

현안분석 2001-

디지털경제법제⑧

디지털 정보거래의 성립에 관한 연구

吳炳喆

한국법제연구원

디지털 정보거래의 성립에 관한 연구

Formation of a Digital Information Contract

研究者 : 吳炳喆(경상대 법대 교수)
Byoung-Cheol OH

2001.11

한국법제연구원

목 차

| | |
|-------------------------------|----|
| 제 1 장 서론 | 7 |
| 제 1 절 정보의 개념정의 | 7 |
| 제 2 절 디지털 정보의 용어법과 개념정의 | 8 |
| 1. 용어법 | 8 |
| 2. 개념정의 | 9 |
| 제 3 절 디지털 정보의 종류 | 10 |
| 1. 디지털 정보와 디지털 콘텐츠의 관계 | 10 |
| 2. 디지털 콘텐츠와 소프트웨어의 관계 | 11 |
| 3. 디지털 정보와 소프트웨어의 관계 | 13 |
| 4. 디지털 정보의 구성 유형 | 13 |
| 제 4 절 디지털 정보의 본질 | 14 |
| 1. 무체성 | 14 |
| 2. 복제가능성 | 14 |
| 3. 품질의 동질성 | 15 |
| 4. 복제의 경제성 | 15 |
| 5. 전자적 전달 | 15 |
| 6. 정보의 복합성 | 16 |
| 7. 전화된 노동 | 16 |
| 제 5 절 논의의 범위와 방법 | 17 |
| 1. 논의의 범위 | 17 |
| 2. 논의의 방법 | 18 |
| 제 2 장 디지털 정보거래의 의의 | 21 |

| | |
|------------------------------------|-----------|
| 제 1 절 디지털 정보거래의 법적 성질 | 21 |
| 1. 전자거래와의 구별 | 21 |
| 2. 지적재산권과 정보거래 | 21 |
| 3. 디지털 정보거래의 특수성 | 24 |
| 제 2 절 디지털 정보거래의 현실 | 26 |
| 제 3 절 디지털 정보거래의 입법례 | 26 |
| 1. 독일의 컴퓨터계약 이론 | 26 |
| 2. 미국의 UCITA | 27 |
| 3. 우리 나라의 법규 | 28 |
| 제 3 장 디지털 정보거래의 법적 구조 | 31 |
| 제 1 절 사용허락 계약과 라이선스 계약의 구별 | 31 |
| 1. 기존의 견해 | 31 |
| 2. 기존 견해의 비판 | 32 |
| 3. 사 견 | 33 |
| 제 2 절 라이선스 계약의 법적 성격 | 34 |
| 1. 기존의 견해 | 34 |
| 2. 컴퓨터프로그램보호법 제19조의 규정 | 35 |
| 3. UCITA의 규율 | 36 |
| 4. 사 견 | 36 |
| 제 3 절 슈링크랩 라이선스의 유효성 | 37 |
| 1. 슈링크랩 라이선스의 개념 | 37 |
| 2. 슈링크랩 라이선스의 이용실태 | 38 |
| 3. 미국의 슈링크랩의 유효성 논의 | 38 |
| 4. 우리 나라의 논의 | 40 |

| | |
|--------------------------------|-----------|
| 5. UCITA의 태도 | 43 |
| 6. 사 건 | 44 |
| 제 4 절 클릭 랩 라이선스의 유효성 | 46 |
| 1. 계약편입의 합의 | 47 |
| 2. 약관의 명시·교부의무 | 48 |
| 3. 중요내용의 설명의무 | 50 |
| 4. UCITA의 규정 | 50 |
| 5. 사 건 | 51 |
| 제 4 장 라이선스 계약의 체결 | 53 |
| 제 1 절 계약의 청약과 승낙 | 53 |
| 1. 의사표시에 의한 청약과 승낙 | 53 |
| 2. 특수한 형태의 청약과 승낙 | 54 |
| 제 2 절 라이선스 계약의 존속기간 | 58 |
| 1. 정보의 이용기간의 문제점 | 58 |
| 2. UCITA의 규율 | 60 |
| 3. 정보의 이용기간의 구체적 규율 | 63 |
| 제 3 절 라이선스 계약의 해석 | 68 |
| 1. 해석의 표준 | 68 |
| 2. 라이선스 계약 내용의 해석 | 70 |
| 제 5 장 특수한 정보거래 | 77 |
| 제 1 절 접속계약 | 77 |
| 1. 접속계약의 개념 | 77 |
| 2. 접속서비스 계약 | 78 |
| 3. 정보접속계약 | 83 |

| | |
|--------------------------|----|
| 제 2 절 오류수정계약 | 88 |
| 1. 오류수정계약의 개념 | 88 |
| 2. 하자 치유를 위한 오류수정 | 89 |
| 3. 별도의 계약에 의한 오류수정 | 91 |
| 제 3 절 지원계약 | 92 |
| 1. 지원계약의 개념 | 92 |
| 2. 지원계약의 법적 규율 | 92 |
| 제 6 장 결 론 | 95 |
| 참고문헌 | 99 |

제1장 서론

제1절 정보의 개념정의

정보(information)라는 용어의 사전적 정의를 살펴보면, 관찰이나 측정을 통해 수집된 데이터를 실제 문제에 도움이 될 수 있도록 해석하고 정리한 지식이라고 밝히고 있다. 그리고 컴퓨터 공학적으로는 정보란 어떤 상황에 대한 적절한 의사결정을 할 수 있게 하는 지식으로서 데이터의 유효한 해석이나 데이터 상호간의 관계를 말하는 것이라고 개념정의 된다. 즉 정보란 데이터를 처리해서 얻을 수 있는 결과라고 한다.¹⁾ 이러한 사전적 의미의 개념정의에서도 나타나듯 정보라는 용어는 매우 다양한 의미로 사용되고 있으므로 그 실체를 파악하는 것은 매우 어려운 일이 아닐 수 없다. 그럼에도 불구하고 정보라는 용어는 일상생활에서만 아니라 법률에서 명시되어 사용되는 법전 용어로 채택되고 있다.

우리 나라의 입법에서 나타나는 정보의 개념은 해당 법률의 성격에 따라 매우 다의적이다. 먼저 정보화촉진기본법에서는 제2조 1호에서 "정보"의 개념을 정의하고 있다. 동법에 따르면, 정보라 함은 자연인 또는 법인이 특정 목적을 위하여 광 또는 전자적 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식이라 정의하고 있다. 그 외에 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 1호에서는 "정보"라 함은 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서, 도면, 사진, 테이프, 슬라이드 및 컴퓨터에 의하여 처리되는 매체 등에 기록된 사항이라고 정의하고 있다.

비교법적으로 살펴보면, 미국의 Uniform Computer Information Transactions Act(이하 UCITA)는 제102조 35호에서 "정보"를 개념정 의하고 있다. 동법에 따르면, "정보라 함은 데이터, 문장, 화상, 소리, Mask work²⁾ 또는 컴퓨터 프로그램을 말하며 이들의 수집 및 집적을 포함한

1) 이석호, 「데이터베이스 시스템과 오라클」, 중보판, 정익사, 1998, 19쪽.

2) Mask work이라 함은 반도체 제품의 생산에 사용되는 표현기법을 말하며, 우리 나

다”고 개념정의되고 있다. UCITA의 개념정의의 특징은 단순한 사실상의 데이터 자체도 정보에 해당될 수 있다는 것과 컴퓨터 프로그램이 정보에 해당된다는 것을 명시적으로 밝히고 있는 점이라 할 수 있다.

제 2 절 디지털 정보의 용어법과 개념정의

1. 용어법

본 연구에서 사용하는 '디지털 정보'라는 용어는 일반적으로 '컴퓨터 정보'나 '전자 정보' 등의 용어와 혼용해서 쓰이고 있다. 일반적으로 컴퓨터에서 처리되기 위해서는 디지털 형태를 갖추고 있어야 한다는 점에서 컴퓨터 정보와 디지털 정보를 구별할 실익이 있는 것으로 보이지는 않는다. 다만 '컴퓨터 정보'라 함은 정보를 처리하는 하드웨어적인 측면을 강조하는 용어법이고, '디지털 정보'라 함은 정보의 존재형식의 측면을 강조하는 용어법으로의 어감상의 차이는 존재한다. 또한 '전자 정보'와의 구별도 그리 분명해 보이는 것은 아니지만, 컴퓨터의 등장 이전부터 존재하는 '전자적'이라는 용어에는 아날로그 방식도 포함되므로 엄격한 의미에서는 보다 넓은 것으로 이해된다. 그러나 컴퓨터에서 처리되는 전자적 형태의 정보는 디지털 형태로 존재하며, 아날로그-디지털 전환(A-DC)이나 디지털-아날로그 전환(D-AC)이 용이한 현재로서는 '전자정보'와 '디지털 정보'의 용어의 구별도 큰 실익이 있어 보이지 않는다. 따라서 본 논문에서의 디지털 정보는 컴퓨터 정보나 전자정보와 일반적으로 혼용해서 쓰일 수 있을 것이다.³⁾

라의 '반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률' 제2조 2호의 "배치설계"에 해당되는 것이다. 동법에 따르면 배치설계라 함은 반도체 집적회로를 제조하기 위하여 각종 회로소자 및 그들을 연결하는 도선을 평면적 또는 입체적으로 배치한 설계도를 말한다.

3) 기술의 급격한 변화가 진행되고 있는 환경에서는 특히 기술중립적인 태도가 중요하다고 보여지며, 그러한 점에서 법적인 측면에서는 특정한 기술에 국한된 의미로 좁게 이해하기보다는 보다 유연한 의미로 이해되어야 할 것이다. 또한 이러한 유연성은 용어와 개념정의에 있어서도 역시 요구되며, 과거의 개념법학에서와 같은 개념정의의 엄격성과 정확성은 더 이상 장점이 되지 못할 것이다.

2. 개념정의

정보는 컴퓨터의 등장과 관계없이 일찍부터 존재해 왔던 것이다. 그러나 정보 자체에 대한 중요성이 일반적으로 인정되기보다는 특수한 영역에서 주로 주목받아왔다. 특히 공적 영역, 정치·행정·국방 등의 영역에서 주로 사용되는 개념이었다. 그러나 사회의 발전에 따라 개인이 필요로 하는 사실이나 자료가 점차 늘어남으로써 정보가 인간생활에서 불가결한 요소로 자리잡게 되었다. 나아가 정보혁명을 통해 정보사회로 진입하면서, 정보의 가치는 더욱 더 중요해지고 있다.

특히 컴퓨터의 등장 이후 정보처리의 능력이 현격하게 발전하기 시작하였고, 인간이 필요로 하는 정보의 생성과 전달 그리고 저장에 있어서 컴퓨터에 대한 의존도가 갈수록 증대되었다. 컴퓨터에서 처리되는 정보는 그 형태가 디지털이며, 디지털은 그 자체로서 정보를 구성하게 된다. 따라서 컴퓨터에서 사용되는 디지털 정보는 정보인 동시에 디지털로서의 특성을 벗어날 수 없다.

이러한 디지털은 본래 자연적 산물이 아닌 전적으로 인공적인 산물이다. 인간의 착성 없이 자연상태로 존재하는 디지털이란 상상해 볼 수 없으며, 반드시 인간의 노동을 통해서 생성되는 완전한 인공적 신호이다. 그러므로 디지털 정보는 발견을 통해 습득할 수 있는 자연물이 아니라 인간의 정신적 산물이 육체적 노동을 통해 창조되는 새로운 형태의 재산적 가치이다. 그리고 그것은 정보사회에서 중요한 하나의 거래 객체로 등장하게 된다.

현재 우리 나라의 법률에 컴퓨터 정보나 디지털 정보의 개념을 정의하고 있지는 아니하다. 그러나 전술한 바와 같은 정보화촉진기본법상의 정보에 대한 개념정의는 전통적으로 사용되는 정보의 개념정의와는 상이한 것이다. 정보화촉진기본법의 성격에 비추어, 컴퓨터의 도입에 따라 파생된 현대적 의미의 정보에 대한 것이다. 즉 "자연인 또는 법인이 특정 목적을 위하여 광 또는 전자적 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식"이라는 정보화촉진기

본법상의 개념정의는, 오히려 디지털 정보나 컴퓨터정보 또는 전자 정보라 표현될 수 있는 것으로 생각된다.

미국의 UCITA는 동조 10호에서 “컴퓨터정보”를 명시적으로 개념정의하고 있다. 동법은 “컴퓨터정보라 함은 컴퓨터로부터 또는 컴퓨터의 이용을 통해 얻거나 혹은 컴퓨터에 의하여 처리되어질 수 있는 형태로 된 전자적 형태의 정보를 말한다. 여기에는 정보의 사본(copy) 및 사본과 결합된 문서 또는 패키지를 포함한다”고 개념정의하고 있다.

제 3 절 디지털 정보의 종류

정보라는 용어의 개념정의의 어려움으로 인해 디지털 정보에 대한 개념 정의도 추상적일 수밖에 없다. 그러므로 구체적으로 현실에서 어떠한 것을 디지털 정보라고 보아야 할 것인가, 즉 디지털 정보는 실제로 어떠한 것들을 말하는가를 살펴보는 것이 중요하다. 이러한 디지털 정보의 종류에 대해서 다음과 같은 몇 가지 법적 문제의 해결이 필요하다.

1. 디지털 정보와 디지털 콘텐츠의 관계

우선 최근 부각되고 있는 이른바 디지털 콘텐츠(contents)와 디지털 정보는 어떠한 관계로 이해할 것인가가 문제로 된다. 학설에 따르면, 콘텐츠는 문자·소리·화상·영상 등의 형태로 이루어진 정보의 내용물로서 각종 유·무선 통신망을 타고 흐르는 정보를 통칭하지만, 최근에는 방송과 컴퓨터의 융합화 추세에 따라 공중파 방송에 필요한 문자·음성·화상 등의 방송정보와 컴퓨터 네트워크망으로 교환되는 교육용 소프트웨어·게임소프트웨어·영화 등의 디지털로 된 모든 정보를 의미한다는 견해가 있다.⁴⁾ 그러므로 디지털형태로 된 기존의 정보는 모두 디지털 정보로 이해될 수 있다.

나아가 이 견해는 디지털 콘텐츠란 정보통신망에서 사용하기 위하여 부호·문자·음성·음향·영상 등을 디지털방식으로 제작하거나 처리한 자료·정보라 정의하고 있다. 이와 같은 견해에 따를 경우에 교육용 소프트

4) 디지털콘텐츠산업발전법(안) 종합해설서, 한국소프트웨어진흥원, 2001, 1쪽.

트웨어나 게임 소프트웨어를 디지털 콘텐츠에 포함시켜 이해한다. 따라서 디지털 콘텐츠는 디지털 정보를 구성하는 주요한 종류가 된다.

일반적으로 디지털 콘텐츠는 소프트웨어와 구별하는 것이 일반적이다. 즉 소프트웨어는 디지털 콘텐츠를 생성, 수정, 이용, 재현하기 위한 수단적인 기능을 하는 응용프로그램을 지칭하는 것으로 이해한다. 그러나 교육용 소프트웨어나 게임 소프트웨어와 같이 특수한 소프트웨어의 경우에는 정보와 응용프로그램이 밀접하게 결합되어 있기 때문에 디지털 콘텐츠로 구분하는 것으로 보여진다. 이러한 점은 소프트웨어와 디지털 콘텐츠를 구별되는가의 문제로 귀착된다.

2. 디지털 콘텐츠와 소프트웨어의 관계

전술한 우리의 디지털 콘텐츠 개념정의에 따르면 특수한 소프트웨어는 디지털 콘텐츠의 일 유형으로 포함시키고 있다. 즉 소프트웨어와 디지털 콘텐츠를 준별하지 아니하고 있다.

그와 달리 UCITA는 디지털 콘텐츠와 소프트웨어를 구별하는 태도를 취하고 있다. UCITA 제102조 37호에 따르면, "정보 콘텐츠라 함은 정보의 통상적인 이용으로 개인에게 전달되거나 또는 개인에 의하여 인식될 의도를 갖는 정보 또는 그 동가물"이라고 개념정의하고 있다. 그리고 동법 제102조 12호는 "컴퓨터 프로그램이라 함은 컴퓨터가 특정 결과를 산출하기 위해 직접 또는 간접적으로 사용되는 일련의 선언문이나 명령문의 집합체를 말한다. 그러나 별도로 구별가능한 정보내용은 포함되지 않는다"라고 별도로 정의하고 있다. 따라서 컴퓨터 프로그램은 컴퓨터 정보에는 포함되지만 정보콘텐츠에 해당되지 않는 것이며, 컴퓨터 정보는 컴퓨터 프로그램과 정보콘텐츠로 구성된다는 태도를 취하고 있다.

현재 우리의 법률체계에서도 컴퓨터 프로그램과 디지털 콘텐츠는 각각 상이한 법률의 적용대상인 것으로 보인다. 컴퓨터 프로그램에 대해서는 컴퓨터프로그램보호법의 적용대상인 반면에 정보콘텐츠는 그것이 디지털 형태로 되어 있더라도 저작권법의 적용대상인 것으로 생각된다. 컴퓨터 프로그램의 개념은 저작권법 제2조 12호에서 '특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사

용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다'라고 정의하고 있다. 이러한 개념정의에서 "특정한 결과를 얻기 위하여"라 함은 컴퓨터 연산 결과를 얻기 위한 수단적 도구로서의 의미를 명확히 하고 있다. 예를 들면 문서를 작성하기 위하여, 그림이나 동영상을 나타내기 위하여 또는 음향을 재생하거나 녹음하기 위하여 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것이 컴퓨터 프로그램이다. 따라서 저작권법 제2조 12호에서 정의하는 컴퓨터 프로그램은 소프트웨어만을 의미하며 디지털 정보컨텐츠는 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다.

사건으로도 컴퓨터 프로그램과 디지털컨텐츠는 개념적으로 구별가능하다고 생각된다. 디지털컨텐츠와 디지털컨텐츠를 작성, 획득, 처리, 이용하기 위해 사용되는 도구인 컴퓨터 프로그램은 용도에서도 구별가능하다. 예를 들어 데이터베이스 프로그램과 그에 의해 다루어지는 데이터 자체는 구별되어지고, 검색엔진과 검색된 자료, 동영상 프로그램과 동영상자료는 구별되어진다. 반면에 PC게임이나 온라인 게임의 경우에는 컴퓨터 프로그램과 디지털컨텐츠를 현실적으로 구별하기가 용이하지는 않다. 따라서 컴퓨터 프로그램과 정보컨텐츠를 개념적으로 구별하되, 둘 다 디지털 정보에 포함시키는 것이 타당할 것이다. 즉 디지털 정보라 함은 컴퓨터 프로그램(소프트웨어)과 디지털 정보컨텐츠를 말한다.

또한 디지털컨텐츠와 컴퓨터 프로그램의 구별이 모호하게 결합되어 있는 경우에는 그 주된 구성부분과 활용대상이 컴퓨터 프로그램인가 아니면 디지털컨텐츠인가로 구별하는 것이 적절할 것으로 생각된다.⁵⁾ 그러나 주종의 구별이 모호한 경우에는 컴퓨터 프로그램으로 다루는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 이러한 경우에는 일반거래관행에서 컴퓨터 프로그램의 형태로 다루어지며,⁶⁾ 디지털컨텐츠 활용에 있어서 대체로 호환성이 없이 당해 컴퓨터프로그램에 종속되어 다루어지기 때문이다.

5) 판례검색 데이터베이스(법고을 LX7.8)의 경우에는 컨텐츠와 프로그램이 밀접하게 결합되어 있지만, 컨텐츠가 주된 것이며 프로그램은 단순히 컨텐츠를 보기 위한 수단인 동시에 컨텐츠를 다른 응용프로그램(호출)에서 활용할 수 있으므로 디지털 컨텐츠로 보아야 한다.

6) 게임의 경우에 게임소프트웨어로 불려지고 그 정보내용은 소프트웨어의 구성부분의 하나이며, 게임의 결과는 소프트웨어의 구체적 실행의 내용에 따라 달리 형성되므로 컴퓨터 프로그램으로서의 성격이 강하다.

3. 디지털 정보와 소프트웨어의 관계

소프트웨어를 디지털 정보의 범주에 포함시킬 것인가의 문제는 매우 중요하다. 전술한 바와 같이 미국의 UCITA는 '컴퓨터 정보'의 개념에 '컴퓨터 프로그램'을 포함시키고 있다. 그리고 컴퓨터 프로그램은 정보 콘텐츠와 구별되는 것으로 하고 있다. 따라서 컴퓨터 정보는 컴퓨터 프로그램과 정보콘텐츠라는 상이한 종류를 포함하는 상위개념이다.

우리 나라에서는 UCITA의 '컴퓨터 정보'와 같은 개념에 관해서 아직 논의가 이루어지고 있지 않다. 그러므로 '디지털정보'에 소프트웨어를 포함시킬 것인가 아니면 별개로 구별할 것인가에 관해서도 논의가 존재하지 않는다. 그러므로 결국 디지털 콘텐츠의 거래와 소프트웨어의 거래를 하나의 디지털 정보거래라는 단일한 범주에서 다룰 것인가 아니면 현재의 저작권법과 컴퓨터 프로그램법과 같이 구별해서 다른 범주에서 다룰 것인가의 법정정책적 판단에 따라 결정되어야 할 것이다.

사건으로는, 그러한 법정정책적 판단은 유보한 상태로 둔 채, 미국의 UCITA와 마찬가지로 '디지털 정보'에 소프트웨어와 디지털 콘텐츠가 포함되는 것으로 일단 전제하고 논의를 진행한다. 이 경우 기존의 저작권법과 컴퓨터 프로그램 보호법과 같이 콘텐츠와 소프트웨어의 구별을 기준으로 하여 각각 상이한 법체계를 형성해 온 법정정책에 수정이 요구된다는 문제가 발생하게 된다. 따라서 '디지털 정보'에 소프트웨어를 포함시킬 것인가 아니면 디지털 콘텐츠만을 분리할 것인가는 논리적으로 결정할 법적 문제를 넘는 지적재산권과 관련된 법체계수립의 법정정책차원의 사항이므로 입법적 정책판단에 유보하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

4. 디지털 정보의 구성 유형

결론적으로 본 연구에서의 디지털 정보는 컴퓨터 프로그램과 디지털 콘텐츠를 포함하는 것으로 이론을 구성한다. 그러므로 디지털 정보의 거래는 컴퓨터 프로그램의 거래나 디지털 콘텐츠의 거래 모두를 포괄하게 된다.⁷⁾

소프트웨어와 디지털 콘텐츠를 구태여 구별해야 하는 실익은 우리 법체계 상 각각에 적용될 적용법규가 상이하기 때문이다.

소프트웨어는 컴퓨터 프로그램이므로 컴퓨터 프로그램 보호법이 우선 적용되어야 하고, 디지털 콘텐츠는 디지털의 형태로 된 저작물이므로 저작권법이 적용된다. 물론 컴퓨터 프로그램 보호법은 저작권법을 모델로 하여 제정된 저작권법의 특별법으로서의 성격을 가지므로 유사한 성격을 가지지만 완전히 동일한 내용으로 되어 있는 것은 아니다. 이와 같이 디지털 정보라 하더라도 디지털의 기능에 따라 별도의 법규를 적용하는 것이 타당한 것인지 아니면 디지털 정보를 하나의 통일된 법규로 규율하여야 하는가는 법정책적으로 향후 고려되어야 할 것이다.

제 4 절 디지털 정보의 본질

1. 무체성

디지털 정보의 특성은 어떠한 물리적이고 유형적인(tangible) 형태를 갖추지 않는다는 것이다. 정보의 본질은 인간의 정신적 산물인 지식 또는 사실이므로 본래 무형의 것이다. 기존의 정보는 유형적인 매체에 담겨야 인간이 이용할 수 있으므로, 무형의 정보는 반드시 유형의 매체에 보존되어야 했다. 그러나 디지털 정보에 있어서는 반드시 그러한 것은 아니다.

2. 복제가능성

디지털 정보의 가장 큰 특징은 무한한 복제가능성이다. 디지털로 된 컴퓨터 파일은 손쉽게 무한한 대량복제 가능성을 갖고 있다. 디지털 정보에 있어서 생산(produce)이라고 하는 것은 디지털 정보를 최초로 생성하는(generate) 경우에만 존재하며, 일단 생성이후에는 복제(copy)만이

7) 이러한 구성은 미국의 UCITA의 구성체계와 동일한 것이다. 다만 UCITA와 용어 표현에 대해서는 차이가 있으며, UCITA의 컴퓨터정보는 디지털 정보라는 용어로 대체하고, 정보콘텐츠는 디지털 콘텐츠로 표현하는 것이 더 적절할 것으로 생각한다.

존재할 뿐이다. 따라서 기존의 유체물로 된 정보의 생산이라고 하는 것과 달리 기술적 복제가 무한하게 가능하다.

3. 품질의 동질성

디지털정보는 기술적으로 복제가 가능할 뿐만 아니라, 복제가 수없이 반복되더라도 디지털의 품질이 완전히 동질적이다. 디지털의 복제는 양적인 측면뿐만 아니라 질적인 측면에서도 완전하며 그 복제의 한계가 존재하지 않는다. 완전히 동질적인 복제라 함은 원본과 복제본의 구별이 불가능하다는 것을 의미하며, 나아가 물건이 갖는 유일무이성과 독자성이 디지털에서는 인정될 수 없음을 의미한다. 또한 물건과 달리 시간의 흐름에 따른 자연적 마모현상이 존재하지 않는다.

이와 같은 품질의 동질성을 고려한다면, 기존의 저작권법상의 사적복제의 허용범위를 디지털정보의 경우에는 달리 다루어 좁게 적용해야 한다는 주장도 제기되고 있다.⁸⁾

4. 복제의 경제성

디지털 정보는 전술한 바와 같이 복제가 가능할 뿐만 아니라 그 복제를 위한 한계비용도 거의 무시할 정도로 낮다. 그리고 복제를 위한 금전적 비용뿐만 아니라 시간과 기술도 그리 많이 필요한 것은 아니다. 따라서 디지털 정보를 최초로 생성하는 데는 상당한 시간과 비용이 들지만, 그것을 복제하는 데에는 경제적 비용이 거의 들지 않는다.

5. 전자적 전달

디지털 정보는 정보를 0과 1의 전자적 코드로 변형된 것이다. 일반적으로 컴퓨터로 처리되는 디지털은 2진법을 기반으로 하며, 0과 1은 0V와 5V의 전기적 신호로 표현된다. 그러므로 디지털은 전기적 신호 그 자체

8) 이상정, "디지털재산과 법", 『IT산업과 디지털 재산, 디지털재산법학회 창립기념세미나 자료집, 2001.4, 5쪽.

이며, 이러한 전기적 신호는 네트워크를 통해 용이하게 전달될 수 있다. 전송네트워크는 반드시 유형적인 유선 네트워크일 필요는 없으며, 무형적인 무선 네트워크라도 무방하다.

6. 정보의 복합성

기존의 정보는 유형적 매체를 통해 표현되고 저장된다는 점에서 복합적인 정보를 처리하기에 용이하지 않았다. 그러나 디지털 정보는 모든 형태의 정보를 0과 1의 전기적 신호로 표시하므로, 정보의 형태에 구애받지 아니하고 하나의 형식으로 통일할 수 있게 되었다. 이러한 형식의 통일성은 여러 종류의 정보를 복합화할 수 있도록 하는 기술적 기반이 되며, 이른바 멀티미디어 정보(multimedia)라는 정보의 복합체가 널리 활용되게 되었다.

