

인터넷상의 情報保護에 관한 法制研究

2000. 11

研究者：玄大浩(招請研究員)

한국법제연구원

目 次

第1章 序 論	7
第1節 研究의 目的	7
第2節 研究의 範圍	8
第2章 인터넷 通信의 特性和 情報	11
第1節 인터넷 通信과 法	11
1. 인터넷의 起源과 構造	11
2. 인터넷 通信의 特性	13
3. 인터넷 通信과 法의 變化	13
(1) 傳統的 通信媒體와 法	13
(2) 인터넷 通信媒體와 法	14
第2節 인터넷상 情報의 類型과 保護方法	15
1. 情報의 概念과 類型	15
(1) 情報의 概念	15
(2) 情報의 類型	16
2. 情報保護의 法的 受容	16
3. 情報의 保護方法	18
(1) 技術的 保護	18
(2) 法的 保護	23
第3章 인터넷상 情報와 保護範圍	27
第1節 個人情報	27
1. 個人情報의 傳統的 保護	27
2. 個人情報의 概念과 動向	28
(1) 個人情報의 概念	28
(2) 各國의 動向	29

3. 個人情報와 不法行爲와의 關係	34
(1) 프라이버시권과의 關係	34
(2) 名譽毀損과의 關係	42
(3) 感情侵害와의 關係	47
(4) 不法行爲의 保護의 限界	51
4. 情報프라이버시	52
(1) 情報프라이버시의 概念	52
(2) 情報프라이버시의 根據와 動向	53
(3) 情報프라이버시의 侵害와 保護 範圍	55
(4) 情報프라이버시의 限界	57
5. 個人情報の 侵害와 救濟	58
(1) 侵害行爲	58
(2) 救濟手段	59
6. 現行法과 改善方案	60
(1) 現行法과 情報프라이버시權	61
(2) 改善方案	63
第2節 財産의 價値있는 情報	65
1. 營業秘密	65
(1) 營業秘密이란	65
(2) 營業秘密과 不法行爲와의 關係	67
(3) 營業秘密의 保護要件과 判斷基準	67
(4) 營業秘密의 侵害와 救濟手段	68
2. 데이터 베이스	71
(1) 데이터 베이스란	71
(2) 著作權法의 保護	74
(3) 著作權法외의 保護	77
3. 핫뉴스	81
4. 法制改善方案	82
第3節 信用情報	83
1. 信用情報란	83
2. 信用情報の 保護 目的	84

3. 信用情報の 保護 範圍와 救濟	85
(1) 保護 範圍	85
(2) 救濟	86
4. 法制改善方案	86
第 4 節 通信秘密	87
1. 通信秘密이란	87
2. 傳統的인 通信媒體와 通信秘密	87
3. 인터넷 通信媒體와 通信秘密	88
4. 法制改善方案	89
第 4 章 인터넷 서비스 提供者의 責任과 裁判管轄	91
第 1 節 인터넷 서비스 提供者의 責任	91
1. 인터넷 서비스 提供者란	91
(1) 行爲性	91
(2) 傳統的인 責任理論	92
2. 違法한 情報와 관련 責任	92
(1) 名譽毀損物 등에 관한 責任基準	92
(2) 著作權 侵害物 등에 관한 責任基準	97
3. 不正確한 情報의 提供과 관련 責任	102
(1) 美國	102
(2) 獨逸	104
(3) 우리 나라	105
4. 法制改善方案	106
第 2 節 인터넷상의 情報侵害에 대한 裁判管轄	108
1. 인터넷상의 行爲와 裁判管轄	108
2. 인터넷상의 情報侵害와 裁判管轄	109
(1) 美國	109
(2) 獨逸	114
(3) 日本	115
(4) 우리 나라	116
3. 法制課題	119

第5章 結論 121

<참고문헌> 125

제 1 장 序 論

제 1 절 研究의 目的

정보통신시스템의 발달은 정보의 수집·이용·공개 및 저장하는 능력을 급격히 개선하여 왔고, 정보시스템에 의존하는 작업방식은 더욱 더 확대되고 있다. 특히 각종의 전자거래 등에 관련하여 정보시스템의 이용은 광범위한 정보의 수집, 이용 또는 공개를 가능하게 하였고 정보에 대한 가치를 상승시켰다. 이와 같이 정보시스템과 정보시스템에 의존하는 작업방식은 인터넷에 의하여 무수히 많은 다른 정보시스템과 상호 연결되어 있다.

인터넷은 짧은 역사에도 불구하고 ‘폭발적인 성장’을 경험하고 있는데, 인터넷에 연결된 컴퓨터(host computer)의 수는 1981년 약 300대에서 1996년에는 9,400,000대로 증가했고, 인터넷 이용자는 1996년에 약 4천만 명에서 1999년에는 약 2억으로 확대될 것으로 추정되었다.¹⁾ 인터넷의 이용에 있어서도 초기에 연구와 교육 목적으로 한정되었던 것과는 달리 오늘날에는 일상생활의 모든 영역에서 응용되고 있고, 특히 전자거래 등의 상업적인 목적으로 광범위하게 이용되고 있다. 인터넷 통신의 등장은 전통적인 통신매체와 비교하여 새로운 통신수단의 등장만을 의미하는 것이 아니라 인간의 새로운 활동영역인 가상공간을 형성한 것이고, 이 공간에서 개인은 인격권·재산권 및 행동자유를 향유하게 되었다. 즉 개인의 무형적인 법익은 정보시스템과 인터넷 통신매체에 의하여 새로운 디지털의 형태로 그 모습을 바꾸어서 가상공간에서 향유하게 되었다. 따라서 개인의 권리와 법익이 현실세계에서 가상공간으로 넓혀진 것에 상응하여 법도 전자적 세계에까지 그 적용범위를 넓혀야 함은 당연하다.

오늘날 정보시스템의 발달과 인터넷 통신의 등장은 ‘정보경제’라는 새로운 산업을 형성시켰다. 예컨대, 미국에서 정보상품과 서비스의 수출은

1) Reno, Attorney General of the United States, et al., v. American Civil Liberties Union al. 200 U.S. 321(1997).

해마다 40조달러를 넘어서고 있고, 인터넷상 전자거래는 세기말 총10조달러를 넘어선 것으로 알려지고 있다.²⁾ 이와 같이 정보시스템과 인터넷 통신을 통한 정보산업의 급격한 성장에 따라 실무상 입법상의 흠결이나 현행법을 개정해야 할 사항이 제기되고 있고 또한 네트워크라는 전자공간에 부합하는 새로운 법리구성의 필요성이 나타나고 있다. 우리 저작권법은 인터넷 내용물인 저작물을 보호하기 위해서 개정하여 그 보호 범위를 명시적으로 넓혔는데 비하여, 인터넷상의 정보에 대하여는 정보 유형의 다양성이나 법체계의 복잡성 등으로 법적 보호가 상당한 부분에서 명확하지 아니하여 인터넷 이용자와 서비스 제공자에게 적절한 행동기준을 제시하지 못하고 있다. 그럼에도 불구하고 인터넷상 저작물과 함께 정보에 관련 산업의 급격히 성장을 경험하고 있는데, 실무상 법적 기반의 불명확성은 커다란 장애물이 되고 있으며 이를 해결할 새로운 입법이나 현행법의 개정 그리고 관련 법리구성이 절실히 요구되고 있다.

이 연구에서는 현실세계의 정보에 대한 전통적인 보호방법과 그 법리를 살펴보고, 이를 기초로 하여 인터넷 통신환경에서 정보의 보호에 대하여 고찰하고자 한다. 즉 인터넷상의 정보를 보호하기 위해서 현행법의 개정 또는 해석의 방법에 의하여 보호범위를 넓혀야 하는지를 검토하고, 부적합한 경우에는 새로운 입법방안을 강구해보고자 한다. 아울러 각국에서 인터넷상 정보보호에 관련 입법 동향과 그 내용을 비교법적으로 검토하여 현행법의 개정이나 새로운 입법에 반영하여 세계적인 입법 동향과도 보조를 모색하고자 한다.

제 2 절 研究의 範圍

연구의 범위는 다음과 같이 한정하고자 한다. 첫째, 정보라는 용어는 그 자체가 모호하고 그 범위를 획일적으로 정하기가 어렵다. 따라서 이 연구에서는 인터넷상의 저작물을 제외한 개인의 사고와 사실의 집합체를 총칭하는 용어로 정보를 사용하고자 한다. 즉 연구범위는 저작물을 제외

2) 미백악관의 “A Framework for Global Electronical Commerce”라는 보고서 (<http://www.whitehouse.gov/textonly/WH/New/Commerce/read.html>)를 참조.

한 모든 인터넷상의 내용물(또는 콘텐츠)로 정의된다. 둘째, 이러한 정보의 정의에도 불구하고 통신비밀을 포함하여 다루고자 한다. 즉 인터넷상 정보와 통신비밀을 구별하는 것이 그 보호 대상이나 법체계에 비추어 타당하나, 그 한계 설정의 곤란성을 회피하고 체계적인 연구를 위하여 함께 다루고자 한다. 셋째, 정보의 개념정의에도 불구하고 그 내용을 살펴봄에 있어서 정보는 여전히 모호하고 막연한 개념이며 그 포섭 대상을 특정하기도 어렵다. 따라서 이 연구에서는 정보 중에서 전형적인 사례를 유형화하여 그 법리와 법제현황을 분석하는 방법으로 정보의 실체를 파악하고자 한다. 즉 개인정보와 재산적 가치있는 정보 그리고 어느 하나로 확일적으로 다루기에 적합하지 아니한 신용정보와 통신비밀로 나누어서 살펴보려고 한다.

구체적으로 제2장에서는 ‘인터넷 통신과 정보의 보호방법’이라는 제목하에 인터넷 통신의 기원과 기술적 특성을 그리고 인터넷상 전형적인 정보를 유형화하여 그 보호방법을 살펴보았고, 제3장에서는 정보를 개인정보·재산적 가치있는 정보(영업비밀·데이터 베이스 및 핫뉴스)·신용정보 그리고 통신비밀로 나누고, 그 각각의 보호 범위와 관련하여 동향과 침해행위 그리고 구제수단 등에 관한 법리구성을 살펴보았다. 제4장에서는 ‘인터넷 서비스 제공자의 책임과 재판관할’이라는 제목으로 ‘서비스 제공자의 위법한 정보와 관련된 책임’과 ‘부정확한 정보제공에 대한 책임’에 대한 법리구성과 법제 동향을 분석하였다. 재판관할과 관련해서는 각국의 판례에 의한 법리구성을 살펴보았고, 재판관할에 관련된 현행법을 검토하여 새로운 입법의 보완이 필요한 사항을 살펴보았다.

제 2 장 인터넷 通信의 特性和 情報

제 1 절 인터넷 通信과 法

1. 인터넷의 起源과 構造

인터넷은 1970년 초에 미국방부의 DARPA(Department of Defence's Advanced Research Projects Agency)가 컴퓨터 資源의 공유와 통신을 위하여 만든 ARPAnet이라는 네트워크에서 출발했고³⁾, ARPAnet은 국방부와 관련된 연구를 수행하고 있던 연구소를 상호 연결하고 있었다. 후에 DARPA는 핵전쟁 등으로 일부의 네트워크가 손상을 받았다고 하여도 다른 컴퓨터시스템과 통신할 수 있는 분산시스템에 기초를 둔 IP(Internet Protocol)를 개발했고⁴⁾, IP의 개발로 인터넷 기술의 기초를 마련하였다.⁵⁾ 1980년 후반에 美國立科學財團(National Science Foundation, NSF)은 연구와 교육을 위하여 IP와 超高速基盤網(high speed backbone network)에 기초를 둔 NSFnet를 만들었고, 美議會가 1992년에 美國立科學財團에게 NSFnet를 商用化할 수 있는 법적 권한을 부여하여 오늘날의 인터넷 통신을 출범시켰다.

인터넷이 작동하기 위해서는 네트워크에 연결된 모든 컴퓨터와 기타의 시스템을 식별하고 탐색할 수 있어야만 한다. 이 기능은 IP주소(또는 공간, 번호)에 의하여 이루어지는데⁶⁾, 인터넷에 연결된 모든 컴퓨터는 고유한 IP주소를 가지고 있어야 한다. 이것은 마치 전화통화를 위해서 고

3) ARPAnet은 1980년 초까지 DARPA에 의하여 관리되었고, 주로 研究 目的으로 사용되었다. ARPAnet은 1990년에 완전히 폐지되었다.

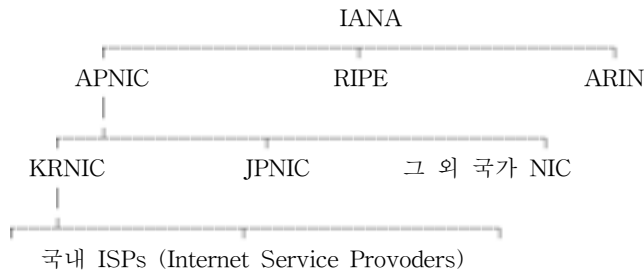
4) 오늘날 TCP/IP(Transmission Control Protocol/Internet Protocol)가 표준적으로 사용되고 있다.

5) International Trademark Association, "Trademarks on the Internet", (<http://www.inta.org/wpwhole.htm>).

6) Dan L. Burk, "Trademarks Along the Infobahn: A First Look at the Emerging Law of Cybermarks", 1 RICH.J.L. & TECH. 1(1995) (<http://urich.edu/~jolt/vlil/burk.html>).

유한 전화번호를 가지고 있어야 하는 것과 같다. IP주소는 전세계적으로 관리되고 있고 계층적인 할당체계를 가지고 있다. 즉 IP주소는 세계적인 단위로 할당하는 체계와 국가단위로 할당하는 체계로 나누어진다. 전자의 경우 IP주소의 할당은 IANA(Internet Assigned Number Authority), Regional IRs(Internet Registries), Local IRs라는 인터넷 등록기관으로 되어 있는 垂直的인 割當構造를 이루고 있다. 즉 IANA는 DARPA와 계약으로 Regional IRs에게 숫자로 된 주소를 할당하고, Regional IRs는 Local IRs에게 재할당하고, Local IRs는 대규모 인터넷 서비스 제공자에게 할당한다. 결국 이들 주소는 보다 작은 인터넷 서비스 제공자와 최종이용자에게 계속적으로 할당된다. IP주소의 할당에 대한 최종적인 법적 책임은 IANA가 부담하고 있고, IANA는 IP주소의 할당을 가상적인 민간기구인 InterNIC(Internet Network Information Center)에게 위임하고 있으며, 실질적인 할당 업무는 Network Solutions Inc.社에 의하여 이루어지고 있다. 후자의 경우 IP주소에 대한 법적 책임은 해당 국가의 기관이 부담하고 IP주소의 할당은 해당 국가의 기관 또는 이로부터 위임받은 민간기구에 의하여 이루어지고 있다. 7)

7) 이들 구조를 도식해 보면 다음과 같다.



IANA는 모든 IP주소를 관리하고 Regional IRs에게 IP주소를 할당한다. Regional IRs는 대륙별 지역을 관리하고, 아시아 태평양의 APNIC·유럽의 RIPE 그리고 북아메리카의 ARIN로 되어 있다. Regional IRs의 주요임무는 관할지역이 있는 모든 Local IRs를 대표 및 조정하는 역할을 한다. Local IRs는 Regional IRs산하에 있고, 해당지역에서 Regional IRs와 동일한 역할과 책임이 있으며, 보통 관할은 국가차원이다.

2. 인터넷 通信의 特性

인터넷은 다른 통신매체와는 달리 IP를 사용하므로 다음과 같은 기술적 특성을 지니고 있다. 첫째, 인터넷은 네트워크의 네트워크(network of networks)라고 불리는 技術的 能力을 지니고 있다. 즉 인터넷에 연결된 네트워크를 다른 네트워크와 상호 연결하는 기능을 한다. 따라서 네트워크에 연결된 각각의 컴퓨터는 IP를 사용하여 직접 다른 컴퓨터와 통신할 수 있다. 둘째, 인터넷은 패킷스위칭기술(packet switching technology)을 사용하고 있다. 인터넷의 패킷스위칭기술이라 함은 수신지를 지정한 패킷을 사용하여 데이터 전송의 경로를 정해 전송하는 처리 방식을 말한다. 이러한 기술은 정보를 여러 조각으로 나누어서 전송하는데, 그 각각의 조각을 패킷이라고 한다. 각각의 패킷은 헤드(head)와 데이터(data)로 되어 있고, 헤드는 수신지에 관한 정보를 담고 있다. 즉 인터넷은 정보의 전송 중에 전체널을 묶어 놓는 다른 통신매체와는 달리 정보를 독립된 패킷으로 나누어서 보내므로 전송능력을 극대화하고 있다. 패킷은 최종목적지의 주소에 관한 정보를 지니고 있어서 목적지에 도달할 때까지 수많은 경로를 통하여 수신자의 컴퓨터에 다시 모아진다. 셋째, 인터넷은 분산시스템으로 되어 있다. 따라서 기술적 관점에서 인터넷에 연결된 각각의 컴퓨터는 '보이지 않는 손'에 의해서만 자율적으로 작동한다. 즉 이것은 인터넷 이용을 통제할 중앙기관이 없으며, 누구도 네트워크의 연결을 허락할 수 있는 능력이 없다는 것을 의미한다. 넷째, 인터넷은 지리적으로 분산된 資源의 共有를 할 수 있게 한다. 즉 인터넷 이용자는 인터넷을 통하여 용이하게 저작물의 복제 또는 배포하거나 영업행위·통신·정보의 수집이나 공개를 할 수 있고 또한 다양한 유형의 장치를 통제할 수 있다.

3. 인터넷 通信과 法の 變化

(1) 傳統的 通信媒體와 法

역사적으로 법은 정치적, 사회적 및 경제적 변화에 따라 사람과 재산에 대한 보호의 범위를 넓히거나 새로운 권리를 인정해왔다. 즉 초기에

각국의 법은 신체에 대한 물리적인 暴行·威脅 및 自由에 대해서만 보호하였고, 재산권에 대한 보호는 물리적 침해에 중점을 두고 있었다. 후에 정신적 특성에 대한 보호를 인정하여 개인의 사회적 평가인 명예에 대한 보호를 승인하였고, 정신적 재산권인 특허권·저작권 및 상표권에 대하여 법적 보호를 인정하였다. 오늘날 신체적 자유는 언론·출판의 자유와 영업행위의 자유에까지 일정한 권리로 보호하고자 하는 입법이 나타나고 있다. 개인의 감정에 대한 보호와 관련해서도 프라이버시라는 새로운 불법행위가 인정되어 개인의 사생활 또는 허위의 인격형성에 대한 법적 보호를 허용하고 있다. 나아가서 감정침해라는 순수한 감정의 침해에 대한 독립된 법적인 가치를 허용해야 할 필요성이 제기되고 있다. 이러한 인격적 가치의 확대와 함께 정보주체의 정보권을 보호하고자 하는 시도도 증가하고 있다. 즉 정보에 대한 보호는 영업비밀의 경우 강력한 입법으로 보호를 허용하는 추세에 있고, 개인정보의 경우도 각종의 입법이나 판례에 의하여 정보주체에게 일정한 권리를 허용하고 있다.

위와 같이 통신기술의 발달에 따라서 법은 유형적·물리적 법익의 보호에서 점차적으로 무형적 법익에까지 그 보호 범위를 넓혀왔고, 새로운 권리의 승인과 보호범위의 확대는 그 사회의 문화적 및 경제적 구조와 밀접한 관련성을 지니고 있었으며, 특히 새로운 통신매체의 등장이 직접적인 동기가 되었다. 전통적 통신매체인 구두, 서신, 신문, 라디오, TV 등에 기초한 법익은 해당 통신에 따라 보호범위와 그 법리에 나름대로의 특성을 반영하고 있다. 예컨대, 口頭에 의한 명예훼손과 신문 등의 출판물에 의한 명예훼손은 상호 구별하여 보호범위를 달리하여 왔다. 그럼에도 불구하고 전통적 통신매체는 일반적인 특성으로 소량의 일방향적인 정보만을 전달하고 정보의 전달 장소와 시간에 제약을 받고 있다. 따라서 법은 여전히 장소적 그리고 시간적인 것에 기초를 두고 있다.

(2) 인터넷 通信媒體와 法

연구목적에서 살펴본 것처럼 인터넷 통신은 전통적인 통신매체와 달리 단순히 새로운 통신수단이나 정보전달매체의 등장이 아니라 개인의 제4의 활동영역을 탄생시켰다. 따라서 현실세계와 전혀 다른 법영역이므로

나름대로의 입법이나 무법지대로 남겨두어야 한다는 주장도 있지만, 최근의 주된 경향은 전통적인 통신에 적용되는 입법이나 법리를 적절히 개정하거나 유추 적용하거나 또는 새로운 입법을 통하여 인터넷 통신을 포섭시키려는 방법론이 우세하다.

그렇다고 하여도 전통적인 통신과 인터넷 통신사이의 차이점을 간과해서는 안 된다. 인터넷은 전통적인 매체와 달리 시간적·장소적 제약을 완전히 극복하고 쌍방향적인 대량의 정보를 제공하고 있다. 따라서 인터넷 통신은 전통적인 통신에 기초한 법리구성만으로는 일정한 한계와 모순이 나타나고, 그 나름대로의 새로운 입법이나 법리구성이 요구되는 경우도 있다. 여하튼 현재로서는 인터넷 통신과 관련 새로운 법영역의 구축은 아직 미래의 일이고, 문제된 법익에 대한 새로운 입법이나 현행법의 개정 또는 해석을 통하여 해결하는 것이 타당하다고 사료된다.

제 2 절 인터넷상 情報의 類型과 保護方法

1. 情報의 概念과 類型

(1) 情報의 概念

정보라는 용어는 다양한 방면에서 너무나 광범위하게 사용되고 있어서 정확한 개념 정의를 한다는 것은 처음부터 불가능하다. 그렇지만 정보라는 용어가 일반적으로 해당 영역에서 어떠한 의미로 사용되고 있는가에 대한 정의는 필요하고, 연구의 범위와 관련해서도 그 법리를 구성하는데에 전제되어야 한다.

인터넷과 관련하여 정보라는 용어의 사용은 2가지, 즉 좁은 의미의 정보와 넓은 의미의 정보로 나눌 수 있다. 전자의 경우에는 저작권법으로 보호되지 아니하는 사실과 사고에 한정하여 사용되고, 후자의 경우에는 인터넷 통신상의 모든 내용물을 의미하는 것으로 사용되고 있다. 여기서 좁은 의미의 정보, 즉 저작물을 제외한 모든 인터넷상의 내용물로 정의하고 여기에 통신비밀을 포함하는 개념으로 사용하고자 한다.

(2) 情報의 類型

위의 정보 개념에서 보듯이 정보라는 용어는 다의적이고 모호한 개념이다. 따라서 정보에 대한 연구를 위해서는 전형적인 정보의 유형화가 필요하고, 분류된 유형에 기초하여 정보의 특성과 보호 방법을 살펴보아야 한다. 이러한 시도는 인터넷이 등장하기 이전부터 각각의 특성에 따라서 판례와 입법을 통하여 보호방법을 달리하는 방법으로 이루어져 왔다.

정보의 유형에 따른 개별적인 보호방법을 강화적인 의미에서 종합적이고 체계적인 유형화에 의하여 그 실체를 파악하는 것이 필요하다. 구체적으로 이 연구에서는 정보를 ‘인격적 가치에 관련 정보’와 ‘재산적 가치에 관련 정보’ 그리고 어느 하나로 획일적으로 분류하기가 어려운 ‘신용 정보’와 ‘통신비밀’로 나누어서 그 각각의 특성과 법리를 살펴보고자 한다.

2. 情報保護의 法的 受容

정보시스템의 발달은 정보의 수집·이용에 대한 능력을 급격히 개선하여 왔고, 여기에 더하여 인터넷 통신은 정보의 배포에 새로운 혁명을 초래하고 있다. 이러한 환경의 변화에 따라 정보의 재산적 가치와 인격적 가치도 새로운 변화를 경험하고 있다. 즉 과거에는 주로 국가기관에 의한 정보수집이나 이용이 문제된 것과는 달리 오늘날에는 민간기업이나 개인에까지 확대되고 있고, 정보의 보호도 순수한 비밀정보를 넘어서 보호가치 있는 정보에 대하여 정보주체에게 일정한 정보권을 부여하는 것에까지 보호범위를 넓히고 있다.

재산적 가치있는 정보와 관련해서 우리 민법전은 제98조에서 『물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다』고 규정하고 있는데, 여기에서 열거된 ‘유체물’과 ‘전기’ 및 ‘기타의 관리할 수 있는 자연력’을 제외한 ‘무체물’이나 ‘정보’에 대하여는 언급하지 않고 있다(순수한 문구적인 해석). 그 이유는 민법의 제정시 그 모법인 19세기의 유럽사회에 있어서 특허권이나 저작권이라는 일부의 지적재산을 제외한

무체물이나 정보의 경제적 가치가 아직 충분히 인식되지 못했고 독립된 거래의 대상이나 법적 보호의 객체로서 논하여지는 데에 이르지 않은 것에서 유래한 것으로 사료된다.⁸⁾ 그렇지만 민법전의 제정으로부터 반세기를 넘어서고 있는 이 시점에 그 동안 재산적 가치있는 정보가 비약적으로 확대되고 있고 정보의 재산적 가치도 현저히 높아졌다. 이러한 변화의 요청은 현행 우리 형법전에도 찾아볼 수 있다. 즉 형법은 제329조『타인의 財物을 절취한 자는 6년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다』과 형법 제346조『본장의 죄에 있어서 관리할 수 있는 動力은 財物로 간주한다』에서는 유체물의 보호를 위주로 하고 있고, 동력이라는 무형적인 재화만을 예외적으로 보호하고 있으며, 정보에 대하여는 독립된 보호의 대상으로 보지 않았다.

개인정보의 보호와 관련해서는 우리 민법 제750조와 제751조에서 일반적 내지는 포괄적 보호방법을 도입하였고, 명예훼손만은 민법 제762조에서 명시적 조항만을 두었다. 이러한 입법의 태도에 의하여 각종의 인격적 이익은 판례에 의하여 보호의 유형과 보호의 범위가 구체적으로 설정되어 왔다. 우리 나라에서 인격적 이익의 보호는 최근 민사판례에서 강화하는 추세에 있으나, 명예와 프라이버시가 나름대로 독립된 법익으로 인정되고 있다고 하여도 아직까지 그 인격적 법익의 유형과 범위 등에 있어서는 미성숙한 단계에 있다. 이러한 법익의 확대에도 불구하고 전통적으로 개인정보는 독립된 보호를 허용하지 않았고 다른 인격적 이익의 침해에 수반하여 간접적으로 보호되어 왔다. 즉 민사적으로는 신체의 자유, 명예훼손, 프라이버시 또는 감정침해 등의 인격적 법익에 대한 침해를 수반한 정보에 대해서만 보호를 허용해왔다. 이러한 현상은 형사법에서도 마찬가지로 주거침해죄, 가택수색죄 등의 물리적 침해를 전제로 하는 범죄에서 명예훼손죄나 모욕죄 등의 인격적 이익을 보호하는 범죄에 이르기까지 개인정보의 보호는 이들 법익의 침해가 발생한 경우에만 간접적으로 보호할 수 있었다.

위에서 살펴본 것처럼 정보시스템의 발달과 인터넷 통신의 등장은 정보의 경제적 그리고 인격적 가치를 급격히 증대시켰고, 정보에 대한 독

8) 松本恒雄, “情報の保護”, *ジュリスト*(No.1126), 1998. 1. 193面.

자적 보호의 필요성도 제기시키고 있다. 이러한 변화의 수용은 현재까지 각종의 특별법을 통하여 수용되어야 한다는 것에 주로 논의되고 있지만, 가까운 장래에는 민법과 형법에도 그 변화를 수용하여 법전의 실효성을 높여야 할 것으로 사료된다. 이러한 움직임은 미국의 통일상법전에 컴퓨터정보의 거래와 관련 '라이선스계약'의 삽입하려는 시도와 '소프트웨어'를 매매계약에 포함시키려는 시도에서 찾아볼 수 있다.

3. 情報의 保護方法

오늘날 정보경제에서 정보는 저작물과 함께 중요한 위치를 차지하고 있다. 정보 자체는 著作權法에 의하여 보호되는 저작물이 아니고, 特許權이나 著作權에 비하여 유형적인 방법으로 표현할 수도 없기 때문에 더욱 보호를 받을 수 없다. 또한 정보 자체가 배타성이 없기에 정보의 수집 또는 이용을 막을 수도 없다. 따라서 전통적으로 정보는 공유에 속하고, 누구나 자유로이 수집이나 이용할 수 있는 것으로 다루어 왔다.

그렇지만 오늘날 정보경제라는 새로운 산업이 나타났고 해당 정보의 경제적·인격적 가치가 급격히 증가함에 따라 정보에 대한 독자적 보호의 필요성도 증대하고 있다. 정보의 특성과 전통적인 보호방법에 기초해서는 정보보호에 미흡하고, 특히 인터넷과 같은 개방된 통신환경에서는 더욱 보호에 어려움이 있다. 그러므로 인터넷 통신환경에서 정보를 보호할 새로운 기술적 방법과 법제도적 방법이 모색되지 않을 수 없다.

(1) 技術的 保護

1) 暗號技術

인터넷 통신이 정보통신망의 핵심적인 위치로 그 자리를 잡아감에 따라서 인터넷상의 정보를 보호하기 위해서는 암호이용이 필수적인 기술적 수단이 되었고, 암호는 국민경제와 국가안보에 직접적인 영향을 미치고 있다. 인터넷과 같은 개방된 통신환경에서 정보의 안전과 비밀성을 보호하기 위해서는 암호에 의존할 수밖에 없고, 특히 전자서명과 관련하여

불가결한 요소이다. 다른 한편, 암호이용은 증거와 법집행에 긴밀한 관련성을 가지고 있다. 즉 암호이용은 법집행에 중대한 장애물로 작용할 수 있고 증거의 취득에도 방해가 될 수 있다.

인터넷과 같은 전산망보안기술은 크게 3부분으로 나눌 수 있다. 즉 해킹방지기술이나 접근통제기술을 의미하는 시스템보안, Firewall과 같은 전산망 보안, 전자기록이나 통신내용의 암호화에 의한 암호화 보안이 그것이다. 미국은 오랫동안 64비트의 암호인 DES(Data Encryption Standard)를 기초로 하여 공공기관의 통신에 대하여만 규제를 하는 부분적 통제주의를 유지하여 왔다. 그러나 DES의 알고리즘과 사용법이 일반인에게 널리 확산되고 외국으로 수출되자 기밀을 더 이상 유지할 수 없었다. 이에 따라 미국은 DES보다 1,600만배 정도 보안성이 강하다고 알려진 80비트의 암호인 Skipjack알고리즘을 사용해 만든 하드웨어인 ‘클리퍼칩(Clipper Chip)’과 ‘캐스톤칩(Capstone Chip)’을 각각 전화망과 컴퓨터에 부착하도록 하고, 해독용키는 중립적인 두 개의 국가기관이 각각 반씩 보관하도록 하는 정책을 입안하였다. 범원의 영장이 있을 경우에만 해독용키를 조합하여 감청된 암호통신을 해독할 수 있도록 하는 해독키위탁(Key Escrow)방식이다. 다만 민간은 이러한 EES(Escrowed Encryption Standard)를 자발적으로 따르도록 하였다. 그러나 Skipjack에의 Trap-door삽입가능성, 키신탕기관의 불공정에 대한 우려, 허가기간 경과후의 감청 가능성 등의 인권침해 위험이 크다는 민간단체들의 반대로 중단되었다.

한편 미국정부의 이러한 정책과 달리 민간분야에서는 자신의 프라이버시를 지키기 위해서 PGP를 사용해오고 있었다. PGP(Pretty Good Privacy)키는 필립 짐머만이 만들어 배포한 것으로서 공개키에 메시지 인증기능을 첨가한 방식으로 RSA알고리즘을 사용한 것이며 오늘날 인터넷에서 널리 사용되고 있다.

2) 暗號技術과 情報시스템에 관련 政策

인터넷은 개방형 통신으로 누구의 통제도 받지 아니하는 구조를 가지고 있고 영토적 한계를 근본적으로 극복하고 있다. 따라서 인터넷상 정

보를 보호하기가 대단히 어렵고 국내적인 노력만으로는 한계가 있으므로 국제적으로 통일된 규범의 형성이 필요하다.

(가) 暗號政策

이에 상응하여 OECD(Organization for Economic Cooperation and Development)는 1997년 ‘암호정책을 위한 지침(cryptography policy guidelines)’에서 암호의 개발과 이용에 통일된 규범을 형성하기 위하여 다음과 같은 8개의 기본 원칙을 채택했다. 즉

- (i) 암호방법에 있어서 신뢰성: 정보통신시스템에 이용되는 암호방법은 신뢰할 수 있어야만 한다.
- (ii) 암호방법의 선택: 암호방법과 준거법을 선택할 권리는 이용자에게 주어야 한다.
- (iii) 암호방법의 시장주도적 개발: 암호방법은 개인, 산업체 및 정부의 필요, 수요 및 책임에 상응하여 개발되어야 한다.
- (iv) 암호방법의 표준화: 암호방법에 대한 기술적인 표준, 기준 및 규약은 국내·외적인 차원에서 개발되고 채택되어야 한다.
- (v) 프라이버시와 개인정보의 보호: 통신비밀과 개인정보의 보호를 포함한 프라이버시에 대한 개인의 기본적인 권리는 국내적인 암호정책과 암호방법의 실행이나 이용에서 고려되어야 한다.
- (vi) 합법적인 접근: 국내적인 암호정책은 암호화 된 평문이나 암호키에 대한 합법적인 접근을 허용할 수 있다. 이 정책은 가능한 한 넓게 지침에 담겨진 다른 원칙들을 고려해야 한다.
- (vii) 책임성: 암호서비스를 제공하는 개인과 기관의 책임은 계약에 의하던 또는 법률에 의하던 간에 암호키의 보유나 접근에 대하여 명확히 해야 한다.
- (viii) 국제적 협력: 정부는 통일적인 암호정책을 위하여 협력하여야 한다. 이러한 노력으로 정부는 암호정책의 이름으로 만들어지는 불공정한 무역의 장애물을 제거 또는 회피해야 한다.

