
저작물 이용허락 조항의 정비방안 —컴퓨터프로그램저작물을 중심으로—*

김 현 숙**

- I. 서 론
- II. 저작물 이용허락계약의 유형
 - 1. 일반저작물 이용허락계약
 - 2. 컴퓨터프로그램저작물 이용허락 계약
 - 3. 일반저작물과 컴퓨터프로그램저작물 이용허락의 차이
- III. 컴퓨터프로그램저작물 이용허락의 해석
 - 1. 일반사용자를 대상으로 하는 이용 약관
 - 2. 프로그램저작물의 이용 방법 및 조건
- IV. 제46조 개정 제안
 - 1. 저작재산권의 이용허락
 - 2. 최종사용자 대상의 이용허락
 - 3. 최종사용자 대상 이용허락의 양도
- V. 결 론

* 본 논문은 한국저작권위원회 연구과제 “미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구(2016)”의 발표 내용을 토대로 수정보완한 것임.

** 한국소프트웨어저작권협회 정책법률연구소장, 법학박사.

초 록

소프트웨어 라이선스는 소비자인 최종사용자가 라이선시이고, 계약의 형태로 약관을 따르며, 사용자의 지위가 상대적으로 약자의 위치에 놓이는 저작물이용허락계약이다. 완성형 컴퓨터프로그램의 저작재산권자는 저작권법 제46조(저작물의 이용허락)에 따라 ‘이용 방법 및 조건’을 정할 수 있다. 하지만 무엇이 이용 방법 및 조건인지 명확하지 않고, 약관 형태로 제공된다는 점 때문에 각 조항의 유효성 여부도 쟁점이 된다. 이로 인해 소프트웨어의 최종사용자용 라이선스 위반은 어디까지가 저작권 침해이고 계약위반인지의 논란이 끊이지 않는다.

소프트웨어는 거의 모든 조직이 사용하는 비즈니스 필수재에 가깝다. 따라서 이용허락계약의 해석에 문제가 발생하여 기업의 불안정성이 커지고 있다면 법적·산업적 안정성을 위해서도 조항의 불확실성은 최소화되어야 한다. 이를 위해 저작권법 제46조를 보완하여, 저작재산권자가 최종사용자인 소비자와 약관의 형태로 이용허락 계약을 체결하는 경우 그 해석을 좀 더 명확하게 할 것을 제안한다.

주제어

저작물 이용허락, 컴퓨터프로그램 이용허락, 소프트웨어 라이선스, 프로그램 약관, 최종사용자용 라이선스

I. 서 론

컴퓨터프로그램을 설치할 때 약관계약으로 체결되는 ‘최종사용자용 라이선스(End User License Agreement: EULA)’는 저작물 이용허락에 해당한다. 저작권법 제46조 제1항은 “저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다”고 규정하고 있고, 제2항에서는 “제1항의 규정에 따라 이용허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서” 저작물을 이용하도록 하고 있다. 저작권법이 ‘이용’이나 ‘이용허락’의 의미를 규정하고 있지는 않지만, 우리 법원은 ‘저작물을 이용’한다는 것은 저작권법에서 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 저작물을 이용하는 것을 의미한다고 판시하고 있다.¹⁾ 결국 ‘이용’이란 저작재산권을 구성하는 지분권의 내용을 형성하는 행위를 말하고, ‘허락’이란 저작물을 이용하기를 원하는 사람에게 일정한 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 저작물의 이용을 인정하는 저작재산권자의 의사표시를 말한다.²⁾

이용허락을 위해서 저작재산권자는 ‘이용 방법 및 조건’을 정할 수 있다. 하지만 무엇이 이용 방법 및 조건인지는 확립된 견해가 없다. 때문에 소프트웨어의 최종사용자용 라이선스는 해석에 어려움이 있다.³⁾ 라이선스 조건을 따르지 않는 것이 ‘이용 방법 및 조건’을 위반하는 것에 해당하여 저작권 침해에까지 이르게 되는지, 아니면 단순한 계약위반으로서 저작권 침해는 아니지만 채무불이행의 책임만을 지게 되는지를 판단하기가 쉽지 않기 때문이다. 더구나 약관 형태로 계약이 체결되므로 사전에 계약 내용을 협의할 수 없고, 클릭랩 방식을 채용하고 있어 사용자가 모든 조항을 파악하기 어렵다는 현실적 문제도 있다.

1) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 — “썸네일 이미지 링크”.

2) 박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014, 420면.

3) 소프트웨어는 컴퓨터프로그램을 포함하는 넓은 개념으로 엄밀하게는 법적으로나 소프트웨어공학의 측면에서 차이가 있다. 하지만 일상적으로 두 용어는 혼용되어 사용되고 있다. 이 글에서도 각 용어를 크게 구분하지 않고 사용하였다.

소프트웨어는 거의 모든 기업이 사용하는 것으로 법적 안정성뿐 아니라 산업과 사회의 안정성을 위해서도 법률로 인한 불확실성은 최소화하여야 한다. 이를 위해서 이용허락계약을 규정한 저작권법 제46조의 보완을 제안한다.

이 글에서는 이용허락계약의 목적과 대상이 일반저작물과 컴퓨터프로그램저작물에서 어떻게 다른지 차이를 비교하고(II), 최종소비자를 대상으로 하여 약관으로 제시되는 완성형 프로그램의 이용허락계약 해석은 다른 관점에서 바라보아야 함을 살펴본다(III). 이를 토대로 제46조의 개정안을 제시한 후(IV) 법률을 구체화해야 한다는 것으로 결론 내린다(V).

II. 저작물 이용허락계약의 유형

1. 일반저작물 이용허락계약

저작자와 저작물 이용허락계약을 체결하는 자는 소비자(consumer) 혹은 최종사용자(end-user)보다는 중간사업자에 가깝다.⁴⁾ 저작권자와 중간사업자는 주로 일대일로 개별계약을 체결한다. 저작자인 소설가는 출판사와 계약하고, 중간사업자가 소비자에게 책을 판매한다. 저작자인 작곡가는 기획사나 음반사와 계약을 체결하며, 중간사업자가 소비자에게 음반을 판매하여 수익을 낸다. 영화제작자 역시 배급사 및 상영관 등과 일대일로 계약하며, 최종사용자인 관객은 저작권자가 아닌 자에게 비용을 지급하고 영화를 관람한다. 일반적으로 라이선서가 저작물 이용허락계약을 체결하는 목적은 라이선스로 하여금 저작물을 어떻게 이용하도록 할 것인가를 정함에 있다.

이는 저작물 이용허락계약이 주로 ‘업(業)으로의 이용’을 전제했다는 것을

4) 비용을 지불하고 저작물을 취득하는 자를 소비자(consumer)라고 본다면, 저작물을 마지막에 이용하는 단계에 있는 자를 최종사용자(end-user)로 볼 수 있을 것이다. 일반저작물에서 소비자와 최종사용자는 동일한 경우가 많은 반면, 컴퓨터프로그램저작물은 기업사용자를 기준으로 볼 때 소비자는 기업이지만 최종사용자는 종업원인 개인이다. 이에 대하여는 후술한다.

