

컴퓨터정보거래에서 쉬링크랩라이센스계약에 관한 고찰 - 미국의 경우를 중심으로 -

A study on the Shrinkwrap License Contracts on Computer
Information Transaction in USA

송경석*

목 차

- I. 머리말
 - II. 쉬링크랩라이센스계약의 특성
 - III. 미국 판례상 쉬링크랩라이센스계약의 처리
 - IV. UCITA상 쉬링크랩라이센스계약 계약의 처리
 - V. 맺음말
- 참고문헌

Key Words: 쉬링크랩라이센스 계약, 컴퓨터 정보거래, UCITA

Abstract

I. 머리말

인간생활에서 정보(information)는 필수 불가결한 요소이지만 무형이며 추상적인 존재라는 특성으로 인해 유형적인 매체를 통해 구체화될 경우에만 비로소 존재의 의의를 갖게 된다. 유형적인 정보매체와 결합되지 않은 정보는 사유에 불과하며 사회적인 의미를 갖지 못한다.^{*)} 또한 이러한 정보의 유통이나 매매과정에 정보매체가 동시에 수반되어 움직이는 현상으로 인해 일반적인 유형재화의 유통이나 매매와 같은 특성을 보이는 경우도 흔하게 나타나고 있다.

그러나 경제활동과정에서 컴퓨터가 차지하는 비중이 비중이 확대되고 생필품화하면서 정보와 관련하여 많은 변화가 나타나고 있다. 우선 정보의 디지털화를 예로 들 수 있다. 정보가 디지털화되면서 질적인 측면에서 기존의 정보와는 본질적으로 다른 특성을 갖게 된다. 디지털화된 정보는 전기적 신호로 구성되므로 유통과정에서 유형의 매체가 필수적으로 요구되는 것은 아니다. 예를 들어 디지털정보가 다운로드 방식으로 전달될 경우에는 어떤 유형의 저장매체도 필요없게 된다. 유형의 매체에 저장된 경우라해도 기존의 정보와는 달리 정보매체로부터의 분리가 아주 용이하다. 이는 디지털 정보의 복제가능성이라는 위험을 야기하게 된다. 이러한 디지털 정보는 기존의 정보와는 다른 전연 새로운 것이며 대부분이 컴퓨터 소프트웨어의 형

태를 가지고 있다. 또한 이렇듯 정보가 유형의 정보매체로부터 분리됨에 따라 정보의 유통 및 거래과정에서 시간적, 공간적 제약이 제거되고 정보의 국제거래가 활성화되는 중요한 요인이 되고 있다.

정보의 유통과 관련해서도 다양한 변화가 나타나고 있으며 이전과는 다른 새로운 유통구조가 만들어지고 있다. 컴퓨터 소프트웨어 유형의 디지털 정보의 유통형태를 보면, 개인용 컴퓨터의 사용이 일반화됨에 따라 汎用컴퓨터소프트웨어¹⁾가 일반 소매시장에서 거래되는데, 사용자는 이를 대부분 소프트웨어 상점에서 매매의 형식으로 구입한다. 그러나 이 소프트웨어를 사용하기 위해서는 사용자가 동 소프트웨어의 출판인(publisher)으로부터 라이선스를 득해야 하고, 이를 위해 출판인과 사용자 사이에 라이선스계약이 체결된다. 이러한 라이선스계약의 체결에 있어 소위 “쉬링크랩”(shrink-wrap)방식이 널리 사용되는데, 이 방식의 라이선스계약, 즉 쉬링크랩라이선스 혹은 쉬링크랩라이선스계약²⁾이 미국 계약법하에서 완전한 효력 즉 강제력을 가지는 지가 문제되어 왔다.³⁾

왜냐하면 정보가 대부분 유형의 정보매체에 내재되어 유통이나 매매되던 상황에서는 거래과정과 계약체결이 일반적인 유형재의 유통이나 매매와 같은 특성을 보이는 경우가 일반적이었다. 이 경우 계약은 매매계약 당사자간의 청약과 승낙이라는 의사표시의 합치에 의해 성립되는 것이 일반적이다. 그렇지만 정보가 유통이나 매매과정에서 정보매체로부터 분리되고, 더욱이 소프트웨어의 형태를 갖게됨에 따라 정보의 유통이나 매매와 관련하

*) 대표적인 것으로 정보의 기록방법인 문자를 발명하여 정보를 표현할 수 있게 된 것과 종이와 인쇄술의 발명으로 가장 고전적인 정보매체인 서적이 등장하게 된 것을 들 수 있다. 또한 소리로 된 정보나 영상으로 된 정보는 그 특성에 부합하는 매체인 오디오테이프나 필름의 정보매체에 저장되며, 또한 이 경우에는 이 정보가 저장된 매체로부터 정보를 재생할 수 있는 오디오설비나 영상설비가 필요하게 된다.

1) 이는 注文形컴퓨터소프트웨어에 대응하는 용어이다.

2) 田村善之, “著作権侵害”, 12, 「發明」, 1996년 6월호.

3) David L. Hayes, “The Enforceability of Shrinkwrap Licences Agreements On-line and Off-line”, 1. Introduction(1997) (<http://www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.html>); David L. Hayes, “Shrinkwrap License Agreements New Light on a Vexing Problem”, 1. Introduction(1992), (<http://www.fenwick.com/pub/shrink.html>).

여 쉬링크랩과 같은 전연 다른 형태의 계약방식이 나타나게 된다. 그리고 쉬링크랩형태의 정보유통이나 매매과정에서의 계약을 기존의 유형재화에서의 계약과 동일하게 간주할 수 있는가 하는 문제가 제기되는 것이다.

이에 대해 미국 판례법은 처음에는 이를 부정하다 1990년대 후반에 들어 정보산업의 급속한 팽창과 이에 따른 현실적인 요구에 부응하여 그 법적 효력을 인정하기 시작하였다. 나아가 통일컴퓨터정보거래법에 의해 이 문제가 입법적으로 해결되고 있다.

본고는 미국 계약법 하에서 쉬링크랩라이센스가 어떻게 다루어지고 있는지를 살펴보고자 하는 데 있다. 컴퓨터정보거래의 발달속도가 가장 빠르고 이에 대한 대응과정에서 이루어지고 있는 입법, 판례 등이 발달되어 있기 때문이다. 이에 먼저 쉬링크랩라이센스가 최종사용자에게 어떠한 방법으로 제공되고 있는지 나아가 쉬링크랩라이센스가 어떠한 기능을 하는지를 살펴 본 후, 쉬링크랩라이센스의 법적 효력을 다룬 대표적인 판결을 통해 미국 판례법의 태도를 정리하여 본다. 그리고, 마지막으로, 일반시장거래, 동의의 표시, 검토할 기회, 반환권 등을 다루고 있는 통일컴퓨터정보거래법의 관련 규정의 고찰을 통해 쉬링크랩라이센스의 효력 문제가 입법적으로 해결되고 있음을 살펴본다.

II. 쉬링크랩라이센스 계약의 특성

1. 쉬링크랩라이센스의 의미

소프트웨어의 거래에서 쉬링크랩라이센스라는 용어⁴⁾가 어떻게 사용되었는지 분명하지 않지만 1980년대 초반부터 사용된 것으로 보인다.⁵⁾ 미국에서는 쉬링크랩라이센스라는 용어로 통일되어 가는 경향을 보이고 있지만 그밖에 “box top”, “tear-open(tear-me-open)”, “self-executing”, “blister-pack” 등의 용어가 사용되기도 한다.⁶⁾ 최근에는 “break the seal”방식이 사용되기도 하였다.⁷⁾ 소프트웨어의 사용자가 이를 컴퓨터에 설치한 후 실행할 때 모니터의 화면 위에 프로그램저작권자가 제시하는 계약조항이 표시되고 그 조건에 승낙할 경우에는 화면의 일정 부분을 click하도록 하는 방식인 “click-on”방식도 사용되고 있다. 특히 인터넷상에서 download하는 방식에 의하여 프로그램의 매매가 이루어지는 거래 형태에서는 그 거래의 속성상 CD ROM과 같은 기록매체나 이를 포장하기 위한 패키지가 필요없게 되기 때문에 “click-on”방식을 취할 수밖에 없다. 이 경우 “webwrap David”⁸⁾이라고 호칭하기도 한다.

범용소프트웨어의 경우 많이 이루어지는 라이선스계약을 소위 “쉬링크랩라이센스”(shrink-wrap

4) 일본에서는 쉬링크랩 계약을 開封契約이라는 용어로 사용하고 있다. 국내에서는 이 문제에 대하여 본격적인 논의가 진행되고 있지 않아 용례를 알 수 없지만, 쉬링크랩계약은 소프트웨어의 공급자와 사용자간에 직접적인 합의가 없이 사용자의 일정한 행위에 대하여 계약성립을 의제하는 계약형태이므로, 의제되는 사용자행위의 대표적인 것이 패키지의 wrap을 개봉하는 행위이므로 개봉계약이라 하는 것도 무난할 것으로 보인다. 개봉계약이라는 용어를 사용한 문헌으로는 山本隆司, “シュリンクラップ契約の問題點”, 코비라이트(1979. 9).

5) Mark A. Lemley, Intellectual property and shrinkwrap licenses, Southern California Law Review vol 68, July 1995, no. 5, p 1241주 5.

6) 那須詳司, ソフトウェア使用許諾契約論(上) -シュリンクラップ・ライセンス契約を中心に- 工業所有權研究 vol 40-2, 1998.

7) “break the seal”은 마이크로소프트사가 채택한 방식이다.

8) L. Hayes(1997).

license)라 한다. 쉬링크랩라이센스에서 “라이센스”(license)는 “라이센스계약”을 뜻하는 것으로 “쉬링크랩라이센스”는 계약체결의 방법을 기준으로 한 라이선스계약의 한 종류이다.

일반시장을 통한 범용소프트웨어의 대량유통에 쉬링크랩방식이 사용된 이유는 소프트웨어의 사용에 필요한 라이선스계약의 체결에 개별협상이 매우 어려워 라이선스계약서를 표준화해야 하지만,⁹⁾ 반면 사용자가 소프트웨어의 사용조건(라이선스계약조건)에 주의를 기울일 수 있는 방식을 고안해야 했던 바,¹⁰⁾ 그 결과 대표적인 것이 “쉬링크랩” 방식이다.

쉬링크랩방식에서 라이선스는 소프트웨어(디스켓, CD-ROM)의 포장용기(예를 들어, 봉투 혹은 플라스틱케이스)의 외부에, 혹은 포장에 동봉된 카드상에, 혹은 사용자매뉴얼의 일부로 인쇄되어 제공된다.¹¹⁾ 이 경우, 사용자는 포장용기의 외부나 동 라이선스상에 지정된 특정한 행위(예를 들어, 포장용기를 감싼 플라스틱봉투를 찢거나 디스켓을 담은 용기의 밀봉(seal)을 뜯는 행위, 혹은 수신인의 주소가 인쇄되어 있고 또한 발송시 별도의 우표를 붙이지 않아도 되는 동봉된 카드를 소프트웨어 출판인에게 발송하는 행위, 혹은 소프트웨어를 인스톨하거나 사용하는 행위)를 함으로써 계약조건에 “동의”하도록 요구받는다.¹²⁾ 이 때 물론 사용자는 동 소프트웨어를 자신의 비용부담 없이 반환함으로써 계약체결을 거절할 수 있다.¹³⁾ 컴퓨터운영체제 소프트웨어의 경우에는 이것이 컴퓨터하드디

스크에 사전에 既로딩되어 컴퓨터하드웨어의 일부로 거래에 제공되는데, 이 때 라이선스계약에 대한 사용자의 동의를 얻는 방법으로, 컴퓨터의 전원스위치(on/off switch) 근처에 통지문(사용자는 스위치를 “on” 상태로 함으로써 스위치 옆에 부착된 스티커나 혹은 동봉된 카드 혹은 사용자매뉴얼에 인쇄되어 있는 라이선스계약조건에 동의하는 것이 된다는 취지)을 부착해 두기도 하고, 혹은 컴퓨터 전원코드에 통지문(사용자가 전원코드를 꼽고 컴퓨터를 부팅시킴으로써 동봉된 라이선스계약조건에 동의하게 된다는 취지)을 부착시켜 두기도 한다.¹⁴⁾ 더 나아가, 인쇄물을 사용함이 없이, 사용자가 소프트웨어를 최초 작동하는 때에 컴퓨터화면에 라이선스계약조건이 출력되도록 하는 방법도 사용된다. 이 경우 사용자는 컴퓨터자판상의 특정한 키를 누르거나 컴퓨터화면에 나타난 “yes” 버튼을 클릭하거나 혹은 기타 명시된 특정한 행위를 함으로써 라이선스계약조건에 동의하는 것으로 된다.¹⁵⁾ 그리고 이러한 동의가 있어야만 사용자는 소프트웨어를 인스톨할 수 있다.

