

행 사 일 정

- 주 제 : 디지털경제시대의 법적 과제
- 장 소 : 한국법제연구원 대회의실
- 기 간 : 2001. 12. 6(목)~7(금), 9:50~17:30

◎ 2001. 12. 6(목)

09:30~09:50 등록

09:30~10:00 개회사 및 기관장 인사

10:00~13:00 제 1 분과 : 소비자보호

사 회 자 : 홍복기(연세대학교 법과대학 법학과 교수)

주제발표자 : 권오승(서울대학교 법과대학 법학부 교수)

지정토론자 : 권대우(홍익대학교 법경대학 법학과 교수)

김성천(소비자보호원 법제연구팀장)

김제완(고려대학교 법과대학 법학과 교수)

이성구(공정거래위원회 전자거래보호과장)

장경환(경희대학교 법과대학 법학과 교수)

전광백(성신여자대학교 사회과학대학

법학과 교수)

한충수(한양대학교 법과대학 법학과 교수)

김두진(한국법제연구원 수석연구원)

13:00~14:30 중식

14:30~17:30 제 2 분과 : 전자거래

사 회 자 : 정종휴 교수(전남대학교 법과대학 법학과 교수)

주제발표자 : 왕상한(서강대학교 사회과학부 법학과 교수)

지정토론자 : 노태악(대법원 재판연구관)

배대헌(계명대학교 법과대학 법학부 교수)

오병철(경상대학교 법과대학 법학과 교수)

이창한(산업자원부 전자상거래총괄과장)

정완용(경희대학교 법과대학 법학과 교수)

지원림(한양대학교 법과대학 법학과)

최병규(한경대학교 사회과학대학 법학과)

서봉석(한국법제연구원 초청연구원)

행 사 일 정

◎ 2001. 12. 7(금)

09:30~10:00 동 룝

10:00~13:00 제 3 분과 : 지적재산권

사 회 자 : 윤선희 교수(한양대학교 법과대학 법학과)

주제발표자 : 이대회(배재대학교 사회대학 법학부 교수)

지정토론자 : 김병일(인하대학교 법과대학 법학부 교수)

문삼섭(특허청 심사1국 심사기준과 서기관)

서성일(정보통신부 정보통신정책국

지식정보산업과 사무관)

안효칠(광운대학교 법과대학 국제법무학과 교수)

이상일(문화관광부 문화정책국 저작권과 사무관)

육소영(충남대학교 법과대학 법학부 교수)

현대호(한국법제연구원 수석연구원)

13:00~14:30 중 식

14:30~17:30 제 4 분과 : 전자정부

사 회 자 : 강경근(숭실대 법과대학 학장)

주제발표자 : 박군성(경희대 법과대학 법학과 교수)

지정토론자 : 경 건(서울시립대 법정대학 법학부 교수)

김민호(성균관대 법과대학 법학과 교수)

김성수(연세대 경법대학 법학과 교수)

김태웅(법제처 법제기획담당관실 서기관)

선정원(명지대학교 법정대학 행정학과 교수)

이규정(한국전산원 정보화기획단 수석연구원)

정재황(홍익대 법경대학 법학과 교수)

김재광(한국법제연구원 수석연구원)

17:30

폐 회

목 차

■ 제 1 분과 소비자보호

〈주제발표문〉 전자상거래와 소비자보호(권 오 승)	13
Ⅰ. 전자상거래의 출현과 그 현황	13
Ⅱ. 전자상거래의 개념, 유형 및 기능	14
Ⅲ. 전자상거래에 있어서 소비자보호	17
〈토론 1〉 권 대 우	31
〈토론 2〉 김 성 천	35
〈토론 3〉 김 제 완	41
〈토론 4〉 장 경 환	47
〈토론 5〉 전 광 백	49
〈토론 6〉 한 충 수	53
〈토론 7〉 김 두 진	57

■ 제 2 분과 전자거래

〈주제발표문〉 전자(상)거래와 법적 과제(왕 상 환)	63
Ⅰ. 들어가는 말	63
Ⅱ. 전자(상)거래 정의	63
Ⅲ. 전자문서, 전자서명, 인증제도	65
Ⅳ. 전자(상)거래와 개인의 권리 보호	87
Ⅴ. 재판관할과 분쟁해결	107
〈토론 1〉 노 태 악	119
〈토론 2〉 배 대 현	125
〈토론 3〉 오 병 철	129
〈토론 4〉 이 창 한	135
〈토론 5〉 정 완 용	139
〈토론 6〉 지 원 림	145
〈토론 7〉 최 병 규	151
〈토론 8〉 서 봉 석	161

목 차

■ 제 3 분과 지적재산권

〈주제발표문〉 디지털경제시대의 지적재산권법의 과제(이 대 회)	167
I. 서 론	167
II. 임시적인 복제	168
III. 캐싱과 저작권	170
IV. 계약과 저작권: 디지털정보의 거래	174
V. 저작권 관리정보	178
VI. 저작권을 보호하기 위한 기술조치	183
VII. OSP의 저작권 침해에 대한 책임	186
VIII. MP3의 문제	193
IX. 메타텍 및 배너광고	196
X. 시청각실연 및 데이터베이스	201
〈토론 1〉 김 병 일	207
〈토론 2〉 문 삼 섭	211
〈토론 3〉 서 성 일	217
〈토론 4〉 안 효 질	221
〈토론 5〉 우 상 일	229
〈토론 6〉 육 소 영	245
〈토론 7〉 현 대 호	251

■ 제 4 분과 전자정부

〈주제발표문〉 전자정부와 법적 과제(박 균 성)	261
I. 머리말	261
II. 전자정부에 관한 법령의 체계상 문제	261
III. 전자문서의 법적 문제	263
IV. 행정정보의 공동이용	268
V. 전자정보의 공개	270
VI. 전자행정절차	272
VII. 전자정부 추진체계	274
VIII. 맺음말	275
〈토론 1〉 경 건	277
〈토론 2〉 김 민 호	281
〈토론 3〉 김 성 수	285
〈토론 4〉 김 태 응	289
〈토론 5〉 선 정 원	295
〈토론 6〉 이 규 정	299
〈토론 7〉 정 재 황	303
〈토론 8〉 김 재 광	309

〈제1분과〉

소 비 자 보 호

〈주제발표문〉

電子商去來와 消費者保護

Electronic Commerce And Consumer Protection

權 五 乘(서울大 法大 教授)

I. 電子商去來의 出現과 그 現況

1. 電子商去來의 出現

정보통신기술의 급속한 발달, 즉 개인용 컴퓨터의 보급과 인터넷 등과 같은 통신망의 구축으로 인하여 電子商去來(Electronic Commerce, E-commerce)라고 하는 새로운 거래방식이 출현하여 널리 이용되고 있다.¹⁾ 전자상거래는 사이버공간을 이용함으로써 거래주체들간의 물리적인 거리나 시간의 제약을 줄이는 등 거래에 참여하는 주체, 즉 기업과 소비자의 필요를 충족하기 위하여 개발된 것이 사실이지만, 반대로 전자상거래가 기업과 소비자에 대하여 새로운 거래환경을 조성하고 있는 측면도 있다. Chissick과 Kelman은 19세기 철도의 발달이 거래비용의 절감에 결정적인 영향을 미쳤을 뿐만 아니라, 나아가 사회·문화의 전반에 걸쳐서 많은 변화를 초래하였던 것처럼, 전자상거래는 미래에 혁명적인 변화를 낳을 것으로 전망하고 있다.²⁾ 사실 지금까지 이 분야에서의 변화는 예측가능성을 넘어서는 양상을 보여왔고, 이러한 상황에서 전자상거래가 미래사회에서 어느 정도의 역할을 수행하게 될 것인지에 대하여 예측하는 것은 자칫 선부른 것이 될 수 있다.

2. 電子商去來의 規模 및 現況

전자상거래의 규모는 폭발적으로 확대하고 있다. OECD는 1997년 260억달러였던 세계적인 전자상거래의 규모가 2001년에는 3천3백억달러 그리고 2003년에는 1조달러에 이를 것으로 전망하고 있다.³⁾ 그러나 지금까지의 추세로 살펴보면, 실제의 거래규모는 이러한 전망을 훨씬 넘어설 수도 있을 것이다. 예를 들어 세계적인 전자상거래의 시장에서 80%정도의 점유율을 차지하고 있는 미국의 경우 1998년 초에 전자상거래의 규모를 70억 달러 정도로 예측하였으나, 1998년에 실제로 거래된 수치는 200억 달러에 이르렀다.⁴⁾ 우리나라의 경우에도 전자상거래의 규모는 역시 팽창 일로에 있다. 1998년에 기업과

1) 이재규 등 4인 편, 전자상거래원론, 법영사, 1999, 5~7쪽; 최경진, 전자상거래와 법, 현실과 미래, 1998, 5~18쪽 참조.

2) Michael Chissick & Alistair Kelman, Electronic Commerce: Law and Practice, Sweet & Maxwell, 1999, pp.1~2.

3) 한국경제신문, 2000년 1월 1일자 참조.

4) 안중호박철호, 인터넷과 전자상거래, 홍문사, 1999, 26쪽 참조.

소비자간의 전자상거래의 규모는 465억원 정도였으나, 1999년에는 1,300억원 정도로 증가하였다.⁵⁾ 그리고 1998년에 400여개에 달하던 사이버 쇼핑몰의 수는 2000년 12월에는 1,800여개로 급격히 증가하고 있으며, 이러한 추세는 앞으로도 계속될 것으로 전망된다.

Ⅱ. 電子商去來의 概念, 類型 및 機能

1. 電子商去來의 概念 및 類型

(1) 電子商去來의 概念

전자상거래의 개념에 대하여는 이를 廣義로 파악하는 입장과 狹義로 파악하는 입장으로 견해가 나뉘고 있다. 전자는 전자상거래를 전자적 매체를 통하여 假想空間(Cyberspace)에서 이루어지는 모든 거래행위로 이해하고 있다.⁶⁾ 따라서 이 견해에 따르면 직접적인 상품의 매매 이외에 이를 지원하는 모든 행위, 즉 개인과 기업 간의 거래뿐만 아니라 기업 상호간 내지 기업과 정부간의 거래행위, 그리고 EDI(Electronic Data Interchange)에 의한 거래나 CALS(Commerce At Light Speed)에 의한 거래 등이 모두 전자상거래에 포함되게 된다. 반면 후자는 전자상거래를 개인과 기업 간에 이루어지는 비즈니스 프로세스 전체를 전자화함으로써 이루어지는 거래라고 정의하고 있다.⁷⁾ 결국 이 견해는 후술하는 전자상거래의 유형 중에서 기업과 소비자간의 거래만을 전자상거래로 이해하려는 것이다. 그런데 소비자보호를 위한 법적 규율의 필요성이 크다는 점을 감안하면, 전자상거래를 후자와 같이 제한된 범위로 이해하는 것도 가능할 것처럼 보이지만, 전자상거래는 그 거래가 이루어지는 과정에서 거래 주체들의 의사를 디지털화하고 이를 네트워크를 통하여 교환하는 일련의 방식을 채용하고 있다는 점에서 전통적인 거래와 다른 특징을 가지고 있는데, 이러한 점에서는 거래주체가 누구인지에 따라 아무런 차이가 없기 때문에, 개인과 기업 간의 거래와 기업 상호간의 거래를 굳이 개념적으로 구분할 필요가 없을 것으로 생각된다.

한편 전자상거래의 개념을 廣義로 이해하는 견해들 중에서는 '전자상거래'라는 용어 대신에 '電子去來'라는 용어를 사용하자고 주장하는 견해도 있다. 그 근거로서 전자적인 방식으로 이루어지는 거래가 반드시 상법상의 상행위만을 의미하는 것은 아니므로, 이를 전자거래라고 정의하는 것이 보다 적절할 수 있다는 점을 들고 있다.⁸⁾ 현행 전자거래기

5) 한국경제신문, 1999년 12월 21일자 참조.

6) 이재규 등 편, 전계서, 7쪽과 김영갑·최성준, "정보화사회에 대비한 상사법 연구 서론", 정보화사회에 대비한 일반법 연구(I), 통신개발연구원, 1997, 142쪽 참조. 또한 일반적으로 시장에서의 거래를 정보수집 단계·협상(계약을 포함)단계·정산(납품과 대금지급 등을 포함)단계로 나누고, 전자상거래를 이러한 거래의 모든 단계 또는 일부 단계에서 거래 당사자간의 상호 작용을 지원하는 일련의 전자시장 서비스로 정의하고 있는 Schmidt의 견해도 같은 맥락으로 이해할 수 있다(B. Schmidt, "The Electronic Mail Bodensee as a Platform for International Cooperation", CALS Pacific Korea' 96 Proceeding, 1996.9).

7) 최경진, 전계서, 57쪽.

8) 오병철, 전자거래법, 법원사, 1999, 28~29쪽.

본법이 '전자거래'라는 용어를 사용하고 있는 것도 바로 이러한 입장을 어느 정도 고려한 것으로 보인다.⁹⁾ 그러나 현재 電子商去來(Electronic Commerce)라는 용어가 전 세계적으로 널리 통용되고 있고, 또 개인 상호간의 거래가 전자적인 방식으로 체결하는 경우는 매우 드물기 때문에, 이 글에서는 특히 명문의 규정을 원용하는 경우가 아닌 한 전자상거래라는 용어를 사용하기로 한다.

요컨대 전자상거래는 거래주체에 제한이 없이, 양 당사자가 자신의 의사를 전자적 부호로 구성하고, 이를 그들 사이에 구축되어 있는 네트워크를 통하여 전달하는 것을 그 본질적 요소로 하는 거래라고 할 수 있다. 다만 이 영역에서 일어나고 있는 급속한 기술이나 환경의 변화에 비추어 볼 때, 컴퓨터나 네트워크 상의 특정한 장치로 개념을 제한할 필요는 없을 것으로 보인다.¹⁰⁾

(2) 電子商去來의 類型

전자상거래는 이를 전자적 거래방식의 채용범위에 따라 분류하기도 하고, 전자상거래에 참여하는 주체에 따라 분류하기도 하는데, 실제로 중요한 의미를 가지는 분류방법은 후자이다. 그리고 전자상거래를 그 거래에 참여하는 주체에 따라 분류해 보면, 기업 간의 전자상거래(business to business, B2B), 기업과 개인(소비자)간의 전자상거래(business to consumer, B2C) 및 개인간의 전자상거래(C2C)로 나누어진다. 그런데 이들 중에서 실제로 많이 활용되고 있을 뿐만 아니라 중요한 의미를 가지는 것은 앞의 두 유형이며,¹¹⁾ 소비자보호의 관점에서 특히 문제가 되는 것은 기업과 개인간의 전자상거래(B2C)이다.¹²⁾

1) 企業間의 電子商去來

기업간의 전자상거래는 거래비용의 절감효과를 통하여 기업의 경쟁력 제고를 가능하게 하며, 궁극적으로는 소비자후생의 증대에 기여할 수 있다는 점에서 긍정적인 평가를 받고 있다. 그리고 실제의 거래규모에 있어서도 그 비중이 점차 확대되고 있어서, 장차 기업 간 전자상거래가 전자상거래의 중심을 이룰 것으로 전망된다.¹³⁾ 구체적인 거래규모를 살펴보면, 미국의 경우 1998년 전체 전자상거래 중에서 기업간의 전자상거래는 기업과 소비자간의 전자상거래보다 8배나 많았으며,¹⁴⁾ 우리나라의 경우에도 1999년 3/4분기까지 기업간의 전자상거래가 1,016억 원에 이르러 기업과 소비자간의 전자상거래(1,060억

9) 전자거래기본법 제2조 제4호는 '전자거래라 함은 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다'고 규정하고 있다.

10) 오병철, 전계서, 31~32쪽 참조.

11) 상계서, 41~43쪽.

12) 예를 들어 1999년 12월 OECD에서 채택한 '전자상거래에 있어서 소비자보호에 관한 가이드라인'은 제1장에서 동 가이드라인의 적용범위가 기업과 소비자간 전자상거래에 한정됨을 분명히 하고 있다.

13) 정부가 기업간 전자상거래의 활성화를 중요한 정책목적의 하나로 제시하고 있는 것에 관하여 대한매일, 2000.2.15 참조.

14) 안중호·박철우, 전계서, 26쪽.

원)를 앞지르고 있다.¹⁵⁾ 이러한 추세에 비추어 볼 때, 향후에는 기업 간의 전자상거래가 전자상거래를 주도할 것으로 전망된다고 할 수 있다.¹⁶⁾

2) 企業과 消費者間의 電子商去來

이것은 기업이 생산한 상품이나 서비스를 소비자가 전자적인 방식, 즉 컴퓨터와 네트워크에 의한 연결을 통하여 구매하는 것으로서, 그 중에서도 특히 기업이 가상공간에 전자상점을 설치하고 소비자가 인터넷으로 여기에 접속하여 거래를 체결하는 '인터넷 전자상거래'가 가장 일반적인 모습이라고 할 수 있다.¹⁷⁾

'인터넷 전자상거래'는 통상 다음과 같은 과정을 거쳐서 이루어지게 되는데, 우선 전자상거래가 이루어질 수 있는 시스템과 인터넷으로 대표되는 네트워크 등과 같은 이용환경이 기업과 소비자 모두에게 구축되어 있어야 한다.¹⁸⁾ 기업의 입장에서는 쇼핑몰이나 홈페이지의 운영과 같은 시스템이 구비되어 있어야 하고,¹⁹⁾ 소비자의 입장에서는 네트워크에 접근할 수 있는 가능성이 확보되어 있어야 한다.²⁰⁾ 이러한 조건이 구비되어 있는 경우에 기업과 소비자는 인터넷상으로 계약(전자계약)을 체결함으로써 구체적인 계약관계에 들어가게 된다. 이것은 계약당사자들이 직접 대면하여 체결하는 계약이 아니라는 점에서 계약체결 시에 상대방의 眞正性을 확인하는 것이 중요한 문제로 대두되고 있으며, 이러한 문제를 기술적으로 그리고 시간과 비용에 큰 장애가 없이 해결하기 위하여 제3자에 의한 진정성 확인을 의미하는 전자인증제도가 발달하고 있다. 끝으로 계약상의 급부를 이행함으로써 기업과 소비자의 거래는 종료된다. 소비자의 대금지급은 전자적인 방법으로 이루어지는 것이 보통이다. 그러나 기업의 상품 인도는 상품 자체가 전자적으로 구성된 것이라면, 다운로드와 같은 전자적인 방식을 통하여 이행될 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 일반적인 운송방식에 의하여 이행되게 될 것이다.

2. 電子商去來의 機能

전자상거래는 기본적으로 전통적인 상거래가 가지는 한계나 문제점을 극복하기 위하여 출현한 것이기 때문에,²¹⁾ 기업과 소비자 모두에게 여러 가지의 이점을 제공하고 있는데,

15) 한국경제신문, 1999.12.21.

16) 김철환·김규수, 전자상거래, 문원출판사, 1999, 364~365쪽. 또한 세계시장에서 기업간 전자상거래와 기업과 소비자간 전자상거래의 비율이 76% 대 24%에 이를 것으로 예상하고 있는 것에 대한매일, 2000. 2.15.

17) David Kosiur, Understanding Electronic Commerce, Microsoft Press, 1997, p.2, 23.

18) 인터넷의 구축과 그 발달에 관하여는 Ibid., pp.23~29 참조.

19) 시스템 구축에 있어서 첫 번째 단계는 인터넷 상에서 동일성을 인식할 수 있는 도메인 네임(Domain Name)을 설정하는 것이다. M. Chissick & A. Kelman, supra note 4), pp.17~18.

20) 접근가능성에 관한 미국의 조사에 의하면, 인터넷을 통한 거래에 참가하는 전형적인 소비자는, 교육을 받은 32살 정도의 남자로 파악되고 있다. Michael Solomon, Consumer Behavior 4th ed., Prentice-Hall, Inc., 1999, p.312.

21) D. Kosiur, supra note 17), pp.7~8.

이것이 전자상거래가 가지는 긍정적인 기능이라고 할 수 있다. 그러나 전자상거래는 새로운 거래유형으로서 적지 않은 문제점을 안고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.²²⁾

(1) 肯定的 機能

전자상거래는 다음과 같은 긍정적인 기능 내지 효과를 갖는다. 우선 기업의 입장에서는 전자상거래가 ①매장의 설치비나 유지비, 광고비 등 판매비용을 절감할 수 있고, ②시간적(24시간 영업)·공간적(전 세계적 범위)인 사업영역을 확대할 수 있으며, ③소비자의 구매 행태를 자동적으로 분석하는 동시에 사업자와 소비자의 쌍방적인 커뮤니케이션을 통하여 소비자의사를 정확하게 인식할 수 있는 등 여러 가지의 긍정적인 효과를 가지고 있다. 그리고 소비자의 입장에서는 ①아주 간단하고 편안하게 상품을 구입할 수 있고, ②상품구매에 있어서 시간적·공간적인 장애를 극복할 수 있으며, ③다양한 정보에 자유롭게 접근함으로써 상품선택의 폭을 확대할 수 있고, ④쌍방적인 커뮤니케이션을 통하여 상품을 공급하는 기업에게 소비자의 의사를 적극적으로 반영할 수 있는 등 여러 가지의 장점을 가지고 있다.²³⁾

(2) 否定的 機能

한편 전자상거래는 다음과 같은 부정적인 기능 내지 효과를 가지고 있다. 우선 기업의 입장에서는 ①전자상거래의 이점을 충분히 활용할 수 있는 여건이나 능력을 갖추지 못한 경우 운영 미숙에 따른 부담을 지게 될 우려가 있고, ②경쟁의 범위가 넓어짐에 따라 브랜드의 힘이 강한 세계적인 대기업만 살아남고 그 밖의 기업이나 전통적인 상거래를 전제로 한 유통업체들이 쇠퇴할 우려가 있다.²⁴⁾ 그리고 소비자의 입장에서는 ①정보의 홍수 속에서 유용한 정보를 적절하게 선택하지 못하여 상품선택을 경솔하게 할 우려가 있으며, ②상품의 결함이나 거래조건의 불공정성 등으로 인하여 손해를 보더라도 이를 구제하기가 어렵고, ③계약의 非對面性으로 인하여 계약이행에 불안이 있고, ④소비자의 개인정보가 노출되거나 악용될 우려가 있는 점등이 부정적 효과로서 지적되고 있다.²⁵⁾

Ⅲ. 電子商去來에 있어서 消費者保護

1. 電子商去來에 대한 法的 規制

(1) 새로운 법률문제의 등장

전자상거래는 새로운 거래방식으로서 기존의 법체계 하에서는 해결하기 어려운 여러 가지의 법률문제를 야기하고 있다. 이러한 법률문제는 계약법, 소비자보호법, 경쟁법, 지적재산권법, 조세법, 국제사법 등 여러 가지 영역에서 제기되고 있다.

22) H. Köhler, AcP 182, 1982, S. 185

23) Ibid.

24) 이재규 등 편, 전제서, 11쪽.

25) H. Köhler, aaO., S. 186

그런데 전자상거래를 비롯하여 사이버공간에 적용되는 법의 성격과 체계를 바라보는 견해는, 일차적으로는 기존 법령의 유추해석 등을 통하여 해결하고 그것이 불가능한 부분에 한하여 불가피하게 법령의 개정이나 특별법의 제정을 통하여 해결하자는 입장과 현실공간을 기초로 하여 성립된 기존 법 제도를 전면적으로 수정해야 한다는 입장으로 나뉘어지는데, 우리나라의 사이버입법은 대체로 전자의 입장에서 서 있다.²⁶⁾ 따라서 전자상거래와 관련하여 제기되는 법률문제를 해결함에 있어서는 우선 기존 법령의 유추해석 등을 통하여 이를 해결하고, 그것이 불가능한 경우에 한하여 기존 법령을 개정하거나 특별법을 제정하는 방안을 고려할 필요가 있다.

(2) 전자상거래에 대한 법적 규제에의 기본원칙

전자상거래에 대한 법적 규제는 대체로 산업진흥, 거래의 공정화, 및 경쟁질서의 확립 등을 기본원칙으로 하고 있다. 전자상거래가 새롭게 부각되고 있는 산업영역이라는 특성상, 이에 대한 초기적 관심은 주로 産業振興에 있었다. 1997년 7월 미국은 전자상거래에 대한 무관세화, 내국세 신설금지, 민간부문 주도, 정부개입의 최소화 등을 기본내용으로 하는 '세계적 전자상거래의 기본구조'(A Framework for Global Electronic Commerce)를 발표하였고,²⁷⁾ EU도 역시 동년 7월 Bonn에서 유럽 29개국이 참가하여 인터넷에 관한 정부규제의 최소화, 새로운 관세 반대 등을 내용으로 하는 선언을 채택하였다.²⁸⁾ 한편 OECD나 WTO 등의 국제기구도 국제적 차원에서 전자상거래에 관한 기본적인 규율을 마련하기 위하여 노력하고 있다.²⁹⁾ 우리나라에서도 이러한 세계적 경향에 부응하여, 전자상거래를 위한 하부구조의 구축과 관련법제의 정비 등을 위하여 노력하고 있다.³⁰⁾

한편, 전자상거래의 부정적 기능에 대한 법적 대처는 주로 去來의 公正化에 관한 요구로 나타나고 있으며, 특히 전자상거래에 참여하는 소비자의 보호가 주된 목표가 되고 있다. 이러한 관점에서 최근 OECD에서 제기되고 있는 전자상거래에 있어서 소비자보호를 위한 가이드라인의 제정을 위한 논의들은 우리에게 많은 시사를 주고 있다. 이 가이드라인은 1999년 12월 9일 최종적으로 채택되었는데,³¹⁾ 최종 성안을 위하여 이루어졌던 논

26) 孫京漢, 電子商去來 活性化를 위한 關聯法制의 改正方向, 저스티스(The Justice) 제 33권 2호(通卷 56호), 한국법학원, 2000.6. 9쪽 이하 참조.

27) 정재훈, "미국의 '지구촌 전자상거래 기본계획'", 통상법률 제17호, 1997.10 참조.

28) 하명기, "EU의 '유럽의 전자상거래 대응방향'", 통상법률 제18호, 1997.12 참조.

29) 정병석, "전자상거래에 관한 각국의 입법정책 비교", 박길준교수 화갑기념논문집 간행위원회, 기업구조의 재편과 상사법, 도서출판 정문, 1998, 99쪽.

30) 이를 위한 법률로서는 1) 정보통신망의 이용을 촉진하고 안정적인 관리운영을 도모하며, 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호하여 정보사회의 기반을 조성하기 위한 '정보통신망이용촉진등에 관한 법률', 2) 정보화를 촉진하고 정보통신산업의 기반을 조성하며 정보통신기반의 고도화를 실현하기 위한 '정보화촉진기본법', 3) 무역업무의 자동화를 촉진하여 무역절차의 간소화와 무역정보의 신속한 유통을 실현하고 무역업무의 처리시간과 비용을 절감하여 산업의 국제경쟁력을 제고하기 위한 '무역업무자동화촉진에 관한 법률', 4) 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위한 '전자서명법', 5) 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보하고 전자거래의 공정화를 통하여 전자거래를 촉진하기 위한 '전자거래기본법', 6) 그 밖에 전기통신기본법, 전기통신사업법, 화물유통촉진법, 공업및에너지기술기반조성에 관한 법률, 산업기술기반조성에 관한 법률, 및 지식정보자원관리법 등이 있다.

31) 동 가이드라인은 제1장에서 기업과 소비자 간의(business-to-consumer) 전자상거래에 한하여 적용됨을 밝히고 있고, 제2장에서는 공정한 영업, 광고 그리고 시장활동에 대해서 규정하고 있고, 제3장에서

의 중 1998년 10월 캐나다 오타와에서 열렸던 회의는 소비자보호를 위한 정책과제로서 ①정확한 제품 정보의 제공과 광고, ②사기거래의 규제, ③소비자교육의 강화, ④대안적 분쟁해결 메카니즘의 개발, ⑤거래의 안전성 확보를 위한 인증기술의 장려, ⑥국제협력의 강화 등을 제시하였다.³²⁾

우리나라에서는 전통적 상거래를 대상으로 하고 있는 기존의 법률로서 전자상거래를 규율하기에는 한계가 있다는 인식 하에, 전자문서에 의하여 이루어지는 거래의 법적 효력을 명확히 하여 그 안전성과 신뢰성의 확보 및 거래의 공정화를 기하기 위하여, 유엔 국제상거래법위원회 전자상거래 모델법을 기초로 하여 1999년에 전자거래기본법을 제정하여 시행하고 있다. 이 법은 소비자보호를 위하여, 정부에게 전자거래와 관련된 소비자의 기본권익을 보호하기 위한 필요한 시책을 마련하고(법 제29조), 소비자에게 주요시책과 결정사항을 알리는 동시에(법 제30조 제1항), 소비자 피해의 구제를 위한 조치를 취하도록 하고 있으며(법 제31조 제1항),³³⁾ 전자거래당사자 등과 사이버몰 운영자³⁴⁾에게는 소비자보호단체의 자료제공요청에 적극 협력하고(법 제30조 제2항), 소비자를 위한 피해보상기구를 설치운영하여야 한다(법 제32조)고 규정하고 있다.

끝으로 전자상거래가 산업전반에 미치는 효과를 생각할 때에, 전자상거래에 대한 競爭法的 觀點에서의 접근을 간과할 수 없다. 그러나 이에 대하여는 아직 충분한 검토가 이루어지고 있지 않다. 이 점에 관하여 독점금지법이 네트워크에 의하여 달성될 수 있는 효율성을 훼손하지 않으면서 경쟁이 가져다주는 이익을 제공하기 위하여 노력하여야 한다고 주장하는 Anderson & Rivard의 견해는³⁵⁾ 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

2. 消費者保護를 위한 法的 規制

전자상거래와 관련하여 제기되는 소비자보호의 문제를 해결하기 위한 법적 규제에는 여러 가지가 있지만, 여기서는 주로 통신판매로서의 규제, 전자약관의 규제, 할부거래, 청약의 철회, 부당한 표시·광고의 규제, 경쟁제한행위 또는 불공정거래행위의 규제 등에 관한 문제를 중심으로 차례로 고찰해 보고자 한다.

(1) 通信販賣의 一種

전자상거래는 거래 주체들의 의사를 디지털화하고 이를 네트워크를 통하여 교환하는 방식으로 거래를 하는 것으로서, 電氣通信³⁶⁾을 이용한 通信販賣의 일종이라고 할 수 있

는 온라인 상에서 이루어지는 거래의 명확화를 위하여 영업에 관한 정보의 제공, 상품에 관한 정보의 제공, 거래 조건 등에 관한 정보의 제공, 인증 절차, 지불, 분쟁 해결과 규제, 프라이버시 그리고 교육과 소비자 인식의 증대 등에 관하여 규정하고 있다.

32) 강성진, 전자상거래 소비자보호에 관한 OECD논의와 정책적 시사점, 대외경제정책연구원, 1999, 27~28쪽 참조.

33) 이때 소비자보호법상 소비자피해보상기준은 전자거래에도 그대로 적용된다(법 31조 2항).

34) 사이버몰의 운영자는 사이버몰의 운영·관리에 필요한 시설을 갖추어야 하며, 사이버몰에는 그 운영자의 상호·주소·전화번호 등이 이용자가 쉽게 알 수 있도록 표시되어야 한다(법 15조).

35) Robert Anderson & Brian Rivard, "Antitrust Policy Towards EFT Networks", *Anti-trust Law Journal* vol. 67, 1999, p.389.

36) 전기통신기본법은 電氣通信이라 함은 有線·無線·光線 및 기타 電子的 方式에 의하여 符號·文書·

다.³⁷⁾ 따라서 “訪問販賣등에관한法律”(이하 ‘訪問販賣法’이라 함)의 적용대상이 된다.³⁸⁾ 그런데 전자상거래에 대하여 방문판매법을 적용하는 것을 인정한다고 하더라도, 전자상거래의 특성상 모든 전자상거래에 대하여 일률적으로 적용할 수는 없고, 경우에 따라서는 그 적용을 배제 내지 제한해야 할 필요도 있을 것이다.

우선, 訪問販賣法에 따르면 통신판매업을 하고자 하는 자는 시·도지사에게 申告하여야 하기 때문에(동법 17조), 전자상거래업을 영위하고자 하는 자도 동법에 따라 시·도지사에게 申告하여야 한다. 그리고 이에 위반한 자에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 61조 5호). 그런데 인터넷은 누구나 손쉽게 홈페이지를 개설하여 상품이나 서비스를 제공할 수 있는 공개된 시스템이기 때문에, 실제로 전자상거래업자의 신고는 거의 행해지지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 이를 규제할 수 있는 적절한 방법도 없고 제재가 이루어진 예도 없다. 따라서 전자상거래에 대하여는 방문판매법 상의 신고규정을 그대로 적용할 것이 아니라, 온라인 마크제도와 같은 적절한 대안을 마련할 필요가 있을 것으로 생각된다.³⁹⁾

그리고 전자상거래의 경우에는 누구나 손쉽게 홈페이지 또는 사이버몰을 개설하여 상품이나 용역을 제공하는 것이 가능할 뿐만 아니라 운영자의 성명도 가명이나 필명 등을 사용할 수 있기 때문에, 소비자는 상대방의 진정성을 확인할 수 없는 경우가 많을 뿐만 아니라 이로 인한 피해도 빈발하고 있다. 따라서 전자거래기본법은 전자거래의 안전을 확보하기 위하여 사이버몰에는 그 운영자의 상호(법인의 경우에는 대표자의 성명을 포함한다)·주소·전화번호 등이 이용자가 쉽게 알 수 있도록 표시되어야 한다고 규정하고 있고(동법 15조 2항), 방문판매법은 통신판매업자가 상품의 판매 또는 용역의 제공에 관하여 廣告를 할 때에는, ①통신판매업자의 상호·주소·전화번호, ②상품의 종류 또는 용역의 내용, ③상품의 판매가격 또는 용역의 대가, ④상품대금 또는 용역대가의 지급시기 및 방법, ⑤상품의 인도시기 또는 용역의 제공시기 등을 표시해야 한다고 규정하고 있다(동법 18조).⁴⁰⁾ 그런데 이러한 규정들은 그 내용이 매우 단순하여 전자상거래업자의 진정성 확인이나 전자상거래와 관련하여 제기되는 소비자문제의 해결에 큰 기여를 하지 못하고 있다. 따라서 전자상거래에 관하여 소비자들에게 보다 충실한 정보제공을 할 수 있도록 하기 위해서는 OECD의 소비자보호 가이드라인처럼 표시·광고에 관한 규제내용에 보다 광범위하고 자세한 내용을 추가할 필요가 있을 것이다.⁴¹⁾

한편, 방문판매법에 따르면, 전자상거래업자가 소비자로부터 청약을 받고 상품을 인도하거나 서비스를 제공하기 전에 이미 상품대금 또는 용역대가의 전부 또는 일부를 받은 경우(이하 ‘先拂式 通信販賣’라 함)에는 상품대금 또는 용역대가를 받은 날로부터 3일 이

音響·또는 映像을 送信하거나 受信하는 것을 의미한다고 규정하고 있다.(동법 2조 1호).

37) H. Köhler, aaO., S. 185

38) 同旨 : 윤효희, “전자거래 관련 방문판매법의 적용과 한계”, 전자관련 법제정비방안, 한국법제연구원, 2001, 99쪽 이하, 특히 100쪽 참조.

39) 윤효희, 위의 논문, 113~115쪽 참조.

40) 이에 위반한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 60조 3호).

41) 윤효희, 위의 논문, 108~110쪽 참조.

내에 상품의 인도 또는 용역의 제공을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다. 다만 이 규정은 임의규정으로, 당사자간에 별도의 약정이 있는 경우에는 적용되지 않는다(동법 19조 1항). 이 경우 당해 사업자가 상품의 품질 등의 사유로 상품의 인도 또는 용역의 제공을 할 수 없을 때에는 상품대금 또는 용역대가를 받은 날로부터 3일 이내에 상품대금 또는 용역대가의 환불을 위하여 필요한 조치를 취하고 그 사유를 청약자에게 통지하여야 한다(동법 19조 2항).

또한 방문판매법에 따르면, 전자상거래업자가 소비자의 청약에 따라 상품을 인도하거나 용역을 제공하는 경우에는 상품인도서 또는 용역제공서를 상품 또는 용역과 함께 송부하여야 하며(동법 20조 1항), 상품인도서 또는 용역제공서에는 ①청약의 철회와 그 행사방법(여기에는 청약의 철회권을 행사하는데 필요한 서식도 포함됨) 및 효과에 관한 사항, ②상품의 품질보증 및 사후관리에 관한 사항, ③분쟁이 발생할 경우 분쟁처리에 관한 사항이 포함되어야 한다(동법 20조 2항). 그런데 전자상거래의 경우에는 상품의 인도나 용역의 제공이 오프 라인으로 이루어지는 경우도 있고 온 라인으로 이루어지는 경우도 있는데, 상품인도서 또는 용역제공서의 송부는 전자의 경우에는 의미가 있지만, 후자의 경우에는 의미가 없을 것이다. 따라서 전자상거래가 온 라인으로 이행되는 경우에는 상품인도서나 용역제공서의 송부는 이를 면제하는 것이 타당할 것이다.⁴²⁾

(2) 電子約款의 規制

전자상거래에 있어서는 당사자들이 계약의 내용을 개별적으로 협의하는 경우는 아주 드물고, 상품이나 서비스의 제공자가 계약상대방에게 그 급부 제공의 확정된 요소로서 제공하는 전자적 형태의 약관을 기초로 하여 계약을 체결하는 것이 보통이다.⁴³⁾ 이러한 전자약관은 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 인터넷과 같은 개방형 시스템 하에서 컴퓨터 등 연산작동에 의한 정보처리장치를 통하여 일정한 형식에 따라 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것으로서, 약관규제에관한법률(이하 '약관규제법'이라 함)상의 약관에 해당되어, 동 법의 적용을 받게 된다(동법 2조 1항).

그런데 이러한 전자약관은 전자적 기록의 형태로 존재하기 때문에 다음과 같은 특성을 갖는다.⁴⁴⁾ 첫째로 오감으로 인지할 수 있는 실물로 존재하지 않고 별도의 전자적 변환을 거쳐야만 인지할 수 있다. 둘째로 고객의 입장에서 링크의 설정 등과 같은 사업자의 배려가 없이는 그 존재를 인식하기가 쉽지 않다. 셋째로 주로 비대면적인 상황에서 제시되어 현실적인 교부나 설명이 곤란하고, 전자서명 등과 같은 특별한 기술적 방안의 도움이 없이는 명시 또는 설명의무의 이행에 관한 증거를 남기기가 어렵다. 넷째로 프린터를 통하여 종이에 인쇄된 형태로 출력하지 않는 한 그 내용에 대한 숙지의 정도가 서면에 의한 약관에 비하여 상당히 떨어진다. 따라서 전자약관에 대하여 약관규제법을 적용할

42) 윤희희, 위의 논문, 113쪽 참조.

43) Harting, Internetrecht, 1999, Rdnr. 127.

44) 김동훈, "전자거래와 관련한 약관규제법의 정비방안", 전자거래관련 법제정비방안, 한국법제연구원, 2001, 55쪽이하, 특히 56쪽 참조.

때에 이러한 특성을 어느 정도로 반영할 수 있을 것인가 하는 것이 문제된다.

우선 전자약관이 약관규제법 제 3조에 따른 編入統制를 받는지의 여부가 문제된다. 약관규제법에 따르면, 사업자는 계약체결에 있어서 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하고, 고객이 요구할 때에는 당해 약관의 사본을 고객에게 교부하여 이를 알 수 있도록 하여야 하며(동법 3조 1항), 또 사업자는 원칙적으로 약관에 정해져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 3조 2항). 만약 사업자가 이러한 약관의 명시·설명 의무를 이행하지 않고 계약을 체결한 때에는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다(동법 3조3항). 그런데 이러한 원리를 전자약관의 경우에도 그대로 적용할 수 있는가 하는 것이 문제된다.

전자상거래의 현상을 살펴보면, 초기에는 일단 회원으로 가입한 뒤에야 사이버물에 들어갈 수 있으며 약관을 열람하여 내용을 파악할 수 있는 경우나, 사이버물에 들어갔다고 하더라도 거래약관이 어디에 있는지를 발견하기가 어려운 경우도 많아서 문제점으로 지적되어 왔으나, 최근에는 각종 사이버물이나 서비스의 이용에 관하여 유료, 무료를 가리지 않고 웹사이트들은 기본적으로 이용자들이 서비스를 이용하기 위해서는 그 웹사이트에 회원으로 등록하는 절차를 마련하고 있다. 그리고 회원 등록절차의 어느 한 부분에서 자신이 마련한 이용약관을 제시하고 거기에 동의하는지 여부를 묻거나 웹사이트의 초기 화면의 일정부분에 이용약관을 지시하는 링크(Hyperlink)를 설정해 두어 이용자가 언제든지 이를 확인할 수 있도록 하는 것이 보통이다. 이러한 지시가 일반적으로 예상되는 방법으로 약관을 명시한 경우에 해당되는지 여부가 문제된다. 그런데 약관규제법이 고객에게 약관의 내용을 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하게 한 이유가 고객이 그 약관의 내용을 알 수 있도록 하기 위한 것이라는 점을 감안하면, 회원 등록절차에서 약관을 제시하고 거기에 동의하는지 여부를 묻는 경우에는 약관의 명시 의무를 이행했다고 인정하기에 충분하지만, 단지 웹사이트의 초기 화면에 이용약관을 지시하는 링크를 설정해 두거나 사이버물에 약관을 게시해 두는 것만으로 약관의 명시 의무를 이행했다고 보기는 어려울 것이다.⁴⁵⁾

한편 인터넷을 통한 거래에서는 약관을 스크린에 제시하는 것이 보통인데, 이것만으로 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명했다고 할 수 있는지, 아니면 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우에 해당되어 설명의무 그 자체가 면제된다고 할 수 있는지가 문제된다. 그런데 電子約款의 경우에는 그 特性, 예컨대 五感에 의한 認知不可能性, 非對面性, 內容熟知의 困難性 등으로 인하여 說明義務를 이행하기가 매우 곤란하다는 측면을 강조하여 說明義務가 免除된다고 주장하는 見解도 있다.⁴⁶⁾ 그러나 전자약관의 특성상 약관의 중요한 내용에 대한 說明의 必要性은 더욱 切實할뿐만 아니라 그 방안을 마련하는 것이 불가능한 것도 아니기 때문에, 說明義務가 면제된다고

45) 金晉煥, 約款의 契約編入과 電子約款, 법조 2001.6(Vol.537), 127쪽; 김동훈, 앞의 논문, 59~60쪽 참조.

46) 王相漢, 전자상거래와 국제규범, 박영사, 2001, 162쪽.

주장하는 견해는 타당하지 않지만, 47) 설명의 정도에 있어서는 전자상거래의 특성을 고려하여 일반계약의 구두설명에 준하는 정도가 아니라, 고객의 주의를 끌기에 충분한 일정한 시청각적 효과를 사용하는 것으로 충분하다고 해야 할 것이다. 48)

이 점과 관련하여 참고가 될 만한 대법원 판결로서는 다음과 같은 것이 있다. 즉 대법원은 통신판매의 방식으로 체결된 상해보험계약에서, 보험회사가 보험약관의 개요를 설명하는 취지와 면책사고에 해당하는 경우를 확인하라는 내용이 기재된 안내문과 청약서를 보험계약자에게 우송하였고, 49) 보험회사의 직원이 전화 통화로 위 보험상품에 대한 설명을 하면서 암벽등반 등 위험한 운동으로 인한 사고는 보상에서 제외된다고 설명하였을 뿐, 스쿠버 다이빙 등 약관에 규정되어 있는 다른 보상하지 않은 손해의 종류에 관하여는 설명하지 않은 사안에서, 보험자가 免責約款에 관한 說明을 다 한 것으로 볼 수 없다고 하면서, 통신판매는 그 특성상 非對面的 狀況에서 체결될 수밖에 없는 계약이라 하더라도 보험자에게 요구되는 說明義務를 다른 통상의 경우와 달리 볼 수는 없다고 판시한 바 있다. 50)

그리고 약관이 계약의 내용으로 편입되게 되면, 그 약관은 약관규제법 제 6조 내지 14조에 의한 效力統制를 받게 된다. 예컨대 PC매도인의 약관에 면책조항이 포함되어 있는 경우에는 동 조항이 동 법 제 7조에 의한 내용통제를 받게 된다. 이 점에 관하여는 인터넷을 통한 거래가 일반 상점에서의 상품거래와 다를 바가 없다. 51) 다만 전자약관의 경우에는 그 특성상 편입이나 해석단계에서 다른 약관의 경우보다 고객보호에 소홀한 측면이 많을 것이므로, 개별약관의 효력심사에서 "상당성 조항"을 좀 더 엄격하게 해석할 필요가 있을 것이다. 52)

한편, 공정거래위원회가 1999년 하반기 인터넷 쇼핑몰 업체를 대상으로 실시한 실태조사 결과에 따르면, 조사대상업체의 59%가 약관을 사용하지 않거나 약관이 있더라도 쇼핑몰 이용 안내문의 성격을 가진 것이 많았고, 또 약관규제법에 위반되는 불공정한 조항도 다수 포함되어 있는 것으로 나타났다. 이에 공정거래위원회는 정보통신진흥협회, 전자상거래연구조합 등과 같은 사업자단체와 협력하고, 한국소비자보호원 및 학계 전문가의 의견을 수렴하고, 나아가 약관심사자문위원회의 자문을 거쳐서, 22개조로 된 인터넷 사이버 이용 표준약관을 제정하여 보급하고 있다. 그런데 이 표준약관의 주요내용은 다음과 같다. 53)

사이버몰의 신뢰성을 높이기 위하여 몰의 초기화면에 영업소의 소재지, 대표자의 성명, 연락처 등 사업자의 정보를 게시하도록 하고, 이용자가 원하지 않는 광고성 전자메일의

47) 同旨: 金晉煥, 앞의 논문, 129~130, 註 46) 참조.

48) 김진한, 위의 글, 134~135쪽; 김동춘, 위의 글, 61~62쪽 참조.

49) 우송된 상해사망보험 안내문 뒷면 상단에 "전문등반, 행글라이더 등 이와 비슷한 위험한 운동" 중에 발생한 손해가 보상받지 못하는 손해로 기재되어 있고, 또 그 하단에는 "이 안내문은 상해보험의 보통약관 및 특별약관의 규정에 따릅니다"라는 문구가 기재되어 있었으며, 상해보험청약서 뒷면에는 보험청약자가 보험에 가입하고자 할 때에 "꼭 알아야 할 사항"으로서 "보상받을 수 있는 경우와 보상받을 수 없는 경우를 확인하시기 바랍니다"라고 기재되어 있었다.

50) 대법원 1999.3.9. 선고, 98다43342, 43359 판결 참조.

51) aaO., Rdnr. 150.

52) 김동춘, 위의 논문, 64쪽 참조.

53) 김성환, "특수거래 분야의 소비자보호", 공정거래백서 2001, 공정거래위원회, 2001, 294쪽 참조.

발송금지와 사업자의 개인정보보호를 위한 시책 강구의무, 신속한 분쟁해결 및 자율적인 분쟁조정을 위한 기구를 운영하도록 하는 등 사이버몰의 의무와 책임을 명시하였다.

그리고 소비자의 권익강화를 위하여 사이버몰이 약관을 임의로 변경하거나 서비스 내용을 변경 또는 중단하는 경우, 그로 인하여 이용자가 입은 손해를 배상하도록 하고, 기술상의 오류 및 조작실수로 인한 계약체결을 방지하기 위하여 사업자에게 수신확인 통지의무를 부과하고, 수신확인 통지 후 주문변경 및 주문취소를 할 수 있게 하였으며, 아울러 상품 등의 배상에 관한 수단, 비용부담 및 기간 등을 명시하도록 하면서, 물이 고의 또는 과실로 약정 배송기간을 초과한 경우에는 그로 인한 이용자의 손해를 배상하도록 하였다.

(3) 割賦去來

소비자가 전자상거래를 통하여 구입하는 상품이나 서비스의 대금을 할부로 지급하기로 한 경우에는 그 거래에 '割賦去來에 관한法律'(이하 '割賦去來法'이라 함)이 적용된다. 할부거래법은 매수인의 衝動購買를 막기 위하여⁵⁴⁾, 매도인에게 할부계약을 체결하기 전에 매수인이 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 할부계약에 관한 중요사항을 매수인에게 고지하도록 하고(동법 3조), 할부거래에 관한 분쟁을 예방하기 위하여 할부계약을 반드시 書面으로 체결하도록 하고 있다(동법 4조).

매도인이 할부계약에 관하여 표시하고 매수인에게 고지해야 할 사항은, ①목적물의 종류 및 내용, ②현금가격, ③할부가격, ④각 할부금의 금액·지급회수 및 시기, ⑤할부수수료의 실제 연간요율, ⑥계약금 등이다. 다만 신용카드로 결제하는 경우에는 할부가격과 계약금은 표시하지 않을 수 있다(동법 3조). 한편 할부계약서에 기재해야 할 사항은, ①매도인·매수인 및 신용제공자의 성명과 주소, ②목적물의 종류·내용 및 인도 등의 시기, ③현금가격, ④할부가격, ⑤각 할부금의 금액·지급회수 및 시기, ⑥할부수수료의 實際年間料率, ⑦목적물의 소유권유보에 관한 사항, ⑧매수인의 철회권과 행사방법에 관한 사항, ⑨매도인의 할부계약의 해제에 관한 사항, ⑩매수인의 기한의 이익 상실에 관한 사항 등이다. 다만 신용카드로 결제하는 경우에는 할부가격을 기재하지 않을 수 있다(동법 4조 1항). 그리고 할부계약을 체결한 때에는 매도인은 지체없이 계약서 1통을 매수인에게 교부하여야 한다(동법 4조 3항). 매도인이 만약 이러한 고지의무, 계약서의 작성·교부의무에 위반한 때에는 500만원이하의 과태료에 처하게 된다(동법 14조).

(4) 講約의 撤回

전자상거래는 訪問販賣法상 통신판매에 관한 규정의 적용을 받기 때문에, 전자상거래업자로부터 상품을 인도받거나 용역을 제공받은 소비자는 일정한 요건이 갖추어진 경우, 즉 ①소비자에게 인도될 당시 당해 상품이 훼손된 경우,⁵⁵⁾ ②통신판매에 관한 광고의 내

54) 權五乘, 經濟法, 法文社, 1999, 514쪽 참조.

55) 그러나 소비자에게 책임있는 사유로 상품이 훼손된 경우에는 청약철회할 수 없다(동법 21조 2항).

용과 다른 상품이 인도되거나 용역이 제공된 경우, ③상품의 인도 또는 용역의 제공이 통신판매에 관한 광고에 표시된 인도 또는 제공시기보다 늦어진 경우, ④광고에 표시해야 할 사항을 표시하지 않은 상태에서 소비자의 청약이 이루어진 경우 등에는, 상품의 인도 또는 용역의 제공을 받은 날로부터 20일 이내에 당해 계약에 관한 청약을 철회할 수 있다(동법 21조 1항). 그리고 청약철회의 의사표시는 그 서식을 발송한 날에 그 효력이 발생한다(동법 21조 3항).

그런데 전자상거래의 경우에는 전술한 요건에 해당되지 않는 경우에는 고객의 철회권을 인정하지 않고 있는데, 이는 일반 통신판매의 경우보다 숙려 기간이 짧은 전자상거래의 경우를 전혀 예상하지 못하였거나,⁵⁶⁾ 전자상거래의 경우에도 충동구매가 얼마든지 있을 수 있다는 점을 고려하지 못한 것으로 보인다. 따라서 전자상거래에 있어서 충동구매로부터 소비자를 충실히 보호하기 위해서는 전술한 요건에 해당되지 않는 경우에도 원칙적으로 일정한 기간동안 철회권을 인정하고, 다만 프로그램 파일을 직접 다운로드받는 경우처럼 그 이행이 즉시 이루어진 경우에는 예외적으로 이를 인정하지 않는 것이 바람직할 것이다.⁵⁷⁾

(5) 不當한 表示·廣告

전자상거래와 관련하여 매도인이 상품 또는 용역에 관하여 表示·廣告를 하는 경우 그 表示·廣告에 대하여는 '表示·廣告의 公正化에 관한 法律'(이하 '表示·廣告法'이라 함)이 적용된다. 表示·廣告法은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 부당한 표시·광고, 즉 ①허위·과장의 표시·광고, ②기만적인 표시·광고, ③부당하게 비교하는 표시·광고, ④비방적인 표시·광고를 금지하고 있다(동법 3조). 만약 사업자가 이 규정에 위반하여 부당한 표시·광고를 하는 때에는 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 당해 위반행위의 중지, 법 위반사실의 공표, 정정광고, 기타 위반행위의 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다(동법 7조). 그리고 사업자의 부당한 표시·광고로 인하여 피해를 입은 자가 있는 경우에는 사업자 등은 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 지는데, 이 책임은 무과실책임이다(동법 10조).

한편, 공정거래위원회는 상품이나 용역 또는 거래분야의 성질에 비추어 소비자보호 및 공정한 거래질서의 유지를 위하여 필요한 중요사항으로서 그 사항이 표시·광고사항에 포함되지 아니할 경우, 그로 인하여 ①소비자의 피해가 빈번하게 발생하고 그 피해의 사후 구제가 곤란하게 되거나, ②소비자가 상품이나 용역의 중대한 결함 또는 기능상의 한계 등을 정확히 알지 못하게 되고 그로 인하여 구매선택의 판단에 결정적인 영향을 미치거나, ③기타 공정한 거래질서를 현저히 저해하는 문제가 생길 우려가 크다고 판단되는 때에는 그 표시·광고사항에 포함시킬 사항을 고시할 수 있다(동법 4조 1항). 이러한 고시가 있는 경우, 표시·광고행위를 하는 사업자는 고시된 표시·광고사항이 포함되게 하여야 한다

56) 한충수, 전자상거래와 소비자보호관할, 한국법제연구원, 2001, 20쪽 참조.

57) 윤주희, 위의 논문, 111~112쪽 참조.

(동법 4조 3항), 그리고 사업자 등은 자기가 행한 표시·광고 중에서 사실과 관련된 사항에 대하여는 이를 실증할 수 있어야 한다(동법 5조).

(6) 競爭制限行爲 및 不公正去來行爲

전자상거래를 통하여 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 자는 '獨占規制및公正去來에 관한法律'(이하 '獨占規制法'이라 함)상의 사업자에 해당되고, 인터넷을 통한 거래에는 이른바 네트워크 효과(network effect)가 작용하기 때문에, 전자상거래업자의 행위가 시장지배적지위의 남용, 경쟁제한적인 기업결합, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위 등에 해당하는 경우에는 독점규제법의 규제를 받게 된다. 그런데 전자상거래와 관련하여 특히 문제가 될 수 있는 것은 市場支配的地位의 濫用行爲, 不當한 共同行爲 및 不公正去來行爲이다.

우선, 전자상거래업자가 시장지배적 사업자에 해당되는 경우에는 그 지위남용행위, 즉 ①상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정, 유지 또는 변경하는 행위, ②상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위, ③다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위, ④새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위, ⑤부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래를 하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위를 해서는 안 된다(동법 3조의2). 만약 여기에 위반하는 행위가 있을 때에는 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 가격의 인하, 당해 행위의 중지, 범위반사실의 공표, 기타 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있고(동법 5조), 매출액의 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 안에서⁵⁸⁾ 과징금을 부과할 수 있다(동법 6조).

그리고 전자상거래업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 ①가격협정, ②거래조건협정, ③공급제한협정, ④시장분할협정, ⑤설비제한협정, ⑥상품의 종류 및 규격제한협정, ⑦회사의 설립, ⑧다른 사업자의 사업활동 방해 등을 해서는 안 된다(동법 19조 1항). 만약 이 법에 위반하는 부당한 공동행위가 있을 경우에는, 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 당해 행위의 중지, 범위반사실의 공표 기타 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있으며(동법 21조), 매출액의 5%를 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수도 있다(동법 22조).

한편 전자상거래업자는 ①부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위, ②부당하게 경쟁자를 배제하는 행위, ③부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위, ④자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위, ⑤거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위 등에 해당하는 행위로서, 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위, 즉 불공정거래행위를 해서는 안 된다(동법 23조). 만약 이 법에 위반하는 불공정거래행위가 있을 경우에는 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 범위반사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한

58) 만약 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우에는 10억 원을 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다(동법 6조 단서).

조치를 명할 수 있고(동법 24조), 또 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 안에서⁵⁹⁾ 과징금을 부과할 수도 있다(동법 24조의 2).

3. 電子商去來 消費者保護의 강화

(1) 전자상거래 소비자보호지침

전자거래기본법에 따르면, 정부가 전자거래와 관련되는 소비자의 기본권익을 보호하기 위하여 필요한 정책을 마련할 의무가 있으며(법 29조), 이를 위하여 전자거래 소비자보호지침을 제정하고 그 사용을 권고할 수 있게 되어 있는데(영 16조 1항), 공정거래위원회는 이에 기하여 2000년 1월에 '전자거래소비자보호지침'을 제정하여 고시하고 있다.⁶⁰⁾ 이것은 OECD의 전자거래 소비자보호가이드라인을 우리나라의 실정에 맞게 수용한 것인데, 그 주요내용은 다음과 같다.⁶¹⁾

전자상거래에 참여하는 소비자는 다른 형태의 거래(일반 대면거래)의 경우와 동등하게 보호받을 수 있어야 하며, 정부, 사업자단체 및 소비자단체는 이러한 소비자보호원칙을 지향하고 전자상거래의 독특한 환경에 적용하기 위하여 적극적으로 협력할 의무가 있다.

그리고 소비자의 합리적인 구매선택을 위한 필수정보의 제공차원에서 사업자가 사업자의 신원과 거래조건 등에 관한 정보를 명시하도록 하였으며, 전자거래의 신뢰성과 안전성을 제고하기 위하여 소비자가 자신의 주문내역을 취소하거나 변경할 수 있는 방법을 명시하고, 사업자는 전자서명법 제 4조의 규정에 의한 공인인증기관으로부터 사업자의 신원 등 주요사항을 인증 받았는지 여부를 소비자가 알 수 있도록 표시하도록 하였다.

한편 피해구제 등 소비자보호를 위한 방안으로, 사업자가 인도한 재화가 주문 내역과 다를 경우 소비자의 요청에 따라 완전한 재화와 교환해 주도록 하였으며, 소비자는 방문판매법의 규정에 따라 "정약철회권"을 행사할 수 있음은 물론이고, 사업자는 전자상거래와 관련한 소비자피해에 대해서도 "소비자피해보상기준"(재정경제부 고시)이 적용됨을 명시하도록 하였고, 소비자 불만처리절차 및 불만처리가 만족스럽지 않을 때 이용할 수 있는 방법과 절차에 관한 정보를 소비자에게 제공하도록 하였다.

또한 소비자 개인정보의 보호를 위한 방안으로는 사업자는 거래와 관련되는 필수정보에 한해서 소비자의 개인정보를 수집하도록 제한하였으며, 소비자가 자신의 개인정보에 대해 열람, 수정 또는 삭제의 요청을 할 수 있도록 명문화하였다.

끝으로 자율규제의 활성화를 위한 "자율규약" 제정절차를 마련하여 사업자 또는 사업자단체는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 광고행위를 방지하기 위하여 자율규약을 제정할 수 있도록 하고, 그 자율규약이 독점규제법이나 표시·광고공정화법에 위반되는 지 여부를 공정거래위원회에 심사 요청할 수 있도록 하였다.

59) 만약 매출액이 없거나 그 산정이 곤란한 경우에는 5억 원을 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다(동법 24조의 2 단서).

60) 공정거래위원회 고시 2000-1호, 2000.1.6.

61) 김성환, 앞의 글, 290쪽 이하, 특히 292~294쪽 참조.

(2) 전자거래보호과의 신설

전자거래에 관한 소비자보호의 업무는 당초 방문판매법의 시행부처인 산업자원부가 이를 담당하고 있었으나, 1999년에 동 법의 시행주체가 산업자원부에서 공정거래위원회로 이관됨에 따라 공정거래위원회가 담당하게 되었다. 그리고 공정거래위원회 내부에서는 초기에는 경쟁국 경쟁촉진과에서 이를 담당하고 있었으나, 2000년 1월부터는 소비자보호국 소비자기획과에서 담당하게 되었다. 그러나 점차 증가하는 전자상거래에 있어서 소비자보호를 위한 제도의 개발과 전담 부서의 필요성에 대한 인식이 확산됨에 따라, 2000년 6월부터는 전자상거래를 포함한 비점포 판매에 관련된 소비자보호업무를 전담할 부서로서 신설된 "전자거래보호과"에서 이를 담당하고 있다.⁶²⁾

62) 위의 글, 295쪽 참조.

〈參考文獻〉

- 강성진, 전자상거래 소비자보호에 관한 OECD논의와 정책적 시사점, 대외경제정책연구원, 1999
- 공정거래위원회, 공정거래백서 2001, 공정거래위원회, 2001
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1998
- 權五乘(編), 公正去來法 講義, 法文社, 1996
- _____, 經濟法, 法文社, 1999
- 김영갑·최성준, “정보화사회에 대비한 상사법 연구서론”, 정보화사회에 대비한 일반법 연구(I), 통신개발연구원, 1997
- 김은기 “전자서명법 및 전자거래기본법의 입법취지 및 주요내용”, 인권과 정의 제272호, 1999.4
- 김진환, 약관의 계약편입과 전자약관, 법조 2001.6(Vol.537), 106쪽 이하
- 김철환·김규수, 전자상거래, 문원출판사, 1999
- 孫京漢, 電子商去來 活性化를 위한 關聯法制의 改正方向, 저스티스(The Justice), 제33권 2호(通卷 56호), 한국법학원, 2000.6
- 안중호·박철호, 인터넷과 전자상거래, 홍문사, 1999
- 오병철, 전자거래법, 법원사, 1999
- 윤기호 등 5인(공저), 전자상거래에 있어 소비자보호와 불공정거래행위 규제방안, 정보통신연구원, 1998
- 이재규 등 4인(편), 전자상거래원론, 법영사, 1999
- 이진우, “전자거래와 저작권”, 저작권 제45호, 저작권심의조정위원회, 1999
- 정명석, “전자상거래에 관한 각국의 입법정책 비교”, 박길준교수 화갑기념논문집 간행위원회, 기업구조의 재편과 상사법, 도서출판 정문, 1998
- 정영화·남인석, 전자상거래법, 다산출판사, 2000
- 정재훈, “미국의 '지구촌 전자상거래 기본계획'”, 통상법률 제17호, 1997.10
- 조남재 등 4인(공저), 미국의 전자상거래 추진전략, 소화, 1999
- 지원림, “자동화된 의사표시”, 저스티스 제31권 제3호, 한국법학원, 1998
- 최경진, 전자상거래와 법, 현실과 미래, 1998
- 하병기, “EU의 '유럽의 전자상거래 대응방향'”, 통상법률 제18호, 1997.12
- 한국법제연구원, 전자거래 관련 법제정비방안, 워크샵 2001-5, 2001.6.28
- Anderson, Robert & Rivard, Brian, “Antitrust Policy Towards EFT Networks”, Antitrust Law Journal vol. 67, 1999
- Chissick, Michael & Kelman, Alistair, Electronic Commerce: Law and Practice, Sweet & Maxwell, 1999

- Härtling, Niko, Internetrecht, Köln: Otto Schmidt, 1999
- Kosiur, David, Understanding Electronic Commerce, Microsoft Press, 1997
- Köhler, Helmut, "Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen", AcP 182, 1982
- Köhler, Helmut, "Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping(TV-Shopping, Internet-Shopping)", NJW, 1998.4
- Michael Solomon, Consumer Behavior 4th ed., Prentice-Hall, Inc., 1999
- Strömer, Tobias, Online-Recht - Rechtsfragen im Internet -, 2. Auflage, Heidelberg: dpunkt Verlag, 1999

〈토론 1〉

電子商去來에서의 消費者保護를 위한 몇 가지 提言

權 大 祐(弘益大 法學科 教授)

I. 의사전달수단의 변화와 소비자계약

전자상거래의 의의와 소비자거래법의 적용범위를 둘러싼 논의는 전자상거래(혹은 전자거래)의 형태가 누가 어떤 이유에서 주도적인 역할을 하였는가에 대하여 물음을 던지기 이전에 이미 상당한 정도로 사회적으로 성행하고 있으며, 그 편리성으로 인하여 더욱 거래가 확대되고 있다는 사실에서 출발하는 것으로 보여진다. 다만 법이론적으로 전자적인 정보의 교환으로 성립되는 계약에 대하여 그 특수성을 살펴보는 과정을 주목해보면, 결국 기존의 방식과 다른 형태로 이루어진다는 특수성에서 시작된 것으로 보인다. 이 논의에서 거론되는 점은 상대방에게 전달되는 의사표시의 형태가 디지털 정보의 형태로 되어 있어서, 특별한 장치(hardware)와 프로그램(software)을 가지지 못한 자에게는 인식될 수 없는 방식으로 되어 있다는 점일 것이다. 즉 甲이 컴퓨터에 어떤 이상한 정보가 날아들어 왔는데, 그 정보를 甲이 자신이 가진 시스템으로는 인식할 수 없을 경우에 그 정보에 대하여 법적인 의미를 부여할 것인가 하는 점은 팩스전화가 없는 사람에게 팩스로 주문서를 전송하면, 음성 신호를 기대하고 전화를 받은 상대방은 이상한 기계음에 기분만 상할 뿐, 어떤 의미 있는 정보도 전달받을 수 없다는 것과 같다. 즉 다시 말하자면, 전자거래라는 새로운 방식은 의사전달체계(Communication System)의 차이일 뿐, 소비자와 사업자 사이에서의 계약의 성립체계는 법리적으로 차이가 없다. 이미 일정한 시스템을 갖추어 서로 간에 전자적인 형태의 의사표시를 주고받는데 문제가 없는 당사자 사이에서는 전화로 주문을 하든, 팩스로 하든, 인터넷상의 디지털 정보로 주문을 하든, 자신의 의사를 표시한다는 점에서는 차이가 없으며, 일단 의사표시가 교환되고, 주관적으로도 객관적으로도 양 당사자의 의사표시가 일치되면, 계약은 성립될 수 있을 것이다. 어느 당사자 사이에 계약이 성립되었으며, 그 계약의 내용이 어떠한 것인가에 대한 것도 일반 계약법이론과 다를 바가 없을 것이다.

II. 소비자의 피해와 구제필요성

1. 개관

그러나 소비자의 입장에서 전자적 거래를 접근한다면, 이는 좀 다른 의미가 있다. 전자거래라는 방식을 이용한 새로운 사업자(기존의 사업자가 새로운 방식의 판매를 시도하고

있으므로 새로운 사업자로 볼 수 있을 것이다.)의 영업행위로 이러한 방식에 익숙하지 못한 소비자가 입는 피해에 대한 보완책이 필요하다는 점이다. 할부거래방식에 대한 보호 조치, 방문판매에 대한 보호조치가 필요했듯이, 전자상거래에서 소비자보호라는 문제도 새로운 방식으로 인하여 소비자피해가 발생하지 않느냐, 그런 경우에 어떤 방식으로 소비자를 보호해야 할 것인가에 대한 검토가 필요할 것이다.

사이버공간을 매개로 성립되는 거래의 특성 중 가장 두드러진 점은 비대면거래라는 사실이다. 거래 상대방이 대면하고 있지 않다는 점에서는 전화를 통하여 권유가 이루어지는 텔레마케팅의 경우와 유사하지만, 인식의 한 요소로서 음성도 확인할 수 없다는 점에서 완벽하게 익명성이 보장되는 영역이며, 따라서 상대방에 대한 어떤 정보도 가지지 못한 상태에서 거래가 성립될 수도 있다. 여기에다 우리 현실에서 소비자가 먼저 대금을 송금해야 하는 선불거래가 대부분인 점도 소비자피해의 확산에 큰 역할을 하고 있다.

그리고 그 다음으로 고려되어야 할 점은 거래의 대상품목에 대하여도 소비자가 실제 물품을 인지하는 것은 배달이 된 이후, 즉 이행단계에 이르러서야 가능하다는 점이다. 이 점은 다른 통신판매와도 마찬가지로, 사진이나, 화면으로 보는 물건과 실제로 자신이 눈으로, 손으로 확인한 경우와는 다르며, 일정한 치수에 따라 제작되는 의류도 일반 고객들은 백화점에 가서 구입할 때, 자신에게 어울리는가를 알기 위해서 입어보는 경우가 많다는 점을 생각하면, 단순히 사진만으로 상품을 선택하는데는 한계가 있다는 것이다. 상품에 흠이 있는지 여부를 확인하는 작업도 어차피 사진으로는 불가능하며, 자신이 희망하는 종류와 화면에 제시된 상품이 동일한 것인지에 대한 확인도 힘든 경우가 많다.

그밖에도 개인정보의 노출이나, 다른 특수판매의 유형처럼, 상품의 선택에서 경솔한 결정을 내리는 경우도 있다는 점, 거의 웹사이트에서 사업자가 제시한 조건을 받아들여야만 하는, 내용결정의 자유는 없고, 오로지 상대방 선택의 자유와 계약의 자유만 존재하는 경우도 많으므로, 이런 고정된 계약조건이 불공정한 경우도 드물지 않을 것이다.

2. 소비자피해유형과 구제방향

위에서 제시된 전자상거래의 특성에서 나온 피해를 좀 더 구체적으로 보자.

[사례1] 가장 먼저 거론하고 싶은 것은 사업자의 익명성 내지는 허구성으로 인한 피해이다. 웹사이트의 쇼핑물을 방문하여 특정한 상품을 주문하고 난 다음, 카드로 결제하거나, 희망하는 상대방 은행계좌로 입금을 시키고 난 다음에 상품이 오지 않거나, 불량제품 혹은 주문한 것과 다른 제품이 우송되어 와서 반품하려고 하면, 상대방이 주소불명이 경우에 소비자가 취할 수 있는 구제수단은 어떤 것이 있을 것인가에 대한 의문이 제시될 수 있다.

[사례2] 그 다음으로는 통신판매의 특성에서 나오는 사례가 될 것이다. 주문을 하였는데, 배달되어온 제품은 웹사이트 상의 상품 모델명과 일치하지만, 소비자가 직접 배달 받아서 확인해 보니, 색상이나 치수가 실제로 소비자가 원하는 기대수준과 많은 차이가 있는 경우에 소비자는 그 제품을 돌려보내고 싶은데, 이것이 가능한 것일까?

[사례3] 또 하나의 예를 들자면, 광고에서 일정한 회사에서 컴퓨터를 구입하고, 하루에 일정한 시간동안 광고를 시청하면, 광고 시청료로 한달 수입이 상당한 액수가 되어 1년이면 컴퓨터 구입가를 돌려받을 수 있다고 하는 유혹을 하여 다른 상점에서 보다 2배나 비싼 가격으로 컴퓨터를 구입하였으나, 그 회사의 영업력의 미비로, 광고시청료를 지급하지 못하게 되어 소비자가 피해를 입은 경우에 소비자는 어떤 구제수단을 가질 수 있을 것인가?

3. 현행법의 한계

익명성이나 허구성의 극복과 관련하여 전자상거래를 하고자 하는 사업자의 등록이 필요하며, 그 등록된 당사자의 정체성을 공인해 주는 체계가 필요할 것이다. 그러나 발제자께서 지적하시는 바와 같이 실제로 전자상거래업자의 신고는 거의 행하여지지 않고 있으며, 이미 사회적으로 신용이 있는 몇 몇 기업들만이 등록하고 있는 실정이다. 방문판매법 제17조에 따른 등록의무를 이행하지 않는 자는 방판법 제61조에 기하여 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다고 되어 있으나, 이러한 처벌이 이루어지고 있지 않다. 따라서 익명성을 유지하고 싶은 사업자를 실제로 통제할 수 있는 실효성 있는 체계는 존재하지 않는 셈이다. 그 다음으로 신용카드로 결제를 하거나, 은행구좌로 송금한 이후에 상대방 전자상거래업자가 자신의 채무를 이행하지 않거나, 부적절하게 이행하여 소비자가 계약을 해제하고자 할 경우에 익명의 사업자의 계좌로 흘러들어간 대금을 돌려 받을 수 있는가에 대하여 현행의 제도는 이를 막을 수가 없게 되어 있다.

또 전자상거래는 발제자께서 지적하신 바와 같이 통신판매의 한 유형으로 보아서 방문판매 등에 관한 법률의 적용을 받는다고 보여진다. 우리 나라의 통신판매에서 소비자의 계약성립의사의 철회권은 보편적으로 인정되는 것이 아니라, 방판법 제21호 제1항에 기재된 사유가 있는 경우에 한하여 인정되고 있다. 즉, "1. 소비자에게 인도될 당시 당해 상품이 훼손된 경우, 2. 통신판매에 관한 광고의 내용과 다른 상품이 인도되거나, (다른) 용역이 제공된 경우, 3. 상품의 인도 또는 용역의 제공이 통신판매에 관한 광고에 표시된 상품의 인도시기 또는 용역의 제공시기보다 늦어진 경우, 4. 통신판매업자가 제18조 1항의 규정에 의하여 광고에 표시하여야 할 사항을 표시하지 아니한 상태에서 소비자의 청약이 이루어진 경우"에만 소비자는 청약의 의사를 철회할 수 있다. 배달된 제품이 자신이 인터넷 상점에서 선택한 모델명과 동일한 제품이면, 색상이 마음에 들지 않거나, 치수가 약간 맞지 않는다 할지라도, 그리하여 소비자에게는 의미가 없음에도 불구하고, 법규상 반품권이 보장되지 않는다. 물론 통신판매 사업자가 특약에 의하여 반품권을 보장할 수도 있을 것이나, 이는 선량한 일부 통신판매업자에 한정된 것이고, 소비자는 여전히 그러한 피해에 무방비 상태에 놓여 있는 것이다.

또 기본적으로 광고의 내용을 계약의 내용으로 인정하지 않는 현행법 체계에서는 위 [사례3]에서처럼 허위, 과장광고의 내용에 유혹되어 계약을 체결한 당사자는 광고의 내용은 계약의 내용이 될 수 없다는 점을 악용한 사업자의 희생양이 되어야 하는가하는 의문점이 제시될 것이다.

Ⅲ. 개별적인 문제의 제기

위에서 제시한 문제와 관련하여 몇 가지 논의가 필요하다.

[사례1]과 같은 경우의 재발을 방지하기 위하여 첫째, 형사벌의 실효성 확보를 위한 노력이 필요하다고 생각한다. 전자상거래업을 하고자 하는 사업자의 등록의무에 대한 시행을 감시 감독하는 체제를 더욱 효과적으로 할 필요가 있으며, 이를 위하여 보다 적극적인 소비자피해 감시체제가 필요하다고 생각하며, 이를 위반하여 소비자에게 피해를 준 사업자를 감독관청과 사정당국의 긴밀한 협조하에 색출하여 실제 처벌할 수 있도록 하되, 사업자가 기존의 소비자에게 발생한 피해를 자발적으로 보상한 경우에 형사소추를 유예하는 방식을 실무적으로 도입하는 것도 바람직하리라고 생각된다.

[사례2]와 관련하여서는 방문판매법 제21조의 규정을 소비자의 청약철회권을 인정하는 것이 부당한 몇 가지 사유를 제외하고, 청약철회권을 일반적으로 인정하는 방향으로 개정하여야 할 것이다.

[사례3]과 관련하여 허위, 과장광고로 인하여 계약을 체결한 당사자에게 독일 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 제13a조에서처럼, 청약철회권을 인정하는 것도 바람직하다고 생각된다.

이러한 논의를 넘어서 소액 다수 피해가 소비자피해의 일반적 특성의 하나이며, 전자상거래에서도 예외는 아니므로, 소액다수 피해를 해결할 수 있는 구체적인 대안으로 미국식의 집단소송과 유럽식의 단체소송의 한계를 극복할 수 있는 방안으로는 어떤 것들이 제시될 수 있을 것인가에 대한 논의가 필요하다고 사료된다. 50명 가량의 소비자가 특정한 쇼핑물 업체에 대하여 부적절한 내용의 이행행위에 대하여 항의하고 이의 시정을 요구할 경우에 지금의 한국소비자보호원의 개별적 상담과 피해구제조치가, 사업자가 이에 전혀 응하지 않을 경우에는 특히, 효율적이 아닐 수도 있기 때문이다.

〈토론 2〉

소비자의 입장에서 본 전자상거래관련 소비자보호법제의 발전방향)

김 성 천(한국소비자보호원 법제연구팀장)

1980년 소비자보호법 제정과 함께 우리 사회에 있어서 그 중요성이 더욱 부각된 소비자 정책 및 소비자법은 그 동안 여러 소비자보호관련 법률의 제정과 소비자보호원 등 소비자 관련 기관의 설립 등으로 많은 발전이 있었다.

그러나 21세기에 들어서면서 디지털·세계화·바이오화 등 사회경제적 변화는 전통적 소비자문제에 대한 인식의 변화는 물론 새로운 소비자문제에 대한 대응을 요구하고 있다.

특히 디지털시대에 있어 소비자는 많은 정보를 접하게 되어 기존의 소비자문제의 원인인 정보의 양의 비대칭·불균형으로 인한 문제의 해결에는 어느 정도 기여하는 바가 있었으나, 이와 동시에 새로운 소비자문제는 정보의 올바른 선택·정확한 분석문제라는 질적인 변화를 겪고 있다.

따라서 소비자정책 및 소비자법의 목표도 단순한 "수혜의 대상, 보호의 객체로서의 소비자 보호"가 아닌 "자주적 역량을 가진 주체적 소비자의 실질적 권익실현"으로 재인식하게 되었다. 또한 전자상거래의 소비자문제가 세계적 이슈로 대두되어 많은 국제기구와 선진국에서 논의됨에 따라 국제적으로 논의되고 확립된 규범을 어떻게 국내의 제도에 수용하느냐가 국가 정책적으로 중요하게 되었다.

이런 점에서 한국법제연구원의 심포지엄이 '디지털경제시대의 법적 과제의 하나로 소비자 보호를 논의하는 것은 의의가 크다고 할 수 있다. 권오승교수님이 발표하신 '전자상거래와 소비자보호'는 소비자보호분야에서 중요한 주제이다.

저는 보완적으로 2000년 전자상거래관련 소비자상담 및 피해에 대해서 서술하고, 소비자의 입장에서 전자상거래관련 소비자보호법제의 발전방향에 대해서 이야기하고자 한다.

우선 한국소비자보호원에 접수된 2000년 전자상거래관련 소비자상담 및 피해구제사례를 분석할 결과는 다음과 같다.

소비자상담의 경우 1999년에 비하여 489.2% 증가하여 소비자상담이 대폭 늘어난 것으로 나타났으며, 주요한 상담이유로는 계약관련(해제·해지·이행)이 48.3%로 전체의 약 절반으로 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 다음으로는 사업자의 부당행위 15.0%, 품질 11.0%, A/S 불만 4.0% 순으로 나타났다.

피해구제의 경우 1999년에 비하여 253.1% 증가한 것으로 나타났고, 피해를 입은 주요품목은 온라인게임이나 초고속인터넷서비스와 관련한 '정보통신서비스'가 31.8%로 가장 큰 비중을 차지하고, 다음으로 휴대폰과 관련된 '이동전화서비스' 16.8%, '컴퓨터 및 주변기기' 15.0%, '의류·성유신변용품' 5.2% 순으로 나타났다.

1) 이 글은 개인적 견해이다.

또한 소비자피해를 유형별로 분석한 결과 '물품의 미인도 및 인도지연'으로 인한 피해가 전체의 26.6%로서 가장 높은 비중을 차지하고 있으며, 다음으로는 '물품의 하자' 14.5%, '부당대금 청구' 10.4%, '대금의 미환불' 9.8%, '허위·과장 표시광고' 9.2% 순으로 소비자가 피해를 많이 입는 것으로 나타났다.

전자상거래관련 소비자보호법제의 발전방향은 첫째, 소비자의 8대 기본권리에 따라 전개 되어야 한다. 특히 알권리, 선택할 권리, 신속·공정하게 피해구제받을 권리 등의 실현이 중요하다. 전자상거래의 소비자문제의 핵심은 소비자의 자기결정권을 확보하는데 있다. 따라서 가장 중요한 소비자보호수단은 소비자철회권이다. 따라서 국제적 규범의 수준에 맞게 전자상거래에 있어서 소비자의 철회권이 보장되어야 한다. 그리고 전자상거래에 있어서 가장 어려운 문제는 피해구제이다. 국경을 넘는 전자상거래로 인한 소비자피해에 대해서는 국제적 피해구제시스템의 도입을 적극적으로 추진하여야 한다.

둘째, 전자상거래로 인한 소비자보호관련법제의 패러다임의 전환을 인식해야 한다. 주계 발표문에서도 언급된 바와 같이 전자상거래에 대한 법적 규제에 대한 견해로 보완론과 수정론이 있다. 개인적으로는 소비자법분야에서는 계약유형에 따른 대응이 필요하다고 본다. 전자상거래는 소비자계약의 다양성에 따른 소비자문제의 변화를 가져왔다. 물품계약에 있어서는 전자상거래는 계약권유행위의 한 유형으로 통신판매의 수단을 확대하였다. 따라서 기존의 통신판매의 소비자문제와 유사한 방식으로 접근해야 한다. 용역계약에 있어서는 전자상거래는 물품계약의 경우와 같이 권유행위로서의 역할은 물론 새로운 용역계약을 창출하고 있다. 특히 디지털콘텐츠와 같이 정보계약(contract of information)은 기존의 소비자문제와 다른 양상으로 발생하고 있어 이에 대해서는 소비자보호의 패러다임 전환이 요구된다. 이에 전자상거래에 의한 소비자계약의 유형을 구체화하고, 그에 따른 소비자보호수단의 개발이 필요하다. 특히 전자상거래의 민법적 접근이 전제되어야 한다. 현재 전자거래기본법에 규정되어 있는 전자문서, 전자서면 등의 효력에 대해서는 민법에 규정되어야 한다.

셋째, 전자상거래 관련 소비자보호법제의 기본적 입법정책이 수립되어야 한다. 일본법 등 외국법제의 부분적 차용 등에 의한 접근이 아니라 전면적인 수정을 전제로 한 종합적이고 체계적인 발전방향이 설정되어야 한다. 현재 '전자상거래와 소비자보호'에 대해서는 재정경제부, 공정거래위원회, 산업자원부, 정보통신부 등 관련부처가 다양한 관점에서 제도개선을 시도하고 있다. 그러나 전자상거래의 소비자보호법제는 법의 세계화의 선두영역으로 입법정책의 기본방향이 정립되어야 한다. 전자상거래의 소비자문제에 대한 접근방식은 유럽방식과 미국방식으로 나누어 볼 수 있는데, 기본적으로는 인터넷 등의 표준화와 연계된 문제로서 디지털기술의 발전에 따른 변화에 대응하기 위한 소비자보호법제의 정비방향을 도출하기 위해서는 국제적 규범의 종합적 접근이 필요하다. 특히 EU의 전자상거래지침 및 원격거래지침, 영국의 원격거래규정(The Consumer Protection(Distance Selling) Regulation 2000), 미국의 통일컴퓨터정보거래법(UCITA: Uniform Computer Information Transaction Act) 등에 대해서는 심도있는 연구가 필요하다.

【첨부】 전자상거래관련 소비자피해 사례들

1. 허위·과장 표시광고

소비자는 ○○투어의 홈페이지를 통해 2000.10.1부터 10.5까지 일본 동경과 오사카 자유 배낭여행 5일상품을 구입하고 538,000원을 입금함. 홈페이지상 여행상품의 설명에는 동경에서의 숙박지가 호텔로 되어 있었으나 실제 숙소는 민박이었음. 또한 동경에서 오사카로 이동시 일정표상에는 하네다공항이었으나 실제로는 나리타공항에서 출발하는 것으로 발권되어 좌석을 배정받는데 시간이 지체되었고, 오사카지역의 숙소는 비즈니스호텔급이라고 하였으나 여인숙 수준에 불과하는 등 광고의 내용과 달라 배상을 요구함.

2. 부당 계약체결

소비자는 '99년 11월 ○○번역아카데미의 홈페이지에 들어가 회원 등록을 하면 일본어 번역 아르바이트를 추천하다는 내용을 보고 등록신청을 함. 신청 당일 저녁에 사업자측에서 전화가 와서 등록에 따른 가입비를 요구하자 등록의 취소를 전화로 요구하였음. 며칠 후 번역사교재가 배달되어 사업자측에 항의하고 계약취소를 요구하였으나 거절당한 후 '99.11.30 계약취소를 요구하는 내용증명을 ○○번역아카데미에 발송하고 교재도 반송시켰으나 수취 거부되어 되돌아 옴. 이후 아무런 연락이 없자 문제가 해결된 것으로 알고 있던 중 2000.12.6 사업자측에서 보낸 대금독촉장을 받고 부당하고 판단하여 이의를 제기함.

3. 물품의 미인도 및 인도지연

[사례 1] 소비자는 2000.9.18 ○○○ 인터넷쇼핑몰을 통해 CDP를 139,000원에 구입키로 하고 대금은 비씨카드로 결제함. 판매처에서는 7일 이내 제품이 도착한다고 하였으나 1개월이 지나도 물건을 보내주지 않음. 판매처에 항의하자 택배회사를 통해 제품을 보냈다고 발행을 하고 있음.

[사례 2] 소비자는 2000.11.29 ○○안전공사 홈페이지에서 호신용 삼단봉 판매광고를 보고 구입키로 하고 대금 60,000원을 송금함. 판매사에서는 대금 입금 확인 즉시 물품을 발송하여 3일 후에는 받을 수 있다하여 주문하였으나 12월 중순이 되어도 물품을 보내주지 않아 판매사에 연락을 시도하였으나 제대로 되지 않고 홈페이지는 폐쇄된 상태임.

4. 물품의 하자

소비자는 2000.11.9 ○○○쇼핑몰을 통하여 핸드폰을 구입함. 그러나 핸드폰을 사용한 당일부터 잡음이 심하게 발생하고 전화 연결상태가 불량하여 ○○전자에 5차례나 A/S를 받았음에도 상태가 나아지지 않아 ○○○쇼핑몰에 항의하여 핸드폰을 교환받음. 그러나 교환받은 핸드폰도 액정화면에 가로줄이 생기는 등 잦은 문제가 발생하고 있음.

5. 계약의 불완전 이행

소비자는 2000.11.4 ○○닷컴의 홈페이지를 통해 음반 2장을 구입하고 대금을 입금함. 입금 1주일 후에 주문한 음반 2개 가운데 1개만 인도되고 나머지 1개가 배달되지 않아 판매처에 전화로 이의를 제기하려 하였으나 통화가 되지않고 이메일을 보냈으나 회신도 없는 상태임.

6. 일방적 계약조건의 변경

소비자는 2000.11.28 인터넷사이트상의 '캐릭터인형'판매회사에 사은회에 선물로 사용할 캐릭터 인형을 사은회날인 12월 12일까지 배달해 주는 조건으로 계약하고 495,000원을 입금함. 사은회 전날까지도 여러번 납품여부를 확인했으나 판매회사측에서 일방적으로 사정이 생겨 당일 납품이 곤란하다며 연기를 요청하여 결국 다른 선물로 대체함. 행사 후 판매회사측에 환불을 요구하였으나 환불은 되지 않으므로 전체 가격에서 30% 할인하여 물품을 보내준다고 하여 양보하였으나 그 약속마저도 계속하여 이행을 지연하고 있음.

7. 부당 대금청구

소비자는 2000년 11월 ○○카드 이용대금 명세서를 수령하여 확인한 바 사용하지 않은 카드대금 747만원이 부당하게 청구된 사실을 발견함. ○○캐피탈을 통해 확인한 결과 2000.11.9 3개의 인터넷쇼핑몰을 통해 4건의 매출이 발생되었으며, 상품의 배달지는 구리시 교문동으로 청구인의 주소지인 인천시와는 전혀 다른 곳으로 밝혀짐. 인터넷쇼핑몰에서는 카드번호와 주민등록번호만을 받고 상품을 배달하였다고 하며 책임을 회피하고 있음.

8. 해약거절

소비자는 2000.11.11 ○○마트 홈페이지에서 음향기기인 스피커를 구입키로 하고 대금 509,000원을 입금함. 11월 15일 물품을 인도받았으나 주문시 생각과는 달리 제품이 조잡하고 질이 떨어지는 것 같아 해약을 요구하였으나 회사측에서는 물품을 개봉하였다며 해약을 거절하고 있음.

9. 대금의 미환불

소비자는 2000.10.23 (주)○○○의 인터넷사이트에 휴대폰단말기를 가입비 5만원(기존 휴대폰 해지 후 영수증 발송하면 가입비 면제)에 단말기 대금 3만원에 판매한다는 광고를 보고 2대의 휴대폰 대금인 6만원을 입금함. 입금후 단말기가 배달되지 않아 (주)○○○의

인터넷사이트에 들어가 보니 물량의 수급문제로 인해 환불한다는 공고가 되어 있어 환불을 신청한 후 기다리고 있었으나, 11월 27일 이미 해지한 단말기 2대가 배달되어 인도를 거절하고 택배비 6천원만 지급함. 판매자측에 이미 입금함 휴대폰 대금과 택배비의 보상을 요구하였으나 처리를 지연하고 있음.

10. A/S 불만

소비자는 2000년 4월경 〇〇테크노마트 홈페이지를 통해 소니캠코드를 1백2십만원에 구입함. 2000년 10월말에 사용 도중 컴퓨터에 연결되는 케이블이 고장이나 판매처에 A/S를 요청하였으나 부품이 국내에 없고 일본에서 가져와야 한다며 A/S에 40일 내지 50일 정도가 소요된다고 함. A/S용 부품도 제대로 갖추지 않은 상태에서 제품을 판매한 다는 것이 이해할 수가 없으므로 신속한 A/S를 요구함.

〈토론 3〉

전자거래에 있어서의 소비자보호에 관한 몇가지 문제

김 계 완(고려대 법대 교수)

I. 전자상거래와 전자거래, 용어의 문제에 관하여

발표자께서는 전자상거래, 전자거래의 용어 문제에 관하여, “현재 電子商去來(Electronic Commerce)라는 용어가 전 세계적으로 널리 통용되고 있고, 또 개인 상호간의 거래가 전자적인 방식으로 체결하는 경우는 매우 드물기 때문에, 이 글에서는 특히 명문의 규정을 원용하는 경우가 아닌 한 전자상거래라는 용어를 사용하기로 한다.”고 말씀하시고 계십니다.

개인 상호간 거래가 전자적인 방식으로 체결하는 경우가 매우 드물기 때문에 電子商去來라는 용어를 사용한다는 점에 관하여는 동의하지만, 전자상거래라는 용어가 전세계적으로 널리 통용되고 있기 때문이라는 점에 관하여는 오해의 여지가 있지 않은가 생각됩니다. Electronic Commerce라는 용어가 전세계적으로 널리 사용되고 있는 점은 발표자께서 지적한 바와 같지만, 과연 이를 우리나라에서 “電子商去來”로 번역하는 것이 타당한가 또는 “電子去來”로 번역하는 것이 타당한가의 문제는 별개라고 할 것입니다.

전자거래에 관한 UNCITRAL 모델법에서는 EDI에 관하여는 정의하고 있는 반면 Electronic Commerce의 개념을 구체적으로 정하지 않고 있으며, 결국 각국에서 어떻게 입법을 하느냐의 문제로 남기고 있는 것입니다. OECD의 경우도 3가지 안을 가지고 토의하였으나, 회원국간의 의견대립으로 개념 정의를 포기한 것으로 알려져 있습니다.¹⁾ UNCITRAL 모델법상으로도 Electronic Commerce의 범위를 정함에 있어서 매우 개방적인 입장을 취하고 있다는 점을 고려할 때²⁾, 우리 전자거래법이나 전자서명법에서 “전자상거래”라는 용어 대신 “전자거래”라는 용어를 사용하고 있는 것은 별다른 문제가 없다고 생각되며, 오히려 향후 전자거래 내지 전자서명이 계약의 체결뿐 아니라 확정일자 부여, 영수증의 발부, 주식회사의 주식청약 및 주주총회관련 행위 등 각종 영역에까지 확정되어야 한다는 견해³⁾에 귀기울인다면, 電子商去來라는 용어보다는 電子去來라는 용어가 더욱 장래지향적인 것이 아닌가 하는 것이 개인적인 생각입니다.

특히 전자거래의 법률문제는 이로 인하여 종래의 법분야는 다른 특별한 거래영역이 발생하는 것이 아니고, 종래의 법분야에 관하여 의사표시, 이행, 결제 등 거래에 있어서 전체적

1) <http://www.consumer.go.kr/www/INFO/2000/I44/1.html>

2) “Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement;...” UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce Article 1. Sphere of application에 대한 註 참조.

3) 이철송, “전자거래기본법의 개정방향”(인터넷법률 5호), 2001. 3. 7쪽 이하 참조

또는 부분적으로 電子的手段을 이용한다는 의미에 착안한다면, 전자거래라는 용어가 더 타당하지 않을까 생각됩니다. 즉, 電子商去來라는 용어는 자칫 이 문제가 “商法이 적용되는 특수 領域중의 하나”, 또는 “특별한 법원리가 적용되는 특수한 類型의 商去來”라는 오해를 불러일으킬 수도 있다고 우려됩니다.

우리나라에서 전자거래가 최초 도입될 단계에 있어서는 전자상거래라는 용어가 주로 사용된 것은 사실이나, 우리 전자거래법 전자서명법 등이 제정되고 전자거래제도가 정착되어가는 과정에 있어서 우리나라의 제정법상 공식적으로 사용되는 용어인 電子去來 대신 굳이 電子商去來라는 용어를 계속 사용할 필요가 있는지는 의문입니다.

Ⅱ. 전자거래에 있어서 소비자보호업무의 주무부처, ADR의 정리 문제

전자거래제도가 우리나라에 정착하는 과정에서 혼란스럽게 느껴지는 점중의 하나는 그 주무부서가 어디냐 하는 문제입니다.

전자거래법의 경우 산업자원부가 주무부처로 되어 있고, 전자서명법의 경우 정보통신부가 담당합니다. 한편 소비자보호문제에 관하여는 발표자의 지적대로 공정거래위원회에서 이에 기하여 2000년 1월에 '전자거래소비자보호지침'을 제정하여 고시하고 있을뿐 아니라, “전자상거래동에서의 소비자보호에 관한 법률”의 제정을 추진되고 있는 것으로 알고 있습니다.⁴⁾ 한편 소비자보호원은 당연히 전자거래에 있어서도 소비자의 피해구제를 담당하는 기관이고, 만일 전자금융거래로 인한 소비자피해가 문제되는 경우라면 금융감독원의 금융분쟁조정위원회⁵⁾에 조정을 신청할 수도 있을 것이므로, 결국 재정경제부도 이 문제에 상당한 관련성이 있다고 할 것입니다.

전자거래업무에 관하여 이와 같이 여러 부처가 각자 주관을 하고 있는 것은 어떤 측면에서 생각하면 있을 수 있는 일입니다. 특히 정보통신부의 경우 전자거래에 있어서의 기술적 안전성의 측면에서 접근을 하는 반면, 산업자원부의 경우는 전자거래를 활성화시키는 차원에서 접근을 하고 있고, 공정거래위원회는 불공정거래나 약관규제 광고규제의 측면에서, 소비자보호원은 소비자보호의 측면에서 접근을 하고 있는 등 정책방향 내지 주안점의 차이에 착안한다면, 각 관련부처는 전자거래에 관하여 각자 주무부처라고 할 수도 있을 것입니다. 본 주제인 소비자보호문제와 관련하여 생각해 볼 때, 정부의 각 부처에서 나름대로 전자거래로 인한 소비자피해의 예방과 구제를 위하여 경쟁적으로 노력하고 있는 것은 대국민서비스의 향상이라는 측면에서 매우 바람직한 것으로 생각합니다.

그러나 전자거래에 있어서 주무부처가 여러개라는 점이 장점만 있는 것은 아니라고 생각됩니다. 다음과 같이 몇가지 문제점이 있습니다.

- (1) 통일적인 입법이 어렵다는 문제가 있습니다.

4) 2001.4.17. 법률안이 발의되어, 2001.6.14. 국회 법안심사소위에서 심의중이다.

5) 금융감독기구설치등에관한법률 제51조 이하 참조. <http://www.fss.or.kr>

전자거래법과 전자서명법이 별개로 제정되어 있고, 그밖에 정보통신망이용촉진및정보보호 등에 관한 법률, 전기통신기본법, 방문판매법 등이 모두 전자거래와 직접 간접적으로 관련 되는 법들인데, 각자 개념정의와 소비자보호 등에 관하여 정하고 있으므로, 상호간 통일성이 결여되고 있다는 점을 지적할 수 있을 것입니다. 물론 각 법률이 대상으로 삼고 있는 분야나 주안점이 다른 것이므로 이와 같은 법들을 모두 통일하여 하나로 만드는 것이 반드시 바람직하지는 않을 것입니다. 그러나 적어도 부처간의 조율과 협력이 제대로 이뤄질 필요는 있을 것입니다. 지난번 전자서명법 개정과정에서 저는 법무부의 실무소위원회에서 잠시 함께 작업하였던 바가 있는데, 그 과정에서 제가 개인적으로 느낀 바로는, 부처간의 이견이 쉽게 조절되지 않는다는 것이었고, 특히 각 부처간에는 그 산하법인이나 위원회, ADR등을 둘러싸고 영역 늘이기, 몸집 불리기 등 보이지 않는 경쟁이 심하여, 이것이 전자거래법제의 합리적이고 통일적인 규율을 어렵게 하는 중요한 요인중의 하나일지도 모른다는 것이었습니다.

(2) 그 당연한 결과이지만, 전자거래를 둘러싼 행정력 및 예산의 중복 낭비가 있고, 정보에 대한 집중력을 가지고 있지 못하여 효율성도 떨어질 수밖에 없습니다.

(3) 소비자보호와 관련하여 살펴볼 때, 소비자구제수단이 지나치게 다원화되어 있다는 점입니다. 각 주무부처에서는 각종의 ADR을 설치 유지하고 있는데, 각 ADR에서의 재결의 절차나 효력이 다양각색이어서 국민들로서는 혼란의 여지가 있습니다.

산업자원부가 주관하는 ADR로는 전자거래법 및 동시행령에 따라 한국전자거래진흥원 내에 설치된 전자거래분쟁조정위원회⁶⁾가 있습니다. 전자거래분쟁조정위원회의 경우, 조정과정은 조정신청을 받은 때에 즉시 관계당사자에게 그 내용을 통지하고 합의 및 조정에 응할 것을 권고하며, 조정신청을 받은 날로부터 10일이내에 합의가 이루어지지 않은 때에는 이를 담당조정부를 구성하고, 담당조정부는 구성 후 20일 이내에 조정안을 작성하여 당사자들에게 이의 수락을 권고하도록 되어 있습니다. 그리고 이해관계인이 조정안을 수락한 경우에는 조정조서가 작성되어 조정이 성립되는데, 결국 전자거래분쟁조정위원회는 전자거래에 관한 분쟁이 있는 경우에는 조정안을 작성하여 당사자에게 이를 수락할 것을 권고(전자거래기본법시행령 제 15조)할 수 있는 것에 그치는 것입니다.

한편 정보통신부의 도메인분쟁조정위원회⁷⁾, 개인정보분쟁조정위원회⁸⁾, 통신위원회⁹⁾를 두고 있습니다. 개인정보분쟁위원회의 경우 당사자가 조정안을 수락하고 조정서에 기명 날인한 때에는 당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 보고 있습니다¹⁰⁾. 통신위원회의 경우 전기통신사업자와 이용자간의 분쟁이 발생한 경우 당사자의 신

6) 전자거래기본법 제28조와 동법시행령 제15조에 의거, 한국전자거래진흥원에 설치된 정부소관의 분쟁조정 기구. <http://www.ecmc.or.kr>

7) http://www.mic.go.kr/newjsp/mic_p/p100-0001-2.jsp?curpage=1&search=title&m_code=d100-1998-1&string=%B5%B5%B8%DE%0%CE 정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한 법률 제17조에 근거한다.

8) 정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한 법률 제33조 참조

9) 통신사업자간 및 통신사업자와 이용자간의 분쟁을 재정하기 위하여 전기통신기본법 제37조의 규정에 의거 정보통신부에 설치되어 있다.

청에 따라 재정을 하는데, 통신위원회가 재정을 한 경우에 당해 재정의 내용에 대하여 재정문서의 정본이 당사자에게 송달된 날부터 60일 이내에 소송이 제기되지 아니하거나 소송이 취하된 때에는 당사자간에 당해 재정의 내용과 동일한 합의가 성립된 것으로 보고 있습니다.¹¹⁾ 통신위원회의 경우 재정이 적절하지 아니하다고 생각되는 경우에는 알선¹²⁾을 할 수도 있습니다.

나아가 전자금융이 문제되어 소비자가 금융분쟁조정위원회의 조정을 신청하는 경우에는 30일 이내에 합의가 이루어지지 아니하는 때에는 지체없이 이를 조정위원회에 회부하며, 조정위원회는 60일 이내에 조정안을 작성하여야 하고, 당사자가 조정안을 수락한 경우 당해 조정안은 재판상의 화해와 동일한 효력을 갖도록 되어 있습니다.¹³⁾

만일 전자거래로 인하여 피해를 입은 소비자가 소비자보호법에 따라 소비자보호원의 소비자분쟁조정위원회에 피해구제를 청구한다면 합의권고 과정을 거치며¹⁴⁾ 피해구제의 청구를 받은 날로부터 30일 이내에 합의가 이루어지지 아니할 때에는 지체없이 조정위원회에 조정을 요청하고 그 결정에 따라 처리되어야 하는데,¹⁵⁾ 다시 30일 이내에 조정안이 제시되어야 하고 이에 대하여 통보받은 날로부터 15일 이내에 분쟁조정에 대한 수락거부의 의사표시를 하지 아니한 때에는 분쟁조정을 수락한 것으로 간주하며 재판상의 화해와 동일한 효력을 인정하고 있습니다.¹⁶⁾

공정거래위원회에서도 전자거래보호과를 두는 한편 전자상거래불공정행위통합감시시스템¹⁷⁾을 설치 운영하고 있습니다만, 공정거래위원회의 경우 불공정약관에 대한 시정명령, 부당광고에 대한 경고조치 등의 측면에서 접근하고 있기 때문에 간접적으로 소비자를 보호하는 것으로 볼 수 있을 것입니다.

이와 같이 각종의 ADR 내지 소비자구제기구가 운영되고 있으나, 각 기구의 절차나 재결의 효력이 달라 혼란의 소지가 있음은 차치하고라도, 이에 관여하는 전문가들의 자격요건이 대부분 유사하다는 점, 현재로서 전자거래분야의 전문가층이 그리 두텁지 않다는 점 등을 고려한다면 현재의 상황은 마치 많은 구멍가게가 산재해 있으면서 번번한 백화점 내지 전문점은 없는 것과 유사하다고 할 수 있습니다. 분쟁이 많아지고 점차 복잡하고 지능화 전문화되어갈수록 장기적으로 소비자의 불만이 쌓일 수밖에 없는 구조라고 생각됩니다.

전자거래가 초기에 정착해 나가는 과정에는 이와 같이 모든 유관부서에서 나서서 각자 소비자보호를 위해 노력한 점에 관하여는 높이 평가하여야 하겠지만, 이제 전자거래가 정착 도약의 단계에 접어들고 있다는 점을 생각한다면, 체계 있고 통일적인 소비자보호

10) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제38조

11) 전기통신기본법 제40조의2 제4항

12) 전기통신기본법 제40조의3

13) 금융감독기구의설치등에관한법률 제53조, 제55조

14) 소비자보호법 제42조

15) 소비자보호법 제43조

16) 소비자보호법 제44조, 제45조

17) <http://e-commerce.ftc.go.kr>

절차로 재정리될 필요가 있다고 생각합니다. 향후 이 문제를 논의함에 있어서는 각 부처의 이기주의가 결핍되어 되어서는 안될 것입니다. 단일의 기구를 만든다든가, 효율성의 측면에서 업무영역을 조정한 후 상호 사건의 이첩 정보공유 등을 통해 문제를 해결한다든가 여러 가지 형태의 해결방안을 소비자보호의 입장에 서서 고민해 보아야 할 것이라는 점을 강조하고 싶습니다.

Ⅲ. 국제적 피해구제문제

전자거래의 장점중의 하나는 국경의 장벽을 쉽게 넘을 수 있다는 점이고, 그에 따라 국제간의 전자거래가 활성화되고 있습니다. 따라서 우리나라 국민이 외국의 인터넷쇼핑몰에 의해 피해를 입는 사례가 증가할 것이고, 그 반대의 경우도 발생할 것입니다.

전자거래의 경우 소비자로서 적절한 권리구제수단을 취하기 어려운 점은 대부분이 소액거래여서 권리구제절차에 비용이 많이 들 경우 아예 포기해 버리는 경우가 많다는 점과 증거보전 입증상의 어려움이 있다는 점일 것입니다. 그런데 국제적 전자거래의 경우에는 그 문제점이 더욱 부각될 수밖에 없습니다. 외국의 인터넷쇼핑몰에 대해 배달받은 물건에 하자가 있다고 쉽게 법적 조치를 취할 수 있을까요?

또한 국내 업체들의 경우는 각종 공법적 규제를 통하여 소비자의 피해를 미리 예방할 수 있는 길이 있으나, 외국의 업체의 경우는 이것도 불가능한 것입니다.

이상과 같은 점을 고려할 때, 정부로서는 세계무역기구(WTO), 경제협력개발기구(OECD), 아시아태평양경제협력(APEC), 소비자문제전문가회의(SOCAP) 등 국제조직은 물론 주요 인터넷쇼핑몰 활성화국가의 소비자보호기구 등과 긴밀한 관계를 맺고 정보를 수집하며, 정부차원에서 피해국민을 대변하여 피해자구제를 하는 노력을 하여야 할 것으로 생각합니다. 이 문제를 현재 어느 부서에서 전담하며 현재 어느 정도의 성과가 있는지 저로서는 자세히 알고 있는 바가 없으나, 앞서 지적한 피해자보호기구의 정비 강화에 있어서 이와 같은 외국 인터넷기업에 의한 피해구제 전담부서는 반드시 마련되고, 강화되어야 할 것으로 생각합니다. 정부차원에서 활동하는데 어려운 점이나 적절하지 않은 점이 있다면, 이를 전문으로 하는 민간단체나 업체를 정부에서 지원 육성하는 방안도 생각해볼 수 있을 것입니다.

〈토론 4〉

電子商去來와 消費者保護

장 정 환(경희대 법대 교수)

I. 약관의 명시·설명

1. 약관규제법이 고객에게 약관의 내용을 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하게 한 이유가 고객이 그 약관의 내용을 알 수 있도록 하기 위한 것이라는 점을 감안하면, 사업자가 회원 등록절차에서 약관을 제시하고 거기에 동의하는지 여부를 묻는 경우에는 약관의 명시 의무를 이행했다고 인정하기에 충분하지만, 단지 웹사이트의 초기 화면에 이용약관관을 지시하는 링크를 설정해 두거나 사이버물에 약관을 게시해 두는 것만으로 약관의 명시 의무를 이행했다고 보기는 어려울 것이라는 발표자의 견해에 대하여:

초기 화면에 약관을 지시하는 링크를 설정해 두는 것만으로는 명시 의무를 이행했다고 보기에는 어려울 것이라는 점에는 동의한다. 그러나 명시 의무는 약관의 내용을 알 수 있게 하기 위한 것이라는 점을 감안할 때 반드시 동의 여부를 물을 필요까지는 없고, 초기 화면(전면)에 게시하는 것으로 족하다고 생각된다. 회원등록절차에서 제시된 약관의 적용에 동의하는 것은 회원가입계약의 체결의 의미를 지니는 것이 아닌가 한다. 참고로 인터넷 사이버물 이용표준약관 제3조 제1항은 약관의 명시에 관하여 약관의 내용을 사이버물의 초기 화면(전면)에 게시하도록 규정하고 있다.

2. 전자약관의 특성상 약관의 중요한 내용에 대한 설명의 必要性은 더욱 切實할뿐만 아니라 그 방안을 마련하는 것이 불가능한 것도 아니기 때문에, 설명義務가 면제된다고 주장하는 견해는 타당하지 않지만, 설명의 정도에 있어서는 전자상거래의 특성을 고려하여 일반계약의 구두설명에 준하는 정도가 아니라, 고객의 주의를 끌기에 충분한 일정한 시청각적 효과를 사용하는 것으로 충분하다고 해야 할 것이라는 발표자의 견해에 대하여:

약관의 설명의무는 사업자가 고객이 약관의 중요 내용을 이해할 수 있도록 설명해야 하는 의무로서 구두로 설명해야 하는 것으로 이해된다. 따라서 사업자가 전자상거래약관을 화면에 게시하는 것 이외에 구두로 설명까지를 해야 하는지가 문제된다. 발표자의 견해대로 고객의 주의를 끌기에 충분한 시청각적 효과를 사용하는 것은 설명의무의 개념에 비추어 보면 설명을 한 것으로 볼 수는 없지 않은가 한다. 생각전대, 전자상거래에서는 계약체결의 非對面性 및 迅速性으로 인해, 약관규제법 제3조 제2항 단서가 규정하는 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우로서 설명의무가 면제된다고 해야 하지 않을까 한다. 통신판매의 방식으로 체결된 상해보험계약의 약관설명 의무에 관한 대법원 판례는, 사무처리비용의 절감에 의해 보다 영가의 보험료로 보험상품을 제공하고자 하는 통신판매의 이점을 퇴색시켜 당해 방식의 보험상품판매를 위축시키게 된다는 문제점이 있다.

II. 할부거래법에 의한 서면계약의 체결

할부거래법은 할부거래에 관한 분쟁을 예방하기 위하여 할부계약을 반드시 書面으로 체결하도록 하고 있다(동법 4조). 그런데, 전자상거래계약의 체결은, 인터넷 사이버몰 이용표준약관 제10조 제2항에 의하면 사업자의 승낙이 수신확인통지형태로 이용자에게 도달한 시점에 계약이 성립한 것으로 보므로, 별도의 서면을 요하지 않는다. 따라서 할부거래법 제4조에 의한 서면은 전자상거래에서는 전자문서로 대체될 수 있다고 해야 할 것이다. 이 점과 관련하여 전자거래기본법 제5조는, 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다고 규정하고 있다. 그런데, 흔적을 남기지 않는 완전한 위·변조가 가능한 일반 전자문서로는 분쟁예방을 위한 증거로서의 기능을 발휘하지 못한다. 이 점에서 할부거래를 한 경우에는 공인인증기관이 인증한 전자서명이 있는 전자문서에 의한 계약서나 별도의 일반 서면에 의한 계약서를 주고 받아야 하는 것으로 보아야 하는지?

III. 철회권

전자상거래등에서의소비자보호에관한법률안 제16조는 상품의 훼손·불일치·지연배송 등의 요건이 없더라도 청약의 철회권을 인정하고 있다. 그 행사기간은 통신판매업자가 소비자에게 계약체결 전에 일정 사항이 기재된 계약내용에 관한 서면(소비자의 동의를 얻은 경우에는 전자문서 또는 통신판매업자가 상품을 공급할 경우 교부하는 일정 사항이 기재된 공급서로 갈음)을 교부받은 날로부터 7일 이내, 또는 서면을 교부받은 때보다 상품의 공급이 늦게 이루어진 경우에는 상품을 공급받은 날로부터 7일 이내이다.

그런데, 상품의 훼손·불일치·지연배송 등 사업자의 아무런 귀책사유 없이도 철회권을 행사할 수 있게 한다는 점, 통신판매의 신속성, 사업자의 공격적인 판매유인 없이 고객이 스스로 사이트에 접속하여 구입계약을 체결했다는 점 등을 고려하면, 철회권의 행사기간을 7일의 기간보다 짧은 기간(예컨대, 3일)으로 해야 하지 않을까?

〈토론 5〉

전자상거래상의 계약철회권 등에 관하여

손 璜 伯(성신여대 법학과 교수)

세계적으로 전자상거래는 컴퓨터와 인터넷과 같은 네트워크의 확산과 비례하여 엄청난 규모로 확대되었다. 우리나라도 그 예외는 아니어서 최근의 조사에 의하면 기업과 소비자간의 전자상거래(B2C)의 매출규모가(2001. 1 - 2001. 9) 약 1,553십억원으로 알려져 있을 정도이다.