보여 준다. 우리 저작권법이 저작권 행사의 범위를 업으로의 이용으로 제한하고 있는 것은 아니지만, 라이선시는 대부분 저작물을 가공하여 복제·전송·배포 등의 방법으로 거래를 통하여 제공함으로써 수익을 얻으려는 목적으로 이용허락을 받는다.

이러한 전통적인 저작물 이용허락계약의 배경은 그 해석에 참고가 될 수 있다. 일반저작물의 저작자는 개인이나 법인으로, 창작에는 관여하지만 산업 비즈니스에 직접 종사하지는 않는다. 따라서 중간사업자 사이의 계약에서 상대적 약자가 된다. 창작에 집중하는 개인이나 소규모 조직은 수익을 주된 목적으로 하여 권리를 행사하는 것에 집중하기 쉽지 않고 관련 단체에 권리신탁을 하는 경우가 많다는 것도 이와 일맥상통한다.

저작물을 업으로 이용하지 않는 소비자 및 최종사용자도 이용허락계약의 대상이 되는가에 대해서는 언급이 없지만, 이들을 배제할 근거는 없다. 다만 일반저작물에서 최종사용자와 저작권자가 직접 이용허락계약을 체결하는 경우는 흔하지 않은 것으로 보인다. 달리 말하면 최종사용자인 소비자의 입장에서는 저작물을 이용하기 위해 계약을 체결하는 대상이 저작권자가 아니라는 말이다. 문화상품으로서 저작물 향유를 전제로 계약을 체결하는 대상은 이용허락을 받은 중간사업자이다. 서적, 음반 등 대량의 복제물에 대하여 최종사용자는 출판사(어문), 음반사(음악), 배급사(영화), 서비스제공자(온라인콘텐츠) 등과 계약을 체결하고 저작물을 소비한다.

이는 최종사용자가 저작물을 이용하기 위해 체결하는 모든 계약이 저작권법 제46조 저작물 이용허락계약에 해당하지는 않는다는 의미이다. 서적, 음반, DVD 등은 저작물이 매체에 담겨서 물건으로 거래되고 최종소비자 대상 거래는 매체에 대한 매매계약이다. 소비자가 책을 사면서 작가와 별도로 계약할 필요가 없고, 거래가 완결된 후 사용자가 책을 읽는 것은 저작권법상 의미 있는 행위도 아니다. 중간사업자가 소비자와 체결하는 계약은 저작권법 제46조가 적용될 수 없다. 영화나 연극, 전시 등에 대한 최종소비자 거래도 티켓을 구매하고 저작물을 관람하는 것에 불과하므로 제46조가 규정한 계약에 해당하지 않는다.⁵⁾

소비자가 저작물을 복제, 배포, 전송하는 것은 거래나 판매의 목적이 아니라 읽기, 보기, 듣기 등 단순한 사용을 위해서이다. 이때의 소비자는 해당 저작물의 최종사용자(end-user)가 된다. 일반저작물에서 저작권자와 소비자(최종사용자)와의 저작물 이용허락계약의 문제는 거의 발생하지 않는다.

2. 컴퓨터프로그램저작물 이용허락계약

(1) 컴퓨터프로그램저작물의 종류

컴퓨터프로그램저작물과 일반저작물을 구분하는 가장 큰 특징은 태생이 디지털이며 디지털이 아닌 형태로는 이용할 수 없다는 점이다. 무형의 저작물이 유형의 매체에 실려 함께 거래되었던 기존의 아날로그 방식으로는 컴퓨터프로그램저작물의 성격을 그대로 적용하기 어렵다.

저작자의 지위도 일반저작물과 다르다. 컴퓨터프로그램 저작권자는 비즈니스에 직접적으로 관여하는 경우가 많다. 일반저작물은 창작, 제작, 유통 등이 분리되어 각각의 산업으로 시장을 형성하고 있지만, 컴퓨터프로그램 분야에서는 법적인 문제에서도 창작자인 소프트웨어 회사가 산업의 가치사슬⁵⁾ 전반에 직접 관여한다.

소프트웨어의 종류는 완성형, 주문제작형, 내장형으로 크게 나눈다. 주문제작형 소프트웨어는 발주자가 필요한 기능을 요청하면 수주자가 용역을 통하여 시스템을 개발하여 납품하는 시스템 구축(System Integration: SI) 소프트웨어이다. 임베디드(embeded) 소프트웨어로 불리는 내장형 소프트웨어는 하드웨어와 밀접하게 연결되고 휴대폰, TV, 자동차, 항공기 등의 기기에 담

5) 이북콘텐츠나 음원 등 온라인으로 제공되는 저작물 거래에 대하여는 이용허락계약으로 보아야 한다는 견해도 있다. 온라인에서 '파일'로 거래되는 것을 매매계약으로 해석하기 어렵기 때문인데, 이에 대하여는 후술한다.

6) 소프트웨어는 아이디어 같은 무형 지식에서 시작하여 코드화, 문서화 과정을 거쳐 형태를 갖춘 제품으로 변화한다. 이렇게 소프트웨어를 만든 제작사는 자신들의 라이선스 정책을 통해 사용자에게 사용권 형태로 소프트웨어를 판매하거나 전달하며, 이런 과정을 거쳐 소프트웨어는 가치 있는 자산의 형태를 갖는다. 이러한 전반적 과정을 소프트웨어 가치사슬이라 한다(월비스 콘텐츠연구소, 『소프트웨어자산관리사 2』, 월비스, 2016, 128면).

재되어 특정한 작업을 수행한다.

주문제작형 소프트웨어와 내장형 소프트웨어는 최종사용자와의 이용허락 계약 측면에서 일반 저작물과 유사하다. 일반적으로 개별계약을 통해 저작물을 창작한 후 저작권을 양도하거나 이용허락계약을 통해 허용 범위를 정한다. 라이선시는 최종사용자(소비자 혹은 내·외부 고객)에게 서비스로 소프트웨어를 제공하므로 저작권자와 최종사용자가 직접 이용허락계약을 체결하지는 않는다.

내장형 소프트웨어는 하드웨어에 탑재되므로 매체에 담기는 일반저작물과 유사하다. 최종사용자는 소프트웨어가 담긴 하드웨어를 구입하고 그 구성요소의 일부로 소프트웨어를 사용한다. 저작권자는 중간사업자와 양도계약이나 이용허락계약을 체결하고, 최종사용자와는 이용허락계약을 체결하지 않는다.

이와 달리 패키지 소프트웨어로 불리는 완성형 소프트웨어는 이미 용도를 정하여 개발된 응용 소프트웨어를 하나의 상품으로 판매하는 것이다. 주문제작형 소프트웨어가 맞춤형의 개념이라면 완성형 소프트웨어는 기성복과 같다. 완제품으로 판매되므로 사용자가 원하는 기능이 있어도 추가할 수 없고, 필요하지 않은 기능을 제거할 수도 없다. 이로 인하여 타 저작물 및 타 분류 소프트웨어와도 다른 형태의 이용허락계약 유형이 나타난다. 가장 큰 차이점은 중간사업자가 아니라 소비자인 최종사용자와 계약이 체결되고, 일대일 계약이 아니라 약관 계약이 주를 이룬다는 것이다. 이에 완성형 소프트웨어를 중심으로 저작물 이용허락계약을 검토한다.

