

美國 契約法하에서 소위 “쉬링크랩라이센스” 契約에 관한 一考察

許海寬*

-
- I. 序
 - II. 쉬링크랩라이센스의 意義와 技能
 - III. 美國 判例法에서의 쉬링크랩라이센스의 取扱
 - IV. 美國 統一컴퓨터情報去來法 하에서 쉬링크랩라이센스의 取扱
 - V. 結
-

I. 序

개인용 컴퓨터의 사용이 일반화됨에 따라 이에 수반하는 汎用컴퓨터소프트웨어¹⁾가 일반소매시장에서 널리 거래되고 있는데, 이 때 사용자는 대개 소프트웨어²⁾ 상점에서 이를 매매의 형식으로 구입한다. 그러나, 동 소프트웨어의 사용을 위해서는 사용자는 동 소프트웨어의 출판인(publisher)으로부터 라이선스를 득하여야 하고, 이를 위해 출판인과 사용자 사이에는 라이선스계약이 체결된다. 이러한 라이선스계약을 체결함에 있어 소위 “쉬링크랩”(shrink-warp) 방식이 널리 사용되어 오고 있는데, 이러한 방식에 의한 라이선스계약(쉬링크랩라이센스 혹은 쉬링크랩라이센스계약)이 미국 계약법하에서 강제력을 가지는지 여부가 문제되어 왔다. 미국에서 이러한 강제력의 문제는 라이선스계약이 유효한가 무효한가의 형태가 아니라 라이선스 계약이 과연 성립하였는가 혹은

* 성균관대학교 경영학부 시간강사

1) 이는 注文形컴퓨터소프트웨어에 대응하는 용어이다.

2) 본 글에서는 필요에 따라 컴퓨터소프트웨어의 표현을 약하여 소프트웨어라고 표현하기도 하였다.

라이선스계약조건이 계약의 일부로 되었는가의 형태로 제기되어 왔다. 이에 대해 미국 판례법은 처음에는 이를 부정하여 오다가 1990년대 후반에 들어 정보산업의 급속한 팽창과 이에 따른 현실적인 요구에 부응하여 그 법적 효력을 인정하기 시작하였다. 나아가 통일컴퓨터정보거래법에 의해 이 문제가 입법적으로 해결되고 있다.

본 글은 미국 계약법 하에서 쉬링크랩라이센스가 어떻게 다루어지고 있는지를 살펴보고자 하는 데 있다. 이에 먼저 쉬링크랩라이센스가 최종사용자에게 어떠한 방법으로 제공되고 있는지 나아가 쉬링크랩라이센스가 어떠한 기능을 하는지를 살펴 본 후, 쉬링크랩라이센스의 법적 효력을 다룬 대표적인 판결을 통해 미국 판례법의 태도를 정리하여 본다. 그리고, 마지막으로, 일반시장거래, 동의의 표시, 검토할 기회, 반환권 등을 다루고 있는 통일컴퓨터정보거래법의 관련 규정의 고찰을 통해 쉬링크랩라이센스의 효력문제가 입법적으로 해결되고 있음을 살펴본다.

II. 쉬링크랩라이센스의 意義와 技能

1. 쉬링크랩라이센스의 意義

범용소프트웨어의 경우, 라이선스계약은 후술하는 방법으로 체결되는데, 이를 소위 “쉬링크랩라이센스”(shrink-wrap license)라 한다. 쉬링크랩라이센스에서 “라이선스”(license)는 “라이선스계약”을 뜻하는 것으로 결국 “쉬링크랩라이센스”는 계약체결의 방법을 기준으로 나뉜 라이선스계약의 한 종류이다.

일반시장을 통한 범용소프트웨어의 大量配布가 가능하기 위해서는 그 사용에 필요한 라이선스계약을 체결함에 있어 경제적 이유에서 사실상 개별협상이 매우 어렵고 이에 라이선스계약서는 간략화·표준화되지 않을 수 없었고,³⁾ 또한 사용자가 소프트웨어의 사용조건(라이선스계약조건)에 주의를 기울일 수

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

있도록 하는 방식으로 제공되어야 했던 바,⁴⁾ 그 결과 대표적인 것으로 “쉬링크랩”방식이 등장하였다.