이와 같이 짧은 기간에 거래규모가 비약적으로 발전한 전자상거래는 현실 공간에서의 거래가 주지 못하는 여러 가지 편의성을 기업과 소비자에게 제공함으로써 더욱 더 확대 될 것이 예상된다.

그동안 학계에서는 전자상거래의 법적 규율과 관련하여 법률행위에 관한 전통적인 민법의 일반 법리가 그대로 전자상거래에도 적용될 수 있는지를 중심으로 기존의 私法규정과 달리 전자상거래의 특수성을 감안하여 별도의 私法체계가 필요한지의 여부에 관한 논의가 심도있게 진행되어 왔다. 또한 전자상거래와 관련된 소비자 보호문제에 대해서도 현행의 소비자법을 중심으로 소비자보호를 위해 어떠한 법적 조치가 필요한 지에 대한 개괄적 논의와 병행하여 구체적인 법적 문제점 예컨대 약관의 규제, 請約撤回權의 인정, 사기방지를 위한 가상 상품 및 상품에 대한 신뢰성 확보를 위한 규제, 국제 전자상거래에 있어서 소비자의 피해 및 분쟁의 관할, 계약의 이행과 관련된 대금의 결제와 급부의 이행 등에 대한 논의도 이미 상당히 이루어지고 있다.

본 논문은 전자상거래와 관련된 소비자보호문제를 현행 소비자법을 중심으로 규제내용과 함께 전자상거래의 특성을 고려하여 구체적으로 어떻게 적용될 수 있는지를 설명하고 있다.

토론자는 발제자의 논문내용과 관련하여 세부적인 사항 중 특히 請約의 撤回에 대한 발제자의 주장에 일단은 반대의 견해를 갖고 이 문제에 대한 논의에 임하고자 한다.

전자상거래가 전기통신을 이용한 통신판매의 일종이기에 방문판매등에 관한 법률의 적용을 받고 따라서 동법 제21조에 의해 일정한 경우에 소비자에게 請約撤回權이 인정된다고 본다. 그런데 동법 제21조에 의해서 請約撤回權이 인정되는 경우는 실제적으로 판매업자의 債務不履行에 해당되는 사유들이다. 따라서 발제자는 판매업자의 歸責事由가 없는 경우에도 전자상거래에서의 즉시성과 충동구매 가능성을 고려하여 소비자의 충실한 보호를 위해 임의(무조건)의 請約撤回權을 원칙적으로 허용하고, 프로그램 파일을 직접 다운로드 받는 경우처럼 그 이행이 즉시 이루어지는 경우에만 예외적으로 이를 허용하지 않아야 한다는 주장을 하고 있다.

소비자거래에서도 계약 당사자의 형식적 평등성은 전제되어 있다. 그러나 소비자보호의

관점에서 형식적 평등성의 원칙을 보완하기 위하여 판매업자에 대하여 거래조건의 명시 및 소비자에게 주지시킬 여부를 각종의 소비자법에 구체적으로 규정하고 있다. 그러나 충분한 거래조건이 명시된 경우라도 그것에 관한 소비자의 냉철한 대응은 판매업자의 교묘한 판매수단에 의하여 기대하기 어렵다. 따라서 소비자를 계약의 성급한 체결로부터 발생할 수 있는 위험으로부터 보호하기 위하여 일정한 기간을 설정하여 두고 그 기간내에 소비자가 계약의 필요성을 재고하기 위하여, 일체의 불이익없이 請約撤回權을 인정하고 있다. 소비자에 대한 請約撤回權의 허용은 경우에 따라서는 소비자들의 도덕성을 저해하고, 당해 계약이 체결된 후 다른 매도인들에 의한 부당한 경쟁을 고무시키며, 계약의 不可侵性을 침해하는 것으로 'Pacta sunt servanda'라는 법원칙에서 보면 거래의 안정성과 확실성을 해하는 것이다. 또한 請約撤回權이 행사됨으로써 발생한 판매업자의 불이익 내지는 비용이 請約撤回權을 행사하지 않는 소비자에게 필연적으로 전가되는 불합리성을 갖고 있다. 그렇지만 請約撤回權은 오늘날 소비자보호제도 중의 하나로 각국에서 할부거래, 방문거래, 신용거래를 중심으로 구체적인 내용에 있어서 차이가 있지만 공통적으로 인정하고 있는 실정이다. 각국에서 請約撤回權을 인정하는 공통적 근거는 첫째 현금 없이 상품이나 용역을 구입할 수 있으므로 소비자가 충동구매할 가능성이 높은 점, 둘째 전문적인 세일즈맨의 적극적이고 강권의 판매술에 소비자가 굴복할 가능성이 있다는 점에서 소비자를 보호하기 위해 판매업자와 소비자의 균형을 위한 법적 자위 수단이 필요하다고 보고 있다. 그런데 전자상거래에서 발제자와 같이 할부거래나 방문판매에서 인정되는 임의(무조건)의 請約撤回權을 허용해야 한다고 주장하는 분들이 그 이유로 전자상거래의 즉시성에 따른 숙려기간의 상대적 단기와 충동구매 가능성에 의한 소비자보호의 필요성을 들고 있다.

현실적으로 소비자의 전자상거래의 모습을 살펴보면 전자(사이버)물과 소비자간의 전자상거래가 그 주류를 이루고 있는데 이를 전제로 임의(무조건)의 請約撤回權을 허용하지는 이유의 적절여부를 판단해 보고자 한다.

우선 전자상거래의 즉시성에 기인한 숙려기간이 짧다는 논거는 현실적으로 인정하기 어렵다. 전자상거래에서 소비자가 請約의 意思表示를 하기 위해서는 그 형성과정에서 종래의 현실거래와는 달리 즉각적인 결정이 필요하다고 하며 그 이유로 效果意思를 형성하기 위해서는 상품 또는 용역에 관한 설명을 면밀히 검토하고, 계약조항을 숙지하여야 하는데 전자상거래는 통신에 의한 것이므로 검토의 시간동안 많은 통신비용이 부과되므로 계약조항을 자세히 읽는다는 것이 어렵다고 한다. 현재 대부분의 소비자들이 직장이나 가정에서 LAN에 의한 네트워크구축 또는 초고속 통신망 가입에 따라 통신비용과는 관계없는 전자상거래를 하고 있기 때문에 숙려기간의 불충분은 인정하기 어렵다. 또한 전자상거래에서의 충동구매 가능성에 대해서는 충동구매 그 자체로는 請約撤回權의 허용근거가 될 수 없다고 본다. 영업소 이외의 방문판매와 같이 판매업자의 적극적이고 강권적인 판매술에 기인한 충동구매이거나 할부거래와 같은 일시에 현금지급이 불필요한 거래에 따른 충동구매에 한정해서 소비자보호를 위해 請約撤回權이 허용되어야지 충동구매의 원인이 전적으로 또는 상당부분 소비자 자신에게 책임을 지울 수 있는 충동구매에까지 請約撤回權이 허용

된다면 請約撤回權 허용으로 발생할 수 있는 부작용이 소비자보호의 목적보다 훨씬 클 것으로 예상되기 때문이다. 현실적으로 유명 전자(사이버)물에서는 상품의 배송 전후를 기준으로 상품의 배송 전에는 구매신청의 변경 및 취소를 허용하여 임의(무조건)의 請約撤回權을 인정하고 상품의 배송 후에는 訪問販賣法에 포함된 통신판매에 관한 규정 적용에 따라 판매업자의 귀책사유에 따라 일정한 경우에 한정하여 請約撤回權을 인정하고 있다.

미국의 경우를 살펴보면 실제로 대부분의 off line의 소비자거래에서 각 판매업자의 소비자 policy에 따라 일정기간 내의 임의(무조건)의 請約撤回權이 인정되고 있다. 이는 소비자법에 의하여 請約撤回權을 강제하는 것이 아니라 판매업자의 자유경쟁에 따른 소비자에 대한 서비스 강화 차원에서 일어난 결과라고 본다.

따라서 우리의 경우에도 請約撤回權을 법의 규제에 의하여 강제할 것이 아니라 판매업자의 자유경쟁에 따라 請約撤回權이 보장되도록 하는 것이 보다 나은 소비자보호정책 수단일 것이다.

한편 현실거래에서의 일정한 경우에 한정하여 임의(무조건)의 請約撤回權이 허용되는 것과의 형평성을 고려할 때도 전자상거래에서의 임의(무조건)의 請約撤回權 허용은 신중히 판단하여야 한다고 본다.

마지막으로 발제자는 프로그램 파일을 직접 다운로드 받는 경우처럼 그 이행이 즉시 이루어지는 경우에 예외적으로 請約撤回權을 허용하지 않는다면 그 근거로 급부의 즉시 이행성을 들고 있으나 구태여 현행 訪問販賣法에서 근거를 찾는다면 이는 '기타 거래의 안정을 위하여 대통령령이 정한 경우'에 해당된다고 본다. 그러나 프로그램 파일을 직접 다운로드 받는 경우에 임의(무조건)의 請約撤回權이 인정되기 어려운 현실적 이유는 급부의 즉시이행성 때문이 아니라 프로그램 파일의 다운로드를 請約撤回權 행사시 그 반환이 문제가 될 수 있는데 프로그램의 파일이 유체물 형태로 off line으로 받은 경우가 아니라 on line을 통해 직접 다운로드 받는 경우 그 성질상 반환은 의미가 없고 결국 해당 프로그램의 삭제 여부가 관건인데 현실적으로 소비자의 삭제를 판매업자가 확인하기 어렵기 때문이다.

그러나 현재의 기술 수준에 의하면 프로그램을 직접 다운로드 받는 경우에 소비자에 의한 해당 프로그램의 복사매제 및 판매업자에 의한 삭제가 불가능하지 않다고 한다. 그리고 판매업자가 소비자의 請約撤回權 행사에 따른 불이익을 방지하기 위하여 프로그램의 파일 판매에 있어서 일정 기간 시험기간을 제공함으로써 사실상 請約撤回權의 허용을 보장하고 있는 경우도 있다. 이와 같이 법의 규제에 의하기 보다는 시장의 자유경쟁하에서 소비자를 위해 실질적으로 請約撤回權이 보장되는 결과가 바람직하다고 본다.

〈토론 6〉

국제분쟁과 소비자 보호

한 충 수(한양대 법대 교수)

I. 들어가는 말

최근 한국은 국제사법을 개정하면서(2001. 7. 1.부터 발효) 국제적 거래의 중대에 따른 소비자 보호를 위해 제27조에서 관련 규정을 신설하게 되었다. 이는 섭외사전에 있어서 소비자보호를 위해 준거법 및 국제재판관할에 관한 특칙을 규정한 것으로 EUGVÜ(브뤼셀협약)과 Hague 실험약예비초안(Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission on 30 October 1999, 이하 'Hague Pre-Draft'라 함)의 관련내용을 대폭 수용하여 마련된 것이다. 한국의 국제사법은 지금까지 준거법 결정과 관련된 규정만을 담고 있었으나 이번 개정을 통해 국제재판관할까지도 규율하는 보다 폭 넓은 법 체계를 갖추게 되었다. 그러나 국제재판관할과 관련된 규정은 단 몇 개 조문에 불과하여(제2조, 제27조, 제28조) 스위스 국제사법과 같은 완비된 체계를 갖춘 것은 아니다. 더욱이 기본적 법률관계에 대한 관할권 규정은 생략된 채 소비자나 근로자 보호를 위한 특칙 규정만을 신설하는 과도기적인 입법형식을 취하고 있다. 따라서 국제재판관할권 유무를 결정하기 위해서는 여전히 민사소송법의 국내토지관할 규정을 참조하지 않을 수 없다.

II. 소비자 계약과 국제재판관할

1. 계약사건 일반에 대한 국제재판관할

개정 국제사법은 제27조에서 소비자계약에 따른 관할의 특칙 규정만을 두었을 뿐, 일반 계약사건과 관련한 원칙적인 관할 규정을 두지 않음으로써 일반 계약 사건의 국제재판관할을 정하기 위해서는 국내 토지관할을 규정하고 있는 민사소송법을 함께 고찰하여야 한다. 현행 민사소송법 제6조(거소지 또는 의무이행지의 특별재판적)에 따르면 재산권에 관한 소는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다고 하여 다른 대륙법계 국가와 마찬가지로 '의무이행지'를 특별재판적의 하나로서 규정하고 있다(물론 계약 사건의 경우에도 원칙적으로 피고의 보통재판적 소재지 관할법원이 일반관할권을 갖는 것은 변함이 없다). 동 규정과 지참채무를 원칙으로 하는 우리 민법 제467조 제2항을 결부해서 본다면, 채권자의 주소지를 관할하는 법원이 일반 계약사건에서 특별재판적에 따른 관할권을 갖게 된다. 그런데 동 규정의 섭외사전에의 적용가능성에 대해서는 견해의 대립이 있다. 즉,

섭외사건에 적용될 준거법을 결정한 후 그 준거가 되는 실질법에 따라 의무이행지를 결정하여야 한다는 견해와 섭외사건에서의 의무이행지는 국제민사소송법상의 이념에 비추어 합리적으로 결정되어야 한다고 하는 견해가 그것이다. 전자의 견해에 따르면 한국 민법은 지참채무를 원칙으로 하는데 반해 독일 민법 제269조는 추심채무를 원칙으로 하고 있어 사건에 적용될 준거법에 따라 의무이행지 관할법원이 달라지게 된다. 한국의 대법원은 원·피고간의 의무이행지 결정은 섭외사법에 의거해서 준거법을 결정하고 그 실질법에 따라 결정되어야 한다고 판시¹⁾한 바 있는데, 최근의 하급심은 이와 정반대로 의무이행지 역시 국제민사소송법상의 기본 이념에 비추어 합리적으로 결정하여 할 것이라고 판결한²⁾ 바 있어 앞으로의 귀추가 주목된다. 앞서 언급한 대법원 판결은 70년대의 판결로 당시의 섭외사건 및 국제재판관할에 대한 대법원의 인식과 현재와는 매우 상이하므로 위 하급심 판결의 견해가 채택될 가능성이 높다고 판단된다. 한편, Hague Pre-Draft 제6조에 따르면 일반 계약에 대한 국제재판관할권 유무를 의무이행지가 아닌 재화의 공급과 송역의 제공자를 기준으로 하고 있는데 매우 시사적이다. 그러나 이러한 방법론에 의하더라도 on-line상으로 계약이 체결되고 이행 역시 on-line으로 되는 전자거래의 경우에는 별도의 보충규정이 필요하다고 생각된다³⁾. 인터넷을 통해 공급되는 소프트웨어 역시 무형의 물품(intangible goods)⁴⁾의 공급에 해당한다고 할 수 있을 것인데, 그것이 인도된 장소가 매수인의 수신지인지 아니면 매도인의 발신지인지 여부가 불분명하기 때문이다.

2. 소비자계약과 국제재판관할

섭외적 관계에서 소비자보호를 위한 국제재판관할 규정은 한국의 다른 실정법에서는 찾아보기 어렵다. 방문판매법 제57조(단, 통신판매는 제외), 할부거래등에관한법률 제16조 등이 소비자의 보호를 위한 전속관할 규정을 두고 있으나 이는 전적으로 국내관할 원칙을 정한 것에 불과하다. OECD의 권고에 따라 2000년도에 마련된 '전자거래 소비자 보호 지침' 제14조에 따르면 사업자의 서버가 국외에 있는 경우에도 소비자와의 분쟁 해결에 있어서는 국내법이 적용된다고 하여 준거법에 대해 약간의 언급이 있을 뿐이다. 이런 현실 인식을 바탕으로 섭외적 거래 관계에서 소비자보호를 위해 국제사법 제27조를 신설하기에 이르렀는데, 명문의 규정은 없으나 인터넷을 통한 전자거래를 적용대상에서 배제하고 있지 않다. 제27조는 준거법 및 국제재판관할 두 가지 측면에서 소비자보호를 도모하고 있으나 본고에서는 국제재판관할을 중심으로 이를 간략히 살펴보고자 한다.

(1) 소비자계약의 범주(제27조 제1항)와 인터넷 거래

소비자가 상대방과 체결한 계약이 첫째, 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가(소비자의 상거소지)에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나

1) 대법원 1972. 4. 20. 선고 72다 248

2) 서울지방법원 서부지원 1997. 5. 8. 선고 95가합11856.

3) Preliminary Doc. No. 12, p. 5.

4) General Preliminary Doc. No. 7, p. 17.

그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우(제1항 제1호), 둘째, 소비자의 상대방이 그 국가에서 소비자의 주문을 받은 경우(제2호), 셋째, 소비자의 상대방이 소비자로 하여금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우(제3호)에 해당하는 경우에는 동조의 적용대상인 소비자계약에 해당된다. 이 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없으며(제27조 제1항), 또한 소비자는 자신의 상거소지를 관할법원을 비롯하여 광범위한 관할선택권을 향유하게 된다. 동 규정이 원칙적으로 전자거래를 상정한 것이라고는 할 수 없으므로 소비자가 인터넷을 통해 맺은 계약이 제1항 각 호가 정하는 소비자 계약에 해당하는지 여부가 가장 문제가 된다.

전자거래의 특성상 사이버 물을 개설하여 광고를 하는 것만으로도 거의 전 세계의 모든 국민이 접속을 하여 이에 접근할 수 있으므로 제1호 전단에 해당하는 것은 당연하다고 할 수 있을지 모른다. 그러나 앞서도 언급한 바와 같이 동 조항에서는 "거래에 의한 권유 등"이라는 표현이 핵심적인 것이 아니라 상대방이 "직업 또는 영업활동"을 수행한 것이 중요하다고 생각된다. 결국, 전자거래를 둘러싼 국제재판관할 인정 유무의 문제는 사이버 물의 존재와 그를 통한 영업활동의 상관관계를 분석하여 관할에의 복종을 인정케 할 충분한 접촉 유무와 관할 인정의 합리성여부를 검토하는 것이 필요하다고 생각된다. 이러한 점에서 미국 연방법원의 Zippo 판결⁵⁾은 매우 시사적인 분석방법을 제공해 주고 있다. 동 판결에서는 인터넷을 통한 영업행위를 다음과 같이 세 가지로 분류하고 있다. 즉, 첫째, 피고가 명백히 인터넷을 통해 영업을 수행한 경우, 둘째, 다른 관할 구역에서 접근할 수 있는 정보만을 게시한 경우⁶⁾, 셋째, 그 중간지대에 있는 경우 등이다⁷⁾.

(2) 소비자의 관할선택권(제27조 제4·5항)

소비자가 상대방을 제소하는 경우에는 제27조 제4항에 따라 소비자는 언제나 자신의 상거지소지에서도 소를 제기할 수 있지만, 사업자가 소비자를 상대로 제소할 경우는 제5항에 따라 오로지 소비자의 상거소지 국가에서만 소를 제기할 수 있다. 제27조 제5항에 대해서는 전자거래에 있어 영세한 사업체가 많은 점, 소비자가 반드시 자신의 상거소지 국가에서만 방어를 하기 원한다고 할 수 없다는 점을 들어 전자거래에는 적용되지 않을 수도 있다는 점을 지적하고 있는데⁸⁾, 적절한 지적이라고 생각된다.

5) Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot com, Inc.(952 F. Supp. 1119, 1125-1127 (W.D. Pa. 1997)).

6) 소위 수동적인 웹 사이트(passive Web site)만을 운영함으로써 관련된 사용자들에게 정보만을 제공하는 경우에는 관할권의 인정이 거부되었는데 대표적인 것으로는 Bensusan Restaurant Corp. v. King(937 F. Supp. 295(S.D.N.Y. 1996)) 사건을 들 수 있다.

7) 단순한 passive Web site가 아니라 사용자와 개설자간의 site상에서 정보교환 등이 가능한 경우에는 상호교환의 정도와 교환되는 정보의 상업적 성격의 정도에 따라 관할 유무 판단을 하여야 한다고 한다.

8) Preliminary Doc. No. 12, p. 7.

(3) 국제재판관할합의(제27조 제6항)

동 규정에 따르면 상대방은 소비자와 서면에 의한 관할합의를 할 수 있으나 분쟁이 이미 발생한 뒤에 한 합의거나 제27조에 의해서 소비자에게 인정되는 관할선택권보다 더 넓은 선택권을 부여하는 내용의 관할합의만이 유효하다. 서면성을 명시적으로 요구한 것은 서면에 의한 관할합의만을 인정하는 민사소송법 제26조 제2항과의 균형을 고려한 것이다. 동 규정에 대해서는 제5항과 마찬가지로 소비자에게 너무 과도된 보호를 하고 있다는 지적이 적지 않다. 또한, 한국은 소비자와 관련된 관할합의의 유효성 여부를 약관의규제에 관한법률 제14조(소비자에게 불리한 관할합의는 무효)에 의해서 판단해 오고 있는데, 제27조 제6항의 규정방식은 기존의 관할합의 처리방식과 배치된다고 하는 비난 역시 존재한다. 그러나 소비자가 자신의 상거소지를 관할하는 법원에 제소할 수 있는 권리는 관할합의에 의해서도 배제되지 않아야 한다는 원칙은 매우 합리적인 것이라고 생각되며, 소비자는 분쟁발생 후의 관할합의를 통해 다른 법원에 제소하는 것은 언제나 가능하므로 소비자의 의사를 제한하는 측면은 없다고 생각된다. 단, 소비자가 자신의 상거소에서 소를 제기할 수 있음을 알면서도 계약체결 단계에서 다른 관할법원을 합의하는데 동의하였다면 그 합의는 유효한 것으로 취급하는 것이 타당하다고 생각되며, 소비자의 상거소지 국가의 법이 유효로 취급하는 관할합의 역시 인정되어야 한다고 생각된다⁹⁾. 특히, 전자거래의 경우 전 세계의 소비자를 상대로 영업을 하는 사업자에게 항상 소비자의 상거소지 국가에서 제소를 하도록 강제하는 것은 자칫 인터넷 산업을 위축시킬 수도 있는 중대한 문제라고 생각된다.

9) Preliminary Doc. No. 12, p. 7.

〈토론 7〉

전자상거래 관련 개념 및 경쟁법적 틀

김 두 진(한국법제연구원 수석연구원)

I. 전자거래와 전자상거래(electronic-commerce)의 동일 접근방식의 필요성

전자상거래는 거래주체를 기준으로 분류하면, ①기업·개인간(B2C) 전자상거래, ②개인·기업간(C2B) 전자상거래¹⁾, ③기업간(B2B) 전자상거래, ④기업·정부간(B2G) 전자상거래 등이 있다.²⁾ 전자상거래처럼 보이지만 이와 구별되는 것으로 개인간(C2C) 전자거래³⁾가 있는 바 이것은 민사거래이므로 전자상거래가 아니라 전자거래(electronic exchanges or electronic transactions)라고 볼 수 있다.

소비자보호의 면에서 개인간 전자거래를 전자상거래와 다르게 취급하는 것은 여러 가지 불합리한 결과를 가져올 수 있다.⁴⁾ 특히 어떤 면에서는 개인간 전자거래로 인한 피해는 전자상거래로 인한 피해보다 적어도 그 발생빈도가 더 높을 가능성이 있다는 점을 감안한다면 오히려 소비자보호 문제에 관한 한 원칙적으로 개인간 전자거래를 전자상거래와 동일하게 다루어야 하고, 다르게 취급하는 것은 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한해야 할 것이라고 본다. 그러한 면에서는 전자상거래의 소비자보호 장치들, 예컨대, 당사자의 식별을 위한 표시나 인증제도, 부당한 표시·광고의 금지제도, 중요 표시·광고 사항의 규제제도 등은 개인간 전자거래에도 적용되도록 하여야 할 것으로 생각한다. 물론 안정적이고 편리한 거래기법이나 장치의 개발은 전자거래기업의 몫이며, 그 달성여하에 따라서 당해 기업의 전자상거래의 성패가 좌우될 것이다.

II. 소비자의 개념과 소비자보호법의 적용범위-기업을 포함할 것인가

기업간(B2B) 전자상거래에 대하여도 소비자보호법이 적용되는가에 대해서 간단히 검토해 본다.

1) 이것은 소비자가 기업에 대하여 청약을 하여 기업이 이에 승낙을 하는 형태이며, 온라인 역경매(reverse auction)가 이에 해당한다. 우리나라의 '에스프라이스', 미국의 'Priceline.com'이 이 방식의 영업을 하는 예이다.

2) 전자상거래는 그 수단을 기준으로 ①전자자료교환(BDI) 방식이나 인터넷 웹사이트를 통한 온라인쇼핑 처럼 정형화된 전자상거래와 ②전자우편(e-mail)이나 전자게시판(BBS)을 통한 전자상거래처럼 비정형화된 전자상거래로 구분할 수 있다.

3) 소비자와 다른 소비자가 거래하는 형태이다. 우리나라의 '옥션(주)'이나 미국의 'eBay, inc.'의 소비자간 온라인경매가 이에 속한다.

4) 예컨대 기업이 신문을 감추고 개인의 명의로 거래한다면 그것은 소비자보호의 대상에 포함되어 취급되는 것을 가능하게 하는 방법이 될 수 있다.

구매자입장에서는 소비자보호법이 적용된다는 것은 일반 민사소송절차보다 값싸고 간편한 소비자피해구제제도(동법 제39조 내지 46조)를 이용할 수 있고 소비자피해보상규정(동법 제12조제2항)이 적용된다는 이점이 있을 것이다. 전자거래기본법은 소비자보호법 제12조제2항의 규정에 의한 소비자피해보상기준은 전자거래에 이를 적용하도록 하고 있다(제31조제2항). 이것은 전자소비자거래에 관한 소비자피해보상규정의 적용을 명규한 것일 것이다.

우리나라 소비자보호법의 적용대상이 되는 소비자의 개념은 "사업자가 제공하는 물품이나 용역을 소비생활을 위하여 최종적으로 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령이 정하는 자"이다(제2조제2호). 여기에서 "대통령령이 정하는 자"는 이른바 준소비자 개념이라 볼 수 있다. 시행령에서는 준소비자를 "사업자가 제공하는 물품이나 용역을 생산활동을 위하여 사용하거나 이용하는 자"로서 제공된 물품이나 용역을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자를 말한다(제2조제1호)고 규정하고 있다. 다만, "제공된 물품을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자를 제외한다"(동호단서).

기업간 상거래에서의 목적은 MRO(maintenance, repair or operation)에 사용되는 운영 투입물, 즉 간접재와 생산 투입물, 즉 직접재로 나뉜다. 간접재는 최종 제품의 일부를 구성하지 않으며, 그 구매는 직접재에 비교하여 다수 거래의 목적이 되지만, 거래가액은 적고, 또한 직접재 구매부서처럼 특화되지 않고, 간접재의 구매는 기업조직내에서 고르게 분산되는 것이 보통이다. 따라서 현행법상 기업의 간접재의 구매거래에 대해서는 소비자거래로 해석될 수 있다고 생각한다.

다른 관련법규를 비교해 보면, 표시·광고의공정화에관한법률에서는 "소비자라 함은 사업자 또는 사업자단체(이하 "사업자등"이라 한다)가 생산 또는 제공하는 상품등을 사용하거나 이용하는 자를 말한다."라고 규정하고 있는데(동법 제2조제5호), 전자거래소비자보호지침에서는 "소비자"를 "사업자가 제공하는 재화 등을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자"로 축소규정하고 있다(동지침 제2조제2호).

Ⅲ. 전자상거래와 관련한 경쟁법적 쟁점

소비자보호문제는 거래조건의 공정화외에 공정경쟁의 보호에 의해서도 궁극적으로 또는 간접적으로 해결되는 문제라 할 수 있으며, 그것은 전자상거래와 관련해서도 마찬가지이다.

현재 금액과 물량면에서 가장 비중이 큰⁵⁾ 기업간(B2B) 전자상거래에는 그 운영자를 중심으로 분류하면, 구매측 전자상거래, 판매측 전자상거래 그리고 전자장터(e-marketplace)

5) 전자상거래의 도입 초기에는 기업·개인간 전자상거래 중심의 인터넷 쇼핑몰이 전자상거래를 주도했지만 근래에는 기업간 전자상거래가 흐름을 주도하고 있다. 2000년도에는 전자상거래는 B2B거래가 대부분(미국의 경우 전체중 90%정도)을 차지하였으며, B2C거래가 그 뒤를 이었다(7-8%정도). 통계청은 최근에 상장법인, 코스닥등록법인, 공기업 등 1658개 기업을 대상으로 벌인 '2000년 전자상거래 기업체 통계조사'에서 2000년도 국내 전자상거래 전체 규모가 57조5584억원으로 기업간 총거래액 835조6889억원의 6.3%였다고 발표했다. 전자상거래 전체규모 중 기업간거래는 52조3276억원으로 전체의 90.9%를 차지했고 기업·소비자간거래는 7337억원, 해외 수출거래는 4조4498억원이었다. B2B거래는 작년 1·4분기(1~3월) 9조9000억원에서 2·4분기(4~6월) 12조5000억원, 3·4분기(7~9월) 14조3000억원, 4·4분기(10~12월) 15조4000억원으로 급팽창했다. 동아일보 2001.6.4.

의 세 가지가 있다. 이 중에서 기업간 전자장터는 복수의 구매자와 판매자가 인터넷을 통하여 매매와 물자조달을 할 수 있도록 하는 시스템으로서, 이와 관련하여 제기될 수 있는 경쟁법적 쟁점은 시장지배적 사업자의 지위남용행위, 부당한 공동행위 등의 문제일 것으로 예상된다.

그러한 문제의 위법성판단은 전자장터가 얼마나 특화되어 조직되었는지, 교환되는 정보의 정도와 유형, 당해 전자장터가 공동판매나 공동 구매를 포함하고 있는지, 관련시장을 어떻게 획정할 것인지, 관련시장내에 복수의 기업간 전자장터가 존재하는지 여부 등에 따라서 달라질 것이다. 그러나 기업간 전자장터의 다양성과 그것이 아직 충분히 정착되지 않고 지속되는 진화와 발전과정에 있는 현실 등을 감안하면, 기업간 전자장터에 대한 경쟁법 적용의 틀을 짐작하는 것은 아직 어려운 문제라 하겠다. 그러나 2000.4.7.에 미연방정부 법무부와 연방거래위원회가 공동으로 발표한 경쟁자간 협력에 관한 지침(Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors)은 기업간 전자장터가 조직될 때에 고려되어야 할 문제에 대한 유용한 틀을 제공하여 준다. 동지침은 전자장터의 설립과 같은 경쟁자간 협력이 가격인상이나 산출제한 효과를 가져올 개연성이 농후한 경우에는 당연위법으로 간주한다.⁶⁾ 반면에 당연위법으로 간주되는 협력이 아닌 경우에는 극히 예외적인 사정이 있지 않는 한, 협력체와 참여기업들의 관련시장에서의 시장점유율의 합계가 20% 이하인 경우의 협정을 거의 특별한 사정에 관한 조사 없이 적법한 것으로 취급하는 안전지대를 제공한다.⁷⁾ 다음으로, 이러한 안전지대를 벗어난, 즉 시장점유율의 합계가 20%를 초과할 경우에 독립된 법적 실체가 성립되는 완전한 통합(full integration)에 미치지 못하는 협정은 합리성 심사를 받게 된다.⁸⁾ 집행기관이 합리성심사기준을 적용하는 경우에는 관련협정의 성질, 그것이 이미 실행중이라면 이미 반경쟁적 효과가 발생하였는지 여부에 대하여 조사를 할 것이고, 경쟁법적 우려가 부존재하는 경우에는 당해 합작 투자는 적법성이 승인된다. 계약의 성질이나 이미 실행중인 협정으로 부터 반경쟁적 효과가 발생하였다면 그러한 반경쟁적 효과를 증가하는 혜택이 존재하지 않는 한 집행기관은 세부적인 시장분석을 하지 않고 그 협정을 독점금지법적으로 위법한 것으로 처리하게 된다. 마지막으로 효율성⁹⁾을 강화하는 경제활동의 완전한 통합에 이른 경우에 그 참가자들이 합리적으로 통합에 관련되고 그 친경쟁적 혜택을 향유하기 위하여 필수적인 협정을 체결한 경우에는, 다른 상황에서라면 경쟁법적 우려가 제기되었을 경우라 하더라도, 합작투자의 참가기업들이 합작투자회사와도 경쟁할 유인과 능력을 보유하고 있다면 집행기관은 그러한 협정을 합리성 원칙에 의거하여 심사하게 된다.¹⁰⁾

6) The Federal Trade Commission & the United States Department of Justice, *Anti-trust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, section 3.2.

7) *id.* section 4.2.

8) *id.* section 3.3.

9) 가이드라인은 이러한 효율성을 생산·유통·마케팅·구매·연구개발 등의 공동수행에 의하여 산출증대·가격인하·품질개선·혁신 등에 의하여 소비자에게 현실적으로 또는 잠재적으로 혜택을 부여하는 것으로 설명하고 있다.

10) *id.* section 3.3.

〈제2분과〉

전 자 거 래

〈주제발표문〉

전자(상)거래와 법적 과제

왕 상 한(서강대 법학과 부교수)

I. 들어가는 말

1997년 10월 우리 정부는 전자상거래 활성화 대책 수립과 함께 전자거래기본법, 전자서명법, 전자자금이체법의 입법 추진을 결정하였으며, 이에 따라 1999년 7월 전자거래기본법과 전자서명법이 각각 제정됐다. 새 천 년 들어서는 산업자원부, 정보통신부, 국방부, 건설교통부, 기획예산처, 조달청 등 관계 부처가 한 데 모여 오는 2003년까지 전자상거래 선진국으로의 도약을 위한 종합대책을 발표했다. 이로써 사이버 시장 신뢰성 제고, 전자상거래 인프라 확충, 공공부문 전자상거래 촉진, 산업부문 전자상거래 확산, 사이버 무역 기반 조성 등 5대 중점 분야가 선정되고 40개 세부과제가 확정됐다. 뿐만 아니라 전자금융거래 기본약관, 개인정보 보호지침, 민간부문 암호이용 활성화를 위한 법률 등의 제정과 함께, 방문판매 등에 관한 법률의 개정 및 지적재산권 보호제도의 보완 추진 등 법제 개선을 위한 일정이 가시화됐다.

현재 전자상거래 관련 국내법으로는 전자거래기본법, 전자서명법 외에 정보통신망이용촉진등에관한법률, 무역업무자동화촉진에관한법률, 통신비밀보호법, 공공기관의개인정보보호에관한법률, 공업및에너지기술기반조성에관한법률, 신용정보의이용및보호에관한법률, 정보화촉진기본법, 그리고 방문판매등에관한법률 등이 있다.

전자상거래를 활성화시키고자 하는 우리 정부의 이 같은 확고한 의지는 정보화 시대의 핵심으로 자리하게 될 전자상거래의 중요성을 인정한 결과로 높이 평가하고 싶다. 특히 관련 법률을 재정비하고 필요한 입법을 서두르는 일은 체계적으로 정비된 법적 기반 없이 전자상거래의 발전을 기대할 수 없다는 이유에서 타당성을 부여할 수 있다.

그러나 국경을 초월하는 전자상거래의 특성상 국제 논의동향을 무시한 입법은 국제사회로부터 손가락질 받게 될 것임은 물론 실무계의 혼란만 가중시킬 것이다. WTO, OECD, UNCITRAL, APEC 등에서 이루어진 국제논의 내용을 토대로 하여 전자상거래 관련 국내 규범을 일괄하고 향후 법적 과제에 대해 고민해 보고자 한다.

II. 전자(상)거래 정의

전자상거래를 규율하는 법률의 성격을 명확히 하고 그 내용을 합리적으로 정립하기 위해서는 먼저 전자상거래의 용어와 개념정의를 일관되게 정리할 필요가 있다.

1. 다양한 개념정의

사이버 스페이스에서 이루어지는 각종 경제활동을 일컫는 말로 전자상거래, 전자거래, e비즈니스, 글로벌 비즈니스, 글로벌 전자상거래 등 다양한 용어가 사용되고 있음을 본다. 그러나 일상적으로 사용되고 있는 이러한 용어들은 그 내용에 있어 서로 큰 차이가 없다. 일상에서뿐만 아니라 학계에서도 이들 용어를 혼용하고 있을 뿐만 아니라 전자거래기본법을 제정할 때 전자상거래의 의미가 한정적이라는 이유로 대신 전자거래라는 용어를 선택한 정부에서조차 이후 전자상거래를 사용하는 등 용어를 혼용하고 있음을 본다.

그 개념정의 또한 매우 다양하다. "두개 이상의 기업간의 사업과정을 합리화하기 위한 일련의 통합적인 전자수단을 사용하여 이루어지는 거래행위"로 정의하는 견해가 있는가 하면¹⁾ "EDI 등 전자적 수단을 토대로 가상공간에서 전자적 방식에 따라 행해지는 상거래"로 정의하는 의견도 있다.²⁾ "양 당사자 모두 컴퓨터 및 쌍방의 컴퓨터를 연결하는 망(net)을 이용하여 전자적인 방법으로 법률행위 또는 그에 따른 이행을 하는 거래"로 정의하는가 하면³⁾ "EDI를 비롯하여 Internet, 전자우편(E-Mail), Fax, Bar code, File Transfer, 전자자금이체(EFT), 전자정보서비스(Electronic Information Service), 음성사서함(voice mail), 이미지 시스템(image system), 비디오 메시징(video messaging) 등 컴퓨터 과학과 통신기술의 결합을 통하여 비즈니스를 수행하는 것,"⁴⁾ "광고, 주문을 포함하는 계약체결, 대금지급, 상품의 인도나 서비스의 공급 등 제반 경제활동이 네트워크상에서 이루어지는 것"⁵⁾ 등 실로 다양한 정의를 발견할 수 있다.

2. 국내법에 따른 용어와 개념정의

우리 정부는 사이버 스페이스에서 이루어지는 각종 경제활동을 그 대상으로 한 전자거래기본법과 전자서명법을 제정하면서, 전자거래기본법 제2조 제4호에서 '전자거래'라는 용어를 채택하고 "재화와 용역의 거래에 있어서 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다"라고 그 개념을 정의함으로써 일반인들이 다양하게 사용되고 있는 용어 및 개념의 통일을 시도하였다.

그러나 동법이 규정한 용어와 개념정의는 무엇보다 민법, 상법 등 기존 법률에서 사용하는 법률용어와 전혀 상이하여, 이로 인한 혼동을 우려하지 않을 수 없다.⁶⁾

동법에 따르면 '전자거래'는 "재화와 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래"라 하였으므로 '전자거래'는 일용 ①민법상 재산을 대상으로 하

1) 홍준형, "인터넷 사회에 있어서의 EDI 및 전자거래의기능", 전자거래 및 EDI관련법 제도 정비방향(1996), p.16.

2) 김영갑 외, "정보사회에 대비한 상사법 연구 서론", 정보사회에 대비한 일반법 연구(I)(1997), p.12.

3) 오명철, "전자거래의 민사법적 규율방안", 정보사회에 대비한 일반법 연구(II)(1997), p.51.

4) 김은상, 전략경영&EDI(1997), p.104

5) 정재춘, "미국의 지구촌 전자상거래 기본계획", 통상법률(1997.10.), p.165.

6) 동법에 규정된 '거래'라는 용어는 민법, 상법상 개념이 아닐 뿐만 아니라, 그것이 의미하는 바가 무엇인지 매우 불명확하다.

는 계약과⁷⁾ 노무를 대상으로 하는 계약,⁸⁾ 그리고 ② 상법상 상행위를 포함하는 개념으로 보인다.

그런데 민법, 상법은 법률행위, 상행위 등의 용어만 사용하고 있을 뿐 '거래'라는 용어는 사용하고 있지 않다. 통상 '거래'라 함은 유상인 것으로 이해하는 것이 일반적이고 만약 동법에 규정된 '거래'의 의미를 이와 같이 이해한다면 민법에 규정된 내용 가운데 무상인 증여, 위임 등은 아무리 전자문서로 법률행위가 이루어졌다 하더라도 전자거래기본법의 적용대상에 포함시킬 수 없다.

또 전자거래의 정의를 전자문서의 사용에 국한시킨 것도 문제가 아닐 수 없다. 동법에 의하면 '전자문서'에 의하지 않은 법률행위는 동법의 대상이 될 수 없다. 예컨대 전자문서가 아닌 전화, 팩스, 텔렉스, 팩스 등을 통해 재화나 용역에 관한 계약이 이루어지고, 그 이행은 인터넷 등으로 하였을 때 일반적으로 이러한 형태 또한 전자상거래의 범주에 포함됨에도 불구하고 동법에 의하면 '전자거래'가 아니게 된다.⁹⁾ 더욱이 동법은 제3조에서 "이 법은 전자문서에 의하여 이루어지는 모든 거래에 대하여 이를 적용한다"고 함으로써 전자문서에 의하지 않은 사이버 스페이스에서의 행위는 그 대상에서 제외한다는 뜻을 분명히 한 셈이 됐다.

결코 찬성할 수 없는 입법이다. 우선 '전자거래'라는 용어 선정이 잘못됐고 그 개념 정의를 전자문서의 사용에 국한시킨 것도 타당하다고 말할 수 없다. '전자거래'라는 표현은 '전자적 법률행위'로 그리고 그 개념정의는 "재화와 용역에 관한 법률행위에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서 등 전자적인 방법으로 처리되는 것을 말한다"로 개정할 것을 제안한다.

Ⅲ. 전자문서, 전자서명, 인증제도

1. 서 언

지금까지의 법률행위 대부분은 종이문서의 교환을 통해 이루어져왔다. 종이문서와 그 문서상의 서명은 그 작성자가 누구인지를 확인할 수 있게 하고, 그 내용의 변조여부를 비교적 쉽게 발견할 수 있으며, 그 문서의 작성자는 문서에 기재된 것과 다른 주장을 하기 어렵고, 따라서 분쟁이 발생한 경우에도 결정적인 증거로 활용된다. 이러한 이유에서 거래당사자들은 종이문서를 안전한 것으로 신뢰하여 왔으며 대부분의 중요한 거래가 종이문서의 교환을 통해 이루어졌다.

그런데 컴퓨터와 인터넷과 같은 개방형 네트워크의 등장은 이러한 일상 생활에 큰 변화를 가져오고 있으며 거래 당사자들에게도 지금까지의 관행에 일대 변화를 추구하고 있다. 오늘날의 컴퓨터와 네트워크를 이용하여 전자적인 수단에서 의하여 처리되는 거래의

7) 민법은 재산을 대상으로 하는 계약을 다시 ▲재산의 양도를 목적으로 하는 계약(증여, 매매, 교환), ▲재산의 이용(대차)을 목적으로 하는 계약(소비대차, 사용대차, 임대차)으로 나누어 규정하고 있다.

8) 고용, 도급, 현상광고, 위임, 임치.

9) 同旨, 김진환, 「전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰」, 법조 제515호(1999.8.), pp.119~120.

양은 폭발적인 증가추세에 있고 거래의 유형 또한 매우 다양하다. 전자상거래의 활성화 속도에 비례하여 전자문서가 종이문서를 대체하고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 전자문서는 아직까지 많은 부분에 있어 종이문서가 제공해 온 신뢰를 거래당사자들에게 주지 못하고 있는 게 사실이다. 전자상거래의 지속적인 발전을 위해서는 전자문서가 종이문서와 같은 안전성을 확보해야 하는 것이 무엇보다 중요하고 이로써 거래당사자들이 전자문서를 종이문서처럼 신뢰할 수 있도록 해야 한다.

이하에서는 현행법이 종이문서와 수기식 서명날인에 부여하는 법률효과, 문서의 안전성을 이루는 제요소를 차례로 검토하면서 전자상거래와 관련한 쟁점들을 정리해 보기로 한다.

2. 전자문서

(1) 개 관

종이문서¹⁰⁾와 문서작성자의 서명날인¹¹⁾은 거래의 실제에 있어 중요한 지위를 차지할 뿐만 아니라 일정한 경우에는 법적으로도 특별한 효과를 갖는다.

먼저, 법에서 특히 서면에 의할 것을 요구하고 있는 경우가 있다. 이는 다시, 법률행위, 신고행위 등을 서면에 의할 것을 요구하는 경우(상법 제293조, 방문판매 등에 관한 법률 제38조 제3항, 가사소송규칙 제75조 제1항), 일정한 사실은 서면에 의하여 증명할 것을 요구하는 경우(부동산등기법 제130조, 공탁법 제9조 등)가 있다. 다음으로, 법령이 서면에 의한 행위가 유효함을 명정하고 있는 경우가 있다(회사정리 등 규칙 제15조, 증권투자회사법 제15조 제3항). 이에 더하여 법이 서면에 의한 법률행위에 보다 강력한 효력을 부여하고 있는 경우도 있다(민법 제555조).

전자거래기본법은 제5조 '전자문서의 효력'에서 "전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다"라고 규정하고 있으며 제6조 '전자서명의 효력'에서는 제1항 "공인인증기관이 인증한 전자서명은 다른 법률에 그 효력을 부인하는 규정이 있는 경우를 제외하고는 관계 법률이 정하는 서명 또는 기명날인으로 본다" 제2항 "전항에 의한 전자서명이 있는 전자문서는 작성자가 서명한 후 그 내용이 변경되지 아니한 것으로 추정한다"라고 규정하고 있다. 이러한 입법은 거래계에서 중요한 의미를 갖는 종이문서 및 문서작성자의 서명날인을 염두에 둔 규정임은 물론이다.

그렇지만 전자상거래가 급속히 확산되고 있다 해도 지금 이 시점의 실무계에서 전자문서에 대한 신뢰성이 과연 종이문서에 대한 것만큼 부여되고 있는지는 의문이다. 전자서명에 대해서도 공인인증기관의 인증을 받지 않은 전자서명에 대해서는 그 효력에 관해 동법과 전자서명법은 침묵하고 있고, 설혹 공인인증기관으로부터 인증을 받았다 하더라도 현행법상 공인인증기관의 인증이 공증 또는 인감을 대신할 수 없다는 점을 감안하면 동

10) '전자문서'에 대응하는 말로 현실세계에서 사용하는 문서를 이하 '종이문서'로 표현한다.

11) '전자서명'에 대응하는 말로 현실세계에서 사용하는 것을 이하 '수기식 기명날인' 또는 '기명날인'으로 표현한다.

법과 전자서명법이 의도하는 것처럼 전자문서와 전자서명이 과연 종이문서와 수기식 서명날인을 대체할 수 있을지 또한 의문이다.

법령이 문서 또는 장부의 보관을 요구하는 경우도 있다(상법 제33조, 사무관리규정 제 28조, 정부투자기관문서규정 제3장의 제 규정 등). 이와 관련하여 전자거래기본법은 제8조 '전자문서의 보관'에서 전자문서가 ①전자문서의 내용을 열람할 수 있을 것 ②전자문서가 작성 및 송·수신된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것 ③전자문서의 작성자, 수신자 및 송·수신시에 관한 사항이 포함되어 있는 경우에는 그 부분이 보존되어 있을 것 등 3개 요건을 충족시켰을 경우에는 그 전자문서의 보관으로 관계법령이 정하는 문서의 보관에 갈음할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 그러나 동법이 요구하는 사항의 충족만으로 종이문서 또는 장부의 보관을 요구하는 법규들의 소기 목적을 달성할 수 있을지 의문이다. 특히 전자문서의 작성자와 관련하여서는 비단 보존성만이 아니라 그 진정성까지 담보할 것을 목적으로 한 법규들이 있음을 고려해 보면 이를 보다 확실히 보장할 수 있는 방안이 필요하다.

소송법상으로도 서증은 중요한 비중을 차지한다. 우리나라 민사소송법은 법관의 자유심증주의를 채택하고 있으므로(민사소송법 제187조) 이러한 측면에서 보면 서증과 다른 증거 사이에 그 증거능력 및 증거가치에 관한 한 법적 차별이 존재하지 않는다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 서증은 실제 소송 과정에서 가장 확실한 증거로 평가받고 있는 것이 사실이다. 전자거래기본법은 비단 실제법적으로 뿐만 아니라 소송 과정에 있어서도 전자문서와 공인인증기관으로부터 인증받은 전자서명이 종이문서와 수기식 서명날인에 비해 차별 받지 않기를 의도하고 있다. 그러나 전자거래기본법이 관련 조항을 두고 있다고 해서 전자문서와 공인인증기관으로부터 인증받은 전자서명에 대한 평가가 자유심증주의 아래에서 과연 종이문서와 수기식 서명날인과 같은 정도의 신뢰를 법관으로부터 받을 수 있을지 지금 이 시점에서는 회의적인 마음을 지울 수 없다.

(2) 관련 규범 검토

종이문서에서 법적으로 중요한 것은 크게 두 가지다. 그 하나는 문서가 진정하게 성립하였는가, 즉, 그 문서가 문서의 작성자로 표시된 사람의 의사에 의해 작성되었는지 여부이고 다른 하나는 내용의 진정성이다.

이점 전자문서라 해서 다르지 않다. 전자문서로 상품 주문을 받았다고 할 때 수신자는 그 전자문서가 진실로 전자문서의 송신자로 표시된 사람에 의해 작성되어 송신된 것임을 확인할 수 있어야 한다. 만약 누군가 송신자의 신원을 모호하여 전자문서를 발송했다면, 주문받은 상품을 발송한 전자문서 수신자는 괜한 노력과 비용을 허비한 게 된다. 자칫 상품은 내어주고 그 대금은 받지 못하는 일이 발생할 수도 있고 전자문서의 수신자가 전자자금이체를 의뢰 받은 은행이라면 거래의 손해배상책임을 부담할 수도 있다.

내용의 진정성은 그 문서가 작성된 후 권한 없는 자에 의하여 변조되었는지 여부를 말한다. 전자문서를 이용한 전자상거래의 경우 예컨대 전자문서로 상품의 주문을 받았고,

전자문서의 수신자는 그 주문이 진정하게 성립된 것임을 확인하였다 하더라도 전자문서의 내용이 송신과정 등에서 변조될 수 있다. 전자문서의 내용이 작성자가 작성해서 송신한 내용과 상이할 경우 분쟁의 소지가 발생하므로 전자문서 내용의 진정성을 확보할 수 있는 장치가 필요하고, 이것이 전자문서의 안전성의 두 번째 요소가 된다.

거듭 말하거니와 전자상거래의 활성화를 위해서는 무엇보다 전자문서와 전자서명에 대한 거래 당사자로부터의 신뢰 확보가 가장 중요하다. 당사자로부터의 신뢰를 확보하는 것은 전자문서와 전자서명이 적어도 종이문서와 수기식 서명날인이 갖는 정도의 안전성을 확보해야만 가능한 일이다. 이러한 필요성에 따라 다양한 법적 방안들이 강구되고 있다. 현재 우리 나라는 전자거래기본법, 전자서명법을 포함한 다수의 법령에서 전자문서에 대한 규정을 두고 있다.

법 자체의 적용대상 또는 그 범위를 특정하기 위함인 경우도 있고 나아가 법에 의해 전자문서의 효력을 종이문서와 동일하게 부여하기 위함인 경우도 있다. 이처럼 많은 법령들이 여러 가지 이유에서 전자문서에 관한 규정을 두고 있지만 우선 그 개념정의는 이하에서 보는 바와 같이 실로 다양하다.¹²⁾ 뿐만 아니라 이들 법령에 규정된 전자문서가 '문서'로서 갖추어야 할 최소한의 요건, 즉 성립의 진정성과 내용의 진정성을 도대체 어떻게 확보하고자 하는 것인지 의문이 제기되는 규정들 또한 없지 않다. 이하 전자거래기본법, 전자서명법, 기타 법령들이 규정하고 있는 전자문서의 내용을 검토하기로 한다.

1) 전자거래기본법

동법 제2조 제1호는 전자문서를 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터 등"이라 한다)에 의하여 전자적 형태로 작성되어, 송·수신 또는 저장되는 정보를 말한다"라고 규정하고 있다. 동조에 규정된 전자문서의 정의는 그러나 다음과 같은 이유에서 찬성할 수 없다.

①먼저, "작성"의 의미와 관련하여 전자서명까지를 포함한 것인지 분명하지 않다. 즉, 전자적으로 작성되어 전자서명 없이 송·수신된 문서도 전자문서에 해당하는지 여부가 명확하지 않다.

이와 관련하여 동법 제2장 전자문서는 제6조 전자서명의 효력 조항에서 공인인증기관이 인증한 전자서명에 대해 규정하고 있을 뿐 공인인증기관으로부터 인증받지 아니한 전자서명 및 전자서명 자체가 없는 메시지의 효력에 대해서는 침묵하고 있다. 따라서 조문 자체의 해석만으로는 동법 그 어디에서도 전자문서의 성립요건으로 전자서명을 요구하고 있지 않으므로, 설혹 전자서명이 없다 하더라도 전자문서로 동법의 적용대상이 되는 것은 분명하다.

그런데 이와 같은 해석은 동법 제5조 전자문서의 효력 조항이 "전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의

12) 지금까지 우리 나라의 개별 법령은 그 목적에 따라 전자문서를 다양하게 정의함으로써, 전자문서에 대한 통일된 정의가 어렵게 만들었다. 그러나, 1999년 7월 전자거래의 '기본법'으로서의 성격을 가진 전자거래 기본법에 그 정의가 명시됨에 따라 각 개별법상의 전자문서 외에 E-mail 등 비정형화 내지 비표준화된 전자문서의 경우에도 법률상의 전자문서의 개념에 포괄할 수 있게 됐다.

효력이 부인되지 아니한다"고 규정하고 있어 문제가 아닐 수 없다. 도대체 누가 작성한 것인지, 한 명이 작성한 것인지 아니면 여러 명이 함께 작성한 것인지, 그 성립의 진정성을 도무지 확인할 길이 없고 내용의 진정성도 담보할 수 없는 전자 메시지까지 전자문서로 인정하게 되면 동법 제5조에 의해 종이문서에 준하는 효력을 부여받게 되는데 거래의 안전상 그럴 수는 없기 때문이다.

전자서명이 없는 전자문서에 대해 침묵하고 있는 것은 입법적 불비라 하지 않을 수 없다. 사이버 스페이스의 특성상 전자상거래는 거래 당사자간의 인적 신뢰가 거의 존재하지 않는다는 점을 고려해 보면, 현행법상 전자문서의 '작성' 의미는 작성자를 확인할 수 있는 전자서명까지 포함한 것으로 해석해야 할 것이다.

이에 대해 전자문서의 개념요소에 전자서명은 포함되지 않는다고 봄이 타당하다는 견해가 있다.¹³⁾ 예컨대 사이버 물에서 화면상의 계정을 전자적인 방법으로 주문하고 대금은 신용카드번호를 입력하여 결제하고자 할 때, 작성자가 누구인지 간접적으로 알 수 있으므로 해당 주문서는 전자문서로 보아야 한다는 주장이 그것이다.

그러나, 종이문서에서 중요한 것은 성립의 진정과 내용의 진정이고, 이 가운데 성립의 진정은 그가 누구인지를 문서상으로 '직접' 확인할 수 있음을 의미하는 것이므로 '간접적인' 추정이 가능하다고 해서 이를 대신할 수는 없다. 거듭 말하거니와 전자서명이 없는 전자문서는 현행법상 '문서' 또는 '서면'이 요구하는 요건을 충족시킨다고 할 수 없다. 기존의 종이문서와 같은 안전성을 구비하지 못한 전자문서에 대해 종이문서와 동일한 효력을 인정할 수 없고 또 정책적으로 안전성을 구비한 전자문서만을 전자문서로 취급하여 법적 효력을 인정하는 것이 전자상거래 활성화에 이바지할 것으로 본다.¹⁴⁾

② '정보'의 의미는 매우 광범위하다. 사전적 의미로는 동영상, 음성 등도 모두 정보가 될 수 있으므로 이를 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의해 전자적 형태로 작성, 저장하였을 경우 동법에 의해 이 또한 '전자문서'로 볼 수밖에 없다.

그러나, 법 논리적으로 볼 때 이러한 해석이 옳은지는 의문이다. 법이 서증으로서의 문서를 다른 증거와 구별하는 실천적 이유는, 문서의 경우에는 그 기재내용을 증거자료로 삼는다는 점에서 오관의 착용에 의해서 사물의 성상, 현상 등 그 외형존재를 증거자료로 삼는 검증과 구별하기 위한 것이다. 즉, 문서란 문자 그 밖의 기호의 조합에 의하여 사상적 의미를 표현한 것으로서 가독성이 있어야 하는 것이고 이는 전자문서라 해서 다르게 취급해야 할 이유가 없다. 현실세계에서 영상이나 음성은 가독성이 없고 따라서 증거법상으로도 녹음테이프, 비디오테이프 등은 서증이 아닌 검증의 대상일 뿐이다. 그렇다면, 동법의 해석에 있어서도 동영상, 음성을 전자적 형태로 작성, 저장한 것은 전자문서가 아닌 것으로 해석함이 타당하다. 이점 법문에서 명확히 표현하는 것이 바람직했다고 본다.

2) 전자서명법

동법 제2조 제1호는 전자문서를 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성, 송·수신 또는 저장된 정보를 말한다"고 정의하고 있다. 이는 전자거래

13) 이상정·소재선, 「전자문서와 전자계약」, 경희법학 제33권 제2호(1998.12.), p.30.

14) 同旨, 김진환, *supra*, pp.132~135.

기본법상 전자문서의 정의와 동일한 표현으로, 그 문제점은 전자거래기본법에서 본 바와 다르지 않다.

3) 기타 법령

① 무역업무 자동화 촉진에 관한 법률 제2조 제7호는 전자문서를 “컴퓨터간에 전송 등이 되거나 출력된 전자서명을 포함한 전자자료를 말한다”고 정의하고 있다. 동법 제2조 제6호에 의하면 “전송 등”은 전송, 처리, 보관을 포괄하는 개념이다. 동법에 규정된 “컴퓨터에 의하여 전송, 처리¹⁵⁾, 보관되어야 한다”는 의미는 전자거래기본법 제2조 제1호에 규정된 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터 등”이라 한다)에 의하여 전자적 형태로 작성되어, 송·수신 또는 저장되는”과 같은 의미라고 해석할 수 있다. 동법의 ‘전자자료’라는 표현과 전자거래기본법 제2조 제1호의 ‘정보’도 결국 같은 의미라 할 것이므로, 이 점에 있어서도 양 법률이 다르지 않으며 따라서 전자거래기본법 관련 조항 및 내용에 대해 제기했던 비판은 동법에도 그대로 해당한다 할 것이다.

그렇지만 동법이 “전자서명을 포함한”이라는 요건을 명시하고 있는 점은 이를 전자문서의 요건으로 명시하지 않고 있는 전자거래기본법과 다르다. 만약 앞서 본 바와 같이 문서에서 중요한 것은 성립의 진정과 내용의 진정을 확보하는 데 있고, 따라서 전자문서의 성립요건 가운데 하나로 전자서명을 포함시킨 동법의 태도는 전자상거래의 안전을 고려할 때에도 실로 타당하다. 더욱이 전자거래기본법에 대한 특별법으로 대외무역 업무처리에 있어 국가의 신임도 유지 및 강화를 그 목적 가운데 하나로 하고 있는 동법의 위치를 감안할 때 전자문서의 개념요소로 전자서명을 명문으로 포함시킨 것은 당연한 입법으로 판단된다.

동법에 규정된 전자문서의 개념정의는 그러나 그 내용 중 ‘출력’의 의미에 의문을 표하지 않을 수 없다.

동법에 표현된 “출력된 전자자료”라 함은 일용 인간이 인식할 수 있는 가시적인 형태로 출력된 것을 의미하고 따라서 종이 등의 ‘hard copy’ 방식은 물론 모니터 속의 영상출력 등의 방식도 이에 포함되는 것으로 해석된다. 이에 대하여 종이 등으로 출력된 자료가 컴퓨터 기억장치 속의 전자자료와는 본질적으로 다른 형태임을 인정하면서도, 전자문서의 개념에 출력된 자료를 포함하고 있는 동법의 입법태도는 작성자(또는 송·수신자)의 의사표시 측면에서 동일한 의사를 표현한다는 점을 고려하여 업무처리의 편의와 법적 지위를 부여하기 위한 실무상의 필요성에 부합하는 것으로 세계적으로 진일보된 입법례라는 견해가 있다.¹⁶⁾

그러나, 어떤 자료가 컴퓨터 등에 의하여 전자적 형태로 작성되어 화면 등을 통해 이를 인식할 수 있는 경우와, 종이로 출력된 경우를 같은 것으로 취급하기는 현실적으로 힘들

15) ‘처리’라 함은 동법 제12조에서 보는 바와 같이 무역 자동화망을 이용하여 신청이나 승인 등을 전자문서 교환방식에 의하는 경우, 이에 관한 결재 등의 행위를 의미하는 것으로 풀이된다.

16) 신동진·최동호, 「전자문서의 개념과 종이문서 대체가능성」, 영남대학교 산업경영연구소 산경연구 제3집(1995.12.), p.97.

다. 또 후자의 경우를 구태여 '전자문서'로 해야 할 필요가 있을지도 의문이다. 전자문서 개념의 혼란을 없애고 통일적 해석을 위해서 무역업무 자동화 촉진에 관한 법률 제2조 제7호 상의 개념 요소 중 '출력'의 개념을 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

② 화물유통촉진법 제2조 제11호는 전자문서의 개념을 "전기통신설비와 전자계산조직 및 전자계산조직의 이용기술을 활용하여 정보를 처리 보관하거나 전송하는 전산정보체계를 이용하여 처리·보관 또는 전송되는 문서형식의 자료로서 표준화된 것을 말한다"고 규정하고 있다.

"전기통신설비와 전자계산조직 및 전자계산조직의 이용기술을 활용하여 정보를 처리 보관하거나 전송하는 전산정보체계"란 결국 전자거래기본법 제2조 제1호의 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터 등"이라 한다)에 의하여 전자적 형태로 작성되어, 송·수신 또는 저장되는"과 같은 의미로 파악하여도 무방할 것이다. "문서형식의 자료로서"의 의미는 문자 그 밖의 기호의 조합에 의하여 사상적 의미를 표현한 것으로서 가독성이 있어야 한다는 종래의 문서개념이 전자문서에 있어서도 여전히 유효하다는 점을 인정한 것으로서, 전자거래기본법에 의할 때 동영상, 음성 등의 전자적 저장을 전자문서로 해석할 여지가 있는 문제점을 동법은 해소한 것으로 보인다.

③ 그 밖에 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률 제2조 제5호는 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성, 송·수신 또는 저장된 문서형식의 자료로서 표준화된 것을 말한다"라고, 산업기술기반조성에 관한 법률 제2조 제3호는 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터"라 한다)상호간에 전기통신설비를 이용하여 전송·처리 또는 보관되거나 출력된 문서 형식의 자료로서 표준화된 것을 말한다"라고, 사무관리규정 제3조 제7호는 "전산망을 활용하여 작성·시행 또는 접수·처리되는 문서를 말한다"라고 각각 전자문서의 개념을 정의하고 있다. 상기 규정들은 그 표현에 있어서의 차이에도 불구하고 결국 같은 의미로 해석할 수 있다고 본다.

(3) 결 어

우리 나라 법률에 규정된 전자문서의 개념을 정리하면 전자문서는 첫째 전자적 형태로 작성될 것, 둘째 문서형식의 정보일 것을 그 개념요소로 하고 있다. 현행 법령상의 전자문서 정의들은 이와 같은 요소를 대부분 포함하고 있으나, 그 표현이 서로 달라 혼란을 주고 있다. 또한 전자문서의 개념요소에 전자서명을 포함하는지 여부에 관하여 명확한 입법태도를 취하고 있지 않은 점도 문제점으로 지적하지 않을 수 없다.

입법론적으로 위에서 언급한 두 가지 요소를 충실히 반영함과 아울러 표현상의 차이를 해소하는 방향으로 관련 규정들을 정비함이 바람직하다고 할 것이다. 또 전자문서의 개념요소에 전자서명을 명문으로 추가함이 타당하다. 통일된 전자문서의 입법 개념으로 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적 형태로 작성 또는 처리되어, 송·수신 또는 저장되는 전자서명을 포함한 문서형식의 전자자료를 말한다"를 제안한다.

3. 전자서명

(1) 개요

일반적으로 전자서명은 일반문서에서의 서명과 같이 전자문서에서 문서의 작성자 및 내용의 진정성을 증명하기 위한 전자적 기법을 말한다. 이는 디지털로 암호화된 문서를 수반하는 하나의 데이터로서, 문서 작성자의 신원과 그 문서가 송신된 후 변경되지 않았다는 사실을 확인하는데 이용된다. 즉, 수기식 서명날인을 대체한 것으로 펜 대신 컴퓨터를 매개로 하여 생성되는 정보이다.¹⁷⁾ 오늘날 가장 보편적으로 사용되고 있는 전자서명은 공개키암호화방식(asymmetric cryptosystem: 비대칭암호화체계)에 의한 디지털 서명이고 우리 나라 전자서명법도 공개키 암호화 방식에 입각하고 있다.¹⁸⁾

일반적으로 사용되는 디지털 전자서명이 무엇을 의미하는지, 전자문서를 작성하여 서명한 후 수신자가 이를 열람하기까지의 과정을 통해 살펴보면 다음과 같다.¹⁹⁾

①전자서명 기술을 이용하고자 하는 자는 먼저 비밀키/공개키 쌍을 만들어 비밀키는 자신이 보관하고 공개키는 데이터베이스, 보관기관 등 전자문서의 수신자가 접근, 이용할 수 있는 곳에 보관한다.

②송신자는 다음으로 해쉬 기능을 적용하여 작성한 전자문서의 압축문서를 만든다. 송신자는 다시 자신이 가지고 있는 비밀키를 이용하여 압축문서를 암호화한 후 이를 가독성 있는 원 전자문서에 첨부하여 송신한다.

③수신자는 공개키를 이용하여 전자문서에 첨부되어있는 암호화된 압축문서를 암호화 이전의 상태로 복원한 후, 원 전자문서에 송신자가 사용한 것과 같은 해쉬 기능을 적용하여 압축문서를 만들고 이를 공개키를 이용하여 복원한 압축문서와 비교한다.

④공개키를 이용하여 비밀키로 암호화된 압축문서를 암호화 이전으로 돌릴 수 있다면 이는 곧 수신한 전자문서가 공개키에 합치하는 비밀키에 의하여 전자서명되었음을 의미한다. 그리고 복원한 압축문서와 수신자가 원 전자문서에 해쉬 기능을 적용하여 만든 압축문서가 동일하다면 이는 곧 수신한 전자문서의 내용이 전달과정에서 변조되지 않았음을 확인해 주는 것이된다.

전자서명은 이와 같이 전자문서 성립의 진정은 물론 문서의 변조 여부까지 기술적으로 확인할 수 있다는 점에서 수기식 서명날인이 하지 못하는 기능을 수행하고 있음을 본다.

17) 장경환, 「전자서명의 범위와 효력」, 경회법학 제33권 제2호(1998.12.), p.84.

18) 전자서명의 종류는 여러 가지가 있다. 전자서명을 종이문서에서의 서명처럼 “그 개인 한 사람만이 할 수 있는 것(uniqueness)”으로 정의하고 특수 펜에 의한 서명방식과 손가락 지문입력에 의한 서명방식 등을 전자서명의 유형에 포함시키는 견해도 있다. 남광, 「UNCITRAL과 전자상거래」, 통상법률 동권 제16호(1997.8.), pp.90~95 등 참조. 여러 가지 전자서명 가운데 현 단계의 기술수준에서 불안정한 전자적 환경에서의 적법한 서명으로 인증이 가능하고, 또 법적으로도 신뢰할 수 있을 정도로 안정성 있는 전자서명은 디지털 서명이라고 말할 수 있다. 그러나, 그것이 ‘현실’이라는 이유로 디지털 서명방식에 입각하여 전자서명법을 입법한 것은 무엇보다 기술중립이라는 대원칙을 저버렸다는 점에서 찬성하기 힘들다.

19) 전자서명에 대한 기술적 측면의 설명에 관하여는 남광, Id., pp.92~96; 장석수·김준길, 「전자상거래와 전자서명」, 정보통신연구 제45호(1998.3.), pp.20~25 등 참조.

그러나, 전자서명만으로 전자문서의 위조여부, 즉 송신인 명의의 도용여부까지 판단할 수는 없다.

(2) 전자거래기본법

동법 제2조 제5호는 전자서명의 개념을 “전자문서를 작성한 작성자의 신원과 당해 전자문서가 그 작성자에 의하여 작성되었음을 나타내는 전자적 형태의 서명을 말한다”라고 정의하고 있다. 다른 한편 동법은 제6조 제1항에서 “공인인증기관이 인증한 전자서명은 다른 법률에 그 효력을 부인하는 규정이 있는 경우를 제외하고는 관계 법률이 정하는 서명 또는 기명날인으로 본다”라고 규정하고 있으며 동조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 전자서명이 있는 전자문서는 작성자가 서명한 후 그 내용이 변경되지 아니한 것으로 추정한다”라고 규정하고 있다.

이러한 규정들을 살펴볼 때 동법은 두 가지의 전자서명, 즉 공인인증기관으로부터 인증받은 전자서명과 그렇지 않은 전자서명을 전제로 하고 있음을 알 수 있다. 그리고 전자의 경우 동법은 성립의 진정성에 대해서는 전통적인 형태의 서명이나 기명날인과 동일한 법적 효력을 부여함과 동시에 내용의 진정성에 대한 추정력까지 부여하면서, 반면 공인인증기관으로부터 인증받지 않은 전자서명에 대해서는 단지 전자서명이 되기 위한 요건만을 규정하고 있을 뿐 그 법적 효력에 대해 침묵하고 있다.

①먼저, 동법 제2조 제5호가 의미하는 바는 전자서명은 성립의 진정을 확인할 수 있어야 한다는 것으로 해석함에 있어서는 이점이 있을 수 없다. 즉, 전자문서를 작성한 사람이 누구인지를 알 수 있게 하고, 그 전자문서가 바로 그 작성자에 의해 작성되었음을 전자적인 형태로 확인시켜줄 수 있는 한 동 규정의 의해 그것은 전자서명이다. 반드시 디지털 서명일 이유가 없다. 어떤 기술에 의하든 이러한 요건만 충족시켜서 성립의 진정여부만 확인할 수 있으면 전자서명이다.

②문제는 내용의 진정에 관한 부분이다. 즉, 전자서명이 전자문서 내용의 진정까지 담보할 수 있어야 하는 부분이다. 이와 관련하여 동법 제6조 제2항 “전항의 규정에 의한 전자서명(공인인증기관으로부터 인증받은 전자서명)이 있는 전자문서는 작성자가 서명한 후 그 내용이 변경되지 아니한 것으로 추정한다”라는 규정을 곰곰 생각해 볼 필요가 있다.

결론부터 말하자면 전자서명은 전자문서 내용의 진정까지 담보할 것을 법이 요구하지는 않는 것으로 해석해야 한다. 왜냐하면 전자거래기본법 제6조 제1항은 “... 공인인증기관이 인증한 전자서명은 다른 법률에 그 효력을 부인하는 규정이 있는 경우를 제외하고는 관계 법률이 정하는 서명 또는 기명날인을 본다”라고 규정하고 있는데 전통적인 서명 또는 기명날인이 그 내용의 진정까지를 보장하지는 않기 때문이다.

그렇다면 동법 제6조 제2항에 규정된 내용은 전자서명의 효력이라기보다 공인인증기관으로부터 인증받은 데 따른 추정력으로 보아야 할 것이며, 따라서 동법 제2조 제5호가 말하는 전자서명의 의미에 내용의 진정까지 포함시켜 해석할 수는 없다. 이와 관련하여 동법 제6조 제1항도 “공인인증기관이 인증한 전자서명은...”이라는 표현을 이유로 하여 동 조

항이 관계 법률이 정하는 서명 또는 기명날인으로 보는 것은 마찬가지로 이유에서 공인인증기관의 인증에 따른 효과로 보아야 하는 것이 아니냐는 의문을 제기할 수 있다. 그러나, 적어도 동법에 따른 전자서명이기 위해서는 동법 제2조 제5호가 요구하는 요건을 충족시켜야 하므로 이러한 요건을 충족시키면 공인인증기관의 인증을 받지 않았다 하더라도 이 또한 관계 법률이 정하는 서명 또는 기명날인으로 볼 수 있는 것이다. 결국 동법 제6조 제1항은 여러 가지 형태의 전자서명 가운데 하나인 공인인증기관이 인증한 전자서명에 대해, 동법 제2조 제5호가 요구하는 성립의 진정성을 확실하게 보장할 수 있음을 확인한 데 지나지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 전자서명법

그런데 전자서명법 제2조 제2호는 전자거래기본법과 달리 전자서명을 “전자문서를 작성한 자의 신원과 전자문서의 변경여부를 확인할 수 있도록 비대칭 암호화방식을 이용하여 전자서명 생성키로 생성한 정보로서 당해 전자문서에 고유한 것을 말한다”라고 하여 전자서명을 디지털 서명에 국한시켰음을 분명히 하고 있다.

①동법상 전자서명의 첫 번째 개념요소는 전자문서를 작성한 자의 신원을 확인할 수 있어야 한다는 것이다. 이 때 신원을 확인할 수 있다는 의미는 앞서 전자거래기본법에 관하여 설명한 바와 다르지 않다.

②동법상 전자서명의 두 번째 개념요소는 전자문서의 변경여부를 확인할 수 있어야 한다는 것이다. 따라서 동법에 의한 전자서명은 전자문서 내용의 진정성까지를 확인할 수 있는 요소를 갖춘 것이어야 한다.

③한편, 동법 제2조 제3호는 전자서명생성키를 “전자서명을 생성하기 위하여 이용하는 전자적 정보를 말한다”고 정의하고 있는데 이는 비대칭 암호화방식에 있어서 전자문서의 송신자가 자신이 작성하여 송신하려고 하는 문서를 암호화하는데 사용하는 소위 “비밀키”를 의미하는 것이다. 또 동조 제4호는 전자서명검증키를 “전자서명을 검증하기 위하여 이용하는 전자적 정보를 말한다”고 정의하고 있는데 이는 비대칭 암호화방식에 있어서 암호화된 전자문서를 수신한 자가 이를 복원 또는 복호화하는 데 사용하는 소위 “공개키”를 말하는 것이다. 그리고 동조 제5호는 전자서명생성키와 이에 합치하는 전자서명검증키를 묶어서 전자서명키라 정의하고 있다. 이러한 개념들은 동법이 전제로 하고 있는 디지털 서명방식에 있어 관련 개념을 법적으로 정립한 것이다.

기술적으로 볼 때 여러 가지 전자서명 방식 가운데 디지털 전자서명에 의하면 작성자의 신원을 확인할 수 있음은 물론이고, 당초 작성한 전자문서 내용을 변조하기가 매우 어렵다. 즉, 디지털 전자서명은 그 성립의 진정뿐만 아니라 내용의 진정까지 담보하는 것으로 신뢰할 수 있다. 따라서 동조 제2호에 규정된 전자서명의 정의에서 “전자문서를 작성한 자의 신원과 전자문서의 변경여부를 확인할 수 있도록”은 불필요하다. 이 부분을 생략하고 “비대칭 암호화 방식을 이용하여 전자서명 생성키로 생성한 정보로서 당해 전자문서에 고유한 것을 말한다”로 규정해도 전혀 무방했다고 본다.

(4) 기타 법령

①무역업무 자동화 촉진에 관한 법률 제2조 제8호, 화물유통촉진법 제2조 제12호, 산업기술 기반조성에 관한 법률 제2조 제4호는 전자서명을 "전자문서의 명의인을 표시한 문자와 작성자를 식별할 수 있게 하는 기호 또는 부호를 말한다"라고 정의하고 있다.

이들 규정들이 전자펜을 이용한 그래픽 서명을 의미하는 것인지, 아니면 전자서명법이 규정하고 있는 바와 같이 전자서명생성키를 이용하여 암호화된 압축문서를 만들고 다시 이를 풀어내는, 디지털 서명방식에 의한 일련의 과정을 의미하는 것인지는 분명하지 않다. 그러나, 위 법률들이 전자서명법에서처럼 전자서명생성키, 전자서명검증키 등의 용어를 사용하고 있지 않고 있고, 또 공인인증기관에 관한 규정을 두고 있지 않고 있으므로 이들 법률들이 전제로 하고 있는 전자서명은 비단 디지털 전자서명 뿐만 아니라 전자거래기본법에서처럼 작성자의 신원과 당해 전자문서가 그 작성자에 의하여 작성되었음을 나타내는 전자적 형태의 서명임을 의미하는 것으로 봄이 타당하다.

다만, 이들 법률의 문언이 단순히 '문자' 혹은 '기호 또는 부호'라고 규정함으로써 모사 서명도 전자서명으로 보겠다는 뜻인지 명확하지 않다. 이들 규정들의 해당 문언은 전자서명의 '기능'이 아닌 그 '외형'에 착안한 규정형식을 취하고 있으므로, 전자서명법과 같이 정면으로 비대칭 암호화방식을 취하지 아니할 바에야 차라리 전자거래기본법의 규정을 본받아 기술중립적인 규정형식을 취하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

②사무관리규정 제3조 제9호는 전자 이미지 서명을 "기안자·검토자·협조자·결재권자 또는 발신명의인이 전자문서상에 표시한 서명"이라고 규정하고 있고, 동조 제10호는 전자서명을 "전자문서의 작성기관 및 변경여부를 확인할 수 있도록 비대칭 암호화방식(정보를 암호화하기 위하여 사용하는 키와 암호화된 정보를 복원하기 위하여 사용하는 키가 서로 다른 암호화방식을 말한다)을 이용하여 전자서명생성키(전자서명을 생성하기 위하여 이용하는 전자적 정보를 말한다)로 생성한 정보로서 당해 전자문서에 고유한 것"이라고 규정하고 있으며, 동조 제11호는 전자 관인을 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 이미지 형태로 사용되는 관인"이라고 규정하고 있다.

동법에서 말하는 전자 이미지 서명은 전자문서상에 단지 나타나 있기만 한 작성자의 표시를 의미하는 것으로 보이고 이와 같이 해석할 때 전자 이미지 서명은 전자서명과는 구별된다. 한 가지 특이한 점은 전자문서에 의한 공문서의 처리를 위한 근거규정을 두기 위해 따로 전자 관인의 개념을 두고 있다는 사실이다. 이와 관련하여 몇 가지 의문이 제기된다. 전자 관인을 전자서명과 구별하여 달리 개념정립을 해야 할 실익이 있을까? 전자 관인도 공인인증기관으로부터 인증을 받아야 내용의 진정성에 관한 추정력을 받을 수 있을까? 이러한 의문에 대하여는 서명의 주체를 구별하기 위함이라면 모를까 그렇지 않은 다른 이유에서라면 전자 관인을 전자서명과 구별할 이유를 알지 못하며, 전자 관인에 대해서까지 공인인증기관으로부터 인증을 받아야 내용의 진정성을 추정할 수 있다면 전자 관인의 주체인 정부에 대한 신뢰에 영향을 줄 수 있다는 점에서 반대한다. 서명의 주

체를 구별하기 위해 전자 관인의 개념을 도입한다면 전자 관인은 나름대로의 기술력으로 성립의 진정과는 별도로 내용의 진정에 대한 신뢰까지 확보할 수 있어야 할 것이다.

(5) 결 어

우리 나라 법률들에 규정된 전자서명은 도대체 무엇을 의미하는 것인지 혼란스럽기만 하다. 전자서명이 되기 위한 성립요소도 그렇고, 전자서명에 대한 법적 효력도 혼란스럽기는 마찬가지다.

입법론적으로는 전자거래기본법에 규정된 바에 따라 각 법률에 흩어져 제각기 규정돼 있는 전자서명의 의미를 통일하고, 전자서명법 및 전자서명법에 따른 일부 규정들은 그 명칭을 전자서명이 아니라 '디지털 전자서명' 또는 '디지털 서명'으로 구별하여 표현하는 것이 무엇보다 불필요한 혼란을 줄일 수 있을 것으로 본다. 끝으로 전자거래기본법 제6조 제1항 "...에 의한 공인인증기관이 인증한" 부분과 동조 제2항을 삭제하고 '전자서명의 효력'으로 "전자서명은 다른 법률에 그 효력을 부인하는 규정이 있는 경우를 제외하고는 관계 법률이 정하는 서명 또는 기명날인으로 본다"로 규정함이 타당하다.

이러한 입법체계를 취한다면 현행 전자서명법은 디지털 전자서명에 관한 특별법과 같은 위치를 차지하게 될 것이다. 다만, 현행법처럼 전자거래기본법과 전자서명법의 이원체제를 그대로 유지하는 것이 타당한가는 별개 문제로 생각해야 한다. 이와 관련하여 전자서명법을 전자거래기본법의 한 장으로 편입시켜 양 법률을 하나의 법률로 통합해야 한다는 견해가 있다.²⁰⁾ 이에 대해 전자서명법과 전자거래기본법은 전자상거래 활성화를 위한 법제도라는 취지는 동일하나 법의 기본목적, 적용 영역 등이 상이하므로 현재의 이분 체제를 유지하는 것이 타당하다는 의견이 있다.²¹⁾ 사전으로는 현행과 같은 체제는 전자서명법을 디지털 전자서명 및 공인인증기관을 위한 특별법으로 만들면 나름대로 의미가 있을 것으로 생각한다.

4. 인증제도

(1) 개 요

전자상거래에서의 인증은 수신된 전자서명이 거래하는 상대방 본인의 것인지를 제3자가 확인하여 줌으로써 그 신뢰도를 높여주는 것을 말한다. 이때의 제3자를 인증기관(Certificate Authority: CA)라 하는데 인증기관은 전자문서에 첨부된 전자서명의 진정성을 확인할 수 있도록 인증서를 발급한다. 우리 나라의 경우 관계 법령에 따른 일정 요건을 충족시켜 정부로부터 지정받은 인증기관을 '공인인증기관'이라 하여 그렇지 못한 인증기관과 구별하고 있다.²²⁾

20) 정원섭, 「전자서명법 제정 이후의 정책과제」, 정보화동향 제6권 제2호(1999).

21) 김진환, *supra*, p.145; 김춘아·강준모, *supra*, p.5; 김은기, 「전자서명법 및 전자거래기본법의 입법 취지 및 주요내용」, 인권과 정의 통권 제272호(1999.4.), p.57 등.

22) 우리 나라 관계 법령에 표현된 '공인인증기관'이라는 표현은 그것이 국가 또는 정부가 직접 관여하는

전자거래기본법 제16조 제1항은 “정부는 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하고 건전한 전자거래의 촉진을 위하여 전자서명법 제4조의 규정에 따라 공인인증기관을 지정할 수 있다”고 규정하여 정부에 의한 공인인증기관의 지정을 예정하고 있고, 동조 제2항은 “공인인증기관은 전자문서 작성자의 신원 기타 거래와 관련된 중요사항을 확인하기 위한 인증서를 발급한다”고 규정하여 공인인증기관의 기본업무가 인증서의 발급임을 밝히고 있으며, 동법 제17조는 “정부는 전자거래를 이용하는 자를 보호하고 전자거래의 촉진을 위하여 공인인증기관의 업무와 관련하여 필요한 시책을 강구하여야 한다”고 규정하여 공인인증기관의 업무에 관한 정책의 입안·집행의무를 선언하고 있다. 그러나, 동법은 공인인증기관에 관하여 이와 같이 포괄적이고 선언적인 내용만을 규정하고 있을 뿐이고 자세한 내용은 전자서명법에 위임하고 있다.

우리 나라 전자서명법에서 규정하고 있는 공인인증기관은 디지털 전자서명에 따른 인증방식을 채택하고 있다.²³⁾ 그러나 이러한 입법태도는 바람직한 평가를 받기 힘들 것이다. 그 이유는 무엇보다 1998년 10월 캐나다 오타와에서 열린 OECD 전자상거래 각료회의는 전자상거래 인증에 관한 기술중립 대원칙을 확인한 '전자상거래 인증선언'을 채택한 바 있고 또 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL), EU 등에서 이루어지고 있는 관련 규범 논의 과정에서도 기술중립 원칙에 입각한 인증제도를 구축하고 있기 때문이다. 이와 같은 국제동향은 차지하고라도 우리 나라 전자서명법의 입법태도는 결과적으로 민간의 인증기술 개발노력에 찬물을 끼얹은 꼴이 되고 말았다. 이로 인한 문제점은 시간이 지날수록 곳곳에서 나타나고 있다.²⁴⁾

(2) 인증기관의 지정·관리·감독

1) 인증기관의 지정

전술한 바와 같이 우리 나라 전자서명법은 공인인증기관에 대하여만 규정하고 있다. 따라서 우리 나라에서의 인증기관은 정부로부터 지정받은 공인인증기관과 그렇지 않은 인증기관의 두 가지 형태가 존재하고 있다.

공인인증기관의 지정과 관련하여 전자서명법 제4조 제1항은 “정보통신부장관²⁵⁾은 인증

인증기관이 아니므로 적절하지 못하다. '공인'이라는 표현으로 인해 야기될 수 있는 일체의 오해 소지를 제거하기 위해, 이를 '지정'으로 바꾸어 '지정인증기관'이라는 명칭을 사용하는 것이 옳다고 본다.

23) 그 운영원리를 약술하면 먼저 디지털 전자서명을 사용하고자 하는 자는 자신의 비밀키/공개키 쌍을 만든 후 인증기관에 공개키를 제출하고 인증서의 발급을 신청한다. 인증기관은 제출인의 신원과 공개키와 비밀키가 일치하는지를 확인하고, 공개키의 명의인이 누구인지를 인증하는 인증서를 발급하게 된다. 여기에서 인증서는 공개키 명의인 외에 공개키의 유효기간 등 기타 다른 정보들도 포함할 수 있다. 인증기관은 인증서를 보관소에 보관하고 이를 공표함으로써 누구나 이에 접근할 수 있도록 한다. 이러한 절차를 거쳐 인증기관으로부터 인증서를 발급받은 자는 이를 전자문서에 첨부하여 송신할 수 있고, 수신자는 이를 통해 송신자의 신원을 보다 확실하게 확인할 수 있게 된다. 인증기관의 보관소에는 인증서 외에 인증서의 효력 정지, 철회 등에 관한 정보들 기록하여 등으로써 인증서의 위조 등에 대비한다.

24) 同旨, 박영우, 「전자서명 인증제도의 법적 고찰」, 법조 제516호(1999.9.), p.132.

25) 이와 같이 전자서명법은 인증기관의 지정을 정보통신부 장관의 소관으로 하고 있다. 이에 대하여 전자서명법은 전자상거래와 관련되어 있고, 전자상거래의 활성화를 통한 국가 경쟁력의 강화가 향후 중요한 과제가 될 것이므로, 전자상거래의 주무관청인 재정경제원에서 인증기관의 지정업무를 담당하여야 한다는

업무를 안전하고 신뢰성 있게 수행할 능력이 있다고 인정되는 자를 공인인증기관으로 지정할 수 있다”고 규정하고, 동조 제2항은 “공인인증기관으로 지정받을 수 있는 자는 국가기관·지방자치단체 또는 법인에 한한다”라고 규정하고 있다. 국가기관, 지방자치단체가 지정을 받아 ‘공인’이라는 표현을 쓰다면 문제가 없다. 그러나 그 운영주체가 국가 또는 정부나 지방자치단체가 아님에도 불구하고 ‘공인’이라는 용어를 사용하는 것은 일반인들에게 혼동을 줄 수 있다는 점에서 찬성할 수 없다. 공인인증기관이라는 용어보다 지정인증기관이라는 표현이 정확하다고 본다.

우리 나라의 경우 전자서명법 시행령에서 지정을 받기 위한 구체적인 요건을 규정하고 있다.²⁶⁾ 외국에도 지정인증기관을 운영하고 있는 곳이 있고, 이 경우 우리 나라에서처럼 법령 등을 통해 지정을 받기 위한 요건들을 규정하고 있다. 미국 ABA 가이드라인, Utah 주 디지털 서명법이 요구하고 있는 요건들은 대체로 ①인증기능을 수행하는데 신뢰할만한 시스템을 갖추고 있을 것 ②재정적으로 의무를 준수하면서 지속적인 사업운영에 필요한 충분한 재원을 보유하고, 인증서 및 디지털 서명을 신뢰한 자에 대한 배상책임을 충분히 감당할 만한 재정적 능력을 갖추고 있을 것 ③인증기관을 운영하는 주체 및 운영요원의 자격과 관련하여 일정한 지식과 기술, 범죄경력 부재 등을 충족시킬 것 ④인증서의 발행·정지 및 취소 등과 관련된 모든 중요한 사실을 문서화하고 적절한 기간동안 이를 보관할 것 ⑤인증기관 운영의 투명성 및 거래안전성을 확보하기 위한 인증실무준칙의 제정·공시할 것 등으로 요약할 수 있다. 우리 나라의 경우 이 가운데 ④에 관한 규정이 없는데 그 필요성과 타당성에 비추어 추가적인 입법을 고려할 필요가 있다.

2) 지정받지 않은 인증기관의 인증업무

동법에 의한 지정을 받지 않았다 하더라도 인증업무를 수행함에 있어 아무런 제한이 없다. 즉, 상업적 동기에서 또는 폐쇄적 네트워크 내에서 자체적으로 인증 업무를 수행하는 것은 얼마든지 가능하다. 다만, ‘지정’에 따른 법규의 적용이 이 경우엔 해당하지 않을 뿐이다.

지정받지 않은 인증기관이 인증 업무를 수행함에 있어 정부 또는 관계당국이 이를 감독해야 할 필요가 있다는 논의가 있을 수 있다. 전자상거래계에서 인증이 차지하는 중요성을 감안해 보면 정부 또는 관계당국의 관리와 감독의 필요성에 대해 일응 공감할 수 있다.

그러나 정부가 지정한 공인인증기관의 인증 업무에 대해서는 지정에 따른 관여가 불가피하다 하더라도 정부로부터 어떤 ‘지정’도 받지 않은 인증기관에 대해서까지 관여를 해야 한다는 논리에는 찬성할 수 없다. 이는 일반 사법과 시장경제 원리에 맡길 일이며 정

검해가 있다. 정원섭, 「전자서명법 제정 이후의 정책과제, 정보화동향 제6권 제2호(1999) 참조. 그러나, 전자서명은 전자상거래에 한하는 것이 아니며, 전자정보기술의 발달을 반영하는 것이므로 현행 법률과 같이 정보통신부 장관에게 전자서명 인증기관의 지정을 맡기는 것이 불합리하다는 주장에는 동의할 수 없다. 또한 국가 경쟁력 강화 차원에 있어 재정경제부 장관이 인증기관을 지정하거나 관리하는 것보다 정보통신부 장관이 하는 게 부족하다는 주장은 납득할 수 있는 그 근거를 찾을 수 없다.

26) 예컨대 공인인증기관의 재정능력과 관련하여 동 시행령 제3조 제1항 제2호는 인증업무의 계속과 가일차 등에 대한 손해배상의 충분한 담보를 위하여 80억원 이상의 자본금을 갖추도록 요구하고 있다.

부가 주도적으로 개입할 문제가 아니라고 생각한다. 정부는 기왕 지정한 공인인증기관의 인증업무가 효율적으로 그리고 신뢰성있게 운영됨으로써 동 제도가 하루 속히 정착할 수 있도록 주력할 것이며, 전자상거래 본연의 발전체도인 민간 자율성장의 원칙을 침해하지 말아야 할 것이다.

3) 인증기관의 관리·감독

현행법상 공인인증기관의 구체적인 인증업무에 관하여는 한국정보보호센터가 이를 관리·감독한다. 공인인증기관은 자신이 발급하는 인증서의 진정성립과 그 내용의 진정성을 보장하기 위해 전자서명법에 따른 일반 사용자의 전자서명과 같은 전자서명을 하게 된다. 따라서 공인인증기관은 자신의 전자서명에 사용할 전자서명생성키와 전자서명검증키가 필요하게 된다. 이에 따라 전자서명법 제8조 제1항은 "공인인증기관은 인증업무를 개시하기 전에 정보화촉진기본법 제14조의 2의 규정에 의한 한국정보보호센터(이하 "보호센터"라 한다)로부터 전자서명검증키를 인증받아야 한다"고 규정하고, 동조 제2항은 "공인인증기관은 제1항의 규정에 의하여 인증받은 전자서명검증키에 합치하는 전자서명생성키를 이용하여 인증업무를 수행하여야 한다"라고 규정하고 있다.

다음으로 공인인증기관의 인증서에 대하여 인증을 하여 줄 상위 인증기관이 필요하게 되는 바, 이 역할 역시 보호센터가 담당하게 된다. 즉 동법 제25조 제1항은 "보호센터는 전자서명을 안전하고 신뢰성 있게 이용할 수 있는 환경을 조성하고 공인인증기관을 효율적으로 관리하기 위하여 공인인증기관의 전자서명검증키에 대한 인증, 전자서명기술의 개발 및 보급 기타 전자서명인증과 관련된 업무를 수행한다"고 규정하고, 동조 제2항은 "제3조, 제6조, 제7조, 제15조 내지 제19조, 제22조 및 제29조의 규정은 제1항의 규정에 의한 공인인증기관의 전자서명검증키에 대한 인증에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 "공인인증기관"은 "보호센터"로, "가입자"는 "공인인증기관"으로 본다"고 규정하고 있는 것이다. 한편 공인인증기관은 자신이 이용하는 전자서명생성키가 분실·훼손 또는 도난·유출된 때에는 보호센터에 지체없이 신고하여야 하고(동법 제21조 제3항), 보호센터는 발급한 인증서를 폐기하고 이를 공표하여야 한다(동법 제21조 제4항).

입법 정책적으로는 보호센터 위에 다시 이를 관리하고 감독하거나 보호센터의 인증서를 인증할 기관을 설정할 수도 있으나, 우리 법은 단 하나의 상위기관을 두는 것으로 만족하고 있다. 지정받지 않은 인증기관이 운영하는 인증 시스템에 있어서는 거래당사자에 대한 신뢰를 제고하기 위해 보다 중첩적인 인증 체인을 거듭 형성하는 것이 가능함은 물론이다.

동법은 그밖에 공인인증기관 지정 결격사유(동법 제5조), 인증업무의 준칙(동법 제6조), 인증업무의 계속적 제공의무와 이용자 차별금지의무(동법 제7조), 인증업무의 양수 등(동법 제9조), 인증업무의 휴지 폐지 등(동법 제10조), 정보통신부장관의 시정명령(동법 제11조), 인증업무의 청지 및 지정취소 등(동법 제12조), 과징금의 부과(동법 제13조), 정보통신부장관의 공인인증기관 검사 등(동법 제14조) 인증업무의 안전과 신뢰성 확보 및 가입자 보호를 위한 정보통신부장관의 관리·감독 권한에 관한 규정들을 두고 있다.

(3) 인증서

전자서명법 제2조 제7호는 '인증서'를 '전자서명검증키가 자연인 또는 법인이 소유하는 전자서명생성키에 합치한다는 사실 등을 확인·증명하는 전자적 정보를 말한다'로 정의하고 있다.

1) 인증서의 기재사항

공인인증기관이 발급하는 인증서는 무엇보다 당해 전자문서의 작성자의 진정성을 확인할 수 있는 최소한의 내용을 담고 있어야 한다. 인증서는 또 전자거래의 당사자가 필요로 하고 공인인증기관이 조사·확인할 수 있는 내용을 포함할 수 있다. 전자서명법 제15조 제2항은 인증서에 포함될 사항으로서 가입자의 이름, 가입자의 전자서명검증키, 가입자와 공인인증기관이 이용하는 전자서명 방식, 인증서의 일련번호, 인증서의 유효기간, 공인인증기관의 명칭, 인증서의 이용범위 또는 용도를 제한하는 경우 이에 관한 사항, 가입자가 제3자를 위하여 대리권을 갖는 경우 이에 관한 사항을 거시하고 있다.

이들 필요적 기재사항 중 인증서의 유효기간, 인증서의 이용범위 또는 용도를 제한하는 경우, 이에 관한 사항은 전자거래의 안전성을 제고하고 전자문서의 수신자를 보호하기 위한 것일 뿐 아니라 인증업무와 관련 공인인증기관의 책임의 성부 및 그 범위를 제한하는 것이다. 유효기간은 공인인증기관의 배상책임을 시간적으로 제한하는 것이고, 인증서의 이용범위 또는 용도는 공인인증기관의 배상책임을 사항적으로 제한하는 것이다. 즉 유효기간이 지난 인증서를 신뢰하여 거래한 자에 대하여, 인증서에서 제한된 이용범위나 용도를 벗어난 거래로 인하여 발생한 손해에 대하여는 공인인증기관이 책임을 지지 아니한다. 공인인증기관의 책임에 관하여는 인증과 관련한 당사자들의 권리·의무 부분에서 보다 자세히 살펴기로 한다.

2) 인증서의 효력소멸

가) 당사자의 신청에 의한 정지

전자서명법에 채택하고 있는 비대칭 암호화방식의 전자서명제도에 있어서 공개키, 즉 전자서명검증키는 이를 사용하고자 하는 자라면 누구에게나 공개되지만, 비밀키 즉 전자서명생성키는 가입자만이 사용하여야 하는 것으로서 가입자가 이를 안전하게 보관·관리하여야 하는 것이 원칙이다(동법 제21조 제1항). 다만 가입자는 비밀키를 공인인증기관에 보관시킬 수 있다(동법 제21조 제2항).

가입자가 자신의 비밀키를 보관하고 있는 도중 이를 분실하거나 도난당한 경우, 또는 타인이 이를 위조한 사실을 알게된 경우 등에 있어서 가입자는 공인인증기관이 자신의 공개키에 대하여 부여한 인증서의 효력을 정지시킬 필요가 있다. 또 인증서의 효력을 정지한 후에는 이를 누구나 알 수 있도록 하여 효력이 정지된 인증서를 믿고 거래하였다가 불측의 손해를 입는 일이 없도록 하여야 한다. 이에 동법 제17조 제1항은 "공인인증기관

은 가입자 또는 그 대리인의 신청이 있는 경우에는 인증서의 효력을 정지하거나 정지된 인증서의 효력을 회복하여야 한다. 이 경우 인증서 효력회복의 신청은 인증서의 효력이 정지된 날로부터 6월 이내에 하여야 한다"고 규정하고, 동조 제2항은 "공인인증기관이 제1항의 규정에 의하여 인증서의 효력을 정지하거나 회복한 경우에는 누구든지 그 사실을 항상 확인할 수 있도록 지체없이 필요한 조치를 취하여야 한다"고 규정하여 인증서의 효력정지와 그 회복에 관하여 정하고 있다. 그리고 효력이 정지된 인증서는 장래를 향하여 그 효력을 상실한다(동법 제16조 제1항 제3호).

문제는 인증서의 효력정지신청에 있어서 공인인증기관에 어느 정도의 조사의무를 부과해야 하는가에 있다. 인증서의 효력정지는 긴급한 상황을 의미하는 것이고 따라서 신속한 조치가 필요하다는 점에서 인증서의 발급에서와 같은 정도로 신청인의 신원을 조사할 것을 요구하는 것은 자칫 효력정지제도 자체를 무의미하게 할 수 있다. 반면 별다른 조사 없이 일단 효력정지신청을 받아들인다면 기업간 사보타지의 수단으로 악용될 여지가 있다. 이 문제는 거래당사자에게 중대한 의미를 갖는 것일 뿐 아니라 공인인증기관의 책임에 관하여도 커다란 영향을 미치는 것이다.

전자서명법은 이에 관하여 아무런 규정을 마련하고 있지 않다. 이는 중요한 입법적 불비로 앞으로 이에 관한 검토와 반영이 필요하다고 본다. 사전으로는 효력정지를 신청한 자가 가입자 또는 그 대리인이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에 인증서의 효력을 정지할 수 있고, 이러한 경우 공인인증기관은 인증서의 효력정지로 인하여 발생한 손해에 대하여 책임을 지지 않는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 한편 회복에 있어서는 인증서의 효력정지와 폐지의 구별을 위해서라도 발급할 때와 같은 절차를 통하여 가입자의 신원을 확인할 필요는 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

나) 정보통신부 장관에 의한 효력정지

동법 제16조 제2항은 "정보통신부장관은 인증업무의 안전과 신뢰성 확보를 위하여 필요한 경우에는 제10조의 규정에 의하여 인증업무를 휴지 또는 폐지하였거나 제12조의 규정에 의하여 인증업무가 정지된 공인인증기관이 발급한 인증서의 효력을 정지할 수 있다"고 규정하여 정보통신부장관에 의한 인증서의 효력정지에 관하여 정하고 있다. 이는 가입자의 신청에 의한 경우와는 달리 공인인증기관에 관한 사유를 원인으로 인증서 일반에 대한 효력을 정지하는 제도이다.

한편 동조 제2항은 "정보통신부장관은 제2항의 규정에 의하여 인증서의 효력을 정지한 때에는 보호센터로 하여금 인증관리체계에 의하여 누구든지 그 사실을 항상 확인할 수 있도록 지체없이 필요한 조치를 취해야 한다. 제1항 제2호의 규정에 의하여 인증서의 효력이 소멸된 경우에도 또한 같다"고 규정하고 있는 바, 그 취지는 동법 제17조 제2항에 관하여 본 바와 같다.

다) 기타의 효력소멸사유

인증서를 폐지할 필요가 있는 경우도 있을 수 있다. 이에 는 가입자의 신청에 의한 경우와 공인인증기관의 직권에 의한 경우가 있다. 동법 제18조 제1항은 "공인인증기관은 인

증서에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 당해 인증서를 폐지하여야 한다"고 규정하고, 그 사유로서 "가입자 또는 그 대리인이 인증서의 폐지를 신청한 경우", "가입자가 사위 기타 부정한 방법으로 인증서를 발급받은 사실을 인지한 경우", "가입자의 사망·실종선고 또는 해산 사실을 인지한 경우", "가입자의 전자서명생성키가 분실·훼손 또는 도난·유출된 사실을 인지한 경우"를 인증서의 폐지사유로 들고 있다. 가입자 또는 그 대리인이 신청한 경우에 있어서 공인인증기관은 앞서 효력정지에서 본 것과는 달리 신청자의 신원을 인증서의 발급에 준하여 조사하여야 한다. 인증서를 폐지하게 되면 그 효력정지와는 달리 이를 회복할 수 없고 다시 새로운 전자서명생성키와 전자서명검증키를 만들어 가입하는 절차를 반복해야 하기 때문이다.

공인인증기관은 인증서의 효력을 폐지한 후에는 이러한 사실을 공표해야 하는 점(동법 제18조 제2항), 당해 인증서는 장래를 향하여 그 효력을 상실하는 점(동법 제16조 제1항 제4호)은 효력정지에서 본 바와 같다.

그 밖에 인증서의 유효기간이 경과한 경우, 동법 제12조 제1항의 규정에 의하여 공인인증기관의 지정이 취소된 경우에도 인증서의 효력이 장래를 향하여 소멸된다(동법 제16조 제1항 제1호, 제2호).

3) 외국 인증서의 국내 승인 문제

지역적 제한을 받지 않고 광범위하게 이루어지는 전자상거래의 특성, 그리고 각국이 서로 다른 인증기관 및 인증서 관련 법제를 운영하고 있음을 고려할 때, 외국 인증기관이 발행한 인증서의 국내법적 효력에 대한 입법이 필요하다.

우리 나라는 1999년 시행에 들어간 전자서명법 제27조에서 이에 관한 규정을 두고 있다. 동조 제1항은 전자서명의 상호인정을 위해 외국정부와 협정을 체결할 수 있도록 규정하고 있고, 제2항은 전자서명의 상호인정을 위해 외국과 협정을 체결하는 경우 외국의 인증기관 또는 외국의 인증기관이 발급한 인증서에 대해 동법에 의한 공인인증기관 또는 공인인증기관이 발급한 인증서와 동일한 법적 지위 또는 법적 효력을 부여하는 것을 그 협정의 내용으로 할 수 있도록 규정하고 있다.

외국 인증서의 국내 승인과 관련하여 중요한 것은 결국 한 가지다. 외국 인증기관이 발행한 인증서를 과연 얼마나 신뢰할 수 있겠는가. 즉, 외국의 인증서가 천체로 하고 있는 기술적 측면, 자본적 측면, 기타 여러 가지 사항들을 종합적으로 고려해 볼 때, 이에 대해 국내법적 효력을 부여할 수 있을 만큼 내용을 신뢰할 수 있는지 여부가 그것이다.

인증의 목적은 무엇보다 수신된 전자서명이 거래하는 상대방 본인의 것인지를 확인하는 데 있고, 이를 위한 기술은 더욱 다양하게 개발되고 발전할 것이다. 정부는 인증 기술의 발전, 나아가 민간주도에 의한 전자상거래를 적극 장려해야 한다. 따라서 신뢰성 높은 기술력을 확보하고 있는 인증기관이 인증서를 발행하였을 때 그것이 '지정' 받지 않은 인증기관에서 발행된 것이라는 이유로, 또는 우리 나라에서 이루어진 것이 아니라는 이유로 어떤 차별이나 불이익을 강요받아서 안된다. 특히 상호인정을 위한 협정을 체결함

에 있어 예컨대 해당국 정부 또는 관계당국으로부터 지정받은 인증기관의 인증만을 승인함으로써, 정부로부터 지정을 받지 않은 우리 나라 인증기관의 인증이 외국으로부터 승인을 받지 못하게 되는 결과를 초래해서도 안될 것이다.

(4) 인증과 관련한 당사자들의 책임

1) 가입자(전자서명 명의인)의 책임

①전자서명을 하는 자는 인증서를 발급 받음에 있어 타인의 명의를 모용하지 않을 의무가 있다. 동법 제23조 제2항은 “누구든지 타인의 명의로 인증서를 발급받거나 발급받을 수 있도록 하여서는 아니된다”고 규정하여 이 점을 명백히 하고 있다. 나아가 동법 제31조는 제3호의 “제23조 제2항의 규정에 위반하여 타인의 명의로 인증서를 발급받거나 받을 수 있도록 한 자”를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

②그런데 인증서에는 가입자의 명의 외에 거래상 중요한 다른 사항들이 필요적으로 기재되며, 거래상 필요에 따라 다른 임의적 기재사항도 포함할 수 있다고 볼 것인데, 가입자가 이러한 사항에 관하여 공인인증기관에 대해 거짓 정보를 제공함으로써 인증서에 허위사실이 기재된 경우에 관하여는 별칙규정이 존재하지 않는다.

이러한 경우 가입자가 허위의 사실이 기재된 인증서를 믿고 거래한 자에 대해 민사상의 손해배상책임을 부담하게됨은 물론이다. 인증서에 허위의 사실을 기재한 가입자의 형사책임에 관하여는 공인인증기관이 발급하는 인증서가 공문서인지 사문서인지에 따라 결론을 달리하게 된다. 공문서란 일반적으로 공무소 또는 공무원이 직무에 관하여 작성한 문서를 말한다. 한편 공무원은 널리 법령에 의하여 공무, 즉 국가 또는 지방자치단체의 사무에 종사하는 자를 의미하고, 그 구체적인 범위는 국가공무원법과 지방공무원법에 의하여 정해진다.

공인인증기관은 정부의 지정을 받을 뿐 아니라 정보통신부장관 및 정보화촉진기본법 제14조 제2항에 근거 정부에 의하여 설립된 한국정보보호센터의 관리 및 감독을 받기는 하지만, 법령상 이를 국가 또는 지방자치단체의 행정기관으로 볼 근거는 없다. 그리고 공인인증기관의 직원을 공무원으로 의제하는 규정도 존재하지 않는다. 그런데 문제는 우리나라 전자서명법 제4조 제2항에서 공인인증기관으로 지정받을 수 있는 자를 국가기관, 지방자치단체 또는 법인에 한정시키고 있으므로 동 조항에 따라 일반 법인 뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체도 공인인증기관으로 지정될 수 있다는 데 있다. 결국 인증서는 일반 법인이 공인인증기관으로 지정받아 발급한 경우 사문서로 볼 수밖에 없을 것이나 국가기관이나 지방자치단체는 공인인증기관으로 지정받는다 하더라도 그 성격이 바뀌는 것은 아니므로 발급한 인증서는 공문서로 보아야 할 것이다.

③가입자의 의무에 대응하여 가입자로 하여금 인증서 발급시 그 기재사항을 확인하고 이를 정정할 수 있도록 하는 것은 반드시 필요하다. 그러나 동법은 이에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 입법적 재고가 요청된다.

④비대칭 암호화방식에 있어서 전자서명검증키는 일반에게 공표되지만 전자서명생성키는 가입자 각자가 관리하여야 함은 앞서 본 바와 같다. 동법 제21조 제1항은 “가입자는 자신의 전자서명생성키를 안전하게 보관·관리하여야 하며, 이를 분실 또는 훼손한 때에는 공인인증기관에 통보하여야 한다”고 규정하여 가입자에게 전자서명생성키의 보관·관리의 무뿐만 아니라 이를 분실 또는 훼손한 경우 공인인증기관에 대하여 그 사실을 통보할 의무를 지우고 있다. 이러한 사실의 통보는 대개 인증서의 효력정지 또는 폐지신청과 함께 이루어지는 경우가 많을 것이다. 가입자는 이러한 사실을 제때 통보하지 아니하고 그로 인하여 거래상 손해를 입은 자가 발생한 경우에는 민사책임을 피할 수 없게 된다. 한편 공인인증기관은 인증서의 발급시를 기준으로 가입자의 신원 기타 인증서상의 기재사항의 진위를 심사할 때를이고 그 이후의 사정변경을 추적하여 이를 인증서에 반영할 의무는 지지 않는다.

2) 수신인의 책임

전자서명된 전자문서를 받은 수신인은 수신과 관련하여 아무런 의무도 부담하지 않는다. 즉, 인증서가 진정하게 성립한 것인지, 그 기재 내용은 진정한 것인지, 유효기간이 지나지는 않았는지, 또 인증서의 효력이 정지되거나 인증서가 폐지되지 않았는지 등을 확인할 의무를 수신자는 부담하지 않는 것이다. 다만, 수신자가 이러한 사항들을 확인하지 않은 채 인증서를 신뢰하고 거래함으로써 손해를 입은 경우, 일반 사법상의 법 원칙에 의해 가입자나 공인인증기관에 대해 손해배상을 구할 수 없는 경우가 있을 수 있다.

3) 인증기관의 책임

디지털 서명방식에 의한 공인인증기관의 업무 가운데 가장 핵심을 이루는 것은 전자서명검증키가 특정인의 전자서명생성키와 합치한다는 것과 기타 인증서에 기재된 사항의 진실성을 확인하고 인증하는 데 있다. 만약 공인인증기관이 이를 소홀히 하여 잘못된 인증이 이루어졌고, 이를 신뢰한 가입자 또는 수신자가 손해를 입었다면 공인인증기관은 당연히 그 배상책임을 지게 될 것이다.

공인인증기관이 위와 같은 기본의무를 다하지 못한 경우의 민사책임에 관하여, 전자서명법 제26조는 “공인인증기관은 인증업무의 수행과 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다”고 규정하고 있다.²⁷⁾ 그러나 위 규정은 배상책임의 성립에 관한 것이며, 배상책임의 범위에 관한 한 여러 가지 제한이 인정된다.²⁸⁾

27) 이와 같은 규정은 1999년 당시 논의가 진행중이던 UNCITRAL 전자서명 통일규칙 초안의 내용을 반영한 결과이다. 즉, 인증기관의 책임에 관하여 선의의 거래자에 대한 배상책임은 인정하고, 과실책임주의를 택하되 입증책임을 전환한 것이다. 이에 의하면 인증기관은 합리적인 주의의무를 다하였으나 자신이 통제할 수 있는 범위 밖의 사정으로 인하여 당사자의 손해가 발생하였음을 입증하면 면책된다. 이에 대한 자세한 내용은 남광, *supra*, pp.98~99 참조.

28) 전자서명법 제26조는 공인인증기관의 인증업무를 신뢰한 가입자 보호를 위하여 공인인증기관의 책임을

①먼저 공인인증기관은 이용약관에서 또는 동법 제6조의 인증업무준칙 중 동조 제1항 제2호 “인증업무의 수행방법 및 절차”를 공표함으로써 자신의 책임을 제한할 수 있다. 이 중 인증업무준칙의 공표는 공인인증기관의 책임을 제한하는 기능 외에 전자서명을 신뢰하여 거래하는 자에 대하여도 중요한 의미가 있는 것이다. 모든 거래에 있어 전자문서의 활용이 가능하다고 하여 모든 거래에 있어서 전자문서가 갖는 의미가 동일한 것은 아니다. 매우 중요한 거래에 있어서는 이상의 모든 제도적, 법적, 기술적 제도에도 불구하고 전자서명을 신뢰하는 것이 위협할 수도 있는 것이다.