소프트웨어의 판매계약의 경우 거래형태에 따라 오프라인판매와 온라인판매로 구분된다. 오프라인 판매는 인터넷 등의 컴퓨터통신망을 이용하지 아니한 전통적인 판매방식이며, 온라인판매는 인터넷 등의 컴퓨터통신망에 의하여 판매되는 것으로서 인터넷 전자상거래의 중요한 대상이다. 또한 오프라인판매는 소프트웨어 하우스나 서점 등에서 판매하는 진열판매와 전화 등의 통신수단을 이용

9) Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, “The Shrink-Wrap License—Is it Really Necessary?,” COMPUTER LAW (1993), 16면 참조. Maureen A. O’Rourke, “Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Preemption of Software License Terms,” 45 DUKE L.J. (1995) 479면, 495면 참조.

10) Lloyd L. Rich, “Mass Market Software and the Shrinkwrap License,” 23 COLO. LAW (1994), 1321면 참조.

11) Mark A. Lemley, “Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses,” 68 S. CAL. L. REV. (1995) 1241면 참조. Lloyd L. Rich, 앞의 글, 1327면. Michael D. Scott, “Frontier Issues: Pitfalls in Developing and Marketing Multimedia Products,” 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. (1995), 413면, 444면.

12) Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, 앞의 글, 16-17면; Mark A. Lemley, 앞의 글, 1241면 참조.

13) Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, 앞의 글, 16-17면.

14) Robert W. Gomulkiewicz & Mary L. Williamson, “A Brief Defence of Mass Market Software License Agreements,” 22 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 335 (1996) 참조.

15) Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, 앞의 글, 16면.

하여 판매하는 통신판매로 구분할 수 있다. 이러한 분류는 소프트웨어계약의 성립시기, 그리고 쉬링크래프라이센스계약을 판매계약으로 간주할 수 있는 지 여부를 판단함에 있어서 중요하다. 쉬링크래프라이센스계약에 의한 거래는 과거에는 라이선스계약이 아닌 물건의 매매로 보았으나 최근에는 라이선스계약으로 보는 경향이 나타나고 있다.

전통적인 민사법이론에 의하면 계약은 청약과 승낙이라는 의사표시의 합치에 의하여 성립된다. 그런데 쉬링크래프라이센스계약의 경우 매매계약의 당사자 사이의 의사표시의 합치가 아닌 공급자가 일방적으로 정한 wrap을 shrink 하는 행위로 대표되는 비의사표시적 요소를 가지고 있기 때문에 그것을 계약의 요건으로 볼 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 더우기 인터넷으로 대표되는 사이버 공간에서 이루어지는 전자상거래의 대상 가운데 중요한 역할을 할 것으로 예상되는 소프트웨어의 유통과 관련하여 이를 활성화하기 위한 제도적 장치로서 쉬링크래프라이센스의 유효성을 인정하여야 하는 것이 아닌가 하는 논의가 제기되고 있다.

따라서 쉬링크래프라이센스와 관련하여 원래의 매체의 매매계약에 부수되어 있는 쉬링크래프라이센스계약에 포함되어 있는 내용이 구입자를 구속할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 즉 쉬링크래프라이센스계약의 본 내용으로 성립될 수 있는가, 계약의 내용이 성립되는 경우에 약관의 내용이 사용자에게 전면적인 효력이 있는 것인가 아니면, 해석상 그 효력의 상당 부분을 제한받게 되는가 문제가 제기된다.

2. 쉬링크래프라이센스계약의 유용성

쉬링크래프라이센스는 여러 가지 유용성을 가지고

있다. 첫째, 쉬링크래프라이센스는 소프트웨어거래의 효율성을 높인다. 범용소프트웨어는 일반소매시장을 통해 대량으로 배포되기 때문에 사용자와의 개별적 접촉·협상을 통해 라이선스계약을 체결하기가 현실적으로 여의치 않고 따라서 표준양식의 쉬링크래프라이센스가 효과적인 방법이다. 둘째, 쉬링크래프라이센스를 통해 소프트웨어출판인은 규모의 경제의 이익을 누릴 수 있다.¹⁶⁾ 사용자가 증가할수록 소프트웨어의 시장가격은 상대적으로 저렴해질 수 있다. 물론 이것이 실제로 가능하기 위해서는 개개의 거래비용 특히 라이선스계약체결비용이 그에 맞게 감소되어야 한다.¹⁷⁾ 표준양식의 쉬링크래프라이센스는 개별적인 접촉·협상을 통해 라이선스계약을 체결하는 데 소요되는 비용을 제거함으로써 거래비용을 감소시켜 규모의 경제를 가능케 한다. 그 결과 사용자는 상대적으로 저렴한 가격으로 양질의 소프트웨어를 사용할 수 있게 된다.

셋째, 쉬링크래프라이센스는 소프트웨어출판인이 최종사용자에게 정보를 제공하는 기능을 한다. 범용소프트웨어의 대부분의 구매자들은 저작권법 하에서 그들이 가지는 권리나 최초판매의 법칙(doctrine of first sale), 공정사용의 법리(doctrine of fair use)에 대해 잘 알지 못한다. 일반 사용자들로서는 소프트웨어출판인이 제공하는 사용자의 권리를 설명하는 문서가 없이는 저작권법 하에서 동 사용자가 가지는 제 권리를 이용하고 행사함에 필요한 지식을 잘 알지 못한다. 더 나아가, 쉬링크래프라이센스는 소프트웨어의 해적행위를 억제하는 역할도 한다.¹⁸⁾ 소프트웨어산업계에서 일반대중을 상대로 조직적으로 소프트웨어(컴퓨터프로그램)를 다른 컴퓨터로 복제하는 것이 동 프로그

16) Darren J. Carroll, "When More is Less: Controlling the Market for Computer Software Enhancements," 43 SYRACUSE L. REV. (1992), 1321면, 1324-25면, 1345-46면 각 참조.

17) Michael Klausner, "Corporations, Corporate Law and Networks of Contracts," 81 VA. L. REV. (1995), 757면, 783면.

18) David A. Einhorn, "Box-Top Licenses and the Battle-of-the-Forms," 5 SOFTWARE L.J. (1992), 401면; Otis Port, "Copyright's New Digital Guardian," BUS. WK. (1996.5.6.), 62면 참조.

램을 절도하는 것과 같은 행위라고 계도하고 있지만, 여전히 많은 일반대중은 복제의 용이함과 복제할 권리를 혼동하고 있다.¹⁹⁾ 이에 소프트웨어라이센스는 더 이상의 복제본을 만드는 행위가 불법임(보관을 위한 복제의 경우는 예외이다)을 알리고 이 점에 관한 한 소프트웨어출판인은 서면의 통지를 할 만큼 충분히 심각하다는 것을 알리는 기능(정보제공기능)을 한다.

넷째, 쉬링크래피라이센스는 경우에 따라서는 종종 사용자가 소프트웨어를 단순히 구매하였을 경우에 가지게 되는 권리보다 더 많은 권리를 부여한다. 예를 들어, 소프트웨어출판인은 최종사용자가 라이센스 받은 컴퓨터프로그램을 그의 컴퓨터상에 또 하나의 복제본을 만들어 사용할 수 있도록 한다.²⁰⁾ 많은 일반 워드프로세싱소프트웨어는 서체를 복제하여 배포할 수 있도록 허용하며, 동 소프트웨어의 일부로 제공된 클립아트나 이미지를 복제하고 나아가 이를 사용하여 2차적 저작물을 만들 수 있도록 허용한다.

다섯째, 쉬링크래피라이센스는 다양한 지적재산권의 보호를 받는 소프트웨어의 라이센스를 가능케 한다. 책과 같은 전통적인 저작물은 상대적으로 그 사용이 특정적이고 제한적인데 비해 컴퓨터소프트웨어는 다양하게 사용되는 바, 이에 기하여 컴퓨터소프트웨어는 저작권법은 물론 특허법이나 상표법, 영업비밀보호법규 등 다양한 지적재산법에 의해 보호된다. 따라서 하나의 컴퓨터소프트웨어의 사용을 위해서는 저작권라이센스는 물론 특허라이센스, 상표라이센스, (소스코드에 대한) 영업비밀라이센스가 필요하다. 쉬링크래피라이센스를 통한 계약의 체결은 이러한 다양성에 대응할 수 있도록 한다.

3. 쉬링크래피라이센스계약의 특성

정보거래(information transaction)는 디지털 정보에 대한 실시허락(licensing)을 포함하는 거래로서 배포에 대한 배타적 권리를 포함하고 있는 지적재산권이 관련되어 있고 디지털 기술이 일정한 역할을 하기 때문에 정보산업의 거래대상과 계약구조는 전통적인 상품거래의 그것과는 완전히 다르다. 또한 디지털 정보의 등장으로 정보에 대한 권리의 거래뿐만 아니라 정보자체의 거래와 관련한 계약이 새롭게 나타나고 있다. 정보자체에 대한 계약을 체결한다는 것은 기존의 정보거래과정에서 존재하지 않던 새로운 현상으로 여러가지 새로운 법적 문제가 제기되고 있다.

정보거래의 주된 특징은 거래되는 가치가 CD나 플로피 디스켓과 같은 유형의 재산이 아니라 유형의 매개체로부터 분리될 수 있는 정보나 정보에 대한 권리라는 점, 그리고 정보에 대한 거래가 조건적이라는 점을 들 수 있다. 곧 거래의 주된 목적물이 정보를 담고 있는 유형의 매개체가 아니라 그 속에 담긴 무체물인 정보라는 것이며, 또한 이러한 정보는 일반적인 지적재산과 마찬가지로 복제가 무제한적으로 가능하다. 따라서 이러한 정보를 거래하는 계약과정에서 제기되는 문제는 계약의 기본적인 유형이 매매나 리스가 아닌 사용(실시)허락이라는 것이다.

사용허락은 사용을 허락한 당사자(실시허락자)가 계약에 의해 자신의 재산이나 자신이 통제하고 있는 정보를 다른 당사자(실시권자)가 사용할 수 있도록 허락하는 것이다. 따라서 사용허락은 정보를 포함하고 있는 유형의 매개체에 대한 소유권을 이전하는 것과는 무관하며 정보 또는 정보의 사용에 대한 권리를 이전시키기 위한 것으로서 해당 정

19) David A. Einhorn, 앞의 글, 402면.

20) 17 U.S.C. 제117조 (1)항; William H. Neukum & Robert W. Gomulkiewicz, "Licensing Rights to Computer Software," TECHNOLOGY LICENSING AND LITIGATION, Practising Law Institute (1993), 775면, 778면 참조.

보의 이용에 대해 조건이나 제한을 부과하는 계약이다. 따라서 사용허락에 물품의 매매나 리스와 관련된 기초한 기존의 법체제를 적용할 수 없으며 새로운 법체제가 요구된다.

