

# 제트스트리밍 분쟁과 저작권침해자의 항변

## DB 저작권, 창작보다 창의적 개성 더 중요

인간이 자신의 사상과 감정을 표현하고 그것을 기록할 수 있는 도구 즉, 커뮤니케이션 미디어를 사용한 이래 인류가 누적해온 표현물에 접근함으로써 그것을 이용하고 향유하는 것이 인간 모두가 누려야 할 보편적인 권리, 즉 인간의 기본권에 속하는 것인가? 아니면 특정의 조건을 갖춘 특히 그것을 이용할 지능력이 있는 사람에게만 주어진 특권적인 것일까? 표현물들은 어떻게 하면 보다 가치 있는 것들이 더 많이 생산되고 더 많이 이용돼 사회구성원들의 표현을 더욱 풍요롭게 할 수 있을 것인가? 표현의 생산과 이용이라는 순환고리에서 과연 어느 쪽에 무게중심을 두어야, 사회가 표현의 풍요를 누릴 수 있을 것인가? 이러한 논란은 최근 문제된 '제트스트림(Z!Stream)' 분쟁에서도 여실히 나타났다. 이러한 분쟁사례를 바탕으로 디지털콘텐츠 관련 법적 문제를 살펴보자.

글\_손승우 단국대학교 법정대학 교수

### 연재순서

1. 제트스트리밍 분쟁과 저작권침해자의 항변
2. 경업·전직금지 vs. 생존권 - IT벤처기업의 영업비밀 보호
3. 디지털콘텐츠의 Idea는 보호받을 수 있는가
4. 소니 플레이스테이션의 역분석 분쟁
5. 독점금지법 vs. 지적재산권 - 코닥사건
6. '백세주' 분쟁을 통해 본 상표의 법적 문제

**저**작권이라는 용어가 과거 우리 귀에 생소한 때가 있었다. 그러나 언젠가부터 저작권은 보호돼야만 하는 대상으로 인식됐고, 정부는 음악, 그림, 문학 등 예술뿐만 아니라 컴퓨터프로그램도 저작물로 서법에 의해 보호하게 됐다.

정부는 저작권 보호라는 하나의 목표를 향해 열심히 달려왔다. 그 보호 노력은 전통적으로 지켜온 사인 재산의 담장을 넘어 SW 불법 복제를 단속하기 위해 상시단속반에 사법경찰관을 부여하는 극단의 처방을 하기에 이르렀다. 물론 이러한 제도적 장치를 마련하는 데는 미국의 통상압력이 있었다.

이용자 권리와 공익에 대한 고려가 결여된 보호 중심적 접근은 '공정이용'이라는 용어에 대한 편중된 인식에서도 알 수 있다. 'SW 공정이용'이라고 하면 언뜻 불법 SW 사용을 근절하고 정품 SW를 구입해 사용하는 것을 떠올린다. 그러나 실제로 '공정이용'이라는 말은 저작권보호라는 의미만을 갖고 있는 것이 아니라 이용자의 권리보호와 더불어 예술과 과학의 발전이라는 공공의 이익보호라는 고차원적인 목표를 전제해 두고 있는 것이다.

지금부터 논의할 SW 스트리밍 분쟁은 이러한 단편적 공정이용의 노력에 새로운 방향의 축을 제시해 주고 있다. 즉, 지적재산권법의 한쪽 스펙트럼에서는 저작자의 권리를 보호하고 있는데, 이제는 그 반대편에 있는 공공의 이익 보호 쪽에 좀 더 무게를 실음으로써 이용자와 권리자간의 정교한 이익균형을 유지할 필요가 있다.

## 제트스트림 사건의 배경

이 분쟁의 시작은 한글과컴퓨터 등 6개 주요 SW 업체들이 청주 소재 J 전문대학이 자신들의 허락을 받지 않고 클라이언트용 프로그램을 서버에 탑재한 후 접속자들이 인터넷사이트를 통해 프로그램을 전송 받을 수 있게 한 행위에 대해 컴퓨터프로그램보호법상 위반으로 청주지법에 고소하면서 시작됐다.

