

현안분석 2001-25

디지털경제법제②

## 디지털경제법제의 제문제(Ⅲ)

- 정보통신 및 지적재산을 중심으로 -

玄大浩

한국법제연구원



# 디지털경제법제의 제문제(Ⅲ)

- 정보통신 및 지적재산을 중심으로 -  
The legal issues on digital economy(Ⅲ)

研究者 : 玄大浩(부연구위원)  
Hyeon, Dae ho

2001.12

한국법제연구원



## 목 차

제 1 장 서 설 .....	5
제 1 절 문제의 제기 .....	5
제 2 절 전제 및 범위 .....	6
1. 전제된 사실 .....	6
2. 범 위 .....	7
제 2 장 정보통신과 법적 문제 .....	9
제 1 절 명예와 감정 .....	9
1. 명예훼손 .....	9
2. 프라이버시 .....	17
3. 감정침해 .....	19
제 2 절 정보통신서비스 .....	21
1. 통신비밀과 현행법 .....	22
2. 허위통신과 음란통신 .....	23
3. 정보제공과 관련 현행법 .....	27
제 3 절 컴퓨터정보 .....	35
1. 컴퓨터정보와 관련문제 .....	35
2. 미국의 통일컴퓨터정보거래법 .....	36
제 3 장 지적재산과 법적 문제 .....	41
제 1 절 저작권 .....	41
1. 각국의 저작권법 .....	42
2. 저작물의 보호요건 .....	44

3. 저작물의 배타적 권리와 그 제한 .....	45
4. 저작물의 침해에 대한 책임 .....	47
제 2 절 데이터베이스 .....	50
1. 데이터베이스와 관련문제 .....	50
2. 데이터베이스의 보호방법 .....	55
제 3 절 상표와 도메인 네임 .....	61
1. 상표와 관련문제 .....	61
2. 도메인 네임과 관련문제 .....	63
3. 도메인 네임에 관한 미국의 입법과 그 필요성 .....	67
제 4 절 특허 .....	68
1. 특허와 관련문제 .....	68
2. BM특허의 요건 .....	70
제 4 장 종 합 .....	73
참고문헌 .....	79

## 제1장 서설

### 제1절 문제의 제기

인터넷이라는 통신수단은 개인에게 새로운 활동공간인 가상공간을 탄생시켰고, 이 전자공간에서 개인은 법률행위나 각종의 법익을 향유하게 되었다. 따라서 이들 행위나 법익에 대한 법적 효력이 문제되고 있으며 무형적인 법익의 보호범위를 넓히거나 그 보호대상을 확대해야 하는 문제가 야기되고 있다. 즉 오늘날 인터넷이라는 새로운 통신수단의 등장과 디지털 기술에 의하여 현실세계의 무형적 법익이 디지털의 형태로 그 모습을 바꾸어서 향유하게 됨에 따라 법도 그 적용범위를 넓혀야 하는 문제가 나타나고 있다.

인터넷은 정보통신법과 지적재산권법에 있어서 혁명적인 변화를 초래하고 있는데, 정보통신의 경우 인터넷이라는 새로운 통신수단의 등장에서 비롯된 표현의 자유는 물론 개인의 명예나 감정 이익에 대한 법적 보호가 문제되고 있고 또한 정보서비스라는 새로운 정보컨텐츠의 제공에 의한 법적 책임의 문제도 나타나고 있다. 지적재산의 경우는 인터넷상에서 저작물 등의 지적재산권에 대한 복제, 배포 및 전시하는 행위가 매우 용이하게 되므로 저작권의 보호범위와 침해행위에 대한 법적 문제와 새로운 재산적 가치 있는 이익에 해당하는 데이터베이스나 도메인 네임에 대한 보호문제를 야기시키고 있다.

위와 같이 인터넷 등장으로 야기된 법적 문제에 대응하기 위하여 각국은 새로운 입법이나 현행법을 개정하고 있는데, 우리 나라에서 입법과 정책에 주된 역할을 하고 있는 한국법제연구원은 수차례 걸쳐 워크샵, 심포지움 및 심층보고서를 개최하여 법제의 동향과 그 현안을 파악하고 개선방안을 제시하여 왔다. 이 보고서에서는 정보통신법과 지적재산권법의 영역을 중심으로 우리 나라에서 현안으로 등장하고 있는 법적 문제에 대하여 그 쟁점을 정리하고 개선방안을 살펴보고자 한다. 무엇보다도 이 보고서에서는 2회의 워크샵과 심포지움 및 심층보고서에서 논의된 중요 쟁

점을 정리하는 한편, 이들에게 다루지 못한 사항에 대하여 살펴보고 그 중요 쟁점이 되고 있는 사항을 현행법에 비추어 문제점을 지적하고 그 방안을 살펴보고자 한다. 결국 이 보고서에서는 워크샵, 심포지움 및 심층 보고서에서 발표되고 논의된 쟁점을 정리하고 이들에게 다루지 못했지만, 현재 문제되고 있는 사항에 대한 법제방안을 검토하고자 한다.

## 제2절 전제 및 범위

### 1. 전제된 사실

이 보고서에서는 한국법제연구원이 2001년 6월과 7월에 개최한 "인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅰ) - 정보통신 및 전자거래를 중심으로 -"와 "인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ) - 지적재산권을 중심으로 -"라는 워크샵과 2001년 12월 6일에 개최된 "디지털시대의 법적 과제"라는 심포지움 및 이대회 교수의 "미국의 인터넷 법제에 관한 고찰"· 청진명 교수의 "인터넷관련 독일의 법제동향과 전망"· 김용진 교수의 "지적재산권의 침해와 재판관할에 관한 연구"· 안효질 교수의 "P2P환경하에서의 저작권 침해책임"이라는 심층보고서에서 논의된 주된 쟁점을 살펴보고 그 내용을 요약하고자 한다. 다만, 이들에게 논의되고 언급된 모든 사항을 다룰 수는 없고 정보통신법과 지적재산권법을 중심으로 관련된 주된 쟁점을 선택적으로 다루고자 한다. 구체적으로 제1회와 제2회 워크샵에서 발표된 주제중에서 여기서 다룬 것과 이들 워크샵에서 빠진 사항을 여기서 보완하고 있는 것을 살펴보면, 다음과 같다.

제1회 워크샵에서 청통부 류수근 과장이 발표한 '인터넷 관련 정부의 역할과 향후 전망'에 대하여서는 이 보고서에서 다루지 않았고("디지털경제법제의 제문제(Ⅰ) - 전자정부를 중심으로 -"에서 다룬다), 배재대학교의 이대회 교수가 발표한 '인터넷 관련 미국의 법제 동향과 전망'에서 지적재산권법과 통일컴퓨터정보거래법에 관련하여 다루었으며(전자거래와 관련해서는 "디지털경제법제의 제문제(Ⅲ) - 전자상거래를 중심으로 -"에서 다룬다), 부산외국어대학교의 청진명 교수가 발표한 '인터넷 관련 독일의



법제 동향과 전망'에서 다룬 정보통신서비스와 정보통신서비스데이터보호법에 관련된 대부분의 논의를 다루었다. 한국천산원의 이규정 박사가 발표한 '인터넷 관련 일본의 법제 동향과 전망'에 관련해서는 주로 공공분야를 중심으로 발표하여 정보화부분만을 다루었고('디지털경제법제의 제문제(Ⅰ) - 전자정부를 중심으로 -'에서 다룬다), 마지막으로 본인이 발표한 '인터넷 관련 한국의 법제 동향과 과제'에 관련해서는 전자거래만을 제외하고는 모두 다루었다. 제2회 워크샵에서는 광운대학교의 안효철 교수가 발표한 '인터넷 관련 저작권법의 동향과 과제'라는 발표문에서 저작권과 관련하여 구체적인 사례를 중심으로 다룬 것과 인터넷 방송에 대하여는 다루지 아니하고 나머지 부분을 다루었다. 충남대학교의 육소영 교수가 발표한 '인터넷 관련 상표보호의 동향과 과제'에 대해서는 대부분의 논의를 다루었고, 인하대학교의 김병일 교수가 발표한 '인터넷 관련 특허의 동향과 과제'와 관련해서는 대부분의 논의를 요약 정리하는 차원에서 다루었다. 연구자가 발표한 '디지털시대의 지적재산권과 라이선스계약'과 관련해서는 컴퓨터정보거래에 관련된 것만을 다루었고, 충남대학교 김용진 교수가 발표한 '인터넷 관련 지적재산권의 침해와 국제관할'은 다루지 않았다('디지털경제법제의 제문제(Ⅲ) - 전자상거래를 중심으로 -'에서 다룬다). 2001년 12월 6일에 개최된 심포지움에서 디지털시대의 지적재산권에 관련된 문제를 심층적으로 논의하였는데, 이 보고서에서 심포지움의 자료와 중복되지 아니하는 측면에서 관련 논의를 다루었고, 위에서 언급한 심층보고서와 관련해서는 각국의 동향만을 반영하고자 했다.

## 2. 범위

위에서 살펴본 것처럼 한국법제연구원이 개최한 워크샵, 심포지움 및 심층보고서의 주제를 중심으로 하고 또한 이들에서 다루지 못한 사항에 대하여도 연구범위와 그 주제를 선별하여 다루었다. 구체적으로 이 보고서에서 연구범위는 정보통신과 지적재산술 중심으로 주된 법적 쟁점이 되고 있는 사항을 다루고자 했는데, 제2장에서는 '정보통신과 법적 문제'라는 제목으로 제2절에서 명예훼손·프라이버시 및 감청침해를, 제3절에

## 제1장 서설

서 통신비밀·허위통신과 음란통신·정보서비스와 관련책임 및 컴퓨터정보거래에 대하여 살펴보았다. 제3장에서는 '지적재산과 법적 문제'라는 제목하에 저작권·데이터베이스·상표와 도메인 네임·특허를 다루었다. 마지막으로 제4장에서는 이삼에서 살펴본 것을 요약하였다.

## 제 2장 정보통신과 법적 문제

인터넷은 통신망을 상호 연결하는 통신서비스를 제공하는 것은 물론 전통적인 전기통신과는 비교도 할 수 없을 만큼 대량의 정보를 신속하게 전달할 수 있다. 즉 인터넷은 디지털 저작물이나 전자정보 등의 이용, 배포 및 전시할 수 있는 통신환경을 형성시켰고 누구나 자신의 생각을 제3자는 물론 불특정 다수인에게 전달할 수 있게 하였다. 또한 인터넷은 현실세계에서 법적 보호가 문제되지 아니하는 개인의 인격적 이익에 대한 보호 가치를 증대시켰고 정보서비스의 보호여부(보호대상과 그 보호범위)에 대하여 새로운 입법이나 현행법의 개정이라는 법적 문제를 가져왔다. 아울러 전기통신의 통신서비스와는 달리 인터넷서비스제공자는 제공하는 정보서비스에 대한 법적 책임이 문제되고 있으며, 정보서비스에는 디지털 저작물(컴퓨터프로그램을 포함), 데이터베이스 및 기타의 다양한 유형의 전자정보가 포함된다. 따라서 여기서는 개인의 명예와 감정에 대한 보호요건과 보호범위에 대하여 각종의 현행법의 개선방안을 살펴보고, 정보서비스와 관련하여 통신비밀, 음란통신, 정보제공에 관련 책임을 고찰하고자 한다. 또한 최근에 쟁점이 되고 있는 컴퓨터정보거래와 관련하여 간략히 주요 내용을 살펴본다.

### 제 1 절 명예와 감정

인터넷상에서 개인의 명예와 감정에 대한 보호는 인터넷 통신과 관련하여 중요한 쟁점이 되고 있는 주제중의 하나이다. 따라서 여기서는 개인의 명예와 감정에 대한 우리 현행법의 체계와 해석에 대하여 살펴보고, 현행법의 개정에 대하여 개선방안을 살펴보고자 한다.

#### 1. 명예훼손

각국의 명예훼손은 20세기 이래로 언론매체의 발달에 따라서 급격한 변화를 경험하여 왔고 그 사회의 정치적·문화적 및 기술적 변화에 따라

서 상이한 기준을 적용하고 있다. 영·미법에서는 일찍부터 명예훼손에 대하여 민·형사적 책임을 체계화하고 그 사회의 변화에 따라서 수정하여 왔다. 독일은 주로 형사책임을 위주로 명예훼손을 규정하고 제한적으로 민사책임을 허용하는 입장이었으나, 연방대법원이 사권으로서 명예에 대한 보호의 중요성을 인식하면서 독자적인 민사책임으로 다루고 있다. 일본과 우리 나라는 일찍부터 형사적 명예훼손과 동시에 민사적 명예훼손을 규정하고 있었지만, 판례는 민사적 명예훼손의 개념과 요건에 대하여 형사적 명예훼손을 차용하여 적용하고 있다.

한편, 우리 나라에서 명예훼손과 관련하여 문제되는 것은 형법의 명예훼손과 민법의 명예훼손이 헌법상 언론·출판의 자유와 통신의 자유를 본질적으로 제한하고 있지는 아니한가라는 것이다. 특히 소수의 지식인만이 자신의 견해를 밝힐 수 있었던 전통적인 통신매체와 달리 인터넷은 누구나 기술적·유형적인 제약 없이 자신의 주장을 밝힐 수 있는 기회를 부여하였고, 전통적인 언론·출판의 자유와 통신의 자유에 대하여 혁명적인 변화를 초래하고 있다. 따라서 이러한 환경변화에도 불구하고 현행의 형법조항과 판례의 명예훼손에 대한 법리구성에도 새로운 변화를 반영하여야 하는 것이 필요하지 아니한가가 문제된다. 무엇보다도 우리 나라에서 명예훼손에 대한 입법과 판례를 오늘날의 통신환경과 문화수준에 어떻게 맞출 것인가가 문제된다. 이러한 차원에서 아래에서는 민사적 명예훼손을 중심으로 명예훼손의 개념에 대한 새로운 정의를 내리고, 각국의 명예훼손과 비교하여 우리 법의 개정여부를 검토하고자 한다.

#### (1) 명예훼손과 현행법

현행 우리 형법은 제307조 제1항에서 「공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년이하의 징역이나 금고 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.」라고 하고 있고, 동조 제2항에서 「공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년이하의 징역, 10년이하의 자격정지 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.」라고 하여 허위사실인 경우에는 가중하고 있다. 형법 제307조 제1항에서는 진실한 사실에 대하여 명예훼손

이 성립하는지의 여부에 대하여 명시적으로 밝히고 있지는 아니하지만, 동조 제2항과 형법 제310조 「제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.」라는 조항을 통하여 진실한 사실도 명예훼손이 성립할 수 있는 것으로 해석할 수 있다. 한편, 우리 민법전은 제750조에서 일반적 불법행위를 도입하고 있으므로 명예훼손에 대하여 민법 제764조 「타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.」 외에는 다른 규정을 두지 않았다. 이러한 이유로 판례에 의한 민사적 명예훼손은 형사적 명예훼손에 따라서 구축되었다.<sup>1)</sup>

위와 같이 형법의 명예훼손이 진실한 사실에 대하여도 성립하는 것으로 다루는 것이 타당하고 오늘날의 통신환경이나 문화수준과도 조화를 이룬다고 볼 수 있는가라는 의문이 제기된다. 또한 형법조항에 기초하여 변칙적인 법리를 구성하고 있는 판례에 의한 민사적 명예훼손의 경우에도 사회적·문화적 욕구와 새로운 통신환경에 따라 그 법리를 수정할 필요가 있지 아니한가의 의문이 제기된다.

## (2) 명예훼손 개념의 변경

형사나 민사에 관계없이 명예훼손에 있어서 명예란 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 말하는 것이고, 명예를 훼손한다는 것은 그 사회적 평가를 침해하는 것이다.<sup>2)</sup> 따라서 명예훼손은 단순히 주관적으로 명예감정을 침해하는 것만으로는 성립하지 아니

1) 명예훼손에 대해서는 민법과 형법에서 각각 해당 조항을 두고 있는데 비하여, 신용훼손에 대하여는 형법은 제313조에서 범죄로 하고 있지만, 민사적으로는 관련조항을 두지 않았고 따라서 민법 제750조의 불법행위로 다룰 수밖에 없다. 여기서 신용훼손은 사람의 신용을 훼손하는 것에 관한 것이고 순수한 재산권에 대한 허위의 미방행위(물건, 서비스, 지적재산권 등에 대한 미방행위)는 포함하지 아니한다. 즉 순수한 재산권에 대한 허위의 미방행위는 명예훼손이나 신용훼손과 구별된다.

2) 대판 1988.6.14. (87다카1450). 민사상 보호되는 명예에 대하여, 일본판례도 「민법 제723조에서 말하는 명예라 함은 사람이 그 품행, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회에서 받는 객관적인 평가, 즉 사회적 명예를 가리키는 것」으로 보고 있다(最高判 昭和 5. 12. 18 民集4卷 13号 2151頁).

한다.<sup>3)</sup> 아래에서 살펴보겠지만, 현행 명예훼손법을 개정하여야 하고 이에 따라서 명예훼손의 개념 또한 수정되어야 한다. 즉 여기서 사용되는 민사적 명예훼손이란 고의 또는 과실로 명예훼손적인 허위사실의 주장 또는 유포하여 사람의 사회적 평가를 저하시키는 행위 또는 제3자와의 교제를 방해하는 행위라고 정의할 수 있다.<sup>4)</sup>

### (3) 명예훼손 성립요건의 변경

민법 제764조는 민법 제750조의 예시적인 조항으로 해석되므로 손해 배상책임은 적어도 고의 또는 과실과 위법성을 요건으로 한다. 이 규정만으로는 명예훼손의 개념과 요건을 특정할 수가 없기에 판례는 형법상의 개념과 요건을 대부분 차용하여 민사상의 명예훼손에 적용하고 있다. 따라서 판례에 따르면 민사적 명예훼손의 성립은 첫째, 제3자에게 명예훼손적인 주장을 해야 한다. 어떠한 주장이 타인의 명예를 훼손하는 것에 해당하는지의 여부는 통상의 독자 또는 정취자를 기준으로 판단한다.<sup>5)</sup> 우리 판례도 「신문이나 잡지 등 언론매체가 특정인에 관한 기사를 게재한 경우 그 기사가 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지의 여부는 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반독자가 기사를 접하는 통상의 방법을 전제로 기사의 전체적인 흐름, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 기사가 독자에게 주는 전체적인 인상을 그 판단기준으로 삼아야 한다」<sup>6)</sup>고 하여, 일반인을 판단기준으로 삼고 있다. 명예훼손적인 주장이 명예를 훼손했는지의 여부에 대한 입증책임은 원고에게 있다. 다만 사례에 따라서는 명예훼손이 명예훼손적인 허위사실의 주장에 의하여 이루어진 경우 그 자체만으로 불법행위가 성립되고 손해가 추정되는 경우가 있다. 예컨대, ①중대한 형사범죄 ②혐오스러운 질병 ③영업, 거래, 직업 또는 업무에 대한 허위사실 ④중대한 성적인 비행을 들 수 있다.<sup>7)</sup> 둘째 명예훼손적인 주장이 진실인 경우에도 명예훼손이 성

3) 대판 1992.10.27. (92다756).

4) Restatement of Torts(second), § 577 comment a, § 559.

5) MünchKomm-Schwerdtner, BGB Kommentar, C.H.Beck, 3. Aufl., 1994, RdNr. 254 zu § 12.

6) 대판 1997.10.28. (96다38032).

7) Restatement of Torts(second), § 570.

럼하나, 공익성이 있는 경우에는 위법성을 조각한다. 즉 판례는 「민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없고 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다」<sup>8)</sup>고하여 형사적 명예훼손과 유사한 태도를 취하고 있다. 셋째, 형법 제307조 제1항의 공연성은 민법 제764조의 민사상 명예훼손에는 적용되지 아니하고 제3자에게 공개하는 것으로 족하다. 즉 판례는 「불법행위법에서 명예훼손은 형법상의 명예훼손죄의 구성요건인 불특정인 또는 다수인이 들을 수 있는 상태를 필요로 하지 아니하며 타인의 사회상 지위를 훼손하는 사실을 제3자에게 표명하기만 하면 불특정 다수인에게 유포되지 않더라도 성립한다」<sup>9)</sup>라고 하여, 민사상 명예훼손과 형사상 명예훼손을 구별하고 있다. 즉 민사적 명예훼손은 당사자 이외의 제3자에게 알려지는 것으로 족하고 공연성은 요구되지 아니한다. 넷째, 피고의 고의 또는 과실을 입증해야 한다.<sup>10)</sup> 명예는 배타적 법익에 해당하므로 침해와 동시에 위법성을 징표한다고 볼 수 있지만, 원고는 보호 가치가 있는 명예가 침해되었음을 입증해야 한다. 다섯째, 손해를 입증하여야 한다. 즉 민법 제764조의 손해배상이 민법 제750조에 기초한 경우에는 실질적인 손해를 증명해야 하고, 민법 제751조에 기초한 위자료 청구의 경우에는 구체적 상황을 적시하는 것으로 족하다.

이상의 판례에 의한 민사적 명예훼손으로부터 개인의 언론·출판의 자유와 통신자유 영역은 대단히 협소하다. 결국 민사적 명예훼손은 헌법상의 언론·출판의 자유에 대한 중대한 제한을 가하고 있으며 오늘날 대중의 문화적 욕구도 충족시킬 수 없다. 또한 새로운 통신매체인 인터넷에 의하여 강화된 개인의 통신권에도 잠재적으로 중대한 제한을 가하고 있다. 따라서 우리 나라의 사회적 또는 문화적 변화와 디지털 환경에 부합하도록 민사적 명예훼손을 허위사실에 한정해야 하고 진실한 사실의 공개를 보호해야 한다. 다만, 이 경우에는 프라이버시와 감정침해라는 새

8) 대판 1998.7.14. (96다17257); 대판 1999.2.9. (98다31356).

9) 대판 1964.9.22. (64다261).

10) 대판 1998.5.8. (97다34563).

로운 불법행위가 문제될 뿐이다. 미국의 명예훼손도 진실한 주장이 명예를 훼손한 경우에 소송을 할 수 없다고 하여 명예훼손이 진실한 주장을 억압하기 위해 사용되는 것을 방지하고 언론의 자유를 보호하기 위해서 허위성을 요구하고 있다. 독일도 명예훼손이 허위사실의 주장에 의한 경우에만 성립하고 진실한 사실을 주장하거나 유포하는 것은 명예훼손이 아니라고 보고 있다.<sup>11)</sup>

#### (4) 명예훼손과 헌법적 가치의 반영

##### 1) 공인 또는 공인된 공무원

미연방대법원은 수정헌법 제1조에 의거하여 원고가 공인된 공무원(public officials)<sup>12)</sup> 또는 公人(public figures)인 경우 명예훼손의 주장에 대하여 현실적 악의(actual malice)<sup>13)</sup>, 즉 주장이 허위임을 알았거나 또는 주장의 진위의 여부에 대한 무분별한 경시(reckless disregard)에 의한 것임을 요구하고 있다.<sup>14)</sup> 즉 통상인에 대한 명예훼손은 명예훼손적인 주장이 허위라는 것을 알았거나 또는 알 수 있었던 것에 대한 증명을 요구하는 데에 반하여, 원고가 공인인 경우에는 고의 또는 진실에 대한 무분별한 경시에 대한 증명을 필요로 한다. 여기서 현실적인 악의에 대한 증명은 '신빙성 있는 확실성(convincing clarity)'에 의한다.

