

현안분석 2001-

디지털경제법제①

인터넷관련 독일의 법제 동향과 전망

鄭 震 明

한국법제연구원

인터넷관련 독일의 법제 동향과 전망

The Direction and Future View of German Law related
with Internet

研究者 : 鄭震明(부산외국어대 법학부 조교수)
Chong, Jinmyong

2001.12

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론	5
제 2 장 전자거래	7
제 1 절 정보 및 통신서비스법	7
1. 입법개요	7
2. 입법목적	8
3. 규율범위	9
4. 전 망	11
제 2 절 원격서비스법	11
1. 개 설	11
2. 법률의 내용	13
제 3 절 원격서비스데이터보호법	38
1. 개 설	38
2. 법률의 내용	40
제 4 절 전자서명법	50
1. 개 설	50
2. 법률의 내용	52
제 3 장 지적재산권	69
제 1 절 서	69
제 2 절 저작권법	70
1. 개 설	70
2. 개정 내용	71

제 3 절 멀티미디어 지침	74
1. 개 설	74
2. 지침의 내용	75
제 4 장 기타 관련 법률	81
제 1 절 서	81
제 2 절 형법 및 질서위반법	81
제 3 절 청소년보호법	82
1. 개 요	82
2. 법률의 주요 내용	82
제 4 절 방식규정적용법	85
1. 개 요	85
2. 법률의 주요 내용	86
제 5 절 채권법현대화법	90
1. 개 요	90
2. 법률의 주요 내용	91
제 6 절 미디어서비스에 관한 국가계약	91
1. 개 요	91
2. 법률의 주요 내용	92
제 5 장 맺음말	95
관련 법률 및 지침	97
참고문헌	101

제1장 서론

독일은 1997년 8월 1일부터 인터넷을 규제할 수 있는 정보 및 통신서비스법을 제정하여 시행하고 있다. 이 법률의 제정으로 독일은 유럽연합 국가 중에서 가장 먼저 멀티미디어서비스에 관한 법률을 가지게 되었으며, 새로운 정보 및 통신서비스의 이용을 위한 법적 근거도 확보하게 되었다. 또한 향후 멀티미디어 분야의 투자를 위한 통일적이고 신뢰성 있는 법적 장치도 가지게 되었다.

독일의 정보 및 통신서비스법은 항목법률(Artikelgesetz)로서 인터넷상의 서비스와 관련된 원격서비스법, 원격서비스데이터보호법, 전자서명법 등을 내포하고 있다. 그러나 이 법률에 대한 그 동안의 경험 및 발전에 관한 연방정부의 평가와 함께 2000년 6월 8일 유럽의회가 공포한 전자거래 지침(E-Commerce-Richtlinie: ECRD)에 따라 독일 연방정부는 2001년 2월 14일 "전자거래의 법적 기본조건에 관한 법률 초안"¹⁾을 연방의회에 제출하였다. 이 법률안은 2001년 11월 9일 연방의회에서 의결되어 늦어도 2002년 초에 시행될 예정이다. 이는 독일이 유럽연합의 회원국이 됨에 따라 유럽의회의 전자거래 지침이 독일의 국내법인 원격서비스법의 포괄적 개정을 포함한 정보 및 통신서비스법 전반에 대하여도 효력을 가짐을 의미한다. 또한 유럽의회의 전자거래 지침은 독일 연방정부가 이미 연방의회에 제출한 방식규정적응법(Textformgesetz)²⁾ 및 채권법현대화법(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)³⁾에 대한 초안에 대하여도 영향을 미친다.

그 이외에도 독일에서는 연방법인 정보 및 통신서비스법과 나란히 원격서비스법의 개정과 내용적으로 일치하며, 또한 동일한 시간적 효력을 가지고 있는 미디어서비스에 관한 국가조약(Mediendienste-Staatsvertrag: MDStV)에 대한 수정안도 준비중이다. 특히 미디어서비스에 관한 국가조약은 연방법인 원격서비스법과 공통된 규정을 가지는 동시에 미디어서비

1) 이에 대하여는 <http://www.iid.de/iukdg/aktuelles/index.html>.

2) 이에 대하여는 <http://www.bmj.bund.de/ggv/bgbregel.pdf>.

3) 이에 대하여는 <http://www.bmj.bund.de/ggv/eschurmo.pdf>.

스에 대한 고유한 규율도 가지고 있다. 이는 연방국가인 독일이 연방과 개별 주간의 입법권 충돌을 해결하기 위하여 통신서비스를 원격서비스와 미디어서비스로 구분하면서도 가능한 한 그 내용이 일치하는 입법을 제정한 데 기인한다.

그러므로 다음에서는 정보 및 통신서비스법 중에서 인터넷상의 서비스와 가장 관련이 깊은 원격서비스법, 원격서비스데이터보호법, 전자서명법의 내용을 최근 제정중인 전자거래법 및 이미 제정된 전자서명법과 관련하여 살펴보기로 한다. 특히 전자거래법 및 전자서명법은 유럽의회의 전자거래 지침과 전자서명 지침, 그리고 연방정부의 정보 및 통신서비스법 전반에 대한 평가도 고려하여 제정되는 만큼 이러한 법률들의 개정 내용은 독일의 인터넷관련 법률의 핵심을 이룬다. 그 이외에도 이러한 법률과 관련된 세부 법률 및 미디어서비스에 대한 국가계약을 중심으로 독일에서의 인터넷관련 법제의 최근 동향 및 그 전망에 대하여 살펴보기로 한다.

제 2 장 전자거래

제 1 절 정보 및 통신서비스법

1. 입법개요

독일 연방정부는 멀티미디어에 대한 법적 인프라 정비를 수행하던 중 멀티미디어서비스의 경제적 이용에 관한 장애요인을 발견하였다. 이를 제거하기 위하여 연방정부는 1995년 초 “연구, 기술 및 혁신위원회”(Rat für Forschung, Technologie und Innovation)를 구성하였고, 이 위원회는 1995년 말 “정보화사회, 기회, 혁신 그리고 도전”(Informationsgesellschaft, Chance, Innovation und Herausforderungen)이라는 최종보고서를 연방정부에 제출하였다. 이 보고서에서는 정보통신시장의 새로운 발달에 부응하기 위하여 국가적으로 통일된 미디어질서법⁴⁾을 제정할 것을 권고하였다. 이에 따라 연방정부는 교육과학기술연구부를 중심으로 멀티미디어법 초안을 작성하였고, 이 법률안은 1996년 12월 11일 연방각료회의에서 의결되었다. 이 법률안은 연방의 권한 내에서 멀티미디어서비스를 위한 신뢰성 있는 법적 기초를 제공하고, 자유로운 경쟁, 이용자의 정당한 권익보호 및 사회질서, 특히 청소년 보호라는 세 가지 요청의 조정을 목표로 하였다. 이후 이 법률안은 연방의회의 심의를 거쳐 1997년 8월 1일부터 효력을 가지게 되었다. 이 법률의 정식명칭은 “정보 및 통신서비스의 기본조건의 규율에 관한 법률”(Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz vom 22. Juli 1997)⁵⁾이지만 “정보 및 통신서비스법”(Das Informations-und Kommunikationsdienste Gesetz: IuKG)이라고도 부른다. 그리고 이 법률은 주에게 입법권한이 부여되어 있는 분야가 있으므로 이러한 문제를 해결하기 위하여 연방이 제정한 정보 및 통신서비스법과 나란히 주 상호간에 미디어

4) 최종보고서에서 멀티미디어라는 개념은 새로운 종류의 정보 및 통신서비스를 포괄하는 개념으로 사용하였다(Roßnagel, “Neues Recht für Multimediadienste”, NVwZ 1998, 1).

5) BGBI. I S. 1870.

서비스에 관한 국가조약(Mediendienste- Staatsvertrag: MDStV)이 체결되었다.

2. 입법목적

독일에서는 1997년 8월 1일부터 정보 및 통신서비스법이 시행됨에 따라 정보와 통신관련 기술발전의 근본적 변화와 역동성에 대응할 법적 기본조건이 마련되었다.⁶⁾ 이 법은 무엇보다도 서비스제공자의 책임, 새로운 서비스에 있어서 데이터보호, 전자거래 및 전자적 행정행위에 있어서 보다 안전한 디지털서명 그리고 청소년 보호를 위한 임의적인 자기통제와 기술적인 자기보호의 법적 확정에 효력이 있다.

특히 연방의회는 정보 및 통신서비스법 의결시에 새로운 정보 및 통신서비스의 발전을 관찰하고 설명할 것을 연방정부에 대하여 요구하였다. 즉 어느 범위에서 적용 내지 보충의 필요성이 존재하는지 그리고 이와 별도로 적어도 2년 후에 이 법률의 시행사항을 보고하도록 하였다.⁷⁾ 여기에는 국가조약을 수용한 각 주의 경험, 규율의 경제적 효과, 유럽연합 수준의 법적 기본조건의 발전 그리고 국제적 영역에서의 고려를 그 내용으로 하고 있다. 이에 대한 개별적 사항으로는, 첫째 정보 및 통신서비스법과 미디어서비스에 대한 국가조약의 효력범위 내에서 새로운 서비스의 기본적 배치에 대한 경험, 둘째 예컨대 뉴스그룹, 프록시 코치와 같은 자동화된 중간저장에 있어서 서비스제공자의 책임에 대한 경험, 셋째 이용자의 행동에 대한 원격서비스 데이터보호의 효력과 새로운 서비스에 있어서 경제적 발전, 넷째 안전한 디지털서명의 개정과 연계된 전자적 법률거래의 발전, 특히 제3자에 대한 책임 및 민법, 공법 그리고 민사소송법의 적용문제, 다섯째 임의적인 자기통제, 기술적인 자기보호 그리고 증거절차에 있어서 간편화

6) 이에 대하여 대표적으로는 Engel-Flechaig/Tettenborn, "Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz", NJW 1997, 2981f.

7) "Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen und Entwicklungen bei den neuen Informations- und Kommunikationsdiensten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG)" gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages vom 11. Juni 1997 (BT-Drs. 13/7935).

관행 및 인터넷상 처벌 가능한 내용의 기소 경험을 고려한 효과적인 청소년 보호의 담보 등이다.

이와 같이 정보 및 통신서비스법은 21세기 정보화사회를 대비하기 위하여 기술적인 발전에 대응하는 법적 장치로서 다른 법률과의 조화 속에서 시민의 권리보호 및 전자거래의 발전에 기여하기 위해서 제정되었다.

3. 규율범위

정보 및 통신서비스법(Das Informations-und Kommunikationssdienste Gesetz: IuKG)은 항목법률이다. 즉 인터넷과 관련하여 새로이 제정된 원격서비스법, 원격서비스데이터보호법, 디지털서명법과 이미 시행되고 있던 형법, 질서위반법, 청소년보호법, 저작권법 및 소비자보호법의 영역에 있어서의 현행 연방법을 그 내용으로 하고 있다.

첫째, 제1항인 원격서비스법(Teledienstegesetz: TDG)은 진입자유의 안정성을 통한 원격서비스의 제공과 이행, 서비스제공자의 책임 명시 그리고 서비스제공자의 표시의무에 대한 기본조건을 규율한다. 그러나 이 법은 전자거래의 법적 기본조건에 관한 연방정부 법률안 초안 제1조를 고려하여 개정안⁸⁾이 2001년 2월 14일 연방정부안으로 연방의회에 제출되었다.⁹⁾ 또한 유럽의회는 진입을 통제할 수 있는 서비스와 진입이 통제된 서비스의 법적 보호에 관한 지침을 공포 하였다. 이에 따라 독일에서는 이러한 지침을 2001년 말까지 독일 국내법에 수용하기 위한 진입통제서비스보호법 초안¹⁰⁾이 2001년 5월 7일 연방정부안으로 연방의회에 제출되었다.¹¹⁾

둘째, 제2항인 원격서비스데이터보호법(Teledienstedatenschutzgesetz: TDDSG)은 개인관련 데이터의 수집, 가공 그리고 이용의 확대위험을 고려하여 데이터보호에 관한 규정을 담고 있으며, 온라인 영역에 대하여는

8) Fassung des Teledienstegesetzes unter Berücksichtigung der in Art.1 des Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 27. Juni 2000.

9) 이에 대하여는 <http://www.iid.de/iukdg/aktuelles/index.html>.

10) Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Zugangskontrolldiensten vom 7. Mai 2001.

11) 이에 대하여는 <http://www.iid.de/iukdg/aktuelles/index.html>.

유럽의회는 데이터보호 지침을 수용하였다. 이 법은 전자거래의 법적 기본 조건에 관한 연방정부 법률안 초안 제3조를 고려하여 개정안¹²⁾이 2001년 2월 14일 연방정부안으로 연방의회에 제출되었다.¹³⁾

셋째, 제3항인 디지털서명법(Signaturgesetz: SigG)은 안전한 디지털서명에 대한 기본조건을 규정하고 있다. 이 법은 전자서명을 위한 공동체의 기본조건에 관한 유럽의회 지침을 수용하여 전자서명의 기본조건 및 기타의 조문의 변경에 관한 법률로 개정¹⁴⁾되어 2001년 5월 21일부터 시행되고 있다.¹⁵⁾

넷째, 제4항과 제5항은 인터넷상 위법한 내용의 서비스 사용가능성 및 반포가능성 관점에서 형법과 질서유지법에 규정되어 있던 문서개념을 이러한 매체들의 특성에 적합하게 개정하였다.

다섯째, 제6항은 효과적인 청소년 보호를 담보하기 위하여 청소년 유해 문서 반포에 관한 법률을 청소년 유해문서 및 미디어 내용 반포에 관한 법률로 개정하여 문서개념의 통일적 적용을 확실히 하였다. 또한 임의적인 자기통제와 기술적인 자기보호 같은 예방조치를 통하여 청소년 보호를 강화하도록 하였다.

여섯째, 제7항은 멀티미디어의 발달에 따라 저작권에 의하여 보호되지 않는 데이터베이스의 법적 처리의 필요성이 제기되었다. 그리하여 1995년 10월 9일에 공포된 저작권법을 1996년 3월 11일 데이터베이스의 법적 보호에 관한 유럽의회 지침에 따라 저작권법을 개정하였다.

일곱째, 제8항과 제9항은 가격표시법과 가격표시령에 규정되어 있던 소비자보호를 위한 규정들을 새로운 인터넷상의 서비스를 통한 기타의 경제적 행위가능성에도 확장하였다.

여덟째, 제10항과 제11항은 법기술적인 규정을 내포하고 있다.

12) Fassung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten unter Berücksichtigung der in Art.3 des Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 27. Juni 2000.

13) 이에 대하여는 <http://www.iid.de/iukdg/aktuelles/index.html>.

14) Das Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und Änderungen weiterer Vorschriften vom 21. Mai 2001(BGBl. I S. 876).

15) 이에 대하여는 <http://www.iid.de/iukdg/aktuelles/index.html>.

4. 전 망

독일 연방정부와 독일 각 주는 정보 및 통신서비스법과 미디어서비스에 대한 국가계약을 통하여 새로운 멀티미디어서비스를 위한 신뢰성 있는 법 영역을 구축하였다. 이러한 정보 및 통신서비스법에 규정된 법적 기본조건은 독일에서 전개되고 있는 미디어 질서의 발전방향과 일치할 뿐 아니라 경계에 대한 일련의 근본적 문제도 해결할 수 있게 한다. 이에 상응하는 법적 구조는 중·장기적으로 유럽연합 회원국 및 세계 각국에 확대될 것이다.

그러므로 이 법은 독일에서 새로운 멀티미디어서비스의 경제적 발전을 촉진시키기 위하여 입법자에게 지속적인 추가적 보완조치를 요구한다. 또한 현재 전지구적으로 행하여지고 있는 전자거래 측면에서 독일의 법적 기준은 유럽연합 회원국뿐만 아니라 세계 각국의 법률과 일치할 것이 요청된다. 그 이외에도 이러한 법률이 지속적으로 새로이 발생하는 멀티미디어서비스를 수용할 수 있도록 이에 대한 준비와 그 평가가 이루어질 수 있는 조치가 뒤따라야 한다

제 2 절 원격서비스법

1. 개 설

(1) 서

1997년 7월 22일의 정보 및 통신서비스법 제1항에 규정되었던 원격서비스법¹⁶⁾은 2000년 6월 8일의 유럽의회 전자거래 지침¹⁷⁾에 따라 2002년 1월 17일까지 국내법적 규정을 두어야 할 상태에 놓여 있다. 그리하여 독일은 2000년 6월 27일의 전자거래법 초안 제6항 제4조를 통하여 원격서비스법에 대한 개정을 준비중이며, 이 법은 2002년 초에 시행될 예정이다.¹⁸⁾

16) Das Gesetz über die Nutzung von Teledienste vom 22. Juli 1997(BGBI. I S. 1870).

17) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v.8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt(ABl. EG Nr. L 178 v. 17 Juli 2000).

18) 이에 대하여는 Bröhl, "EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen

(2) 전자거래 지침의 목적 및 본질적 내용

원격서비스법 개정을 근거지우는 전자거래 지침은 정보회사의 서비스에 대하여 일정한 효력을 가지는 국내법적 규정과 그 효력을 같게 하며(제1조 제2항), 이를 통하여 회원국 사이에서 정보회사의 서비스의 자유로운 유통을 보장하는 데 있다(제1조 제1항). 이는 서비스제공자에 대한 법적 안정성, 소비자에 대한 효과적 보호 및 새로운 경제영역에 있어서 기능적인 역내시장(Binnenmarkt)을 형성하는 데 있다.¹⁹⁾ 따라서 전자거래법 초안에 따르면 원격서비스법은 전자거래를 위하여 본질적인 경제법적, 사법적 기본조건을 설정하는 방향으로 개정되었다. 즉 전자거래 계약의 체결과 관련된 수많은 규정 중에서 특히 주소지국가주의 원칙, 진입자유 원칙, 서비스제공자의 정보제공의무 및 책임상의 특권, 전자적으로 체결된 계약에 대한 방식의 유효성 등을 규정하였다.

(3) 개정의 필요성

독일에서 원격서비스법 개정의 핵심은 전자거래 지침의 적용범위이다. 이는 전자거래 지침 제2조 a호에 규정된 “정보회사의 서비스” 개념을 통하여 기술되었다. 즉 이 개념은 1998년 6월 20일 규범과 기술적 조항의 영역에 있어서 정보절차에 관한 유럽의회 지침²⁰⁾ 제1조 제2호와 1998년 11월 20일 진입을 통제할 수 있는 서비스 및 진입이 통제된 서비스의 법적 보호에 관한 유럽의회 지침 제2조에서 사용된 개념으로, 전자적인 법적 거래에서 경제적 활동의 포괄적 영역을 내포한다. 그러나 현행법에 따르면 이러한 개념은 원격서비스법 제2조 및 미디어서비스에 관한 국가계

des elektronischen Geschäftsverkehrs-Erläuterungen zum Referentenentwurf, MMR 2001, 67; Harting, “Gesetzesentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie”, CR 4/2001, 271; Hoffman, “EGG und neue gTLDs: Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen für Anwälte und Gerichte?”, MMR 2001, 129; Hübner, “Herausforderungen an einen europäischen Rechtsrahmen für E-Commerce”, EuZW 2001, 225; Spindler, “Der Entwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie”, ZRP 2001, 203.

19) BT-Drs. 14/6098, 11.

20) Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften in der Fassung der Richtlinie 98/34/EG vom 20. Juli 1998 (ABl. EG Nr. L 204 v. 20. Juli 1998).

약 제2조 제3항 제4호에 속하지 않는다. 그 동안 독일에서는 원격서비스법과 미디어서비스에 관한 국가계약을 통하여 원격서비스를 위한 연방법과 미디어서비스를 위한 주관계약(Länderstaatsvertrag)의 형식으로 새로운 전자적 정보 및 통신서비스에 대한 통일된 법영역을 형성하여 왔다. 그러나 현행법에 따르면 원격판매에 있어서 주문(Abruf) 및 전자적 방식으로 이행할 수 있는 제공(Angebot)과 서비스만 가능하였다. 이에 대하여 전자적 방식으로 이행될 수 없는 상품 자체에 대한 법적 주문, 상품의 인도 또는 공급에 대하여는 적용되지 않았다. 나아가 현행법은 전자거래 지침과 달리 전자거래의 경제적 목적의 정보 및 통신서비스로 제한한다. 그리하여 국내법에 있어서 전자거래 지침의 수용은 양 법에서 이에 상응하는 적용 및 보충을 통하여 이루어지게 되었다.²¹⁾

2. 법률의 내용

(1) 일반규정 신설

전자거래법 초안은 전자거래 지침의 체계에 따라 제1관 “일반규정”을 신설하였다. 그리고 제2관 “진입자유와 정보제공의무”, 제3관 “책임”, 제4관 “과태료 규정”을 두어 법률의 명백한 구성을 취하고자 하였다.²²⁾ 그러나 현행 원격서비스법의 입법목적은 개정하지 않았다. 그 이유는 전자적 정보 및 통신서비스를 다양하게 이용하기 위한 통일된 경제적 기본조건을 창출하고자 하는 이 법의 목적이 현행 원격서비스법 및 미디어서비스에 관한 국가조약에도 적합하기 때문이다.

(2) 적용범위

독일에 있어서 개정의 중심적 의미는 전자거래 지침의 적용범위이다. 전자거래 지침은 적용범위를 제2조 a호에서 상업적인 주문형 서비스에 한정하였으나 현행법은 이 분야가 급속히 발전할 것으로 예상되므로 그 내용을 구체적으로 정하지 않고 추상적으로 “전자적 정보 및 통신서비스”

21) BT-Drs. 14/6098, 12.

22) BT-Drs. 14/6098, 15

라고 규정하였다. 그러나 이러한 “전자적 정보 및 통신서비스”라는 개념은 2단계로 정의되고 있다.²³⁾

첫째, 현행법 제2조 제1항은 이 법의 적용대상을 기호, 그림 또는 음향과 같은 혼합 가능한 데이터의 개인적 이용을 특정하고 그리고 원격통신을 통한 전달에 기초를 둔 모든 전자적 정보 및 통신서비스(원격서비스)로 규정하였다. 즉 원격서비스(Telediensten)는 원격통신을 수단으로 정보의 개별적 이용을 위하여 특정된 모든 전자적 정보 및 통신서비스를 말한다. 특히 현행법은 이러한 원격서비스의 이용이 전부 또는 일부가 유상 또는 무상으로 가능한지의 여부를 불문한다.

둘째, 오늘날 실무에서 특별한 성격을 지닌 원격서비스의 중요한 5개 적용분야를 예시적으로 열거하고 있다. 이에 속하는 것으로는, ①예컨대, 텔레뱅킹이나 데이터교환과 같이 개인의 통신영역에서의 제공, ②예컨대, 교통, 날씨, 환경, 증권정보 같은 데이터서비스, 재화나 서비스제공에 관한 정보의 반포와 같이 편집행위가 일반대중에 대한 의사형성에 있지 않은 정보 또는 통신의 제공, ③인터넷이나 기타의 망의 이용의 제공, ④원격게임 이용의 제공, ⑤쌍방향이 접속하여 직접 주문할 수 있는 전자적으로 주문 가능한 데이터베이스에서의 재화와 용역의 제공 등이다. 그러나 이에 속하지 않는 것으로는, ①1996년 7월 25일의 통신법 제3조24)의 원격통신서비스급부와 원격통신서비스의 영업적 제공, ②방송에 관한 국가계약 제2조의 방송, ③편집행위가 일반대중에 대한 의사형성에 있지 않은 한도에서, 1997년 1월 20일부터 2월 7일까지 체결된 미디어서비스에 관한 국가계약 제2조25)에 따른 배포형 서비스(Verteildienste)와 주문형 서비스(Abrufdienste)에서 내용의 제공 등이다.

한편 전자거래법 초안은 전자거래 지침 제2조 전단에 규정된 “정보회사의 서비스”라는 개념을 수용하고자 하였다. 그리하여 독일에서는 전자거래 지침에 규정된 “정보회사의 서비스”를 원격서비스법 제2조 및 미디어

23) Engel-Flechsing/Maennel/Tettenborn, “Das neue Informationsrechts-und Kommunikationsdienste-Gesetz”, NJW 1997, 2982.

24) BGBl. I S. 1120.

25) 미디어서비스에 관한 국가계약 제2조 제1항은 원격통신을 통한 전달에 기초한 모든 전자적 정보통신서비스를 적용대상으로 한다.

서비스에 관한 국가조약 제2조 제2항 제4호의 적용범위 속에 포함시켰다. 이와 같이 전자거래 지침에 따라 양 법률을 수정하였기 때문에 원격 서비스와 미디어서비스에 대한 각 규정은 동일하게 되었고, 그 한도에서 현행법에 존재하던 해석과 한계의 문제가 제거되었다.²⁶⁾

그러나 전자거래법 초안 제2조 a항 제4호는 전자거래 지침 제1조 제5항 a호와 같이 "과세영역"을 신설하여 이를 이 법의 적용범위에서 제외하였다.²⁷⁾ 여기서 과세영역은 실제적인 조세법뿐만 아니라 조세규정도 포함된다. 즉 행정절차, 조세사건에 대한 법원의 절차, 조세범죄를 이유로 하는 형사소송절차, 조세규정 위반을 이유로 하는 과태료 처분절차의 집행에 기여하는 행위도 이 법의 적용범위에서 제외하였다.

그리고 제2조 b항 제6호에서는 "이 법률은 국제사법 영역에 속하는 규정 및 법원의 관할권에 영향을 미치지 않는다"는 규정을 두어 전자거래 지침 제1조 제4항을 수용하였다. 이는 이 법 제4조에서 예상되는 전자거래 지침 제3조(주소지국가주의 원칙)의 수정에 필요한 규정으로 간주하여 신설한 것이다.²⁸⁾

(3) 개념규정

전자거래법 초안 제3조는 그 의미가 부분적으로 불명확하였던 개념규정을 수정하거나 전자거래 지침에 적합하게 보충하였다. 다만 적용범위의 확장이 문제되었던 "정보회사의 서비스"는 별도로 규정하지 않았다.²⁹⁾

1) "서비스제공자"와 "이용자" 규정 보충

전자거래법 초안 제3조 제1호는 전자거래 지침 제2조 b호를 수용하여 "서비스제공자"를 자신 또는 타인의 이용을 위한 원격서비스를 준비하거

26) 정보 및 통신서비스법의 경험 및 발전에 관한 연방정부 보고서는 "원격서비스와 미디어서비스", "미디어서비스와 방송"의 적용 및 구분의 모호함에 대한 문제를 제기하였다(BT-Drs. 13/7935, 13).

27) 전자거래 지침 제5조 제5항에 규정된 적용 배제사유는 전자거래법 초안 제4조 제4항의 주소지국가주의 원칙 배제사유로 규정하였다(Bröhl, MMR 2000, 68).

28) BT-Drs. 14/6098, 15.

29) 이러한 개념은 전자거래 지침의 적용범위 및 사정거리에 대하여 중요한 역할을 한다고 한다(Gierschumann, "Die E-Commerce-Richtlinie", DB 2000, 1315).