J 대학이 이렇게 SW 사용방법을 변경한 이유는 소프트웨어가 개발한 제트스트림 솔루션이 SW 관리의 편리성을 제공할 뿐만 아니라 학과/전공별로 필요 이상의 PC 보유와 여기에 따른 필요 이상의 라이선스 보유로 인한 비용을 절감시켜 주기 때문이다.

제트스트림은 '모바일 버추얼 데스크탑'

환경을 제공할 수 있는 솔루션으로 현재 주요 기업체, 대학 및 공공기관에서 사용하고 있다. 이 솔루션이 시장의 인기를 끌며 사용자가 빠르게 늘자, 2003년 7월 마이크로소프트사를 비롯한 한컴 등 주요 SW 저작권자들은 한국 소프트웨어저작권협회(SPC)를 통해 이 제품의 사용자들에게 스트리밍 방식의 SW 사용이 저작권을 위반한 것이라는 취지의 경고서한을 보내는 동시에 2004년 4월 이 솔루션을 사용하고 있는 J 대학을 고소했다.

저작권자 측은 제트스트림을 이용한 소프트웨어의 사용은 자신들이 당초 허락한 사용방법 및 조건을 위반, 즉 클라이언트용으로 허락받은 SW를 서버에 설치해 사용함으로써 PC법상 복제권, 전송권, 배포권 등을 침해했다고 주장했다. 반면 소프트온넷 및 이용자측은 SW를 서버에 설치해 사용하더라도 허락받은 동시 접속자수를 초과하지 않았으므로 문제될 것이 없으며, 저작권자들은 자신들의 이익이 감소될 것을 우려해 관련 산업의 발전과 이용자의 편익증대에 효과가 있는 새로운 기술의 수용을 거부하고 있는 것이라고 주장하고 있다. 또한 외국에서 이와 유사한 방식의 SW의 사용이 증가하고 있음에도 불구하고 저작권자들은 자신들의 시장지배적 지위를 남용하여 특정업체의 제품만을 상대로 문제를 제기하고 있음을 지적하고 있다.

이 사건은 저작권사와 사용자간의 단순한 분쟁을 넘어 미국의 무역대표부(USTR)가 관심과 우려를 표명했고, 프로그램심의조정위원회와 저작권사들 간의 긴장 및 최근에는 국회까지 이 문제에 관심을 표명하고 있다.

## SW 스트리밍 기술

소프트온넷에서 개발한 제트스트림은 SW 배포관리를 위한 ASP(Application Service Provider)솔루션으로써 SW 전체를 다운로드 받아서 PC에 설치하는 것이 아니라, 클라이언트가 서버에 SW를 요청하면 즉시로 필요최소한의 부분만큼씩 중앙 서버로부터 사용자의 컴퓨터로 자동으로 끌어들여 수행해주는 '분산 가상페이징(Distribute Virtual Paging)' 기술을 사용하고 있다.

따라서 사용자는 SW를 개별 PC에 일일이 설치 또는 삭제함이 없이 필요시 SW를 스트리밍 방식으로 서버에서 불러와 사용할 수 있어 설치된 장소를 옮겨가며 작업하는 불편함

을 기술적으로 해결했으므로 SW 관리비용의 절감 효과를 볼 수 있다.

한편 제트스트림을 이용한 서비스 형태는 학교나 기업체 등이 이 솔루션을 구입해 서버에 구동시킨 뒤 자신의 한정된 영역에서 저작권자로부터 허락받은 라이선스의 수만큼 동시 사용자 수를 제한해 사용되고 있다. 이 스트리밍 방식은 기존의 고정된 데스크탑 기반의 '1 PC 1 라이선스' 시대에서 온디맨드 SW(On-demand SW)기반의 '1인 1 라이선스' 시대로 전환을 가능하게 한다. 예를 들면, MS의 엑셀 프로그램에 접속할 하나의 ID를 가지게 되면 PC, 핸드폰, PDA 등 어느 매체를 통해서든 서버에 접속해 사용하게 되는 것이다.