7. 電化된 노동

디지털 정보는 그것이 유형물에 저장되는 한도에서는 물건의 외형으로서 다루어질 수도 있다.⁹⁾ 뿐만 아니라 정보의 의미라는 내용의 관점에서 보면 정보는 정보로서의 가치를 갖도록 만드는 사람의 노동력의 결과로서의 본질을 갖는다. 이러한 한도에서는 디지털 정보는 노동력의 또 다른 전자적 변형으로서 다루어진다. 그럼에도 불구하고 노동력이 디지털로 電化되는 순간부터, 디지털 자체로서 인간이라는 권리주체로부터 분리되는 하나의 권리객체로 바뀌게 된다. 따라서 디지털 정보는 새로운 형태의 권리객체로 전화된 인간의 노동력이라 볼 수밖에 없다. 이러한 점에서 거래목적은 물건과 인간의 노동력의 중간적 형태로 존재한다. 결국 디지털 정보라는 것은 “전자적 금부” 그 자체라고 보아야 할 것이다.¹⁰⁾

9) 물론 유체물에 저장되지 않은 상태, 즉 네트워크를 타고 전달되는 도중의 디지털은 물리적으로 전기신호이며, 우리 민법 제98조의 물건의 정의에 따르면 전기도 물건이므로, 디지털 역시 물건이라 할 수도 있다. 그러나 이러한 물리적 분석은 법적으로 선언적 의미만을 갖는다.

10) 오병철, “전자거래와 법”, 『IT산업과 디지털 재산, 디지털재산법학회 창립기념세미나 자료집, 2001.4, 14쪽 참조.

제5절 논의의 범위와 방법

1. 논의의 범위

디지털 정보거래에 관한 법적 규율을 위해서 먼저 디지털 정보거래가 무엇을 의미하는 것인가에 대한 논의를 살펴본다. 특히 디지털 정보가 유체물에 저장되어 거래되는 경우에 그것이 유체물에 대한 매매계약과 어떻게 구별되는가 특히 정보저장매체의 거래와 정보의 거래를 관념적으로 구별하여 살펴본다. 특히 협의의 정보거래인 라이선스 계약의 개념이 무엇이며 법적 성격이 무엇인가를 살펴본다. 그리고 거래현실에서 라이선스 계약을 체결하는 일반적인 방법인 슈링크랩 라이선스와 클릭랩 라이선스의 유효성을 살펴본다.

본 연구에서의 논의의 범위는 이러한 기반을 바탕으로 해서 주로 디지털 정보거래의 체결과정에 대한 특수성을 고찰하는 데 중점을 두었다. 특히 라이선스 계약에서 주어지는 라이선스의 구체적인 내용이 무엇이며, 그것이 기존의 저작권법에서의 정보에 대한 다양한 권한부여와 어떠한 차이가 있는가가 핵심이 될 것이다. 그러한 라이선스의 구체적 내용에 따라 정보의 이용기간은 얼마나 되는가 그리고 정보는 누가 이용할 수 있는가를 논의의 대상으로 한다. 이러한 논의를 위해 디지털 정보거래를 정보의 이용양태에 따라 '복제본에 의한 정보이용'과 '접속에 의한 정보이용'으로 구별하였다. 그리고 디지털 정보거래의 특수한 계약유형인 접속계약, 오류수정계약 그리고 지원계약 등을 살펴본다.

따라서 본 연구에서는 디지털 정보의 이행과 관련된 논의는 진행하지 아니하였다. 그 이유는 우선 디지털 정보거래의 개념과 법적 성질에 대한 이론적 논의가 막 시작되는 상태에서 그 이행 및 정보의 이용에 대해서까지 논의한다는 것이 시기상조라는 점 때문이다.¹¹⁾ 따라서 디지털 정보의 이행과 관련된 구체적 논점의 제시와 논의는 향후의 연구과제가 될 것이다.

11) 그리고 개인적으로는 전자거래에서의 전자적 이행에 관한 기존의 연구를 통하여 어느 정도 견해를 제시한 바 있으므로 그것을 통해 어느 정도 이론적 규율이 가능하다고 생각하기 때문이다.

2. 논의의 방법

디지털 정보거래의 규율을 위한 방법으로 우선 기존의 거래에 관한 법적 규정을 기반으로 하여 논의를 진행한다. 전술한 바와 같이 우리 저작권법 제41조 이하와 컴퓨터프로그램보호법 제15조 이하의 법규정이 존재한다. 그러나 이러한 기존의 법조항은 저작권 자체의 거래에 관한 것이므로 정보의 거래에 대한 규정이라고 볼 수 없으며, 따라서 대부분의 라이선스 계약에 관한 법적 규율은 이론적 연구에 따른 해석론을 통해 마련되어야 할 것이다. 또한 기존의 법규정 중에서도 적절하지 않은 부분에 대해서는 비판적인 검토를 통해 저작권 자체의 거래에 대해서도 새로운 법적 규율을 모색하여야 할 것이다.

이와 같은 이론적 고찰에 있어서 해석론적으로는 기존의 계약법에 관한 일반이론을 기반으로 한다. 이미 수많은 논의와 현실에의 적용을 통해 공정한 법적 원리로서의 정당성을 획득한 계약법의 이론의 토대에서 새로운 법적 문제에 대해 이론적인 확장을 행한다. 그러므로 새로운 법적 문제에 대해서는 기존의 계약법의 일반원리로부터 출발하되, 구체적인 해석론에 구애됨 없이 새로운 법적 규율을 시도한다.

전술한 바와 같이 디지털 정보거래라 함은 광의의 디지털 정보거래와 협의의 디지털 정보거래로 구별할 수 있다. 본 연구는 협의의 디지털 정보거래, 즉 license계약을 주된 대상으로 한다. 왜냐하면 디지털 정보에 관한 권리(이른바 저작권이나 프로그램저작권) 자체의 양도는 매우 드문 경우이며, 일반적으로 상사거래의 대상이 될 것이기 때문이다. 따라서 본 연구는 일반적으로 빈번하게 발생하는 동시에, 민사법적의 규율대상이 될 라이선스 계약을 주된 대상으로 하고, 디지털 정보에 대한 저작권 자체의 양도와 같은 광의의 정보거래는 필요한 경우에 국한한다.

디지털 정보거래에 대한 비교법적 고찰을 위해서 현존하는 유일한 독립적인 입법인 미국의 UCITA를 비교 대상으로 한다. UCITA는 디지털 정보거래를 위해서 별도로 제정된 입법이므로 디지털 정보거래의 법적 규율을 위한 하나의 유용한 모델이 될 수 있을 것이다. UCITA는 영미

법적 선택이 강하여 대륙법적 성격을 갖는 우리 법체계와 어울리지 않는 법규도 상당부분 존재한다. 그러나 영미법에 고유한 특수성은 여기에서의 고찰대상이 아니며, 디지털과 정보의 성격과 본질을 반영한 법적 규율을 비교법적 고찰 대상으로 한다.

제 2 장 디지털 정보거래의 의의

제 1 절 디지털 정보거래의 법적 성질

1. 전자거래와의 구별

디지털 정보거래는 전자거래와 같이 컴퓨터와 디지털환경을 바탕으로 해서 발생한 새로운 거래라는 점에서는 공통점을 보인다. 그러나 디지털 정보거래는 거래의 목적물이 전자적인 형태를 갖는 디지털 정보라는 점이 본질이며, 전자거래는 거래의 수단이 전자적 형태인 컴퓨터 네트워크로 이루어진다는 점에서 구별된다. 예를 들어 컴퓨터 프로그램을 CD나 디스켓 등의 유체물에 저장시켜 기존의 상점을 통해 거래하는 것은 디지털 정보거래이지만 전자거래는 아니다. 반면에 의류나 가구와 같이 유체물의 매매계약을 컴퓨터 네트워크를 통해 체결하는 경우에는 전자거래이며 디지털 정보거래는 아니다. 그러므로 전자거래가 거래방식의 디지털화라면, 디지털 정보거래는 거래목적의 디지털화라는 특징을 갖는다. 이러한 특징에 따라 법적 규율은 새로운 측면에서 조명되어야 한다.

이와 같은 차이점에도 불구하고, 디지털 정보거래가 전자거래의 형식으로 이루어지는 경우에는 디지털 정보거래인 동시에 전자거래가 된다. 예를 들어 워드프로세서와 같은 응용 소프트웨어의 거래에 있어서 인터넷 쇼핑몰을 통해 계약을 체결하고 컴퓨터 네트워크를 통해 다운로드 받는 경우에는 전자거래를 통한 디지털 정보거래가 될 것이다.¹²⁾

2. 지적재산권과 정보거래

정보는 자연의 산물이 아니라 사실을 수집하고 정리하는 인간의 육체적 노동과 자료나 지식을 창출하는 정신적 노동의 결과이다. 그러한 점에서 정보는 인간의 지적인 활동의 결과이다.

12) 전자거래는 계약의 성립이나 이행과정 중 일부만 전자적인 방법으로 이루어져도 되므로, 계약의 이행이 물리적인 택배를 통해서 이루어지더라도 전자거래가 된다.

따라서 지적 재산권법은 정신적 재화인 지적 재산(intellectual property) 내지는 무형의 재화인 무체재산을 그 보호대상으로 하는 일련의 법체계를 일컫는다. 이러한 지적재산권에 대한 보호권인 지적 재산권은 인간의 지적 활동의 성과로 얻어진 정신적·무형적 재화에 대한 소유권에 유사한 재산권을 지칭하는 것이다.¹³⁾

그러므로 정보는 지적 재산이며 지적재산권의 객체가 된다. 이러한 정보의 거래를 말하는 정보거래는 넓은 의미에서는 지적 재산의 거래이며, 지적재산권의 변경을 가져오는 거래를 말한다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁾ 즉 저작권의 양도와 같이 지적재산권 자체의 양도를 포함하여 복제권, 공연권 등 지적재산권의 諸 權利를 발생시키거나 소멸시키는 거래를 광의의 정보거래라 말할 수 있다.

그러나 정보거래는 좁은 의미에서는 저작권의 양도와 같은 지적재산권 자체의 양도를 말하는 것이 아니라, 정보를 일정한 용도로 이용할 수 있도록 허락하는 라이선스 계약(license contract)을 말한다. 정보의 거래 영역에서 정보 그 자체에 관한 모든 권리를 양도·양수하는 것은 드물며, 주로 정보의 이용권만을 정보의 지적재산권자로부터 부여받는 것이 일반적이다. 이러한 이용의 허락을 라이선스라고 하며, 따라서 협의의 정보거래는 라이선스 계약을 말한다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 그러나 주의해야 할 것은, 별도로 상술하는 바와 같이, 협의의 정보거래인 라이선스 계약과 우리 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 프로그램의 사용허락계약과는 전혀 다르다는 것이다.

비교법적으로 살펴보면 UCITA에 있어서 정보거래(information transaction)라 함은 광의의 정보거래를 말한다. UCITA 제102조 11호는 "컴퓨터 정보거래"라 함은 컴퓨터 정보 또는 컴퓨터 정보에 대한 정보재산권을 생성, 수정, 이전 또는 라이선스 하는 합의 또는 그 이행을 말하며, 지원계

13) 오승종·이해완, 「저작권법」(개정판), 박영사, 2000, 1쪽.

14) 즉 지적재산권의 취득·변경·소멸이라고 하는 변동에 있어서, 취득과 소멸을 제외한 지적재산권의 변경을 일으키는 거래라고 이해될 수 있다.

15) 대표적인 실례로는 일반인인 최종사용자(end-user)가 개인용으로 워드프로세서 소프트웨어를 구입하거나, PDA에서 읽기 위해 전자책(e-book)으로 된 소설이나 성경을 구입하는 것을 생각해 볼 수 있다.

약이나 수정계약을 포함한다라고 정의하고 있다. 그러나 이러한 개념정의에도 불구하고, UCITA의 규정은 라이선스 계약을 주된 내용으로 하는 것이며, 기타 접속계약이나 수정계약 등 정보의 특수한 이용에 대한 계약은 “계약의 특수한 유형(special types of contract)”이라 표현하여 별도로 다루고 있다(UCITA 제611조, 제612조). 그러한 점에서 정보거래를 광의로 개념정의하되, 실질적 규율의 대상은 협의의 정보거래인 라이선스 계약에 중점을 두고 있다. 그리고 제102조 41호에서 라이선스의 개념에 대해 “라이선스라 함은 정보 또는 정보재산권에 접속하거나 이를 이용, 배포, 실행, 수정 또는 복제할 권한을 부여하지만, 정보에 대한 전권을 부여하지 않거나 권한이 부여된 그 접속 또는 이용을 명시적으로 제한하는 계약을 말한다”고 정의하고 있다.

기존의 지적 재산권의 영역에 있어서 지적 재산권자체의 양도는 매우 드물게 행하여졌으므로 지적재산권의 거래라는 계약법적 고찰은 활성화되어 있지 아니하였다. 오히려 지적재산권은 계약이외의 불법행위적인 침해로부터 어떻게 지적재산권을 보호할 것인가의 정적 보호에 관심이 집중되어 왔다. 그러나 디지털 정보에 있어서는 지적재산권자의 정적인 권리보호는 동적인 정보거래과정에 대한 법적 규율을 통해 이루어지게 되었다. 즉 계약관계에 놓여있지 않은 제3자의 침해로부터의 보호뿐만 아니라 일상적이고 빈번하게 행하여지는 라이선스 계약에 의한 이용자의 침해행위로부터의 보호 또한 지적재산권의 정적 보호에 중요한 부분을 차지하게 되었다. 그러므로 라이선스 계약에 의한 이용자의 권리를 명확히 함으로써 이용자의 행위가 정당한 권리행사인가 침해행위인가를 밝히는 것이 중요해졌다. 그리고 이용을 허락받는 이용자의 정당한 이용행위를 명확히 하여 이용자의 이용권을 보호하는 것도 요구된다. 특히 일반적으로 소비자의 지위에 있는 이용자를 강력한 힘을 가진 지적재산권자의 전형으로부터 보호하는 것 또한 소비자보호에 있어서 새로운 국면이 된다.

이러한 점에서 정보거래의 개념은 광의의 정보거래로 이해하되, 실질적인 규율대상은 협의의 정보거래인 라이선스 계약에 중점을 두는 태도가 취하여 질 것이다.

3. 디지털 정보거래의 특수성¹⁶⁾

디지털 정보거래는 전자거래와 마찬가지로 거래라는 본질은 변함이 없다. 그러므로 거래에 관한 법적 규율은 민법의 전체규정을 통해 가능할 것이다. 특히 우리의 계약법체계는 매우 포괄적인 규정으로 구성되어 있으므로, 새로운 형태의 계약에 대해서도 적용력을 가질 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 다음과 같은 정보거래의 특성에 따라 중전의 계약법 이론에서 다루지 않은 법적 문제가 발생한다.

(1) 거래목적의 디지털화

기존의 거래와 달리 정보거래에 있어서 거래목적은 디지털 그 자체가므로 디지털이 갖는 특성이 그대로 존재한다. 전술한 바와 같이 디지털은 그 속성상 최초의 생성(generate)을 제외하고는 더 이상 원시적 생산(produce)이 아닌 복제(copy)에 불과하며, 극소의 비용으로 무한한 복제가능성을 갖는다. 그러므로 거래의 사실상의 경제적 효과는 계약당사자만이 배타적으로 향유하는 것이 아니라, 복제를 통해 모든 사람이 향유할 수 있는 가능성을 갖는다. 그러한 용이한 복제가능성은 정보를 원시적으로 창출한 자의 이익을 침해하는 것이므로 저작권 유사의 보호가 요구된다. 동시에 복제를 통한 거래를 방지하기 위한 법적 규율 역시 요구되며, 그것은 결국 새로운 권리의 형태로 나타나게 된다.

이른바 '주는 채무'와 '하는 채무'로 구별되듯이, 기존의 거래목적은 물건과 용역으로 크게 구분될 수 있다. 그러나 정보 그 자체는 물건과 용역으로서의 성격을 모두 갖는다.

(2) 계약전형의 변화

디지털 정보는 전술한 무한한 복제가능성의 위험이 상존하므로, 디지털 정보의 계약관계는 일회적이고 순간적으로 종료되는 것이 아니라, 디지

16) 오병철, "디지털 정보거래의 의의 및 규율방안", 「전자거래 관련 법제정방안」, (워크샵 2001-5), 한국법제연구원, 2001, 79쪽 이하.

털 자체가 경제적 가치를 갖는 동안에 지속적으로 존재할 수밖에 없다. 이러한 점은 기존의 물건 내지 재산권의 이전(증여, 매매, 교환)과는 확연하게 구별된다. 종래의 물건의 경제적 가치는 물건의 권리자가 배타적으로 향유할 수 있으며, 거래를 통해 물건의 권리를 이전한 前권리자는 그 경제적 가치를 상실한다. 따라서 기존의 물건의 양도에 있어서의 계약관계는 일회적이고 일시적이다. 또한 기존의 재산권의 이용(소비대차, 임대차, 사용대차) 역시 물건의 점유이전을 통해 그 물건의 권리보유자는 이용의 측면에서는 배타적 지위를 가지며, 이용권을 설정한 권리자는 그 경제적 가치를 상실한다. 그러나 디지털 정보의 경우에 정보사용권을 설정한 권리자가 무한한 복제가능성을 독점적으로 향유하므로 기존의 거래전형과는 상이하다. 또한 인간의 노동력의 공급을 목적으로 하는 거래(고용, 위임, 도급)의 규율과는 거래목적이 인간의 노동력과 분리된 하나의 독립적 권리객체라는 성격을 갖는 점에서 구별된다.

특히 디지털 정보거래가 정보 그 자체의 거래보다는 정보에 관한 권리를 설정해주는 것이며, 이러한 점에서는 종래의 물권의 설정과 유사한 성격을 갖는 것으로 보여진다. 전세권 설정계약과 임대차계약의 구별에서 보여지듯, 어떠한 계약관계를 물권적인 성격으로 구성할 것인가 채권적인 성격으로 구성할 것인가는 법정정책 문제라고 볼 수 있다. 이러한 점에서 정보거래의 법적 성격은 새롭게 창출될 여지를 갖는 것으로 보여진다.

(3) 거래목적의 부정형성

디지털 정보는 그 특성상 CD나 디스켓 또는 메모리반도체와 같은 유체물에 저장된 형태로 거래될 수 있는 반면, 컴퓨터와 컴퓨터간의 네트워크를 통해 직접적으로 거래될 수도 있다. 전자의 경우에는 기존의 물품 거래에 따르는 저장매체의 하자나 이행의 장소나 제공 등에 관한 이론의 적용에 어려움이 없다. 그러나 후자의 경우에는 전자적 이행을 통해 이행이 이루어지며, 이행되는 시점에 디지털의 물리적 형태는 전기 그 자체에 불과하다. 그러므로 기존의 유체물 중심의 법적 규율은 디지털 정보 거래에 있어서 한계를 갖는다. 특히 이행의 장소나 이행의 제공의 시점에

관해서는 새로운 법적 규율이 요구될 수밖에 없다. 나아가 동일한 디지털 정보가 유체물에 저장되어 있는가의 여부에 따라 전혀 다른 법적 규율이 적용되어야 하는 것 역시 자연스러운 것은 아니다. 따라서 디지털 특성에 따른 통일적인 규율이 가능한 한도에서 모색되어야 할 필요가 있다.

제 2 절 디지털 정보거래의 현실

디지털 정보, 그 중에서도 디지털 콘텐츠의 중요성은 최근 크게 부각되고 있다. 디지털 콘텐츠의 세계시장의 거래규모는 1999년 현재 578억 달러에 이르고 있으며, 향후 연평균 33.8%의 성장률을 보일 것으로 예상되고 있다. 우리 나라의 경우에도 2000년 6,600억원, 2001년 1조1,000억원, 2005년에는 4조원 규모로 성장할 것으로 전망되고 있다.¹⁷⁾

특히 최근 들어 우리 나라에서는 온라인 게임과 같은 디지털 정보산업의 중요성을 강조하여, 국가적 차원에서 정책적으로 지원하고 있다. 최근 문화콘텐츠(CT)를 6대 국가전략분야의 하나로 설정하고, 디지털 게임이나 애니메이션같은 디지털 콘텐츠 산업을 그 대표적인 것으로 제시하고 있다. 따라서 디지털 정보산업은 지식정보화시대의 핵심적인 미래산업이며, 21세기 최대 비즈니스 산업으로 수요가 급증할 것으로 예견된다. 또한 디지털 정보의 네트워크를 통한 국제적 전자거래와 유통이 가속화되고 있다. 그럼에도 불구하고 디지털 정보에 대해서는 저작권적인 측면에서의 보호에만 주로 법적 관심이 모아졌을 뿐 디지털 정보거래에 관한 법적 규율에 대해서는 특별한 관심대상이 되지 못하고 있다.

제 3 절 디지털 정보거래의 입법례

1. 독일의 컴퓨터계약 이론

독일에서는 컴퓨터계약(Computervertrag, EDV-Vertrag)이라는 이론으로 컴퓨터와 관련된 계약에 대해 이론적으로 규율을 시도하였다. 컴

17) 정보통신정책연구원, '디지털 콘텐츠 중장기 육성전략 수립사업', 2000. 11; 디지털콘텐츠 산업발전법(안) 종합해설서, 7쪽에서 재인용.

퓨터 계약은 크게 하드웨어계약(Hardwarevertrag)과 소프트웨어계약(Softwarevertrag)으로 구별하고 컴퓨터의 거래와 관련해서 기존의 계약법이론을 발전시켜왔다. 이러한 논의는 컴퓨터 하드웨어와 관련하여서는 하드웨어 매매계약과 임대차계약 그리고 관리계약으로 세부적으로 나누어 이론을 발전시켰다. 그러나 컴퓨터 하드웨어는 유체물인 기계의 일종으로 특별히 새로운 법적 규율을 요구하는 것은 아니었다.

소프트웨어계약에 있어서는 소프트웨어의 物性에 대한 논의뿐만 아니라, 소프트웨어를 주문형 소프트웨어와 표준형 소프트웨어로 구별하여 주문형 소프트웨어의 경우에는 임대차 또는 도급계약의 이론구성을 통해 규율하였으며, 표준형 소프트웨어에 대해서는 '슈링크크랩'(shrink wrap)의 법리와 라이선스의 개념의 도입을 이론적으로 시도한 바 있다. 그러나 여전히 표준형 소프트웨어에 대해서는 매매계약의 법리를 적용¹⁸⁾하거나 임대차에 관한 법리를 적용하여 이론구성을 피하여 왔다.¹⁹⁾ 독일의 컴퓨터계약 이론은 기존의 계약법의 법리를 일부 수정하여 규율함으로써 종래의 틀 내에 포섭되었다. 이러한 태도는 독일 민법으로 대표되는 대륙법이 갖는 추상성과 포괄성의 특성에 따라 가능한 것이다. 그러나 이러한 방법은 익숙한 기존의 법질서가 유지됨으로써 갖는 장점도 있는 반면에 정보거래가 갖는 특성을 충분히 반영한 법적 규율이 이루어지지 못하는 단점도 있다. 또한 컴퓨터 소프트웨어에 관한 법적 규율 이외의 디지털 콘텐츠에 대한 법적 규율까지도 기존의 법리로 가능할 것인가는 아직 평가되지 못하고 있다.

2. 미국의 UCITA

미국은 디지털 정보의 거래를 위해 독특한 새로운 입법을 실시하였다. 미국은 향후 경제질서가 물품거래에서 정보거래로 이행할 것이라는 전망에 따라서, National Conference of Commissioners on Uniform

18) BGH-Entscheidung v.14. 7. 1993.

19) 컴퓨터계약에 관한 자세한 내용은 Jochen Schneider, "Handbuch des EDV-Rechts", 2Aufl., 1997, S.1001 ff.; Koch, "Computer-Vertragsrecht", 5Aufl., 2000, S.340 ff. 참조.

State Law는 10년에 걸쳐 정보거래법의 연구와 법률제정작업을 진행하여 왔다. 그 결과 2000년 UCITA가 제정되어 정보거래에 관한 입법이 이루어지게 되었다. UCITA는 버지니아주와 메릴랜드주에서 이미 입법화하고 있고, 버지니아주는 2001년 6월 1일 그리고 메릴랜드주는 2000년 10월 1일부터 시행하고 있다.

UCITA는 총 9개의 장으로 구성되어 있으며, 정보거래에 관련된 상세한 개념정의와 넓은 적용범위를 마련하였다. 그리고 크게 나누어 계약의 체결과정, 계약의 이행, 워런티, 계약위반, 구제수단으로 구성되어 있다. 이 법의 특징은 라이선스권의 내용과 한계를 법률로 명확히 규정하고 있으며, 전자적 형태로 된 거래 목적물에 대한 특징을 전자적 통제수단의 도입과 전자적 이행의 위험분배, 유체물을 통한 이행과 전자적 이행의 세부적인 규율로 반영하고 있다. 또한 접속계약이나 지원계약과 같은 특수한 유형의 정보거래에 대해서도 규정을 마련하고 있다. 뿐만 아니라 국제적 재판관할 등에 관한 규정도 두고, 향후 국제적 거래에 대해서도 대응하고 있다.

UCITA와 같이 새로운 형태의 입법은 디지털 정보가 갖는 특수성을 충분히 반영한 법적 규율이 될 수 있다는 점과 명확한 법적 평가가 가능하다는 장점을 갖는다. 그러나 다양한 디지털 정보를 디지털이라는 공통점으로 포괄하여 규율할 수 있는가의 의문이 남는다. 그럼에도 불구하고 UCITA가 갖는 의미는 디지털 정보거래에 대한 최초의 독립적인 입법이며, 국제적인 디지털 정보거래 환경에서 미국이 차지하는 비중이 매우 크다는 점을 고려할 때 매우 의미있는 입법이라 할 수 있다. 따라서 대륙법의 추상성이라는 장점을 살려 기존의 법리를 확장 또는 수정하는 법적 규율을 하든, 디지털 정보거래에 관한 별도의 입법을 통해 규율을 하든 UCITA의 규정은 중요한 시사점을 제공한다고 할 수 있다.

3. 우리 나라의 법규

전술한 바와 같이 디지털 정보의 종류를 크게 컴퓨터 프로그램(소프트웨어)과 정보컨텐츠로 구별할 수 있다. 이와 같은 디지털 정보의 종류구

분에 따라서 디지털 정보거래에 관한 우리 나라의 법규도 크게 컴퓨터프로그램에 관한 규정과 이른바 정보컨텐츠에 관한 규정으로 구별하여 볼 수 있다.

먼저 전자의 컴퓨터 프로그램에 관하여는 컴퓨터 프로그램보호법이 적용된다. 즉 저작권법 제4조 2항은 컴퓨터 프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 정한다고 유보하고 그에 따라 별도의 법률인 컴퓨터 프로그램보호법이 적용된다. 그러므로 컴퓨터 프로그램보호법은 저작권법의 특별법으로서의 성질을 갖는다. 컴퓨터 프로그램보호법은 제 15조에서 프로그램저작권의 양도를, 제16조에서 프로그램 배타적 발행권 설정을 그리고 제17조에서 프로그램의 사용허락을 각각 규정하고 있다. 그 외에도 제21조에서 프로그램저작권의 질권설정과 그 효과에 관한 규정을 마련하고 있다.

디지털 정보컨텐츠에 관하여는 저작권법이 적용된다. 기존의 저작권법에서 보호대상이 되는 어문저작물, 음악저작물, 사진저작물, 미술저작물, 영상저작물이 디지털 형태로 존재하는 것이 디지털 정보컨텐츠이므로, 디지털 정보컨텐츠를 저작권법의 보호대상에서 배제할 이유가 전혀 없다. 저작권법은 제2장 제8절에서 저작재산권의 양도·행사·소멸에 관하여 규정을 마련하고 있다. 저작권법은 제41조에서 지적재산권의 양도를, 제 42조에서 저작물의 이용허락을, 제43조에서 저작물의 거래제공 및 음반의 대여허락을 각각 규정하고 있다. 저작권법에서는 저작물의 '이용'허락이라는 용어를 사용하며 컴퓨터프로그램보호법에서는 프로그램의 '사용'허락이라는 용어를 사용하지만, 의미에 있어서는 아무런 차이가 없는 동의어라고 한다.²⁰⁾ 그 외에 제44조에서 프로그램저작권의 질권설정과 그 효과에 관한 규정을 마련하고 있다.