따라서 인증 업무 준칙, 특히 인증 업무의 수행방법 및 절차를 공표함으로써 거래의 당사자들이 거래의 중요성에 비추어 스스로 전자서명의 신뢰여부를 결정할 수 있도록 하여야 한다. 동법은 인증 업무 준칙을 정보통신부장관에게 신고하여야 한다고 규정하고(동법 제6조 제1항), 이를 위반한 경우에는 과태료를 부과하면서도(동법 제34조 제1항 제1호), 이의 공표에 관하여는 규정을 마련하고 있지 않다. 이를 공표하도록 강제하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 이용약관에 대하여는 약관규제에 관한 법률이 적용될 것이므로 공인인증기관이 일방적으로 가입자에 불리한 규정을 들 수는 없다.

②공인인증기관은 당사자의 신청이 있는 경우 인증서의 효력을 정지하거나 이를 폐지할 의무를 부담한다(동법 제17조, 제18조). 가입자는 전자서명생성키를 분실하거나 도난당한 경우, 인증서의 효력을 정지시키거나 이를 폐지하지 아니한 동안, 제3자가 권한 없이 이를 이용하여 전자서명을 하고 이러한 전자서명을 신뢰하여 거래에 임하였다가 손해를 입은 사람에 대하여 배상책임을 지고, 공인인증기관은 이에 대하여 아무런 책임을 부담하지 아니한다. 그러나 가입자의 효력정지 내지 폐지신청이 있었음에도 불구하고 이에 응하지 아니하거나 이를 해태하여 발생한 손해는 공인인증기관의 부담으로 돌아가게 되는 것이다. 그리고 효력정지 또는 폐지신청과 관련한 공인인증기관의 심사의무에 관하여는 전술한 바와 같다.

공인인증기관은 그 밖에, 인증여부의 계속적 제공의무와 이용자 차별금지의무(동법 제7조), 인증관리체계의 운영의무(동법 제19조), 전자서명생성키의 보관금지 및 유출금지(동법 제21조 제2항), 공인인증기관의 전자서명생성키를 안전하게 보관·관리의무(동법 제21조 제3항), 인증서와 인증업무 관련 기록의 보관④관리의무(동법 제22조), 개인정보의 보호의무(동법 제24조) 등의 의무를 부담한다. 공인인증기관이 이들 의무를 다하지 아

규정하고 있다. 이에 대하여, 선진국의 입법례를 보면 인증기관의 책임에 대하여 명문의 규정을 두기보다는 계약상의 문제로 처리하는 경우가 많으며 공인인증기관에 대한 면책조항을 두고 있는 예가 많은바, 이는 전자인증 사업분야가 초보적인 단계임을 전제로 전자상거래에 있어서 국가 경쟁력 강화를 더욱 중시하기 때문인데 이에 비해 우리 나라 전자서명법의 규정방식은 공인인증기관의 활동을 위축시켜 국가 경쟁력을 저하시킨다고 비판하는 견해가 있다. 정원섭, *supra*. 그러나, ①전자인증제도는 전자상거래에 대해서만 관련을 가지는 것이 아닐뿐더러 전자우편, 웹 보안, 접근제어, 가상사설망 등과도 관련이 있고(신홍식·김창연, *supra*, p.54 참고) 또한 ②전자상거래에 따른 소비자의 보호도 포기할 수 없는 법익이고, ③대부분의 경우 소비자는 공인인증기관에 비하여 입증력이 부족하기 때문에 위와 같이 입증책임의 전환을 전제로 공인인증기관의 책임을 인정하는 것이 불합리하다고만 할 수는 없다. 공인인증기관의 활동의 활성화를 통한 전자상거래 혹은 국가 경쟁력 강화의 목적을 달성하기 위하여는, 위 조항을 삭제하기보다는, 당사자간의 계약에 적용될 표준약관 등에서 기술정보를 반영할 수 있는 면책사유를 규정하는 것이 보다 타당한 방안이 될 것으로 본다.

니한 경우에는 동법 제31조 내지 제33조 소정의 벌칙이나, 동법 제34조 소정의 과태료에 처할 수 있다.

4) 기타 제3자의 책임

어느 누구든지 타인의 전자서명생성키를 도용 또는 누설하여서는 안되고(동법 제23조 제1항), 타인의 명의로 인증서를 발급받거나 발급받을 수 있도록 하여서는 안된다(동법 제23조 제2항). 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3000만원 이하의 벌금에 처할 수 있다(동법 제31조 제2호, 제3호).

(5) 전자인증과 공증

이제까지 살펴본 바와 같이 전자인증 제도는 수신된 전자서명이 거래하는 상대방 본인의 것인지 제3자, 즉 인증기관이 확인해 줌으로써 그 신뢰도를 높이는 데 존재 목적이 있다. 디지털 서명방식에 의한 인증기관은 공개키 인증, 신분확인, 시간날인 등의 기능을 수행한다. 즉, 특정 비밀키에 대응하는 특정 공개키가 특정인에 의해 소지되고 있음과 그 한쌍의 키가 특정 시간에 유효함을 인증기관은 증명한다. 또 원래의 메시지 작성자가 자신의 이익을 위해 메시지에 서명을 한 경우 인증기관이 원래의 메시지 작성인의 신분을 증명한다. 이러한 신분확인은 공개키의 인증기능을 통하여 이루어지는 효과이다. 뿐만 아니라 신뢰성 있는 시계장치를 보유한 인증기관은 특정 시각과 날짜에 메시지가 발신되었음을 증명해 주는 인증기능을 수행한다.²⁹⁾

그런데 현실세계에서도 전자인증 제도와 동일한 존재목적 아래 같은 기능을 수행하고 있는 제도가 있다. 우리 나라의 경우 공증제도가 그것이다.

공증이란 우리의 법률생활에서 발생하는 여러 가지 상황을 공적으로 증명하는 작용을 말한다. 공증은 거래에 관한 증거를 보전하고 권리자의 권리실행을 용이하게 하기 위해 사실을 증명하는 제도로 분장을 예방하거나 분쟁발생시 유력한 증거로 활용할 수 있고 나아가 재판절차를 거치지 않고 간편하게 권리를 실행할 수도 있다. 우리 나라는 1961년 공증인법이 제정되어 오늘에 이르고 있으며 동법에 의해 공증업무는 법무법인, 공증인가를 받은 합동법률사무소 및 법무부장관에 의해 임명된 공증인 동만이 취급할 수 있다.

공증의 종류는 크게 네 가지가 있다. ①공정증서의 작성이다. 이는 공증인이 당사자의 의사 동을 확인하여 그에 관한 서류를 직접 작성하는 것을 말한다. ②사서증서의 인증이다. 당사자가 작성한 서류상의 서명날인이 본인의 의사에 의한 것이 틀림없다는 것을 공증인이 확인하고 그 사실을 기재하는 것을 말한다. ③정관 인증 및 의사록의 인증이다. 법인설립 당초의 정관의 진정성립을 공증인이 확인하는 것으로서 상법의 규정에 의해 주식회사 등 일정한 법인은 정관을 인증받아야 하고 법인등기 절차에 소요되는 의사록도 인증받도록 되어 있다. ④확정일자인의 압날이다. 당사자가 작성한 사서증서에 공증인이 일자인을 압날하여 그 당일 현재 그 문서가 존재하였음을 증명하는 것이다.

29) 윤광운, 장두채, 김철호, 전자상거래론(1999), pp. 230~231.

이러한 공증제도의 존재목적과 그것이 수행하고 있는 역할 등을 고려할 때 전자인증 제도의 도입으로 인한 법률적 혼란을 우려하지 않을 수 없다. 즉, 전자인증 제도가 수신된 전자서명이 거래하는 상대방 본인의 것인지를 확인하는 데 그 목적이 있고, 비단 신분확인 뿐만 아니라 시간확인 등의 기능까지 수행하는 상황에서 우리 나라 전자거래기본법 및 전자서명법이 이에 대해 강력한 법적 효력까지 부여한 이상, 이는 곧 공증에 해당하는 것인데 우리나라 공증법은 공증업무 수행자격을 법무법인, 공증인가를 받은 합동법률사무소 및 법무부장관에 의해 임명된 공증인 등만으로 제한시키고 있기 때문이다. 법률 개정을 통한 해결이 시급한 부분이다.

더욱이 우리 나라 공증제도는 '공증'과 '인증'을 구별하여, 인증은 사서증서가 작성명의인의 진정한 의사에 의하여 작성되었음을 확인하고 그 증명문을 써 주는 것으로 정의하고 있다. 우리 나라 공증제도에 따른 인증은 따라서 전자인증 제도에서 '인증'을 통해 구현하고자 하는 바와 전혀 다르다. 앞서 설명한 법률적 혼란 외에 용어의 혼용으로 인한 혼동이 예상되는 부분이다.

공증업무를 전자적으로 처리할 수 있음은 물론이다. 그런데, 현행 법률상으로는 전자공증에 관한 규정을 찾아볼 수 없다. 그 내용은 전자인증과 유사할 것으로 보인다. 즉, 전자서명에 대응하여 전자문서, 인증서에 대응하여 전자공증인증서의 발급이라는 구조를 지니게 될 것이고, 전자확정일자부여·전자사서증서의 인증·전자공정증서의 작성·전자문서의 보관 및 내용의 존재와 증명 등이 동 규정들의 구체적 내용이 될 것이다. 현행 공증인법과 제도의 골격을 그대로 유지하는 한 어떤 형태로든 공인인증제도를 규정하고 있는 전자서명법의 대폭적인 수정이 불가피하다.

IV. 전자(상)거래와 개인의 권리 보호

1. 서 설

이하에서는 전자상거래에 있어서 개인의 권리 보호와 관련된 여러 가지 문제들을 살펴 보고자 한다. 소비자보호, 개인정보보호, 음란물, 명예훼손 등이 그 내용이 될 것이다.

전자상거래의 확산은 우리 사회에 여러 가지 변화를 가지고 왔으나, 그 모두가 반드시 긍정적인 것만은 아니다. 특히 비대면 거래로서 사업자의 신원을 쉽게 확인할 수 없는 전자상거래의 특징은 이로 인한 편의성과 함께 결과적으로 사기 등 각종 불법행위의 원인을 제공함으로써 소비자들의 피해를 가중시키고 있다. 뿐만 아니라 온라인을 통한 상품의 검색, 주문 및 대금결제 과정에서 소비자들의 개인정보가 자신의 의사에 반하여 유출될 수 있고, 국경이 없는 인터넷 가상공간에서 이루어지는 거래이기 때문에 소비자와 사업자간에 분쟁이 발생하였을 경우 어느 나라 국가의 법률 적용하느냐 하는 준거법과 관할권의 문제가 발생하기도 한다.

2. Webwrap

많은 웹 사이트들은 홈페이지 스크린에 또는 이에 대한 링크 형식으로 웹 사이트 이용자의 준수사항, 웹 사이트 운영자의 책임, 상품 또는 서비스에 대한 보증, 분쟁해결 등에 관한 내용을 고지하고 있다. 대개의 경우 소비자들은 웹 사이트를 이용하기 위해 먼저 이에 대해 동의할 것을 요구받고, 어떤 경우에는 웹 사이트를 이용하거나 상품 또는 서비스를 구매함으로써 이에 동의한 것으로 간주하기도 한다.³⁰⁾ 이러한 내용을 일명 "web-wrap"라고도 하는데 약관의 규제에 관한 법률에서 말하는 약관에 해당하는 것으로 볼 수 있다.³¹⁾

약관은 기업 또는 개인이 장차 그의 업종에 속하는 다수의 계약을 체결할 것을 예상하여 일방적으로 작성한 정형적 계약조건 또는 계약내용을 일컫는다. 약관은 거래의 정형화, 거래관계의 상세한 규율, 거래위험의 분산 등 긍정적인 기능을 수행하지만, 경제적 강자라고 할 수 있는 기업이 일방적으로 작성하고 소비자에 대하여 이의 수락이 사실상 강제되는 경우가 많은 반면, 소비자는 그 내용을 정확하게 인식하거나 이해하지 못한 채 이를 수용한다는 문제가 있다.

이러한 불공정한 문제를 해결하기 위해 우리나라는 1986년 약관의 규제에 관한 법률을 제정했다. 동법은 제2조 제1항에서 그 명칭이나 형태, 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의해 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 '약관'이라고 정의하고 있다. 동법에 따라 공정거래위원회는 약관을 심사하고 동법을 위반하는 약관에 대하여는 사업자에게 시정조치를 명하고(동법 제17조의2), 약관을 계약내용으로 하고자 하는 자는 상대방에게 약관의 내용을 명시하고 그 중요내용을 설명하여야 하며(동법 제3조 제1항 본문, 제2항 본문), 이러한 의무를 위반한 약관과 상대방에게 부당하게 불리한 조항은 효력이 없다(동법 제3조 제3항, 제16조 본문).

동법의 개념정의에 따를 때 webwrap이 약관임은 의문의 여지가 없다. webwrap과 관련하여서는 동법 제3조의 약관의 명시·설명의무가 특히 문제될 수 있다. 먼저 명시에 관하여 보면, 동법 제3조 제1항은 "사업자는 계약체결에 있어서 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하고, 고객이 요구할 때에는 당해 약관의 사본을 고객에게 교부하여야 한다. 다만, 다른 법률의 규정에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관으로서 거래의 신속을 위하여 필요하다고 인정되어 대통령

30) 이와 관련하여, 사업자가 제시한 화면에 구매자가 클릭만을 하는 경우를 전자문서에 의한 전자상거래로 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 이는 클릭행위를 전자문서의 개념에 포괄할 수 있는지 여부와 관련된 문제이다. 클릭행위는 일정한 프로그램에 의거하여 일정한 데이터베이스로 변환되고, 사업자의 컴퓨터로 전송되어 저장되므로, 클릭은 전자적 형태로 작성되어 저장되는 정보라고 할 수 있으며, 결국 전자문서로 보는 것이 타당하다. 따라서 위와 같은 경우도 전자상거래로 보아야 한다. 강준모, *supra*. 보다 근본적으로는 전자문서의 개념을 중심으로 전자거래의 개념을 정하는 것의 타당성에 관하여 보다 심도 있는 검토가 따라야 할 것이다.

31) 소프트웨어의 포장에는 소프트웨어의 이용약관이 부착되어 있는 경우가 많고, 이용약관은 소비자가 포장 뜯음으로써 이에 동의한 것으로 간주된다. 이를 흔히 "shrinkwrap"이라 하고 이로부터 유추된 개념이 바로 "webwrap"이다.

령이 정하는 약관에 대하여는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는데, webwrap이 과연 명시 의무를 다하였다고 볼 수 있는가가 문제될 수 있는 것이다.

이는 결국 사안별로 판단해야 할 것이다. 웹 사이트의 이용자가 누구나 인식할 수 있을 정도로 눈에 띄게 약관을 명시하고, 이용자가 마우스를 클릭하는 등의 방법으로 이에 동의할 것을 요구하는 형태라면 명시 의무를 다한 것으로 볼 수 있다. 별도의 링크에 연결하여 약관을 확인할 수 있도록 하는 경우에도 이용자가 링크가 존재한다는 점을 쉽게 인지할 수 있고 쉽게 접속할 수 있는 형태로 디자인되어 있는 경우에는 역시 명시 의무를 다한 것으로 볼 것이다.³²⁾ 그러나 이용자가 아무 키나 누르면 창이 자동적으로 스크린 하단으로 사라지는 경우, 링크를 다른 링크나 파일명 사이에 숨겨둔 경우 등에 대해서는 약관이 명시되었다고 할 수 없으므로 약관의 내용에 따라 상대방을 구속할 수 없을 것으로 생각한다.

한편 사업자는 동 규정상의 사본교부의무에 비추어 약관을 다운로드할 수 있도록 하여야 할 것이다. 동조 제2항 본문은 약관의 설명의무에 대하여 규정하면서 단서에서 “다만, 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는 바, 온라인 거래는 “계약의 성질”상 약관의 설명에는 적합하지 않으므로 설명의무가 면제된다고 할 것이나, 그 만큼 약관의 명시 의무를 엄격히 적용하고, 약관의 심사 역시 보다 엄격히 할 필요가 있을 것이다.

3. 사이버 몰

(1) 개요

전자거래기본법 제15조는 제1항에서 “사이버몰의 운영자는 사이버몰의 운영·관리에 필요한 시설을 갖추어야 한다”고 규정하고, 제2항에서 “사이버 몰에는 그 운영자의 상호(법인의 경우에는 대표자의 성명을 포함한다)·주소·전화번호 등이 이용자가 쉽게 알 수 있도록 표시되어야 한다”고 규정하고 있다. 또 동법 제2조 제6호는 사이버몰을 “컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 또는 용역을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다”고 정의하고 있다. 컴퓨터 네트워크를 통해 불특정 다수를 상대로 상품을 판매하거나 서비스를 유상으로 공급하는 경우가 이에 해당할 것이다.

(2) 검토

위 규정은 사이버 거래의 익명성, 비대면성으로부터 발생할 수 있는 피해를 사전에 예방함으로써 소비자를 보호하기 위한 것으로서 그 취지의 정당성은 인정할 수 있지만, 과연

32) 앞서 전자문서와 서면교부의무에 관하여 보면서, 법률이 정한 서면교부의무를 전자문서로 반드시 대체할 수 있는 것은 아니라는 결론을 내렸다. 그러나, 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제1항은 약관의 ‘명시’ 의무를 규정하고 있지만, 그 형태는 ‘계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법’으로 하면 족하다고 규정하고 있으므로, 전자문서로 대체할 수 있다는 해석도 무방하다고 본다. 다만, 동조에서 예정하고 있는 ‘고객이 약관의 사본을 요구한 경우’에는 문제이나, 이 경우에도 계약의 효력과 직접적 연관을 가지고 있지 않으며 고객에 대한 정보제공의 측면이 강하므로, 직접 서면을 제공할 필요는 없고 아래에서 보는 바와 같이 약관을 다운로드할 수 있도록 하는 것으로 족할 것이다.

어느 정도의 실효를 거둘 수 있을 지도 의문일 뿐 아니라 입법체계상으로도 문제가 있다.

우선 동 법률과 동법 시행령, 시행규칙 어디에도 “가상의 영업장”의 규모 등에 관한 기준이 존재하지 않는다. 따라서 동법 제15조 제1항의 “운영·관리에 필요한 시설”이 무엇을 의미하는 지를 가늠해볼 수조차 없다. 이러한 이유로 인해 동 규정은 전시적인 효과 밖에는 기대할 수 없는 불완전한 규정이 되어버리고 말았다고 할 수 있다.

전자상거래의 여러 유형 가운데 유독 사이버 물에 대하여만 이와 같은 규정을 자세히 두고 있는 것도 전자상거래 관한 ‘기본법’이라는 전자거래기본법의 법 체계적 위상과도 어울리는 것으로 보기 어렵다. 위 규정의 입법취지는 소비자 보호 관련 법령에 의하여도 얼마든지 달성할 수 있는 것으로서 굳이 전자거래기본법에 규정할 것은 아니라고 본다.

1999년 12월 채택된 OECD 소비자보호 가이드라인에 대해서는 앞서 제2장 제4절에서 검토한 바 있다. 이 가운데 특히 온라인 정보 제공 부분은 사이버 물과 관련한 국내 법적 환경의 향후 개선방향을 제시하는 것이라 하지 않을 수 없다.

동 가이드라인은 온라인 정보제공과 관련하여 사업자에 관한 정보, 제품 및 서비스에 관한 정보, 거래에 관한 정보 등을 소비자가 명확하고 쉽게 접근할 수 있도록 해야 한다고 규정하고 있다. 현재 국내 소비자를 대상으로 한 전자상거래는 ‘방문판매 등에 관한 법률’이 규율하고 있으나 동법에 규정된 정보공시 관련 부분은 매우 미흡하다. 이를 OECD 가이드라인 수준으로 상향시킬 필요가 크다.

이와 관련하여 2000년 2월 우리 나라 공정거래위원회는 한국정보통신진흥협회 및 전자상거래연구조합 등이 심사 청구한 전자상거래 표준약관, 일명 ‘인터넷 사이버물 이용 표준약관’을 승인했다.³³⁾ 전자상거래 표준약관이 승인됨에 따라 전자상거래 당사자간의 신뢰제고 및 소비자 피해분쟁의 사전방지에 일조를 할 수 있을 것으로 보인다. 그러나, 표준 약관 사용을 활성화 하고, 소비자에게 거래의 안정 및 신뢰성을 확보해 주기 위한

33) 그 내용은 ①전자상거래의 비대면성이라는 약점을 보완하고 사이버물의 신뢰성을 높이기 위하여 상호, ‘물’의 영업소소재지, 대표자의 성명, 사업자등록번호, 연락처 등을 초기화면에 게시하도록 함 ②빈번한 약관개정에 따른 소비자들의 피해를 사전에 방지하기 위해 약관 개정시 적용일자를 명시하여 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 7일이상 게시하도록 하고 개정약관은 그 적용일자 이후 체결되는 계약에만 원칙적으로 적용함 ③이용자가 안전하게 인터넷 서비스를 이용할 수 있도록 개인정보(신용정보 포함) 보호를 위한 보안 시스템을 갖추 의무, 이용자가 원하지 않는 영리목적의 광고성 전자우편 발송금지 의무 등을 규정 ④ 이용자가 물 기타 제3자의 지적재산권을 침해하거나, 음란물을 게시하는 등 불법적인 행위를 한 때에는 관련법에 의해 제재하는 동시에 회원자격을 상실토록 함 ⑤사업자 운영의 피해보상처리기구 외에 전자거래분쟁조정위원회 규정을 약관에 반영함으로써 이용자들의 선택에 따라 조정등 신속한 분쟁해결을 도모할 수 있게 함 ⑥사이버물이 약관을 임의로 변경하거나 서비스 내용을 변경 또는 중단하는 경우 그로 인하여 이용자가 입은 손해를 배상함. 다만 이용자의 손해에 대하여 몰측의 고의·과실이 없으면 그러하지 아니 함 ⑦기술상의 실수 등으로 인해 계약을 체결한 소비자를 보호하기 위하여 사이버물에 대하여 수신확인 통지의무를 부과하고 이용자는 수신확인 통지를 받은 후 지체없이 주문변경 및 주문취소를 요청할 수 있도록 함 ⑧이용자가 구매한 재화의 배송수단, 배송비용 부담, 배송기간 등을 명시하도록 하고, 물이 고의·과실로 약정 배송기간을 초과한 경우에는 그로 인한 이용자의 손해를 배상하도록 함 ⑨통신판매에 있어서 선불식통신판매에 관한 규정과 청약철회에 관한 규정을 사이버물 거래에 적용하여 계약해제 및 환불 절차를 정하고, 일정한 경우에는 물품을 인도 받은 후 20일 이내 이용자는 청약을 철회할 수 있도록 함 ⑩ 개인정보 보호를 위해 사이버물 운영자가 개인정보 관리를 철저히 해야 할 구체적인 노력의무를 부여할 것과 신용카드·은행계좌등을 포함한 개인정보의 분실·도난, 유출, 변조 등에 대한 책임소재를 분명히 함 등이다.

예컨대 '표준약관 사용표시 부여제도' 등을 도입하는 것은 법적 환경 정비와 함께 수행돼야 할 정부의 역할일 것이다.

4. 온라인 광고

(1) 개요

광고는 상품, 서비스 등에 대한 대중들의 관심을 끌기 위해 표현되는 문구나 영상 등으로 정의된다. 인터넷 사용자의 급증에 따라 온라인 광고는 점차 기업의 경쟁력 유지에 필수적인 것으로 위상이 강화되고 있다. 더욱이 온라인 광고는 기존의 광고와는 달리 잠재적 고객과의 일대일 접촉이 가능하다는 장점을 갖고 있기 때문에 그 활용도를 더욱 높이고 있다. 그러나 온라인 광고가 새로운 매체를 이용한 것이라고 해도 그 목적은 여전히 상품이나 서비스를 판매하기 위한 것이라는 점에 있어서는 전통적인 형태의 광고와 다르지 않으며, 따라서 광고에 부과되는 각종 제한, 규제 대상이 된다는 점에 있어서도 차이가 있을 수 없다.³⁴⁾

(2) 온라인 광고의 법률 문제

사이버 스페이스는 익명성을 그 특징으로 하기 때문에 광고자가 소비자를 기만할 가능성은 현실세계에서보다 훨씬 높다. 예를 들어 소비자가 어떤 상품에 관해 이를 사용해 본적이 있는 소비자로부터 정보를 얻고 싶다는 메시지를 게시한 경우, 소비자로 가장한 광고자가 그 상품에 대한 허위의 또는 오인을 유발할 가능성이 큰 정보를 제공할 수 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 온라인 광고에 대한 관계 당국의 관리는 제대로 이루어지지 않고 있는 게 사실이다.

국경을 초월하는 사이버 스페이스의 특성은 온라인 광고에 대한 규제 및 감독과 관련하여서도 관찰권 문제를 야기한다. 허위, 과장 여부 등의 규제를 받음에 광고를 게재한 곳의 감독과 판단에 따라야 하는지, 아니면 광고가 도달하는 곳, 즉 광고를 인식하는 곳의 규율을 받아야 하는지의 고민이 그것이다.

생각건대, 광고는 그 자체에 목적이 있지 않고 상품 또는 서비스의 판매를 촉진시키는 데 본연의 목적이 있다. 또 허위 또는 과장광고를 규제하려는 입법취지도 소비자를 보호하는 데 있다. 그렇다면 관찰권 문제에 있어 온라인 광고는 그 내용을 인식할 수 있는 곳에 이를 인정하는 것이 적어도 이론상 합당하다고 보여진다. 그런데 이러한 논리를 적용하게 되면 극단적으로 말해 광고자는 인터넷을 접속할 수 있는 곳이면 그 모든 곳의 관련 규범과 감독지침 등을 숙지하고 있어야 한다는 결론이 된다. 관계 당국 또한 해당 사이트가 관찰권 안에 있지 않으면 문제가 있는 광고를 규제하는 일이 거의 불가능하다.

34) 실제로 미국의 교통성(Department of Transportation)은 인터넷을 통해 유효기간이 지난 요금표를 게시했다는 이유로 Virgin Atlantic Airway사에 대해 벌금을 부과함으로써 미국 연방기관 가운데 최초로 온라인 상의 광고를 문제삼아 규제한 기관이 됐다.

이러한 문제를 해결하기 위해 국제표준화기구(International Standards Organization)는 상품이나 서비스의 환경관련 특성을 광고하는 경우의 국제적 광고 기준을 제안한 바 있고, 국제마케팅감독네트워크(International Marketing Supervision Network)³⁵⁾에서도 그 해결방안을 강구하고 있다. 이들 국제기구 등을 통한 각국의 공조는 앞으로도 활발하게 전개될 전망이다. 각국의 이해관계가 워낙 첨예하게 대립하고 있어 가시적인 성과를 도출하기까지는 좀더 많은 시간이 필요할 전망이다.

(3) 현행법의 검토

광고의 내용을 규제하는 법령들은 일일이 다 열거할 수 없을 정도로 많다. 대부분은 각 분야에 있어서 허위 또는 과대광고를 금지하고 이를 위반한 경우 일정한 제재를 가하는 내용이다. 예를 들어, 약사법은 의약품에 관해, 의료법은 의료업무에 관해, 그리고 증권거래법은 주식의 매매에 관해 각각 허위 또는 과장광고를 금지하고 있다. 이하에서는 광고에 관한 현행법규 가운데 주요 법률들을 개관하면서 온라인 광고에 대한 적용여부를 검토해보기로 한다.

1) 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률

광고를 규제하는 일반법으로서 부정경쟁 방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률이 있다. 동법은 제2조 제1호 다목과 라목에서 각각 “광고에 의하여, ...통신에 허위의 원산지 표시를 하거나..., ...광고에 의하여... 통신에 그 상품이 생산, 제조 또는 가공된 지역 이외의 지역에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표시를 [한]...” 행위를 부정경쟁행위로 규정하여 규제하고 있다.

이에 따르면 온라인 광고도 당연히 동법의 적용을 받는다고 할 것이다. 그러나 동법은 '상품(유형재)'의 판매에 대해서만 적용되기 때문에 온라인 상으로 계약을 체결하고 오프라인으로 배달되는 상품에 한하여만 적용되고 무형재, 즉 계약체결에서 그 이행에 이르는 모든 과정이 온라인상으로 이루어지는 물품에 대해서는 적용될 수 없다는 한계가 있다. 또한 규제의 내용도 원산지 혹은 생산·제조·가공의 지역과 관련된 내용뿐이고 기타의 광고내용에 관하여는 규제할 수 없다. 입법적 보완이 요구되는 부분이다.

2) 표시광고의공정화에관한법률

다음은 표시광고의 공정화에 관한 법률이다. 동법은 종래 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시나 광고를 금지하였던 개정전 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제6호를 대체하는 독립적인 법률이다.

동법 제2조 제1호는 “표시라 함은 사업자 또는 사업자단체가 상품 또는 용역(이하 “상품 등”이라 한다)에 관한 다음 각목의 사항을 소비자에게 알리기 위하여 그 상품 등의 용기·포장(첨부물 및 내용물을 포함한다) 또는 사업장 등에 설치한 표지판에 쓰거나 붙인

35) 사기 등 각종 불법행위로부터 각국의 소비자를 보호하기 위한 방안을 강구하기 위해 미국, EU, 일본 등 주요국 관계당국이 회원으로 참여하고 있다.

문자나 도형 및 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다.”고 규정하고 있다. 이로부터 동법이 주로 유형물을 염두에 둔 것임을 쉽게 알 수 있지만, 광고의 대상에 '용역'에 관한 내용도 포함시키고 있으므로 유형물뿐만 아니라 무형물에 관한 광고도 동법의 규율 대상으로 보아야 할 것이다. 다만, '상품 또는 용역'라는 표현을 '유형재 또는 무형재'로 바꾼다면 법규의 적용이 훨씬 더 명확할 수 있을 것으로 생각된다.

동법 제2조 제3호가 동법상의 사업자를 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제1호의 규정에 의한 사업자를 말한다”고 규정하고 있고, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제1호는 사업자를 “제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다”고 규정하고 있으므로, 비단 유형물뿐만 아니라 무형물에 대한 광고에 관하여도 동법의 적용을 분명히 한 것은 타당한 입법이다.

그러나, 같은 조 제2호는 광고에 관하여 “광고라 함은 사업자 또는 사업자단체가 상품 등에 관하여… 사항을 신문·방송·잡지 기타 대통령령이 정하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것”이라고 규정하고 있으므로 온라인 광고의 경우에는 '대통령령'이 정하여야 동법의 규제를 받을 수 있는데, 이에 관한 대통령령은 아직까지 제정되어 있지 않다. 그러므로 온라인 광고에 대하여도 동법이 적용될 수 있도록 동법의 시행령 마련을 서둘러야 할 것이다.

3) 방문판매등에관한법률

동법 제2조 제6호는 “판매업자 또는 용역업자가 광고물·우편·전기통신·신문·잡지 등의 매체를 이용하여 상품 또는 용역에 관하여 광고를 하고 우편·전기통신 기타 총리령이 정하는 방법에 의하여 소비자의 청약을 받아 상품을 판매하거나 용역을 제공하는 것”을 통신판매로, 그리고 동조 제7호는 “통신판매를 업으로 하는 자 또는 통신판매를 업으로 하는 자와의 약정에 따라 통신판매업무를 수행하는 자”를 통신판매업자로 각각 정의하고 있다. 통신판매에 관한 광고는 동법 제17조에 규정되어 있다.

동법이 정하는 통신판매가 되기 위해서는 ①먼저 광고물·우편·전기통신·신문·잡지 등의 매체를 이용하여 상품이나 용역을 소비자에 대하여 광고하여야 하고, ②다음으로 우편·전기통신 기타 총리령이 정하는 방법에 의하여 소비자의 청약을 받아 상품을 판매하거나 용역을 제공하여야 한다. 그리고 통신판매업자가 되기 위해서는 이를 업으로, 즉 영리를 목적으로 계속하여 하여야 하나, 통신판매업자와의 약정에 의해 통신판매업무를 수행하는 자도 통신판매업자로서 동법의 규율을 받는다.

전자상거래와 관련하여 보면, 전기통신을 이용하여 광고를 하고 나아가 전기통신을 이용하여 소비자의 청약을 받는 경우 동법 상의 통신판매가 되는 것은 물론이고, 전기통신을 이용하여 광고만을 하고 우편이나 기타 총리령이 정하는 방법에 의해 소비자의 청약을 받는 경우도 모두 동법상의 통신판매에 해당한다고 보아야 할 것이다. 온라인 상의 서비스 공급은 물론, 온라인으로 계약을 체결하고 오프라인으로 상품을 배달하는 경우도 동법의 통신판매에 해당하고 따라서 이에 관한 광고도 동법의 적용을 받는다고 할 것이다.

동법은 방문판매·다단계판매·통신판매 등의 피해로 인한 소비자들이 피해를 방지하기 위하여 엄격한 규제를 규정하고 있다. 이러한 입법태도는 방문판매자 등은 대개의 경우 영업장을 갖춘 정도의 자력조차 갖추지 못한 영세업자들이 대부분이고, 이들이 판매한 상품이 후에 하자가 발견되었을 경우 소비자는 그 영업장이 없기 때문에 적절한 권리구제를 받을 수 없다는 점이 반영된 결과였다. 동법이 이들의 허위 또는 과장광고를 엄하게 규제하는 것도 같은 이유에서였다. 이와 관련하여 전자상거래는 영업장을 갖춘 필요없이 상품 또는 서비스를 공급할 수 있다는 점, 그래서 소규모 자본으로 사업이 가능하다는 게 가장 큰 장점이자 특징이다. 적어도 영업장이 없다는 점, 그리고 자본규모가 영세할 수 있다는 점에 있어서는 방문판매 등의 경우와 전자상거래가 다르지 않다. 따라서 아무리 전자상거래 활성화를 위한 정책과 배려가 요청되지만 현행법의 테두리 안에서 전자상거래를 동법의 예외로 분류할 수는 없을 것이다. 다만, 국경을 초월하는 환경에서 개방적으로 이루어지고 있는 전자상거래에 대해 이러한 규정을 적용하는 것은 현실적으로 가능한지는 의문이다.

(4) 결 어

무엇보다 위에서 언급한 개별 법령들이 온라인 광고에도 적용되는지의 여부와 관련하여 있을 수 있는 입법적 흠결을 시급히 보완해야 한다. 광고의 규제에 있어서는 유독 온라인을 통한 광고라고 해서 그 규제를 외면할 하등의 이유가 없을 뿐 아니라 오히려 앞서 지적한 온라인의 특성상 그 규제와 감독이 더욱 절실한 것이다. 따라서 개별 법령들의 규정을 면밀히 그리고 빠짐없이 검토하여 그 입법적 흠결을 보완하는 작업을 서둘러야 할 것이다. 1999년 12월 채택된 OECD 전자상거래 소비자보호 가이드라인이 온라인 광고와 관련하여 두고 있는 상세한 규정들은 우리의 법제 개선 노력 과정에서 활용해야 할 부분이 아닐 수 없다.

규제의 집행가능성이 현실적인 문제로 대두될 수 있다. 온라인 환경의 익명성, 그 규모의 방대성, 증거수집의 곤란함 등은 모두 온라인 광고의 효율적인 규제를 어렵게 하는 요소들이다. 집행기관으로서의 현인력과 조직을 전자상거래의 폭발적 확대 현상에 맞추어 재검토, 수정, 보완하는 작업에 착수하여야 한다. 이를 위해 예산상의 문제, 인력 증원의 어려움 등을 극복하고 최소한의 실효적인 집행을 위해 미국의 예에서와 같이 소비자단체 등과의 공조를 통한 선별적 집행을 추구하여야 할 것으로 본다.

5. 개인 정보의 보호

(1) 개 요

특정 사이버 물을 통해 전자상거래를 희망하는 소비자는 대부분 그 사이버 물에 회원으로 가입해야 하며 이 경우 자신의 주민등록번호, 주소 등을 입력해야 하고 때로는 자신의 신용카드번호까지 입력해야 한다. 이로써 사이버 물 운용자는 불특정 다수의 이용

자들에 대한 개인정보를 축적할 수 있게되는데 이 같은 개인 정보가 당사자의 의사에 반하여 공표되거나 악용될 우려가 전자상거래의 성장속도에 비례하여 커지고 있다. 개인정보를 이용할 목적만으로 사이버 물을 개설하는 최악의 경우도 벌어질 수 있음을 고려해 보면 그 대책을 시급하게 마련하지 않을 수 없다.

(2) 국내 관련 법 현황

개인정보 보호와 관련된 현행 국내 법으로는 전자거래기본법, 전자서명법, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 금융 실명거래 및 비밀보장에 관한 법률, 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률, 공공기관의 개인 정보보호에 관한 법률 등이 있다. 그리고 2000년 6월 정부는 개인정보보호지침을 발표했다.

①전자거래기본법은 제13조에서 개인정보보호 조항을 두고 수집목적의 명시, 안전대책 마련, 열람권 및 정정·삭제 의무 등을 규정함과 동시에 수집목적의 사용금지를 강제하고 있다.

②전자서명법은 제24조에서 공인인증기관에 대해 인증업무 수행에 필요한 최소한의 개인정보만을 수집하도록 하고 본인의 동의없이 개인정보를 수집하지 못하도록 규정하고 있으며(제1항), 수집된 개인정보를 다른 법률에 특별히 규정이 있거나 본인의 동의가 있지 않으면 인증업무 외의 목적으로 이용하거나 유출하지 못하도록 하고(제2항), 가입자가 자신의 개인 정보에 대한 열람을 신청하거나 당해 개인정보의 오류에 대하여 정정을 요구하는 때에는 지체없이 필요한 조치를 취하도록 함과 동시에(제3항), 인증업무에 종사하거나 종사하였던 자가 직무상 알게된 타인의 개인정보를 누설하거나 타인에게 제공하지 못하도록 명문화하고 있다(제4항).

③신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률은 동법 제15조에서 신용정보업자 등으로 하여금 개인의 사생활에 관한 정보, 불확실한 개인정보 등은 수집, 조사할 수 없도록 하고, 또 제22조에서 개인신용 정보의 제공, 활용을 위하여는 당해 개인으로부터 서면에 의한 동의를 얻도록 하고 있다. 동법은 또 제24조에서 개인신용정보의 제공 및 이용을 제한하고 있으며 제25조에서 신용정보의 열람 및 정정청구권을, 그리고 제27조에서 업무 목적 외의 누설금지 등을 규정하고 있다.

④금융 실명거래 및 비밀보장에 관한 법률은 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료를 동법이 규정하는 일정한 경우 외에는 타인에게 제공하거나 누설하지 못하도록 명정하고 있으며(제4조), 동 규정에 위반하여 금융거래정보를 제공하거나 누설한 자에 대해서는 형벌을 가하도록 규정함으로써 금융거래에 관한 개인정보를 보호하고 있다.

⑤공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률은 공공기관이 개인정보를 수집 및 처리함에 있어서 정보 주체의 동의가 있는 경우 등 이외에는 개인의 기본적 인권을 침해하지 못하도록 하고 있으며(제4조), 개인정보의 안전성 확보(제9조) 및 처리정보의 이용 및 제공 제한(제10조), 개인정보 취급자에 대한 누설금지의무(제11조)와 함께 정보 주체에 대한 처리정보 열람 및 정정권을 인정하고 있다(제12조 이하).

⑥정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률은 제4장에서 개인정보 보호에 관한 규정(제16조 내지 제18조)을 두고 개인정보의 수집 및 취급, 개인정보의 이용 및 제공의 제한, 그리고 이용자의 동의 철회권 및 열람 및 정정 요구권, 정보통신 서비스 제공자의 열람제공 및 정정 의무 등에 대해 규정하고 있다.

⑦정보통신망이용촉진등에관한법률 제16조 내지 제18조에서 정보통신서비스제공자에 대하여 개인정보 보호를 위하여 필요한 조치사항을 규정하고 있는 바 2000년 6월 발표된 개인정보보호 지침은 동 법률의 규정을 구체화하여 이용자의 개인정보에 대한 적절한 보호를 그 목적으로 하고 있다. 동 지침은 정보통신서비스 제공자가 법률이 정한 경우 외에 이용자의 기본적 인권을 침해할 우려가 있는 사상, 사상, 출신 지와 본적지, 정치적 성향 등을 수집할 수 없도록 하고, 선택적 개인정보를 제공하지 않았다는 이유로 서비스를 거부하지 못하도록 규정하고 있다. 또 정보통신서비스 업체는 개인정보를 안전하게 지키기 위한 기술적 대책을 마련하고 개인정보를 처리하는 시스템 사용자를 별도로 지정토록 했으며 수집목적이 끝난 개인정보는 종이의 경우 소각하고, 파일 형태로 저장된 것은 포맷해 파기토록 했다. 지침은 또 만14세 미만 어린이의 개인정보는 부모나 법정대리인의 동의를 받아 수집토록 하고 정보열람과 정정을 요구할 경우 서비스업체는 이를 받아들여도도록 규정하고 있다.

(3) 문제점 및 대책

무엇보다 개인정보 보호에 관한 현행 국내법은 대부분 공공부문을 그 적용대상으로 하고 있고 민간 부문을 전제로 한 포괄적인 법률은 미흡한 것이 사실이므로 관련 입법을 서둘러야 한다. 이미 OECD가 1980년 '프라이버시 보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인(Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)'을 채택하고 이를 토대로 미국³⁶⁾, EU³⁷⁾와 일본³⁸⁾ 등에서

36) 미국은 1998년 11월 '개인정보보호를 위한 세이프하버 원칙(Safe Harbor Principles)'을 제시하였다. 이 원칙은 7가지 항목(고지(NOTICE), 선택권(CHOICE), 제3차 정보제공(ONWARD TRANSFER), 안전성(SEcurity), 데이터 무결성(DATA INTEGRITY), 접근(ACCESS), 집행(ENFORCEMENT))으로 구성되어 있다. 이 원칙은 1998년 처음 발표된 이래 1999년 11월 15일 'International Safe Harbor Privacy Principles(Draft)'로 수정 제안되었다.

37) 유럽연합(EU)은 1995년 10월 '개인데이터의 처리와 자유로운 유통에 관한 개인정보보호지침(Directive 95/46/EC of the European Parliament and the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data)'을 채택하였다. 동 지침은 EU 수준으로 적절하게 개인정보를 보호하지 않는 국가에 대해서는 개인데이터 이동을 금지하고 있다. 1997년 12월에는 '정보통신부문의 프라이버시 보호와 개인정보 처리에 관한 지침(Directive of the European Parliament and the Council Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Telecommunications Sector)'을 채택하고, 1999년 2월에는 인터넷 이용자와 서비스 제공자(ISP)의 권리와 의무를 규정한 '인터넷 개인정보의 수집 및 처리에 관한 개인보호지침(Recommendation No R (99) 5 Guidelines for the protection of individuals in connection with the collection and processing of personal data on information highways)'을 채택하였다.

38) 일본은 통산성이 1997년 3월 '민간부문에서의 전자계산기 처리에 관련된 개인정보보호지침'을 마련하고, 전자상거래실증추진협의회(ECOM: Electronic Commerce Promotion Council of Japan)는 1998년 3월 「전자상거래 개인정보보호지침」을 제정하였으며, 또한 통산성은 1999년 3월 공업규격(JIS Q 15001)으로 '개인정보보호 실천준수계획을 위한 규격'을 제정하였다.

관련 법률 제정하였는 바, 전자상거래의 국제적 성격을 고려할 때 우리의 개인정보 보호 법제도 OECD 가이드라인 및 정보선진국 법제를 참고하여 그에 상응하는 수준으로 마련해야 할 필요성은 더욱 크다 할 것이다.

한편, 개인정보의 보호에 있어 그 침해행위에 대한 처벌규정을 정비하는 일도 시급하다고 생각된다. 위에서 본 바와 같이 어떤 유형의 침해행위에 관하여는 형법과 특별법의 규정이 함께 존재하는 반면, 어떤 유형의 침해행위에 관하여는 처벌규정이 존재하지 않기도 한다. 일단 형법과 특별법의 규정이 함께 존재하는 경우에는 그 적용 상의 혼란을 방지하기 위하여 그 구성요건 및 법정형에 있어서 균형을 이루도록 하고 궁극적으로는 개별 특별법상의 목적 달성을 위하여 꼭 필요한 경우가 아닌 한 형법의 일반규정에 모두 편입시키는 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 처벌규정이 존재하지 않는 바이러스 유포 행위나 컴퓨터의 무권한 사용에 관한 처벌규정을 신설할 필요가 있다. 한편 해킹행위를 규율하는 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률의 경우, 그 내용이 너무 추상적이고 포괄적이어서 최형법정주의의 명확성 원칙에 반할 위험이 있으므로, 외국의 입법례 등을 참고하여 보다 정교하게 다듬을 필요가 있다고 생각한다.³⁹⁾

6. 네트워크 관리자 관련 법률

(1) 개요

이상에서 살펴본 바와 같이 전자상거래에 임하는 사업자들은 소비자 보호 등을 위해 여러 가지 규제를 받게 된다. 여기서의 사업자들은 소비자들에 대하여 소비자들이 요구하는 상품 혹은 용역을 제공하는 자로서의 사업자를 지칭하는 것이었다. 그런데 네트워크를 사용하는 온라인 계약의 특성상, 계약당사자 외에도 네트워크 관리자가 온라인 계약에 직접 또는 간접으로 개입할 수 있고 이 경우 이들에 대하여도 일정한 규제가 필요하게 된다. 이하에서는 이러한 네트워크 관리자들에 대한 규제와 관련된 법률 및 그 문제점을 간략히 살펴보기로 한다.

(2) 네트워크 관리자들에 대한 규제

1) 전자거래기본법

전자거래기본법은 전자거래의 당사자, 인증기관, 정보통신설비 또는 컴퓨터 등의 이용에 관한 역할을 제공하는 자를 묶어 "전자거래 당사자 등"이라고 통칭하고(제13조 제1항), 이들에게 개인정보보호의무, 컴퓨터 등의 안전성확보의무 등을 규정하고 있다. 이 중 "정보통신설비 또는 컴퓨터 등의 이용에 관한 역할을 제공하는 자"는 대체로 전기통신사업법상의 사업자와 기타 인터넷 접속 서비스 제공자 등을 의미하는 것으로 이해된다.

39) 同旨, 강동욱, 「정보통신망이용에 있어서 개인정보 보호를 위한 형사법적 대응방안에 관한 고찰」, 인권과 정의 통권 제280호(1999.12.), p.30~37.

2) 전기통신사업법

동법은 정보통신 인프라 관련 사업의 적정한 운영을 그 입법목적으로 한다(동법 제1조). 동법은 전기통신사업자를 기간통신사업자, 별정통신사업자, 부가통신사업자로 나누어 그 사업을 규율하고 있는 바, 전기통신사업자를 “이 법에 의한 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다”고 정의하고 있고(제2조 제1항 제1호), 이 중 기간통신사업을 영위하는 자를 기간통신사업자, 별정통신사업을 영위하는 자를 별정사업자, 부가통신사업을 영위하는 자를 부가통신사업자로 분류하여 규율하고 있다.

기간통신사업은 “전기통신회선설비를 설치하고 이를 이용하여 공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무(이하 “기간통신역무”라 한다)를 제공하는 사업”을, 별정통신사업은 “기간통신사업자의 허가를 받은 자(이하 “기간통신사업자”라 한다)의 전기통신회선설비를 이용하여 기간통신역무를 제공하는 사업”과 “정보통신부령이 정하는 구내에서 전기통신설비를 설치하거나 이를 이용하여 그 구내에서 전기통신역무를 제공하는 사업”을, 부가통신사업은 “기간통신사업자로부터 전기통신회선설비를 임차하여 제2항의 규정에 의한 기간통신역무 외의 전기통신사업(이하 “부가통신역무”라 한다)을 제공하는 사업”을 각각 의미하는 것이다(제4조). 한편 기간통신역무는 전화역무, 가입전신역무, 전기통신회선설비임대역무, 주파수를 할당받아 제공하는 역무, 정보통신부장관이 고시하는 기타 역무를 말한다(동법 시행규칙 제3조).

정리하여 보면, 기간통신사업자는 직접 전기통신회선설비를 설치하고 이를 이용하여 역무의 공공성 등을 고려하여 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 역무를 제공하는 사업자이고, 별정통신사업자는 직접 전기통신회선설비를 설치하지는 않고 기간통신사업자가 설치한 설비를 이용하여 기간통신사업자와 같은 역무를 제공하는 사업자와 정보통신부령이 정하는 제한된 구역 내에서 전기통신설비를 설치하거나 이를 이용하여 전기통신역무를 제공하는 사업자이고, 부가통신사업자는 직접 전기통신회선설비를 설치하지는 않고 이를 기간통신사업자로부터 임차하여 기간통신역무외의 전기통신역무를 제공하는 사업자이다.

전자상거래와 관련하여 보면, 직접 초고속 통신망을 구축하고 이를 이용하여 전화역무등 기간통신역무를 제공하면서 이와 아울러 인터넷 접속 서비스를 제공하는 사업자는 동법상의 기간통신사업자에 해당한다. 그러나 초고속 통신망을 임차하여 인터넷 접속 서비스를 제공하는 사업자는 동법 상의 부가통신사업자에 해당한다. 기존의 전기통신회선설비를 임차하지 아니하고 직접 초고속 통신망을 구축하여 기간통신역무를 제공하지 않고 인터넷 접속 서비스 등만을 제공하는 사업자는 정보통신부 장관이 인터넷 접속 서비스를 기간통신역무로 고시하지 않는 한 문언 상으로는 동법 상의 어떤 사업자에게도 해당하지 않는다.

동법상 기간통신사업을 경영하고자 하는 자는 정보통신부장관의 허가를 받아야 하고(동법 제5조 제1항), 별정통신사업을 하려는 자와 부가통신사업을 하려는 자도 각각 등록과 신고를 요건으로 한다(동법 제19조 제1항, 제21조) 동법이 규정하는 이들 전기통

신사업자들의 공통적 의무로는 역무의 계속적 제공의무(동법 제3조), 소위 “보편적 역무”의 제공에 기여할 의무(동법 제4조), 이용자의 민원처리의무(동법 제33조), 손해배상의무(동법 제34조), 정보유용금지의무(동법 제34조의 5) 등이 있다.

3) 정보통신망이용촉진등에관한법률

동법은 정보통신망의 이용 촉진, 안정적인 관리·운영, 정보통신서비스 이용자의 개인 정보보호를 그 입법목적으로 한다(제1조). 동법 제2조 제2호는 정보통신서비스를 “전기통신기본법 제2조 제7호의 규정에 의한 전기통신역무와 동 역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것을 말한다”고 정의하고, 정보통신서비스제공자를 “전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신 역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다”고 정의하고 있다.

이 규정들과 전기통신기본법, 전기통신 사업법상 관련 규정들을 종합하여 보면, 전기통신사업자들은 전기통신사업법의 적용을 받음과 동시에 정보통신서비스제공자로서 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률의 적용을 받게되는 결과가 된다. 즉 전기통신사업법은 인프라의 관리 차원에서 사업자들을 규율하고 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률은 서비스제공의 차원에서 주로 이용자와의 관계를 규율하는 것이므로 이러한 결과가 반드시 불합리하다고 할 수는 없다. 다만, 정보보호 등에 관하여는 일부 중복되는 규정도 존재하는 것이 사실이다.

전자상거래와 관련하여 보면, 인터넷상의 광고 등 거의 모든 콘텐츠는 “정보”에 해당하는 것이므로 전자상거래 사업자의 거의 모두가 동법의 정보통신서비스제공자에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 인터넷 접속 서비스 제공자도 동법상의 “정보의 제공을 매개하는 자”에 해당하므로 역시 정보통신서비스제공자에 해당한다고 할 것이다.

동법은 정보통신서비스제공자의 의무로서 개인정보의 수집 및 취급 관련 의무(제16조), 개인정보의 이용 및 제공 관련 의무(제17조), 개인정보와 관련한 이용자의 권리(제18조)를 규정하고 이를 위반한 경우의 벌칙을 규정하며(제30조), 제5장에서는 정보통신망의 안전한 관리·운영을 위한 규정들을 두고 있다.

7. 음란물 규제

(1) 개요

오늘날 컴퓨터의 급속한 보급과 인터넷 이용자의 확산에 힘입어 매우 다양한 정보가 빠른 시간에 유통되고 있음을 본다. 그런데 말 그대로 홍수를 이루고 있는 정보 가운데에는 비단 유익한 정보 뿐만 아니라 각종 음란물이 범람하고 있어 성윤리, 특히 청소년 교육과 관련하여 심각한 사회문제를 야기시키고 있다. 노골적인 음란물의 규제 필요성에 대해서는 모든 나라가 공감을 하고 있다. 그러나 다른 한편 성적 표현물의 판단기준, 규

제방법 등에 대해서는 각국의 입장이 상이하여 국제 규범을 정립함에 있어 어려움이 크다. 인터넷에서 유통되고 있는 음란물을 현행 국내 법으로는 어떻게 규율할 수 있는지에 대해서 관련 규범의 내용을 검토해 보기로 한다.

(2) 음란성의 기준

인터넷상의 음란물 규제에 관하여 검토하기 전에, 우선 우리 법체제하에서의 음란성의 기준을 살펴볼 필요가 있다. 우리나라 형법은 제243조에서 '음란성'에 대해 규정하고 있고 그 개념에 대해 통설과 판례는 '그 내용이 성욕을 자극하거나 흥분시키고 보통인의 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다'라고 하고 있다.⁴⁰⁾

이러한 음란성의 개념은 사회의 역사적 변화와 발전에 대응하는 비고정적·역사적 개념이며, 사회내부의 민족의식·감정 또는 종교·교육·풍속·습관 등을 반영하는 비포괄적·비단일적 개념이다. 또 음란성이라는 개념 자체가 추상적이므로 구체적인 판단에 있어서는 결국 사회통념에 따라 결정되어야 할 규범적 개념이다. 따라서 각 매체마다 표현된 음란물은 표현방식이 다르고, 매체에 따라 시청자나 독자에게 주는 인상이 다를 수밖에 없으므로 각 매체별로 음란물에 대한 정의가 세분되어 규정될 것이 요청되고 있다. 인터넷의 급속한 보급으로 인한 사회의 변화 또한 인정하지 않을 수 없는 현실이고 보면 이른 바 인터넷 시대에 있어서의 음란성 개념을 새롭게 정립할 필요가 있다.⁴¹⁾

① 우리의 판례는 음란성의 판단에 있어서 매우 보수적인 입장에서 있으며, 특히 문서보다는 화상의 경우에 더욱 엄격한 기준을 적용하고 있다. 화상의 경우에는 문서에 비하여 즉흥적이고 직접적인 특성을 지니고 있어, 문서보다 더욱 독자의 호색적 흥미를 돋구기 때문이라는 것이 그 이유이다.⁴²⁾ 따라서 대부분 컴퓨터의 모니터를 통해서 표시되는 인터넷상의 음란물이 법원에서 문제될 때 그 판단은 기존의 음란성 기준보다 엄격하게 이루어질 가능성이 높다.

② 국경을 초월한 사이버 스페이스에서의 음란물은 이를 제작한 곳과 게재한 곳, 그리고 실제 화면으로 볼 수 있는 곳의 음란성 판단 기준이 각각 다를 수 있다. 이 경우 음란성 시비가 우리 법원에 제기되면 어떻게 처리할 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 우리의 판례는 "외국 저작물의 경우에도 외국의 음란성 평가 기준을 그대로 우리나라에 적용할 수 없고, 우리나라의 기준으로 음란성 여부를 결정하여야 한다"고 판시한 바 있다.⁴³⁾ 그렇다면, 설혹 그것이 외국에서 만들어지고 외국에서 운영하는 사이트에 게재된 것이라 하더라도 국내 네티즌들이 이를 볼 수 있는 상태가 되면 국내 기준에 의해 음란성 여부를 판단해야 한다는 결론이 된다.

③ 이러한 음란의 개념이 너무 모호하여 죄형법정주의 특히 명확성의 원칙이 반하지 않느냐는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 헌법 재판소는 "음란" 개념은 적어도 수범자와 법

40) 이재상, 신정판 형법각론 박영사(1996), pp.562~563 등.

41) 同旨, 강동욱, 「인터넷과 음란물」, 인권과 정의 통권 제282호(2000.2.), p.69 등.

42) 황승홍, 「사이버공간에 대한 형법 제243조의 적용 여부」, 인권과 정의 통권 제280호(1999.12.), 51쪽.

43) 대법원 1997.12.26. 선고 97누11287 판결.

집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고, 또 법 집행자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. ... '음란' 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다"고 판시한 바 있다.⁴⁴⁾

(3) 관계 법률

1) 형 법

인터넷상의 음란물 처벌에 관하여는 일단 형사법의 기본법인 형법을 살펴보아야 할 것이다. 형법 제243조는 "음란한 문서, 도화, 필름, 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다"고 규정하고, 같은 법 제244조는 "제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있다.

컴퓨터 네트워크를 이용한 음란사범의 유형은 크게 ①컴퓨터 네트워크 상에서 직접 음란화상을 송신하는 형태, ②컴퓨터 네트워크 상에서 광고선전을 하여 음란물을 판매하는 형태로 나누어지는 바⁴⁵⁾, ②의 유형에는 위 형법 규정이 적용되는데 큰 어려움이 없을 것이므로, 문제는 ①의 유형에 관하여 형법 제243조가 적용될 것인지 여부에 있다고 하겠다.

인터넷을 통한 화상 등 정보의 전달은 민법 제98조에 의한 '유체물이나 관리할 수 있는 동력'이라고 할 수 없으므로 결국 동조의 "물건"에 해당하지 아니하므로 형법 제243조에 의하여 위 ①유형의 행위를 처벌하는 것은 적절치 않다고 본다.⁴⁶⁾ 대법원도 위 형법 제243조와 관련된 사안에서 '형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로, 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일을 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고, 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없다'고 판시한 바 있다.⁴⁷⁾

2) 전기통신기본법

위 대법원 98도3140 판결에서 보는 바와 같이, 인터넷상의 음란물은 원칙적으로 전기통신기본법에 의하여 처벌된다. 동법 제48조의2는 이와 관련하여 '전기통신역무를 이용

44) 헌법재판소 1998.4.30. "출판사및인쇄소의등록에관한법률, 제5조의2 등 위헌제청에 관한 결정, 95헌가16.

45) 강동욱, *supra*, p.68.

46) 인터넷 상에서의 정보의 전달은 형법 제243조 상의 '반포, 판매 또는 임대'에는 해당하지 아니함이 명백하고 '공연히 전시 또는 상영'에 해당되는지 여부가 문제될 것인데, 동 조항이 예정하고 있는 공연성이라 함은 불특정 혹은 다수인이 관할할 수 있는 상태를 말하나 인터넷에 의하여 성립되는 사이버 공간은 공연성을 인정하는 기초가 되는 안정성과 지속성을 결여하고 있으므로, 공연성 요건 또한 충족되지 않는다는 견해가 있다. 황승홍, *supra*, pp.54~57. 그러나 인터넷은 본래 불특정 다수인에게 전달되는 '개방성'을 특징으로 하는 것이므로 공연성은 당연히 인정된다고 보아야 할 것이다. 同旨 : 강동욱, *supra*, p.73.

47) 대법원 1999.2.24. 선고 98도3140 판결.

하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 분포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 동법 제2조 제1호에 의하면 '전기통신'이라 함은 '유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것'을 말하고, 동조 제7호에 의하면 '전기통신역무'라 함은 '전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것'을 말한다.

3) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률

성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제14조는 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있다.

4) 청소년보호법

청소년보호법은 "청소년 유해매체물의 청소년 대상 유통규제"라는 제하에 제2장에서 유해매체물의 범위, 유해매체물의 심의결정, 표시의무, 포장의무, 구분, 격리 전시 또는 진열의무 등에 관하여 규율하고 있다. 청소년보호법상의 유해 매체물은 음란물 뿐 아니라 이는 미치지 않으나 청소년에게 유해한 영향을 줄 수 있는 저속⁴⁸⁾한 표현물을 포함하는 것이다.

온라인 통신은 동법 제7조 제4호 "전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보"에 해당한다고 할 것이고, 동법 제7조 제6호에 의하면 '전자출판물'도 '청소년 유해매체물'에 해당하므로 온라인으로 전송되는 음란물 내지 저속물이 소정의 심의, 의결절차를 거쳐 유해 매체물로 지정될 가능성을 배제할 수 없다고 본다. 이러한 유해 매체물을 판매, 대여, 배포하거나 시청·관람·이용에 제공하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하여 진다.(동법 제50조)

(4) 네트워크 관리자의 책임

이와 관련하여 자기의 서버컴퓨터에 음란화상이 발신자에 의하여 장치되어 있는 것을 알면서도 송신방지조치를 취하지 않았던 서비스 제공자 혹은 네트워크 관리자의 형사책임이 인정될 것인지 여부가 문제된다.

이에 관하여는 전해의 대립이 있을 수 있으나, 인터넷의 경우 네트워크가 각 사용자의 PC에 직접 연결되는 시스템으로 되어 있고, 서버 컴퓨터를 관리하는 서비스 제공자 혹은

48) 다만, 위 헌법재판소 95헌가16결정은 '저속' 개념의 명확성 위배 여부에 관하여 '그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려운 정도로 매우 추상적이다. ... 출판물 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다'고 판시한 바 있다.

네트워크 관리자는 이 같은 네트워크 운영을 촉진하는 역할을 담당하고 있을 뿐이라는 점, 또한 서비스 제공자 혹은 네트워크 관리자로서는 회원규약에 근거하여 사후적으로 정보를 체크하고, 공서양속에 위반하는 것이 있으면 사용자에게 그 정보를 삭제하도록 경고하는 것은 있더라도 '통신의 보호'관점에서 자신이 사전에 정보내용을 검열하여 상당하지 않은 정보를 일방적으로 말소할 수는 없는 것으로 되어 있는 것이 통상적이라는 점 등을 고려할 때 서비스 제공자 혹은 네트워크 관리자에 대하여 일반적으로 네트워크 내의 음란정보를 삭제하여야 할 책위의무를 인정하기는 어렵다 할 것이다. 따라서 이러한 경우 네트워크 관리자에게는 그 형사책임을 인정하지 않는 것이 타당하다고 본다.⁴⁹⁾

전기통신사업법도 이러한 관점에서 서비스 제공자 혹은 네트워크 관리자의 형사책임을 제한적으로 인정하고 있다. 즉, 동법 제53조에서는 PC통신업체와 같은 전기통신사업자가 수익성을 목적으로 불건전정보의 유통을 용인하는 행위를 막기 위하여 전기통신사업자는 자신이 제공하는 전기통신설비나 서비스를 이용하여 전기통신이용자가 유해정보를 제공할 경우에 정보통신부장관의 명령에 따라 이를 거부할 수 있도록 규정하고 있으며(동조 제3항), 이에 위반하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고(동법 제71조 제7항), 이 명령을 지키지 않은 경우에는 업무의 정비나 통신사업을 취소할 수 있도록 하고 있다.(동법 제28조, 제65조)

(5) 결 론

위에서 살펴본 바와 같이 인터넷상의 음란물의 경우 전기통신기본법이 기본적으로 적용되고, 청소년보호와 관련된 경우에는 청소년 보호법이, 특정목적물 가지고 특정인에게 음란물을 인터넷으로 전송한 경우에는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률이 각 전속적으로 적용될 것이다. 다만 다음과 같은 점들은 주의를 요한다.

형벌의 대상이 되는 음란성의 구체적 기준은 법원이 판례를 통하여 결정하고 있음은 위에서 살펴본 바와 같다. 또한 이제까지 판례의 태도를 고려할 때 인터넷상의 음란물에 대하여는 음란성에 관한 엄격한 기준이 적용될 것으로 보인다. 그러나 음란성의 기준을 엄격히 설정하다 보면, 자칫 헌법이 보장하고 있는 언론의 자유, 표현의 자유를 침해할 우려가 없지 않다.⁵⁰⁾ 따라서 향후의 판례는 이와 같은 점을 반드시 고려하여야 할 것이다.

입법론적으로는 형법 제243조를 개정하여 그 대상에 '전자기록 등 특수매체기록'을 포함시켜 인터넷상의 음란화상 유통행위에 대한 처벌의 통일성을 기하는 것이 필요하다고 본다.⁵¹⁾

49) 강동욱, *supra*, pp.78~80.

50) 이와 관련하여, 인터넷상의 음란물로부터 미성년자를 보호하기 위하여 제정된 미국의 통신품위법(the Communication Decency Act)이 1996.6. 필라델피아 연방법원으로부터 '품위에 어긋나는(indecent) 정보들 유통시키는 행위를 처벌한다'는 내용의 적용범위가 지나치게 넓고 애매모호하여 헌법이 보장하는 언론 및 표현의 자유에 반한다는 이유로 위헌판결을 받고 1997.6.26. 미국 연방대법원에 의하여 최종적으로 위헌이 확정된 사실을 상기할 필요가 있다. 김춘아, 「인터넷 포르노그래피규제를 위한 미국의 법제화 동향」, 정보통신정책 DB(정보통신정책연구원, 1998.12.1.) 참조.

51) 同旨, 강동욱, *supra*, p.73.

청소년 보호법이 온라인으로 전송되는 음란물 또는 저속물에 대해서도 적용된다고 하더라도 동법에 따른 유해매체물의 지정은 별도의 심의, 의결을 필요로 할 뿐 아니라 동법은 전반적으로 온라인 통신의 특수성을 전혀 반영하고 있지 않기 때문에, 어느 정도 규제의 실효성을 거둘 수 있을 지는 의문이다. 공급자로 하여금 음란물이나 저속물에 대해 경고 또는 공급거부 메시지를 게시할 의무를 지우게 하는 등 기술적으로 가능한 범위 내에서 온라인 통신에 관한 구체적인 표시 및 포장의무를 규정하는 안을 검토할 필요가 있다. 나아가, 회원제 운영 등을 통해 사용자의 나이를 확인할 주의의무를 부과하는 방법, 시간대에 따라 내용을 규제하거나 접속을 허용 또는 금지하는 방법 등이 검토되어야 할 것이다.

서비스 제공자 혹은 네트워크 관리자의 책임에 관한 전기통신사업법은 '공공의 안녕질서나 미풍양속을 해하는 내용의 통신'을 그 대상으로 하고 있다. 그러나 이러한 개념들은 너무나 막연하므로 최형법정주의에 위반될 가능성이 있다.

보다 일반적인 문제로서, 온라인 상의 음란물을 규제하기 위한 입법에 있어서는 그 전달 형태를 떠나 내용에만 착안한 규제는 바람직하지 않다고 본다. 전자우편의 형식으로 음란물을 주고받는 경우는 누구나 접근할 수 있는 형태로 음란물을 게시하는 경우와는 차별되어야 하고, 이에 대한 과도한 규제는 우리 헌법 제18조 통신의 자유에 대한 침해가 될 수 있다는 점에 유의하여야 할 것이다.

인터넷상의 불건전 정보가 범람함에 따라 정부는 이른 바 '인터넷 내용등급제'를 추진한 바 있다. 그러나 이러한 정부의 방침은 2000년 12월 국회 과학기술 정보통신위원회가 '정보통신망이용촉진등에관한법률' 개정안을 심의하면서 정보내용 등급의 자율표시제 관련 조항과 문구를 모두 삭제 또는 수정해 의결함으로써 결국 무산되고 말았다.

정부가 추진한 '인터넷 내용등급제'는 음란, 저질, 정보 등으로부터 청소년을 보호하기 위해 정보 제공자가 일정 기준에 따라 정보내용의 등급을 표시, 이용자가 참고할 수 있도록 한 내용규제 방식이다. 그러나 이 제도는 설혹 그 취지에 공감한다 하더라도 무엇보다 실효성을 의심하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 이 제도를 도입한다는 것은 자율을 근간으로 한 인터넷 정신에 위배될 뿐만 아니라 실효는 없으면서 표현의 자유만 침해한다는 이유에서 찬성할 수 없다. 보다 신중한 정책입안 및 집행이 요구된다.

8. 온라인상의 명예훼손

(1) 개요

온라인 환경에 존재하는 자유로운 표현문화, 광범위한 전파성, 저렴한 비용에 의한 전파 가능성 등은 온라인 통신을 통한 명예훼손의 기회를 극대화하고 있다. 또한 디지털 기술은 새로운 유형의 명예훼손을 보다 용이하게 한다. 예를 들어, 어떤 사람의 사진을 다른 사진과 합성함으로써 보는 이를 오도함으로써 결과적으로 그 사람의 명예를 훼손할 수 있다.

전자상거래 관련 사업자로서는 온라인 환경이 제기하는 새로운 문제들을 명확하게 인식함으로써 인터넷이 언론의 자유와 관련하여 제공하는 새로운 가능성을 충분히 현실화

합과 아울러 자신의 또는 제3자의 고의 또는 부주의로 인하여 타인의 명예를 훼손하고 이에 대한 책임을 지게 되는 일이 없도록 유의하여야 할 것이다.

(2) 주요 쟁점

미국에서는 공적인 인물에 대한 명예훼손 사건에 있어서는 명예를 훼손되었다고 주장하는 사람이 상대방의 현실적인 악의를 입증하여야 한다는 소위 공적인 인물의 이론이 확립되어 있다. 이는 공적인 인물의 경우에는 보다 엄격한 사정 하에서만 명예훼손이 성립하도록 함으로써 언론의 자유의 효력을 최대화하기 위한 것임과 동시에, 공적인 인물은 대중 매체에 보다 용이하게 접근하여 반응을 펼 수 있다는 현실을 전제하고 있는 것이다.

그러나 모든 사람들이 용이하게 접근할 수 있다는 특성을 갖는 인터넷 환경에서는 유독 공적인 인물만이 언론매체에 접근할 수 있다는 전제의 설득력이 약화된다는 점에서 향후 이 이론이 수정될 것인지를 지켜볼 필요가 있을 것이다.

이 이론과 관련한 또 하나의 흥미로운 사안은 과연 온라인 상에서 공적인 인물의 범위는 어디까지인가 하는 문제이다. 공적인 인물이 되는 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 광범위하고 일반적인 명성 또는 악명 때문에 모든 의미에서, 모든 맥락에서 공적인 인물이 되는 경우이고, 다른 하나는 공적인 관심사의 일부로서 공적인 인물이 되는 경우이다.

그렇다면, 예를 들어 온라인 대화방에 정기적으로 해설을 게재하는 사람은 공적인 인물로 볼 것인지 등의 의문이 제기될 수 있다. 미국에서는 인터넷 뉴스레터에서 전자우편으로 직접 물건을 판매하는 회사가 소비자들을 기만하고 있다는 기사를 게재하여 명예훼손으로 소송을 제기 당한 사건에서, 뉴스레터 발행인은 위 회사가 인터넷상으로는 공적인 인물에 해당한다고 주장한 사건이 있었으나 법원의 판결 이전에 당사자간의 합의로 종결됨으로써 이에 관한 법원의 공식적인 판단은 얻지 못하였다.

책임의 주체와 관련하여서도 온라인 서비스 제공자나 컴퓨터 게시판 운영자가 서점, 도서관 또는 신문 가판대에 준하는 수동적 전달통로에 불과한 것인지, 아니면 신문 등의 출판인에 해당하는지가 문제될 수 있다.

미국에서는 1991년 온라인 서비스 제공자는 서점이나 공공도서관에 더 가깝다는 이유로 CompuServe의 책임을 부정한 판결이 있었으나, 1995년에는 Prodigy가 선량한 미풍양속을 해하는 글의 게재를 금지하고 이러한 글을 삭제하여 가족 중심의 네트워크가 되겠다고 표방해왔으며, 실제로 게시판에 게재되는 글을 체계적으로 모니터하고 통제해왔다는 이유로 동회사의 책임을 인정하는 입장을 보인 판결이 있었다. 그러나 1996년 입법된 통신음란물법안(Communication Decency Act of 1996)은 쌍방향 컴퓨터 서비스의 공급자와 사용자 어느 누구도 다른 사람이 제공한 정보의 화자나 공표자로 취급되어서는 안되며, 서비스 공급자가 자정조치를 취했다는 이유로 책임을 추궁받아서는 안된다는 취지를 규정함으로써 온라인 서비스 공급자의 책임을 축소하는 태도를 보이고 있다.

(3) 현행법의 검토

우리 형법은 제307조 내지 제312조에서 명예훼손죄 및 사자의 명예훼손죄, 출판물등에 의한 명예훼손죄, 모욕죄 등을 규정하고 있다.

형법상으로는 허위사실 뿐 아니라 진실의 적시에 의해서도 명예훼손죄가 성립하지만 그 사실의 적시는 공연히 이루어져야 한다. 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는 바, 이에 관하여는 소위 전파성 이론이 주장되고 있다. 즉 특정한 한 사람을 상대방으로 하는 사실의 적시도 그 상대방이 이를 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있다면 공연성이 인정된다는 것이다. 한편, 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의한 경우에는 비방의 목적이 있고 허위의 사실을 적시 경우에만 그 형을 가중하여 처벌하면서 제310조에서 오로지 공공의 이익을 위한 것인 경우에는 처벌하지 아니한다고 규정하여 독자적인 위법성조각사유를 두고 있다.

이러한 규정체계 하에서는 온라인 통신이 출판물에 해당하는 지가 현실적인 문제로 대두될 수 있을 것이다. 해석상 출판물이란 적어도 인쇄한 물건에 이르는 것을 말하는 것으로 보고 그 형을 가중하여 처벌하는 이유는 높은 전파성으로 인하여 피해가 크기 때문이라고 설명된다. 온라인 통신은 비록 높은 전파성을 갖고 있기는 하지만 동규정상 "출판물"은 인쇄물을 의미하는 것이므로 이에 해당한다고 보기 어려울 것이다. 이는 높은 전파성을 갖지만 방송이 동조의 출판물에 해당한다고 해석할 수 없는 것과 같은 이치이다. 다만, 전자거래기본법이 규정하고 있는 전자문서에 해당하는 형태로 타인의 명예를 훼손했을 경우는 동법이 전자문서의 법적 효력을 종이문서와 동일하게 취급하고 있으므로 '출판물'로 해석될 여지가 있을 것이다.

형법 제313조는 "허위의 사실을 유포하거나 위계로써 다른 사람의 신용을 훼손한 자는 5년이하의 징역 또는 1500만원이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있다. 동조는 허위사실 유포의 수단을 가리지 않으므로 온라인 상의 행위에 대하여도 적용됨은 물론이다. 민사상으로는 민법 제750조의 불법행위책임이 성립한다.

위법성 조각사유와 관련하여 우리 나라 대법원은 다수의 판결을 통해 언론매체가 오로지 공공의 이익을 위해 사실을 보도한 경우, 비록 그 사실이 진실이 아니라고 하더라도 그것이 사실이라고 믿었고 그와 같은 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각되어 책임이 없다고 판시하였으나, 원고가 공적 인물인 경우에는 미국의 경우에는 달리 원고가 피고의 현실적 악의를 증명해야 하는 것은 아니라고 판시하여 이른 바 공적 인물 이론을 수용하지 않았다.⁵²⁾

(4) 검토

형사책임에 관하여 보면, 형법 제310조는 본래 개인의 사생활권과 언론의 자유를 조화시키기 위해 고안된 것으로서 높은 공공성을 특성으로 하는 언론매체에 대하여 일정한 요건 하에 형사책임을 면제하여 주는 제도적 장치인 것으로, 비록 언론매체라고는 할 수 있지만 누구나 쉽게 접근하고 사용할 수 있는 온라인 통신 일반에 대하여도 별도의 위법성조각사유를 인정하는 것은 바람직하지 않다고 본다.

52) 대법원 1998.7.24. 96다42789 등.

한편, 민사책임에 관하여는 민법 제750조가 일반규정의 형식을 취하고 있어, 법원은 구체적 사안에서 융통적인 해석을 통하여 온라인상 명예훼손의 범위를 결정할 수 있는 길이 열려있기 때문에 별도의 입법조치가 필요한 것으로 판단된다. 온라인 서비스 공급자의 책임 문제도 반드시 미국의 예와 같이 입법적 해결을 피함으로써 법원의 재량을 박탈할 이유가 없다고 본다.

다만, 기존의 제도를 운영함에 있어서 반론권과 정정보도청구권, 사회문의 게재요구 등이 활성화 될 수 있는 장치들을 고안할 필요성은 있다. 따라서 인터넷 사용자들이 보다 손쉽게 이러한 권리를 실현할 수 있는 수단을 모색하면서 필요한 경우 추가적인 입법조치가 뒤따라야 할 것이다.

V. 재판관할과 분쟁해결

1. 재판관할

(1) 서 언

현실적으로 실효성있는 국제법원이 존재하지 않는 상황에서 구체적인 국제분쟁이 발생했을 때 특정 국가의 특정 법원에 의한 해결은 불가피하다. 그러나, 국제분쟁을 판단함에 있어 각국 법원은 아무래도 자국민에게 유리한 입장에 서기 마련이고, 또 외국에서의 소송수행에는 비용 등 많은 불편이 수반되기 때문에 거래 당사자는 가급적 자신이 원하는 곳에서 재판받기를 희망한다.

재판관할에 관한 당사자의 이해관계가 이처럼 크지만 아직까지 재판관할과 관련하여 국제적으로 확립된 통일기준은 거의 없다. 대부분의 나라들이 그들 나만의 국내법으로 재판관할 관련 기준을 정하여 독자적으로 이를 적용하는 게 현실이다. 이러한 입장들을 정리해 보면 국제재판관할과 관련한 입법태도는 크게 국가주의, 국제주의, 보편주의 등 3가지로 요약할 수 있다.⁵³⁾ 이하에서는 국제재판관할에 대한 우리 법제의 입장과 전자상거래 관련 재판관할 문제를 검토해 보기로 한다.

53) 국제적 재판관할권을 결정함에 있어 국가주의는 국제적 배려를 전혀 하지 않고 오직 자국 및 자국민의 이익보호만을 기준으로 재판관할 문제를 결정해야 한다는 것으로 프랑스 민법 제14조, 제15조가 그 전형적인 예라 할 수 있다. 이에 비해 국제주의란 국제재판관할권의 문제를 국가주권의 사법관할 상호간의 저촉문제로 보고 대인주권 및 대물주권이라는 국제법상의 원칙에 따라 해결하려는 입장이다. 예컨대 부동산 소송의 경우에는 그 소재국 법원의 전속관할을 인정한다든가, 신문사건의 경우에는 당사자의 본국법원의 관할을 주장하는 것이 그것이다. 보편주의는 각국의 재판기관이 국제적 사법관계로부터 발생하는 민사, 상사사건에 대한 분쟁의 처리를 분담하는 것이라는 전제에서, 국제재판관할은 국제사회에 있어서 재판기능을 각국의 재판기관에 분배하는 것이므로 결국 장소적으로 이를 결정해야 한다는 입장이다. 이같은 보편주의의 입장은 국제주의와 일맥상통하는 점이 없지 않으나 주권의 기준에 의하는 것이 아니라 민사소송법의 기본이념인 적정, 공평, 신속, 경제적인 재판운영을 위하여 어느 나라의 법원이 사건을 다루는 것이 가장 합리적인가를 기준으로 하는 점에서 국제주의와 차이가 있다. 강병섭, 「국제재판관할」, 「섭외사건의 체문제(하)」(법문사, 1986), 333~334쪽; 송상현, 「민사소송법(박영사, 1995)」, 62~63쪽; 전병서, 「민사소송법강의(법문사, 1998)」, 54~55쪽; 정동윤, 「민사소송법(법문사, 1995)」, 111~113쪽 등 참조.

(2) 전자상거래와 국내 재판관할

1) 개요

국제적인 법적 분쟁이 발생해서 그 소송이 우리 법원에 제기되었을 때 그 해결과정에서 논리적으로 가장 먼저 판단해야 할 부분은 과연 우리 법원이 재판관할권을 행사할 수 있는지의 여부이다. 만약 우리 법원에 재판관할권이 있다고 판단하면, 그렇다면 어느 나라 실제법을 적용할 것인가, 즉 준거법은 어느 나라의 법으로 할 것인가의 문제가 대두된다. 우리 나라의 경우 설외사법은 후자의 경우를 그 대상으로 하여 존재한다. 그런데 도대체 무슨 이유에서인지 국제소송에 있어 그 전제가 되는 전자, 즉 재판관할권을 대상으로 한 법규는 아직까지 우리 나라에 없다.

현재 우리 나라는 항공운송에 관한 바르샤바, 헤이그 협약 등 그 조약 자체에 국제적 재판관할에 관한 규정을 둔 몇몇 조약에 가입하고는 있지만 이때의 재판관할은 특정 사항에 한정될 뿐이므로 일반적인 재판관할은 국내법에 따라 독자적으로 결정할 수밖에 없다.⁵⁴⁾ 그러나, 현행 민사소송법에는 국제적 재판관할에 관한 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라 재판관할 존부가 실제 쟁점화된 경우도 그다지 많지 않기 때문에 판례 또는 학설의 발달을 찾기가 쉽지 않다.

국제재판관할 법규가 없는 상황에서 민사소송법 규정이 국제재판관할의 결정에 있어 어떠한 관련성을 갖느냐에 관하여 학설은 크게 역추지설과 관할배분설로 나뉘고 있다.⁵⁵⁾ 역추지설은 우리 나라 민사소송법상 재판권의 한계에 관한 직접의 규정이 없으므로 재판권에 관한 규정을 역으로 추지하여 국내에 재판권이 인정되는 사건은 원칙적으로 국제재판관할권을 인정할 수 있다는 견해이다. 이에 비해 관할배분설은 국제관할권의 유무, 즉 어느 나라에서 재판할 것인가의 문제는 재판적과 연계시켜 결정할 것이 아니라 국제적, 거시적 안목에서 재판의 적정, 당사자간의 공평, 소송의 신속 등 민사소송의 이념을 고려하여 조리에 따라 판단하여야 한다는 입장이다.

우리 판례는 기본적으로 이른 바 역추지설에 입각하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 역추지설에 입각한 판례는 무엇보다 국가주의 내지 국제주의적인 색채가 강하고 또 국제재판관할권을 순국내적 입장에서 독자적으로 제정한 국내 민사소송법의 토지관할에 관한 규정에 의해 결정하려는 것이므로 국제민사소송법상의 재판관할 배분 기준으로서의 합리성 및 타당성을 결여하고 있다는 비판을 받고 있다.⁵⁷⁾ 관할배분설 또한 조리의 내용을 구체적으로 어

54) 송상현, 「민사소송법(박영사, 1995)」, 62쪽; 이시윤, 「민사소송법(박영사, 1995)」, 59쪽; 전병서, 「민사소송법강의(법문사, 1998)」, 55쪽; 정동윤, 「민사소송법(법문사, 1995)」, 111~112쪽; 최준선, 「국제거래법(삼영사, 1997)」, 363쪽.

55) 이에 대한 문헌으로는 강병섭, 「국제재판관할」, 「설외사건의 제문제(하)(1986)」, 334~336쪽; 송상현, Id. 63~64쪽; 이시윤, Id. 59~61; 전병서, Id. 55~58쪽; 정동윤, Id. 113~114쪽 등 참조.

56) 大槈 1972.4.20. 72 다 248(의무이행지); 大槈 1975.7.22. 74 모 22(피고주소지); 大槈 1988.10.25. 선고, 87 다카1728(재산소재지); 大槈 1992.1.21. 91 다 14994(불법행위지); 大槈 1992.7.28. 91 다 41897(사무소소재지) 등 참조.

57) 강병섭, supra 335쪽; 송상현, supra 63~64쪽; 이시윤, supra 59~60쪽; 전병서, supra 57~58쪽; 정동윤, supra 113~114쪽 등.

뭇게 풀어야 하는가에 대해 명확성이 결여된다는 점에서 비판이 제기되고 있기는 마찬가지지만 명문의 규정이 없는 상황에서 조리에 의한 판단은 불가피하고 따라서 결국 판례의 발달에 의한 보다 객관적인 기준의 설정을 기대할 수밖에 없다. 문제의 입법적 해결이 아쉽기만 하다.

2) 전자상거래와 재판관할

만약 국제 전자거래 관련 소송이 우리 법원에 제기된다면, 그래서 재판관할 존부가 쟁점으로 제기된다면 우리 법원은 과연 어떤 기준에 따라 판단을 할까. 우리 판례의 기본 입장인 역추지설을 따른다면 전자거래 관련 소송도 다른 국제소송과 마찬가지로 우선 그 보통재판적 또는 특별재판적이 우리나라에 있는지 여부를 판단하고자 할 것이고, 재판적 인정할 수 있으면 재판관할권도 행사할 수 있다는 결론을 내리게 될 것이다.

그러나 문제는 그렇게 간단하지가 않다. 역추지설 자체에 대해 쏟아지고 있는 비판은 별개 문제로, 무엇보다 토지관할의 발생원인이 되는 관할구역내의 관련지점, 즉 의무이행지, 피고주소지, 불법행위지 등 재판적 관련 규정들이 현실세계의 토지 개념을 전제로 하고 있어 사이버 스페이스에서 이루어진 행위들에 대해 이들 규정들을 그대로 적용하기가 결코 용이하지 않은 까닭이다.

재판관할과 관련하여 우리 민사소송법은 토지관할과 전속관할, 합의관할, 응소관할 등에 대해 규정하고 있다. 이 가운데 토지관할과 관련하여 그 발생 근거가 되는 관계지점, 즉 재판적은 다시 보통재판적과 특별재판적 등 2가지로 구별되고 있다. 이하 우리나라 재판관할 관련 규정들이 사이버 스페이스에서 이루어진 상행위와 관련하여 어떻게 적용될 수 있는지 우리 판례의 기본 입장인 역추지설 입장에서 검토해 보기로 한다.

가) 토지관할

① 보통재판적

어느 사람을 피고로 하는 소송에 있어서 일정 법원이 소송물의 종류나 사건의 내용을 묻지 않고 일반적, 원칙적으로 토지관할을 가지는 경우 이를 보통재판적이라 한다. 피고가 자연인일 때 보통재판적은 그 사람의 주소에 의하여 결정되지만 주소가 없거나 주소를 알 수 없는 때에는 거소에 의하고, 거소가 없거나 거소를 알 수 없는 경우에는 최후의 주소에 의한다(민사소송법 제1조의 2, 제2조). 이에 비해 피고가 법인 기타의 사단 또는 재단인 경우에는 원칙적으로 그 주된 사무소 또는 영업소에 의하고, 사무소와 영업소가 없는 때에는 그 주된 업무 담당자의 주소에 의한다. 외국법인 기타 사단 또는 재단에 있어서도 보통재판적은 우리나라에 있는 사무소 또는 영업소에 의하고, 사무소 또는 영업소가 없는 경우에는 우리나라에 있는 업무담당자의 주소에 의하여 결정한다(민사소송법 제4조).

전자거래 관련 국제소송이 우리 법원에 제기되었을 때 만약 피고가 자연인이고 그 주소가 우리나라에 있으면 보통재판적을 인정할 수 있으므로 재판관할권을 행사할 수 있을 것이다. 주소는 민법 제18조 제1항에 따라 결정하고 주소가 두 곳 이상 있는 경우 민법

제18조 제2항에 따라 각 주소지마다 보통재판적이 생기는 점 또한 현실세계의 경우와 같이 해석할 수 있다. 민사소송법은 제2조에서 “주소가 없거나 주소를 알 수 없으면 거소에 의해서, 거소가 없거나 거소를 알 수 없으면 최후의 주소에 의한다”라고 명시하고 있으므로, 최후의 주소마저 우리나라에 없는 경우가 아니면 보통재판적은 인정할 수 있고 따라서 자연인인 피고에 대해 우리 법원의 재판관할을 인정할 수 있을 것이다. 다만 전자거래의 경우 피고가 자연인이면 그 주소가 어디인지조차 알기 힘든 경우가 많을뿐더러 최후의 주소마저 우리나라에 없는 경우가 많을 것이 예상된다. 더욱이 그것이 국제 전자거래 관련 소송일 때 부당하게 피해를 입은 우리나라 국민에 대한 대한민국 법원의 효율적인 권리구제 부분이 실로 우려되는 바가 아닐 수 없다.

피고가 법인 기타의 사단 또는 재단인 경우 전자거래 관련 소송에 있어서도 현실세계의 경우와 마찬가지로 정관 등에 기재된 그 주소를 토대로 보통재판적의 인정여부를 따져보고, 보통재판적을 인정할 수 있으면 재판관할을 행사할 수 있을 것이다. 국가를 제외한 국내의 각종 법인, 지방자치단체, 그리고 법인격 없는 사단 또는 재단은 그 대표자 또는 관리인이 있으면 민사소송법 제48조에 의해 당사자 능력이 인정될 수 있으므로 이 경우 제1차적으로는 그 주된 사무소 또는 영업소의 소재지에 따라 보통재판적이 결정된다.⁵⁸⁾ 이점 사이버 스페이스라고 해서 다르게 해석할 이유가 없다. 다만, 이들 단체들의 경우 그 주된 사무소 또는 영업소의 소재지가 정관에 규정돼 있지 않거나 동기 또는 공고되어 있지 아니한 경우가 많은데 현실세계에서는 사실상 주된 사무소이거나 영업소이면 족하다고 하겠지만⁵⁹⁾ 사이버 스페이스의 경우는 난감해진다. “사실상” 주된 사무소 또는 영업소가 어디인지 이를 선뜻 정하기가 쉽지 않기 때문이다.

외국법인, 기타 외국의 비영리사단·재단은 국내의 주된 사무소 또는 영업소의 소재지에 따라 보통재판적이 결정되며, 영업소나 사무소가 없을 때에는 주된 업무담당자의 주소에 의한다. 지점만 있는 경우에는 그 소재지에 의하여 보통재판적을 결정하는 점 사이버 스페이스도 같게 해석할 수 있다.

② 특별재판적

한정된 종류와 내용의 사건에 대해서만 인정되는 ‘특별한’ 재판적이 특별재판적이다. 즉, 보통재판적이 없는 곳의 법원이라 하더라도 특정한 사건에 관하여는 재판을 할 수 있도록 한 규정이 특별재판적 규정이고 우리 민사소송법은 제5조의 2 이하 제21조까지에서 예시적으로 특별재판적을 규정하고 있다. 이 가운데 전자거래와 관련하여 의미가 있을 법한 특별재판적은 의무이행지, 재산소재지, 불법행위지 정도를 생각해 볼 수 있다.

민사소송법 제6조는 재산권에 관한 소는 의무이행지 법원에 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 우리 民法은 제467조 제2항에서 특정물의 인도청구 이외의 채무에 대해서는 지참채무의 원칙을 채택하고 있기 때문에 의무이행지는 원칙적으로 채권자인 원고의 주소지가 된다. 따라서 전자거래의 경우에 있어서도 그것이 재산권에 관한 소이고 특정물 인

58) 송상현, Id. 96쪽

59) Id.

도청구가 아닌 지참채무 관련 소송이라면 채권자인 원고는 자기 주소지 관할 법원에 소를 제기할 수 있을 것이다.

민사소송법 제9조는 주소가 없는 자 또는 주소를 알 수 없는 자에 대한 재산권에 관한 소는 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 압류할 수 있는 피고의 재산소재지의 법원에 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 본 규정의 취지는 우리나라에 주소를 두고 있지 않은 자에 대한 권리실행을 쉽게 하기 위함이므로 전자거래에 있어서도 청구 또는 담보의 목적, 압류할 수 있는 피고의 재산 등이 우리나라에 소재할 경우 법원의 재판관할을 인정할 수 있을 것이다.

민사소송법 제16조 제1항은 불법행위에 관한 소는 그 행위지의 법원에 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 불법행위지를 다시 가해행위지와 손해발생지로 나누어 이들 가운데 어느 하나를 객관적으로 확인할 수 있으면 그 관할 법원에 재판적을 인정하면 될 것이다. 또 만약 가해행위지와 손해발생지 모두를 확인할 수 있으면 각각에 재판적을 인정하고 이를 관할경합으로 처리할 수 있을 것이다. 그런데 문제는 사이버 스페이스에서 가해행위지와 손해발생지를 과연 어떤 기준으로 결정하느냐에 있다. 불법행위지를 불법행위 요건사실의 일부 또는 전부가 발생한 곳으로 포괄적으로 해석하여 가급적 현실의 개념으로 얽어매는 것도 한 방법일 수 있겠으나 그 모든 과정이 온라인을 통해 이루어지는 경우까지만 이 방법을 적용할 수는 없다. 본 조항의 입법취지가 피해자 구제 및 소송경제 도모에 있다는 점, 그리고 동일 불법행위에 대하여 여러 개의 불법행위지가 생길 수 있다고 판시한 대법원 판례⁶⁰⁾ 등을 고려하면 이같은 경우에는 결국 피해자, 즉 원고의 주장에 의하여 손해발생지를 결정할 수밖에 없을 것이다. 재판관할과 관련한 혼란이 특히 예상되는 부분이다.

나) 전속재판관할

전속관할이란 재판의 적정, 신속 등 특히 고도의 공익적 요구에 기하여 특정한 법원에만 그 관할을 인정하는 것으로 당사자의 태도나 의사에 의하여 관할의 변경이 인정되는 임의관할과 대립되는 개념이다. 우리 민사소송법 제28조는 전속관할에 대해 규정하고 있다. 법이 전속관할임을 밝히고 있는 경우는 중간확인의 소(민사소송법 제237조 제1항 단서)와 반소(민사소송법 제242조 제1항 단서), 재심사건(민사소송법 제424조 제1항), 독촉절차(민사소송법 제433조), 회사설립무효, 취소의 소(상법 제186조), 주주총회결의무효, 취소의 소(상법 제376조 제2항, 제380조), 대표소송(상법 제403조) 등이 있다. 전자거래 관련 소의 경우에 있어서도 사안이 전속관할일 때에는 현실세계와 마찬가지로 당사자 의사에 의해 관할을 변경할 수 없다. 따라서 전속관할 사건인 때에는 사이버 스페이스 관련 소도 전속관할법원에 제소해야 한다.

다) 합의관할

소송 당사자의 자유로운 합의에 의하여 생긴 관할을 합의관할이라 한다. 우리나라 민사소송법 제26조에 따라 법률에 의하여 설정되어 있지 않은 관할은 제1심에 한하여 당사자의 합의에 의해 설정할 수 있다.

60) 大槪 1973.9.26. 73 다 815

분쟁발생 후에 이루어진 관할의 합의인 경우이거나 기업대 기업의 전자거래의 경우에는 상대적으로 그다지 큰 문제는 없다. 그러나 오늘날 상당수의 전자거래가 한 기업이 불특정 다수 일반 소비자들을 상대로 이루어지고 있고 또 이 경우 기업이 일방적으로 작성한 보통거래 약관에 대부분 준거법 조항과 함께 관할합의 조항을 삽입한 경우가 많기 때문에 소비자 보호와 관련하여 우려를 하지 않을 수 없다. 우리나라 현행법상 기업과 소비자간의 약관에 명시된 합의관할 조항은 특단의 사유가 없는 한 유효하고 이점 전자거래라고 해서 달리 해석할 수 없기 때문이다. 다만 프랑스, 독일 등이 이미 당사자간의 관할합의를 법률에 의해 제한하고 있으므로⁶¹⁾ 우리도 특히 전자거래의 국제성을 고려할 때 약관의 규제 등에 관한 법률 제14조를 적용하여 경제적 약자를 위한 관할합의 규제방안을 적극 모색할 필요가 있다.

국제 전자거래에서 외국법원만을 배타적으로 관할법원으로 하는 전속적 합의가 이루어질 경우 우리나라 재판권이 배제되는 관계로 그 효력이 문제될 수 있다. 이 문제와 관련하여 우리나라 대법원은 최근 "대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의가 유효하기 위해서는 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니하고, 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구된다"며 "전속적인 관할합의가 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 그 관할합의는 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하는 점에서도 무효이다"라고 판시한 바 있다.⁶²⁾ 이같은 우리 법원의 입장을 국제 전자거래 관련 소송의 경우에 적용해 보면 당사자간의 관할합의가 ▲우리나라의 재판권에 전속하지 아니할 것 ▲합의한 외국법원이 그 나라의 법령에 의하여 관할권을 가짐과 동시에 합리적인 관련성을 인정할 수 있을 것 ▲공서양속에 반하지 않을 것 등 요건을 충족시킬 경우 이를 인정할 수 있을 것이다.

라) 응소관할

우리나라 민사소송법 제27조는 피고의 응소에 의하여 생겨나는 관할, 즉 응소관할에 대해 규정하고 있다. 전자거래 관련 소가 관할권 없는 법원에 제기되었을 때 피고가 이의 없이 본안에 관하여 응소하면 사후적인 관할합의로 보아 이를 인정할 수 있을 것이다. 다만, 제1심의 토지관할과 사물관할 등 임의관할을 위반한 경우에만 응소관할이 인정되고 전속관할 위반인 경우에 인정할 수 없는 점 현실세계의 경우와 다르지 않다.

마) 국제재판관할권의 경합

전자거래 관련 소가 외국 법원에서 계속중인 경우 우리나라 법원에 재판관할을 인정할 것인가의 문제는 다른 국제소송과 구별하여 취급할 이유가 없다. 우리 민사소송법 제234

61) 독일에서는 합의관할의 남용을 막기 위하여 1974년 민사소송법의 개정(ZPO 제38조)에 의하여 합의관할을 원칙적으로 부적법하다고 규정하고 예단의 염려가 없는 몇 가지 경우에만 예외적으로 허용하고 있다. 프랑스에서는(제48조) 토지관할에 관한 합의는 상인자격에서 계약한 자 사이에서 합의되고 또 계약서에 명백하게 특기되었을 때에 한정하여 허용한다. 송상현, *supra*, 104~105쪽; 전병서, *supra*, 83쪽.

62) 大槪 1997.9.9., 96 다 20093.

조는 “법원에 계속한 사건에 대하여는 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다”고 규정하고 있으므로 민사소송법 제203조에 따른 승인요건을 갖춘 외국판결과 동일한 사건에 대하여 중복하여 제소된 경우에는 후소를 부적법한 것으로 각하하여야 한다.⁶³⁾

(3) 맺음말

그것이 전자거래 관련 소송이라고 해서 현실세계의 경우와 다르게 취급할 이유는 없다. 그 혼란을 최소화한다는 차원에서라도 가급적 현실의 법 논리로 사이버 스페이스에서 발생한 분쟁을 해결하려는 노력이 사이버 스페이스에 적용될 법 환경을 새롭게 구축하는 것보다 바람직할 수 있다.

그러나 현실의 규범으로 전자거래 관련 법적 분쟁을 해결하려 해도 적어도 국제재판관할과 관련하여서는 아직까지 우리나라에 명문의 규정이 없다. 지금까지 우리 법원은 기본적으로 역추지설에 입각하여 재판적과 재판관할 문제를 결정해 왔는데 역추지설 자체에 대해 쏟아지고 있는 비판은 접어두고 이러한 판례의 입장을 사이버 스페이스에 적용할 때 많은 혼란을 야기시킬 수 있음은 이미 전술한 바와 같다.

국제재판관할과 관련한 입법적 불비는 그 사례가 아직까지 그다지 많지 않았기 때문에 그 필요성이 일반에게 부각되지 않은 탓일 수도 있다. 그러나 적어도 사이버스페이스와 관련하여서는 그 성장추세와 국제적 성격을 고려해 볼 때 법적 다툼이 급증할 것이라는 점을 누구나 공감할 수 있고 그렇다면 차체에 관련 입법을 서둘러야 한다는 생각을 지울 수 없다.

미국의 최소접촉(minimum contacts) 원칙과 같은 내용을 담은 조항만이라도 우리나라 민사소송법에 담아내는 것이 재판관할과 관련된 당사자의 예측가능성을 담보하고, 무엇보다 우리나라에서 재판받기를 희망하는 우리 기업인들을 위해 필요하다고 본다. 국내법의 역외적용과 관련된 미국 법원의 입장, 즉 영향이론도, 국경을 초월하는 사이버 스페이스의 특징을 고려할 때 적어도 논리적으로는 그 반발을 생각하기 어려우므로 필요하다면 사이버 스페이스만을 위해 영향이론에 입각한 입법을 시도해 보는 것도 고려해 볼 적하다.⁶⁴⁾

63) 大槓 1987.4.14. 86 다 57, 58; 大槓 1989.3.14. 88 모 184, 191

64) 미국의 경우 소송이 제기된 법원이 그 재판관할권을 행사하려면 사건이 현존원칙에 따른 요건을 충족시켜야 한다는 것이 1878년 이후 판례가 견지해 온 기본 입장이었다. 1878년 Pennoyer 판결에서 확립된 이 원칙은 재판관할을 인정하기 위해서는 법정지에 피고 또는 피고의 재산이 현존해야 한다는 것으로 오늘날에 있어서도 각주 법원은 일반재판관할의 문제는 현존원칙에 의해 그 인정여부를 결정하고 있다. 그러나 주간통상(interstate commerce)이 확대되면서 소송이 제기된 법정지에 보다 자유로운 재판관할을 인정해야 할 현실적인 필요성이 제기됐고, 이러한 필요에 따라 재판관할 확대를 위한 법리가 빠른 속도로 발달하였다. 최소접촉원칙(minimum contacts) 및 적법절차(due process)는 이러한 배경에 따라 채택됐다. 최소접촉 원칙이란 1945년 International Shoe 판결을 통해 확립됐다. 피고 또는 피고의 재산이 법정지에 현존하지 않을 경우 현존원칙에 따라 일반재판관할은 부인하여야 하지만, 만약 법정지와 소송 원인, 또는 피고와의 사이에 최소접촉 사실을 발견할 수 있으면 특수재판관할을 인정할 수 있다는 것이 그 요지이다. 예를 들어, 피고인이 법정지에 현존하지 않는다 하더라도 피고가 법정지에서 일상적으로 계속적 또는 체계적인 영리활동(routine, continuous, or systematic business)을 하였다면 법정지와의 최소접촉을 인정할 수 있고 따라서 재판관할을 행사할 수 있다는 법리이다. 법정지에서 계약을 체

많은 나라들이 인터넷상의 기업활동과 관련된 국제 재판관할 문제를 그들의 법률 적용하여 해결하려는 움직임을 적극화하고 있다. 또 OECD 등 국제기구를 중심으로 국제재판관할 부분을 규범화하려는 노력이 계속되고 있다. 이같은 상황에서 우리가 관련 입법을 서둘러야 할 필요성은 더욱 크다고 본다.

2. 형사관할권

(1) 국제관할권

형법은 속지주의를 원칙으로 하면서 속인주의와 보호주의를 가미하고 있다. 즉, 형법은 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용되며(형법 제2조), 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 및 대한민국 영역 외에서 특정한 범죄를 범한 외국인에게도 각 적용된다(동법 제3조, 제4조).

동법에서 규정하고 있는 "죄를 범한"의 의미는 범죄의 행위지 뿐만 아니라 범죄의 결과가 발생한 곳도 포함하는 것으로 이해하는 것이 통설이다. 이러한 견해에 따르면, 외국에 소재하는 자가 온라인을 통해 우리 나라 사람의 명예를 훼손하거나, 우리 법상 음란물에 해당하는 콘텐츠를 전송한 경우에도 형법이 적용된다고 해석할 가능성이 높다고 할 것이다. 미국에서도 범죄의 피해자가 거주하고 있는 주의 법원의 관할권을 인정하고 있다. 예를 들어 송금사기로 은행의 돈을 인출한 자는 자신이 거주하는 주뿐만 아니라 은행이 소재한 주 법원에서 재판받을 수 있는 것이다.

그러나, 인터넷 서비스를 제공하는 곳에서는 합법적이지만 이를 제공받는 곳에서는 불법인 콘텐츠에 대한 형사책임이 문제되는 경우에 있어서 온라인 접속 서비스 제공자의 법적 책임 여하는 명백하지 않다. 즉 사이트에 접속하는 것을 가능하게 하였다는 이유만

결하였거나, 불법행위를 저지른 경우, 법정지 외에서 행한 불법행위의 결과가 법정지에서 발생한 경우, 또 미거주자가 법정지에서 사업활동 및 이익도로 행위에 의도적으로 개입한 경우 등도 최소접촉에 해당하는 것으로 미국 법원은 판단하고 있다. 대부분의 주는 재판관할과 관련하여 장수법(long-arm statutes)을 입법하고 있는데 동법은 연방헌법에 규정된 적법절차가 재판관할 준부를 결정함에 있어 반드시 고려해야 할 요소라는 점을 분명히 하고 있다. 즉, 법원이 장수법에 따라 재판관할을 확대하고자 할 때에는 이같은 결정이 미국 헌법에 보장된 적법절차에 합치해야 한다는 것이다. 따라서 법정지에 현존하지 않는 피고에 대한 소송은 그에 대한 소송수행 과정이 미국 연방헌법이 보장하는 공정과 실질적 정의(fair play and substantial justice)에 대한 전통적 인식을 저해하지 않아야 가능하다. 재판관할권의 행사가 공정과 실질적 정의에 부합하는지의 여부를 판단함에 있어 법원은 비용 등 피고측 부담과 함께 효율적인 구제를 맡고자 하는 원고측 입장과 분쟁해결과정 자체에 대한 법정지의 이해관계, 그리고 주간(interstate) 사법 체제 등의 측면 등도 함께 고려해야 한다. 역외적용(extraterritorial application)은 외국에서 이루어진 외국인들의 행위에 대해 미국 법원이 그 재판관할권을 행사할 수 있는지에 대한 문제이다. 이에 대해 미국 법원의 초기 입장은 부정적이었지만 이후 입장을 바꾸어 1945년 이른 바 Alcoa 사건에서 영향이론(effect doctrine)을 취함으로써 역외적용이 가능하다고 했고, 국제사회의 여론이 악화되자 이익형량이론(interest balancing theory)으로 소극적인 태도를 보이는 듯하다가 1993년 Hartford 판결을 통해 다시 영향이론으로 회귀하면서 적극적인 입장으로 돌아섰다. 사이버 스페이스가 가장 발달한 미국이지만 아직까지 사이버 스페이스에서 이루어진 행위만을 대상으로 한 별도의 법률은 제정하고 있지 않다. 미국 법원은 가급적 현실세계의 규범으로 사이버 스페이스에서의 법적 문제를 해결하려는 입장을 견지하고 있으며 재판관할 문제도 그러하다. 즉, 전자상거래 관련 소송에서 그 재판관할 준부가 쟁점으로 제기되었을 때 미국 법원은 현실세계의 경우와 전혀 동일하게 長手法, 즉 최소접촉 원칙 및 적법절차에 입각하여 판단을 구하고 있는 것이다.

으로 어떤 결과를 발생시켰다고 할 수 있는가가 문제될 수 있는 것이다. 이는 사안별로 그 사실관계를 검토한 후에야 답할 수 있는 문제라 할 것이다. 예컨대, 해당 사법기관으로부터 이에 대한 접속을 제한할 것을 통지받은 후에도 계속 접속을 허용한 경우에는 최소한 방조의 책임을 질 수 있을 것으로 본다.

(2) 국내관할권

형사소송법은 토지관할은 범죄지, 피고인의 주소, 거소 또는 현재지로 한다고 규정하고 있다(동법 제4조 제1항). 범죄지의 해석 및 그 적용 상의 문제점은 국제관할권에서 본 바와 같다.

(3) 검 토

형사관할권에 관하여 별도의 입법은 불필요하거나 필요하더라도 시기상조라고 본다. 지금으로서는 현행 사법공조체계의 효율적 운영을 통해 현실적인 문제들을 해결해 가면서 앞으로의 국제적인 논의 동향을 주시하여야 할 것이다. 인터넷의 특성상 범죄의 인지와 범인의 추적이 매우 어렵다는 점, 외국인에 대해서는 비록 범죄가 인정된다 하더라도 그 실행을 확보하기가 어려운 점 등을 고려하면, 온라인 범죄에 대해서는 예방적 조치에 특히 치중해야 한다는 생각이 든다.

3. 분쟁해결기구

(1) 개 요

전자상거래에 관한 분쟁에 있어서도 소송, 중재, 조정 등 기존의 분쟁해결수단과 제도가 그대로 이용될 수 있다. 그런데, 기업 대 소비자 사이의 전자상거래에 관한 분쟁은 소비자의 입장에서 보면 소송에 의한 해결이 여러 가지 면에서 불편한 것들이 많다. 무엇보다 비교적 소액의 피해를 보상받기 위해 소송절차라는 다소 번거로운 제도를 이용하여야 하는 점도 부담스럽고, 전자상거래에 있어서는 상대방의 소재를 파악하는 것이 용이하지 않은 경우도 있을 수 있으며 전술한 바와 같이 국내 재판관할권의 소재에 대하여도 의문이 있을 수 있는 등 소비자의 권리구체에 비효율적인 면이 없지 않다. 뿐만 아니라 전자상거래에 관한 분쟁이 단순히 거래적 측면 뿐만 아니라 기술적인 측면도 포함할 수 있음을 고려해 보면 전자상거래의 형태적, 내용적 특성을 반영한 보다 간이한 분쟁해결 제도를 고안할 필요성이 제기된다.

국제사법의 통일화를 목적으로 한 헤이그 국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)는 '민사, 상사사전에 있어서의 국제재판관할 및 외국 판결의 효력에 관한 협약(Convention on International Jurisdiction, the Effects of Foreign Judgement in Civil and Commercial Matters)'의 채택을 위한 준비작업을 계속하고 있으며 그 내용 가운데는 전자상거래 및 인터넷 활동과 관련한 관할

권 문제도 포함되어 있다. 이 협약이 채택되면 국제재판관할의 원칙을 제시하여 사법권 행사의 범위와 한계를 설정하고 이와 연계하여 판결의 자유로운 유통(free circulation of judgement)을 보장함에 있어 큰 의미가 있을 것으로 평가되고 있다.⁶⁵⁾

전자상거래 관련 재판관할 문제는 OECD에서도 심도있게 논의되어 그 결과를 1999년 12월 채택한 '전자상거래 소비자보호 가이드라인'에 담고 있다. 동 가이드라인은 그동안 논의 과정에서 철회한 의견대립을 보였던 재판관할 및 준거법에 대해 ①국경을 넘어선 기업대 소비자간의 거래는 그것이 전자적으로 수행되든지, 비전자적으로 수행되든지 이와 상관없이 준거법과 재판관할에 관한 기존의 틀에 따른다 ②전자상거래의 지속적인 성장 속에서 효과적이고 투명한 소비자 보호를 위해서는 준거법과 재판관할에 관한 기존의 틀이 수정되어야 하는지 또는 달리 적용되어야 하는지에 대해서 검토가 이루어져야 한다는 등 합의된 기본원칙과 함께, 준거법, 재판관할 및 대안적 분쟁해결제도를 청렴함에 있어 ①기존의 제도가 소비자와 사업자에게 공정성을 부여하는지 여부 ②기존의 제도가 다른 형태의 상거래에 주어지는 수준의 보호를 소비자에게 보장하는지 여부 ③기존의 제도가 부당한 비용이나 부담을 부과하지 않고 소비자가 공평하고 신속하게 분쟁해결 및 피해구제에 접근할 수 있도록 하는지의 여부 등을 심사해야 한다는 내용을 담고 있다.

이밖에 WIPO(세계지적재산권기구)가 분쟁조정센터를 통하여 지적재산권을 포함한 도메인 네임 분쟁의 처리를 위한 온라인 인터넷 시스템을 개발, 지난 해 12월부터 서비스중에 있다. 미국의 경우 중재 프로그램을 운영하고 있는 Better Business Bureau(BBB)는 그 참여 회원에 대해 중재결과에 구속되는 것을 의무화하면서 중재를 거부하는 회원에 대해서는 회원자격을 정지시키는 제도를 두고 있다. 또 The Virtual Magistrate와 The Online Ombuds Office와 같은 온라인 사이버 분쟁해결 센터도 이미 1996년부터 운영되고 있다.

(2) 전자거래분쟁조정위원회

전자거래기본법 제28조는 "정부는 전자거래로 인한 피해를 구제하고 공정한 전자거래의 관행을 정착시키기 위하여 분쟁조정기구의 설치·운영 기타 전자거래에 관한 분쟁의 조정에 필요한 시책을 강구하여야 한다"고 규정하고, 전자거래기본법 시행령 제15조 제1항은 "법 제28조의 규정의 의한 전자거래의 분쟁에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여 진흥원에 전자거래분쟁조정위원회를 둘 수 있다"고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 "제1항의 규정에 의한 전자거래분쟁조정위원회는 전자거래에 관한 분쟁이 있는 경우에는 조정을 착수하여 당사자에게 이를 수락할 것을 권고할 수 있다"고 규정하고 있다.