이 지침은 주로 정부에 대한 정책권고를 목적으로 하고 있으나, 민간 분야와 공공분야에 널리 읽혀지고 이에 따를 것을 기대하고 있다. 또한

이 지침은 정부가 국가이익에 있어서 안전성이 필요한 정보보호에 책임이 있음을 인정하고 있다. 그러나 이 지침은 이러한 문제에 적용할 의도는 없다. 구체적으로 이 지침은 다음을 목적으로 한다. 첫째, 암호이용을 증진시키기 위하여 암호가 사용되는 정보통신기반·네트워크 그리고 시스템에서 신뢰성을 증진시키고, 국내·외적인 정보통신기반·네트워크 그리고 시스템에서 정보의 안전성과 프라이버시를 보호하고자 한다. 둘째, 공적안전·법집행 그리고 국가안전에 위협이 없는 암호이용을 촉진시킨다. 셋째, 국내·외적인 정보통신 네트워크에서 암호방법의 호환성과 이동성의 필요뿐만 아니라 모순되지 아니하는 암호정책과 입법의 필요에 대한 인식을 증가시킨다. 넷째, 효과적인 암호이용을 위한 일치된 국내·외적인 정책, 방법, 조치, 관행 및 절차의 개발과 구현에 있어서 공공분야와 민간분야의 의사결정권자를 조력한다. 다섯째, 저렴하고 호환성있고 이동성있는 암호시스템의 개발을 촉진하여 국제무역을 증가시킨다. 여섯째, 암호방법의 일치된 사용을 위하여 정부, 산업체와 연구단체 그리고 표준화기구사이에 국제적인 협력을 증진시킨다.

(나) 정보시스템의 안전성 정책

OECD는 1992년에 정보시스템의 개발과 이용에 있어서 통일된 규범을 형성하기 위하여 '정보시스템의 안전성을 위한 지침(guidelines for the security of information systems)'에서 9개의 기본원칙을 채택하고 있다. 즉

- (i) 책임의 원칙: 정보시스템의 소유자, 제공자 및 이용자 그리고 기타 정보시스템의 안전성에 관련된 자의 책임과 의무를 명백히 해야 한다.
- (ii) 주지의 원칙: 정보시스템에서 신뢰성을 높이기 위하여 정보시스템의 소유자, 제공자 및 이용자 그리고 기타 자가 쉽게 적절한 지식을 얻을 수 있는 안전성 유지에 일관성을 유지하고 정보시스템의 안전성을 위한 일반적인 조치, 관행 및 절차의 존재와 범위를 알려주어야 한다.
- (iii) 윤리의 원칙: 정보시스템과 정보시스템의 안전성은 타인의 권리

나 正當한 이익을 존중하는 방법으로 제공되고 이용되어야 한다.

- (iv) 분야별 협력의 원칙: 정보시스템의 안전성을 위한 조치, 관행 및 절차는 기술적, 행정적, 조직적, 운영적, 상업적, 교육적 및 법적 인 것을 포함하는 모든 관련된 배려와 관점을 고려해야 한다.
- (v) 비례의 원칙: 안전성의 수준, 비용, 조치, 관행 및 절차는 정보시스템에 의존하는 가치와 정도에 비례해야 하고, 특별한 정보시스템에 의존하는 안전성의 정도는 잠재적인 위협의 심각성, 개연성 및 범위에 비례해야 한다.
- (vi) 통합의 원칙: 정보시스템의 안전성을 위한 조치, 관행 및 절차는 일치된 안전성시스템을 형성하기 위하여 조직 상호간에 조치, 관행 및 절차에 협력해야 한다.
- (vii) 적절성의 원칙: 국내·외적인 관점에서 공공분야와 민간분야의 참여자들은 정보시스템의 안전성 침해를 예방하고 대응하기 위하여 적시에 협력적인 조치를 취하여야 한다.
- (viii) 재평가의 원칙: 정보시스템의 안전성은 시간이 경과함에 따라 정보시스템의 안전성을 위한 필요조건에 맞추기 위해 정기적인 재평가를 받아야 한다.
- (ix) 민주주의의 원칙: 정보시스템의 안전성은 민주사회의 합법적인 정보의 이용과 유통에 부합하여야 한다.

이 지침은 공공분야와 민간분야 모두를 위하여 제정되었고 모든 정보시스템에 적용된다. 위의 지침의 원칙에 따라서 공공분야와 민간분야는 정보시스템의 보호와 안전성의 제공을 위한 조치를 하고, 안전성 목적의 달성과 이들 원칙의 구현은 정보시스템의 안전성을 위해 필요한 법적·행정적·자기규제적 그리고 기타의 조치·관행·절차와 기구의 설립을 촉진하고 지원할 것을 강조하고 있다. 구체적으로 이 지침은 다음을 목적으로 하고 있다. 첫째 정보시스템의 위협과 이러한 위협에 대처할 보안장치에 대한 인식을 증진시키고, 둘째 공공분야와 민간분야에서 정보시스템의 안전성을 위하여 통일된 조치·관행 및 절차의 개발과 구현을 위한 책임을 지우는 일반적인 기반을 구축하며, 셋째 이러한 조치·관행 및 절차의 개발과 구현에 있어서 공공분야와 민간분야사이에 협력을 촉

진시킨다. 넷째 정보시스템과 이용되는 수단에 대한 신뢰성을 높이고, 다섯째 국내·외적으로 정보시스템의 개발과 이용을 자극하며, 여섯째 정보시스템의 안전성을 확보하기 위하여 국제적인 협력을 촉진시킨다.

(2) 法的 保護

1) 歷史的 發達

오늘날 정보의 보호문제는 재산적 이익으로서의 정보와 인격적 이익으로서의 정보라는 2개로 나누어서 검토할 수 있다. 우선 재산적 이익으로서의 넓은 의미의 정보에는 모든 무형적인 개인의 정신적 산물을 의미하고 저작물이나 특허가 그 대표적인 것이고, 역사적으로 저작권법이나 특허법이라는 특별법에 의해 보호되어 왔다. 특별법에 의해 보호되는 정보에는 최근에 컴퓨터프로그램과 관련하여 컴퓨터프로그램보호법, 반도체 집적회로(IC)와 관련하여 ‘반도체집적회로의회로배치에관한법률’(1992년), 창작성 있는 데이터베이스와 관련하여 저작권법(저작권법 제6조), 영업비밀과 타인의 상품의 형태모방에 대하여 ‘부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률’에 의하여 그 보호를 확대하여 왔다. 다음으로 인격적 이익으로서의 정보에는 일찍부터 명예훼손이 형사법적 보호를 받아왔고, 특수한 인격권인 저작자인격권도 저작권법의 보호를 받았다. 최근에는 개인의 사생활과 관련된 정보가 프라이버시에 의하여 보호되고 있고 탈렌트나 운동선수 등 유명인의 유사성을 상업적으로 이용하는 것에 대하여도 법적 보호가 이루어지는 등 인격적 가치있는 정보에 대하여 그 보호를 확대하여 왔다.

2) 保護方法

정보에 대한 법적 규율은 크게 민사법에 의한 경우와 형사법에 의한 경우로 나눌 수 있는데, 동시에 적용되는 것이 일반적인 형태이나 경우에 따라서는 하나만이 적용되는 경우도 있다. 이러한 넓은 의미에서 정보의 법적 규율을 다룰 수도 있으나, 여기서는 구체적인 법의 형태의 보호방법에 중점을 두고자 한다. 즉 정보의 법익성과 그 보호의 완전성에

대한 민사적 보호방법이 중심이 된다. 따라서 정보의 보호방법으로 3가지 유형, 즉 ‘契約에 의한 保護’·‘不法行爲에 의한 保護’ 및 ‘立法에 의한 保護’로 나누어 살펴보고자 한다.

첫째, 계약에 의한 보호는 다시 2가지, 즉 명시적 계약에 위반한 경우와 신뢰위반에 기초한 경우로 나눌 수 있다. 먼저, 전자의 경우에는 정보소유자와 정당한 보유자 사이에 비밀준수의무를 지우는 직접적인 계약을 체결하고 그 책임의 범위와 내용도 계약으로 정할 수 있다. 이러한 계약은 유효하고 그 보호는 계약당사자 이외의 제3자에 대하여 미치지 못하는 상대적 보호에 그치지만, 계약당사자사이에는 마치 배타적 권리와 같은 효력을 발생시킬 수 있다. 여기서 전통적인 합의방식에서 진일보하여 상품의 포장이나 약관에 비밀준수의무를 기재하고 포장의 개봉이나 약관의 동의(통상적으로 컴퓨터프로그램이나 정보서비스의 이용과 관련해서도 마우스로 간단히 클릭하는 방식)로 이러한 의무를 지우는 계약이 유효한가가 문제된다. 일단은 민법 제103조의 선량한 풍속에 위반되지 아니하는 한 유효하다. 법률에 의하여 보호되지 아니하는 데이터 베이스와 같은 재산적 가치있는 사실에 대한 보호방법으로 실무상 이용되고 있다. 다음으로, 후자의 경우 당사자사이에 긴밀한 신뢰관계가 형성되어 있는 때에는 소위 신뢰위반(또는 비밀준수의무위반)에 기초하여 비밀정보를 보호하는 경우이다. 예컨대, 신뢰의무는 변호사와 의뢰인, 의사와 환자 등과 같은 긴밀한 관계를 명시적 또는 묵시적으로 전제하고 있는 경우에 비밀준수의무가 존재한다. 이러한 신뢰위반에 기초한 소송은 (i) 정보의 기밀성, (ii) 신뢰의무의 존재, (iii) 정보의 실질적 이용 또는 공개, (iv) 손해의 발생을 요건으로 하고 있다.⁹⁾

둘째, 정보에 대한 침해를 불법행위로 다루는 방법으로 보호할 수 있다. 즉 정보에 대한 민사적 보호는 민법 제750조『고의 또는 과실로 인한

9) 경우에 따라서 정보가 비밀로 분류되고 피고가 비밀준수를 약정했다고 하여도 비밀준수의무가 발생하지 아니하는 경우가 있다. 즉 정보의 비밀성을 지키는 것이 공익에 반하는 경우이다. 여기에서 ‘공익성’의 기준은 영국판례에서 초기에 ‘不當法則(iniquity rule)’에서 ‘正當한 理由(just cause or excuse)’로 넓혀졌다(Allison, Coleman, “protecting confidential information”, computer law, Blackstone Press Limited, 1996. pp 210~240).

위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다』와 민법 제751조 제1항 『타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다』에 따라서 정보의 침해를 불법행위로 다룰 수 있다. 이와 같이 우리 민법전은 일반적 불법행위를 도입하여 불법행위의 기본적인 효건만을 규정하고 구체적인 불법행위의 성립과 보호범위에 대해서는 판례에 맡겨두고 있다. 여기서 민법 제750조의 불법행위는 크게 3가지로 나누어서 살펴볼 수 있다. 즉 ‘배타적 권리의 침해행위’, ‘보호법규의 위반행위(개인 보호에 대한 법규의 침해행위)’, ‘선량한 풍속에 반하는 고의적인 행위’로 나눌 수 있다. 배타적 권리의 침해행위와 보호법규의 위반행위는 적어도 과실만으로 불법행위가 성립한다. 정보의 보호와 관련해서는 개인정보는 배타적 권리에 의한 보호방법에서, 재산적 가치있는 정보인 영업비밀과 핫뉴스는 선량한 풍속에 반하는 보호방식인 부정경쟁방지라는 차원에서 보호방법을 도입하고 있다.

셋째, 입법에 의한 보호는 정보의 유형과 보호범위를 정하고, 정보주체의 동의를 받지 아니하고 수집·이용 또는 공개하는 행위에 일정한 제재를 가하는 직접적인 보호 방법이다. 즉 민법 제750조에 기초한 정보의 보호는 미흡하다는 것이 문제되고 있는데 특히 정보프라이버시권과 관련해서는 민법 제750조의 불법행위로 보호하기에는 법리상의 한계로 새로운 입법을 통하여 정보주체에게 일정한 참여권을 주고 있다. 영업비밀의 경우에도 부정경쟁행위의 방지라는 측면에서 민법 제750조에 의하면 원칙적으로 고의의 경우에만 보호를 받을 수 있는데, ‘부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률’에서는 과실에까지 그 보호 범위를 넓히고 있고, 데이터 베이스는 현행 저작권법 제6조 제1항에서 창작성이 있는 것만 보호하고 있는데 EU와 같이 독자적 권리를 부여하는 방식으로 보호하는 방법론도 제기되고 있다(새로운 배타적 권리를 허용하는 입법). 신용정보는 전통적인 신용훼손이라는 불법행위에 기초한 보호에서 최근에 신용정보 자체를 독자적 입법으로 보호하고 있고, 통신비밀은 통신 자체의 비밀을 보호하는 데에 역점을 두고 독자적 입법으로 보호하고 있다.

제 2 장 인터넷 通信의 特性과 情報

제 3 장 인터넷상 情報와 保護範圍

제 1 절 個人情報

1. 個人情報의 傳統的 保護

전통적으로 개인정보의 보호는 주로 형사법과 민사법에서 다른 법익의 보호에 부수하여 제한적으로만 보호되었다. 형법은 명예훼손죄(제307조~제312조)·비밀침해죄(제316조~제318조)·주거침해죄(제319조~제322조) 등을 통하여 인격의 왜곡이나 개인의 사적인 영역을 보호하였다. 이들 법익에 부수하여 개인정보는 보호되었고 그 자체만을 독립된 보호 대상으로 다루지는 않았다. 즉 형법 제319조 제1항에서 「사람의 住居, 관리하는 建造物, 船舶이나 航空機 또는 점유하는 房室에 침입한 자는 3년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다」라고 하여 주거 등에 대한 물리적 침해, 그리고 형법 제320조에서 「사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박이나 항공기 또는 점유하는 房室을 수색한 자는 3년이하의 징역에 처한다」라고 하여 신체 등의 물리적 수색으로부터의 자유를 보호하고 있다. 형법 제317조 제1항에서 「醫師, 韓醫師, 齒科醫師, 藥劑師, 藥種商, 助産師, 辯護士, 辨理士, 公認會計士, 公證人, 代書業者나 그 職務上 補助者 또는 此等の 職에 있던 자가 그 업무처리중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년이하의 징역이나 금고, 10년이하의 자격정지 또는 700만원이하의 벌금에 처한다」라고 하여, 일정한 직업에 종사하는 자에게 업무상 취득한 개인정보를 타인에게 공개하는 것을 금지하고 있다. 개인정보에 대한 민사법의 보호도 다른 법익에 부수하여 보호하는 것으로 다루었고 독립된 법익으로 보지 않았다. 즉 인격적 이익에 대한 불법행위도 전통적으로 생명·신체 및 자유에 대한 물리적 침해에 중심을 두고 있었고 점차적으로 개인의 명예라는 사회적 평가에도 그 보호를 허용하였다. 20세기 초에 '사생활의 비밀'과

‘인격의 부당한 이용 또는 왜곡’에 관련한 개인의 감정을 보호하는 프라이버시권이 나타났고, 최근에는 순수한 감정만을 침해한 경우 소위 ‘감정 침해’라는 새로운 불법행위의 유형이 제기되고 있다.

오늘날 정보시스템과 통신기술의 발달은 개인정보의 저장·공개·이용 및 배포에 획기적인 혁명을 초래하여 인격권의 침해가 급증하게 되었고, 특히 인터넷 통신으로 이들 정보시스템을 상호 연결하므로 전통적인 통신환경에서 상상도 할 수 없을 만큼이나 그 정보의 가치를 증대시키고 있다. 이리하여 개인정보의 불법행적 보호를 넘어서 정보권이라는 새로운 권리를 승인하여 정보주체의 권리를 강화하려는 움직임이 국내·외적으로 나타나고 있다.

2. 個人情報의 概念과 動向

(1) 個人情報의 概念

개인정보란 생존하는 자연인을 특정하거나 특정할 수 있는 모든 형태의 정보를 말한다. 정보통신망이용촉진등에관한법률 제2조 제1호에서도 「개인정보라 함은 생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 姓名·住民登錄番號 등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보를 말한다」고 정의하고 있다. 즉 개인정보의 보호는 생존하는 개인에 한하여 보호하는 것이 국내·외적인 보호의 경향이다.

개인정보의 보호 목적이 무엇인가에 대하여 ‘공공기관의개인정보보호에 관한법률’과 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’에서는 개인정보의 목적을 명시적으로 규정하지 아니하고 있지만, EU의 개인정보지침 제1조 제1항에서는 개인정보보호의 목적은 「자연인의 기본적 권리(특히 프라이버시권)와 자유를 보호하기 위하여」라는 규정을 두고 있고, OECD 지침에 관한 이사회권고문에서도 「가맹국은 ……지침에 기재된 프라이버시와 개인의 자유보호에 관한 원칙을 국내법으로 고려하는 것」이라고 밝히고 있다.

(2) 各國의 動向

개인정보보호와 관련하여 각국은 전통적인 범문화에 기초하여 독자적인 제도를 마련하고 있는데, 공공분야에서만 입법한 경우도 있고 공공분야와 민간분야 모두에 적용되는 입법을 한 경우도 있다. 정보시스템의 발달과 인터넷 통신의 등장은 개인정보의 보호에 국제적인 통일규범의 필요성을 가져왔고 OECD가 가장 활발하게 대처하고 있다.

1) OECD

앞에서 살펴본 1992년 ‘정보시스템의 안전성을 위한 지침’과 1997년 ‘암호정책을 위한 지침’외에도 OECD는 1980년 ‘프라이버시와 개인정보의 국경의 유통에 관한 지침(guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data)’을, 뒤이어 1985년 ‘정보의 국경의 유통에 관한 선언(declaration on transborder data flows)’을 채택했다. ‘프라이버시와 개인정보의 국경의 유통에 관한 지침’에서는 개인정보의 보호에 관한 8개의 기본원칙을 채택하고 있다. 즉

- (i) 수집제한의 원칙: 개인정보의 수집에는 제한을 두어야 한다. 개인정보는 합법적이고 정당한 수단에 의하여 가능한 한 정보주체에게 알리거나 동의를 얻은 후에 수집하여야 한다.
- (ii) 데이터 양질의 원칙: 개인정보는 그 이용목적에 부합되는 것이어야 하며, 이용 목적의 필요한 범위내에서 정확하고 완전하며 최신의 것이어야 한다.
- (iii) 목적 명시성의 원칙: 개인정보의 수집목적은 늦어도 수집시까지 명확히하여야 한다. 수집된 정보의 이용은 수집 목적의 실현 또는 수집목적과 양립되어야 하고 목적이 변경될 때마다 명확히 할 수 있는 것으로 제한되어야 한다.
- (iv) 이용제한의 원칙: 개인정보는 명시된 목적이외의 공개, 이용 기타 사용에 제공되어서는 안 된다. 다만 (a) 정보주체의 동의가 있는 경우 (b) 법률의 규정에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.

- (v) 안전성 유지의 원칙: 개인정보는 분실 또는 권한없는 접근, 파괴, 이용, 변경, 공개와 같은 위협에 대하여 합리적인 안전 조치로 보호하여야 한다.
- (vi) 공개의 원칙: 개인정보와 관련된 개발, 실행, 정책에 대하여는 일반적인 공개정책을 취하여야 한다. 개인정보의 존재와 성질 그리고 그 주요 이용목적과 함께 정보관리자의 식별, 주소를 명확하게 하기 위한 수단은 쉽게 이용할 수 있어야 한다.
- (vii) 개인참여의 원칙: 개인은 다음의 권리를 갖는다.
 - (a) 정보관리자가 자기에 관한 정보를 갖고 있는지 여부에 대하여 정보관리자 또는 기타의 자로부터 확인을 받을 권리
 - (b) 자신의 통신내용과 자신에 관한 정보를 합리적인 기간내에 과다하지 않은 비용으로 합리적인 방법과 알기 쉬운 형태로 통지받을 권리
 - (c) 위의 (a)와 (b)의 요구가 거부당한 경우에는 그 이유를 밝히도록 하고 이와 같은 거부에 대하여 이의를 제기할 권리
 - (d) 자기에 관한 정보를 삭제, 수정, 완전, 보충하게 하는 권리
- (viii) 책임의 원칙: 정보관리자는 위의 원칙을 실행하기 위한 조치에 따를 책임이 있다.

이 지침의 목적은 회원국 내에서 불법적인 개인정보와 부정확한 개인정보의 저장 또는 무단으로 개인정보의 공개행위를 기본적 인권의 침해로 간주하고 이를 방지하기 위한 것이다. 다른 한편, 회원국사이의 입법 차이는 개인정보의 국경외 유통에 중대한 장애가 되고 합법적인 정보의 흐름을 제한하여 금융 및 보험과 같은 중요 산업을 왜곡하게 되므로 통일된 규범을 마련하는 것을 의도하고 있다.

2) EU

EU의 회원국은 개인정보의 보호에 관하여 국내입법을 통하여 상당부분에서 공통된 내용을 가지고 있지만, 차이가 있는 부분도 적지 않아서 개인정보보호의 수준이나 내용의 차이는 정보의 자유로운 유통에 방해되

고 기업이나 개인의 활동에 부담을 지우는 것으로 인식되었다. 그래서 EU는 공통된 지침을 마련하여 정보의 자유로운 유통에 대하여 장애물을 제거하는 한편, 타방으로 프라이버시에 관한 권리를 보호하기 위하여 1995년 ‘개인정보의 처리와 자유로운 유통에 관한 개인보호지침(directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and the free movement of such data)’을 제정하여 회원국의 입법과 정책에 반영하도록 했고, 또한 1997년에 ‘정보통신부문의 프라이버시보호와 개인정보처리에 관한 지침’을 채택했으며, 1999년에는 ‘정보통신망상 개인정보의 수집 및 처리에 관한 개인정보보호지침’을 채택했다.

3) 英·美法

미국은 개인정보의 보호를 각종의 연방법과 커먼로상 프라이버시에 의존하여 보호하고 있다. 최근에는 전통적인 프라이버시와 달리 정보프라이버시라는 새로운 권리의 도입을 강조하여 정보주체에게 자신의 정보에 대한 일정한 권리를 강화하려는 노력을 기울이고 있으며, 이러한 차원에서 1998년 개인정보보호를 위한 세이프하버원칙(safe harbor principles)을 채택했다. 즉

- (i) 통지(notice): 개인정보를 수집이나 이용하는 기관은 그 목적을 정보주체에게 알려주어야 하고 가능한 한 명확하고 용이한 용어를 사용해야 한다.
- (ii) 선택(choice): 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우 또는 원래의 수집 목적과 양립할 수 없는 목적으로 이용하는 경우에는 정보주체에게 선택권을 주어야 한다.
- (iii) 이전성(onward transfers): 기관이 제3자에게 정보를 제공하기 위해서는 통지와 선택의 원칙을 준수해야 한다.
- (iv) 안전성(security): 기관이 개인정보의 수집, 보유, 이용 또는 배포의 경우에 상실, 오용, 무단접근, 공개, 변경 및 파괴를 막을 합리적인 조치를 해야만 한다.

- (v) 정보의 무결성(data integrity): 개인정보는 수집된 목적과 양립할 수 없는 용도로 이용해서는 안 된다. 이를 위하여 기관은 정보가 의도된 이용, 정확성, 완전성 및 최신성에 신뢰할 수 있는 합리적인 조치를 해야 한다.
- (vi) 접근(access): 개인정보를 보유한 기관은 부정확한 정보에 대하여 정보주체에게 정정, 삭제할 수 있는 접근을 허용해야 한다. 이 원칙은 OECD의 가이드라인(개인참여의 원칙)에 의하여 인정되는 용이하게 이해할 수 있는 형태로 정보를 받을 권리를 포함하고 있지는 아니하다. 즉 부정확한 정보의 경우에만 이를 삭제할 권리를 허용하고 있다.
- (vii) 실행(enforcement) : 위의 원칙을 준수하기 위하여 제도적 장치를 마련하고 기관의 준수를 보증할 만큼 제재는 적절해야 한다.

미국에서 프라이버시라는 새로운 불법행위가 발달한 반면에, 영국은 전통적인 信賴違反訴訟(the civil action for breach of confidence)이라는 법리에 의하여 개인정보를 보호하여 왔고, 1984년에 정보보호법(Data Protection Act)을 제정하여 입법적으로 개인정보를 보호하고 있다.

4) 獨逸

독일에서 개인정보의 보호에 획기적인 기초를 마련한 것은 헌법재판소의 판결과 연방정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz, BDSG)¹⁰⁾이고, 연방정보보호법을 살펴보면(헌법재판소의 판결은 정보프라이버시권에서 다룬다), 다음과 같다. 연방정보보호법은 공공분야와 민간분야에 걸쳐 개인정보를 보호하는 구체수단과 손해배상에 이르기까지 구체적인 보

10) 연방정보보호법은 일반적 인격권에서 나오는 '독자적 정보권(Recht am eigenen Datum)'을 보호한다는 견해와 일반적 인격권만을 보호하는 것이 아니라 4개의 이익영역, 즉 ①개인정보의 처리에 대한 통지이익 ②정보의 정정에 대한 이익(정보의 정확성과 완전성) ③개인정보의 목적에 적합한 처리의 이익 ④사적영역을 보호한다는 견해로 나누어진다(Diethelm Klippel, "Deliktsrechtliche Probleme des Datenschutzes", Betriebs-Berater 1983, S.414).

호수단을 마련하고 있고, 이 법의 주된 특징은 첫째, 공공기관이 개인정보를 수집·처리·이용하거나 또는 사인이 영리적·업무상의 목적으로 개인정보를 수집·처리·이용하는 경우에 적용된다¹¹⁾. 둘째, 연방정부에 의하여 수집된 개인정보는 당사자의 동의가 있는 경우 또는 연방정보보호법이나 기타 법규에서 허용하는 경우에만 정보를 처리 및 이용할 수 있다.¹²⁾ 셋째, 개인정보와 관련한 공공기관의 책임은 중대한 인격권 침해의 경우에 危險責任을 규정하고 있다.¹³⁾ 그렇지만 연방정보보호법은 不法行爲에 의하여 보호되는 법익의 침해 또는 위협에 대하여 민법 제 1004조와 민법 제 12조에 상응하는 일반적인 방해제거 및 부작위청구를 명확히 하지 않고 있다. 결국 개인정보에 대한 위법한 침해의 경우 민사적 책임은 민법 제 823조 제 1항에 의한 ‘一般的人格權’의 침해에 기초를 두고 있고, 따라서 사인간에 개인정보의 침해는 過失責任에 입각하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 보호방법 외에도 민법 제 824조·민법 제 826조 및 부정경쟁방지법 제 1조 그리고 민법 제 823조 제 2항의 보호법규에 의한 간접적인 방법도 고려할 수 있다.¹⁵⁾

5) 日本

일본은 개인정보의 보호에 관해서 ‘公共機關이保有하는電子計算機處理에따른個人情報의保護에관한法律’을 두고 있는데, 이 법은 행정기관에만 적용되고 순수한 행정법적인 면에서 제정된 것으로 민사법적인 규정을 담고 있지 않다. 민간분야의 개인정보와 관련 일본의 통산성은 1997년에 ‘민간부문에서의전자계산기처리에관련된개인정보보호지침’을 마련하고, 1998년에 전자상거래실증추진협의회는 ‘전자상거래개인정보보호지침’을 제정하고 있다. 최근에는 개인정보기본법의 제정을 서두르고 있는 것

11) §1 Abs 2 BDSG

12) §4 Abs 1 BDSG

13) §7 Abs. 1, 2 BDSG; Güter Schlegelmilch, Der Haftpflicht Prozeß, 22 Aufl., C.H.Beck, 1997. S.505~506.

14) Güter Schlegelmilch, a.a.O., S. 505~506.

15) MÜchKom-Schwerdtner, BGB Kommentar, C.H.Beck, 3. Aufl., 1994, RnNr 224 zu§12.

으로 알려지고 있다.¹⁶⁾

6) 우리 나라

우리 나라에서 개인정보의 보호는 ‘公共機關의個人情報保護에 관한法律’과 ‘情報通信網利用促進등에 관한法律’에 의하여 이루어지고 있다. 전자는 공공기관에 한정되고, 후자는 정보통신서비스제공자에 한정된다. 아래에서 살펴보겠지만, 후자는 민간분야의 개인정보를 입법으로 보호한다는 면에서 오늘날 입법 추세에 편승하고자 하고 있다.

3. 個人情報와 不法行爲와의 關係

정보는 그 특성상 누구나 자유롭이 취득·공개 및 이용할 수 있는 공공재에 속한다. 따라서 전통적으로 정보가 인격적 가치에 관련된 개인정보이든 재산적 가치에 관련된 정보이든 간에 정보 자체의 보호는 인식하지 못했다. 그러나 정보통신매체의 발달에 의하여 재산적 가치있는 정보와 개인정보를 보호할 필요성이 나타났다.

개인정보에 대한 보호는 전통적인 법체계에서 민사적 불법행위에 기초하여 간접적으로 보호할 수 있다. 즉 개인정보의 간접적인 방법으로 다른 인격적 법익의 침해에 대한 불법행위인 프라이버시, 명예훼손 및 감정침해에 의하여 제한적으로 보호할 수 있다. 그렇지만 오늘날의 정보시스템과 인터넷 환경에서 이러한 보호방법은 그 한계가 있고 근본적인 변화를 요청하고 있다. 따라서 이러한 환경변화에 따라서 판례와 입법을 통하여 정보권이라는 새로운 권리개념이 나타나고 있고, 개인정보와 관련해서는 정보프라이버시권으로 구체화되고 있다

(1) 프라이버시권과의 關係

1) 프라이버시의 登場

프라이버시권에 대한 보호는 20세기에 들어와서야 각국의 판례와 문헌에서 본격적으로 그 보호가 논의될 정도로 그 존재를 거의 인식하지 못

16) 高度情報通信社會推進本部 個人情報保護檢討部會, “我が國よおげる個人情報システムの在り方について(中間報告)”, 法律時報 72卷 10號, 1999. 11.

했거나 또는 독립된 보호가치로 다루지 않았다. 그러나 언론매체의 상업화와 통신기술의 발달로 개인의 사생활에 대한 비밀성과 인격의 부당한 이용이나 왜곡에 대한 보호의 필요성이 나타났고, 오늘날 미국·독일·일본 및 우리 나라에서는 프라이버시권이라는 새로운 권리를 입법이나 판례를 통하여 승인하고 있다.

(가) 美國

미국에 있어서 프라이버시권은 1890년 Warren과 Brandeis의 논문¹⁷⁾이 발표된 이후에 비로소 그 존재를 인식하게 되었다. 미국은 1900년대에 커먼로와 주법을 통하여 프라이버시권을 인정하기 시작했다. 당시에 급격히 성장하기 시작한 상업적인 언론매체의 등장과 전자적인 감시장치 등의 발달에 의하여 개인의 ‘혼자 있을 권리(the right to be let alone)’에 대한 침해가 나타났다. Warren과 Brandeis는 著作權이 著作權者의 허락 없이는 일반에 공개할 수 없도록 하는 것은 재산권을 보호하는 것이 아니라 인격을 보호하는 것이고, 이러한 면에서 법원은 개인의 사고·감정 및 정서에 대한 프라이버시를 표현형태와 관계없이 보호해야 한다고 보았다.¹⁸⁾ 미연방대법원은 처음으로 혼인상의 프라이버시권을 제한적으로 인정한 것¹⁹⁾을 계기로 다양한 영역에서 프라이버시라는 새로운 권리를 인정하였다.

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

18) Warren과 Brandeis는 프라이버시권을 주장하면서 그 제한을 공익 또는 공공복리에 의하여 제한할 수 있는 것으로 인정했다. 즉 첫째, 名譽毀損과 著作權을 제한하고 있는 공익은 프라이버시에도 적용되지만, 순수한 사적인 사항과 뉴스 가치가 없는 것에는 적용되지 아니한다. 둘째, 명예훼손의 면책사유는 프라이버시에도 적용된다고 하여도 공문서에서의 프라이버시권을 부인했다. 셋째, 특별한 손해를 입증하지 아니하는 한 구두에 의한 프라이버시 침해를 인정하지 않았다. 즉 사적인 사실은 널리 유포될 것을 요건으로 했다. 넷째, 당사자의 동의로 프라이버시권은 포기할 수 있다. 다섯째, 공개된 사실에 대한 진실은 면책사유가 아니다. 여섯째, 출판자의 ‘악의’의 결여는 면책사유가 아니다(Sammuel D. Warren, Louis D. Brandeis, op. cit., pp.214~218).

19) 미연방대법원은 혼인한 배우자의 헌법적인 권리를 인정하여, 피임기구의 사용을 금지하는 코네티컷州 법은 헌법상 특별한 보호 영역 내에 있는 혼인상의 프라이버시권을 침해했다고 보았다(Grisword, v. Connecticut, 381 .U.S 475 (1965)).

(나) 獨逸

독일에 있어서 인격권의 보호는 제2차 세계대전을 계기로 중대한 변화를 가져왔다. 즉 인간의 가치와 인격권은 히틀러 시대의 경험을 통하여 효과적인 보호에 대하여 주목하게 되었고, 기본법 제1조와 제2조에서 중심적인 지위를 차지하게 되었다. 또한 사생활을 침해할 수 있는 盜聽裝置 등의 기술적인 진보는 더 이상 공상소설에서의 문제로 받아들일 수는 없게 되었다. 더욱이 명예를 훼손하지 아니하고 사생활을 신랄하게 표현한 언론기관에 대하여 인격권 침해를 인정할 필요가 나타났다. 이리하여 연방대법원은 1954년에 처음으로 소위 ‘독자의 편지 판결(Leserbriefurteil)’에서 민법 제823조 제1항의 ‘其他의 權利’로서의 ‘一般的 人格權’을 인정하는 과감한 결단으로 사생활 보호는 출발되었다.²⁰⁾ 이 판결 이후에 민법 제823조 제1항에 기초하여 다른 유형의 일반적 인격권을 인정하는 판결들이 급격히 나타나기 시작했다. 예컨대, 유명예술가의 성명을 광고에 사용한 경우, 살인자로 인상을 주는 일정한 상황에서 공개하는 경우 또는 세계적으로 유명한 인물과 허위의 인터뷰를 공개하는 경우²¹⁾에 일반적 인격권의 침해로 보았다.²²⁾ 도청²³⁾하거나 醫療記錄을 제3자에 알리는 경우²⁴⁾

20) 피고 주간지는 히틀러 시대에 제경부 장관인 Schacht박사의 은행업무를 비판하는 기사를 게재했다. Schacht박사의 지시에 따라서 수임인이자 변호사인 원고의 이름으로 기사의 정정을 요구하는 편지를 피고에게 보냈다. 피고는 ‘讀者의 便紙’라는 칼럼에서 생략에 의하여 변경된 편지를 게재했고, Schacht박사의 관심사에 私人인 원고를 끌어들이기에 충분했다. 원고는 피고가 상응하는 공개로 독자들의 착오를 정정해 줄 것을 요구했다. 이러한 요구는 제1심 법원에서 받아들여졌지만, 제국최고법원의 태도와는 전혀 다른 근거를 끌어왔다. 즉 피고는 기사의 공개유형과 방법에 의하여 원고를 경멸했고 공격적인 평판을 낮추었으므로 형법 제187조의 형벌대상이 된다고 보았다. 이에 대하여 항소법원(Berufungsgericht)은 편지의 공개가 원고의 명예를 훼손하지 않았다고 하여 기각했다. 연방대법원은 피고 행위의 형벌가능성 문제에 대하여는 더 이상 나아가지 않았고, 기본법 제1조와 제2조를 원용하여 민사법 자체에서 일반적 인격권이 보호된다고 판결했다. 여기에서 便紙의 改作은 ‘虛僞의 人格形成’을 매개했으므로 ‘作成者의 固有한 人格 領域’을 침해했다고 보았다.(BGHZ 12, 334)

21) BGH NJW 1965, 685.

22) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3 Aufl., J.C.B.Mohr(Paul Siebeck) Tübingen, 1996, S. 697.

23) BGHZ 27, 284, ferner BGH NJW 1987, 2667.

24) BGH 24, 72.

에도 ‘인격적으로 보호되는 은밀한 영역’에 대한 침해를 인정했다. 결국 허위의 사실을 공개적으로 표시하거나, 사생활의 경과를 폭로하여 일반인에게 알리거나 또는 기타의 방법으로 개인의 보호 가치있는 영역을 침입하는 것으로부터 보호받을 프라이버시권을 인정하고 있다.²⁵⁾

(다) 日本

일본에 있어서 프라이버시권은 ‘*宴のあと事件*’에서 인정되었다.²⁶⁾ 이 사건에서 판례는 『프라이버시권은 사생활을 함부로 공개되지 않을 법적 보장 내지 권리』라고 이해하고 있다. 즉 프라이버시권은 불법적인 침해에 대하여 법적 구제가 부여되는 데까지 높아진 인격적인 이익이라고 파악하고 있고, 더 나아가서 인격권에 포섭되는 하나의 권리라고 보고 있다. 어쨌든, 이 사건에서 프라이버시에 대하여 일응 그 권리성을 인정하고 있지만, 권리 개념에 포섭할 수 있다고 하여도 일본에서 프라이버시 그 자체는 아직 확고한 보호법익으로서 굳어진 것으로 보기는 어렵다.²⁷⁾

(라) 우리 나라

우리 나라에 있어서 프라이버시 보호는 헌법 제17조에서 『모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다』라고 하여, 프라이버시권을 명시적으로 선언하고 있다. 구체적으로 하위법률인 민사법과 형사법에서는 아무런 규정을 마련하지 아니하고 있어서 그 보호에 미흡한 점도 있지만, 민사판례에서는 프라이버시권을 인정하는 사례들이 나타나고 있다.²⁸⁾

2) 프라이버시의 類型

프라이버시권은 名譽毀損과 별개의 독립된 인격적 이익으로 독립된 불법행위에 해당된다. 프라이버시권의 포괄성 내지는 상대성으로 개념에 대한 명확한 정의를 내리기 어렵고, 따라서 프라이버시권의 파악은 그

25) H. Kötz, Deliktsrechts, 8Aul., 1998. S.221.

26) 東京地判 昭39. 9. 28 民集15卷 7号 237面.

27) 前田達明, “權利侵害と違法性”, 新・現代損害賠償法 講座 2(山田卑生 執筆代表), 日本評論社, 1998. 27~28面.

28) 大判 1998. 9. 4, [96다11327], 서울고등법원 제5민사부 97나43323, 서울지법 98가합15397 등.

내용의 유형화를 통하여 간접적으로 살펴보는 방법을 취할 수밖에 없다. 즉 Prosser교수는 프라이버시의 침해를 허용한 미국의 판례들을 자세히 살펴보면, 상이한 4개의 불법행위를 포함하고 있음을 밝혔다.²⁹⁾ 즉 ‘隱遁 또는 私事에 대한 侵入(intrusion)’, ‘私的인 事項에 관한 公表(public disclosure of private facts)’, ‘거짓된 印象의 公表(false light in the public eye)’, ‘姓名 또는 類似性的의 不當한 利用(appropriation)’으로 구성되어 있다.³⁰⁾

(가) 隱遁 또는 私事에 대한 侵入

Warren과 Brandeis가 구성한 프라이버시권은 ‘혼자 있을 권리’에 해당하는 것으로 원고의 은둔 또는 사사에 대한 고의적 침입에 의한 불법행위이다. 이 불법행위는 프라이버시가 보장되는 장소에서 타인의 시선, 카메라 또는 녹음기 등에 의해 감시당하는 것으로 인한 정신적 고통에 대한 보상을 그 목적으로 한다. 따라서 私事에 대한 공표 내지 방송에 의한 것이 아니라 주로 私事에 대한 정보수집의 과정에서 발생하는 점에서 다른 프라이버시 침해유형과 차이가 있다. 따라서 동산이나 부동산에 대한 침해소송과 상당 부분은 중복된다.

이 불법행위가 성립하기 위해서는 첫째, 프라이버시는 합리적으로 기대할 수 있어야 한다. 즉 프라이버시는 사적인 거주지에서 보호되지만, 일반인에게 공개된 도로·음식점·복도·공원·해수욕장과 같은 장소에서의 프라이버시는 보호받지 못한다. 다만 타인의 감시를 피할 수 있는 병실·여관·탈의실·공중화장실 등에서의 프라이버시 기대는 보호된다. 개인의 사적인 문서 내지 기록도 타인이 합리적으로 접근할 수 없는 장소에 있는 경우에는 보호된다. 둘째, 침해가 일반인에게 혐오성을 줄 정도의 것이어야 한다. 프라이버시의 다른 不法行爲 유형인 ‘거짓된 인상의 공표’ 및 ‘사적인 사항의 공표’와 마찬가지로 상당한 혐오성(highly offensive)을 주어야 한다. 公益이 개인의 프라이버시 이익보다 높은 가치가 있는 경우에는 혐오성은 사라진다. 즉 법원은 뉴스수집에 있어서

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

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

공익의 우월성을 인정하고 있다. 셋째, 침해가 사적인 것에 대한 것이어야 한다.

(나) 私的인 事項의 公表

Warren과 Brandeis의 논문에서 가장 관심을 두고 있는 유형이다. 사적인 사실의 공개에 의한 프라이버시 침해는 뉴스가치가 적은 사적인 사항을 대중에 공개하여 일반인에게 혐오감을 주는 것을 말한다.

이 불법행위가 성립하기 위해서는 첫째, 公表(소규모 집단에 공개하는 것으로 충분하지 아니하다)되어야 한다. 둘째, 공표된 것이 사적인 사항에 관한 것이어야 한다. 일반대중에게 알려져 있지 아니하는 개인의 사적 영역에 속한 사실을 공표한 경우에 진실이라고 하여도 불법행위가 성립한다는 점에서 名譽毀損과 차이가 있다. 공표라는 요건과 관련하여 사적인 사실이라고 하여도 대중이 주목할 수 있는 공공장소에서 발생한 경우에는 대부분 보호받지 못하고, 사적인 사실이 공적인 기록이나 문서에 의하여 얻어진 경우에 사적인 특성은 감소한다.³¹⁾ 또한 합법적으로 취득한 사적인 사실이 공적인 관심사에 해당되면 공표하여도 보호된다.³²⁾ 셋째, 공표된 사실이 통상인의 정서에 비추어 혐오성을 주어야 한다. 진실한 사적인 사실의 공개가 통상인에게 상당한 혐오감을 주는 경우에만 프라이버시의 침해에 해당된다. 즉 사적인 사실의 공개는 통상의 품위관념에 적합해야만 한다. 그러나 정보가 매우 사적인 것이고 그 공개로 매우 혐오감을 준다고 하여도 뉴스가치가 있다면, 책임은 없다. 여기서 ‘뉴스

31) Cox Broadcasting Corp., v. Cohn사건에서 조지아 주의 십대 소녀가 강간 후 살해되었고, 6명의 청년이 기소되었다. 이러한 사실은 언론매체에서 두드러지게 보도되었지만, 주법이 피해자의 신분을 공개하는 것을 금지하고 있었다. 관람이 허용된 소장에서 TV기자가 피해자의 신원을 알아냈다. 기자는 그날 저녁 피해자의 성명을 방송했고, 소녀의 아버지는 사망한 딸의 성명을 방송함으로써 인하여 자신의 프라이버시권을 침해했다고 주장하여 기자와 Cox Broadcasting社를 상대로 소송을 제기했다. 연방대법원은 수정헌법 제1조와 제14조에 의하여 주법의 적용을 제한하였다. 특히 정보가 공적인 기록에 기재되어 있는 경우에 수정헌법 제1조와 제14조에 의한 공익이 프라이버시 이익에 우월함을 인정했다(Cox Broadcasting Corp., v. Cohn, 420 U.S. 469, 494 (1975)).

32) 연방대법원은 6 대 3으로 신문사가 합법적으로 취득한 진실한 정보가 공적인 관심사에 해당하는 경우에 공개로 개인의 프라이버시를 침해하여도 헌법적으로 허용된다고 보았다(The Florida Star, v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989)).

가치(newsworthiness)'란 일반인의 알 권리에 해당하는 것으로 개인의 프라이버시를 희생하더라도 보호된다.

(다) 거짓된 印象의 公表

거짓된 印象의 公表라 함은 매우 혐오스러운 방법으로 대중에게 원고에 대한 허위의 인상을 갖도록 표현하는 것을 말한다. 통상 이러한 프라이버시 침해는 허위정보를 알린 것에 대한 불법행위라는 점에서 명예훼손과 중복된다. 따라서 불법행위의 요건은 명예훼손과 유사하다. 즉 원고는 자신에 관한 정보가 공개되었고 그것이 허위임을 증명하여야 한다. 그러나 명예훼손과 달리 공개의 정도는 일반대중에게 알려질 것을 요건으로 한다. 명예훼손과 주된 차이점은 개인의 정신적인 고통에 대한 보상을 목적으로 하고 명예에 대한 손해를 보호하는 것은 아니다. 즉 명예에 대한 피해를 입증할 수 없지만, 정신적인 충격을 수반한 경우에 이 불법행위만이 적합하다.

거짓된 印象의 公表라는 불법행위는 일반적으로 3가지의 유형, 즉 歪曲(distortion), 誇張(embellishment), 脚色(fictionalization)으로 구분된다. 먼저 왜곡은 원문의 내용과는 무관하게 원고의 사진이나 성명 등을 마치 관련되어 있는 것처럼 공개하는 경우이다.³³⁾ 과장은 기사에 허위정보가 부가되는 경우이다.³⁴⁾ 각색은 가상적인 이야기 속에서 실존

33) 이에 대한 전형적인 사례로 10세 소녀가 차에 충돌할 순간에 보행인이 소녀를 들어 올리는 극적인 장면을 신문기자가 촬영했다. 이 사건은 다음날 기사화되었고 뉴스 가치가 있는 공표로 인정되었다. 이 사건이 있는 2년 후에, 이 사진은 “그들은 죽기를 원한다”라는 제목하에 보행인의 부주의에 관한 기사의 삽화로 사용되었다. 연방순회법원은 사진의 이용이 일반적인 교통사고와 보행자의 부주의에 관련되어 있으나, 이 사진의 이용은 사고와 아무런 관련이 없고 사고는 소녀의 부주의가 아니라 운전자의 부주의 때문에 발생했으며 사진의 이용은 소녀의 명예를 훼손한 것은 아니지만 혼자 있을 이익을 침해했다고 보았다(Leverton, v. Curtis Publishing Co., 192 F. 2d 974 (3d Cir 1951)).

34) Cantrell, v. Forest City Publishing Co. 사건에서 교각의 붕괴로 24명이 사망했고, 그 중에는 Cantrell이 포함되었다. 사건이 발생한 몇 달 후에 기자가 Cantrell의 남은 가족의 가난과 열악한 가정환경을 강조하는 기사를 쓰는데, 그 대부분은 과장된 것이었다. 즉 “Cantrell의 미망인은 무엇이 일어났는지에 대해서도 무엇을 하고 있는지에 대해서도 대답하지 않았다. 그녀는 장례식에서와 마찬가지로 아무런 표정도 하고 있지 않다. 그녀는 자존심이 강한 여자이다. 사고 후에 마을 사람들이 돈을 주었으나, 이를 받기를 거절했다”고 그녀는 말했다. 사실 기자가 그녀의

하는 개인을 등장인물로 묘사한 경우이다.

(라) 姓名 또는 類似性的 不當한 利用

타인의 성명 또는 유사성을 본인의 동의없이 상업적으로 이용하는 커먼로상 프라이버시의 불법행위이다. 미국에 있어서 이 불법행위는 부당한 이용(misappropriation) 또는 퍼블리시티권(the right of publicity)의 침해라고도 한다. 즉 인격권과 독립된 퍼블리시티권을 인정하는 州는 이 권리를 본질적으로 재산적 이익으로 본다. 따라서 타인에게 양도할 수 있고, 퍼블리시티권의 실행은 사후에도 지속된다.³⁵⁾ 이에 반하여 독립된 퍼블리시티권을 인정하지 아니하는 州는 인격적인 독점권에 관한 프라이버시 침해로 전통적인 법규에 따라서 성명 또는 유사성의 이용에 의한 소송을 제기해야 한다.³⁶⁾ 미연방대법원은 뉴스로서의 가치가 있다고 하여도 원고의 실연의 전과정을 방송하는 경우에 퍼블리시티권을 침해한 것으로 보았다³⁷⁾. 결국 이들 이론은 개인에게 자신을 스스로 상업적인 목적으로 이용할 수 있는 독점권을 주려고 하는 데에 있다.

姓名 또는 類似性的 不當한 利用이라는 불법행위는 원고의 성명이나 유사성이 상업적으로 이용됨을 요건으로 하고 있다.³⁸⁾ 예컨대, 상품이나

집을 방문했을 때 아이들만 있었고, 가사와는 반대로 그녀와는 아무런 대화도 나누지 못했다. 연방대법원은 “기자인 Eszterhas가 문제의 기사에 있는 여러 개의 인용문들이 사실이 아니라는 것을 분명히 알고 있었고, 특히 방문시에 Cantrell부인이 집에 있었고 ‘무표정’ 등의 모습을 하고 있었다고 분명히 암시하고 있다. 이것은 ‘現實的인 惡意’에 해당되고, 원고의 프라이버시를 침해했다고 보았다(Cantrell, v. Forest City Publishing Co., 419 U.S. 245 (1974)).

35) 예컨대, 캘리포니아 주에서는 사후 50년간 사자의 성명, 목소리, 외모 등에 대한 상업적 가치를 보호하고 소유권 양도의 방식으로 양도할 수 있다.

36) Jelezny, Communication Law, Wadworth Publishing Company, 1997, p.162.

37) 연방대법원은 실연자의 전체 행동을 동의없이 방송한 경우에 수정헌법 제1조와 제14조의 뉴스매체로 보호되지 아니하고 실연자에게 손해배상을 허용했다(Zacchini, v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562(1977)).

38) Cher, v. Forum International Ltd.사건에서, 연예인 Cher와 작가인 Fred Robins는 US라는 잡지에 게재하는 것을 조건으로 인터뷰를 했다. 기사는 US잡지에 기고했으나 반송되었다. Robins는 기사를 외설적인 잡지인 Star와 Forum에 팔았다. Cher는 Star잡지가 ‘독점 인터뷰’라는 광고문으로 마치 자신의 허락을 받은

서비스의 광고에 담겨 있는 사진은 상업적인 이용에 해당하는 전형적인 사례에 해당된다. 이 경우에 원고는 소송에서 승소하기 위하여 자신의 식별가능성을 증명해야 하고, 이 요건은 성명이나 사진에 의하여 쉽게 증명된다. 유사성은 이밖에도 원고의 별명, 목소리 또는 기타의 식별할 수 있는 특징을 포함한다. 그렇지만 원고의 성명이나 외모가 비록 상업적으로 사용되었다고 하여도 부수적 이용에 불과한 경우에는 프라이버시의 침해가 아니다. 반면에 원고의 성명 또는 유사성이 선전이나 광고 등에 이용되는 경우에는 대부분 프라이버시의 침해에 해당된다. 언론기관이 프라이버시를 침해한 것인지 여부의 결정은 그 목적이 공익과 공적인 관심사에 역점을 두는 뉴스인지 아니면 관련 언론기관의 상업적인 동기가 주된 것인지에 의한다.³⁹⁾

(2) 名譽毀損과의 關係

1) 名譽毀損의 登場

각국의 명예훼손은 20세기 이래로 언론매체의 발달에 따라서 급격한 변화를 경험하여 왔고 그 사회의 정치적·문화적 및 기술적 변화에 따라서 상이한 기준을 적용하고 있다. 전통적인 매체에서는 소수의 지식인만이 자신의 견해를 밝힐 수 있었던 것과는 달리 인터넷 통신에서는 누구나 기술적·유형적인 제약없이 자신의 주장을 밝힐 수 있는 기회를 가지므로 언론·출판의 자유와 통신의 자유에 혁명적인 변화를 초래하고 있고 명예훼손에도 새로운 변화를 야기하고 있다.

인터넷상 허위정보의 유통으로 인한 개인의 명예를 침해하는 사례가 급증하고 있고 명예훼손에 의한 개인정보의 간접적인 보호도 부각되고 있다. 이러한 방법에 의한 개인정보의 보호에는 한계가 있다. 즉 명예훼손

것 같은 인상을 주었다고 주장했지만, ‘現實的인 惡意’를 입증하지는 못했다. 그러나 Forum잡지는 광고에 그녀의 이름과 사진 등을 이용했고, “People지나 US지에서 Cher가 결코 말할 수 없었던 것을 Forum지에서 솔직히 털어 놓았다”라고 하여 마치 Forum지와 직접 인터뷰한 것처럼 허위의 인상을 주고 있으며, 이로 인하여 유명인의 가치가 상업적으로 이용되었다고 보았다(Cher, v. Forum International Ltd., 692 F.2d 634 (9th Cir. 1982)).

39) 廉主濠, “美國의 프라이버시 侵害와 言論의 自由”, 言論仲裁, 1995. 겨울호, 66면

손에서 보호하는 명예는 개인에 대한 객관적인 평가이고 개인의 명예감정과 같은 주관적 요소는 보호되지 아니한다. 특히 명예훼손의 성립요건과 관련해서 허위사실이라는 요건(우리 나라와 일본은 진실한 사실도 명예훼손이 성립한다)에 의하여 그리고 제3자의 공개라는 요건에 의해서도 제한된다. 그렇지만 우리 나라의 실무상에서는 인터넷상 허위사실의 유포에 대하여 명예훼손으로 다루고자 하는 경향이 높다.

2) 名譽毀損의 變遷

(가) 美國

미국의 명예훼손은 커먼로와 주법에 의하여 주로 규제되고 있고, 커먼로상 명예훼손은 slander와 libel로 나누어진다. 전자는 口頭에 의한 名譽毀損이고, 후자는 書面에 의한 名譽毀損이다. libel은 원래 형사법에 기초를 두고 있으며 여전히 커먼로상의 범죄로 남아 있다. 이에 반하여 slander는 그 자체만으로는 범죄가 되지 아니한다.⁴⁰⁾ 이러한 구분은 새로운 통신수단의 등장으로 구별이 불분명하게 되었고, libel의 적용은 넓혀지는데 반하여 slander는 축소되고 있다. 즉 전통적인 통신매체인 라디오·TV 등에 의한 명예훼손은 libel로 보고 있다.⁴¹⁾ 이러한 변화에도 불구하고 커먼로에 있어서 slander와 libel 사이의 구별은 여전히 행하여지고 있다.⁴²⁾

커먼로상 명예훼손이 성립하기 위해서는 첫째, 원고에 대하여 명예를 훼손하는 주장(statement)이 있어야 한다. 둘째, 주장은 제3자에게 公開(publication)⁴³⁾되어야 한다. 셋째, 명예훼손적인 주장이 허위이어야

40) Keeton, op. cit., p.785.

41) Keeton, op. cit., pp. 786~788.

42) 不法行爲에 관한 제2 리스테이터먼트는 libel을 ‘서면화되거나 유형적인 형식으로 표현되거나 또는 기타 잠재적으로 서면화 될 특성을 지닌 名譽毀損的인 事項의 公開’라고 정의하고 名譽毀損物의 배포된 지역, 공개의 의도적 및 계획적 특성 또는 영속성의 요소를 가지고 있는 경우에는 slander보다는 libel로 보고 있다 (Restatement of Torts(second), §568). 이러한 면에서 인터넷 통신으로 전송되는 명예훼손에 대하여 slander 보다는 libel로 다루어질 가능성이 높다(Kent D. Stuckey, Internet and Law, Law Journal Seminar-Press, 2000, § 2.03[2]).

한다. 넷째, 적어도 출판자의 경우에는 과실이 있어야 한다. 커먼로상 명예훼손은 전통적으로 고의·과실에 관계없는 엄격책임으로 다루었지만, 연방대법원은 New York Times Co., v. Sullivan 사건을 통하여 명예훼손을 제한하는 憲法的 基準(過失)을 도입했다.⁴⁴⁾ 다섯째, slander의 경우에는 그 자체가 명예훼손이 되지 아니하는 한 특별한 손해를 입증해야 한다.⁴⁵⁾

(나) 獨逸

독일민법 제823조 제1항에서는 인격 자체에 대한 침해를 규정하지 않았다. 즉 민법 제823조 제1항은 身體·健康·生命 및 自由만을 보호한다. 따라서 이 규정은 개인의 실체적인 존재만을 보호할 뿐 인격적 가치로서 개인의 명예를 보호하지는 않았다. 19세기에 이미 많은 유명한 학자들은 ‘一般의 人格權’, 특히 명예권과 사생활권에 대한 불법행위적 보호에 대한 견해를 제시하였으나 이러한 견해는 민법전에 반영되지 못했다.⁴⁶⁾ 민법전의 제2 기초자들은 겨우 민법 제12조에서 성명의 권한없는 사용에 대한 부작위청구를 할 수 있도록 했고, 姓名權은 민법 제823조 제1항의 ‘기타의 권리’로 파악하여 손해배상을 허용하는 데에 그쳤다. 즉

43) 公開(publication)는 피고에 의하여 제3자에게 알리는 통신을 의미하고, 公表(publicity)는 일반대중 또는 다수인에게 실질적으로 공연히 알려진 것으로 볼 수 있는 통신을 말한다(Restatement(second) of Torts, §652 D). 전자는 명예훼손의 요건이고, 후자는 프라이버시의 요건이다.

44) New York Times Co., v. Sullivan 사건에서 New York Times는 정치광고에서 정부의 억압을 예시하는 몇몇의 사건을 기술했다. 즉 알라바마주 몬테고리시에서는 학생시위 후에 최루탄과 총으로 무장한 경찰이 캠퍼스를 포위하고 학생들을 식당에 감금했고 또한 당국은 Martin Luther King의 집을 폭파했다는 혐의를 받고 있으며 King을 경범죄로 7번 체포하여 괴롭혔다고 기술했다. 그러나 경찰이 대규모로 대학 근처에 배치되었지만 결코 캠퍼스를 포위하지도 학생들을 식당에 감금하지도 않았다. 또한 King집이 폭파된 것은 사실이지만 경찰은 관련되어 있지 않았으며 King은 7번이 아니라 4번만 체포되었다. 이와 같이 사건의 부정확한 기술에 대하여 알라바마주 경찰국장인 Sullivan은 커먼로상의 名譽毀損을 이유로 소송을 제기했고 미연방대법원은 처음으로 수정헌법 제1조에 기초하여 전통적인 嚴格責任을 수정하여 過失을 도입했다(New York Times Co., v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)).

45) Keeton, op. cit., p.794; Restatement of Torts(second), §575, comment b.

46) Zweigert/Kötz, a.a.O., S.694.

개별적으로 인격권을 보호하려는 태도에 의하여 一般的 人格權을 의도적으로 제외시켰다. 이에 반하여, 민법전 제1초안의 제704조에서는 일반적 불법행위의 성립요건을 가지고 있었고 名譽는 주된 예로서 볼 수 있었다. 帝國最高法院(Reichgericht, RG)은 입법자의 의도에 따라서 독일 형법 제185조 이하의 규정에 해당하는 경우 민법 제823조 제2항을 통하여 명예를 보호하였다. 즉 고의적인 명예훼손만을 보호할 수 있었고 민법 제847조 제1항 제1문의 위자료를 청구할 수는 없었다. 다만 名譽毀損이 선량한 풍속에 반하는 경우에 한하여 민법 제826조의 적용이 허용될 수 있었다. 그러나 聯邦大法院(Bundesgerichtshof, BGH)은 초기부터 민법 제823조 제1항의 ‘기타 권리’로 ‘一般的 人格權’을 인정하였고 기본법(Grundgesetz) 제1조 제1항에 기초하여 일반적 인격권에는 명예훼손이 포함되는 것으로 보았다.

(다) 日本

일본에 있어서 명예의 위법한 침해는 일본민법 제709조의 불법행위를 구성하고 따라서 명예를 훼손한 자에 손해배상과 기타의 민사상 구제를 청구할 수 있다는 데에는 의문이 없다. 즉 일본민법 제710조와 제723조 『타인의 명예를 훼손한 자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의한 손해배상에 대신하여 또는 손해배상과 함께 명예회복에 적합한 처분을 명할 수 있다』에 의하여 명확해진다.⁴⁷⁾ 名譽毀損에 관련하여 人格權의 轉機를 마련한 것은 ‘北方저널’ 사건이고, 이 사건에서 『名譽는 생명, 신체와 함께 극히 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 동일하게 배타적 권리성을 가진 권리라고 할 수 있다』고 하여, 명예를 위법하게 침해한 자는 ‘人格權으로서의 名譽權’에 기초한 침해행위의 금지를 청구하는 것이 가능하다고 보았다.⁴⁸⁾ 이 사건은 직접적으로 인격권에 기초하여 금지청구를 승인한 점에 있어서 주목되는 판결이고, ‘人格權法’의 發展이라는 측면에서 최고재판소가 처음으로 인격권 개념을 명시적

47) 松井茂記, “名譽毀損と表現の自由”, 新・現代損害賠償法講座(山田幸生 執筆代表), 日本評論社, 1998, 80~81面.

48) 最高判 昭和61・6・11 民集40卷 4号 872頁.

으로 승인한 것으로 보고 있다.⁴⁹⁾ 일본민법에서도 불법행위의 일반적인 규정을 두고 있으므로 名譽毀損에 대하여 민법 제723조 외에는 특별히 명확한 규정은 없다. 이러한 이유로 일본에서도 民事의 名譽毀損은 刑事의 名譽毀損에 따라서 구축되었다. 일본형법 제230조는 『공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무에 관계없이』라고 하여, 비록 공공의 이익에 관한 사항에 대하여 진실을 보도하여도 면책의 여지가 없다. 따라서 일본헌법 제21조의 표현자유에 반한다는 의문이 제기되었고, 형법 제230조의 2『전조의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관련되어 있고 그 목적이 오직 공익을 도모하는 것으로 인정되는 경우에는 事實의 眞否를 판단하여 진실인 것으로 증명된 경우에는 이를 처벌하지 아니한다』를 삽입하는 개정으로 진실한 사실에 의한 名譽毀損을 면책할 수 있는 여지를 만들었다.

(라) 우리 나라

우리 민법전은 제750조에서 일반적 불법행위를 도입하고 있으므로 명예훼손에 대하여 민법 제764조『타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다』외에는 다른 규정을 두지 않았다. 이러한 이유로 판례에 의한 민사적 명예훼손은 형사적 명예훼손에 따라서 구축되었다. 따라서 형법 제307조 제1항에서 『공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자』라고하여 비록 진실한 사실이라고 하여도 명예훼손이 성립할 수 있고, 다만 형법 제310조 『진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다』에 의하여 공익성이 있는 경우에 면책할 수 있는 여지만을 만들었다.⁵⁰⁾ 결국 이와 같은 형사

49) 藤岡康宏, “人格權”, 新·現代損害賠償法 講座 2(山田卑生 執筆代表), 1998, 23面.

50) 우리 나라의 명예훼손은 20세기라는 시대적 상황에 기초를 두고 있고 입법단계에서 진실한 사실의 공개를 제한적으로 허용하고자 하는 입법을 도입했다. 그렇지만 오늘날의 통신환경에서 현행 형법전의 진실한 사실에 대한 명예훼손은 타당하지 아니하다. 형사법에 기초한 민사판례는 명예훼손을 왜곡된 형태로 운용하고 있어서 언론·출판의 자유와 표현의 자유에 중대한 제한을 하고 있다. 자세한 玄大浩, 인터넷상의 名譽毀損과 民事責任, 科學技術法研究(漢南大學校) 제5집, 1999. 12. 127-153面 참조.

적 명예훼손은 판례에 의하여 민사적 명예훼손에 도입되고 있다.

판례에 의한 민사적 명예훼손의 성립은 첫째, 제3자에게 명예훼손적인 주장을 해야 한다. 즉 당사자사이의 명예훼손적인 주장은 명예훼손에 해당하지 아니한다. 둘째 명예훼손적인 주장이 진실인 경우에도 명예훼손이 성립하나, 공익성이 있는 경우에는 위법성을 조각한다.⁵¹⁾ 셋째, 형법 제307조 제1항의 공연성은 민법 제764조의 민사상 명예훼손에는 적용되지 아니하고 제3자에게 공개하는 것으로 족하다.⁵²⁾ 즉 민사적 명예훼손은 당사자 이외의 제3자에게 알려지는 것으로 족하고 공연성은 요구되지 아니한다. 넷째, 피고의 고의 또는 과실을 입증해야 한다.⁵³⁾ 명예는 배타적 법익에 해당하므로 침해와 동시에 위법성을 징표한다고 볼 수도 있지만, 원고는 보호가치가 있는 명예가 침해되었음을 입증해야 한다. 다섯째, 損害를 입증하여야 한다. 즉 민법 제764조의 손해배상이 민법 제750조에 기초한 경우에는 실질적인 손해를 증명해야 하고, 민법 제751조에 기초한 위자료 청구의 경우에는 구체적인 상황을 적시하는 것으로 족하다.

(3) 感情侵害와의 關係

1) 感情侵害의 登場

감정침해는 미국의 대부분 주에서 커먼로상의 不法行爲로 인정하고 있고, 미연방대법원도 不法行爲의 類型으로 다루고 있다. 그렇지만 미국에서도 최근에 이르러서야 그 보호가 허용될 정도로 명예훼손이나 프라이버시와 독립된 법익으로 다루는 데에는 점진적이었다. 感情侵害는 폭행 사건에서 일찍부터 訴因으로 인정되었음에도 불구하고 의도적인 침해에 대해서조차 정신적 평온의 이익에 독립된 법적 보호를 인정하는 것에 주저했다.⁵⁴⁾ 즉 感情侵害는 다른 이익을 침해하는 대부분의 불법행위에 있

51) 大判 1998. 7. 14, [96다17257]; 大判 1999. 2. 9, [98다31356].

52) 大判 1964. 9. 22, [64다261].

53) 大判 1998. 5. 8, [97다34563].

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

어서 손해배상의 요소로 다루어졌을 뿐 獨立된 不法行爲로 보지 않았다. 이러한 태도는 의제적인 또는 사소한 것에 대한 소송의 우려·입증의 불만족 및 책임에 대한 한계 설정에 있어서 어려움 때문에 감정상의 고통만을 독립적으로 보호하는 데에는 점진적이었다. 따라서 최근에 이르러서야 暴行(battery), 脅迫(assault), 不法監禁(false imprisonment), 土地의 侵害(trepass to land) 등과 같은 불법행위의 요소를 입증함이 없이 완전히 독립된 不法行爲責任의 基礎로 인정되었다. 일반적으로 感情侵害는 2가지의 유형, 즉 ‘故意 또는 無分別에 의한 感情侵害’와 ‘過失에 의한 感情侵害’로 나누어진다.

인터넷 통신은 전통적인 통신매체보다 훨씬 용이하고 익명성이 보장되며 대량의 정보를 전달할 수 있는 환경을 지니고 있다. 따라서 음란물이나 음란한 통신 등으로 수신자에게 정신적 고통을 가하는 경우가 증가하고 있는데, 전통적인 통신환경에 있어서도 음란한 통신 등으로부터 법적인 보호를 받을 독립된 가치를 인정하는 경우가 드물다고 하여도 일찍부터 사회적인 문제가 되어 왔다. 이 불법행위는 인격권의 침해와 관련된 정보를 정보주체나 그 가족에게 정신적 고통을 주기 위해서 의도적으로 계속하여 전송한 경우에 진실한 사실이라고 하여도 이로부터 정보주체의 감정평온을 보호하는 데에 적합하다.

2) 感情侵害의 類型

(가) 故意 또는 無分別에 의한 感情侵害

意圖的인 感情侵害는 비록 ‘프라이버시의 침해’ 또는 ‘대중에 대한 공개’를 목적으로 하고 있지는 아니하지만, 프라이버시 유형에서 발달된 불법행위이다. 전형적으로 이 불법행위는 통상적인 행위의 범위를 훨씬 넘어서거나 심한 수치심을 야기하는 무분별한 농담으로부터 보호하는데 사용되어 왔다. 미국의 불법행위에 관한 제2 리스টে이트먼트에서는 ‘의도적으로 또는 무분별하게 과도한 행위를 행한 자는 타인에게 야기된 중대한 感情侵害에 대하여 책임이 있고, 이로 인하여 신체적 손해를 초래한 것에 대해서도 책임이 있다.’⁵⁵⁾고 규정하고 있다. 이 不法行爲의 要件은 상

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

대적으로 간단하다. 첫째, 일반인의 평균적인 감수성에 비추어 상당히 혐오적인 행위이어야만 한다. 이를 ‘過度한 無分別의 行爲(extreme and outrageous conduct)’라고 표시하기도 한다. 이러한 면에서 프라이버시 3개의 不法行爲, 즉 ‘거짓된 인상의 공표’·‘사적인 사항의 공표’ 및 ‘은둔 또는 사사에 대한 침입’의 요건들과 유사하다. 이 요건은 피고가 고의로 不法行爲 또는 犯罪를 했다고 하여도 충족되지 아니한다. 즉 感情侵害의 責任은 행위의 특성이 과도한 경우에만 인정된다. 둘째, 피고는 정신적인 고통을 야기하고자 하는 의도 또는 이러한 고통이 야기될 가능성을 무분별하게 경시했어야 한다. 셋째, 원고는 심한 정신적인 고통을 받았다는 것을 입증해야 한다. 통상적으로 感情侵害는 쇼크(shock)·병(illness) 또는 기타 신체적인 손해를 수반하지만, 이와 같은 신체적인 손해가 없이 정신적인 고통만으로도 소송을 제기할 수 있다.

