지식재산연구 제10권 제1호(2015. 3)
ⓒ한국지식재산연구원
The Journal of Intellectual Property
Vol.10 No.1 March 2015

투고일자: 2015년 1월 27일
심사일자: 2015년 2월 16일(심사위원 1), 2015년 2월 16일(심사위원 2), 2015년 2월 20일(심사위원 3)
게재확정일자: 2015년 2월 25일

소프트웨어 실행은 저작권법상 의미 없는 사용행위인가 – '오픈캡쳐' 판례에 대한 고찰

김 현 숙*

목 차

Ⅰ. 서론
II. 소프트웨어 라이선스계약의 성질
III. 소프트웨어 사용과 복제
1. 저작물의 '이용'과 '사용'
2. 소프트웨어의 설치와 실행에 따른 복제
IV. 오픈캡쳐 판결
1. 소프트웨어의 설치와 복제권의 침해
2. 소프트웨어의 실행과 복제권의 침해
3. 이용허락계약과 사용허락계약
V. 결론

* 한국소프트웨어저작권협회 정책법률연구소장, 법학박사.

초록

컴퓨터에서 소프트웨어를 사용하기 위해서는 설치와 실행이라는 복제행위가 발생하므로 권리자로부터 허락이 필요하다. 하지만 소프트웨어 실행 시 발생하는 일시적 복제는 필연적으로 발생하는 것으로서, 이에 대하여도 허락이 필요하다고 일괄적으로 해석하면 자칫 컴퓨터프로그램저작물에 대해서만 사용권이라는 권리를 부여하는 부당한 결과가 발생할 수 있다. 최근 '오픈캡쳐' 판결에서도 이는 저작권법 제35조2에 해당하여 허용되는 것으로 판시한 바 있다. 다만 이 판결에서는 소프트웨어 라이선스계약을 '소프트웨어 사용허락계약'으로 보고, 소프트웨어 사용행위는 저작물의 이용행위와 달리 저작권법상 의미가 없는 것이므로 기업용 등을 구분하였더라도 이를 벗어난 사용행위는 저작권 침해가 아니라고 판결하였다. 그러나 소프트웨어 라이선스계약은 저작권법 제46조의 '이용허락계약'으로 보아야 하며, 이용목적을 제한한 것은 저작권법상 의미 있는 '이용 방법 및 조건'에 해당하는 것으로 보아야 한다. 또한 소프트웨어를 실행할 때 발생하는 일시적 복제는 대개 제35조의2에 의해 저작재산권이 제한되는 것으로서 허용되지만, 이것이 경제적인 의미를 갖는 경우는 단서에 의해 복제권의 침해로 해석하는 것이 합리적이다.

주제어

일시적 복제, 일시적 저장, 이용허락계약, 사용허락계약, 소프트웨어 라이선스

Ⅰ. 서론

컴퓨터에서 소프트웨어를 사용하기 위해서는 이를 구입하고 설치해야 한다.[1] 이때 사용자는 설치 및 실행에 앞서 저작권자가 일방적으로 제공하는 라이선스 약관을 통해 저작물을 이용하게 되는 것이 보편적이다. 통상적인 저작물은 판매가 이뤄지고 나면 이후 소비자가 이를 어떻게 '사용'할 것인지를 권리자가 제어할 수 없다. 일례로 서점에서 구입한 책을 읽는 행위는 저작권법상 의미가 없는 것이고, 저작권자는 이러한 행위를 구속할 수 없다. 하지만 소프트웨어는 달리 볼 여지가 있다. 소프트웨어를 사용하기 위해서는 설치와 실행에 의한 복제라는 저작권법상 의미 있는 '이용' 행위가 발생하기 때문이다. 하지만 자칫 '사용권'이라는 새로운 권리를 부여하는 부당한 결과가 생길수도 있으므로 이를 일률적으로 수용하기에는 무리가 있다.

이에 본 글에서는 소프트웨어 라이선스계약의 법적 성질을 검토하고(II), 소프트웨어 사용 행위가 저작권법상 어떤 의미를 갖는지를 살펴본 후(III), 우리 법원은 어떠한 해석을 내리고 있는지 오픈캡쳐 판례[2]를 통해 고찰하고자 한다(IV). 마지막으로 소프트웨어 라이선스계약은 저작권법 제46조가 규정하는 이용허락계약에 해당하며, 소프트웨어를 실행할 때 발생하는 일시적 복제는 대개 저작권법 제35조의2에 의해 저작재산권이 제한되지만, 이것이 경제적인 의미를 갖는 경우는 단서에 의해 복제권의 침해가 되는 것으로 해석해야 한다고 결론 내린다(V).

II. 소프트웨어 라이선스계약의 성질

소프트웨어 거래 계약의 법적 성질에 대해서는 아직 합의점에 이르지 못하고 있으나, 소프트웨어가 저장된 매체와 소프트웨어를 구분하지 않고 이를 묶어서

1) 법적으로 엄밀하게는 소프트웨어가 컴퓨터프로그램을 포함하는 넓은 개념으로 볼 수 있으나, 일상적으로 두 용어는 혼용되어 사용되고 있다. 본 글에서도 두 용어를 크게 구분하지 않고 사용하였다.