우리 나라에 있어도 공인된 공무원과 공인은 대중의 관심사이고 이들은 풍자나 만평 등 다양한 웃음거리의 주제로 이용되고 있으며 이들에 대한 명예훼손은 용이하게 이루어질 수 있다. 따라서 일반인에 비하여 보다 높은 기준을 마련하여 대중의 관심사를 명예훼손으로부터 보호할 사회적·문화적 환경에 놓여있다. 또한 오늘날 민주주의를 지탱하는 것은 권력분

11) MünchKomm-Schwerdtner, 3. Aufl., C.H.Beck, 1994. RdNr. 254 zu § 12.; Hager, "Der Schutz der Ehre im Zivilrecht", AcP 1996, S.184.

12) 정부의 정책결정에 직접 관여하는 자, 공적인 사안에 중대한 영향을 미치는 지위에 있는 자 또는 중요한 국가사업에 실질적인 책임 또는 통제권을 가지는 자 내지는 이러한 외관을 가진 자이다(Restatement(second) of Torts, §580 A, Comment b).

13) 현실적 악의는 헌법적인 해의라고도 하는데, 명예훼손의 주장이 주장자가 허위임을 알았거나 또는 진실성에 중대한 의심이 있음에도 무분별한 경시로 공개한 경우를 의미한다(New York Times Co., v. Sullivan, 376 U.S.254(1964)).

14) New York Times Co., v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964).



럼보다는 실질적으로 언론·출판의 자유에 의존하고 있다는 점에 비추어 보아도 명예훼손에 변화가 요구된다. 결국 우리 나라에서도 미국처럼 공인과 공인된 공무원에 대한 '현실적 악의'라는 기준을 고려할 수 있다.<sup>15)</sup>

## 2) 공익 또는 공적인 관심사

위에서 공인에 대한 명예훼손은 일반인에 비하여 보다 높은 기준을 마련해야 한다고 살펴보았다. 그러면 '공인'이라는 원고의 사회적 지위에 한정되지 아니하고 '공익(public interest)' 내지 '공적인 관심사(public concern)'에 관련된 명예훼손은 어떻게 할 것인가가 문제된다. 미연방대법원은 *New York Times Co., v. Sullivan* 사건 후에 공인의 범위를 점차 넓혔고, *Rosenbloom, v. Metromedia Inc.* 사건에서는 원고의 지위에 관계없이 공적인 관심사(또는 공익)를 다루고 있는 경우에는 피고의 현실적 악의를 증명해야 한다<sup>16)</sup>고 보았다. 그러나 *Gertz, v. Robert Welch* 사건<sup>17)</sup>에서 미연방대법원은 태도를 바꾸어 공인의 범위가 너무 넓고 개인의 명예를 보호하는 주법을 과도하게 억압한다고 하여 *New York Times Co., v. Sullivan* 사건에서와 같이 원고의 지위에 따라서 판단해야 한다고 하여 현실적인 악의의 적용을 제한했다.

우리 나라의 민사적 명예훼손에 있어서도 원고의 사회적 지위와 관계없이 공적인 관심사 또는 공익에 관련된 명예훼손이 헌법상 언론·출판

15) 그러나 대법원은 '현실적 악의'라는 기준을 받아들이지 않고 있다(대판 1998.5.8. 97다34563).

16) *Rosenbloom, v. Metromedia, Inc* 사건에서 다수의견은 「어떤 사건이 공적인 또는 일반적인 흥미의 주제가 된다면 단지 사인이 개입되어 있다거나 또는 어느 면에서 그 자가 자발적으로 개입되는 것을 선택하지 않았다는 이유만으로 그 사건이 갑자기 공적인 관심사가 되지 않는 것은 아니다.」(*Rosenbloom, v. Metromedia, Inc.* 403 U.S. 29 (1971))라고 하여, 연방대법원은 관련당사자들이 유명인인지의 여부를 막론하여 공적인 관심사에 관한 모든 토론과 표현에 현실적 악의의 원칙을 적용했다.

17) *Gertz, v. Robert Welch*, 418 U.S. 323(1974). 이 사건에서 극우파인 John Birch Society는 Gertz가 공산주의자와 공모한 한때라는 허위주장을 *America Opinion* 잡지를 통하여 주장하였다. Gertz는 본안외의 사건인 *Nuccio*라는 경찰관에 의하여 피살된 희생자 가족의 소송 대리인이었다. 법원은 이 사건이 공익에 관련되어 있으므로 Gertz가 현실적 악의를 입증해야 한다고 보았고, Gertz는 이를 입증하지 못했으므로 패소했다. 미연방대법원은 5대4로 공인된 공무원도 공인도 아닌 사인에 대한 명예를 훼손한 경우에 현실적 악의가 필요없다고 결정했다.

의 자유로 보호될 수 있는가가 문제된다. 그러나 미연방대법원의 다수의 견과 같이 사인은 공인이나 공인된 공무원에 비하여 발론의 기회가 실질적으로 적고 또한 사인은 자발적으로 명예훼손의 위협에 드러내지 않았으므로 공인이나 공인된 공무원보다 보호의 가치가 높다.<sup>18)</sup> 따라서 명예훼손의 사건이 비록 공익이나 공적인 관심사에 관련되어 있다고 하여도 원고가 사인인 경우에는 현실적 악의의 기준을 적용할 수 없다(다만 공적인 관심사와 공익은 진실한 사실의 공표와 관련된 프라이버시에서 광범위한 면책이 허용된다).

### 3) 사실주장과 가치판단

명예훼손은 사실주장에 대해서만 성립하고 가치판단에는 미치지 아니한다. 명예훼손적인 주장이 사실주장에 관한 것이 아니라 개인의 가치판단을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우에는 헌법상 보호되는 언론·출판의 자유에 해당된다. 즉 명예훼손에 해당하는 주장이 사실주장이 아니라 가치판단을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우에는 면책된다. 미국의 명예훼손도 가치판단에 의한 명예훼손을 부인하고 있고, 독일의 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht, BVerfG)도 일관하여 가치판단은 기본법 제5조 제1항에 의하여 허위사실의 주장은 보호되지 아니한다고 보고 있다. 명예훼손에 해당하는 주장이 사실주장이인지 또는 가치판단인지의 판단은 객관적 사실에 대한 설명인가와 입증할 수 있는 것에 대한 것인가의 여부에 좌우된다. 통상적으로 사실주장과 가치요소가 혼합된 경우 헌법상의 언론자유에 해당하는 것으로 넓게 파악할 수 있지만, 추측이나 가능성의 주장과 같이 단순한 의문을 제기하는 경우에는 사실주장에 해당된다.<sup>19)</sup> 미연방대법원은 (i) 주장이 공적인 관심사를 강조한 경우, (ii) 주장이 진실 또는 허위를 증명할 수 없는 방법으로 표현된 경우, (iii) 주장이 타인에 대한 실질적인 사실을 담으려고 의도한 것으로 합리적으로 해석할 수 없는 경우를 사실주장이 아니라 가치판단으로 보고 있다.<sup>20)</sup>

18) Id., 418 U.S. 323.

19) MünchKomm-Schwerdtner, a.a.O., RdNr. 255 zu § 12.

20) Mikovich, v. Lorain Journal Co., 497 U.S 1(1990).

## 2. 프라이버시

### (1) 프라이버시와 현행법

프라이버시권(또는 사생활권)에 대한 보호는 20세기에 들어와서야 각국의 판례와 문헌에서 본격적으로 그 보호가 논의될 정도로 그 존재를 거의 인식하지 못했거나 또는 독립된 보호가치를 인식하지 못했다. 즉 미국에 있어서 프라이버시권은 1890년 Warren과 Brandeis의 논문<sup>21)</sup>이 발표된 이후에 비로소 그 존재를 인식하게 되었다. 독일도 민법의 제정시에 입법자는 프라이버시권의 존재를 인식하지 못했으나, 연방대법원에 의하여 일반적 인격권의 내용으로 사생활권을 인정하고 있다. 우리 나라에서는 프라이버시권 또는 사생활권에 대하여 형법이나 민법에서 명시적인 조항을 두고 있지 아니하지만, 헌법 제17조에서 「모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다」라고 하여 프라이버시권을 인정하고 있다. 오늘날 개인의 프라이버시권이 중요시되고 있는 것은 이미 누구나 인지하고 있는 사실이고, 특히 통신망에서 개인정보의 보호와 관련하여 프라이버시권이 그 의미가 강조되고 있다.

프라이버시권은 명예훼손과 별개의 독립된 인격적 이익으로 독립된 불법행위에 해당된다. 그렇지만 우리 나라의 현행법은 형법에서 명예훼손과 신용훼손까지만 독립된 법익으로 다루고 있고, 각종의 정보통신기술이나 도청장치를 이용하여 개인의 프라이버시권을 침해하는 사회적 현실을 배려하지 아니하고 있는데, 독일처럼 형법에서 프라이버시권이라는 새로운 권리를 수용할 사회적 필요성이 대단히 높다. 따라서 형법에 개인의 프라이버시권을 허용하는 조항을 마련하는 것도 고려할 수 있다. 여하튼 현재로서는 민법의 민사적 불법행위로서의 프라이버시를 다룰 수밖에 없고 아래에서는 프라이버시의 유형과 그 성립요건을 살펴본다.<sup>22)</sup>

21) Samuel D. Warren · Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", Harvard Law Review Vol.4, 1890, pp.193~220.

22) 미국에서 통신망(인터넷을 포함)상의 프라이버시와 관련된 미국의 입법에 대하여는 한국법제연구원에서 개최한 워크샵에서 배재대학교 이대희 교수의 발표문을 참조(이대회, 인터넷 관련 미국의 법제 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(II), 한국법제연구원, 2001.7.).

(2) 프라이버시의 유형과 성립요건

프라이버시권은 그 개념의 포괄성 내지는 상대성으로 각국에서도 명확한 정의를 내리지 못하고 있다. 따라서 프라이버시권의 파악은 그 내용의 유형화를 통하여 간접적으로 파악하는 방법을 취할 수밖에 없다. 이러한 차원에서 Prosser 교수는 프라이버시의 침해를 허용한 미국의 판례들을 자세히 살펴보면, 상이한 4개의 불법행위를 포함하고 있음을 밝혔다.<sup>23)</sup> 즉 '은둔 또는 사사에 대한 침입(intrusion)', '사적인 사항에 관한 공표(public disclosure of private facts)', '허위 면의 공표(false light in the public eye)', '성명 또는 유사성의 부당한 이용(appropriation)'으로 구성되어 있다.<sup>24)</sup> 구체적으로 각각의 프라이버시의 성립요건을 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 은둔 또는 사사에 대한 고의적 침입에 의한 불법행위이다. 이 불법행위의 성립요건은 (i) 프라이버시는 합리적으로 기대할 수 있어야 한다. 즉 프라이버시는 사적인 거주지에서 보호되지만, 일반인에게 공개된 도로·음식점·복도·공원·해수욕장과 같은 장소에서의 프라이버시는 보호받지 못한다. 다만 타인의 감시를 피할 수 있는 병실·여관·탈의실·공중화장실 등에서의 프라이버시 기대는 보호된다. (ii) 침해가 일반인에게 혐오성을 줄 정도의 것이어야 한다. 프라이버시의 다른 불법행위 유형인 '허위 면의 공표' 및 '사적인 사항의 공표'와 마찬가지로 상당한 혐오성(highly offensive)을 주어야 한다. (iii) 침해가 사적인 것에 대한 것이어야 한다.

둘째, 사적인 사실의 공개에 의한 프라이버시 침해는 뉴스가치가 적은 사적인 사항을 대중에 공개하여 일반인에게 혐오감을 주는 것을 말한다. 이 불법행위가 성립하기 위해서는 (i) 공표(소규모 집단에 공개하는 것으로 충분하지 아니하다)되어야 한다. (ii) 공표된 것이 사적인 사항에 관한 것이어야 한다. 일반대중에게 알려져 있지 아니하는 개인의 사적

23) Ketton, *Prosser and Keeton on Torts*, 5th, Westpublishing Co. 1984. p.814.

24) Prosser, "privacy", *California Law Review* Vol 48, 1960, p.389.

영역에 속한 사실을 공표한 경우에 진실이라고 하여도 불법행위가 성립한다는 점에서 명예훼손과 차이가 있다. (iii) 공표된 사실이 통상인의 정서에 비추어 혐오성을 주어야 한다.

셋째, 매우 혐오스러운 방법으로 대중에게 원고에 대한 허위의 인상을 갖도록 표현한 경우 허위면의 공표라는 프라이버시가 침해된다. 이 불법행위가 성립하기 위해서 원고는 자신에 관한 정보가 공개되었고 그것이 허위임을 증명하여야 한다. 그러나 명예훼손과 달리 공개의 정도는 일반 대중에게 알려질 것을 요건으로 한다.

넷째, 타인의 성명 또는 유사성을 본인의 동의없이 상업적으로 이용하는 성명 또는 유사성의 부당한 이용이라는 프라이버시의 불법행위이다. 이 불법행위는 원고의 성명이나 유사성이 상업적으로 이용됨을 요건으로 하고 있다.<sup>25)</sup> 예컨대, 상품이나 서비스의 광고에 담겨 있는 사진은 상업적인 이용에 해당하는 전형적인 사례에 해당된다.

### 3. 감정침해

오늘날 전기통신은 물론 인터넷상에서 명예훼손이나 프라이버시권을 침해하지 아니하고서 개인에게 정신적 고통을 주는 현상이 급증하고 있음이 지적되었고 그 대안을 마련하는 것이 필요하다. 따라서 이 보고서는 이러한 현상에 대하여 미국의 커먼로상 소위 '감정침해(emotional distress)'라는 불법행위가 유용하다고 판단되어 아래에서는 이를 소개하고자 한다.

25) *Cher, v. Forum International Ltd.* 사건에서, 연예인 Cher와 작가인 Fred Robins는 US라는 잡지에 게재하는 것을 조건으로 인터뷰를 했다. 기사는 US잡지에 기고했으나 반송되었다. Robins는 기사를 외설적인 잡지인 Star와 Forum에 팔았다. Cher는 Star잡지가 '특점 인터뷰'라는 광고문으로 마치 자신의 허락을 받은 것 같은 인상을 주었다고 주장했지만, '현실적인 악의'를 입증하지는 못했다. 그러나 Forum잡지는 광고에 그녀의 이름과 사진 등을 이용했고, "People지나 US지에서 Cher가 결코 말할 수 없었던 것을 Forum지에서 솔직히 털어 놓았다"라고 하여 마치 Forum지와 직접 인터뷰한 것처럼 허위의 인상을 주고 있으며, 이로 인하여 유명인의 가치가 상업적으로 이용되었다고 보았다(*Cher, v. Forum International Ltd.*, 692 F.2d 634 (9th Cir. 1982)).

감정침해는 미국의 대부분 주에서 커먼로상의 불법행위로 인정하고 있고, 미연방대법원도 불법행위의 유형으로 다루고 있다. 그렇지만 미국에서도 최근에 이르러서야 그 보호가 허용될 정도로 명예훼손이나 프라이버시와 독립된 법익으로 다루는 데에는 점진적이었다. 감정침해는 폭행 사건에서 일찍부터 소인으로 인정되었음에도 불구하고 의도적인 침해에 대해서조차 정신적 평온의 이익에 독립된 법적 보호를 인정하는 것에 주저했다.<sup>26)</sup> 즉 감정침해는 다른 이익을 침해하는 대부분의 불법행위에 있어서 손해배상의 요소로 다루어졌을 뿐 독립된 불법행위로 보지 않았다. 이러한 태도는 의제적인 또는 사소한 것에 대한 소송의 우려·입증의 불만족 및 책임에 대한 한계 설정에 있어서 어려움 때문에 감정상의 고통만을 독립적으로 보호하는 데에는 점진적이었다. 따라서 최근에 이르러서야 폭행(battery), 위협(assault), 불법감금(false imprisonment), 토지의 침해(trepass to land) 등과 같은 불법행위의 요소를 입증함이 없이 완전히 독립된 불법행위책임의 기초로 인정되었다. 일반적으로 감정침해는 2가지의 유형, 즉 고의 또는 무분별에 의한 감정침해와 과실에 의한 감정침해로 나누어지는데, 인터넷 통신과 관련하여 문제되는 것은 전자의 경우이다.

의도적인 감정침해는 비록 '프라이버시의 침해' 또는 '대중에 대한 공개'를 목적으로 하고 있지는 않지만, 프라이버시 유형에서 발달된 불법행위이다. 전형적으로 이 불법행위는 통상적인 행위의 범위를 훨씬 넘어서거나 심한 수치심을 야기하는 무분별한 농담으로부터 보호하는 데 사용되어 왔다. 미국의 '불법행위에 관한 제2 리스테인트먼트'에서는 「의도적으로 또는 무분별하게 과도한 행위를 행한 자는 타인에게 야기된 중대한 감정침해에 대하여 책임이 있고, 이로 인하여 신체적 손해를 초래한 것에 대해서도 책임이 있다」<sup>27)</sup>고 규정하고 있다. 이 불법행위의 요건은 상대적으로 간단하다. 첫째, 일반인의 평균적인 감수성에 비추어 상당히 혐오적인 행위이어야만 한다. 이를 '과도한 무분별의 행위(extreme and outrageous conduct)'라고 표시하기도 한다. 이러한 면에서 프라이버시 3개

26) Keeton, *op. cit.*, pp.54~55.

27) Restatement of Torts(second), § 46.

의 불법행위, 허위 면의 공표·사적인 사항의 공표 및 은둔 또는 사사에 대한 침입의 요건들과 유사하다. 이 요건은 피고가 고의로 불법행위 또는 범죄를 했다고 하여도 충족되지 아니한다. 즉 감정침해의 책임은 행위의 특성이 과도한 경우에만 인정된다. 둘째, 피고는 정신적인 고통을 야기하고자 하는 의도 또는 이러한 고통이 야기될 가능성을 무분별하게 경시했어야 한다. 셋째, 원고는 심한 정신적인 고통을 받았다는 것을 입증해야 한다. 통상적으로 감정침해는 쇼크(shock)·병(illness) 또는 기타 신체적인 손해를 수반하지만, 이와 같은 신체적인 손해가 없이 정신적인 고통만으로도 소송을 제기할 수 있다.<sup>28)</sup>

## 제 2 절 정보통신서비스

전통적인 전기통신과는 달리 인터넷 통신은 단순히 통신망의 상호연결에 의한 대화나 소량의 정보를 교환하는 것에 한정되지 아니하고 일대일의 대화는 물론 불특정다수인에게 자신의 생각을 전달할 수 있고 정보서비스를 신속하고 대량적으로 전달할 수 있게 하였다. 따라서 이러한 통신환경에서는 정보서비스 자체는 물론 정보서비스를 제공하는 서비스제공자의 책임이 문제되고, 특히 정보서비스의 음란성·부실표시 및 허위성 등과 같이 내용물에 대한 법적 규제가 문제된다.<sup>29)</sup>

28) 감정침해와 관련된 대표적인 사례는 Hustler Magazine, v. Falwell 사건인데, 이 사건에서 연방대법원은 합리적으로 진실한 사실을 기술한 것으로 볼 수 없는 감정침해에 대하여 피고가 공인인 경우에 책임을 배제한 것으로 만화가와 기타의 풍자 작가도 공인의 풍자를 기술한 경우에 명예훼손뿐만 아니라 감정침해로부터도 보호되어야 한다고 보았다(Hustler Magazine, v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)).

29) 한국법제연구원이 개최한 워크샵에서 배재대학교의 이대희 교수는 쾨텐츠의 규제와 관련하여 미국정부의 인터넷상 음란물에 대한 입법과 정책을 상세히 소개하였고, 압호와 관련하여 통신비밀에 관한 미국의 입법안을 고찰하였다. 부산외국어대학교의 정진명 교수는 독일의 정보통신서비스법에 대하여 상세히 소개하면서 독일의 정보통신법과 일반법의 관계를 체계적으로 설명을 부연하고 우리 나라의 입법개선방안에 대한 기초적인 자료를 제공하였다. 자세한 이대희 교수의 발표문(이대희, 인터넷 관련 미국의 법제 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7.)과 정진명 교수의 발표문(정진명, 인터넷 관련 독일의 법제 동향과 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7.)을 참조.

### 1. 통신비밀과 현행법

전통적으로 통신은 구두나 서면이라는 통신수단에서 전신 및 전화라는 전기통신으로 발달되어 왔다. 오늘날의 통신법은 구두나 서면을 제외한 전기통신을 중심으로 입법하고 있고 나름대로의 독자적인 법영역을 형성하고 있다. 통신법은 주로 통신사업자의 통신사업을 중심으로 한 통신사업법이 그 중심을 차지하고 있고, 통신서비스 그 자체와 관련된 법적 문제는 사실상 통신비밀의 보호만이 문제되었으며, 통신내용에 대한 법적인 간섭이나 법적 책임은 거의 문제되지 않았다(통신서비스제공자의 책임도 서비스와 관계없이 문제가 거의 발생할 수 없었다). 즉 전기통신은 둘 또는 셋 사이의 통신에 그쳤고, 통신서비스는 단순히 이용자의 통신망을 상호 연결하는 것에 머물렀으며, 이용자는 대화를 하거나 소량의 정보만을 전달할 수 있었다.

한편, 전기통신과 서면(우편)을 제외한 구두통신에 있어서 통신비밀은 사실 도청장치가 나타나기 전까지만 해도 전혀 구두대화의 비밀성은 법적 문제가 되지 않았고 따라서 형법의 규제대상으로 다루지 않았다. 즉 통신비밀의 보호는 비밀장치를 한 문서 등을 위주로 보호하는 것에 그치고, 대화의 비밀성에 대한 보호는 도청장치가 없었던 당시의 상황하에서 아무런 입법적인 조치를 고려하지 않았다. 이러한 차원에서 현행 형법은 제316조 제1항에서 「불합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화를 개봉한 자는 3년이하의 징역이나 금고 또는 500만원이하의 벌금에 처한다」고 하여 개인이 비밀로 하고자 하는 문서 등에 대한 비밀의 침해를 규제하였고, 1995년에 컴퓨터 등의 정보시스템이 광범위하게 이용됨에 따라 형법 제316조 제2항을 신설하여 「불합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자도 제1항의 형과 같다」고 하여 전자기록 등의 비밀에 까지 보호하고 있다. 우리법에서 통신비밀의 보호와 관련하여 독특한 점은 대화비밀은 물론 전기통신비밀을 통신비밀보호법이라는 하나의 입법으로 보호하고 있다라는 것이다. 즉 구두대화의 비밀은 통신비밀보호법 제16



조에서 대화비밀침해죄라고 하여 보호하고 있고, 통신비밀은 통신비밀보호법 제22조에서 「누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니된다.」고 하여 전화 등의 각종 유·무선 통신망을 이용한 통신의 비밀을 보호하고 있는데, 여기에는 인터넷 통신도 포함된다. 이 조항을 면밀히 살펴보면, 4가지의 침해유형을 열거하고 있음을 알 수 있다. 첫째, 정보의 훼손행위라고 하여 통신망을 통하여 전달되는 각종의 내용물을 권한없이 파괴하는 행위를 금지하고 있다. 둘째, 타인의 비밀을 침해하는 행위로 통신망상의 대화나 각종의 통신을 알아내는 것 자체를 금지하고 있다. 셋째, 정보의 도용행위라고 하여 통신망을 통하여 전달되는 정보를 알아내어 이를 이용하는 행위를 금지하고 있다. 넷째, 통신망으로 전달되는 타인의 비밀을 알아내어 제3자에게 공개하는 행위를 금지하고 있다. 이와 같은 침해행위로 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설한 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하고 있다(통신비밀보호법 제28조).

