

디지털정보거래에 있어 계약위반에 대한 구제에 관한 연구

- UCITA 제8장을 중심으로 -

A Study on the Remedies in Digital Information Transaction

- Focusing on the UCITA Part 8 -

한병완(Byoung-Wan Han)

승실대학교 국제통상학과 강사 (주저자)

서민교(Min-Kyo Seo)

대구대학교 무역학과 교수 (교신저자)

목 차

I. 서 론
II. 구제의 일반
III. 손해배상
IV. 이행 관련 구제수단

V. 결 론
참고문헌
Abstract

Abstract

The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws promulgated the Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) in 1999. In 2000 and 2002, this Act was also Amended. UCITA provides a comprehensive set of rules for licensing computer information, whether computer software or other clearly identified forms of computer information. Computerized databases and computerized music are other examples of computer information that would be subject to UCITA. It would also govern access contracts to sites containing computer information, whether on or off the Internet. UCITA would not govern contracts, even though they may be licensing contracts, for the traditional distribution of movies, books, periodicals, newspapers, or the like.

Part 8 of UCITA provides a remedy structure somewhat modeled on that of Article 2 but adapted in significant respects to the different context of a computer information transaction. For example, 808 of UCITA recognizes the focus in a license context for a licensor's remedy should properly be on recovery for benefit conferred or for lost profit, rather than on damage measurement by a substitute transaction, where the license is non-exclusive so additional transactions are permitted and there is very little cost in reproduction of the information and its redistribution. Section 816 of UCITA also contains very important limitations on the generally recognized common law right of self-help as applicable in the electronic context.

Key Words : UCITA, Digital Information Transactions, Breach of Contract, remedy

I. 서론

산업구조와 거래객체(대상)의 변화에 따라서 그 경제적 변화의 실상을 반영하는 계약법이 필요하다. 과거 토지의 소유와 농산물의 생산은 경제적인 부와 경쟁력의 원천이었고, 이에 상거래법도 그 중심을 여기에 맞추었다. 그 후 산업혁명으로 그 중심은 대량생산되는 상품으로 옮겨졌다. 이러한 변화를 반영하고자 賣買契約를 중심으로 한 민법전[미국의 경우 "통일상법전"(Uniform Commercial Code; 이하 "UCC"라 칭함)]이 제정되었다. 동 초안이 발표된 후 10여년이 넘도록 반대주장이 거세었지만 결국 UCC는 법으로 정착되었다. 이는 UCC가 경제적 변화의 실상과 계약법의 목적(거래비용의 최소화)을 적절히 반영하고 있기 때문이다.¹⁾

오늘날 산업구조는 소위 "정보통신기술과 접속의 시대"라는 또 다른 근본적 변화를 경험하고 있다. 이러한 정보통신 및 서비스는 현 경제의 중심에 자리잡고 있으며, 이러한 변화 중의 하나가 거래방법의 다양화(디지털정보를 현대적 시장의 수요에 알맞은 정보제품 내지 정보자원으로 범용·맞춤 제작을 하여 이를 배포하는 방법에 있어 다양화)이다. 이러한 다양화는 계약에 의하여 실현된다. 이는 계약자유의 원칙에 힘입어 계약으로 인하여 정보제품이 시장에 최적화될 수 있기 때문이다. 이러한 경제의 근본적 변화는 지금 그대로의 상거래법이 이러한 새로운 거래객체와 새로운 시장에 과연 적합한지를 재검토할 것을 요구한다. 미국의 "통일컴퓨터정보거래법"(Uniform Computer Information Transaction Act; 이하 "UCITA"라 칭함)은 이러한 요구에 대한 하나의 해답이다.²⁾

기존 법(계약법 및 지적재산법³⁾)에서는 계약이나 혹은 관련 계약조건이 유효하고 강제가능한지 여부가 불분명하다. 이러한 법적 공백은 디지털정보거래에 포괄적인 契約法이 없기 때문이다.⁴⁾ 이러한 상황에서 국제 간 디지털정보를 계약의 객체로 삼는 무체물의 거래[예컨

1) R.T., Nimmer, *UCITA: A Commercial Contract Code*, The Computer Lawyer Vol. 17, No. 5, 2000.5. p.4.

2) "컴퓨터정보"란 전자적 형태로 되어있는 정보로서 컴퓨터로부터 독하거나, 컴퓨터를 통해 접속할 수 있거나, 컴퓨터를 통해 이용할 수 있는 정보를 의미하며, "컴퓨터정보거래"란 이러한 컴퓨터정보를 개발·제작하는 계약, 컴퓨터프로그램의 배포·접속계약 및 정보이용거래를 의미함(UCITA Art.102(a)(10)(11)). 이러한 "컴퓨터정보"는 현재의 기술 下에서는 "디지털정보"를 말함. 따라서 본고에서는 '디지털정보'와 '컴퓨터정보'라는 용어를 혼용함.

3) 통상적으로 '지적재산권법'이란 용어를 사용하나, '권리부여방식'이 아닌 '행위규제방식'으로 규율된 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'을 포함하는 경우에는 '지적재산법'이라는 용어를 사용하는 것이 학문적 용어의 엄정성을 기한다는 측면에서 바람직하다고 판단됨.

4) Consider a common circumstance: a business person flying somewhere over the United States using his or her laptop computer, connecting with a database. The exact location of the airplane is unknown, as is the location of the servers, or the holder of the database. A license is proposed. The business person accesses the database which may be copyrighted. Among the many questions are: Is the holder of the database the owner or authorized by the owner to transfer the database? Has a valid license been agreed to? What are the terms of the license? Who are the parties to the contract (license)? Have the identities of the parties been adequately established? What law applies? What states have jurisdiction in

대, 컴퓨터 S/W 혹은 데이터베이스의 정보이용거래 (license)⁵⁾에 있어 가장 주요한 쟁점은, 賣買/ 리스 (lease) / 정보이용거래의 형태로 거래되는 이러한 '거래객체의 특성'을 바탕으로, 계약의 성립 → 내용 (워런티 포함) → 이행 → 불이행의 문제에 대한 해법을 찾는다고 할 때, 가장 효율적인 메커니즘은 과연 무엇인가이다.⁶⁾

본고는 이러한 해답을 찾고자 하는 시도이다. 다만, 국제상거래 통일규범과 비교법적 연구가 아닌 디지털정보거래에 있어 계약위반에 대한 '구제'에 한정하여 분석하고자 한다.⁷⁾ 이를 위해 UCITA의 조항 분석, 주석(comment) 및 관련 판례, 나아가 필요한 경우, 미국 계약법 리스태이스트먼트 (Restatement of the Law, Contract 2d.)와 UCC 제2편을 고찰하였다.⁸⁾ 먼저, 계약위반에 대한 구제권의 포기와 합의에 의한 구제권의 변경을 포함한 구제의 일반(II), 손해 배상(III)을 살펴본 후, 이행 관련 구제수단(IV)에 관하여 살펴보려고 한다.⁹⁾

the event of a dispute? If the database holder is without authority, is the business person an infringer of the copyright? [Dively, M.J. & Ring, C.C.(1999), Overview of UCITA, p.2].