2) 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891 판결 – "오픈캡쳐 2심".

하나의 거래로 보고 매매계약이라는 견해,[3] 민법상 임대차계약과 유사한 채권계약으로 보는 견해,[4] 민법상 전형계약이 아닌 비전형계약으로서 이용허락계약에 해당한다는 견해[5] 등으로 나뉜다. 독일 법원은 소프트웨어 거래를 매매로 보는 시각이 우세하다.[6] 미국은 과거 매매계약으로 본 판결을 상당수 확인할 수 있으나[7] 최근에는 라이선스계약으로 보는 판결이 많다.[8] 우리 법원은 주문제작형 소프트웨어 공급계약은 도급계약으로 보며,[9] GPL을 채용한 오픈소스 라이선스는 일종의 이용허락계약이라고 본 바 있다.[10] 이미 개발되어 패키지로 제공되는 완성형 소프트웨어 거래는 실시계약인 사용료(royalty)계약으로 본 사례가 있으나[11] 일반화하기는 어렵다. 이는 노하우 또는 기술을 도입한 계약으로 볼 수 있을 때 적용되는 것으로, 법인세 처분을 내리면서 소프트웨어 대가를 사용

3) 이에 대해 자세한 것은, 황찬현, "Shrinkwrap 계약", 인터넷법률, 제3호(2000), 6면; 허명국, 컴퓨터 프로그램 거래는 매매계약이다, 한림대학교출판부, 2013 참조.

4) 이에 대해 자세한 것은, 오승종 · 이해완, 저작권법, 제4판, 박영사, 2005, 722-724면; 구병문, "디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 소고", 경희법학, 제43권 제2호(2008), 131면 참조.

5) 이에 대해 자세한 것은, 정 규, "소프트웨어거래에서 Shrinkwrap 계약의 유효성", 비교사법, 제8권 제1호(2001), 1096-1097면 참조.

6) 1987년 독일연방대법원이 소프트웨어의 하자에 대해 매매계약의 담보책임을 물은 바 있고(BGH Urteil vom 04. 11. 1987 – Ⅷ ZR 314/86, BGHZ 102, 135 = CR 1988, 124.), 1989년에도 매매계약을 긍정하였으며(BGH Urteil vom 18. 10. 1989 – Ⅷ ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.), 2006년에도 유형의 매체와 결합된 소프트웨어를 물건으로 파악하였다(BGH Urteil vom 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75).

7) United States v. Wise, 550 F.2d 1180 (9th Cir.1977); RRX Industries, Inc. v. Lab-Con, Inc., 772 F.2d 543 (9th Cir. 1985); Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991); Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc., 831 F.Supp. 759 (D. Ariz. 1993); DSC Communications Corp. v. Pulse Communications, Inc., 976 F.Supp. 359 (E.D. Va. 1997); Novell, Inc., v. Network Trade Center, Inc., 25 F.Supp.2d 1218 (D. Utah 1997); Softman Products Co., LLC v. Adobe Systems, Inc., 171 F.Supp.2d 1075 (C.D. Cal. 2001).

8) MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993); Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc., 846 F.Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994); Adobe Systems Inc. v. One Stop Micro, Inc., 84 F.Supp.2d 1086 (N.D.Cal. 2000); Adobe Systems, Inc. v. Stargate Software Inc., 216 F.Supp.2d 1051 (N.D.Cal. 2002); Davidson & Associates v. Internet Gateway, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005); Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Department 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006); Vernor v. Autodesk, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

9) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다7932 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다45259 판결.

10) 서울중앙지방법원 2006. 11. 1. 선고 2005노3002 판결 – "엘림넷-하이온넷".

11) 대법원 1995. 4. 11. 선고 94누15653 판결.

료 소득으로 보아 가격이 상당한 수준이고 기능도 특정 분야에 지극히 특화되어 있다는 특수한 상황을 반영한 것이다. 이 외에는 Ⅳ장에서 다룰 오픈캡쳐 판결에서 완성형 소프트웨어 거래를 '컴퓨터프로그램 사용허락계약'으로 보고, 약관의 형태로 제공되는 클릭랩 라이선스의 효력을 인정한 사례가 있다.[12] 그 밖에 소프트웨어 거래에 대해 우리 법원이 그 성질을 파악한 판례는 없는 것으로 보인다. 그러나 법률행위의 내용이 확정되어야 이에 따라 어떤 법적 효과가 발생하는지가 명확해지며, 이러한 법적 효과를 법률이 보장하는지 여부와 그리고 어떠한 법률에 의해서 보장할 것인지가 결정된다.[13] 따라서 거래의 법적인 성질을 밝혀야 계약의 내용을 명확하게 해석할 수 있다.

