

法學博士學位論文

소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된
著作權的 問題에 관한 研究

2007년 8월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법 전공
朴 仁 會

소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된
著作權的 問題에 관한 研究

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학박사학위논문으로 제출함

2007년 4월

서울대학교 대학원

법학과 지적재산권법 전공

박 인 회

박 인 회의 박사학위논문을 인준함

2007년 6월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된 著作權的 問題에 관한 研究

소프트웨어 스트리밍 서비스라는 것은 PC에 필요한 프로그램을 바로 설치하는 것이 아니라, 스트리밍 솔루션의 도움으로 필요할 때 네트워크를 통하여 필요부분의 파일을 받아 실행하고, 실행후 전송받은 파일이 삭제되거나 혹은 단독으로 실행할 수 없는 형태로 남아 있게 되는 서비스를 말한다. 이는 원칙적으로 하나의 라이선스로 여러 명이 함께 사용하는 것이 아니라, 구매한 수량만큼의 사용자만이 해당 프로그램을 사용하는 방식을 전제한다.

현행 저작권법 하에서 소프트웨어 저작권자의 동의가 없는 소프트웨어 스트리밍 서비스는 저작권 침해 여부에 대한 문제를 야기한다.

우선 문제가 된 사안에서의 각 프로그램 저작권자의 사용권 계약서를 분석해보면 이 계약서 안에 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 해당 프로그램을 사용하는 것이 부분적으로 정당할 수 있다는 것을 발견할 수 있다.

계약을 통하여 사용자에게 이러한 방식의 사용을 허락하지 않은 부분에 대하여, 이러한 사용을 허락할 수 있는 권리가 저작권자에게 있는지, 즉 해당 사안에서의 행위가 저작권자의 배타적인 권리 범위 내에 들어가는지, 그리고 해당 권리를 침해하였는지를 파악해본다.

복제권 침해 여부에 대해서 설치 이미지를 보관하는 것으로 발생하는 문제는 보관본이나 허락된 수량 이내인 경우 침해를 인정하기 어렵고, 일시적 복제의 경우에 RAM 복제는 일반 사용방식과 다르지 않다는 점, 잔존파일의 복제의 경우에는 본질적 부분의 복제가 아니라는 점에서 이러한 방식의 사

용을 합법적이라고 판단하여, 복제권을 침해하지 않는다고 판단한다.

전송권 침해의 경우에는 그 개념요소 중의 하나인 공중을 판단함에 있어서, 사용자의 특정 여부, 공간적 제한여부, 이용자의 수 및 그 결합관계등을 유기적으로 고려하여볼 때, 주성대학 사건의 경우 그 이용자가 일반공중에 해당한다고 보기 어렵기 때문에 전송권 침해를 인정할 수 없다.

또한 컴퓨터 프로그램의 단순한 전달수단으로서 전송이 사용되는 경우, 피전달자에게 해당 프로그램을 사용할 권한이 인정된다면 마찬가지로 전송권 침해를 인정하기 어려울 것이다.

그리고 프로그램 역분석의 경우 소스파일을 획득하지 않았고, 호환에 필요한 정보를 얻기 위한 것이라 인정될 수 있기 때문에 저작권을 침해한 것이라고 보기 어렵다.

동일성 유지권의 경우에는 형태의 변경을 인정하기 어렵고, 이를 인정한다 할지라도 컴퓨터프로그램보호법 제10조 제2호의 예외사유에 해당한다고 판단할 수 있기 때문에 그 침해를 인정하기 어렵다.

컴퓨터 프로그램은 일반 저작물과 다른 특성을 가지기 때문에, 그 특성에 근거하여 사용권 계약서의 해석이나 권리를 해석함에 있어서 일반 저작물과 다른 기준을 제시할 수 있고, 이는 기존의 국제법체계에도 위배되지 않는다.

저작권자의 권리보호와 함께 문화의 향상발전이라는 저작권법의 양대 목적을 달성하기 위하여 사회적 효용의 극대화라는 기준으로 판단할 필요가 있다.

주제어 : 저작권, 컴퓨터 프로그램, 소프트웨어 스트리밍 서비스

목 차

<제목 차례>

| | |
|---|----|
| I. 序 論 | 1 |
| 1. 問題의 提起 | 1 |
| 2. 研究의 目的 | 7 |
| 3. 研究의 範圍와 方法 | 8 |
| II. 소프트웨어 스트리밍 서비스의 현황 및 문제점 | 12 |
| 1. 서설 | 12 |
| 2. 스트리밍의 기본 개념 | 12 |
| 가. 소프트웨어와 컴퓨터 프로그램 | 13 |
| 나. TCP/IP의 개념 | 15 |
| (1) IP(Internet Protocol) | 15 |
| (2) TCP (Transmission Control Protocol) | 16 |
| 다. 스트리밍의 개념 | 17 |
| 라. 기술 현황 | 19 |
| 3. 소프트웨어 스트리밍 서비스의 개념 | 21 |
| 가. 기본개념 | 21 |
| 나. 기술의 정리 및 법적 평가 | 23 |
| (1) 들어가며 | 23 |
| (2) 터미널 (Terminal) 방식 | 24 |
| (3) 리치 클라이언트 방식 | 25 |
| (4) 원격설치 방식 | 27 |
| 4. 주성대학 사건의 개요 | 28 |
| 가. 서설 | 28 |

| | |
|---|----|
| 나. 1차 질의 | 31 |
| 다. 경고서한 발송 및 동시사용 라이선스의 요구 | 31 |
| 라. 고소 | 32 |
| 마. 2차 질의 | 32 |
| 바. 정보통신부 및 프로그램심의조정위원회의 유권해석 | 34 |
| 사. 정보통신부(프로그램심의조정위원회)의 유권해석 결과 | 35 |
| 5. 법적 문제점의 정리 | 36 |
| | |
| III. 라이선스의 분석 | 39 |
| 1. 序說 | 39 |
| 2. 라이선스의 문제 | 40 |
| 가. 컴퓨터 프로그램의 라이선스 일반론 | 40 |
| 나. 컴퓨터 프로그램 라이선스의 종류 | 43 |
| (1) 서설 | 43 |
| (2) 산정 기준에 따른 구별 | 44 |
| (가) 들어가며 | 44 |
| (나) PC·CPU 라이선스 | 44 |
| (다) 서버 라이선스 | 45 |
| (라) 이용자 라이선스 (1User 1라이선스) | 45 |
| (마) CAL (Client Access License) | 46 |
| (바) 동시사용자 라이선스 (CUL; Concurrent User License) | 46 |
| (사) 사이트 라이선스 | 47 |
| (3) 사용자에게 따른 구별 | 47 |
| 다. 주요 소프트웨어 제작사의 라이선스 정책 | 47 |
| (1) 한글과컴퓨터 | 48 |
| (2) Microsoft사의 라이선스 정책 | 49 |

| | |
|---|----|
| (3) Macromedia사의 라이선스 정책 | 50 |
| (4) Adobe사의 라이선스 정책 | 50 |
| (5) (주)세중 나모 인터랙티브의 라이선스 정책 | 51 |
| 라. 검토 | 51 |
| 3. 라이선스와 사용허락 | 52 |
| 가. 들어가며 | 52 |
| 나. 쉬링크랩 라이선스 (Shrinkwrap License) | 52 |
| (1) 서설 | 52 |
| (2) 주요 개념요소의 정리 | 55 |
| (가) 소프트웨어 | 55 |
| (나) 외부의 인쇄 | 57 |
| (다) 비전통적인 방식 | 58 |
| (라) 승낙으로 간주 | 59 |
| (마) 용어의 재정의 | 59 |
| 다. 쉬링크랩 라이선스와 사용허락과의 관계 | 60 |
| (1) 문제의 제기 | 60 |
| (2) 라이선스와 사용허락·이용허락과의 유사점과 차이점 | 62 |
| (가) 서설 | 62 |
| (나) 적용범위 | 63 |
| (다) 대상 권리 | 64 |
| (3) 사용(이용)권 | 64 |
| (가) 개념 | 64 |
| (나) 프로그램의 일상적 사용에 있어서의 저작권자의 권리 | 67 |
| (다) 효과 | 68 |
| (4) 정리 | 68 |
| 4. 개별 저작권자의 쉬링크랩 라이선스의 구체적 검토 | 72 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| 가. 들어가며 | 72 |
| 나. 계약의 해석 방법론 | 72 |
| 다. 양도나 대여 | 75 |
| (1) 서설 | 75 |
| (2) 계약의 성격 | 76 |
| (3) 계약의 성립에 관한 규정 | 80 |
| (4) 양도에 관한 규정 | 83 |
| (5) 정리 | 86 |
| 라. 네트워크를 이용한 사용에 관한 규정 | 87 |
| (1) 들어가며 | 87 |
| (2) 각사의 라이선스의 검토 | 88 |
| (3) 평가 | 91 |
| (가) 들어가며 | 91 |
| (나) 네트워크를 통한 사용의 유형 | 94 |
| 마. 프로그램코드역분석에 관한 규정 | 99 |
| (1) 각사의 라이선스의 검토 | 99 |
| (2) 평가 | 100 |
| 바. 복제/설치권에 관한 규정 | 102 |
| (1) 각사의 라이선스의 검토 | 102 |
| (2) 평가 | 107 |
| (가) 들어가며 | 107 |
| (나) 유형 및 정리 | 108 |
| 5. 프로그램보호법과 상충되는 사용권 계약서의 효력 | 110 |
| 가. 서설 | 110 |
| 나. 미국의 경우 | 111 |
| (1) 서설 | 111 |

| | |
|--------------------------------------|-----|
| (2) 연방법 우선(Preemption)의 원칙 | 112 |
| (3) 저작권의 남용(Copyright Misuse) | 116 |
| (4) 공공 정책(Public Policy) | 117 |
| (5) 평가 | 118 |
| 다. 국내의 논의 | 118 |
| (1) 들어가며 | 118 |
| (2) 강행규정성에 기초한 논의 | 119 |
| (가) 서설 | 119 |
| (나) 저작권 제한규정의 강행규정성 | 119 |
| (3) 성립요건/자유이용에 기초한 논의 | 120 |
| (가) 개요 | 120 |
| (나) 근거 및 검토 | 121 |
| (4) 공익성 성격과 계약의 실질적 요소에 기초한 논의 | 121 |
| (가) 개요 | 122 |
| (나) 근거 및 검토 | 122 |
| 라. 검토 | 123 |
| 6. 정리 | 123 |
| | |
| IV. 복제권의 침해 여부 | 127 |
| 1. 복제권의 의의 | 127 |
| 2. 입법례 | 127 |
| 가. 베른협약 | 127 |
| 나. WIPO 저작권 조약 | 128 |
| 다. 각국의 규정 | 129 |
| 3. 소프트웨어 스트리밍 서비스에 있어서의 복제 | 130 |
| 가. 일반론 | 130 |

| | |
|---|-----|
| 나. 국내의 논의 | 132 |
| 다. 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 경우 | 133 |
| (1) 문제의 개요 | 133 |
| (2) 일반 PC용의 응용 프로그램의 서버 설치 문제 | 134 |
| (3) 스트리밍 서버에 설치 이미지 탑재 문제 | 135 |
| 라. 사용 과정에서 클라이언트 PC에 해당 프로그램이 복제되는 경우 | 136 |
| (1) 문제의 개요 | 136 |
| (2) 일시적 복제(temporary copy)의 개념 | 137 |
| (3) 일시적 복제에 대한 입법례 | 138 |
| (4) 일시적 복제의 재조명 | 143 |
| (가) 들어가며 | 143 |
| (나) RAM과 하드디스크 구별의 실익 | 144 |
| (다) 영구적 / 일시적 개념의 비구분 | 146 |
| (라) 논의의 정리 | 147 |
| (5) 복제의 불법성 여부의 판단 | 147 |
| 마. 캐쉬파일에 의한 복제권 침해 여부 | 149 |
| (1) 문제의 정리 | 149 |
| (2) 일부 복제가 복제권을 침해하는지 여부 | 150 |
| V. 전송권의 침해 여부 | 153 |
| 1. 문제의 정리 | 153 |
| 2. 전송권의 의의 | 154 |
| 가. 개념 | 154 |
| 나. 전송권의 제한 | 158 |
| 3. 국내의 판례 | 158 |

| | |
|--|-----|
| 4. 입법례 | 162 |
| 가. 들어가며 | 162 |
| 나. 국제 조약 | 162 |
| (1) WIPO 저작권조약 | 162 |
| (2) WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty) | 163 |
| (3) EC | 164 |
| 다. 개별 국가들의 입법례 | 165 |
| 5. 국내의 논의 | 166 |
| 가. 전송권 침해로 보지 않는 학설 | 166 |
| 나. 전송권 침해로 보는 학설 | 167 |
| 6. 전송권 침해 여부의 판단 | 168 |
| 가. 전송권에 대한 각 라이선스의 정리 | 168 |
| 나. 문제의 정리 | 168 |
| 다. 전송권 침해여부의 판단 | 170 |
| (1) 전송의 개념요소에 대한 분석 | 170 |
| (가) 저작물을 송신하거나 이용에 제공하는 행위 | 170 |
| (나) 일반 공중 | 171 |
| (다) 정리 | 178 |
| (2) 정당한 사용권한의 존재 여부 | 179 |
| 라. 소결 | 181 |
| VI. 기타 저작권 침해 여부 | 183 |
| 1. 同一性 維持權 | 183 |
| 가. 동일성유지권의 意義 | 183 |
| 나. 동일성유지권과 관련된 판결례 | 184 |
| (1) 국내의 판결 | 184 |

| | |
|--|-----|
| (2) 외국의 입법례 | 189 |
| (3) 미국의 판결 | 191 |
| 다. 국내의 학설 | 192 |
| 라. 사안의 판단 | 192 |
| 2. 프로그램 逆分析(Reverse Engineering)의 문제 | 194 |
| 가. 프로그램 역분석의 일반론 | 194 |
| 나. 외국의 입법례 | 196 |
| (1) 들어가며 | 196 |
| (2) 유럽의 경우 | 196 |
| 다. 미국의 판례 | 199 |
| 라. 국내의 학설 | 200 |
| 마. 검토 | 201 |
| | |
| VII. 컴퓨터 프로그램과 저작권 | 205 |
| 1. 들어가며 | 205 |
| 2. 컴퓨터 프로그램의 특수성 | 209 |
| 가. 컴퓨터 프로그램의 특징 | 209 |
| 나. 컴퓨터 프로그램의 보호방법론 | 212 |
| 3. 컴퓨터 프로그램 저작권의 재고찰 | 215 |
| 가. 들어가며 | 215 |
| 나. 사용권 계약서의 규제 | 216 |
| (1) 들어가며 | 216 |
| (2) Open Source Movement | 217 |
| (가) 개념 | 217 |
| (나) 논의의 정리 | 218 |
| 다. 컴퓨터 프로그램의 특수성을 고려한 저작권 침해여부의 판단 .. | 221 |

| | |
|-----------------------------------|---------|
| (1) 들어가며 | 222 |
| (2) 기존 저작물에 대한 저작권의 제한 | 223 |
| (3) 저작권 제한의 일반 조항 | 224 |
| (가) 사적 복제 | 224 |
| (나) 공정이용 (fair use) | 229 |
| (4) 컴퓨터 프로그램 저작권의 제한 해석의 기준 | 230 |
| (가) 들어가며 | 230 |
| (나) 일반적 판단기준 | 231 |
| (다) 컴퓨터 프로그램에 있어서 특유한 제한 사유 | 234 |
| 라. 기존 사안에의 적용 | 241 |
| (1) 들어가며 | 241 |
| (2) 복제권의 침해여부 | 242 |
| (가) RAM의 일시적 복제의 복제권 침해여부 | 242 |
| (나) 잔존파일의 복제권 침해 여부 | 243 |
| (다) 복제권 침해 여부에 대한 정리 | 249 |
| (3) 전송권의 침해여부 | 250 |
| VIII. 결론 | 253 |
| <표 차례> | |
| 표 1 | 50 |
| <그림 차례> | |
| 그림 1 | 16 |
| 그림 2 | 130 |
| 그림 3 | 131 |

| | | |
|------|-------|-----|
| 그림 4 | | 149 |
| 그림 5 | | 153 |

I. 序 論

1. 問題의 提起

소프트웨어 스트리밍 서비스를 간단하게 정리하면 이 서비스를 이용하여 컴퓨터 프로그램을 원하는 시간, 원하는 장소의 원하는 PC에서 원하는 사람이 바로 사용할 수 있도록 해주는 서비스이다. 즉 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하는 사용자가 한 곳에 머물러 있지 않고, 자신의 PC나 노트북을 가지고 있지 않으면서 여러 곳에서 해당 컴퓨터 프로그램을 사용하려면 해당 컴퓨터 프로그램의 설치본을 들고 다니면서 필요한 곳에서 이를 설치하여 사용한 후 삭제하는 과정을 반복해야 하는데, 소프트웨어 스트리밍 서비스가 이러한 설치본의 휴대, 설치, 삭제 등을 자동적으로 수행해주는 것이다.

이러한 과정에서 저작권법과 관련된 문제가 발생하는데, 이는 기본적으로 현재의 컴퓨터 프로그램의 라이선스가 1인 1라이선스 정책을 선택하지 않고, 1PC 1라이선스 정책을 선택하고 있기 때문이다. 왜냐하면 1PC 1라이선스 정책을 선택한 경우에는 특정 하드웨어, 즉 하나의 컴퓨터에만 해당 컴퓨터 프로그램을 설치하고 이 컴퓨터 프로그램을 해당 하드웨어를 사용하는 모든 사람이 합법적으로 사용할 수 있게 되지만, 1인 1라이선스 정책을 선택한 경우에는, 이용권한이 있는 사람은 어떠한 하드웨어를 사용하든지 해당 컴퓨터 프로그램을 합법적으로 사용할 수 있으나 이용권한이 없는 사람은 컴퓨터 프로그램이 비록 설치되어 있다 하더라도 이를 이용할 수 없게 되기 때문에, 해당 컴퓨터 프로그램의 사용권한은 이의 이용권한이 있는 사람을 따라 다니게 되고, 이러한 경우에는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하더라도 저작권법상 문제될 여지가 많지 않기 때문이다.

소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된 분쟁의 기본 골격은, 해당 컴퓨터 프로그램의 저작권자는 설치와 삭제가 일어날 수 있는 모든 PC 숫자만큼 이용자가 컴퓨터 프로그램을 구매할 것을 주장하고, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 이용자 측에서는 해당 컴퓨터 프로그램을 사용 가능한 잠재적 PC의 대수가 아니라, 실제로 사용하는 PC의 대수만큼만 해당 컴퓨터 프로그램을 구매하겠다고 주장하는 것이다. 본 논문에서 기본적으로 상정하는 것은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 실제 사용하는 컴퓨터 프로그램의 숫자만큼 이용자가 이를 구매한 경우이고, 컴퓨터 프로그램 하나를 구매하여, 구매한 숫자 이상으로 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 여러 사람이 동시에 사용하는 경우에 대한 것은 아니다.

이러한 분쟁에 대한 상정해 볼 수 있는 타협안으로는 첫째 저작권자의 요구대로 잠재적으로 사용 가능한 모든 PC 숫자만큼의 컴퓨터 프로그램을 구매하여 사용하거나 둘째 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하되 해당 컴퓨터 프로그램을 구매한 개수의 PC에서만 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하는 방법, 그리고 셋째 이용자의 요구대로 구매한 컴퓨터 프로그램의 개수를 넘지 않는 한도 내에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 해당 컴퓨터 프로그램을 사용하는 것을 허락하는 것과, 마지막으로 소프트웨어 스트리밍 서비스라는 사용방식에 대하여 저작권자와 이용자가 새로운 사용허락계약을 맺는 것 등을 생각해볼 수 있다.

첫 번째 방법은 단순히 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하지 않는 것이고, 두 번째 방법은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용함으로써 어떠한 경제적 효과도 기대하기 어렵기 때문에 결과적으로 소프트웨어 스트리밍 서비스를 도입할 필요를 없애지게 한다.

세 번째 방식은 저작권자의 저작권을 침해할 우려가 있으며, 이러한 방식의 이용은 저작권자와 이용자 사이의 사용허락계약에 위반하여 계약 위반 책임을 지게 될 수 있다. 이는 결국 저작권법과 사용허락계약의 해석에 의

하여 그 위법성 여부가 판단될 수밖에 없는데, 이후에서 다룰 주성대학 사건이 바로 이러한 경우이다.

마지막 방식은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 수 있도록 저작권자와 이용자 간에 새로운 사용허락계약을 맺어야 하는데, 소프트웨어 스트리밍 서비스가 빈번하게 이루어지는 미국의 경우,¹⁾ 여러 소프트웨어 스트리밍 서비스 업체들이 컴퓨터 프로그램 저작권자와 이러한 형태의 계약을 체결하기 때문에 저작권 분쟁을 찾아보기 힘들다. 예를 들어, Stream Theory사의 StreamFlow제품의 경우는 해당 제품 시험적으로 사용하게 하여 잠재적 고객을 유인함과 동시에 마케팅 정보를 입수하게 하는 등, 주로 컴퓨터 프로그램 저작권자가 이용할 수 있는 시스템이고, Exent사의 경우에는 Games-on-Demand라고 하여 별다른 설치과정 없이 사용자들이 원하는 게임을 바로 즐길 수 있게 하는 서비스를 제공하는데, 이는 크게 게임 제작사에 이 시스템을 판매하여 게임 제작사에서 이 서비스를 제공하게 하거나, 혹은 게임 제작사의 요청에 따라 Exent사의 서버에서 게임을 제공하는 형태로, 위 두 가지 경우 모두 Exent사가 이런 서비스를 직접적으로 제공하지는 않는다.²⁾ 또한 Citrix사의 경우에는 Citrix Ready라는 제도를 통해, 프로그램 제작사들이 Citrix사의 시스템에서 문제없이 프로그램을 사용할 수 있다는 인증을 받도록 해서 프로그램 제작사들과의 저작권 문제를 피해 가는데, 소프트웨어 스트리밍 서비스 업체가 제대로 자리 잡지 못한 우리나라에서는 이러한 계약을 기대하기 어려울 것이다.

우리나라의 경우에는 컴퓨터 프로그램 저작권자들이 이러한 계약 체결을 거부하고 있어서³⁾ 결국 제작사의 입장에서 이런 서비스를 제공하는 것이

1) 예를 들어, 2006. 7. 17. Softricity사를 인수한 Microsoft사의 자료를 보면, 25,000 개 이상의 응용 프로그램을 사용할 수 있다고 하고 있다. <http://www.softricity.com/> 참조, 2007. 4. 20. 방문.

2) <http://www.exent.com/about/faqs.asp>, 2007. 6. 21. 최종방문

3) 우리나라에서 소프트웨어 스트리밍 서비스에 대한 라이선스 체결을 거절하는 이유는 구체적으로 알 수 없지만 그 이유를 추측해보면 우리나라에 소프트웨어 스트리밍 서비스가 널리 이용

아니라, 소비자의 입장에서 이런 서비스를 사용하도록 이런 서비스를 제공하는 과정에서 저작권 관련 분쟁이 발생하게 되었다.

결국 컴퓨터 프로그램의 저작권자가 소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련되어 기존 라이선스를 고수한다면, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 수 있는 경우는 앞의 세 번째 경우로, 저작권법의 해석 및 사용허락계약의 해석을 통하여, 이용자가 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하여 해당 컴퓨터 프로그램을 이용할 수 있다고 판단하는 경우 외에는 없다. 즉 소프트웨어 스트리밍 서비스의 위법성 문제뿐만 아니라 소프트웨어 스트리밍 서비스라는 기술의 존재이유 자체가 해당 컴퓨터 프로그램에 관한 저작권법과 사용허락계약의 해석에 전적으로 의존할 수밖에 없다는 것이다.

본 논문의 문제 제기는 바로 여기에서 시작된다.

끊임없이 진보하고 있는 과학기술, 특히 IT기술에 대하여, 이 기술 분야와는 직접 관계되지 않은 컴퓨터 프로그램 저작권자가 특정 IT 기술의 존재에 대하여 크게 영향을 미칠 수 있는 것이 정당한지, 그리고 이러한 영향을 인정하는 것이 저작권법의 목적과 합치하는지 하는 점이다. 이러한 우려는 OS와 사무용 프로그램에 있어서 절대적인 시장 점유율을 가진 microsoft사가 소프트웨어 스트리밍 서비스 기술을 가진 Softricity사를 합병한 이후, 더욱더 커질 수밖에 없다.

물론 소프트웨어 스트리밍 서비스 그 자체로는 현재 일반적인 컴퓨터 프로그램 이용에 있어서 큰 비중을 차지하지 않고, 이 기술이 아주 혁신적이어서 미래사회의 모습을 크게 바꿀 것인지도 불분명할 뿐만 아니라, 이후에 이 서비스와 관련하여 반드시 다시 많은 법적 분쟁이 발생하리라 예상되지는 않는다. 따라서 소프트웨어 스트리밍 서비스만을 깊이 분석하여 법학 논

되지 않아서 국내 저작권자들이 이런 방식의 라이선스를 체결하는 것을 꺼리는 것과 우리나라의 높은 불법복제율로 인하여 해외 저작권자들이 이러한 방식의 사용을 허락할 경우 불법복제가 더 늘어날 수 있으리라는 염려 등을 들 수 있을 것이다.

문을 작성한다는 것이 무의미한 일로 판단될 수도 있다.

그러나 이 서비스와 관련되어 문제가 되는 저작권, 특히 복제권과 전송권의 침해여부를 판단하는 것은, 소프트웨어 스트리밍 서비스뿐만 아니라, 네트워크를 통하여 이루어지는 현실의 많은 사건들에 대한 분쟁에서도 의미가 있다. 네트워크를 통하여 컴퓨터 프로그램이나 기타 저작물이 오고가는 것이 저작권자의 통제에 전적으로 통제된다면 - 저작물을 전형적으로 이용하는 것(책을 읽고, 음악을 듣고, 컴퓨터 프로그램을 단순하게 실행하는 것 등) 외의 모든 방식의 이용을 저작권자가 완전히 금지할 수 있고, 이러한 금지에 대하여 이용자는 어떠한 형태의 주장도 할 수 없다면 - 네트워크를 통하여 오고 갈 수 있는 것은 명시적으로 허락받은 일부의 저작물과 자신이 저작권을 보유한 저작물 외에는 대부분 저작권이 없는 정보뿐일 것이고, 이러한 정보 또한 데이터베이스의 일부라면 역시 상당부분 제한을 받을 것이다. 말하자면 힘들여 놓은 고속도로 위를 달릴 자동차가 없어지는 것이다.

저작권법은 “저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로” 하고 있기 때문에, 저작권법을 해석함에 있어서 저작권자의 권리 보호는 물론이거니와 저작물의 공정이용 도모를 통하여 궁극적으로 “문화의 향상발전에 이바지”하도록 해석해야 할 것이다.

1985년 발표된 운영체제인 MS-DOS 1.0을 2035년 이후에야 저작권에 저촉됨이 없이 자유로이 사용할 수 있게 되는데, 그 시점에서 이 MS-DOS 1.0이라는 컴퓨터 프로그램을 자유로이 사용할 수 있다는 것이 거의 의미가 없을 것이라는 점과 컴퓨터 프로그램의 경우 다른 저작물과는 달리 보통 지속적으로 개정이 이루어지기 때문에 결과적으로 저작권 보호기간이 쉽사리 만료되지 않는다는 점을 고려하면, 저작권자에게 한정된 기간 동안 독점권

을 부여함으로써 그 기간이 만료된 후 이를 공공영역(public domain)에 속하게 하여 문화 향상을 도모하는 다른 저작물과는 그 성격이 구별된다.

즉, 컴퓨터 프로그램을 통한 문화 향상은, 저작권 보호기간 중에 동시대인이 이를 향유함으로써 이루어지는 것과 후대에 저작권 보호기간의 만료 이후에 이 저작물이 공공영역에 속하게 됨으로써 이루어지는 것으로 볼 것이 아니라, 저작권으로 보호되는 기간 중에 저작권자의 권리 보호와 저작물의 공정이용의 균형을 통하여 이루어진다고 보아야 하며, 바로 여기에 컴퓨터 프로그램에 일반 저작권법 조항이 기계적으로 적용될 수 없는 이유가 있다. 다른 저작물과 컴퓨터 프로그램이 다르게 취급되어야 한다는 것은 저작권법과 유사하지만, 컴퓨터프로그램보호에관한법률(이하 ‘프로그램보호법’)이 따로 존재한다는 것을 봐도 알 수 있다. 이에 대하여 뒤의 제7장에서 자세히 살펴보도록 한다.

그렇다면 과연 구체적으로 일반 저작물과 컴퓨터 프로그램은 법 적용이나 그 이론 구성에 있어서 어떠한 유사점을 가지고, 어떠한 차이점을 가지는 것일까? 또한 이 차이점은 일반 저작물과 컴퓨터 프로그램을 달리 취급하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 충분히 큰 것일까?

여기서 발견한 차이점에 의하여 법 적용을 달리 하거나, 이론구성을 달리 할 경우 맨 처음 문제가 제기된 소프트웨어 스트리밍 서비스 분쟁을 해결하는데 있어서 도움이 될 수 있을까? 더 나아가 네트워크를 이용한 컴퓨터 프로그램의 이용에 있어서 문제시될 수 있는 사안의 해결에 도움이 될 것인가?

이상 제기한 문제를 정리하면, 본 논문은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용한 컴퓨터 프로그램의 이용이 어떠한 저작권적 문제점을 가져오는지, 이러한 문제점을 해결하기 위하여 어떤 방법을 사용할 수 있는지, 이러한

방법은 일반 저작물과 컴퓨터 프로그램을 달리 취급하는 것에서 찾을 수 있는지, 이러한 별도 취급은 정당한지, 마지막으로 이러한 이론은 비단 소프트웨어 스트리밍 서비스뿐만 아니라 네트워크를 통한 컴퓨터 프로그램의 이용에도 적용이 되는지의 여부로 요약될 수 있다.

2. 研究의 目的

앞에서 제기한 문제들을 염두에 두고, 본 논문은 소프트웨어 스트리밍 서비스에 특유한 상황에서 야기되는 저작권적 문제에서 논의를 시작하여, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용한 컴퓨터 프로그램의 이용에 있어서 문제시되는 저작권의 내용을 밝히고, 이러한 분쟁의 해결방법을 모색하며, 이 해결방법이 비단 소프트웨어 스트리밍 서비스뿐만 아니라 네트워크를 이용한 서비스 전반에 걸쳐 이루어지는 많은 작업들에 대한 적용 가능성을 판단한다. 이와 함께 이러한 이론 구성이 정당한지 여부에 대하여도 판단해볼 것이다.

모든 저작권법상의 권리를 다루는 것은 논의가 산만해질 우려가 있기 때문에, 특히 문제가 될 수 있는 복제권과 전송권을 중심으로 논의한다.

이러한 과정에서 저작권법이 과학기술 발전의 저해 요소가 되지 않도록 조화롭게 해석할 수 있는 방법을 찾아보고, 해석론만으로 해결되지 않을 경우에는 필요한 범위 내에서 입법론을 모색해본다.

요약하자면, 소프트웨어 스트리밍 서비스에 대해 저작권법상 문제가 될 수 있는 여러 가지 사안들을 살펴보고 그중에서 특히 보다 일반적으로 문제가 될 수 있는 복제권과 전송권을 중심으로 저작권법의 목적에 합당한 해석 방법과 입법론을 찾아보는 것이 본 논문의 목적이라고 할 것이다.

3. 研究의 範圍와 方法

소프트웨어 스트리밍 서비스를 통한 컴퓨터 프로그램의 이용이 어떠한 저작권을 침해하는가를 판단하는 것은 작가는 소프트웨어 스트리밍 서비스의 합법성 여부의 판단이지만, 크게는 네트워크를 통한 컴퓨터 프로그램 이용의 합법성의 판단으로 이어질 수 있고, 결국에는 컴퓨터 프로그램에 대한 저작권이 다른 저작물과 다른 점을 규명하여 보다 더 적합한 보호방법이나 문화 향상 방법을 찾아낼 수 있을 것이다.

본 논문은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통한 컴퓨터 프로그램 이용의 합법성 판단과 이에서 도출될 수 있는 네트워크를 통한 컴퓨터 프로그램 이용의 합법성 판단 기준 및 그 정당성 여부까지를 그 범위로 한다.

앞서 말한 연구 목적을 달성하기 위하여 다음과 같이 논문을 진행한다.

제2장에서는 우선 소프트웨어 스트리밍 서비스의 개념 및 국내·외의 현황과 그 특징, 이에 대한 법적 판단을 다룬다. 즉 소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된 기술적인 사항과 함께, 이 기술과 관련되어 발생한 분쟁의 개요를 정리할 것이다. 이 부분은 이후의 논의 전개에 필요한 한도 내에서 이 기술을 살펴봄으로써 이 기술에서 어떠한 저작권적 문제를 야기하는가를 도출함과 동시에 이와 유사한 기술들과의 유사점과 차이점을 비교하여 이를 대체하는 기술들이 야기할 수 있는 저작권적 문제를 밝혀서 이러한 종류의 기술들이 일반적으로 야기할 수 있는 논점들을 파악하는데 그 초점을 맞춘다.

소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련하여 실제로 발생한 분쟁의 사실관계 및 그 주장을 정리하는 것은 독립된 장으로 다루는 것이 일응 타당해보이지만, 이 분쟁이 법원의 판단을 거쳐 최종적으로 대법원의 판단까지 내려진 것이 아니라, 1심 진행과정에서 화해로 분쟁이 해결되었기 때문에 공식적인

기록이 많지 않고, 또한 기술적인 사항과 맞물려 살펴봄으로써 분쟁에 대한 이해를 도울 수 있기 때문에 기술적인 사항과 함께 다루도록 한다.

기본적으로 저작권자는 저작물에 대하여 특정행위에 대하여 배타적인 권리를 가지고 있고, 이런 특정행위를 이용자가 하기 위하여 저작권자로부터 허락을 받아야 한다. 이 허락이 존재하는지의 여부 및 존재하는 허락의 범위가 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용한 컴퓨터 프로그램 이용의 위법성 판단에 결정적인 역할을 할 수 밖에 없다. 따라서 제3장은 컴퓨터 프로그램 저작권자와 그 이용자 간의 계약인 사용허락계약에 대하여 살펴볼 것이다. 이러한 계약은 보통 쉬링크랩 라이선스(Shrinkwrap license)의 형태를 가지고 있기 때문에 쉬링크랩 라이선스의 개념을 정리하고 그 유효성과 관련된 판례들을 정리할 것이다.

그리고 분쟁에 관련된 컴퓨터 프로그램들을 대표하여 마이크로소프트社의 라이선스를 살펴보되, 필요하다고 판단되는 부분에 한하여 다른 라이선스 역시 살펴본다. 이러한 라이선스 개개의 조항이 어떠한 의미를 가지며, 해당 조항과 관련된 판례들을 정리하여 이러한 조항을 법원은 어떻게 판단하는지를 살펴볼 것이다. 이러한 고찰은 라이선스 개개의 조항들이 어떤 의미를 가지게 되고, 어떠한 효력이 있으며 어떠한 역할을 하는지를 분명하게 해서 이후에 진행될 저작권 논의에 있어서 그 기초를 제공하게 될 것이다.

제4장에서는 제3장에서 논의한 사용허락 범위를 전제로 복제권의 침해여부를 살펴볼 것이다.

복제권에 대한 논의는 복제권이 어떠한 의미를 가지는 권리이고, 이 권리가 판례들에서 어떠한 모습으로 형상화되는지를 살펴보기 위하여 복제권과 관련된 법률 규정 및 판례들을 광범위하게 다룰 것이다. 이렇게 광범위하게 다루는 것이 논의와 직접 연관이 없다고 보일 수도 있으나, 현재까지 복제

권이 걸어온 길을 살펴봄으로써 앞으로의 길을 예상할 수 있고, 이의 침해 여부에 대한 분쟁은 유사한 기술이나 앞으로의 IT 기술과 관련하여 계속 논란의 대상이 될 수 있기 때문에 광범위하게 다루는 것이 의미가 있다고 판단된다. 기존의 논의를 정리하면서 이 논의를 우리가 살펴보고자 하는 소프트웨어 스트리밍 서비스 기술과 이와 유사한 기술에 적용하여 복제권 침해 여부를 판단하고 그 판단에 있어서 일반적인 판단기준을 명확히 할 것이다.

제5장에서는 제3장의 논의를 전제로, 전송권은 소프트웨어 스트리밍 서비스 기술의 키워드는 ‘전송’이라고 할 수 있기 때문에 이에 대한 판단이 중요하다. 저작권법 및 프로그램보호법이 프로그램 저작권자에게 권리를 배타적으로 부여하는 ‘전송’의 개념을 명확히 하면서 그 요건들에 대하여 살펴볼 것이다. 즉 저작권법이나 컴퓨터프로그램 보호법상에서 규정하는 ‘전송’의 개념 요소들을 차례로 검토하면서 전송권 침해 여부를 검토할 것이다.

제6장에서는 제3장의 논의를 전제로 하여, 복제권과 전송권 외의 다른 개별 저작권의 침해여부를 살펴본다. 각사의 라이선스 규정과 관련하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우에 침해의 가능성이 있는 동일성 유지권과 프로그램코드역분석의 경우를 살펴본다.

제7장에서는 제4장에서 제6장까지의 기존의 논의에 의거한 미시적인 저작권 침해여부를 떠나서 컴퓨터 프로그램의 특성과 정책적 판단을 근거로 입법론에 관한 논의를 진행한다.

이 논의의 전제로 다른 저작물들과 컴퓨터 프로그램의 차이점을 살펴보고, 이러한 차이점들이 컴퓨터 프로그램의 저작권적 보호에 있어서 다른 저작물에 대한 이론 구성과 달리 구성되어야 할 필요가 있는지에 대하여 살펴본다.

위의 논의들과 국제법 규범과의 조화 여부를 살펴본다.

이후에 이러한 입법론을 전제로 소프트웨어 스트리밍 서비스에 있어서 개별 저작권의 침해 여부 판단이 어떻게 그 이론 구성이 달라질 수 있는지에 대하여 살펴본다.

제8장인 결론부분에서는 앞서의 논의를 정리하면서, 기존의 연구방법이 미시적인 분석에 치우쳤다는 점과 사용자의 권리에 대한 연구가 이루어져야 한다는 필자의 견해를 분명히 한 후에, 이후에 연구가 필요한 부분들을 제시하면서 본 논문을 마무리한다.

II. 소프트웨어 스트리밍 서비스의 현황 및 문제점

1. 서설

스트리밍 기술은 최초에 오디오 파일이나 비디오 파일 등을 실시간으로 감상할 수 있도록 개발되었으나, 이러한 기술이 다른 분야에 응용되어 지금은 다양한 분야에서 다양한 용도로 사용되고 있다.⁴⁾

이러한 스트리밍 기술 및 개념을 컴퓨터 프로그램의 영역에 접목하여, 필요한 컴퓨터 프로그램을 사용할 가능성이 있는 모든 PC에 미리 설치하는 것이 아니라, 실제로 사용하고자 할 때에 네트워크를 통하여 실시간으로 설치하여 사용하고, 사용이 끝난 후에는 해당 파일들을 모두 삭제하거나 혹은 단독으로 사용할 수 없는 상태로 남겨두어 결과적으로 전체적인 소프트웨어 구입비용 및 관리비용을 줄이고자 하는 것이 소프트웨어 기술이다. 이 기술은 사용 형태에 중점을 두어 Software on Demand라고도 한다.

이하에서 기본적인 개념과 함께, 이후 논의에서 필요한 수준에 한정하여 스트리밍 기술 및 소프트웨어 스트리밍 기술에 대하여 살펴본다. 이 부분은 기술적인 부분이기 때문에 기존의 이루어진 연구 및 문헌에서 필요한 부분을 발췌·정리하는 방법으로 진행할 것이다.

2. 스트리밍의 기본 개념

4) 정상조, “소프트웨어 스트리밍의 법적 문제점”, 인터넷과 법률II (법문사, 2005), 421쪽.

가. 소프트웨어와 컴퓨터 프로그램

스트리밍의 개념을 살펴보기에 앞서 개념을 보다 명확하게 하기 위하여 소프트웨어와 컴퓨터 프로그램의 개념을 살펴볼 필요가 있다.

보통 컴퓨터 프로그램은 하드웨어를 작동하게 하는 기능에 중점을 두고 정보 처리 능력이라는 용어로 이를 정의하곤 한다.⁵⁾

흔히 소프트웨어와 컴퓨터 프로그램을 유사한 의미로, 엄격하게 구별하지 않고 사용하고 있다. 그러나 엄밀하게 따지면 소프트웨어는 컴퓨터프로그램 자체 외에 그것이 특정형태로 구체화된 수학적 과정 내지 알고리즘(algorithm) 및 흐름도(flowchart)와 프로그램 매뉴얼(manual) 등과 같은 프로그램 개발과 사용에 필요한 보조적인 문서를 포함하는 보다 넓은 개념이라고 할 수 있다.⁶⁾

실제 입법에서도 달리 정의하고 있는데, 컴퓨터프로그램보호법(이하 ‘프로그램보호법’) 제2조 제1호에서 컴퓨터 프로그램 저작물을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 ‘컴퓨터’라 한다)안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”로 규정하고 있음에 반하여, 소프트웨어산업진흥법 제2조 제1호에서 소프트웨어를 “컴퓨터·통신·자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하도록 하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료”라고 정의하여 소프트웨어라는 개념 안에는 컴퓨터 프로그램과 그와 관련된 기술서 기타 관련 자료가 포함된다는 것을 분명히 하고 있다.

이렇게 컴퓨터 프로그램과 소프트웨어의 개념 구별은, 프로그램과 관련된 알고리즘이나 흐름도 등은 저작권법과 프로그램보호법에 의한 보호대상에

5) Chris Reed and John Angel ed., Computer Law (5th Ed.), 195쪽.

6) 송영식 외, 지적소유권법(하), (제9판, 2005), 706-707쪽 참조.

바로 포함될 수 없다는 것을 보여준다. 물론 흐름도나 매뉴얼 등이 자체적으로 창작성이 인정되어 저작물성을 획득할 수 있으나, 컴퓨터 프로그램과 연관되어 있다는 이유만으로 바로 저작권에 의한 보호를 획득할 수는 없다는 것이다.

소프트웨어와 컴퓨터 프로그램 개념 여부는 저작권법에 의한 컴퓨터 프로그램 보호의 범위를 달리 하게 되어, 1978년의 WIPO 모델조항 제1조,⁷⁾ 중국의 컴퓨터 소프트웨어 보호 조례 제2조⁸⁾와 제3조 제1항^{9),10)} 1991년 5월 14일의 유럽공동체 지침¹¹⁾의 서문¹²⁾과 독일 저작권법 제69조의a 제1항¹³⁾ 등은 그 보호범위를 소프트웨어의 개념에 가깝게 규정하고 있으며, 우리나라의 프로그램보호법과 일본의 저작권법 제2조 제10호의¹⁴⁾는 그 보호

-
- 7) 기계가 판독 가능한 매체에 탑재되었을 때, 그 기계가 정보를 나타내고, 실행하며, 특정한 기능이나 작업, 결과를 획득할 수 있도록 하는 일련의 지시(A set of instructions capable, when incorporated in a machine readable medium, of causing a machine having information processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result).
- 8) 이 조례에서 말하는 ‘컴퓨터소프트웨어’(計算機軟件, 이하 ‘소프트웨어’라고 약칭함)라 함은 컴퓨터프로그램(計算機程序) 및 관련 파일을 말한다.
- 9) ‘컴퓨터프로그램’(計算機程序)이라 함은 어떠한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖춘 장치가 코드화(代碼化)된 명령배열(指令序列) 또는 자동으로 코드화된 명령배열의 기호화(符號化)된 명령배열 혹은 기호화된 언어배열(語句序列)을 말한다. 컴퓨터프로그램에는 소스프로그램(源程序)과 오브젝트프로그램(目標程序)을 포함한다. 동일한 프로그램의 소스문서(源文本)와 오브젝트문서(目標文本)는 동일한 저작으로 본다.
- 10) 이해완, “컴퓨터프로그램의 법적 보호 - 시리얼번호의 배포행위와 관련하여”, 매산송영식선생 화갑기념 논문집 (2004), 631쪽.
- 11) Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.
- 12) 컴퓨터 프로그램이라는 용어는 하드웨어 내부에 탑재된 것을 포함한 모든 형태의 프로그램으로, 이 용어는 그 이전 작업이 이후에 컴퓨터 프로그램으로 만들어질 수 있는 한, 컴퓨터 프로그램의 개발을 위한 사전 디자인 작업까지 포함한다.(the term ‘computer program’ shall include programs in any form, including those which are incorporated into hardware; whereas this term also includes preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage.)
- 13) 본 법상 컴퓨터 프로그램이란 초안 자료를 포함한 모든 형태의 프로그램이다. (Computerprogramme im Sinne dieses Gesetzes sind Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials).
- 14) 프로그램이란 전자계산기를 기능시켜 하나의 결과를 얻도록 이에 대한 지령을 조 합하여 표현하는 것을 말한다. (プログラム 電子計算機を機能させて一の結果を得ることができるようにこ

범위를 컴퓨터 프로그램의 개념과 가깝게 규정하고 있다.¹⁵⁾

본 논문 중에서 ‘소프트웨어 스트리밍 서비스’라는 문구가 자주 나오는데, 여기서 소프트웨어는 컴퓨터 프로그램이라는 단어를 사용하는 것이 더 적합해 보이나, 소프트웨어 스트리밍 서비스라는 문구가 관용적으로 사용되기 때문에 이 문구 내에서는 그냥 소프트웨어라는 단어를 사용한다. 다른 부분에서는 가능한 한 컴퓨터 프로그램이란 용어를 주로 사용하고, 그 구별이 필요한 경우에만 소프트웨어라는 용어를 사용하기로 한다.

나. TCP/IP의 개념

스트리밍 기술은 현재 인터넷을 이용하는 데 있어서 일반적으로 사용되는 TCP/IP를 이용하지만, 이의 단점을 보완하여 멀티미디어 전송에 보다 적합하도록 개발된 기술이기 때문에, 먼저 TCP/IP를 간략하게 살펴보도록 한다.

(1) IP(Internet Protocol)

IP는 주로 호스트 간의 패킷 주소 지정과 라우팅을 담당하는 비연결성 프로토콜로서, 기본적으로 전달 여부를 확인하지 않고, 전달 후 인증이 필요하지 않기 때문에 전달 중에 패킷¹⁶⁾이 손실되거나 순서가 바뀌어 전달되기도 하고, 중복 전달되거나 전달이 지연되기도 한다. 전달된 패킷의 확인은 TCP 같은 상위 계층에서 담당한다.

れに対する指令を組み合わせたものとして表現したものをいう。).

15) 오승중, “컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속”, 성균관법학 제13권 제1호, (2001) 276쪽.

16) “패킷은 보내려고 하는 정보가 TCP 및 IP라는 규약들에 의해서 일정한 크기로 쪼개진 상태의 것을 말한다. … 패킷교환방식의 특징은 이 패킷들이 목적지에 도착하는 방법이다. … 하나의 정보를 구성하는 수많은 패킷들이 서로 다른 경로를 따라 목적지에 도착한다.” 김정호·이완재, 인터넷의 재산권 구조와 혼잡, 자유기업원 (2002), 28-29쪽.

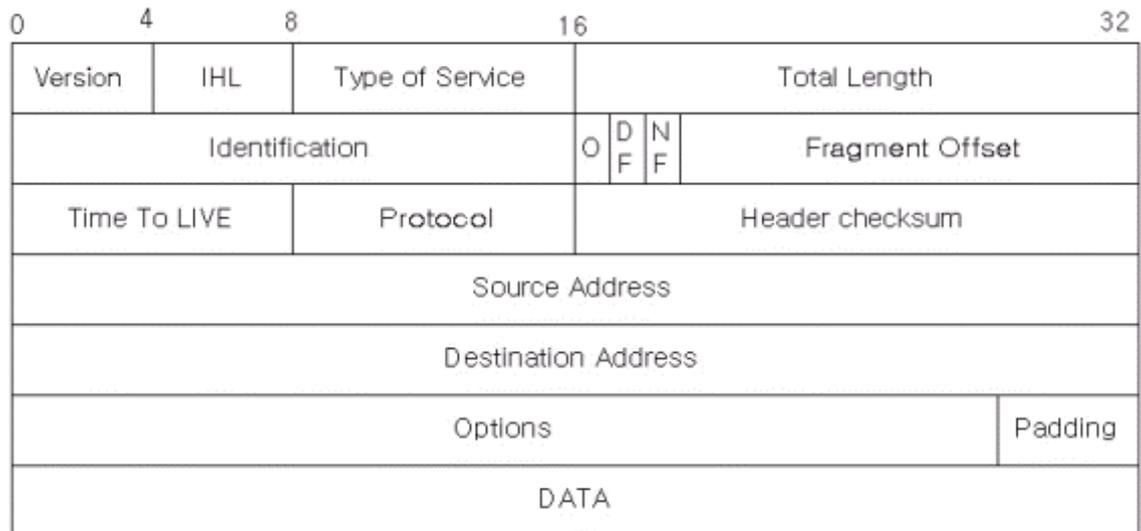


그림1 : IP 패킷의 구조

라우터에서 IP 패킷을 받게 되면 다음과 같은 과정을 수행한다. 만약 TTL (Time to Live)의 값이 0이면 해당 패킷을 삭제하고, 0이 아니면 이를 지정된 값만큼 감소시키고, 새로운 IP header checksum을 계산한 후, 다음 전달지에 대한 하드웨어 주소를 확인하고, 프레임의 형태로 바꾸어 패킷을 다음 전달지로 전달한다.

이렇게 IP 자체는 패킷의 구성에 관해서만 규정하고 있기 때문에, 전달 확인 등의 작업은 TCP 등에 의해서 이루어진다.

(2) TCP (Transmission Control Protocol)

TCP는 주로 서버와 클라이언트 간에 데이터 전송에 있어서 올바르게 전송되었는지를 확인하는 역할을 하게 된다. 이러한 TCP는 데이터의 에러나 분실을 발견하여 올바른 데이터가 완전히 수신될 때까지 재전송을 요구한다.

구체적으로 TCP는 전달한 세그먼트에 일련번호를 부여하여 성공적인 전송 여부를 파악 및 관리하는데, 성공적으로 데이터를 수신하면 보낸 쪽 호스트에 ACK 긍정 응답을 보내고, 전송받지 못하였거나 손상된 상태로 도착된 경우에는 ACK 응답을 하지 않고 이 경우 호스트에서 다시 데이터를 전송하게 되는 것이다.

여러 프로그램들이 동시에 데이터를 전송할 수 있도록 각 프로그램 및 서비스에 port번호를 부여하는데, 흔히 사용되는 port 번호로는 FTP가 21번, SSH telnet 및 FTP가 22번, Telnet이 23번, DNS가 53번, HTTP가 80번 등이 있다.

여기서 굳이 TCP/IP의 주요 개념과 그 기능을 살펴보는 것은 이후에서 논의될 전송의 기본적인 전제일 뿐 아니라, TCP의 경우 성공적인 전송이 이루어질 때까지 해당 데이터를 라우터에서 계속 보관하게 된다는 점에서 일시적 복제문제에서 이를 다시 살펴보게 되기 때문이다.

다. 스트리밍의 개념

일반적으로 인터넷을 통하여 데이터를 주고받을 때, TCP/IP를 이용하는데, 이 경우 해당 데이터를 모두 받은 것이 확인된 후에야 해당 파일의 전송작업이 멈추게 되고, 보통 전송이 완결되기 전에는 해당 데이터의 내용을 확인할 수가 없다.

인터넷이나 다른 네트워크를 통하여 용량이 큰 파일이나, 파일 모두를 한꺼번에 전송하는 것이 문제가 있거나 모두 전송된 후에 해당 파일을 실행하는 것이 비경제적인 경우에, 조금씩 파일의 일부를 계속적으로 전송해주고 전송되는 파일의 일부를 실시간으로 실행시켜 효율성을 극대화하고자 하는 기술을 스트리밍 기술이라고 한다.¹⁷⁾ 이를 멀티미디어 쪽에 한정하여 “인터

17) 지속적으로 전송되기 때문에 Streaming이라는 명칭이 붙여졌다고 한다. 한국소프트웨어저작

넷상에서 음성이나 영상, 애니메이션 등을 실시간으로 재생하는 기법”이라고 정의하기도 한다.¹⁸⁾ 이러한 스트리밍 기술은 데이터가 모두 전송되기 전에도 데이터의 일부가 전송되는 과정에서 이 데이터를 실시간으로 해석하여 재생할 수 있는 기술과 재생이 중간에 멈추지 않도록 안정적인 재생을 가능하도록 하는 기술이 그 핵심이다.

스트리밍 기술은 초기에 오디오 파일이나 비디오 파일 등을 다운로드하여 재생 후에도 해당 컴퓨터에 파일이 남아 있게 되어 저작권을 침해하는 문제점을 해결하기 위하여 고안한 기술로, 과거 인터넷 속도가 그다지 빠르지 않았을 때에는 그 품질이 열악하였으나 인터넷 속도가 증가함에 따라 점점 더 그 품질이 향상되어 지금은 다운로드 방식과 그 품질에 있어서 크게 차이가 나지 않는다.¹⁹⁾

미디어를 스트리밍하는 경우에 이는 크게 세 가지 점에서 원칙적으로 다운로드와 구별이 된다.

첫째, 실행하고자 하는 파일의 전부를 저장하고 있지 않아도 지속적으로 전송되는 파일의 일부를 이용하여 실행이 가능하다는 것이다.²⁰⁾ 모든 형태의 파일이 그 일부를 이용하여 실행될 수 있는 것은 아니고, 스트리밍에 적합한 Codec을 사용한 오디오/비디오 파일이나 이후에서 논의하게 될 특정 Solution과 결합된 컴퓨터 프로그램이 가능하다.

둘째, 특정 프로그램을 이용해서만 송·수신이 가능한 형태로 변형되어, 특별히 호환가능하게 다른 프로그램을 제작하지 않는 한,²¹⁾ 다른 프로그램으

권협회, Software Streaming 방식의 법적 연구 (2004), 4쪽.

18) 이대희, “온라인상에서의 음악의 배포에 관한 저작권법적 쟁점의 연구”, 안암법학, 19호 (2004), 73쪽.

19) 현재 일반 PC 하드디스크에서 가장 많이 사용하는 방식인 ATA방식의 전송속도는 133MB/s 이고, 현재 상용화된 인터넷서비스의 최고 속도는 100Mb/s이다. 일부 대학에서는 1Gb/s로 내부전선망을 구성하고 있으며, 이러한 속도는 125MB/s로 컴퓨터 내부의 파일전송과 그 속도에 있어서 크게 차이나지 않는다.

20) Matt Jackson, *From Broadcast To Webcast: Copyright Law And Streaming Media*, 11 Tex. Intell. Prop. L.J. 447 (Spring 2003), 450쪽.

21) RealMedia 파일을 Stream VCR에서 해독할 수 있도록 제작하는 것 등을 말한다.

로 이를 재생하거나, 실행시키는 것이 원칙적으로 불가능하다.²²⁾

셋째, 송·수신이 완료된 후에는 원칙적으로 사용자 PC에 그 흔적이 남지 않는다.²³⁾ 따라서 다른 시간에 다시 그 파일을 실행하기 위해서는 다시 송·수신이 이루어져야 한다.

이러한 특성 때문에 스트리밍 기술은 방송과 유사하게 되고,²⁴⁾ 실제로 방송사들은 공중파로 방송을 전송하는 것 외에도, 인터넷을 통하여 스트리밍 기술을 이용하여 방송을 전송하고 있다. 그 결과 방송과 통신의 융합(convergence)이라는 복잡한 문제가 발생하고 있지만, 이 문제는 본 논문의 범위를 넘기 때문에 여기서 다루지 않는다.

라. 기술 현황

일반적인 스트리밍 서비스는 지속적이고 안정적으로 계속 데이터를 받아야 하기 때문에, 네트워크 상태가 안정적이지 않은 경우 해당 오디오/비디오 파일은 전송 중에 끊어지는 현상이 발생하게 된다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 초기의 스트리밍 서비스는 버퍼를 두어, 실행후 바로 재생되는 것이 아니라, 지연시간을 두어 일정량의 데이터를 미리 쌓아두고 재생 중간에 네트워크 상태가 불안해져서 필요한 데이터가 들어오지 않을 때 미리 받아 놓은 데이터를 이용하여 재생이 끊어지지 않게 함과 동시에 인터넷을 통한 정보전달의 단위라고 할 수 있는 패킷이 순서대로 쌓여지는지를 감시하게 하였다. 말하자면 수력발전이 있어서 안정적인 전력을 얻을 수 있도

RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc., 2000 WL 127311 (W.D.Wash. 2000) 참조.

22) 소리바다의 경우, 전송받고 있는 mp3를 재생할 수 있는 mp3 재생기를 제공하고 있으나, 이 또한 이러한 재생기를 이용하지 않으면 전송중인 mp3를 재생할 경우, 잠김(lock)현상으로 제대로 재생할 수 없게 된다.

23) 김윤명, "스트리밍 서비스의 저작권 문제와 활성화 방안 - 콘텐츠 및 소프트웨어 스트리밍을 중심으로", 창작과 권리, 37호 (2004), 127쪽.

24) Matt Jackson, 앞의 논문, 450쪽.

록 하기 위해서는 그 유량을 일정하게 하는 것이 중요하고, 이를 위하여 댐을 건설하여 그 유량이 많을 때나 적을 때나 일정 수압을 유지하게 하는 것과 유사하다.

이후에는 네트워크 속도 자체는 실시간으로 오디오/비디오 파일을 재생하기에 문제가 없지만, 순간적인 네트워크의 부하 등의 이유로 재생이 중단되는 것을 막기 위하여 QoS(Quality of Service) 개념을 도입하여, 유효한 데이터의 최저 전송속도를 실시간으로 오디오/비디오 파일을 재생하는데 문제가 없는 수준으로 유지하게 하여 재생이 끊어지지 않게 하고 있다.

이외에도 IPv6의 도입과 함께 논의되고 있는 Multi-broadcasting 기술은, 하나의 스트리밍 서버에 많은 사용자가 동시에 몰리게 되면 사용자들의 네트워크 속도와는 무관하게 서버의 대역폭이 부족하게 되어 재생이 끊어지는 것을 방지하기 위하여, 하나의 소스파일을 여러 서버에서 동시에 전송하게 하여 대역폭 부족 현상을 방지하여 재생이 끊어지지 않게 하는 것이다.

현재 오디오/비디오 파일의 스트리밍 솔루션을 제공하고 있는 주요회사 및 서비스로는 Real Network사의 Real System G2, Microsoft사의 WMT, Apple사의 QucikTime 등을 들 수 있고,²⁵⁾ 이러한 Solution을 사용하여 현재 공중파 방송3사는 물론 많은 인터넷 방송사들이 인터넷을 통하여 방송을 하고 있고, 주요 포털 사이트마다 스트리밍 기술을 이용하여 각종 영화를 유료 제공하고 있다.

이러한 스트리밍 기술은 전용 재생기를 사용해야 하기 때문에, DRM(Digital Rights Management)이나 컴퓨터프로그램보호법 제30조에서 규정하고 있는 기술적 보호조치의 부과가 쉽다는 장점이 있으나, 반면에 이러한 기술은 호환성과 관련하여 경쟁사와의 관계에서 공정 경쟁의 문제가 발생하고,²⁶⁾ 사용자의 이용 방법을 일정수준 제한하는 결과를 가져오기 때문에 문

25) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 5-7쪽 참고.

26) RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc., 2000 WL 127311 (W.D. Wash. 2000) 참조.

제가 발생할 수 있으나,²⁷⁾ 이러한 문제 역시 본 논문의 범위를 넘어서는 것이기 때문에 본 논문에서 이러한 문제점을 다루지 않는다.

3. 소프트웨어 스트리밍 서비스의 개념

가. 기본개념

소프트웨어 스트리밍을 간단하게 이야기하면 특정 응용 프로그램을 서버에 설치하고, 접속자의 요청이 있는 경우에 스트리밍 방식으로 사용하게 하는 것이다. 즉 다운로드나 설치과정을 거치지 않으면서도 수행에 필요한 소프트웨어의 구성 파일을 스트리밍 서버로부터 분산 페이지 등의 기술을 이용하여 가져와서 해당 소프트웨어를 실행하는 것이다. 스트리밍 방식이므로 원칙적으로는 사용자 PC에 그 흔적이 남지 않아야 하지만, 사용할 때마다 송·수신이 이루어질 경우, 불필요한 시간의 낭비가 이루어질 수 있기 때문에 보통 한번 전송한 파일은 사용자 PC에 남아 있게 된다. 물론 사용자 PC에 남아있지 않게 할 수도 있으며, 남아 있는 파일들로 단독 실행하지 못하는 것이 원칙이다. 국내에서의 소프트웨어 스트리밍 서비스는 그 용어가 부정확하고, 오해를 방지하기 위하여 이를 “소프트웨어 온 디맨드 (Software-on-demand)”로 정의하여야 한다는 주장²⁸⁾이 존재하는데, 이의 근거로 멀티미디어 파일의 경우에는 그 재생이 끝난 후에 하드디스크에 그 흔적을 남기지 않으나 소프트웨어 스트리밍 서비스의 경우에는 일정한 파일들이 그대로 남아 있기 때문에 그 성격이 같지 않다는 것인데, 멀티미디어

27) 한국에서 산 DVD를 미국에 가서는 이를 시청하지 못한다. 이러한 CSS(Content Scrambling System) 기술과 관련하여 Universal City Studios, Inc., et al. v. Reimerdes, dt al., 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), Universal City Studios, Inc, v. Corley, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001) 참조.

28) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 30쪽.

파일의 스트리밍의 경우에도 사용자가 인식하지 못할지는 몰라도 분명히 버퍼 기능을 하는 파일이 존재하여 이 파일 내부에 해당 멀티미디어 파일의 일부가 존재하기 때문에²⁹⁾ 이를 근거로 멀티미디어 스트리밍 서비스와의 차이점을 강조하는 것은 옳지 않다고 판단된다.

미디어 스트리밍과의 차이점으로는 오디오/비디오 파일의 스트리밍은 파일의 처음부터 끝까지 순차적으로 이루어져야 하고 순차적이지 않은 경우에 이를 정렬하기 위하여 시간이 소요되는 반면에, 소프트웨어 스트리밍의 경우 반드시 순차적일 필요가 없고,³⁰⁾ 필요한 부분만을 가져오기 때문에 파일의 모든 부분을 다 가져오지도 않는다는 것이다. 또한 미디어 스트리밍과의 차이로 컴퓨터 프로그램의 요소들이 이용자의 컴퓨터에서 재생, 설치, 작동 및 제거의 과정을 거쳐야 하고, 이용회수보다는 동시이용자 수에 법률적 의미가 있다는 차이가 있다.³¹⁾

이러한 방식으로 소프트웨어를 사용하기 위해서는 클라이언트 PC는 해당 소프트웨어가 실행될 때마다 필요한 파일들을 중앙의 서버에 요청하고, 중앙의 서버는 수많은 PC의 요청을 처리하고, 요청된 파일들을 전송하기 위하여 시스템의 성능이 높아야 하고, 그 대역폭이 넓어야 한다. 이러한 비효율성을 최소화하기 위하여, 한번 실행하여 중앙 서버로부터 받아 온 파일들을 해당 소프트웨어를 종료함과 동시에 삭제하는 것이 아니라, 다음의 실행을 보다 빠르게 하고 대역폭을 낭비하지 않기 위하여 해당 PC에 저장해 둘 수도 있다. 이 경우 남겨진 파일은 바로 사용할 수 있는 파일의 형태로 남아 있는 것이 아니라, 별도의 처리과정을 거쳐서 특정 형태의 파일로 남아 있게 되고 이러한 처리과정을 거치기 때문에 비록 소프트웨어 종료와 함께 파일들을 삭제하지 않는다고 해도 이후의 실행에 있어서 해당 소프트웨어가

29) Azine Farzami, *Bonneville V. Register Of Copyrights: Broadcasters' Upstream Battle Over Streaming Rights*, 11 CommLaw Conspectus 203, 204쪽.

30) 이형주, “‘Software Streaming Service’의 법적 성질”, 서울대학교 법학연구소, 기술과법센터, KT 프로젝트 워크숍 2004-4, 66쪽.

31) 정상조, 앞의 논문, 423쪽.

서버와 관계없이 단독적으로 실행되지 않게 되는 것이다.

이와 유사한 개념으로 ASP(Application Service Provider)를 들 수 있는데, ASP란 사용자가 필요한 가정이나 직장에서 필요한 응용프로그램(Application)을 구매하여 사용하는 것이 아니라, 네트워크를 통해 임대해서 사용할 수 있도록 설치, 호스팅, 관리하는 것을 의미한다.³²⁾ 즉 인터넷 망을 통하여 응용프로그램의 설치와 그 사용, 유지에 관련된 업무를 대신 처리하여 기업 등의 전산자원과 관리인력을 유지하는 데 드는 비용을 줄일 수 있도록 하는 것이다.

이러한 ASP와 소프트웨어 스트리밍 서비스와의 관계에 대하여 ASP를 웹 기반 ASP, 서버기반 ASP, 클라이언트기반 ASP로 나누고, 소프트웨어 스트리밍 서비스가 세 번째인 클라이언트기반 ASP에 속하는 것으로 본다.³³⁾

나. 기술의 정리 및 법적 평가

(1) 들어가며

IT분야 및 그 인프라는 우리나라가 세계적인 수준임에 비하여 현재 미국에서는 소프트웨어 스트리밍 기술을 이용하여 많은 서비스가 이루어지고 있으나 우리나라는 몇몇 기업만이 이러한 서비스를 제공하고 있다. 미국의 경우에는 이러한 서비스를 제공하는 업체와 컴퓨터 프로그램 제작사들간에 이러한 서비스를 제공하기 위한 라이선스 체결이 이루어지기 때문에 법적인 분쟁에 대한 염려 없이 다양한 서비스를 개발, 제공하고 있으나 일본에서는 네트워크 라이선스를 제공하고 있는 회사도 우리나라에서는 그러한 라이선스를 제공하고 있지 않으며, 본 논문에서 주로 다루고 있는 주성대학 사건

32) 프로그램심의조정위원회, 애플리케이션서비스제공자(ASP)의 민사법적 책임에 관한 연구 (2002), 7쪽 이하 참조.

33) 한국전자통신연구원, 온디맨드소프트웨어 서비스보급 활성화를 위한 법제도 보완연구 (2004), 37-39쪽.

에서도 이 대학과 이러한 서비스 시스템을 제공하는 회사가 해당 컴퓨터 프로그램 저작권자에게 계속적으로 이러한 서비스에 맞는 라이선스 체결을 요구하였으나, 거부하였다. 이러한 사정의 정확한 이유는 알 수 없으나, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 경우 불법복제 사용이 증가할 것으로 염려하거나 혹은 이러한 서비스에 맞는 라이선스를 제공할 경우 총 매출액이 감소할 것이라 판단해서일 것이다.

이후에서는 앞에서 살펴본 각종 서비스들을 유형화하고 그러한 유형에서 발생할 수 있는 법적 문제점들을 간단하게 살펴본다.

(2) 터미널 (Terminal) 방식

중대형 서버에 여러 명이 함께 사용하기 위하여, 서버는 특정 공간에 두고, 사용자들은 자신이 편리한 곳에서 단말기를 통하여 서버에 접속하고, 필요한 작업을 하는 방식으로, 비교적 오랫동안 사용된 방식이다. 이러한 방식의 예로는 telnet을 이용하여 유닉스나 리눅스 서버에 접속하는 것을 예로 들 수 있다.

요즘의 썬 클라이언트의 경우, 이전의 telnet 등이 주로 텍스트 기반인데 비하여 GUI(Graphic User Interface)를 채택하여 그 사용을 용이하게 한 점을 제외하면 이러한 터미널 방식과 크게 다르지 않다. Windows XP에 기본적으로 설치되어 있는 원격 데스크톱 접속 역시 이러한 방식에 속한다.

이러한 터미널 방식과 썬 클라이언트 방식을 살펴보면, 우선 사용하고자 하는 컴퓨터 프로그램은 서버에 설치되어 있고, 그 실행 역시 서버에서 이루어지기 때문에 클라이언트 PC에 컴퓨터 프로그램의 실제적 전송이 이루어지지 않는다. 따라서 복제권이나 전송권을 침해할 우려가 적다.

또 클라이언트 PC는 해당 프로그램을 실행하는 것이 아니고, 단지 이러한 프로그램의 실행과 관련된 입출력 정보만을 처리하기 때문에 클라이언트 PC의 사양이 낮다 하더라도 크게 문제되지 않으며, 또한 대부분 클라이언트

PC의 운영체제의 영향을 받지 않는다.

반면에 해당 프로그램의 서버에서 실행하기 때문에, 사용자가 많아질수록 해당 서버에 많은 부하가 걸리게 되어 비교적 높은 사양의 서버를 요구하게 된다.

해외의 Citrix社³⁴⁾의 여러 제품³⁵⁾과 국내의 Tilon社³⁶⁾의 제품³⁷⁾ 및 클루닉스社³⁸⁾ 제품이 이에 해당한다. 클루닉스社의 만파식적³⁹⁾이라는 제품은 썬 클라이언트 방식의 문제점인 서버에 걸리는 부하를 해결하기 위하여 그다지 사양이 높지 않은 서버들을 병렬 연결한 후 이를 클러스터링하여 서버 부하를 줄인다는 특징이 있다.

(3) 리치 클라이언트 방식

리치 클라이언트 방식은 클라이언트 PC의 요청이 있는 경우에, 서버에서

34) Citrix사는 1989년 설립된 회사로 미국 플로리다에 본부를 두고 있고, Fortune 100대 기업의 100%, 전 세계 500대 기업의 98%가 이 회사의 고객이다. 주요 상품으로 Citrix Access Suite, Citrix Presentation Server, Citrix Access Gateway, Citrix Password Manager, Citrix NetScaler Application Accelerator 등이 있다.

35) 이러한 제품들은 해당 컴퓨터 프로그램을 서버에 설치하고, 클라이언트 PC의 요청이 있는 경우에 서버에서 해당 프로그램을 실행한 후, 화면정보만을 클라이언트 PC로 전송하고, 클라이언트 PC의 마우스나 키보드의 입력정보만을 서버로 전송하는, 이른바 썬 클라이언트(thin client) 방식이다. 이러한 방식이기 때문에 Application을 On-Demand 방식으로 공급하면서 Apple, Windows, Linux, Unix, PDA, Thin-Client 등 다양한 클라이언트 환경에서 이의 실행을 가능하게 된다는 특징이 있다.

36) 주식회사 킬론은 2001년 설립되어 서울에 주소를 두고 있는 회사이다. 주요 제품으로는 서버 기반 컴퓨팅 제품인 Tuskan과 Web Storage Solution인 Tinplore, 웹 메일 솔루션인 Naska 등이 있다.

37) Tuskan은 서버 기반 컴퓨팅 제품으로 썬 클라이언트 방식이라고 할 수 있다. 이는 서버에 해당 응용 프로그램을 설치하고, 이에 사용자가 접속하여 해당 프로그램을 서버에서 실행시켜 이용하는 방식으로, 이를 통하여 기업의 보안강화, 중앙집중관리 및 원격 제어, 간편한 모바일 컴퓨팅, 구축비용 및 유지보수 비용절감, 높은 유연성과 확장성이 제공되면서 비즈니스의 연속성이 보장된다고 한다.

38) 주식회사 클루닉스는 2000년 설립된 회사로 서울에 주소지를 두고 있다. 이 회사는 클러스터링 소프트웨어와 네트워크 컴퓨팅 소프트웨어 및 리눅스 제품군 과 시스템 패키지 등을 생산하는 회사이다.

39) 만파식적이라는 제품은 초중고교의 노후PC 재활용을 위해 개발된 제품으로 '터미널 서버 클러스터' 제품으로 노후 PC를 터미널 클라이언트로 활용하고, 보다 성능이 좋은 컴퓨터들을 클러스터링하여 서버로 활용한다.

는 해당 PC로 컴퓨터 프로그램 코드를 전송하고 클라이언트 PC에서 이를 실행하는 방식이다. 소프트웨어 스트리밍 서비스는 보통 이러한 방식을 이용한다.

이러한 방식과 터미널 방식을 비교하면, 첫째 터미널 방식에서는 직접 해당 프로그램을 실행하는 것이 아니기 때문에, 반드시 PC가 필요한 것은 아니고, 입출력 장치(키보드, 마우스, 모니터 등)와 이러한 입력을 서버에 전송하고, 서버에서 전송된 정보를 출력할 수 있게 처리할 수 있는 장치만 있으면 족하지만, 그러나 이 방식은 클라이언트 PC에서 해당 프로그램을 직접 실행하기 때문에 기본적으로 운영체제(OS, Operating System)가 설치된 PC를 통하여 작업이 이루어진다.

또 터미널 방식은 해당 서버에서 프로그램을 실행하고, 입출력 정보들만을 주고받기 때문에 높은 사양의 서버가 필요하지만 네트워크의 대역폭은 크게 문제되지 않는데 비하여, 이 방식은 해당 서버의 사양이 그다지 높지 않아도 되지만, 많은 정보가 전송되기 때문에 네트워크의 대역폭을 많이 필요로 한다는 차이점이 있다.

또한 법적 평가에 있어서 터미널 방식은 컴퓨터 프로그램이 서버에 저장되고, 서버에서 실행되는 것에 비하여 이러한 방식은 해당 프로그램 코드를 서버에서 클라이언트 PC로 전송받아 저장하고 이를 실행하기 때문에 복제권 및 전송권을 침해하는 것으로 판단될 여지가 더 크다.

이러한 방식을 채택한 것으로는 해외의 Softricity社⁴⁰⁾의 Softricity Desktop 제품,⁴¹⁾ AppStream社⁴²⁾의 AppStream.NOW제품,⁴³⁾ Excent社⁴⁴⁾

40) 이 회사는 1996년에 David Greschler, Stuart Schaefer와 Owen Mysliwy가 보스톤의 컴퓨터 박물관에서의 전시를 기획하면서, '주문형 소프트웨어(software on demand)'를 착안하여 설립되어 Softricity Desktop 제품을 필두로 하여, SoftGrid Platform, Softricity ZeroTouch 등의 제품을 생산 판매하는 회사이다. 이 회사는 Microsoft사의 터미널 서비스 경영 파트너이며, 전략적 제휴를 맺고 있었는데, 2006년 7월 17일에 Microsoft사에 합병되었다.

41) 스트리밍을 이용하여 서버에서 컴퓨터 프로그램 코드를 다운로드하여 이를 클라이언트 PC에서 실행시키는 이른바 리치 클라이언트(rich client) 방식이다. 보통 이러한 리치 클라이언트 방식은 클라이언트 PC의 운영체제에 영향을 받기 쉬운데, 이 제품의 특징은 클라이언트 PC의

의 EXEter Security & Delivery Platform 제품,⁴⁵⁾ Stream Theory社⁴⁶⁾의 StreamFlow 제품⁴⁷⁾ 및 국내의 소프트온넷社⁴⁸⁾의 Z!Stream 제품⁴⁹⁾이 있다.

(4) 원격설치 방식

이 방식은 IBM Tivoli, MS SMS 등 원격 소프트웨어 설치를 관리하는 소프트웨어를 이용하여 각 사용자의 PC에 직접 원격으로 필요한 소프트웨어를 설치하고 관리하는 방식이다.

예를 들어 MS SMS(Microsoft System Management Server)를 보면 윈도우즈 고유의 인스톨러 패키지 양식인 MSI 파일 포맷을 이용하여 서버에서 직접 특정 소프트웨어를 배포나 할당하기도 하고, 업데이트 등의 관리 및 제거까지 수행할 수 있다.⁵⁰⁾

이러한 방식은 해당 PC에 직접 관리자가 갈 필요 없이 중앙의 서버를 이

운영체제와 무관하게 사용할 수 있다는 것으로 장점으로 내세운다.

42) AppStream사는 1999년 설립된 회사로 본사는 미국 캘리포니아에 두고 있다.

43) 이 제품은 리치 클라이언트 방식을 채택하고 있으며, 클라이언트 PC에 가상 이미지를 스트리밍하여 그 속도를 높였다는 점에 특징이 있다.

44) Exent사는 1992년에 설립된 기업으로 사무소는 미국 매릴랜드와 이스라엘의 텔아비브에 있다. 주요 고객으로는 Comcast, Yahoo!, Verizon, Intel 등이 있다.

45) 이 제품은 리치 클라이언트 방식으로 일부분의 전송으로 일단 프로그램을 실행시킬 수 있다는 점과, 게임 프로그램의 특성을 반영하여 게임 프로그램의 스트리밍 서비스에 주로 이용된다는 특징이 있다.