- 5) "license"란 정보 또는 정보재산권에 접속, 이용, 배포, 실행, 수정 또는 복제할 권한을 부여하지만, 권한이 부여된 동 접속 또는 이용을 명시적으로 제한하거나 정보에 대한 모든 권리를 부여하지는 않는 계약을 말함 (UCITA Art 102(a)(41)). 각국의 지적재산법에서 "license"라는 용어는 그 명칭을 달리 사용하고 있음. 예컨대, 미국의 저작권법 또는 특허법에서는 license라는 한가지 용어를 사용하고 있는 반면, 독일의 저작권법에서는 허락 (Eimräumung), 특허법에서는 실시 (Lizenz)라는 용어를 사용하고 있음. 우리 저작권법에서는 이용허락, 특허법에서는 실시라는 용어를 사용하고 있음. 이에 본고에서는 문맥에 따라 '라이선스'와 '정보이용거래'라는 용어를 혼용함.
- 6) 통상적으로 디지털정보 제품과 서비스는 정보이용거래 계약의 형태로 거래됨. 동 계약은 물품의 매매계약과는 다름. 물품매매 계약은 매도인이 계약과 일치하는 유체물의 소유권과 점유권을 매수인에게 이전하고 이에 대한 대가로 매수인은 매도인에게 약정된 매매대금을 지급함. 반면, 디지털정보의 정보이용거래는 "licensor" (이하 "정보제공자"라 칭함)가 "licensee" (이하 "정보이용자"라 칭함)로 하여금 계약과 일치하는 無形의 디지털정보를 합의된 조건에 따라 이용할 수 있도록 허용하고, 정보이용자는 그 대가로 정보제공자에게 약정된 대금을 지급한다. 동 계약하에서는 무형의 디지털정보 그 자체와 이용이 허락되는 시·공간적 범위나 이용방법 (이용제한 등) 등의 계약조건이 중요하며, 디지털정보를 담은 유형의 매체 (예컨대, 컴퓨터 S/W를 담은 CD)의 소유권을 누가 가지는지는 별다른 의미를 가지지 못함. 이는 정보이용자로서는 디지털정보 그 자체가 얼마나 가치가 있는 것인가 그리고 이를 얼마 동안 그리고 어디서 어떠한 제한 하에서 이용할 수 있는가에 따라 당해 거래를 통해 기대하는 그의 이익이 결정되기 때문임 (허해관, 2003, pp.1-2.). 상기의 ① "정보제공자"라 함은 UCITA의 적용을 받는 합의의 컴퓨터정보나 이에 대한 정보재산권을 합의에 기하여 이전하거나 혹은 이러한 컴퓨터정보나 정보재산권에 권리를 설정하거나 혹은 이러한 컴퓨터정보나 정보재산권에 접속 또는 이용을 허용할 의무를 지는 자를 말함 (UCITA Art. 102(a)(43)). ② "정보이용자"라 함은 UCITA의 적용을 받는 합의의 컴퓨터정보를 합의에 기하여 독하거나 이에 대한 권리를 행사하거나 혹은 이에 접속하거나 이를 이용할 권리를 가지는 자를 말함 (UCITA Art. 102(a)(42)).
- 7) 향후 논문에서는 국제상거래 통일규범과 UCITA의 구제권과 심도있는 비교·분석을 통해 우리법 수용여부에 관하여 다루고자 함.
- 8) 미국의 국내법에 불과한 UCITA를 기본 분석대상으로 삼은 이유는 ① 디지털정보거래에 있어서 우리 국제사법의 규칙에 의해 UCITA가 동 거래에 실제로 적용될 여지는 충분히 있기 때문임. ② UCITA는 디지털정보거래에 적용되는 계약법으로서 현재까지 전 세계적으로 유일한 입법례이기 때문임. ③ UCITA가 일국의 국내법이라 하더라도 우리 국제사법 제25조 제1항에서 "계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다"고 규정하여, 당사자의 명시적 또는 묵시적 선택에 의한 준거법의 지정을 허용함으로써 당사자자치의 원칙을 인정하고 있기 때문임. ④ 우리 국제사법 제26조 제1항에서 "당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다"고 규정하고 있기 때문이다.
- 9) UCITA에 관한 국내의 論著로는 Dively, M.J. & Ring, C.C.(1999).; Ring, C.C. & Nimmer, R.T.(2000).; Nimmer, R.T.(2000).; Brennan, L.E.(2000).; Ragueneau, A.D.(2001).; Tussey, D.S.(2004).; 國生 彦,(2001).; 한국디지털재산법학회-UCITA 연구회 심포지움(2001).; 허해관(2003), 「미국 통일컴퓨터정보거래법상 계약위반과 구제에 관한 연구」, 성균관대학교, 박사학위 청구논문.; 손경한·박진아(2007).; 한병완·서민교(2009) 등임.

II. 구제의 일반

UCITA 제801조는 계약위반의 경우, 구제에 관한 일반원칙을 규정한 것으로 이는 합의에 의해 변경될 수 있다.¹⁰⁾

첫째, 계약의 구제는 계약에서 합의된 바대로 이행되었더라면, 그 결과 피해당사자 (aggrieved party)가 도달하였을 상태로 회복시키고자함에 그 목적이 있다. UCITA하의 諸 구제권은 이러한 구제의 일반적 목적에 반하지 않는 범위내에서 중첩적(cumulative)이다. 동 법은 구제권의 유일한 선택(election of remedies)의 개념을 거절하고 있다. 그러나 당사자간 합의로써 특정 구제권에 변경을 가하거나 이를 불인정할 수도 있다. 동 법의 강행규정에 의하여 그 효력이 부인되지 않는 한, 합의가 우선한다.

둘째, 소송에서 피해당사자는 특정한 구제권을 선택하여 행사할 수 있다. 물론 UCITA나 당사자 간의 합의에 의하여 실제적인 제한을 받으며, 법원은 당사자의 이러한 선택을 통제하지 않는다.

셋째, UCITA에서 명시되지 않은 구제의 경우, 일반법(형평법상의 구제 포함)에 의하여 보충된다. 계약위반의 구제로 인하여 지적재산법상의 권리가 소멸되는 것은 아니다. 손해배상은 동일한 계약위반에 대해 중복구제가 허용되지 않는다는 원칙의 제한을 받으나, 통상적으로 서로 다른 구제는 상이한 손해를 그 대상으로 하므로 중복구제에 해당하지 않는다.

넷째, 계약위반이 있더라도 계약상의 이용조건은 그대로 존속하나(양 당사자를 모두 구속한다), 계약위반은 동 이용조건에 따른 권리를 종료시킨다. 예컨대, 디지털정보의 배포를 라이선스받은 정보이용자는, 동 정보이용자의 계약위반을 이유로 라이선스 계약이 해제되는 경우, 동 배포를 계속할 수 없으나, 비밀유지와 관련한 제한 등 여전히 계약상의 이용조건에 적용을 받는다. 다만 이러한 제한은 당해 정보이용거래 계약하에서 취득한 정보에 대해서만 적용되며, 동일한 정보라 하더라도 이를 다른 적법한 근원을 통하여 취득한 경우에는 동 이용조건에 제한을 받지 않는다.

1. 계약해제

“계약해제”(cancellation)라 함은 상대방의 계약위반을 이유로 당사자의 일방이 계약을 종결시키는 것을 말한다. 이는 미이행의무(executory obligations)를 소멸시키나, 동 해제가 있기 전

10) UCC 제2A-523조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제801조에서는 이를 명문으로 규정함.

의 이행에 의하여 득한 권리나 계약위반에 기하여 취득하는 권리를 변경시키지는 않는다. UCITA 제802조에서는 '계약해제의 요건과 효력'에 관하여 규정하고 있다.¹¹⁾

첫째, 계약해제권은 합의 또는 중대한 계약위반의 경우에 발생한다. 무엇이 중대한 계약위반인지는 합의로 정한 바 또는 계약위반의 성격 또는 효력에 의하여 결정된다.¹²⁾ 중대한 계약위반이 피해당사자에게 계약해제를 강요하는 것은 아니다. 피해당사자는 이행을 계속함과 동시에 위반당사자(breaching party)에게 그 이행을 요구하고 손해배상을 청구할 수 있다. 계약이 해제되지 않는 경우, 위반당사자가 그의 계약위반을 치유(cures)한다면, 동 위반을 이유로 계약을 해제할 수 없게 된다.

둘째, UCITA상의 해제는 해제의 의사를 통지하여야 그 효력이 발생한다. 이는 현행 UCC 제2편과 대조되는 것이다. 통지는 諸 상황에 비추어 해석되어야 한다. 또한 동 통지는 그 수령의 증명을 요구하지 않는다. 피해당사자는 그 위험부담하에 소위 '실패없는 통지절차'(fail-safe notification procedure)를 취하도록 요구받지 않는다(접속계약의 해제의 경우에는 통지가 요구되지 않음). 일단 계약해제권이 발생한 경우, 형평법은 피해당사자에게 유리하게 그 리고 위반당사자에게 불리하게 처우한다. 따라서 통지의 요식성(formality)은 요구되지 않는다. 피해당사자는 그의 행동(조치) 혹은 문서로써 계약이 종료되었음을 알리면 족하다. 단일의 복제물의 인도가 요구되는 계약의 경우, 복제물을 수락거절하고 이를 반환하기로 결정하고서 대금의 반환을 요구하면 이는 계약해제의 통지로서 충분하다. 사법적 절차의 개시도 또한 통지로서의 효력을 가진다. 피해당사자는 반드시 정식의 용어 또는 절차를 이용할 것을 요구되지 않으며 또한 사전에 해제 예고의 통지를 할 필요도 없다.