미연방대법원은 Hustler Magazine, v. Falwell사건에서 수정헌법 제1조와 제14조의 공익과 공적인 관심사에 관한 자유로운 사고와 주장을 보호하기 위하여 공인과 공인된 공무원에 대한 풍자적인 광고에 의한 意圖的인 感情侵害로 인한 손해를 배상받기 위해서는 ‘現實的인 惡意’를 입증해야 한다고 보았다. 또한 感情侵害로부터 공익을 보호하기 위한 州⁵⁶⁾의 利益은 공인에 대한 사실주장이라고 합리적으로 볼 수 없는 언론의 경우에 명백히 혐오적이고 의도적으로 感情侵害를 한 것이라고 하여도 수정헌법 제1조의 보호를 부정하기에 충분하지 않다고 보았다. 결국 이 사건에서 연방대법원은 합리적으로 진실한 사실을 기술한 것으로 볼 수 없는 감정침해에 대하여 피고가 공인인 경우에 책임을 배제한 것으로 만화가와 기타의 풍자 작가도 공인의 풍자를 기술한 경우에 名譽毀損뿐만 아니라 感情侵害로부터도 보호되어야 한다고 보았다.⁵⁷⁾

56) 버지니아주 법에서는 원고가 의도적인 感情侵害에 의한 소송을 하기 위해서 피고의 행위가 ①고의 또는 무분별하고 ②일반적으로 받아들일 수 있는 품위 또는 도덕의 기준에 위반되고 ③원고의 感情侵害로 인한 손해와 인과관계를 지니고 있어야 하며 ④ 초래된 感情侵害가 중대함을 입증해야 한다.

57) Hustler Magazine, v. Falwell사건의 사실관계는 다음과 같다. 1983년 11월에 발행된 Hustler잡지에서는 Campari술에 대한 풍자적인 광고를 실었다. 이 광고문에는 “Jerry Falwell은 첫 경험에 대해서 말했다”라는 제목이 붙어 있었다. Hustler사의 편집자는 허위로 광고문을 만들었고, 광고문에서 ‘첫 경험’을 마치 별채

(나) 過失에 의한 感情侵害

過失에 의한 感情侵害는 정신적·감정적인 평온 자체에 대해 보호하는 것이 아니라 感情侵害로 인한 身體的 損害를 보호하는 것이다. 사실상 의도적 또는 무분별한 感情侵害와 상당 부분이 중복되는 면이 있다. 過失에 의한 感情侵害는 과도한 행위보다 작지만, 행위자가 신체적인 손해를 가져올 수 있다는 부당한 위험과 관련되어 있다.⁵⁸⁾ 즉 미국의 불법행위에 관한 제2 리스টে이트먼트 제313조에서 『感情侵害가 부당한 위험과 관련된 것을 인식했어야만 했거나 또는 感情侵害가 신체적 손해를 가져올 원인이 될 수 있다는 것을 인식했어야 하는 상황에서 의도없이 타인의 감정을 침해한 자는 感情侵害로 인한 신체적 손해에 책임이 있다』고 규정하고 있다.⁵⁹⁾ 이와 같이 過失에 의한 感情侵害는 정신적·감정적 평온 자체를 보호하는 것이 아니다. 즉 행위자의 과실행위에 의하여 신체

에서 음주 중 그의 母와 성관계를 가진 것을 의미하는 것으로 묘사했다. 피고인 Falwell은 장관이자 정치적·공적인 문제에 대한 비평가로 국내적으로 알려진 公人 이었고, 원고인 Hustler Magazine사는 출판자이자 배포자였다. Hustler Magazine사는 광고에 Falwell의 성명과 사진을 사용할 권한을 가지고 있었다. Falwell은 프라이버시·名譽毀損 및 意圖的인 感情侵害로 소송을 제기했다. 프라이버시는 판사의 명령에 의하여 평결에 들어가지 못했고, 名譽毀損에 대해서 배심원은 평결에서 “이 사건에서 풍자광고는 합리적으로 술의 선전에 관한 것으로 이해할 수 있다”고 하여 名譽毀損을 부인했다. 그러나 感情侵害에 대하여 배심원은 배상적 손해와 징벌적 손해로 약 200,000달러를 인정했다. 항소법원은 New York Times, v. Sullivan사건의 ‘現實的인 惡意’ 기준을 근거로 感情侵害를 부인했다. 즉 항소법원은 배심원이 풍자가 합리적으로 실질적인 사실을 기술한 것이 아니라고 평결한 것을 받아들여 광고를 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 주장으로 보았다. 연방대법원은 현실적 악의의 기준은 이 不法行爲에도 적용되어야 한다고 하여 항소법원의 판결을 확정했다(Hustler Magazine, v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)).

58) 예컨대, A의 자동차는 B의 자동차와 충돌했다. 충돌로 B의 자가 사망했고, A는 수술을 해야하는 증상을 입었다. B는 간호사와 의사의 항의와 경고에도 불구하고 A가 입원하고 있는 중환자실에 들어가서 소란을 일으켰다. 이로 말미암아 병실에 입원하고 있던 급성심장병 환자인 D의 쇼크 원인이 되었다. B의 행위는 D에 대하여 책임이 있다(Restatement of Torts(second), §313, comment a).

59) 예컨대, A는 의도적으로 아이에 매우 근접해 있는 개를 쏘았다. A는 아이의 母인 B가 자신의 행위로 경악과 아이의 안전에 불안을 초래할 것을 알고 있었고, A는 이러한 부당한 위험으로 감정적인 장애로 인한 신체적인 손해를 가져올 수 있었음을 인식할 수 있었다. A는 B의 감정적인 장애로 인한 유산에 책임이 있다. 심지어 A의 행위가 과도한 것이 아니라고 하여도 A는 B에게 책임이 있다(Restatement of Torts(second), §314 A, comment f).

적 손해에 대해서만 보호를 하고 다른 법익의 침해없이 오직 感情侵害만 입은 경우에는 소송을 제기할 수 없다.

(4) 不法行爲的 保護의 限界

전통적으로 개인정보의 보호는 위에서 살펴본 불법행위 유형과 관련하여 보호되었고 여전히 주된 보호의 기초가 되고 있다. 그렇지만 불법행위에 의한 간접적인 방법으로 개인정보를 보호하기에는 다음과 같은 한계가 있다.

첫째, 프라이버시라는 不法行爲에 의한 개인정보의 보호와 관련하여 물리적인 침해에 주로 기초를 두고 있으므로 미국에서도 1960년 말부터 1970년 초 정보화 사회가 진전됨에 따라 커먼로상의 프라이버시로 개인정보를 보호하기에 일정한 한계가 있음이 밝혀졌다(자세한 것은 정보프라이버시에서 살펴본다).

둘째, 명예훼손에 의한 개인정보의 보호와 관련해서 각국마다 명예훼손에 차이가 있지만, 명예라는 사회적 지위를 보호법익으로 하고 명예감정을 보호하지는 아니한다. 따라서 개인정보의 명예훼손적인 보호에는 한계가 있다.

셋째, 감정침해에 의한 개인정보의 보호는 ‘과도한 무분별의 행위’라는 요건에 의하여 제한된다. 감정침해라는 불법행위는 인터넷상의 음란물이나 음란행위에 관련하여 정보주체를 보호할 수 있다. 예컨대, 음란한 내용의 개인정보가 진실한 사실이라 하여도 지속적이고 의도적으로 당사자에게 전송하여 정신적 고통을 주는 경우이다. 이러한 행위는 인터넷상에서 당사자 사이의 電子郵便 등의 다양한 수단으로 행하여질 수 있고, 뉴스그룹과 웹상의 홈페이지를 통하여 이루어지는 경우에는 일반인에 대한 공개성으로 말미암아 명예훼손 또는 프라이버시 침해와 중복될 수 있다.

결국 오늘날과 같은 정보통신환경에서 불법행위에 의한 개인정보의 간접적인 보호는 미흡하다. 따라서 이들 불법행위와 독립된 새로운 권리로 ‘정보프라이버시권’ 또는 ‘정보의 자기결정권’을 허용하고자 하는 시도가 국내·외적으로 행하여지고 있다.

4. 情報프라이버시

(1) 情報프라이버시의 概念

위에서 살펴본 것처럼 전통적인 불법행위에 의한 개인정보의 간접적인 보호는 정보시스템의 발달과 인터넷 통신이 등장하면서 그 한계가 나타났다. 따라서 각국의 판례와 입법은 불법행위적 보호를 넘어서 개인정보에 대하여 정보주체의 권리를 강화하려고 하고 있다. 즉 미국에서는 커먼로상 프라이버시에 의한 정보보호를 넘어서 정보주체에게 자신의 정보에 대한 일정한 참여권을 행사할 수 있도록 새로운 ‘情報프라이버시(information privacy)’ 또는 ‘情報의 自己決定權’을 도입하고 있다. 여기서 情報프라이버시란 개인 또는 단체가 자신에 관한 정보를 언제, 어떻게, 어느 정도 타인에게 공개할 것인가를 스스로 결정할 수 있는 권리로 정의하고 있다⁶⁰⁾. 독일의 헌법재판소에서도 인구통계법(Volkszählungsgesetz)과 관련 사건⁶¹⁾에서 정보의 자기결정권을 인정하여 정보주체에게 자신의 정보에 대한 일정한 참여기회를 주도록 하고 있다.⁶²⁾

정보프라이버시는 소극적인 의미에서 정보의 비밀성을 보장한다는 점에서 전통적인 프라이버시와 유사하지만, 정보주체가 자신의 정보를 보

60) Alan. Westin, The Equifax Report on Consumers in the Information Age X V III(1990); National Information Infrastructure Task Force, “Options for Promoting Privacy on the National Information Infrastructure”, 1997. (<http://www.iitf.nic.gov/ipc/privacy.htm>).

61) 이 사건에서 연방헌법재판소는 情報의 自己決定權이란 무제한으로 보호되는 권리가 아니고, 공익이 우월한 경우에 제한된다고 보았다. 여기서 공익에 의한 제한은 기본법 제2조 제1항과 관련하여 규범의 명확성 요건에 부합해야 하고 비례의 원칙에도 부합해야 한다. 또한 입법자는 인격권 침해의 위험에 대처할 행정법적 및 절차법적인 예방수단을 배려해야 하고, 나아가 헌법적 제한은 공익에 기초하는 경우에만 정당화되고 선택된 수단이 목적달성에 적합해야 하며 침해의 중대성과 상당한 근거사이의 전체적인 형량을 고려해야 한다고 보았다. 문제된 인구통계법은 불가침한 인간의 가치에 관한 등록이나 카타로그화를 하는 것이 아니고, 헌법상의 명확성과 비례성에도 부합한다. 그러나 수집된 데이터의 이용과 공개에 관련하여 인구통계법 제9조 제1항에서 제3항까지의 규정은 절차법적 예방수단을 구비하고 있지 아니하므로 일반적 인격권에 저촉된다(BVerfGE 71, 1834=NJW 1986. 1536).

62) Simitis, “Datenschutz-Rückschrift oder Neubeginn?”, NJW 1998, S.2473.

유하고 있는 자를 상대로 개인정보의 이용, 공개, 삭제 및 정정 등을 청구할 수 있는 적극적인 권리라는 점에서 차이가 있다

(2) 情報프라이버시의 根據와 動向

1) 根據

정보주체가 자신에 관한 정보를 통제할 수 있는 근거와 방법에 대한 의문이 제기되는데 헌법의 프라이버시권을 근거로 내세우는 견해가 대부분이나, 개인정보를 개인의 재산이라고 봄으로써 개인이 그것을 소유하고 통제할 권리를 갖는다고 보는 견해도 있다. 후자에 의하면 타인의 정보를 얻으려는 사람은 부동산이나 동산 등 다른 종류의 재산과 마찬가지로 당해 정보주체의 허락을 받아야 한다는 것이다.

(가) 憲法的 根據

미연방헌법에서 프라이버시권을 인정하는 명시적 조항은 없으나, 연방 대법원이 몇 가지의 헌법상 권리를 기초로 하여 개인의 프라이버시를 보호하고 있다. 연방헌법재판소는 情報의 自己決定權을 기본법 제2조 제1항(인격권)과 제1조 제1항(인간의 존엄과 가치)에서 찾고 있고, 특정할 수 있는 개인정보의 공개 및 이용에 관하여 정보주체의 권한을 보호하고 있다. 우리 나라는 제5공화국 헌법의 제17조에서 『모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다』라고 하여 사생활의 비밀과 자유를 보호하고 있는데, 이 조항이 정보프라이버시권을 허용하는 가장 유력한 조문이라고 볼 수 있고 이외에도 헌법 제17조의 통신비밀, 헌법 제37조 제1항을 들 수 있다.

(나) 프라이버시와의 關係

정보프라이버시권은 커먼로상의 프라이버시에 기초를 두고 있지만, 전통적인 프라이버시이가 개인의 감정이라는 인격적 가치를 보호하는데 비하여 정보프라이버시는 정보주체의 정보에 대한 참여권을 보장하는 데에 있다. 즉 정보프라이버시는 소극적으로 정보의 비밀성을 보장하는 점에서 전통적인 프라이버시와 유사하지만, 적극적인 권리형태로 정보에 대

한 정보주체의 참여권을 보장하는 점에서 차이가 있다.

전통적인 4개의 프라이버시에 의한 개인정보의 보호와 정보프라이버시와의 차이를 비교할 필요가 있다. 즉 Prosser의 네 가지 프라이버시 침해유형 중에서, ‘私的인 事項에 관한 公表’가 정보프라이버시의 침해에 가장 가까울 것으로 생각된다. 이 불법행위는 개인정보를 부당하게 통상의 범위를 넘어 공개한 경우로서 공공이익에 부합하지 아니하는 경우에도 성립할 수 있으며, 공개한 내용이 진실이라는 이유로 면책되지 아니한다. 그러나 당사자가 공문서로부터 개인정보를 얻은 경우에는 보호할 수 없다. 결국 이 불법행위를 정보프라이버시에 적용함에는 공문서 등을 통해서 대중의 접근이 가능한 개인정보를 제3자에게 유출시키는 행위를 과연 공표라고 볼 수 있는냐의 문제와 그와 같이 본다고 하여도 일반대중이 아닌 특정그룹 사이에서만 개인정보가 유통되었을 경우에는 공표의 요건에 해당되지 않는다는 데에 그 한계가 있다. ‘隱遁 또는 私事에 대한 侵入’은 대부분의 경우가 주거침해의 사례에 적용되고 있고 따라서 정보수집의 수단에 대한 잠재적 제한이외에 개인정보의 보호에는 도움이 안 된다. 정보프라이버시의 경우 일차적으로는 정보주체가 자발적으로 공개한 정보를 원래 목적에 어긋나게 제3자에게 유출시키는 경우가 문제되는데, 제3자에게 유출시키는 단계에서는 침입이 있다고 보기 어렵다는 점에 한계가 있다. 개인식별요소인 ‘姓名 또는 類似性의 不當한 利用’은 프라이버시권을 재산권의 측면에서 보는 면도 있는데, 이제까지 법원에서 타인의 특정 개인에 관한 정보를 소유하고 있다는 사실만으로 프라이버시의 침해에 해당된다고 판시한 사례가 없으므로 위 유형 역시 정보프라이버시의 보호에는 미흡하다. 그리고 이 불법행위가 금지하려는 것은 사업자들이 타인의 식별항목을 광고 등 상업적 목적에 사용하는 것이므로 단지 개인정보의 무단유출을 막으려는 것은 여기에 해당하는 것으로 보기 어렵다. ‘거짓된 印象의 公表’ 역시 유출되는 개인정보는 일반적으로 거짓이 아니며 설사 정보제공자가 그릇된 정보를 유출시켰다 하더라도 개인정보를 유출시키는 것만으로는 공표라고 보기 어렵기 때문에 적용가능성이 낮다. 결국 Prosser교수가 분류한 네 가지 침해유형 모두 개인정보의 보호에 있어서 적용범위가 한정되어 있으므로 개인정보의 보호에

미흡하고 따라서 새로운 정보프라이버시라는 정보 자체를 보호하는 개념을 도입할 필요성이 나타났다.

2) 動向

앞에서 살펴본 것처럼 개인정보의 보호와 관련 OECD와 EU의 지침 및 각국의 개인정보관련보호법은 기존의 불법행위적 보호를 넘어서 정보주체에게 일정한 권리를 부여하고 있다.

(3) 情報프라이버시의 侵害와 保護 範圍

1) 侵害의 類型

위에서 정보프라이버시의 내용과 관련하여 국제기구와 각국의 입법에서 보호하는 사항을 정보프라이버시의 침해 유형으로 나누어서 보면, 다음과 같다.

첫째, 개인정보의 수집과 관련하여 정보수집자가 성명이나 목적을 밝히지 아니하거나 허위의 목적을 밝히고 정보를 수집하는 경우이다. 둘째, 정당하게 수집된 개인정보의 이용과 관련하여 원래의 목적이외의 목적으로 이용하는 경우이다. 예컨대, 정보통신서비스제공자가 서비스 제공과 관련하여 수집한 이용자의 성명, 주소, 전화번호 등을 각종의 광고에 활용하는 경우이다. 셋째, 개인정보의 보관 내지 저장과 관련하여 부당히 장기간 보유하거나 제3자에게 무단으로 유출하는 경우이다. 넷째, 개인정보의 진실성 및 최신성과 관련하여 부정확한 정보 또는 과거의 정보를 최신의 정보로 교체하지 아니한 경우이다. 이 경우에는 주로 신용정보와 관련하여 문제가 된다. 신용정보의 경우 대개 정보의 무단공개 그 자체보다는 허위 또는 과거의 신용정보에 의한 침해가 문제된다. 따라서 정보주체는 자신에 관한 신용정보가 어떻게 기록되어 있는가를 알고 싶어 하고 신용불량을 이유로 대출이 거절된 경우 그 정확한 이유를 알기 위해 신용정보개시청구에 관하여 많은 관심을 갖게 된다. 다섯째, 개인정보의 수집·등록·이용의 실태에 대하여 정보주체에게 알리지 아니하는 경우, 정보의 개시청구도 허용하지 아니하는 경우 또는 잘못된 정보의 정

정·삭제의 청구를 허용하지 아니하는 경우이다. 여섯째, 사업자측의 관리책임자를 명확히 하지 아니한 경우이다.

2) 適用 領域

情報프라이버시라는 개념 자체의 포괄성과 상대성으로 보호의 유형과 범위를 특정하기 쉽지 아니하다. 따라서 미국의 ‘프라이버시에 관한 백서’에서는 주로 프라이버시가 문제되고 있는 4개의 분야(또는 영역), 즉 정부기록·통신·의료 및 시장에서의 프라이버시로 나누어서 살펴보고 있다.⁶³⁾

첫째, 공문서에 있는 개인정보는 원칙적으로 프라이버시로 보호되지 아니한다. 따라서 여러 특별법에 의하여 행정기관에 의한 개인정보의 취득·이용 및 공개를 제한하고 있다.⁶⁴⁾

둘째, 컴퓨터를 이용한 정보의 교환에 있어서 프라이버시는 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 보호된다. 예컨대, 전자우편을 암호화하지 아니한 상태에서 전자게시판에 올린 경우 수신자만이 읽을 수 있다고 합리적으로 기대할 수 없다.⁶⁵⁾

셋째, 의료기록의 데이터 베이스화로 말미암아 의료기록에 대한 프라이버시가 문제된다. 의료기록의 보유자는 권한없는 자의 이용을 막을 적절한 암호를 구비해야 한다.

넷째, 전자거래에 있어서 상품이나 서비스의 구입·이용으로 말미암아 발생하는 전자적인 데이터에 관련된 개인정보를 들 수 있다. 상품 판매자와 서비스 제공자에게는 재산적 가치를 지닌 정보이고, 정보주체인 개인에게는 프라이버시와 관련되어 있다. 오늘날과 같이 다양화되고 급변하는 사회에 있어서 시장에 대한 정보와 소비자 개인정보는 사업을 수행하는 데에 필요 불가결하다. 즉 소비자의 개인정보는 사업자에게 제공하

63) National Information Infrastructure Task Force, op. cit.

64) 예컨대, Privacy Act of 1974, Computer Matching and Privacy Protection Act of 1988, Paperwork Reduction Act, Freedom of Information Act 등을 두고 있다.

65) 전자우편의 프라이버시 보호에 관하여 ‘Electronic Communication Privacy Act of 1986’에 의하여 규제하고 있다.

는 상품이나 서비스의 類型과 量을 결정하게 하고 소비자의 취향에 맞는 제품을 개발할 수 있게 하며 또한 각종의 광고를 통하여 직접 소비자에게 판매할 수 있는 중요한 기능을 수행한다. 이렇게 하여 사업자에게는 영업비용을, 소비자에게는 적절한 상품이나 서비스를 공급하게 하여 사회적 비용을 줄이고 효율 및 능률을 극대화할 수 있게 한다. 사실 개인의 프라이버시 보호이익과 사업자의 이익이 반드시 상충되는 것도 아니며 소비자들도 사업자들의 개인정보이용으로 혜택을 받을 수 있다. 예컨대, 소비자의 개인정보는 금융업자에게 그 신용을 용이하게 파악할 수 있게 하여 신용대출을 간편하게 할 수 있다.⁶⁶⁾

이들 영역에서 개인정보는 전통적인 불법행위에 의한 보호를 넘어서 정보주체의 정보권을 인정해야 할 사회적 필요성이 나타나고 있고, 이러한 수요에 따라서 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’과 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’ 등이 제정되었으며 최근에는 전자적 의료기록에 대한 입법의 필요성이 제기되고 있다.

(4) 情報프라이버시의 限界

미연방대법원은 Wahlen, v. Roe사건⁶⁷⁾에서 情報프라이버시를 전제로 하는 입장을 취하고 있다고 볼 수 있지만, 아직까지 판례에서는 개인정보에 대한 일반적인 프라이버시권을 인정하는 데에 신중한 입장을 취하고 있다. 실제로 개인정보를 무단으로 전송 또는 공개한 것만으로 不法行爲責任을 인정하기를 주저해 왔다. 그 이유로는 첫째 개인정보의 무단유출만으로는 프라이버시의 침해 유형에서 공통으로 요구하고 있는 공개의 요건을 충족한다고 보기 어렵다. 둘째 표현의 자유에 의하여 프라이버시의 침해가 좁게 해석된다. 미연방대법원도 합법적으로 취득한 정

66) 鄭載勳, “民間部門에서의 情報프라이버시權”, 情報法學(제2호), 韓國情報法學會, 1988. 참조.

67) Wahlen, v. Roe사건에서 뉴욕주 법은 유해한 약품을 분류하고, 이들 약품의 사용과 관련된 의사, 약사, 약품 및 투약량, 환자의 이름·주소 및 연령을 연방보건의 컴퓨터에 등록하도록 규정하고 있었다. 항소인은 뉴욕주 법이 프라이버시 영역에 대한 헌법적인 보호를 침해했다고 주장했다. 연방대법원은 이에 대하여 주의 정당한 행사에 해당되고, 수정헌법 제14조의 권리 또는 자유에 대한 침해에 해당하지 아니하는 것으로 보았다(Wahlen, v. Roe, 429 U.S.589 (1977)).

보에 대하여 공익을 내세워서 법적 책임을 배제하였다.⁶⁸⁾ 셋째 공문서에서 얻을 수 있는 공개대상이 되는 인원수에 관해서도 명예훼손의 경우보다 다수를 요구하고 있으며, 넷째 개인정보가 개인적인 것인지의 여부에 대해서 명백한 결론이 내려져 있지 않다. 다섯째 정보프라이버시는 전통적인 프라이버시보다는 강한 보호에 해당되고 따라서 이를 그대로 허용하는 경우에는 언론·출판의 자유에 중대한 제한이 된다.

위에서 지적한 것처럼 정보프라이버시권은 그 유형과 범위를 특정하기가 어렵고 또한 개별적인 사례에 따라서 검토한다고 하여도 표현의 자유와 언론·출판의 자유 및 통신의 자유에 대한 직접적인 제한의 형태로 나타나기 때문에 허용하기가 쉽지 않다. 즉 정보프라이버시권은 국내·외적으로 입법과 판례에 의하여 제한적으로 허용되고 있지만, 그 구체적인 권리의 유형과 내용에 있어서는 차이가 있고 그 사회의 통신기술과 문화적 요소 및 입법정책이 강하게 작용하고 있다.

5. 個人情報의 侵害와 救濟

개인정보는 위에서 살펴본 것처럼 전통적인 불법행위에 기초한 방법과 정보프라이버시라는 새로운 권리에 기초한 입법에 의한 방법으로 강화상 나눌 수 있다.

(1) 侵害行爲

개인정보가 불법행위적 보호를 받기 위해서는 적어도 다음과 같은 요건이 필요하다. 첫째 생존하는 개인을 특정할 수 있어야 하고, 둘째 개인 정보는 인격권의 중대한 침해와 관련되어 있어야 하며, 셋째 개인정보가 비밀성을 유지하고 있어야 한다. 넷째 개인정보의 침해행위, 즉 不正取得行爲·不正利用行爲 또는 不正公開行爲가 있어야 한다. 그렇지만 민법 제750조의 불법행위에 비추어 개인정보의 침해행위를 검토해보면, 부정 취득행위는 실무상 그 자체만으로 불법행위로 보기에 어려움이 있고

68) Florida Star, v. B.J.F. 491 U.S. 524 (1989); Smith, v. Daily Mail Publishing Co. 443 U.S. 97 (1979); Cox Broadcasting Corp., v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975).

실질적인 손해도 발생시키지 아니한다. 다만 침해예방청구 및 제거청구와 관련하여 침해행위의 유형으로 볼 수 있다. 부정이용행위와 부정공개행위는 불법행위적 보호를 받을 수 있는 전형적인 침해행위에 해당되는데, 중대한 인격권의 침해를 수반하지 아니하는 한 정보 자체의 부정한 이용이나 공개행위만으로는 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.

정보프라이버시에 의한 개인정보보호의 경우에도 위의 첫째, 셋째, 넷째의 요건이 요구되지만, 둘째의 요건은 불필요하다. 즉 정보 자체의 독자적인 비밀성과 정보주체의 참여권을 보장하는 데에 목적이 있기 때문이다. 정보프라이버시의 침해행위는 위의 3가지 침해행위가 모두 전형적인 침해에 해당된다.

(2) 救濟手段

개인정보의 침해와 관련한 민사적 구제수단으로 손해배상과 금지청구는 정보의 특성으로 다른 재산권의 침해와 비교하여 그 실효성이 적다. 따라서 형사적·행정적 제재수단이 더 적합한 면도 있다. 그렇지만 개인정보의 침해에 대한 원상회복이라는 실질적인 구제와 관련하여 민사적 구제수단은 중국적인 구제수단이자 가장 중요한 구제수단이다.

1) 損害賠償

개인정보의 침해를 불법행위로 다루어 손해배상을 허용하기 위해서는 정보 자체의 침해만으로는 손해배상을 받을 수 없다. 즉 정보침해로 인하여 정보주체의 부수적인 신체적·정신적 손해를 입증하여야 한다.

정보프라이버시 보호와 관련 현행 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’과 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’에서는 개인정보의 침해에 대하여 손해배상책임을 규정하지 아니하고 있다. 결국 공공기관과 정보통신서비스제공자가 개인정보를 정보주체의 허락없이 수집, 이용 또는 공개한 경우 민법 제750조와 제751조에 의하여 손해배상을 청구할 수밖에 없다. 그렇지만 실무상 개인정보의 취득행위와 관련된 손해배상은 허용하기 어렵다. 왜냐하면 개인정보를 수집하는 것 자체는 정보주체에게 어떠한 손해도 발생시키지 아니하기 때문이다. 결국 허락을 받지 아니한 이용행위 또는 공개행위와 관련하여 손해배상책임이 허용될 수 있는데, 실질적인

손해를 입증해야 하는 문제에 직면하게 되고 비재산적 손해와 관련해서도 구체적인 사실을 적시해야 한다는 어려움이 있다. 따라서 개인정보와 관련하여 손해배상이라는 민사적 구제수단은 침해의 예방이라는 차원에서 그 실효성이 낮다고 할 수 있지만, 피해의 원상회복이라는 면에서는 종국적이고 가장 중요한 구제수단임은 의문이 없다.

2) 禁止請求 등

개인정보의 보호는 불법행위에 기초한 경우에는 프라이버시와 마찬가지로 공개되는 순간부터 비밀성이 사라지고 더 이상은 법적 보호를 받을 수 없다는 특성 때문에 실질적인 금지청구의 행사에는 제약이 있다. 즉 민사적 불법행위의 침해예방청구는 개인정보를 수집하는 행위 자체를 금지할 수는 없다. 따라서 침해예방청구도 실질적으로 행사할 수 있는 경우는 드물다. 침해제거청구와 관련해서도 개인정보의 수집 및 보유 행위 자체만으로는 원칙적으로 위법하다고 할 수 없고, 따라서 직접적인 인격권 침해의 우려가 현존하지 아니하는 한 그 제거를 청구할 수 없다. 부당한 이용행위와 공개행위는 인격권 침해의 우려가 현존하는 경우에 침해의 제거를 청구할 수 있다.

정보프라이버시에 의한 경우에는 아래에서 자세히 살펴보겠지만, 위의 금지청구와 같이 소극적인 보호에만 그치는 것이 아니라 적극적으로 개인정보보유자에게 정보의 수집의 제한, 정보의 삭제·정정, 정보이용의 제한 등을 청구할 수 있다.

6. 現行法과 改善方案

‘공공기관의개인정보보호에관한법률’과 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’은 아래와 같은 내용을 두고서 개인정보를 보호하고 있는데, 그 내용상 정보프라이버시를 구체화하고 있다. 이들 법률에서 다루고 있는 정보프라이버시의 내용을 중심으로 상호 비교하여 살펴볼 필요가 있다. 여기서는 단순히 법조항을 비교하는 것에 그치는 것으로 정보프라이버시와 관련 조항을 간략히 살펴본다.

(1) 現行法과 情報프라이버시權

전통적으로 타인에 대한 개인정보의 수집은 자유이고 수집된 개인정보의 이용이나 공개도 정보주체의 인격적 이익(명예나 프라이버시 등)을 침해하지 아니하는 한 아무런 간섭을 받지 아니한다. 그러나 이러한 원리는 전통적인 통신환경에서 그대로 유지할 수 있지만, 오늘날의 정보시스템과 인터넷 환경에서는 일정한 자(공공기관, 서비스제공자 등)에 의한 개인정보의 수집, 이용 또는 공개를 제한해야 할 필요성이 나타나고 있다.

1) 個人情報의 蒐集 및 處理에 대한 制限

공공기관은 개인의 사상·신조등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다(공공기관의개인정보 보호에관한법률 제4조 전단). 즉 공공기관의 업무와 관련되어 있다고 하여도 민감한 개인정보에 대하여 그 수집 자체를 금지하고 있다.

정보통신서비스제공자는 정보통신서비스 이용계약의 이행을 위하여 필요한 경우, 정보통신서비스의 제공에 따른 料金精算을 위하여 필요한 경우 그리고 기타 법률에서 정한 경우를 제외하고는 이용자의 개인정보를 수집하는 때에 당해 이용자의 동의를 받아야 하고, 정보통신서비스의 제공에 필요한 최소한의 정보를 수집하여야 한다(정보통신망이용촉진등에 관한법률 제16조). 이 경우에 정보통신서비스제공자가 동의를 받고자 하는 경우에는 다음을 이용자에게 告知하거나 정보통신서비스 이용약관에 명시하여야 한다.

- (i) 개인정보 관리책임자의 소속·姓名 및 電話番號 기타 連絡處
- (ii) 개인정보의 蒐集目的 및 利用目的, 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우의 제공받는 자
- (iii) 제공목적 및 제공할 정보의 내용
- (iv) 동의의 철회, 관람 및 정정청구에 관한 권리 및 그 행사방법
- (v) 기타 개인정보 보호를 위하여 필요한 사항으로서 大統領令이 정하는 사항

2) 個人情報의 安全性確保등의 原則

공공기관은 개인정보를 처리함에 있어서 개인정보가 紛失·盜難·漏出·變造 또는 훼손되지 아니하도록 안전성 확보에 필요한 조치를 강구하여야 하고, 處理情報의 정확성 및 最新性を 확보하도록 노력하여야 한다(공공기관의개인정보보호에관한법률 제9조 제1항, 제2항). 즉 공공기관은 안전성 확보와 관련 기술적·제도적 장치를 마련하여야 하고 수집된 개인정보의 정확성과 최신성을 유지하여 개인정보 주체에 대한 잘못된 정보를 보유하여서는 안 된다.

정보통신서비스제공자는 수집된 이용자의 개인정보를 취급함에 있어서 개인정보가 紛失·盜難·漏出·變造 또는 훼손되지 아니하도록 안전성 확보에 필요한 기술적 조치 등을 강구하여야 한다(정보통신망이용촉진등에관한법률 제16조 제4항).

3) 處理情報의 利用 및 提供의 制限

공공기관이 합법적으로 수집한 개인정보를 내부에서 이용하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보의 보유 목적외의 목적으로 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 아니된다(공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제1항). 다만 정보주체의 동의가 있거나 情報主體에게 제공하는 경우, 統計作成 및 學術研究등의 目的을 위한 경우로서 특정개인을 식별할 수 없는 형태로 제공하는 경우 기타 법령상에서 정한 경우에 당해 개인정보화일의 保有目的외의 목적으로 處理情報를 이용하거나 다른 機關에 제공할 수 있다(동법 제10조 제2항).

정보통신서비스제공자는 정보통신서비스의 제공에 따른 料金精算을 위하여 필요한 경우, 統計作成·學術研究 또는 市場調査를 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 識別할 수 없는 형태로 제공하는 경우 그리고 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 利用者의 個人情報를 告知 또는 명시한 범위를 초과하여 利用하거나 第3者에게 제공하는 때에는 미리 당해 利用者의 同意를 받아야 한다(정보통신망이용촉진등에관한법률 제17조 제1항).

4) 觀覽 및 訂正請求權

공공기관이 보유하는 개인정보에 오류가 있는 경우에 정보주체는 정정을 청구할 수 있다(공공기관의개인정보보호에관한법률 제14조 제1항)

정보통신서비스利用者는 情報通信서비스提供者에게 자신의 個人情報에 대한 觀覽을 요구할 수 있으며, 자신의 個人情報에 誤謬가 있는 경우에는 그 訂正을 요구할 수 있다(정보통신망이용촉진등에관한법률 제18조 제2항).

5) 罰則

공공기관에서 개인정보를 취급하는 자가 개인정보를 누설 또는 권한없이 처리하거나 타인의 이용에 제공하는 등 부당한 目的으로 사용한 자는 3年이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다(공공기관의개인정보보호에관한법률 제23조 제2항). 詐僞 기타 부정한 방법으로 공공기관으로부터 처리정보를 觀覽 또는 제공받은 자는 2年이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금에 처한다(동법 제23조 제3항).

정보통신서비스이용자의 개인정보를 蒐集目的·利用目的 또는 제공목적외의 용도로 이용하거나 제3자에게 제공한 자, 정보통신서비스업에 종사하는 자가 이용자의 개인정보를 타인에게 누설하거나 제공한 자는 1年이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다(정보통신망이용촉진등에관한법률 제30조). 정보통신서비스제공자가 위법하게 個人情報를 수집한 경우, 이용자에게 고지하지 아니하거나 이용약관에 명시하지 아니한 경우, 목적을 달성한 개인정보를 파기하지 아니한 자, 개인정보 관리책임자를 지정하지 아니한 자, 동의의 철회·관람 또는 정정의 청구를 받고 필요한 조치를 취하지 아니하거나 개인정보의 오류를 정정하지 아니하고 이를 이용한 경우에는 500만원이하의 과태료에 처한다(동법 제32조).