또한 디지털 정보거래는 정보자체의 판매가 아니라 정보의 사용허락에 초점이 맞춰져 있으므로 정보를 담고 있는 유형의 매개체 자체의 이전은 거래의 부수적인 것이다. 그러므로 디지털 정보의 거래에 대한 규율은 이러한 거래의 특성을 반영하고 있어야 하며 실질적인 디지털 정보거래의 특성을 반영하는 계약의 성립, 계약상의 권리와 의무 등이어야 한다.

디지털 정보, 특히 소프트웨어의 유통과 관련한 거래의 경우에 여러 가지 복잡한 문제가 제기되는 상황에서 소프트웨어의 거래와 관련하여 쉬링크랩 라이선스계약을 선호하게 된 실질적인 이유로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.²¹⁾ ① 소프트웨어 공급자의 재산권의 보호, ② 소프트웨어 사용권의 허락, ③ 공급자의 담보(보증)책임의 제한, ④ 최종사용자의 권리 제한 등이다.

첫 번째 이유는 현재는 역사적인 의미밖에 없지만, 소프트웨어의 보호에 관하여 명확한 법적 보호 장치가 마련되어 있지 않던 시기에는 소프트웨어의 공급자는 최종사용자로부터 계약에 의하여 소프트웨어의 보호를 확보할 필요가 있었다.²²⁾ 현재에는 컴퓨터프로그램보호법이나 특허법에 의하여 소프트웨어가 보호되고 있기 때문에 최종사용자와의 계약에 의하여 공급자의 권리를 확보할 필요는 없다. 두 번째의 이유 역시 현재는 존재의 의미가 크지 않다. 소프트웨어에 대한 복제물의 소유자가

저작권자의 허락없이 사용하는 것을 컴퓨터프로그램보호법상 명확하게 규제하고 있다. 세 번째의 이유도 쉬링크랩 라이선스계약에 고유한 문제는 아니다. 이 내용은 보증책임의 제한이라는 부분과 관련하여 계약에 있어서의 소비자보호의 문제로서 발전하고 있는 부분이다. 네 번째 최종사용자의 권리 제한이라는 이유가 쉬링크랩 라이선스계약의 유효성을 논할 때 중심과제가 되며 논란이 되고 있는 부분이다.

Ⅲ. 미국 판례상 쉬링크랩 라이선스계약의 처리

미국의 쉬링크랩 라이선스계약과 관련한 판례를 검토하여 살펴본 다음, 그 과정에서 제기된 입법과정의 변화를 살펴보자. 미국에서 쉬링크랩 라이선스의 처리과정에서 미국 판례법의 발전은 크게 2 단계로 구분된다. 초기에 쉬링크랩 라이선스는 부정적으로 인식되다가²³⁾ 후에 유효성을 인정받게 된다.²⁴⁾ 이러한 판례법의 변화는 정보산업의 신속한 팽창과 컴퓨터하드웨어/소프트웨어의 저렴한 가격의 유지를 위해서는 쉬링크랩 라이선스가 필수불가결하다는 현실적인 요구 때문이었다.²⁵⁾

1. 쉬링크랩 라이선스계약의 효력을 부정한 판례

1) Vault Corp. v. Quaid Software Ltd. 사건²⁶⁾

Institute (1993), 775면, 778면 참조.

21) Mark A. Lemley (1995).

22) 우리나라의 경우는 1987. 7. 1. 컴퓨터프로그램보호법의 시행으로 소프트웨어에 관하여 저작권의 특수한 형태로 보호범위를 확정하였다.

23) 이는 UCC 제2편 하에서 쉬링크랩 라이선스는 강제력을 가지지 못한다고 보았기 때문이다. 이러한 대표적인 것이 후술하는 Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech. 판결과 Arizona Retail Sys., Inc. v. Software Link, Inc. 판결이다.

24) 이를 인정한 대표적인 판결이 후술하는 ProCD, Inc. v. Zeidenberg 판결과 Hill v. Gateway 2000, Inc. 판결이다.

25) ProCD, 86 F.3d at 1451; Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d at 1147, 1148, 1150 (7th Cir. 1997) 참조.

26) 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988)

(1) 사실관계

① 원고 Vault Corp는 「prolock」이라는 copy protection을 거는 floppy diskette을 판매하고 있었다. ② 그 프로그램에는 지문(finger printer)²⁷⁾ 라고 하는 부분이 있어서 그곳에 복사 방지용 프로그램이 들어 있었다.

③ 피고 Quaid Software Ltd.는 원고의 「prolock」의 복사방지용 프로그램을 풀 수 있는 「copywriter」를 판매하고 있었다. ④ 피고는 위 「copywriter」를 개발하는 과정에서 「prolock」을 구입한 다음, reverse engineering을 행하여 「prolock」을 해제시키는 방법을 찾아내었다.

⑤ 「prolock」프로그램 패키지에는 reverse engineering을 금지하는 내용의 shrinkwrap 약

정이 포함되어 있었다.²⁸⁾

⑥ Louisiana주에는 reverse engineering을 금지하는 내용의 shrinkwrap약정의 구속력을 인정하는 Software License Enforcement Act²⁹⁾ 가 있었다.

⑦ 이에 원고는 피고에 대하여 저작권침해³⁰⁾, 계약위반 및 영업비밀 부정사용을 이유로 소송을 제기하였다.

⑧ 연방지방법원에서 원고의 청구들, 모두 기각하였고, 이에 원고가 연방제5순회법원에 항소를 제기하였으며, 연방제5순회법원은 연방지방법원의 판결을 그대로 유지하였다.³¹⁾ 원고의 주장 중 쉬링크랩계약 위반 부분에 대한 제1심의 판시는 다음과 같다.

27) 일반적으로 복사방지의 방법으로는 실행파일의 복사방지, 데이터파일의 보호, 시스템의 보호로 대별된다. 실행파일의 복사방지 기법은 소프트웨어적 기법, 물리적 기법, 하드웨어적 기법으로 나누어 볼 수 있다. 위 소프트웨어적 기법과 물리적 기법에는 finger print기법이 가장 많이 사용되고 있다. finger print는 지문이라는 의미로서 복사(copy)명령등을 실행할 경우에는 접근할 수 없는 특정한 부분에 다른 디스크와는 구별되는 디스크 고유의 흔적이나 정보를 숨겨두었다가 불법복제된 경우에는 위 지문부분이 복사된 디스크에는 옮겨지지 아니하도록 하여 불법복제된 디스크를 정상적으로 작동하지 못하게 하는 역할을 한다. 상세한 것은 지용익, 프로텍트의 모든 것, 정보문화사 1992, 4-8면 참조

28) 구체적인 약정의 내용은 다음과 같다.
prolock protection 시스템 및 디스크의 복제물은 유저의 내부사용에 대하여서 허용된다. 사용허락된 소프트웨어의 소유권과 허락된 소프트웨어에 대한 저작권, 배타적 권리 모두 Vault사에 유보된다. 사용자는 어떠한 목적이던 Vault사의 사전 동의서 없이 사용허락된 소프트웨어에 관한 이전, 양도, 수정, 번역 기타 프로그램용어의 변경 또는 리버스 엔지니어링을 할 수 없다고 규정하고 있다. 상세한 소개는 兩宮定直, ソフトウェアライセンス契約に關する一考察, JCAジャーナル(1989° 3) 14면.

29) Software License Enforcement Act 중 필요한 부분을 보면 아래와 같다.
제1963조(강제하기 위한 요건)
누구도 다음의 요건을 전적으로 만족시키는 경우에는 라이선스계약의 조항을 승낙하고 합의한 것으로 종국적으로 추정된다.
(1) 설명문 또는 주의서(legend or notice)가 소프트웨어 또는 그 포장을 검사할 때, 용이하게 읽을 수 있도록 설정되어 있을 것
(2) 설명문 또는 주의서는 대문자 또는 일반인들이 이해할 수 있는 문자로 현저하게 표시되어 있을 것
(3) 설명문 또는 주의서에는 소프트웨어 또는 복제물의 (a)사용 또는 (b)wrap등의 개봉이 첨부된 라이선스 계약조항의 승낙으로 된다는 취지를 명확하게 기술하고 있을 것
(4) 설명문 또는 주의서에는 첨부된 라이선스계약조항에 승낙하지 아니한 자는 합리적인 기간내에 미사용인 채로 반환할 수 있고, 지불대금 전액의 반환을 받을 수 있다는 것이 명확하게 기재되어 있을 것
(5) 당해 소프트웨어의 구입자가 첨부된 라이선스 계약조항을 승낙한 것으로 간주할 수 있는 행위를 한 경우

제1964조(승낙의제)에서는 소프트웨어의 복제물의 소유권을 licenser에게 유보하는 조항 등이 라이선스계약에 포함되어 있다면, 그 조항을 승낙한 것으로 본다. 상세한 것은 那須詳司, 전계논문(상) 19, 20면 주 39, 40 참조

30) 저작권 침해의 쟁점 및 그에 대한 판시 내용은 山本隆司, 전계논문 5, 6면 참조. 쟁점의 골자는 첫째, 피고가 reverse engineering을 행하는 과정에서 원고의 프로그램을 피고의 컴퓨터에 load하였는데, 컴퓨터의 RAM에 load하는 행위는 복제행위에 해당하고 이는 피고가 원고의 컴퓨터프로그램저작권을 직접 침해한 것이고, 둘째, 피고가 판매한 copywriter를 매수한 제3자가 이것을 사용하여 원고의 prolock이 걸린 다른 프로그램을 무단 복제할 경우, 피고의 프로그램이 무단복제의 도구로 사용되었기 때문에 이는 원고의 컴퓨터프로그램저작권을 간접적으로 침해한 이른바 기여침해에 해당한다는 것이고, 셋째, 원고의 prolock프로그램의 일부가 피고의 copywriter프로그램 중에 포함되어 있기 때문에 피고의 프로그램은 원고의 2차적 저작물에 해당하는데, 피고가 원고의 허락없이 2차적 저작물을 작성한 것은 저작권을 침해한 것이다라고 하는 점등이다.

RAM에 load하는 행위는 복제행위에 해당하는 지에 대하여는 黃贊鉉, "MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 判決에 대한 小考", 1997 實務便覽(서울地方法院), 525면 이하를, 미국법상의 직접침해와 기여침해에 관하여는 David bender, "U. S. Copyright and the Internet", 정보법학 창간호(1997 한국정보법학회) 336면 이하를 각 참조

31) 원고는 항소하면서 영업비밀 부정사용의 점에 관하여는 항소를 제기하지 아니하고 소를 취하하였다. 영업비밀은 비밀로서 관리되어져야 할 것인데도, 소프트웨어는 그 속성상 그 자체로부터 영업정보가 알려지게 되어 영업비밀로서의 요건을 충족하지 못한다고 할 것이다.

(2) 판시

쉬링크랩계약의 유효성을 규정한 루이지애나주의 Software License Enforcement Act의 규정은 연방법인 저작권법에 preemption³²⁾ 되어 무효로 된 규정에 기한 Vault사의 쉬링크랩약정은 연방 저작권법의 취지에 반하는 범위에 한해서는 그 효력을 인정할 수 없다고 판시하였다.

구체적인 근거로 첫째, 어떠한 경우의 복제도 일률적으로 금지하는 것은 프로그램저작물의 소유자에게 일정한 범위 내에서의 복제를 허용하고 있는 연방 저작권법 제117조³³⁾에 직접적으로 배치된다, 둘째, 파생저작물의 작성을 금지하는 것은 저작권법 제106조(2)³⁴⁾에 규정하는 배타적 권리와 실질적으로 동일하기 때문에 저작권법에 의하여 전점된다, 셋째, 역 어셈블링을 금지하는 것은 저작권법 제117조에서 일정한 범위에서 허용되는 reverse engineering을 금지하는 것이므로 저작권법에 반한다는 것 등을 들고 있다.

2) Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology 사건³⁵⁾

(1) 사실관계³⁶⁾

① The Software Link, Inc.(이하 TSL이라 한다)사는 multi-user용 OS인 “Multilink Advanced”라는 이름의 프로그램을 판매하고 있었다.

② 원고 Step-Saver Data System, Inc.(이하 Step-Saver라고 한다)는 변호사 또는 의사들의 사무실에서 사용할 수 있는 multi-user용의 프로그램을 구동할 수 있는 OS로 사용하기 위하여 TSL로부터 “Multilink Advanced”를 구입하였다.

③ Step-Saver는 TSL에 “Multi-link Advanced”를 전화로 주문하였는데, 그 당시 TSL 측의 판매담당자로부터 “Multi-link Advanced”를 OS로 사용하더라도 DOS환경하에서 작동할 수 있도록 설계된 프로그램도 90% 정도의 호환성이 있다는 내용의 확인을 받았다.

④ Step-Saver와 TSL 사이에 전화주문시 가격, 수량과 선적 및 지불조건에 대하여 합의를 하였다.

⑤ 이에 TSL은 Step-Saver가 주문한 “Multilink Advanced”프로그램의 패키지와

32) preemption은 연방제도를 취하고 있는 미국의 특유한 제도이다. preemption은 연방법이 주법에 우선하여 적용되어 연방법에 의한 주법의 배제를 의미한다. 일본에서는 그 譯語로는 專占이라고 사용하고 있다.

33) 미국 연방 저작권법 제117조는 다음과 같이 규정하고 있다.

§117. Limitations on exclusive rights: Computer programs

Notwithstanding the provisions do 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 adaption of that computer program provided:

(1) that such a new copy or adaption is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with the machine and that it is used in no other manner, or
(2) that such new copy or adaptation is for archival purpose only and that all archival copies are destroyed in the event that continued possession of the computer program should cease to be rightful.

Any exact copies prepared in accordance with the provisions of this section may be leased, sold, or otherwise transferred, along with copy from which such copies were prepared, only as part of the lease, sale, or other transfer of all rights in the program. Adaptation so prepared may be transferred only with the authorization of the copyright owner.

34) 미국 연방 저작권법 제106조(2)는 다음과 같이 규정하고 있다.

§106. Exclusive rights in copyrighted works

Subject to section 107 through 118, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and the authorize any of the following:

(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work:

35) 939 F.2d 91(3d Cir. 1991)

36) 상세한 사실관계는 David L. Hayes(1992).

Step-Saver와 합의된 내용의 가격등의 계약조건이 포함된 송장을 함께 선적하였다.

⑥ Step-Saver에게 인도된 "Multilink Advanced" 프로그램의 패키지의 외부에 그 패키지를 개봉하는 경우에는 패키지 속에 동봉되어 있는 Shrinkwrap 약정에 동의한 것으로 본다는 내용의 기재가 있었고, 그 약정에는 패키지 속에 포함되어 있는 디스크에 결함이 있는 경우를 제외하고는 담보책임을 부담하지 아니한다는 내용이 기재되어 있었다.

⑦ Step-Saver는 TSL의 "Multilink Advanced"을 OS로 하고 시스템을 구축하고 여기다가 Wyse Technology의 단말기를 결합하여 판매하였는데, 이 시스템을 구입한 수요자로부터 위 시스템에서 DOS용 프로그램이 제대로 작동하지 아니한다는 이유로 손해배상청구소송을 당하였다.

⑧ 이에 Step-Saver는 TSL과 Wyse Technology를 상대로 담보책임을 위반하였다는 이유로 이 사건 소송을 제기하게 되었다.

⑨ 제1심은 이 사건 shrinkwrap계약은 원고와 피고 사이의 완전하고도 배타적인 합의가 형성된 계약으로서 구속력을 갖는다고 판시하였다.

⑩ 이에 대하여 원고는 제3연방순회법원에 항소를 제기하였다.

(2) 판시

이 사건의 패키지에 관하여 그 수량과 가격에 대하여 전화로 결정되었을 때 계약이 성립하였다고

주장함에 대하여, 피고는 계약성립에 필요한 조건은 구두로 전부 결정될 수 없다고 주장하고 있다. 예를 들면 담보책임과 같은 계약상 극히 중요한 조항은 구두로서 체결할 수 없고, 전화로 통화함에 있어 계약으로서는 불완전한 합의밖에 되지 아니하므로 그 시점을 계약의 성립시기로 볼 수 없고, 계약의 성립시점을 인정하기 위하여는 쉬링크랩약관 부분이 청약에 해당하고, 그에 따라 wrap을 파기하는 시점이 승낙에 해당한다고 주장하였다.

법원은 최초의 전화통화시에 계약이 성립하였다고 판시하였다. 그 근거로서 UCC의 매매에 관한 규정을 들고 있다. 그 규정 중 §2-204조는 계약의 성립에 관하여 계약조건이 전부가 확정되어 있을 필요는 없고, 기타 필요한 조건은 그것을 결정할 수 있는 합리적인 전제가 있으면 족하다는 취지로 규정하고 있다. 그런데 이 사건에서 문제로 된 담보조항에 관하여는 UCC 중에 담보책임을 내용에 관하여 규정되어 있다. 구두로 통화시에 이미 계약은 성립한다고 판시하였다.³⁷⁾

3) Arizona Retail v. Software Link, Inc 사건³⁸⁾

제3순회항소법원에서 이루어진 Step-Saver 판결은 Arizona Retail v. Software Link, Inc. 판결에서도 지지되었다. Arizona Retail 사건의 사실관계와 라이선스계약조건은 Step-Saver 사건의 그것과 매우 유사한 까닭에 지방법원은 사건을 판결하는데 있어 Step-Saver 판결에 의존하였다.

37) Step-Saver사건과 유사한 사안에서 shrinkwrap약관을 유효하다고 판시한 사건이 있다. Arizona Retail System, Inc. v. Software Link, Inc.(831 F. Supp. 759)사건에서 애리조나 주 연방지방법원에서 소프트웨어와 함께 송부된 shrinkwrap약관의 효력을 인정판결을 하였다. 그러나, 이 사건의 사실관계는 Step-saver사건과는 차이가 있다. 즉, 원고인 Arizona Retail System, Inc.은 피고인 Software Link, Inc.로부터 소프트웨어를 송부받아 wrap을 개봉하고 shrinkwrap약관을 읽은 다음 그 소프트웨어를 사용하여 볼 때까지 구입 여부를 유보하였다. 따라서 이 사건에 있어서는 shrinkwrap약관을 인식하고 난 후에 계약이 체결된 것으로서 shrinkwrap약관은 구속력이 있다고 판시하였다. 한편, 위 법원은 전화주문의 경우에는 Step-Saver사건에서와 같이 shrinkwrap약관의 효력을 부정하고 있다. 따라서, 이 사건은 제한적 범위 내에서만 선례적 가치가 있다고 하겠다. 상세한 것은 Lemley(1995).

38) Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc., 831 F. Supp. (D. Ariz. 1993).

법원은 UCC 제2-207조에 의하면, “청약을 하면서 일반적 합의사항을 명시하나 특정한 계약조건이 동 합의사항에 포함되지 않는다면 청약에 동의하지 않고자 하는 매도인은 자신의 ‘승낙’이 대응 청약에 해당함을 명시하여야 한다”는 점에 주목하였다. 동 법원은 매도인(Software Link)이 제2-207조 소정의 요건을 충족시키지 못하였고 따라서 동 라이선스는 조건부승낙으로 인정되지 않는다고 결론내렸다. 나아가 동 법원은 동 라이선스를 UCC 제2-209조 하에서 분석하였다. 동 법원의 해석에 의하면 동 제2-209조는 제안된 계약의 변경에 대해서는 명시적인 동의가 필요하고, “동의는 명시적이어야 하며 당사자의 계약지속행위로부터 추론될 수 없다”. Arizona Retail이 라이선스 계약조건에 명시적으로 동의한 바 없었기 때문에 제안된 계약변경은 계약의 일부로 인정되지 않았고, 따라서 동 법원은 동 라이선스가 강제력이 없다고 판시하였다.

2. 쉬링크랩라이선스계약의 효력을 인정한 판례

Step-Saver 사건과 Arizona Retail 사건 등에 대한 판결은 주요한 계약조건이 당해 소프트웨어에 대한 대금지급이 있는 후에 구매자-라이선스이용자에게 알려진다는 사실에 법원이 주목한 것이다. 이 두 사건의 판례에 따르면 쉬링크랩라이선스의 “포장을 개봉함으로써 동의한다”는 문구는 UCC 제2편의 제 규정下에서 달리 결함을 가지게 되는 거래를 치유하지 못하고 있다. 그러나 1990년대 중반에 들어, 쉬링크랩라이선스와 클릭랩라이선스의 사용확대와 정보산업분야에 있어 이들 라이선스 사용의 불가피성이 호소력을 갖게 되고

이에 법원은 미국의 고도기술산업분야의 지속적인 성장과 발전을 위해서는 이러한 라이선스의 법적 효력을 인정하는 것이 중요하다고 인식하기 시작하였다. 1990년대 후반에 들어, 제7순회항소법원이 이러한 경향을 주도하였다. 그 대표적인 판결이 ProCD, Inc. v. Zeidenberg 판결³⁹⁾ 과 Hill v. Gateway 2000, Inc. 판결⁴⁰⁾ 이다. 이 두 판결에서 동 항소법원은 쉬링크랩라이선스의 강제력이 인정되기 위한 기준을 제시하였다. 이 두 판결은 제3순회항소법원의 Step-Saver 판결과 Arizona Retail 판결을 실질적으로 극복하는 것이다.

1) ProCD, Inc v. Zeidenberg사건⁴¹⁾

(1) 사실관계

① ProCD는 3,000개를 초과하는 전화번호부로부터 취득한 정보를 컴퓨터에서 사용할 수 있는 데이터베이스로 편집하였다.

② 이 데이터베이스는 알파벳순으로 배열되어 있을 뿐만 아니라 우편번호, 國勢調査코드 등의 부가정보를 함께 수록하고 있었다.

③ ProCD는 이 데이터베이스를 “Select-Phone”이라는 이름의 CD-ROM 형태로 판매하고 있었는데, “SelectPhone”은 위 데이터베이스 이외에 이를 검색하거나 download받을 수 있는 프로그램이 포함되어 있었다.

④ 개인적 이용을 목적으로 하는 Single User용 라이선스약관에는 사용자에게는 이 소프트웨어 및 데이터의 복제에 관하여 사적이용에 한하여 허용되고, 소프트웨어의 양도, 대여 및 네트워크에서 동시사용할 수 없도록 하는 내용이 포함되어 있었다.

39) 86 F.3d (7th Cir. 1996).

40) 105 F.3d (7th Cir. 1997).

41) 86 F.3d 1147, 1449(7th Cir. 1996).

이 조항의 내용은 매뉴얼의 내용뿐만 아니라 소프트웨어를 기동할 때마다 화면상에 표시되었다.

⑤ 피고 Zeidenberg는 “SelectPhone”의 복제물을 소프트웨어판매점에서 구입하였다. 그 후 피고는 인터넷상에서 전화번호 데이터를 제공하는 Silken Mountain Web Service 사를 설립하여 구입한 “SelectPhone”의 데이터를 자기의 컴퓨터에 로드하여 다른 유저가 그 데이터베이스를 검색할 수 있도록 홈페이지에 이를 게시하였다.

⑥ 이에 ProCd는 Zeidenberg에 대하여 저작권 침해를 이유로 소송을 제기하였다.