라이선스는 주로 특허권이나 저작권 등 지식재산권 전반의 이용허락계약을 총칭하는 개념으로 쓰인다.[14] 즉, 어떤 권리(특히 무채재산권)의 소유자가 타인에게 그 권리자에게 유보된 행위를 할 것을 허락하는 계약을 말한다.[15] 라이선스의 본질은 허락이고 허락은 상대방 있는 법률행위를 말하는 것이므로, 라이선스계약은 그와 같은 허락을 위한 계약이다. 사실상 라이선스계약은 우리 저작권법상 이용허락계약의 일종으로 보아야 하고, 컴퓨터프로그램저작물 계약도 마찬가지이다. 즉, 소프트웨어 라이선스계약은 저작물이용허락계약에 해당한다. 저작권계약은 저작물이용권의 부여를 목적으로 하는 독자적인 종류의 계약이고,[16] 민법의 전형계약에 관한 내용을 그대로 적용하기 어려우므로 비전형계약으로 보아 민법상 전형계약에 관한 규정을 유추 적용할 수밖에 없다.[17] 비전형계약으로 분류되더라도 전형계약에 관한 규정을 유추 적용하는 것은 충분히 가능하다. 즉, 기한 제한이 없는 영구적인 라이선스는 매매계약으로, 기간을 정하여 제공되는 라이선스는 임대차계약으로 적용할 수 있다.

12) 법원은 "클릭온 방식으로 사용허락계약이 성립하였음에도 개별 사용자들이 원고들의 회사에서 업무용으로 사용함으로써 피고와 사이의 사용허락계약을 위반하였다."고 판시하여, 일명 클릭랩 라이선스의 효력을 인정하였다.

13) 김상용, 민법총칙, 법문사, 2003, 423면.

14) 추신영, "라이선스에 대한 강제집행", 법조, 제537권(2004), 74면.

15) 안효질, "상호의 라이선스", 상사법연구, 제19권 제1호(2000), 11면.

16) 안효질, 배타적발행권에 관한 연구, 한국저작권위원회, 2012, 34면.

17) 박종권, "디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 고찰", 법학논총, 제16권 제2호(2009), 25면.

III. 소프트웨어 사용과 복제

1. 저작물의 '이용'과 '사용'

우리 저작권법에서 '이용'이라는 용어는 쉽게 찾아볼 수 있지만 그 의미가 규정되어 있지는 않다. 통상적으로 저작물의 이용은 저작재산권자가 갖는 것으로 인정되는 태양인 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적저작물작성의 방법으로 이용하는 것을 말한다. 법원에서도 '저작물을 이용'한다고 함은 저작권법에서 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 저작물을 이용하는 것을 의미한다고 하였으며,[18] '이용'은 저작권법의 규정에 따라 저작권자가 배타적으로 전유하고 있는 형태로 사용하는 저작재산권의 내용으로 되어 있는 행위에 해당하는 저작권의 지분권에 관한 행위이고, '사용'은 저작물을 지각하는 행위 등 저작권법의 효력이 미치지 않는 형태로 저작물의 내용을 향수하는 행위라고 판시한 바 있다.[19]

하지만 일부 조항은 이용이 다른 의미로 해석된다. 제124조(침해로 보는 행위)의 '업무상 이용'은 복제, 전송 등의 방법이 아니라 실제로 저작물을 단순하게 사용하는 행위를 말하는 것으로 보아야 해석이 가능하며, 일시적 복제를 규정한 제35조의2에서 '저작물을 이용하는 경우'도 지분권에 해당하는 이용뿐 아니라 DVD 시청이나 정보의 검색 · 열람과 같이 지분권에 포함되지 않는 일반적 의미에서의 이용도 포함된다고 해석된다.[20]

이처럼 우리 저작권법에는 저작권법상 의미 있는 행위인 '이용'과 의미 없는 행위인 '사용'이 혼재되어 있어 정비가 필요하다. 이용과 사용은 구분되어야 하며, 임의로 정한 사용방법 및 조건을 위반하는 것까지 저작권 침해라고 파악하는 것은 거래 안전을 위협할 수 있다. 특히 제46조 이용허락은 舊컴퓨터프로그램보호법 제17조의 '프로그램의 사용허락'이 통합되면서 이용과 사용이 같은 의미인 것으로 받아들여질 여지가 있으나, 이때의 이용은 사용을 제외한 지분권

18) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 – "썸네일 이미지 링크".
19) 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891 판결 – "오픈캡쳐 2심".
20) 이에 대하여는, 이해완, 저작권법, 제2판, 박영사(2012), 513면 참조.

의 이용으로 해석되어야 한다.

2. 소프트웨어의 설치와 실행에 따른 복제

소프트웨어를 사용하려면 컴퓨터에 설치하고 실행하여야 한다. 설치는 컴퓨터프로그램저작물을 컴퓨터에 복제하는 것이므로 사용자는 당연히 저작권자로부터 허락을 받아야 하고, 이를 실행할 때도 메모리에 일시적 복제가 일어나므로 원칙적으로는 저작권자의 허락이 필요하다. 그러므로 어느 시점에 권리자로부터 복제에 대한 허락을 얻은 것인지를 확인해야 한다.

