 참조.

19) 김길조, 21세기 정보화 선진국 진입을 위한 「프로그램심의조정위원회」의 역할과 기능강화, S/W지적재산권, 2000. 12. 24. 참조.

정 기능이므로 프로그램심의조정위원회가 컴퓨터프로그램단속에 참여하는 것은 심의·조정 기능을 훼손할 염려가 있다. 즉, 프로그램심의조정위원회는 제3자의 객관적 입장에서 불법소프트웨어소지자와 저작권자 사이에서 발생되는 프로그램의 저작권 침해 여부에 대하여 조정을 하는 기관이다. 이러한 기관이 단속활동에 참여를 하게 된다면 '조정'의 기능이 제대로 이루어질지 의문이다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램심의조정위원회의 단속에 관련된 기능은 삭제하고 '조정' 기능을 강화할 수 있는 방안을 모색하는 것이 바람직하다고 생각한다.

Ⅱ. 프로그램審議調停委員會의 審議·調停 强化

컴퓨터프로그램보호법 제35조에서 제43조에 「프로그램심의 조정위원회」를 설치하고 분쟁·조정에 관한 세부적인 규정을 두고 있다. 이러한 규정에도 불구하고 프로그램심의·조정에 실효성을 확보하고 있지 못하고 있다. 이러한 이유 중에는 기술한 바와 같이 프로그램심의·조정위원회가 단속이나 기타 권한 행사에 초점을 두고 있는 점도 있다. 이러한 문제점의 해결책으로 프로그램저작권침해에 관한 소송제기에 있어서는 반드시 프로그램심의 조정위원회의 심의·감정 또는 조정을 마친 다음에 제소하도록 「審議·調停前置主義」가 주장되고 있다. 그러나 이러한 조정전치주의는 기술한 바와 같이 행정법에서도 필수적 행정심판전치주의에서 임의적 행정심판전치주의 전환되어 있고, 사법부의 사법권 침해 여지가 있어 그 채택 여부가 어려울 것 같다. 이에 부가하여 사법부에서 프로그램에 관련된 소송시 프로그램심의조정위원회의 전문기관의 「저작권 내용심의 감정자료」를 첨부하도록 하는 제도의 필요성은 제기 되고 있고, 또한 이러한 심의·

조정 기능에 대한 보완책으로 논의되는 것이 바로 프로그램 분쟁 처리기관인 프로그램심의조정위원회가 자주적으로 심리·판단할 수 있는 재결 사항으로 개정할 필요성이 있다[20].

Ⅲ. 컴퓨터프로그램審議調停委員會와 著作權審議調停委員會의 統合案 提示

현재 컴퓨터프로그램은 컴퓨터프로그램보호법에 의하여 보호를 받고 있으나, 광의의 개념으로 보게 되면 저작권의 일분야이다. 따라서 이러한 컴퓨터프로그램은 저작권법에 의해서도 보호를 받을 수 있게 되어 있다. 즉 광의의 저작권 개념속에는 컴퓨터프로그램이 들어가 있고, 저작권법은 일반법으로 컴퓨터프로그램을 보호할 수 있고, 컴퓨터프로그램보호법은 특별법으로 컴퓨터프로그램을 보호할 수 있다.

만약 컴퓨터프로그램에 대한 저작권 분쟁이 발생한 경우, 이러한 분쟁의 해결은 기술한 논리로 보게 되면, 우선적으로 프로그램심의조정위원회에서도 할 수 있고, 저작권심의조정위원회에서도 분쟁에 대하여 조정을 할 수 있다. 이러한 면에서 보게 되면 그 기능과 권한이 유사한 두 위원회에 대하여 통합하는 안을 고려해 볼 수 있다고 생각한다. 즉, 정통부산하에 있는 '프로그램심의조정위원회'와 문광부산하에 있는 '저작권심의조정위원회'를 통합하는 것이 국가의 예산 지출이나 전문성확보를 하는데 있어서 필요하다고 생각한다.

만약 프로그램심의조정위원회와 저작권심의조정위원회가 통합된다면, 우

20) 정상기, 저작권심의조정위원회의 법제도적 기능과 향후 발전방향, 저작권 1997. 가을호., 63면 참조.

선 문제로 제기되는 것은 어느 기관의 산하 기관으로 되는냐가 문제로 될 것이다. 이에 대해서는 상당한 연구가 필요하다고 생각한다.

이러한 통합된 조정위원회는 저작권진흥연구원 내지 저작권보호연구원으로 승격하고, 그 산하에 심의위원회, 조정위원회, 연구실, 사무국을 두어, 인터넷시대에 부응하고 국제분쟁을 해결할 수 있는 심의위원회와 조정위원회, 저작권 및 프로그램보호 연구인력의 확대 및 양성, 교육, 홍보, 상담을 할 수 있는 연구실을 만든다. 이러한 통합 조정위원회는 심의·조정 기능과 연구·교육 기능을 확대하여 조직을 개편하고, 저작권 침해에 대한 단속은 국가기관과 저작권을 위탁받아 관리하는 민간기구에게 위임하는 것이 저작권 침해에 대한 보호대책으로도 합리적이라고 생각한다.

제3장 不法複製團束과 民間機構의 參與

국가 또는 지방자치단체는 행정사무를 자신이 스스로 처리하기도 하지만, 민간의 전문지식·기술, 자본 등 민간의 활력을 이용하기 위하여 외부의 기관, 특히 민간의 법인에게 맡겨서 처리하기도 한다. 이것을 실정법에서는 '권한의 위임 또는 위탁'(정부조직법 제6조), '사무의 위임'(지방자치법 제95조) 등으로 불리우고 있으며 행정법에서는 이른바「사인(私人)에 의한 행정」이라는 개념으로 포섭하여 법적인 논의를 전개하기도 한다.[21] 이러한 권한(≒사무)의 위임 내지 위탁에 의한 행정처리수법, 즉「사인(私人)에 의한 행정」은 우리 나라만의 특유한 것이 아니라 우리와 법계(法系)를 같이 하는 독일이나 일본에서도 광범위하게 활용되고 있다. 그리고 당연한 일로 행정법학계에서는 이 사인에 의한 행정을 둘러싼 법적인 문제점에 대하여 논의가 계속되고 있다. 그러나 본고의 목적은 이러한 법적 논의를 소개하는 것이 아니고 한국소프트웨어저작권협회와 같은 민간단체가 소프트웨어불법복제 단속 및 지원에 관한 사무를 소관행정기관으로부터 위임 또는 위탁을 받아 활동을 할 수 있는가 하는 점이다. 결론부터 이야기하면 현재의 법률의 규정으로는 불가능하다. 따라서 본 장에서는 우선, 행정 당국이 불법복제단속을 실행하는 경우 발생할 수 있는 법적 문제점에 관한 일반 사항들을 살펴보고, 이어서 불법복제단속에 민간기구가 참여할 수 있는 형태에 관하여 검토하기로 한다. 또한 기술한 바와 같이 본 논문에서는 SPC와 같은 민간기구를 제도적으로 법제화하는데 그 목적이 있으므로, 이에 대한 검토와 현행 법제상 행정권한의 위임 또는 위탁에 관한 규정의 내용에 대하여 검토·분석하고, 불법복제단속 사무가 민간기구에 위탁되는 경우에 발생할 수 있는 문제점들에 대하여 서술한다. 아울러,

21)米丸恒治, "私人による行政", 日本評論社(1999), 315쪽.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 어떠한 조건이 필요한가에 대하여 살펴보기로 한다.

제1절 不法複製團束의 法的 問題點

Ⅰ. 序

기술한 바와 같이 현행 컴퓨터프로그램보호법 위반사범의 단속에 있어서 제기되는 문제점으로는 첫째, 수사요원의 전문성 부족, 둘째, 정보수집 및 범인 추적에 있어 기술상 어려움, 셋째, 컴퓨터프로그램보호법 침해행위에 대한 사회인식 부족 등을 들 수 있고, 이러한 문제점을 해결하기 위하여 첫째, 수사기관 단속요원의 전문성 함양, 둘째, 통신망을 이용한 불법복제 프로그램 유통 사범을 엄단, 셋째, 홍보활동의 강화 등을 들 수 있다. 그러나 이러한 대책은 소극적 대책이 될 염려가 있다. 이에 대한 적극적 대책으로 기술한 바와 같이 현재 우리나라에서 행해지고 있는 불법복제에 대한 단속활동 및 수사활동의 가장 큰 어려움은, 불법복제가 급증함에 따라 이를 상시적으로 조사하고 단속할 수 있는 전문가가 부족하다는 점이다. 따라서 이러한 전문가가 국가기관에 소속되어 있지 않다면 민간기구 전문가의 협력을 통하여 단속활동을 하는 것이 필요하다. 그리고 이러한 민간기구 전문가의 조력을 받을 경우, 이에 대한 법적 근거가 없는데, 이에 대해서는 후술하는 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법상 SPC와 같은 민간기구를 법제화하고, 이를 통하여 전문가를 양성하는 것이 바람직하다고 생각한다.