46) 2004년 11월 15일 Stream Theory사가 Endeavors technology사를 합병하였다. Stream Theory사는 1996년에 설립되어 미국 캘리포니아에 주소를 두고 있다.

47) 이 제품은 리치 클라이언트 방식으로, 해당 제품의 시범 사용을 가능하게 하여 잠재적 고객을 유인함과 동시에 마케팅 정보를 입수하게 하는 등, 주로 컴퓨터 프로그램 저작권자가 이용할 수 있는 시스템이라는 점에서 그 특징을 가진다.

48) 소프트온넷사는 1998년 설립하여 서울에 본사를 두고 있다. 웹페이지 상의 브로셔에는 실리콘밸리에 본사를 두고 있다고 적혀 있다.

49) 제품의 특징으로 윈도우즈 기반의 운영체제 및 응용 프로그램의 스트리밍을 지원하고 기존의 프로그램을 수정할 필요가 없으며, 리치 클라이언트용 스트리밍을 지원하고 멀티태스킹이 가능하며 수백만명 이상의 사용자를 지원하면서 높은 확장성과 저렴한 서버 확장 기능을 들고 있다.

50) 문건석 등, Windows Server 2003 실무 바이블 (한빛미디어, 2003), 121-161쪽 참조

용하여 관리할 수 있다는 점 외에는, 개별 PC에 해당 소프트웨어를 설치하는 것과 크게 다르지 않다.

즉, 이 방식은 서버에서 해당 클라이언트 PC로 필요한 컴퓨터 프로그램을 전송하여 설치한다는 점에서 전송권을 침해할 가능성이 크지만, 이러한 전송을 통하여 클라이언트 PC에 해당 프로그램이 설치되는 과정은 그 과정이 편리하다는 점 이외에는 개별적으로 설치하는 것과 다르지 않기 때문에 복제권을 침해할 여지는 적다 하겠다.

이러한 방식을 채택하고 있는 것으로는 앞서 이야기한 것 외에 국내의 미디어랜드社⁵¹⁾의 TCO!stream 제품⁵²⁾을 들 수 있다.

4. 주성대학 사건의 개요⁵³⁾

가. 서설

주성대학과 관련된 이 사건은, 기본적으로 컴퓨터 프로그램의 저작권을 가진 6개의 회사가 저작권 침해를 이유로 주성대학을 청주지검에 고소한 사건이기 때문에, 사건의 당사자는 저작권자인 6개의 회사 및 주성대학이다.

그러나 주성대학이 저작권 침해를 이유로 고소당한 이유는 바로 소프트넷 회사의 Z!Stream이라는 시스템을 도입하여 이를 이용한 것이므로, 소프트넷사가 정보통신부에 2차례에 걸친 질의를 제출하는 등 적극적으로 이 사건에 관여하였다. 위 고소에서는 소프트넷사는 저작권자인 회사들에게

51) 주식회사 미디어랜드는 1995년에 설립되어 서울에 그 주소지를 두고 있다.

52) 이 TCO!stream 제품은 중앙의 서버에서 개별 PC에 일괄적으로 응용 프로그램을 깔 수 있게 하여, 소프트웨어 사용현황 파악을 쉽게 하고, 각종 패치 및 업그레이드가 이루어졌을 때, 일괄적으로 이를 처리할 수 있게 하면서 원격제어 등이 가능하게 한다는 것을 그 특징으로 한다.

53) <http://www.pdmc.or.kr/main/hotissue/issueList.jsp?fkid=1&subject=S/W%20스트리밍%20기술과%20저작권%20논쟁#> 의 자료를 중심으로 정리, 2006, 12. 11. 방문, 프로그램심의조정 위원회가 그 명칭이 컴퓨터프로그램보호위원회로 바뀌면서 홈페이지 주소 변경 및 전체적인 변경으로 더 이상 이 자료를 찾을 수 없다.

고소를 당하지는 않았으며, 위 시스템을 사용하는 사용자를 원고로 하여 이 시스템을 이용하는 것이 저작권을 침해하지 않는다는 사실의 확인을 요구하는 저작권 침해 부존재 확인의 소를 준비하였다고 한다.⁵⁴⁾

주성대학의 현재 교직원 수가 245명, 학생 정원이 주·야간을 합쳐서 1,800명이다.⁵⁵⁾ 실제로 주성대학 측에서 구매한 컴퓨터 프로그램의 개수와 그 라이선스 종류를 살펴보면⁵⁶⁾ 우선 Microsoft사의 제품으로 Office와 Visual C++, Visual Basic 제품에 대해서는 1998년 1학기부터 2003년 1학기까지 AATP 계약⁵⁷⁾을 체결하였고, 2001년부터는 CA계약⁵⁸⁾을 체결하였다. Visio에 대해서는 54개의 라이선스를 가지고 있었고, MS Back Office의 21종에 대해서 617개의 라이선스를 가지고 있었다.

IntelliCAD는 144개의 라이선스를 보유하고 있었는데, 이는 AutoCAD를 대신할 국산 프로그램 이용차원에서 구매 후 사용하였는데, 소 제기와 관련하여 2004년 6월에 AutoCAD를 구매하였다.

나모 웹에디터는 국산 프로그램 이용차원에서 236개의 라이선스를 구매, 사용하였다.

한글 97/워드안은 1786개의 라이선스를 구매하였으며, 1999년 사이트 라이선스를 체결한 바 있다.

Adobe사의 Photoshop의 5종에 대하여 491개의 라이선스를 가지고 있다.

Macromedia사의 Dreamweaver의 2종에 대하여 185개의 라이선스를 가

54) 김태영, 컴퓨터프로그램과 공정경쟁에 관한 연구 : S/W 역분석과 S/W 스트리밍 서비스를 중심으로, 2005년 단국대학교 석사학위 논문, 74쪽.

55) <http://www.jsc.ac.kr>, 대학현황의 일반현황 참조. 2007. 4. 20일 최종 방문.

56) 강석규, “대학에서 S/W Streaming의 활용”, 서울대학교 기술과 법센터, S/W Streaming의 법적 문제점, KT프로젝트 워크숍 2004-7, 29쪽 정리.

57) Authorised Academic Training Program; 마이크로소프트사가 2년제 이상의 대학이 자사의 소프트웨어를 정규 커리큘럼에 채택할 경우 소프트웨어 1카피당 100명에게 사용권한을 준 제도다.

58) Campus Agreement; 1년 기한의 라이선스 프로그램으로 대학 이상에서 그 PC 대수와 관계 없이 교수 및 직원 수(학생은 별도 옵션)에 연간 단가를 곱하여 그 가격을 정하는 제도이다.

지고 있었다.

Microsoft사의 제품과 한글 97에 대한 사이트라이선스 외에는 모두 패키지 라이선스를 구매하여 사용한 것으로 보이는데, 소프트온넷사가 제출한 2차 질의 요청서의 “허락 받은 수량을 초과하여 동시에 실행되는 것이 제한”된다는 것을 정당성의 주요 근거로 든 점을 볼 때, 다수의 컴퓨터 프로그램을 구매하여 그 구매한 개수 이내에서 동시 사용의 방법으로 사용한 것으로 추정해볼 수 있다.

이와 같이 여러 컴퓨터 프로그램의 다수 라이선스를 가지고 있던 주성대학이 소프트웨어 라이선스를 이용하게 된 것은, 각 수업마다 필요한 컴퓨터 프로그램이 설치되어 있는 실습실로 이동하여야 하는 불편함과 각 컴퓨터 프로그램 하나만을 설치할 수 없기 때문에, 이용해야 하는 컴퓨터 프로그램이 겹치는 경우에 이를 효과적으로 사용할 수 없다는 점, 그리고 이런 사정으로 컴퓨터 프로그램의 실습을 위해서는 실습실 및 시간 배정이 제한될 수밖에 없는데 이러한 제한된 배정으로 인하여 강사 섭외 문제가 발생하였다는 이유를 들고 있다.⁵⁹⁾ 예를 들어 CAD 프로그램과 같이 특수한 전문 프로그램의 경우에는 모든 PC마다 설치할 필요 없이 이를 이용한 강의를 수강하는 수강생 정도의 라이선스 개수만 필요하다.⁶⁰⁾

위와 같은 이유로 주성대학은 소프트온넷사에서 제공하는 Z!Stream 제품을 도입하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용, 보유하고 있는 라이선스의 효과적인 사용을 도모하였고, SPC가 대신하는 각 프로그램 저작권사들(구체적으로는 (주)마이크로소프트, 매크로미디어코리아, 한국어도비스시스템즈, (주)세종나모 인터랙티브, (주)한글과컴퓨터, (주)인텔리코리아)은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우, 해당 프로그램이 설치되어 있는 실습실이 변경되는 과정에서 결과적으로 해당 컴퓨터 프로그램이 설치된 적이

59) 강석규, 앞의 논문 25쪽.

60) 정연덕, “온디맨드 소프트웨어의 효과적 활용과 법적 문제점”, 서울대학교 기술과 법센터, S/W Streaming의 법적 문제점, KT프로젝트 워크숍 2004-7, 69-70쪽.

있는 PC의 총 대수가 이 대학이 보유한 라이선스보다 많기 때문에 복제권이 침해되었다고 보았고, 소프트웨어 스트리밍 서비스라는 특정 이용방법을 허락한 적이 없기 때문에, 이러한 서비스 과정에서 전송권이 침해되었다고 보았으며, 서비스 과정에서 개작권, 동일성유지권 등이 침해되었다고 보았다.⁶¹⁾

이하에서 이 사건을 시간대 순으로 자세히 살펴보기로 하자.

나. 1차 질의

2001년 12월 소프트온넷사의 Z!Stream을 사용할 때 클라이언트 PC에 프로그램의 설치 흔적이 남게 되어 소프트웨어 불법복제 단속시 논란이 되자, 소프트온넷사가 정보통신부에 이의 저작권 침해 여부와 불법복제로 추정되는지 여부에 대하여 질의하였다.

이에 정보통신부는 프로그램심의조정위원회의 심의(법제심의분과, 2회)를 거쳐서 다음과 같은 유권해석을 하였다.

“ ... 프로그램저작권보호를 위한 불법복제 방지 본래의 취지를 고려하여, 특정기관이 저작권자로부터 구매한 패키지 S/W를 라이선스 계약에 따라 당해 프로그램의 종류, 용도 및 특성에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하지 아니하는 범위 내에서 사용하고, 원격설치솔루션과 같이 S/W를 서버에 두고 동시사용접속자수를 초과하여 운용하지 아니하는 방식임을 소명한다면 위법하지 아니하다고 할 것이다.”

다. 경고서한 발송 및 동시사용 라이선스의 요구

2003년 하반기 이후 한국소프트웨어저작권협회(이하 SPC)⁶²⁾는 소프트온

61) 진웅, “‘소프트웨어’ 스트리밍에 의한 저작권 침해 가능성”, 서울대학교 기술과 법센터, S/W Streaming의 법적 문제점, KT프로젝트 워크숍 2004-7, 35쪽 이하 참조.

62) 1993년 7월 소프트웨어저작권보호위원회로 최초 창립된 후, 2000년 5월 사단법인 한국소프트웨어저작권협회로 법인 명칭을 변경하여 현재 125개 소프트웨어 업체 및 유통회사를 회원으로 두고 있다.

넷의 Z!Stream을 이용하여 소프트웨어를 사용하는 것은 불법행위며, 대학 등에 스트리밍 방식의 소프트웨어 사용이 저작권 침해행위에 해당한다는 경고서한을 발송하고 관련자료 제출을 요구하였다. 이에 이 서비스를 사용한 대학들은 소프트웨어 스트리밍 기술을 사용할 수 있도록 동시사용라이선스를 제시해줄 것과 그 체결에 대하여 SPC와 주요 저작권사 등에 여러 차례 요구하였다.

라. 고소

2004년 4월 27일 6개 소프트웨어 업체(저작권사)⁶³가 저작권 침해 혐의로 청주에 있는 주성대학을 청주지검에 고소하였고, 소프트온넷 측은 스트리밍 방식의 소프트웨어 사용이 컴퓨터프로그램저작권의 침해를 구성하지 않는다는 ‘저작권침해부존재확인요청서’ 제기를 준비하였다.

마. 2차 질의

2004년 6월 소프트온넷은 정보통신부에 소프트웨어 스트리밍 서비스가 프로그램저작권을 침해하는지에 대하여 다시 유권해석을 요청하였다.

“1. 근래 네트워크 기술이 발전함에 따라 이를 활용한 중앙 집중식 소프트웨어 자원관리 및 사용이 일반화되었습니다. 서버와 네트워크를 활용한 이러한 방식은 여러 가지가 있으나 Z!Stream은 서버에서 클라이언트에 스트리밍하여 가상설치 과정에서 소프트웨어를 구동시키는 방법을 사용하고 있습니다.

2. 그런데 유사방식의 경우에는 MS, IBM, HP, Citrix 등 거대 ISV(independent software vendor)들에 의해 자신들이 패키지소프트웨어를 이러한 방식으로 사용함에 있어 불편함이 없도록 최종이용자약관(EULA,

63) (주)마이크로소프트, 매크로미디어코리아, 한국어도비스시스템즈, (주)세종나모 인터랙티브, (주)한글과컴퓨터, (주)인텔리코리아.

End-User License Agreement, 이하 약관)을 통해 허용하고 있는 반면, Z!Stream과 같은 방식은 기술의 개발 및 확산 시점이 가장 늦어서인지 아직 프로그램보호법(이하 법)이나 약관에 의해 보호받지 못하고 있는 실정입니다.

3. 그러나, 이 방식에 대하여 일부 법조계의 시각(창원지법 진주지원 이형주 판사, “소프트웨어 스트리밍 서비스의 법적 성질”)은 법에 명시된 행위 전송, 복제 등이 있지만 침해행위는 아니며 오히려 사용권자의 정당한 사용 행위로서 형법상 정당행위라는 주장이 있습니다. 또한 단체가 다량의 라이선스를 구입하는 것은 당연히 자연인으로서의 그 구성원이 사용함을 전제하는 것이므로 규범적으로 단체가 이용하는 것이 제3자에게 사용을 허락하는 것이 아니므로 오히려 이를 금하는 것은 부당하게 이용권자의 권익을 침해하는 측면이 있다고 하였습니다.

4. 또한, 소비자 차원에서 대구 경북지역 교육전산망/협의회는 지난 5월 13일 세미나의 결과로 네트워크를 이용한 스트리밍 방식의 소프트웨어 사용 및 관리의 필요성과 효율성을 공감하고 이를 ISV들의 약관에 포함시키는 등 사용의 허락을 요구하는 결의문을 채택한 바 있습니다.

5. 이러한 의견들을 종합적으로 감안하여 볼 때, Z!Stream은 클라이언트에 프로그램의 일부가 전송되어 가상설치 과정에서 실행되는 방식으로 네트워크를 통하여 서버에 연결된 사용자라면 누구나 사용할 수 있지만 서버에 의해 허락 받은 수량을 초과하여 동시에 실행되는 것이 제한되므로 해당 시점에서 볼 때 ISV들의 1PC 1License 정책을 위반하지 않으며, 또한 모든 PC에 설치의 흔적이 일부 저장될 수 있지만 허락 받은 수량을 초과한 사용자에게 의한 불법적 사용은 기술적으로 엄격히 제한되므로 단순히 클라이언트에 복제행위가 일어났다는 사실만으로는 ISV들에 대한 아무런 권리침해도 이루어지지 않는다고 하겠습니까.

6. 오히려, 1PC 1License 정책 자체가 사용자에게 일방적인 불이익을 강

요하면서 제작자에게 과도한 이익을 주는 것으로서 독점금지법에 위배된다는 견해도 있는 것으로 알고 있으며, 만일 이러한 견해가 설득력이 있다면 현재 발전된 네트워크 환경과 편리한 스트리밍 방식을 이용하여 사용과 관리의 효율성을 도모하고자 하는 사용자의 요구도 저작권자의 권익과 함께 균형적인 보호를 받아야 타당하다고 생각합니다.

7. 또한, Z!Stream은 ID와 Password를 확인하여 허락된 사용자를 실시간으로 인증함으로써 불법적인 S/W 사용을 근본적으로 차단하는 효과가 있어 저작권자의 권익을 보호하는 도구일 뿐 아니라, 스트리밍 방식이 가지는 속도와 편리함을 이용하여 기존의 불법-음성 시장을 합법-양성 시장으로 바꿀 수 있는 잠재력을 가지고 있습니다.

8. 이러한 점을 감안하시어, Z!Stream을 사용하여 소프트웨어를 사용하고 관리하는 단체나 기관이 ISV들에 의해 일방적으로 강제되는 약관규정에 발이 묶여 효율성을 도모할 정당한 권리가 침해 받지 않을 수 있도록 선처하여 주시기 바랍니다. 끝.”⁶⁴⁾

바. 정보통신부 및 프로그램심의조정위원회의 유권해석

소프트온넷 측의 유권해석 요청에 따라 정보통신부는 프로그램심의조정위원회에 심의를 요청하였고, 프로그램심의조정위원회는 이 요청에 따라 2004년 7월부터 8월 사이에 3차례의 전체위원회를 개최하여 2004년 8월 5일 유권해석을 내렸다.

이후 2004년 10월 11일 (주)한글과컴퓨터社가 고소를 취하하고, 2004년 11월 5일 나머지 회사들이 청구지검에 제출한 고소를 조건부⁶⁵⁾로 취하함으

64) 소프트온넷(주)의 질의요청서 전문.

65) SPC와 주성대학의 체결한 합의서는 원칙적으로 당해 대학이 향후 “Z!Stream” 솔루션에 저작권사의 소프트웨어를 탑재해 사용하는 것이 적법하다고 판단되거나 저작권사의 서면동의를 받을 때까지 “Z!Stream” 솔루션의 사용을 중지할 것과 그 대신 SPC가 주성대학 측에 민·형사상 책임을 묻지 않고, 이미 제조한 고소를 취하할 것이 그 주요 내용이다.

로써 분쟁이 해결되었다.

이후 저작권사는 소프트웨어 스트리밍 서비스에 대하여 적극적인 자세를 취하기 시작하였는데, 이 사건의 고소인이었던 한글과 컴퓨터, 세종 나모 인터랙티브, 인텔리카드 코리아 등은 소프트웨어 스트리밍 방식을 위한 라이선스 개발에 착수하였고, 특히 세종 나모 인터랙티브의 경우에는 소프트온넷(주)와 Z!Stream을 이용해 사용할 수 있는 네트워크 버전을 공동 개발하기로 하는 MOU를 체결하는 적극적인 수용자세를 보이고 있다.

사. 정보통신부(프로그램심의조정위원회)의 유권해석 결과

문제가 된 Z!Stream 서비스에 대하여 (주)소프트온넷사는 2001년 12월, 해당 솔루션을 이용할 경우 사용자 PC에 프로그램의 일부 파일이 남는 것 등에 대하여 정보통신부에 저작권 침해 여부에 대하여 질의하였고, 이에 대하여 정보통신부는

프로그램저작권보호를 위한 불법복제 방지 본래의 취지를 고려하여, 특정기관이 저작권자로부터 구매한 패키지 S/W를 라이선스 계약에 따라 당해 프로그램의 종류, 용도 및 특성에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하지 아니하는 범위 내에서 사용하고, 원격설치 솔루션과 같이 S/W를 서버에 두고 동시사용접속자수를 초과하여 운용하지 아니하는 방식임을 소명한다면 위법하지 아니하다고 할 것이다.⁶⁶⁾

라고 답변을 하였다.

또한, SPC 측의 고소 이후 2004년 6월 다시 정보통신부에 S/W 스트리밍 방식의 프로그램저작권 침해 여부에 대하여 유권해석을 요청하여 2004년 8

66) <http://www.pdmc.or.kr/main/hotissue/issueList.jsp?fkid=1&subject=S/W> 스트리밍 기술과 저작권 논쟁&pCpage=1&pageSize=10, 2006. 12. 11일 최종 방문. 더 이상 존재하지 않는다.

월 30일 저작권 침해에 해당하지 않는다는 답변을 받았다.

그 내용으로 인코딩과정에서 원본을 수정하는 작업이 없기 때문에 개작권의 침해로 보기 어렵다는 점, 캐시파일 등에 대하여 독자적으로는 전혀 구동되지 않는 것으로 실질적으로 재사용이 불가능한 파일이므로 이러한 파일들로 인하여 복제권이 침해되었다고 보기 어렵다는 점, 그리고 일단 전송이 일어난 것으로 파악할 수 있으나 경우에 따라 다르기는 하지만 대체로 전송권의 침해로 보기도 어렵다는 점 등을 들 수 있다.

이러한 프로그램심의조정위원회의 결정 내용에 대하여 SPC측은 절차상 저작권자의 의견을 수렴하지 않았다는 것, 검찰이 수사중인 사건에 대하여 행정부가 해석을 내렸다는 것, S/W 저작권을 가진 회사들의 매출을 크게 감소시킬 수 있다는 것을 이유로 이 결정을 전면 부인하였다.

5. 법적 문제점의 정리

이 사건에서 문제의 핵심은 컴퓨터 프로그램의 사용자가 쉬링크랩 라이선스⁶⁷⁾의 내용과 다르게 해당 컴퓨터 프로그램을 사용하였고, 이에 저작권자는 저작권 침해를 주장한 것이다.

저작권자에게 배타적으로 부여된 행위 유형(복제, 전송 등)을 포함하는 방법으로 해당 저작물을 사용하기 위해서는 사용자가 저작권자와 협의하여 이에 합당한 계약을 체결하여야 함은 당연하다. 그러나 컴퓨터 프로그램의 경우, 이에 응용될 수 있는 기술의 진보속도가 매우 빠르기 때문에 이 속도에 맞추어 양 당사자가 해당 계약의 내용을 항상 제때에 개정하는 것은 쉽지 않고, 보통 컴퓨터 프로그램에서 주로 사용되는 쉬링크랩 라이선스는 저작권자의 일방의 의사에 의하여 작성되며, 이와 다른 계약 체결을 요구할 경우 사용자락 계약 체결을 거부할 수도 있다.

67) 이 용어에 대한 자세한 논의는 제3장에서 다루도록 한다.

쉬링크랩 라이선스와 다른 방법으로 해당 컴퓨터 프로그램을 사용하는 것은, 이에 대하여 명시적인 허락을 받지 않았다는 이유만으로 저작권을 침해하는 것이라고 하기는 어려울 것이다.

예를 들어, 근래 급속하게 발달하고 있는 IT기술에 힘입어 실사영화에 근접하는 애니메이션 영화가 속속 등장하고 있다. 이러한 실사에 근접한 애니메이션 영화를 만들기 위해서 3차원으로 이미지를 처리하여야 하고, 이는 수많은 점과 면 및 색상을 모두 계산해서, 이를 초당 30장 이상 제작하여야 하는 복잡한 처리과정을 거쳐야 한다. 슈퍼 컴퓨터나 메인 프레임 급의 컴퓨터를 가지고 있는 회사는, 이러한 계산과정을 처리할 컴퓨터 프로그램을 하나 구입하여 이를 사용할 것이다.

이러한 슈퍼 컴퓨터나 메인 프레임 급의 컴퓨터는 그 가격이 매우 높기 때문에, 그 대안으로 출시된 기술이 클러스터링(clustering)이다. 이는 일반적인 성능의 컴퓨터들을 병렬적으로 연결하여 하나의 컴퓨터에서 모든 계산과정을 처리하는 것이 아니라, 부하를 조절하는 메인 컴퓨터에 연결된 다른 컴퓨터들이 그 계산 과정을 나누어 처리하여 그 결과를 다시 메인 컴퓨터에 되돌려주는 기술이다.

물론 메인 컴퓨터를 제외한 다른 컴퓨터에서는 해당 프로그램을 실행하지 못하고, 해당 프로그램을 실행할 수 있는 컴퓨터는 메인 컴퓨터뿐이고, 다른 컴퓨터 들은 계산만을 대행하는 것이다.

이러한 기술을 이용할 경우, 메인 컴퓨터와 다른 컴퓨터 간에는 불가피하게 특정 프로그램(비록 그 일부라 할지라도)의 복제 및 전송이 이루어질 수밖에 없다. 이런 클러스터링 기술은 컴퓨터 프로그램 저작권자의 저작권을 침해하는지 여부를 판단해보자.

물론 클러스터링과 관련된 사용자 계약서가 존재한다면, 이런 라이선스를 구매하여 사용한다면 아무런 문제가 없겠지만, 끊임없는 기술의 진보로 필요한 라이선스가 반드시 존재할 것이라는 보장이 없다.

메인 컴퓨터외의 다른 컴퓨터에서 복제와 전송이 이루어지기는 하지만, 전체적으로 파악할 때, 하나의 프로그램이 실행되고 있는 것이고 다른 컴퓨터는 단지 중앙연산장치만을 메인 컴퓨터에 빌려주고 있는 열개가 된다. 이 과정에서 메인 컴퓨터의 중앙연산장치에서 다른 컴퓨터의 중앙연산장치로, 다시 메인 컴퓨터의 중앙연산장치로 바로 데이터가 오고 갈 수는 없기 때문에 복제와 전송이 이루어지는 것이다.

이 경우에 전체적으로 하나의 프로그램을 실행하고 있음에도 불구하고, 클러스터링에 참여하는 모든 컴퓨터마다 해당 컴퓨터 프로그램의 라이선스를 모두 요구하는 것이 합리적일까? 클러스터링의 핵심은 유휴 자원을 활용하는 것이기 때문에 사용하지 않고 있는 컴퓨터가 많으면 많은 컴퓨터가 참여를 하게 되고, 그렇지 않으면 몇몇 컴퓨터에서만 이의 운용이 이루어져 전체적인 비용을 절감하는 것이다.

만약 모든 컴퓨터마다 하나씩의 라이선스를 구입하여 모든 컴퓨터에서 동시에 해당 컴퓨터 프로그램을 실행시키는 것은 작업의 배분과 결과물의 취합이라는 부가적인 부담이 발생하게 될 것이다.

이러한 경우처럼, IT 기술의 발달과 함께 나타나고 또는 사라질 모든 기술에 대해서 프로그램 저작권자가 항상 적합한 라이선스를 제공할 것을 바라는 것은 무리일 것이다.

이렇게 특정한 사용방법에 대하여 명시적인 허락이 존재하지 않은 상태에서 신기술을 이용한 컴퓨터 프로그램의 사용은 저작권과 관련된 많은 문제들을 야기할 수 있고, 그 단적인 예로 바로 주성대학 사건이 존재하는 것이다.

이 사건을 중심으로 하여 쉬링크랩 라이선스와 저작권법의 관계, 신기술의 도입으로 발생하는 저작권적인 문제점들을 이후에서 하나씩 살펴본다.

III. 라이선스의 분석

1. 序說

일단 사용자가 소프트웨어를 이용하는 방법에서 저작권을 직접적으로 침해하지 않았다고 할지라도 소프트웨어의 사용과 관련된 계약을 위반함으로써 계약 위반의 책임을 질 수 있고, 이 계약 침해의 책임에서 배타적 사용 허락 권한을 가진 저작권자의 권리 침해가 바로 도출되기 때문에 저작권 침해의 책임을 지게 된다고 주장할 수도 있다. 그러나 쉬링크랩 라이선스나 클릭랩 라이선스의 위반이 바로 저작권 침해로 이어진다고 판단해서는 안된다. 이런 계약의 위반이 저작권의 침해로 연결되기 위해서는, 첫째 저작물의 이용과 관련된 계약의 유효성이 먼저 인정되어야 하고, 둘째 특정한 저작물의 사용행위가 계약의 특정조항을 위반하였다고 해석될 수 있어야 하며, 셋째 위반된 계약상의 조항이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권자의 배타적인 권리 영역 내의 것이어야 하며, 마지막으로 그러한 침해가 위법한 것이어야 한다.

이하에서는 우선 소프트웨어 라이선스의 일반적인 사항들을 검토하여 논의의 기초로 삼은 후, 컴퓨터 프로그램에서 주로 사용되는 쉬링크랩 라이선스에 대해서 살펴보고 그 유효성에 대해서 살펴볼 것이다. 이러한 쉬링크랩 라이선스가 일반적으로 유효하다는 전제 위에서 개별 라이선스 조항들의 유효성 여부를 살펴볼 것이고, 유효하다고 인정되는 라이선스 조항을 해석하여 스트리밍 서비스가 이러한 조항들을 침해하는지의 여부에 대하여 살펴볼 것이다.

2. 라이선스의 문제

가. 컴퓨터 프로그램의 라이선스 일반론

라이선스는 저작권자가 그들의 창작물이 저작권을 구성하는 권리들을 이전하거나 할당하지 않고 사용, 배포, 유통할 수 있도록 하는 전통적인 방식이다.⁶⁸⁾ 이는 라이선스가 없으면 불법이 되는 일을 할 수 있는 공식적인 권한이라고 정의할 수 있다.⁶⁹⁾

저작권법과 관련되어 사용되는 라이선스라는 말은 ‘동의’나 ‘허락’이라는 말과 바꾸어 사용할 수 있다.⁷⁰⁾

라이선스를 체결하는 것은 여러 종류의 관리가 동시에 가능하게 하는 특이한 형태의 계약이다. 보통의 저작물에 있어서는 개별적 이용허락의 차원에서 저작물이 이용되는 조건들을 결정하지만, 컴퓨터 프로그램의 경우에는 이에 더하여 컴퓨터 프로그램은 판매되는 것이 아니라, 이용을 허락할 뿐이라고 규정한다. 또한 특정 프로그램의 라이선스는 저작권자와 특정 사용자와의 관계뿐만 아니라, 저작권자와 그 프로그램의 모든 사용자와의 관계를 규정한다. 더 나아가 모든 프로그램에 라이선스가 존재하고, 이 라이선스들은 대체적으로 유사하지만, 라이선스가 존재하지 않는 컴퓨터 프로그램을 선택할 수 없는 상황에서, 이러한 범위 내에서 라이선스는 저작권법을 대체한다.⁷¹⁾ 즉, 컴퓨터 프로그램 저작권자는 사실상 자신의 의사대로 계약내용을 작성할 수 있고, 이러한 계약내용은 사용자에게 협상의 여지가 없다는

68) Diane Rowland and Andrew Campbell, *Supply of Software; Copyright and Contract Issues*, International journal of Law and Information Technology, Vol 10. No.1., 25쪽.

69) A permission, usu. revocable, to commit some act that would otherwise be unlawful, Black's Law Dictionary (8th ed. 2004),

70) Diane Rowland and Andrew Campbell, 앞의 논문, 26쪽.

71) Michael J. Madison, *Reconstructing the Software License*, 35 Loy. U. Chi. L.J. 275, 276쪽.

점을 감안하면, 저작권법상의 저작권 제한을 회피하는 계약 규정을 통하여 자신의 컴퓨터 프로그램 저작물을 보다 강하게 보호할 수 있다는 점에서 저작권법을 유명무실화할 수 있다는 것이다.

라이선스는 보통 다음의 두 가지 사실이 명시적이나 묵시적으로 나타나 있는데, 판매되는 물건과는 독립적으로 저작물이 존재한다는 사실과 그 물건의 소유와 저작권은 무관하다는 것이다.⁷²⁾ 이러한 관계 속에서 상품의 소유권, 저작권, 라이선스라는 세 가지 개념을 추출할 수 있다. 즉 소유권과 저작권의 대립과 이의 조화를 위한 라이선스라는 개념을 상정할 수 있는데, 소유권과 저작권의 대립을 일정부분에서 조정하기 위하여 최초판매의 원칙이나 권리소진의 원칙 등이 나타난다. 이에 대하여는 이후 관련된 부분에서 자세히 살펴보기로 한다.

시중에서 흔히 볼 수 있는 저작물로는 책이나 음반 등을 들 수 있다.⁷³⁾ 이러한 책이나 음반 등에는 무단복제나 전제를 금한다는 주의문구⁷⁴⁾ 외에는 다른 문구들이 존재하지 않는다. 그러나 컴퓨터 프로그램 등에는 앞서 이야기한 주의문구가 아닌 사용과 관련된 계약사항들이 제시되어 있다. 예를 들어, 시중에 발매된 특정 음반이 다음과 같은 문구를 외부에서 인지할 수 있도록 포장되어 있는 경우를 상정해보자.

“1. 본 CD는 음반 제작사가 음반 소비자에게 판매하는 것이 아니라, 사용 허락하는 것입니다.

2. 본 CD는 음반 제작사의 동의 없이 제3자에게 판매하거나 양도할 수 없습니다.

3. 개인적인 용도에서라도 본 CD에서 WAV 파일을 추출하거나, 본 CD에

72) 위의 글, 279쪽.

73) 매체와 저작물을 구분하여야 할 것이지만, 여기서는 그 내용과 매체를 총칭하여 저작물, 혹은 저작물의 복제물로 일컫기로 한다.

74) 무단복제나 전제는 저작권중 복제권 등을 침해하기 때문에 이러한 문구가 없다 하더라도 별 다른 차이를 낳지는 않을 것이다.

담겨 있는 노래를 테이프로 옮기는 행위는 금지됩니다.

4. 본 CD에 담겨 있는 노래에 사용된 악기나 곡의 진행 등을 알기 위하여 정상적인 재생속도가 아닌 속도로 재생하거나, 다른 분석도구를 사용하는 것은 금지됩니다.

5. 본 CD 자체에 결함이 있는 경우 외에는, 만약 특정 오디오와 호환되지 않거나 특정 오디오에 부하를 주어 그 오디오에 손상을 가한 경우에도 음반 제작사는 이에 대하여 아무런 책임을 지지 않습니다.

본 CD의 외부 비닐을 개봉함으로써 구매자는 이상의 조건에 대하여 동의한 것으로 간주됩니다. 만약 위의 조건에 동의하지 않으신다면 비닐을 개봉하지 않은 상태에서 반환받으시길 바랍니다.”

이러한 문구를 보는 구매자는 이를 무시할 수도 있을 것이고, 이에 대하여 의구심을 품거나 혹은 이 음반을 구매하지 않을 수도 있을 것이다.

이렇듯 컴퓨터 프로그램을 제외한 다른 저작물에는 부가되지 않는 라이선스 조항이, 컴퓨터 프로그램에는 대개의 경우 쉬링크랩 라이선스의 형태나 클릭랩 라이선스의 형태로 붙어 있다.

이러한 차이는 보통 컴퓨터 프로그램이 지닌 특수성 때문이라고 설명되는데 이는 7장에서 보다 자세히 살펴본다.

컴퓨터 프로그램 산업계가 라이선스를 컴퓨터 프로그램 유통방법으로 선호하는 이유는 살펴보면 다음과 정리할 수 있을 것이다. 첫째, 매매가 아닌 라이선스를 통하여 시장수요에 보다 민감하게 반응하여 이를 반영하는 제품을 유통시킬 수 있고 보다 확실하고 유용한 방식으로 컴퓨터 프로그램 저작권자의 이익을 담보할 수 있다. 둘째, 컴퓨터 프로그램 저작권자는 자신의 이익을 보다 효율적으로 지키기 위하여 일정한 제한을 가함으로써 이용자를 통제할 목적으로 라이선스를 체결하게 된다. 셋째, 라이선스의 경제적 효과는 컴퓨터 프로그램 산업에 매우 유리하다. 라이선스를 통하여 판매자가 저작물의 매매시 인정되는 제한보다 훨씬 많이 이용자의 컴퓨터 프로그램 이

용권을 제한할 수 있다. 또한 라이선스는 통상 1회 구매자에게 판매할 수 있는 저작물의 동일한 구매자에게 다수의 매매를 가능케 하며, 권리소진이론의 적용을 방지할 수 있다.⁷⁵⁾

애초에 컴퓨터 프로그램 라이선스는, 주문형 컴퓨터 프로그램에 체결된 전통적인 라이선스는 컴퓨터 산업에서 반경쟁적 관행에 대한 정부의 조사를 회피하는 수단으로 사용되었다는 것과, 1970년대와 1980년대에 컴퓨터 프로그램에 저작권적 보호가 주어질 수 있는지가 정해지지 않았을 때에 이러한 라이선스 형식 자체가 보호수단이었다는 두 가지 사실에서 비롯되었다.⁷⁶⁾

나. 컴퓨터 프로그램 라이선스의 종류

(1) 서설

현재 컴퓨터 프로그램과 관련되어 사용되고 있는 라이선스의 종류는 아주 다양하다. 시장의 성격에 따라 가격차별 등으로 그 수익을 극대화하기 위하여 각 컴퓨터 프로그램 개발회사들이 그 영업 전략에 따라 다양한 종류 및 형태의 라이선스를 개발하였기 때문인데, 현재 컴퓨터 프로그램과 관련되어 사용되고 있는 라이선스의 종류로는 크게 그 사용자의 숫자를 기준으로 하여 개인 사용자를 위한 패키지(리테일) 라이선스, 일정 규모 이상의 사용자를 위한 단체 사용자 라이선스로 나눌 수 있고, 사용 형태에 따라서는 개별 사용 라이선스, 네트워크 사용 라이선스, 사이트 라이선스 등으로 구분할 수 있는데, 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

75) 김병일, “‘오픈소스’ 소프트웨어 라이선싱”, 창작과 권리 34권 (2004), 47쪽.

76) Steven A. Heath, *Contracts, Copyright, And Confusion Revisiting The Enforceability Of 'Shrinkwrap' Licenses*, 5 Chi.-Kent J. Intell. Prop 12, 13쪽.

(2) 산정 기준에 따른 구별

(가) 들어가며

컴퓨터에 특정 컴퓨터 프로그램을 설치하여 사용하려면 당연히 해당 프로그램을 구매하여야 하지만, 문제가 되는 것은 몇 개를 구매하여야 하는가 하는 점이다. 하나의 컴퓨터를 여러 사람이 공동으로 사용하는 경우, 한 명이 여러 컴퓨터를 사용하는 경우, 하나의 컴퓨터에 여러 개의 연산장치가 설치되어 있는 경우, 여러 개의 컴퓨터를 병렬 연결하여 하나의 서버로 사용하고 있는 경우, 단말기를 통하여 직접적으로 사용하는 사람은 없으나 네트워크 상에서 여러 사람이 접속하여 작업을 하는 경우 등의 여러 경우에서 해당 컴퓨터 프로그램을 정당하게 사용하기 위해서는 몇 개의 프로그램을 구매하여야 하는가 하는 것은 쉽지 않은 문제인데, 이 개수를 산정하는 기준에 따라 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.⁷⁷⁾

(나) PC·CPU 라이선스

이는 해당 소프트웨어를 설치할 수 있는 하드웨어의 숫자를 특정하는 라이선스로 가장 일반적인 형태라고 할 수 있다. 보통 서버는 복수의 CPU를 사용하기 때문에, PC(개인용 컴퓨터)라는 추상적인 개념보다 CPU 숫자를 지정하여 일정숫자 이상의 CPU를 장착한 컴퓨터에는 이를 설치하지 못하게 하거나 다른 가격정책을 써서 개인 사용자와 기업 및 특수 사용자의 시장을 분할할 수 있기 때문에 CPU 라이선스를 사용하기도 한다. 이러한 CPU 라이선스는 주로 서버나 데이터베이스와 관련된 부분에서 많이 사용된다.

그러나, 최근에는 Intel사나 AMD사 모두 하나의 CPU 안에 두 개의 연산

77) 일반적 분류로 기계별 라이선스, 네트워크 라이선스, 사이트 라이선스를 들고 있는 견해로, 서계원, “S/W Streaming 기술에 대한 외국의 동향과 시사점”, 서울대학교 기술과 법센터, S/W Streaming의 법적 문제점, KT프로젝트 워크숍 2004-7, 53-54쪽

을 담당하는 Core를 집적한 Dual Core 제품 및 네 개를 집적한 Quad Core 제품을 출시하여 판매하고 있는데, 이 경우 이러한 CPU를 하나의 CPU로 볼지, 두 개 혹은 네 개의 CPU로 볼지는 불분명한 상태이다.⁷⁸⁾ 또한 하나의 PC에 여러 개의 입출력 장치(모니터와 키보드, 마우스 등)를 연결하여 다수의 사용자가 사용하는 멀티 PC의 경우에는, 하나의 PC 혹은 하나의 CPU에 다수의 사용자가 함께 사용할 수 있다는 점에서 1PC 1라이선스 정책에 대한 근본적인 검토가 필요하게 되었다.

(다) 서버 라이선스

이 라이선스는 해당 소프트웨어를 서버에 설치할 수 있게 하는 라이선스로 다시 서버 자체의 관리 등을 위하여 설치하는 소프트웨어와 서버에 설치되어 이 서버에 접속하는 클라이언트가 이용할 수 있게 하는 소프트웨어로 구별될 수 있다. 전자는 서버에 설치된다는 점 이외에는 앞서 이야기한 PC 라이선스와 큰 차이는 없지만, 가격차별을 통하여 수익을 증대시키기 위하여 사용되고, 후자는 메일서버에 바이러스 백신 프로그램을 설치한 것과 같이 클라이언트가 서버에 접속하여 이용하기는 하지만, 주된 실행 등은 서버에서 이루어지기 때문에 이용자 라이선스나 동시사용자 라이선스와 구별된다.

(라) 이용자 라이선스 (1User 1라이선스)

이러한 라이선스는 해당 소프트웨어가 설치되는 하드웨어의 숫자를 특정하는 것이 아니라, 해당 소프트웨어를 사용하는 사용자의 숫자를 특정하는

78) 이와 관련하여 한국 Microsoft는 듀얼코어 프로세서도 하나의 CPU로 보아 라이선스 정책을 유지할 것이라고 발표하였고, 한국 오라클은 듀얼코어를 두 개의 CPU가 아니라, 1.5개의 CPU로 보는 라이선스 정책을 결정한 반면, 한국 IBM은 대기업의 유닉스 서버에는 2 라이선스, 중소기업의 x86 서버에는 1 라이선스를 부과하는 차별적 정책을 결정하였다. 전자신문, 2005. 9. 1일자.

라이선스 정책이다. 이렇게 사용자의 숫자를 특정함으로써 해당 소프트웨어가 설치된 PC 등의 숫자는 문제 삼지 않지만, 그 PC 등에서 특정된 사용자만이 해당 소프트웨어를 사용할 수 있게 되는 것이다. 이러한 방식은 웹을 기반으로 하고 개개인이 사용하는 PC 등이 특정되어 있지 않아서, 개별 사용자의 업무 환경이 서버에 저장되는 경우의 ASP 서비스 등에서 주로 사용된다.

(마) CAL (Client Access License)

이 라이선스 형태는 서버에 접속할 수 있는 Client의 숫자에 대하여 라이선스를 허용하는 방식으로, 서버에는 크게 서버에 설치되는 소프트웨어에 대한 라이선스와 서버에 설치된 소프트웨어에 접근할 수 있는 라이선스를 따로 분리할 수 있는데, CAL은 서버에 설치된 소프트웨어에 접근할 수 있는 라이선스를 의미한다. 주로 이 라이선스는 서버에 터미널 등의 방식으로 접근할 수 있는 클라이언트를 제한하는데 사용된다.

(바) 동시사용자 라이선스 (CUL; Concurrent User License)

이 라이선스는 해당 소프트웨어의 사용자는 많으나 사용빈도는 많지 않은⁷⁹⁾ 경우에 주로 사용되는 라이선스로 이러한 방식은 주로 네트워크를 기반으로 하기 때문에 네트워크 라이선스라고 불리기도 한다. 이러한 방식의 라이선스가 사용자의 숫자를 특정한다는 점에서는 앞의 사용자 라이선스와 유사하지만, 개별 사용자가 특정되지 않는다는 점에서 차이가 있다. 이와 유사한 방식으로 Floating License라고 하여, 모든 PC에 해당 소프트웨어를

79) 예를 들어, 컴퓨터 바이러스를 탐지하는 프로그램과 탐지된 바이러스를 삭제하는 프로그램이 분리되어 있다고 볼 때, 탐지하는 프로그램은 모든 PC에 설치될 필요가 있으나 탐지된 바이러스를 삭제하는 프로그램은 모든 PC에 설치되어 있을 필요는 없고, 필요한 경우에만 사용할 수 있도록 하면 된다.

설치해두고, 사용자가 기동을 할 때에만, 중앙의 서버로부터 특정 키값을 받아와서 실행할 수 있도록 하는 방식이 있다.

(사) 사이트 라이선스

이 라이선스 방식은 동일한 소프트웨어를 대다수의 구성원이 사용하는 경우에 주로 이용되는 방식으로, 일정범위의 구성원 및 PC 등을 지정하여 그 지정된 범위 내에서는 개수와 관계없이 해당 소프트웨어를 사용할 수 있도록 하는 방식이다. 이러한 방식에는 계약기간 내에 해당 소프트웨어의 개정판이 나올 경우 이의 사용을 허락하는 등의 지원 서비스가 포함되기도 한다.

(3) 사용자에게 따른 구별

해당 소프트웨어를 사용하는 사용자에게 따라서 공공기관 라이선스, 교육기관 라이선스, 기업 라이선스, 최종사용자 라이선스 등으로 구별하기도 한다. 보통 공공기관 라이선스나 교육기관 라이선스는 해당 소프트웨어의 가격을 할인해주는 경우가 많고, 기업 라이선스의 경우에는 가격을 할증하는 경우가 많다. 이는 가격차별을 통하여 시장을 분리함으로써 수익을 극대화하고, 공공기관의 경우에 그 공공기관이 특정 소프트웨어를 사용함으로써 주변의 사용자들이 해당 소프트웨어를 사용해야만 하는 파급효과가 크기 때문에, 가격을 할인함에도 불구하고 시장을 분리할 필요성이 있고, 교육기관의 경우에는 항상 새로운 구성원들이 그 교육기관 안에서 해당 소프트웨어를 사용하게 되고, 이 교육기관의 졸업생들은 그 소프트웨어에 익숙해진, 매우 가능성이 높은 잠재사용자가 된다는 점에서 가격 할인의 이유가 존재한다.

다. 주요 소프트웨어 제작사의 라이선스 정책

(1) 한글과컴퓨터

(주)한글과컴퓨터사의 제품은 크게 패키지 제품과 라이선스 제품으로 나눌 수 있고, 패키지 제품은 다시 개인 사용자용과 행망용 제품, 교육기관용 제품으로 나눌 수 있고, 라이선스 제품은 좁은 의미의 라이선스 제품과 ILA, ALA, CLA, SLA 등과 특정 계층의 수요자를 위한, 컴퓨터학원 라이선스와 PC방 라이선스가 있다. 이외에도 OEM 판매와 Bundle 판매가 있다. 여기서 라이선스 제품이라고 하는 것은 실제 매체를 제공하지 않거나, 최소한의 매체만을 제공한 후, 매체의 숫자와 무관하게 해당 프로그램을 사용할 수 있는 사용권한에 대한 계약을 체결한 제품을 말하는데, 보통 프로그램을 대량 구매하는 경우에 사용된다.

ILA(Installment License Agreement)이라 함은 하여, 200대 이상의 PC에 대하여 3년의 계약기간 동안 대금을 분할 지급하면서, 계약기간 종료시점에서의 최신 버전에 대한 사용권을 영구히 획득하게 되는 라이선스 정책이고, ALA(Annuity License Agreement)라는 것은 마찬가지로 200대 이상의 PC에 대하여 1년 단위로 계약을 하면서, 계약기간 중에 최신 버전이 출시되면 이 최신 버전으로 사용권이 자동으로 이전되지만, 계약 종료 이후에는 더 이상 해당 소프트웨어를 사용할 수 없게 되는, 즉 영구사용권이 존재하지 않는 라이선스 정책이다.

교육기관은 앞서 이야기한 ILA나 ALA 외에도 1년 마다 계약을 통하여, 내부의 모든 PC에 대한 사용권한을 가지고, 계약기간 내에 출시되는 최신 버전의 소프트웨어를 사용할 수 있게 되지만, 영구사용권은 없는, 대학 이상의 교육기관을 위한 CLA(Campus License Agreement)와 초·중·고등학교를 위한 SLA(School License Agreement)라는 라이선스 정책을 선택할 수도 있다.

여기서 특기할 만한 것은 ALA, CLA, SLA 등의 정책은 계약기간을 1년

으로 하면서 계약기간 종료후 사용하던 소프트웨어의 영구사용권을 인정하지 않는다는 것이다.

(2) Microsoft사의 라이선스 정책

Microsoft사의 경우에는 다양한 제품들에 대하여 아주 다양한 라이선스 체계를 가지고 있다. 이들 라이선스는 제품에 따라서 다르며 사용자 수, 사용환경들에 따라 세분화되어 있다.

우선 Microsoft 제품군을 응용 프로그램, 시스템, 서버의 세 가지 제품군으로 나누어 다르게 라이선스를 적용하고 있으며, 라이선스는 다시 좁은 의미의 라이선스와 SA(Software Assurance)⁸⁰로 나누고 구입 방법에 대하여 OEM, FPP(Full Package Product), 볼륨 라이선스 등으로 구분하고 있다.

이 중의 볼륨 라이선스는 다시 5개 정도의 라이선스 구매자를 위한 Open License, 200개 정도의 라이선스 구매자를 위한 Select License, 기업 표준화를 위하여 200개 이상의 라이선스 구매자를 위한 Enterprise Agreement, 라이선스를 구매하는 하는 것이 아니라 일정기간 사용권을 획득하고자 하는 사용자를 위한 Enterprise Subscription Agreement, 그리고 교육기관을 위한 교육 기관용 볼륨 라이선스 등으로 세분화된다.

| | Open License 6.0 | Select 6.0 | Enterprise Agreement 6.0 | Enterprise Subscription Agreement 6.0 |
|-------|-------------------|-----------------------|--------------------------|---------------------------------------|
| 고객 규모 | 5개 정도의 라이선스 | 200개 이상의 PC | 200개 이상의 PC | 200개 이상의 PC |
| 고객 유형 | 기업, 학교, 자선 단체, 정부 | 기업, 학교, 정부 | 기업 | 기업 |
| 고객 현황 | 편리한 일회성 거래를 원하는 | Microsoft 라이선스 요구 사항이 | 기업 운영 표준화에 관심이 있고 구매 | Enterprise 6.0에 해당하는 고객과 |

80) "Software Assurance"는 Enterprise Agreement, Select License, Open 인증 번호로 획득한 모든 상업적인 Microsoft 제품의 최신 버전을 실행할 권한을 말합니다. Software Assurance는 복잡한 개별적인 업그레이드(VUP, PUP, CUP, LUP, UA) 대신 사용될 수 있습니다.", 한국 Microsoft사 홈페이지.

| | | | | |
|----|---------------------------------------|--|--|--|
| | 고객에게 적당한 방법으로 다양한 대리점을 통해 구매할 수 있습니다. | 복합적이고 구매가 부서별로 분산적으로 이루어지며 구매량을 예측할 수 있는 중견 기업, 대기업 및 다국적 기업에 적합합니다. | 창구 단일화의 장점에 비중을 두는 중견 기업, 대기업 및 다국적 기업에 적합합니다. | 동일하지만, 하나 이상의 Microsoft 엔터프라이즈 제품 라이선스를 임대하여 사용하려는 기업에게 적합합니다. |
| 기간 | 2년간 동일한 인증 번호로 구매 가능 | 3년간 추가로 1년 또는 3년 갱신할 수 있는 옵션 부여 | 3년간 추가로 1년 또는 3년 갱신할 수 있는 옵션 부여 | 3년간 추가로 1년 또는 3년 갱신할 수 있는 옵션 부여 |

표 5 : Microsoft사의 볼륨 라이선스 옵션⁸¹⁾

(3) Macromedia사의 라이선스 정책

한국 Macromedia사는 크게 패키지 라이선스와 MVLP(Macromedia Volume License Program)로 나누어 라이선스 정책을 시행하고 있으며, 또 MVLP는 상업용과 교육기관용으로 나뉘고 이에는 다시 기본 볼륨 라이선스 옵션(BVLO; Basic Volume License Option)과 고급 볼륨 라이선스 옵션(HVLO; High Volume License Option)으로 나누어진다.

이에 비하여 미국 내의 라이선스 정책은 상업용, 정부용, 비영리기관용, 고등교육기관용, K-12 교육기관용으로, 유럽과 중동, 아프리카는 상업용과 정부용, 교육용과 자선사업용으로 구분하고, 라틴 아메리카와 일본은 우리나라 및 환태평양 아시아 국가들과 동일하게 상업용과 교육기관용으로 구분한다.

(4) Adobe사의 라이선스 정책

Adobe사는 패키지 라이선스 외에 Adobe Open Options 4.0이라는 라이

81) <http://www.microsoft.com/korea/licensing/howtoacquire.asp>, 2006. 12. 11 최종방문. 현재의 페이지는 <http://www.microsoft.com/korea/licensing/programs/sa/saolsleacompare.mspx> 이나 그 내용은 변경되었다. 2007. 6. 9 최종방문

선스 제도를 두고, 그 라이선스 프로그램으로 TLP(Transaction Licensing Program)와 CLP(Contractual Licensing Program)을 두고 있다. 이는 구매 규모와 개별계약 여부에 따라서 분류된다. 한 가지 주목할 것은 교육기관용 CLP에 있어서 동시 사용 라이선스를 주문할 수 있다고 규정하고 있는 점이다.⁸²⁾

(5) ㈜세중 나모 인터랙티브의 라이선스 정책

㈜세중 나모 인터랙티브의 대표적인 소프트웨어인 나모 웹스튜디오 2006 Standard 버전의 경우, 패키지 버전과 ESD(Electronic Software Delivery) 버전, 영구사용권을 갖지 않는 연간사용계약, 사이트 라이선스로 일반용과 교육용 라이선스를 두고 있다.

라. 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 소프트웨어 제작사는 자사의 정책에 따라 다양한 라이선스 정책을 가지고 있다. 이러한 라이선스 정책은 국가별로 차이를 두기도 하는데, 관심을 끄는 것은 Microsoft사나 Adobe사, Macromedia사는 일본에서는 스트리밍 방식에 대한 라이선스를 제공하고 있다는 사실이다.⁸³⁾ 주성대학에서 문제가 된 소프트온넷은 일본에서 Microsoft사와의 협력을 통하여 Z!Stream 솔루션을 판매하고 있다. 다른 나라에서는 가능한 이러한 협력 또는 스트리밍 라이선스가 우리나라에는 제공되지 않기 때문에 살펴보고 있는 것과 같은 분쟁을 일으키게 되는 것이다.

이상에서 소프트웨어와 관련된 라이선스의 일반적인 현황에 대하여 살펴보았고, 이하에서는 라이선스라는 것이 우리나라에서는 정확히 어떠한 의미

82) http://www.korea.adobe.com/aboutadobe/openoptions/pdfs/clp_guide.pdf, 2007. 6. 10. 최종방문.

83) 한국전자통신연구원, 앞의 책, 74면.

를 지니고 있는지와 현재 우리나라나 다른 많은 나라에서 소프트웨어 판매에서 보편적으로 사용되고 있는 쉬링크랩 라이선스나 클릭랩 라이선스의 유효성에 관하여 본 사안의 해결에 필요한 범위 내에서 이를 살펴본다.

3. 라이선스와 사용허락

가. 들어가며

앞에서 살펴본 것과 같이 컴퓨터 프로그램의 경우 다양한 형태의 라이선스를 제공하고 있는데, 개별적으로 판매되는 제품의 경우에는 대부분 쉬링크랩 라이선스의 형태를 가지고 있다. 이런 제품을 소프트웨어 스트리밍 서비스 방식으로 사용하는 것이 가능한지를 살펴보려면, 우선 쉬링크랩 라이선스의 의미와 그 유효성 여부를 판단하여야 하고, 이러한 쉬링크랩 라이선스와 사용허락이라는 단어와의 그 의미 비교를 통하여 쉬링크랩 라이선스를 통하여 프로그램 저작권자가 그 사용자를 사용에 관하여 통제할 수 있는 행위의 범위를 명확히 할 필요가 있다.

이런 전제 위에서 주성대학 사건에서 저작권 침해를 주장하는 프로그램의 개별 조항들을 살펴보아 이 조항의 범위 내에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 수 있는지를 살펴볼 것이다.

나. 쉬링크랩 라이선스 (Shrinkwrap License)

(1) 서설

우리나라의 논문들을 보면 쉬링크랩 라이선스에 대하여 많은 논문에서 동일하게 정의하고 있다.⁸⁴⁾ 이 정의를 살펴보면 “좁게는 소프트웨어의 공급자

84) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 46-47쪽; 송경석, 한병완, "UCITA 쉬링크랩라이센스계

가 소프트웨어의 패키지에 사용조건을 인쇄하여 두고 사용자가 당해 조건하에 사용허락계약이 성립한다는 취지의 계약으로 정의하고, 넓게는 소프트웨어의 공급자에 의하여 제시된 사용조건이 청약이 되고, 사용자가 서명 또는 기명날인 등의 전통적인 방식에 의하지 아니한 채 공급자가 지정한 방식인 소프트웨어의 수축 포장이나 다른 형태의 포장을 개봉 또는 소프트웨어의 사용 등에 의하여 사용자가 위 사용조건을 승낙한 것으로 간주하는 형태의 소프트웨어의 사용허락계약을 말한다.”라고 쉬링크랩 라이선스를 정의하고 있다. 이 정의와 다른 정의들을 살펴보면, 소프트웨어 패키지 외부에 인쇄되어, 구매자로 하여금 패키지를 개봉함으로써 해당 라이선스의 조건에 법적으로 구속된다는 것을 알리는 라이선스로, 이는 흔히 사용자가 소프트웨어의 불법복제를 하지 못하게 하고, 소프트웨어의 개조를 막으면서, 해당 소프트웨어의 사용을 하나의 컴퓨터로 제한하고, 제작자의 책임을 제한하면서, 담보책임을 부정하는데 사용된다고 정의하기도 하고,⁸⁵⁾ “shrink-wrap 이용계약이란 컴퓨터 등의 하드웨어를 구입할 때 미리 설치되었거나, 일반상점에서 또는 주문을 통하여 소프트웨어를 구입하는 경우에 소프트웨어를 꺼내기 위하여 비닐(shrink wrap) 등으로 포장된 것을 뜯음으로써 계약이 체결된다는 지시문에 따라 동봉된 내용으로 체결되는 정보 이용계약을 말한다.”⁸⁶⁾ “슈링크랩 라이선스는 컴퓨터프로그램을 구입할 때 동봉되는 공급자 작성의 라이선스 조항으로서 비닐포장지와 봉투를 개봉함으로써 조항내용대로의 라이선스계약이 성립한 것으로 보는 업계의 관행이다.”⁸⁷⁾ “수축포장 이용허락계약이라고 함은 저작물을 저장한 CD-ROM 등의 매체를 포장할

약의 유효성에 관한 고찰”, 무역학회지, 제28권 제5호 (2003. 12), 381쪽; 황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 인터넷법률 3호 (2000.11.), 3-4쪽; 정규, “소프트웨어거래에서 Shrinkwrap 계약의 유효성”, 비교사법 제8권 1호(하) 1090쪽 등.

85) Bryan A. Garner et. al. ed., Black's Law Dictionary, 8th edition, Thomson Business, 2004, 939쪽.

86) 배대현, Mass-Market License 체결과 소비자보호, 비교사법 제5권 2호(통권9호), 221-222면.

87) 송영식 외, 앞의 책, 727쪽.

때 이용허락계약을 주된 내용으로 한 약관과 CD-ROM을 종이상자에 넣고 그 종이상자 곁에 비닐포장을 하면서 약간의 열을 가해서 포장함으로써 그 열이 식으면서 비닐포장이 수축되어 종이상자에 잘 달라붙어 있도록 한 포장방법에서 유래한 명칭이다.”⁸⁸⁾라는 정의들을 찾아볼 수 있다.

원래 shrinkwrap이란 용어는 일반적인 거래에서 소프트웨어가 플라스틱이나 셀로판으로 밀봉된 채로 제공되고, 소프트웨어의 사용조건을 구속하는 내용은 밀봉된 제품을 개봉하는 때에 유효하다고 하는 거래관행에서 유래한다.⁸⁹⁾

이러한 쉬링크랩 라이선스의 특징 중 하나는 프로그램 등 소프트웨어 제공자와 이용자 사이에 계약내용에 대하여 직접 합의하지 않고 체결되는 계약이라는 데에 있다. 이러한 계약은 원칙적으로 해당 소프트웨어를 포함하고 있는 매체의 매매에 관한 것이 아니라, 매체에 담겨 있는 소프트웨어의 사용에 관한 것이다. 이러한 방식으로 일반적으로 이루어지는 최종사용자 라이선스(End Users License Agreement)의 유효성에 대하여 수많은 논문들이 작성되었고, 이들 논문의 대부분은 이를 비판하고 이의 강제 가능성에 대해서 의문을 제기하는 논문들이었다.⁹⁰⁾

처음에 이러한 쉬링크랩 라이선스는 제품을 포장하고 있고 봉해진 봉투의 외부에 인쇄된 봉투형 라이선스(envelope license)와 제품을 포함하고 있는 봉함 박스를 열기 전에 읽게 되는 박스형 라이선스(box-top license), 그리고 제작자의 봉인을 풀기 전에 읽어야 하는 라이선스의 위치를 알려주는 조회형 라이선스(referral license)가 일반적이었고, 시장 상황이 급속하게 변화에 따라 이런 쉬링크랩 라이선스는 클릭랩 라이선스나 브라우저랩 라이선

88) 정상조, 앞의 책, 394쪽 주 333.

89) Scott J. Spooner, *The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transaction Act*. The Richmond J. of Law & Tech. 7 issue 3. winter 2001, p.2; 정상조, 앞의 책, 394쪽 주 333.

90) Robert W. Gomulkiewicz, *Getting Serious About User-Friendly Mass Market Licensing For Software*, 12 Geo. Mason L. Rev. 687, 687쪽.

스의 형태로 변모하게 되었다.⁹¹⁾

이와 비슷하게 다양한 용어들이 사용되고 있는데, “box top”, “tear-open (tear-me-open)”, “self-executing”, “blister-pack”, “break the seal”⁹²⁾, Click-through⁹³⁾등이 그것이다.

이상의 정의에서 나타난 주요한 개념으로는 ‘소프트웨어’, ‘외부에 인쇄’, ‘비전통적인 방식’, ‘승낙으로 간주’ 등을 들 수 있을 것이다. 뒤에서 이에 대하여 자세히 살펴보기로 하고 여기에서는 일단 비전통적인 방식 중에서 ‘개봉하는 행위’만을 통하여 소프트웨어 제작자나 공급자와 소비자 사이에 소프트웨어 패키지 외부에 인쇄된 사용조건 등에 승낙한 것으로 간주하는 것을 좁은 의미의 쉬링크랩 라이선스라고 보고, 개봉하는 행위를 포함하여 클릭 등 라이선스에 나타내는 특정의 사실행위를 함으로써 사용 이전에 사용자가 알 수 있도록 표시된 사용조건 등에 승낙하는 것으로 간주하는 것을 넓은 의미의 쉬링크랩 라이선스라고 정리할 수 있다.

이를 포장형 이용허락계약이나, 수축포장 이용허락계약,⁹⁴⁾ 개봉 이용허락 계약이라고도 번역하고, 일본에서는 ‘개봉계약’이라는 용어를 사용하지만⁹⁵⁾ 본 논문에서는 쉬링크랩 라이선스라는 용어를 그대로 사용하면서 이를 클릭 랩 라이선스를 포함하는 넓은 개념으로 사용하고자 한다.

(2) 주요 개념요소의 정리

(가) 소프트웨어⁹⁶⁾

91) Steven A. Heath, 앞의 논문, 15쪽.

92) 황찬현, 앞의 논문, 5면.

93) Michael J. Madison, 앞의 논문, 275쪽.

94) 정상조, 지적재산권법 (2004), 394쪽.

95) 황찬현, 앞의 논문, 4쪽.

96) “컴퓨터 프로그램”이 더 정확한 표현이겠지만, 다른 정의들에서 소프트웨어라는 용어를 사용하고 있기 때문에 이 부분에서는 소프트웨어라는 표현을 사용한다.

쉬링크랩 라이선스가 ‘소프트웨어’의 거래와 관련하여 사용되고, 쉬링크랩 라이선스의 정의 안에 소프트웨어라는 개념이 필수적이라는 점에 관하여는 대체로 의문을 제기하지 않고 있다.⁹⁷⁾ 그러나 반드시 ‘소프트웨어’의 거래에만 쉬링크랩 라이선스를 사용해야 할 논리적인 필연성은 없다.

서적이거나 음반 또한 현재 소프트웨어의 쉬링크랩 라이선스와 유사한 방법으로, 유사한 규정들을 사용하여 자신의 저작물을 보호할 수 있고, 이러한 방법으로 자신의 저작물에 대하여 제한을 두거나, 자신의 저작권 침해를 막으려고 시도할 경우, 이를 쉬링크랩 라이선스의 개념에서 배제할 근거는 없다. 우리나라 판례 중에서 저작권이 있는 사진을 모아, 이를 CD 형태로 제작, 판매한 상품을 구매하여 이 CD에 포함된 사진을 이용하여 달력을 제작한 사건⁹⁸⁾에서 쉬링크랩 라이선스 등의 용어를 사용하고 있지는 않으나, 사건의 성격상 쉬링크랩 라이선스와 유사한 개념을 사용하고 있으며, 미국의 경우 Arizona Cartridge Remanufacturers Ass'n, Inc. v. Lexmark Intern., Inc. 사건⁹⁹⁾에서 프린터 토너에서 쉬링크랩 라이선스의 유효성을 인정하였다.¹⁰⁰⁾

또 라이선스라는 말이 주로 특허나 저작권, 상표법 등 지적재산권법의 영역에서 사용되고 있으나, 지적재산권법의 영역 외에서 사용약관 정도의 의미로 사용되는 것이 가능하다고 한다면, 이는 일반 유체물의 거래에서도 사

97) 정상조, 앞의 책, 394쪽 주333에서는 ‘저작물’이라는 표현으로 소프트웨어 이외에도 적용될 가능성을 남겨둔 것으로 보인다.

98) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2002다52077 판결, 저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집 (8), 저작권관계자료집 43 (2004), 227쪽 이하.

99) Arizona Cartridge Remanufacturers Ass'n, Inc. v. Lexmark Intern., Inc., 421 F.3d 981 (9th Cir. 2005).

100) 이 사건에서 프린터 토너 카트리지를 판매하면서 소프트웨어 쉬링크랩 라이선스와 아주 유사한 문구를 사용하여 일반 카트리지의 경우 재사용, 재판매, 리필 등을 금지하고, Prebate 방식의 경우에는 한번 사용한 후에는 카트리지를 카트리지 제작사인 Lexmark사에 반환할 것을 규정하였다. 이 사건에서 재생산된 프린터 카트리지를 판매하는 도매상들의 연합체인 원고 Arizona Cartridge Remanufacturers Association은 Lexmark사를 소비자로부터 하여금 Prebate 외부 조항이 유효한 것으로 소비자들을 속였다는 것을 주된 근거로 하여, 불공정경쟁을 이유로 제소하였는데 미국 연방 제9 항소 법원은 이러한 약관의 유효성을 인정하였다.

용될 수 있을 것이다.

자신의 상품을 쉬링크랩 라이선스 조항을 인쇄하여 포장한 후, 그 포장을 개봉하는 것으로 사용조건에 동의하는 것으로 간주한다는 것을 고지하는 경우, 이를 소프트웨어와 달리 보기는 어려울 것이다.

정리하자면, 현재 쉬링크랩 라이선스가 주로 사용되고 그 유효성을 인정받고 있는 곳이 소프트웨어 거래와 관련된 곳이지만, 굳이 그 개념을 소프트웨어에만 한정할 필요도, 근거도 없다고 생각한다. 따라서 이후에서 쉬링크랩 라이선스를 살펴볼 때, 그 내용을 꼭 저작권에 관련된 내용으로 한정 해석할 필요는 없을 것이다.

(나) 외부의 인쇄

‘외부에 인쇄’되어 있어야 한다는 것은, 해당 상품의 구매자가 그 상품을 사용하기에 앞서서 상품의 사용에 있어서 특정한 제한이 따른다는 것을 고지하여 이 제한을 다시 한번 숙지하게 함으로써 쉬링크랩 라이선스의 유효성 근거를 마련하는 데에 그 의의가 있다.

외부에 인쇄되어 있어야 한다는 것과 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 이른바 브라우저랩(Browserwrap)이다. 이는 클릭랩과 마찬가지로 인터넷을 통하여 라이선스를 획득할 때 주로 이용되는 방식으로, 클릭랩과 다른 것은 상품을 획득하기 이전에 조항들을 읽거나 동의한다는 의미의 클릭을 할 필요가 없다는 것이다.¹⁰¹⁾ 이러한 방식은 사용자가 그 사용조건들에 대하여 동의를 하였다고 볼 여지가 작기 때문에 그 강도나 유효성의 정도가 가장 약하다.¹⁰²⁾ 이러한 브라우저랩과 관련된 판결로 *Specht v. Netscape Communications Corp.* 사건¹⁰³⁾, *Hugger-Mugger, L.L.C. v. Netsuite,*

101) Jacob A. Gantz, *(Private) Order(Ing) In The Court?: How The Circuit Courts Should Resolve The Current Conflict Over Reverse Engineering Clauses In Mass Market Licenses*, 36 Rutgers L.J. 999 (Spring 2005), 1009쪽.

102) Id.

Inc.사건¹⁰⁴⁾ 등이 있다.

위의 두 사건을 비교하면 후자의 경우에는 따로 서면으로 라이선스에 관한 계약을 체결한 만큼, 그의 내용이 되는 온라인상의 서비스조건을 검토하였을 개연성이 후자의 경우보다 크기 때문에 그 결과가 달라진 것으로 판단할 수 있다.

(다) 비전통적인 방식

일반적으로 계약을 하는 경우에 계약서에 기명날인이나 서명의 방식으로 해당 계약조항에 동의하였음을 나타낸다. 이러한 방식을 인터넷을 통한 거래나 대량유통 이용계약의 경우에 고수할 경우 많은 문제점이 발생하기 때문에 라이선스에서 지정하는 특정 행위를 기명날인이나 서명으로 보아서 해당 계약조건에 동의한 것으로 보는 것이다.

이러한 특정 행위에는 포장의 개봉, 동의 단추의 클릭 등을 들 수 있는데, 라이선스에서 지정된 행위가 모두 동의를 의미한다고 할 수는 없을 것이다. 예를 들어 앞서 살펴본 Arizona Cartridge Remanufacturers Ass'n, Inc. v. Lexmark Intern., Inc.사건¹⁰⁵⁾에서는 개봉이나 카트리지의 사용을 지정하여 이러한 행위를 하는 경우에 그 계약조항을 받아들이는 것으로 보고 있고, 법원은 이를 유효하다고 판단하였지만, 카트리지의 사용과 같이 동의를

103) Specht v. Netscape Communications Corp., 306 F.3d 17 (2d. Cir. 2002). 이 사건에서 Netscape사의 홈페이지에서 바로 Communicator 프로그램을 다운로드받는 것이 아니라, 다운로드를 편하게 해주는 SmartDownload를 통하여 해당 프로그램을 다운로드받아서 설치할 경우, 라이선스 조항들이 화면에 바로 나타나는 것이 아니라, 브라우저랩의 형태로 나타났다. 이 사건에서 법원은 이러한 SmartDownload 프로그램의 사용약관에 대하여 원고들의 동의를 찾기 어렵기 때문에 이 사용약관에 원고들이 구속된다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

104) Hugger-Mugger, L.L.C. v. Netsuite, Inc., 2005 WL 2206128 (D.Utah). 이 사건에서는 원고와 피고가 서면으로 합의한 라이선스의 내용 중에 Netsuite사의 온라인상의 서비스조건(Terms of Service)를 포함한다는 내용이 있었고, 이에 따른 관할 결정에 관한 분쟁에서 법원은 위 온라인상의 조항을 유효한 것으로 판단하여 위 서비스조건에 따른 합의 관할을 유효하다고 하였다.

105) Arizona Cartridge Remanufacturers Ass'n, Inc. v. Lexmark Intern., Inc., 421 F.3d 981 (9th Cir. 2005).

이끌어내기에 너무 일반적인 행위를 승낙으로 보는 행위로 보는 경우에는 해당 행위가 있었다는 이유만으로 동의가 있었다고 보기에 무리다. 왜냐하면, 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’) 제12조 제1항에는 ‘일정한 작위 또는 부작위가 있을 때 고객의 의사표시가 표명되거나 표명되지 아니한 것으로 보는 조항’은 동항 단서에서 규정하는 특수한 사정이 있지 않은 한 이를 무효로 한다고 규정하고 있기 때문이다.

(라) 승낙으로 간주

승낙으로 간주한다는 것은 쉬링크랩 라이선스의 가장 기본적인 효과이다. 그러나 여기서 문제점으로 짚고 넘어가야 할 것은 효과에 대한 개념이 정의 안으로 들어옴으로써 이후 효과 및 효력에 대한 논의에 있어서 큰 논리적인 약점을 가져온다는 것이다.

즉 승낙으로 간주되는 것이 쉬링크랩 라이선스라면, 이러한 쉬링크랩 라이선스에 있어서 구매자 혹은 사용자가 승낙한 것으로 볼 수 있느냐라는 논의는 무의미해진다는 것이다. 이러한 논리 하에서는 쉬링크랩 라이선스에 해당하느냐, 해당하지 않느냐의 여부만 문제될 수 있지, 승낙한 것으로 볼 수 있느냐의 여부나 이러한 쉬링크랩 라이선스가 유효한지의 여부는 전제에서 이미 그 답을 내포하게 된다.

(마) 용어의 재정의

앞서 일단 비전통적인 방식 중에서 ‘개봉하는 행위’만을 통하여 소프트웨어 제작자나 공급자와 소비자 사이에 소프트웨어 패키지 외부에 인쇄된 사용조건 등에 승낙한 것으로 간주하는 것을 좁은 의미의 쉬링크랩 라이선스라고 보고, 개봉하는 행위를 포함하여 클릭 등 라이선스에 나타내는 특징의 사실행위를 함으로써 사용 이전에 사용자가 알 수 있도록 표시된 사용조건 등에 승낙하는 것으로 간주하는 것을 넓은 의미의 쉬링크랩 라이선스라고

정의하였었다.

이것을 지금까지 살펴본 것을 중심으로 쉬링크랩 라이선스를 다시 정의해 본다면 “좁은 의미의 쉬링크랩 라이선스란 소프트웨어 등의 제품에 있어서 포장을 개봉하는 행위가, 포장 외부에 인쇄된 사용조건 등에 관하여 소비자가 이에 동의하는 것처럼 보여지는, 사용과 관련된 계약을 말하고, 넓은 의미의 쉬링크랩 라이선스¹⁰⁶⁾란 개봉하는 행위를 포함하여 클릭 등 라이선스에 지정하는 일반적이지 않은 특정의 사실행위를 하는 것이, 사용 이전에 사용자가 알 수 있도록 표시된 사용조건 등에 관하여 소비자가 동의하는 것처럼 보여지는, 사용과 관련된 계약을 말한다.”라고 정의할 수 있다.¹⁰⁷⁾

이렇게 용어를 재정의하여 그 개념을 분명하게 하는 이유는, 첫째 쉬링크랩 라이선스가 저작물에만 적용되지 않는다는 점을 명확히 함으로써 쉬링크랩 라이선스의 법적 성격에 대한 논의 여지를 이후에서 이를 논의할 것이고, 둘째 동의로 간주하는 것이 아님을 분명히 함으로써 쉬링크랩 라이선스의 유효성 여부에 대한 논의가 가능하게 할 수 있다. 마지막으로 일반적인 동의를 따르지 않는다는 점과 일반적인 청약과 승낙의 과정을 밟지 않는다는 점을 밝혀서 해당 동의의 유효성 여부 및 약관과의 관계에 대한 논의가 가능하게 된다.

이러한 정의를 바탕으로 이후의 쉬링크랩 라이선스에 관한 논의를 진행한다.

다. 쉬링크랩 라이선스와 사용허락과의 관계

(1) 문제의 제기

106) 클릭랩 라이선스가 쉬링크랩 라이선스에 포함된다는 견해로 김병일, “소프트웨어 라이선싱-쉬링크랩 라이선스를 중심으로”, 계간 저작권 2001 가을호, 16쪽.

107) 쉬링크랩 라이선스에 대한 정의에서 사용허락, 이용허락이라는 용어를 사용하지 않는 이유에 대하여는 바로 이어지는 부분에서 다룬다.