셋째, 정보이용거래는 정보이용자로 하여금 해당 정보를 이용하거나 정보에 접속하거나 혹은 기타 지정된 행위(조치)를 취할 수 있도록 허용하며, 이때 정보이용자의 이러한 행위에 대해 정보제공자는 지적재산법상의 권리침해(infringement)를 주장할 수 없다. 다만, 정보이용거래가 해제된 경우, 정보이용자는 더 이상 이러한 방어의 보호를 받지 못한다. 물론 정보제공자의 지적재산권에 저촉되는 행위를 계속하는 정보이용자는 권리침해의 클레임을 받게될 것이다. 권리침해의 해당 여부는 관련 지적재산법과 계약법에 의하여 결정된다.¹³⁾

넷째, 통상적으로 정보를 라이선스하는 목적이 제품의 일부로 포함시키기 위함인데, 동 제품을 제작(배포)하는데 대규모의 자금이 필요한 경우에는 계약위반이 있더라도 정보제공자에 의한 계약해제를 금지하는 계약조항을 두는 것이 일반적이다. 이러한 계약조항도 여타의 구

11) UCC 제2A-505조, 제2-106조(3-4)항, 제2-720조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제802조에서는 이를 명문으로 규정함.

12) 이에 관하여는 UCITA 제701조 참조.

13) 이에 관하여는 Sun Microsystems v. Microsoft Corp, 188 F.3d 1115 (9th Cir. 1999) 참조.

제는 금지하지 않는다. 그리고 정보이용자가 제품의 배포를 계속하더라도 권리침해가 되지 않음을 명시한다. 당사자 간에 이러한 방식의 구제제한의 약정은 강제력을 가진다. 소비자계약 등 수락가능한 복제물의 인도에 의한 이행에 있어 계약해제 금지의 계약조항이 있더라도, 이로 인하여 소비자의 권리나 양수인의 다른 권리에는 영향이 없으며, 손해배상청구권이나 제품의 수락거절권을 여전히 가진다.

2. 계약에 의한 구제권의 변경

UCITA 제803조에서는 계약에 의한 구제수단의 변경(contractual modification remedy)에 관하여 규정하고 있다.¹⁴⁾

첫째, 당사자 간 합의로써 당해 거래에 적용할 구제권을 정할 수 있다. 이는 계약관행에 있어 근본적인 것이며 또한 이를 통해 거래의 비용(가격)이 정하여 진다. 계약위반에 대한 모든 책임을 수용하는 당사자는 제한된 책임을 수용하는 당사자에 비해 보다 높은 대가(가격)를 요구할 것이다. 마찬가지로, 특정한 구제권 내지는 회복권을 취득할 수 없다면, 제품을 취득하고자 하지 않을 것이다.

둘째, 동 조의 약정구제권(agreed remedy)은 여타의 구제권을 변경 또는 대체하거나 혹은 추가적인 권리를 부여한다.¹⁵⁾ 다른 구제권을 행사하지 못하도록 하는 배타적 약정구제권(exclusive remedy)이 되기 위해서는 당사자 간 합의에서 이점을 분명히 명시하여야 한다.

셋째, 동 조는 계약위반의 경우, 계약의 해제를 금지하고 여타의 구제권을 행사를 허용하는 약정을 다룬다. 이러한 약정은 정보이용자에게 라이선스되는 정보상의 권리에 기초하여 제품을 개발(배포)하는데 정보이용자가 기초자료(resource)의 제공을 담당하기로 하였거나, 정보이용자에게 있어 디지털정보의 계속적인 이용이 매우 긴요한 경우에 중요하게 된다. 당사자 간 합의에 의해 계약해제를 금지할 수 있다는 점은 최초로 라이선스받은 정보를 기초로 그 이상의 제품을 개발함에 있어 정보이용자가 막대한 기초자료를 제공하는 경우나 최초로 라이선스받은 정보를 기초로 비즈니스모델을 예측하게 되는 경우의 상거래환경에서 중요하다(동 구제의 제한은 소비자에 대해서는 효력이 없음). 이는 소비자를 충분히 보호하는 여타

14) UCC 제2-719조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제803조에서는 이를 명문으로 규정함.

15) 제한적인 약정구제로는 대체(replacement), 수리(repair), 환불(refund) 등임. 이들 용어는 그 내용이 각기 다르다. "대체"라 함은 동일한 제품의 다른 복제물의 제공을 말하며, "수리"라 함은 계약위반을 야기한 하자를 제거하도록 하는 것을 말하며, "환불"이라 함은 지급된 대금을 이행상의 하자를 이유로 반환하는 것을 말함. 대체의무나 수리의무의 목적은 구제를 제한하며 나아가 정보이용자에게 계약에 일치하는 정보제품을 제공하도록 하기 위함임. 환불 구제의 목적은 지급된 금액을 반환받도록 하여 손해배상을 제한하기 위함임[UCITA 제803조 Comment 4(Listed Illustrations)].

의 구제권(거절권, 공제권 및 손해배상청구권)이 여전히 효력을 가지기 때문이다. 이는 또한 상업적인 최종이용자에 대해서도 마찬가지다. 계약해제권의 포기는 정보이용거래 계약의 강제 등의 권리(손해배상청구권, 특정이행청구권 등)의 강제를 방해하지 않는다.¹⁶⁾

3. 손해배상액의 예정

UCITA 제804조에서는 손해배상액의 예정(약정)(liquidated of damages)에 관하여 규정하고 있다.¹⁷⁾ 기본원칙은 불합리하지 않는 한 이러한 예정이 강제력을 가진다는 것이다.

첫째, 계약상의 손해배상액의 예정 조항은 최소배상액과 최대배상액 모두를 정한다. 동 손해배상액의 예정 조항도 개념적으로는 여타의 계약조항과 다를 바 없다. 그 전제는 법원이 이러한 계약조항의 강제력을 인정하는데 있다. ① 사전의 예측손해액 (before-the-fact estimates of likely damages), ② 사후의 실제손해액 (after-the-fact actual damages) 및 ③ 입증의 어려움에 비추어 그 액수가 합리적인 한 손해배상액 예정 조항도 강제가능하다.

둘째, 손해배상액 예정 조항이 강제력을 가지지 못하는 경우, 피해당사자는 동 약정이 없었더라면 UCITA하에서 가졌을 구제권을 행사할 수 있다. 물론 이러한 구제권은 다른 약정에 의한 제한을 받는다. 예컨대, 계약에서 결과적 손해를 배제하였다면, 피해당사자는 손해배상액 예정 조항이 강제력을 갖지 못하더라도, 결과적 손해의 배제약정에 구속된다.

셋째, 손해배상액의 예정은 아니나 손해배상액을 제한하는 약정에 대해서는 UCITA 제804조가 아닌 제803조가 적용된다. 예컨대, “어떠한 경우에도 당사자는 1,000,000\$를 초과하는 손해에 대해서는 책임이 없다”는 약정은 손해액의 입증이 없다면 특정 액수의 배상이 보장되지 않기 때문에 이는 손해배상액의 제한약정에 해당하고 따라서 동 약정에 대해서는 제803조가 적용된다.¹⁸⁾

4. 제소기간의 제한

UCITA 제805조에서는 디지털정보거래에 있어 제소기간의 제한(statue of limitation)의 문제를 입법적으로 해결하고자 다음과 같은 규정을 두었다.¹⁹⁾

16) Failure of Exclusive Remedy, Minimum Adequate Remedy 및 Consequential Damage Limits 등에 관하여는 UCITA 제803조 Comment 참조.

17) UCC 제2-718조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제804조에서는 이를 명문으로 규정함.

18) UCITA 제804조 Comment 4.

19) UCC 제2-725조 및 제2A-506조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제805조에서는 이를 명문으로 규정함.

첫째, 계약위반이 발생한 후, 4년이 경과한 제소는 금지된다. 다만, 계약위반 발견규칙(discovery rule)을 채택하여 제소기간을 연장하여 계약위반이 발생한 때로부터 최장 5년까지 제소할 수 있다. 즉, 제소기간은 계약위반이 언제 발생하였는지 또는 언제 이를 발견하였는지에 따라 4년 내지 5년이다.

둘째, 原 계약(소비자계약은 제외)에서 당사자들은 제소기간을 최소 1년까지 단축할 수 있으나, 이를 1년 미만으로 단축할 수는 없으며, 이를 연장할 수도 없다.

셋째, 訴因(cause of action)의 발생시기를 정하는 데는 2가지의 규칙이 적용된다. ① 소인은 피해당사자가 위반사실을 알았는지를 불문하고 계약위반이 발생한 때 발생한다. ② 이러한 발생시기(time of occurrence) 규칙이 진정한 발견(pure discovery) 규칙에 의하여 대체되는 경우가 있다.²⁰⁾

Ⅲ. 손해배상

UCITA 제8장 제B절에서는 손해액의 산정 일반(measurement of damages in general)(제807조), 정보제공자의 손해(licensor's damages)(제808조), 정보이용자의 손해 licensee's damages)(제809) 등의 손해배상에 관한 규정을 두고 있다.