Ⅱ. 行政調査의 許容與否

1. 비권력적 조사 - 강제력을 수반하지 않는 임의적 조사

컴퓨터프로그램보호법 제34조는 "...발견한 때에는..."이라고 규정할 뿐, 불법복제 여부의 확인을 위한 조사활동을 명시하고 있지는 않다. 행정법상 강제력을 수반하는 권력적 조사에는 엄격한 법적 근거가 요구되므로 컴퓨터프로그램보호법 제34조에 의하여 허용되는 행정기관의 조사활동은 이른바 비권력적 행정조사를 의미하는 것으로 보여진다. 조사가 상대방의 임의적 협력에 의한 것인 한 수색·압수영장과 같은 것은 필요 없다. 또한 불법복제의 고도의 개연성이나 급박성도 요구되지 않는다.

이러한 조사에 대해서 상대방은 언제든 그 거부·불응이 가능하고 이에 대하여 아무런 제재도 받지 않으며, 조사의 강행이 오히려 주거나 프라이버시 침해 등에 해당될 수 있다.

그러나 현실적으로는 임의적 협력의 외양으로 사실상 조사에 응하도록 강제될 우려가 있고, 조사의 상대방 역시 법적 지식의 결여로 이를 당연히 수용하여야 한다고 여기는 것이 보통이다. 따라서 상대방의 협력에 의하여 조사를 행하고자 하는 경우, 권한기관은 조사의 목적·일시·대상·범위·방법 및 파견공무원의 성함·소속·직위 등의 사항을 사전에 통지하여 조사에 응하도록 협조를 구하고, 조사를 행하는 공무원도 권한공무원임을 표시하는 증표제시 등의 절차에 의하도록 하여야 할 것이다. 다만 행정절차법이 행정조사에 관한 일반조항을 두지 않고 있기 때문에, 컴퓨터프로그램보호법에 이에 관한 조항을 두어 조사절차를 명확히 할 필요가 있다.

한편 행정조사가 범죄수사의 목적도 겸하는 경우에는 앞서의 논의와는 달리 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다.

2. 권력적 조사 - 간접적 강제력을 수반하는 조사

행정기관으로 하여금 상대방에게 조사에 응하도록 명하고, 그 거부나 불응에 대하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제69조의2 제1항 제4호 내지 제8호와 같이 행정형벌이나 과태료가 부과되도록 한다면 조사의 실효성이 제고될 수 있을 것이다. 그러나 현행 컴퓨터프로그램보호법에는 이와 같은 규정이 없다. 그렇다면 입법론적으로 조사의 거부나 불응에 대하여 형벌이나 과태료 부과의 규정을 둠으로써 간접적 강제력을 확보할 필요가 있는가? 또한 법리상 타당한가?

행정조사에 대한 거부나 불응에 대하여 행정형벌이나 과태료가 부과된다면 그 위하력은 막대하다. 특히 간접적 강제력을 갖는 행정조사에 영장이 필요 없다는 입장에 서면, 이로 인한 기본권침해는 매우 우려할만한 상황에 놓이게 될 것이다. 따라서 법리상으로는 행정감독관계에 있지 않는 일반 개인이나 기업에 대하여 단순히 프로그램저작권 등의 침해의 개연성만에 의거하여 영장없는 일상적인 행정조사를 할 수 있도록 하고 이를 거부하는 경우 형벌이나 과태료 등을 부과하는 규정을 두는 것은, 원칙적으로 행정법상 비례원칙 위반으로서 허용될 수 없다고 본다.

그러나 실제로 주로 문제되는 것은 일반 개인사용자보다는 영리목적으로 불법복제프로그램 등을 대량 제작·판매하는 사람이나 컴퓨터프로그램과 직접 관련된 영업자나 기업(예컨대 PC방이나 PC조립업체, 프로그램제작업체, 기업의 전자상거래사이트 구축이나 SI)들인데, 이들에 대해서만은 불법복제프로그램 등을 사용하지 않을 것을 인·허가나 등록요건으로 규정하는 것을 전제로 그 행정감독의 수단으로서 간접적 강제력을 갖는 행정조사를 도입해 볼 수 있다.

물론 이와 같은 간접적 강제력을 확보하더라도 조사 자체를 직접 강제할

수는 없으므로, 상대방이 조사를 거부·불응하는 경우 영장 없이 조사를 강행할 수는 없다. 또한 간접적 강제력을 갖는 조사를 상대방이 수용하더라도 행정조사가 범죄수사의 목적도 겸하는 경우에는 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다. 그렇지 않고서는 "발견"한 부정복제물 등을 형사증거로 채택할 수 없다. 그런데 사법경찰권이 없는 일반행정공무원은 경찰기관을 통하지 않고서는 형사사법작용에 해당하는 수색·압수영장을 직접 발부받을 수 없어 조사에 어려움이 있게 된다.

따라서, 벌칙조항에 과태료에 관한 조항을 신설하여, 신설될 행정조사활동 및 부정복제물등 수거조치에의 불응에 일정한 금액의 과태료를 부과할 수 있는 법적 근거를 규정함이 바람직해 보인다. 아울러 조사의 간접강제에 상응하는 상대방의 권익보호를 위하여 조사의 일시·대상·범위·방법 및 파견공무원의 성함·소속·직위 등의 사전통지와 조사공무원의 증표제시 등 절차적 요건이 임의적 조사의 경우 이상으로 요구된다고 하겠으며, 이를 함께 규정하여야 할 것이다.

행정질서벌인 과태료는 비송사건절차법이 정하는 바에 따라 과태료에 처할 자의 주소지를 관할하는 지방법원의 결정으로 부과하는 것이 원칙이나, 과태료결정을 받을 국민의 편의와 과태료부과결정의 실효성을 확보하는 차원에서, 행정청이 1차적으로 직접 부과·징수하고, 부과처분을 받은 자가 이에 불복하여 이의신청을 하면, 비송사건절차법에 의한 과태료부과절차로 이행하게 하는 간이절차를 취하는 경우가 적지 않은데, 컴퓨터프로그램보호법에 행정조사의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 과태료를 도입한다면, 그와 같은 간이과벌절차를 취하는 것도 고려해 볼 수 있다. 덧붙여 행정청이 부과하는 과태료는 예컨대 정품사용환경조성기금에 충당하여 건전한 이용질서확립의 목적으로 사용되도록 할 필요가 있다.

3. 권력적 조사 - 직접적 강제력을 수반하는 조사

임의적 조사나 간접적 강제력에 의한 조사는 상대방이 이를 거부·불응하는 경우한계가 있기 때문에, 강제로 조사에 응하게 하는 것을 생각해 볼 수 있다. 특히 영장에 의한 조사가 시간경과 등으로 인하여 실효를 거두기 어려움을 감안하면 그 필요성은 수긍할 만하다.

그러나 단순한 개연성만으로 일반인에 대한 강제조사를 인정할 수는 없다고 본다. 불법복제 여부에 관한 개연성만으로 간접적 강제력이 있는 조사를 인정하기 어려움을 감안하면, 수색·압수영장에 의하지 않고 직접적 강제력을 발동할 수 있는 행정조사를 규정하는 것은 헌법 제12조의 영장주의에 반할 뿐 아니라 프라이버시침해 등 인권침해의 폐단이 커 허용될 수 없다. 이러한 이유로 컴퓨터프로그램보호법 제34조의 "...발견..."이라는 문언에 대하여 직접적 강제력을 갖는 행정조사가 포함되는 것으로 해석할 수는 없고, 명문규정의 도입도 바람직하지 않다.

직접적 관련성이 있는 영업자나 기업에 대해서도 강제조사를 인정하기 어려운가?

영업상 또는 기업경영상 불가피한 사유가 있는 것이 아닌데도 조사를 거부·회피하는 것은 한편으로는 불법복제프로그램 등을 사용하고 있는 것이 아닌가하는 추정을 가능케 한다. 따라서 적어도 이들에 대해서는 직접적 강제력이 있는 조사활동이 허용되어야 한다는 주장도 있을 수 있다. 그러나 행정상 즉시강제가 급박성을 요건으로 하는데 비하여 이와 구분되는 행정조사에는 급박성이 요구되지 않는다는 관점에서 이를 뒤집어 적용하면, 설령 범죄수사의 목적이 없더라도 영장없이 직접적 강제력을 수반하는 행정조사를 허용하는 것은 위헌의 소지가 있게 된다.