따라서 기계마다 SW 라이선스를 획득할 필요가 없으므로 저작권자 입장에서는 IPC 1 카피 유통정책 보다 다소 수입이 줄어들 가능성이 있다. 결국 새로운 SW 이용형태에 적절한 정책제, 종량제 등과 같은 가격제도를 도입함으로써 문제를 해결할 수 있을 것이다.

## 저작권 침해여부

프로그램저작권자는 다른 사람에게 그 프로그램의 사용을 허락할 수 있으며, 프로그램의 사용을 허락받은 자는 허락된 일정한 '사용방법과 조건'의 범위 안에서 당해 프로그램을 사용할 수 있다. 따라서 사용허락서 또는 라이선스계약상에 정해 놓은 사용방법 및 조건의 범위를 넘어선 프로그램의 사용은 곧 저작권의 침해로 이어질 가능성이 높다. 즉, 사용자의 행위가 계약서상 제한된 범위를 넘어선 경우에 그 행위가 공정이용 기타 위법성 조각사유로 면책되지 않는 한 저작권 침해가 된다. 반대로, 사용자가 복제·배포·전송·개작 등을 한 경우라도 그 행위가 계약서상 허락된 사용방법과 조건의 범위 내의 것이라면 적법한 것이 된다.

이 사안에서 저작권자들이 주장하는 침해 유형 중 가장 첨예하게 쟁점이 됐던 것은 전송권과 복제권 침해여부인데, 우선 전송권과 관련해 살펴보면 다음과 같다. 제트스트림은 새롭게 시장에 진출한 SW 스트리밍 기술로서 기존의 라이선스 계약으로서 이 솔루션을 이용한 SW의 사용이 저작권자가 제시하고 있는 사용방법과 조건의 범위를 벗어난 것인지 명확하지 않다.

예컨대, 저작권자의 대부분의 사용허락서

에서 개인용 프로그램을 네트워크에서 사용하지 못하도록 금지하면서도, 사용 또는 접근할 수 있는 총 사용자수가 허용된 수를 초과하지 않는 범위 내에서 SW를 서버에 설치해 사용할 수 있도록 하고 있다. 이 예외를 두는 이유는 비록 SW를 PC가 아닌 네트워크서버에서 활용한다고 하더라도, 그 사용자의 수가 허용된 라이선스의 개수와 동일해 저작권자의 이익을 침해하지 않기 때문일 것이다. 그러나 어도비의 사용허락서의 경우에 총 접속자 수와 동시 사용자 수를 엄격히 구별해 후자를 금지시키고 있다.

비록 제트스트림이 동시에 SW를 사용할 수 있는 사용자 수를 제한함으로써 허용된 사용허락 수를 지키고자 했음에도 불구하고, 일부 저작권자의 사용허락서에서 네트워크 서버에 개인용 프로그램을 설치할 수 없도록 하거나, 어도비 라이선스와 같이 동시접속자 수를 통제하는 매체를 배제시키는 경우에 그 문제의 사용은 허락된 범위와 조건을 벗어난 것으로 볼 여지가 있다.

따라서 이들 계약조건이 약관규제법 위반 또는 그 조건과 더불어 저작권자의 행위가 권리남용 또는 공정거래법의 위반에 해당되는지에 대한 논의를 차치하면, 일단 제트스트림 기술을 이용해 개인용 SW를 서버에 탑재한 뒤 클라이언트 PC에 전송하는 행위는 저작권자의 전송권을 침해했을 가능성이 높아 보인다.

다음으로 복제권 침해 여부를 살펴보도록 하겠다. 컴퓨터프로그램의 복제란 原프로그램에 새로운 창작성을 더하지 않고 유형물에 고정시켜 다시 제작하는 것을 말한다.

현행법상 복제권 침해를 구성하기 위해서는 저작프로그램과 동일하게 제작된 것을 하드디스크와 같은 유형의 매체에 일시적이지 않은 영구적인 고정(fixing)을 해야 한다. 그런데, SW 스트리밍의 특징은 사용자들이 서버에 접속해 그곳에 저장돼 있는 프로그램의 일부인 주요 수행파일을 네트워크를 통해 제공받아 가상설치해 이를 사용하고, 컴퓨터의 사용을 종료하면 자동적으로 가상설치된 프로그램이 삭제되는 기능을 제공하는 것이다.