(2) 판시

이 사건에 관한 제1심 법원은 매매계약은 피고가 판매점에서 이 사건 소프트웨어를 구입한 때에 완결되었음을 전제로, 위에서 본 라이선스의 내용은 패키지의 외부에 기재되지 아니하였을 뿐만 아니라 매매계약시에 피고에게 개시되지도 아니하였으므로 위 라이선스의 내용은 계약의 내용이 될 수 없다고 판시하였던 것에 반하여, 제2심 법원은 Zeidenberg가 소프트웨어 구입시에 합의한 계약 조건의 하나로는 사용자는 이 사건 라이선스 조항에 구속된다는 점이다. 외부에 기재되어 있는 조항에 대하여서만 계약내용이 되는 것은 아니라는 것이다. ProCd는 유저가 이 사건 프로그램을 기동할 때, 먼저 라이선스 조항이 화면상에 나타나도록 설계되어 있으므로 Zeidenberg는 소프트웨어를 사용하기에 앞서 라이선스 조항을 읽을 기회를 갖게 되어 계약의 존재를 알 수 있었다고 할 것이다. ProCd는 계약내용을 개시하여 불복할 수 있는 기회를 주었음에도 불구하고, Zeidenberg는 위 조항을 거절하지 아니하고 사용하였기 때문에 계약 조항을 승낙하였다고 본다. 또한 이 사건의 경우는 당사자 사이에 계약에 불과하므로 연방법과의

preemption의 문제는 발생하지 아니한다고 판시하였다.

2) Hill v. Gateway 2000, Inc사건

Hill v. Gateway 2000, Inc. 사건에서, 제7순 회항소법원은 ProCD 판결을 따라 판결하는데, 최소한 동 제7순회항소법원에서는 쉬링크래피라이센스가 법적 효력을 인정받게 되었다고 볼 수 있다. Hill 사건에서, Hill은 Gateway로부터 전화로 컴퓨터를 구입하였고, 이에 Gateway는 당해 컴퓨터를 쉬링크래피라이센스와 함께 발송하였다. 동 라이선스에는 컴퓨터의 판매에 기한 분쟁은 중재로 해결하기로 하는 仲裁條項이 들어 있었다.

이 사건에서 동 항소법원은 Gateway로서는 라이선스계약조건을 전화상으로 Hill에게 알려주는 것이 현실적으로 별다른 의미가 없었음을 주목하고, 이에 특히 구매자가 계약조건을 본 후 반대한다면 당해 물품을 반환할 권리를 가지는 거래의 경우 라이선스계약조건을 담은 문서는 구매자와의 통신을 가능케하는 효과적인 방법으로서 기능하는 것에 불과하다고 보았다. 이에 비해, 동 항소법원은 계약의 성립시점을 중요하게 보고 Hill은 컴퓨터를 수령, 보관, 이용함으로써 Gateway의 청약을 승낙한 것이라고 결론을 내렸다. 이와 더불어 동 항소법원은 ProCD 판결에 따라 판매자는 고객이 물품을 검사하고 라이선스계약조건을 검토할 기회를 가진 후에 계약이 성립된다는 제의를 한 것이기 때문에 Hill의 승낙은 계약을 성립시켰다고 보았다. 이에 따라 동 법원은 쉬링크래피라이센스는 양 당사자간의 계약의 일부가 되고 동 라이선스상의 중재조항은 강제력이 있다고 판시하였다.

3. 쉬링크랩관련 판결유형의 변화⁴²⁾

미국에서의 쉬링크랩계약에 관한 논의의 중점은 ①계약의 성립과 관련하여 쉬링크랩약관이 포함되어 판매계약이 성립된 것인지, ②계약으로 성립된 경우 쉬링크랩약관의 내용과 관련하여 그 유효성을 인정할 주범이 연방법인 저작권법에 의하여 preemption되는 것인지 여부에 있다.⁴³⁾

Vault사건과 Step-Saver사건에서는 커먼로상의 동산매매법리에 의하여 진열판매의 경우⁴⁴⁾에는 대금지급시에 통신판매의 경우⁴⁵⁾에는 전화로 주문하였을 때 계약이 성립하는 것으로 보고, 위 계약 성립시에 개시되지 아니한 쉬링크랩약관의 효력을 부인한 것에 반하여, ProCD사건에서는 전통적인 이론과는 달리 쉬링크랩약관의 내용을 알았을 때 계약이 성립하는 것으로 보고, 다만, 구입자가 그 약관의 내용에 동의하지 아니할 경우에 한하여 계약에서 벗어날 수 있다는 구성을 하고 있다. 특히 ProCD사건에서는 당시 개정작업이 진행되고 있던 UCC의 초안 내용에 영향을 받은 것으로서 쉬링크랩약관의 존재가 사용자에게 충분히 알려지고, 사용자로 하여금 그 내용을 알 수 있도록 주의를 환기할 수 있는 조치를 취한 경우에는 shrinkwrap

약관은 일단 판매계약의 내용이 되고 그 구체적인 내용에 대하여 불공정성 여부에 따라 그 효력을 탐구할 수 있는 단서를 제공하였다고 할 것이다.^{46) 47)}

쉬링크랩라이센스의 강제가능성의 문제가 완전히 해결된 것은 아직 아니나, 그럼에도 ProCD 판결의 논리는 현재 지지되고 있는 듯하다.⁴⁸⁾ 최근의 두 개의 9회법원 판결은 쉬링크랩라이센스의 효력을 긍정하는 이러한 경향을 뒷받침한다. Mortenson Co. v. Timberline Software 사건⁴⁹⁾에서, 법원은 쉬링크랩라이센스상의 손해배상제한 조항은 강제력이 있다고 판결하였다. 동 법원은 ProCD 판결과 Gateway 판결의 제7순회항소법원의 논리를 지지하면서 이 건 계약은 구매자가 소프트웨어를 인스톨하고 사용한 때 체결되었다고 보았다. 그 결과 동 법원은 쉬링크랩라이센스는 계약의 일부로 되며 또한 동 라이선스상의 손해배상 제한조항은 강제가능하다고 판결하였다.

Caspi v. Microsoft Network 사건에서 뉴저지 9회 대법원은 인터넷서비스제공자인 Microsoft Network을 이용하기 위해 원고가 체결한 클릭랩 라이선스상의 법정지선택조항의 강제력을 인정하였다.⁵⁰⁾ 다만 의아하게도 동 법원은 ProCD 판결과 Hill 판결을 언급하지도 인용하지도 않았다. 오히

42) 일본에서는 shrinkwrap 계약에 관하여 대체로 유효하다고 보는 것이 다수설에 해당한다고 볼 수 있다. 그 중 가장 대표적인 것은 의 사실현설이다. 일본 민법 제526조 2항은 “청약자의 의사표시 또는 거래상의 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에 있어서 계약은 승낙의 의사표시로 인정할 수 있는 때에 성립한다”고 규정하고 있다. 위 규정은 승낙의 의사표시가 없다고 하더라도 그 의사표시를 대신할 수 있는 사실행위가 있다면 계약은 성립한다는 것이다. 그 전형적인 예가 매수인이 어떤 물건에 대하여 얼마의 가격에 매수하겠다는 청약을 한 상태에서 매도인이 그 가격조건에 맞추어서 물건을 납품하는 경우이다. 매도인의 위 납품행위는 매수인의 청약에 대한 승낙의 의사표시는 아니지만 승낙의 의사표시를 대신할 수 있는 사실행위라 할 것이다. 이 설에도 2가지 설명방법이 있다. (1) shrinkwrap이라는 형태가 거래상의 관행으로 되었기 때문에 shrinkwrap을 찢는 사실행위가 승낙의 의사표시로 된다고 하는 해석이고, (2) 당해 사실행위에 승낙의 의사가 실현되어 있기 때문에 승낙의 의사표시가 된 것으로 보는 해석이다. 한편 사용자측에서 보면 shrinkwrap 계약에서는 승낙의 의사표시가 없다는 이유로 무효로 보고 있는 입장이다. 그 상제는 山本隆司, 전계는 문 3-4면 참조, 또한 유효설로는 부합계약설이 있다.

43) preemption의 문제는 연방제도를 유지하고 있는 미국의 경우에는 연방법과 주법의 효력상의 우열의 문제이므로 여기에서는 더 이상 검토하지 않는다.

44) Vault사건의 경우이다.

45) Step-Saver사건의 경우이다.

46) 那須詳司 전계논문, 14면

47) ProCD에 대한 비판으로는 전석진, “컴퓨터프로그램의 유통 활성화를 위한 제도적 장치” 「정보법학」, 한국정보법학회, 1999.

48) Scott J. Spooner, “The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia’s Uniform Computer Information Transactions Act,” 7 RICH. J.L. & TECH. 27 (Winter 2001), at <<http://www.richmond.edu/jolt/v7i3/article1.html>>

49) 970 P.2d 803 (Wash. Ct. App. 1999), aff’d en banc, 998 P.2d 305 (Wash. 2000).

50) 732 A.2d 528 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999).

려 동 법원은 일반적인 계약서에 담긴 법정지선택 조항을 다루는 판례법에 따라 동 법정지선택조항의 효력을 분석하였다. 동 법원은 Carnival Cruise Lines v. Shute 사건의 대법원판결이 적용된다고 하면서, “사용된 매체(전자적 매체 v. 인쇄매체)가 다르기 때문에 이 건의 시나리오는 다르다; 그러나 그럼에도 중요한 것은 중대한 차이가 없다는 것이다”라고 실시하였다. 동 건의 법정지선택조항이 이에 적용되는 일반적 요건을 만족하였기 때문에 동 조항의 강제력은 인정되었다.

IV. UCITA상 쉬링크랩 라이선스계약의 처리

1. UCITA상 계약의 체결

쉬링크랩 라이선스계약의 법률적 취급에 있어 미국의 판례 변화는 크게 i) 쉬링크랩 라이선스의 효력을 부인하던 형태에서,⁵¹⁾ ii) 1990년대 후반에 들어 이러한 계약의 강제력을 일반적으로 인정하는⁵²⁾ 단계로 나눌 수 있다. 쉬링크랩형태와 같은 정보거래와 관련한 법률적 측면의 이러한 변화는

미국통일상법전(UCC)의 Art. 2B와 관련해서부터 나타나기 시작했다. 진정한 의미의 정보거래는 디스켓이나 CD와 같은 유형의 매체가 아니라 그에 내재되어 있는 무체물인 정보임에도 불구하고 이 전까지 미국법원에서는 동산매매(sale of goods)에 관한 규정인 UCC Art. 2를 적용해온 것이 일반적이었다. 따라서 컴퓨터 소프트웨어와 같은 정보의 거래와 관련한 합리적인 분쟁해결을 위해 NCCUSL(National Conference of Commissiondrs on Uniform State Law)에서 Art.2B에 대한 연구가 진행되었다.⁵³⁾ 그러나 무체적인 정보에 대한 거래는 유체물의 거래와 달라 이를 물품에 대한 거래를 강조하는 Art.2와 Art.2A(리스)에 추가적으로 포함하기에는 적절하지 않다는 지적에 따라 컴퓨터 정보거래를 규율하는 법을 Uniform Computer Information Transaction Act(UCITA)로 1999년 7월 NCCUSL에서 채택하게 된다.⁵⁴⁾

UCITA에서 계약의 체결은 양당사자간의 계약 체결을 목적으로 한 의사의 합치에 달려 있다. 그렇지만 합의방식에 대한 제한은 없다. UCITA 제 210조에서는 의사표시가 아닌 사실행위에 의해서도 계약이 체결될 수 있음을 명시하고 있으며, 제 206조에서는 인간이 아닌 컴퓨터 등의 전자대리인의 작동에 의해서도 가능함을 명문화하고 있다.