쉬링크랩방식에서 라이선스는 소프트웨어의 포장용기(예를 들어, 봉투 혹은 플라스틱케이스)의 외부에, 혹은 포장에 동봉된 카드상에, 혹은 사용자매뉴얼의 일부로 인쇄되어 제공된다.⁵⁾ 이 경우, 사용자는 포장용기의 외부나 동 라이선스상에 지정된 특정한 행위(예를 들어, 포장용기를 감싼 플라스틱봉투를 찢거나 디스켓을 담은 용기의 밀봉(seal)을 뜯는 행위, 혹은 수신인의 주소가 인쇄되어 있고 또한 발송시 별도의 우표를 붙이지 않아도 되는 동봉된 카드를 소프트웨어출판인에게 발송하는 행위, 혹은 소프트웨어를 인스톨하거나 사용하는 행위)를 함으로써 계약조건에 “동의”하도록 요구받는다.⁶⁾ 이 때 물론 사용자는 동 소프트웨어를 자신의 비용부담 없이 반환함으로써 계약체결을 거절할 수 있다.⁷⁾ 컴퓨터운영체제 소프트웨어의 경우에는 이것이 컴퓨터하드디스크에 사전에 既로딩되어 컴퓨터하드웨어의 일부로 거래에 제공되는데, 이 때 라이선스계약에 대한 사용자의 동의를 얻는 방법으로, 컴퓨터의 전원스위치(on/off switch) 근처에 통지문(사용자는 스위치를 “on” 상태로 함으로써 스위치 옆에 부착된 스티커나 혹은 동봉된 카드 혹은 사용자매뉴얼에 인쇄되어 있는 라이선스계약조건에 동의하는 것이 된다는 취지)을 부착해 두기도 하고, 혹은 컴퓨터전원코드에 통지문(사용자가 전원코드를 꼽고 컴퓨터를 부팅시킴으로써 동봉된 라이선스계약조건에 동의하게 된다는 취지)을 부착시켜 두기도 한다.⁸⁾ 더 나아가, 인쇄물을 사용함이 없이, 사용자가 소프트웨어를 최초 작동하는 때에 컴퓨터화면에 라이선스계약조건이 출력되도록 하는 방법도 사용된다. 이 경우 사용자는 컴퓨터화면상의 특정한 키를 누르거나 컴퓨터화면에 나타난 “yes” 버튼을 클릭하거나 혹은 기타 명시된 특정한 행위를 함으로써 라

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

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

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

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

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

이센스계약조건에 동의하는 것으로 된다.⁹⁾ 그리고 이러한 동의가 있어야만 사용자는 소프트웨어를 인스톨할 수 있다.

2. 쉬링크랩라이센스의 技能

쉬링크랩라이센스는 다음과 같은 기능을 한다. 이러한 기능을 통해 쉬링크랩라이센스는 소프트웨어출판인과 최종사용자 모두에게 이익을 준다.

첫째, 쉬링크랩라이센스는 소프트웨어거래의 效率性을 높인다. 많은 범용소프트웨어는 일반소매시장을 통해 대량으로 배포되기 때문에 사용자와의 개별적 접촉·협상을 통해 라이선스계약을 체결하기가 현실적으로 여의치 않고 따라서 표준양식의 쉬링크랩라이센스가 효과적인 방법이 된다.

둘째, 쉬링크랩라이센스를 통해 소프트웨어출판인은 規模의 經濟의 이익을 누릴 수 있게 된다.¹⁰⁾ 예를 들어, 신작 소프트웨어를 개발, 출판하는데 100,000,000달러의 비용이 소요된다고 할 때, 1,000,000명의 최종사용자가 동 프로그램을 구입하는 경우, 동 출판인은 소프트웨어당 100달러만을 받고서도 그의 개발·출판비용을 회복할 수 있다. 즉 사용자가 증가할수록 소프트웨어의 시장가격은 상대적으로 저렴하여질 수 있는 것이다. 그럼에도 이것이 실제로 가능하기 위해서는 개개의 거래비용(본 글의 목적상 특히 라이선스계약체결비용)이 그에 맞게 감소되어야 한다.¹¹⁾ 표준양식의 쉬링크랩라이센스는 개별적인 접촉·협상을 통해 라이선스계약을 체결하는 데 소요되는 비용을 대폭 제거함으로써 거래비용을 감소시켜 규모의 경제를 가능케 한다. 또한 그 결과 사용자는 상대적으로 저렴한 가격으로 양질의 소프트웨어를 사용할 수 있게 된다.