전자거래기본법 시행령 제15조에 따라 전자거래진흥원에 전자거래분쟁조정위원회가 설치되어 2000년 4월 12일 정식 출범하였다. 전자거래분쟁조정위원회의 조정대상은 사이

65) 동 협정의 논의내용에 대해서는 유영일, '2000년 헤이그 신탁약이 가져올 변화와 우리의 대응', 인권과 정의(1999), p.69 등 참조. 1999년 6월 특별위원회에서 그 내용에 잠정적인 합의를 보았고 1999년 10월 회의에서 일부 개정을 통해 2000년 가을 외교회의에서 최종적으로 채택할 예정이었으나, 일부 회원국들의 또 다른 이의제기로 협약의 채택은 2001년으로 미뤄졌다.

버 쇼핑물과 소비자간, 전자거래업체와 물류, 대금결제 업체간 분쟁 등 전자거래와 관련 되는 모든 분쟁으로 전자거래와 관련하여 분쟁이 있는 이해관계자가 전자거래진흥원에 설치된 위원회 사무국에 서면 또는 이메일로 분쟁의 조정을 신청하면 위원회에서는 분쟁 상대방에 신청내용을 통지하고 합의 또는 조정에 응할 것을 권고하면서 조정절차가 진행 되도록 하고 있다. 또 만약 10일 이내에 합의가 이루어지지 않으면 1인에서 3인 사이의 조정위원으로 구성된 담당 조정부가 조정안을 작성하여 양 당사자에게 권고함으로써 분쟁해결을 도모하도록 하고 있다.⁶⁶⁾

전자거래분쟁조정위원회가 온라인 방식을 도입하고 조정에 걸리는 소요시간을 단축하였다는 점에서는 긍정적인 평가를 받을 수 있으나 그 조정에는 아무런 구속력이 없어 실효성에 의문이 제기되는 것이 사실이다.

66) 사이버몰 이용표준 약관은 제21조에서 몰은 이용자가 제기하는 정당한 의견이나 불만을 반영하고 그 피해를 보상처리하기 위하여 피해보상 처리기구를 설치, 운영하며 몰과 이용자간에 발생한 분쟁은 전자거래 분쟁조정위원회의 조정에 따를 수 있도록 규정하고 있다. 또한 사이버 몰과 이용자간에 발생한 전자거래분쟁에 관한 소송은 민사소송법상의 관할법원에 제기하고 동 소송에는 우리 나라 법률 적용하도록 하고 있다(제22조). 전자거래 소비자보호 지침 제11조와 제15조는 각각 소비자불만 처리와 준거법에 대해 규정하고 있다.

〈토론 1〉

최근 전자거래관련법령 개정논의에 관한 몇 가지 생각

盧 泰 嶽(대법원 재판연구원·판사)

Ⅰ. 電子去來基本法과 電子署名法の 관계 정립

현행 電子去來基本法은 전자거래의 법적 효력을 명확히 하여 그 안전성과 신뢰성의 확보 및 거래의 공정성을 기함으로써 건전한 거래질서를 확립하고 전자거래를 촉진하는데 그 목적이 있고, 電子署名法은 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명에 관한 기본적인 사항을 정함에 그 목적이 있다.

그런데 각 조문을 구체적으로 살펴보면, 전자거래기본법의 전자문서와 전자서명의 개념은 전자거래(전자거래라 함은 ... 전자문서에 의하여 처리되는 거래...)를 전제로 하고 있고, 전자서명법의 경우 전자문서와 전자서명은 전자거래를 당연한 전제로 하고 있는 것으로 보이지는 아니한다. 즉 전자거래기본법은 재화와 용역의 거래라는 사적인 영역에 관한 전자문서와 전자서명을 규율한다고 할 것이나, 전자서명법은 사적 거래에 한정하고 있지 아니한 것으로 보인다¹⁾. 그렇다면 전자서명법의 전자서명과 전자문서의 개념이 전자거래기본법상의 전자문서와 전자서명의 개념에 대한 一般法적인 성격을 가지게 된다고 할 것이고, 따라서 전자서명법 소정의 전자서명은 사적인 거래관계를 전제로 하지 아니하는 공법 또는 신분법 내지는 단체법 상의 법률행위에도 미친다고 보아야 하지 않는가 하는 의문이 제기되는 것이다. 전자문서의 개념과 전자서명의 개념을 규정함에 있어 이러한 문제가 먼저 해결되어야 할 것이다.

Ⅱ. 電子去來의 概念 정의에 관하여

현행 전자거래기본법 제2조 제4호의 전자거래를 전자문서에 의하여 성립하는 계약뿐만 아니라 더 나아가 당사자의 일방의 의사표시, 관념의 통지 및 채무의 이행이 전자문서를 통하여 이루어지는 거래로 정의하자는 견해에 대하여,

먼저 전제할 것은 원래 거래란 재화나 용역을 대상으로 하는 것이고, 전자거래기본법이 적용되는 거래의 개념에 청약과 승낙의 의사표시에 한정되는 것은 아니며, 계약 전후의 의사교환 및 이행에 대하여도 당연히 적용된다는 점이고, 따라서 거래를 전제로 한 일방적의사표시가 포함됨에는 그다지 의문이 없고,

또 私人간의 財貨나 用役의 去來가 아닌 사인과 행정기관 또는 행정기관 사이에서 전

1) 전자서명법 제2조 제2호에서도 전자서명은 '... 당해 전자문서에 고유한 것이라고 규정되어 있으나, 전자서명을 둘러싼 관련 기술의 발전은 반드시 전자문서의 논리적 결합관계를 전제로 하지 않고 예컨대 어떠한 정보처리시스템에 대한 접근제어를 위한 신원확인(기밀 휴대 또는 지문에 의한 동일인 확인)의 기능도 아울러 논의되고 있다.

자적 형태로 이루어지는 법률행위에 대하여는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제18조에 의하여 전자문서와 전자서명의 효력을 인정하고 있으며,

상법상의 의사표시(주주총회 소집통지나 의결권의 행사) 등에 대하여도 적용하게 되면 전자거래기본법이라는 돌을 바꾸지 않는 한 입법의 기형을 가져올 수 있으며, 한편 전자적 형태로 이루어지는 상법상 의사표시나 의결행위 등에 대하여 법적 효력을 부여하는 것은 상법 자체의 개정으로 이루어져야 한다. 일본에서 제정, 시행된 書面の交付等に關する情報通信の技術の利用のための關係法律の整備に關する法律이 시사하는 바가 크다.

Ⅲ. 電子文書の效力에 관하여

전자문서의 법적 효력에 관하여, 전자거래기본법 제5조에서는 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지는 아니한다고 규정하고 있다.

현행법이 본받은 UNCITRAL 모델법이나 UETA 등에서 소극적으로 규정하고 있는 이유로 만일 전자기록 및 서명의 효과를 적극적으로 부여하는 표현을 쓰는 경우에 전자적이라는 이유 외에 기존법률에 따라 효력이나 강제집행력이 부정되어야 할 다른 이유를 근거로 효력부정도 불가능해질 수 있으므로 부여하고자 하는 효과를 지나치게 과장되게 인정하게 된다고 하는 비판²⁾이 가능하고, 한편 전자문서와 전자서명의 법적 효력에 관하여, '법률 또는 당사자의 의사표시에 의하여 문서의 작성이 요구되는 경우 전자문서는 그 법률 또는 의사표시가 정하는 문서로 본다. 다만 법률에 다른 규정이 있거나 당사자가 다른 약정을 한 경우는 그러하지 아니하다'고 개정한다면, 법률에 전자문서의 효력을 배제하는 다른 규정이 없다면(현재로서는 이러한 형태의 법률규정은 보이지 않는다) 법률에서 요구하는 모든 서면으로서의 법적인 효과를 가지게 되므로 이는 문제가 아닐 수 없다. 물론 위 개정시안에 의하더라도 그 성질 자체에 비추어 반드시 종이나 肉筆에 의한 서명이 첨부된 문서를 전제로 하는 경우(예컨대 현행 어음법이나 수표법에 의한 어음·수표 또는 유언증서 등)는 그 적용이 배제되겠지만 문제가 그리 간단한 것은 아니다. 종이문서를 전제로 하는 규정에 추가하여 전자적 형태로도 가능하다고 규정하고 있는 현행 법령의 규정형식과도 맞지 아니하고, 전자문서라는 것이 반드시 워드프로세스를 통하여 프린트 아웃될 수 있는 것을 전제로 하고 있지 않다.

일본에서는 2000.11.27. 공포된 書面の交付等に關する情報通信の技術の利用のための關係法律の整備に關する法律(줄여서 IT一括書面法이라고 한다)에 의하여, 모두 50개의 법률에 한정하여 私人間에 있어서, 계약체결시 일정한 서면을 작성할 것이 요구되는 경우(방문판매등에관한법률이나 여행업법 등)와 조합과 같은 기구에서 의결권을 행사함에 있어 서면으로 할 것을 요구하는 경우(중소기업협동조합법 등) 2가지로 나누어, 이때 전자적 수단으로 이루어지는 것이 가능하도록 하는 특별법을 두게 되었다. 그리고 여기서 개인

2) 吳炳喆, 통일전자거래법(UETA)에 관한 고찰 -1999년 3월 19일자 초안을 중심으로- 국제거래법연구 제8집(1999), 203쪽

과 행정기관 사이에 이루어지는 각종 신청이나 절차 등을 정한 법률은 그 대상에서 제외하였고, 상법에서의 주주총회의 소집통지나 의결권의 행사 등에 있어 인터넷을 이용하는 것이 가능하도록 하는 상법개정안이 상당한 정도로 진척되어 있어 조만간 개정안 제출이 예상되어 이를 제외하였고³⁾⁴⁾, 그 외에 1) 공정증서를 요구하는 경우, 2) 상대방이 없는 법률행위나 전자거래의 형태로 이루어질 가능성이 없는 경우 3) 국제조약에 기초한 것 및 4) 계약을 둘러싼 분쟁이 많아 서면으로 대체하기가 곤란 경우(대금업의 규제에 관한 법률, 상품거래소법 등) 등은 이를 대상으로 하지 않고 있는 점에 주목할 필요가 있다⁵⁾.

그리고 UETA에서도 유언서, 유언보충서나 유언신탁의 작성과 집행에 관한 법률(a law governing the creation and execution of wills, codicils, or testamentary trusts)과 UCC art. 3에서 정하는 환어음(draft)이나 수표(check) 및 UCC art. 9 담보거래에 관한 적용의 배제를 규정하고 있다(§ 3(b)).

獨逸에서도 현재 개정안이 제시되고 활발한 논의가 진행중인 상태인데, 기본법으로의 편입에 대한 가장 적극적인 입장을 취하고 있다. 독일 司法省에 의하여 제출된 민법 및 민사소송법 개정안(2000.6.)에 의하면, 서면형식(Schriftform)의 조건을 완화하여 텍스트 형식(Text Form)이라는 개념을 도입하여 종이나 전자적 형태로 작성된 문서 모두에 적용하도록 하고 있으며, 법률에 서면방식을 정하고 있는 민법 제126조⁶⁾에 대하여는 문자로 표시되어 해독가능하고 의사표시자의 이름을 붙여 의사표시가 완결되어 적정한 형태로 인식이 가능하여야 한다는 개정안을 내놓고 있다.

IV. 到達主義 採擇의 필요성

현행 해석론상으로는 의문의 여지는 있으나 원칙적으로 전자거래는 격지자간에 이루어지는 계약으로서 민법 제531조에 의하여 그 성립시기를 송낙의 통지가 발송된 때로 볼 수 밖에 없긴 하나, 전자적으로 이루어지는 의사표시의 전달과정의 다단계성과 복잡성으로 말미암아 그 도달 여부가 더욱 중요하게 고려되어야 할 필요성이 있고, 書信에 의하여 이루어지는 경우에 비하여 그 의사표시의 실체성을 확인하기 어렵고, 현재 기술발달의 정도로서도 통신망을 통할 때 그 유실의 위험성에 대한 염려를 완전히 불식시키기 어렵다는 점에서 반드시 도달주의 원칙이 명문으로 규정되어야 할 것이다.

3) 森本滋, 主要國株における主總會の現状とIT關聯改正の動向-序論, 商事法務 No.1584(2001.1.25.) 4쪽 이하 참조

4) 일본의 상법개정안에서는 주주총회(기업통치의 실효성확보와 고도정보사회에의 부응)의 소집 통지 및 의결권행사 내지 위임자의 전자화 및 원격영상회의시스템을 이용한 주주총회의 개최 등이 주요 안건이며, 이러한 제도의 도입을 다루고 있는 상법개정안은 2002년 정기국회에 제출될 예정이다. 그런데 여기서 간과되어서는 안될 것은 이러한 전자적 형태의 도입이 단순한 회사의 비윤점감차원에서가 아니라, 주주에 의한 회사정보를 쉽고 원활한 접근을 촉진하고 회사와 주주 내지 주주사이의 의사소통의 圓滑이라는 관점에서 IT 기술의 적극적인 활용이 필요하다고 이해되어야 한다. 森本滋, 전제논문 7쪽

5) 이에 대한 개략적인 소개로는, 久米孝, 書面の交付等に関する情報通信の技術の利用のための關係法律の整備に関する法律(IT一括書面法)の概要, NBL No.711(2001.4.15.) 14쪽 이하

6) §126(Gesetzliche Schriftform) ①법률에 정하여진 서면방식을 정하고 있는 때에는 증서의 작성자가 자필로 성명의 기재에 의하여 또는 공증인에 의하여 인증된 서명기호로서 서명하여야 한다. ②생략 ③서면 방식은 공정증서의 작성으로 갈음할 수 있다.

이와 관련하여 최근 확정된 법무부의 민법개정안자료집(2000)에 의하면, 격지자간 계약의 성립시기를 지금처럼 도달주의의 예외로 할 것인 아니라, 도달주의를 채택하는 것으로 마련되었다고 한다⁷⁾(따라서 이러한 개정안이 채택된다면 전자거래기본법에 별도의 규저은 필요 없을 것이다). 이에 따르면 계약의 성립시기에 관하여 종래의 이른바 발신주의를 버리고 도달주의로 바꾸기로 결정하였는데 이는 오늘날 현대적 통신수단의 발달로 청약자와 그 상대방이 장소적으로 멀리 떨어져 있다고 하더라도 도달주의와 발신주의의 차이가 그 실제적 의미를 잃고 있을 뿐 아니라, 철회가능성을 지나치게 제한하고 있음으로 인하여 의사표시의 전달상의 위험을 表意者와 相對方 사이에서 적절하게 배분되지 못하는 문제가 있으므로 발신주의를 규정하고 있는 민법 제531조는 삭제되어야 할 것이라고 한다⁸⁾.

일본에서는 電子消費者契約及び電子承諾通知に關する民法の特例に關する法律案이 국회를 통과하여 2001.6.29. 법률 제95호로 공포되었다⁹⁾. 소비자가 행하는 전자소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시에 착오가 있는 경우 및 격지자 사이의 계약에 있어 전자승낙통지를 발신하는 경우에 관한 민법의 특례를 정하고 있는 이 법률에 의하면, 전자소비자계약이라는 개념을 두고 이러한 경우에는 일정한 제한을 두기는 하나 기본적으로 착오에 기한 의사표시의 경우에도 소비자의 無效 주장¹⁰⁾에 대한 제한을 두지 않는 한편, 전자거래를 격지자간의 거래로 보아 이때 발신주의를 적용하는 일본 민법 제526조 제1항과 제527조의 적용을 배제하고 계약의 성립시기를 소비자의 승낙의 통지가 도달한 시점이라고 보고 있다. 따라서 승낙의 철회가능성을 넓게 인정하게 되는 셈이다. 특별법의 제정에 대한 치밀하고도 신중한 접근방법을 주목할만하다.

國際物品賣買契約에 관한 비엔나 協約(CISG)에서도 承諾의 到達時期에 契約이 成立한다고 규정하고 있으며¹¹⁾, UNCITRAL의 모델법에서도 到達主義가 당연함을 前提로 별도로 규정하지 않게 되었다고 한다¹²⁾.

한편 미국의 UCITA에서는 전자적 의사표시(electronic message)는 도달되었을 때

7) 池元林, 계약의 성립에 관한 입법론적 연구, 법조(2000.8.) 198쪽

8) 이에 대한 유력한 반대견해에 의하면, 일반적으로 의사표시의 효력발생기와 계약의 성립시기는 일치하는 것이 당연하므로 승낙의 도달시기에 계약이 성립한다. 계약이 성립하기 위하여는 단순한 의사표시의 공존만으로는 부족하고 상호 인식하는 두 개의 의사표시의 결합이 필요한 것이므로 계약의 성립시기에 관하여 달리 규정이 없으면 승낙이 청약자에게 도달한 때에 계약이 성립하는 것이 이론상 당연하고, 따라서 계약의 성립시기에 관하여 도달주의가 아닌 다른 입장을 취할 경우에만 계약의 성립시기에 관한 의제규정이 필요하다. 그런데 격지자간의 계약성립시기에 관하여 과연 도달주의의 입장이 입법정책상 과연 타당한 것인가에 관하여는 의심스럽다. 청약에 일치하는 승낙을 발송하는 경우 당사자들은 가능한 한 빨리 계약을 성립시키기를 바랄 것이고 또 그것이 去來界의 요구에도 부합한다. 따라서 격지자간 계약의 성립시기를 일반적인 계약의 경우와 달리 승낙이 도달한 때가 아니라 승낙을 발신한 때로 擬制하는 현행법의 태도가 옳다고 본다. 金旭坤, 승낙의 효력발생과 계약의 성립시기, 민사법학 제19집(2001) 328쪽

9) <<http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0001428/>> 참조

10) 일본 민법 제95조에서는 (법률행위의 瑕疵) 착오에 표의자의 중대한 과실이 있었던 경우, 표의자 스스로 無效를 주장할 수 없다고 규정되어 있다.

11) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980), 제23조 계약은 청약에 대한 승낙이 본 협약의 규정에 따라 효력을 발생하는 순간 성립하며, 제18조 2항에서는 청약에 대한 승낙은 그 동의를 의사표시가 청약자에게 도달하는 순간에 그 효력이 발생한다고 규정하고 있다.

12) 内田 眞, 電子商去來と法(2), NBL No.601(1996.9.15), 19쪽

그 효력을 가진다고 하여 (§ 215(a)) 이른바 mail box rule를 버리고, 도달주의를 채택하고 있고¹³⁾ 다만 UETA에서는 도달주의 채택 여부에 관한 명문의 규정이 없으며, 우리 전자거래기본법 제9조와 같은 형식으로 전자적 기록물(electronic record)의 send와 receive의 시기만을 정하고 있으며 (§ 15(a)(b)), 解讀 不可能한(unintelligible or unusable by a recipient) 전자적 의사표시의 효력(the effectiveness)에 관하여는 다른 법률에 의하여 정하여진다고 규정하고 있다.

民法의 개정을 기다리는 것도 하나의 방법이 될 수 있으나, 전자거래기본법에서 민법의 개정안이 통과될 때까지라도 한시적으로 입법을 하는 방안도 모색될 수 있다.

V. 電子去來와 消費者保護管轄의 문제

최근 발효된 개정 국제사법 제27조 제1항에서는 소비자계약을 소비자가 직업 또는 영업활동 외 목적으로 체결하는 계약이라고 정의한 다음¹⁴⁾ 제1항에서 제3항까지는 준거법에 관하여, 제4항 내지 6항에서 관할에 관하여 각 특칙을 정하고 있다. 헤이그 실험약 초안 제7조 제1항에서도 국제재판관할에 대한 소비자계약의 보호규정을 두고 있다.¹⁵⁾ 그런데 오히려 국내에서는 전자거래가 해당할 수 있는 통신판매에 관한 법률인 방문판매등에 관한법률 第57條(專屬管轄)에서는 '訪問販賣者 또는 多段階販賣者와의 商品의 購買 또는 用役의 제공에 관한 契約에 관한 訴訟은 提訴당시의 消費者 또는 多段階販賣의 相對方의 住所를, 住所가 없는 경우에는 居所를 관할하는 地方法院의 專屬管轄로 한다. 다만, 提訴당시 消費者 또는 多段階販賣의 相對方의 住所 또는 居所가 분명하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하여 정착 通信販賣의 경우는 문언상 제외하고 있음이 분명하다. 입법적인 보완을 필요로 하고 다만 현재로서는 할부거래법이나 약관규제법에 의하여 적용을 받을 수 없는 경우라면 민법 제103조에 의한 통제도 불가능하지 않을 것이다.

VI. ADR과 調停의 효력에 대하여

13) UCITA official comment 2. to § 215

14) 구체적으로 소비자계약의 개념과 범위에 관하여 논란의 여지가 있을 수 있다. 즉 개정 국제사법이 삼은 모델의 하나인 로마협약 제5조 제1항에서는 동산의 공급, 용역의 제공과 그러한 거래를 위한 금융을 제공하기 위한 계약을 소비자계약이라고 하고 보험계약이나 운송계약 등을 제외하고 있다. 한편 우리나라의 소비자보호법 제2조에서는 "消費者"라 함은 事業者가 제공하는 物品 및 用役을 消費生活을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 大統領令이 정하는 자를 말한다. 그리고 대통령령에서는 법 제2조 제2호에서 "대통령령이 정하는 자"라 함은 사업자가 제공하는 물품이나 용역을 생산활동을 위하여 사용하거나 이용하는 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다. (개정 99·3·31)

1. 제공된 물품이나 용역을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자. 다만, 제공된 물품을 원재료(중간재물 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자를 제외한다.
2. 제공된 물품을 농업(축산업을 포함한다) 및 어업활동을 위하여 사용하는 자. 다만, 축산법 제27조 제1항의 규정에 의하여 농림부장관의 허가를 받은 축산업자 및 수산업법 제41조제1항의 규정에 의하여 해양수산부장관의 허가를 받은 원양어업자를 제외한다.

15) A Plaintiff who concluded a contract for a purpose which is outside its trade or profession(제7조 제1항)

원래 전자거래조정분쟁조정위원회에 의한 조정의 의의는 신속·저렴하고 융통성 있는 분쟁의 해결에 있다. 그리고 장차 on-line 상에서의 조정절차가 기본이 될가능성이 있다. 그런데 이러한 절차로 이루어지는 조정에 대하여 강력하고도 최종적인, 재판상 화해와 같은 효력을 부여하게 되면, 그 법적 효력을 다루는 방법은 遡再審의 방법에 의할 수 밖에 없다. 遡再審의 방법에 의하는 경우는 더 이상 實體的인 사유로서는 다룰 수 없다고 해도 과언이 아니다. 이러한 면에서 재판청구권을 과도하게 제한한다는 비판이 제기되는 것이다. 실제로 '심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다'는 국가배상법 제16조가 헌법재판소 1995. 5. 25. 91헌가7 결정에서는 사법절차에 준한다고 볼 수 있는 각종 중재, 조정절차와는 달리 분쟁기구의 제3자성, 獨立性이 희박한 점, 심의절차의 公正性, 慎重性의 缺如 등을 종합하여 볼 때 재판청구권을 과도하게 제한하고 이는 과잉입법금지의 원칙에 반한다고 하였다.

조정 實效性 確保라는 측면과 조정 특히 on-line 조정의 내재적 특성에서 오는 한계 등을 종합적으로 보아 신중하게 접근할 필요가 있다.

일본에서는 조정에 관한 기본법의 제정의 필요성과 이에 대한 연구가 이루어지면서, 성립된 조정의 집행력 부여문제와 관련하여, 民間型 ADR에서, ADR에 의한 합의 자체로 집행력을 부여할 것인지에 관하여 첨예한 의견의 대립이 있는데, 당사자의 신청에 의하여 법원에서 ADR 합의에 대한 집행력을 부여하는 결정(가령 執行決定)¹⁶⁾제도 등이 모색되고 있다고 한다. 이때 법원은 합의의 眞意性, 대리의 적법성, 합의의 합법성(公序良俗 違反) 등을 심사하게 되겠지만, 중재의 경우와 달리 판결절차를 요구할 것까지는 필요 없다는 것이다.¹⁷⁾

16) 이는 중재판정에 대한 집행판결을 구하는 경우와 비교될 수 있을 것이다.

17) 山本和彦, ADR 基本法に関する一試論: ADRの紛争解決機能の強化に向けて, *ジュリスト* 1207號(2001. 09) 31쪽.

〈토론 2〉

전자거래의 체계화를 위한 기준 검토

비 대 헌(계명대 법학부 교수)

전자거래와 관련된 법률은, 주지하는 것과 같이, 초고속정보통신망·인터넷·디지털 기술의 발전에 따른 사회적 여건 변화 등에 영향을 받아 1980년대 말부터 시작하여 1990년대에 제정된 것으로 정책수립·집행의 필요에 따라 개별입법의 형태로 마련되었다. 각 법률은 정부부처의 소관업무에 터잡아 입법되었지만, 전자거래와 관련 있는 정책이 서로 중첩되거나 명확하게 업무영역이 나뉘어지지 아니하였다는 점에 기인하여 또는 전자거래의 활성화를 피하기 위한 대책으로서 업무효율성이 강조됨에 따라 법률규정이 중복되거나 일정한 법적 체계를 이끌어내지 못하였다. 이에 여러 연구가 진행되었고, 최근 들어 전자거래와 관련 있는 법률규정을 찾아 분류하고 이들 규정의 상호관계를 검토하고, 법리적인 측면에서 체계화방안을 모색하려는 시도가 구체화되고 있다.

전자거래·정보통신망관련 정책간의 관계로부터 정보통신의 기반구축을 하부구조(infrastructure)로 하고, 전자거래를 활성화에 요구되는 법체계의 정비를 이끌어내는 데 법적 기초로 전자문서의 안전성·신뢰성확보, 개인정보의 보호 및 콘텐츠의 보호를 중요하게 다루어야 할 것이다. 이를 법적 기초로 하여 안전한 전자거래와 소비자의 보호를 꾀할 수 있을 것이다.

전자거래와 관련된 법규내용의 검토를 요약하면, 첫째, 전자거래의 법적 정의에 있어서, 현행법상 전자거래에 직접적으로 적용되는 법률과 이를 위한 기반구축을 위하여 전자거래를 규정한 법률간의 규정내용이 상이하다는 점을 고려한다 할지라도 직접적으로 적용되는 전자거래기본법과 대외무역법상 전자거래의 법적 정의가 상이함을 확인할 수 있다. 그 내용은 정보 등의 무체물의 이용을 포섭할 수 있느냐의 여부와 관련되어 있다. 또한 전자거래를 규정하고 있다고 할지라도 그 법적 정의를 준용하는 근거나 관련규정을 설치하지 아니한 경우가 있다.

둘째, 전자문서의 안전성·신뢰성 확보에 있어서, 개방형정보통신망이 거래를 위하여 널리 활용되기 이전에도 EDI방식에 기한 전자문서·전자서명을 법률에 규정하였지만, 이들 법률은 현행 전자서명법·전자거래기본법상 전자문서·전자서명과 다른 것이다. 여기에서 인터넷 등의 개방형정보통신망을 중심으로 논의되는 내용을 중심으로 살펴볼 때, 전자거래기본법의 법률규정이 전자서명법과 중복되는 규정을 가지고 있거나 이원화된 인증체계를 마련하고 있다. 이 점은 전자거래뿐만 아니라, 모든 전자문서를 통하여 송·수신되는 경우에도 적용되는 전자서명법의 법리에 따라 전자거래기본법상 전자서명·인증에 관한 내용을 전자서명법의 규정내용에 일치시키는 것이 합당하다고 사료된다. 한편, 현행

전자서명법의 개정(안)에서 제시된 주요내용은 기술중립적 전자서명의 방식을 채용한다는 점에서 그간의 지적된 문제점이 극복되기에 이르렀다.

셋째, 전자문서의 이용에 따른 계약법적 접근에 있어서, 전자거래와 관련된 계약법적 검토내용은 해석을 통한 법리적 해결을 이끌어내고 있다. 전자문서의 송·수신과 관련하여 격지시간의 의사표시를 발신주의·도달주의의 법리고찰에 집중되어 있으나, 이 문제는 독일민법의 개정(안)에서 시사하는 것과 같이, 민법전의 규정에 끌어들여 검토되어야 할 것이다.

넷째, 소비자의 보호에 있어서, 소비자보호에 관한 일반적인 기준과 정부시책의 방향은 소비자보호법에 규정한다 할지라도, 현행 방문판매등에관한법률에서 Off-Line/On-Line상의 거래에서 소비자보호에 관한 구체적인 규정내용을 하나로 묶어 체계화하지 못하는 한, 전자거래를 종래 Off-Line상의 거래와 분리·독립시켜 물품(또는 재화), 용역 및 정보 등을 거래대상으로 삼아 소비자보호를 구체적으로 규정하는 것이 바람직하다.

다섯째, 개인정보의 보호에 있어서, 개별적인 법률규정에서 산발적으로 규정하고 있는 내용은 입법취지나 그 규정이 상호간에 유사하다는 점에서 통일된 법규로 정비되어야 한다고 판단되며, Off-Line/On-Line이 연계되어 빛어지는 개인정보의 침해에 따른 법적 대책이 마련되어야 한다.

여섯째, 기술·지적재산권의 보호에 있어서, 새롭게 등장한 보호대상을 현행법에 포섭하지 못하는 문제점과 이에 관한 산업의 육성을 위하여 관련법률을 개정하거나 새로운 육성법률을 제정하여 디지털 기술의 선진화에 주력하여야 할 것이다. 영업방법(business method)에 대한 특허권부여와 관련하여 현행 특허법의 해석론에 의한 해결책 외에 발명에 관한 규정을 삭제하는 방안을 적극적으로 고려하여야 할 것이다. 저작권법의 개정(안)에서 제시된 편집저작물로 분류되지 못하는 편집물(database)의 보호에 관한 규정신설은 지적재산권분야의 새로운 현상을 그대로 반영한 좋은 예시에 속한다.

일곱째, 전자거래를 민간부문에서 공공부문으로 확대 적용함에 있어서, 이는 행정투명성 확보 및 예산절감의 효과를 얻을 수 있다는 점에서 국가경쟁력의 확보를 위하여 중요하게 논의되는 대상이다. G2B에 관한 구체적인 정책이 수립되어 이를 활성화하기 위하여 정부의 G2B기반구축이 이루어져야 한다. 정부의 조달관련 물류체계 개선과 전자문서를 이용한 전자거래를 종합적으로 검토하여 이를 법규에 담아낼 때에 비로소 가시적인 효과를 얻을 수 있다. 이를 위하여 거래법의 영역에서는 국가가 계약당사자로 하는 전자계약의 체결을 촉진할 수 있는 정부정책을 수립·시행할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

위의 내용은 개별적인 작은 주제별로 살펴본 것이므로 전자거래 관련법률의 체계화를 위하여 몇 가지 항목 또는 기준으로 종합될 수 있을 것이다. i) 정보·전자문서 등의 민사법예외의 접근, ii) 국제적 규범체계제과의 조화와 입법, iii) 시장에서의 신뢰성확보를 위한 법·제도의 정비, iv) 계약법측면에서 살펴본 전자거래기본법의 개편 및 v) 온라인·오프라인 서비스통합에 따른 법적 검토를 논의기준으로 삼아 체계화를 이끌어낼 수 있다고 사료된다.

위에서 전자거래와 관련 있는 여러 법률을 전자거래의 개념, 전자문서의 안전성·신뢰성 확보, 전자문서의 이용에 따른 계약법적 접근, 소비자의 보호, 개인정보의 보호, 기술·지적재산권의 보호 및 민간부문·공공부문의 연계적용 등의 항목으로 나누어 법률상 호간의 관련성의 분석을 통하여 전자거래를 활성화와 법리상의 체계를 이끌어내는 데 필요한 체계화방안을 제시하여 보았다. 현재 전자거래에 관련된 법률이 체계화되어 있지 못하다는 비판이 있을 수 있지만, 그간 정보화 및 전자거래의 활성화를 도모하기 위하여 제정된 개별법률에 힘입어 여러 가지 어려운 경제사정에도 불구하고 정보사회의 커다란 파고를 넘어 물길을 열어 놓았음을 부정하지 말아야 할 것이다. 우리의 정보화정책, 전자거래의 활성화대책은 세계 각국에 좋은 본보기가 되고 있다는 점이 이를 잘 보여주고 있다. 이는 법률의 신속한 제정으로 법적 기반을 마련하였고, 정보산업을 육성하는 좋은 밑받침이 되었음을 말한다. 다만, 현재의 이러한 노력을 倍加集中하여 법·제도가 전자거래의 활성화에 장애를 주지 아니할 뿐만 아니라, 장애를 제거하는 데 집중되어야 할 것이며, 이 분야를 육성·발전시키는 전인차역할을 맡아 그 성과를 나타낼 수 있도록 한다는 점에 관련법률의 체계화를 피하여야 할 것이다.

〈토론 3〉

전자거래기본법 개정안¹⁾에 대한 고찰

吳 炯 喆(경상대 법대 교수)

I. 전자거래기본법의 체계적 지위

현행 전자거래기본법에 대해서는 전자거래 촉진을 위한 제도적 장치와 시책의 법적 근거를 제시하는 것이 주된 내용이므로 전자거래에 관한 기본법이라기 보다는 전자거래를 지원촉진하는 법적 근거로서의 성격이 강하다. 현행 전자거래기본법은 물론이거니와 개정법률안도 총 7개장, 44개 조문 중 전자거래에 관한 사법적 규율은 제2장 전자문서 하나와 그에 포함된 제4조 내지 제11조의 8개의 조문이며, 전자서명에 관한 사항을 전자서명법에 유보하는 제11조를 제외하면 실질적으로는 7개 조문에 불과하다.²⁾

이와 같이 전자거래진흥을 위한 국가적 지원의 법적 근거를 마련하는 것 자체는 매우 적절한 것이나, 그 사항에 UNCITRAL 모델법의 일부를 첩목시켜 전자거래기본법으로 유지하는 것은 이질적인 법률의 옴니버스 형태가 된다는 점에서 자연스럽지는 않다.³⁾ 또한 전자거래기본법 개정법률안의 제2장만으로 '전자거래의 법률관계를 명확히 하고 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보'한다는 전자거래기본법의 목적을 달성하기에는 법문의 내용이 미흡하며, 특히 전자거래의 전자적 이행과 관련된 법률관계에 대해서는 법적 공백 상태에 머무르고 있다.

전자거래는 기존 법질서의 계약관계의 특수한 현대적 형태이므로, 엄격한 의미에서 전자거래에 관한 법률은 민사특별법으로서의 사법적인 성격을 가져야 한다. 이러한 경우에 국민의 권리와 의무관계의 내용을 다루는 민사특별 법규정과 국가적 지원의 법적 근거를 마련하는 법규정을 하나의 법률에 混在시키는 것뿐만 아니라, 前者는 전체 조문 중에서 상당히 적은 범위임에도 불구하고 법령의 명칭은 전자를 부각시키는 것도 자연스럽지 않다고 보여진다. 물론 전자거래에 관한 완전한 법적 규율로 향하는 과도기적 현상으로 이해될 수 있으나, 중국적인 법률의 내용으로 부적절하다고 보여진다.

따라서 전자거래기본법에서 전자거래의 실제법적 규율을 위한 사법규정을 두고 있는 것은 과도기적인 법령의 모습이라 이해하되, 단기적으로는 다음의 방안들이 고려될 수 있을 것이다. 첫째는 현재의 전자거래기본법의 법률 형태를 그대로 유지하되, 문제점을 개선하는 방안, 둘째로는 전자거래기본법을 "전자거래촉진법"으로 개정하고, 전자거래기본법 제2장은 현재의 "방문판매 등에 관한 법률"에 포함시키는 방안, 셋째로는 전자거래

1) 여기의 개정안은 2001. 6월 산업자원부에서 입안하여 홈페이지에 게시한 "전자거래기본법 개정안" (<http://www.ecommerce.go.kr/viewfolder/전자거래기본법개정안.hwp>)을 대상으로 한 것이다.

2) 전자서명에 관하여 제11조를 두지 않는다고 하여도 전자서명법이 적용됨에는 아무런 문제가 없다.

3) 이질적인 법내용이 혼재하여 있다고 해서 그로 인해 법적 규율에 어떤 실질적인 문제가 발생하는 것은 아니다.

기본법을 “전자거래촉진법”으로 개정하고, 전자거래기본법 제2장은 민법의 확설과 판례에 맡기는 방안, 넷째로는 전자거래기본법을 “전자거래촉진법”으로 개정하고, 전자거래기본법 제2장은 민법의 확설과 판례에 맡기되 소비자보호 관련사항은 “방문판매 등에 관한 법률”에 포함시키는 방안 그리고 끝으로 전자거래기본법을 “전자거래촉진법”으로 개정하고, 전자거래기본법 제2장은 민법의 확설과 판례에 맡기되 소비자보호 관련사항은 별도의 “전자거래소비자보호법”을 제정하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다.

장기적으로는 법령정비를 통해 현재의 전자거래기본법은 “전자거래촉진법”으로 개편하고 전자거래의 실제법적 규율을 위한 사법규정은 신중하고 심도깊은 입법논의를 통해 전자거래 전반을 규율할 수 있는 별도의 민사특별법으로 제정되는 것이 타당하다고 생각된다. 물론 그 이후 전자거래가 현행 민사거래의 수준으로 일상화·보편화된다면 민법전내에 수용되는 것이 바람직 할 것으로 생각된다.

II. 현행 전자거래기본법(이하 현행법)의 문제점

1. 전자문서의 개념의 모호성

현행법의 전자문서의 개념은 제2조 1호에서 “... 전자적 형태로 작성, 송수신 또는 저장되는 정보”라고 정의되고 있으며, 개정안에서도 자구의 수정 외에는 의미있는 차이는 없다. 이러한 개념정의에 따를 경우에, 전자문서는 정보(information)라 이해된다. 그러나 정보란 무엇인가는 쉽게 정의할 수 없는 다의적인 개념으로 법률용어로서는 생소한 것이다. 그러므로 정보가 무엇인가를 다시 법문에서 개념정의하지 않는 한 다의적인 개념을 사용함에 따라 법규적용에 있어서 모호함이 발생된다.

특히 구체적으로 살펴보면, 기존 법질서에서의 의사표시가 전자적 형태로 작성, 송수신 또는 저장되는 경우에 전자문서에 해당됨은 자명하나, 전자문서가 전자적 형태의 의사표시만을 의미한다고 해석될 수는 없을 것이다. 왜냐하면 정보란 매우 포괄적이고 다의적인 개념이기 때문이다. 따라서 전자문서의 개념정의만을 놓고 보면 EDI에서 사용되는 전자적 형태의 서류, 클릭과 같은 전자적 형태의 의사표시, 심지어는 거래의 객체가 되는 디지털콘텐츠나 소프트웨어도 포함된다고 하지 않을 수 없다.

그렇다면 제2장의 전자문서는 실제로 이와 같이 포괄적 의미로 이용되는 법전용어인가라는 의문에 대해서는 보다 자세히 살펴볼 필요가 있다. 제2장내에서 전자문서라는 동일한 용어를 사용함에도 불구하고, 개별적인 조문이 구체적으로 想定하고 있는 것은 각각 상이하고 제한적인 것으로 생각된다.

먼저 현행법 제5조(개정안4조), 제7조(개정안에서는 삭제), 제8조(개정안 5조)의 전자문서는 전자적 형태의 서면을 의미를 의미하는 것으로 보여진다. 즉 계약을 구성하는 의사표시로서의 법적 가치가 있는 전자적 정보를 말하는 것이 아니라 계약과 반드시 논리적인 연관이 있다고 볼 수 없는 서면이라는 형태성에 중점을 둔 것이라 보아야 할 것이다.

둘째로 현행법 제9조(개정안 6조), 제10조(개정안 7조), 제11조(개정안 8조), 제12조(개정안 9조)의 전자문서는 전자적 형태의 의사표시를 의미하는 것으로 보여진다. 설령

전자적 형태의 의사표시보다 넓게 해석한다고 해도, 거래의 객체가 되는 디지털콘텐츠나 소프트웨어를 포함할 의도를 갖지 않는다는 점은 자명하다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 현행법을 그대로 적용하는 한, 디지털 콘텐츠나 소프트웨어도 전자문서가 아니라고 할 수 없게 되어 이러한 조문에도 적용된다고 해야하는 문제가 발생된다.

그렇다면 전자거래기본법에서 다루어져야 할 전자문서는 **전자적 형태의 의사표시**를 말한다고 보아야 하고, 개념정의도 협소하게 되어야 하지 않을까? 법률행위의 무방식주의를 취하는 현재의 법원칙상, 단순한 증거방법으로서 서면이 계약에서 사용되는 것을 제외한다면 서면은 계약과 논리적으로 반드시 연계되는 것은 아니다. 따라서 전자화된 서면은 거래에 있어서의 의사표시가 아닌 한, 그것은 전자거래기본법의 규율대상은 아니며 전자적 형태의 의사표시만이 전자거래기본법의 규율대상이라고 보아야 할 것이다.

결국 전자적 형태의 서면을 의미하는 제5조(개정안4조), 제7조(개정안삭제), 제8조(개정안 5조)의 전자문서는 전자거래기본법의 본질적인 규율대상이라 할 수 없을 것이다. 계약은 본래 불요식의 법률행위이므로 서면을 요건으로 하는 경우는 극히 예외적이며 이 경우도 서면은 의사표시 그 자체이므로 제9조 이하의 **전자적 형태의 의사표시**에 해당되므로 전자거래기본법의 적용을 받음은 물론이다. 따라서 전자거래기본법에서의 전자문서라는 용어는 전자적 형태의 의사표시로 바뀌어야 할 것임이며 그것이 적어도 전자거래촉진법이 아닌 전자거래기본법이라 할 근거인 제9조(개정안 6조), 제10조(개정안 7조), 제11조(개정안 8조), 제12조(개정안 9조)의 취지와 규율에 맞는 것이라 생각된다.

2. 전자거래의 개념에 전자문서의 연계

현행법 제2조 4호는 “전자거래라 함은 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”라 개념정의함으로서 전자문서의 개념정의가 모호함에 따른 문제가 그대로 전자거래에도 반영되고 있다. 그리고 이러한 개념정의는 개정안에서도 변함이 없다. 즉 디지털 콘텐츠나 소프트웨어의 거래는 전자거래인가? 현행법의 논리대로라면 디지털 콘텐츠나 소프트웨어도 전자문서이며, 거래의 일부인 이행이 디지털 콘텐츠나 소프트웨어에 의해 처리된다면 그것도 전자거래가 된다고 하지 않을 수 없다. 나아가 보다 논리를 확대하면 오프라인 상점에서 CD에 든 디지털 콘텐츠를 구입하는 것도 전자거래가 된다고 까지 할 위험이 있다. 왜냐하면 비록 자연적인 방법으로 전달될 지라도 전자적 형태로 작성과 저장은 전자적 형태로 된 정보이기 때문이다.⁴⁾

결국 이러한 모호함을 해결하기 위해서, 전자거래의 개념정의를 “전자거래라 함은 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 **전자적 형태의 의사표시**에 의하여 처리되는 거래”로 수정하는 것이 적절하다고 생각된다. 그 외에 전자적 형태의 이행은 금부가 디지털인 경우만 가능하므로, 이러한 계약은 전자거래로 다루지 않고 **디지털 정보계약**과 같은 별개의 특수한 계약형태로 보아 별도의 입법을 고려하는 방법도 하나의 대안이 될 수 있을 것으로 생각된다.

4) 전자적 형태로 작성되어 유체물로 전자적으로 저장된 정보도 전자문서이므로 이러한 정보에 의해 처리(이행)되는 거래도 전자문서가 된다는 일견 무리해 보이는 논리전개도 가능할 것이다.

Ⅲ. 전자거래기본법 개정안(이하 개정안)의 문제점

1. 개정안 제6조

개정안 제6조는 “전자문서는 수신자 또는 그 대리인이 당해 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력된 때에 송신된 것으로 본다”라고 개정하였다. 한편 현행법은 “작성자와의 자 또는 작성자의 대리인과의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때”라고 규정하고 있었다.

개정안을 평가해보면, 먼저 송신한 것으로 보는 시기를 현행법과 달리 더 늦은 시점으로 정해야 할 특별한 합리적인 이유가 있다고 보기 어려운 문제가 있다. 또한 수신시점 중 하나인 “수신자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때”와 어떠한 차이가 있는지 명확하지 않으며, 일반적으로 송신시기와 수신시기가 동일한 것으로 다루어질 위험도 예상된다. 그러나 송신의 시기를 늦추어 송신과 동시에 도달이 이루어질 수 있도록 법에서 규정하는 것은 다양한 전자거래의 기술적 방식에 부합하지 아니한다고 생각된다.

2. 개정안 제7조 2항

개정안 제7조는 제2항을 신설하여 ‘권한 없이 작성자의 이름으로 전자문서에 의한 의사표시를 하거나 대리권 없이 작성자의 대리인으로 전자문서에 의한 의사표시를 한 경우에는 전자문서의 수신자가 작성자와 합의한 방법에 따라 작성자의 전자문서임을 확인한 때에는 작성자의 것으로 보아 행위할 수 있다’고 규정하고 있다.

그러나 무권한자나 무권대리인의 의사표시가 어떻게 “작성자의 전자문서”라고 확인될 수 있는가는 문제가 아닐 수 없다. 더욱이 법적인 무권한이 어떻게 법적인 유권으로 “확인”될 수 있는가는 의문이다. 현실적으로 전자서명의 방법을 想定한 것으로 추측되지만 그것은 전자서명의 법적 효력에 따른 것이지 송신의제로 다루어질 사항은 아니라고 보아야 할 것이다.

또한 수신자와 작성자가 작성자의 전자문서인가를 확인할 방법을 합의하지 않았다면 법적 효과는 어떻게 되는가 그리고 법문에서 “행위할 수 있다”란 무엇을 의미하는 것인가, 그 외에도 제1항에서 명시된 “작성자에 대하여 효력이 발생한다”와 동일한 의미인가 등의 문제는 여전히 논의의 여지로 남아있다고 보여진다.

3. 개정안 제7조 3항

개정안 제7조 3항은 “제2항[전술한 신설된 조항]은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 현행법은 제1항(일반원칙으로서 송신의제)에 대한 적용배제사유를 기술하고 있으나, 개정안은 제2항에 대한 적용배제사유로 기술하고 있는 점에 차이가 있다. 그러나 왜 적용배제의 대상이 변경되었는지의 합리적 이유를 찾아보기 어렵다.

그러한 점에서 개정안에서 명시하는 “제2항”은 “전2항”의 오기가 아닌가하는 의문을 갖게 된다. 만약 오기가 아니라면 적용배제사유가 무권한자의 명의도용이나 무권대리인의 참칭에만 적용되는 좁은 의미로 축소될 합리적 이유가 있는가도 의문이다. 현행법에서는 송신자가 오기한 경우[320,000원을 32,000원으로]에도 “수신자가 작성자의 의사에 의하지 아니하고 전자문서가 송신된 것임”에 해당되는 것으로 해석함으로써 착오에도 적용될 수 있는 법적 근거조항의 기능을 할 수 있는 여지가 있었으나 개정안대로라면 착오는 제2항인 명의도용, 대리인 참칭에 해당되는 사안이 아니므로 적용이 불가능하다. 입법자의 의도가 현행법 제10조가 착오에 해당되는 사태유형에 적용되는 것을 명확히 배제하기 위한 것인지 아니라면, 즉 제7조 전체에 해당되는 적용배제사유로서 제3항을 규정하고자 하는 것이라면 “제2항”은 “전2항” 또는 “본조”라 수정하는 것이 적절할 것이다.

〈토론 4〉

전자거래 활성화를 위한 법령 정비 방향

李 昌 漢(산업자원부 전자상거래총괄과장)

I. 현행 전자거래관련 법령

□ 전자거래에 관한 모법으로 전자거래기본법 제정(99.2)

- 민법, 상법 등 기존 거래에 관한 법령에서 규율할 수 없는 전자거래에 고유한 법률관계와 전자거래 전반을 포괄하는 공통적·일반적 사항을 규정
- 전자거래의 특정분야에 대한 기술적, 세부적 사항은 기본법을 토대로 소관부처에서 개별 법령 또는 지침 등을 제정하거나 현행 법령을 개정하여 보완

legal issues	법령 또는 지침	비 고
○ 인프라(網, 네트워크 등)	정보화촉진기본법, 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률, 전기통신사업법 등	정통부
○ 표준화	산업표준화법, 국가표준기본법	산자부
○ 전자인증 및 안전	전자서명법, 정보통신기반보호법	정통부
○ 전자결제	전자금융거래표준약관 및 전자금융거래기본법(제정 검토중)	금감위 재경부
○ 소비자보호	소비자보호법, 방문판매등에관한법률, 전자거래표준약관, 소비자보호지침 등	재경부 공정위
○ 개인정보보호	정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률, 개인정보보호지침	정통부
○ 지적재산권 보호	저작권법, 특허법, 컴퓨터프로그램보호법 등	문광부 특허청
○ 공공부문 전자조달	국가로당사자로서의계약에관한법률	재경부
○ 전자무역	대외무역법	산자부

* 신규제정 : 전자거래기본법(99), 전자서명법(99), 전자거래표준약관·소비자보호지침(00), 개인정보보호지침(00)

□ 전자거래기본법의 특징

- 민간 주도의 전자거래 확산을 위해 규제가 아닌 촉진·진흥에 초점을 두고 최소한의 정부역할을 규정

- 전자거래는 기본적으로 글로벌 이슈이므로, 국제적 정합성을 고려하여 UNCITRAL 전자상거래모델법, OECD 논의 결과 등을 반영

□ 현행 전자거래기본법의 주요 내용

- 전자문서 및 전자서명의 효력, 전자문서의 보관·증거능력 및 송·수신장소 등 전자상거래에 따른 법률관계 및 일반원칙
- 개인정보보호, 암호제품의 사용, 소비자 보호, 분쟁조정기구 운영 등 전자상거래의 안전성·신뢰성 확보
- 전자거래촉진계획의 수립, 전자거래정책협의회, 진흥원, 표준화, 기술개발, 전자상거래지원센터 등 전자상거래 촉진시책

Ⅱ. 전자거래 관련 법률 정비의 기본 방향

□ 전자(상)거래정책의 일관성 유지

- 99년 입법 당시 전자거래의 법률관계를 명확히 하고 전자상거래를 국가경제의 핵심 요소로 발전시킨다는 입법취지를 유지함으로써 국가정책의 일관성과 계속성을 유지

□ 국제적 정합성 유지

- 미국, 일본, 독일, 호주 등 주요 선진국의 입법례와 UN국제무역법위원회(UNCITRAL), OECD 등 국제기구의 논의내용을 반영
- 전자거래는 글로벌거래를 지향하기 때문에 국내외적 차별과 외국법과의 충돌이 없도록 국제적 정합성을 유지하는 것이 중요

□ 기본법-개별법 체계 유지

- 「전자거래기본법」에 전자거래 관련 일반법으로서의 위상을 부여하고, 분야별로 특수한 사항을 개별 법률에서 구체적·세부적으로 규율하는 법체계 유지

□ 자율규제(self-regulation) 장려 및 규제완화

- 전자상거래는 민간의 자율규제를 중심으로 이루어지도록 하고 이를 보완하는 차원에서 법률을 운용하는 것이 국제적 추세임
- 사업자의 자율적 행동규약 제정을 유도하여 자율 규제를 장려하고, 규제를 완화함으로써 전자거래업자의 자율과 창의를 중시

□ 기능적 동일성과 기술중립성 원칙 준수

- 전자상거래 관련 새로운 법률의 제정은 「기능적 동일성의 원칙」과 「기술중립성의 원칙」에 입각하여 필요한 최소한의 범위로 한정
 - * 기능적 동일성의 원칙 : 기존상거래와 전자상거래를 법적으로 동일하게 취급하여, 기존 상거래를 규율하는 법령을 전자상거래에 그대로 적용
 - * 기술중립성의 원칙 : 전자상거래관련 법령을 제·개정함에 있어 특정 기술에 편향되지 않고 모든 기술과 그 기술의 발전가능성을 포괄

Ⅲ. 전자거래기본법 개정 추진

□ 추진 배경

- 99.2월 다른 나라보다 앞서 「전자거래기본법」을 제정·시행함으로써 국내 전자상거래 발전의 토대 마련
 - 기본법에 따라 「전자상거래 활성화 종합대책」과 「e-비즈니스 확산 국가전략」 수립, 전자거래정책협의회 운용 등 전자상거래 주무부처로서 역할 수행
- 99년 이후 예상보다 빠른 전자상거래의 확산과 기술발전 및 기본법의 한계 등으로 기본법 개정 수요가 증가

□ 개정의 특징

- 民·商法 특칙 성격의 전자상거래 법률관계(사법영역)와 전자상거래 촉진 지원시책(공법영역)을 대폭 보완·구체화하여 전자상거래 모범으로서의 위상을 강화
- 선진국의 입법사례 및 국제적 논의결과 등을 최대한 수용
 - * 미국 전자서명법('00), 일본 전자서명법·IT기본법('00), 소비자보호·암호화정책·개인정보보호 등 OECD 가이드라인 등

□ 주요 개정내용

- 전자문서의 송수신, 수신확인, 귀속 등을 현실에 맞게 보완하고, 전자계약 등 전자거래 법률관계를 명확히 함
- 소비자보호, 개인정보보호, 영업비밀 보호 등 전자거래의 안전성과 신뢰성 강화
- 인력양성, 기술개발, 표준화, 국제화 등 전자거래 인프라 조성 및 촉진 시책 강화
- 전자거래분쟁조정위원회를 법률에 규정하여 공정하고 신속한 분쟁의 해결을 위한 법적 토대 마련

〈토론 5〉

전자(상)거래-개념 · 적용상 한계 · 입법체계상의 문제

정 완 용(경희대 법대 교수)

I. 전자(상)거래, 전자거래 및 이 비즈니스의 개념 구별 문제

일반적으로 컴퓨터와 같은 정보처리시스템을 이용하여 행하여는 재화나 용역의 거래를 전자상거래라고 할 수 있다. 예컨대 사이버 쇼핑물을 통하여 물건이나 정보서비스를 제공받고 대금을 지급하는 거래가 이에 해당한다. 이러한 전자상거래는 영어로 "Electronic Commerce"라는 용어로 사용한다. 그런데 우리 나라 전자거래기본법은 이러한 일반적인 "전자상거래"라는 용어 대신에 "전자거래"라는 용어를 사용하고 있다. 즉 전자거래기본법 제2조 4호는 "전자거래"라 함은 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자 문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다."고 규정하고 있다. 전자거래기본법이 제정되는 과정에서 처음에 "전자상거래기본법"이라고 되어 있었는데 입법과정에서 전자문서에 의한 모든 거래를 포괄하는 기본법으로서의 성격을 갖는 법으로 만들어야 한다는 취지에서 "전자상거래"라는 용어대신에 "전자거래"라는 용어로 변경된 것이다.

전자거래에는 상거래와 민사거래의 두 가지가 있고 전자상거래라 함은 전자거래 중에서 상거래분야를 말하는 것이므로 전자거래라는 말은 민사거래까지 포괄하는 폭넓은 의미를 갖는 것이 사실이나 실제 거래 계에서 재화나 용역의 거래에 있어서 민사거래에 해당하는 예가 극히 적고 대부분은 상거래일 것이므로 전자거래라는 용어는 전자상거래와 혼용하여 사용하여도 무방하지 않을 까 생각된다.

최근에 "이 비즈니스(E-Business)"라는 용어가 대학원의 학과 명칭에서부터 업계에 이르기까지 점차 널리 사용되고 있다. "이 비즈니스"라는 용어는 전자상거래와 어떤 관계에 있는가를 검토하여야 할 것이다. 전자상거래라는 용어 외에 이 비즈니스라는 용어를 사용하는 이유는 전자상거래가 다분히 전자문서에 의한 상거래 즉 기업과 소비자 또는 기업과 기업간의 상거래를 주된 법률의 적용 대상으로 하고 있음에 비하여 "이 비즈니스"라는 용어는 아직 명확하게 그 개념정의가 확립된 것은 아니지만, 대체로 전자상거래를 포함하여 전자상거래를 가능하게 하는 정보통신 기반기술의 측면, 정보통신기술을 이용한 기업의 경영 및 마케팅에 관한 사항 및 정보통신기술을 이용하여 새롭게 변화해 가고 있는 기업활동에 관한 사항(비즈니스 모델 등)까지를 포괄하는 넓은 개념이라고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 "이 비즈니스"는 기업의 경영활동에 초점이 맞춰져 있음에 비하여 전자상거래라는 용어는 전자적 방식으로 이루어지는 상거래에 초점이 맞춰져 있다고 할 것이다. 따라서 "이 비즈니스"라는 개념과 전자상거래라는 개념은 정확하게 일치하는 개념

은 아니고 "이 비즈니스"가 전자상거래보다 넓은 개념이라고 할 수 있다. 다만 "이 비즈니스"라는 용어는 주로 미국을 중심으로 하여 새롭게 사용되는 용어이며, 영국과 프랑스, 독일 등을 중심으로 한 유럽에서는 "이 비즈니스"라는 용어대신에 전자상거래 혹은 E-COMMERCE라는 용어가 널리 사용되고 있다. 우리 나라에서는 현재 산업계에서 "이 비즈니스"라는 용어가 점차 널리 사용되어 가고 있는 실정이다.

II. 전자거래기본법상의 전자거래의 개념과 적용상의 한계

전자거래(Electronic Commerce)의 개념은 아직 명확하게 정립되어 있지 않고 또한 어느 범위까지를 전자거래에 포함시킬 것인가에 대하여도 여러 가지 견해가 있다. 전자거래의 개념은 이를 어떻게 정하는가에 따라서 전자거래의 범위와 적용 법률이 달라지기 때문에 매우 중요한 의미를 갖는다.

유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 '전자상거래모델법(1996)'에서는 전자문서(Data Message)란 "전자문서교환(EDI), 전자메일, 텔레그램, 텔렉스, 텔레카피 등을 포함하여 다양한 방식으로 생성, 송신, 수신 또는 저장된 정보"이며, "이러한 전자문서에 의한 상업적 활동에 대하여 전자상거래모델법이 적용된다(동법 제1조, 제2조)"고 규정하고 있다. 즉 전자상거래모델법은 전자거래를 직접적으로 정의하지 않고 전자문서에 의한 상업적 활동에 대하여 동 법이 적용된다고 함으로써 전자거래의 개념을 간접적으로 정하고 있다. 전자상거래모델법이 적용범위를 "상업적 거래"로 정하고 있는 것은, 장차 각국의 입법에 따라 공적 거래에 적용할 수 있는 법제를 마련할 수 있고, 또한 소비자 보호를 목적으로 하는 소비자 거래에 관한 각국의 법규범의 효력을 인정한다는 것이다. 여기서의 "상업적 활동"이란 계약적이거나 여부에 관계없이 상업적 본질을 갖는 모든 관계에서 발생하는 경우를 포함한다고 넓게 해석함으로써 전자문서가 다양한 거래에서 사용될 수 있도록 그 범위를 확대하고 있는 것이다.

미국 통일전자거래법(UEFTA)은 통일전자거래법이 적용되는 "거래"를 "영업행위, 상거래 또는 공공부분 업무와 관련된 2인 이상의 사람간에 발생하는 하나 또는 일체의 행위"라고 정하고 있다(동법 제2조 16호). 즉 통일전자거래법은 공공부분의 업무와 관련된 거래에 대해서도 동 법이 적용되도록 함으로써 우리 나라 전자거래기본법보다 적용범위가 넓다는 점이 특징이다.

우리 나라 전자거래기본법은 전자거래라 함은 "재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래"(동법 제2조 4호)라고 정의하고 있다. 전자거래기본법상 전자거래에는 위에서 본 바와 같이 전자문서에 의한 상거래 외에도 민사거래까지 포괄하는 넓은 개념이라고 할 수 있다. 전자거래기본법상의 전자거래에 해당하는 개념을 전자거래라는 용어로 사용하고자 한다.

요컨대 전자거래란 컴퓨터등의 정보처리시스템을 이용한 전자문서에 의하여 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 처리되는 거래라고 할 수 있고, 여기에는 그에 부수적인 활동을 포함한다고 본다.

이러한 개념정의는 다음과 같은 구성요소를 갖는다.

첫째, 전자거래는 컴퓨터등의 정보처리시스템을 이용한 전자문서에 의하여 이루어지는 거래이다. 그러므로 컴퓨터 정보처리시스템과 인터넷 사이버물을 이용한 재화나 용역 거래가 여기에 포함되지만, 전화나 TV를 이용한 홈쇼핑, 카탈로그판매와 같은 통신판매 및 전자식 자판기를 통한 판매행위는 제외된다고 본다.

둘째, 재화나 용역의 소유권이나 사용권의 이전 기타 이에 부수하는 거래이다.

재화나 용역거래에 수반되는 전자우편에 의한 확인통지행위 및 전자결제거래는 전자거래의 범위에 포함되지만, 그렇지 않은 단순한 전자자금이체거래(전자금융거래)는 전자거래의 개념에 포함되지 않는다.

셋째, 거래의 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 이루어지는 거래이다.

그러므로 온라인을 통하여 거래계약을 체결하고 오프라인으로 이행하는 경우 및 전화나 팩스 등을 통하여 오프라인으로 거래계약을 체결하고 온라인으로 이행하는 경우(예 디지털 상품의 이행) 모두 전자거래의 범위에 포함된다. 다만, 일반적인 전자거래는 방문판매법 상의 통신판매규정이 적용될 것이지만 이 통신판매 규정은 전기통신설비를 이용하여 계약이 체결되는 경우에 적용되도록 규정하고 있으므로(동 법 제2조 6호), 후자와 같은 오프라인에 의한 계약체결과 온라인 이행의 경우는 방문판매법이 적용되지 않을 것이다. 이에 관한 입법의 보완이 필요하다고 본다.

전자거래의 범위에 관하여 요약해 보면 어떤 소비자가 인터넷 서점에서 책을 구입하는 행위, 인터넷 경매에서 물품을 구입하는 행위, 인터넷을 통하여 관광상품을 구입하거나 호텔을 예약하는 행위, 재화나 용역거래와 관련된 인터넷 बैं킹 등이 모두 전자거래의 범위에 해당하게 된다.

다만, 인터넷을 통하여 재화나 용역의 거래와 관계없는 단순한 의사의 통지(각종의 최고, 거절)나 관념의 통지(사원총회 소집통지, 채무승인, 채권양도의 통지와 승낙 등)행위 등은 전자거래의 범위에 포함시키기 어려울 것이다.

예컨대 전자우편(E-mail)에 의한 주주총회 소집통지(2001년 7월에 개정된 상법에서는 이를 명문으로 정하고 있다. 개정 상법 제363조 1항), 인터넷에 의한 민원서류 발급 신청행위 등은 전자거래에 해당되지 않을 것이다.

이와 같이 우리 나라 전자거래기본법은 재화나 용역거래가 아닌 사항에는 적용되지 못하여 적용상의 한계가 있다는 문제점이 제기되고 있다. 예컨대 민법상의 계약의 취소, 철회 등의 준법률행위, 상법상의 문서에 의한 제반 행위 즉 주식과 사채의 청약 시 청약서 작성(상법 제420조, 제474조), 재무제표의 비치·공시(상법 제448조), 영업보고서의 작성(상법 제447조의2), 주주총회 의결권 행사(상법 제368조) 외에도 문서에 관한 규정을 두고 있는 많은 법률상의 문서행위를 전자문서로 할 수 없다는 제한이 있다. 이는 전자거래기본법이 전자문서에 의한 재화나 용역의 거래에 한하여 적용되기 때문이다. 앞에서 본 바와 같이 상법 제363조를 개정하여 주주총회 소집통지를 서면대신 이 메일과 같은 전자문서로 할 수 있도록 개정한 것은 전자거래기본법의 적용상 문제점이 있다는 것을 증명하는 것이다.

그렇다면 민법과 상법의 문서관련 규정 중 전자문서에 의하여 할 수 있는 규정을 개별적으로 다 찾아서 개정하여야 할 것인가의 문제가 있다. 이는 매우 번거로울 뿐 아니라 효율적인 방법이 되지 못한다. 외국의 입법례 에서도 이러한 예는 찾기 어렵다.

Ⅲ. 전자거래의 입법체계상의 문제

전자거래관련법의 입법체계를 어떻게 구성하여야 할 것인가에 대하여는 다음과 같은 방안을 검토해 볼 수 있다.

1. 전자거래기본법의 적용범위를 확대하는 방안

전자거래기본법 제2조 4호의 "전자거래"의 개념을 확대하는 방안이다.

전자거래기본법 개정을 위한 공청회(2001년 7월 20일)에서 산업자원부가 마련한 개정안을 보면 다음과 같다. 즉 "전자거래라 함은 전자문서에 의하여 성립하는 계약 또는 당사자 일방의 의사표시, 상대방에 대한 통지 및 채무의 이행에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 이루어지는 거래라 한다."고 되어 있다. 이렇게 전자거래의 개념을 확대함으로써 재화나 용역의 거래이외에 전자문서에 의한 일방적 통지행위, 준법률행위를 포괄할 수 있다고 한다. 그렇지만 전자거래의 개념을 이렇게 개정한다고 하더라도 전자문서에 의한 영업보고서의 작성이나 주식정약서의 작성 등 많은 영역에 있어서 전자문서에 의한 서면행위를 할 수 없는 한계는 여전히 남게되기 때문에 전자거래기본법 적용상의 한계를 완전히 극복할 수 있는 방안은 되지 못할 것이다. 더구나 "거래"에 대하여 전자거래기본법에서는 정의를 두고 있지 않기 때문에 사회 통념상 혹은 국어사전적인 용어의 정의를 사용하여야 할 것인데, 국어사전의 "거래"에 대한 정의는 상인과 상인 또는 상인과 고객 사이에 금전을 대차하거나 물품을 매매하는 일, 상품을 사고 파는 일, 돈을 주고 받는 일 혹은 영리목적의 경제행위로 되어 있다(이회승, 새국어사전, 민중서림). 따라서 이러한 거래의 개념을 고려할 때 전자거래기본법에서 거래의 개념을 자의적으로 확대하는 것은 사회통념에 비추어 용어사용에 있어서 혼란을 초래할 우려가 생길 수도 있을 것이다.

2. 개별 법률을 개정하는 방안

전자문서의 효력을 인정하는 법령의 수는 현재 대략 70여 개 정도에 이르고 있다. 문서는라는 개념을 사용한 법률 수는 약 427개이고, 해당 조문 수는 1,246개에 달한다. 이와 같이 많은 법률에서 전자문서 사용의 필요에 따라 개별적으로 전자문서에 관한 규정을 두고 그 효력을 인정하고 있는데 이 경우 전자문서에 대한 통일적이고 체계적인 개념 정의와 효력규정을 두지 못하고 각 부처별로 관할 법률이 다르기 때문에 법규정상의 중복과 상충이 발생한다는 문제점이 제기된다. 전자문서를 인정할 필요가 있는 법 영역별

로 문서의 규정을 전자문서로도 가능하도록 개정하는 이러한 방안은 현재 시행되고 있는 방안이다.

일본은 "IT 일괄서면법"을 제정하여 50여 개의 법률에서 서면에 관한 내용을 전자문서로 할 수 있도록 개정하고 있는 바, 이러한 입법방식도 참고할 수 있을 것이다.

3. 민법과 같은 일반법에서 전자문서규정을 두는 방안

독일과 프랑스 등은 민법 및 민사소송법을 개정하여 전자문서에 문서와 동일한 법적 효력을 부여하고 증거능력을 부여하고 있다. 아울러 전자서명에 대하여도 일반 수기서명과 동일한 효력을 부여하고 있다(프랑스 민법 제1316-3조, 1316-4조, 일본 전자서명법 제3조).

이와 같이 기본법인 민법에서 전자문서에 문서로서의 법적 효력을 인정하게 되면 법률관계가 간편하고 개별적인 법률을 개정할 필요 없이 간명하게 전자문서의 법적 효력을 인정할 수 있게 된다.

4. 전자문서에 관한 단행법률을 제정하는 방안

최근 민주당의 주관으로 전자거래기본법의 입법추진방향을 둘러싸고 전자문서의 법적 효력에 관한 전문가토론회가 개최된 바 있다(2001.11.7). 여기에서 전자문서에 관한 단행 법률을 제정할 필요성이 있는가에 대하여 논의가 있었다.

전자거래기본법상의 전자문서(제2장)에 관한 규정을 분리하여 독립한 법률로 제정하는 방안을 둘러싸고 논의가 진행되었다. 이 문제에 대하여는 현재의 전자거래기본법상의 전자문서 규정만을 단순히 분리하여 별도의 입법을 하는 것은 큰 의미가 없고 전자서명규정과 관련하여 단일한 법률을 제정하든가 혹은 전자문서에 관한 일반적인 효력을 규정할 수 있는 체계적인 입법을 할 수 있도록 장기적인 관점에서 연구 검토해야 할 것으로 본다.

생각전대 위에서 언급한 방안 중 어떠한 방안이 보다 효율적이고 전자거래의 발전에 도움이 되며 나아가 일반 국민이 쉽게 이해할 수 있는 법체계인가를 면밀하게 검토하는 작업이 이루어져야 할 것이다. 예컨대 민법과 같은 일반법에서 전자문서의 효력을 인정하는 규정을 두는 방안도 생각할 수 있고, 전자문서에 관한 단행 법률을 제정하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 다만 정보통신관련 다수의 법률이 있는 현재 이들과의 관계에서 좀더 체계적인 연구 검토를 거쳐서 이 문제를 해결해 나가야 할 것으로 본다.

〈토론 6〉

電子去來에 관한 私法的 規律에 관하여

池 元 林(한양대 법대 부교수)

I. 電子去來라는 用語의 適切性 및 그 包攝範圍

주지하는 바와 같이 전자적 방법에 의하여 이루어지는 거래를 입법례에 따라 電子去來라고도 하고 電子商去來라 하기도 하지만, 전자거래기본법은 “電子去來”라는 용어를 채택하고, 그것을 “재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”(전자거래기본법 제2조 제4호)라고 정의하고 있다. 그런데 현행법은 전자거래를 「재화나 용역의 거래」에 한정함으로써 재화나 용역의 거래가 아닌 거래 또는 법률관계를 동법의 적용대상에서 제외하고 있는바, 그에 따라 기업에서 행하여지는 조직법적인 행위들, 가령 주주총회의 소집통지, 각종 서류의 공시, 의결권의 행사 등에 전자문서를 사용하는 경우가 동법의 규율대상에서 빠져 있는 문제점을 가진다. 이러한 관점에서 “전자거래”라는 용어 및 그 포섭범위에 대한 재론이 필요할 것으로 보인다.

그런데 법률용어는 궁극적으로 사회적 약속이므로 가급적 기존의 것을 유지하되 부득이한 경우에만 이를 개정하는 것이 바람직할 것이다(法的 安定性). 그렇다면 비록 “전자거래”라는 용어에 대하여 다소의 불만이 있더라도 “현행의” 법률용어로서 그대로 유지하는 것이 나을 것이다. 그러나 전자거래의 외연을 확대함으로써 전자적 수단에 의한 사회적 현상에 대한 법적 근거를 제시하는 것은 분명 의미 있는 것으로 판단된다. 따라서 전자거래의 개념을 “①전자문서에 의하여 성립하는 계약 또는 당사자 일방의 의사표시, ②전자문서에 의하여 이루어지는 상대방에 대한 통지 및 ③채무의 이행이 전자문서를 통하여 이루어지는 거래” 중의 1로 정의하는 것이 바람직할 것이다.

II. 電子去來基本法의 內容으로서 私法規定의 適格性

전자거래기본법 자체에 대한 비판으로 동법 안에 사법규정과 함께 전자거래를 촉진하기 위한 공법적 규정이 혼재되어 있어서 그 체계성에 문제가 없지 않다는 점과 동법의 성격, 즉 전자거래에 관한 말 그대로 “基本法”인가(또는 “기본법”이어야 하는가) 아니면 欠缺補充規範인가(또는 총결보충규범이어야 하는가) 하는 의문을 들 수 있다. 이 비판은 결국 전자거래기본법의 내용으로서 사법규정이 필요하고도 적절한 것인가 하는 것과 관련된다.

생각전대 가상공간에서의 거래의 대부분이 현존하는 사법규정들에 의하여 제대로 규율될 수 있으므로, 전자거래, 특히 가상공간에서의 거래를 규율하기 위한 별도의 사법체계

가 과연 필요한가에 대하여 의문이 없지 않다. 따라서 전자거래기본법이 적어도 사법과 관련해서는 원칙적으로 흠결보충규범이어야 하고, 기존의 법체계에 의하여 도저히 해결될 수 없는 문제가 있다면(Zu-Ende-Denken!) 그를 위한 규정을 보충적으로 신설하는 것이 바람직할 것이지만, 법률행위와 관련하여 가상공간에서의 거래가 기존의 법체계에 의하여 충분히 규율될 수 있다고 생각한다. 이러한 입장이 받아들여질 수 있다면 “창기적으로”, 즉 IT 관련법제 전부를 대상으로 한 충분한 논의를 거친 후에 전자거래기본법이 담고 있는 사법규정을 배제하고 전자거래의 촉진을 위한 기반조성 등에 관한 규정만을 포함하는 방향으로 개정하는 것이 바람직할 것이다. 다만 과도적으로 전자적 방법이라는 국민들에게 다소 생소한 새로운 거래“수단”이 초래할 수 있는 법적 문제점들을 일괄하여 규정함으로써 법률소비자인 국민들이 one-stop-service를 받을 수 있도록 하기 위하여 전자거래에 관한 이른바 Rahmengesetz로서 전자거래기본법이 나름대로의 의미를 가진다고 할 것이다. 즉 법률소비자인 국민을 위해서는 전자거래에 있어서의 의사표시의 발신·도달이라든지 수신확인 또는 의사표시의 중복에 관한 규정이 잠정적인 “현행법”으로서 나름대로의 의미를 가질 수 있음은 물론이다.

Ⅲ. 이른바 B to B 去來에 관한 規定의 欠缺?

전자거래는 그 주체에 따라 기본적으로 “기업과 기업간의”(B to B: Business to Business) 거래와 “기업과 소비자간의”(B to C: Business to Consumer) 거래로 분류되는데, 거래규모의 면에서 B to B 거래의 비중이 압도적으로 높다는 점은 재론을 요하지 않는다. 그럼에도 불구하고 전자거래기본법이 B to C 거래에 치중한 결과 B to B 거래에 대한 규율이 흠결되어 있음을 근거로 B to B 거래를 중심으로 입법(개정 내지 그에 관한 규정을 신설)하는 것이 바람직하지 않느냐 하는 비판이 제기된다.

그런데 B to B 거래에 관한 규정을 신설하자고 하는 입장이 강조하는, 가령 다수의 대량거래성, 자동화된 컴퓨터시스템을 통하여 거래가 이루어진다는 점 및 정보입력이 없으면 시스템이 작동하지 않는다는 점 등과 같은 B to B 거래의 특성이 B to B 거래에 특유한 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 오히려 B to B 거래에서는 발생할 수 있는 문제의 거의 대부분이 약관에 의하여 해결되는 법현실에 비추어, 적어도 법률행위론의 입장에서 B to B 거래를 B to C 거래와 구별하여 이에 관한 별도의 규정을 둘 실익이 크지 않다고 할 것이다. 나아가 B to B 거래와 B to C 거래가 과연 별도의 규율을 요할 만큼의 질적인 차이를 가지는지 하는 것도 의문이 아닐 수 없다.

Ⅳ. 電子去來의 效力 및 履行에 관한 規定의 欠缺?

가) 전자거래기본법이 기본적으로 전자거래와 관련된 사법적 법률관계 전반이 아니라 전자서명, 전자문서의 송·수신시기 등 몇몇의 사항만을 규정하고 있을 뿐(동법 제4조 내지 제12조)임은 분명하다. 여기서 현재의 법규정만으로는 동법이 전자거래, 특히 가상

공간에서의 거래를 규율하기 위한 “기본법”으로서 충분하지 못하며, 이 점은 특히 전자거래의 효력 및 이행에 관한 규정이 흠결되었다는 점에서 나타난다는 비판이 있다.

생각전대 앞에서 본 바와 같이 전자거래기본법에 사법규정을 포함하는 것이 과연 타당한가에 대한 근본적인 의문이 없지 않으며, 동법에 사법규정을 포함한다 하더라도 그것은 흠결보충 규정이어야 한다. 따라서 법률행위와 관련된 전자거래의 문제점(현재의 상황에서는 전자거래기본법에 특별히 규정되지 아니한 사항)은 원칙적으로 민법, 상법 또는 방문판매등에관한법률(1995년 법률 제5086호로 전문개정)¹⁾ 등 현행의 실제법에 의하여 규율되어야 하는바, 그에 의하여 특수한 성질을 가지는 전자거래가 합목적적으로 규율될 수 있는지를 먼저 검토하는 것이 正道일 것이다.

나) 이와 관련하여 가상공간에서의 거래에 있어서의 이행은 on-line으로 이루어지는 경우와 off-line으로 이루어지는 경우로 나누어지는데, 이 중에서 후자는 기존의 전통적 거래방식과 별다른 질적 차이를 보이지 않으므로, 결국 별도의 법적 규율이 검토되어야 하는 것은 前者이다. 그런데 on-line으로 이루어지는 이행에 있어서 가령 전자화폐나 전자어음·전자수표와 같은 새로운 지급수단의 문제는 그 특수성 때문에 별도로 규율되어야 할 것이고, 나아가 이른바 전자자금이체와 관련하여 독일민법 제676조a 내지 제676조h와 같은 규정을 신설하는 것은 법률소비자인 국민을 위하여 고려해 볼 필요가 있을 것이다. 그러나 그 밖에 가령 일정한 정보(가령 주식시세)를 제공하기로 하는 거래나 가상공간에서의 게임에서 사용되는 무기의 거래와 같은 경우에 情報를 어떻게 파악할 것인가 하는 것 역시 문제되지만, 가상무기를 재물로 파악한 최근의 하급심 판결을 고려한다면 별도의 규율을 요하지 않는다고 판단된다.²⁾ 한편 on-line으로 이루어지는 이행의 전형적 모습이라 할 전자자금이체에 관해서도 기존의 실제법에 의하여 해결될 수 있는 영역이 적지 않으며, 그 대표적인 예로 phone-banking의 문제를 민법 제470조의 해석론적 조작을 통하여 해결한 대법원 1998.11.10. 선고 98다20059 판결(법원공보 1998, 2836)을 들 수 있다. 끝으로 on-line으로 이루어지는 이행과 off-line으로 이루어지는 이행에 공히 관련되는 문제로서 同時履行의 抗辯權이 있지만, 기본적으로 동시이행에 관한 민법 제536조가 임의규정이므로, 전자거래가 이루어지는 법현실이 동시이행의 항변권을

1) 방문판매등에관한법률 제2조 제6호가 통신판매의 매체에 “電氣通信”을 포함시킴으로써 전자거래가 동법에 의하여 규율될 수 있는 근거가 마련되었다.

2) 情報의 개념은 정보화촉진법 제2조 제1호에 따라 “자연인 또는 법인이 특정목적을 위하여 광 또는 전자적 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식”이라고 파악하면 될 것이고, 그 처리 역시 최근 가상게임에서 사용되는 이른바 가상무기를 훔친 경우에 재산범죄로 처벌한 하급심 판결(동아일보 2000년 11월 10일자 참조)에서와 같이 보통의 재화에 준하여 다루더라도 특별히 문제될 것이 없을 것이다. 또한 정보이용계약에 관해서도 특별한 규율을 요하지 않는다고 할 것이다. 가령 미국의 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act) 제2조 (1)호가 규정하고 있는 이른바 접속이용거래(Access Contract)는 민법상의 推尋價務에 준하여 정보제공자가 전자정보에 관한 권리를 확보하여 정보이용자가 원하는 때에 정보제공자의 컴퓨터 등에 접속하여 자유롭게 이용할 수 있도록 하여야 하며, 정보제공자는 제공되는 정보의 적정성을 유지하도록 노력하여야 한다는 정도가 거래당사자들의 권리·의무와 관련하여 의미를 가질 수 있는데, 과연 이러한 당연한 내용을 전자거래기본법에 규정하여야 하는가? 이에 대한 규정의 신설은 오히려 광래의 기술의 발전에 대한 유연한 대처에 장애요소로 작용할 수 있을 것이다.

포기하는 형태로 나타나는데, 전자거래가 가지는 여러 가지의 편의 때문에 소비자가 스스로 위험을 부담하는 이러한 법현실을 별도의 규정을 신설하여 그와 달리 규율할 필요는 없다고 할 것이다.

결국 현재의 상태에서 전자거래의 효력 및 이행에 관한 규정을 신설하는 것은, 앞에서 본 전자화폐 등의 새로운 지급수단 및 전자자금이체에 관한 부분을 제외한다면, 필요불급하지도 또한 적절하지도 않다고 판단된다.

V. 그 밖의 몇 가지 문제들

가) 의사표시의 전달을 위하여 통신사업자의 전자사서함을 이용하는 경우에는 상대방 측이 그 사서함을 검색할 것을 기대할 수 있는 때에 비로소 도달이 있다고 할 것인바, 가령 E-mail을 이용하는 경우를 상정한다면 사적 이용과 업무상 이용(private Nutzung und geschäftliche Nutzung)을 구별할 필요가 있을 것이다. 즉 업무목적으로 전자사서함을 개설한 경우에는 업무시간 중에 수시로 사서함을 열어볼 것이 기대되므로 업무시간 중에 도달한 것으로 볼 수 있을 것이지만, 업무시간이 종료된 후에 전자사서함에 의사표시가 입력되었다면 다음 업무일의 업무시간에 도달되었다고 하여야 한다. 반면 사적으로 전자사서함을 개설한 경우에는 업무용으로 개설한 경우와 달리 수시로 사서함을 열어볼 것을 기대하기 어렵기 때문에 실제로 사서함을 열어본 시간에, 그러나 의심스러운 경우에는 의사표시가 수신된 다음 날에 도달한 것으로 보아야 할 것이다.³⁾

나) 전자거래에 있어서의 의사표시의 전달과정을 상세하게 입법화하는 것은 필요하지도 또한 적절하지도 않으며, 이에 관한 판단은 학설과 판례에 맡기는 것이 바람직할 것이지만, 전자거래기본법 제9조 제2항이 수신시기를 규정하는 것은 - 전자거래가 가지는 기술적인 특성에 비추어 - 의사표시의 도달시기를 명확히 함으로써 분쟁을 예방하는 방향으로 개정되는 것이 필요할 것이다.

VI. 結 語

가상공간에서의 거래에 있어서는 요컨대 기존의 거래방식에 새로운 수단이 도입되었을 뿐 적어도 아직까지는 새로운 거래유형이 등장한 것이 아니라는 점을 주목할 필요가 있다. 이처럼 가상공간에서의 거래가 새로운 “類型”의 거래가 아니라 기존의 거래가 인터넷이라는 새로운 “手段”을 통하여 가상공간에서 이루어지는 것에 불과하다면, 그에 대한 법적 대응 역시 현존하는 법체계를 존중하면서 그것을 새로운 현상에 適應(anpassen)시키는 것이 바람직하지 않을까?

3) Franzen, Bürgerlich-rechtliche Aspektr des Informations-und Computerrechts aus deutscher Sicht(2001년 7월 25일부터 27일까지 Friedrich-Naumann-Stiftung의 지원으로 독일 Konstanz에서 개최된 “Rechtssysteme im Vergleich: Korea und Deutschland am Beispiel des Informations-und Computerrechts”의 발표문), S.5f.

그렇다면 앞에서 본 바와 같이 - 적어도 현재의 기술수준에 비추어 본다면 - 그러한 거래행위를 기존의 계약법리가 훌륭하게 규율하고 있다. 따라서 별도의 입법이 필요한가에 대해서는 부정적으로 평가할 것이다. 뿐만 아니라 지금까지 살펴본 바와 같이 전자거래 기본법상의 사법적 규정은 “법의 진공상태나 법률간의 부조화로 인한 모순을 치유”하기 보다는 오히려 새로운 문제점들을 양산하고 있으며, 이러한 결과는 추후의 입법에서도 분명히 고려되어야 할 것이다.

나아가 전자거래와 관련된 규정을 따로 두더라도 그 성질은 기본적으로 흠결보충규정이 되어야 할 것이다. 즉 전통적인 거래방식과는 현저하게 다른 특질을 가지는 전자거래에 관하여 기존의 법규범에 의하여 규율될 수 없는 법의 흠결현상이 발생하는 경우에 그것을 보충하는 규정이어야 한다. 그런데 과연 계약법과 관련하여 특히 규율되어야 할 내용이 과연 존재하는가에 대해서는 앞에서 본 바와 같이 부정적으로 볼 것이다.

〈토론 7〉

전자(상)거래의 상사법적 고찰

최 명 규(한경대 법학과 교수)

I. 전자(상)거래의 개념

전자상거래(Electronic Commerce : EC)에 대한 개념정의는 아직까지 명확하게 이루어지지 않았다. 또한 어느 범위까지를 전자상거래에 포함시켜야 할 지는 여전히 논의된다. 그러나 정보통신망의 개념이 통신수단으로서의 의미를 넘어 시장이라는 개념으로 확대됨에 따라, 일반적으로 전자상거래라함은 “기업, 정부기관과 같은 독립된 조직간 혹은 조직과 개인간에 다양한 전자적인 매체를 이용하여 상품이나 서비스를 교환하는 방식”이라고 정의할 수 있다. 이는 돈의 흐름이 수반되는 일상적인 상거래뿐만 아니라 對고객 마케팅, 광고, 조달, 서비스 등까지를 포함하는 광범위한 개념이다.¹⁾

II. 전자(상)거래의 경제, 사회적 영향

1) 전자상거래의 발전은 기업의 내부 업무절차와 조직을 변화시킨다. EDI 등을 통한 경영혁신활동은 기업의 업무를 단순화하고 불필요한 인력을 줄여 경쟁력을 향상시킬 수 있다. 최근 많이 논의되는 기업 업무절차혁신(BPR), QR(Quick Response), ECR(Efficient Customer Response), JIT(Just In Time), 전사적 품질경영(Total Quality Management : TQM) 등은 이러한 정보기술을 통한 획기적인 업무개선 및 기업의 전략적 목표를 구현하는 수단으로서 전자상거래가 강조되고 있다.

2) 전자상거래는 기업에게 외부적으로는 고객에게 새로운 방식으로 접근할 수 있도록 하며, 새로운 사업영역 및 사업기회를 제공하는 역할을 한다. 최근 들어 통신을 통한 자금결제, 인터넷상에서의 광고활동 및 구매활동 등이 급격히 증가하고 있다. 이러한 기회를 적절히 이용하는 기업만이 미래의 무한경쟁 사회에서 경쟁우위를 차지할 수 있을 것이다.

3) 전자상거래는 국가적 차원에서 정보 인프라 구축을 앞당기는 역할을 할 수 있다. 전자상거래의 발전을 위하여 국가의 기간정보망의 구축이 전제되어야 하며, 국가정보기반은 전자상거래를 통하여 더욱 활성화되고 발전될 수 있는 상호보완적인 입장에 있다. 이를 위해서는 또한 법적, 행정적 제도가 뒷받침되어야 한다. 최근 발생한 금융관련 해킹 사건은 전자상거래의 취약성을 단적으로 드러낸 것이며, 이러한 사건을 예방하고 안전성을 확보하기 위해서는 기술적인 측면만이 아닌 디지털 통신보안 및 프라이버시 등에 관한 법적, 제도적 장치가 필연적이다.

1) 이동근, 인터넷 전자상거래 세계동향과 대책, (통상산업부, 정보통신부 주최 전자상거래와 보안기술세미나, 1997.9), p 3.

Ⅲ. 인터넷 전자(상)거래의 특징

인터넷을 통한 전자상거래가 새로운 경제활동으로 부각되고 있음에 따라 기업이나 소비자에게 적지 않은 영향을 미치고 있으며, 기존의 전통적 상거래 방식과는 여러 가지 다른 점을 가지고 있다.

1) 유통과정에 있어, 도매상과 소매상을 거쳐 소비자에게 제품이 전달되는 기존의 상거래 시스템에 비해 인터넷 전자상거래는 도매상과 소매상을 거치지 않고 인터넷을 통해 직접 소비자에게 전달되기 때문에 유통채널이 단순하다. 이러한 특징은 소비자에게 더 저렴한 가격으로 제품을 구입할 수 있다는 장점을 가진다.

2) 인터넷은 24시간 접속이 가능하며, 전세계와 연결되어 있어 제한된 영업시간 내에만 거래를 하는 기존의 상거래와는 달리 언제 어느 때라도 전세계의 제품을 거래할 수 있다는 특징을 가진다.

3) 고객의 정보 획득에 있어서도 시장조사나 영업사원이 없이 온라인으로 수시로 획득할 수 있다.

4) 인터넷 전자상거래는 판매 방법에 있어서도 기존의 상거래와 차이점을 가지는데, 기존의 상거래는 시장이나 상점 등 물리적인 공간 내에서 전시에 의해 판매를 하는 것에 비해, 인터넷 전자상거래는 네트워크를 통해 무한한 정보를 제공하는 등, 정보에 의한 판매를 한다는 것이다.

5) 인터넷 전자상거래는 인터넷을 통해 소비자와 1대1 통신이 가능하기 때문에 소비자와의 상호작용적인 마케팅 활동을 하게 된다. 이에 비해 기존의 상거래 방식은 소비자의 의사에 상관없이 기업의 일방적인 마케팅 활동이라 할 수 있다.

6) 소요자본에 있어서 인터넷 전자상거래는 인터넷 서버 구입, 홈페이지 구축 등의 비용만 소요되기 때문에 토지나 건물 등의 거래의 자금이 필요한 기존의 상거래 방식에 비해 상대적으로 경제적이라 하겠다.

이상과 같은 인터넷 전자상거래의 특징을 전통적 상거래 방식과 비교하여 정리하면 <표 1>과 같다

<표 1> 인터넷 전자(상)거래와 전통적 상거래와의 비교

구 분	인터넷 전자(상)거래	전통적 상거래방식
유통 채널	기업 ↔ 소비자	기업→도매상→소매상→소비자
거래대상지역	전세계 global marketing	일부지역 closed "clubs"
거래 시간	24시간	제한된 영업시간
고객수요 파악	온라인으로 수시 획득 재일력이 필요없는 digital data	영업사원이 획득 정보 재일력이 필요
마케팅 활동	쌍방향 통신을 통한 1대1 interactive marketing	구매자의 의사에 상관없는 일방적인 마케팅
고객 대응	고객의 욕구를 신속히 포착·즉시대응	고객수요의 포착이 어렵고 대응 지연
판매 거점	cyberspace	판매공간 필요
소요자본	인터넷 서버 구입, 홈페이지 구축 등에 상대적으로 적은 비용 소요	토지, 건물 등의 구입에 거래의 자금 필요

자료 : 삼성경제연구소, "인터넷라운드와 기업의 대응", CEO Information 102호, 1997.8.

IV. 인터넷 상거래의 효과

인터넷 전자상거래의 효과를 나열해보면 다음과 같다.²⁾

- 1) 전자적으로 개방된 시장에서 공급업체간 경쟁이 강화되어 구매자의 비용이 절감된다.
 - 2) 온라인으로 입찰정보 DB접속, 입찰서 제출, 결과조회가 가능해 공급자의 비용이 절감된다.
 - 3) 잠재고객에 대해 쉽고 저렴한 마케팅이 가능해 신규시장 개척이 용이하다.
 - 4) 지리적인 거리를 초월한 새로운 시장 진입이 용이하다.
 - 5) 비즈니스 과정들이 상호 연결되어 각 단계별 및 세부과정간의 시간지연이 제거되어 상거래의 신속화를 가져다준다.
 - 6) 제품사양이 표준화되고 경쟁이 심화되어 제품의 품질이 개선되며, 시장의 확대와 제품의 주문생산이 이루어져 제품의 다양화가 이루어진다.
 - 7) 즉시적 재고관리와 통합화 제조기술을 통해 제품이나 서비스에 대한 요구를 전자적으로 연결시킬 수 있으며 재고관리비용과 불량재고에 의한 리스크를 경감시킨다.
 - 8) 관리과정의 표준화, 자동화, 대규모 통합을 통하여 간접비를 절감한다.
 - 9) 인터넷 전자상거래는 종이문서를 줄일 뿐 아니라 실제로 움직이지 않고도 전자적으로 정보를 얻기 때문에 공해물질을 줄일 수 있어 환경적으로도 유익한 효과를 가진다.
- 이러한 효과를 기업의 측면에서 긍정적인 면과 부정적인 면을 나누어 고찰할 필요가 있다.

1. 긍정적 효과

인터넷 전자상거래의 기업에 대한 긍정적 효과는 인터넷 전자상거래의 특징과 그 맥을 같이 한다. 인터넷 전자상거래의 기업 이점은 기존 상거래가 가지고 있는 물리적·시간적·공간적 한계를 극복할 수 있다는 한마디로 요약될 수 있는데, 이를 세부적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 인터넷 전자상거래는 네트워크를 이용하여 거래를 하기 때문에 판매거점 즉 상점 및 점포가 필요 없어 토지비나 종업원 고용 등에 소요되는 고정비용 및 간접비용을 절감할 수 있다.

둘째, 영업시간 제약이 없어 24시간 거래가 가능하여 전통적 상거래 방식의 물리적 한계를 극복할 수 있게 한다.

셋째, 인터넷을 통한 전자상거래는 고객과 기업간의 쌍방향 통신이 가능하고, 고객정보의 획득이 용이하여 기업이 구매자의 욕구에 맞는 상품을 개발·판매할 수 있어 기업이 적극적인 마케팅을 구사하여 마케팅의 성과를 높일 수 있다는 면에서 유리한 점을 가진다.

넷째, 재화 및 용역의 판매·운송에 있어서 도·소매상 등의 중간유통단계 생략에 따른 유통비를 절감할 수 있어 시장에서 가격경쟁력을 확보할 수 있는 기반을 조성한다. 이러

2) 신한리뷰, 전자상거래의 추진현황 및 향후전망, 1997. 불호.

한 가격경쟁력은 운송비, 점포유지비, 유통마진 등을 절감하여 상품 및 서비스의 가격을 인하함으로써 가능해진다.

다섯째, 시장의 지역적 제한이 없어 기업의 새로운 시장에 대한 진입이 용이하다.

여섯째, 대금결제도 네트워크를 통한 cyber cash 혹은 전자화폐로 이루어져 기업에게 편리함을 제공한다.

이러한 효과들로 인해 인터넷 전자상거래는 확산될 것이고, 또한 인터넷 전자상거래 확산은 자사 제품에 대한 잠재적 수요자의 확대 즉, 시장의 실질적인 확대를 의미하게 된다. 이는 24시간 열린 공간(Cyber Space)에서의 인터넷 이용자 모두가 기업에게는 잠재적인 수요자이기 때문이다.

2. 부정적 효과

인터넷 전자상거래는 정보에 의한 거래이기 때문에 문제점을 가지기도 한다. 이러한 문제점을 나열하면 다음과 같다.

첫째, 인터넷 전자상거래는 Cyber Space를 통해 무한한 정보를 제공하기 때문에 소비자의 탐색·정보 비용을 대폭으로 절감시키게 되고, 이에 따라 제품간 경쟁이 치열해지는 문제점이 있다. 이러한 경우 브랜드 이미지가 좋은 상품의 판매가 확대되며 따라서 브랜드 명성의 중요성이 보다 커지게 되어 중소기업의 입지는 더욱 불안해질 수도 있다. 한편 중소기업의 경우 세계시장에의 노출이 촉진됨에 따라 경쟁의 압박을 받을 수는 있지만 반면에 세계시장으로의 진출 기회도 보다 확대될 수 있다는 기회도 제공받는다.

둘째, 도·소매상의 생략 등 유통채널의 단순화는 비용감소를 가져오지만, 유통구조상에서의 중간 업체 및 면세점 등을 급격히 쇠퇴시키는 문제를 가진다.

인터넷 전자상거래의 기업·소비자 측면에서의 긍정적·부정적 효과를 정리하면 <표 2>와 같다.

<표 2> 인터넷 전자(상)거래의 효과

기 업		소 비 자	
긍정적 효과	부정적 효과	긍정적 효과	부정적 효과
상품 판매와 관련된 고정비·간접비 (점포, 종업원 등) 감소	중간 유통업체 쇠퇴	저렴한 가격으로 상품 구입	개인정보의 노출, 악용
전세계 대상으로 24시간 사업가능	브랜드력이 강한 대형업체가 국내 시장 잠식	신속하고 편리한 구매	분량품 반품의 어려움 (특히 해외거래시)
사업영역의 확대 - 각종 신사업 등장		상품 선택의 폭 확대	거래 사기 빈발
마케팅 커뮤니케이션 - 판매자와 고객간의 쌍방 대화 가능		상당량의 동적인 정보에 대한 접근용이	

V. 전자(상)거래약관의 법적 문제점

1. 계약의 성립시기·장소, 의사표시의 하자

민법상의 도달주의를 전자상거래에도 일응 적용하여야 할 것이다. 미국변호사회의 보고서에서도 전자문서거래의 특질인 상호성, 신속성, 신속한 도착확인기능을 이유로 도달주의를 권고하고 있는 실정이다.³⁾ 다만 현재 전자거래기본법 제9조 제2항 제1호에서는 컴퓨터에 입력된 때에 수신된 것으로 보면서도 동호 단서에서는 다만 지정된 컴퓨터 등이 아닌 컴퓨터 등에 입력된 경우에는 수신자가 이를 출력한 때에 수신된 것으로 보아 어떠한 이유로든 출력을 하지 않으면 수신되지 않은 것으로 볼 소지가 있어 문제점이 있다.

전자거래기본법 제9조 제3항에 의하면 전자문서는 각각 작성자와 수신자의 영업장소재지에서 송·수신된 것으로 보되 영업장이 2 이상인 경우에는 해당 전자거래와 가장 관련이 많은 영업장소재지에서 송·수신된 것으로 보면서 영업장이 없는 경우에는 주된 거주지에서 송·수신된 것으로 보고 있다. 결국 계약의 성립장소가 준거법 등과 관련하여 문제될 경우 당사자가 특약을 하지 않은 경우에, 승낙의 효력발생지를 계약성립지로 보고 승낙의사표시의 도달지를 계약의 성립장소로 보아야 할 것이다.⁴⁾

전자(상)거래에서 발생하는 의사표시의 하자 등의 제문제는 일반법인 민법을 적용하면서도 사적자치가 허용되는 임의법규영역에서는 당사자의 의사 및 그의 합리적 해석, 거래관행 등에 의하여 해결하여야 한다.

2. 인터넷 전자(상)거래와 약관편입의 문제

최근에 전자금융거래기본약관이 제정되었다. 동 약관은 은행과 거래처 사이의 전자금융거래에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 거래의 신속하고 효율적인 처리를 도모하고 거래당사자 상호간의 이해관계를 합리적으로 조정하는 것을 목적으로 한다. 동 약관에서 "전자금융거래"라 함은 은행이 전자적 수단을 통하여 제공하는 조회, 입금·출금, 계좌이체 등을 거래처가 직접 이용하는 거래를 말한다. 그리고 "전자적 수단"이라 함은 현금자동지급기, 현금자동입·출금기, 컴퓨터, 전화기, 직불카드거래단말기 기타 전자금융거래를 처리하는데 이용되는 전자적 장치를 말한다. 또한 그 이전에 인터넷 사이버몰 이용표준약관도 제정되었다. 동 약관은 회사(전자거래 사업자)가 운영하는 사이버 몰(이하 "몰"이라 한다)에서 제공하는 인터넷 관련 서비스를 이용함에 있어 사이버몰과 이용자의 권리·의무 및 책임에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다(동 약관 제1조). 동 약관에서 "몰"이란 회사가 재화 또는 용역을 이용자에게 제공하기 위하여 컴퓨터등 정보통신설비를 이용하여 재화 또는 용역을 거래할 수 있도록 설정한 가상의 영업장을 말하며, 아울러 사이버몰을 운영하는 사업자의 의미로도 사용한다. "이용자"란 "몰"에 접속하여 이

3) 이진우, 전자문서와 법률문제, <http://www.kafil.or.kr/frame3.html>.

4) 이진우, 전자문서와 법률문제, <http://www.kafil.or.kr/frame3.html>.

약관에 따라 "몰"이 제공하는 서비스를 받는 회원 및 비회원을 말한다. 인터넷 사이버몰 이용표준약관에서는 약관의 명시에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: "몰"은 이 약관의 내용과 상호, 영업소 소재지, 대표자의 성명, 사업자등록번호, 연락처(전화, 팩스, 전자우편 주소 등) 등을 이용자가 알 수 있도록 --사이버몰의 초기 서비스화면(전면)에 게시한다(동 약관 제3조). "몰"은 약관의규제에관한법률, 전자거래기본법, 전자서명법, 정보통신망이용촉진등에관한법률, 방문판매등에관한법률, 소비자보호법 등 관련법을 위배하지 않는 범위에서 이 약관을 개정할 수 있다. "몰"이 약관을 개정할 경우에는 적용일자 및 개정사유를 명시하여 현행약관과 함께 몰의 초기화면에 그 적용일자 7일이전부터 적용일자 전일까지 공지한다. "몰"이 약관을 개정할 경우에는 그 개정약관은 그 적용일자 이후에 체결되는 계약에만 적용되고 그 이전에 이미 체결된 계약에 대해서는 개정전의 약관 조항이 그대로 적용된다. 다만 이미 계약을 체결한 이용자가 개정약관 조항의 적용을 받기를 원하는 뜻을 동약관 제3조 제3항에 의한 개정약관의 공지기간내에 '몰'에 송신하여 "몰"의 동의를 받은 경우에는 개정약관 조항이 적용된다. 동 약관에서 정하지 아니한 사항과 동 약관의 해석에 관하여는 정부가 제정한 전자거래소비자보호지침 및 관계법령 또는 상관례에 따르도록 되어 있다.

이러한 전자거래와 관련된 약관을 실제로 인터넷에서 사용할 경우 동 약관이 계약에 편입이되었는가를 판단하여야 하는바 약관의 내용을 눈에 띄게 게시하였고 또 그 내용을 읽은 다음에야 다음단계로 넘어갈 수 있게 하고, 약관에 대한 동의여부를 명시적으로 물음으로써 고객이 인식 가능한 상태에 둔 다음에 계약절차를 진행하였다면 계약에 편입된 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 표준약관이라 하더라도 불공정소지는 언제나 있고 불공정성여부에 대하여는 최종적으로는 법원이 판단하게 된다.

VI. 전자(상)거래와 보험

전자상거래와 관련한 법률분쟁이 현실적으로 많이 발생하고 있으면서도 이론적·법적 해결을 요하는 분야는 많이 있으나 이 곳에서는 특히 보험분야를 예로 하여 몇 가지 점에서 문제점과 전자상거래활용방안에 대하여 언급한다.

1. 개인정보의 보호문제

인터넷상 전자상거래의 경우 고객에 대한 정보가 업무담당자들에게 노출되므로 이런 정보유출에 따른 개인의 사생활에 대한 침해의 소지가 상존한다. 따라서 보험회사의 고객정보 활용에 따른 고객정보 수집, 이용, 관리 및 보안 등에 관한 기준의 제정을 통해 정보활용의 범위와 그에 따른 책임을 명확히 할 필요가 있다.

전자거래기본법에 따르면(제3장) 전자상거래를 하는 자 등은 전자상거래를 통해 알게 된 정보를 본인의 동의 없이 수집목적 이외의 용도로 이용하거나 제3자에게 제공하여선 안되며(제13조 제2항) 처리, 전송, 보관되는 정보에 대한 부당한 접근과 정보의 유출 등

을 방지할 수 있는 안전대책을 강구해야 한다(제13조 제3항)라고 명시하고 있다. 또한 전자서명법에서도(제5장) 이와 유사한 규정(제28조 제1항; 본인의 동의 없는 정보사용 禁止)을 두고 있으며 개인의 정보를 제3자로부터 수집하는 경우에는 본인의 동의를 얻어야 하며(제28조 제2항) 인증기관이 보유하고 있는 가입자의 개인정보를 본인이 관람하고자 하는 때는 이를 관람하게 해야 한다고 규정하고 있다(제28조 제3항).

2. 詐欺 및 欺瞞的 去來行爲

전자상거래상의 사기 및 기만적 거래행위는 유명보험회사나 기만적인 보험가입자 모두에게서 나타날 수 있다. 즉 보험회사는 소비자의 심리를 이용한 피라밋식 판매나 기만적 상술의 하나인 저렴성 내지는 공짜성을 내세워 제공하는 상품을 통해 소비자를 기만하거나 인터넷상에 홈페이지를 만들어 보험모집을 하고 나중에 그 홈페이지를 폐쇄하고 사라져 버리는 사기가 가능하다. 반대로 불량보험가입자에 의해 보험계약서가 허위로 기재되거나 보험금청구사기 등이 생길 수 있다. 따라서, 이에 대해 소비자와 보험회사를 모두 보호할 수 있도록 감독기관의 관리 및 감독지침을 수립할 필요가 있다. 예를 들어 컴퓨터 통신상의 보험감독·관리인을 두어 등록하지 않은 보험회사의 웹사이트를 수시로 점검하거나 등록되지 않은 유명보험회사가 웹사이트를 개설할 때 이를 자동으로 검색하는 프로그램의 개발이 필요하다.

3. 保險商品 廣告行爲

보험상품에 대한 광고지침에 따라 보험회사의 자사상품이나 경쟁회사의 상품에 대한 기만적이고 오도된 광고행위는 법으로 금지되어 있다. 1999년의 '표시, 광고의 공정화에 관한 법률'이 제정됨에 따라 종래 공정거래법 제23조에 의해 규제되었던 상황에서 더욱 더 포괄적으로 독립해 규제되게 되었다.⁵⁾ 동법은 새로이 부당한 표시, 광고를 사후시정하는데 그치는 공정거래법과는 달리 소비자에게 정보제공을 촉진하고 부당한 표시, 광고를 효과적으로 시정할 수 있도록 소비자의 상품선택에 필요한 중요정보를 공정거래위원회가 고시하고 이를 사업자의 표시, 광고에 반드시 포함하도록 하는 '중요정보 공개제(법 제4조)'와 광고주가 사실을 주장하는 광고내용에 대해 객관적인 실증자료를 갖추고 이를 소비자에게 공개하게 하는 '광고실증제(법 제5조)', 부당한 표시, 광고로 인한 불특정다수의 피해를 신속히 방지하는 '임시중지명령제(법 제8조)' 등 새로운 제도를 도입하고 있다. 이에 따라 이러한 일련의 조치에 상응하는 해당 업체의 시정이 없을 경우는 당해 위반행위의 中止, 法違反事實의 公表, 訂正廣告, 기타 위반행위의 是正을 위해 필요한 措置 등의 시정조치를 공정거래위원회에서 내릴 수 있다. 또한 사업자의 부당한 표시, 광고로

5) 동 법의 제정은 경제사회여건의 변화에 따라 공정한 거래질서의 확보뿐만 아니라 '소비자의 합리적 선택 보장'을 직접 목적으로 하는 종합적인 표시, 광고정책의 필요성이 제기됨에 따라 소비자로 하여금 상품에 대한 올바른 정보제공을 해 합리적인 선택의 기준을 마련하는데 있다고 한다. 강대형, 월간 공정경제, 1998년 7월(제35호), 한국공정경제협회, 19쪽.

인해 손해를 본 피해자는 동법 제10조 규정에 의해 사업자에게 무과실책임을 지울 수 있다. 다만, 이러한 동 법상의 손해배상청구는 제11조 규정에 의해 공정거래위원회의 시정 조치가 확정된 후에만 재판상 주장가능하며 민법 제750조의 일반 불법행위책임을 묻는 것은 별개로 보고 있다.

또한 인터넷상의 부당한 표시광고 행위에 대해서는 방문판매 등에 관한 법률에 의해 통신판매업자의 금지행위 위반으로 규제될 수도 있다⁶⁾. 특히 최근의 전자상거래는 소비자가 직접 상품을 만져 보는 일이 없이 카탈로그나 케이블 TV, 컴퓨터화면 등의 광고에만 의존해 제품의 구입여부를 결정해야 하기 때문에 광고의 진실성 여부가 매우 중요하다. 이에 '사업자연락두절', '가격표시문란', '한정판매', '계약해제, 반품' 등의 문제를 해결하기 위해 그동안의 심결례를 토대로 '통신판매 표시, 광고에 관한 공정거래지침'이라는 가이드라인을 마련해 사업자로 하여금 소비자오인이 예상되는 부당한 표시, 광고가 어떠한 것이 있는지 미리 알려주어 사전에 그러한 일이 생겨나지 않도록 하고 있으며 이 가이드라인을 내부심사기준으로 활용하는 한편 관련 사업자들에게 지속적인 홍보, 교육활동을 수행하고 있다.⁷⁾

다만 아직 보험과 관련한 전자상거래(통신판매)에 관한 심결례는 나오지 않은 것으로 보이나 앞으로 보험관련 전자상거래가 활성화되면 이에 관한 심결례와 가이드라인도 나오게 될 것이다. 그리고 금융감독원은 전화로 보험에 가입할 경우 종전에는 자필서명을 별도로 반드시 받도록 하였던 것을 보험업감독규정을 고쳐 이 경우에는 자필서명을 별도로 받지 않고 전화녹음만으로 보험계약이 체결되도록 하려고 한다.

4. 분쟁조정기구의 적극활용

전자거래시 분쟁이 발생한 경우 기술적으로 관련된 분쟁을 신속히 처리할 필요성이 있다. 이미 이 분야의 전문가로 구성된 분쟁조정기구가 마련되어 있는 만큼 보험분야에서도 이를 적극 활용하여야 한다. 그 밖에 보험관련 일반 분쟁조정은 금융보험감독원에 분쟁조정기구가 설치되어 있는바 이의 활용도 계속되어야 한다.

5. 直營代理店의 입장에서의 대응

이론적으로 전자상거래가 완벽히 정착된다면 고객과 보험회사를 연결해 주는 대리점의 필요는 상대적으로 줄어들 것이다. 그러나, 현실적으로 인터넷에 의한 전자상거래는 많은

6) 즉 통신판매업자가 허위사실을 표시하거나 실제의 것보다 현저히 우량하거나 유리한 것으로 오인시킬 수 있는 표시를 해서는 안된다(제18조 제2항)고 규정하고 있으며 이를 위반한 때에는 1년 이내의 기간 동안 영업의 전부나 일부가 정지될 수 있으며(제26조 제1항), 3년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처하도록(제60조) 하고 있다. 그러나 이에 대한 사법적 효력에 대해서는 규정이 없다. 이에 대해 민법 일반론으로 돌아가 단순한 단속규정으로 보느냐 강행법규로 보느냐에 따라 사법상 효력이 달라질 것이다. 따라서 이러한 점을 명확히 하는 차원에서라도 관련법의 제정과 동 방문판매 등에 관한 법률의 개정작업을 통해 이를 반영해야 할 것이다.

7) 통신판매 표시, 광고에 관한 공정거래지침, 월간 공정경제 1999년 1월(제41호), 한국공정경제협회, 77~82쪽.

발전은 있었지만 아직도 우리 나라에서는 걸음마 단계이다. 더구나 우리 나라는 다분히 僥이 지배하는 사회이다. 따라서, 보험업에 전자상거래가 많이 이루어진다 하더라도 기존의 保險外販社員을 통한 보험업계의 영업은 계속될 것이다. 어찌 보면 인터넷 전자상거래를 보험에서 적극 활용하게 되면 이러한 保險外販社員의 입지를 크게 위협할 수도 있는 일이다. 그러나 이때에도 기존 상거래를 바탕으로 한 전자상거래방식의 도입이 가능하다. 즉 양자는 양립가능하고 보험업계의 전자상거래 전략구성에도 크게 영향을 끼칠 것이다. 단 오늘날 인터넷의 물결은 세상을 날마다 새로운 변화 속으로 몰아 가고 있으므로 기존 保險外販社員들도 전자상거래와 관련된 업무를 숙련시켜 고객 동을 모집하고 관리할 수 있는 능력(예를 들어 보험회사의 고객 및 구좌 관련 데이터 베이스에 접속/PC를 이용한 고객 관리를 통해)을 배양해야 한다. 결국 과학이 아무리 발달하더라도 그것을 움직이는 것은 인간이라는 점을 직시하여야 한다. 결국 직영대리점과 관계 保險外販社員의 자리 매김을 해주는 것이 보험업계에서 전자상거래전략을 세우기 전에 先行되어야 한다.