51) 제3순회항소법원은 UCC 제2-207조를 적용하여 쉬링크랩 라이선스의 효력을 부정한 대표적인 판례로는 Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d at 91, 94 (3rd Cir. 1991) 참조. 지방법원의 판례로는 Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc., 831 F. Supp. (D. Ariz. 1993) 참조.

52) 제7순회항소법원은 쉬링크랩 라이선스의 법적 효력을 인정하는 경향을 주도하였다. 대표적인 판례로는 ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d at 1148, 1447, 1449, 1450-53 (7th Cir. 1996); Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d at 1147, 1148, 1150 (7th Cir. 1997) 참조. 州法院의 판례로는 M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software 970 P.2d 803 (Wash. Ct. App. 1999); Management Computer Controls, Inc. v. Charles Perry Const., Inc., 39 UCC Rep Serv 2d 1162 (Fla. App. 1999) 참조.

53) Art. 2B는 디지털 정보거래를 세계 최초로 규율하고자 한 입법으로 1991년 매사추세츠 변호사협회의 위원회의 제안에 의해 시작되었으며 1992년 NCCUSL은 이를 위하여 기초위원회를 구성하였다. 정보거래를 규율하기 위해 통일적인 법체제를 구축하려는 Art. 2B 역시 다른 상사법분야의 법제화와 마찬가지로 컴퓨터 정보거래에 대한 상업적인 관행을 반영하여 판례법을 법령화하기 위한 것이었다. Art. 2B는 1994년 초안을 마련 한 이후 1995년 ‘무체물의 실시허락’에 대해 Art. 2B 기초위원회가 새로 선임되었다.

54) UCITA에서는 컴퓨터정보거래를 102조의 개념 정의의 관련 조항에서 다음과 같이 정의하고 있다. “컴퓨터 정보거래란 컴퓨터 정보 또는 컴퓨터 정보에 대한 정보재산권을 생성, 수정, 이전 또는 라이선스하기로 하는 합의 또는 그 이행을 말한다. 한편 디지털 정보거래의 핵심인 ‘라이선스’에 대해서는 “정보 또는 정보재산권에 접속하거나 이를 이용, 배포, 실행, 수정 또는 복제할 권한을 부여하지만, 권한이 부여된 그 접속 또는 이용을 명시적으로 제한하거나 정보에 대한 전권은 부여하지않는 계약”이라 정의한다.

또한 UCITA에서는 쉬링크랩라이센스계약체결의 유효성을 인정하고 있다. 2003년 4월 현재, Maryland 州(2000.10), Virginia 州(2001.7)가 이를 주법으로 채택(state adoptions)하였다.⁵⁵⁾ 그 후 NCCUSL은 2002년 8월 2일에 개정 UCITA를 발표하였다.^{56) 57)}

UCITA는 쉬링크랩라이센스의 강제력의 문제를 입법적으로 해결하고 있다. UCITA의 초안자들은 물론 이에 비판적인 학자나 법률가들도 UCITA 하에서 구매자에게 일정한 절차적 보호가 제공되는 경우 쉬링크랩라이센스가 강제력을 가진다는 사실을 부정하지 않는다.⁵⁸⁾

2. UCITA상 쉬링크랩라이센스계약

1) 표준양식(standard forms)에 의한 계약 체결

대부분의 상사계약과 마찬가지로 온라인계약 역시 모두 “표준양식”(standard forms)⁵⁹⁾에 의해 이루어진다. UCITA에서는 당사자의 “동의”(assent)를 요건으로 하여 표준양식에 의한 계약의 강제력을 인정한다. 이는 상거래에 있어 중요한 원칙이고 대부분의 사람이 오랫동안 그러하다고 생각하여 왔던 것이다.

UCITA하에서 당사자는 기록(이것이 표준양식 이전 아니건)을 “검토할 기회”(opportunity to review)를 가진 후 동 기록에 “동의의 표시”(manifests assent)을 하면, 동 기록상의 계약조건은 계약의 내용으로 채택된다.

이러한 “동의의 표시”(manifests assent)의 개념은 리스테이트먼트 제19조에서 나온 것이나, 그 요건은 UCITA에 의하여 성문화되었다.⁶⁰⁾ 이 개념은 자신의 행위(voluntary conduct)가 상대방에 의해 동의로 추론(inference of assent)될 것임을 합리적으로 알고서 동 행위를 할 것을 요구한다. 이러한 법논리는 계약조건에의 동의에 관한 수십 년간의 판례를 통한 결실(distills decades)이다. UCITA에 의한 동 결실의 성문화를 통해 당사자들은 정보거래와 관련한 체계적인 계약체결절차를 알게되고 법원 역시 통일된 기준을 적용한 판례가 가능하게 된다.

쉬링크랩라이센스계약 역시 UCITA에서는 표준양식에 의한 계약이다. 표준양식(standard forms)에 의한 계약체결은 컴퓨터 정보업계에서는 소위 “쉬링크랩 라이선스”(shrink wrap licenses)를 사용하는 방식으로 행하여지고 있다.⁶¹⁾

55) 이 외에도, Nevada州와 Oklahoma 州 등이 채택여부를 긍정적으로 검토하고 있다. 이에 관한 상세한 사항은 <http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucita.asp> 참조.

56) 2002년 개정 UCITA의 원문은 <<http://www.nccusl.org/nccusl/ActSearchResults.aspx>>에서 찾아볼 수 있다.

57) 본 글에서 인용된 UCITA의 조문은 이 2002년 UCITA에 따른 것이다.

58) Carlyle C. Ring, Jr. & Raymond T. Nimmer, “Series of Papers on UCITA Issues,” National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, (2000), <http://www.nccusl.org/uniformact_qanda/uniformacts-q-ucita.htm>; Robert W. Gomukiewicz, “How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B,” 36 HOUS. L. REV. (Spring 1999) 191-193면; Lorin Brennan & Glenn A. Babber, “Why Software Professionals Should Support The Uniform Computer Information Transaction Act and What will Happen If They Don’t,” <<http://www.2bguide.com/docs>> 참조.

59) “표준양식”이라 함은 거래에서 반복적으로(repeated) 이용하기 위하여 마련된 계약내용을 포함한 일련의 기록(records)을 의미한다. 따라서 가격, 수량, 대금지급방법, 표준선택사항(standard options) 항목 중의 개별 채택이나 인도시기 및 방법의 결정을 제외한 나머지 거래조건들은 개별적인 협상을 통해 변경하지 않고 거래에서 이용하는 것을 말한다(UCITA Art. 102(a)(61)).

60) UCITA Art. 112(manifests assent) 및 113(opportunity to review) 참조.

61) 일반적으로 계약조건은 교섭시부터 그리고 이행이 행하여지기 전에 확정되나 항상 그런 것은 아니다. 계약조건이 합의가 이루어지기 전에 당사자들은 이행을 개시하기도 하는 바, 이 경우 교섭과정에 변호사들이 참여한다. 이러한 관행의 효력은 UCC 제2편과 UCITA에서 인정되고 있다.

2) 쉬링크랩 라이선스계약

전술한 바와 같이 “쉬링크랩 라이선스”라 함은 어떤 제품을 구입하기로 하고 이를 수령할 때까지 그 계약조건을 볼 수 없는 계약을 말한다(The term “shrink wrap” refers to a contract that you do not see until after you initially agree to acquire a product and receive it). 최근들어 동 라이선스는 소프트웨어는 물론 다양한 유체물의 거래에도 이용되고 있는 표준적인 영업방법이다.⁶²⁾

라이선스의 경우 계약조건은 포장의 내부에 동봉되거나 아니면 당해 소프트웨어가 사용자의 컴퓨터에 로드된 때 화면상에 나타난다. 각각의 경우, 라이선스이용자는 포장을 개봉하거나 화면에 클릭 및 기타 행위를 함으로써 라이선스의 계약조건에 동의할 것일지를 응답하도록 요구된다. 종종 동 계약은 소매상과 구매자 간의 계약이 아니고 오히려 출판인(라이선스제공자)과 최종이용자(라이선스이용자) 간의 계약이다.⁶³⁾

UCITA에서 쉬링크랩 라이선스계약을 유효한 계약의 방법으로 인정하고 있지만 그 방법이 일정한 요건을 만족하는 경우에만 강제력⁶⁴⁾ 을 지니게 되는 것으로 본다.⁶⁵⁾ 또한 쉬링크랩 라이선스계약은 양 당사자가 계약조건을 합의한 경우 이를 변경

하지도 못한다.

UCITA는 쉬링크랩라이선스계약이 유효성을 갖기 위해서는 다음과 같은 절차적 요건(procedural rules)이 필요한 것으로 규정하고 있으며 일반시장거래에 있어 이러한 요건 이외에 추가적 요건이 필요한 것으로 규정하고 있다.⁶⁶⁾

첫째, 쉬링크랩 라이선스는 당사자가 계약조건에 동의하기에 앞서 이를 “검토할 기회”(opportunity to review)를 가지지 않은 한 강제력이 없다. 동 라이선스의 경우, 당해 계약조건에 당사자의 주의를 끌지 못하였거나 동 당사자가 동 계약조건을 거절하는 경우 반환권과 환불권을 가지게 되지 않는 한 동 당사자는 동 계약조건을 검토할 기회를 가진 것이 아닌 것으로 된다.^{67) 68)}

둘째, 쉬링크랩 라이선스는 당사자가 “동의를 표시”(manifests assent)을 하지 않는 한 강제력이 없다. 여기서는 계약조건에의 동의로 해석될 수 있음을 합리적으로 알고서 어떤 행위를 할 것이 요구된다.⁶⁹⁾

마지막으로 쉬링크랩 라이선스는 당사자가 처음부터 그 계약조건이 추후에 동의를 위하여 제시될 것임을 합리적으로 알지 않은 한 강제력을 가지지 못한다.⁷⁰⁾ 이는 계약의 존재 그 자체가 어떠한 기습적인(surprise) 것이 되지 못하도록 하기 위함이다. 계약조건이 추후에 제시될 것임을 합리적으로

62) 예를 들어, 전화나 메일을 통해 제품을 주문할 수 있는데 제품을 인도받은 후 포장을 개봉하면 그 포장의 내부에 또는 소프트웨어의 시작화면에 계약조건이 들어있다. 이 때 “I accept” 화면을 클릭하는(clicking) 등 어떤 행위를 함으로써 계약에 동의하게 된다. 소매 소프트웨어 라이선스의 경우 쉬링크랩 계약은 보통 소프트웨어 출판인(publisher)와 최종이용자(end user)간의 계약이다. 소매상인은 계약당사자가 아니다. 물품의 거래에서는 포장을 개봉한 이후에 비로소 볼 수 있는 “in the box” 계약조건과 관련하여 이러한 유사한 거래가 발생한다(Q&A(11, shrink wrap licenses)).

63) 동 계약에서는 워런티(warranty), 구제권 기타 당해 소프트웨어의 사용과 관련된 이슈를 다룬다. 종종 동 라이선스(계약)에서는 라이선스이용자에게 소프트웨어를 사용할 권리를 허여하는 바, 이 경우 동 라이선스이용자는 컴퓨터 프로그램의 최초의 판매 하에서 취득할 권리보다 더 많은 권리를 가지게 된다.

64) 여기서 특정 계약조건의 강제력의 문제(이는 지나친 계약조건의 효력의 문제)와 계약 그 자체의 강제력의 문제는 분명히 구별되어야 한다.

65) UCITA Art. 202(c)(e).

66) 일반시장거래에 있어 추가적 요건은 후술함.

67) UCITA Art. 113(c).

68) 일반시장 라이선스의 경우, UCITA는 비용부담이 없이 반환하고 환불할 권리를 부여한다. 동의를 할 것인지 아니면 거절할 것인지 선택이 제공되지 않는 한 의미 있는 방법의 동의는 불가능하다는 것이 당해 UCITA 규정의 기본적 관념이다.

69) UCITA Art. 112(a).