## 2. 허위통신과 음란통신

### (1) 허위통신과 현행법

민법은 제764조에서 명예훼손을 두고 있고, 민법 제750조와 제751조에서 포괄적인 방식으로 개인의 법익을 보호하고 있다. 형법도 제307조 내지 제312조에서 명예훼손을, 제313조에서는 신용훼손을 두고 있는데, 명예훼손이나 신용훼손에 해당하지 아니하는 한 그 통신내용이 허위라고 하여도 아무런 규제를 하지 아니하고 있다. 이들 민법과 형법의 조항을 종합하면, 적어도 의도적으로 피고가 허위통신으로 원고에게 손해를 입히고, 허위통신과 손해사이에 법적으로 책임을 부과할 수 있는 인과관계가 있으며, 이러한 행위가 위법해야만 민사책임이 발생한다. 이 경우 형사책임은 명예훼손과 신용훼손에만 제한되고, 기타의 인격적 이익의 침해는 민법 제751조의 요건을 충족한 경우 민사책임 외에는 형사법의 대

상이 아니다. 결국 형법과 민법에서 허위통신이라고 하여 일반적인 규제를 하고 있는 것은 아니다.

이에 반하여, 전기통신사업법과 전파법에서는 허위통신에 대한 강한 규제를 하고 있다. 즉 전기통신기본법은 인터넷 통신에도 적용할 수 있는 조항을 두고 있는데, 전기통신기본법 제47조 제1항 「공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처한다.」 과 전기통신기본법 제47조 제2항 「자기 또는 타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 3년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.」 라고 하고 있다. 이들 조항은 전신과 전화를 포함하는 것은 물론 인터넷 통신에도 적용된다. 이들 전기통신사업법 조항은 헌법 제18조의 통신자유와 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유에 비추어 제한적으로 운용되어야 하지 않는가라는 의문이 제기된다. 먼저, 전기통신기본법 제47조 제1항의 경우는 현행 형법과 민법에서 타인의 명예나 신용을 침해하지 아니하는 한 통신내용이 허위라고 하여도 제재를 가할 수 없는 것에 대하여 공익성, 공연성 및 허위성이라는 요건을 들어서 규제하고자 하고 있는데, 여기서 '공익'은 대단히 모호하다. 왜냐하면 전파법 제80조 제1항의 '국가기관을 폭력으로 파괴할 것을 주장하는 통신'과 비교하여 보아도 역시 모호한 개념이고, 과도한 규제라 적용할 여지가 있다. 다음으로, 전기통신기본법 제47조 제2항의 경우도 공연성, 허위성 및 사익을 요건으로 하고 있는데, 여기서 사익에는 민법 제764조와 형법 제307조 내지 제312조의 명예훼손의 명예 및 형법 제313조의 신용훼손의 신용이 해당되고, 헌법 제17조의 프라이버시도 이 조항에 의하여 제한적으로 보호받을 수 있는 여지가 있다. 그렇지만 이 조항의 포섭 범위는 배타적 법익이외에도 그 적용 가능성을 개방하고 있다. 따라서 헌법의 통신의 자유와 표현의 자유를 고려하여 제한적으로 운용되어야 한다.

한편, 전파법의 경우도 제80조 제1항에서 무선설비 또는 전선로에 9킬로헤르츠 이상의 전류가 통하는 통신·전화 기타 통신설비를 이용하여 대한민국헌법 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 폭력으로 파괴할

것을 주장하는 통신을 발한 자는 3년 이상의 유기징역 또는 금고에 처한다고 하고 있고, 또한 전파법 제83조 제1항에서는 자기 또는 타인의 이익을 위하여 타인에게 손해를 줄 목적으로 무선설비 또는 전선로에 9킬로헤르츠 이상의 전류가 통하는 통신·전화 기타 통신설비에 의하여 허위의 통신을 발한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금을 부과하도록 하고 있다. 이들 조항은 전기통신기본법 제47조 제2항의 요건보다도 완화된 요건(공연성을 요건으로 하지 아니함)을 두고 있어서 역시 헌법상 통신의 자유와 조화를 이루는 것이 요구된다.

## (2) 음란통신과 현행법

전통적인 통신수단에 있어서 구두로 상대방에게 음란한 표현을 한 경우 그 표현이 제3자에게 공개되는 상황에서 상대방의 명예를 침해하지 아니하는 한 법적 보호를 받을 수 없다. 따라서 상대방은 그 행위자와 대화를 그만두거나 상응하는 표현으로 대응할 수밖에 없다. 즉 일상의 생활 영역에서 일어나는 불쾌한 일상은 항상 법적인 문제로 되는 것이 아니라 사회생활에서 불가피한 것으로 수인해야 하는 경우가 있다. 서면에 의한 경우에도 마찬가지로 작성자가 제3자에게 해당 문서를 발송하지 아니하는 한 그 표현이 아무리 개인의 명예감정을 침해했다고 하여도 명예훼손이 성립하지 아니한다. 한편, 오늘날에는 개인의 감정을 보호하는 것에까지 넓혀지고 있는데, 앞에서 살펴본 소위 감정침해라는 불법행위이다. 즉 전화나 전신과 같은 통신을 이용하여 상대방에게 음란한 통신을 상습적으로 하거나 상대방에게 전화를 걸어서 의도적으로 괴롭히는 행위에 대하여 감정침해라는 불법행위에 기초하여 법적 보호를 할 수 있다. 물론 이와 같은 의도적이고 지속적인 행위는 인터넷이나 전기통신에서 현실세계의 구두나 서면에 의한 통신에서 보다 더 막대한 피해를 상대방에게 주고 그 침해의 정도는 일상생활의 범위를 넘어서고 있다. 따라서 그 보호를 허용할 사회적 필요성은 높다.

음란통신과 관련된 형사적 처벌을 살펴보면, 먼저 음란물의 제조, 배포 및 전시 등에 관하여서 형법은 제243조에서 「음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는

1년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.」라고 하여 유체적인 음란물을 배포, 판매, 대여하는 행위 또는 공연히 음란물을 전시하는 행위를 금지하고 있고, 또한 형법 제244조에서 「제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.」라고 하여 음란물을 배포, 판매, 대여 또는 공연히 전시나 상영할 목적으로 음란물을 제조, 소지, 수입 또는 수출행위를 금지하고 있다. 이 2개의 조항은 유체물을 전제로 하고 있고 미성년자인가의 여부와 관계없이 성인의 경우에도 적용된다. 이들 조항은 윤리국가주의적 사고관에 바탕을 둔 입법으로 오늘날의 대중문화와는 상당한 거리가 있다. 이들 형법 조항에서 있어서 과연 음란성의 기준이 무엇인가에 대하여, 미연방대법원은 3가지의 기준, 즉 (i) 동시대의 공동체 기준에 해당하는 통상인의 성적 욕망을 자극하는 경우 (ii) 주법에서 규정한 명백히 혐오스러운 방법이나 성적 행위에 해당하는 경우 (iii) 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치를 심각하게 결여한 경우에 해당되는지의 여부에 따라서 판단하고 있다.<sup>30)</sup> 우리 대법원은 「음란이란 정상적인 성적 수치심과 선량한 성적 도의관념을 현저히 침해하기에 적합한 것을 가리킨다 할 것이고, 이를 판단함에 있어서는 그 시대의 전전한 사회통념에 따라 객관적으로 판단하되 그 사회의 평균인의 입장에서 문서 전체를 대상으로 하여 규범적으로 평가하여야 할 것이며, 문학성 내지 예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로 어느 문학작품이나 예술작품에 문학성 내지 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이고, 다만 그 작품의 문학적·예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있을 뿐이다.」고 하여 다소간 막연한 기준을 제시하고 있다.

한편, 전기통신에 관련된 직접적인 조항은 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제14조와 전기통신기본법 제48조의2이다. 먼저, '성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률' 제14조에서는 「자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터

30) Miller. v. California, 413U.S.15(1973)

기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건술 상대방에게 도달하게 한 자는 1년이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처한다」고 하여 있는데, 구성요건이 너무나 막연하고 포괄적이어서 헌법상 통신의 자유와 표현의 자유를 위협할 우려가 있다. 다음으로, 전기통신기본법 제48조의2에서 「전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다」라고 하고 있는데, 사실상 인터넷상 음란물의 배포 또는 전시하는 행위를 그 목적에 관계없이 전부 금지하고 있고 음란물의 배포·판매 또는 대여의 대상이 미성년자인가의 여부와 관계없이 금지하고 있다. 따라서 전기통신기본법 제48조의2도 오늘날 대중문화를 반영하지 아니한 윤리국가주의적 사고에 기초를 두고 있고 인터넷 통신에 중대한 제한으로 작용할 여지가 높다.

### 3. 정보제공과 관련 현행법

오늘날 정보제공과 관련된 책임은 특히 인터넷이 등장하면서 여러 가지의 문제가 부각되고 그 법리개발의 필요성이 나타나고 있다. 따라서 이 보고서에서는 이들 문제에 대한 법리구성과 아울러 현행 관련법을 살펴보고자 한다. 다만, 우리 나라에서는 아직까지 정보제공과 관련된 사례가 빈약하므로 미국의 커먼로삼에서 다루어진 사례를 중심으로 그 법리구성을 살펴보고자 한다.

#### (1) 부실표시와 관련문제

인터넷 통신은 비대면성과 익명성이 다른 통신에 비하여 잘 보장되고 있는데, 이러한 통신환경에서 각종의 법률행위나 전자거래가 이루어지고 있으므로 사기나 허위표시 등의 경제적 이윤을 목적으로 하는 불법행위가 급증하고 있다. 또한 타인의 상품이나 서비스의 명성이나 외관을 이용하여 경제적 이윤을 추구하는 행위도 급증하고 있다.

1) 사 기

피고가 의도적 또는 무분별한 허위정보로 원고에게 경제적 손해를 입히는 불법행위가 사기(deceit)이다. 사기는 계약당사자뿐만 아니라 제3자에게도 불법행위가 된다. 일반적으로 원고가 상품을 구매하도록 유인하기 위하여 상품에 대한 허위의 주장을 하는 경우에 사기의 불법행위가 성립한다. 이러한 면에서 단순한 침묵이 아니라 구두 또는 서면의 형식에 의한 적극적인 표현을 필요로 한다. 미국의 불법행위에 관한 제2 리스트이트먼트는 제525조에서 「타인의 착위·부착위를 유인할 목적으로 사실, 주장, 의도 또는 법률에 대한 기망적인 부실표시를 한 자는 이를 정당하게 신뢰한 것으로 야기된 금전적 손해에 책임이 있다」고 하고 있다. 이를 통하여 다음과 같은 5개의 요건을 끌어올 수 있다. 즉 첫째, 피고에 의한 부실표시가 있어야 한다. 둘째, 부실표시에 대한 피고의 인식 또는 신뢰가 있어야 한다(또는 정보에 대한 충분한 근거가 없는 경우에도 동일하게 취급된다). 셋째, 부실표시의 신뢰로 원고의 착위 또는 부착위를 유인할 의도가 있어야 한다. 넷째, 표시에 대한 정당한 신뢰로 인한 원고의 착위 또는 부착위가 있어야 한다. 다섯째, 원고는 이러한 신뢰로 금전적 손해를 입어야 한다.

한편, 형법은 제347조 제1항에서 「사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다」고 하고 제347조의2에서 「컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 자는 10년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다」라고 하여 사기행위에 대하여 형사처벌을 하고 있다.

2) 침해적 허위표시

부동산·동산·지적재산권 또는 이들의 품질에 대해 허위의 비방을 하는 경우에 침해적 허위표시(injurious falsehood)의 불법행위가 성립한

다.<sup>31)</sup> 물론 서비스에 대해서도 성립할 수 있다.<sup>32)</sup> 예컨대, 미국의 *Cubby, Inc., v. CompuServe* 사건에서, 법원은 침해적 허위표시에 의한 불법행위가 성립하기 위해서는 원고의 영업을 방해하거나 또는 타인과의 관계를 차단할 수 있는 허위사실을 알고서 공개한 경우에 성립하고, 원고의 부정경쟁행위에 의한 청구도 침해적 허위표시에 기초하고 있으므로 고의를 증명해야 한다. 이 사건에서 CompuServe사는 전자게시판의 운영자에 불과하므로 영업비방에 대한 책임을 부담하기 위해서는 Rumorville에 대한 허위주장을 알았거나 또는 알 수 있었다는 것을 증명해야 하는데, 이에 대한 증거가 없으므로 법원은 CompuServe사의 책임을 부인했다. 한편, 미연방대법원이 명예훼손과 프라이버시 침해에 대한 '수정헌법 제1조의 언론자유'에 의한 중대한 제한을 가한 것(과실의 도입)과 관련하여, 명예훼손에 관한 소송과 여러 면에서 유사한 침해적 허위표시에도 적용될 것인지는 명확하지 않다. 미국의 불법행위에 관한 제2 리스테인먼트 제623조 A는 「타인의 이익에 유해한 허위주장을 한 자가 금전적 이익을 해할 의도가 있었거나 가능성을 인식했어야만 하는 경우 또는 주장의 허위성을 알았거나 진위에 대한 무분별한 행위를 한 경우에 금전적 손해를 배상할 책임이 있다.」라고 하여, 과실의 요소를 받아들였다. 여기에서 다음과 같은 요건을 끌어올 수 있다. 즉 첫째, 재산의 명칭 또는 질, 일반적인 영업행위, 거래의 차단 또는 기타 불이익을 주기 위한 비방적인 사실의 공개가 있어야 한다. 둘째, 원고는 이러한 비방이 허위임을 증명해야 한다. 셋째, 커먼로에서는 피고의 고의를 입증해야 한다. 즉 피고의 책임은 고의 또는 무분별한 허위표시에 의한 경우에 책임이 성립한다. 그렇지만 연방대법원의 원리를 적용하면, 과실의 경우에도 책임이 성립할 수 있다.<sup>33)</sup> 넷째, 원고는 금전적인 손해에 대한 특별손해를 증명해야 한다.

침해적 허위표시와 관련하여 형사책임은 형법에서 고려하지 않았다. 즉 형법 제313조는 신용훼손이라 하여 사람의 신용을 훼손할 것을 요건으

31) 종종 disparagement of property, commercial disparagement 또는 trade libel이라고도 한다.

32) *Cubby, Inc., v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y. 1991).

33) see, Restatement of Torts(second), §523 A, Comment d.

로 하고 또한 형법 제314조 제1항은 업무방해라고 하여 허위사실의 유포나 위계 또는 물리적인 힘에 의한 사람의 업무방해를 요건으로 하고 있어서 재산권에 대한 침해적 허위표시의 경우는 처벌할 수 없다. 결국 위에서 살펴본 민법 제750조에 기초한 침해적 허위표시라는 불법행위를 고려할 수 있다. 한편, 우리 나라에서는 '표시·광고의 공정화에 관한 법률' 제3조 제1항 제1호 또는 제2호에 해당하는 경우 동법 제10조에 따라 피해자는 손해배상이나 동법 제17조에서 정한 형사책임(2년이하의 징역 또는 1억 5천만원이하의 벌금)이 발생할 수 있다.

### 3) 사칭

원고의 상품을 피고의 상품인 것처럼 소비자의 혼동을 야기하는 불법행위를 사칭(passing off, palming off)이라고 한다. 예컨대 원고의 상품, 명칭, 포장지, 라벨, 용기, 운송수단, 피용자의 복장 또는 영업소의 외관을 모방하는 경우가 여기에 해당된다.<sup>34)</sup> 사칭은 상인의 영업적인 명성과 신용이라는 자산적 가치를 보호한다. 사칭은 상품에 대한 명예훼손이 아니라 상인을 대표하는 명성에 관련되어 있다. 또한 원고를 기만하는 것이 아니라 제3자라는 점에서 침해적 허위표시와 비슷하지만, 원고의 상품에 관한 명성이나 신용을 이용하려는 피고의 간섭에 기초한 독립된 불법행위이다. 사칭은 원고의 상품이나 서비스와 관련하여 피고의 부당한 표시가 창래의 고객 또는 최종소비자에게 영업이나 신용을 훼손한 것으로 기대할 수 있어야 한다.

인터넷 통신상 각종의 저작물이나 서비스에 관련하여 마치 자신의 것으로 오인하게 한 경우 이 불법행위가 성립한다. 이 불법행위의 핵심은 소비자의 혼동에 책임의 기초를 두고 있으므로 상품과 그 출처 사이에 오인을 초래하지 아니하는 경우에는 원고의 상품에 대한 명칭 또는 특징을 복제했다고 하여도 책임이 성립하지 아니한다. 즉 원고 상품의 명칭 또는 특징을 단순히 모방하는 것이 아니라 상품과 출처 사이의 관련성에 대한 혼동에 있다. 사칭은 상표보호에 적합하고, 특히 상표침해에 이르지 아니

34) Prosser, *op. cit.*, p.1015~1016.



한 행위에 대단히 중요한 역할을 한다. 사칭의 불법행위는 원고의 행위가 혼동 또는 기만을 야기할 부실표시로 족하고 고의는 필요없다.<sup>35)</sup>

위와 같은 사칭의 불법행위와 관련된 형사책임은 형법이나 기타 특별법에서 고려하고 있지 아니하고 있다. 다만, 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한법률은 제2조 제1호 가 또는 나에 해당하는 경우 동법 제14조의2의 손해 추정에 관한 조항의 적용받아 보다 강화된 보호를 받을 수 있다.

## (2) 부정확한 정보의 제공과 관련문제

부정확한 정보에 관련하여 무엇보다도 우선적으로 예상할 수 있는 것이 과실에 의한 부실표시라는 불법행위이다. 이 불법행위는 과실의 불법행위에 해당하므로 당사자사이에 주의의무의 존재, 주의의무의 위반, 인과관계 및 실질적인 손해의 발생이라는 4개의 성립요건을 갖추어야 한다. 이들 요건 중에서 가장 중요한 것은 정보제공자가 어떠한 상황에서 과실에 의한 부정확한 정보를 회피할 의무가 있는가 하는 점이다. 이 경우에 정보제공자와 수령자 사이에 영업상으로 정보를 제공하는 것과 같이 직접적이고 긴밀한 관계가 있는 때에 주의의무가 발생할 수 있다.<sup>36)</sup> 그러므로 정보제공자와 정보수령자가 이러한 의무를 부담하는 것을 정하지 아니한 단순한 계약만으로는 불법행위가 성립하지 아니한다. 예컨대, 출판사와 구독자 사이의 구독계약은 잡지를 배달할 의무만이 발생하고 잡지에 담긴 정보에 대한 정확성을 보증하지는 아니한다. 이와 유사하게 인터넷 통신상 전자출판물에 의하여 제공되는 정보에 대하여도 동일하게 적용된다.

35) Prosser, *op. cit.*, p.1016.

36) *Ultramares Corp., v. Touche* 사건에서, 법원은 당사자 사이에 계약에 의하여 정보제공에 주의의무가 존재한다고 하여도 제공자는 스스로 인식 및 동의없이 정보를 신뢰한 제3자에게는 책임이 없다고 하여, 피고의 회계감사에 대한 상당한 신뢰를 할수 있음을 예상할 수 있다고 하여도 과실에 의한 책임을 부인했다(*Ultramares Corp., v. Touche*, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441(1931)). 이후의 판례에서도 이러한 법리는 유지되고 있다. 예컨대, *Slotkin, v. Citizens Casualty Co.*, 614 F. 2d 301, 314(2d Cir. 1979); *McLean, v. Alexander*, 599 F. 2d 1190, 1198(3d Cir. 1979); *Thomas, v. Chase Manhattan Bank*, 1 F. 3d 320, 327(5th Cir. 1993); *Ackerman, v. Schwartz*, 947 F. 2d 841, 846-847 (7th Cir. 1991); *Kent D. Stucky, op.cit.*, §3.02(1)~3.02(2).

손해의 요건과 관련하여, 과실에 의한 부실표시라는 불법행위는 실질적인 손해를 성립요건으로 하고 있고, 명목적 손해배상은 허용되지 아니한다.

위의 부정확한 정보 내지 부실표시에 대한 책임은 다음의 경우에 당사자 사이의 긴밀한 관계가 없어도 적용될 수 있다. 즉 첫째, 의도적 또는 무분별한 부실표시는 당사자 사이의 긴밀한 관계를 가지고 있지 아니하다고 하여도 책임이 발생할 수 있다. 즉 직접적인 관계가 없는 제3자는 사기 또는 무분별한 부실표시에 해당됨을 증명하여 보호받을 수 있다.<sup>37)</sup> 둘째, 미국의 불법행위에 관한 제2 리스테이트먼트 제552조 제1항에서 「영업·업무·고용 과정에서 또는 기타의 거래에서 타인의 상거래의 안내(guidance)에 금전적 이익을 취득하는 자가 허위정보를 제공한 경우에 정보의 취득과 전달에 상당한 주의의무를 다하지 못한 때에는 정당하게 정보를 신뢰한 자에게 야기된 금전적 손해에 대하여 책임이 있다」고 하여 제한된 범위의 자들에 대하여 불법행위의 책임을 묻고 있다.<sup>38)</sup> 따라서 고의 또는 중대한 과실로 부정확한 정보를 제공한 경우에 불법행위 책임을 물을 수 있으며, 이 경우에는 당사자 사이의 긴밀한 관계는 요구되지 아니한다. 독일도 민법 제676조 전단에서 「타인에게 조언 및 권고를 한 자는 조언이나 권고를 따름으로써 생긴 손해를 배상할 의무가 없다」라고 하여 정보제공자의 책임을 원칙적으로 배제하고 있는데, 결국 부정확한 정보제공에 대한 책임은 독일민법 제826조가 적용된다. 따라서 정보제공에 대한 책임은 정보제공자가 객관적으로 부정확한 정보를 가해 고의를 가지고 선량한 풍속에 위반하는 방법에 의한 경우에 인정된다. 독일판례는 중대한 과실에 의하여 경솔하게 정보를 제공한 행위를 풍속위반으로 보았고, 특히 정보제공자의 가해고의를 확정하는데 있어서 미필적 고의만으로도 충분하다고 하여 정보수령자의 입증책임을 완화하고 있다.

한편, 미연방대법원은 통신 자체의 내용이 허위라는 이유만으로 엄격책임 또는 과실에 의한 부실표시(negligent misrepresentation)로 제재를 가한다면, 수정헌법 제1조에 위반되고 언론을 억제한다고 보았다. 광고 또한 비록 제한된다고 하여도 오인 또는 기망이 없는 합법적인 행

37) *Ultramares Corp., v. Touche*, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441(1931).