이와 같이 프로그램의 일부가 하드디스크에 저장되지 않고 RAM 등에 사용동안만 일시적으로 저장되는 것을 일시적 복제(temporary copy)라고 한다. 그러나 현행법은 일시적 복제

를 아직 복제의 개념으로 보고 있지 않기 때문에 스트리밍 방식에 의한 사용은 저작자의 복제권을 침해했다고 보기 어렵다.

한편, 제트스트림 솔루션을 사용할 경우 클라이언트 PC의 하드디스크에는 프로그램의 재사용 속도를 향상시키기 위해 SW 자료들이 암호화된 형식으로 저장된 Zcache.dat라는 캐시파일이 생성된다. 또한 글꼴파일을 사용하는 프로그램의 경우 일부 글꼴파일이 클라이언트 PC에 남아 있게 된다. 이것에 대해 소수의 학자들은 프로그램의 일부라도 동일한 내용의 복제가 있으면 불법복제를 구성한다고 주장한다.

그러나 프로그램심의조정위원회와 다수의 의견에 따르면, 실행파일인 \*.EXE파일은 클라이언트 컴퓨터에 남지 않으므로, Zcache.dat파일과 일부 글꼴파일만으로는 그 SW를 전혀 실행할 수 없으며, 일반 사용자가 그 파일의 내용을 파악할 수도 없을 뿐만 아니라 실질적으로 재사용이 불가능한 파일이라고 한다. 그리고 스트리밍 방식의 사용 후 서체파일이 PC에 존재하는 현상은 개별적인 방법으로 프로그램을 설치·삭제하는 과정에서 발생할 수 있다. 생각건대, 복제권 조항이 보호하고자 하는 저작권자의 정당한 이익

에 대한 침해가 있었는 가라는 관점에서 볼 때, 특정 솔루션의 재사용 시에 속도를 향상시키기 위해 필수 불가결하게 생성되는 캐시파일은 절

국 정품 SW의 사용에 기인한 것이고, 또한 개별 사용자도 상당한 권원을 가진 자로서 단순한 기술적 파일 복제여부만으로 침해를 판단하는 것은 다소 부자연스러운 것이 사실이다.

### 저작권 남용이론 (Copyright Misuse Doctrine)

앞서 설명한 바와 같이, 지적재산권의 남용이론의 기원은 '부정행위 금지에 대한 형평법의 원리(Equitable doctrine of Unclean hands)'에서 찾아 볼 수 있다. 예를 들면, 특허권자가 특허제품을 임대하면서 특허가 부여되지 않은 제품의 구입을 강요하는 '끼워팔기'의 경우(1942년 Morton Salt 사건), 사용자가 별개의 다른 라이선스를 받아들이는 조건으로 저작물에 대한 라이선스를 제공하는 경우, 저작권자들이 가격담합(price fixing)을 하는 경우, 또는 사용자의 서비스 또는 업무에 필수적인 저작물을 정당한 이유 없이 라이선스를 거절하거나 차별적으로 취급하는 경우 등이 있다. 즉, 저작권자가 공공정책(Public policy)에 반해 저작권을 사용하거나 독점금지법을 위반하는 경우 그 권리행사는 저작권법의 목적에 부합하지 않는 것으로 그 권리행사로부터 이용자를 보호하는 것이다.

이 이론은 미국 판례법에서 지적재산권의 침해에 대해 침해자가 제기할 수 있는 특별한 방어수단으로 발전된 것인데, 처음에는 특허권의 남용행위(Patent misuse)를 규제하기 위한 것이었으나 점차로 저작권 남용행위(Copyright misuse)에도 적용되고 있다.