따라서 현재 우리의 법체계는 디지털 정보거래에 있어서, 컴퓨터 프로그램에 관하여는 컴퓨터프로그램보호법으로, 디지털 정보컨텐츠에 관하여는 저작권법으로 각각 규정하고 있다. 그러므로 입법이 완전히 불비되어 있는 법적 공백상태는 아니라고 보아야 할 것이다.

20) 오승중·이해완, 「저작권법」(개정판), 박영사, 2000, 676쪽.

그러나 이러한 규정은 저작권자의 저작권 자체에 대한 규정이며, 일상 생활에서 빈번하게 이용되는 일반 이용자의 컴퓨터 프로그램의 구매나 디지털 정보의 이용을 규율하기 위한 것은 아니다. 특히 경직적인 전형계약체계를 갖는 우리 민사법상으로 라이선스 계약이라는 새로운 신종 계약유형을 어떻게 규율하여야 하는가는 전적으로 학설과 판례에 맡겨 있게 된다. 이러한 점에서 디지털 정보거래에 대해 이론적 체계화와 정비는 입법론적으로 뿐만 아니라 해석론적으로도 큰 의미를 갖는다.

제3장 디지털 정보거래의 법적 구조

제1절 사용허락 계약과 라이선스 계약의 구별

1. 기존의 견해

저작권법 제42조는 저작물의 이용허락에 관하여 규정을 마련하고 있으며, 컴퓨터 프로그램 보호법 제17조는 프로그램의 사용허락에 관하여 규정하고 있다. 저작권법의 '이용' 허락과 컴퓨터프로그램보호법의 '사용' 허락은 사실상 동일한 의미인가를 검토할 필요가 있다. '이용'과 '사용'이라는 용어간에 순수한 사전적인 의미의 차이나 실생활에서의 의미차이는 특별히 존재하지 않으며, 또한 법적인 측면에서도 두 법률의 '이용허락'과 '사용허락'은 실제로 동일한 개념이라고 파악하여야 할 것이다.²¹⁾

컴퓨터 프로그램 보호법 제17조의 사용허락계약과 협의의 디지털 정보거래, 즉 라이선스 계약은 동일한 것인가의 문제를 살펴보면, 일부의 견해는 컴퓨터 프로그램 보호법 제17조의 사용허락계약이 협의의 디지털 정보거래인 라이선스(license) 계약과 동일한 것이라고 이해한다.²²⁾ 즉 최근의 패키지 프로그램의 판매에 있어서 프로그램 저작권에 대한 포장형(shrink wrap) 사용허락이 널리 통용되고 있다고 지적하면서, 고객이 소프트웨어 매장에서 CD 등으로 제작되어 포장되어 있는 프로그램을 구입한 후 집에 돌아와 포장을 뜯음으로서 계약이 체결되는 방식의 사용허락을 포장형 사용허락(shrink wrap license)이라고 주장한다.²³⁾ 이러한 관점을 따를 경우에는 우리 컴퓨터프로그램보호법 제17조는 협의의 디지털 정보거래에 관한 규정이라고 볼 수 있을 것이다.

따라서 디지털 정보거래에도 컴퓨터프로그램보호법 제17조가 적용되어 사용허락을 받은 자는 허락된 사용방법 및 조건의 범위 안에서 당해 프

21) 同旨, 오승중·이해완, 「저작권법」(개정판), 박영사, 2000, 676쪽; 그러나 특별히 반대의 견해를 명시적으로 주장하는 문헌이 없는 것으로 보아서 사실상 통설적인 입장으로 생각된다.

22) 오승중·이해완, 전제서, 676쪽.

23) 오승중·이해완, 전제서, 677쪽.

프로그램을 사용할 수 있으며, 프로그램저작권자의 동의 없이는 사용할 권리를 제3자에게 양도할 수 없게 된다. 나아가 사용자가 타인에게 재사용허락을 하는 것도 금지된다고 주장한다. 또한 셰어웨어 프로그램의 경우에도 제17조의 사용허락이 이루어진 것으로 보고 있다.²⁴⁾

2. 기존 견해의 비판

컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약과 협의의 디지털 정보거래인 라이선스 계약을 동일한 것으로 보는 기존의 견해는 다음과 같은 점에서 의문이 아닐 수 없다.

첫째로 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약이 라이선스 계약과 동일한 것이라면, 동법 제17조는 동법 제19조의 규율과 상호 모순되게 된다. 전술한 바와 같이 컴퓨터프로그램보호법 제17조 제2항은 사용허락을 받은 자는 허락된 사용방법 및 조건의 범위 안에서 당해 프로그램을 사용할 수 있으며, 프로그램저작권자의 동의 없이는 사용할 권리를 제3자에게 양도할 수 없다고 규정하고 있다. 기존 견해와 같이 CD에 담긴 컴퓨터 프로그램을 구매하는 라이선스 계약이 사용허락이라면, 저작권자 동의 없이 컴퓨터 프로그램을 사용할 권리를 제3자에게 양도할 수 없으므로 더 이상 사용할 필요가 없어진 프로그램 CD를 제3자에게 중고로 판매하는 것은 저작권자의 허락을 받아야 한다고 해석되어야 한다. 결국 최초판매의 원칙은 제17조 2항에 따라 컴퓨터 프로그램저작권자의 동의가 없는 한, 원칙적으로 부정된다고 해석되는 문제가 발생한다.

반면에 컴퓨터프로그램보호법 제19조 제1항은 명시적으로 “원프로그램 또는 그 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다”라고 규정하고 있다. 동조가 최초판매의 원칙을 규정하고 있는 것이라는 점에는 이견이 없다. 즉 최초판매의 원칙이 명문으로 원칙적으로 허용되고 있음을 천명하고 있다. 따라서 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약이 라이선스 계약을 말한다고 이해하는 견해를 따르면 이러한 모순이 발생되게 된다.

24) 오승종·이해완, 전거서, 677쪽.

둘째로 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락과 저작권법 제42조의 이용허락을 동일한 것이라고 하면서도 그 구체적인 내용에 대해서는 전혀 다른 관점에서 이해를 하는 모순이 존재한다. 기존의 견해와 같이 CD에 담긴 컴퓨터 프로그램을 구매하는 라이선스 계약이 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약이라면, 동일한 법적용이 저작권법 제42조의 이용허락에도 해당되어야 한다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 사용허락계약과 저작권법 제42조의 이용허락계약은 전적으로 동일한 계약이기 때문이다.

그러나 기존의 견해도 CD에 담긴 음악을 구매하는 계약에 대해 음악의 저작권자의 라이선스 계약인 동시에 저작권법 제42조의 이용허락계약이라고 이해하지는 않는다. 더욱이 인쇄된 서적을 판매하는 경우 유체물로서의 서적에 대한 '매매계약'이 체결될 뿐, 책의 저작권자가 최종구매자에 대해 저작권에 대한 이용허락을 하는 계약이라고 이해하지도 않는다.

이와 같이 컴퓨터 프로그램을 구매하는 라이선스 계약을 사용허락계약이라고 하는 견해를 따를 경우에 인쇄물인 서적이나 음악CD, 오디오 tape 등을 구매하는 계약도 저작권법의 저작물의 이용허락계약이라고 보아야 하는 논리적 문제가 있다. 그러므로 컴퓨터 프로그램을 구매하는 라이선스 계약은 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약이 아닌 새로운 법적 규율을 요구하는 신종계약이라고 보아야 할 것이다.

3. 사 건

협의를 디지털 정보거래인 라이선스 계약은 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약이 아니라고 생각된다. 그리고 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약은 저작권법 제42조의 이용허락계약과 동일한 것이라는 기존의 견해는 타당한 것으로 생각된다. 따라서 기존의 서적을 구입하는 자가 서적의 저작권자와 저작권법 제42조의 이용허락계약을 체결하는 것이 아닌 것처럼, 최종사용자(end-user)가 컴퓨터 프로그램을 구입하여 사용하는 것도 컴퓨터프로그램보호법 제17조의 사용허락계약이 아니다.

사건으로는 협의의 디지털 정보거래는 오히려 컴퓨터프로그램보호법 제19조에 명시되어 있는 "프로그램 저작자 또는 프로그램 배타적 발행권자의

허락을 받아 원프로그램 또는 그 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우”, 동법 제12조의 2의 “정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용”하는 것 그리고 동법 제14조의 “프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는” 것을 말한다고 생각된다. 그러므로 홈페이지를 만들기 위해 웹에디터 소프트웨어를 구입하거나 문서작성을 위해 워드프로세서 소프트웨어를 구입하는 경우, 동영상을 제작하기 위해 3D MAX와 같은 유틸리티 프로그램을 구입하는 경우와 같은 거래가 이에 해당된다고 보아야 한다.

이러한 “원프로그램 또는 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공”하는 계약을 라이선스 계약이며, 이것이 바로 본 연구의 대상이 되는 협의의 디지털 정보거래를 말하는 것으로 보아야 할 것이다.

제 2 절 라이선스 계약의 법적 성격

1. 기존의 견해

기존의 이론은 이용허락계약을 채권계약으로 파악하고 있다. 먼저 저작권법에서 저작권의 이용허락계약에 의하여 취득하는 '이용권'은 준물권으로서의 성질이 아니라 저작권자에 대한 관계에서 자신의 저작물이용행위를 정당화할 수 있는 채권으로서의 성질을 가지는 것으로 이해한다.²⁵⁾ 따라서 저작재산권이 제3자에게 양도된 경우는 이용권자는 양수인에게 자기의 이용권을 주장할 수 없다고 해석한다.²⁶⁾ 이러한 견해는 컴퓨터프로그램보호법에서도 마찬가지로이다. 프로그램 저작물에 대한 '사용허락' 계약은 민법상의 임대차 또는 사용대차(사용료를 받지 않는 경우)와 유사한 일종의 채권계약으로 이해하고 있다.²⁷⁾ 그러나 전술한 바와 같이 사전으로는 라이선스 계약과 사용허락계약은 전혀 다른 것으로 파악하므로, 이러한 논의가 라이선스 계약의 법적 성격을 파악하는 데 도움이 되지 못한다.

25) 오승종·이해완, 전계서, 299쪽.

26) 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 화산문화, 1997, 181쪽.

27) 오승종·이해완, 전계서, 677쪽.

또한 라이선스 계약을 실시허락계약으로 파악하는 견해가 있다.²⁸⁾ 이 견해에 따르면 그 기본적인 계약유형이 매매나 리스가 아닌 새로운 실시허락계약이라고 한다. 또 '실시허락'은 한 당사자(실시허락자)가 계약에 의하여 자신의 재산이나 자신이 통제하고 있는 정보를 다른 당사자(실시권자)가 사용할 수 있도록 허락하는 것이라고 하며, 정보를 포함시키고 있는 유형의 매개체에 대한 소유권을 이전시키는 것과 관계없이 정보에 대한 권리를 이전시키기 위한 것으로서 그 정보의 이용에 대하여 조건이나 제한을 과하는 계약이라고 한다. 그러나 이러한 견해도 실시허락계약의 구체적인 내용을 제시하는 것은 아니며, 다만 기존의 법체제가 적용될 수 없고 새로운 법체제를 필요로 한다고 제안하고 있다. 그러므로 실시허락 계약의 법적 규율이 어떠한 것인지, 또한 특허법 등의 통상실시권의 설정과 같은 것인지는 명확하지 않다.

특이하게 컴퓨터 소프트웨어의 거래, 특히 슈링크랩 계약에 의한 거래를 라이선스 계약이 아닌 매매계약으로 보는 견해도 있다. 그 논거로는 대량 거래되는 소프트웨어는 일정한 가격이 정하여져 있고, 제품과 교환하거나 사전에 선택지불하지 아니하면 안되는 거래이고, 그 후에 그 이상으로 개발자에게 사용료 등을 지불하는 것이 아닌 점등을 종합하면, 시판되는 소프트웨어 거래 자체는 라이선스를 부여한다고 하는 것보다는 단발적으로 완결된 매매라고 보는 것이 적당하다고 주장한다.²⁹⁾

2. 컴퓨터프로그램보호법 제19조의 규정

컴퓨터프로그램보호법 제19조에서는 '프로그램저작권자 또는 프로그램 배타적 발행권자의 허락을 받아 원프로그램 또는 그 복제물을 "판매"의 방법으로 거래에 제공한 경우'라고 명시하고 있다. 이러한 규정은 라이선스 계약을 간접적으로 표현하고 있는 것으로 생각된다. 이 법문을 문리해석하면, 라이선스 계약은 매매계약으로 보아야 할 것이다. 그러나 단순한

28) 이대희, 「미국의 인터넷 법제에 대한 고찰」(현안분석 2001-5), 한국법제연구원, 2001, 9쪽 이하.

29) 황찬현, 「Shrinkwrap계약」, 인터넷법률, 제3호, 2000, 6쪽.

매매계약이라고 단정짓기에는 새롭게 등장하는 어려운 법적 문제가 존재한다. 특히 디지털이라는 특수한 성격에 따라 기존의 법체계에서는 예견하지 못한 문제들이 발생된다.

3. UCITA의 규율

UCITA 제102조 41호에서는 "라이센스라 함은 정보 또는 정보재산권의 접속, 이용, 배포, 이행, 수정 또는 재생산을 할 수 있도록 권한을 부여하지만, 권한이 부여된 접속 또는 이용을 명시적으로 제한하거나 그 정보에 대한 전권을 부여하지는 않는 계약을 말하며, 이 경우에 양수인이 권한이 부여된 사본에 대해 권원(title)을 갖는 것과는 별개이다. 라이센스 접속계약, 프로그램 임대차, 복제본의 교부(consignment)를 포함한다"고 정의하고 있다. 이러한 개념정의에 따르면 라이센스 계약은 매매계약이나 임대차계약과 같이 "주는 채무"로서의 성격보다는 오히려 권한을 부여하는 "하는 채무"로서의 성격을 갖는 것으로 보인다.

4. 사 건

디지털 정보거래는 기존의 법질서에서 행하여지는 다양한 계약을 포함하는 매우 넓은 범위의 개념으로 이해된다. 즉 광의의 디지털 정보거래는 디지털 형태로 된 지적 재산의 거래이며, 지적재산권의 변경을 가져오는 모든 거래를 말한다고 보아야 할 것이다. 이러한 광의의 디지털 정보거래의 유형 중 하나가 라이센스 계약이며, 이를 협의의 디지털 정보거래라 할 수 있다.

협의의 디지털 정보거래를 의미하는 라이센스 계약은 순수하게 디지털 정보의 이용에 관한 저작권자와 정보매체인 유체물의 매수인사이의 계약이다. 이러한 라이센스 계약은 정보매체인 유체물의 매매계약과 외형상 하나로 결합되어 행하여질 수는 있을지라도, 법이론적으로나 관념적으로는 완전히 독립적인 별개의 계약이다. 따라서 컴퓨터 소프트웨어를 구입하는 거래는 라이센스 계약이 아니라 매매계약이라고 이해하는 것은 타당하지 않다.

컴퓨터 소프트웨어를 구입하는 계약은 유체물에 대한 계약과 정보에 대한 계약 두 개의 독립된 계약이 중첩되어 있는 것으로 이해해야 한다. 컴퓨터 소프트웨어와 같은 디지털 정보의 계약은 그 정보가 담겨져 있는 저장매체인 유체물에 대한 매매계약과 디지털 정보의 이용에 대한 라이선스 계약의 이중의 계약이다. 전자의 매매계약의 당사자는 유체물의 판매자, 즉 컴퓨터 소프트웨어의 저장매체를 판매하는 사람과 그것을 구매하여 정보를 이용하려는 자이다. 후자의 정보에 대한 라이선스 계약의 당사자는 디지털 정보의 저작권자와 그것의 이용자이다. 계약당사자가 다르다는 것을 보더라도 매매계약과 라이선스 계약은 별개의 계약이다. 그리고 현실적으로도 매매계약은 일반적인 거래에서의 청약과 승낙으로 체결되지만, 라이선스 계약은 대부분 슈링크랩 라이선스나 클릭랩 라이선스로 체결된다.

다만 디지털 정보거래에 있어서 계약의 형식과 내용은 크게 대량거래 라이선스와 주문형 라이선스로 구별되어야 한다. 전술한 바와 같이 대량거래를 위해 일반시장에서 불특정 다수인을 상대로 한 정보거래는 일반적으로 유체물의 매매계약과 정보에 대한 라이선스 계약으로 이루어진다. 그러나 특정한 목적을 위해서 제한적인 사람을 상대로 주문제작된 정보거래는 이와는 상이하다. 특별한 경우에는 주문제작을 통해 정보에 대한 저작권자체의 양도가 이루어지는 것으로 다루어야 할 경우도 있으며 어떠한 경우에는 일반시장거래와 같이 라이선스 계약인 경우도 있을 것이다. 따라서 라이선스 계약은 주로 불특정 다수인을 상대로 일반시장에서 거래되는 경우에 적용될 것이다.

제 3 절 슈링크랩 라이선스의 유효성

1. 슈링크랩 라이선스의 개념

컴퓨터 소프트웨어와 같은 디지털 정보의 라이선스를 제공하는 경우에 있어서 포장된 비닐을 파손하는 순간에 라이선스 계약이 체결되는 것으로 간주하는 것이 슈링크랩(shrink-wrap) 라이선스이다.³⁰⁾ 슈링크랩 라이

30) 자세한 실례는 오승종·이해완, 전제서, 678쪽 참조.

센스를 이용하는 이유에 대해서는 라이선스 대가에 비해 협상에 필요한 거래비용이 너무 많이 들어서 개별적 협상을 하는 것이 비현실적이기 때문이라는 점, 소프트웨어의 사용에 대한 책임이나 소프트웨어의 이용을 제한하거나 역분석을 금지하기 위하여 또는 소프트웨어가 다시 이전되는 경우에 추가적인 수입을 얻기 위해서라고 분석하고 있다.³¹⁾

2. 슈링크랩 라이선스의 이용실태

최근의 일반적인 슈링크랩 라이선스는 소프트웨어를 포장하는 가장 외부의 상자에 “이 제품을 사용하려면 제품 상자 안에 들어있는 '소프트웨어 사용 계약' 동의하셔야 합니다. 동의하지 않을 경우 즉각 제품 구입처에 반품하고 환불받으시기 바랍니다. 또한 사용자의 잘못된 판단으로 구입하여 중봉투를 개봉한 경우에도 환불이 불가능하다는 점을 주의하시기 바랍니다”라는 문구를 표시하여 두고 있다.³²⁾ 따라서 사용자는 제품 상자를 개봉하여 그 안에 들어있는 '소프트웨어 사용 계약'의 구체적인 내용을 살펴보고 난 후, 그에 동의하면 소프트웨어가 담긴 중봉투를 개봉하여 계약을 체결한다. 만약 구체적인 내용에 동의하지 않는다면 중봉투를 개봉하지 않음으로서 계약은 체결되지 않은 것이 되며, 다시 구입처에 반품하고 환불받을 수 있다. 즉 계약내용을 확인한 후, 소프트웨어가 담긴 CD를 다시 포장하고 있는 중봉투나 CD 케이스의 라벨을 파손함으로써 계약이 성립되는 것으로 다루고 있다.

3. 미국의 슈링크랩의 유효성 논의

이러한 슈링크랩 라이선스의 유효성을 인정할 것인가에 대해서는 주로 미국에서 수많은 논의가 존재하였다. 전통적으로 슈링크랩 라이선스에 대해서는 그 유효성을 부인하는 것이 주된 견해였다. 미국의 판례도 Arizona Retails Systems Inc. v. The Software Inc. 사건이나 Vault Corp. v. QuaidSoftware Inc. 사건 등에서 슈링크랩 라이선스의 유효

31) 이대희, 전제서, 16쪽.

32) 이 사례는 나모캡에디터 4의 외부 박스에 표시되어 있는 문언이다.

성을 부인하고 있었다.³³⁾ 그러한 부인론의 논거는 대체로 사용자가 CD 와 같이 소프트웨어를 저장한 유형의 매체를 매매계약을 통해 구입하고 난 뒤에야 그 소프트웨어의 사용에 대한 계약조건을 알 수 있다는 점이 사용자에게 불리한 것이라는 것이 핵심적이며, 단순히 소프트웨어를 사용한다는 것으로 계약이 성립되기 위한 충분한 합의가 있다고 하기는 어렵다는 것이다. 뿐만 아니라 슈링크랩에 포함되어 있는 불공정한 조항, 예를 들면 라이선스권자의 독점적 권리의 인정, 담보책임의 제한, 사용자권리의 지나친 제한 등이 포함되는 경우가 대부분이므로 사용자에게 부당한 제한을 가하는 것이라는 점이다.

이러한 미국의 부인론은 1996년 ProCD Inc. v. Matthehew Zeidenberg & Silken Mountain Web Service Inc. 사건의 제1심까지 이어져 왔다. 그러나 그 항소심에서는 슈링크랩 라이선스의 부인론에 대해 의문을 제기하기 시작하였다. 즉 사용자가 소프트웨어를 검토할 기회를 가졌었고 그 소프트웨어에 대해 UCC 매매 규정의 매수인의 수령거부권에 따른 거부가 이루어지지 않았다면 계약이 성립된 것으로 볼 여지가 있다고 판시하였다. 그 후 1997년의 Hill v. Gateway 2000판결이나 1999년 M. A. Mortenson Company Inc. v. Timberline Software Corporation & Softworks Data Systems Inc. 사건과 그에 대한 워싱턴 주 대법원은 슈링크랩 라이선스의 유효성에 대해 다시 한번 확인을 한 바 있다.³⁴⁾ 1999년 M.A. Mortenson Company Inc. v. Timberline Software Corporation & Softworks Data Systwms Inc. 사건에서는 보증책임 배제조항에 관한 구체적인 교섭이 없더라도 라이선스는 소프트웨어의 사용 전에 당해 조항을 검토할 기회를 가졌고, 또 당해 보증책임 배제조항은 소프트웨어 업계에서 광범위하게 사용되고 있는 것과 마찬가지로 비양심적은 아니라고 보아 그 유효성을 인정하였다.³⁵⁾ 물론 이러한 ProCD판례에 대해서도 수많은 비판이 제기되었다.

33) 이상정, "통일컴퓨터정보거래법: 성립배경 및 개관", 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」(2001 KADIP-KITAL 심포지움 자료집), 2001, 22쪽에서 인용.

34) 안효길, "정보거래와 계약의 해석", 「제2회 한국 법률가대회 논문집」, 372쪽에서 인용.

35) 이상정, 전제논문, 23쪽에서 인용.

주목해야 할 것은 미국에서의 슈링크랩 라이선스의 유효성에 관한 논쟁의 배경에는 슈링크랩 라이선스 조항이 연방 지적재산권법이 부여하는 권리들과 충돌되고 있다는 점에 기인한다는 것이다. 특히 연방 저작권법에서 명문으로 허용되는 '공정사용에 관한 권리'나 '리버스엔지니어링' 그리고 소프트웨어 복제본의 양도를 허용하는 '최초판매의 원칙'을 슈링크랩 라이선스에서는 관행적으로 부인하는 특약조항을 포함시키고 있기 때문이다. 이러한 경우에 연방 저작권상의 권리를 우선할 것인지 양당사자의 합의인 슈링크랩 라이선스상의 계약내용을 우선할 것인지는 문제가 아닐 수 없다.

4. 우리 나라의 논의

우리 나라에서도 컴퓨터 소프트웨어의 거래에 있어서는 슈링크랩 라이선스가 일상적으로 이용되어 왔다. 그러나 슈링크랩 라이선스의 법적 유효성에 관한 논의는 매우 적은 편이었으며, 이에 관한 판례도 주목할 만한 것은 나타나고 있지 않다. 다만 몇 개의 논문에서 우리 법제 하에서 슈링크랩 라이선스의 법적 효력에 대해 부정적인 의견을 제시하고 있다.

(1) 슈링크랩의 내용통제

슈링크랩 라이선스의 법적 효력을 부정하는 근거로는 먼저 저작권법을 비롯한 지적재산권법은 권리자와 이용자의 권리의 균형점을 제시하는 것으로서 그러한 균형점을 양당사자의 합의에 의해 수정하는 것은 허용되어서는 아니된다는 것이다.³⁶⁾ 이러한 견해에 따르면, 저작권법은 지적재산에 대한 정책목표, 한편으로는 일정한 독점적 권리를 부여함으로써 지적인 창작을 장려하여야 하는 동시에 다른 한편으로는 창작의 동기를 감소시키지 않으면서 지적인 창작물을 일반인이 이용할 수 있도록 하기 위하여 양자간의 미세한 균형을 위한 것이므로, 그러한 균형을 이루는 원리는 입법기관에 의해 수정되지 않는 한 당사자의 계약에 의해 수정되어서는 아니된다고 주장한다. 나아가 계약상의 사용허락조건이 당사자간의

36) 이대희, "디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계", 「국제거래법연구」, 제8집, 1999, 192쪽.

협상이 아니라 어느 한 당사자에 의하여 일방적으로 정해지는 경우에는 더더욱 저작권법상의 원리가 수정되어서는 안된다고 지적한다.³⁷⁾

이와 같은 부정적 견해는 슈링크랩 라이선스의 계약체결방법 그 자체의 부당함으로 인한 것이 아니라, 슈링크랩 라이선스에 포함되어 있는 내용상의 부당함에 기인하는 것임에 유의할 필요가 있다. 따라서 슈링크랩 라이선스에 포함된 내용이 저작권법상의 원리에 반하지 않는다면, 슈링크랩을 이용한 계약체결의 유효성을 인정할 것인가는 여전히 의문으로 남는다.

(2) 계약방법으로서의 문제점

일부의 견해는 슈링크랩 라이선스의 방법으로 체결되는 경우에는 그 체결방법상의 문제로 인해 그 라이선스의 내용이 계약의 내용이 될 수 없다고 주장한다.³⁸⁾ 예를 들어 전화로 주문을 하고 이에 대하여 물건을 선정한 후에 그 뒤에 상자 안에서 슈링크랩 라이선스를 발견하게 되는 일반적인 경우를 상정하고, 이 경우에 전화를 통한 주문과 물건의 선적으로 계약이 완료되며 계약내용으로 표시된 바 없는 슈링크랩 라이선스는 계약내용이 될 수 없다고 한다.

그러나 아주 예외적인 경우에는 슈링크랩 라이선스를 포함한 청약이 이루어지고 소프트웨어를 사용함으로써 승낙이 이루어졌다고 볼 수 있는 사례도 있을 수 있다고 인정하고 있으며, 이 경우에는 약관규제법에 의한 내용통제가 추가적으로 적용되어야 한다고 한다. 그리고 약관규제법의 적용결과 저작권법에 인정된 권리를 이용자에게 제한하는 조항들은 모두 공정을 잃은 조항으로 무효로 해석되어야 할 것이라고 한다. 또한 슈링크랩 라이선스 조항중 담보책임 배제조항은 우리 약관규제법상 무효로 해석되어야 한다고 주장한다.³⁹⁾

(3) 약관으로서의 슈링크랩

반면에 슈링크랩 라이선스를 계약체결의 방법으로 이해하지 않고 패키지 소프트웨어를 판매하는 것을 매매계약의 일종으로 보고, 슈링크랩 약

37) 이대희, 상계논문, 193쪽.

38) 전석진, "컴퓨터프로그램의 유통활성화를 위한 법적장치", 정보법학, 제3호, 1999, 285쪽.

39) 전석진, 상계논문, 286쪽.