(2) 改善方案

위에서 살펴본 것처럼, 개인정보와 관련하여 현행법으로 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’과 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’이 있다. 전자의 경우는 공공기관이 처리하는 개인정보에만 적용되고, 후자의 경우는

정보통신서비스제공자가 처리하는 개인정보에만 적용된다. 이들 법률은 역사적 이유, 즉 과거에는 주로 국가기관에 의하여 개인정보가 수집되고 이용되었기에 공공기관만을 규율하는 입법만이 도입되었고 최근에는 민간분야에서도 개인정보의 수집, 이용 및 공개가 급증하고 그 피해도 막대하다라는 점에서 후자의 법률이 제정되게 되었다. 오늘날에는 법체계적으로나 그 규율 대상(정보통신망이용촉진등에관한법률은 개인정보에 관한 규정에 한정하여)에 있어서 하나의 입법(소위 ‘개인정보보호법’)으로 추진하는 것이 타당하다고 사료된다.

향후 개인정보보호법에서는 다음을 고려해야 한다. 즉 개인정보의 부당한 수집·이용 또는 공개에 대하여 공공기관의 책임을 부과하는 것은 타당하나, 공공기관이 개인정보를 침해한 경우 관련 손해배상책임을 명시적으로 규정하는 것이 필요하고, 독일의 연방정보보호법에서 공공기관에 한정하여 일정한 액에 한하여 위험책임을 규정하고 있는 것도 고려할 필요가 있다. 私인에 의한 타인정보의 수집·이용 또는 공개가 명예훼손이나 프라이버시 또는 감정침해라는 불법행위로 볼 수 없는 경우에 법적 책임을 부과하는 것은 정보의 흐름에 중대한 제한이 된다. 그렇지만 오늘날과 같이 발달된 정보시스템과 인터넷 통신환경에서는 민간분야에서의 개인정보의 수집·이용 및 공개가 중대한 인격권의 침해를 수반하는 경우도 있고, 인격권의 침해를 수반하지 아니한다고 하여도 개인정보 자체를 보호할 사회적 필요성이 증대하고 있다. 이러한 차원에서 정보통신망이용촉진등에관한법률 제2조 제3호에서는『“情報통신서비스提供者”라 함은 전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 電氣通信事業者와 電氣通信事業者의 電氣通信役務를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다』고 정의하고, 통신서비스제공자라는 민간의 행위주체에 대해서까지 개인정보의 보호의무를 규율하고 있다. 이 법에서는 정보통신서비스제공자의 개인정보에 대한 침해만을 특별히 규율하고 있는데, 영리적 또는 업무상의 목적으로 개인정보를 수집이나 취급하는 많은 사업자와 비교하여 대단히 불합리하다. 따라서 독일처럼 개인정보를 영리적·업무상의 목적으로 수집·처리·이용하는 사업자로 적용 범위를 넓혀야 한다.

제 2 절 財産的 價値있는 情報

1. 營業秘密

(1) 營業秘密이란

1) 營業秘密의 概念

營業秘密(trade secret, undisclosed information)이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보로 정의된다(不正競爭防止및營業秘密保護에 관한法律 제2조 제2목, 이하 부정경쟁방지법이라 한다). 일본의 부정경쟁방지법 제2조 4에서도 영업비밀이란 비밀로 관리되고 있는 생산방법, 판매방법 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로 공연히 알려지지 아니한 것을 말한다고 정의하고 있다. 이에 반하여 미국의 통일영업비밀법 제1조 제4항에서는 영업비밀을 『일반적으로 알려져 있지 아니하고, 공개 또는 이용으로 경제적 이익을 얻을 수 있는 자에 의하여 적당한 수단으로 쉽게 알 수 없으며, 실질적으로 또는 잠재적으로 독립된 경제적 가치를 지닌 방식, 편집, 프로그램, 장치, 방법, 기술 또는 제법을 포함하는 정보로 기밀성의 유지에 상당한 노력을 해야 한다』라고 정의하여, 경영정보는 포함하지 않았다. 그러나 1995년 부정경쟁에 관한 제3 리스테이트먼트(Restatement of the Law Third unfair Competition) 제39조에서는 『영업비밀이란 타인에게 넘겨지는 경우 실질적으로나 잠재적으로 경제적 가치가 있는 비밀로 영업이나 기업의 운영에 사용할 수 있는 정보를 말한다』라고 하여, 현행 우리나라의 부정경쟁방지법과 유사하게 영업비밀보호의 범위를 넓혔다.

저작권이나 특허권이 일반에 이용을 제공하는 대신 소유자에게 발명 또는 저작의 인센티브를 보장하는 측면에서 공익과 사익사이에 균형을 추구하고 있지만, 영업비밀은 시장의 자유경쟁과 부정경쟁의 방지라는

차원에서 公益과 私益사이의 균형을 추구하고 있으며, 이러한 측면에서 영업비밀의 법적 보호는 저작권이나 특허권의 보호와 차이가 있다. 어쨌든 각국마다 영업비밀의 보호 방법과 보호 범위에 차이가 있지만, 최근에 이르러 배타적 권리와 유사한 정도로 보호를 강화하고 있으며 형사적 처벌도 규정하는 추세에 있다.

2) 各國의 動向

(가) 美國

미국에서 저작권과 상표권의 보호와 달리 영업비밀은 일반적으로 연방법이 아니라 주법에 의해 보호되고 있다.⁶⁹⁾ 역사적으로 미국에서 영업비밀의 보호는 19세기초부터 커먼로에 기초하여 營業秘密의 侵害行爲를 불법행위로 다루었다. 즉 1939년 不法行爲에 관한 제1 리스테이트먼트는 영업비밀에 관한 일반원칙을 규정하였고, 이를 기초로 1979년 영업비밀에 관한 모델법으로 ‘統一營業秘密法(Uniform Trade Secret Act, UTSA)’이 만들어졌으며, 1995년에는 부정경쟁에 관한 제3 리스테이트먼트에서 영업비밀을 비롯하여 재산적 가치있는 정보에 대한 규정을 마련하고 있다.

(나) 獨逸

독일에서 영업비밀의 보호는 초기에 노하우(know-how)의 보호에서 출발하였으며, 영업상의 정보는 포함하지 않았다.⁷⁰⁾ 독일의 부정경쟁방지법 제17조는 영업비밀에 대하여 아무런 정의를 내리지 아니하고 단지 형사적으로만 영업비밀을 보호하고 있는데, 독일의 판례는 민법 제823조 제1항의 영업권, 민법 제823조 제2항의 보호법규 또는 민법 제826조의 고의에 의한 풍속위반을 통하여 경영상 또는 영업상의 정보까지 보호하고 있다.

69) 1996년 “The Economic Espionage Act”라는 연방형사법을 입법화하여 營業秘密의 截取에 대하여 연방범죄로 처벌하고 있다.

70) 노하우는 營業秘密보다는 좁은 개념으로 고객명단과 같은 영업상의 정보를 포함하지 아니하는 기술적 지식을 중심으로 한 개념이다.

(다) 日本

일본은 영업비밀의 보호에 대하여 부정경쟁방지법에서 우리 나라와 유사한 보호를 하고 있고, 영업상 이익을 침해한 자에 대하여 금지청구와 손해배상청구 및 손해배상액의 추정 등에 관한 규정을 마련하여 강력한 보호를 하고 있다.

(라) 우리 나라

우리 나라에서도 영업비밀은 부정경쟁방지법에 의하여 강력한 보호를 받고 있다. 부정경쟁방지법에서 영업비밀의 보호를 기본적으로 부정경쟁행위로 다루고 있지만, 그 보호의 방법과 범위에 있어서는 배타적 권리와 유사한 보호를 하고 있다. 영업비밀의 보호는 아래에서 살펴보겠지만, 민법 제750조의 부정경쟁행위에 기초한 보호를 받을 수 있다.

(2) 營業秘密과 不法行爲와의 關係

영업비밀은 재산적 가치가 있는 정보에 해당되고 통상의 재산적 가치 있는 정보와 마찬가지로 부정경쟁행위라는 측면의 보호가 허용되어 왔다. 즉 현행 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 보호외에 민법에 의한 민사적 보호도 고려할 수 있는데, 민법 제750조에서는 배타적 권리의 보호외에도 선량한 풍속에 반하는 고의적인 행위를 금지하는 불법행위를 포함하고 있다. 영업비밀은 이러한 보호의 대상이 된다. 국제적으로도 영업비밀의 보호를 배타적 권리의 일종이 아니라 부정경쟁행위의 방지라는 측면에서 보호하고 있다(WTO의 貿易關聯知的財産權協定 제39조).

(3) 營業秘密의 保護要件과 判斷基準

營業秘密은 그 개념 정의에서 보듯이 秘密性·有用性 및 非公開性을 갖추어야 한다. 구체적으로 어떠한 정보가 영업비밀로 보호를 받을 수 있는지 여부의 판단기준은 다음과 같다.⁷¹⁾ 즉

71) Restatement of Torts(first), § 575.

- (i) 정보가 영업 이외에 알려진 정도
- (ii) 피용자 및 기타 영업관계자에게 알려진 정도
- (iii) 정보의 비밀성을 유지하기 위한 조치의 정도
- (iv) 정보의 가치(고유한 또는 절대적인 가치가 아니라 적어도 경쟁자에 어느 정도 가치가 있으면 된다)
- (v) 정보의 개발에 소모된 노력과 비용의 정도
- (vi) 정보의 취득 또는 복제의 용이성

이들 중에서도 營業秘密의 所有者가 정보의 비밀을 유지하기 위해 어느 정도의 조치를 취했는가 하는 점과 타인이 그 정보를 취득 또는 복제하는 것이 쉬운가 어려운가 하는 점이 중요한 기준이 된다.⁷²⁾

(4) 營業秘密의 侵害와 救濟手段

합법적인 수단으로 영업비밀을 취득한 자는 비밀준수의무가 있는 경우를 제외하고는 아무런 책임없이 정보를 자유롭게 이용 또는 공개할 수 있다. 즉 특허권과는 달리 영업비밀은 독자적으로 알아낸 자에 대하여 원칙적으로 소송을 제기할 수 없다. 유사하게 영업비밀이 상품에 이용된 경우 그 상품을 누구나 분석할 자유가 있고, 소위 ‘reverse engineering’과 같은 방법으로 취득한 정보는 정당하게 이용할 수 있다.

1) 侵害行爲

부정경쟁방지법에 있어서 영업비밀의 보호는 계약위반⁷³⁾과 부정수단에 의하여 영업비밀을 알아내는 것을 막으려는데 있다. 미국의 통일영업비밀법도 ‘不正한 手段’의 使用에 의한 不當한 利用(misappropriation)에 기초를 두고 있고, 不當한 利用은 2개의 카테고리로 나누고 있다.

72) A. Lehman, op. cit.

73) ‘계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무’라 함은 계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함한다(大判 1996. 12. 23, [96다16605]).

(가) 不正取得行爲

不正取得行爲는 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 營業秘密을 취득하는 행위이다(부정경쟁방지법 제2조 3의 가). 영업비밀의 취득 당시이거나 후이든지 간에 부정취득행위가 개입된 사실을 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에도 침해행위에 해당된다. 미국의 통일영업비밀법은 영업비밀이 부정한 수단에 의하여 얻어진 것을 알았거나 또는 알 만한 이유가 있는 자가 타인의 영업비밀을 취득하는 것으로 정의하고 있다.⁷⁴⁾ 여기서 ‘不正한 手段(improper means)’은 절취·기망·협박 등 형법상의 범죄를 구성하는 행위뿐만 아니라 비밀유지의무의 위반 또는 그 違反의 誘引 등 건전한 거래질서의 유지 내지 공정한 경쟁의 이념에 비추어 열거된 행위에 준하는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 일체의 행위나 수단을 말한다.⁷⁵⁾

(나) 不正公開行爲와 不正利用行爲

不正公開行爲와 不正利用行爲는 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 취득한 營業秘密을 사용하거나 공개하는 행위, 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 사용 또는 공개행위, 비밀유지의무에 위반하여 취득한 영업비밀을 사용 또는 공개행위이다(부정경쟁방지법 제2조 3의 가). 미국의 통일영업비밀법에 있어서 부당한 공개 또는 이용은 명시적 또는 묵시적인 동의가 없이 타인의 營業秘密의 公開 또는 利用하는 것으로 정의된다. 예컨대, 공개 또는 이용 당시에 營業秘密이 부정한 수단에 의하여 얻은 자로부터 획득된 것을 알았거나 알 만한 이유가 있는 자 또는 비밀유지의무 내지는 사용 제한의 의무가 있는 상황에서 이를 위반하여 취득된 것을 알았거나 알 만한 이유가 있는 자가 정보를 공개 또는 이용하는 경우에 영업비밀의 침해가 된다.⁷⁶⁾

74) §1 (1) UTSA

75) 大判 1996. 12. 23, [96다16605].

76) §1 (2) UTSA

2) 救濟手段

영업비밀의 보호와 관련하여 부정경쟁방지법은 매우 강력한 보호수단을 규정하고 있다. 즉 손해배상, 금지청구 및 벌칙은 배타적 권리와 대등한 보호를 하고 있다.

(가) 損害賠償

부정경쟁방지법 제11조에서 「고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다」라고 하고 있는데, 민법 제750조의 불법행위와 달리 부정경쟁방지법은 과실에 의한 침해의 경우에도 법적 보호를 허용하고 있다. 손해배상액의 산정과 관련해서 부정경쟁방지법 제14조의 2에서는 영업비밀의 침해로 취득한 영업상 이익, 通常의 實施料 또는 통상의 실시료를 초과하는 損害額을 선택적으로 청구할 수 있게 하고 있다.

(나) 禁止請求

영업비밀의 보유자는 영업비밀 침해행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있고(부정경쟁방지법 제10조 제1항), 침해행위를 조성한 물건의 폐기나 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다(동조 제2항). 나아가서 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상의 신용을 失墜한 경우 영업상의 신용회복을 위한 조치를 청구할 수 있다(부정경쟁방지법 제12조).

(다) 罰則

기업의 임원 또는 직원으로서 그 기업에 유용한 기술상의 영업비밀을 정당한 이유없이 제3자에게 누설한 자, 기업의 임원 또는 직원이었던 자로서 부정한 이익을 얻거나 그 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 기술상의 영업비밀을 계약관계 등에 의하여 비밀로 유지하여야

할 의무에 위반하여 제3자에게 누설한 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하고(부정경쟁방지법 제18조 제2항), 외국에서 사용될 것을 알고 누설한 경우에는 7년이하의 징역 또는 1억원이하의 벌금에 처한다(부정경쟁방지법 제18조 제1항).

2. 데이터 베이스

(1) 데이터 베이스란

1) 데이터 베이스의 概念

데이터 베이스란 문자, 수치, 기호, 도형, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 저작물, 정보 기타 자료를 체계적 또는 조직적인 방법으로 정리, 구성하여 정보통신기기에 의하여 검색하거나 이용할 수 있도록 제작한 것을 말한다. 데이터 베이스의 법적 보호와 관련하여 가장 중요한 쟁점은 제작자의 투자와 노력에 대하여 어느 정도 보호할 것인가와 이를 실현할 어떠한 법적 방법을 강구할 것인가에 있다.

2) 各國의 動向

(가) EU

데이터 베이스 보호에 관한 EU지침(European Data Directive 96/9 EC of the European Parliament and of the Council of March 11, 1996)이 1996년에 채택되어, 각가맹국은 데이터 베이스가 컴퓨터로 처리되는 것인가 아닌가를 묻지 아니하고 또한 데이터 베이스에 창작성이 있는가 없는가를 묻지 아니하고 양적·질적으로 실질적인 투자를 한 데이터 베이스를 작성한 후 15년간 데이터 베이스 내용의 전부 또는 양적·질적으로 실질적 부분의 추출 또는 재이용행위를 금지하는 권리라는 ‘독자의 권리(sui generis right)’를 부여하는 법정비를 추구하고 있다. EU의 지침은 EU외의 제3국에 대하여서도 EU와 동일한 보호가 주어지지 아니하는 경우 제3국에서 작성된 데이터 베이스를 보호하지 아니한다는 상호주의의 원칙을 도입하고 있다.

EU에서 데이터 베이스의 보호는 2개의 전략에 기초를 두고 있다. 즉 회원국 내에서 데이터 베이스와 관련된 저작권법의 조화를 이끌어내는 것이고, 다음으로 유럽내에서 데이터 보호에 관한 독자적 보호를 제공하는 것이다.

(나) 美國

미국의 저작권법에서 『저작권의 보호는 현재 알려진 또는 장래 개발될 유형적인 표현매체에 직접 또는 기계·장치에 의하여 지각, 재생 기타 통신할 수 있는 고정된 저작자의 독창적 저작물에 주어진다.』⁷⁷⁾라고 규정하여 ‘독창적 저작물’에 한정하여 보호를 하고, 또한 『저작권의 보호는 독창적인 저작물에 대한 기술, 설명, 예시 또는 표현하는 방식에 관계없이 사고, 절차, 제법, 시스템, 작동방법, 개념, 원리 또는 발견에 대하여는 미치지 아니한다.』⁷⁸⁾라고 하여, ‘사고’와 ‘사실’에 대하여 저작권법에 의한 보호를 명시적으로 부인하고 있다. 미연방대법원 판례도 Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co. 사건에서 『사실은 저작권의 대상이 아니며, 원칙적으로 사실에 관한 편집물은 저작물이 아니다. 편집물이 저작권의 대상이 되기 위해서는 창작성을 지녀야 한다. 즉 편집물은 독창적인 선택(selection), 구성(coordination) 또는 배열(arrangement)의 특징이 있는 한도에서만 저작권으로 보호되고 그 편집물에 담겨있는 사실에는 미치지 아니한다.』고 보았다.⁷⁹⁾

77) 17U.S.C.102(a). Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.

78) 17U.S.C.102(b). In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

79) Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 사건의 사실관계는 피고인 Rural사는 Kansas주에서 여러 지역에 전화서비스를 제공하고 있고, 주법에 따라서 white page와 yellow page로 구성되어 있는 전형적인 전화번호부를 발행했다. 이 전화번호부의 성명과 주소에 관한 데이터는 가입자가 전화서비스를

결국 미국에서의 데이터 베이스 보호는 저작권법의 제한적 보호와 아래에서 살펴볼 ‘부당한 이용’이라는 부정경쟁행위에 의하여 제한적으로 보호하고 있다. 따라서 최근 ‘데이터 베이스의 투자와 지적재산권도용방지법(Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996)’이 제안되고 있다.

(다) 獨逸

독일은 EU지침에 따라서 데이터 베이스를 저작권법에서 보호하고 있는데, 비록 저작권법 내에 있다고 하여도 저작권과는 달리 별개의 보호방법을 도입하고 있다. 즉 저작권법 제87조 a 전단에서 『데이터 베이스란 전자적 수단이나 기타 방법으로 접근할 수 있는 조직적, 방법적으로 배열된 저작물, 데이터 기타 독립된 요소의 편집물로 본질적인 투자가 필요한 유형이나 범위에서 작성, 검색 또는 실현되는 것을 말한다』고 정의하고, 동법 제87조 a 후단에서 『본질적으로 변경된 데이터 베이스의 유형 또는 범위에 해당하는 내용물은 본질적 투자를 요하는 유형이나 한도에서 변경된 것에 대하여 새로운 데이터 베이스로 본다』고 하고 있다. 즉 데이터 베이스는 그 작성이나 배열에 상당한 투자가 이루어진 경우에 법적 보호를 받을 수 있다.

이와 같이 데이터 베이스는 저작권법에서 보호하고 있지만, 저작물의 보호와는 달리 그 법리구성을 달리하고 있다. 즉 데이터 베이스의 창작성과는 관계없이 데이터 베이스의 작성에 본질적인 투자가 행하여진 경우 데이터 베이스의 본질적 부분의 추출이나 재이용하는 것을 금지하고 있다. 구체적으로 저작권법 제87조 b에서 데이터 베이스 저작자는 데이터 베이스의 전부 또는 본질적 부분에 해당하는 데이터 베이스의 복제, 배포 및 송신에 대하여 배타적 권리를 가진다고 하고 저작권법 제87조 d에서 데이터 베이스 저작자의 권리는 데이터 베이스를 공표한 날로부터

받기 위해 제공한 것이다. Feist Publications, Inc.,사는 Rural사의 전화번호부보다 광범위한 전화번호부를 발행하는 출판사이다. Rural사는 white page에 있는 11개의 지역에 관한 전화번호에 대한 이용을 거부했고, Feist사는 Rural사의 동의 없이 전화번호부로부터 필요한 명단을 추출했다. Feist사가 명단에 대한 상당한 변경에도 불구하고, 몇몇은 Rural사의 white page에 있는 명단과 동일했다. 이들 명단은 事實(facts)로 보았다.(499 U.S. 346 (1991).)

15년 후에 소멸하고 이 기간내에 공표하지 아니한 경우에는 저작한 날로부터 15년 후에 소멸한다고 하고 있다.

(라) 日本

일본에서도 데이터 베이스에 관하여 독자입법으로 할 것인가 저작권법에 포함시킬 것인가가 논쟁되고 있지만, 결국 저작권법을 개정하여 보호하는 것으로 하였다.⁸⁰⁾ 즉 저작권법 제2조 제1항 제10호의 3은 데이터 베이스를 『논문, 수치, 지형 기타의 정보의 집합물이고 이들 정보를 전자계산기를 이용하여 검색하는 것이 가능한 체계적으로 구성한 것을 말한다』라고 정의하고, 동법 제12조의2 제1항에서 『데이터 베이스로 그 정보의 선택 또는 체계적인 구성에 의해서 창작성을 가지는 것은 저작물로서 보호된다』라고 하고 있다. 데이터 베이스에 포함되는 개개의 데이터 베이스가 저작물인지 아닌지의 여부와 무관하게 선택 또는 체계적인 구성으로 ‘창작성’이 있으면 독자의 저작물로 보호하고 있다.

(마) 우리 나라

우리 나라에서 데이터 베이스의 보호는 아래에서 자세히 살펴보겠지만, 저작권법 제6조 제1항의 편집저작물에 포함시켜서 보호하고 있다. 따라서 데이터 베이스 중에서 창작성이 있는 것만 저작권법의 보호를 받을 수 있다. 이러한 보호방법은 데이터 베이스의 특성에 적합하지 아니하는 면이 있다.

(2) 著作權法の 保護

1) 著作權法の 概觀

著作權의 基本的인 目的은 저작자의 노동에 대해 보상하려는 것이 아니라 과학과 실용예술의 발달을 촉진시키려는 것이다. 이러한 목적에서 著作權은 저작자에게 독창적인 표현에 대한 권리를 보장하는 대신 타인이 저작물에 담긴 아이디어와 정보를 자유롭게 이용할 수 있도록 하고 있다.⁸¹⁾ 즉 저작권법은 저작자에게 공익을 위하여 저작물을 제공할 최소

80) 松本恒雄, “情報の保護”, *ジュリスト*(No.1126), 1998. 1. 195面.

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

한의 인센티브를 제공하는 데에 있다. 이 정책은 사회적 비용을 최소화하는 한편 저작물의 사회적 이용을 극대화하려는 최소보호정책으로 표현된다. 이러한 정책에 기초하여 저작권법은 저작권의 보호범위, 저작권자의 권리, 배타적 권리의 예외 및 보호기간을 두고 있다.

저작물이 저작권법에 의한 보호를 받기 위해서는, 첫째 저작권법 제4조에서 열거한 저작물에 한정하여 보호된다. 둘째 저작물은 獨創性(originality)을 지녀야 한다.⁸²⁾ 즉 독창성은 복제하지 아니하는 한 우연히 타인의 저작물과 유사성을 지니고 있고 심지어 동일하다고 하여도 창작성은 인정될 수 있다. 왜냐하면 著作權法은 저작물의 신규성(novel)이 아니라 창작성을 요구하기 때문이다. 따라서 대부분의 저작물은 약간의 창의성을 더하는 것으로 보호된다.⁸³⁾ 셋째, 저작물은 유형적인 매체에 고정(fixation)되어야 한다. 즉 저작물은 유형적인 매체에 적절히 고정되는 순간부터 著作權으로 보호된다.⁸⁴⁾ 유형적 매체는 시각·청각의 감각적 수단에 의하여 영구적인 형태로 고정될 수 있는 것이면 족하다. 이러한 3가지 요건을 갖추었다고 하여도 저작권의 보호는 표현에만 미치고 사실에는 미치지 아니한다. 따라서 개별적인 사실의 접합물은 저작권으로 보호되지 아니한다. 즉 저작권법은 표현과 아이디어라는 二分法에 의하여 표현만을 보호한다. 구체적으로 저작물에 담겨 있는 아이디어 내지 정보는 저작권법의 보호를 받을 수 없고, 사실이나 원리도 著作權으로 보호받지 못한다.⁸⁵⁾ 우리 나라의 판례도 『저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하므로 저작권법이

82) 미국에 있어서 獨創性和 創作性(creativity)의 要件은 ‘저작자의 독창적 저작물’에 한정한다는 法文에 의한 것으로 많은 판례는 창작성을 독창성의 한 요건으로 파악하고 있다.

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

84) 예컨대, 著作權은 사실상 잉크가 종이위에서 마르는 순간 시작된다. 著作權 보호를 획득하고 향유하기 위한 어떠한 선결요건(등록이나 著作權 표시와 같은)도 필요없다 (A. Lehman, op. cit.).

85) 17 U.S.C. §102(a)

보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물이 될 수 없으며, 저작권법에서 정하고 있는 저작인격권, 저작재산권의 보호대상이 되지 아니하고, 특히 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 하는 것이므로 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니라 할 것이다⁸⁶⁾고 하여, 표현과 아이디어라는 二分法의 論理를 도입하고 있다. 결국 사실의 집합물에 불과하는 대부분의 데이터 베이스는 저작권법의 보호대상이 아니다.

2) 編輯著作物로서의 保護

우리 저작권법은 편집물저작물이 그 자료의 선택 또는 배열에 창작성이 있는 경우 저작권법 제6조 제1항에서 『編輯物(論文·數值·圖形 기타資料의 集合物로서 이를 情報處理裝置를 이용하여 檢索할 수 있도록 體系的으로 구성한 것을 포함한다)로서 그 素材의 選擇 또는 配列이 創作性이 있는 것은 獨自的인 著作物로서 保護된다』고 하고 있는데⁸⁷⁾, 여기서 편집저작물(compilation)은 기존의 자료(material)를 選擇, 構成, 配列의 방법으로 얻어진 저작자의 창작적인 저작물을 가리킨다.⁸⁸⁾ 우리나라의 판례도 『창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과

86) 大判 1993. 6. 8, [93다3073, 93다3080]; 大判 1997. 9. 29, [97마330].

87) 판례는 편집물이 편집저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 또는 목적을 가지고 소재를 수집, 분류, 선택하고 배열하고 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 한다고 보고 있다(大判 1996. 6. 14, [96다6264]).

88) 17 U.S.C. §101

구별할 수 있을 정도이면 충분하다』라고 보고 있다.⁸⁹⁾ 한편 독일도 편집 저작물은 독자적인 기준에 의하여 선택된 또는 개인적인 관점에서 배열된 자료이고⁹⁰⁾, 자료가 著作權으로 보호되는지에 관계없이 최소한의 창작성만 있으면 독자적인 보호를 받을 수 있다고 보았다.⁹¹⁾ 일본도 편집물이 그 소재의 선택 또는 배열에 창작성이 있는 것은 독자적인 저작물로 저작권법의 보호를 받는다.

그런데 우리 저작권법 제6조 제1항에서는 『정보처리장치를 이용하여 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 것을 포함한다』고 하여 데이터 베이스를 편집저작물로 보호하고 있고, 저작권법상의 배타적 권리와 보호기간 및 공정한 이용에 관한 규정이 적용된다. 저작권법 제6조 제1항에서 보호하는 데이터 베이스는 창작성이 있는 것에 한한다. 이러한 보호 방법은 실질적인 투자를 보호해야 한다는 측면과 데이터 베이스의 특성에 비추어 적합하지 아니하다. 즉 데이터 베이스는 제작과정에서 많은 자본과 장기간의 노력이 소요되는데, 저작권법상 편집저작물로 보호할 경우 ‘소재의 선택·배열에 창작성’이 요구되고 창작성의 기준은 데이터 베이스가 단순한 사실의 집합물이라는 면에서 이를 충족하기에 적합하지 않다. 따라서 대량의 데이터 축적·이용의 편의성·정보의 신속성 등 효용성이 강조되는 데이터 베이스의 보호에는 적합하지 않다. 다른 한편 정보의 자유로운 유통과 이용이라는 측면에서 보면, 이러한 정보에 배타적 권리를 주는 것이 공익에 대한 과잉한 제한으로 나타난다. 따라서 데이터 베이스의 독자적 보호는 해당 국가의 경제적 정책에 기초하여 그 보호 범위를 결정해야 한다.

(3) 著作權法외의 保護

경제적 가치가 높은 데이터 베이스에는 단순히 자료를 열거하고 또한 데이터 베이스가 단순한 자료라는 특성 때문에 선택이나 배열에 의한 방법으로 창작성의 요건을 충족하기가 어렵다. 이와 같이 창작적 요소가

89) 大判 1995. 11. 14, [94도2234].

90) §4, Abs 1 UrhG

91) §4 UrhG

없는 데이터 베이스도 경제적 가치가 높은 것이 있고 대부분의 데이터 베이스가 저작권법상의 창작성의 요건을 충족하기 어렵다는 점에서 데이터 베이스 제작자의 투자와 인센티브를 어느 정도는 보호해야 하지 않는 가 라는 것이 현재 국제적인 논점이 되고 있다(소위 '이마의 땀'). 이러한 차원에서 저작권외의 데이터 베이스의 보호 방법으로 '독자적 보호', '계약' 및 '부당한 이용'이라는 불법행위가 논의되고 있다.

1) 獨自的 保護

(가) 獨自的 權利

데이터 베이스의 저작권적 보호와 관련하여 유럽 입법자들은 저작권 보호에 필요한 독창성의 기준 때문에 독자적 보호를 도입했다. 즉 과거의 유럽법에서는 백과사전과 같은 데이터 베이스만을 보호하고 저작물의 담겨있는 사실과 숫자를 보호하지 않았다. 따라서 저작권과 병존할 수 있고 데이터 베이스의 구조와 내용물을 모두 보호할 독자적 보호를 도입하게 되었다.

유럽지침에 의하여 수여된 독자적 권리는 데이터 베이스의 실질적인 내용물의 추출이나 재이용하는 것을 막는 권리이다. 여기에서 독자적 권리는 실질적으로 투자한 데이터 베이스에만 허용되고, 실질적인 투자는 양적 또는 질적으로 평가된다. 데이터 베이스와 관련하여 독자적 권리의 침해행위는 추출행위와 재이용행위로 나눌 수 있다. 먼저 추출행위란 데이터 베이스 내용의 전부 또는 상당한 부분을 지속적, 일시적으로 검색하여 이용하거나 다른 매체로 옮기는 행위를 말한다. 다음으로 재이용 행위라 함은 데이터 베이스 소재의 전부 또는 상당한 부분을 배포, 대여 기타 전송 등의 방법에 의하여 공중의 이용에 제공하는 행위를 말한다.

(나) 保護期間

EU지침에서 데이터 베이스 내용물의 독자적 보호는 데이터 베이스의 완성한 날로부터 15년간이다. 이 기간 동안에 데이터 베이스가 일반인에 공개되어 이용되는 경우 보호기간은 이용에 제공한 날로부터 15년간으로 넓혀진다.

(다) 例外

독자적 권리의 실현과 관련하여 EU지침은 저작권법의 ‘공정한 이용’과 같은 예외를 두고 있다. 즉 실질적인 추출행위와 관련하여, 첫째 비전자적 데이터 베이스로부터 사적이용을 위한 경우, 둘째 비상업적 목적의 범위에서 데이터 출처를 밝히고 교육이나 과학적 연구를 위해서 추출하는 경우, 셋째 공적 안전이나 행정적 또는 사법적 절차를 위한 추출이나 재이용하는 경우에 데이터 베이스 제작자의 동의가 필요없다.

2) 契約

전통적으로 사인간에 권리나 권한의 창설은 계약이나 법률에 의하는 것이 원칙이다. 계약이 선량한 풍속에 반하지 아니하는 한 법적으로 보호되지 아니하는 이익이라고 하여도 계약의 목적으로 할 수 있고 그 계약은 유효하다. 당사자는 창작성 없는 데이터 베이스와 관련해서 계약으로 그 이용과 제3자의 제공에 대한 조건을 정하는 계약을 체결할 수 있고 위반시에 손해배상액도 약정할 수 있으며 당사자사이에 배타적 권리와 같은 효력을 발생시킬 수 있다. 이와 관련된 대표적인 사례가 ProCD, Inc. v. Zeidenberg 사건이다. ProCD, Inc. v. Zeidenberg 사건⁹²⁾에서 원고 ProCD는 3,000건이 넘는 전화번호의 데이터 베이스를 구축하여 ‘SelectPhone’이라는 상표로 CD-ROM화하여 판매하였다. ProCD는 이 제품의 판매가격에 대하여 개인적 이용과 상업적 이용사이에 가격차이를 두고, 전자는 약150달러의 낮은 가격으로 후자는 보다 높은 가격으로 공급하고 있었다. 상품의 상자에는 당해 소프트웨어의 사용 등에 있어서 상자안의 이용허락의 제한이 과하여진다고 쓰여있고 그 상자의 안의 CD-ROM의 내용과 매뉴얼에서도 이용허락조건이 쓰여져 있었으며 컴퓨터의 작동시에 이들 이용허락조건에 동의해야만 했다. 피고 Matthew Zeidenberg는 개인사용으로 상품을 구입하고 그 이용허락 중의 제한조항을 무시하고 제품의 데이터 베이스를 ProCD사의 가격보다 저렴하게

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

인터넷에서 판매하였다. ProCD사는 피고에 의한 이용허락의 범위를 넘는 배포의 금지를 구하는 소송을 제기했다. 이 사건의 쟁점은 첫째, 컴퓨터·소프트웨어의 팩키지 밖의 포장에 이용허락의 조건내용이 기재되어 있지 아니하여도 소위 'shrink-wrap license'계약이 유효하게 성립하여 이용자에게 구속력이 있는가? 둘째, 연방저작권법이 배타적 독점권을 주지 아니한 '公有'의 범위에 대하여도 배타적 독점권을 설정하는 계약은, 연방저작권법상 무효가 아닌가? 라는 것에 대한 것이었다. 하급심에서는 피고가 shrink-wrap license의 조건에 따를 필요가 없다고 보았다. 왜냐하면 그 조건은 상자의 외면에 쓰여있지 않았기에 매수인은 구입시 숨겨진 조건에 동의할 수 없었고 따라서 이용허락계약은 성립하지 아니한다고 보았다. 만약 이용허락계약이 성립하였다고 하여도 연방저작권법 제301조(연방법의 우선조항)에 의하여 그 유효성이 부정된다고 보았다. 그러나 항소심에서는 상자외부에 있는 이용허락계약 조건의 내용이 기재되어 있지 아니하여도 통상의 계약법에 의한 무효인 내용(예컨대, 선량한 풍속위반 등)이 아닌 한 shrink-wrap license 계약은 유효하고, 연방저작권법은 shrink-wrap license 계약의 유효성이나 구속력을 부정하고 있지 아니한다고 보았다.