나 또는 그 이용을 위한 진입을 매개하는 모든 자연인 또는 법인으로 규정하였다. 특히 법률 초안은 현행법 제3조 제1호에 규정되어 있던 “단체”(Personengesellschaft)라는 개념을 법률상 파악할 수 없는 경우가 있었으므로 이를 삭제하였다. 그리고 제3조 제2문에서 권리를 취득하거나 의무를 부담할 수 있는 능력이 주어진 단체를 법인과 동등한 것으로 취급한다고 규정하여 법인의 개념을 명확히 하였다. 또한 전자거래 지침 제2조 d호를 수용하여 “이용자”를 직업상 또는 기타의 목적으로 원격서비스를 요구하는, 특히 정보를 취득하거나 또는 이에 진입하는 모든 자연인 또는 법인으로 규정하였다. 여기서 원격서비스 이용자의 개념은 개방적인 망 및 인터넷에 정보를 제공한 자연인에 의한 그리고 인터넷에서 정보를 사적 또는 직업적 목적으로 찾는 사람에 의한 정보회사의 서비스 주문의 모든 종류를 포함한다.

2) “배포형 서비스”와 “주문형 서비스” 규정 신설

전자거래법 초안 제3조 제3호와 제4호는 현행법에 따른 원격서비스법 제2조 제4항 제3호와 미디어서비스에 대한 국가계약 제2조 제2항 제1호 내지 제3호에서 그 적용이 배제된 배포형 서비스를 규정하였다. 이에 따라 원격서비스법 제2조 제4호 내지 제3조에 의미가 있는 배포형 서비스와 주문형 서비스의 개념을 명확히 하였다. 즉 “배포형 서비스”(Verteildienste)는 “개인적 주문이 없어도 데이터 전송의 방법으로 동시에 다수 이용자에게 제공할 수 있는 원격서비스”라고 하고, “주문형 서비스”(Abrufdienste)는 “개별이용자의 주문에 따라 데이터 전송의 방법으로 제공할 수 있는 원격서비스”라고 한다. 여기서 “배포형 서비스”는 제4조 제4항 제5호의 예외 조항의 관점에서 필요하며, “주문형 서비스”에 대한 사례는 제2조 제2항 제1호 내지 제5호에서 볼 수 있다.

3) “상업적 통신” 규정 신설

전자거래법 초안 제3조 제5호는 전자거래 지침 제2조 f를 수용하여 상업적 통신 규정을 신설하였다. 여기서 “상업적 통신”(kommerzielle Kommunikation)은 “물품과 서비스의 판매, 기업과 기타의 조직 또는 상업,

영업, 수공업, 자유업을 행하는 자연인의 외관에 대한 직접적 또는 간접적 촉진에 기여하는 통신의 각 방식"이라고 규정한다. 이는 전자거래 지침 제6조 내지 제8조, 전자거래법 초안 제6조 내지 제7조에 근거하며,³⁰⁾ 여기서 상업적 통신은 경쟁 목적의 거래에서의 통신과 다르지 않다(공정거래법 제1조와 제3조). 이와 같이 "상업적 통신"은 포괄적 의미로 이해되므로 광고의 모든 방식, 예컨대 직접판매, 스폰서, 판매촉진 및 기업홍보도 이러한 개념에 속한다.³¹⁾ 다만 소유주가 자신의 "도메인네임" 또는 "전자우편 주소"를 매매 또는 사용허락에 의하여 상업적으로 사용할 의사를 가지고 있지 않는 한도에서 인터넷 주소의 단순 점유, 상품과 서비스 또는 재정적 반대급부 없이 행하여지는 기업의 외관과 관련된 진술, 광고가 아닌 정보의 매개는 이에 속하지 않는다.³²⁾

결국 이 법에서 규정한 상업적 통신개념은 공정거래법 제1조 내지 제3조에 내포된 구속요건과 일치한다. 그러므로 인터넷상의 경쟁행위는 이 법의 적용범위에 속하게 된다. 이와 함께 이와 같은 전자거래 지침의 수용은 선언적 의미도 가지고 있다. 따라서 이러한 개념은 이미 다른 곳에서 확정된 정의와 법적 개념의 실제적 법적용을 어렵게 할 수 있다.³³⁾

4) "거주지 서비스제공자" 규정 신설

전자거래법 초안 제3조 제6호는 전자거래 지침 제2조 c를 수용하여 거주지 서비스제공자 개념을 신설하였다. 여기서 "거주지 서비스제공자"(niedergelassener Diensteanbieter)는 "고정시설을 이용하여 불특정 시간에 원격서비스를 업으로 제공하거나 또는 이행하는 제공자"라고 규정한다. 다만 서비스 제공에 필요한 기술적 설비 기준은 제공자의 거주지를 근거지우지 않는다고 한다. 그러므로 자신의 웹사이트를 외국에 설치한 서

30) Härtig, "Gesetzesentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinien", DB 2001, 80.

31) Brisch, "EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr", CR 1999, 238; Maennel, "Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen-der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission", MMR 1999, 189f.; Spindler, "E-Commerce in Europa", MMR Beil. 7/2000, 13.

32) BT-Drs. 14/6098, 16.

33) Härtig, DB 2001, 80.

서비스제공자도 이 개념에 따르면 국외에 거주하는 것이 아니다.³⁴⁾ 즉 기업이 서비스 금부를 인터넷 웹사이트를 통하여 이행하는 경우 거주지 서비스제공자는 이러한 웹사이트를 제공하는 기술적 수단이 존재하는 장소나 이러한 웹사이트에 진입할 수 있는 장소가 아니라 자신의 경제행위가 행하여진 곳을 기준으로 한다. 그러므로 상품의 생산장소 또는 영업장소의 존재는 단지 이러한 개념에 대한 연결소가 된다.³⁵⁾ 그리고 서비스제공자가 수 개의 장소에 거주하는 경우 어떤 거주지에서 당해 서비스를 이행하였는지 결정되어야 한다. 이러한 특정 서비스와 관련하여 거주지는 서비스제공자의 행위의 중심이 되는 장소가 기준이 된다.

(4) 주소지국가주의 원칙

1) 개 요

전자거래법 초안의 중심적 규정으로는 주소지국가주의(Herkunftslandsprinzip) 원칙(상호승인 원칙)을 들 수 있는데, 이는 주소지국가주의 원칙을 규정한 전자거래 지침 제3조를 수용한 것이다. 주소지국가주의 원칙은 유럽 역내시장에서 자유로운 상품교역을 위하여 헌법적 규정에 대한 유럽연합 법원의 판결과 유럽연합 실무를 통하여 승인되었으며,³⁶⁾ 이는 전자거래 지침을 통하여 서비스금부 거래에도 적용되게 되었다. 전자거래 지침에 따르면 서비스제공자는 원칙적으로 그가 거주하는 회원국의 국내 규정을 준수하여야 한다. 그 한도에서 전자거래 지침 제3조는 각 회원국이 자신의 고권적 영역에 거주하는 서비스제공자가 이행하고자 하는 정보회사의 서비스를 행위의 개시와 실행을 고려하여 이들 국가에서 효력을 가지는 국내규정에 적합하도록 하여야 할 것을 규정하고 있다. 즉 전자거래 지침 제3조의 의미와 목적은 회원국 내에 거주하는 각 서비스제공자는 규정국 내에서 자신의 서비스의 제공 또는 이행 시에 기대되는 것과 동일한 정도로 자신의 모국의 규범을 준수하여야 할 의무를 부담한다고 한다. 이

34) Gierschmann, DB 2000, 1316.

35) BT-Drs. 14/6098, S. 16.

36) Bröhl, MMR 2001, 69; Spindler, MMR Beil. 7/2000,7.

로써 서비스제공자는 그곳에서는 다른 규정이 효력을 가지는 경우에도 자신의 모국의 규정을 준수하여 다른 회원국에 서비스를 제공할 수 있게 되었다.³⁷⁾

2) 원칙

전자거래법 초안 제4조 제1항과 제2항은 서비스제공자는 원칙적으로 그가 거주하는 회원국의 국내규정을 준수하여야 한다는 소위 주소지국가주의 원칙을 규정하고 있다.

가) 서비스제공자가 독일에 거주하는 경우

전자거래법 초안 제4조 제1항은 전자거래 지침 제3조 제1항을 수용하여 “독일에 거주하는 서비스제공자와 그의 원격서비스는 국제사법 규정에서 달리 규정하고 있지 않는 한, 원격서비스가 정보회사의 서비스 특히 전자거래의 일정한 법적 측면에 관한 2000년 6월 8일 유럽의회 지침의 적용범위 내에서, 다른 국가에서 영업적으로 제공되거나 또는 이행되는 경우에도 국내법에 따른다. 이로 인하여 자유로운 서비스급부 거래가 독일법의 요청을 넘어 제한될 수 있다면 그 한도에서 국제사법 규정에 따라 표준이 된 다른 국가의 법률은 이러한 원격서비스에 대하여 적용되지 않는다”고 규정한다. 법률 초안 제4조 제1항에 따르면 독일에 거주하는 모든 서비스제공자와 원격서비스는 원격서비스가 다른 유럽연합 회원국에 제공되거나 또는 이행되는 경우에도 독일법에 따르게 된다. 이로써 이러한 서비스제공자와 그의 원격서비스에 대하여는 소위 주소지국가주의 원칙이 확정되며, 다만 이러한 원칙은 국제사법 규정이 달리 규정하는 경우에는 배제된다. 이에 따라 적용 가능한 실질법(Sachrecht), 예컨대 원격서비스 범위에서 체결된 국경을 넘은 계약에 대하여는 국제사법 규정에 따라 확정된다. 그러나 이에 따라 국제사법 규정에 의하여 정해진 법률도 그러한 법률이 자유로운 서비스급부 거래를 독일법의 요청을 넘어 제한할 수 있다면 그 한도에서 적용되지 않는다. 이러한 제한은 서비스제공자가 원격

37) Harting, CR 2001, 38.

서비스를 다른 유럽연합 회원국에 제공하거나 또는 이행할 경우 자유로운 서비스급부 거래가 독일법의 요청을 넘어 제한되는 한도에서 소가 제기된 독일법원이 국제사법 규정에 따라 적합한 법률인 독일법을 적용할 수 있도록 확정된 것이다. 독일에서는 이러한 방식으로 소위 Forum-shopping 문제를 해결하였다.³⁸⁾ 그러나 전자거래 지침 제3조에서 유래하는 이 조문은 독일의 서비스제공자가 배타적으로 다른 유럽연합 회원국에서 원격서비스를 행하는 경우에만 실제적 의미가 있다. 즉 제4조 제1호에 규정된 독일법의 적용가능성은 현행법에 따르면 개별적인 경우 의문의 여지가 있다.³⁹⁾

나) 서비스제공자가 독일에 거주하지 않는 경우

전자거래법 제4조 제2항은 전자거래 지침 제3조 제2항을 수용한 것으로 "2000년 6월 8일 원격서비스가 정보회사의 서비스, 특히 전자거래의 일정한 법적 측면에 관한 유럽의회 지침의 적용범위 내에서, 다른 국가에 거주하는 서비스제공자로부터 독일에 영업적으로 제공되거나 또는 이행되는 원격서비스의 자유로운 서비스급부 거래는 제한되지 않는다. 이로 인하여 자유로운 서비스급부 거래가 거주지국가 법의 요청을 넘어 제한될 수 있다면 그 한도에서 국제사법 규정에 따라 표준이 된 법률은 이러한 원격서비스에 대하여 적용되지 않는다"고 규정한다. 법률 초안 제4조 제2항에 따르면 다른 유럽연합 회원국에 거주하는 서비스제공자가 독일에 원격서비스를 제공하거나 또는 이행하는 경우 서비스제공자가 거주하는 당해 유럽연합 회원국의 법률이 표준이 된다. 그러므로 법률 초안 제4조 제2항의 의미에서의 원격서비스는 국제사법 규정에 따라 효력을 가지는 국내규범이 적용되게 된다. 이에 따라 계소된 국가의 실질규범(Sachnorm)은 이로 인하여 자유로운 서비스급부 거래가 거주지국가 법의 요청을 넘어 제한될 수 있다면 그 한도에서 적용될 수 없다. 그러나 제4조 제2호에 규정된 다른 유럽연합 회원국 법률의 적용가능성은 당해 회원국 법률이 독일법과 나란히 독일에서 적용될 수 있다는 문제점이 있다.⁴⁰⁾

38) BT-Drs. 14/6098, 17.

39) Harting, DB 2001, 80.

40) Harting, DB 2001, 80.

다) 주소지국가주의 원칙 제한

주소지국가주의 원칙을 규정한 전자거래법 초안 제4조 제1항과 제2항은 단지 영업적 행위(geschäftsmäßiges Handeln)에 대하여만 효력이 있다. 이러한 한계는 원격서비스법의 적용범위가 원칙적으로 개별적 이용을 확정하고 원격통신을 통한 전달에 기초를 둔 모든 전자적 정보 및 통신서비스를 고려하며, 이와 함께 전자거래 지침에서 고려된 상업적인 원격서비스를 넘은 경우에 필요하다. 여기서 "영업적"이라는 개념은 원격서비스법이 다른 곳에서도 의미가 있으며, 상업적 원격서비스의 적용범위를 한정한다. 즉 서비스제공자가 원격서비스를 지속적인 행위에 근거하여 이윤을 목적으로 또는 이러한 목적이 없이 제공한 경우에도 영업적 행위에 속한다. 예컨대, 공공도서관과 박물관에서의 원격서비스도 영업적으로 제공된 또는 이행된 원격서비스에 포함되며, 이에 반하여 사적인 행위는 영업적 행위에 포함되지 않는다.⁴¹⁾

3) 예 외

전자거래법 초안 제4조 제3항 내지 제5항은 유럽연합 회원국이 자국 내에서 전자거래를 조종하는 것을 허용하는 주소지국가주의 원칙의 예외를 규정하고 있다.

가) 특정행위에 대한 예외

전자거래법 초안 제4조 제3항은 전자거래 지침 제3조 제3항을 수용한 것으로, 제1호 내지 제3호의 범위에 속하는 특정행위에 대하여는 국제사법 규정에 따라 적용 가능한 실질법의 제한을 처음부터 고려하지 않는다. 여기서 원칙의 적용이 배제되는 영역으로는, ①법선택의 자유, ②원격서비스의 영역에서 체결된 소비자계약에 대한 규정, ③부동산 및 부동산 유사 권리의 취득과 부동산 및 부동산 유사 권리에 대한 물권의 설정, 양도, 변경 또는 소멸의 방식에 관한 실정법 규정이다. 여기서 제1호는 계약당사자의 법선택의 자유를 의미하며, 제2호는 주소지국가주의 원칙이 원격

41) BT-Drs. 14/6098, 18.

서비스 영역에서 체결된 소비자계약과 관련하여 계약상의 채무관계에는 적용되지 않음을 밝힌 것이다. 즉 소비자는 그가 주소로 둔 회원국의 법률에 따라 계약상의 의무에 관한 강행규정을 통하여 보장되는 보호를 주소지국가주의 원칙에 의하여 침탈 당하지 않음을 분명히 한 것이다. 그리고 제3호는 독일이 부동산 계약의 유효한 체결에 대하여는 공중인의 공중이라는 강행적인 방식을 요구하고 있으므로 이 범위에서는 이에 상응하는 명확성을 원격서비스법에 규정한 것이다.

나) 규율영역에 대한 예외

전자거래법 초안 제4조 제4항은 전자거래 지침 제3조 제3항에 따라 일정한 규율영역에 대하여는 주소지국가주의 원칙의 예외를 규정하고 있다. 이에 속하는 것으로는, ①고권적으로 행위를 한 공중인 및 다른 직업 종사자의 행위, ②위임의 대리인 법정에서 자신의 이익의 인지, ③전자우편에 의한 요청하지 않은 상업적 통신의 허용, ④복권과 내기를 포함하는 도박 등에서 금전가치로 나타난 승리금, ⑤배포형 서비스의 요청, ⑥저작권, 유사 보호권, 권리, ⑦연구소를 통한 전자화폐의 교부, ⑧카르텔법에 속하는 합의 내지 행동방식, ⑨보험감독법 제10조 a, 제12조, 제13조 a 내지 제13조 c, 제55조 a, 제83조, 제110조 a 내지 제110조 d, 제111조 b와 제111조 c, 보험계도로 파악된 영역을 위한 연방감독청에 대한 보험회사의 보고에 관한 규정 및 보험계약의 체결과 실행에 대한 실정법, ⑩개인관련 데이터의 보호에 대한 실정법 규정이다. 여기서 제1호에 규정된 다른 직업 종사자로는 독일에서는 예컨대 공적으로 채용된 측량기사를 들 수 있으며, 이들이 계획서 또는 의견서 작성과 같이 고권적 성격이 없는 행위를 한 경우에는 그러하지 아니하다.⁴²⁾ 제3호에서 독일에서는 전자우편에 의하여 요청하지 않은 광고의 전송은 허용되지 아니한다. 그러므로 독일의 서비스제공자가 법적으로 허용되는 전자우편을 다른 국가에 전송하는 경우에도 그는 전자우편에 의한 광고의 전송과 관련하여 독일의 실정법을 준수하여야 한다. 즉 전자우편에 의한 요청하지 않은 광고는 발송자가 다른 나라에 있는 경우에는 현행법이 효력을 가진다.⁴³⁾ 제5호에서 원격서비스

42) BT-Drs. 14/6098, 19.

43) Gierschmann, DB 2000, 1317; Spindler, MMR Beil. 7/2000, 14.

법의 규정은 편집행위가 일반대중에 대한 의견형성에 있어서 중요하지 않은 한도에서 전자적인 주문형 서비스 및 전자적인 배포형 서비스에도 효력이 있다. 이는 원칙적으로 이들 서비스가 주문형 서비스로서 또는 배포형 서비스로서 제공 또는 이행되었는가의 여부와 무관하게 원격서비스에 대한 법적 기본조건의 통일성을 보장하기 위하여 확정되었다.⁴⁴⁾ 제6호는 다른 유럽의회 지침 또는 준비중에 있으며, 특히 정보사회에 있어서 저작권 및 유사 보호권의 특정 관점의 조화를 위한 유럽연합 지침과 관련된다. 그리고 제10호는 전자거래 지침이 제1조 제5항 b에 적합하게 어떠한 적용도 없는 한도에서 개인관련 데이터에 대한 보호법규에 대하여는 제외된다.

다) 보호법규에 대한 예외

전자거래법 초안 제4조 제5항은 전자거래 지침 제3조 제4항과 제5항을 수용하여 일정한 보호법규에 대하여는 주소지국가주의 원칙의 예외를 규정하고 있다. 즉 “2000년 6월 8일 원격서비스가 정보회사의 서비스, 특히 전자거래의 일정한 법적 측면에 관한 유럽의회 지침의 적용범위 내에서, 다음의 경우 제2항과 무관하게 국내법에 따른다”고 규정한다. 즉 다른 국가에 거주하는 서비스제공자에 의한 원격서비스의 제공 또는 이행이, ① 청소년 보호와 인종, 성, 신앙 또는 국적을 근거로 하는 비방의 방지 및 개개인의 인간의 존엄에 대한 침해를 포함하는 공적 질서, 특히 범죄행위의 예방, 수사, 교화, 기소를 고려한 보호, ②공공 보장, 특히 국가안전 및 방위이익의 보장에 대한 보호, ③공공의 건강, ④사업장의 보호를 포함한 소비자 이익의 보호가 침해하거나 또는 실제적이고 중대한 위험을 야기하고 그리고 국내법의 기초에 의하여 고려되는 조치가 이러한 보호목적에 대하여 적절한 관계에 있는 한도에서, 주소지국가주의 원칙 대신 국내법인 독일법이 적용된다. 즉 각 유럽연합 회원국은 원격서비스가 위와 같은 보호법익을 침해하거나 또는 실제적이고 중대한 위험을 야기한 경우 자유로운 서비스급부 거래를 제한할 수 있다. 이는 이러한 사례에 있어서 독일 공무원이 독일법에 근거하여 서비스제공자에 대하여 이에 적합한 조치를 취할 수 있음을 의미한다.⁴⁵⁾

44) BT-Drs. 14/6098, 18.

45) BT-Drs. 14/6098, 19.

4) 주소지국가주의 원칙과 충돌법 사이의 관계

전자거래법 초안의 중심적 논쟁의 하나는 전자거래법 초안 제4조 제1항 및 제2항과 제2조 제6항과의 관계이다. 법률 초안 제2조 제6항에 따라 전자거래법은 국내의 충돌법(Kollisionsrecht)에 영향을 미치지 않는다. 그 때문에 주소지국가주의 원칙이 배타적으로 주소지국가의 실정법 또는 주소지국가의 충돌법에도 지시될 수 있는지의 여부가 문제된다.⁴⁶⁾ 각 충돌법에 대한 지시가 제2조 제6항에서 유래한다는 견해⁴⁷⁾는 주소지국가주의 원칙을 방해하는 결과를 가져온다. 즉 거주지국가(Niederlassungsstaat)의 충돌법은 다양하게 다른 나라의 법, 특히 결과발생지의 법을 지시한다.⁴⁸⁾ 그러므로 거주지국가의 충돌법 적용시 서비스제공자는 개별적인 사례에 있어서 고유한 법질서의 제한에 복종하여야 할 뿐만 아니라 다른 나라의 충돌법의 준수도 고려하여야 한다. 이는 전자거래법 초안이 추구하는 법적 안정성의 목적과 정반대의 결과를 야기한다.⁴⁹⁾ 그러므로 전자거래법 초안 제4조 제2항은 국제사법 규정에 따라 효력이 있는 규범이 제4조 제4항에 규정된 사례의 예외에 해당하는 자유로운 서비스급부 거래가 거주지국가 법의 요청을 넘어 제한된다면 적용되지 않는다고 규정함으로써 이러한 문제를 해결하였다.⁵⁰⁾

한편 전자거래법 초안 제4조 제1항 및 제2항에는 주소지국가의 실정법에 따른 지시의 사정거리에 대한 논쟁의 여지가 남아있다. 그리하여 제3항는 법선택의 자유, 원격서비스 범위 내에서 체결된 소비자계약에 대한 조항, 부동산 및 부동산과 같은 권리의 취득 방식과 부동산 및 부동산과 같은 권리에 대한 물권의 발생, 이전, 변경 또는 소멸에 관한 법적 조항에 영향을 미치지 않는다고 규정한다.

46) Gierschmann, DB 2000, 1316; Hoeren, "Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce", MMR 1999, 195; Spindler, MMR Beil. 7/2000, 9f.

47) Spindler, MMR Beil. 7/2000, 9.

48) Gierschmann, DB 2000, 1316; Hoeren, MMR 1999, 195.

49) Brisch, CR 1999, 236; Harting, DB 2001, 81; Maennel, MMR 1999, 190.

50) Brühl, MMR 2001, 70.

(5) 진입자유

1) 전자거래법상의 진입자유

전자거래법 초안 제5조는 전자거래 지침 제4조를 수용하여 "이 법의 범위 내에서 원격서비스는 허가를 받거나 신고를 받지 않아도 된다"고 규정한다. 즉 원격서비스가 일반 제정법에 존재하는 직무의 수행으로 이행된 경우 이러한 일반규정은 원격서비스의 이행시에 그리고 이행을 위하여 고려될 수 있다.⁵¹⁾ 예컨대, 서비스제공자가 일반적인 법적 자문을 원격서비스로 제공한 경우 그는 변호사로서 허가(Zulassung) 또는 법률자문법(Rechtsberatungsgesetz) 제1조에 따른 허가(Erlaubnis)를 받아야 한다. 그 이외에도 원격서비스가 제공되거나 또는 이행된 사정과 관련이 있는 허가 의무 또는 고지 의무는 이에 반하여 허용되지 않는다.

2) 진입통제서비스법의 제정

가) 제정개요

독일에서 이제까지 존재하는 규정들은 진입자유를 규율하여야 할 실체를 명확하게 규정하고 있지 못하다. 그러므로 민법과 형법의 영역에서 1998년 11월 20일 진입이 통제된 서비스와 진입을 통제할 수 있는 서비스의 법적 보호에 관한 유럽의회 지침⁵²⁾에 따른 명확화의 필요성이 제기되었다. 즉 진입통제서비스법의 제정으로 진입통제서비스의 제공자는 어떠한 경우에도 목적한 이익의 반환을 요구할 수 있음을 사법상 확정하였다. 동시에 형법적 범위에서의 위하효과도 증가되었다. 이에 대하여 보호설비 또는 지원행위의 영업적 회피 시에는 형법 제265조 a에서의 다른 불법내용이 우선한다. 그러나 형법 제265조 a는 영업적 행위가 아닌 것에만 적용될 수 있으며, 더욱이 예비행위는 고려하고 있지 않다. 그리하여 진입자유를

51) BT-Drs. 14/6098, 20.

52) Richtlinie 1998/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20. November 1998(ABl. L 320 v. 28 November 1998).

위한 법률로서 진입통계서비스보호법 초안⁵³⁾이 2001년 5월 17일 만들어져 연방의회에 제출되었다.

나) 내 용

a) 입법목적

진입통계서비스법 초안은 진입이 통제된 서비스의 유료 이용을 보장하는 진입을 통제할 수 있는 서비스를 영업적 침해로부터 보호하기 위한 것이다(제1조). 즉 독일에서는 방송의 제공, 정보 및 통신서비스가 점차 암호화 방식으로 전송되고 그리고 이용자만 진입을 통제할 수 있는 서비스를 해독할 수 있는 방식으로 행하여지므로 유료 이용자만 이러한 서비스를 암호화 방식으로 이용할 수 있도록 보장하기 위한 데 있다. 그러므로 법률안은 이용자가 진입이 통제된 서비스에 대한 보호설비의 회피를 통한 영업적 침해를 금지하기 위한 목적을 가지고 있다. 즉 이 법은 서비스 자체에 대한 실제적 규정이 아니라 보호조치에 대한 영업적 회피 사례에 있어서의 제재만을 규율한다. 따라서 이 법은 방송법 및 미디어법의 영역에 있어서 각 주의 규정에 영향을 미치지 않는다. 진입이 통제된 서비스는 허가를 요하지 않으며, 또한 외국으로부터의 진입이 통제된 서비스도 보호된다. 그리고 이 법이 진입이 통제된 서비스만 관련되는 경우에는 서비스의 제1회의 사용이 허가에 종속되는 시스템만 고려된다. 그러므로 자료의 복사보호 시스템은 이 법의 적용대상이 아니다.

b) 개념규정

진입통계서비스법 초안은 기술적으로는 중립적으로 규정되었으므로 진입이 통제된 서비스 또는 회피설비 보호의 구체적 모습과 무관하게 효력이 있다. 특히 독일에서는 이미 원격서비스 내지 미디어서비스 같은 정보회사의 서비스가 법률에 규정되어 있으므로 이러한 개념들과 일치시키기 위한 것이다.

53) Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Zugangskontrolldienste vom 7. Mai. 2001.

“진입이 통제된 서비스”(Zugangskontrollierte Dienste)는 유상으로 이행되고 진입을 통제할 수 있는 서비스의 적용 하에서만 이용할 수 있는 a) 방송에 관한 국가계약 제2조의 의미에서의 방송공연, b) 원격서비스법 제2조의 의미에서의 원격서비스, c) 미디어서비스에 관한 국가계약 제2조의 의미에서의 미디어서비스를 말한다(제2조 제1항). 즉 이 규정은 유료TV와 같이 암호화 방식으로 전송된 방송, VOD의 유상제공과 같이 인터넷상 이미 내포되어 있는 암호화 방식의 미디어서비스, 유료 컴퓨터게임과 같은 인터넷상 이미 내포되어 있는 암호화 방식의 원격서비스를 포함한다. 따라서 이 법의 보호목적은 암호화된 내용의 서비스이며, 안전성 측면 또는 인증 사유에서 암호화 방식으로 전송된 서비스는 포함하지 않는다.

“진입을 통제할 수 있는 서비스”(Zugangskontrollierte Dienste)는 진입이 통제된 서비스의 허가된 이용을 가능케 하는 기술적 조치 또는 설비를 말한다(제2조 제2항). 여기서 진입을 통제할 수 있는 서비스는 암호화된 서비스를 해독된 방식으로 사용하여야 한다. 그러므로 예컨대 하드웨어 해독 장비 및 소프트웨어 해독 장비도 이에 포함된다. 그리고 진입을 통제할 수 있는 서비스설비는 보호가치가 있는 과학과 기술의 현재 수준을 내포하여야 하는 것은 아니다.

그리고 “회피설비”(Umgehungsvorrichtung)는 진입이 통제된 서비스의 허용되지 않는 이용을 가능케 하도록 특정된 또는 이에 상응하여 적용된 기술적 조치 또는 설비를 말한다(제2조 제3항). 여기서 회피설비는 서비스의 암호화 방식을 진입이 통제된 서비스의 사용이 필요 없는 해독된 방식으로 변환한다. 그러므로 예컨대 셋톱박스(Set-Top-Boxen)의 원문을 새로운 장치에서 이용 가능토록 하는 컴퓨터프로그램이 이에 속한다. 그리고 설비가 특별히 회피에 기여하는 경우에도 충분하다.

c) 영업적 침해의 금지

진입통제서비스법 초안은 진입을 통제할 수 있는 서비스의 회피를 위하여, ①영업적 목적으로 회피설비의 제조, 반입 그리고 유통, ②영업적 목적으로 회피설비의 점유, 기술적 설치, 정비 그리고 교환, ③회피설비의 유통을 조장하기 위한 상업적 통신의 영업적 설치는 금지한다(제3조). 이러

한 금지는 금지된 서비스금부의 영업적 제공만 고려하며, 금지된 행위는 민법상의 금부와 무관하게 제조, 반입, 유포 등이 이에 속한다.

d) 획득한 이익의 반환

진입을 통제할 수 있는 서비스제공자는 이 법 제3조를 위반한 자에 대하여 취득한 이익의 반환을 청구할 수 있다(제4조). 이 법은 독일민법 제 823조 제2항의 의미에서의 진입을 통제할 수 있는 서비스제공자에 대한 보호법규로 규정되었으며, 일반적인 손해배상 규정도 함께 적용된다. 회피행위로 획득한 이익은 침해부당이득의 방법으로 반환하여야 하며, 이는 제3조 제1항의 경우에 직접 효력이 있다. 제3조 제2항과 제3항에서는 설비의 정비와 취득이 단지 진입을 통제할 수 있는 서비스제공자에 의해서 발생할 수 없는 경우에는 진입을 통제할 수 있는 서비스제공자에게 한정된 법적 지위를 침해하지 않은 것으로 된다. 그러나 이러한 이익을 예방적 근거로서 반환하여야 하는 경우 이익반환청구권에 대한 청구권의 기초는 이러한 사례에서도 발생한다.

e) 벌 칩

법률 초안은 이 법 제3조 제1항을 위반하여 회피설비를 제조, 반입 또는 유포시킨 자에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다(제5조). 그리고 제3조 제2항을 위반하여 회피설비를 점유, 기술적 설치, 정비 또는 교환하거나 또는 제3조 제3항을 위반하여 회피설비의 유포를 조장한 자에 대하여는 10만 마르크의 벌금에 처해진다(제6조).

(6) 정보제공의무

1) 개 요

전자거래법 초안의 핵심은 정보제공의무(Informationspflicht)의 신설이다. 이는 전자거래 지침 제5조, 제6조 및 제10조를 수용한 것으로 서비스제공자에게 추가적인 정보제공의무를 부과하고 있다. 여기서 전자거래 지침 제5조는 서비스제공자에게 자신의 기업에 대한 여러 가지 진술

(Angaben)을 쉽고, 직접적이며, 지속적으로 처분 가능하도록 할 의무를 부과하고 있으며, 제6조는 상업적 통신에서의 여러 가지 진술에 대한 서비스제공자의 의무를 규정하고 있다. 그리고 제10조는 서비스제공자에게 그가 원격서비스를 통한 계약체결의 경우 제공하여야 하는 계약체결의 종류 및 방식에 관한 진술을 제공할 의무를 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 서비스제공자의 정보제공의무는 독일민법에 있어서는 채권법현대화법 형식으로 삽입된 하나의 새로운 규정을 통하여 효력을 가진다.⁵⁵⁾

2) 일반 정보제공의무

전자거래법 초안 제6조는 전자거래 지침 제5조를 수용하여 현행 원격서비스법 제6조에 규정되었던 내용들을 현저히 확대하였다. 즉 현행법에 따르면 서비스제공자는 영업적 원격서비스를 위하여 자신의 명칭과 주소만을 제공하면 되었다. 그러나 법률 초안에서는 서비스제공자에게 일정한 정보제공의무를 부과하고 있으며, 이러한 서비스제공의무는 소비자 보호와 영업적으로 이행된 원격서비스의 투명성에 기여한다.⁵⁶⁾ 여기서 정보는 쉽게 인식할 수 있으며, 직접 도달 가능하고, 그리고 지속적으로 처분 가능하여야 한다. 그러므로 정보는 잘 인지할 수 있는 자에게 존재하여야 하며, 오랜 탐색 없이 항상 발견할 수 있어야 한다.⁵⁷⁾

서비스제공자가 제공하여야 할 정보로는, ①성명과 그가 거주하는 주소, 법인의 경우에는 추가적으로 대리권자, ②전자우편 주소를 포함하여 쉽게 전자적으로 접촉할 수 있고 그와 직접 통신이 가능한 진술, ③감독관청의 허가가 필요한 행위의 영역에서 원격서비스가 제공되거나 또는 이행되는 한도에서 지속적인 감독관청에 대한 진술, ④상업동기, 사단동기, 동업자 동기, 협동조합동기 및 이에 상응하는 동기번호, ⑤원격서비스가 직무의 실행으로 제공되거나 이행된 한도에서, a) 서비스제공자가 속해 있는 부서

54) Gierschmann, DB 2000, 1318.

55) Harting, CR 2001, 274.

56) 이러한 의미에서 이를 투명성의무(Transparenzverpflichtungen)라고도 한다 (Waldenberger, "Elektronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission", EuZW 1999, 299).

57) BT-Drs. 14/6098, 21.

(Kammer), b) 법적인 직업표지와 직업표지를 수여한 국가, c) 직업법적 규정의 표지와 이것에 접근하기 위한 것, ⑥서비스제공자가 판매세법 제 27조 a에 따른 판매세 납세번호를 가지고 있는 경우 이러한 번호에 대한 진술이 이에 속한다. 그러나 이 조항은 원격판매법, 원격강의보호법, 재택 근무법, 가격표시법과 가격규정법, 가격표시법 시행령 및 상법상의 규정에 따른 기타의 정보제공의무에 영향을 미치지 않는다. 여기서 제1항의 설명과 주소는 서비스제공이 가능한 종류와 방식에서 나타나며, 특히 주소는 우편물을 수신할 수 있는 우편주소에 대한 진술이 아니라 서비스제공자가 영업적으로 행위하는 거주지의 주소를 의미한다. 따라서 이는 범충돌의 경우에 적용법을 포함하여 책임을 질 회원국을 확정하며, 이와 함께 이용자가 서비스제공자에 대한 자신의 권리를 행사할 수 있는 가능성을 가진다.⁵⁸⁾ 제2호에서 서비스제공자와 쉽게 전자적으로 접촉할 수 있고 그와 직접 통신이 가능한 진술로는 적어도 전화번호와 전자우편 주소가 관련된다. 제3호의 지속적인 감독관청에 대한 진술은 이용자에게 서비스제공자에 관한 요구를 문의할 수 있고 그리고 직무의 실행이 법률위반이 되는 사례에 있어서 공공의 요청을 할 수 있는 가능성을 부여한다. 제5호에 규정된 동기부는 초안에 규정된 동기부만 의미한다. 그리고 제6조 제2문은 제6조 제1문에 규정된 정보제공의무와 나란히 원격판매법과 같이 원격서비스에 대한 특별규정으로부터 또는 가격표시법과 같이 법률행위에 대한 일반규정으로부터 부여되는 그 이외의 규정의 효력을 규정한 것이다. 이와 동시에 제2문은 원격서비스법이 현존하는 법을 보충하는 것이 대체하는 것이 아님을 분명히 한다.⁵⁹⁾

3) 특별 정보제공의무

전자거래법 초안 제7조는 전자거래 지침 제6조를 수용하여 원격서비스를 수단으로 하는 광고에 대하여 효력이 있는 일련의 정보제공의무를 신설하였다. 이는 서비스제공자가 원격서비스의 이행시에 그것의 전제가 되는 최소한의 요구를 쉽게 인식할 수 있으며, 직접 도달 가능하고, 그리고 지

58) Bröhl, MMR 2001, 70; Harting, CR 2001, 274.

59) BT-Drs. 14/6098, 22.

속적으로 처분 가능하여야 한다는 것을 규정한다. 여기서 최소한의 요구는 비용을 들임이 없이 명백하게 인지할 수 있고, 복잡한 지시 없이 직접 도달 가능하고, 시간적으로 제한되게 접근할 수 있는 것이 아니라 지속적으로 처분 가능하여야 한다는 것을 의미한다.⁶⁰⁾ 즉 원격서비스의 본질적 구성부분이거나 또는 그러한 서비스의 하나인 상업적 통신에 있어서 서비스제공자는, ①상업적 통신 그 자체를 명백하게 인지시켜야 하고, ②상업적 통신을 위임받은 자연인 또는 법인의 동일성을 명백하게 하여야 하며, ③가격할인, 보너스, 사은품과 같이 판매촉진을 위한 청약은 그 자체를 명백하게 인지시켜야 하며 그리고 이러한 청구에 대한 조건은 쉽게 도달할 수 있어야 하고 명백하고 의문 없이 제공되어야 한다. ④가격표시 또는 내기는 그 자체를 명백하게 인지시켜야 하고 참가조건은 쉽게 도달할 수 있어야 하고 명백하고 의문 없이 제공되어야 한다. 제1호의 광고와 상업적 통신은 그 자체로서 명백하게 인지되어야 하며, 이는 상업적 통신이라는 그 특성에서 다른 내용 또는 정보보다 뚜렷하여야 한다는 것을 의미한다. 제2호는 예컨대 이러한 인격의 이름, 회사명 또는 기타의 회사표지가 전자적인 광고에서 나타나는 경우이다. 그러므로 상업적 통신을 내포하는 "웹사이트"(Web-Site)에 대한 이에 상응하는 "하이퍼텍스트 결합"(Hypertextverbindung)도 충분하다. 그리고 제7조에 규정된 정보제공의무는 공정거래법에 영향을 미치지 않으며, 원격판매법 제2조 제2항에 규정된 의무와 중첩적으로 적용된다.⁶¹⁾ 즉 투명성 의무의 위반에 대한 효과는 공정거래법에 따라 처리된다.⁶²⁾

(7) 책임귀속

1) 개요

전자거래법 초안 제8조 내지 제12조는 원칙적으로 같은 법 제5조에 상응하는 것으로, 전자거래 지침 제12조 내지 제15조의 전제가 된 국내법에 있어서 전자적 통신의 매개자의 책임제한을 수용한 것이다. 책임에 관

60) BT-Drs. 14/6098, S.22.

61) Harting, DB 2001, 81.

62) Bröhl, MMR 2001, 70.

한 이러한 지침규정은 그것이 책임의 특권(Haftungsprivilegien)을 예정한 한도에서 완전한 조화로 간주된다.⁶³⁾ 즉 유럽연합 회원국이 국내법을 확장규정 또는 축소규정으로 둘 수 없도록 하였다. 전자거래 지침은 독일법 뿐만 아니라 미국법도 그 전형을 가지고 있는 책임의 단계적 체계에 기초하고 있다.⁶⁴⁾ 예컨대, 콘텐츠제공자와 같은 서비스제공자는 자신의 정보에 대하여 일반 법률에 따라 무제한 책임을 진다. 이에 대하여 소위 “중간저장”(Caching)에 있어서는 일정한 의무를 침해한 때, 소위 “저장”(Hosting)에 있어서는 이를 인식한 때, 손해배상청구에 있어서는 이를 인식하여야 했음에도 불구하고 이를 인식하지 못하였을 때 서비스제공자의 책임이 고려되면 순수한 통신사업자와 같은 급부의 매개자는 전혀 책임을 지지 않는다. 일반규정에 따른 책임의 배제는 서비스제공자의 행위가 통신망을 운영하고 이에 대한 진입을 매개하거나 또는 제3자가 처분할 수 있는 정보를 저장할 수 있는 사례에서만 충족된다. 이러한 책임의 제한은 형법 영역에도 효력이 있다.

이러한 책임제한 규정에 있어서 제9조 내지 제11조의 효력규정은 필터 방식과 기술적으로 비교되지 않는다. 왜냐하면 이러한 책임은 민법 및 형법 영역에서 근거되거나 확장된 것이 아니라 일반규정으로부터의 책임에서 발생한 것이기 때문이다. 그러므로 서비스제공자가 책임에 대한 기초와 관련되기 이전에 일반 규정에서 발생한 책임이 제9조 내지 제11조에 의하여 배제되지 않는지의 여부를 항상 검토하여야 한다. 즉 개별적인 사례에 있어서 책임에 대한 일반규정의 요건이 충족되면 서비스제공자는 그가 제9조 내지 제11조의 침해와 관련될 수 있는 경우에도 법익침해에 대하여 동시에 책임을 지지 않는다.⁶⁵⁾

2) 자신의 정보에 대한 책임

전자거래법 초안 제8조 제1항은 “서비스제공자는 그 이용이 준비된 자신의 정보에 대하여는 일반 법률에 따라 책임을 진다”고 규정한다. 예컨

63) Bröhl, MMR 2001, 71.

64) 전자거래 지침은 이 한도에서 1998년 미국의 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act von 1998) 규정을 따르고 있다(Bröhl, MMR 2001, 71).

65) BT-Drs. 14/6098, 23.

대, 콘텐츠제공자(Contents-Provider)와 같은 서비스제공자는 자신의 정보에 대하여는 일반 규정에 따라 책임을 지며, 자신의 책임제한이 원격서비스법에 따라 발생하지 않는다는 것을 명백히 한다. 이에 따라 제8조 내지 제11조의 체계는 서비스제공자가 제9조 내지 제11조에 따라 책임이 제한되지 않는 한도에서, 그에게 저장된 또는 매개된 타인의 정보에 대하여는 일반 법률에 따라 책임을 지는 구성이다.⁶⁶⁾ 여기서 “정보”(Information)는 제5조에 규정된 “내용”(Inhalt)에 대응하며, 당시의 원격서비스의 영역에서 중개되거나 또는 저장된 모든 진술을 포함한다. 그러나 서비스제공자가 예컨대 하이퍼링크를 통하여 타인의 정보를 중개하는 경우 어떠한 조건하에서 책임을 지는지의 문제는 여전히 남는다. 즉 자신의 정보와 타인의 정보에 대한 구분은 초안에 있어서도 여전히 모호하다.⁶⁷⁾

초안 제8조 제2항은 “제9조 내지 제11조의 의미에서 서비스제공자는 자신에게 중개되었거나 또는 저장된 정보가 위법한 행위를 암시해도 이를 검열하거나 또는 상황에 따라 조사할 의무를 부담하지 않는다. 또한 일반 법률에 따라 정보의 이용을 삭제 또는 차단하여야 할 의무는 서비스제공자에게 책임이 없는 경우 제9조 내지 제11조에 따라 아무런 영향을 받지 않는다. 원격통신법 제85조에 따른 통신비밀은 준수하여야 한다”고 규정한다.

초안 제8조 제2항 제1문은 전자거래 지침 제15조 제1항을 수용한 것이다. 전자거래 지침 규정에 따르면 유럽연합 회원국은 서비스제공자에게 그에게 중개되거나 또는 저장된 타인의 정보가 위법한 행위를 암시해도 이를 검열하거나 또는 상황에 따라 적극적으로 조사할 어떠한 일반적 의무도 부담시키지 않는다. 이에 따라 유럽연합 회원국은 서비스제공자에게 일반적인 방법으로의 검열의무를 부담시키지 않으며, 초안 제8조 제2항 제1문도 제9조 내지 제11조의 의미에서 서비스제공자에게 검열의무(Überwachungspflicht)와 조사의무(Nachforschungspflicht)가 없음을 규정한 것이다.⁶⁸⁾

66) Harting, CR 2001, 275.

67) Harting, CR 2001, 275; Spindler, MMR Beil. 7/2000, 20.

68) BT-Drs. 14/6098, 23.

초안 제8조 제2항 제2문은 전자거래 지침 제12조 제3항, 제13조 제2항 및 제14조 제3항을 수용한 것으로 현행법 제5조 제4항에 상응한다. 즉 제2문은 일반 법률에 따라 위법한 정보의 이용을 삭제 또는 차단하여야 할 의무는 서비스제공자가 이러한 정보를 인지한 경우에도 제9조 내지 제11조의 요건이 존재하는 때에는 아무런 영향을 받지 않는다는 것을 의미한다. 이는 현행법이 요구하고 있는 그러한 차단이 기술적으로 가능하고 그리고 기대할 수 있어야 한다는 것을 더 이상 명시적으로 의도하지 않은 것으로 중요한 의미가 있다. 왜냐하면 이러한 요구는 이미 일반적인 상위 원칙으로부터 존재하기 때문이다. 여기서 기술적인 불능은 기대할 수 없는 것보다 적은 것을 요구하므로 모든 개별적 사례에서 기대가능성의 한계를 결정하고 그리고 위험성 있는 법익의 가치에 의존한다는 것을 의미한다. 즉 보호하여야 할 법익이 크면 클수록 당해 서비스제공자는 그만큼 더 기대 가능하다. 이러한 일반원칙을 고려하면 제8조 제2항 제2문은 기술적인 가능성과 기대가능성을 지향한다. 그리고 이에 상응하여 서비스제공자에게 차단의무에서 요구되는 인식은 제3자 또는 당해 관청에 의하여 설정될 수 있다. 그 한도에서 서비스제공자는 원격통신법(Telekommunikationsgesetz) 제85조에 따른 원격통신비밀(Fernmeldegeheimnis)과 결부된다. 다만 차단의무에는 어떤 법적 효과가 있는지 그리고 언제 서비스제공자가 원격통신비밀의 침해에 대하여 알고 있었는지에 대하여는 일반 원칙에 따라 결정된다.⁶⁹⁾

3) 타인의 정보에 대한 책임

전자거래법 초안 제9조는 전자거래 지침 제12조 제1항 및 제2항을 수용한 것으로 현행법 제5조 제3항에 상응한다. 전자거래 지침 규정에 따르면 유럽연합 회원국은 이용자에 의하여 입력된 정보를 통신망에서 중개하거나 또는 통신망에의 진입을 매개하는 서비스제공자는 그가 어떠한 방법으로 이와 결부되지 않는 한 중개한 정보에 대하여 책임이 없다는 것을 보장하여야 한다. 특히 초안 제9조는 통신망제공자(Access-Provider)와 같은 서비스제공자의 행위는 단순한 통과(Durchleitung)의 경우에 통신

69) BT-Drs. 14/6098, 23.

망을 운영하고 이에 대한 진입을 매개하기 위한 기술적 경과에 한정된다는 것에 근거한다. 여기서 이러한 통과행위는 서비스제공자가 통상 계속 전달한 또는 일시적으로 잠시 저장한 정보에 대하여 인지하지 못하였고 그리고 이를 통제하지 못하는 자동적인 방식으로 행하여진다. 자동적으로 작동되는 절차에 있어서 서비스제공자는 정보의 관점에서 어떠한 고유한 결정을 내릴 수 없다. 그러므로 책임규정은 서비스제공자가 정보에 대하여 인식이 없는 것을 목표로 할 수 없다. 왜냐하면 서비스제공자가 어떠한 통제도 하지 않았고, 정보에 대하여 어떠한 인식도 없는 사례에 있어서 고유한 책임의 의미에 있어서 이를 서비스제공자에게 귀속시킬 수 없기 때문이다. 이에 반하여 의도적으로 자신의 서비스의 이용자와 위법한 행위를 공동으로 행한 서비스제공자는 "순수한 통과"보다 중하므로 자신의 책임이 배제되지 않는다.⁷⁰⁾

초안 제9조 제1항은 전자거래 지침 제12조 제1항을 수용한 것으로 정보통신망에 올려놓은 정보에 대하여 누가 어떤 책임을 지는지를 규정하고 있다. 즉 "서비스제공자는, ①중개를 게을리 하지 않았고, ②중개된 정보의 수신자를 선택하지 않았으며, ③중개된 정보를 편집하지 않았거나 또는 변경하지 않은 한도에서, 정보통신망에 중개되거나 또는 이용을 위한 진입이 매개된 타인의 정보에 대하여 책임을 지지 않는다"고 규정한다. 그러나 서비스제공자가 이와 같은 방식으로 중개과정에 관여한 경우 그는 자신의 정보에 대한 것과 동일하게 책임을 진다.⁷¹⁾ 서비스제공자가 중개된 정보의 무결성을 변경하지 않은 경우 중개과정에서 기술적 방법의 간섭은 변경으로써 효력이 없다. 현행법 제5조 제3항 제1문이 순수한 통과로 인정될 수 있는 개별적 요건을 열거하지 않은 경우 그 한도에서 원격서비스법은 보충될 수 있다.

초안 제9조 제2항은 전자거래 지침 제12조 제2항을 수용한 것으로 "정보의 자동화된 일시적 저장이 정보통신망에서 중개의 관철을 위해서만 발생하였고 그리고 정보가 장기간 저장되지 않은 한도에서, 중개를 위하여 통상의 방법으로 요구되는 경우 이러한 정보의 저장도 제1항에 따른 정보

70) BT-Drs. 14/6098, 24.

71) Gierschumann, DB 2000, 1318; Spindler, MMR Beil. 7/2000, 17.

의 중개와 그에 대한 진입의 매개에 포함된다”고 규정한다. 이와 같이 전송 목적으로 배타적으로 복제된 정보에 대하여는 이용자가 직접 접근하지 못한다. 이는 서비스제공자의 책임면제(Haftungsbefreiung)를 의미한다.⁷²⁾

4) 타인의 정보의 중간저장에 대한 책임

전자거래법 초안 제10조는 전자거래 지침 제13조 제1항을 수용하여 이 제까지 규율되지 않았던 “중간저장”(Caching)에 대한 책임을 규정하였다. 즉 “서비스제공자는 단지 타인의 정보를 다른 이용자에게 그 요청에 따라 효율적으로 중개하기 위한 목적으로 행하여지는 자동화되고, 시간적으로 한정된 중간저장에 대하여는 다음의 요건이 충족되는 한도에서 책임을 부담하지 않는다. 즉 ①정보가 변경되지 않아야 하고, ②정보에 대한 진입조건을 고려하여야 하고, ③나아가 승인되고 사용된 산업상의 기준이 확정된 정보의 현실화를 위한 규정을 고려하여야 하고, ④나아가 승인되고 사용된 산업상의 기준이 확정된 정보의 진입에 관한 데이터 수집을 위하여 허용된 기술의 사용을 침해하지 않아야 하며, ⑤전송의 최초 출발점에 있는 정보가 통신망으로부터 제거되거나 또는 그에 대한 도달이 차단되거나 또는 법원 또는 행정기관이 제거 또는 차단을 요구함을 안 경우 이 규정의 의미에서 저장된 정보를 제거하기 위하여 또는 그에 대한 진입을 차단하기 위하여 지체없이 행동하여야 한다”고 규정한다. 이 규정은 중간저장과 관련된 서비스제공자에게 책임면제의 의미가 있으며,⁷³⁾ 제9조의 범위에 있어서와 같이 중개된 저장과는 관계가 없다. 즉 중개 내지 매개과정을 포괄하는 제9조 제2항의 중간저장에 있어서는 중개의 목적으로 배타적으로 설정된 그리고 이용자에게 어떠한 직접적 진입도 없는 복제(Kopie)가 문제된다. 이에 반하여 코칭의 영역에서 중간저장은 이용자에게 정보에 대한 빠른 도달을 설정하기 위한 것이다. 이에 반하여 위법한 행위를 행하기 위하여 서비스의 이용자와 의도적으로 공동행위를 한 서비스제공자는 코칭을 넘는 것으로 이에 대하여는 확정된 책임배계를 요구할 수 없다.

72) Lehmann, EuZW 2000, 519.

73) Harting, DB 2001, 82.

서비스제공자에게 책임이 배제되기 위해서는 예외규정이 충족되어야 한다. 제1호에서 변경(Veränderung)은 그것이 중개된 정보의 무결성(Integrität)을 변경시키지 않을 때 중개과정에서의 기술적 간섭은 변경이 아니다. 이 규정은 분산화 된 복제가 항상 원본과 일치하여야 한다는 것과 관련된다. 그러므로 정보는 항상 원본과 일치하기 때문에 역동적인 웹사이트는 어떠한 원본의 변경도 아닌 것으로 고려된다. 제2호에 따라 서비스제공자는 정보의 도달에 대한 조건을 고려하여야 한다. 즉 웹사이트 소유자가 설치한 진입통계를 코칭을 통하여 무력화하는 것을 피하여야 한다. 예컨대, 진입통계는 청소년 보호를 담보하거나 또는 이용료 지급을 보장하는 데 유용할 수 있다. 제3호는 정보가 현실화되어야 하고 웹사이트가 이에 대한 진술을 내포한 사례들을 포함한다. 정보의 현실화에 대한 규정을 통하여 시간적으로 과도한 코치 복제는 흔적을 남기는 것을 피하도록 한다. 특히 승인되고 사용된 기술수준의 목적은 전자거래 지침 제12조 내지 제15조의 규정으로 서비스제공자의 책임영역에서의 조화를 추구한다. 제4호는 정보에 대한 체포지급의 수사를 코치 복제를 통하여 무력화시키는 것을 피하여야 한다. 예컨대, 이는 광고의 정도가 이용의 빈도를 지향하는 사례에 대하여 의미가 있다. 그러므로 원본의 웹사이트 소유자는 그가 설치한 지급체계가 코치 복제에 의하여 무력화되었을 때 손해가 발생한다. 제5호는 서비스제공자에게 정보에 대한 도달의 차단을 통하여 책임제한을 내포하는 것을 회피하기 위한 것이다. 또한 여기서는 정보의 제거 또는 차단이 기술적으로 가능하고 그리고 예견될 수 있는 경우에 책임제한의 중단을 야기할 수 있다는 일반원칙이 효력이 있다.⁷⁴⁾

5) 타인의 정보의 저장에 대한 책임

전자거래법 초안 제11조는 전자거래 지침 제14조 제1항 및 제2항을 수용하여 타인의 정보의 "저장"(Hosting)에 대한 책임을 규정하였다. 즉 "서비스제공자는 이용자를 위하여 저장한 타인의 정보에 대하여 다음의 요건이 충족되는 한도에서 책임을 부담하지 않는다. ①서비스제공자가 위법한 행위 또는 정보에 대하여 인식이 없었고, 그가 손해배상 청구의 경우에

74) BT-Drs. 14/6098, 25.