반면 불법복제의 고도의 개연성이 있고, 이를 방치하면 회복할 수 없는

피해가 야기되며, 공익적 견지에서도 도저히 이를 허용할 수 없는 등 중대하고 급박한 경우라고 판단될 때에는, 강제로 조사할 현실적 필요가 있게 되나, 이와 같은 급박한 경우는 더 이상 행정조사의 범주에서 다루어질 수 없고 행정상 즉시강제의 관점에서 검토되는 것이 타당하다고 본다.

4. 이른바 일제단속의 문제

불법복제여부를 조사하기 위한 세칭 일제단속이 행해지는 경우가 있는데, 경찰관직무집행법상 일제검문이 허용될 수 없는 것처럼, 행정감독관계에 있지 않는 자에 대한 일제단속은 허용될 수 없다. 정품 내지 불법복제 사용비율의 통계수치를 내기 위해서 전체적 조사가 필요할 수는 있지만, 어디까지나 조사의 상대방의 임의적·자발적 협력에 의존할 수밖에 없다. 행정감독관계가 인정되는 경우에도 불법복제의 상당한 개연성을 전제로 하여서만 단속이 가능하다고 보여지기 때문에 "일제단속"은 행해져서는 안될 것이다. 그러나 이러한 일제단속은 극도로 저작권 침해 사례가 많이 발생하는 경우에는 예외적인 상황으로 인식하여 허용해야 된다고 생각한다. 왜냐하면 이러한 상황까지 금지하게 되면 불법복제를 허용하는 상황과 같기 때문이다.

그리고 최근에 상시 단속 체제로 정통부가 주축이 돼 전국 8개 지역 체신청, 한국소프트웨어저작권협회, 프로그램심의조정위원회의 지원으로 실시되고 있는 불법 복제 단속이 사법 권한의 부재와 인원부족 등으로 별다른 성과를 거두지 못하고 있는 것으로 알려졌다. 이는 지난해 합동 단속시 검찰, 경찰, 민간단체가 총동원된 것에 비해 민간단체 및 체신청 직원으로 구성된 상시 단속반이 구속력이 약한데다 인원도 10명이 채 안돼 단속에 어려움을 겪고 있기 때문이다. 특히 합동 단속처럼 전국적이고 동시다발적인

단속이 불가능해 각 지역에서 제보가 들어온 기업이나 학원을 대상으로 순차적이고 제한적인 단속을 펼칠 수밖에 없다는 한계가 있기 때문이다. 이러한 단속의 보완으로 합동 단속을 상시 단속 체제로 전환한 것은 특정 기간에 집중되는 단속이 아닌 상시 점검을 통해 지속성을 유지하기 위한 것이며, 상시 단속의 효과를 극대화하기 위해서는 정부 당국의 실질적인 지원이 요구된다. 특히 단속을 하기 위해서는 많은 전문가가 필요한데, 이를 제도적·경제적으로 육성할 수 있는 전문기관의 설립이 필요하며, 또한 국가는 많은 인재를 선진 제국으로 유학이나 연수를 통하여 많은 소프트웨어 전문가를 육성해야 된다고 생각한다. 그리고 이를 국가가 지원하지 못하는 경우에는 SPC와 민간기구가 중심이 되어 소프트웨어 전문가를 육성해야 된다고 생각한다. 그러기 위해서는 SPC와 민간기구가 컴퓨터프로그램보호법상 제도적 민간기구 되어야 된다고 생각한다.

Ⅲ. 卽時强制의 許容與否

행정상 즉시강제란 '행정상 장해가 존재하거나 장해의 발생이 목전에 급박한 경우에 성질상 개인에게 의무를 명해서는 공행정목적을 달성할 수 없거나, 또는 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없는 경우에 행정기관이 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태의 실현을 목적으로 하는 작용'으로 정의된다.[22]

컴퓨터프로그램과 그 침해의 특성을 고려하면 컴퓨터프로그램보호를 위하여 불법복제물 등의 단속의 급박성이 인정되는 경우에는 이와 같은 행정상 즉시강제가 도입될 필요가 있다. 컴퓨터프로그램보호법 제34조는 관계

22) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사(2002), 544쪽.

공무원으로 하여금 부정복제물 등의 「수거·삭제·폐기」를 규정하고 있는데, 문언상으로는 상대방에 대한 下命을 전제로 하지 않고 직접 대상물건에 유형력을 가하는 것으로서 행정상 즉시강제에 해당하는 것처럼 보인다. 그러나 즉시강제가 엄격한 법적 규율하에 급박성을 요건으로 하여 보충적으로 인정된다는 점을 감안하면 컴퓨터프로그램보호법 제34조의 규정은 즉시강제의 근거조항으로는 매우 미흡하다고 하지 않을 수 없다.

또한 행정법상 즉시강제에 대하여는 영장요부에 관한 논란이 있는 바, 형사사법작용과 즉시강제가 모두 신체·재산에 대한 실력의 행사일 뿐만 아니라 실제로 양자가 결부되는 경우가 많다는 점을 근거로 하여 영장을 요한다는 견해와, 영장주의는 형사사법권의 남용을 방지하기 위한 것이므로 행정목적 수행을 위하여 행하여지는 즉시강제에는 적용되지 않고 급박한 상황에서 영장을 요구하는 것은 즉시강제 자체를 부정하는 것과 같다는 근거에서 영장을 요하지 않는다는 견해, 그리고 즉시강제 중에서 행정목적 달성에 불가피하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 있는 특수한 경우에 한하여 영장주의의 예외가 인정될 수 있다고 하는 견해가 있다.

즉시강제는 상대방의 의무이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 下命 없이 바로 실력을 행사하는 것이므로, 컴퓨터프로그램보호법 제34조가 그러한 시간적 여유가 있는데도 즉시강제를 인정하는 것으로 해석된다면 이 규정은 비례원칙 위반으로 위헌이 될 것이다. 반대로 불법복제프로그램을 즉시 수거·삭제·폐기 등을 하지 않으면 회복할 수 없는 손해발생 등 급박성이 인정되는 예외적인 경우에는 사전영장 없이 즉시강제가 가능하다고 하여야만 단속의 실효성을 확보할 수 있다.

이러한 입장에서는 컴퓨터프로그램보호법 제34조가 예외적 급박성을 전제로 한 즉시강제를 규정한 것으로서 영장주의가 적용되지 않는다고 이해된다. 다만 앞서 지적한 바와 같이 즉시강제는 매우 엄격한 요건하에서만

인정되는 것이므로 컴퓨터프로그램보호법 제34조에 이를 명백히 규정하여야 할 것이다.

아울러 불법복제의 고도의 개연성과 침해배제의 급박성의 요건하에 행해지는 즉시강제에는 침해행위를 “발견”하기 위한 직접적 강제력을 수반하는 권력적 사전조사작용도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

만일 즉시강제 및 그에 포함되는 조사작용이 범죄수사의 목적도 갖는 것이라면 이때는 긴급하다는 이유만으로 영장주의의 예외를 인정할 수 없고, 반드시 법관이 발부한 영장이 있어야 한다. 다만 헌법 제12조 제3항 단서는 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도주 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사전영장주의의 예외를 인정하고 있으므로, 불법복제 등의 행위가 위의 죄책에 해당되는 경우에는 영장을 요하지 않는다고 본다.

다른 문제로서, 부정복제물 등이 그 자체로서의 판매유통의 목적이 아닌 전자적 시스템구축수단으로 이용되는 경우, 현실적으로 이를 아무나 함부로 삭제·폐기할 수 있을 지는 의문이다. 왜냐 하면 SI의 예에서 보듯이 컴퓨터프로그램은 IT를 기반으로 하는 영업이나 기업활동에 필수적인 생산요소로서의 기능과 가치를 갖는다는 점을 감안하면 그 삭제·폐기에는 고도의 기술력을 요할 수 있고, 또한 어느 기업의 입장에서 불법복제로 인한 부당이익은 당해 프로그램구입비에 불과하지만 이를 삭제·폐기함으로써 입게될 영업피해는 비교할 수 없을 정도일 것이기 때문이다. 오히려 이 경우에는 정품을 구입하도록 하거나 아니면 자진 삭제·폐기 등의 의무를 부과하고 그 불이행에 대하여 행정상 강제집행을 하는 것이 보다 타당할 수 있다. 부정복제물 등의 사용에 대하여 형벌이나 과태료의 처벌을 하는 것은 별론이다.

Ⅳ. 行政上 强制執行의 許容與否

컴퓨터프로그램보호법시행령 제23조의3 제2항에 의하면 정보통신부장관은 통신망에서의 부정복제물 또는 기술적 보호조치무력화 프로그램 등에 관해서는 먼저 관련 정보통신서비스의 제공자 또는 그 운영자 등에게 삭제·폐기를 위하여 필요한 시정요구를 하고, 시정요구를 받은 자가 이를 시정하지 아니하는 경우 관계공무원으로 하여금 삭제·폐기를 하게 하거나 이를 위하여 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이와 같이 통신망에서의 부정복제물 등의 삭제·폐기는 시정요구라는 下命과 그에 대한 불응을 요건으로 하는 것으로서, 즉시강제가 아니라 직접강제로 보아야 할 것이다.