독일, 미국, 일본 등은 설치 · 실행이라는 필수적인 복제 행위에 대하여는 별도의 허락이 필요하지 않다. 유럽연합의 소프트웨어지침(2009/24/EC)[21] 제4조 제1항은 컴퓨터프로그램의 로딩, 현시, 실행, 전송, 저장에 컴퓨터프로그램의 전체 또는 부분에 대한 영구적 혹은 일시적인 복제가 요구되는 경우 저작권자의 허락을 받아야 한다고 하여 이것이 저작권자의 권리임을 규정하고 있다. 설치와 실행에 의한 복제는 저장(storage) 및 로딩(loading)에 해당하므로 이 역시 저작권자의 권리이다. 다만 제5조 제1항에서는 합법적인 컴퓨터프로그램의 취득자가 의도된 목적에 따라 그 프로그램을 이용하기 위해서는 저작권자의 허락 없이도 전부나 일부를 영구적으로 혹은 일시적으로 복제할 수 있다고 명시하고 있으므로, 설치나 실행은 소프트웨어를 이용하기 위해 필요한 필수적인 행위로서 허용될 수 있다. 독일은 저작권법 제69조의d 제1항에서 이 지침을 그대로 반영하였다. 미국은 이에 상응하는 조항으로 저작권법 제177조(a)(1)에서 복제물의 소유자가 그 컴퓨터프로그램을 활용하는 과정에서 필수적인 절차로서 생성되고 그것이 달리 사용되지 않으면 복제를 허용한다. 소프트웨어를 사용하는 과정에서의 일시적 복제는 이에 해당하는 것으로 본다.[22] 영국저작권법 제50조C에서

21) 소프트웨어지침은 1991년 제정되고(Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.05.1991, pp.42–46), 2009년 개정(Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version), OJ L 111, 5.5.2009, pp.16–22)되었다.

22) Christian H. Nadan, "Software Licensing in the 21st Century: Are Software "Licenses" Really Sales, and How Will the Software Industry Respond?", *AIPLA Quarterly Journal*, Vol.32 No.555(2004), p.563 .

도 컴퓨터프로그램 복제물의 합법적 사용자가 합법적 사용을 위해 필요하고, 자신의 사용이 합법적인 상황을 규율하는 합의의 어떠한 기간 또는 조건에 따라 금지되지 않는 경우는 이를 복제하는 것이 저작권의 침해가 아니라고 명시하고 있다. 일본도 저작권법 제47조의3에 의해 프로그램저작물의 복제물의 소유자는 스스로 당해 저작물을 전자계산기에 이용하기 위해서 필요하다고 인정되는 한도에서 복제할 수 있다.

그러나 우리는 이처럼 소프트웨어 사용에 있어 필수적으로 발생하는 복제를 허용하는 조항을 두고 있지 않다.[23] 따라서 설치 · 실행에 대한 복제의 허락이 필요하다고 해석할 수밖에 없다. 단지 일부 실행에 대한 일시적 복제는 예외규정을 통해 허용가능성을 열어두고 있을 뿐이다.

그렇다고 해서 설치 · 실행에 따른 복제에 대해 명시적인 허락이 반드시 필요하다고 보는 것은 합리적이지 않다. 사용자가 소프트웨어를 구입하는 이유는 이를 사용하기 위해서이고, 그렇다면 설치에 의한 복제가 수반되어야만 하며, 실행에 의한 일시적 복제도 필연적으로 따라올 수밖에 없기 때문이다. 이는 사용자와 권리자 모두에게 당연한 행위이다. 그러므로 우리나라에서 설치 · 실행에 의한 복제는 이용허락계약에 의해 명시적으로나 묵시적으로 허용된 것으로 보는 것이 타당하다. 즉, 라이선스 화면이 설치 단계에서 제시되었다면 [동의] 버튼을 클릭함으로써 설치 · 실행이 허용된 것이고, 실행 단계에서 제시되었다면 설치에 의한 복제는 묵시적으로 이후 실행에 의한 복제는 [동의]를 클릭하여 허락받은 것으로 해석할 수 있을 것이다.

IV. 오픈캡쳐 판결

이 사건은 복수의 원고의 피용자인 직원들이 피고(오픈캡쳐의 저작재산권자)의 컴퓨터프로그램 복제권을 침해하지 않았음을 주장하면서 사용자책임에 기초한 손해배상채무가 존재하지 않는 확인을 구함에 대하여, 피고가 반소로서 원고

23) 저작권법 제101조의5 제1항이 설치를 허용하는 조항이라는 견해도 있으나, 소프트웨어의 설치가 복제물의 멸실 · 훼손 등에 대비하는 행위라고는 볼 수 없으므로 이는 수긍하기 어렵다.