38) *Kent D. Stucky, op. cit.*, §3.02(1)~3.02(2).

위에 관련되어 있는 한 수정헌법 제1조의 보호를 받을 수 있다고 보았다.<sup>39)</sup> 따라서 인터넷 통신을 통하여 제공된 전자출판물에 있는 정보에 대하여 제조물책임에 관한 엄격책임은 부과할 수 없다.<sup>40)</sup> 즉 미국은 불법행위에 관한 제2 리스테이트먼트 제402조의 A 제1항에서 '제조물'에 한정하여 엄격책임을 묻고 있는데, 서적 등의 출판물에 담겨 있는 정보 자체는 야기된 손해의 중대성에 관계없이 제조물책임의 대상이 되지 아니한다. 독일과 일본 및 우리 나라의 제조물책임법도 동산에 한정되어 있어서 정보 자체에 대한 무과실책임을 부과할 수 없다. 따라서 부정확한 정보에 대한 책임은 과실책임이 주로 문제된다.

### (3) 정보서비스제공자와 관련문제

인터넷이라는 통신수단이 등장함에 따라 정보서비스라는 새로운 서비스의 제공이 가능하게 되었는데, 우리 현행법에서는 정보통신서비스이용에 따른 법적 문제를 규율하는 입법이 없다. 따라서 정보서비스의 광범위한 제공에도 불구하고 그 법적인 기반이 마련되어 있지 아니하여 정보사회로 나아가는 데에 장애물로 작용하고 있다. 결국 우리 나라에서도 '정보통신서비스이용에관한법률'을 제정하여야 하고, 이 법에서는 정보통신서비스의 접근자유, 정보통신서비스제공자의 책임 및 서비스제공자의 표시의무가 포함되어야 한다. 무엇보다도 이 법에서 가장 중요한 쟁점은 정보서비스를 제공하는 서비스제공자의 책임을 어떻게 규율할 것인가이다.

인터넷서비스제공자의 책임은 저작권 침해물과 명예훼손물에 관련하여 입법과 판례에서 주된 사례가 있으므로 아래에서는 인터넷서비스제공자의 책임을 규정한 각국의 입법현황을 비교하면, 다음과 같다.<sup>41)</sup> 미국의

39) *Posadas de Puerto Rico Associates, v. Turism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328, 340(1986).

40) *Winter v. G. P. Putnam's Sons*, 938 F. 2d 1033(9th Cir. 1991)(머섯 식별에 관한 저자의 부정확한 정보의 기술과 관련하여 제조물 책임 또는 과실의 부실표시에 의한 출판자의 책임을 부인).

41) 국제적으로 WIPO의 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty)과 WIPO의 실연 및 음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty)이라는 2개의 조약이 인터넷 통신의 상업적 이용에 따라 채택되었는데, 이들 조약은 인터넷서비스제공자의 책임문제를 다루지 아니하고, 국내법에 의하여 결정할 수 있도록 남겨 두었다.

디지털저작권법(Digital Millennium Copy Right Act, DMCA)은 인터넷서비스제공자의 손해배상책임을 면제하는 내용을 담고 있는데, 디지털저작권법 제512조는 인터넷서비스제공자의 서비스를 4개의 영역, 즉 단순한 통신(digital network communications), 일시적 저장(system caching), 호스터 서비스의 제공(information stored on service providers), 링크(information location tools)로 나누어서 인터넷서비스제공자의 책임을 면책하고, 침해물과 침해행위의 부착위 및 제거청구에는 아무런 제한을 두지 않았다. EU의 전자거래지침<sup>42)</sup>에서도 인터넷서비스제공자의 중계책임을 규정하고 있는데, 동지침의 제12조, 제13조 및 제14조에서 단순한 통신(mere conduit), 일시적 저장(caching) 및 서비스의 제공(hosting)의 경우로 나누어서 각각의 조항에서 열거된 사항에 해당하는 경우 서비스제공자의 책임을 면제하고 있다. 동지침의 제15조에서는 제공하는 서비스에 대한 서비스제공자의 일반적 감독의무를 배제시키고 있다. 한편, 독일은 EU지침이 마련되기 이전인 1996년에 통신서비스법(Teledienstegesetz, TDG)과 통신서비스주협약(Mediendienstestaatsvertrag, MDStV)을 제정하여 인터넷서비스제공자의 책임을 면책하는 규정을 두고 있는데, 이들 법령에서는 3개의 영역, 즉 '자신의 내용물 제공'·'타인의 내용물 제공' 및 '단순한 타인의 내용물에 대한 접근의 중계'로 나누고 있다. 즉 인터넷서비스제공자가 자신의 내용물을 이용할 수 있도록 제공한 경우 일반법에 의하여 책임을 부담하고, 인터넷서비스제공자가 타인의 내용물을 이용할 수 있도록 제공한 경우 그 내용물을 알았거나 그 이용을 기술적으로 막을 수 있는 가능성을 기대할 수 있는 때에 책임이 있으며, 마지막으로 인터넷서비스제공자가 타인의 내용물을 이용할 수 있는 단순한 중계적인 역할에 해당하는 경우 책임이 없다. 여기서 중계적 역할이란 자동적이고 순간적으로 타인의 내용물을 보유하는 것을 말한다.

우리 나라에 있어서도 인터넷 통신의 등장과 함께 인터넷서비스제공자

42) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services in particular electronic commerce in the Internal Market

가 등장했지만, 이에 부합하는 명확한 책임기준이 없다. 즉 전통적인 책임이론에 따르면 명예훼손이나 저작권 침해와 관련하여 인터넷서비스제공자의 행위성에 착위성이 있으면 명예훼손이나 저작권의 침해에 대한 침해자로서의 책임을 부담하고, 단순히 타인의 침해행위 또는 침해물에 대한 부착위의 경우 해당하는 규정이 없지만 판례에 의하여 개발된 일반적 과실이론, 즉 거래안전의무 또는 위험방지의무의 법리를 적용할 수 있다. 따라서 인터넷서비스제공자의 책임기준은 위법한 내용물을 알았거나 알 수 있었던 경우에 책임을 부담한다고 볼 수 있다. 물론 그 전제는 기술적으로 위법한 내용물을 차단하는 것이 가능하다는 것을 내포하고 있다. 이와 같이 전통적인 책임법에서는 인터넷서비스제공자의 행위유형에 따라 책임을 명확히 밝히기가 곤란하다. 따라서 인터넷에서 정보서비스의 제공과 관련하여 인터넷서비스제공자의 책임에 대한 적절한 입법이 필요하다(다만, 미국처럼 저작권법을 개정하는 방법으로 인터넷서비스제공자의 책임을 규정하는 것은 명예훼손물을 포함할 수 없다는 점에서 타당하지 아니하므로 정보서비스이용에 관한 독립된 입법을 제정하여 명예훼손물 등도 동시에 규율해야 한다).

### 제 3 절 컴퓨터정보

#### 1. 컴퓨터정보와 관련문제

컴퓨터정보라 함은 컴퓨터를 이용하여 취득하는 전자적 형태의 정보 또는 컴퓨터로 처리될 수 있는 정보를 의미한다. 여기서 정보라 함은 데이터, 텍스트, 영상, 음향, 마스크 워크(mask works), 컴퓨터프로그램의 수집이나 편집하는 것을 말한다.<sup>43)</sup> 컴퓨터정보의 보호범위와 보호방법은 지적재산권의 보호문제에 해당되는데, 오늘날에는 컴퓨터정보가 일반인을 상대로 광범위하게 이용되어 거래객체가 됨에 따라 컴퓨터정보거래에 대한 입법이 문제되고 있다. 여기서 컴퓨터정보거래라 함은 컴퓨터정보의 제작, 변경, 이전 또는 이용에 관한 계약 또는 컴퓨터정보의 정보권에 대한 거래를 의미한다. 컴퓨터정보거래와 관련하여 새로운 민사적 입

43) UCITA §102(35).

법을 한 사례는 미국의 통일컴퓨터정보거래법 외에는 아직 찾아볼 수 없다. 이러한 현상은 인터넷의 상업적 이용이 1992년부터 시작된 점과 디지털컨텐츠가 일반인을 상대로 판매 또는 이용된 것이 최근이어서 지적재산권법에서 아직 미분화 상태에 머물러있는 것이 각국의 입법 현황이고, 또한 디지털컨텐츠의 라이선스계약은 아직까지 전형적인 민사계약으로 인식하지 못한 점에서 그 이유를 찾을 수 있다.

위와 같이 컴퓨터정보의 거래객체화에 따라서 현행 민법전의 물건을 전제로 한 소유권이전계약이나 이용계약으로 규율하기에 부적합하고 또한 지적재산권법의 라이선스계약으로도 이를 커버하기에는 역부족에 해당된다. 무엇보다도 컴퓨터정보거래계약이 일반인을 상대로 한 민사의 전형계약으로 지위를 차지하고 있다는 점과 인터넷이라는 환경에서 컴퓨터 정보라는 객체를 거래대상으로 하고 있다는 점에서 새로운 입법의 필요성이 나타났다.

## 2. 미국의 통일컴퓨터정보거래법

### (1) 구성 및 적용범위

미국의 통일컴퓨터정보거래법은 총9편으로 제1편은 일반조항(general provision)을, 제2편은 방식과 조건(formation and terms)을, 제3편은 해석(construction)을, 제4편은 담보책임(warranties)을, 제5편은 이익과 권리의 양도(transfer of interests and right)를, 제6편은 이행(performance)을, 제7편은 계약의 위반(breach of contract)을, 제8편은 구제(remedies)를 그리고 제9편은 잡칙을 두고 있다. 이 법은 정보가 아니라 거래계약을 대상으로 하고 전통적인 비디지털 정보산업에는 적용되지 아니한다. 즉 이 법은 컴퓨터정보와 컴퓨터정보거래에만 적용된다. 따라서 다음과 같은 계약은 배제된다.

- ①상품의 매매계약 또는 임대차계약
- ②대인적인 서비스계약(contracts for personal services)
- ③정보교환계약

- ④컴퓨터정보와 관계없는 계약
- ⑤고용계약
- ⑥컴퓨터정보가 중요하지 아니한 계약
- ⑦컴퓨터·TV·VCR 또는 기타 유사 상품에 관한 계약
- ⑧금융서비스계약
- ⑨보험서비스계약
- ⑩도서·잡지 또는 신문의 인쇄에 관한 계약
- ⑪음반과 음악저작물을 위한 계약
- ⑫통신서비스와 상품의 규제와 관련된 계약
- ⑬동영상·방송 또는 케이블프로그램에 관한 계약

## (2) 입법의 어려움

미국의 통일컴퓨터정보거래법은 정보상품과 서비스의 거래를 위한 표준적인 모델법으로 구상되었는데, 정보거래의 통일된 모델법을 만드는 데에는 많은 어려움이 있었다. 즉 첫째 정보거래에 참여하는 많은 산업의 다양한 욕구를 맞추는 데에 어려움이 있었다. 즉 통일컴퓨터정보거래법은 소프트웨어와 영업비밀의 라이선스계약, 저작자와 출판자사이의 계약 및 데이터베이스의 접근계약 등과 같은 다양한 산업에 영향을 미친다. 이들 거래유형에 있어서 당사자들은 역사적으로 상이한 라이선스계약에 의존하고 있다. 예컨대, 영업비밀의 이용허락자는 주로 이용자의 정보누설을 엄격하게 통제하는 것에 관심을 두고 있는 반면에, 저작자는 저작물의 신용과 2차적 시장분할로 저작물을 다시 이용허락하는 데에 관심을 두고 있다. 둘째 통일컴퓨터정보거래법의 기초자들은 시장에 대하여 많은 전제를 하고 정보시대의 거래에 관한 위험한 예전에 의존하고 있다. 즉 통일컴퓨터정보거래법은 성숙한 시장에서 발생하는 거래뿐만 아니라 아직 미성숙하거나 개발되고 있는 전자거래에도 적용된다. 예컨대, 통일컴퓨터정보거래법은 가상공간에서 정보의 이용허락자와 이용자를 대신할 전자대리인(electronic agent)과 전자메시지(electronic message)에 의한 계약이 유효하다는 것을 전제하고 있다. 셋째 통일컴퓨터정보거래법은 지적재산권법을 포함하여 정보거래의 많은 면을 규제하는 복합적인

법이다. 특히 통일컴퓨터정보거래법은 계약법상의 문제로 '쉬링크랩 라이선스계약(Schrink-Wrap License Agreements)'을 유효하다고 보았다.

### (3) 주요내용

미국의 통일컴퓨터정보거래법은 라이선스계약의 유형과 그 내용을 중심으로 다루고 있는데, 이 법에서 라이선스라 함은 양수인이 허락된 복제물에 권한이 있는지의 여부와 관계없이 정보나 정보권에 대한 모든 권한을 양도하지 아니하고 제한적인 접근·이용·배포·이행·변경 또는 재생산할 권리를 부여하는 계약을 의미한다.<sup>44)</sup>

#### 1) 유형

통일컴퓨터정보거래법은 컴퓨터정보거래에 관한 입법이고, 컴퓨터정보 보호에 관한 입법이 아니다. 이 법에서는 정보거래에 대하여 다음과 같은 다양한 계약을 포함하고, 이 법은 지적재산권법이나 각종의 소비자보호에 관한 법령 등에 영향을 미치지 아니한다.

- ① 컴퓨터정보의 창작 또는 개발에 관한 계약
- ② 컴퓨터프로그램의 배포계약 또는 이용계약
- ③ 컴퓨터정보의 접근계약 또는 이용계약, 컴퓨터시스템의 접근계약
- ④ 디지털 멀티미디어 저작물의 창작계약 또는 배포계약
- ⑤ 데이터의 처리계약

#### 2) 라이선스의 주요 내용

##### 가) 라이선스의 양도성

통일컴퓨터정보거래법은 제503조 (1)에서 라이선스계약의 양도에 대하여 타법에서 금지하고 있지 아니한 경우 또는 타방당사자의 이익에 불이익한 영향을 미치지 아니하는 특약이 없는 경우에 양도를 허용하고 있다. 즉 연방지적재산권법의 정책에 기초한 비배타적 저작권이나 비배타적 특허권 라이선스의 양도는 이용허락자의 동의를 요건으로 하고, 또한

---

44) UCITA §102(41)



라이선스권 자체를 이전하는 경우에도 타방당사자의 동의를 요건으로 하고 있다. 후자의 법리는 커먼로 및 통일상법전 제2편에 부합한다.

나) 담보책임

통일컴퓨터정보거래법 제401조 (a)에서는 담보책임과 관련하여 상인과 비상인을 구별하여 다루고 있다. 이 조항은 비침해성, 배타성 및 불간섭성에 관한 보증을 다루고 있는데, 컴퓨터정보가 통상적인 거래대상이고 이용허락자가 영업의 통상적인 과정에서 제공된 경우에만 상인이 담보책임을 부담한다.

통일컴퓨터정보거래법 제403조에서는 컴퓨터프로그램과 관련하여 상인은 컴퓨터프로그램의 통상적인 목적에 맞게 사용한 컴퓨터프로그램의 최종이용자의 경우, 계약의 요건에 적합하게 포장 또는 라벨된 프로그램 및 계약에서 허락된 변경의 범위내에서 생산된 복제물, 그리고 포장위의 표시에 적합한 프로그램 배포자의 경우에 담보책임을 인정하고 있다.

다) 라이선스의 존속기간

통일컴퓨터정보거래법 제308조는 라이선스의 존속기간에 대하여 계약에서 정하지 아니한 경우 라이선스의 대상물과 거래상황을 고려하여 합리적인 시기까지 존속하고, 다만 일방당사자가 타방당사자에게 적절한 기간을 정하여 통지한 경우에는 창래의 이행을 종료시킬 수 있도록 규정하고 있다.



## 제 3 장 지적재산과 법적 문제

인터넷의 등장으로 가장 급격한 변화를 경험한 것이 저작권법이다. 디지털 기술과 인터넷의 폭발적인 발전은 저작권자에게 빠르고 값싼 방법으로 인터넷 이용자에게 저작물을 배포할 수 있게 한 반면에, 저작물의 무단복제 및 배포에 대한 적합한 장소를 제공하였다. 인터넷상에서 저작권 침해는 저작물의 복제, 배포 및 전시에 관련하여 발생하는데, 이들 권리의 침해와 관련한 문제·저작물의 배타적 권리에 대한 예외를 인터넷 환경에 맞게 조절하는 문제 및 저작물의 관리정보에 대한 문제가 주로 입법의 대상으로 다루어졌다. 한편, 인터넷 통신으로 급격한 변화를 경험하고 있는 것은 저작권에 한정되지 아니하고 특허·상표 또는 데이터베이스의 경우도 보호범위나 침해행위에 관해서 새로운 문제가 야기되고 있다.

### 제 1 절 저작권

저작권법의 기본적인 목적은 저작자의 노동에 대해 보상하려는 것이 아니라 과학과 실용예술의 발달을 촉진시키려는 것이다. 이러한 목적에서 저작권은 저작자에게 독창적인 표현에 대한 권리를 보장하는 대신 타인이 저작물에 담긴 아이디어와 정보를 자유롭게 이용할 수 있도록 하고 있다.<sup>45)</sup> 한편, 우리 나라에서는 컴퓨터프로그램을 저작권법이 아닌 컴퓨터프로그램보호법이라는 별개의 입법으로 보호하고 있는데, 여기에서는 특별히 컴퓨터프로그램만을 분리시켜서 다루지 아니하고 저작권법을 중심으로 다루고자 한다.

한국법제연구원이 개최한 워크샵에서는 광운대학교의 안효철 교수가 저작권에 관련하여 송신권과 방송의 개념에 대한 상세한 설명을 하였고 저작물의 다운로드 및 저작물의 인터넷상 배포와 복제에 대해서도 상세히 그 내용을 밝혔다. 또한 최근에 가장 문제가 되고 있는 정보공유기술

45) Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499U.S.346

(Napster와 Gnutella)과 인터넷 방송에 대하여도 상세히 문제된 쟁점과 그 대안을 제시하고 있다. 따라서 이 보고서에서는 안효질 교수가 다루지 아니한 사항에서 인터넷상 저작물에 관련하여 각국이 행한 입법 조치와 저작권의 침해행위 및 그 책임에 대하여 간략히 살펴보는 것으로 저작권법의 분석을 보완하고자 한다.

## 1. 각국의 저작권법

### (1) WIPO

1996년 12월에 WIPO는 베른협약을 개정하여 음반실연자와 제작자의 새로운 보호를 위하여 WIPO의 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty)과 WIPO의 실연 및 음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty)이라는 2개의 조약을 채택했다. 이들 조약은 상업적인 인터넷 통신으로 새로운 사회·경제·문화 및 기술의 발전으로 인하여 야기된 문제를 해결하기 위해서 새로운 국제적 규범을 도입하고 기존의 일부 규범에 대한 해석을 명확히 하는 것을 내용으로 하고 있다. 즉 WIPO의 저작권 조약은 디지털 환경에서 효율적인 권리행사에 필요한 기술적인 보호·저작권 관리에 대한 정보 및 공중송신권(the right of communication to the public)에 관련된 규정을 포함하고 있다. 여기서 공중송신권이란 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 송신하는 배타적 권리를 말한다(§ 8 WIPO Copyright Treaty). 이는 기존의 베른협약의 공중전달권의 개념을 확대하여 저작물이 통신망을 통해 송신되는 상황에서 디지털 시대의 이용에 대처하기 위한 것이다. 또한 통상적인 저작물의 이용과 저작자의 합법적인 이익을 부당히 침해하지 아니하는 경우(예컨대, 공정한 이용) 회원국은 예외를 들 수 있다는 규정을 포함하고 있다. WIPO의 조약은 디지털 네트워크 환경에서 회원국에게 새로운 예외와 제한을 위하여 고안된 것이지만, 베른협약에서 허용된 제한과 예외에 대한 적용범위를 축소하거나 넓힐 수는 없다.<sup>46)</sup>

46) United States, "A Framework For Global Electronic Commerce" (<http://www.whitehouse.gov/textonly/WH/New/Commerce/read.html>).

WIPO의 조약은 인터넷서비스제공자의 책임문제를 다루지 않았고, 국내 법에 의하여 결정할 수 있도록 남겨 두었다.

#### (2) 미 국

미국은 1998년에 디지털저작권법(Digital Millennium Copyright Act)을 마련하였는데, 이 법은 WIPO의 저작권 조약과 실연 및 음반 조약을 구체화 한 것이다. 즉 1998년 디지털저작권법은 복제, 배포 및 전시권의 개념을 인터넷상 저작물의 이용에도 적용되는 것을 전제로 하고서 저작물의 기술적 보호수단을 회피에 대한 책임, 기술적 보호장치를 무력화하는 장치의 제작 또는 배포에 대한 책임, 저작권의 관리정보, 인터넷서비스제공자의 책임, 컴퓨터의 실행중 일시적 복제 등에 관한 조항을 마련하였다.

#### (3) 독 일

독일은 인터넷과 관련하여 1997년 정보통신서비스법이라는 법률을 제정하여 저작권법을 개정하고 저작권법에서 데이터베이스를 보호하는 조항을 신설하였다. 또한 이 법에는 통신서비스이용에관한법률(Gesetz über die Nutzung von Telediensten(Teledienstegesetz - TDG)을 포함하고 있는데, 이 법에서 인터넷서비스제공자의 책임을 규정하였다.

#### (4) 일 본

일본은 저작권법을 개정했는데, WIPO의 조약에 따라서 공중송신권이라는 새로운 권리를 도입하여 인터넷상 저작물의 배포하는 행위를 규제하고 있다.

#### (5) 한 국

우리 나라도 2000년에 인터넷과 관련하여 저작권법을 개정하였는데, 디지털기술의 발달로 인하여 저작권의 침해가 날로 증가함에 따라 저작자의 권리보호를 강화하고 저작물의 이용관계를 개선하는 한편, 저작권의

불법침해로부터 저작자를 보호하기 위하여 저작권침해에 대한 벌칙을 강화하여 저작권 보호의 실효성을 높임으로써 급변하는 국내외의 저작권환경변화에 대처하려는 의도로 개정하였다. 구체적으로 이 개정에서는 첫째, 컴퓨터통신 등이 급속히 발전됨에 따라 컴퓨터통신 등에 의하여 저작물을 전송하는 경우에도 저작자의 이용허락을 받도록 하기 위하여 저작자의 저작재산권에 전송권을 추가함으로써 컴퓨터통신 등에 의한 전송으로부터 저작자의 권리를 보호하고자 했다(저작권법 제2조 제9조의2 및 제18조의2 신설). 둘째, 전자도서관 구축사업을 지원하기 위하여 도서관이 도서 등의 저작물을 컴퓨터 등으로 복제하여 당해 도서관 및 다른 도서관의 이용자가 열람할 수 있도록 전송하는 경우에는 저작자의 이용허락을 받지 아니할 수 있도록 하였다(저작권법 제28조 제2항의 신설).