컴퓨터프로그램보호법 제34조도 급박성을 전제로 한 즉시강제 규정으로만 단정하기는 어렵다. 통상의 조사과정에서 부정복제물 등이 "발견"되더라도 침해행위의 즉시배제의 급박성이 요구되지 않는 경우에는 상대방에게 삭제·폐기 등 합당한 의무를 부과하고 이를 이행하지 않는 경우에 직접 수거·삭제·폐기할 수도 있는 것이다. 이러한 의미에서는 컴퓨터프로그램보호법 제34조의 수거 등의 조치는 하명에 의한 의무부과를 전제로 한 행정상 강제집행의 일종인 직접강제에 해당하게 된다.

행정상 강제집행 역시 직접적인 침해작용으로서 행정법상 엄격한 법적 근거하에서만 허용된다는 점에서는 현행 컴퓨터프로그램보호법의 규정은 대폭 손질되어야 할 것이다.

한편 컴퓨터프로그램의 고도의 기술적 특성을 감안하면 이에 관한 전문지식이 없는 일반공무원의 삭제·폐기에는 현실적 한계가 있다. 기술한 바와 같이 SPC와 같은 민간기구가 정보통신부 공무원과 합류하여 단속하는

것도 이와 같은 이유이다[23]. 따라서 민간전문가로 하여금 대집행하게 하는 것도 고려해 볼 수 있다. 컴퓨터프로그램보호법 제34조는 관련공무원의 수거 등의 조치만 규정하고 있기 때문에 명문의 규정없이 이를 인정하기는 곤란하다. 입법적 검토를 요한다. 만일 민간전문가가 대집행하게 되면 이들은 행정법상 공무수탁사인의 지위에 서게 된다.

Ⅴ. 司法警察權 賦與 與否

부정복제물 등이 "발견"된다는 것은 컴퓨터프로그램보호법 제46조에 규정된 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 증거 발견에 해당한다. 단속공무원이 불법복제 프로그램을 발견한 경우, 사안에 따라 단순히 컴퓨터프로그램보호법 제34조에 따른 부정복제물등의 수거·삭제·폐기로 종결할 수도 있고, 컴퓨터프로그램보호법 제46조 이하에 따른 형사처벌절차로의 이행이 필요할 수도 있다. 이처럼 불법복제 프로그램의 "수거 등"의 행위가 형사처벌을 위한 증거수집의 성격도 가질 경우에는 행정상 즉시강제에서 급박성을 전제로 영장주의의 예외가 인정되는 것과 달리 반드시 법관이 발부한 영장이 있어야 하고 그밖에 형사소송법상의 관련요건도 충족할 필요가 있다.

단속공무원이 불법복제 프로그램 등을 적발하였을 때 사법경찰권이 없는데도 침해행위자를 현행범으로 체포할 수 있는가? 형사소송법 제211조 제1항, 제212조에 따르면, 범죄를 실행하고 있는 중에 있거나 실행한 직후에 있는 자에 대해서는 누구든지 체포할 수 있으며, 명백한 범죄행위가 실행

23) 이러한 이유로 SPC와 같은 민간단체가 컴퓨터프로그램보호법상 법적·제도적으로 보장받게 된다면, 소프트웨어 저작권도 보호하고, 소프트웨어 산업발전에도 일조할 것이라고 생각한다.

되고 있는 것을 보고도 공무원이 이를 체포할 수 없다는 것은 형사소송법상의 현행범체포제도의 취지에도 맞지 않는 것이므로, 단속공무원의 현행범체포는 허용된다고 할 것이다. 다만 형사소송법 제213조 제1항에 의하면 단속공무원은 사법경찰관의 지위를 갖지 않기 때문에, 현행범을 체포한 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 한다.

단속공무원이 관계인으로부터 수거한 불법복제 프로그램 등을 형사재판의 증거로 사용할 수 있는가? 사법경찰권을 갖지 않는 단속공무원의 단속이 범죄수사활동으로 행해질 수는 없으므로 조사의 결과 수거한 불법복제 프로그램을 곧바로 형사처벌의 자료로 사용할 수는 없고, 수색·압수영장에 의하여야 할 것이다.

이처럼 단속공무원에게 사법경찰권이 없고 컴퓨터프로그램보호법 제34조가 프로그램저작권등 침해죄를 친고죄로 규정하고 있어서 단속에 많은 한계가 있는 것이 사실이다. 따라서 통상의 경우는 단속공무원과 경찰이 합동으로 단속활동을 펼치게 된다. 그러나 컴퓨터프로그램의 불법복제에 관한 분쟁의 본질은 원래 민사적 성격의 것이므로, 설령 컴퓨터프로그램의 공공성을 인정하더라도 민사관계에 대한 행정경찰로서의 경찰의 개입은 공공안녕과 질서에 대한 위험방지를 위하여 긴급을 요하는 예외적 경우에 보충적으로, 그것도 엄격한 비례원칙 하에서만 허용되어야 함을 감안하면, 통상의 단속에 경찰이 동행하는 것은 경찰권 발동의 요건과 한계에 위배된다고 보아야 한다. 또한 범죄수사의 목적을 겸하여 경찰이 형사사법작용으로서 단속에 참여하는 경우에는 처음부터 영장을 발부받아야 한다.

이러한 점들을 감안하면 입법론적으로 단속공무원에게 사법경찰권을 부여하는 것을 고려할 수 있겠고, 컴퓨터프로그램의 이용보호를 확대하여 공공성을 제고하는 등 관련 규정보완을 하고, 이를 반영한 엄격한 요건하에 사법경찰권을 인정한다면 일응 위헌소지는 해소될 수 있을 것으로 보인다.

제2절 不法複製團束에 대한 民間機構의 參與 形態

Ⅰ. 自體團束活動

프로그램 불법복제가 지능적으로 다양하게 대규모로 행해지는 반면, 그 단속은 단속인원의 부족과 전문성 결여로 실효적이지 못하고 있다. 단속기관의 단속의지가 약하다는 비판도 국내외에서 제기되고 있기도 하다.

이러한 이유로 국내외 프로그램개발자나 이들이 소속된 단체들이 자체 단속활동을 벌이는 경우가 있다. 특히 불법복제의 증거가 확보되지 못한 상황에서 단속기관으로 하여금 단속하게 하는 것이 현실적으로 쉽지는 않기 때문에, 프로그램저작권자 등이 증거확보를 위하여 직접적인 단속활동을 펼치게 되는 것이다. 예컨대 저작권자·단체의 민간 단속원이 고객을 가장해 불법복제품을 구입하거나, 전자상가 등 불법복제의 혐의가 있는 장소를 지속적으로 감시하거나, 심지어는 통신망을 통한 불법복제의 증거를 찾기 위해 감청프로그램을 이용한 해킹을 통하여 사용자의 정품사용여부를 파악하는 경우까지 있다. 이와 같은 자체 단속행위는 수사권이 없는 사인에 의하여 행해지는 것일 뿐 아니라 프라이버시 등의 개인정보침해의 문제를 야기하고 불법해킹 등 오히려 또 다른 범죄행위가 될 수 있다는 점에서 허용되어서는 안된다. 즉, 프로그램저작권자 등이 프로그램 불법복제에 대하여 직접적인 단속활동은 현행법상 불가능하다.

따라서 후술하는 바와 같이 프로그램저작권자 등은 행정기관의 단속활동에 보조자 내지 전문가로서 단속활동에 협조만 할 수 있게 되어 있다. 이

에 대한 상세한 논의는 다음과 같다.

Ⅱ. 行政團束에의 民間支援

1. 서

현재 우리 나라의 소프트웨어 불법복제에 대한 단속 및 수사의 가장 큰 문제점은 불법복제된 소프트웨어 판매가 급증함에 따라 이를 감시하고 단속할만한 전문적인 지식을 갖춘 수사인력과 이를 뒷받침할 상시적인 단속인력이 절대적으로 부족하다는 것이다. 이러한 경우에는 법집행기관이 아닌 컴퓨터전문가가 압수·수색에 참여하지 않으면 안 될 것이다. 그러나 수사에 전문가의 협력이 필요함에도 이에 대한 법적 근거가 명문화되어 있지 않아 민간인이 전문가로서 참여하는데 많은 문제점이 제기되고 있다. 이에 대하여 독일의 사례를 먼저 살펴보고 우리 나라의 경우를 알아보기로 한다[24].