(2) 이용허락계약의 목적과 대상

소프트웨어 거래에 대한 법적 성질에 대하여는 아직 합의점에 이르지 못하고 있는 것으로 보인다. 소프트웨어가 저장된 매체와 소프트웨어를 구분하지 않고 이를 묶어서 하나의 거래로 보아 매매계약으로 보는 견해,⁷⁾ 민법

7) 한국 — 황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 『인터넷법률』, 제3호(2000), 6면; 독일 — BGH Urteil vom 15. 11. 2006 — XII ZR 120/04, CR 2007, 75; 미국 — Softman Products Co.,

상 임대차계약과 유사한 채권계약으로 보는 견해,⁸⁾ 민법상 전형계약이 아닌 비전형계약으로 보는 견해⁹⁾ 등으로 나뉜다. 거래의 법적 성질이 중요한 이유는 법률행위의 내용이 확정되어야 이에 따라 어떤 법적 효과가 발생하는지가 명확해지며, 이러한 법적 효과를 법률이 보장하는지 여부와 그리고 어떠한 법률에 의해서 보장할 것인지가 결정되기 때문이다.¹⁰⁾ 거래의 법적인 성질을 밝혀야 계약 내용을 명확하게 해석할 수 있다.

최근 우리 법원은 완성형 소프트웨어의 이용약관 계약을 저작권법 제46조 이용허락으로 해석하는 추세이고,¹¹⁾ 실무적으로도 소프트웨어를 설치할 때 체결하는 약관계약을 저작물 이용허락계약으로 받아들이고 있어 이에 대해서는 합의점을 찾아가고 있는 과정이라고 생각된다. 다만 소프트웨어 라이선스 계약은 민법의 전형계약에 관한 내용을 그대로 적용하기는 어려우므로 사안에 따라 민법상 전형계약에 관한 규정을 유추 적용하는 것은 가능하다.

현대 사회에서 컴퓨터 없이 조직을 운영하고 사업을 영위하는 것은 거의 불가능하다. 컴퓨터에 설치하여 사용해야 하는 소프트웨어는 비즈니스 필수재가 된 지 오래다. 운영체제(OS)를 비롯하여 워드프로세스, 그래픽 프로그램

LLC v. Adobe Systems, Inc., 171 F.Supp.2d 1075(C.C. Cal 2001) 등 참조. 소프트웨어가 박스포장형으로 거래되고 영구적인 사용권이 제공되었던 시기에는 완성형 소프트웨어가 영구적으로 사용할 수 있는 매체로 제공되었으므로, 결과적으로 매매와 다르지 않았다. 하지만 최근에는 온라인 다운로드 링크를 통해 설치파일만 제공되거나 구독(Subscription) 모델로 제한된 기간 동안만 사용권이 주어지는 등 환경이 많이 변화하였다. 따라서 소프트웨어가 담긴 매체를 물건으로 보아 매매계약으로 판단하는 것은 무리가 있고, 소프트웨어는 그것을 이용하려면 반드시 '설치'라는 복제 행위가 전제되어야 하므로 권리자의 허락이 필요하다.

8) 오승종·이해완, 『저작권법』, 제4판, 박영사, 2005, 722-724면; 독일의 유체물설은 소프트웨어가 기한부로 교부된 경우 사용임대차계약으로 이해한다고 한다(김두안, “프로그램 사용에 대한 사용허락계약의 법리”, 『산업재산권』, 제9호(1998), 110면).

9) 소프트웨어 거래를 민법상 전형계약이 아닌 비전형계약으로 보는 견해는, 이를 저작권법상 이용허락계약으로 보는 것 외에도, 여러 계약이 혼합된 계약으로 보는 견해나, 지금까지 다루지 않은 신종 계약이라는 견해 등 다양하다.

10) 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 2003, 423면.

11) 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891 판결 — “오픈캡처 2심”에서는 소프트웨어 라이선스의 법적 성격을 ‘컴퓨터프로그램 사용허락계약’으로 보았고, 서울중앙지방법원 2006. 11. 1. 선고 2005노3002 판결 — “엘림넷-하이온넷” 사건에서도 오픈소스의 GPL을 일종의 이용허락계약으로 판단하였다.

램, 설계 프로그램 등 거의 전 분야에서 표준처럼 사용되고 있는 완성형 소프트웨어를 사용하지 않고는 업무가 불가능하다. 완성형 소프트웨어는 특정 업무를 지원하기 위한 비즈니스 용도로 개발되고 판매된다. 저작권자가 저작권 침해나 이용허락계약 위반의 문제를 제기하는 것도 거의 조직을 상대로 한다. 동일한 저작물을 다수의 소비자에게 제공해야 하므로 저작권자가 직접 수많은 사용자와 일대일 계약을 하는 것은 현실적으로 어렵다. 이에 소프트웨어 저작권자는 약관의 형태로 이용을 허락하는 방식을 채택하여 저작물을 제공한다.

완성형 소프트웨어를 사용하기 위해서 이용허락계약을 체결하는 소비자는 개인사용자와 기업사용자로 나뉜다.¹²⁾ 특이한 것은 기업사용자라고 하더라도 소프트웨어를 설치하고 사용하는 것은 종업원 개인이라는 것이다. 즉, 비용을 지불하고 제품을 구입하는 자는 소비자인 기업사용자인데 이들은 다수의 종업원을 관리하는 사용자(使用者)의 지위에 있고, 약관으로 제공되는 저작물 이용허락계약을 체결하는 자는 소프트웨어를 직접 설치하고 이용하는 최종사용자인 종업원이라는 이중적 구조를 갖는다. 하지만 이때의 종업원은 민법상 보조자로서 계약 체결의 실제 당사자는 조직이라고 보는 것이 타당하다. 즉, 소비자인 기업사용자에서의 최종사용자도 ‘개인’ 단위가 아니라 ‘조직’의 단위로 이해하여야 한다.

3. 일반저작물과 컴퓨터프로그램저작물 이용허락의 차이

일반저작물의 이용허락계약과 완성형 컴퓨터프로그램의 이용허락계약에는 몇 가지 중요한 차이점이 있다.

첫째, 컴퓨터프로그램의 저작권자는 저작물을 업(業)으로 이용하는 중간사업자뿐만 아니라 업으로 이용하지 않는 최종사용자와도 계약을 체결한다.

12) 단체 사용자에는 법인, 기관, 학교 등 다양한 조직이 있을 것이나 이 글에서는 조직 단위로 구매하여 임직원들이 업무용으로 소프트웨어를 사용하도록 계약하는 사용자를 기업사용자로 통칭한다.