이와 같은 데이터 베이스의 이용허락계약과 관련하여 EU지침은 중대한 제한을 가하고 있다. 즉 EU지침 제15조에서는 제6조, 제7조, 제8조에 반하는 계약을 무효라고 선언하고 있다. 즉 데이터 베이스의 합법적인 이용자의 데이터 베이스 접근이나 통상의 이용을 제한하는 특약, 허용된 추출이나 재이용행위를 제한하는 특약, 데이터 베이스의 보호 대상 및 침해행위에 역행하는 특약, 합법적인 이용자의 권리와 의무를 제한하는 특약은 무효이다.

3) 不當한 利用

데이터 베이스는 그 수집이나 처리에 노력과 비용을 투자했다고 하여도 민법상의 배타적 권리는 아니다. 따라서 민법 제750조에 기초한 부정경쟁행위에 해당하는지의 여부만을 검토할 수밖에 없다. 즉 상업적으로

가치있는 데이터 베이스의 경우에는 불법행위의 일종인 ‘부당한 이용’이라는 것에 기초하여 보호할 수 있다. 타인이 수집한 데이터 베이스에 무임 편승하는 행위는 민법 제750조의 선량한 풍속에 반하는 부정경쟁행위에 해당되고 따라서 데이터 베이스 저작자는 민사적 구제를 청구할 수 있다(자세히는 핫뉴스와 관련해서 다룬다).

3. 핫뉴스

타인이 수집한 뉴스(hot news)를 부당한 방법으로 취득하여 이용한 경우 불법행위에 의하여 보호될 수 있는지의 여부가 문제된다. 우리 나라 민법 제750조의 부정경쟁행위에 기초한 전통적인 보호방법을 고려할 수 있고 독일민법 제826조의 선량한 풍속에 반하는 고의적 행위나 민법 제823조 제1항의 영업권에 기초하여 제한적으로 보호를 고려할 수 있다. 핫뉴스와 관련되어 일찍부터 법적인 보호를 다룬 미국의 판례를 통하여 그 법리와 보호범위를 살펴볼 수 있다.

미국에서는 ‘不當한 利用(misappropriation)’⁹³⁾이라는 불법행위가 일찍부터 커먼로에 의하여 개발되어 왔으며, 이 불법행위는 초기의 사례에서 타인에 의하여 생산된 상품의 사칭(palming off)으로부터 경쟁자를 배제하는 데에서 출발하였다. 미국에서 정보의 부당한 이용에 대한 법적 분석은 적어도 1차세계대전 당시 서부전선의 전투에 관한 뉴스와 관련되어 다루어졌다. 즉 1913년 International News Service, v. Associated Press사건⁹⁴⁾에서 『당시에 INS구독자가 뉴스를 얻기 위해서는 게시판이나 신문이 필요했고, INS는 AP사의 피용자와 구성원을 매수하여 AP사의 뉴스를 자사의 게시판과 신문에 게재했다. 원고 AP는 뉴스의 수집이나 배포에 독점권을 가지고 있지도 뉴스기사의 복제를 막을 저작권도 가지고 있지 아니하지만, 원고의 경쟁자 INS가 수집하지 아니한 뉴스의 배포와 복제의 과정에 참여하는 것을 지연시키고 원고 AP의 노력과 비용으로 산출된 산물로부터 경쟁자 INS를 배제하는 한도

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

94) 248 U.S. 215

에서 원고 AP의 부분적인 배제권이 있다』라고 하여, 부당한 이용이라는 커먼로상의 불법행위에 의하여 재산적 가치있는 정보를 보호하였다. 초기에 부당한 이용은 '소비자의 혼동'의 경우에만 적용하는 제한적인 원리로 특징지워졌으나, 점차 소비자의 혼동가능성에 관계없이 타인의 표어나 상징에 무임 편승하는 경우에 표어나 상징의 재산적 이익에까지 미치는 것으로 넓혀왔다.

이러한 경향에 대하여 최근에 연방항소법원은 National Basketball Association, v. Motorola, Inc.,⁹⁵⁾에서 다음의 요건을 갖추어야 한다고 보았다. 즉

- (i) 원고가 정보의 수집에 비용을 지출하고
- (ii) 정보가 시간적으로 민감하고
- (iii) 피고의 정보이용이 원고의 노력에 무임 편승하고
- (iv) 피고는 원고에 의하여 제공된 상품 또는 서비스와 직접적인 경쟁 관계에 있어야 하고
- (v) 원고와 기타 者의 노력에 무임편승으로 정보의 존재 또는 질을 위협하여 생산에 대한 인센티브를 감소시킬 수 있어야 한다.

4. 法制改善方案

재산적 가치있는 정보의 전형적인 사례는 영업비밀, 데이터 베이스 및 핫뉴스이다. 인터넷과 관련하여 최근에 영업비밀이 주로 논의 대상이 되고 있는데, 그 이유는 컴퓨터 프로그램의 보호와 밀접한 관계가 있다. 즉 컴퓨터 프로그램은 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법 또는 부정경쟁방지법에 의하여 보호되고 있고, 인터넷상에서 컴퓨터프로그램의 보호방법으로 영업비밀에 의한 경우가 늘어나면서 그 침해의 가능성도 급증하고 있다는 점에서 주의를 끌고 있다. 우리 부정경쟁방지법에서는 영업비밀을 엄격하게 보호하고 있어서 적어도 인터넷상 영업비밀의 보호와 관련해서 새로운 입법사항을 찾아보기는 어렵다. 핫뉴스의 경우는 아직까지 그 보호의 법리가 개발되고 있는 단계이므로 판례에 맡겨두는 것이 현재까지는 타당하다고 사료된다.

95) 96-7975(2th Cir. 1997).

데이터 베이스의 보호와 관련해서는 현행 저작권법 제6조 제1항이 편집저작물에 데이터 베이스를 포함시켜서 저작권적 보호를 하고 있다. 이러한 입법의 태도는 데이터 베이스를 저작권으로 보호하고 있는데, 데이터 베이스의 특성에 비추어 적절하지 아니하고 그 보호방법이나 보호기간도 타당한 것으로 보기 어렵다. 따라서 현행 저작권법의 데이터 베이스 보호방법은 개선되어야 한다. 즉 데이터 베이스의 독립적 보호방법을 도입해야 하고, 그 보호방식도 저작권과 달리해야 한다. 물론 창작성 없는 데이터 베이스의 법적 보호는 국가의 정책적인 문제에 해당되지만, 적어도 우리 나라에서는 창작성 있는 데이터 베이스를 보호해야 한다는 것에는 의문이 없다. 더 나아가서 실질적인 투자가 이루어진 데이터 베이스를 보호할 것인가는 향후 계속적인 검토가 필요할 것으로 사료된다.

제 3 절 信用情報

1. 信用情報란

신용정보라 함은 금융거래등 상거래에 있어서 거래상대방에 대한 식별·신용도·신용거래능력등의 판단을 위하여 필요로 하는 정보를 의미한다(신용정보의이용및보호에관한법률 제2조 제1호). 우리 민법전은 개인정보와 마찬가지로 신용정보에 대하여 보호가치를 인식하지 못했고 민법전의 입법 당시 신용정보의 이용 상황이나 각국의 법전 내용에 비추어 보아 이해할 수 있다. 신용정보 자체의 보호는 최근에 이르러서야 각종의 법률로 보호하고 있고 신용정보의 취득·이용 또는 공개를 금지하고 있는데, 일종의 신용정보권이라는 새로운 권리의 창설에 의한 입법적인 길을 걷고 있다. 그렇지만 현행 신용정보의이용및보호에관한법률은 그 명칭에도 불구하고 신용정보의 이용과 관련 일반적 책임문제를 다루고 있는 것이 아니라 신용정보업자의 신용정보업을 중심으로 규율하고 있다.

개인이나 법인에 대한 신용의 보호는 전통적으로 신용정보 자체의 보호가 아니라 개인이나 법인의 객관적인 경제적 능력이나 신용도에 대한 평가를 허위사실이나 부당한 방법으로 훼손시키는 것을 방지하는 신용회

손이라는 불법행위 또는 범죄행위에 의한 법적 보호가 일찍부터 문제되었다. 우리 민법전은 제764조에서 명예훼손에 대하여 명시적 조항을 두고 있지만 신용훼손에 대하여는 명시적인 조항을 두지 않았고, 판례는 신용훼손을 마치 명예훼손의 한 유형으로 다루어 왔다. 이에 비하여 형법은 제313조에서 「허위의 사실을 유포하거나 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손한 자는 5년이하의 징역 또는 1천500만원이하의 벌금에 처한다」라고 하여, 허위사실과 기타 위계에 의한 고의적인 신용훼손에 대하여 형사적 보호를 허용하였다(물론 형법은 신용훼손과 명예훼손을 구별하고 있다). 비록 우리 나라의 민사판례에서 아직까지 신용훼손을 명예훼손과 구분하여 다루고 있지 아니하다고 하여도 불법행위에 해당함은 의문이 없다. 민사적 신용훼손과 형사적 신용훼손사이에는 차이가 있는데, 형사적 신용훼손은 허위사실에 한정하고 있지만 민사적 신용훼손은 진실한 사실이라고 하여도 선량한 풍속에 반하는 의도적인 방법으로 타인의 신용을 훼손한 경우에 책임이 성립할 수 있다.

2. 信用情報의 保護 目的

신용정보의이용및보호에관한법률 제1조에서 「이 법은 신용정보업을 건전하게 육성하고 신용정보의 효율적 이용과 체계적 관리를 기하며 신용정보의 오용·남용으로부터 사생활의 비밀 등을 적절히 보호함으로써 건전한 신용질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다」고 하여, 개인의 사생활의 보호와 신용질서라는 공공정책의 실현을 목적으로 하고 있다. 이 법에서는 개인의 사생활에 대해서만 명시적으로 예시하고 있는데, 법인의 신용정보에 대하여는 명시하지 않고 있다. 그렇다고 하여도 법인의 신용정보의 경우에도 당연히 비밀성을 보장되어야 함은 의문이 있을 수 없다.

우리 나라의 신용정보의이용및보호에관한법률에서는 신용정보를 마치 개인정보의 보호와 유사한 측면에서 보호되는 것처럼 다루고 있다. 물론 신용정보의 보호는 정보프라이버시와 같이 신용비밀 자체를 보호하고 더 나아가서 신용정보의 수집, 이용을 제한하며 신용정보 주체의 관람 및

정정청구권을 허용하는 면에서 유사하다. 그러나 법인의 신용정보도 보호한다는 점에서 그 보호의 목적과 범위에서 차이가 있다.

3. 信用情報의 保護 範圍와 救濟

(1) 保護 範圍

신용정보의 독자적 보호와 관련하여 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로 하여 법조문을 간략히 소개하는 형식으로 살펴보고자 한다

1) 蒐集·調査의 制限

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제15조 제1항에서 「신용정보업자들은 국가의 안보와 기밀에 관한 정보, 기업의 영업비밀 또는 독창적인 연구 개발정보, 개인의 정치적 사상, 종교적 신념 기타 신용정보와 무관한 사생활에 관한 정보, 불확실한 개인신용정보, 기타 법령에 의하여 수집이 금지된 정보를 수집·조사하여서는 아니된다」라고 하여 신용정보업자는 신용정보와 무관한 정보를 수집이나 조사하는 것을 금지하고 있다.

2) 個人信用情報의 提供 및 利用의 制限

개인신용정보는 당해 신용정보주체와의 금융거래등 상거래관계의 설정 및 유지 여부 등의 판단 목적으로만 제공·이용되어야 한다(신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제24조 제1항). 다만, 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

- (i) 개인이 서면에 의하여 금융거래등 상거래관계의 설정 및 유지 여부 등의 판단목적 외의 다른 목적에의 제공·이용에 동의하거나 개인이 자신의 信用情報를 제공하는 경우
- (ii) 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 의하여 제공·이용되는 경우
- (iii) 信用情報業者 및 信用情報集中機關 상호간에 집중관리·활용하기 위하여 제공·이용되는 경우

- (iv) 조세에 관한 법률의 규정에 의한 질문·조사를 위하여 管轄官署의 장이 서면으로 요구하거나 조세에 관한 법률의 규정에 의하여 提出義務가 있는 課稅資料의 제공을 요구함에 따라 제공·이용되는 경우
- (v) 기타 다른 법률의 규정에 의하여 제공·이용되는 경우
- (vi) 債權推尋, 雇傭, 認·許可의 目的 등 大統領令이 정하는 목적으로 사용하기 위하여 제공·이용되는 경우

3) 信用情報의 閱覽 및 訂正請求등

신용정보주체는 信用情報業者들에게 본인임을 확인받아 信用情報業者 등이 보유하고 있는 본인에 관한 신용정보의 제공 또는 열람을 청구할 수 있으며, 본인정보가 사실과 다른 경우에는 정정을 청구할 수 있다(신용정보의이용및보호에관한법률 제25조 제1항). 정정청구를 받은 신용정보업자등은 정정청구에 정당한 사유가 있다고 인정할 때에는 즉시 문제가 된 신용정보에 대하여 정정청구중 또는 事實照會중임을 기입하고, 지체없이 당해 신용정보의 제공·이용을 중단한 후 사실여부를 조사하여 사실과 다르거나 확인할 수 없는 신용정보는 삭제 또는 정정하여야 한다(동조 제2항).

(2) 救濟

신용정보업자 또는 신용정보의 이용자가 이 법을 위반함으로써 신용정보주체에게 피해를 입힌 경우에는 故意 또는 過失이 없음을 입증한 경우를 제외하고는 신용정보업자등과 기타 신용정보의 이용자가 당해 신용정보주체에 대하여 손해배상의 책임을 진다(신용정보의이용및보호에관한법률 제28조 제1항).

4. 法制改善方案

정보시스템의 발달과 인터넷 통신에 의하여 각종의 신용정보가 수집, 이용 또는 공개되는 환경이 조성됨에 따라서 신용정보 자체에 대한 법적

보호가 문제되고 있다. 현행 우리 나라에서 신용정보의 보호는 주로 민·형사 신용훼손의 경우를 제외하고는 신용업자 및 신용정보업자를 중심으로 규율하고 있다. 이러한 현상은 신용정보의 수집, 이용 및 공개하는 주체가 신용업에 종사하는 사업자라는 것에서 유래한 것이다. 이와 같은 상황은 인터넷 통신매체가 등장하고 있는 현재까지도 타당성에 크게 문제되고 있지는 아니한 것 같다. 따라서 당분간은 현행법과 같은 방식으로 규율하는 것이 타당하다고 사료된다.

제 4 절 通信秘密

1. 通信秘密이란

오늘날 통신비밀의 보호는 우편, 전화 등의 통신매체가 등장하면서 그 통신 내용을 알아내는 행위 자체를 금지하는 데에서 출발했고, 현실세계의 프라이버시와 그 맥을 같이하는 것으로 볼 수 있으며, 헌법 제18조에 서 『모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다』라고 하여 국민의 기본적 권리로 다루고 있다.

그렇지만 프라이버시의 보호가 개인의 감정을 보호하는 것을 목적으로 하는 데 비하여, 통신비밀의 보호는 대화자간에 통신의 비밀성을 보장하는 측면뿐만 아니라 통신의 자유를 보장하는 정책적 측면도 가지고 있다. 그래서 통신비밀보호법 제1조에서 『통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다』라고 하고 있다. 통신비밀의 보호는 그 특성상 형사적 및 행정적 보호에 주로 의존하고, 민사상의 손해배상이나 금지청구는 통신비밀의 특성에 비추어 거의 실효성이 없다. 다만 통신비밀의 침해가 다른 법익의 침해를 수반한 경우에는 민사적 구제수단이 의미를 지닐 수 있다.

2. 傳統的인 通信媒體와 通信秘密

형법은 전통적으로 단순한 물리적인 통신비밀의 침해에 대해서만 범죄로 다루어 왔다(형법 제316조~제318조). 즉 형법 제316조 제1항에서

『封緘 기타 비밀장치한 사람의 便紙, 文書 또는 圖畫를 개봉한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원이하의 벌금에 처한다』라고 하여 편지, 문서, 도서를 무단으로 알아내는 것만을 처벌하는 것에서, 1995년 형법 개정에서 동조 제2항『封緘 기타 비밀장치한 사람의 便紙, 文書, 圖畫 또는 電磁記錄등 特殊媒體記錄을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아 낸 자도 제1항의 형과 같다』을 신설하여 ‘전자기록 등’을 무단으로 알아내는 것을 처벌하는 것에까지 넓혔다. 즉 형법 제316조는 물리적인 비밀장치가 되어 있는 문서와 도서 및 전자기록 등에 대한 비밀을 보장하는 데에 그치고 있다.

3. 인터넷 通信媒體와 通信秘密

위에서 살펴본 형법 제316조와는 달리 통신비밀보호법은 유·무선을 통한 통신비밀을 보호하고 있다. 즉 통신비밀보호법 제22조에서 『누구든지 情報通信網에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·盜用 또는 누설하여서는 아니된다』고 하여, 전화 등의 각종 유·무선 통신망을 이용한 통신의 비밀을 보호하고 있는데, 여기에는 인터넷 통신도 포함된다. 이 조항을 면밀히 살펴보면, 4가지의 침해유형을 열거하고 있다. 첫째, 정보의 훼손행위라고 하여 통신망을 통하여 전달되는 각종의 내용물을 권한없이 파괴하는 행위를 금지하고 있다. 둘째, 타인의 비밀을 침해하는 행위로 통신망상의 대화나 각종의 통신을 알아내는 것 자체를 금지하고 있다. 셋째, 정보의 도용행위라고 하여 통신망을 통하여 전달되는 정보를 알아내어 이를 이용하는 행위를 금지하고 있다. 넷째, 통신망으로 전달되는 타인의 비밀을 알아내어 제3자에게 공개하는 행위를 금지하고 있다.

위와 같은 행위로 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·盜用 또는 누설한 자는 5년이하의 懲役 또는 5천만원이하의 벌금에 처한다 (통신비밀보호법 제28조).

4. 法制改善方案

통신비밀보호법은 편지나 물리적인 비밀장치가 되어 있는 문서 등을 제외한 전통적인 통신에 적용되고 인터넷 통신을 통한 전자우편이나 각종의 비밀성있는 통신에 대하여도 적용된다. 이러한 면에서 특별히 인터넷과 관련하여 입법의 문제는 드러나지 아니하는 것 같다. 다만 인터넷 서비스 제공자가 제공하는 전자우편을 이용하는 경우에 서비스 제공자는 이용자의 전자우편의 내용을 볼수 있는 기술적 능력을 가지고 있는데, 이에 대하여 해석상으로 규제가 가능한지 또는 새로운 규정을 마련해야 하는지의 문제가 있고 향후에 계속적인 연구가 필요하다.

제 4 장 인터넷 서비스 提供者의 責任과 裁判管轄

제 1 절 인터넷 서비스 提供者의 責任

1. 인터넷 서비스 提供者란

(1) 行爲性

전통적인 통신환경에 있어서도 서비스 제공자는 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. 이러한 전통적인 통신환경에서 서비스 제공자의 행위와 그 서비스에 대한 책임기준의 설정은 비교적 단순하다. 그러나 인터넷 통신환경에서 서비스 제공자의 행위는 복잡하고 제공하는 내용물(서비스)도 다양하다. 특히 인터넷 서비스 제공자의 이용자와의 관계 또는 제3의 서비스 제공자와의 관계사이의 독립성은 서비스 제공자의 책임기준을 확일적으로 정하기 어렵게 하고 있다. 따라서 각국은 인터넷 서비스 제공자의 책임을 입법으로 해결하여 정보경제와 사이버 사회의 걸림돌을 제거하려고 하고 있다.

인터넷 서비스 제공자는 직접 내용물을 제공하는 경우도 있지만, 대부분은 타인의 내용물이나 이용자에게 의하여 올려진 내용물로 구성되어 있는 전자게시판을 운영하고 있다. 전자의 경우 직접적인 행위자에 해당되고 따라서 해당 불법행위의 책임을 지울 수 있지만, 후자의 경우에는 법적 책임이 모호하다. 즉 타인에 의하여 올려진 내용물에 의해서 명예 훼손, 프라이버시, 저작권 또는 상표권 등의 침해가 발생한 경우에 직접적인 불법행위자는 그 행위에 책임을 부담하지만, 이러한 불법행위의 공간을 제공한 서비스 제공자의 책임이 문제된다. 즉 단순히 침해물을 배포하는 장소를 제공하는 서비스 제공자의 부작위 책임에 대하여 법적 책임의 기초를 찾는 데에는 어려움이 있다.

(2) 傳統的인 責任理論

전통적으로 법은 타인의 행위나 타인 소유의 물건에 의하여 발생한 손해에 대하여 법적의무나 계약상 의무가 없는 제3자에게 어떠한 책임도 부담시키지 아니한다는 것이 원칙이다. 적어도 타인의 행위에 대하여 공동으로 책임을 부담하기 위해서는 행위공동이나 의사공동에 의한 공동불법행위로 인정되는 경우에 한하여 책임을 진다. 인터넷 서비스 제공자는 대부분의 경우 이러한 공동불법행위적인 요소를 가지고 있지 아니하기 때문에 새로운 책임이론의 도입이 필요하다.

민사책임은 손해배상책임과 금지청구(침해물의 제거 및 예방청구)로 나누어진다. 전자의 경우 독일과 우리 나라는 배타적 권리의 침해와 관련하여 고의 또는 과실을 손해배상책임의 성립요건으로 하였지만, 미국은 소위 엄격책임이라 하여 고의·과실을 책임의 성립요건으로 하지 않았다. 후자의 경우 배타적 권리의 침해에 대한 금지청구는 미국·독일 및 우리 나라에서 고의 또는 과실을 요건으로 하지 아니하는 책임원리를 채택했다.

2. 違法的인 情報과 관련 責任

위법한 정보와 관련된 것에는 명예훼손물·프라이버시 침해물·음란물 등과 저작권 침해물·영업비밀침해물 등이 있다. 여기서는 이들 중에서 판례상으로 가장 개발된 명예훼손과 저작권의 침해만을 살펴보고자 한다. 저작권의 경우는 이 연구의 범위에서 벗어난 주제이지만, 각국의 판례에 의한 법리의 개발이 저작권을 집중되어 있어서 이를 중심으로 다룰 수 밖에 없다. 따라서 이를 기준으로 하여 영업비밀 등의 침해에 대한 책임기준으로 적절히 유추 적용할 수 있을 것으로 사료된다.

(1) 名譽毀損物 등에 관한 責任基準

1) 美國

미국의 커먼로에 있어서 名譽毀損에 대한 책임은 전통적으로 3개의 카테고리로 나누고 있다. 즉 첫째, 配布者로서 責任을 부담하는 경우가 있

다. 즉 서비스 제공자가 서점 또는 도서관과 같이 단지 정보의 배포자로 역할을 한 경우에는 名譽毀損을 알았거나 또는 알 수 있었던 경우에만 책임이 있다. 예컨대 *Cubby, Inc., v. CompuServe, Inc.* 사건에서, 법원은 CompuServe社가 전통적인 출판자라기 보다는 뉴스 배포자로서의 신문판매대, 서점, 도서관에 더 가깝다고 보았다. 따라서 출판자로서의 嚴格責任이 아니라 뉴스 배포자로서의 名譽毀損에 해당하는 主張을 알았거나 알 수 있었던 경우에 책임이 있고, CompuServe가 이러한 사실을 알고 있었는지에 대하여 어떠한 입증도 없었으므로 책임이 없다고 보았다.⁹⁶⁾ 둘째, 出版者로서의 責任을 부담하는 경우가 있다. 즉 인터넷 서비스 제공자가 가입자에 의하여 올려진 글을 편집하거나 또는 이를 이용하여 새로운 저작물 내지 서비스를 만든 경우에는 원래의 출판자와 같이 名譽毀損의 主張에 出版者로서의 責任이 있다. 예컨대 *Stratton Oakmont, Inc., v. Prodigy Services Company* 사건에서, 원고에 관한 名譽毀損의 主張은 익명의 이용자에 의하여 Prodigy의 Money Talk라는 전자게시판에 올려졌고 Prodigy社는 전자게시판에 올려진 글들을 모아서 자체적으로 새로운 편집저작물을 만들었으며 이를 이용자들에게 배포했다. 따라서 법원은 Prodigy가 名譽毀損의 主張에 대해 원래의 발행자와 마찬가지로 嚴格責任이 있다고 보았다.⁹⁷⁾ 셋째, 단순한 傳

96) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. CompuServe사는 컴퓨터에 관련된 상품과 서비스를 판매하는 회사이고 가입자들로부터 회비와 인터넷 서비스의 이용료를 받고 있으며 Cameron Communication, Inc사는 CompuServe사의 여러 서비스 중에서 독자적으로 USA Rumorville이라는 전자게시판을 운영하는 계약을 체결하고 있다. Rumorville이라는 전자게시판은 샌프란시스코에 있는 Don Fitzpatrick Association에 의하여 올려진 뉴스를 방송 저널리즘과 기자들에게 제공하고 있었고 CompuServe社는 Don Fitzpatrick Association과 고용, 계약 또는 직접적인 어떠한 관계도 없었으며 올려진 내용물을 검토할 기회를 전혀 가질 수 없었다. Rumorville의 내용물에 대하여 Cameron Communication, Inc사는 Don Fitzpatrick Association과 계약으로 Don Fitzpatrick Association이 모든 책임을 부담하기로 되어 있었다. 원고인 Cubby, Inc사와 Blanchard는 텔레비전과 라디오 방송에서 뉴스와 가십(gossip)을 전자적으로 출판 및 배포할 의도로 Skuttlebut라는 전자게시판을 만들었고, CompuServe社의 Rumorville에 Skuttlebut와 Blanchard에 관한 營業誹謗과 名譽毀損에 해당하는 主張이 게재되었다(*Cubby, Inc., v. CompuServe, Inc., 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y. 1991)*).

97) *Stratton Oakmont, Inc., v. Prodigy Services Company, 1995 N.Y.*

達者로서 역할을 하는 경우가 있다. 즉 인터넷 서비스 제공자가 우체국 또는 전화국과 같이 단순히 전달 또는 연결하는 역할에 불과한 경우에는 전혀 책임이 없다.

2) 獨逸

독일의 불법행위는 침해물이나 침해행위에 직접 관여한 경우 그 해당 불법행위에 대한 행위자로 책임을 부과하는 체계로 되어 있다. 즉 타인에 의한 침해물이나 침해행위에 대한 인터넷 서비스 제공자의 단순한 부작위는 通信서비스法(Telemediengesetz, TDG)과 通信서비스州協約(Mediendienstestaatsvertrag, MDStV)의 制定 전까지 책임의 법적 근거를 찾기가 용이하지 않았다. 즉 독일민법 제823조는 직접적인 명예훼손자를 전제로 하고 있는데, 인터넷 서비스 제공자의 행위가 침해행위를 이용하거나 적극 관여하는 작위성이 인정되는 경우에는 불법행위자에 해당되고 손해배상의 책임이 있다. 그러나 인터넷 서비스 제공자의 웹사이트를 통하여 타인의 명예훼손과 같이 단순한 부작위에 해당하는 경우에는 아무런 관련된 규정이 없었다. 따라서 인터넷 서비스 제공자의 위법한 내용물에 대한 부작위 책임은 판례에 의한 ‘去來安全義務’에 대한 위반을 고려해야 한다는 주장이 있었다.⁹⁸⁾ 즉 인터넷 서비스 제공자는 危險源(Gefahrenquelle)을 형성하거나 또는 지속하는 책임영역에서 제3자의 절대적인 법익에 대한 불가피한 위협에 기대 가능한 예방조치를 해야 하고, 여기에서 去來安全義務는 ‘물건의 특성’ 또는 ‘일정한 위험시설’에 의하여 현저한 위험을 초래한 경우에도 적용되어야 한다는 것이다. 따라서 인터넷 서비스 제공자의 서버는 ‘危險源(특히 위험시설)’으로서의 특성을 지니고 있으며 인터넷 서비스 제공자가 제3자의 명예훼손에 대하여 실질적으로 예방할 수 있는 기술적 능력이 있는 경우 去來安全義務를 부담한다고 보았다.

명예훼손물의 제거 및 부작위청구권은 아무런 제한없이 인터넷 서비스 제공자에 대하여 행사할 수 있다. 왜냐하면 인터넷 서비스 제공자가 불

Misc. LEXIS 229(N.Y.Sup. Ct. 1995).

98) Waldenberger, "Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet", ZUM 1997, 180ff..

법적인 내용물을 배포할 수 있는 기술적인 설비를 제공하고 있고 인터넷 서비스 제공자의 행위는 올리기(uploading) 또는 내리기(downloading)에 의한 권리 침해사이에 상당한 인과관계가 존재하기 때문이다.⁹⁹⁾

3) 우리 나라

우리 민법 제764조에서 『타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다』라고 하고 있는데, 여기서 ‘타인의 명예를 훼손한 자’라 함은 직접적으로 타인의 명예를 훼손한 자 이외에 명예훼손자와 동등한 행위자로 볼수 있는 자를 의미한다. 예컨대, 명예훼손물이 담겨있는 출판물이나 방송물을 발행 또는 방영한 경우 출판사와 방송사는 어떠한 책임을 부담하는가가 문제된다. 이 경우에는 직접적으로 명예훼손자와 동일하게 민법 제764조의 명예훼손자에 해당된다. 그러면 서점이나 도서관과 같이 배포하는 지위에 있는 경우에는 어떠한 책임을 질 것인가가 문제된다. 이 경우에는 적어도 그 내용물을 알았거나 알 수 있었던 경우에만 책임을 부담한다. 이러한 책임원리를 인터넷 서비스 제공자에게 적용하는 데에는 문제가 있다. 즉 인터넷 서비스 제공자는 통상의 경우 이용자나 제3의 서비스 제공자의 내용을 단순히 제공하거나 연결하는 지위에 있기 때문이다. 따라서 민법 제764조의 명예훼손자에 포함시키기에는 어려움이 있다. 왜냐하면 인터넷 서비스 제공자의 경우는 직접 내용물을 편집하거나 제작하여 올리지 아니하는 한, 통상적으로 타인의 내용물을 제공 또는 연결하는 행위만을 명예훼손자의 행위와 동일하다고 볼 수 없기 때문이다.

인터넷 서비스 제공자의 책임과 관련하여 민법 제764조 이외에 용이하게 생각할 수 있는 것이 공동불법행위책임이다. 타인의 명예훼손에 대하여 제3자를 공동의 명예훼손자로 다루기 위해서는 적어도 명예훼손자와 행위나 의사의 공동이 있어야만 한다. 즉 민법 제760조 제1항『수인이 공동의 불법행위로 타인에게 損害를 가한 때에는 連帶하여 그 손해를 배상할 책임이 있다』과 제3항『教唆者나 幫助者는 共同行爲者로 본다』에 의

99) Waldenberger, a.a.O., S.182~187.

하여 공동불법행위자로 책임을 질 수 있다. 다만 민법 제760조 제2항 『공동아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 損害를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 前項과 같다』은 제1항의 행위공동과 관련하여 독립된 수개의 행위가 하나의 불법행위를 구성한 때에 그 피해를 전보하기 위한 정책적인 조항으로 물리적인 행위를 전제하고 있다. 인터넷 서비스 제공자는 통상적으로 다른 서비스 제공자의 내용물이나 이용자에 의하여 올려진 내용물을 제공하는 역할을 하고 있어서 공동불법행위에서의 명예훼손자와 행위나 의사의 공동을 찾기 어렵다. 따라서 인터넷 서비스 제공자의 타인의 명예훼손물에 대한 책임은 현행 민법전으로는 해결할 수 없다.

이러한 입법상의 흠결은 독일민법전이 시행된 이후에 건축물이나 도로 등의 관리와 관련하여 소유자 또는 관리자와 이를 이용하는 이용자사이의 책임에서 발견되었고, 판례는 소위 ‘去來安全義務’라는 새로운 책임이론을 마련할 수밖에 없었다. 우리 나라의 판례도 제조물책임과 관련하여 소위 ‘위험방지의무’라는 일반인에 대한 주의의무를 도입하고 있다. 즉 대법원은 『피고가 제조·판매하고 있던 교제용 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 [79다 1772])고 하여, 제한적으로 위험성 있는 물건을 제조한 자에 대하여 계약관계를 묻지 아니하고 일반인에 대한 주의의무를 부과하고 있다. 이 판례로부터 위험물을 제조 또는 관리하거나 통상적인 위험을 벗어나는 행위를 행하는 자는 일반인에 대하여 그 위험을 최소화하거나 회피할 일반적 주의의무를 이끌어낼 수 있다. 따라서 인터넷 서비스 제공자는 자신의 서버를 통하여 명예훼손물이 배포되는 경우 실질적으로 통제할 권한이 있고 기술적으로도 가능하다면 이를 알았거나 알 수 있었을 때에

한하여 불법행위책임을 물을 수 있다.

(2) 著作權 侵害物 등에 관한 責任基準

1) 美國

미국의 저작권법은 누구든지 저작권자의 허락없이 저작자의 배타적 권리를 침해한 자를 저작권의 침해자로 보고 있다.¹⁰⁰⁾ 따라서 5개의 배타적 권리(복제권, 2차적저작물작성권, 배포권, 공연권 및 전시권)의 범위에 해당하는 행위는 침해가 되고, 저작권자의 허락을 받지 아니한 자는 고의 또는 과실에 관계없이 책임을 부담한다.

미국은 일찍부터 저작권 침해에 있어서 直接侵害(direct infringement)·寄與責任(contributory infringement) 및 代位責任(vicarious liability)이라는 책임기준을 적용하고 있는데, 인터넷 서비스 제공자의 저작권 침해에 대하여 이들 기준에 의하여 해결되는 것과 관련하여 책임을 면책하거나 또는 낮추어야 한다는 주장이 있었다.¹⁰¹⁾ 이에 대하여 Lehman보고서는 인터넷 서비스 제공자와 관련하여 침해에 대한 책임의 기준을 바꾸는 것은 미국의 현행법 또는 저작권의 원리와는 상당히 거리가 있는 것이고 저작권자의 권리를 실질적으로 저해할 우려가 있으며 따라서 인터넷 서비스 제공자에 대해서 책임을 경감시키는 것은 당시에는 시기 상조라고 보았다.¹⁰²⁾ 만일 인터넷 서비스 제공자가 전화국처

100) 17 U.S.C. §501(a)

101) 다음과 같은 근거를 들고 있다. 즉 첫째, 서비스 제공자의 시스템에 있는 자료의 양이 너무 방대해서 이를 검사하거나 심사할 수 없다. 둘째, 서비스 제공자가 자신의 시스템에 있는 자료를 검사할 의지와 능력을 가지고 있다 할지라도 침해물을 항상 가려낼 수는 없다. 셋째, 서비스 제공자를 보호하지 못하면 통신과 정보의 이용가능성이 저해될 것이다. 넷째, 침해책임에 노출되면 서비스 제공자들이 이 사업에서 떠나게 될 것이고 결국 국가정보기반을 실패하게 하는 요인이 될 것이다. 다섯째, 법은 가입자들이 행한 행동에 대하여 가입자에게만 책임을 묻어야 할 것이다(Lehman, "Intellectual Property and the National Information Infrastructure", 1995(<http://www.uspto.gov/web/ipnii>)).