2. 독일

독일에서는 소프트웨어 불법복제의 단속에 민간인이 참여할 수 있는 근거로서 기본법(Grundgesetz)상의 국민의 의무를 제시하고 있다. 즉 형사절차에서 증거확보의 목적으로 제3자가 참여하는 것은 수사기관이 중요한 증거를 수집함에 있어서 특히 기술적으로 어려움이 있는 경우에 인정된다고 한다. 기본법에는 수사에 대한 국민의 협력의무에 관한 명시적인 규정은

24) 강동범, 앞의 논문, 62-64면 참조.

없으나, “모든 독일인은 국민으로서의 동일한 권리와 의무를 가진다”라고 규정하고 있는 기본법 제33조 제1항에서 그 근거를 찾을 수 있다고 한다[25].

3. 우리 나라

단속기관의 단속의지도 중요하지만 또 하나 중요한 것은 프로그램 부정복제물 등에 대한 단속기관의 단속 및 수사가 전문지식을 바탕으로 행하여져야 하는 것이고, 이를 위하여는 상시 단속인력과 전문 수사인력이 확보되어야 하는데, 우리의 경우 이러한 인력이 절대적으로 부족하다는 점이다. 현실적으로 단속 및 수사는 컴퓨터프로그램 전문가의 참여하에 행하는 것이 가장 바람직한데, 물론 민간전문인력이 단속이나 수사를 지원하는 경우에도 단속기관에 대한 것과 같은 법적 규제가 행해져야 함은 물론이다.

그러나 민간기관의 협조와 관련하여 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항은 “정보통신부장관은 제1항의 규정에 의하여 관계공무원이 수거 등을 함에 있어서 필요한 때에는 제35조의 규정에 의한 프로그램심의조정위원회 또는 관련단체에 협조를 요청할 수 있다.”라고 할 뿐, 음반·비디오물및게임물에관한법률 제42조 제5항과 제43조가 협회·또는 단체에의 협조요청 등을 규정하면서 협회 등의 설립에 관하여 상세하게 규정하고 있는 것과 대비할 때, 구체적으로 “관련단체”가 어떤 요건을 갖춘 단체를 의미하는가가 불명확하다. 형사소송법 제221조가 인정하는 수사상 鑑定에 관한 규정(동법 제221조)이 민간인력지원의 근거로 제시될 수도 있겠으나, 감정은 수사 내지 재판에서 쟁점이 되는 구체적인 상황이나 사실과 관련하여 특별한 지식·경험에 속하는 법칙 또는 그 법칙에 근거한 구체적 사실에 대한 판

25) 강동범, 앞의 논문, 64면.

단을 수사기관에 보고하는 것이므로, 단속 내지 수사에 대한 민간지원규정으로 보는 것은 무리이다.

민간단체가 단속기관의 보조적 지위에서 전문지식을 제공하는 경우가 대부분일지라도, 프로그램 '불법복제' 여부의 판단을 민간 전문인력에 맡기게 되면 실제로 단속의 결과는 민간인의 판단에 좌우되게 되므로, 만일 불법복제여부에 관한 판단을 민간에 맡길 필요가 있다면 그 근거를 관련법령에 명확히 규정하여야 할 것이다[26]. 즉, 컴퓨터프로그램보호법상 정보통신부 공무원이 프로그램 불법복제를 단속하는 경우, 정보통신부 공무원이 민단단체에게 협조를 요청할 수 있게 규정되어 있는데, 이에 대하여 입법론으로 협조사항에 대하여 상세히 구체적으로 규정할 필요성이 있고, 이러한 민간단체에 대해서도 설립 등에 대하여 상세하게 컴퓨터프로그램보호법상 규정하는 것이 필요하다고 생각한다.

단속시 정보통신부 공무원은 프로그램에 대한 전문적 지식이 부족하기 때문에 이에 대한 보충책으로서 민간기구의 전문가가 단속시 협조를 할 수 있도록 하고, 이에 대하여 법적·제도적으로 입법의 개정이 필요하다.

Ⅲ. 行政團束의 民間委託

컴퓨터프로그램 등의 급속한 발전과 함께 그 침해행위도 고도의 기술력을 기반으로 하고 있기 때문에, 단속기관의 단속에는 한계가 있을 수밖에

26) 또한 현재 소프트웨어 불법복제를 단속하는데 민간전문인력이 참여하여 지원하는 것의 법률적 근거는 프로그램보호법 제34조 제3항이다. 그러나 동 조항에는 협조요청의 대상이 될 수 있는 단체와 관련하여 구체적으로 규정되어 있지 않음으로써, 불법복제 여부를 판단하는데 중요한 역할을 하는 민간전문인력이 단속을 지원하는 것에 대하여 단속당하는 입장에서는 단속지원의 법적 근거가 빈약하다는 비판의 빌미를 제공하고 있다고 할 것이다.--강동범, 앞의 논문, 69면.

없다. 이를 감안하여 불법복제단속의 전문기술성과 기동성을 제고하기 위하여 일정 단속권한을 민간전문인력이나 단체에 위탁하는 방안을 생각할 수 있다.

그러나 단속은 공권력작용이고, 그 권한은 원칙적으로 공행정주체에 속하므로, 이를 민간에 위탁하려면 그에 관한 명시적인 법적 근거가 있어야 할 것이다. 일반적으로 정부조직법 제6조 제3항과 이에 의거한 행정권한의위임및위탁에관한규정이 민간위탁에 관한 근거로 검토될 수 있는데, 정부조직법 제6조 제3항은 "행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다"고 규정하고 있다. 이를 구체화한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조(민간위탁의 기준) 제1항은, "행정기관은 법령이 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 다음의 사무, 즉 1. 단순사실행위인 행정작용, 2. 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, 3. 특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무, 4. 기타 국민생활과 직결된 단순행정사무를 민간위탁할 수 있다"고 규정하고 있다.

불법복제 소프트웨어에 대한 단속사무는 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항 각호의 사무 중 제3호의 "특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무"에 해당한다고 볼 수는 있으나, 컴퓨터프로그램 등의 불법복제단속은 그 상대방의 의사결정의 자유와 행동의 자유 그리고 프라이버시 등을 침해하게 되어 "국민의 권리·의무와 직접 관계되는 사무"라고 보아야 하기 때문에, 정부조직법 제6조 제3항 및 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항에 의거하여 단속업무를 민간에 위탁하기는 어렵다고 본다. 따라서 민간전문인력은 단속활동을 독자적으로는 수행할 수 없고 단속기관

의 단속활동에 전문지식의 제공이나 기술지원 등의 형태로 보조적인 협력을 하는데 그칠 수밖에 없다.

Ⅳ. 搜査를 겸한 團束에의 民間 參與

수사란 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말한다. 부정복제물 등의 단속이 단지 행정조사활동을 넘어서 형사처벌을 위한 수사목적으로 행해지는 경우에도 민간이 참여할 수 있는지 문제된다. 수사기밀 유지나 피의자의 인권보장 측면에서는 프로그램저작권자 등의 민간참여는 곤란할 것으로 보이며, 증거수집이나 피해자조사 등 수사에 필요한 범위 내에서 여타 수사절차에 실질적으로 참여할 수밖에 없을 것이다. 물론 재판절차에는 피해자의 신분으로 프로그램저작권자 등의 참여가 가능할 것이다.

제3절 行政權限의 委任·委託에 관한 現行 法制

Ⅰ. ‘소프트웨어불법복제 團束 및 支援’事務의 內容과 權力的 性格

이른바 ‘권한의 위임 또는 위탁’에 관한 법적 논의를 함에 있어서 먼저 고려해야할 중요한 사항은 당해 사무가 이른바 권력적인 성격, 즉 시민의 권리와 의무에 직접적인 영향을 미치는 성격을 띠고 있는가의 여부이다. 이것은 말할 것도 없이 권력적인 성격을 띠고 있는 행정사무는 법치국가의 원리에 의해서 엄격한 법적인 규율 아래서 처리되어야 하기 때문이다.

본고의 고찰의 대상인 ‘소프트웨어불법복제 단속 및 지원’사무의 경우 권력적인 성격을 띠고 있는 부분과 그렇지 않은 부분을 포함하고 있다고 볼 수 있다. 먼저, ‘단속’을 내용으로 하는 사무가 일반적으로 권력성을 띠고 있다는 것은 누구나 다 인정할 수 있을 것이다. 문제는 ‘지원’부분이다. 왜냐 하면, 지원의 경우, 그 내용에 따라 속성이 달라질 수 있기 때문이다. 예를 들면, 단순히 어떤 컴퓨터프로그램 저작물이 불법복제에 해당하는지의 여부에 대한 감정(鑑定)과 같이 기술적인 자문(諮問)에 응하는 등의 지원은 권력적인 성격을 띠고 있지 않지만, 단속현장에 동행하여 단속업무를 돕는 등의 지원은 논란의 여지가 있다. 즉, 지원의 경우에도 그 내용에 따라 권력적인 성격을 띠는 경우가 있을 수 있는 것이다. 따라서 이러한 점을 분석하기 위해서는 먼저 ‘소프트웨어불법복제 단속 및 지원’사무가 어떠한 내용의 사무인가를 살펴볼 필요가 있다. 이러한 목적으로 이하에서는 ‘소프트웨어불법복제’를 규율하고 있는 컴퓨터프로그램보호법의

규정을 참고로 하여 '소프트웨어불법복제 단속 및 지원'이 구체적으로 어떠한 내용의 사무인지 살펴보기로 하자.