일반저작물에서는 저작권자가 최종사용자와 직접 이용허락계약을 체결하는 일이 드물지만, 완성형 소프트웨어 저작권자는 스스로 창작(개발)과 업로드의 이용을 주된 사업으로 하고 유통에 직접 참여하며,¹³⁾ 소비자와 직접 이용허락계약을 체결한다. 저작권자가 개인이거나 소규모 소프트웨어 제작사인 경우 제품으로의 제작(CD 등)에 대하여 중간사업자와 이용허락계약을 체결하거나, 해외 저작권자가 타국의 사업자에게 유통·판매 권한을 주는 일명 총판계약을 통해 이용허락계약을 체결할 수도 있다. 그러나 이와 별개로 최종사용자용 라이선스라는 약관계약으로 소비자와도 이용허락계약을 체결한다. 이때의 소비자는 저작물을 최종적으로 향유하는 사용자이며 저작물을 업로드 이용하지 않는다.¹⁴⁾

둘째, 컴퓨터프로그램 저작권자는 모든 최종사용자와 계약한다. 일반저작물은 최종사용자가 저작물을 이용할 때 저작권법상 의미 있는 이용행위가 발생하지 않는 것이 대부분이다. 책을 읽는 것은 복제된 매체를 구입하여 행하는 것으로 최종사용자는 복제에 관여하지 않으며, 음악을 들을 때나 영화를 볼 때도 마찬가지다. 반면 소프트웨어는 컴퓨터에 설치해야만 사용할 수 있고 설치하는 컴퓨터프로그램의 복제를 의미한다. 저작권자는 설치 이전 혹은 설치 과정에서 이용허락계약 조건을 제시함으로써 소프트웨어를 이용하려는 모든 자와 계약을 체결할 수 있게 된다.

셋째, 완성형 소프트웨어 이용허락계약은 권리자와 이용자 간 일대多 관계인 비배타적 이용허락이며 약관계약의 방법을 채용한다. 일반저작물의 경우 중간사업자와 이용허락계약을 체결할 때는 어느 범위까지 저작물을 이용할 것인가를 협의하고 조정한다. 다수와 계약하더라도 일대일로 체결할 수 없을 정도는 아니다. 반면 완성형 소프트웨어는 저작권자가 동일한 저작물에 대하여 수많은 최종사용자와 계약해야 하므로 일대일 계약이 현실적으로

13) 소프트웨어 산업에서 유통에 관여하는 중간사업자는 복제물에 대한 거래를 중개하는 저작물 판매 대행일 뿐 저작물 이용허락을 받는 것은 아니다.

14) 조직에서 소프트웨어를 사용하는 것은 비즈니스에 이용된다는 측면에서 간접적인 영리성이 있다고 볼 수도 있다. 하지만 해당 저작물 자체를 업로드 이용하거나 이를 통해 직접적인 이익을 내는 것은 아니므로 중간사업자들과의 영리성은 구분되어야 한다.

어렵다. 이에 저작권자가 일방적으로 계약의 내용을 정하게 되고, 계약당사자는 이를 수정할 수 없으며 단지 계약에 동의할 것인지만 결정할 뿐이다.

넷째, 클릭을 통하여 계약이 체결되는 클릭랩(Clickwrap) 라이선스 방식을 채용하고 있다. 쉬링크랩(Shrinkwrap)¹⁵⁾에서 파생된 클릭랩 라이선스는 PC 화면에 이용허락에 관한 계약조건이 제시되고 이에 동의하는 버튼을 클릭하면 계약의 승낙이 이루어지는 방식을 말한다.¹⁶⁾ 클릭랩 라이선스는 글씨가 작아서 읽기도 쉽지 않은데다 조항도 많고 복잡하여 일반인의 수준으로 내용을 모두 파악하고 계약을 체결한다고 보기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 현재는 클릭랩 방식의 계약이 유효하다는 것이 다수설이고 판례에서도 인정하고 있다.¹⁷⁾ 소프트웨어 거래에서 클릭을 승낙의 행위로 보는 거래관행이 형성되었음을 인정하는 것이라고 생각된다.

다섯째, 저작물을 어떻게 이용할 것인가를 정하는 ‘허락’의 계약이라기보다 이용의 범위를 제한하고 ‘금지’하는 계약에 가깝다. 통상의 저작물 이용허락계약은 중간상인이 저작물을 가공하거나 유통하고자 할 때, 저작물을 그대로 혹은 변형하여 복제·배포·전송하는 것을 그 내용으로 한다. 즉, “저작물을 이리이러하게 사용할 수 있다”는 허락의 의미를 갖고 그 범위를 협의한다. 하지만 완성형 소프트웨어의 최종사용자는 저작물을 복제·배포·전송하는 것이 아니라 실행하고 사용하는 것이 목적이다. 변형하여 이용하는

15) 쉬링크랩 라이선스는 저장매체에 담겨 소프트웨어가 이전되었던 박스형 소프트웨어 포장틀을 뜯으면 계약이 체결된다고 보는 방식이었는데, 이를 계약의 성립으로 인정할 수 있는가에 대해 논의가 있으나 현재는 거의 채택되지 않는 방식이므로 현실적으로 논의의 실익은 없다. 이제 박스포장형 소프트웨어는 거의 유통되지 않는다.

16) Tsoi, Douglas T. *et al.*, “Click-Wrap Agreement: Background and Guidelines for Enforceability”, Mondaq, <<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/8938/ClickWrap+Agreement+Background+and+Guidelines+for+Enforceability>>, 작성일 2000.8.4.

17) 국내 사례로 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891 판결 — “오픈캡처 2심; 서울중앙지방법원 2006. 11. 1. 선고 2005노3002 판결 — “엘림넷-하이온넷”사건 등이 있고, 미국 사례로 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) 등이 있다.

것도 아니다. 그러므로 이때의 이용허락계약은 “저작물을 이러이러하게 사용하지 말라”는 금지에 초점을 둔다.

이는 오픈소스 소프트웨어 라이선스와의 가장 큰 차이점이기도 하다. 오픈소스 소프트웨어 라이선스도 약관계약의 형태지만 최종사용자의 성격이 완전히 다르다. 오픈소스 소프트웨어의 사용자가 영향을 받을 때는 텍스트 기반의 소스코드를 복제하거나, 2차적 저작물로서 새로운 창작자의 지위가 될 때이다. 즉, 오픈소스가 새로운 저작물 창작에 직접적으로 연결될 때이고, 약관 형태라고 하더라도 완성형 소프트웨어의 최종사용자 계약과는 차이가 있다.

III. 컴퓨터프로그램저작물 이용허락의 해석

1. 일반사용자를 대상으로 하는 이용약관

(1) 라이선서와 라이선시의 지위

컴퓨터프로그램저작물 이용허락계약은 일반저작물과 다른 관점에서 해석할 필요가 있다. 특히 계약의 내용이 명확하지 않을 때 어떤 입장에서 보아야 할 것인지가 그렇다. 일반저작물 이용허락계약의 내용이 명확하지 않을 때는 ‘저작자에게 유리하게(in dubio pro auctore)’ 해석한다. 그러나 소프트웨어는 저작자의 지위 및 계약의 유형 등 거래 환경이나 특성을 고려할 때 이와 반대로 상대적 약자인 ‘사용자에게 유리하게(in dubio pro consumatore)’ 해석하는 것이 합리적일 것으로 생각된다.¹⁸⁾

일반저작물 계약에서는 저작자가 상대적 약자이다. 창작자인 라이선서(저작권자)는 개인이지만 라이선시(중간사업자)는 투자자나 산업에 관여하는 사업자인 경우가 대부분이기 때문이다. 따라서 일반저작물에서는 계약의 내용이 명확하지 않을 때 저작자에게 유리하게 해석한다. 이는 저작자를 보호하

18) 김현숙, “기업사용자의 소프트웨어 이용과 라이선스 계약의 해석”, 고려대학교, 박사, 2015, 236면.