대량유통 이용계약(mass-market license)이란 정보 또는 정보재산권의 이용에 있어서 모든 이용자에게 동일하게 제시된 계약내용인 표준양식을 가지고 최종이용자와 정보제공자간 체결하는 정보 이용계약으로 정의된다.¹⁰⁸⁾

“Mass Market License”라는 개념을 도입하여 라이선스를 설명하고자 하는 학설¹⁰⁹⁾을 살펴보면, 이러한 개념의 특징으로 1) 서명이나 날인 대신 특정 행위로 동의를 추정한다는 것, 2) 협상을 통하여 계약 내용이 바뀔 가능성이 거의 없다는 것, 3) 대량 판매를 목적으로 이루어진다는 것을 들기도 하고,¹¹⁰⁾ 1) 이용자의 개성 무시, 2) 대량의 시장 배포, 3) 시장의 다변화를 들기도 한다.¹¹¹⁾

이러한 대량유통 라이선스 안에는 쉬링크랩 라이선스, 클릭랩 라이선스¹¹²⁾(또는 click-on contract; bootscreen license), 브라우저랩 라이선스¹¹³⁾를 포함하는 것으로 보고, 이 모두를 함께 부르는 말로 Quickwrap license라는 용어를 사용하기도 한다.¹¹⁴⁾

대량유통 사용허락과 쉬링크랩 라이선스의 두 가지 개념은 겹치는 부분이

108) 배대현, 앞의 논문, 219쪽.

109) Terry J. Ildardi, “*MASS LICENSING -- PART 1: SHRINKWRAPS, CLICKWRAPS AND BROWSEWRAPS*”, Patent & High Technology Licensing 2005 참조.

110) 위의 글, 255쪽.

111) 배대현, 앞의 논문, 219-220쪽.

112) 클릭랩 라이선스는 온라인을 통하여 직접 소프트웨어를 내려받거나, 설치하기 전에 쉬링크랩 라이선스의 경우와 같이 제공자 등에 의하여 제시된 일정한 내용에 동의한다는 지시문(보통 동의합니다. 또는 Yes)에 클릭함으로써 체결되는 정보이용계약이다. Scott J. Spooner, 앞의 논문, 2쪽; Kevin W. Grierson, Annotation, *Enforceability of "Clickwrap" or "Shrinkwrap" Agreements Common in Computer Software, Hardware, and Internet Transactions*, 106 A.L.R. 5th 309쪽, 주1 (2003)에서는 클릭랩 라이선스를 사용자가 처음으로 컴퓨터 프로그램을 설치할 때나 인터넷 상에서 사용자의 동의가 필요한 어떤 행위를 할 때, 이 행위에 필요한 제한이나 조건에 화면상의 대화상자에서 동의를 누름으로써 이에 동의하는 행위를 말한다고 정의하고 있다.

113) 브라우저랩 라이선스란 클릭랩 라이선스와 같이 보통 인터넷을 통하여 소프트웨어를 획득하는 경우에 나타나는 형태로 클릭랩 라이선스와 다른 점은 라이선스 조항들이 직접 나타나지 않고, 이러한 조항을 볼 수 있는 선택사항만이 나타난다는 점이다. Jacob A. Gantz, 앞의 논문, 1009쪽.

114) Terry J. Ildardi, 앞의 논문, 255쪽.

많음에도 불구하고, 분명히 다른 개념이다. 그러나 컴퓨터 프로그램과 관련하여서는 대량유통 이용계약이 넓은 의미의 쉬링크랩 라이선스가 아닌 다른 형태로 이루어지는 경우는 거의 없고, 또한 쉬링크랩 라이선스가 대량유통 이용계약이 아닌 곳에 사용되는 예도 거의 없다. 따라서 소프트웨어에 관하여서는 이 두 가지 개념이 유사하다고 할 수 있다.

흔히 우리나라에서 라이선스라는 용어를 사용허락 또는 이용허락으로 번역하고, 이를 동일한 개념으로 이해한다.¹¹⁵⁾ 라이선스라는 용어가 우리나라 법제 하에서 정의되어 있지 않고, 오히려 ‘자격증’이라는 뜻으로 일부 시행규칙에서 나타나고 있다. 이런 상황에서 우리나라의 법제 내에서 유사한 기능을 가지는 ‘사용허락’ 또는 ‘이용허락’이라는 용어로 이를 번역하고, 동일한 개념으로 사용하고 있는 것이다.

그러나 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법과 관련하여 사용되는 라이선스라는 용어가 우리 법제 하에서의 ‘사용허락’이나 ‘이용허락’과 정확히 일치하지 않기 때문에 라이선스라는 용어를 사용허락이나 이용허락이라는 용어로 번역하여 동일한 개념으로 사용하는 것이 옳지 않다. 이후에서 이에 대하여 논의하기로 한다.

(2) 라이선스와 사용허락·이용허락과의 유사점과 차이점

(가) 서설

앞서 이야기한 것과 같이 라이선스라는 용어는 우리나라의 법규상에서 나타나지 않고 있다는 점은 우리나라가 영미법상의 라이선스를 입법적으로 수용하지는 않았다는 것을 보여준다.

license에 대해 입법을 통하여 정의하고 있는 대표적인 법령은 미국의

115) 오승중 외, 앞의 책, 721쪽 참조.

UCITA이고 이에 대해서는 이미 앞에서 살펴본 바 있다. 이 UCITA에서는 라이선스를 “정보 또는 정보재산권에 대한 접속 또는 이용, 배포, 실행, 수정 또는 복제할 권한을 부여하기는 하나 권한이 부여된 동 접속 또는 이용에 명백히 한계를 두거나 정보에 대한 모든 권리를 부여하지는 않는 계약”¹¹⁶⁾이라고 정의하고 있다. 그리고 이 용어는 접속계약, 컴퓨터프로그램의 리스계약, 복제본의 위탁판매계약을 포함하는 것으로 규정하고 있다.¹¹⁷⁾ 반면에 우리나라 저작권법에서 이용허락을 명백히 규정하고 있지는 않지만, 2006. 10. 4일에 개정된 법률 제8029호(이하 ‘개정전 저작권법’) 제42조(2006. 12. 28 법률 제8101호, 이하 ‘개정 저작권법’ 제46조)의 저작물의 이용허락에 관한 규정을 보면 1항에서 이용허락이 저작재산권자의 독점적 권한임을 밝히면서, 2항에서 이러한 이용허락의 내용으로 ‘이용방법 및 조건’을 열거하고 있으며, 3항에서는 저작재산권자의 동의 없이 이용권을 제3자에게 양도할 수 없다고 규정하고 있다. 또 컴퓨터프로그램보호법은 제17조 프로그램의 사용허락에 관한 규정에서, 저작물이라는 말을 프로그램이라는 말로, 저작재산권자라는 말을 저작자라는 말로, 이용허락이라는 말을 사용허락이라는 말로 바꾸고, 2항과 3항을 2항 하나로 모았을 뿐, 저작권법과 동일하게 규정하고 있다.

미국과 우리나라의 입법례만 놓고 보았을 때에도 license와 사용(이용)허락이 동일하지 않다는 것을 쉽게 알 수 있다. 이하에서 하나씩 살펴보기로 하자.

(나) 적용범위

116) “License” means a contract that authorizes access to, or use, distribution, performance, modification, or reproduction of, information or informational rights, but expressly limits the access or uses authorized or expressly grants fewer than all rights in the information, whether or not the transferee has title to a licensed copy.

117) The term includes an access contract, a lease of a computer program, and a consignment of a copy.

UCITA 상의 라이선스라는 개념은 정보 또는 정보재산권에 대한 “접근 또는 이용, 배포, 실행, 수정 또는 복제할” 권리에 대하여 규정할 수 있다. 그러나 우리나라의 사용(이용)허락 개념은 사용권에 대한(사용방법 및 조건 등) 사항만을 내포하고 있다.¹¹⁸⁾ 또한, UCITA 상의 라이선스 개념은 접근 및 이용권한 부여에 있어서 명시적으로 이를 제한하거나, 혹은 모든 권리를 부여하지 않을 것을 요건으로 하고 있다. 즉 권리 이전적인 성격의 라이선스가 부정되고 있다. 그러나 우리나라의 사용(이용)허락 개념에는 그러한 제한이 없다. 즉 저작물(컴퓨터 프로그램)의 이용에 관하여 어떠한 형태의 허락도 가능하다는 이야기이다. 이러한 점에서 양자는 차이를 갖는다. 또한 그 개념 규정을 어떻게 하는가에 따라서 달라질 수는 있으나, 기본적으로 UCITA와 같이 정보나 정보재산권에 대한 권리가 아니라, 저작물이나 컴퓨터프로그램에 대한 권리이다.

(다) 대상 권리

앞에서 이야기한 적용범위의 문제와도 연관되는 것으로, UCITA의 라이선스를 통하여 배포권이나 복제권에 대한 권한 부여도 가능하지만, 우리나라의 사용(이용)허락을 통해서도 사용(이용)권의 부여만이 가능하다. 배포권이나 복제권에 대해서는 따로 규정되어 있다.¹¹⁹⁾

(3) 사용(이용)권

(가) 개념

앞에서 살펴본 것과 같이 라이선스는 정보나 정보재산권에 관하여 저작권

118) 오병철, S/W 최종사용계약의 현황과 법적 기준 수립에 관한 연구, (2004) 7쪽.

119) 개정전 저작권법의 경우 제2장 제5절(개정 저작권법에서는 제2장 제4절) 저작재산권 부분에서, 컴퓨터프로그램보호법의 경우에는 제7조에서 규정하고 있다.

의 내용이 되는 여러 권리에 대하여 포괄적으로 규정할 수 있지만, 우리나라의 경우에는 사용(이용)권에 대해서만 가능하다.

그런데, 여기서 말하는 사용(이용)권이라는 개념의 내용이 불명확하다. 우리가 저작물의 복제물을 시장에서 구입하여 이를 그 용도대로 이용하려고 할 때(도서의 경우 열람, 음악CD의 경우 청취 등) 이용할 때마다 저작권자의 허락을 받아야 한다고 해석하는 것과, 또 저작권자의 허락 없이 다른 사람에게 이러한 용도대로 이용할 수 없게 된다는 것(도서, CD의 대여나 함께 감상하는 것 등) 또한 일반 법 감정에 반하는 일이 아닐 수 없다. 컴퓨터 프로그램의 경우에도 마찬가지이다. 컴퓨터 프로그램을 설치할 때, 복제가 이루어지기 때문에 이에 대한 저작권자의 허락이 필요하다고 볼 수 있으나, 해당 프로그램을 실행할 때마다 프로그램저작권자의 허락을 받아야 한다는 것은 마찬가지로 일반 법 감정에 반하는 일이다.

또한 설치에 있어서의 사용허락과 사용에 있어서의 사용허락이 쉬링크랩 라이선스를 통하여 프로그램 구매자에게 주어지는 것으로 본다 할지라도, 이는 프로그램저작권자와 구매하여 이를 설치하는 과정에서 해당 쉬링크랩 라이선스에 동의한 사람 사이의 계약이다.

그러므로 해당 컴퓨터 프로그램을 구매하여 설치한 사람이 타인에게 자신의 PC를 사용할 수 있게 한 때에 그 타인은 쉬링크랩 라이선스와 무관하기 때문에 사용권한을 인정받을 수 없고, 그 결과 어떠한 사람도 타인의 PC에 설치되어 있는 프로그램을 합법적으로 사용하지 못한다는 결과를 야기한다.

이러한 불합리는 법규정상의 '사용(이용)'이라는 단어와 우리가 일상적으로 사용하는 '사용(이용)'이라는 단어의 뜻이 일치하지 않기 때문에 발생한다. 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 '사용'이라는 단어의 개념은 법규상으로 분명하게 규정되어 있지는 않지만, 제18조 프로그램저작권자가 불명인 프로그램의 사용에 관한 규정에서 저작권자의 '사용허락'을 받을 수 없는 사정이 있는 경우에 일정절차를 거쳐 '사용'할 수 있고, 이렇게 사용하는 프로그램

의 복제물에 그 사정을 표시할 것을 규정하고 있다.

만약 제17조의 ‘사용’과 제18조의 ‘사용’이 그 개념이 일치한다면, 제17조상의 사용은 일상적인 의미에서의 ‘사용’과 개념이 달라진다. 우선 우리가 일상적으로 사용하는 프로그램의 저작권자를 알지 못하면, 제18조에서 규정하는 절차를 거쳐야 한다는 것도 이상하지만, 우리가 일상적으로 사용하는 프로그램은 동법 제12조의 4호에서 ‘가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적으로 복제’할 수 있지만, 이 복제물에 제18조에서 규정하는 사정을 표시하게 하는 것 또한 이상하다.

그래서 제18조 상의 ‘사용’이라는 개념에 대해서 컴퓨터프로그램보호법 시행령 제3조에서 “(프로그램사용의 범위) 법 제18조제1항의 규정에 의한 프로그램사용의 범위는 프로그램의 복제·개작·번역·배포 및 전송에 의한 사용을 말한다.”라고 규정하고 있다.

문제는 과연 제17조상의 ‘사용’이라는 개념과 제18조상의 ‘사용’이라는 개념이 일치하는가 하는 문제인데, 이어져 있는 법조항에서 다른 뜻을 가지는 동일한 단어를 사용한 것으로 파악하는 것은 불합리하기 때문에, 제17조와 제18조의 ‘사용’의 개념은 동일하다고 봐야 할 것이다.

이렇게 ‘사용’이라는 개념이 일상적인 의미와 달라진 것은 소프트웨어 유통 상의 특수성 때문일 것이다. 소프트웨어가 아닌 다른 저작물들은 보통의 경우에 있어서 저작권자와 발행권자나 배포권자가 다른 경우가 많다. 이들 발행권자나 배포권자는 저작권자의 저작물을 ‘이용’하여 복제물을 대량 생산하여 배포하게 된다. 또한 개작이나 번역의 경우에도 원저작자의 저작물을 ‘이용’하여 개작이나 번역의 작업이 이루어진다. 이렇게 발행·배포·개작·번역을 염두에 두고 ‘이용’에 관한 규정을 보면 위에서 불합리하게 보이는 것이 합리적으로 받아들여진다.

그러나 소프트웨어의 경우에는 대부분의 경우에 있어서, 특히 온라인에서 다운로드 방식으로 판매하는 경우에는 더욱더, 저작권자와 발행권자 및 배

포권자가 동일한 경우가 많다. 따라서 발행권자나 배포권자가 저작물을 ‘사용’해야 하는 경우가 적다. 또 개작의 경우에도 프로그램역분석이 일정한 경우로 제한되고, 그 시간 및 비용이 상당하기 때문에 프로그램 저작권자의 동의 없이 행하여지기가 어려울 것이다.

즉 저작권자와 소비자 사이의 중간에서 매개하는 매개자(발행권자나 배포권자) 없이 저작권자와 소비자가 직접 연결되기 때문에 다른 저작물에 있어서 이들에게 적용되는 이용(사용)이라는 개념이 소비자에게 직접 적용되는 것으로 파악되고, 이런 이유로 일상적인 의미와 달라지게 된 것으로 추정해 볼 수 있다. 이와 관련하여 미국에서는 Transformative use와 Consumptive use로 그 개념을 정리하기도 한다.¹²⁰⁾

즉 다른 저작물의 경우에는 그 저작물을 일상적으로 이용하는 경우 이를 읽는다, 듣는다, 본다, 감상한다 등의 용어를 사용하고 ‘사용한다’라는 용어를 사용하지 않지만, 컴퓨터 프로그램의 경우 이를 일상적으로 이용하는 경우에도 이를 ‘사용한다’라고 표현할 수밖에 없기 때문에 발생한 문제인 것이다.

정리하면, 컴퓨터프로그램보호법 제17조 상의 ‘사용’이라는 개념은 “프로그램의 복제·개작·번역·배포 및 전송에 의한 사용”으로 규정할 수 있고, 이는 프로그램 복제물 원래의 일상적인 용도에 있어서의 사용을 포함하지 아니한다고 말할 수 있다.¹²¹⁾

(나) 프로그램의 일상적 사용에 있어서의 저작권자의 권리

제17조 상의 ‘사용’이라는 개념을 위와 같이 정의한다면, 프로그램 복제물의 구매자가 일상적인 방법으로 해당 프로그램을 사용하는 것은 프로그램 저작권자의 배타적 권리의 영역 외의 사항, 즉 저작권자의 권리로 인정되지

120) Jane C. Ginsburg, *Authors and users in copyright*, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1, 13 쪽 이하 참조.

121) 同旨 윤경, 저작권법 (2005), 1041-1042쪽.

아니한 사항이므로, 이에 대하여 저작권자의 허락이 필요하지 않게 된다.

원래 용도대로의 사용에 있어서 저작권자의 허락이 필요하지 않다면, 쉬링크랩 라이선스를 ‘사용허락’이라고 번역할 경우 그 허락의 대상은 일상적인 사용방법 이외의 사용에 관한 사항이 될 것이다.

이러한 점에서도 라이선스를 ‘사용허락’과 동일한 개념으로 받아들일 수 없게 된다. 복제물이 예정하고 있는 일상적인 사용 외에 복제나 배포에 관하여 일정 범위를 정하여 허락하는 것은, 그 권리가 저작권자의 배타적인 권리이기 때문에 가능하지만, 일상적인 사용에 있어서는 허락이 필요하지 않기 때문에 라이선스는 가능해도, 일상적인 사용에 대한 사용허락은 불가능할 수 있다는 결론이 도출될 수 있다.

(다) 효과

앞서 논의한 바와 같이 제17조 상의 사용의 개념에 일상적인 사용이 포함되지 않는다고 파악하면, 컴퓨터 프로그램에 있어서 복제물의 사용권과 소유권이 분리되어 나타날 수 있는 불합리한 결과를 방지할 수 있다. 다시 말해서 특정 사용자가 해당 쉬링크랩 라이선스에 위반하는 행위를 할 경우, 이 사용자는 결과적으로 해당 계약을 위반하여 그 결과 쉬링크랩 라이선스 계약이 해지될 수 있다.¹²²⁾

이 때 손해배상의 문제는 별론으로 하고, 해당 사용자는 자신이 정당한 대가를 지급하고 구입한 컴퓨터 프로그램을 쉬링크랩 라이선스에서 규정하는 일상적인 방법으로도 사용하지 못하게 된다.¹²³⁾

그런데 자신은 사용할 수 없는 해당 컴퓨터 프로그램을 타인에게 양도하면, 설치과정에서 이 제3자는 쉬링크랩 라이선스에 동의하는 과정을 거쳐

122) 이 때, 일부무효의 법리를 검토하여야 하나, 컴퓨터 프로그램의 사용에 관한 부분은 해당 계약에서 핵심적인 부분으로 이를 제외하고 계약이 잔존하지는 않을 것이다.

123) 정상조, “소프트웨어 스트리밍(software streaming)의 법적 문제점”, http://law.snu.ac.kr/etc/pro_06.asp?j_idx=8&idx=84&no=31&dn=1, 2006. 10. 5. 방문. 홈페이지 개편으로 현재는 이 자료를 찾을 수 없다.

서, 이 쉬링크랩 라이선스에 부합하는 방법으로 다시 사용할 수 있게 된다.

일단 상품으로 판매된 컴퓨터 프로그램의 경우, 쉬링크랩 라이선스의 내용에서 일상적인 방법으로 사용하는 것을 규제할 수 있는 권리가 저작권자에게 주어지지 않는다고 볼 경우, 사용허락계약의 해지 여부와 상관없이 일단 해당 컴퓨터 프로그램을 정당한 방법으로 구매한 사용자는 일상적인 방법으로 해당 소프트웨어를 계속 사용할 수 있게 되고, 일상적인 사용에 해당한다고 판단할 수 없는 복제나 배포 등에 관한 사항에 대하여는 저작권자에게 따로 허락을 받아야 가능하게 된다.

(4) 정리

그런데, 일상적인 사용에 대하여 저작권자에게 배타적인 권리가 주어지지 않는다는 결론은 컴퓨터 프로그램에 있어서는 거의 의미가 없다. 일반 저작물의 경우, 저작권자가 일상적인 사용에 대하여 배타적 권리를 가지고 있지 않다고 하는 결론은, 해당 저작물에 대하여 정당한 권한이 없는 제3자가 해당 저작물을 일상적으로 사용하는 경우(예를 들어 타인의 책이나 음반을 읽거나, 청취하는 경우) 정당한 권한이 있는 사람과 제3자간에 발생할 수 있는 불법행위나 부당이득, 사용절도 등의 문제는 별론으로 하고, 해당 저작물의 저작권자와 제3자와의 관계에서는 어떠한 문제도 발생하지 않는다는 결과를 도출하기 때문에 의미가 있다.

그러나 컴퓨터 프로그램의 경우 이를 일상적으로 사용하기 위해서는 RAM에 해당 프로그램의 일부가 일시적으로 복제되는 등 저작권자의 배타적 권리로 인정되는 행위가 이루어질 수밖에 없기 때문에 일상적 사용이 저작권자의 배타적 권리 영역 외의 행위라는 것이 무의미해진다.

예를 들어 일시적 복제를 살펴보면,¹²⁴⁾ 현재의 저작권법 규정 하에서 일시적 복제는 복제권을 침해하는 복제로 보지 않는 것이 다수설이기 때문

124) 이에 대한 자세한 분석은 4장 복제권 침해 여부의 판단부분에서 다룬다.

에,¹²⁵⁾ 아무런 문제가 없다고 할 수도 있겠지만, 한·미간에 이루어진 FTA 체결의 결과¹²⁶⁾로 멀지 않은 장래에 일시적 복제가 복제의 개념에 포함되는 것으로 법 개정이 이루어질 것이고 이 때는 일시적 복제는 복제가 아니기 때문에 일상적인 사용에 있어서의 복제 역시 문제가 될 수 있다.

결과적으로 컴퓨터 프로그램에 있어서는 이용자가 일상적인 사용을 하기 위해서는 이에 필수적으로 수반되는 복제나 전송 등에 대하여 저작권자의 허락을 받아야 한다. 이러한 허락이 없는 경우에 사적 복제 등 해당 저작권의 제한 사유에 해당하지 않는 한, 저작권자의 저작권을 침해하게 되는 것이다. 적어도 현행 저작권법과 컴퓨터 프로그램의 해석론으로는 이러한 결론밖에 도출되지 않는다.

여기서 가정적 상황으로 논의를 발전시켜 보고자 한다.

특정 컴퓨터 프로그램이 쉬링크랩 라이선스 없이 판매되고, 해당 컴퓨터 프로그램을, 사적 복제의 예외에 해당되지 않는 회사 등의 장소에서 사용한다고 가정해보자. 해당 컴퓨터 프로그램을 구매한 사람은 해당 프로그램을 컴퓨터에 설치하여 사용할 것이다. 설치와 사용 과정에서 복제나 전송 등의 행위가 이루어지고 이는 저작권자의 배타적 권리 영역에 속하는 행위이기 때문에 이에 대한 저작권자의 허락이 필요하다.

쉬링크랩 라이선스가 없었기 때문에 저작권자의 명시적인 허락은 존재하지 않는다. 이 상황에서 해당 컴퓨터 프로그램을 일상적으로 사용하는 것이 저작권을 침해하지 않는다고 하기 위해서는 저작권자의 묵시적·추정적인 허락이 존재한다고 할 수밖에 없다.

만약 저작권자가 개인적 감정이 있어서 해당 컴퓨터 프로그램 사용자 중 어느 일인에 대하여 허락하지 않는 복제 등을 이유로 하여 저작권 침해를 주장한다면 묵시적·추정적 허락과 저작권자의 명시적·사후적 불허의 의사표

125) 이대희, 앞의 논문, 78쪽.

126) 2007년 5월 25일에 공개된 한미간 FTA 합의문 제18.4조 제1호 참조.

시간의 관계가 문제될 것이다. 이 경우 일상적 사용에 필수적으로 수반되는 복제 등에 대하여 허락이 인정되지 않는다면 이는 저작권법 상에서는 저작권 침해로 판단될 수밖에 없다. 그러나 이러한 경우 해당 컴퓨터 프로그램의 판매했지만, 이에 대하여 일상적인 사용에 수반되는 복제 등은 허락하지 않았다고 하는 저작권자의 주장은 민법 제2조 신의성실에 반하는 주장으로 무효라 할 것이다. 즉 컴퓨터 프로그램을 판매하면서 이의 일상적 사용에 수반되는 복제 등의 행위를 허락하지 않을 수는 없는 것이다.

즉 특정 컴퓨터 프로그램에 일상적인 사용에 수반되는 복제 등을 허락하는 쉬링크랩 라이선스의 존재 유무가 결과적으로 일상적 사용에 대하여 어떠한 차이를 발생시킨다고 보기는 어렵고, 쉬링크랩 라이선스에서 일상적인 사용에 수반되는 복제 등을 허락하는 조항은 묵시적으로 존재하는 허락을 명시적으로 밝힌 것에 불과하다고 볼 것이다.

또한 일상적인 사용에 수반되는 복제 등에 대한 허락은 저작권자의 명시적 허락 여부와 무관하다고 전제하였을 때, 계약은 위반하였지만, 저작권법은 침해하지 않은 경우에 유용하다.

만약 일상적인 사용에 관한 부분 역시 쉬링크랩 라이선스에 포함되는 것으로 본다면, 이를 위반하였을 때의 효과를 설명하는 것이 어려워진다. 즉 쉬링크랩 라이선스 위반으로 계약이 해제되면 해당 사용자는 해당 컴퓨터 프로그램을 구입하였지만 이를 쉬링크랩 라이선스에서 규정하는 방법으로도 이를 사용할 수 없게 된다. 또 자신은 사용할 수 없지만 이를 다른 사람에게 양도하면 제3자는 해당 라이선스가 규정하는 방법으로 사용할 수 있게 되어 자신의 권리 이상의 권리를 양도할 수 있게 되는 셈이 되고, 이를 다시 자신이 양도받으면 쉬링크랩 라이선스에서 지정하는 방식으로는 이를 사용할 수 있게 된다.

그러나 일상적인 사용에 관련된 허락은 쉬링크랩 라이선스와 무관하게 복제물에 당연히 포함되는 것으로 이론을 구성하면, 해당 쉬링크랩 라이선스

를 위반하여 해당 컴퓨터 프로그램을 사용할 경우, 이에 대한 손해배상 책임을 지게 되지만,¹²⁷⁾ 사용자는 해당 컴퓨터 프로그램을 일상적인 방법으로 계속 사용할 수 있고, 이러한 사용권한은 타인에게 그대로 양도될 수 있을 것이다.

일상적인 사용에 수반되는 복제 등에 대하여 미국 저작권법 제107조 공정사용에 관한 규정이나, 미국 저작권법 제117조 (a)의 컴퓨터 프로그램의 ‘정상적인 사용’을 위한 복제는 저작권의 침해가 되지 않는다고 한 규정¹²⁸⁾과 같은 조항을 우리나라 저작권법에 도입할 때, 이러한 묵시적·추정적 허락을 이끌어내야 하는 번거로움을 덜 수 있는데, 이에 대한 논의는 제7장에서 다루도록 할 것이다.

4. 개별 저작권자의 쉬링크랩 라이선스의 구체적 검토

가. 들어가며

앞에서 살펴본 쉬링크랩 라이선스의 성격과 사용허락과의 차이점을 전제하여 이하에서는 마이크로소프트사의 Office 2003 Professional의 최종 사

127) 사용한 방법과 허락받은 방법 간의 가격 차이가 손해배상액이 될 것이다. 즉 교육용으로 할 인받은 제품을 일반인이 사용할 경우, 사용자가 책임져야 할 손해액은 일반제품과 교육용 제품과의 차액이 된다.

128) 117. Limitations on exclusive rights: Computer programs

(a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.-Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided:

(1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner.

용자 사용권 계약서(이하 ‘사용권 계약서’)를 비롯하여 주성대학사건에서 저작권 침해를 주장하였던 소프트웨어들의 사용권 계약서를 소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련하여 문제가 될 수 있는 조항들을 주제별로 살펴보면서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 해당 컴퓨터 프로그램을 사용할 경우, 이러한 계약서에 위배되는지 여부를 하나씩 살펴보도록 하자.

실제로 계약서를 검토하기 전에 우선, 계약의 해석방법론에 대하여 간단히 살펴보고 이러한 해석방법론에 의거하여 이후 실제로 계약서를 살펴보고자 한다.

나. 계약의 해석 방법론¹²⁹⁾

현재의 지배적인 계약해석 방법론으로는 법률행위의 해석에 있어 표현의 문자적 의미에 구애되지 않고 해당 의사표시를 한 사람의 실제적 의사, 즉 내심의 의사를 중요시하는 자연적 해석과, 실제로 표현된 의사와 내심의 의사가 일치하는 않는 경우에 해당 법률행위의 상대방의 입장에서 법률행위의 내용을 파악하거나, 혹은 실제로 표현된 의사의 규범적이면서 객관적인 의미를 따지는 규범적 해석, 마지막으로 해당 법률행위의 당사자들이 미처 생각하지 못하였거나, 규정하지 않은 영역에서의 분쟁을 해결하는 방법으로서, 그 사항에 대하여 가정적으로 당사자의 의사를 보충하는 보충적 해석이 있다. 그리고 이러한 해석방법론의 관계로 자연적 해석이 규범적 해석보다 우선적으로 이루어져야 하고, 보충적 해석은 자연적 해석과 규범적 해석으로 이루어질 수 없는 부분에 대한 해석이기 때문에¹³⁰⁾ 그야말로 보충적으로 적용되어야 한다고 한다.

129) 이후의 글은 주로 윤진수, “契約 解釋의 方法에 關한 國際的 動向과 韓國法”, 비교사법 제12권 4호 (2005), 27쪽 이하를 참조하였다.

130) 위의 논문, 30쪽.

이러한 종래의 해석방법론은 작성된 계약서 등과 같은 처분문서보다 해당 계약을 체결한 당시의 당사자들의 실제 내심의 의사를 중시하게 되는데, 실제법원에서 계약 해석이 문제되는 경우에는 우선 계약서 등의 객관적 해석에서부터 계약 해석을 시작하는 것이 대부분이기 때문에 실제와 다를 뿐만 아니라, 규범적 해석의 근거를 신뢰 보호에서 찾고 있으나 의사 확정에서 신뢰 보호가 반드시 중요한 역할을 하는 것은 아닐 뿐 아니라 무엇을 신뢰하였는지, 즉 해당 계약을 어떠한 의미로 이해하였는지를 밝히기가 어려운 경우가 많다.

따라서 좀더 실제에 부합하는 계약 해석의 방법을 서술해보면 먼저 계약 문언의 의미를 해석하고, 이가 불분명한 경우에 합리적인 당사자라면 해당 문언을 어떻게 해석하였을지를 살피는 객관적 해석을 하고, 해당 문언에 대한 당사자들의 의사가 서로 일치하지 않는 경우에는 어떤 당사자의 의사가 우선되는지를 살피는 주관적 해석을 시도한 후에, 이후에도 남는 불명확한 부분에 대해서는 규범적으로 바람직한 해석을 찾는 규범적 해석을 행하게 된다. 계약의 흠결 또는 공백부분에는 앞서 이야기한 보충적 해석을 해야 할 것이다.¹³¹⁾

이상에서 간단하게 살펴본 계약 해석의 방법론을 소프트웨어 스트리밍 서비스에 적용해보면, 우선 먼저 살펴볼 계약 문언으로는 패키지 라이선스 제품에 적용된 쉬링크랩 라이선스가 있다. 그런데 이 쉬링크랩 라이선스의 문언 해석으로 양 당사자의 실제의사를 추정하기가 곤란하다. 왜냐하면 쉬링크랩 라이선스는 일종의 약관으로¹³²⁾ 이에 대하여 구매자인 사용자가 충분히 이해를 하고, 동의를 하였으리라 생각하기는 어렵다. 쉬링크랩 라이선스는 약관이기 때문에 약관의 해석에 일반적으로 승인되고 있는 엄격해석의

131) 위의 논문, 48쪽 이하 참조.

132) 오병철, 위의 논문, 87쪽. ; 황찬현, 앞의 논문, 15쪽.

원리를 적용할 수 있고, 상대방에게 중대한 책임을 부과하는 쉬링크랩 라이선스 부분의 경우에는 그 해석을 엄격하게 하여 그 범위를 좁게 해석하여야 할 것인데,¹³³⁾ 저작권의 경우 명시적으로 허락되지 않는 행위는 기본적으로 금지되는 것이기 때문에 이 경우에는 허락되는 행위의 범위를 넓게 보는 것이 엄격해석의 원리를 적용하는 방법이 될 것이다. 또한 계약 내용이 불명확할 때에는 그 계약을 작성한 자에게 불이익하게 해석하여야 한다는 작성자 불이익의 원칙¹³⁴⁾ 또한 쉬링크랩 라이선스에 적용될 수 있다. 이는 앞서 살펴본 엄격해석의 원리와 같이 허락되는 행위의 범위를 넓게 보게 할 수 있다.

이러한 해석 원칙 하에서 이하의 개별 쉬링크랩 라이선스 규정들을 살펴보기로 한다.

다. 양도나 대여

(1) 서설

소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 이루어지는 컴퓨터 프로그램의 설치, 사용, 삭제 과정을, 사용이 끝난 이후에 다시 재양도할 것을 조건으로 하는 주성대학과 그 구성원간의 양도로 파악하는 경우에는 이러한 양도가 해당 사용권 계약서를 위반하지 않고 가능한지, 그리고 양도가 아니라면 대여로 파악하여 이러한 대여가 정당한지에 대하여 이후에서 개별 조항들의 검토를 통하여 살펴보기로 한다.

프로그램보호법 제19조는 제1항에서 “프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 허락을 받아 원프로그램 또는 그 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다.”이라고 규정하

133) 위의 논문, 77-78쪽.

134) 위의 논문, 80쪽.

여, 일단 컴퓨터 프로그램이 판매된 이후에는 이를 구매한 사람이 자유로이 처분할 수 있게 된다. 이러한 최초판매의 원칙이 인정되기 위해서는 1) 저작물의 원작품이나 그 복제물에 한정되고 무형적 형태(방송, 상연 등)는 이에 해당하지 않고, 2) 배포권자의 허락을 받아 거래에 제공된 것은 꼭 판매가 아니라 증여, 교환 등 양도 전반에 적용된다고 한다.¹³⁵⁾

이러한 최초판매의 원칙에 대한 예외로 동조 제2항에서는 “제1항의 규정에 불구하고 판매용프로그램을 영리를 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 허락을 받아야 한다.”라고 규정하여 영리 목적의 대여는 저작권자나 발행권자의 허락을 얻을 것을 요구하고 있다.

이러한 법률 규정에 비추어볼 때, 주성대학이 해당 컴퓨터 프로그램을 구매한 행위가 우선 양도계약인지의 여부가 문제된다.

만약 양도에 해당한다면 이후에 이루어지는 양도에 대해서는 최초판매의 원칙에 따라 저작권자가 양도자에게 책임을 물을 수 없게 되고, 양도에 해당하더라도 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 것이 양도가 아니라 대여에 해당한다면 프로그램보호법 제19조 제2항의 적용을 받을 수 있으나 이러한 서비스가 영리를 목적으로 하는지 다시 판단할 필요가 있다. 영리를 목적으로 한다는 것은 TRIPs 제11조상의 “commercial rental”에 해당하는 것으로 대여와 대가 지급의 관계가 이루어져야 하나, 소프트웨어 스트리밍 서비스는 대여보다는 대출¹³⁶⁾에 가깝다고 할 것이다. 따라서 저작권자나 발행권자에게 허락을 받아야 할 예외사항에는 해당하지 않게 된다.

양 당사자 간의 계약이 양도가 아니라 단순한 사용허락 등에 관한 계약이라면 프로그램보호법 제19조 제1항의 적용을 받지 않게 되어 이후의 처분에 관하여 라이선스 조항의 내용에 따라 그 계약 위반 여부를 판단하여야

135) 송영식 외, 앞의 책, 600-601쪽.

136) 대출권(lending right)와 대여권(rental right)의 관계에 대해서는 송영식 외, 앞의 책, 601-604쪽 참조.

할 것이다.

따라서 이후에서는 각 저작권 회사들의 계약의 성격, 계약의 성립 및 양도 등에 관한 규정들을 구체적으로 살펴본다.

(2) 계약의 성격

(가) 각사의 라이선스의 검토

1) 나모

“이 계약은 (주)세중 나모 인터랙티브와 사용자 사이의 법적인 사용 허가 계약이며, 매매계약이 아닙니다.”

2) 어도비

“이 소프트웨어는 판매되는 것이 아니라 사용이 허락되는 것입니다.”

3) Windows XP

명확하지 않으나, “1. 사용권 허가. Microsoft는 귀하가 본 사용권 계약의 조건을 준수할 경우에 한하여 귀하에게 다음과 같은 권리를 허가합니다.”

4) MS Office 2003

“본 소프트웨어는 판매되는 것이 아니라 그 사용이 허가되는 것입니다.”

5) Macromedia

“앞에서도 설명한 사용권은 귀하에게 제한된 소프트웨어 사용권을 제공합니다. Macromedia 및 그 공급자는 소프트웨어 (독립적 작업 및 귀하가 개발할 수 있는 모든 응용프로그램의 기초로 사용된 기본 제품) 및 그 복사본 모두의 모든 저작권과 지적재산권을 포함한 모든 권리, 자격 및 소유권을 보유하고 있습니다.”

6) IntelliCAD

“본 소프트웨어 제품은 판매되는 것이 아니고 그 사용권이 허여되는 것입니다. 본 소프트웨어 제품에 대한 어떤 권리와 소유권도 귀하에게 이전되지

않으며, 본 계약에 의거한 사용권 허여는 본 소프트웨어 제품에 대한 권리의 판매로 해석되지 않습니다.”

(나) 평가

위의 각사의 라이선스를 살펴보면, 해당 컴퓨터 프로그램은 판매되는 것이 아니라 그 사용이 허가되는 것이라고 명시하고 있다. 즉 판매가 아니라 사용허가에 지나지 않는다고 명시하고 있다.

컴퓨터 프로그램과 관련된 계약을 매매로 규정하지 않고, 사용허락 즉 라이선스로 규정할 경우, 첫째 최초판매의 원칙에서 오는 배포권의 제한을 우회할 수 있고¹³⁷⁾, 둘째 역공정을 가능하게 하는 공정사용을 금지시킬 수 있으며¹³⁸⁾, 셋째 제품과 관련된 모든 담보책임을 면할 수 있다는 장점을 가진다.¹³⁹⁾ 그래서 많은 소프트웨어 제작사 및 저작권자는 그 라이선스 조항에서 해당 소프트웨어와 관련된 거래는 매매가 아니라, 사용허락계약임을 밝히고 있다.

이렇게 판매와 사용허락은 그 법적 성격에 있어서 여러 가지 차이점을 갖지만, 무엇보다도 가장 큰 것은 저작물이나 저작물의 복제물이 판매된 경우에는 해당 복제물의 이후 유통에 대하여 저작권자가 배포권을 잃게 되어 더 이상 이 유통을 제어할 수 없게 되는 최초판매의 원칙(first sale doctrine)이 적용된다는 점이다.¹⁴⁰⁾

따라서 컴퓨터 프로그램 저작권자는 가격차별 등으로 그 이익을 극대화하기 위하여 판매보다는 사용허락이라는 계약방식을 선택하여, 계약으로 인하여 해당 컴퓨터 프로그램의 복제물을 사용자에게 인도한 이후에도 이를 제

137) 정규, 앞의 논문, 1095쪽.

138) 최병규, 지적재산권법의 최근 쟁점 검토 (하), 창작과 권리 25권, 세창출판사 (2001), 46-47면.

139) Steven A. Heath, 앞의 논문, 15면-16면. 여기서 담보책임은 warranty의 해석으로 우리나라에서는 일반적으로 유상계약에 담보책임이 인정된다는 점에서 차이점을 가진다.

140) 우연히 판매한 서적에 대하여도 최초판매의 원칙이 적용된다는 판례로, Picker Int'l Corp. v. Imaging Equip. Srvs., Inc., 931 F. Supp. 18, 38 (D. Mass. 1995).

어하고자 할 것이다. 예를 들어 교수나 학생을 위하여 특별히 저렴하게 판매하는 아카데미 버전을 구입하여 이를 일반인에게 재판매할 수 있다면, 기업은 가격차별을 통한 이윤의 극대화를 이룰 수 없다.

이러한 최초판매의 원칙의 적용 여부 외에도 계약을 통하여 판매자가 일반적인 매매에서 부담하는 책임보다 제한된 책임을 지도록 규정하여 자신의 책임을 최소화할 수 있다¹⁴¹⁾는 차이점도 존재한다.¹⁴²⁾

몇몇 예외적인 판결¹⁴³⁾을 제외하고는, 미국의 법원은 사용허락의 문구대로 매매계약이 아니라, 사용허락으로 보는 경우가 많지만, 그 문구가 비록 라이선스임을 명시하고 있더라도, 대금을 한번 지급하고 사용자가 계속 이를 보유하고 사용할 수 있게 된다면 이를 판매로 보아야 한다는 판례¹⁴⁴⁾ 및 주장¹⁴⁵⁾도 있다. 또한 One Stop Micro사가 교육용 라이선스 제품을 구입하여, 제품에서 교육용 라이선스 제품임을 알 수 있는 표지들(쉬링크랩 라이선스, 스티커와 UPC 바코드, 일련번호 등)을 제거하고 재포장하여 판매하였고 이에 Adobe사가 저작권 침해 등을 이유로 소를 제기한 사건에서, 법원은 매매계약이 아니라는 이유로 최초판매의 원칙의 적용을 거부한 사건으

141) 담보책임과 관련되어 문제가 된 사안으로 Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology 사건(939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991))으로 이 사건에서 법원은 쉬링크랩 라이선스가 없어도 충분히 확정적으로 계약이 성립된 것으로 보아서 쉬링크랩 라이선스가 최종적이고 완전한 약정조건의 표현이라고 인정한 지방법원의 판단을 과기하여 담보책임의 제한 규정이 유효하지 않다고 판단하였고, 이와 비슷한 사안인 Arizona Retail System, Inc. v. Software Link, Inc 사건(908 F. Supp. 640 (W.D. Wis. 1996). rev'd. 86 F.3d 1447(7th Cir. 1996))에서는 최초 구매후 이어지는 일련의 구매과정에서 최초구매시에는 실험 설치과정에서 해당 쉬링크랩 라이선스를 검토할 기회가 있었기 때문에 해당 라이선스가 유효하지만, 전화를 통해 이루어진 이후의 구매에서는 해당 라이선스가 유효하지 않다고 판단하였다.

142) Christian H. Nadan, *Software Licensing In The 21St Century: Are Software "Licenses" Really Sales, And How Will The Software Industry*, 32 AIPLA Q.J. 555, 559 쪽.

143) One Stop Micro, Inc., 84 F. Supp. 2d at 1091, 53 U.S.P.Q.2d (BNA), SoftMan Products Co. v. Adobe Systems, Inc., 171 F. Supp., 171 F. Supp. 2d 1075 (C.D. Cal 2001). ISC-Bunker Ramo Corp. v. Altech, Inc., 765 F. Supp. 1310, 1323 (N.D. Ill. 1990) 등.

144) Applied Information Management, Inc. v. Icart, (976 F.Supp. 149, E.D.N.Y.,1997).

145) Raymond Nimmer, *The Law of Computer Technology* § 1.18[1] p. 1-103 (1992). 위 판결에서 재인용.

로 매매를 암시하는 단어(예를 들면 “purchase”, “own” 등)가 있음에도 조항의 전체적인 맥락으로 이를 라이선스 계약으로 본 판례¹⁴⁶⁾도 있다.

정리하자면, 본 계약은 매매가 아니라 사용허락이라고 규정하고 있는 이 부분은 패키지의 형태로 판매될 경우, 이 문구대로 사용허락으로 인정될 가능성이 크지만, 하드웨어 번들 판매와 같이 예외적인 경우에는 이 문구의 유효성에 대하여 문제가 제기될 가능성이 없지 않다.

참고로, 위의 IntelliCAD의 경우에는 “귀하는 본 소프트웨어 제품을 여타의 저작물(예를 들어 음반이나 서적)과 같이 동일하게 취급해야 합니다.”라는 문구를 두고 있는데, 이 조항의 뜻이 매매를 의미하는지 사용허락을 의미하는지 명확하지 않다.

음반이나 서적과 같은 보통의 저작물의 경우에는, 그 상품이 판매되는 것으로 보는 것이 일반적이기 때문에 이 문구는 사용허락이 아닌 매매를 의미한다고 판단할 수도 있고, 위 문구는 단지 해당 제품을 현실적으로 소지하고 있는 사용자만이 해당 제품을 사용할 수 있다는 뜻으로 해석될 수도 있을 것이다.

(3) 계약의 성립에 관한 규정

(가) 각사의 라이선스의 검토

1) 나모

“사용자가 이 소프트웨어를 설치하는 것은 다음 계약 내용에 대하여 동의함을 인정하는 것입니다. 또한 이 사용 계약서의 내용이, 사용자와 (주)세중나모 인터랙티브 사이의 과거 모든 주문이나 약속, 광고, 서면 합의 사항에 우선하는 것임을 인정하는 것으로 간주합니다.”

2) 어도비

146) Adobe Systems Inc. v. One Stop Micro, Inc., 84 F.Supp.2d 1086 (N.D. California, 2000).

“사용자는 이 소프트웨어의 전부 또는 일부를 복제, 설치 또는 사용함으로써 다음의 특별 제한 사항을 포함한 이 계약서의 모든 조건에 동의합니다.”

3) Windows XP

“귀하는 제품을 설치, 복사, 또는 사용하는 즉시 본 사용권 계약 내용에 동의한 것으로 간주 됩니다.”

4) MS Office 2003

“소프트웨어를 설치, 복사 또는 사용함과 동시에 귀하는 본 사용권 계약서의 내용에 동의하게 됩니다.”

5) Macromedia

“소프트웨어를 설치 및 사용함과 동시에 귀하는 소프트웨어 접수를 확인하고 본 계약서의 내용에 동의하게 됩니다.”

(나) 평가

위 사용권 계약서에는 보통 “소프트웨어를 설치, 복사 또는 사용함과 동시에 귀하는 본 사용권 계약서의 내용에 동의하게 됩니다.”라고 규정하여 설치행위, 복사행위(복제행위), 사용행위 중의 어느 하나의 행위가 이루어진 경우에는 본 사용권 계약의 내용에 동의하는 것으로 추정 또는 간주하고 있다.

즉 패키지 제품을 구매하여 설치하여 사용하는 이용자 외에도 제3자가 타인의 컴퓨터에 설치된 제품을 단지 사용만 하는 경우에도 이 사용권 계약서의 내용에 동의하는 것으로 보는 것이다.

이와 관련하여 약관규제법의 내용을 검토해보자.

약관규제법 제2조에서 “‘約款’이라 함은 그 名稱이나 形態 또는 범위를 불문하고 契約의 一方 當事者가 多數의 相對方과 契約을 체결하기 위하여 일정한 形式에 의하여 미리 마련한 契約의 내용이 되는 것”이라고 규정하고 있다.

일반적으로 약관으로 인정되기 위해서는 다음과 같은 특징이 있어야 한다.¹⁴⁷⁾

첫째, 약관은 장래 체결될 사업자와 고객 사이의 계약의 내용이 될 사항이 포함되어 있어야 한다.

둘째, 쌍방 당사자가 계약 체결에 임하여 서로 협의하여 결정한 것이 아니라 일방 당사자가 계약 체결 이전에 미리 동종·다수의 계약을 위하여 마련한 것이어야 한다.

셋째, 일반적으로 대량적 거래를 위해 사전에 작성되어야 한다.

넷째, 명칭 여하나 사업자가 고객에게 계약내용으로 그 약관을 채택할 것을 제안하는 것은 약관의 요건이 아니다.

보통 슈링크랩 라이선스는 약관에 해당한다고 본다.¹⁴⁸⁾

약관은 그 일방성으로 인하여 일정부분 법으로 통제되는데, 그 내용으로는 약관의 편입통제(명시·설명 의무)¹⁴⁹⁾, 약관의 해석통제, 약관의 내용통제(불공정성)을 들 수 있다.

약관의 편입통제와 약관의 해석통제도 이러한 사용허락과 관련하여 여러 문제점을 내포하고 있으나, 계약의 성립과 관련되어서는 약관의 내용통제가 문제된다.

약관의 내용통제란 약관이 계약에 편입되었고 해석상 문제가 없다면, 약관조항의 내용이 고객에게 일방적으로 불공정하지 않은지를 심사하여 불공정성이 문제되는 조항의 유/무효를 결정하는 방식으로 이루어지는 약관의 통제이다. 이러한 약관의 내용통제에는 특정의 구체적 계약관계에서 양 당사자의 권리·의무를 확정하기 위한 전제조건으로서 행하여지는 구체적 내용통제와 오로지 약관조항의 유/무효 결정만을 위한 추상적 내용통제로 나뉘어진다.¹⁵⁰⁾ 우리나라는 구체적 내용통제는 법원이, 추상적 내용통제는 공정

147) 오병철, 위의 논문, 87쪽.

148) Id.; 황찬현, 앞의 논문, 15쪽.

149) 위의 논문, 22-23쪽.

거래위원회가 담당한다.

약관규제법 제12조에서 특정한 경우에 의사표시의 의제 규정을 무효로 하고 있는데, 이러한 경우의 첫 번째로 “일정한 作為 또는 不作為가 있을 때 顧客의 意思表示가 表明되거나 表明되지 아니한 것으로 보는 條項. 다만, 顧客에게 상당한 期限내에 意思表示를 하지 아니하면 意思表示가 表明되거나 表明되지 아니한 것으로 본다는 뜻을 명확하게 따로 告知하거나 부득이한 사유로 그러한 告知를 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.”의 경우를 들고 있다.

이는 쉬링크랩 라이선스의 ‘개봉행위’나 클릭랩 라이선스, 브라우저랩 라이선스의 ‘클릭행위’로 사용자의 의사표시를 의제하면 안된다는 뜻으로, 일반적인 쉬링크랩 라이선스 등은 이 조항의 적용을 피해갈 수가 없게 된다.

그러나 이 조항을 입법목적에 비추어 해석하여, 이러한 의사표시의 의제가 고객(사용자)에게 지나친 불공정한 지위를 가져오는 것이 아니라면, 비록 의사표시의 의제가 이루어진다고 할지라도 그 조항을 무조건적으로 무효로 처리해서는 안될 것이다.¹⁵¹⁾

컴퓨터 프로그램 저작자와 해당 프로그램의 이용자 간의 이루어지는 의식적인 행위(해당 프로그램의 개봉행위나 설치행위 등)외에 제3자가 타인의 컴퓨터에 설치된 특정 컴퓨터 프로그램을 단순하게 사용하는 것(저작권을 침해하지 않는 범위 내에서) 만으로 해당 사용권 계약서의 내용에 동의하는 것으로 보는 것은 위 약관규제법 제12조에 해당되어 무효가 될 가능성이 있다.

설사 단순 사용행위를 동의로 볼 수 있다 하더라도 일단 설치된 컴퓨터 프로그램의 사용권 계약서를 보는 것이 용이하지 않다는 점에서¹⁵²⁾, 해당 프로그램의 저작권자가 약관규제법 제3조¹⁵³⁾의 명시적무를 다한 것으로 보

150) 장경환, “약관의 불공정성 판단”, 권오승 편, 공정거래법강의 II (법문사, 2000), 489쪽.

151) 오병철, 앞의 논문, 94쪽.

152) 보통의 경우, 사용권 계약서의 내용은 설치과정 중에 나타난다.

기는 더더욱 어려울 것이다.¹⁵⁴⁾

정리하면 컴퓨터 프로그램 저작권자와 사용자 간에 의식적으로 이루어지는 행위 이외에 단순사용행위까지 사용권 계약서의 내용에 동의하는 것으로 보는 것은 약관규제법에 의하여 무효로 될 가능성이 크다고 하겠다.

(4) 양도에 관한 규정

(가) 각사의 라이선스의 검토

1) 나모

“이 소프트웨어 사용권자(양도인)는 양수인이 이 사용 계약서 내용에 동의하는 경우에 한하여, 이 사용 계약서에 따른 사용자의 모든 권리를 양도할 수 있습니다.

사용권을 양도할 때에는, 이 제품과 관련된 부속물(업그레이드 제품인 경우 이전 버전 제품 포함)을 전부 양도해야 합니다. 양도인은 이 제품의 사용권을 양도한 후에 양도한 제품을 사용하여서는 안되며, 사용권의 양수인은 제품과 함께 사용권을 양수한 후 (주)세중 나모 인터랙티브에 '사용자 등록'을 변경하여야 정품 사용자로서 보호 및 지원을 받을 수 있습니다.“

2) 어도비

“양도 금지. 이 계약서에 명시적으로 허용된 경우를 제외하고, 사용자는 이 소프트웨어에 대한 권한을 대여, 임대, 매매, 재사용권 설정, 양도 또는 이전하거나 다른 사용자의 컴퓨터에 복사하도록 이 소프트웨어의 일부 또는 전부에 대한 권한을 부여할 수 없습니다. 그러나 다음의 조건에 의하여 합

153) (約款의 명시·說明義務) ①事業者는 契約締結에 있어서 顧客에게 約款의 내용을 契約의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하고, 顧客이 요구할 때에는 당해 約款의 寫本을 顧客에게 교부하여 이를 알 수 있도록 하여야 한다. 다만, 다른 法律의 規定에 의하여 行政官廳의 認可를 받은 約款으로서 去來의 신속을 위하여 필요하다고 인정되어 大統領令이 정하는 約款에 대하여는 그러하지 아니하다.

154) 통신판매방식의 상해보험계약에서 약관의 개요를 소개한 안내문과 청약서를 우송한 것으로는 약관규제법 제3조상의 의무를 다한것이 아니라는 판결로 대판 1999. 3. 9. 98다43342·43359.

법적으로 소프트웨어 사용에 관한 모든 권리를 다른 개인 또는 법적 실체에게 양도할 수 있습니다: (a)(i) 이 계약서, (ii) 일련 번호, 이 소프트웨어 및 사본, 업그레이드 사항, 업데이트 사항, 이전 버전을 포함하여 소프트웨어에 번들되거나 포함되거나 사전 설치된 기타 모든 소프트웨어와 (iii) 기타 형식으로 전환된 글꼴 소프트웨어의 모든 사본도 그러한 개인 또는 실체에게 양도해야 하고; (b) 사용자가 컴퓨터에 저장된 사본과 백업본을 포함하여, 업그레이드 사항, 업데이트 사항 또는 사본을 보유하지 않으며; (c) 수령인이 이 계약서의 조건 및 사용자가 구매한 이 소프트웨어의 유효한 사용권에 따른 기타 모든 조건을 수용해야 합니다. 그러나 위의 내용 이외에 소프트웨어에 대한 교육, 시험판 또는 전매 금지 사본은 양도하지 않아도 됩니다. 양도에 앞서 Adobe는 사용자와 수령인이 서면으로 이 계약서를 준수할 것임을 확인하고, 사용자에 대한 정보를 Adobe에게 제공하고, 이 소프트웨어의 최종 사용자로 등록할 것을 요구할 수 있습니다.”

3) Windows XP

“4. 양도. 내부. 귀하는 제품을 다른 워크스테이션 컴퓨터로 옮길 수 있습니다. 옮긴 후에는, 이전 워크스테이션 컴퓨터에서 제품을 완전하게 제거하여야 합니다. 제3자에게 양도. 제품의 최초 사용자는 또 다른 최종 사용자에게 한 번 제품을 양도할 수 있습니다. 양도 시, 모든 구성 요소, 매체, 인쇄물, 본 사용권 계약, 그리고 해당될 경우 정품 인증서를 모두 양도해야 합니다. 위탁 판매와 같은 간접 양도는 허용되지 않습니다. 양도 제품을 수령하는 최종 사용자는 양도 이전에 사용권 계약의 모든 조건에 동의해야 합니다.”

4) MS Office 2003

“10. 전매 금지 소프트웨어. '전매 금지' 또는 'NFR' 표시가 있는 소프트웨어는 판매하거나 대가를 목적으로 양도할 수 없으며 데모, 테스트 또는 평가 이외의 용도로 사용할 수 없습니다.”

5) Macromedia

“귀하는 본 소프트웨어의 시험 버전 또는 비상업용 버전에 대한 내용을 제외하고 본 사용권 계약서에 따른 귀하의 모든 권리를 영구적으로 판매 또는 양도할 수 있습니다. 이 경우, 귀하는 귀하가 가지고 있는 모든 복사본을 파괴하고 모든 소프트웨어(모든 구성 부품, 매체, 인쇄물, 업그레이드, 본 사용권 계약서, 일련 번호, 해당하는 경우 소프트웨어와 함께 제공된 기타 모든 소프트웨어 제품 포함)를 양도해야 하며 또한 양수인이 본 사용권 계약의 내용에 동의해야 합니다. 업그레이드용 소프트웨어를 양도하려면 업그레이드할 모든 이전 버전을 함께 양도해야 합니다.”

6) IntelliCAD

“본 계약에서 명시적으로 허용한 경우를 제외하고는, 본 소프트웨어 제품의 전체 또는 일부를 사용, 복사, 번역, 재배포, 재전송, 출판, 판매, 대여, 임대, 매매, 전매, 질권 설정, 양도, 처분, 담보설정, 이전, 변경, 수정 또는 확장할 수 없습니다.”

(나) 평가

이 규정들은 앞서 살펴본 계약의 성격에 관한 규정과 연관된다. 주목할 만한 것은 MS Office 2003의 규정으로, 이는 다른 컴퓨터 프로그램의 일반적인 사용권 계약서의 내용과 다르다. 즉 다른 사용권 계약서에는 보통 일반적인 양도를 금지하고 예외적인 경우에 있어서 양도가 가능하다고 규정하고 있는데, 마이크로소프트사의 경우에는 일반적으로 양도가 가능하되, 양도가 이루어지는 경우에는 모든 구성물을 같이 양도해야 한다고 규정하고 있는 것이다.

계약의 성격의 성격에 따라 반드시 양도 가능성 여부가 결정되는 것이 아닐 수도 있다.¹⁵⁵⁾ 양도 가능성에 관한 규정이 유효한 것인지에 대하여 앞서

155) 컴퓨터 프로그램에 대한 계약을 매개로 파악하더라도 특허법이나 계약법, 기술 등을 통하여 배포를 통제할 수 있다고 보는 견해로 Christian H. Nadan, 앞의 논문, 627쪽 이하 참조.

살펴본 최초판매의 원칙의 적용 여부에 대한 논의에서 다루었기 때문에 더 이상의 논의는 생략한다.

(5) 정리

앞서 살펴본 바와 같이 계약의 성격에 관한 규정에서 모든 사용권 계약서는 체결하고자 하는 계약이 매매계약이 아니라, 사용허락에 관한 계약임을 분명히 하고 있다. 이 규정대로 사용허락에 관한 계약임을 인정한다면 해당 프로그램의 양도가 물권의 처분에서 채권의 처분으로 바뀌어 이의 제한이 허용될 뿐만 아니라, 개정전 저작권법 제43조(개정 저작권법 제20조 단서)와 프로그램보호법 제19조에서 허용하는 비영리목적으로의 대여 또한 금지시킬 수 있게 된다. 또 양도의 제한이 인정되기 때문에 양도의 제한에 관한 규정들도 그 효력을 인정받을 수 있게 된다.

그러나 계약의 성격에 대하여 해당 규정대로 사용허락으로 인정할 지, 이 규정과 무관하게 매매로 보아야 하는지에 대해서도 다툼이 있기 때문에 이를 일률적으로 판단하기는 쉽지 않다. 일상적인 사용에 있어서는 저작권자의 허락이 필요하지 않고, 일상적인 사용에 필수적으로 수반되는 복제 등의 행위에 대해서는 묵시적 동의가 있는 것으로 이에 대한 규정이 존재하는지가 크게 문제되지 않는다는 것 또한 앞에서 살펴본 바와 같다.

정리하자면 매매로 본다면 계약의 성격과 양도에 관한 규정의 효력을 인정할 수 없기 때문에 이 규정의 위반을 이유로 계약 위반의 책임을 물을 수 없으며, 사용허락에 관한 계약이라고 보더라도 계약의 성격에 관한 규정과 양도에 관한 규정의 효력을 인정할 수는 있으나, 컴퓨터 프로그램 저작권자는 일상적인 사용과 이에 필수적으로 수반되는 행위에 대한 규정들은, 그러한 규정이 없어도 동일하게 사용할 수 있게 된다는 점에서 크게 의미를 갖지 못한다. 그리고 컴퓨터 프로그램의 복제물에 대한 매매 계약과 해당 컴퓨터 프로그램 저작권에 관한 사용허락이 동시에 존재하는 것으로 볼 때는

복제물 자체에 대하여는 최초판매 원칙이 적용되어 그 양도를 저작권자가 제한할 수 없으며, 해당 컴퓨터 프로그램의 양수인은 사용허락 규정의 내용과 무관하게 일상적인 사용을 할 수 있다는 점에서 양도 제한 규정이 무의미해진다.

라. 네트워크를 이용한 사용에 관한 규정

(1) 들어가며

소프트웨어 스트리밍 서비스는 네트워크를 이용한 컴퓨터 프로그램의 이용방법이기 때문에, 필수적으로 네트워크를 이용할 수밖에 없다. 이렇게 네트워크를 이용하는 경우에는 전송권의 침해가 문제되는데, 만약 이러한 네트워크를 통한 이용을 저작권자가 허락하였다면 네트워크를 이용하여 해당 컴퓨터 프로그램을 사용하였다고 저작권자의 전송권 침해를 인정할 수는 없다. 따라서 개별 사용권 계약서에서 네트워크를 통한 이용에 대하여 어떻게 규정하고 있는지를 살펴보는 것이 전송권 침해 여부를 판단하는데 있어서 중요할 것이다.

이하에서 개별 사용권 계약서에서 네트워크를 통한 이용에 대한 규정들을 살펴보고, 이러한 규정들이 어떻게 이해될 수 있는지를 평가해본다.

(2) 각사의 라이선스의 검토

(가) 나모

“이 소프트웨어를 네트워크 서버에 설치하여 사용하거나 이와 관련된 서비스를 제공하고자 하는 경우는 (주)세중 나모 인터랙티브와 별도 협의를 하여야 합니다. 개인 사용자 제품을 네트워크에서 사용할 수는 있으나, 만일 네트워크 서버에 실행 파일을 설치하여 사용하는 경우에는 네트워크에서 소

소프트웨어를 동시에 사용하는 사용자의 수 또는 로컬 드라이브에 설치된 실행 파일의 수만큼 소프트웨어를 구입하여야 합니다.”

(나) 어도비

“2.2 서버 배치. 사용자는 허락된 수까지 동일한 내부 네트워크에 있는 컴퓨터에 이 소프트웨어를 다운로드하고 설치하기 위한 목적으로 사용자의 내부 네트워크에 있는 허락된 수의 컴퓨터 파일 서버(들)에 이 소프트웨어의 허락된 수의 사본을 설치할 수 있습니다

2.3 서버 사용. 사용자는 동일한 내부 네트워크에 있는 컴퓨터에서 명령, 데이터 또는 지시(예: 스크립트)를 통하여 이 소프트웨어를 개인 용도로 사용할 목적으로만 사용자의 내부 네트워크에 있는 허락된 수의 컴퓨터 파일 서버(들)에 이 소프트웨어의 허락된 수의 사본을 설치할 수 있습니다. 컴퓨터 파일 서버(들)에 설치된 이 소프트웨어를 사용할 수 있도록 허락된 총 사용자 수(동시 사용자 수가 아닙니다)는 허락된 수를 초과할 수 없습니다. 다른 방식의 네트워크 사용은 허락되지 않습니다. 즉, 직접적으로 또는 명령, 데이터 또는 지시 사항을 통하여, (i) 사용자의 내부 네트워크가 아닌 다른 컴퓨터로/로부터의, (ii) 인터넷 또는 웹 호스팅 서비스를 가능하게 하는, (iii) Adobe의 유효한 사용권을 통하여 이 소프트웨어 사본을 사용하도록 허락되지 않은 사용자에 의한, (iv) 허락된 수 이상의 사용자가 접근가능한 시스템, 워크플로우 또는 서비스의 구성요소로서의 , 또는 (v) 개인 용도 이외의 운용(예컨대 와이어 피드 콘텐츠의 대용량 자동 서버 프로세싱)을 위한 이 소프트웨어의 사용은 금지되며 또한 여기에 국한되지 않습니다.”

(다) WindowsXP

“아래 설명된 NetMeeting, Remote Assistance, Remote Desktop 기능에 의하여 허용되는 경우를 제외하고, 귀하는 어떤 장치에 별도 제품 사용권이 지정되지 않는 한, 제품을 사용하여 그 장치가 워크스테이션 컴퓨터에 설치된 기타 실행 소프트웨어를 사용, 액세스, 디스플레이, 실행하도록 허용

할 수 없으며, 그 장치가 제품이나 제품의 사용자 인터페이스를 사용, 액세스, 디스플레이, 실행하도록 허용할 수 없습니다.

저장/네트워크 사용. 귀하는 내부 네트워크를 통하여 귀하의 다른 워크스테이션 컴퓨터에 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되는 네트워크 서버와 같은 저장 장치에 제품의 복사본 한 개를 저장하거나 설치할 수 있습니다. 그러나, 귀하는 제품이 설치, 사용, 액세스, 디스플레이, 실행되는 각각의 별도 워크스테이션 컴퓨터마다 전용 사용권을 취득하여 추가로 지정하여야 합니다. 제품 사용권은 다른 워크스테이션 컴퓨터들 간에 공유되거나 동시에 사용될 수 없습니다.

제품에는 제품 또는 응용 프로그램이 한 대의 워크스테이션 컴퓨터에만 설치된 경우에도 두 대 이상의 컴퓨터 간의 원격 사용이 가능하게 하는 NetMeeting, Remote Assistance, Remote Desktop 기술이 들어 있습니다. 귀하는 모든 Microsoft 제품에 대하여 NetMeeting, Remote Assistance, Remote Desktop 기술을 사용할 수 있습니다. 단, 일부 Microsoft 제품의 경우 별도 사용권이 필요할 수도 있습니다. Microsoft 및 비-Microsoft 제품의 경우, 귀하는 해당 제품에 동봉된 사용권 계약을 참조하거나 해당 사용권 허가자에게 연락하여 추가 사용권 없이 NetMeeting, Remote Assistance, 또는 Remote Desktop을 사용할 수 있는지 확인하여야 합니다.”

(라) MS Office 2003

“1.2 저장소/네트워크 사용을 위한 대체 권한. 1.1(a)항을 대체하는 것으로, 서버 컴퓨터와 같은 네트워크 저장 장치에 소프트웨어 복사본 하나를 설치할 수 있으며 개인용 컴퓨터 등의 하나의 액세스 장치에서 개인 네트워크를 통해 해당 소프트웨어 사본에 액세스하고 이를 사용할 수 있습니다. 본 계약서의 1.4항에서 허용되는 경우를 제외하고는, 네트워크 저장 장치에 설치된 소프트웨어를 액세스하고 사용하는 각 추가 장치마다 별도로 소프트

웨어 사용권을 취득해야 합니다.

1.3 원격 데스크톱에 대한 사용권 부여. 원격 데스크톱 세션을 호스팅하는 장치의 주 사용자가 원격 액세스 장치를 통해 소프트웨어를 액세스하고 사용하는 경우에 한해, Microsoft Windows의 원격 데스크톱 기능이나 NetMeeting과 같은 원격 액세스 기술을 사용하여 사용권이 부여된 소프트웨어에 액세스하고 이를 사용할 수 있습니다. 이러한 원격 데스크톱 권한이 있어도 원격 데스크톱 세션을 호스팅하는 장치와 액세스 장치에서 동시에 소프트웨어를 사용할 수는 없습니다.

1.4 원격 지원에 대한 사용권 부여. 기술 지원 및 유지 보수 서비스를 제공하는 목적에 한해, 모든 장치에서 귀하의 사용권이 부여된 소프트웨어 사본을 액세스하고 사용할 수 있습니다.”

(마) Macromedia

“소프트웨어를 한 대의 컴퓨터에서 설치하고 사용하거나, 소프트웨어를 설치하고 실행할 각 컴퓨터에 대해 별도의 사용권이 있는 경우 내부 네트워크를 통해 귀하의 다른 컴퓨터에 소프트웨어를 설치하는 데만 사용되는 네트워크 서버 등의 저장장치에 소프트웨어를 설치 및 저장할 수 있습니다.”

(바) IntelliCAD

“귀하는 네트워크와 같은 저장 장치에 1개의 소프트웨어를 저장 및 설치할 수 있습니다. 여기서 말하는 네트워크 서버는 재무 네트워크를 통하여 사용자의 다른 컴퓨터에 본 소프트웨어 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되어야 합니다. 이를 위하여 귀하는 저장장치로부터 본 소프트웨어 제품을 설치하거나 실행하는 각각의 컴퓨터에 대하여 별도 사용권을 취득 및 지정하여야 합니다. 본 소프트웨어 제품에 대한 사용권은 다른 컴퓨터들과 공유하거나 동시에 사용할 수 없습니다.”

(3) 평가

(가) 들어가며

컴퓨터 프로그램을 네트워크를 통해서 사용하는 방법은 앞서 살펴본 바와 같이, 첫째 썬 클라이언트 방식, 즉 해당 컴퓨터 프로그램을 서버에서 실행하고 이러한 실행에 관련된 입출력 정보만을 클라이언트에 전송하는 방식이 있고(이하 ‘서버 실행 방식’), 둘째는 리치 클라이언트 방식으로 클라이언트 컴퓨터에서의 실행에 필요한 파일들을 서버에서 전송해서 실제 프로그램의 실행은 클라이언트 컴퓨터에서 이루어지는 방식(이하 ‘클라이언트 실행 방식’)과 마지막으로 컴퓨터 프로그램의 설치본을 서버에 저장하여 서버에서 개별 컴퓨터에 해당 프로그램을 자동이나 수동으로 설치할 수 있도록 하는 방식(이하 ‘원격 설치 방식’)이 있다. 이 외에도 동일 도메인 상의 공유폴더를 네트워크 드라이브로 만들어 공유폴더에 설치된 컴퓨터 프로그램을 실행하는 방식이 있으나, 이는 제대로 실행되지 않는 컴퓨터 프로그램이 많기 때문에 많이 쓰이지 않는다.¹⁵⁶⁾

개별 사용권 계약서들이 허용하고 있는 방식은 어떠한 방식을 염두에 두고 작성되었는지를 살펴보는 것이 그 의미를 명확히 하는 데에 도움이 될 것이다.

개별 사용권 계약서들이 네트워크를 이용한 사용에 대해 규정하면서 소프트웨어 스트리밍 서비스 방식이 당시 계약 당사자들이 예상하지 못한 사용 방법일 수 있다. 이러한 경우에는 허용된 사용 범위를 통해 당사자들의 의도를 추정해보아야 한다.¹⁵⁷⁾ 실제로 *Tasini v. New York Times Co.* 사건¹⁵⁸⁾에서 인쇄물에 관한 권리만을 가진 경우에도 이를 전자적 형태로 출판 가능하다고 판결하였다. 물론 이러한 경우에 새로운 방식이 사용권 계약서에서 도출될 수 있다고 하는 주장의 입증책임은 새로운 방식으로 사용하고

156) 이에 대하여 이후의 (6) 사용권 계약서 검토 부분에서 자세히 다룬다.

157) F. Lawrence Street, et. al, Law of the internet (Lexis Publishing, 2001), 585쪽.

158) *Tasini v. New York Times Co.*, 972 F.Supp. 804 (S.D.N.Y. 1997).

자 하는 사용권자에게 주어질 것이다.¹⁵⁹⁾ 그런데 판례¹⁶⁰⁾는 이러한 경우 이를 판단하는 기준으로 경제적 이익의 안배 필요성을 들고 있다.¹⁶¹⁾ 그리고 그 의사해석의 원칙으로 “① 계약 당시 새로운 매체가 알려지지 아니한 경우인지 여부, 당사자가 계약의 구체적 의미를 제대로 이해한 경우인지 여부, 포괄적 이용허락에 비하여 현저히 균형을 잃은 대가만을 지급 받았다고 보여지는 경우로서 저작자의 보호와 공평의 견지에서 새로운 매체에 대한 예외조항을 명시하지 아니하였다고 하여 그 책임을 저작자에게 돌리는 것이 바람직하지 않은 경우인지 여부 등 당사자의 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 경제적 지위, 진정한 의사, 관행 등을 고려하고, ② 이용허락계약 조건이 저작물 이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있어 중대한 불균형이 있는 경우인지 여부, 이용을 허락 받은 자는 계약서에서 기술하고 있는 매체의 범위 내에 들어간다고 봄이 합리적이라고 판단되는 어떠한 사용도 가능하다고 해석할 수 있는 경우인지 여부 등 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따른 계약의 합리적이고 공평한 해석의 필요성을 참작하며, ③ 새로운 매체를 통한 저작물의 이용이 기존의 매체를 통한 저작물의 이용에 미치는 경제적 영향”¹⁶²⁾을 들고 있다.¹⁶³⁾ 또한 음반제작자와 저작재산권자 사이에 체결된 이용허락계약의 해석에 대한 판례에서 대법원은 그 기준으로 “그 이용허락의 범위가 명백하지 아니한 경우에는 당사자가 그 이용허락계약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 이용허락계약에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행, 당사자의 지식, 경험 및 경제적 지위, 수수된 급부가 균형을 유지하고 있는지 여부, 이용허락 당시 당해

159) Micheal A. Epstein, *Epstein on Intellectual Property* (Aspen Publishers, 2004), 15-23.

160) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결, (집44(2)민,76;공1996.9.15.(18),2639).

161) 계승균, "In dubio pro actore", *창작과 권리* 2004. 가을(36호), 142쪽.

162) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결, (집44(2)민,76;공1996.9.15.(18),2639).

163) 이 판례에 대한 평석으로 정상조, *저작물 이용허락의 범위*, 판례실무연구 1권, 49쪽 이하, 참조.

음악저작물의 이용방법이 예견 가능하였는지 및 그러한 이용방법을 알았다면 당사자가 다른 내용의 약정을 하였을 것이라고 예상되는지 여부, 당해 음악저작물의 이용방법이 기존 음반시장을 대체하는 것인지 아니면 새로운 시장을 창출하는 것인지 여부 등 여러 사정을 종합하여 그 이용허락의 범위를 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”¹⁶⁴⁾는 것을 제시하였다.

즉, 저작물에 대하여 새로운 매체, 즉 새로운 기술이 등장한 경우에 저작권자가 이를 허락하였는지의 여부에 대해서만 판단할 것이 아니라 시장을 전체적으로 조망하여 새로운 기술로 인하여 발생하는 경제적 이익을 어떠한 방식으로 누구에게 배분하는 것이 사회정의와 형평의 이념에 맞는가를 판단하여 해석하여야 하며,¹⁶⁵⁾ 이러한 해석이 저작권법의 목적인 저작권자의 권리 보호와 저작물의 공정 이용을 도모하여 문화를 향상발전시킨다는 저작권법의 목적에 부합하는 해석일 것이다.

(나) 네트워크를 이용한 사용의 유형

1) 네트워크를 이용한 실행

네트워크를 이용한 실행은 컴퓨터 프로그램이 실행되는 곳이 서버이므로, 윈도우즈 시스템의 공유폴더를 네트워크 드라이브로 이용하여 이 곳에 설치된 컴퓨터 프로그램을 직접 실행하는 방식과 서버 실행 방식 및 클라이언트 실행 방식 등으로 구분될 수 있다. 사용권 계약서상에서 ‘서버에서의 실행’이라는 문구 등은 공유폴더를 이용한 방식 및 서버 실행 방식을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

164) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다74894 판결, (공2007.4.1.(271),493)

165) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결, (집44(2)민,76;공1996.9.15.(18),2639).

2) 네트워크를 이용한 설치

네트워크 설치를 이용한 설치는 컴퓨터 프로그램의 설치본을, 네트워크를 통하여 접근 가능한 곳에 두어, 해당 프로그램의 실제 매체 없이 이 설치본을 전송받아 설치하는 것으로 이러한 방식으로는 윈도우즈 시스템의 공유폴더를 네트워크 드라이브로 이용하여 이 곳에 저장된 프로그램의 설치본을 실행하여 클라이언트 PC에 설치하는 방식과 원격 설치 방식 및 클라이언트 실행 방식을 들 수 있다.

3) 네트워크를 이용한 사용 일반

여기서 주목할 만한 것은 대부분의 사용권 계약서에서 개인적 용도의 네트워크를 이용한 사용을 기본적으로 허락하고 있다는 것이다.

즉 일반적인 패키지 제품을 구입하더라도 네트워크를 통한 해당 프로그램의 사용이 가능하다는 것이다. 그런데 어도비사의 규정은 조금 특별한데, 이를 자세히 살펴보면 네트워크를 통해서 사용하는 경우에는 1PC 1라이선스가 아니라, 1인 1라이선스 방식을 채택하고 있다. 예를 들어 10,000명이 있는 학교에 1,000대의 PC가 있고, 최대 동시 사용자가 100명이라고 할 때, 이 학교에서 모든 구성원이 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하고자 할 때, 다른 회사의 사용권 계약서에 의하면 1,000개의 라이선스를 구매할 것을 요구하고 있지만, 어도비사의 경우에는 10,000개의 라이선스를 구매할 것을 요구하면서 “다른 방식의 네트워크 사용은 허락되지 않”는다고 명시하고 있다.