102) Lehman, op. cit. 다음과 같은 근거를 들고 있다. 즉 첫째, 서비스 제공자만이 배포자의 책임을 지는 것은 아니다. 서점·음식점·소프트웨어 판매상 등도 동일한 책임을 부담한다. 둘째, 이러한 손해는 서비스 제공자에게 일종의 비용으로 여겨지게

럼 단지 전송만을 하는 경우에는 단순한 전달자와 같은 지위에 있고, 시스템을 누가 그리고 무엇에 사용하고 있는지를 통제할 수 없다면 면책을 주장하는 데 유리한 위치를 가지게 된다고 보았다.¹⁰³⁾

그러나 현행 디지털저작권법(Digital Millennium Copyright Act of 1998(H.R.2281), DMCA)은 인터넷 서비스 제공자의 손해배상책임을 경감하는 내용을 담고 있다. 즉 디지털저작권법 제512조는 인터넷 서비스 제공자의 서비스를 4개의 영역, 즉 단순한 통신(digital network communications)·일시적 저장(system caching)·호스 터 서비스의 제공(information stored on service providers)·링크(information location tools)로 나누고 있다. 첫째, 단순한 통신의 경우에는 (i)서비스 제공자이외의 자에 의한 경우 (ii)서비스 제공자가 선별할 수 없는 자동적인 처리에 의한 경우 (iii)서비스 제공자가 침해물의 수령인을 선택하지 않은 경우 (iv)통상적으로 예상되는 수령인을 벗어나지 않았거나 통상적으로 필요한 시간 이상 침해물을 두지 않은 경우 (v)침해물에 변경을 가하지 아니한 경우에는 금전적 배상책임이 없다. 둘째, 일시적 저장의 경우에는 (i)침해물이 서비스 제공자이외의 자에 의하여 만들어진 경우 (ii)침해물이 서비스 제공자이외의 자에 의하여 전송된 경우 (iii)서비스 제공자이외의 자에 의하여 이용자가 침해물을 이용할 수 있도록 자동적으로 저장된 경우외의 4가지 경우를 들어서 서비스 제공자의 금전적 배상책임을 제한적으로만 허용하고 있다.¹⁰⁴⁾ 셋

된다. 셋째, 서비스 제공자가 국가정보기반에 중대한 역할을 하고 있다고 하여도 著作權 侵害의 責任을 배제하거나 경감시킬 수 있는 근거는 없다. 넷째, 서비스 제공자만이 가입자를 확인할 수 있고 不法行爲를 중단시킬 수 있는 지위에 있다. 다섯째, 침해로 인한 책임이 전자계시판이 주는 이익을 초과한다고 볼 수는 없다.

103) Lehman, op. cit.

104) SYSTEM CACHING - A service provider shall not be liable for monetary relief, or except as provided in subsection (i) for injunctive or other equitable relief, for infringement for the intermediate and temporary stroage of material on the system or network controlled or operated by or for the service provider: Provided, That-- '(1) such material is made available online by a person other than such service provider, '(2) such material is transmitted from the person described in pararaph(1) through such system or network to someone

other than that person at the direction of such other person, '(3) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making such material available to users of such system or network who subsequently request access to that material from the person described in paragraph(1); Provided further, that -- '(4) such material is transmitted to such subsequent users without modification to its content from the manner in which the material otherwise was transmitted from the person described in paragraph(1); '(5) such service provider complies with rules concerning the refreshing, reloading or other updating of such material when specified by the person making that material available online in accordance with an accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available; Provided further, That the rules are not used by the person described in paragraph(1) to prevent or unreasonably impair such intermediate storage; '(6) such service provider does not interfere with the ability of technology associated with such material that returns to the person described in paragraph(1) the information that would have been available to such person if such material had been obtained by such subsequent users directly from such person; Provided further, That such technology-- '(A) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material; '(B) is consistent with accepted industry standard communications protocols; and '(C) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to such person if such material had been accessed by such users directly from such person; '(7) either-- '(A) the person described in paragraph(1) does not currently condition access to such material; or '(B) if access to such material is so conditioned by such person, by a current individual pre-condition, such as a pre-condition based on payment of a fee, or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have been so authorized and only in accordance with those conditions; and '(8) if the person described in paragraph(1) makes that material available online without the authorization of the copyright owner, then the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringements described in subsection(c)(3): Provided further, That the material has previously been removed from the originating site, and the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that such material has been removed or access to it has been disabled or

째, 호스터 서비스의 제공에 의한 경우에는 (i)침해물 내지는 침해행위를 실질적으로 알지 못했거나 주위 상황에 비추어 알 수 없었던 경우 또는 이러한 사실을 안 경우에 즉시 침해물의 제거 내지는 침해행위를 차단한 경우, (ii)서비스 제공자가 실질적으로 통제할 수 있는 권리와 능력이 있는 때에는 침해행위로 직접적인 경제적 이익을 얻지 않은 경우, (iii)침해행위에 대한 통지를 받고 즉시 침해물의 제거 내지는 침해행위를 차단한 경우에 금전적 배상책임이 배제된다. 넷째, 링크의 경우에는 (i)침해물 또는 침해행위를 실질적으로 인식하지 못했거나 또는 주위 상황에 비추어 인식할 수 없었던 경우, (ii)서비스 제공자가 실질적으로 통제할 수 있는 권리와 능력이 있는 때에는 침해행위로 직접적인 경제적 이익을 얻지 않은 경우, (iii)침해에 대한 통지를 받고 즉시 침해물의 제거 내지는 침해행위를 차단한 경우에 금전적 손해배상책임이 배제된다. 이들 4개의 서비스 제공과 관련된 침해물과 침해행위의 부작위 및 제거 청구에는 아무런 제한을 두지 않았다.

2) 獨逸

독일에서도 인터넷 서비스 제공자가 제공하는 서버에서 제3자에 의한 侵害行爲가 일어난 경우에 서비스 제공자에 대한 손해배상청구의 법적 기초를 찾는 데에는 어려움이 있다. 즉 독일의 저작권법 제97조 제1항 제1문에서 「저작권자 또는 이 법에 의하여 보호되는 권리자는 위법하게 침해한 자에 대하여 침해의 제거, 반복의 위험에 부작위를 청구할 수 있고 고의 또는 과실의 침해자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다」라고 하여, 직접적인 행위자의 고의 또는 과실에 의한 경우에만 손해배상책임을 부담시키고 있다.

통신서비스法과 通信서비스州協約은 인터넷 서비스 제공자의 책임을 명예훼손물 또는 저작권 침해물에 관계없이 통일적으로 민법에 의한 손해배상책임보다 완화하는 내용을 포함하고 있다. 즉 通信서비스法 제5조와 通信서비스州協約 제5조는 3개의 영역, 즉 ‘자신의 내용물 제공’·‘타인의 내용물 제공’ 및 ‘단순한 타인의 내용물에 대한 접근의 중계’로 나누

ordered to be removed or have access disabled.

고 있다.¹⁰⁵⁾ 첫째, 인터넷 서비스 제공자가 자신의 내용물을 이용할 수 있도록 제공한 경우 일반법에 의하여 책임을 부담한다.¹⁰⁶⁾ 둘째, 인터넷 서비스 제공자는 타인의 내용물을 이용할 수 있도록 제공한 경우 그 내용물을 알았거나 그 이용을 기술적으로 막을 수 있는 가능성을 기대할 수 있는 경우에 책임이 있다.¹⁰⁷⁾ 셋째, 인터넷 서비스 제공자가 타인의 내용물을 이용할 수 있는 단순한 중계적인 역할에 해당하는 경우 책임이 없다. 여기서 중계적 역할이란 자동적이고 순간적으로 타인의 내용물을 보유하는 것을 말한다.¹⁰⁸⁾

3) 우리 나라

우리 나라의 저작권법 제93조에서 『著作財産權 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자가 고의 또는 과실에 의하여 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우...』라고 하여, 저작권 침해에 대한 손해배상책임의 경우 직접적인 침해자의 고의 또는 과실을 요건으로 하고 있다. 저작권 침해와 관련된 서비스 제공자의 책임은 위에서 살펴본 명예훼손과 마찬가지로 민법 제750조에 기초하여 판례가 개발한 ‘危險防止義務’를 적용할 수 있다. 즉 인터넷 서비스 제공자가 저작권 침해를 알았거나 알 수 있었던 경우에 책임을 부과할 수 있다.

저작권법 제91조 제1항은 『저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의豫防 또는 損害賠償의 擔保를 청구할 수 있다』라고 하여, 침해의 제거 및 예방 청구에 고의 또는 과실을 요건으로 하지 않았다. 따라서 타인의 저작권을 침해하는 침해물을 보유하고 있는 서비스 제공자는 본인의 의사와 관계없이 청구권의 대상이 된다.

105) Spinder, "Haftungsrechtliche Grudprobleme der neuen Medien", NJW 1997, S.3193.

106) §5 I TDG, §5 I MDStV.

107) §5 II TDG, §5 II MDStV.

108) §5 III TDG, §5 III MDStV.

3. 不正確한 情報의 提供과 관련 責任

인터넷 서비스 제공자는 가입자를 위하여 뉴스 또는 정보를 제공하고 있고, 따라서 가입자에게 허위 또는 부정확한 정보를 제공할 수 있는 위험이 있다. 즉 데이터 베이스 또는 전자적인 정보서비스에서 부정확한 정보를 수령한 자가 손해를 입은 것에 대한 책임이 문제되는데, 부실정보와 관련된 책임이론은 다양할 수 있다. 즉 ‘과실에 의한 부실표시’, ‘엄격책임(또는 제조물책임)’ 및 ‘사기’ 등을 들 수 있는데, 이 중에서 주된 책임원리로 논의되고 있는 것은 ‘과실에 의한 부실표시’와 ‘제조물책임’이다.

부정확한 정보와 관련 인터넷 서비스 제공자의 책임은 현실세계에서 정보제공자와 비교하여 법리상의 특별한 차이를 발생시키지는 아니한다. 즉 전통적인 통신매체인 구두, 전보 또는 전화 등의 통신수단에 의한 정보제공과 인터넷 통신을 통한 정보 제공사이에 법리상의 차이는 없다. 다만 인터넷 서비스 제공자의 특수한 지위에 비추어 그 책임이 모호하고, 인터넷 통신이 정보제공의 주된 매체로 자리잡아 감에 따라서 부정확한 정보의 제공과 관련하여 분쟁이 증대하고 있다는 점에서 논의되고 있다.

(1) 美國

미연방대법원은 통신 자체의 내용이 허위라는 이유만으로 過失에 의한 不實表示(negligent misrepresentation) 또는 嚴格責任(strict liability)을 묻는다면, 수정헌법 제1조에 위반되고 언론을 억압한다고 보았다. 광고 또한 비록 제한된다고 하여도 誤認 또는 欺罔이 없는 합법적인 행위에 관련되어 있는 한 수정헌법 제1조의 보호를 받는다고 보았다.¹⁰⁹⁾ 부실정보와 관련 책임에 적용되는 책임기준을 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

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

1) 過失責任

미국은 부정확한 정보와 부실표시에 관련하여 過失에 의한 不實標示라는 불법행위를 인정한 사례가 많이 있다. 이 불법행위는 과실의 불법행위에 해당하므로 주의의무의 존재·주의의무의 위반, 인과관계 및 손해의 발생이라는 4개의 요건을 갖추어야 한다. 이들 요건 중에서 가장 중요한 것은 인터넷 서비스 제공자가 어떠한 상황에서 과실에 의한 부정확한 정보를 회피할 의무가 있는가 하는 점이다. 이 경우에 정보제공자와 수령자 사이에 영업상으로 정보를 제공하는 것과 같이 직접적이고 긴밀한 관계가 있는 때에 주의의무가 발생한다.¹¹⁰⁾ 그러므로 정보제공자와 정보수령자가 이러한 의무를 부담하는 것을 정하지 아니한 단순한 계약만으로는 불법행위가 성립하지 아니한다. 예컨대, 출판사와 구독자 사이의 구독계약은 잡지를 배달할 의무만이 발생하고 잡지에 담긴 정보에 대한 정확성을 보증하지는 아니한다. 이와 유사하게 인터넷 통신상 전자출판물에 의하여 제공되는 정보에 대하여도 동일하게 적용된다. 손해의 요건과 관련하여, 過失에 의한 不實表示라는 불법행위는 실질적인 손해를 성립요건으로 하고 있고 名目的 損害賠償은 허용되지 아니한다.

위의 부정확한 정보 내지 부실표시에 대한 책임은 다음의 경우에 당사자 사이의 긴밀한 관계가 없이도 적용될 수 있다. 즉 첫째, 의도적 또는 무분별한 부실표시는 당사자 사이의 긴밀한 관계를 가지고 있지 아니하다고 하여도 책임이 발생할 수 있다. 즉 직접적인 관계가 없는 제3자는 詐欺 또는 無分別한 不實表示에 해당됨을 증명하여 보호받을 수 있

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

다.¹¹¹⁾ 둘째, 정보제공을 계약내용으로 하고 있는 경우이다. 즉 미국의 불법행위에 관한 제2 리스테이트먼트 제552조 제1항에서 『영업·업무·고용 과정에서 또는 기타의 거래에서 타인의 상거래의 안내(guidance)에 금전적 이익을 취득하는 자가 허위정보를 제공한 경우에 정보의 수집과 전달에 상당한 주의의무를 다하지 못한 때에는 정당하게 정보를 신뢰한 자에게 야기된 금전적 손해에 대하여 책임이 있다』고 하여, 제한된 범위의 자들에 대하여 불법행위의 책임을 묻고 있다.¹¹²⁾

2) 嚴格責任

미국법은 불법행위에 관한 제2 리스테이트먼트 제402조의 A 제1항에서 ‘製造物’에 한정하여 엄격책임을 묻고 있다. 따라서 서적 등의 출판물에 담겨 있는 정보 자체는 제조물이 아니고 따라서 부정확한 정보에 대한 피해의 중대성에 관계없이 엄격책임을 지울수 없다. 미연방판례도 인터넷 통신을 통하여 제공된 전자출판물에 담겨있는 정보에 대하여 製造物責任의 嚴格責任을 부과할 수 없다고 보았다.¹¹³⁾ 그렇지만 이러한 책임원리는 항공 차트와 지도의 부정확한 설계로 인하여 발생한 것으로 추정되는 항공기 사고에 대하여 엄격책임을 묻는 사례도 있다.¹¹⁴⁾

(2) 獨逸

독일은 민법 제676조 전단에서 『타인에게 助言 및 勸告를 한 자는 조언이나 권고에 따름으로써 생긴 손해를 배상할 의무가 없다』라고 하여 정보제공과 관련하여 제공자의 책임을 제한하고 있다. 결국 정보제공자와 이용자사이에 정보 제공에 대한 직접적인 계약관계가 없는 한 책임이 배제된다.

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

112) Kent D. Stucky, op. cit., §3.02[1]~3.02[2].

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

114) Brocklesby v. United States, 767 F.2d 1288 (9th Cir. 1985).

의도적인 허위정보의 제공과 관련하여 독일민법 제823조 제3항『선량한 풍속에 반하는 방법에 의하여 고의로 타인에게 손해를 가한 자는 그 타인에 대하여 손해를 배상할 의무가 있다』을 적용할 수 있다. 즉 정보제공자가 해할 의도로 허위정보를 정보수령자에게 제공하여 손해를 발생시킨 경우에 책임이 성립한다. 독일판례는 중대한 과실에 의하여 경솔하게 정보를 제공한 행위를 풍속위반으로 보았고, 특히 정보제공자의 加害故意를 확정하는데 있어서 未必的 故意만으로도 충분하다고 하여 정보수령자의 입증책임을 완화하고 있다.

(3) 우리 나라

1) 過失責任

현행 민법전에서는 정보 제공과 관련된 민사책임에 대한 명시적인 규정은 없다. 따라서 민법 제750조의 일반적 불법행위에 의하여 해결할 수밖에 없다. 인터넷상의 부정확한 정보 내지 부실광고 등에 적용할 수 있는 책임원리는 과실에 의한 불법행위이다. 이 경우 과실의 불법행위는 당사자 사이의 직접적인 계약관계 또는 업무적·유상적인 긴밀한 관계가 있는 경우에 한하여 성립한다. 우리 나라의 판례도 은행종사자의 단순한 “신용이 있다” 또는 “신용이 튼튼하다”라는 말에 대하여 불법행위를 부정하고 있다.¹¹⁵⁾ 인터넷 서비스 제공자가 부실정보를 제공한 경우 고의 또는 긴밀한 계약관계가 없는 한 책임이 없다. 다만 유상적인 계약관계에 기초하여 정보를 제공하고 있는 경우에는 업무상 주의의무를 부담한다.

2) 製造物責任法에 의한 責任

우리 나라는 2000년 1월 12일에 ‘제조물책임법’을 제정하여 2002년 7월 1일부터 시행에 들어갈 예정이다. 제조물책임법 제2조의 1에서 『“제조물”이라 함은 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다』고 하여 범문상으로도 ‘동산’이외에는 적용되지 아니하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 컴퓨터프로그램에 대

115) 大判 1989. 6. 27, [88다카9524].

한 제조물 책임의 적용 여부는 논의할 필요가 있다고 하여도, 적어도 순수한 思考와 事實에 관련 정보는 제조물로 볼 수 없고 따라서 제조물책임법이 적용될 여지는 거의 없다.

제조물책임법 제3조 제1항에서 「제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다」라고 하여, 소위 무과실에 기초한 손해배상을 허용하고 있다. 제조물책임법 제3조의 무과실책임도 동산에 한정된다.

4. 法制改善方案

인터넷 통신의 탄생과 함께 인터넷 서비스 제공자라는 새로운 행위주체로 등장했지만, 이에 부합하는 명확한 책임기준은 없다. 전통적인 통신매체와 관련해서 통신서비스제공자가 제공하는 내용물의 민사책임에 대해서는 명시적인 규정을 두지 않았다. 즉 전화의 경우 서비스 제공자는 통신을 연결하는 서비스에 지나지 아니하고, 방송의 경우에도 서비스 제공자의 책임에 대하여 방송법 제5조 제3항에서 「방송은 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해하여서는 아니된다」라는 조항외에는 아무런 규정이 없다. 다만 전기통신사업법 제33조의2 전단에서 「電氣通信事業者는 電氣通信役務를 제공함에 있어 이용자에게 손해를 입힌 경우에는 배상을 하여야 한다」고 하고 있는데, 이 조항은 통신사업자와 이용자사이에만 적용되고 또한 단순한 통신서비스 자체만을 전제한 것으로 내용물에 관련 책임을 정하고 있는 것은 아니다. 결국 인터넷 서비스 제공자가 제공하는 내용물에 관련해서 적용할 수는 없다.

앞에서 살펴본 것처럼 인터넷 서비스 제공자가 제공하는 서버에서 타인에 의한 명예훼손이나 저작권 침해 등의 불법행위로 손해를 야기한 경우 인터넷 서비스 제공자의 행위성에 작위성이 있으면 명예훼손이나 저작권의 침해에 대한 침해자로서의 책임을 부담한다. 단순히 타인의 침해행위 또는 침해물에 대한 부작위의 경우에는 전통적인 책임이론으로는 해결할 수 없지만, 최근에 판례가 개발한 일반적 과실이론인 거래안전의무 또는 위험방지의무의 법리를 적용할 수 있다. 즉 타인의 내용물에 대한 인터넷 서비스 제공자의 부작위에 대한 책임기준은 위법한 내용물을

알았거나 알 수 있었던 경우에 책임을 부담한다고 볼 수 있다. 물론 그 전제는 기술적으로 위법한 내용물을 차단하는 것이 가능하다라는 것을 내포하고 있다. 이와 같은 인터넷 서비스 제공자의 책임은 판례의 일반적 과실이론에 기초를 두고서 새로운 입법(예컨대, 통신서비스법)으로 서비스 제공자의 책임을 명확히 밝히는 것이 필요하다. 왜냐하면 정보의 제공에 관련된 경제질서를 왜곡하거나 그 발달을 저해할 수 있으므로 입법적으로 서비스 제공자의 책임을 명확히 해야 한다. 즉 서비스 제공자의 서비스 제공과 관련하여 그 역할에 따라서 세분하여 책임을 명시해야 한다. 인터넷 서비스 제공자의 서버에 있는 명예훼손물의 제거와 관련해서도 민법상의 일반원칙을 이끌어내기가 용이하지 않다. 왜냐하면 민법 제764조에서 명시적으로 밝히지 아니하고 있고 민법 제750조에서도 침해의 제거와 예방에 대하여 언급하지 아니하고 있기 때문이다. 우리 민법은 제214조에서 물건의 침해 및 침해의 우려가 있는 경우 침해의 제거 및 예방청구를 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 이 조항을 통하여 민법 제750조에 의하여 보호되는 배타적 권리와 관련해서도 유추 적용할 여지가 있다. 이러한 방법론의 도입은 비록 민법전의 명시적 조항이 없다고 하여도 침해 이전의 상태 또는 권리의 완전성을 회복한다는 민법의 기본원리에 비추어 당연히 허용할 수밖에 없다. 따라서 인터넷 서비스 제공자에 대한 명예훼손물의 제거청구는 민법 제214조를 유추 적용하여 고의 또는 과실에 관계없이 명예훼손물을 제거할 지위에 있으면 청구의 대상이 된다. 이상을 고려하면, 통신서비스법에서는 다음과 같은 조항을 마련해야 할 것으로 사료된다.

[서비스 제공자의 책임]

- ① 서비스 제공자가 자신의 내용물을 이용에 제공한 경우에는 일반법에 따라서 책임을 진다.
- ② 서비스 제공자가 타인의 내용물을 이용에 제공한 경우에는 그 내용물을 인식 또는 그 이용을 차단하는 것이 기술적으로 가능한 때에만 책임을 진다.
- ③ 서비스 제공자가 타인의 내용물을 단순히 이용을 위하여 접근에 중계하는 경우에는 책임이 없다. 여기서 접근의 중계란 이용자의 요청에

의하여 자동적, 순간적으로 타인의 내용물을 보유하는 것을 말한다.

- ④ 서비스 제공자가 제공하는 서비스에 위법한 내용물이 있는 경우 이를 제거할 지위에 있거나 기술적으로 제거할 가능성을 합리적으로 예상할 수 있는 때에는 일반법에 의한 차단 의무에는 영향을 미치지 아니한다.

제 2 절 인터넷상의 情報侵害에 대한 裁判管轄

1. 인터넷상의 行爲와 裁判管轄

인터넷은 본질적으로 장소를 벗어난 새로운 개인의 활동영역을 형성하고 있으므로 장소에 기초한 法適用의 妥當性(또는 正當性)을 위협하고 있다.¹¹⁶⁾ 즉 인터넷 통신은 이용자나 서비스 제공자의 행위와 그 장소사이의 관계를 근본적으로 파괴하고 있다. 따라서 인터넷상 행위가 장소에 기반을 두고 있지 아니하므로 장소적 관할을 그대로 적용하기가 어렵고 기존의 장소적 및 영토적 관할의 원리를 근본적으로 위협하고 있다.

이와 같이 인터넷은 사이버 스페이스라는 새로운 공간을 탄생시켰고, 이 공간은 국내적으로 영토, 영해 및 영공과 함께 그리고 국제적으로 공해, 남극 및 우주와 함께 제4의 영역으로 의미를 지니고 있다. 즉 이 공간은 물리적으로 분리할 수 없는 하나의 영역으로 국가의 주권을 초월하고 있어서 국가의 주권의 실현, 즉 법집행이나 재판관할의 행사를 근본적으로 위협하고 있다. 그렇지만 현재로서는 새로운 국제적 질서를 형성하는 것은 불가능하고 문제되는 사항에 대하여 각국의 법에 의존하여 나름대로 일치된 질서를 형성하도록 노력할 수밖에 없다. 재판관할도 각국의 전통적인 관할이론에 기초하여 새로운 입법이나 법리구성에 의존할 수밖에 없다.

116) David R. Johnson · David G. Post, "Law And Borders-The Rise of Law in Cyberspace", Stanford law Review, 1996.
(http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html).

2. 인터넷상의 情報侵害와 裁判管轄

인터넷상의 정보, 즉 개인정보·영업비밀·데이터 베이스 및 신용정보 등의 침해에 대한 법적 책임의 기초는 불법행위, 계약위반 등에서 끌어올 수 있고 그 재판관할도 해당 책임에 따라서 달라질 수 있다. 이들 정보와 관련하여 우리 법에서는 전속관할을 정한 바가 없으므로 해당 책임 기초에 따라서 관할을 정할 수밖에 없다. 즉 정보의 침해가 계약위반에 해당하는 경우 계약과 관련 재판적이 적용되고, 불법행위에 해당하는 경우 불법행위와 관련 재판적이 적용된다. 정보가 부정경쟁행위에 관련된 경우 부정경쟁행위의 재판적이 적용된다. 인터넷상에서 정보침해는 네트워크에서 이루어지므로 장소를 가지지 아니하고 다소간 우발적이고 돌발적으로 행하여지고 있다. 또한 가상적으로만 존재하므로 전세계 어디에서든지 침해의 결과가 발생할 수 있다.¹¹⁷⁾ 이러한 특성 때문에 재판관할을 정하는 데에는 현실세계와 차이가 있다.

아래에서는 정보의 침해 유형에 따라 각국의 관례와 문헌에서 주장하고 있는 재판관할에 대한 법리를 살펴보게 되는데, 관련 분쟁이나 문헌이 적어서 인터넷 정보침해에 대한 불법행위나 부정경쟁행위 등에 관련된 재판적을 위주로 하여 간접적으로 정보침해의 재판관할을 살펴보는 것에 그치고자 한다.

(1) 美國

1) 傳統的인 裁判管轄

미국에 있어서 법원이 행사하는 관할은 그 힘이 미치는 영역 내에서 一般的 裁判管轄權을 가진다.¹¹⁸⁾ 미연방대법원은 *Rennoyer, v. Nelf* 사건에서 『각주는 그 영역내의 住民과 物에 대하여 裁判管轄權과 自治權을 가지고 주의의 人과 物에 대하여 직접적인 裁判管轄權과 自治權을 행

117) Schack, "Neue Techniken und Geistiges Eigentum", JZ 1998, S.760~763.

118) *Rennoyer, v. Nelf*, 95 U.S. 714 (1877).

사할 수 없다』고 하여 장소적 관할에 기초를 두고 있었으나, 州사이에 활발한 인적교류와 거래행위의 급증으로 이러한 장소적 관할의 원리를 수정하였다. 즉 연방대법원은 1945년에 *International Shoe, Co., v. Washington* 사건에서 피고가 법정지주와 최소한의 접촉 또는 관련성만 있으면 인적 관할을 행사할 수 있고, 수정헌법 제14조의 適正節次 (due process)에 위반되지 아니한다는 입장으로 변경하였다.¹¹⁹⁾ 人的管轄(jurisdiction in personam)과 관련하여 법원은 법정지주 외에 거주하는 피고에 대한 인적 관할을 가질 수 있는가의 여부에 일반적으로 2단계 분석을 행한다. 즉 당해 주의 long-arm statute에 의하여 법정지를 검토한 후에 수정헌법 제14조의 요건을 검토한다. 헌법적인 분석은 법정지가 피고에 대한 인적 관할의 행사에 ‘最小限의 接觸(minimum contacts)’¹²⁰⁾을 충족하고 있는가를 검토하는 것이다. 즉 피고에 대한 관할행사가 ‘페어 플레이와 實質的인 正義’라는 전통적인 관념에 위반하지 않았는가를 검토한다. 몇몇 주의 long-arm statute는 수정헌법 제14조의 적정절차가 허용하는 최대한으로 비거주자에 대하여 관할을 쉽게 주장할 수 있지만,¹²¹⁾ 대부분 주의 long-arm statute는 주의 관할이 피고에 미칠 것인가에 대하여 행위의 유형을 열거하고 있다.¹²²⁾ long-arm statute는 대부분 비거주자인 피고에 대한 2개의 관할유형, 즉 일반관할과 특별관할로 구별하고 있다.¹²³⁾ 일반관할은 訴因과 관련이 없지만 피고에 관할을 인정할 만큼 광범위하게 법정지주와 접촉을 가진 경우이고,¹²⁴⁾ 특별관할은 訴因에 의하여 야기되거나 또는 관련된 접촉을 가진 경우이다.¹²⁵⁾ 예컨대, 被告의 不法行爲의인 通信이 법정지 주에 보

119) 金容秦, 國際民事訴訟戰略, 新英社, 1997, 93面.

120) *International Shoe, Co., v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

121) 예컨대, 캘리포니아 주법에 의하면, 법원은 주 또는 연방 헌법에 모순되지 아니하는 한 관할을 행사할 수 있다(Cal. Civ. P. Code §410.10).

122) 예컨대, 일리노이 주의 법원은 주 내에서 상거래, 불법행위, 재산의 소유·이용 또는 인적·물적 보험에 가입하고 있는 피고에 대하여 관할을 가진다(III. Ann. Stat., Ch. 735, §512~209).

123) *Kent. D. Stuckey*, op. cit., 1996. §10. 02[1].

124) *Burger King Corp., v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985). 가장 일반적인 사례로 원고의 소송과 아무런 관련이 없는 법정지 주에서 재산을 소유하는 경우이다.

125) *Burger King Corp., v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985).

내지고 그 곳에서 손해를 야기한 경우이다. 어쨌든 헌법의 적정절차를 충족하기 위해서는 법정지주에 의도적으로 ‘최소한의 접촉’을 형성했느냐를 밝혀야 한다.¹²⁶⁾

2) 인터넷상의 行爲와 裁判管轄

인터넷의 혁명적인 등장에도 불구하고 미국의 법원은 인터넷상 불법행위의 관할에 대하여 전통적인 기준을 유추 적용하고 있다. 즉 인터넷상의 관할은 기본적으로 人的 管轄에 기초를 두고 있다. 인적 관할에 대한 현실적(실질적) 접촉에 기반을 둔 원리를 假想空間의 不法行爲에도 유추 적용하여, 전자적인 접촉에 기초하여 인적 관할을 인정하고 있다. 인적 관할의 확장과 관련하여 long-arm statute의 적용 범위와 해석이 문제되는데, 인터넷 환경에서 제기되는 不法行爲의 類型, 특히 詐欺·名譽毀損 및 違法한 干涉과 관련된 통신에서 중요한 의미를 지닌다. 관할문제의 핵심은 법정지외에서 불법적인 통신을 원고의 거주지에 보냈거나 수신한 경우에 원고의 거주지 주가 long-arm statute에 의하여 관할을 가지느냐에 있다. 몇몇 州는 州 내에서 손해를 야기한 통신행위로 해석하고 있는 반면에, 몇몇 주는 주 내에서 행위와 손해의 발생을 요건으로 하고 있다. 이러한 不法行爲의인 郵便이나 電話와 관련된 원리는 인터넷 통신에도 적용할 수 있다. 경우에 따라서는 컴퓨터 네트워크에 의한 不法行爲의인 通信과 관련하여, 인터넷 통신과 전통적인 우편 및 전화 사이에 잠재적으로 중요한 차이를 밝히고 있는 경우도 있다.¹²⁷⁾ 예컨

126) Keeton, v. Hustler Magazine, Inc., 465 U.S. 77 (1984) (최소한의 접촉은 피고가 법정지의 거주자에 ‘의도적이고 직접적인’ 행위를 한 경우에 존재한다); World-Wild Volkswagen Corp., v. Wooden 448 U.S. 286 (1980) (최소한의 접촉은 피고의 행위와 법정지와의 관련성에 의하여 피고가 법정지에서 소송이 제기될 수 있는 것을 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 존재한다); Hanson, v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958) (최소한의 접촉은 피고가 법정지 내의 특정한 면책행위를 이용할 의도로 법률에 의한 보호를 야기한 경우에 존재한다); Burger King Corp., v. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (1985)(최소한의 접촉은 접촉이 비정규적, 일시적 또는 희박한 경우에는 존재하지 아니한다).

127) 캘리포니아 주에 거주하는 원고는 베르몬트 주에 거주하는 피고에 대하여 컴퓨터를 이용하여 원고의 정보서비스에 대한 위법한 간섭을 한 것과 원고와 거래하고 있는 고객에게 名譽毀損의 主張을 배포한 것에 소송을 제기했다. 피고는 이 주장이 고객의

대, California Software, Inc., v. Reliability Research, Inc. 사건에서 컴퓨터 통신은 전통적인 우편이나 전화에 의한 통신과 달리 이를 볼 수 있는 사람이면 누구나 수령자가 될 수 있고, 따라서 보다 쉽고 편리하게 전국에 걸쳐 광범위한 거래를 한 경우에 법원에 의하여 행사되는 관할의 범위도 상응하여 넓혀져야 한다고 보았다. 결국 인터넷 통신을 통하여 정보를 신속하고 저렴하게 배포하는 자는 서비스를 제공하는 지역 또는 외국관할에 보다 쉽게 복종할 수 있다.

또한 미국의 법원에 있어서 재판관할은 인터넷 이용에 있어서 ‘적극적(active)’ 이용과 ‘소극적(passive)’ 이용으로 구분하여 인적 관할을 가지는냐의 여부를 기준으로 채택할 여지가 높다. 첫째, 인터넷을 통해 전자상거래를 하는 자는 영업행위에 관련하여 인터넷상의 행위 자체만으로도 人的 管轄을 가질 수 있다. 즉 웹사이트 이용자들에게 전자우편을 통하여 영업행위를 하거나 또는 상대방과 접촉한 경우에, 電子郵便을 정기적으로 발송 또는 수신하였다면 인적 관할을 인정하기에 충분하다. 예컨대, CompuServe, Inc., v. Patterson 사건에서 계약과 영업을 위하여 인터넷을 적극적으로 이용한 경우에 구매자의 주에서 피고의 인적 관할을 인정했다.¹²⁸⁾ 둘째, 웹사이트를 수동적으로 이용하는 웹사이트 저작자에 대한 보통관할 또는 특별관할을 가지기에 ‘부가적인 것(something more)’이 필요하다. 예컨대, Bensusan Restaurant Corp., v. King 사건에서 단순히 정보 전달적인 방법으로 웹사이트를 이용한 경우와 관련하여 인적 관할을 인정하지 않았다.¹²⁹⁾ Cybersell, Inc., v. Cybersell, Inc. 사건에서도 웹사이트를 일방향적으로 이용하는 경우에는 피고에 대한 관할

질문에 대한 단순한 답변에 불과하며 캘리포니아 주에 거주하는 원고 또는 거주자를 겨냥한 것이 아니라고 주장했다. 법원은 비록 캘리포니아 주의 고객에 직접적으로 영향을 미치지 않았다고 하여도 캘리포니아 주의 거주자에게 간접적으로나마 손해를 야기할 의도를 지니고 있다고 하여 人的 管轄을 인정했다.(California Software, Inc., v. Reliability Research, Inc., 631 F. Supp. 1356(C.D. Cal. 1986)

128) CompuServe, Inc., v. Patterson, 89 F. 3d 1257(6th Cir. 1996). 이 사건의 자세한 사실관계에 대해서는 柳勝薰, “Cyberspace상에서의 法的 紛爭과 裁判管轄”, 외법논집(제5집), 1998, 26~28面 參照.