들에 대하여 그 직원들이 사무집행에 관하여 피고의 컴퓨터프로그램을 허락 없이 설치하여 사용함으로써 복제권을 침해하였다고 주장하면서 사용자책임에 기초한 손해배상을 구하는 사안이다.[24)]

이 사건의 주요 쟁점은 5개로 정리할 수 있다. 첫째, 원고들의 직원이 피고의 오픈캡쳐 유료버전을 설치하고 실행하였는지, 즉 직원이 이를 업무용으로 설치 · 실행함으로 인하여 원고에게 사용자책임을 물을 수 있는지 여부이다. 둘째, 원고들의 직원이 오픈캡쳐를 설치하는 과정에서 복제권을 침해하였는지, 즉 소프트웨어를 설치하는 행위가 복제권의 침해인지 여부이다. 셋째, 원고들의 직원이 오픈캡쳐를 실행하는 과정에서 일시적 저장의 방법으로 복제권을 침해하였는지, 즉 소프트웨어를 실행할 때 복제가 발생하는지 여부와, 일시적 복제가 발생한다면 이것이 저작권법 제35조의2에 의해 면책되는 행위인지에 대한 것이다. 넷째, 원고들의 사용자책임에 기초한 손해배상책임의 성립 여부로, 소프트웨어 사용 행위를 저작권침해로 볼 것인지 여부이다. 다섯째, 원고들의 기망으로 인한 불법행위에 기초한 손해배상책임의 성립 여부, 즉 원고들이 라이선스 조건을 어긴 것이 기망에 해당하고 이것이 저작권 침해인지에 대한 판단여부이다.

이 중 업무용 소프트웨어의 사용 여부에 대하여 법원은, "개인적인 용도로 사용될 수도 있지만, 대체로 회사 내의 보고서, 제안서, 프레젠테이션 자료, 기획서, 홍보물 작성 등의 과정에서 널리 사용되고 있고(중략), 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 밀접하게 관련이 있는 것으로 보인다."고 하여, 직간접적으로 업무와 연관되면 업무용으로 추인할 수 있다고 판시하여 오픈캡쳐가 업무용으로 사용되었음을 인정하였다. 이하에서는 나머지 쟁점에 대해 검토하고자 한다.

1. 소프트웨어의 설치와 복제권의 침해

이 사건에서 소프트웨어가 설치되는 과정은 다음과 같다. 무료로 제공되었던 6.7 버전을 실행하면 [새 버전으로 업데이트를 시작합니다. 확인]이라는 창이 나

24) 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891 판결 – "오픈캡쳐 2심". 현재 상고심이 진행중이다.

타나면서 파일이 자동으로 사용자 컴퓨터에 다운로드 되는데, 이는 [확인] 버튼을 누르는 것과 관계없이 진행된다.[25] 이후 버튼을 누르면 프로그램이 설치되고, 다음에는 소프트웨어 라이선스 약관 화면을 보여주면서 동의 여부를 묻는다. 이때 사용자가 [확인] 버튼을 누르면 비로소 소프트웨어를 컴퓨터에서 실행할 수 있는 상태가 된다.

이에 대하여 법원은 먼저 설치행위가 복제인지를 판단함에 있어, 저작권법 제2조 제22호에 의하면, '복제'는 인쇄 · 사진촬영 · 복사 · 녹음 · 녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며, 저작물의 복제는 "기존의 저작물에 의거하여 그 내용과 형식을 인식할 수 있거나 감지하기에 충분한 정도로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 만드는 것으로 유형적인 협의의 복제를 의미"하므로 "소프트웨어를 설치하여 저장하는 행위는 복제에 해당"한다고 판시하였다.

다만 이 사건에서는, 사용자가 [확인] 버튼을 누르는 것과 관계없이 업데이트 파일을 컴퓨터에 복제하고 [확인]을 누르면 설치에 의한 복제를 시작하므로, 라이선스 화면이 나타나기 전에 이 창을 통해 권리자가 이미 설치를 허용한 것이라고 판단하였다. 즉 설치에 대한 복제의 허락은 사용자가 기업용 · 개인용으로의 동의 여부를 결정하기 전에 끝났다는 것이다. 그리고 설치에 의한 복제가 허용되고 완료된 이상, 그 이후에 제시된 허락의 범위를 넘어서 사후적으로 이 프로그램을 어떻게 사용하였는지는 설치라는 복제행위와는 관련이 없다고 보았다.

이는 오픈캡쳐의 경우 설치가 라이선스계약과는 관계없이 진행된 것이므로 타당하다. 보통 소프트웨어 라이선스 화면이 제시되는 시점은 둘로 나눌 수 있다. 첫 번째는 소프트웨어를 설치하기 전에 제시하는 것으로, 이에 동의해야 복제가 시작된다. 이때는 라이선스계약을 통해 명시적 혹은 묵시적으로 설치에 의한 복제를 허용한 것으로 볼 수 있다. 두 번째는 이 사건의 경우와 같이 설치가 종료된 이후나 소프트웨어를 처음 실행할 때 라이선스 화면이 나타나는 경우이

25) 오픈캡쳐 소프트웨어는 2003년 한 개인이 개발한 이후 6.7 버전까지 약 9년간 무료로 제공되었다가, 2012년 현재의 회사로 저작재산권이 양도되었다. 2012년 7.0 버전부터 비상업용 · 개인용으로 사용하는 경우에만 무료이고 그 외에는 기업용 라이선스를 구매하도록 일부 유료화 되었다.