1. 손해액의 산정 일반

UCITA 제807조에서는 손해액의 산정에 대한 일반원칙을 규정하고 있다. 정보제공자의 손해(제808조)와 정보이용자의 손해(제809조)에 대한 각 규정은 다음의 일반원칙에 따른다. ① 일반적으로 피해당사자는 합리적인 조치를 취함으로써 피할 수 있었던 손해에 대해서는 배상받을 수 없다. 손해를 경감하지 못한 점에 대한 입증책임은 위반당사자가 부담한다.²¹⁾ ② 당사자는 “공표된 정보콘텐츠”(published informational content)의 내용에 의하여 야기되는 손해로서 결과적 손해는 특약이 없는 한 이를 배상받을 수 없다.²²⁾ 또한 투기적 손해(speculative)

20) 예컨대, ㉠ 제3자가 권리침해(infringement), 불법이용(misappropriation), 문서에 의한 신용훼손(libel), 구두에 의한 명예훼손(slander) 등 담보책임 위반의 경우, ㉡ 비밀정보의 불법이용(misuse)과 관련된 계약위반의 경우, ㉢ 제3자의 클레임을 방어하기 위한 손실을 보상하지 않는 것과 관련된 계약위반의 경우가 이에 해당함.

21) 통 조는 손해경감의무를 부과하고 통 의무 위반의 “입증책임”(burden of establishing)을 통 손해경감규칙에 의한 보호를 주장하는 당사자가 부담하도록 함. “입증책임”이란 통 책임을 부담한 당사자가 사실이 존재할 가능성이 부존재할 가능성보다 더 크다는 점을 배심원에게 납득시켜야 함을 의미함[UCC 제1-201조 제(8)호].

도 배상받지 못한다.²³⁾ ③ 영업비밀에 해당하거나 피해당사자가 누설금지권을 가지고 정보를 공개 또는 부정이용함으로써 인한 계약위반에 대한 구제권은 동 계약위반의 결과 위반당사자가 득한 이익을 결과적 손해로서 배상받을 수 있다.²⁴⁾

2. 정보제공자가 입은 손해액의 산정 및 사례

UCITA 제808조에서는 정보이용자에 의한 계약위반의 경우, 정보제공자의 손해액 산정방법에 관하여 규정하고 있다.²⁵⁾ 제807조에 따라, 미래의 사건에 기하는 손해배상액은 산정당시의 현재가치를 기준으로 한다.

첫째, 정보제공자는 중복구제에 해당하지 않는 범위 내에서 동 조 소정의 손해액산정방법 중의 어느 하나를 선택할 수 있다. 기본적으로 피해당사자가 산정방법을 선택하고, 법원이 이러한 선택이 중복구제에 해당하는지 여부를 판단한다. 또한 동 조는 "약속된 이행"과 "수령된 이행" 사이의 가치의 차이에 의해 "직접손해액"을 산정한다. 적절한 경우, 직접손해에는 이미 이행되었으나 이에 대한 대금지급이 행하여지지 않은 이행의 가치의 회복을 포함한다. 손해액은 이행에 대한 계약대금과 수령되어야 하는 기타 約因의 시장가치의 합계를 그 한도로 한다. 직접손해에는 다른 맥락에서 기대되는 이행의 이용 또는 사용에 기하여 발생하는 이익의 상실은 포함되지 않는다. 비록 배상받을 수 있다 하여도 이는 결과적 손해이지 직접손해가 아니기 때문이다.

둘째, 정보제공자의 구제권은 UCC 제2편의 매도인의 구제권과 다르다. 동 제2편은 매도인의 손해는 특정한 물품의 매매에 있다는 점에 그 초점이 있다. 디지털정보거래의 경우, 통상적으로 특정한 복제물은 거래의 핵심이 아니다. 핵심은 계약위반으로 인하여 직접손해액을 결정하는데 적절히 고려되는 "대체거래"(substitute transaction)²⁶⁾가 가능하게 되는지 여부에 달

22) "공표된 정보콘텐츠"란 우리가 읽고, 듣고, 즐기고 또한 통신매체를 통해 주고받는 정보를 말함(예컨대, 디지털 뉴스레터나 멀티미디어 백과사전, 온라인 DB 등에 들어 있는 내용물). 이는 공표되어 있어 보편적으로 입수가 가능한 정보라는 점에서 컨실턴트나 변호사가 특정한 고객에게 제공하는 유형의 정보에 대비됨. 다음의 예는 공표된 정보콘텐츠를 대상으로 하는 계약에서 결과적 손해에 대한 명시적인 약정을 두지 않은 경우를 상정한 것임. Ex) D는 신문과 온라인으로 각각 1부 당 1\$와 시간당 5\$를 받고 주식시장정보를 제공함. C는 온라인으로 정보를 보고, Acme의 주식 1,000,000주를 특정 가격으로 거래하여 온라인 데이터의 부정확성으로 인하여 10,000,000\$의 손해를 보았다. C와 D가 신뢰관계에 있다면, 결과적 손해는 배상받을 수 있음. 다만 상기 정보는 공표된 정보콘텐츠이기 때문에 C는 결과적 손해를 배상받을 수 없음(UCITA 제807조 Comment 3).

23) "합리적으로 확실한 정도로 입증되는 손해의 범위를 넘어서는 손해는 배상받을 수 없다"고 규정하고 있는 Restatement (Second) of Contracts 제352조 참조; 관련 판례로는 Freund v. Washington Square Press, Inc., 34 N.Y.2d 379, 357 N.Y.S.2d 857, 314 N.E.2d 419 (1974) 참조.

24) Confidential Information, Market Value 및 Present Value에 관하여는 UCITA 제807조 Comment 참조.

25) UCC 제2A-528 및 제2-708조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제808조에서는 이를 명문으로 규정함.

26) UCITA는 대체거래를 정보이용자가 계약위반을 하지 않았다면 가능하지 않았을 거래로서, 정보이용자가 위반한 계약

려있다. 단지 특정 거래에서 양도인이 원래의 정보이용자에게 정보를 제공하는데 이용되었을 바로 그 디스켓이 이용되었다는 이유 만으로 대체거래가 되는 것은 아니다. 핵심은 정보를 담은 유형의 매체가 아닌 정보 그 자체와 계약상의 이용조건에 있는 것이다. 나아가 대체거래가 되기 위해서는 정보와 그 이용조건이 동일하여야 한다.²⁷⁾

셋째, 손해액 산정방식은 직접손해에 관한 것으로 동 직접손해는 계약대금과 정보제공자가 수령할 約因의 시장가치의 합계를 그 한도로 한다.

사례 1 : 정보제공자와 정보이용자 간 정보이용거래 계약에 따라 S/W를 담은 마스터디스크의 복제물 10,000부를 제작(배포)할 수 있도록 하였다. 동 이용거래는 '비독점적'이며, 계약대금은 1,000,000\$, 디스크의 비용은 5\$이다. 정보이용자는 부당하게 디스크를 거절하고 계약이행을 거절하였다. 이 경우 정보제공자는 제808조에 따라, 1,000,000\$에서 5\$를 차감한 금액을 손해로서 배상청구할 수 있다. 물론, ① 정보이용자가 동 계약위반에 기하여 대체거래를 하였다면, 이에 따른 차감 및 ② 정보제공자의 손해의 경감을 실패한 부분에 상당하는 금액은 차감된다. 그러나, 동 조가 적용될 여지는 거의 없다. 그 이유는 10,000부의 복제물 제작(배포) 정보이용거래 부분이 계약위반에 의하여 가능하지 않게 된다면 이는 대체거래가 아니기 때문이다. 동 조하에서 손해액은 관련 합리적인 경상비용을 포함하여 상실 이익의 평가에 의하여 산정된다.²⁸⁾

사례 2 : 사실관계는 사례 1과 동일하나, 정보이용거래 계약이 '독점적'이고 그 범위가 전 세계적이라는 점만 다르다. 정보이용자의 계약위반에 따라 정보제공자는 제3자(second 이용자)와 900,000\$를 계약대금으로 하여 동일한 정보이용거래 계약을 체결하였다. 제3자의 거래는 정보이용자와의 독점적 정보이용거래 계약의 불이행으로 인하여 가능하게 된 것이었다. 정보제공자는 동 조에 따라 100,000\$(1,000,000-900,000)은 제3

상의 그것과 동일한 이용조건하에서 동일한 정보 또는 정보재산권을 목적물로 하는 정보제공자에 의한 거래로 정의함(UCITA Art 808(a)).