위법한 행위 또는 정보가 분명하다는 어떠한 사실 또는 사정을 알지 못했거나 또는 ②서비스제공자가 이러한 사실을 알자마자 이러한 정보를 제거하거나 또는 그에 대한 진입을 차단하기 위하여 지체없이 행동하여야 한다. 제1호는 이용자가 서비스제공자에게 중속되든지 또는 그로부터 감독을 받는 경우에는 적용되지 않는다”고 규정한다. 이 규정은 서비스제공자가 타인의 정보를 저장(Hosting)한 데 대한 책임 논쟁을 규율한 데 의미가 있다.⁷⁵⁾ 즉 이러한 책임제한은 서비스제공자의 행위가 정보저장의 기술적 과정에 한정되고 그리고 순수한 매개과정을 귀속시키는 것에서 근거한다. 여기서 “위법한”이라는 개념에는 두 가지의 의미가 있다. 하나는 정보 자체가 이미 존재하는 경우이고, 이러한 한도에서 정보 내지 이와 관련된 사실 내지 상황에 대한 적극적인 인식은 책임특권에서 누락된다. 다른 하나는 정보 자체가 존재하지 않지만 그 한도에서 전개된 행위, 즉 정보의 사용이 권리소유자의 허가 없이 행하여진 경우로 파악된다. 그 한도에서 이에 대한 인지는 허가가 결여된 상황과 결부되어야 하고, 그 한도에서 위법한 행위에 대한 인지를 목표로 하여야 한다. 또한 이러한 개념은 서비스제공자의 형법적 책임이 아닌 민사적 책임만 관련된다는 것을 암시한다.⁷⁶⁾

제 3 절 원격서비스데이터보호법

1. 개 설

(1) 서

1997년 7월 22일의 정보 및 통신서비스법 제2항에 규정되었던 원격서비스데이터보호법⁷⁷⁾은 2000년 6월 8일의 유럽의회 전자거래 지침에 따라 2002년 1월 17일까지 국내법적 규정을 두어야 할 상태에 놓여 있다. 특히 독일 연방정부는 새로운 정보 및 통신서비스의 경험과 발전에 관한

75) Harting, DB 2001, 82.

76) BT-Drs. 14/6098, 25.

77) Das Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870)

보고에서 입법적 개정이 필요함을 밝힌 바 있다.⁷⁸⁾ 그리하여 독일은 2000년 6월 27일의 전자거래법 초안 제3조를 통하여 원격서비스데이터법에 대한 개정⁷⁹⁾을 마쳤으며, 이 법은 2002년 초에 시행될 예정이다.

(2) 개정의 필요성

원격서비스데이터보호법은 새로운 미디어에 의한 정보 및 통신서비스에 있어서는 종래와 달리 개인정보가 남용될 위험성이 있기 때문에 개인정보보호법의 특별법으로 제정된 것이다. 그러나 정보 및 통신서비스법의 개정과 관련하여 새로운 정보 및 통신서비스의 경험과 발전에 관한 연방정부의 연방의회에 대한 보고에서 원격서비스데이터보호법의 입법적 개정의 필요성이 제기되었다. 이는 두 가지 방향에서 제기되었다.

하나는 일반적인 정보보호법과 영역에 특수한 정보보호법의 명료성과 조절의 향상이다. 그리하여 원격서비스데이터보호법은 원격서비스제공자와 이용자에 대한 정보보호의 특별규정을 내포하고 있다. 이 규정은 정보보호법의 현행 제도와도 연관되므로 개인관련 데이터보호에 관한 이러한 효력 규정은 원격서비스데이터보호법이 달리 규정하지 않는 한 적용된다. 원격서비스데이터보호법은 특별규정으로 원격서비스제공자에 대한 특별 원칙, 의무 그리고 허가요건을 규정한다. 원격서비스데이터보호법과 연방데이터보호법(Bundesdatenschutzgesetz) 사이의 이러한 특별성 관계는 원격서비스데이터보호법의 허가요건을 배타적인 것으로 근거지운다. 그 결과 서비스제공자는 이용자의 개인관련 데이터 범위의 측면에서 법적 허가요건이 원격서비스데이터보호법에 규정되지 않은 경우 연방데이터보호법의 일반적 구성요건을 원용할 수 없게 되었다. 즉 개인관련 데이터의 반포와 서비스제공자의 의무에 대한 원칙 규정을 통하여 원격서비스데이터보호법은 연방데이터보호법의 전통적인 데이터보호 개념을 보충하였다.⁸⁰⁾

78) 이에 대하여는 BT-Drs. 14/1191 v.18. Juni 1999.

79) Fassung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten unter Berücksichtigung der in Art.3 des Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 27. Juni 2000.

80) BT-Drs. 14/6098. 14.

다른 하나는 이제까지의 경험과 발전에 터잡은 원격서비스데이터보호법 규정의 최적화이다.⁸¹⁾ 이에 따라 법률 초안은 효력범위의 구체화, 법률체계의 향상, 동의요건의 상세화, 전자적 동의의 확대적용, 원격서비스 남용의 저지, 이용정보의 한계에 대한 명확한 암시 등을 규정하였다.

2. 법률의 내용

(1) 적용범위

전자거래법 초안은 원격서비스데이터보호법의 적용범위를 명확히 하였다. 현행법은 “원격서비스에 있어서 개인관련 데이터보호”라고 규정하여 원격서비스법의 적용범위가 불분명하였다. 그러므로 예컨대 서비스제공자를 위한 온라인쇼핑 시스템의 기술적 배치와 같은 원격서비스제공자를 위한 기술적 장치의 준비는 이 법의 적용대상에서 제외하였다. 그리하여 초안 제1조 제1항은 “이 법의 규정은 서비스제공자가 개인관련 데이터의 수집, 반포, 이용 시에는 원격서비스법의 의미에서 원격서비스 이용자의 개인관련 데이터보호에 대하여 적용된다”고 규정함으로써 소비자로서 원격서비스를 문의한 자연인 관련 데이터로 한정하였다. 그러나 예외적으로 “①원격서비스의 이용이 배타적으로 직업적 또는 역무의 목적으로 행하여지는 한도에서, 고용 및 근로관계에 있어서, ②원격서비스의 이용이 배타적으로 근로 또는 영업과정의 조정으로 행하여지는 한도에서, 기업 또는 공공기관 사이에서 또는 그 내부에서 개인관련 데이터의 수집, 반포, 이용 시에는 적용되지 않는다”고 규정하여 이 법이 원격서비스제공자와 이용자 사이에서만 적용된다는 것을 분명히 하였다. 이는 이전의 원격서비스데이터보호법의 적용범위가 불분명한 데 기인한 것으로,⁸²⁾ 초안은 원격서비스에서 개인관련 데이터의 보호를 대상으로 한다는 것을 분명히 하였다.

한편 원격서비스데이터보호법은 원격서비스법에 규정된 원격서비스의 개

81) BT-Drs. 14/6098, 14.

82) BT-Drs. 14/6098, 27.

념과 관련된다. 즉 원격서비스법에서 말하는 원격서비스의 개념은 기호, 그림 또는 음향과 같은 혼합 가능한 데이터의 개인적 이용을 확정하고 그리고 원격통신을 통한 전달에 기초를 둔 모든 전자적 정보통신서비스를 말한다(원격서비스법 제2조 제1항). 이러한 개념규정은 이 법이 연방데이터보호법의 특별원칙에 우선하지만 원격서비스데이터보호법의 적용범위가 타당하지 않은 당사자 사이에 특별한 이익이 존재하는 영역에는 효력이 없다는 것을 분명히 할 필요성에서 규정되었다. 그러므로 여기서는 소비자로서 원격서비스를 문의한 자연인 관련 데이터의 보호가 문제된다. 이러한 개인관련 데이터의 수집, 반포, 이용의 영역이 직업적 또는 역무적 목적 또는 근로 또는 영업과정의 조정으로 행하여지는 경우에는 배제됨을 분명히 하였다.⁸³⁾ 다만 이 법에 규정되지 아니한 사항은 데이터가 파일로 처리되거나 이용되지 않은 경우에도 개인관련 데이터 보호에 관한 규정이 적용된다(제1조 제2항).

(2) 개념정의

전자거래법 초안은 법률의 통일성을 기하기 위하여 원격서비스법 제3조 제1문 제1호와 제2호에 새로이 규정된 서비스제공자 및 이용자의 개념과 동일한 개념규정을 두었다. 즉 "서비스제공자"는 자신 또는 타인의 이용을 위한 원격서비스를 준비하거나 또는 이용을 위한 진입을 매개하는 자연인 또는 법인이라고 하고, "이용자"는 원격서비스를 요구하는, 특히 정보를 취득하거나 또는 진입하기 위한 모든 자연인으로 규정하였다(제2조 제1문). 이는 이 법의 특수성을 감안하여 이용자 개념의 관점에서 적용범위를 현실화하기 위한 것이다. 즉 법인은 개인관련 데이터의 보유자가 될 수 없으므로 오해를 피하기 위하여 원격서비스데이터보호법의 새로운 이용자 개념에서 법인을 제외하였다. 다만 법인은 권리를 취득하고 의무를 부담할 수 있는 능력이 주어진 인적 단체와 동일하다고 규정하여 법인의 개념을 명확히 하였다.⁸⁴⁾

83) BT-Drs. 14/6098, 27.

84) BT-Drs. 14/6098, 27.

(3) 개인관련 데이터 처리 원칙

1) 일반원칙

전자거래법 초안은 개인관련 데이터의 수집, 처리, 이용에 관한 일련의 원칙을 정하고 있다.

가) 본인의 사전동의의 원칙

개인관련 데이터의 처리, 이용에 관한 출발점으로서 초안 제3조 제1항은 "서비스제공자는 이 법 또는 다른 법규정이 허용하거나 정보주체가 동의하는 경우에만 오직 원격서비스의 이행을 위해 개인관련 데이터를 수집, 처리, 이용하는 것이 허용된다"고 규정하여 본인의 사전동의의 원칙을 규정하였다.

나) 정보수집 목적에 의한 정보이용 구속의 원칙

초안 제3조 제2항은 "서비스제공자는 원격서비스의 관철을 위해 수집한 개인관련 데이터를, 이 법 또는 다른 법규정이 허용하거나 정보주체가 동의한 경우에만, 다른 목적을 위해 처리하고 이용하는 것이 허용된다"고 규정한다. 특히 초안은 개인관련 데이터만 의미한다는 것을 명확히 하기 위하여 "개인관련"이라는 단어를 추가하였으며, 법률의 통일성과 명료성을 위하여 "사용"이라는 단어를 "처리와 이용"으로 바꾸었다.

다) 전자적 방법에 의한 동의가능성

초안 제3조 제3항은 현행법 제3조 제7항에 규정되어 있던 내용을 더 나은 체계적 배치를 위하여 개정하였다. 즉 "동의를 제4조 제2항의 요건 하에서는 전자적으로 표시될 수 있다"고 규정하여 원칙적으로 전자적 동의의 가능성만 인정하고, 제4조 제2항에서 서비스제공자가 이용자에게 전자적 동의의 가능성을 기술적으로 처리할 수 있었을 때에는 이를 서비스 제공자의 의무로 부여하였다. 그리고 실무에서 이러한 요구의 관철에 비중을 두기 위하여 제9조에서는 이러한 의무의 준수를 제재하고 있다.⁸⁵⁾

85) BT-Drs. 14/6098, 27.

라) 정보수집 목적에 관한 동의의 강제 금지

초안 제3조 제4항은 "이용자가 원격서비스에 진입할 다른 방법이 없거나 또는 기대할 수 있는 방법으로는 가능하지 않은 경우 서비스제공자는 다른 목적을 위해 자신의 정보를 처리 또는 이용할 수 있다는 이용자의 동의와 무관하게 원격서비스를 이행하는 것이 허용된다"고 규정한다. 이는 이용자가 원격서비스를 다른 경로로 이용하는 것이 곤란한 경우 서비스제공자가 당해 서비스의 이용에 관하여 이용자에게 그의 개인관련 데이터의 처리, 이용에 관한 동의를 조건으로 하는 때에는 이용자는 그러한 동의를 사실상 강제 받게 된다. 전자거래법 초안은 서비스제공자의 이러한 동의강제를 금지한다.

2) 서비스제공자의 의무

전자거래법 초안은 정보제공자의 의무에 대하여 상세히 규정하였다.

가) 사전고지의 원칙

초안 제4조 제1항은 현행법 제3조 제5항을 수정한 것으로 "서비스제공자는 이용자에게 이용과정의 개시 시에 개인관련 데이터의 수집·처리·이용의 종류, 범위, 목적에 관하여 그리고 개인관련 데이터의 처리 시에는 자연인 보호 및 자유로운 데이터 거래를 위한 1995년 10월 24일 유럽의회 지침의 적용영역의 밖에 있는 국가에서는 자신의 데이터의 처리에 관하여, 이러한 통지가 이미 행하여지지 아니하는 한, 통지하여야 한다. 추후에 이용자의 신원을 확인하고 개인관련 데이터의 수집, 처리, 이용을 준비하는 자동화된 절차의 경우에 이용자는 이러한 절차의 개시 시에 통지를 받아야 한다. 그리고 이용자는 항상 통지의 내용을 요구할 수 있다" 규정하고 있다. 여기서 제1문은 이용자에 의한 서비스제공의 요구 시에 이미 이용정보의 자동적 수집이 발생할 수 있고 그리고 수집 전의 통지는 더 이상 가능하지 않다는 이용과정의 개시를 고려한 것이다. 이에 따라 제2문은 서비스제공자에게 절차의 개시 시에 이용자에게 통지할 의무를 부담시키고 있다. 이와 같은 통지의무(Unterrichtungspflicht)는 이용자에

대한 명료성의 의미에서 이러한 의무의 도발적 의미를 줄이기 위한 것이다.⁸⁶⁾ 그리고 만일 서비스제공자가 고의 또는 과실로 이러한 통지를 이용자에게 알리지 않거나, 잘못 알리거나, 불완전하게 알리거나 또는 적기에 알리지 않은 경우에는 10만 마르크의 벌금에 처해진다.

나) 전자적 방법에 의한 동의

초안 제4조 제2항은 "서비스제공자가 이용자에게 전자적 동의를 요청하는 경우 서비스제공자는, ①동의를 이용자의 명백하고 의식적인 행위에 의해서만 행하여질 수 있고, ②동의를 기록되고, ③이용자가 항상 동의의 내용을 요구할 수 있을 것을 보장하여야 한다"고 규정한다. 이와 같은 전자적 동의의 요건에 대한 새로운 구성은 전자적 동의의 절차를 간편하게 하고, 또한 전자거래에서 포괄적인 적용을 유도하기 위한 것이다.⁸⁷⁾ 또한 이는 동의의 내용이 전자우편을 통하여 항상 요구될 수 있다는 실무적 이해에 바탕을 둔 것이다. 그러므로 전자적 동의의 이용자에 대한 보호는, 한편으로 이용자의 명백하고 의식적인 행위의 요건에 의하여 보장하고, 다른 한편으로 전자적 동의의 요건의 실행은 법적인 전자적 서명의 사용과는 관련이 없다는 것을 분명히 한다.⁸⁸⁾

다) 동의의 수시 철회 가능성

초안 제4조 제3항은 현행법 제3조 제6항을 개정한 것으로 "서비스제공자는 이용자에게 자신이 동의를 표명하기 이전에는 언제든지 장래에 효력을 미치는 자신의 동의에 대하여 철회할 수 있음을 암시하여야 한다"고 규정한다. 이와 같은 서비스제공자의 암시 의무(Hinweispflicht)는 동의에 우선하여 이용자에게 철회 가능성을 고지할 것이 요구하고 있다.

라) 정보회피 시스템 구축

초안 제4조 제4항은 현행법 제4조 제2항을 개정한 것으로 "서비스제공자는 기술적이고 조직적인 보호조치를 통하여, ①이용자가 서비스제공자

86) BT-Drs. 14/6098, 28.

87) BT-Drs. 14/6098, 28.

88) BT-Drs. 14/6098, 28.

와의 접속을 언제든지 해지할 수 있고, ②검색 또는 그 밖의 이용과정에서 생기는 개인관련 데이터는 그 종료시에 즉시 삭제되거나 또는 차단될 수 있어야 하고, ③이용자는 원격서비스의 이용이 제3자에게 인지되지 않도록 보호를 요청할 수 있으며, ④한 이용자의 다양한 원격서비스 이용에 관한 개인관련 데이터는 분리해 처리될 수 있어야 하고, ⑤제6조 제2항에 따른 정보는 단지 정산목적으로, ⑥제6조 제3항에 따른 사용기록은 가명의 주체에 관한 정보는 결합되어서는 안 된다는 것을 보장하여야 한다”고 규정한다. 여기서 제5호와 제6호는 새로이 추가된 것으로 이들 추가규정은 제6조 제2항과 제3항에 규정된 허가요건에 대한 시스템 정보보호를 확대한 것이다. 이에 따라 서비스제공자는 기술적 조직적 조치를 통하여 사용기록이 가명의 주체에 관한 정보와 결합되지 않고, 그리고 분리되어 처리된 정보의 결합은 단지 정산목적으로만 행하여질 수 있다는 것을 보장하여야 한다.⁸⁹⁾ 그리고 제2호에 규정된 삭제가 법률, 규정 또는 계약상의 보관기간과 모순되면 삭제 대신에 차단할 수 있다. 이와 같이 서비스제공자는 그 이용하는 기술의 측면에서도 최소한의 개인관련 데이터만 필요하도록 구성할 것이 요구되므로 제4조 제4항은 기본적인 시스템요건에 한정된다. 즉 제4조 제4항은 목적특성을 가진 시스템정보 보호의 원칙을 규정하였으며, 여기서는 데이터 차단의 가능성과 특별한 보관기간의 가능성을 규정하였다. 그리고 만일 서비스제공자가 고의 또는 과실로 이러한 보호의무를 이행하지 않거나, 잘못 이행한 경우에는 10만 마르크의 벌금에 처해진다.

마) 서비스제공자의 교시부여 의무

이는 정보보호의 여러 원칙을 구체화한 것으로, 첫째 개인관련 데이터의 다른 서비스제공자에 대한 계속적 매개는 이용자에게 고지되어야 한다. 둘째, 기술적으로 가능하고 기대 가능한 한도에서 서비스제공자는 이용자에게 원격서비스의 이용과 이용료 지급을 익명이나 가명으로 가능하게 하여야 한다. 정보회피 시스템 구축은 원칙적으로 원격서비스 전반에 걸친 것이지만 이를 이용자의 원격서비스 이용 및 이용료 지급의 경우에

89) BT-Drs. 14/6098, 28/9.

구체화 한 것이다. 즉 이는 서비스의 이용상황과 관련하여 자신을 드러내고 싶지 않은 이용자의 요구와 자신이 제공하는 서비스의 이용상황을 모니터 하여 평가하여야 하는 서비스제공자의 요구에 대한 타협점을 제시한 것이다. 셋째, 서비스제공자는 이용자에게 자신의 이름으로 또는 가명으로 저장된 데이터에 관한 무상의 지체 없는 교시를 부여하여야 한다. 이러한 교시는 이용자의 요청에 따라 전자적으로 행하여 질 수 있다. 이는 서비스제공자의 교시부여 의무(Verpflichtung zur Auskunftserteilung)를 명백히 한 것으로, 원격서비스의 발전의 관점에서 실무적 형식 속에서 형성되었다. 즉 점증하는 원격서비스 이용 요청에 있어서 서비스제공자는 언제나 교시에 대한 권리남용을 통하여 현저한 기술적, 경제적 위험성에 빠질 수 있었으므로 이러한 위험을 개정을 통하여 해결하고자 한 것이다.

(4) 정 보

1) 기초정보

전자거래법 초안 제5조는 기초정보(Bestandsdaten)에 대하여 규정하고 있다. 즉 "서비스제공자는 개인관련 데이터가 원격서비스 이용에 관한 계약관계의 설정, 내용적 형성 또는 변경을 위해 필요한 한도에서 이용자의 개인관련 데이터를 수집, 처리, 이용할 수 있도록 하고 있다. 그리고 이에 효력이 있는 규정의 척도에 따라 서비스제공자는 형사소추 기관 및 공소법원에 이에 대한 열람을 허여 할 수 있다"고 규정하고 있다. 이는 동일한 가치를 가지는 이익이 이용정보의 측면뿐만 아니라 기초정보의 측면에서 원격서비스데이터보호법의 규정이 형사소추 기관 및 공소법원의 권능과 배치되지 않는다는 것을 확정하도록 한 데 있다.⁹⁰⁾ 그리고 이 이외의 개인관련 데이터의 처리와 이용은 제3조 제2항의 요건 하에서만 허용된다.

2) 이용정보

전자거래법 초안 제6조는 이용정보에 대한 허가요건을 종합하고 그리고 법률을 개괄적으로 구성하기 위한 목적을 띠고 있다.⁹¹⁾

90) BT-Drs. 14/6098, 29.

91) BT-Drs. 14/6098, 29.

가) 이용정보의 개념

초안 제6조 제1항은 이용정보의 법적 개념을 규정하고 있다. 즉 "서비스제공자는 원격서비스의 이용을 가능하게 하고 이용료를 정산하기 위하여 필요한 한도에서 이용자의 개인관련 데이터를 수집, 처리, 이용할 수 있도록 하고 있다. 특히 이용정보는, ①이용자의 동일성에 대한 표지, ②각 이용의 개시와 종료 및 범위에 관한 진술, ③이용자에 의하여 요청된 원격서비스에 대한 진술이다"고 규정하여 이용정보(Nutzungsdaten)의 내용을 분명히 하였다. 이러한 이용정보로서는 예컨대 이용자가 원격서비스 이용을 통하여 발생시킨 정보가 이에 해당한다.

나) 이용정보의 구분

초안 제6조 제2항은 "서비스제공자는 이용정보가 이용자와의 정산목적에 필요한 한도에서 다양한 원격서비스의 이용에 관한 이용자의 정보를 결합할 수 있다"고 규정하고 있다. 이는 이전의 법률에 내포되었던 정보구분의 원칙을 보충한 것으로, 이러한 목적 이외에 정보의 결합은 단지 제3조 제2항의 요건 하에서만 허용된다. 이에 따라 원격서비스 이용에 따른 이용자의 신상명세가 형성되는 것이 방지된다.

다) 이용정보의 허가요건

초안 제6조 제3항은 "서비스제공자는 이용자가 이의를 제기하지 않는 한도에서 이용기록을 광고, 시장조사의 목적으로 또는 원격서비스의 수요에 적합한 형성에 대하여 가명의 사용 하에서 제공할 수 있다. 서비스제공자는 이용자에게 제4조 제1항에 따른 통지 범위에서 이용자의 이의권을 암시하여야 한다. 이러한 이용기록은 가명의 주체에 관한 정보와 결합되어서는 안 된다"고 규정한다. 이는 이용기록의 제공이 전적으로 이용자의 이익에 반한다고 볼 수 없으나 이용자 개인에게 직결되는 민감한 정보이므로 서비스제공자의 이용기록 제공에 관한 법적 허가요건을 분명히 한 것이다.⁹²⁾ 그러므로 만일 서비스제공자가 고의 또는 과실로 가명의 이용자

92) BT-Drs. 14/6098, 29.

에 관한 정보를 가진 이용기록을 결합하는 경우에는 10만 마르크의 벌금에 처해진다. 또한 이는 이용자의 무제한적 동의권은 제3조 제1항 및 제2항에 규정되어 있으므로 이용자의 동의권능을 예외적으로 제한한 것이다.

라) 정산정보의 개념

이용정보는 가능한 한 조기에 적어도 각 이용의 종료시까지 말소되어야 한다. 그러나 초안 제6조 제4항은 "서비스제공자는 이용정보가 이용자와의 정산목적에 필요한 한도에서 이용절차의 종료 이후에도 이를 처리하고 이용할 수 있다"고 정산정보에 대하여 규정하고 있다. 이는 이전의 법률에 내포되었던 삭제의무를 허가요건의 형식으로 구성하여 정산정보(Abrechnungsdaten)에 대한 개념을 명확히 한 것이다.⁹³⁾

마) 정산정보의 양도

초안 제6조 제5항은 "서비스제공자는 이용료 조사를 위하여 그리고 이용자와의 정산에 필요한 한도에서, 정산정보를 다른 서비스제공자 또는 제3자에게 양도할 수 있다. 서비스제공자가 제3자와 이용료 정산에 관한 계약을 체결하였다면 그는 이러한 목적에 필요한 한도에서 제3자에게 정산정보를 양도할 수 있다. 서비스제공자가 원격통신비밀(Fernmeldegeheimnis)을 준수하여야 하는 정보인 경우에는 제3자도 원격통신비밀을 보장할 의무를 부담한다. 시장조사의 목적으로 다른 서비스제공자에게 가명의 이용정보를 양도할 수도 있다. 이에 효력이 있는 규정의 조치에 따라 서비스제공자는 형사소추 기관 및 법원에 형사소추 목적을 위하여 열람을 허여 할 수 있다"고 규정한다. 이는 서비스제공자가 다른 서비스제공자 또는 제3자에게 정산정보를 양도할 수 있는 권능을 규율함과 동시에 양도에 대한 법적 허가요건도 규율한 것이다.⁹⁴⁾ 여기서 진입매개자에 대한 양도권능의 제한을 모든 서비스제공자 또는 제3자에게 확장할 수 있으며, 양도가 열거한 목적에 필요한 경우 진입매개자의 양도에 대한 법적 허가가 제한될 어떠한 이유도 없음을 분명히 한다.

93) BT-Drs. 14/6098, 30.

94) BT-Drs. 14/6098, 30.