6. 他保險會社의 입장에서의 대응

성숙한 보험시장을 영두에 둔다면 보험회사간의 관계는 단지 경쟁의 관계만은 아닐 것이다. 서로의 경쟁력을 전자상거래의 업무지원기능을 이용해 공유함으로써(예를 들어 고객정보교환, 보험통계자료교환, 불량고객등록과 공동관리 등) 각자의 약점을 보완하고 협력할 수 있는 체계로 전자상거래는 보험업에서 기능할 수 있다. 이는 인터넷도 그 출발이 처음에는 조달이나 업무지원기능에 있었기 때문이다.⁸⁾

7. 他金融機關의 입장에서의 대응

고객의 입장에서 보면 자신의 재산을 관리보호해주고, 증대시켜 주는 것이 궁극적인 목표이기에 이를 담당하는 것이 은행이든, 투자신탁회사이든 보험회사이든 상관이 없을 것이다. 특히 투자회사들도 은행과 협력하여 통합된 투자금융서비스를 제공할 수 있으므로 보험회사만이 보험상품을 파는 시대는 지났다. 이러한 측면의 종합금융화가 본격적으로 시행되면 보험회사와 금융기관간에 금융상품의 협동개발·마케팅이나 업무자료 교환 처리 등의 전략적 제휴에 인터넷전자상거래를 적극 활용할 수 있을 것이다.

VII. 전자(상)거래관련 국제분쟁과 재판관할

전자상거래는 국경을 넘어서도 이루어지는 속성이 있으므로 이와 관련된 국제분쟁이 많이 발생하고 있다. 그런데 그러한 국제분쟁과 재판관할에 대하여는 미해결의 과제가 많다.

국제소송에서 국제재판관할은 단순한 법정지의 결정을 넘는 매우 중요한 이론적 실천적 의미를 갖는 논의이다.

8) 상세는 최명규, 전자상거래와 보험, 경영법률 참조.

종래 국제재판관할권 결정기준에 대한 학설로는 역추지설(대법원 1972.4.20. 선고, 72다248 판결), 관할 배분설, 수정역추지설 등이 주장되고 있었다.

2001년 국제사법의 개정으로 국제재판관할에 대한 원칙을 규정하게 되었고 앞으로는 국제재판관할에 대한 논의는 국제사법 제2조를 기초로 전개되어야 할 것이다. 동 제2조는 국제재판관할의 기준으로 토지관할 규정의 참작과 국제재판관할의 특수성, 즉 실질적 관련을 제시하고 있다.

<토론 8>

전자거래의 사법상의 논점

서 봉 석(한국법제연구원 초빙연구원)

I. 방문판매등에관한법률 제21조상 철회의 대상

1. 문제의 제기

방문판매등에관한법률 제 21조상 철회의 대상이 청약의 의사표시이다. 이러한 입법 태도에 따르면, 만일 소비자가 계약 체결을 위한 청약이 아니라 승낙을 한 경우는 그 의사표시는 철회를 할 수 없게 된다. 따라서 사업자가 청약을 하고 소비자가 승낙을 할 경우의 가능성과 그 법적 결과를 살펴 볼 필요가 있다. 만일 사업자가 구속의 의지를 명백히 밝히는 내용이 있다면 이는 청약으로 이해되어질 것인가에 대한 논의가 필요하다.

이를 위해서는 청약의 의미와 그 전제조건을 살펴보아야 할 것이다.

일반적으로 계약체결을 위한 청약이 되기 위해서는 구속의 의지가 필요하다. 이 구속의 의지는 단지 주관적인 요소로써 엄밀히 말해서 제삼자는 이를 알 수 없는 것이다. 그러나 구속의 의지가 있느냐, 없느냐의 판단은 그 제안의 형식이나 제안 속에 나타난 제안자의 객관화 된 의도를 제삼자의 관점에서 파악하면 되는 것이다.

청약이란 상대방이 단순히 동의의 의사표시만 하면 될 정도의 확실한 내용을 갖추고 있어야 할뿐만 아니라 그 내용에 따라 상대방이 동의의 의사표시를 할 때에 계약이 체결된다는 구속의 의지를 내포하고 있어야 한다. 이 때 그 제안 속에 계약에 필요한 내용을 확고히 갖추고는 있으나, 구속의 의지가 결여되어 있는 경우에 청약으로의 유인이라고 한다. 이 청약으로의 유인은 청약 자체가 아니라 상대방이 자신이 제안한 내용대로 청약을 하도록 유인하는 것이다. 그리고 이 청약에 대해서 자신이 승낙함으로써 계약을 성립시키게 되는 것이다. 예를 들어 진열장에 표시된 매매대상의 가격표는 매매계약의 중요부분인 매매대상과 그 매매가격을 확고히 나타내므로 매매계약의 계약내용으로 충분한 것이다. 이 때 이 것을 매매의 청약으로 본다면 승낙을 통해서 계약이 성립되게 될 것이다. 그런데 만일 우연히 두 명 이상의 사람이 그 제안에 대해 동시에 승낙의 의사표시를 한다면 하나의 매매목적물에 대해 법리상 두 개 이상의 매매계약이 성립 되게 될 것이다. 그러면 하나 이외의 계약에 대해서는 당연히 이행불능에 빠지게 될 것이다. 과연 제안자가 이러한 법적 결과를 의도했다고 볼 수 있을 것인가? 이 때 주관적 요소인 구속의 의지는 객관적 제 삼자의 관찰에 따르는 수밖에 없다. 위의 경우에 거래의 모습상 이러한 특수한 경우에 이행불능의 위험을 감수하겠다고 하는 내용이 보이지 않는다. 제안

자는 행인으로 하여금 거래의 관심을 유발시키고 청약하게 함으로써 매매의 성립을 위한 요건을 갖추고 싶어 할 것이다. 따라서 객관적 제삼자의 관찰에 의하면 구속의 의지가 결여된 의사표시로 이해되어질 것이다. 이러한 문제는 그밖에도 선전용 팝업, 신문광고 등에서도 같은 모습을 보여준다.

그런데 이때 제안자가 구속의 의지를 명확히 밝히면 어떻게 되겠는가?

제안자가 구속의 의지를 명확히 밝힌다면 청약으로써의 전제조건을 충족하게 되어 계약체결의 청약이 되는 것이다. 이처럼 구속의 의지를 명백히 한 제안을 단지 청약으로의 유인이라고 본다고 하면 논리상에서나 또 당사자의 의사를 존중하지 않는다는 차원에서 계약자유의 원칙에 위배되는 것일 뿐만 아니라 법, 정책적인 측면에서도 아무런 실익이 없이 사법 체계의 혼란만을 초래하게 될 것이다. 예를 들어 사업자가 “계약 체결을 위한 청약입니다” 라든지 “계약상대방의 이름을 일일이 열거하고 승낙 할 것을 요구한 경우” 또는 “원하시는 분은 윗 부분을 클릭하십시오, 그러면 3일 내에 물품이 집으로 우송됩니다” 라는 식의 제안은 구속의 의지를 명백히 함으로써 청약으로써의 전제조건을 충족시킨 것이라고 할 수 있다. 이 때 만일에 있을 사업자의 매매 목적물의 수량 부족으로 인한 불이행의 책임을 지겠다는 내용으로 이해되어 질 것이다.

그런데 학계의 대다수의 의견들은 사이버물상에 제시된 사업자의 제안을 구속의 의지의 유무를 불문하고 모두 청약의 유인으로 보고 있다. 그리고 청약으로의 유인으로 보는 근거로 구속의 의지가 결여된 예만을 제시하고 있다.

이 의견을 받아들인다고 할 때, 계약 파기를 원치 않는 사업자들은 자신이 사이버물상의 계약에 있어서 청약의 의사표시를 명백히 함으로써 이러한 법체계상의 맹점을 이용한 계약형태를 선호하게 될 것이고, 그 결과로 사실상 소비자보호를 위해 마련된 이 조문을 사문화 시킬 것이다.

2. 제 안

이러한 문제의 대안으로는 우리의 방문판매등에관한법률의 철회규정을 독일의 입법태도와 같이 철회의 대상을 “계약을 위해 한 의사표시”라고 포괄적으로 규정함으로써 청약의 의사표시거나 승낙의 의사표시를 불문하고 소비자가 한 계약체결을 위한 모든 의사표시를 철회 할 수 있는 내용으로 개정하여야 할 것이다.

II. 대면계약, 비대면계약

비대면계약이 전자거래만의 고유의 계약형태는 아니다. 비대면계약은 기존사법체계하의 일반 계약상에서도 쉽게 찾아 볼 수 있는 계약형태이다. 이러한 비대면계약의 대가 되는 개념은 대면계약이라고 할 것이다. 이러한 대면, 비대면의 구별의 실익은 우리 사법 체계상 대화자인가 또는 격지자간의 계약인가에 따른 청약의 구속력이라든지 계약성립시기의 문제에 있다.

1. 의사전달상의 문제점

이에 대한 논의로 사이버물상의 의사교환의 경우 의사표시의 발신과 도달이 동시에 이루어지고 발신자로서는 의사표시의 불 도달을 용이하게 알 수 있으므로 대화자간의 계약과 동일하게 취급해야 한다는 견해가 있고, 또한 격지자나 대화자나의 구별기준은 거리적, 장소적 개념이 아니라 시간적 관념이라는 점을 근거로 단순한 사이버 물이나 전자사서함 등과 같이 직접적인 접촉이 없는 경우에는 격지자간의 계약으로 보아야 한다는 견해 및 경우를 나누어서 판단하는 견해가 있고, 또 표의자의 컴퓨터와 상대방의 컴퓨터가 물리적으로 분리되어 있고, 발신과 도달이 언제나 동시에 일어나는 것은 아니며, 발신된 의사표시가 도달하기 전에 전자사서함에 저장되는 경우도 있기 때문에, 원칙적으로 격지자간의 계약으로 본다는 결론을 내린다.

이러한 논의가 제기된 근본적인 문제점은 확실히 민법상의 법리를 “대화자 대 격지자”라는 구도로 구별하는 데에서 기인하는 것이다. 논리적인 차원에서 과연 대화자의 대가 되는 개념이 격지자인가? 여기에서 대화자라는 것은 시간적 차원에서의 관찰로서 의사표시의 교환이 동시에 일어나고 있다는 법적 특성에 착안한 것이고, 이러한 직접적인 대화는 특별한 경우가 아닌 한 문자가 아닌 인간의 음성울 통한 의사교환이 보편적이다. 이러한 이유로 대화자간의 의사표시라 칭하게 되었고, 이러한 경우에 의사교환을 통한 합의까지 의사표시의 전달이라는 과정에서 오는 특별한 법적인 문제점이 노출되지 않는다. 또한 이러한 인간의 음성울 통한 의사표시는 그 특성상 문서 등으로 실체화되지 않기 때문에 즉시 이해하지 못하면 그 증거능력의 결여로 인하여 의사표시로서의 법적인 의미를 상실한다. 즉, 구속의 의지가 내포된 어떠한 의사표시에 대해 상대방이 이해를 하지 못했다면, 그에 대한 의미 있는 반응을 할 수가 없다. 즉, 사회적인 관점에서 아무런 의미가 없다. 예를 들어 어떤 일방이 계약체결을 위한 정약의 의사표시를 했을 경우, 상대방이 이를 이해하지 못했고, 이때 무슨 뜻인지 되물었을 때, 그 일방은 이에 대해 다시 한번 의사표시를 할 수도 있고 또 하지 않을 수도 있다. 이때 이 일방은 의사표시를 이해하지 못한 상대방에게 또 한번의 의사표시를 해야 할 법적인 의무가 없다. 이때 법적인 의무를 부과한다면 이는 계약강제에 해당되어 사적자치의 원칙에 위배되는 것이다.

반면에 같은 장소에서 시간적인 틈이 없이 의사교환이 일어나고 있으나 문자를 통한 의사교환의 경우에는 문자가 갖는 실체화의 특성상 증거능력이 있게 되고, 다시 읽는 방법 등으로 불 이해의 문제를 해결 할 수 있다. 이 때에는 이 문자적 의사표시가 상대방의 지배영역에 도달 한 때에 효력이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 물론 이때에는 일방이 상대방에게 승낙의 의사표시를 즉시 요구하는 것으로 보아야 한다. 또는 동시에 동일 장소에서 일방은 문자로, 그 상대방은 음성으로 의사교환을 나누고 있을 경우에 문자적 의사표시는 도달주의의 법리가, 또 음성적 의사표시는 이해주의의 법리가 적용 된다. 반면에 격지자와의 의사표시 전달에 있어서 일반적으로 격지자란 공간적인 제약을 통해서 의사표시의 전달 상에서 오는 위험과, 의사표시의 교환이 일정한 시차를 두고 일어나는

법리적 현상을 구별하기 위한 개념이라고 할 것이다. 그런데 통신기술의 발달로 인하여 전화를 통하여 격지자이며 동시에 음성적 대화자의 특성을 띤 관계가 형성되었다. 이 경우에 격지자라 할 지라도, 도달주의가 아닌 이해주의의 법리가 적용된다. 또 이때 전달과정에서 오는 위험도 대화자가의 법리에 적합한 특성을 띄고 있다. 반면에 인터넷의 출현으로 채팅을 통하여 동시적 의사표시의 전달이 음성뿐만 아니라, 문자적 의사표시의 교환 형태가 이루어지게 되었다. 도달주의의 법리가 적용되나, 송낙의 적정 시기는 동시적 의사교환의 특성상 즉시라 할 것이다. 따라서 의사표시의 전달상의 법적 효력은 공간상, 시간상, 의사표시의 실제화의 특성을 고려한 이해가 요구되어지는 것이다.

인터넷을 통한 전자우편이나 웹사이트상의 의사교환은 공간상의 관점에서 격지자의 법리가, 주로 문자를 이용한 의사표시이므로 실제화의 특성상 역시 격지자의 법리가 적용되지만, 시간적 관점에서의 일정한 시간적 차이를 둔 경우에는 격지자의 법리가, 채팅과 같이 동시적인 의사교환은 격지자와 대화자의 법리가 혼합 적용된다. 즉, 도달주의와 송낙의 즉시성이 적용된다. 이처럼 의사표시의 전달 과정에서 나타나는 문제점에 대해 우리의 민법은 명확한 규정을 하지 못하고 있다. 이는 통신기술의 발달을 미리 예견하지 못한 데에서 기인하는 문제이다. 앞으로 이러한 추세에 맞는 개정 내지는 보완 작업이 필요하겠다.

2. 비대면 전자거래의 특수성

전자거래에서 좀더 중요한 문제로 부각되게 된 것은 불특정 다수인 이라든지 당사자의 확인, 의사내용의 확인, 공간상의 생소한 피리, 무경험 등에서 오는 계약체결상의 문제점이 제기 된다. 이러한 문제들은 민법체계상의 법적 효력관계의 문제가 아니라 법적 사실관계의 확인이라는 안정성의 문제라고 할 수 있다. 이러한 문제의 해결은 민법체계의 변화를 필요로 하는 것이 아니라, 입법기술상의 문제로 규제를 통한 행정법적인 차원에서도 접근이 가능하고, 당사자의 확인, 또는 협조의무를 부과하고, 이를 지키지 않을 경우에 법적 효력을 인정하지 않는 기술적 차원의 입법형식을 택할 수도 있다. 뿐만 아니라 이행상의 문제에서도 당사자의 이행의지, 증거확인 등의 주로 법리적 차원이 아닌 전자거래상 나타나는 기술적 차원의 문제점이 제기된다. 이러한 문제점들이 좀더 잘 파악되고 분석되면은 디지털 프로그램의 기술적인 차원에서뿐만 아니라, 입법기술 차원에서도 그 대응방안이 찾아질 것이다. 그러나 이러한 입법적 해결 방식은 보안기술의 발전의 정도에 따라 결정될 문제이므로 앞으로 기술발전의 추이를 보아가며 결정해야 할 것이다.

〈제3분과〉

지 적 재 산 권

〈주제발표문〉

디지털경제시대의 지적재산권법의 과제

이 대 희(배재대 법학부 교수)

I. 서론

인터넷이 광범위하게 사용되기 시작한 1990년대 초 이후 인터넷은 전자상거래, 전자상거래(electronic commerce), 정보거래(trade in information), 프라이버시(privacy), 명예훼손(defamation), 표현의 자유(freedom of speech), 음란성(obscenity), 실시허락(licensing), 온라인상의 광고, 과세(taxation), 관할권(jurisdiction), 온라인상의 범죄행위(computer crimes) 및 지적재산권에 관한 많은 쟁점을 야기하고 있다. 또한 인터넷과 관련하여 상표, 저작권, 특허, 영업비밀, 데이터베이스, 퍼블리시티권(right of publicity), 그리고 트레이드 드레스(trade dress) 등 디지털환경에 적용되는 것과 관련하여 많은 문제점이 발생하고 있다.

우선 저작권과 관련하여 임시적인 복제물(temporary copy), 검색이나 업로딩 또는 다운로드 등 인터넷상의 행위에 의한 저작권의 침해, OSP의 책임, BBS 운영자나 웹사이트 운영자의 책임, 전자출판권, 시간과 밀접한 관계가 있는 정보(time-sensitive or hot-news information)의 저작권에 의한 보호의 문제, 온라인상에서의 공정이용(fair use)의 문제, 링크(link), 프레임(framing), 캐싱(caching), 기술조치(technical measures), 저작권관리정보(copyright management information) 등 여러 쟁점이 발생한다. 특허법과 관련하여서는 전자상거래관련 특허(electronic commerce-related patent, BM patent) 및 신규성과 관련된 간행물 공지 등의 쟁점이 발생한다.

상표법과 관련하여서는 어떤 법원이 인터넷상의 상표의 사용과 관련된 분쟁을 해결할 수 있는 관할권을 가지는가, 분쟁을 해결하기 위하여 어떠한 법을 적용하여야 하는가, 그리고 인터넷상에서의 어떠한 사용이 특정 지역이나 국가에서의 사용이라고 할 수 있는가, 인터넷상의 상표의 침해를 어떻게 판단하고 어떠한 구제수단을 제공하며 구제수단은 어떻게 집행할 것인가 등의 쟁점이 발생한다. 또한 도메인네임과 상표간의 쟁점으로서 도메인네임이 상표인가, 타인의 상표를 도메인네임으로 이용한 경우 상표의 침해가 되는가, 타인이 자신의 상표나 상호를 도메인네임으로 등록하였다면 어떻게 대처하여야 할 것인가 등의 쟁점이 발생한다. 셋째, 인터넷, 특히 웹의 기술인 링크, 프레임, 메타텍 등과 관련된 상표법상의 쟁점이 발생한다. 넷째, 예컨대 인터넷상에 자료를 올리거나(uploading) 자료를 받는(downloading) 등 인터넷상에서의 행위와 관련하여 상표법상의 분쟁이 발생한다.

이러한 여러 쟁점에 대해서는 조약으로 체결되거나 국내입법에 반영된 것도 있으나, 아직도 이러한 쟁점에 대한 법이 여전히 형성되고 있는 단계에 있다. 이 글은 현재 지적재산권법상 존재하는 여러 쟁점을 저작권법 및 상표법의 측면에서 고찰하고자 한다. 이 글이 목표로 하는 것은 이러한 여러 쟁점을 제시하는 것에 있으며, 그 해결책을 제시하고자 하는 것은 아니다.

II. 임시적인 복제

1. 미국의 White Paper 및 판례법

인터넷상 임시적인 복제(temporary reproduction)는 매우 많이 행하여지고 있는데, 가장 대표적인 것인 컴퓨터의 RAM에 복제하는 것이다. 미국의 1995년 White Paper는 기존의 저작권법의 해석에 의하여 디지털 형태로 된 모든 저작물의 이용을 저작권자가 통제하도록 하는 입장을 취하여, 임시적인 복제나 RAM에 존재하는 저작물도 저작권을 침해하는 것으로 해석하였다.

이같은 입장은 MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 케이스¹⁾에 근거하는 것으로서, 이후 대외적인 측면에서 미국 행정부의 입장으로 전지되어 왔다. 1998년의 미국의 DMCA는 MAI 케이스를 대치하여 관리 또는 수리과정에서 컴퓨터 프로그램을 복제하는 것에 대한 예외를 규정하였다[미국 저작권법 §117 (c), 17 U.S.C. § 117(c)]. 그러나 DMCA가 소프트웨어를 RAM 메모리에 올림으로써 저작권을 침해하는 복제물이 만들어진다는 MAI 케이스의 기본전제를 부정하는 것은 아니었다. 미국의 다른 판례들도 컴퓨터 파일을 올리거나 다운로드 받는 행위,²⁾ 컴퓨터 파일을 ROM에 저장하는 것,³⁾ 컴퓨터 파일을 하드 드라이브에 전송하거나 저장하는 행위⁴⁾ 등은 복제가 된다고 판시하고 있다.

2. 1996년 WIPO 외교회의

디지털 환경하의 저작권법의 쟁점을 해결하기 위한 1996년의 WIPO 외교회의에서 미국은 White Paper의 태도와 마찬가지로 컴퓨터 메모리에 있는 저작물의 '임시적인 복제물'을 저작권자가 통제할 수 있도록 하기 위한 권리를 제안하였다. 만약 이러한 제안이 채택되었다면 저작권자는 디지털 형태로 된 저작물에 접근하거나 저작물을 보거나 이용

1) 991 F.2d 511(9th Cir. 1993).

2) Marobie-FL, Inc. v. National Ass'n of Fire Equip. Distribs., 983 F. Supp. 1167, 45 U.S.P.Q. 2d 1236, 1244(N.D. Ill. 1997); Sega Enters. Ltd. v. Maphia, 948 F. Supp. 923, 931(N.D. Cal. 1996); Sega Enters. Ltd. v. Sabella, No.C 93-04260 CW, 1996 U.S. Dist. LEXIS 20470 at * 18(N.D. Cal. Dec. 18, 1996).

3) Apple Computer, Inc. v. Formula Intl, Inc., 594 F. Supp. 617(C.D. Cal. 1984).

4) Marobie-FL, Inc. v. National Ass'n of Fire Equip. Distribs., 983 F. Supp. 1167, 45 U.S.P.Q. 2d 1236(N.D. Ill. 1997); Central Point Software, Inc. v. Nugent, 903 F. Supp. 1057(E.D. Tex. 1995).

하는 것을 통제할 권리를 가졌을 것이다. 뿐만 아니라 OSP와 같이 인터넷상에서 저작권 침해의 중간과정에 있는 기관(intermediate institutions)이 저작권의 침해에 대하여 엄격하게 책임을 부담하였을 것이다. 유럽연합은 임시적인 복제에 대한 미국의 이같은 측면을 강력히 지지하였으나 미국과 유럽연합의 대표가 처음에는 초안에 이를 포함시킨 것은 아니었다. 다만 유럽연합의 대표는 베른협약 제9조 제1항이 이미 "어떠한 방법이나 형식"으로든지 저작물을 복제하는 것을 통제할 저작자의 권리를 인정하고 있으므로⁵⁾ 임시적인 복제에 관하여 조약상으로 규정할 필요는 없다고 하였다.

임시적인 복제권 및 이에 대한 제한이 초안에 포함되었으나(초안 제7조), 초안 제7조 제2항에 규정된 제한이 협소하게 규정됨으로써 어떠한 자료가 전화회사나 OSP의 시스템을 통과함으로써 임시적인 복제물(temporary copies)이 만들어지는 경우에 전화회사와 OSP의 책임을 부과시킬 가능성이 있게 되었다. 이에 따라 OSP와 전화회사, 그리고 기술관련회사들은 제1항이 지나치게 광범위하다는 것과 제2항이 지나치게 협소하다는 것에 반대하게 되었다. 또한 전문가위원회(Committee of Experts)의 의장이 이를 찬성하였으며, 또한 WIPO 관리, 미국 및 유럽연합의 대표 등의 지지를 받았으나, 여러 국가들에 의한 반대에 직면하였다. 이에 따라 제7조 제2항이 다시 초안으로서 기초되었으나, 전화회사나 OSP의 입장에서 본다면 제7조 제2항은 여전히 불만족스러운 것이었고 많은 국가들이 이에 대한 실망감을 표시하였고, 결국 임시적인 복제물에 대한 합의가 이루어지지 않았다.

3. 임시적인 복제와 관련된 쟁점

임시적인 복제가 저작권조약에 포함되지 않았다 해서 이에 대한 쟁점이 완전히 해결된 것은 아니다. 왜냐하면 외교회의에서의 미국이 취하였던 입장과 현재까지의 미국의 입법과 판례는 여전히 임시적인 복제에 대하여 저작권이 미친다는 입장을 취하고 있으며, 이러한 입장을 대외적으로 견지하면서 관철하려고 노력하고 있기 때문이다.

또한 1996년의 WIPO 외교회의에서 저작권조약의 원문이 확정된 후 미국 대표가 디지털복제에 대한 세 가지의 해석 성명(statement of interpretation)에 대한 투표를 요구하면서, 임시적 복제를 규정한 제7조를 삭제하는 것에 대한 미국의 동의는 복제권에 관한 이러한 세 가지 성명서에 의존한다고 하였다. 곧 베른협약 제9조와 이에 대한 예외는 디지털환경에도 적용된다는 것과 전자적인 매체에 디지털형태로 된 저작물을 저장하는 것은 베른협약 제9조의 의미에 따른 복제물을 구성한다는 두 가지 성명은 저작권조약 제1조 제4항을 해석하기 위한 합의성명서(agreed-upon statement of interpretation)에 포함되었다. 이러한 해석성명서가 디지털 저작물과 관련하여 국제적으로 어떠한 효력을 가질 것인가는 논란의 의지가 있다. 예컨대 제7조를 지지하였던 사람들은 2개의 성명서와 베른협약 제9조 제1항⁶⁾에 의하여 임시적인 복제물에 대하여 저작권이 미

5) 베른협약 제9조 제1항은 이 협약이 보호하는 어문·예술저작물의 저작자는 어떠한 방법이나 형식으로도 이 저작물의 복제를 허락할 배타적 권리를 가진다고 규정하고 있다.

친다는 것이 확립되었다고 할 것이다. 이에 반하여 제7조가 삭제되고 미국이 제안한 세 번째 성명서가 채택되지 않음으로써 임시적인 복제는 복제가 아니라는 것을 국제적으로 부인한 것이라고도 주장될 수 있다. 확실한 것은 WIPO 저작권조약이 이에 관하여 규정하지 않았으며, 이에 관하여 국제적인 합의가 이루어지지 않았다는 것이다.

4. 한국에서의 복제개념

임시적 복제개념은 전세계적으로는 물론 한국에서도 계속 쟁점이 될 것으로 보인다. 미국의 판례법이 이를 인정하고 있고 미국 행정부가 대외적으로 취해오고 있는 입장이며, 유럽도 이를 인정하고 있다. 따라서 임시적 복제개념의 인정에 대한 압력이 거세질 것으로 예상된다. 이것은 2000년도 컴퓨터프로그램보호법 개정시 미국이 임시적 복제개념을 인정할 것을 요구한 것에서 잘 드러난다. 한국의 저작권법 제2조 제14조는 '인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것'이라고 규정함으로써, 복제의 개념을 인쇄물, 녹음물, 녹화물과 같은 시청각에 호소하는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 과연 이러한 개념이 디지털환경하에서의 복제의 개념에 적절한 것인지의 의문이다. 임시적인 복제개념의 인정여부를 결정함에 있어서는 하드디스크와 RAM에 저장하는 것을 구분할 필요성 여부, 인터넷과 같은 새로운 기술환경하에서도 저작권법이 융통적으로 대처할 수 있어야 한다는 것, 국제적인 동향, 저작권자의 권리확대에 따른 저작권제한이나 예외의 필요성, 임시적인 복제의 인정에 따른 저작권법 체계의 일관성 확보 등을 고려하여야 할 것이다.

Ⅲ. 캐싱과 저작권

1. 캐싱의 의미

캐싱(caching)은 자주 이용되는 디지털정보(digital information)를 인터넷이라는 네트워크상의 여러 전송지점에 캐쉬(cache)라 불리는 저장공간에 일시적으로 저장함으로써 후에 이를 다시 이용하고자 하는 경우 그 정보의 원래의 출처로 다시 갈 필요성이 없도록 하는 기술을 일컫는다. 일반적으로 캐싱은 어느 웹사이트를 후에 다시 방문하는 경우에 이용하기 위하여 그 웹사이트의 자료를 복제하여 일시적으로 저장하는 것을 의미한다. 곧 웹 페이지나 사이트를 보고자하는 이용자에게 전송하기 위하여 컴퓨터가 이를 전자적으로 저장하는 일종의 인터넷 기술이다. 캐싱은 또한 원거리에 있는 웹사이트 전부 또는 어떠한 자료의 전체적인 부분을 복제하는 관행을 일컫기도 하는데, 이같은 형태의 캐싱은 있는 그대로의 복사 또는 반사를 의미하는 'mirroring'이라고도 불린다.

캐싱의 목적은 어떠한 데이터에 대한 반복적인 접속의 속도를 빠르게 하는 동시에 데이터의 반복적인 다운로드로 인하여 발생하는 네트워크의 혼잡을 감소시키기 위한 것이

6) 베른협약 제9조 제1항은 이 협약이 보호하는 어문·예술저작물의 저작자는 어떠한 방법이나 형식으로도 이 저작물의 복제를 허락할 배타적 권리를 가진다고 규정하고 있다.

다. 예컨대 대륙간의 케이블을 사용하기 위한 비용이 高價이고 많은 수요에 따른 병목현상으로 인한 지연으로 인하여 정보가 어느 국가의 서버에 일시적으로 저장된다. 예컨대 미국출처의 자료를 찾는 경우 그 자료는 태평양의 케이블을 통하여 국내의 서버로 전송되면, 국내의 서버는 후에 이 자료를 다시 검색하는 것에 대비하기 위하여 이를 일시적으로 저장한다. 따라서 국내 이용자가 후에 다시 이 자료를 검색하는 경우 한국의 국내 서버가 원래의 미국의 서버에 자료를 요청하지 않고 국내 서버의 캐시(cache)로부터 자료를 직접 전송하는 것이다. 이와 같이 캐싱에 의하여 정보가 전송되는 거리를 단축시키게 되며 이에 따라 병목현상으로 인한 지연을 방지할 수 있다. 캐시 서버(cache server)는 저장된 정보를 일시적으로, 예컨대 몇 초, 몇 일, 몇 주일 또는 그 이상의 기간이 경과하면 저장한 정보를 제거하게 된다. 요컨대 캐싱은 인터넷의 핵심적인 가치, 곧 저렴하고 신속한 정보의 검색을 향상시키게 된다.

2. 캐싱의 유형

캐싱은 국제적 또는 국내적 캐싱으로 구별되기도 하지만, 저작권법상으로 문제점을 야기하는 것은 이용자의 컴퓨터에 의한 캐싱(client caching 또는 local caching)과 네트워크 서버에 의한 캐싱(proxy caching)이다. 전자는 정보를 이용자의 컴퓨터에 일시적으로 저장하는 것이다. 예컨대 이용자가 어떠한 웹사이트에 접속하고자 하는 경우 이용자의 검색프로그램(MS Explorer나 Netscape의 Navigator 등의 Web browser)은 이용자 컴퓨터의 메모리에 이용자가 요청한 '웹사이트의 복제물'이 포함되어 있는지 여부를 결정하기 위하여 이용자의 컴퓨터를 즉시 자동적으로 검색한다. 만약 그 복제물이 포함되어 있다면 검색프로그램은 그 복제물을 화면에 나타나게 해 준다. 만약 포함되어 있지 않다면 검색프로그램은 요청된 웹사이트를 인터넷으로부터 검색하여 즉시 그 복제물을 이용자 컴퓨터의 RAM에 일시적으로 저장한다.

네트워크 서버에 의한 캐싱은 OSP의 시스템과 같이 이용자에게 인터넷에 접속할 수 있도록 하는 네트워크 서버(network server, proxy server라고도 함)가 자신의 네트워크에 웹사이트의 복제물을 일시적으로 저장하는 것이다. 이용자의 컴퓨터에 의한 캐싱과 같이 이용자가 웹사이트를 요청하면, 네트워크 서버는 자신의 네트워크가 요청된 웹사이트의 복제물을 포함하고 있는지 여부를 체크한다. 포함되어 있다면 인터넷을 통하여 요청된 사이트에 접속하는 것이 아니라 자신의 시스템에 일시적으로 저장되어 있는 웹사이트의 복제물을 나타나게 해 준다. 예컨대 국내의 CP가 自社의 서버에 어느 신문사의 홈페이지를 일시적으로 저장하는 경우, 후에 다른 이용자가 이 신문을 검색하고자 한다면 신문사의 홈페이지가 아닌 CP의 서버로부터 홈페이지를 보게 되는 것이다. 포함되어 있지 않다면 인터넷을 통하여 요청된 웹사이트에 접속한 후 자신의 네트워크에 그 웹사이트의 복제물을 일시적으로 저장하며, 후에 이 웹사이트가 다시 요청된 경우 이 복제물을 나타나게 해 준다.

3. 캐싱과 저작권

(1) 네트워크 서버에 의한 캐싱

ISP와 같은 네트워크 서버는 파일을 그대로 복제하기 때문에 복제권이 침해될 수 있다. 또한 파일을 그대로 옮겨 놓는 경우에는 편집저작물과 관계된다. 그리고 인터넷 서비스를 이용하는 자들이 어떻게 이용하는가에 따라 역시 배포권, 공연권, 전시권이 관계될 수 있다.

네트워크 서버에 의한 캐싱은 저작권법 이외에도 여러 문제점을 야기할 수 있다. 첫째, 원래의 출처가 아닌 일시적으로 저장된 정보를 검색해주므로 사실상 캐시 서버는 원래의 웹사이트를 대체하게 되므로 원래의 웹사이트와 캐시 서버에 의하여 나타나는 웹사이트의 내용이 달라질 수 있다는 점이다. 따라서 이용자가 원래의 웹사이트를 보지 못하게 할 수 있으며, 이용자에게 최신화된(updated) 정보를 제공하지 못할 수 있으며, 원래의 웹사이트의 운영자가 최종 사용자에게 보여주려는 웹사이트의 왜관을 통제하지 못할 수도 있다.

둘째, 캐시 서버는 또한 'page impression' 또는 'hit'의 숫자, 곧 어떠한 웹페이지가 이용자에게 현시되는 숫자를 왜곡할 수도 있다. 이러한 숫자들은 종종 그 웹사이트의 광고비용을 측정하는 자료로 사용되므로, 캐싱으로 인하여 원래의 웹사이트의 운영자가 판매하기 위한 광고의 출로(出路)를 제한시킬 수 있다.

셋째, 일단 웹사이트가 캐시 서버로 옮겨지게 되면 원래의 웹사이트에 가하여졌던 여러 제한(예컨대 저작물 이용의 제한 등)이 더 이상 가해질 수 없다. 따라서 원래의 웹사이트의 운영자가 웹사이트에 접근하는 것에 대하여 통제를 할 수 없게 된다.

마지막으로 증권시장에 관한 최신의 정보를 제공하지 못하거나 부정확한 정보를 제공하는 경우와 같이 캐싱에 의하여 정보를 제공하는 주체가 책임을 부담하여야 하는 쟁점이 야기되고 있다.

네트워크 서버에 의한 캐싱의 문제는 새로운 데이터 전송규약(transfer protocol)이 개발되면 간단하게 해결될 수도 있다. 예컨대 새로이 개발될 규약은 캐싱을 허용하거나 캐싱에 의하여 나타난 정보의 소멸시점을 정하거나 캐싱 자체를 허용하지 않을 수 있을 것이다.

(2) 이용자의 컴퓨터에 의한 캐싱

캐싱은 인터넷서비스 제공업자에 의하여 이루어지는 것 이외에 웹을 이용하는 자들에 의하여 행하여질 수도 있다. 이러한 캐싱(local caching)은 이용자 컴퓨터의 디스크 드라이브에 저장되는데, 이용자가 검색했던 마지막 페이지 또는 마지막 몇몇 페이지를 보기 위하여 원거리의 서버가 그 페이지를 다시 전송할 필요가 없도록 하는 것이다. 이러한 캐싱은 오늘날 웹이 운영됨으로써 발생하는 필연적인 결과이며, 웹사이트를 운영하는 자들은 이용자들에게 페이지를 전송하는 것을 원하기 때문에 이러한 캐싱에 동의한 것으로 간주되고 있다. 또한 사적인 복제에 해당할 수도 있으며, 미국 저작권법상으로는 공정이용

에 해당할 수도 있다. 그러나 이러한 캐싱에 의하여 저장된 페이지를 전자우편 등으로 타인에게 다시 전송하거나 이를 기초로 하여 2차적 저작물을 작성하는 경우, 그리고 페이지를 복제하는 경우 등에는 웹사이트의 운영자가 동의했다고 하기 어려우며, 따라서 저작권에 대한 법률관계가 명확하지 않다.

4. 캐싱의 허용여부에 대한 찬반론

(1) 찬성론

미국에서의 다수 견해는 캐싱이 허용되어야 한다고 하는데, 그 근거로서는 미국 저작권법상의 공정이용의 원리와 묵시적 승낙(implied consent/ implied license)이다. 캐싱은 인터넷을 이용하는데 있어서 여러 혜택도 가져다주지만 단점도 가져다주므로 캐싱이 미국 저작권법상 공정이용에 해당할 것인가는 불확실한 상태이다.

묵시적 승낙이론에 의하면 인터넷상에서 캐싱은 광범위하게 사용되고 있어서 자신의 저작물을 인터넷에 올려놓는 자는 자신의 저작물이 캐싱에 의하여 일시적으로 저장된다는 것을 인지하였을 것이고, 따라서 저작권자는 자신의 저작물이 일시적으로 저장되는 것에 묵시적으로 동의하였다는 것이다. 이 이론의 문제점은 저작권자만이 저작물의 사용에 대하여 허락할 수 있고, 따라서 웹사이트의 운영자와 저작권자가 서로 다를 경우에는 전자가 사용을 허락할 수 없고 따라서 이 이론이 적용될 수 없다는 것이다. 양자가 동일한 주체이거나 저작권자가 허락을 하였다고 해도 승낙의 범위를 정하는 어려움이 발생한다.

캐싱에 의하여 이용자가 정보에 접근하는 속도가 향상되고 인터넷을 운용하기 위한 인프라의 요구를 감소시킨다는 것을 고려한다면, 캐싱은 인터넷이 운용되기 위하여 필요한 필수적인 요소이다. 따라서 찬성론자들은 캐싱은 허용되어야 한다고 주장하고 있다. 특히 이용자가 마지막으로 보았던 페이지들을 다시 웹사이트를 방문하지 않고 볼 수 있도록 해주는 이용자의 컴퓨터에 의한 캐싱(local caching)은 검색프로그램의 표준적인 특성이므로, 이것은 오늘날 웹이 운영되는데 있어서 필수불가결한 것이므로 캐싱은 허용되어야 한다고 주장되고 있다.

(2) 반대론

캐싱이 허용되어서는 안된다고 주장하는 자들은 캐싱에 의하여 인터넷상에서 자료에 접속하는 속도가 향상되는 것 이외의 위에서 언급한 바 있는 여러가지 해악을 제시하고 있다. 따라서 이들은 캐싱이 허용하는 방법론이 아니라, (i) 네트워크가 오늘날보다 더 빠르게 더 많은 정보를 전달할 수 있는 기술을 고려하거나, (ii) 무제한적으로 인터넷에 접속할 수 있도록 하는 것에 대해서는 ISP가 더 높은 요금을 책정하게 함으로써 지금같이 많은 이용자가 인터넷을 자주 사용하지 못하게 하거나, 인터넷에 접속할 수 있는 시간을 제한할 수 있게 해야 한다고 주장하고 있다.

5. 미국의 DMCA

사실상 이용자의 컴퓨터에 의한 캐싱은 위에서 논한 바와 같이 저작권법상의 중대한 문제를 야기하는 것이 아니며, 다만 OSP나 네트워크의 운영자에 의한 캐싱이 주로 문제되고 있다. 캐싱을 필요로 하지 않을 정도로 인터넷을 빠르게 하는 기술이 개발되거나 OSP 또는 검색프로그램이 일시적으로 저장하는 것을 중지하더라도, 캐싱에 관한 문제가 궁극적으로 해결되는 것은 아니다. 곧 어떠한 자료가 인터넷상에서 전송되는 경우 OSP나 네트워크 운영자의 소프트웨어가 자동적으로 그 자료의 복제물을 RAM에서 만들기 때문이다. 1998년 DMCA에 의하여 미국의 저작권법은 이 문제점을 해결하기 위하여 OSP의 책임을 면제하기 위한 규정을 두고 있는데, 그 중의 하나가 OSP에 의하여 캐싱이 이루어지는 일정한 경우에 OSP의 저작권법상의 책임을 면제해주는 것이다[미국 저작권법 제512조 (b)항].

이 규정은 이용자가 자료에 신속하게 접근할 수 있도록 하기 위하여 시스템을 운용하는 서버(system server)가 웹사이트 자료의 복제물을 이용할 수 있게 하는 관행인 시스템 캐싱(system caching)에 관한 것이다. 시스템 캐싱은 이용자간의 자료를 자동적으로 전송하는 것에 부수하여 발생하는 것으로, 서비스 제공자의 시스템이나 네트워크에 자료의 '중간적·임시적 저장'으로 정의되고 있다. 또한 이 규정은 이용자간에 전달된 메시지를 일시적으로 저장하는 것과 웹사이트나 뉴스그룹(newsgroup)에 저작물을 올리는 것과 이로부터 다운로드받는 것까지도 포함하는 것으로 여겨지는 것으로서, 그 면제의 범위가 비교적 광범위하다. 이러한 면제에 해당하기 위하여서는 일정한 요건을 충족하여야 한다.

6. 캐싱에 관한 입법필요성

저작권법과 관련한 캐싱의 문제는 RAM에의 복제와 같이 일시적인 복제의 문제와 그 점을 같이 한다. 왜냐하면 인터넷 이용자들이 저작물에 빠르고 쉽게 접근할 수 있도록 저작물을 RAM에 옮겨놓기 때문이다. 또한 캐싱은 OSP의 책임과도 맞물려 있는 쟁점이다. 미국의 DMCA가 OSP의 책임에 관한 입법에서 이를 규정한 것이 그 좋은 예이다. 한국의 저작권법 개정안은 온라인서비스제공자의 책임을 제한하는 규정을 신설하고 있으나(제77조의2, 77조의3), 캐싱에 관한 사항은 규정하고 있지 않다. 캐싱에 관한 문제는 일시적인 복제와 관련하여 해결되어야 하며, OSP의 책임을 면제시킬 필요성이 있을 것으로 보인다.

IV. 계약과 저작권: 디지털정보의 거래

1. 정보거래의 특성과 쟁점

상품(goods)을 거래대상으로 하는 경우 구매자의 목적은 특정한 유형의 재산을 획득·이용하는 것이고, 인도의 방법이나 조건, 그리고 계약을 위반한 경우 물품을 어떻게 처분

하고 대체할 것인가에 초점을 맞추게 된다. 그러나 정보거래(transactions in information)에 있어서는 거래에 의하여 이전되고 획득되는 가치는 유형의 재산이 아니라 유형의 매개체로부터 분리될 수 있는 정보나 권리이다. 정보거래의 주요한 대상은 CD나 디스켓과 같은 유형의 매개체(만약 존재하는 경우)가 아니라 이에 포함되어 있는 정보를 획득하고 정보에 관하여 이용할 수 있는 권리를 행사하는 것이다. 정보거래의 대상인 정보는 무한정 복제될 수 있다는 특성이 있으며, 매수인은 복제물에 정보가 남겨져 있지 않는 한 그 복제물에 대하여 소유권을 획득하거나 통제하는데 아무런 이해관계를 가지지 않는다.⁷⁾

정보거래는 무체재산(intangible property)을 거래의 대상으로 하고 배포에 대한 배타적인 권리를 포함하고 있는 지적재산권이 관여하며 디지털 기술이 일정한 역할을 한다는 특성을 가지고 있다. 또한 정보를 거래하는 기본적인 계약 유형은 매매나 리스가 아닌 실시계약(license, licensing agreement)의 형태이다. 실시허락은, 정보를 포함시키고 있는 유형의 매개체에 대한 소유권을 이전시키는 것과 관계없이, 정보에 대한 권리를 이전시키기 위한 것으로서 그 정보의 이용에 대하여 조건이나 제한을 과하는 계약이다.⁸⁾ 실시계약에 있어서의 특징은 당사자간에 이전되는 권리나 특권이 조건적인(conditional) 성질을 가진다는 것이다. 곧 실시권자(licensee)가 정보를 사용하게 함에 있어 실시허락자(licensor)가 일정한 조건을 부과할 수 있다는 것이다.

2. Shrink-wrap Licensing의 의미 및 문제점

대량실시계약(mass market license)은 대량시장거래(mass-market transaction)에서 사용되는 표준적인 형태의 계약(standard form)으로서 [UCITA 102(44)], 동일한 정보에 대하여 상당히 동일한 조건으로 일반인들을 대상으로 하는 소매시장에서의 거래를 의미한다.⁹⁾ 대량시장거래는 소매시장으로서 일반인들에게 유사한 조건에 따라 정보가 미리 포장된 형태로 이용될 수 있다. 이러한 시장의 주된 참여자는 소비자이며, 대부분의 거래가 상대적으로 적은 양을 대상으로 하며, 계약조건에 대하여 협상이 이루어지지 않으며, 재판매를 하는 자와의 거래가 아닌 최종 이용자와의 거래를 그 특징으로 한다. 이것은 실시권자(구매자)와 실시허락자(판매자)간에 계약조건을 일일이 협상하여 계약을 체결하는 경우의 높은 거래비용이 수반되는 것에 기인한다.

이러한 대량시장계약에 있어서는 'shrinkwrap license'가 광범위하게 이용되었다. 1980년대에 들어오면서 컴퓨터가 광범위하게 이용되고 이에 따라 소프트웨어에 대한 수요가 증가함으로써 소프트웨어는 대규모적으로[곧 대량시장(mass market)에 의하여] 배포되기에 이르렀다. 따라서 소프트웨어의 복제물을 밀접하게 통제하거나 서비스를 제

7) Reporter Note 3 to Art. 2B-§ 103(Feb. 1, 1999 Draft).

8) Raymond T. Nimmer, *UCC Revision: Information Age in Contracts*, 471 PLI/Pat 377, 387 (1997). 따라서 통일상법전 초안은 정보재산권(informational rights)에 대한 소유권을 이전시키는 것은 실시허락에서 명시적으로 배제시켜 놓고 있다. UCC Article 2 B Licenses(Draft) §2B-102(27).

9) Holly K. Towle, *Mass Market Transactions in the Uniform Computer Information Transactions Act*, 38 DUQ. L. REV. 371, 380(2000).

공하는 것이 적절하지 않게 되었다. 또한 협상을 하기 위한 거래비용에 비하여 실시허락을 하고자 하는 소프트웨어의 비용이 상대적으로 낮기 때문에 소프트웨어에 대한 실시허락을 개별적으로 협상하는 것이 비현실적인 것이 되었다. 따라서 소프트웨어 생산업자들은 실시허락을 위한 표준적인 계약을 점차 이용하고자 하였고, 결국 비닐로 포장된 소프트웨어 패키지에 표준적인 실시계약의 조건을 포함시키기에 이르렀는데, 'shrinkwrap license'라 불리는 것이 바로 이것이다. 이외에도 소프트웨어 생산업자들이 소프트웨어의 사용에 대한 책임이나 소프트웨어의 이용을 제한하거나 역분석(reverse engineering)을 금지하기 위하여, 또는 소프트웨어가 다시 이전되는 경우에 추가적인 수입을 얻기 위하여 shrinkwrap license를 이용하였다. 이와 같이 (i) 소프트웨어를 배포하는데 사용되는 대량실시계약에서 (ii) 계약의 조건을 소프트웨어의 포장지 자체 또는 포장지 내부에 인쇄되도록 하고, (iii) 소비자는 이를 검토할 기회를 가지며 (iv) 계약의 조건에 동의하는 것을 원하지 않는 소비자는 이를 반환할 수 있으며, (v) 계약조건에 대한 통지 및 계약의 조건에 소비자가 동의할 것을 요구하는 것이 포장의 외부에 나타나 있는 형태의 대량실시계약의 방법을 shrinkwrap license라고 한다.¹⁰⁾

Shrinkwrap license의 경우 소비자들은 소프트웨어를 구입하여 패키지를 열어볼 때까지 실시허락에 관한 조건을 알 수 없게 된다. 여기에서 한 발 더 나아가 소프트웨어 생산업자들은 소프트웨어 자체에 실시허락에 관한 조건을 포함시키기 시작하였다. 이 경우 소프트웨어를 컴퓨터에 설치하기 전에 실시허락에 관한 조건이 화면상에 나타나며, 소비자가 이러한 조건에 동의한다면 마우스로 눌러서(click) 동의를 표시하도록 하여 소프트웨어 설치작업을 계속 진행시키게 한다. 'clickwrap license'(또는 click-here license)라 불리는 이러한 형태의 실시허락도 이에 대한 동의를 이루어지기 전에 소프트웨어의 매매라는 상거래가 이루어 질 것이 요구된다. 또한 인터넷(internet)의 이용이 보편화되면서 웹(world wide web)을 통하여 프로그램을 컴퓨터의 하드 드라이브에 다운로드(download) 받아서 이용할 수 있는 허락을 받을 수 있는데, 이것은 web-wrap license라고 불린다.

3. Shrink-wrap 유효성: ProCD 케이스 및 UCITA

대량실시계약 또는 shrink-wrap license가 유효한지 여부에 관한 대표적인 판례는 ProCD, Inc. v. Zeidenberg 케이스¹¹⁾이다. ProCD 케이스가 나오기 전에는 어느 법원도 Mass-Market License가 유효하다고 판결하지 않았으나, ProCD 케이스는 shrink-wrap license에 의한 표준적인 형태의 계약은 유효하다고 판결하였다. 이와 관련하여 UCITA 제208조도 당사자가 동의하는 경우에 표준적인 형태를 비롯한 기록의 조건을 계약의 조건으로 채택할 수 있다고 규정하고 있다[208(a)]. UCITA는 표준적인

10) Daniel B. Ravicher, *Facilitating Collaborative Software Development: The Enforceability of Mass-Market Public Software Licenses*, 5 VA. J. L. & TECH. 11, 39-40(2000).

11) 908 F. Supp. 640(W.D. Wis.), rev'd, 86 F.3d 1447(7th Cir. 1996).

형식의 기록으로 되어 있는 대량실시계약의 조건이 당사자간의 계약의 조건이 되기 위해서는 이행의 초기 또는 이행 중에 당사자가 실시계약에 동의할 것을 요구하고 있다 [209(a)]. 따라서 UCITA는 일정한 요건을 충족한 경우 shrink-wrap license의 유효성을 인정하고 있다. 또한 불합리하거나 공공질서에 반하는 조건과 당사자가 명시적으로 합의한 조건과 일치하지 않는 조건을 무효라고 함으로써 예외를 규정하고 있고[209(a)], 일정한 경우에는 소비자가 제품을 반환할 수 있는 권리(return right)를 부여하는 등 [211(2)], shrink-wrap license의 유효성을 인정함으로써 발생할 수 있는 소비자보호에 관한 규정들을 두고 있다.

4. 계약법과 저작권법의 충돌가능성

shrink-wrap license의 유효성을 인정하는 경우에는 저작권법상의 원리가 계약법에 의하여 무용지물이 될 가능성이 있다. 곧 저작권자가 기초한 표준계약조항이 shrink-wrap license에 포함되는 경우, 매수인은 거래가 성립하는 순간까지 이를 보거나 검토할 기회가 없는데도 불구하고 저작권자는 서명이나 인증조차 없이 이러한 조항을 집행할 수 있게 되어 저작권자에게 훨씬 유리할 수 있다. 따라서 계약을 사실상 '재산권에 유사한 것'으로 만드는 것으로서 지적재산권법과 계약법의 관계를 변경시킬 수 있다.¹²⁾

미국에서 Art. 2B 및 UCITA를 입법하는데 있어서 가장 쟁점이 되었던 것도 바로 이 점이였다. 저작권법은 저작물의 창조를 장려하기 위하여 창조자에게 독점적인 권리를 부여하지만 저작권자에게 그 창조물에 대하여 무제한적인 통제권을 부여하는 것은 아니다. 왜냐하면, 배타적인 권리를 부여하게 되면 창조물에 대한 가격이 인상되어 일반인이 이를 이용하지 못할 수도 있으며, 배타적인 권리가 부여된 창조물에 기초하여 새로운 창조를 할 수 있어야 하며, 지적재산권의 목적은 창조를 위한 최대한의 동기를 부여하는 것이 아니라 최적의 동기(optimal incentive)를 부여하는 것이기 때문이다.

저작권법은 다른 지적재산권법과 마찬가지로 저작권자와 저작물의 이용자, 곧 일반인간의 이익을 균형시켜 놓고 있다. 당사자간의 계약에 의하여 이러한 '精微한 균형(delicate balance)'이 깨뜨려짐으로써 계약법과 저작권법이 충돌할 가능성은 얼마든지 있다. 예컨대, 실시권자가 실시허락된 컴퓨터 프로그램을 전혀 복제할 수 없다고 실시계약이 규정하고 있다면, 보존과 이용을 위한 복제를 허용하고 있는 저작권법¹³⁾과 충돌하게 된다. 복제가 공정이용에 해당하는 복제인가에 관계없이 저작물의 복제를 금지하거나, 패러디를 금지하거나, 역공정을 금지하는 계약의 규정은 저작권법상의 공정이용의 법리와 충돌될 수 있다.

계약에 의하여 지적재산권에 관한 규칙을 변경시킬 수 있는 무제한의 계약조건의 유효성

12) *Id.* at 119-122.

13) 컴퓨터 프로그램이 이용되기 위해서는 컴퓨터의 하드디스크에 복제될 수밖에 없는데, 제117조는 컴퓨터 프로그램을 이용하기 위하여 필수적인 단계로서 복제하는 것과 기록보존의 목적(archival purpose), 곧 백업 카피를 만드는 것을 허용하고 있다. 17 U.S.C. § 117. 한국의 컴퓨터프로그램보호법도 후자에 대하여 동일한 규정을 두고 있다. 동법 제13조.

을 인정한다면, 저작권법상의 균형을 파괴할 가능성이 있다. 특히 지적재산권자가 기초한 표준형식의 shrink-wrap license의 유효성이 인정된다면 계약법상의 형식이 실제법적인 저작권법에 우선하는 것을 인정하는 결과가 된다. 결국 shrink-wrap license의 유효성을 인정하는 것은 WIPO 저작권협약과 실연·음반조약이 규정하였던 기술조치의 보호와 함께 저작권자의 권리를 계약에 의하여 확대하는 것이 될 수 있다.

5. 한국에서의 입법필요성 및 입법방법론

현재 한국에서는 디지털정보의 거래와 관련하여 전자정보계약법의 입법화방안이 검토되고 있으며, 약관과 관련된 입법에서도 고려되고 있는 것으로 보인다. 디지털정보의 거래에 대한 규율은 위에서 언급한 바와 같이 그 입법이 필요한 것으로 보이나, 그 입법내용에는 상당히 신중을 기하여야 할 것으로 보인다. 현재 미국의 UCITA를 채택한 주가 그리 많지는 않으나, 이를 채택한 주의 입법내용을 보면 매우 극단적인 대립양상을 보여주고 있다. 이것은 UCITA 자체가 shrink-wrap license를 허용하는 등 소비자보다는 소프트웨어 생산·개발업자에게 유리한 내용을 담고 있는 것에 기인하는 것이다. 따라서 소프트웨어 산업이 발달한 주는 UCITA를 그대로 입법하는 경향이며 그렇지 않은 주에서는 가능한 한 배제하려고 하고 있다. 따라서 디지털정보를 거래하는 입법은 한국의 소프트웨어 산업 발달의 정도 및 소비자의 보호 등을 신중하게 고려하여 그 내용을 입법하여야 할 것으로 보인다.

V. 저작권 관리정보

1. 저작권 관리정보의 정의

저작권 관리정보에 대하여 컴퓨터프로그램보호법은 '원프로그램 또는 그 복제물에 포함되거나 전송하는 것과 관련하여 나타나는 것으로서, 프로그램, 프로그램 저작자의 권리 및 이에 관하여 독점적으로 복제·배포할 수 있는 배타적 권리와 그 보유자, 프로그램의 사용방법 및 조건에 관한 정보 또는 당해 정보를 나타내는 부호'라고 정의하고 있다(제2조 제8호). WIPO 저작권조약 제12조는 '권리관리정보(rights management information)'라는 표현을 쓰고 있는데, '저작물, 저작물의 저작자, 저작물에 대한 저작권자 또는 저작물의 이용에 대한 조건에 관한 정보와 그러한 정보를 나타내는 숫자나 코드로서, 이러한 정보가 저작물의 복제에 부착되거나 저작물을 일반인에게 전달하는 과정에서 나타나는 경우'라고 정의하고 있다(제12조 제2항).

미국의 DMCA는 CMI에 대하여 상세히 정의하고 있는데, 저작물의 복제물이나 음반 또는 저작물의 공연이나 전시와 관련하여 전달되는 저작물, 저작자, 저작권자, 실연자, 저작물의 사용의 조건, 이러한 정보를 표시하는 숫자나 상징 또는 이러한 정보에 대한 연

결 동의 정보¹⁴⁾를 의미하며, 여기에는 디지털형태로 된 정보도 하지만 저작물의 사용자를 개인적으로 나타내는 정보는 포함되지 않는다[미국 저작권법 제1202조 (c)].

2. 디지털 저작물의 보호

저작권 관리정보(Copyright Management Information, 이하 CMI)는 디지털 형태의 저작물에 부착된 것으로서 저작자, 저작물 및 저작물의 사용조건 등에 관한 정보를 의미한다. 인터넷상에서 저작권이 쉽게 침해될 수 있게 된 것은 컴퓨터기술과 통신기술 등의 기술의 발전에 기인한다. 따라서 저작권의 침해에 대응하는 방안도 역시 기술에 귀결될 수밖에 없는데, 이러한 기술로서는 디지털 워터마킹과 암호화를 들 수 있다. 디지털 워터마킹이 디지털 매체 자체에 대한 통제하고 한다면 암호화는 디지털화된 내용(디지털 콘텐츠, digital contents)에 접근하는 것 자체를 통제하는 것이다.

디지털 워터마킹(digital watermarking, 또는 digital fingerprinting, steganography)¹⁵⁾은 디지털화된 정보를 압축·암호화파일을 만드는 것으로서 파일에 포함되어 있는 정보를 파일로부터 분리할 수 없도록 하는 과학의 한 분야이다. 디지털 워터마크(digital watermark)가 저작권의 보호와 관련하여 중요한 의미를 지니는 것은 눈에 보이지 않는 여러 가지의 정보, 곧 저작자의 이름이나 전자우편의 주소 또는 저작물을 이용하기 위하여 접촉하기 위한 정보 등을 포함할 수 있다는 점이다.

디지털 워터마크는 저작물의 도난 자체를 방지할 수는 없으나 인터넷상에서 저작물을 보호하는 것과 관련하여 여러 가지의 중요한 역할을 수행할 수 있다. 첫째, 디지털 워터마크는 인터넷, 디지털 위성, 디지털 케이블 등으로 전송되는 정지화상, 동화상, 음성 등의 파일이 해적행위의 대상이 되는 것을 억제할 수 있다. 둘째, 디지털 워터마크는 저작권자가 인터넷에 올려진 불법 복제물의 출처를 추적할 수 있도록 하여 침해자의 책임을 물을 수 있도록 한다. 디지털 워터마크가 저작물의 이용이 적법한 지 여부는 알려주지 않지만 특별한 검색프로그램을 이용하여 저작권을 침해한다고 믿어지는 웹사이트를 찾아낼 수 있다. 셋째, 디지털 워터마크는 불법 복제물이 만들어지는 것을 억제하여 저작권자가 인터넷에 아무런 두려움없이 자신의 저작물을 올려놓을 수 있도록 한다. 왜냐하면 디지털 워터마크가 있는 저작물의 복제물은 원본과 쉽게 구별될 수 있기 때문이다.

14) 이러한 정보는 (i) 저작물을 표시하는 제목 기타의 정보(저작권의 통지를 정하는 정보 포함), (ii) 저작물의 저작자의 이름 및 이에 대한 기타의 정보, (iii) 저작물에 대한 저작권자의 이름 및 저작권자를 표시하는 기타의 정보, (iv) 시청각 저작물(audiovisual works)을 제외한 저작물에 실연을 고정시킨 실연자의 이름 및 이에 대한 기타의 정보, (v) 시청각 저작물의 경우, 시청각 저작물에 관련된 작가, 실연자 또는 감독 등의 이름 및 이에 대한 기타의 정보, (vi) 저작물 사용의 조건, (vii) 이러한 정보를 표시하는 숫자나 상징 또는 이러한 정보에 대한 연결, (viii) 저작권국이 규정에 의하여 정할 수 있는 기타의 정보 등이다(제1202조 (c)).

15) Steganography는 글씨 위에 무엇을 덮었다는 의미의 희랍어에 기원하는데, 비밀적인 내용을 숨겨서 메시지를 전달하기 위한 것이었다. 예컨대 나무 위에 글씨를 쓰고 그 위에 왁스를 발라서 메시지를 전달하는 것, 사람의 턱에 메시지를 문신을 새긴 후 수염을 길러서 메시지를 전달하는 것, 사람의 눈에 보이지 않는 잉크를 사용하여 메시지를 전달하는 것 등이 모두 steganography에 해당한다.

디지털 워터마크 이외에 저작권을 보호하기 위하여 사용되는 것은 암호화(encryption)이다. 암호화기술을 이용하여 디지털 저작물에 대한 접근 및 사용을 통제하는 기술이 디지털 봉투(digital envelope) 또는 디지털 상자(digital box)라는 기술이다. 암호화는 전자 데이터를 보호하기 위한 해결책으로 여겨져 왔다. 그러나 일단 해커(hacker)가 열쇠를 깨뜨려서 서류를 해독하고 나면, 그가 열쇠 및 암호해독 소프트웨어나 암호해독된 서류를 수많은 사람에게 송부할 수 있으므로, 완전한 해결책은 될 수 없다. 또한 저작권자와 저작물의 이용자간의 관계에서 고려하면, 저작권의 존속기간이 만료하였음에도 불구하고 저작물에 접속할 수 없다는 문제점이 발생한다. 앞서 언급한 바와 같이 암호화에 의한 저작물의 보호는 저작물 자체에 대한 접근을 통제하는 것이기 때문이다. 같은 논리선상에서 저작물의 이용이 공정이용이나 사적이용이 될 수도 있으며, 저작물이 일반인의 공유영역(public domain)에 들어갔음에도 저작물에 접근조차 할 수 없다는 문제점이 제기되고 있다.

3. 저작권 관리정보의 보호

WIPO 저작권조약은 각 계약국이 (i) 저작권자의 허락없이 전자적인 권리관리정보를 제거 또는 변경하거나, (ii) 권리관리정보가 제거 또는 변경되었다는 것을 알고서 저작물이나 저작물의 복제물을 배포, 수입, 일반인에게 방송하거나 전달하는 것에 대하여(행위자가 이러한 행위에 의하여 WIPO 저작권조약이나 베른협약이 보호하는 권리의 침해를 유도하거나 가능·용이하게 하거나 은닉할 것이라는 것을 알아야 함) 적절하고 효과적인 보호를 하도록 하고 있다(제12조). WIPO 실연·음반조약도 이와 동일하게 규정하고 있다(제19조).

DMCA에 의하여 개정된 미국 저작권법은 크게 두 가지로 저작권 관리정보(CMI)를 규율하고 있다. 첫째, 허위(false)의 CMI에 관한 것으로서, 저작권침해를 유도하거나 가능·용이하게 하거나 은닉하기 위하여 허위의 CMI를 제공, 배포 또는 수입하는 것은 금지된다[제1202조 (a)항]. 둘째, CMI의 제거 또는 변경으로서, 저작권자의 승낙이나 법에 의하지 않고서는, (i) CMI를 의도적으로 제거 또는 변경하거나, (ii) 제거 또는 변경되었다는 것을 알면서 CMI를 배포 또는 수입하거나, (iii) 제거 또는 변경되었다는 것을 알거나 저작권침해를 유도하거나 가능·용이하게 하거나 은닉할 것이라는 것을 알면서(또는 알만한 합리적인 이유가 있다면) 저작물이나 저작물의 복제물 또는 음반을 배포, 수입 또는 공연하는 것은 금지된다[제1202조 (b)항].

한국의 컴퓨터프로그램보호법은 저작권 관리정보에 대하여 정의한 후(제2조 제8호) '정당한 권한없이 고의로 전자적인 저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위'를 프로그램저작권을 침해하는 행위로 보고 있다(동법 제29조 제4항 제3호).

저작권 관리정보는 디지털환경하에서 저작권자의 권리를 보호하고 소비자의 이용편익에 일익을 담당할 수 있다. 저작권 관리정보가 보호되지 않는다면 디지털환경하에서의 저작

권자의 권리를 보호한다는 것과 이용자의 원활한 저작물의 이용이 왜곡될 수도 있다. 또한 저작권 관리정보는 저작자의 권리를 확대하는 것도 아니므로 저작물의 이용이 제한되는 것도 아니다. 저작권 관리정보는 WIPO 외교회의에서 디지털의계 중에서 국가간에 가장 논란이 적었던 부분이다. 요컨대 저작권관리정보는 저작물 이용자의 이익을 크게 해치지 않으면서 저작권자를 효과적으로 보호할 수 있는 방법이 될 수 있다. 따라서 저작권법이 이를 규정하지 않을 이유가 없으며, 디지털환경에 조화될 수 있기 위해서는 컴퓨터 프로그램보호법이 규정하고 있는 바와 같이 저작권법도 이를 규정하여야 할 것이다.

4. 저작권 관리정보의 운용원리 및 영향

저작권 관리정보는 왜 필요한가? 어떻게 운용되고 어떠한 역할을 하는가? 그리고 왜 1996년 WIPO 외교회의에서 디지털의계가 되었는가? 이에 대한 종합적인 대답은 미국에서의 저작권 관리정보에 관한 간단한 역사를 고찰함으로써 쉽게 이해될 수 있다. 우선 이에 대한 논의는 디지털 음성테이프(Digital Audio Tape, DAT)로부터 시작된다. 디지털 오디오 테이프는 아날로그 카세트 테이프와 달리 몇 번 복제하였는가에 관계없이 완벽한 음악의 복제물을 만들어낼 수 있다. 이 기술이 시장에 등장하자 미국음반협회(RIAA) 등 저작권자들의 반발은 당연한 것이었고, 이 문제를 해결하기 위하여 제정된 것이 'Audio Home Recording Act of 1992(AHRA)'이다. 이 법은 저작권자와 저작물 이용자간의 타협책으로서 디지털 오디오 기기의 제조 등에 대하여 면책을 인정하지만¹⁶⁾ 디지털 오디오 기기가 복제를 통제할 수 있는 장치를 갖추어야 한다고 규정하고 있다.¹⁷⁾ 복제를 통제할 수 있는 장치가 바로 SCMS(Serial Copy Management System)인데, 제1세대(first-generation)의 복제물은 무한적으로 만들 수 있으나 그 이후 세대의 복제물(제1세대 복제물로부터 만들어진 복제물)은 만들 수 없도록 한 기술이다. 이 경우 SCMS가 적용되는지 여부를 결정하기 위하여서는 특정의 저작물이 저작권에 의하여 보호되는지 여부나 특정의 저작물이 몇 세대의 저작물인지 여부가 표시되어야 했다. 이같은 표시가 저작권 관리정보의 시초가 되므로, 미국은 이미 저작권관리정보에 관한 법적인 기초를 가지고 있다고 할 수 있다. 미국의 1992년 입법은 디지털 음악에 한정된 것에 불과하였으나, 1996년의 WIPO 저작권조약(제12조) 및 실연음반조약(제19조)은 권리관리정보를 모든 저작물과 전세계적으로 확대하게 된 계기가 되었다.

그렇다면 저작권 관리정보는 디지털 시대(digital age)에서 어떤 역할을 할 것인가? 텍스트, 음악, 영화 등의 모든 저작물이 가상공간에서 접할 수 있고, 저작물의 이용에 대해서는 전자화폐로 지급한다고 가정해보자. 우선 이러한 상황에서 저작권 관리정보의 가장 큰 역할은 저작권자와 저작물의 이용자를 매개하는 역할을 하게 될 것이다. 저작권 관리정보에는 저작권자 및 저작물 이용의 조건이 포함되며, 저작권자와 접촉할 수 있는 정보도 포함되어 있다는 것을 고려하여야 한다. 저작권 관리정보의 이러한 역할은 온라인

16) 17 U.S.C. § 1008.

17) 17 U.S.C. § 1002.

상 이용될 수 있는 저작물의 숫자가 증가할수록 더욱 더 커질 것으로 보인다.

또한 저작권 관리정보에 의하여 저작자가 저작물의 이용을 추적할 수 있으므로 저작권관리정보는 저작권을 보호할 것이므로, 저작권법이 추구하는 저작자의 보호에 기여할 것이다. 그러나 공정이용 또는 사적이용에 해당하는 저작물의 이용에 대해서도 사용료를 지급하여야 할 것이므로, 오히려 일반인에 의한 저작물의 광범위한 이용이라는 저작권법의 궁극적인 목적에 역행할 수도 있다.

저작권 관리정보의 가장 큰 피해는 사생활의 침해일 것이라고 지적되고 있다. 저작물을 온라인상 이용하는 경우 저작물이 이용될 때마다 기록이 남게 되고 따라서 가상공간(cyberspace)에서의 저작물 이용자들의 익명성은 완전히 사라질 가능성이 있다. 예컨대 인터넷서점인 Amazon.com을 이용한 적이 있었던 사람이 다시 이 웹사이트를 방문하는 경우, Amazon.com은 쿠키(cookie)라는 기술에 바탕을 두어 이 방문자를 인식하며 과거의 구매에 기초하여 새로운 서적을 권할 정도이다. 따라서 특정 웹사이트를 방문하는 경우, 웹사이트의 운영자는 이용자가 어떠한 파일이나 그림 또는 정보를 원하는지, 특정한 정보를 얼마동안 이용하였는지, 이용자가 어느 웹사이트를 방문하였는지도 추측할 수 있을 것이다. 따라서 저작권 관리정보를 운용하고, 이에 관한 정책방향을 설정하고, 이에 관한 법을 집행하는데 있어서는 저작권 관리정보의 부정적인 측면도 고려되어야 할 것이다.

5. 한국에서의 보호

현재 한국에서 저작권관리정보는 컴퓨터프로그램보호법에서 규정되어 있으며 저작권법 개정안에 나타나 있는 상태이다. 컴퓨터프로그램보호법은 저작권 관리정보에 대하여 '원프로그램 또는 그 복제물에 포함되거나 전송하는 것과 관련하여 나타나는 것으로서, 프로그램, 프로그램 저작자의 권리 및 이에 관하여 독점적으로 복제·배포할 수 있는 배타적 권리와 그 보유자, 프로그램의 사용방법 및 조건에 관한 정보 또는 당해 정보를 나타내는 부호'라고 정의하고(제2조 제8호), '정당한 권한없이 고의로 전자적인 저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위'를 프로그램저작권을 침해하는 행위로 보고 있다(동법 제29조 제4항 제3호). 또한 저작권법 개정안도 권리관리정보에 대한 정의를 내리고(제2조 제21호), 권리관리정보와 관련된 일정한 행위를 침해로 보는 행위로 규정하고 있다(제92조 제2항, 제98조 제5호).

저작권 관리정보는 디지털환경하에서 저작권자의 권리를 보호하고 소비자의 이용편익에 일익을 담당할 수 있다. 저작권 관리정보가 보호되지 않는다면 디지털환경하에서의 저작권자의 권리를 보호한다는 것과 이용자의 원활한 저작물의 이용이 왜곡될 수도 있다. 또한 저작권 관리정보는 저작자의 권리를 확대하는 것도 아니므로 저작물의 이용이 제한되는 것도 아니다. 저작권 관리정보는 1996년 WIPO 외교회의에서 디지털의제 중에서 국가간에 가장 논란이 적었던 부분이다. 요컨대 저작권관리정보는 저작물 이용자의 이익을 크게 해치지 않으면서 저작권자를 효과적으로 보호할 수 있는 방법이 될 수 있다. 따라서

저작권법이 디지털환경에 조화될 수 있기 위해서는 컴퓨터프로그램보호법이 규정하고 있는 바와 같이 이를 규정하여야 할 것이다.

VI. 저작권을 보호하기 위한 기술조치

1. 기술적인 조치의 의미 및 보호

디지털환경하에서 저작권자는 디지털형태로 된 저작물을 보호하기 위하여 광범위한 기술적인 조치(technical measures)를 취하게 마련이다. 기술적인 조치는 저작물의 복제물이 저작권자의 허락없이 복제, 전송, 배포되는 것을 방지할 수 있다. 기술적인 조치의 예로서는 암호화, SCMS (serial copy management systems), 디지털 워터마크 (digital watermark), 디지털 서명(digital signature), 비밀번호(password), 비밀번호가 정확한 것인지 확인하기 위한 프로그램 등을 들 수 있다. 기술적인 조치는 저작권의 침해를 방지하는데 기여할 수 있으나, 기술적인 조치만으로는 저작권이 충분히 보호될 수 없다. 우선 다른 종류의 기술을 사용함으로써 저작권을 보호하기 위한 기술적인 조치를 우회하여(bypass) 저작권을 침해할 수 있기 때문이다. 그러므로 저작물을 보호하는 기술적인 조치를 우회하거나 무력화시키는 기술을 불법화함으로써 기술적인 조치를 보호할 필요성이 있게 된다. 그러므로 기술적인 조치의 보호에 관한 발상은 ①디지털 형태의 내용물(디지털 저작물 또는 디지털 콘텐츠)을 보호하기 위하여 암호화와 같은 기술이 사용되면, ②이 기술을 해제하여 저작권을 침해하는 것이 필연적으로 수반되고, ③따라서 침해를 가능토록 하는 이러한 기술을 규제할 필요성이 있다는 것에 시작된다. 곧 기술적인 조치의 보호는 끊임없이 그리고 신속하게 행하여지는 기술적인 진보들간에 법이 개입하여 저작권을 보호하고자 하는 것이다.

2. 미국의 White Paper 및 WIPO 저작권조약

White Paper는 그 주된 목적이나 효과가 저작권의 배타적인 권리를 좌절시키는 도구 등의 수입, 제조, 배포 등을 금지할 것을 제안하였다.¹⁸⁾ 이같은 제안의 근거로서 작업반은 복제물의 정당한 소유자를 보호하기 위한 것이라고 하였다. 곧 침해로 인한 저작권자의 손해로 인하여 적법한 복제물의 가격은 인상되므로, 저작물을 소비하는 자들이 침해자의 행위에 대하여 대가를 치른다는 것이다. 따라서 저작물이 보호된다면 일반인들은 더 많은 저작물에 접근할 수 있다는 것이다. 또한 White Paper는 기술조치에 관한 조항에 의하여 공정이용이나 일반인의 공유영역에 있는 저작물이 위협될 것이라는 주장을 일축하였다. 곧 공정이용의 원리는 저작권자가 허락없이 저작물에 접근하거나 저작물을 이용하는 것을 허락하거나 이를 용이하게 할 것을 요구하지 않는다는 것이다. 또한 기술조치를

18) "어느 누구든지 (1) 그 주된 목적이나 효과가, (2) 저작권자의 허락없이 또는 법에 의하지 않고서, 저작권의 배타적인 권리의 침해를 금지시키는 (3) 방법, 처리, 장치 또는 시스템을 (4) 회피, 우회, 제거, 작동정지 기타 좌절시키는 (5-1) 도구, 제품, 도구나 제품에 포함된 구성요소를 (6) 수입, 제조, 배포하거나, (5-2) 서비스를 제공 또는 수행할 수 없다." (숫자는 이해의 편의를 위하여 저자가 삽입한 것임)

좌절시키는 도구가 공정이용과 같이 '주로' 합법적인 목적으로 의도되거나 사용되는 경우, 그러한 도구는 이 규정을 위반하지 않는다는 것이다. 왜냐하면 그러한 도구는 법에 의하여 허용되는 예외에 속할 것이라고 설명하고 있다.

1996년의 WIPO 외교회의에서 처음으로 국제무대에 등장한 것으로서는 저작권 관리정보와 기술적인 조치(technical measure)의 보호였다. 저작권을 보호하기 위한 기술조치를 좌절시키는 기술이나 서비스를 규제하기 위한 국제적인 규범을 세우는 것이 WIPO 외교회의에서의 미국의 중요한 디지털 의제였다. 미국은 자국에서 기술조치에 관한 입법을 하더라도 미국 이외의 국가가 이를 규제하지 않는다면 아무런 소용이 없다는 것에 기초하여, 미국은 국제규범을 만들고자 한 것이다. 미국이 WIPO에 제출한 것은 White Paper와 거의 동일한 것이었다. WIPO 전문가위원회(Committee of Experts)의 의장인 Liedes는 미국의 제안과 유사한 초안을 제안하였다(제13조). 기술조치에 관한 규정은 여러 국가들에게 있어서 새로이 접하게 된 저작권법상의 문제였고, 각국의 여러 대표들은 이 규정이 공유영역에 있는 저작물 및 공정이용에 대하여 가지게 될 영향에 대한 근심을 표시하였다. 미국의 White Paper보다 완화된 Liedes 의장의 제안도 거의 지지를 받지 못하는 것에 직면하자, 미국의 대표는 타협책을 모색하였다. 이러한 타협에 의하여 성립한 것이 WIPO 저작권협약 제11조19)의 규정이다.

3. 미국의 DMCA

미국의 DMCA는 기술조치에 관하여 상세한 규정을 두고 있는데(미국 저작권법 제1201조), 미국은 여러 국가가 이행입법을 하는데 있어서 WIPO 저작권조약이 아니라 이 규정을 기준으로 하여 강요하려는 경향이 있다. 미국 저작권법 제1201조는 기술조치에 관하여 기본적으로 세 가지로 규정하고 있다. 곧 (i) 저작물에 대한 접근을 방지하기 위한 기술조치를 좌절시키는 '행위'가 금지되며[1201(a)(1)(A)], (ii) '접근을 통제하는 기술조치'를 좌절시키는 기술 등이 금지되며[1201(a)(2)], (iii) '저작권자의 권리를 보호하는 기술조치'를 좌절시키는 기술 등이 금지된다[1201(b)(1)]. 이러한 규정은 기본적으로 ①저작물에 대한 '접근을 통제'하는 기술조치에 관한 것[1201(a)(1)(A)과 ②'저작권을 보호'하는 기술조치에 관한 것[1201(a)(2), 1201(b)(1)]으로 구분되며, 다른 한편으로는 ①기술조치를 좌절시키는 '행위'의 금지에 관한 것[1201(a)(1)(A), 1201(a)(2)]과 ②기술조치를 좌절시키는 '기술'의 금지에 관한 것으로 구분된다.

미국 의회는 기술적인 보호조치를 좌절시키기 위한 합법적인 이유가 많이 있다는 것을 인식하였고, DMCA 법률안은 '기술조치를 좌절시키는 행위(act of circumvention)'에 관한 여러 예외를 규정하기에 이르렀다. 곧 공정이용의 원리, 비영리 도서관·기록보존소·교육기관 등에 대한 예외, 컴퓨터 및 소프트웨어 산업에 대한 예외, 암호화연구에 대

19) 계약당사국들은 본 조약과 베른협약에 따라 저작자가 권리를 행사하는 것과 관련하여 저작자가 사용하는 효과적인 기술조치와, 저작물에 관하여 저작자가 허락하지 않거나 법이 허용하지 않는 행위를 제한하는 효과적인 기술조치를 좌절시키는 것에 대하여 적절한 법적 보호와 효과적인 법적 구제수단을 제공하여야 한다.

한 예외, 청소년 보호에 관한 예외 및 프라이버시를 보호하기 위한 예외 등이 규정되었다. 이러한 예외조항에 따라 DMCA는 더욱 더 복잡하게 되었으나 디지털경제가 성장하는데 있어서는 좌절을 금지시키는 조항이 가지는 피해는 줄어들게 되었다.

그러나 정보산업 관련 기업이나 단체와 주요 전자제품 회사들은 클린턴 행정부가 제안한 기술조치를 좌절시키는 도구의 금지에 관한 조항(anti-device norm)에 대하여 매우 비판적이었다. 그러나 이들은 의회를 설득하는데 있어서 정치적으로 소진하였고, 다만 도구금지규정의 제한적인 해석에 의회측의 발언에 위안을 얻을 수 있을 뿐이었다. 곧 미국 하원의 여러 입법자료들에 나타난 바에 의하면, 도구금지조항은 좌절을 용이하게 하기 위하여 명시적으로 의도된 '블랙박스(black boxes)'에 대해서만 적용된다는 것이었다. 클린턴 행정부 관리들은 의회증언에서 행정부가 의도한 입법이 WIPO 저작권협약이 요구하는 것 이상이라는 것을 인정하였다. 그러나 기술조치에 관한 광범위한 입법은 다른 국가들이 미국과 유사하게 강력한 법을 채택하는 것을 설득시킬 수 있다고 주장하였다.

4. 기술적인 조치보호의 문제점

저작권을 보호하기 위한 기술적인 조치를 보호한다는 것은 이러한 조치를 좌절시켜 저작권을 침해하거나 저작물에 접근하는 것을 불법화하는 것이다. 이러한 기술적인 조치의 보호는 창조자(곧 저작권자)의 권리와 이용자가 저작물에 접근할 수 있는 권리간의 적절한 균형에 관한 쟁점을 제기한다. 우선 기술적인 조치, 특히 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술을 보호하는 경우 저작권자의 권리가 지나치게 확대되는 것이 아닌가하는 문제점이 발생한다. 예컨대 기술적인 조치를 보호한다는 것은 이용자가 저작물에 접근하기 위한 계약을 체결하게 하거나 사용허락을 받도록 요구하는 것이다. 이것은 계약에 의하여 저작권을 확대시키는 것이라고 할 수 있다. 곧 기술적인 보호조치에 의하여 저작물을 공정하게 또는 사적으로 이용하는 것이 제한되거나 저작권의 존속기간이 만료되는 등을 이유로 하여 일반인의 공유영역(public domain)에 있는 저작물까지도 간접적으로 보호될 수 있어서 저작권이 확대될 수 있다. 이로 인하여 인터넷상에서 저작물의 이용은 감소할 것이고, 저작물의 이용감소는 장기적으로는 새로운 저작물의 창작을 감소시키게 될 것이다. 따라서 저작자에게 창작의 동기를 제공하고 일반인이 저작물을 광범위하게 이용하는 것을 촉진한다는 저작권법이 추구하는 목적이 좌절될 수도 있다.

WIPO 저작권 협약은 저작권자의 권리를 강화하기 위한 것이며, 미국은 DMCA를 입법하면서 WIPO 협약을 이행하기 위한 모델법이 되기를 희망하고 있다. 그러나 WIPO 저작권 협약을 위한 외교회의에서 저작권자를 강력하게 보호하는 미국의 제안이 지지를 거의 받지 못하였다는 점, 기술적인 보호조치를 보호함으로써 이용자의 권리가 약화되어 저작권자와 이용자간의 균형이 깨질 수 있다는 점, 한국에서는 미국과 같이 저작물 이용자를 보호할 수 있는 공정이용에 관한 일반규정이 존재하지 않으며 미국에서조차도 어떠한 행위가 인터넷 환경에서 공정이용이 되는가가 분명치 않다는 점 등을 고려하여야 한다. 특히 저작권자를 강력하게 보호하려는 미국의 DMCA가 접근통제에 관한 기술조치의 좌절

금지에 관한 규정을 2년간 유예하였었고[1201(a)(1)(A)], 발효후에도 매3년마다 접근금지에 관한 규정에 의하여 저작물의 이용자가 저작권법상 침해가 되지 않는 저작물의 이용이 영향을 받는지 여부를 결정할 것을 요구하고 있는 것[1201 (a)(1)(C)]만 보더라도 기술조치의 규정에 관한 쟁점이 미국에서조차도 완전히 해결되지 않았다는 것을 알 수 있다. 따라서 한국에서 기술조치와 관련된 개정이나 새로운 입법을 하는데 있어서, 그리고 이를 적용·집행하는데 있어서는 신중을 기하여야 할 것으로 보인다.

5. 한국에서의 기술조치의 보호

컴퓨터프로그램보호법은 기술조치를 “프로그램에 관한 식별번호, 고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치(제2조 제9호)”라고 정의하고 있다. 금지시키는 대상과 관련하여 “누구든지 상당한 권한없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 것”을 금지함으로써, 행위자체를 금지하고 있다(제30조 제1항). 또한 “누구든지 [상당히] 기술적 보호조치를 무력화하는 기기, 장치, 부품 등을 제조, 수입하거나 공중에 대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적 보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송, 배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 안된다”고 규정함으로써(제30조 제2항, 2001년 개정시 신설조항), 기술이나 도구 등의 거래를 금지하고 있다.

저작권법 개정안도 기술조치를 “저작권 그 밖의 이 법에 의해 보호되는 권리의 침해행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적인 조치”라고 정의하고(제2조 제20호), “정당한 권한없이 기술조치의 제거·변경·우회 등 무력화를 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요부품을 제공·제조·수입·양도·대여·전송하는 행위는 저작권 그 밖의 이 법에 의해 보호되는 권리의 침해로 본다”고 규정하고 있으며(제92조 제2항), 이에 대해서는 형사적인 구제수단을 제공하고 있다(제98조 제4호). 기술조치를 한국에서 보호함에 있어서 앞으로 예상되는 쟁점은 접근을 통제(access control)하는 기술조치까지도 보호할 것인가, 기술조치의 보호에 대한 예외를 어느 정도까지 규정할 것인가 등이다.

VIII. OSP의 저작권 침해에 대한 책임

1. OSP의 의미

인터넷 서비스제공업자(Internet Service Provider, ISP)는 모뎀(modem)에 의하여 인터넷과 연결된 컴퓨터 또는 컴퓨터 네트워크에 접속시켜주는 자, 곧 인터넷에 접속시켜주는 자를 의미한다. 인터넷에 대한 직접적인 접속은 많은 비용이 소요된다. 따라서 직접 접속은 정부, 대규모업체, 대학 등에 한정되며, 개인이나 소규모업체는 ISP를 이용하게 된다. ISP는 접속에 대하여 요금을 부과하는 상업업체이지만 무료 또는 저렴한 가격으로 인터넷에 접속하도록 하는 비영리기관도 있다. ISP는 콘텐츠 제공자 및 온라인 서

비스제공업자와 구별된다. 콘텐츠 제공자(Content Provider, CP)는 인터넷상에서 콘텐츠를 송신하고 타인이 이용할 수 있도록 하는 자로서, 콘텐츠 제공자는 전자우편, 뉴스그룹, 대화방 등을 이용함으로써 인터넷에 접속할 수 있는 자라면 누구든지 CP가 될 수 있다. 또한 CP는 자신의 서버를 운영할 필요도 없으며 타인의 서버 공간을 빌리거나 온라인 서비스(online service)를 이용하여 홈페이지를 만듦으로써 CP가 될 수 있다. 그러나 저작권법과 관련하여 논의되는 CP는 주로 자신의 서버를 운영하면서 콘텐츠를 타인이 검색하여 이용할 수 있도록 하기 위하여 콘텐츠를 인터넷에서 이용가능하게 하는 자, 특히 인터넷상에서 상업적으로 콘텐츠를 판매하는 자를 의미한다. 온라인 제공업자(Online Service Provider, OSP)는 인터넷에 대한 접속 및 전자우편, 대화방, 검색엔진, 콘텐츠 등의 온라인 서비스를 가입자(subscriber, 이용자)에게 제공하는 자이다. OSP는 자신의 네트워크상에서 자신의 콘텐츠를 제공할 뿐만 아니라 인터넷상의 더 많은 자원(resources)으로 연결시켜주기도 한다. 따라서 OSP는 ISP 및 CP보다 넓은 개념으로서, OSP는 동시에 ISP 및 CP가 되는 것이 일반적이므로, 이 글도 OSP 및 CP를 포함하는 개념인 OSP를 사용하기로 한다.

2. OSP의 저작권 침해 책임의 문제점

OSP는 일정한 콘텐츠(contents)를 제작하여 가입자가 이를 이용될 수 있게 하거나 제3의 서버에 접근할 수 있는 도구로서 역할을 한다. 일반적으로는 양자의 기능을 모두 행하는 것이 원칙이다. 또한 이러한 기능과 관계없이 OSP는 통신시설의 네트워크를 만들어 운영하거나, 네트워크가 운영될 수 있는 소프트웨어를 작동시키거나, 가입자에게 인터넷에 접근을 시켜주는 등 체계상의 기능(system function)을 수행하고 있다. 이러한 역할이나 기능과 관련하여 OSP가 저작권법상 어떠한 책임을 질 것인지 쟁점이 되고 있다.

우선 저작권과 관련된 OSP의 책임을 논하기 위해서는 OSP를 통하여 온라인 서비스를 이용하는 자(subscriber)의 행위를 논하여야 한다. OSP의 가입자들은 OSP가 제공하는 서비스에 의하여 인터넷에 접속할 뿐만 아니라 전자우편, 대화방, 홈페이지나 BBS를 운영할 수 있다. 인터넷환경 또는 디지털환경하에서는 이들 OSP 가입자들, 곧 인터넷 이용자들이 의하여 저작권은 매우 용이하게 침해된다. 이들 가입자들은 저작권법을 알지 못하거나 자신의 저작권 침해가 밝혀지지 않을 것이라고 생각하여 저작권을 의도적으로 침해하기도 한다. 예컨대 저작권으로 보호되는 타인의 자료를 BBS나 대화방에 올리거나, 자신의 홈페이지에 올려놓거나, 전자우편에 의하여 송신하는 경우, 이들이 저작권을 직접 침해한다는 데에는 이론(異論)이 있을 수 없다. 또한 인터넷상에서 저작물을 다운로드 받는 것도 저작권의 침해가 되는 것은 당연하다. 미국음반협회(RIAA)가 인터넷상에서 무료 MP3 파일을 배포하는 웹사이트 운영자에게 배포를 금지하라고 개별적으로 통지하거나 직접 소송을 제기하는 등 저작권자들은 이들 가입자들로부터 저작권 침해를 방지하기 위한 노력을 한다. 그러나 저작권을 침해하는 자(저작물을 인터넷에 올리는 자)의 신원은 보통 익명이며, 저작물을 받아봄으로써 저작권을 다시 침해하는 자의 숫자도 무수

히 많고 전세계 각지에 소재하게 된다. 침해자의 신원이 밝혀지더라도 손해배상을 받기 위한 비용이 손해배상액보다 더 많이 소요되므로 저작권자가 직접침해자에 대하여 법적 대응을 하는 것은 비현실적이다. 요컨대 저작권자가 직접 침해자에 대하여 대응하는 것이 불가능하거나, 가능하더라도 현실적이지 못하다. 저작권자들은 인터넷상에서 침해를 방지하고 침해가 발생하는 경우에는 배상을 받기를 원한다. 저작권자들의 이러한 목적을 달성할 수 있는 방안으로 논의되는 것이 온라인 서비스를 제공함으로써 가입자의 직접적인 침해를 가능토록 한 OSP이다.

OSP의 저작권법상의 책임을 정하는 문제는 인터넷의 지속적인 발전을 위하여 해결되어야 하는 핵심적인 요소 중의 하나이다. OSP의 저작권법상의 책임은 OSP, 가입자, 기타 콘텐츠 제공자의 관여 또는 책임에 따라 결정되는 복잡한 문제이다. 또한 OSP의 책임을 정하는 것은 전자적인 전송을 감시해야 하는 실무상·기술상의 어려움도 포함하는 문제이다. 저작권의 침해와 관련하여 OSP가 저작권이 있는 저작물을 직접 인터넷에 올려놓는 경우 OSP가 저작권 침해에 대하여 책임을 진다는 것은 아무런 문제가 되지 않는다. 그러나 OSP의 가입자가 저작물을 인터넷에 올려놓는 경우 가입자의 행위에 대하여 OSP가 책임을 질 것인가에 대해서는 문제점이 발생할 수밖에 없다.

3. White Paper 및 WIPO 외교회의

미국의 1995년 White Paper는 기본적으로 가입자의 저작권 침해에 대하여 OSP가 책임을 부담하여야 한다는 입장을 취하고 있는데, 그 책임근거를 자세히 고찰할 필요성이 있다. 첫째, 침해가 의도적이고 반복되는 경우 또는 침해행위를 실제로 알고 있었고 그러한 행위를 중지시킬 수 있는 능력과 권한을 가지는 경우에만 책임을 부담하여야 한다는 것은 미국법상의 기여책임과 대위책임의 요건을 합친 것인데, 이러한 책임기준의 변경은 저작권법을 벗어나는 것이다.

둘째, White Paper는 수많은 메시지와 파일이 네트워크를 통과하므로 전송되거나 올려지는 파일을 검토하는 것은 사실상 불가능하다는 것을 인정하고 있으나, OSP만 이같은 입장에 있는 것은 아니다. 곧 서적판매상이 모든 서적을 읽는 것은 아니며, 음반판매점이 음반을 모두 듣는 것도 아니며, 컴퓨터 소프트웨어 소매상이 프로그램을 모두 분석하는 것은 아니지만, 이들이 거래하는 저작물의 복제물이 저작권을 침해한다면 엄격책임을 질 수 있다.

셋째, 저작권을 침해하는 파일과 그렇지 않은 파일을 구별할 수 없으며 파일의 제목이 제거되거나 변경된 경우에는 저작권 침해파일을 찾아내는 것이 더욱 어렵더라도, OSP의 네트워크에 있는 침해파일의 존재를 통지받으면 이를 조사하여 적절한 조치를 취하여 책임을 감소시킬 수 있다.

넷째, OSP는 정보인프라를 발전시키는데 있어서 중요한 역할을 하고 아이디어를 자유로이 교환하는 것을 촉진시키지만, 이것이 저작권 침해책임을 제거하거나 경감시키는 것은 아니다.

다섯째, OSP만이 가입자의 신원과 행위를 알 수 있고 불법적인 행위를 정지시킬 수 있는 지위에 있다.

여섯째, OSP는 가입자로부터 가입비를 지급받으며, 가입자의 침해행위로 인한 책임을 질 위험을 부담하는 것은 OSP가 가입비를 지급받으며 행하는 영업의 정당한 비용이다. 따라서 OSP는 책임을 부담할 위험을 감소시키는 관행과 주의조치를 취하여야 한다.

일곱째, OSP는 가입자의 침해행위를 알지 못하므로 책임을 부담하지 않아야 한다고 주장한다. 그런데 미국 저작권법상 침해자가 고의가 아닌 경우에는 손해배상의 감액을 허용하고 있고, OSP도 이 규정에 의하여 보호를 받을 수 있다.

이같은 근거에 따라 White Paper는 OSP의 책임을 감경하는 것이 시기상조라고 결론을 내렸다. 전화회사와 같이 전화선과 도구만을 제공하는 회사가 시스템상에 누가 있는지 그리고 무엇이 있는지 알 수 없는 경우에는 책임을 면제할 수 있다고 주장할 수 있다. 저작권을 침해한다는 것을 모르고서 암호화된 가입자의 침해자료를 전송하는 OSP에 대해서도 전화회사와 같은 논리가 적용될 수 있으나, White Paper는 간접적으로 이를 부인하고 있다. 곧 OSP는 OSP의 설비 및 설비에 있는 저작물을 가입자가 이용하는 것에 대한 이용료를 지급받으며 이용료를 지급하지 않는 가입자에 대해서는 서비스의 제공을 중단할 수 있다. 또한 법을 위반하는 가입자에 대해서도 서비스의 제공을 중단할 수 있다. 따라서 OSP의 책임을 면제하거나 감경하는 것은 OSP 및 저작권자에 대한 책임 위험을 감소시키기 위하여 사용될 수 있는 시장기구, 곧 가입자에 의한 침해를 방지하도록 하거나, 침해 책임을 직접침해자인 가입자에게 전가시키거나, 저작권침해에 대하여 가입자에게 교육을 시키거나, 기술적인 보호조치를 취할 수 있는 등의 시장기구의 발전을 저해할 것이라고 하였다.

1996년 12월의 WIPO 외교회의에서 OSP를 저작권 침해에 대한 감시자의 역할을 맡기려는 것이 미국의 디지털 의제였다. WIPO 외교회의에서 OSP의 책임에 대한 문제는 사실상 임시적인 복제의 개념과 함께 논의되었다. 곧 미국은 임시적인 복제에 대한 저작권자의 권리를 인정하고자 하였고 유럽의 대표도 이를 강력하게 지지하였다. 임시적인 복제물에 대하여 저작권자의 권리를 인정한다면 OSP와 같이 인터넷상의 중간과정에 있는 기관이 엄격 책임을 지게 될 것이다. 그러나 임시적인 복제 부분에서 논의한 바와 같이 임시적인 복제에 대해서는 WIPO 외교회의에서 합의가 이루어지지 않음으로써, 조약화되지는 못하였다.

4. DMCA

미국은 1998년의 DMCA에 의하여 저작권법 제512조에서 OSP에 대한 책임을 규정하였다. 제512조는 기본적으로 OSP가 OSP의 정의 규정에 해당하고 저작권자가 저작물을 보호하기 위한 일정한 법적 요건을 충족하는 한도에서 OSP의 책임을 면제해 주고 있다. 따라서 DMCA는 디지털 네트워크 환경에서 OSP와 저작권자가 협력하여 저작권 침해를 탐지하여 이에 대하여 대처하도록 하는 동기를 제공하려는 것이다. OSP의 입장에

서 본다면 OSP가 자신의 시스템에서 행하여지는 저작권의 침해를 방지하고 침해파일을 제거할 동기를 제공한다. 이 규정은 OSP의 네트워크에 올려져 있는 자료에 대한 OSP의 직접, 기여, 대위책임과 관련하여 통신산업과 콘텐츠 제공산업간의 타협을 반영하는 것이다.

제512조는 OSP의 침해책임이 면제되는 네 가지 경우(safe harbour), 곧 네트워크상에서의 수동적인 디지털통신, 네트워크상에서의 임시적이며 중간과정의 저장, 이용자의 지시에 의한 자료의 저장, 정보검색의 제공에 대한 면제 등을 규정하고 있다[512 (a), (b), (c), (d)]. OSP는 이 규정에 의하여 1차적으로 침해에 대한 방어를 할 수 있으며, 이에 해당하지 않는 경우 공정이용 등과 같은 일반적인 저작권법상의 방어수단을 이용할 수 있다. 또한 네 가지 면제조항에 해당하지 않는 경우에도 OSP가 침해책임을 지기 위해서는 저작권법상의 침해요건을 갖추어야 한다. OSP가 네 가지 중의 면제조항에 해당하면 직접, 기여, 대위침해에 기인한 금전적인 손해배상책임을 지지 않으며, 원칙적으로 금지명령도 제한된다[512 (j)]. OSP가 이러한 보호를 받기 위해서는 OSP의 정의에 해당하여야 하며[512(k)] 보호를 받기 위한 요건에 해당하여야 한다[512(i)].

5. OSP의 책임

가입자의 저작권 침해행위로 인한 OSP의 책임에 대하여 미국에서는 White Paper가 OSP의 책임을 지지하였으나, 법원은 대체로 직접책임을 부정하는 입장이며 기여책임이나 대위책임의 가능성만 인정하고 있는 상태라 할 수 있다. 학자들간에도 찬·반의 입장이 대립되어 있는 실정이다. 또한 DMCA는 가입자에 의한 저작권 침해의 감시자의 역할을 OSP에게 부여하였으나, DMCA가 OSP의 책임을 모두 해결하는 것은 아니다. OSP는 인터넷의 발전 및 정보화 사회에 필수적인 존재이다. 따라서 OSP의 책임에 관한 명시적인 규정이 아직 없는 한국에서도 책임을 명확하게 할 필요성이 있다. 현재 민법상의 불법행위에 따라 제3자가 책임을 지는 것은 민법상의 교사·방조에 의한 공동불법행위책임(제760조 제3항)과 사용자책임(제756조)이므로, OSP에게 책임을 부과하는 것은 현행법상 불명확하다.

OSP의 책임을 논하는데 있어서는 OSP의 시스템을 통과하는 모든 통신을 OSP가 감시하는 것이 기술적으로 가능한가, 아니면 기술적으로 가능하더라도 적절한가를 고려하여야 한다. 우선 OSP의 수동적인 역할을 고려하여야 한다. OSP는 가입자의 요청에 따라 자동적으로 그리고 기계적으로 저작권이 있는 자료를 복제하고 배포한다. 가입자는 OSP의 컴퓨터에게 자료를 복제하고 저장하라고 지시함으로써 웹페이지에 자료를 올려놓을 수 있다. 그러면 OSP의 컴퓨터는 이용자가 가입자의 웹페이지를 볼 때마다 자료를 복제하여 인터넷을 통해 이 복제물을 이용자에게 송신한다. 가입자가 인터넷으로부터 정보를 다운로드받는 경우 언제든지 OSP는 정보가 존재하는 컴퓨터로부터 자료의 복제물을 수령하여 이를 가입자에게 송신한다. OSP의 이같은 행위는 저작권의 배타적 권리인 복제권, 배포권, 송신권 등을 침해한다고 보아야 하지 않는가? 따라서 저작권을 침해하

는 가입자에게 기본적인 인터넷 서비스를 제공함으로써 OSP는 저작권을 직접 침해하였으므로 침해책임을 져야한다고 주장할 수 있다. 미국의 Frena 케이스가 이 논리를 수용하고 있으나, 다른 케이스들은 이 논리를 수용하고 있지 않다.

그러나 가입자의 요청에 의한 저작물의 자동적인 복제와 배포로 인하여 OSP가 직접 책임을 지도록 한다면 책임이 무한정 확대되는 결과에 이르게 된다. 인터넷의 운용에는 저작권이 있는 자료의 수동적인 복제 또는 배포가 수반될 수밖에 없다. 인터넷의 이용자가 어떤 파일을 보고자 한다면 그 파일이 위치해 있는 컴퓨터는 그 파일을 복제하여 이를 이용자에게 송신한다. 패킷 스위칭(packet switching)이라는 기술이 사용됨으로써, 이 파일은 파일이 위치해 있는 컴퓨터에서 이용자의 컴퓨터로 직접 송신되는 것이 아니라 인터넷에 연결되어 있는 수많은 중간과정의 컴퓨터(router)를 통하여 송신된다. 각 컴퓨터는 제3자의 요청에 의하여 최소한 파일의 일부분을 복제하여 이를 다음의 컴퓨터로 송신하게 된다. 이 과정에서 OSP는 저작권이 침해되는 과정에서 매우 수동적인 역할에 한정된다. 뿐만 아니라 패킷 스위칭에 의하여 디지털방식에 의한 개별적인 파일의 다발(digital packet)이 통과하는 모든 경로를 OSP가 감시하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 Frena 케이스의 논리가 적용된다면, 저작물이 송부되는 과정에 있는 모든 컴퓨터의 소유자들은 저작권 침해책임을 지게 된다. 따라서 가입자의 행위에 의하여 OSP가 직접 책임을 부담한다는 것은 적절치 못하다는 결론에 이르게 된다.

그러나 가입자의 저작권 침해행위로 인한 OSP의 책임을 부정하여야 한다고 결론을 내릴 수는 없다. 왜냐하면 OSP의 시스템이나 네트워크에서 행하여지는 저작권 침해를 OSP가 가능한 한 방지토록 함으로써 한편으로는 저작권자를 보호하고 다른 한편으로는 저작물이 인터넷을 통하여 많이 이용되도록 하여야 하기 때문이다. OSP에게 저작권 침해에 대한 책임을 어느 정도 부과함으로써 저작권의 침해를 예방 또는 방지하기 위한 노력을 OSP에게 요구하는 것은 다음과 같은 이유에서 매우 설득력이 있는 것이다. 첫째, OSP가 저작권 침해위험을 경감시킬 장치나 기술을 개발할 동기를 가지도록 하기 위하여 저작권 침해에 대한 책임을 부과시킬 필요성이 있다. 예컨대 정보가 송·수신되는 출발점과 종착점에서 저작권을 보호할 수 있는 암호화기술에 의한 도구 등을 이용할 수 있다. 저작권자는 자신의 저작물에 디지털방식에 의하여 자신의 저작물임을 표시할 수 있으며, 이에 따라 OSP는 저작권 침해자를 찾아낼 수 있다. 이같은 기술은 저작권 침해를 방지할 수 있으며 기존의 저작권법을 인터넷상으로도 집행할 수 있도록 해 준다. OSP에게 저작권 침해책임을 어느 정도 부과시킨다면, 이러한 종류의 기술개발은 더욱 촉진될 수 있다. 둘째, OSP는 이해당사자 중에서 저작물의 침해를 가장 잘 파악할 수 있으며 침해를 통지받은 후 침해자료를 제거할 수 있는 위치에 있으므로, OSP에게 침해를 예방하거나 방지하는 역할을 부여할 필요성이 있다.

따라서 OSP에 대해서는 책임을 부과할 필요성이 있으나, 다만 책임을 부과함에 있어서는 OSP가 자신의 시스템이나 네트워크상에서 존재하는 저작권 침해자료를 인지 또는 통제하지 못할 수도 있으며, 디지털전송을 위한 수동적인 전달자라는 사실을 인정하여야

할 것이다. 따라서 OSP에게 엄격책임을 부과하는 것은 바람직스럽지 못하다. 따라서 한국에서의 OSP의 책임에 대한 입법은 일정한 경우, 예컨대 OSP의 역할이 완전히 수동적인 것에 한정되거나 저작권을 보호하기 위한 조치를 준수한 경우에는 저작권 침해에 대한 면제를 허용하여야 할 것이다. 또한 저작권 침해사실을 저작권자로부터 통지받은 경우에는 OSP가 이를 처리할 수 있는 절차를 마련하여야 할 것이다.

6. 한국에서의 규제

OSP의 책임에 대하여 저작권법 개정안은 이에 대한 정의를 하고(제2조 제22호), 제77조의 2조 및 제77조를 신설하여 규정하고 있으며, 컴퓨터프로그램보호법도 이를 규정하고자 하고 있다. 저작권법 개정안은 저작물의 온라인 유통에 따른 온라인서비스제공자의 면책요건을 규정하고 권리소멸 및 이의제기 등 서비스중단을 위한 절차 등을 신설하는 내용을 담고 있다. 우선 OSP를 '다른 사람이 저작물 또는 실연·음반·방송·편집물을 복제 또는 전송할 수 있도록 무선 또는 유선통신을 위한 설비 또는 서비스를 제공하는 자'라고 정의하고 있다(제2조 제22호).

책명의 제한과 관련하여 (i) 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제 또는 전송이 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해한다는 사실을 알지 못하고 알지 못하는데 과실이 없는 경우, (ii) 다른 사람에 의한 저작물의 복제 또는 전송이 저작권을 침해한다는 사실을 알고 즉시 당해 복제 또는 전송을 중단시킨 경우, (iii) 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우, OSP는 저작물 등의 복제 또는 전송과 관련된 설비 또는 서비스를 제공한 것과 관련하여 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 책임을 지지 않도록 하고 있다(제77조의2).

'권리주장자'는 OSP의 설비 또는 서비스를 이용하여 복제 또는 전송되는 저작물에 대하여 당해 저작물의 권리자임을 소명하여 온라인서비스제공자에게 당해 저작물의 복제 또는 전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다(제77조의3 제1항). OSP는 저작물을 복제 또는 전송하는 자에게 지체없이 제1항의 규정에 의한 요구사실을 통보하여야 하며, 저작물의 복제 또는 전송을 중단시키는 조치를 하여야 한다(제2항). 이에 의한 통보를 받은 자가 자신의 복제 또는 전송이 정당한 권한에 의한 것임을 소명하여 복제 등의 재개를 요구하는 경우 OSP는 대통령령이 정하는 바에 따라 재개요구 사실 및 재개 예정일을 권리주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제 등을 재개하여야 한다(제3항). 제2항 및 제3항에 따라 당해 저작물의 복제·전송을 중단시키거나 재개한 경우에는 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대하여 책임을 지지 않도록 하고 있다(제4항). 제2항 및 제3항에 의한 저작물 등의 복제 또는 전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 이로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다(제5항).

OSP의 책임면제에 관한 입법은 권리주장자와 복제·전송자간에 권리관계를 균형시키는 것이 필수적이며, OSP가 저작권 침해로 감시하기 위한 인센티브를 제공하는 것이 필요하며, 저작권 침해에 대한 직접책임을 면제하여야 할 것으로 보인다.

VIII. MP3의 문제

1. 인터넷상에서의 음악저작물의 배포와 MP3

웹상에서 음성이나 화상을 전송하는 방식으로는 (i) 스트리밍(streaming) 방식과 (ii) 디지털방식에 의한 전송을 들 수 있다. 스트리밍 기술은 청취·시청을 위한 파일의 필수적인 부분을 연속적으로 다운로드받을 수 있도록 하는 기술로서, 다운로드가 완료되지 않고 계속 진행되는 동안 청취·시청하는 것이 가능하다.²⁰⁾ 스트리밍을 인터넷방송과 유사하다고 하거나 웹상의 방송(webcasting)이라고도 하는 것은 웹상에서 데이터를 전송하는 것이 라디오나 TV 방송과 유사하기 때문이다. 스트리밍에 의한 전송은 수신자, 곧 다운로드를 받는 자의 컴퓨터에 영구적인 복제물(permanent copy)이 만들어지지 않으며 음질도 CD보다는 떨어진다. 음악을 디지털방식에 의하여 다운로드받는 방식은 a2b, realaudio, Liquid Audio, Windows Media Audio, MP3 등이 있는데, 현재 가장 많이 사용되고 있는 것이 MP3(MPEG 1 layer 3)²¹⁾이다. MP3를 가장 강력하게 만든 것은 MP3에 의하여 거의 완벽한 디지털 복제물을 만들 수 있으므로, MP3에 의한 음질이 CD의 것과 거의 구별되지 않는다는 사실이다.

냅스터 시스템(Napster system)은 각 이용자들의 하드드라이브에 있는 MP3 파일을 다른 이용자와 직접 공유하는 것으로서 '동료간의 파일공유[peer-to-peer(P2P) file sharing]'라 불린다. 냅스터 시스템은 기본적으로 (i) 각 개인의 컴퓨터에 저장되어 있는 MP3 파일을 다른 냅스터 이용자가 복제할 수 있도록 하고, (ii) 다른 이용자의 컴퓨터에 저장되어 있는 MP3 음악파일을 검색할 수 있도록 하며, (iii) 다른 이용자의 MP3 파일의 복제물을 인터넷을 통하여 전송할 수 있도록 하는 것이다.

2. 냅스터 판결 및 화해

미국의 제9연방항소법원(9th Cir)은 2001년 2월 12일 MP3 파일을 공유하는 서비스를 제공하는 냅스터(napster.com)가 사실상 정지되어야 한다는 판결을 내렸다.²²⁾ 이

20) 거의 모든 스트리밍 기술방식은 최소한 두 가지의 구성요소를 요구하는데, 하나는 화상·음성·멀티미디어 등의 컴퓨터파일을 스트리밍 방식으로 변환시키는 소프트웨어이고 다른 하나는 수신컴퓨터가 스트리밍 방식으로 변환된 파일을 청취·시청하기 위한 소프트웨어이다.

21) MP3 음성압축방식은 1992년 Fraunhofer Institute Germany에 의하여 처음으로 개발되었으나, MP3가 효과적으로 사용될 수 있는 56kbps 모델이 광범위하게 사용된 1998년에 이르러서야 역시 광범위하게 사용되기 시작하였다. MPEG(Moving Picture Experts Group)은 음성 및 시각 매체물 디지털방식으로 전환시키기 위한 표준을 만드는 그룹으로서, DVD나 DirecTV와 같은 표준도 만들고 있다.

22) 239 F.3d 1004(9th Cir. 2001).