관을 그 매매계약에 부수되는 약관의 일종으로 보는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 따라서 슈링크랩 라이선스가 계약체결의 방법이 아니므로 계약체결방법으로서의 유효성은 판단할 필요가 없으며, 단지 약관이 매매계약에 편입되는가 그리고 나아가 라이선스의 내용에 따라 내용통제가 이루어지게 된다. 그러나 이러한 견해에 따르면 슈링크랩 라이선스가 약관으로서 매매계약에 유효하게 편입되기 위해서는 매매계약시에 사용자가 약관의 '내용'이 명시되어야 하므로,⁴¹⁾ 현실적인 슈링크랩 라이선스는 대부분 계약의 내용으로 유효하게 편입되기 어려운 것으로 보여진다. 예를 들어 주문 당시 슈링크랩 약관에 대하여 아무런 언급이 없었는데,⁴²⁾ 프로그램을 송부하면서 이미 패키지 상태로 프로그램의 포장된 내부에 슈링크랩 약관이 포함되어 있다는 이유로 이를 계약의 내용으로 주장할 수는 없다고 인정하고 있다.⁴³⁾ 그러나 슈링크랩 라이선스는 복제물에 관한 소유권 취득에 관한 매매계약의 내용으로 편입될 약관으로 이해해야 할 것이 아니라, CD와 같은 복제물에 담긴 컴퓨터 프로그램의 이용에 관한 별도의 계약이라고 이해해야 할 것이다.

그리고 슈링크랩 라이선스에 포함된 내용이 기존의 컴퓨터 프로그램 보호법상의 권리를 제한하거나 책임을 제한하는 규정인 경우에 그 효력에 대해서는, 먼저 컴퓨터 프로그램 보호법상의 권리가 강행규정이라는 근거를 들어 복제금지나 제한적 허용규정을 당사자가 수정할 수 없다고 한다.⁴⁴⁾ 그리고 리버스 엔지니어링을 금지한 조항 역시 강행규정으로서 효력을 인정하지 않으며,⁴⁵⁾ 면책약관의 조항에도 불구하고 고의·중과실에 의한 책임에 대해서는 면책되지 않고 하자담보책임의 감면도 원칙적으로 무효라고 주장한다.⁴⁶⁾

40) 황찬현, "Shrinkwrap계약", 인터넷법률, 제3호, 2000, 14쪽 이하.

41) 황찬현, 상계논문, 16쪽에서 약관의 존재가 아니라 약관의 '내용'이라고 명시하고 있음에 주목할 필요가 있다.

42) 전술한 바와 같이 약관의 "내용"이 명시되어야 하므로, 약관이 재중되어 있다는 사실만을 표시하는 것만으로는 부족하다고 보아야 할 것이다.

43) 황찬현, 상계논문, 16쪽.

44) 황찬현, 상계논문, 18쪽.

45) 황찬현, 상계논문, 20쪽.

46) 황찬현, 상계논문, 22쪽.

5. UCITA의 태도

UCITA는 슈링크랩(shrink-wrap) 라이선스나 클릭랩(click-wrap) 라이선스와 같이 일반시장에 있어서의 새로운 형태의 계약체결에 대해서도 그 유효성을 명문으로 인정하였다는 점에서 큰 의미를 갖는다. 그러나 유효성을 인정하기 위해서는 다음과 같은 매우 엄격한 요건을 부과하고 있다. 먼저 라이선스에 의해 검토할 기회가 부여되었는가를 요건으로 하고 나아가 슈링크랩 라이선스의 내용에 대해 '명시적으로' 동의하는가를 추가적인 요건으로 요구하고 있다. 이러한 요건이 충족되지 못하는 경우에는 반환시킬 권리가 라이선스에게 부여된다. 뿐만 아니라 컴퓨터정보를 반환 또는 파괴하기 위해 라이선서의 지시를 따름으로 인하여 발생한 합리적인 비용을 보상받을 권리, 그리고 지시가 없었던 경우에는 반송료 혹은 컴퓨터정보를 반환하는 데 소요된 이와 유사한 합리적인 비용을 보상받을 권리를 가진다.

그리고 라이선스를 검토하기 위해서는 정보가 반드시 인스톨되어야 하기 때문에 인스톨을 행하였을 뿐만 아니라 인스톨로 인하여 시스템이나 그 시스템 내의 정보가 변경되었으나 라이선스가 그 라이선스를 거절함으로써 인하여 인스톨된 동 정보가 제거된 후에 동 시스템이나 정보가 복구되지 아니하는 경우에는 인스톨로 인하여 야기된 시스템의 변경을 원상회복하기 위해 라이선스의 정보처리시스템을 복구하는 데 소요된 합리적이고 또한 예견가능한 비용을 보상받을 권리를 가진다(제209조 (b)).

그리고 반대로 라이선스가 제안한 계약조건을 라이선서가 검토할 기회를 갖지 못한 경우와 라이선서가 검토할 기회를 가진 후 동의의 표시 등을 통해 그 계약조건에 동의하지 아니하는 경우에, 라이선서도 반환받을 권리를 가진다(제209조 (c)).

결국 UCITA는 슈링크랩 라이선스에 대해서 라이선스가 그 내용을 검토할 기회를 갖고 그것에 대해 명시적으로 동의하여야만 유효성을 인정하고 있다. 이러한 기준은 슈링크랩 라이선스가 갖는 간편성과 경제성을 살리는 동시에 일반 이용자가 계약내용을 인식하지 못하고 계약을 체결해야 하는 부당함을 해소하는 중간적 타협점으로서 적절한 것이라 생각

된다. 다만 UCITA 제209조에서는 계약체결방법으로서의 슈링크랩의 유효성만을 규정하고 있으며, 슈링크랩 라이선스의 내용의 정당성에 대한 내용통제에 관해서는 규율하고 있지 않다. 따라서 슈링크랩 라이선스의 내용통제에 관해서는 별다른 시사점을 제공하지는 못하며, UCITA가 원칙적으로 임의규정임을 감안할 때 내용통제의 기준으로서도 법적 가치를 갖지는 못한다.

6. 사 건

슈링크랩 라이선스에 의한 계약의 체결이 유효한 것인가에 대해서 슈링크랩 라이선스라는 계약체결방법 그 자체의 유효성을 먼저 살펴보고, 그러한 계약체결방법이 유효한 것이라면 슈링크랩 라이선스에 기재된 내용의 유효성은 어떠한가를 구별해서 살펴본다.

먼저 슈링크랩 라이선스의 방법은 계약체결의 하나의 유효한 방법이 되는가에 대해 살펴보면, 슈링크랩의 방법이라고 해서 반드시 이용자에게 계약의 체결이 불공정하지 않다고 할 수는 없다고 생각된다. 의사실현에 의한 계약체결을 인정하고 있는 우리 민법 제532조에 따를 경우에 원칙적으로 슈링크랩 라이선스도 계약체결의 유효한 방법이 될 수 있음에는 의문의 여지가 없다. 즉 컴퓨터 소프트웨어의 거래 관행상 이용자가 저작권자에 대해 승낙의 통지를 할 필요가 없다고 인정할 수 있으며 따라서 승낙의 의사표시로 인정되는 사실인 포장이나 밀봉장치의 파손으로 계약이 체결될 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 슈링크랩 라이선스가 유효한 계약체결방법으로 인정되는 것은 아니다. 슈링크랩 라이선스가 의사실현에 의한 계약체결로 인정될 수 있는가는 결국 이용자가 의사표시로 인정되는 사실을 하기 이전에 청약의 내용인 라이선스의 내용을 인식할 수 있는가에 달려있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 청약의 내용에 대해 인식할 수 없음에도 불구하고 행하는 사실행위가 승낙으로서의 가치가 있다고 다룰 수는 없기 때문이다.⁴⁷⁾

47) 마치 밀봉된 종이 팩에 담긴 우유를 개봉하여 상한 것을 확인하였으나, 개봉된 우유는 반환되지 않는다고 주장하는 것이 이율배반적인 모순인 것과 마찬가지로이다.

즉 눈을 가린 채 계약서에 서명 날인하도록 요구하는 것이 부당한 것과 같이 계약의 내용을 사전에 살펴볼 기회가 없는 경우, 예를 들면 외부에는 어떠한 계약내용도 나타나지 않는 동시에 가장 외부의 포장을 파손함으로써 계약이 체결되는 것으로 다루는 문구가 표시되어 있는 경우에는 그것이 승낙으로서의 가치가 있는 사실행위라고 주장하는 것은 부당하다고 보아야 한다.

따라서 이용자가 슈링크랩 라이선스의 구체적인 내용을 인식할 수 있는 상태에서 포장을 파손하는 행위를 승낙이라고 다루는 것은 유효한 계약 체결방법으로 보아야 할 것이다. 물론 이용자가 실제로 구체적인 라이선스의 내용을 인식할 필요는 없으며, 손쉽게 인식할 수 있는 가능성이 있는 것으로 충분하다. 예를 들어 가장 외부의 포장에는 앞으로 슈링크랩 라이선스의 방법으로 계약이 체결될 것임을 예고하는 문구가 표시되어 있고, 외부의 포장을 개봉하면 서면으로 되어 있는 라이선스의 내용이 포함되어 있어 이용자가 손쉽게 인식할 수 있으며, 그 후에 소프트웨어가 저장된 CD의 케이스의 비닐포장을 파손하면 라이선스에 동의하는 것임을 표시하였음에도 불구하고 그것을 파손한 경우에는 계약의 체결을 인정하여도 부당하지 않을 것이다.

둘째로 슈링크랩 라이선스를 통해 계약을 체결하는 것이 유효하다고 하더라도, 슈링크랩 라이선스의 특징상 이용자에게 저작권법상 인정되는 권리를 제한하거나 하자담보책임을 감면하는 조항을 포함하고 있는 경우에 그 효력은 어떠한가의 문제가 있다. 이러한 법적 문제에 대해서는 약관을 통한 계약체결이라는 본질에 따라 약관규제법이 적용될 것이다. 따라서 약관규제법상의 내용통제에 관한 규정이 슈링크랩 라이선스에도 그대로 적용될 것이다. 또한 저작권법상 인정되는 권리를 제한하는 것이 양당사자의 합의에 의해 가능한 것인가에 대해서는 여전히 미해결인 상태로 남는다. 왜냐하면 컴퓨터프로그램보호법 제12조의 '공정사용에 관한 권리'나 제12조2의 프로그램코드 역분석의 '리버스 엔지니어링' 그리고 제19조의 소프트웨어 복제본의 양도를 허용하는 '최초판매의 원칙'을 제한하는 합의가 "고객에게 부당하게 불리한 조항"에 해당되는가는 해석론에 따라 달리 파악될 수도 있기 때문이다.

사건으로는 그와 같은 컴퓨터 프로그램보호법상 이용자에게 허용되는 권리를 제한하는 슈링크랩 라이선스는 약관규제법 제6조에 따라 무효라고 파악하는 것이 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 컴퓨터 프로그램보호법 제1조의 목적이 명시하듯 '컴퓨터 프로그램 저작물의 저작자의 권리를 보호하고 그 공정한 이용을 도모'하는 것을 목적으로 제정된 법률이므로, 당해 법률보다 더 저작자의 권리를 보호하고자 하는 것은 지나친 저작권자의 권리남용에 해당된다고 보아야 할 것이기 때문이다. 그러므로 현행 컴퓨터 프로그램보호법에 따라 이용자에게 부여되는 권리는 슈링크랩 라이선스의 내용에서도 존중되어야만 슈링크랩 라이선스가 유효하게 될 것이다.

제 4 절 클릭 랩 라이선스의 유효성

디지털 정보거래인 라이선스 계약이 인터넷과 같은 컴퓨터 네트워크를 통해 체결되거나, 컴퓨터 프로그램을 인스톨하는 과정에서 라이선스 계약에 관한 약관이 제시되는 경우가 빈번하다. 이때에는 라이선스를 받는 자가 컴퓨터 모니터상의 동의화면을 클릭함으로써 동의를 표시하는 방법을 취한다. 이러한 것을 클릭랩 라이선스(click-wrap license)라고 하며, 우리 나라의 용어로는 '전자약관'이라고 통칭된다.⁴⁸⁾ 클릭랩 라이선스는 주로 컴퓨터 소프트웨어를 인스톨하거나 디지털 콘텐츠를 사용 개시하는 시점에 행하여지게 되며, 인터넷상에서 특정한 정보를 이용하기 위해서 클릭을 통해 동의하는 경우도 있다. 이러한 것을 특별히 Web-wrap 이라 칭하기도 한다. 그러나 웹상에서 이루어지는 클릭을 통한 동의나 하드디스크와 같은 보조기억장치에 저장된 소프트웨어에 대한 클릭을 통한 동의를 구하여 구별할 실익은 없으므로, 온라인 상태인가 오프라인 상태인가를 기준으로 클릭랩과 웹랩을 구별할 이유는 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 전자약관은 클릭랩과 웹랩을 모두 포함하는 것으로 이해된다.

48) 예를 들어 유명한 멀티미디어 재생소프트웨어인 Real Player를 제작하는 Real-network사의 '최종사용자 사용계약'의 클릭 랩 라이선스는 다음과 같다. "소프트웨어를 설치하거나, 복사하거나, 또는 다른 방법으로 이 소프트웨어를 사용할 때 '동의함' 단추를 누름으로써, 사용자는 이 사용권 계약의 조항에 동의하는 것으로 간주됩니다. 이 사용권 계약 조항에 동의하지 않는 경우, '취소' 단추를 누르고(누르거나) 이 소프트웨어를 설치하지 마십시오. 이 소프트웨어를 사용한다는 것은 사용자가 이 사용권 계약을 읽고, 이해하였으며, 또 해당 조항과 조건에 동의하였음을 인정하는 것이 됩니다."

이러한 전자약관은 종이서면으로 된 약관과 달리 전자적 형태를 갖기 때문에, 그로 인해 발생하는 새로운 법적 문제를 지적하는 견해가 제기되고 있다.⁴⁹⁾ 특히 인터넷사이트에 일정한 계약을 게시하여 그에 대한 동의여부를 클릭하도록 구성하는 '클릭형 약관'이 종래의 약관과 마찬가지로 유효하게 계약에 편입될 수 있는가의 문제가 부각되고 있다.⁵⁰⁾ 보다 구체적으로는 우리 약관규제법 제3조 1항의 "약관내용 명시 의무"와 동조 2항의 "중요내용 설명의무"와 해석론으로 인정되는 "약관의 계약편입의 합의"가 전자약관에서 어떠한 방법으로 이루어질 수 있는가가 논의의 초점이 되고 있다.⁵¹⁾

그러나 전자약관에 관한 논의는 전자거래에서 사용되는 온라인 쇼핑물의 전자약관이 구매자와의 매매계약을 전제로 하여 주로 이루어지고 있다. 따라서 소프트웨어와 같은 정보거래에 있어서 이용되는 전자약관과는 그 내용상으로는 상이하다. 반면에 전자적 형태의 약관이라는 점, 클릭을 통해 동의가 표명된다는 점에서는 유사성이 있다. 그러므로 전자거래에 있어서의 클릭랩 라이선스에 관한 기존의 논의 중, 그러한 한도에 있어서는 정보거래의 클릭랩 라이선스에 적용할 수 있을 것이다.

1. 계약편입의 합의

클릭랩과 같이 당사자 일방이 작성한 약관이 계약의 내용으로 당사자 사이에서 효력을 발생하기 위해서는 약관의 계약편입의 여부판단이 필요하다. 약관이 계약의 내용으로 편입되기 위해서는 당사자사이에 약관을 계

49) 정진명, "인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제", 비교사법, 제6권 1호, 1999, 291쪽 이하; 김진환, "약관규제법과 전자약관의 계약편입", 법학연구, 제10권, 경상대학교 법학연구소, 2001, 40쪽 이하; 오병철, "전자거래와 법", IT산업과 디지털 재산, 디지털재산법학회 창립기념 세미나 자료집, 2001, 15쪽 이하; 권대우, "전자거래에서의 약관 편입과 내용통제", "디지털경제시대의 소비자보호와 법", 한국법제연구원, 2001, 59쪽 이하; 김동훈, "전자거래와 관련한 약관규제법의 정비방안", "전자거래 관련 법제정비 방안", 한국법제연구원, 2001, 55쪽 이하; 이충훈, "전자거래에서 약관의 편입과 면책 약관에 관한 개별적 검토", 한국민사법학회 2001년 추계학술대회 자료집, 2001.

50) 오승중·이해완, 전거서, 679쪽.

51) 약관내용의 내용통제는 내용에 관한 것이므로 방법의 양태로 구별되는 슈링크랩이나 클릭랩이나 별 차이가 있을 수 없다. 따라서 슈링크랩 라이선스에 있어서의 내용통제에 관한 법적 규율이 클릭랩에도 당연히 적용된다.

약에 편입시키기 위한 내용의 합의가 요구되는가가 기존의 약관에 관한 법이론에서도 문제로 제기되고 있었으며, 전자약관에도 그러한 논의는 그대로 적용된다.

우리 약관규제법 제3조는 약관의 계약편입에 대해 약관에 대한 명시·교부의무 그리고 설명의무를 요건으로 명시하고 있다. 그리고 이러한 의무를 다하지 않은 경우에는 그 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없도록 하고 있다. 이와 같은 우리 약관규제법을 해석함에 있어서 편입에 대한 합의가 요구된다고 하는 견해가 제기되고 있다.⁵²⁾

클릭랩 라이선스에 있어서 계약편입의 합의는 기술적으로 항상 존재하게 된다. 왜냐하면 "동의함"을 클릭하지 않으면 더 이상의 진행이 이루어지지 않도록 프로그래밍되어 있는 것이 일반적이기 때문이다. 독일의 학설도 사이버공간에서 게시된 약관에서 '동의함'이라는 부분을 클릭한다면, 그 내용을 제대로 읽지 않았어도 고객의 동의를 인정할 수 있다고 판단하고 있다.⁵³⁾ 따라서 클릭랩 라이선스에 있어서 계약편입의 합의는 사실상 항상 충족되는 요건이 될 것이다.

2. 약관의 명시·교부의무

(1) 명시 의무

전자약관에 있어서 약관규제법 제3조 1항에서 정하고 있는 '약관내용 명시·교부의무'에 대해 명시와 교부는 별개의 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 먼저 명시 의무를 이행하는 구체적 방법에 대해서는, 전술한 바와 같이 사업자가 전자약관의 본문 전체를 별도의 절차없이 모니터 상으로 이용자가 열람할 수 있는 방법을 취하고 있는 경우에는 명시 의무가 이루어진 것으로 인정하는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 전자약관이 비교적 눈에 잘 띄는 곳에 전문이 게재되어 있으면 명시 의무가 이루어진 것으로 보는 것

52) 김진환, 상계논문, 52쪽.

53) Staudinger/Schlosser, Kommentar zum BGB, 13Afl. §2 AGBG, Rz. 37; 권대우, 전계논문, 74쪽에서 재인용.

54) 김진환, 상계논문, 53쪽.

도 동일한 입장이라고 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 그 외에도 하이퍼링크에 연결하여 약관을 확인할 수 있도록 하는 경우에 이용자가 링크가 존재한다는 점을 쉽게 인지할 수 있고, 쉽게 접속할 수 있는 형태로 화면이 구성되어 있는 경우에는 명시적무를 다한 것으로 볼 수 있다는 견해도 있다.⁵⁶⁾

그러나 하이퍼링크만으로 명시적무를 다하고 있다고 해석하는 것은 적절하지 않으며, 적어도 약관의 본문 전체를 클릭 등의 별도의 접속절차 없이 이용자가 모니터로 열람할 수 있도록 하는 것으로 명시적무는 이행된 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 약관이 모니터 화면에 한번에 모두 나타날 수 없을 만큼 내용이 많은 경우도 있으므로, 스크롤정도의 절차는 무방하다고 볼 것이다.

(2) 교부의무

교부의무에 대해 일정한 장소에 약관으로의 링크를 설정하여 두고 원하는 이용자가 누구나 쉽게 그 내용을 검토할 수 있게 하는 정도만으로 약관의 교부가 있다고 하는 견해가 있으며,⁵⁷⁾ 교부의무는 한번의 클릭으로 약관을 다운로드 할 수 있는 장치와 약관을 인쇄할 수 있는 시스템이 마련되어 있어야 충족된 것으로 주장하는 견해도 있다.⁵⁸⁾

종이문서로 된 약관의 경우에는 이용자가 요구하는 경우에만 교부의무가 발생하므로, 약관내용의 명시적무의 다음 단계로 추가적 이루어지는 것이 일반적이다. 이러한 논리를 전자약관에 적용하여 보면, 차후 이용자가 전자약관을 다운로드받거나 전자메일 등의 디지털형태로 수령하는 것을 전자약관의 교부의무로 이해하여야 할 것이다. 따라서 교부의무는 일정한 장소에 약관으로의 링크를 설정하여 두고 원하는 이용자가 누구나 쉽게 그 내용을 검토할 수 있게 하는 정도로 이루어진다는 일부의 견해⁵⁹⁾는 적절하지 않다고 생각된다.

55) 권대우, 전계논문, 76쪽.

56) 황상한, 「전자상거래와 국제규범」, 박영사, 2001, 161쪽; 김동훈, 전계논문, 60쪽도 같은 입장으로 보인다.

57) 김진환, 상계논문, 53쪽.

58) 권대우, 전계논문, 78쪽.

59) 김진환, 상계논문, 53쪽.

3. 중요내용의 설명의무

전자약관의 설명의무에 관하여는 종전의 대면거래에서 행하는 설명의무의 이행과 동일한 정도로 평가될 수 있을 만큼 이용자에게 명백한 인지가능성을 부여하는 설명의 방식으로 이루어지는 것으로 족하다고 하며, 구체적으로는 '평이한 서술과 효과적인 시청각 수단의 활용', '설명과정의 세분화와 상호작용 기능의 이용', '설명과정의 종료가 웹사이트 이용의 전제조건이 되는 시스템의 구성' 등이 구체적인 판단기준으로 제시되고 있다.⁶⁰⁾ 그 외에도 계약의 철회권, 고객의 해계약, 고객의 준수사항, 사업자의 면책사유 등에 대하여 약관을 게시한 화면의 앞부분에 요약해서 보여준다는가 또는 계약의 체결을 위하여 결정을 해야 하는 장의 밑부분에 이러한 요약된 중요한 사항을 알려준다든가 하는 방식의 추가적인 설명의 시도가 이루어져야 설명의무를 다한 것으로 보는 견해도 있다.⁶¹⁾

전자약관의 설명의무의 이행은 컴퓨터 기술에 강하게 의존하는 것으로 생각된다. 따라서 구체적으로 어떠한 방법이 설명의무를 다하는 것인가를 개별적으로 국한시키기보다는 현재의 합리적인 기술수준을 다하였는가하는 개방적이고 추상적인 기준을 갖고 구체적이고 개별적으로 판단하여야 할 것이다.⁶²⁾ 특히 실시간의 인터랙티브한 의사소통에 어려움이 있는 현재의 인터넷환경을 고려한다면, 어떠한 방법으로 실시간의 인터랙티브한 설명과 질의응답이 가능할 수 있겠는가의 기술적 검토가 중요한 요소로 작용할 것이다.

4. UCITA의 규정

전술한 바와 같이 UCITA는 클릭랩 라이선스와 같이 대량시장거래에서 사용되는 특수한 라이선스약관에 대해 유효성을 인정하고 있다. 슈링크랩 라이선스와 마찬가지로 클릭랩의 경우에도 라이선스가 그 내용을 검토할

60) 김진환, 상계논문, 14~16쪽.

61) 권대우, 전계논문, 79쪽.

62) 전술한 3가지의 구체적인 판단기준은 현재의 기술 하에서는 상당히 구체적이고 명확한 기준으로 작용할 수 있다는 점에서는 상당한 의미가 있다고 평가되어진다.

기회를 갖고 그것에 대해 명시적으로 동의하여야만 유효성을 인정하고 있다. 클릭랩의 경우에는 라이선스가 그 내용을 검토할 기회를 갖는 것이 훨씬 용이하고, 클릭이라는 방법을 이용하므로 명시적인 동의가 존재한다고 다루어질 여지가 높다는 점에서 UCITA의 규정은 바람직하다고 볼 것이다.

5. 사 건

슈링크랩의 경우에는 약관이 종이문서의 형태로 제작되어 있으므로 기존의 약관규제법 제3조의 계약편입을 적용함에 있어서 특수한 문제가 발생하지 않는다. 따라서 주된 관심사는 약관에 대한 동의가 사실행위로 이루어진다는 점에서 유효한 계약체결방법이 되는가 그리고 체결이전에 약관의 내용을 검토할 기회가 부여되는가에 대한 것이었다. 그러나 클릭랩은 전자적 형태로 이루어진 약관으로 존재한다는 점에서 종이문서의 형태와의 차이점에서 발생하는 명시·교부의무와 설명의무가 주로 문제가 되었다.

미국은 우리의 약관규제법에서와 같은 약관의 계약편입을 위한 요건을 법률로 요구하고 있지 않으므로, UCITA에서 클릭랩 라이선스의 유효요건을 슈링크랩 라이선스와 동일한 것으로 규율해도 별 문제가 없다. 즉 미국에서는 전자약관에서 명시·교부의무와 설명의무를 어떠한 방법으로 충족시킬 수 있는가의 문제는 전혀 다루어질 이유가 없다. 그러나 독일이나 우리 나라의 경우에는 약관규제법에 따른 명시·교부의무와 설명의무를 어떻게 전자적 형태로 된 약관에서 충족시킬 것인가가 가장 중요한 문제로 된다.

그러나 슈링크랩과 비교해서는 이용자가 명시적으로 약관에 대해 동의하는가, 동의이전에 약관의 내용을 검토할 수 있는가는 비교적 명확하다. 즉 클릭랩의 동의방법인 클릭은 이미 법적으로는 사실행위가 아니라 의사표시로서의 가치가 있는 것으로 다루어져 왔다.⁶³⁾ 따라서 슈링크랩의 포장의 개봉이 사실행위로서 의사표시로서의 가치가 있는 것으로 다루어

63) 오병철, 「전자거래법」, 전경판, 법원사, 2000, 98쪽 참조.

지는 반면, 클릭랩의 클릭은 그 자체로서 의사표시가 된다. 그러한 점에서 클릭없이 진행할 수 없는 컴퓨터 소프트웨어의 인스톨이 이루어졌다면, 명시적인 동의가 존재함은 슈링크랩보다 명확하다.

사건으로 우리 법계에서도 클릭랩을 통한 라이선스 계약의 체결은 유효한 것으로 보아야 할 것이다. 슈링크랩 라이선스와 달리 이용자의 동의가 명백하게 존재한다는 점, 클릭 그 자체가 자연적 의사표시의 전자적인 표시 및 전달이라는 점에서 계약체결방법으로서 클릭랩은 유효하다. 다만 우리 법제는 미국과 달리 약관규제법에 따른 계약이 존재한다는 점에서 약관규제법의 요건을 여하한 방법으로 충족시킬 것인가라는 문제가 추가적으로 발생한다. 전술한 바와 같이 약관규제법 제3조의 명시적 동의는 적어도 약관의 본문 전체를 클릭 동의 별도의 접속절차 없이 이용자가 모니터로 열람할 수 있도록 하는 것으로 충족된다고 보아야 할 것이다. 다만 약관의 길이를 고려하여 스크롤 정도의 노력은 이용자가 부담하여야 할 것이며, 교부의무는 이용자가 전자약관을 다운로드받거나 전자메일 등의 디지털형태로 수령하는 것이 가능할 정도로 이행되어야 할 것이다. 그리고 설명의무는 획일적으로 다루기보다는 현재의 합리적인 기술수준을 다 하였는가하는 개방적이고 추상적인 기준을 갖고 구체적이고 개별적으로 판단하여야 할 것이다. 따라서 이러한 명시·교부의무와 설명의무를 충족시키는 클릭랩 라이선스는 유효한 약관으로서 라이선스 계약의 내용으로 편입된다고 하여야 할 것이다.