27) "대체거래"가 되기 위해서는 계약위반으로 인하여 가능성이 틀림없는 거래이어야 함. 이러한 규칙은 대체거래는 반드시 가능하여야 할 것을 요구함. 시장이 전혀 없고 또한 동일한 정보를 동일한 계약조건으로 이용하고자 하는 다른 정보이용자가 없다면 대체거래는 가능하지 않은 것임. 이 경우는 특정한 정보이용자를 위한 S/W를 개발하는 계약의 경우에 발생함. 또한 동 규칙은 비록 이러한 거래가 가능하다 하더라도 동 거래를 하는 이유가 정보이용자의 계약위반 때문이어야 함을 요구함. 따라서 이러한 이유 없이 단지 다른 거래가 가능하다는 이유 만으로는 대체거래로 인정되지 않음. 예컨대, 비독점적 접속계약에서 정보이용자가 계약을 위반한 경우, 정보제공자는 동일한 접속을 무제한의 제3자에게도 제공할 수 있기 때문에 통상 대체거래는 있을 수 없음. 계속하여 다른 접속계약이 체결된다 하여도 이는 계약위반이 있었기 때문이 아님(UCITA 제808조 Comment 3).

28) 동 사례 1-3에 관하여는 UCITA Art. 808, Comment 5 (Illustrative Situations) 참조.

자의 거래에서 계산되지 않은 비용으로서 결과적으로 절약하게 된 순비용을 차감한 금액을 손해로서 배상받을 수 있다. 실제로 제3자와의 거래가 행하여지지 않았다 하더라도 이러한 거래(가상의 제3자와의 거래)의 시장가치가 800,000\$라면, 배상청구할 수 있는 손해액은 200,000\$에서 가상의 시장가치에 계산되지 않은 비용으로서 결과적으로 절약하게된 순비용을 차감한 금액이다.

사례 3 : 정보제공자는 정보이용자에게 그가 저작권을 가지고 있는 디지털 백과사전의 복제본을 미국 내에서 배포할 수 있는 '독점적 라이선스'를 부여하였다. 라이선스 기간은 10년이고 계약대금은 1년당 50,000\$이다. 정보제공자는 2년차에 정보이용자의 계약위반에 따라 계약을 해제하였다. 이 경우, 손해배상액은 잔여 계약대금의 현재가치이다.

3. 정보이용자가 입은 손해액의 산정 및 사례

UCITA 제809조에서는 정보제공자가 계약을 위반하는 경우, 정보이용자가 배상청구할 수 있는 손해액을 어떻게 산정하는지에 관하여 규정하고 있다.²⁹⁾ 동 조의 기본적 접근방식은 피해당사자가 손해액 산정방법을 선택하고 동 선택이 중복구제에 해당하는지 여부를 사법기관이 판단하도록 하는데 있다. 동 법 제807조에 따라 미래의 사건에 기하는 손해액은 손해액산정 당시의 현재가치로 환산한다.

첫째, 동 조는 "직접손해액"(direct damages)의 산정에 관하여 규정하고 있다. 직접손해액은 이행의 현재가치 또는 계약가치(계약으로 정한 가치)와 수락되지 않은 이행에 대해 지급된 계약대금의 환급액의 합계액을 그 한도로 한다. "시장가치"(market value)라 함은 동일한 이행을 대상으로 하는 유사거래에서의 계약대금을 말한다. "시장가치"를 결정함에 기준이 되는 시간과 장소는 제807조에서 정하고 있다. "직접손해"는 약속된 이행과 수령한 이행간의 시장가치의 차이이다. 기대된 이행의 결과물을 이용함으로써 취득하였을 이익(기대이익)의 상실은 직접손해에 산입되지 않는다.³⁰⁾

둘째, 동 조에 규정된 산정방식에 따른 손해액을 배상받을 수 있도록 하되, 동 방식에 달리 반영되지 않은 비용과 관련하여서는 계약위반으로 인하여 결과적으로 절약하게 된 비용을 차감하도록 규정하고 있다. 동 조에 따른 모든 손해액은 제807조와 손해경감의 원칙을 포

29) UCC 제2A-518조 및 제2A-519(1)(2)조의 규정을 기초로 하여 UCITA 제809조에서는 이를 명문으로 규정함.

30) 이러한 산정방식은 "배상받을 수 있다 하더라도 이는 결과적손해이지 직접손해가 아니다"라는 이유로 다음의 판례를 거부하는 것임. *Chatlos Systems, Inc. v. National Cash Register Corp.*, 670 F.2d 1304 (3d Cir. 1982)와 *National Cash Register Corp. v. Chatlos Systems, Inc.*, 457 U.S. 1112 (1982).

함하여 UCITA의 일반원칙에 의한 제한을 받는다.

사례 1 : 정보이용자는 1,000명의 인원을 처리할 수 있는 DB S/W를 획득하고자 정보제공자와 "사이트 정보이용거래 계약"(site license)을 체결하였다. 계약대금으로 최초지급금은 500,000\$이고 매달 10,000\$이며, 계약기간은 2년이다. 정보이용자는 최초지급금을 지급하였으나 정보제공자가 동 S/W를 불인도하였다. 이에 따라 정보이용자는 계약을 해제하고 최초지급금 500,000\$ 및 매달 11,000\$를 계약대금으로 그리고 계약기간은 3년으로 하여 대체 시스템(substitute system)을 획득하였다. 정보이용자는 최초지급금 500,000\$와 나아가 계약가격(240,000\$=10,000\$X 2년, 이 금액은 현재가치로 환산되어야 함)과 동 S/W의 시장가치의 차액을 손해로서 배상청구할 수 있다. 법원은 정보이용거래 계약조건의 상이함과 S/W 자체의 상이함 그리고 기타 관련 변수를 놓고서 과연 어느 정도까지 두 번째 거래에 의해 시장가치가 결정되는지를 결정하여야 한다. 이 거래는 계약조건이 상이하기 때문에 두 번째 거래가 이행대체로는 되지 못한다.³¹⁾

사례 2 : 사실관계는 사례 1과 동일하다. 단지 계약위반이 있은 후, 정보이용자는 최초지급금을 600,000\$로 하고 여타의 거래조건은 원 정보제공자의 그것과 동일하게 하여 정보제공자의 S/W를 권한 있는 다른 배포업자를 통하여 입수하였다. 이러한 新계약은 동일한 이용조건하에서 동일한 정보를 대상으로 하여 체결된 것이기 때문에, 정보이용자는 최초지급금과 양 최초지급금 간의 차액 100,000\$(600,000-500,000) 및 기타 청구가능한 부수적 손해나 결과적 손해를 배상받을 수 있다.

사례 3 : DB S/W상에 하나의 약속된 요소가 누락된 경우(중대한 하자는 아님), 정보이용자는 동 S/W를 거절할 수 있음에도 이를 수락하기로 하고 손해배상을 청구한 경우, 계약가격에 비추어 계약된 S/W와 수령한 S/W 간 가치의 차이를 정하는 것이 쟁점이다. 만약 그 차이가 150,000\$인 경우, 정보이용자는 이를 직접손해로서 배상청구할 수 있으며, 청구가능한 부수적 손해나 결과적 손해를 배상받을 수도 있다.

31) 동 사례 1-3에 관하여는 UCITA Art. 809, Comment 5 (Illustrative Situations) 참조.

IV. 이행 관련 구제수단

UCITA 제8장 제C절(remedies related to performance)에서는 특정이행청구권(specific performance)(제811조), 정보제공자의 이행완결권(completing performance)(제812조), 정보이용자의 계속이용권(continuing use)(제813조), 접속중지권(discontinuing access)(제814조), 점유회복권과 이용금지권(right to possession and to prevent use)(제815조) 및 전자적 자구조치에 대한 제한(limitations on electronic self-help)(제816조)에 관하여 규정하고 있다.

1. 특정이행청구권

UCITA 제811조는 UCC 제2-716조 및 제2A-521조의 특정이행의 구제(remedy of specific performance)를 계수하여 이를 명문으로 규정한 것이다.

첫째, 동 조는 당사자들이 계약에서 특정이행의 구제를 약정할 수 있도록 허용한다. 법원은 이러한 특정이행청구권의 타당 여부를 판단할 수 있다. 금전적 지급의무에 대해서는 특정이행청구권이 인정되지 않는다. 법원은 약정특정이행 구제의 강제력을 인정하는 것이 해당 조의 중대한 공공정책에 반하는 경우에는 동 약정의 강제를 거절할 수 있다.