판결은 MP3의 등장에 위협을 느낀 음반회사들이 1999년 12월 냅스터에 대하여 저작권의 기여침해 및 대위침해를 주장하며 소송을 제기한 것으로부터 시작되었다.²³⁾ 이 소송에서 음반회사들은 냅스터가, 저작권자의 명시적인 허락없이, 저작권이 있는 음악을 복제·내려받기·올리기·전송·배포하는 것을 금지하거나 타인의 이러한 행위를 돕는 것을 금지시키기 위한 임시금지명령(preliminary injunction)을 구하였다. 이에 대하여 연방제1심법원은 2000년 7월 26일 임시금지명령을 허용하는 판결을 내렸다. 제9연방 항소법원은 2000년 7월 28일 제1심법원의 임시금지명령의 집행을 중지하였으며,²⁴⁾ 드디어 2001년 2월 12일 MP3에 관한 판단을 하게 된 것이다. 항소법원은 우선 냅스터 이용자들이 CD에 있는 음악을 MP3 파일로 변환시킨 후, 냅스터 시스템에 의하여 MP3 파일을 공유하는 행위, 곧 MP3 파일을 인터넷에 올려놓는 행위와 이를 내려받는(다운로드받는) 행위는 공정이용(fair use)에 해당하지 않으며, 따라서 저작권의 복제권 및 배포권이 침해된다고 판시하였다. 이 판결의 핵심적인 사항은 냅스터 이용자에 의한 저작권의 직접침해에 기하여 MP3 파일을 교환 또는 공유하도록 하는 서비스를 제공한 냅스터社가 기여책임 및 대위책임을 진다는 것이었다.

냅스터와 음반회사들은 2001년 9월 24일 음악출판자 및 작사·작곡자와 진행중이었던 소송을 종료하기 위하여 2,600만 달러를 지불하기로 예비적으로 합의하였다. 그러나 음반회사들이 여전히 냅스터에 대하여 소송을 진행하고 있기 때문에, 이러한 합의에 의하여 냅스터를 둘러싼 모든 소송이 사라진 것은 아니었다. 협상의 조건에 의하면 콘텐츠 소유자들에게 냅스터가 지불할 로열티 중 1/3을 음악출판권자가 받게 되며 나머지 2/3는 음반회사가 받기로 되어 있다. 이러한 화해경과는 정치권의 권고가 중요한 역할을 할 것으로 알려지고 있다.²⁵⁾ 양자간의 화해는 그 앞날이 그리 순탄치만은 않다. 왜냐하면 화해는 개별적인 음악출판자들 및 연방법원에 의하여 승인을 받아야 하는데, 몇 개월이 걸릴 수도 있기 때문이다.

3. MP3 문제의 해결을 위한 접근방법

MP3에 의한 음반의 판매감소로 인한 손해 및 다운로드시장에서의 손해가 발생하느냐의 논란과 손해가 발생한다면 그 손해가 얼마인가에 대한 논란은 아무런 가치없는 논쟁일 수 있다. MP3라는 기술이 개발되고 MP3가 광범위하게 이용되고 있었다는 사실은 CD를 중심으로 하는 음반시장 외에 디지털방식에 의한 다운로드시장이 형성되고 있다는 것을 의미한다. 곧 무료로 의한 음악의 획득과 기존의 음반시장에서의 유료에 의한 음악의 구입간의 간격을 MP3에 의한 다운로드시장이 메꾸는 것일 뿐이며, 냅스터나 소리바다의 예에서 볼 수 있다시피 이러한 시장은 앞으로 급속도로 확대될 것으로 보인다. 따라서

23) 114 F.Supp.2d 896(N.D. Cal. 2000).

24) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 2000 WL 1055915 (9th Cir. 2000)(이하 냅스터 케이스).

25) Napster reaches settlement with publishers, <http://news.cnet.com/news/0-1005-200-7283716.html>.

MP3 문제를 해결하는데 있어서는 CD에 의한 음반시장으로부터 기술의 진보에 의하여 인터넷상의 디지털 다운로드시장으로의 음악시장이 필수적으로 옮겨가는 현상을 고려하여야 한다.²⁶⁾

그룹 이글스(Eagles)의 멤버였던 헨리(Henley)는 미국 상원의 법사위원회에서 "인터넷상에서 유용하게 배포시키는 시스템을 제거하기 위하여 소송이 이용되어서는 안된다"고 증언하였다.²⁷⁾ 이러한 지적은 한국에서 특히 적절한 것으로 보인다. MP3에 관한 문제는 법이 기술을 따라가지 못함으로써 발생하는 것이고, 바로 여기에 법적 판단 이외에 정책적인 판단을 할 필요성이 있기 때문이다. 또한 미국과 달리 한국에서는 현재 형사책임이 민사책임보다 먼저 논하여졌다. 현행 저작권법상 저작권 침해에 대해서는 민사책임과 형사책임이 모두 인정되는데, 그 판단기준은 다르다. 인신구속과 관계되는 형사책임에 있어서는 책임의 인정기준이 민사책임보다 월등히 높다. 따라서 O.J. 심슨사건에서와 같이 민사상으로는 책임이 인정되지만 형사책임이 부정되는 것이 얼마든지 가능하기 때문이다.

MP3 파일의 공유가 현행법상 저작권 침해가 된다고 해석되더라도 법에 의한 해결은 피하여야 할 것으로 보인다. 그렇다고 MP3 파일의 공유가 무료로 전면적으로 허용되어야 하는 것은 아니다. 우선 MP3 파일을 인터넷상에서 '무료'로 배포하거나 다운로드 받는 것은, 현행법의 적용에 관한 해석을 떠나서, 정책적인 측면에서 허용되어서는 안되기 때문이다. 곧 저작권법의 기본적인 토대는 저작자에게 독점적 권리에 기초한 경제적인 보상을 제공함으로써 저작물이 많이 창작되도록 하기 위한 인센티브를 제공함으로써 일반이용자들이 저작물의 이용에 따른 혜택을 받도록 하는 것이다. 앞으로 급속하게 확대될 다운로드시장에서 MP3 파일에 의하여 저작물이 무료로 이용될 수 있다면 저작물의 창작을 억제할 것이고, 이것은 결국 일반인들이 이용할 수 있는 저작물의 감소를 의미한다. 따라서 사회전반적으로 부(負)의 효과를 가져오는 MP3 파일의 무료에 의한 전면적인 공유는 허용되지 않아야 한다.

법에 의한 해결에 의존하지 않는다면 MP3 파일의 공유와 관계된 모든 관계자에게 도움이 되도록 '화해'에 의하여 해결하는 것이 가장 적합할 것으로 보인다. 만약 화해에 의하지 않고 냅스터의 판결내용이 요구하는 바와 같이 MP3 파일의 공유를 가능케하는 웹사이트를 폐쇄하는 조치를 취하하더라도, 현행의 음반가격과 무료의 MP3간에 간격이 좁혀지지 않는 한, MP3를 공유하기 위한 웹사이트가 계속 개설될 것이다. 따라서 웹상에서 MP3 파일을 불법적으로 제공하는 사이트를 전면적으로 폐쇄하는 것은 현실적으로 불가능하다. 주요 검색엔진들이 MP3 검색을 위한 특별서비스를 제공해왔고, MP3라는 단어가 검색엔진에서 가장 많이 사용되는 용어라는 사실은 이를 잘 설명하고 있다. 현재 미국에서는 냅스터가 화해를 하기 위한 제안을 하고 있는 상태인데, 다만 음반회사측이 냅스터 판결로 인한 유리한 협상지위를 이용하여 냅스터를 완전히 제거하거나 음반회사에게 매우 유리한 협상조건을 받아들이도록 하기 위하여 화해가 성립되지 않는 것으로 보인다.

26) 인터넷을 통한 다운로드시장의 확대는 음반판매의 축소와 가격하락을 필연적으로 수반할 수밖에 없다. 기술의 진보에 의하여 음반이 여전히 고가(高價)임에 반하여 무료로 MP3를 이용할 수 있다고 생각하는 소비자층이 증가함에 따라서 가격하락을 촉진할 가능성이 있다.

27) Napster Copyright Fight Goes to Hill, Washington Post Online, Apr. 4, 2001.

화해에 의한 해결의 내용은 'MP3 파일 공유의 유료화'이어야 할 것이다. 한국에서의 유료화에 대한 결심들은 아직도 많은 네티즌들이 유료화를 주저하고 있다는 점이다. 그러나 기존의 음반시장이 아니라 다운로드시장이 음악을 배포하는 주된 시장이 될 경우, 그 사정은 달라지게 될 것이다. 이러한 유료화에 의하여서만 저작권자의 손실을 보장해 줄 수 있다. 유료화 방법의 예로서는 강제허락 내지 포괄적 사용허락에 의하여 인터넷을 통하여 음악을 판매하고, 판매한 음악에 대한 로열티를 집중관리기구에서 저작권자에게 배분하는 것을 들 수 있다. 유료화하는 경우 그 가격은 시장논리에 따라 결정될 것이다. 예컨대 다운로드시장과 기존의 음반시장이 병존하는 상태에서, MP3 음악의 가격은 음반의 가격, 무료로 MP3 음악을 제공하는 불법사이트, 그동안 상당한 수의 사람들이 MP3 음악을 즐겨왔다는 사실 등에 의하여 결정될 것이다.

IX. 메타텍 및 배너광고

1. 메타텍의 의미

웹(Web)에 의하여 인터넷 이용자들은 서류(document)를 배포하고 서류에 접속할 수 있다. 이러한 서류들은 HTML(HyperText Markup Language)이라고 불리는 언어로 포맷되는데, 이것은 단순히 마우스로 클릭만 함으로써 어느 서류에서 다른 서류로 옮겨갈 수 있다는 것을 의미한다. HTML의 목적은 검색엔진과 상호작용하기 위한 것이므로, 웹 이용자들은 이를 볼 수 없다. HTML은 웹사이트에 관한 여러 정보를 제공하는 'tag'이라 불리는 숨겨진 코드의 요소로 구성된다. 예컨대 '제목'에 관한 'tag'은 웹페이지의 제목이 검색프로그램의 제목란에 나타나도록 한다. 이러한 'tag' 중의 하나가 바로 메타텍(metatag)이다. 메타텍은 buried code, hidden code, cyber-stuffing 등으로도 불리지만,²⁸⁾ 엄격히 이야기하면 위에서 살펴본 바와 같이 약간의 차이가 있다.

메타텍은 검색엔진이 검색을 할 수 있도록 웹사이트의 내용을 표시하는 색인 또는 참고자료로서 역할을 하는 웹사이트의 숨겨진 용어의 목록을 의미한다.²⁹⁾ 곧 메타텍은 웹페이지에 들어가 있는 정보를 설명해주기 위하여 웹페이지상에 존재하는 정보에 관한 '정보'를 포함하며, 웹의 존재를 가능하게 하는 HTML 코드의 일정한 부분에 위치해 있으며, 이용자가 이를 시각적으로 볼 수 있는 것이 아니다. 메타텍은 도서관에 있는 카드목록을 전자적인 형태로 변형시킨 것과 비교될 수 있는 것으로서, 웹사이트의 저자, 웹사이트의 내용, 기타 웹사이트 운영자가 적절하다고 생각하는 정보를 포함한다. 요컨대 메타텍은 검색엔진이 검색하기 위하여 사용하는 일정한 용어에 응답하여 적절한 사이트로 표시되기 위한 것이고, 따라서 이용자가 정보에 접근하는 것을 돕는 유용한 역할을 한다.

메타텍에는 (i) 웹사이트의 내용에 관한 주된 용어를 포함하는 '주된 용어에 관한 메타텍(keyword metatag)'과 (ii) 웹사이트를 설명하는 것에 관한 '설명에 관한 메타텍

28) J. Thomas McCarthy, McCarthy on the Trademarks and Unfair Competition § 25:69 (1996, 2001 Supp.).

29) *Id.*

(description tag)' 두 가지 유형이 있는데, 메타텍의 남용과 관계되는 것은 주로 주된 용어에 관한 메타텍이다.

2. 메타텍의 역할 및 남용

메타텍에 의하여 웹사이트의 운영자 또는 웹 디자이너는 검색엔진이 자신의 웹사이트를 색인화하는 것을 통제할 수 있게 된다. 곧 메타텍으로 이용되는 주된 용어는 이용자의 눈에 보이지 않는 HTML 코드인데, 웹 디자이너는 검색엔진의 소프트웨어에 연결되는 주된 용어를 지정하는데 있어 바로 이러한 숨겨진 HTML 코드를 이용할 수 있다. 검색엔진은 특정한 웹페이지를 적절하게 색인화하지 못하는 수가 있고, 따라서 메타텍은 검색엔진과 협력하는 결과가 되며 웹 디자이너에게 있어서는 중요한 도구가 된다. 곧 검색엔진은 웹사이트를 찾아내기 위하여 메타텍을 이용하게 되고, 웹디자이너는 메타텍에 의한 주된 용어를 삽입함으로써 이용자들이 자신의 웹사이트를 방문할 수 있도록 유도한다. 그러므로 메타텍은 웹의 이용자가 찾고자 하는 사이트를 찾을 수 있도록 도와줄 뿐만 아니라, 웹의 이용자들이 웹사이트를 방문할 기회를 제공함으로써 웹사이트의 운영자에게도 유용한 역할을 한다.

메타텍은 오랫동안 사용되어 왔던 도서관의 카드목록과 같이 주된 용어에 의한 검색화 시스템이 현대의 기술적인 발달에 변용되어 나타난 것이라고 할 수 있다. 따라서 메타텍은 웹이용자들이 검색하고자 하는 웹사이트의 내용에 관한 정보를 제공하는 역할을 할 수 있다. 메타텍은 인터넷 이용자들이 이를 볼 수도 없으므로 적절히 사용된다면 아무런 법률상의 문제점을 야기하지 않는다. 그러나 웹디자이너가 웹이용자들을 자신의 웹사이트로 유인하기 위하여 웹페이지의 내용과 약간만 관계되거나 전혀 관계없는 용어를 메타텍의 주된 용어로 사용하면 문제는 달라진다.

메타텍에 검색용어와 관련된 용어가 어느 웹사이트의 메타텍에 많이 나타날수록 그 웹사이트가 검색엔진에 의하여 검색될 빈도는 높아지게 된다. 웹디자이너는 검색엔진에 의한 검색결과에 나타나는 횟수를 증가시키기 위하여 메타텍을 남용할 동기를 가지게 되는데, 특히 메타텍은 이용자의 눈에 보이지 않기 때문에 이러한 동기는 더 높아진다. 메타텍을 남용하는 주된 방법은 웹이용자들이 웹사이트의 내용과 아무런 관계가 없는 용어를 사용하거나 동일한 용어를 상당히 많이 반복하는 것이다. 예컨대 'sex'나 'money'와 같이 웹이용자들이 가장 흔히 사용하는 용어를 메타텍으로 사용하거나, 'sex', 'nudity', 'porno', 'lesbians' 등과 같은 선정적인 용어를 사용하거나, 'Cameron Diaz'나 'Jim Carrey'와 같은 유명인의 이름을 사용하거나, 'Coca Cola', 'Playboy' 등과 같이 타인의 상표나 상호를 사용하는 것 등을 들 수 있다. 이러한 용어들을 메타텍의 용어로 사용하는 것은 웹이용자들이 웹사이트의 광고를 보게 하거나, 광고를 판매할 목적으로 웹사이트에 접속하는 숫자(곧 hit의 숫자)를 높이기 위한 것이다.

3. 메타텍과 상표침해·부정경쟁·희석

(1) 메타텍에 의한 사울은 상표로서의 사울인가?

타인의 상표를 메타텍으로 사용하는 것이 상표의 침해가 되는가에 있어서 가장 기본적인 쟁점은 과연 그것이 상표로서의 사울이 되는가이다. Netscape Communications 케이스³⁰⁾에서는 법원은 피고들이 원고의 상표(playboy 및 playmate)를 원고(Playboy)의 토끼모양의 로고와 함께 사울하거나 원고가 사울하는 playboy 및 playmate의 글씨체를 사울하지 않았으므로 상표의 사울에 해당하지 않는다고 판시하였다. 한국의 상표법상으로도 메타텍으로 상표가 사울되는 경우 제2조 제1항 제6호에서 규정하는 사울의 개념을 충족하지 못할 가능성이 있다.

(2) 최초의 혼동이론

메타텍은 인터넷 이용자들이 이를 볼 수 없으며 웹상에서 이용자가 정보를 검색하는데 유용한 역할을 할 수 있으므로, 적절히 사울된다면 아무런 법률상의 문제점을 야기하지 않는다. 그러나 메타텍은 보이지 않기 때문에 교묘하게 이용될 수 있다는 점에서 문제가 발생하며, 이용자가 검색하고자 하는 내용과 아무런 관계가 없는 용어를 메타텍으로 사울하게 되면 이용자의 의사에 반하여 이용자를 유인하는 셈이 된다.³¹⁾ 타인의 상표를 메타텍으로 사울한다면 역시 상표법상 문제될 수 있다. 메타텍으로 이용되는 코드를 이용자가 볼 수가 없을지라도 메타텍에 의하여 일정한 사이트에 접속하게 된 이용자는 그 사이트와 메타텍으로 사울된 상표간에 일정한 관계가 있다고 믿을 가능성이 있다. 따라서 타인의 상표가 메타텍으로 사울된다면 혼동가능성이 야기됨으로써 상표침해라고 주장될 수 있다. 그러나 메타텍에 있어서는 일반적인 상표침해에 있어서의 혼동과는 달리 혼동의 정도가 그리 크지 않다. 검색엔진은 이용자의 검색요청에 관계되는 정도의 순서에 따라 웹사이트의 목록을 검색결과로서 제시하고, 이용자는 웹사이트의 목록을 보면서 자신이 찾고자 하는 특정 웹사이트를 발견할 수 있고 이 한도에서 이용자는 혼동하지 않는다고 주장될 수 있기 때문이다. 그러나 미국에서의 유력한 견해 및 판례들은 이 경우에도 혼동가능성이 실제로 존재한다고 하고 있다.³²⁾

타인의 상표가 어느 웹사이트의 메타텍으로 사울되어 웹이용자가 그 웹사이트에 접속한 경우, 자신이 원하지 않는 웹사이트에 잘못 접속했다고 판단하는 순간 이용자의 혼동은 사라진다. 따라서 이용자가 혼동하고 있는 동안에는 온라인상 아무런 거래가 이루어지지 않는다. 그러나 이 경우 웹이용자는 검색엔진이 타인의 상표를 메타텍으로 사울한 웹사이

30) 55 F. Supp. 2d 1070(C.D. Ca., 1999).

31) 예컨대 검색엔진에 의한 검색결과에 나타나는 횡수를 증가시키기 위하여 일부 웹사이트 개발자들이 "sex", "nudity" 또는 "startrek" 등의 용어를 사울하는 것이 대표적이다. Adam S. Chinnock, *Meta Tags: Another Whittle From the Stick of Trademark Protection?*, 32 U.C. DAVIS L. REV. 255, fn. 31(1998).

32) McCarthy, *supra* note 21, at § 25:69.

트를 검색해 줌으로써 그 웹사이트에 접속하게 되는 것이고, 따라서 일종의 기망에 의하여 그 웹사이트에 유인된 것이다. McCarthy 교수는 이러한 상황에는 미국의 판례들이 인정해 온 최초이익에 관한 혼동(initial interest confusion)의 개념이 적용될 수 있다고 하고 있다. 그러나 이러한 혼동이론이 미국의 모든 법원에 의하여 수용된 것은 아니며, 많은 학자들도 이를 비판하고 있다.

(3) 메타텍과 상표의 희석

상표의 희석은 부정경쟁의 한 유형으로서 혼동가능성을 필요로 하지 않는다. 따라서 희석은 권리자를 강력하게 보호할 수 있다. 미국 상표법상 희석은 저명한 상표(famous mark)에 대해서만 보호되며, 한국의 부정경쟁방지법상으로는 국내에 널리 인식된, 곧 주지성(周知性)이 있는 상표만을 보호한다. 상표가 메타텍으로 계속 사용됨으로써 그 상표가 가지는 판매력이 감소된다고 하거나 음란한 사이트에 접속하기 위한 메타텍으로 사용되었다고 함으로써, 상표가 희석되었다고도 주장될 수 있다. 이와 관련하여 타인의 저명한 상표를 메타텍으로 사용하는 것은 상표가 가지는 식별력을 약화(blurring)시킨다고 유력하게 주장되고 있다.³³⁾ 식별력 있는 상표가 과도한 상품이나 서비스에 사용되는 경우에 상표의 약화는 발생하는데, 이에 의하여 일정한 상품을 표시하는 상표의 능력이 감소된다. 저명한 상표를 타인이 메타텍으로 사용하면, 이 상표를 이용한 검색은 많은 검색 결과를 내놓게 된다. 따라서 이러한 저명한 상표는 검색용어로서 거의 가치가 없게 되고, 저명한 상표를 검색용어로서 거의 가치가 없게 하는 것은 희석에 해당한다. 이와 같이 혼동가능성에 기한 상표의 침해에서와는 달리 메타텍 자체만으로도 상표가 희석될 수 있는데, 희석에서는 혼동가능성이 요구되지 않는 것에 기인한다.

그러나 메타텍에 의하여 상표가 희석될 수 있다는 주장에는 반대 견해도 제시되고 있다. 곧 상표가 메타텍에 희석된다는 주장은 타인의 상표를 약화시키거나 손상(tarnishment)시킴으로써 상표를 사용하는 자가 야기한 일정한 관계(association)로 인하여 상표의 가치를 약화시키는 것을 방지하고자 하는 희석법의 의도를 왜곡하는 것이라고 주장한다. Playboy v. AsiaFocus International 케이스는 AsiaFocus가 Playboy의 상표를 메타텍에 사용함으로써 혼동이 야기될 가능성이 있다고(probably) 하여 메타텍에 대하여 상표의 희석을 인정하였다.

4. 상표를 이용한 배너광고

인터넷상에서 행하여지는 광고는 여러 가지가 있을 수 있으나 배너광고(banner advertisement)가 가장 많이 이용되는 형태의 광고이다. 배너광고는 웹사이트의 어느 부분에 나타나는 폭이 넓고 작은 그래픽으로 된 광고이다. 배너광고의 작동원리는 웹페이

33) Nathanson, *supra* note 30, at 118-119; Mark E. Chancey, Commercial Metatags and Hypertext Deep Linking: How the Essential Components of Webauthoring and Internet Guidance Are Strengthening Intellectual Property Rights on the World Wide Web, 29 STETSON L. REV. 203, 225 (1999).

지와 검색프로그램간의 작용에 기초한다. 웹페이지는 인터넷의 일정한 지점상에 위치해 있는 웹서버(web server)에 존재하는 하나의 서류이다. 네스케이프社의 네비게이트(Navigator)나 마이크로소프트社의 익스플로어러(Explorer)와 같은 검색프로그램은 여러 서류들을 요청하는 방법 등에 의하여 웹서버와 협력한다. 인터넷 이용자가 검색프로그램을 이용하여 자료의 송부를 요청한 경우, 웹서버는 요청된 서류를 그 하드 디스크로부터 찾아내어 이를 송부한다. 그런데 웹서버는 요청된 서류와 함께 특정의 배너광고도 송부할 수 있는데, 송부되는 서류가 이미지나 텍스트를 포함하는 것과 마찬가지로 배너광고도 서류에 포함되고 웹페이지의 일부를 차지할 수 있게 된다.

배너광고는 일반적으로 웹페이지의 윗부분에 나타나며, 인터넷 이용자로 하여금 그 광고자의 웹사이트에 접속하게 하기 위하여 클릭하도록 유도하는 것이다. 비록 인터넷 이용자가 배너광고를 클릭하여 그 웹사이트에 접속하지 않더라도 그 광고는 이용자의 마음에 각인될 수 있다. 배너광고는 흔히 도로표지판에 비유되는데, 도로표지판과 같이 배너광고는 인터넷 이용자를 원거리에 있는 웹사이트로 이동시켜준다. 그러나 도로표지판과 달리 배너광고에 있어서는 인터넷 이용자가 그 배너광고를 얼마나 보았는지, 얼마나 많이 클릭하여 그 웹사이트에 접속하였는지를 알 수가 있다.

배너광고를 함에 있어서는 먼저 웹페이지에 접속될 때마다 배너광고가 나타나도록 프로그램 코드를 고정해 놓는 것이다. 이러한 배너광고에 있어서는 새로운 광고를 하기 위하여 서류의 코드를 변경하지 않는 한 동일한 광고가 계속 나타나게 된다. 배너광고의 다른 유형은 배너광고를 동적으로 나타나게 하는 것이다. 곧 배너광고를 위한 코드를 포함하고 있는 웹페이지가 나타날 때마다 웹서버는 어떤 광고를 나타나게 할 것인가를 다른 웹서버에 요청하게 된다. 이에 의하여 동일한 웹페이지일지라도 각기 다른 배너광고가 웹페이지에 나타날 수 있게 된다.

5. TKB의 의미

배너광고에는 여러 유형이 있으나, 상표법의 전지에서 가장 중요한 유형은 중심용어를 사용한 배너광고(keyword banner advertisement)라 할 수 있다. 인터넷 이용자가 일정한 중심용어를 검색어로 이용하여 검색을 하는 경우, 검색엔진은 그 검색어를 포함하고 있는 웹사이트의 목록뿐만 아니라 광고에 관한 정보도 함께 제공한다. 배너광고가 행하여지는 형태 중의 하나는 일정한 검색어와 관련되는 광고만을 나타나도록 하는 것, 곧 표적을 정한 배너광고이다. 특히 이러한 광고의 특수한 형태는 배너광고를 하려는 자가 검색엔진의 운영자로부터 타인의 상표를 검색용어로서 구입하여 배너광고를 하는 것(trademark-keyword banner, TKB)이다. 이러한 배너광고에 있어서는 인터넷 이용자가 어느 회사의 상표를 이용하여 웹사이트를 검색하고자 하는 경우, 이 회사와 경쟁 관계에 있는 광고가 검색결과와 함께 나타나게 된다.

검색엔진을 운영하는 자들은 광고가 대상으로 하는 표적의 범위가 좁으면 좁을수록 배너광고가 나타나는 빈도는 높아지는 것이고 배너광고에 대하여 더 많은 비용을 부과할 수

있게 된다. 상표를 검색용어로 하여 배너광고를 하는 것은 매우 선택된 부류의 대상에 초점을 맞추는 것이므로 표적이 매우 잘 정해진 배너광고이다. 광고자의 측에서 보면 상표를 비롯한 중심용어를 이용한 배너광고는 매우 효과적이고 가치있는 것이다.

6. TKB와 상표의 침해·희석

상표를 검색용어로 사용하는 배너광고에 대하여 혼동가능성에 기한 상표의 침해 또는 상표의 희석을 인정하기는 어려울 것으로 보인다. 따라서 상표권자는 상표를 검색용어로 이용한 배너광고를 금지시키거나 기타 구제수단을 제공토록 하기 위한 입법을 주장할 수 있을 것이다. 상표를 검색용어로 이용한 배너광고에 의하여 상표권자는 자신의 웹사이트에 접속하고자 하는 고객을 잃어버릴 수도 있다. 왜냐하면 이러한 배너광고에 의하여 상표권자와 관련있는 웹사이트가 광고되고, 인터넷 이용자는 검색결과로 나타나 있는 상표권자의 웹사이트보다 배너광고를 클릭함으로써 광고자의 웹사이트에 접속할 수 있기 때문이다. 이러한 행태는 상표권자의 굿윌에 무임승차하는 것이라고 할 수 있으며 상표법이나 부정경쟁방지법의 규율대상이 될 수도 있다고 주장될 수 있다.

그러나 상표를 검색용어로 이용한 배너광고를 금지하게 되면 경쟁력 있는 회사가 웹상에서 표적을 정한 광고를 어렵게 함으로써 오히려 경쟁을 억압하는 것이 되어 상표법이 추구하는 경쟁의 촉진 내지 조장이라는 정책목표에 어긋나게 될 것이다. 상표권자에게 배너광고를 금지할 수 있는 권리를 부여한다는 것은 현행 상표법 및 부정경쟁방지법의 해석상 상표권자에게 새로운 권리를 인정하는 것과 마찬가지로, 상표권의 확장 및 경쟁의 제한을 고려한 정책적인 판단이 필요할 것이다. 따라서 상표를 검색용어로 이용한 배너광고에 대한 규제는 상표의 이용으로 인한 침해의 정도와 기타 경쟁을 억압하는 결과를 고려하여야만 할 것이다.

X. 시청각실연 및 데이터베이스

1. 시청각실연

1961년의 로마협약 및 1996년의 WIPO 실연·음반조약은 주로 실연자들의 청각적인 실연(sound recordings of performance)을 보호하는 것이지, 시청각적인 실연(audio-visual performance)을 보호하는 것이 아니다. 시청각적인 실연을 국제적으로 보호하는 것은 1996년 WIPO 외교회의에서 논의되었으며, 외교회의에서 논의대상이 된 실연·음반에 관한 제인³⁴⁾도 실연자의 권리를 시청각실연에까지 확대시키는 내용을 포함하고 있었다. 그러나 WIPO 실연·음반조약은 각국의 의견 차이로 음반제작자와 실연자를 보호하는데 한정되었으며, 시청각실연을 보호대상에서 제외하였다. 1997년 WIPO는 시청각실

34) Basic Proposal for the Substantive Provisions on the Treaty for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, WIPO Doc. CRNR/DC.5(Aug. 30, 1996).

연에 관한 전문가위원회(Committee of Experts)를 구성하였고, 이를 대체한 상설위원회(Standing Committee on Copyright and Related Rights)의 권고에 따라 2000년 4월 10일부터 개최된 WIPO 총회는 2000년 12월에 WIPO 외교회의를 개최할 것을 결정하였다.

120개 이상의 국가와 50여개의 기구가 참여한 2000년 12월의 WIPO 외교회의(12월 7일-12월 20일)는 시청각실연에 대한 실연자의 권리를 강화하기 위한 규칙이 임시적으로 합의되었으나 조약을 체결하는 데는 실패하였다. WIPO 외교회의는 내국인대우, 인격권, 복제권, 배포권, 대여권, 방송권, 공중전달권, 기술적인 조치의 보호, 권리관리정보의 보호 등 19개항에 대하여 임시적으로 합의하였다. 그러나 권리의 이전에 관하여 합의에 도달하지 못하였고, 미국 및 유럽연합의 국가간에 타협이 이루어질 수 없었으므로 조약의 채택에는 실패하였다. 다만 2001년 9월에 다시 외교회의를 소집하는 것으로 결정하였다.

시청각실연(audiovisual performance)은 시청각적인 고정으로 구현될 수 있는 실연을 의미하고 시청각적인 고정(audivisual fixation)은 동영상(moving image)을 의미하는 것으로서, 동영상은 어떠한 장치를 이용하여 인식·복제·통신될 수 있는 것이다.³⁵⁾ 곧 시각이나 청각으로 인지할 수 있는 영상저작물에 고정된 실연 또는 시청각적인 실연을 의미한다. 시청각실연에 대한 WIPO 외교회의는 전통적인 매체뿐만 아니라 디지털 네트워크를 통하여 시청각저작물을 국제적으로 사용하는 것에 관한 명확한 법적 기초를 제공하려는 것이었다. 2000년의 외교회의에서 시청각실연에 대한 합의가 이루어졌더라면, 시청각실연에 관한 산업에 있어서 실연자의 지위를 상당히 강화되었을 것이다.

2. 데이터베이스

(1) 미국 및 유럽연합

데이터베이스에 대하여 미국의 White Paper는 데이터베이스의 내용을 보호하는 것에 대하여 일반적으로 지지하였으나 특별한 규정을 두거나 제안을 한 것은 아니었다. 미국에서의 데이터베이스의 보호에 관한 논의는 연방대법원의 Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., Inc. 케이스³⁶⁾에서 시작된다. 이 케이스의 피고인 Feist社는 지역전화번호부의 발행자인데, Rural社의 동의 없이 Rural의 전화번호부로부터 1,300여개의 전화번호를 복제하여 사용하였다. 연방대법원은 Rural이 인명, 주소, 전화번호를 편집물에 포함시키기 위하여 정보로서 선택한 것(곧 전화번호부의 인명록인 white page)은 저작권법상 편집저작물로 보호받기 위하여 요구되는 선택·통합·배열이 독창적이어야 한다는 요건을 갖추지 못하였으며, 사실(facts)을 통합하고 배열하는데 있어서 독창성을 주장할 수 없다고 하였다. 따라서 가입자의 기본적인 정보에 제한되고 알파벳

35) Basic Proposal for the Substantive Provisions of an Instrument on the Protection of Audiovisual Performances to be Considered by the Diplomatic Conference 제2조.

36) 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed.2d 358(1991).

순서로 배열된 Rural의 인명록은 저작권에 의하여 보호되지 못하며, Feist가 게재된 것을 사용하는 것은 침해가 되지 않는다고 판시하였다. Feist 케이스는 하급법원들이 인정 하였던 '이마의 땀의 원리'를 부정한 것이며, 따라서 데이터베이스를 창조하는데 소요된 노력, 시간, 자원 등은 데이터베이스가 저작권에 의하여 보호받는지 여부를 결정하는데 있어서 아무런 관계가 없게 된다. 데이터베이스의 보호와 관련하여 미국이 처하고 있는 어려움 중의 하나는 바로 연방대법원의 Feist 케이스에 기인한다.

유럽연합은, 이마의 땀의 원리(doctrine of sweat of the brow)에 의하여 데이터의 편집을 보호해왔던 영국을 제외하고는, 데이터베이스를 개발하기 위한 투자의 수준이 회원국별로 다르고 데이터베이스에 대한 법적 보호의 정도가 통일되지 않았으며 불확실하다는 것을 파악하였다. 또한 유럽연합은 상업적으로 매우 가치 있는 전자 데이터베이스가 부당하게 이용될 수 있는데 반하여, 기존의 법은 이러한 부당이용에 대하여 보호를 하지 못하거나 그 보호가 불확실하다는 것을 인식하였다. 이에 따라 데이터베이스에 대한 투자를 유도하고 데이터베이스 시장에서 선두주자가 되기 위하여, 유럽연합은 데이터베이스를 보호하기 위한 지침(Commission Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases)을 제안하였다.³⁷⁾ 우선 이 지침은 데이터베이스³⁸⁾를 기존의 저작권법 체제가 규정하고 있는 바와 같이 저작권에 의하여 보호할 것을 규정하고 있다. 곧 데이터베이스의 내용을 선정 또는 배열하는 것이 저작자의 지적 창작을 구성하는 경우에는 저작권에 의하여 보호된다(제3조). 그러나 이러한 저작권에 의한 보호와는 독립하여 데이터베이스를 독자적으로 보호하고 있다. 곧 데이터베이스를 획득하거나 유지하기 위하여 상당한 투자를 한 데이터베이스의 제작자에게 그 내용에 대하여 제작 완료후 15년동안 보호하고 있다(제7조, 제10조). 이러한 권리는 데이터베이스의 내용에 추가적으로 상당한 투자를 함으로써 갱신될 수 있다(제10조).

유럽연합의 지침은 그 내용의 선정이나 배열이 독창적인 데이터베이스를 저작권에 의하여 보호되는 것과 독립하여, 선정이나 배열이 독창적이지 않는 경우에도 보호한다는데 그 특성이 있다. 곧 그 소재를 수집, 검토 그리고 표현하는데 있어서 질적으로나 양적으로 상당한 투자를 요하는 데이터베이스에 대하여 '이마의 땀의 원리'를 인정한 것으로서, 미국의 Feist 케이스의 입장과는 정면으로 배치되는 것이다. 유럽연합의 지침이 1996년의 WIPO 외교회의에서 미국과의 논란을 불러일으키고 기타의 국가로부터도 비판을 받은 것은 상호주의규정으로 인한 것이었다. 유럽연합 지침은 다른 국가들이 이와 유사한 법률 채택하도록 하기 위하여 유럽연합 이외 국가 국민의 데이터베이스가 그 국가가 유럽연합의 지침에 상응하는 법률 가지고 있는 경우에만 보호된다고 함으로써(제11조), 상호주의를 규정하고 있다.

37) 1996 O.J. (L77) 20.

38) 이 지침은 데이터베이스를 '체계적이거나 조직적으로 그리고 전자적 또는 기타의 방법으로 개별적으로 접속할 수 있는 독립저작물, 데이터 또는 기타 자료의 수집'이라고 정의하고 있다(제1조 제2항).

(2) WIPO 외교회의

데이터베이스를 가장 많이 개발하고 유지하고 있는 국가는 미국이라고 할 수 있다. 미국은 유럽연합지침에 상당한 불만을 표시하였다. 예컨대 상호주의에 관한 규정에 의하여 미국은 지침에 상응하는 법을 가지고 있지 않으므로 유럽의 데이터베이스 제작자들이 미국의 데이터베이스를 발취하여 재사용하는 것을 두려워하였다. 미국은 1996년의 WIPO 외교회의에 자국의 안을 제출함으로써 유럽연합의 제안이 지닌 결함을 치유하고, 미국이 유럽연합의 지침에 상응하는 법을 채택하도록 하며, 통일적인 규범을 마련하여 미국의 데이터베이스를 불공정경쟁으로부터 보호함으로써 데이터베이스 시장을 지배하고자 하였다. 외교회의 의장(Liendes)은 유럽과 미국의 제안을 혼합한 초안을 제안하였는데, 이에 의하면 데이터베이스의 내용을 수집, 조립, 확인, 조직하는 것 등에 대하여 행하여진 상당한 투자를 보호하고 데이터베이스에 추가적으로 상당한 투자를 한 경우 갱신을 허용하는 것이었다.³⁹⁾ 미국과 유럽의 제안이 서로 일치하지 않았던 보호기간은 미국의 안(20년)과 유럽의 안(15년)을 선택적으로 채택할 수 있도록 하였다(제8조). 이 초안을 전반적으로 보면 미국의 제안에 좀 더 가깝다고 할 수 있다. 곧 데이터베이스 제작자는 데이터베이스의 내용을 발취하고 이용하는 것을 승인하거나 금지할 수 있는 권리를 가지며(제5조 제1항), 외국인을 내국민대우(national treatment) 원칙에 따라서 보호하며(제7조), 데이터베이스를 보호하기 위한 기술을 좌절시키는 기술을 규제하였다(제13조).

그러나 미국의 과학계와 교육계가 이 초안에 의하여 과학자나 교육자가 과학적인 자료에 접근하여 이를 이용할 수 있는 능력이 상당히 손상된다고 하는 등 초안에 대하여 많은 염려와 반대가 표시되었다. 뿐만 아니라 유럽연합만이 데이터베이스를 보호하고 있었으며, 1996년의 외교회의 당시까지 유럽연합의 지침을 실제로 이행한 유럽연합의 회원국은 없었다. 의장의 초안에 대한 광범위한 비판은 데이터베이스 조약초안이 외교회의 의제에서 아예 삭제하는 결과로 나타났고, 장작성 없는 데이터베이스의 보호에 관한 조약체결은 실패하였다.

WIPO가 데이터베이스를 보호하기 위한 조약을 다시 체결하기 위해서는 과거의 전문가위원회(Committee of Experts)와 같은 위원회가 그 체결의 필요성을 결정하고 데이터베이스의 보호와 관련된 문제점을 해결하기 위한 여러 대안을 고려한 이후일 것이다. 비록 WIPO 외교회의에서 데이터베이스를 보호하기 위한 조약의 체결은 실패했지만, 데이터베이스의 보호는 다시 조만간 디지털환경하에서의 국제적인 의제가 되리라고 예상된다.

(3) DMCA 및 그 이후의 미국

1998년의 미국하원의 DMCA案은 데이터베이스에 관한 법안(Collection of Information Antipiracy Act)을 포함하고 있었다. 그러나 그 범위 및 공정이용에 대한 영

39) Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases to Be Considered by the Diplomatic Conference, WIPO Doc. C국/DC/6(Aug. 30, 1996) 제1, 6, 8조.

향, 잠재적인 시장, 데이터의 변형적인 이용 등에 대한 논란으로 인하여 DMCA의 최종안으로부터 삭제되었다. 사실상 이 법안을 전후하여 데이터베이스를 보호하기 위한 법안이 여러 번 발의되었다. 이같은 법안에 대한 주요 반대자들은 1996년의 WIPO 외교회의에서의 조약초안에 대한 반대자와 동일하다. 따라서 미국에서는 데이터베이스의 보호에 관하여 국민적 합의가 이루어지지 않은 상태이며, 이 상태에서는 Feist 케이스에 의하여 독창성이 없는 데이터베이스는 보호받을 수 없는 딜레마에 빠져 있다고 할 수 있다. 따라서 미국은 유럽연합보다 데이터베이스를 상대적으로 적게 보호하고 있는 셈이다. 이러한 상황에서 데이터베이스를 비롯한 정보를 계약에 의하여 보호하려는 움직임이 나타나고 있는 것이며, UCITA(Uniform Computer Information Transaction Act)가 shrink-wrap license⁴⁰⁾의 유효성을 인정하는 것도 이를 반영하는 것이다.

3. 한국에서의 데이터베이스의 보호

저작권법 개정안은 데이터베이스의 보호에 관한 많은 규정을 신설하고 있다. 우선 편집물에 대한 정의를 논문·수치·도형 기타 자료(이하 소재라 한다)의 집합물을 말하며, 데이터베이스(정보처리장치를 이용하여 소재의 집합물을 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 것)를 포함한다고 규정하고 있다(제2조 제12-2호). 또한 제4장의2(편집물제작자의 보호)를 신설하여 보호받는 편집물, 적용제외, 편집물제작자의 권리, 편집물저작자의 권리제한, 보호기간(편집물제작을 완료한 다음 해부터 5년간), 편집물제작자의 권리의 향도, 행사 등, 편집물의 법정허락, 편집물제작자의 권리의 등록(제73조의 2-9), 편집물제작자의 권리의 침해에 대한 형사적인 구제수단을 제공하고 있다(제98조 제4호).

40) Shrink-wrap license(또는 clickwrap license, click-here license, web-wrap license)는 (컴퓨터프로그램을 구입하는 경우와 같이) 이용자가 정보내용물을 포장한 것을 열거나 프로그램을 설치하기 위하여 마우스로 클릭(click)함으로써 이용허락의 조건에 동의할 수밖에 없는 것을 의미한다. 미국의 UCITA는 디지털정보의 사용허락을 규율하는 것으로서, shrink-wrap license의 유효성을 인정하고 있다(UCITA 112(d)). shrink-wrap license 및 UCITA의 자세한 내용에 대해서는 이대희, 국제거래법 연구: 이기수, 참조.

〈토론 1〉

인터넷 관련 특허의 쟁점

金 炯 一(인하대 법대 조교수)

I. 서언

디지털 경제시대를 맞이하여 전자거래와 정보기술산업은 매우 빠른 속도로 발전하고 있다. 이러한 전자거래와 정보기술산업의 급속한 산업발전은 다양한 경제활동에서 새로운 사업방식과 사업형태가 나타나게 되는 큰 요인이 되었다. 즉 컴퓨터 및 네트워크시스템의 급속한 보급은 지금까지의 비즈니스 방법에 커다란 변화를 가져왔다. 이에 따라 주로 컴퓨터 및 네트워크 시스템 등을 이용한 비즈니스 방법에 관련한 발명(이하 "BM 관련 발명"이라 약칭한다.)에 특허출원되고 커다란 관심을 불러 일으켰다. 그러나 이같은 비즈니스 방법 관련 발명은 반드시 하드웨어면의 기술적 진보를 요하는 것이 아니므로 과연 특허법의 보호대상에 해당하는가, 신규성·진보성의 판단은 어떻게 행하여 하는가 등 다양한 문제가 제기되고 있다. 또한 BM 관련발명은 금융업 및 서비스업을 포함하여 광범위하게 업계에 영향을 줄 것으로 생각되므로 그 보호방법에 대해서는 광범위한 시야에서 검토할 필요가 있다.

II. 국내 BM 발명의 보호 개선 방안에 관한 주요 논점

1. 발명의 정의

최근 미국의 경우 pro-patent 정책하에 인터넷관련 발명 등과 관련한 관심의 초점이 『무엇이 보호대상인가』에서 『어떻게 하면 인터넷 기술을 최상으로 보호할 수 있는가』로 전이하고 있는 추세이다. 상대적으로 기술기반이 취약한 국내기업이 다양한 기술분야에 관심을 갖고, 연구개발 성과의 권리화로 이어지기 위해서라도 인터넷, 소프트웨어 특허출원과 우리 특허법에 명시되어 있는 자연법칙의 이용관계 정립 등 인터넷 발명의 정의를 보다 명확히 하고 발명의 성립성 판단절차를 보다 체계화하려는 노력은 필수적이라 하겠다.

현행 특허법 제2조 1호에 "발명이라 함은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말한다." 라고 규정되어 있다. 발명의 정의를 "자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것"이라고 함으로써, 입법당시에 예상하지 못했던 영업방법관련 발명과 같은 새로운 기술의 등장으로 특허제도의 운영에 문제를 야기하고 있으며, 특허제도를 탄력적으로 운영하는 데에 걸림돌이 되고 있다. 자연법칙이라는 측면에 너무

치중하여 유용한 발명에 대해 특허를 부여하지 않거나, 불필요하게 하드웨어와 결합된 형태로서만 특허성을 인정하게 되면, 기술개발을 통해 산업발전에 이바지한다는 특허제도의 본래의 취지에도 부응하지 못하는 결과를 초래하게 될 것이다. 디지털정보화 시대에 있어, 특허법 발명의 정의 조항은 현행대로 유지하면서 심사기준을 보완해갈 것인가, 아니면 BM 관련 발명을 특허법상의 발명 개념에 속하는 것으로 보기 위하여 발명이 자연법칙을 이용한 것이어야 한다는 특허법 제2조 제1호의 규정은 개정되어야만 하는 것인가의 문제가 있다.

'자연법칙 이용성'의 문언이 개정되지 않은 채 단지 실무적으로만 운용된다는 문제점은 있지만, 법률을 개정하는 경우에는 그 동안 특허로 인정받지 못한 경우와의 형평성문제와 발명의 근본적인 틀에 혼란을 우려하여 충분한 논의가 필요하다고 한다. 그러나 심사기준을 보완해 가는 것은 미봉책에 불과할 뿐, 근본적인 해결책은 될 수 없다. 또한 특허법을 문언 그대로의 해석이 불합리할 경우 다소의 확장해석을 통해서 합리적인 결과를 얻을 수 있다. 그러나 이러한 확장 해석으로도 합리적인 결과를 얻기 어려운 단계에 이르면 특허법 제2조를 개정하여야 할 것이다. 그러므로 국제적인 조류에 맞추어 우리 나라 대로의 연구, 조사, 검토가 철저히 이루어진 뒤 발명의 정의 조항에 대한 개정을 검토해야 한다.

이와 관련하여 일본에서 논의된 것을 검토하면 다음과 같다. 문제의 해결방안으로 세 가지 대안을 제시하면, 첫째, 발명의 정의를 변경하지 않고 컴퓨터관련 발명의 심사기준 및 전자거래관련 심사지침을 지속 보완하여 대처하는 것이다. 둘째, 미국처럼 특허 가능한 법정주체에 관한 조항을 신설하고 발명의 정의에 대해서는 판례의 해석에 맡기는 것이다. 셋째, 자연법칙을 이용한 것으로 한정하여 규정할 것이 아니라 발명의 정의 규정을 두더라도 보다 탄력적인 개념정의를 하거나 아니면 자연법칙의 개념을 대체하여 정보화 시대의 새로운 기술을 수용 할 수 있는 새로운 개념정의를 시도하여 넓은 범위의 창작이나 발전을 포함하는 것이다.

단기적 대응방안으로는 발명의 정의 조항을 개정하는 것은 심각한 혼란과 산업에 피해를 야기시킬 우려가 있을 것이므로 동조항은 현행을 유지하되 필요시 심사기준이나 지침을 보완해 가는 방법도 있다. 그러나 우리 나라도 이제는 BM 특허 등 현대 신기술 수요에 적응하기 위하여 특허법상의 "발명의 정의" 조항을 개정할 필요가 있다고 본다. '발명의 정의' 조항은 특허제도의 기본취지와 안정성 유지, 산업정책적 차원의 고려를 종합하여 검토되어야 한다. 미국 SSB 사전에서 제시된 '유용하고 구체적, 실체적인 결과 (useful, concrete and tangible result)'와 같은 기준은 불충분한 것으로 생각되며, 기술적 성질(technical character)의 포함여부가 발명의 성립성을 판단하는 데 가장 중요한 요소가 되어야 할 것이다. 사전으로는 현행법상 발명의 정의를 개정하여 넓은 범위의 창작이나 발전을 포함하도록 하고, 보호하는 것이 적절하지 않은 대상에 대해서는 개별적으로 특허요건에서 배제하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 프로그램 자체의 특허보호

1998년 개정된 「컴퓨터 관련 발명의 심사기준」은 소프트웨어를 기록한 컴퓨터로 읽을 수 있는 기록매체도 특허대상으로 하여 종래 방법발명으로 특허를 받은 경우 그 방법이 기록된 기록매체가 침해물건으로 인정되지 않을 가능성을 배제하여 특허권자의 권리를 강화하였다. 한편 최근에는 컴퓨터·네트워크의 발전에 따라 컴퓨터 프로그램의 디지털 정보의 유통 형태로서 CD-ROM 등의 기록매체를 이용하여 유통시키는 형태뿐 아니라 네트워크를 이용해 송·수신하는 유통 형태도 일반화되었으며, 온라인에서 바로 소프트웨어를 실행 할 수 있는 인터넷상의 기술이 발전하고 있다. 사용자가 스스로 컴퓨터에 프로그램을 축적하지 아니하고 온라인에서 호스트 컴퓨터를 이용하여 그 결과만을 받도록 하는 업로드 성행하고 있다. 또한 인터넷을 이용한 BM 발명이 활발하게 진행됨에 따라 BM 관련 발명을 중심으로 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명에 대한 적절한 특허보호를 고려하는 관점에서 CD-ROM 등의 기록매체에 기록되고 있지 않은 프로그램 자체의 보호가 요구되고 있다.

이제 우리 나라의 경우도 「컴퓨터 관련 발명의 심사기준」 및 「전자거래 관련 발명의 심사지침」 내에 "프로그램 자체"도 보호할 수 있는 규정을 포함시키는 방안을 적극 검토할 필요성이 있다.

3. 네트워크 상에서의 '공동침해'의 형태

컴퓨터와 통신이 연결되어 프로그램과 데이터가 네트워크를 통해서 전송, 처리되게 되면 한 개의 특허발명의 실시예 다수의 주체가 관여하는 것으로 된다. 예를 들면, 기능A, 기능B, 기능C를 가지는 네트워크시스템의 특허에 있어서 X회사가 기능A, 기능B를 가지는 프로그램을 처리하는 중앙컴퓨터(host computer)를 설치하고, 이것과 통신회선으로 접속된 단말장치를 Y회사, Z회사 등 다수의 기업이 설치해서 각 단말장치에서 기능C를 실행하는 것과 같은 경우를 생각할 수 있다. 여기서 X회사, Y회사, Z회사는 특허발명의 구성요건 중 일부에 해당하는 행위밖에 실시하고 있지 않는 경우에 각 회사는 특허침해의 책임을 지게 되는지의 여부가 문제된다.

4. 비즈니스 방법 특허와 간접침해

간접침해는 B-Biz 방법특허의 침해를 고려할 때 중요하다고 생각된다. 예컨대, 기업과 소비자간(Business-to Consumer: B to C)에 의한 인터넷상의 거래방법이 특허된 경우, 특허청구범위에 기재된 Step 모든 것이 소비자측에 의해서 행하여질 가능성이 있다. 이 경우 특허권자는 직접침해자인 개별소비자에 대하여 권리행사가 곤란한 경우 생산자에 대하여 '간접침해'를 주장하여 기업에 대하여 권리행사를 고려할 수 있을 것이다. 또한 네트워크상의 개개의 사이트의 책임을 검토할 경우에도 간접침해의 성립여부가 문

제된다. 네트워크 상에서 여러 사이트가 서로 접속한 상태에서는 특허발명이 물건(시스템)의 발명으로서 규정되어 있거나 방법의 발명으로 규정되어 있는 것에 관계없이 모든 경우에 각 사이트의 서버, 클라이언트의 컴퓨터 등은 사이트 운영자 등에 의하여 단순히 사용되고 있는 것에 불과하다. 따라서 특허법 제127조가 간접침해행위로서 열거하고 있는 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 어디에도 해당하지 않는다. 즉 네트워크상에서 개개의 사이트 운영자가 자기의 사이트를 사용하고만 있는 상태에서는 간접침해의 성립여부는 문제되지 않는다. 따라서 간접침해의 성립여부가 실제로 문제되는 것은 각 사이트의 운영주체가 스스로 사이트를 개시하는 경우 (사이트 운영자에 대하여 사이트의 '생산'행위로 인정되는 경우)와 외부업자에게 사이트의 개시를 의뢰한 경우가 있을 것으로 생각된다. 그러므로 특허법 제127조가 규정하고 있는 경우라고 판단되는 자에 있어서 생산·양도 등을 행한 물건이 "그 물건의 생산에만 사용하는 물건", 또는 "그 방법의 실시에만 사용하는 물건"의 요건을 충족시키는지의 여부에 관하여 검토하여야 한다.

그런데 최근 그 자체로 복합적인 기능을 가지고 있는 부품재료가 등장하고 있는 바, 소프트웨어는 그 대표적인 예이다. 소프트웨어는 복수의 집합물이라고 말할 수 있다. 복수의 기능을 가지고 있다는 것은 복수의 용도를 가지고 있다는 것을 의미한다. 만일 이를 전제로 하는 경우에는 소프트웨어는 특허법 제127조의 '에만'의 요건을 충족하지 않는 것으로 생각할 수 있다. 따라서 소프트웨어는 원칙적으로 항상 여러 용도를 가지고 있는 것이므로 간접침해물에 해당하지 않게 된다. 그러나 이 같은 전제에서는 특허권자와 제3자간의 이익균형이라는 문제가 발생하게 된다. 이러한 이익균형의 관점에서 소프트웨어를 특정기능이 단일용도에만 사용되는 것인가, 아니면 일반적인 용도에도 사용되어 질 수 있는 경우로 구분하여 전자의 경우에만 간접침해를 긍정할 수도 있을 것이다.

복수의 기능집합물인 소프트웨어가 특허발명의 간접침해물에 해당하는 여부에 대하여 검토할 경우 해석상 어려운 문제가 있으므로 궁극적으로는 특허법 제127조를 개정하여 입법론적인 해결을 고려해 보아야 할 것이다.

5. 네트워크상에서의 소프트웨어 송신

소프트웨어에 대하여 허용되는 클레임 기재형식은 현재는 소위 기록매체클레임형식에 그치고 있다. 그러나 머지 않아 이것이 소위 프로그램 클레임까지 확장될 것이 예상되고 있다. 이 경우에 이 같은 프로그램 클레임의 실시품인 소프트웨어를 네트워크상으로 전송하는 것이 동클레임에 관련한 특허발명의 실시해당하는지의 여부가 문제된다. 특허법제2조 제3호는 물건의 발명에는 '양도'를 특허발명의 실시행위의 하나로 규정하고 있는데, 이 양도의 개념 중에 '전송'까지도 포함하여 해석할 수 있을 것인지의 여부가 우선 문제된다. 이 점에 관해서는 입법론적으로 검토할 필요성이 있다.

〈토론 2〉

디지털시대의 상표관련 특허청의 정책 방향

문 삼 섭(특허청 심사기준과 서기관)

I. 서언 : 발표문에 대한 평가

○ 인터넷과 디지털의 발전에 따라 상표권을 포함한 모든 지적재산권은 새로운 도전(Challenge)을 맞고 있으며, 이에 대한 적절한 대응조치가 필요한 시점에서 발표문의 내용은 저작권, 상표, 데이터베이스 등 지적재산권 각분야에 대한 쟁점과 외국의 사례에 대한 적절한 소개를 통해 폭넓은 이해를 할 수 있게 되었음.

- 또한 발표문을 통해 우리나라의 지적재산권법 중 향후 어떤한 영역에 있어서 현행의 현행의 규정을 어떻게 해석하고 어떻게 개정하여야 할 것인지의 방향감각에 대한 내용을 함의하고 있어 시의적절한 주제발표인 것으로 평가함

○ 향후에는 이번 발표문의 내용을 더한층 발전시켜 우리나라의 사회경제적 상황 및 우리국민의 인터넷과 관련된 지적권에 관한 법정서하에서의 외국의 입법사례 및 해석사례를 어떻게 국내에 적용하고 문제되는 상표법제를 어떻게 개정하여야 할 것인지에 대한 명확한 정책적 제안을 포함하고 있는 구체적인 규범화작업에 대한 논의로 발전되어야 할 것으로 봄

- 특히 디지털시대에서는 Off-Line상의 기존의 지적재산권법을 기술중립성(Technological Neutrality)라는 명목하에 그대로 On-Line에 적용할 경우 과연 선진국의 입장이 아닌 우리나라의 입장에서 사회경제적 파급효과에 대한 분석과 이에 따른 문제점의 인식이 선행되어야 할 것이라고 생각함

II. 디지털시대의 상표관련 특허청의 정책 방향

1. 디지털시대에 발맞춘 상표제도 개선

(1) 인터넷 환경에 발맞춘 상표출원제도

《전자출원제도》

○ 특허청은 인터넷 환경에 대응하기 위하여 1992년도 수립된 제1차 특허행정정보화 7개년 계획(1992~1998)에 따라 1999. 1. 1일 세계최초로 인터넷을 통한 온라인 전자출원과 내부심사사무처리 정보화를 위한 특허넷시스템을 개발하여 안방에서도 상표출원을 할 수 있도록 하였음.

○ 특허청은 현재 제2차 특허행정정보화 3개년 계획(1999~2001)에 따라 특허넷 운영의 안정화와 특허정보 보급체계의 구축 그리고 특허행정의 글로벌화를 목표로 온라인 심판청구시스템 등을 개발중임

《인터넷 통합민원실 서비스 제공》

○ 상표관련 출원이나 그 이후의 절차의 경우 전자문서로의 제출비중이 높았으나 상표등록이의신청이나 심판관련 서류의 경우 전자문서화 비중이 상대적으로 낮은 문제가 있었음.

- 따라서 현재 특허청은 상표등록출원, 이의신청, 심판 등 모든 절차를 인터넷 통합민원실을 통해 전자문서의 형태로 처리할 수 있는 시스템을 개발중이며 내년도 상반기중 이를 위한 법제도를 정비할 예정이며,

《전자문서로 제출할 수 있는 서식의 확대》

○ 우선 인터넷 시대를 맞이하여 상표관련 각종 서식중 전자문서로 제출할 수 있는 서식을 확대하는 한편, 전자문서가 아닌 서면으로 제출할 경우 종전에는 부분 1부를 추가적으로 요청하였으나 2001년 개정상표법에서는 정본 1통만으로도 가능하도록 개정하였음.

(2) 대국민 특허청 상표관련 정보의 인터넷을 통한 무료 보급

《특허기술정보센터(KIPRIS) 운영》

○ 특허기술정보센터는 지식정보화 사회에 부응하는 국가 특허·상표관련 정보의 인프라를 구축하고 특허·상표관련 정보의 대국민 확산을 위하여 1995. 7월 설립된 특허청 산하의 특허정보서비스 전문기관임

- 1996. 7월부터 상용서비스를 제공하였으나, 보다 광범위한 특허·상표의 이용과 확산을 유도하기 위하여 2000. 1월 무료서비스를 제공중임

○ 일반 국민은 특허기술정보센터의 홈페이지(www.kipris.or.kr)에서 특허청에 등록·출원된 상표를 무료로 검색할 수 있게 되어 출원전에 선등록·출원 상표를 검색할 수 있도록 하여 출원전에 등록가능성을 검토한 후 출원을 할 수 있도록 유도하고 있음.

《특허청홈페이지의 콘텐츠 강화》

○ 가장 빠르고 신속히 상표관련 정보를 확산시키기 위해 특허청 홈페이지(www.kipo.go.kr)의 상표관련 콘텐츠를 상당부분 보강하는 한편 최신화(Updating)하여 전세계 어느 특허청 홈페이지와 견줄 때 손색이 없을 정도로 상표관련 정보를 무료로 활용할 수 있도록 개방하고 있음.

- 특허청 홈페이지중 자료실, 지식재산 21, 해외 주요 특허청과의 네트워크, 상표와 도메인네임 디렉토리 등

《상표관련 특허청발간 자료의 보급》

○ 특허청에서 발행되는 각종 상표관련 자료에 대해서는 대한변리사회, 발명진흥회에 복제허락을 하여 실비 수준에서 국민들이 구입할 수 있도록 하고 있으며, 일부 자료의 경우 특허청 홈페이지를 통해 파일형태로 다운받을 수 있도록 개방하고 있음.

(3) 상표의 보호범위의 확대문제

《비전통적인 상표의 보호문제》

○ 상표의 보호범위와 관련하여 우리나라는 미국이나 유럽의 제국에 비해서 상표로서 등록될 수 있는 범위가 제한되어 있는 것이 사실이며, 현 거래실정에서는 소리나 동작 등의 비전형적(Non-conventional Trademark, Non-traditional Trademark) 상표가 사회적 사실로서의 상표로서 기능을 수행하고 있으며 이러한 상표 등은 디지털 환경하에서 더더욱 증가할 것으로 예측됨에 따라,

- 이러한 비전형적인 상표인 소리, 냄새, 동작 등을 우리 국내 상표법제에 장기적으로는 도입하는 방안을 검토중이며, 우선 이를 위하여 발명진흥회 산하 지재권연구센터에 금년 7월 국내 비전통적 상표의 보호방안과 그 문제점에 대한 연구용역을 의뢰하여 금년 말에 그 결과물이 나올 예정임

- 이를 토대로 구체적인 도입시기, 도입방안, 심사방안 등에 대한 구체적인 검토를 진행시킬 예정임

2. 디지털환경하에서의 상표권 보호 문제

(1) 인터넷상의 유명상표의 희석행위 방지

○ 오프라인은 물론 온라인상 유명상표와 동일·유사한 표장을 도메인 네임 등으로 사용하여 부정한 방법으로 타인의 유명상표의 식별력이나 명성을 손상시키는 유명상표의 희석행위를 방지하는 규정을 2001년 부정경쟁방지법에 반영하여 시행하고 있음.

(2) 상표와 도메인 네임간의 저촉문제

○ 상표와 도메인 네임간의 저촉문제를 예방하기 위하여 .kr 도메인 네임의 등록기관인 한국인터넷정보센터(KRNIC)에 상표검색시스템을 링크시켜 도메인 네임 등록전에 상표를 사전에 검색할 수 있도록 유도하였으며,

- 특허청 홈페이지에 상표와 도메인 네임 디렉토리를 두어 분쟁의 원인과 그 해결방안

에 대한 홍보자료를 게재하고 있으며, .com 등 gTLD 도메인 네임의 행정적 분쟁해결 규정인 『통일된 도메인 네임 분쟁해결규정(UDRP)』를 번역하여 게재함으로써 국내의 분쟁관련 당사자들이 이를 활용할 수 있도록 하는 한편,

- .kr 도메인 네임의 분쟁을 사법적 해결이 아닌 시간과 비용상 효율적인 행정적 분쟁 해결절차와 기간을 마련하기 위하여 정통부, 한국인터넷정보센터와 분쟁해결초안을 마련에 적극적으로 참여한 바 있음.

(3) 인터넷상 다양한 상표의 사용행위에 대한 대응

○ 특허청은 인터넷상 다양한 상표의 사용행위인 링킹, 프레이밍, 메타태깅, 키워드배너광고행위 등에 대해서 상표법상 어떠한 의미를 갖고 있으며 상표법상 침해나 부정경쟁행위에 해당되는지의 여부에 대한 검토를 위해 금년도 하반기에 배제대학교에 인터넷상 상표의 보호에 관한 법적 문제에 대한 연구용역을 의뢰하였음.

- 동 연구과제물과 WIPO와 WTO 등 국제기구에서의 논의동향을 주시하여 우리나라의 국내 현황에 맞는 인터넷환경에 맞는 상표법제로의 전환을 도모할 예정임

3. 해외에서의 상표권의 보호강화

상표권의 파리협약상의 속지주의 원칙에 따라 국내에서 등록되더라도 해외에서 자동적으로 보호되지 않으므로 해외에서 우리기업의 상표가 보호되기 위해서는 보호받고자 하는 특정한 나라에 출원하여 등록받아야 함

(1) 해외지재권권애로신고센터의 운영

○ 우리기업이 해외에 상표등록을 하지 않는 틈을 타 현지인이 우리 기업의 상표를 당해국에서 선등록하여 우리기업이 당해 국가로의 해외진출이 어려움을 당한 사례가 많음.

- 따라서 이러한 문제가 발생하는 경우 특허청 국제협력과에 설치된 해외지재권애로신고센터에 신고하여 상담을 할 경우 당해 국가의 전문 변리사, 변호사와 연결하는 한편, 당해 국가의 법령에 대한 자문을 알선하고 있으며 당해국의 특허청과 외교적인 접촉을 통해 문제해결에 도움을 주고 있음.

- 동양 오리온 초코파이사건, 담배인삼공사 정관장 사건 등에 도움

(2) 해외상표등록 유도를 통한 국제적인 상표권 보호 유도

《인터넷 전자상거래와 상표권분쟁 가능성》

○ 인터넷 전자상거래가 활성화되어 우리 기업은 전자쇼핑몰 구축이 일반화되고 있으며, 전자쇼핑몰이 구축될 경우 전세계가 잠재적인 시장으로 등장하게 되는 장점이 있지만,

- 국내의 상표권자와 해외의 상표권자가 상이하고 우리 기업이 홈페이지를 통해 당해 상표품을 당해 외국에 판매할 경우 상표권 분쟁에 휘말릴 위험이 있음.

- 따라서 국제적인 쇼핑몰의 구축 및 운영전에 잠재적인 해외시장에 대한 상표등록이 선행되어야만 사후적으로 발생할 가능성이 있는 상표관련 국제분쟁을 미연에 방지할 수 있음.

《유럽공동체상표제도에 대한 대국민 홍보》

○ 유럽공동체는 현재 하나의 시장으로 통합되고 있으며 상표제도도 통합되어 하나의 상표등록으로 현재 16개 나라에 모두 효력이 발생하는 제도인 유럽공동체상표제도(CTM)가 1996년 이래 시행되고 있음.

- 다만, 이 제도에 대한 홍보가 부족하여 우리 기업의 동 제도에 대한 이용률은 저조한 편임

- 따라서 동 제도의 적극적인 활용을 통해 거대한 잠재시장으로 부상하고 있는 유럽공동체에서 상표를 보호받을 수 있도록 하기 위해 지난 2000. 9월 서울과 대전에서 유럽공동체상표청(OHIM)의 실무자를 초청하여 CTM제도에 대한 설명회를 개최한 바 있음

《마드리드 의정서에 따른 상표의 국제등록제도 도입》

○ 현재 해외에서의 상표등록방안은 보호받고자 하는 각국에 각국의 언어로 각국의 상표관련 법령에 따라 그 나라의 대리인을 선임하여 그나라의 통화로 수수료를 지불하여야 하였기 때문에 비용과 시간면에서 커다란 부담으로 작용하였음.

- 따라서 특허청 디지털 전자상거래시대를 맞이하여 이러한 해외출원방법으로는 해외에서 우리 기업의 적극적인 상표등록을 유도하기 어렵다고 판단하여 우리기업의 해외경쟁력 제고를 위해 하나의 절차에 의해서 여러 국가에 상표를 등록하는 시스템인 마드리드 의정서에 내년도 말에 가입하기로 결정하였음.

- 동 제도에 따르면 마드리드 의정서 가입국에 대해서는 하나의 국제출원절차에 의하여 동 조약의 가입국인 약 50여개국에 영어로 된 하나의 출원서를 우리나라의 특허청에 제출하면 당해 지정된 국가에서 1년 내지 1년 6개월내에 등록여부가 결정되고 하나의 등록원부로 통합운영되는 장점이 있는 제도를 우리기업이 활용할 수 있게 될 것임.

〈토론 3〉

디지털경제시대의 지적재산권법의 과제

서 성 일(정보통신부 지식정보산업과 사무관)

이대회 교수의 글은 컴퓨터기술의 발전과 인터넷의 보급으로 말미암은 디지털시대에 있어서의 지적재산권법 상의 여러 논점들을 잘 정리하여 제시하고 있다는 느낌을 받는다. 특히 각 논점들의 기술적 배경과 더불어 그것을 둘러싼 논의의 배경들을 설명함으로써 문제의 본질에 보다 쉽게 접근할 수 있도록 하고 있다.

한 가지 아쉬운 점은 이러한 논의의 배경 설명이 주로 미국을 중심으로 이루어졌다는 점이며(미국이 기술적으로도 가장 앞서 있고 따라서 이에 대한 법적 대응을 해야 할 가장 큰 필요성을 느끼며 관련 법들의 제·개정에도 앞장서고 있는 것이 현실이지만) EU를 비롯하여 개발도상국들의 입장을 소개해 주었으면 더 좋았으리라 생각한다. EU 역시 선진국으로서 많은 부분에서 개발도상국들과 입장을 달리하고 있지만 일부 영역에선 디지털경제시대의 주도권을 미국에게 빼앗기지 않기 위해서 미국의 입장과는 달리 보고 있는 영역이 있으며 이러한 점들은 미국을 포함한 선진국들에게 지적재산권관련 통상압력을 받고 있는 우리에게도 중요한 정책점 시사점이 될 것이다.

이하에서는 주제발표 중에서 특별히 S/W저작권과 관련된 이슈들을 중심으로 몇 가지 의견을 제시하고자 한다.

임시적인 복제

S/W저작권법이 기초하고 있는 개념이 '복제'이므로 매우 중요하게 다루어져야 할 문제이고 이후에 논의된 여러 문제들 가운데서도 가장 기본이 되는 문제라고 생각된다. 장기적인 과제로는 출판 인쇄의 환경 아래서 형성되었던 초기의 저작권법과는 달리 디지털 환경에서의 복제에 대하여 근본적인 개념정의부터 시작되어야 할 것으로 본다. 일시적 저장에 대하여 미국 등의 선진국에서 우리의 법 가운데에도 이를 명시한 규정을 두라는 요구를 받고 있는 실정이다. 국제적인 논의의 과정을 지켜보면서 이에 대응할 계획이다.

계약과 S/W저작권

shrink-wrap license와 관련하여 저작물에의 접근 자체를 통제하여 이용자의 정당한 권리를 부당하게 침해하는 경우가 있어서는 안된다고 생각한다. 이러한 점은 컴퓨터 프로그램보호법 및 저작권법상의 규정이 임의규정으로서 당사자 사이에 계약이 없는 경우에만 적용되는 것에 그칠 것인가의 문제와도 관련이 된다고 본다. 디지털 환경에서의 컴퓨터프로그램저작권 등의 신지적재산권 체계에 있어서는 기술이 발전하면 발전할수록

S/W저작권자의 권리가 강화되는 모습을 보이고 있다. 이와 관련하여 S/W저작권 제도의 본래 목적으로 돌아가서 S/W저작권자의 권리보호뿐만 아니라 이용자들의 정당한 권리 역시 보호하고 이를 통해서 문화 및 관련산업이 발전될 수 있도록 정책적인 고려가 필요하다고 본다.

S/W저작권 관리정보

지적하신대로 컴퓨터프로그램보호법은 이미 S/W저작권관리정보에 대한 정의(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제8호)와 함께, '정당한 권한없이 고의로 프로그램저작권관리정보를 제거 또는 변경하거나 그 사실을 알면서 원프로그램 또는 그 복제물을 배포하거나 배포할 목적으로 수입 또는 전송하는 행위에 대하여 프로그램저작권을 침해하는 행위로 간주'하는 규정(동법 제29조 제4항 제3호)을 두고 있다.

S/W저작권 관리정보는 비단 재산권침해 뿐만 아니라 관리정보 안에 저작자를 표시하는 내용이 포함되어 있는 경우에 성명표시권 등을 포함한 인격권적 측면도 있는 것으로 볼 수 있다.

향후 이러한 권리관리정보는 S/W저작권집중관리제도와 연결되어 저작물 유통에 크게 기여하게 될 것으로 본다. 스코틀랜드의 VCX(virtual component exchange)와 같이 디지털 저작물의 경우 인터넷 상에서의 직접적인 거래가 가능해지고 있는 상황 속에서, S/W저작권 관리정보는 자신의 저작물이 빈번히 사용되기를 원하는 저작자와 많은 저작물들 속에서 필요한 정보만을 쉽게 찾아서 이용하려고 하는 이용자 모두에게 중요한 정보로 기능하게 될 것이 분명하다고 본다. 따라서 이를 정당하게 보호하는 것은 저작물의 활발한 유통과 이를 통한 문화 및 산업의 발전을 위해서도 반드시 필요하다고 생각한다.

사생활 침해와 같은 S/W저작권 관리정보의 부작용과 관련해서 이의 적절한 정책적 고려가 필요하다고 생각되지만, 익명성의 문제에 있어서는 오히려 저작물의 건전한 이용을 가능하게 하는 측면을 생각해 볼 수 있을 것 같다. 또한 S/W저작권이 제한되는 저작물에 대해서도 사용료를 지급하여야 하는 상황과 관련해서는 S/W저작권 관리정보의 필수적 기재사항 등에 대한 표준을 정하는 등의 방법을 통해 어느정도 문제를 해결할 수 있지 않을까 생각한다.

기술조치

앞서 언급한 shrink-wrap license의 문제와 더불어서 이용자의 정당한 권리를 상당히 제한 할 수 있는 규정으로서 주의가 요구된다고 본다. 우리는 S/W저작권의 제한사유에 대해 개별적으로 제한되는 경우를 규정하고 있는 반면에, 미국은 'fair use'라는 다소 포괄적인 개념을 통해서 적용하고 있다. 따라서 우리의 경우 오히려 미국보다 더 예외사유가 좁아지게 될 우려가 있다고 본다.

OSP

이점에 대하여는 선진국에서 이미 판례가 축적되어 있으며, 미국의 DMCA가 무척 상세한 규정을 두고 있고 독일을 비롯하여 EU에서도 전자상거래 지침을 통해 관련 규정을 두고 있다.

EU의 전자상거래지침은 온라인서비스사업자의 행위 가운데 단순한 통로로서 역할을 한 경우와 캐싱(caching) 및 호스팅(hosting)의 경우에 대하여 책임의 제한을 규정하고 있는데, 온라인서비스사업자에게 모니터링의 의무가 없음을 명시적으로 규정하고 있는 점이 DMCA와는 다른 점이라 볼 수 있다.

우리도 이와 관련된 규정을 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법에 두어야 할 것으로 생각하는데, 다만 이 경우 미국의 DMCA나 EU의 지침에서도 지적된 문제인 표현의 자유와의 충돌 문제를 고려해야 할 것 같다. 불법복제물에 대하여 S/W저작권자의 요구에 의해 온라인서비스사업자가 이를 삭제하거나 접근을 통제할 수 있도록 규정하는 경우에 허위의 신고에 의한 삭제나 접근통제로 인해 표현의 자유 등의 기본적 권리가 침해당할 가능성이 있다는 점이다. 물론 이에 대하여 절차적으로 게시자에게 대응할 수 있는 기회를 주고 허위의 신고에 대해 벌칙을 규정하는 방법이 있지만 이에 더하여 신고를 접수하여 검토하는 기관을 두는 것도 생각해 볼 수 있을 것 같다.

OSP와 관련해서 지적할 수 있는 지적재산권법상의 또다른 문제는 링크(link)이다.

인터넷이 기능하는 중요 원리 가운데 하나인 링크는 S/W저작권과 관련하여 내용에 따라서는 적법한 소재로의 링크와 불법물로의 링크로 구분할 수 있고, 사용한 기술에 따라서는 다른 홈페이지의 메인화면으로 이동시키는 단순링크, 내부 페이지로 직접 연결되는 직접 링크, 자신의 홈페이지의 외관 안에 다른 홈페이지를 넣는 프레이밍 그리고 다른 사이트에서 이미지 및 텍스트를 가져와서 자신의 페이지에 통합시키는 인라이닝(inlining)으로 구분할 수 있다. 각각의 경우 S/W저작권 침해의 여부와 함께 상표법 및 부정경쟁방지법상의 문제를 야기할 수 있어 더 깊은 연구가 필요하다고 생각한다.

기타

컴퓨터프로그램을 비롯하여 기술의 발전에 따라 새로이 보호의 대상이 되는, 이른바 신 지적재산권 분야가 있는데 기존의 지적재산권을 분류하는 방식인 산업재산권과 저작권으로의 분류체계가 적절치 않은 경우가 있다. 컴퓨터프로그램의 경우만 하더라도 S/W저작권법의 체계 내에서 보호되고 있는데 '아이디어/표현 2분법'의 법리에 따라 표현만을 보호하고 그 기능에 대한 보호는 어려운 상황이다. 실제 산업계의 요구와 법적인 보호가 다른 경우가 많다. 새로운 분류를 통한 실질적인 보호가 필요한 부분이라고 생각한다.

이상과 같은 이슈들이 정리되어 국가이익을 보호할 수 있는 방법으로 법제도적인 정비가 이루어져야 할 것으로 보이며 국내외 전문가의 고견(高見)을 경청할 계획이다.

〈토론 4〉

파일공유시스템을 통한 저작물이용과 이용자의 책임

안 효 질(광운대학교 국제법무학과 전임강사)

I. 서론

1999년 12월 세계적인 음반업체들을 대표하는 미국음반협회(Record Industry Association of America(RIAA))가 음악파일 무료다운로드 사이트를 운영하는 냅스터사를 상대로 미국 연방지방법원에 저작권침해를 이유로 제소하였고 지난해 7월 냅스터사는 패소 판결을 받았다. 냅스터사는 항소하였고 미국 제9연방항소법원은 다시 음반업체의 손을 들어주었다. 판결의 골자는 음악저작물을 MP3파일로 변환시킨 후 이를 인터넷에 업로드 및 다운로드하는 것은 저작권침해이며, 인터넷사용자들이 MP3파일을 교환하도록 하는 서비스를 제공한 냅스터사는 저작권침해에 기여한 책임이 있다는 것이다. 그러나 냅스터사는 판결에 불복해 대법원에 상고하거나 재심을 청구할 것으로 보도되고 있다. 냅스터사건은 음악파일을 자유롭게 교환 및 이용하려는 소비자의 이익과 무료다운로드로 인하여 경제적 손실을 보았다고 주장하는 음반업체의 이익이 첨예하게 대립하는 가운데, 본래 아날로그환경을 예상하여 마련되었던 저작권법이 디지털환경에서 앞으로 어떻게 적용되어야 할 것인지에 대한 방향을 제시하여주는 것으로 세계의 이목을 집중시켜 왔다.

사실 몇 해 전까지만 해도 저작물을 디지털화하여 이를 제3자에게 제공하는 행위가 저작권침해에 해당하는가는 분명치 않았다. 왜냐하면 저작권법은 전통적으로 책이나 음반 등 유체물의 형태로 저작물이 이용되는 것을 규제하여 왔기 때문이다. 그러나 저작물의 디지털이용이 권리자에게 경제적 손실을 가져올 수 있다고 인식되어 차츰 저작권법상의 중요한 문제로 대두되었다. 이에 1996년 12월 세계지적소유권기구의 주도로 저작권조약과 실연음반조약이 채택되었고, 여기서는 공중전달권 및 이용제공권을 신설하여 음악 및 기타 저작물을 디지털화하여 일반공중이나 제3자에게 전달하는 행위를 금지하였다. 위 조약의 영향으로 현재 우리나라 및 미국, 일본, 독일 등 많은 외국의 저작권법은 이러한 행위를 금지하는 규정을 두고 있다. 유럽연합도 얼마 전 그 의회에서 이러한 행위를 금지하는 내용을 담은 지침을 통과시켰으며 가까운 시일내에 공포될 것으로 예상된다.

이와 같은 상황을 고려한다면 냅스터와 같이 음악파일을 무료다운로드할 수 있도록 하는 것은 저작권침해라고 볼 여지가 많다. 그러나 문제는 냅스터가 그 가입자들로 하여금 서로 음악파일을 교환할 수 있도록 한다는 점에 있다. 저작권법은 전통적으로 개인이 사적인 용도로 저작물을 복제하거나 가족 기타 가까운 사이에 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있으며, 이를 '사적복제'라고 한다. 그러면 냅스터는 그 가입자들이 사적복제를

할 수 있도록 도와주고 있는 것이며, 따라서 저작권침해의 비난을 면할 수 있다고 보아야 할 것인가? 그렇지 않다. 냅스터가입자들은 사적복제라고 할 정도로 상호간 가까운 관계가 아니다. 법정정책적인 이유에서도 냅스터의 행위는 정당화될 수 없다.

저작권법상 사적복제가 허용된 주된 이유는 그로 인하여 개인은 저작물을 자유롭게 이용하고 이는 저작권법이 지향하는 문화발전의 토대가 되며, 사적인 범위에서 이루어지는 복제는 설령 그것이 불법이라 하더라도 이를 통제하기가 어려우며, 저작권자에게 미치는 경제적 손실이 크지 않기 때문이다. 냅스터와 관련하여 가장 중요한 점은 바로 마지막에 언급한 경제적 손실여부이다. MP3애호가들은 무료다운로드는 상호 양해하에 이루어지는 것으로 지적재산을 절도하는 것이 아니며, MP3음악은 CD음악에 비하여 그 음질이 다소 떨어지기 때문에 음반업체에 경제적 손실을 가져오지 않고 오히려 장기적으로 음악저작물의 이용증대를 가져올 수 있다고 반박할 수도 있다. 그러나 현재 음반업체들이 MP3의 무료다운로드로 인하여 겪는 경제적 손실은 매우 큰 것으로 보인다. 음악이라는 지적산물을 창작하고 이를 공중에게 제공하는 자들에게 적절한 경제적 수익을 보장하지 않는 것은 장기적으로는 음악산업의 몰락을 가져오는 것이며, 이는 결국 소비자들이 향유할 수 있는 음악콘텐츠의 감소로 이어질 것이다. 앞으로 냅스터사건이 어떻게 전개될지 모르지만, 이번의 냅스터판결은 저작자의 권리를 다시 한번 강조하여 주었다는 점에서 타당하다고 생각한다.

음악저작물을 인터넷을 통하여 전송하는 경우에 고려될 수 있는 권리자를 들어보자. 음악저작물에 대하여 작곡가(저작권법 제4조 제1항 제2호), 가사에 대하여 작사가(저작권법 제4조 제1항 제1호), 연주 또는 가창에 대하여 실연자(저작권법 제63조) 그리고 음반의 이용에 대하여 음반제작자(저작권법 제67조)를 들 수 있다. 이하에서는 우선 타인의 음악저작물을 허락받지 않고 인터넷으로 전송하는 경우에 침해될 수 있는 저작권의 종류를 알아보고 냅스터 및 그누텔라를 이용한 전송행위를 저작권법적 관점에서 자세히 검토하여 보자.

II. 냅스터와 그누텔라의 작동과정과 그에 대한 평가

1. 냅스터와 그누텔라의 작동과정

냅스터는 하나의 서버에 수많은 컴퓨터가 연결되어 있어 정해진 정보(MP3라는 확장자를 갖고 있는 파일)를 탐색하는 정보공유기술이다. 모든 이용자들은 이 시스템을 이용하기 위하여 먼저 사용자이름과 비밀번호를 등록하여야 한다. 냅스터시스템에 연결된 이용자는 예컨대 가수나 곡명으로 특정 데이터를 검색하고, 내려받기를 선택함으로써 이를 내려받을 수 있다. 이 경우 이용자는 원하는 데이터를 내려받기하는 것뿐만 아니라 다른 이용자를 위하여 자신이 갖고 있는 음악데이터를 제공하여야 한다. 교환되는 음악데이터는 냅스터서버에서 직접 내려받는 것이 아니라 각 이용자들의 컴퓨터로부터 내려받는다. 이에 반하여 그누텔라는 서버를 통한 파일교환방식이 아니라 사용자 개인이 서버이자 클라

이언트로 정보가 교환된다. 즉 서버로의 접속없이 개인컴퓨터를 곧바로 연결할 수 있는 것이다(peer to peer). 이용자는 스스로 그누텔라에 연결된 컴퓨터의 IP정보를 연속적으로 탐색하여 이용자의 컴퓨터에 정보를 저장한다. 이 경우에 특정 IP의 컴퓨터가 공유를 허락한 파일등의 정보는 별도의 버튼을 누르면 내려받기가 진행된다. 냅스터의 경우에는 서버를 제공하는 자의 저작권법상의 책임이 크게 문제되었다. 따라서 이와 같은 서버를 필요로 하지 않는 병렬연결로서 정보를 교환하는 그누텔라와 같은 분산형정보공유기술이 발전하게 된 것이다. 그누텔라를 이용한 저작물의 이용의 적법성을 묻기 전에 주의하여야 할 점은, 이 경우에는 특정 서버나 제공자가 존재하지 않기 때문에, 저작권침해를 금지하거나 이에 대해 제재를 가하는 것이 사실상 불가능하다는 것이다.

2. 저작권법적인 평가

이러한 정보공유기술에 의한 저작물의 교환이 사적복제인가? 저작권자는 전송권에 기하여 이를 금지할 수 있는가? 냅스터사와 같은 서버제공자에게 저작권침해의 책임을 물을 수 있는가?

여기서 특히 문제되는 것이 사적복제규정이다. 그러나 저작권법 제27조에 의하여 허용되는 것은 사적이용을 위한 '복제'이다. 다른 형태의 저작물이용은 동 규정에 의하여 허용되지 않는다. 그러면 냅스터나 그누텔라와 같은 시스템에서 문제되는 개별저작권은 과연 어떠한 것인가? 위와 같은 시스템에서 저작물을 공유하기 위해서는 다음과 같은 과정이 필요하다.

- ① 전송자의 하드디스크에 해당 저작물의 저장
- ② 수신자의 하드디스크에 해당 저작물의 저장
- ③ 수신자의 요구에 의한 해당 저작물의 전송

위의 각 과정을 전송자와 수신자를 각각 구별하여 검토하여야 하며, 어느 일방의 행위가 저작권법상 허용된다고 하여 타방의 행위도 당연히 허용되는 것은 아니다.

(1) 수신자

수신자가 자신의 하드디스크에 저작물을 저장하는 것은 복제이며, 이는 전술한 바와 같이 복제이다. 그러나 수신자의 행위가 사적복제로서 허용되기 위해서는 저작권자가 직접 제공한 MP3화일이거나 그의 허락을 얻어 제공한 것이어야 한다.

뿐만 아니라 복제된 저작물은 개인적으로 이용하거나 '가정 및 이에 준하는 한정된 범위안'에서 이용하여야 한다. 따라서 복제물을 개인적인 유대가 있는 제3자에게 주는 것은 허용되나 범위가 제한되지 않은 다수인 또는 유대관계가 없는 제3자에게 전달하는 것은 허용되지 않는다. 저작권법 제27조에는 명시되어 있지 않으나, 복제된 저작물을 그 자체로서 전달하는 것뿐만 아니라 이를 가족이나 기타 한정된 범위의 자에게 e-mail로 전송하거나 디스켓이나 CD에 다시 복제하여 전달하는 것도 허용된다고 보아야 한다.

그러나 수신자가 내려받기한 파일을 불특정다수인에게 전송하거나 임의의 제3자가 다시 내려받기할 수 있도록 하드디스크를 공유시키는 것은 사적복제의 허용범위를 벗어난다. 수신자가 자신의 하드디스크를 공유시키는 순간에 내려받은 MP3파일은 '가정 및 이에 준하는 한정된 범위'와 '사적 이용목적'을 벗어난 것으로 보아야 한다. 냅스터와 그누텔라의 이용자들은 저작물을 내려받기 한 후 즉시 그 접속을 중단시키지 않고 접속상태를 장시간 방치하는 한, 원칙적으로 자신의 하드디스크를 다른 이용자들을 위하여 공유시키고 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 이러한 수신자의 행위는 사적복제의 허용범위를 일탈하고 있는 것으로 생각한다. 이상과 같이 내려받기하는 수신자의 행위가 매우 제한된 경우에만 사적복제규정에 의하여 허용된다고 하더라도, 실제로 저작권침해를 통제하는 것은 매우 어렵다. 이러한 점에서도 하루빨리 복제보상금제도의 도입이 절실하다고 본다.

(2) 전송자

저작물의 전송자는 항상 저작자의 동의를 얻어야 한다. 여기서 전송자는 냅스터서버의 운영자를 말하는 것이 아니라 냅스터와 그누텔라의 접속자로서 특정저작물을 내려받기 가능한 상태에 놓은 자를 말한다.

1) 복제행위

전송자도 사적복제규정을 원용할 수 있다. 그러나 여기서 '복제'는 전송자의 하드디스크 상에서 이루어지는 복제가 아니라 수신자의 하드디스크상에서 이루어지는 복제를 말한다. 왜냐하면 냅스터나 그누텔라의 시스템에서 전송자는 동시에 수신자이기 때문이며, 이 점에 관한 한 위에서 수신자에 관하여 언급한 내용이 그대로 적용된다. 냅스터와 그누텔라의 이용자들은 해당 시스템에 접속하기에 앞서 자신이 갖고 있는 음악데이터나 기타 자료를 공유시킬 것인지의 질문을 받는다. 즉 전송자는 저작물을 공유시킬 것인지 및 어떠한 저작물을 공유시킬 것인지를 결정한다. 따라서 전송자에게는 소위 '隔地複製'의 책임을 물을 수 있는 것이다. 이러한 격지복제가 특정인에 대하여 이루어지거나 '가정 및 이에 준하는 한정된 범위' 안에서 이루어지는 경우에는 저작권법 제27조에 따라서 사적복제로서 허용된다. 예컨대 친구 몇 명 사이에서 음악파일을 공유하는 동아리를 만들어 음악파일을 교환하는 것은 저작권법상 허용된다. 따라서 냅스터나 그누텔라와 같이 접속자의 범위가 제한되지 않은 경우에는 전송자는 저작권침해의 책임을 면할 수 없다.

2) 복제의 위임

저작권법 제27조의 사적복제규정에는 명시되어 있지 않으나, 사적복제는 그 이용자가 스스로 할 수도 있고, 제3자에게 이를 위임할 수도 있다고 보고 있다. 물론 이 경우 제3자는 사적이용자의 복제요청에 따라서 사실상의 복제행위만을 하는 경우를 말한다. 현행 저작권법 제27조 제2문의 내용대로라면 예컨대 복사실에서 복사는 허용되지 아니하나, 이 문제는 원칙적으로 잘못 접근한 것이다. 즉 이러한 위임에 의한 사적복제도 허용하고

저작권자의 이익보장은 복제보상금으로 해결하여야 한다. 그렇다면 전송자는 수신자의 위임에 의하여(내려받기 요청에 의하여) 격지복제를 하는 것으로 사적복제규정을 원용할 수 있는 것이 아닌가? 결론적으로 말하면 그렇지 않다. 어쨌든 위임에 의한 제3자의 복제도 사적복제의 허용범위에 속하는 것으로 본다고 하더라도, 냅스터나 그누텔라에 접속한 다른 이용자의 요청에 의하여 전송자와 수신자 사이에 사적복제를 위한 위임관계가 형성된다고 보기는 어렵다. 전송자가 자신의 음악화일을 공유시키는 것은 수많은 잠재수신자로 하여금 복제를 가능하도록 하는 것이기 때문에, 이러한 상황에서 단순히 수신자의 내려받기 요청에 각각 위임관계가 형성된다고 보기는 더욱 어렵다. 설령 그러한 위임관계가 형성된다고 하더라도 이는 전통적인 복제형태를 염두에 둔 것이기 때문에, 냅스터나 그누텔라와 같이 저작물이 매우 강도있게 복제되는 것까지도 사적복제의 허용범위에 두는 것은 저작자의 이익을 최대한 보호하려는 저작권법의 근본이념과도 배치한다. 즉 이와 같이 위임에 의한 사적복제도 허용하는 이유는 복제기술이나 복제기기를 스스로 갖고 있는 자와 그렇지 못한 자 사이의 공평을 유지하기 위한 것이다. 위임에 의한 사적복제를 허용하고 있는 독일에서도 이는 예외규정으로서 원칙적으로 엄격하게 해석하고 있으며, 따라서 복사질 주인이 주문이 많은 책을 미리 여러 부 복제하여 이를 학생들에게 제공하는 것은 위임에 의한 사적복제의 범위를 벗어나는 것으로 해석하고 있다.

결국 전송자는 사적복제규정인 저작권법 제27조를 원용할 수 없다.

3) 전송행위

전송행위를 저작권법상 배포 또는 방송으로 볼 것인가 아니면 법에 명시되지 않은 제3의 행위로 볼 것인가에 대한 논란이 있었으나, 저작권법은 2000.1.12 개정에 의하여 제18조의2에 새로운 저작재산권으로서 전송권을 신설함으로써 문제를 해결하였다. 위에서 전송자가 사적복제규정을 원용할 수 있는가에 대하여 검토하였으나, 저작권법이 전송권을 저작재산권의 일종으로 규정한 이상 사적복제규정은 적용될 여지가 없다. 따라서 저작권자의 동의없는 저작물의 전송은 항상 저작권침해를 구성한다.

3. 냅스터사의 책임 여부

냅스터사는 서버를 통하여 냅스터이용자들에게 특정 음악저작물을 검색하고 내려받기 할 수 있도록 하는 서비스를 제공하고 있다. 냅스터를 통하여 교환되는 음악저작물의 많은 부분이 저작권자의 동의를 얻지 않은 것이며, 이러한 사실을 알고도 계속 서비스를 제공한 냅스터사는 저작권침해에 대하여 적어도 간접적으로 참여하였다고 볼 수 있다. 따라서 냅스터사는 민법 제760조 제3항에 따라서 공동불법행위자(방조자)로서의 책임이 있다.

물론 냅스터사는 그 서비스로 인하여 불법저작물이 교환되는 것을 알지 못하는 경우도 있을 수 있고, 저작권침해의 가능성이 있다는 점 때문에 이러한 서비스를 모두 불법으로 단정할 수는 없다. 온라인서비스사업자의 책임을 너무 엄격하게 묻게 되면, 그 산업 자체가 위축될 우려가 있고, 이는 결국 일반공중의 이익에 저해되는 것이다. 이와 관련하여 현재

저작권법개정안은 저작물의 온라인유통에 따른 온라인서비스제공자의 면책요건을 규정하고 있는데, 잠시 그 내용을 살펴보자.

동 개정안 제2조 제22호에 따르면, 온라인서비스제공자란 “다른 사람이 저작물 또는 실연·음반·방송·편집물을 복제 또는 전송할 수 있도록 무선 또는 유선통신을 위한 설비 또는 서비스를 제공하는 자를 말한다”. 따라서 냅스터사도 개정안의 온라인서비스제공자에 포함된다. 동 개정안 제77조의2에 따르면, 이러한 온라인서비스제공자가 저작권 그 밖의 저작권법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대하여 면책되기 위해서는 ① 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제 또는 전송이 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해한다는 사실을 알지 못하고 알지 못한 데 대하여 과실이 없는 경우, ② 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제 또는 전송이 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해한다는 사실을 알고 즉시 당해 복제 또는 전송을 중단시킨 경우(다만, 중대한 과실로 인한 중단의 경우에는 그러하지 아니하다) 또는 ③ 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우 중 어느 하나에 해당하여야 한다.

냅스터사가 서비스를 중단하는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없다고는 볼 수 없다. 뿐만 아니라 냅스터사는 교환되는 음악화일의 대부분이 저작권을 침해한다는 사실을 알고 있다고 보아야 한다. 따라서 저작권법개정안에 따르더라도 냅스터사는 저작권침해의 책임을 면할 수 없다. 현재 국내에도 냅스터에 유사한 '소리바다'라는 서비스가 제공되고 있는데, 이에 대해서도 동일한 논리를 적용할 수 있다고 본다.

온라인서비스업자의 책임과 관련하여 전세계적으로 볼 때, 최초의 입법 중의 하나라고 볼 수 있는 1997.6.13 제정된 독일의 통신사업법(Teledienstegesetz: TDG)의 내용을 저작권법개정안과 비교하여 보자.

독일통신사업법 제5조 [책임]

- ① 통신사업자는 (이용자로 하여금) 이용하게 할 목적으로 갖고 있는 자신의 자료에 대해서는 일반법에 따라 책임을 진다.
- ② 통신사업자는 (이용자로 하여금) 이용하게 할 목적으로 갖고 있는 타인의 자료에 대해서는 그가 그 자료의 내용을 인식하고 그 자료의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 금지를 요구하는 것이 지나치게 부당하지 않은 때에만 책임을 진다.
- ③ 통신사업자는 그가 오로지 (이용자가) 이용할 수 있는 접근수단만을 제공하고 있는 타인의 자료에 대해서는 책임을 지지 않는다. 이용자의 요구(검색행위)에 따라서 타인의 자료를 자동적으로 일시적으로 보관하는 것은 접근방법을 제공하는 것으로 간주한다.
- ④ 통신사업자가 전기통신사업법 제85조에 따라 통신비밀을 보존하는 조건하에 어떤 불법적인 내용의 자료를 알았고 이를 차단하는 것이 기술적으로 가능하고 지나치게 부당하지 않은 때에는, 일반법에 따라 통신사업자가 부담하는 불법자료이용에 대한 폐쇄의무는 이 법에 의하여 아무런 영향을 받지 않는다.

동법에 따르면, 자신의 자료에 대해서는 일반법에 따른 책임을 진다. 따라서 온라인서비스업자가 스스로 제공한 자료가 타인의 저작권을 침해하는 경우에는, 저작권법에 따른

책임을 고스란히 부담하게 된다. 타인의 자료에 대해서는 두 가지로 구분하여 보아야 한다. 첫째, 오로지 접근수단만을 제공하는 온라인사업자는 어떠한 책임도 부담하지 않는다. 둘째, 이에 반하여 접근수단의 제공을 넘어 그 타인의 자료를 자신이 직접 제공하는 경우에는 그 자료의 내용을 알고 있고 그 자료의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 실제로 금지할 경우 온라인사업자에게 지나친 부담을 가져오는 경우가 아닌 경우에만 책임을 부담한다. 동법에서 '자신'의 자료란 스스로 생성한 자료뿐만 아니라 원래 제3자의 것을 '자신의 것으로 만드는' 경우도 포함한다. 넷스터사는 서비스를 제공함에 있어서 그 이용자들의 하드디스크에 있는 음악파일들을 자신의 것으로 만들었다고는 볼 수 없다. 넷스터사는 단지 검색기능을 제공하는 것이다. 특정 음악파일을 공유시킬 것인지 여부는 오로지 넷스터이용자들의 판단에 달려있다. 따라서 넷스터사는 타인의 자료를 이용하도록 하는 것이며, 이 경우에도 넷스터사는 단지 그 자료에 대한 접근수단만을 제공하는 것이다. 즉 넷스터사는 소위 access-provider로서 기능하는 것이다. 이러한 access-provider는 독일통신사업법 제5조 제3항에 따라서 면책되고 있다. 그렇다면 독일통신사업법은 넷스터와 같은 온라인사업자의 책임을 모두 부인하고 있는가? 그렇지 않다. 동법 제5조 제4항은 다른 법률(예컨대 저작권법)에 의하여 불법자료의 이용을 금지할 의무가 있는 경우 그 의무는 통신사업법의 면책규정에 의하여 아무런 영향을 받지 않음을 규정하고 있다. 다만 조건으로서 온라인사업자가 그 자료의 내용을 알고 있고 자료의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 실제로 그 금지가 온라인사업자의 입장에서 보아 지나치다고 볼 수 없어야 한다. 요컨대 독일통신사업법에 따르면, 저작권자는 넷스터사에 대하여 침해금지청구권은 행사할 수 있으나, 손해배상청구권은 행사할 수 없게 된다.

온라인사업자의 책임을 어느 정도까지 물을 것인가는 법논리의 문제라기보다는 법정책임 문제로, 각국의 상황에 따라 차이가 있을 수 있다. 현재 저작권법개정안과는 달리, 독일의 통신사업법은 접근수단만을 제공하는 자의 손해배상책임을 부인하고 있는데, 이는 반드시 바람직한 입법태도라고 단정할 수 없다. 접근수단을 제공하여 저작권자에게 막대한 경제적 손실을 가져오고, 저작권자는 달리 그 손실을 보상받을 수 있는 가능성이 없는 경우에는, 일정한 범위내에서 접근수단제공자에게 손해배상의 책임을 물을 수 있도록 하는 것도 생각해볼 만한 일이다. 저작권법개정안은 온라인서비스제공자의 책임을 일정한 범위에서 면책시키고 그렇게 함으로써 온라인서비스산업의 발전을 도모하는 것이 목적이라고 알고 있다. 넷스터와 같은 경우, 그 사업자에게 손해배상책임을 인정할 것인지, 침해금지만을 인정할 것인지 아니면 모든 책임을 면책할 것인지는 앞으로 깊은 연구가 필요할 것이다.

〈토론 5〉

데이터베이스 및 디지털콘텐츠의 법적 보호

우 상 일(문화관광부 저작권과 사무관)

I. 들어가는 말

디지털 기술과 네트워크 기술의 발달이 기존의 세계 각국의 저작권법에 주는 영향에 대해서는 더 이상 설명이 필요없을 정도이다. 저작권법은 아날로그 시대에 만들어진 법이며, 디지털 네트워크환경하에서 적절히 기능할 수 없으므로 기존의 패러다임과는 다른 완전히 새로운 규범이 모색되어야 한다든가, 극단적으로는 저작권법이 정보의 공유나 자유로운 유통을 막아 경제와 사회의 진보를 가로막고 있으므로 실물세계가 아닌 사이버공간에서는 저작권법의 적용을 배제하여야 한다는 비판과 주장이 있다. 또한 일각에서는 copyleft정신에 대한 정확한 이해부족의 소치이지만 copyleft운동을 그러한 정보공유운동의 논리적 근거로 활용하기도 한다. 이러한 주장은 많은 부분 저작권법이 저작권자의 권리만을 보호하거나 저작권자를 이용자에 우선하여 배려하는 법이라는 생각에서 연유하는 것으로 보인다. 하지만 저작권법에서 저작권자를 보호하는 이유는 창작에 대한 정당한 보상이라는 정의의 원칙이외에 저작권자의 보호가 사회에 가져올 이익 즉, 보다 많은 그리고 질 좋은 저작물의 생산이라는 궁극적 목적이 있는 것이며, 또한 권리자와 이용자 간의 균형달성이라는 저작권법을 지배하는 또 하나의 정신이 있는 것이다.

하지만, 저작권법에 대한 비판과 주장을 모두 진실을 왜곡하는 것으로 치부하기에 앞서 저작권법이 기술의 발달에 제대로 대응해 왔는가, 또는 정말로 정보의 확산을 통한 사회경제의 발전에 부정적인 요소로 작용하는 부분이 없는가 하는 점에 대한 반성은 필요하다 하지 않을 수 없겠다. 무릇 모든 법이 그러하지만, 저작권법의 역사 역시 기술, 특히 미디어 기술의 발달에 대한 대응의 역사인 점은 주지의 사실이며, 1996년 'WIPO 저작권조약' 및 'WIPO 실연·음반조약'은 그러한 기술의 발달에 대응하기 위한 국제적 노력의 소산이라 할 수 있는 것이다. 우리나라 저작권법은 지난 1957년 제정과 1986년 전문개정 이후 국제조약에 가입을 위하여나 현실적 필요에 의해 수차례 개정되었으나 지난 99년 전송권의 신설이외에 디지털 네트워크환경에 적극적으로 대응하기 위한 개정이라 할 수 있는 것은 없었다고 할 수 있다. 2001. 12 현재 국회 문화관광위원회에 계류중인 저작권법 개정안은 데이터베이스 투자보호, 기술적 보호조치 및 권리관리정보 보호, 온라인서비스제공자 책임제한 규정 신설 등 미흡하나마 디지털 네트워크 환경에 대응하기 위한 규정들이 신설되었다. 이로써 디지털 네트워크 환경에 대한 대응이 충분하리라고 보지는 않는다. 법은 기술을 반영할 수는 있어도 앞서갈 수 없는 것이라고 하더라도 저작

권법이 해결해야 할 숙제들은 산적해 있다 하겠다. 이하에서는 디지털 네트워크 환경하에서의 저작권법의 현안중 데이터베이스 투자보호문제를 간략히 요점중심으로 살펴 보되, 별도법으로 제정되고 있는 온라인디지털콘텐츠산업발전법상의 디지털콘텐츠 보호규정도 같이 검토한다.

II. 데이터베이스 및 디지털콘텐츠 투자 보호

데이터베이스¹⁾에 대한 현행 저작권법의 보호는 소재의 선택 또는 배열이 창작성이 있는 경우만 편집저작물로서 보호하고 있다. 소재의 선택 및 배열에 창작성이 없는 데이터베이스가 보호되지 않는 결과 소재를 수집하고 제작하는데 드는 노력은 보호되지 않는 것이다. 이로 인하여 데이터베이스의 소재를 추출하여 이를 재구성하는 방법으로 새로운 데이터베이스를 만드는 행위를 규제할 수 없게 되어 데이터베이스 제작을 위해 소재를 수집하고 가공하는데 드는 투자와 노력은 보호되지 않았던 것이다. 이로 인해 데이터베이스에 대한 투자부진과 데이터베이스산업 발전에 장애로 작용하므로 데이터베이스 투자에 대한 보호를 입법화하여야 한다는 것이다. 그러나 데이터베이스에 대한 투자보호를 입법화하는데는 다음 몇가지의 주요논점에 대한 해결이 필요하다.

첫째, 데이터베이스 투자보호의 필요성이다. 이는 투자보호로 인해 사회 및 국가경제에 미치는 영향에 대한 분석이 선행되어야 한다. 이 문제는 데이터베이스 투자보호의 시기 와도 연관하여 검토되어야 한다. 즉 보호의 필요성이 인정되는 경우에도 그 시기를 언제로 할 것인가의 문제로서 데이터베이스 투자보호 시기상조론이 그것이다.

둘째, 보호입법을 하는 경우 어떤 법률로 할 것인가의 문제이다. 현행 저작권법에 데이터베이스 보호규정이 있으므로 이를 보완하여 해결할 것인가, 아니면 새로운 법률을 제정하여야 하는가의 문제이다.

셋째, 보호방식의 문제이다. 배타적 권리를 부여하는 방식과 부정경쟁방지법리를 차용하는 방식간의 장단점이 비교되어야 할 것이다. 이는 법률의 선택의 문제와 직접적으로 연관되는 문제이다.

1) 현행 저작권법은 데이터베이스라는 용어를 명시적으로 사용치 않고 제6조에서 편집물에 포함되는 것으로 하고 있으나, 개정법동안은 데이터베이스를 제2조(정의)에 명문화 하되 그 개념명주는 현행법의 편집물과 일치시키고 멀티미디어콘텐츠들 보다 확실히 나타내기 위해 소재의 예시를 "논문·수치·도형 기타 자료의 집합물"로 하였던 것을 "저작물이나 부호·문자·음성·음향·영상 그 밖의 형태의 자료"로 하였다. 또한 편집물에 대한 정의규정을 제2조에 새로이 신설하였다. 데이터베이스의 상위개념으로 편집물에 대한 정의를 새로이 규정한 것은 편집저작물을 위한 개념도구가 필요하기 때문이다.

현행법 제6조 (편집저작물) ①편집물(논문·수치·도형 기타 자료의 집합물로서 이를 정보처리장치들이 이용하여 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 것을 포함한다)로서 그 소재의 선택 또는 배열이 창작성이 있는 것(이하 "편집저작물"이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다

개정안 제2조 (정의)

제12의2. 編輯物 : 著作物이나 符號·文字·音聲·音響·映像 그 밖의 형태의 자료(이하 "素材"라 한다)의 集合物을 말하되, 데이터베이스를 포함한다.

12의3. 編輯著作物 : 編輯物로서 그 素材의 선택·배열 또는 구성에 創作性이 있는 것을 말한다.

12의4. 데이터베이스 : 素材를 체계적으로 배열 또는 구성한 編輯物로서 그 素材를 개별적으로 접근 또는 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.

넷째, 보호되는 투자의 기준이다. 법률로서 보호되는 것은 법적 보호가치가 사회적으로 인정되는 경우에 한하여야 하며, 투자의 규모를 불문하고 모든 노력을 보호하는 것은 과잉보호에 해당하기 때문이다.

그 외에도 데이터베이스 투자보호의 기간(투자의 회임기간)에 대한 문제 등 데이터베이스 투자보호를 위한 선결과제가 많이 있다. 여기서는 위 몇가지 논점을 차례대로 고찰하기로 한다.

1. 데이터베이스 투자보호 필요성

데이터베이스 투자의 법적 보호필요성의 문제²⁾는 데이터베이스 투자보호의 국제적 동향도 함께 고려되어야 한다. 물론 다른 나라의 입법례가 우리나라의 입법을 기속하는 것은 아니지만, 특히 WTO 뉴라운드 이후 지적재산권분야 법제가 국제적으로 통일되는 경향을 무시할 수 없는 우리나라의 국제사회적 위치를 고려하여야 하기 때문이다. 데이터베이스 투자보호를 위한 입법이 가져올 긍정적인 효과는 단연 데이터베이스 생산량의 제고이다. 지식정보사회화, 지식기반경제화 등의 슬로건이 전혀 심리적 부담감 없이 사회적으로 수용되고 있음을 볼 때 데이터베이스의 사회적, 경제적 효용은 더 이상의 강조가 필요 없을 정도이다. 데이터베이스에 대한 창작성 보호로는 상당한 투자가 들어간 소재의 추출과 이용에 대응할 수 없으므로 이에 대한 투자보호를 입법화하여 데이터베이스산업의 발전토대를 마련해야 한다는 것이다.

이에 대한 반대론자들의 논거는 크게 다음 두가지로 요약된다. 1) 데이터베이스 투자보호로 인해 정보의 자유로운 유통이 저해되어 오히려 사회경제의 발전에 근본적인 장애가 될 수 있으며 또한 투자보호는 논리필연적으로 자본가에 의한 정보독점을 초래하여 digital divide 심화될 수 있음을 지적한다. 데이터베이스를 그대로 복제하여 이용하지 않는 한 지금까지 자유롭게 추출·이용하여 오던 행위가 데이터베이스의 소재에 대한 투자보호 입법으로 인하여 제한되는 만큼 데이터베이스의 이용이 제한될 것이라는 지적은 돌리지 않는 것으로 보인다. 특히, 학술·연구계(research community)의 이러한 우려는 매우 큰 것으로 알려지고 있다.³⁾ 2) 데이터베이스 투자보호 입법시 외국인에 대한 보호배제를 할 수 없는 국제적 상황에서 우리나라에서 현재 이용되는 데이터베이스의 80% 내지 90% 이상이 모두 외국산인 점을 고려시 그 과실은 전부 외국에 귀속될 것이라는 우려이다. 반대론자들의 첫 번째 지적은 정보의 자유로운 유통의 보장을 위해 필요한 권리의 제한을 보호입법과 함께 규정하는 방법으로 상당부분 우려를 해소할 수 있는

2) 흔히 데이터베이스 투자보호를 창작성없는 데이터베이스 보호를 일컫고 있으나 이는 정확한 표현이 아님. 현행 저작권법에서 보호하는 데이터베이스는 소재의 선택과 배열의 창작성만이므로 창작성이 있는 데이터베이스라도 소재의 수집과 가공 등에 드는 노력은 보호되지 않고 있음. 창작성없는 데이터베이스에 국한한 투자보호가 아니라 창작성이 있는 데이터베이스도 포함하는 의미로 이해되어야 함.

3) 데이터베이스산업이 가장 발달한 미국에서 데이터베이스 투자보호를 위한 4번(96년 HR3531, 97년 HR2652, 99년 HR354 및 HR1858)의 입법시도가 모두 실패하였는데 가장 큰 이유가 research community의 반대 때문인 것으로 알려지고 있음.