제 4장 라이선스 계약의 체결

제 1 절 계약의 청약과 승낙

1. 의사표시에 의한 청약과 승낙

라이선스 계약도 기존의 사법질서에서 정립된 계약으로서의 본질을 가지므로, 당연히 청약과 승낙이라는 의사표시의 합치에 의해 계약이 체결된다. 그리고 라이선스 계약이 전자거래의 방법으로 이루어질 수 있다. 청약과 승낙에 관해서는 기존의 계약법의 이론이 그대로 적용될 수 있을 것이다. 다만 라이선스 계약중 표준형 디지털 정보에 있어서는 그 특성상 약관을 이용하는 경우가 많을 것이다.

미국 UCITA는 당사자의 사실행위에 의해 계약이 체결될 수 있음을 명시하고 있다. 특히 UCITA는 청약과 승낙 모두가 당사자의 사실행위로 체결되는 경우도 허용하고 있다. 반면에 우리 민법 제532조는 “청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다”라고 규정함으로써 사실행위는 승낙에 한해 의사표시로서의 가치를 인정하고 있다. 뿐만 아니라 UCITA는 제212조 이하에서 전자계약(electronic contract)에 대해 규정을 두어, 전자거래의 방법으로 체결되는 디지털 정보 거래를 규율하고 있다.

그러나 이러한 UCITA의 태도는 특별히 고려될 필요는 없을 것이다. 왜냐하면, 우리 계약법체계에 있어서 청약은 승낙의 의사표시만 있으면 계약이 성립될 수 있을 정도로 구체적인 계약내용을 규정하고 있어야 하기 때문이다. 그러므로 구체적인 계약내용이 나타날 수 없는 사실행위에 대해 청약으로서의 법적 가치를 인정하는 것은 기존의 법질서와 상충되는 것이기 때문이다.

2. 특수한 형태의 청약과 승낙

(1) 전자적 의사표시에 의한 청약과 승낙

청약과 승낙은 컴퓨터를 이용한 '전자적 의사표시'의 방법으로 체결될 수도 있다. 특히 클릭랩 라이선스나 웹랩 라이선스와 같은 특수한 형태의 청약과 승낙의 경우에는 더욱 전자적 의사표시가 주로 쓰이게 된다.

미국의 UCITA에서는 제206조에서 "계약은 전자대리인의 작동에 의해 체결될 수 있다"라고 규정함으로써 사람이 아닌 컴퓨터의 작동(operation)에 의해서도 계약이 체결될 수 있음을 명시하고 있다. 그리하여 전자대리인의 작동은 인간의 포괄적 지시에 따른 기계적 작동에 불과하고 원인을 규명하기 힘든 오류발생의 가능성이 상존하기 때문에 인간의 의사표시나 행위와 동가치한 것으로 다루기 어려운 문제를 입법론적으로 해결하고 있다. 그러나 우리 법제에서는 전자대리인이라는 개념을 아직 도입하지 않고 있으며, 다만 전자거래기본법 제10조에서 이와 유사한 효력 규정을 두고 있을 뿐이다.

우리 법에서도 전자대리인이라는 개념을 도입해야 하는가에 대해 전자대리인의 개념을 인정함으로써 착오에 관한 규정이나 계약성립에 관한 규정의 효력에 영향을 주지 않으면서 계약성립에서의 장애요소를 제거할 수 있게 해준다는 긍정적인 견해가 제기되고 있다.⁶⁴⁾ 반면에 전자대리인은 "전자적 의사표시의 독자성"을 전제로 하지만 현재의 기술수준에 입각하여 판단한다면 전자적 의사표시의 독자성을 인정하기 어렵고 따라서 컴퓨터를 표의자의 대리인으로 인정하는 것은 무리라고 하여 신중론 내지는 부정적인 견해를 제기하기도 한다.⁶⁵⁾

전자대리인의 개념을 인정하는 데 대한 부정적인 견해는 대륙법계 민법이 갖는 대리인의 개념과 영미법계에서의 agent를 동일하게 寫像(mapping)시키는 데서 발생하는 법교의학적인 거부감으로 보여진다. 그러나 우리

64) 정경영, "미국통일전자거래법에 관한 연구", 「상사법연구」, 제19권 2호, 2000, 267쪽.

65) 지원영, "가상공간에 있어서 거래의 특성과 법적 규율", 「디지털경제시대에서의 전자거래와 법(II)」, 한국법제연구원, 2001, 40~41쪽.

전자거래기본법 제10조는 “작성자를 대신하여 자동으로 전자문서를 송·수신하도록 구성된 컴퓨터 프로그램 기타 전자적 수단에 의하여 송신된 전자문서는 작성자[표의자]가 송신한 것으로 본다”라고 명시함으로써, 다만 전자대리인이라는 법률용어를 채택하지만 알았다 뿐이고 사실상 상당히 유사한 법적 효과를 인정하고 있다. 결국 전자대리인을 인정하든 하지 않든, 우리 전자거래기본법 제10조가 규정하는 의제의 범위는 이미 규정되어 있다. 또한 전자대리인을 인정하는 UCITA라도 모든 경우에 있어서 컴퓨터의 작동에 대해 표의자가 구속되는 것은 아니며, 제206조에서 정한 바와 같이 일정한 경우에는 법원의 구체절차가 인정되는 동의 예외를 허용하고 있다. 따라서 전자대리인이라는 개념을 인정하지 않는 우리 법제와 전자대리인을 인정하는 UCITA나 원칙적으로 동일한 태도를 취하고 있으며, 다만 어떠한 경우에 예외적으로 사람(표의자, 작성자)에게 컴퓨터 작동의 결과를 귀속시키지 않는가의 요건의 차이만 존재할 뿐이다.⁶⁶⁾

(2) 슈링크랩 약관에 의한 청약과 승낙

디지털 정보거래는 슈링크랩의 방법으로 라이선스 계약을 체결하는 경우가 일반적이다. 슈링크랩의 유효성에 대해서는 이미 살펴본 바와 같이 긍정론과 부정론이 대립되고 있다.⁶⁷⁾ 그러나 슈링크랩의 방법이라고 해서 반드시 이용자에게 계약체결이 불공정하다고 볼 수는 없으며, 의사실현에 의한 승낙이 가능하다는 점에서 슈링크랩 라이선스도 계약체결의 유효한 방법이 된다고 할 것이다. 특히 슈링크랩이 디지털 정보를 저장하는 유체물의 매매계약에 편입되는 것으로 이해하는 견해는 매매계약과 라이선스 계약을 구별조차 하지 않는다는 점에서 타당하지 않다.

66) 그러나 우리 전자거래기본법 제10조가 컴퓨터의 일반적 오류발생에 대한 원칙을 규정하는 것이라 명시하고 있지 아니하므로, 적용범위에 대한 논란의 소지는 있다. 따라서 결과론적으로는 전자대리인을 인정하는 것과 대차없는 해석론이 가능하므로, 명확하게 전자대리인의 개념을 도입하는 것을 신중하지만 긍정적으로 검토할 필요는 있을 것이다.

67) 슈링크랩 약관의 내용통제에 대한 논의는 계약체결과 관련된 사항이 아닌 계약내용에 관한 것이므로 논외로 한다.

슈링크래프 약관에 의한 체결방법도 원칙적으로 유효하지만, 모든 슈링크래프가 유효한 체결방법이 되는 것은 아니다. 정보이용자인 라이선시가 의사표시로 인정되는 사실(포장의 개봉)을 하기 이전에 그 약관의 내용을 인식할 수 있는 슈링크래프 라이선스만이 유효한 계약체결방법이 된다고 보아야 할 것이다. 미국 UCITA에서도 슈링크래프 라이선스에 대해서 라이선시가 그 내용을 검토할 기회를 갖고 그것에 대해 명시적으로 동의하는 경우에는 유효성을 인정하고 있다.

현실거래에서 슈링크래프 약관은 클릭래프 약관과 이중적으로 결합되어 활용된다. 특히 소프트웨어의 거래에 있어서 슈링크래프 뿐만 아니라 인스톨 과정에서 클릭래프가 중복적으로 이용된다. 이 경우에 어떠한 시점에 라이선스 계약이 체결되는 것으로 보아야 할 것인가의 문제가 있다. 슈링크래프와 클릭래프가 중복되어 있는 경우에 어느 시점에 계약이 체결되는가는 개별적인 경우에 따라 상이하겠지만, 원칙적으로는 정보이용에 관한 약관의 내용을 어느 시점에 인식할 수 있는가에 달려 있다고 보아야 할 것이다. 일반적으로 약관의 내용은 클릭래프의 경우에 모든 내용이 인식될 수 있는 경우가 대부분일 것이며, 클릭래프에 따른 동의가 존재하는 시점에 약관이 라이선스 계약의 내용으로 편입된다고 보아야 할 것이다.

이러한 점에서 슈링크래프 라이선스와 같은 방법으로 계약이 체결되는 경우를 규정하고 있는 방문판매 등에 관한 법률 제10조(방문판매)의 청약철회권 제한규정은 문제점을 안고있는 것으로 생각된다. 방문판매법 제 10조는 소비자의 청약철회권이 인정되지 않는 사유를 명시하면서 제10조 2항 2호에서 "사용 또는 일부 소비에 의하여 가치가 현저히 감소될 우려가 있는 상품으로서 대통령령이 정하는 상품을 사용 또는 소비한 경우"라고 명시하였다. 그에 따라 방문판매법 시행령 제5조는 "법 제10조 제2항 제2호에서 "대통령령이 정하는 상품"이라 함은 날개로 밀봉된 음반·비디오물 및 소프트웨어를 말한다. 다만 인도할 때에 이미 훼손되어 있었던 것을 제외한다"라고 명시하고 있다. 그러므로 음반이나 비디오물 또는 소프트웨어의 방문판매에 있어서는 밀봉이 파손되면 슈링크래프 라이선스와 유사한 법리에서 청약철회권(cooling-off)을 행사할 수 없다고 제한하고 있다.

동 규정의 문제는 우선 '슈링크랩 라이선스가 있는'⁶⁸⁾ 음반·비디오물 및 소프트웨어와 같은 정보거래에 있어서 슈링크랩 라이선스에 의한 계약체결을 매우 폭넓게 인정한다는 것이다. 즉 소비자가 약관의 내용을 알 수 있었는가는 고사하고 약관 자체가 포함되어 있지 않아도 청약철회할 수 없다고 함으로써 포장을 개봉하는 것이 의사실현에 의한 계약의 체결로 제한없이 인정하고 있다. 이러한 광범한 슈링크랩 라이선스의 인정은 소비자에게 매우 부담한 것임은 이미 지적한 바와 같다. 따라서 정보거래라 해서 포장의 개봉과 동시에 무조건 청약철회권을 제한하는 것이 아니라 소비자가 계약내용을 인식할 수 있는가의 여부도 요건으로 추가되어야 할 것이며, 특히 소프트웨어의 경우에는 그러한 요건의 추가는 필수적일 것이다.

방문판매법의 또 다른 문제는 이러한 청약철회권이 유독 방문판매의 경우에만 적용되도록 규정되어 있어서 통신판매나 전자거래와 같은 경우에는 그 적용이 없다는 것이다. 먼저 방문판매법 제10조와 시행령 제5조에서는 전술한 바와 같이 청약철회권을 제한하는 규정을 두고 있다. 그러나 통신판매에 있어서 청약철회권을 제한하는 제21조 제1항 제5호에서는 "기타 소비자보호를 위하여 대통령령이 정하는 경우"라고 위임하고 있는 조항이 있으나 시행령에서는 그에 따른 규정을 전혀 마련하지 않고 있다. 따라서 방문판매법 제21조 1항 5호는 위임근거만 있을 뿐 실제내용은 없는 명목에 불과할 뿐이다. 그리고 전술한 바와 같이 방문판매법 시행령 제5조는 "법 제10조 제2항 제2호에서 대통령령이 정하는 상품"이라고 제한적으로 명시함으로써 통신판매를 규정하는 제21조와는 아무런 관계가 없음을 나타내고 있다. 그러나 이러한 법규의 차이는 소프트웨어의 방문판매와 통신판매를 구별할 실익이 있어서 그것을 염두에 두고 입법한 것으로 보이지는 않는다. 그리고 슈링크랩에 있어서 청약철회권을 제한하는 것에 방문판매와 통신판매를 구별할 실익이 있다고 보이지도 않는다. 따라서 전술한 바와 같이 슈링크랩 라이선스의 청약철회권 제한

68) "날개로 밀봉된"은 슈링크랩 라이선스보다 넓은 범위이다. 왜냐하면 약관이 포함되어 있는가와 관계없는 포장 그 자체이므로, 슈링크랩 라이선스는 "날개로 밀봉된"이라는 요건에 포함됨은 자명하다.

은 부당하므로 개정의 필요성이 시급하며, 방문판매 뿐 아니라 통신판매 나아가 일반적인 상점에서의 판매에도 그러한 원리가 통일적으로 적용되어야 할 것이다.

제 2 절 라이선스 계약의 존속기간

1. 정보의 이용기간의 문제점

(1) 규율의 필요성

라이선스의 존속기간에 관한 문제는 곧 라이선시가 디지털 정보를 얼마나 오랫동안 이용할 수 있는가의 문제이다. 전술한 바와 같이 정보이용에 대한 라이선스 계약은 정보를 저장하는 매체의 매매계약과는 별개의 계약이므로, 정보를 활용할 수 있는 라이선스의 이용기간은 유체물의 소유권의 항구성이라는 특성과 구별되어야 한다.

라이선스의 존속기간을 논의함에 있어서 두 가지의 관점에서의 고려가 요구된다. 먼저 양당사자가 약관 등을 통한 존속기간의 합의가 존재하는 경우에는 그것이 적용되는 것이 계약자유의 원칙에 따른 귀결일 것이다. 그러나 약관 특히 슈링크랩이나 클릭랩 라이선스와 같은 방식으로 동의를 얻는 약관의 내용통제 대상이 되는 것으로 보아야 할 것인가의 문제가 남는다. 즉 약관으로 존속기간에 의한 합의를 원칙적으로 인정하되, 법률로 최단존속기간 등과 같이 일종의 강행규범으로서 가이드라인을 설정해야 하는가의 문제이다.

둘째로는 만약 당사자가 약관으로 존속기간을 정하지 않은 경우에 이른바 법적 기준(default rule)을 어떻게 설정해야 할 것인가 하는 문제이다. 정보의 이용기간의 법적 기준은 정보의 거래와 정보매체의 거래를 관념적으로 명확하게 구분하지 아니한 거래계 현실상 생소할 것이라 생각된다. 특히 정보매체의 소유권에 정보의 이용을 결부시켜온 법이론에 따를 경우에는 디지털 정보는 유형의 정보매체를 소유하는 한 이용가능하다라는 인식이 존재하여 왔다. 따라서 정보의 이용에 대한 권리와 유형의 정보매체에 대한 권리는 별개라는 사고방식이 라이선스의 존속기간에 관해서 선행되어야 할 것이다.

(2) 정보거래의 유형에 따른 구별 필요성

디지털 정보의 제공과 이용에는 매우 다양한 유형이 존재한다. 예를 들어 소프트웨어나 동영상과 같은 디지털 콘텐츠 그리고 주식투자정보나 일기예보의 제공과 같은 고전적 정보의 디지털 형태 모두 디지털 정보이다. 이러한 유형의 차이는 정보의 이용기간에도 영향을 미치게 된다. 현실거래를 살펴보면, 소프트웨어의 경우에는 CD와 같은 유체물에 저장된 형태로 거래가 이루어지거나 다운로드 되므로 그 저장매체(CD나 하드디스크)를 점유하는 한 소프트웨어를 이용할 수 있다는 점에 아무런 문제가 없었다.⁶⁹⁾ 따라서 정보를 이용할 수 있는 기간이라 함은 매우 생소할 수밖에 없다.⁷⁰⁾

그러나 동영상이나 음악과 같은 디지털콘텐츠의 경우에는 그것이 파일의 형태로 다운로드되는 경우에는 소프트웨어의 거래와 별 차이가 없다. 그러나 스트리밍 등의 기법으로 실시간 전송되어 재생만이 가능한 경우나 고전적 정보의 디지털 형태를 제공하는 일종의 접속을 통한 정보제공이 이루어진다. 이와 같은 접속을 통한 정보제공의 경우에는 일정한 접속기간을 두는 것이 거래에서의 상례이다.⁷¹⁾

따라서 정보거래의 유형에 따라 정보이용기간은 각각 원칙적으로 상반될 수밖에 없을 것이다. 즉 소프트웨어나 파일 다운로드 형태로 매체에 저장되어 새로운 복제본을 생성하는 정보거래의 경우에는 정보이용기간이라는 생소한 개념의 도입여부를 살펴보아야 할 것이다. 그러나 일종의 접속계약의 형태인 접속을 통한 정보제공인 경우에는 이미 정보이용기간은 현실생활에서 인정되고 있었다고 보아야 할 것이다.

69) 결국 다운로드나 실시간 재생이냐의 차이는 새로운 복제본을 생성하느냐의 차이이다. 즉 다운로드의 경우에는 보조기억장치에 새로운 복제본을 생성되는 것이며, 스트리밍과 같은 실시간 재생은 새로운 복제본을 생성하지 않는 접속에 불과하다.

70) 그러나 기술의 발달로 인해 전자적 자력구제와 같은 방법이 등장함으로써, 정보매체의 점유와 정보의 이용이 분리되는 새로운 현상이 등장하게 되는 문제가 발생한다.

71) 흔히 볼 수 있는 예로서, 인터넷 성인방송의 경우에 정보이용료는 일정한 기간을 단위로 하여 부과되며, 실제로 접속하여 정보를 제공받았는가는 묻지 않는 정액제의 형태를 취한다.

2. UCITA의 규율

(1) 원칙

UCITA는 디지털 정보의 이용기간에 대해서 제308조에서 규율하고 있다. UCITA는 계약기간은 양당사자가 자유롭게 결정할 수 있는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 양당사자는 정보의 이용기간을 자유롭게 결정할 수 있으며, 설령 그 이용기간을 영구적인 것으로 명시하든 아니면 몇 년에 불과한 것으로 명시하든 UCITA가 적용되지는 않는다.⁷²⁾ 다만 양당사자가 이용기간을 약정하지 않은 경우에는 UCITA가 임의규정(default rule)으로서 마련한 조항이 적용되게 된다.

UCITA 제308조는 제2항에서 존속기간에 대해 약정이 없는 경우에 “라이선스된 주된 내용(subject matter)을 사용할 계약상의 권리의 존속기간은 라이선스된 정보재산권과 상업적 상황에 비추어 합리적인 기간 동안”으로 제한하고 있다. 즉 정보이용기간은 약정이 없는 경우에는 원칙적으로 정해진 기간동안으로 제한되어 있음을 원칙으로 천명하고 있다. 이러한 점은 정보저장매체인 유체물의 소유권이 존재하는 한, 영구적으로 이용할 수 있다는 기존의 거래현실에서의 관념과는 다르다. 이러한 원칙을 디지털 정보거래 모두에 대해 그대로 적용한다면, 소프트웨어가 저장된 CD를 구입한 후 그 소프트웨어를 PC에 설치하여 디지털 정보를 이용하는 일반 소비자도 정보저장매체인 CD의 소유권 보유여부와 관계없이 일정기간이 지나면 소프트웨어를 더 이상 사용하지 못하는 것이 원칙이 된다. 이러한 결과는 정보이용자인 라이선스로서는 수용할 수 없을 만큼 부당한 것이 아닐 수 없다.

(2) 원칙의 예외

위와 같은 원칙에 대해 다음과 같은 두 가지 광범한 예외사유를 마련하고 있다.⁷³⁾ 먼저 소스코드가 아닌 컴퓨터 프로그램의 라이선스 중에서

72) UCITA official comment, section 308, 1.

73) UCITA official comment, section 308, 6.

복제본의 소유권을 이전하는 것인 경우와 복제본의 인도 당시 또는 그 이전에 총액으로 확정되어 있는 계약대금을 지급하고 복제본을 인도받은 경우에는 영구적으로 이용할 권리를 갖는다(UCITA 제308조 (2)(A)(i)). 영구적 이용이 가능한 전제조건인 '복제본의 소유권을 이전하는 경우'라 함은 디지털 정보가 저장되어 있는 정보매체(CD나 디스켓 등)의 매매계약을 통해 정보거래가 이루어지는 것을 말한다. 전술한 바와 같이 정보거래는 정보매체의 매매계약과 정보이용에 대한 라이선스 계약의 결합이 일반적이므로 거의 모든 소프트웨어의 거래가 여기에 포함될 것이다. 그러나 소스코드에 대한 이용계약은 영구적이라 할 수 없으며, 상업적인 관점에서 파악하여 보면 장기의 이용기간을 갖는다고 할 수 없을 것이다. 그리고 복제본의 소유권을 이전하지 않는다 하더라도 '점유이전 당시 또는 그 이전에 총액이 확정된 계약대금을 받고 그 대가로 복제본을 인도'하는 경우도 예외에 해당된다. 이러한 경우는 정보매체의 소유권이전이 아닌 합법적인 대여와 같은 정보매체의 점유이전을 망라하는 것으로 해석된다.

이러한 조항들은, 디지털 정보는 유형의 정보매체를 소유하는 한 이용가능하다는 인식과 소프트웨어의 경우에는 CD와 같은 유체물에 저장된 형태로 거래가 이루어지거나 다운로드 되므로 그 저장매체를 보유하는 한 소프트웨어를 이용가능하다는 관념에 부합하는 예외가 될 것이다. 따라서 기존의 거래관념과 부합하는 정보의 이용에 대해 입법에 의한 명확한 법적 근거가 마련되었다. UCITA 제308조 (2)는 계약위반으로 인한 해제(cancellation)의 경우라 할 지라도 이용기간이 영구적이라고 표현하고 있으나, 제802조의 계약위반으로 인한 해제의 규정에서는 해제의 효과로 정보나 복제본의 반환을 명시하고 있으므로 상호 충돌되는 것으로 보인다. 또한 official comment에서도 UCITA 제308조 (2)(A)에 대해서는 계약위반으로 인한 해제로 계약이 종료되는 것에 대한 설명이 나타나 있지 않은 것으로 보아 "계약위반으로 인한 해제의 경우라 할 지라도(However, subject to cancellation for breach of contract)"라는 문구는 후술하는 UCITA 제308조 (2)(B)에만 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

둘째의 예외사유로는 라이선스된 정보가 제3자에게 배포되기 위한 상품에 결합되어 있는 경우에 계약위반으로 인한 임의해제에도 불구하고 영속적으로 이용가능하다(UCITA 제308조 (2)(B)). 예를 들어 디지털로 제작된 멀티미디어 백과사전에 사용하기 위해 라이선스된 그림이나 사진의 경우에 있어서, 그 그림이나 사진의 이용기간은 영구적이다. 즉 그림이나 사진이 계약위반으로 해제되어 그것을 이용하지 못한다면, 멀티미디어 백과사전 전체에 영향을 주게 된다. 따라서 계약위반으로 인한 임의해제와 관계없이, 정보는 영구적으로 이용가능하다고 규율하는 것이 타당할 것이다.

(3) 장래의 기술과 권리

UCITA는 제307조 (f)에서 해석에 있어서 매우 구체적이고 중요한 규정을 두가지 마련하고 있다. 그 첫째가 장래의 기술과 권리에 대한 해석에 관한 것이다. 원칙적으로 당사자가 라이선스를 부여함에 있어서 장래에 발전할 기술과 그에 따른 권리도 계약대상에 포함시킬 것인가를 자유롭게 결정할 수 있다. 그러나 계약상의 어떠한 문구가 향후의 장래의 기술과 권리에 대해서로 라이선스를 부여하는 것인가를 명확히 밝히는 것은 용이하지 않다.

UCITA 제307조 (f)(1)은 아주 구체적으로 문구를 예시하면서, 이러한 문구가 존재하는 계약에 있어서는 향후의 기술과 권리까지도 라이선스의 대상임을 밝히고 있다. 즉 "모든 가능한 정보의 그리고 모든 매체에 대한" 또는 "현재 알려진 또는 향후에 개발될 모든 정보의 그리고 모든 매체에 대한" 許與 또는 그와 유사한 字句에 의한 許與를 구체적으로 예시하고 있다. 이러한 문구를 계약에서 사용하는 경우에는 법에 의해 그 당시에 존재하였거나 향후에 창설될 모든 권리와 그리고, 그 당시에 존재하였는지 혹은 향후에 개발될 것인지 혹은 하여 당시에 예기된 것인지를 묻지 아니하고, 배포 또는 공중재현을 위한 모든 이용과 매체, 수단을 포함한다고 명시하고 있다.

이러한 규정은 계약 해석에 있어서 하나의 원칙이 되는 것에 불과하며, 모든 라이선스 계약에 있어서 그 라이선스의 범위가 장래의 모든 기

술과 권리에 미친다고 오해되어서는 아니된다. 즉 본 규정으로 인해 라이선스의 범위가 일반적으로 확장되는 것은 아니며, 라이선스의 범위는 양 당사자가 계약에서 자유롭게 결정할 문제이다. 즉 제307조 (d)는 원칙적으로 라이선스는 당사자는 상대방에 의해 만들어지는 그 정보의 新버전의 정보나 개선된 정보 또는 변경된 정보에 대해 어떠한 권리도 갖지 아니함을 원칙으로 명시하고 있다. 그러나 당사자간에 신버전의 정보나 개선 또는 변경된 정보의 제공을 합의할 수 있다. 이러한 경우에는, 신버전의 정보나 개선 또는 변경된 정보의 제공을 정하는 라이선서의 동의가 있으므로 그로 하여금 그 자신에 의해 때때로 일반적으로 상업적으로 개발되고 이용할 수 있게 된 그대로 신버전의 정보나 개선 또는 변경된 정보를 제공하라고 요구할 수 있다.⁷⁴⁾

3. 정보의 이용기간의 구체적 규율

(1) 복제본에 의한 정보이동

1) 약정이 없는 경우의 이용기간

정보의 라이선스 계약에 있어서 정보의 이용기간을 얼마로 할 것인가는 당사자의 합의에 의해 결정된다. 양당사자간에 정보이용기간의 약정이 없는 경우에 정보이용기간을 얼마로 보아야 하는가를 임의규정(default rule)으로서 정하는 것도 매우 의미있는 일이다. 그러나 UCITA와 같이 “라이선스된 정보재산권과 상업적 상황에 비추어 합리적인 기간동안”라고 규정하는 것은 타당하지 않을 것이다. 물론 라이선스된 정보의 성질에 비추어 합리적인 기간은 각각 달리 구체화되었지만, “합리적인 기간”에 영구적인 이용도 포함되는가는 명확하지 않다.

정보의 이용기간은 정보거래의 유형과 이용되는 정보의 성질을 모두 고려하여 결정하되, 그 성질에 따라서는 원칙적으로 영구적인 이용이 허용되어야 할 필요가 있다. 특히 정보를 유형의 정보매체에 저장한 복제본

74) 오병철, “계약의 성립 및 특수계약”, 『UCITA와 전자정보거래법의 제정방안』, 2001 KADIP-KITAL 심포지움 발표집, 60쪽.