려는 저작권법의 목적에도 부합한다. 반면 완성형 소프트웨어에서 라이선서는 약자의 위치라고 보기 어렵다. 저작권자인 소프트웨어 회사는 업무상저작물인 컴퓨터프로그램의 저작자인 동시에 사업자이며, 소비자와 이용허락 계약도 직접 체결하는 등 비즈니스의 모든 과정에 관여한다.

이러한 이유로 계약에서의 상대적 약자는 사용자로 역전된다. 설계용 소프트웨어 저작권자가 건축설계업자로부터 라이선스를 회수하거나 거래를 거절하면 사용자는 사업을 유지하기 어렵다. 저작권자가 권리 침해로 이유로 경고장을 보내거나 추가 계약을 요구하면 사용자는 법적 소송에 휘말릴 것이 두려워 실제 침해 여부를 떠나 요구사항을 들어주는 사례도 빈번하다. 시장독점 소프트웨어 저작권자의 계약허용 여부는 산업계에 영향을 미치기도 한다. 따라서 계약의 내용이 명확하지 않다면 일반저작물과 반대로 저작권자가 아니라 사용자에게 유리하게 해석하는 것이 합리적일 수 있다. 이것이 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하는 저작권법의 취지에도 맞다.

(2) 약관 형태의 비배타적 이용허락

약관으로 제공되는 일대多 비배타적 이용허락이라는 것도 사용자에게 유리하게 해석해야 하는 이유가 된다. 컴퓨터프로그램저작물 이용허락계약은 약관으로서 그 구속력을 인정할 수 있다. 소프트웨어 이용약관은 저작권자가 일방적으로 정한 것이지만, 이에 동의하지 않으면 사용자는 소프트웨어를 사용할 수 없다. 더구나 마땅한 경쟁 제품이 없거나 사업에 필수적인 공공재의 성격을 갖는 소프트웨어는 약관의 내용이 어떠하든 설치할 수밖에 없다. 그러므로 소프트웨어 이용허락계약으로서 약관의 유효성을 판단하기 위해서는 약관법상 계약체결방식상의 문제점, 계약성립의 문제, 계약 내용상의 문제 등을 나누어 생각해야 한다.

약관의 규제에 관한 법률(이하 “약관법”이라 함)의 목적은 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관을 작성하여 거래에 사용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확

립하고, 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것이다(제1조). 약관법 제6조에 의해 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이므로, 고객에게 부당하게 불리한 조항, 고객이 거래 형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항, 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항 등은 무효가 된다.

문제는 일반 사용자가 이를 판단하기 어렵다는 것이다. 약관법에서 요구하는 설명의무가 소프트웨어 이용약관계약에서는 면제된다고 하더라도,¹⁹⁾ 이용허락의 양태가 일반적이지 않고 특수하거나 이전 버전과 현저하게 달라진 계약 조건이 포함되면 각 조항에 대한 효력의 인정 여부는 엄격해야 한다. 저작권자의 소극적인 자세로 사용자가 중대한 약관 내용을 인지하지 못하고 법적 위험에 노출되면 곧바로 비즈니스의 위험으로 작용한다. 권리가 저작권침해를 주장하면 사용자는 협상을 통해 문제를 해결하거나, 침해 여부에 대해 법원의 판단 전까지 비즈니스의 위험요소로 안고 갈 수밖에 없다. 범용적인 소프트웨어에 대해서는 많은 기업들이 영향을 받을 수밖에 없고, 소송에 주저하는 우리 문화의 특성상 판례가 생길 때까지 불확실성을 안고 사업을 운영하게 된다.

약관 내용을 링크로 제공하는 브라우즈랩(browsewrap) 라이선스도 계약의 효력에 대해 논의가 필요하다. 최근 소프트웨어 이용약관의 내용이 구체화되고 제품의 버전이나 배포 시점에 따라 조항이 수시로 변화하면서 “자세한 것은 링크를 참조하라”는 식으로 제공되는 경우가 늘고 있다. 하지만 브라우즈랩은 사용자가 계약의 내용을 보기 위해 클릭하여 페이지를 열어보는 번거로운 과정을 거쳐야 하고, 저작권자가 고지 없이 내용을 변경하면 소급 적용될 우려가 높다. 사용자가 별도 저장해 두지 않으면 체결 시점의 약관 내용을 알 수 없다. 그렇다고 브라우즈랩의 효력 자체를 인정하지 않는 것은 문제가 된다. 사용자가 계약 없이 소프트웨어를 사용한 것이 되기 때문이다. 경우에 따라 계약성립의 효력 자체는 인정할 필요가 있으나, 조항의 유효성

19) 약관법 제3조 제3항 단서조항에 의거하여 ‘계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우’에 해당할 수 있다.

은 엄격한 기준을 제시해야 한다.²⁰⁾

소프트웨어 분야는 저작권자가 새로운 기술의 등장에 민감하고 사용자보다 정보의 취득이 용이하다. 저작권자는 2~3년 주기로 새 버전을 발표하고 새로운 계약 조건을 추가하거나 수정할 기회가 있는 반면, 사용자는 라이선스 계약의 형성 과정에 참여할 수 없고 수정을 요구하지도 못한다는 것이 고려되어야 한다.

2. 프로그램저작물의 이용 방법 및 조건

소비자를 대상으로 하는 이용허락계약이 저작권법상 이용허락에 해당하지 않는다고 보면 소프트웨어 라이선스는 단지 소프트웨어를 사용하는 방법에 대한 약정일 뿐 저작물 이용허락이 아닌 것이 된다. 소프트웨어 라이선스는 저작권법상 이용허락계약으로 보아야 한다. 따라서 이를 위반하면 제46조 이용허락 위반이 되고, 저작권법이 정한 형사상 제재와 민사상 구제인 손해액 추정, 입증책임 완화, 법정손해배상 등이 가능하다. 다만 소프트웨어 최종사용자용 라이선스가 저작물 이용허락계약에 해당한다고 하더라도, 모든 조항이 저작권 침해와 연결되는 것은 아니다. 비용에 관한 사항이나 저작권과 관계없는 일반조항도 있을 것이기 때문이다. 또한 이용약관은 저작권자가 일방적으로 정한 것이므로, 민법상 계약의 효력을 인정할 수 없거나 일방에게 불리한 조항 등 약관법에 의해 효력을 인정할 수 없다면 무효이다.