한편, 우리 나라에서는 최근 정보기술의 발달로 인하여 프로그램저작권의 침해가 다양하고 광범위하게 이루어짐에 따라 프로그램저작권자의 권리를 강화하고, 프로그램저작권보호제도를 국제적 수준으로 높임으로 프로그램산업의 기반을 조성하려는 의도로 컴퓨터프로그램보호법은 1998년과 2000년 및 2001년에 개정되었다. 이들 개정에서 첫째, 컴퓨터프로그램저작권에 새로운 전송권을 신설하고, 컴퓨터프로그램 및 컴퓨터프로그램저작권자 등에 관한 정보인 저작권관리정보에 대한 보호규정을 신설하였다(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호·제10호, 제8조 제1항 및 제26조 제3호). 둘째, 프로그램저작권자의 권리보호를 강화하기 위하여 프로그램불법복제 방지를 위한 기술적 보호장치를 제거·회피 등의 방법으로 무력화하는 행위를 금지하였다(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호 및 제30조). 셋째, 프로그램기술개발의 활성화를 위하여 연구 등의 목적으로 타인의 프로그램을 역분석할 수 있는 제도적 장치를 마련했다(컴퓨터프로그램보호법 제12조).

## 2. 저작물의 보호요건

저작물은 저작권법 제2조 제1호와 제6호에 따라서 저작물은 다음의 요건을 갖추어야 저작권으로 보호된다.<sup>47)</sup> 첫째, 문학·학술 또는 예술의

47) 미국의 저작권법에서도 「저작권의 보호는 현재 알려진 또는 장래 개발될 유형적인

범위에 속하여야 한다. 둘째, 유형적 매체에 표현되어야 한다.<sup>48)</sup> 유형적 매체는 시각·청각의 감각적 수단에 의하여 항구적인 형태로 고정될 수 있는 것이면 족하다. 셋째, 저작물은 독창성(originality)을 지녀야 한다. 즉 독창성은 타인의 저작물을 복제하지 아니한 독자적인 창조물이면 충족된다. 넷째, 창작성(creativity)이 있어야 한다. 창작성은 지극히 낮은 것으로 충분하다. 즉 저작물은 복제하지 아니하는 한 우연히 타인의 저작물과 유사성을 지니고 있고 심지어 동일하다고 하여도 창작성은 인정될 수 있다. 왜냐하면 저작권법은 저작물의 신규성(novel)이 아니라 독창성을 요구하기 때문이다. 따라서 대부분의 저작물은 약간의 창의성을 가미함으로써 아주 쉽게 도달된다.<sup>49)</sup> 이들 요건을 갖추었다고 하여도 사실이나 아이디어는 저작권법의 보호를 받을 수 없다. 즉 저작권법은 표현만을 보호할 뿐 저작물에 담겨있는 아이디어 내지 정보는 전혀 보호하지 아니하고 사실이나 원리에 대한 기술도 저작권으로 보호받지 못한다.<sup>50)</sup>

### 3. 저작물의 배타적 권리와 그 제한

저작권은 단일한 권리가 아니라 여러 배타적 권리가 복합되어 있다. 이들 권리 중 인터넷상의 저작권 침해문제는 복제권, 배포권 또는 전시권에 관련하여 주로 발생한다. 먼저, 복제권은 인터넷 통신의 성격상 거의 모든 경우 복제권에 관련되어 있다. 컴퓨터 이용자가 다른 컴퓨터에 있는 문서를 읽을 때, 그 이용자의 화면에 있는 화상은 이용자의 컴퓨터 메모리에 복제된 복제물에 의해서만(원재의 기술로서는) 가능하다.<sup>51)</sup> 다음으

---

표현매체에 직접 또는 기계·장치에 의하여 지각, 재생, 기타 통신할 수 있는 고정된 저작자의 독창적 저작물에 …… 주어진다.」(17 U.S.C. § 102(a))라는 규정에서 위와 같은 요건이 추출된다.

48) 황적인·정순희·최현호, 저작권법, 법문사, 1990, 190쪽.

49) Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499U.S.346

50) 17 U.S.C. § 102(a)(1996)

51) 다음의 경우에 하나 또는 그 이상의 복제물이 만들어짐을 명확히 하고 있다. 즉 ①디스크(disk), 디스켓(diskette), 롬(ROM) 또는 기타의 기억장치에 의하여 복제물이 만들어지고 심지어 매우 짧은 시간 램(RAM)에 의한 경우에도 해당된다. ②인쇄저작물을 디지털화에 의하여 복제물이 만들어진다. ③기타의 저작물(사진, 영화 또는 음악 저작물을 포함하여)도 디지털화에 의하여 만들어진다. ④디지털화 된 파일이 이용

로 배포권에 관련해서, 저작권법은 저작권자에게 공중에 대한 '저작물의 복제물을 배포할' 배타적 권리를 부여하고 있다. 미국의 현행법에서는 인터넷상 저작물의 복제물과 녹음물을 전송하는 것이 배포에 해당하는지는 명확하지 않다.<sup>52)</sup> 예컨대, Playboy Enterprises Inc. v. Frena 사건에서 법원은 Playboy사의 배포권은 전자게시판 운영자인 피고 Frena에 의하여 침해되었음을 인정했으나<sup>53)</sup>, Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA 사건에서 법원은 복제권 침해를 명시적으로 인정했지만 배포권에 관하여는 결론을 내리지 못했다.<sup>54)</sup> 마지막으로, 저작물의 공개적인 전시권은 인터넷과 관련하여 대단히 중요하다. 여기서 저작물의 전시라 함은 「직접적으로 또는 …… 텔레비전의 화상, 기타의 장치·제법에 의하여 복제물을 보여주는 것」을 말한다.<sup>55)</sup> 인터넷상의 '전시'의 개념은 비교적 명료하다고 볼 수 있다. 즉 인터넷 이용자가 탐색할 수 있는 경우에 적어도 탐색된 부분은 전시에 해당된다. 예컨대, Playboy Enterprises Inc. v. Frena 사건에서, 피고의 전자게시판에 복제물의 공개는 전시권 침해에 해당된다고 보았다.<sup>56)</sup>

---

자의 컴퓨터로부터 전자게시판(Bulletin Board System: BBS)에 올려지는 경우에도 복제물이 만들어진다. ⑤ 디지털화 된 파일이 전자게시판 또는 기타의 서버로부터 내려질 경우에 복제물이 만들어진다. ⑥ 어떤 컴퓨터 네트워크 이용자로부터 타인에게 파일을 전송할 때에 일반적으로 여러 개의 복제물이 만들어진다. ⑦ 현재 기술 하에서 컴퓨터의 최종이용자는 전자게시판 또는 인터넷 호스트와 같은 타인의 컴퓨터에 있는 파일에 접근하는 경우에 적어도 사용자의 컴퓨터에서 볼 수 있는 부분만큼의 복제물이 만들어진다. 즉 이용자의 컴퓨터 램 또는 버퍼(buffer)에서의 복제없이 스크린에서 볼 수 없다(Lehman, "Intellectual Property and the National Information Infrastructure", 1995. (<http://www.uspto.gov/web/office/com/doc/ipnii>)).

52) A. Lehman, *op.cit.*.

53) Playboy Enterprises Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552(M.D.Fla.1993). 복제권에 대해서는 초점을 두지 말았어야 한다. 프레나에 의하여 배포된 사진이 프레나 또는 가입자에 의하여 복제되었는지의 여부가 명확하지 않기 때문이다(Lehman, *op.cit.*).

54) Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA, 948 F. Supp. 923, (N.D.Calif. December, 18, 1996)

55) 17 U.S.C. § 101

56) 법원은 Playboy의 "전시"권에 대한 17 U.S.C § 106(5)의 침해했음을 인정하여 '전시'권을 넓혔다. 이것은 17 U.S.C. § 101 브라운관 또는 전자적인 기타 수단에 의한 이미지 전송을 포함한다. 전시권은 컴퓨터시스템에 의한 무단 전송을 막을 수 있다. 더 나아가 '전시'에는 직접적으로 또는 필름·슬라이드·텔레비전 영상·기타 장치로



한편, 우리 나라의 경우 WIPO와 일본의 저작권법에 따라서 전송권이라는 새로운 권리를 도입했다. 즉 저작권법은 제2조 제9호의2에서 전송이라 함은 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 정의하고 있고, 제18조의2에서 저작자는 그 저작물을 전송할 권리를 가진다고 선언하고 있다. 전송권은 전통적인 복제권·배포권 및 전시권과 별개의 병렬적인 것으로 입법화되었는데, 이들 전통적인 권리와 관련하여 명확히 구별되는 권리로 보기는 어렵다.

#### 4. 저작물의 침해에 대한 책임

인터넷상의 저작권을 침해하는 행위자의 유형에는 뉴스그룹이나 홈페이지에 복제물을 올리는 자(제공자; Anbieter), 전자우편을 통하여 복제물을 전달하는 자(전달자; Übermittler) 또는 복제물이 있는 뉴스그룹이나 타인의 홈페이지와 자신의 홈페이지를 연결하는 자(축진자; Abrufer)로 나누어지고 이들에 대한 책임기준도 달라진다.<sup>57)</sup> 즉 저작권법 제95조 이하에 의한 저작권자의 청구권은 저작물의 불법적인 복제물을 제조하거나 공개적으로 전시에 의한 직접적인 저작권의 침해와 관련되어 있고 손해배상청구권은 적어도 과실행위에 의한 경우에만 성립한다. 따라서 타인의 정신적 재산권의 이용 또는 동의권자의 권한부여에 관한 이용허락에 대한 증거가 요구된다.<sup>58)</sup> 특히 인터넷상에서 저작물 제공자 및 전자우편에 의한 저작물 전달자는 저작권 침해행위에 해당된다. 축진자에 대한 손해배상청구권은 제공자에 의하여 제공된 저작물에 권한없다는 것을 알았거나 또는 알 수 있었던 경우에만 책임이 있다.<sup>59)</sup> 물론 저작권법 제91조

복제물을 전시하는 경우도 포함한다. 17 U.S.C. §101의 전시권 위반은 공개적인 전시를 요구하고 있다. 법원은 피고에 의한 Playboy사진을 전자게시판 가입자에게 전시한 것을 공개적인 전시로 보았다(Playboy Enterprises Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552(M.D.Fla. 1993)).

57) Waldenberger, "Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet", ZUM 1997, S.180~181.

58) BGH GRUR 1960, 606, 608; GRUR 1959, 331, 334.

59) Waldenberger, a.a.O., S.181.

제1항에 따라 저작자는 저작물의 배타적 권리를 침해한 자에 대한 침해의 청지와 침해할 우려가 있는 자에 예방을 청구할 수 있다.

한편, 미국의 경우는 커먼로에서 소위 기여책임과 대위책임이라는 불법행위의 책임법리를 받아들이고 있는데, 지적재산권에 대한 기여침해는 특허법에서 처음으로 조문화되었고 판례는 이를 저작권에 유추 적용하고 있다.<sup>60)</sup> 미국의 판례를 살펴보면, 먼저 직접침해의 경우 직접침해자에 대하여는 모든 구제방법이 허용된다. 저작권자의 허락없이 인터넷상에서 배타적 권리에 해당하는 행위를 한 자는 침해에 대한 고의 또는 과실에 관계없이 엄격책임을 진다.<sup>61)62)</sup> 다만 인터넷상에서 타인이 침해물을 올린 뉴스그룹이나 홈페이지에 자신의 홈페이지와 연결하는 경우는 기여책임에 의하여 해결되고 전자우편으로 침해물을 전송한 경우에는 직접적인 침해자에 해당된다. 다음으로 기여책임(contributory infringement)의 경우 특허법의 원리를 연방대법원이 저작권에 차용함으로써 받아들여졌다.<sup>63)</sup> 기여침해는 어떤 사람이 타인의 침해행위를 알고서 침해행위를 유발하거나 원인을 제공하거나 또는 실질적으로 기여하므로 성립한다. 기여침해자는 직접적인 침해와 관련된 서비스나 장비의 제공에 근거한 책임에 해당된다. 저작권 침해에 대한 책임은 장치, 기구의 사용 또는 상품의 공급과 관련하여 발생할 수 있고 서비스의 공급에 의해서도 성립할

60) 35 U.S.C. §271(c)

61) 17 U.S.C. §504(c)

62) Playboy Enterprises Inc. v. Frena 사건에서, 피고 George Frena는 Techs Warehous 전자게시판의 운영자이고 Playboy사의 저작물인 사진을 무단 복제하여 배포하였다. 170장의 Playboy 사진은 인터넷상에서 전자게시판의 이용자에 의하여 사용되었다. Frena는 Playboy의 사진 중 어떠한 것도 전자게시판에 올리지 않았고 Playboy사의 모든 사진은 가입자들에 의하여 올려졌다고 주장했다. Frena는 저작권 침해의 소송이 제기된 이후 즉시 모든 Playboy 사진을 삭제했고, 전자게시판에 Playboy 사진이 올려지는 것을 막기 위하여 통제를 하였다. 그러나 법원은 Frena에 의한 직접적인 저작권 침해를 인정했고 Frena가 저작권 침해를 인식하지 못한 것은 문제가 되지 아니한다. 즉 고의 또는 인식은 직접적인 침해의 요소가 아닌 엄격책임이다(Playboy Enterprises Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552(M.D.Fla. 1993)).

63) 저작권법은 다른 사람이 저지른 침해에 대하여 누구에게 책임이 있는지를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 특허법은 「적극적으로 특허의 침해를 유발한」 자를 모두 침해자로 명시적으로 규정하고(35U.S.C. §271(b)), 나아가 기여침해자로 규정된 특정한 사람들에게 책임을 부과하고 있다(35U.S.C. §271(b)).

수 있다.<sup>64)</sup> 복제장비의 판매는 다른 상업적 상품의 판매와 마찬가지로 그 상품이 합법적이고 승인될 수 있는 목적으로 널리 이용된다면 기여침해에 해당되지 아니한다. 단지 비침해적 용도로 사용될 수 있으면 족하다.<sup>65)</sup> 인터넷서비스제공자 또는 전자게시판 운영자는 침해저작물의 선정에 관여한 경우에는 기여과실책임<sup>66)</sup>을 인정할 수 있을 것이다.<sup>67)</sup> 일반적으로는 명예훼손과 같이 저작권 침해사실을 알았거나 알 수 있었음에도 자료를 올린 경우에 한하여 기여과실책임을 묻고 있다.<sup>68)</sup> 마지막으로, 대위책임의 경우는 만일 누군가 다른 사람의 침해행위를 감독할 수 있는 '권리와 능력'을 가지고 있고, 이 권리와 능력이 저작물의 이용에 있어서 경제적 이해관계와 명백히 그리고 직접적으로 연결되어 있다면(심지어 침해가 일어나고 있는지를 실제로 모르는 경우에도), 그 '감독자'는 침해에 대하여 대위책임(vicarious liability)을 지운다. 대위책임은 직접적인 침해자와의 관계에 근거하여 결정된다(침해행위와 관계가 있을 필요는 없다). 대위책임과 관련하여 가장 잘 알려진 판례는 '댄스 홀' 사건이다. 이 사건에서 법원은 댄스 홀의 소유자는 고용한 밴드가 음악저작

64) Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods. Inc., 902 F. 2d 829, 845~47(11th Cir. 1990)

65) Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. 사건에서 5 : 4의 판결로 비디오 카세트 녹화기 생산자는 저작물의 허락받지 않은 복제에 이용되는 장비를 제공한 기여침해자가 아니다. 실질적으로 비침해적 용도로 이용될 수 있는 상업적으로 중요한 상품의 생산자가 기여침해자로서 책임을 지는 안된다(Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417).

66) 기여과실이라 함은 자신을 보호하기 위하여 따라야만 하는 기준이하에 해당하는 행위이거나 또는 원고의 피해에 관하여 가져온 피고의 과실에 법적으로 공동의 원인을 기여한 것이다(Restatement of Torts (second) §463).

67) Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA 사건에서, 직접적인 침해와 관련하여, 법원은 Sega사가 Sherman이 스스로 직접 파일을 올리거나 내리기를 한 것에 대한 입증을 하지 못했으며, 올리거나 또는 내리기로 발생한 손해를 증명하지도 못했다. 그러므로 Sherman은 직접적인 저작권 침해에 대해 책임이 없다. 그러나 법원은 이용자들이 Sega game을 복제한 것과 제공되는 사이트들 통하여 침해행위를 알 수 있는 능력이 있으므로 기여책임을 인정하는 데에 충분하고, 또한 Sherman이 알았거나 또는 알 수 있었기 때문에 기여과실에 대한 책임이 있다. 더 나아가 Sherman은 권한 없이 게임을 올리는 사용자들 실질적으로 자극한 것을 인정했다(Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA, 948 F. Supp. 923, (N.D. Calif. December, 18, 1996)).

68) Cubby, Inc. v. CompuServe Inc., 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y. 1991).

물의 이용허락을 받지 아니하고 상연한 경우에, 그 침해에 대하여 전혀 몰랐고 심지어 이용허락을 받지 아니한 저작물을 실연하지 말도록 밴드에게 경고했다고 하여도 대위책임은 성립한다고 보았다.<sup>69)</sup>

## 제 2 절 데이터베이스

### 1. 데이터베이스와 관련문제

한국법제연구원이 개최한 워크샵, 심포지움 및 삼층보고서에서 데이터베이스와 관련 주제를 직접적으로 토론하지는 않았지만, 그 보호의 필요성은 수차례 걸친 워크샵의 과정에서 논의되고 시급한 입법이 요망되는 것을 확인할 수 있었다. 따라서 이 보고서에서는 이들에게 다루지는 못했지만, 인터넷상에서 데이터베이스가 차지하는 중요성을 고려하여 그 보호의 필요성과 각국의 입법 동향 및 데이터베이스의 보호방법에 대하여 상세히 살펴보고자 한다.

#### (1) 개념

데이터베이스란 용어는 전화번호부에서 World Wide Web까지 포함하는 다의적인 개념으로 사용되고 있는데, 현행 저작권법 제6조 제1항에서의 데이터베이스란 다수의 정보를 체계적으로 구성하여 컴퓨터를 이용하여 검색할 수 있는 정보의 집합물로 정의하고 있다. 1999년 12월 제 15대 국회 과학기술정보위원회 소속 국회의원 18인이 발의한 「데이터베이스의 보호 및 이용에 관한 법률(안)」에서는 데이터베이스란 문자, 수치, 기호, 도형, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 저작물, 정보 기타 자료를 체계적 또는 조직적인 방법으로 정리, 구성하여 정보통신기기에 의하여 검색하거나 이용할 수 있도록 제작한 것을 말한다고 정의하고 있다.<sup>70)</sup>

69) Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co., 316 F. 2d 304, 307(2d Cir. 1963).

70) EU지침 제1조 제2호에서 데이터베이스란 체계적이거나 조직적 방법으로 배열되어 전자 또는 기타 수단에 의하여 개별적으로 접근이 가능한 독립적인 저작물, 자료 또는 기타 소재의 집합물을 말한다고 정의하고 있다.

저작권법은 사실이나 아이디어를 보호하지 아니한다. 그 이유는 첫째 사실이나 아이디어 자체가 저작권법에서 추구하는 목적인 문화창달에 기여할 수 없고, 둘째 사실이나 아이디어는 일반에 널리 공포되어 누구나 이용할 수 있어야 하고 수집하는 데에 맘을 흘렸다는 이유로 선점을 넘어서 사실이나 아이디어 자체에 배타적 권리를 허용한다면, 후에 사실이나 아이디어를 수집하는 자는 새로운 사실이나 아이디어를 수집하여야 한다는 바람직하지 못한 결과에 이른다는 것이다.<sup>71)</sup> 이러한 법리는 오늘날 데이터베이스의 제작과정에는 많은 비용과 노력이 투자되고 있고 또한 대량의 데이터 축적·이용의 편의성·정보의 신속성 등 효용성이 강조되는 데이터베이스의 특성에 비추어 일정한 제한의 필요성이 제기되고 있다. 즉 데이터베이스의 경제적 가치에 비추어 창작성을 요구하는 것은 데이터베이스 산업의 보호·육성과 거리가 멀고,<sup>72)</sup> 현행 저작권법의 편질물로 데이터베이스를 보호하는 것은 데이터베이스 산업의 형성을 근본적으로 차단하게 되어 투자비용의 회수를 곤란하게 하고 개발의욕을 저하시킨다.<sup>73)</sup> 따라서 각국에서는 실질적인 투자가 이루어진 데이터베이스의 보호가 중대한 현안이 되고 있고, 제작자의 인센티브를 어느 정도까지 보호할 것인가가 중요한 쟁점이 되고 있다.

## (2) 각국의 입법

### 1) EU

EU는 데이터베이스보호에관한지침<sup>74)</sup>을 1996년에 채택했는데, 이 지침에서 데이터베이스보호는 2개의 전략, 즉 첫째는 회원국 내에서 데이

71) Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 346 (1991).

72) 신각철, 데이터베이스의 법적보호방안, 디지털콘텐츠산업발전을 위한 지적재산권 환경정비 방안(한국데이터베이스진흥센터의 세미나자료집), 2000.04. 11쪽 참조.

73) 창작성이 결여된 법령·판례 및 각종의 통계 자료 등을 데이터베이스화하는 경우 단순한 사실의 디지털화에 불과하므로 저작권법의 보호를 받을 수 없고, 50년이 경과된 각종의 저작물도 데이터베이스화하여도 보호를 받을 수 없다. 현재 우리 나라에서 제공되고 있는 데이터베이스는 저작권법의 보호를 받을 수 없는 누구나 이용할 수 있는 단순한 사실의 집합물에 해당하는 것이 대부분이다.

74) European Data Directive 96/9 EC of the European Parliament and of the Council of March 11, 1996

터베이스와 관련된 저작권법의 조화를 이끌어내는 것이고 둘째는 유럽 내에서 데이터보호에 관한 독자적 보호를 제공하는 것이다. EU 지침에서는 데이터베이스가 컴퓨터로 처리되는 것인가 아닌가를 묻지 아니하고 또한 데이터베이스에 창작성이 있는가 없는가를 묻지 아니하고 양적·질적으로 실질적인 투자를 한 데이터베이스를 작성한 후 15년간 데이터베이스 내용의 전부나 실질적 부분을 추출 또는 재이용하는 행위를 금지하는 권리라는 '독자의 권리(sui generis right)'를 부여하는 법정비를 추구하고 있다. 또한 EU의 지침은 EU외의 제3국에 대하여서도 EU와 동일한 보호가 주어지지 아니하는 경우 제3국에서 작성된 데이터베이스를 보호하지 아니한다는 상호주의의 원칙을 도입하고 있다.

## 2) 미 국

미국에서 데이터베이스는 저작권법의 제한적 보호와 '부당한 이용'이라는 불법행위를 통하여 보호되고 있다.<sup>75)</sup> 즉 미국의 연방저작권법에서는 「저작권의 보호는 현재 알려진 또는 장래 개발될 유형적인 표현매체에 직접 또는 기계장치에 의하여 지각, 재생 기타 통신할 수 있는 고정된 저작자의 독창적 저작물에 주어진다.<sup>76)</sup>」라고 규정하여 '독창적 저작물'에 한정하여 보호하고 있다. 또한 동법에서는 「저작권의 보호는 독창적인 저작물에 대한 기술, 설명, 예시 또는 표현하는 방식에 관계없이 사교, 절차, 제법, 시스템, 작동방법, 개념, 원리 또는 발견에 대하여는 미치지 아니한다.<sup>77)</sup>」라고 하여, '사교'와 '사실'에 대하여 저작권법에 의한 보호를 명시적으로 부인하고 있다. 미연방대법원의 판례도 Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 사건<sup>78)</sup>에서 「사실은 저작권의 대

75) 최근에는 '데이터베이스의 투자 및 지적재산권도용방지에 관한법(Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996)'이 제안되었다.