4) 개인 네트워크의 문제

일단 개인 네트워크 문제에 있어서 소프트웨어 스트리밍 서비스는 개인 네트워크에 해당하지 않는 것으로 보일 수 있다. 그러나 만약 50명의 사용자가 50개의 패키지 제품을 구입한 다음, 이를 하나의 서버에 설치하여 사

용하는 경우를 상정해보자. 하나의 서버와 이에 접속하는 50명의 사용자의 네트워크는 개인 네트워크가 아닐 수 있으나, 이를 하나의 서버와 각각의 사용자와의 관계로 분리할 때, 해당 사용자만이 그 서버에 접속하여 해당 프로그램을 사용할 수 있다면 이는 개인 네트워크로 보지 못할 이유가 없다. 즉 이 경우는 단순한 일대다수의 경우가 아니라, 서버를 중심으로 일대일의 관계가 중첩되는 것으로 파악할 수 있기 때문에 개인 네트워크로 볼 수 있다는 것이다. 결국 개인 네트워크의 판단 문제는 사용권한이 있는 사용자가 사용자 인증 등을 통하여 해당 서버에 접속하여 해당 프로그램을 사용하는가에 대한 판단이기 때문에, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용한다고 할지라도 사용권한이 있는 사용자가 사용에 있어서 서버와 일대일의 관계가 인정된다면 개인 네트워크라고 판단할 수 있을 것이다.

5) 추가 장치별 사용권

네트워크 저장 장치에 설치된 소프트웨어를 액세스하고 사용할 때 각 추가 장치마다 별도로 소프트웨어 사용권을 취득해야 한다는 규정¹⁶⁶⁾은 PC와 노트북을 모두 가지고 있는 사용자의 경우에 서버에 접속하여 해당 프로그램을 이용하고자 하는 경우에는 PC와 노트북에 개별적인 사용권을 취득해야 한다는 규정이다. 즉 기본적으로 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 해당 프로그램을 이용하는 경우에는 이 서버에 접속하는 모든 기기마다 별도의 사용권을 취득해야 하기 때문에, 접속하는 기기만큼의 사용권을 취득하는 것이 아니라, 동시에 사용하는 사용자의 숫자만큼 사용권을 취득하는 것이 특징적인 소프트웨어 스트리밍 서비스의 경우에는 이 규정을 위반하게 된다.

그러나 여기서 한 가지 의문이 드는 것은, 계약 위반 책임은 별론으로 하고, 이 규정을 위반하는 결과로 침해하게 되는 저작권이 과연 전송권인가

166) 대표적으로 MS Office의 규정.

하는 점이다.

전송권은 저작권법상 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공할 수 있는 권리를 말한다.¹⁶⁷⁾ 이 정의와 비교할 때 위 규정은 그 사용자의 범위에 대한 제한이 없다. 즉 그 사용자가 일반 공중이 아니어도¹⁶⁸⁾ 사용권 계약서의 해당 조항을 위반하게 되는 것이다.

이렇게 해석되는 경우, 즉 개인 사용자가 해당 컴퓨터 프로그램의 사본을 자신만이 접속 가능한 네트워크상에 저장하고 사용하는 경우에도 해당 규정을 위반한다고 해석하는 것은 프로그램보호법 제14조 제1항¹⁶⁹⁾의 프로그램 사용자에게 의한 복제에 관한 규정과 충돌하게 된다.¹⁷⁰⁾

추가 장치별 사용권에 관한 규정을 자세히 살펴보면 이는 전송권에 관한 규정이 아니라, 추가 장치별 사용권을 획득할 것을 주장하는 것은, 해당 컴퓨터 프로그램을 적법하게 사용할 수 있는 컴퓨터의 개수에 관한 규정, 즉 복제권에 관한 규정이라고 보아도 무방할 것이다.

6) 사용권 계약서의 검토

나모의 경우를 보면 “네트워크 서버에 실행 파일을 설치”라는 문구에서 서버 실행 방식을, “로컬 드라이브에 설치된 실행 파일”이라는 문구에서 원격 설치 방식 및 클라이언트 실행 방식을 염두에 두고 있음을 알 수 있다. 그 사용권 개수에 관한 규정에 있어서도 “네트워크에서 소프트웨어를 동시에 사용하는 사용자의 수” 및 “로컬 드라이브에 설치된 실행 파일의 수”를

167) 정상조, 앞의 책, 326쪽; 서울중앙지법 2005. 1. 12. 판결 2003노4296; 서울고법 2005. 1. 25. 판결 2003나80798.

168) 일반 공중의 자세한 의미에 대해서는 제5장 참조.

169) 프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위안에서 당해 복제물을 복제할 수 있다

170) 이 조항은 복제물을 어디에 어떻게 보관하여야 한다는 제한이 없기 때문에 자신만의 네트워크 계정에 보관하는 것도 가능하다.

고려해보면 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용할 경우, 구매한 라이선스 숫자가 이를 넘지 않을 것이기 때문에¹⁷¹⁾ 역시 문제가 되지 않는다.

마이크로소프트사의 경우는 “귀하는 내부 네트워크를 통하여 귀하의 다른 워크스테이션 컴퓨터에 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되는 네트워크 서버와 같은 저장 장치에 제품의 복사본 한 개를 저장하거나 설치할 수 있습니다.”라는 문구를 나누어 보면 “다른 워크스테이션 컴퓨터에 제품을 설치”의 문구에서 원격 설치 방식, “귀하의 다른 워크스테이션 컴퓨터에 제품을 … 실행하기 위해서”라는 문구에서 클라이언트 실행 방식을, 다른 부분에서의 “네트워크 저장 장치에 설치된 소프트웨어를 액세스하고 사용”이라는 문구에서 서버 실행 방식을 염두에 두고 있음을 알 수 있다. 이러한 사용에 필요한 사용권의 개수 문제는 별론으로 하고,¹⁷²⁾ 원격 설치 방식, 서버 실행 방식 및 클라이언트 실행 방식의 이용이 본 사용권 계약서의 특정 조항을 위반하였다고 판단하기는 어렵다. 즉 클라이언트 실행 방식인 소프트웨어 스트리밍 서비스는 이 조항을 위반하였다고 판단하기 어렵다.

어도비사의 경우, “허락된 수까지 동일한 내부 네트워크에 있는 컴퓨터에 이 소프트웨어를 다운로드하고 설치하기 위한 목적으로”라는 규정에 미루어 볼 때, 원격 설치 방식을 허용하고 있으며, “서버 사용”, “컴퓨터 파일 서버(들)에 설치된 이 소프트웨어를 사용할 수 있도록 허락된 총 사용자 수”라는 규정에서 적어도 서버 실행 방식의 사용을 허락하고 있는 것으로 파악할 수 있다. 이 규정에서 소프트웨어 스트리밍 방식, 즉 클라이언트 실행 방식까지 허용하고 있다고 보기는 어렵다.

171) 로컬 드라이브에 실행 파일이 잔존하지 않고, 동시에 사용하는 사용자의 숫자만큼 사용하는 것이 바로 소프트웨어 스트리밍 서비스이다.

172) 위의 추가 장치별 사용권 부분 참조

Macromedia사의 경우에는 “귀하의 다른 컴퓨터에 소프트웨어를 설치하는 데만 사용되는 네트워크 서버 등의 저장장치에 소프트웨어를 설치 및 저장할 수 있습니다”라는 규정을 보면, 원격설치 방식만을 허용하고 있는 것으로 파악할 수 있다.

IntelliCAD의 경우는 “네트워크 서버는 재무 네트워크를 통하여 사용자의 다른 컴퓨터에 본 소프트웨어 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되어야 합니다.”라는 규정에서 보면 우선 원격 설치 방식 및 서버 실행 방식을 인정한 것은 분명해 보이고, 클라이언트 실행 방식도 이 규정대로의 사용방법에 해당하지 않는다고 볼 이유도 없어 보이지만, 클라이언트 실행 방식을 염두에 두었는지가 명백하지 않기 때문에, 새로운 기술에 의한 라이선스 조항의 재해석을 거쳐야 하며, 클라이언트 실행 방식도 이에 의하여 허용된다고 하는 것은 소프트웨어 스트리밍 서비스 이용자측이 입증책임을 부담할 것이다.¹⁷³⁾

이상을 정리하면, 어도비사의 경우는 원격 설치 방식 및 서버 실행 방식의 사용은 인정하였으나 클라이언트 실행 방식의 사용방법까지 인정했다고는 볼 수 없으며, Macromedia사는 원격 설치만을 인정하고 있고, 나모와 IntelliCAD 및 마이크로소프트사 제품의 경우에는 클라이언트 실행 방식도 인정한 것으로 판단될 수 있는 여지가 존재한다고 볼 것이다.

마. 프로그램코드역분석에 관한 규정

(1) 각사의 라이선스의 검토

173) Micheal A. Epstein, 앞의 책, 15-23쪽.

(가) 나모

“관련 법규에서 명시적으로 허용한 제한적인 범위 혹은 (주)세중 나모 인터랙티브와 사전에 서면으로 협의한 범위 이외에 이 소프트웨어 제품을 리버스엔지니어링, 디컴파일, 디스어셈블할 수 없습니다.”

(나) 어도비

“제14조에서 허용된 경우를 제외하고, 사용자는 소프트웨어를 수정, 개작 또는 변환할 수 없습니다. 오로지 이 소프트웨어의 상호 연동성을 실현할 목적으로 해당 법률에 의하여 명시적으로 역 컴파일의 허용된 범위를 제외하고는, 소프트웨어의 역추적, 역컴파일, 분해 또는 소스 코드를 알아내기 위한 기타 시도를 하지 않아야 합니다.”

(다) Windows XP

“5. 리버스 엔지니어링, 디컴파일, 디스어셈블에 관한 제한.

귀하는 제품을 리버스 엔지니어, 디컴파일, 디스어셈블할 수 없습니다. 단, 본 제한에도 불구하고 관련 법률이 명시적으로 허용하는 경우에는 예외로 합니다.“

(라) MS Office 2003

평가에서 제시

(마) Macromedia

“귀하는 본 소프트웨어를 변경, 병합, 수정, 개조, 번역하거나 디컴파일, 리버스 엔지니어링, 디스어셈블 또는 기타 소프트웨어를 사람이 인식할 수

있는 형태로 변형할 수 없습니다. 동봉된 문서에서 소프트웨어 프로그램의 샘플 코드, 샘플 응용 프로그램 코드, 또는 구성 요소(이상 "샘플 응용 프로그램 코드")로 명시된 부분의 소스 코드 형식을 Macromedia 소프트웨어 프로그램으로 개발된 웹 사이트 및 웹 사이트 응용 프로그램의 설계, 개발 및 테스트 목적에 한해 수정할 수 있습니다.”

(바) IntelliCAD

“리버스 엔지니어링, 디컴파일, 디어셈블리에 있어서 본 사용권의 제한에도 불구하고 관련 법규에서 명시적으로 허용하는 범위 이외에 귀하는 소프트웨어 제품을 리버스 엔지니어링, 디컴파일 또는 디어셈블 할 수 없습니다.”

(2) 평가

MS Office 2003 사용권 계약서에는 “리버스 엔지니어링, 디컴파일, 디어셈블에 대한 제한. 귀하는 소프트웨어를 리버스 엔지니어링, 디컴파일 또는 디어셈블할 수 없습니다. 단, 본 제한에도 불구하고 관련 법률에서 명시적으로 허용하는 경우는 예외로 합니다.”라고 프로그램코드역분석에 대해서 규정하고 있다. 이는 기본적으로 프로그램코드역분석을 금지하면서 법적으로 허용되는 프로그램코드역분석의 경우에만 이를 허용하겠다는 취지이다. 결국 법령상 허용되는 프로그램코드역분석의 범위와 정확히 동일한 범위의 프로그램코드역분석 만을 허용하겠다는 것인데, 법령상 허용되는 프로그램코드역분석은 프로그램보호법 제12조의2¹⁷⁴⁾에서 규정하고 있다.

174) 제12조의2 (프로그램코드역분석) ①정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램저작권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램 코드역분석을 할 수 있다. ②제1항의 규정에 의한 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이를 사용할 수 없다.

1. 호환 목적외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우
2. 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우.

이러한 방식의 규정은 다른 대부분의 사용권 계약서에서도 마찬가지로 나타나고 있는데, 법령상 허용되는 프로그램코드역분석 외에 다른 경우를 인정하지 않고 있기 때문에 이에 대하여 따로 사용권 계약서를 분석할 필요는 없다.

만약에 사용권 계약서에서 이렇게 프로그램보호법에서 허용하고 있는 프로그램코드역분석을 금지하는 규정을 가지고 있다면 그 유효성에 대하여 어떻게 판단하여야 할지를 간단하게 살펴보고, 뒤에 6장에서 보다 자세히 살펴보기로 한다.

미국에서는 일반적으로 부당한 역분석 금지조항은 무효라고 판단한다. 앞서 살펴본 *Bowers v. Baystate Technologies, Inc.*¹⁷⁵⁾ 사건에서 라이선스 약정에서 프로그램 역분석을 금지하는 조항이 연방 저작권법에 위배되지 (preempted) 않고, 피고는 계약 침해의 책임을 져야 한다고 판시한 바 있으나, 이 문제에 대하여 다른 연방항소법원들은 첨예하게 그 입장이 나뉘어져 있어서 연방항소법원들이 이 문제에 대하여 그 이론 구성을 달리 할 뿐만 아니라, 실제로 거의 유사한 사건들에 있어서도 다른 결론을 도출하기도 한다.¹⁷⁶⁾ 소프트웨어의 상호 호환성의 획득과 누적적으로 발전이 이루어지는 성질 때문에 소프트웨어의 역분석은 매우 중요한 의미를 가지게 된다.¹⁷⁷⁾ 그렇기 때문에 이러한 역분석은 소프트웨어 업계에서 합법적이고, 필요한 관행이라고 받아들여져 왔다.¹⁷⁸⁾

영국 저작권법에서도 역분석에 관한 예외를 금지 또는 제한하는 조항은 무효라고 규정하고 있다.¹⁷⁹⁾

우리나라에서도 쉬링크랩 라이선스에 포함되어 있는 역분석 금지조항은

175) 302 F.3d 1334 (Fed. Cir. 2003).

176) Jacob A. Gantz, 앞의 논문, 1001쪽.

177) Merges, et. al., *Intellectual Property in the New Technological Age*, 3rd edition, Aspen Publishers, 2003, 917-18쪽.

178) Jacob A. Gantz, 앞의 논문, 1005쪽.

179) 송영식 외, 앞의 책, 727쪽

고객에게 부당하게 불리한 조항으로¹⁸⁰⁾ 약관규제법의 적용을 받으면 무효가 될 수 있다.¹⁸¹⁾

사실 프로그램 역분석과 접근권, 공정이용에 관한 문제는 그 자체로 수많은 논의를 거치고 있는 어려운 문제이다. 이 문제에 대하여 깊게 논의하는 것은 본 논문의 체제상 불필요하다고 판단되기 때문에 더 이상 언급하지 않는다.

바. 복제/설치권에 관한 규정

(1) 각사의 라이선스의 검토

(가) 나모

“이 소프트웨어는 사용권 증서에 명시된 사용 기간 동안, 증서 상의 사용자 수만큼 PC에 설치하여 사용할 수 있으며, 사용자의 설치, 사용 및 보관 등의 편의를 위하여 개인 노트북 1대에 추가로 설치하거나 복사본 1개를 만들 수 있습니다.

이 소프트웨어가 컴퓨터의 주기억 장치 혹은 기타 기억 장치에 저장되어 있는 경우, 그 수만큼 소프트웨어를 “사용하고 있는” 것으로 간주합니다.”

“이 소프트웨어를 네트워크 서버에 설치하여 사용하거나 이와 관련된 서비스를 제공하고자 하는 경우는 (주)세중 나모 인터랙티브와 별도 협의를 하여야 합니다. 개인 사용자 제품을 네트워크에서 사용할 수는 있으나, 만일 네트워크 서버에 실행 파일을 설치하여 사용하는 경우에는 네트워크에서 소프트웨어를 동시에 사용하는 사용자의 수 또는 로컬 드라이브에 설치된 실

180) Id.

181) 손승우, "저작권과 워터마크 라이선스 상의 S/W Reverse Engineering의 법적 지위", 산업재산권 제14호, 215쪽.

행 파일의 수만큼 소프트웨어를 구입하여야 합니다.”

(나) 어도비

“2.1 일반적 사용. 사용자는 허락된 수의 호환성 있는 컴퓨터에 이 소프트웨어 사본 하나를 설치하여 사용할 수 있습니다

2.2 서버 배치. 사용자는 허락된 수까지 동일한 내부 네트워크에 있는 컴퓨터에 이 소프트웨어를 다운로드하고 설치하기 위한 목적으로 사용자의 내부 네트워크에 있는 허락된 수의 컴퓨터 파일 서버(들)에 이 소프트웨어의 허락된 수의 사본을 설치할 수 있습니다

2.3 서버 사용. 사용자는 동일한 내부 네트워크에 있는 컴퓨터에서 명령, 데이터 또는 지시(예: 스크립트)를 통하여 이 소프트웨어를 개인 용도로 사용할 목적으로만 사용자의 내부 네트워크에 있는 허락된 수의 컴퓨터 파일 서버(들)에 이 소프트웨어의 허락된 수의 사본을 설치할 수 있습니다. 컴퓨터 파일 서버(들)에 설치된 이 소프트웨어를 사용할 수 있도록 허락된 총 사용자 수(동시 사용자 수가 아닙니다)는 허락된 수를 초과할 수 없습니다. 다른 방식의 네트워크 사용은 허락되지 않습니다. 즉, 직접적으로 또는 명령, 데이터 또는 지시 사항을 통하여, (i) 사용자의 내부 네트워크가 아닌 다른 컴퓨터로/로부터의, (ii) 인터넷 또는 웹 호스팅 서비스를 가능하게 하는, (iii) Adobe의 유효한 사용권을 통하여 이 소프트웨어 사본을 사용하도록 허락되지 않은 사용자에 의한, (iv) 허락된 수 이상의 사용자가 접근가능한 시스템, 워크플로우 또는 서비스의 구성요소로서의, 또는 (v) 개인 용도 이외의 운용(예컨대 와이어 피드 콘텐츠의 대용량 자동 서버 프로세싱)을 위한 이 소프트웨어의 사용은 금지되며 또한 여기에 국한되지 않습니다.

2.4 휴대용 컴퓨터 또는 가정용 컴퓨터 사용. 소프트웨어가 설치된 컴퓨터의 주 사용자는 주 컴퓨터 상의 소프트웨어와 동시에 사용하지 않는다는 것을 조건으로 휴대용 컴퓨터 또는 가정용 컴퓨터에 사용자 본인만의 배타

적 사용을 전제로 소프트웨어의 두 번째 사본을 만들 수 있습니다.

2.5 백업 사본. 사용자는 합리적인 수량의 소프트웨어 백업 사본을 만들 수 있으나, 이 백업 사본은 보존 목적 이외의 다른 용도로 설치 또는 사용될 수 없습니다.”

(다) WindowsXP

“설치 및 사용. 귀하는 한 개의 제품 복사본을 워크스테이션, 터미널, 또는 기타 장치와 같은 한 대의 컴퓨터(“워크스테이션 컴퓨터”)에 설치, 사용, 액세스, 디스플레이, 실행할 수 있습니다. 그러나 어떤 한 대의 워크스테이션 컴퓨터상에서 동시에 2개 이상의 프로세서로 이 제품을 사용할 수 없습니다.”

“저장/네트워크 사용. 귀하는 내부 네트워크를 통하여 귀하의 다른 워크스테이션 컴퓨터에 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되는 네트워크 서버와 같은 저장 장치에 제품의 복사본 한 개를 저장하거나 설치할 수 있습니다. 그러나, 귀하는 제품이 설치, 사용, 액세스, 디스플레이, 실행되는 각각의 별도 워크스테이션 컴퓨터마다 전용 사용권을 취득하여 추가로 지정하여야 합니다. 제품 사용권은 다른 워크스테이션 컴퓨터들 간에 공유되거나 동시에 사용될 수 없습니다.”

(라) MS Office 2003

평가에서 제시

(마) Macromedia

“2. 사용권 허용

본 제2조에서 부여되는 사용권은 본 사용권 계약서에 명시된 내용을 준수합니다.

(a) 제2조 (b)항에 따라 소프트웨어를 한 대의 컴퓨터에서 설치하고 사용하거나, 소프트웨어를 설치하고 실행할 각 컴퓨터에 대해 별도의 사용권이 있는 경우 내부 네트워크를 통해 귀하의 다른 컴퓨터에 소프트웨어를 설치하는 데만 사용되는 네트워크 서버 등의 저장 장치에 소프트웨어를 설치 및 저장할 수 있습니다. 소프트웨어의 사용권은 제2조 (b)항에 달리 명시된 경우를 제외하고는 서로 다른 컴퓨터에서 동시에 공유, 설치 및 사용될 수 없습니다.

(b) 휴대용 또는 가정용 컴퓨터에서 소프트웨어를 사용하려면 필수 정품 인증 절차를 거쳐야 합니다. 필수 정품 인증이 필요한 소프트웨어의 경우, 소프트웨어가 설치된 컴퓨터의 주 사용자는 제2조 (a)항에서 허용된 소프트웨어 사본 외에도 소프트웨어 사본 하나를 추가로 만들어 자신만이 사용할 목적으로 휴대용 컴퓨터나 가정용 컴퓨터에 설치할 수 있습니다. 단, 다음 조건에 한합니다.

(A) 휴대용 또는 가정용 컴퓨터에 설치된 소프트웨어의 두 번째 사본은 (i) 주 컴퓨터의 소프트웨어 사본과 동시에 사용할 수 없고 (ii) 주 사용자에게 의해서만 해당 버전의 용도(예: 교육용)에 맞게 사용해야 합니다. (B) 소프트웨어의 두 번째 사본은 해당 사용자가 더 이상 소프트웨어가 설치된 주 컴퓨터의 주 사용자가 아닐 경우에는 설치 또는 사용할 수 없습니다. (C) 또한, 다량 구매 할인 혜택으로 사용권을 구입한 소프트웨어가 아니어야 합니다.

(c) 소프트웨어가 다른 Macromedia 소프트웨어 제품과 함께 제품 패키지 ("Studio")의 일부로 배포된 경우, Studio의 사용권은 단일 제품으로 사용이 허가되며 소프트웨어를 포함하여 Studio를 구성하는 모든 제품은 두 대 이상의 컴퓨터에 설치 또는 사용할 목적으로 분리할 수 없습니다.

(d) 백업을 목적으로 컴퓨터에서 읽을 수 있는 형식의 복사본 하나를 만들 수 있습니다. 이 복사본에는 모든 저작권 표시 및 소프트웨어 원본의 기

타 모든 소유권 표시를 복사해야 합니다. 백업용으로 만든 소프트웨어 복사본은 판매 또는 양도할 수 없습니다.

3. 사용권 제한

(a) 제2조에서 언급한 내용을 제외하고, 이 소프트웨어 복사본을 제작, 배포하거나 네트워크를 통해 한 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 소프트웨어를 전자적으로 전송할 수 없습니다.”

(바) Cadian

“소프트웨어 제품: 귀하는 1개의 본 소프트웨어 제품을 1대의 컴퓨터에만 설치하여 사용할 수 있습니다.

추가 복사본: 본 소프트웨어 제품이 설치된 컴퓨터의 주 사용자는 원본 소프트웨어의 망실을 대비하여 백업용으로 1개의 복사본을 추가로 만들 수 있습니다.

저장/네트워크 사용: 귀하는 네트워크 서버와 같은 저장 장치에 1개의 소프트웨어를 저장 및 설치할 수 있습니다. 여기서 말하는 네트워크 서버는 재무 네트워크를 통하여 사용자의 다른 컴퓨터에 본 소프트웨어 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되어야 합니다. 이를 위하여 귀하는 저장 장치로부터 본 소프트웨어 제품을 설치하거나 실행하는 각각의 컴퓨터에 대하여 별도 사용권을 취득 및 지정하여야 합니다. 본 소프트웨어 제품에 대한 사용권은 다른 컴퓨터들과 공유하거나 동시에 사용할 수 없습니다. 귀하는 본 소프트웨어 제품의 모든 사용자에게 본 계약의 조건을 주지시켜야 합니다.

라이선스 팩: 귀하가 취득한 본 사용권이 CADian 라이선스 팩에 포함되어 있는 경우, 귀하는 본 사용권의 인쇄본에서 승인된 추가 수량만큼 소프트웨어 제품의 컴퓨터 소프트웨어 부분을 복사할 수 있으며, 위에 명기된 바에 따라 각 복사본을 사용할 수 있습니다.”

(2) 평가

(가) 들어가며

MS Office 2003 사용권 계약서에는 “1.1 설치 및 사용. 다음과 같은 권리를 부여합니다.

(a) 한 대의 컴퓨터 또는 다른 장치에서 소프트웨어 사본을 설치 및 사용할 수 있습니다.

(b) 소프트웨어 첫 번째 사본의 주 사용자는 자신이 사용할 목적으로 또 다른 휴대 장치에 소프트웨어 추가 사본을 설치할 수 있습니다.

1.2 저장소/네트워크 사용을 위한 대체 권한. 1.1(a)항을 대체하는 것으로, 서버 컴퓨터와 같은 네트워크 저장 장치에 소프트웨어 복사본 하나를 설치할 수 있으며 개인용 컴퓨터 등의 하나의 액세스 장치에서 개인 네트워크를 통해 해당 소프트웨어 사본에 액세스하고 이를 사용할 수 있습니다. 본 계약서의 1.4항에서 허용되는 경우를 제외하고는, 네트워크 저장 장치에 설치된 소프트웨어를 액세스하고 사용하는 각 추가 장치마다 별도로 소프트웨어 사용권을 취득해야 합니다.”라고 규정하고 있다.

이 규정은 하나의 휴대 장치와 하나의 PC 또는 다른 장치에 적법하게 설치할 수 있다는 것을 명백히 하면서도 또 다른 휴대 장치에 설치한 후에 이를 사용할 수 있는지의 여부는 불분명하다. 즉 (a)항의 경우에는 설치 및 사용할 수 있다고 규정되어 있지만, (b)항의 경우에는 설치할 수 있다고만 규정되어 있다.

하나 이상의 컴퓨터에 설치할 수 있게 하는 것은 대부분의 사용권 계약서의 입장인데, 예를 들어 나모의 경우에는 “1대에 추가로 설치하거나 복사본 1개를 만들 수 있”다고 규정하고 있고, 어도비사의 경우에는 “주 컴퓨터 상의 소프트웨어와 동시에 사용하지 않는다는 것을 조건으로 휴대용 컴퓨터

또는 가정용 컴퓨터에 사용자 본인만의 배타적 사용을 전제로 소프트웨어의 두 번째 사본을 만들 수 있”다고 규정하는 등 대부분 하나의 PC와 휴대용 컴퓨터 등에 다시 적법하게 해당 컴퓨터 프로그램을 설치할 수 있다고 규정하고 있다.

(나) 유형 및 정리

이들 사용권 계약서들을 좀더 자세히 살펴보면 복제권과 관련하여 보통 세 가지 사항을 규정하고 있는데, 이는 첫째, 주된 컴퓨터와 휴대용 컴퓨터에 동시에 설치할 수 있는지 및 동시에 사용할 수 있는지의 여부와 둘째, 서버에 해당 프로그램의 복제본을 저장할 수 있는지의 여부 및 셋째, 보관을 위한 복제본을 만들 수 있는지의 여부 및 그 개수에 대하여 규정하고 있다.

첫째 주된 컴퓨터와 휴대용 컴퓨터에의 설치 및 사용에 관해서는 대부분 휴대용 컴퓨터에의 설치를 허용하면서도 그 사용에 있어서는 주된 컴퓨터와 동시에 사용하지 않을 것과 주된 사용자 본인만의 사용을 조건으로 사용을 허락하거나 혹은 사용조건에 대해서는 침묵하고 있다. 매크로미디어사의 경우에는 이 외에 해당 버전의 용도대로 사용할 것과 다량 구매 할인 혜택으로 구매한 것이 아닐 것이라는 조건을 부가하고 있다.

여기서 한가지 주목할 만한 것은 나모의 경우 “만일 네트워크 서버에 실행 파일을 설치하여 사용하는 경우에는 네트워크에서 소프트웨어를 동시에 사용하는 사용자의 수 또는 로컬 드라이브에 설치된 실행 파일의 수만큼 소프트웨어를 구입하여야” 한다고 규정하고 있어서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 해당 프로그램을 이용하는 경우에, 우선 구입한 개수 안에서 소프트웨어 스트리밍을 통한 동시 사용이 이루어지고, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용한 후에 잔존하는 캐쉬파일에는 실행 파일이 포함되어 있지 않기 때문에 이 사용권 계약서의 복제 관련 규정을 위반하지 않는다. 즉 나

모의 해당 프로그램은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 사용하더라도 복제권을 침해하지 않게 된다는 것이다. 단 “이 소프트웨어가 컴퓨터의 주기억 장치 혹은 기타 기억 장치에 저장되어 있는 경우, 그 수만큼 소프트웨어를 사용하고 있는 것으로 간주”한다고 규정하고 있기 때문에 동시사용하고자 하는 총 개수보다 하나 더 구입해야 할 것이다.

둘째 서버에 해당 프로그램의 복제본을 저장할 수 있는지의 여부에 대해서는 우선 서버에 해당 프로그램의 복제본을 저장하는 것과 해당 프로그램을 설치하는 것을 구분하면서도 사용이 허락된 수 내에서는 저장 및 설치 모두를 허용하고 있다.

이 경우에 서버에 설치된 복제본도 구매한 개수에 포함되는지, 아니면 이 서버를 통해서 설치되는 개별 PC의 숫자만이 구매한 개수에 해당하지는의 여부에 대해서는 나모의 경우에는 서버의 숫자만큼 더 구매해야 한다고 해석할 수 있지만, 다른 회사들의 경우에는 이는 숫자에 포함되지 않는다고 해석하는 것이 옳을 것으로 보인다.

마지막으로 보관을 위한 복제본을 만들 수 있는지의 여부에 대해서는 대부분 이를 인정하면서 하나의 복제본으로 그 수를 제한하고 있다. 프로그램 보호법 제14조¹⁸²⁾에서는 “필요한 범위 안에서 당해 복제물을 복제”할 수 있다고 규정하고 있는 것에 비하여 수량을 제한함으로써 그 범위를 더 좁히고 있다.

개별 회사들의 사용권 계약서에 의거하여 허용된 복제 범위 내에 있는지를 판단해보면, 앞서 살펴본 것과 같이 나모의 경우에는 허용된 복제 범위 내라고 판단할 수 있으며, 어도비사의 경우에는 허용된 복제 범위에 해당하

182) (프로그램사용자에 의한 복제 등) ①프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위안에서 당해 복제물을 복제할 수 있다. ②프로그램의 복제물을 소지·사용하는 자는 당해 프로그램의 복제물을 소지·사용할 권리를 상실한 때에는 그 프로그램저작권자의 특별한 의사표시가 없는 한 제1항의 규정에 의하여 복제한 것을 폐기하여야 한다. 다만, 프로그램의 복제물을 소지·사용할 권리가 당해 복제물이 멸실됨으로 인하여 상실된 경우에는 그러하지 아니하다.

지 않는다는 것이 명백하며, 마이크로소프트사도 “네트워크 저장 장치에 설치된 소프트웨어를 액세스하고 사용하는 각 추가 장치마다 별도로 소프트웨어 사용권을 취득”할 것을 요구하기 때문에 허용된 복제 범위에 해당하지 않으며, 매크로미디어사의 경우에는 분명하지 않다. Cadian사의 경우에도 “저장 장치로부터 본 소프트웨어 제품을 설치하거나 실행하는 각각의 컴퓨터에 대하여 별도 사용권을 취득 및 지정”할 것을 요구하고 있기 때문에 허용된 복제 범위에 해당하지 않는다.

5. 프로그램보호법과 상충되는 사용권 계약서의 효력

가. 서설

저작권법의 규정과 민법의 규정이 상이하게 규정하는 경우에는 특별법 우선의 원칙에 의하여 기본적으로 저작권법이 민법이나 상법에 우선 적용된다.¹⁸³⁾ 또 소프트웨어에 있어서 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법이 상충하는 경우에는 마찬가지로 컴퓨터프로그램보호법이 우선 적용될 것이다.¹⁸⁴⁾

그러나 계약에 의하여 저작권법상의 규정의 적용을 배제하거나, 혹은 저작권법상에 규정된 권리의 범위를 확대 혹은 축소하는 경우에 단순히 저작권법이 민법이나 상법의 특별법이기 때문에 저작권법이 관철되고 그 한도에서 계약은 무효라고 단언할 수는 없다. 문제되는 사안에 있어서 양 당사자의 합의된 의사가 우선하는지, 법규정이 우선하는지에 대해서 개별적으로 판단할 수 밖에 없으나, 이러한 개별적 판단에 판단의 기준이 될 수 있는

183) 황적인, "저작권법과 민법과의 관계", 저작권심의조정위원회, 한국저작권논문선집(I), 저작권관계자료집 11 (1992), 33쪽. 그러나 민법은 유체물에 대하여, 저작권은 원칙적으로 무체물에 대하여 적용되기 때문에 적용범위가 겹치는 부분이 많지 않다고 생각할 수도 있다.

184) 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법의 특별법적 성격을 갖는다는 데에 대하여 송영식 외, 앞의 책, 700쪽.

여러 학설을 아래에서 살펴보고자 한다.

나. 미국의 경우

(1) 서설

계약과 저작권과의 관계는 이미 오랫동안 논의된 주제이다.¹⁸⁵⁾

이 문제는 애초에는 역공정을 금지하는 계약 조항의 유효성을 두고 논의가 시작되었으나, ProCD, Inc. v. Zeidenberg사건¹⁸⁶⁾ 이후의 Uniform Computer Information Transactions Act (이하 “UCITA”)의 입법과 함께 논쟁이 격렬해졌다.¹⁸⁷⁾

저작권법과 계약이 충돌할 때, 자주 인용되는 원칙들로 연방법 우선의 원칙, 저작권의 남용, 공공정책 등으로 정리할 수 있으며, 이후에서 이에 대하여 하나씩 살펴본다.

(2) 연방법 우선(Preemption)의 원칙

주법과 연방법이 충돌하는 경우에 헌법에서 연방법으로 규정할 것을 요구하는 사안에서는 연방법이 주법에 우선하여 적용된다는 원칙으로 이는 미국 헌법의 우월조항¹⁸⁸⁾을 근거로 하는 원칙이다.

이 원칙은 다시 크게 미국 저작권법 제301조를 근거로 저작권법은 헌법상의 저작권법 조항에 근거하여 연방법의 규정대상이고, 계약법은 보통 주법으로 규정되고 있기 때문에 저작권법과 계약법이 충돌하는 경우에는 저작

185) Jacques De Werra, *Moving Beyond The Conflict Between Freedom Of Contract And Copyright Policies*, 25 Colum. J.L. & Arts 239, 254쪽.

186) ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

187) Jacques De Werra, 앞의 논문, 254쪽.

188) 본 헌법, 본 헌법에 준거하여 제정되는 합중국 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 모든 조약은 이 나라의 최고법률이며, 모든 주의 법관은, 어느 주의 헌법이나 법률 중에 이에 배치되는 규정이 있을지라도 이에 구속된다. U.S. Const. art. VI, cl. 2.

권법이 계약법에 우선하여 적용된다는 것과 헌법의 우월조항에서 바로 그 우선의 근거를 찾는 것으로 나누어 볼 수 있다.¹⁸⁹⁾ 이러한 연방법 우선의 원칙이 직접적으로 배제하는 것은 각 주의 법률이지만, 사적 당사자의 계약 또한 그 계약과 강제집행을 규율하는 것이 주법이라는 점에서, 사적 당사자의 계약 역시 이 원칙의 적용을 받게 된다.¹⁹⁰⁾ 즉 연방 저작권법과 주 계약 법간의 충돌이 있을 때 이 원칙이 적용되는 것이다.¹⁹¹⁾

미국 저작권법 제301조¹⁹²⁾를 우선의 근거로 주장하기 위해서는 보호대상

189) Gloria C. Phares, *Copyright Licensing*, 897 PLI/Pat 77, 145쪽

190) Jacques De Werra, 앞의 논문, 263-264쪽.

191) Jacques De Werra, 앞의 논문, 264쪽.

192) 제301조 다른 법에 대한 우선 적용

- (a) 1978년 1월 1일 이후에 유형적인 표현매체 내에 고정되고, 제102조 및 제103조에 규정된 저작권의 보호대상에 해당하는 저작물에 대한 법상 또는 형평법 상의 권리로서 제106조에 규정된 저작권의 일반적 범위에 속하는 배타적인 권리와 동등한 모든 권리는, 앞의 동 연월일 이전 또는 이후에 발생하였느냐의 여부를 불문하고 본 편 법전의 적용만을 받는다. 1978년 1월 1일 이후에는 누구든지 보통법이나 주법에 의하여 이러한 저작물에 대한 이와 같은 권리를 가질 수 없다.
- (b) 본 편 법전의 규정은 다음의 어느 하나에 관한 보통법이나 주법의 규정에 의한 권리나 구제를 무효 또는 제한하지 아니한다.
- (1) 제102조 및 제103조에 규정된 저작권의 보호대상에 해당되지 아니하는 보호대상과 유형적인 표현매체 내에 고정되지 아니한 저작물,
- (2) 1978년 1월 1일 전에 개시된 사업으로부터 발생한 소인(訴因, cause of action),
- (3) 제106조에 규정된 저작물의 일반적 범위에 속하는 배타적 권리와 동등하지 아니한 법상 또는 형평법 상의 권리를 침해하는 활동이나, 또는
- (4) 제102조 (a)항 (8)호의 규정에 의하여 보호되는 건축저작물과 관련한 주 및 지역 경계, 역사적 보존, 구획 또는 건물약호(建物略號).
- (c) 1972년 2월 15일 전에 고정된 녹음물에 관하여는 보통법이나 주법의 규정에 의한 권리 또는 구제는, 2067년 2월 15일까지 본 편 법전의 규정에 의하여 무효 또는 제한되지 아니한다. (a)항의 우선 적용규정은, 2067년 2월 15일 이후에 개시되는 사업으로 인하여 발생한 소인에 관련된 권리 및 구제에 대하여 적용한다. 1972년 2월 15일 전에 고정된 녹음물은 제303조의 규정에도 불구하고, 2067년 2월 15일 이전 또는 이후에도 본 편 법전의 규정에 의한 저작권의 대상이 되지 아니한다.
- (d) 본 편 법전의 어느 규정도 기타 다른 연방법 규정에 의한 권리 또는 구제를 취소하거나 제한하지 아니한다.
- (e) 본 조 상의 연방법 우선 적용의 범위는 미국이 베른협약 당사국이 되거나 또는 그에 따른 의무를 충족시키는 것에 영향을 받지 아니한다.
- (f) (1) 1990년 시각예술가의 권리에 관한 법률 제610조 (a)항에 규정된 발효일 이후에, 제106조의 A에 의하여 부여된 권리의 적용을 받는 시각예술저작물에 대하여 제106조의 A가 부여한 권리와 동등한 가치가 있는 모든 법상 또는 형평법 상의 권리는 제106조의 A, 제113조 (d)항,

에 관한 판단기준과 동등한 권리에 관한 판단기준을 거쳐야 한다.¹⁹³⁾

보호대상에 관한 판단기준은 “자신들의 선호에 따라 저작권법의 경계선”¹⁹⁴⁾을 확장함으로써 저작권법의 보호를 받을 수 없는 것에도 주가 그 보호하려고 하는 것을 막으려고 하는 것으로, 미국 저작권법 제102조와 제103조에서 규정하는 유형적 매체에 고정된 표현에 대한 저작권법의 보호대상에 해당하는 경우에 이 원칙이 적용된다. 이러한 원칙들이 적용된 사건들로는 Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co. Inc.사건,¹⁹⁵⁾ ProCD v. Zeidenberg사건,¹⁹⁶⁾ American Movie Classics Co. v. Turner Entertainment Co.사건¹⁹⁷⁾, Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Association사건¹⁹⁸⁾ 등을 들 수 있다.

동등한 권리에 관한 판단기준(The Equivalent Rights Test)은, 저작권법

그리고 당해 조문과 관련되는 본 편 법전의 규정의 배타적 적용을 받는다. 그 이후로는 누구도 보통법이나 주법의 규정에 의하여 시각예술저작물에 대한 그와 같은 권리 또는 그와 동등한 권리를 부여받지 못한다.

(2) (1)호의 어떤 규정도 다음과 관련하여 보통법이나 주법 상의 어떤 권리나 구제를 폐지하거나 제한하지 않는다.

(A) 1990년 시각예술가의 권리에 관한 법률 제610조 (a)항에 규정된 발효일 전에 개시된 사업으로부터 발생한 소인,

(B) 제106조의 A에 의하여 시각예술저작물에 부여된 권리와 동등하지 아니한 법상 또는 형평법 상의 권리를 침해하는 행위, 또는

(C) 저작자의 사망 후에까지 미치는 법상 또는 형평법 상의 권리를 위반하는 행위.

193) Gloria C. Phares, 앞의 논문, 145-146쪽.

194) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 723 F.2d 195, 200쪽 (2d Cir. 1983).

195) Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co. Inc., 499 U.S. 340, 346 (1991). 이 사건에서 법원은 분쟁의 대상이 된 전화번호부에서 저작자와 작품성을 인정할 수 없기 때문에 저작권을 인정할 수 없고, 저작권과 유사한 보호를 부여하려는 계약 또한 그 효력을 부정하였다.

196) ProCD v. Zeidenberg, 908 F. Supp. 640, 656-657 (W.D. Wisc. 1996), 이 사건에서 법원은 쉬링크랩 라이선스는 양 당사자에 대해서만 구속력이 있는 계약이고, 따라서 대세적인 권리가 아니기 때문에 연방 저작권법에 의하여 배제되지 않는다고 하였다.

197) American Movie Classics Co. v. Turner Entertainment Co., 922 F. Supp. 926 (S.D.N.Y. 1996). 이 사건에서 법원은 소송의 대상인 동화상이 저작권법의 보호대상이기 때문에 주법상의 계약 위반이나 계약 침해 및 부정경쟁을 배제한다고 하였다.

198) Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass'n, 805 F.2d 663 (7th Cir. 1986). 이 사건에서 법원은 NBA 선수들의 경기결과에 대하여 저작권법의 보호대상에 해당된다고 판단하였다.

하에서는 일반적으로 특정 저작물의 사용자에게 부여되어 있는 권리의 행사를 막는, 주 법상의 계약을 강제집행을 막는 것¹⁹⁹⁾으로 이해되지만, 그 의미가 아주 분명한 것은 아니다.²⁰⁰⁾ 이 판단기준에서 많은 법원들은 ‘추가 요소(extra element)’ 판단기준을 적용한다.²⁰¹⁾ 이는 미국 저작권법 제106조에서 규정하고 있는 권리들의 실행 대신 또는 이 권리들 이외에 추가 요소를 포함하고 있는, 주법상의 청구는 저작권법상의 청구 대신 집행될 충분한 이해관계를 가지는 것으로 이를 허용하는 것이다.²⁰²⁾ 이 판단기준은 적용된 사건으로 Wrench LLC v. Taco Bell Corp.사건²⁰³⁾, National Car Rental System v. Computer Associates사건,²⁰⁴⁾ Nat'l Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.사건,²⁰⁵⁾ Frontline Test Equip. Inc. v. Greenleaf Software, Inc.사건,²⁰⁶⁾ Rosciszewski v. Arete Assocs., Inc.사건²⁰⁷⁾ 등을 들 수 있다.

헌법상의 우월성으로 바로 해당 계약이 배제되는 것은 주법 하에서 인정되는 권리들이 연방의회의 입법 목적을 방해해서는 안된다는 것을 그 근거로 하는데,²⁰⁸⁾ 저작권법과 라이선스 계약에 있어서는 당사자들의 합의가 저작권법에서 규정하고 있는 권리자와 대중의 이익에 대한 균형점에 영향을

199) F. Lawrence Street, et. al, 앞의 책, 592쪽.

200) Jacques De Werra, 앞의 논문, 267쪽.

201) Gloria C. Phares, 앞의 논문, 146쪽.

202) F. Lawrence Street, et. al, 앞의 책, 592쪽.

203) Wrench LLC v. Taco Bell Corp., 256 F.3d 446, 456 (6th Cir. 2001). 이 사건에서 법원은 ‘보상의 기대(expectation of compensation)’이라는 추가 요소가 있기 때문에 배제되지 않는다고 판단하였다.

204) National Car Rental System v. Computer Associates, 991 F.2d 426 (8th Cir. 1993). 이 사건에서 법원은 저작권법에서 권리로 규정하고 있지 않은 ‘사용’이라는 추가요소가 있기 때문에 배제되지 않는다고 판단하였다.

205) Nat'l Basketball Ass'n v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 850 (2d Cir. 1997).

206) Frontline Test Equip. Inc. v. Greenleaf Software, Inc., 10 F. Supp. 2d 583, 592 (W.D.Va. 1998).

207) Rosciszewski v. Arete Assocs., Inc., 1 F.3d 225, 230 (4th Cir. 1993).

208) Jacques De Werra, 앞의 논문, 270쪽.

주어지는 안된다는 것으로 나타난다. 이러한 원칙이 나타난 사건으로는 Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.사건,²⁰⁹⁾ P.C. Films Corp. v. MGM/UA Home Video Inc.사건,²¹⁰⁾ Information Handling Services Inc. v. LRP Publications Inc.사건,²¹¹⁾ Rano v. Sipa Press, Inc.사건,²¹²⁾ Walthal v. Rusk사건²¹³⁾ 등을 들 수 있다.

(3) 저작권의 남용(Copyright Misuse)

저작권 부정사용에 대한 원칙은 특허의 부정사용에 대한 논의에서 도출되는데, 이는 헌법상 부여된 배타적 권리를 공익에 반하는 방식으로 사용하면 안된다는 것이다.

이러한 원칙은 라이선스 계약에 바로 적용될 수 있다는 점에서 유용할 수 있으나 이 원칙을 광범위하게 적용할 경우 독점규제법과의 관계가 모호해진다는 단점이 있다.²¹⁴⁾

이 원칙은 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds.사건²¹⁵⁾에서 처음 나타나서 Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.사건,²¹⁶⁾ Saturday

209) Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988). 이 사건에서 법원은 쉬링크랩은 통하여 컴퓨터 프로그램의 모든 부분에 대하여 역공정을 영원히 금지할 수 있도록 하고 있는 루이지애나 소프트웨어 라이선스 집행법이 저작권법 제117조에 위배되기 때문에 배제된다고 판시하였다.

210) P.C. Films Corp. v. MGM/UA Home Video Inc., 138 F.3d 453, 458 (2d Cir. 1998). 이 사건에서 법원은 저작권의 보호기간 이상의 갱신기간을 규정하는 계약은 연방법상 집행될 수 없다고 하였다.

211) Information Handling Services Inc. v. LRP Publications Inc., 2000 WL 433998 (E.D. Pa. April 18, 2000). 이 사건에서 법원은 미국정부 문서의 컴퓨터 데이터베이스를 허락없이 복제하는 것에 대한 부정사용과 불공정경쟁에 관한 청구는 배제된다고 하면서 협상하지 않는 쉬링크랩 라이선스가 저작권으로 보호받을 수 없는 대상에 대해서도 저작권적 보호를 확대하는 것이 옳은가에 대한 의문을 제기하였다.

212) Rano v. Sipa Press, Inc., 987 F.2d 580 (9th Cir. 1993).

213) Walthal v. Rusk, 172 F.3d 481 (7th Cir. 1999).

214) Jacques De Werra, 앞의 논문, 277-278쪽.

215) Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990). 이 사건에서 법원은 99년간 유사한 컴퓨터 프로그램(Computer assisted die-making software)을 개발·제작·판매하지 못하도록 한 라이선스 규정을 반경쟁적이어서 저작권 부정사용이라고 판단하였다.

216) Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc., 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc.사건,²¹⁷⁾ Practice Mgmt. Info. Corp. v. Am. Med. Ass'n사건²¹⁸⁾ 등에서 나타나고 있다.

(4) 공공 정책(Public Policy)

이는 입법기관이나 법원에 의하여 사회전체에 중요한 문제로 취급되는 원칙이나 기준으로 정의될 수 있는데,²¹⁹⁾ 그 개념이 분명하지는 않지만 다른 방법이 없는 경우에 마지막으로 사용되는 예가 많다.²²⁰⁾

이 원칙의 근거로는 제2차 계약법 주석(Restatement (Second) of Contracts)의 178(1)의 규정을 드는데, 이는 법규에서 그 집행을 막거나, 그 집행이 공공정책에 반하는 것이 명백한 때에는 이를 강제집행할 수 없다는 규정이다. 이 원칙 또한 그 의미가 불명확하기 때문에 실제로 적용하는 것이 어려운데, 이 원칙이 적용된 판결로는 Lasercomb Am., Inc. v. Reynolds사건,²²¹⁾ Tamburo v. Calvin사건²²²⁾, S.O.S., Inc. v. Payday, Inc.사건,²²³⁾ Fantastic Fakes, Inc. v. Pickwick Int'l, Inc.사건,²²⁴⁾ Jacob Maxwell, Inc. v. Veeck사건²²⁵⁾ 등을 들 수 있다.

(5) 평가

217) Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc., 816 F.2d 1191, 1200 (7th Cir. 1987).

218) Practice Mgmt. Info. Corp. v. Am. Med. Ass'n, 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).

219) Black's Law Dictionary 1245 (7th ed. 1999).

220) Jacques De Werra, 앞의 논문, 279쪽.

221) Lasercomb Am., Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970, 978 (4th Cir. 1990). 이 사건에서 법원은 저작권 부정사용으로 인정되는 이유가 저작권자가 저작권법에 내재되어 있는 공공 정책을 위반하는 방식으로 저작권을 사용하였기 때문이라 하였다.

222) Tamburo v. Calvin (1995, ND Ill) 1995 US Dist Lexis 3399. 이 사건에서 법원은 “컴퓨터 기반 여부와 관계 없이(Whether or not computer-based)”라는 규정이 저작권법의 규정 이상으로 저작권자의 독점을 확장하는 것으로 이는 저작권의 부정사용이라 하였다.

223) S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081 (9th Cir. 1989).

224) Fantastic Fakes, Inc. v. Pickwick Int'l, Inc., 661 F.2d 479, 483 (5th Cir. 1981).

225) Jacob Maxwell, Inc. v. Veeck, 110 F.3d 749 (11th Cir. 1997).

앞서 말한 원칙들이 항상 일관되게 적용되는 것이 아니기 때문에 원칙이 분명하게 확립되었다고 말하기는 어려우나, 저작권법과 상충되는 라이선스 계약을 무효화할 수 있는 근거들의 예시로 이런 원칙들을 살펴보는 것이 의미있을 것이다.

앞서 살펴본 원칙에서 고려한 것들을 다시 살펴보면, 1) 저작권법의 보호 범위를 확장하는 계약, 2) 저작권법에서 설정한 권리자와 일반 대중간의 이익 균형점을 바꾸는 계약, 3) 반경쟁적인 계약, 4) 공공정책에 반하는 계약은 그 계약이 비록 양 당사자의 합의에 의한 것이라 할지라도 이익 효력을 부인할 수 있게 된다.

다. 국내의 논의

(1) 들어가며

국내에서 저작권법의 규정과 개별 계약의 규정이 충돌할 경우, 어떠한 계약 규정이 유효하고 어떠한 계약 규정이 무효인지에 대하여 강행규정성에 기초한 논의, 성립요건/자유이용에 기초한 논의, 공익적 성격과 계약의 실질적 요소에 기초한 논의가 이루어지고 있고, 이후에서 하나씩 살펴보기로 한다.

(2) 강행규정성에 기초한 논의

(가) 서설

저작권법에 의하여 소프트웨어를 보호할 수 있는지가 명확하지 않던 시기에 워링크랩 라이선스에서 해당 소프트웨어를 저작권자의 허락 없이 복제할 수 없다는 규정은 가장 의미 있는 규정이었다. 그러나 현재에는 저작권법과

컴퓨터프로그램보호법이 소프트웨어를 저작권으로 보호함을 명확히 규정하고 있기 때문에 이러한 조항은 확인적 의미 외에는 다른 의미를 찾기 어렵다.²²⁶⁾ 이하에서 저작권법을 강행규정과 임의규정으로 나누고 강행규정의 경우 계약으로 이를 배제할 수 없다는 견해에 대하여 살펴본다.

(나) 저작권 제한규정의 강행규정성

우리나라의 경우에 저작권을 제한하는 규정이 강행규정인지에 대한 논의가 활발하지 않아서 국내의 학설로 그 여부를 판단하기는 어려워 보인다. 미국의 경우에는 저작권법의 근거규정이 헌법에 있고, 그 헌법에서 부여된 의회의 권한으로 연방 저작권법을 제정하였기 때문에 연방 저작권법이 적용되는 한도 내에서 주법, 특히 주 계약법은 배제된다.²²⁷⁾ 이러한 미국의 논리는 연방국가이기 때문에 우리나라의 경우와 다르게 논의가 전개되고 있다고 볼 수 있으나²²⁸⁾, 이러한 논의를 우리나라에 적용하여 일반법/특별법의 논리로 받아 들일 수 있는 여지 또한 존재한다.

일본은 프로그램 저작권의 제한에 관한 규정을 임의규정을 보는 것이 통설이라고 한다.²²⁹⁾

이에 대하여 쉬링크랩 라이선스가 첨부된 소프트웨어의 거래에 있어서, 공급자와 소비자의 경제적 불균형에 착안하여, 프로그램 저작권의 제한규정은 프로그램 저작권자의 독점적인 이익과 사용자의 권리 간의 정책적 타협점으로 이는 강행규정에 해당한다고 한다.²³⁰⁾ 그리고 그 판단 기준으로 민법에 있어서의 강행규정과 임의규정의 구별 기준인 1) 사회의 기본적 윤리

226) 황찬현, 앞의 논문, 18쪽.

227) “The Court agrees that the contractual restriction does create a right not existing under copyright law.” Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway, Inc. 사건, 334 F.Supp.2d 1164 (United States District Court, E.D. Missouri, 2004) 참조.

228) 황찬현, 앞의 논문, 18쪽.

229) 위의 논문, 19쪽.

230) Id.

관을 반영하는 규정, 2) 가족관계질서의 유지에 관한 규정, 3) 법률질서의 기본구조에 관한 규정, 4) 제3자, 나아가서는 사회 일반의 이해에 직접 중요한 영향을 미치는 규정, 5) 거래의 안전을 위한 규정, 6) 경제적 약자의 보호를 위한 사회정책적 규정 등을 원용하고 있다.

기본적으로 이러한 견해에 대하여 찬동하나, 그 판단 기준에 있어서 민법의 그것을 단순히 적용하는 것은 문제가 있다고 본다. 민법에 있어서의 사회윤리적인 기준들이나 가족관계에 관한 기준 및 제3자의 보호 등의 규정 등은 컴퓨터 프로그램 저작권의 제한규정이 강행규정인지를 판단하기에 그다지 큰 도움이 될 것 같지 않기 때문이다.

(3) 성립요건/자유이용에 기초한 논의

(가) 개요

이전의 강행규정에 근거한 논의에서 한발 더 나아가, 강행규정과 임의규정을 구별하는 기준으로, 저작권에 있어서 저작권법의 성립요건과 내용 및 그 보호에 관한 규정은 강행규정으로 보고, 저작물의 자유이용에 관한 규정은 원칙적으로 임의규정으로 보는 견해²³¹⁾이다.

(나) 근거 및 검토

우선 저작권은 준물권이라는 점에 논의를 시작하여, 저작권의 성립요건과 내용 및 그 보호에 관한 규정은 물권의 성립 및 그 범위에 관한 내용이므로 강행규정으로 보고, 반면 저작권의 자유이용에 관한 규정은 그 적용범위가 당사자에 한정되기 때문에, 저작권법의 권익 균형에 대한 영향력이 적고, 이를 강행규정으로 보는 견해의 근거가 되는 경제적 약자라는 개념은 상대적

231) 권영준, “저작권과 계약의 상호관계에 대한 몇 가지 문제점”; 권영준, 강태욱, “UCITA에 관한 소고” 이상 미발표 논문

이고 또한 시간에 따라 달라질 수 있는 개념이므로 그 근거로 불충분하기 때문에, 이를 임의규정으로 보아야 한다고 주장한다.

저작권이 준물권이기 때문에 그 성립요건과 권리의 범위에 관한 규정이 강행규정이어야 한다는 견해에는 찬동한다. 그러나 저작권의 권리의 범위에 관한 규정과 저작권의 자유이용에 관한 규정으로 나누는 것은 관념적인 구분일 뿐, 실제에 있어서 저작물을 자유로이 이용할 수 있게 하는 규정은 결과적으로 저작권의 권리의 범위를 축소하게 하는 결과를 가져오게 된다. 또한 경제적 약자라는 개념이 상대적이라는 사실은 그 개념의 정립이 용이하지 않다는 것을 의미할 뿐, 그래서 경제적 약자에 대한 배려가 없어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 또한 경제적 약자가 시대에 따라 변한다는 사실 또한 시대의 변화에 따라 저작권법이 변화해야 한다는 것을 의미할 뿐, 배려의 불필요성을 의미하는 것은 아니다.

(4) 공익성 성격과 계약의 실질적 요소에 기초한 논의

(가) 개요

앞서 살펴본 두 가지 견해 모두 ‘강행규정성’을 전제로 하는 견해임에 반하여 이 견해는 해당 규정의 공익적 성격과 계약의 실질적 요소들을 고려하여 결정하여야 한다는 견해²³²⁾이다.

(나) 근거 및 검토

강행규정에 해당하는 규정에 대해서도 양 당사자가 자유로운 의사에 기하여 상대적인 효력을 갖는 계약을 맺을 수도 있고, 임의규정에 해당하는 사항이라도 민법상 불공정한 법률행위 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반

232) 성지용, “사이버지적재산권의 약관에 의한 보호”, 손경한 편, 「사이버 지적재산권법」(2004), 58-59쪽.

하여 무효가 될 수 있으며, 또한 약관의 규제에 관한 법률 위반으로 무효가 될 수 있기 때문에 강행규정/임의규정이라는 단일 잣대로 판단하는 것은 옳지 않다고 주장한다.

그러나, 이 견해에 있어서 우선 강행규정에 해당하는 규정에 대해서 양 당사자가 자유로운 의사에 기하여 계약을 체결할 수 있기 때문에 임의규정이 될 수 있다는 주장에 대해서는, 양 당사자가 자유로운 의사에 기하여 공정한 계약을 맺기가 어렵다고 판단되기 때문에 강행규정으로 하여 이를 계약으로 배제하지 못하게 한다는 사실을 간과한 것이다. 또한 임의규정에 해당하더라도 다른 법률 등에 의해서 무효가 될 수 있다는 것은, 임의규정을 어떻게 정의하느냐에 따라 달라질 수 있겠지만, 만약 특정 규정이 저작권법만으로 판단할 때 그 규정이 임의규정으로 판단된다고 할지라도, 민법이나 약관의 규제에 관한 법률과 결합하여 이에 위반되는 계약을 무효로 한다고 하면 이는 법체계 전체에서 강행규정이자, 임의규정이라고 할 수 없을 것이다.

라. 검토

저작권은 헌법 제22조 2항이 보장하고 있는 권리이고, 이 저작권 중 재산적 성격을 갖는 권리는 헌법 제23조의 적용을 받게 된다. 이는 곧 사유재산으로 그 사용 및 처분에 있어서 자유를 갖되, 공공복리 등의 제한을 받는다는 것을 의미한다.

저작권을 제한하는 규정에 위배되는 계약의 유효성을 논함에 있어서 강행규정/임의규정의 논리적 방법은 유용하다고 판단된다. 그리고 강행규정이기 때문에 자유로이 맺은 계약의 내용이 수정되거나, 혹은 계약 전체가 무효화되는 것은 헌법 제23조의 ‘공공복리’에 관한 규정으로 정당화될 수 있을 것이다.

문제의 요지는 강행규정/임의규정의 구별기준을 마련하는 것인데, 이러한

기준은 칼로 자르듯이 명확하고 일률적으로 정할 수 있는 것은 아닐 것이다. 이 기준은 이에 대한 논의가 진행되고, 또한 판례가 축적되면서 자연스럽게 형성될 수 있으리라 판단된다. 아직 충분히 논의가 진행되지 않았고 이에 대한 판례도 축적되지 않은 상황에서 기본적으로 그 기준으로 제시해 본다면 첫째 ‘공공복리’와 관련된 규정은 강행규정으로 보아야 한다. 이러한 공공복리의 내용으로는 저작권법에서 규정한 배타적 권리 이외에 다른 배타적 권리의 성립에 관한 규정들, 즉 저작권의 보호범위를 확장하는 규정들과, 저작권법에 있어서의 저작자와 사용자간의 이익 형량에 관한 규정들, 약관규제법의 규제내용과 연관되는 규정들, 독점규제법과 연관되는 규정들 등을 들 수 있다. 둘째, 저작권의 사적 처분과 관련된 규정들은 원칙적으로 임의규정으로 보되, 경제적 우위/열위를 고려하여 판단하여야 할 것이다.

6. 정리

앞서 살펴본 쉬링크랩 라이선스 조항들을 위의 기준들로 판단해보자.

첫째, 계약의 성격 및 양도/대여 등에 관한 조항들을 살펴보면, 모두 계약의 성격을 매매가 아닌 사용허락으로 규정하면서 양도나 대여 등에 일정한 제한을 가하고 있다. 이는 살펴본 바와 같이 매매가 아닌 사용허락으로 규정해야 양도 및 대여에 제한을 가할 수 있기 때문이다. 책이나 CD의 경우, 책의 내용(저작물)을 담고 있는 종이뭉치(매체)와 음악(저작물)을 담고 있는 CD(매체)는 일반적으로 매매로 인식된다. 이러한 매체에 대한 매매가 그 저작물(책의 내용이나 음악 자체)에 대한 저작권 처분 계약으로 바로 연결되지 않음에도 불구하고 이를 전체적으로 매매계약으로 파악한다. 이는 해당 매체와 저작물이 실질적으로 분리될 수 없고, 해당 매체를 정상적으로 이용하는 한도(책을 읽고, 음악을 듣는) 내에서 해당 저작물을 마음대로 이용할 수 있는 권한까지 포함되어 거래에 제공된다고 파악하기 때문이다. 만약 매

체가 아니라 저작물 자체가 거래에 제공된 경우에만 이를 마음대로 양도/대여할 수 있다면 일반적인 책이나 CD의 양도 및 대여 또한 제한될 수밖에 없을 것이다.

패키지 라이선스 제품으로 판매되는 컴퓨터 프로그램도 앞에서 예를 든 책과 CD와 이와 같은 점에서는 크게 다를 것이 없다. 즉 컴퓨터 프로그램 자체에 대한 매매가 아니라 할지라도 패키지 라이선스 제품 전체적으로는 매매에 해당된다고 보아서 양도가 가능하고, 비상업적인 대여는 가능하다고 보아야 할 것이다.

이것을 금지하기 위하여 계약의 성격을 사용허락으로 규정하여 양도와 비상업적인 대여까지 금지하는 것은 개정전 저작권법 제42조 제1항과 프로그램보호법 제19조 제1항의 규정의 취지를 위반하는 것으로 이는 저작권자와 사용자간의 이익 균형을 깨는 것으로 무효라 할 것이다. 따라서 해당 쉬링크랩 라이선스에 위반하여 양도나 비상업적인 대여행위를 하는 것은 적법하다고 할 것이다.

다음은 네트워크를 이용한 사용과 복제 등에 관한 규정을 살펴보자.

네트워크를 이용한 사용의 경우, 각 라이선스는 나름대로의 규정을 두어 이를 제한하고 있다. 그러나 이러한 규정들은 저작권법과 프로그램보호법 상에서 규정하고 있는 전송권과 그 범위가 일치하지 아니한다. 예를 들어 전송권 개념에는 없는 ‘동일한 내부 네트워크’라는 제한을 살펴보면, 일반 공중에 대한 전송이 아닌 한, 외부 네트워크로의 전송도 전송권 침해에 해당하지 않는다.²³³⁾ 그럼에도 불구하고 동일한 내부 네트워크상에서 이루어지는 전송만 허용한다고 하는 것은 저작권법 제2조 제9호의2에서 규정하고 있는 전송에 대한 정의 및 동법 제18조의2에서 규정하고 있는 전송권에 대한 규정, 프로그램보호법 제2조 제7호와 제7조의 규정과 일치하지 않는다.

233) 1:1 전송이나, 외부 서버에 자신만이 접근할 수 있도록 해당 컴퓨터 프로그램의 백업본을 저장해두는 경우를 말한다.

이렇게 동일한 내부 네트워크상에서의 전송만을 허용하는 것으로 해석한다면, 이는 모든 전송이 아니라 일정범위의 전송만을 저작권자의 배타적인 권리 영역으로 인정하는 저작권법 등의 취지에 부합되지 않으며 그 결과 저작권의 보호범위를 확장할 뿐만 아니라, 저작권자와 사용자간의 이익 균형을 깨는 것으로 볼 수 있기 때문에 무효라 할 것이다. 그러나 동일한 내부 네트워크 내에서 이루어지는 전송은 “일반 공중”에 이루어지는 전송으로 보지 않겠다는 의사로 해석한다면 법 규정의 취지를 벗어나는 것이라고 볼 수 없기 때문에 유효라 할 것이고, 이는 유효해석의 원칙²³⁴⁾에 따라 동일한 내부 네트워크라는 제한은 “일반 공중”에 해당하지 않는다는 취지로 해석하여야 할 것이다. 즉 동일한 내부 네트워크 내에서 사용 허락된 수 이내에서 사용하는 사용자는 일반 공중이 아니므로, 이러한 사용은 전송권을 침해하지 않는다고 해석될 수밖에 없다.

다음으로, 복제에 대한 규정들을 살펴보자. 복제권과 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 대부분의 슈링크랩 라이선스 규정에서 보관을 위한 복제본을 만들 수 있지만 하나의 복제본으로 그 수량을 제한하고 있다. 이것은 앞에서 이야기한 것과 같이 프로그램보호법 제12조 제4호 “가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우”에 대한 규정과 제14조의 “필요한 범위 안에서 당해 복제물을 복제할 수 있”다고 한 것과 다르다. 사적 복제의 예외를 전적으로 제외하고 있는 것은 역시 저작권자와 사용자의 이익을 균형을 깨뜨리고 있는 것으로 판단될 수 있을 것이다. 그리고 소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련하여 문제가 되는 것으로 클라이언트 PC에 설치 및 사용이 가능하게 하기 위하여 해당 복제본을 서버에 저장할 수 있는지의 여부에 대해서는 대부분의 라이선스가 이를 긍정하고 있기 때문에 크게 문제되지 않을 것이다.

마지막으로 프로그램코드역분석에 관한 규정들은 한결같이 관련 법에서

234) 윤진수, 앞의 논문, 75쪽 이하 참조.

허용되지 않는 역분석을 허용하지 않는다고 규정하고 있기 때문에 저작권법 등과 충돌하는 부분은 발생하지 않는다고 할 것이다.

이하에서는 지금까지 살펴본 라이선스 조항에서의 허락되거나 허락되지 않는 사용방법에 대한 논의를 바탕으로 개별 저작권의 침해여부를 살펴보자.

IV. 복제권의 침해 여부

1. 복제권의 의의

개정전 저작권법에서는 복제를 제2조 제14호에서 “인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을, 각본·악보 그 밖의 이와 유사한 저작물의 경우에는 그 저작물의 공연·실연 또는 방송을 녹음하거나 녹화하는 것을 포함”하는 것으로, 개정 저작권법 제2조 제22호에서는 “인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함”하는 것으로 정의하면서, 제16조(개정전 저작권법과 개정 저작권법 동일)에서 저작자에게 이에 대한 배타적인 권리를 인정하고 있고, 컴퓨터프로그램보호법에서는 제2조 제3호에서 복제를 “프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위”로 정의하면서 제7조 제1항에서 프로그램저작자에게 배타적인 권리로 인정하고 있다.

복제란 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것에 한하므로 공연, 방송, 연주 등의 ‘무형적 복제’는 포함하지 않는다.

2. 입법례

가. 베른협약

1886년 9월 9일에 체결되고, 1887년 12월 5일에 발효한 베른협약에는 복제권에 관한 규정이 존재하지 않았으나, 1967년 스톡홀름 개정규정에서 처음으로 복제권에 관한 규정²³⁵⁾을 도입하였고, 이는 1971년 파리 개정규정에서 그대로 채택되었다.²³⁶⁾ 이는 복제권이 저작권의 기본적 권리임에도 불구하고 최초의 베른협약에서는 독일·프랑스를 중심으로 한 체계와 영국 등을 중심으로 한 체계 간의 상이점으로 인하여 최소한의 권리만을 규정하였고,²³⁷⁾ 이후에 기술적 복제가 문제되어 이에 대한 명문규정이 필요하게 되어²³⁸⁾ 1967년 스톡홀름개정에서 이를 포함하게 된 것이다.

나. WIPO 저작권 조약

1996년 ‘WIPO 저작권 및 저작인접권의 특정 문제에 관한 외교회의’의 결과로 체결된 WIPO 저작권 조약은, 베른협약에 저작권의 제한과 예외에 관한 일반조항이 존재하지 않고, 복제권 제한과 관련된 조항만 있기 때문에, 제10조 제1항과 제2항²³⁹⁾에서 이에 대하여 규정하였다.

235) Article 9 (1) Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form. (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (3) Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.

236) 오승중 외, 앞의 책, 575쪽.

237) 위의 책, 562쪽

238) 위의 책, 575쪽

239) Article 10. Limitations and Exceptions (1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

다. 각국의 규정

미국 저작권법 제106조(1)²⁴⁰⁾에서, 독일 저작권법 제16조²⁴¹⁾와 영국 저작권법 제17조²⁴²⁾에서 그리고 일본 저작권법 제21조²⁴³⁾에서 각각 복제권은 저작자의 배타적 권리임을 명시하고 있다.

중국 저작권법은 제10조 5호에서, 대만 저작권법은 제22조에서 또한 복제권을 규정하고 있다.

3. 소프트웨어 스트리밍 서비스에 있어서의 복제

가. 일반론

240) 제107조 내지 제121조에 규정된 경우를 제외하고, 본 편 법전상 저작권자는 다음의 행위를 하거나 이를 허락할 수 있는 배타적 권리를 가진다.

(1) 저작권으로 보호되는 저작물의 복제물이나 음반을 복제하는 행위

241) 제16조 (복제권) ① 복제권이란, 그 절차 및 수량에 관계없이, 일시적이든 지속적이든, 저작물의 복제본을 제작하는 권리이다. ② 저작물을 녹화물 혹은 녹음물로 재현수록하든지, 녹화물 혹은 녹음물인 저작물을 다른 녹화물 혹은 녹음물로 옮기는 점이 다루어지는 여부에 관계없이, 반복 재현될 수 있는 연속영상 혹은 연속음성(녹화물 혹은 녹음물)장치로 저작물을 옮기는 것도 복제이다.

242) 제17조 (복제에 의한 저작권 침해)

(1) 저작물의 복제는 모든 보호저작물에 대한 저작권에 의하여 제한되는 행위이며, 이 편에서 복제 또는 복제물이라 함은 다음과 같이 해석한다.

(2) 어문, 연극, 음악 또는 예술 저작물과 관련하여, 복제는 유형적인 형태로 저작물을 재제작하는 것을 의미한다. 이는 전자적인 방법에 의하여 어느 장치에 저작물을 저장하는 것을 포함한다.

(3) 미술저작물에 있어서, 복제는 2차원 저작물을 3차원의 복제물로 제작하고 3차원 저작물을 2차원의 복제물로 제작하는 것을 포함한다.

(4) 영화, 텔레비전 방송 또는 유선프로그램에 있어서, 복제는 영화, 방송 또는 유선 프로그램의 부분을 구성하는 영상의 전부나 본질적인 부분을 사진으로 제작하는 것을 포함한다.

(5) 발행물의 판면배열과 관련하여, 복제는 그 배열의 원형대로의 복제물을 제작하는 것을 의미한다.

(6) 예시된 저작물의 복제는 일시적이거나 저작물의 다른 사용에 부수적인 복제물의 제작이 포함된다.

243) 제21조 (복제권) 저작자는 그의 저작물을 복제할 권리를 專有한다.

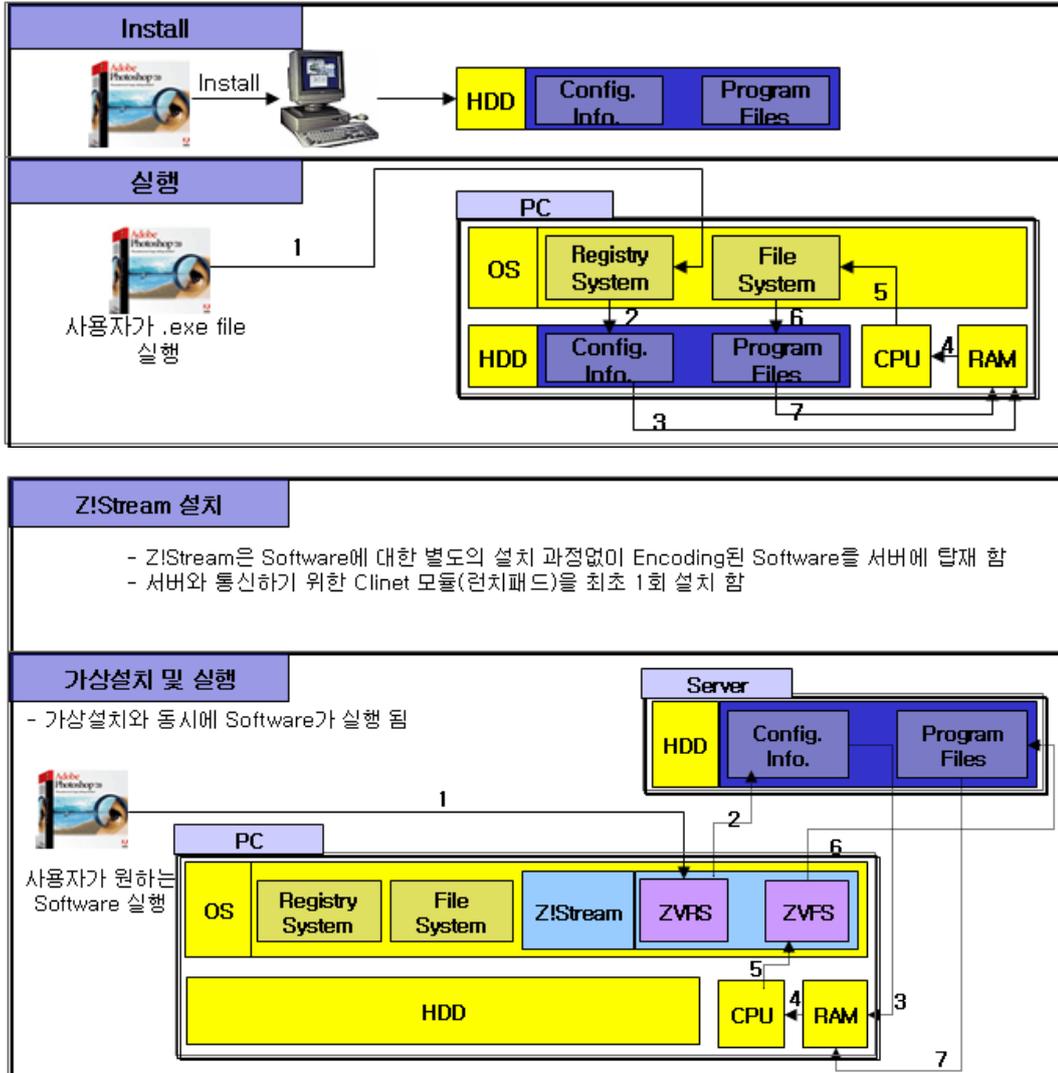


그림15 : 일반적인 컴퓨터 프로그램 설치 및 사용과 Z!Stream 사용시의 비교²⁴⁴⁾

위의 그림은 일반적으로 Windows XP 운영체제를 가진 컴퓨터에 보통의 응용 프로그램을 설치할 때에는, 해당 소프트웨어의 대부분의 파일은 프로그램 폴더(Program Files)밑에 고유의 이름을 가진 폴더 밑에 저장되고, 일

244) 2004년 정통부에 재질의시 소프트온넷에서 첨부한 자료에서 발췌.