에 의해 거래가 이루어지는 경우에는 원칙적으로 정보의 이용은 그 복제본에 담긴 내용에 한해서는 영구적이라고 보아야 할 것이다. 예를 들어 CD나 디스켓에 담긴 소프트웨어나 전자서적이나 영화와 같은 정보컨텐츠는 그 유형의 정보매체를 소유하는 한 정보의 이용은 영구적이라 보아야 할 것이다. 뿐만 아니라 인터넷상에서 다운로드 되어 이용자의 하드디스크와 같은 보조기억장치에 저장된 소프트웨어나 정보컨텐츠 역시 복제본에 의한 정보이용이므로 정보의 이용은 영구적이라 보아야 할 것이다.⁷⁵⁾

2) 이용기간의 가이드라인

양당사자간에 정보에 대한 라이선스 계약을 체결하면서 이용기간에 대한 강행법규성을 갖는 제한조항을 두어야 할 것인가의 문제도 검토되어야 할 것이다. 이에 관해서 UCITA는 특별한 규정을 마련하고 있지 아니다. 그러므로 전적으로 그 이용기간은 당사자의 자유에 달려있다. 이용기간에 가이드라인을 설정하는 것은 주로 이용기간에 최단기간을 정할 필요가 있는가의 문제가 될 것이다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 당사자간의 약정이 없는 경우에는 원칙적으로 영구적 이용이 가능한 것으로 보아야 하기 때문이다.

사건으로는 정보이용기간에 가이드라인을 설정하는 것은 불필요할 것으로 생각된다. 현재 소프트웨어의 거래는 일반적으로 유형의 매체에 저장하여 정보매체의 거래를 통해 라이선스 계약을 체결하고, 또 라이선스 계약의 존속기간 즉 정보의 이용기간에 대해서는 별도의 약정을 하지 않는 것이 일반적이다. 그러나 경제학적인 측면에서 보면 이용기간이 영구적인 소프트웨어의 가격은 이용기간에 제한이 있는 소프트웨어 보다 높아질 것이다. 그러나 모든 정보이용자가 항상 영구적인 소프트웨어의 이용을 필요로 하는 것은 아닐 것이다. 따라서 동일한 소프트웨어의 라이선스도 일정한 기간동안만 이용가능한 경우와 영구적으로 이용가능한 경우로 나뉘므로써, 라이선서는 경제학적으로 시장을 분할함으로써 보다 많은 라

75) 이러한 영구적인 이용기간도 기존의 견해들이 유형의 정보매체와 정보의 거래를 구별하지 않아온 현실적인 배경이 될 것이다. 그러므로 양자를 구별하는 견해에서는 이와 같은 영구적인 이용기간은 단지 당사자간에 약정이 없는 경우에만 적용되는 제한적인 원칙에 국한된다.

이센시를 확보하여 이윤을 극대화할 수 있는 반면, 라이선스의 입장에서 는 일시적인 이용에는 보다 낮은 가격으로 이용기간에 제한이 있는 라이선스 계약을 체결할 수 있는 이익을 얻게 될 수 있기 때문이다. 그러므로 정보이용기간에 대해 강행법규적인 가이드 라인은 설정하지 않고, 시장의 필요에 따르는 당사자간의 합의가 적용될 수 있도록 하여야 할 것이다. 다만 라이선서가 시장독점적 지위를 악용하여 라이선스에게 불리한 선택만이 가능하도록 하는 경우에는 독점금지법적 차원에서의 규율은 필요할 것이다.⁷⁶⁾

3) 정보의 개선(upgrade)과 이용기간

디지털 정보는 그 특성상 정보의 개선(upgrade)이 매우 빈번하게 이루어진다. 마치 서적에 있어서 개정판이 출판되는 것과 같이 정보의 개선이 이루어진다. 이러한 개선은 크게 두가지로 구분된다. 하나는 기존의 정보의 오류나 개선을 위해서 행하여지는 개선이며, 다른 하나는 완전히 새로운 정보로서의 정보의 개선이 있다. 이 두 가지 내용의 개선을 구별하는 것은 용이하지 않지만, 일반적으로 라이선서의 결정에 따라 전자와 후자가 구별된다.

전자의 정보의 개선은 주로 기존의 정보의 오류나 기능상의 불안정성을 개선하기 위한 것으로 완전물급부청구권에 따른 이행의 일종으로 이해될 수 있을 것이다. 그리고 현실적으로도 기존의 정보와 동일한 버전(version)의 오류수정 패치(patch)프로그램 정도로 다루어진다. 따라서 이러한 정보의 개선은 기존의 정보에 대한 라이선스 계약의 연장선상에 있는 것으로 이해되며, 라이선스 계약에 따른 이용기간중에는 개선된 정보에 대해서도 이용할 수 있는 효력이 인정된다고 보아야 할 것이다.

후자의 정보의 개선은 기존의 정보가 갖고 있던 기능을 증가하여 새로운 기능을 추가한 것으로서, 기존의 정보와는 완전히 별개의 디지털 정보라고 이해되어야 할 것이다. 현실적으로는 기존의 프로그램과는 다른 상

76) 현재 Microsoft와 같이 독점금지법 위반의 문제를 야기하는 것이 실례이지만, 시장 독점적 지위를 이용하여, 영구적인 이용을 선택할 수 없고 단지 높은 가격의 단기적인 이용(OS를 1개월 단위로만 이용할 수 있게 하는 등)만을 라이선스함으로써, 폭리를 취하는 경우는 허용되기 곤란할 것이다.

위의 버전이라 명칭함으로써 구별한다. 결국 상위의 버전과 같은 정보는 기존의 정보에 대한 라이선스 계약의 효력이 미치지 아니한다고 보아야 하고, 양자의 정보는 완전히 별개의 정보로 다루어져야 할 것이다. 따라서 새로운 버전의 정보가 등장한다고 해서 구버전의 정보를 이용할 수 없는 것은 아니다.⁷⁷⁾ 뿐만 아니라 구버전의 정보에 대한 라이선스라 해서 신버전의 정보에 대한 어떠한 권리가 주어지는 것도 아니다.⁷⁸⁾

(2) 접속에 의한 정보이용

하나의 복제본인 유형의 정보매체에 저장된 정보나 다운로드 되어 라이선스의 보조기억장치에 저장됨으로써 새로운 복제본이 생성되는 정보거래와 온라인상의 접속을 통해서만 정보를 이용하는 정보거래는 구별된다. 후자의 정보거래는 일종의 접속계약에 해당된다. 이러한 접속에 의해 정보를 이용하는 경우는 기술적인 접속유지가 정보의 이용을 위한 전제조건이 되며, 일반적으로는 디지털컨텐츠의 거래에 주로 활용된다.⁷⁹⁾

이러한 접속계약은 일반적으로 일정한 기간동안 접속할 수 있는 약정을 정하여 두고, 그 접속기간동안 자유롭게 정보를 이용하는 형태를 취한다. 물론 정보이용의 대가는 이용한 정보의 양에 따라 종량계를 취할 수도 있고,⁸⁰⁾ 실제 정보이용과는 관계없이 정보이용(접속)가능기간에 따른 정액제를 취할 수도 있다.⁸¹⁾

77) 일반적으로 신버전의 소프트웨어(호출 워디안)는 구버전의 소프트웨어(호출 815판)로 작성된 데이터를 처리할 수 있으나, 구버전의 소프트웨어로는 신버전의 소프트웨어로 작성된 데이터를 처리할 수 없게 하여 구버전의 영구적인 이용을 사실상 어렵게 한다.

78) 때로는 구버전의 사용자에게 대해서는 일정한 절차를 거쳐 할인된 가격에 신버전으로 교체할 기회를 부여하기도 하나, 그것은 단지 라이선서의 영업활동에 불과하다.

79) 물론 웹상에 소프트웨어를 설치하여 두고 이용자는 접속을 통해 소프트웨어를 이용하여 데이터를 작성할 뿐, 소프트웨어를 다운로드하지 않는 형태도 등장하고 있다. 이러한 것은 디지털 컨텐츠가 아닌 소프트웨어의 이용이라도 여기에서의 접속을 통한 정보의 이용에 해당된다고 보아야 할 것이다.

80) 예를 들어 하이텔이나 천리안과 같은 컴퓨터 통신에서 1분당 100원의 정보이용료를 지급하고 정보를 이용하는 경우나 n-top과 같은 휴대전화를 통한 정보이용의 경우가 여기에 해당한다.

81) 일반적인 ISP와의 인터넷 접속서비스 제공계약이나 인터넷 성인방송과 같은 경우에는 일정한 기간을 정하여 두고 그 기간동안에 이용하는 정보의 양과는 관계없이 일정한 요금을 부과한다.

이러한 접속에 의해 정보를 이용하는 경우에는 새로운 복제본을 생성하지 않으므로 정보의 이용기간은 접속기간과 일치할 수밖에 없다. 따라서 접속계약에서 접속기간은 매우 핵심적인 계약내용이므로 당사자간에 접속기간에 대해서는 약정이 존재하는 것이 당연하다. 따라서 정보이용기간에 관한 논의는 크게 의미를 갖지 못할 것이며, 복제본으로 거래되는 정보와 달리 정보이용기간이 영구적인 경우는 거의 찾아볼 수 없을 것이다.

물론 이러한 접속에 의한 정보이용일지라도 현실적으로는 매우 까다로운 경우도 많을 것이다. 예를 들어 n-top이나 nate와 같이 휴대전화를 이용해 접속함으로써 정보를 거래하는 경우에도 단순히 휴대전화로 교통정보나 오늘의 운세와 같은 정보를 정취하는 경우와 휴대전화 벨소리를 다운로드하는 경우는 다르다. 후자의 경우에는 사실상 복제본을 생성하는 정보거래이므로 전술한 정보이용기간이 현실적으로 문제가 될 수 있으나 전자의 경우에는 접속 중에만 정보가 이용가능하므로 정보이용기간은 큰 의미가 없다. 또한 온라인 게임과 같이 유형의 정보매체에 저장된 소프트웨어에 대해 라이선스 계약을 함으로서 접속을 통해 그 소프트웨어를 본격적으로 이용가능한 경우에는 그 성격을 단정짓기 매우 어렵다. 즉 복제본을 통한 정보의 이용인지 접속을 통한 정보의 이용인지를 구별하는 것이 용이하지 않을 것이다. 사전으로는 당사자간에 특별한 약정이 없는 한, 접속을 통한 정보의 이용이 유형의 정보매체에 대한 라이선스 계약에 포함되어 있는 것으로 해석하는 것이 현실에 부합된다고 볼 것이다. 왜냐하면 라이선스된 게임소프트웨어의 이용방법 중에 하나가 온라인 접속을 통한 게임의 참여이며 오프라인 상태로도 게임을 즐길 수는 없는 것은 아니기 때문이다. 따라서 온라인에 접속하여 온라인 게임에 참여할 수 있는 기간은 유형의 정보매체를 통한 라이선스 계약에서 약정된 정보이용기간동안이라고 보아야 할 것이다. 물론 이러한 약정이 없는 경우에는 소프트웨어라는 특성상 영구적이라고 보아야 할 것이다.⁸²⁾

82) 그러나 온라인 게임업체가 구 버전의 게임소프트웨어를 이용하여 게임을 할 수 있는 서버를 운영하지 않는 경우에는 오프라인으로만 게임을 할 수 있게 되어 사실상 정보의 이용이 극도로 제한된다는 점에서 실효성은 없을 것이다.

제 3 절 라이선스 계약의 해석

1. 해석의 표준

라이선스 계약도 법률행위인 계약으로서의 본질을 갖는 것은 당연하므로, 민법상의 법률행위의 해석이 여기에도 그대로 적용될 것이다. 그러므로 당사자의 의사표시가 명확하지 않은 경우에는 그 의미를 명확히 하는 법률행위의 해석이 요구된다. 그러나 라이선스 계약은 대체로 약관을 이용한 거래가 대부분이므로 의사표시가 명확하지 않다가보다는 당사자간에 약정되지 않은 부분, 즉 약관의 내용에서 누락된 부분이 있는 경우에 그것을 채워넣는 '보충적 해석'이 주를 이룰 것이다. 물론 이러한 경우에 법률규정에 임의규정을 마련하여 그것을 적용함으로써 법률행위 해석이 아닌 "법규의 적용"이 이루어지면 문제가 없지만,⁸³⁾ 임의규정이 적용될 수 없는 경우도 있고 임의규정 그 자체가 존재하지 않는 경우도 있다. 따라서 이러한 흠결의 보충은 보충적 해석에 의해서 메꾸어질 수 있다.⁸⁴⁾

우리 민법은 이러한 법률행위 해석의 표준에 대해 규정을 마련하고 있지 아니하므로, 어떠한 표준에 의해 해석할 것인가는 학설과 판례에 달려 있다. 우리 판례가 제시하는 법률행위 해석의 표준은 표시행위의 문언이나 문구에 구애받지 아니하고 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하는 것으로, 문언에 의해 객관적인 의미가 명확히 드러나지 않는 경우에는 (i) 그 문언의 내용과 (ii) 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, (iii) 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, (iv) 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 (v) 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험법칙, (vi) 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다는 것이다.⁸⁵⁾ 이와 같은 판례의 원칙은 라이선스 계약에도 당연히 그대로 적용될 것이다.

83) 임의법규의 적용이 법률행위의 해석인가 법규의 적용인가에 대해 학설이 대립되나, 최근에는 "법규의 적용"으로 이해하는 견해가 유력하며 사경으로도 타당하다고 생각된다.

84) 김상용, 「민법총칙」, 전정판, 법문사, 431쪽.

85) 대판 1994.3.25. 93다32668 외 다수.

참고로 UCITA의 해석에 관한 규정을 살펴보면, 계약의 해석의 우선적인 표준은 합의의 표현내용과 모든 이행과정, 교섭과정 그리고 거래관행이 일치하도록 합리적으로 해석되어야 한다고 명시하고 있다. 그러나 이 모든 것을 조화롭게 해석할 수 없는 경우에는, 우선적인 표준에 따라 해석되어야 하며, UCITA 제302조 (a)는 우선 순위를 ①합의상의 표현 내용, ②이행과정, ③교섭과정, ④거래관행의 순으로 명시하고 있다. 그리고 연방제도를 취하는 미국의 특성상 지역간에 거래관행이 서로 다른 경우도 존재하므로, 따라서 이행의 일부가 이루어지는 장소에서의 거래관행은 그 이행의 일부에 관한 합의를 해석하는 데 사용되어야 한다고 명시하고 있다.(UCITA 제302조 (b)). 그러므로 이행이 이루어지는 장소가 이행부분에 따라 각각 다르다면, 당해 부분은 그것이 이행된 지역의 관행에 따라야만 한다. 그리고 그 효력은 마치 당사자의 합의와 같은 정도에 이른다고 보아야 하므로, 일방당사자가 관습의 존재는 인정하되 적용을 부정할 수는 없다고 해석해야 할 것이다. 또한 어떠한 거래관행이 존재하는가의 여부 그리고 그 관행의 범위는 사실에 의해 입증되어야 한다 (UCITA 제302조 (d)).

라이선스 계약의 해석과 관련하여 UCITA에 나타나는 특수한 규정은 어떠한 경우에 배타적 라이선스로 해석할 것인가를 명문으로 기술하고 있다는 점이다. 즉 UCITA 제307조 (f)(2)는 독점적 라이선스의 구체적인 의미를 명시하고 있다. 양 당사자가 계약에서 '독점적(exclusive)' 이라는 문구를 사용하거나 그와 유사한 용어를 사용하는 경우에 라이선스의 내용을 법률로 명시하고 있다. 즉 독점적 라이선스의 경우에는 그 라이선스의 존속기간 중, 라이선서가 독점적 허락의 범위 내에 드는 바로 그 정보나 정보재산권에 대한 권리를 행사하지 않을 것이며 또한 제3자에게도 이를 허여하지 않을 것이라는 것을 명확히 하고 있는 것으로 해석된다. 그리고 라이선서는 라이선시의 권리가 행사될 때에 그 이전에도 유효한 계약으로 이들 권리를 제3자에게 허락하지 않았음을 확인하는 것으로 해석된다.⁸⁶⁾

86) 오병철, "계약의 성립 및 특수계약", 『UCITA와 전자정보거래법의 제정방안』, 2001 KADIP-KITAL 심포지움 발표집, 61쪽.

2. 라이선스 계약 내용의 해석

(1) 라이선스의 내용

라이선스는 정보를 일정한 용도로 활용하는 허가를 말한다. 그렇다면 정보를 어떻게 활용하는 것을 라이선스라 하는가 즉 라이선스에서 허가되는 제한된 용도와 활용범위는 어디까지인가가 문제가 될 것이다. UCITA는 라이선스 계약을 정보 또는 정보재산권의 철속, 이용, 배포, 이행, 수정 또는 재생산을 할 수 있도록 권한을 부여하지만, 권한이 부여된 철속 또는 이용을 명시적으로 제한하거나 그 정보에 대한 전권을 부여하지 않는 것이라고 정의하고 있다. 즉 라이선스라 함은 정보이용에 대한 폭넓은 권한의 부여가 주어지지만, 결코 그것이 정보의 완전한 절대적 지배를 의미하는 전권을 부여하는 것이 아니라 일정한 한도에서의 제한이 필수적으로 수반되는 것을 말한다.

따라서 라이선스의 내용은 첫째로 정보에 대한 다양한 형태의 이용을 할 수 있는 권한이 부여된다는 것이다. 그리고 다양한 형태의 이용 중에서 어떠한 이용을 허락할 것인가는 당사자간의 계약에 의해 결정되어야 한다. 뿐만 아니라 정보의 성질에 따라서도 정보의 이용의 방법과 내용이 결정될 수 있을 것이다. 즉 복제본에 의한 이용이 이루어지는 라이선스인가 철속에 의한 이용이 이루어지는 라이선스인가에 따라 이용의 방법과 내용이 결정될 수 있을 것이다.

둘째로 그러한 이용권한은 전면적인 것이 아니라 제한된 것이어야 한다. 만약 정보에 대한 전권이 부여된다면, 그것은 정보에 대한 포괄적 지배권인 저작권 그 자체의 양도라고 보아야 할 것이다. 이러한 이용권한의 제한은 당사자간의 라이선스 계약에서 결정되는 것이 일반적이다. 그러나 이용권한의 제한에 대한 합의가 없는 경우에는, '금지되지 않는 한 원칙적으로 허용'이라는 논리가 적용되지 않는다. 디지털 정보의 이용에 대한 라이선스 계약의 특징이 제한적인 이용권한이므로, 당사자간에서 금지되거나 제한되지 않았다고 해서 허용된다고 볼 수 없기 때문이다. 오히려 당사자간에 적극적으로 허용되지 않는 한, 이용이 제한된다고 소극적으로 보

아야 하는 것으로 생각된다. 왜냐하면 디지털 정보의 이용자에 의한 침해 가능성이 기존의 정보에 비해 월등히 높기 때문이다. 그러나 당사자간에 '명시적으로' 합의된 이용만 가능하다고 좁게 해석하는 것은 정보를 이용할 라이선스에게 불측의 제한을 가할 위험이 있으므로 바람직하지 못하다고 보아야 할 것이다. 특히 슈링크랩이나 클릭랩의 방법으로 합의하는 라이선스 계약에 있어서는 계약에 편입될 명시적인 약관의 내용을 전적으로 라이선서가 작성하므로, 라이선시가 누락되어 있는지 모르고 간과하고 넘어간 이용의 방법과 내용에 대해서는 이용권한을 주장할 수 없는 위험도 발생한다.⁸⁷⁾ 따라서 당사자간의 이용권한에 대한 합의는 명시적인 것뿐만 아니라 묵시적인 것도 포함된다고 해석되어야 할 것이다. 따라서 명시된 이용권한의 행사에 필수적인 또는 일반적으로 수반되는 이용은 명시되어 있지 않아도 묵시적으로 허용한 것으로 해석되어야 한다.

UCITA의 규정을 살펴보면, 라이선스가 허가하는 것은 "명시된 계약상의 권리 그리고 계약을 체결할 당시에 라이선서의 통제하에 있고, 명시된 권리를 실행하는 통상의 과정에서 필수적인 정보재산권을 사용할 계약상의 권리"라고 명시하고 있다(UCITA 제307조(a)). 이러한 경우에 라이선스가 명시적으로 정보 또는 정보재산권의 사용을 제한하고 있다면 당연히 그에 따라야 한다. 그러나 명시적으로 정보 또는 정보재산권의 사용을 제한하는 내용을 두고 있지 아니하더라도 제307조(a)의 "명시된 계약상의 권리 그리고 계약을 체결할 당시에 라이선서의 통제하에 있고, 명시된 권리를 실행하는 통상의 과정에서 필수적인 정보재산권을 사용할 계약상의 권리" 이외의 권리에 대해서는 사용할 수 없다는 묵시적 제한이 포함된 것으로 해석되어야 한다고 규정하고 있다(제307조(b)).

(2) 정보이용의 구체적 내용

UCITA는 라이선스 계약을 정보 또는 정보재산권의 접속, 이용, 배포, 이행, 수정 또는 재생산을 할 수 있지만 다만 전권이 아닌 제한적인 권

87) 특히 클릭랩의 경우는 여러번의 스크롤을 해야 전문을 볼 수 있을 만큼 장문의 약관이 제시되는 경우가 일반적이므로, 이용자가 장문의 약관을 빈틈없이 읽고 이해하여 전후의 문맥을 비교하고 어떠한 이용이 누락되어 있는지를 파악할 것이라고 기대할 수 없을 것이다.

한을 부여하는 것으로 개념정의하고 있다. UCITA는 그 입법의 목적이 기존의 연방저작권법이 디지털환경에 부합되도록 입법된 것이 아니라는 한계를 극복하기 위한 것이기 때문에, UCITA가 연방저작권법의 디지털 정보에 대한 특별법으로서의 지위를 갖는다. 그러므로 기존의 저작권법에서 정하고 있는 광범한 정보이용의 구체적인 내용을 열거하고 있다.

그러나 우리 나라의 경우에 기존 저작권법뿐만 아니라 컴퓨터 프로그램 보호법이 제정되어 있어서, 디지털 환경에 대해 전혀 대비가 없는 것은 아니다. 특히 컴퓨터 프로그램 보호법은 디지털 정보 중 소프트웨어와 같은 컴퓨터 프로그램에 대해서는 상세한 규정을 마련하고 있고 그 이용의 구체적인 형태에 대해서도 광범하게 규정하고 있다. 그렇다면 라이선스 계약에 따른 이용과 기존 저작권법이나 컴퓨터 프로그램 보호법상에 규정된 복제, 개작, 공표, 발행, 공연, 전송 등과 같은 여러 가지 이용의 관계를 설정하는 것이 요구된다. 즉 기존의 이러한 이용은 라이선스에 포함되는 것인가 아니면 별도로인가의 문제가 남는다.

라이선스에 따른 구체적인 이용의 형태가 무엇인가를 밝히는 것은 매우 어려운 일이다. 특히 기존의 정보이용과 비교하여 어느 범위까지가 새로운 형태의 이용인가를 밝히는 것은 더욱 어렵다. 그러나 라이선스는 원칙적으로 라이선스 계약에서 정한 이용자가 그 정보를 개인적인 용도에서 이용하는 것만을 의미한다고 보아야 한다. 반면에 기존의 저작권법 내지 컴퓨터 프로그램 보호법에 규정된 복제, 개작, 공표, 발행, 공연, 전송은 복제권자, 개작권자, 공표권자, 발행권자, 공연권자, 전송권자가 이용의 범위를 넘든가 아니면 제3자와 관계된 이용을 한다는 공통점을 찾아볼 수 있다.

구체적으로 살펴보면 '복제'는 새로운 창작성을 더하지 않고 다시 제작하므로 이용의 범위를 넘는 것이고, '개작'도 원프로그램을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 것이므로 정보의 이용이 아니라 정보의 생산에 해당되는 것이므로 구별이 가능하다. '발행' 역시 공중의 수요에 응하기 위해 프로그램을 복제배포하는 것이므로 이용의 범위를 넘는 동시에 제3자와 관련된 것이므로 라이선스에 의한 이용과는 구별된다. 그 외에 '공표'는 특정인이나 불특정인에게 제시하는 것이며, '전송' 역시 공중이 수

신하거나 이용하기 위하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 것이므로 제3자와 관련된 이용이 된다. 우리 나라의 컴퓨터 프로그램 보호법에 나타나 있는 라이선스 계약에 의한 이용자는 제12조의 2에서 명시된 “정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자” 그리고 제14조에 명시된 “프로그램의 복제물을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자”이다.

그러므로 라이선스 계약에서 말하는 이용은 계약에서 정한 이용자가 개인적인 목적으로 자신이 정보를 이용하는 것을 말한다. 이와 같은 계약에서 정한 이용자가 개인적인 목적으로 자신만이 정보를 이용하는 것은 기존의 저작권법에서는 별도로 개념정의하고 있지 않다. 그것은 법에서 별도로 개념정의할 만큼 그리고 그 이용의 법적 규율이 필요할 정도로 정보저작권자에 대한 침해 위험이 없는 것이기 때문이었다. 그리고 컴퓨터 프로그램 보호법에서는 컴퓨터 프로그램 “매매”라는 관점에서 전술한 바와 같이 유체물의 권리변동에 부수되는 것으로 이해하였기 때문이다.

(3) 라이선스의 이용자

1) 이용자제한의 방법

라이선스된 정보는 누가 이용할 수 있는가에 대한 문제는 단순한 문제가 아니다. 원칙적으로 라이선서와 라이선스 계약을 체결하는 라이선서가 정보를 이용하는 것이지만, 반드시 계약당사자만이 이용자인 것은 아니다. 라이선스된 정보를 누가 이용할 것인가는 라이선스 계약에서 결정하게 된다. 따라서 라이선스 계약에서 정해진 이용자만이 라이선스된 정보를 이용할 수 있다.

라이선스의 이용자에 대한 제한은 크게 두 가지 방법으로 이루어진다. 하나는 이용자를 특정하여 그 특정한 사람만이 가능하다고 제한하는 방법과 하나는 복제본의 수를 가지고 제한하는 방법이다. 전자의 경우로는, 이용자마다 별도의 ID를 제공하고 그 ID를 발급 받은 사람만 이용이 가능하다고 하는 방법을 들 수 있다. 후자의 경우로는 몇 대의 컴퓨터에 디지털 정보의 복제본을 들 수 있는 가로 이용자를 제한하는 방법이 가능하다.

2) 접속에 의한 정보이용의 이용자

일반적으로 접속에 의한 정보이용의 경우에는 전자의 방법이 주로 쓰인다. 허락된 정보이용자에 대해서는 고유한 ID를 발급하고 그러한 ID를 통한 접속만을 허용함으로써 이용자의 수를 제한한다. 그러나 ID를 통해 접속하는 사람이 실제로 허락된 정보이용자인지의 여부는 특별히 제한하지 아니한다. 다만 하나의 ID로 동시에 수인이 접속하는 것은 허용되지 않을 뿐이다.

3) 복제본에 의한 정보이용의 이용자

복제본에 의한 정보이용의 경우에는 후자의 방법이 주로 쓰인다. 따라서 소프트웨어의 경우에는 몇 대의 컴퓨터 하드웨어에 설치하여 이용할 수 있는가의 복제본의 수로 결정된다. 예를 들면 라이선스 계약을 체결할 때 CD에 저장된 소프트웨어를 제공하면서 1대의 컴퓨터에만 설치할 수 있다고 약정하는 경우가 있다. 이 경우 일반적으로 설치할 수 있는 컴퓨터의 수가 이용자의 수라고 간주한다.⁸⁸⁾ 복제본에 의한 이용의 경우에도 소프트웨어나 디지털 정보가 인스톨된 컴퓨터의 수, 즉 복제본의 수만이 제한될 뿐 디지털 정보가 인스톨된 컴퓨터를 누가 사용하는가에 대해서는 특별히 제한을 두지 않는다.⁸⁹⁾ 즉 디지털정보를 이용할 수 있는 컴퓨터를 제한하고 실제 이용자의 수를 제한하지는 않는다. 다만 디지털 정보가 인스톨된 컴퓨터를 동시에 복수의 이용자가 이용하는 것은 허용되지 않는다. 예를 들면, 1개의 서버에 디지털 정보를 인스톨함으로써 1개의 복제본만을 만들되 수인의 이용자가 클라이언트를 통해 동시에 이용하는 것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 그것은 사실상 클라이언트의 수만큼 복제본을 생성하는 것과 다를 것이 없기 때문이다. 이용자를 정하는 또

88) 우리 나라의 유명한 소프트웨어인 "나모웹에디터"의 라이선스 계약에서는 《[사용자]라는 문구를 표시하고 있다. 그리고 "나모 인터랙티브는 위에 기재된 소프트웨어를 구매하신 사용자(단체)에게 이 사용 인증서가 인정한 수만큼의 PC에 설치하여 사용할 수 있는 권리를 드립니다"라고 표시하고 있다. 따라서 《[사용자]라고 표시되어 있으면, 1개의 PC에 설치하여 사용할 수 있다고 해석된다.