76) 17 U.S.C. 102(a)

77) 17 U.S.C. 102(b)

78) Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 사건의 사실관계는 피고인 Rural사는 Kansas주에서 여러 지역에 전화서비스를 제공하고 있고, 주법에 따라서 white page와 yellow page로 구성되어 있는 전형적인 전화번호부를 발행했다. 이 전화번호부의 설명과 주소에 관한 데이터는 가입자가 전화서비스를 받기 위해 제공한 것이다. Feist Publications, Inc.,사는 Rural사의 전화번호부보다

상이 아니고, 사실의 편집물은 원칙적으로 저작물이 아니다. 편집물이 저작권의 대상이 되기 위해서는 창작성을 지녀야 하고, 편집물은 독창적인 선택(selection)·구성(coordination) 또는 배열(arrangement)의 특징이 있는 한도에서만 저작권으로 보호되며, 그 편집물에 담겨있는 사실에는 미치지 아니한다고 보았다. 그렇지만 Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co. 사건을 통하여 창작성의 기준은 낮추어졌고, 대부분의 저작물은 약간의 창의성을 더하는 것으로 보호된다.<sup>79)</sup> 따라서 데이터베이스는 저작권법에 의하여 보호될 가능성은 더 높아졌다.

### 3) 독일

독일은 EU지침에 따라서 데이터베이스를 저작권법 내에서 보호하고 있는데, 비록 저작권법에 있다고 하여도 저작권과는 달리 별개의 보호방법을 도입하고 있다. 즉 저작권법 제87조a 전단에서 「데이터베이스란 전자적 수단이나 기타 방법으로 접근할 수 있는 조직적 또는 체계적으로 배열된 저작물, 데이터 기타 독립된 요소의 편집물로 본질적인 투자가 필요한 유형이나 범위에서 작성, 검색 또는 실현되는 것을 말한다」고 정의하고, 동법 제87조a 후단에서 「본질적으로 변경된 데이터베이스의 유형 또는 범위에 해당하는 내용물은 본질적 투자를 요하는 유형이나 한도에서 변경된 것에 대하여 새로운 데이터베이스로 본다」고 하고 있다. 즉 데이터베이스는 그 작성이나 배열에 상당한 투자가 이루어진 경우에 법적 보호를 받을 수 있다.

위와 같이 독일은 데이터베이스를 저작권법에서 보호하고 있지만, 저작물의 보호와는 그 법리구성을 달리하고 있다. 즉 데이터베이스의 창작성과는 관계없이 데이터베이스의 작성에 본질적인 투자가 행하여진 경우 데이터베이스의 본질적 부분의 추출이나 재이용하는 것을 금지하고 있다.

광범위한 전화번호부를 발행하는 출판사이다. Rural사는 white page에 있는 11개의 지역에 관한 전화번호에 대한 이용을 거부했고, Feist사는 Rural사의 동의없이 전화번호부로부터 필요한 명단을 추출했다. Feist사가 명단에 대한 상당한 변경에도 불구하고, 몇몇은 Rural사의 white page에 있는 명단과 동일했다. 이들 명단은 사실(facts)로 보았다(Id., 499 U.S. 346).

79) Id., 499 U.S. 346.

#### 4) 일 본

일본에서는 데이터베이스에 관하여 독자입법으로 할 것인가 저작권법에 포함시킬 것인가가 논쟁되었지만, 결국 저작권법의 개정으로 편집저작물과 별개의 조항을 마련하여 보호하는 것으로 결론이 났다.<sup>80)</sup> 즉 저작권법 제2조 제1항 제10호의3은 데이터베이스를 「논문, 수치, 지형 기타의 정보의 집합물이고 이들 정보를 전자계산기를 이용하여 검색하는 것이 가능한 체계적으로 구성한 것을 말한다.」라고 정의하고, 동법 제12조의2 제1항에서 「데이터베이스로 그 정보의 선택 또는 체계적인 구성에 의해서 창작성을 가지는 것은 저작물로서 보호된다.」라고 하고 있다.

위와 같이 일본의 저작권법은 데이터베이스를 일반편집물과 구별하여 보호하고 있는데, 그 이유는 편집저작물은 소재의 선택 또는 배열에 창작성을 가지는 저작물을 가르키지만 데이터베이스의 경우는 소재로 되는 정보의 선택·배열에 창작성을 가질 뿐만 아니라 문헌데이터베이스의 경우에는 초록이 작성되는 경우가 많고 수치정보나 화상처리 데이터베이스의 경우에는 통계적으로 처리한다든지 그래프나 일람표를 만드는 등 가공이 되며 그 밖에도 원자료의 내용을 분석하여 그 결과 추출된 주제나 중요개념을 표현하는 키워드가 부여되는 등 단순한 편집저작물과는 다른 창작성이 보여지기 때문이다.<sup>81)</sup>

#### 5) 한 국

우리 저작권법은 제6조 제1항에서 「편집물(논문·수치·도형 기타 자료의 집합물로서 이를 정보처리장치를 이용하여 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 것을 포함한다)로서 그 소재의 선택 또는 배열이 창작성이 있는 것은 독자적인 저작물로서 보호된다.」라고 하여 데이터베이스를 편집저작물에 포함시켜서 창작성이 있는 경우에 보호하고 있다.

80) 松本恒雄, "情報の保護", *ジュリスト*(No.1126), 1998.1. 195쪽.

81) 송영식·이상정·황종환, *지적소유권법(하)*, 육법사, 1998. 444쪽.



## 2. 데이터베이스의 보호방법

인터넷상에서 개인의 통신자유나 법익보호는 기술적 방법이나 법적 방법에 의하여 보호된다. 전자의 경우는 오늘날 새로운 기술이 매우 빨리 개발되고 있고, 최근에는 일반적으로 '서버 및 파일 통제', '암호화', '보조 키(complementary keys)' 그리고 '디지털 서명'이라는 기술적인 방법이 이용되고 있다. 후자의 경우는 해당 법률의 제정이나 개정을 통하여 인터넷 환경에 부합하도록 하는 작업이 행하여지고 있고, 아래에서는 법적인 보호방법을 중심으로 살펴본다.

## (1) 저작권법에 의한 경우

저작권의 기본적인 목적은 저작자의 노동에 대해 보상하려는 것이 아니라 과학과 실용예술의 발달을 촉진시키려는 것이다. 이러한 목적에서 저작권은 저작자에게 독창적인 표현에 대한 권리를 보장하는 대신 타인이 저작물에 담긴 아이디어와 정보를 자유롭게 이용할 수 있도록 하고 있다.<sup>82)</sup> 즉 저작권법은 저작자에게 공익을 위하여 저작물을 제공할 최소한의 인센티브를 제공하는 데에 있고, 이러한 정책은 사회적 비용을 최소화하는 한편 저작물의 사회적 이용을 극대화하려는 '최소보호정책'으로 표현된다. 이러한 차원에서 데이터 베이스는 저작권법의 보호를 원칙적으로 받을 수 없다.

한편, 데이터베이스는 현행 저작권법에서 편집저작물로 그 자료의 선택 또는 배열에 창작성이 있는 경우 제6조 제1항에서 편집저작물로 보호하고 있는데<sup>83)</sup>, 여기서 편집저작물(compilation)은 기존의 자료를 선택, 구성, 배열의 방법으로 얻어진 저작자의 창작적인 저작물을 가리킨다.<sup>84)</sup> 편집저작물의 창작성 요건과 관련하여 우리 판례는 「창작성이란 완전한

82) Id., 499 U.S. 346.

83) 판례는 편집물이 편집저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 또는 목적을 가지고 소재를 수집, 분류, 선택하고 배열하고 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 한다고 보고 있다(대판 1996.6.14, (96다6264)).

84) 17 U.S.C. § 101

의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.라고 보고 있다.<sup>85)</sup> 한편 독일도 편집저작물은 독자적인 기준에 의하여 선택된 또는 개인적인 관점에서 배열된 자료이고<sup>86)</sup>, 자료가 저작권으로 보호되는지에 관계없이 최소한의 창작성만 있으면 독자적인 보호를 받을 수 있는 것으로 다루고 있다.<sup>87)</sup>

## (2) 저작권법외에 의한 경우

### 1) 계약법에 의한 보호

전통적으로 사인사이에 권리나 권한의 장설은 계약이나 법률에 의하는 것이 원칙이다. 계약이 선량한 풍속에 반하지 아니하는 한 법적으로 보호되지 아니하는 이익이라고 하여도 계약의 목적으로 할 수 있고 그 계약은 유효하다. 따라서 당사자사이에 창작성 없는 데이터베이스와 관련해서 계약으로 그 이용과 제3자의 제공에 대한 조건을 정하는 계약을 체결할 수 있으며 위반시에 손해배상액도 약정할 수 있다. 이러한 계약은 일단 유효하다고 볼 수 있고, 그 보호는 계약당사자 외의 제3자에 대하여 미치지 못하는 상대적 보호에 그친다. 그렇다고 하여도 계약당사자사이에 마치 배타적 권리와 같은 효력을 가질 수 있다.

이러한 계약법의 원리는 저작권법에 의하여 보호되지 아니하는 데이터베이스와 같이 재산적 가치있는 정보에 대한 보호방법으로 실무상 사용되고 있는데, 데이터베이스 제작자와 정당한 이용자사이에 제공된 범위 내에서 이용할 것을 내용으로 하는 계약을 체결할 수 있고 그 책임의 범위와 내용도 계약으로 정할 수 있다.

85) 대판 1995.11.14, (94도2234).

86) § 4, Abs 1 UrhG

87) § 4 UrhG

## 가) shrink-wrap계약

전통적인 합의방식에서 진일보하여 상품의 포장이나 약관에 이용의무를 기재하고 포장의 개봉이나 약관의 동의(통상적으로 컴퓨터프로그램이나 정보서비스의 이용과 관련해서 마우스로 간단히 클릭하는 방식)로 이러한 의무를 지우는 계약이 유효한가가 문제된다. 이와 관련된 대표적인 사례가 ProCD, Inc. v. Zeidenberg<sup>88)</sup>이다. 이 사건의 쟁점은 첫째 컴퓨터·소프트웨어의 패키지 밖의 포장에 이용허락의 조건내용이 기재되어 있지 아니하여도 소위 'shrink-wrap license'계약이 유효하게 성립하여 이용자에게 구속력이 있는가이고, 둘째 연방저작권법이 배타적 독점권을 주지 아니한 '공유'의 범위에 대하여도 배타적 독점권을 설정하는 계약은 연방저작권법상 무효가 아닌가라는 것에 대한 것이었다. 하급심에서는 피고가 shrink-wrap license의 조건에 따를 필요가 없다고 보았다. 왜냐하면 그 조건은 상자의 외면에 쓰여있지 않았기에 매수인은 구입시 숨겨진 조건에 동의할 수 없었고 따라서 이용허락계약은 성립하지 아니한다고 보았다. 만약 이용허락계약이 성립하였다고 하여도 연방저작권법 제301조(연방법의 우선조항)에 의하여 그 유효성이 부정된다고 보았다. 그러나 항소심에서는 상자의부에 있는 이용허락계약 조건의 내용이 기재되어 있지 아니하여도 통상의 계약법에 의한 무효인 내용(예컨대, 선량한 풍속위반 등)이 아닌 한 shrink-wrap license계약은 유효하고, 연방저작권법은 shrink-wrap license계약의 유효성이나 구속력을 부정하고 있지 아니한다고 보았다.

ProCD사건은 대량 판매적인 데이터베이스의 이용을 제한하는 shrink-wrap계약의 유효성에 통일적인 기준을 마련한 것은 아니었다. 왜냐하면 ProCD사건에서는 통일상법전 제2편에서 매매계약만을 다루었고, 또한 ProCD사건이 한 주의 계약법을 적용하는 유일한 사례라는 점이였다. 따라서 이 사례만으로는 주법의 우선에 관한 통일적인 견해를 공유하지는 못했지만, Valult Corporation v. Quaid Software, Ltd., 사건<sup>89)</sup>에

88) ProCD, Inc. v. Matthew Zeidenberg and Silken Mountain Web Services, Inc., 86 F. 3d 1477(7th Cir. 1996).

서 제5순회법원이 주법의 shrink-wrap license를 적용하는 것으로 통일적인 공감대의 형성을 가능하게 하였다.

나) shrink-wrap계약의 제한

위와 같이 이용허락계약이나 shrink-wrap license계약이 유효하다고 하여도 그 계약내용이 선량한 풍속에 반하는 경우에는 효력이 없는 것으로 해석된다. EU지침에서는 데이터베이스의 이용허락계약과 관련하여 명시적인 조항을 마련하여 중대한 제한을 하고 있는데, EU지침 제 15조에서는 제6조·제7조 및 제8조에 반하는 계약을 무효라고 선언하고 있다. 즉 데이터베이스의 합법적인 이용자의 데이터베이스 접근이나 통상의 이용을 제한하는 특약, 허용된 추출이나 재이용행위를 제한하는 특약, 데이터베이스의 보호대상 및 침해행위에 역행하는 특약 그리고 합법적인 이용자의 권리와 의무를 제한하는 특약은 무효로 하고 있다.

2) 불법행위에 의한 보호

재산적 가치있는 데이터베이스에 대한 법적 보호는 저작권법이나 계약 외에도 전통적인 불법행위에 의한 보호를 고려할 수 있다. 즉 우리 민법 제750조 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.」의 불법행위적 보호를 고려할 수 있다. 현행 민법전에서는 일반적 불법행위를 도입하여 불법행위의 기본적인 요건만을 정하고 구체적인 불법행위의 유형이나 성립에 대해서는 판례에 맡겨두고 있다. 즉 민법 제750조의 불법행위는 크게 3가지, 즉 '배타적 권리의 침해행위', '보호법규의 위반행위(개인보호에 대한 법규의 침해행위)', '선량한 풍속에 반하는 고의적인 행위'로 나눌 수 있다. 배타적 권리의 침해행위와 보호법규의 위반행위는 적어도 과실이 있어야만 불법행위가 성립한다. 재산적 가치있는 데이터베이스는 배타적 권리 또는 보호법규의 보호이익에 해당하지 아니하므로 선량한 풍속에 반하는 경우에만 부정경쟁방지라는 차원에서 보호를 검토할 수 있다. 즉 데이터베이스는 그 수집이나 처리에 노력과 비용을 투자했다고 하여도 민법상의 배타적 권리는 아니다. 따라서 민법 제750조에 기초한 부정경쟁행위에 해당

---

89) 847 F. 2d 255 (5th Cir. 1988).

하는지의 여부만을 검토할 수밖에 없는데, 재산적 가치있는 데이터베이스의 경우에는 불법행위의 일종인 '부당한 이용(misappropriation)'<sup>90)</sup>에 기초하여 보호할 수 있다.

미국에서는 타인이 수집한 뉴스를 부당한 방법으로 취득하여 이용한 경우 불법행위에 의하여 보호될 수 있는지의 여부가 문제되었는데, '부당한 이용'이라는 불법행위가 일찍부터 커먼로에 의하여 개발되어 적용되었다. 이 불법행위는 초기의 사례에서 타인에 의하여 생산된 상품의 사칭(palming off)으로부터 경쟁자를 배제하는 것에서 출발하였다. 부당한 이용에 대한 법적 분석은 적어도 1차 세계대전 당시 서부전선의 전투에 관한 뉴스와 관련되어 다루어졌다.<sup>91)</sup> 초기에 부당한 이용은 '소비자의 혼동'의 경우에만 적용하는 제한적인 원리로 특징지워졌으나, 점차 소비자의 혼동가능성에 관계없이 타인의 표어나 상징에 무임 편승하는 경우에 표어나 상징의 재산적 이익에까지 미치는 것으로 넓혀왔다. 이러한 경향에 대하여 미연방항소법원은 *National Basketball Association, v. Motorola, Inc.*, 사건<sup>92)</sup>에서 다음과 같은 요건을 들어서 제한하고 있다. 즉 첫째 원고가 정보의 수집에 비용을 지출하고, 둘째 정보가 시간적으로 민감하고, 셋째 피고의 정보이용이 원고의 노력에 무임 편승하고, 넷째 피고는 원고에 의하여 제공된 상품 또는 서비스와 직접적인 경쟁관계에 있어야 하며, 다섯째 원고와 기타 자의 노력에 무임편승으로 정보의 존재 또는 질을 위협하여 생산에 대한 인센티브를 감소시킬 수 있어야 한다는 것을 들고 있다.

90) 미국의 커먼로에 있어서 타인의 성명 또는 물건 등의 배타적 권리 내지 인격적 이익을 무단하게 이용하는 경우를 말한다.

91) 1913년 *International News Service, v. Associated Press* 사건에서 「당시에 INS구독자가 뉴스를 얻기 위해서는 게시판이나 신문이 필요했고, INS는 AP사의 피용자를 매수하여 AP사의 뉴스를 자사의 게시판과 신문에 게재했다. 원고 AP는 뉴스의 수집이나 배포에 독점권을 가지고 있지도 뉴스기사의 복제를 막을 저작권도 가지고 있지 아니하지만, 원고의 경쟁자 INS가 수집하지 아니한 뉴스의 배포와 복제의 과정에 참여하는 것을 지연시키고 원고 AP의 노력과 비용으로 산출된 상품로부터 경쟁자 INS를 배제하는 한도에서 원고 AP의 부분적인 배제권이 있다.」(*International News Service, v. Associated Press*, 248U.S.215)라고 하여, 부당한 이용이라는 커먼로상의 불법행위에 의하여 재산적 가치있는 정보를 보호하였다.

92) 96-7975(2th Cir. 1997).

3) 독자적 입법에 의한 경우

가) 입법의 필요성

EU지침에서도 데이터베이스의 저작권적 보호와 관련하여 저작권의 독창성 기준 때문에 독자적 보호를 도입했는데, 과거 유럽법에서는 백과사전과 같은 데이터베이스만을 보호하고 저작물에 담겨있는 사실과 숫자를 보호하지 않았다. 따라서 전통적인 저작권법의 기본원리를 벗어나지 아니하기 위해서 데이터베이스에 대한 독자적 보호를 도입하게 된 것이다. 오늘날 데이터베이스는 대량의 데이터 축적·이용의 편의성 및 정보의 신속성 등 효율성이 중시되는 상황에 있고 우리 나라에 있어서도 저작권법만의 보호로는 미흡하다. 따라서 저작권법의 원리와는 충돌되지 아니하는 별개의 입법으로 데이터베이스를 보호할 필요가 있다.

나) 권리의 내용

EU지침은 데이터베이스의 독자적 권리부여와 관련하여 데이터베이스의 침해행위, 보호기간 및 공정한 이용에서 저작권법과는 다른 독자적인 조항을 두고 있다. EU의 지침을 중심으로 살펴보면, 다음과 같다.

침해행위와 관련하여, EU지침은 데이터베이스의 실질적인 내용물의 추출이나 재이용하는 것을 막는 권리를 두고 있다. 여기에서 독자적 권리는 실질적으로 투자한 데이터베이스에만 허용되고 실질적인 투자는 양적 또는 질적으로 평가된다. EU지침은 데이터베이스의 침해행위를 추출행위와 재이용행위로 나누고 있는데, 추출행위란 데이터베이스 내용의 전부 또는 상당한 부분을 지속적·일시적으로 검색하여 이용하거나 다른 매체어로 옮기는 행위로 정의하고, 재이용행위는 데이터베이스 소재의 전부 또는 상당한 부분을 배포·대여 기타 전송 등의 방법에 의하여 공중의 이용에 제공하는 행위로 정의하고 있다.

데이터베이스의 보호기간과 관련하여, EU지침에서는 데이터베이스를 완성한 날로부터 15년간 보호하고, 이 기간 동안 데이터베이스가 일반인에 공개되어 이용되는 경우에는 이용에 제공한 날로부터 15년간으로 하고 있다.

데이터베이스의 공정한 이용과 관련하여, EU지침은 저작권법의 '공정한 이용'과 같은 예외를 두고 있다. 즉 첫째 비전자적 데이터베이스로부터 사적이용을 위한 경우, 둘째 비상업적 목적의 범위에서 데이터 출처를 밝히고 교육이나 과학적 연구를 위해서 추출하는 경우, 셋째 공적 안전이나 행정적 또는 사법적 절차를 위한 추출이나 재이용하는 경우에 데이터베이스 제작자의 동의가 필요없다.

### 제 3 절 상표와 도메인 네임

#### 1. 상표와 관련문제

여기서는 가상공간의 상표일반과 도메인 네임의 구조 등에 관련하여 살펴보고자 하는데, 특히 가상공간의 상표보호 여부와 도메인 네임에 대한 최근 동향 및 그 보호에 새로운 입법이 필요한 것인가를 고찰하고자 한다.<sup>93)</sup>

##### (1) 가상공간의 상표

상표는 다른 지적재산권과 달리 정신적 창조물을 보호하는 것이 아니라 상품 또는 서비스의 출처에 대한 사기와 혼동을 방지하여 상품 또는 서비스에 대한 상표권자의 신용과 명성을 보호한다. 즉 상표권을 인정하는 주된 이유는 상품의 출처 또는 질의 혼동을 방지하므로 소비자를 보호하려는 공공정책에 있다. 다른 한편으로 상표는 상표소유자의 신용을 표상하는 무형적 자산(goodwill)으로 기능을 하므로 배타적 권리를 상표소유자에게 부여하고 있다.

인터넷상 상표의 사용은 각국의 상표보호에 중대한 변화를 초래하고

93) 한국법제연구원이 개최한 워크샵에서 육소영 교수가 발표한 발표문에서는 미국의 최근 동향을 상세히 소개하고 그 쟁점을 정리하였으며 또한 도메인 네임과 관련 미국의 불법사이버점거방지및소비자보호법을 상세히 소개하였는데, 주로 인터넷 도메인 네임과 상표와의 관계를 분석하는 데에 역점을 두고 있고 Typosquatting, Megatags 에 대하여 상세히 소개하였다(자세히는 육소영, 인터넷 관련 상표보호의 동향과 과제, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7).

있는데, 미국의 커먼로상 상표는 더욱 커다란 변화에 직면해 있고 독일·일본 및 우리 나라도 상표이용과 그 보호에 있어서 중대한 영향을 받고 있다. 특히 인터넷과 관련해서 문제되는 것은 인터넷 도메인 네임과 부정 경쟁행위이다. 미국은 인터넷 통신에서 상표사용을 보호하고 인터넷 통신에서의 사용만으로도 상표가 성립할 수 있다고 다루고 있다. 독일도 현실 세계의 상표권이 인터넷 통신에 미치는 것으로 보고 있고, 인터넷 통신상에서 상표로 사용되는 표식이 명성을 취득한 경우에는 상표로 보호받을 수 있다. 일본과 우리 나라는 설정등록을 요건으로 하고 있으므로 인터넷 통신상의 상표 사용만으로는 상표권이 성립하지 아니한다. 다만 저명상표로서의 명성을 얻은 경우에는 등록없이 상표로 보호받을 수 있다.