부 파일들은 시스템 폴더(Windows)나 그 하위 폴더에 저장된다. 그리고, 프로그램의 실행에 관련된 정보들은 시스템 레지스트리에 저장되는데 반하여, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 응용 프로그램을 사용할 경우, 사용에 필요한 파일들은 실제의 하드디스크가 아닌 스트리밍 서버상의 특정 영역을 가상의 하드디스크 영역으로 인식하여 이곳의 파일들을, P-ATA 케이블이나 S-ATA 케이블이 아닌 랜 케이블을 통하여 가져온다(ZVFS)²⁴⁵⁾. 그리고, 이들 컴퓨터 프로그램의 실행에 필요한 정보들은 클라이언트 PC에 저장되는 것이 아니라, 가상의 레지스트리를 별도로 구성하여 이에 저장하게 된다(ZVRS)²⁴⁶⁾.

위 그림에서 알 수 있듯이, 일반적인 프로그램 설치와 비교하여 두드러지는 특징으로는 해당 컴퓨터에 일반적인 방법으로 설치를 하는 것이 아니라, 해당 프로그램의 설치본을 가지고 Encoding과정²⁴⁷⁾을 거쳐 생성된 설치 이미지를 스트리밍 서버에 탑재한다는 것과, 클라이언트 PC에는 일반적인 응용 프로그램을 설치한 형태로 해당 프로그램의 파일들이 잔존하는 것이 아니라, 캐쉬파일의 형태로 잔존한다는 것이다.

이러한 시스템의 구조를 살펴볼 때, 복제가 이루어지는 경우는 크게 ① 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 경우, ② 클라이언트 PC에서 분산 가상페이징(Distribute Virtual Paging; 이하 DVP)기술을 통하여 해당 응용 프로그램을 실행할 때, 램이나 하드디스크에 해당 프로그램의 파일들이 일시적으로 복제되는 경우, 그리고 마지막으로 ③ 이 기술을 이용하여 응용 프로그램을 사용한 후 클라이언트 PC에 일부 파일이 캐쉬파일의 형태로 잔존하는 경우를 들 수 있다. 이상의 경우를 국내에서의 논의를 살펴보고 나서, 자세히 살펴볼 것이다.

245) Z!Stream Virtual File System.

246) Z!Stream Virtual Registry System.

247) “Software Streaming을 위해 특정한 형태로 Software를 변형하는 과정을 말하며, Encoding은 Streaming 서비스 대상인 고객의 대행의뢰를 받고서 이루어지는 절차임”, 2004년 정통부에 제출의시 소프트온넷에서 첨부한 자료.

나. 국내의 논의

스트리밍 서비스가 복제권을 침해하는지에 대한 국내 학설들은 우선 스트리밍 서비스로 인하여 사용자의 PC에 잔존하는 파일들이 일시적 복제에 해당하는지의 여부에서 논의를 시작한다. 일시적 복제에 해당한다고 판단되면, 일시적 복제가 복제권을 침해하는가에 대한 계속되고 있는 찬반 양론을 제시하면서 일시적 복제로 복제권을 침해하지 않을 수 있다고 결론내리거나, 일시적 복제로 복제권을 침해할 수 있다고 결론을 내린다. 그 후에 일시적 복제로 파악할 수 없는 하드디스크 상에 잔존하는 파일들에 대해서는 복제에 해당하지만 그것이 정당한 사용권자에 의해 이루어진 적법한 복제인 경우에는 복제권을 침해하지 않는다고 결론을 내리거나,²⁴⁸⁾ 스트리밍 서비스로 인하여 사용자 PC에 남게 되는 파일은 저작권자의 원 파일과 실질적으로 동일한 것으로 볼 수 있고, 자체적으로 실행할 수 없도록 실행파일이 없는 경우라도 나머지 파일은 복제된 것이고, 원저작물과 다소 다르더라도 동일성이 인정되는 경우에는 복제권 침해로 인정할 수 있다고 결론 내린다.²⁴⁹⁾

앞에서 이야기한 바와 같이 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하는 경우에 여러 단계에 걸쳐서 복제행위가 이루어지기 때문에 이를 나누어 크게 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 경우와 사용 과정상 클라이언트 PC에 해당 프로그램이 복제되는 경우 및 마지막으로 캐쉬파일에 의한 복제의 경우를 이후에서 살펴보기로 한다.

다. 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 경우

248) 한국전자통신연구원, 앞의 책, 129-132쪽.

249) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 67-71쪽.

(1) 문제의 개요

앞에서 말한 바처럼 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하는 경우에는, 사용자의 컴퓨터에 일반적인 방법으로 설치를 하는 것이 아니라, 해당 프로그램의 설치본을 이용하여 이를 Encoding하여 생성된 설치 이미지를 스트리밍 서버에 탑재한 후, 이 설치 이미지를 이용하여 각 클라이언트 PC에 필요한 파일들을 스트리밍하게 된다. 이 과정에서 원래의 설치본이 Encoding이라는 기계적인 과정²⁵⁰⁾을 통하여 설치 이미지를 작성하는 것이 컴퓨터 프로그램 저작권자의 복제권을 침해하였는지의 여부가 문제되는 것이다.

(2) 일반 PC용의 응용 프로그램의 서버 설치 문제

컴퓨터 프로그램 저작권자는 일반 PC에서 설치하여 사용할 수 있는 라이선스와 서버에 설치하여 사용할 수 있는 라이선스를 구분하여 그 가격을 차별하여 판매하거나, 동일한 기능을 수행하는 프로그램이지만 일반 PC에 설치하여 사용하는 프로그램과 서버에 설치하여 사용하는 프로그램을 달리 제작하여 그 가격을 달리하여 판매하는 경우가 적지 않다.

주성대학 사건에 문제가 되고 있는 응용 프로그램들은 일반 PC에 설치하여 사용해야 하는 라이선스를 가지고 있는데, 이 라이선스를 위반하여 서버에 설치한 경우에 이를 복제권의 침해로 볼 수 있는지의 여부가 문제된다.

이 문제에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이, 쉬링크랩 라이선스는 사용조건에 관한 약관이고, 이러한 약관에 위반할 경우에는 계약 위반으로 인한 손해배상의 책임은 질지 몰라도, 기본적인 사용에 관한 부분은 여전히 유효하다고 전제할 때, 설치에 대한 저작권자의 허락이 있는 이상 이를 일반 PC에 설치하든지 서버에 설치하든지 복제권에 대한 침해를 인정할 수는 없을 것이다. 이에 앞서서 앞 장에서 분석한 라이선스 규정들을 살펴보면 문제가

²⁵⁰⁾ 별도의 창작성이 더해지지 않는다는 의미이다.

된 컴퓨터 프로그램 대부분이 사용을 위하여 서버에 설치 및 사용할 것을 허용하고 있기 때문에 패키지 제품을 서버에 설치하였다는 이유로 인한 복제권 침해가 발생할 여지는 없다고 하겠다.²⁵¹⁾ 이러한 결론과 음악화일의 스트리밍을 위한 서버컴퓨터에의 저장 또는 복제는 복제권 침해에 해당된다는 판결²⁵²⁾과 비교해보면 음악 저작물의 경우 이를 이용할 때 기본적으로 복제가 발생하지 않지만, 컴퓨터 프로그램의 경우에는 어떠한 형태로든 복제가 이루어지지 않으면 이를 이용할 수 없다.²⁵³⁾ 이 경우에 발생하는 복제를 복제권으로 규제할 수 있다면 컴퓨터 프로그램 제작자에게 배타적인 사용권을 허락해주는 결과가 될 것이다.²⁵⁴⁾

(3) 스트리밍 서버에 설치 이미지 탑재 문제

단순히 패키지 제품을 서버에 설치하여 허용된 복제 범위에 해당하는지의 여부보다 더 복제에 대한 문제가 불거지는 부분이 바로 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재한 사실에 대한 복제권 침해여부이다. 이는 설치본을 저장하고 있는 매체를 encoding이라는 과정을 통하여 ‘새로운 창작성을 더하지 아니하고’ 설치 이미지로 ‘다시 제작’하여 서버의 하드디스크라는 유형물에 ‘고정’한 것이기 때문에 프로그램보호법 상의 ‘복제’에 해당하게 된다. 따라서 법률 규정에 의하면 이렇게 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 행위는 저작권자의 복제권을 침해하게 될 수 있다.

라이선스 분석을 통해 문제가 되고 있는 대부분의 경우에 서버에 해당 컴퓨터 프로그램 설치를 허용하고 있다는 것을 살펴본 바 있다. 그런데 여기서 짚고 넘어가야 할 부분은 이들 저작권자들이 허락한 서버에의 설치와 스

251) 정상조, “소프트웨어 스트리밍의 법적 문제점”, 인터넷과 법률II (법문사, 2005), 429쪽.

252) 수원지법 성남지원 2003. 6. 25.자 2002카합280결정, 저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 287쪽 이하, 서울지법 2003. 9. 30.자 2003카합 2151결정.

253) 정상조, 앞의 논문, 429쪽.

254) 오승중 외, 앞의 책, 290쪽.

스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 것이 정확히 일치하지 않는다는 점이다. 즉, 서버에 컴퓨터 프로그램의 복제본을 저장하는 것은 매체내의 모든 파일을 단순하게 서버의 드라이브에 복사하는 것이고, 서버에 해당 컴퓨터 프로그램을 설치한다는 것은 해당 컴퓨터 프로그램의 제작자가 제공하는 설치 프로그램을 통하여 제작자가 예정한 서버 드라이브의 일정위치에 일정한 파일을 복사 혹은 압축 해제후 복사라는 과정을 거치게 되는데, 스트리밍 서버에 설치 이미지를 탑재하는 것은 encoding이라는 과정을 통하여 애초에 해당 프로그램의 제작자가 예상하고 있는 것과 다른 방식으로 설치 이미지의 형태로 서버에 저장된다. 이러한 설치 이미지의 제작 및 저장이 저작권자가 허용한 복제 범위를 넘어서는지의 여부가 문제가 되는 것이다.

기존 저작물을 이용하는 경우에, 기존의 저작물을 그대로 베끼는 것과 어느 정도의 수정이 인정되지만, 기존 저작물과 종속적 관계가 인정되는 경우, 그리고 완전히 다른 작품으로 인정될 수 있는 경우로 나누어 생각해볼 수 있다.²⁵⁵⁾

첫 번째 경우에는 복제권의 침해가, 두 번째의 경우에는 2차적 저작물의 작성권이 침해되는 것으로 판단하고 있다.²⁵⁶⁾

인코딩 과정을 거친 설치 이미지는 특정 알고리즘을 이용하여 원본 컴퓨터 프로그램을 기계적으로 변환한 것이고, 재변환 역시 기계적으로 이루어질 수 있기 때문에 이는 두 번째의 경우보다 첫 번째의 경우에 보다 근접한 것으로 파악할 수 있다. 이 사안을 해당 저작물을 있는 그대로 베낀 경우로 파악한다면 이는 다시 앞서 논의한 스트리밍 서버에 복제물을 만든 경우에 해당하게 되고, 따라서 앞서의 논의에 따라 복제물을 구입한 수량 상의 문제가 없으면 복제권을 침해한 것으로 보기 어렵게 된다.

255) 오승중 외, 앞의 책, 485쪽.

256) Id.

라. 사용 과정에서 클라이언트 PC에 해당 프로그램이 복제되는 경우

(1) 문제의 개요

소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 응용 프로그램을 사용하는 경우에, 일반적인 설치를 통하여 사용하는 경우와는 다르기는 하지만 스트리밍을 통하여 해당 프로그램의 파일들이 전송되어 로컬 드라이브에 저장되고, 이의 실행을 위하여 특정 파일들은 다시 메모리 영역(Random Access Memory; 이하 RAM)에 복제된다. 이러한 과정에서 저작권자의 복제권 침해 여부가 문제될 수 있다. 이러한 문제는 근본적으로 일시적 복제에 대하여 그 합법성을 인정할 것인가의 문제이다.

(2) 일시적 복제(temporary copy)의 개념

일반적으로 ‘일시적 복제’ 또는 ‘일시적 저장’은 디지털화된 저작물이 컴퓨터의 RAM에 저장되는 것을 말한다.²⁵⁷⁾ 이와 개념은 다르지만, 유사한 논리구조를 가지는 것으로 과정상의 복제(interim copy)를 들 수 있는데, 이는 네트워크를 통해서 데이터가 전송되는 과정에서 거치게 되는 라우터 등에서의 복제도 포함하고, PC 내부에서 데이터를 처리하는 모든 과정에서 이루어지는 복제까지 포함하는 개념이라고 할 수 있다.²⁵⁸⁾

즉, 과정상의 복제는 우리가 흔히 이야기하는 컴퓨터의 사용에 있어서의 복제뿐만 아니라, 라우터나 허브 등 네트워크를 통한 복제나, 인터넷 서비스를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 복제나, 검색엔진에 의한 복제²⁵⁹⁾ 등

257) 오승종 외, 앞의 책, 289쪽.

258) 프로그램심의조정위원회, S/W 지적재산권의 권리남용방지와 공정이용 활성화 방안에 관한 연구, 연구보고서 2002-14, 40쪽.

259) 주요 검색엔진인 구글이 검색한 주민등록번호 등의 자료가 구글 데이터베이스에 저장되어 이를 삭제하기까지 최장 5일 정도의 시간이 소요되어 문제가 된 적이 있다. 이타임즈 기사,

을 모두 포괄하는 개념으로 사용할 수 있다.

여기서 한 가지 짚고 넘어갈 필요가 있는 것은 미국에서 문제가 되는 일시적 복제와 우리나라에서 받아들여지는 일시적 복제의 개념이 정확히 일치하지 않는다는 것이다.

우리나라에서의 일시적 복제에 대한 논의가 주로 컴퓨터 프로그램의 사용에 있어서 컴퓨터 RAM에 일시적으로 저장되는 경우에 대하여 이루어지고 있고, 이는 우리나라 개정 전 저작권법 제2조 제14호(개정 저작권법 제2조 제22호)와 프로그램보호법 제2조 제3호의 복제의 개념 중에서 “유형물에 고정”하여야 한다는 요건을 충족할 수 없기 때문에 일시적 복제는 저작권으로 보호되는 복제의 범위에 해당하는지 여부이다.

그러나 미국 저작권법은, 위에서 살펴볼 바와 같이, 컴퓨터 프로그램의 ‘정상적인 사용’을 위한 복제는 저작권의 침해가 되지 않는다고 규정하고 있기 때문에 우리가 주로 논의하는 컴퓨터 프로그램 사용상의 일시적인 복제, 특히 정상적 사용과정상의 RAM에 이루어지는 일시적 복제는 저작권을 침해하지 않는다고 판단하고 있다.²⁶⁰⁾ 이 점에서 우리나라와 미국에서의 ‘일시적 복제’에 관한 논의 지점이 일치하지 않는다고 할 것이다.

(3) 일시적 복제에 대한 입법례

베른협약 제9조 제1항에서는 “이 협약이 보호하는 문학·예술적 저작물의 저작자는 어떠한 방법이나 방식으로, 이 저작물의 복제를 허락할 배타적 권리를 갖는다.”²⁶¹⁾라고 규정하여 일시적 복제의 문제에 대해서는 침묵하고

<http://www.etimes.net/service/etimes/ShellList.asp?ArticleID=2006100913330601158&LinkId=6011&show=YES>, 2006. 10. 13 방문.

260) RAM에 이루어진 복제를 통하여 복제권이 침해된다고 본 MAI Systems v. Peak Computer, INC.사건(991 F.2d 511)은 컴퓨터의 수리를 위하여 복제가 이루어진 경우로, 정상적인 사용에 해당하지 않을 뿐 아니라 이 판례를 뒤집기 위하여 바로 미국 저작권법 제117조(c)의 예외를 규정하게 되었다.

261) Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

있으나, 일반적으로 베른협약에 따르는 복제가 인정되기 위해서는 저작물을 유체물에 고정시켜야 한다고 보고 있기 때문에²⁶²⁾, 유체물에 고정된 것으로 보기 힘든 일시적 복제의 경우에는 이를 복제로 파악할 수 없을 것이다.

WCT(Wipo Copyright Treaty) 초안 제7조(1)에서 “저작물의 복제를 허락할 수 있는 베른협약 제9조(1)의 배타적 권리는 항구적이건 또는 일시적이건, 그 방식과 형태에 관계없이, 저작물을 직접적·간접적으로 복제하는 행위를 포함한다”라고 규정하면서, 동조(2)에서 “... 저작자의 허락을 받거나 또는 법적으로 허용된 이용과정에서의 일시적 복제가 오직 저작물을 인식하기 위한 것이거나 임시적이거나 부수적인 성질인 것인 경우”에 대하여는 그 예외를 인정하는 방식으로 규정되어 있었으나 이후의 논의에서 이러한 조항들이 삭제되었다. 그러나 부속합의문의 규정으로 미루어 WCT가 일시적 복제를 저작권자의 배타적 권리 범위 내에 속하는 것으로 규정한 것으로 보기도 한다.²⁶³⁾

컴퓨터 프로그램 보호에 관한 EU 지침은 저작권자의 배타적 권리를 규정하고 있는 제4조 (a)항에서 “컴퓨터프로그램의 전부 또는 일부에 대한 모든 방법에 의한 모든 형태의 영구적인 혹은 일시적인 복제. 컴퓨터 프로그램의 로딩, 현시, 실행, 전송 또는 저장하는데 복제가 요구되는 경우, 동 복제는 저작권자의 허락을 받아야 한다.”²⁶⁴⁾라고 규정하여 일시적 복제가 저작권자의 복제권 내에 포함됨을 분명히 하고 있다.

독일 저작권법은 제16조 복제권에 관한 규정에서 “복제권이란, 그 절차 및 수량에 관계없이, 일시적이든 지속적이든, 저작물의 복제본을 제작하는

262) 황찬현, “MAI Systems. v. Peak Computer, Inc. 判決에 대한 小考 -컴퓨터 프로그램의 RAM에 積載와 複製의 문제를 중심으로-”, 실무논단 1997년, 533쪽.

263) 정상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, 산업재산권 제17호 (2005), 262쪽.

264) (a) the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole. Insofar as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorization by the rightholder;.

권리이다”라고 규정하여 마찬가지로 일시적 복제가 저작권자의 복제권 영역에 속한다고 규정하면서, 제44조의a에서는 네트워크 전송이나 적법한 이용을 위하여, 독자적인 경제적 의미를 갖지 않는 일시적 복제는 허용된다고 규정하고 있다.²⁶⁵⁾

영국 저작권법 또한 제17조 복제권에 관한 규정의 (6)항에서 “예시된 저작물의 복제는 일시적이거나 저작물의 다른 사용에 부수적인 복제물의 제작이 포함된다.”²⁶⁶⁾라고 규정하여 마찬가지로의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

유럽의 국가들에서 일시적 복제를 복제권의 영역에 포함시켜, 저작권자의 허락을 요구하고 있는 것에 비교하여, 미국의 경우에는 ‘기계와 연관되어 컴퓨터 프로그램의 사용에 있어서 필수적인 수단으로 사용’되는 한,²⁶⁷⁾ 프로그램 복제본의 소유자는 새로운 복제물을 만드는 것에 대하여 라이선스를 요구받지 않는다.²⁶⁸⁾ 미국의 경우 MAI v. Peak 사건²⁶⁹⁾에서 연방항소법원이 컴퓨터 프로그램을 RAM에 올리는 것이 복제라고 판시하였으나, 이러한 논지 하에서는 어떠한 형태의 컴퓨터 프로그램의 사용이든 저작권을 침해하게 된다는 점에서,²⁷⁰⁾ 많은 학자들의 비판의 대상이 되어 왔다.²⁷¹⁾

이후 DSC Communications Corp. v. DGI Technologies, Inc.²⁷²⁾사건에

265) 44-a Zulässig sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist,

1. eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder
2. eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben.

266) Copying in relation to any description of work includes the making of copies which are transient or are incidental to some other use of the work.

267) 미국 저작권법 제117조.

268) Chris Reed, 앞의 책, 213쪽.

269) MAI Systems Corp. v. Peak Computing, Inc., 991 F.2d 511, 523 (9th Cir. 1993).

270) NFLC, Inc. v. Devcom Mid-America, Inc., 45 F.3d 231 (7th Cir. 1995) 사건에서는 단순한 터미널의 사용은 RAM에의 복제를 야기하지 않게 된다는 제안을 한 바 있다.

271) Merges, et. al., 앞의 책, 909쪽.

272) 81 F.3d 597 (5th. Cir. 1996).

서는 저작권의 남용(Copyright misuse)을 이유로 자사의 전화교환 시스템상의 운영체제를 경쟁사가 자신의 기기에서 작동시킴으로써 저작권법상의 복제권을 침해하였다는 주장을 받아들이지 않았다. 또 DSC Communications Corp. v. Pulse Communications, Inc. 사건²⁷³⁾에서는 앞의 MAI 사건²⁷⁴⁾에서 제9항소법원이 피고가 미국 저작권법 제117조에 의하여 그 복제가 정당화될 수 있는 ‘소유자’가 아니라고 판시한 것에 대하여, 컴퓨터 프로그램의 소유자와 컴퓨터 프로그램 복제물의 소유자의 개념을 구별하면서 컴퓨터 프로그램 복제물의 소유자는 제117조상의 소유자에 해당한다고 판시하여 다른 의견을 제시하였다.

NFLC, Inc. v. Devcom Mid-America, Inc. 사건²⁷⁵⁾에서는 원고인 NFLC사가 병리학 연구실에서 사용하는 컴퓨터 프로그램을 제작, 판매하였는데, 이 프로그램에 오류가 많아서 소송이 제기되었고, 그 결과 제3자에게 필요한 조치를 취하게 할 수 있다는 합의로 피고인 Devcom사가 해당 프로그램을 성공적으로 수정하였다. 이를 기회로 피고인 Devcom사는 해당 프로그램을 사용하는 다른 곳에 마케팅을 진행하였고, 이에 대하여 원고인 NFLC사가 저작권 침해를 이유로 소를 제기한 사건이다.

이 사건에서 법원은 피고가 해당 프로그램을 다운로드한 것이 아니라, 전화선이나 터미널을 통하여 해당 컴퓨터에 접근한 것이기 때문에 복제행위가 이루어지지 않았다고 판단하였다.

Telecomm Technical Services, Inc. v. Siemens Rolm Communications, Inc. 사건²⁷⁶⁾은 전화서비스 제공자가 전화 교환 설비 제작자를 상대로 반독점행위를 이유로 소를 제기한 사건인데, 이 사건에서도 법원은 해당 프로그램의 사용자는 제117조상의 소유자가 아니라는 원고의 주

273) 170 F.3d 1354 (Court of Appeals, 1999).

274) 991 F.2d 511, 523 (9th Cir. 1993).

275) NFLC, Inc. v. Devcom Mid-America, Inc., 45 F.3d 231 (7th Cir. 1995).

276) Telecomm Technical Services, Inc. v. Siemens Rolm Communications, Inc., 66 F.Supp.2d 1306 (N.D. Ga., 1998).

장을 받아들이지 않았다.

Applied Information Management, Inc. v. Icart²⁷⁷⁾에서는 원고회사가 피고에게 제공한 컴퓨터 프로그램중 일부를 피고가 수정한 것에 대하여 저작권 침해 등을 이유로 소를 제기한 사건인데, 이 사건에서도 법원은 피고가 제117상의 적법한 소유자임을 인정하여 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

미국 통상대표부가 발간한 “외국의 무역장벽에 관한 국가별 무역평가 보고서(2004 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers)”²⁷⁸⁾에 따르면 우리나라의 저작권법이나 프로그램보호법의 복제권에 대하여 1) 직접적이나 간접적인 복제, 2) 일시적이거나 영구적인 복제, 3) 어떠한 수단이나 형태에 의한 복제, 4) 전체적이거나 부분적인 복제 모두를 포함하는 개념으로 확대 규정되어야 한다고 주장하고 있다. 두 번째에서 일시적인 복제를 보호범위 내의 복제에 포함하여야 한다는 것이다.

만약 이 주장을 받아들여 우리나라에서 보호되는 복제의 개념에 “일시적인 복제”를 포함하도록 규정한다면 다른 문제가 발생할 수 있다.

일단 우리나라에는 미국의 저작권법 제107조와 같은 ‘공정이용’에 관한 일반적인 규정이 없기 때문에, 미국에서는 복제에 해당하더라도 공정이용으로 인정하여 위법성이 조각할 수 있지만²⁷⁹⁾, 우리나라는 그렇지 않다.

또한 미국 저작권법 제117조 (a)에서는 컴퓨터 프로그램의 ‘정상적인 사용’을 위한 복제는 저작권의 침해가 되지 않는다고 규정하고 있지만²⁸⁰⁾, 우

277) Applied Information Management, Inc. v. Icart, 976 F.Supp. 149 (E.D.N.Y.,1997).

278) http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2004/2004_National_Trade_Estimate/2004_NTE_Report/asset_upload_file776_4779.pdf, 2007. 6. 11 방문, 302-303쪽 참조.

279) 예를 들어 미국 저작권국에서는 오디오 스트리밍 과정에서 버퍼에 저장되는 복제에 대하여 공정이용에 해당하는 것으로 보고 있다. 이대희, 앞의 논문, 79쪽.

280) 117. Limitations on exclusive rights: Computer programs

(a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.-Notwithstanding the

리나라의 사적복제에 관한 프로그램보호법 제14조의 규정은 단지 “滅失·毀損 또는 變質 등에 대비하기 위하여 필요한 범위안에서”의 복제만을 예외로 하고 있기 때문에, 해당 프로그램의 사용과정 중에 필연적으로 이루어지는 RAM에의 일시적 복제가, 저작권자에 의하여 따로 허락되지 않는 한, 저작권을 침해하는 결과를 가져오게 된다. 그리고, 이러한 일시적 복제를 저작권자가 허락하여야 하는 사항으로 규정하게 되면 사실상 저작권자에게 배타적인 사용허락권이라는 새로운 권리를 부여하는 것이 되어 문제가 될 수 있다.²⁸¹⁾

우리나라의 경우에는 일시적 복제를 저작권의 보호대상이 되는 복제의 개념에 해당하지 않는 것으로 보는 것이 다수의 견해이다.²⁸²⁾ 그 근거로 제29조 4항의 반대해석으로 적법하게 구입한 소프트웨어를 일시적으로 복제하는 것은 복제권의 침해로 볼 수 없다고 한다.²⁸³⁾

2007년 5월 25일에 공개된 한미간 FTA 합의문을 보면, 제18.4조 제1호에서 “각 당사국은 저작자·실연자 및 음반제작자가 어떠한 방식이나 형태로, 영구적 또는 일시적으로(전자적 형태의 일시적 저장을 포함한다), 그의 저작물·실연 및 음반의 모든 복제를 허락하거나 금지할 권리를 가지도록 규정한다.”라고 하여 일시적으로 이루어지는 복제 또한 저작권자의 허락대상이 되는 복제로 규정할 것을 합의하였다. 이 조문에는 공정이용을 위하여 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한과 예외를 채택하거나 유지할 수 있다는 각주를 포함하고 있다. 이 합의문이 국내에서 실행될 때에 일시적 복제 역시 저

provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided:

(1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner.

281) 오승중 외, 앞의 책, 290쪽.

282) 이대희, 앞의 논문, 78쪽.

283) 정상조, 앞의 논문, 431쪽.

저작권자의 허락대상이 되는 복제의 범위에 포함되어 일시적 복제에 대한 논의가 정리될 것으로 보인다.

(4) 일시적 복제의 재조명

(가) 들어가며

일시적 복제가 이루어지는 경우를 살펴보면, 우선 컴퓨터가 작동하면서 이루어지는 RAM에 이루어지는 복제가 있다. 이는 디지털화된 각종 멀티미디어뿐만 아니라, 컴퓨터 프로그램 역시 그 구동을 위하여 필요한 부분은 RAM에 복제될 수밖에 없다. 다음은 버퍼에 이루어지는 복제가 있다. 이는 다시 컴퓨터 자체적으로 그 성능 향상을 위하여 캐쉬메모리에 이루어지는 복제와 멀티미디어를 스트리밍하는 과정에서 안정적인 실행을 위하여 이루어지는 버퍼를 통한 복제로 나누어 볼 수 있다. 이렇게 버퍼에 이루어지는 복제의 경우, 전체의 저작물이 복제되는 것이 아니라 보통 그 저작물의 일부만이 복제되는 것이 일반적이다. 이외에도 네트워크를 통한 전송과정에서 앞에서 살펴본 TCP/IP의 특성상 성공적인 전송이 이루어질 때까지 해당 패킷은 라우터에 저장되어 있게 되는데 이러한 경우에도 마찬가지로 일시적 복제가 이루어진다.

우리나라에서 주로 이루어지는 일시적 복제에 대한 논의는 앞에서 본 RAM에 이루어지는 복제에 대한 논의이다. 이러한 일시적 복제가 복제에 해당하는가 여부에 대하여 기존 학설들은 주로 논의하고 있는데,²⁸⁴⁾ 사실 일시적 복제에 해당하는지의 여부가 결론과는 무관하거나 혹은 결론에 큰 영향을 미치지 않는 못하고 있다.²⁸⁵⁾ 그 이유에 대하여 이후에서 자세히 살펴보

284) 스트리밍 서비스에서의 이용자 컴퓨터의 버퍼에 일어나는 일시적 복제가 복제로 인정될 수 없거나 사적 복제의 영역에 포함된다는 견해로 이대회, 앞의 논문, 78-80쪽.

285) 일시적 복제를 “유형물”이기는 하지만, “고정”으로 볼 수는 없다는 견해로, 오승종 외, 앞의 책, 290쪽.

기로 한다.

(나) RAM과 하드디스크 구별의 실익

일반 컴퓨터에서 특정 컴퓨터 프로그램을 사용할 때 이루어지는 RAM에 의 복제가 복제권을 침해하느냐 하는 일시적 복제의 문제에만 한정하여 논의한다면, 분명히 휘발성 메모리인 RAM에 저장되는 것과 비휘발성인 하드디스크에 저장되는 것이 기술적으로나 일반적인 관념상으로나 다르게 판단될 여지는 현재까지 분명히 존재했었다. 그러나 하드웨어의 급속한 발달로 이러한 구분이 갈수록 무의미해지고 있다.

Hibernation 기능을 지원하는 노트북을 사용하거나, 혹은 Windows XP의 최대절전모드를 이용하는 경우에는 노트북의 덮개를 덮거나 최대절전모드로 들어갈 때, 현재 RAM에 있는 정보들을 그대로 하드디스크 일정 영역으로 복사한 후, 전원을 끄고 다음에 다시 노트북의 덮개를 열거나 해당 PC를 재시동할 때, 정상적인 부팅과정을 건너 뛰고 하드디스크의 일정 영역에 저장되어 있던 정보들을 그대로 RAM에 복사하고 바로 사용자에게 이전 상황과 동일한 상태를 제공한다. 이러한 기능은 RAM의 휘발적 성질을 휘발적이지 않게 하는 것이다. 이 때에 재시동하기 전에 RAM에 저장되어 있던 정보가 하드디스크 일정영역에 저장되어 있는 것과 그것이 재시동되어 RAM으로 이동된 것이 법률적으로 다르다고 보기는 어렵다.

또한 사용하는 PC의 RAM의 용량이 큰 경우, RAM에 정보를 읽고 저장하는 것이 하드디스크에서 읽고 저장하는 것보다 빠르다는 것에 착안하여, 그 RAM의 일부를 가상 하드드라이브로 설정하여 빈번하게 입출력되지만 저장할 필요는 없는 파일²⁸⁶⁾들을 저장하게 하기도 한다. 이러한 방식을 사용하는 경우에는 하드디스크에 저장하는 것과 같이 작동하지만, 실제로는 RAM에 정보를 저장하는 것이고 이러한 정보는 전원이 꺼지면 모두 없어지

286) 예를 들면 인터넷 임시 파일들 등을 들 수 있다.

게 된다.

이러한 기술을 사용하여 주성대학의 사례에서 Z!Cache.dat 파일을 RAM Disk에 올려두는 경우에는, 사용중에는 이전 사용자의 캐쉬파일이 남아 있을 수 있으나, 일단 PC의 전원을 끄면 모두 지워지게 된다.

반대로 사용하는 PC의 RAM이 작은 경우에는, 운영체계를 구동하고 그 운영체계에서 특정 어플리케이션을 실행하기 위한 필요한 메모리를 확보하기 위하여 하드디스크의 일정 영역을 RAM처럼 사용하게 된다. 이러한 경우에는 실제로 해당 정보는 하드디스크에 있지만, RAM에 있는 것처럼 작동하게 된다.

지금까지 살펴본 바와 같이 특정 정보가 RAM에 있는지, 하드디스크에 있는지를 살펴서 그것이 일시적 복제에 해당하는지를 판단하는 것은 무의미한 것으로 보인다. 또한 휘발성이 있는지 없는지의 여부(즉 “고정” 여부)를 가지고 일시적 복제에 해당하는지를 판단하는 것 또한, 휘발성을 막기 위한 기능이 있고 다시 사용할 가능성이 적은 정보는 일부러 전원이 꺼지면 삭제되게 할 수 있기 때문에 이 또한 무의미한 것으로 보인다.

(다) 영구적 / 일시적 개념의 비구분

앞에서 이야기한 바와 같이 우리나라와 미국간에 체결된 FTA 합의문에는 영구적이거나 일시적인 복제 모두 저작권자의 허락대상이 되는 복제에 포함되는 것으로 저작권법을 개정하기로 합의하였다.²⁸⁷⁾ 즉 영구적이기 때문에 저작권자의 복제권 범위내에 속하게 되고, 일시적이기 때문에 이 범위에 속하지 않는다고 하는 기존의 논의가 의미가 없어지는 것이다. 아직까지 우리 저작권법이나 프로그램보호법상에는 “유형물에 고정”이나 “유형물로 다시 제작”이라는 요건이 있기 때문에 일시적 복제에 대한 논의가 의미있다고 할

287) <http://www.mofat.go.kr/mofat/fta/kor/k43.pdf>, 2007년 5월 25일 공개본, 제18.4조 제1호, 최종 방문 2007. 6. 11.

수도 있으나, 그럼에도 불구하고 일시적 복제에 대한 논의가 지금까지 계속 되었다는 점과 미국에서도 ‘fixation’의 요건이 있음에도 불구하고 일시적 복제가 복제권상의 복제의 개념에 포함된다고 한 점을 보면, ‘유형물에 고정’ 등의 요건은 일시적 복제가 저작권자의 복제권 범위 내에 속하지 않는다고 주장할 수 있는 유력한 근거가 되기는 하였으나, 결정적이지는 않았다는 것을 반증하고 있다. 이러한 상황에서 앞서 이야기한 합의문대로 명시적으로 일시적 복제 역시 복제에 포함된다는 것을 규정하면 일시적 복제의 논의 실익은 없어질 것이다.

(라) 논의의 정리

결론적으로 이야기하면, 스트리밍 서비스의 결과로 잔존하게 되는 파일들이 복제권을 침해하는지 판단하기 위하여 일시적 복제의 개념을 가져오는 것은, 우선 이러한 일련의 과정이 일시적 복제에 해당하는지 판단하는 것도 용이하지 않고, 일시적 복제 여부를 판단한다고 해서 복제권을 침해하였는지의 결론에 도달할 수 있는 것도 아니기 때문에, 논의를 진행하는 수단으로 적당하지 않다고 판단된다. 즉 복제에 해당하는지의 여부에 대한 규범적 판단에 ‘일시적 복제’라고 하는 규범적 개념을 다시 가져와서 논의하는 것은 논의의 경제성을 위해서나 논의의 정확성을 위해서나 모두 바람직하지 않다고 생각된다.²⁸⁸⁾ 또한 일시적 복제를 전송권 및 기술적 보호조치를 통해 사실상 또는 간접적으로 규제할 수 있음에도 불구하고 다시 이를 복제권의 보호 범위 내에 두는 것은 이중 보호의 문제를 야기할 뿐이라는 주장²⁸⁹⁾도 존재한다. 따라서 이러한 방식의 사용이 일시적 복제에 해당하는지의 여부를 따지지 않고, 일시적 복제 역시 복제라고 하는 전제 하에서 바로 복제의 불법성 여부를 판단해보자.

288) 유사한 견해로 김태훈, “개정 저작권법 해설”, 계간 저작권 2000년 봄호, 5쪽 참조.

289) 정상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, 산업재산권 제17호 (2005), 277쪽.

(5) 복제의 불법성 여부의 판단

이미 논의한 것과 같이, 일시적 복제가 이루어지는 경우는 RAM에 이루어지는 복제와 버퍼에 이루어지는 복제 및 패킷 스위칭에 의하여 이루어지는 복제로 나누어볼 수 있다. 그 중에 버퍼에 이루어지는 복제에 대하여는 다음 항목에서 따로 다룰 것이며, 패킷 스위칭에 의하여 이루어지는 복제의 경우 현재의 인터넷을 구성하는 프로토콜인 TCP/IP 규약 자체가 성공적인 전송이 이루어질 때까지 그 패킷 데이터를 저장하고 있도록 하고 있기 때문에 이러한 일시적 복제가 없이는 전송 자체가 불가능하다. 따라서 패킷 스위칭에 의한 복제의 경우 그 본질이 일시적 복제라 할지라도 복제로 따로 허락되어야 할 대상이 아니라, 전송의 허락 여부에 대한 문제가 된다. 따라서 이후에서는 RAM에 이루어지는 복제만을 살펴본다.

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 프로그램을 사용할 경우에, 이 사용과정에서 사용자의 클라이언트 PC의 RAM에 해당 프로그램의 일부가 복제되는 경우를 복제권을 침해하는 것이라고 규정할 수 있을 것인가?

사용과정에서 컴퓨터의 RAM에 일부 파일들이 읽혀지거나 저장되는 것은 디지털 정보를 처리하는 컴퓨터의 경우 필연적인 것이다. 한미 FTA 합의문의 경우에도 영구적이거나 일시적인 복제를 모두 복제라고 규정하면서도, 그 저작물의 통상적인 이용과 충돌하는 경우 그 권리에 대한 제한 또는 예외를 둘 수 있으며, 또한 공정이용으로 이를 제한할 수 있다고 하고 있다.²⁹⁰⁾ 즉 RAM에 이루어지는 복제가 통상적인 것이라면 이 복제가 저작권자의 허락대상인 복제에 해당하더라도 저작권자의 복제권을 침해하지 않는 것으로 판단된다는 것이다.

그렇다면 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 경우에 이루어지는 RAM에의 복제가 통상적인 것이라고 볼 수 있는지가 문제된다.

290) 2007년 5월 25일 공개본, 제18.4조 제1호 각주 11번

소프트웨어 스트리밍 서비스는 ZVRS, ZVFS라는 기술을 이용하여 해당 시스템의 레지스트리 파일과 파일 시스템을 가상화하지만, RAM에는 다른 어떠한 기술적 조치가 이루어지지 않는다. 즉 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우에 RAM에 이루어지는 복제는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하지 않는 경우, 즉 우리가 쉽게 통상적인 사용이라고 할 수 있는 경우와 일치하게 된다. 일반적인 사용의 경우 이러한 경우를 문제 삼아서 이를 복제권의 침해라고 주장하는 견해는 존재하지 않는데, 동일한 복제에 대하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 경우에는 복제권의 침해라고 보는 것은 아무래도 무리이다. 이러한 이른바 일시적인 복제는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하였기 때문에 발생한 것이 아니라, 컴퓨터 프로그램의 사용에 있어서 부득이하게 발생하는 것²⁹¹⁾이기 때문이다.

따라서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 경우, 일반적인 사용에서 발생하는 일시적인 복제와 다른 형태의 일시적 복제가 나타나지 않는 한 이를 복제권의 침해로 볼 수 없다.

마. 캐쉬파일에 의한 복제권 침해 여부

(1) 문제의 정리

291) 현재의 기술로 이러한 복제를 피할 수 없다는 견해로 임원선, “새로운 비즈니스모델과 일시적 복제의 보호”, 계간 저작권 2002 여름호, 35쪽.

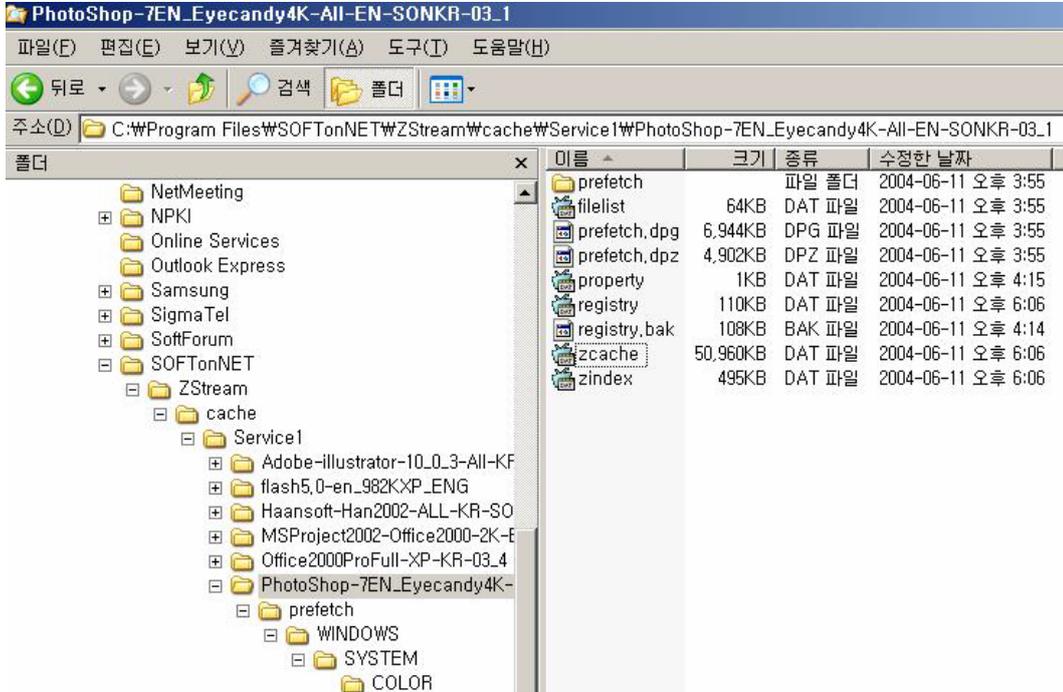


그림17 : Z!Stream을 이용하여 포토샵 구동후의 캐쉬파일²⁹²⁾

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 프로그램을 이용하는 경우에, 최초 실행시에 실행에 필요한 모든 파일을 스트리밍을 통하여 전송받고, 이 프로그램의 사용을 종료한 후에도, 이후 사용을 신속하게 하기 위해서 전송받은 모든 파일을 삭제하는 것이 아니라, 위의 그림처럼 일부 파일들이 잔존하게 된다. 이러한 잔존에 있어서의 주요한 특징은 우선 해당 프로그램의 실행에 반드시 필요한 실행파일²⁹³⁾이 존재하지 않는다. 따라서 일부 파일이 잔존한다고 할지라도 단독으로 해당 프로그램을 실행시킬 수는 없다는 점과 또한 잔존하는 파일은 하드디스크에 단순하게 복제되어 있는 것이 아니라, 하나의 파일로 묶여 있는 상태로 해당 파일 안에 어떠한 파일들이 존

292) 2004년 정통부에 재질의시 소프트온넷에서 첨부한 자료.

293) 확장자가 .com이나 .exe로 끝나는 파일을 말한다.

재하는지 알 수 없으며, 또한 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제외하고는 다른 어떠한 형태로도 사용할 수 없다는 점이다.

이 경우에 해당 프로그램을 종료한 후에도 일부 파일이 클라이언트 PC에 잔존하기 때문에 저작권자의 복제권 침해 여부가 문제될 수 있다.

(2) 일부 복제가 복제권을 침해하는지 여부

컴퓨터 프로그램은 보통 수많은 파일들로 이루어져 있다. 이 중에 작은 파일 하나를 복제하는 경우에도 복제권을 침해한 것으로 인정될 것인가?

컴퓨터 프로그램의 일부 파일을 복제한 경우에 어느 정도의 파일을 복제하였을 때, 어떠한 요건에 따라 저작권자의 복제권을 침해하는지에 대해서 아직 우리나라의 판결이 내려진 적이 없다. 그러나, 서적에 관한 저작권의 경우에 다른 사람의 글을 60%-70% 가량을 표절하여 글을 작성한 사안에서, 법원은 “다른 사람의 저작물을 원저작자의 이름으로 무단히 복제하게 되면 복제권의 침해가 되는 것이고 이 경우 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정증감이나 변경이 가하여진 것이라고 하더라도 원저작물의 재제 또는 동일성이 인식되거나 감지되는 정도이면 복제로 보아야 할 것이며 원저작물의 일부분을 재제하는 경우에도 그것이 원저작물의 본질적인 부분을 재제하는 경우라면 그것 역시 복제에 해당한다고 보아야 할 것이다.”²⁹⁴⁾라고 판시하고 있다. 이 판례의 판단에 따르면, 저작물의 일부를 복제할 경우에 복제권의 침해가 인정되기 위해서는 일부의 복제가 ‘원저작물의 재제 또는 동일성이 인식되거나 감지되는 정도’이어야 하고, 복제된 부분이 ‘원저작물의 본질적인 부분을 재제하는’ 것이어야 한다.²⁹⁵⁾

소프트웨어 스트리밍 서비스의 경우에, 그 잔존하는 파일들은 비록 하나

294) 대법원 1989.10.24. 선고 89다카12824 판결 (집37(3)민,248;공1989.12.15.(862),1766).

295) 비디오게임기의 내용 중 카드패의 명칭과 일부 그래픽 화면만을 수정한 사례에서 본질적인 부분을 재제한 것인지를 따지지 않고, ‘무단으로 복제하거나 개작하고 ... 프로그램저작권을 침해’하였다고 판단한 것으로 서울지법 2002. 4. 26. 선고 2000가합55343 판결.

의 파일로 합쳐져서 존재하기는 하지만, 원래 프로그램의 파일들과 동일성이 인정된다고 봐야할 것이다. 문제는 이러한 복제가 ‘원저작물의 본질적인 부분의 복제’인가 하는 여부이다.

컴퓨터 프로그램을 제외한 다른 저작물의 경우에는, 원저작물의 본질적인 부분이라고 하는 것은 비록 그 자체만으로 하나의 작품을 이룰 수는 없으나, 그러한 표현 방법이 해당 저작물을 특징지을 수 있을 정도로 독특한 것이고, 이러한 표현 방법을 베끼는 것만으로 원저작물과의 동일성이 인식되거나 감지되는 경우에 복제권의 침해가 인정될 것이다.

컴퓨터 프로그램의 경우에는 원저작물의 본질적인 부분으로 파악될 수 있는 것은 해당 프로그램이 가지고 있는, 다른 종류의 컴퓨터 프로그램이나, 같은 종류지만 다른 회사의 프로그램과 구별될 수 있는 특징적인 기능이라고 할 것이다. 이러한 기능들은 해당 프로그램을 구성하는 다양한 파일들에 혼재되어 있기 때문에 어떠한 파일들을 복제할 경우, 이러한 복제가 본질적인 부분의 복제인지를 판단하기는 쉽지 않다.

그런데, 소프트웨어 스트리밍 서비스에 있어서 기술적으로 프로그램 종료 후에 잔존시키는 것이 효율적인 파일들은 기본적으로 해당 프로그램의 실행에 있어서 필수적인 파일들이 아니라, 파일의 용량이 커서, 그 전송에 있어서 많은 시간이 소요되는 파일들이다. 오히려 해당 프로그램의 실행에 있어서 필수적인 파일은 그 용량이 크지 않은 한 삭제하고, 프로그램 실행시마다 재전송하게 하는 것이 서비스의 원활한 운용을 위해서 요구될 것이다.

즉, 특정 프로그램의 사용을 종료한 후에 삭제되지 않고 잔존하는 파일이 해당 프로그램의 본질적인 부분에 해당하는지 여부는 개별적으로 살펴보아야 할 것이나, 서비스의 성질상 잔존여부의 결정은 필수적인지의 여부가 아니라, 용량에 기준을 두는 것이기 때문에 잔존하는 파일들이 해당 프로그램의 본질적인 부분에 해당하는 것은 아니다.

오히려 컴퓨터 프로그램의 본질적인 부분은 그 실행파일에 있다고 봐야

할 것이며,²⁹⁶⁾ 이러한 실행파일은 해당 컴퓨터에 잔존시키지 않으므로 이렇게 파일을 잔존시키는 행위가 복제권을 침해한다고 판단하기는 어려울 것이다.²⁹⁷⁾

296) 나모사의 사용권 계약서를 보면 “... 로컬 드라이브에 설치된 실행 파일의 수만큼 소프트웨어를 구입하여야 합니다.”라는 규정이 있다.

297) 저작권자의 경제적 이익에 아무런 영향도 미치지 않고, 인터넷의 속성상 허용되어야 한다는 견해로 정상조, 앞의 논문, 430쪽.

V. 전송권의 침해 여부

1. 문제의 정리

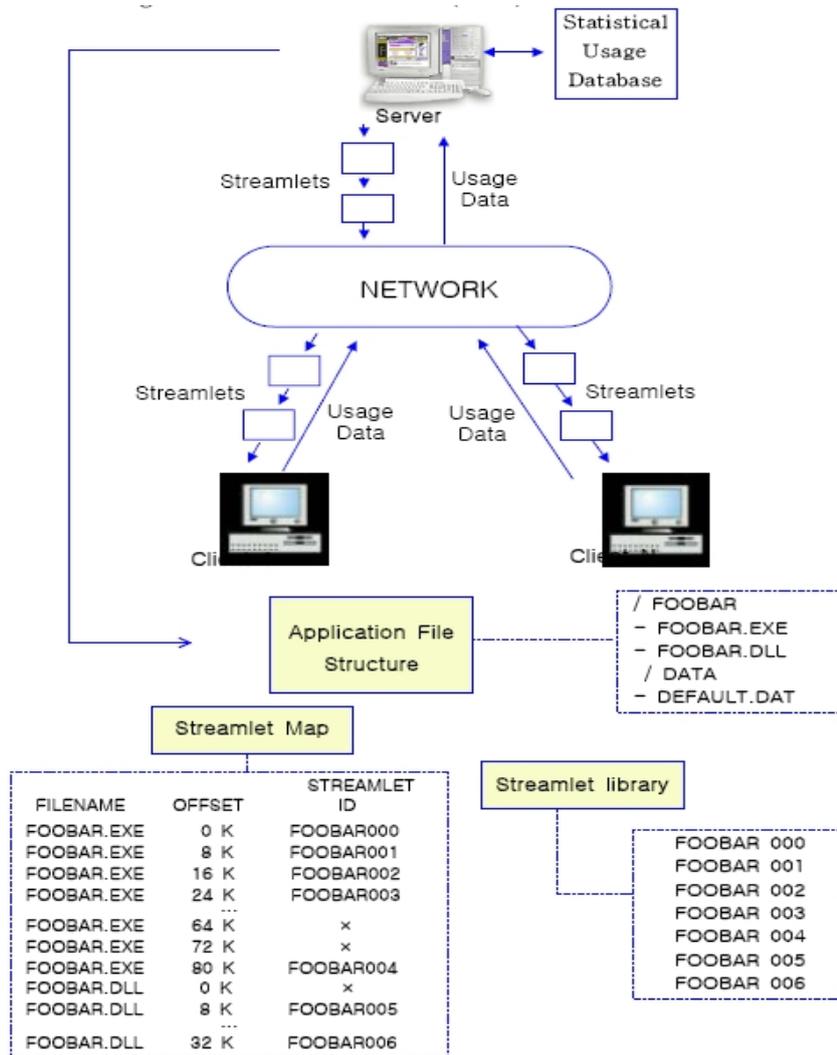


그림 : 스트리밍 서비스에 있어서의 파일 전송 개요²⁹⁸⁾

298) <http://www.pdmc.or.kr/main/hotissue/issueList.jsp?fkid=1&subject=S/W%20스트리밍%20>

그림에서 보는 것처럼 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하기 위해서는 클라이언트 PC에서 사용에 대한 요청이 있는 경우, 이 프로그램의 실행에 필요한 파일들을 Streamlet의 형태로 작게 분할하여 스트리밍 서버로부터 해당 클라이언트 PC로 전송하고 실행에 필요한 파일이 모두 전송되면 해당 프로그램을 실행시키고, 이후에 더 필요한 파일들은 요청이 있을 때마다 다시 스트리밍 서버에서부터 전송하게 된다.

전송은 저작권자의 배타적인 권리 영역 내에 포함되는 행위 유형으로 인정되기 때문에 저작권자의 허락 없이 이루어지는 경우에는 이는 전송권의 침해에 해당하게 된다.

이후에서 전송권의 개념에 대해서 살펴본 후, 다른 나라의 입법례 및 판례를 살펴보고, 전송권 침해 여부에 대한 국내의 논의를 살펴보면서 이에 대하여 판단을 내리고자 한다.

2. 전송권의 의의

가. 개념

개정전 저작권법은 제2조 제9호의2에서 전송을 “一般公衆이 個別的으로 選擇한 時間과 場所에서 受信 하거나 이용할 수 있도록 著作物을 無線 또는 有線通信의 방법에 의하여 送信하거나 이용에 제공하는 것”이라고 정의하였고, 제18조의2에서 전송할 수 있는 권리를 저작권자에게 배타적으로 인정하고 있다. 즉 전송권이란 일반공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저작물을 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선 통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 행위를 스스로 하거나

기술과%20저작권%20논쟁#에서 인용, 2006. 12. 11 방문. 더 이상 존재하지 않는다.

타인에게 이를 하도록 허락할 권리를 말한다.²⁹⁹⁾ 이러한 전송권은 개정 전 저작권법 상에서 저작권자(제18조의2), 실연자(제64조의2), 음반제작자(제67조의2), 데이터베이스제작자(제73조의4)에게 부여되어 있었다. 그런데, 개정 저작권법에서는 저작권자의 권리로 공중송신권(개정 저작권법 제18조)을 신설하면서 전송은 공중송신의 한 형태로 규정하고,³⁰⁰⁾ 실연자(동법 제73조), 음반제작자(동법 제81조), 데이터베이스제작자(동법 제93조)에게는 공중송신권이 아닌 전송권만을 인정하고 있다.³⁰¹⁾ 이러한 공중송신권은 개정 저작권법에 규정되어 있고, 컴퓨터프로그램보호법에서는 이를 인정하고 있지 않다. 이러한 상황 하에서 컴퓨터프로그램은 저작물이기 때문에(동법 제4조 제9호) 저작권법의 적용을 받아(프로그램보호법 제45조) 공중송신권을 인정해야 한다고 주장할 수도 있고, 개정 저작권법 제4조 제2항에서 컴퓨터프로그램저작물은 다른 법률, 즉 프로그램보호법에서 정한다고 규정하고 있기 때문에 컴퓨터 프로그램에 저작권법 상의 공중송신권을 바로 인정할 수는 없다고 할 수도 있으나 우선 현재 개정 저작권법이 시행되고 있지 않다는 점³⁰²⁾과 이하에서 살펴볼 바와 같이 현재 저작권법 상의 공중송신권과 프로그램보호법 상의 전송권의 개념이 아주 유사하다는 점을 볼 때 이에 대한 논의는 큰 의미가 없다고 판단된다. 이하에서는 논의를 프로그램보호법 상의 전송에 한정한다.

컴퓨터프로그램보호법에서는 제2조 제7호에서 전송을 “公衆이 受信하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 情報通信의 방법에 의하여 프로그램을 送信하거나 이용에 제공하는 행위”라고 정의하고, 제7조 제1항에서 프로그램저

299) 정상조, 앞의 책, 326쪽; 강석구, "인터넷상의 音樂傳送行爲와 正當行爲", 인터넷법률 제27호 (2005. 1), 79쪽.

300) 개정 저작권법 제2조 제7호와 제10호를 비교해보면, 전송은 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록” 하는 경우로 한정하고 있다.

301) 2000. 1. 12 개정되었던 저작권법에서는 방송의 개념 속에 전송이 포함된다는 판례로, 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결 (공2003.5.15.(178),1049).

302) 개정 저작권법은 2007년 6월 29일에 시행된다.

작자에게 배타적인 권리로서의 전송권을 인정하고 있다. 개정전 저작권법에서의 “개별적으로 선택한 시간과 장소에서”라고 하는 쌍방향성의 요건이 삭제되었다는 점에서 컴퓨터프로그램보호법상의 전송권의 개념이 저작권법이 규정하고 있는 전송권의 개념보다 포괄적이고,³⁰³⁾ 이는 개정 저작권법상의 공중송신권에 가까운 개념규정이라고 할 것이다. 전송권은 인터넷이나 네트워크를 이용한 디지털 형태의 송신이 저작물의 주요한 전달형태로 형성됨에 따라 저작권자의 정당한 권리와 이익이 보호되도록 2001년 1월 개정된 저작권법에서 신설된 권리이다.

민사적으로 전송권 침해의 개념 요소들에 대한 구체적인 논의가 없기 때문에 참고적으로 형법상에서의 구성요건에 관한 논의를 보면, 전송권 침해에 관하여 형사적 책임을 묻기 위해서는³⁰⁴⁾ ‘전송의 방법으로 전송권을 침해하는 행위’, 즉 일반 저작물의 경우 ‘일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공’³⁰⁵⁾하거나, 컴퓨터 프로그램의 경우에는 ‘공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공’³⁰⁶⁾하여야 한다. 이의 구체적인 행위태양은 ‘송신행위 및 이용제공행위’이고, 행위의 수단은 ‘무선이나 유선통신’, ‘정보통신’이어야 한다. 또한 이는 재산범위이므로 재산상의 손해를 요건으로 하며, 전송권 침해의 인식 및 송신 및 이용제공의 의사와 일반공중이 이를 수신하거나 이용할 수 있도록 하는 목적이 존재하여야 한다.³⁰⁷⁾

한가지 염두에 두어야 것은, 일상적으로 사용하는 용어로서의 ‘전송’과 컴퓨터프로그램보호법에서 정의하는, 즉 저작권자의 배타적인 권리 영역에 속하는 ‘전송’과 그 개념이 일치하지 않는다는 사실이다. 일반적 개념으로서의

303) 정상기, 앞의 논문, 272쪽; 오승중 외, 앞의 책, 297쪽 주3.

304) 강석구, 앞의 논문, 88-90쪽 참조.

305) 저작권법 제9조의2.

306) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제7호.

307) 강석구, 앞의 논문, 89-90쪽.

전송이 “情報通信의 방법에 의하여 프로그램을 送信하거나 이용에 제공하는 행위”라고 한다면, 저작권자의 배타적인 권리 영역에 속하는 전송은 그러한 행위가 “公衆이 受信하거나 이용할 수 있도록 하기 위”한 경우로 한정된다고 말할 수 있다. 즉 저작권법과 프로그램보호법에서 사용되는 전송이라는 용어는 이 정의에 따르는 전송만을 의미한다.

이는 WIPO 저작권 조약에서의 공중전달권(Right of communication to the public)이 개정전 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법에서는 전송권이라는 개념으로 도입³⁰⁸⁾되면서 ‘공중전달’과 ‘전송’의 개념 차이에서 비롯된 것으로 보인다.³⁰⁹⁾

정리하면, 전송이 이루어졌다 하더라도, 이는 곧바로 저작권자의 전송권 침해라는 결론을 도출하는 것은 아니라고 하는 점이다.

마찬가지로, 100개의 PC를 소유하고 있는 기업이나 학교에서 각각의 PC에 설치하기 위하여 특정 컴퓨터 프로그램을 100개 구입한 경우³¹⁰⁾, 개개의 PC에 해당 프로그램을 전송하여 이를 설치하게 하는 것이 저작권자의 전송권을 침해하는지 역시 의문이다.

마찬가지로 참고적으로 살펴보면, 형사적으로 전송권의 침해를 인정하기 위해서는 첫째 송신 및 이용제공행위가 있어야 하고, 둘째 저작물을 송신 또는 이용하게 하려는 고의가 있어야 하고, 셋째 공중이 이를 수신 또는 이용할 수 있도록 하여야 하며, 마지막으로 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 이를 수신, 또는 이용하게 하려는 목적이 존재하여야 한다고 한다.³¹¹⁾ 또한 이는 재산범죄이기 때문에 피해자에게 재산상의 손해가 발생하여야 한다.³¹²⁾

308) 정상조, 앞의 책, 328쪽.

309) WCT 제8조의 communication과 우리 저작권법상의 전송행위의 개념이 일치하지 않는다는 점에 대하여 강석구, 앞의 논문, 80쪽.

310) 특히 온라인에서 download의 방식으로 판매되는 경우에는 더욱 그렇다.

311) 강석구, 앞의 논문, 80-82쪽.

312) 위의 글, 89쪽.

앞서 이야기한 사례에서 소유하고 있는 모든 PC에 설치할 라이선스를 구매한 자가 그 설치방법에 있어서 ‘전송’이라는 방법을 이용하였다는 사실만으로 저작권자의 권리를 침해하고자 하는 고의가 있었는지, 그 결과 저작권자에게 어떠한 손해가 발생하였는지에 대해서는 부정적인 답변을 할 수 밖에 없을 것이다.

나. 전송권의 제한

쌍방향적인 정보의 유통을 특징으로 하는 전송은 방송과 그 개념이 상이하고, 컴퓨터 통신을 통한 저작물의 유통에 적합한 새로운 개념으로 전송권이라는 개념을 도입하였기 때문에,³¹³⁾ 비록 유무선을 통한 정보통신의 방법을 사용하는 등 전송과 방송이 유사하다 할지라도 방송에 관련된 저작권의 제한규정이 전송권에 그대로 적용되지 않는다.³¹⁴⁾ 전송권이 제한되는 경우로 개정전 저작권법 제24조의 시사보도를 위한 이용, 제28조의 도서관에서의 복제, 시각장애인을 위한 특칙인 제30조 등이 있고, 방송에 있어서 저작권의 제한으로 인정되는 제26조의 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송, 방송사업자의 일시적 녹음·녹화를 허용하는 제31조, 공표된 저작물을 공익상 이유로 방송할 수 있게 하는 제48조 등은 전송권에는 적용되지 않는다.³¹⁵⁾

프로그램보호법 상에는 전송권의 예외에 대하여 따로 규정하고 있지 않고 있기 때문에 이는 저작권법의 규정이 그대로 적용될 것이다.³¹⁶⁾

소프트웨어 스트리밍 서비스는 특별한 경우를 제외하고는 위에서 언급한 저작권법 제24조, 제28조, 제30조에 해당하는 경우가 없기 때문에 이러한 전송권의 제한으로 그 사용이 인정될 여지는 없다.

313) 서울중앙지법 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결.

314) 오승중 외, 앞의 책, 308쪽

315) Id.

316) 프로그램보호법 제45조.

3. 국내의 판례

전송권이 우리 저작권법에 규정된 지가 얼마 되지 않아서³¹⁷⁾ 전송권 자체에 대한 판례는 많지 않다. 우선 뮤지컬 ‘지저스 크라이스타 슈퍼스타’를 녹화하여 저작권자 등의 동의 없이 이를 14개 부분으로 나누어 방송사 웹페이지에서 VOD방식으로 서비스한 사건³¹⁸⁾(이른바 ‘지저스 크라이스타 사건’)에서, 법원은 “방송이란 일반 공중으로 하여금 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성·음향 또는 영상 등을 송신하는 것(차단되지 아니한 동일구역 안에서 단순히 음을 증폭 송신하는 것을 제외한다.)을 말한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 방송에는 일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성 등을 송신하는 것(저작권법 제2조 제8호 참조) 뿐만 아니라 그와 달리 방송이 서버(Server)까지만 송신이 되고 일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 인터넷을 통하여 그에 접속하여 비로소 서버로부터 개인용 단말기까지 송신이 이루어지는 인터넷방송과 같은 전송(저작권법 제2조 제9호의2 참조)도 포함된다고 해석함이 상당하다.”라고 판시하여 개정후의 저작권법 상의 전송에 해당하지만, 개정전에는 방송(인터넷방송과 같은 전송도 포함된다고 해석하였다.)에 해당하기 때문에 방송권을 침해하였다고 판시하였고, 동일한 뮤지컬을 개인이 녹화하여 마찬가지로 스트리밍 기술을 이용하여 VOD방식으로 웹페이지에 올린 사건³¹⁹⁾에서도 마찬가지로 판단하였다.

P2P 서비스를 이용하여 mp3파일의 공유를 방조하였다는 이유로 기소된

317) 2000. 1. 12 개정되어 2000. 7. 1일부터 시행되었다.

318) 대법원 2003. 3. 25 선고 2002다66946 판결 (공2003.5.15.(178),1049).

319) 서울지법 2003. 7. 9. 선고 2002노11814 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집 (8), 저작권관계자료집 43 (2004), 298쪽 이하).

형사사건(이른바 ‘소리바다 사건’)에서는 제1심³²⁰⁾에서는 정범의 범죄사실이 명백하지 않다는 이유로 P2P 서비스 제공자의 방조사실을 부인하였고, 항소심³²¹⁾에서는 정범(소리바다 서비스 이용자)들의 복제권 침해를 일단 인정하고, 이러한 정범의 침해행위에 대한 서비스 제공자의 방조여부에 대해서는 그 책임을 부정하였다. 같은 사실관계에 기한 민사사건에서 제1심³²²⁾은 이 소리바다 서비스를 이용하는 사용자의 전송권 침해를 인정한 후, 이러한 침해행위가 피고들에 의하여 야기되고 유인되었다 할 것이므로, 피고들은 소리바다 이용자와 일체가 되어 전송권을 침해하였다고 판단하였고, 항소심³²³⁾에서는 이용자들의 복제권 및 전송권 침해를 인정하였으나, 이는 복제권의 개념에 ‘유형물에 고정하거나’라는 규정과 전송권 규정이 신설된 2000년 7월 1일 이후의 행위만이 위법한 것이라고 판단하였고, 이러한 서비스 제공자는 위 위법행위의 공동불법행위 책임은 부정하였으나, 방조 책임은 인정하였다.

P2P 기술을 이용하여, 이와 유사한 서비스를 제공한 프루나에 관한 사건³²⁴⁾에서는 이용자들의 침해행위를 방조함으로써 저작권 침해의 책임을 인정하였다. 이 사건에서 이용자의 전체수는 명시되어 있지 않지만, 일일 사용자의 수가 69만명이라고 한 것을 볼 때, 전체 이용자는 이보다 훨씬 더 많을 것으로 추정할 수 있다.

음악파일을 자신의 서버에 저장하여 이를 스트리밍 형태로 사용자에게 청취가능하게 한 회사에 대하여 음반사 등이 이러한 서비스의 금지를 신청한 사건³²⁵⁾(이른바 ‘벅스뮤직 사건’)에서 당시 저작권점권자(음반사)에게는 전

320) 서울지법 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 103쪽 이하).

321) 서울중앙지법 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결.

322) 수원지법 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 331쪽 이하).

323) 서울고법 2005. 1. 25. 선고, 2003나80798 판결.

324) 서울중앙지법 2006. 3. 13.자 2005카합4187 결정 (각공2006.4.10.(32),1057).

325) 수원지법 성남지원 2003. 6. 25.자 2002카합280결정, 저작권심의조정위원회, 한국 저작권

송권이 인정되지 않았으나, “채권자들은 복제권에 기하여 채무자에 대하여 복제권 침해의 정지 및 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기가 기타 필요한 조치를 청구할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 스트리밍 서비스의 금지를 구할 수 있다고 할 것”이라고 판시하여 복제권 침해에 기한 청구가 결과적으로 전송권을 인정하는 것과 같은 결과를 낳을지라도 저작권법에 어긋나지 않는 것이라고 판시하였다.

위의 사례들을 살펴보면 전송권 침해를 판단하는 기준은 아주 간단하다. “유선통신의 방법에 의하여 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 제공”³²⁶⁾하면 바로 전송권이 침해된다고 판단하였다. 이렇게 전송권을 간단하게 판단하였기 때문에 해당 판결들을 상세하게 분석함으로써 얻을 수 있는 것이 많지 않다. 그럼에도 불구하고 두 가지 공통되는 요소들을 추출해낼 수 있고, 이를 바탕으로 이후의 논의를 진행할 것이다.

우선 해당 저작물에 접근할 수 있는 사람의 수가 아주 많았다는 것을 들 수 있다. 인터넷 웹페이지상에 해당 저작물을 올린 사건³²⁷⁾은 물론, 회원가 입을 통하여 접근 가능자의 숫자가 제한된 것으로 볼 수 있는 소리바다 사건³²⁸⁾도 그 회원수가 450만에 달하기 때문에 사실상 제한이 이루어진 것으로 보기 어렵다. 또한 벅스뮤직 사건에서의 이 사이트의 회원수는 1,400만 명으로, 즉 법원이 이 사건들에서 인정한 ‘일반 공중’은 인터넷 접속을 통하

판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 287쪽 이하.

326) 서울중앙지법 2006. 3. 13.자 2005카합4187 결정 (각공2006.4.10.(32),1057).

327) 대법원 2003. 3. 25 선고 2002다66946 판결 (공2003.5.15.(178),1049), 서울지법 2003. 7. 9. 선고 2002노11814 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 298쪽 이하).

328) 서울지법 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 103쪽 이하), 수원지법 2003. 10. 24. 선고 2003가합 857 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 331쪽 이하).

여 해당 웹페이지에 접근 가능한 사람과 회원 가입을 통하여 소리바다 서비스를 이용할 수 있는 450만명,³²⁹⁾ 벅스뮤직에 회원 가입하여 그 서비스를 이용할 수 있는 1,400만명을 가리킨다.

둘째는 인터넷방송의 경우인 위 지저스 크라이스타 사건은 물론이고, 소리바다나 벅스뮤직 사건에서도 전송을 통하여 해당 저작물을 획득한 사람들에게는 그 저작물을 이용할 수 있는 정당한 권리가 없었다는 사실을 발견할 수 있다. 즉 인터넷을 통하여 무단 복제가 이루어진 경우에 이에 대하여 복제권 침해 및 전송권 침해를 인정하였지만 저작물을 이용할 수 있는 정당한 권리가 있는 사람에게 이루어진 전송에 대하여 단독으로 전송권 침해의 책임을 인정한 예는 없다는 것이다.

4. 입법례

가. 들어가며

전송권은 비교적 최근에 도입된 권리이기 때문에, 이에 대한 판례로 많지 않고 이에 대한 논의도 부족한 편이다. 전송권의 개념을 보다 명확히 하여 이를 바탕으로 이후에서 논의하기 위하여 국제조약이나 다른 나라의 입법례를 살펴보고, 이를 참고하여 이후의 논의를 진행한다.

나. 국제 조약

(1) WIPO 저작권조약

329) 소리바다에 접속할 때 소리바다 서버에서 접속자에게 제공하는 정보는 동시접속자 5,000명에 대한 정보만을 제공하지만, 이는 접속시마다 바뀌기 때문에 결국 접근 가능한 사람은 총 회원수라고 볼 수 있을 것이다.

WCT 제8조는 “베른협약 제11조 제1항 (ii), 제11조의 2 제1항 (i) 및 (ii), 제11조의 3 제1항 (ii), 제14조 제1항 (i) 그리고 제14조의 2 제1항의 규정에 영향을 미치지 아니하고, 문학·예술 저작물의 저작자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다.”³³⁰⁾라고 규정하여 이전에 문제시 되었던 ‘on-demand’방식의 이용자를 공중이라고 할 수 있는지 여부와 직접 전송하지 않고 다른 이용자가 접근이 가능하도록 uploading 만 한 경우에도 공중전달에 해당하는지의 여부에 대하여 명시적으로 해결하였다.³³¹⁾ 즉, “개별적으로 선택한 장소와 시간에”라는 규정으로 동시적이 아니더라도 공중의 개념에 해당한다는 것과, “공중이 이용할 수 있도록”이라는 규정으로 uploading만으로도 공중전달에 해당한다는 것을 분명히 한 것이다.

여기서의 공중전달권이 우리나라의 전송권과 유사하지만, 우리나라의 경우 그 행위유형으로 송신과, 이용제공행위만을 특정하고 있다는 점에서 차이가 있다는 학설³³²⁾도 있다.

(2) WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty)

WPPT 제10조³³³⁾ 및 제14조³³⁴⁾에서는 실연자와 음반제작자에게 이와 유

330) Article 8. Right of Communication to the Public Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis (1)(i) and (ii), 11ter (1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis (1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

331) 정상기, 앞의 논문, 265쪽.

332) 강석구, 앞의 논문, 83쪽.

333) 10조. 고정된 실연을 이용가능하게 할 권리 : 실연자는, 유선이나 무선에 의하여, 공중의 구성원이 각자 자신이 선택한 장소와 시간에서 접근할 수 있도록 음반에 고정된 실연을 공중에 이용가능하게 하도록 허가할 수 있는 배타적 권리를 향유한다. (Article 10. Right of

사한 권리를 인정하고 있다. 즉 WCT는 ‘공중의 이용에 제공하는 행위’가 포함된 ‘공중에 전달하는 행위’에 대하여 저작권자에게 배타적 권리를 인정하고 있음에 비하여, WPPT는 실연자 및 음반제작자에게 “공중의 이용에 제공하는 행위”에 대한 배타적 권리만을 인정하고 있다.³³⁵⁾ 양자의 차이는 일단 공중의 이용에 제공한 후에 이루어지는 전송행위에 대하여 저작권자는 그 권리를 주장할 수 있지만, 실연자 및 음반제작자는 권리를 주장할 수 없다는 것과,³³⁶⁾ WCT 상의 공중통신권은 WPPT상의 이용제공권을 포함하는 넓은 개념이라는 점이다.³³⁷⁾

(3) EC

EC는 정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정(調整)에 관한 EC 지침³³⁸⁾ 제3조에서 저작물의 공중전달권 공중의 이용에 제공할 권리로 전송권을 규정하고 있다. 공중전달권에 관하여 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있도록 유선 또는 무선 통신에 의하여, 저작물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 포함하여 저작물의 공중 전달을 허락하거나 금지할 배타적 권리³³⁹⁾”라고 정의하고, 공중의 이

Making Available of Fixed Performances : Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them).

334) 14조. 음반을 이용가능하게 할 권리 : 음반 제작자는, 유선이나 무선에 의하여, 공중의 구성원이 각자 자신이 선택한 장소와 시간에서 접근할 수 있도록 음반을 공중에게 이용가능하게 하도록 허가할 수 있는 배타적 권리를 향유한다.

335) 정상기, 앞의 논문, 265쪽.

336) 위의 논문, 266쪽.

337) 강석구, 앞의 논문, 84쪽.

338) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

339) exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

용에 제공할 권리로 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여, (저작물을) … 공중의 이용에 제공하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리³⁴⁰⁾”라고 정의하고 있다.

다. 개별 국가들의 입법례

일본의 개정 전의 저작권법은 유선송신과 주문형 유선 송신을 포함하는 유선 송신의 개념과 무선송신과 무선 주문형 송신을 방송이라는 개념으로 통일하여 사용하였는데, 1997년 6월 저작권법 개정으로 방송(무선방송을 말한다)의 정의를 고쳐서 공중이 동시에 수신하는 경우를 방송이라 하고, 이보다 넓은 개념으로서(동시성을 묻지 아니하고) 송신의 개념을 법에 포함시켜 공중송신권을 신설하였다.³⁴¹⁾ 그래서 현재 일본은 저작권법 제23조에서 공중송신권에 대하여 “① 저작자는 그 저작물에 대하여 공중송신(자동공중송신의 경우에는 송신가능화를 포함)을 행할 권리를 전유한다. ② 저작자는 공중송신되는 그 저작물을 수신장치를 사용하여 공에게 전달할 권리를 전유한다.”라고 규정하고 있고, 독일은 저작권법 제19조a에서 “공중전달권이란 공중이 선택한 장소 및 시간에 접근할 수 있는 방법으로 유선이든 무선이든 저작물을 공중에 전달하는 권리이다.”라고 공중전달권을 규정하고 있다.

미국에서는, 미디어 스트리밍 서비스의 경우 스트리밍을 웹방송과 동일시하여³⁴²⁾ 이러한 스트리밍 서비스로 인하여 공연권이 침해된다는 것과 주문

340) exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

341) 일본 저작권법 제2조 제7-2호 7-2. 공중송신이란 공중에 의해 직접 수신될 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신 의 송신 [유선전기통신설비로 그 한 부분의 설치장소가 타 부분의 설치장소와 동일한 구 내(그 구내가 2 이상의 자의 점유에 속해 있는 경우에는 동일한 자의 점유에 속하는 구 역 내)에 있는 것에 의한 송신(프로그램저작물의 송신을 제외)을 제외] 을 하는 것을 말 한다.

형 스트리밍의 경우 실제로 해당 앨범을 구입하는 것과 대체관계에 있기 때문에 복제권이 침해된다는 것³⁴³⁾으로 이론 구성을 한다.

5. 국내의 논의

가. 전송권 침해로 보지 않는 학설

소프트웨어 스트리밍 서비스에서 이루어지는 서버-클라이언트간 자료 교환을 일단 전송의 구성요건에 해당한다고 보지만, 이러한 전송이 이루어졌다고 바로 전송권을 침해했다고 판단하는 것이 아니라, 사용허락 조항에 의하여 이루어지는지, 전송을 금지한 사용허락 계약이 유효한 것인지를 개별적으로 판단해야 한다는 견해³⁴⁴⁾가 있다.