89) 그러나 수많은 대중이 이용할 것으로 미리 예정되어 있는 PC방이나 공공장소의 경우에는 별도의 약정을 하는 경우가 대부분이다.

다른 방법으로는 특별히 숫자로 복제본의 수를 지정하지 않고, 일정한 물리적 장소나 조직범위 내에 설치된 모든 컴퓨터로 제한하는 방법도 있다. 학교나 대기업과 같은 경우에는 교내 또는 회사 내의 모든 컴퓨터에 설치할 수 있다라고 하여 이용자를 정한다. 이 경우에는 전술한 '서버-클라이언트' 방식으로 인스톨해서 이용하는 것이 허용된다. 그러나 이용이 허락되어 있는 범위 밖의 이용자가 이용할 수 있도록 개방하거나, 혹은 범위 밖의 이용자가 다운로드하여 인스톨할 수 있는 상태는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁹⁰⁾

4) UCITA의 규율내용

UCITA는 라이선스가 명시적으로 정보 또는 정보재산권의 사용을 제한하고 있다면 당연히 그에 따라야 할 것이며, 또한 사용자의 수를 명시적으로 특정하였다면 그에 따라 제한되어야 한다고 규정하고 있다. 또한 합의로 사용자의 수를 특정하지 않은 경우에는 합의 당시에 존재하는 상업적 상황과 관련된 정보재산권에 비추어 합리적인 숫자의 복수 사용자를 허용한 것으로 해석하도록 규율하고 있다(UCITA 제307조(c)).

(4) 라이선스의 범위

UCITA의 라이선스는 당사자간에 특약이 없는 한, 정보의 새로운 버전 또는 개선이나 변경에 대해서는 어떠한 권리도 갖지 않을 뿐만 아니라 상대방에 의해 정보를 생성, 발전, 공급하는 데 이용되는 소스코드, 스키마(구조: schematic), 마스터 복제본(master copy), 디자인 재료 또는 기타 정보에 대한 권리도 갖지 않는 것으로 해석되고 있다. 그리고 그 외의 범위와 관련된 내용은 정보재산권과 상업적 상황에 비추어 계약해석의 일반원칙에 따라 해석되어야 한다고 설명하고 있다.⁹¹⁾

90) 예를 들어 A회사의 모든 컴퓨터에 설치하여 이용할 수 있도록 라이선스된 "컴퓨터 바이러스 백신 프로그램"을 공개된 회사의 홈페이지에 링크하여 두고 누구나 다운로드할 수 있도록 하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 A회사의 FTP서버에 올려두고 ID와 패스워드가 부여된 사원만이 접근할 수 있도록 한 경우에는 라이선스된 이용자의 범위에 부합하는 것이라고 보아야 할 것이다.

91) UCITA official comment, section 101, 37.

이러한 라이선스의 범위는 우리 나라에서는 컴퓨터 프로그램 보호법 제 12조의 2에서 명시된 프로그램코드 역분석에 관한 규정에서 찾아볼 수 있다. 동조는 라이선스 계약에 의한 이용자⁹²⁾가 예외적으로 프로그램의 소스코드를 역분석할 수 있는 요건과 역분석을 통해 얻은 정보의 사용범위를 명시하고 있다. 따라서 이에 해당되지 않는 한, 원칙적으로 라이선스가 소스코드에 대한 권리를 갖지 못한다고 보아야 할 것이다.

92) 동조에서는 "정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자"라고 표현하고 있다.

제 5 장 특수한 정보거래

제 1 절 접속계약

1. 접속계약의 개념

접속(access)이라 함은 독립된 개체간의 연결을 말하는 것으로, 컴퓨터에서는 컴퓨터와 컴퓨터의 연결과 상호간의 통신을 말한다. 접속은 컴퓨터 네트워크를 형성하여 컴퓨터가 사회성을 얻기 위한 전제가 된다. 따라서 접속계약이라 함은 컴퓨터와 컴퓨터를 연결하고 상호간에 통신을 주고받는 것을 주된 내용으로 하는 계약을 총칭하게 된다.

접속계약은 세부적으로는 컴퓨터와 컴퓨터를 연결하고 상호간에 통신을 주고받을 수 있게 연결시키는 것까지 만을 주된 내용으로 하는 "접속서비스계약"과 접속서비스가 이루어진 이후에 그 접속을 통해 정보를 제공받는 것을 주된 내용으로 하는 "정보접속계약"으로 구분할 수 있다.

접속서비스계약은 기존의 전화서비스계약과 유사하게 일정한 컴퓨터 네트워크에 연결시켜주는 계약으로 정보접속이용이 이루어지기 위한 기술적 법적 전제조건이 될 것이다. 따라서 접속서비스계약을 통해 접속이 이루어지고 난 후, 별도의 정보접속계약을 통해 디지털 정보를 이용할 수 있게 될 것이다. 물론 두 개의 계약은 관념상 별개의 것이나 실질적으로 구별하기 어려운 경우도 있을 것이다. 예를 들어 인터넷 서비스 제공자가 개인에게 가정에서 인터넷 접속이 가능하게 해주는 것을 내용으로 계약을 체결하는 경우는 접속서비스계약이 될 것이며, 그러한 계약관계에 기초하여 인터넷에 접속한 뒤 유료사이트에 접속하여 동영상을 실시간으로 시청하거나 기상정보나 주식정보 등을 입수하는 것은 정보접속계약이 될 것이다. 그러나 인터넷 서비스 제공자가 접속초기의 홈페이지로 자기의 사이트로 설정하여 그 사이트에 올려진 정보를 무상으로 이용할 수 있도록 하는 경우나 기존의 컴퓨터 온라인 통신망(하이텔, 천리안 등)에 접속할 수 있게 하고 필요한 정보를 그 속에서 입수할 수 있는 것은 "접속서비스계약"과 "정보접속계약"이 결합된 형태로 나타나게 된다.

UCITA도 제102조 1호에서 접속계약을 개념정의하고 있다. UCITA에서의 접속계약은 "전자적 수단을 이용하여 타인의 정보처리시스템에 접속하거나 타인의 정보처리시스템으로부터 정보를 얻는 계약"으로 정의된다. 따라서 전술한 접속서비스계약과 정보접속계약을 총칭하여 접속계약이라고 한다. 그러므로 UCITA에서는 정보가 보관되어 있는 건물(도서관, 정보제공센터)과 같은 유체물에 들어갈 권리를 부여하는 경우나, 정보를 얻기 위한 기술적 수단(TV, Radio, 컴퓨터 H/W)을 구매하는 것은 이에 해당되지 않는다고 한다. 따라서 반드시 타인의 데이터나 정보처리시스템에 접속하는 것이어야 하며, 자신의 정보처리시스템에서 컴퓨터프로그램을 실행시키는 것은 그것이 가정내의 LAN을 통해 원격처리되더라도 접속계약에 해당되는 것은 아니다. 반면에 사용자의 시스템의 정보가 타인에 의해 원격시스템을 통해 수시로 업데이트되는 수동적인 경우에도 접속계약에 해당된다.⁹³⁾

2. 접속서비스 계약⁹⁴⁾

(1) 접속서비스계약의 법적 성질

접속서비스계약은 다음과 같은 점에서 특수한 성격을 갖는다. 먼저 '접속'이라고 하는 주된 계약내용에 비추어 계속적 계약관계의 특성(Dauererschuldcharakter)을 갖는다.⁹⁵⁾ 둘째로 접속의 유지에는 ISP의 노동력보다는 ISP의 기술적 설비의 자동화된 작동이 요체라는 점이다. 인간의 노동력은 네트워크의 초기적 설정단계에서나 중요한 역할을 하며, 그 이후에는 소극적으로 장애발생의 감시와 장애발생시 조치만을 수행하게 된다. 이러한 점에서는 접속서비스계약의 핵심적인 급부의 전제는 기술적 설비의 안정적 작동이라 보아야 할 것이다. 셋째로는 전술한 바와 같이 ISP의 기술적 설비의 자동화된 작동에 의해 접속이 지속적으로 제공되므로 ISP는 이용자의 접속 시점에 그 현장에 반드시 존재하는 것은

93) UCITA official comment, section 101, 1.

94) 이하의 접속서비스계약은 오병철, "인터넷 접속계약의 법적 구조", 『법학연구』 제10집, 경상대학교 법학연구소, 60쪽 이하, 오병철, "인터넷 접속계약의 법적 규율", 『인터넷 법률』 제8호, 법무부, 33쪽 이하를 중심으로 한 것이므로 자세한 내용은 위의 논문들을 참조.

95) Cichon, 『Internetverträge』, Köln: O. Schmidt, 2000, S.18.

아니다. 끝으로 접속서비스계약의 특수성 중의 하나는 다양한 대가관계를 갖는다는 점이다.

접속서비스계약을 어떠한 성격으로 파악하는가에 대해서는 독일에서 몇 가지 이론이 제기되고 있다. 크게 보아 전형계약으로 파악할 것인가 아니면 새로운 신종계약으로 볼 것인가로 구별되지만, 그다지 많은 논의가 제기된 것은 아니다.

사건으로는 접속서비스 계약은 접속설치계약과 접속서비스제공계약으로 구성되며, 도급계약과 임대차계약의 결합으로 파악하는 것이 타당하다고 생각된다. 보다 구체적으로는 네트워크 접속을 위해 초기에 장비를 설치하고 연결하는 접속설치계약은 도급계약으로 보아야 할 것이며, 네트워크 접속을 위한 모든 기술적 준비가 완료된 이후에 이용자가 실제로 네트워크에 접속하는 서비스를 제공하는 계약관계는 임대차 계약으로 구성하는 것이 적절할 것이다.

그 이유로는 첫째로, "계속적 계약관계" 보다 구체적으로는 계약기간 중에는 아무 때나 네트워크 이용자가 네트워크에 접속할 수 있다는 점에서, 네트워크 접속계약 전체를 도급계약으로 이론구성하는 것은 적절하지 않을 것이다. 오히려 일정한 기간동안 물건을 이용할 수 있는 계속적 계약관계의 전형인 임대차계약이 특성에 부합된다고 보아야 할 것이다.

둘째로 '자동화된 설비에 의한 이행'과 '노무제공의 현실적 부존재'라는 특성을 고려하면, 네트워크 접속에 있어서 중요한 급부의 내용은 인간의 노동력이라기 보다는 물리적·논리적 기계장치의 이용이라고 보는 것이 실제에 부합된다. 그러한 점에서 네트워크 접속의 제공을 노무계약인 고용계약이나 도급계약으로 보는 것은 적절하지 않다.

민법 제623조에 규정되어 있는 임대인의 임대목적물을 임차인에게 인도하여 줄 의무를 접속서비스계약에 적용하면, 접속제공자가 네트워크 접속에 이용하는 유체물인 기계설비가 임대목적물이 되며, 목적물의 인도는 임차인이 임대인을 직접점유자로 하는 간접점유를 취득하는 것으로 이론구성할 수 있다.⁹⁶⁾ 임대차계약에 있어서 임대인은 계약존속중에 목

96) 임대차계약의 인도를 통한 점유의 이전은 반드시 직접점유의 이전이라고 한정할 법적 근거는 찾아볼 수 없다. 따라서 임대인을 직접점유자로 한 간접점유의 취득으로도 목적물이 인도되었다고 이론구성할 수 있다.

적물의 사용·수익에 필요한 상태를 유지하도록 할 적극적인 의무를 부담한다(민법 제623조). 네트워크 접속계약에 있어서도 네트워크 이용자가 네트워크에 접속하기 위해 네트워크 접속설비를 이용할 수 있도록 유지할 적극적인 의무를 부담하여야 하며, 그러한 의무의 이행이 구체적으로는 운영·유지·관리에 관한 노동력의 제공이라고 보아야 할 것이다. 따라서 노동력의 제공이라는 요소도 임대차계약의 범주 내에서 포섭될 수 있다.

셋째로 '다양한 대가관계'의 특성이 네트워크 접속계약이 도급계약과 임대차계약의 결합으로 이론구성할 수 있는 현실적 배경이 된다. 현실적으로 네트워크 접속을 위해서는 네트워크 접속에 필요한 물리적 네트워크의 연결과 IP주소의 부여 등의 사전 준비작업이 필요하며, 이러한 사전 준비작업에 따르는 대가는 설치비라 할 수 있다. 또한 물리적 네트워크의 연결을 위해 접속이용자가 구입하기 어려운 설비(외장 모뎀 등)는 임대료를 받고 임대하여 준다. 그리고 일정한 기간(일반적으로는 1개월)의 네트워크 접속제공에 대한 대가를 사용료 등의 명목으로 부담하게 된다.

따라서 네트워크 접속에 필요한 사전 준비작업은 도급계약이며, 사전 준비작업의 완성으로 독립적인 설치비의 지급의무가 발생되고 계약관계는 종결된다. 그리고 설비의 임대는 임대차계약으로 네트워크 접속과 관계없이 차임지급의무가 발생된다. 이러한 설비의 임대차는 전통적인 임대차계약과 완전히 동일한 것이다. 그리고 일정한 기간단위로 접속사용료를 지급하는 네트워크 접속계약은 계속적 계약관계를 구성하는 새로운 형태의 임대차계약이라고 보아야 할 것이다.

(2) UCITA의 접속서비스계약의 규율

UCITA에서 규정하는 접속계약은 지속적 접속계약(continuous access contract)을 말한다. 이는 라이선시가 계약에서 스스로 정한 기간동안 지속적으로 접속할 수 있는 권리를 갖는 계약을 말한다. 주로 회원제 온라인 서비스에서 발생하는 관계이다. 지속적 접속계약은 '중첩적인 이행의 제공-수령의 연속'(multiple tender-acceptance sequence)을 나누어 파악하는 UCC Article2의 설치계약과는 다르다. 지속적 접속계약은 단지 최종사용자가 선택하여 약정한 기간동안 시스템에 접속한다는 라이

센스가 실행될 수 있도록 시스템을 유지하는 것에 그친다. 지속적 접속 계약에 있어서 시스템을 유지할 의무의 구체적 양태는 계약에 명시된 내용이나 거래관행에 따라 결정된다. 그러나 이 규정들은 양당사자간의 별도의 약정이 없는 경우에만 적용되는 임의규정(default rule)이다.

UCITA의 규율의 특징은 접속서비스의 제공과 접속을 통해 정보를 제공받는 것을 별도의 계약유형으로 구별하지 않는다는 점이다. 이러한 UCITA의 입법태도는 바람직한 것으로 보이지 않는다. 왜냐하면 접속을 통해 정보를 제공받기 위해서는 접속서비스의 제공이 기술적으로나 논리적으로나 선행되어야 하는 필수적인 전제조건이 되기 때문이다. 따라서 사전과 같이 접속서비스계약과 정보접속계약으로 구별하는 것이 타당할 것이다.

(3) 접속설치계약

접속설치계약은 도급계약으로서의 성격을 가지므로 기존의 도급에 관한 법이론으로 대부분 규율가능하다. 그럼에도 불구하고 다음과 같은 점에서는 다르게 고려되어야 할 것이다. 먼저 인터넷 접속설치계약은 도급계약 중에서도 유형적 결과를 발생시키는 것이라기보다는 무형적 결과를 발생하는 것으로 이해하여, 목적물의 인도 의무는 계약의 주된 내용이 되지 못한다고 보아야 할 것이다. 인터넷 접속설치 지연에 대해서 약정기일까지 완성되지 않는 경우에는 채무불이행이 성립된다고 보아야 할 것이다. 그 외에 인터넷 접속설치계약이 인터넷 접속서비스 제공계약과 합체되어 체결되고, ISP가 인터넷 접속설치까지 행하며, 인터넷 접속설비의 정상적인 작동이 인터넷 접속의 기술적 전제조건이 된다는 점에서 담보책임을 1년으로 제한하는 것은 적절하지 않으며, 접속서비스 제공계약이 유효한 동안은 담보책임이 계속 효력을 갖는다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

(4) 접속서비스제공계약

1) 임대차계약의 적용과 그 한계

접속서비스 제공계약은 임대차계약으로 법적 성격을 분류할 수 있음에도 불구하고, 유형적인 물건의 인도를 통해 사용·수익하는 것이 아니라

는 점에서는 비교적 많은 법적 고려가 있어야 한다. 기존의 임대차 규정의 적용이 배제되거나 달리 고려하여야 하는 점은 다음과 같다. 먼저 유체물의 점유인도가 존재하지 않는다는 점에서 ISP의 임차물 인도의무는 존재하지 않으며, 그에 상응하는 이용자의 임차물 보관의무나 반환의무 역시 적용이 없다. 또한 ISP는 법정지상권이나 법정질권에 관한 권리를 갖는다고 볼 수 없으며, 이용자 역시 비용상환청구권이나 부속물매수청구권, 부속물철거권을 갖지 않는다. 그리고 해지통고후 효력발생시점을 5일로 정하고 있는 현행 임대차에 관한 규정은 인터넷 접속계약의 특성을 고려하여 다음 영업일부터 효력이 발생하는 것으로 규율하는 것이 타당할 것이다.

그 외에는 대체로 임대차에 관한 법리가 원형 그대로 적용될 수 있으며, 현실거래계에서 사용되는 인터넷 서비스 이용약관 또한 임대차의 법리의 범주에 포섭될 수 있다. 그러나 약관에 있어서 이용료 감액청구권을 명시적으로 규정하지 않는 점이나 손해배상에 관한 특약에서 일정 시간이하의 접속장애에 대해서는 손해배상책임을 부담하지 않는 점, 특별손해의 발생에 대한 인식여부와 관계없이 당해 이용료의 3배로 한정된 점 등은 향후 소비자보호차원에서 개선의 여지가 있을 것이다.

2) 접속장애의 법적 규율

접속서비스제공계약의 본질은 타인의 정보처리시스템에 접속하는 것이다. 타인의 정보처리시스템에 접속할 수 없다면, 접속서비스제공계약의 본질적인 문제를 발생시킨다. 그러므로 정보시스템의 접속장애는 원칙적으로 계약위반이 성립된다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 UCITA는 상당히 넓은 범위에서 접속장애가 계약위반이 되지 않는다고 규정하고 있다. 접속장애가 계약위반이 되지 않기 위해서는, 먼저 그러한 장애의 기간이 일시적(occasional)인 것이어야 한다.

일시적인 접속장애의 경우에, (i) 계약의 특수한 유형을 고려하여 비즈니스, 무역과 산업의 일반적 기준에 부합하거나 또는 (ii) 예정된 접속 중단시간에 접속이 이루어지지 않는 경우, (iii) 보수유지를 위한 합리적인 필요가 있어 접속을 제한한 경우, (iv) 통상적으로 일어나는 설비, 컴

퓨터 프로그램 또는 통신상 장애에 따른 수인할 수 있는 정도의 합리적인 기간, (v) 라이선서의 통제범위를 넘는 사변(event)에 의하고, 라이선서가 주어진 상황에 따라 상업적으로 합리적인 노력을 수행하는 경우에는 계약위반이 되지 아니한다고 명시적으로 규정하고 있다(UCITA 제611조 (b)(1&2)).

3. 정보접속계약

(1) 정보접속계약의 개념

정보거래의 유형은 크게 복제본에 의한 정보거래와 접속에 의한 정보거래로 구별된다. 정보접속계약은 후자와 같이 접속에 의해서 정보를 이용하는 것을 말하며, 이러한 정보접속계약은 디지털 콘텐츠의 거래에 주로 활용된다. 예를 들면, 스트리밍기법 등에 의해 동영상을 재생하거나 음악을 감상하는 것 또는 입찰정보나 주식정보 등과 같이 지식 또는 사실을 기술한 정보에 접속하여 인지하는 것을 말한다.⁹⁷⁾

이러한 정보접속계약은 정보이용자인 라이선시에게 복제본을 인도하는 것이 아니라, 단지 접속을 통해 정보에 접근하는 것만을 의미한다. 따라서 복제본의 인도와 같은 라이선서의 권리를 침해할 위험을 확장시키지 않으므로, 역설적으로는 라이선서의 디지털정보에 대한 권리를 강하게 보호하고자 하는 경우에는 접속에 의한 정보거래만을 하는 경우가 많다.

또한 정보접속계약은 디지털 정보거래 중에서 오직 전자적 이행만이 가능한 특징을 갖는다. 복제본에 의한 정보거래는 CD와 같은 유체물에 정보의 복제본을 저장하여 그것을 우편이나 택배 또는 인편에 의해 자연적으로 인도하는 방법이 가능하다. 반면에 정보접속계약은 자연적인 방법으로는 불가능하고 오로지 컴퓨터 네트워크의 접속을 통해서만 디지털 정보를 이용할 수 있다는 차이가 있다. 따라서 정보접속계약의 이행을 위

97) 예를 들어 영화를 파일로 다운로드하여 저장하여 두고 감상하거나 음악을 MP3 파일로 다운로드하여 두고 감상하는 것은 복제본에 의한 정보거래이고, 다운로드를 불가능하고 단지 접속자의 요청이 있을 때만 감상을 할 수 있도록 하는 서비스는 접속에 의한 정보거래가 된다.

해서는 접속서비스계약과 접속서비스의 이행이 법적으로나 기술적으로나 필수적인 전제조건이 된다.

(2) 이행의 특수성

정보접속계약은 복제본에 의한 정보거래와 달리 복제본을 형성하지 않으므로 이행이 과거의 "주는 채무"의 형식에서 "하는 채무"의 형식으로서의 성격을 강하게 갖는다. 즉 "하는 채무"에 있어서는 채무자 자신의 행위가 중요하다는 기존의 이론⁹⁸⁾이 그대로 적용된다. 전자적 이행이 이루어지는 정보접속계약에 있어서의 "하는 채무"는 정보내용의 일시적이고 제공이라는 특징을 갖는다. 즉 복제본의 인도와 같은 "주는 채무"와 달리 정보에 대한 지속적인 보유력이 존재하지 않으며 채무자의 컴퓨터와 채권자의 컴퓨터가 상호접속되어 있는 동안에만 이용하는 특성을 갖는다. 또한 복제본을 생성하지 않으므로, 향후 독립적이고 지속적인 이용이 불가능하고 일시적인 급부이익의 향유가 채무의 목적이 된다.⁹⁹⁾

(3) 정보이용기간

접속에 의한 정보가 이용되는 정보접속계약은 전술한 바와 같이 새로운 복제본을 생성하지 않는 정보내용의 일시적인 제공이므로 접속을 통하지 않고는 정보를 이용할 수 없기 때문에 정보이용기간은 그 접속기간과 일치한다. 그러므로 정보접속계약은 일반적으로 일정한 기간동안 정보에 접속할 수 있는 약정을 하거나 이용한 정보의 양에 대한 대가를 규정하는 방식으로 정보이용기간을 정하게 된다. 즉 인터넷 유료방송과 같이 일정한 기간동안 정보에 자유롭게 접속하여 이용할 수 있게 허용하는 방식을 취하거나, 주식 또는 입찰정보와 같이 실제로 정보에 접속한 시간당 일정한 액수를 부과하는 약정을 하게 된다. 따라서 복제본에 의한 정보거래와 달리 접속계약에서는 정보의 이용기간이 접속가능기간 또는 실 접속기간이 된다.

98) 권윤직, 「채권총론」, 박영사, 45쪽.

99) 오병철, 「전자거래법」, 전경판, 법원사, 2000, 281쪽.

(4) 정보의 변화

1) 정보의 갱신

정보접속계약에서의 급부의 본질은 정보가 표현하고 있는 사실이나 지식이 된다. 따라서 정보가 구체적으로 어떠한 사실이나 지식을 표현하고 있는가는 매우 중요한 계약의 본질이 된다. 지속적인 접속계약은 라이선시가 접속할 수 있는 약정된 기간동안 지속적으로 접속이 이루어지게 되므로, 시간이 흐름에 따라 정보의 내용에 변화가 생겨 현실과 일치하지 않는 정보에 대해서는 새로운 정보로 갱신(update)할 필요가 있다. 정보내용에 갱신이 이루어지는 경우에는 라이선시는, 접속이 가능한 기간 중 이라면, 그 갱신된 정보에도 접속할 권리를 갖는 것은 당연하다고 보아야 할 것이다. 이러한 규율은 UCITA 제611조 (a)(1)에서도 그대로 인정되고 있다.

2) 정보의 변경

정보의 내용에 있어서 단순한 갱신이 아닌 변경(change)이 이루어질 수도 있다.¹⁰⁰⁾ 예를 들면, 1년간 주식거래정보를 제공하기로 약정한 경우에, 주식가치를 판단하는 요소 중 PER에 대한 시장의 관심의 줄어들어 그 정보대신 다른 요소(매출액대비 금융비용)로 대체되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우 주식정보를 제공하는 본질에는 변화가 없으나, 정보의 구체적인 범주와 구성은 변경된다. 이러한 정보내용의 변경은 원칙적으로 계약위반이 되지 않으며, 당사자간의 명시적인 계약내용에 반하는 경우에는 계약위반이 된다고 보아야 할 것이다.¹⁰¹⁾

그러나 정보내용이 전적으로 변경되어 본질적인 변화가 발생한 경우에는 그것이 신의성실에 반한다면 계약위반이 되는 것은 당연하다. 신의성

100) 갱신(update)과 변경(change)의 구분이 용이한 것은 아니지만 일단 갱신은 정보내용의 범주가 변화되지 않은 채 변화된 새로운 정보로 대체된 것을 말하며 변경은 정보내용의 범주자체가 다른 정보로 대체된 것으로 이해하는 것이 적절할 것이다. 또 정보의 추가는 기존의 정보 내용을 그대로 두고 새로운 범주의 정보내용이 늘어나는 것을 말한다고 볼 것이다.

101) 예를 들어 주식정보접속계약에서, "주식정보중 PER, 54주 최고가·최저가, 전일거래량은 반드시 제공되어야 한다"라는 문구를 명시한 경우에는 계약위반이 된다.

실에 반하는 것이 아니라면, 설명 본질적인 변경이 이루어졌다 하더라도 그러한 변화가 이루어지지 않는다는 점을 계약에서 명시적으로 보장한 경우에만 계약위반이 된다.

3) 정보의 추가

정보접속계약의 체결당시에 추가된 정보에 대해서도 이용이 가능하다는 약정이 있다면, 추가된 정보에 대해서도 접속가능할 것이다. 그러나 그러한 약정이 없는 경우에는 정보접속계약 당시에 존재하지 않았던 정보에 대해서 까지 효력이 미친다고 볼 수는 없을 것이다. 즉 질적으로 개선된 정보, 특히 기존의 정보가 갖고 있던 기능을 증가하여 새로운 기능을 추가한 정보의 개선(upgrade)에 대해서는 별개의 디지털 정보라고 이해하는 한, 추가된 정보에 대해서 이용이 가능하지 않다고 해서 계약위반이 된다고 할 수는 없을 것이다.

다만 정보접속계약에서 그 급부의 성격상 새로운 정보를 추가하는 것이 계약의 본질이라고 해석되는 경우, 예를 들면 인터넷 방송국이나 VOD 영화관의 경우에는 당사자간의 특별한 약정이 없는 한, 추가된 정보의 이용도 정보접속계약의 내용에 포함시키는 묵시적인 약정이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

(5) 정보의 활용범위

1) 당사자간에 약정이 있는 경우

라이선스 계약을 통해서 이용자는 라이선서로부터 정보이용의 허락을 얻는 것이고, 그 정보자체의 독점적이고 배타적인 소유권을 취득하는 것은 아니므로 입수된 활용범위에 대해서는 문제가 된다. 정보접속계약을 통해 얻어진 정보를 이용자가 어떻게 활용할 것인가에 대해서는 당사자간의 계약을 통해 결정된다.