컴퓨터프로그램보호법은 컴퓨터프로그램에 관한 저작물에 대한 저작자의 권리를 프로그램저작권이라는 개념으로 포섭하여 규정하고 이에 대하여 공표권, 성명표시권 및 동일성유지권뿐만 아니라 프로그램의 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리 등 다양한 법적 권리를 인정하고 있다(동법 제1조, 제7조~제22조 등). 그리고 이 프로그램저작권의 침해는 법적으로 금지된다.[27] 따라서 '소프트웨어불법복제 단속 및 지원'은 이 프로그램

---

27) 컴퓨터프로그램보호법

제29조 (프로그램저작권 침해행위 등) ①누구든지 정당한 권원 없이 다른 사람의 프로그램저작권을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송의 방법으로 침해하여서는 아니 된다.

②정당한 권원 없이 프로그램저작자의 실명 또는 이명을 변경 또는 은닉하거나 프로그램의 명칭 또는 제호를 변경하여서는 아니된다.

③허위로 제23조의 규정에 의한 프로그램의 등록 또는 제24조의 규정에 의한 프로그램의 복제물의 제출을 하여서는 아니된다.

④다음 각호의 사항의 경우 해당 프로그램저작권을 침해하는 것으로 본다.

1. 프로그램저작권의 침해가 되는 프로그램을 국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위
2. 프로그램저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호의 수입 프로그램을 포함한다)을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 사용하는 행위
3. 정당한 권한없이 고의로 저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위

제30조 (기술적보호조치의 침해 등의 금지) ①누구든지 정당한 권원없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화(이하 "기술적보호조치무력화"라 한다)하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2001.1.16>

1. 제10조의 규정에 의한 프로그램의 동일성을 변경하는 경우
2. 제12조 각호의 1에 해당되어 복제 사용하는 경우
3. 제14조의 규정에 의한 프로그램 사용자가 필요한 범위안에서 복제하는 경우
4. 정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 다른 프로그램과 호환성을 유지하기 위하여 필요한 경우
5. 정당한 권원에 의한 최종사용자로부터 프로그램의 수정·보완을 요청받은 경우
6. 정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 연구·교육 등의 목적으로 프로그램과 관련된 암호화 분석을 하기 위하여 필요한 경우

②누구든지 상당히 기술적보호조치를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 양도·대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적보호조치를 무력화

저작권을 침해하는 행위에 대한 단속과 지원활동이라고 말할 수 있다. 그리고 동법은 위와 같은 목적의 단속활동으로 '부정복제물 등의 수거조치 등'에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제34조 (부정복제물등의 수거조치등) ① 정보통신부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 프로그램 또는 기기 등을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거·삭제·폐기하게 할 수 있다.

1. 정당한 권원을 가지지 아니한 자가 유통 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 복제한 프로그램

2. 정당한 권원을 가지지 아니한 자가 통신망을 통하여 판매 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 전송하는 프로그램

3. 프로그램저작권을 침해하는 방법으로 제작된 프로그램을 그 사정을 알면서 취득한 자가 업무상 사용하는 프로그램

4. 기술적 보호조치를 무력화를 행하기 위하여 제작된 기기, 장치, 부품, 프로그램 등

②제1항의 규정에 의하여 관계공무원이 당해 프로그램 또는 기기 등을 수거한 때에는그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하여야 한다.

③정보통신부장관은 제1항의 규정에 의하여 관계공무원이 수거 등을 함에 있어서 필요한 때에는 제35조의 규정에 의한 프로그램심의조정위원회 또는 관련단체에 협조를 요청할 수 있다.

④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 수거 등의 처분을 하는 관계공무원이나 위원회 또는 관련단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

하는 프로그램을 전송·배포하거나 기술적보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니된다.

여기서 규정하고 있는 부정복제물 등의 수거·삭제·폐기는 강학상(講學上) 행정상의 강제집행 중 이른바 직접강제[28]에 해당하는 것으로서 전형적인 권력적 행정처분에 속한다. 따라서 '소프트웨어불법복제 단속'은 권력적인 성격을 띤 사무이며, 지원의 경우에도 단지 자문에 응하는 정도가 아니라 단속현장에 동행하는 경우에는 권력적 성격을 지닌 사무라고 보아야 할 것이다.

어쨌든 '소프트웨어불법복제 단속 및 지원'의 민간위탁에 관한 법적인 문제를 고려함에 있어서는 당해 사무가 권력적인 성격을 띤 사무라는 점을 염두에 두고 논의를 전개해야 할 것이다.

Ⅱ. 權限의 委任 또는 委託에 관한 現行法의 規定

정부조직법 제6조 제3항은, 「행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다」라고 규정하고 있다.[29] 그리고 이 규정에 대한 시행령격[30]인 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 민간위탁의

---

28) 직접강제는 인권침해적인 요소가 강하기 때문에 각국에서는 이 제도를 의무이행확보수단의 최후의 수단으로 생각하고 있으며, 직접강제 대신에 행정형벌로 대처하는 것이 보통이다. 鹽野 宏, 行政法 I (第二版), 有斐閣(1994), 194-195쪽, 참조.

29) 지방자치법 제95조 제3항도 「지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다」라고 하여 정부조직법의 규정과 마찬가지로 권력적인 성격의 사무는 위탁의 대상에서 제외하고 있다.

30) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정
제10조 (다른 법령과의 관계) 민간위탁사무에 관하여는 다른 법령에 특별한 규

기준에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제11조 (민간위탁의 기준) ①행정기관은 법령이 정하는 바에 따라 그 소관사무중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 다음의 사무를 민간위탁 할 수 있다.

1. 단순사실행위인 행정작용
2. 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무
3. 특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무
4. 기타 국민생활과 직결된 단순행정사무

②행정기관은 제1항 각호의 1에 해당되는 사무에 대하여 민간위탁의 필요성 및 타당성 등을 정기적·종합적으로 판단하여 필요한 때에 민간위탁을 하여야 한다.

③행정기관은 제1항 각호의 1에 해당하는 사무를 민간위탁한 때에는 수탁사무의 처리에 필요한 사무처리지침을 시달하고, 수탁사무의 처리에 필요한 적절한 조치를 하여야 한다.

위의 정부조직법과 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정의 내용에서 알 수 있듯이 현행규정에 의하면 권력적 성격을 띤 사무는 위임 및 위탁의 대상에서 제외하고 있다. 이처럼 정부조직법이 위임 및 위탁에 관한 사무를 권력적인 성격을 띤 것과 그렇지 않은 것으로 구분하여 후자에 관해서만 이를 인정하고 있는 것은 그 나름대로 이유가 있다. 그것은 권력적 성격을 띤 사무의 위임 및 위탁에는 몇 가지 중요한 문제가 있기 때문이다. 그 문제점을 소개하면 대략 다음과 같은데 이것들은, 바꾸어 말하면, 권력적 성격을 띤 사무를 민간단체에 위탁하기 위해서 해결해야할 점이라고 말할 수

정이 없는 한 이 영이 정하는 바에 의한다.

있다.

제4절 不法複製團束事務의 民間機構委託에 따른 問題點

사인에 의한 행정, 특히 공권력의 행사를 동반하는 경우, 무엇보다도 문제가 되는 것은 공무원이 아닌 직원이 공공성이 강한 활동을 행한다는 점이다. 사인에 의한 행정수법을 도입할 경우 해결해야 하는 문제는 많지만, 이 점과 관련해서 발생하는 문제점을 먼저 해결해야 할 것이다. 이하에서는 이 점을 중심으로 하여 살펴보기로 한다.[31]

Ⅰ. 事務遂行의 中立性, 客觀性의 缺如

권력적 성격을 띠는 사무를 민간단체에 위임하여 처리하는 경우에도 행정기관이 행정을 행할 경우에 부과되는 것과 마찬가지로 평등의 원칙, 비례의 원칙 등의 일반원칙에 의해서 구속될 뿐만 아니라 헌법상의 기본권에 의해서도 구속된다. 그러나 당해 사무를 처리하는 민간단체는 민법에 규정되어 있는 공익법인의 요건을 추구한다고 하여도 역시 공무원으로 구성된 행정조직은 아니다. 따라서 이들 민간단체의 직원들은 사적(私的)인 이해관계에 이끌리기 쉽다고 말할 수 있다. 물론 이들 직원들에 대해서 벌칙규정에 관한 한 공무원으로 간주하여 처벌하는 규정을 두는 것이 보통이다. 그러나 예를 들면, 형법상의 처벌의 대상이 아닌 사안들의 경우에는 얼마든지 사적인 이해관계에 의해서 편향된 시각에서 업무를 처리할 위험성이 있다고 할 수 있다. 그리고 사무의 위임 및 위탁을 받게 되는 민간단체는 규제대상인 민간기업의 사업자단체인 경우가 많을 것이다. 이 경우 이 사업자단체에 가입하지 않은 아웃사이더기업에 대해서 차별적인 대우를 할 가능성도 있다.