그러므로 제46조 제2항이 말하는 ‘이용 방법 및 조건’이 무엇인지 구체화할 필요가 있다. 이를 위해서는 저작권을 어디까지 세분화할 수 있는 것인지가 정해져야 한다. 예컨대 국가를 구분하는 이용허락이 유효하다면 국가 내 지역의 구분도 유효한지를 생각할 수 있다.²¹⁾ 소프트웨어에서는 사무용과

20) 표시를 달리하는 최소한의 설명의무를 채택하거나 적극적 동의 방식을 채택하도록 기준을 제시할 수도 있을 것이나, 이러한 사항들은 국내 기업에 대한 역차별이 될 수 있다는 점에 유의해야 한다. 완성형 소프트웨어는 해외 제품이 더 많고, 이들이 국내법을 따를 것이라고 기대하기도 어렵다.

21) 통상적으로 지역을 구분하여 지분권을 행사하는 것은 저작권의 배타적 권리가 미치는

가정용을 구분하는 것이 유효하다면, 특정 부서만을 정하여 이용허락을 하는 것이 이용 방법 및 조건으로 유효한 범위인지도 검토할 수 있을 것이다. 이 외에도 일반 사무환경과 가상화된 사무환경을 구분하여 제한할 수 있는지, CPU의 개수 등 하드웨어의 일부 요소를 분리하여 권리부여를 할 수 있는지도 따져볼 수 있다. 이러한 범위는 시간의 흐름에 따라 유효성 판단이 달라진다. 특히 소프트웨어는 IT 기술 발전과 결합하여 빠른 속도로 예측하기 어려운 환경을 만들어 내고 있다는 점에서 시대의 반영이 필요하다. 하지만 이용허락의 조건과 방법을 권리자가 정할 수 있다고 하여 모든 사용 범위에 대해서 ‘이용 방법 및 조건’이라는 명분으로 이용허락을 할 수 있다면 어느 순간에는 관련 산업의 향상발전에 이바지하고자 하는 저작권법의 목적을 벗어나게 될 것이므로 신중한 접근이 필요하다.

결국 거래 현실에서 일반 사용자들이 통상적으로 인지할 수 있는 수준의 세분화에 해당한다면 저작권법상 의미 있는 이용허락이 될 것이고, 일반적인 거래 형태로서 형성되어 있지 않은 수준의 이용 방법 및 조건은 계약으로서의 효과는 별론으로 이를 위반한다고 하여 저작권 침해로 보기는 어렵다. 이는 프로그램저작물 이용허락이 약관계약으로 체결됨을 고려할 때 더욱 엄격하게 판단해야 한다. 법률은 사회적·경제적 구조의 변화를 수용하여야 하므로, 저작물 이용 환경이나 인식이 변화하는 시기에 따라 ‘이용 방법 및 조건’의 구체적인 해석은 달라질 수밖에 없을 것이다.

IV. 제46조 개정 제안

1. 저작권재산권의 이용허락

소프트웨어 라이선스 계약은 ‘저작물 이용허락계약’에 해당한다. 이에 소

범위가 아니라고 본다.

소프트웨어 사용 행위와 연결되는 모든 계약 조건에 대하여 각 조항 위반이 저작권 침해인가에 대해 논란이 이어지고 있다.²²⁾ 이는 ‘이용 방법 및 조건’의 해석이 쉽지 않음을 나타내는 것이지만, ‘저작물의 이용’이라는 용어에서 오는 혼란도 있는 것으로 생각된다. 이용허락이 저작권을 구성하는 지분권의 내용을 형성하는 행위에 제한되는 것임에도 불구하고, ‘저작물의 이용허락’이라는 용어로 인하여 지분권에 해당하지 않더라도 저작물의 이용과 연결된 것이면 제한할 수 있는 것으로 보일 수 있다. 즉, 지분권에 해당하는 ‘저작권’의 이용허락이 아니라 ‘저작물’의 이용허락이기 때문에 저작물의 이용에 관한 제약을 어느 범위까지 제한할 수 있는 것인지의 해석으로 생각되어 더 모호하게 느껴지는 것이다.

이러한 이유로 제46조는 저작물이 아니라 ‘저작재산권의 이용허락’이 더 적합한 표현이라고 생각된다. 법률에 이용허락의 대상은 저작물이라고 규정되어 있다고 하더라도 결국 저작권자가 갖는 저작재산권에 한정되는 것이다. 제46조 ‘저작물의 이용허락’은 저작권의 이용을 허락하는 것이기도 하다. 저작권법은 저작물에 대한 권리인 저작권을 보호하는 것이므로, ‘저작재산권의 이용허락’으로 규정되면 저작물을 이용하는 행위가 무엇인지에 대해 구분할 필요 없이 저작권법에서 규정하는 배타적인 권리에 대한 이용임이 명확해진다는 이점도 있을 것이다.

2. 최종사용자 대상의 이용허락

컴퓨터프로그램저작물의 관점에서 이용허락계약은 흔히 소비자나 최종사용자와 약관의 형태로 체결된다. 제46조가 최종사용자 계약을 포함하는지는 명시된 바 없으나 이를 배제하는 것 역시 근거가 없다. 소비자를 대상으로

22) 예를 들면, 2012년 국방부와 마이크로소프트 간 접속 라이선스 위반이 저작권 침해인가에 대한 논란, 최근 폰트 저작권자들이 기업 및 기관에 이용허락 조건 위반이 저작권 침해임을 주장하며 발송하는 경고장 발송 문제, 최근 SAP과 Oracle 등의 소프트웨어에서 저작권자와 사용기업 사이에 발생하는 라이선스 계약 해석의 문제들이 모두 이에 관한 것이다.

하는 계약도 저작물 이용허락계약으로 보아야 할 것으로 생각된다. 하지만 최종사용자와의 계약이 저작물을 ‘소비’하는 것에 그치는 콘텐츠 이용계약임을 고려할 때, 이를 제46조로 모두 포섭해야 하는 것인지는 논의가 필요하다. 저작물의 이용과 유통에서 디지털 환경이 점점 더 큰 시장을 형성하고 있고 저작권자와 소비자가 직접적으로 대면하는 기회가 기하급수적으로 증가하고 있다는 것을 고려하면, 저작권자-중간사업자-최종사용자 혹은 소비자 간의 관계 재검토는 의미가 있다.

이에 제46조에 단서를 추가하여, “상업적 목적으로 공표된 저작물이 다수의 이용자에게 유사한 조건으로 거래에 제공된 경우 「약관의 규제에 관한 법률」을 준용하며, 이용 방법 및 조건의 범위는 통상적인 거래관행으로 인정되는 것이어야 한다”는 선언적 규정을 추가할 것을 제안한다.

컴퓨터프로그램의 주 소비자층은 기업·기관 등 비즈니스에 관련된 사업자이다. 그럼에도 불구하고 필수재인 소프트웨어에 대하여 저작권자가 일방적으로 정해 놓은 약관에 따라 저작물을 이용할 것인지 말 것인지 여부만을 결정할 수 있다는 것은 계약의 불명확성으로 인해 조직을 비즈니스 리스크 상태에 놓이게 하는 것과 같다.