당사자간에 정보의 활용범위에 대한 약정이 있다면 그것은 당사자간에서 준수되어야 한다. 다만 그러한 제한의 범위는 명시적이어야 한다고 보아야 한다. 왜냐하면 묵시적인 제한까지도 포함된 것으로 본다면, 정보

를 이용하는 라이선시가 예상하지 못했던 부당한 이용제한에 처할 위험에 처하기 때문이다. UCITA 역시 명시적인 계약상의 이용제한에 관한 약정을 준수하는 것이라면, 라이선시가 얻은 정보는 타인의 정보재산권이나 기타 법률의 제한이외의 어떠한 이용상의 제한도 받지 아니한다고 규정하고 있다(UCITA 제611조 (a)(3)).¹⁰²⁾

2) 당사자간에 약정이 없는 경우

당사자 사이에서 활용범위에 대해서 약정이 없었다면, 원칙적으로 이용자의 자유에 해당된다고 보는 것이 적절할 것이다. 예를 들어 특약이 없는 한, 주식정보를 입수하여 실제로 주식투자에 활용하든, 학술적 용도로 활용하든 라이선시의 자유라고 보아야 할 것이다. 다만 기존의 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법에 반하는 활용은 불가능한 것은 당연하다. 즉 타인의 지적재산권을 침해하는 정보의 활용은 그 자체로 권리침해로 인한 불법행위가 성립되므로 허용되지 않는다. 그리고 어떠한 정보활용행위가 지적재산권을 침해하는 것인가는 기존의 지적재산권법리에 따라서 판단되어야 할 것이다.

UCITA도 당사자간의 계약에서 이러한 제한이 없는 경우에는 제611조 (a)(3)에 따라서 타인의 지적재산권(intellectual property right)과 같은 정보재산권이나 다른 법률에 따른 제한 이외에는 어떠한 사용상의 제한도 받지 아니한다고 규정하고 있다.

(6) 정보이용자의 범위

일반적으로 정보접속계약에서는 이용자를 특정하여 그 특정한 사람만이 정보에 접속할 수 있도록 제한하는 방법을 이용한다. 즉 허락된 정보이

102) 이와 같은 UCITA상의 정보의 활용범위는 조문체계상 지속적 접속계약에만 해당되는 것으로 보인다. 그러나 획득한 정보를 어떻게 활용될 것인가의 문제는 지속적 접속계약에서만 고유한 것은 아니며, 일시적 접속계약에서도 발생하는 문제이다. 본조가 일시적 접속계약에 대해서도 적용되는가는 명시되어 있지 않으므로 일시적 접속계약에 의해 획득한 정보의 활용범위에 대해서도 적용되는가는 명확하지 않다. 사건으로는 정보를 획득하는 점에서는 차이가 존재하지 않으므로, 정보의 사용범위에 관한 제611조 (a)(3)은 일시적 접속계약을 통해 획득한 정보에도 적용되어야 한다고 생각된다.

용자에 대해서는 고유한 ID를 발급하고 그러한 ID를 통한 접속만을 허용함으로써 사용자의 수를 제한한다. 특히 복제본을 생성하지 않은 정보거래이므로 실제로 그 정보를 접속당시에 몇 명이 이용하는가는 묻지 아니한다고 보아야 할 것이다. 예를 들어 인터넷방송국에 접속하여 VOD방식으로 유료 동영상 재생하는 경우에 그 동영상을 ID가 발급된 정보이용자만 시청할 수 있는 것은 아니고 그 밖의 친구나 가족들도 동시에 시청이 가능하다고 보아야 할 것이다. 그러나 그러한 범위가 기존의 저작권법이나 컴퓨터 프로그램 보호법상의 공연, 공표, 전송에 해당되는 수준에 달해서는 아니됨은 당연하다.

제 2 절 오류수정계약

1. 오류수정계약의 개념

(1) UCITA의 개념

수정계약의 개념에 대해 UCITA 제102조는 정의규정을 두고 있지는 않다. 그러나 제611조 (1)의 규정으로부터 정보의 작동상의 문제를 수정하는 것에 관한 약정이라 이해할 수 있을 것이다. 그러므로 수정계약의 대상이 되는 정보는 소프트웨어와 같이 일정한 별도의 작동능력이 존재하는 것이 해당된다. 예를 들어 바이러스 치유 소프트웨어나 아크로바트 리더와 같이 다운로드 되는 응용 소프트웨어나 소수의 계약자를 예상하고 대규모의 업무용시스템을 개발하여 제공하는 경우에 주로 해당될 것이다.¹⁰³⁾ 특히 주문자의 주문에 의해 제작되는 경우에는 지속적인 소프트웨어의 관리가 수반되는 경우가 일반적이며 이를 위해 수정계약(correction contracts)이 체결되기도 한다. 그 외에도 소프트웨어에 태생적인 버그가 있거나 소프트웨어가 어떠한 이유로 인해 정상적으로 작동되지 않는 경우에, 그러한 결함을 해결해주는 약정이 존재하며 이 역시 수정계약에 해당된다.

103) 國生一彦, 「米國の電子情報取引法」, 商事法務研究會, 2001, 155쪽.

(2) 우리 법제에의 적용

우리 컴퓨터 프로그램 보호법은 UCITA의 수정계약과 같은 성격의 계약을 규정하지 않고 있다. 따라서 컴퓨터 프로그램의 수정에 관한 법리는 확설과 판례에 달려있다. 그러나 아직 이에 대한 확설이나 판례가 형성되어 있지 못하다. 따라서 UCITA에서의 법적 규율을 모델로 하여 적용되어야 할 법리를 살펴보는 것이 유익할 것이다. 그리고 수정계약은 수정이 어떠한 근거나 양태로 행하여지는가에 따라 다음과 같이 3가지의 각기 다른 성격을 갖는 것으로 구분할 수 있다. 그리고 이러한 구분에 따라 각각 적용될 법적 규율도 상이하다.

2. 하자 치유를 위한 오류수정

(1) 계약위반의 해결수단으로서의 오류수정

디지털 정보인 소프트웨어의 작동상의 문제가 존재하여 그것을 해결하는 수정은 수정계약이 아니라 이미 체결된 계약의 채무불이행의 문제가 될 것이다. 즉 엄격하게는 수정 그 자체가 새로운 계약관계에 의한 독립적인 이행이 아니라, 단지 이미 체결된 정보거래의 채무불이행의 효과에 관한 문제가 된다고 보아야 할 것이다.

이러한 규율은 UCITA에도 마찬가지로 보아야 할 것이다. 따라서 새로운 정보거래의 특수한 계약유형으로서 UCITA 제612조가 적용되는 것이 아니라, UCITA 제7장의 계약위반에 관한 조항이 적용되어야 할 것이다. UCITA 제612조에서도 “그 자체의 계약위반을 치유하는 합의가 없는 한” 적용된다고 규정함으로써, 명시적으로 밝히고 있다.

즉 디지털 정보의 작동상의 문제가 UCITA 제7장의 계약위반에 해당한다면 본조가 아니라 계약위반에 관한 규정이 적용될 것이고, 디지털 정보의 작동상의 문제가 계약위반에 해당하지 않는 경우에만 UCITA 제612조가 적용되는 수정계약이 된다.

(2) 담보책임으로서의 오류수정

디지털 정보의 작동상의 문제의 원인이 라이선서의 귀책사유에 기인한 것이 아니라 채무불이행에 해당되지 않는 경우에는 담보책임으로서의 수정이 인정될 수 있을 것이다. 우리 채권법상의 담보책임의 본질이 과실 책임인가 법정책임인가에 대한 논의가 있으나,¹⁰⁴⁾ 디지털의 특성상 디지털 정보의 작동상의 문제가 라이선서의 귀책사유에 기인한 것인가를 밝히는 것은 매우 어려운 반면 무한한 복제가능성으로 인해 하자없이 정상적으로 작동하는 소프트웨어로 교체하여 주는 것은 매우 용이하다는 점에서 무과실책임으로 구성하여도 무방할 것이다.¹⁰⁵⁾ 따라서 디지털 정보의 수정은 확실상으로 인정되는 하자보수청구권의 이행이나 제581조의 완전물 금부청구권의 이행으로서의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이다. 디지털 정보의 수정에 있어서 라이선서의 귀책사유가 있어서 채무불이행이 되는 경우는 전술한 바 있으므로, 여기에서의 담보책임으로서의 수정은 채무불이행과 관계없는 것으로 다루어도 상관없을 것이다.

UCITA에서도 컴퓨터정보의 작동상의 문제를 해결하는 수정이 결함의 제한적 구제수단의 일종인 경우에는 UCITA 제612조 (1)(a)가 적용된다고 한다. 여기에서의 결함(defect)이라 함은 계약위반에 해당되지 않는 결함에 국한되는 것으로 해석된다. 수정이라 함은 하자를 수리하거나 교환을 하는 구제수단을 말하며, 이러한 수정계약은 제품이 원래의 계약내용에 부합해야 한다는 계약상의 의무가 법적 근거가 된다.¹⁰⁶⁾ 즉 수정계약은 원래의 계약의 일부를 구성한다.¹⁰⁷⁾

UCITA 제612조 (1)(a)는 결함의 구제수단의 일종으로 수정서비스를 제공하기로 약정한 라이선서는 라이선시에게 본래의 합의에 따른 정보를 라이선시에게 제공할 의무를 부담한다고 규정하고 있다. 따라서 구체적으로는 결함없는 정보로 교환하여 주거나 결함을 제거하는 수리(repair)를

104) 남효순, 「민법주해」(XIV), 박영사, 1997, 217쪽 이하 참조.

105) 오명철, 「전자거래법」, 전정판, 법원사, 2000, 354쪽 이하 참조.

106) UCITA official comment, section 612, 2.

107) 우리 거래 관행상으로는 통상적으로 A/S에 해당된다고 생각된다.

할 의무를 부담한다. 예를 들면 제공된 소프트웨어가 결함이 있고 그 결함이 계약위반에 해당되지 않는다면, 정보거래에서 최초로 합의된 대로의 성능을 갖는 소프트웨어로 교환해주거나 그러한 성능을 갖도록 고쳐주어야 할 의무를 부담한다.¹⁰⁸⁾ 경우에 따라서는 작동상의 문제를 수정하는 합의가 일정한 성능을 보장하는 워런티의 일종으로 행하여지는 경우도 있으며, 이 경우에는 약정의 해석에 따라 환불의 의무를 부담하는 경우도 있을 것이다.¹⁰⁹⁾

3. 별도의 계약에 의한 오류수정

원래의 디지털 정보 라이선스 계약과 별개로 라이선서가 정보의 수행상의 문제를 해결하기 위해 지속적인 유지관리 서비스를 제공할 것을 독립적으로 약정하는 경우에는 진정한 의미에 있어서의 수정계약이 된다. 그리고 이러한 별도의 지속적 유지계약의 목적이 되는 정보의 수행상의 문제가 계약위반에 해당되는가는 불문한다. 그러나 정보의 수행상의 문제가 계약위반에 해당된다면 전술한 계약위반의 효과가 적용됨은 자명하다. 이러한 별도의 수정계약에 대해서 UCITA는 제612조 (1)(b)에서 규율하고 있다. 동조는 별도의 계약이 없고, 워런티나 계약위반이 아니라면 작동상의 문제를 수정하는 서비스를 원칙적으로 부담하지 않는다고 한다. 그리고 약정이 있다면 그것이 오류수정계약이 된다.

오류수정계약은 대체로 서비스제공계약에 속한다. 서비스제공계약에 있어서 서비스제공자는 서비스의 결과를 보증하는 것이 아니라 일정한 수준의 서비스와 문제해결노력을 제공하는 의무를 부담한다. 따라서 대개의 오류수정계약에 있어서도 그러한 문제해결의 노력과 유지노력이 이루어졌는가가 중요한 문제가 되고, 그 판단기준은 일반적인 사회관행이 될 것이다.

이와 같은 오류수정계약은 마치 물품거래에 있어서 유지계약이나 수리계약¹¹⁰⁾과 유사한 것이다. 그러나 갱신(update)이나 개정판 제공에 관

108) UCITA official comment, section 612, 2.

109) UCITA official comment, section 612, 4.

110) 우리 거래 관행상의 A/S에 관한 합의는 별도로 분리하여 행하여지지 않으므로, 이러한 계약과는 다르다고 생각된다.

한 합의는 오류수정계약과 구별되어야 한다. 갱신계약이나 개정판 제공에 관한 합의는, 설령 그것이 기존 버전의 문제점을 수정하는 것이라 할 지라도, 원칙적으로 새로운 정보에 대한 별도의 라이선스 계약으로 다루어져야 할 것이다. 그리고 오류수정계약인가 갱신이나 개정판 제공에 관한 합의인가는 계약의 해석과 산업상의 기준에 따라 판단되어야 할 것이다.

제 3 절 지원계약

1. 지원계약의 개념

지원계약(support contract)이라 함은 디지털 정보에 관해 조언이나 상담을 제공하기로 하는 약정을 말한다. 일반적으로 소프트웨어와 같은 디지털 정보를 구입하는 경우에 소프트웨어 제작회사에서는 경영차원에서 고객지원부서를 만들어 라이선스가 소프트웨어를 이용함에 있어서의 의문점이나 문제에 대한 상담이나 조언을 한다. 이러한 상담이나 조언과 같은 지원을 하는 별도의 계약이 지원계약이다.

우리 나라에서는 일반적으로 이러한 디지털 정보의 이용자에 대한 지원은 계약관계가 아닌 호의관계의 차원, 즉 지원을 할 것인가의 여부는 소프트웨어 제작회사의 경영방침에 달린 자율적인 것으로 이해되었으나 이러한 지원에 대해 독립적인 계약관계를 형성할 수도 있음은 당연하다.

디지털 정보의 이용에 대한 지원이 호의관계가 아니라 계약에 의한 법률관계로 형성된다면, 라이선스 계약과 별도로 체결되는 독립된 지원계약이라고 보아야 할 것이다. 지원계약에 대해서 UCITA는 제612조 (b)에서 특수한 계약유형의 하나로서 규율하고 있다.

2. 지원계약의 법적 규율

UCITA 제612조 (b)는 지원계약이 명시적이나 묵시적으로 존재하는 경우에만, 라이선서는 지원의무를 부담한다고 규정하고 있다. 따라서 특약이 없는 한, 라이선서는 제공한 정보에 대해 조언이나 상담 등의 지원을 제공할 의무를 부담하지 않는 것을 원칙으로 한다.

그리고 지원에 관한 명시적 또는 묵시적 약정이 존재하는 경우에는, 약정에 따른 방법이나 수량을 이용할 수 있도록 지원할 의무를 부담한다. 그러나 지원약정에서 그 범위를 지정하지 않은 경우에는 사회적 관행에 부합하는 시간과 장소 그리고 방법에 의해 지원하여야 한다고 규정함으로써 개별적인 사안에 따른 구체적 타당성에 부합되는 해결을 모색하고 있다.

지원계약에 관한 예를 들면, 소프트웨어를 구입하면서 라이선스계약과 별도로 소프트웨어의 사용방법에 대해 상담을 제공하기로 독립적으로 약정한 경우에는 지원계약이 성립된다. 그리고 그에 따라서 라이선서는 디지털 정보이용자인 라이선스의 상담에 응하여 지원을 하여야만 한다. 보다 구체적으로 살펴보면 지원계약을 통하여 평일 08:00-18:00동안에는 전화로 상담을 하고 그 외의 시간에는 팩스나 전자우편을 통해서만 상담에 응하기로 명시적으로 약정한 경우에, 라이선서가 20시에 라이선스의 전화상담에 응하지 아니하는 것은 지원계약의 명시적 합의에 따라서 무방하다고 보아야 할 것이다.

그러나 지원계약의 내용에서 지원이 이루어지는 특정한 시간과 방법을 정하지 않은 경우에는 사회적 관행에 따른 상담이 이루어져야 한다. 예를 들어 영업일인 평일 근무시간인 14:00에도 상담에 응하지 않는다던가, 어떠한 경우에도 전자우편으로의 상담만이 가능하며 전화를 통한 상담에는 응하지 않는다던가 하는 것은 사회적 관행에 비추어 허용되기 어려울 것이다. 그러나 Q&A와 같은 인터넷 사이트의 게시판에 질문을 기재하면 그에 대해 응답을 하여 주기로 약정한 경우에 응답기간에 대해 약정이 없다는 이유로 장기간 질문에 대해 응답하지 않는 것 역시 지원계약에 위반하는 것이라고 보아야 할 것이다.

지원계약을 별도로 체결함 없이 라이선서가 경영전략에 따라 일정한 지원을 할 것을 스스로 표명한 경우에 있어서, 라이선서는 그러한 의사표명에 구속되어야 하는가는 간단한 문제는 아니다. 일반적으로 법률관계와 호의관계를 구별하는 것도 용이하지 않을 뿐만 아니라, 호의관계로부터 발생된 손해에 대해 불법행위책임을 인정하는 판례의 태도를 고려한다면, 호의관계임을 이유로 하여 라이선서에게 구속력을 전면적으로

부인하는 것은 적절하지 않을 것이다. 그러나 별도의 계약을 체결하지 않은 채 지원 서비스를 제공한다는 점을 고려한다면, 디지털 정보의 이용에 대한 지원이 디지털 정보의 라이선스계약에 따른 부수적 의무의 하나라고 이론구성하는 것이 적절할 것이다. 그러한 경우에도 지원이 완전하게 이루어지지 않은 것이 부수적 의무위반이라 하여 계약을 해제하는 것은 허용되어서는 아니된다고 보아야 할 것이다.

제 6 장 결 론

디지털 정보거래는 컴퓨터가 등장한 이래로 일상생활에서 이루어져 왔으며, 향후 급속한 속도로 발전되어 갈 것으로 예견되고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 나라에서는 디지털 거래에 관한 법률은 물론이고 이론적인 연구도 초보적인 상태에 머무르고 있다. 특히 디지털 정보거래의 개념이 무엇인가 그리고 라이선스 계약이란 무엇인가에 대해서도 충분한 논의가 이루어졌다고 보기 어렵다.

본 연구의 결과로 다음과 같은 이론구성을 제시하고자 한다. 먼저 디지털 정보는 크게 컴퓨터 프로그램과 디지털 콘텐츠로 구성된다고 본다. 그리고 그 구분은 이미 기존의 컴퓨터 프로그램 보호법의 개념정의를 이용하여 가능하다. 따라서 디지털 정보를 구성하는 컴퓨터 프로그램은 컴퓨터 프로그램 보호법이 그리고 디지털 콘텐츠는 기존의 저작권법이 적용되는 구조를 갖고 있다. 이와 같이 디지털 정보에 대한 법규를 이원적으로 운영하는 것이 타당한 것인가는 법정책적인 검토에 유보해야 할 것이다.

디지털 정보거래는 광의의 디지털 정보거래와 협의의 디지털 정보거래로 구별하고, 광의의 디지털 정보거래는 기존의 저작권법이나 컴퓨터 프로그램 보호법에 규정된 저작권이나 프로그램저작권의 거래를 포함한 총체적인 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그러나 협의의 디지털 정보거래는 기존의 저작권법이나 컴퓨터 프로그램 보호법에서는 간접적으로 표현만 되어 있는 라이선스 계약을 말하는 것으로 이해해야 할 것이다.

라이선스 계약에 대해 기존의 "사용허락계약"으로 이해하는 견해나 "매매계약"으로 이해하는 기존의 견해는 디지털 정보거래의 특수한 성격을 충분히 반영하지 못한 것으로서 지양되어야 한다고 생각된다. 특히 디지털 정보가 유형의 저장매체에 포함되어 거래되는 경우에 유체물의 매매계약에 초점을 맞추고 정보거래에 대해서는 그에 수반하는 경제적 효과로 생각하는 것은 라이선스 계약의 본체를 부인하는 것이라 생각된다. 따라서 라이선스 계약은 정보 그 자체의 이용에 대한 계약으로서 그것이 저장되어 있는 유체물의 거래와는 법적으로나 관념적으로나 구별되어져

야 한다고 생각된다. 이러한 토대에서만 협의의 디지털 정보거래인 라이선스 계약의 법적 규율이 가능할 것이다.

라이선스 계약이 체결되어지는 관행적인 방법인 일종의 약관으로서의 슈링크랩이나 클릭랩의 유효성에 대해서, 계약당사자가 그 약관의 내용을 인식할 수 있는 상태에서의 포장의 개봉이나 클릭이 이루어졌다면 유효성을 부인할 이유가 없다고 보아야 할 것이다.

라이선스 계약의 체결과 관련해서는 기존의 계약과 동일한 것이므로 특별히 구별되어야 할 문제는 크지 않을 것이다. 다만 전자적 의사표시에 의한 계약의 체결이나 전술한 슈링크랩이나 클릭랩의 유효성에 대해 UCITA와 같이 명확한 법적 근거의 마련은 고려해볼 여지가 있을 것이다.

라이선스 계약의 존속기간 즉 라이선스된 정보의 이용기간에 대해서는 정보거래의 유형이 어떠한 것인가에 따라 결정될 수 있을 것이다. 먼저 복제본에 의한 정보이용이 이루어지는 정보거래에 대해서 당사자간에 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따라서, 약정이 없는 경우에는 그 정보의 성질에 반하지 않는 한 영구적으로 이용가능하다고 보아야 할 것이다. 접속에 의해 정보이용이 이루어지는 경우에는 일반적으로 접속기간이 정보이용기간으로 결정될 것이다. 특히 접속에 의해 정보이용이 이루어지는 접속계약에서는 그 접속기간이 매우 중요한 요소가 되므로 그것이 누락된 상태의 약정이 있는 경우는 거의 없을 것이다.

라이선스의 해석과 관련해서는 기존 민법에 있어서의 법률행위 해석에 관한 법이론이 그대로 적용될 수 있을 것이다. 그러나 라이선스라는 계약이 본래 어떠한 내용을 본질로 하는 것인가를 명확히 해야 법률행위의 해석이 명확해 질 수 있을 것이다. 라이선스는 원칙적으로 라이선스 계약에서 정한 이용자가 그 정보를 개인적인 용도에서 이용하는 것만을 의미한다고 보아야 할 것이며, 라이선스 계약에서 말하는 이용은 계약에서 정한 이용자가 개인적인 목적으로 자신이 정보를 이용하는 것을 말한다고 할 것이다. 이러한 이용은 기존의 저작권법이나 컴퓨터 프로그램 보호법에서는 관심범위 밖이었으며, 그 이유는 법에서 별도로 개념정의할 만큼 그리고 그 이용의 법적 규율이 필요할 정도로 정보저작권자에 대한 침해 위험이 없는 것이기 때문이었다고 보아야 할 것이다.

특수한 정보거래로서는 UCITA에서 인정되고 있는 접속계약과 오류수정계약 그리고 지원계약을 들 수 있다. 특히 접속에 의한 정보이용은 디지털 정보거래의 하나의 유형을 이루는 중요한 것으로서 네트워크에 접속하기 위한 '접속서비스계약'과 접속을 통해 구체적인 정보를 이용하는 '정보접속계약'으로 구별해 볼 수 있다. 인터넷의 활발한 보급과 더불어 인터넷 접속계약으로 나타나는 이러한 접속에 관한 법적 규율은 접속장애에 관한 법적 규율이 핵심을 이룰 것이다. 그리고, 나아가 정보접속계약에 관한 법적 규율도 정보거래의 주요 부분을 구성하는 것으로서 특히 제시한 바와 같은 정보의 변경과 관련한 법적 규율이 주목되어야 할 것이다.

디지털 정보거래의 법적 규율의 난점은 디지털 정보를 재화로 볼 것인가 용역으로 볼 것인가의 해묵은 논쟁조차 입법적으로나 이론적으로나 명확히 해결되지 않고 있다는 점에서부터 출발한다. 왜 디지털은 기존의 재산적 가치형태인 물건(재화)이나 인간의 노동력(용역)과는 구별되어야 하는가에 대한 의문에 대해, 재화와 용역의 이분법적인 기존의 법질서를 그대로 대입하려는 노력은 부질없는 것일지도 모른다. 나아가 인간의 행위에 대한 지배로서의 채권과 물건에 대한 지배로서의 물권을 준별하는 판덱텐체계의 유효성이 디지털 경계에서도 유지될 수 있는가라는 의문 역시 기존의 판덱텐체계 속에서는 해결의 실마리를 찾을 수 없을지도 모른다. 명확한 것은 디지털 정보거래의 법적 규율의 대상은 그것이 "디지털"이라는 생소한 것이고, 생소한 것은 새로운 관점을 요구한다는 점이다.

참고문헌

<국내 문헌>

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 1999
- 김상용, 「민법총칙」 (전정판), 법문사, 2000
- 김진환, “약관규제법과 전자약관의 계약편입”, 「법학연구」, 제10집, 경상대학교 법학연구소, 2001
- 남효순, 「민법주해(XIV)」, 박영사, 1997, 217쪽 이하
- 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 화산문화, 1997
- 안효칠, “정보거래와 계약의 해석”, 「제2회 한국 법률가대회 논문집」, 2000
- 오병철, “전자거래와 법”, 「IT산업과 디지털재산」, 디지털재산법학회 창립 기념세미나 자료집, 2001
- _____, 「전자거래법」(전정판), 법원사, 2000
- _____, “계약의 성립 및 특수계약”, 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」, 2001 KADIP-KITAL 심포지움 자료집, 2001
- _____, “인터넷 접속계약의 법적 구조”, 「법학연구」, 제10집, 경상대학교 법학연구소, 2001
- _____, “인터넷 접속계약의 법적 규율”, 「인터넷법률」, 제8집, 법무부, 2001
- _____, “디지털 정보거래의 의의 및 규율방안”, 「전자거래 관련 법제 정비 방안」 (워크샵 2001-5), 한국법제연구원, 2001
- 오승중·이해완, 「저작권법」 (개정판), 박영사, 2000
- 왕상한, 「전자상거래와 국제규범」, 박영사, 2001
- 이대회, 「미국의 인터넷 법제에 대한 고찰」 (현안분석 2001-5), 한국법제연구원, 2001
- _____, “디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계”, 「국제거래법 연구」, 제8집, 1998
- 이상정, “디지털재산과 법”, 「IT산업과 디지털재산」, 디지털재산법학회 창립 기념세미나 자료집, 2001
- _____, “통일컴퓨터정보거래법: 성립배경 및 개관”, 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」, 2001 KADIP-KITAL 심포지움 자료집, 2001

참고문헌

- 이석호, 데이터베이스시스템과 오라클, 중보판, 청익사, 1998
전석진, "컴퓨터프로그램의 유통활성화를 위한 법적 장치", 「정보법학」, 제 3호, 1999
정경영, "미국통일전자거래법에 관한 연구", 「상사법연구」, 제19권 2호, 2000
지원림, "가상공간에 있어서 거래의 특성과 법적 규율", 「디지털경제시대에
서의 전자거래와 법(II)」, 한국법제연구원, 2001
한국소프트웨어진흥원, 디지털콘텐츠산업발전법(안) 종합해설서, 2001
황찬현, "Shrinkwrap계약", 「인터넷법률」, 제3호, 법무부, 2000

<외국문헌>

- 國生一彦, 「米國の電子情報取引法」, 商事法務研究會, 2001
Jeremy Rifkin, 「The age of access」 (이희재 역, 「소유의 종말」, 민음사,
2001)
Jochen Schneider, 「Handbuch des EDV-Rechts」, 2Auffl., 1997
Koch, 「Computer-Vertragsrecht」, 5Auffl., 2000
UCITA official comment