다. 이때는 설치에 대한 복제는 권리자의 묵시적 동의에 의해 허용된 것이고, 라이선스계약은 설치에 의한 복제와는 무관하다고 보아야 한다.

2. 소프트웨어의 실행과 복제권의 침해

이 판결의 핵심은 소프트웨어 실행과정에서 필연적으로 발생하는 일시적 복제도 복제권 침해인가의 여부이다. 이때의 일시적 복제가 모두 복제권의 침해라고 한다면 컴퓨터프로그램저작물에 대해서는 권리자에게 일종의 '사용권'이나 '접근권'이라고 하는 일종의 배타적 권리를 부여하는 부당한 결과에 이르게 되기 때문이다.[26] 우선 법원은 소프트웨어를 실행할 때 발생하는 일시적인 복제에 대하여, "컴퓨터에서 프로그램을 실행함에 있어 컴퓨터 내의 램에 프로그램이 일시적으로 저장되고 전원을 끄면 사라져버리는 경우에 이러한 형태의 저장도 물리적으로는 저작물인 프로그램을 유형적으로 고정하거나 다시 만드는 것에 틀림이 없으므로" 이는 복제행위에 해당함을 명확히 하였다.[27]

다음으로 이때의 일시적 복제가 저작권법 제35조의2 "컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다."는 규정에 의해 허용되는지를 판단하였다. 법원은 프로그램 실행 시 일시적 저장은 불가피한 것이고, 프로그램을 실행하는 행위도 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요한 범위에 속하는 것이므로 복제권의 침해가 아니라고 보았다. 하드디스크에서의 처리속도는 CPU에 비해 느리기 때문에 두 장치의 속도차를 조정하여 처리속도를 높이기 위해 램에 일시적으로 저장하는 것일 뿐이므로, 이때의 복제는 '원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요한 범위'에 해당한다는 것이다. 덧붙여서 이러한 경우를 침해로 보면 원래 저작권의 효력이 미치지 않는 행위까지

26) 1심은 이때의 복제가 제35조의2의 '원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위'에 해당되지 않으므로 저작권 침해라고 판단하였다(서울중앙지법 2014. 2. 21. 선고 2013가합25649 판결 – "오픈캡쳐 1심").

27) 일시적으로 저장되는 것이 오픈소스이거나 저작권이 없는 부분이라면 복제권 침해가 아니라는 원고의 주장에 대해서는, "저작물로서 창작성이 인정되는 부분도 복제될 것으로 추인"한다고 하여 복제를 인정하였다.

도 저작권자가 통제할 수 있게 되어 부당하다고 하였다.

마지막으로 일시적 복제가 제35조의2 단서인 "다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다"에 해당하는지를 판단하였다. 이에 대하여는 단서가 적용되려면 권리자의 지분권을 침해한 것이어야 하는데, 프로그램 실행은 저작권 침해가 아니며 일시적 복제가 '주된 이용'도 아니고 '부수적 이용'이므로 면책된다고 해석하였다.

이와 같은 해석은 소프트웨어 실행 과정에서의 필연적인 복제행위는 허용되어야 한다는 측면에서 해외의 입법례와 비교하더라도 합리적인 판단이고, 소프트웨어 실행 과정에서의 일시적 복제의 성격을 일정 부분 명확하게 한 것에서 의미가 있다. 하지만 단서를 포함하여 이후의 해석에 대해서는 비판의 여지가 있다. 소프트웨어 실행 자체가 저작권과 관련 없는 행위인 것이 아니라, 이때 발생하는 일시적 복제가 저작재산권 제한규정에 의해 면책되는 것이기 때문이다. 실행 자체가 지분권과 관련 없는 행위라는 해석은 일시적 복제가 복제행위라고 한 것과도 상충된다. 이 판결에서는 저작물의 '이용'과 '사용'을 구분하여 적고 있다.[28] 그러면서 소프트웨어를 실행하는 것은 '사용'이므로, 저작권자의 허락이 없어도 당연히 허용되는 행위라고 단정한다. 하지만 소프트웨어를 실행할 때 복제라고 하는 저작권법상 의미 있는 이용행위가 발생하는 것은 주지의 사실이므로, 소프트웨어의 실행이 저작권법상 의미 없는 행위로서 당연히 허용되는 것이라고 단정할 수는 없다. 오히려 소프트웨어를 실행하는 것은 저작권법상 의미 있는 행위이나 일반적인 경우 제35조의2에 의해 저작재산권이 제한되고, 경우에 따라서는 단서에 의해 저작권 침해가 될 수 있는 것으로 접근해야 한다.