바) 요금고지서

초안 제6조 제6항은 "원격서비스의 이용에 관한 요금고지서는 이용자가 개별 증거를 요청하지 않는 한 이용자가 청구한 특정한 원격서비스의 제공자, 시각, 기간, 종류, 내용 그리고 빈도를 알지 못하게 해야 한다"고 규정한다. 이는 정산정보가 요금고지서의 기재에 의하여 이용자의 신상이 형성되는 것을 방지하기 위한 것이다.

사) 정산정보의 보관

초안 제6조 제7항은 "서비스제공자는 이용자의 요청에 의해 특정 서비스의 이행에 관한 개별 증거를 위해 처리된 정산정보는 늦어도 청구서의 전송 후 6월이 경과할 때까지 저장하여야 한다. 이 기간 내에 이용료 청구에 대한 이의가 제기되거나 또는 지급청구에도 불구하고 지급되지 않은 경우 이의가 명백하게 해결되거나 또는 지급청구가 이행될 때까지 정산정보를 보관할 수 있다"고 규정한다. 이는 원격통신 정보보호령(Telekommunikations-Datenschutz-Verordnung)에서 개별증거와 관련한 규정에 대한 내용적 적용을 포함한 것이다.

아) 서비스제공자의 권능

초안 제6조 제8항은 "서비스제공자는 특정 이용자가 자신의 서비스를 남용하여 청구하는 명시적인 사실상의 연결점이 존재하는 경우, 이를 위하여 필요한 한도에서, 서비스제공자는 이러한 이용자의 개인관련 데이터 남용과 권리소추의 해명에 대한 서비스제공자의 현저한 이익의 보장을 위하여 이용절차의 종료 및 제7항에 규정된 저장기간을 초과하여 처리, 이용하고 제3자에게 양도할 수 있다. 서비스제공자는 남용된 요구에 대한 연결점이 더 이상 존재하지 않거나 또는 제1문에 열거된 목적을 위하여 더 이상 유용하지 않은 경우 그 정보를 지체없이 삭제하여야 한다. 당해 이용자는 이것이 예방조치로 추구한 목적에 대한 위협이 없이도 가능한 경우 이를 통지할 수 있다"고 규정한다. 이는 서비스제공자가 자신의 원격서비스가 이용자에 의하여 남용되는 경우에 그러한 정보를 권리소추의 목

적을 위하여 처리, 이용하거나 제3자에게 양도할 수 있도록 한 새로운 허가요건이다. 이러한 규정은 예컨대 원격통신 서비스제공자에 있어서와 같이 이용자에 의한 위해한 행위로부터 서비스제공자를 보호할 가능성이 없다. 그러나 서비스제공자는 임의로 이용자의 개인관련 데이터를 처리할 수 없다. 그러므로 이용자의 위해한 행위로부터 보호되기 위해서는 서비스제공자에게는 이용자에 의한 남용의 승인이 명백한 연결점으로 기록되어야 하고 이와 함께 이는 경우에 따라 감독기관으로부터 심사될 수 있어야 한다.⁹⁵⁾

(5) 정보보호 통제

전자거래법 초안 제8조는 전자거래 지침에 상응하게 연방데이터보호법 제38조를 통하여 기존의 제1항을 삭제하였다. 그리고 연방정보보호관은 원격서비스에서 정보보호의 발전을 고찰하고, 연방데이터보호법 제26조 제1항에 규정된 활동권의 범위 내에서 그에 대한 입장을 표명하도록 하고 있다.

제 4 절 전자서명법

1. 개 설

(1) 서

2000년 8월 16일 독일 연방정부는 1997년 8월 1일부터 시행 중이던 전자서명법의 개정을 위하여 “전자서명의 기본조건에 관한 법률안” 초안을 의결하였다. 독일에서 전자서명법을 개정하게 된 이유는,⁹⁶⁾ 첫째 1999년 12월 13일의 전자서명을 위한 공동체의 기본조건에 관한 유럽의회 의 지

95) BT-Drs. 14/6098, 30.

96) 이에 대하여는 Geis, “Die elektronische Signatur: Eine internationale Architektur der Identifizierung im E-Commerce”, MMR 2000, 667f.; Redeker, “EU-Signaturrechtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht”, CR 2000, 455; Roßnagel, “Auf dem Weg zu neuen Signaturregelung”, MMR 2000, 451; Tettenborn, “Die Novelle des Signaturgesetzes”, CR 2000, 683.

침⁹⁷⁾을 수용하기 위한 것이며, 둘째 1999년 6월 18일 연방정부의 정보 및 통신서비스법 보고서에 수록된 그 동안의 전자서명법의 평가결과를 반영하기 위한 것이다. 그런데 법률안 초안은 현행법에 대하여 현저한 구조적 내용적 개정내용을 담고 있기 때문에 “전자서명의 기본조건 및 기타의 조문의 변경에 관한 법률”⁹⁸⁾로 개정되어 2001년 5월 21일부터 시행되고 있다.

개정 전자서명법은 현행법을 현저하게 바꾼 항목법률이다. 법률의 핵심은 고유한 법개정을 규정한 제1조이다. 그 이외의 항목은 연방법의 적용, 유럽연합에의 전환, 법규정의 개정에 대한 권한 등을 포함한다. 이 법률은 개정의 커다란 폭 때문에 완전히 새로운 법률로 자리하게 되었다.

(2) 전자서명 지침의 목적 및 본질적 내용

전자서명법 개정을 근거지우는 전자서명 지침의 핵심은 법적 효과를 가진 전자서명을 위한 유럽연합 기준의 창설에 있다. 그러므로 전자서명 지침은, 첫째 인가의무의 포기, 검열을 위한 고유한 시스템 창설 및 임의지정 절차의 도입에 근거한 전자서명 제도의 구조적 변경을 요구하며(제3조), 둘째 서비스제공자의 책임 및 국제적 승인 규정의 도입(제6조, 제7조), 셋째 전자서명의 법적 효과를 위한 규정의 창설, 즉 방식규정의 측면에서 다른 법률의 개정(제5조)을 주된 내용으로 한다.

(3) 개정의 필요성

독일 연방의회는 1997년 정보 및 통신서비스법 의결 시에 연방정부에 대하여 이 법률의 실용성을 시행 후 2년 후에 평가하여 보고할 것을 요청하였다. 이에 따라 독일 연방정부는 1999년 6월 18일 정보 및 통신서비스법 평가보고서를 연방의회에 제출하였다. 이 보고서에서는 기존의 제도에 대한 두 가지의 법적 문제를 제기하였다.⁹⁹⁾ 하나는 현행법 제2조 제2항에 규정된 “인증기관”이라는 법적 개념의 사정거리와 업무이다. 이는 법

97) Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. December 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen(ABl. EG Nr. L 13 v. 19. Januar 2000).

98) Das Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 21. Mai 2001(BGBl. I S. 876).

99) IuKDG-Bericht, 18. I. 3; Tettenborn, CR 2000, 684.

률이 서비스제공자의 제3자에 대한 업무를 확장함으로써 해결 가능하게 된다. 다른 하나는 현행법 제4조 제3항과 제14조 제4항에 의거한 인증기관의 승인에 대한 충분한 법적 근거이다. 이에 따라 연방정부는 서명정도의 높은 안전성 수준이 법적 안정성에 대한 기초가 될 수 있기 때문에 기술적 요청을 확실히 하고자 하였다.¹⁰⁰⁾ 또한 이용자가 현행법 제1조 제1항에 규정된 안전성 추정의 법적 효과를 입증경감에 향유할 수 있게 하고, 그리고 실제적으로 전통적인 서면증서와 같이 비교 가능한 법적 안전성을 부여하였다. 나아가 다른 서비스제공자에 대한 인증기관 기능의 부여, 직업적 허가에 관한 인증업무의 측면에서 직업동기 이행자의 통계가능성, 검증 및 확인기관의 승인에 관한 규정을 요청하였다.

2. 법률의 내용

(1) 입법목적 및 적용범위

1) 입법목적

개정 전자서명법은 법적 기본조건을 통하여 유럽연합 역내시장에서 마찰 없는 기능을 보장하기 위하여 제정된 전자서명 지침에 따라 전자서명법의 목적과 계목을 새로이 규정하였다. 즉 개정 전자서명법은 전자서명의 기본조건을 설정하기 위한 목적을 가진다고 규정함으로써 현행법이 전자서명에 안전성을 부여하고, 전자서명의 위조 또는 서명된 데이터의 변조를 확실히 확인할 수 있는 기본조건을 설정하는 것을 목적으로 한 것과 다르다.¹⁰¹⁾ 이와 같이 현행법은 전자서명법에 규정된 모든 서명에 대하여 안전성을 추정할 수 있도록 하였지만 개정 전자서명법에서 이러한 서명은 사선심사 없이는 고급 전자서명으로 주장할 수 없게 되었다.

2) 적용범위

개정 전자서명법은 경계적 요청을 수용하여 제1조 제2항에 전자서명법의 요구를 충족시킬 수 없는 다른 전자서명 절차도 인정하였다.¹⁰²⁾ 즉 법률규

100) Roßnagel, MMR 2000, 451.

101) BT-Drs. 14/1181, 17.

102) Roßnagel, MMR 2000, 452.

정에 의하여 달리 규정되지 않는 한도에서 특정 전자적 서명은 그 사용이 자유롭다고 규정한다. 그리고 법률규정은 공법적 행정행위를 위하여 고급 전자서명의 배치를 추가적으로 요구할 수 있도록 하였다. 다만 이러한 요구는 객관적이고, 상당성 있으며, 차등이 없어야 하고 그리고 당연한 적용의 특별한 표지에 대하여만 관련시킬 수 있도록 하는 요건을 부가하였다.

(2) 개념규정

개정 전자서명법 제2조는 전자서명 지침 제2조에 규정된 중립적 개념정의를 수용하여 법적 정의규정을 자세히 하였으나 규율대상과 규율방식은 본질적으로 현행법률과 크게 다르지 않다.

1) 전자서명

개정 전자서명법 제2조 제1항은 전자서명 지침 제2조 제1항을 수용하여 전자서명을 개념정의 하였다. 즉 “전자서명”(elektronische Signaturen)은 다른 전자적 데이터에 첨부되거나 또는 논리적으로 이러한 데이터와 결합되고 그리고 진정성(Authentifizierung)에 기여하는 전자적 방식의 데이터를 말한다. 전자서명은 다시 진보된 전자서명과 고급 전자서명으로 나뉜다. “진보된 전자서명”(fortgeschrittene elektronische Signaturen)은 a) 배타적으로 서명키보유자에게 속하고, b) 서명키보유자의 동일성(Identifizierung)을 확인하며, c) 서명키보유자가 그의 유일한 통제하에 둘 수 있는 수단으로 생성되고, d) 이와 관련이 있는 데이터와 결부되어 데이터의 후발적 변경을 인식할 수 있는 전자서명을 말한다. “고급 전자서명”(qualifizierte elektronische Signaturen)은 그 생성시에 효력이 있는 고급 인증서에 근거하며 안전한 서명작성규격에 의하여 생성된 진보된 전자서명을 말한다. 그리고 “안전한 서명작성규격”(sichere Signaturerstellungseinheiten)은 적어도 이 법 제17조 내지 제23조, 그리고 제24조에 따라 이와 관련된 시행령을 충족시키고 그리고 고급 전자서명을 정하는 당시의 서명키의 저장과 사용을 위한 소프트웨어 또는 하드웨어규격을 말한다.

전자서명의 개념에 있어서 현행법은 “디지털서명”(digitale Signaturen)이라는 개념을 사용하였으나 전자서명 지침 및 개정 전자서명법은 “전자서명”(elektronische Signaturen)이라는 용어를 사용하였다. 여기서 전자서명이라는 개념은 디지털서명을 포함하면서 다른 기술을 사용하여 전자적 방법으로 생성된 서명도 포함하는 넓은 개념이다.¹⁰³⁾ 그리고 진보된 전자서명은 현행법 제2조 제1항에 따른 디지털서명에 상응한다. 이에 대하여 고급 전자서명은 디지털서명보다 상위의 안전성을 가지며, 개정 전자서명법에 있어서 서명절차를 통합한다.

2) 서명키

개정 전자서명법은 전자서명 지침을 수용하여 서명키에 관련된 개념을 정의하였다. 즉 “서명키”(Signatur Schlüssel)는 전자서명의 작성에 사용되는 사적 암호화키와 같은 일회적인 전자적 데이터를 말한다. 그리고 “서명검증키”(Signaturprüfschlüssel)는 전자서명의 검증에 사용되는 공적 암호화키와 같은 전자적 데이터를 말한다. 한편 “서명키 보유자”(Signatur Schlüssel-Inhaber)는 서명키를 보유하고 고급 인증서에 의하여 이에 따른 서명검증키를 귀속시킬 수 있는 자연인을 말하며, 서명키에 사용되는 “서명사용 요소”(Signaturanwendungskomponenten)는 a) 데이터가 고급 전자서명의 생성 또는 검증절차를 유도하거나, b) 고급 전자서명을 검증하거나 또는 고급 인증서를 조사하고 그 결과를 고지하는 것을 정하는 소프트웨어 제품과 하드웨어 제품이다.

3) 인증서비스

개정 전자서명법은 전자서명 지침을 수용하여 인증서비스 관련 개념을 정의하였다. 즉 “인증서”(Zertifikate)는 전자서명검증키가 어떤 사람에게 속하고 이러한 사람의 신원을 확인하는 전자적 증명을 말한다. 그리고 “고급 인증서”(qualifizierte Zertifikate)는 제7조의 요건을 충족하고 그리고 적어도 이 법 제4조 내지 제14조 또는 제23조에 따른 요구와 이 법

103) Tettenborn, CR 2000, 687.

제24조에 따른 시행령을 충족시키는 인증기관에 의하여 교부된 자연인에 대한 전자적 증명을 말한다. 한편 “인증기관”은 고급 인증서 또는 타임스탬프를 교부하는 자연인 또는 법인을 말하며, “인증서비스를 위한 기술적 요소”는 a) 서명키를 생성하고 그리고 안전한 서명작성규격으로 전송하고, b) 고급 인증서를 공적으로 조사하고 경우에 따라 주문할 수 있고, c) 고급 타임스탬프를 생성하는 것을 정하는 소프트웨어 제품과 하드웨어 제품이다. 여기서 “고급 전자서명에 대한 제품”은 안전한 서명작성규격, 서명사용 요소, 인증서비스를 위한 기술적 요소를 말한다. “고급 타임스탬프”는 적어도 이 법 제4조 내지 제14조 및 제17조 또는 제23조, 그리고 제24조에 따른 시행령을 충족시키고, 그 이외에 특정 시점에 대한 특정 전자적 데이터를 게시하는 인증기관의 전자적 확인서를 말한다. “자발적 신용장”은 특별한 권리 및 의무와 결부된 인증서비스의 운영을 위한 허가 부여 절차를 말한다.

(3) 인증기관

1) 인증기관 요건

개정 전자서명법 제4조 제1항은 현행법이 인증기관의 운영에는 관할청의 인가를 받아야 하던 것과 달리 법률의 범위내에서 인가를 요하지 않는다고 규정한다. 이는 현행법 제1조 제2항에 따라 모든 기타의 서명절차의 요구에도 적용되며, 또한 고급 서명절차의 요구에도 적용되었다. 그러나 개정 전자서명법에서 인증기관은 고급 인증서 또는 타임스탬프만을 대상으로 하므로 제4조의 규정 및 제5조 내지 제14조의 규정은 고급 서명절차의 요구에 대하여만 효력이 있다.¹⁰⁴⁾

인증기관은 그 운영을 위하여 필요한 신뢰성과 전문인력 그리고 제12조에 따른 전보준비금을 증명하고, 이 법과 이 법 제24조에 따른 시행령에 따라 인증기관의 운영을 위한 기타의 요건을 담보하는 자만이 운영할 수 있다. 여기서 운영을 위하여 요구되는 신뢰성(Zuverlässigkeit)은 인증기관으로서 운영에 표준적인 시행령을 준수할 것을 보장하는 자에게 인

104) Roßnagel, MMR 2000, 452.

정된다. 운영을 위하여 요구되는 전문인력(Fachkunde)은 인증기관을 운영하는 자가 이러한 행위에 필요한 인식, 경험, 지식을 가진 경우에 인정된다. 그리고 인증기관의 운영에 필요한 기타의 요건은 이 법 및 이 법 제 24조에 따른 시행령에 따라 관할청이 안전성 요구의 이행에 대한 척도를 안전성 개념 속에 표시하고, 적합하며 실제적으로 전환할 수 있는 경우에 인정된다. 인증기관의 영업을 시작하는 자는 이를 관할청에 늦어도 운영 개시시에 신고하여야 한다. 신고시에는 인증요건이 존재한다는 사실을 적당한 방법으로 설명하여야 한다. 인증요건의 이행은 인증기관의 전 영업기간 동안 보장되어야 한다. 이것이 더 이상 가능하지 않은 경우 관할청에 지체없이 신고하여야 한다. 인증기관은 자신의 안전성 개념에 연관되는 경우 이 법 및 이 법 제24조에 따른 시행령에 따라 자신의 영업을 제3자에게 양도할 수 있다.

2) 고급 인증서 발급

가) 발 급

개정 전자서명법 제4조 제2항은 현행법 제4조 제2항에서 이제까지 인가되지 않은 인증기관에 대하여도 인가요건으로 방식화 되었던 발급요건들을 요구하고 있다. 즉 인증기관은 고급 인증서를 신청한 자를 신뢰성 있게 신원 확인하여야 한다. 그리고 인증기관은 고급 인증서로 서명키가 신원 확인된 자에게 속하는 것임을 확인하여야 하고, 이를 모든 사람이 항상 공적으로 도달할 수 있는 통신망을 통하여 검증하고 접근할 수 있도록 하여야 한다. 여기서 고급 인증서는 서명키 보유자의 동의가 있는 경우에만 접근할 수 있다.

또한 개정 전자서명법은 이용자에 대한 사전 검증술 위하여 진술절차(Angabeverfahren)를 마련하였다. 즉 고급 인증서에는 신청자의 청구에 의하여 제3자를 위한 자신의 대리권에 관한 진술 및 자신의 인격에 대한 직업관련 또는 기타의 진술을 포함할 수 있다. 여기서 대리권에 관한 진술의 측면에서 제3자의 사전동의를 입증될 수 있으며, 인격에 대한 직업관련 또는 기타의 진술은 직업관련 또는 기타의 진술에 대한 관할청에

의하여 확인될 수 있다. 제3자를 위한 대리권에 관한 진술은 사전동의 시에만, 인격에 대한 직업관련 또는 기타의 진술은 확인의 게시 시에만 고급 인증서에 기재된다. 기타의 인격관련 진술은 이해당사자의 사전동의 시에만 고급 인증서에 기재된다고 규정하였다.

한편 인증기관은 신청자의 청구에 의하여 고급 인증서에 자신의 이름 대신 가명을 쓸 수 있다. 고급 전자서명이 제3자를 위한 대리권에 관한 진술 또는 인격에 대한 직업관련 또는 기타의 진술을 포함하는 경우 가명의 사용에 대하여는 제3자의 사전동의 또는 직업관련 또는 기타의 진술에 대한 관찰청의 사전동의가 필요하다.

인증기관은 고급 인증서에 대한 데이터가 눈에 띄지 않게 위조 또는 변조되지 않도록 예방조치를 취하여야 한다. 인증기관은 서명키의 비밀유지를 보장하기 위하여 기타의 예방조치를 취하여야 한다. 안전한 서명작성 규칙 이외에 서명키의 저장은 허용되지 않는다.

인증기관은 인증행위의 실행을 위하여 신뢰성 있는 인격 및 적어도 이 법 제4조 내지 제14조 및 제17조 또는 제23조, 이 법 제24조에 따른 시행령에 의거한 요구를 충족할 수 있는 고급 전자서명에 대한 제품을 설치하여야 한다. 그리고 인증기관은 적절한 방식으로 신청자가 자신에게 귀속되는 안전한 서명작성규칙을 점유하고 있음을 입증하여야 한다.

나) 통지의무

개정 전자서명법 제7조는 전자서명을 가진 전자문서가 민법 제126조에 따라 서면방식을 대체할 경우를 대비하여 인증기관의 통지의무(Unterrichtungspflicht)를 규정하였다. 즉 인증기관은 신청자에게 이 법 제5조 제1항에 의거하여 고급 전자서명의 안전성에 대하여 그리고 이를 신뢰할 수 있는 검증에 기여하는 데 필요한 조치를 통지하여야 한다고 한다. 또한 인증기관은 신청자에게 고급 전자서명으로 서명된 데이터가 필요한 경우 기존 서명의 보안가치가 시간의 경과에 따라 매우 낮아지기 전에 새로이 서명되어야 한다는 것을 통지하여야 한다. 그리고 인증기관은 신청자에게 법률에 달리 규정되지 않는 한도에서, 고급 전자서명이 법적 거래에

서 자필서명과 동일한 효력을 가진다는 것을 통지하여야 한다. 이러한 통지는 신청자가 특별한 서명을 통하여 통지에 대한 인지를 확인할 수 있도록 서면으로 알려야 한다. 그러나 신청자가 이미 이전의 시점에 이러한 통지를 한 한도에서는, 새로운 통지를 하지 않을 수 있다.

다) 내 용

고급 인증서는 다음의 진술을 내포하여야 하며, 고급 전자서명을 가져야 한다. ①정보의 추가로 혼동가능성이 있는 경우에 이해될 수 있는 서명키 보유자의 이름, 또는 서명키 보유자에게 속하여 혼동가능성이 없는 경우에는 그 자체가 알려져야 하는 가명, ②소속된 서명 검증키, ③서명키 보유자의 서명 검증키 및 인증기관의 서명 검증키에 이용되는 알고리즘의 이름, ④인증서의 일련번호, ⑤인증서의 효력발생과 소멸시점, ⑥인증기관의 이름과 그가 속하는 국가, ⑦서명키의 이용이 종류나 범위에 따라 특정 사용에 제한되는지의 여부에 관한 진술, ⑧고급 인증서에 관한 진술, 아홉째 요구에 따른 서명키 보유자의 추가진술이다. 추가는 별도의 고급 인증서에서도 인정될 수 있다. 고급 추가 인증서에서 진술은 그것이 고급 추가 인증의 이용에 필요하지 않은 한도에서, 진술과 관련된 고급 인증서의 명백한 지시일시에 의하여 대체될 수 있다.

라) 폐 지

인증기관은, ①서명키 보유자 또는 그 대리인이 요청하거나, ②인증서가 내용상 허위에 기초하여 발급되었거나, ③인증기관이 그 활동을 중지하고 그것이 다른 인증기관에 의해 인계되지 못하거나, ④관할청이 폐지를 명하였을 때 고급 인증서를 지체없이 폐지하여야 한다. 폐지는 폐지의 효과가 발생하는 시점을 포함하여야 하며, 소급효 있는 폐지는 허용되지 않는다.

고급 인증서가 제3자에 관한 정보를 포함하고 있는 경우 제3자 또한 인격에 대한 직업관련 또는 기타의 진술을 관할하는 기관은 인격에 대한 직업관련 또는 기타의 진술을 위한 요건을 개시 후에 고급 인증서에 포함할 때에는 당해 인증서의 폐지를 요구할 수 있다.

3) 고급 타임스탬프

인증기관이 고급 타임스탬프를 작성한 경우 고급 인증서 발급에 관한 제 5조 제5항이 준용된다.

4) 기록

인증기관은 이 법 및 이 법 제24조에 따른 시행령을 준수하기 위한 보안조치와 인증서 발급을 기록하여 데이터 및 데이터의 무결성을 항상 검증할 수 있도록 하여야 한다. 기록(Dokument)은 지체없이 행하여서 그 것이 이후에 눈에 띄지 않게 변경되지 않도록 하여야 한다. 이는 특별히 고급 인증서의 발급 및 폐지에 효력이 있다. 서명키 보유자에게는 요구에 따라 그와 관련된 데이터와 절차단계에서의 열람을 보장할 수 있다.

5) 책임

전자서명법의 개정과정에 있어서 인증기관의 책임에 대하여는 전자서명 지침 제6조를 수용하여 제11조에는 과실책임에 바탕을 둔 입증책임 전환을, 제12조는 손해전보를 도입하기로 하였다.¹⁰⁵⁾ 그리하여 연방정부는 책임규율의 흠결을 막기 위하여 전자서명 지침에 규정된 최소규정(Mindestregelung)보다 넓게 책임규정을 입안하였다. 즉 한편으로, 부적합한 기술적 요소의 이용 또는 서명키의 가격과 같은 중요한 사안을 기재하지 않거나, 다른 한편으로 의도적으로 자필서명과 법적으로 동등한 고급 전자서명의 지위에 모든 생활영역에서 포괄적 책임을 요구할 수 있는 권리로 파악하였다.¹⁰⁶⁾

인증기관이 이 법 또는 이 법 제24조에 따른 시행령을 침해하거나, 고급 전자서명에 대한 자신의 제품 또는 기타 기술적인 보호시설이 고장난 경우 인증기관은 제3자에게 고급 인증서, 고급 타임스탬프 또는 제5조 제1항 제2문에 따른 진술을 신뢰하여 발생한 손해를 배상하여야 한다. 즉 인증기관은 법률거래에서 그의 적합한 이행을 신뢰하도록 책임성을 가지

105) BT-Drs. 14/1191, 33.

106) Begründung zu § 11 SigG-E.

고 수행하여야 한다. 그러나 이러한 인증기관의 손해배상의무는 제3자가 진술의 총결을 알고 있었거나 또는 알 수 있어야 함에도 불구하고 알지 못한 경우에는 발생하지 않는다. 이는 손해의 성립시 쌍방과실 뿐만 아니라 손해감액 의무의 관점에서 효력이 있다. 여기서 쌍방과실을 제3자가 인증서의 검증에 의하여 손해를 회피하거나 줄일 수 있는 경우이다.¹⁰⁷⁾ 나아가 인증기관이 유책사유 없이 행위를 한 경우에도 손해배상의무는 발생하지 않는다.

고급 인증서가 서명키의 이용을 종류 또는 범위에 따라 일정한 사용에 한정하는 경우 배상의무는 단지 이러한 제한의 범위에서만 발생한다. 여기서 이러한 제한은 단지 서명키의 사용제한의 경우에만 가능하며 이와 무관한 책임제한은 허용되지 않는다.¹⁰⁸⁾ 그리고 이러한 제한을 초과하는 이용에 대하여는 책임이 없다. 그리고 사용인증기관은 위임받은 제3자에 대하여는 제4조 제5항에 따라 책임을 지며, 외국의 인증서에 대하여는 자기책임과 같이 제23조 제1항 제2호에 따라 책임을 진다. 그러므로 민법 제831조 제1항 제2문은 준용되지 않는다.