지적재산권제도는 과학기술의 발전과 문화의 향상이라는 근본목적을 달성하기 위해 '권리보호'와 '권리제한'이라는 이중적 장치를 두고 있다. 지적재산권 제도는 창작자나 발명자에게 배타적 권리라는 인센티브를 부여함으로써 창작적 활동을 고무시키는 장치를 마련함과 동시에 이들의 지나친 보호를 견제하고 동시에 경쟁적 균형을 유지하기 위한 장치도 함께 두고 있다. 지적재산권을 지나치게 보호할 경우에는 과도한 독점력을 만들어 내고 이러한 독점력은 경쟁적 시장을 왜곡시킬 뿐만 아니라 신기술의 시장진입을 막고 소비자의 선택권을 저해함으로써 전체적으



로 사회후생을 감소시키기 때문이다.

저작권자가 법에 의해 주어진 정당한 권리의 범위를 벗어난 행위를 해 남용행위를 구성하게 되면, 법원은 그 남용행위의 흠이 치유될 때까지 그 저작권의 행사를 못하게 한다. 따라서 당해 남용행위가 제거되게 되면 저작자는 비로소 자신의 권리를 다시 회복해 행사를 할 수 있게 된다.

## 사안의 분석

위에서 언급한 바와 같이, PC용 SW의 서버사용을 금지하고 있는 일부 사용허락계약 서상의 조건을 어기고 사용자가 그 프로그램을 서버에 탑재해 전송한 행위는 일면 전송권을 침해할 가능성이 있다고 보여진다. 그러나 비록 전송권 침해가 인정된다고 하더라도 저작권자들이 정당한 이유 없이 독점적 이윤을 유지할 목적으로 어떤 신기술에 적합한 라이선스의 제공을 거부함으로써 그 기술을 시장에서 배제시킨다면 그 행위는 저작권 남용에 해당될 수 있을 것이다.

저작권 남용이론을 본 사안에 적용해 문제를 해결할 경우, 다음과 같은 잣대가 중요할 것이다. 첫째, SW 스트리밍 기술에 부합하는 대체적 라이선스가 존재하는가의 여부, 둘째, 그러한 라이선스가 존재하지 않는다면 동시접속자수 제한기술에 부합하는 새로운 라이선스를 획득하기 위해 사용자가 합리적인 노력을 했는가의 여부, 셋째, 이 기술에 대한 저작권자의 인식 여부, 넷째, 저작권자의 행위가 어떤 차별적 정책과 연결되어 있는가의 여부, 다섯째, 라이선스 거부행위의 반경쟁적 효과 및 공정성 여부, 여섯째, 라이선스 거절행위에 대한 합리적 이유의 존재 여부 등을 들 수 있다.

이 사안에서 SW 스트리밍 기술의 진보성과 편리성으로 인해 많은 사용자들이 SW 관리의 용이성과 비용절감의 효과에 만족하며 이 기술을 이용하고 있었다. 그러나 사용자들은 저작권사로부터 저작권 침해 가능성에 대한 통지를 받기 전까지 SW 패키지를 구매할 수만큼 허락되었던 사용자 수의 범위 내에서 동시사용자 수를 제한함으로써 최대한 저작권자의 권리를 침해하지 않으려는 노력을 했다.

이 신기술의 특징에 부합하는 라이선스의 유형이 국내에 존재했다면 마땅히 사용자들은 그 라이선스를 획득해야 할 것이다. 그러나 국내에는 이 기술에 부합하는 SW 본배



방식에 적용되는 라이선스가 존재하지 않고 있으며, 더욱 큰 문제는 저작권자들이 이러한 라이선스 유형을 만들려는 시도를 하지 않는 것이다. 그리고 사용자의 입장에서는 저작권 침해의 여부가 불분명한 상태이므로 구매한 패키지 수의 범위 내에서 그 접속자 수를 기술적으로 통제해 사용하는 것이 직관적으로 보아도 가장 적법하고 유일한 방법일 것이다.

MS는 미국, 일본 및 유럽에서 제트스트림 기술과 유사한 방식의 기술을 사용하고 있다. 예를 들면, MS와 긴밀한 파트너관계에 있는 CITRIX사가 개발한 Metaframe은 SW 스트리밍 제품으로서 MS 제품과 유기적 관계를 맺고 있다. 또한 Softricity사가 개발한 SoftGrid 기술은 문제의 제트스트림 기술과 매우 흡사한 것으로서, MS는 다년간 동 회사와 전략적 제휴를 맺어왔다. 실제로 SoftGrid 제품의 사용형태는 일반 ASP 운영방식처럼 저작권자와 라이선스 계약에 개입하지 않고, 제트스트림 사업방식과 같이 소비자들에게 스트리밍을 위한 도구만 제공할 뿐이다.