129) Bensusan Restaurant Corp., v. King, 126 F.3d 25(2d Cir, 1997).

을 부인했다.¹³⁰⁾ 즉 당사자가 인터넷을 통한 거래행위 또는 영업행위도 하지 않았고 웹사이트를 순수한 정보 전달적인 방법으로만 사용한 경우에, 관할은 피고가 행한 ‘부가적 요소(plus factors)’에 따라서 존재할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 부가적인 요소는 인터넷 이전의 *Calder, v. Jones* 사건과 *Asahi Metal Industry Co., v. Superior Court* 사건의 다수의견에서 끌어올 수 있다. 즉 인터넷을 통한 故意的 不法行爲는 不法行爲者가 의도한 손해발생지인 경우에 관할을 인정할 수 있다.¹³¹⁾ 또한 *Panavision International, L.P., v. Toeppen* 사건에서와 같이 影響基準(the effects test)도 적용될 수 있다.¹³²⁾

營業秘密의 侵害는 州의 long-arm statute에 의하여 불법행위로 다루어지고 있다.¹³³⁾ 따라서 州 내에서 불법행위가 발생하였는지의 여부는 침해상품이 배포된 장소에 해당하는지 여부에 달려있다.¹³⁴⁾ 이러한 접근 방법은 인터넷 환경에서 침해가 여러 국가에 걸쳐 발생할 수 있다는 점과 디지털 상품(예컨대, 소프트웨어·전자적인 출판물 또는 디지털 영상 및 음악 저작물)이 오직 전자적으로만 배포되는 점에서 어려움에 직면하

130) *Cybersell, Inc., v. Ctbersell, Inc.*, 130 F. 3d 414(9th Cir. 1997).

131) *Asahi Metal Industry Co., v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987); *World-Wild Volkswagen Corp., v. Wooden* 448 U.S. 286 (1980).

132) Panavision사는 캘리포니아주에 영업소를 두고 있었다. 사진기와 그 장비의 판매에 관련하여 연방에 등록된 “Panavision”과 “Panaflex”라는 상표를 사용하고 있다. Panavision사는 웹사이트로 “Panavision. com.”이라고 등록하려고 했으나, 일리노이 주의 주민인 Toeppen이 벌써 도메인 네임으로 등록했기 때문에 등록할 수 없었다. Toeppen은 도메인 네임을 포기하는 대가로 13,000달러를 요구했다. 제9순 회법원은 다음과 같은 이유로 관할을 인정했다. 즉 Toeppen에 관한 캘리포니아 주의 관할에 대하여 Toeppen이 의도적으로 Panavision사로부터 돈을 받기 위하여 도메인 네임으로 Panavision사의 상표를 등록했고, Panavision사에 대한 주된 손해는 캘리포니아 주에서 발생한 것으로 볼 수 있다. 또한 Toeppen은 Panavision사가 캘리포니아 주에 주된 영업소를 두고 있으므로 그 곳에서 손해를 볼 것을 알고 있었다(*Panavision International, L.P., v. Toeppen*, No.97-55467, 1998WL178555(9th Cir. Apr. 17, 1998)).

133) *American Telephone & Telegraph Co., v. MCI Communications Corp.*, 736 F. Supp. 1294(D.N.J.1990); *Cable/Home Communications Corp., v. Network Productions, Inc.*, 902 F. 2d 829(11th Cir.1990).

134) *Dakota Industries, Inc., v. Dakota Sportswear, Inc.*, 946 F. 2d 1384(8th Cir. 1991).

고 있다. 그러나 이 경우에도 전통적인 배포자를 유추 적용하여 쉽게 관할을 인정하고 있다. 예컨대, CompuServe Inc., v. Patterson 사건에서 고객들은 오하이오 州로부터 보내어진 카탈로그에 있는 상품을 우편 또는 전화로 주문하였고, 피고는 오하이오 州에 있는 창고에서 우편 또는 트럭을 통하여 상품을 배달했다. 상품이 배달된 많은 州 중에는 오하이오 州도 해당된다. 항소법원은 피고의 소프트웨어는 오하이오 州에 있는 시스템을 타인의 접속에 의하여 이용될 수 있다고 보았다. 따라서 소프트웨어와 기타의 전자상품을 인터넷 통신으로 저렴하고 편리하게 배포하는 경우에도 전통적인 관할원리가 변경되지 않는다고 보았다.¹³⁵⁾

(2) 獨逸

독일의 판례는 가상공간의 불법행위와 유사한 비장소적 사건에서 행위지의 개념을 확대하는 방법으로 해결하려고 하고 있다. 즉 신문 내지 방송을 통한 인격권 침해의 경우에는 일정한 배포지 내지 방송이 된 장소가 모두 行爲地로 다루었다.¹³⁶⁾ 이것을 소위 ‘流動的 管轄(fließende Gerichtsstand)’이라고 하는데, 피해자에게 신문사와 방송사의 불법행위에 대하여 권리실현에 가장 유리한 管轄을 선택할 수 있게 한 만큼 신문사와 방송사에게 반대의 부담을 준다. 이러한 방식의 관할권을 허용하는 것에 대하여 不法行爲가 일어난 곳은 어디서든지 救濟可能性이 주어지고 이렇게 함으로써 불법행위가 성립하는지 의심스러운 경우에 인격권을 존중하게 하는 효과도 가져올 수 있다는 주장도 있다.¹³⁷⁾ 하나의 저작권 침해행위가 동시에 여러 지역에서 발생된 경우에 배포된 모든 장소가 不法行爲地에 해당되고 이와 유사하게 인터넷상의 不正競爭防止法에 해당하는 행위에 대하여 통상 경쟁자와 경쟁이익이 충돌하는 광고 및 상품을 판매한 모든 지역에서 관할이 주어진다.¹³⁸⁾ 이를 소위 販賣地 原則

135) CompuServe Inc., v. Patterson, No C2-94-191, (S.D.Ohio Aug.11, 1994); Kent D. Stuckey, op. cit., §10. 02 [2].

136) BGH, NJW 1977, 1590.

137) Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2.Aufl., 1996. S.119.

138) BGHZ 113, 11(15)=NJW 1991, 1054.

(Marktortprinzip)이라고 하고, 미국의 ‘最小限의 接觸 原則’과 유사하다.¹³⁹⁾

이러한 원리는 인터넷 통신에 의한 정보침해의 경우에 유추 적용할 수 있는데, 최근에 독일 하급심 법원에서는 인터넷상 도메인 네임 .com에 대하여(미국에서 등록된 도메인에 대하여) 타인의 상표를 등록한 사건에서 독일법원이 관할을 가지지 못한다는 주장에 대하여, 독일기업이 독일에서 기도된 행위로 인한 독일인에 대한 소송이고 피고는 Braunschweig주에 주소를 두고 있으며 행위지와 피고의 영업소도 여기이며 적어도 당사자사이의 이익충돌은 독일에서 일어났고 따라서 관할을 가진다고 보았다.¹⁴⁰⁾ 비록 상표권과 관련된 사건이지만, 인터넷상의 정보침해와 관련된 사례에 있어서도 정보시스템이나 정보가 올려진 서버의 위치와는 상관없이 실질적인 침해가 있다고 보여지는 경우에 재판관할을 행사할 수 있다는 것을 시사하고 있다.

(3) 日本

불법행위에 대한 재판관할은 보통재판적인 피고의 주소지 관할과 함께 특별재판적인 不法行爲地の 管轄이 인정되고, 불법행위지가 加害行爲地와 損害發生地로 나누어지는 경우에 준거법 결정의 경우와는 달리 그 쌍방에 관할을 인정하는 것이 일반적이다.¹⁴¹⁾ 假想空間의 名譽毀損·프라이버시 침해에 대하여는 준거법 결정과 같이 피해자의 명예·프라이버시의 이익이 있는 장소이고, 그와 같은 정보가 네트워크를 통하여 제공된 모든 장소가 손해발생지로서 관할을 가진다. 물론 加害行爲地の 管轄도 긍정할 수 있다.¹⁴²⁾ 해커에 의한 정보파괴에 대해서도 가해행위지외에

139) Horen, “Internet und Recht -Neue Paradigmen des Informationsrechts”, NJW 1998, S.2845.

140) Landgericht Braunschweig Urteil vom 5. August 1997_9 O /88/97.

141) 東京地判 昭和 59. 3. 27(判時 1113号 26頁), 東京地判 平成元. 6. 19(判タ 703号 246頁) 参照.

142) 東京地判 昭和 59. 3. 27(判時1113号26頁), 東京地判 平成元.6.19 判タ703号 246頁) 等; 道垣内正人, 道垣内正人, “サイバースペースと國際私法 -準據法及び國際裁判管轄問題-”, ジュリスト(No.1117), 1997. 8. 64~65面 参照.

정보가 기록된 컴퓨터 소재지가 불법행위지로 된다.¹⁴³⁾ 그러나 이에 더하여 그 정보가 있는 회사에 경제적 손실을 준 경우에 컴퓨터가 위치한 국가와 달리 그 회사의 본점소재지에도 不法行爲地로서의 관할이 있는가 없는가에 대하여 일본판례는 二次的·派生的인 經濟的 損失의 발생지는 不法行爲地에 포함시키지 아니하는 것으로 보고 있다.¹⁴⁴⁾

(4) 우리 나라

인터넷상의 정보침해와 관련된 분쟁에서 재판관할에 대해서 현행 민사소송법의 보통재판적, 특별재판적, 전속관할 및 합의관할을 검토해야 한다.

1) 普通裁判籍

인터넷상 정보의 침해행위와 관련하여 민사소송법의 제1조 2이하의 일반원칙에 따라 관할이 정해질 수 있는지의 여부가 문제된다. 즉 민사소송법 제1조의 2에서 『訴는 피고의 普通裁判籍所在地의 법원의 관할에 속한다』라고 하고, 동법 제2조 전단에서 『사람의 普通裁判籍은 주소에 의하여 정한다』고 하여 사람에게 대한 보통재판적을 정하고 있는데, 인터넷 상에서 법적으로 보호가치 있는 타인의 정보를 침해한 경우 피고의 주소지에 재판관할이 성립한다. 그러나 외국에 거주하는 외국인에 의하여 발생한 경우에는 적용할 수 없다. 법인과 관련된 경우에는 민사소송법 제4조 제1항에서 『法人 기타 社團 또는 財團의 普通裁判籍은 그 주된 사무소 또는 영업소에 의하고 事務所와 營業所가 없는 때에는 그 주된 業務擔當者의 住所에 의한다』고 하여 법인 등에 대한 보통재판적을 정하고 있는데, 이 경우도 사람의 재판관할과 유사하게 해결된다

2) 特別裁判籍

(가) 債務履行地

우리 민사소송법 제6조에서 『財産權에 關한 訴는 居所地 또는 義務履行地의 法院에 提起할 수 있다』고 하여 계약과 관련된 소송에 대하여 의

143) 道垣內正人, 前掲論文 64~65面.

144) 道垣內正人, 前掲論文 64~65面.

무이행지 재판적이라는 특별재판적을 두고 있다. 여기서 채무이행지는 민법 제467조 제1항에서 「채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채무성립 당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다」고 하고, 동조 제2항의 전단에서 「전항의 경우는 특정물인도 이외의 채무변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다」라고 하여 계약의 위반에 기초를 둔 경우에는 채무이행지의 법원이 재판관할을 행사할 수 있다. 인터넷상 정보의 침해가 계약상 의무의 위반으로 발생한 경우에 채무이행지에서 재판관할을 행사할 수 있다.

그런데 당사자는 이행지 합의의 경우에는 아래에서 살펴본 관할합의를 한 것과 동일한 효과를 얻을 수 있는데, 이 경우에는 合意管轄을 騙取할 수 있을 뿐 아니라 義務履行地裁判籍이 발생하지 않게 되는 위험에 노출된다. 이에 따라 전자거래와 관련하여서는 消費者를 위한 專屬管轄을 인정하는 立法이 시급하다. 그 방법으로서 방문판매등에관한법률 제57조를 통신판매를 확대 개정하는 한편, 섭외사법에서 소비자계약에 관한 강제성을 선언하는 규정의 신설을 고려할 수 있다.

(나) 不法行爲地

민사소송법 제16조 제1항에서 「불법행위에 관한 訴는 그 행위지의 법원에 제기할 수 있다」라고 하여, 불법행위에 대한 특별재판적을 정하고 있다. 이러한 법행위지의 관할원리는 가상공간의 불법행위와 관련하여 완화 내지 보완되지 않을 수 없다. 즉 인터넷 통신에 있어서는 불법행위지라고 볼 수 있는 모든 장소의 법원이 관할권을 행사할 수 있다. 이러한 관할의 확대는 비영토적인 사건과 관련한 우리 대법원의 판례에서도 찾아볼 수 있다. 즉 「물품을 제조하여 판매하는 製造者의 不法行爲로 인한 손해배상책임에 관한 製造物責任訴訟에 있어서 손해발생지의 외국 법원에 國際裁判管轄權이 있는지 여부는 제조자가 당해 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 외국 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조자와 손해발생지와 사이에 실질적 관련이 있는지 여부에 따라 결정함이 조리상 상당하다고 할 것이고, 이와 같은 실질적 관련을 판단함에 있어서는 예컨대 당해 손해발생지의 시장을 위한 제품

의 디자인, 그 지역에서의 상품광고, 그 지역 고객들을 위한 정기적인 구매상담, 그 지역 내에서의 판매대리점 개설 등과 같이 당해 손해발생지 내에서의 거래에 따른 이익을 향유하려는 제조자의 의도적인 행위가 있었는지 여부가 고려될 수 있다」¹⁴⁵⁾고 하여, 대법원은 제조물에 의한 초국가적인 불법행위에서 ‘實質的인 關聯性’이라는 원리에 기초하여 재판관할을 행사할 수 있다고 보았다. 이러한 태도는 실질적으로 미국의 ‘최소한 접촉’ 원칙과 유사하다.

(다) 營業所所在地

민사소송법 제10조에서 「사무소 또는 영업소가 있는 자에 대한 소는 그 사무소 또는 영업소의 업무에 관한 것에 한하여 그 소재지의 법원에 제기할 수 있다」고 하고 있는데, 영업소소재지가 등록되어 있는 장소에 정보의 침해와 관련 소를 제기할 수 있다.

3) 專屬管轄

인터넷상의 정보침해가 계약에 기초한 경우에 전속관할을 정한 법이 있는지를 검토해야 하는데, 현행 방문판매등에관한법률 제57조에서 「방문판매업자 또는 다단계판매업자와의 상품의 구매 또는 용역의 제공에 관한 소송은 제소 당시의 소비자 또는 다단계판매의 상대방의 주소, 주소가 없는 경우에는 거소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 한다」고 하여 방문판매와 다단계판매의 경우만 전속관할을 두고 있고, 통신판매의 경우는 적용이 없다. 전자거래기본법도 소비자의 기본권익을 보호하기 위한 정부의 시책마련을 부과하고 있을 뿐 재판관할에 대한 규정은 없다. 결국 현행법에서는 인터넷상 정보침해가 계약위반에 기초한 경우 전속관할을 정한 바가 없다.

145) 大判 1995.11.21.[93다39607]. 이 사건에서 「피고 회사는 미합중국 플로리다주에 주소나 영업소를 두지 아니하고 단지 같은 주에 본점이 있는 원고 메츠사에게 1981년 이후 수년간 무선전화기를 판매하여 왔을 뿐임이 명백한바, 이러한 사정만으로는 피고가 자신이 제조한 상품의 하자로 인한 사고가 위 플로리다주에서 발생하여 이에 관한 소송이 그 지역의 외국법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 피고 회사와 위 플로리다주와의 사이에 실질적 관련이 있다고 보기 어렵다 할 것이므로 손해 발생지인 플로리다주 법원에 국제재판관할권을 인정하지 아니함이 조리상 상당하다 할 것이다」라는 결론을 내렸다.

4) 合議管轄

민사소송법 제26조 제1항에서 「당사자는 합의에 의하여 第1審管轄法院을 정할 수 있다」고 하여 당사자의 관할합의를 유효하다고 보고, 동조 제2항에서 「제1항의 합의는 일정한 법률관계에 기인한 소에 관하여 서면으로 하여야 한다」라고 하여 제1항의 관할합의는 계약서 작성시의 서면 계약에 의할 것을 요건으로 하고 있다. 그런데 전자서명법 제3조의 전자서명이 첨부된 전자문서와 전자거래기본법 제5조의 전자문서에 의한 관할합의가 유효한가가 문제되는데, 우리 전자서명법은 아무런 규정을 두지 않았다. 민사소송법 제26조 제2항의 강행규정성에 비추어 전자서명에 의한 것이라고 하여도 전자문서에 의한 경우에는 허용되지 않는다고 보아야 한다. 즉 재판관할의 합의는 당사자의 의사를 존중하는 데에서 출발하였지만, 재판관할의 합의가 당사자의 형평과 실제적 정의에 불합리하는 결과를 초래하는 경우에는 이를 제한하지 않을 수 없고 이러한 차원에서 우리 민사소송법은 제26조 제2항에 인쇄물이라는 서면에 한정하고 있다. 따라서 전자서명을 이용한 전자문서에 의한 재판관할의 합의는 그 유효성을 허용하기 어렵다고 사료된다. 비록 전자문서에 의한 재판관할의 효력을 인정한다고 하여도 약관의규제에관한법률 제14조에서 「고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기의 禁止條項 또는 裁判管轄의 合意條項이나 상당한 이유없이 고객에게 立證責任을 부담시키는 約款條項은 이를 무효로 한다」에 따라 당해 합의 조항을 무효화시킬 수 있다.

3. 法制課題

인터넷상의 정보침해와 관련 책임기초는 다양하고 재판관할도 이에 따라 행사된다. 각국마다 재판관할에 대한 나름대로의 입법이나 법원의 판례가 존재하고 있고, 아직까지는 국제적으로 통일된 규정을 마련하고 있지 못하다. 따라서 인터넷상의 행위와 관련 재판관할은 정보의 침해행위가 국내적인 문제에 국한되는 경우는 물론 국제적인 문제와 관련된 경우에도 관할을 예측하기가 용이하지 않다. 현재로서는 각국의 판례 경향에

비추어 법정지에서 최대한으로 관할권을 넓히려는 시도가 나타나고 있고, 이 문제는 결국 외국 판결문의 승인과 집행에 직접적으로 관련되어 있다.

여하튼 전통적인 재판관할은 인터넷상의 정보침해와 관련하여 새로운 변화를 맞이하고 있다. 즉 미국에서 인적관할에 관한 원리는 인적관할에 의하여 최소한의 관련성을 요구하고 있다. 인터넷 통신의 경우에도 최소한의 접촉을 가지고 있는 경우에는 그 자체만으로 관할을 인정하고 있다. 이를 결여하고 있는 경우에 인터넷 외의 요소, 즉 意圖的인 不法行爲地인 지 또는 불법행위의 손해발생을 합리적으로 예상할 수 있었는지를 고려하고 있다. 독일, 일본 및 우리 나라는 비장소적 사건에서 재판관할의 원리를 유추하여 인터넷 자체에서의 배포지 또는 불법행위의 결과발생지로 이익이 충돌하고 있는 인터넷상 개방된 모든 장소를 불법행위지로 보아 해결할 가능성이 높다. 이와 같이 불법행위와 관련 재판관할이 판례의 해석론에 의하여 해결되는 것이 아직까지의 각국의 추세라고 한다면, 계약과 관련하여 소비자를 보호하고자 하는 움직임이 EU를 중심으로 나타나고 있고 재판관할과 관련하여 전속관할을 둘 필요성도 제기되고 있다.

제5장 結 論

1. 오늘날 정보시스템의 발달은 정보의 수집·이용·공개 및 저장하는 능력을 개선하였고, 이러한 정보시스템의 발달과 함께 인터넷 통신이 수많은 각종의 정보시스템을 연결하고 있다. 인터넷 기술은 어느 누구에게도 가상공간을 통제할 수 있는 기술적인 능력을 허용하지 않았고, 어떠한 간섭도 없이 인터넷 이용자의 책임 하에 자율적으로 작동할 수 있게 설계되어 있다. 이러한 기술적 기초 위에서 각종의 내용물인 저작물과 정보가 이용·배포 및 복제되고 있으며 정보경제라는 새로운 산업을 탄생시켰다.

인터넷상의 내용물인 정보는 현실세계의 정보와 그 유형에 있어서 차이가 있는 것은 아니지만, 보호방법과 네트워크라는 환경에서 차이가 있다. 즉 현실세계에서의 정보보호는 전통적으로 유형적·물리적인 침해로부터의 자유 또는 다른 인격적 범익의 침해에 부수하여 보호하는 간접적인 방법에 의존하여 보호하고 있는데 반하여, 인터넷상의 정보는 그 자체의 비밀성의 보호에 그치지 아니하고 정보주체에게 정보권이라는 권리를 승인하여 보호하고자 하는 방법이 도입되고 있다. 또한 인터넷상의 정보는 그 이용이나 배포의 장소가 네트워크상에서 이루어진다는 점(즉 일정한 장소를 가지고 있지 않다는 점)에서 현실세계의 정보이용과 차이가 있다.

2. 이제까지 인터넷상 정보보호와 관련하여 살펴본 사항을 종합하여 입법사항과 현행법의 개정사항 그리고 판례의 법리구성으로 보완되어야 할 사항으로 나누어서 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 인터넷상 정보를 보호하는 방법에 있어서는 기술적 방법과 법적 방법이 병행되어야 하는데, 기술적 방법과 관련하여 적절한 수준의 암호이용과 신뢰할 수 있는 정보시스템의 안전성을 유지해야 할 사회적 필요성이 있고 이에 적합한 입법이 필요하다. 특히 OECD의 암호정책 및 정보시스템 정책에 따라서 새로운 입법을 추진하여 암호이용에 대한 책

임과 신뢰할 수 있는 정보시스템의 이용을 촉진할 수 있도록 하여야 한다.

둘째, ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’과 ‘정보통신망이용촉진등에 관한법률’의 개인정보에 관련된 조항을 통합하여 공공분야와 민간분야에 모두 적용되는 하나의 입법인 ‘個人情報保護法’을 만들어야 한다. 그 이유는 최근까지 정보의 수집이나 이용이 주로 국가기관에 의하여 이루어졌다는 이유로 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’에서 공공기관만을 규제 대상으로 삼았고, 최근에 이르러 민간분야에서 개인정보의 보호가 문제되자 정통부가 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’을 통하여 통신서비스 제공자만을 규율하고 있다. 이러한 현상은 역사적·시간적 이유에서 개인정보에 대한 규제를 2개의 법률로 운용하고 있고, 이들 법률이 규율하고자 하는 대상은 개인정보라는 동일한 객체이기에 하나의 입법으로 추진하는 것이 타당하다(정보통신망이용촉진등에관한법률은 개인정보에 관련된 조항에 한정하여). 새로운 입법에서는 오늘날 정보보호의 추세에 편승하기 위하여 다음을 고려해야 할 것으로 사료된다. 즉 민간분야에서 다른 사업자에 비하여 통신서비스제공자의 책임만을 특별히 차별하여야 할 이유는 찾아보기 어렵다. 따라서 향후에는 영리적·업무적인 목적으로 개인정보를 취급하는 모든 사업자에까지 적용 범위를 확장하여 민간분야에서 개인정보의 보호를 강화해야 할 것으로 사료된다. 또한 개인정보의 침해와 관련 손해배상의 책임에 대해서도 명확한 규정을 마련해야 하고, 무엇보다도 OECD의 개인정보에 관한 8개의 기본원칙을 적극적으로 반영하여야 한다.

셋째, 재산적 가치있는 정보와 관련해서는 정보의 유형에 따라서 나누어 살펴보아야 한다. 먼저, 인터넷상의 영업비밀과 관련해서는 새로운 입법이나 현행법을 개정할 사항은 찾아보기 어렵고 적어도 현시점에서는 현행법의 엄격한 보호로 족하다. 다음으로, 데이터 베이스의 보호는 현행 저작권법의 편집저작물로 창작성있는 데이터 베이스를 보호하고 있는데, 데이터 베이스는 저작물과 달리 보호의 목적이나 그 특성상 차이가 있으므로 향후에는 현행 저작권법 제6조 제1항을 개정하여 순수한 편집물만을 보호하고, 데이터 베이스의 보호는 저작권법 내의 독립된 절에서 규

정하거나 새로운 입법을 추진하여 보호기간과 보호 범위를 달리해야 한다. 마지막으로, 핫뉴스와 관련하여 새로운 입법을 추진하기 보다는 민법 제750조에 기초한 부정경쟁행위라는 전통적인 보호방법에 따라서 해결하는 것이 타당하다. 인터넷상의 신용정보와 통신비밀에 관련해서는 아직까지 새로운 입법을 추진할 필요성은 제기되지 않고 있고, 당분간은 판례에 의한 보호에 역점을 두고 판례의 동향을 분석하여 구체적인 입법이 필요한지의 여부를 검토해야 할 것으로 사료된다.

넷째, 인터넷서비스제공자의 책임에 대하여 미국(저작권에 한정하여)이나 독일과 같이 우리 나라에서도 새로운 입법을 마련하여 책임을 명확히 해야 한다. 다만 현행법 하에서 판례의 위험방지의무라는 일반적 과실책임에 기초하여 위법한 정보에 의한 침해를 알았거나 알 수 있었던 경우 실질적으로 이를 제거할 지위에 있다면 책임이 있다고 보아야 한다. 인터넷상 정보침해와 관련 재판관할이 불법행위에 기초한 경우 판례의 불법행위지를 확대하는 방법에 따라서 구체적인 타당성을 기하도록 하고, 정보침해가 계약위반에 기초한 때에는 소비자의 정보침해에 대한 재판관할을 부당히 제한할 수 있으므로 소비자 보호의 차원에서 새로운 조항을 마련해야 할 것으로 사료된다.

3. 정보는 개인의 경제적 활동에 관련 비용을 절감시켜줄 뿐만 아니라 국민경제의 활성화와 사회적 비용을 감소시키고 있으며 아울러 민주주의의 정치를 강화하는 기능을 가지고 있다(오늘날 민주주의는 권력분립보다는 언론·출판의 자유에 의존하고 있다). 따라서 이제까지 살펴본 정보의 보호만큼이나 정보의 자유로운 유통이 중요하다. 즉 정보를 배타적 권리의 측면에서 보호하든 또는 부정경쟁행위의 측면에서 보호하든 간에 사익과 공익사이의 적절한 균형이 필요하다.

<참고문헌>

《국내문헌》

- 金亨培, 債權總論, 博英社, 1998.
- , 債權各論, 博英社, 1998.
- 金容秦, 國際民事訴訟戰略, 新英社, 1997.
- 李銀榮, 債權總論, 博英社, 1999.
- , 債權各論, 博英社, 1999.
- 裴大憲, 전자서명·인터넷법, 세창출판사, 2000.
- 法制處, 各國의 個人情報保護關係法(法制資料 第150輯), 1989.
- 宋永植·李相程·黃宗煥, 知的所有權法, 育法社, 1998.
- 梁彰洙, “情報化社會와 프라이버시의 保護” 民法研究(제1권), 博英社, 1991.
- 柳勝薰, “Cyberspace상에서의 法的 紛爭과 裁判管轄”, 외법논집(제5집), 1998,
- 廉圭濠, “美國의 프라이버시 侵害와 言論의 自由”, 言論仲裁, 1995. 겨울호
- 鄭載勳, “民間部門에서의 情報프라이버시權”, 情報法學(제2호), 韓國情報法學會, 1988.
- 鄭陳燮·黃希哲, 國際知的財產權法, 育法社, 1995.
- 玄大浩, “인터넷상의 名譽毀損과 民事責任”, 科學技術法研究(漢南大學校) 제5집, 1999.
- 黃希哲, “電子署名과 法律問題”, 情報法學(제2호), 韓國情報法學會, 1998.

<참고문헌>

《외국문헌》

1. 미국 · 영국

- Allison, Coleman, “Protecting Confidential Information”, computer law, Blackstone Press Limited, 1996.
- Chris Reed, Computer Law, 3ed, Blackstone Press Limited, 1996.
- Delta, Matsuura, Law of the Internet, Aspen Law, 1999.
- David R. Johnson · David G. Post, “Law And Borders-The Rise of Law in Cyberspace”, Stanford law Review, 1996.(http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html).
- David Djavaherian, “Hot News and No Cold Facts:NBA v. Motorola and the Protection of Database Contents”, The Richmond Journal of Law&Technology Vol5, Winter 1998.
- Dan L. Burk, “Trademarks Along the Infobahn: A First Look at the Emerging Law of Cybermarks”, 1 RICH.J.L & TECH. 1(1995) (<http://urich.edu~jolt/vlil/burk.html>)
- Fred H. Cate, Privacy In the Information Age, Brooking Institution Press, 1997.
- International Trademark Association, “Trademarks on the Internet”, (<http://www.inta.org/wpwhole.htm>).
- Jerry Kang, “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review Vol 50, April 1998.
- John D. Zelezny, Communications Law, Wadsworth Publishing Co., 1997.

- Lehman, “Intellectual Property and the National Information Infrastructure”, 1995.
(<http://www.uspto.gov/web/office/com/doc/ipnii>)
- Kent D. Stuckey, Internet and Law, Law Journal Seminar-Press, 2000.
- National Information Infrastructure Task Force, “Options for Promoting Privacy on the National Information Infrastructure”, 1997.
(<http://www.iitf.nic.gov/ipc/privacy.htm>).
- Prosser, “privacy”, California Law Review Vol 48, 1960,
- Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review Vol 4, 1890.
- The American Law Institute, First Restatement of Torts, American Law Institute Publishers, 1934.
- , Second Restatement of Torts, American Law Institute Publishers, 1965-1977.
- , Third Restatement of Products Liability, American Law Institute Publishers, 1997.
- William L. Prosser, “privacy”, California Law Review vol 48, 1960.
- United States, “A Framework For Global Electronical Commerce”, 2000.
(<http://www.whitehouse.gov/textonly/WH/New/Commerce/read.html>)

2. 독일

- Alberto Bercoritz, “Vermögensrechte in den Informationsautobahnen”, GRUR Int. 1996, 1010ff..

<참고문헌>

- Bullesbach, “Das neue Bundesdatenschutzgesetz”, NJW 1991, 2593ff..
- Diethelm Klippel, “Deliktsrechtliche Probleme des Datenschutzes”, Betriebs-Berater 1983. 407ff..
- Ernst, “Internet and Recht”, JuS 1997, 776ff..
- Forkel, “Grundfälle zu den Immaterialgüterrechten”, JuS 1988, 869ff..
- Gola, “Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahre 1995/96”, NJW 1996, 3312ff..
- Geis, “Internet und Datenschutzrecht”, NJW 1997, 288ff..
- Güter Schlegelmilch, Der Haftpflicht Prozeß, 22 Aufl., C.H.Beck, 1997.
- Hoeren, “Internet und Recht –Neue Paradigmen des Informationsrechts”, NJW 1998, 2849ff..
- Hoeren · Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, C.H.BECK'SCHE VERLANGSBUCHHANDLUNG, 1999.
- Junker, “Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1994~1997”, NJW 1998, 947ff..
- Mayer, “Recht und Cyberspace”, NJW 1996, 1782ff..
- Müchener Kommentar*, 3. Aufl., C.H.Beck, 1994.
- Schneider, “Datenschutz und Neue Medien”, NJW 1984, 390ff..
- Schack, “Neue Techniken und Geistiges Eigentum”, JZ 1998, 753ff..
- , Internationales Zivilverfahrensrecht, 2.Aufl., 1996.
- Simitis, “Die EU-Datenschutzrichtlinie–Stillstand oder Anreiz?”, NJW 1997, 281ff..
- , “Die informationelle Selbstbestimmung–Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung”, NJW, 1984, 397ff..

- , “Datenschutz –Ruckschrift oder Neubeginn?”, NJW 1998, 2473ff..
- Spindler, “Haftungsrechtliche Grudprobleme der neuen Medien”, NJW 1997, 3193ff..
- Waldenberger, “Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet”, ZUM 1997, 176ff..
- Wolfgang Klian · Benno Heussen, Computerrechta Handbuch, C.H.BECK'SCHE VERLANGSBUCHHANDLUNG, 1999.

3. 일 본

- 藤岡康宏, “人格權”, 新・現代損害賠償法 講座 2(山田卑生 執筆代表), 1998,
- 吉田邦彦, “情報の利用, 流通の民事法的規制”, ジュリスト(No. 1126), 1998. 1.
- 松本恒雄, “情報の保護”, ジュリスト(No.1126), 1998. 1.
- 松井茂記, “名譽毀損と表現の自由”, 新・現代損害賠償法講座(山田卑生 執筆代表), 日本評論社, 1998,
- 水谷直樹, “情報のデジタル化・ネットワークと著作権法制の對應”, ジュリスト(No. 1132), 1984.
- 伊藤進, “個人情報利用取引被害と不適正取引行為規制”, ジュリスト(No 1114), 1997.
- 野村豊弘, “情報-總説”, ジュリスト(No.1126), 1998.
- 伊藤正己, “情報社會と法”, ジュリスト(No 707), 1990.
- 清野幾久子, “個人情報利用取引と個人情報保護制度”, ジュリスト(No 1114), 1997.
- 高度情報通信社會推進本部 個人情報保護檢討部會, “我が國よおげる個人情報システムの在り方について(中間報告)”, 法律時報 72卷 10號, 1999. 11.

<참고문헌>

- 田島泰彦, “個人情報保護制度おどう構想するか”, 法律時報 72卷 10號, 1999. 11.
- 前田達明, “權利侵害と違法性”, 新・現代損害賠償法 講座 2(山田卑生 執筆代表), 日本評論社, 1998.
- 三宅弘, “個人情報保護法制化の経緯と課題”, 法律時報 72卷 10號, 1999. 11.
- 道垣内正人, “サイバースペースと國際私法 -準據法及び國際裁判管轄問題-”, ジュリスト(No.1117), 1997. 8.