것으로 보이며⁴⁾, 또한 보다 높고 많은 데이터베이스의 생산이 궁극적으로는 정보이용자나 소비자에게도 득이 될 것이다. 두 번째의 데이터베이스 수입초과국인 우리나라의 국익을 고려하여야 한다는 지적 역시 무시할 수 없는 지적이나, 상호주의에 의한 외국 데이터베이스 보호를 규정한다면 주요 데이터베이스 수입대상국인 미국이 보호입법을 할 때까지는 적어도 국부유출에 대한 우려는 덜 수 있을 것이다. 또한 데이터베이스산업의 체질강화를 통한 산업의 경쟁력 제고를 위해 한번을 꺾어야 할 산고라 생각한다면 크게 우려할 바는 아닌 것으로 보이며 보호시기를 조금 더 연기하는 것은 근본적인 해결책은 아닌 것으로 보아야 할 것이다. 지난 96년 12월 WIPO 외교회의에서 데이터베이스 투자보호를 위한 조약초안이 상정되었으나 본회의에서 제대로 논의조차 되지 못하고 폐기된 바 있다.⁵⁾ 이는 데이터베이스 투자보호에 대한 국제적 합의를 이루기에는 아직 미성숙된 사안이므로 우리나라의 데이터베이스 투자보호가 시기상조라는 주장도 위의 설명으로 충분한 답변이 되리라 생각하며, 미국·일본 등 선진국도 보호입법을 하지 않고 있다는 사실을 들어 우리의 보호입법을 마냥 늦출 것이 아니라 오히려 입법의 좋은 타이밍으로 보아야 할 것이다.

2. 데이터베이스 투자 보호법률과 보호방식

두 번째는 데이터베이스 투자보호 입법시 법률의 선택의 문제이다. 법률의 선택은 보호방식의 선택과 직결되는 문제이다.⁶⁾ 고려가능한 입법방식으로는 저작권법상의 저작인접권의 방식을 채택하는 방안, 부정경쟁방지법의 적용영역을 넓히는 방안, 그리고 별도의 특별법을 제정하는 방안 정도가 검토될 수 있다고 본다⁷⁾.

먼저 두 번째의 방법은 현실적으로 우리나라의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률법의 개정을 통한 보호인데 동법은 우선 상표법에 대한 보완입법이며, 또한 부정경쟁행위를 매우 한정적으로 열거하고 있어 데이터베이스에 대한 투자보호에 적용하기에는 거의 불가능해 보인다. 세 번째 특별법의 제정인데 이 경우에도 보호방식의 선택의 문제는 피할 수 없다. 저작인접권에 준하는 특별한 권리(sui generis right)로 보호할 것인가 부정경쟁방지법리를 차용할 것인가가 선택되어야 하는 것이다. 하지만, 어떤 방식에 따르면 데이터베이스보호가 창작성을 기준으로 저작권법에 의하고 투자를 기준으로 특별법에 의하게 될 것이므로 하나의 보호실체(데이터베이스)에 대해 보호법률이 2개가 존재하게 되는 것이므로 국민의 법률생활의 불편을 피할 길이 없게 된다는 점에서 바람

4) 지난 96년 데이터베이스에 대한 투자보호를 의무화한 이후 모든 회원국가가 입법을 완료한 유럽연합은 아직까지 데이터베이스 투자보호로 인한 특별한 부작용이 없는 것으로 2001년 세계지적재산권기구의 한 공식회의에서 보고함

5) 96년 외교회의에 우리나라는 문화관광부 저작권과에서 정부대표로 참석.

6) 저작권 또는 저작인접권을 배타적 권리로 보호하고 있는 저작권법에서 데이터베이스 투자보호에 관해 특별히 부정경쟁방지법리를 채용하는 것은 법리상 불가능한 것은 아니나, 부정경쟁방지법식(채권자적 지위)과 배타적 권리방식(준물권자적 지위)에 있어 권리의 행사와 구제에 있어 큰 차이점이 있어 양 방식이 하나의 법률에 규정되는 경우 법률의 체계가 매우 복잡해지는 문제가 있음.

7) 데이터베이스의 국제적 보호동향과 입법방향(안효길, 계간저작권 2000년 여름호, p64)

직하지 않은 것으로 보인다. 또한 저작권법에 준하는 방식을 택하면서 저작권법의 개정이 아닌 특별법을 제정하는 것은 법률의 낭비일 것이며, 부정경쟁방지법리를 채택하는 경우 동일한 데이터베이스가 창작성요건과 투자보호요건을 모두 충족하는 경우(반드시 그렇지는 않겠지만, 상당한 투자에 의해 제작된 데이터베이스는 그만큼 창작적일 개연성도 높다할 것이다) 양 법리의 보호범위, 권리구제 방식 등의 차이에서 오는 문제를 해결할 수 없는 문제점이 있다.

저작권법의 개정을 통한 데이터베이스 투자보호를 반대하는 측의 논거는 다음 두가지로 요약된다.

- 1) 저작권법은 창작성을 보호하는 법률이므로 투자보호법으로 법리상 한계가 있다.
- 2) 저작권법은 배타적 권리부여방식을 채택하고 있으므로 데이터베이스 제작자를 배타적 권리부여 방식에 의해 보호할 경우 정보의 자유로운 유통을 저해할 가능성이 더욱 높다.

저작권법이 기본적으로 창작행위의 결과물인 저작물을 주된 보호대상으로 하고 있는 것은 사실이나 창작성만을 보호하는 법률은 아님에 유의하여야 한다. 저작권법은 이미 출판·음반·방송 및 영상물제작자 등의 창작성의 보호와는 거리가 있는 투자를 요건으로 한 보호제도를 보유하고 있으며⁸⁾ 이는 세계 대부분의 나라의 저작권법도 동일하다. 또한 세계 각국의 저작권법은 이미 창작성만을 보호하는 법률이라기보다는 포괄적으로 정보의 생산과 유통에 대한 법률로 자리잡고 있으며, 그 영역은 지식정보화 사회의 진전으로 점차 확대되고 있는 추세라 할 것이다. 데이터베이스 보호를 입법화한 유럽연합 15개 회원국 역시 모두 저작권법에 해당조문을 직접 신설하거나 별도의 법률로 저작권법을 개정하여 저작권법에 준하는 보호를 하는 방식을 따르고 있다.⁹⁾

8) 출판사, 음반제작자, 영상제작자, 방송사업자 등은 자신의 투자로 저작물 또는 미저작물 등을 배포·전달하는 자들로서 이들의 보호는 출판물·음반·영상물·방송의 제작기획과 투자에 대한 보호일뿐 창작적 기여에 대한 보호는 아님. 이는 저작권법의 정의규정에서 쉽게 알 수 있음.

법 제2조 7. 음반제작자 : 음음 음반에 맨처음 고정된 자를 말한다

9. 방송사업자 : 방송을 업으로 하는 자를 말한다

11. 영상제작자 : 영상저작물의 제작에 있어 그 전체를 기획하고 책임을 가진 자를 말한다

제3장 출판권

제54조 (출판권의 설정) ①저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자(이하 "복제권자"라 한다)는 그 저작물을 인쇄 그밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행하고자 하는 자에 대하여 이를 출판할 권리(이하 "출판권"이라 한다)를 설정할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 출판권을 설정받은 자(이하 "출판권자"라 한다)는 그 설정행위에서 정하는 바에 따라 그 출판권의 목적인 저작물을 원작 그대로 출판할 권리를 가진다.

③복제권자는 그 저작물의 복제권을 목적으로 하는 질권이 설정되어 있는 경우에는 그 질권자의 허락이 있어야 출판권을 설정할 수 있다.

제57조 (출판권의 존속기간등) ①출판권은 그 설정행위에 특약이 없는 때에는 맨처음 출판한 날로부터 3년간 존속한다.

9) EU 주요국가 입법 사례

- 독일 : '97. 7 저작권법 개정, 세계 최초로 창작성 없는 DB 보호
- 영국 : '97 저작권·의장·특허법중 저작권편을 개정하여 DB 보호
- 프랑스 : '98 저작권법을 개정하여 DB 보호
- 스페인 : '98 저작권법을 개정하여 DB보호
- 오스트리아 : '98 저작권법을 개정하여 DB 보호
- 아일랜드 : 2000 저작권법 개정(안)에 DB 보호 내용 반영

저작권법에 의한 데이터베이스 투자보호를 반대하는 두 번째 이유의 논거로 보호방식에 오는 차이를 들고 있으나 어떤 방식에 의하든 데이터베이스의 투자보호가 이루어지면 그 자체로 정보(소재)의 이용이 제한을 받게된다는 점에서 근본적으로 차이가 없다고 할 것이다.

부정경쟁방지법리를 취함이 타당하다고 주장하는 견해는 부정경쟁방지법리를 취할 경우 부정경쟁이 아닌 한 즉, 제작자의 영업상의 이익을 침해하지 아니하는 한 자유로운 이용이 가능하게 되므로 그 범위에서 배타적 권리부여방식에 비해 우월하다는 것을 주장한다.¹⁰⁾ 하지만, 부정경쟁방지법리를 따르는 경우에도 데이터베이스에 대한 부정경쟁행위를 열거¹¹⁾하기란 사실상 불가능하므로 결국 부정경쟁행위를 포괄적으로 금지하여야 하는 점¹²⁾, 부정경쟁행위가 금지되는 시장의 범위에 현재적(顯在的) 시장외에 잠재적(潛在的) 시장까지도 포함되는 점 등을 고려한다면 배타적 권리부여방식과 그 효과면에서 다를 바 없는 것이며, 배타적 권리부여방식을 따르는 경우에도 데이터베이스 제작자의 권리의 적절한 제한을 통하여 부정경쟁방지법리의 장점(경쟁관계에 있지 아니하는 자의 데이터베이스 자유이용)을 보장하는 방법을 강구할 수 없는 것은 아니므로 정보의 원활한 유통을 위한 고려에서 결국 양 투자보호방식은 차이가 없다고 할 것이다.

부정경쟁방지법리를 따를 경우 일반 소비자(경쟁관계에 있지 않으므로)가 무단으로 데이터베이스의 소재를 이용하는 것을 차단할 수 없게 된다. 저작권법의 개정을 반대하고 부정경쟁방지법리의 채택을 옹호하는 측에서는 소비자의 정보이용이 장려되어야 하므로 이를 부정경쟁방지법리의 장점으로 들고 있다. 하지만, 데이터베이스에 따라서는 소비자가 주요시장을 차지하는 경우—지식정보화의 진전으로 이러한 데이터베이스의 비중은 더욱 커질 것임—데이터베이스 제작자가 투자를 회수할 기회를 잃어버려 투자보호의 취지가 유명무실해진다는 점에 대한 고려가 부족하다 할 것이다. 물론 부정경쟁방지법리의 일차적 목적은 공정한 경쟁질서의 확립이며 투자자가 보호되는 것은 부수적, 반사적이라고 한다면 그만일 것이다.

10) 이 주장은 96년 외교회의에서 데이터베이스 투자보호에 관한 조약이 채택되지 않은 이유가 당시 조약 초안이 부정경쟁방지법리가 아니라 배타적 권리부여방식에 의해 데이터베이스 투자보호를 규정하여 정보의 원활한 유통이 저해될 가능성이 높았기 때문이라는 인식에 기초하고 있음. 그러나 96년 12월 스위스 제네바에서 개최된 외교회의에서 데이터베이스 투자보호로 야기될 지 모르는 정보의 자유로운 이용의 제한가능성에 대한 선진국 학술계와 데이터베이스 보호를 인해 로얄티를 더 지불해야 할 개도국들의 원천적인 반대에 의한 것이었으며 보호방식에 관해서는 논의가 이루어진 바가 없었음.

11) 우리나라 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률의 규정은 민법상의 불법행위의 특칙으로서, 영업주체가 사업활동을 함에 있어서의 경쟁상의 우위를 정당한 대가의 지불없이 타인의 경쟁력에 우선하여 확보하려는 행위를 규제하기 위한 것이며, 열거주의에 의해 부정경쟁행위의 구성요건을 한정하고 있음.

* 부정경쟁행위의 구성요건 : 1) 상품주체 혼동 야기 행위(국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 기타 타인의 상품임을 표시하는 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매, 반포, 수출, 수입하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위), 2) 영업주체 혼동 야기행위, 3) 원산지 오인 야기행위, 4) 상품의 생산·가공지 등의 오인 야기행위, 5) 상품사칭행위, 6) 품질 등 오인 야기행위 등

12) 서울대 법학연구소에서 시안으로 작성한 데이터베이스 보호법률안에서는 "데이터베이스 제작자 등의 허락없이 그 데이터베이스의 전부 또는 상당한 부분을 복제하여 일반공중에 배포하거나 전송함으로써 그 데이터베이스 제작자 등의 시장에 상당한 영향을 미치는 행위를 해서는 아니된다"라고 하였으나, 시장에 영향을 미치는 한 배타적 권리부여방식과 보호범위에 차이가 없으며, 차이는 시장에 영향을 미치지 않는 경우인데 시장에 영향을 미치는 행위를 넓게 해석하면(허락받지 않은 복제, 배포, 전송이 자신의 시장에 영향을 미치지 않는다고 생각할 데이터베이스제작자는 아무도 없을 것임) 그 차이는 더욱 없게 됨.

또한 저작권법에 의한 데이터베이스 투자보호를 반대하는 주장은 나아가 헌법 제22조 제2항¹³⁾을 근거로 창작성 없는 데이터베이스에 대해서까지 저작권과 유사한 지적재산권을 부여하고자 하는 것은 창작성이라는 지적재산권의 보호에 관한 입법권의 내재적 한계를 일탈한 것으로서 위헌의 소지가 다분하다고 주장¹⁴⁾하고 있으나 출판사업자, 방송사업자, 음반제작자, 영상제작자 등을 저작권법에서 보호하는 것은 입법권 남용에 해당되어 위헌이라는 결론에 이르게 된다.

3. 데이터베이스 투자보호 기준

다음은 데이터베이스 보호의 기준 즉 투자보호에 관한 보호기준 문제이다. 데이터베이스 투자를 보호하는 경우 모든 투자를 보호할 수는 없고 '상당한' 투자와 노력이 보호되어야 한다는데 대해서는 보호 법률이나 방식에 있어서 차이를 나타내는 양측에서도 이견이 없다. 다만, 상당한 투자의 기준을 어떻게 정할 것인가의 문제가 남는 셈인데, 결론적으로 불확정 개념을 사용하여 법원에서 결정되도록 하는 것이 현재로서는 최선의 대안으로 판단된다. 이는 보호근거가 되는 투자정도를 일률적으로 획정하는 것은 불가능하며, 사안에 따라 그리고 보호필요성에 대한 사회통념의 변화에 따라 신축적으로 대응하기 위해 불가피한 것으로 이해하여야 할 것이다. 현재 데이터베이스 투자보호를 위한 입법을 한 약 17개국 역시 모두 "상당한 투자"(substantial investment)라는 개념을 사용하고 있다.¹⁵⁾

보호기준과 관련하여 최근 정동영 의원 발의로 국회 과학기술정보통신위원회에 계류중인 "온라인디지털콘텐츠산업발전법"(이하 '디콘법'이라 한다)의 디지털콘텐츠에 대한 보호규정에 관해 잠시후 살펴보기로 한다.¹⁶⁾

13) 헌법 제22조 제2항 "저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다"

14) "요컨대 창작성은 권리부여의 헌법적 전제인 것이다. 이에 반하여 데이터베이스의 법적 보호는 창작성 없는 정보의 편집물을 그 보호의 전제로 하고 있는 것으로서, 헌법 제22조 제2항이 전혀 상정하고 있지 아니한 것이다. 그러므로 이에 대하여 새로운 권리를 부여하는 물권방식은 결국 만인 공동의 재산에 속하던 것을 특정인의 사적목적의 영역에 놓이도록 특권을 부여하는결과(정보목적의 철저화)가 되어 헌법에 반하게 되는 것이다"(「데이터베이스보호방안연구」, 서울대 법학연구소, 2000.12, p.187). 동 연구보고서는 물권방식과 불법행위방식을 비교하면서 물권방식을 위헌으로 판단한 논리귀결인지는 모르나 양방식의 장단점을 비교치 아니하고 물권방식의 단점과 불법행위방식의 장점만을 서술하고 있음.

15) "Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of that database."(데이터베이스 법적 보호에 관한 유럽연합 지침 제7조 제1항)

16) 이 글을 작성하는 중에 국회 상임위에서 디콘법이 수정되었음. 투자규모와 상관없이 모든 투자를 보호하는 규정이 저작권법 개정안의 데이터베이스 투자보호요건과 같이 상당한 노력이 투입된 것만을 보호하는 것으로 수정되었으므로 투자보호 기준에 관해서는 현재로서 문제될 것은 없다고 하겠으나, 당초 디지털콘텐츠에 관한 한 모든 투자를 보호하여야 한다는 주장이 강하게 제기된 바 있으므로 이에 대한 설명을 계속하기로 함.

4. 데이터베이스 투자보호기간

데이터베이스의 투자보호의 기준이 결정되면 보호기간을 얼마 정도로 설정할 것인가의 문제를 결정하여야 한다. 일차적인 기준은 투자자본의 회임(懷妊)기간이 될 것이다. 최소한의 회임기간이 보장되지 않으면 투자를 유인할 수 없기 때문이다. 그러나 데이터베이스마다 투자규모가 다를 것이고 데이터베이스마다 대상시장(market)이 틀릴 것이므로 일률적인 회임기간이란 있을 수 없다. 또한 데이터베이스 투자보호기간의 결정에 있어 회임기간과 함께 고려되어야 할 것이 정보의 영구소유 내지 독점 가능성이다. 데이터베이스는 정보소재의 집합물이므로 그 소재에 대한 보호기간이 길면 그 만큼 정보의 이용자 입장에서는 정보에 대한 접근기회가 축소될 것이기 때문이다. 이렇게 보면 데이터베이스 투자보호기간은 투자회임기간과 정보독점가능성 배제 내지 정보접근권 보장이 각각 최소 및 최대기준이 될 것이다. 회임기간이상의 보호기간의 설정으로 정보소유자의 독점적 이익을 법률에서 보장해서는 아니된다는 것이다.

결국 문제는 데이터베이스의 제작에 소요된 투자비용을 회수하는데 과연 얼마정도의 시간과 세월이 필요하며, 이에 대한 사회적 함의를 도출하느냐 일 것이다. 유럽연합의 데이터베이스 보호지침은 15년이라는 보호기간을 최소한 보장토록 하였다.¹⁷⁾ 미국의 경우 아직 입법화되지 않았으나 96년의 법안(HR3531)에서는 25년을 제시하였고, 99년의 HR354 및 HR1858에서는 유럽연합의 지침과 같이 15년이 제시되었다.(HR3531은 sui generis right의 방식을 따랐고, 99년의 두 개 법안은 모두 misappropriation 방식을 따랐다.)

투자보호기간과 관련하여 데이터베이스의 적극적인 관리를 위하여 새로운 투자가 발생한 경우 별도의 보호기간을 부여할 것인가의 문제가 정보에 대한 준영구적 보호 내지 정보독점가능성과 관련하여 검토되어야 한다. 투자보호의 취지가 이 부분에 와서 부정될 수는 없을 것이다. 데이터베이스의 생명력 내지 시장가치는 현창성, 시의적절성이라 할 것이고 현행성이 없는 정보는 더 이상 정보가 아니라 할 수 있다. 따라서 데이터베이스 제작자는 자신의 데이터베이스의 시장가치 확보를 위해 계속적으로 자신의 데이터베이스를 현행화하기 위해 현재의 소재정보의 진위를 확인하여(verification), 빠진 것은 추가하고 틀린 것은 수정할 것이다. 이러한 작업은 데이터베이스 제작보다 훨씬 더 중요한 작업이 될 수도 있는 것이다. 이 과정에 소요되는 투자와 노력이 제작에 못지않은 질적·양적으로 상당한 것이라면 이를 보호치 않을 수 없을 것이다.

국회에 제출된 저작권법개정안은 데이터베이스제작자 보호기간을 5년으로 하고, 데이터베이스의 적극적인 관리(검증, 갱신, 추가)행위에 상당한 투자가 인정되는 경우 적극적인 관리가 발생한 부분에 대하여 5년을 연장하는 것으로 하고 있다(개정안 제73조의6, 아래 '5. 데이터베이스와 디지털콘텐츠' 참조). 보호기간을 5년으로 결정한 실증적인 근

17) EU 지침 제10조 참조. 15년을 보호기간으로 정하면서 연장 내지 축소에 대한 회원국의 재량을 인정치 않고 있다.

거는 없다. 다만, 데이터베이스에 대한 투자보호가 가져올 파급효과에 대한 추측이 완벽치 못한 상태에서 유럽의 예처럼 장기의 보호기간을 설정하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보았으며, 일단 5년의 보호를 규정하여 그 파급효과(주로 정보독점 내지 정보의 자유로운 유통 저해가능성에 대한 배려임) 등 추이를 보아가며 5년으로 부족하다는 법률운영결과가 나오고 연장필요성에 대한 사회적 합의가 있는 경우 연장할 수도 있는 것이기 때문이다.(15년 등 장기의 보호기간을 규정하였다가 이를 축소하는 편보다 법리상 훨씬 안전한 방법이라는 점도 고려하였음)

하지만, 적극적인 관리 부분에 대한 보호기간의 연장이 관리되지 않아 보호기간이 만료한 부분과 현실적으로 구분하기 쉽지 않을 것이고 이에 따른 데이터베이스 이용자의 불편이 지적될 수 있다. 소비자의 편의제고를 위한 방안은 향후 더 연구·모색되어야 할 것이다. 쉽게 생각할 수 있는 방법으로는 데이터베이스 제작자 또는 운영자로 하여금 관리부분과 비관리부분을 표시토록하는 것인데 관리된 부분이라는 표시가 있다고 해서 그 자체로 바로 개정안 제4자의2의 보호요건을 항상 충족하는 경우가 아니라는 문제가 있다. 제작자나 관리자 입장에서는 자신의 투자와 노력을 항상 상당한 것으로 판단하여 보호되는 부분이라고 표시할 것이지만 법원에서 항상 그 판단을 존중하는 것은 아닐 것이기 때문이다. 제도적 보완이 필요하다는 점은 인정되나 이 문제의 해결을 위해 바로 활용가능한 현실의 제도가 마땅치 않은 점이 고민인 것이다.

5. 데이터베이스와 디지털콘텐츠

인터넷 환경과 관련 우리나라에서 최근 문제가 되고 있는 이슈 가운데 하나가 디지털콘텐츠의 법적 보호이다. 디지털콘텐츠가 저작물(2차적 저작물 포함)인 경우 저작권법에 의해 보호됨은 필지의 사실이나 그 제작을 위해 상당한 투자나 노력이 투입되었으나 창작성이 인정될 정도의 수준에는 미치지 아니하는 디지털콘텐츠에 대한 법적 보호가 데이터베이스 투자보호에 더하여 별도로 필요한 것인가가 그것이다. 그 필요성을 주장하는 측에서는 데이터베이스와 디지털콘텐츠는 그 개념이 다르며, 창작성은 없지만 그 제작에 상당한 투자와 노력이 투입되었으므로 그 제작자와 동일시장에서 경쟁하는 방법으로 디지털콘텐츠를 이용하는 것은 방지하여야 한다는 것이다. 이로써 지식기반경제의 꽃이라 할 수 있는 디지털콘텐츠산업의 육성을 위한 발판이 마련될 수 있고 다른나라에 비해 우수하다고 알려진 우리나라 정보통신인프라를 십분 활용하는 길이라는 것이 그 논지이다. 우리나라의 콘텐츠로 우리의 정보통신인프라를 채워야 하는데 콘텐츠의 법적 보호가 부족하여 콘텐츠산업이 발전할 수 없게 되고 결국 외국의 콘텐츠가 우리의 정보통신인프라를 차지하게 될 것이다 등이 그 입법취지로 제시되었다. 동법률안에서 관련 규정만 발췌하면 다음과 같다.

제2조 (정의)

2. “온라인디지털콘텐츠”라 함은(이하 “온라인콘텐츠”라 한다)정보통신망이용촉진및정보보호 등에 관한 법률 제2조제1항제1호의 규정에 의한 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)에서 사용되는 디지털콘텐츠를 말한다.

5. “온라인콘텐츠제작”이라 함은 정보통신망에서 사용하기 위하여 아날로그 또는 디지털 형태의 원정보를 디지털방식으로 전환 또는 가공하는 것을 말한다.
6. “온라인콘텐츠제작자”라 온라인콘텐츠 제작을 기획하고 책임지는 자를 말하며 이들로부터 적법하게 그 지위를 양수한 자를 포함한다.
7. “복제”라 함은 온라인콘텐츠를 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다.
8. “전송”이라 함은 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 온라인콘텐츠를 정보통신망에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.
9. “표시”라 함은 온라인콘텐츠제작자가 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일 등 이 법에서 정하는 사항을 일반공중이 쉽게 알 수 있게 하기 위하여 당해 온라인콘텐츠 또는 그 포장에 전자적 형태로 부가하는 것을 말한다.
10. “기술적보호조치”라 함은 온라인콘텐츠제작자가 이법에 의해 보호되는 이익의 침해를 효과적으로 방지하기 위하여 적용하는 기술 또는 장치를 말한다.

제4장 온라인콘텐츠제작자의 보호

제18조 (금지되는 행위등) ①누구든지 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁행위를 함으로써 온라인콘텐츠제작자의 영업상 이익을 침해하여서는 아니된다. 다만, 최초로 온라인콘텐츠를 제작하여 표시한 날부터 5년이 경과한 경우에는 그러하지 아니하다.¹⁸⁾

②누구든지 정당한 권한없이 제1항의 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 온라인콘텐츠제작자나 그로부터 허락을 받은 자가 디지털콘텐츠에 부가한 기술적보호조치의 회피, 제거, 변경(이하 ‘무력화’라 한다)을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 주요부품을 제공·수입·제조·양도·대여 또는 전송하거나 양도·대여를 위하여 전시하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 기술적보호조치의 연구·개발을 위하여 기술적 보호조치를 무력화하는 장치 또는 부품을 제조하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제19조 (손해배상청구등) ①제18조제1항 및 제2항의 규정을 위반하는 행위(이하 “위반행위”라 한다)로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 그 위반행위의 중지나 예방 및 그 위반행위로 인한 손해의 배상을 법원에 청구할 수 있다.

18) 제18조 제1항은 당초 문화관광부와 정보통신부 사이에서 합의한 안이 과학기술정보통신위원회에서 수정된 것임. 당초 합의된 안은 다음과 같음.

①누구든지 정당한 권한없이 타인이 제작한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁행위를 함으로써 온라인콘텐츠제작자의 영업상 이익을 침해하여서는 아니된다. 다만, 최초로 온라인콘텐츠를 제작한 날로부터 5년이 경과한 경우에는 그러하지 아니하다.
당초안에 “상당한 노력으로 제작하여 표시한”이 추가되었다. 상당한 노력이 추가된 것은 부정경쟁방지법을 채용하였음에도 금지행위가 특정되어 있지 않다는 점 그리고 상당한 노력이 없는 디지털콘텐츠의 법적 보호가치에 대한 의문이 고려된 것 같다.

②법원은 손해의 발생은 인정되나 손해액을 산정하기 곤란한 경우에는 변론의 전취지 및 증거조사 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

제20조 (외국인 제작자) 온라인콘텐츠제작자가 외국인(외국법인을 포함한다)인 경우에도 이 법의 보호를 받는다. 다만, 당해 외국에서 대한민국 국민인 온라인콘텐츠제작자를 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 보호를 제한할 수 있다.

제21조(다른 법률과의 관계) 온라인콘텐츠제작자가 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법의 보호를 받는 경우에는 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법이 이 법에 우선하여 적용된다.

디콘법의 요지는 부정경쟁방지법리에 의해 온라인상에서 유통되는 디지털콘텐츠를 상당한 노력을 들여 제작한 자의 투자노력을 보호한다는 것이나, 동법 제21조에서 저작권법 우선적용규정을 두고 있으므로 저작권법의 관련규정을 함께 고찰하여야 동법률안의 의미를 제대로 이해할 수 있다. 국회 문화관광위원회 계류중인 저작권법 개정안의 관련 규정은 다음과 같다.¹⁹⁾

저작권법 개정안

제2조 (정의)

12의2. 編輯物 : 著作物이나 符號·文字·音聲·音響·映像 그 밖의 형태의 자료(이하 "素材"라 한다)의 集合物을 말하되, 데이터베이스를 포함한다.

12의3. 編輯著作物 : 編輯物로서 그 素材의 선택·배열 또는 구성에 創作性이 있는 것을 말한다.

12의4. 데이터베이스 : 素材를 체계적으로 배열 또는 구성한 編輯物로서 그 素材를 개별적으로 접근 또는 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.

12의5. 데이터베이스製作者 : 데이터베이스의 제작 또는 그 素材의 更新·檢證 또는 보충(이하 "更新등"이라 한다)에 人的 또는 物的으로 상당한 투자를 한 자를 말한다.

제4장의2 데이터베이스제작자의 보호

제73조의2 (보호받는 데이터베이스)

제73조의3 (적용제외)

제73조의4 (데이터베이스제작자의 권리) ①데이터베이스제작자는 당해 데이터베이스의 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송(이하 이 조에서 "복제등"이라 한다)할 권리를 가진다.

②사실에 불과한 데이터베이스의 개별 소재 그 자체는 제1항의 규정에 의한 당해 데이터베이스의 상당한 부분으로 간주되지 아니한다. 다만, 데이터베이스의 개별 소재 또는 그 상당한 부분에 이르지 못하는 부분의 복제등이라 하더라도 반복적이거나 특정한 목적을 위하여 체계적으로 함으로써 당해 데이터베이스의 통상적인 이용과 증

19) 양법안을 동시에 살펴야 하는 이유는 별도법률에 의한 디지털콘텐츠의 보호는 저작권법과의 충돌 소지가 매우 높아 문화관광부와 정보통신부가 수개월간의 협의를 거쳐 양 법률의 충돌가능성을 배제하기 위하여 현재의 내용으로 합의한 결과물이기 때문이다.

들하거나 데이터베이스제작자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 당해 데이터베이스의 상당한 부분의 복제등으로 본다.

③이 장에 의한 보호는 데이터베이스의 구성부분이 되는 소재의 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리에 영향을 미치지 아니한다.

제73조의5 (데이터베이스제작자의 권리 제한) ①제22조·제25조 내지 제31조·제33조 및 제34조의 규정은 데이터베이스제작자의 권리의 목적이 되는 데이터베이스의 이용에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 “저작물”은 이를 “데이터베이스”로 본다.

②다음 각호의 1에 해당하는 경우는 누구든지 데이터베이스의 전부 또는 그 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송할 수 있다. 다만, 당해 데이터베이스의 통상적인 이용과 저촉되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 교육·학술 또는 연구를 위하여 이용하는 경우. 다만, 영리를 목적으로 하는 경우에는 그러하지 아니하다

2. 시사보도를 위하여 이용하는 경우

제73조의6 (보호기간) ①데이터베이스제작자의 권리는 데이터베이스의 제작을 완료한 때부터 발생하며, 그 다음 해부터 기산하여 5년간 존속한다.

②데이터베이스의 갱신등을 위하여 인적 또는 물적으로 상당한 투자가 이루어진 경우에 당해 부분에 대한 데이터베이스제작자의 권리는 그 갱신등을 한 때부터 발생하며, 그 다음 해부터 기산하여 5년간 존속한다.

제73조의7 (데이터베이스제작자의 권리의 양도·행사 등)

제73조의8 (데이터베이스 이용의 법정허락)

제73조의9 (데이터베이스제작자의 권리의 등록)

디콘법 제21조에서 저작권법 우선적용을 규정하고 있는 결과, 디지털콘텐츠가 창작성이 있거나(현행법 제6조) 인적 또는 물적으로 상당한 투자가 인정되는 데이터베이스(개정안 제4장의2) 해당되어 저작권법으로 보호되는 경우에는 저작권법이 우선하여 적용되게 되었다. 따라서 디콘법에 의한 보호대상이 되기 위해서는(오프라인 디지털콘텐츠가 제외됨은 논리필연임), 먼저 창작성이 인정되지 않아야 하며(이는 아무런 기초소재에 기하지 않고 처음부터 디지털콘텐츠로 제작된 경우로서 저작물로서의 가치가 인정되지 않거나, 기존의 아날로그 또는 디지털콘텐츠에 기초하여 이를 재가공한 디지털콘텐츠로서 창작성이 부가되지 않은 경우이다), 상당한 노력이 투입되어야 한다.

문제는 온라인디지털콘텐츠와 데이터베이스의 범주의 차이가 있는가²⁰⁾, 있다면 얼마나 차이가 있는가이다. 만일 데이터베이스로서 온라인디지털콘텐츠를 포섭하는 범위가 매우

20) 데이터베이스는 디지털 형태(온라인에서는 법령·판례정보, 물가정보, 날씨정보 제공사이트 등이, 오프라인에서는 cd-rom 등의 형태의 브리태니카 백과사전, 팔만대장경 등이 이에 해당)와 아날로그 형태(종이책 형태의 전화번호부, 인명사전, 백과사전 등)를 모두 포함하는 개념임. 따라서 데이터베이스는 아날로그 콘텐츠 및 오프라인 콘텐츠 모두를 포함하는 개념이므로 온라인디지털콘텐츠보다 넓은 개념임에는 의문의 여지가 없음. 다만 온라인 디지털콘텐츠 가운데 데이터베이스에 해당되지 않는 것이 존재하는가가 문제될 따름임.

넓다면, 다시 말해 온라인디지털콘텐츠가 저작권법 개정안 제4장의2의 규정에 의한 데이터베이스에 의해 포섭되는 경우 디콘법의 보호규정은 그 포섭범위만큼 실익이 감소하기 때문이다.

결론부터 말하자면, 저작권법 제4장의2의 규정에 의한 데이터베이스보호로부터 벗어나는 온라인디지털콘텐츠는 거의 없는 것으로 생각된다. 있다 하더라도 별도 법률의 제정을 통해 보호해야할 정도 다시말해 별도 법률의 제정을 통해 보호치 않으면 온라인디지털콘텐츠산업의 성립과 발전에 치명적인 장애가 생길 정도라고는 보지 않는다.²¹⁾

우선 저작권법 개정안은 데이터베이스는 “素材를 체계적으로 배열 또는 구성한 編輯物로서 그 素材를 개별적으로 접근 또는 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.”로 정의하고 편집물은 “著作物이나 符號·文字·音聲·音響·映像 그 밖의 형태의 자료(이하 “素材”라 한다)의 集合物을 말하되, 데이터베이스를 포함한다.”로 정의하고 있다. 온라인 디지털콘텐츠는 부호, 문자, 음성, 음향, 영상 기타 자료의 집합물 혹은 그 집합물들의 집합체라 할 수 있는 홈페이지(웹 페이지)의 전부 혹은 일부에 해당되고, 홈페이지는 소재(디지털콘텐츠)를 체계적으로 배열 또는 구성되며 검색기능이나 하이퍼링크기능에 의해 그 소재들을 개별적으로 접근가능한 것이기 때문이다. 디지털콘텐츠가 모두 데이터베이스인가에 대해 디콘법 제정에 찬성하는 측에서는 그렇지 않다고 한다.²²⁾ 양자는 용어도 다르고 개념도 다르다. 디지털콘텐츠 자체가 데이터베이스될 수가 없음은 너무 당연하다. 필자가 주장하는 것은 디지털콘텐츠가 데이터베이스의 개념과 범주가 같다는 것이 아니라 저작권법 개정안 제4장의2(데이터베이스 제작자 보호)에 의해 보호되지 않는 디지털콘텐츠가 없다는 것이다.

저작권법 개정안 제73조의4(데이터베이스제작자의 권리) 제2항은 “사실에 불과한 데이터베이스의 개별 소재 그 자체는 제1항의 규정에 의한 당해 데이터베이스의 상당한 부분으로 간주되지 아니한다. 다만, 데이터베이스의 개별 소재 또는 그 상당한 부분에 이르지 못하는 부분의 복제동이라 하더라도 반복적이거나 특정한 목적을 위하여 체계적으로 함으로써 당해 데이터베이스의 통상적인 이용과 충돌하거나 데이터베이스제작자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 당해 데이터베이스의 상당한 부분의 복제동으로 본다.”로 하여 데이터베이스의 내용을 구성하는 개별소재(디지털콘텐츠)를 역시 보호하고 있는 것이다.

21) 현재 법안은 당초안에 “상당한 노력”이라는 요건을 추가하였으므로 상당한 노력이 투입되지 않은 디지털콘텐츠의 보호가 배제되었음.

22) 디지털화된 만화나 이조실록(CD ROM)을 데이터베이스라 할 수는 없을 것이라며 그 예를 들고 있음. 그러나 디지털화된 만화가 온라인상에서 독립적으로 제공되는 경우가 있는가. 만화의 디지털화는 아날로그 형태의 만화를 스캐닝하는 작업을 의미할 것이고 먼저 이 작업과정에 색상보정, 음성·음향의 삽입 등의 방법으로 새로운 창작행위가 가미된 것이라면 2차적 저작물이 될 것이며, 2차적 저작물에 이르지 못하더라도 상당한 투자와 노력이 들어가는 경우라면(디콘법 제정 찬성론자들의 주장은 바로 이 경우 즉, 창작성은 없으나 상당한 투자가 이루어진 디지털콘텐츠에 대한 현행법의 홍결을 역설했) 홈페이지(데이터베이스)의 개별소재로서 저작권법 개정안(제73의4조 제2항)에 의해 보호될 수 있는 것이다. 이조실록의 경우 그것이 한글로 번역한 것이라면 이 역시 2차적 저작물이 되는데 아무런 지장이 없으며, 번역되지 않은 것이라 하더라도 방대한 이조실록의 내용을 쉽게 검색할 수 있도록 상당한 노력을 기울여 체계적으로 재구성한 것일 것이므로 개정 저작권법 제4장의2에서 보호하는 데이터베이스일 가능성이 매우 높다 할 것이다.

"사실에 불과한 데이터베이스의 개별소재(디지털콘텐츠)"라 하더라도 데이터베이스 제작자의 이익(단순히 '이익'이라 했으므로 부정경쟁방지법리에서 보호되는 '영업상의 이익'보다 넓은 의미임.)을 부당하게 해치는 경우에도 보호를 받게 되는 것이다.

이렇게 볼 때 문제가 될 수 있는 것은 데이터베이스의 일부가 아닌, 다시말해 데이터베이스와 독립적으로 존재하는 온라인디지털콘텐츠인데, 온라인상에서 홈페이지의 일부가 아닌 디지털콘텐츠가 있을 수 있는가, 논리적으로는 가능하다 할 것이나 현실의 예를 찾기는 거의 불가능하다.

창작성은 없으나 상당한 노력(투자)이 들어간 개별 디지털콘텐츠가 다른 디지털콘텐츠와 독립적으로 온라인상에서 존재하거나 또는 다른 디지털콘텐츠와 같이 제공되는 경우라 하더라도 하이퍼링크 등의 방법으로 체계적으로 구성되지 않고 단순히 순차적으로 나열만 되어있는 상태로 온라인상에서 제공되는 경우는 없을 것이며 그것도 온라인디지털콘텐츠제공을 업으로 하거나 영리를 목적으로 하는 경우에는 단언컨대 그 예를 찾을 수 없을 것이다.

다시 한번 강조하지만, 데이터베이스보호에 관한 저작권법의 개정안으로 충분하며, 디지털콘텐츠의 투자보호를 위한 입법은 법률의 낭비에 불과하다는 것이 필자의 소견이다. 디콘법의 제정에 찬성하는 견해중 일부는 오히려 디콘법의 제정으로 데이터베이스보호를 포섭할 수 있으므로 저작권법의 개정 필요성이 없다는 견해도 있다.²³⁾ 이 견해는 그나마 데이터베이스와 디지털콘텐츠의 법적 보호에 대한 상관성에 대한 정확한 이해에 기초한 것으로서 필자의 주장이 반증되는 것으로 이해된다.

Ⅲ. 맺는 말

이상에서 데이터베이스와 디지털콘텐츠의 법적 보호에 대한 매우 간략한 고찰을 하였으나, 검토되어야 할 과제는 수없이 많다. 가장 먼저 들 수 있는 것으로는 저작권법상의 public domain policy와의 관계이다. 저작권 보호기간이 만료되거나, 저작권이 인정되지 않는 저작물이나 정보 등은 개인이 더 이상 지배할 수 없는 이른바 공유로 한다는 것인데, 데이터베이스의 소재나 디지털콘텐츠의 내용 가운데 이러한 공유에 속하는 저작물 등이 포함되어 결국 공유를 피해가는 방법이 생겼다는 것이다. 더군다나 WIPO저작권조약 및 WIPO실연·음반조약 등에도 규정되어 있는 기술조치(Technical measure)와 데이터베이스, 디지털콘텐츠 보호가 결합되면 그 효력은 배가될 것이다. 저작권 보호기간이 만료된 음악이나 미술작품을 수집하고 디지털화하여 이에 대해 기술조치를 하는 경우, 보호기간이 만료되지 않은 것이라 하더라도 이를 상업적으로 이용하는 도중에 보호기간(저작권, 데이터베이스 제작자의 권리, 디지털콘텐츠제작자의 영업이익 보호기간)이

23) 디콘법의 제정으로 저작권법의 개정이 불필요하다(물론, 이러한 견해는 "저작권법은 창작물을 보호하는데 그 법에서 창작성없는 것을 보호한다고 하는 것은 논리 모순이다"라는 인식에 기초하고 있다.)고 하면서도 저작권법의 개정을 반대치는 않는다고 하고 있다. 필자가 과문한 탓인지 이해가 되지 않는다. ("온라인디지털콘텐츠산업발전법 검토의견", "온라인디지털콘텐츠산업발전법안 제정을 위한 공청회 자료집", p.27·p.32, 국회 과학기술정보통신위원회, 01. 11. 27).

만료되었으나 기술조치가 여전히 작동하고 있는 경우 등 기술의 발달이 저작권법의 기본 정신에 대한 도전이 계속되는 것이다. 법이 기술을 앞설 수는 없는 것이나, 디지털 기술과 네트워크 기술의 발달로 저작권법의 패러다임이 근본적으로 바뀔지도 모르겠다. 그 시간이 얼마나 걸릴지는 아무도 모르지만,

〈토론 6〉

한국 상표법의 해결과제

육 소 영(충남대 법대 교수)

I. 서

전 세계적으로 상표에 관한 입법례는 사용주의와 등록주의로 나눌 수 있다. 사용주의를 취하고 있는 대표적 나라로 미국을 들 수 있고, 우리나라를 포함한 대부분의 나라에서는 등록주의를 채택하고 있다. 등록주의를 채택하고 있는 우리법 하에서 상표로서 보호를 받기 위해서는 등록을 마쳐야 한다. 즉 우리 상표법은 등록상표만을 그 보호 대상으로 하며, 이외에도 서비스표, 업무표장, 단체표장에 상표에 관한 규정을 적용하도록 하고 있다. 따라서 우리법에 의하면 상표와 유사한 기능을 하는 상호는 상법이나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의해, 등록을 하지 않은 상표나 기타 표식도 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의해 보호받도록 하고 있다. 이는 미국의 Lanham Act가 상표법으로 잘못 번역되고 있지만 사실은 우리나라의 상표 및 부정경쟁방지법에 해당한다는 것과 대조를 이룬다. Lanham Act는 그 보호대상을 상표에 한정하지 않으며 상호, 서비스마크, 단체표장, 검증표장 등도 통합적으로 함께 규율하고 있다.¹⁾ 반면 우리법은 상표와 유사한 성격을 가진 표장들에 관한 법률이 개별 입법에 산재해 있어 그 적용상의 혼란을 가져올 수 있다.

그러나 이러한 상표법의 구조상의 문제점은 상표법 자체의 근간에 관한 방대한 사안이므로 여기서는 논의를 생략하기로 한다. 현재 상표와 관련하여 가장 주목을 받고 있는 부분은 인터넷상의 상표이용 문제와 유명상표의 보호문제라고 할 수 있다. 개인용 컴퓨터와 인터넷 통신망의 발달로 등장한 사이버 공간은 물리적 공간영역에 한정되어 있었던 인간의 활동영역을 확장하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 특히 기존 매체와는 다른 특성을 가진 새로운 표현 매체를 제공함으로써 인간의 표현 수단을 확장시켰다. 현대 상표의 가장 큰 특징은 전통적인 상품의 출처표시 기능을 떠나 상표의 광고 기능적 측면과 정보 전달적인 측면의 강화를 들 수 있다. 따라서 사이버 공간이라는 새로운 표현영역에서 상표가 사용될 경우 어떠한 보호를 인정해야 하는지 문제가 되고 있다. 또한 교통, 통신 시설의 발달로 전 세계는 점차 하나의 공동체가 되고 있다. 따라서 지구의 일정 지역에서만 사용되는 상표가 그 상표가 전혀 사용되지 않는 지역까지 알려지게 되는 경우가 많다. 즉 유명상표를 보호해야 할 필요성이 더욱 강하게 대두되고 있다. 이하에서는 상표법의 문제 중 인터넷과 상표와의 관계와 유명상표 보호에 관한 사안을 중점적으로 논하고자 한다.

1) 15 U.S.C.A. sec. 1127.

II. 인터넷 상의 상표보호

인터넷의 발달과 더불어 타인의 상표를 인터넷 도메인 네임으로 등록하는 행위가 많은 주목을 받고 있다. 미국에서는 1990년대 말 수백개의 유명상표와 상호를 인터넷 도메인 네임으로 등록했던 전설적인 cybersquatter Toeppen의 등장으로 인하여 인터넷 도메인 네임과 상표와의 관계에 대해서 관심을 갖기 시작했다. Toeppen과 연계된 소송의 초기 단계에는 각 회사들이 소송 자체에 대하여 회의적인 입장을 취하였다. 따라서 그들은 소송보다는 Toeppen이 제시한 대가를 지불하고 도메인 네임을 되사는 방법을 선택하였다. 그러나 점차 많은 회사들이 비슷한 유형의 문제에 접하게 되고, 각 회사들은 소송경제라는 측면을 떠나 Toeppen을 포함한 cybersquatter들을 제재할 필요성을 느끼게 되었다. 그러나 막상 cybersquatter들을 상대로 소송을 제기했을 때 문제가 된 것은 이들을 규제할 근거 법률이 없다는 것이었다.

가장 큰 문제는 cybersquatter들의 행위를 "commerce in use", 즉 상업적 이용으로 보기 어렵다는 점이였다. 따라서 cybersquatting은 상표권 침해로 구성할 수 없었다.²⁾ 그러나 후에 사법부는 진정한 상표권자로부터 대가를 받고 상표를 되팔려는 의사로 상표를 도메인 네임으로 등록한 행위 자체를 상표의 상업적 이용으로 간주하였다. 하지만 상표를 도메인 네임으로 등록한 것만으로는 진정한 상표권자와 경쟁관계에 있거나 오인, 혼동을 불러일으키지 않으므로 전통적인 상표권 침해를 구성하지 않았다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 미국 사법부는 cybersquatting에 대하여 상표의 희석화 조항을 적용하여 규제하기 시작하였다. 상표의 희석화가 성립하기 위해서는 유명 상표권자와 도메인 네임 등록자간에 경쟁관계가 있거나 둘 사이에 오인, 혼동 관계를 요구하지 않는다. 단지 도메인 네임 등록자가 타인의 유명 상표를 도메인 네임으로 등록했다는 행위 자체에 의하여 처벌을 받게 된다.³⁾

따라서 1990년대 말 많은 cybersquatter들이 희석화 조항에 의해 제재를 받았다. 이후 cybersquatter들의 유해성을 인식한 입법부는 이를 규제하기 위한 명문 규정을 Lanham Act에 도입하였는데, 1999년 제정된 사이버 스쿼팅 방지를 통한 소비자 보호법(Anti-cybersquatting Consumer Protection Act)이 바로 그 결과이다. 이 법에 근거하여 cybersquatting을 처벌하기 위해서는 네가지 요건을 만족시켜야 한다. 첫째, 피고는 도메인 네임을 등록, 이용하거나 거래하는 행위를 하였어야 한다. 둘째, 그 도메인 네임이 유명상표와 동일 또는 유사하거나 유명상표를 희석화하여야 한다. 셋째, 이 유명상표는 피고가 도메인 네임으로 등록할 당시 이미 저명성을 획득하고 있어야 한다. 넷째, 피고가 도메인 네임을 등록할 당시 원고의 상표로부터 이윤을 획득하려는 악의가 있었어야만 한다.⁴⁾ cybersquatting을 방지하지 위한 본 법안과 희석화 방지 조항의 가장 큰

2) "NINTH CIRCUIT RULES THAT CYBERSQUATTER'S ACTIONS VIOLATED TRADE-MARK ANTI-DILUTION LAWS", 15 No. 6 Computer Law. 23 (1998).

3) 15 U.S.C.A. sec. 1127.

차이점으로는 희석화 조항은 침해자의 고의, 과실 등의 주관적 요소를 필요로 하지 않는 반면, cybersquatting에서는 침해자의 악의를 그 요건으로 하고 있다.

그러나 인터넷 도메인 네임을 둘러싼 문제들은 인터넷 도메인 네임의 국제성으로 인하여 문제가 더욱 복잡해지고 있다. 인터넷 도메인 네임은 원칙적으로 선접수 선등록(first come, first served)의 원칙에 따라 등록이 이루어지며, 사후적으로 분쟁 발생시 일정한 경우에 정당한 권리자에 의한 권리회복이 인정된다. 도메인 네임은 크게 'com' 'edu' 'net' 등으로 끝나는 일반최상위도메인 네임(genetic Top Level Domain Name, 일명 gTLD)과 국가별 코드로 끝나는 국가별도메인 네임(country code Top Level Domain Name, 일명 ccTLD)으로 나누어진다. 분쟁 발생시 gTLD의 경우에는 인터넷 주소 관리 기구인 ICANN의 통일도메인네임분쟁해결정책(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 UDRP)에 의하여 해결되며, ccTLD의 경우에는 각국의 상표법 및 부정경쟁방지법에 의해 규율되도록 하고 있다.⁵⁾

ICANN은 UDRP를 집행할 집행기간으로 WIPO의 중재, 조정센터, The National Arbitration Forum, eResolution 등 4개 기관을 승인하였다. UDRP는 그 자체로서 법으로서의 효력을 갖지는 않지만 도메인 네임 등록자가 등록시 해당 도메인 네임에 관한 분쟁의 해결과 관련하여 이에 따를 것을 동의한 것에 근거해서 분쟁에 대한 해결을 시도한다. 그러나 UDRP의 결정은 사법적 효과가 있는 것은 아니며 이의 결정에 불복할 경우에는 10일 이내에 관할법원에 제소할 수 있다. 이때 관할법원이라 함은 일반적으로 등록기관의 주된 사무소 소재지 법원 또는 등록자의 주소지 법원을 말한다.⁶⁾

이와 관련하여 최근 서울 지방 법원에서 나온 판결을 주목할 필요가 있다. 이 사건에서는 'france2.com'과 'france3.com'의 도메인 네임 소유자인 우리나라 사람이 ICANN의 .com동 gTLD의 국내 등록업무를 담당하는 기관을 상대로 소를 제기하였다. 이 사건의 전제가 되는 프랑스 사건에서 프랑스 2국영 텔레비전 주식회사와 프랑스 3국영 텔레비전 주식회사는 신청인을 상대로 도메인 네임의 사용을 금지하는 소송을 프랑스 낭트 지방에서 제기했다. 이에 대하여 프랑스 법원은 신청인의 행위를 프랑스 2,3 텔레비전의 명성에 편승하는 행위로 인정하여 프랑스 지적 재산권법을 근거로 신청인에게 도메인 네임의 사용금지와 그 이전을 명하였다. 프랑스 2, 3 텔레비전의 대리인은 위 프랑스 법원의 판결을 근거로 본 사건의 신청인, 피신청인 및 ICANN에 도메인 네임을 프랑스 2, 3 텔레비전에 이전할 것을 계속적으로 요구하고 있다. 이에 대하여 신청인은 피청구인을 상대로 도메인 네임의 등록 이전금지를 청구하는 본 소를 제기하였다.

이 사건에서 서울지방법원은 신청인의 청구를 받아들이면서 다음과 같이 그 이유를 설명하고 있다. 당사자간의 공평이라는 소송절차상의 정의 또는 재판의 적정성이라는 측면에서 볼 때 소극적 당사자인 피고 주소지국 법원에 재판 관할권을 인정하는 것은 특별한 사정이

4) 15 U.S.C.A. sec. 1125 (d).

5) 최경진, "법에서 바라본 도메인 네임", www.lawnb.co.kr

6) UDRP 제3조, 제4조.

없는 한 조리에 반하지 않는다고 판단되고, 한편 타인의 권리를 침해하는 도메인 네임의 등록지라는 측면이나 도메인 네임 이전명령의 실효성 등의 측면에서 당해 도메인 네임의 등록기관 소재지국 법원이 국제 관할권을 인정하여 도메인 네임의 이전명령을 발할 경우 등록기관이 그 소재지국 법원의 명령을 거부하는 것은 상정하기 어렵다. 등록기관이 등록자 주소지국 법원이나 등록기관 소재지국 법원의 이전명령에 응하여 당해 도메인 네임을 타에 이전하는 것은 등록자에 대한 관계에서 도메인 네임의 유지관리에 관한 선량한 관리자로서 주의의무를 다하지 아니한 것으로 평가하기 어렵다. 따라서 등록기관은 등록자의 주소지 법원이나 등록기관 소재지 법원 이외의 외국 법원으로부터 도메인 네임의 이전명령이 있을 경우, 그 외국 법원의 국제관할권과 그 외국 판결에 대한 등록자의 주소지 또는 등록기관 소재지국에서의 승인 및 집행 가능성 등을 면밀히 검토해야 하고 그러한 검토 없이 그 이전명령에 가변이 응하는 것은 등록자에 대한 도메인 네임의 유지관리의무를 위반한 것으로 평가될 수 있다.

본 사안은 gTLD에 관련하여 외국에서 내려진 판결에 대하여 재판 관할권이 없음을 인정한 사안이라고 할 수 있다. 따라서 프랑스 2, 3 텔레비전이 우리나라나 ICANN 본부가 있는 미국에서 소를 제기했을 경우 결과가 달라졌을 수도 있다. 우리나라에서도 인터넷 도메인 네임과 관련하여 많은 소송이 제기되어져 왔다. 이를 정리해보면 chanel 사건에서는 chanel.co.kr의 사용이 부정경쟁행위에 해당한다고 본 반면, viagra.co.kr에 대해서는 viagra 상표가 다른 상표와 비교하여 강한 상표이므로 혼동 가능성이 없으며 일반적으로 외국계의 제약회사가 생취침, 취수 등의 재래 건강식품을 판매한다고 쉽사리 인정되지 않는 점을 들어 이의 말소 청구를 기각하였다. 그러나 우리 법원은 타인의 상표를 도메인 네임으로 등록만 하고 상품을 나타내는 표장이나 상품 판매를 위하여 사용하지 않은 경우에 상표권침해가 있다고 보기 어렵다는 입장을 취하고 있다. 또한 단순히 도메인 네임으로 타인의 등록 상표를 사용했다는 이유만으로 부정경쟁방지법에서 규정하고 있는 영업주체혼동도 없다고 판시하고 있다.⁷⁾

도메인 네임에 관한 우리 법원의 현재의 입장을 종합해보면, 단순히 도메인 네임을 등록한 것만으로는, 피고에게 원고의 명칭과 동일 유사한 명칭을 사용하여 일반인으로 하여금 오인, 혼동을 불러일으키려는 의도가 없다고 보아 상표권 침해나 부정경쟁방지법 위반에 해당하지 않는다는 입장을 취하고 있다. 무엇보다도 우리 법원은 도메인 네임의 부정 등록을 상표권의 문제보다는 부정경쟁방지법의 위반으로 처리하려는 경향을 보이고 있는 것 같다. 그러나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의해 처벌되기 위해서는 도메인 네임의 등록 및 사용이 상품주체혼동행위 내지 영업주체혼동행위로 인정될 수 있어야 한다. 그러므로 단순한 도메인 네임의 등록이나 오인, 혼동을 불러일으키지 않는 도메인 네임의 등록은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의해 처벌될 수 없다. 2001년 7. 1. 자로 시행되고 있는 개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 다목에 의하면, "비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유없이 국내에 널리 인식된

7) 99 가합 41812, 99 가합 8863, 99 카합 9363, 2000 가합 1637, 2000 가합 6471.

타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하여 타인의 표식의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위"를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 앞으로 이 규정에 의해 상표권자가 도메인 네임의 등록으로부터 보호될 수 있을지 지켜보아야 할 것이다. 그러나 이 규정에 의해 보호되기 위해서는 국내에 널리 인식되어 있을 저명성을 요구하고 있기 때문에 그 보호범위가 제한된다고 할 수 있다. 즉, 위에서 설명한 프랑스 국영 방송과 같은 경우에는 이 조항에 의해 보호될 수 없다. 그러므로 미국처럼 도메인 네임의 보호에 관한 특별 규정을 만드는 것도 인터넷 도메인 네임의 중요성을 감안할 때 바람직하지 않나 사려된다.

Ⅲ. 유명상표의 희석화 방지

희석화 현상을 처음으로 인정한 나라는 독일이라고 알려져 있지만, 사실상 이를 꽃피운 나라는 미국이라고 할 수 있다. 미국의 희석화 방지 조항은 상당히 오랜 역사적 배경을 갖고 있다. 1927년 Schechter의 논문에 의해 미국에 처음 도입된 희석화 이론은 1947년 매사추세츠가 최초의 주 희석화 방지법을 제정하고 1950년대 일리노이와 뉴욕주가 주법으로 이를 규제하기 시작한 이후로 1995년 연방법으로 규정되기까지 약 25개주만이 주법에 의해 이를 규제하고 있었다. 또한 이 법이 제정된 이후에도 사법부는 이의 적용에 있어서 매우 신중한 태도를 취하였다. 미국 연방법의 희석화 조항의 구성요건을 살펴보면, 희석화 현상이란 유명상표권자와 다른 이 사이에 경쟁관계가 없거나 오인, 혼동, 기만의 가능성이 없음에도 불구하고 유명상표의 상품 식별력을 감소시키는 것을 의미한다.⁸⁾ 미국이 연방법으로 희석화 방지를 규정한 이후로 세계각국도 희석화 방지의 입법화에 관심을 보이고 있다.

우리나라에서도 작년 말 희석화 방지를 입법화하기 노력이 있었던 것으로 알려져 있다. 그 결과 탄생한 것이 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1항 다호로 알려져 있다. 제2조 제1항 다호에서는 "비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하여 타인의 표식의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위"라고 규정하고 있다. 또한 상표법 제7조 제1항 12호를 희석화 방지 규정이라고 보는 이도 있다. 제7조 제1항 12호에서는 상표의 부등록 요건의 하나로 "국내 또는 외국의 수요자간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표"를 규정하고 있다.⁹⁾ 그러나 희석화 방지 규정은 파리조약 이래로 그 보호가 인정되어 온 저명상표 보호와 구별되어야 한다. 희석화 현상이란

8) 15 U.S.C.A. sec. 1127.

9) 송영식, 이상정, 황종환, 지적재산권법 (하), p155 (2001).

두 상표권자간에 전혀 경쟁관계가 있거나 두 상표가 오인, 혼동의 가능성이 없음에도 불구하고 유명상표권자의 상표권 침해를 인정하는 것이다. 또한 희석화 현상의 성립요건으로 침해자의 주관적 요건을 필요로 하지 않는다. 최근에는 각 기업들이 자신들의 고유한 영업영역을 확대하는 경향에 있고, 따라서 비유사한 상품간에 동일 유사한 상표가 사용된 경우에도 오인, 혼동의 가능성이 존재할 수 있다. 그러나 이러한 경우는 기존의 상표 침해 이론으로 해결해야 하지 희석화 규정을 적용해야 할 사안은 아니다.

희석화 현상으로부터 보호를 인정하는 것은 상표로 사용되는 기호, 문자, 도형에 대하여 독점적 재산권을 인정하는 것과 같다. 그러나 상표권은 지적 재산권 분야 중에서도 상대적으로 그 독점, 배타성이 약한 권리이다. 상표는 상품과의 연계를 통해서만 보호될 수 있고 상표로 사용되는 문자 등에 대한 독자적 권리를 인정하는 것은 아니다. 희석화 현상의 보호는 이러한 기존 상표권 이론의 근간을 저버리는 이론으로서 상표에 대하여 독자적 재산권을 인정하는 것과 같은 효과를 가져온다. 그러므로 희석화 현상의 인정에 대해서는 매우 신중을 기해야 하며, 명백한 독립 입법을 갖고 있는 미국에서도 신중론이 대두되고 있다. 우리나라의 상표법이나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서 규정하고 있는 것은 진정한 의미의 희석화 조항으로 볼 수 없다. 실질적으로도 아직 국내외적으로 널리 알려진 유명상표가 적은 우리의 현실에서 희석화 조항의 입법화와 적용에 신중을 기할 필요가 있다고 본다.

IV. 결

컴퓨터와 인터넷 통신망을 포함한 교통과 통신의 발달은 인간 삶의 많은 분야에서 변화를 가져오고 있다. 상표법 분야에서도 교통, 통신망의 발달은 변화를 가져오고 있는데, 인터넷 도메인 네임과 상표의 희석화 현상이 그 대표적 실례라고 할 수 있다. 우리 상표법에서도 이러한 세계의 흐름에 맞추어 상표법을 개정하고 그 적용상의 변화를 모색하고 있는 것으로 보인다. 그러나 아직 선진국에서도 신중한 입장을 취하고 있는 분야에까지 우리가 앞서 나가야 할 필요는 없다고 본다. 따라서 인터넷 도메인 네임과 관련된 우리 사법부의 확고한 입장이 정리되기를 바라며, 희석화 현상의 입법화와 적용에는 신중을 기하는 것이 바람직하다고 본다.

〈토론 7〉

저작권법개정(안)에서 서비스제공자의 책임 규율에 대한 반대론

현 대 호 (한국법제연구원 수석연구원)

I. 문제의 제기

전통적인 통신환경에서 통신서비스제공자는 자신 또는 타인의 내용물에 대하여 일정한 책임을 부담하고 있다. 예컨대, TV 또는 라디오 방송국은 작가의 저작물을 실현하여 송신하는 경우 방송국은 출판자와 유사하고, 이에 반하여 전화국과 같이 단지 통신을 연결하는 서비스에 불과한 경우 전혀 책임을 부담하지 아니한다. 이와 같은 전통적인 통신환경에서의 통신서비스제공자의 행위와 그 서비스에 대한 책임기준의 설정은 비교적 단순하다. 한편, 전통적으로 법에 있어서 일반원칙은 타인의 행위나 타인 소유의 물건에 의하여 발생한 손해에 대하여 법적의무나 계약상 의무가 없는 제3자에게는 어떠한 책임도 부담시키지 아니한다는 것이다. 적어도 타인의 행위에 대하여 공동으로 책임을 부담하기 위해서는 행위공동이나 의사공동에 의한 공동불법행위로 인정되는 경우에 한하여 책임을 진다. 그러나 인터넷 서비스 제공자는 대부분의 경우 이러한 공동불법행위적인 요소를 가지고 있지 아니하다는 데에 문제가 있다.

이대회교수님의 발표문에서도 지적한 것처럼 최근 저작권법의 개정으로 인터넷서비스 제공자의 책임을 규율하고자 하는 논의가 있고 저작권법개정안 제77조의 2를 신설하여 그 책임을 규율하고자 하고 있다. 이러한 입법방법론과 관련하여 그 내용의 타당성을 검토하기에 앞서 저작권법 내에서 서비스제공자의 책임을 규율하는 것이 우리 현행법체계와 관련하여 조화를 이룰 수 있는지 의문이 제기된다. 이 문제를 검토함에 있어서 전통적인 환경에서 서비스제공자의 책임과 현행법의 입법상의 문제점을 살펴보아야 한다.

II 위법한 내용물과 관련 인터넷서비스제공자의 책임

전통적인 환경에 있어서도 타인의 저작물의 출판이나 그 복제물을 배포하는 서비스를 업으로 하는 자가 있었고, 이러한 서비스를 제공하는 자에 대한 책임은 주로 판례에 의하여 그 법리구성이 이루어져왔다. 여기서, 위법한 내용물을 중심으로 타인의 저작물의 출판이나 배포하는 서비스제공자의 책임을 살펴보고자 하는데, 위법한 내용물에는 인격적 이익과 관련하여 명예훼손물·프라이버시 침해물·음란물 등이 있고, 재산적 이익과 관련하여 저작권 침해물·특허권침해물·영업비밀침해물 등이 있다. 이들 중에서 가장 논쟁의 대상이 되고 있는 명예훼손과 저작권 침해를 중심으로 한 입법과 판례의 법리를 살펴보면, 다음과 같다.

1. 명예훼손물과 관련 출판자 또는 배포자의 책임

(1) 미국

미국의 커먼로에 있어서 명예훼손에 대한 책임은 3개의 유형, 즉 출판자·배포자 및 단순한 전달자로 나누고 있다. 첫째, 출판자로서의 책임을 부담하는 경우가 있다. 즉 인터넷서비스제공자가 가입자에 의하여 올려진 글을 편집하거나 또는 이를 이용하여 새로운 저작물 내지 서비스를 만든 경우에는 원래의 출판자와 같이 명예훼손의 주장에 출판자로서의 책임이 있다. 예컨대 *Stratton Oakmont, Inc., v. Prodigy Services Company* 사건에서, 원고에 관한 명예훼손의 주장은 익명의 이용자에 의하여 Prodigy의 Money Talk라는 전자게시판에 올려졌고 Prodigy사는 전자게시판에 올려진 글들을 모아서 자체적으로 새로운 편집저작물을 만들었으며 이를 이용자들에게 배포했다. 따라서 법원은 Prodigy가 명예훼손의 주장에 대해 원래의 발행자와 마찬가지로 엄격책임이 있다고 보았다.¹⁾ 둘째, 배포자로서 책임을 부담하는 경우가 있다. 즉 서비스제공자가 서점 또는 도서관과 같이 단지 정보의 배포자로서의 역할을 한 경우에는 명예훼손을 알았거나 또는 알 수 있었던 경우에만 책임이 있다. 예컨대 *Cubby, Inc., v. CompuServe, Inc.* 사건에서, 법원은 CompuServe사가 전통적인 출판자라기 보다는 뉴스배포자로서의 신문판매대, 서점, 도서관에 더 부합한다고 보았다. 따라서 출판자로서의 엄격책임이 아니라 뉴스배포자로서의 명예훼손에 해당하는 주장을 알았거나 알 수 있었던 경우에 책임이 있고, CompuServe가 이러한 사실을 알고 있었는지에 대하여 어떠한 입증도 없었기에 책임이 없다고 보았다.²⁾ 셋째, 단순한 전달자로서 역할을 하는 경우가 있다. 즉 인터넷서비스제공자가 우체국 또는 전화국과 같이 단순히 전달 또는 연결하는 역할에 불과한 경우에는 전혀 책임이 없다.

(2) 독일

독일의 불법행위는 침해물이나 침해행위에 직접 관여한 경우 그 해당 불법행위에 대한 불법행위자로 책임을 부과하는 체계로 되어 있다. 즉 독일민법 제823조 제1항은 직접적인 명예훼손자를 전제로 하고 있고, 민사적 명예훼손은 고의 또는 과실행위의 경우에만 책임이 성립한다. 따라서 제3자가 침해행위를 이용하거나 적극 관여하는 작위성이 인정되는 경우에는 공동불법행위자에 해당되고 손해배상책임이 발생한다. 그러나 타인의 행위나 침해물에 대한 제3자의 단순한 부착위의 경우에는 아무런 관련된 규정이 없다. 이러한 문제점은 독일민법전의 제정자가 고려하지 못한 것으로, 민법 시행 후 실무에서 고도의 위험물과 관련하여 흠결이 발견되었다. 따라서 판례는 민법전의 책임이론을 고수하기가 어렵게 되었고, 이에 따라 소위 '거래안전의무'라는 책임이론을 개발했다.

1) *Stratton Oakmont, Inc., v. Prodigy Services Company*, 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

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

인터넷서비스제공자의 경우에도 위험원(Gefahrenquelle)을 형성하거나 또는 지속하는 책임영역에서 제3자의 절대적인 법익에 대한 불가피한 위험에 기대 가능한 예방조치를 취하여야 한다. 물론 거래안전의무는 '물건의 특성' 또는 '일정한 위험시설'에 의하여 현저한 위험을 초래한 경우에도 성립할 수 있다. 따라서 인터넷서비스제공자의 서버는 '위험원(특히 위험시설)'으로서의 특성을 지니고 있으며 인터넷 서비스 제공자가 제3자의 명예훼손에 대하여 실질적으로 예방할 수 있는 기술적 능력이 있는 경우 거래안전의무를 부담한다.

(3) 한국

우리 민법도 독일과 마찬가지로 제764조에서 명예훼손과 관련 직접적인 행위자를 전제로 하고 있고 타인의 명예훼손에 대한 부착위에 대해서는 관련 규정이 없다. 한편, 인터넷서비스제공자가 명예훼손자와 행위나 의사의 공동이 있는 경우 민법 제760조 제1항 「수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다」 과 제3항 「교사자나 방조자는 공동행위자로 본다」 에 의하여 공동불법행위자로 책임을 진다. 그런데 민법 제760조 제2항에서는 「공동아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다」 라고 하고 있는데, 제1항의 행위공동과 관련하여 독립된 수개의 행위가 하나의 불법행위를 구성한 경우를 전제하고 있다. 이 조항은 피해자의 손해를 전보하기 위한 정책적인 조항이고 물리적인 행위를 예정하고 있다. 따라서 인터넷서비스제공자의 단순한 부착위에 대해서는 유추 적용할 수는 없다. 왜냐하면 인터넷서비스제공자의 경우는 명예훼손의 행위에 가담하고 있지 아니하기 때문이다. 결국 민법 제760조에 의하여 서비스제공자에게 공동불법행위책임을 물을 수 있는 경우는 드물고, 인터넷서비스제공자의 타인의 명예훼손물에 대한 책임은 현행 민법전으로는 해결할 수 없다.

이러한 입법상의 흠결은 독일의 경우처럼, 우리 판례가 제조물책임과 관련하여 소위 '위험방지의무'라는 일반인에 대한 주의의무를 도입한 것을 응용할 수 있을 것이다.³⁾ 즉 이 판례로부터 위험물을 제조 또는 관리하거나 통상적인 위험을 벗어나는 행위를 행하는 자는 일반인에 대하여 그 위험을 최소화하거나 회피할 일반적 주의의무를 이끌어낼 수 있다. 따라서 인터넷서비스제공자는 자신의 서버를 통하여 명예훼손물이 배포되는 경우 실질적으로 통제할 권한이 있고 기술적으로도 가능하다면 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 불법행위책임을 물을 수 있다.

3) 대법원은 「피고가 제조·판매하고 있던 교체용 또는 완구용 주사기는 주사침을 주사기몸통에 부착시키는 합성수지부분이 견고하지 못하여 이를 몸통에 부착시켜 공기를 압축할 때는 경우에 따라 주사침부분이 쉽게 주사기몸통에서 빠져 나올 수 있게 되어 있는 바 이는 주사기 소재가 저질일 뿐만 아니라 제조상의 잘못으로 인한 제품의 현저한 결함이며 또 동 결함은 외부적으로 노출되어 있어 이를 제조한 피고가 동 결함을 알았거나 알 수 있는 정도이므로 피고는 위와 같은 결함이 없는 제품을 만들어 동 주사기의 사용에 수반되는 사고발생을 미연에 방지할 의무가 있음에도 불구하고 동 의무에 위반한 과실이 있다」(大判 1979. 12. 26 (79다1772))고 하여, 제한적으로 위험성 있는 물건을 제조한 자에 대하여 계약관계를 묻지 아니하고 일반인에 대한 주의의무를 부과하고 있다.

2. 저작권침해물과 관련 출판자 또는 배포자의 책임

(1) 미 국

1) 전통적인 책임이론

미국의 저작권 침해에 대한 책임기준은 직접침해·기여침해 및 대위책임으로 나누어진다. 첫째, 저작물에 대한 직접침해의 경우에는 직접침해자에 대하여 모든 구제방법이 허용된다. 즉 저작권자의 허락없이 인터넷상에서 배타적 권리를 침해한 자는 고의 또는 과실에 관계없이 엄격책임을 진다.⁴⁾ 예컨대, Playboy Enterprises Inc., v. Frena사건에서 피고 Frena는 Techs Warehous 전자게시판의 운영자이고, Playboy사의 저작물인 사진을 무단으로 전자게시판에 올려놓아 전자게시판의 이용자가 이용할 수 있도록 하였다. Frena는 Playboy의 사진 중 어떠한 것도 전자게시판에 올리지 않았고, Playboy사의 모든 사진은 가입자들에 의하여 올려졌으며 또한 저작권 침해의 소송이 제기된 이후 즉시 모든 Playboy사진을 삭제하여 전자게시판에 Playboy사진이 올려지는 것을 통제했다고 주장했다. 그러나 법원은 Frena에 의한 직접적인 저작권 침해를 인정했고, Frena가 저작권 침해를 인식하지 못한 것은 문제가 되지 않는다고 보았다. 즉 직접적인 침해의 요소인 고의 또는 과실을 요건으로 하지 아니하는 엄격책임에 해당된다고 보았다.⁵⁾ 둘째, '기여침해'(contributory infringement)는 특허법의 원리를 연방대법원이 著作權에 차용함으로써 받아들여졌다.⁶⁾ 기여침해는 어떤 사람이 타인의 침해행위를 알고서 침해행위를 유발하거나 원인을 제공하거나 또는 실질적으로 기여하므로 성립한다. 기여침해자는 직접적인 침해와 관련된 서비스나 장비의 제공에 근거한 책임이다. 저작권 침해에 대한 책임은 장치나 기구의 사용 또는 상품의 공급과 관련하여 발생할 수 있고, 서비스의 공급에 의해서도 성립할 수 있다.⁷⁾ 복제장비의 판매는 다른 상업적 상품의 판매와 마찬가지로 그 상품이 합법적이고 용인될 수 있는 목적으로 널리 이용된다면 기여침해에 해당되지 아니한다. 단지 비침해적 용도로 사용될 수 있으면 족하다.⁸⁾ 인터넷서비스제공자 또는 전자게시판운영자는 침해저작물의 선정에 관여한 경우에는 기여과실책임⁹⁾을 인정할 수 있다. 예컨대, Sega Enterprises Ltd., v. MAPHIA사건에서, 직접적인 침해와 관련하여 Sega사는 Sherman이 직접 파일을 올리거나 내리기를 한 것에 대한 입증술 하지

4) 17 U.S.C. § 504(c)

5) Playboy Enterprises Inc., v. Frena, 839 F. Supp. 1552(M.D.Fla.1993).

6) 著作權法은 다른 사람이 저지른 침해에 대하여 누가 책임이 있는지를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 즉 특허법은 '적극적으로 특허의 침해를 유발한' 자를 모두 침해자로 명시적으로 규정하고(35 U.S.C. § 271(b)), 나아가 '기여'침해자로 규정된 특정인들에게 책임을 부과하고 있다(35 U.S.C. § 271(b)). 연방대법원은 이와 같은 특허법의 규정을 著作權法에 유추하고 있다.

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

8) Sony Corp., v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

9) 需與過失이라 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).

못했으며, 올리거나 내리거나 발생한 손해를 증명하지도 못했으므로 Sherman의 직접적인 저작권 침해에 대해 책임을 인정하지 않았다. 그러나 이용자들이 Sega게임을 내려받기 한 것과 제공된 사이트를 통하여 이러한 침해행위를 알 수 있는 능력이 있었으며 실질적으로 Sherman이 침해물을 알았거나 알 수 있었기 때문에 기여침해에 책임이 있다고 보았다. 더 나아가 법원은 Sherman이 무단으로 게임을 올리는 사용자를 실질적으로 자극한 사실을 인정했다.¹⁰⁾ 셋째, 대위책임(vicarious liability)은 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'도 침해에 대하여 책임이 있다.¹¹⁾ 대위책임은 직접적인 침해자와의 관계에 근거하여 결정된다(침해행위와 관계가 있을 필요는 없다).

2) 디지털저작권법

위와 같은 저작권의 전통적인 침해이론과 별도로 미국은 1998년에 디지털저작권법(Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)이라는 새로운 입법을 하였다. 이 법에서는 인터넷서비스제공자의 손해배상책임을 면제하는 내용을 담고 있는데, 디지털저작권법 제512조는 인터넷서비스제공자의 서비스를 4개의 영역, 즉 단순한 통신(digital network communications), 일시적 저장(system caching), 호스팅 서비스의 제공(information stored on service providers), 링크(location tools)로 나누고 있다. 이들의 서비스에 따라서 개별적으로 서비스제공자의 금전적 손해배상책임을 면제하고 있다.

(2) 독 일

1) 전통적인 책임이론

독일 저작권법 제97조 제1항 제1문은 직접적인 저작권 침해자를 전제로 하고 있고, 따라서 인터넷서비스제공자의 행위성에 따라서 책임기준이 달라질 수 있다. 인터넷서비스제공자의 행위가 침해행위를 이용하거나 적극 관여하는 작위성이 인정되는 경우에는 손해배상책임이 있다. 단순한 부착위에 해당하는 경우에는 명예훼손과 동일하게 민법상의 거래안전의무에 대한 위반을 근거로 부착위책임을 고려할 수밖에 없다.

2) 통신서비스이용법

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

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

11) Lehman, "Intellectual Property and the National Information Infrastructure", 1995 (<http://www.uspto.gov/web/ipnii>)

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.

한편, 타인에 의한 침해물이나 침해행위에 대한 인터넷서비스제공자의 책임과 관련하여 EU의 전자거래지침¹²⁾에서는 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.

(3) 한국

우리 저작권법은 제91조 제1항에서 독일처럼 직접적인 저작권 침해자를 전제로 하고 있고, 따라서 명예훼손과 마찬가지로 인터넷서비스제공자의 행위성에 따라서 책임기준이 달라진다. 타인의 저작권 침해행위에 대한 단순한 부착위에 해당하는 경우 명예훼손과 동일하게 판례가 개발한 '위험방지의무'에 의하여 부착위책임을 고려할 수 있다.

Ⅲ. 현행법제의 개선방안

이상에서 살펴본 것처럼 인터넷이라는 통신수단이 등장함에 따라 정보서비스라는 새로운 서비스의 제공이 가능하게 되었다. 특히 오늘날 정보서비스가 일상상황에서는 물론 사회의 모든 분야에서 광범위하게 제공되고 있고 정보서비스에 의한 피해도 증가하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 나라에서는 정보서비스의 이용과 관련된 입법이 마련되어 있지 않아 정보사회로 나아가는 데에 장애물이 되고 있다.

이대희교수님의 발표문에서는 디지털시대의 지적재산권과 관련된 문제를 다루고 있는데, 특히 인터넷서비스제공자의 책임과 관련하여 최근 저작권법의 개정(안)을 소개하였다. 문제의 제기에서 지적한 것처럼 현행 저작권법의 개정(안)에서 서비스제공자의 책임을 규율하고자 하는 시도는 현행 우리 법체계에 맞지 아니한다. 아마도 이러한 시도는 미국의 입법례에서 비롯된 것으로 사료되는데, 미국의 디지털저작권법에서 서비스제공자의 책임을 규율하고 있는 것은 미국의 연방제도의 특성을 반영한 것이다. 즉 명예훼손에 관련된 입법은 주의 권한에 해당된다. 한편, 독일은 '정보서비스법'과 '통신서비스주협약'을 제정

12) 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

하여 명예훼손과 저작권 침해물에 관계없이 타인의 내용물을 제공하는 자의 책임을 규정하고 있다. 이상과 같은 검토에 비추어 우리 나라에서도 인터넷서비스제공자의 책임을 입법적으로 해결하는 것이 바람직하나, 저작권법의 개정이 아니라 독일처럼 '정보통신서비스이용에관한법률'의 제정하는 방법론을 채택하여야 한다. 이 법에서는 정보통신서비스제공자의 책임을 규정하는 것이 핵심적인 내용이고, 그 내용으로 독일법의 서비스제공자에 책임법리를 수용하여도 무리가 없을 것으로 사료된다. 이 밖에 통신서비스이용에관한법률에서는 정보통신서비스 접근자유와 서비스제공자의 표시의무를 다룰 수 있다.

〈제4분과〉

전 자 정 부

〈주제발표문〉

電子政府와 法的 課題

朴均省(경희대 법대 교수)

I. 머리말

정부는 정보통신기술을 도입하여 정부의 효율성을 증진하고 대국민서비스의 질을 높이기 위하여 전자정부의 실현을 정책과제로 채택하였다. 그리고, 전자정부의 법적 기초를 마련하기 위하여 2001년 3월 '전자정부구현을위한행정업무등의전자화추진에관한법률'(이하 '전자정부법'이라 한다)을 제정하고, 2001년 6월 동법 시행령('전자정부구현을위한행정업무등의전자화추진에관한법률시행령'(이하 '전자정부법 시행령'이라 한다)을 제정하였다. 그러나, 전자정부법령의 제정으로 전자정부의 구현에 필요한 관련 법령이 모두 정비된 것은 아니다. 우선 전자정부법령과 기존의 여러 법령 및 정보통신에 관한 법령 사이의 바람직한 관계를 설정함으로써 전자정부에 관한 법령의 체계를 정립할 필요가 있으며, 종이문서를 전제로 제정된 기존의 개별법령을 정비하여야 한다.

그리고, 전자정부를 추진함에 있어서 여러 가지 법적 문제가 제기된다. 전자문서의 발송시기, 도달시기, 도달여부의 확인, 수신확인, 행정기관이 발송하는 전자문서의 서명날인, 전자공문서의 관리, 행정기관간의 행정정보의 공동이용, 행정기관이 보유하고 있는 전자정보의 공개, 전자행정절차 즉, 전자문서에 의한 신고, 신청, 전자공문서에 의한 처리결과의 통지, 전자적 고지·통지, 개인정보보호, 전자정부의 추진체계 등이 그것이다.

II. 電子政府에 관한 法令의 體系上 問題

전자정부법 및 동법시행령은 종이문서에 의한 업무처리를 원칙으로 한 기존의 관계법령을 그대로 둔 채 제정되었으므로 일정한 한계를 가지고 있으며 기존의 법령과의 관계를 설정하는 문제와 전자정부에 관한 법령을 체계화하는 문제, 기존의 종이문서행정과 전자문서행정의 관계를 정립하는 문제가 남아 있다.

1. 電子政府法の 必要性

전자정부법은 전자정부 구현 및 운영의 원칙, 전자정부사업의 추진체계 등을 규정하고 있는 점에서 전자정부구현을 위한 기본법으로서의 성격을 갖고 있고, 동시에 행정관리의 전자화, 대민서비스(민원)의 전자화 및 문서감축에 관한 기본적이고 일반적 규정을 등으로써 전자정부의 전자행정을 실제적으로 규율하는 일반법으로서의 성격을 아울러 가지고 있다.

외국에서는 전자정부의 구현에 필요한 법령을 그때 그때의 필요에 따라 전자정부에 관한 특별개별법령으로 제정하거나 종이문서를 전제로 한 기존의 개별법령에 특별규정을 두는 입법방식으로 제정하는 것이 일반적이다¹⁾ 그런데, 전자정부법은 전자정부에 관한 일반법적 성격과 함께 특별법적 성격을 가지고 있다. 이러한 입법방식은 입법이 용이하고 전자행정에 관한 체계적인 입법이 가능하며 전자행정에 관한 법을 일목요연하게 볼 수 있다는 장점이 있다. 이러한 입법방식의 단점으로는 종이문서행정과 전자문서행정의 통합적이고 체계적인 규율이 어렵고, 양 법체계간에 모순이 있을 수 있다는 점을 들 수 있다.²⁾ 전자정부법과 같은 특별법의 제정에 대하여 찬동하는 견해도 있고,³⁾ 전자민원에 국한된 것이기는 하지만 통합적인 규율을 찬동하는 견해도 있다.⁴⁾

생각전대, 전자행정이 추진되고 있는 현재로서는 전자행정을 일반적으로 규율하는 특별법으로서의 전자정부법이 필요하지만, 전자행정이 정착되는 단계에 이르면 종이문서행정과 전자문서행정을 통합적으로 규율하는 것이 바람직하다.

전자정부법은 전자행정에 관한 일반법으로서의 성격을 갖지만 전자행정에 관한 모든 사항을 규율하고 있는 것은 아니고, 전자행정의 구현에 있어 우선적으로 중요한 전자문서, 전자민원, 전자사무관리, 정보공동이용, 문서감축 등에 관한 사항을 규정하고 있다. 전자적으로 처리되는 개인정보보호에 관하여는 '공공기관의개인정보보호에 관한법률'이라는 별도의 특별법으로 규정하고 있다.

이에 반하여 전자공문서의 보존이나 전자문서의 공개, 전자행정절차에 관한 많은 부분 등에 관한 사항은 입법정비가 미비된 상태에 있다. '공공기관의기록물관리에 관한법률', '공공기관의정보공개에 관한법률', 행정절차법 등은 아직도 종이문서행정을 전제로 한 내용으로 되어 있고, 극히 예외적으로 전자행정에 관한 사항을 규정하고 있을 뿐이다.

2. 다른 法令과의 關係

전자정부법 제정 이전에 전자행정을 규율하는 일반법은 존재하지 않았다. 다만, 행정분야별 일반법이라 할 수 있는 '민원사무처리에 관한법률', 사무관리규정, '공공기관의정보공개에 관한법률', '공공기관의개인정보에 관한법률', 행정절차법 등은 종이문서행정을 원칙으로 규율하면서 예외적으로 전자문서행정에 관한 규정을 두고 있었다. 따라서, 전자행정을 규율하는 법이 체계적이지 못하였고, 전자행정을 규율하는 법이 불충분하였었다. 이들 법령은 전자정부법 제정이후에도 일부를 제외하고는 종전대로 규정되고 있어 전자정부법과의 이중규율 및 불일치의 문제가 제기되고 있다.

1) 김태윤, 전자정부법 해설 및 검토, 법세, 2001.9, 20쪽 이하; 임지봉, 미국의 전자정부 관련 법제 동향, 전자정부 구현을 위한 법제 동향과 과제(II), 한국법제연구원, 2001. 4.25, 33쪽 이하; 박관성, 프랑스에서의 전자정부 구현을 위한 법제 동향, 전자정부 구현을 위한 법제 동향과 과제(II), 한국법제연구원, 2001.4.25, 59쪽 이하 참조).

2) 박관성·조춘식·경건·이원우, 지방전자정부 구현을 위한 법·제도 정비방안 연구, 행정자치부·한국전산원·삼성SDS컨소시엄, 2001.5, 11쪽 이하.

3) 김태윤, 전제논문, 19~21쪽.

4) 한국전산원, 사이버민원처리를 위한 법·제도 개선방안연구(최성모·홍준형·권해수·황승홍·이인창 공동연구), 1999.

3. 電子行政에 障礙가 되는 個別法令 整備

전자정부법의 제정에 의해 개별법령에서 서면으로 신청이나 통지를 하도록 하고 있는 경우에도 각 행정기관의 결정에 의해 전자문서에 의한 행정이 가능하게 되었다. 그러나, 개별법령에는 여전히 서면에 의한 행정을 원칙으로 하는 규정 등 전자행정에 장애가 되는 규정이 그대로 존재하고 있다. 따라서, 각 개별법령도 전자행정의 진전에 맞추어 정비될 필요가 있다.

전자행정에 장애가 되는 개별법령의 정비방식에 있어서 해당 개별법령규정을 일일이 개정하는 방식과 해당 개별법령규정을 단일의 정비법률에 의해 일괄적으로 정비하는 방식이 있다.⁵⁾

Ⅲ. 電子文書의 法的 問題

전자문서의 가장 큰 문제는 변조가 용이하다는 것과 원본의 확인이 어렵다는 것이다. 전자서명이나 전자관인은 문서 작성자의 신원을 확인할 수 있게 해주고 문서내용의 변경 여부를 확인할 수 있도록 해주기 때문에 전자문서의 문제점을 해결해주고 있다.

그런데, 문제는 모든 전자문서가 전자서명이나 전자관인에 의해 작성될 수는 없다는 점이다. 오히려 행정기관이 보유하는 전자문서는 전자관인에 의해 작성되지 않는다. 그리하여 전자문서의 원본성과 내용의 진정성이 문제된다.

또한, 전자문서의 발송 및 수신에 대한 확인이 어렵다는 것도 해결해야 할 중요한 법적 문제이다.

1. 電子文書의 成立

전자공문서는 결재가 있음으로써 성립한다.(전자정부법 제17조) 이 경우 전자적인 결재의 수단은 사무관리규정 제3조 제9호의 규정에 의한 전자이미지서명으로 한다.(동법 시행령 제8조).

전자정부법 제17조 제2항은 행정기관이 발송하는 전자문서의 서명날인에 관하여 "행정기관의 보조기관 또는 보좌기관이 위임전결 또는 대결한 전자공문서는 이를 당해 보조기관 또는 보좌기관의 전자관인으로 발송할 수 있다"고 규정하고 있다.

위임전결이나 대결의 경우에는 권한이 이전된 것이 아니므로 행정청의 지위를 갖는 본래의 행정기관의 서명날인으로 전자공문서를 발송하여야 하지만 전자관인을 사용하는 경우 행정청의 지위를 갖는 본래의 행정기관의 전자관인으로 발송하도록 하는 것이 적절하

5) 일본의 '서면교부등에관하여정보통신기술이용을위한관계법률의정비에관한법률'(2000.7. 18)은 서면의 교부 또는 서면에 의한 절차를 의무로 부과하고 있는 50여개의 개별법령을 일괄적으로 개정하여 송부만을 속의 승낙을 조건으로 정보통신기술을 이용하는 방법에 의한 송부를 인정하는 것을 내용으로 하고 있다. 다만, 이 법률은 사인과 사인 사이의 통지에 관한 것이며 행정과 국민 사이의 통지에 관한 것은 아니다.(김재광, 일본의 전자정부 구현을 위한 법제 고찰, 전자정부 구현을 위한 법제 동향과 과제(II), 한국법제연구원, 2001.4.25, 139쪽 이하).

지 않으므로 위의 규정은 타당하다. 다만, 이 경우 전자문서에 본래의 권한있는 행정기관 즉, 처분청의 이름을 명시하여야 할 것이다.

2. 電子文書의 發送·到達時期 및 受信確認

행정청의 처분 등 문서는 상대방에 도달한 때에 효력을 발생한다. 그런데, 문서의 도달 여부에 관하여 분쟁이 있을 수 있으므로 문서의 도달여부를 확인할 수 있어야 한다. 또한, 기간의 계산이나 기간의 준수 여부의 판단 등에 있어서 발송시기 및 도달시기를 확정할 수 있어야 한다.

종이문서의 경우에는 동기우편에 의해 그 도달여부와 도달시기가 확인될 수 있다. 전자문서의 경우 도달시기는 확인될 수 있지만 상대방의 수신 여부를 확인할 수 있는 방법이 불완전하다는 문제가 있다.

(1) 발송시기

전자정부법은 전자문서의 발송시기에 관하여 행정기관에 송신한 전자문서는 “당해 전자문서의 송신시점이 컴퓨터에 의하여 전자적으로 기록된 때”에 그 송신자가 발송한 것으로 본다”고 규정하고 있다.(제19조 제1항)⁶⁾

그런데, 이 규정에 있어서 송신시점이 ‘어느 컴퓨터’에 의하여 전자적으로 기록된 때에 그 송신자가 발송한 것으로 보는지 분명하지 않다. ‘어느 컴퓨터’에 의하여 기록된 때에 발송한 것으로 보는지를 분명히 할 필요가 있다.

그리고, 행정기관이 송신한 전자문서의 발송시기에 관한 규정이 없는 것은 문제이다. 일반적으로 행정행위는 외부에 표시된 경우 즉 발송된 경우에 성립하였다고 보는데, 행정행위가 성립하면 특별한 사정이 없는 한 변경할 수 없다고 보아야 한다. 예를 들면, 이메일 중계기관의 정보처리조직의 고장이나 수신자인 국민의 주소의 착오나 주소불명 등으로 수신되지 않은 경우에도 발송된 이상 행정행위는 성립된 것으로 보아야 한다. 따라서, 행정기관이 송신하는 전자문서의 경우 도달시기와 별도로 송신시기를 규정하여야 한다. 전자거래기본법 제9조 제1항은 “전자문서는 작성자외의 자 또는 작성자의 대리인외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 본다.”고 규정하고 있는데, 이렇게 규정하는 것이 타당하다. 즉, 발신자가 지배하지 못하는 컴퓨터 등에 입력된 때(웹메일의 경우 발신자측 중계기관의 정보처리조직, 서버메일의 경우 수신자측 중계기관의 정보처리조직에 입력된 때)에 발신된 것으로 규정하여야 할 것이다.⁷⁾

6) 정통방법 제19조 제1항은 “전자문서는 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터에 입력된 때에 송신된 것으로 본다”라고 규정하고 있다.

7) 전자거래기본법 개정을 위한 실무자업반의 개정안에서는 “전자문서는 수신자 또는 그 대리인이 당해 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리조직에 입력된 때에 송신된 것으로 본다”고 규정하고 있는데(전자거래기본법 개정안을 위한 공청회, 2001.7.20, 19쪽), 적어도 행정기관의 전자문서의 발신에 있어서는 이 규정은 타당하지 않다.

(2) 到達與否 및 到達時期

전자정부법은 전자공문서의 도달시기에 관하여 행정기관이 송신한 전자공문서는 “수신자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때”에 그 수신자에게 도달된 것으로 본다(제19조 제2항)8) 하지만, 지정한 컴퓨터 등이 없는 경우에는 “수신자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때”에 그 수신자에게 도달된 것으로 본다(제19조 제2항)8) ‘컴퓨터등’이라 함은 정보통신시스템을 말한다. 이 규정은 도달여부와 함께 도달시기를 정하는 규정이다.

문제는 도달시기에 관한 구체적 표현인데, 전자정부법 제19조 제2항은 행정기관이 송신한 전자공문서의 도달시기를 ‘수신자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때’로 규정하는 있는데, 이러한 도달시기의 표현은 사무관리규정 제8조 제2항의 “수신자의 컴퓨터화일에 기록된 때”와 상이하다.

‘수신자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때’의 해석에 관하여 견해가 대립되고 있다. ‘수신자측 서버에 도달한 때’라고 해석하는 견해와 ‘수신자 개인의 컴퓨터화일에 입력된 때’라고 해석하는 견해가 있다. 수신자의 개인의 컴퓨터화일에 기록된 것이라 함은 주기억장치(RAM)에 기록되는 것을 말한다.9)

문제는 서버에서 수신자 개인의 컴퓨터로 오는 중의 오류에 대한 책임을 발신자에게 부담시키는가 아니면 수신자에게 부담시키는가이다. 법상 도달이라 함은 상대방이 현실적으로 수령하여 了知한 것을 의미하지 않고 사회통념상 상대방이 알 수 있는 상태에 두어진 것을 말한다. 종이문서의 경우 우편물이 우편함에 배달된 경우 도달된 것으로 보는 것처럼 전자문서의 경우 수신자의 메일박스에 도달한 때 전자문서가 도달한 것으로 보아야 한다는 견해10)가 있는 반면에, 전자문서는 종이문서와 달리 상대방이 아직은 자주 메일박스를 확인하지도 않고, 수신서버로부터 수신인의 개인용컴퓨터로 도달됨에 있어 지체나 오류가 있을 수 있으므로 수신자개인의 컴퓨터화일에 입력된 때라고 보아야 한다는 견해가 있다. 현재 어느 입장을 취하는 것이 타당한지 확설이 대립되고 있으므로 이를 명문으로 규정하기 보다는 당분간 해석에 맡기는 것이 타당하다. 생각건대, 수신자측 서버에 도달하였지만, 수신자의 개인용컴퓨터에 도달하지 않은 경우에도 도달한 것으로 보는 것은 타당하지 않다. 수신자측 서버에 도달한 경우 도달한 것으로 추정하는 것이 타당하다.

전자정부법은 컴퓨터 또는 관련장치의 장애로 전자문서가 도달하지 않은 경우에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 전자정부법 제19조 제3항은 “특정한 기한까지 도달되어야 할 문서

8) 전자거래기본법 제9조 제2항은 “③전자문서는 다음 각호의 1에 해당하는 때에 수신된 것으로 본다. 1. 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터등을 지정한 경우에는 지정한 컴퓨터등에 입력된 때. 다만, 지정한 컴퓨터등이 아닌 컴퓨터등에 입력된 경우에는 수신자가 이를 출력한 때를 말한다. 2. 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터등을 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 컴퓨터등에 입력된 때”라고 규정하고 있다.

9) 경전, 전자행정절차에 관한 법제 정비, 전자정부 구현을 위한 법제 동향과 과제, 2000.10.24, 68~69쪽.

10) 조태제, 지방자치행정에서 전자정부실현을 위한 행정법제의 정비방안, 토지공법연구 제10집, 2000.8, 343쪽: 신청등의 경우 신청등의 문서가 행정기관의 해당 절차에 관한 전자메일의 접수시스템에 들어온 시점에 도달한 것으로 보고, 행정기관에 의해 전자메일로 전송된 인허가등의 문서는 인터넷접속업자가 제공하는 신청자 전용의 메일박스에 들어온 시점에 도달한 것으로 보는 것이 타당하다고 주장하고 있다.

등을 송신자가 기한전에 제18조 제2항의 규정에 의한 전자적 방법에 의하여 전자문서로 발송하였으나 당해 수신자의 컴퓨터 또는 관련 장치의 장애로 인하여 기한내에 도달되지 아니한 경우에는 당해 송신자에 한하여 장애가 제거된 날의 다음 날에 기한이 도래한 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 수신자의 컴퓨터 또는 관련 장치의 장애로 인하여 기한내에 도달되지 아니한 경우에는 수신자의 서버에 입력되었으나 접속되지 않는 경우와 수신자의 서버에 입력되지 않는 경우가 있다. 전자의 경우에는 기한내에 도달된 것으로 보게 되고, 후자의 경우에 기한을 준수하기 위하여는 장애가 해소된 다음 날 재송부하여야 할 것이다.

도달된 전자문서가 판독할 수 없는 상태인 경우에 관하여 전자정부법은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 전자정부법 제19조 제4항은 행정기관에 도달된 전자문서가 판독할 수 없는 상태로 수신된 경우에는 당해 행정기관은 이를 흠이 있는 문서로 보고 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 하며, 행정기관이 발송한 전자공문서가 판독할 수 없는 상태로 수신자에게 도달된 경우에는 이를 적법하게 도달된 문서로 보지 아니한다고 규정하고 있다. 통상 도달이라 함은 수신자가 요지할 수 있는 상태를 의미하므로 전자문서가 판독불능인 경우에는 전자문서가 도달되었다고 할 수 없다.

그런데, 수신자가 판독할 수 없는 경우에는 파일이 훼손된 경우와 수신된 화일의 프로그램과 수신자의 프로그램이 일치하지 않는 경우가 있을 수 있다.

프로그램의 불일치로 인한 판독불능의 경우에 있어서 해독프로그램이 통상 입수하기 심히 곤란한 경우에는 전자정부법상 판독불능으로 보아야 한다. 그러나, 프로그램이 일반적으로 통용되고 있는 프로그램인 경우에는 수신자가 이 프로그램을 사용하고 있지 않은 경우에도 도달된 것으로 보아야 할 것이다.

전자정부법 시행령 제3조 제3항은 “행정기관의 장이 발송하는 전자공문서는 특별한 경우를 제외하고는 수신자가 통상의 소프트웨어로 그 내용을 알 수 있는 것이어야 한다”라고 규정하고 있다.

이 이외에도 행정기관은 문서의 송신시에 파일 프로그램을 명시하도록 하고, 특수한 프로그램을 사용한 경우에는 당해 프로그램을 입수할 수 있는 방법이나 당해 파일을 판독할 수 있는 방법(예를 들면, 우체국 등 공공기관에서 판독할 수 있도록 함)을 통지문에 고지하도록 규정할 필요가 있다.

(3) 電子署名公文書의 到達時期 및 到達確認

전자서명의 경우에는 발신 및 수신시점의 확인이 가능하고, 전자서명에는 부인봉쇄기능이 있기 때문에 도달여부의 확인도 가능하다.

(4) 電子公文書의 受信確認

전자문서의 수신시점 또는 상대방에의 도달시점이 해결되더라도, 현재의 기술수준으로는 상대방의 컴퓨터 등에 입력되었는지 여부를 송신자가 확인할 수 있는 방법은 없다. 상대

방이 전자문서의 도달 여부를 확인해 주지 않으면, 송신자는 자신의 전자문서가 도달했는지 여부를 알 수 없으므로 송신자는 불안정한 상태에 놓이게 된다.

일반적으로 국민은 발송한 전자문서가 제대로 도달했는지를 확인할 수 있기를 기대한다. 국민이 행정기관에 전자적 방식으로 민원신청한 경우 전자문서의 도달 여부에 관한 확인방법으로는 행정기관에 도달한 신청 등에 관한 전자적 기록부를 정보통신망을 통해 게시하고, 신청자가 이에 접근하여 인지할 수 있도록 하는 방법을 생각할 수 있다. 다만, 이 경우에도 신청서류의 송수신 등을 신청자 본인만이 판별하여 검색할 수 있는 정보를 게시하는 것이 바람직하겠다. 전자정부법 시행령 제6조 제2항은 "민원인으로부터 전자문서를 수신한 행정기관의 장은 그 수신사실을 인터넷 등에 게시하여 전자문서를 송신한 자가 확인할 수 있도록 하여야 한다"고 규정하고 있고, 제6조 제3항은 "제2항의 규정에 의하여 인터넷 등에 수신사실을 게시하는 때에는 접수번호·수신일자·문서번호·제목·수신 기관 및 담당공무원의 연락처 등을 명시하되, 전자문서를 송신한 자의 개인정보가 침해되지 아니하도록 하여야 한다"고 규정하고 있다.

전자정부법 제18조 제2항은 발송 또는 도달시기를 분명히 할 필요가 있는 전자문서는 발송 또는 도달시기를 객관적으로 확인할 수 있도록 하는 전자적 방법을 이용하여 송신 또는 수신하여야 한다고 규정하고, 동법 시행령 제9조는 법 제18조제2항의 규정에 의한 전자적 방법은 발송·도달시점의 확인이 가능한 전자서명 또는 전자관인, 자동수신사실통보장치를 갖춘 컴퓨터 등을 이용하는 방법을 말한다고 규정하고 있다.

전자정부법 시행령 제3조 제4항은 "행정기관의 장은 전자공문서가 도달되었는지 여부를 자동수신사실통보장치 또는 컴퓨터 기록 그밖에 가능한 방법을 통하여 확인하는 등 당해 전자공문서의 도달이 지연되거나 도달되지 아니할 경우에 대비하여야 한다"고 규정하고 있다.

3. 電子公文書管理의 法的 問題

전자정부법 및 동법 시행령은 공공기관의 기록물의 관리에 관한 사항은 원칙상 규율하고 있지 않고, 전자기록물을 포함하여 모든 기록물의 관리는 '공공기관의기록물관리에관한법률', 동법 시행령 및 동법 시행규칙에 의해 규율되고 있다. 즉, '공공기관의기록물관리에관한법률'은 공공기관의 기록물 관리에 관한 일반법이다. 다만, '공공기관의기록물관리에관한법률'에는 전자문서의 관리 및 보존에 관한 규율이 미비된 상태에 있다.¹¹⁾ 전자정부법을 전자행정에 관한 일반법으로 보는 한 공공기관의 전자문서의 관리 및 보관에 관한 사항은 전자정부법에서 규율하고, '공공기관의기록물관리에관한법률'은 종이문서에 관한 사항과 종이문서와 전자문서에 공통되는 사항만을 규율하는 것이 바람직하다.

전자문서에서는 문서 자체에 의해서는 원본과 사본의 구별이 어렵다. 따라서, 전자문서에서는 문서의 진정성을 보장할 수 있는 원본보관기관의 설치가 필요하다. 원본보관기

11) 김인호, 전자공문서의 관리에 관한 법적 과제, '행정업무 및 대민서비스의 디지털화에 따른 법적 과제', 한국법제연구원, 41쪽 이하.

관에는 고도의 독립성이 보장되어야 한다. 또한 보관기관을 다원화함으로써 전자문서의 변조를 막도록 하여야 할 것이다.

전자문서는 폐기가 용이하다. 국민의 권익이나 공익을 위하여 중요한 문서가 폐기되지 않도록 하는 장치를 만들어야 할 것이다. 문서의 작성기관이 폐기여부를 결정할 것이 아니라 문서보관기관과의 합의하에 폐기 및 보관여부를 결정하도록 하여야 할 것이다.

IV. 行政情報의 共同利用

행정기관간 행정정보의 공동이용은 특정 기관이 보유하는 행정정보를 이를 필요로 하는 다른 기관에 정보통신망 등을 통해 제공함으로써 그 다른 기관이 행정에 필요한 정보를 획득하여 적정한 행정을 수행하고, 별도로 정보를 수집하는 비용을 절감토록 하고, 민원인에게 민원구비서류를 제출하는 부담을 덜어주는 효과를 가져온다.

1. 共同利用의 問題

정보의 공동이용에 관한 법령이 분산되어 있고, 부처간 업무의 분담과 배분이 모호하다. 정보화촉진기본법 제13조, 정통망법 제12조, 전자정부법 제21조 내지 제23조, 동법 시행령 제18조 내지 제32조, 지식정보자원관리법 등이 정보의 공동이용과 관계가 있다. 전자정부법은 중앙사무관장기관의 장(행정자치부장관 등)에게 각 행정기관이 보유하는 정보와 각 행정기관 사이에 공동이용을 필요로 하는 정보를 조사하고, 행정정보공동이용계획을 수립할 수 있는 권한을 부여하고, 그 계획의 시행에 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 다만, 이 계획은 정보화추진위원회의 심의를 거치도록 하고 있다(제22조). 그리고, 각 행정기관은 당해 기관의 업무에 필요한 전자적 시스템을 구축·운영할 수 있다고 규정하고 있다(제23조). 전자정부법 시행령은 정보화촉진기본법 제8조의 규정에 의한 정보화추진위원회에 행정정보의 공동이용에 관한 조정기관으로서의 임무를 부여하고 있다(제26조). 지식정보자원관리법은 정보통신부장관을 지식정보자원에 관한 사무를 총괄하는 권한을 부여하고, 정보통신부에 지식정보자원관리위원회의 설치를 규정하고 있다(제5조, 제6조). 전자정부법 제22조 제4항은 행정정보공동이용의 절차와 관련하여 행정정보공동이용센터(정부전산정보관리소가 그 기능을 수행한다(전자정부법시행령 제29조)의 설치근거를 마련하고, 제5항은 제1문에서 행정기관의 장에 의한 한국전산원에 의 (공동이용)업무위탁을 규정하고 있다. 제5항 제2문에 따를 경우 중앙사무관장기관의 장은 행정기관의 장과 협의함에 있어 위탁대상업무의 성격에 따라 행정정보공동이용센터를 통해 행정정보공동이용을 수행할지, 한국전산원에 위탁할지를 결정하게 되는데, 법상으로는 그 판단의 기준이 불명확하다. 행정정보공동이용에 있어 행정정보공동이용센터와 한국전산원간의 업무범위를 명확하게 할 필요가 있다.¹²⁾

행정정보의 공동이용을 촉진하고 통찰하며 행정정보의 공동이용과 관련하여 제기되는 행정기관간에 이견을 조정할 수 있는 보다 강력한 행정정보 공동이용 촉진 및 조정기관

12) 박균성·조춘식·경건·이원우, 전계보고서, 55쪽.

의 지정이 필요하며, 정보의 수집·보유 및 정보의 공동이용에 관한 통일적인 법령의 제정이 요청된다.

행정정보의 중복생산 및 행정정보간 불일치를 방지하기 위하여 수집보유기관을 지정하고 다른 기관은 수집보유기관의 정보를 이용하도록 명문의 규정을 두어야 할 것이다. 그리고, 행정정보의 중복 보유를 방지하기 위하여 제공받은 행정기관은 이용목적 달성 후 제공받은 행정정보를 폐기하도록 규정하는 것이 바람직할 것이다.

전자정부법령은 행정기관간의 공동이용만을 규정하고 있다. 행정기관간의 공동이용뿐만 아니라 행정기관 내부의 공동이용 및 행정기관과 사적 부문 사이의 정보의 공동이용도 규율하여야 한다.

2. 行政情報共同利用과 個人情報保護

공동이용의 대상이 되는 정보중에는 개인정보도 존재한다. 이 경우 공동이용의 방식에는 전자적 방식에 의한 조회와 데이터전송방식이 있다. 이중 전자조회방식에 의한 개인정보의 공동이용이 개인정보의 이동이 없는 점에서 개인정보보호의 관점에서 바람직하다. 따라서 개인정보를 전송하지 않을 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 전자조회방식에 의하여 개인정보를 공동이용하도록 하여야 할 것이다. 전자정부법 시행령 제18조 제2호는 "송신 중에 정보가 유출되더라도 행정기관 또는 당해 정보주체에게 위협이 보다 적은 송신 방법"으로 송신하도록 규정하고 있을 뿐이다. 동조의 해석상 전자조회방식이 우선적으로 고려된다고 볼 여지도 있으나, 법률에 명문으로 규정할 필요가 있다. 그리고, 어떠한 행정정보가 전자조회 대상이 되고, 어떠한 정보가 송수신이 요구되는지는 각 개별법에서 구체적으로 규정하여야 할 것이다.

전송받은 개인정보는 계속 보유할 필요가 있는 경우를 제외하고는 이용후 즉시 파기하도록 하여야 한다.

3. 情報共同利用과 添附書類의 減縮

전자정부법 제21조 제1항 제1호에 따르면 민원사항의 처리를 위하여 필요한 행정정보는 공동으로 이용하도록 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 행정기관 내부에 있어서 사무처리시 준수해야 할 준칙을 정한 것이고 민원인의 첨부서류감축의무를 직접 규정한 것은 아니다. 따라서 첨부서류의 감축을 실효성 있게 달성하기 위하여 행정정보 공동이용으로 대체할 수 있는 첨부서류는 민원인의 요청이 있는 경우 행정정보 공동이용으로 대체하도록 의무화하여야 하고 신청등을 정하는 법령에서 이러한 뜻을 명시하여야 할 것이다. 나아가 개별법령에서 정하고 있는 첨부서류에서 삭제하는 방안도 검토하여야 할 것이다.

개인정보의 공동이용의 경우에는 보유정보의 목적외사용의 문제가 제기될 수도 있으나, 민원사무처리에 필요한 첨부서류의 경우 당사자의 동의 내지 요청에 따른 제공이므로 허용된다고 본다.

일부 종이문서에 의한 첨부서류를 제출하여야 하는 경우에도 전자문서에 의해 신청 등을 할 수 있는 한도내에서는 전자문서에 의한 신청 등을 행하고 정보공동이용에 의해 대체할 수 없는 첨부서류는 우편등으로 제출할 수 있도록 하는 근거규정을 두어야 할 것이다.

첨부서류완비시까지 신고 내지 신청의 효과는 발생하였다고 볼 수 없다. 그런데, 먼저 신청한 자에게 허가를 해주어야 하는 경우, 일정한 기간내에 신청하여야 하는 경우 등 신청 등의 접수시점이 중요한 경우가 있으므로 정보공동이용에 의해 첨부서류를 제출하지 않아도 되는 경우의 신청 등의 효력발생시기에 관한 명문의 규정을 두어야 할 것이다.

또한 첨부서류의 도착여부가 민원인에게 중요한 사항이므로 행정기관은 민원인이 첨부서류의 도착여부를 온라인상으로 확인할 수 있도록 전자적 방식에 의해 공개할 의무를 부과하여야 할 것이다.

전자서명등에 의한 신원확인으로 인하여 신원확인에 요구되던 첨부서류는 불필요하게 되었으므로 이들을 첨부서류에서 배제하여야 할 것이다. 전자정부법 시행령 제43조는 “행정기관의 장은 법 제35조의 규정에 의하여 민원인의 신원을 확인하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 주민등록표의 등·초본 또는 사업자등록증 등을 요구할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 그러나 법률에 규정된 제출의무를 단순히 시행령에 의해 배제시킬 수는 없다. 따라서, 전자정부법 제35조의 규정에 의하여 전자서명등으로 신원을 확인하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 주민등록등·초본의 제출 등 다른 신원확인의 절차를 따로 거치지 않도록 규정하고 있는 전자정부법시행령안 제43조는 법률의 차원에서 규율하여야 한다. 따라서 같은 내용을 전자정부법 제35조 제2항으로 규정하는 것이 타당하다고 본다.