---

31) 이들 문제점에 관해서는 米丸恒治, 前揭書, 358-363쪽을 참고로 하여 작성하였다.

이처럼 권력적인 성격을 띤 사무를 민간단체가 위탁을 받아 처리할 경우 가장 문제가 되는 것이 바로 사무처리의 중립성과 객관성을 확립하는 문제일 것이다.

Ⅱ. 行政의 綜合性, 整合性의 問題

행정작용은 전체적으로 정합(整合)성을 유지하면서 종합적으로 행해져야 한다. 그러나 민간위탁에 의해서 권력적인 사무가 처리될 경우, 당해 사무를 담당하는 민간단체에 대하여 감독관청이 보고나 자료요청 등에 의해서 행정의 정합성과 종합성을 확보하고자 노력한다고 해도 역시 한계가 있다. 이처럼 민간위탁의 경우 행정의 정합성과 종합성을 확보해야 하는 점 또한 커다란 문제라고 하지 않을 수 없다.

Ⅲ. 民間團體의 透明性의 缺如

최근의 행정현상에는 주목할만한 사안이 많이 있지만 그 중에서도 빼어놓을 수 없는 것이 행정활동에 있어서 행정절차의 중시와 정보공개이다. 종래의 행정이 실체법에 의한 개인의 자유와 재산의 보호에 역점을 둔 이른바 자유주의적인 행정이었다면, 오늘날에는 행정현상의 복잡화에 따라, 시민이 직접 행정의 의사형성과정에 참여하고 또 앞으로 어떠한 정책을 펴나갈 것인가 등을 미리 예측하여 행동하기 위하여 행정청에 적극적으로 정보를 요청하기도 한다. 이러한 현상을 법적으로 수렴하여 제도화한 것이 바로 1996년 12월 31일에 동시에 제정된 「행정절차법」과 「공공기관의

정보공개에 관한 법률」이다. 그러나 이들 법률이 만간위탁에 의하여 사무를 처리하는 민간단체의 활동에 적용하기에는 많은 문제점을 안고 있다. 따라서 만간위탁에 의하여 사무를 처리하는 민간단체의 투명성을 확보하는 문제 역시 반드시 해결해야 할 부분이다.

Ⅳ. 民間團體와 行政의 柔軟性

행정기관의 경우, 매우 방대한 조직을 가지고 있기 때문에 어느 한 조직의 업무량의 증감에 따라, 쉬운 일은 아니지만, 조직의 축소와 확대가 비교적 용이하다고 할 수 있다. 그러나 민간단체의 경우, 일단 조직이 되고 나면, 그 조직을 확대하는 일은 용이하게 할 수 있을지 모르지만 반대로 축소하는 일은 매우 어렵다고 할 것이다. 따라서 만약 민간단체의 경우 업무를 간소화해서 작은 조직으로 신속하게 처리를 할 수 있는 경우에도 기존의 조직을 유지하기 위해서 방만한 운영을 하게될 위험성이 있다. 이렇게 되면 결과적으로 행정에 필수적으로 요구되는 유연성을 결하게 된다.

Ⅴ. 救濟手段의 不充分

민간위탁에 의해서 처리되는 행정활동에 대해서도 통상의 행정기관의 행정활동과 마찬가지로 당해 행정활동이 위법·부당하게 행해진 경우에는 행정심판법과 행정소송법 그리고 국가배상법 등에 의한 구제제도에 의해서 구제를 받을 수 있어야만 한다. 그러나 현재 우리 나라의 행정심판법과 행정소송법 등 개별법은 이 점에 대해서 구체적으로 언급을 하고 있지 않으

며, 국가배상의 경우 현행 국가배상법은 배상의 주체를 국가와 지방자치단체에 한정하고 있다. 또한 학설도 이 점에 대해서 충분한 논의를 전개하고 있지 못하다. 이렇게 불완전한 구제제도 아래서는 책임소재가 불분명하게 되어 법치국가에서 구제제도가 갖는 기능 중의 하나인 행정에 대한 통제기능이 제대로 작동하지 않게 될 것이며, 따라서 민간단체의 활동이 자의적(恣意的)으로 이루어질 위험성이 크다.

제5절 團束參與 民間機構의 法的 地位 保障

Ⅰ. 民間機構 參與의 前提條件

이상의 논의를 정리하면, 민간단체에 의한 '소프트웨어불법복제 단속 및 지원' 제도 도입을 위해서는 다음과 같은 두 가지 조건을 해결해야만 할 것이다.

첫째로 관련법령의 개정이다. 앞서 살펴본 것처럼 민간단체에 의한 '소프트웨어불법복제 단속 및 지원'은 권력적 성격을 띤 사무로서 현행법의 규정, 즉 정부조직법과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 의할 경우 허용되지 않는다[32]. 따라서 민간단체에 의한 '소프트웨어불법복제 단속 및 지원'제도를 도입하기 위해서는 먼저 정부조직법과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」중 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정을 권력적 성격을 띤 사무도 민간단체에게 위임, 위탁할 수 있도록 개정해야 한다. 만약 법령의 개정이 없다면, 위의 제도의 도입을 위한 논의는 무의미하다고 할 것이다.

둘째로 위의 「권력적 성격을 띤 사무의 민간위탁의 문제점」의 항목에서 지적한 사항을 해결하는 일이다. 물론 여기에 포함되어 있는 내용이 매우 포괄적이고 다양하여 한마디로 그 해결책을 제시하기는 어렵다. 그러나 무엇보다도 선행되어야 할 것은 당해 민간단체의 조직의 정비이다. 즉, 행정사무를 처리하기에 합당한 합리적인 조직을 갖추어야만 할 것이다.

---

32) 다만 이 중에서 '지원'의 경우 기술에 대한 자문과 같은 것은 권력적인 성격을 띠지 않는 부분은 가능하다고 하겠다.

Ⅱ. 參與民間機構의 法的 地位 保障

현재 우리 나라의 소프트웨어 불법복제에 대한 단속 및 수사의 가장 큰 문제점은 불법복제된 소프트웨어 판매가 급증함에 따라 이를 감시하고 단속할만한 전문적인 지식을 갖춘 수사인력과 이를 뒷받침할 상시적인 단속인력이 절대적으로 부족하다는 것이 큰 문제점의 하나이다.

또한 날로 발전하는 컴퓨터산업의 영향으로 소프트웨어 관련 기술도 하루가 다르게 발전하고 있으므로 소프트웨어의 불법복제를 단속하여 처벌하려는 행정기관이나 수사기관은 그 인력이나 기술에 있어서 한계가 있을 수 밖에 없다.

이러한 점 때문에 불법복제단속의 전문기술성과 기동성을 고려하여 단속권한 자체를 민간전문인력이나 단체에 위탁하는 방안을 생각할 수 있다. 행정부의 권한에 속하는 업무를 민간에 위탁하려면 정부조직법 제6조에 따라 당해 업무를 민간에 위탁할 수 있는 구체적인 근거법령이 있어야 한다. 물론 정부조직법 제6조에 근거한 “행정권한의위임및위탁에관한규정”(대통령령 제17390호 행정자치부)에 소관부처와 위탁대상업무를 명시함으로써 민간에 위탁할 수 있는데, 현재 동 규정에는 불법복제 소프트웨어의 단속권한을 민간에 위탁할 수 있는 조항은 없다. 따라서 별도의 법령에서 단속업무를 민간단체에 위탁할 수 있는 근거규정을 두어야 할 것이다.

행정기관의 단속활동이나 수사기관의 수사활동, 특히 불법복제 소프트웨어의 단속활동에 민간인력이 지원할 수 있는 근거규정을 명확하게 신설할 필요가 있다. 이러한 근거규정은 형사소송법이나 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률과 같은 수사에 적용되는 일반법보다는 소프트웨어의 불법복제를 단속하는 관련 특별법, 예컨대 컴퓨터프로그램보호법에서 규정할 필요가 있을 것이다.