약관조항의 해석이 상충할 때 사용자는 저작자가 정한 조건과 방법을 무조건 따라야 하는지 의문이 있을 수밖에 없다. 소프트웨어 라이선스에는 저작권과 직접적인 관련이 없는 조항도 포함되어 있고 약관으로서 효력을 인정할 수 없는 조항도 있다. 최근 사회적인 문제가 되고 있는 감사(Audit) 조항도 저작권과는 관련이 없는 이용 방법 및 조건이다. 이를 위반한다고 저작권 침해가 되는 것은 아니며 채무불이행 책임만을 물으면 된다. 상대적 약자의 위치에 놓이는 최종사용자의 입장에서는 권리자가 계약위반과 저작권 침해를 주장하면 저작권 침해가 아니라고 예측되더라도 비즈니스 리스크를 감수하며 소송까지 이어 가기 어려울 뿐만 아니라, 효력이 없는 조항이라고 의심이 되어도 이를 따라야 한다는 부담을 갖게 된다. 즉, 저작권자와 합의를 통해 비즈니스 리스크를 줄이는 것이 더 효율적이라고 생각할 수 있다. 일부 저작권자는 이러한 점을 악용하여 경고장을 남용한다. 반대로 백업용 사본

을 제작하기 위한 복제를 금지하는 것은 저작권법의 강행규정에 반하는 것으로서 무효이고, 준거법과 관할법원을 국외로 명시하고 있는 조항도 약관법에 의해 무효가 될 것이다. 이처럼 컴퓨터프로그램 이용약관계약은 저작권자와 이용권자의 해석 차이가 발생하는 경우에 따져 보아야 하는 경우의 수가 많다.

이용허락이 일반소비자에게 약관으로 제공되면 약관법이 준용된다는 기본 전제를 명시하는 것은 일반인도 이용허락의 성격을 보다 쉽게 이해할 수 있도록 하고, 법을 명확히 하는 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모한다는 저작권법의 목적에도 부합한다.

3. 최종사용자 대상 이용허락의 양도

기업이 인수·합병·분할 과정을 거칠 때는 자산으로 관리하는 소프트웨어도 다른 영업용 재산과 함께 양도된다. 소프트웨어가 박스포장형이면 유체물이 양도되고 라이선스 형태로 계약된 것이라면 이용허락의 조건 그대로 이용권이 양도될 것이다. 소프트웨어 라이선스 양도는 기업이나 기관 등 최종사용자가 인수·합병·분할·폐업 등의 사유로 저작권자의 허락에 의하여 라이선스를 다른 사용자에게 이전시키는 것을 말한다. 이때의 라이선스는 저작물 이용허락계약에 해당하고, 이는 저작권자와의 관계에서 자신의 저작물 이용행위를 정당화하는 채권의 성질을 갖는다. 이용권은 채권의 성질을 가지므로 채권의 양도성에 의해 원칙적으로 양도할 수 있다(민법 제449조). 민법상 채권은 기본적으로 양도가 되는 것이 주이고, 채권의 성질이 양도를 허용하지 않는 경우 또는 당사자가 반대의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 하지만 저작권법 제46조 제3항은 민법상 채권양도와 다른 취지로 규정되어, 저작재산권자의 동의 없이 양도할 수 없고 양도를 허용하는 약정을 별도로 하지 않은 한 저작권자의 허락이 선행되어야 한다.

이에 제46조 제3항에서 권리자가 양도를 부당하게 거부할 수 없도록 할 필요가 있다. 양도는 채관매와 밀접한 관계가 있고 소프트웨어 중고매매와

도 연결될 수 있는바, 저작권자의 이익과 직결될 수 있어 선불리 허용 여부를 논하기 어렵다. 소프트웨어의 라이선스의 양도에 관한 연구도 거의 없는 것으로 보인다. 하지만 최근 소프트웨어 정품 이용률이 상승하고,²³⁾ 고가의 완성형 소프트웨어가 늘고 기업의 인수합병 및 통폐합의 진행이 빈번해지면서 소프트웨어 라이선스의 양도 가능 여부가 수면 위로 떠오른 상태이다.

일부에서는 컴퓨터프로그램이 디지털을 기반으로 하고 있고 설치 과정에서 이용허락계약을 체결하기 때문에 저작권자의 허락이 없이는 양도가 원칙적으로 불가능하다고 본다.²⁴⁾ 다른 한편에서는 라이선스계약으로 체결된 이용권은 권리자 허락 없이 양도할 수 없다는 것을 별론으로, 판매된 소프트웨어는 제20조(배포권) 단서에 의해 권리가 소진되었으므로 재판매까지도 허용된다고 본다.²⁵⁾ 소프트웨어 ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공’된 것인 이상 권리가 소진되었으므로 양도를 금지하는 이용허락계약 조항은 효력이 없다는 것이다. 이러한 견해 차이는 동일한 소프트웨어에 대하여 박스포장형으로 판매될 때와 라이선스 계약으로 판매될 때를 다르게 해석해야 하는지에 대한 논란으로도 이어진다. 결국 소프트웨어 거래 계약의 성격을 무엇으로 보느냐에 따라 해석은 달라질 것이다. 최근 저작권자들이 박스포장형으로 소프트웨어를 판매하는 비율을 크게 줄였고, 실무적으로 기업사용자는 박스포장형 소프트웨어를 거의 구매하지 않는다. 그러므로 라이선스 양도 문제는 제46조에 해당하는 이용권의 양도로 귀결된다.

이는 컴퓨터프로그램저작물의 문제에 그치지 않는다. 많은 저작물이 디지털로 전환되고, 애초에 디지털 형태로만 배포되는 경우도 늘고 있다. 서적이

23) 2016년 시장조사기관 IDC가 발표한 자료에 의하면, 한국의 SW불법복제율은 35%로 2005년 46%에 비하면 10년간 11% 포인트 감소하였고, 1995년 76%에 비하면 20년 전보다 41% 포인트나 감소하였다(BSA, “Seizing Opportunity Through license Compliance”, 2016, BSA, pp.6-8).

24) 이해완, 『저작권법』, 제3판, 박영사, 2015, 509면에서는 컴퓨터프로그램저작물은 권리 소진이 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 한다. 권리가 소진되지 않는 이상 허락 없이 양도할 수는 없다; 미국의 Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102(9th Cir, 2010) 판결에서도 권리소진을 부정하였다.

25) 박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014, 349-350면; 정상조(편), 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 420면 이하.

나 음반 등은 권리소진에 의하여 재판매와 양도가 허용되나, 온라인에서 디지털 파일로 거래되면 컴퓨터프로그램처럼 이용약관 방식의 채용으로 이러한 제한을 무력화할 수 있게 된다. 현행 저작권법으로는 디지털 권리소진이 인정되지 않는다.²⁶⁾ 디지털콘텐츠는 물건으로 볼 수 없고 점유가 완전히 이전되지도 않는 등 디지털 파일의 특성 때문이다. 이북콘텐츠나 음원 등 온라인으로 제공되는 저작물 거래도 컴퓨터에서 이용하기 위해서는 ‘복제’가 되어야 하고, 이러한 디지털콘텐츠도 소프트웨어처럼 약관을 통하여 제공하면 이용허락계약으로 보아 양도, 재판매 등 모두 금지할 수 있는 것인가로 이어지게 될 것이다.