첨부서류를 행정기관간 정보의 공동활용으로 대체가능하게 된 경우에 첨부서류를 신청서류나 신고서류에서 삭제하는 방안을 생각할 수 있는데, 이렇게 하기 위하여는 첨부서류의 삭제에 따른 수수료문제를 해결하여야 한다.

V. 電子情報의 公開

1. 電子文書에 의한 公開

1996년 12월 31일 '공공기관의정보공개에관한법률'(이하 '정보공개법'이라 한다)이 제정되어 1998년 1월 1일부터 시행되고 있다.

현행 정보공개법은 전자정보도 공개의 대상으로 규정하고는 있지만¹³⁾, 복제물의 교부를 규정하고 있을 뿐(제14조 제1항), 인터넷통신등 전자적 방법에 의한 공개는 규정하고 있지 않다. 전자정보의 공개에 대하여는 문서정보와는 다른 특수한 규율을 할 필요가 있음에도 불구하고 정보공개법은 전자정보의 공개절차 및 방법과 관련된 특수한 규정을 거의 두고 있지 않다. 오히려 현행법은 공개청구 및 공개결정의 통지 그리고 공개의 방법을 문서에 의하여 하는 것을 원칙으로 하여 규정하고 있다.

13) 정보공개법 제2조 제1호

전자정보를 공개하는 방법에는 전자정보를 출력하여 공개하는 방법, 디스켓으로 복제하여 공개하는 방법, E-mail 등 정보통신을 통하여 공개하는 방법이 있을 수 있다. 어떠한 공개방법을 선택할 것인가는 원칙상 공개청구권자가 결정하도록 하는 것이 공개청구자의 편의를 도모한다는 점에서 바람직할 것이다.

전자적 방식에 의해 공개하는 경우에 전자문서를 어떠한 포맷형식으로 할 것인지도 기술적으로 실현가능한 한 공개청구자가 결정하도록 하는 것이 바람직하다.

현행법은 정보의 검색제공에 관한 규정이 없다. 종이문서의 경우 기존 문서에 존재하는 정보 그 자체를 공개하는 이외에 행정기관에게 정보를 검색하여 제공하는 것은 행정기관의 업무에 지나친 부담이 된다. 그러나, 정보가 전자화되어 있는 경우에는 검색이 용이할 수 있으므로 행정기관의 업무수행에 큰 지장을 주지 않는 한도내에서 국민이 원하는 경우 정보를 검색하여 제공하도록 하여야 할 것이다.

전자정보의 검색에 관하여는 전자정보의 검색을 위한 행정기관의 합리적인 노력을 요구하도록 규정하여야 한다. 다만, 행정기관의 자동화된 정보시스템의 운영을 무시할 수 없을 정도로 저해하는 경우에는 검색노력의무를 면제하여 주는 것으로 규정하는 것이 타당하다. 또한 검색의 경우에는 실비의 검색수수료를 징수하여야 할 것이다.¹⁴⁾

2. 積極的 情報提供

정보공개법 제21조는 국민이 알아야 할 필요가 있다고 인정되는 정보는 국민이 공개를 청구하지 않았다고 하더라도 적극적으로 제공하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있고, 동법 시행령 제20조는 법 제21조에 의하여 컴퓨터통신 기타 새로운 정보통신기술을 이용한 방법으로 국민에게 정보를 제공하여야 한다고 규정하고 있다.

전자정부법은 '민원관련 법령, 민원사무편람, 민원사무처리기준표 등 민원관련 정보 그 밖에 국민생활과 관련된 행정정보로서 대통령령이 정하는 행정정보 등을 인터넷에 게시하는 방법으로 국민에게 제공하여야 한다'라고 의무적인 정보제공을 규정하고 있고, '관보·신문·게시판 등에 게재하는 사항을 인터넷에 게시하는 방법으로 국민에게 제공할 수 있다'라고 임의적 정보제공을 규정하고 있다.(제37조) 그리고, 동법 시행령은 인터넷에 게시함으로써 국민에게 제공하여야 하는 국민생활과 관련된 행정정보를 규정하고 있다.

그런데, 공공기관의 적극적인 정보제공에 관한 이들 규정은 매우 일반적이고 선언적인 규정에 불과하여 실효성이 적다. 이들 규정은 행정기관의 노력의무만을 규정하고 있고, 적극적으로 제공하는 정보의 선택을 행정기관의 판단에 맡기고 있는 점에 문제가 있다. 정보통신망을 통한 적극적인 정보공개의 방법을 보다 구체적으로 규정하여야 할 것이다. 그리고, 전자정부법 및 동법 시행령에서 규정하는 적극적 정보제공의 범위는 정보공개의 관점에서 볼 때 충분하지 않다.

14) 박근성, 현행 정보공개법의 문제점과 개선방안, 단국대 법학논총 제24집, 2000.12.

공개대상정보중 다음과 같은 일정한 정보는 국민의 공개청구가 없는 경우에도 적극적으로 제공하고 국민이 인터넷을 통하여 자유롭게 접근할 수 있도록 하여야 할 것이다. 즉, 국민생활에 중요하거나 정보공개에 대한 국민의 수요가 많은 정보로서 일반 국민에게 공개하여도 문제가 없는 정보는 인터넷 홈페이지(정보전자열람실)에 적극적으로 공개하도록 의무지우는 규정을 두어야 할 것이다. 이러한 정보의 예로는 법령, 행정의 기준이 되는 행정규칙, 입법예고안, 국토이용계획도면, 도시계획도면, 토지정보 등을 들 수 있다.

법령에 의해 적극적으로 제공하도록 의무화된 정보이외에도 반복적으로 공개가 청구되는 정보는 인터넷을 통하여 적극적으로 공개할 필요가 있다. 반복적으로 공개가 청구되는 정보를 공공기관이 미리 적극적으로 공개함으로써 정보공개에 관한 공공기관의 업무부담을 줄일 수도 있을 것이다.

3. 行政情報의 有料化

행정정보중 국민의 생활에 필수적이고 기본적인 정보는 무료로 제공되어야 한다. 그러나, 그 이외에는 행정정보를 유료화하는 것이 헌법상 금지되는 것은 아니다. 다만, 정보제공에 대한 수수료가 행정기관에 이익을 가져오는 정도의 것이어서는 안되며 정보제공수수료는 정보의 생성과 제공에 드는 實費에 한하여야 한다.

행정정보는 그것이 비밀이 아닌 한 유료화된 정보라고 하더라도 공공정보를 가공하여 사업을 하는 사기업에 대한 제공이 제한되어서는 안 된다. 이 경우 유료의 정보를 제공하는 공공기관과 사기업은 경쟁관계에 있는데 이 경우에는 공정한 경쟁에 관한 법률이 이 경우에도 적용되는 것으로 보아야 한다.

VI. 電子行政節次

1. 電子文書에 의한 申告, 申請, 提出(이하 '신청등'이라 한다)

전자정부법 제정 이전의 기존 법령에서는 신청등은 원칙적으로 서면으로 하고 예외적으로 행정기관의 장이 컴퓨터통신으로 할 수 있도록 하고 있다.¹⁵⁾ 또한, 신청 등을 규율하는 개별법령에서 서면으로 신청 등을 하도록 규정하고 있는 경우도 있다.

전자정부법은 이들 규정에도 불구하고 전자문서로 신청 등을 할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 전자정부법 제33조 제1항은 “행정기관의 장은 당해 기관에서 처리할 민원사항 등에 대하여 관계 법령(지방자치단체의 조례 및 규칙을 포함한다. 이하 같다)에서 문서·서면·서류 등의 종이문서로 신청·신고 또는 제출 등(이하 이 조에서 “신청등”이라 한다)을 하도록 규정하고 있는 경우에도 이에 대하여 전자문서로 신청 등을 하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

그런데, 이 전자정부법의 규정은 다음과 같은 한계를 갖는다. ①행정기관의 장이 전자문서에 의한 신청등을 할 수 있도록 한 경우에만 전자문서에 의한 신청 등이 가능한 것이

15) 민원사무처리예관한법률 제4조 및 동법 시행령 제4조 제2항, 제7조, 행정절차법 제17조, 동법 시행령 제9조

며 신청인 등이 일방적으로 전자문서로 신청등을 할 수는 없다. 행정기관의 장은 민원사항 등을 전자문서로 신청등을 하게 하는 경우에는 인터넷을 통하여 미리 그 민원사항 등의 종류와 처리절차를 국민에게 공표하여야 한다(제33조 제4항). ②전자문서에 의한 신청등의 방법에 대하여는 규정하고 있지 않다. 하위법령에서 이를 규정하여야 할 것이다. ③전자문서에 의한 신청 등이 의무적인 것은 아니며 신청인 등은 종이문서에 의한 신청등을 하는 것이 가능하다.

전자행정절차를 활성화하기 위하여는 정보화능력이 있는 일정 규모 이상의 기업에 대하여는 특히 당해 기업에 이익이 되는 신청 등을 함에 있어서는 전자문서에 의한 것의 의무화하는 규정을 관련 개별법에 두는 방안을 검토할 필요가 있다.

2. 電子公文書에 의한 處理結果의 通知등

전자정부법 제정 이전의 기존 법령에서는 신청에 대한 처리결과는 원칙적으로 서면으로 하고 예외적으로 행정기관의 장이 컴퓨터통신으로 할 수 있도록 하고 있다.¹⁶⁾ 또한, 신청 등을 규율하는 개별법령에서 서면으로 통지 등을 하도록 규정하고 있는 경우도 있다.

전자정부법은 이들 규정에도 불구하고 본인이 원하거나 민원사항 등을 전자문서로 신청등을 한 때에는 처리결과를 전자공문서로 통지등을 할 수 있도록 규정하고 있다(제33조 제2항).

그런데, 이 전자정부법의 규정은 다음과 같은 한계를 갖는다. ①전자공문서에 의한 통지 등의 방법에 대하여는 규정하고 있지 않다. ②허가증 등의 교부가 필요한 경우에는 전자공문서등에 의한 통지의 효과는 반감된다.

전자서명에 의한 전자공문서 이외에는 전자공문서에 증명력이 없고, 전자서명에 의한 전자공문서의 제3자에의 제시등에 어려움이 있기 때문에 전자공문서에 의한 허가처분 등의 통지만으로도 허가등의 확인에 문제가 없게 되기전까지는 신청자등이 원하는 경우에는 처리결과에 관한 종이문서를 교부하도록 하여야 할 것이다. 행정절차법시행령 제8조 제3항은 컴퓨터통신으로 송달받은 자는 행정청에 문서의 교부 또는 우송을 요구할 수 있다고 규정하고 있고, 민원사무처리에관한법률 제10조는 컴퓨터통신으로 통지한 경우 민원인의 요청이 있는 때에는 지체없이 처리결과에 관한 문서를 교부하도록 하고 있다. 허가증, 신고필증 등을 전자허가증, 전자신고필증 등으로 대체할 수 있는 방안을 마련하여야 하고, 인터넷을 통한 조회로 허가의 부여, 신고의무의 이행등이 확인될 수 있도록 하는 방안을 마련하여야 할 것이다.

3. 電子的 告知·通知

전자정부법 제36조 제1항은 행정기관의 장은 관계 법령에서 고지서·통지서 등의 종이문서로 고지·통지 등을 하도록 규정하고 있는 경우에도 본인이 원하는 때에는 이를 전자공문서로 고지·통지 등을 할 수 있다고 규정하고 있다.

16) 민원사무처리에관한법률 제10조 및 동법 시행령 제33조, 행정절차법 제14조 제6항, 동법 시행령 제8조.

전자적 고지 등은 행정청의 제안에 의해 상대방인 국민이 받아들이는 형식으로 행하여 지므로 “본인이 원하는 때”보다는 “본인이 동의하는 때”로 하는 것이 보다 타당하다.

전자정부법 제36조 제3항은 행정기관의 장이 제1항의 규정에 의하여 고지·통지 등을 전자공문서로 행하는 경우에는 인터넷을 통하여 미리 그 고지·통지 등의 종류와 절차를 국민에게 공표하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나, 이 규정만으로는 충분하지 않으며 전자적 고지 등의 방식에 대하여 상대방과 협의하거나 동의를 받도록 하여야 할 것이다.

VII. 電子政府 推進體系

1. 推進主體

전자정부는 단순히 정부활동에 정보통신기술을 도입하는 것만을 의미하는 것은 아니며 정보통신기술의 도입에 따른 정부활동의 개혁과 국가권력 상호간 및 정부와 국민과의 관계에 있어서의 근본적인 변화를 요구한다. 또한, 전자정부는 전국가적인 문제이며 모든 국가기관과 지방자치단체와 관계가 있다. 따라서, 전자정부의 추진주체는 대통령이 되는 것이 타당하다. 다만, 대통령은 전자정부를 추진함에 있어 국무총리, 특별위원회 또는 행정각부에게 적절한 임무를 부여할 수 있을 것이다.

그리고, 전자정부의 추진에 있어서는 비전과 계획을 가지고 이에 따라 계획적, 통일적으로 추진되어야 한다. 전자정부추진에 관한 구체적인 계획의 수립이 필요하다.

2. 執行機關

전자정부의 구현을 위한 정책집행은 행정기관의 장이 맡아야 할 것이다. 그리고, 행정각부 장관은 소관분야에 있어서 전자정부의 구현을 위한 집행활동을 책임지도록 하여야 할 것이다.

3. 調整·統合機關

전자정부에서는 모든 국가기관이 정보통신망에 의해 연결되고, 이 망을 통하여 통신이 이루어지므로 각 행정기관에 의한 전자정부의 추진에는 통일성이 보장되어야 한다. 그러므로 전자정부의 추진에 있어 국가기관 또는 행정기관 사이의 갈등을 조정하고 전자적 방식에 의한 업무처리의 통일성을 보장하는 조정·통합기관이 필요하다.

대통령직속에 전자정부추진을 위한 특별위원회를 설치하는 방안¹⁷⁾, 국무총리에게 그 임무를 부여하는 방안, 정보화추진위원회를 활용하는 방안 등이 있을 수 있다. 또한, 전자행정은 행정개혁을 수반하므로 행정개혁담당기관인 기획예산처나 행정자치부도 조정·통합기관으로서의 역할을 수행하여야 할 것이다. 조정·통합은 하나의 기관에 의해 수행되도록 하기 보다는 위의 기관들에게 적절히 그 임무를 분배하는 것이 바람직하다.

17) 김재광, 전자정부 구현을 위한 행정조직법제 정비, '전자정부 구현을 위한 법제 동향과 과제', 2000.10.24, 107쪽.

4. 支援機關

전자정부의 구현에 있어 정보통신기술의 표준화 및 통일이 요구되며 기술적 측면의 지원이 필요하다. 통신정책연구원, 한국전산원, 전자통신연구소 등이 기술적인 지원기관이 될 수 있을 것이지만 단순한 기술적 지원이상으로 전자정부의 추진을 위한 정보통신기술 정책에 관한 지원을 담당하는 행정기관의 지위를 가지는 특별한 기관이 필요가 있다.

VIII. 맺음말

위에서 전자정부의 추진에 수반하여 제기되는 주요 법적 문제에 대한 검토를 행하였다. 그러나, 이 글에서 검토된 법적 문제이외에도 개인정보보호, 신원확인, 전자카드의 문제 등의 문제가 제기되고 있다. 그리고, 이제까지 제기되고 있는 법적 문제이외에도 앞으로 전자정부의 진전 및 정보통신기술의 발전에 따라 예견하지 못한 새로운 법적 문제가 많이 제기될 것이다.

그러므로, 향후 전자정부가 뿌리를 내릴 때까지 끊임없는 연구와 법령정비가 요구되고 있다. 또한, 전자정부에 관하여는 법령정비의 선진사례가 없는 경우가 적지 않아 우리 스스로 새로운 법적 문제를 해결하여야 하는 어려움이 있다.¹⁸⁾ 따라서, 정부에 전자정부추진을 위한 법령정비작업반을 만들어 전자정부에 관한 법령을 체계적이고 지속적으로 정비할 필요가 있다.

18) 행정의 전자화는 최근의 현상이고 선진국도 이제 시작의 단계에 불과하며 외국의 경우 대부분 행정의 전자화를 단계적으로 추진하고 있지만, 우리 나라의 경우 전자행정을 전면적으로 실시하는 계획을 가지고 있기 때문에 더욱 선진외국의 입법례를 참조하기 어렵다.

〈토론 1〉

전자적 행정절차를 위한 법제정비방안

정 건(서울시립대 법학부 교수)

I. 전자정부화와 행정절차

현행 행정절차법은 원칙적으로 종이문서(서면)의 형식에 의한 행정결정을 전제로 하여 규정되어 있는데, 송달의 방법(법 제14조 제1항), 처분의 신청(법 제17조 제1항), 처분의 방식(법 제24조), 청문의 진행(법 제31조), 청문절차(법 제33조 내지 제37조), 공청회(법 제38조, 제39조)에 관한 규정 등이 그 예이다. 한편 행정절차법은 컴퓨터통신에 의한 의견제출(법 제27조 제1항) 등 전자적 방식에 의한 행정의 가능성도 열어 두고(법 제17조 제1항 단서, 제24조 단서, 제31조 제3항 등)는 있지만, 이들 규정은 대부분이 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우 등 필요한 경우로 제한되어 있으며, 극히 예외적인 경우임을 전제로 하고 있는 듯하다. 따라서 전자적 방식에 의한 행정절차를 예정하여 규정할 필요가 있는 바, 처분의 신청에 관한 법 제17조 제1항에서 문서에는 전자문서도 포함하는 것으로 규정하고, 처분의 방식에 관한 법 제24조 제1항은 전자정부법 제39조 제2항의 취지에 맞추어 개정할 필요가 있다. 즉, 처분은 원칙적으로 서면에 의하되, 당사자가 전자문서로 신청한 경우와 당사자가 동의한 경우에는 전자적 방식에 의하여 행할 수 있도록 규정하여야 할 것이다.

II. 전자적 방식에 의한 불이익처분

현재 논의되는 전자적 방식에 의한 행정업무 수행은 민원사무를 그 주된 대상으로 상정하고 있다. 그러나 장기적으로는 전자적 방식에 의한 행정이 원칙적 현상으로 발전하게 될 것이고, 그 경우에는 불이익처분(신청에 대한 거부처분이 아닌 경우)을 전자적 방식으로 수행할 수 있는지의 문제가 제기될 것이다.

국민의 이익보호라는 관점에서 볼 때, 전자적 방식에 의한 불이익처분을 일반적으로 허용한다고 하는 것에는 적지 않은 반대가 예상되지만, 장기적으로는 전자적 방식에 의한 행정수행이 원칙적인 현상이 될 것이고, 그러한 경우에는 전자적 방식에 의한 불이익처분도 가능하게 될 것이다. 현재로는 전자정부법 제33조 제2항과 같은 정도의 수준에서 규율할 수 있으며, 또한 바람직한 개정방향으로 여겨진다. 즉, 불이익처분의 통지는 원칙적으로 서면에 의하되, 당사자가 동의하는 경우에는 전자문서에 의하여 통지할 수 있도록 규정하여야 할 것이다. 이를 위해 전자정부법에 일반규정을 두는 방법도 있겠으나, 불이익처분에 대한 명확한 규정을 위해 개별법령의 조항들도 이러한 취지에 따라 개정하는

것이 바람직할 것이다. 이 경우 행정절차법상 불이익처분절차(사전통지, 의견제출 등)가 모두 준수되어야 함은 물론이다.

Ⅲ. 전자적 방식에 의한 의견청취(의견제출, 청문, 공청회)

1. 전자적 방식에 의한 의견제출

행정절차법 제27조 제1항은 "서면·컴퓨터통신 또는 구술로 의견제출을 할 수 있다"고 하여 특별한 입법조치 없이도 컴퓨터통신에 의한 의견제출이 가능한 실정이지만, 컴퓨터통신이란 좁은 개념으로 규정하고 있으므로, 전자정부에 걸맞는 좀 더 일반적인 표현을 사용할 필요가 있다. 이를 위해 '정보통신망을 통하여' 또는 '전자적 방식에 의하여'와 같은 좀 더 포괄적인 표현을 사용할 수도 있으나, '서면'을 '문서'로 개정하고, 문서에는 전자문서도 포함하는 것으로 규정하는 것이 바람직해 보인다.

2. 전자적 방식에 의한 청문

행정절차법 제31조 제3항의 의견서제출에 전자문서에 의한 의견서도 포함되는 것으로 해석하여, 제한된 범위에서 전자적 방식을 도입할 수도 있겠으나, 해석상 불분명한 점도 있으며, 전자적 방식에 의한 실시간 대화, 나아가 화상청문 등의 방법은 도입할 수 없는 한계가 있다.

이에 대해서는, 법 제31조 제3항을 개정하여 전자문서에 의한 의견서의 제출도 포함함을 명문으로 규정하고, 전자적 방식에 의한 실시간 대화, 나아가 화상청문 등의 방식을 도입할 가능성을 열어두는 것이 필요하다. 화상청문의 경우에는 원격영상재판에관한특별법 및 동규칙을 참조하여 새로운 규정을 도입하여야 할 것이다.

불이익처분의 상대방에게 변명의 기회를 보장하기 위한 청문의 경우, 국민의 권익보호를 위해 엄격한 요건이 요구되어야 할 것이며, 반드시 상대방의 동의를 요하도록 하여야 할 것이다.

비공개청문이 요구되는 경우(법 제30조 참조)에는 청문참여권이 보장된 자들에게만 접근가능하도록 기술적 조치를 취해야 할 것이다.

청문종결시 문서제출 등(법 제35조 제4항)은 종이문서를 전제로 한 규정이므로, 전자적 방식에 의한 청문을 도입할 경우 정비가 요청된다.

3. 전자적 방식에 의한 공청회

다양한 의견수렴이라는 관점에서 볼 때 전자적 방식에 의한 공청회는 큰 장점을 가질 수 있다. 따라서 공청회의 경우에는 보다 적극적으로 전자적 방식을 도입하여야 할 것이다.

현행법은 전자적 방식에 의한 공청회를 전혀 상정하고 있지 않는데, 전자적 방식에 의한 공청회의 도입을 위한 행정절차법의 개정에 있어서는, 다수인의 의견수렴을 위해 방

청인의 의견제시기회의 보장과 관련하여 기술적·시간적 제한을 해결하는 보완조치를 취할 필요가 있을 것이다.

IV. 전자적 방식에 의한 행정상 입법예고 및 행정예고

현행 행정절차법은 기본적으로는 종이문서에 의한 입법예고 및 행정예고를 전제로 하여 규정되어 있으나, 부분적으로는 전자적 방식에 의한 입법예고 및 행정예고를 예정한 규정도 두고 있다. 법 제42조 제1항은 행정상 입법예고의 방법에 대하여 "행정청은 입법안의 취지, 주요내용 또는 전문을 관보·공보나 신문·방송·컴퓨터통신 등의 방법으로 널리 공고하여야 한다"고 규정하고 있으며, 법 제47조는 행정예고와 관련하여 위 규정을 준용하고 있다. 따라서 특별한 입법적 조치가 없더라도 전자적 방식에 의한 행정상 입법예고와 행정예고가 전혀 불가능한 것은 아니지만, '컴퓨터통신 등의 방법'이라는 표현만으로는 전자적 방식에 의한 행정수행의 이념에 미치지 못하는 측면이 있으므로, 입법예고 및 행정예고의 방법으로 전자적 방식 일반을 포괄할 수 있도록 이를 확장하여 규정할 필요가 있다.

한편, 현재의 상황에서는 종이문서에 의한 예고를 전혀 배제한 채, 전자적 방식에 의한 예고만을 가능하게 하는 것은 문제가 있다. 즉, 현재로서는 전자적 방식에 의한 예고는 종이문서에 의한 예고의 보완적 수단으로 해석해야 할 것이며, 전자적 방식에 의한 예고만으로 행정의 예고의무를 다하였다고 볼 수는 없는 것이다.

또한, 현행법은 예고의 대상을 "입법안의 취지, 주요내용 또는 전문"으로 규정하고 있는 바, "입법안의 취지, 주요내용 및 전문"으로 개정하여 입법안의 전문이 예고되도록 하여야 할 것이며, 적어도 전자적 방식에 의한 예고의 경우에는 입법안의 전문이 반드시 포함되도록 규정하여야 할 것이다.

〈토론 2〉

전자공문서 활성화를 위한 법적 과제

김민호(성균관대 법대 교수)

I. 문제제기

전자정부에 대한 연구가 다양한 분야에서 논의되고 있다. 주로 정부활동의 메카니즘이 전자화될 경우 예상되는 법적 과제들에 대한 논의들이다. 이러한 논의들 중에 하나로서 필자는 전자공문서의 관리와 관련한 법적 과제를 연구하여 발표한 바 있다. 전자정부에 대한 이해를 행정활동의 측면에서 바라본다면 이는 결국 행정활동이 전자적 프로세스에 의해 이루어 진다는 것으로 해석된다. 전자적 프로세스를 위해서는 행정활동에 필요한 문서, 즉 공문서의 전자화가 필연적으로 요구된다.

공문서의 전자화는 기존의 종이문서를 대체함으로써 종이사용을 절감하는 단순한 비용 절감의 문제가 아니다. 문서를 전자화함으로써 문서관리의 중점이 단순한 보관이 아니라 유용한 정보로 활용될 수 있다는 점에서 바로 공문서의 전자화를 활성화해야한다는 것이다. 이러한 이유 때문에 선진 각 국의 경우에는 종이문서 작성에 소요되는 비용의 수백 배에 해당하는 예산을 투입하여 종이문서감축의 노력을 경주하는 것이다.

따라서 전자공문서 활성화에 대한 사고의 방향이 단순히 종이문서를 감축하고 전자문서로 일부 대체한다는 정도가 되어서는 안 된다. 정부가 생성하는 자료를 전자화하여 유용한 정보로 활용할 수 있도록 정부의 생성 문서를 최대한 전자적으로 처리하여야 하는 것이 바로 전자문서활성화의 전략이 되어야 하는 것이다.

이러한 문제의식을 바탕으로 전자문서활성화를 위한 현행 법령의 현황을 살펴보고, 부족한 점이 있다면 그 개선방향이 무엇인지를 몇 가지 제시하고자 한다.

II. 전자공문서 활성화와 관련한 현행법령의 현황

1. 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률

(1) 종이문서 감축의 대상

행정기관 내부	행정기관상호간	민간에서 행정기관으로	행정기관에서 민간으로
결재, 회의, 보고, 지시, 회람, 교육 등에 사용하는 문서	보고, 협의, 승인, 지시, 회의, 연락을 위해 사용하는 문서	민원신청, 자료제출, 의견제시 등에서 사용하는 문서	민원회신, 남세고지, 고지·공고 등을 위해 사용하는 문서

(2) 문서업무감축계획의 수립·시행·공표

중앙사무관장기관의 장은 문서업무감축계획을 작성하고 문서감축위원회의 심의를 거쳐 행정기관의 장에게 통보하여야 한다.

문서업무감축계획을 수립할 때에는 ① 법 제40조 각 호의 방법을 통한 문서업무의 감축방향, ② 문서업무 감축목표의 기준 설정, ③ 문서업무의 감축대상 선정, ④ 그밖에 문서업무 감축을 위하여 필요한 사항이 포함되어져야 한다.

행정기관의 장은 문서업무감축계획에 따라 매년 자체 집행계획을 수립·시행하여야 하며, 집행계획 수립 시 ① 행정기관간 또는 행정기관 내부에서 유통되는 문서 중 감축대상문서의 지정과 감축목표의 설정, ② 민간과 행정기관간에 유통되는 문서 중 감축대상문서의 지정과 감축목표의 설정, ③ 문서업무 감축을 달성하기 위한 방법, ④ 그밖에 문서업무 감축의 시행을 위하여 필요한 사항을 포함시켜야 한다.

행정기관은 문서업무감축계획에 따라 법 제42조 제2항 제1호 및 제2호의 감축대상문서와 감축목표를 자율적으로 결정하여 인터넷에 공표하며, 이 경우 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장은 당해 기관 및 소속 기관의 감축대상문서와 감축목표를 종합하여 인터넷에 공표한다.

행정기관의 장은 공표된 감축대상문서의 감축실적을 매년 반기별로 파악하여 감축목표와 대비하여 인터넷으로 공표하여야 한다. 그리고 동법시행령 제48조에 의거, 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장이 감축대상문서와 감축목표를 인터넷에 공표하거나 감축실적을 인터넷에 공표할 때에는 행정자치부장관이 정하는 '전자서식'을 따른다.

(3) 문서감축위원회의 설치·운영

중앙행정기관 및 그 소속기관과 지방자치단체 소관의 문서업무 감축을 효율적으로 추진하고 이를 위한 제반 사항을 심의하기 위하여 '행정자치부장관' 소속하에 문서감축위원회를 설치하며, 국회·법원·헌법재판소 및 중앙선거관리위원회도 각 중앙사무관장기관의 장의 소속하에 국회 문서감축위원회·법원 문서감축위원회·헌법재판소 문서감축위원회 및 중앙선거관리위원회 문서감축위원회를 설치·운영한다.

문서감축위원회의 효율적 운영과 문서업무 감축의 효과적인 추진을 위하여 공무원 및 전문가들로 구성되는 분야별 대책회의를 설치할 수 있다.

2. 사무관리규정

사무관리규정에는 문서감축에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 제9장에서 '사무자동화'에 관해 규정하고 있다.

그 주요 내용은 행정자치부장관으로 하여금 사무자동화를 종합적·체계적으로 추진하기 위하여 '사무자동화기본계획'을 수립하여 추진토록 하고, 중앙행정기관의 장에게는 이러한

기본계획에 따라 연도별 '사무자동화추진시행계획'을 수립하여 행정자치부장관에게 제출하도록 하고 있다.

Ⅲ. 전자공문서 활성화를 위한 법적 과제

전자정부법은 종이문서 감축에 대한 종합적 업무추진 방향을 설정한 입법적 조치로 평가된다. 그러나 문서감축의 대상과 목표를 설정하고, 문서감축계획의 수립, 문서감축위원회의 구성, 문서감축실적 공표 등과 같은 일반론적인 선언규정만으로는 결코 문서의 감축이 실현되기 어려울 것이다.

앞에서 언급한 바와 같이 종이문서를 감축하는 것이 단지 종이의 사용량을 줄이자는 것이 아니라 문서를 전자화함으로써 생성된 문서가 정보로 활용되어지고 또한 문서가 전자화되어야만 대민행정시스템이 전자화될 수 있기 때문에 종이문서를 감축해야하는 것이다. 따라서 문서감축은 단순히 종이문서의 생성량을 얼마만큼 줄였다는 것이 중요한 것이 아니라, 종이문서를 얼마만큼 전자문서로 대체하였는가라는 것이 문서감축계획의 핵심적 방향이 되어야한다. 행정기관 내부에서 직원들간의 공지사항을 e-mail로 대체함으로써 종이문서의 사용량을 줄였다는 것은 커다란 의미가 없다. 기존의 공문서가 전자문서화됨으로써 바로 대민행정의 전자화에 기여하는 것이 더욱 중요한 것이다. 따라서 이 문제는 계획의 수립과 전시적 실적위주로 해결될 문제가 아니다. 인식과 관행의 대전환이 요구되고 또한 이를 뒷받침할 수 있는 법적 근거와 예산적 지원이 뒤따라야 한다.

문서감축을 위한 구체적 제안을 몇 가지 제시하고자 한다.

첫째, 작성·유통되는 문서를 충분히 검토하여 종이문서가 아닌 전자문서로 생성하여도 문제가 되지 않는 문서의 영역을 하나 하나 확대하여 가면서, 그러한 문서는 전자문서로만 생성될 수 있도록 사무관리규정 또는 문서감축계획에 반영해 가야할 것이다.

둘째, 문서의 전자화에 따른 소요예산을 충분히 반영하는 정보처리예산을 배정해야한다. 사무기기를 자동화하고 사무환경을 개선하는 등의 hardware에 소요되는 예산뿐만 아니라, 종이문서를 전자문서화함으로써 소요되는 예산, 예컨대 기존에 종이문서로 보고 하던 것을 beam-projector로 대체하기 위하여 powerpoint 프로그램으로 작업을 할 경우 소요되는 인건비 또는 담당공무원의 업무량 증가에 따른 보상 등 software에 소요되는 현실성 있는 예산이 배정되어야할 것이다.

셋째, 전자문서의 생성을 유인화할 수 있는 장치를 마련하여야 한다. 이미 관행화되어 있는 행정사무의 돌을 바꾼다는 것은 쉬운 일이 아니며 인식과 관행의 전환이 선행되지 않고서는 그 실효성을 거두기 어렵다는 것 또한 부인할 수 없는 사실이다. 따라서 원칙론적인 문서감축의 선언적 규정보다는 전자공문서의 생성에 기여한 개인별 또는 부처별 인센티브제도를 도입하거나, 이들 부처에 대한 정보처리예산의 우선배정 등과 같은 방안을 마련하여 종이문서감축에 대한 일종의 불을 조성하여야할 것이다.

〈토론 3〉

전자정보공개를 위한 법제정비방안

김 성 수(연세대 법학부 교수)

1. 현행 공공기관의정보공개에관한법률(정보공개법)은 제2조 제1호에서 정보의 개념에 “컴퓨터에 의하여 처리되는 매체 등에 기록된 사항”으로 정의하여 전자적 정보를 이 법의 공개대상 정보로 규정하고 있으나 전체적으로 전자적 정보공개에 대한 방법이나 대상 등에 대한 법적 규율이 미흡한 실정이다. 발제자가 제안한 바와 같이 전자정보를 공개하는 방법에는 전자정보를 출력하여 공개하는 방법, 디스켓으로 복제하여 공개하는 방법, E-mail 등 정보통신을 통하여 공개하는 방법이 있을 수 있다. 따라서 어떠한 공개방법을 선택할 것인가는 원칙적으로 공개청구권자가 결정하도록 하는 것이 공개청구권자의 편의를 도모한다는 점에서 바람직하다는 발제자의 견해에 전적으로 동의한다.

2. 사실 전자적 정보공개는 정보화시대에서 이러한 매체에 익숙하여진 우리 국민의 일반적인 정보화 문화가 요구하는 시대적인 변화에 부응하여야 한다. 따라서 전자적 정보공개에 대한 시대적 요구에 부응하기 위하여 최근 정부는 국무회의에서 정보공개법 개정안을 심의·의결하였는데, 동 개정안에는 이러한 전자적 정보공개에 대한 요구를 반영하는 다수의 규정을 두고 있다. 우선 현행정보공개법 제2조 제1호 중 “文書”를 “文書(電子文書를 포함한다. 이하 같다)”로 변경하여 개정안은 문서에 전자문서를 포함시키고 관련되는 조항에서 이를 통일적으로 손질하였다. 둘째, 전자적 정보공개와 관련하여 가장 두드러지는 특징은 전자적 정보공개의 목록을 작성·비치하고 청구권자가 전자적 공개를 원하는 경우에는 정보통신망 등을 이용하여 전자적 방법으로 공개하도록 한 것이다.

3. 그 구체적인 조항과 내용은 다음과 같다. 제22조의 제목중 “主要文書目錄”을 “情報目錄”으로 하고, 동조제1항을 다음과 같이 한다. ①공공기관은 일반국민이 쉽게 알 수 있도록 공공기관이 보유·관리하는 정보중 公開對象情報의 目錄을 작성·비치하고, 그 目錄을 電子的 시스템에 의하여 公開하여야 한다. 제22조의2를 다음과 같이 신설한다. 제22조의2(정보의 전자적 공개 등) ①공공기관이 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 제8조의 규정에 따라 공개를 청구하는 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 공공기관은 그 정보의 성질상 청구인의 요청에 응하는 것이 현저히 곤란한 경우가 아닌 한 정보통신망을 통하여 전자적 형태로 공개하여야 한다. ②공공기관이 비전자적 형태로 보유·관리하고 있는 정보로서 국민생활과 밀접한 관련이 있는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 공공기관은 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 없는 한 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개하여야 한다. 다만 이러한 전자적 정보공개를 위하여는 시간적으로 준비기간

이 요구되는 것이므로 개정안 제22조 제1항은 2004년 1월 1일부터 시행하도록 부칙에서 규정하고 있다. 따라서 앞으로 정보공개법시행령과 시행규칙에서는 목록의 비치와 작성, 전자적 정보공개에 대한 구체적인 방법과 절차에 대하여 보다 상세한 규정을 두어야 할 것이다.

4. 발제자의 제안 중에서 소극적 정보공개제도 이외에 보다 적극적인 정보의 제공이 이루어져야 한다는 점에 대하여 전적으로 동의한다. 국가의 보다 적극적인 정보의 제공이 있는 경우 이에 비례하여 국민이 정보의 공개를 청구함으로써 발생하는 국민과 행정청의 시간적·재정적 부담은 그만큼 줄어들 수 있기 때문이다. 다만 현행 정보공개법은 원칙적으로 소극적인 정보공개를 위한 입법장치이므로 적극적인 정보제공의 법적 수단으로는 그 기능상 제약이 따를 수 밖에 없다. 따라서 적극적인 정보제공을 통한 정보공개는 현행과 같이 전자정부법에 의하여 이루어지는 2원적 체제를 유지하는 것이 바람직하다. 다만 발제자가 지적한 바와 같이 현행전자정부법령에서 규정하고 있는 정보제공의 범위나 내용이 매우 불충분하고 실효성이 적다는 것에 동의한다. 따라서 발제자가 제시한 법령, 행정규칙, 입법예고안, 도시계획도면, 토지정보 등과 같이 특정내용의 정보 이외에 정보공개법 제7조의 비공개대상정보에 속하는 것이라고 하여도 일정한 기간(예를 들어 10년이나 20년)이 경과한 정보는 그 내용과 질에 따라서 과감하게 전자적 방법을 통하여 제공하는 것도 검토하여야 할 것이다.

5. 전자적 정보공개와 관련하여 반드시 검토되어야 할 것이 문서열람비용에 관한 것이다. 정보공개청구비용을 저렴한 수준으로 유지하는 것은 공공기관의 "정보문턱"을 낮추고 제도의 활성화를 위하여 매우 중요한 사안이다. 정보공개청구의 비용에 관하여 법은 제15조에서 "정보의 공개 및 우송에 소요되는 비용은 실비의 범위안에서 청구인의 부담으로 한다"(제1항)하고, 제2항에서는 "공개할 청구하는 정보의 사용목적이 공공복리의 유지·증진을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 비용을 감면할 수 있다"고 규정하고 있다. 그런데 현실을 보면 문서관리목록 등이 완비되지 않은 상황에서 공익적인 정보를 청구하는 개인이나 시민사회단체들은 어쩔 수 없이 이 문서 저 문서를 모두 뒤적거리지 않을 수 없다. 그러므로 정보공개법 시행규칙의 별표에서 정한 문서·대장의 열람수수료 1건(10매 기준) 1회 200원 및 10매 초과시 5매마다 100원을 정한 것은 지나치게 큰 부담이라고 할 수 있다. 이러한 공익정보는 법 제15조 제2항의 취지에 따라서 감면하는 규정을 두어야 하며 한 번 열람시에는 얼마라는 식으로 정액제로 전환하는 것도 검토하여야 한다. 이와 같이 현행정보공개법은 열람비용에 관하여 전적으로 종이문서를 예정하고 있어서 이에 대한 개정이 요구된다. 그러나 전자적인 방법으로 공익적 정보를 열람하는 경우에는 한 번 접속에 얼마라는 식의 비용규정이 마련되어야 한다.

6. 정보공개법안과 관련하여 반드시 검토되어야 하는 것이 정보공개법 제7조에 규정된 비공개대상정보의 확대문제이다. 우선 현행법 제7조에 의한 비공개대상정보도 그 요건이

지나치게 추상적이고 모호하여 행정청에 의한 남용의 여지가 큰 것이 문제로 지적되어 왔다. 실제로 많은 공공기관에서는 신청인의 정보공개청구가 있는 경우 “업무의 공정성을 해칠 우려가 있다”, “의사결정과정에 있다거나 내부검토과정에 있다”는 이유로 공개를 거부하는 경우가 많았다. 그런데 이번 개정안은 여기에 더하여 제7조 제1항 5호의2를 신설하여 공공기관의 주요정책결정을 위한 회의·협의·자문 등에 관한 다음 각호의 정보중 그 회의·협의회·위원회 등에서 공개하지 아니하기로 결정한 정보로서 가.공개될 경우 의사결정의 중립성이 부당하게 손상될 우려가 있는 정보 나.공개될 경우 국민에게 혼란을 일으킬 상당한 우려가 있는 정보 다.공개될 경우 다수인의 이해관계가 침해하게 대립되어 의사결정에 참여한 당사자 또는 특정 이해관계인에게 중대한 손상을 주는 정보를 추가 하였다. 이는 국민의 정보공개청구를 크게 제약하는 것으로서 마땅히 철회되어야 한다. 오히려 기존의 비공개대상정보의 추상적인 요건이나 기준에 대하여 시행령이나 시행규칙을 통하여 보다 구체적인 내용이 추가되어 행정기관의 자의적인 재량권행사에 의한 비공개를 제한하여야 한다. 이와 더불어 정보공개법 제4조 제3항은 이 법의 적용범위를 정하면서 “국가안전보장에 관련되는 정보 및 보안업무를 관장하는 기관에서 국가안전보장과 관련된 정보분석을 목적으로 모집되거나 작성된 정보에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 따라서 국가의 안전보장과 관련되는 정보에 대하여는 이 법의 적용 자체를 배제하겠다는 것으로서 이른바 “절대적 비공개대상정보”로 취급되는 것이다. 그러나 이 규정은 제7조 제1항 제2호에 규정된 “공개될 경우 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보”와 사실상 중복되는 내용이다. 그러나 여기에 해당하는 정보는 이른바 “상대적 비공개대상정보”로서 법 제12조의 부분공개 대상이 될 수 있는 것이다. 국가의 안전보장과 관련되는 정보라 하더라도 정보의 질과 내용에 관한 구별 없이 절대적인 비공개대상으로 규정한 제4조 제3항은 법 제7조 제1항 제2호 및 제12조와 조화될 수 없는 것이므로 폐지되는 것이 바람직하다. 이번 개정안이 전자적 정보공개에 관련된 바람직한 규정을 가지고 있으면서도 이러한 “개악적 요소”로 인하여 국민을 위한 정보공개법으로서의 위상과 기능이 상실하지 않도록 문제가 제기된 조항에 대한 재고가 있어야 할 것이다.

〈토론 4〉

현행 전자정부법의 문제점과 개선방안

김 태 응(법제처 서기관)

I. 머리말

최근 인터넷을 중심으로 한 정보통신기술의 급속한 발전은 대면 접촉 위주의 Off-line 중심의 정부에서 사이버 공간에서의 On-line 중심으로 대민서비스 처리가 가능한 전자정부(electronic government)로 행정의 새로운 패러다임을 형성하게 만들었다.

이러한 지식정보화사회의 도래에도 불구하고 종이문서 위주로 오랫동안 행정업무 및 대민서비스가 이루어져 왔고, 이에 적합하도록 현행 우리나라의 대부분의 법령들이 규정되어 있기 때문에 대민서비스의 전자화를 촉진시켜 안방전자민원이 가능하도록 함으로써 국민이 실감하는 전자정부를 구현하는데 장애가 되고 있다.

이러한 문제점을 해결하고 전자정부의 법적 기초를 마련하기 위하여 법률 제6439호로 「전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률」(이하 “전자정부법”이라 한다)이 제정·공포되었다. 그러나 전자정부법은 기존의 종이문서에 의한 업무처리를 원칙으로 한 기존의 법령을 그대로 둔 채 제정되어 앞으로 기존의 법령에 대한 정비 등 몇 가지 과제를 남겨놓고 있다.

따라서 여기에서는 전자정부법의 범규정이 포함하고 있는 의미와 함께 몇 가지 쟁점사항을 검토하여 봄으로써 이 법이 갖는 의미를 다시 한번 생각해 보고자 한다.

II. 법적 과제

1. 개별법령의 정비 문제

각국의 전자정부 관련 법률들의 제·개정 방식을 보면, 전자적 업무처리방법을 규정하기 위하여 개별법령을 제·개정하는 경우와 전자적 업무처리에 맞게 개정해야 할 법률들을 일괄하여 개정하기 위한 법률을 제정하는 경우 및 종합적으로 전자적 업무처리에 대하여 법률을 제정하는 경우로 대별하여 볼 수 있다.

개별법령을 직접 제·개정한 사례는 1996년 개정된 미국의 전자적정보자유법¹⁾에 행정기관이 보유하고 있는 정보에 전자적 양식(Electronic Format)을 포함한 것, 1999년 제정한 미국의 전자적공개제공법²⁾에서 특별한 경우이외에는 의사교환 또는 통지사항을

1) Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996

2) Electronic Disclosures Delivery Act of 1999

전자적 통신이나 전자적 통지로 행할 수 있도록 한 것, 1999년 제정한 미국의 전자급여이체법³⁾이 모든 주에서 사용할 수 있는 식량구입권(Food Stamp)제도를 마련 한 것 등이 있으며, 사실상 모든 국가에서 이러한 개별 법령의 제·개정 방식이 광범위하게 사용되고 있다. 개별 법령의 제·개정 방식은 가장 신뢰할 수 있고 책임 있는 전자적 업무 처리에 대한 규정방식이기는 하나, 입법과정에서 초래되는 지연 때문에 신속성이 없는 단점이 있다.

두 번째로 전자적 업무처리에 맞게 개정해야 할 법률들을 일괄하여 개정하기 위한 법률을 제정한 사례는 1997년 독일의 원격서비스규약조성술위한법률이 원격서비스법, 서명법, 형법, 가격표시법 등 원격서비스관련 법률들을 전자적 방식에 맞도록 일괄 개정한 것⁴⁾, 2000년 일본의 서면의교부등에관한정보통신기술이용술위한관계법률의정비에관한법률⁵⁾이 일괄적으로 50여 개의 법률에 대하여 전자정보처리시스템을 사용할 수 있도록 하고, 이러한 행위에 대해 효력을 부여하는 규정을 추가한 것이 있다⁶⁾. 이러한 일괄법은 법률을 개별적으로 개정하는데 드는 시간과 비용을 줄이는 장점이 있으나, 돌에 박힌 법조문을 각 법령에 대입한 것이어서 개별법령상 업무를 수행할 정보시스템의 특성을 반영하기는 어려운 단점이 있다.

세 번째로 종합적으로 전자적 업무처리에 대해 법률을 제정한 사례로는 우리나라의 전자정부법이 있다. 전자정부법은 다른 법률을 손대지 아니하고도 그 다른 법률의 규정과 관계없이 전자적 업무처리가 가능하게 되도록 절차와 효력을 규정하고 있고, 전자정부의 구현을 위하여 필요한 각종 조문들을 최대한 통합하여 규정하였다. 이러한 통합법은 이를 제정하더라도 다시 개별법의 개정을 필요로 한다는 단점을 가지고 있으나, 우선 정보시스템을 구축하는 데로 개별법의 규정에 불구하고 통합법의 규정으로 즉각 운영에 들어갈 수 있고, 그 운영결과를 보아가며 보다 완벽하게 개별법을 보완해 나갈 수 있는 장점이 있다.

이러한 여러 가지 입법제가 있으나 우리나라의 전자정부법과 같은 종합적 전자적 업무처리에 관한 법률을 제정하는 것이 몇 가지 단점에도 불구하고 현 상황에서는 가장 바람직한 것으로 보고 싶다. 왜냐하면 해당 개별법령규정을 단일의 정비법률에 의하여 일괄적으로 정비하는 방식은 각 개별법령마다 시행여건, 시행시기 등에 차이가 있어 일괄정비 방식의 추진에는 여러 가지 어려움이 있을 것으로 예상된다. 우선 정보시스템을 구축하는 데로 개별법의 규정에 불구하고 통합법의 규정으로 즉각 운영에 들어갈 수 있고, 그 운영결과를 보아가며 점차적으로 개별법을 보완해 나가면 시행상의 혼란을 최소화할 수 있기 때문이다. 그리고 점진적으로는 충분한 법적·제도적 검토를 통해 개별 법령에 문제점을 반영해 개선해 나가는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

3) Electronic Benefit Transfer Interoperability and Portability Act of 1999

4) 원격서비스라는 특정서비스 관련 법령만을 일괄 정비한 것이다.

5) 書面の交付等に関する情報通信の技術の利用のための関係法律の整備に関する法律

6) 전 부문을 망라하여 일괄 개정하는 방식을 취한 점에서 독일의 경우와는 조금 다르다.

2. 전자문서의 발송 및 도달시기에 관한 법적 검토

전자정부법 제19조는 전자문서의 발송 및 도달시기에 대하여 규정하고 있다.⁷⁾ 제1항에서는 전자문서의 발송시기에 관하여 규정하고 있는데, 행정기관에 송신한 전자문서는 송신시점이 컴퓨터서버에 전자적으로 기록된 때를 발송시기로 보았다(전자서명을 이용하여 송신하는 경우에는 시점확인설을 통한 발신시점 확인이 가능하다).⁸⁾

행정기관으로 송부하는 문서중에는 시험원서의 송부와 같이 발송시점에 따라 효력이 결정되는 것이 있으며 이러한 경우 발송시기를 객관적으로 확인할 수 있는 컴퓨터의 기록을 발송시점으로 인정하기 위함이다.

제2항에서는 전자문서의 도달(효력발생)시기에 관하여 규정하였다. 첫째, 당사자가 사전에 합의하여 수신용 컴퓨터를 지정한 경우에는 전자문서가 그 수신용 컴퓨터에 입력되면 수신자가 그 전자문서를 출력하여 확인하지 않더라도 도달된 것으로 본다. 여기서 지정한 컴퓨터라 함은 수신자의 컴퓨터 단말기를 의미하는 것이 아니고 네트워크상의 '서버'를 의미한다. 둘째, 수신자가 지정한 컴퓨터가 없는 경우에는 수신자가 통상적으로 관리하는 컴퓨터에 입력이 되면 지정한 컴퓨터에 입력된 경우와 동일하게 도달한 것으로 보는 것인데, 이는 사무관리규정과 전자거래기본법상의 내용을 차용한 것이라고 할 수 있다.⁹⁾

여기서는 수신자가 수신용 컴퓨터를 지정하여 놓은 경우와 지정하여 놓지 않은 경우로 분류하고 전자의 경우에는 그 지정된 컴퓨터에 입력되면 바로 그 입력시점에 수신자에게 도달된 것으로 보고, 후자의 경우 역시 수신자가 관리하는 컴퓨터등에 입력된 때에 수신한 것으로 보도록 하고 있다.

7) 제19조(전자문서의 발송 및 도달시기) ①행정기관에 송신한 전자문서는 당해 전자문서의 송신시점이 컴퓨터에 의하여 전자적으로 기록된 때에 그 수신자가 발송한 것으로 본다.

②행정기관이 송신한 전자공문서는 수신자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 그 수신자에게 도달된 것으로 본다. 다만, 지정한 컴퓨터 등이 없는 경우에는 수신자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 그 수신자에게 도달된 것으로 본다.

③특정한 기한까지 도달되어야 할 문서 등을 송신자가 기한전에 제18조제2항의 규정에 의한 전자적 방법에 의하여 전자문서로 발송하였으나 당해 수신자의 컴퓨터 또는 관련 장치의 장애로 인하여 기한내에 도달되지 아니한 경우에는 당해 송신자에 한하여 장애가 제거된 날의 다음 날에 기한이 도래한 것으로 본다.

④행정기관에 도달된 전자문서가 판독할 수 없는 상태로 수신된 경우에는 당해 행정기관은 이를 흠이 있는 문서로 보고 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 하며, 행정기관이 발송한 전자공문서가 판독할 수 없는 상태로 수신자에게 도달된 경우에는 이를 적법하게 도달된 문서로 보지 아니한다.

8) <전자거래기본법>

제9조 (송·수신시기 및 장소) ①전자문서는 작성자의 자 또는 작성자의 대리인의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 본다.

9) <사무관리규정>

제8조 (문서의 성립 및 효력발생) ②문서는 수신자에게 도달(전자문서는 수신자의 컴퓨터 파일에 기록되는 것을 말한다)됨으로써 그 효력을 발생한다.

<전자거래기본법>

제9조 (송·수신시기 및 장소) ②전자문서는 다음 각호의 1에 해당하는 때에 수신된 것으로 본다.

1. 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터 등을 지정한 경우에는 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때. 다만, 지정한 컴퓨터 등이 아닌 컴퓨터 등에 입력된 경우에는 수신자가 이를 출력한 때를 말한다.

2. 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터 등을 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때

여기서 생각하여 볼 점은 전자정부법에서는 전통적인 의사표시의 발신과 도달에 대신하여 전자문서의 송·수신이라는 용어를 사용하고 있는 바, 송·수신의 개념이 바로 발신과 도달의 개념과 같다고 할 수 있을 것인가. 즉, 전자공문서가 송신되었으나 법적으로는 발신되었다고 볼 수 없다거나, 전자공문서가 수신된 것으로 보아야 하나, 법적으로는 도달하였다고 할 수 없는 경우가 생길 수도 있는가의 문제이다.

현행 민법상 상대방있는 의사표시는 일반적으로 표의자가 의사를 표백(表白)하고, 이어 우체통의 투입 등으로 발신(發信)하며, 상대방이 이를 수령하여 요지(了知)하는 순서 내지 단계를 거치게 된다.

한편, 전자공문서는 통상 작성자(송신자)의 컴퓨터 등에의 입력, 저장, 전송, 수신자(상대방)의 컴퓨터 등에의 입력, 저장 및 전자공문서의 확인이라는 다단계의 전자적인 과정을 통하여 이루어지는데 정보의 처리방식, 정보통신망의 종류 등에 따라 그 전달의 양상이 달라질 수 있다.

문제는 전자공문서가 지정된 컴퓨터 등 입력되었거나 지정하지 아니한 컴퓨터 에 입력된 경우에는 수신자가 이를 수신한 때에 수신되었다고 볼 수 있으나 전자공문서가 해독불가능한 경우라면 이를 수신되었다고는 할 수 있으나 의사표시로서의 도달이 있었다고 보기는 어려울 것이다.

이에 대하여 전자정부법 제19조제4항에서는 판독할 수 없는 전자문서의 처리방법으로서 행정기관에 도달한 전자문서의 경우에는 이를 흠이 있는 문서로 보고 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 하고, 행정기관이 발송한 전자공문서의 경우에는 이를 적법하게 도달된 문서로 보지 아니하였다.

그런데 허가취소처분의 통지 등과 같이 상대방에게 불리한 처분이 판독할 수 없는 상태로 도달한 때에 상대방이 그 사실을 행정기관에 스스로 통지하지는 아니할 것으로 예상되고 행정기관은 그 사실을 모르는 채 장기간 경과하게 되는 문제점이 있다. 전자거래 기본법에서는 송신자가 수신사실을 확인해 줄 것을 요구하면 수신자가 이를 통지해 주도록 하고 있으며, 송신자가 수신확인을 효력발생요건으로 하는 경우에는 이러한 수신확인이 없으면 문서가 수신되지 않은 것으로 하고 있다. 그러나 전자공문서가 판독할 수 없는 상태로 도달한 경우 상대방에 대하여 그 사실을 행정기관에 통지하도록 법률에서 강제하기가 성질상 곤란하고 기대가능성도 없으므로 전자공문서의 도달여부 및 그 상태를 확인할 의무를 행정기관에 지우도록 할 수 밖에 없다. 당초 행정자치부 원안에 대하여 이러한 문제점이 지적되어 대통령령에 규정하도록 하였으나 별도의 규정이 없어 보완이 요구되는 사항이다.

3. 전자거래시 전자판인과 전자서명과의 관계

전자정부법 제20조의 규정에 의하면, 전자공문서에는 전자판인을 사용하되, 행정기관이 전자거래를 하는 경우에는 전자서명법에 의한 전자서명을 사용할 수 있도록 규정하였

는 바, 여기서 검토하여 불 사항은 행정기관의 권력적 착用に 기한 전자거래의 경우에도 전자관인이 아닌 전자서명을 사용하여야 하는지가 문제된다.

예컨대 토지수용, 채권의 강제매각 등 행정기관의 권력적 착用に 기한 것중 상거래와 동일한 효과를 발생시키는 것은 전자관인과 전자서명중 어떠한 것이 우선적으로 사용되어야 할 지가 검토되어야 할 것이다.

개인적인 전해로는 상거래와 동일한 효력을 가져온다고 하더라도 행정기관의 권력적 착용이 개입되는 것은 전자정부법의 규정이 우선적으로 적용되는 것이 타당할 것으로 보인다. 그 이유로는 첫째, 법률에 규정된 내용을 보더라도 전자공문서에는 전자관인을 원칙으로 하고 있는 점, 둘째, 전자공문서에 전자서명을 사용하는 분야가 조달B2I 등 행정기관과 당사자가 대등한 지위에서 체결하는 계약의 성격이 강한 경우에 민간의 거래절차와 같은 방식으로 처리하는 것이 보다 효율적이므로 전자서명을 사용하는 점 등을 고려할 때, 행정기관이 권력적 착用に 기한 전자거래를 하는 경우에는 사인(私人)간의 사적 계약보다는 행정행위에 가깝다고 보는 것이 타당할 것이므로 원칙적으로 전자서명법에 의한 전자서명이 아닌 전자관인을 사용하여야 할 것으로 생각된다.

4. 행정정보 공동이용과 첨부서류의 감축문제

전자정부법 제21조의 규정에 의하면, 민원사항의 처리를 위하여 필요한 행정정보는 행정기관간에 공동이용하도록 하였다. 박균성교수님께서서는 "첨부서류의 감축을 실효성있게 달성하기 위하여 행정정보 공동이용으로 대체할 수 있는 첨부서류는 민원인의 요청이 있는 경우 행정정보 공동이용으로 대체하도록 의무화하여야 하고, 나아가 개별법령에서 정하고 있는 첨부서류에서 삭제하는 방안도 검토하여야 할 것이다."라는 견해를 밝히셨는 바, 이에 대하여 대체적으로 공감하나 다만, 개별법령에서 요구하고 있는 첨부서류 자체를 삭제하는 것은 좀 더 신중하게 검토되어야 할 것이다. 그 이유로는 예컨대 행정기관간에 행정정보 공동이용으로 인하여 신원확인 등에 요구되는 첨부서류 자체를 삭제하는 경우에 만약 예기치 않은 사고로 일정기간 전자적 시스템이 다운되어 행정정보 공동이용의 방법으로는 확인이 불가능한 경우 신원확인 등에 필요한 첨부서류가 삭제되어 있다면 이를 민원인에게 요구할 근거가 전혀 없게 되는 문제점이 있다고 보여진다. 따라서 이에 대하여는 좀 더 신중한 검토가 필요할 것으로 보인다.

Ⅲ. 맺음말

앞으로도 이 법은 많은 보완과 발전을 필요로 하는 법이다. 다시 말해서 이 법은 기존 법령상의 한계를 극복하는 데에 그치지 않고 이 법을 통하여 행정기관의 정보화가 촉진되고 대국민서비스의 질이 향상될 뿐아니라 정보화에 대한 마인드를 확산시키는 확산효과(擴散效果)를 가지는 법령이 되어야 할 것이다.

그리고 앞으로 우리가 관심을 가져야 할 부분은 전자정부 구현을 위한 법적·제도적

정비사항이다. 앞서도 언급하였듯이 전자정부법이 행정기관의 전자적 업무처리에 관한 일반법적 성격을 갖는 특성상 개별 법령에 규정을 두고 추진하여야 할 사항들은 충분한 법적·제도적 검토를 통하여 점진적으로 개별 법령에 문제점을 반영해 개선해 나가는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

〈토론 5〉

전자정부구현을 위한 추진체계의 문제점과 개선방안

선 정 원(명지대 법정대학 행정학과 교수)

전자정부추진사업이 본격화되면서 추진전략의 설계와 실패위험의 관리가 매우 중요한 문제로 떠오르고 있다. 이와 관련하여 몇 가지의 문제점과 개선방안을 제시하고자 한다.

I. 전자정부예산의 확보와 합리적인 배분

전자정부추진예산의 확보와 합리적이고 효율적인 배분을 위하여 해당 사업은 비용편익의 관점에서 꼭 필요한 것인가, 그 예산을 어떻게 확보할 것인가, 그리고 보다 비용절약적이면서 효과를 높이기 위해서는 추진순서를 어떻게 설계해야 하는지가 문제된다. 전자정부의 추진이 보다 구체화되어갈수록 각 부처간, 중앙정부와 자치단체간 갈등소지와 역할배분의 어려움이 커질 것이고 그것은 필연적으로 예산의 확보·배분의 문제를 크게 부각시킬 것이다. 예산이 충분히 확보되어도 정부기관간 전자정부의 사업추진에 있어서 우위를 점하기 위한 경쟁이 치열해질 것이다. 따라서 정보화추진기금과 같은 예산배분에 있어서 국무총리산하의 정보화추진위원회나 대통령직속 정부혁신위원회내의 전자정부특별위원회와 같은 민관합동위원회의 역할이 더욱 중요해질 수 있다. 전자정부 구축에 깊이 관여한 위원회들은 누가 콘텐츠와 관리를 통제하고 대민서비스에 책임을 지고 각각의 참여자간 예산지원의 적정한 수준이 어느 정도이며 그 비용은 어떻게 분배되어야 하는가에 관한 구체적인 쟁점들을 예상하고 합리적인 안의 발전에 노력하여야 할 것이다.

전자정부사업에서 이용하는 시설과 기자재는 그 혁신속도가 매우 빨라 2-3년이면 벌써 그 활용가치가 극히 떨어져서 업그레이드를 위해서는 엄청난 비용이 필요하다. 이러한 측면에서, 행정정보공동이용사업의 추진에 있어 관계법들에 나타난 법익충돌의 조정도 불충분하고 필요한 정보들도 각 정부기관들로부터 제공되지 않아 공동이용을 위해 새롭게 제공된 중요정보들이 무엇인지 확실하지 않은 상태에서, 엄청난 비용이 드는 범정부차원의 백업센터를 대규모로 만들도록 전의한 전자정부특별위원회의 입장은 지나치게 하드웨어 측면에서 전자정부사업에 매달리는 것은 아닌지 의문이 든다.

전자정부사업에서 중앙정부는 전국가적 핵심정책영역을 제외하고는 간접적인 제2차정보수집기관이기 때문에 직접적인 제1차정보수집기관인 지방자치단체의 전자정부사업을 지원하는 측면에서 접근하는 것이 원칙적으로 옳다고 본다. 전자정부가 어느 정도 발전하여도 전국적인 핵심정책영역에 있어 한국의 비밀주의적인 정책결정관행이나 비공개필요 등에 의해 전자적인 방식에 대한 의존도는 조만간 높아질 것으로 보이지는 않는다. 정부 내 권력상의 역학구도로는 지방자치단체, 특히 기초자치단체의 예산상의 지위와 전자정

부추진과 관련된 권한은 매우 낮을 것이지만 현실적으로 직접 국민들을 접하는 것은 자치단체이다. 예를 들어, 전자정부사업의 성공적인 선도사업이라고 볼 수 있는 서울특별시의 '민원처리온라인공개시스템'을 분석하여 보면 정책결정과 집행에 관한 것이 아니라 민원처리과정에 관한 것이고, 중앙정부가 지시하여 개발한 것이 아니라 자치단체의 필요에 의하여 스스로 개발한 것이라는 점을 주목하여야 한다. 이러한 측면에서 볼 때, G4C사업은 민원처리공개시스템을 지원하고 보완하는 측면에서 접근해야지 행정자치부가 지방자치단체보다 우월적인 입장에서 기존의 발전과 조화되지 않은 채 사업을 전개하는 것은 그 실패위험이 매우 클 수도 있을 것이다.

정보화추진기금이나 기타 다른 전자정부예산에 관한 권한은 중앙정부가 가지고 있어서 스스로 일정한 시간내에 예산을 지출해야 하는 내부메커니즘에 의해 편익이 불분명한 사업에 막대한 예산을 지출하고도 결국 제1차적 정보수집기관과 정보이용기관인 자치단체에 의해 외면받아 대형정책부실을 야기할 위험성이 크다. 중앙정부가 보금을 권장한 시스템이 자치단체가 선택한 시스템들과 호환도 되지 않고 훨씬 더 고비용을 지출하게 하는 경우도 나타나고 있다.

전자정부의 추진과정에서 시설의 설치, 홈페이지운영 및 기자재의 구입과정에서 민간사업자들에게 위탁과 용역을 맡기거나 구매계약을 체결하는 행위가 늘어갈 것이다. 이 과정에서 전자정부의 성립에 필요한 행정의 통일성을 보장하는 것과 여러 기업들에 공정하게 정부사업을 분배해야 할 필요성을 어떻게 조정할 수 있는가는 큰 문제이다. 수많은 기업들에게 기자재의 설치를 맡길 때 호환성에 문제가 발생하거나 기존에 이해관계를 갖고 있던 사업체들과의 계약해지의 필요성이 발생하거나 관세사, 법무사 및 행정서사 등의 반발에 부딪칠 수도 있다. 또, 현 단계에서 그 편익이 불분명한 고가의 장비를 민간기업의 로비에 포획되어 구입하고 리베이트를 불법적으로 받는 문제는 발생하지 않을 것인지 매우 우려되는 것도 사실이다.

국민과 대통령은 전자정부의 발전에 대해 큰 기대를 가지고 독려와 질책을 수시로 하고 있지만, 전자정부법이 파악한 2대 과제 중 행정정보의 공동이용(나머지 하나는 전자적 민원처리임)의 과제에 대해서는 핵심적 선도영역이 매우 불명확하다. 이러한 영역에서의 전자정부발전의 지체는 전자정부의 핵심적 목적 중 하나인 행정의 생산성향상에 치명적 타격을 가할 우려가 있다. 정보기술과 장비의 발전은 매우 눈부시지만 그 비용이 고가일 뿐만 아니라 수시로 교체해야 한다는 단점을 가지고 있는데, 이러한 장비의 활용이 부진하다면 국민들은 더 이상 전자정부에 지지를 보내지 않고 비판의 목소리가 높아질 수도 있다. 정보와 예산(기금포함)에 관한 의무와 책임을 각 행정기관들에 명확하게 정해주지 않은 채 정책결정자들에 의한 막연한 독촉과 기대는 전자정부발전에 무의미할 수도 있다. 정부기관간 권한과 의무에 관한 명확한 기준없이 비공식적이고 비밀주의적으로 행정 내부의 힘의 논리에 따라 전개된 정책결정과 그것의 집행은 중요한 정책실패와 부패 그리고 민간사업자에의 포획의 요인이 되어 왔다는 것을 인식하여야 한다.

이미, 공적자금의 사용과 관련된 국민들의 비판이 가중되고 있다. 이런 시점에서 전자

정부사업이 또 다른 대형재정부실요인으로 변하지 않기 위해서는 현재 지출하려고 하는 비용이 어떤 구체적 편익의 생산과 어떻게 관계를 맺고 있는가 하는 것을 명확하게 확정하여 예산이 사용되어야 한다. 이미 대통령의 충분한 관심과 막대한 예산을 확보했으나 무엇인가 외관상 큰 사업을 벌여야 한다는 관점에서 시간에 쫓기듯이 사업을 전개해서는 안될 것이다.

전자정부사업에 대한 국민적 지지를 유지하면서도 정책부실과 실패를 막기 위하여 경제성과 효과성을 고려한 선도적인 시범사업을 추진하여 치밀하게 성과평가를 실시하여야 한다. 시범사업은 정보화 촉진기금을 활용하고 운영관련 비용은 주관기관에서 일반회계로 예산을 반영토록 하며, 전자정부 진척을 평가할 수 있는 지표를 개발하여 각 부처의 전자정부 진척사항을 기관평가 점수에 반영토록 하여야 할 것이다. 다만, 현단계에서 전자정부에 관한 시범사업은 민원과 관련된 정보의 공동이용, 행정내에서의 전자문서유통 및 전자결재의 촉진, 민원정보에의 시민접근의 편의성향상(장래에는 전자민원문서의 이동활성화), 전자방식에 의한 금전이동의 활성화 등을 현실적인 목표로 삼아야 하고, 이를 위해 중앙정부는 지방자치단체를 지원하는 측면에서 그리고 소프트웨어측면에서 전자정부를 추진해나가야 할 것이다. 막대한 정보통신기금의 운용권을 실질적으로 가지고 있는 정보통신부와 유통되어야 할 정보의 조직망을 가지고 있는 행정자치부의 자제와 현명한 지체가 필요하다. 공공업무에 관하여 국제사회나 국민은 행정의 주요정보의 공동이용과 비방문 민원처리와 같은 전자적 업무처리방식을 광범위하게 활용하지 않고 있다. 아직 그 필요성이 검증되지도 않은 하드웨어의 경쟁적 구축에 막대한 예산을 퍼붓는 것은 자재하고 소프트웨어측면에서의 전자정부발전에 노력을 집중하여야 할 것이다. 정보사회의 발전단계, 공문서의 전자적 처리에 대한 국민의 신뢰정도 및 국제적인 발전단계와 조화를 이루어 전자정부도 발전되어야 하지 너무 앞서가려고 해서는 실패위험도 그만큼 커질 것이다.

Ⅱ. 전자정부추진조직의 체계화와 권한의 합리적 배분

전자정부추진조직의 체계화와 전자정부사업권의 합리적인 배분여부는 전자정부사업에 있어 나타날 많은 문제점의 해결능력과 이해갈동의 조정능력에 결정적 영향을 미칠 것이다. 정부부처들이 자신에게 부여된 과제를 충실히 구체화시켜 추진하면서도 전체적인 목표와 조화를 이룰 수 있도록 조직을 체계화시키고 권한을 배분시켜야 하는데, 이것은 정부조직내의 내부규제의 합리적 설계에 관한 문제이다.

전체계획의 수립과 관련하여 국무총리 소속의 정보화추진위원회의 역할이 중요하다. 전자정부법도 중장기 전자정부사업계획은 정보화추진위원회의 심의를 거쳐 중앙사무관장기관의 장이 수립하도록 하였다.(전자정부법 제45조제1항) 또, 대통령직속의 정부혁신위원회내의 전자정부특별위원회의 역할도 중요하다. 이와 같이 이원화되어 있는 위원회조직을 대통령 소속으로 옮겨 통합함으로써 통합력과 조정력을 강화할 필요성에 관한 문제 또한 긍정적으로 검토되어야 할 것이다.

그러나, 더욱 중요한 문제는 추진하는 계획들이 부처가 달라지면서 서로 다르거나 조정

되지 않는 것의 폐해이다. 행정자치부가 주도적으로 추진하는 전자정부사업, 정보통신부가 2002년부터 2006년까지 5년에 걸쳐 추진할 국가정보화 5개년 기본계획(여기에도 공공서비스만이 존재함), 지방자치단체들이 독자적으로 추진하는 전자정부사업들은 전체계획들과 조직들의 체계화 그리고 권한들의 합리적 한계설정이라는 시급한 과제가 적절히 해결되지 않는 한 대형정책부실의 위험을 안고 있다. 이러한 문제점을 전체적 관점에서 조정해야 할 위치에 있는 정보화추진위원회나 전자정부특별위원회가 이 상황을 예측하여 적절한 대처방안을 제시하지 못한 채 계획과 제언을 한 것의 잘못은 이후 수많은 실패요인의 등장과 확대의 핵심원인일 수도 있다.

전자정부추진에 있어 정부기관들 상호간의 내부규제의 합리적 설계가 없다면 정부부처간 힘의 논리에 의해 내부규제체계가 설계될 것이고 그것은 전자정부추진에 있어 많은 정부계획들의 충돌, 공동정보의 부족, 전자적 민원처리방법의 저조한 이용, 예산낭비라는 비극적 실패의 중대원인이 될 수도 있다. 공동정보의 제공과 전자문서의 유통에 관한 쟁점들과 이용가능한 예산 및 기금에 관한 쟁점들 중 정부부처들간 그 권한소재 및 의무범위에 관한 것이 매우 중요한데도 불구하고, 정부내부의 규제체계의 설계와 관련하여 관련학문에 대한 지원이 부족하고 법전문가들의 참여가 극히 저조한 것은 실패한 많은 다른 정부정책들의 경우와 마찬가지로 전자정부발전에 중대한 불안요인이 되고 있다. 정부부처들과 연구소들은 서로 하위기관의 수와 업무를 늘리려 하고 이미 확보한 예산기득권을 내놓지 않으려 하지만, 의무에 속하는 공동이용가능한 정보의 제공과 전자적 민원처리에는 매우 소극적일 때, 결국 중요한 것은 각 행정기관의 권한과 의무관계의 설계인 것이다. 전자정부의 추진에 참여하는 기관들 사이에 그 권한관계를 명확히 하면서도 전체적 조화를 이룰 수 있도록 핵심적인 쟁점들에 대하여 명확한 결단이 담겨 있는 기준과 입법이 필요하다. 특히 정보통신부는 제공해야 할 정보의 측면에서나 민원인과의 대면가능성의 측면에서 거의 의무를 지고 있지 않은 채 많은 예산만을 확보한 기관이기 때문에, 주요의무를 부담하는 다른 정부기관이나 지방자치단체와 심각한 갈등을 일으킬 수 있고, 행정자치부도 주된 의무를 담당할 전설교통부나 국세청 또는 경찰조직이나 지방자치단체와 심각한 갈등을 야기할 수도 있다. 따라서 정보통신부나 행정자치부는 선도기관이 아니라 지원기관으로서 선도적인 사업이나 시범사업의 설계에 참여하는 것이 적절할 것이다.

전자정부의 실무적 추진체계는 제시될 수 있는 주요문제들을 해결할 수 있는 사람들의 만남과 해결안의 설계를 촉진시킬 수 있도록 구축되어야 한다. 이를 위해 정보화책임관을 두어 "해당 공공기관의 정보화사업과 정보자원을 종합적으로 기획, 조정, 관리하는 업무를 담당"시키고 정보화책임관협의회가 구성되어 있으나, 공동이용이 가능한 정보의 설정과 업무재설계를 통한 전자문서유통이 가능하기 위해서는 그것을 뒷받침할 수 있는 법적 구조가 설계되어야 하므로 정보화책임관들과 법전문가들의 공동협력이 각 쟁점별로 구체적으로 이루어져야 한다. 이러한 과제들의 추진을 위해 가장 적절한 인력은 어떤 사람들이고 그들을 어떻게 이 사업에 참여시킬 수 있는가, 각각의 전자정부사업에 요구되는 사항과 인력기술을 어떻게 효율적으로 배치할 것인가, 아웃소싱 할 것인가 추가적인 공무원을 고용하여 훈련시킬 것인가 등의 인사관리에 관한 문제도 신중하게 계획되어야 할 것이다.

〈토론 6〉

행정정보 공동이용법제의 문제점과 개선방안

이 규 정 (한국전산원 수석연구원)

I. 정보공동이용의 의의 및 현황

부처간·업무간 정보공동이용은 i) 종이 문서형태의 민원처리와 유통에 따른 민원처리 시간의 지연 및 민원서류 관리를 위한 불필요한 노력과 비용을 감축하고, ii) 동일한 민원안내를 여러 기관에서 독자적으로 개발·보급함에 따른 민원담당 공무원의 업무 부담을 줄이고, iii) 업무별·기관별로 동일정보 데이터베이스의 중복 구축에 따른 행정력의 낭비를 막고, iv) 기관별 보유정보 내용의 불일치로 인한 행정착오의 가능성 등을 줄이기 위해 중요하다.

행정정보의 공동이용은 행정정보화 또는 전자정부 구현의 핵심으로서 우리나라 정보화 정책의 추진과정에 있어서 오래된 숙제이다.

1986.5월에 제정된 전산망보급확장및이용촉진에관한법률(일명 '전산망법') 제17조에서 정보화사회의 기반조성을 위한 산업시설 및 그 유통구조의 자동화를 위한 정보의 공동활용체계의 구축을 처음으로 규정한 이후, 1995.12월 개정 전산망법(전산망의 효율적인 이용을 위하여 전자계산조직의 공동이용, 데이터베이스의 구축, 전산망 상호간의 연계운영 등 정보의 공동활용체계의 구축), 1999.2월 전산망법을 전문개정한 정보통신망이용촉진등에관한법률(정보통신망의 효율적인 이용을 위하여 정보통신망 상호간의 연계운영 및 표준화 등 정보의 공동활용체계 구축)도 정보공동활용의 필요성을 강조해 왔다. 그러나 이 법률들에서의 정보공동활용은 주로 민간부문을 대상으로 한 것이었다.

1995.8월에 제정된 정보화촉진기본법은 제13조에서 공공기관 보유정보의 제공확대·유통촉진, 정보의 활용시책 강구, 정보의 독점방지 및 자유로운 접근보장을 규정하였고, 1999.1월에 개정된 정보화촉진기본법은 정보공동활용에 관하여 보다 직접적으로 규정하였다.

제13조(공공기관의 정보제공의 촉진 등) ① 정부는 공공기관이 보유하고 있는 정보의 독점방지와 정보에 대한 자유로운 접근을 보장하기 위하여 공공기관 보유정보의 제공을 확대하고, 그 유통을 촉진하기 위한 시책을 강구하여야 한다.

② 정부는 공공기관이 보유하고 있는 정보를 효율적으로 관리·유통 및 제공하기 위하여 다음 각호의 사항을 우선적으로 시행하여야 한다.

1. 전자적 방식에 의한 정보의 소재 안내에 관한 사항
2. 공공기관간 정보의 공동활용을 위하여 필요한 사항

그리고 1998.3.28일에는 관계부처간의 수많은 논의와 조정 끝에 「행정정보공동이용에 관한규정(대통령령)」이 마련되었고, 올해 3월에 「전자정부의구현을위한행정업무등의전자화추진에관한법률」의 제정으로 행정정보공동이용에관한규정의 내용은 이 법률에 흡수되었다. 행정정보공동이용에관한규정과 전자정부법의 제정으로 그동안 행정정보 공동이용의 추진주체를 둘러싼 혼선은 제거되었다.

그동안 행정정보공동이용은 주로 주민등록정보, 부동산정보, 자동차정보, 기업정보, 세금정보 등 5대 분야를 중심으로 논의되어 왔다.

○ 주민정보분야

- 주민등록관리시스템(행자부 주민과)

○ 부동산분야

- 지적행정시스템(행자부 지적과), 필지중심토지정보시스템(행자부 지적과), 지적정보센터(행자부)
- 건축행정정보시스템, 토지관리정보체계시스템, 산업입지전산시스템(건교부)
- 부동산동기정보시스템(대법원)

○ 자동차분야

- 자동차관리시스템, 이륜차관리시스템, 유관망 관리시스템(건교부 자동차관리과)

○ 기업분야

- 대법원 상업동기시스템

○ 세금분야

- 국세청 국세통합정보시스템

이 중에서 주민정보는 2000년 현재 행정자치부, 건설교통부(표준공시지가), 국세청(과세 기초자료), 관세청(관세사범단속), 경찰청(신원조회) 등에서 활용하고 있으며 전체 약70개 기관에서 주민등록정보를 이용하고 있으며,

부동산정보는 개별 공시지가, 거래정보, 개발 부담금 내역정보, 용도·지부관리 및 지적 정보(토지대장, 지적도면, 임야도면 등)의 민원인 요구와 행정기관의 과세자료로 이용되고 있다.

자동차정보는 차량기본정보, 소유자정보, 차량번호, 계원 및 자동차등록원부, 차적정보에 관련된 경우와 자동차등록 통계자료, 저당, 압류 등 민원인 요구정보가 있고 그 외 자동차 등록 통계, 자동차세완납증명 등을 발급하고 있다.

현재 행정자치부가 중심이 되어, 국민의 입장에서 쉽고 간편하게 안방에서 민원을 처리 하는 「전자정부 단일창구」 구축과 5대 분야의 국가보유 주요정보에 대한 관련기관간 공동이용을 위한 「정보공동이용시스템」 구축 등을 내용으로 하는 민원서비스 혁신 (G4C : Government For Citizen) 사업을 추진 중에 있다.

Ⅱ. 행정정보 공동이용 관련 법·제도적 과제

○ 행정정보의 공동이용을 촉진하기 위해서는 행정정보의 구축·보유·관리 또는 제공기관과 이용기관간의 권리·의무 및 책임관계를 명확히 할 필요가 있다.

- 전자정부법 제21조제4항은 “행정기관간 공동이용되는 행정정보의 제공기관은 당해 행정정보의 정확성을 유지하여야 한다”고 규정하고 있으나, 이 조항은 단순히 행정정보의 제공기관이 행정정보를 정확히 유지해야 함을 명시하는 것으로서, 행정정보의 제공과 이용시기의 차이 등에 기인한 “부정확한 정보” 또는 “오래된 정보”의 사용으로 인하여 민원사무에 오류가 발생했을 때 이에 대하여 행정정보의 제공기관과 이용기관간의 책임소재를 명확히 하여 민원인의 권익을 보호할 필요가 있다. 부정확한 정보의 공동이용으로 인한 민원사무 오류의 책임을 민원인에게 전가해서는 안되며, 이를 위해서는 제공정보의 최신성 확보를 위한 합리적인 방안이 강구되어야 할 것이다.
- 그리고 조정기구를 통한 부실정보의 제공에 따른 피해의 책임소재 규명과 분쟁의 조정, 행정정보 제공기관의 정정책임 강화 등 필요

○ 행정정보 공동이용의 효과를 극대화하기 위해서는 전자적 민원처리·행정업무가 단절되지 않고 One-stop으로 처리될 수 있도록 행정업무 또는 민원사무의 절차를 간소화하고 구비서류의 제출을 축소하여야 한다.

- 정보공동이용에 의한 민원사무처리를 위해 종이문서 위주의 기존 민원사무처리 관련 법령(민원사무처리에관한법률 등) 및 공동이용제공정보 관련 법령을 체계적으로 정비하고
- 정보공동이용을 통하여 민원 관련 구비서류의 내용을 확인한 사실을 입증할 수 있는 방법을 강구하고
- 전자적 민원처리의 경로에 따라 민원인이 부담해야 하는 수수료의 합리적인 결정 및 간편한 수수료 납입시스템의 도입과 민원처리기관간 수수료 또는 비용의 지급·정산 처리방법 등을 강구할 필요가 있다.

○ 행정정보의 공동이용을 촉진·강제하고 참여를 유도하기 위한 제도적 장치를 강화할 필요가 있다.

- 전자정부법 제22조제6항이 정보이용기관에 대한 비용청구를 규정하고 있으나, 이 외에도 행정정보 데이터베이스의 구축·보유·관리 또는 제공기관에 대한 인센티브 부여 방안을 모색하고
- 정보공동이용의 추진 및 그 성과의 평가와 추진성과에 따른 예산조치 등 법·제도적 강제장치를 강구하며
- 입법·행정·사법부간의 전자민원장구의 연계·통합운영과 행정정보공동이용을 위한

제도적 장치가 요구된다(전자정부추진주체의 격상 등).

○ 개인정보 및 기업비밀의 보호를 위한 제도와 보안대책 마련

○ 행정정보의 공동이용의 촉진을 저해하는 관행·인식과 물리적 환경의 개선

- 행정정보공동이용에 따른 프라이버시 침해위험성에 대한 국민의 우려를 불식하기 위한 관련 제도의 홍보와 지속적인 프라이버시 보호활동 강화
- 국민과 공무원의 정보공동이용의 필요성과 관련 제도에 대한 교육과 인식의 개선
- 정보공동이용을 위한 표준화와 통합전산환경의 구축, 사이버테러 등에 대비한 정부정보 백업센터의 설치 등 필요

〈토론 7〉

행정정보의 디지털화에 따른 개인정보보호 법제정비방안

정재황(홍익대 법학과 교수)

I. 법체계의 문제

전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률(이하 ‘전자정부법’이라 함)과 공공기관의개인정보보호에관한법률(이하 ‘개인정보보호법’이라 함)의 관계에 대해서 일반법과 특별법의 관계로 볼 것인가 하는 문제는 전자적 행정정보에 관한 법제의 체계화를 위해서 뿐 아니라 행정실무에서의 구체적 적용법규를 두고 야기될 수도 있을 혼선 등을 막기 위해서도 적절한 문제의 지적이라고 봅니다.

이 문제에 대하여서는, 첫째 양법의 목적 내지 그 성격을 살펴보아야 할 것입니다. 전자정부법 제1조는 그 입법목적을 “행정업무의 전자적 처리를 위한 기본원칙·절차 및 추진방법 등을 규정함으로써 전자정부의 구현을 위한 사업을 촉진시키고, 행정기관의 생산성·투명성 및 민주성을 높여 지식정보화시대의 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 한다”라고 명시하고 있고 개인정보보호법은 제1조는 그 입법목적을 “공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호를 위하여 그 취급에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공업무의 적정한 수행을 도모함과 아울러 국민의 권리와 이익을 보호함을 목적으로 한다”라고 밝히고 있습니다.

양법은 국민의 삶의 질의 향상, 국민의 권리와 이익의 보호 등 종국적으로 국민에 유익한 법효과를 추구하고 있습니다만 행정기관의 입장에서 보면 전자정부법은 촉진이라는 적극적인 성격을 가진다고 볼 것이고 개인정보보호법은 개인정보에 대한 침해로부터의 억제 내지 기본권보호의무의 구현을 위한 법이라는 성격을 가진다고 볼 수 있을 것입니다.

둘째, 양법의 각각의 적용범위 내지 다른 법률과의 관계에 관한 양법의 규정을 살펴보면, 전자정부법 제3조가 “행정기관 업무의 전자적 처리에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”라고 규정하고 있고, 개인정보보호법 제3조 제1항도 “공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”라고 규정하고 있습니다.

셋째, 양법의 적용대상에 대해 살펴보면, 전자정부법 제2조 제4호는 “행정정보”라 함은 “행정기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 자료로서 전자적 방식으로 처리되어 부호·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된 것을 말한다”라고 규정하고 있고, 개인정보보호법 제2조 제2호는 개인정보라 함은 “생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는

정보(당해 정보만으로는 특정개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다)를 말한다"라고 규정하고 있습니다. 개인정보보호법 제1조가 동법이 "공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보"의 보호를 위한 법률임을 밝히고 있으므로 개인정보도 행정정보에 포함될 수 있습니다. 전자정부법에서의 행정정보란 법전반에 걸쳐 볼 때 정보의 내용적인 측면이 아니라 처리의 방식이 전자적이라는 시각에서 정의되고 있다고 볼 것이고 개인정보보호법에서의 개인정보란 그 정보의 내용을 두고 정의되는 것이라고 볼 것입니다.

발표문에서 통합법의 장단점 등에 대한 언급과 "전자행정이 정착되는 단계에 이르면 종이문서행정과 전자문서행정을 통합적으로 규율하는 것이 바람직하다"라는 지적이 있었는데 현재로서는 전자정부법이 행정정보의 처리되는 방식에 주로 관심을 가지고 있는 반면 개인정보보호법의 국민의 기본권보장이라는 관점에서 규제하고 있는 점에서 볼 때 개인정보보호의 법제에 관한 오늘의 논의에서는 일단은 개인정보보호법의 규정을 중심으로 다루어져야 할 것이라고 봅니다.

II. 보호되는 개인정보의 판단 문제

1. 보호대상 정보의 명확화

전자정부법 제9조는 "행정기관이 보유·관리하는 행정정보로서 국민생활에 이익이 되는 행정정보는 법령의 규정에 의하여 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 인터넷을 통하여 적극적으로 공개되어야 한다"라고 하여 행정정보공개와 원칙을 설정하고 있습니다만, 보호되는 개인정보로서 비공개대상인 행정정보인지를 판단하기 위한 보다 명확한 구분기준의 설정이 필요할 것입니다.

현행 공공기관의정보공개에관한법률(이하 '정보공개법'이라 함) 제7조 제1항 제6호는 "당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호등에 의하여 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 정보"는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하면서 그 예외를 두어 "가. 법령등이 정하는 바에 의하여 열람할 수 있는 정보 나. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공표를 목적으로 하는 정보 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보"는 비공개대상에서 제외하고 있습니다.

정보공개법에 따른 공개여부 대상의 행정정보인지를 둘러싸고 구체적 경우에 논란이 있거나 행정쟁송으로 다루어지고 있는 예들을 두고 볼 때 그 구분기준, 나아가 직접적으로 전자정부실천에 있어서 공개가 금지되고 보호되어야 행정정보를 가능한 한 자세히 적시하여 두는 것이 국민의 기본권보장 뿐아니라 행정업무의 안정성을 위해서도 필요합니다. 어떤 행정정보는 개인정보로서 그 공개가 금지된다는 목록을 가능한 한 세부적으로 마련하여야 할 것입니다. 앞으로도 판례들이 축적되겠지만 실제 사례들을 분석하는 작업들을 통하여 가능한 한 구체적인 목록을 설정해나가야 할 것입니다.

2. 보호법익의 문제

개인정보의 보호문제를 사생활의 비밀보호문제로만 볼 것은 아닐 것입니다.¹⁾ 개인의 신상에 대한 잘못된 정보로 개인의 구직에 영향을 미치는 경우 등, 예컨대 직업을 구하고 있는 甲의 전직 경력 등에 대하여 오해를 가져오거나 고충을 기피하게 할 잘못된 정보가 입력되어 있는 경우 등에는 이는 사생활의 문제만이 관련되는 것은 아닐 것입니다. 참고로 프랑스의 1978년 1월 6일의 개인정보보호법(Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) 제4조의 '記名의 정보'도 개인의 사적 생활에 관한 정보 뿐 아니라 개인의 공공생활에 관련된 정보도 포함하는 넓은 개념이라고 해석되고 있습니다²⁾. 프랑스의 기본권론의 대가인 장 리베로(Jean Rivero)교수는 개인정보보호권을 사생활의 자유에서가 아니라 안전성(sûreté)의 권리에서 다루고 있습니다.³⁾ 우리 개인정보보호법 제1조도 반드시 사생활보호의 목적만이 아니라 널리 국민의 권리와 이익의 보호를 그 목적으로 하고 있습니다. 이러한 점이 전자정부구현에서도 간과되어서는 아니될 것입니다.

3. 보호대상정보의 주체 문제

개인정보보호법 제2조 제2호는 개인정보라 함은 "생존하는 개인에 관한 정보로서 . . ."라고 규정하고 있는바 이 문언만에 따르면 법인과 死者에 관한 정보는 제외될 것인데 오늘날 법인의 사회경제적 중요성을 고려하여도, 또한 법인은 물론 법인격 없는 단체도 기본권의 주체가 될 수 있다고 본다는 점에서도, 그리고 사자의 경우에도 가족과의 관계에서 명예권, 인격권 등이 거론될 수 있다는 입장에 선다면 이러한 제외에는 문제가 있다고 볼 것입니다. 현행 정보공개법 제7조 제1항 제7호는 법인·단체 또는 개인의 '영업상 비밀에 관한 사항'으로서 공개될 경우 법인등의 상당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보를 비공개로 하면서 단서에서 비공개의 예외를 규정하고 있습니다.

Ⅲ. 공동이용의 문제점

공동이용의 문제점에 대해서는 다른 분의 토론주제로 특별히 논의되도록 설정되어 있으므로 여기서는 개인정보보호 문제와 관련하여 간단히 언급하고자 합니다.

1) 이러한 문제점의 지적으로 좋고, 컴퓨터법에 있어서의 책임에 관한 연구, 공동연구, 흥대논총, 제27집 1995년, 159쪽 이하 참조.

2) 이러한 해석으로, J. Fryssinet et P. Kayser, La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978, R.D.P., 1979, 640쪽 참조.

3) J. Rivero, Les libertés publiques, t.2, Le régime des principales libertés, 6e éd., P.U.F., Paris, 1997, 67쪽 이하 참조.

1. 대상의 문제

전자정부법 제21조 제1항 제3호는 행정기관은 “공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조제2항의 규정에 의하여 다른 기관에 제공할 수 있는 처리정보”를 공동이용하여야 한다고 규정하고 있습니다. 개인정보보호법 제10조 제2항은 다른 기관에 제공할 수 있는 경우를 제8호까지 규정하고 있고 있습니다. 동법 동조 동항 단서가 “각호의 1에 해당하는 경우에도 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는” 제공되지 않는 것으로 하여 정보주체 등의 권익을 보호하도록 규정하고 있긴 합니다만, 공동이용은 그 파급효과가 더욱 클 수 있다는 점, 그리고 전자정부법의 위 제21조 제1항은 “공동이용하여야 한다”라고 문언상 강제규정으로 하고 있다는 점에서 공동이용되는 대상 개인정보에 관하여 보다 명확성을 부여하는 기준설정이 바람직하다고 봅니다.

2. 방법상의 문제

전자정부법 제21조 제3항은 “행정기관은 행정정보를 서로 공동이용하기 위하여 정보통신망으로 다른 행정정보의 보유기관에 송신하고자 하는 경우에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 개인정보의 보호를 위하여 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 대통령령이 정하는 방법으로 송신하여야 한다”라고 규정하고 있습니다. 발표문에서도 그 문제점이 지적되고 있습니다만, 일반적으로 행정입법에의 위임에는 구체적 위임, 특히 예측가능성이 모법 자체에서 주어져야 한다는 점에서⁴⁾ 그 위임에는 문제가 없지 않다고 봅니다. “개인정보의 보호를 위하여”라고 하여 긍정적인 문언으로 규정하고 있긴 하지만 송신방법이 개인정보의 보호에 영향을 미칠 수 있다는 실재를 고려한다면 송신방법이 무엇인지에 대한 대강이 법률 자체에서 제시되어야 하지 않을까 합니다. 전자정부구현을위한행정업무등의전자화추진에관한법률시행령 제18조는 제2호는 “송신 중에 정보가 유출되더라도 행정기관 또는 당해 정보주체에게 위협이 보다 적은 송신방법”이라고 규정하고 있는데 이는 당연한 규정입니다. 특별한 사유가 있는 경우에는 대통령령 등에 정한 방법이 아닌 방법으로 송신할 수 있게 되어 있는데 특별한 사유의 판단을 행정기관에 맡기고 있고 그 개념이 명확한지 의문입니다.

3. 부정확한 개인정보의 활용

전자정부법 제21조 제4항은 “행정기관간 공동이용되는 행정정보의 제공기관은 당해 행정정보의 정확성을 유지하여야 한다”라고 규정하고 있긴 합니다만 부정확한 개인정보의 공동이용은 그 피해가 더욱 클 것이라는 점에서 개인정보의 정확성이 더욱 요구되는바

4) 이는 우리 헌법재판소 판례의 기본법리이기도 한데 이러한 판례의 경향에 대해서는 좀더, 헌법판례와 행정실무, 법영사, 2001, 501쪽 이하 참조.

현행 전자정부법은 이에 대한 대비책이 마련되어 있지 않습니다. 정확성을 유지하지 않은 경우에 있어서 전자정부법이 제재를 예상하고 있지도 않습니다.

IV. 개인정보열람·정정청구제도의 문제점

1. 열람대상의 한정

현행 개인정보보호법 제12조 제1항은 “정보주체는 개인정보화일대상에 기재된 범위안에서 서면으로 본인에 관한 처리정보의 열람(문서에 의한 사본의 수령을 포함한다. 이하 같다)을 보유기관의 장에게 청구할 수 있다”라고 규정하여 열람청구의 대상범위를 개인정보화일대상에 기재한 정보에 한정하고 있는데 이는 문제가 있습니다. 보유하고 있으면서 대상에 기재되지 않은 개인정보의 열람이 봉쇄될 경우 이에 관한 법적 구제나 제재가 필요하다고 볼 것입니다. 또한 개인정보보호법 제7조 단서는 “공공기관의 적정한 업무수행을 현저하게 저해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 개인정보화일에 기록되어 있는 항목의 전부 또는 일부를 공고하지 아니할 수 있다”라고 규정하고 있고 동법 제8조 단서는 “제7조 단서의 규정에 의하여 관보에 공고되지 아니하는 사항은 개인정보화일대상에 기재하지 아니할 수 있다”라고 규정하고 있습니다.

2. 열람·정정청구의 방식

현행 개인정보보호법 제12조 제1항과 제14조 제1항은 처리정보의 열람·정정을 서면에 의하도록 규정하고 있습니다. 자기정보에 대한 신속한 검색의 필요성이 있을 경우에는 전자적 방식에 의한 청구를 인정하여야 할 것이고 개인정보보호법이 보호대상으로 하고 있는 개인정보는 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보인 점에서 전자적 방식에 의한 열람이 어렵지 않을 것이고 전자정부구현의 취지를 고려하면 서면이 아닌 전자적 방식에 의한 청구를 인정해야 한다고 볼 것입니다. 물론 전자적 방식에 의한 열람에 있어서 개인정보의 주체에 의한 열람인지를 분명히 확인하여 타인에 의한 누출, 악용을 막아야 할 것입니다.

V. 권리구제의 실효성 문제

1. 신속한 실효적인 권리구제 내지 예방의 문제

컴퓨터에 의한 개인정보의 급속한 전파가능성으로 과연 기존의 사법적 구제절차를 통하여 권리구제가 충분히 제대로 이루어질지 의문이 없지 않습니다. 이미 전파된 잘못된 개인정보 등으로 인한 불이익은 사실상 손해배상, 형사처벌 외에 잘못된 개인정보에 대한 정정을 위한 행정쟁송이 실질적인 의미가 많은지 의문이 없지 않습니다.

현행 개인정보보호법 제15조는 처리정보에 대한 열람·정정청구에 대하여 공공기관의

장이 행한 처분 또는 부작위로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 "받은" 자는 행정심판법이 정하는 바에 따라 행정심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 침해의 가능성이 있어서 이를 예방하는 구체책으로는 이 규정이 충분하지 않다고 볼 것입니다. 오늘날 컴퓨터통신의 발달에 따라 그 전파의 신속성, 대량전달가능성이 증대된 점을 고려하면 권리의 침해가 실제 있기 이전에 피해가능성을 막는다는 것이 권리보호로서의 실효성의 의미가 더 클 것입니다.

VI. 규제기구의 문제 - 독립적 위원회의 필요성 문제

현재 개인정보보호법 제20조에 따라 심의기관으로서의 개인정보보호심의위원회가 있습니다. 공개 여부를 둘러싸고 야기되는 분쟁을 신속히 해결하고 공무원들의 업무처리상의 혼선을 막기 위한 유권해석을 위해서도 독립된 위원회가 필요하지 않을까 합니다. 이는 위에서 언급한 대로 개인정보의 침해에 대해 사후적 권리구제가 충분한 실효성을 가지지 않는다는 점에서 사전에 개인정보의 침해 가능성 등에 대해 독립성과 전문성을 가진 기관에서의 해석, 지침의 마련 등을 통한 예방조치가 필요하지 않을까 하는 이유 때문이기도 합니다.

참고로 프랑스의 경우 개인정보보호에 관한 국가감독기관인 국가정보자유위원회(La Commission nationale de l'informatique et des libertés)는 그 위원들이 어느 기관들로부터의 지지도 받지 않는 독립행정위원회(autorité administrative indépendante)로서의 지위를 가지고 있습니다.⁵⁾

VII. 기타 - 국제적 차원에서 보장규정의 필요성

국제화, 개방화 시대에서 개인정보의 보호는 국내에서의 보장만으로는 부족하고, 국제적 공간에서의 보장도 요구되고 있다고 보겠습니다. 그것은 통신의 발달로 정보의 유통이 더욱 빈번해졌기 때문이기도 한데⁶⁾ 국가간의 정보교환 등에서 개인정보의 유출이 있을 수 있습니다. 유럽의 경우 유럽의회에서 의결된 1981년 1월 28일 개인정보보호를 위한 유럽협정이 개인정보의 접근, 정정권을 규정하고 있습니다.

5) 프랑스의 국가정보자유위원회에 대해서는, 줄고, 컴퓨터법에 있어서의 책임에 관한 연구, 공동연구, 홍대논총, 제27집 1995년, 171쪽 이하 참조. 출범초기부터 이 위원회는 독립성을 유지하려는 모습을 보여주었다고 평가되고 있다. G. Lebreton, Libertés publiques et Droits de l'homme, 3e éd., Armand Colin, Paris, 1997, 265쪽 등 참조.

6) 이러한 취지로, J. Fryssinet et P. Kayser, 앞의 논문, 645쪽 참조.

〈토론 8〉

전자적 민원처리를 위한 법적 과제

김 지 광 (한국법제연구원 수석연구원)

I. 문제제기

정부는 그 동안 정보화라는 급변하는 환경에 대응하기 위하여 정보화에 관한 다수의 주요법령들을 제정하거나 개정하였다. 행정의 정보화가 급속히 추진되다 보니 법적 측면에서는 수많은 법령들이 아직도 종이문서 위주로 규정되어 있어서 대부분 법적 근거를 요하는 행정업무 및 대민서비스의 전자화를 추진하는데 있어서 걸림돌이 되어 왔다.

따라서 행정업무 및 대민서비스의 전자화를 촉진하여 국민이 피부에 와 닿는 행정서비스를 하기 위해서는 종이문서 위주로 규정되어 있는 개별 법령들을 신속히 개정해야 할 상황에 놓여 있다.

사이버공간을 통해서 민원사무를 처리하는 전자민원처리는 정보화의 진전에 따라 중요한 행정방식으로 등장하고 있다. 전자민원처리는 전자정부가 국민과 접촉하는 국면으로서 행정의 효율성 제고와 국민의 편익증진에 상당히 기여할 것으로 생각된다.

그런데 전자정부법은 제3조에서 개별법에서 직접 전자적 업무처리에 대한 규정을 두고 있는 경우에는 당해 개별법을 따로도록 규정하고 있기 때문에 전자민원처리에 관한 민원사무처리법령의 정비가 시급히 요청된다.

II. 전자정부법과 민원처리법령과의 관계

각국의 전자정부 관련 법률들의 제·개정 방식을 보면, 전자적 업무처리방법을 규정하기 위하여 개별법령을 제·개정하는 경우와 전자적 업무처리에 맞게 개정해야할 법률들을 일괄하여 개정하기 위한 법률을 제정하는 경우 및 종합적으로 전자적 업무처리에 대해 법률을 제정하는 경우로 대별하여 볼 수 있다.

우리나라의 전자정부법은 종합적으로 전자적 업무처리에 대해 법률을 제정한 사례에 해당한다. 전자정부법은 다른 법률을 손대지 아니하고도 다른 법률의 규정과 관계없이 전자적 업무처리가 가능하게 되도록 절차와 효력을 규정하고 있고, 전자정부의 구현을 위해 필요한 각종 조문들을 최대한 통합하여 규정하였다. 이러한 통합법은 이를 제정하더라도 다시 개별법의 개정을 필요로 한다는 단점을 가지고 있으나, 우선 정보시스템을 구축하는 데로 개별법의 규정에 불구하고 통합법의 규정으로 즉각 운영에 들어갈 수 있고, 그 운영결과를 보아가며 보다 완벽하게 개별법을 보완해 나갈 수 있는 장점이 있다.

전자정부법은 제3조에서 개별법에서 직접 전자적 업무처리에 대한 규정을 두고 있는 경우에는 당해 개별법을 따르도록 규정하고 있다. 따라서 전자민원처리에 있어서는 민원사무처리에관한법률이 적용된다. 그것은 민원사무처리에관한법률이 제4조 제1항 단서에서 비록 예외조항이기는 하지만 전자민원처리의 도입을 규정하고 있기 때문이다.

결과적으로 보면 민원사무처리에관한법률 시행령상으로는 컴퓨터통신을 이용할 수 있는 민원사항은 민원실이나 민원사무편람에 게시하도록 되어 있어(제7조 제4항 참조), 민원인이 컴퓨터통신을 이용하기 위해서는 민원실을 방문하거나 민원사무편람을 직접 볼 수밖에 없다. 이렇게 보면 현재의 입법태도는 전자민원처리가 가능한 하지만 이를 이용하려면 기존의 방식보다 오히려 더 불편할 수도 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 전자정부법 제3조의 개정이 요구된다.

다시 말해서 기존의 전자적 민원처리를 규율하는 민원사무처리에관한법률이 전자적 민원처리를 충실히 뒷받침하지 못하는 상태로 규율하고 있는데, 이러한 경우에는 그 규정의 불충분함 때문에 오히려 전자적 민원처리에 장애가 될 수 있다는 데 있다. 이러한 상황에서 전자정부법 제3조를 적용하면 불충분한 특별규정이 보다 완비된 전자정부법의 규정보다 우선하여 적용된다는 문제가 발생한다.

Ⅲ. 전자적 민원처리의 법적 과제

1. 신원확인

전자민원처리에서 신원확인은 주민등록증과 같은 물리적 실체에 의해서는 결코 이루어질 수 없고, 디지털방식을 통하여 이루어져야 한다. 전자정부법 제35조는 행정기관의 장은 민원사항 등을 처리함에 있어서 당해 민원인의 신원을 확인할 필요가 있는 때에는 전자서명 등에 의하여 그 신원을 확인할 수 있다고 규정하고 있다.

전자서명법에 의한 전자서명은 비대칭암호방식을 사용하여 전자문서작성자의 신원과 문서의 변경여부를 확인할 수 있도록 하고 있다. 인증기관이 전자서명 가입자에게 인증서를 발급하기 위해서는 가입자의 신원을 확인해야 한다(법 제15조 제1항 참조).

이는 인증된 전자서명의 사용자는 일단 인증기관으로부터 신원확인을 받았다는 것을 의미한다. 만일 민원인이 전자서명법에 의한 전자서명을 이용하여 민원을 신청한다면 신원확인 문제가 발생하지 않을 것이다. 이러한 관점에서 보면 전자적 민원처리 이용자가 전자서명법에 의한 전자서명으로 민원을 신청한 경우에는 행정기관이 민원인의 신원을 확인해야 하는 의무를 배제할 수 있을 것이다.

전자정부법 시행령에서 전자서명 등에 의해 신원확인이 가능한 경우에 주민등록 등·초본의 제출 등 다른 신원확인절차를 거치지 아니하도록 규정하고 있으나(제43조), 관계법률에서 주민등록 등·초본 등의 제출 등 다른 신원확인방법을 명문으로 규정하는 경우에는 시행령에서 이를 배제하는 규정을 둔다 하더라도 형식적 법효력을 고려할 때 이를 관철하기는 어려울 것이다.

현재로서는 전자서명방식에 의해 대부분의 문제가 해결될 수 있지만, 장기적인 안목에서 스마트카드, 홍체인식 등 다양한 신원확인방식에 대한 법적 근거가 마련되어야 할 것이다.

2. 수수료 납부

수수료는 신청·신고등에 대응하여 행정기관이 행하는 심사등 사무처리의 대가이다. 수수료의 부과는 법령에 근거하고 있다.

전자정부법 제38조 제1항은 정보통신망을 이용하여 전자화폐·전자결제등의 방법으로 수수료등을 납부할 수 있다고 규정하고 있다. 특히 전자민원 사무처리에 있어서 수입인지·수입증지에 의한 수수료등의 납부 뿐아니라, 다른 법령에서 세금·수수료·과태료·과징금·범칙금·벌금·과료등을 현금·수입인지·수입증지등의 방식으로 납부하도록 규정하고 있는 경우에도 이를 전자화폐나 전자결제에 의해 납부할 수 있도록 규정함으로써 그 적용범위를 확장하고 있다.

대다수 법률이 수입증지 또는 수입인지 그리고 현금으로 납부하도록 하고 있다. 가령 전설기계관리법 제37조 제2항을 보면 “제1항의 규정에 의한 수수료는 수입인지 또는 수입증지로 이를 납부하여야 한다”고 규정하고 있고, 공공기관의정보공개에관한법률시행령 제18조 제4항을 보면 “수수료는 정부기관에는 수입인지로, 지방자치단체에는 수입증지로, 정부기관 또는 지방자치단체가 아닌 공공기관에는 현금으로 각각 납부한다. 다만, 부득이한 경우에는 정부기관 또는 지방자치단체에 현금으로 납부할 수 있다”고 규정하고 있는 것이 그 단적인 예이다.

문제는 민원서류를 전자문서로 신청 등을 받게 하거나 전자적 고지·통지 등을 통한 납세고지를 할 경우 그 수수료도 전자적으로 받아야 완전하게 전자적으로 민원을 처리할 수 있는데, 위의 예에서도 보듯이 현행 민원관련법령에서는 이러한 전자적 수수료 납부에 관한 규정이 미비한 실정이다.

따라서 새로운 납부방법이 필요한데, 그 납부방법으로는 납부서 송부를 수반하는 계좌이체, 인터넷에 의한 계좌이체, 인터넷에 의한 신용카드결제, 전자정부법이 규정하고 있는 전자화폐에 의한 결제 등을 들 수 있다. 인터넷에 의한 신용카드결제방법은 신용카드 이용은 거래액의 1-5%의 승인비용이 필요한데 민원서비스의 수수료가 현재와 같이 아주 저렴한 경우 이것은 현실적으로 의미가 없다. 또한 1회 거래에 따른 거래비용(승인전, 요금청구서의 발급 및 송달, 은행수납)이 이를 크게 초과할 것이기 때문이다. 그리고 인터넷에 의한 데비트 카드결제 방법도 이러한 문제가 있다.

전자화폐에 의한 방법은 신용카드에서와 같이 별도의 승인절차가 필요없다는 장점이 있다. 그래서 이에 따른 거래비용이 발생하지 않는다. 그러나 현재 전자화폐의 발전가능성이 다소 의문이 제기되고 있어 단기적으로 적용하기 어려운 점이 있는 것도 사실이다.

현행법은 전자화폐(cyber cash)나 전자결제등을 사용하는 과정에서 발생하는 수수료를 누가 부담할 것인가에 대해 규정하고 있지 않다. 이는 결국 특별한 규정이 없는 한

민원인이 그러한 비용을 부담하는 것을 상정한 것으로 해석되며 타당하다고 본다(수취자 부담원칙의 적용).

전자적 민원처리에 있어서 원칙적으로 수취자부담원칙을 적용하기로 했고, 이에 따른 수수료부과기준을 책정해야 할 것이다. 이는 구체적으로 민원서비스의 총비용을 결정해야 하며, 또한 어느 정도가 적정수준인지를 검토해야 할 것이다.

민원서비스 수수료부과기준으로서 가장 중요한 것은 서비스처리비용이며, 이는 정보통신망이용료를 말한다. 여기에는 원칙적으로 정보통신망의 설계, 구축, 유지관리 등 제반 이용이 원가에 산정되어야 한다. 그러나 정보통신망은 다양한 목적을 위해 구축되어 전자적 민원서비스처리와 관련된 비용을 별도로 산정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 대민서비스를 위한 것이므로 모든 비용을 원가로 산정하기는 무리라고 생각한다. 그러므로 정보통신망 유지관리에 필요한 최소비용만을 수수료부과기준으로 산정하도록 하는 것이 바람직하다.

3. 첨부서류 제출

현행법상 민원의 신청에는 각종 첨부서류가 요구된다. 그런데 민원인의 입장에서는 이러한 첨부서류를 준비하는 데는 상당한 시간과 노력이 필요하다. 따라서 첨부서류의 감축은 행정정보의 디지털화를 촉진하는 측면에서 뿐만 아니라 민원인의 부담을 덜어주는 측면에서도 요구된다.

현재 사무관리규정 제8조, 전자거래기본법 제5조 등에는 전자문서의 법적 효력을 인정하고, 특히 사무관리규정에는 행정사무의 자동화 관련 행정자치부장관의 기본계획수립권한(제102조) 및 중앙행정기관의 시행계획수립의무(제103조)도 포함하고 있으나, 종이 문서 및 구비서류의 감축에 대한 의무조항이 명시되어 있지 않다. 다만 민원사무처리법 시행령 제8조에서 '불필요한 서류요구의 금지'라는 표제로 민원신청에 요구되는 각종 첨부서류를 간소화할 것을 규정하고 있고, 제5조 제2항과 제3항에서 민원사항의 신청과 관련된 구비서류는 신청서상의 기재사항의 사실여부를 뒷받침하거나 당해 민원사무의 처리에 필요한 최소한의 범위 안에서 구체적으로 정하여야 하며, 구비서류의 제출부수는 최소한으로 한정하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

생각전대, 전자서명 등에 의한 신원확인으로 인하여 신원확인에 요구되던 첨부서류는 불필요하게 되었으므로 이들을 첨부서류에서 배제하여야 할 것이다. 전자정부법 시행령에서는 법 제35조의 규정에 의하여 전자서명 등으로 신원을 확인하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 주민등록증·초본의 제출 등 다른 신원확인의 절차를 따로 거치지 않도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 법률에 규정된 제출의무의 경우에도 단순히 시행령에 의해 있는지 의문이다. 이는 법률의 차원에서 규율되어야 할 것이다.