이러한 견해에서는 우선 사용허락의 형태중 개인 패키지, 라이선스 패키지, 서버 패키지로 구별하여, 사용허락을 받은 클라이언트 개수만큼 사용하는 라이선스 패키지나 서버 패키지의 경우에는 전송이 이루어졌다고 하더라도 이는, 이를 금지하는 사용허락 조항이 있더라도 공정하지 않는 약관으로 인정되어 약관규제법 위반³⁴⁵⁾으로 그 조항이 무효가 되기 때문에, 전송권의 침해를 인정하지 않는다.

사용허락을 받은 개수보다 총 클라이언트 숫자가 큰 경우에 문제가 된다고 하면서 이 경우 네트워크에 접속하지 않고는 실행할 수 없는 형태로 개별 PC에 소프트웨어의 일부 내용이 남아 있고, 로그인 등을 통하여 서버에서 그 사용을 관리할 수 있어서 동시사용자의 숫자가 사용허락을 받은 숫자

342) 이대희, 앞의 논문, 85쪽.

343) Matt Jackson, 앞의 논문, 453쪽.

344) 한국전자통신연구원, 앞의 책, 120-125쪽.

345) 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제1항, 제2항.

보다 같거나 작게 관리할 수 있는 경우에는 실제로 권리자의 이익을 침해한 것이라 보기 어렵기 때문에 전송권 침해로 보기 어렵다고 한다.

이와 유사한 견해로 일단 전송에 해당하는 것으로 전제한 후, 라이선스의 종류에 따라서 파악하는 학설로서, 사이트 라이선스를 가지고 있는 경우에는 비록 명문으로 전송을 허락하는 조항이 사용허락에 없더라도 이는 라이선스의 본질상 전송권을 침해하지 않는 것으로 파악하고, 개별 패키지의 경우 i) 명문의 허락 조항이 있는 경우에는 당연히 전송권 침해의 문제는 발생하지 않고, ii) 동시사용자 라이선스가 있음에도 불구하고 개별 패키지로 스트리밍 서비스를 하는 것은 전송권을 침해하는 것이고, iii) 정당한 이유 없이 합리적 라이선스를 제공하지 않는 경우에는 개별 패키지를 이용하여 적절한 보호장치를 두면서 스트리밍 서비스를 제공하는 것은 전송권의 침해가 아니라고 보는 주장도 있다.³⁴⁶⁾ 또한, 전송행위가 동시사용자를 원래 라이선스를 받은 수량으로 제한하게 된다면, 전송권 침해의 위법성이 조각될 수 있다는 견해도 있으나, 이 견해에서는 이러한 제한이 기술적으로 확인될 수 있어야 한다는 것을 그 전제로 한다고 한다.³⁴⁷⁾

나. 전송권 침해로 보는 학설³⁴⁸⁾

스트리밍 서비스를 통하여 소프트웨어를 사용하는 경우에는 사용허락을 통하여 사용자가 얻는 것은 사용허락 계약에 나타나지 않는 ‘동시사용’의 권리가 아니라, 복제나 전송 등 저작권자의 배타적 권리를 일정 조건 하에서 개별 사용자가 사용할 수 있는 권리이며, 이러한 전송권한 없는 자에 의하여 소프트웨어를 전송 가능한 상태로 만드는 것만으로 전송권을 침해한 것

346) 프로그램심의조정위원회 심의 의결서, 4쪽, http://www.pdmc.or.kr/datafile/pds/trend/4.deliberation_doc.hwp. 2006. 10. 최종방문, 더 이상 존재하지 않는다.

347) 김윤명, 앞의 논문, 141쪽.

348) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 71-72쪽.

이라고 본다.³⁴⁹⁾

6. 전송권 침해 여부의 판단

가. 전송권에 대한 각 라이선스의 정리

앞에서 살펴본 것과 같이 대부분의 라이선스에서 “저장/네트워크 사용. 귀하는 내부 네트워크를 통하여 귀하의 다른 워크스테이션 컴퓨터에 제품을 설치하거나 실행하기 위해서만 사용되는 네트워크 서버와 같은 저장 장치에 제품의 복사본 한 개를 저장하거나 설치할 수 있습니다. 그러나, 귀하는 제품이 설치, 사용, 액세스, 디스플레이, 실행되는 각각의 별도 워크스테이션 컴퓨터마다 전용 사용권을 취득하여 추가로 지정하여야 합니다. 제품 사용권은 다른 워크스테이션 컴퓨터들 간에 공유되거나 동시에 사용될 수 없습니다.”와 같이 ‘내부 네트워크’ 내에서 ‘각 컴퓨터마다 별도의 사용권 있는’ 제한된 환경 하에서 네트워크를 통한 설치를 허용하고 있다. 즉 전송을 통한 설치가 일정 제한 하에서 허용되고 있다는 것이다.

한 가지 흥미로운 사실은 어도비사의 제품의 경우, 우리나라에서는 네트워크를 통한 사용을 허락하면서도 이를 동시사용자의 개념으로 사용하면 안된다는 것을 명시하고 있지만, 다른 나라에서는 이러한 동시사용자 사용을 허락하고 있다는 것이다.³⁵⁰⁾

나. 문제의 정리

349) 진웅, 앞의 논문, 38쪽.

350) 손승우, “S/W Streaming 기술과 저작권 남용행위”, 중앙법학 제6집 제3호 (2004), 306쪽.

이와 같이 전송에 의한 설치가 허용되고 있기 때문에 각 라이선스가 규정하고 있는 제한들을 충족할 경우,³⁵¹⁾ 소프트웨어 스트리밍 서비스로 인하여 저작권자의 전송권이 침해된다고 보기는 어려울 것이다.

그러나 만약 네트워크에서의 사용에 대한 라이선스 규정이 없는 경우, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 것이 저작권자의 전송권을 침해하게 되는 것일까?

이에 대해서 판단하기 위해서는 우선 왜 저작권자에게 전송권을 보장하는지를 살펴보고, 이러한 전제하에 전송권은 어떠한 개념 요소를 가져야 하는지를 살펴보는 것과 동시에 이에 대하여 판단해보도록 하자.

사실 전송을 통하여 송신자에게 존재하는 복제물과 동일한 파일이 수신자에게 존재하게 되고, 이러한 전송을 통하여 복제물을 배포하게 되기 때문에, 전송을 통하여 실제로 침해되는 권리는 대부분 저작권자의 복제권이나 배포권이고, 실제로 미국에서는 전송권을 인정하지 않으면서 복제권과 배포권의 적용으로 이를 해결하고 있다.³⁵²⁾ 따라서 복제권과 배포권이 침해되는 것으로 인정되는 사안에서는 전송권 침해를 논할 것이 아니라 복제권과 배포권의 침해를 따져야 할 것이다.

멀티미디어 스트리밍 서비스의 경우를 상정해보자.

서버에 해당 음원이 파일의 형태로 존재하는 것은 복제권의 침해이다.³⁵³⁾ 이 외에 일단 복제된 파일이 개별 이용자에게 전달되는 과정을 살펴보면, 스트리밍 서비스의 경우 재생이 끝나면 해당 저작물이 사용자의 컴퓨터에 남아 있지 않기 때문에 복제권의 침해를 주장할 수 없다. 또한 이러한 스트리밍 서비스의 경우에는 유체물이 전달되는 것이 아니기 때문에 유체물을 개념요소로 하는 배포권이 침해된다고 보기도 어렵다. 이렇게 스트리밍 서

351) 동시사용자 조항 관련 조항만을 제외하고는 모두 충족하는 것으로 보인다.

352) Matt Jackson, 앞의 논문, 453쪽.

353) 수원지법 성남지원 2003. 6. 25.자 2002카합280결정, 저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 287쪽 이하.

비스를 통하여 정당한 권한 없이 저작물에의 접근이 이루어지는 경우에는 복제권이나 배포권의 침해가 인정될 여지가 적고, 이러한 상황에서 바로 전송권이 그 의미를 갖게 되는 것이다.³⁵⁴⁾

복제나 배포 이외에 전송으로 인하여 저작권자의 이익이 위협받는 경우에 전송권이 문제된다는 점을 염두에 두고 이후 논의를 진행한다.

다. 전송권 침해여부의 판단

(1) 전송의 개념요소에 대한 분석

(가) 저작물을 송신하거나 이용에 제공하는 행위

전송권의 침해는 해당 저작물을 일반 공중에게 직접 송신하는 행위에서만 아니라, 일반 공중이 이를 수신하여 이용할 수 있도록 이용 제공 행위에서도 이루어진다. 즉 직접적인 송·수신이 이루어지지 않아도 전송권이 침해된다는 것이다. 그렇기 때문에 인터넷 상의 자료실에 특정 저작물을 업로드하는 행위, 사내 전산망에서 특정 저작물을 게시하는 경우 역시 전송권을 침해한다고 볼 수 있다.³⁵⁵⁾ 그런데 이는 저작물을 송신하거나 이용에 제공하는 행위에 해당하기 때문에 단순히 이들 저작물을 이용하는 행위는 전송권을 침해하지 않게 된다.³⁵⁶⁾ 즉, 서비스 제공자는 전송권을 침해하지만 해당 서비스를 이용하는 사람은 전송권을 침해하지 않는다는 것이다.

소프트웨어 스트리밍 서비스에서 컴퓨터 프로그램은 스트리밍 서버에 설

354) “복제는 전송에 수반되어 이루어지는 행위일 뿐이고, 배포는 유체물의 점유이전을 수반하지 않는 전송에는 적합하지 아니한 개념이며 …, 방송 또한 쌍방향적인 정보의 유통을 특징으로 하는 전송과는 상이한 개념이기 때문에, 컴퓨터 통신을 통한 저작물의 유통에 적합한 새로운 개념으로 전송권이라는 개념을 도입한 것으로 해석”된다는 판례로 서울중앙지법 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결.

355) 오승중 외, 앞의 책, 298쪽.

356) 서울중앙지법 2005. 5. 20.자 2004카합2965 결정.

치본의 형태로 인코딩되어 저장되어 이용에 제공되어 있고, 이를 이용하는 클라이언트 PC의 요청이 있는 경우에, 이를 송신하기 때문에 이 요건은 만족한다고 볼 수 있다.³⁵⁷⁾

(나) 일반 공중

1) 일반 공중 개념의 연혁

전송이라는 것은 ‘어느 사람’으로부터 ‘공중’에게 정보통신의 방법에 의하여 특정 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위이다. 즉 저작권법이 저작권자에게 배타적으로 허용하고 있는 전송은 ‘공중’에 대한 전송이다. 이 공중의 개념에 대해 2002년 12월 30일 개정 이전의 프로그램보호법에서 제2조 제5호³⁵⁸⁾에서 공표를 정의하면서, 공중을 “특정인 또는 불특정다수”라고 개념정의하고, 다시 전송이라 함은 공중에 대한 송신 등의 행위라고 정의하고 있었으나, 개정 이후에는 공중에 대한 개념 정의 부분이 삭제되었고, 삭제 이유에 대해서는 국회의 회의록에도 나와 있지 않다.³⁵⁹⁾ 그러나 위의 개념 정의가 삭제된 후에도 대부분의 학설은 공중의 개념을 “특정인 또는 불특정다수”라고 이해하고 있다. 여기서 개념상 개인을 “衆”에 포함시키기는 어렵기 때문에 이는 “특정인 다수 또는 불특정 다수”라고 해석하는 것이 일반적이었다.³⁶⁰⁾

그런데, 개정 저작권법에서는 제2조 제32호에서 새로이 공중을 정의하는

357) 진웅, 앞의 논문, 38쪽

358) “"公表"라 함은 프로그램을 발행하거나 이를 특정인 또는 不特定多數人(이하 "公衆"이라 한다)에게 제시하는 행위를 말한다.”

359) 그 이유를 “이러한 일련의 변화들은 인터넷상에서의 저작권 침해를 방지하기 위한 하나의 방책들”이라고 설명하는 학설도 있으나, 그 취지는 명확하지 않다. 윤선희, 지적재산권법 (육정판, 2004), 288쪽.

360) 공중에 ‘특정 다수인’도 포함되어 이러한 경우에도 전송에 해당한다는 견해로, 프로그램심의 조정위원회 심의 의결서, 3쪽, http://www.pdmc.or.kr/datafile/pds/trend/4.deliberation_doc.hwp, 2006. 10. 15 방문. 더 이상 존재하지 않는다.

규정을 두면서 “‘공중’은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말한다.”라고 하여 공중을 특정 다수인을 포함하는 불특정 다수인이라고 정의하면서, 이전에 사용하였던 ‘일반 공중’이라는 용어를 모두 ‘공중’으로 교체하였다. 이에 상응하는 프로그램보호법의 개정은 아직 이루어지지 않은 상태이다.

공중이라는 단어는 법규정에서도 빈번하게 사용되지만,³⁶¹⁾ 공중의 의미에 대하여 입법적으로 정의하는 다른 법 규정은 찾을 수 없고,³⁶²⁾ 예를 들어 2007년 5월 25일 개정된 전과법에 사용되는 공중을 예를 들면, 제2조 제9호에서 ‘방송국이라 함은 공중이 방송신호를 직접 수신할 수 있도록 할 목적으로 개설한 무선국을 말한다.’라고 규정하고 있는데 방송국의 신호를 수신하는 범위의 사람의 집단을 ‘공중’이라고 상정하고 있는 것이다. 한편 일본 저작권법 제2조 제5항에는 공중을 ‘특정 그리고 다수의 사람을 포함하는 것’으로 규정하면서,³⁶³⁾ 동조 제7호의²³⁶⁴⁾에서는 공중송신의 개념에서 ‘유선전기통신설비로 그 한 부분의 설치장소가 타부분의 설치장소와 동일한 구 내에 있는 것에 의한 송신’을 제외하고 있다.

2) 개정 저작권법 규정의 이해

개정 저작권법 제2조 제32호의 의미를 다시 살펴보기 전에, 과연 논리적으로 ‘불특정 다수인’이라는 개념 안에 ‘특정 다수인’이라는 개념이 포함될

361) 의료관계법령 및 수많은 행정법 영역에서 공중이라는 단어를 달리 정의하지 않고 사용하고 있다.

362) 공중의 사전적 의미는 “사회의 대부분의 사람들”을 의미한다.

363) 강석구, 앞의 논문, 81쪽의 견해에 따르면 일본에서의 공중은 원칙적으로 불특정 다수인을 가리키고, 여기서는 예외적으로 공중의 개념 내에 특정 다수가 포함되도록 규정했다는 것이다. 그 근거로 일본 의료법 제1조의5에서 “공중 또는 특정 다수인을 위한 치료”라는 규정을 그 근거로 들고 있다.

364) 7-2. 공중송신이란 공중에 의해 직접 수신될 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신 [유선전기통신설비로 그 한 부분의 설치장소가 타 부분의 설치장소와 동일한 구 내(그 구 내가 2 이상의 자의 점유에 속해 있는 경우에는 동일한 자의 점유에 속하는 구 역 내)에 있는 것에 의한 송신(프로그램저작물의 송신을 제외)을 제외] 을 하는 것을 말 한다.

수 있는지 의문이다. 기본적으로 불특정 다수인이라는 것은 특정되지 않은 다수인을 의미하는 것으로 이 개념 안에 특정 다수인을 포함시키는 것은 논리적 오류일 수밖에 없는 것이다. 이러한 논리적 오류를 피하기 위해서는 이 조항은 “‘공중’은 특정되었거나 특정되지 않은 다수인을 말한다.”라고 이해되어야 할 것이다. 즉 다수 사용자가 공중에 해당하는지를 판단하는 데에 있어서 특정 여부는 그 판단에 영향을 미치지 못한다는 것이다.

개정전 저작권법에서 사용되었던 “일반 공중”이라는 개념을 살펴보면, 이 개념은 기본적으로 WCT 제8조의 공중전달권의 규정에 나타나는 ‘public’³⁶⁵⁾에 해당하는 단어이고, 이 단어에 과연 특정 다수까지 포함하는 것으로 볼 수 있는지는 의문이었고, 일본의 법제와 같이 이를 명백히 규정했던, 정의조항을 삭제한 입법 의도가 무엇인지를 생각해볼 때 특정 다수가 공중에 포함될 수 있는지에 대해서 부정적일 수밖에 없었다.³⁶⁶⁾ 즉 ‘一般公’이라는 것은 ‘불특정’을, ‘衆’이라는 것은 ‘다수’를 의미하는 것으로 파악하여야 할 수밖에 없었던 것이다.

3) 공중 여부의 판단

저작권법이 개정되기 이전에는 특정 규모나 특정 성격의 다수인이 공중에 해당할 수 있는지의 여부에 대해서 주로 특정 여부를 기준으로 논의되었다. 즉 다수인이지만, 특정되었기 때문에 일반 공중에 해당되지 않는다는 식의 논의이었다. 그러나 특정 다수인과 불특정 다수인 모두를 공중의 개념 범위 안에 포함시킴으로써 특정 여부의 판단은 더 이상 공중에 해당하는지 여부의 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 없게 되었다. 즉, 이 규정은 “공중은 다수인을 말한다.”라는 것 정도의 의미만을 가지게 되었다는 것이다.

365) Black Law Dictionary 8판에는 public이 “n. 1. The people of a nation or community as a whole <a crime against the public>. 2. A place open or visible to the public”이라고 정의되어 있다.

366) 공중은 불특정 다수만을 의미한다는 견해로 강석구, "인터넷상의 音樂傳送行爲와 正當行爲", 인터넷법률 제27호 (2005. 1), 81쪽.

저작권법에서 전송권을 신설하면서, 방송과 전송과의 관계에 대하여 방송은 동시적 송신의 경우만을 뜻하는 것으로 규정하고, 전송은 이시적·쌍방향적인 송신을 뜻하는 것으로 규정하였기 때문에,³⁶⁷⁾ 예를 들어 다자간 통화에 있어서 음악을 함께 청취할 수 있도록 하는 것을 공중에 대한 방송³⁶⁸⁾이라고 하거나, 다자간 채팅에 있어서 음악을 함께 청취할 수 있도록 하는 것을 공중에 대한 전송으로 보기는 어려울 것이기 때문에 ‘공중’이라는 것이 단순히 다수인, 즉 2인 이상의 사람을 의미하지는 않을 것이다. 2인 이상의 다수인이 모두 공중이라고 해석하는 것은 공중이라는 언어 자체의 어의와 어울리지 않을뿐더러, 앞서 이야기한 것과 같이 지나치게 저작권의 범위를 확장할 염려가 있다.

따라서, 이 조항의 가능한 해석은 2인 이상의 사람의 집단 중 어의상 공중이라 부를 수 없는 사람들의 범위를 제외한 다수인을, 특정 여부를 불문하고, 공중이라 정의하고 있다는 것이다.

2인 이상의 사람들이 모두 공중에 해당하는 것이 아니라면, 공중이라는 말의 어의와 어감만으로 공중 여부를 결정하는 것은 다분히 자의적일 수 있기 때문에, 이외에 공중에 해당하는 다수인과 공중에 해당하지 않는 다수인을 구분할 수 있는 기준이 필요하지만, 현행법상 이 기준으로 삼을 수 있는 명문의 조항은 존재하지 않는다. 즉 법문에 규정상 명백하게 드러나는 기준은 없기 때문에, 이 기준들은 공중이라는 개념의 함의에서 도출될 수 밖에 없다.

아직 개정된 저작권법상의 공중에 대한 논의는 없지만, 이전의 논의를 보면, 우선 이에 대하여 불특정 다수인이라면 모두 공중에 해당될 수 있고, 특

367) 오승중 외, 앞의 책, 297쪽.

368) 2007년 1월 26일 개정된 방송법 제2조 제1호에서 방송을 ‘ 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며, 이하 "시청자"라 한다)에게 전기통신 설비에 의하여 송신하는 것’고 정의하고 있고, 개정 저작권법 제2조 제8호에서는 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것’이라고 정의하고 있다.

정 다수인의 경우에는 일정범위 이상인 경우에만 공중에 해당된다고 판단하는 학설³⁶⁹⁾도 있고, 또한 ‘가족과 같은 특별히 한정된 관계’나 ‘학교 구내에서의 전송’, ‘소수의 특정인’³⁷⁰⁾의 경우 공중에 해당하지 않는다고 하거나, 단순히 ‘특정 또는 불특정의 다수인’을 의미하는 것으로, 특정의 개인이 아니면 공중에 해당하는 것³⁷¹⁾이라고 하기도 한다.

우선 특정 여부를 기준으로 하는 기준을 살펴보면, 이전의 공중에 대한 논의에서 ‘특정’ 여부가 중요하게 논의되었던 것은 이 개념요소가 공중에 대한 범위를 아주 소수의 제한된 다수인에게 적용되지 않도록 제한할 수 있는 유일한 것이기 때문이라고 생각된다. 그러나 다시 생각해보면 현재의 주요 포털 사이트에서 이루어지는 전송행위는 로그인을 통하여 해당 이용자가 누구인지를 확인할 수 있고, 그 범위가 해당 포털 사이트에 가입한 사람으로 제한되는 ‘특정 다수인’에 대한 전송으로 평가될 수 있고, 아주 개인적인 목적으로 자신의 홈페이지에 일시적으로 자료를 저장한 경우는, 이 자료에의 접근을 통제할 수 있는 특별한 조치가 취해지지 않는 한, 이 자료를 본인을 제외한 어떠한 사람도 접근하지 않았다 할지라도 이는 “이용에 제공”한 행위이며, 이 자료에 접근할 가능성이 있었던 사람을 특정할 수 없기 때문에 불특정 다수인에 대한 전송으로 평가될 수 있을 것이다. 이 두 가지 경우를 살펴보면, 특정 여부만을 기준으로 공중을 판단하는 것은 문제를 야기할 가능성이 크다고 할 것이다.

그러나 이용자를 특정할 수 있다면, 저작권 침해의 가능성을 현저하게 낮출 수 있다는 점에서는 특정 여부가 여전히 의미가 있다. 즉 개정전 제28조 제2항(개정 저작권법 제31조 제2항)에서 저작권법 제圖書·文書·記錄 그 밖의 資料(이하 “도서등”)의 경우에, 컴퓨터 등을 이용하여 도서관 내부에서

369) 오승중 외, 앞의 책, 704쪽.

370) 송영식 외, 앞의 책, 605쪽.

371) 정상조, 앞의 책, 328쪽.

이용자가 이를 이용할 수 있도록 전송이 가능하다고 규정하고 있다. 이 경우 동시에 열람할 수 있는 수를 가지고 있는 책의 부수나 따로 이용허락을 받은 부수 내로 제한하고 있다. 즉 도서 등의 경우에는 저작권자의 허락 없이도 동시사용자 수의 제한을 지키면 도서관 내에서 전송이 가능하다고 규정하고 있는 것이다. 이러한 규정과 같이 사용자를 특정하여 허락된 범위 내에서 제한할 수 있다면 비록 전송에 대한 허락 없이 이루어지는 전송행위도 합법적일 가능성이 크게 된다.³⁷²⁾

정리하자면, 단순히 이용자를 특정할 수 있는지 여부는 전송권 침해의 요소가 되는 공중 여부의 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 없지만, 해당 저작물의 저작권을 적절하게 보호할 수 있는 방법으로서의 사용자 특정 여부는 여전히 공중 여부의 판단에 영향을 미칠 수 있다는 것이다.

다음으로, 학교 구내에서의 전송을 사적이용으로 평가될 수 있는 한정된 범위 내에서의 전송으로 인정될 수 있는 경우에 이를 일반 공중에의 전송으로 보지 않는 학설³⁷³⁾을 살펴보면, 이러한 견해는 학교 구내에서의 전송을 사적 이용으로 보아 그 위법성을 조각하자는 것이지만, 이 견해 역시 사적 이용의 범위에 포섭되는 범위의 다수인은 공중이 아니라는 견해로도 해석할 수 있을 것이다. 왜냐하면 “전송의 개념에 해당하는 한 복제와 달리 사적 이용을 위한 전송은 인정되지 아니”³⁷⁴⁾하기 때문에, 이 규정이 전송권에도 준용된다는 근거를 제시하지 않는 한, 학교 구내에서의 전송을 사적 이용을 이유로 바로 그 합법성을 인정할 수는 없다. 따라서 이러한 전송이 전송권을 침해하지 않는다고 하기 위해서는 위의 제한된 범위의 다수인은 공중에 해당하지 않는다고 할 수밖에 없다.

372) 만약 컴퓨터 프로그램이 도서관이 소장한 기타 자료로 ‘도서등’에 해당되고, 소프트웨어 스트리밍 서비스가 도서관 내에서 이루어진다면, 이 조항의 적용을 받아 전송권을 침해하지 않는 것으로 판단될 것이다.

373) Id.

374) 위의 책, 606쪽.

또한 우리나라 법원은 사적 이용을 인정하기 위한 요건으로 영리를 목적으로 하지 않을 것, 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하여야 한다는 두 가지 요건을 들면서 두 번째 요건 중 한정된 범위를 만족하기 위해서는 다시 그 이용인원이 소수일 것과 이용인원들 사이에 강한 인적결합이 존재하여야 한다고 판단하고 있는데,³⁷⁵⁾ 이러한 엄격한 요건을 만족하는 제한된 범위의 다수인이 공중의 범주에 포함된다고 해석하기는 어렵기 때문이다.³⁷⁶⁾

이상의 논의에서 공중의 개념 범위를 제한할 수 있는 기준으로 제시할 수 있는 것으로, 첫째 단순한 특정 여부가 아니라, 저작권 침해 가능성을 최소화할 수 있는 방법으로서의 특정 여부, 둘째 일본 저작권법 제2조 제7호의2에서, 공중송신의 개념에서 ‘유선전기통신설비로 그 한 부분의 설치장소가 타부분의 설치장소와 동일한 구내에 있는 것에 의한 송신’을 제외하고 있는 것에서 볼 수 있는 것처럼 ‘동일한 구내’와 같이 공간적 제한 여부, 마지막으로 사적 이용과 관련된 학설에서와 같이 이용자의 수 및 그들 간의 결합관계 등을 들 수 있다. 결국 이 세 가지 기준을 유기적으로 판단하여 일정 범위의 다수인이 공중인지 여부를 판단하여야 할 것이다.

이러한 논의를 바탕으로 주성대학 경우에서 소프트웨어 스트리밍 서비스 사용자가 공중의 범주에 포섭될 수 있는지를 판단해보자. 우선 단순히 이용자를 파악할 수 있다는 점에서 특징이 이루어지고 있는 것이 아니라, 소프트웨어 스트리밍 서비스에서 중요한 기능으로 로그인 등을 통하여 학내 구성원으로 그 이용자를 제한하면서, 마찬가지로 로그인 등과 전체 라이선

375) 서울중앙지법 2005. 1. 12. 판결, 2003노4296; 서울고법 2005. 1. 25. 판결, 2003나80798 등.

376) 오병철, “P2P 유사 스트리밍 서비스의 책임에 관한 비판적 검토”, 법무부, 인터넷법률 제31호 (2005), 96쪽.

스 개수 관리 등을 통하여 그 동시 사용자 수를 제한하는 기능이 있기 때문에 저작권 침해 가능성을 최소화하는 방법으로 특징이 사용되고 있다고 봐야 할 것이다. 그리고 이 서비스가 학내에서만 이루어진다는 점에서 공간적 제한이 이루어지고 있고, 마지막으로 이용자의 수 및 그 결합관계가 문제될 수 있으나, 판례상 전송권 침해가 인정된 사례에서의 사용자 수는 적게는 450만명에서 많게는 1,500만명이었던 점과 이들 간의 결합관계는 단순히 같은 사이트에 가입하였다는 점뿐이지만, 이 사안에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하게 된 계기가 전용 실습실과 강의 시간의 중첩 문제를 해결하기 위한 것³⁷⁷⁾이었기 때문에, 가능한 시간에 가능한 전용 실습실에서 강의를 진행할 때 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 사용자의 수 및 그 결합관계는 전송권 침해가 인정된 경우가 같이 보기는 어려울 것이다. 또 사용자의 수와 그 결합관계가 공중 여부를 판단하는 핵심 요건으로 인정된다면, 해당 컴퓨터 프로그램을 이용한 수업을 듣는 학생만 해당 컴퓨터 프로그램을 이용할 수 있도록 제한을 가한다면 이 요건을 만족시킬 수 있을 것이다.

즉 주성대학 사건에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 컴퓨터 프로그램을 이용하는 다수인은 공중이라고 보기 어렵고, 따라서 공중에 이루어진 전송으로 볼 수 없기 때문에 전송권을 침해한다고 할 수 없는 것이다.

(다) 정리

요건으로 검토해볼 때, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 것은 네트워크를 이용한 이용방식이기 때문에 당연히 정보통신의 방법에 의하는 것이고, 이는 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 것이기는 하지만, 이 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 컴퓨터 프로그램을 이용하는 다

377) 강석규, 앞의 글, 25쪽 참조.

수인을 공중으로 보기 어려운 경우에는, 이를 공중에 대한 송신/이용제공 행위로 볼 수 없기 때문에, 해당 컴퓨터 프로그램 저작권자의 전송권을 침해하는 것으로 판단할 수 없다.

여기서 특정의 개념을 저작권 침해 가능성을 최소화하는 방법으로 파악하여 이를 공중의 범주에서 제외시키는 것은 이후 논의할 정당한 사용권한이 있는지 여부와 관련된다. 즉 특정되어 있더라도 정당한 사용권한이 없는 다수에게 송신하거나 이들이 이용할 수 있도록 제공하는 행위는 전송권 침해의 가능성이 크다. 그러나 정당한 사용권한이 있다고 특정되어 있는 다수에게 해당 컴퓨터 프로그램을 전송하거나 이들이 이용할 수 있도록 제공하는 것은 전송권 침해로 인하여 저작권자에게 손해를 가할 가능성이 극히 적기 때문이다.

그러나 공중 개념의 가능한 의미 안에 정당한 사용권한이 존재하는지의 여부도 포함된다고 하는 것은 해석론으로서 가능한 범위를 넘는 것이다. 따라서 이는 전송권에 대하여 그 범위를 제한하기 위한 입법론으로서 의미를 가지는 것이고, 이러한 전제 위에서 이후의 논의를 진행하기로 한다.

(2) 정당한 사용권한의 존재 여부

특정 컴퓨터 프로그램을 단체가 복수의 수량을 구매하는 것은 이를 필요로 하는 구성원들에게 배포하여 이를 사용할 수 있도록 하는 것이 목적이다. 예를 들어 100개의 컴퓨터 프로그램을 구입하여 이를 필요로 하는 100명의 사람들에게 이를 네트워크를 통하여 전송하는 경우에, 사용자들이 구매 당시에 필요한 사람이 누구인지를 확정하지 아니하였고, 본사와 지사 등 그 장소가 한 곳으로 한정되지 않으며, 이들이 다수이고, 같은 단체의 구성원이라는 비교적 약한 결합관계를 가지고 있기 때문에, 이 경우 전송권을

침해한다고 판단하는 것은 문제가 있을 수 있다. 이 경우 구매한 단체가 각 사용자에게 해당 프로그램을 전송하는 것은 구매후 실제 수요를 파악하여 필요한 사람에게 이를 배포할 수 있도록 하기 위하여 단체가 개입되는 것이지, 애초부터 사용할 사람이 정해져 있었다면 컴퓨터 프로그램 저작권자에게서 실제 사용할 사용자가 바로 패키지 라이선스 제품을 구입하거나 혹은 바로 저작권자로부터 전송을 받았을 것이고, 단지 단체는 이를 매개한 것에 지나지 않는다. 따라서 구입자인 단체가 실제 사용자인 그 구성원에게 전송한 것을 특정 혹은 불특정 다수에게 이루어진 전송이라고 하여 전송권을 침해하는 것으로 간단하게 결론짓는 것은 무리이다.

현재의 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법, 라이선스의 체계로 볼 때 물리적으로 전달받는 방식은 저작권자의 저작권을 침해할 여지가 없고, 전산망을 통하여 전달받는 방식은, 기존의 해석론에 의할 경우, 저작권자의 배타적 권리인 전송권을 침해할 가능성이 큰 것으로 파악할 수밖에 없을 것이다.

‘전송’에 대하여 저작권자 등에 배타적 권리를 인정하는 것은 이러한 방식으로 저작권자의 이익이 침해될 가능성이 크기 때문에 이에 대한 규제가 필요하기 때문이다. 그러나 저작권자 등의 이익이 침해될 가능성이, 물리적으로 전달하는 방식과 거의 동일한 경우에도, 단지 그것이 전산망을 통하여 이루어졌다는 이유만으로 권리 침해와 비침해로 달리 판단되는 것은 옳지 않다고 생각한다.³⁷⁸⁾

이는 권리 침해의 가능성이 실질적 증가 여부와 상관없이 관념적으로 권리 침해 가능성 여부를 기계적으로만 판단하여 이를 규제하는 것으로, 많은 단체의 업무에 있어서 갈수록 네트워크의 활용이 늘어가는 추세와 배치되는

378) 이 과정에서 전송권을 명분으로 사용과정에 개입하도록 하는 것은 저작권자에게 이중의 이익을 부여하는 결과가 되고, 입법취지에도 반한다는 견해로 정상조, 앞의 논문, 433쪽.

것이다.

우리나라에서 전송권 침해가 인정된 사례는 해당 저작물을 인터넷에 올린 경우나, 인터넷을 통한 멀티미디어 스트리밍 서비스, P2P를 이용한 mp3 파일의 공유 등 해당 저작물에 접근할 수 있는 사람이 이에 대한 정당한 사용권한이 없는 경우들이었다. 해당 저작물에 대한 정당한 사용권한이 존재함에도 불구하고 그 저작물의 전달방식이 ‘전송’이었다는 이유만으로 전송권을 침해한다고 판단한 사례는 아직 존재하지 않는다. 그리고 네트워크가 더욱 더 활용될 앞으로는 단지 전달방식의 차이만으로 전송권이 침해된다고 판단되지는 않을 것이다.

정당한 사용권한이 있는 경우, 저작권이라는 권리 침해에 대한 고의나 과실 역시 인정하기 어렵게 된다. 본 사안에서 2차에 걸쳐 정보통신부의 유권해석을 구하고, 저작권을 침해하지 않는다는 유권해석 하에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하였기 때문에 고의나 과실을 인정하기가 더욱더 어렵게 된다.

즉, 개별 사용자가 모두 해당 컴퓨터 프로그램에 대하여 정당한 권원이 존재하고, 이 과정에서 전달수단으로 단순히 전송이 이용된 경우에는 전송권 침해를 부정하여야 할 것이고, 이는 현행 규정의 해석론으로는 인정할 수 없지만, 앞으로 입법적으로 해결될 것을 기대해본다.

라. 소결

전송권 침해여부와 관련하여 필자는 주성대학 사건의 경우, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 컴퓨터 프로그램을 사용하는 것이 프로그램 저작권자의 전송권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 이러한 판단에서 중요한 부분이 바로 ‘공중’에 대한 개념 규정이었고, 이 개념의 범위를 확정하기 위한 구체적인 기준이 따로 법률로 규정되어 있지 않은 현 상황에서, 공중에

해당하는지 여부에 대한 판단은 논쟁의 여지가 존재하는 것을 부정할 수는 없다. 이러한 논쟁의 여지를 잠재우기 위해서는 현재의 논의 이상의 논의가 필요하다고 판단된다. 현재의 논의는 전송권과 관련된 계약의 내용을 검토하고, 계약 내용으로 판단할 수 없는 부분에 대하여 일반 저작물과 동일한 이론을 적용하여 그 침해여부를 판단하는 것이다.

그런데, 컴퓨터 프로그램 외의 다른 저작물들과 비교할 때, 우선 저작물들에는 없는 쉬링크랩 라이선스라는 특수한 계약이 존재한다는 사실과 다른 저작물과는 다른 컴퓨터 프로그램의 특수성으로 기존의 저작물들에 적용된 이론들을 그대로 적용하는 것은 논의를 어렵게 만든다.

이는, 저작권자의 입장에서는 해당 컴퓨터 프로그램의 이용자들이 눈여겨보지 않는 쉬링크랩 라이선스에서 전송과 관련된 부분을 아예 규정하지 않으면 이용자는 전혀 전송행위를 할 수 없게 된다. 이에 대한 규정을 둔다 할지라도 허용되는 범위를 매우 제한적으로 규정할 경우 일반인들이 통상적이라고 사용하는 부분까지 제한할 수 있을 것이라는 점에서 컴퓨터 프로그램과 관련된 쉬링크랩 라이선스의 특수성을 드러낸다.

또한 일반 저작물들은 보통 저작권 보호기간 이후에도 그 가치가 인정되지만, 컴퓨터 프로그램의 경우에는 그렇지 않다는 점, 일반 저작물의 경우에는 그 독창적인 표현에서 가치를 찾을 수 있음에 반하여 컴퓨터 프로그램의 경우 보다 많은 사람들이 이용하는 것, 즉 네트워크 효과가 그 가치의 중요한 부분을 차지하면서 아이디어의 표현보다는 컴퓨터 프로그램의 기능에 더 가치의 무게중심이 놓인다는 점에서 다른 저작물들과는 다르게 그 개별 저작권을 해석할 필요성이 있다.

이러한 컴퓨터 프로그램의 특수성을 감안하여 논의하여야 보다 정확하게 문제점을 해결할 수 있을 것이고, 이에 대하여는 이후의 7장에서 자세하게 다루기로 한다.

VI. 기타 저작권 침해 여부

1. 同一性 維持權

가. 동일성유지권의 意義

저작권법에서 동일성유지권(right of integrity)³⁷⁹⁾은 저작인격권³⁸⁰⁾의 하나로서, 저작자가 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 수 있는 권리³⁸¹⁾로 설명되고 있으며, 이 권리는 저작인격권 중에서 가장 넓은 권리라고 할 수 있다.³⁸²⁾

저작권법 제13조 제1항³⁸³⁾에서 이를 규정하고 그 예외로 동조 제2항에서 학교교육목적상 부득이한 경우, 건축물 증축·개축, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 있어 부득이한 경우를 들고 있다. 컴퓨터프로그램보호법에서도 이와 거의 유사하게 규정³⁸⁴⁾하면서 그 예외로서 첫째, 호환성을

379) 미국에서는 저작인격권을 moral rights라 하여 이 안에 right of attribution(성명표시권)과 right of integrity(동일성유지권)이 포함되는 것으로 본다. Merges, et. al., 앞의 책, 443쪽.

380) 저작권은 크게 제11조 내지 제13조에서 규정하고 있는 '저작인격권'과 제16조 내지 제21조에서 규정하고 있는 '저작재산권'으로 크게 구별할 수 있다. 저작인격권과 저작재산권의 관계에 대하여 분리설과 일체설이 있으나, 본 논문에서는 다루지 않는다. 박성호, "인격권의 침해 - 저작인격권을 중심으로", 변호사-회원연구논문집 27집, 301쪽 이하; 박성호, "인터넷 환경에서의 저작물의 이용과 저작인격권", 인권과정의, 제278호, 53쪽 이하; 박영길, "저작인격권에 관한 서설적 검토", 21세기 상사법의 전개, 하춘정동운선생 화갑기념 논문집 (1999) 869쪽 이하 참조.

381) 정상조, 앞의 책, 309쪽; 저작권법 제13조 참조.

382) 김문환, "동일성유지권의 침해 여부", 저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례평석집(1), 저작권관계자료집 23 (1998), 60쪽.

383) 第13條 (同一性維持權) ①著作者는 그 著作物의 내용·形式 및 題號의 同一性を 유지할 權利를 가진다.

384) 第10條 (동일성 維持權) 프로그램著作者는 다음 各號의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 그의 프로그램의 題號·내용 및 形式의 동일성을 유지할 權利를 가진다.

1. 특정한 컴퓨터외에는 사용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위안에서의 변경

위한 변경, 둘째, 효율성 증진을 위한 변경, 셋째, 부득이한 변경을 들고 있다. 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법의 예외조항을 비교해보면 저작권법에는 교육목적과 건축물의 증축·개축에 대한 규정이 있고, 보다 효율적인 활용을 위한 예외조항은 없지만,³⁸⁵⁾ 컴퓨터프로그램보호법은 교육목적의 예외가 제외된 반면 호환성과 효율성을 위한 예외가 부가되어 보다 폭넓고 공익적인 측면의 예외가 인정될 여지가 보인다.

저작권법상 동일성유지권의 침해의 요건으로 1) 저작물의 내용·형식 및 제호의 변경으로 인한 원래 저작물의 동일성에 대한 손상 발생 및 2) 이러한 변경의 정도가 2차적 저작물의 작성으로는 인정되지 않을 정도이어야 한다.³⁸⁶⁾

나. 동일성유지권과 관련된 판결례

(1) 국내의 판결

어느 유명인사 및 그 가족과 면담하여 그 자료를 바탕으로 한 월간지 기사를 기고한 원고가, 자신의 글을 60% 내지 70% 가량 표절한 글을 실은 다른 월간지 발행인을 상대로 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁸⁷⁾에서, 법원은 “원저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 변경을 가한 것이라고 하여도 원저작물의 재제 또는 동일성이 감지되는 정도이면 복제가 되는 것이고 이와 같은 복제물이 타인의 저작물로 공표되게 되면 원저작자의 성명표시권의 침해가 있었다고 보아야 할 것이고 원저작물을 복제함에 있어

2. 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위안에서의 변경

3. 프로그램의 성질 또는 그 使用目的에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위안에서의 변경

385) 건축물의 증축·개축에 관한 예외조항을 효율성 제고를 위한 예외조항으로 볼 수도 있을 것이다.

386) 오승중 외, 앞의 책, 257-258쪽.

387) 대법원 1989.10.24. 선고 89다카12824 판결 (집37(3)민,248;공1989.12.15.(862),1766).

함부로 그 저작물의 내용, 형식, 제호에 변경을 가한 경우에는 원저작자의 동일성유지권을 침해한 경우에 해당한다.”고 판단하였다.³⁸⁸⁾

캐릭터 공모에서 당선되어 이를 바탕으로 응용도안 29종을 제출하면서, 이에 대한 저작권 등 모든 권리까지 양도한 후, 자신의 도안과 유사하지만 다른 캐릭터가 채택된 것에 대해 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁸⁹⁾에서 2심 법원은 “피신청인은 저작자인 신청인의 동의 없이 신청인의 도안을 임의로 변경 내지 변형함으로써 신청인이 저작물인 신청인의 도안에 대하여 가지는 동일성유지권을 침해하였다”고 판단하면서, 이러한 변경 내지 변형의 판단기준으로 1. “후에 저작물을 만든자가 저작물을 만드는 과정에서 먼저 만들어진 저작물을 보거나 이용할 수 있는 상황이었는지의 여부”와 2. “위 두 저작물이 외형상 객관적으로 보아 현저하게 유사한지의 여부”의 두 가지 기준을 제시하였지만,³⁹⁰⁾ 대법원에서는 “신청인이 제작한 위 너구리도안은 순수미술작품과는 달리 그 성질상 주문자인 피신청인의 기업활동을 위하여 필요한 경우 변경되어야 할 필요성이 있었고, 위 캐릭터제작계약에 의하여 피신청인측에서 도안에 관한 소유권이나 저작권 등의 모든 권리는 물론 도안의 변경을 요구할 권리까지 유보하고 있었음을 알 수 있을 뿐 아니라 신청인이 피신청인측의 수정요구에 대하여 몇차례 수정을 하다가 자기로서는 수정을 하여도 같은 도안 밖에 나오지 않는다면서 더 이상의 수정을 거절한 사실까지 보태어 보면, 신청인은 그의 의무인 위 도안의 수정을 거절함으로써 피신청인측이 위 도안을 변경하더라도 이의하지 아니하겠다는 취지의 묵시적인 동의를 하였다고 인정함이 상당하다 할 것이다. 따라서 피신청인측이 신청외 이항재로 하여금 신청인이 제작한 너구리도안을 일부 변

388) 이 사건에 대한 평석으로 송영식, "저작권침해와 위자료", 민사판례연구 13권 (1991), 157면 이하 참조.

389) 서울고법 1990.6.25.자 89라55 (하집1990(2),239); 대법원 1992.12.24. 선고 92다31309 판결 (공1993.2.15.(938),598).

390) 이에 대한 논의로 이상정, "판례평석 - 대법원 1992.12.24 선고, 92다31309 판결 - 소위 롯데사건", 창작과 권리 1997. 봄(6호) 참조.

경하게 한 다음 변경된 기본도안과 응용도안을 그 기업목적에 따라 사용하고 있다 하더라도 위 변경은 신청인의 목시적인 동의에 의한 것이므로 저작권법 제13조 제1항에 규정된 동일성유지권의 침해에는 해당되지 아니한다.”고 동일성유지권 침해를 부인하였다.

국내작가의 누드사진을 일본의 잡지가 포르노로 이용하였다는 사실을 게재한 잡지사에게 대하여 최초원작과 제호를 달리하였다는 이유로 동일성유지권이 침해되었다고 주장한 사안³⁹¹⁾에서 법원은 “피고들 잡지의 위 제호들은 원고의 저작물의 제호를 개변함으로써 제호에 대한 동일성유지권을 침해한 것이라기 보다는 위 잡지들에 게재한 인용저작물의 제호라고 보아야 할 것이기 때문에 제호의 변경이나 개변이 있었다고 볼 수 없고, 달리 기록에 의하여 살펴보아도 위 잡지들이 이 사건 사진들을 변개하여 인용한 점도 찾아볼 수 없다.”라고 판단하였다.

무용극을 같은 제목의 영화로 제작한 경우, 이 무용극을 원작으로 한 영화제작에 대해서 합의 후, 무용극의 원작성을 소멸시킬 정도로 달라졌음을 이유로 동일성유지권의 침해를 주장한 사안³⁹²⁾에서 법원은 “피고의 이견 영화와 소설은 원고의 이견 무용극과는 다른 독창적 내용의 저작물이라 할 것이므로 원고의 이견 무용극에 어떤 변경을 가하였던 것이 아닌 만큼 이를 전제로 한 원고의 위 주장도 이유없다.”고 판단하였다. 또 대중적으로 잘 알려진 시집 제목을 영화제목으로 하여, 시인 자신이 시나리오를 작성하고 영화를 제작하던 중 사정상 완전히 다른 시나리오로 교체하고 동일한 제목으로 영화를 완성한 것에 대하여 원작 시집의 저작자이자 이전 두 편의 시나리오의 저작자인 원고가 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁹³⁾에서 법원은 “원저작물에 변경을 가하는 것이 아니고 원저작물과 동일성의 범위를 벗어나 전혀 별개의 저작물을 창작하는 경우에는 비록 그 제호가 동일하다 하더라도

391) 대법원 1990.10.23. 선고 90다카8845 판결 (집38(3)민,7;공1990.12.15.(886),2382).

392) 서울민사지법 1990.9.20. 선고 89가합62247 판결 (하집1990(3),267).

393) 서울민사지법 1991.4.26. 선고 90카98799 판결 (하집1991(1),304).

라도 원저작물에 대한 동일성유지권을 침해하는 것으로 볼 수는 없다”고 판단하였다.³⁹⁴⁾

방송국으로부터 의뢰를 받고, 그 요청에 따라 60분 분량의 강연을 녹화하였으나, 이를 방송국이 20분 분량의 특정 내용을 삭제하고 나머지 40분 분량만 방영하여 이에 대해 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁹⁵⁾에서 1심에서 법원은 “피고 공사는 …… 원고의 강연중 그 중심내용이라고 할 …… (부분을) 일관성 없이 강연 여러 부분에 걸쳐 삭제하여 원고의 강연내용을 동일성이 상실된 채 모호한 형태로 시청자들에게 방영한 결과를 초래하게 하였다 할 것이므로 별다른 사정이 없는 한 피고는 위 방영으로 말미암아 원고의 중민이론가로서의 사회적 평가를 저하시켜 그 명예를 훼손하였다고 봄이 상당하다.”고 하면서 동일성유지권을 침해하였다고 인정하였고, 2심에서는 “피고는 60분 간 방송하기로 한 프로그램을 그 녹화내용대로 방송하지 아니하고 임의적으로 삭제수정하여 40분 간 방송함으로써 적극적으로 계약을 침해함과 동시에 배타적 지배권으로서 대세적 효력을 갖는 원고의 저작인격권을 침해하였다 할 것이므로 피고는 …… 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해를 전보할 의무가 있다 할 것이다.”고 판단하였다.

이미 사망한 소설가의 작품을 허락을 받지 않고, 맞춤법에 따라 고치거나 일본식 표현을 우리말 표현으로 고쳐서 출판한 사실에 대해 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁹⁶⁾에서 법원은 “피고들이 망인인 원고의 허락을 받지 아니하고 원고의 소설을 다소 수정한 내용을 실은 원심판시 각 도서를 출판, 판매하기는 하였으나 그 수정한 내용이 주로 해방 후 맞춤법 표기법이 바뀐에 따라 오기를 고치거나 일본식 표현을 우리말 표현으로 고친 것으로서 원고 스스로 또는 위 작품의 출판권을 가진 출판사에서 원작을 수정한

394) 이에 대한 자세한 논의로, 허희성, “체호의 사용과 동일성 유지권 침해”, 계간 저작권 1991년 여름(14호) 참조.

395) 서울지법 남부지원 1992.5.14. 선고 90가합1404 판결 (하집1992(2),134), 서울고법 1994.9.27. 선고 92나35846 판결 (하집1994(2),1).

396) 대법원 1994.9.30. 선고 94다7980 판결 (공1994.11.1.(979),2836).

내용과 별로 다르지 않다면 그 수정행위의 성질 및 정도로 보아 사회통념상 저작자인 원고의 명예를 훼손한 것으로 볼 수 없어 저작자 사망 후의 저작인격권 침해가 되지 아니한다”고 판단하였다.

자신이 작사, 작곡한 곡을 직접 가창하여 녹음 후, 그에 대해 녹음물 일체에 이용하는 것을 허락하여 음반을 제작, 판매한 후, 회사가 다시 선곡하여 재편집 음반을 제작한 것에 대해 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁹⁷⁾에서, 법원은 “재편집 원반의 제작은 피고 회사가 원고들로부터 허락받은 위 가창의 이용범위에 속하는 것으로서 기존 원반에 녹음된 위 가창의 원형을 변형시키지 않고 동일한 가수들의 가창을 선곡하여 배열만 달리하여 편집한 것에 불과한 것이라 함은 앞서 본 바와 같으므로, 이러한 정도의 재편집이 위 가창에 대한 저작자의 동일성유지권 등 인격적 이익을 침해하는 것으로는 볼 수 없”다고 판단하였다.

극영화를 TV에서 방영하는 과정에서 방송시간에 맞추어 일부를 삭제, 편집한 것에 대해 동일성유지권 침해를 주장한 사안³⁹⁸⁾에서 법원은 “원고의 동의 없이 임의로 이 사건 작품의 내용 일부와 제작사의 명칭 부분 등을 삭제 편집하여 방송하고, 이 사건 작품에 포함되어 방송되어야 할 영어연설 내용에 대한 한글번역 자막을 빠뜨린 채 방송되도록 함으로써 이 사건 작품에 대한 원고의 성명표시권과 동일성유지권 등의 저작인격권을 침해하였다”고 판단하였다.

‘지저스 크라이스트 슈퍼스타’라는 뮤지컬을 기독교 관련 방송국이 원고의 허락 없이 이를 녹화, 이 녹화물을 14개 부분으로 나누고 이를 인터넷 홈페이지에서 VOD 방식으로 서비스한 사안³⁹⁹⁾에서 저작인격권 침해 관련 부분에서 성능이 좋지 않은 촬영장비와 조잡한 녹화방식 등으로 인하여 이 사건 공연의 예술성을 훼손하여 동일성유지권, 성명표시권 등이 침해되었다고 한

397) 서울고법 1995. 3. 21. 선고 94나6668 판결 (하집1995-1, 349).

398) 서울고법 2001. 10. 11. 선고 2000나36738 판결 (하집2001-2,70).

399) 대법원 2003. 3. 25 판결, 2002다66946 (공2003.5.15.(178),1049).

원고의 주장에 대하여 법원은 원고의 주장 사실 만으로는 저작인격권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

이들 판결들을 살펴보면 우선 원저작물에 변경이 이루어진 것이 아니라고 본 사안으로는 잡지에 실린 사진 밑의 설명이나 제호는 원래 사진의 제호를 변경한 것이 아니라고 보았고, 무용극과 동일한 제호를 가졌지만 그 자체로 독창성을 인정하여 이러한 영화 제작이 무용극의 내용을 변경한 것이 아니라고 판단하였으며, 수준이 낮은 촬영장비와 녹화방식으로 뮤지컬을 녹화하여 제공한 것은 원래 뮤지컬을 변경한 것이 아니라고 보았다.

원저작물에 변경이 가해져서 동일성유지권의 침해를 인정한 사안으로는 글의 70% 가량을 표절한 사건에서 복제를 통한 내용, 형식, 제호의 변경으로 동일성유지권이 침해된다고 보았고, 강연의 특정부분의 삭제가 변경에 해당하여 동일성유지권 침해를 인정하였다. 또한 영화를 TV에서 상영하는 과정에서 방송시간에 맞추기 위해 일부를 삭제하고 자막을 뺀 것은 동일성유지권의 침해라고 판단하였다.

원저작물에 변경이 가해졌지만 동일성유지권을 침해하는 변경이 아니라고 본 사안으로는 오래된 소설의 맞춤법과 우리말 표현을 수정한 경우에는 수정행위의 성질 및 정도를 보아 동일성유지권을 침해하지 않는다고 판단하였으며, 재판집음반에서 배열을 달리한 것은 동일성유지권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

캐릭터 공모를 통해 만들어진 캐릭터를 변경후 사용한 사건에는 동일성유지권을 침해할 수 있는 변경이지만 저작자의 묵시적 동의를 추정하여 동일성유지권을 침해하지 않는다고 판단하였다.⁴⁰⁰⁾

400) 이 사건에서 공모에 당선된 저작자가 끝내 그 수정을 거부하였는데도 묵시적 동의를 추정한 것은 잘못이라는 견해도 존재한다. 오승중 외, 앞의 책, 276쪽

(2) 외국의 입법례

베른협약 제6조의2의 제1항에서 “저작자의 재산권과 독립하여, 그리고 이 권리의 양도 후에도, 저작자는 저작물의 저작자라고 주장할 권리 및 이 저작물과 관련하여 그의 명예나 명성을 해치는 왜곡·절단·기타 변경 또는 기타 훼손행위에 대하여 이의를 제기할 권리를 가진다.”⁴⁰¹⁾라고 성명표시권과 동일성유지권에 대하여 규정하고 있다. 이는 이후의 TRIPs나 WCT에 따로 규정되어 있지는 않지만, 그대로 계승되고 있다.

미국은 저작권법 제106조의A에서 “저작물의 왜곡, 훼손, 또는 기타 변경으로 그의 명예나 명성이 손상되는 경우에는, 그의 이름이 시각예술저작물의 저작자로서 사용되는 것을 금지할 권리를 가진다”⁴⁰²⁾라고 동일성유지권을 규정하고 있다.

일본은 저작권법 제3절 권리의 내용 중 제2관에서 저작인격권을 규정하면서 제18조에서 공표권, 제19조에서 성명표시권, 제20조⁴⁰³⁾에서 동일성유지권에 대해서 규정하고 있다.

중국은 컴퓨터 소프트웨어 보호조례 제8조에서 저작자가 향유하는 권리를

401) Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.

402) shall have the right to prevent the use of his or her name as the author of the work of visual art in the event of a distortion, mutilation, or other modification of the work which would be prejudicial to his or her honor or reputation.

403) 第二十条 著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする。

2 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する改変については、適用しない。

一 第三十三条第一項(同条第四項において準用する場合を含む。)又は第三十四条第一項の規定により著作物を利用する場合における用字又は用語の変更その他の改変で、学校教育の目的上やむを得ないと認められるもの

二 建築物の増築、改築、修繕又は模様替えによる改変

三 特定の電子計算機においては利用し得ないプログラムの著作物を当該電子計算機において利用し得るようにするため、又はプログラムの著作物を電子計算機においてより効果的に利用し得るようにするために必要な改変

四 前三号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変。

규정하면서 제1호 공표권, 2호 성명표시권, 제3호 수정권을 규정하고 있는데, 제3호의 수정권이 동일성유지권과 유사한 권리로 파악될 수 있고, 제23조에서 이를 침해한 경우의 법률책임에 대하여 규정하고 있다.⁴⁰⁴⁾

대만은 저작권법 제3절 저작인격권에서 제15조 공표권, 제16조 성명표시권, 제17조 동일성유지권을 규정하고 있다.⁴⁰⁵⁾

독일은 저작권법 제14조에서 “저작자는 저작물상 자신의 정당한 정신적 또는 인격적 이익을 해치게 하는 자신의 저작물에 대한 왜곡 혹은 여타 침해를 금지시킬 권리를 가진다.”라고 동일성유지권을 규정하고 있다. 대체로 벨기에나 프랑스는 변형에 대하여 절대권으로 인정하는 데 반해, 독일은 저작자의 명예나 평판에 확실한 침해증거가 있어야 한다.⁴⁰⁶⁾

북한도 저작권법 제14조⁴⁰⁷⁾에서 저작인격권으로 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권을 규정하고 있다.

(3) 미국의 판결

미국에서는 저작인격권과 관련하여 문제가 되는 일은 드물다.⁴⁰⁸⁾ *Serra v. General Services Administration*⁴⁰⁹⁾사건에서 자신의 조각을 철거하지 못하게 하도록 청구한 원고의 청구를 기각하였고, *Gilliam v. American Broadcasting Companies*⁴¹⁰⁾사건에서는 영국 코미디 그룹의 자신의 시리즈물을 미국 ABC사가 편집하여 방송하지 못하도록 한 청구를 경쟁법(Lanham Act)에 의하여 보호하였다.

404) 저작권심의조정위원회, 중국·대만 저작권법, 저작권관계자료집 37 (2002), 50쪽.

405) 위의 책, 125쪽.

406) 김문환, 앞의 논문, 63쪽.

407) 제14조 저작권자의 인격적 권리는 다음과 같다.

1. 저작물의 발표를 결정할 권리
2. 저작물에 이름을 밝힐 권리
3. 저작물의 제목, 내용, 형식 같은 것을 고치지 못하도록 할 권리.

408) Merges et. al., 앞의 책, 443쪽.

409) *Serra v. General Services Administration*, 667 F.Supp. 1042 (S.D.N.Y. 1987).

410) *Gilliam v. American Broadcasting Companies*, 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976).

다. 국내의 학설

서버에 설치된 프로그램을 클라이언트에서 사용하기 위한 도구로만 이용되는 스트리밍의 경우에 원 프로그램의 실행파일에 수정이 없기 때문에 개작권의 침해를 인정할 수 없고, 스트리밍 서비스를 위하여 부득이하게 프로그램의 파일명을 수정하거나 기타의 수정이 이루어져도, 전송을 위한 부득이한 변경으로 판단된다면 전송이 합법적인 한, 이러한 변경이 동일성 유지권을 침해하지 않는다고 하는 학설⁴¹¹⁾이 있고, 원 프로그램에 대한 수정이 이루어진 점에서는 개작에 해당하지만, 창작성이 있다고 보기 어렵기 때문에 개작에 해당하지 않는다고 하면서, 소프트웨어를 스트리밍이 가능한 형태로 변환시키는 것은 동일성을 침해하는 행위이지만, 보다 효과적으로 사용하기 위한 필요한 범위 내의 변경에 해당하는 경우에는 동일성 침해가 아니라고 하는 학설⁴¹²⁾이 대립하고 있다.

프로그램심의조정위원회는 그 심의 의결서에서 스트리밍을 위하여 해당 소프트웨어를 탑재하는 과정에서 일어나는 인코딩은 해당 프로그램의 소스 코드 및 실행파일에 대한 수정이 전혀 없으므로 개작권 침해로 보기 어렵다고 판단하고 있다.⁴¹³⁾

라. 사안의 판단

이 사안에서 동일성 유지권이 침해되었는지의 여부를 판단해보면, 우선 2차적 저작물로 인정될 정도로 프로그램이 변경되지는 않았다는 것은 명확해 보인다. 따라서 개작권 침해 여부를 검토할 필요가 없다.

411) 한국전자통신연구원, 앞의 책, 132-133쪽.

412) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 66-67쪽. 이 의견이 동일성 유지권 침해로 주장하고 있는지 불분명하다는 의견으로 이형주, 앞의 논문, 11쪽, 각주 16번. 그러나 동일성 유지권을 침해로 판단한 것으로 보이는 의견으로 진웅, 앞의 논문, 36쪽, 41쪽.

413) 프로그램심의조정위원회 심의 의결서, 3쪽, <http://www.pdmc.or.kr/datafile/pds/trend/4.deliberation>. 2006. 10. 15. 방문. 더 이상 존재하지 않는다.

다음으로 저작물의 내용·형식 및 제호의 변경으로 인한 원래 저작물의 동일성에 대한 손상 발생 여부를 살펴보자.

먼저 제호의 변경 여부를 살펴보면, 이 사안에서 비록 스트리밍 방식으로 프로그램이 일반 사용자에게 제공되기는 하였으나, 일반 사용자의 입장에서, 예를 들어 한글 프로그램의 아이콘을 더블클릭하여 한글 프로그램을 실행한 것으로 생각되고, 사용하는 중에도 스트리밍 방식을 이용한다는 생각보다 원하는 프로그램을 이용하고 있다는 생각이 대다수의 생각일 것이기 때문에, 이런 스트리밍 방식으로 제공된다고 할지라도, 해당 프로그램의 제호가 변경되지는 않았다고 판단된다.

다음은 내용의 변경이 이루어졌는지를 살펴보자. 만약 꾸러미(package) 형태로 배포되는 해당 프로그램을 설치하는 파일들이나, 일반적인 방법으로 사용자의 PC에 설치하였을 때 해당 프로그램을 구성하는 파일들 중의 특정 파일의 변경이 이루어졌다면, 그 내용이 변경된 것이라고 볼 수 있을 것이다. 프로그램을 구성하는 파일들이 변경되었는지의 여부에 대해서 살펴보면 우선 서버측의 컴퓨터에 해당 프로그램을 일반적으로 설치한 후에, 사용자 PC에서 그 프로그램을 실행하려고 하면, Client 모듈(런치패드)가 그 정보를 받아서, 해당 프로그램을 가상 레지스트리(Z!Stream Virtual Registry System)과 가상 파일 시스템(Z!Stream Virtual File System)위에 설치하면서, 실행에 필요한 파일들은 이전에 서버에 설치한 설치 이미지 내의 해당 파일을 스트리밍 방식으로 제공하였기 때문에 원래 프로그램의 파일이 변경되는 경우는 찾아볼 수 없다. 즉 보통의 설치방식에 비하여 설치되는 공간과 레지스트리가 가상의 것일 뿐, 실제 파일의 변경은 이루어지지 않는다.

형식의 변경 문제는 조금 더 까다로운데, 우선 ‘패키지 형태’의 프로그램을 ‘스트리밍 서비스의 형태’로 제공하였기 때문에 형태의 변경이 있다고 볼 수도 있고, CD 등의 실체적 매개물을 통한 ‘설치프로그램의 형태’를 스트리밍 서비스를 통한 ‘설치프로그램의 형태’로 제공하였을 뿐, 그 외에 외형적

으로 어떠한 변형도 이루어지지 않았기 때문에 형태의 변경이 이루어지지 않았다고 볼 수도 있다. 또한 일단 형태의 변경이 이루어졌다고 판단될지라도 이러한 변경은 동법 제10조의 2호에서 규정하고 있는 “프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위 안에서의 변경”으로 볼 수 있는 여지도 충분하다.⁴¹⁴⁾

또한 동일성유지권이 저작권권중의 하나의 권리라는 점을 고려할 때, 저작물의 변경이 저작자의 인격적 가치 내지 명예 감정에 대한 침해는 거의 인정할 수 없는 주성대학 사건에서는 동일성유지권이 침해되었다고 보는 것은 부당하다.⁴¹⁵⁾

2. 프로그램 逆分析(Reverse Engineering)의 문제

가. 프로그램 역분석⁴¹⁶⁾의 일반론

역분석이란 특정 제품의 기능적 구성요소 및 기술정보를 습득하기 위하여 그 제품을 분해 등의 방법을 통하여 분석하는 공정이다.⁴¹⁷⁾ 이러한 역분석은 일반적으로 특허법 등 산업재산권 등에서는 허용되는 것으로 알려져 있다.⁴¹⁸⁾ 또한 일반 공개 시장에서 상품을 구매한 소비자는 그것의 작동원리

414) 이러한 견해로, 정상조, 앞의 논문, 433쪽.

415) 일반적으로 동일성유지권의 적용범위를 완화하고, 명예나 성망을 해할 염려가 있는 변경만을 규제하자는 견해로 김진희, “초고속정보통신망과 저작권”, 저작권심의조정위원회, 한국저작권논문선집(II), 저작권관계자료집 18 (1995), 91쪽 참조.

416) The process of discovering how an invention works by inspecting and studying it, esp. by taking it apart in order to learn how it works and how to copy it and improve it. • Reverse-engineering is a proper means of discovering trade secrets, according to the Uniform Trade Secrets Act, and is a defense against a suit for misappropriation of trade secrets. But it is not a defense in a suit for patent infringement., Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

417) 손승우, “저작권과 쉬링크랩 라이선스 상의 S/W Reverse Engineering의 법적 지위”, 산업재산권 제14호, 193쪽.

418) 오승중 외, 앞의 책, 714쪽.

를 살펴보기 위하여 이를 분해할 권리가 인정된다.⁴¹⁹⁾ 특히 프로그램 역분석은 특정 프로그램의 구성요소 및 그 관계를 알아내기 위하여 목적코드를 분석(decompiling, disassembling)하여 소스코드를 찾아내는 것이다. 컴퓨터 프로그램은 개발할 때에는 프로그래밍 언어를 이용하여 인간이 이해 가능한 형태로 작성한 후, 변환(Compile)과정을 거쳐 기계어인 목적코드를 생성한다.⁴²⁰⁾ 이렇게 생성된 목적코드는 인간이 이해할 수 없기 때문에, 어떤 이유로든 원래의 소스코드에 접근할 수 없는 경우에는 이 목적코드를 이해 가능한 원시코드로 바꿀 필요가 생기는데, 이렇게 목적코드를 소스코드로 바꾸는 것이 바로 프로그램의 역분석이다. 이러한 역분석의 정의를 따른다면, 프로그램 역분석의 합법성 여부를 따지기에 앞서서 해당 프로그램이 역분석되었는지의 판단에 있어서 목적코드에서 소스코드로의 변환이 이루어졌는지를 살펴보아야 한다. 물론 이러한 정의는 컴퓨터프로그램보호법에서의 정의⁴²¹⁾보다 그 폭이 좁기 때문에, 법규와 달리 정의하는 것이 정당한지에 대한 논의를 거쳐야 할 것이다. 그러나 합법적인 프로그램역분석의 범위를 좁게 보아서, 대부분의 프로그램 역분석이 위법하다고 주장하는 견해도 별다른 논의 없이 앞서 이야기한 특정 목적으로 목적코드에서 소스코드를 찾아내는 것이 프로그램역분석이라 그대로 받아들이고 있기 때문에⁴²²⁾, 그 논리 전개에서 문제점을 야기하게 된다.

프로그램 역분석을 실시하는 이유로는 경쟁(competition), 호환성(compatibility) 및 진단(diagnosis) 등을 들고 있다.⁴²³⁾

419) Merges, et. al, 앞의 책, 866쪽.

420) gw-basic이나 perl과 같이 변환과정을 거치지 않고, 실행시 해석기(interpreter)을 거쳐 실행되는 프로그래밍언어도 있다.

421) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제10호 “‘프로그램코드逆分析’라 함은 독립적으로 創作된 프로그램과 다른 프로그램과의 互換에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램코드를 복제 또는 變換하는 것을 말한다.”

422) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 65쪽 참조.

423) 손승우/임길환, "소프트웨어의 Reverse Engineering의 침해와 공정이용", 프로그램심의조정위원회, 2003 IT관련 법제조사보고서 (2003), 74쪽.

프로그램 역분석의 방법으로는 프로그램의 매뉴얼이나 관련 문서를 통한 방법, 프로그램의 실행/관찰에 의한 방법, 프로그램 내에 포함된 개개의 컴퓨터 명령들의 정적인 검사를 통한 방법, 프로그램이 실행되는 때의 개개의 컴퓨터 명령들의 동적인 검사 방법 등이 있다.⁴²⁴⁾ 법적으로는 파악할 때 첫 번째 방법과 두 번째 방법은 프로그램 제작자의 아이디어를 알아내고자 하는 범위 내에서 문제가 없다. 세 번째나 네 번째 방법을 통하여 해당 프로그램의 원시코드를 알아내는 것에 대하여 컴퓨터프로그램보호법은 “호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우”(동법 제12조의 2 1항)에만 허용되고, 또 이러한 경우일지라도 사용에 정당한 권원이 있는 자가 호환에 필요한 부분만을 역분석할 수 있도록 하여, 부분적으로 허용하고 있으나, 그 제한이 엄격하다.

나. 외국의 입법례

(1) 들어가며

프로그램코드 역분석은 비단 우리나라에서만 문제가 되는 것이 아니라, 오히려 외국의 경우에 분쟁 사례가 더 많다. 이를 어떠한 방식으로 규정하고 있는지, 또한 어떠한 분쟁에서 법원은 어떠한 판단을 하고 있는지를 살펴 우리나라의 규정과 이의 해석을 분명하게 하고자 한다.

(2) 유럽의 경우

유럽연합 소프트웨어지침 제6조⁴²⁵⁾에서 역공정에 관하여 규정하고 있는

424) 위의 글.

425) 제6조 (변형)

1. 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램과 다른 프로그램과의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 제4조 (a) 및 (b)상의 코드의 복제 및 그 형식의 번역이 불가피한 경우, 다음과 같은 조건을 충족하는 경우에 한하여 저작권자의 허락을 필요로 하지 않는다.
 - (a) 이러한 행위가 피허락권자나 프로그램의 복제물을 이용할 권리를 가진 제3자 또는 이들을 대

데, 1) 이러한 행위가 허락을 얻은 자나 프로그램의 복제물을 이용할 권리를 가진 제3자 또는 이들을 대리하여 그렇게 하도록 허락받은 자에 의해 실행되는 경우에, 2) 이런 권한 있는 자가 호환을 위해 필요한 정보를 쉽게 이용할 수 없도록 한 경우에, 3) 역공정이 호환을 위해 필요한 원프로그램의 일부에 한정되는 경우에 한하여 저작권자의 허락 없이 역공정이 가능하다고 규정하고 있다.

이 지침에 따라 독일도 거의 동일하게 규정하고 있는데, 저작권법 제69조 e 제1항⁴²⁶⁾에서 역공정에 대하여 1) 정당한 이용권한이 있는 자가, 2) 호환성을 획득하기 위하여 필요한 정보를 용이하게 획득할 수 없는 경우에, 3) 호환성을 획득을 위하여 필요한 부분에만 한정하여 이루어지는 경우의 역분석은 권리자의 동의를 요하지 않는다고 규정하면서, 그렇지만 이렇게 획득한 정보는 1) 독립적으로 창작되는 프로그램상 호환 이외의 목적으로 이용되는 행위, 2) 제3자에게 재교부되는 행위. 단, 독립적으로 창작되는 프로그

리하여 그렇게 하도록 허락받은 자에 의해 실행되는 경우

- (b) 호환을 위해 필요한 정보가 미리 전항 (a)에 언급된 자에게 쉽게 이용할 수 없도록 한 경우
 - (c) 이러한 행위가 호환을 위해 필요한 원프로그램의 일부에 한정되는 경우
2. 제1항의 규정은, 그것의 적용을 통해 얻어진 정보가 다음의 각호의 경우에 이용되는 것은 허락하지 않는다.
- (a) 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 호환 목적 이외의 다른 목적을 위해 이용되는 경우
 - (b) 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 호환 목적을 위해 필요한 경우 이외의 다른 목적에 주어지는 경우
 - (c) 표현상 실제로 유사한 컴퓨터 프로그램의 개발, 생산, 또는 매매를 위해 이용되거나 혹은 기타 저작권을 침해행위에 이용하는 경우
3. 문학 및 예술 저작물의 보호를 위한 베른협약 규정에 따라, 이 조항의 규정은 저작권자의 합법적인 이익을 해치거나 또는 컴퓨터 프로그램의 정상적인 이용과 충돌하는 방법으로 이용되는 것을 허락한 것으로 해석될 수 없다.
- 426) 제69조 e 1항 독립적으로 창작되는 컴퓨터프로그램이 다른 프로그램과 호환되도록(서로 이용될 수 있도록) 하는 데 필요한 정보를 얻기 위하여, 다음 각 호의 조건이 이행되는 한도에서, 제69조 c 제1, 2호의 의미에서 코드 복제 및 코드형태의 번역이 불가피하다면 권리보유자의 동의를 필요로 하지 않는다.
- 1. 사용허락을 받은 자에 의하거나 여타 프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자 혹은 이 점에 관해 대리권이 부여된 자의 이름으로 행하여지며
 - 2. 호환되기 위하여, 필요로 되는 정보가 제1호에서 거론된 자들을 위하여 아직 용이하게 접할 수 없으며
 - 3. 호환되기 위하여, 필요로 되는 원래의 프로그램상의 부분에 국한하는 것이다.

램이 호환되기에 필요한 경우는 예외이다. 3) 프로그램의 개발, 작성, 혹은 시장화에 있어서 본질적으로 유사한 표현형태이거나 기타 다른 점으로 저작권을 침해하도록 이용되는 행위에는 이용할 수 없다고 제2항⁴²⁷⁾에서 다시 제한을 가하고, 제3항⁴²⁸⁾에서는 제1, 2항이 적용됨으로써 저작물의 통상적인 이용을 침해하거나 권리보유자의 적법한 이익을 부당하게 침해하도록 동 조항들이 해석될 수 없도록 해석 원칙을 밝히고 있다.

노르웨이 저작권법은 제39조h의 첫 번째 문단에서 “컴퓨터 프로그램의 적법한 취득자는 … 프로그램상의 오류를 시정할 수 있으며, 의도한 사용 목적에 따라 프로그램을 사용하기 위하여 프로그램을 변경하거나 개작할 수 있다”라고 규정하고, 또 세 번째 문단에서 “컴퓨터 프로그램을 사용할 권리를 가진 자는 사용자에게 실행할 권한이 있는 프로그램의 로딩, 디스플레이, 운영, 전송 또는 저장과 관련하여, 프로그램의 다양한 구성 요소의 기초를 형성하는 아이디어와 원칙을 규명하기 위하여 컴퓨터 프로그램의 기능을 관찰, 연구 또는 실험할 수 있다”고 규정하고 있다.⁴²⁹⁾ 한 가지 주목할 만한 것은 네 번째 단락에서 셋째 단락의 규정에 반하는 계약은 체결할 수 없다고 규정한 점이다. 또 제39조i에서 호환성을 달성하기 위한 역분석의 요건 및 제한에 관하여 규정하고 있다.

중국은 컴퓨터 소프트웨어 보호조례 제16조에서 합법적 복제물 소유자의 권리를 규정하면서 제3호에서 “당해 소프트웨어를 실제로 컴퓨터 환경에 응용 또는 기능·성능의 추가를 위한 수정의 개진, 다만 계약에 다른 약정이 있

427) 2항 제1항에 따라 얻어진 정보는 다음 각 호로 이용될 수 없다.

1. 독립적으로 창작되는 프로그램상 호환 이외의 목적으로 이용되는 행위
 2. 제3자에게 재교부되는 행위. 단, 독립적으로 창작되는 프로그램이 호환되기에 필요한 경우는 예외이다.
 3. 프로그램의 개발, 작성, 혹은 시장화에 있어서 본질적으로 유사한 표현형태이거나 기타 다른 점으로 저작권을 침해하도록 이용되는 행위.
- 428) 3항 제1, 2항이 적용됨으로써 저작물의 통상적인 이용을 침해하거나 권리보유자의 적법한 이익을 부당하게 침해하도록 동 조항들이 해석될 수 없다.

429) 저작권심의조정위원회, 북유럽 저작권법, 저작권관계자료집 22 (1997), 41쪽.

는 경우를 제외하고 당해 소프트웨어 저작권자의 허락 없이 어떠한 제3자에 게도 수정된 소프트웨어를 제공하여서는 아니 된다.”⁴³⁰⁾라고 규정하여 사용자의 사용을 위한 역분석은 허용되는 것으로 규정하고 있다.

대만도 저작권법 제59조에서 “합법적으로 컴퓨터 프로그램저작물의 복제물을 소유한 자는 그가 사용하는 컴퓨터 기기의 기능에 적합하게 맞추기 위하여 그 프로그램을 수정할 수 있다”고 규정⁴³¹⁾하면서 중국과 유사한 입법을 하고 있다.