이와 같이 저작권사는 SW 스트리밍 기술

에 대한 충분한 인식과 더불어 개발사와 긴밀한 관계를 맺고 있으며, 이 기술을 판매하기 위해서는 이것과 적합한 특별한 라이선스 유형이 이미 다른 국가에는 존재하고 있음을 충분히 추정할 수 있다.

2003년과 2004년에 걸쳐 SPC가 전국대학 정보전산기관협의회 및 각 대학교에 보낸 공문에 따르면 클라이언트 SW를 서버에 탑재해 스트리밍 방식으로 사용하는 것은 저작권에 심각한 침해를 초래한다는 경고하고 있다.

그러나 이 공문에는 단순한 경고내용만 담고 있을 뿐 스트리밍 방식 중 어떤 사용이 불법 사용의 소지가 있는지에 대한 공지나 계몽이 없었으며, 이 방식을 정당히 사용하기 위한 라이선스의 제공계획 등에 관한 내용도 없었다. 그리고 소프트웨어는 제트스트림 제품을 위한 라이선스의 마련을 위해 SPC와 저작권자를 수차례 방문해 협의를 시도했으나 별다른 진척을 보지 못했다.

한컴의 경우 2002년에 한글 워디안에 대한 행방용 라이선스계약 조항에서 동시접속자수 제한 방식에 의한 SW 사용을 허락하고 있었

다. 중요하게도, 한컴과 J 대학이 체결한 라이선스 계약에서 이러한 동시접속제한 사용형태를 허용하고 있었으나, 이후에 한컴은 라이선스 계약을 변경해 이러한 사용을 금지하고 있다.

SW 저작권자들이 제트스트림 기술에 대한 동시사용자 라이선스를 적극적으로 제시하지 않는 가장 큰 이유는 독점적 이윤의 감소와 불법복제의 매개체로 사용될 것을 걱정해서 일 것이다. 그러나 Autodesk의 경우 SW 스트리밍을 사용한 결과 구매과정이 가속화되고 SW 저작권 침해 위험이 축소됨으로써 상당한 비용절감과 판매 증가의 성과를 거두었다는 인데버 테크놀로지(Endeavours Technology)의 주장에 비추어 보면 반드시 매출감소요인으로 작용한다고 단정짓기 어렵다.

저작물의 新매체기술과 콘텐츠 간 다름은 이번 사건에 한정된 것이 아니라 오랜 역사를 가지고 있다. 1980년대 VCR이 출현하자마자

주사위를 만드는 SW를 정당한 이유 없이 설계, 개발, 생산, 판매하는 것을 금지하고 있는데, 이것은 반독점적인 조항으로서 저작권의 남용이 될 수 있음을 판시했다.

시장지배적 지위에 있는 저작권자들의 국경을 넘어선 차별적 정책은 중국적으로 제트스트림 기술을 시장에서 퇴출시켜 자신들의 독점적 이윤과 지위를 유지하려는 행위로 이해할 수밖에 없다. 만약 신기술을 사용하고자 하는 자가 저작권자에게 그 기술에 적합한 라이선스를 요구했음에도 불구하고, 저작권자가 정당한 이유 없이 그 라이선스의 제공을 거부한다면 이러한 거절행위는 불공정한 거래 관행으로서 남용행위가 될 수 있다. 또한 향후 스트리밍 방식에 의한 SW 사용이 증가할 것이 기대되고 외국의 기술이 국내에 유입될 것이 예상되는 상황에서, 만약 MS사가 자신과 긴밀한 제휴관계에 있는 스트리밍 기술의 보유기업을 보호하기 위한 차원에서 국내의 제