6) 손해전보

인증기관이 그의 책임있는 의무를 확실히 이행할 수 있도록 하기 위하여 개정 전자서명법 제12조는 인증기관에게 배상의무 있는 손해에 대하여 적절한 손해전보(Dekungsvorsorge) 의무를 지운다. 손해전보의 방식에 대하여는 제한이 없으므로 자본전보, 보증, 보험, 기타의 방법으로 이행할 수 있다. 그리고 손해전보는 개별적 손해사건에 대한 최소한의 전보액에 제한되는 것이 아니라 오히려 위조된 인증서가 개별적인 손해의 다수를 야기할 수 있음을 고려한 것이다.¹⁰⁹⁾

그러므로 인증기관은 적절한 손해전보를 부담할 의무를 지며, 그는 이 법 또는 이 법 제24조에 따른 시행령의 요구를 침해하거나, 고급 전자서명에 대한 제품 또는 기타의 기술적인 보호시설이 고장난 경우에 발생할

107) Begründung zu § 11 Abs. 1 SigG-E

108) Begründung zu § 11 Abs. 2 SigG-E

109) Begründung zu § 12 SigG-E

수 있는 손해의 배상에 대한 자신의 법적 의무를 이행하여야 한다. 최소액은 책임 해제적 사건을 통하여 제1문에 표시된 방법으로 야기된 손해에 대하여 각 50만 독일 마르크를 부담한다.

7) 활동의 중지

인증기관이 활동을 중지할 경우 지체없이 이를 관할청에 알려야 하고, 활동의 중지 시점에 유효한 고급 인증서를 다른 인증기관에 인계하든지 또는 고급 인증서를 폐지하도록 배려하여야 한다. 인증기관은 당해 인증키 보유자에게 자신의 활동의 중지와 다른 인증기관에 의한 고급 인증서의 인계에 관하여 통보하여야 한다.

인증기관은 인증서를 인계한 인증기관에 이 법 제10조에 의한 기록을 인계하여야 한다. 어떠한 다른 인증기관도 기록을 인수하지 않으면 관할청이 이를 인수하여야 한다. 관할청은 이에 기술적으로 상당성 없는 많은 비용이 요구되는 한도에서 상당한 이익이 있는 때에는 기록에 대한 교시를 부여할 수 있다.

8) 데이터 보호

개정 전자서명법은 인증기관의 안전성 의무를 수용하여 데이터 보호의무를 규정하였다. 즉 인증기관이 고급 인증의 목적에 필요한 경우에만 직접 당사자로부터 그리고 그 한도에서만 개인관련 데이터를 수집할 수 있다. 제3자의 데이터 수집은 정보주체가 동의하는 경우에만 허용된다. 이 법이 허용하거나 또는 당사자가 승낙한 경우에만 데이터를 수집목적과 달리 사용할 수 있다.

범죄행위나 질서위반의 기소, 일반대중의 안전이나 질서를 위한 위협으로부터의 방어, 연방과 주정부의 헌법보호기관(Verfassungsschutzbehörde) · 연방정보국(Bundesnachrichtendienst) · 군보안국(Militärischer Abschirmdienst) · 관세범죄수사국(Zollkriminalamt)의 법적 업무수행에 필요한 한도에서, 또는 법원이 계류중인 사건의 범위에서 이에 효력이 있는 규정의 척도에 따라 이를 지시한 한도에서, 익명을 사용하는 서명키 보유자의 경우 인증기관은 당해 기관이 요청한 이의 신원에 관한 데이터

를 제출하여야 한다. 요청 당국은 이로써 법률적 임무 수행이 더 이상 방해받지 않거나 또는 통지에 관한 서명키 보유자의 이익이 우월한 경우 즉시 서명키 보유자에게 가명의 공개를 통지하여야 한다.

(4) 임의 지정

개정 전자서명법 제4조 제1항은 전자서명 지침 제3조 제1항에서 보장하고 있는 바와 같이 사전 검증없이 고급 전자서명을 제공할 수 있는 자유는 유럽연합 공동체 내에서 개방된 네트워크를 통하여 인증서비스의 제공을 촉구하고, 가능한 한 빠르게 소비자와 기업에게 새로운 안전한 정보제공의 가능성을 개방하도록 한 것이다. 이와 같이 유럽연합 공동체에서 개방된 가능성은 현행법 제4조에 따른 임의의 인가절차를 개정 전자서명법 제15조에 따라 임의의 지정절차로 전환하였다.¹¹⁰⁾ 따라서 인증기관은 자신의 영업을 적어도 영업개시 시에 고지하던지 또는 영업 개시 전후에 지정 받을 것인지는 자유이다. 이와 같이 지정된 서명절차를 위하여 규율관청을 가진 인증구조는 기간인증기관(Wurzelzertifizierungsstelle)으로 존재한다.

1) 인증기관의 임의 지정

인증기관은 관할청에 대한 신청으로 지정될 있으며, 관할청은 사적 기관의 지정에도 이용될 수 있다. 지정은 인증기관이 이 법과 이 법 제24조의 시행령을 이행한다는 것을 입증한 경우에 부여될 수 있다. 지정된 인증기관은 관할청의 품질표지를 받는다. 이를 가지고 그의 고급 인증서에 근거하는 고급 전자서명에 대하여 포괄적으로 검증된 기술적, 행정적 안전성을 증명할 수 있다. 이는 지정된 인증기관으로 표시되며 법률행위와 거래에 있어서 증명된 안전성을 근거지을 수 있다.

제1항에 따른 요건의 이행을 위하여 제4조 제2항 제4문에 따른 안전성 개념은 제18조에 따른 기관을 통하여 포괄적으로 자신의 동의와 실제적 전환에 의하여 검증되거나 확인되어야 한다. 검증과 확인은 안전성에 대한 현저한 변경에 따라 그리고 규칙적인 시간 간격으로 반복될 수 있다.

110) Roßnagel, MMR 2000, 453.

지정은 이 법 및 이 법 제24조에 따른 시행령에 근거한 요건의 이행이 동채시에 그리고 영업 동안 안전하게 하기 위하여 그것이 필요한 한도에서 부수 규정으로 이해될 수 있다. 그러나 지정은 이 법 및 이 법 제24조에 따른 시행령에 근거한 요건이 이행되지 않을 경우 거절될 수 있고, 제19조는 이를 준용한다.

이 법 및 이 법 제24조에 따른 시행령에 근거한 의무 불이행시에 또는 제4항에 따른 거절사유가 존재할 때에 관할청은 철회하여야 하거나 또는 그 이유가 이미 지정시점에 존재하는 한도에서 제19조 제2항에 따른 척도가 어떠한 효과도 약속할 수 없을 때, 이를 취소할 수 있다.

지정의 철회 또는 취소의 경우 또는 활동의 중지의 경우에 지정된 인증기관은 관할청에 다른 지정된 인증기관에 의한 활동의 인계 또는 서명키 보유자와의 계약의 해지를 보장하여야 한다. 이는 활동이 계속되지 않는 경우 파산절차의 개시 시에도 효력이 있다. 어떤 다른 지정된 인증기관이 제13조 제2항에 따른 서류를 인수하지 않은 경우 관할청은 이를 인수하여야 한다.

고급 전자서명을 위한 제품에서 이 법 제17조 제1항 내지 제3항 및 이 법 제24조에 따른 시행령에 근거한 요구의 이행은 과학과 기술의 상태에 따라 충분히 검증되어야 하고 그리고 제18조에 따른 기관에 의하여 확인되어야 한다. 지정된 인증기관은, ①인증행위를 위하여 단지 고급 전자서명을 위한 검증되고 확인된 제품만 비치하여야 하고, ②고급 인증은 단지 증명상 검증되고 확인된 안전한 서명작성규칙을 점유하고 있는 자에게만 발급되어야 하며, ③제6조 제1항의 범위에서 서명키 보유자가 검증되고 확인된 서명사용 요소를 통지하여야 한다.

2) 관할청의 인증서

관할청은 지정된 인증기관에 그 활동에 필요한 고급 인증서를 발급하여야 한다. 지정된 인증기관에 의한 고급 인증서의 발급에 관한 규정은 관할청에 대하여도 준용된다. 관할청은 지정된 인증기관이 자신의 활동을 중지하거나 또는 지정이 취소 또는 철회된 경우에 그가 발급한 고급 인증서를 폐지하여야 한다.

관할청은, ①지정된 인증기관의 이름, 주소 및 통신망, ②지정의 철회 또는 취소, ③그가 발급한 고급 인증과 그 폐지, ④지정된 인증기관의 영업의 종료 또는 중지를 모든 사람이 항상 공적으로 도달할 수 있는 통신망을 통하여 검증하고 접근할 수 있도록 하여야 한다.

관할청은 요구시에 인증기관 또는 발급기관이 필요한 전자 증명을 제15조 제7항에 따른 제품의 자동적인 신원 확인을 위하여 발급하여야 한다.

(5) 기술적 안전성

1) 고급 전자서명을 위한 제품

개정 전자서명법 제17조는 고급 전자서명을 위한 제품의 승인에 대하여 규정하고 있다. 즉 서명키의 저장 및 고급 전자서명의 생성을 위하여 서명의 위조와 서명된 데이터의 변조를 지체없이 알 수 있고 그리고 서명키의 정당하지 않은 이용을 방지하기 위하여 안전한 서명작성규칙을 비치하여야 한다. 서명키가 안전한 서명작성규칙 자체를 생성하는 경우 제3항 제1문을 유추적용 한다.

서명된 데이터의 재생을 위하여, ①고급 전자서명의 생성이 이전에 명백하게 알려지거나, ②서명이 어떠한 데이터와 관련을 가지는지 확정된 서명사용 요소가 필요하다. 서명된 데이터의 검증을 위하여, ①서명이 어떠한 데이터와 관련이 있는지, ②서명된 데이터가 변경되었는가의 여부, ③서명이 어떠한 서명키 보유자에게 속하는지, ④서명에 근거한 고급 인증서와 관련 고급 부가 인증서가 어떠한 내용을 제시하는지, ⑤인증의 검증이 어떠한 결과를 야기하는지 확정된 서명사용 요소가 필요하다. 이러한 서명사용 요소는 요구시에 서명된 또는 서명한 데이터의 내용을 충분히 알 수 있도록 하여야 한다. 서명키 보유자는 이러한 서명사용 요소를 비치하여야 하거나 또는 고급 전자서명의 안정성에 적합한 척도를 갖추어야 한다.

인증이용자를 위한 기술적 요소로는, ①서명키의 생성 및 양도시 서명키의 일회성 및 비밀유지가 보장되고 그리고 안전한 서명작성규격 외의 저장이 배제되며, ②검증 가능하고 접근할 수 있는 고급 인증이 처분 권한 없는 변경과 접근으로부터 보호되며, ③고급 타임스탬프의 생성 시에 위조와 변조가 배제되기 위한 조치를 갖추어야 한다.

이 법 제1항과 제3항 및 이 법 제24조에 따른 시행령에 근거한 요구의 이행은 제18조에 따른 기관에 의하여 확인될 수 있다. 이 법 제2항과 제3항에 근거한 요구의 이행에 대하여는 고급 전자서명에 대한 제품의 생산자에 의한 표시로 충분하다.

2) 검증 및 확인기관의 승인

개정 전자서명법 제18조는 승인요건에 대하여 규정하고 있다. 즉 관할청은 활동에 필요한 신뢰성, 독립성 그리고 전문 인력이 입증된 경우 이 법 제17조 제4항 내지 제15조 제7항 1문에 따른 확인기관(Bestätigungsstelle)으로 또는 제15조 제2항에 다른 확인기관으로써의 신청으로 자연인 또는 법인을 승인할 수 있다. 승인은 내용적으로 제한될 수 있으며, 임시로 또는 기간으로 부여될 수 있으며 그리고 판(Auflage)과 결합될 수 있다. 제1항에 의하여 승인된 기관은 그 과정을 중립적이고, 지사에서 자유로우며, 인식을 가지고 이행하여야 한다. 이러한 기관은 검증과 확인을 문서화하여야 하며, 문서는 자신의 활동의 중지 시에 관할청에 인계하여야 한다.

(6) 감 사

1) 감사척도

개정 전자서명법 제19조는 관할청의 감사척도(Aufsichtsmaßnahmen)를 규정하고 있다. 즉 관할청은 이 법과 이 법 제24조에 따른 시행령의 준수에 관하여 감사하여야 하며, 이는 사적 기관의 감사 실시에도 이용될 수 있다. 영업의 실시와 함께 인증기관은 관할청의 감사를 받아야 한다. 관할청은 인증기관에 대하여 이 법과 이 법 제24조에 따른 시행령의 준수를 보장하기 위한 감사척도를 가질 수 있다.

관할청은 다음의 경우에 인증기관에게 영업의 일부 또는 전부를 일시적으로 금지시킬 수 있다. 인증기관이, ①인증서비스의 영업을 위하여 필요한 신뢰성을 가지지 못하고, ②영업에 필요한 전문인력이 존재한다는 것을 입증하지 못하고, ③필요한 손해전보금을 준비하지 못하고, ④고급 전자서명에 적합하지 않은 제품을 사용하거나, ⑤이 법과 이 법 제24조에

다른 시행령에 근거한 인증서비스 영업에 필요한 기타의 요건을 충족시키지 못하였고 그리고 제2항에 따른 척도가 어떠한 효과도 기대할 수 없다는 사실이 그 인정을 정당화한 경우이다.

관할청은, ①고급 인증서가 위조되거나 또는 위조로부터 충분히 안전하지 않거나, ②안전한 서명생성 규칙이 인식하지 못한 고급 전자서명의 위조 또는 이와 결부된 인식하지 못한 안전한 데이터의 변조가 허용된 안전 홈결이 있음이 밝혀진 사실이 인정되는 경우 고급 인증서의 폐지를 지시할 수 있다.

인증기관이 발급한 고급 인증서의 효력은 영업의 휴지 또는 활동의 중지 및 지정의 취소 및 철회에 영향을 미치지 않는다.

관할청은 여기에 표시된 인증기관과 제13조에 따라 활동을 중지하거나 또는 제19조 제3항에 따라 영업을 휴지한 인증기관의 이름을 모든 사람에게 항상 공적으로 도달할 수 있는 통신망을 통하여 접근할 수 있도록 하여야 한다.

2) 협력의무

개정 전자서명법 제20조는 인증기관의 협력의무(Mitwirkungspflicht)를 규정하고 있다. 즉 인증기관과 이를 위해 이 법 제4조 제5항에 따라 활동하는 제3자는 관할청과 그에게 위임한 사람에게 통상적인 영업기간 동안 사업장과 영업장소의 진입을 허용하여야 하고, 이들의 요청이 있으면 관련되는 서적, 기록, 영수증, 문서, 기타의 자료를 적절한 방식으로 감독을 위하여 제출하여야 하고, 그것이 전자적 방식으로 행하여진 한도에서는 정보를 제공하고 그리고 필요한 도움을 제공하여야 한다.

정보제공 의무가 있는 자는 그가 그것 때문에 또는 민사소송법 제383조 제1항에 포함되는 자신의 가족이 범죄행위 또는 질서위반법 위반을 이유로 하는 기소의 위협이 우려되는 경우 정보제공을 거절할 수 있다.

(7) 기 타

개정 전자서명법 제23조는 전자서명과 전자서명을 위한 제품의 국제적 승인을 규정하고 있다. 즉 외국의 고급 인증서가 다른 유럽연합 회원국이

나 다른 유럽경제지역조약 체결국에서 제출된 그러한 전자서명은 그것이 1999년 12월 13일 전자서명을 위한 공동체의 기본조건에 관한 유럽의회 지침 제5조 제1항을 당시 효력 있는 원문에 상응하는 한도에서, 이 법의 고급 전자서명과 동일하다. 제3국으로부터의 전자서명은 인증서가 그곳의 인증기관으로부터 공적으로 고급 인증서로 발급되고, 전자서명 지침 제5조 제1항의 의미에서 전자서명을 청하고 그리고 다음의 요건을 가지는 경우에 이 법의 고급 전자서명과 동일하다. ①인증기관이 지침상의 요구를 충족하고 그리고 유럽연합 회원국에서 또는 다른 유럽경제지역조약 체결국에서 지정되거나, ②지침의 요구를 충족하는 공동체 내에 거주하는 인증기관이 인증서를 보증하거나, ③인증서 또는 인증기관이 유럽연합과 제3국 또는 국제조직 사이에서 쌍무 또는 다자간 협약의 범위에서 승인된 경우이다.

국제적으로 승인된 전자서명은 그것이 입증에서 동일한 가치의 안전성을 제시하는 경우 이 법 제15조 제1항에 따라 제공자 지정이 행하여진 고급 전자서명과 동일하다.

다른 유럽연합 회원국 또는 다른 유럽경제지역조약 체결국에서 그것이 유럽의회 지침을 당시 효력이 있는 원문에 상응함이 확정된 전자서명을 위한 제품은 승인될 수 있다. 국제적으로 승인된 고급 전자서명을 위한 제품은 그것이 입증에서 동일한 가치의 안전성을 제시하는 경우 제1문에 열거된 국가 또는 제3국으로부터 전자서명에 대한 제품과 동일하다.

제 3 장 지적재산권

제 1 절 서

인터넷과 디지털 정보기술은 디지털화 된 형식으로 저작권을 침해할 가능성이 높기 때문에 저작권법은 정보회사에서 중요한 의미를 가진다. 특히 저작권 분야는 단순히 국내법적 문제가 아니라 국제적인 관심사항도 포함하기 때문에 유럽연합은 1995년 저작권적 보호의 점증하는 의미를 인식하고 정보회사의 저작권과 유사 보호권에 관한 녹서(Grünbuch)¹¹¹⁾를 준비하였다. 이는 전자우편, 월드와이드웹, 전자거래 시대에 상이한 국내 저작권 규정을 통하여 유럽 역내시장의 분열을 초래하지 않도록 하기 위하여 유럽 수준의 통일적인 법적 영역을 구축하기 위한 것이다. 특히 전자거래에 대한 유럽연합 지침이 공포되면서 저작권에 대하여도 저작권자가 권리자로서 누릴 보호 이익과 이용자를 고려한 보호, 양자의 충돌 문제를 해결하기 위한 방안을 강구할 필요성이 제기되었다. 그 결과 2001년 6월 22일 정보회사에 있어서 저작권 및 유사 보호권의 특정 관점의 조화를 위한 유럽연합 지침¹¹²⁾이 제정되어 회원국인 독일도 2002년 12월 22일까지 국내 입법을 하여야 할 상태에 놓여있다.

그러나 유럽연합은 그 이전에도 컴퓨터프로그램 또는 데이터베이스와 같은 개별적 대상들에 대한 규율 원칙을 만들어 왔다. 예컨대, 컴퓨터프로그램에 대하여는 1991년 5월 14일 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 유럽연합 지침¹¹³⁾에 따라 독일은 저작권법 제69조 a에서 제69조 g까지 관련 규정을 추가하였다. 그리고 정보 및 통신서비스법에서는 1996년

111) Grünbuch v. 19. Juli 1995, KOM (95) 382.

112) Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft(ABl. EG Nr. L 167 v. 22. Juni 2001).

113) Richtlinie 91/250/EWG des Rates v. 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen(ABl. EG Nr. L 122 v. 17. Mai 1991).

3월 11일 데이터베이스의 법적 보호에 관한 유럽연합 지침¹¹⁴⁾에 따라 1995년 10월 9일에 공포된 저작권법¹¹⁵⁾을 개정하였다.

제 2 절 저작권법

1. 개 설

독일은 정보 및 통신서비스법 제7장을 통하여 1996년 3월 11일 데이터베이스 보호에 관한 유럽연합 지침의 전환의무를 이행하였다. 이 지침은 제16조 제1항에서 1998년 1월 1일까지 유럽연합 회원국에게 국내법으로 전환할 것을 규정하였다. 즉 멀티미디어의 발달에 터잡아 데이터베이스를 저작권법에서 보호할 필요성이 제기되었고, 이와 함께 저작권에 의하여 보호되지 않는 데이터베이스의 법적 처리의 필요성이 대두되면서 저작권법에 대한 개정작업이 이루어지게 되었다. 그리하여 독일은 1997년 7월 22일 이에 상응하게 저작권법을 개정하였다. 그러나 독일 연방정부는 법적 개정의 필요성에 관한 근거는 공표하지 않았다.

한편 저작자와 실연예술가가 자신의 저작물의 이용에 관한 계약체결 시에 당면하는 열악한 지위를 새로운 미디어의 발전에 적합하게 강화할 것이 요청되었다. 그리하여 각 저작자에게 계약상의 청구권과 나란히 저작물 이용과 관련하여 발생하는 모든 이용방법에 대한 적절한 법적 보상청구권을 인정하는 "저작자와 실연예술가의 계약상 지위 강화에 관한 법률 초안"¹¹⁶⁾이 만들어 졌다. 이 법률은 2001년 5월 30일 연방정부가 연방의회에 제출하였고, 2001년 11월 29일 제1회 독회가 있었다.

114) Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken(ABl. EG Nr. L 77 v. 27. März 1996).

115) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 22. Juli 1997(BGBI. I S. 1273).

116) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 30. Mai 2001

2. 개정 내용

(1) 저작물 규정 보강

기존의 독일 저작권법은 데이터베이스 보호에 관한 고유한 규정을 두고 있지 않았으며, 데이터베이스는 편집저작물에 해당하는 한도에서 보호되었다. 즉 기존의 법률은 편집저작물을 "저작물, 기타 사항의 편집물로서 그 선택 또는 배치에 의하여 사람의 정신활동상의 창작물이라고 인정되는 것"으로 정의하였다. 그러나 개정 법률 제4조 제1항은 "저작물, 데이터 또는 기타 독립적 요소들의 편집물(Sammlung)은 요소의 선택이나 배치에 의해 개인의 정신적 창작물(편집저작물)이며, 개별 요소에 존재하는 저작권 또는 이와 유사한 보호권과 무관하게 독립적 저작물로서 보호된다"고 규정하여 편집저작물(Sammelwerke)의 범위를 명확히 하였다. 그리고 개정 법률 제4조 제2항은 "데이터베이스저작물(Datenbankwerk)이란 그 요소가 체계적으로 또는 방법론적으로 배치되어 전자적 수단 또는 기타의 방법으로 진입할 수 있는 하나의 편집저작물"이라고 규정하여 데이터베이스저작물 개념을 신설하였다. 그러나 데이터베이스저작물의 창작을 위한 또는 그 구성요소에 진입하기 위한 컴퓨터프로그램(제69조 a)은 데이터베이스저작물의 구성요소에 해당되지 않는 것으로 하였다.

(2) 데이터베이스저작물의 이용

개정 법률 제55조의 a는 데이터베이스저작물 이용에 대하여 규정하고 있다. 즉 판매를 통하여 거래에서 사용된 데이터베이스저작물을 저작권자의 동의를 얻어 그 복제본을 소유한 자, 다른 방법에 의해 데이터베이스저작물을 사용할 권한이 있는 자, 저작권자나 저작권자의 동의를 얻어 제 3자와 체결한 계약에 근거하여 데이터베이스저작물에 진입할 수 있는 자는, 데이터베이스저작물의 구성요소에 진입하기 위해 그리고 그의 일상적인 이용에 필요한 경우 및 그 한도에서, 데이터베이스저작물을 가공 또는 복제할 수 있다. 제1단에 따른 계약에 근거하여 데이터베이스저작물의 일부분에만 진입할 수 있는 경우 그 일부분만 복제와 가공이 허용된다고 한다. 그리고 이에 반하는 계약상의 합의는 무효이다.

(3) 데이터베이스제작자 보호규정 신설

1) 개념

개정 법률 제87조 a는 데이터베이스보호 지침 제1조 제2항에 규정된 데이터베이스 개념을 수용하여 편집저작물 개념을 분명히 하였다. 즉 개정 법률에서 데이터베이스(Datenbank)란 체계적으로 또는 방법론적으로 배치되어 전자적 수단을 통해 또는 기타 방법으로 진입할 수 있고 그리고 그의 창작, 심사 또는 표현이 그 종류 또는 범위에 따라 본질적인 투자가 필요한 저작물, 데이터 또는 기타 독립적 요소들의 편집물(Sammlung)을 말한다고 규정하였다. 내용물이 종류 또는 범위에 따라 본질적으로 변경된 데이터베이스는 그 변경이 종류 또는 범위에 따라 본질적인 투자를 필요로 하는 한도에서, 새로운 데이터베이스로 본다. 그리고 이 법에서 데이터베이스제작자란 제1항의 투자를 행한 자를 말한다.

2) 데이터베이스제작자의 권리

개정 법률 제87조 b는 데이터베이스보호 지침 제5조의 취지에 따라 데이터베이스제작자의 권리를 규정하고 있다. 즉 데이터베이스제작자는 데이터베이스 전체를 또는 종류 또는 범위에 따라 본질적인 데이터베이스의 일부분을 복제, 배포 그리고 공중에 대하여 재현(öffentlichen Wiedergeben)할 수 있는 배타적 권리를 가진다. 여기서 종류 또는 범위에 따른 데이터베이스의 본질적 일부분을 복제, 배포 또는 공중에 대하여 재현하는 것은, 이러한 행위가 데이터베이스의 규범적 평가에 반하지 않거나 또는 데이터베이스제작자의 정당한 이익을 기대 불가능하게 침해하지 않는 한도에서, 종류 또는 범위에 따라 데이터베이스의 비본질적 부분에 대한 반복적이며 그리고 체계적인 복제, 배포 또는 공중에 대하여 재현하는 것으로 본다.

3) 데이터베이스제작자의 권리 제한

개정 법률 제87조 c는 데이터베이스보호 지침 제6조에 따라 데이터베이스제작자의 권리 제한을 규정하고 있다. 즉 데이터베이스제작자는 다음

의 목적을 위하여 종류 또는 범위에 따라 데이터베이스의 본질적인 일부분을 복제하는 것을 허용하여야 한다. 첫째, 사적 이용은 원칙적으로 허용되나 구성요소를 오직 전자적 수단을 통해서만 진입할 수 있는 데이터베이스에 대해서는 허용되지 않는다. 둘째, 복제가 고유한 학문적 사용을 위해 요구되고 그리고 학문적 사용이 영업적 목적에 이바지하지 않은 경우이다. 셋째, 학급에 필요한 데이터베이스를 사용한 교육 및 진학 그리고 직업교육을 위한 비상업적 교육기관에서의 고유한 사용을 위한 경우이다. 이 경우에는 그 출처를 명백히 밝혀야 한다.

그리고 법원, 중재재판소 또는 당해 관청의 절차에서의 사용을 위해 또는 공중의 안전을 위한 사용을 위해 종류 또는 범위에 따라 데이터베이스의 본질적인 일부분을 복제, 배포 그리고 공중에 대하여 재현할 수 있다.

4) 권리의 존속기간

데이터베이스제작자의 권리는 데이터베이스의 공표 후 15년간 보호된다. 데이터베이스가 공표 되지 않은 경우에는 제작일 부터 15년간 보호된다.