3. 이용허락계약과 사용허락계약

이 판결은 이용허락에 대해서, '허락'은 저작물의 이용을 구하는 자에 대하여 일정한 범위나 방법으로 저작물의 이용을 인정하는 저작권자의 의사표시로, 이용권자에게 채권적 지위를 인정하는 것이라고 하였다. 저작권법 제46조 '이

28) 이에 대해서는 [Ⅲ. 1. 저작물의 '이용'과 사용']에서 전술하였다.

용 방법 및 조건'은 저작권자가 일방적으로 붙일 수 있는 것이므로 '이용'의 범위를 제한하는 것에 한정되고, 이용권자에게 의무를 부담하게 하는 것을 포함하지 않는다고 보았다.[29] 아울러 '이용 방법 및 조건'이 저작물 이용을 적법하게 해주는 방법이나 조건이라면 채무불이행 뿐 아니라 저작권침해의 불법행위도 성립하지만, 이용 방법 및 조건이 저작권자가 부가한 채권채무관계에 불과하면 채무불이행만 성립할 뿐 저작권침해는 아니라고 해석하였다.

그리고 소프트웨어 라이선스는 '이용방법이나 조건'에 해당하는 것과 해당하지 않는 것이 혼재되어 있어 당연히 허용되는 '사용'을 무력화하는 약정이 있을 수 있다고 전제하고, 실행은 저작물의 이용이 아니기 때문에 그에 관한 허락도 '이용허락'이 아니라고 보았다. 따라서 소프트웨어 라이선스가 '사용허락계약'인 이상, 개인용으로 제한된 계약조건을 위반하여 업무용으로 프로그램을 실행하였다고 하더라도 저작권(복제권) 침해는 아니라고 결론지었다. 그 결과 나머지 쟁점에 대해서도 종업원의 사용허락계약 위반에 따른 채무불이행 성립은 별도로 하고, 저작권침해로 인한 불법행위가 성립하지 않으므로 이를 전제로 하는 사용자책임도 없다고 판결하였다.

하지만 이와 같은 해석은 '이용'에 해당하는 일시적 복제 중 저작재산권이 제한되는 행위를 곧바로 '사용'으로 해석하였다는 것과, 업무용 등 이용목적의 구분이 애초에 '이용 방법 및 조건'에 해당하지 않는다는 것을 전제로 하였다는 문제가 있다.

여기서는 약관의 형태로 제공되는 소프트웨어 라이선스를 '소프트웨어 사용허락계약'이라고 명명하고 있다. 이는 '이용허락'을 포함하지만 저작권법으로 제한할 수 없는 저작물의 '사용'에 대한 허락도 포함하고 있으므로 제46조 이용허락계약은 아니라는 것이다. 하지만 이처럼 해석하면 소프트웨어 라이선스에 대한 법적 성질을 규정하기가 더욱 어려워진다. 그보다는 소프트웨어 라이선스는 저작권법이 말하는 '이용허락계약'이며, 이 계약에는 이용에 대한 것과 그렇

29) '이용방법'은 이용형태, 이용부수나 횟수, 이용시간, 이용장소 등 세부적인 이용방법을 말하고, 조건은 이용대금의 선불이나 우선이용권의 부여와 같은 특약조항이라고 보았다. 이는 '이용방법'의 위반은 저작권 침해로 보고, '조건'의 위반은 계약위반에만 해당한다고 해석한 것이다. 같은 견해로는, 加戸守行, 著作權法逐條講義, 四訂新版, 著作權情報センター, 2003, 376頁 참조.

지 않은 사항도 포함되어 있다고 해석하는 것이 더 안정적이다. 더구나 '사용'은 저작권법상 의미 없는 행위로 권리자로부터 허락을 받을 필요가 없다. 사용허락계약이라는 것 자체가 저작권법상 의미가 없는 계약이므로 애초에 침해를 논할 수가 없게 되는 것이다. 또한 권리자가 업무용 · 교육용 · 개인용 등으로 이용목적을 제한한 것은 제46조 '이용 방법 및 조건'에 해당하는 것으로 보아야 한다. 일시적 복제는 정당한 사용자에 한해서 허용되는 것으로 보는 것이 타당하므로, 제한을 벗어난 사용이 복제권 침해라면 이때의 일시적 복제는 저작권을 침해한 것이 된다. 소프트웨어 실행이 '사용'이므로 계약으로 이를 제한할 수 없다고 볼 것이 아니라, 업무용 등 목적의 제한이 소프트웨어에 있어서는 저작권법상 의미 있는 '이용 방법 및 조건'에 해당하는 것이라고 보고, 이는 실행과는 별개의 문제로 접근해야 한다.