미국의 커먼로상 상표보호와 관련하여 연방상표희석법(Federal Trademark Dilution Act, Lanham Act)은 저명상표에 대한 식별가능성을 희석하는 것으로부터 보호하고 있다. '희석'은 소유자와 침해자 사이에 경쟁관계의 존부·혼동·오인 및 기만의 가능성에 관계없이 상품 또는 서비스를 표시하는 상표의 동일성 내지 식별가능성을 감소시키는 것을 말한다. 희석방지는 동일성의 감소 또는 분산에 대해 보호하기 위하여 고안되었고, 상표가 비경쟁적인 상품의 사용에 의하여 대중에게 각인되거나 또는 소비자에게 동일한 출처로부터 나온 것으로 오인하는 것으로부터 보호한다.<sup>94)</sup> 독일과 일본에서도 저명상표의 경우에는 그 상표를 희석하는 것까지 보호하고 있다.<sup>95)</sup> 우리 나라도 저명상표의 경우에 동일 또는 유사한 상표의 사용으로 혼동을 일으키는 일체의 행위가 금지된다.<sup>96)</sup>

94) Playboy Enterprises, Inc., v. George Frena사건에서 PLAYBOY와 PLAYMATE의 상표가 상표로서 보호될 정도로 충분히 구별할 수 있는가가 문제되었다. 여기서 PLAYBOY와 PLAYMATE는 기술적 상표이고, 상표로 보호된다. 법원은 상표의 혼동여부에 대하여 피고 Frena의 상품은 여성의 나체화로 구성되어 있고, 이것은 Playboy사 영업의 핵심을 차지한다. 피고 Frena의 사진이 원고에 비해 상이한 매체를 이용하고 있다고 하여도 양자의 서비스는 시각적으로 동일하다.(Playboy Enterprises, Inc., v. George Frena, 839. F. Supp. 1552)

95) §1 UWG: Rohnke, "Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz", NJW 1994, S.1251.

96) 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제1조, 제2조 1호 참조.



## (2) 가상공간 상표의 침해

인터넷 통신을 이용한 광범위한 접근과 이용에 따라 상표가 부착된 유형적 상품에서보다 인터넷상에서 전자적으로 송신된 전자적 상품이나 서비스에서 상표를 복제하거나 빼어내기가 용이한 만큼 상표권의 침해는 급증할 수 있다. 현실세계의 상표가 인터넷상에서 타인에 의하여 동일한 또는 유사한 상품이나 서비스에 사용되는 경우에 상표권의 침해에 해당된다.<sup>97)</sup> 즉 상표는 소비자의 혼동가능성을 방지하는 것을 목적으로 하고, 인터넷상에서 유명상표가 전혀 다른 상품이나 서비스에 사용하는 경우 회색에까지 보호가 넓혀진다.

## 2. 도메인 네임과 관련문제

오늘날 전자상거래가 급격히 증가하고 있고 인터넷상의 각종 서비스 내지 정보에 접근하기 위해서는 반드시 인터넷 주소를 가지고 있어야 한다. 따라서 상대방의 인터넷 주소를 알고 있거나 적어도 검색을 통하여 접근할 수 있어야 하고, 이러한 기능은 인터넷 도메인 네임에 의하여 이루어진다. 여기서 인터넷 도메인으로 타인의 상표를 등록하거나 또는 등록하여 사용하는 경우에 상표권의 침해가 되는지의 여부 또는 저명상표의 회색에 해당하는지의 여부가 문제되고, 더 나아가서 민법 제750조의 부정경쟁행위에 해당되는가가 문제된다.

97) Playboy Enterprises Inc., v. Frena사건에서, Playboy사는 등록된 상표인 'Playboy'나 'Playmate'가 부착되어 있는 사진들의 일부가 Frena가 운영하는 전자게시판에서 송신되었다. 송신된 일부 사진에서 이들 상표가 지워졌고, 전자게시판에서 'Playboy'나 'Playmate'상표가 부착된 Playboy사의 사진을 사용한 것에 대해 상표권을 침해했다. 이외에도 Frena가 사진에 있는 Playboy사의 상표를 지운 것과 Playboy사의 사진에 자사의 광고를 실은 것은 모두แพ턴법 제43조(a)를 침해한 불공정한 행위이다(Playboy Enterprises, Inc., v. George Frena, 839 F. Supp. 1552).

Sega Enterprises Ltd., v. MAPHIA사건에서, 상표의 침해와 부정경쟁에 대하여 법원은 전송된 게임들이 연방상표회칙법에 따른 불법복제품이고, 전자게시판 이용자가 복제된 게임에 Sega사의 상표를 보게 될 경우 제3자에게 혼동을 일으킬 것이라는 결론을 내리기에 충분하다고 보았다(Sega Enterprises Ltd., v. MAPHIA, 948 F. Supp. 923, (N.D. Calif. December.18,1996)).

(1) 도메인 네임의 구조와 할당

IP주소는 단순한 숫자로 구분되어 있으므로 인터넷 이용자가 기억하기 쉽게 문자열로 표현된 주소로 변환하여 사용하는데, 이를 인터넷 도메인(Internet Domain)이라고 한다(예컨대, 98.37.241.30으로 되어 있는 IP주소를 'www.ecommerce.gov'로 변환하여 사용한다). 도메인의 구조는 TLD(Top-Level-Domain), SLD(Second-Level-Domain) 및 기타의 배열로 구성되어 있고, 도메인 네임의 계층은 오른쪽에서 왼쪽으로 계산한다.<sup>98)</sup> TLD는 오직 하나의 SLD만을 가지고 있으며, 할당 전에 미리 정해져 있다. IP주소와 동일하게 TLD는 nTLD(national Top Level Domain)와 gTLD(generic Top Level Domain)로 나누어진다. nTLD는 각국마다 하나씩 할당되고, 그 해당 국가에서 등록 및 관리하고 있다.<sup>99)</sup> gTLD 중에서 .biz, .com, .info, .org, .net는 전세계적으로 할당을 하고 있다.<sup>100)</sup> 미국립과학재단은 인터넷상의 기술적인 감독체제를 개발하기 위한 General Atomics사·AT&T사 및 Network Solutions, Inc.사와 협력하여 가상적인 민간기구인 InterNIC를 만들었다. InterNIC의 기능은 이들 3개의 회사로 분할되어 있고, Network Solutions Inc.사는 IANA가 정해놓은 정책에 따라서 .biz, .com, .info, .org 및 .net의 IP주소와 도메인 네임의 등록업무를 맡고 있다.<sup>101)</sup> 다만 gTLD의 운영은 .biz도메인의 경우 NeuLevel, Inc. 사에

98) 예를 들면 다음과 같다.

WWW. ecommerce. gov  
Second-Level-Domain(2단계) First(Top)-Level-Domain(1단계)

99) nTLD는 ISO 3166 국가코드체계(예컨대 .kr, .jp, .us, .de, .fr, .uk ……)에 의거하여 각 국가들을 두 자리의 영문 약어로 표현하고 있으며, ccTLD(country code Top Level Domain)이라고도 한다.

100) gTLD는 .biz(for businesses), .com(for commercial), .info(for information), .name(for individuals), .org(nonprofit organizations), .net(for network providers), .edu(for educational), .gov(now only agencies of the U.S. government), .mil(U.S. military), .int(for organizations established by international treaties)라는 10개로 구성되어 있고, 이들 중에서 edu, gov, mil은 미국내의 기관만이 등록하여 사용하고 있으며, int은 국제기구가 등록하여 사용하고 있다.

101) .com의 도메인은 1995년 말에 200,000개를 넘었고, 1996년 말에 600,000개

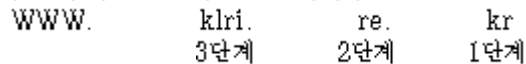
서, .com도메인의 경우 VeriSign Global Registry Services사에서, .info도메인의 경우 Afiliat Limited사에서, .name도메인의 경우 Global Name Registry사에서, .org도메인의 경우 VeriSign Global Registry Services사에서 행하여지고 있다. gTLD내의 각각 SLD의 등록은 현실 세계의 상표권 등과 관계없이 우선신청원칙(first come, first served basis)에 의하고 있으며, nTLD내의 도메인 등록도 각국은 대부분 우선 신청에 의하고 있다.<sup>102)</sup>

(2) 도메인 네임과 상표 등의 충돌

인터넷상의 도메인 네임에 관련된 분쟁은 성명권, 상호권 또는 상표권 등에 관련되어 발생한다. 타인의 성명, 상호 또는 상표를 부당히 도메인 네임으로 등록한 경우에 등록자와 상표권자 사이의 분쟁은 크게 3가지로 나누어서 살펴볼 수 있다. 첫째, 제3자가 의도적으로 타인의 상표를 도메인 네임으로 등록하여 단순히 보유하고 있는 경우이다. 미국에 있어서 단순히 상표를 등록만 한 경우에는 연방상표법의 시행 이후부터 상표회석에 해당된다.<sup>103)</sup> 독일에서는 본래 성명권자 또는 상표권자에게 매매할 의도로 도메인 네임을 보유한 경우 독일민법 제826조에 의하여 풍속위반에 의한 손해배상의 구성요건을 충족함은 명백하고, 독일민법 제12조

를 넘었으며, 1997년 7월에 1,400,000개를 넘어섰다. .com이라는 도메인은 대부분의 다른 도메인을 압도적으로 능가하여 사용되고 있으므로 Network Solutions, Inc.사로부터 .com이라는 도메인을 등록하는 데에 많은 시간이 소모되고 도메인 네임의 선택 범위도 줄어들었다(United States Department of Commerce, "Management of Internet Names and Addresses", ([http://ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6\\_5\\_98dns.htm](http://ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6_5_98dns.htm)); International Trademark Association, "INTA White Paper: Trademarks on the Internet", 1997. (<http://www.inta.org/wpwhole.htm>)). 따라서 .biz, .info, .name이라는 새롭게 도메인을 도입했다.

102) 우리 나라에서 분배되는 nTLD의 구조는 도식으로 표시하면, 다음과 같다. 여기서 상표권이나 상호 등에 관련된 것은 3단계이다.



103) 이 법은 상표의 희석화 현상을 "유명 상표권과의 경쟁관계나 오인, 혼동 가능성의 유무와는 무관하게 유명상표의 상품 식별력을 감소시키는 행위"라고 정의하고 있다 (15 USC §1127).

제2문의 성명 또는 독일상법 제37조 제2항의 상호를 도메인 네임으로 부당히 등록한 경우에 부작위청구권이 허용된다.<sup>104)</sup> 우리 나라의 경우에도 유명상표의 희석이나 성명권 또는 상호권의 침해에 해당할 수 있다. 둘째, 타인의 상표 또는 상호 등을 등록하여 동일한 또는 유사한 상품이나 서비스에 적극적으로 사용하는 경우<sup>105)</sup>이다. 미국은 상표를 적극적으로 사용한 경우에 일반적으로 상표권의 침해와 저명상표의 희석을 인정하고 있다.<sup>106)</sup> 독일에서는 상표법에 기초한 상표 보호는 사적인 영역이 아니라 상업적인 거래에서 사용되어야 한다.<sup>107)</sup> 따라서 독일에서 상표법의 적용은 웹사이트에서 오직 사적인 목적으로 상표를 도메인 네임으로 등록하는 경우에 처음부터 적용이 배제된다고 볼 수 있지만, 독일의 판

104) 피고는 인터넷상 서비스를 제공하는 회사로 인터넷 주소로 'heidelberg.de'를 등록했고, 원고인 Heidelberg시는 이에 대하여 소송을 제기했다. 법원은 독일민법 제12조 제2문의 성명권을 'heidelberg.de'라는 주소의 사용으로 침해했다고 보았다(Landgericht Mannheim zur Nutzung der Domain heidelberg.de 7-0-60/96).

105) 예컨대, *Hansbro, Inc., v. Internet Entertainment Group* 사건에서 법원은 피고 Internet Entertainment Group이 'candyland.com'라는 도메인 네임의 이용을 연방과 주의 상표희석법에 위반된다고 보았다. 원고 Hanbro사는 47년 동안 CANDY LAND라는 이름으로 어린이용 게임기를 제조했고, Internet Entertainment Group사는 'candyland.com' 도메인을 성인물을 위한 사이트로 사용하고 있는 점에 대하여 'candyland.com'이라는 도메인 네임의 사용은 Hanbro사의 상표 이점을 사용한 것으로 보았다(*Hansbro, Inc., v. Internet Entertainment Group, Ltd.*, 40U.S.P.Q.2d 1479(W.D.Wash.Fed.9, 1996)).

106) *Kaplan Educational Center, Ltd., v. Princeton Review Management Corp.* 사건에서, Princeton Review사는 학생들에게 SAT, LAST 및 GRE라는 적성점사에 관한 서비스를 제공하는 회사이다. 이 회사는 경쟁관계에 있는 Kaplan Review와 유사한 Kaplan.com도메인 네임을 등록하였다. Kaplan Review사가 Kaplan.com을 사용하는 것으로 사건은 종결되었다(*Kaplan Educational Center, Ltd., v. Princeton Review Management Corp.*, No.94Civ.1604(MGC)(S.D. N.Y. filed March 9, 1994). *MTV Networks, v. Curry, Avon Prods., Inc.* 사건에서, Curry는 MTV사의 비디오자키로 고용되었는데, Curry는 고용기간 동안에 'mtv.com'이라는 인터넷 사이트를 등록했고 외관상으로 MTV사가 동의한 것과 같은 외관을 지니고 있었다. 이 사이트는 Curry의 직업과 관련된 주제에 관한 토론에 이용되었다. Curry의 명성은 인터넷상의 mtv.com에 접속하므로 높아졌다. Curry는 MTV사를 떠난 후에도 이 사이트를 계속 사용했고, MTV사는 Curry에게 mtv.com을 양도할 것을 요구했으나 거절했다. 결국 MTV사에게 mtv.com을 양도하는 것으로 사건은 종결되었다(*MTV Networks, v. Curry, Avon Prods., Inc. v. Wong* 867 F. Supp. 202(S.D.N.Y. 1994).

107) § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 2 MarkenG

례는 상표법 제14조 제2항 제2호의 상표사용을 도메인의 보유시점부터 사용에 해당된다고 보고 있다.<sup>108)</sup> 우리 나라도 타인의 상표, 상호 또는 성명 등을 등록하여 적극적으로 사용하는 경우에 상표법 제65조, 상법 제23조 또는 민법 제750조의 침해에 해당된다. 셋째, 동일한 또는 일반적인 명칭의 상표권, 상호권 또는 성명의 정당한 이용권자가 둘 이상이 존재하는 경우에 현실세계에서는 비록 보호를 받을 수 있다고 하여도 인터넷 도메인 네임은 오직 하나만이 등록할 수 있으므로 보호받지 못하는 경우가 있다. 즉 현실세계에서는 상이한 상품이나 서비스에 사용되는 상표는 비록 동일하다고 하여도 보호되지만, 가상공간에서는 오직 하나의 도메인만이 등록할 수 있으므로 보호받지 못할 수 있다.<sup>109)</sup> 일반적인 용어의 상표도 동일한 상황에 있다.<sup>110)</sup>

### 3. 도메인 네임에 관한 미국의 입법과 그 필요성

미국에서는 연방상표회석법의 시행후에 도메인네임의 불법점거행위가 상당히 줄어들었지만, 도메인네임의 불법점거행위에 대한 소송에서 원고가 승소할 수 있다하여도 높은 소송비용과 회석에 대한 입증상의 어려움으로 인하여 도메인네임 등록자로부터 그 도메인네임을 매수하는 방법이 여전히

108) 원고의 등록상표인 deta를 인터넷 도메인으로 등록한 피고에 대하여, 실질적으로 'deta.com'이라는 홈페이지가 존재하지도 않았고 인터넷 이용자에 의하여 접근할 수 없다고 하여도 상표법의 의미에 있어서 이용에 해당된다. 이러한 도메인 네임의 보유는 사용 의사를 징표하고 있으며 상표법 제14조 제2항 제2호에 의한 부작위청구권을 가진다(Landgericht Braunschweig Urteil vom 5. August 1997\_9 O/88/97).

109) 예컨대, www.united.com이라는 도메인은 United Airlines 또는 United Van Lines 중 누가 소유할 것인가? 양 회사가 모두 가상공간에서 상업적으로 광범위하게 사용할 수 있고 동등한 사용권한을 가지고 있다.

110) 법률소프트웨어를 제공하는 Juris, Inc.사는 1980년 이래로 Juris라는 상호를 사용하고 있다. Juris는 15년동안 계속하여 상호로 사용했고, 그들의 상품을 이용하는 소비자에게 무형자산으로 가치를 지니고 있다. Juris는 인터넷상에서 이러한 이름을 사용하고자 1995년 6월에 Juris.com이라는 도메인 네임의 등록을 신청했다. 그러나 NSI에 의하여 Comp Examiner Agency사가 이미 1993년에 동일한 도메인 네임으로 등록했기 때문에 거부되었다. 결국 이 사건은 The Comp Examiner Agency사가 Juris.com이라는 도메인의 사용을 포기하는 것으로 결론났다(Juris, Inc., v. The Comp Examiner Agency, 96-0213-WMB(CTx)).

선호되고 있었다.<sup>111)</sup> 또한 연방상표회석법은 유명상표의 회석에 한정되어 있었고, 몇몇 법원은 연방상표회석법 아래에서도 상표와 동일 또는 유사한 도메인 네임을 단순히 등록만하고 있는 경우 '상표사용'에 해당되지 아니하므로 상표침해로 다루지 않았다. 그러므로 이들 문제를 해결하고, 소비자를 보호하고, 전자거래를 발전시키고, 사업상의 신용을 보호하기 위하여 독립된 입법이 요구되었다. 이에 미연방의회는 1999년에 세계에서 처음으로 사이버불법점거방지및소비자보호법(Anti-cybersquatting Consumer Protection Act)을 제정하였다. 이 법은 혼동을 야기할 수 있는 유사상표를 단순히 도메인 네임으로 등록하는 행위도 상표로부터 경제적 이익을 얻을 악의로 등록하였다면, 이 법에 위반되는 것으로 다루고 있다. 이 법을 적용하기 위해서는 4가지의 요건을 충족해야 하는데, 첫째 피고는 도메인 네임을 등록·이용하거나 거래하는 행위를 했어야만 한다. 둘째 그 도메인 네임은 유명상표와 동일 또는 유사하거나 유명상표를 회석해야 한다. 셋째 이 경우 유명상표는 피고가 도메인 네임으로 등록 당시 이미 저명성을 획득하고 있어야 한다. 넷째 피고가 도메인 네임을 등록할 당시 원고의 상표로부터 이윤을 획득하려는 악의가 있었어야만 한다. 또한 이 법은 법원에게 부당하게 상표소유자의 도메인 네임을 등록한 경우 이전할 권한을 주었고, 법정손해배상액으로 100,000달러를 정하고 있다.

## 제 4 절 특허

### 1. 특허와 관련문제

#### (1) BM특허란

종래 특허와는 무관하게 다루어진 컴퓨터관련발명이나 전자거래관련발명에 대하여 미국에서 판례가 허용하기 시작한 것을 출발로 각국에서 BM특허(business method patent)를 허용하고 있다. 우리 나라도 특허법을 개정함이 없이 '컴퓨터관련발명의 심사기준'과 '전자상거래관련발

111) 육소영, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ) -인터넷 관련 상표보호의 동향과 과제-, 한국법제연구원, 2001. 51쪽.

명의 심사지침'을 마련하여 영업방법에 대하여 특허를 수여하고 있다. 여기서 BM특허란 합은 컴퓨터 및 네트워크 등의 통신기술과 사업상의 아이디어가 결합된 영업방법의 발명에 대하여 허여된 특허를 말한다. 예컨대, 역경매시스템, 대출경매방법 등이 여기에 해당된다.

여기서는 BM특허와 관련하여 각국의 동향과 BM특허의 요건에 대하여 살펴보고자 한다.<sup>112)</sup>

## (2) 각국의 동향

### 1) 미 국

종래 미연방대법원은 특허법 제101조에 의하여 아이디어에는 특허가 인정되지 아니한다고 판시하였고,<sup>113)</sup> 따라서 수학적 알고리즘은 추상적인 아이디어에 포함되므로 특허대상에서 제외된다는 법리를 명시하지는 아니하였지만, 이러한 법리를 언급하거나 부정하지 아니하였기에 이 판결 역시 영업방법발명에는 특허성이 없다는 종래의 해석론을 그대로 따르고 있는 것으로 이해되어 왔다. 이러한 종래의 해석론에 대하여 본 판결은 수학적 알고리즘이라고 하더라도 유용한 목적에 응용되고 있는 것이라면 특허대상이 될 수 있다고 해석함으로써 특허대상에서 제외되는 범위를 종래보다 한정적으로 해석하고, 영업방법이라는 이유만으로 곧바로 특허성이 부정되는 것은 아니라고 판결했다. 한편, 1996년 State Street Bank & Trust Co.사건에서 메사추세츠 연방지방법원은 'Hub and Spoke금융서비스 구성을 위한 데이터처리시스템'을 특허의 대상이 되지 않는다고 하였지만, 1998년 항소심에서 순회항소법원은 이 판결을 번복하여 소프트웨어로 구현된 영업방법도 특허의 대상이 된다고 보았다.<sup>114)</sup>

112) 한국법제연구원이 개최한 워크샵에서 김명일 교수는 BM특허의 종류와 특징 및 문제점과 개선방안에 대하여 상세히 밝혔다(자세한 것은 김명일, 인터넷 관련 특허의 동향과 과제, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7).

113) *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 185 (1981). 이 사건에서 연방대법원은 수학적 공식은 그 자체로서 특허를 받을 수 없지만, 그것이 대체적으로 특허법이 보호하려는 기능을 수행하는 구조나 공정에 이용되거나 응용되는 경우에는 특허대상이 될 수 있다고 판시하였다.

114) *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.* 149 F. 1368 (Fed. Cir. 1998)

이 판결은 특허보호범위의 확대와 영업방법의 전통적인 예외를 부정함으로써 금융, 재무회계 등의 다양한 산업분야로 특허를 넓히는 기회를 마련하였다.<sup>115)</sup> 이 사건이후 AT&T Corp. v. Excel Communications, Inc., 사건<sup>116)</sup>에서도 동일한 기준을 적용하여 '유용하고 구체적이며 실제적인 결과'를 발생시킨다면 특허를 받을 수 있다고 보았다.

## 2) EU

유럽은 유럽특허조약(European Patent Convention) 제52조 (2) (3)에서 영업방법 또는 영업활동 그 자체에 대한 특허를 명시적으로 부정하고 있다. 이러한 태도에서 IBM/Card Reader사건<sup>117)</sup>에서 기술적 요소를 포함하고 있다고 하여도 본질적으로 영업활동을 지향하고 있고 기술적 특성이 없다면 특허대상이 아니라고 판단했다. 그렇지만 Sohei 사건<sup>118)</sup>과 Petterson사건<sup>119)</sup>에서 기술적 문제를 기술적으로 해결하였다면 영업방법의 특허성을 인정했다.