70) UCITA Art. 208(2).

알지 않았다면, 라이선스이용자는 거래의 초기에 이루어진 합의에 의하여 정하여지는 사용조건 등에 구속된다.

3) 일반시장 라이선스

쉬링크래프라이선스와 관련한 일반적인 법률적 절차는 일반시장에서 이루어지는 라이선스에도 적용된다. “일반시장 라이선스”(mass market licenses)란 일반 대중과의 소매거래(retail transactions)에 사용되는 표준양식(standard form)에 의한 계약을 말한다.⁷¹⁾ 여기에는 소비자 거래뿐만 아니라 소매시장에서의 BtoB(business-to-business)까지도 포함된다. 이러한 라이선스는 “쉬링크래프 라이선스”일 수도 있고 “온라인 라이선스”일 수도 있으며 심지어는 여러가지 일반시장거래에서 체결되는 다른 계약일 수도 있다.⁷²⁾

일반시장에서 표준양식을 통해 계약을 체결할 수 있다는 것이 새로운 사실이 아니다. 정보거래에서는 당사자들이 지적재산권과 정보에의 접속권을 다루기 때문에 이러한 형태의 계약이 더욱 중요해진다. 예를 들어, i) 아무런 계약도 없이 AOL 컴퓨터 시스템에 접속한다고 하면 이는 범죄이다. ii) 클립아트 프로그램을 사용하여 라이선스 없이 클립을 화면에 출력한다면 이는 저작권의 침해이다. iii) 라이선스 없이 가정용, 사무실용 또는 PC

용으로 워드프로세싱 프로그램을 복제하는 것도 역시 저작권의 침해이다. 권리를 라이선스이용자에게 이전함에 있어 라이선스는 중요하며 마찬가지로 오늘날 정보산업사회의 특징이 되는 다양한 제품을 창작하여 마케팅할 수 있도록 하는 데에도 라이선스는 매우 중요하다.⁷³⁾

일반시장 라이선스 역시 전술한 쉬링크래프라이선스에서 요구되는 절차적 요건(procedural rules)이 충족되어야 하며 또한 몇 가지 추가적 규칙도 만족해야 강제력을 갖는 것으로 보고 있다. 이는 일반시장계약의 강제력을 통상 인정하는 현행 판례법과도 일치한다.⁷⁴⁾

첫째, 계약조건은 라이선스이용자가 컴퓨터 정보를 최초로 사용하기 전에 또는 사용하는 때에 제시되어야 한다.⁷⁵⁾ 둘째, 계약조건이 최초의 계약 후에 제시되는 경우, 라이선스이용자는 동 계약조건이 추후에 제시될 것임을 합리적으로 알아야 한다. 셋째, 라이선스이용자가 라이선스를 거절(refuses)하는 경우, 동 라이선스이용자는 반환권(right to return) 과 환불권(right to refund)을 가지며, 반환비용(costs of return)은 라이선스제공자가 부담한다. 또한 라이선스이용자는 라이선스를 검토하기 위하여 정보를 인스톨(installing)함으로써 발생한 실제손해(actual damages)의 배상을 청구할 수 있다.

마지막으로 동 법은 일반시장 라이선스의 계약 조건으로써 양 당사자가 이미 명시적으로 합의한

71) UCITA Art. 102(a)(44).

72) 이에 관한 상세한 사항은 Caspi v. Microsoft Network, LLC, 323 NJ Super. 118, 732 A2d 528 (NJ Super. AD 1999); Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie, Inc., 47 U.S.P.Q.2d 1020 (N.D. Cal. 1998) 참조.

73) Q&A(10, mass market licenses).

74) 제208조(기록에 담긴 계약조건의 채택)를 적용함에 있어 일반시장라이선스 상의 계약조건의 경우에는, 당사자에 의한 최초의 이행이나 또는 정보의 사용 혹은 정보에의 접속이 있기 전에 또는 있던 중에, 동의의 표시를 하는 등을 통해, 라이선스에 동의하는 경우에만 당사자는 동 계약조건을 채택하는 것이 된다. 다음 각 호의 경우에는 계약조건이 라이선스의 일부로 되지 아니한다(UCITA Art. 209(a)).

75) 기존법하에서의 가장 최근의 판결은 최초의 합의가 있을 후 제시되어 동의된 계약조건의 강제력을 인정한다. 예를 들어, Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 111 S.Ct. 1522 (1991); ProCD Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996); Hill vs. Gateway 2000 Inc., 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997); Brower v. Gateway 2000, Inc., 676 N.Y.S.2d 569 (N.Y.A.D. 1998); M.A. Mortenson Co., Inc. v. Timberline Software Corp., 998 P.2d 305 (Wash. 1999) 참조.

계약조건을 변경할 수 없음을 규정한다. 명시적 합의는 표준양식에 의해 변경될 수 없는 것이다.⁷⁶⁾

V 맺음말

미국에서 UCITA가 제정된 이후 우리나라에서도 디지털 정보거래 입법에 대한 논의가 이루어지고 있지만, 아직 초보적인 단계이다. 그러나 디지털 정보거래가 일상생활에서 차지하는 비중이 급증함에 따라 디지털 정보거래에 대한 법적 규율의 필요성이 높아지고 있다는 점에서는 의견이 일치하고 있다.

디지털 정보거래의 법적 규율에 대해서는 크게 두가지 관점이 존재한다. 첫째 지적 재산권법적 측면에서 계약을 통해 지적재산권법상의 고유한 법리들, 예를 들면 최초 판매의 원칙이나 공정이용의 법리 등을 수정할 수 있는가, 즉 지적재산권법 질서와 계약법간의 충돌이나 갈등을 어떻게 조화할 수 있는가 하는 관점이다. 또 다른 관점으로는 순수하게 계약법적인 측면에서 디지털 정보거래는 민법상 전형계약에서는 찾아볼 수 없는 독특한 신종계약이므로 이를 어떻게 계약법적으로 규율할 것인가에 관심을 갖는 입장이다.

그리고 디지털 정보거래의 법적 규율을 위해서는 미국의 UCITA처럼 디지털 정보거래에 관한 독자적인 법률제정이 필요하다는 주장도 제기되고 있다. 특히 미국의 UCITA는 외국의 법이 UCITA

와 동등한 보호와 권리를 부여하지 않을 경우에는 이러한 외국법 대신 UCITA를 채택하는 미국의 주법을 적용하도록 하는 규정을 두고 있으므로, 이러한 미국법의 적용을 배제한다는 측면이나 라이선시의 보호에 치우쳐 있는 UCITA의 대항입법으로서 라이선서의 보호를 강화하기 위해서도 전자정보거래법(가칭)의 제정이 필요하다는 주장도 제기되고 있다.⁷⁷⁾ 그 외에도 쉬링크랩 라이선스의 문제를 해결하기 위해서⁷⁸⁾ 그리고 계약법과 지적재산권법상의 법리의 충돌을 해결하기 위해서도,⁷⁹⁾ 새로운 입법이 필요하다는 주장도 제기되고 있다.

1. 기존 법질서와의 통일적 규율

그러나 이미 정보통신관련 법률체계가 수립되어 시행되고 있기 때문에 기존의 정보통신 관련 법령과의 통일적인 규율 또한 중요하다. 기존의 법규에 결함이 존재하거나 디지털 정보거래로 인해 수정되어야 할 필요가 있는 경우에는 기존 법규를 개정해야 할 것이지만, 그런 문제가 없는 한 기존의 법규와 상호 모순되지 않는 방향으로 디지털 정보거래에 관한 법규를 마련되어야 할 것이다. 또한 기존의 계약법이나 지적재산권법체계와도 법원리상의 통일성은 추구하되 디지털이라는 환경을 침해하지 않는 범위내의 특별규정을 마련하여 디지털 정보거래에 부합되는 법규를 마련하도록 해야 할 것이다.

예를 들면 전자거래기본법에서 정의하고 있는 전자거래와 디지털 정보거래는 서로 구별되는 개념⁸⁰⁾ 이지만 전자거래의 방식으로 행해지는 디지털

76) UCITA Art. 209 Comment 2.

77) 손경환, "전자정보거래법의 제정방안", 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」, 2001, KADIP-KITAL 심포지움 자료집.

78) 전석진(1999).

79) 이대희, "디지털 정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계-미국의 UCITA와 관련하여", 「국제거래법 연구」, 제 8집, 국제거래법학회, 1999.

80) 전자거래는 계약의 체결이나 이행의 방법이 전자적으로 이루어지는 거래임에 반하여 디지털 정보거래는 계약에 따른 급부의 목적이 디지털 정보인 거래를 말한다.

정보거래도 존재한다. 더욱이 이처럼 디지털정보 거래인 동시에 전자거래인 경우의 비중이 상당할 것으로 보인다. 이러한 경우에는 별다른 추가적인 규정이 마련되지 않는 이상 전자거래인 디지털 정보거래에 대해서는 전자거래기본법이 적용되게 된다.⁸¹⁾ 따라서 전자거래인 디지털 정보거래를 규율하려면 전자거래기본법과 통일적인 법 적용이 가능하도록 규율해야 할 것이지만, 전자거래기본법에 규율하지 않았거나 전자거래와는 다르게 규율되어야 할 부분은 새로운 법적 규율이 마련되어야 할 것이다.

또한 디지털 정보거래도 계약관계이므로 특별한 입법이 마련되지 않는 한 원칙적으로 민법의 적용 범위에 포함된다. 결국 디지털 정보거래에 대해서는 민법에 대한 해석론으로 우선적인 규율이 이루어지게 된다. 또한 디지털정보거래를 규율하는 입법이 이루어진다 해도 그것은 민사특별법의 영역으로 간주해야 할 것이다. UCITA의 규정을 수용하여 새로운 입법을 하는 경우에도 우리 민법의 법원리와 제 규정들과의 조화가 아주 중요하다. 특히 디지털 정보거래는 계약의 급부의 목적이 디지털이라는 것이 기존의 계약법과 크게 차이가 나는 점이다. 디지털 정보거래에 대한 법적 규율을 마련하는 과정에서 급부의 목적이 기존의 유체물이나 인간의 행위가 아니라 새로운 형태인 디지털이라는 특성에서 파생되는 채무이행의 특수성을 반영하는 것이 중요하다.

2. 우리의 입법에의 시사점

UCITA에서 정의하는 디지털 정보거래는 디지털 정보의 생성, 수정, 이전 또는 라이선스하는 합의나 그 이행을 말한다고 하고 있으며 지원계약이

나 접속계약 등도 이에 포함되는 것으로 보고 있다. 이는 디지털 정보에 관한 모든 거래를 포괄하는 것으로 아주 넓은 적용범위를 가지고 있는 것으로서 우리의 법제에 수용해도 무방할 것으로 보인다. 또한 전술한 바와 같이 UCITA에서는 라이선스라는 개념을 이용하여 최종사용자와의 일반시장 거래도 라이선스의 개념에 포함시켜 규율하고 있다. 그러나 우리 법제상 기존의 사용허락이나 이용허락에 대한 최종사용자와의 계약은 허용되지 않는 것으로 보고 있다. 따라서 최종사용자와 디지털 정보재산권자와의 최종사용계약을 어떻게 체계적으로 포괄할 것인가 하는 점이 입법과정에서 중요한 문제가 될 것이다.