V. 결론

저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있고(제46조 제1항), 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 저작물을 이용할 수 있다(제2항). 이와 같은 이용허락의 대상은 저작물의 이용을 업(業)으로 하는 자와 소비자를 모두 포함하므로, 소프트웨어 라이선스계약은 이용허락계약의 일종이라고 보아야 한다. 이때 '이용 방법 및 조건'이 저작권법상 의미 있는 행위를 제한한 것이라면 그 위반이 저작권침해가 될 것이지만, 저작권법상 의미 없는 행위를 제한하였거나 단순한 약정이라면 그 위반은 계약위반에 그치게 될 것이다. 이러한 소프트웨어 이용허락계약에 있어 업무용 · 교육용 · 개인용 등의 구분은 거래현실에서 사용자들이 통상적으로 인지하고 수용하는 것일 뿐만 아니라, 소프트웨어 가격의 차이를 구분하는 가장 큰 요소로 저작권자의 이익에 절대적인 영향을 미치는 것이기도 하다. 따라서 기업이 상대적으로 가격이 낮은 개인용 소프트웨어를 사용하더라도 채무불이행책임만 있을 뿐 저작권 침해에는 이르지 않는다고 한다면, 이는 소프트웨어 산업의 근간을 크게 흔들 수 있다.

오픈캡쳐 2심 판결은 소프트웨어를 실행할 때 발생하는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 해당한다고 판시하여, 일시적 복제라는 용어에 대한 불명확성을 어느 정도 해소하였다는 의의가 있다. 하지만 소프트웨어를 실행하는 것이 저작권법상 의미 없는 행위이므로 소프트웨어 라이선스계약은 저작물 이용허락계약이 아니라고 한 것이나, 권리자가 계약을 통해 기업용 등을 구분하더라도 이를 위반하는 것이 저작권의 침해가 되지 않는다고 해석한 것에는 동의할 수 없다. 이는 순서를 바꿔 달리 해석해야 한다. 소프트웨어 라이선스계약은 저작물 이용허락계약에 해당하고, 이용목적을 제한하는 것은 복제의 범위를 정한 것으로서 저작권법상 의미 있는 이용 방법 및 조건에 해당하므로 이를 위반하는 것은 저작권 침해로 보아야 한다. 또한 소프트웨어를 실행할 때의 일시적 복제는 현행 저작권법상 복제임이 명확하나, 이를 모두 복제권 침해로 보면 일종의 사용권을 주는 부당한 결과가 될 것이므로, 일반적인 경우에는 저작권법 제35조의2(저작물 이용과정에서의 일시적 복제)에 의해 저작재산권이 제한되는 것으로 해석해야 한다. 다만, 판결에서도 이때의 일시적 복제는 '권리자의 이익을 침해하는 것이 비교적 적다고 보이므로' 라고 판시하여 권리자의 이익을 침해하는 것이 크다면 허용되지 않을 것이라는 해석 가능성을 남긴 만큼, 소프트웨어 실행 과정에서의 일시적 복제가 경제적인 의미를 갖는 경우에는 복제권 침해로 열어두는 것이 타당하다.

참고문헌

〈국내 문헌〉

구병문, "디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 소고", 경희법학, 제43권 제2호(2008).

김상용, 민법총칙, 법문사, 2003.

박종권, "디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 고찰", 법학논총, 제16권 제2호(2009).

안효질, 배타적발행권에 관한 연구, 한국저작권위원회, 2012.

_____. "상호의 라이선스", 상사법연구, 제19권 제1호(2000).

오승종 · 이해완, 저작권법, 제4판, 박영사, 2005.

이해완, 저작권법, 제2판, 박영사, 2012.

정 규, “소프트웨어거래에서 Shrinkwrap 계약의 유효성”, 비교사법, 제8권 제1호(2001).

추신영, “라이선스에 대한 강제집행”, 법조, 제537권(2004).

황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 인터넷법률, 제3호(2000).

허명국, 컴퓨터 프로그램 거래는 매매계약이다, 한림대학교출판부, 2013.

〈해외 문헌〉

Christian H. Nadan, “Software Licensing in the 21st Century: Are Software “Licenses” Really Sales, and How Will the Software Industry Respond?”, *AIPLA Quarterly Journal*, Vol.32 No.555(2004).

加戸守行, 著作權法逐條講義, 四訂新版, 著作權情報センター, 2003.

Does Software Execution Qualify as not Existing in Copyright Law?: Study on 'Open Capture' Case

Hyun-sook Kim

Abstract

The computer produces copy behavior of installation and execution to make use of software and to require permit from copyright owner. A temporary reproduction at execution of the software may be inevitable to give use rights of computer program works that produces unfair results. Even 'Open Capture' case decided the rights in accordance with Article 35-2 of the Copyright Law. The case regarded software license as 'software use permit contract' so that use of the software was of no value according to the Copyright Law to differ from use of works, and to judge that use behavior does not infringe upon Copyright Law. However, software license is thought to be 'license agreement' in accordance with Article 46, so that limitation on objective of the use corresponds to valuable use 'the manner and conditions' in accordance with the Copyright Law. A temporary reproduction at execution of the software gives limitation to author's property rights in accordance with Article 35-2, so that its economic value is interpreted to infringement upon reproduction right according to cue.

Keywords

temporary reproduction, temporary copy, reproduction right, software license, license agreement