## 지적재산권법의 한쪽 스펙트럼에서는 저작자의 권리를 보호하고 있는데, 이제는 그 반대편에 있는 공공의 이익 보호 쪽에 좀 더 무게를 실음으로써 이용자와 권리자간의 정교한 이익균형을 유지할 필요가 있다

영화사들은 이 기술의 주도적 기업인 소니를 상대로 저작권 침해소송을 제기했다. 이후 MP3 player, P2P 파일공유 기술, DVD 복제 기술, MP3 폰 및 Dix Recorder&Player와 콘텐츠제공자 간의 대립은 이 사건과 그 궤를 같이 한다고 볼 수 있다. 제트스트림은 하나의 중립적 기술로서 SW를 편리하게 분배하는 수단에 불과한 것이다. 저작권법을 함묵적적으로 해석해 볼 때, 이 기술이 불법복제로 활용될 가능성 보다는 저작권침해를 하지 않고 사용할 수 있는 상당한 가능성('capable of substantial noninfringing uses')이 있다고 하겠다.

소프트온넷은 동시사용자라이선스에 적절한 가격체계를 제안했으나 역시 저작권사로부터 거절당했다. 저작권자들의 이러한 거절행위는 결국 이 기술의 국내사용을 원천적으로 봉쇄하는 효과를 발생시킨다. Lasercomb America, Inc. v. Reynolds(1990) 사건에서 美법원은 사용허락서상의 조항에 사용자가

트스트림 기술에 대한 라이선스를 거부하는 것이라면, 이 또한 권리남용행위를 구성할 수 있을 것이다.

한편, 공정거래위원회의『지적재산권부의 당한행사에대한심사지침』제3조 제17호에서 지적재산권자가 부당하게 실시허락을 거절할 경우 공정거래법의 적용대상이 될 수 있음을 명시하고 있다. 즉, 어떠한 상품이나 용역의 제공에 필수적인 산업재산에 대해 실시허락을 받고자 하는 자가 상당기간 동안 합리적인 조건을 제시하면서 실시허락을 받기 위해 노력했음에도 불구하고 실시허락을 거절함으로써 다른 사업자의 시장진입을 차단시키는 행위는 불공정거래행위로서 공정거래법의 적용대상이 될 수 있다. 이 규정은 저작물이용 허락계약에 있어서 불공정거래행위를 규제하기 위해서 준용될 수 있다. 여기서 '필수적' 재산은 절대적인 요소를 의미하는 것이 아니라 사안의 여러 정황을 고려할 때 사용자에게 상당히 긴요한 것으로 그것을 효과적으로 대체할





요소가 없는 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 제트스트림은 J 대학 전용실습실의 정상적인 운용에 있어서 그리고 불법 SW 사용근절을 위한 절대적인 노력에 있어서 가장 효과적인 해결책이었으며 마땅히 이를 대체할 기술은 없었다. J 대학의 경우 저작권자들이 주장하는 '1 PC 1 License' 정책을 충족할 만한 예산 확보가 어렵고, 또한 SW 관리의 어려움 즉, 매년 구매한 정품 SW가 누적됨에 따라 관리 인력이 절대 부족해 사람에 의존하지 않는 자동화된 방법으로 SW 관리가 불가피하다고 할 수 있다. 이러한 측면에서 본다면 제트스트림 기술은 위 지침에서 의미하는 필수적 요소에 해당된다고 할 것이다.

만약 시장의 독점적 지위를 가진 저작권자들이 자신들의 정당한 권리를 약용해 상대적으로 열등한 지위에 있는 사용자에게 저작권 침해 가능성에 대한 위협으로 SW 스트리밍 기술을 사용하지 못하도록 집단적으로 라이선스 제공을 거부한다면, 이 행위는 불공정거래 행위를 구성할 수 있다. 그러나 공정거래법 위반에 대한 판단은 그 행위의 내용, 실질적 경쟁에 미치는 효과, 관련시장의 상황, 라이선스 획득을 위한 이용자의 합리적 조건 제시 등을 종합적으로 고려해 결정해야 한다.