5) 데이터베이스의 사용에 관한 계약

판매를 통하여 거래에서 사용된 데이터베이스를 데이터베이스제작자의 동의를 얻어 그 복제본을 소유한 자, 다른 방법에 의해 데이터베이스저작물을 사용할 권한이 있는 자, 데이터베이스제작자나 데이터베이스제작자의 동의를 얻어 제3자와 체결한 계약에 근거하여 데이터베이스저작물에 진입할 수 있는 자가 데이터베이스제작자에 대해 종류 또는 범위에 따라 데이터베이스의 비본질적 일부분을 복제, 배포 또는 공중에 대하여 재현을 하지 않겠다는 의무를 부담하는 계약상의 합의는, 이러한 복제, 배포 또는 공중에 대하여 재현한 것이 데이터베이스의 규범적 평가에 반하고 그리고 데이터베이스제작자의 정당한 이익을 기대 불가능하게 침해하는 한도에서, 무효이다.

6) 데이터베이스제작자의 보호

개정 법률의 적용범위 내에 소재하는 독일 국민과 법인은 제87조 b에 따라 보장되는 보호를 받는다. 또한 다음의 경우에는 독일법에 따라 또는

제120조 제2항 제2호에 나열된 국가들 중 하나의 국가의 법에 따라 설립된 법인은 이 법의 적용범위 내에 소재하지 않아도 제87조 b에 의한 보호를 받는다. 첫째, 주된 사무소 또는 본점 소재지가 제120조 제2항 제2호에 나열된 국가들 중 하나의 영토 내에 존재하거나, 둘째 이러한 국가들 중 하나의 영토 내에 정관에 의한 사무소의 소재지가 존재하고 그 활동이 독일경제 또는 이들 국가들 중의 하나의 경제와 사실상 관련된 경우, 셋째 외국 국민과 법인은 국가간의 계약의 내용에 따라 보호를 받거나 또는 유럽연합이 제3국과 체결한 협약에 따라 보호받는다. 이러한 협약은 연방법무장관에 의해 연방관보에 공포되어야 한다.

7) 유럽연합 지침의 전환에 관한 결과규정

제23조 제2문, 제53조 제5항, 제55조 a와 제66조 제1항 제2단은 1998년 1월 1일 이전에 제작된 데이터베이스저작물에 대하여도 적용된다. 그러나 제5조 a와 제87조 e는 1998년 1월 1일 이전에 체결된 계약에는 적용되지 않는다. 그리고 제2장 제6절의 규정들은 1983년 1월 1일부터 1997년 12월 31일 사이에 제작된 데이터베이스에도 적용된다.

제 3 절 멀티미디어 지침

1. 개 설

유럽연합이 지금까지 저작권과 유사 보호권 영역에 있어서 공포한 여러 가지 지침은 개별대상에 대한 규율의 원칙에 따랐다. 즉 이러한 법영역에서 지금까지의 중심영역은 조화로운 척도가 그 대상이 아니라 오히려 컴퓨터프로그램 또는 데이터베이스의 보호와 같은 전통적인 저작권 보호의 여백에 놓여 있던 사안들이었다. 이에 반하여 유럽연합은 멀티미디어 지침¹¹⁷⁾으로 "저작권의 진앙지"에 놓이게 되었으며,¹¹⁸⁾ 복제권, 배포권 및

117) Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. EG Nr. L 167 v. 22. Juni 2001).

118) Schippan, "Urheberrecht goes digital-Die Verabschiedung der "Multimedia-Richtlinie 2001/29/EG"", NJW 2001, 2682.

공중에 대한 재현권과 같은 중심적인 이용권(Verwertungsrecht)이 그 핵심이다. 여기서 법률의 동화(Rechtsangleichung)는 “특별히 정보회사와 관련하여” 발생하였다. 그러나 멀티미디어 지침은 디지털 영역에 있어서의 사항에 한정되지 않고 설치된 기술과 무관하게 총체적 가치과정을 포함한다. 그 이외에도 지침은 1996년 12월 세계지적재산권기구가 의결한 두 개의 계약, 즉 WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Treaty: WCT)과 공연과 음반매체에 관한 WIPO 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT)의 수용을 내포한다. WIPO 계약에 처음 규정된 온라인이용권, 기술적인 보호장치의 회피에 대한 법적 보호의 규율대상 및 “법률행정을 위한 정보”와 관련된 의무가 멀티미디어 지침에 규정되었다. 멀티미디어 지침은 그 성립에 있어서 상이한 이익들 사이에 충돌이 있었다.¹¹⁹⁾ 즉 저작자와 이용권자, 통신업자와 소비자, 이용회사와 제작회사가 영향을 미칠 수 있는 가능성을 포함한 모든 사용을 조정하는 데에는, 즉 1997년 제1차 초안의 공포 이후 참가국들이 디지털시대의 저작권 보호규정에 찬성하는 데 3년 반이나 걸렸다.¹²⁰⁾

2. 지침의 내용

(1) 지침의 목적 및 적용범위

멀티미디어 지침의 목적은 상이한 국내 저작권 규정을 통하여 유럽 역내시장의 분열을 초래하지 않도록 하기 위하여 유럽 수준의 통일적인 법적 영역을 구축하기 위한 것이다. 그러므로 지침은 역내시장의 영역에서, 특히 정보회사와 관련하여 저작권 및 유사 보호권의 법적 보호를 대상으로 한다. 그리고 이 지침은 이미 제정된 5개의 저작권 지침과의 관계를 규정하고 있다. 즉 이 지침은 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 지침, 지적소유권의 영역에서 판매권, 대여권 및 특정 유사 보호권에 대한 지침, 위성방송과 유선방송의 영역에서 저작권과 유사 보호권에 대한 지침, 저작권과 특정 유사 보호권의 보호기간에 관한 지침, 데이터베이스의 법

119) Schippan, NJW 2001, 2682.

120) Schippan, NJW 2001, 2683.

적 보호에 관한 지침에 존재하는 규정에 영향을 미치지 않으며, 어떠한 방식으로든 이를 침해하지 못한다.

(2) 이용권

제2조 내지 제4조의 중심적 이용권은 저작자와 금부보호 권리자를 배타적인 권리자로 인정한다. 이러한 배타적 권리는 제5조의 예외와 제한을 정하는 포괄적 목록에 의하여 제한된다.

1) 보호되는 권리

가) 복제권

멀티미디어 지침 제2조는 저작자와 금부보호 권리자에게 포괄적 방식으로 자신의 저작물 내지 공연물 또는 금부에 대한 배타적 복제권 (Vervielfältigkeit)을 보장한다. 여기서 금부보호 권리자는 실연한 예술가, 음반업자, 영화사 그리고 방송업자이다. 유럽연합 회원국은, ①저작물과 관련된 저작자, ②공연실연과 관련된 공연예술가, ③녹음과 관련된 음반업자, ④필름의 원본 및 복제권과 관련된 필름의 제1차 상연 제작자, ⑤방송이 유선 또는 무선으로 케이블 또는 인공위성으로 중개되었는가의 여부와 무관한 송신의 표시와 관련된 송출업자에게 직접 또는 간접적으로 일시적 또는 장기적으로 각 종류, 방식 그리고 방법으로 전부 또는 일부를 허용하거나 금지하는 배타적 권리를 부여한다.

또한 개정된 베른협약 제9조 제1항을 통하여 이미 포괄적 복제권이 보장되고 그리고 지침 제2조에 규정된 복제권의 계속적 보호가 단지 선언적 성격만을 가진 경우 이는 디지털시대에 긍정적으로 평가된다. 왜냐하면 아날로그 세계에 있어서와 같이 복제권은 올려놓기(Upload), 브라우징(Browsing), 내려받기(Download)와 같은 온라인 이용에 있어서 이용자가 무엇을 강제적으로 처분하여야 하는지에 대하여 중심적 이용권이 되기 때문이다.¹²¹⁾

121) Schippan, NJW 2001, 2683.

나) 공중에 대한 재현권

멀티미디어 지침 제3조는 저작물의 “공중에 대한 재현권”(Recht der öffentlichen Wiedergabe)과 “공중에 도달 가능한 권리”(Recht der öffentlichen Zugänglichmachung)를 규정하고 있으며, 이는 저작권으로 보호되는 저작물의 인터넷 이용의 측면에서 의미가 있다. 즉 전통적이며, 독일에서는 저작권법 제15조 제2항, 제19조에 규정된 공중에 대한 재현권이 다른 회원국과의 조화를 야기하는 동안 공중에 도달 가능한 권리가 본질적인 새로운 규정으로 도입되었다. 이러한 배타적 권리로서 허용된 공중에 도달 가능한 권리의 도입으로 재현행위, 유포행위 또는 송신행위로서의 인터넷상의 내용물에 대한 처분권자의 배치에 관한 논의는 종결되었다.¹²²⁾

첫째, 회원국은 저작자에게 유선 또는 무선으로, 저작물을 회원에게 장소와 시간에 대한 공개성을 그의 선택에 따라 도달 가능하거나 이를 허가하거나 또는 금지하는 방식으로, 공중에 도달 가능성을 포함하여 그의 저작물을 공중에 대하여 재현할 수 있는 배타적인 권리가 귀속되는 것으로 본다.

둘째, 회원국은, ①공연실연과 관련된 공연예술가, ②녹음과 관련된 음반업자, ③필름의 원본 및 복제권과 관련된 필름의 제1차 상연 제작자, ④ 방송이 유선 또는 무선으로 케이블 또는 인공위성으로 중개되었는가의 여부와 무관한 송신의 표시와 관련된 송출업자에게 다음에 열거된 보호대상을 유선 또는 무선으로, 저작물을 회원에게 장소와 시간에 대한 공개성을 그의 선택에 따라 도달 가능하게 하는 방식으로, 공중에 도달하게 하는 것을 허가하거나 또는 금지하는 배타적인 권리가 귀속되는 것으로 본다.

셋째, 앞에서 언급된 권리는 이 조문에서 언급된 행위로 공중에 대한 재현 또는 공중에 대한 도달 가능성이 감소되지 않는다.

다) 유포권

멀티미디어 지침 제4조는 서적, CD, 비디오카세트와 같은 복제물과 관련된 유포권(Verbreitungsrecht)을 조화시켰으며, 아날로그 세계와 비교하여 별도의 새로운 규정을 두지 않았다.

122) Schippan, NJW 2001, 2683.

첫째, 회원국은 저작자에게 자신의 저작물의 원본 또는 공중에 대한 유포가 판매를 통한 임의의 방식으로 또는 기타의 방식으로 허가하거나 금지할 수 있는 복제물과 관련하여 배타적 권리가 귀속되는 것으로 본다.

둘째, 유포권은 공동체에서 원본 내지 저작물의 복제물과 관련하여 이러한 목적물의 제1차 판매 또는 공동체에서 다른 제1차적 소유권 이전이 권리자 또는 그의 동의에 의하여 이루어지는 경우에만 감소된다.

(3) 이용권의 예외와 제한

멀티미디어 지침 제5조는 복제권과 공중에 대한 재현권에 보장된 배타적 권리의 예외와 제한을 규정하고 있다.

1) 복제권의 예외

일시적이거나 또는 첨가되고, 기술적 조치의 통합적이고 본질적인 부분으로 설명되며, 그것이 ①매개자에 의하여 제3자 사이에서 망으로 전송되거나, ②저작물 또는 기타의 보호객체의 적법한 이용을 가능하게 하는 유일한 목적을 가지고 그리고 어떠한 자신의 경제적 의미도 가지고 있지 않은 복제행위는 복제권에서 제외된다.

2) 복제권의 예외와 제한

회원국은, ①복제행위가 악보의 예외와 그리고 권리보유자가 적절한 보상을 한다는 조건하에서 종이 또는 임의의 사진촬영 절차를 매개로 하는 담당주체 또는 유사한 효력을 가진 기타의 절차와 관련된 경우, ②복제행위가 기술적 조치가 제6조에 적합하게 당해 저작물 또는 당해 보호객체에 적용될 수 있는지의 여부를 고려하여 권리보유자에게 적당한 보상을 한다는 조건하에서 사적 이용을 위하여 그리고 직접 또는 간접적으로 상업적 목적 없이 자연인에 의하여 임의의 담당주체와 관련된 경우, ③직접 또는 간접적으로 경제적 또는 상업적 목적을 추구하지 않는 공중이 도달할 수 있는 도서관, 교육시설, 박물관 또는 문서보관소의 특정 복제행위와 관련된 경우, ④자체 수단을 가지고 스스로의 방송을 위하여 방송사업자가 의도한 저작물의 순수한 녹화와 관련된 경우, 특히 그의 예외적 문

서성격 때문에 공공기록에서 이러한 녹화의 보관이 허용될 수 있는 경우, ⑤병원, 수송시설과 같이 상업적, 영업적 성격이 없는 시설이 권리보유자에게 적절한 보상을 한다는 조건하에서 방송의 복제와 관련된 경우에는 복제권은 예외 또는 제한되는 것으로 본다.

3) 복제권과 공중에 대한 재현권 제한

회원국은, ①저작자의 이름을 포함하는 출처가 표시되고 그리고 이것이 상업적 목적이 없도록 하는 조치가 상당한 한도에서, 강의에서 예시 또는 학문적 연구 목적을 위한 이용, ②당해 장애에 필요한 한도에서, 그 이용이 직접 장애와 관련되고 그리고 상업적 목적이 없는 경우 장애인을 위한 이용, ③그러한 이용이 명시적으로 유보되지 않고 그리고 저작자의 이름을 포함하는 출처가 표시된 한도에서, 언론에 의한 복제, 경제적 정치적 또는 종교적 특성을 가진 시사문제에 대하여 공표된 논문의 공중에 대한 재현 또는 도달 가능권, 저작자의 이름을 포함하는 출처가 표시되는 한도에서 보도와 결부된 저작물 또는 보호객체의 이용, ④공중에 이미 적절하게 도달된 저작물 또는 기타 보호객체와 관련되는 한도에서, 저작자의 이름을 포함하는 출처가 표시되는 한도에서 그리고 그 이용이 적절한 관습에 상응하여 그 범위가 특별한 목적에 의하여 정당화되는 한도에서, 비평 또는 평론과 같은 목적에의 이용, ⑤공공의 안전보장의 목적, 행정절차, 국회의 절차 또는 법원의 절차 규정에 적합한 진행의 보장을 위한 이용 또는 이에 관한 보도, ⑥정보목적이 이를 정당화시키고 그리고 저작자의 이름을 포함하는 출처가 표시되는 한도에서, 정치적 연설, 공적 강연 또는 이와 유사한 저작물 또는 보호객체의 발체에의 이용, ⑦종교모임 또는 공적으로 관공서에 의하여 실시되는 모임에서의 이용, ⑧공공장소에 영원히 존속시키기 위하여 제작한 건축 또는 플라스틱 예술품과 같은 저작물의 이용, ⑨다른 물질에서 저작물 또는 다른 보호객체의 부수적인 참조, ⑩기타의 다른 사업적 이용은 배제하고 당해 시설의 후원에 필요한 척도에서 예술작품의 공공의 전시 또는 공공에 대한 판매를 위한 광고목적의 이용, ⑪만평, 패러디 목적을 위한 사용, ⑫기구의 전시 또는 수선과 관련된 이용, ⑬건물 또는 기호의 형식에서 예술적 저작물의 이용 또

는 건물 복구의 목적으로 건물의 계획에의 이용, ④ 판매 또는 이용허락에 관한 어떠한 규정도 없고 그리고 언론사의 편집물에 존재하는 저작물과 기타 보호객체의 이용, ⑤ 어떠한 예외 또는 제한이 이미 개별국가의 법규정에 존재하고 그리고 이것이 단지 유추적으로 이용될 수 있고 그리고 공동체에 있어서 다른 상품과 서비스급부 판매에 영향이 없는 한도에서 일정한 다른 사례에 있어서 사소한 의미의 이용과 관련되는 경우에는 복제권과 공중에 대한 재현권은 예외 또는 제한되는 것으로 본다.

여기서 제한이 매우 포괄적으로 규정되고 그리고 그 이외에도 유추적용이 가능한 범위에서 사소한 의미의 이용을 위해서만 존재하는 국내의 모든 제한규정이 존속할 수 있도록 규정한 것은 데이터베이스보호 지침의 조화 정도가 매우 적음을 의미한다.¹²³⁾

4) 유포권 제한

회원국이 복제권과 관련하여 예외 또는 제한을 규정한 경우 이러한 예외가 허용된 복제의 목적을 통하여 정당화되는 한도에서, 유포권과 관련되는 경우에는 이에 상응하게 유포권이 예외 또는 제한되는 것으로 본다.

123) Schippan, NJW 2001, 2683.

제 4 장 기타 관련 법률

제 1 절 서

멀티미디어의 보급 및 발달과 관련하여 독일에서도 미성년자에게 유해한 문서 등의 통제를 위하여 필요한 조치를 강구하여야 할 필요성이 대두되었다. 그리하여 정보 및 통신서비스법은 종래 미성년자 보호에 관한 규정을 이러한 매체들의 특성에 적합하게 형법 및 질서위반법의 관련규정을 개정하였다. 그리고 전자적 법률거래에 관한 “전자거래법”이 입법되면서 이에 대한 적용을 위하여 “문서방식법” 및 “채권법현대화법”의 개정이 필요하게 되었다. 그 이외에도 정보 및 통신서비스법과 동일한 효력을 가지는 미디어서비스에 관한 국가계약도 개정을 준비중이다.

제 2 절 형법 및 질서위반법

정보 및 통신서비스법의 제정에 따라 형법¹²⁴⁾과 질서위반법¹²⁵⁾의 개정의 핵심은 형법 제11조 제3항의 문서개념의 규정에 “정보저장매체”(Datenspeicher)를 추가한 것이다. 이를 통하여 독일에서는 하드디스크, CD-ROM, 디스켓 등과 같은 정보저장매체에 일시적으로 저장된 내용도 형법상의 “문서”로 볼 수 있게 되었다. 이와 같이 형법상의 문서개념을 정보 및 통신서비스에 적합하게 개정함으로써 문서개념이 규정된 형법상의 모든 범죄구성요건이 정보 및 통신서비스에 대하여도 적용되게 되었다. 또한 형법 제86조 제1항은 반헌법적인 조직의 선전매체의 반포와 관련하여 “정보저장매체를 일반이 접근할 수 있도록 하는 것”을 추가하였고, 제184조는 음란도서의 반포와 관련하여 “사실에 가까운 묘사”도 추가하였다. 그리하여 독일에서는 형법 제131조의 폭력행사(Gewaltdarstellungen), 제184조의 외설물(Pornographie)과 같은 형사처벌이 가능한 내용이 아직 인쇄되지 않고 정보저장매체에 수록되어 있는 경우에도 처벌할 수 있게 되었다.

124) Das Strafgesetzbuch vom 10. März 1987(BGBI. I S. 945)

125) Das Gesetz über Ordnungswidrigkeit vom 19. Februar 1987(BGBI. I S. 602)

또한 질서위반법도 공적 질서에 반하는 행위와 관련하여 “정보저장매체”를 문서의 개념에 포함시켰으며, 질서법의 대상이 중과실 행위와 관련하여 “일반이 정보저장매체에 접근할 수 있도록 하여” 괴롭히는 행위를 추가하여 정보저장매체를 통한 행위가 질서법의 대상이 된다는 것을 명백히 하였다.

제 3 절 청소년보호법

1. 개 요

독일에서 청소년 보호에 관한 법률로는 연방법으로는 부분적으로 “공공에서의 청소년보호법”(Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit)에서, 그리고 대부분은 “청소년유해문서 반포에 관한 법률”(Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften: GjS)에서 규율하고 있었다. 그러나 새로운 원격서비스와 관련하여 청소년 보호를 위하여 “청소년유해문서 반포에 관한 법률”¹²⁶⁾을 “청소년유해문서 및 미디어내용 반포에 관한 법률”(Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalt)로 변경하고, 그 내용을 대폭 수정하였다. 이 법의 개정으로 기본법 제5조 제1항에 규정되어 있던 의사 및 정보자유권과 제5조 제2항에 규정되어 있던 청소년 보호에 관한 헌법적 과제 사이의 조정이 이루어지게 되었다.

2. 법률의 주요 내용

(1) 청소년 보호를 위한 법률체계

독일의 정보 및 통신서비스법은 청소년 보호를 위한 법적 조치를 문서의 내용에 위험성이 충분하고, 어린이 및 청소년 보호에 적합하며, 자유로운 표현의 형성과 표시에 대한 권리를 고려한 3단계 계도로 구성하였다. 제1단계는 청소년에게 위협한 문서의 반포가능성 측면에서 형법 및

126) Das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 12. Juli 1985(BGBl. I S. 1502)

질서위반법의 문서개념과 동일하게 하기 위하여 “문서”개념을 법률적으로 확장하였다. 제2단계는 청소년에게 유해한 문서에 대한 규제이다. 즉 “공개적으로 풍속상 중대한 청소년 유해문서”와 “어린이나 청소년에게 풍속적으로 위협하게 하는 문서”로 구분하여 해롭지만 그러나 일반적으로 금지할 수 없는 내용의 문서를 연방 청소년유해문서 심사위원회가 유해 여부를 지정하는 것이다. 그리고 공개적으로 중대한 청소년 유해도서는 법률에 의하여 금서로 지정된다. 다만 광고를 포함한 유해 지정된 내용의 반포는 그의 제공 또는 반포가 국내에서 성년의 이용자에게 제한될 수 있는 기술적 안전조치를 통하여 예방될 수 있는 경우에만 허용된다. 제3단계는 임의의 자기조직 및 자기통제의 범위에서 예방조치이다. 즉 청소년 보호위원 제도를 신설하여 청소년 보호에 관한 필요한 조언을 하도록 하였다.

(2) 청소년에게 유해한 문서의 목록화

어린이 및 청소년에게 도덕적으로 위험하다고 할 수 있는 문서는 원칙적으로 목록화 하였다. 특히 비도덕적이며, 잔인한 효과를 내포한 폭력, 파괴, 인종차별 및 전쟁을 예찬하는 문서들이 이에 속한다. 그러나 문서의 내용이 단지 정치적, 사회적, 종교적, 세계관적이거나, 문서가 예술 또는 학문, 연구 또는 이론에 기여하는 경우, 설명의 방법에 이의가 없다면 공법적 이익이 존재하는 경우에는 예외적으로 위험한 문서에 해당하지 않는다. 여기서 음향 및 영상매체, 전산자료매체, 복사와 묘사도 문서와 같게 취급된다. 다만 방송에 관한 국가계약 제2조에 규정된 방송의 전송과 제작물이 일반대중의 의견형성에 중요한 한도에서 배포형 서비스(Ver-teildienst)와 주문형 서비스(Abrufdienst)에 있어서 이러한 내용의 제공은 문서에 해당하지 않는다. 그리고 어린이는 만 14세가 되지 않은 자를 말하고, 청소년은 만 14세 이상 만 18세 미만의 자를 말한다.

(3) 청소년에게 유해한 문서의 반포금지

청소년에게 유해한 문서는 원칙적으로 어린이 또는 청소년에게 제공, 양도 또는 접근이 허용되어서는 안되며, 어린이 또는 청소년이 접근할 수

있거나 또는 열람할 수 있는 장소에서 전시, 게시, 상영 또는 기타의 접근이 허용되어서도 안 된다. 그리고 이는 전자적인 정보 및 통신서비스를 통하여 반포되거나 준비되거나 또는 기타의 접근이 허용되어서도 안 된다. 그러나 예외적으로 영업상의 임대차 또는 이와 동일한 영업상의 사용보장의 방법으로 어린이와 청소년이 접근할 수 없고, 이들이 열람할 수 없는 소매점에서는 타인에게 문서를 제공하거나 양도할 수 있다. 만일 청소년에게 유해한 문서로 동재되거나 또는 공표된 문서를 법률에 규정된 반포금지에 반하여 행위한 자에게는 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처할 수 있다.

한편 청소년에게 유해한 문서는 점포 이외에서의 개별판매, 고객이 들 어설 수 없는 매점 또는 기타의 판매소, 통신판매, 영업상의 도서대여점 또는 독서구역에서의 판매, 반포 또는 대여하거나 또는 이러한 목적으로 저장하는 것이 허용되지 않는다. 만일 매점이나 기타의 판매소에서의 반포금지에 반하여 고객에게 판매제한을 암시하지 않은 자에게는 3만 마르크의 과태료에 처할 수 있다. 그리고 출판사와 중간상인도 청소년에게 유 해한 문서를 점포 이외의 개별판매로 영업하거나 또는 영업주가 그와 같 은 방법으로 영업하는 한도에서 이를 인도해서는 안 된다. 청소년에게 유 해한 문서는 이 법의 영역적 효력범위 내에서 통신판매의 방법으로 실행 되는 것도 허용되지 않는다.

(4) 광고의 제한

영업적 광고의 경우에 청소년에게 유해한 문서로 동재될 절차에 계류중 이거나 또는 계류되었는지를 암시하는 것은 허용되지 않는다. 또한 청소년 에게 유해한 문서로 공표된 문서는 원칙적으로 공적으로 또는 문서의 반포 를 통하여 제공되거나, 공지되거나 또는 선전되어서는 안 된다. 다만 상거 래에서의 행위가 당해 행위와 함께 효력이 있거나 또는 기술적인 예방조치 를 통하여 또는 기타의 방법으로 어린이와 청소년에게 전파되거나 또는 인 지될 수 없도록 한 경우에는 그러하지 아니하다. 만일 법률에 규정된 광고 금지에 반하여 영업상 광고하거나 또는 영업적 광고의 목적으로 목록을 복 사하거나 공표한 자에게는 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처할 수 있다.

(5) 청소년에게 중대하게 위협한 문서

공적인 평화에 반하는 행위를 교사하는 문서 또는 인종차별을 선동하거나 잔인한 또는 기타의 인간에 대한 비인도적 폭력행위를 기술한 문서, 포르노 문서, 어린이 또는 청소년에게 도덕적으로 중대하게 위협한 것이 분명한 기타의 문서는 청소년에게 유해한 문서로 동재 또는 공표되는 것을 요하지 않고 그 반포가 금지된다.

(6) 청소년보호위원 임명

정보통신을 수단으로 하여 영업에 적합한 전자적 정보 및 통신서비스의 이용을 준비하는 자는 이러한 서비스가 일반인에게 제공될 수 있고 그리고 청소년에게 유해한 내용이 내포될 수 있는 경우 청소년보호위원을 임명하여야 한다. 청소년보호위원은 이용자에 대한 대화상대자이며, 서비스제공자에게 청소년 보호 문제에 대하여 조언한다. 그는 서비스제공자로부터 제안서 및 일반적인 이용요건의 형성에 관여할 수 있으며, 서비스제공자에게 서비스제공에 대한 제한을 제안할 수 있다. 또한 서비스제공자는 자신의 과제를 인지하기 위한 임의의 자기통제 조직에 대한 의무를 부담함으로써 서비스제공자로서의 의무를 이행할 수 있다. 만일 청소년보호위원을 임명하지 않거나 또는 이러한 과제를 인지하기 위한 임의의 자기통제 조직에 대한 의무를 부담하지 않은 자에게는 3만 마르크의 과태료에 처할 수 있다.