소프트웨어는 기업에게 자산의 의미를 갖는다. 비용도 일반 디지털콘텐츠에 비할 바가 아니다. 조직의 자산 규모에서 소프트웨어의 비중은 이미 하드웨어의 비중을 넘고 있으며, 소프트웨어 구입비용이 하드웨어 구입비용을 뛰어넘은 지 오래이다. 따라서 저작권자의 동의 없이는 어떠한 경우도 이용허락을 양도할 수 없도록 되어 있는 조항은 소프트웨어를 이용하는 사용자의 입장에서는 불공정하다. 물론 소프트웨어의 재판매는 저작자의 이익을 해치는 것에 직결될 수 있으므로 허용하지 않는 것이 합당하고, 폐업의 경우까지 양도를 허용하면 이는 재판매로 이어질 것이므로 이에 관한 조항은 업계에 미치는 영향을 고려하여 신중을 기해야 한다. 하지만 소프트웨어를 사용하는 조직이 인수·합병·분할됨으로 인하여 이용허락계약의 당사자가 바뀌게 되는 경우는 자산양도 차원에서 허용되어야 한다. 이는 공정한 이용을 도모하는 것임은 물론 사용자 기업의 비즈니스 리스크를 관리하는 것에도 필요하다.

26) 안효질, “저작물의 디지털거래와 권리소진원칙”, 『산업재산권』, 제15호(2004), 81면; 서달주, 『저작권법』, 제2판, 박문각, 2009, 229-340면; 박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014, 353면; 허희성, 『신저작권법 축조개설(상)』, 명문프릭컴, 2007, 187면.

V. 결 론

법이 최소한의 명확성과 안정성을 확보하는 것은 저작권자와 사용자 모두를 위하여 필요하다. 법률관계인뿐 아니라 일반인을 위해서도 법률조항을 명확하게 하는 것은 저작물의 공정한 이용을 도모한다는 저작권법의 목적에도 부합한다. 또한 우리나라는 판례가 많이 생성되지 못하고 있으므로, 다양한 해석가능성으로 인해 법적 안정성이 훼손될 우려가 있다면 법률을 구체화하는 것도 필요하다.

저작권 계약은 저작권법의 목적에 맞도록 합리적으로 해석해야 한다. 완성형 소프트웨어 라이선스는 소비자인 최종사용자가 라이선사이고, 계약의 형태로 약관을 따르며, 사용자의 지위가 상대적으로 약자의 위치에 놓이는 저작물이용허락계약이다. 하지만 현대 사회에서 이러한 소프트웨어 계약을 체결하지 않고는 비즈니스 자체가 불가능하며, 소프트웨어의 영향력이 크게 발생한다는 점을 고려할 때 이용허락계약으로 인해 사회에 불안정성이 커지고 있다면 이는 정비의 필요가 있다. 점점 더 많은 저작물이 디지털화되고 있다는 점을 감안할 때, 이는 비단 소프트웨어뿐 아니라 다른 저작물로도 확산될 가능성이 크다.

소프트웨어 라이선스는 컴퓨터프로그램저작물 그 자체에 대한 저작권은 양도하지 않으면서 컴퓨터프로그램저작물을 이용할 수 있도록 권한을 주는 것이다. 그리고 컴퓨터프로그램저작물 이용약관은 저작권법 제46조의 이용허락에 해당한다고 보아야 한다. 저작권자 입장에서는 이용자의 행위가 라이선스로 정한 범위를 벗어난 경우 이것이 계약위반에만 해당되는지 저작권 침해까지 이르는 것인지에 따라 요구할 수 있는 구제수단이 달라진다. 사용자의 입장에서도 시장지배력이 높은 소프트웨어의 라이선스 조항이 명확하지 않거나 공정하지 않으면 계약으로 인한 위험을 감수하면서 비즈니스를 할 수밖에 없다. 따라서 양측 모두 이를 명확하게 하는 것이 중요하다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 2003.
 박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014.
 서달주, 『저작권법』, 제2판, 박문각, 2009.
 오승종 · 이해완, 『저작권법』, 제4판, 박영사, 2005.
 이해완, 『저작권법』, 제3판, 박영사, 2015.
 정상조(편), 『저작권법 주해』, 박영사, 2007.
 월비스 콘텐츠연구소, 『소프트웨어자산관리사 2』, 월비스, 2016.
 허희성, 『신저작권법 축조개설(상)』, 명문프리컴, 2007.
 허희성, 『저작물에 대한 사용권 및 접근권의 문제에 관한 연구』, 문화관광부, 2003.

〈단행본(서양)〉

- Stamatoudi, Irini A. & Torremans, Paul, *EU Copyright Law: a Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2014.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 김두안, “프로그램사용에 대한 사용허락계약의 법리”, 『산업재산권』, 제9호(1998).
 안효질, “저작물의 디지털거래와 권리소진원칙”, 『산업재산권』, 제15호(2004).
 황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 『인터넷법률』, 제3호(2000).

〈학위논문(국내 및 동양)〉

- 김현숙, “기업사용자의 소프트웨어 이용과 라이선스 계약의 해석”, 고려대학교, 박사, 2015.

〈판례〉

- 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결.
 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891 판결.
 서울중앙지방법원 2006. 11. 1. 선고 2005노3002 판결.

〈인터넷 자료〉

- Tsoi, Douglas T. et al., “Click-Wrap Agreement: Background and Guidelines for En

forceability”, Mondaq, 〈<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/8938/ClickWrap+Agreement+Background+and+Guidelines+for+Enforceability>〉, 작성일 2000. 8.4.

〈연구 보고서〉

BSA, “Seizing Opportunity Through license Compliance”, BSA, 2016.

A Study on Improving the Provision of Authorization to Exploit Works —Focused on Computer Program Works—

Kim Hyunsook

Software license is the agreement of authorization to exploit works where a end-user as consumer is a licensee following terms and conditions in the type of a contract, and user has a relatively disadvantageous position. A copyright holder of a packaged software is able to set forth ‘a manner and within the limit of such conditions’ as a holder of author’s property right in accordance with Article 46 of Copyright Act. However, it is not clarified and is provided in the type of terms and conditions. Therefore, whether each provision has effectiveness is an issue. In the circumstance, regarding the license violation for the scope of copyright infringement and contract violation is always controversial. Software is a necessity for business by all organizations. For the reason, if the problem with the misinterpretation of a license arises and instability of organization gets bigger, it is required to minimize uncertainty of the provision for legal and industrial stability. Therefore, the proposal of this study is to improve the provision of Article 46 of Copyright Act and to clarify its interpretation when a copyright holder concludes a authorization to exploit works with a end-user as consumer in the type of terms and conditions.

Keyword

Authorization to Exploit Works, Copyright Contract, Software License, License Agreement, End-User License