## 3) 일본

일본은 BM특허를 소프트웨어관련발명의 하나의 형태로서 파악하고 있고, 일본특허청은 비즈니스 모델이 소프트웨어관련발명의 심사기준에서 규정한 '컴퓨터의 하드웨어 자원을 사용하여 처리를 행하는 요건을 만족한다면 BM발명도 소프트웨어관련발명으로 하여 특허의 성립요건을 만족한다는 입장이다.

## 2. BM특허의 요건

현행 특허법은 제29조에서 산업상 이용할 수 있는 발명에 대해서만 특허를 허용하고 있다. 여기서 발명이란 자연법칙을 이용한 기술적 사상의

115) 김병일, 전제논문, 69~70쪽.

116) AT&T Corp. v. Excel Communications, Inc., 50USPQ2d1447(Fed. Cir. 1999).

117) T 854/90 (1993) OJ EPO 669.

118) T 769/92 (1995) OJ EPO 525.

119) T 1002/92 (1995) OJ EPO 605.



창작으로서 고도한 것을 말한다(특허법 제2조 제1호). 특허법상 특허를 받기 위해서는 아래와 같은 3가지의 요건을 갖추어야 한다.

#### (1) 신규성

특허법은 신규의 발명에 대해서만 특허를 부여한다. 여기서 신규성(novelty)이라 함은 공지공용기술이 아닌 것, 즉 발명내용의 기술적 사상이 종래의 기술적 지식, 선행기술에 비추어 알려져 있지 않은 새로운 것임을 의미한다.<sup>120)</sup> 따라서 영업발명 또는 기타의 컴퓨터관련발명의 경우도 신규성을 지니고 있어야 하고, 신규성의 판단은 선행기술과 비교하여 필수적인 기능이나 절차가 동일한 경우에는 신규성이 없다고 할 수 있다. 한편, BM발명은 컴퓨터기술이나 디지털기술 그리고 전송기술이 급속한 속도로 발전하고 있다는 점과 인터넷이 전세계적으로 광범위하게 사용되고 있다는 점을 고려하면 선행기술에 대한 자료확보가 용이하지 않을 것이므로 신규성 판단이 용이하지 아니하다.

#### (2) 진보성

특허법은 신규의 발명이라 하더라도 특허출원전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지공용·간행물기재의 기술로부터 용이하게 발명할 수 있는 것인 때에는 특허를 받을 수 없다고 하고 있다(특허법 제29조 제1항). 여기서 진보성은 선행기술에 비추어서 판단하고 그 기술에 비추어 자명한 것이거나 또는 용이하게 추론할 수 있는 것인 경우에는 특허를 받을 수 없다. BM특허의 진보성 판단과 관련하여 당해 발명과 선행기술 사이의 차이가 상업상의 유용성을 판단기준으로 삼을 수 있느냐가 문제된다. 발명의 상업적 성공은 때때로 발명의 진보성을 입증하는 보조적 증거가 될 수 있지만, 이것이 출원발명의 진보성을 의미하는 것은 아니다. 그러나 일반 발명의 진보성 판단과는 영업방법에 관한 발명에 있어서 경제적 유용성 또는 상업적 유용성을 달성하기 위한 기술적 수단이 개시되는 경우 제한된 범위 내에서 진보성을 인정하

120) 송영식·이상경·황종환, 지적소유권법(상), 육법사, 1998, 218쪽.

는 것을 고려할 수 있다.<sup>121)</sup> 개별적인 사례에서 BM특허를 허용할 것인가를 판단하는 경우 산업상 유용성이 있는지가 중요한 기준이 될 수 있다. 즉 단순한 수학법칙은 산업상 유용성이 없지만, 기술적 요소와 결합하여 실질적으로 산업에 이용할 수 있다면 특허성이 있다고 보아야 하고 미국의 State Street Bank & Trust Co.사건에서 제시한 '유용하고 구체적이고 유형적인 결과'라는 기준과도 조화를 이룬다.

### (3) 공개성

특허법은 출원서에 기재되어 있는 것만 특허출원된 발명을 실현할 수 있는 것을 요구하고 있다. 즉 특허제도는 특허권자에게 독점권을 주는 대신에 발명이 사장되는 것을 방지하여 널리 사회에서 이용될 수 있는 것을 추구하고 있다. 따라서 특허명세서중의 개시와 출원시의 기술상식에 의하여 실현할 수 없는 특허출원은 개시가 불충분한 것으로서 특허출원은 거절된다. 비록 특허를 받더라도 무효가 될 수 있다. 컴퓨터 소프트웨어의 경우는 컴퓨터 소프트웨어제품이 판매되거나 인터넷상에서 이용되어지더라도 그 알고리즘이 간단히 해석할 수 있는 것은 아니므로 기술적 내용에 관한 공개는 중요하다. 컴퓨터 소프트웨어가 구체적인 알고리즘을 포함하고 있는 경우도 그 알고리즘을 실현하는 방법이 출원시의 기술상식에 포함되지 않는 경우에는 명세서 중에 실현방법이 기재되어야만 한다.<sup>122)</sup>

---

121) 김병일, 전제논문, 74쪽.

122) 김병일, 전제논문, 74~75쪽.

## 제 4 장 총 합

인터넷 기술은 어느 누구에게도 가상공간을 통제할 수 있는 기술적인 능력을 허용하지 않았고, 어떠한 간섭도 없이 오직 인터넷 이용자의 책임 하에 자율적으로 작동할 수 있게 설계되어 있다. 인터넷 통신의 등장은 전통적인 통신매체와 비교하여 새로운 통신수단의 등장만을 의미하는 것이 아니라 새로운 개인의 활동영역을 형성한 것이고, 이 공간에서 개인은 인격권·재산권 및 행동자유를 향유하게 되었다. 이들 권리와 이익에 대한 보호에 대하여 아직 충분히 인식하지 못하고 있는 경우도 있고, 그 내용이 명확하지 아니한 경우도 있다. 따라서 한국법제연구원에서는 수차례 워크샵, 심포지움 및 심층보고서를 통하여 인터넷관련법제에 대한 문제와 그 대응방안을 모색하여 왔다. 이 보고서에서는 정보통신과 지적재산권에 관련 워크샵, 심포지움 및 심층보고서에서 발표된 내용을 중심으로 현행법제의 문제점과 개선방안을 살펴보았다. 또한 이들을 통하여 구체적으로 다루지는 못했지만, 오늘날 주된 쟁점이 되고 있는 사항을 보완하고 보충하는 차원에서 이 보고서에서는 정보통신과 지적재산권을 중심으로 주된 쟁점이 되고 있는 사항에 대한 입법내용과 그 법리구성을 살펴보았다. 아래에서는 이를 종합하고 문제된 사항의 법제개선방안을 간략히 살펴보면, 다음과 같다.

I. 인터넷은 가상공간이라는 제4의 공간을 형성시켰고 이 공간에서 개인은 자신의 인격적 이익을 향유하고 있으며 개인의 명예와 감정에 대한 새로운 법적 문제를 야기시키고 있다. 또한 인터넷은 정보서비스라는 새로운 서비스를 제공할 수 있는 환경을 형성했고 정보서비스에 대한 관련책임과 컴퓨터정보거래에 대한 법적 문제를 초래하고 있다.

1. 인터넷 이용자는 누구나 자신의 사고와 주장을 밝힐 수 있으므로 과거 어느 때보다도 개인의 명예와 감정에 대한 침해의 가능성이 증대하고 있고 각국의 명예훼손법에 영향을 미치고 있다.

가) 먼저, 명예훼손과 관련하여 우리 나라의 입법과 판례는 진실한 사실도 명예훼손이 성립하지만, 공익성에 관련하여 위법성을 조각한다라는

구시대의 유물을 그대로 유지하고 있다. 이러한 입법은 언론·출판의 자유에 중대한 제한을 가하고, 정보기술과 통신환경의 변화로 강화된 개인의 통신권에도 잠재적 제한을 하고 있다. 따라서 명예훼손에 관한 형법의 조항을 개정하여 허위사실로 한정해야 하고, 민사적으로는 민법 제750조와 제751조가 포괄적인 입법을 하고 있어서 판례의 변경으로 충분하다.

나) 다음으로, 개인의 프라이버시와 관련하여 프라이버시라는 개념의 불명확성으로 통상 4개의 영역에서 프라이버시권을 인정하고 있는데, 즉 '은둔 또는 사사에 대한 침입'·'사적인 사항에 관한 공표'·'허위 면의 공표'·'성명 또는 유사성의 부당한 이용'으로 나눌 수 있다. 인터넷과 관련하여 '은둔 또는 사사에 대한 침입'의 불법행위만은 주로 물리적인 침해에 기초를 두고 있으므로 제한되고, 나머지 3개의 프라이버시 불법행위는 가상공간에서도 적용된다. 한편, 우리 나라의 경우 형법에서 명예훼손에 대해서는 명시적인 조항을 마련하고 있는데 비하여, 사생활권에 대해서는 아무런 조항을 마련하지 않고 있어서 관련조항을 마련해야 할 필요성이 나타나고 있다.

다) 마지막으로, 인터넷은 비대면적 환경에서 이용자의 익명성이 보장되고 있어서 용이하게 상대방에게 정신적 고통을 가할 수 있는 특성을 지니고 있다. 즉 상대방에게 정신적 고통을 줄 의도로 상습적으로 글, 그림 또는 동영상 등을 전송하는 경우 개인의 감정침해라는 불법행위가 유효하다. 이 불법행위는 가상공간에서 가상적으로 이루어지는 타인의 감정침해에 대한 행위에 효과적이다. 즉 이 불법행위는 인터넷상에서 '고의 또는 무분별에 의한 감정침해'의 경우에 적합하다.

2. 인터넷상에서 제공되는 서비스는 단순한 통신은 물론 디지털저작물이나 각종의 전자정보가 포함되어 있다. 정보서비스와 관련하여 다양한 법적인 문제가 제기되는데, 여기서는 '통신비밀', '허위통신 및 음란통신' 또는 '정보서비스제공에 관련책임'에 대한 법적 문제를 다루었다.

가) 먼저, 통신비밀의 보호는 통신기술과 새로운 통신매체의 등장에 따라서 그 보호범위를 넓혀 왔다. 즉 비밀장치된 문서나 우편 등의 비밀을

알아내는 행위는 일찍부터 형사법의 대상이 되었지만, 구두통신의 경우는 도청장치의 발달로 대화비밀을 알아내는 행위가 나타나면서 그 보호가 문제되었다. 전기통신에 있어서 통신비밀의 보호는 전기통신이 등장하면서부터 통신내용을 알아내는 행위를 처벌하였다. 인터넷상의 통신비밀은 현행 통신비밀보호법에 의하여 보호되고 있다.

나) 다음으로, 통신내용이 허위이거나 음란한 경우에 법적인 문제가 된다. 허위통신의 경우 전통적인 통신수단에서는 물론 인터넷 통신에서도 동일한 법적 문제를 내포하고 있는데, 현행 형법과 민법에서는 통신내용이 허위라는 이유만으로 처벌이나 손해배상을 허용하지는 않지만, 현행 전기통신법과 전파법에서는 허위통신에 대하여 엄격한 제한을 하고 있다. 음란통신의 경우 형법은 음란물의 배포, 제조 또는 전시하는 행위에 대하여 일찍부터 형사처벌의 대상으로 다루어왔다. 이에 반하여 음란한 대화의 경우는 전혀 법적인 규제의 대상으로 다루지 않았다. 전기통신에 있어서도 음란통신에 대하여 사실상 최근에 이르러 법적 보호가 문제될 정도로 일상생활의 문제로 넘기고 법적 규제의 문제로 다루지는 않았다. 즉 '성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률'과 전기통신기본법과 같은 특별법에서 음란통신을 규율하고 있는데, 인터넷 통신에도 적용된다. 다른 외국과 비교하여 상당히 엄격한 통제가 해당되고 언론·출판의 자유와 통신의 자유에도 영향을 미치고 있다.

다) 마지막으로, 정보서비스제공과 관련하여 책임은 '부실표시', '부정확한 정보제공' 및 '정보서비스제공자의 책임'에서 주로 문제가 발생하고 있다.

부실표시와 관련하여 통상적으로 상품이나 서비스에 대한 부정확한 표시를 한 경우 3개의 측면에서 법적 문제를 검토할 수 있는데, 인터넷상에서 상품이나 서비스에 대한 부정확한 표시의 경우에도 마찬가지이다. 첫째, 의도적으로 허위의 표시를 하여 소비자나 이용자에게 경제적 손실을 입힌 경우 사기가 문제되는데, 민사책임은 물론 형사책임도 발생할 수 있다. 둘째, 타인의 상품이나 서비스에 대한 허위비방을 한 경우 소위 침해적 허위표시라는 것이 문제되는데, 민법 제750조에 따라서 손해를

배상하고 형사적으로는 형법에서 신용훼손과 명예훼손만을 처벌하고 있어서 관련조항이 없으나, '표시·광고의공정화에관한법률'에 의한 손해배상과 형사벌이 부과된다. 셋째, 넓은 의미의 부정확한 표시로 타인의 상품이나 서비스를 모방하여 그 명성이나 경제적 가치에 편승하는 행위가 문제되는데, 이 경우는 민법 제750조나 '부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률'의 부정경쟁행위에 해당하는 경우 손해배상만이 허용된다.

부정확한 정보제공과 관련하여 손해배상은 적어도 정보전달자와 정보수신자사이에 긴밀한 관계에 기초한 주의의무가 있어야 하고 불법행위의 요건을 갖추어야만 허용된다.

인터넷과 관련된 고유한 문제 중의 하나가 정보제공에 관련된 인터넷 서비스제공자의 책임이 문제되는데, 현행 관련된 법조항이 없는 관계로 미국이나 독일처럼 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다.

3. 오늘날 컴퓨터를 통하여 제공되는 전자정보는 마치 하나의 상품처럼 계약의 대상이 되고 있는데, 전통적으로 민사거래가 물건의 거래에 한정되고, 민사특별법의 거래도 상품과 용역에 한정되어 다루어오고 있는 것이 최근까지의 경향이다. 지적재산권법도 지적재산권자와 사업자사이에만 라이선스계약이 체결되었기에 최소한의 조항만을 마련하고 당사지자치에 맡겨놓았다. 그렇지만 오늘날에는 인터넷과 디지털기술의 발달로 컴퓨터정보제작자와 일반소비자가 직접 계약을 체결하는 현상이 나타났고, 이들 계약은 일상생활에 일부로 자리를 잡고서 이용되고 있다. 따라서 컴퓨터정보계약은 컴퓨터정보제작자(또는 정보제공자)와 인터넷이용자사이에 민법전의 전형계약과 비교하여 보아도 광범위하게 체결되고 있으며 이에 상응하여 컴퓨터정보거래에 대한 새로운 입법이 필요하다.

Ⅱ. 디지털 기술과 인터넷의 폭발적인 발전은 지적재산권자에게 빠르고 값싼 방법으로 인터넷 이용자에게 저작물 등을 배포할 수 있게 한 반면에, 지적재산권의 무단복제나 배포에 대한 적절한 장소도 또한 제공하였다. 인터넷과 관련하여 문제되는 것은 저작권만이 아니라 데이터베이스, 상표 및 도메인 네임, 특허권이 문제되고 있다.

1. 인터넷상에서 저작물을 허락받지 아니하고 이용하는 행위는 저작권의 침해에 해당된다. 인터넷과 관련하여 주로 문제되는 것은 복제권, 배포권, 전시권과 관련되어 있고 이들 권리를 인터넷에서 실현하는 행위도 저작권의 침해에 해당된다. 우리나라에서는 저작권법의 개정을 통하여 인터넷 통신과 관련 송신권이라는 새로운 권리를 받아들였고 컴퓨터프로그램보호법을 개정하여 저작물관리정보와 기술적보호장치에 대한 보호를 규정하였다.

2. 현행 저작권법은 데이터베이스에 대하여 창작성이 있는 것을 편집 저작물로 보호하고 있는데, 대부분의 데이터베이스가 창작성이 없는 관계로 저작권법의 보호를 받을 수 없다. 그렇지만 오늘날 데이터베이스의 경제적 가치는 대단히 중요하고 일정한 보호를 마련해야 할 필요성이 나타나고 있는데, 유럽연합에서는 실질적인 투자가 이루어진 데이터베이스에 대하여 독자적인 보호를 하고 있다. 우리 나라에서도 데이터베이스가 차지하는 경제적 중요성을 고려할 때 독자적 보호를 마련하는 입법이 필요하다고 사료된다.

3. 상품이나 서비스는 상표나 서비스표를 이용하여 타인의 상품이나 서비스와 구별하고 있는데, 인터넷에서도 마찬가지로 상품이나 서비스는 상표나 서비스표를 이용하고 있으므로 현행 상표법이나 '부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률'이 현실세계와 마찬가지로 가상공간에서도 관철되어야 함은 당연하다. 인터넷 도메인 네임과 관련하여 타인의 상표나 상호 등을 도메인 네임으로 등록하거나 등록하여 이용하는 경우에 상표법이나 '부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률'을 침해했는가가 문제되는데, 현행 상표법이나 '부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률'의 법문 내용상으로 상표의 침해나 부정경쟁행위라고 보기 어렵다. 다만 민법 제 750조의 불법행위를 구성하는가 라는 것이 문제되는데, 이 경우 적어도 타인의 상표나 상호 등을 도메인 네임으로 등록하여 이용하는 것으로 부족하고 상표권자의 상표나 상호권자의 상호를 비방할 목적으로 이용하여야 한다. 따라서 미국처럼 새로운 입법으로 타인의 상표나 상호 등을 도

메인 네임으로 등록하거나 등록하여 이용하는 행위를 규제하는 것을 고려할 수 있다.

4. 종래 특허와는 무관하게 다루어진 컴퓨터관련발명이나 전자거래관련발명에 대하여 미국에서 판례가 특허권을 허용한 것을 계기로 각국에서 BM특허가 허용되고 있다. 우리나라에서도 특허법을 개정함이 없이 특허청은 BM특허를 수여하고 있는데, 아직까지는 BM특허의 유용성에 대한 검증이 결여되어 있으므로 입법적인 검토는 성급한 것으로 여겨진다. 따라서 당분간은 판례에 맡겨두고서 각국의 입법 동향을 주목하는 것이 타당하다고 사료된다.

Ⅲ. 오늘날 인터넷상에서 개인의 활동은 더욱 증가하고 일상생활의 일부분이 되고 있음은 누구도 부인할 수 없는 사실이다. 이에 따라서 정부의 정책이나 입법이 필요한 영역도 있고 당분간은 자율적인 영역으로 남겨두어야 하는 분야도 있다. 결국 인터넷 통신은 아직까지 초보적인 단계에 있고, 기술의 변화에 따라서 어떠한 방향으로 변화할 것인지는 예측하기 어렵다. 따라서 새로운 입법이나 현행법의 개정 또는 현실세계의 법률 적용함에 있어서는 그 파급효과에 대한 영향과 실효성 및 타당성에 대한 신중한 배려가 필요하고 국제적인 움직임과도 상호 보조를 맞추는 것이 타당하다.



## 참고문헌

### 1. 한국

- 김병일, 인터넷 관련 특허의 동향과 과제, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7
- , 전자거래관련 특허법의 개선방안, 한국법제연구원, 2001.11
- 김용진, 인터넷 관련 지적재산권의 침해와 재판관할, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7
- , 지적재산권의 침해와 재판관할에 관한 연구, 한국법제연구원, 2001.12
- 류수근, 인터넷 관련 정부의 역할과 향후 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅰ), 한국법제연구원, 2001.6
- 배대현, 전자서명·인터넷법, 세창출판사, 2000
- 송영식·이상정·황중환, 지적소유권법, 육법사, 1998
- 신각철, 데이터베이스의 법적보호방안, 디지털콘텐츠산업발전을 위한 지적재산권 환경 정비 방안(한국데이터베이스진흥센터의 세미나자료집), 2000
- 이대희, 인터넷 관련 미국의 법제 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7
- 이규정, 인터넷 관련 일본의 법제 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅰ), 한국법제연구원, 2001.6
- 안효질, 인터넷 관련 저작권법의 동향과 과제, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7
- , P2P환경하에서의 지식권침해책임, 한국법제연구원, 2001.12
- 육소영, 인터넷 관련 상표보호의 동향과 과제, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7
- 정진명, "가상공간에 있어서 법형성의 문제", 사법행정, 1998, 5·6

## 참고문헌

- , 인터넷 관련 독일의 법제 동향과 전망, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅰ), 한국법제연구원, 2001.7
- 정진섭·황희철, 국제지적재산권법, 육법사, 1995
- 황적인·정순희·최현호, 저작권법, 법문사, 1990
- 현대호, 디지털시대에 있어서 데이터베이스의 법적 보호, 인터넷 법률(법무부), 제6호, 2001.5.20
- , 인터넷 관련 한국의 법제 동향과 과제, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅰ), 한국법제연구원, 2001.6
- , 디지털시대의 지적재산권과 라이선스계약, 인터넷 법제의 동향과 과제(Ⅱ), 한국법제연구원, 2001.7

## 2. 미국·영국

- Chris Reed, Computer Law, 3ed, Blackstone Press Limited, 1996
- Delta, Matsuura, Law of the Internet, Aspen Law, 1999
- David R. Johnson·David G. Post, "Law And Borders-The Rise of Law in Cyberspace", Stanford law Review, 1996. ([http://www.cli.org/X0025\\_LBFIN.html](http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html))
- Dan L. Burk, "Trademarks Along the Infobahn: A First Look at the Emerging Law of Cybermarks", 1 RICH.J.L & TECH. 1(1995) (<http://urich.edu/~jolt/vlil/burk.html>)
- John D. Zelezny, Communications Law, Wadsworth Publishing Co., 1997
- Lehman, "Intellectual Property and the National Information Infrastructure", 1995 (<http://www.uspto.gov/web/office/com/doc/ipnii>)
- Kent D. Stuckey, Internet and Law, Law Journal Seminar-Press, 2000

- Ketton, *Prosser and Keeton on Torts*, 5th, Westpublishing Co. 1984. p.814
- Prosser, "privacy", *California Law Review* Vol 48, 1960
- Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* Vol 4, 1890
- The American Law Institute, *Second Restatement of Torts*, American Law Institute Publishers, 1965-1977
- United States, "A Framework For Global Electrical Commerce", 2000  
(<http://www.whitehouse.gov/textonly/WH/New/Commerce/read.html>)

### 3. 독일

- Ernst, "Internet and Recht", *JuS* 1997, 776ff.
- Geis, "Internet und Datenschutzrecht", *NJW* 1997, 288ff.
- Hager, "Der Schutz der Ehre im Zivilrecht", *AcP* 1996
- Mayer, "Recht und Cyberspace", *NJW* 1996, 1782ff.
- MünchKomm-Schwerdtner, 3. Aufl., C.H.Beck, 1994
- Spindler, "Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien", *NJW* 1997, 3193ff.
- Waldenberger, "Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet", *ZUM* 1997, 176ff.

### 4. 일본

- 松井茂記, "名譽毀損と表現の自由", 新・現代損害賠償法講座(山田卑生執筆代表), 日本評論社, 1998

참고문헌

水谷直樹, “情報のデジタル化・ネットワークと著作権法制の對應”, ジュ  
リスト(No. 1132), 1984

前田達明, “權利侵害と違法性”, 新・現代損害賠償法 講座 2(山田卑生  
執筆代表), 日本評論社, 1998