둘째, 동 조는 법정이행(judicial remedy)에 관한 규정을 두고 있다. ① "인적 서비스계약"에 대해서는 특정이행청구권이 인정되지 않는다.³²⁾ ② 특정이행청구권은 해당 이행이 "불대체적(unique)이거나 혹은 "기타 적절한 사정이 있는 경우"에 만 인정된다.³³⁾

셋째, 동 조는 조건부 특정이행명령(conditioning the order)에 관한 규정을 두고 있다. 특정이행명령을 내리면서 조건을 부가하는 것은 법원의 재량이다. 또한 법원에 의한 조건의 부가를 허용하면서, 해당 이행으로 인하여 당사자의 비밀정보에 해가 되는 경우에는 비밀정보의

32) ① 자연인은 그의 의사에 반하여 특정한 행위(이행)를 하도록 강제되지 않음. 무엇이 인적 서비스계약에 해당하는지를 판단함에 있어 법원은 계약의 성질과 동 계약하에서 무엇이 제공되어야 하는지를 고려하여야 함. 고도의 기술이나 예능을 가진 특정인에게 특정한 작업을 행하도록 하는 계약이 인적 서비스계약에 해당함. 계약위반이 있으면 손해상청구권을 행사할 수 있으나 특정이행청구권은 인정되지 않음. 반면에 ② 법인이 특정한 서비스를 제공하기로 한 계약의 경우에는, 동 법인의 구성원인 자연인이 이행을 할 수 있다는 이유로 인적 서비스계약이 되는 것은 아님 [UCITA 제811조 Comment 3(a)].

33) ① 불대체성의 요건은 법원으로 하여금 상거래의 諸 상황을 검토할 것을 요구함. 동 요건은 해당 이행을 해석함에 있어 동 해석이 상업적으로 현실적일 것을 요구함. 정보의 성질에 비추어 그 유일성이 있다 하더라도, 정보제공자의 재산권의 존중과 비밀유지의 필요성에 비추어 정보재산을 작성할 의무 내지는 이용할 권리에 대해서는 그 필요성이 절박하지 않는 한, 특정이행이 허용되지 않음 [Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc., 756 F.2d 1043 (4th Cir. 1985) 참조]. 한편, ② "기타 적절한 사정이 있는 경우"에 있어 특정이행은 손해배상 만으로는 구제로서 충분하지 못하고, 비밀이 유지되어야 할 자료의 잘못된 이용이나 부당한 공개를 막아야 하는 경우에 적절함 [UCITA 제811조 Comment 3(b)].

보호를 위한 규정을 두고 있다. 특정이행명령을 내림에 있어 정보의 비밀성과 정보재산권은 적절히 보호되어야 한다.

2. 정보제공자의 이행안결권

UCITA 제812조는 UCC 제2-704(2)항 및 제2A-524(2)항과 상응하다. 동 구제권은 정보이용자에 의한 계약위반이 있는 후, 정보제공자가 그의 이행을 계속할지 여부를 선택하도록 하는 것이다. 물론 동 구제권은 일반적 의무에 해당하는 손해경감의무에 의하여 제한된다.

첫째, 계약에 일치하는 복제물을 당해 계약에 특정할 권리는 계약위반으로 인한 손해액을 산정함에 있어 정보제공자가 계약대금과 동일한 정보의 대체거래를 통하여 취득한 대금을 비교하는 방법을 이용하고자 하는 경우에 가능하다. 동 구제권은 물품매매거래에 비해 디지털정보거래에서는 일반적인 것은 아니다. 왜냐하면 정보이용거래에 있어 계약위반에 대해서는 이러한 방법에 의한 손해액 산정이 거의 없기 때문이다.³⁴⁾

둘째, 정보제공자는 당시의 사정에 비추어 합리적인 상인으로서의 판단을 행하여 해당 정보를 완성하거나 혹은 동 조 소정의 다른 선택을 할 수 있다. 상업적 합리성이 다투어지는 경우, 그 입증책임은 정보이용자에게 있으며, 따라서 정보이용자는 제807조에서와 마찬가지로 정보제공자가 정보를 완성하지 않기로 하였고, 이것이 정보제공자의 손해경감의무의 위반에 해당한다고 주장하는 경우에는 정보제공자의 이러한 행위(조치)가 상업적으로 불합리한 것임을 입증하여야 한다.³⁵⁾

셋째, 계약위반이 있더라도 계약상의 이용조건은 여전히 효력을 가진다. 반면 동 이용조건에 적용을 받는 권리는 소멸한다. 예컨대, 정보제공자가 계약을 해제하는 경우, 정보이용자가 복제물을 배포할 권리는 소멸하나, 정보의 이용에 대한 제한(예컨대, 공개의 제한)은 여전히 양 당사자 모두에게 적용된다. 당사자 간 다른 약정이 없는 한, 이러한 이용제한은 정보이용계약의 거래객체로서의 정보에 대해서만 적용될 뿐이다. 물론 동 이용제한에도 불구하고 당사자는 동일한 정보를 다른 적법한 근원을 통하여 획득할 수 있다.³⁶⁾

34) UCITA 제812조 Comment 2.

35) UCITA 제812조 Comment 3.

36) UCITA 제812조 Comment 4.

3. 정보이용자의 계속이용권

UCITA 제813조(continuing use)에서는 정보제공자의 계약위반이 있는 경우, ① 정보이용자로 하여금 정보이용계약을 해제하든지 아니면 ② 계약상의 권리와 의무를 유지하든지 선택할 수 있도록 규정하고 있다.

정보이용자는 이행을 수락하되 계약을 해제하지 않고서 정보이용계약에 따라 정보의 이용을 계속하면서 계약위반을 추궁하는 선택을 할 수 있다. 이 경우 정보이용자는 계약위반에 기하는 구제권을 제외하고, 계약상의 모든 거래조건에 구속된다. 물론, 계약을 해제하기로 선택하면 동 계약하의 모든 권리가 종료한다.³⁷⁾

4. 접속중지권

접속계약의 경우, UCITA 제814조(discontinuing access)는 상대방(접속이용자)에 의한 더 이상의 접속을 부인하는 권리를 다룬다(동 조는 접속계약에 한하여 적용됨).

첫째, 접속이용자에 의한 중대한 계약위반이 있거나 계약에서 정한 사유가 발생하는 경우, 접속제공자는 사법기관의 수권이나 사전통지가 없이도 접속을 중지시킬 수 있다. 보통법은 당사자 간의 반대의 약정이 없는 한 계약위반이 없더라도 시설을 통제 내지 지배하는 당사자가 임의로 계약해제를 할 수 있는 계약을 인정하는데, 여기의 접속중지권은 이러한 보통법과 상응한다.³⁸⁾

둘째, 既 이전정보의 환취금지(not retaking transfers) 즉, 정보제공자가 이미 접속이용자에게 이전된 정보를 사법기관의 개입이 없이도 환취할 수 있도록 하는 권리를 부여하는 것은 아니다. 단지 더 이상의 접속을 중지할 수 있도록 허용할 뿐이다. 접속중지 당시에 이미 정보이용자의 점유 내지는 지배하에 있는 정보에 대해서는 다른 조항에서 다루어진다.³⁹⁾

5. 점유회복권과 이용금지권

UCITA 제815조에서는 UCC 제2A-525조, 제2A-526조 및 제9-503조의 수용하여 점유회복권과 이용금지권을 명문으로 규정하고 있다.

37) UCITA 제813조 Comment

38) *Ticketron Ltd. Partnership v. Flip Side, Inc.*, No. 92-C-0911, 1993 WL 214164 (ND Ill. June 17, 1993) 참조.

39) UCITA 제814조 Comment 3.

첫째, 동 조는 라이선스 계약이 해제된 경우에 한하여 적용된다. 피해당사자는 라이선스하여 준 정보의 점유를 회복(環聚)할 권리와 위반당사자에 의한 더 이상의 라이선스를 금지할 권리를 가진다.

둘째, 라이선스 계약이 해제되면 정보제공자는 즉시 더 이상의 정보이용을 금지시킬 수 있고 또한 정보이용자에게 라이선스된 재산을 되찾을 수 있다. 피해당사자는 ① 정보의 모든 복제물의 점유를 회복하고, ② 적절한 경우, 더 이상의 정보이용에 대한 금지명령(injunction)을 구할 수 있다. 계약의 해제와 동시에 피해당사자는 위반당사자가 더 이상의 이익을 취하지 못하도록 할 수 있다. 단지 복제물을 반환받는 것 만으로는 이러한 결과를 달성할 수 없다. 동 조 소정의 권리는 라이선스 계약에서 제공되었거나 라이선스된 자료를 이용하여 만든 정보나 복제물에 적용된다.⁴⁰⁾

셋째, 동 조는 자구조치권(right of self-help)을 허용한다. 이는 UCC 제2A편과 제9편에 상응하나, UCITA 제815조에 의하여 제한된다. 이러한 조치는 계약의 해제가 없으면 이용될 수 없으며, 그 행사는 평온하게 이루어져야 한다.⁴¹⁾ 또한 신체적 상해의 위협이나 라이선스된 정보 이외의 정보나 재산에 대한 상당한 정도의 물리적 위협이 없어야 한다.