UCTIA는 컴퓨터소프트웨어 등의 컴퓨터정보거래와 관련하여 체결되는 라이선스계약의 모호한 법적 상태를 명확히 한다는 점에서 중요한 입법이라 평가된다. 그리하여 이제는 소프트웨어판매자나 라이선스제공자 나아가 소비자를 포함한 라이선스이용자 모두 쉬링크래프라이선스가 강제력을 가짐을 분명히 알고서 거래에 임할 수 있다. 이러한 점에서 UCITA는 쉬링크래프라이선스의 효력문제와 동 라이선스에 적용될 법의 해결이라는 통일법으로서의 주요한 목적 중의 하나를 달성하고 있다. 더욱이 오늘날 우리 경제는 소위 정보혁명(information revolution)이라 하는 또 다른 근본적 변화를 경험하고 있다. 오늘날 정보와 정보서비스 나아가 정보거래는 경제의 중심에 그 자리를 잡아가고 있다. 이러한 변화 중의 하나가 방법의 다양화이다. 현대적 시장의 수요를 충족하는 정보제품을 제작하고 이를 배포함에 있어 그 방법의 다양화가 이루어지고 있는 것이다. 이러한 다양화는 계약에 의하여 실현된다. 이는 계약(계약조건)이 가지는 사적자치의 원칙이라는 자체적 탄력성에 힘

81) 전자거래기본법 제3조에 본 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 모든 전자거래에 적용됨을 밝히고 있다.

입어 정보제품은 시장에서 최적화되어질 수 있기 때문이다. 경제의 근본적 변화는 지금 그대로의 契約法이 이러한 새로운 거래객체와 새로운 시장에 과연 적합한지를 재검토할 것을 요구한다. 또한 시장경제에서, 포괄적인 규제는 이러한 규제를 구하는 자는 물론 어느 누구에게도 도움을 주지 않는다. 계약을 규제하고자 하는 계약법은 오늘날의 생동하는 경제에서 상거래를 지원하기보다는 이를 방해할 뿐이다. UCITA는 정보경제에서의 거래객체를 다루는 최초의 일반 계약법으로서 이러한 요구에 대한 하나의 적극적 대응이라 할 것이다.

게다가 UCITA 제2장의 계약체결과정에서 디지털 정보거래와 관련하여 중요한 규정이 제201조의 쉬링크래프라이선스와 같은 일반시장 라이선스의 유효성이다. 특히 쉬링크래프라이선스나 클릭 랩 라이선스가 계약체결방법이라는 측면에서 그리고 지적재산권법의 체계라는 측면에서 유효한 것인가 하는 논란이 있을 수 있지만, 디지털 정보거래계약과

정에서 그러한 계약체결방법과 계약내용을 배제한다는 것을 불가능할 것으로 보인다. 따라서 그 유효성을 입법적으로 인정하는 것이 적절할 것으로 보인다. 또한 유효성의 요건도 '사전에 충분히 검토할 기회를 부여할 것', '최종사용자의 의사표시가 명시적으로 이루어지도록 할 것' 등을 유효한 계약체결이 이루어지는 방법의 요건으로 설정하고, 약관의 내용통제와 같이 '계약조건이 부당하지 않을 것' 등을 추가적인 요건으로 할 필요가 있는 것으로 보인다. 또한 2002년 7월 개정과정에서 추가된 UCITA 제210조(d)와 같이 최종사용자가 최종사용계약의 내용을 수정하지 않는다면 환불받을 수 있도록 하는 규정을 두는 동시에, 최종사용계약의 내용에도 그러한 환불받을 권리가 있음을 통지하도록 명시하는 것도 타당할 것으로 보인다.

참고문헌

<국내문헌>

1. 金斗安, “소프트웨어의 사용허락계약에 대한 법적 과제 (上),” 창작과 권리 제12권, 세창출판사, 1998
2. , “소프트웨어의 사용허락계약에 대한 법적 과제 (下),” 창작과 권리 제13권, 세창출판사, 1998.
3. , “프로그램에 대한 사용허락계약의 법리,” 산업재산권 제7권, 한국산업재산권학회, 1998.
4. 송경석·한병완, “미국 통일컴퓨터 정보거래법 (UCITA)에 관한 고찰,” 「무역학회지」, 제27권 제2호, 한국무역학회 2002.6.
5. , “컴퓨터情報去來의 履行에 관한 研究,” 「국제상학」, 제17권 제1호, 한국국제상학회 2002.5.
6. 宋相現, “컴퓨터 소프트웨어의 개발자와 이용자간의 법률관계,” 지적소유권법연구 창간호, 1991
7. 손경한, “전자정보거래법의 제정방안,” 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」, KADIP-KITAL 심포지움 자료집, 2001.
8. 전석진, “컴퓨터프로그램의 유통활성화를 위한 법적 장치,” 「정보법학」, 제 3호, 한국정보법학회, 1999.
9. 안효질, “정보거래와 계약의 해석,” 제2회 한국법학자대회, 2000.10.
10. 이대희, “디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계-미국의 UCITA와 관련하여-,” 「국제거래법연구」, 제8집, 국제거래법학회, 1999.
11. 전석진, “컴퓨터프로그램의 유통활성화를 위한 법적 장치,” 「정보법학」, 제 3호, 한국정보법학회, 1999.
12. 한병완, “컴퓨터情報去來에서 權利讓渡에 관한 研究,” 「상사법연구」, 제21권 제2호 상사법학회, 2002.

13. 黃贊鉉, “MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 判決에 대한 小考,” 「實務便覽」, 서울地方法院, 1997.

14. 2001 KADIP-KITAL 심포지움, “UCITA와 전자정보거래법의 제정방안”, UCITA 연구회, 2001.10.13.

대외무역법

지식정보자원관리법

정보화촉진기본법

문화산업진흥기본법

공공기관의정보공개에관한법률

온라인디지털콘텐츠산업발전법

연세한국어사전

<<http://clid.yonsei.ac.kr:8000/dic/default.htm>>

002년 9월 방문)

<국외문헌>

1. 國生一彦, 「米國の電子情報取引法 - UCITA法の解説 -」, 商事法務研究會, 2001.

2. 山本隆司, “シュリンクラップ契約の問題點”, コピライト, 1979.;

3. 田村善之, “著作権侵害”, 12, 「發明」, 1996년 6월호

4. 川和功子, 那須詳司, ソフトウェア使用許諾契約論 (上) -シュリンクラップ・ライセンス契約を中心に『工業所有權研究 vol 40-2, 1998

5. Bainbridge, D. I., *Computer Law*, 4nd ed., Longman, 2000.

6. Carlyle C. Ring, Jr. & Raymond T. Nimmer, “Series of Papers on UCITA Issues,” National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, (2000), at <http://www.nccusl.org/uniformact_qanda/uniformacts-q-ucita.htm>

7. Chissick, M., & Kelman, A., *Electronic Commerce: Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1999.
8. Darren J. Carroll, "When More is Less: Controlling the Market for Computer Software Enhancements," 43 SYRACUSE L. REV. 1992.
9. David Bender, "U. S. Copyright and the Internet", 「정보법학」, 창간호, 한국정보법학회, 1997.
10. David A. Einhorn, "Box-Top Licenses and the Battle-of-the-Forms," 5 SOFTWARE L.J., 1992
11. David L. Hayes, "Shrinkwrap License Agreements New Light on a Vexing Problem",
1. Introduction,
<http://www.fenwick.com/pub/shrink.html>, 1992.
12. David L. Hayes, "The Enforceability of Shrinkwrap Licences Agreements On-line and Off-line", 1 Introduction,
<http://www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.html>, 1997.
13. Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, "The Shrink-Wrap License-Is it Really Necessary?," COMPUTER LAW, 1993
14. Litman, J, "The tales that Article 2B tells", *Berkeley Technology Law Journal*, 1998.
15. Lloyd L. Rich, "Mass Market Software and the Shrinkwrap License," 23 COLO. LAW, 1994
16. Lorin Brennan & Glenn A. Babber, "Why Software Professionals Should Support The Uniform Computer Information Transaction Act and What will Happen If They Don't," at <http://www.2bguide.com/docs>
17. Mark A. Lemley, "Intellectual property and shrinkwrap licenses", *Southern California Law Review*, vol 68, no.5, July. 1995.
18. Michael Klausner, "Corporations, Corporate Law and Networks of Contracts," 81 VA. L. REV., 1995)
19. Robert W. Gomulkiewicz & Mary L. Williamson, "A Brief Defence of Mass Market Software License Agreements," 22 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 335, 1996
20. Robert W. Gomulkiewicz, "How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B," 36 HOUS. L. REV., Spring 1999.
21. U.S. Department of Commerce, The Emerging Digital Economy II, 1999.6. Brennan, L, "Why Article 2 Cannot Apply To Software Transactions", *Duquense Law Review*, Fall 2000.
22. Software License Enforcement Act, 17 U.S.C.
23. UCITA,
<<http://www.nccusl.org/nccusl/pubndrafts.asp>>
24. UCITA2002,
<<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.htm>>
25. UCC Article 2, Sales; Annual Meeting 2001 Draft,
<<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc2/ucc0612.htm>>
26. UCC Article 2, Sales; ALI Tentative Draft (5/01),
<<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc2/ART20501.htm>>
27. UCC Article 2A, Leases; Annual Meeting 2001 Draft,

- <http://www.law.upenn.edu/bl/ulc/ucc2a/an0612.htm>
28. UCC Article 2A, Leases; ALI Tentative Draft (5/01),
<http://www.law.upenn.edu/bl/ulc/ucc2a/art2a0501.htm>
29. William H. Neukum & Robert W. Gomulkiewicz, "Licensing Rights to Computer Software," TECHNOLOGY LICENSING AND LITIGATION, Practising Law Institute, 1993.

요약문

오늘날 정보와 정보서비스 나아가 정보거래는 경제의 중심에 그 자리를 잡아가고 있다. 이러한 변화 중의 하나가 방법의 다양화이다. 현대적 시장의 수요를 충족하는 정보제품을 제작하고 이를 배포함에 있어 그 방법의 다양화가 이루어지고 있는 것이다. 개인용 컴퓨터의 사용이 일반화됨에 따라汎用컴퓨터소프트웨어가 일반소매시장에서 거래되는데, 사용자는 이를 대부분 소프트웨어 상점에서 매매의 형식으로 구입한다. 그러나 이 소프트웨어를 사용하기 위해서는 사용자가 동 소프트웨어의 출판인(publisher)으로부터 라이선스를 득해야 하고, 이를 위해 출판인과 사용자 사이에 라이선스계약이 체결된다. 이러한 라이선스계약의 체결에 있어 소위 “쉬링크랩”(shrink-warp)방식이 널리 사용되는데, 이 방식의 라이선스계약, 즉 쉬링크랩 라이선스 혹은 쉬링크랩라이선스계약이 미국 계약법하에서 완전한 효력 즉 강제력을 가지는 지가 문제되어 왔다.

쉬링크랩라이선스는 소프트웨어거래의 효율성

을 높이고 거래비용을 감소시킴으로써 규모의 경제를 가능케 하고 나아가 다양한 지적재산권의 보호를 받는 소프트웨어의 탄력적인 라이선스를 가능케 함으로써 결국 소프트웨어출판인과 최종사용자 모두가 그 혜택을 누리게 된다. 쉬링크랩라이선스에 의한 소프트웨어거래의 경우 라이선스이용자에 의한 대금지급이 선행하고 그 이후에 비로소 계약조건의 검토가 행하여진다는 사정에 기하여 종래 판례법에서 그 강제력이 부인되어 오다가 정보산업의 급속하게 성장하고 이에 따라 그 사용이 불가피하다는 현실적인 요구에 응하여 판례법은 물론 UCITA라는 제정법에 의하여 그 강제력을 인정받게 되었다.

UCTIA는 컴퓨터소프트웨어 등의 컴퓨터정보거래와 관련하여 체결되는 라이선스계약의 모호한 법적 상태를 명확히 한다는 점에서 중요한 입법이라 평가된다. UCITA는 쉬링크랩라이선스의 효력 문제와 동 라이선스에 적용될 법의 해결이라는 통일법으로서의 주요한 목적 중의 하나를 달성하고 있다. 더욱이 오늘날 우리 경제는 소위 정보혁명(information revolution)이라 하는 또 다른 근본적 변화를 경험하고 있다.