제 4 절 방식규정적응법

1. 개 요

전자적 의사표시는 원칙적으로 법질서에 있어서 입증 가능하고 그리고 방식에 적합한 것으로 승인되어야 한다는 유럽연합 전자거래 지침에 따라 독일 연방정부는 민법상 인터넷에 의한 계약체결과 관련된 규정을 변경하기 위한 방식규정적응법 초안¹²⁷⁾을 작성하였다. 이 초안은 2000년 9월 6

127) Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des

일 연방의회에 제출되었으나 전자적 방식은 전자서명법 및 전자서명법시행령과 밀접한 관련을 가지고 있기 때문에 계속 논의되다가 의결되었고, 2001년 8월 1일부터 시행되고 있다. 독일은 이 법률을 통하여 전자적으로 체결된 계약의 유효성에 대한 요건을 해결하고자 한다.

2. 법률의 주요 내용

(1) 입법목적 및 개념

1) 입법목적

방식규정적응법 초안은 독일사법이 현대 법률거래의 발전에 적응하기 위한 목적을 가지고 있다.¹²⁸⁾ 법률거래에 이러한 가능성의 이용은, 한편으로 의사표시의 전자적 송신 및 계약체결에 대한 장애를 가능한 제거하여야 하고, 다른 한편으로 신뢰성 있는 법적 범위를 통하여 전자적 법률거래에서 법적 안정성을 유지하여야 한다.¹²⁹⁾ 그러므로 독일에서는 이와 같은 전자적 계약에 대한 방식의 효력을 부여하기 위하여 방식규정적응법을 제정하게 되었다.

2) 개념

방식규정적응법 초안은 소위 “문서방식”(Textform)이라는 새로운 방식을 도입하였다. 이는 통상의 종이서류뿐만 아니라 전자적 서류를 통하여 인식될 수 있는 서면방식을 완화된 형식이다. 문서방식은 단지 읽을 수 있는 기호로 고정된 표시 또는 통지를 요구하고 자필서명을 포기할 수 있다.¹³⁰⁾ 이는 자필서명의 요구가 부적합하고 거래를 어렵게 하는 경우를 상정하며, 현저한 입증효과가 없어도 소급할 수 없는 법률효과를 부여한다.

Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 6. September 2000.

128) 이에 대하여는 Roßnagel, MMR 2000, 457; Scheffler/Dressel, “Vorschläge zur Änderung zivilrechtlicher Formvorschriften und ihre Bedeutung für den Wirtschaftszweig E-Commerce”, CR 2000, 379.

129) Entwurf-Begründung, S. 2ff.

130) Entwurf-Begründung, S. 5.

이러한 문서방식은 독일민법 제410조 제2항, 제416조 제2항 제2문, 제541조 b 제2항 제1문, 제552조 a, 제651조 g 제2항 제3문에 도입된다.¹³¹⁾

또한 방식규정적용법은 소위 “전자적 방식”(elektronischer Form)이라는 새로운 개념도 도입하였다. 전자적 방식은 법률행위 당사자가 특정 방식으로 전자적 계약에 합의하는 경우 법적으로 준비된 행위의 선택에 기여한다.¹³²⁾ 즉 전자적 방식은 유체성의 표지를 포기할 수 있으나 문서에 대한 디지털서명을 요구한다. 법적으로 규정된 서면방식을 전자적 서명으로 대체하는 경우 표시하고자 하는 자는 문서에 자신의 이름을 추가하여야 하고, 전자서류를 전자서명법에 따른 디지털서명으로 처리하여야 한다. 그러므로 디지털서명은 법률에 회피규정이 없는 한 자필서명의 대체물이며,¹³³⁾ 이러한 규정에 반하면 방식이 요구되는 규정은 독일민법 제125조에 따라 무효이다. 여기서 이를 회피하는 규정으로는 독일민법 제623조, 제630조, 제766조 제1항, 제780조, 제781조 제1항이 있다.

(2) 민법전의 개정

방식규정적용법은 전자거래 지침 제9조를 수용하여 독일민법에 “문서방식”과 “전자적 방식”을 도입하였다. 전자거래 지침은 회원국에게 그 법적 제도가 전자적 방법으로 계약을 체결할 수 있도록 전환하도록 하였다. 특히 회원국은 계약체결에 효력을 가지는 법적 규정이 전자적 계약의 사용에 장애가 되거나 이러한 전자적 방법으로 성립된 사정을 근거로 어떠한 법적 효과도 가지지 못하도록 할 수 없도록 하였다.

1) 법정 서면방식

독일민법 제126조는 법정 서면방식(Schriftform)을 규정하고 있다. 즉 법률에 서면방식을 정하고 있는 때에는 증서의 발행자가 증서에 자필서명에 의하여 또는 공증인에 의하여 인증된 서명기호로 서명하여야 한다. 그리고 계약에서 각 당사자의 서명은 동일한 서면에 의하여야 하며, 계약에 관하여 동일한 내용의 증서가 다수 작성되는 때에는 각 당사자는 상대방

131) Entwurf-Begründung, S. 26.

132) Entwurf-Begründung, S. 3.

133) Entwurf-Begründung, S. 8.

을 위한 증서에 서명함으로써 족하다. 그리고 서면방식은 공중방식으로 갈음할 수 있다. 개정 법률은 이와 같은 현행법에 "서면방식은 법률이 달리 규정하지 않는 한도에서, 전자적 방식으로 대체될 수 있다"고 규정하여 전자적 방식을 법정 서면방식으로 인정하였다.

그리고 법률에 규정된 서면방식이 전자적 방식으로 대체되는 경우 표시하고자 하는 자는 서면에 자신의 이름을 추가하고 전자적 문서는 전자서명법에 따른 고급 전자서명으로 서명하여야 한다. 계약에 있어서 당사자는 항상 동일한 서면에 제1항에 표시한 방법으로 전자적으로 서명하여야 한다고 규정한다.

나아가 법률이 문서방식을 규정하는 경우 표시는 상대방에게 문서가 표시의 상대방에 교부되고 그리고 표시하고자 하는 자가 적당한 방식으로 인식할 수 있는 서명기호로 읽을 수 있도록 교부하여야 한다고 규정한다.

2) 임의적 서면방식

독일민법 제127조는 임의적 서명방식을 규정하고 있다. 즉 법정 서명 방식에 의한 규정은 의심스러운 때에는 법률행위에 의하여 정하여진 방식에도 적용된다고 규정한다. 그러나 법률행위에 의하여 정하여진 서면방식의 준수를 위해서는, 다른 의사가 인정되지 아니하는 한도에서, 원격통신에 의한 전달로써 그리고 계약에서는 서신의 교환으로써 족하다. 그리고 법률행위에 의하여 정하여진 전자적 방식의 준수를 위해서는, 다른 의사가 인정되지 아니하는 한도에서, 상대방도 제126조 a에서 정하여진 전자적 서명으로써 그리고 계약에서는 전자적 서명으로 처리된 청약과 승낙표시의 교환으로써 족하다. 이러한 방식이 선택된 때에는 사후에 제126조 a에 상응하는 전자적 서명을 또는 이것이 당사자에게 가능하지 않은 경우에는 제126조 a에 상응하는 공중을 청구할 수 있다.

(3) 민사소송법 개정

방식규정적용법은 전자거래 지침 제9조 제7호를 수용하여 독일 민사소송법 개정안에 법정행위를 위한 규정, 소송행위의 문서화 규정 및 전자적으로 서명된 기록의 입증완화에 관한 규정들을 도입하였다.

1) 법정행위를 위한 방식규정

민사소송법 개정안 제130조 제6호는 일정한 서면에 대하여 원칙적으로 자필방식을 가진 서면방식을 공식규정으로 고수하였다. 그러나 준비서면에는 “서면에 책임 있는 자의 서명, 원격복사에 의한 전달에서는 복사에 서명의 재현”을 내포하는 것으로 개정하였다. 이는 자필서명의 통상의 기능을 충족시키기 위한 것이 아니라 단지 서명에 책임이 있는 자가 서면을 인식할 것을 보장하기 위한 것이다.¹³⁴⁾ 그러므로 복사된 서명이 있는 전신은 서면방식으로 인정된다.

민사소송법 개정안 제130조 a는 그것이 법원에서 처리에 적합한 경우에 전자적 기록을 방식에 충분한 개시규정으로 규정하였다. 즉 준비서면, 신청, 당사자의 설명 및 보고, 진술, 감정, 표시를 위하여 제3자에게 서면방식이 예정된 한도에서, 이것이 법원에서 처리에 적합한 경우에는 이러한 방식은 전자적 기록으로서의 기록(Aufzeichnung)으로 충분하다고 규정한다. 이와 같이 전자적 기록이 처리를 위하여 적합한지의 여부는 법원이 판단한다. 그리고 책임 있는 자는 전자서명법에 의거한 고급 전자서명으로 서명된 기록을 갖추어야 한다.

한편 연방정부와 주정부는 그 범위를 위하여 법률규정에 의하여 전자서명이 법정에 제출될 수 있는 시점 및 기록의 처리를 위하여 적합한 방식을 정하여야 한다. 이 때에 주정부는 법률규정에 의하여 권한을 주의 사법행정기관에 위임할 수 있다. 그리고 전자기록은 수령을 위하여 정하여진 법원의 시설이 그것을 기록하는 경우 제출될 수 있다.

민사소송법 개정안 제299조 a는 소송행위가 증서의 대체에 대한 규정에 적합한 원칙에 따라 동영상 또는 데이터를 전송한 경우 그리고 그 재현이 원본과 일치하는 데 대한 서면증명이 제출된 경우 동영상과 데이터의 작성, 발체 및 사본이 제출될 수 있다. 이러한 경우에 입증에 있어서는 설치된 메모의 원본을 밝혀야 한다고 규정한다.

134) Entwurf-Begründung, S. 25.

2) 입증완화규정

입증수단으로서의 전자서명의 신뢰성에 대한 전자서명 지침 제5조의 요구는 독일에서는 이미 일반 입증원칙을 통하여 충족되었다. 다만 이를 명확히 하기 위하여 민사소송법 개정안 제371조는 “전자적 기록이 입증의 대상인 경우 입증은 데이터의 제출 또는 전달에 의하여 개시되며, 입증자가 이것을 점유하지 않는 경우 제422조 내지 제432조를 유추한다”고 규정한다. 이는 전자적 기록으로 검증할 수 있으며, 증거제시와 간행의무는 서증에 비추어 제정하였다.¹³⁵⁾

그리고 서명수령자의 보호를 위하여 민사소송법 개정안 제292조 a는 법률에 근거한 일종의 증명을 규정하였다. 즉 “전자적 방식에 존재하는, 전자서명법에 따라 검증을 근거로 제시된 의사표시의 진정성 추정은 표시가 서명키 보유자의 의사를 교부하지 않는다는 것을 진실로 가능한 것으로 추정할 수 있는 사실에 의해서만 깨뜨려질 수 있다”고 한다.

제 5 절 채권법현대화법

1. 개 요

독일에서는 2000년 6월 8일 유럽연합 전자거래 지침 제10조, 제11조와 제18조에 따라 채권법현대화법으로 새로이 제정되는 독일민법에 새로운 의무들을 규정하였다. 즉 전자거래 지침은 전자적으로 체결되는 계약에서 서비스 제공자의 정보제공의무(제10조), 이용자에 의한 전자적 방법의 주문에 대한 원칙(제11조), 소비자 이익 보호를 위한 부작위소송 가능성의 확장(제18조)을 내용으로 하고 있다. 그리하여 채권법현대화법¹³⁶⁾ 제305조의 b는 전자적 주문에 있어서 서비스제공자의 정보제공의무를 규정하였다.¹³⁷⁾ 이 법은 2001년 10월 11일 연방의회에서 의결되어 2002년 1월 1일부터 시행된다.

135) Entwurf-Begründung, S.24.

136) Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001 (BGBl. I S. 3138)

137) 이에 대하여 자세하게는 Hoeren, “Der Vertragschluss im Internet und die digitale Signatur”, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, 2001, 315ff.

2. 법률의 주요 내용

채권법현대화법 제305조의 b는 전자거래 지침을 수용하여 서비스제공자의 정보제공의무를 규정하였다. 즉 물품과 서비스금부의 판매에 정보회사의 서비스를 사용하는 기업은 자신의 고객에게 주문의 교부 이전에 이러한 입력명령의 도움으로 인식할 수 있고 그리고 통지할 수 있는 적절하고, 유효하며, 진입할 수 있는 기술적 수단을 처리할 수 있도록 하여야 한다고 규정한다.

기업은 이러한 주문의 교부 이전에 고객에게, ①계약체결을 야기하는 개별적인 기술적 조치에 관한 정보, ②계약원본이 계약체결 이후 기업에 의하여 저장되었는가의 여부 및 이용자가 그것에 접근할 수 있는지의 여부, ③주문의 교부 전에 입력명령을 인지하고 수정할 수 있는 기술적 수단에 관한 정보, ④계약체결을 처리할 수 있는 언어에 대한 정보, ⑤기업에 종속되는 송태규정 및 이러한 규정에 대한 전자적 접근 가능성에 대한 정보를 제공하여야 한다. 주문의 개시는 기업이 이용자에게 지체없이 전자적 방법으로 증명하여야 한다. 그리고 기업은 이용자에게 계약조건을 계약에 편입된 보통거래약관의 영향하에서 처리하여 계약조건을 저장하거나 재현할 수 있도록 하여야 한다.

기업의 정보제공의무는, ①계약이 배타적으로 전자우편의 교환에 의하여 또는 이에 비교되는 개별통신으로 체결된 경우, ②기업 사이에서 이와 달리 합의한 경우에는 효력이 없다. 그 이외에 이러한 조문을 회피하는 합의는 효력이 없다.

상품 또는 서비스금부에 관한 계약의 효력은 정보제공의무가 이행되지 않음에 의하여 영향을 받지 않는다.

제 6 절 미디어서비스에 관한 국가계약

1. 개 요

전기통신 수단을 통해 제공되는 멀티미디어서비스는 다양하며, 독일 연방정부와 주정부의 입법권한이 교차한다. 즉 연방정부에는 전기통신, 경

계, 형법, 저작권 분야의 입법권이 있고, 주정부에는 신문·잡지의 출판과 방송에 대한 입법권이 있다. 그리하여 독일에서는 지금까지 새로운 미디어가 등장할 때마다 연방정부와 주정부 사이에 입법권한을 둘러싼 대립이 있어 왔다. 그러나 멀티미디어서비스에 대하여는 비교적 빠른 단계에서 입법권한의 대립을 회피한다는 양측의 합의가 성립되었다. 그리하여 연방정부와 주정부는 멀티미디어서비스를 원격서비스와 미디어서비스로 구분하여 원격서비스는 연방정부에서, 미디어서비스는 주정부에서 입법권을 가지되 가능한 한 내용이 일치하는 방향으로 입법하기로 하였다.¹³⁸⁾ 그리하여 주정부는 연방정부와 독자적으로 1996년 11월 20일 미디어서비스에 관한 국가계약 초안을 작성하였고, 이는 1997년 1월 20일부터 2월 12일까지 각 주에서 공포되어 1997년 8월 1일부터 시행되고 있다.

2. 법률의 주요 내용

(1) 입법목적

미디어서비스에 관한 국가계약의 목적은 모든 주가 이하에 규정된 정보 및 통신서비스의 다양한 이용가능성에 대한 통일된 기본조건을 설정하기 위한 것이다.

(2) 적용범위

미디어서비스에 관한 국가계약은 전자기적 진동을 이용하여 무선으로 또는 유선에 의하여 반포되는 문자, 음성 또는 화상에 있어서 일반대중을 지향하는 정보 및 통신서비스의 제공과 이행에 적용된다. 이는 방송에 관한 국가계약의 규정에 영향을 미치지 않으며, 나아가 연방법에서 최초로 의결한 의안에 있어서 원격서비스법의 규정 및 원격통신법에 있어서의 규정에 영향을 미치지 않는다.

이러한 의미에서의 미디어서비스는, ①생산물의 매도, 매수 또는 임대차, 사용대차를 위한 공개, 또는 서비스의 이행에 직접적인 제공방식으로써의

138) 이에 대하여 자세하게는 Gounalakis, "Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder", NJW 1997, 2993ff.

배포형 서비스, ②동반하여 또는 동반 없이 문자 또는 화상에서 즉람결과와 데이터 매개를 반포하는 배포형 서비스, ③TV대본, 라디오대본, 이와 비교할 수 있는 대본서비스 형식의 배포형 서비스, ④전자적 저장체로부터 주문에 의한 문자, 음성, 화상의 가공에 진입하도록 매개하는 주문형 서비스로서 개별적인 금부 교환 또는 데이터의 순수한 전달이 우선하는 그러한 서비스는 예외로 한다.

(3) 진입자유

미디어서비스는 이 법의 범위 내에서 허가를 받거나 신고를 받지 않아도 된다.

(4) 서비스제공자 책임

서비스제공자는 그 이용이 준비된 자신의 정보에 대하여는 일반 법률에 따라 책임을 진다. 그러나 서비스제공자는 그 이용이 준비된 타인의 정보에 대하여는, 그가 이러한 내용에 대하여 알았고, 그 이용을 저지하는 것이 기술적으로 가능하며 그리고 기대 가능한 경우에만 책임을 진다. 그리고 서비스제공자는 단지 이용에 대한 진입을 매개하는 타인의 정보에 대하여는 책임을 지지 않는다. 다만 이용자의 요청에 따라 자신의 정보에 대한 자동화되고, 시간적으로 한정된 보유에 대하여는 진입매개자로서 효력이 있다.

(5) 제공자표시

서비스제공자는 그 제공을 위하여, ①성명 및 주소, ②법인과 단체의 경우 대표권자의 성명과 주소를 교부하여야 한다. 서비스제공자가 정보를 전부 또는 일부분으로 문서 또는 그림으로 정기간행물에 재현하거나 또는 문서를 정기적 결과물로 처리되는 편집적으로 형성된 제공에는 추가적으로 성명과 주소의 교부에 대한 책임을 진다. 다수에게 책임이 있는 경우 각 당사자가 미디어서비스의 어느 부분에 책임이 있는지 명확히 하여야 한다. 이러한 책임을 지는 자로는, ①국내에 지속적으로 거주하는 자, ②

판결에 따라 공무담임권을 상실하지 않은 자, ③완전한 행위능력자, ④형법상 무제한하게 기소될 수 있는 자이다.

(6) 주의의무

서비스제공자에게는 헌법에 따른 규정이 적용된다. 일반 법률 규정과 혼인 보호에 대한 법적 규정도 준수되어야 한다. 배포형 서비스와 제공자 표시의 이행은 그것이 보도에 기여하고 또한 정보제공을 내포하는 한도에서, 승인된 언론원칙에 적합하여야 한다. 서비스제공자는 실제적인 시사사건 보도를 그 반포 이전에 상황에 따라 요구되는 내용, 출처, 진정성 등에 대한 주의를 검토하여야 한다. 주해는 보도와 명백하게 구분될 수 있고, 작성자 자체의 명명하에 표시될 수 있다.

(7) 열람권

미디어서비스제공자는 당해 관청에 열람권을 가진다. 그러나 정보의 열람은, ①이를 통하여 계쟁절차의 적절한 처리가 좌절되거나, 곤란하게 되거나, 지체되거나 또는 위협하게 될 수 있거나, ②비밀유지에 관한 규정에 반하거나, ③현저하게 공적 이익 또는 보호가치 있는 사적 이익이 침해되거나, ④그 범위가 기대 가능한 정도를 초과한 경우에는 거절할 수 있다.

제 5 장 맺음말

현재 독일에서 인터넷관련 법률은 유럽연합 지침과 관련 법률에 대한 평가보고에 기초하여 큰 폭으로 개정되고 있으며 또한 개정이 예고되어 있다. 이는 인터넷기술의 급속한 발전과 함께 이에 따른 법질서의 괴리가 크기 때문이다. 특히 인터넷관련 법률 개정의 중심적 내용은 유럽연합 전자거래 지침의 국내적 전환이다. 그러므로 독일에서는 전자거래 지침의 물적, 체계적 변경에 관한 논의가 진행중이며, 원격서비스법에 포함된 대부분의 새로운 규정들이 이를 증명한다. 즉 서비스제공자의 책임과 주소지국가주의 원칙의 사정거리에 대한 규정에 있어서 전자거래 지침과 평가보고서에서 제시된 개선요구가 이들 규정에 수용되었다. 그 이외에도 민법, 원격서비스법 그리고 원격판매법에 각각 규정되었던 서비스제공자의 정보제공의무를 통합 규정한 데에서도 볼 수 있다.

그러나 전자거래에 대한 독일의 입법에서는 “횡적차단규정”(Querschnittsregelung)의 문제가 있다. 즉 이러한 규정들은 어느 분야에서 적용될 수 있는지 그리고 적용된다고 하더라도 어떻게 각 분야의 특성에 맞출 것인가의 문제이다. 이러한 측면에서 독일의 인터넷 관련 법률에는 그 법적 안정성 확보에 많은 과제가 도사려 있다.

인터넷을 통한 전자거래는 전자서명의 이용을 통한 안전한 범영역 확보를 필요로 한다. 이에 따라 제정된 전자서명법은 거래의 안전성 확보를 위하여 현존하는 범영역을 완전하고 효과적인 규정으로 대체하였다. 즉 개정 법률에서는 허가의무의 폐지, 고유한 검증체계의 설정, 임의지정 제도의 도입 등 구조적인 적용, 전자서명의 법적 효과에 관한 요건, 인증서비스 제공자의 책임 등을 규정하였다.

그러나 독일이 채택한 전자서명의 기본 개념은 전자서명을 기존의 서명과 동일시하고 이를 위하여 전자서명의 품질을 규정한다. 이에 대하여 미국은 전자서명의 기본 개념을 자유시장 기조 위에서, 즉 전자서명을 법적으로 정의하지 않고 시장이 전자서명의 품질을 결정하도록 한다. 그러므로 독일의 전자서명에 대한 기본 개념이 국제거래에 있어서 이와 어떻게 조화를 이루어 나갈지의 과제가 있다.

지적재산권 분야에 있어서도 전자거래에 대한 유럽연합 지침이 공표되면서 저작자가 권리자로서 누릴 보호 이익과 이용자를 고려한 보호 양자의 충돌문제를 해결하기 위한 방안들이 강구되고 있다. 그러나 저작자와 이용자, 통신업자와 소비자, 이용회사와 제작회사에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 포함한 저작물의 모든 이용은 이를 조정하는 데 많은 시간이 요구될 뿐만 아니라 규범의 정립에 있어서도 어려움이 있다. 그러므로 유럽수준의 통일적인 법적 영역을 구축하여 저작권을 조화롭게 이용하기 위한 시도들이 행하여지고 있다.

그 이외에도 전자거래는 기존의 거래와 달리 전자문서를 사용함으로 인하여 발생하는 법률문제를 해결하기 위하여 “방식규정적용법” 및 “채권법현대화법” 등에 그 내용을 두었다. 그리고 이러한 규정의 적용을 고려하여 개정 민사소송법의 관련 내용들도 개정하였다.

이와 같이 독일은 인터넷의 등장으로 발생하게 된 많은 문제들, 특히 인터넷 기술 및 거래 현실의 급속한 변화에 대응하기 위하여 노력을 기울이고 있으며, 이러한 입법정책은 일부 입법만능주의라는 비판적 시각에도 불구하고 앞으로 계속될 것으로 보인다.

관련 법률 및 지침

1. 관련 법률

Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 12. Juli 1985

Strafgesetzbuch vom 10. März 1987

Gesetz über Ordnungswidrigkeit vom 19. Februar 1987

Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz vom 22. Juli 1997

Gesetz über die Nutzung von Telediensten vom 22. Juli 1997

Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten vom 22. Juli 1997

Gesetz zur digitalen Signatur vom 22. Juli 1997

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 22. Juli 1997

Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und Änderungen weiterer Vorschriften vom 21. Mai 2001

Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001

2. 관련 법률안

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 30. Mai 2001

Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 27. Juni 2000

Fassung des Teledienstegesetzes unter Berücksichtigung der in Art.1 des Entwurf eines Gesetzes über rechtliche

Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 27. Juni 2000.

Fassung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten unter Berücksichtigung der in Art.3 des Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 27. Juni 2000.

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Zugangskontroll-diensten vom 7. Mai 2001.

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 6. September 2000.

Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen und Entwicklungen bei den neuen Informations-und Kommunikationsdiensten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetzes(IuKDG) gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages vom 11. Juni 1997

3. 지침

Richtlinie 91/250/EWG des Rates v.14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen(ABl. EG Nr. L 122 v.17 Mai 1991)

Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken(ABl. EG Nr. L 77 v.27. März 1996)

Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften in der Fassung der Richtlinie 98/34/EG vom 20. Juli 1998(ABl. EG Nr. L 204 v.20 Juli 1998)

Richtlinie 1998/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20. November 1998(ABl. L 320 v.28 November 1998)

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v.8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt(ABl. EG Nr. L 178 v.17. Juli 2000)

Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. December 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen(ABl. EG Nr. L 13 v.19. Januar 2000)

Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v.22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft(ABl. EG Nr. L 167 v.22. Juni 2001)

참고문헌

- Brisch, "EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr", CR 1999
- Bröhl, "EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs-Erläuterungen zum Referentenentwurf", MMR 2001
- Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, "Das neue Informationsrechts- und Kommunikationsdienste-Gesetz", NJW 1997
- Geis, "Die elektronische Signatur: Eine internationale Architektur der Identifizierung im E-Commerce", MMR 2000
- Gierschumann, "Die E-Commerce-Richtlinie", DB 2000
- Gounalakis, "Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder", NJW 1997
- Härtig, "Gesetzesentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie", CR 4/2001
- _____, "Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie", DB 2001
- Hoeren, "Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce", MMR 1999
- _____, "Der Vertragschluss im Internet und die digitale Signatur", Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, 2001
- Hoffman, "EGG und neue gTLDs: Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen für Anwälte und Gerichte?", MMR 2001
- Hübner, "Herausforderungen an einen europäischen Rechtsrahmen für E-Commerce", EuZW 2001
- Maennel, "Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen-der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission", MMR 1999

참고문헌

- Redeker, "EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht", CR 2000
- Roßnagel, "Auf dem Weg zu neuen Signaturregelung", MMR 2000
- _____, "Neues Recht für Multimediadienste", NVwZ 1998
- Scheffler/Dressel, "Vorschläge zur Änderung zivilrechtlicher Formvorschriften und ihre Bedeutung für den Wirtschaftszweig E-Commerce", CR 2000
- Schippan, "Urheberrecht goes digital-Die Verabschiedung der "Multimedia-Richtlinie 2001/29/EG"", NJW 2001
- Spindler, "E-Commerce in Europa", MMR Beil. 7/2000
- _____, "Der Entwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie", ZRP 2001
- Tettenborn, "Die Novelle des Signaturgesetzes", CR 2000
- Waldenberger, "Elektronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission", EuZW 1999