다. 미국의 판례

Atari Games Corp. v. Nintendo of America⁴³²⁾사건에서 연방항소법원은 Atari사가 닌텐도의 하드웨어 콘솔에서 작동될 수 있는 비디오게임을 만들기 위해 콘솔에 내장된 소프트웨어를 역분석한 것이 저작권을 침해한 것이 아니라고 판시하였다. 판시의 요지는 컴퓨터 프로그램 내에 있는 저작권법상 보호받을 수 없는 ‘아이디어’를 알아내기 위해 목적 코드를 역분석하는 것은 공정이용에 해당한다는 것이다. 한편 위 판결은 저작권법상 저작물에 포함되어 있는 사실, 아이디어, 절차, 운영방법 등의 요소는 자유롭게 이용할 수 있으며, 이들에 관해 보호받으려면 특허법에 호소해야 한다고 하는 것이고, 이들 요소를 ‘지각할 수 없는 형태(unintelligible format)’에 집어넣어 놓고 이를 알려고 하는 사람들에게 대해 저작권 침해를 주장함으로써 특허와 유사한 보호를 받으려고 해서는 아니 된다고 실시하였다.

Sega Enterprise Ltd. v. Accolade⁴³³⁾사건에서는, 법원은 Accolade사의 행위는 공정이용으로 저작권을 침해하지 않는다고 판단하면서, “일반 대중에게 목적 코드의 형태로 컴퓨터 프로그램을 배포하는 것은 그 프로그램 안

430) 저작권심의조정위원회, 중국·대만 저작권법, 저작권관계자료집 37 (2002), 53쪽.

431) 위의 책, 136쪽.

432) Atari Games Corp. v. Nintendo of America, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

433) Sega Enterprise Ltd. v. Accolade, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

의 아이디어나 기능적인 개념들에 대해서 일반인이 접근하는 것을 어렵게 하고, 이는 곧 저작권자에게 이러한 아이디어나 기능적인 개념들에 대해서 사실상의 독점을 주게 되는데. 이는 저작권법의 근본적인 목적에 위배된다”라고 판시하였다.

Bowers v. Baystate Technologies, Inc.⁴³⁴⁾사건에서는, Bowers의 쉬팅 크랩 라이선스에 들어 있는 역공정 금지조약은 연방 저작권법에 의하여 배제된다는 Baystate사의 주장에 대하여 법원은 Baystate사의 제품이 보호되는 표현을 복제하여 Bowers의 저작권을 침해하는 역공정으로부터 나온 경우에만 이러한 역공정이 라이선스를 침해한다고 판시하였다.

이외에도 Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway, Inc.⁴³⁵⁾사건에서도 역공정 문제를 판단하였다.

라. 국내의 학설

스트리밍 서비스를 하기 위해서는 대상 프로그램의 구조와 기능을 파악할 필요가 있고, 스트리밍 서비스에 적절한 형식으로 변환하는 것이 프로그램 역분석을 예외적으로 허용하는 사유에 해당하지 않기 때문에 침해에 해당한다는 학설⁴³⁶⁾과 역분석 자체는 저작권 침해에 해당되지 않으며, 스트리밍을 위하여 프로그램의 역분석을 하는 것은 바로 호환을 위해서이므로, 컴퓨터 프로그램보호법 제12조의2 제1항에서 규정하는 정당화 사유에 해당하기 때문에 프로그램 역분석으로 저작권을 침해하는 것은 아니라고 하는 학설⁴³⁷⁾

434) Bowers v. Baystate Technologies, Inc., 320 F.3d 1317 (Fed. Cir. 2003), 일부 파기, 539 U.S. 928 (2003).

435) Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway, Inc., 334 F.Supp.2d 1164 (United States District Court, E.D. Missouri, 2004).

436) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 65-66쪽, 그런데 이 주장에서 프로그램 역분석을 ‘오브젝트코드를 소스코드로 변환하여 프로그램의 기능과 해법을 추출하는 활동’이라고 정의하면서도 이후에서 이 사안에서 실제 소스코드로 변환되었는지의 판단 없이 ‘변환’되었기 때문에 역분석이 이루어졌다고 하는 주장에는 의문이 있다.

이 있다.

마. 검토

우리나라 저작권법은 일정한 조건 하에서 프로그램 역분석을 허용하고 있다. 그러나 만약 쉬링크랩 라이선스에서 이렇게 저작권법에서 허용된 프로그램 역분석을 금지하는 규정을 가지고 있다면 그 유효성에 대하여 어떻게 판단하여야 할까?

미국에서는 일반적으로 부당한 역분석 금지조항은 무효라고 판단한다. 앞서 살펴본 *Bowers v. Baystate Technologies, Inc.*⁴³⁸⁾ 사건에서 라이선스 약정에서 프로그램 역분석을 금지하는 조항이 연방 저작권법에 위배되지 (preempted) 않고, 피고는 계약 침해의 책임을 져야 한다고 판시한 바 있으나, 이 문제에 대하여 다른 연방항소법원들은 첨예하게 그 입장이 나뉘어져 있어서 연방항소법원들이 이 문제에 대하여 그 이론 구성을 달리 할 뿐만 아니라, 실제로 거의 유사한 사건들에 있어서도 다른 결론을 도출하기도 한다.⁴³⁹⁾ 소프트웨어의 상호 호환성의 획득과 누적적으로 발전이 이루어지는 성질 때문에 소프트웨어의 역분석은 매우 중요한 의미를 가지게 된다.⁴⁴⁰⁾ 그렇기 때문에 이러한 역분석은 소프트웨어 업계에서 합법적이고, 필요한 관행이라고 받아들여져 왔다.⁴⁴¹⁾

우리나라에서도 쉬링크랩 라이선스에 포함되어 있는 역분석 금지조항은 약관규제법의 적용을 받으면 무효가 될 수 있다.⁴⁴²⁾

사실 프로그램 역분석과 접근권, 공정이용에 관한 문제는 그 자체로 수많

437) 한국전자통신연구원, 앞의 책, 133-135쪽.

438) *Bowers v. Baystate Technologies, Inc.*, 302 F.3d 1334 (Fed. Cir. 2003).

439) Jacob A. Gantz, 앞의 논문, 1001쪽.

440) *Merges, et. al.*, 앞의 책, 917-18쪽.

441) Jacob A. Gantz, 앞의 논문, 1005쪽.

442) 손승우, “저작권과 쉬링크랩 라이선스 상의 S/W Reverse Engineering의 법적 지위”, 산업재산권 제14호, 215쪽.

은 논의를 거치고 있는 어려운 문제이다. 이 문제에 대하여 깊게 논의하는 것은 본 논문의 체제상 불필요하다고 판단되기 때문에 더 이상 언급하지 않는다.

앞서 주성대학 사건에서 프로그램 역분석으로 인한 저작권 침해가 바로 인정되기는 어렵다는 것을 살펴본 바 있다.

이미 저작권법에서 인정되는 프로그램 역분석에 속하기 때문에 계약에서 프로그램 역분석을 금지하고 있는지의 여부를 살펴보는 것이 불필요할 수도 있으나, 오히려 역분석을 허용하는 것이 부정경쟁에 해당하여 위법성을 인정받을 수도 있기 때문에 다시 한번 조항과 연관시켜 살펴볼 필요는 있을 것이다.

앞서 살펴본 관련 소프트웨어의 쉬링크랩 라이선스 조항 중 역분석과 관련된 부분을 보면 그 문구는 다양하나, 대체적으로 법규에 의하여 허용된 것 이외의 모든 역분석을 금지하고 있다. 따라서 쉬링크랩 라이선스에 의해 허용되는 역분석의 범위는 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법이 규정하는 허용되는 역분석의 범위와 일치한다. 따라서 계약에 의해서 금지되는 역분석의 범위를 달리 정하지 않았기 때문에, 특정 컴퓨터 프로그램에 행하여진 역분석이 법령상 허용되는 역분석으로 인정된다면 계약을 위반하지도 않을 것으로 된다.

개념부분에서 논의한 것처럼 프로그램 역분석의 개념을 목적코드를 분석하여 소스코드를 찾아내는 것으로 정의한다면 이 사안에서는 소스코드를 추출한 사실이 없어 보이기 때문에 프로그램 역분석의 정당성 여부를 판단할 필요도 없는 것으로 보인다. 이 사안에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 위하여 해당 프로그램의 소스코드가 필요했는지의 여부를 판단해보면, 캐쉬 이미지에 남을 파일과 스트리밍을 통해 전송할 파일을 구별하기 위하여 해당 프로그램에 대한 연구가 진행되었을 것이지만, 이 연구에 해당 프로그램의 소스코드가 반드시 필요하다고 보기는 어렵고 양 당사자들도 목적코드에

서 소스코드를 찾아내었다는 주장을 하지 않고 있다. 즉 목적코드에서 소스코드를 추출하지 않았기 때문에 프로그램 역분석에 해당하지 않는다.

그러나 실제로 역분석을 통하여 소스코드를 획득하였다면 역분석이 허용되는 예외규정에 해당하지 않기 때문에, 이는 저작권을 침해했다고 판단할 수도 있다. 반대로 스트리밍 서비스가 이루어졌다는 사실 만으로 해당 프로그램을 역분석하여 소스코드를 획득하였으리라 추정하기도 어렵다. 결국 이는 역분석이 이루어져서 소스코드를 실제로 획득하였느냐에 대한 사실 판단의 문제이다.

저작권 침해와 역분석의 위법성은 상호 그 궤를 같이 한다는 주장에 대하여 이는 역분석이 관련된 사례에 있어서 저작권 침해가 있어야 역분석의 위법성이 인정되고, 다시 역분석이 위법해야 저작권의 침해가 인정된다는 순환논리를 취하고 있기 때문에, 결국 논리적으로 역분석으로 저작권 침해가 이루어지는 경우는, 모든 경우이거나 전혀 존재하지 않게 된다.

역분석의 개념에 있어서 반드시 ‘소스코드의 추출’이 그 요소가 아니라, 컴퓨터프로그램보호법 제2호 제10호에서와 같이 “‘프로그램코드逆分析’이라 함은 독립적으로 創作된 프로그램과 다른 프로그램과의 互換에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램코드를 복제 또는 變換하는 것”으로 그 개념을 정의한다면, 소스코드의 추출 여부를 떠나 소스코드나 목적코드를 복제 또는 변환하였는가를 살펴보아야 할 것이다. 이 경우에 문제가 되는 것은 원 소프트웨어가 Auto-encoding이라는 기술로 스트리밍 패키지로 변환되는 것⁴⁴³⁾이 문제될 수 있는데, 사실 이는 ‘변환되었다’는 사실에 중점을 둔 것으로, 이러한 변환이 ‘創作된 프로그램과 다른 프로그램과의 互換에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램코드를 복제 또는 변형하는 것’으로 보긴 어렵다. 왜냐하면 첫째로 ‘호환에 필요한 정보를 얻기 위하여’ 이루어졌다기보다 ‘스트리밍 형식으로 사용될 수 있는 형태로 바꾸기 위해서’ 이루어진 것이기

443) 한국소프트웨어저작권협회, Software Streaming 方式의 法的 研究, 2004, 60쪽.

때문에, 역분석을 통하여 프로그램 내부에 숨어 있는 노하우 등을 알아내기 위해서 이러한 작업이 이루어진 것이 아니라는 것이다. 둘째로 어떤 프로그램을 압축되었다고 변형되었다고 보기 어려운 것처럼, 스트리밍에 적합하게 인코딩되었다고 프로그램이 변형된 것으로 보기도 어려울 것이다. 또한, 스트리밍 서비스를 위하여 스트리밍을 위한 시스템(여기서는 Z!Stream Service)과 이 기반 위에서 운용될 소프트웨어와의 호환성 획득을 위하여 원 프로그램을 분석한 것으로 프로그램역분석의 위법성을 인정하기 힘들 것이다.⁴⁴⁴⁾ 결론적으로 학술적인 개념에서나, 법규상의 정의규정에 의해서도 프로그램 역분석이 이루어졌다고 보기에는 어려움이 있다.

444) 김윤명, 앞의 논문, 144쪽, 정상조, 앞의 논문, 434쪽.

VII. 컴퓨터 프로그램과 저작권

1. 들어가며

지금까지 기존 법체계의 해석에 의한 논의를 진행하였다. 그러나 이러한 논의는 기존 저작권법의 해석과 논리를 증시하여 컴퓨터 프로그램의 특이성을 제대로 담아내지 못한다는 한계를 가진다. 이하에서는 컴퓨터 프로그램의 특수성에서부터 시작하여 입법론 및 컴퓨터 프로그램 저작권에 관한 새로운 해석론을 제시해본다.

저작권법의 시작은 특정 출판업자에게 특정 서적에 관하여 독점적인 출판권한을 부여하였던 앤여왕법이라고 할 수 있다. 이후 저작권법은 보호를 누릴 수 있는 주체가 출판업자에게서 저작권자로 바뀌고, 보호받을 수 있는 대상의 종류가 다양해지고, 보호받을 수 있는 권리가 다양해져 왔다.

컴퓨터 프로그램 또한 저작권의 보호대상에 포함되어 저작권으로 보호받을 수 있게 되었다.

저작권은 일면 기존의 소유권과 배치된다.

저작권법에 의하여 저작권자에게 주어지는 권리는 자신의 저작물이나 그 복제물에 대하여 특정한 행위를 독점적으로 행할 수 있게 하는 권리이고, 이는 결국 저작물이나 그 복제물의 소유자나 혹은 소유자가 되려고 하는 자, 그리고 그 이용자는 자신의 소유물이거나 정당한 이용권한을 가지고 있음에도 불구하고, 저작권자의 동의 없이는 저작권자에게 독점적으로 부여된 특정 행위를 할 수 없기 때문에, 소유권의 특징인 배타적 지배권⁴⁴⁵⁾에서 저

445) 민법 第211條 (所有權의 內容) 所有者는 法律의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 權利가 있다.

작물의 사용·수익이 완전하게 자유롭지 못하다는 점에서 기존의 소유권과 배치되는 면이 존재한다.

또한 저작권은 일면 기존의 소유권과 유사하다.

특정인에게 일정 행위를 청구하기 위해서 그 특정인과 계약을 체결할 필요가 없이 해당 청구권의 전제가 되는 권리가 존재한다는 사실 만으로, 합의나 계약이 없이도 일방적으로 상대방에게 특정한 행위를 청구할 수 있다는 점에서 기존의 소유권과 유사하다.

즉 저작권법은 저작물이나 그 복제물의 소유자 혹은 이용자의 소유권 혹은 이용권의 제한이라고 하는 기존 소유권의 제한과, 저작이라고 하는 창작 활동의 결과에 대하여 소유권과 유사한 보호를 부여받는 새로운 소유권 간의 충돌에 관한 규정이라고도 할 수 있다.

지적 재산권은 본래 유체 재산권에서 유추하여 도입된 개념이기는 하지만, 유체 재산권은 그 초점이 소유에 있는데 반하여, 지적 재산권은 그 초점이 사용에 있다고 할 수 있다.⁴⁴⁶⁾

저작권법은 이렇게 저작권자에게 보다 많은 대상에 대하여 보다 많은 권리를 부여하면서도, 그 저작권에 제한과 예외 규정들을 두어 기존의 소유권과 새로운 소유권 간의 충돌을 적절하게 조절하고 그 이익을 형량함으로써, 궁극적으로 창작의욕을 고취함과 동시에 저작물의 자유로운 공정이용을 도모함으로써 문화의 향상 및 발전을 도모하는 것을 목적으로 발전해왔다.

우리나라의 저작권법에는 미국 저작권법의 제107조와 같은 공정이용에 대한 일반적인 조항이 존재하지 않기 때문에, 저작권의 제한에 관하여 열거하고 있는 규정들(제22조 내지 제32조 등)에 해당한다고 보기 어려운 경우에는 이에 대하여 공정이용을 주장하기는 곤란하지만, 저작권법이 규정하고 있는 기존의 보호대상의 경우에는 이러한 일반규정이 없어도 저작물이나 그 복제물의 소유자나 이용자에게 특별히 불리하거나 비합리적인 경우는 많지

446) 장춘익, “디지털 환경은 ‘공정이용fair use’을 무효화하는가”, 철학 제69호 (2001), 260쪽.

않았기 때문에 크게 문제되지 않았다.(물론 문제가 되는 상황을 가정해볼 수도 있다. 예를 들어 자신이 구입한 도서의 부피가 커서 일부분만을 복사한 후 휴대하면서 이를 읽으려고 할 때, 이 도서를 복사하기 위해서는 “일반공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기”⁴⁴⁷⁾를 이용할 수 없기 때문에 자신이 복사기기를 구입하여 복사하여야 할 것이다.)

그러나 컴퓨터 프로그램은 경우가 다르다.

컴퓨터 프로그램은 그 프로그램의 성질에 따라서 다른 저작물에 비하여 복제나 전송이 보다 빈번하게 이루어지게 되고, 이러한 복제나 전송이 그 프로그램의 본질과 밀접한 관계를 가질 수 있다.⁴⁴⁸⁾ 즉 일시적 복제가 이루어지지 않고서는 컴퓨터 프로그램을 사용할 수 없고, 원격 데스크톱이나 FTP Client와 같은 컴퓨터 프로그램은 전송을 제외하면 그 의미를 잃게 된다는 것이다.

예를 들어 회사원이 회사 업무를 위하여 혹은 대학 교수가 외부의 용역 업무를 위하여 특정 컴퓨터 프로그램을 구입하여 자신이 사용하는 PC나 노트북에 이 프로그램을 설치하는 순간, 이 회사원이나 대학 교수는 원칙적으로 해당 컴퓨터 프로그램 저작권자의 복제권을 침해하게 된다. 왜냐하면, 일반적으로 컴퓨터 프로그램의 설치라고 하는 것은 설치본을 담고 있는 매체에서 사용하고자 하는 PC나 노트북의 하드디스크로 “새로운 창작성을 더하지 아니하고 유형물에 고정”하는 행위(복제)이면서, 프로그램보호법이 저작권의 제한 사유로 들고 있는 “가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적으로 복제하는 것”(프로그램보호법 제12조 제4호)이 아니라, 영리를 목적으로 하는 것이며, 또한 해당 “프로그램의 기능을 조사·연구·시험 목적으로 복제”(동조 6호)하는 것도 아니며, 이러한 설치행위를 “그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여” 복제하는 것이 아니라 사용을 위하여 복

447) 저작권법 제27조 단서.

448) Chris Reed and John Angel ed., 앞의 책, 213쪽.

제하는 것이기 때문이다.

따라서 예를 든 회사원이나 대학 교수는 원칙적으로 고의나 과실이 인정되면 손해배상의 의무가 있는데(동법 제32조 제1항), 해당 컴퓨터 프로그램이 등록되어 있는 경우에는 과실이 추정된다.(동조 제2항) 또한 형사책임 또한 인정되어 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이 병과될 수 있다.(동법 제46조 제1항 제1호)

이러한 저작권 침해 책임을 면할 수 있는 것은 바로 해당 컴퓨터 프로그램과 관련된 쉬링크랩 라이선스에서 저작권자가 해당 컴퓨터 프로그램을 구매한 사람에게 설치를 허용하고 있기 때문이다.

설치를 허락하는 조항이 라이선스에 포함되어 있지 않은 컴퓨터 프로그램의 경우, 즉 설치에 대하여 침묵하고 있는 경우에는 해당 매체에서 바로 실행할 수 있다면 그렇게 실행하여야 하고, 설치본의 형태로 배포되어 설치하지 않으면 실행할 수 없는 경우에는 비록 설치본에 대하여 정당한 소유권이나 이용권이 있다하더라도 이를 사용할 수 없게 된다. 그러나 물론 이러한 경우에 있어서도 일반적으로 묵시적·추정적 승낙이 존재하는 것으로 보아 일상적 사용의 경우에 저작권자의 저작권을 침해하지 않는 것으로 판단할 수 있다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

물론 대다수의 컴퓨터 프로그램은 설치를 허락하는 문구를 그 쉬링크랩 라이선스 내에 두고 있기 때문에 문제가 되지 않는다. 그러나 만약 어떤 컴퓨터 프로그램 제작사가 고의나 과실로 쉬링크랩 라이선스 내에 설치를 허락하는 문구를 포함하지 않았다면, 해당 프로그램을 구매하여 사용하는 사람은 의도하지 않게 저작권을 침해하게 되고, 이에 대한 반론으로는 민법 제2조의 신의성실의 원칙 정도일 뿐일 것이다.

다시 한번 이야기하면 컴퓨터 프로그램은 다른 형태의 저작물에 비하여 복제나 전송이 이루어지는 경우가 많으며, 이러한 복제나 전송은 컴퓨터 프로그램의 본질에 맞닿아 있는 경우가 대다수이다.

그리고 이러한 일상적 사용에 필수적으로 수반되는 복제나 전송이 일단 저작권자의 배타적 권리 영역 내에 포섭되고, 저작권법이나 프로그램보호법의 저작권 제한 조항들에 해당되지 않는다면, 이의 불법성을 조각할 수 있는 것은 오로지 저작권자의 허락뿐이다. 저작권자의 명시적인 허락이 없지만, 설치본이 담긴 매체를 통하여 컴퓨터 프로그램을 판매 또는 배포하는 경우에는 묵시적으로 이의 설치 및 이용이 허락되었다고 할 수도 있지만, 이는 다름 아닌 저작권자의 허락의 추정일 뿐이다. 따라서 일상적 사용에 있어서 필수적으로 수반되는 복제나 전송에 대하여 허락이 추정될 수 없거나, 명시적으로 허락을 거부하는 경우에는 이러한 추정이 적용될 수 없게 되고 이 부분에서 문제점이 발생하게 된다. 이는 기본적으로 컴퓨터 프로그램의 특수성에서 발생하게 되는데, 이후에서 이에 대하여 논의한다.

2. 컴퓨터 프로그램의 특수성

가. 컴퓨터 프로그램의 특징

컴퓨터 프로그램은 저작물의 일종으로 보호를 받고 있지만, 다른 저작물과 다른 특징을 가진다.

그 특징으로 첫째, 컴퓨터 프로그램에서 있어서 중요한 것은 텍스트뿐만 아니라, 그 작동이라는 것이다.⁴⁴⁹⁾ 즉 시장에서 상품가치를 가지는 것은 그 프로그램을 작성한 소스코드의 탁월함이나 아름다움 등이 아니라, 어떠한 기능을 구현하고 있는가와 이를 얼마나 효율적으로 구현하는가 하는 것이다.⁴⁵⁰⁾ 즉 컴퓨터 프로그램을 구매하는 사용자는 그 기능과 효율성에 대해

449) Lothar Determann, *Dangerous Liaisons -- Software Combinations as Derivative Works? Distribution, Installation, and Execution of Linked Programs Under Copyright Law, Commercial Licenses, and the GPL*, 21 Berkeley Tech. L.J. 1421, 1439쪽.

450) Pamela Samuelson et al., *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer*

여 비용을 지불하는 것이지, 작성된 코드의 창작성과 독창성에 대하여 비용을 지불하는 것이 아니다.⁴⁵¹⁾

둘째, 컴퓨터 프로그램에 있어서 텍스트와 작동은 대개의 경우 서로 독립적이라는 특징을 가진다.⁴⁵²⁾ 물론 동일한 프로그래밍 언어로 동일한 코드로 작성을 하면, 컴파일과정에서 포함되는 라이브러리파일이 동일한 한 동일한 작동을 하게 되지만, 그러한 작동을 이끌어내기 위한 텍스트, 즉 원시코드는 하나가 아니라는 점이다.⁴⁵³⁾

셋째로 소프트웨어와 하드웨어는 상호호환가능하다는 특징을 가진다.⁴⁵⁴⁾ 몇 년 전까지 실제 판매되던 MPEG 재생처리카드는 현재 찾아볼 수 없고,⁴⁵⁵⁾ CPU와 관련 하드웨어가 발달함에 따라 이 기능을 현재는 프로그램을 통해서 구현하고 있다. 이러한 특성은 컴퓨터 프로그램이 특허로 보호받을 수 있는 좋은 근거가 된다. 즉 컴퓨터 프로그램은 저작물임과 동시에 특허로 보호되는 기능적 발명과 유사한 형태를 가지게 된다.⁴⁵⁶⁾

마지막으로 동일한 작동을 하는 프로그램은 시장에서 대체성을 가진다는 특성이 있다.⁴⁵⁷⁾ 컴퓨터 프로그램이 아닌 다른 저작물의 경우 우선 완전히 동일한 ‘작동’을 하는 경우를 상정하기도 어렵고, 유사한 장르의 유사한 작품이라도 서로 완전한 대체재의 성격을 갖기 어렵지만, 동일한 작동을 하는 프로그램은 시장에서 완전 대체재로서 기능하게 된다.

시장에서의 컴퓨터 프로그램의 특징을 살펴보면 소프트웨어는 대량생산에

Programs, 94 Colum. L. Rev. 2308, Dec. 1994, 2316쪽.

451) Lothar Determann, 앞의 논문, 1439쪽.

452) 구대환, “컴퓨터 프로그램의 기술적 특성과 특허 및 저작권 보호”, 정보법학 제9권 제2호, 104쪽.

453) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2317쪽.

454) 위의 논문, 2319쪽.

455) 물론, MPEG Encoding card는 아직도 시장성을 가지고 있고 동영상 편집을 전문적으로 다루는 이들에게 사용되고 있다.

456) Jeffrey A. Andrews, *Comment: Reversing Copyright Misuse: Enforcing Contractual Prohibitions On Software Reverse Engineering*, 41 Hous. L. Rev. 975., 976-977쪽.

457) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2319쪽.

있어서 특별한 기술을 요하지 않고, 정보재이기 때문에, 대량 생산에 대한 노하우나 영업비밀 등이 존재하지 않는다.⁴⁵⁸⁾ 오히려 디자인 부문에 많은 노하우가 존재하게 되고,⁴⁵⁹⁾ 이러한 노하우는 사용자가 쉽게 사용할 수 있게 하기 위하여 직관적이게 되고, 이러한 직관적인 성격은 그 노하우를 따라하기 쉽게 만들 수 밖에 없게 되는 결과를 가져온다.⁴⁶⁰⁾ 즉 일반 사용자가 사용하기 편하게 하기 위해서, 보다 직관적인 사용자 인터페이스를 개발하는데 많은 역점을 두게 되고 이렇게 개발된 사용자 인터페이스는 다른 프로그램 개발자들이 쉽게 따라할 수 있게 되는 것이다.

프로그램에 관한 노하우가 프로그램의 표면 내지 표면 근처에 있기 때문에, 이는 후발업체가 쉽게 따라할 수 있게 되고, 보통 독창적인 제품을 출시하여 일정기간 향유할 수 있는, 창작물에 대한 선도기간을 제대로 향유하기 어렵게 된다.⁴⁶¹⁾ 이렇게 동등한 제품을 쉽게 만들 수 있다는 사실이 시장과 괴 효과의 원인이 된다.⁴⁶²⁾

저작물로서의 컴퓨터 프로그램의 특성을 살펴보면, 컴퓨터 프로그램은 인간이 읽을 수 있는 형태로 쓰여지지만, 실제로 판매될 때는 읽을 수 없는 형태로 판매되기 때문에⁴⁶³⁾ 여기에서는 저작권법의 요소인 “아이디어의 표현”을 인지할 수 없게 된다. 또한 저작권법으로 보호받을 수 없는 기능적인 부분까지 사실상 보호받게 된다. 저작권법으로 보호되지 않는 기능적인 부분을 알아보기 위해서는 “역공정”이 이루어져야 하는데, 이러한 역공정은

458) 위의 논문, 2333-2334쪽.

459) 구대환, 앞의 논문, 102쪽.

460) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2335쪽.

461) 위의 논문, 2338-9쪽.

462) 위의 논문, 2339쪽.

463) 목적코드의 저작권으로서 보호가능성에 대해서 Apple Computer Inc. v. Franklin Computer, Inc., 714 F.2d 1240 (3rd Cir. 1983), cert. dismissed, 464 U.S. 1033(1984)사건에서 이를 어문저작물에 해당된다고 판시하였다. 이외에도 Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173, 1175 (9th Cir. 1989); Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222, 1233 (3d Cir. 1986); Williams Elecs., Inc. v. Artic Int'l, Inc., 685 F.2d 870, 876-77 (3d Cir. 1982) 등 참조.

저작권을 침해하지 않는 경우가 매우 제한적이고,⁴⁶⁴⁾ 대부분의 소프트웨어 제작사들은 모든 역공정을 금지하는 약관을 두고 있기 때문에 문제가 발생한다.⁴⁶⁵⁾ 컴퓨터 프로그램이 다른 저작물과 비교할 때 가지는 마지막 특징으로, 보통의 저작물은 일정한 보호기간⁴⁶⁶⁾ 중에는 저작권자의 허락에 따라 이용으로 문화발전을 도모하고 이 보호기간 후에는 공공영역에 속하게 되어 공중이 이를 자유로이 이용할 수 있어서 저작권법상의 목적인 “문화의 향상 발전”을 가져오게 되지만, 컴퓨터 프로그램의 경우에는 공공영역에 속하게 됨으로써 발생하는 사회적 효용이 극히 미미하다는 것이다.

저작권에서 부여한 보호기간이 만료한 후에는 컴퓨터 프로그램은, 다른 저작물과는 달리 사용가치가 거의 없다.⁴⁶⁷⁾

반면에 유용한 기능을 가지고 있어서 많은 사람들이 계속적으로 사용하는 컴퓨터 프로그램의 경우에는, 해당 프로그램 제작사에서 기능을 향상시켜 보통 계속적으로 업데이트가 이루어지기 때문에 실질적으로 보호기간이 만료되지 않는다는 결과를 야기한다. 물론 수정되는 프로그램들은 각각 공표 후 일정기간의 보호를 받게 되어 최초에 공표된 프로그램은 현재 저작권법 하에서 50년 후에는 저작권의 보호를 받지 못하게 된다. 이 최초의 프로그램은 50년 후에도 그 사용가치를 인정받을 수 있을지는 몰라도 컴퓨터 프로그램이 갖는 네트워크 외부성⁴⁶⁸⁾으로 인하여 이를 활용한다는 것이 무의미해진다.⁴⁶⁹⁾

464) 프로그램보호법 제12조의2에서 허용되는 역분석으로 호환성을 위한 경우만을 들고 있는데, 저작권법 보호대상이 아닌 기능적인 부분을 살펴보는 것이 반드시 호환성을 위한 것으로 볼 수 없는 경우도 존재한다.

465) Jeffrey A. Andrews, 앞의 논문, 977쪽.

466) 우리나라의 경우 생존기간과 사후 50년, 미국은 70년.

467) 예를 들어 1985년에 공표된 MS-DOS 1.0을 2035년에 사용한다고 생각하면 그 사용가치는 거의 없다고 보아야 할 것이다.

468) Katz, Michael and Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, *American Economic Review*, 1985, vol. 75, 424-440쪽; 김일중, "프로그램 저작권 보호와 경쟁정책", 권오승 편, *공정거래법강의 II* (법문사, 2000), 429쪽에서 재인용.

469) 예를 들어 한글 2007 버전이 사용되는 지금, 한글 1.0이 공공영역에 속하게 된다 할지라도 이 프로그램을 사용하는 것 자체가 매우 어려울 뿐만 아니라, 이 프로그램을 이용한 작업의 결

결국, 일정한 보호기간 후에 공공영역에 속하게 됨으로써 “문화의 향상발전”을 이룰 가능성이 적고, 따라서 그 보호기간 중에 이루어지는 사용자의 사용으로만 문화의 향상 발전을 기대할 수 있게 된다.

그럼에도 불구하고 컴퓨터 프로그램을 저작권으로 보호해야 하는 이유에 대해서 오랜 기간 많은 논의가 이루어졌지만, 이에 대하여 자세히 다루는 것은 본 논문의 범위를 넘어서는 것이기 때문에 간단히 정리해보면 영업비밀이나 특허 등의 다른 보호방법으로 보호하기가 적당하지 않고, 그나마 저작권에 의한 보호가 무난하다는 것이다. 이후에서 이에 대한 논의를 간단히 살펴본다.

나. 컴퓨터 프로그램의 보호방법론

컴퓨터 프로그램을 전적으로 특허로만 보호할 수 없는 이유는, 일반적으로 소스코드가 특허의 보호대상으로 받아들여지지 않았다는 것과, 특허는 일반적으로 결과 그 자체보다는 결과를 이끌어내는 방법을 보호하기 때문에, 동일한 결과를 여러 가지 방법으로 이끌어 낼 수 있는 컴퓨터 프로그램의 경우 특허로 보호하는 것이 적합하지 않다는 것, 그리고 컴퓨터 프로그램의 발전은 점진적이기 때문에 특허법상 진보성 요건을 충족하기가 쉽지 않다는 점⁴⁷⁰⁾과 컴퓨터 프로그램은 그 특성상 잦은 업데이트가 이루어지는데, 일단 특허를 받은 이후에 이루어지는 업데이트는 이전의 특허로 보호될 수 없기 때문에 다시 특허를 신청하거나 혹은 특허를 통한 보호를 포기할 수밖에 없다는 점 등을 이유로 오로지 특허로만 보호하는 것은 그 한계를 가질 수밖에 없다. 이에 대해서 소프트웨어와 하드웨어는 서로 호환가능한 것으로 알려져 있는데, 만약 소프트웨어가 저작권으로 보호받을 수 있다면,

과물을 공유할 수 없기 때문에 공공영역에 속하게 되는 것이 무의미해지는 것이다.
470) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2345-2346쪽.

이를 하드웨어로 구현한 경우 똑같은 정도로 저작권으로 보호받을 수 있는지를 문제시하는 학설⁴⁷¹⁾도 있다.

또한 영업비밀로 보호받기 위해서는 “기밀성”이 유지되어야 하는데, 일반 대중에게 배포되는 컴퓨터 프로그램에 있어서 기밀성을 유지하는 것은 어렵다.

또한 영업비밀로서 보호할 수 없는 이유로, 컴퓨터 프로그램의 외부로 드러나는 노하우는, 숙련된 프로그래머가 쉽게 알아 차릴 수 있기 때문에 비밀일 수 없고, 영업비밀의 영역에서는 이런 노하우를 역공정을 통하여 알아내는 것이 일반적으로 합법적이라고 여겨지기 때문에 영업비밀로서 보호될 수 없다는 점⁴⁷²⁾, 프로그램 사용자의 입장에서 기밀유지비용이 컴퓨터 프로그램의 가격에 포함되어 가격이 상승할 개연성이 커지며, 저작권자와의 사이에서와 고용인과의 사이 등에서 기밀유지 계약을 맺어야 하는 등 불편함이 커질 수 있다는 점 등을 들어 영업비밀로서 보호하는 것 또한 문제가 있다고 한다.

이렇게 기존 보호방법으로 컴퓨터 프로그램을 보호하기에 적합하지 않기 때문에, 이를 실용신안제도를 이용하여 보호하자는 주장⁴⁷³⁾도 있다. 보호방법론에 대한 자세한 논의는 앞서 이야기한 것처럼, 본 논문의 범위를 넘어서기 때문에 생략한다.

이러한 특성들 때문에 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 대하여 다양한 보호방법론이 제기된 바 있는데, 현재 세계 각국의 입법방식으로 가장 많이 채택된 것은 저작권법을 통한 보호방법이고,⁴⁷⁴⁾ 미국⁴⁷⁵⁾과 우리나라⁴⁷⁶⁾ 역시 이러한 입법방식을 채택하고 있다. 물론 이는 컴퓨터 프로그램을 보호하

471) Merges, et. al., 앞의 책, 871쪽.

472) Pamela Samuelson et al., 앞의 글.

473) 구대환, "실용신안에 의한 컴퓨터프로그램 보호", 창작과 권리 2003. 여름(31호) 참조.

474) Lothar Determann, 앞의 논문, 1440쪽.

475) Lothar Determann, 앞의 논문, 1439쪽.

476) 오승중 외, 앞의 책, 642쪽.

는 데 있어서 주된 보호방법으로 저작권법을 채택하고 있다는 것으로 특허법 등 다른 법률의 적용을 배제하지 않고, 다른 법률의 보호 요건을 충족할 경우 경합적으로 다른 법률에 의한 보호도 받을 수 있다.⁴⁷⁷⁾

바로 이러한 다양한 보호방법론이 제기되는 것이 컴퓨터 프로그램이 다른 일반 저작물과 차이를 가진다는 점을 역설하는 것이다.

1978년의 CONTU 보고서⁴⁷⁸⁾를 미국 의회에서 채택하여 저작권적 보호 방법을 선택하고, 이러한 방식이 다른 나라에 전파 혹은 강요된 이후에도 여전히 그 보호방법론에 대한 논의는 계속되고 있다.

현재 TRIPs⁴⁷⁹⁾나 WCT⁴⁸⁰⁾에서 소프트웨어는 어문저작물의 일종으로 보아, 저작권의 보호를 받고 있다.

마지막으로 컴퓨터 프로그램의 경제학적인 특성을 살펴보면, 소프트웨어 산업은 네트워크 구조를 가지고 있어서 개별 상품간의 경쟁보다 네트워크 상호간의 경쟁이 보다 중요한 의미를 가지게 되고, 소비자의 효용이 네트워크의 규모, 즉 동일한 재화나 서비스를 사용하고 있는 소비자들의 수에 따라 증가하는 현상, 즉 특정 제품의 소비로부터 도출되는 효용이 그 제품을 사용하는 다른 소비자들의 숫자가 커질수록 증가하는 네트워크 외부성(network externality)⁴⁸¹⁾를 가지며,⁴⁸²⁾ 자연독점성이 강하고, 소비전환비용이 다른 상품에 비해서 크다는 특성을 가지고 있다.⁴⁸³⁾

477) 위의 책, 제634쪽.

478) National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report (1978).

479) Article 10. Computer Programs and Compilations of Data 1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).

480) Article 4. Computer Programs : Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.

481) Katz, Michael and Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, American Economic Review, 1985, vol. 75, 424-440쪽; 김일중, "프로그램 저작권 보호와 경쟁정책", 권오승 편, *공정거래법강의 II* (법문사, 2000), 429쪽에서 재인용.

482) 구대환, "컴퓨터 프로그램의 기술적 특성과 특허 및 저작권 보호", *정보법학* 제9권 제2호, 109쪽.

3. 컴퓨터 프로그램 저작권의 재고찰

가. 들어가며

앞서 살펴본 바와 같이 컴퓨터 프로그램은 일반 저작물들과는 다른 특성을 가지고, 그 결과 컴퓨터 프로그램의 경우 일정한 보호기간 후에 공공영역에 속하게 됨으로써 저작권법의 목적인 “문화의 향상발전”을 기대할 수 없다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다.

그렇다면 컴퓨터 프로그램을 저작권으로서 보호하여 문화의 향상발전을 이루기 위해서는, 배타적인 권리가 인정되는 일정한 보호기간 내에서 최대한 그 목적을 달성할 수 있도록, 즉 보다 많은 컴퓨터 프로그램이 만들어지게 하고, 이미 만들어진 컴퓨터 프로그램은 보다 많은 사람들이 사용할 수 있게 함으로써 문화의 향상발전이 이루어지도록 저작권법 및 프로그램보호법이 규정되어야 하고, 또 이러한 방향으로 해석되어야 할 것이다.

이를 위하여 생각해볼 수 있는 방법으로, 첫째 보호기간을 단축하는 방법이 있다. 이러한 견해로 Samuelson교수의 제안과 같이 소프트웨어 개발자가 시장 실패를 회피할 수 있을 정도의 리드타임만을 허용할 수 있을 것이다.⁴⁸⁴⁾ 그러나 이러한 방법은 Ginsburg교수의 지적처럼, 이미 국제규범이 정해져 있는 현 상황 하에서 논의가 너무 늦은 감이 없지 않다.⁴⁸⁵⁾ TRIPs와 WCT가 컴퓨터 프로그램을 저작권으로 보호할 것을 규정하고 있기 때문에, 독자적인 보호방법론을 채택할 수도, 다른 저작물과 다르게 취급하기도 어렵다.

보호기간을 단축하는 것이 곤란하다면, 컴퓨터 프로그램을 다른 저작물과

483) William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003 참조.

484) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2371쪽.

485) Jane Ginsburg, 앞의 논문, 2572쪽.

동일하게 보호하되, 컴퓨터 프로그램에 주어지는 개별 저작권들의 내용을, 이 보호기간 내에 “문화의 향상발전”을 이룰 수 있는 방향으로 규정하거나, 해석하는 방법을 생각할 수 있다. 이는 곧 컴퓨터 프로그램의 저작권적 보호를 통하여 문화의 향상 발전을 이루기 위하여, 보호기간 이후에 기대되는 효용이 거의 없기 때문에, 보호기간 중에 그 보호범위를 일반 저작물보다 제한적으로 해석하여 보다 많은 공중이 보다 자유롭게 이용할 수 있도록 하되, 프로그램 제작자의 제작 동기를 저해하지는 않게 하는 것이다.

이러한 컴퓨터 프로그램 보호의 원칙에 대해서, 기존법제의 토대 위에, Samuelson 교수가 밝힌, 합리적으로 예측 가능한 보호범위로, 개량 및 응용 가능성의 증대 및 시장 실패의 방지, 세분화된 이용조건 및 소비자 후생 증진이라는 기준들은 참고할 만하다.⁴⁸⁶⁾

나. 사용권 계약서의 규제

(1) 들어가며

앞서 논의한 바와 같이 컴퓨터 프로그램을 저작권으로 보호함에 있어서, 저작권법의 목적인 문화의 향상 발전을 이루기 위해서는 프로그램 제작자의 창작의욕을 저하시키지 않는 범위 내에서 최대한 많은 사람들이 최대한 자유롭게 해당 프로그램을 이용할 수 있는 방향으로 법이 규정되어야 하고, 해석되어야 한다고 앞에서 주장하였다.

그런데 제3장에서 살펴본 바와 같이 현재 대부분의 사용권 계약서는 저작권법이 규정하고 있는 권리의 보호범위보다 넓게 프로그램 제작자의 권리를 규정하고 있다. 이는 사용권 계약서를 작성하는 프로그램 저작권자에게는 당연한 일일지도 모른다. 그러나 이와는 다르게 공개 소프트웨어의 경우에

486) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2406-2412쪽 참조.

는 저작권법이 규정하고 있는 권리의 보호범위 중 일정 영역의 권리를 포기하여 자유로운 유통을 촉진하거나, 그 원시코드를 공개하여 다른 사용자들이 자유로이 이를 이용하여 다른 프로그램을 제작할 수 있도록 하기도 한다.

일반적인 사용권 계약서는 제3장에서 자세히 살펴보았기 때문에, 이후에서는 공개 소프트웨어에 대해서 간단하게 살펴본다. 이렇게 사용권 계약서를 통하여 저작권상 보호되는 권리의 범위를 확장하거나 축소하는데 컴퓨터 프로그램은 저작권법상의 권리에 대한 제한이 적을수록 사용자가 자유롭게 해당 프로그램을 이용할 수 있음은 분명하다. 보다 많은 사람들이 보다 자유롭게 컴퓨터 프로그램을 사용할 수 있도록 하기 위하여 사용권 계약서에 대하여 어떤 제한이 가능한지를 살펴보고, 이를 어떠한 방향으로 규제할 수 있는지를 살펴보아서 양 사용권 계약서의 이해 위에서 어떠한 규정들이 일반적으로 받아들여질 수 있는지를 살펴보기로 한다.

(2) Open Source Movement

(가) 개념

공공 영역 소프트웨어(public domain software)란 저작권자가 저작권을 명시적으로 포기했거나 저작권의 보호기간이 만료하여 일반 공중이 자유롭게 사용할 수 있는 소프트웨어를 말한다.⁴⁸⁷⁾

공개 소프트웨어(open source software)란 누구나 해당 소프트웨어를 자유롭게 사용할 수 있는 소프트웨어로서 라이선스 방식을 통해 배포되며, 원시코드가 공개되어 자유롭게 복사, 수정, 사용, 재배포가 가능한 소프트웨어이다.⁴⁸⁸⁾ 넓은 의미의 공개 소프트웨어 안에는 자유 소프트웨어(free

487) 한국소프트웨어진흥원, 공개소프트웨어 라이선스 연구, 정책연구 03-10, 2003, 22쪽; 김병일, "'오픈소스' 소프트웨어 라이선싱", 창작과 권리 34권 (2004), 38쪽.

software)가 포함되는 것으로 본다. 자유 소프트웨어란 누구에게나 이용과 복제, 배포가 자유롭고, 특히 소스코드에 대한 접근을 통하여 수정과 재배포가 자유로운 소프트웨어를 말한다.⁴⁸⁹⁾

공공 영역 소프트웨어와 공개소프트웨어와의 차이점은 공개 소프트웨어는 저작권을 이용하여 소프트웨어의 공개와 공유를 가능하게 하는데 반해, 공공 영역 소프트웨어는 저작권을 주장하는 자가 없으므로 공유자산으로 누구나 자유롭게 저작물을 이용할 수 있다는 점이다.⁴⁹⁰⁾

공개 소프트웨어는 저작권을 이용하되, 저작재산권적인 권리보다 저작인격권적인 권리를 강조하여, 공개의 연쇄를 통하여 바이러스적인 효과⁴⁹¹⁾를 얻고자 한다. 이러한 의미에서 공개 소프트웨어는 라이선스를 통하여 일정 부분 저작권을 약화시키는 효과를 하고 있다고 할 수 있다.

공개 소프트웨어의 정의에서의 핵심개념으로 자유로운 재배포, 소스코드의 공개, 2차적 저작물, 원저작자 소스코드의 완전성, 분야에 대한 차별의 금지, 라이선스의 배포, 제품에 특정되지 않은 라이선스, 다른 소프트웨어를 제한하지 않는 라이선스, 기술 중립적인 라이선스를 들 수 있다.⁴⁹²⁾

(나) 논의의 정리

컴퓨터 프로그램의 저작권적 보호를 위해서는 프로그램 제작자의 창작의 욕을 저하시키지 않는 범위 내에서 최대한 많은 사람들이 최대한 자유롭게 해당 프로그램을 이용할 수 있는 방향으로 법이 규정되어야 하고, 해석되어야 한다는 목적을 염두에 두고 사용권 계약서의 양대 흐름을 파악할 때, 일

488) 김병일, 위의 논문, 42-43쪽.

489) 위의 논문, 39쪽.

490) 위의 논문, 22쪽.

491) GPL 소프트웨어로부터 만들어진 2차적 저작물은 반드시 GPL 라이선스를 채택해야 하는 것을 바이러스 효과(viral effect)라고 부른다. 김정호, 이완재, 사이버공간의 법경제학, 법문사(2004), 507쪽.

492) <http://opensource.org/docs/osd>, 2007. 6. 11 방문.

반적인 사용권 계약서의 경우, 그 해석을 엄격히 하여⁴⁹³⁾ 최대한 그 권리범위를 축소하는 방향으로 계약 내용을 해석하여야 할 것이다.⁴⁹⁴⁾

만약 엄격한 해석과 사용자 불이익의 원칙의 적용으로 인하여 보다 완전한 사용권 계약서를 작성하는 것이 프로그램 제작자에게 지나친 법률적 부담을 부과하게 된다면, 문화관광부와 정보통신부, 저작권심의조정위원회 및 프로그램심의조정위원회 등 유관 기관이 협력하여 표준약관(표준 쉬링크랩 라이선스 등)을 제정하는 방안도 생각해 볼 수 있다.⁴⁹⁵⁾

소프트웨어 저작권자의 이익과 소비자의 권익을 모두 적정수준에서 보장할 수 있는 표준 쉬링크랩 라이선스를 규정하여, 이에 대한 사항은 표준 쉬링크랩 라이선스를 따른다는 것만을 표시하면, 소프트웨어 저작권자가 굳이 모든 조항을 명시하지 않거나, 소비자가 표준 쉬링크랩 라이선스에 대하여 구체적으로 동의하였는지의 여부를 묻지 않고, 대량으로 유통되는 소프트웨어의 경우에 그 계약의 일부로 편입될 수 있도록 하는 것이다. 이러한 경우에는 해당 라이선스 조항을 브라우저랩의 형태로 해도 그 유효성을 인정하는 것이 저작권자나 소비자 양자 이익의 균형을 해하지 않을 것이다.

소프트웨어 저작권자가 표준 쉬링크랩 라이선스를 따르지 않는 경우에는, 첫째, 전체적으로는 표준 쉬링크랩 라이선스를 채택하되 일부 조항에 있어서 다르게 규정할 때는 그 일부 조항만을 쉬링크랩의 방식이나, 클릭랩 등의 방식으로 제품에 표시한다면, 내용이 많지 않게 되므로 소프트웨어 제작사나 소비자 모두 그 내용에 대하여 보다 확실하게 인지할 수 있게 될 것이다. 그러나 바뀐 부분에 대하여 명시·설명의무를 다하였는지는 저작권자가 입증책임은 지는 것으로 보면 양자 이익의 균형을 해하지 않을 것이다.

둘째, 표준 쉬링크랩 라이선스를 전적으로 배제할 경우에는 소프트웨어

493) 엄격해석 및 작성자 불이익의 원칙에 관하여 윤진수, “契約 解釋의 方法에 관한 國際的 動向과 韓國法”, 비교사법 제12권 4호 (2005) 참조.

494) 정규, 앞의 논문, 1118쪽.

495) Id.

저작권자가 쉬링크랩 방식이나 클릭랩 방식 등으로 모든 조항에 대하여 소비자에게 전달하여야 하며, 모든 조항에 대하여 명시·설명의무가 제대로 이행되었는지 등 이 라이선스의 유효성에 대한 입증책임 전부를 소프트웨어 저작권자가 부담하는 것으로 해야 할 것이다.

공개 소프트웨어의 경우에는, 특정 규정이 지나치게 사용자의 권리를 제한하거나, 그 자유를 침해하는 것으로 판단되지 않는 이상, 이를 엄격하지 않게 해석한다 할지라도 프로그램 제작자와 사용자 모두의 이익을 침해하지 않을 것이다. 그러나, 일정한 경우 담보책임을 전적으로 부정하는 규정은 그 효력을 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 또한 공공 영역 소프트웨어의 경우에는 GPL(GNU General Public License)이나 LGPL(Library General Public License 혹은 Lesser General Public License)과 같이 이미 표준 약관의 성격을 띄고 있는 사용권 계약서가 존재하기 때문에, 이에 따른다는 것을 표시할 경우 표준 쉬링크랩 라이선스를 채택한 것과 동일한 효과를 인정한다 할지라도 이를 작성한 것이 저작권자이고, 이는 저작권자의 의도로 파악될 수 있기 때문에 저작권자에게 부당한 손해를 야기하지 않고, 이러한 계약서의 특징이 저작권법에서 규정하는 많은 권리를 포기하여 보다 많은 사람들이 자유로이 이용할 수 있도록 하는 것이기 때문에 사용자에게도 부당한 손해를 야기하지 않을 것이다.

이러한 표준약관의 중요내용이 되어야 할 것을 살펴보면 우선, 계약의 성격에 대한 부분이다. 앞서 개별 저작권자들의 쉬링크랩 라이선스를 검토해보면 이는 하나같이 계약의 성격에 대하여 사용허락계약이라고 규정하고 있다. 이는 최초판매의 원칙 적용을 회피할 수 있다는 점에서 저작권법에서 예정하고 있는 저작권자와 그 이용자간의 이익 균형을 파괴하는 것이다. 따라서 이에 대하여 다른 저작물과 달리 컴퓨터 프로그램의 경우에만 그 성격이 사용허락계약이라고 할 이유는 보이지 않는다. 사용허락계약이라고 보는 것이 “저작권법상의 공정이용을 잠식하고 일반인의 공유영역에 속하는 것을

박탈”⁴⁹⁶⁾할 수 있기 때문에 다른 일반 저작물과 같이 복제물의 매매라고 보
되, 이를 통하여 저작권 자체가 매매되는 것은 아니라는 것을 분명히 하면
될 것이다.

다음으로는 우리나라는 개별 저작권들에 대한 개별적인 제한이나 예외가
존재할 뿐, 미국 저작권법 제107조와 같은 공정이용에 대한 일반적인 조항
이 존재하지 않기 때문에 일상적인 방법으로 사용함에도 불구하고 쉬링크랩
라이선스에서 이를 명시적으로 허용하지 않았다는 이유로 저작권을 침해할
가능성이 있다. 따라서 해당 프로그램의 용도에 따른 일반적인 방법으로 사
용할 때에는 저작권을 침해하지 않는다는 점을 명시할 필요가 있다.

마지막으로 관할이나 적용법령에 대하여, 적어도 대한민국 내에서 판매되
는 컴퓨터 프로그램의 경우 그 대한민국이 관할을 가지고, 대한민국의 관계
법령이 적용된다는 것을 분명히 할 필요가 있을 것이다.

이외에도 약관에서 규정해야 할 필요가 있는 것들은 많지만 개별적 사용
형태에 관한 것들과 구체적으로 허용되는 사용방법 등은 표준약관으로 정하
기에는 너무나 다양하기 때문에 이는 프로그램 저작권자에게 맡기고, 이러
한 개별 저작권자의 규정들이 저작권법상의 목적에 위배되는 경우에는 그
효력이 인정되지 않는다는 점을 분명히 하는 것도 생각해 볼만하다.

다. 컴퓨터 프로그램의 특수성을 고려한 저작권 침해여부의 판단

(1) 들어가며

앞서 간단하게 논의한 것처럼, 컴퓨터 프로그램이 가지는 특수성으로, 일
견 개별 저작권의 침해로 보이는 행위가 이루어졌다 할지라도 이것이 실제

496) 이대회, “디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계”, <http://blog.naver.com/ipprof/80018450522>, 2007. 5. 15 방문

로 저작권을 침해하였는지를 판단하기 위해서는, 저작권법의 목적을 염두에 두고 컴퓨터 프로그램의 특수성을 감안하여 판단할 필요가 있다.

즉 컴퓨터 프로그램은 네트워크 효과가 강하고, 그 결과 자연독점으로 이어질 가능성이 크며, 시간의 경과로 프로그램의 가치가 급속히 저하된다는 점 및 쉬링크랩 라이선스라는 특수한 계약을 체결하기 때문에 사용자의 권리가 위축될 가능성이 크다는 것을 감안하여 저작권법의 목적인 저작권자 등 권리 보호와 문화의 향상발전을 이룰 수 있는 방향으로 컴퓨터 프로그램에 대한 저작권을 해석할 필요가 있다는 것이다.

이를 위해서는 침해로 보이는 행위가 저작권자의 배타적인 권리 영역 내의 행위태양에 포섭되어 그 위법성이 인정되는지, 아니면 이러한 저작권자의 배타적인 권리 영역 외의 행위라고 판단되기 때문에 그 위법성이 조각되는지에 대하여 다시 한번 판단할 필요가 있고, 배타적인 권리 영역의 설정에 가치 판단이 필요하다.

이러한 판단을 위하여 저작권자의 권리에 포함되는지의 여부를 판단한 후 나머지 영역에 있어서 합법성을 인정하는 방식의 소극적 판단 외에도, 그러한 행위가 침해된 저작권자의 이익보다 사회전체의 효용을 훨씬 더 증대시키는지에 대한 적극적인 판단이 필요하다. 이러한 판단 없이 단지 저작권자의 권리에 속하는지 만을 판단하는 것은 저작권법이나 프로그램보호법의 목적중의 하나인 “문화의 향상발전에 이바지”하는 것을 간과하는 결과를 낳게 된다는 것을 밝힌 바 있다. 즉 문화의 향상 발전을 위하여 “일정한 범위 내에서 저작자의 개인적 권익을 보호하는 한편 그 범위 밖에서는 일반 공중의 이익보호를 위하여 저작자의 권리를 제한”⁴⁹⁷⁾하기 위하여 목적 지향적인 판단이 필요하다는 것이다.

그러나 우리나라 저작권법이나 프로그램보호법에서 열거적으로 규정하고 있는 저작권법의 제한이나 예외 규정들에서는 이러한 일반적 판단기준을 찾

497) 오승중 외, 앞의 책, 2쪽.

을 수 없다. 따라서 이는 일반조항으로서 입법할 필요성이 있고, 이후에서 입법론으로서의 컴퓨터 프로그램 저작권 제한에 대한 일반규정에 대하여 살펴보고자 한다.

(2) 기존 저작물에 대한 저작권의 제한

만약 컴퓨터 프로그램에 대한 저작권을 판단하면서 기존 저작물에 대한 보호보다 좁게 해석한다면 이는 저작권의 제한에 해당되기 때문에 이러한 제한이 과연 기존 저작권법에 부합되는지를 살펴볼 필요가 있다.

기존 저작물에 대한 저작권의 경우, 저작권이 제한되는 예를 1) 처음부터 저작권의 보호대상에서 제외되는 경우, 2) 상당한 보상금 지급으로 저작권자의 허락 없이 이용할 수 있는 경우, 3) 일정한 목적 및 절차나 형식에 의할 경우에는 원칙적으로 무상으로 저작권자의 허락 없이 자유로이 이용하는 것이 허락되는 경우로 나누어, 위의 모든 경우를 합하여 최광의의 자유 이용, 두 번째와 세 번째만을 가리켜 광의의 자유 이용, 마지막 경우만을 가리켜 협의의 자유 이용으로 분류하기도 한다.⁴⁹⁸⁾

이는 개별 저작권으로 보호되는 영역을 분명히 하고, 그 영역으로 제한되는 사유와 예외로 인정되는 사유를 밝힘으로써 그 외의 영역에서는 사용자가 자유로이 이용할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

우리나라의 경우에는 앞서 살펴본 바와 같이 개별 저작권에 대한 열거적 제한 및 예외사유만을 규정하여 일반적인 제한이 가능하지 않다. 컴퓨터 프로그램의 경우 이러한 열거적 제한 및 예외사유 외에 또다른 제한이나 예외를 통하여 저작권법의 목적을 달성할 수 있다면 이러한 제한이나 예외의 기준을 설정할 필요가 있을 것이다.

이를 위하여 저작권 제한의 일반적 사유로 인정되는 사항을 이후에서 살

498) 정찬모, "국제협정상 저작권 예외의 요건으로서 3단계 테스트와 그 시사점", 정보통신정책연구원, 세미나자료 (2003), 3-4쪽.

펴보고 이러한 기준들이 컴퓨터 프로그램과 관련하여 어떠한 의미를 지니는지를 살펴보기로 하자.

(3) 저작권 제한의 일반 조항

(가) 사적 복제

1) 개념

사적 복제는 복제권의 제한에 국한된다는 점에서 일반 조항으로서 보기 어려울 수 있으나 전송권에 대한 논의에서 살펴본 바와 같이 적용될 수 있는 범위가 비교적 넓다는 점에서 일반 조항과 유사성을 가진다. 따라서 사적 복제에 관한 규정에서 일반조항에 사용될 수 있는 기준들을 찾아본다는 의미에서 사적 복제 개념을 살펴보기로 한다.

저작권법 제27조에 “공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다”라고 규정하고 있고, 컴퓨터프로그램보호법의 경우 제12조 프로그램저작권의 제한에 관한 규정의 제4호에서 “家庭과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우”에는 복제할 수 있다고 규정하고 있다. 이를 사적이용을 위한 복제, 줄여서 사적 복제라고 한다.

이러한 사적 복제의 경우, 저작권법에서는 단순한 복제만이 아니라 번역·편곡 또는 개작할 수 있고,⁴⁹⁹⁾ 출처의 명시 의무도 면제되는 것⁵⁰⁰⁾으로 규정하고 있다.

사적 복제의 개념적 핵심요소들로 개인적 사용을 목적으로 한다는 것, 영리를 목적으로 하지 않는다는 것, 저작물의 사용이 한정된 범위 내에서 이

499) 동법 제33조 제1항.

500) 동법 제34조 제1항 단서; 그 이유에 대해서는 오승종 외, 앞의 책, 359쪽.

루어진다는 것 등을 들 수 있다.⁵⁰¹⁾

2) 면책근거

사적 복제는 복제권의 침해에 대하여 면책된다. 이러한 면책의 근거로 1) 단속이 사실상 불가능하다는 점, 2) 사생활의 자유라는 기본권이 침해된다는 점, 3) 기존 아날로그 방식의 저작물의 경우, 소규모이고 복제물의 질도 떨어지기 때문에 저작권자에게 주는 피해가 크지 않다는 점, 4) 사소한 비영리 복제에도 저작권자의 허락을 얻도록 하는 것은 번거롭다는 점, 5) 사적 복제는 다양한 정보를 바탕으로 한 개인의 합리적인 의사 형성을 가능하게 하여 사회의 다양성과 민주화의 발전에 기여하는 긍정적인 기능을 발휘한다는 점을 들고 있다.⁵⁰²⁾

3) 입법례

베른협약에서는 사적 복제의 허용에 대한 구체적인 규정은 없고, 복제권의 제한에 대한 일반적인 규정으로, 제9조 제2항에서 “특별한 경우에 있어서 그러한 저작물의 복제를 허락하는 것은 동맹국의 입법에 맡긴다. 다만, 그러한 복제는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 않아야 하며 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해치지 않아야 한다.”⁵⁰³⁾라고 하여 이른바 3단계 테스트에 대하여 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 3단계 테스트에 의하여 사적 복제에 대한 규정이 베른협약 상의 허용된 복제권 제한이 아니라고 판단될 여지도 있으나, 이러한 일반 규정의 입안과정에서 복제권이 제한되는 사유로 사적 복제의 허용이 예시된 규정⁵⁰⁴⁾이 개정안으로 정부 전문가위원

501) 저작권심의조정위원회, 디지털 환경하의 사적 복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권연구자료 46, 19쪽.

502) Id. 20-21쪽.

503) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

504) WIPO, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967, Vol. I, 1971, 113쪽 참조.

회에서 확정되었던 것 등을 감안할 때 사적복제가 베른협약 상의 3단계 테스트를 위반한다고 판단되기는 어려울 것이다.⁵⁰⁵⁾

실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제협약인 로마협약 제15조에서 저작권의 예외로 (a)항에서 사적 이용을 명시하고 있으며, 세계지적재산권기구 저작권 조약인 WCT(WIPO Copyright Treaty)에서는 이를 달리 규정하지 않았지만, 합의의사록(agreed statements)에서 “베른협약 제9조에 규정된 바대로의 복제권과 그 아래에 허용된 예외는 디지털 환경, 특히 디지털 형식으로서의 저작물 이용에 온전히 허용된다.”라고 밝히고 있다.

세계지적재산권기구 실연, 음반조약인 WPPT(WIPO Performances and Phonograms Treaty)는 제16조(제한과 예외)에서 제1항으로 “체약 당사자는 실연자와 음반제작자의 보호에 관하여, 문학·예술 저작물에 대한 저작권 보호와 관련하여 규정한 바와 같은 종류의 제한이나 예외를 국내법으로 규정할 수 있다.”⁵⁰⁶⁾라고 규정하면서 제2항에서는 “체약 당사자는 이 조약에서 규정한 권리에 대한 제한이나 예외를 실연이나 음반의 통상적인 이용과 충돌하거나 실연자나 음반제작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우로 한정하여야 한다.”⁵⁰⁷⁾라고 규정하여 베른협약 상의 3단계 테스트를 그대로 규정하고 있다.

정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정에 관한 EC 지침⁵⁰⁸⁾은 제5

505) 저작권심의조정위원회, 디지털 환경하의 사적 복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권연구자료 46 (2004), 31쪽.

506) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for the same kinds of limitations or exceptions with regard to the protection of performers and producers of phonograms as they provide for, in their national legislation, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works.

507) Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of phonogram.

508) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

조 제2항 (b)에서 “사적 이용을 위하여 그리고 직접적으로나 간접적으로 상업적이 아닌 목적을 위하여 어느 매체에 자연인이 행하는 복제에 관해서는, 권리자가 저작물 또는 관련 대상물에 대하여 제6조의 기술 조치를 적용하거나 또는 적용하지 않는 것을 감안한 공정한 보상을 받는 경우”⁵⁰⁹⁾에 복제권에 대한 예외나 제한을 둘 수 있다고 규정하고 있다.

미국의 경우, 사적 복제를 허용하는 명시적인 일반적인 규정을 갖고 있지 않지만, 컴퓨터 프로그램 복제물의 소유자가 개인적인 보존의 목적으로 사본을 제작하는 경우⁵¹⁰⁾와 음악 저작물을 사적인 사용을 위하여 아날로그나 디지털의 형태로 녹음하는 경우⁵¹¹⁾에 있어서 그 복제권 침해 책임을 면제해 주고 있다. 이외에 사적 복제가 미국 저작권법 제107조 상의 공정이용에 해당하여 면책될 수 있는가에 대하여 입장이 나뉘며, 판례 역시 공중과 방송을 녹화하는 것에 대한 사건⁵¹²⁾에서는 공정이용에 해당한다고 보았으나, 그 입장이 분명하다고 말할 수는 없다.⁵¹³⁾

일본의 경우, 직접적인 면책조항을 두지 않다가 1970년 개정에서 사적 사용을 위한 복제에 대한 면책규정⁵¹⁴⁾을 신설하였다.

509) in respect of reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes account of the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subjectmatter concerned.

510) 미국 저작권법 제117조(a).

511) 미국 저작권법 1008조 참조.

512) Sony Corp. v. Universal City Studio Inc., 464 U.S. 417 (1984).

513) 저작권심의조정위원회, 디지털 환경하의 사적 복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권연구 자료 46 (2004), 43쪽.

514) 제30조 (사적 사용을 위한 복제)

- ① 저작권의 목적으로 되어 있는 저작물(이하 본관에서는 단지 ‘저작물’ 이라 한다)이 개인적 또는 가정 내, 기타 이에 준하는 한정된 범위 내에서 사용되는 것(이하 ‘사적 사용’ 이라 한다)을 목적으로 하는 경우에는 공중의 사용에 제공하는 것을 목적으로 하여 설치되어 있는 자동복제기기(복제의 기능을 가지며, 이에 관한 장치의 전부 또는 주요한 부분이 자동화되어 있는 기기를 말한다)를 사용하여 복제하는 경우를 제외하고, 그 사용자가 복제할 수 있다.
- ② 사적 사용을 목적으로 하여, 디지털 방식의 녹음 또는 녹화의 기능을 가지는 기기(방송 업무를 위한 특별한 성능, 기타 사적 내용에 통상 제공되지 않는 특별한 성능을 가지는 것 및 녹음 기능 부착 전화기, 기타 본래의 기능에 부속하는 기능으로서 녹음 또는 녹화 기능을 가진 것을

독일의 경우, 사적복제에 관하여 저작물 일반에 관하여는 제53조가 규정하면서 그 일반규정으로 제1항⁵¹⁵⁾을 두고 개별적인 경우에 관하여 제2항이 규정하고 있으며, 컴퓨터 프로그램에 관하여는 제69조d⁵¹⁶⁾를 두어 따로 규정하고 있다.

4) 비교

사적 이용을 위한 복제는 우리나라를 포함한 비교적 많은 나라의 입법에서 이를 허용하고 있다. 이러한 사적 복제의 특징을 살펴보면 첫째로는 사적 복제의 경우 그 명칭에서 나타내듯이 대부분의 경우 ‘복제권’에 대한 제한 또는 예외이기 때문에 복제권 이외의 다른 개별 저작권에는 적용될 수 없다는 한계가 있으며, 둘째로는 사적복제의 경우, 그 장소가 ‘가정과 같은 한정된 장소’에서 목적이 ‘개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우는 제외)’인 경우로 한정되기 때문에 학교나 단체 등에서의 사용에는 적용될 수 없다는 한계가 있다.

(나) 공정이용 (fair use)

1) 개념

제외한다)로서 정령으로 정해진 것에 의하여 당해 기기에 의한 디지털 방식의 녹음 또는 녹화용으로 제공되는 기록매체에 있어서 정령으로 정한 것에 녹음 또는 녹화를 행하는 자는 상당한 액의 보상금을 저작권자에게 지급하여야 한다.

515) 사적 사용을 위하여 저작물의 개개의 복제본을 작성하는 것은 허용된다. 복제할 권능이 있는 자는 복제본이 또한 타인에 의하여 작성되도록 할 수 있다 ; 그러나 본 조항은 저작물을 녹화물 혹은 녹음물로 옮기거나 미술저작물을 복제하는 경우에는 복제가 무상으로 행해지는 경우에만 적용된다.

516) 제69조d (동의를 필요로 하는 행위의 예외)

- ① 계약상 별도의 약정이 없으며, 컴퓨터 프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자를 통하여 하자 보관을 포함한 프로그램의 용법에 따른 사용을 위하여 필요로 된다면 제69조 c 제1, 2호에 거론된 행위에 권리보유자의 동의를 필요로 하지 않는다.
- ② 프로그램을 이용할 권한이 있는 자를 통한 보존본의 작성, 당해 보존행위가 앞으로의 이용을 위하여 필요로 된다면, 계약상 거부될 수 없다.
- ③ 그 권한이 있는 자에 의한 프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송 및 저장을 위한 행위를 통한 것이라면, 프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자는 권리보유자의 동의가 없이도 프로그램의 기본이 되는 생각 및 원칙을 조사하기 위하여 당해 프로그램의 기능을 관찰, 연구, 혹은 시험할 수 있다.

공정이용이라 함은 저작권자가 아닌 자가, 비록 허락이 없다 할지라도 저작권으로 보호받는 저작물을 사용할 수 있는 경우들을 말한다.⁵¹⁷⁾ 이러한 공정이용의 법리는 미국의 common law와 미국 저작권법 제107조에서 규정되어 있는데, 우리나라의 저작권법에는 공정이용의 예에 해당하는 규정들은 있으나, 이에 대한 일반규정은 없다.⁵¹⁸⁾

이 법리는 영국의 판례법에서 기인하여 많은 판례들에서 구체화되고, 미국 1976년 저작권법에서 명문화하였다. 이 법리는 Folsom v. March사건⁵¹⁹⁾에서 ‘정당화될 수 있는 이용(justificable use)’라는 용어로 처음 등장하여, Lawrence v. Dana사건⁵²⁰⁾에서 ‘공정이용(fair use)’라는 용어가 처음 사용되었다.⁵²¹⁾ 이러한 공정이용의 판단에 있어서 고려되어야 할 요소들을 모두 망라하는 것이 불가능하기 때문에, 이를 판단하는 것이 종종 문제가 되고 심지어 “저작권법 전체에서 가장 문제가 되고 있는 것”⁵²²⁾이라는 평가도 내려졌다.

2) 공정이용의 근거

공정이용을 인정하는 근거로 저작물을 창조적인 방법으로 사용하는 경우에는 저작권을 침해하는 것이 아니라 진보를 가능하게 한다는 점과, 비판 등 저작자가 저작물의 이용을 허락하지 않을 것이라고 예상되는 경우에도 이의 이용을 가능하게 하기 때문에 사회적으로 필수적인 역할을 한다는 점을 들고 있다.⁵²³⁾

3) 비교

517) Michael A. Epstein, 앞의 책, 4-32쪽.

518) 이대희, "저작권법상의 공정이용의 법리에 관한 비교법적 연구", 경영법률 10호 (2000), 342쪽.

519) Folsom v. March, 9 Fed.Cas. 342, No. 4901 (C.C.D.Mass. 1841).

520) Lawrence v. Dana, 15 Fed.Cas. 26 (C.C.D.Mass. 1869).

521) Ralph S. Brown, Robert C. Denicola, Copyright (8th ed., 2002), 363쪽.

522) Dellar v. Samurel Goldwyn, Inc., 104 F.2d 661 (2th Cir. 1939).

523) 이대희, "저작권법상의 공정이용의 법리에 관한 비교법적 연구", 경영법률 10호 (2000), 344쪽.

저작권자들은 오늘날과 같이 많은 저작물들이 디지털의 형태를 가지고, 네트워크가 발달한 상황에서는, 공정이용을 인정해야 할 여건이 더 이상 존재하지 않는다는 이유로 공정이용을 부정할 수 있을 정도로 극단적인 제한을 주장하기도 한다.⁵²⁴⁾

미국에서의 공정이용 개념에는 최종사용자의 이용(Consumptive use)뿐만 아니라, 경쟁사의 컴퓨터 프로그램 이용(Transformative use)에도 적용된다는 특징이 있다.⁵²⁵⁾ 이러한 공정이용과 같은 일반 조항이 있는 경우에는 개별 저작권이 침해되는지에 대한 구체적 판단에서 그 기준으로 삼을 수 있다는 장점이 있지만, 문제는 앞서 이야기한 것과 같이 우리나라의 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법에서 그 근거를 찾을 수 없다는 것이다. 이의 도입에 대하여 많은 논의가 이루어지고 있으나 아직은 근거규정이 없기 때문에 저작권 침해 사안에서 이를 적용할 수 없게 된다.

(4) 컴퓨터 프로그램 저작권의 제한 해석의 기준

(가) 들어가며

컴퓨터 프로그램의 제외한 다른 저작물의 경우에는 일상적인 이용에 있어서 저작권자의 배타적 권리로 인정되는 행위가 이루어지는 경우를 상정하기가 쉽지 않으나,⁵²⁶⁾ 컴퓨터 프로그램의 경우에는 이러한 일상적인 이용 과정에 복제와 전송 등 저작권자의 배타적인 권리로 인정되는 행위가 빈번히 이루어진다는 점에 있다.⁵²⁷⁾ 컴퓨터 프로그램을 실행시키기 위해서는 필수적으로 RAM으로 해당 프로그램의 일부가 일시적으로 복제되어야 하기 때문에 반드시 복제행위가 수반될 수밖에 없다.⁵²⁸⁾

524) 장춘익, 앞의 논문, 275쪽.

525) Jane C. Ginsburg, 앞의 논문, 13쪽.

526) Chris Reed, John Angel ed., 앞의 책, 203쪽.

527) Mark A. Lemely et al., 앞의 책, 201쪽.

저작권자에게 배타적으로 권리가 인정되는 특정 행위를 하지 않고서는 해당 컴퓨터 프로그램을 일상적으로 이용할 수 없다는 것은 결국 일상적으로 이용할 수 있는 권리가 부인되고, 저작권법 등에서 규정하고 있지 않은, 저작권자가 배타적으로 사용을 통제할 수 있는 권리 즉 배타적인 사용권을 인정하는 결과가 된다.⁵²⁹⁾

저작권법은 저작권자의 권리만을 규정하고 있지만, 이들 규정에서 명시하고 있지 않은 행위들은 사용자에게 유보되어 있기 때문에, 이러한 행위를 자유롭게 할 수 있을 뿐만 아니라, 앞서 이야기한 저작권법의 목적을 달성하기 위하여 컴퓨터 프로그램의 경우 저작권으로 보호되는 범위를 제한할 필요가 있다⁵³⁰⁾ 그래서 저작권법과 프로그램보호법에서 열거하고 있는 저작권의 제한사유 외에도 일정 경우 그 저작권이 제한될 수 있다고 보아야 할 것이고, 그런 관점에서 모든 복제와 전송이 위법하다고 판단할 수 없는 것이다.⁵³¹⁾

(나) 일반적 판단기준

1) 유사한 기준의 검토

컴퓨터 프로그램 복제물의 정당한 소유권자가 복제나 전송과 같이 저작권자에게 배타적으로 인정되는 행위 양태에 대하여 저작권법의 목적상 이러한 행위들을 저작권자의 권리에 대한 침해가 아니라고 판단할 수 있는 근거와

528) 위의 책, 195-196쪽.

529) 윤경, 앞의 책, 1075-1076쪽.

530) 벨기에 법원은 벨기에의 법은 사용자에게 복제할 수 있는 권리를 부여하는 것이 아니라, 소추를 면할 수 있는 면소권만을 부여한 것이라고 판시한 바 있다. Tribunal de Première Instance de Bruxelles, May 25, 2004, No. 2004/46/A du rôle des référés (Belg.), Julie E. Cohen, *The Place Of The User In Copyright Law*, 74 Fordham L. Rev. 347 (2005), 350쪽에서 재인용.

531) 단순한 사용에 의한 복제 등에 대하여 영국 저작권법에 의해서는 저작권 침해로 볼 수 밖에 없지만, 미국 저작권법상에서는 저작권을 침해하지 않는 것으로 판단된다는 것에 대하여 Chris Reed and John Angel ed., 앞의 책, 213쪽 참조.

함께, 정당한 복제나 전송으로 인정할 수 있는 판단 기준에 대하여 살펴보
고자 한다.

앞서 살펴본 사적 복제와 공정이용에 관한 규정들과 비교하여, 컴퓨터 프
로그램 저작권을 제한하는 판단기준을 세우기 위하여 참고할 수 있는 기준
을 살펴보고, 이 기준을 평가하면서 일반 조항에서 담아야 할 기준들에 대
하여 살펴보려고 한다.

일반적으로 국제조약상 국내법으로 설정된 저작권자의 권리에 대한 한계
나 그 예외의 적절성으로 판단하기 위하여 다음의 3단계 테스트를 이야기한
다.⁵³²⁾

1단계 : 특별한 경우에 있어서,

2단계 : 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여야 하며,

3단계 : 저작권자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니할 것.⁵³³⁾

즉, 위의 3단계의 테스트를 통과하여 저작권자의 권리를 제한하거나, 저작
권의 예외에 대한 규정을 두는 것은 국제조약과의 관계에서 아무런 문제를
야기하지 않는다는 것이다.