실제로 SW 사용형태의 변화를 보면, 1980년대 패키지 SW(Packaged SW)를 구매해 PC에 장착해 사용했으며, 1990년대 중반 이후 초고속 인터넷 통신기술의 발전과 인프라의 구축은 SW를 다운로드(download) 받아 개인용 컴퓨터에 장착해 사용하는 형태로 변화했다. 2000년대에 접어들어서 스트리밍 기술의 발달로 사용자는 간편히 서버에 접속해 자신이 필요로 하는 SW를 스트리밍 받아 사용하는 형태가 점차로 늘어나고 있다. 신기술에 대한 저작권자의 라이선스 거부행위는 기술발전에 따른 소비자의 사용욕구를 묵과한 것이고 종국적으로는 스트리밍 시장의 새로운 형성을 방해하는 반경쟁적 효과를 발생시킨다.

저작권자들이 PC-based 라이선스를 고수하는 것은 자신들의 독점적 매출을 지키기 위한 이유 이외에 다른 합리적 사유를 찾을 수 없다. 저작권자들은 SW 사용자에게 저작권 침해에 대한 위협을 가함으로써 간접적으로 SW 스트리밍 기술의 사용을 방해하고 잠정적으로 프로그램저작권시장에 반경쟁적 효과를 발생시킴으로써 기술시장의 진입장벽을 높이고

있는 것이다.

결론적으로 이러한 문제점을 해결하기 위한 합리적인 방법은 저작권 남용행위에 대한 구체책과 궤를 같이 한다고 하겠다. 이 사안에서 저작권자의 행위가 저작권 남용행위에 해당된다고 본다면 자신의 남용행위를 제거할 때까지 자신들의 권리를 주장할 수 없을 것이다. 따라서 이 남용행위에 대한 적절한 구제방법으로서 저작권자는 적절한 동시접속자 수에 기초한 합리적인 사용료를 이용자와 협의해, SW 스트리밍 방식을 수용할 수 있는 라이선스 계약서를 제공해야 할 것이다.

다행스럽게도 최근 6개 저작권사의 법정 대리인인 SPC와 J대학은 조건부 고소취하에 최종합의 했다. 그러나 그 합의내용을 보면, 제트스트림 솔루션에 저작권사의 SW를 탑재해 사용하는 것이 적법하다고 판단될 때까지 이 기술의 사용을 중단키로 하고 있다. SPC는 제트스트림의 사용을 명확히 불법으로 보고 있지 않으나, 실질적으로 이 솔루션의 사용을 중단시키는 효과를 초래하고, 결국 새로운 형태의 라이선스를 제공하고자 하는 의도가 없다고 보여 진다. 비록 이 사건은 양 당사자의 합의로 일단락 났지만 SW 스트리밍 기술과 관련해 앞으로 학계, 정부 및 산업계에 지속적인 관심의 대상이 될 것으로 보인다. ☎

**참고문헌**

- 『SW 스트리밍의 법적 문제점』에 관한 제7회 서울대학교 기술과법센터 워크숍 자료(2004. 9)  
-서계원, SW 스트리밍 기술에 대한 외국의 동향과 시사점  
-황보영, SW 스트리밍에 의한 SW 이용의 활성화  
-정연덕, 온드맨드 SW의 효과적 활용과 법적 문제점
- SW 스트리밍 방식의 컴퓨터프로그램보호법 위반 여부, 프로그램심의조정위원회 제39회 임시위원회 심의 의결서
- 이형주, "Software 스트리밍 Service"의 법적 성질, 2004년도 서울대학교 기술과법센터 제주도 워크숍(2004. 5)
- 이대희, SW 지적재산권의 권리남용방지와 공정 이용 활성화 방안에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회 연구보고서(2002)
- 윤선희(연구책임자), Software 스트리밍 방식의 법적 연구, 한국소프트웨어저작권협회 보고서(2004)
- Seungwoo Son, Selective Refusals to Sell Patented Goods: the Relationship between Patent Rights and Antitrust Law, 2002 J. L. Tech. & Pol'y 109, 136 (2002).
- Carole K. Jeffery, Copyright Misuse: A Defense Whose Time Has Come?, 27-JUN Colo. Law, 143, 143 (1998).