넷째, 동 조는 각 당사자가 권리를 강제/보호하기 위한 신속한 변론절차(expedited hearing)를 가질 권리를 부여한다. 이를 통하여 각 당사자는 조기에 사법기관에 의한 검토를 받을 수 있게 되고, 비사법절차적인 자구조치나 정보의 부정이용과 관련된 위협을 감소시킬 수 있다.⁴²⁾

다섯째, 동 조는 점유회복의 대상이 되기 위해서는 분리가능성(identifiability)이 있어야 한다는 제한 규정을 두고 있다. 정보가 분리불가능한 정도로 혼합된 경우, 점유회복권은 존재하지 않는다.⁴³⁾ 이러한 제한은 이용금지권에는 적용되지 않으며, 단지 정보의 점유회복권이 존재하지 않음을 의미할 뿐이다.⁴⁴⁾

40) UCITA 제815조 Comment 2.

41) 평온하지 않은 자구조치에 대해서는 UCC 제9편의 판례 참조(UCITA 제815조 Comment 3).

42) 동 조는 구체적 시간은 명시하지 않음. 이는 각 주의 소송법규에서 다룰 문제임(UCITA 제815조 Comment 4).

43) 예컨대, 데이터가 상대방의 정보와 완전히 혼합된 바, 동 혼합이 해당 정보이용거래에서 통상적인 이행의 과정에서 발생한 것인 경우가 이에 해당함. 이 경우, 계약하에서 기대된 이행에 기인하여 점유의 회복은 불가능함(UCITA 제815조 Comment 5).

44) 예컨대, 계약상의 이용조건에 따라 정보이용자에게 영업비밀이 제공된 경우, 더 이상의 정보이용을 금지할 권리는 당해 행위(조치)가 정보의 이용으로 분리될 수 있는가에 달려 있음. 이미지, 상표 및 상호 등이 위반당사자의 재산과 분리불가능한 경우에도 피해당사자는 여전히 정보의 이용을 금지시킬 수 있음. 따라서, 비디오게임에서 이미지의 이용을 허용하는 라이선스의 경우, 동 이미지가 비디오게임과는 분리될 수 없다하더라도 계약위반이 있으면 정보제공자는 동 이미지의 이용을 금지시킬 수 있음. 물론 기존의 허용받은 복제물의 배포는 추후의 계약해제에 의하여 영향을 받지 않음(UCITA 제815조 Comment 5).

6. 전자적 자구조치에 대한 제한

UCITA 제816조의 “전자적자구조치”(electronic self-help)⁴⁵⁾란 정보이용자의 계약위반을 이유로 라이선스가 해제된 경우, 법적인 절차를 거치지 않고 정보제공자가 전자적 방법으로 복제물을 삭제하는 등 정보이용자가 S/W를 이용하지 못하게 하는 것을 의미한다.⁴⁶⁾

동 자구조치의 이용으로 인하여 일반공중의 건강이나 안전이 중대하게 위협받게 되는 경우나 정보이용계약에서 동 조치의 이용을 허용하는 약정을 하지 않은 경우에는 동 조치는 금지된다. 정보이용계약이 해제된 경우, 전자적 수단을 사용하여 정보제공자가 점유회복권을 행사하는 것은 동 조에 규정된 바 외에는 허용되지 않는다.⁴⁷⁾

정보이용자에 의한 고의적인 악행이 존재하는 경우에, 소규모의 제공자가 실질적인 부당이용을 못하도록 함에 있어 동 자구조치는 매우 효과적인 방법이다.⁴⁸⁾ 그러나 이러한 방식의

- 45) 기술보호조치(저작자가 자신의 저작물의 특정 이용을 제한하거나 통제하기 위하여 적용한 기술적인 보호수단)를 일종의 “자력구제조치”라고 하며, 특히 소극적 자력구제로서 정당방위와 유사하다는 주장으로는 이영록(2001), pp.16-17.; 이러한 조치는 크게 ① 사전적(저작물 유통 전)에 가해진 기술보호조치와 ② 사후적(저작물 유통 후)에 저작물의 이용 상황 등을 파악하기 위한 권리관리정보(저작물을 파악하고 이용여부를 결정하며, 그 저작물을 이용하기 위하여 필요한 권리처리를 하는데 필요한 저작물·저작권자·이용조건 등에 관한 정보를 의미하며, 권리처리의 촉진과 불법이용의 추적을 주된 기능으로 함)로 나눌 수 있음.[박진아(2003), pp.86-94].; 저작권법적 보호시스템에서는 기술보호조치와 권리관리정보의 개념을 분리하여 별도로 규제함에 따라 소위 “워터마크” 관련 기술은 저작권을 보호하는데 ‘효과적’인 기술이 아니라는 이유로 권리관리정보로 취급함이 일반적이나, 관련 업계에서는 기술보호조치와 권리관리정보의 개념을 구분하고 있지 않고 있음[윤선희·신재호(2002), p.216].; 자구조치 관련 판례로는 *American Computer Trust Leasing, v Jack Farrell Implement Co.*, 793 F.Supp. 1473 (D. Minn 1991) aff'd 967 F2d 1208 (89th Cir. 1992).; *North Texas Preventive Imaging, LLC vs. Harvey Eisenberg*, 1996 U.S. District, Lexis 19990 (C.D. Calif, 1996).; *Wisconsin v. Brian P. Corcoran*, 186 Wis 2d 616, 522 NW 2d 226, 1994 Wisc. App. Lexis 954 (Court of Appeals, Wisc. 1994).; *Franks & Sons, Inc. v. Information Solutions*, 1998 U.S. Dist. Lexis 18646 (N.D. Oklahoma 1988).; *Art Stone Theatrical Corp. v. Technical Programming & Systems Support*, 157 A.D. 2d 689, 549 N.Y.S. 2d 789, 1990 N.Y. App. Div. Lexis 483 (Sup Ct., App. Div., 2d Dept. 1990).; *Werner, Zaroll, Slotnick, Stern & Askenazz v. Donald A. Lewis*, 155 Misc. 2d 558, 588 N.Y.S. 2d 960, 1992 N.Y. Misc. Lexis 459 (Civil Court, NYC 1992).; *Clayton X-Ray Company v. Professional Systems Corporation*, 812 WE 2d 565, 1991 MO App. Lexis 1198 (Court of Appeals, MO, W.D. 1991) 참조; 상기 판례에 관한 상세는 Dively, M.J.(2000), 참조.
- 46) 동 자구조치는 계약위반을 방지하는 “자동제어장치 [automatic restraint: 그 의도된 목적이 계약이나 적용법에 반하는 정보의 이용을 금지하는 프로그램, 코드, 디바이스 또는 기타 이와 유사한 전자적/물리적 제한을 가하는 장치를 말함 (UCITA Art 605(a)). 예컨대, 자동세탁건조기 이용의 경우, 단지 30분의 이용요금만 지급되었다면 30분을 초과하여 이용할 수 없도록 하는 시한장치가 이와 유사한 것임(UCITA Art 605 Comment (2))”의 이용과는 다음의 면에서 구분됨. ① 정보이용자에 의한 정보의 이용/작동을 계약기간 내에서만 가능하도록 제한함, ② 이용허락기간이 종료되거나 계약위반이 없더라도 전자기기의 이용이 제한되도록 한다는 점 등임. 동 제어장치는 연방 저작권법상의 저작물의 접근을 제한하는 기술적 조치에 유사하나 이는 저작권의 보호가 아닌 계약조건에 관한 것임[17 USC §1201 (1999)].
- 47) 현행 보통법에서는 전자적자구조치가 보다 넓게 허용되는 바, 이러한 점에서 동 조는 보통법과는 다름. 즉, 동 조는 정보이용거래계약이 해제된 경우에만 적용됨. 동 조에 의한 계약의 해제는 중대한 계약위반의 경우나 계약으로 동 계약이 해제될 수 있음을 스스로 인정하는 경우에만 가능함. 반면, UCC 제9편하의 담보권자, 제2편하에서 담보권을 실행하는 매도인, 제2A편하의 리스제공자는 모두 계약불이행의 경우, 이것이 중대한 계약위반인지 불문하고 자구조치권을 자유로이 행사할 수 있음.
- 48) 통상적으로 다수의 S/W 회사가 10여명 이하의 종업원을 두고 있는바, 이러한 소기업(정보제공자)이 대기업(정보이용자)에게 S/W를 라이선스하고 있는 실정임. 자금력이 풍부하지도 않고 장기간의 소송수행능력도 가지고 있지 못한 소규모의 S/W 개발자가 대기업에게 대금지급을 받고 대기업에게 경고를 줄 수 있는 유일한 방안이 전자적자구조치에 의한 구제임.