앞서 살펴본 사적 복제로서 정당한 사용인지를 판단하는 기준은 첫째 그
대상물에 있어서 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 ‘공표된 저작물’이거나
‘공표된 프로그램’일 것을 요구하고 있다.⁵³⁴⁾ 둘째 그 방법에 있어서 특별
한 방법을 요구하고 있지는 않으나, 저작권법 제27조 단서에서 ‘일반공중의
사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제’를 제외하여 사용기
기에 대하여 제한하고 있다. 컴퓨터프로그램의 경우 복제가 주로 하드디스

532) 정찬모, 앞의 논문, 4쪽.

533) 베른협약 제9조 제2항 단서

534) 일본의 경우에는 미공표된 저작물에도 사적 복제가 미친다고 보고 있다. 저작권심의조정위
원회, 디지털 환경하의 사적 복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권연구자료 46 (2004), 59
쪽.

크로 바로 복제되거나 혹은 공CD나 공DVD를 이용하여 가정에서 주로 이루어지기 때문에 사용기기의 제한에 대한 규정은 크게 의미가 없을 것이다. 셋째 그 목적에 있어서 ‘영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적’인 목적으로 이루어져야 한다. 마지막으로 장소나 범위에 있어서 “가정 및 이에 준하는 한정된 범위”나 “가정과 같은 한정된 장소”로 규정되어 있다.

또한 미국 저작권법 제107조⁵³⁵⁾에서의 공정이용에 대한 기준은 1) 저작물 사용의 목적 및 성격(영리성 등), 2) 저작물의 성격, 3) 사용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양적 비율 및 본질적인 부분인지의 여부, 4) 저작물의 잠재적 시장 또는 가격에 대하여 미치는 영향으로 정리될 수 있다.⁵³⁶⁾

이상의 기준들을 나열해보면, 특정한 경우, 저작물의 통상의 이용과 충돌하지 않을 것, 저작권자의 이익을 부당하게 침해하지 않을 것, 공표된 저작물일 것, 공표된 저작물일 것, 일반공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제에 의한 것이 아닐 것, 영리를 목적으로 하는 것이 아닌 개인적인 목적에 의한 것일 것, 저작물의 성격, 사용된 부분의 양적 비율과 본질적인 부분인지의 여부, 저작물의 잠재적 시장 및 가격에 미치는 영향 등이다.

여기서 ‘공표된 저작물일 것’이라는 요건과 ‘일반공중의 사용에 제공하기

535) 제107조 배타적 권리에 대한 제한 : 공정사용

제106조 및 제106조의 A의 규정에도 불구하고 비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권으로 보호되는 저작물을 복제물이나 음반으로 제작하거나 또는 기타 제106조 및 제106조의 A에서 규정한 방법으로 사용하는 경우를 포함하여 공정사용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서 다음을 참작하여야 한다.

- (1) 그러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등 그 사용의 목적 및 성격
- (2) 저작권으로 보호되는 저작물의 성격
- (3) 사용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성, 그리고
- (4) 이러한 사용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향. 위의 모든 사항을 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 미발행되었다는 사실 자체는 공정사용의 결정을 방해하지 못한다.

536) 정상조, 앞의 책, 267쪽, 각주 297.

위하여 설치된 복사기에 의한 복제가 아닐 것'이라는 요건은 컴퓨터 프로그램에 있어서 큰 의미가 없는 요건임을 앞서 살펴 보았고, 저작물의 성격은 컴퓨터 프로그램에 있어서는 대부분 비슷하기 때문에 특별한 경우가 아니면 따로 살펴볼 필요가 없을 것이고, 사용된 부분의 양적 비율과 본질적인 부분인지의 여부도 컴퓨터 프로그램에 있어서는, 컴퓨터 프로그램 일부만을 추출하였을 때 제대로 실행되지 않는 등, 경쟁 업체의 프로그램코드 역분석에 대한 판단이 아니라면, 사용자의 사용에 있어서 이를 기준으로 해야 할 필요는 많지 않을 것이다.

이러한 점들을 감안하여 다시 요건들을 정리하자면, 1) 저작권을 제한하거나 저작권의 예외로 인정하는 경우를 일정한 범위 내로 한정시킬 수 있어야 한다는 것, 2) 그 목적에 있어서 개인적 이용으로 볼 수 있어야 한다는 것, 3) 저작권자 이익에 대한 침해 정도 등을 들 수 있다.

다음에는 이러한 기준들을 바탕으로 하여 컴퓨터 프로그램에 있어서 저작권법의 목적인 문화의 향상발전을 위하여 그 불법성이 면제될 수 있는 경우를 살펴보자.

(다) 컴퓨터 프로그램에 있어서 특유한 제한 사유

1) 불가피성

이 기준은 컴퓨터 프로그램의 특수성에서 기인한다.

즉 다른 일반 저작물의 경우에는 그 일반적 사용에 있어서 복제나 전송과 같은 저작권자의 배타적인 권리를 침해할 경우가 거의 존재하지 않지만, 컴퓨터 프로그램의 경우 일상적인 사용에 있어서도 복제나 전송이 불가피하게 이루어지는 경우가 존재한다. 이렇게 불가피하게 이루어지는 복제나 전송은 해당 컴퓨터 프로그램을 상품화하여 일반 대중에게 판매한 이상, 이를 일상적으로 사용하기 위하여 필수적으로 수반되는 복제나 전송 등으로 인정되는

경우에는 저작권자의 동의를 묵시적·추정적으로 이끌어 낼 것 없이, 바로 저작권을 침해하지 않는 것으로 판단하자는 것이다.

가정 외에서 컴퓨터 프로그램을 일상적인 용도로 사용하기 위해서 불가피하게 복제 등 저작권자에게 배타적으로 부여된 행위를 할 수 밖에 없는 경우가 존재한다.

이러한 경우에 이의 불법성을 제거하기 위해서 가장 먼저 생각할 수 있는 것은 저작권자가 쉬링크랩 라이선스를 통해 이에 대하여 사용허락을 했는지 여부와 명시적이 아니더라도 묵시적 허락을 추정할 수 있는지 여부가 문제될 것이다.

그러나 항상 저작권자의 승낙을 추정할 수 있는 것은 아니다.

예를 들어, 불법 복제를 방지하기 위하여 5번의 설치까지는 마음대로 할 수 있지만, 6번째의 설치에는 저작권자의 승인을 요구하는 프로그램⁵³⁷⁾의 경우 PC의 교체나 포맷 등을 통하여 6번째 설치하게 되는 경우에는 저작권자의 승낙을 추정하기 어려울 것이다.

또한 특정 프로그램 저작권자가 쉬링크랩 라이선스 등을 통하여 명시적으로 항상 CD-ROM을 통하여 실행할 것을 요구하며, CD-ROM의 내용을 PC에 복제하여 사용하는 것을 금지한 경우에도 저작권자의 승낙을 추정할 수 없다.

이 경우에는 저작권자의 승낙을 추정할 필요 없이 원래 저작권을 침해하는 행위가 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 즉 컴퓨터 프로그램을 일상적 용도로 사용함에 있어서 불가피하게 발생하는 복제나 전송은 프로그램 저작권자에게 배타적으로 귀속되는 ‘복제권’이나 ‘전송권’의 개념 안에 포섭되는 것이 아니고, 이는 저작권자에게 배타적으로 허용되지 않은 배타적 사

537) 한글과 컴퓨터사의 한글이 이전에 이러한 방식을 채택한 바 있었다. 특정 프로그램을 설치 후 해당 회사의 서버에 접속하여 인증을 받아야 하는 방식도 이에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

용권⁵³⁸⁾의 범위 내에 속하는 것이기 때문에, 이러한 행위가 합리적인 사용으로 인정되는 한 합법적인 행위라고 보아야 할 것이다.⁵³⁹⁾

이러한 불가피성을 인정할 수 있는 요건으로는,

첫째 저작권자에게 배타적으로 부여되어 있는 행위 태양, 즉 복제나 전송이 발생하여야 한다. 이러한 행위 태양 중에 ‘일상적인 사용’ 자체는 앞서 살펴본 바와 같이 저작권자에게 배타적으로 허락 권한이 부여되어 있는 행위 태양으로 보지 않는다.

둘째 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하는 사용자가 해당 프로그램의 복제물에 대하여 일반적인 사용에 대한 정당한 권원(복제물의 소유권이나 해당 컴퓨터 프로그램의 사용권 등)을 가지고 있어야 한다. 정당한 권원이 없다면 아무리 불가피한 침해행위라 할지라도 그 행위 자체가 불법이기 때문에 이러한 경우를 포함시킬 필요가 없는 것이다. 정당한 권원을 판단함에 있어서 쉬링크랩 라이선스 등이 그 주요한 판단 근거가 되겠지만, 앞서 살펴본 바와 같이 쉬링크랩 라이선스에서 단순하게 ‘매매’임을 부정하였다고 해서, 해당 거래를 매매로 보지 못할 것은 아니고, 해당 거래를 전체적으로 파악하여 그 권원을 판단하여야 할 것이다. 정당한 권원 존재를 증명할 수 없는 경우에는 불가피성을 주장할 수 없을 것이다.

셋째 이러한 사용에 있어서 사용자가 복제나 전송 등이 발생하는 것을 방지할 수 없거나 그 방지에 수인할 수 없는 과도한 비용 및 시간이 소요되어야 한다.

이러한 요건 하에서의 복제나 전송 등이 프로그램 저작권자의 배타적 권리 범위 외, 즉 합리적인 사용 범위 내라고 규정하여도 저작권을 부당하게 침해하지는 않을 것이다.

이러한 불가피성의 요건을 만족하면, 다른 사항을 판단할 필요 없이 바로

538) 오승중 외, 앞의 책, 290쪽.

539) 同旨 윤경, 앞의 책, 1076쪽.

그 합법성을 인정하는 것으로 일반조항의 기준을 삼을 필요가 있다.

2) 저작권자의 정당한 이익의 침해여부

컴퓨터를 사용하는 중에 하드웨어나 운영체제상의 문제가 발생한 경우를 상정해보자. 대부분의 경우에는 이를 수리하여 사용하겠지만, 이를 기다릴 여유가 없거나 여분의 다른 컴퓨터가 존재하는 경우에는 수리가 진행되는 동안 여분의 컴퓨터에 자신이 작업하던 프로그램을 설치하고 이 컴퓨터에서 해당 프로그램을 이용하여 자신의 작업을 계속할 것이다.

이 경우에 수리중인 컴퓨터와 여분의 컴퓨터에는 하나의 프로그램이 둘 이상 설치되어, 개인 사용자의 경우에는 일시적이거나 컴퓨터 프로그램 저작권자의 복제권을 침해하게 된다. 이렇게 복제권의 침해를 피하기 위해서는 수리중인 컴퓨터에서 해당 프로그램을 삭제하고 난 후에 여분의 컴퓨터에 해당 프로그램을 설치하여 사용하여야 하지만, 이는 이전 컴퓨터에 문제가 발생하였기 때문에 불가능할 것이다.

또한 특정 컴퓨터 프로그램을 설치하여 사용하다가 더 이상 이를 사용하지 않을 생각으로 해당 프로그램을 타인에게 양도한 경우에 해당 프로그램을 자신의 컴퓨터에서 삭제하였으나 실수로 인하거나 혹은 삭제가 완전히 이루어지지 않아서 일부 파일이 자신의 컴퓨터에 잔존하는 경우도 있을 수 있다.

이러한 경우에 있어서 발생하는 복제가 불가피한 것으로 판단할 수는 없다. 전자의 경우에는 수리를 기다리면 되는 것이고, 후자의 경우에는 완전한 삭제를 위하여 충분한 주의를 기울이면 되기 때문이다. 그러나 이러한 두 가지 경우에 저작권자의 복제권을 침해하였다고 판단하는 것은 무리일 것이다. 물론 이 경우에도 저작권자의 추정적 승낙을 이유로 그 불법성을 조각할 수 있을 것이나, 이러한 경우에까지 저작권자의 승낙을 추정하는 것은 지나치게 의제적으로 보인다.

이 경우에 있어서 중요한 것은 복제 등을 통하여 저작권자에게 발생한 손해를 생각하기 어렵다는 것이다. 일반적으로 침해가 발생하지 않은 가정적 상황에서의 총재산과 침해가 발생한 후의 총재산의 차액을 손해로 보고 있는데, 이 경우 양자 모두 이 차액을 인정하기 어렵다.

이렇게 저작권자의 손해가 발생하지 않는 경우에는 저작권자의 개별 저작권을 침해하지 않는 것으로 판단하여야 할 것이다. 구체적으로 그 요건을 살펴 보면, 첫째 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하는 사용자가 해당 프로그램의 복제물에 대하여 일반적인 사용에 대한 정당한 권원(소유권이나 사용권 등)을 가지고 있어야 한다. 이는 앞서 살펴본 불가피성의 경우와 같다.

둘째 일상적인 방법으로 사용함에 있어서 피할 수 있는 복제나 전송 등의 행위가 있어야 한다. 피할 수 없는 경우라면 앞서 살펴본 '불가피성'의 경우에 해당하게 될 것이다.

셋째 이러한 행위의 결과로 인하여 저작권자에게 현실적인 손해 및 잠재적인 손해가 발생하지 않았어야 하면서 이러한 행위의 결과로 사용자에게도 저작물과 관련된 부당이득이 발생하지 않았어야 한다.⁵⁴⁰⁾ 마지막 요건은, 현실적으로나 잠재적으로 저작권자에게 손해가 발생하지 않았다고 할지라도 결과적으로 사용자에게 법률상 이유 없이 저작물과 관련된 이득이 발생하였다면 이는 원래 저작권자에게 돌아갈 이익이었을 가능성이 크기 때문이다.

이러한 요건을 만족한다면, 이러한 과정에서 일어나는 복제나 전송 등은 합리적인 사용방법 내에 포함되는 것으로 보아서 그 위법성이 부정하는 것을 그 기준으로 규정하여야 할 것이다.

3) 사회적 효율성

만약 컴퓨터 프로그램의 사용에 있어서 불가피하지 않은 복제나 전송 등

540) 미국의 공정이용의 판단은 주로 이러한 복제로 인한 잠재적 시장에 대한 영향에 초점을 두고 이루어진다. Jane C. Ginsburg, 앞의 논문, 13쪽.

이 발생하고, 이러한 복제나 전송이 저작권자에게 손해를 발생시킬 수 있다 하더라도 이를 모두 저작권의 침해로 판단해서는 안된다.

예를 들면, 학술논문을 작성하는 것을 돕기 위하여 사용하는 컴퓨터 프로그램으로 Scholar's Aid라는 프로그램(이하 "SA 프로그램")이 있다. 이 프로그램은 설치할 때 사용하는 워드 프로그램을 사용자가 선택하게 한다. 예를 들어 특정 버전의 한글 프로그램이나 MS Word 프로그램을 선택하면, 이 워드 프로그램의 작업 도구 모음에 SA 프로그램 작업도구를 추가함으로써 이 프로그램의 사용을 편하게 한다. 이 과정에서 사용자가 SA 프로그램을 설치하기 전의 상태로 언제든지 되돌릴 수 있게 하기 위하여, 워드 프로그램의 파일 중에서 대체되는 파일이나 변경되는 파일들을 다른 디렉토리에 복제하여 보관하게 되는 수가 있다. 이 경우 비록 일부지만 해당 파일을 복제함으로써 복제권을 침해하게 될 수 있고, 기존의 파일을 SA 프로그램의 사용에 적합하도록 변경하기 위하여 기존 워드 프로그램을 분석한 경우에는 프로그램코드 역공정이 문제되며, 기존 워드 프로그램을 변경한다는 점과 원래의 화면구성을 변경한다는 점⁵⁴¹⁾에서 동일성 유지권의 침해 역시 고려될 수 있다.

이러한 다양한 저작권 침해에 대하여 프로그램코드 역공정의 문제는 SA 프로그램 제작자가, 사용자의 컴퓨터에서 이루어지는 변경에 대해서는 컴퓨터의 사용자가 해당 워드 프로그램의 저작권자에게 따로 사용허락을 받는다면 저작권 침해를 피할 수 있다. 그러나 현실적으로 SA 프로그램을 사용하기 위하여 사용자가 워드 프로그램의 저작권자에게 따로 사용허락을 받는다는 것은 기대하기 어려울 것이다.⁵⁴²⁾ 그러나 원래 워드 프로그램의 저작권자에게 따로 사용허락을 받을 경우에는 이에 대한 일정정도의 비용을 지불

541) 애드온 프로그램에 의하여 화면구성이 변경되는 경우에 대하여 Lothar Determann, 앞의 논문, 1453쪽 이하 참조.

542) 원래 워드 프로그램의 저작권을 침해할 수 있다는 사실 자체를 인식하는 사용자가 드물 것이다.

하게 될 수 있고 이러한 경우 따로 사용허락을 받지 않음으로써 워드 프로그램 저작권자에게 금전적 손해를 야기하는 것이다.

이러한 현실적, 잠재적 손해의 야기에도 불구하고, 이 경우를 단순히 불법이라고 규정짓는 것은 불합리해 보인다. 이 사례에서 해당 프로그램의 사용자는, 그 사용의 편의를 위하여 저작권자가 예정한 방법과 다른 방법으로 해당 프로그램을 사용하였고, 이 과정에서 저작권자에게 현실적 혹은 잠재적인 손해를 야기하게 된 것이다. 또한 저작권자에게 일단 현실적 혹은 잠재적 손해가 인정되기 때문에, 무조건적으로 합법적이라고 말하는 것도 곤란하다. 이러한 문제는 어느 특정 프로그램과 다른 프로그램을 연계하여 사용하는 경우에 두드러진다.⁵⁴³⁾

이러한 경우, 합법적인 사용을 판단할 수 있는 요건에 대하여 살펴보자.

우선, 앞의 경우와 마찬가지로 사용자는 해당 프로그램의 복제물에 대하여 일반적인 사용에 대하여 정당한 권원(소유권이나 사용권 등)을 가지고 있어야 할 것이다.

둘째, 앞의 두 경우에 해당하지 않아야 한다. 즉 일반적 사용에 있어서 필수적이지 않으면서 저작권자에게 현실적, 혹은 잠재적인 손해를 발생시킬 수 있는 복제나 전송 등이 이루어져야 한다. 회피할 수 없으면 불가피하기 때문에, 손해가 없으면 손해가 없기 때문에 불법성이 조각될 것이다.

셋째 사용자는 해당 프로그램을 보다 편리하게 사용하기 위해서 선택할 수 있는 방법 중에서 저작권자에게 그 현실적, 잠재적 손해를 최소화하는 방법을 선택하였거나, 최소화시키기 위한 노력을 하였어야 한다. 자신의 편의를 위하여 저작권자에게 부당하게 과도한 손해를 야기하는 것까지 합법적이라고 판단할 수는 없다.

마지막으로 사용자가 선택한 방법으로 인하여 얻을 수 있는 효용을 사회

543) 두 가지 이상의 프로그램을 연계하여 사용하는 경우의 저작권적 문제에 대하여 Lothar Determann, 앞의 논문 참조

전체적으로 판단할 때, 저작권자의 현실적 잠재적 손해보다 현저하게 커야 한다. 이는 저작권법의 목적인 ‘권리 보호’와 ‘공정이용의 도모’로 ‘국민경제의 건전한 발전’을 이룰 수 있도록 하는 것과 그 맥락을 같이 한다. 흔히 저작권자의 이익과 공익을 대립하는 개념으로 보고, 저작권자의 권리를 제한하는 것이 공공의 이익을 극대화하는 것으로 생각하기도 하지만, 이러한 도식적인 개념을 넘어서 저작권자의 권리를 제한하는 것이 실제로 공공의 이익을 증대하는지에 대하여 구체적으로 살펴보아야 할 것이다.⁵⁴⁴⁾

이러한 요건을 만족하면 그러한 사용방법의 불법성을 조각하는 것으로 판단기준을 입법하여야 하며, 필요한 범위 내에서 현재 논의되고 있는 사적복제의 보상금제도와 유사하게 입법적으로 저작권자에게 발생한 현실적, 잠재적 손해에 대한 전보방법 또한 고려할 필요가 있으나, 이에 대한 자세한 논의 역시 본 논문의 범위를 넘기 때문에 생략한다.

라. 기존 사안에의 적용

(1) 들어가며

앞에서 논의한 저작권의 개별 권리들을 제한하는 기준들로 일반조항이 입법화된다면 앞서 4장부터 6장까지에서 살펴본 개별 저작권 침해여부에 대한 논의 구성이 달라질 수 있을 것이다.

일반조항이 이러한 침해여부 판단에 도움이 되는지를 살펴보기 위하여, 앞서 살펴본 기준들을 가지고 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우 개별 저작권들의 침해 여부에 대하여 재검토해보도록 하자.

(2) 복제권의 침해여부

544) Jane C. Ginsburg, 앞의 논문, 4-5쪽 참조.

(가) RAM의 일시적 복제의 복제권 침해여부

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하는 경우에 발생하는 RAM에 이루어지는 일시적 복제는 불가피하기 때문에 복제권의 침해를 인정할 수 없을 것이다.

소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 해당 프로그램을 사용할 수 있게 된 클라이언트 PC의 경우에 그 구매한 갯수 이내에서 사용하는 것이라면, 해당 프로그램의 복제물에 대하여 정당한 권원을 가지고 있다고 판단할 수 있을 것이다. 지금 여기서 살펴보고자 하는 것은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 일반적인 라이선스를 가지고 동시사용 라이선스처럼 이용하는 현상 그 자체에 대한 것이 아니라, 이 서비스의 결과 현재 그 프로그램을 사용하고 있는 클라이언트 PC의 RAM에 이루어지는 일시적 복제에 대한 논의이므로, 예를 들어 100개의 라이선스를 소유하고 있는 경우, 해당 파일이 100개 이하로 RAM에 복제되어 있는지를 판단해야 하여야 하고, RAM에 이루어지는 복제가 이 한도 이내, 즉 100개 이하인 경우에는 정당한 권원을 가지고 있다고 판단할 수 있는 것이다.

둘째 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 컴퓨터 프로그램을 사용하든지, 그렇지 않고 일반적인 방법으로 그 컴퓨터 프로그램을 사용하든지에 상관없이 RAM에의 일시적 복제는 불가피하다.

즉, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 해당 프로그램을 사용하는 경우에 클라이언트 PC의 RAM에 복제되는 파일들은, 이러한 서비스를 사용하지 않는 일상적인 사용의 경우에 RAM에 복제되는 파일과 다르지 않을 것이라는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러므로 해당 프로그램을 그러한 권원 내에서 프로그램 저작권자가 예상하였거나 예상할 수 있었던 일반적인 방법으로 사용하는 것과 같은 결과이므로, 사용과정 중에 컴퓨터에 일어나는 복제로 인하여 프로그램 저작권자가 예상하지 못했거나, 부당한 손해를

야기하지 않는다고 봐야 할 것이다.

마지막으로 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하지 않더라도, 그 프로그램의 사용 중에 해당 PC의 RAM에 특정 파일이 복제되는 것을 방지할 수 없고, 이의 방지를 저작권자가 요구하지도 않을 것이다. 즉 이러한 사용에 있어서 복제가 발생하는 것을 어떠한 방식으로 사용하더라도 복제의 발생이라는 결과를 방지할 수 없기 때문에 이러한 복제는 불가피하다고 판단할 수 밖에 없다.

정리하면 불가피성 기준을 도입하면, 소프트웨어 스트리밍 서비스로 특정 프로그램을 사용하는 중에 클라이언트 PC의 RAM에 일부 파일이 복제되는 것은, 사용에 있어서 불가피한 경우로 이는 프로그램 저작권자가 예상할 수 있던 방식의 사용이면서, 이를 회피할 수도 없기 때문에, 복제가 발생하였다는 결과만으로 이를 저작권을 침해하였다고 규정하지 않을 것이다. 기존의 논의에서는 이러한 복제가 저작권을 침해한다고 규정하는 것은 결국 사실상 저작권자에게 배타적인 사용권을 부여하는 결과를 낳게 될 것이기 때문에,⁵⁴⁵⁾ 저작권 침해를 부정하기 위하여 저작권자의 묵시적·추정적 동의를 의제하여야 했지만, 이 기준을 도입함으로써 이러한 일시적 복제가 저작권을 침해하지 않는다는 결론을 이끌어내기 위하여 저작권자의 묵시적·추정적 동의를 의제할 필요가 없을 것이다.

(나) 잔존파일의 복제권 침해 여부

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용한 후에 완전히 삭제되지 않고, 캐쉬 파일의 형태로 일부 파일이 남아 있는 경우에, 이는 기존의 컴퓨터 프로그램과 관례에서 제시한 기준인 실질적 동일성이 인정되지 않기 때문에 복제권이 침해되지 않는다고 제4장에서 판단하였다.

그러나 컴퓨터 프로그램에 있어서는 그 표현이 실질적으로 동일하지 않더

545) 오승중 외, 앞의 책, 290쪽.

라도 그 기능이 실질적으로 대체성을 가지면 저작권자의 이익을 침해할 가능성이 커지게 된다. 즉 우선 ‘실질적 동일성’이라는 기준이 법정되어 있는 것도 아닐뿐더러 그 판단 역시 쉽지 않다는 문제점이 있다.

이 경우에 있어서 잔존파일이 남아 있는 경우, 이는 앞서 논의한 기준 중에서 저작권자의 정당한 이익에 대한 침해가 없기 때문에 복제권을 침해하지 않는다고 판단할 수 있다.

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 특정 프로그램을 사용하고 난 후에 완전히 삭제되지 않고 일부 파일들이 잔존함으로써 저작권자에게 발생하는 손해는 어떤 것이 있는지를 살펴보자.

컴퓨터 프로그램의 저작권자가 복제로 인하여 입는 손해는 크게 소비자의 복제로 발생하는 손해와 경쟁사의 복제로 인하여 발생하는 손해 두 가지로 볼 수 있을 것이다.⁵⁴⁶⁾ 즉 기본적으로 허가하지 않은 물리적인 수량의 증가로 인하여 증가된 수량만큼의 매출이 줄어드는 것과 경쟁사가 불법적인 복제를 통하여 그들의 제품에 저작권자의 장점이라 할 수 있는 기능들을 흡수하여, 저작권자가 그 기능 개발로 인하여 얻을 수 있었던 시장에서의 지위를 위태롭게 하는 것이 그것이다.

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우, 이 서비스는 이를 이용하여 사용할 수 있는 프로그램들과 대체되는 것이 아니기 때문에 경쟁사의 복제로 인하여 발생하는 손해가 발생할 여지는 없다.⁵⁴⁷⁾

결국 소비자의 복제로 인한 손해를 살펴봐야 할 것인데, 저작권법 제93조에서 1항에서는 저작권 침해자의 이익을 손해로 추정하고, 2항에서는 ‘그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액’을 손해로 보고 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있으며, 이와 거의 동일하게 컴퓨터프로그램보호법 제

546) 복제와 관련한 미국의 판례는 대부분 경쟁사에 의한 복제에 대한 경우이다. Merges, et al., 앞의 책, 907쪽.

547) 이 서비스를 사용하여 한글을 쉽게 사용할 수 있게 되지만, 한글 프로그램 없이도 해당 기능을 사용할 수 있게 되는 것은 아니다.

32조에서는 제3항에서 이익을 손해로 추정하고, 제4항에서 앞의 손해나 ‘그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액’을 손해로 할 수 있다고 규정하고 있다.

따라서, 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액, 즉 캐쉬 파일의 형태로 잔존하는 파일의 복제로 인하여 물리적인 수량이 증가한 경우에 복제가 이루어지지 않았다면 저작권자가 지니게 될 수익에서 복제가 이루어짐으로써 현실적으로 저작권자가 지닌 수익을 뺀 그 차액에서 저작권자의 손해를 찾거나, 이러한 캐쉬 파일의 형태로 일부 파일들을 잔존시킴으로써 소비자가 얻을 수 있는 이익을 살펴봄으로써 그 손해를 산정할 수 있을 것이다.

우선 후자의 경우부터 살펴보면 캐쉬 파일의 형태로 일부 파일들을 잔존시킴으로써 소비자가 얻을 수 있는 이익은 해당 프로그램의 빠른 실행이 될 것이다.⁵⁴⁸⁾ 이 이익을 저작권자의 손해로 보기에선 무리가 있으며, 또한 그 손해의 산정 또한 쉽지 않을 것이다.

전자의 경우, 즉 캐쉬 파일의 형태로 물리적인 수량이 증가하여 통상 얻을 수 있는 금액을 얻지 못한 경우를 살펴보자.

스트리밍 서비스 후에 클라이언트 PC에 잔존하는 파일들과 원래 저작권자의 파일들을 비교해 볼 때, 저작권자의 파일들이 복제되었다고 하는 사실은 분명하지만, 그렇게 복제된 파일로 해당 저작물의 개수가 증가하여 통상 얻을 수 있는 금액을 얻지 못하게 되었는지는 의문이다.

클라이언트 PC에 잔존하는 파일들은 캐쉬 파일 안에 저작자의 파일들이 보관되어 있어서 스트리밍 서비스를 이용하지 않을 경우 저작자의 파일을 다른 어떠한 용도로도 이용할 수 없고, 또한 앞에서 살펴본 것과 같이 이들 파일에는 실행파일이 없기 때문에 단독으로 실행할 수도 없다

548) 100대의 클라이언트 서버에 하나의 스트리밍 서버가 연결되어 있고, 실행에 필요한 파일을 동시에 내려받는 PC는 10대이고 이러한 네트워크가 Giga-bit망으로 연결되어 있으며, 하나의 프로그램을 실행할 때 요구되는 파일의 크기를 100M byte라 가정할 때, 보통 캐쉬 파일에 20% 정도의 파일이 잔존하기 때문에 20MB를 내려받는데 소요되는 시간은 $20 \times 10 / 125$ 로 최소한 1.6초가 소요될 것이다.

즉 실행시킬 수도 없고, 다른 용도로 사용할 수도 없는 일부 파일을 클라이언트 PC에 복제하는 것에 대하여 저작권자는 그 복제의 대가로 통상 얻을 수 있는 금액이 얼마일지 산정하는 것 역시 쉽지 않다.⁵⁴⁹⁾

한발 양보하여 만약 캐쉬 파일에 전체 프로그램의 일부 파일이 잔존하는 것으로 인하여 저작권자의 잠재적인 손해를 인정할 수 있다고 가정해보자. 이런 가정 하에서는 이를 사회적 효용성이라는 기준에서 다시 한번 판단해 볼 필요가 있을 것이다.

우선 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하여 사용하는 과정에서 잔존 파일들이 존재하기 때문에, 이러한 손해의 발생을 불가피하다고 판단할 수는 없으며, 또한 손해가 있다고 가정한 상황이므로 손해 또한 인정될 것이다.

만약 프로그램 저작권자에게 손해를 야기하기는 하였으나, 사용자가 이러한 손해를 예상하고 그 손해를 최소화하기 위하여 노력하였다면 그 불법성 판단 자체에는 영향을 미치지 못하겠지만, 발생한 손해와 그 결과 사회전체적으로 증대한 효용 간의 비교형량을 통한 정책적 결정에 영향을 미칠 수는 있을 것이다.

캐쉬 파일 안에 잔존하는 파일이 1%가 아니라 20%이기 때문에 최소한의 권리 침해가 아니라고 단순하게 판단하는 것은 문제가 있다. 얼마를 잔존시킬 것인가의 판단은, 일단 잔존시킬 것을 결정한 후에는 효율성의 문제이지 무조건 적은 부분을 잔존시킨다고 그 침해가 최소화된다고 판단할 수는 없다. 오히려 캐쉬 파일 안에 모든 파일들을 잔존시킴으로써 잔존하는 파일들의 다른 목적에서의 사용 가능성을 차단하였고, 실행파일은 잔존시키지 않음으로써 단독 실행의 가능성을 차단하였다는 점을 보면 저작권자에게 발생할 수 있는 손해를 최소화하려고 한 노력을 인정할 수 있다. 그러나 정말로

549) 스트리밍 서비스의 경우, 저작권자의 권리 침해를 찾기 어렵다는 견해로, 김윤명, 앞의 논문, 139쪽.

저작권자에게 발생할 수 있는 침해를 최소화하려고 하는 선택은 물론 전혀 파일을 잔존시키지 않는 것이다.

즉 가장 손해를 적게 야기하는 방식은 잔존파일이 남지 않도록 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 것이다. 그러나 잔존한 파일로 인한 손해발생 가능성이 극히 적다는 점과, 정말로 잔존파일이 소프트웨어 스트리밍 서비스의 불법성을 결정하는 결정적인 요인이라고 한다면 잔존 파일을 남지 않게 하여 앞서 본 1.6초의 지연시간을 사용자가 감수하게 할 수 있을 것이라는 점⁵⁵⁰⁾을 보면 잔존 파일의 존재가 침해의 최소화를 결정하는데 결정적인 요소라고 말하기는 어렵다.

마지막으로 이러한 서비스로 인하여 얻을 수 있는 사회적 효용성과 저작권자의 침해를 형량해보자. 우선 저작권자의 잠재적인 손해는 누군가가 캐쉬 파일을 해킹하여 해당 프로그램의 일부 파일을 취득하여 그 일부 파일을 이용함으로써 저작권자의 정당한 이익에 대하여 침해할 수 있다는 것이다.⁵⁵¹⁾ 반면에 이로 인한 사회적 효용성은 첫째 허용된 숫자의 프로그램을 사용하기 위하여 해당 프로그램을 완전한 설치본의 형태로 배포하고 다시 그 백업본을 보관하게 하는 것보다 불법 복제의 가능성을 줄인다는 점에서 저작권자에게 효용이 존재한다. 또한 일반적인 설치방법을 통하여 해당 프로그램을 설치하고 이를 관리하는 것에 대한 관리 및 유지비용이 절감되기 때문에 사용자의 입장에서 효용을 갖는다.

또한, 학교나 회사와 같은 단체의 경우 그 예산을 제한되어 있기 때문에 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 필요한 컴퓨터 프로그램을 비교적 저

550) 지연시간을 둘 때 이를 사용자가 선택할 유인이 줄어들어 해당 서비스를 선택하지 않을 수도 있기 때문에 결국 시장이 이를 선택할 것이지 않은가 하는 지적이 있을 수 있다. 그러나 문제는, 소프트웨어 스트리밍 서비스가 저작권을 침해한다고 판단할 경우에는 시장이 이를 선택할 기회조차 갖지 못한다는 데에 있다.

551) 복제권 조항이 보호하고자 하는 저작권자의 정당한 이익에 침해를 인정하기 어렵다는 견해로, 손승우, S/W Streaming 기술과 저작권 남용행위, 중앙법학 제6집 제3호 (2004), 305-306쪽.

렵하게 이용하지 못하게 된다면, 해당 프로그램이 절실하지 않다면 보유한 모든 PC에 해당 프로그램을 구매하여 설치하지는 않을 것이며, 절실한 경우에도 일부 제한된 컴퓨터에만 설치할 것이기 때문에 소프트웨어 스트리밍 서비스를 사용하지 못하게 하는 경우에 비하여 오히려 그 판매량이 감소할 수도 있을 것이다.

또한 새로운 컴퓨터 프로그램을 개발한 회사의 입장에서, 아무리 해당 프로그램이 획기적인 것이라고 할지라도 개발과 동시에 학교나 회사와 같은 단체가 그 프로그램을 바로 구입할 것이라고 기대하기는 어려울 것이다. 왜냐하면 기본적으로 이러한 단체들은 일단 구매결정을 하면 해당 프로그램을 많은 수량을 구매하여야 하기 때문에, 그 구성원의 일반적 동의 없이 이렇게 많은 수량을 구매하는 것은 새로운 컴퓨터를 개발한 회사도 설득하기 쉽지 않고, 이를 일단 사용해볼 의사가 있는 학교나 회사도 결정하기 어려운 일이다. 이런 경우 만약 해당 단체에 소프트웨어 스트리밍 서비스가 구축되어 있다면 최소한도의 수량만을 우선 판매하고 구성원들이 해당 프로그램을 이용하면서 그 수요가 늘어나면 늘어난 수요만큼 추가 구매하고, 수요가 없으면 추가 구매하지 않을 수 있기 때문에 신생 컴퓨터 프로그램 제작사가 기존 시장에 진입하기 쉬워진다는 장점 또한 존재한다.

이렇게 저작권자의 침해된 이익과 이러한 행위를 통하여 늘어난 사회적 효용성을 비교해볼 때, 사회적 효용성이 월등하다는 것은 분명해 보인다.

결론적으로 사회적 효용성의 증대라는 기준을 도입하였을 때, 일부 파일이 잔존하는 경우에 저작권자의 권리 침해를 최소화하는 선택으로 해당 컴퓨터 프로그램을 이용하려 한 것이 인정되고, 저작권자의 침해된 이익보다 늘어난 사회적 효용성이 월등하다고 판단할 수 있다면, 정책적인 견지에서 이러한 행위는 합법이라고 판단할 수 있을 것이며, 이 사안의 경우에도 이러한 논리를 만족하기 때문에 합법이라고 판단하여야 할 것이다.

(다) 복제권 침해 여부에 대한 정리

스트리밍 서비스가 파일의 복제를 가져오고, 파일의 복제를 가져왔기 때문에 (별도의 사항에 대한 판단 없이 바로) 저작권자 등의 복제권을 침해한다고 하는 학설⁵⁵²⁾에서도 최종사용자의 복제의 대해서는 다르게 판단할 필요가 있다고 하고 있다. 이는 복제권자의 허락 없는 복제 사실의 존재가 복제권 침해라는 결과의 충분조건이 아니라는 것을 증명한다. 즉 정당한 복제도 존재하며, 정당한 복제행위 시에는 복제권을 침해하지 않는다는 것이다.

즉 복제행위가 이루어졌다 할지라도, 이러한 복제행위가 저작권자의 배타적인 권리 영역 내의 복제에 포섭되어 그 불법성이 인정되는지, 아니면 이러한 저작권자의 배타적인 권리 영역 외의 복제라고 판단되기 때문에 그 불법성이 조각되는지에 대하여 다시한번 판단할 필요가 있다는 점이다.

그 판단의 기준으로 앞서 살펴본 바와 같이 일반 조항에 포함되어 입법화될 수 있는 기준들은 의미를 가진다.

즉, 복제가 복제권을 침해하는지의 판단을 위하여 저작권자의 권리에 포함되는지의 여부에 대한 판단한 후에 나머지 영역에 있어서 합법성을 인정하는 방식의 소극적 판단 외에도, 그러한 행위가 침해된 저작권자의 이익보다 사회전체의 효용을 훨씬 더 증대시키는지에 적극적인 판단이 필요한데, 앞서 논의한 기준들은 이 판단을 보다 명확히 한다. 이러한 판단 없이 단지 저작권자의 권리에 속하는지 만을 판단하는 것은 저작권법이나 프로그램보호법의 목적중의 하나인 “문화의 향상발전에 이바지”하는 것을 간과하는 결과를 낳게 될 것이다.

이러한 기준들이 입법화된다면, 소프트웨어 스트리밍 서비스에 있어서 복제권의 침해가 문제될 수 있는 부분은, 첫째 스트리밍 서버에 설치 이미지

552) 한국소프트웨어저작권협회, 앞의 책, 70쪽, 주118, 여기서는 최종사용자의 복제에 대해서는 컴퓨터프로그램보호법 제14조에 규정하고 있는 복제를 의미하는지 명확하게 밝히고 있지 않지만, 프로그램 설치로 인한 복제를 이야기하고 있는 것으로 보인다.

를 보관하는 것으로 복제권을 침해하는지 여부인데, 저작권자의 이익 침해 요소를 인정하기 어렵기 때문에⁵⁵³⁾ 복제권 침해를 부정할 수밖에 없다.

둘째 사용과정에서 클라이언트 PC에 일시적인 복제가 이루어지는 문제에 대해서는 사용과정에 있어서 불가피한 복제이기 때문에 역시 그 불법성을 부정할 수밖에 없다.

마지막으로 잔존 파일의 존재로 인한 복제권 침해 여부에 대하여 저작권자의 권리 침해보다 사회적 효용성이 크기 때문에 복제권 침해를 인정하기 어렵다.

소프트웨어 스트리밍 서비스를 통하여 특정 소프트웨어를 사용하는 것이 일반적인 설치방법을 통하여 설치하는 것보다 오히려 불법 복제의 가능성을 줄인다는 점과 각 프로그램의 라이선스를 살펴볼 때, 소프트웨어 스트리밍 서비스의 과정에서 일어나는 복제를 허락하는 문구들을 발견할 수 있다는 점을 상기해보면, 이러한 기준들을 도입하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 통해 복제권이 침해되지 않는다는 결론을 내려야 할 것이다.

(3) 전송권의 침해여부

이후에서는 앞서 이야기한 기준들이 입법화되었을 때 전송권 침해여부 판단이 어떻게 달라지는지에 대하여서 논의해본다.

일단 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하면서 전송이 일어나는 것은 불가피하다고 판단할 수는 없기 때문에 불가피한 경우는 아니다. 두 번째로 저작권자의 정당한 이익에 대한 침해여부를 판단해보면, 일단 컴퓨터 프로그램을 구매한 숫자 이내에서 사용하는 경우에 이러한 사용에 대한 정당한 사용권한은 있으나 전송이라는 행위가 발생하였고, 이는 불가피하지 않다. 또 이러한 행위는 저작권자의 기대되는 총매출액을 감소시키는 것으로 보이기 때문에 저작권자의 이익을 침해하는 것으로 판단될 수 있다. 그러나 이

553) 한국전자통신연구원, 앞의 책, 131쪽.

러한 ‘기대되는 총매출액의 감소’가 과연 저작권자의 정당한 이익인지는 의문이다.⁵⁵⁴⁾ 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용함으로써 전년도에 비하여 실제 소프트웨어 구매량이 줄었는지, 아니면 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하면 보다 많은 사람들에게 정당한 사용권한을 부여할 수 있기 때문에, 오히려 필요한 소프트웨어를 더 많이 구매할지는 모르는 일이다. 즉 이전에는 저작권을 침해하지 않기 위하여 그 구성원들에게 해당 프로그램이 설치된 컴퓨터에서 차례를 기다려 사용하게 하는 불편을 감수시켰다면 소프트웨어 스트리밍 서비스의 도입으로 이러한 문제를 해소할 수 있기 때문에 전체 사용자를 커버할 수 있는 수량을 구매할지는 선불리 판단할 수 없다는 것이다. 저작권자의 입장에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용할 경우, 그 단체 내의 모든 컴퓨터에서 자사의 프로그램을 이용할 수 있게 되기 때문에 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하지 못하게 하고 대신, 그 단체의 모든 컴퓨터만큼의 수량을 구매할 것을 기대하는 것은 저작권자의 정당한 이익이라고 보기 어렵다는 것이다. 이것이 저작권자의 정당한 이익이 아니라고 한다면, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우에 이루어지는 전송은 저작권자의 정당한 이익을 침해하거나 침해할 우려가 없기 때문에 전송권을 침해하지 않는다고 판단할 수 있다.

사회적 총효용의 증대라는 기준을 사용하면 이러한 점은 보다 분명해진다. 저작권자 측면에서 보면 소프트웨어 스트리밍 서비스를 도입함으로써 중소 프로그램 제작사의 경우 단체에 대한 시장 진입 장벽이 낮아지게 된다. 일단 아주 적은 수량만을 구매하여 이를 사용하는 사용자의 반응에 따라 구매 비용 외의 다른 비용 지출 없이 간단하게 추가 구매가 가능하게 되기 때문이다. 소프트웨어 스트리밍 서비스를 도입하는 측에서는 총소유비용을 낮출 수 있고, 그 구성원들의 수요에 적절하게 대응할 수 있기 때문에

554) “현실적으로 저작권자 등의 이익이 침해되는 사태가 발생한다 하더라도 저작권법이 권리로서 보호를 하고 있지 아니하면 다른 법리에 의한 보호는 변론으로 하고, 저작권에 의한 보호는 받을 수 없다”는 판례로, 서울중앙지법 2005. 1. 12. 판결, 2003노4296

당연히 효용은 증가한다. 또한 이러한 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 측면에서는 이러한 서비스에 대한 시장이 발생하기 때문에 당연히 효용이 증가하게 된다. 이러한 효용들을 감안할 때, 소프트웨어 스트리밍 서비스 과정에서의 전송은 전송권을 침해하지 않는다고 이론을 구성할 수 있게 될 것이다.

VIII. 결론

소프트웨어 스트리밍 서비스에 대하여 저작권법적 문제점을 살펴본 것은 소프트웨어 스트리밍 서비스가 획기적인 기술이어서, 법률적인 문제가 해결된다면 앞으로 이 기술이 급속하게 확산될 것이라고 판단해서가 아니다. 오히려 소프트웨어 스트리밍 서비스와 같은 리치 클라이언트 시스템보다는, 저작권과 관련된 문제가 보다 적으면서도 클라이언트의 운영체제와 무관하게 운영될 수 있는 썬 클라이언트 시스템이 PDA와 스마트폰 보급의 확대와 관련하여 더 유망하다고 판단하고 있으며, 이와는 약간 성격이 다르지만, 웹 사이트에서 특정 프로그램을 사용할 수 있게 하는 SaaS(Software as a Service)가 급속히 늘어날 것으로 판단된다.

그럼에도 불구하고 소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된 저작권법적 문제에 대한 논문을 쓴 것은, 일단 이에 대한 분쟁이 발생하였고 이로 인하여 양자의 입장차이가 분명해졌다는 이유도 있지만, 이 기술과 이와 유사한 기술을 법적으로 판단하는 것이 크게 다르지 않다는 이유도 있다.

컴퓨터 프로그램 저작권자의 입장에서는 예상보다 적은 구매만으로 자신들의 프로그램을 불편 없이 사용하기 때문에 당연히 자신들의 권익, 구체적으로는 저작권이 침해되는 것으로 판단될 것이다. 그러나 소프트웨어 스트리밍 서비스를 하지 못하도록 하는 것이 결과적으로 매출액을 증대시킬지, 아니면 오히려 감소시킬지는 실증적인 연구가 필요한 부분이고, 간단히 말할 수 없을 것이다. 소프트웨어 스트리밍 서비스를 인정해주는 것이 시장을 확대시킬 수 있고, 잠재적 소비자들의 친숙도를 높이는 계기로 작용할 수도 있고, 소프트웨어 스트리밍 서비스를 인정하지 않음으로써 저작권자가 요구하는 대로의 수량을 구매하는 것이 아니라 구성원들의 불편함을 감수하게 할 수도 있고, 해당 컴퓨터 프로그램의 사후 관리를 고려하여 반드시 필요

하지 않다고 생각되는 프로그램 구매를 망설일 수도 있기 때문이다.

논의를 진행하면서 살펴본 바와 같이 컴퓨터 프로그램 저작권자의 사용권 계약서에도 이를 허용하는 것으로 볼 여지가 충분히 있으며, 이를 계약으로 명확히 금지하였다고 하더라도, 이러한 서비스가 배타적인 권리 영역으로 인정되지 않기 때문에 이에 대한 권리의 주장이 무의미한 것이 될 수 있음 역시 살펴보았다.

복제권이나 전송권의 침해 여부는 기존의 학설과 연구에 의하여 판단할 때, 이를 연구하는 학자의 가치 판단에 따라 합법과 위법의 판단이 갈릴 수 있다는 것이다. 이는 컴퓨터 프로그램의 특수성에서 기인하는 것으로 이런 특수성을 염두에 두고 접근하여야 보다 근본적인 해결이 가능하다. 컴퓨터 프로그램의 특수성을 감안하여 어느 쪽으로 해석하는 것이 “저작권자의 권리 보호”와 “문화의 향상발전”이라는 목적을 보다 균형적으로 성취할 수 있을 것인가를 판단해야 한다는 것이다.

필자는 이에 대하여, 컴퓨터 프로그램의 특성 및 저작물로서의 특성과 경제적인 특수성을 감안하여, 저작권자에게 지나친 손해가 발생하지 않는 범위 내에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 허용하여 이 기술이 확산되는지 아니면 사장되는지는 시장에 맡기는 것이 사회전체적으로 효용을 극대화시키는 것이라고 판단하는 것이다.

Napster 판결과 Grokster 판결을 통해 보면, P2P 기술은 저작권 침해가 그 주된 목적인 것처럼 보이나, 예를 들어 MSN 메신저를 통해서 파일을 주고 받거나, 하나포스에서 서비스하고 있었던 Gigahard 서비스 등 역시 P2P 기술을 이용한 것이다. 즉 과학기술 그 자체는 사실 가치중립적인 것이고, 이를 어떻게 이용할 것인가에 따라 저작권 침해여부가 갈리게 되는데, 소프트웨어 스트리밍 서비스 역시 이를 악용하여 터무니없이 적은 라이선스로 전체 사용자들이 이를 이용하게 할 수도 있고, 단체 내부의 특정 컴퓨터 프로그램에 대한 수요에 적절하게 대응하여 저작권자와 사용자 모두에게 가장

이익이 되도록 운용될 수도 있는 것이다.

이러한 특정 기술의 운용 결과가 법적으로 어떻게 판단되는가에 대한 질문은 의미가 있지만, 소프트웨어 스트리밍 라이선스는 허용하지 않으면서 이에 대한 저작권 침해의 책임을 물어서 결과적으로 해당 기술 운용 자체를 불가능하게 하는 것은 법률의 기술 중립성에 대한 요구에 반한다고 할 것이다.

지금까지의 논의를 확장해보자.

현재 급격한 성장세를 보이고 있는 SaaS의 경우를 보자. 본론에서 언급하지 않은 기술에 대하여 결론부분에서 언급하는 것은 본론에서 다른 논의가 확장될 수 있다는 점을 밝히기 위해서이다. SaaS의 중요한 특징은 컴퓨터 프로그램을 패키지 판매를 중심으로 하는 것이 아니라, 서비스의 형태로 제공한다는 것이다. 이러한 방식으로 컴퓨터 프로그램을 이용하게 하는 것은 기존의 ASP와 같지만 웹을 컴퓨터 프로그램 사용을 위한 운영 플랫폼으로 이용한다는 점이 다르다. 즉 해당 사이트에 접속하여 필요한 경우 간단한 플러그인만을 설치하여 바로 다양한 프로그램을 바로 이용할 수 있도록 하고 비용은 이용한 시간에 비례하여 지불하거나, 일정기간을 단위로 지불하도록 하는 것이다.

이는 특정 도메인 내부가 아니라 웹이라는 개방된 환경에서 서비스가 이루어진다는 점에서 기존의 서버 라이선스와는 다르다. 그러나 컴퓨터 프로그램 저작권자가 이에 대한 라이선스를 제공하는 것을 거부한다면 이는 소프트웨어 스트리밍 서비스의 경우와 비슷한 분쟁이 발생하게 된다.

이러한 분쟁을 해결하는 것은 본 논문에서 취하고 있는 논의방식과 동일하게 사용된 라이선스의 해석과 침해된 것으로 보이는 저작권의 판단으로 논의될 것인데, 이 저작권의 판단 부분에서 본 논문에서 주장하고 있는 컴퓨터 프로그램의 특수성을 감안하여 저작권 침해여부를 판단하여야 할 것이

다. 이에 대한 자세한 논의는 추후의 연구과제로 남겨둔다.

또 하나 근래에 많이 언급되고 있는 유비쿼터스(Ubiquitous)의 경우를 간단하게 살펴보자. 이는 생활 속의 각종 전자기기들을 네트워크로 연결하여 반드시 컴퓨터를 이용하지 않아도 생활속의 기기들로 인터넷을 통한 정보교환을 가능하게 한다.

이러한 경우 네트워크에 참여하는 전자기기들의 경우 계속적으로 서로 정보를 주고받게 되는데, 이러한 정보는 물론 저작권으로 보호받을 수 없는 정보도 있지만, 저작권으로 보호되는 정보도 존재한다. 저작권으로 보호되는 모든 정보에 대하여 유비쿼터스 방식의 새로운 라이선스 체결을 강제하는 것은 비경제적일 뿐 아니라 불가능할 수도 있다.

이 경우에도 본 논문에서 논의한 기준을 적용하여 불가피한 경우나 저작권자에게 실제적 손해를 야기하지 않는 경우 및 사회전체적인 효용을 크게 증대시키는 경우 이를 저작권 침해로 보지 않을 수 있을 것이다.

결국 필자가 이 논문을 통하여 주장하고 싶은 것은, 첫째 특정 사안이 발생하였을 때 이 문제를 해결하기 위하여 미시적으로 이를 분석하고, 판단하는 것이 중요하지만, 관련기술들을 전체적으로 조망하고 이를 거시적인 관점에서 가치 판단을 내리는 것 역시 중요하다는 것이다. 이러한 가치 판단들이 축적됨으로써 유의미한 판례가 형성되는 것이고 이러한 판례를 바탕으로 사회적 합의가 도출되기도 하고, 이를 토대로 법률이 제정되거나 개정될 수 있을 것이다. 그러므로 개개의 사안에서 이를 합리적으로 해결할 수 있는 방법을 찾음과 동시에, 보다 일반적으로 적용될 수 있는 기준들을 찾아내는 노력을 기울여야 한다는 것과 둘째 프로그램보호법에는 프로그램 저작권자의 권리만이 규정되어 있지만, 프로그램 저작권자의 권리만을 보호하는 것이 프로그램보호법의 목적이 아니라는 점이다. 공정이용과 같이 저작권자의 권리를 제한함으로써 사용자의 권리를 보장하는 일반 조항이 존재하지

않는 현실에서, 프로그램 저작권자의 권리를 보호하는 규정에서 일반 공중이나 해당 프로그램의 사용자의 권리 역시 발견하고자 노력하여야 결과적으로 ‘저작권자의 권리 보호’와 ‘문화의 향상 발전’이라는 두 가지 목적의 균형점을 찾을 수 있을 것이다.

필자는 본 논문이 결코 완성된 것이 아니라고 생각한다. 본 논문의 완성을 위해서는 소프트웨어 스트리밍 서비스 허용의 효과에 대한 실증적인 연구가 수반되어야 한다. 이는 법학뿐만 아니라, 공학 및 경제학에 이르기까지 학제간에 협동하여 연구하여야 할 부분이다.

참고문헌

한글 단행본

- 권오승 편, 공정거래법강의 II (법문사, 2000)
- 김정호, 이완재, 사이버공간의 법경제학 (법문사, 2004)
- , 인터넷의 재산권 구조와 혼잡, 자유기업원 (2002)
- 남효순·정상조, 인터넷과 법률 II (법문사, 2005)
- 법무부, 컴퓨터프로그램의 법적보호, 법무자료 제185편 (1994)
- 서울대학교 법학연구소 기술과법센터, S/W Streaming의 법적 문제점, KT 프로젝트 워크숍 2004-7
- 손경환 편, 사이버 지적재산권법 (법영사, 2004)
- 오병철, S/W 최종사용계약의 현황과 법적 기준 수립에 관한 연구, 2004
- 오승중, 이해완, 저작권법, 개정판 (박영사, 2001)
- 윤경, 저작권법 (2005)
- 윤선희, 지적재산권법, 6정판 (세창출판사, 2004)
- 저작권심의조정위원회, 저작물의 새로운 기술적 이용에 관한 국립위원회의 최종보고서(CONTU), 저작권관계자료집 14 (1994)
- 저작권심의조정위원회, 한국저작권논문선집(II), 저작권관계자료집 18 (1995)
- 저작권심의조정위원회, 북유럽 저작권법, 저작권관계자료집 22 (1997)
- 저작권심의조정위원회, 중국·대만 저작권법, 저작권관계자료집 37 (2002)
- 정상조 편, 지적재산권법강의, (1997)
- , 지적재산권법 (2004)
- 정상조 편, 지적재산권법강의 (홍문사, 1997)
- 정상조, 지적재산권법 (홍문사, 2004)

프로그램심의조정위원회, 각국의 컴퓨터프로그램저작권 관련 법규(조약·협약) 번역 및 해설, 연구보고서 2002-2

프로그램심의조정위원회, 디지털 정보재산의 유통과 권리처리 활성화에 대한 연구, 연구보고서 2002-12

프로그램심의조정위원회, S/W 지적재산권의 권리남용방지와 공정이용 활성화 방안에 관한 연구, 연구보고서 2002-14

한국소프트웨어저작권협회, Software Streaming 방식의 법적 연구, 2004

한국소프트웨어진흥원, 공개소프트웨어 라이선스 연구, 정책연구 03-10, 2003

한국전자통신연구원, 온디맨드소프트웨어 서비스보급 활성화를 위한 법제도 보완연구, 2004

황중환, 이상정, 송영식, 지적소유권법(상, 하), 제6전정판 (육법사, 1999)

영문 단행본

Stephen Fishman, Copyright your software, 2nd edition, Nolo Press Berkeley, 1998

Siva Vaidhyanathan, Copyrights and Copywrongs, New York University Press, 2001

F. Lawrence Street, Mark P. Grant, Law of the Internet, 2001 edition, Lexis Publishing, 2000

Lawrence Lessig, Code and Other laws of Cyberspace, Basic Books, 1999

Lawrence Lessig, The Future of Ideas, Vintage, 2002

Lawrence Lessig, Free Culture, The Penguin Press, 2004

Jessica Litman, Digital Copyright, Prometheus Books, 2001

National Research Council, Intellectual Property Issues in Software,

National Academy Press, 1991

William W. Fisher III, Promise to Keep, Stanford Law and Politics, 2004

Merges, Menell, Lemley, Intellectual Property in the New Technological Age, 3rd edition, Aspen Publishers, 2003

National Research Council, A Question of Balance, National Academy Press, 1999

Paul Goldstein, International Copyright, Oxford University Press, 2001

Ralph S. Brown, Robert C. Denicola, Copyright, 8th edition, Foundation Press, 2002

Adam Thierer, Clyde Wayne Crews Jr (Ed), Copy Fights: The Future of Intellectual Property in the information Age, Cato Institute, 2003

William M. Landes, Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003

Bryan A. Garner et. al. ed., Black's Law Dictionary, 8th edition, Thomson Business, 2004

한글 논문

강기중, "컴퓨터 프로그램 저작권의 양도와 개작권에 관한 사례연구", 정보법학 제7권 제2호 (2003)

강석구, "인터넷상의 音樂傳送行爲와 正當行爲", 인터넷법률 제27호 (2005. 1)

계승균, "저작권법상 권리소진이론", 창작과 권리 2003. 겨울(33호)

계승균, "In dubio pro actore", 창작과 권리 2004. 가을(36호)

고용철, "전자적 거래시 이용약관관의 실태 및 법적 문제", 재산법연구 20-1

구대환, "보상책임체제에 의한 컴퓨터 프로그램의 보호", 정보법학 제7권 제 2호 (2003)

구대환, "실용신안에 의한 컴퓨터프로그램 보호", 창작과 권리 2003. 여름 (31호)

권영준, "저작권과 계약의 상호관계에 대한 몇 가지 문제점", <http://jus.snu.ac.kr/~sjjong/classroom/internet/youngjun.pdf>

권영준, 강태욱, "UCITA에 관한 소고", <http://jus.snu.ac.kr/~sjjong/classroom/internet/UCITA.htm>

김동훈, "약관규제의 관례와 이론-약관규제법 시행 10년의 성과-", 고시계 (1997.12.)

김두안, "소프트웨어의 사용허락계약에 대한 법적 과제(상)", 창작과 권리 1998(12호)

김문환, "동일성유지권의 침해 여부", 저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례평석집(1), 저작권관계자료집 23 (1998)

김병일, "소프트웨어 라이선싱 - 쉬링크랩.라이선스를 중심으로", 계간 저작권 (2001. 가을)

김병일, "'오픈소스' 소프트웨어 라이선싱", 창작과 권리 34권 (2004. 봄)

김성만, 저작물의 이용허락에 관한 연구, 숭실대학교 박사학위 논문, 2005

김원오, "컴퓨터프로그램의 독자적 보호방법론에 관한 소고", 창작과 권리 2002. 겨울(29호)

김원오, 컴퓨터 프로그램의 효율적 보호방안에 관한 연구, 프로그램심의조정 위원회, 2003

김윤명, "스트리밍 서비스의 저작권 문제와 활성화 방안 - 콘텐츠 및 소프트웨어 스트리밍을 중심으로", 창작과 권리, 37호, (2004)

김일중, "프로그램 저작권 보호와 경쟁정책", 권오승 편, 공정거래법강의 II (법문사, 2000)

김일중, "프로그램 저작권보호와 경쟁정책 : 법리검토 및 인터넷 온라인 설문을 통한 경제분석", 한국산업조직학회, 산업조직연구, Vol.7 No2 (1999)

김재홍/김희수, "네트워크 외부성 하에서의 시장진입", 정보통신정책연구 제

5권 제1`2호 (1998. 12)

김진희, “초고속정보통신망과 저작권”, 저작권심의조정위원회, 한국저작권논문선집(II), 저작권관계자료집 18 (1995)

김태훈, “개정 저작권법 해설”, 계간 저작권 2000년 봄호

김형렬, "기술조치의 법적 보호를 위한 검토", 계간 저작권 2001. 여름

배대현, "Mass-Market License 체결과 소비자보호", 비교사법 제5권 2호 (통권9호)

박성호, “인격권의 침해 - 저작인격권을 중심으로”, 변호사-회원연구논문집 27집

박성호, “인터넷 환경에서의 저작물의 이용과 저작인격권”, 인권과정의, 제 278호

박영길, "저작인격권에 관한 서설적 검토", 21세기 상사법의 전개, 하춘정동윤선생 화갑기념 논문집 (1999)

박익환, "저작권 계약의 해석에 관한 일고찰", 저작권심의조정위원회, 한국저작권논문선집, 저작권관계자료집 18 (1995)

박익환, "P2P 서비스와 저작권문제", 창작과 권리 2001. 겨울(25호)

배대현, Mass-Market License 체결과 소비자보호, 비교사법 제5권 2호(통권9호)

성지용, “사이버지적재산권의 약관에 의한 보호”, 손경한 편, 사이버 지적재산권법 (2004)

송경석, 한병완, "UCITA 쉬링크랩라이센스계약의 유효성에 관한 고찰", 무역학회지, 제28권 제5호 (2003. 12)

손승우/임길환, "소프트웨어의 Reverse Engineering의 침해와 공정이용", 프로그램심의조정위원회, 2003 IT관련 법제조사보고서 (2003)

손승우, " 저작권과 쉬링크랩 라이선스 상의 S/W Reverse Engineering의 법적 지위", 산업재산권 제14호

손태우, "소프트웨어 국제라이센스계약상의 지적재산권에 대한 법적 연구", 부산대 법학연구 43

송영식, "저작권침해와 위자료", 민사판례연구 13권 (1991)

안효질, "정보거래와 계약의 해석", [뉴밀레니엄법`법환경의 변화와 그 대응책], 제2회 한국법률가대회 논문집 (2000.11)

오병철, "P2P 유사 스트리밍 서비스의 책임에 관한 비판적 검토", 법무부, 인터넷법률 제31호 (2005)

오승중, "컴퓨터프로그램보호법의 독자성", 비교사법 제6권 2호 (통권11호)

오승중, "컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속", 성균관법학 제13권 제1호, 276면

우지숙, "컴퓨터 프로그램에 대한 저작권 보호의 타당성과 저작권법 연구가 정보법학에 갖는 함의에 대한 고찰", 정보법학 2호 (1998)

윤진수, "契約 解釋의 方法에 관한 國際的 動向과 韓國法", 비교사법 제12권 4호 (2005)

이기수, "디지털정보거래의 사법적 규제에 관한 연구", 정보통신학술연구과제 (2000. 3)

이대희, "기술적 보호조치와 접근권의 문제점", 정보법학 제7권 제2호 (2003)

이대희, "디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계: 미국의 UCITA와 관련하여", 국제거래법연구 제8집 (1999)

이대희, "디지털환경에서의 접근권의 인정에 관한 연구", 창작과 권리 2004. 봄(34호)

이상정, "사이버세계와 지적소유권", 국제법무연구 제5호

이상정, "인터넷환경에서의 지적소유권법제의 체계와 과제", 인터넷법연구 제2호, (2003. 4.)

이상정, "컴퓨터프로그램보호법의 성립 경위와 전망 - 타법과의 관계를 고려하여", 정보법학 제3호 (1999)

이상정, "판례평석 - 대법원 1992.12.24 선고, 92다31309 판결 - 소위 롯데사건", 창작과 권리 1997. 봄(6호)

이원형, "컴퓨터 프로그램의 '비문자적 요소'의 법적 보호문제에 관한 고찰", 창작과 권리 1999. 겨울(17호)

이해완, "컴퓨터프로그램의 법적 보호 - 시리얼번호의 배포행위와 관련하여"

여”, 매산송영식선생화갑기념 논문집 (2004)

이호렬, "컴퓨터 소프트웨어의 특허 보호", 창작과 권리 1999. 가을(16호)

임원선, "글자체의 법적 보호 (대법원 2001. 6. 29. 선고, 99다23246 판결)", 계간 저작권 2001. 가을

임원선, "디지털 시대의 최초판매의 원칙에 대한 소고", 계간 저작권 2001. 겨울

임원선, "새로운 비즈니스모델과 일시적 복제의 보호", 계간 저작권 2002 여름호

윤석찬, "인터넷 저작물에 있어 저작권침해와 저작권법", 창작과 권리 2002. 가을(28호)

장춘익, "디지털 환경은 '공정이용fair use'을 무효화하는가", 철학 제69호 (2001)

장태종, "지적재산권 기술담보제도의 문제점과 활성화 방안", 창작과 권리 2001. 여름(23호)

전삼현, "컴퓨터프로그램저작권의 담보", 창작과 권리 2003. 봄(26호)

전석진, "컴퓨터 프로그램의 유통 활성화를 위한 법적 장치 - Shrinkwrap License를 중심으로", 정보법학 제3호 (1999)

정규, "소프트웨어거래에서 Shrinkwrap 계약의 유효성", 비교사법 제8권 1호(하)

정상기, "소프트웨어의 일시적 복제와 전송권", 산업재산권, Vol.17, No.0

정상조, "컴퓨터관련발명의 특허법적 보호", 창작과 권리 제5호 (1996년 겨울호)

정상조, "컴퓨터 프로그램의 공동개발", 정보법학 제3호 (1999)

정완, "소프트웨어의 버그(bug)에 대한 법적 책임 - 사용허락계약서의 면책 조항을 중심으로", 재산법연구 제20권 제2호 (2003)

정재훈, "소프트웨어의 법적 보호 -최근 IT산업발전과 소프트웨어 특허의 필요성을 중심으로-", 창작과 권리 2004. 여름(35호)

정진섭, "컴퓨터프로그램보호법 침해사범에 대한 대응 - 검찰의 단속현황 및 향후대책을 중심으로", 정보법학 제3호 (1999)

정진근, "Open Source License의 법적 구조", 경영법률, Vol.14, No.2 (2004)

정찬모, "국제협정상 저작권 예외의 요건으로서 3단계 테스트와 그 시사점", 정보통신정책연구원, 세미나자료 (2003)

최광준, "컴퓨터계약에 대한 민사법의 적용", 재산법연구 제19권 제1호, 2002

최병규, "지적재산권법의 최근 쟁점 검토 (상)(하), 창작과 권리 2001. 가을 (24호), 창작과 권리 2001. 겨울(25호)

최정환, "외국인 컴퓨터 프로그램 보호의 문제", 정보법학 제3호 (1999)

최정환, "인터넷상의 불법소프트웨어에 대한 법적규제", 인터넷법연구 제1호 (2002. 6.)

표후건, "소프트웨어관련 발명에서의 간접침해문제와 복수주체에 의한 특허권 침해", 창작과 권리 2003. 가을(32호)

한국소프트웨어진흥원, "공개소프트웨어 라이선스연구", 정책연구 03-10 (2003)

허희성, "제호의 사용과 동일성 유지권 침해", 계간 저작권 1991년 여름(19호)

홍동표/홍중호, "산업연관표를 이용한 한.미.일 소프트웨어산업 분석", 정보통신정책연구 제9권 제2호 (2002)

황적인, "저작권법과 민법과의 관계", 저작권심의조정위원회, 한국저작권논문선집(I), 저작권관계자료집 11 (1992)

황찬현, "MAI Systems. v. Peak Computer, Inc. 判決에 대한 小考 -컴퓨터 프로그램의 RAM에 積載와 複製의 문제를 중심으로-", 실무논단 1997년

황찬현, "Shrinkwrap 계약", 인터넷법률 3호 (2000.11.)

영문논문

Azine Farzami, *Bonneville v. Register of Copyrights: broadcasters' upstream battle over streaming rights*, CommLaw Conspectus v11 i1

p203-216 (Winter 2003)

Calvin F. Van Ourkirk, *Fixing What Ain'T Broke: The Digital Millenium Copyright Act (Dmca) Title, 4* *Intell. Prop. L. Bull.* 1 (Fall 1999)

Craig McTaggart, *A Layered Approach to Internet Legal Analysis*, 48 *McGill L.J.* 571 (December, 2003)

Christian H. Nadan, *Software Licensing In The 21St Century: Are Software "Licenses" Really Sales, And How Will The Software Industry*, 32 *AIPLA Q.J.* 555

Daehwan Koo, *Patent And Copyright Protection Of Computer Programs*, *I.P.Q.* 2002, 2

DanThu Thi Phan, *Will Fair Use Function On The Internet?*, 98 *Colum. L. Rev.* 169, (January 1998)

David L. Hayes, *The Enforceability of Shrinkwrap Licences Agreements On-line and Off-line*, 1. *Introduction*, Fenwick & West LLP (1997. 3.)

Diane Rowland and Andrew Campbell, *Supply of Software; Copyright and Contract Issues*, *International journal of Law and Information Technology*, Vol 10. No.1

Douglas L. Rogers, *Give The Smaller Players A Chance: Shaping The Digital Economy Through Antitrust And Copyright Law*, 5 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 13 (2001)

Emily D. Harwood, *Staying afloat in the Internet stream: how to keep Web radio from drowning in digital copyright royalties*, *Federal Communications Law Journal*, v56 i3 p673 (May 2004)

Gloria C. Phares, *Copyright Licensing*, 897 *PLI/Pat* 77

Gregory R. Naron, *Changing horses in mid-stream: the Copyright Office's new rule makes broadcasters pay for "streaming" their signals over the Internet. (Digital Broadcasting: The Cost of*

Copyright), Vanderbilt Journal of Entertainment Law and Practice v3 i2 p182-194 (Spring 2001)

Greg R. Vetter, *The Collaborative Integrity of Open-Source Software*, 2004 Utah L. Rev. 563 (2004)

Jacob A. Gantz, *(Private) Order(Ing) In The Court?: How The Circuit Courts Should Resolve The Current Conflict Over Reverse Engineering Clauses In Mass Market Licenses*, 36 Rutgers L.J. 999 (Spring 2005)

Jacques de Werra, *Moving Beyond the Conflict Between Freedom of Contract and Copyright Policies: In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis Between U.S. Law and European Law*, 25 Colum. J.L. & Arts 239 (Winter 2003)

Jane C. Ginsburg, *Authors and users in copyright*, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1

Jeffrey A. Andrews, *Reversing Copyright Misuse: Enforcing Contractual Prohibitions On Software Reverse Engineering*, 41 Hous. L. Rev. 975 (2004)

Jessica Litman, *Sharing and Stealing*, 27 Hastings Comm. & Ent. L.J. 1 (Fall, 2004)

Julie E. Cohen, *The Place Of The User In Copyright Law*, 74 Fordham L. Rev. 347 (2005)

Kevin W. Grierson, *Annotation, Enforceability of "Clickwrap" or "Shrinkwrap" Agreements Common in Computer Software, Hardware, and Internet Transactions*, 106 A.L.R. 5th 309 n. 1 (2003)

Lateef Mtima, *Tasini and Its Progeny: The New Exclusive Right or Fair Use on the Electronic Publishing Frontier?*, 14 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 369 (Winter 2004)

Lior Jacob Strahilevitz, *Charismatic Code, Social Norms, And The*

Emergence Of Cooperation On The File-Swapping Networks, 89 Va. L. Rev. 505 (May 2003)

Lloyd L. Rich, *Mass Market Software and the Shrinkwrap License*, 23 Colo. L. 1321 (1994)

Lothar Determann, *Dangerous Liaisons -- Software Combinations as Derivative Works? Distribution, Installation, and Execution of Linked Programs Under Copyright Law, Commercial Licenses, and the GPL*, 21 Berkeley Tech. L.J. 1421

Matt Jackson, *From Broadcast To Webcast: Copyright Law And Streaming Media*, 11 Tex. Intell. Prop. L.J. 447 (Spring 2003)

Michael J. Madison, *Reconstructing the Software License*, 35 Loy. U. Chi. L.J. 275 (Fall 2003)

Pamela Samuelson et. al., *A Manifesto Concerning The Legal Protection Of Computerprograms*, 94 Colum. L. Rev. 2308 (1994)

Peter Brown, *Internet streaming of TV broadcasts: the Canadian 'legal void'*. Richard Raysman, New York Law Journal v228 i4 p3 (July 9, 2002)

Peter K. Yu, *The Copyright Divide*, 25 Cardozo L. Rev. 331 (November, 2003)

Philip J. Weiser, *The Internet, Innovation, And Intellectual Property Policy*, 103 Colum. L. Rev. 534, (April 2003)

R. ANTHONY REESE, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. Rev 577 (March 2003)

Richard B. Graves III, *Private Rights, Public Uses, and the Future of the Copyright Clause*, 80 Neb. L. Rev. 64 (2001)

Robert W. Gomulkiewicz, *Getting Serious About User-Friendly Mass Market Licensing For Software*, 12 Geo. Mason L. Rev. 687 (Spring 2004)

Ruth Okediji, *Givers, Takers, And Other Kinds Of Users: A Fair Use*

Doctrine For Cyberspace, 53 Fla. L. Rev. 107 (January 2001)

Samuel Fifer, Gregory R. Naron, *The Copyright Office's New Rule Makes Broadcasters Pay for "Streaming" Their Signals Over the Internet*, 3 Vand. J. Ent. L. & Prac. 182 (Spring 2001)

Scott J. Spooner, *The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transaction Act*, The Richmond J. of Law & Tech. 7 issue 3. (2001. winter)

Steven A. Heath, *Contracts, Copyright, And Confusion Revisiting The Enforceability Of 'Shrinkwrap' Licenses*, 5 Chi.-Kent J. Intell. Prop 12 (Fall 2005)

Terry J. Ilardi, *"Mass Licensing -- Part 1: Shrinkwraps, Clickwraps And Browsewraps"*, Patent & High Technology Licensing 2005

Thomas C. Vinje, *Should We Begin Digging Copyright'S Grave*, E.I.P.R. 2000, 22(12), 551-562 (2000)

William Sloan Coats, Vickie L. Feeman, John G. Given, Heather D. Rafter, *Streaming into the future: music and video online. (Law and Business Issues in the Digital Distribution of Music)*, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review v20 i2 p285-307 (Spring 2000)

Abstract

In Hoi Park

Intellectual Property Law

The Graduate School, Seoul National University

Software streaming service is the network service from which a user can get certain files streamed from a server and use them without installation, and in which a server transfers only necessary elements of the software leaving some of files unable to be executed by themselves on a user's personal computer.

This service may cause some copyright issues especially when it is used without permission of a copyright holder.

To begin with, we see that some clauses of shrinkwrap license which is provided by the program copyright holders can be read as they permit users to use the programs through software streaming.

This study analyzes whether or not the part where shrinkwrap license does not allow users to do so is within the boundary of the copyright holder's exclusive rights in which the copyright holder has a right to permit the usage of service, and whether or not it infringes the corresponding copyright.

We argue that the right of reproduction is not infringed by the use of the software through software streaming based on the following aspects: users usually maintain the install image files on the server for the purpose of preservation, temporary copy of software on RAM is not different from usual usage, and copy of the cache files is not meant for

the substantial copy of software.

This study also suggests that the right of communication to the public which requires "to the public" as a key fact is not infringed in this case either in several aspects: only specified users make use of this service, the number of user is not big, they use this service only in the limited places, and they are connected among themselves. In addition, when software streaming is used simply as a mean in order to transfer computer programs, and receivers own the right to use the programs, it cannot be seen as an infringement of the right of communication to the public.

We find that illegal reverse engineering is not committed as well because this service does not attempt to acquire the source code of software at issue, and even if it does, this activity can be taken into account of as a necessary process for interoperability.

Software streaming service can be seen neither as an infringement of the right of integrity. It does not alter software at issue substantially, and even if it does, the copyright law allows this change as an exception.

Since software has a number of distinctive dissimilarities from other subjects of copyright, we need present different legal standards for the use of software especially in interpreting license and copyright related to it.

These standards should be aimed at maximization of social welfare through protecting copyright holders and promoting fair use of works.

Key words: software streaming service, computer program, copyright
Student Number : 2001-30724