그러므로 기술한 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법상 불법복제 소프트웨어 단속시 민간인력 내지 민간기구가 정보통신부 공무원을 지원할 수 있는 근거규정을 구체적으로 명확히 하고, 이를 기초로 하여 민간기구의 지위가 컴퓨터프로그램보호법상 법제화해야 된다고 생각한다.

제4장 結 論

프로그램 부정복제물 등에 대한 실효적 단속을 위하여는 상시 단속인력과 전문 수사인력이 확보되어야 하는데, 우리의 경우 이러한 인력이 절대적으로 부족하다. 현실적으로 단속 및 수사는 컴퓨터프로그램 전문가의 참여하에 행하는 것이 가장 바람직한데, 물론 민간전문인력이 단속이나 수사를 지원하는 경우에도 단속기관에 대한 것과 같은 법적 규제가 행해져야 함은 물론이다.

정부조직법 제6조 제3항 및 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항에 의거하여 단속업무를 민간에 위탁하기는 어렵다. 따라서 민간전문인력은 단속활동을 독자적으로는 수행할 수 없고 단속기관의 단속활동에 전문지식의 제공이나 기술지원 등의 형태로 보조적인 협력을 하는데 그칠 수 밖에 없다.

이상과 같이 본 보고서에서는 불법소프트웨어에 대한 단속과 단속시 민간기구의 참여문제와 민간기구의 법적 지위를 중심으로 컴퓨터프로그램보호법의 문제점과 개선점을 살펴보았다. 이하에서는 이를 기초로 하여 입법안을 제시하고자 한다.

결론적으로 지금까지 논의되어 온 문제들 중에 크게 두가지로 나누어서 결론을 내리고 입법안을 제시하고자 한다. 우선 프로그램심의조정위원회의 단속 협조에 대한 권한 문제이다. 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항 규정에 근거하여 프로그램심의조정위원회는 정통부 공무원의 단속 협조가 있으면, 단속시 프로그램심의조정위원회가 참여를 하게 되어 있다. 본 규정은 기술한 바와 같이 중립적 기관인 프로그램심의조정위원회의 본래의 기능인 심의·조정 기능을 훼손할 염려가 있기 때문에 이를 폐지하는 것이 합당하다고 생각한다. 즉, 현행 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항 규정인 “情報

通信部長官은 第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 수거등을 함에 있어서 필요한 때에는 第35條의 規定에 의한 프로그램審議調停委員會 또는 관련단체에 협조를 요청할 수 있다.”를 “情報通信部長官은 第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 수거 등을 함에 있어서 필요한 때에는 제44조 규정에 의한 관련 협회 또는 단체에 협조를 요청할 수 있다.”로 제34조 제4항 규정인 “第1項 및 第2項의 規定에 의하여 收去 등의 처분을 하는 關係公務員이나 委員會 또는 관련단체의 任·職員은 그 權限을 표시하는 證票를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.”를 “第1項 및 第2項의 規定에 의하여 收去 등의 처분을 하는 關係公務員이나 관련 협회 또는 단체의 任·職員은 그 權限을 표시하는 證票를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.”로 개정하는 것이 필요하다고 생각한다. 그리고 음반·비디오물및게임물에관한법률 제42조 제4항 규정을 참조하여, 단속의 원한 진행을 위하여 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제2항 규정인 “第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 당해 프로그램 또는 기기등을 수거한 때에는그 所有者 또는 占有者에게 收去證을 교부하여야 한다.”를 “第1項의 規定에 의하여 關係公務員이 당해 프로그램 또는 기기등을 수거한 때에는그 所有者 또는 占有者에게 收去證을 교부하여야 한다. 다만, 수거증의 인수를 거부한 경우에는 그러하지 아니하다.”로 개정하는 것이 합당하다고 생각한다.

둘째로 소프트웨어의 불법복제행위에 대한 단속이나 수사에 있어서 SPC와 같은 민간기구의 전문인력의 지원이 반드시 필요하고, 정통부나 관련 수사기관에서 그러한 전문인력을 채용하는 데에는 한계가 있으므로 민간기구의 전문가의 도움을 받을 필요가 있다. 그러나 이러한 민간기구의 전문가가 단속에 참여하는데에는 여러 가지 문제점이 있다. 즉, 단속은 국민의 권리를 제한할 여지가 있기 때문에 이러한 민간기구의 전문가가 단속이나 수사에 참여하기 위해서는 법률상 명확한 근거가 필요하다. 따라서 현행

컴퓨터프로그램보호법 제34조 제3항 규정을 기술한 개정 법을 근거로 하여 단속시 민간기구의 전문가를 활용할 수 있는 독립된 조문이 필요하다. 이와 유사한 법률인 음반·비디오물및게임물에관한법률 제43조를 참조하여 컴퓨터프로그램보호법 '제6장 보칙'을 다음과 같이 신설하는 것이 필요하다고 생각한다.

제44조(협회 등의 설립) ① 프로그램저작자는 프로그램저작의 건전한 발전을 위하여 협회 또는 단체를 설립할 수 있다.

② 협회 또는 단체는 법인으로 한다.

③ 협회 또는 단체를 설립하고자 하는 자는 정보통신부 장관 또는 관계부처 장관의 허가를 받아야 한다.

④ 협회 또는 단체는 프로그램의 제작 및 유통질서가 건전하게 유지될 수 있도록 노력하여야 한다.

⑤ 협회 또는 단체에 대하여 이 법에 규정되지 아니한 사항에 관하여는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용한다.

현재 컴퓨터프로그램보호는 선진국으로부터 시작되어 개발도상국에 이르기까지 대다수의 국가가 저작권법에 의해 보호를 꾀하고 있으며, 국제 조약도 이러한 움직임에 따라 어문저작물로서 보호하는 것으로 되어 있다. 이에 따라 국내에서도 컴퓨터프로그램보호법이 과연 필요한가하는 의문이 많이 제기되고 있으며, 이러한 주장은 법이론적, 실증적 연구 없이 단순한 비교법적 근거하에 제기되고 있는 실정이다.

그러나 저작권법이나 특허법에 의해 컴퓨터프로그램을 보호하는데에는 많은 단점들이 존재하고 있으며, 특히 선진국에서도 최근 들어 이러한 문제를 인식하게 되어 다시 특허법으로의 보호에 대한 주장도 나오고 있는

실정이다. 그럼에도 불구하고 단순히 국제적 동향과 선진국들의 압력에 따라 저작권법에 의해 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의해 보호하는 것은 최선의 선택이 아닌 것이다.

컴퓨터프로그램저작물을 저작권법에 의해 보호하는 것의 문제점을 살펴보면, 첫째로 컴퓨터프로그램저작물이 전통적인 저작물과는 매우 다른 성격을 갖는다는 것을 들 수 있다. 이러한 차이는 컴퓨터기술이 발전하여 컴퓨터프로그램이 멀티미디어화 할수록 크게 나타날 것이며, 현재도 창작성의 판단에 있어 많은 문제점이 노출되어 왔다. 둘째로, 권리보호수준이 컴퓨터프로그램과 같이 산업성이 강한 곳에서는 적합하지 않다. 현재와 같이 장기의 보호는 결국 독점적이고, 영구적인 권리를 원제작자에게 부여하는 효과를 가져옴으로써, 궁극적으로 산업의 발전을 저해하게 될 것이며, 무방식주의에 의한 권리의 부여도 낮은 수준의 기술을 보호하게 될 것이다. 셋째로 국내산업은 외국기술에 의해 잠식됨으로써 21세기의 정보산업에서 선진국에 종속될 가능성을 높게 만들 것이다. 마지막으로 산업적 재화를 문화관광부 등의 이질적인 기관에 의해 관리, 운용하게 함으로써 산업정책의 효율적인 집행과 보호에 역행하게 될 것이다.

이러한 점을 생각해보면, 아직 컴퓨터프로그램이 저작권법에 지나치게 의존하고 있음으로서 문제점이 많음에도 불구하고 새로운 기술의 변화에 민첩하게 대응할 수 있는 법적 체계로서 입법론적으로는 물론 입법기술상 그리고 운용, 관리를 위해서도 컴퓨터프로그램보호법이라는 특별법을 가지고 있는 것이 매우 다행스러운 일이 아닐 수 없다.

따라서 앞으로 이러한 컴퓨터프로그램보호법을 컴퓨터프로그램에 적합하면서도 산업의 보호를 위해 필요한 방향으로 정비하여야 할 것이며 더욱 발전시켜 나가야 할 것이다.

본 보고서가 건전한 소프트웨어산업 발전에 큰 기여하여, 국제간 원활한

소프트웨어의 유통기반 구축에 기여하고, 국가의 단속관련 수사/지원의 올바른 운영방안에 대한 제고하여, 민간 소프트웨어 협회의 연구역량 배양 및 발전에 기여하며, 소프트웨어산업보호 정책과 법제화의 기초자료로 활용되기를 바란다.