권리구제는 남용의 위험을 초래한다. 따라서 동 자구조치가 있기 전에 미리 또는 법정에서 문제를 해결할 수 있는 기회를 보장함이 요구된다.

개정 전 UCITA 제816조 주석 3에 따르면, '전자적자구조치의 제한'의 내용은 다음과 같다. ① 原계약에서 전자적 자구조치권을 이용가능하도록 하는 거래조건에 대한 동의가 있어야 함. ② 동 자구조치를 실행하기 앞서 15일전의 사전통지를 하여야 함. ③ 신체적 상해의 위험이나 일반공중의 건강이나 안전이 위협받는 등 일정한 경우에는 동 자구조치의 실행이 금지됨. ④ 동 자구조치의 잘못된 이용으로 인한 결과적 손해에 대한 배상청구권은 권리포기가 금지된다. 요컨대, 제816조의 규정은 제815조의 규정과 함께 볼 때, 매우 제한적이어서 정보제공자는 매우 가혹한 경우(정보이용자가 정보제공자의 비밀정보나 독점적 정보를 부당하게 공개가 하는 경우)가 아닌 한 전자적자구조치를 유효하게 이용할 수 없다. 대부분의 정보제공자는 이러한 규정들을 정보이용자와 협의하여 그의 표준양식에 의한 계약에 삽입하고자 하지 않을 것이다. 따라서 UCITA가 정보제공자로 하여금 표준양식 계약에 전자적자구조치를 삽입하지 못하도록 효과적으로 배제한 점은 정보이용자가 받게 될 주요한 이익이다.⁴⁹⁾

V. 결 론

디지털정보거래를 규율하는 정보이용거래 계약법인 UCITA는 계약위반에 기하여 피해당사자가 가지는 구제권의 면에서 계약해제권, 손해배상청구권(손해배상액의 예정 포함), 특정이행청구권 등을 인정하고 있는 바, 기존 계약법의 법리와 비교하여 근본적으로 변화된 것은 없으나, 디지털정보거래라는 특수성을 감안한 새로운 접근 방법을 취하고 있다.⁵⁰⁾

49) UCITA의 비판론자들의 논거가 바로 전자적자구조치의 허용에 대한 것임. 이러한 비판의 결과 2002년 개정 UCITA 제816조에서는 정보이용거래가 해제된 경우, 동 조치는 금지되고 계약위반 전에는 당사자간 약정에 의해 동 제한이 포기되거나 변경될 수 없다고 규정함.

50) UCITA가 규율하고 있는 정보이용거래는 우리 지적재산법에서 이미 규정된 바, 우리 법제에서 완전히 새로운 계약형태는 아님. 다만 우리 법은 '지적재산권의 보호'에 관련된 것이기 때문에 디지털정보거래와 관련하여 당사자의 권리·의무관계, 계약의 이행 및 계약 위반시 구제수단 등에 대한 실체법(substantive rules)적 규정이 마련되어 있지 않음. 예컨대, ① 디지털정보의 '거래' 측면에 관한 한 저작권법에서 저작물의 이용허락(동 법 제42조)이나 舊 컴퓨터프로그램보호법에서 프로그램의 사용허락(동 법 제17조) 등에 관한 매우 간략한 규정을 두고 있을 뿐, 디지털정보거래에 있어 당사자의 권리·의무관계(계약위반과 구제 포함)에 관하여는 구체적인 규정을 두고 있지 않고 있으며, 그 해결을 민법을 포함한 일반계약법에 맡기고 있는 실정임. ② 또한 전자거래의 일반법의 성격을 가지는 전자거래기본법에서도 인터넷을 통한 거래 등 전자적 방식의 거래에서 그 절차법(adjunctive law)적 측면의 규율을 시도하고 있을 뿐, 디지털정보거래의 기초가 되는 계약의 성립문제, 당사자의 권리·의무관계, 워런티 책임, 계약의 이행, 계약위반 및 구제 등 실체법적 내용을 다루지 않고 있어 현재로서는 디지털정보를 거래 객체로 하는 당사자들이 당해 계약하에서 어떠한 권리를 가지며, 어떠한 의무를 지는 지를 알고서 계약의 체결과 이행에 임할 수 있는지에 관하여 예측가능성과 안정된 법적기반이 결여된 상황임. 따라서 디지털정보거래에 있어서 당사자의 권리·의무관계를 규율하는 입법이

첫째, UCITA는 정보이용거래의 맥락에서 정보제공자의 권리구제의 초점을 대체거래(substitute transaction)에 의한 손해배상액의 산정이 아니라 정보이용자가 얻은 이익이나 정보제공자의 상실이익의 반환(회복)에 맞추어져야 함을 인정한다. 왜냐하면, 정보이용거래계약은 비배타적이기 때문에 추가적인 거래가 쉽게 가능하고 또한 정보를 복제하고 배포하는데 드는 비용이 매우 저렴하기 때문이다. 이는 동 법의 진일보한 일면이라 여겨진다.⁵¹⁾

둘째, 개정 전 UCITA는 정보제공자에게 엄격히 제한된 요건하에서, 사법적 절차를 거치지 않는 전자적자구조치를 허용하였다. 이러한 입법 태도는 디지털정보거래에 있어 정보이용자에 의한 고의적인 악행이 존재하는 경우에 소규모의 정보제공자가 정보이용자에게 실질적인 부당이용을 못하도록 함에 있어 매우 효율적인 방안이라 판단된다.

마지막으로 UCITA의 이행 관련 구제수단인 정보제공자의 이행완결권, 접속중지권, 점유회복권 및 이용금지권, 정보이용자의 계속이용권 등은 비록 그 관념은 기존의 계약법에 기초하고 있으나, 디지털정보거래에 있어 계약위반의 경우에 적절히 행사할 수 있는 구제권으로서 이들을 명시적으로 규정한 점은 동 법이 가지는 하나의 강점이라 생각된다.

필요한 바, UCITA가 디지털정보거래에 적용되는 계약법으로서 현재까지 전 세계적으로 유일한 입법례로서 동 법에 대한 비교법적 연구가 무엇보다도 필요하다고 할 것임.

51) 생각건대, 이러한 입법태도는 우리법에는 없는(일부 저작권법 93조의 불법행위의 특칙에 해당) 영미법 고유조항임으로 수용이 불가하다는 주장이 있을 수 있으나, 디지털정보거래의 특성(정보이용자가 얻은 이익이나 정보제공자의 상실이익의 반환/회복에 맞추어져야 함을 인정)에 부합되기에 그 도입을 적극 고려할 가치가 있음.

참 고 문 헌

- 박진아(2003), 「사이버스페이스에 있어서 지적재산권의 보호에 관한 연구」, 이화여자대학교
박사학위청구논문, pp.86-94.
- 손경한·박진아(2007), 「국제전자정보거래에의 적용규범과 법적 쟁점」, 국제거래법연구 Vol.16,
국제거래법학회, pp.55-92.
- 윤선희·신재호(2002), 「기술적보호조치에 대한 검토-온라인디지털콘텐츠산업발전법을 중심으로」,
디지털재산법연구 제1권 제2호, p.216.
- 이영록(2001), 「기술조치의 보호입법에 관한 연구-저작권법상의 보호를 중심으로」, 저작권연
구자료 제38권, 저작권심의조정위원회, pp.16-17.
- 한국디지털재산법학회-UCITA 연구회 심포지움(2001), 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」,
제7회국내 정기 세미나, (주)기술과 법 연구소, pp.168-194.
- 한병완·서민교(2009), 「디지털정보의 사용허락계약」, 통상정보연구 제11권 제1호, 한국통상정
보학회, pp.45-66.
- 허해관(2003), 「미국 통일컴퓨터정보거래법상 계약위반과 구제에 관한 연구」, 성균관대학교,
박사학위청구논문, pp.1-2.
- Brennan, L.E.(2000), Why Article 2 Cannot Apply To Software Transactions, Duquesne Law
Review, Vol. 38, No.2, p.459.
- Dively, M.J. & Ring, C.C.(1999), Overview of UCITA, p.2.
- Dively, M.J.(2000), Reported cases on electronic self help.
- Nimmer, R.T.(2000), UCITA: A Commercial Contract Code, The Computer Lawyer Vol. 17, No.
5, p.4.
- Ragueneau, A.D.(2001), UCITA and the Impact on European Copyright Law-A Choice of Law
Analysis, Working Paper
- Ring, C.C, & Nimmer, R.T.(2000), Series of Papers on UCITA Issues.
- Tussey, D.S.(2004), UCITA, Copyright, and Capture, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal,
Vol. 21.
- UCITA (2002) - Final Act with Comments.
- http://www.nccusl.org/nccusl/ucita/UCITA_Standby_Comm.asp