셋째, 쉬링크랩라이센스는 소프트웨어출판인이 최종사용자에게 知的 情報를 제공하는 기능을 한다. 범용소프트웨어의 대부분의 구매자들은 저작권법 하에서 그들이 가지는 권리나 最初販賣의 法則(doctrine of first sale), 公正使用의 法理(doctrine of fair use)에 대해 잘 알지 못한다. 일반 사용자들로서는 소프

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

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

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

트웨어출판인이 제공하는 사용자의 권리를 설명하는 문서가 없이는 저작권법 하에서 동 사용자가 가지는 제 권리를 이용하고 행사함에 필요한 지식을 잘 알지 못한다. 더 나아가, 쉬링크랩라이선스는 소프트웨어의 해적행위(piracy)를 억지하는 역할도 한다.¹²⁾ 소프트웨어산업계에서 일반대중을 상대로 조직적으로 소프트웨어(컴퓨터프로그램)를 다른 컴퓨터로 복제하는 것이 동 프로그램을 절도하는 것과 같은 행위라고 계도하고 있지만, 여전히 많은 일반대중은 복제의 용이함과 복제할 권리를 혼동하고 있다.¹³⁾ 이에 소프트웨어라이선스는 더 이상의 복제본을 만드는 행위가 불법임(보관을 위한 복제의 경우는 예외이다)을 알리고 이 점에 관한 한 소프트웨어출판인은 서면의 통지를 할 만큼 충분히 심각하다는 것을 알리는 기능(정보제공기능)을 한다.

넷째, 쉬링크랩라이선스는 경우에 따라서는 종종 사용자가 소프트웨어를 단순히 구매하였을 경우에 가지게 되는 권리보다 더 많은 권리를 부여한다. 예를 들어, 소프트웨어출판인은 최종사용자가 라이선스 받은 컴퓨터프로그램을 그의 컴퓨터상에 또 하나의 복제본(copy)을 만들어 사용할 수 있도록 한다.¹⁴⁾ 많은 일반 워드프로세싱소프트웨어는 서체를 복제하여 배포할 수 있도록 허용하며, 동 소프트웨어의 일부로 제공된 클립아트나 이미지를 복제하고 나아가 이를 사용하여 2차적 저작물을 만들 수 있도록 허용한다.¹⁵⁾

다섯째, 쉬링크랩라이선스는 다양한 지적재산권의 보호를 받는 소프트웨어의 라이선스를 가능케 한다. 책과 같은 전통적인 저작물은 상대적으로 그 사용이 특정적이고 제한적인데 비해 컴퓨터소프트웨어는 다양한 용도로 사용되는 바,¹⁶⁾ 이에 기하여 컴퓨터소프트웨어는 저작권법은 물론 특허법이나 상표법, 영업비밀보호법규 등 각종의 知的財産法에 의해 보호된다. 따라서 하나의 컴퓨터소프트웨어의 사용을 위해서는 저작권라이선스는 물론 특허라이선스, 상표

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

13) David A. Einhorn, 앞의 글, 402면.

14) 17 U.S.C. 제117조 (1)항; William H. Neukum & Robert W. Gomulkiewicz, "Licensing Rights to Computer Software," TECHNOLOGY LICENSING AND LITIGATION, Practising Law Institute (1993), 775면, 778면 참조.

15) 예를 들어, Microsoft社의 Video for Windows, ClipPix.

16) 많은 경우 컴퓨터소프트웨어는 단지 이용의 객체에 불과한 전통적인 책이나 비디오 테이프 등과는 달리 생산적인 일을 하는 도구로 사용된다. 예를 들어, 소프트웨어는 데이터를 분류, 편집 등의 처리를 하거나, 도면이나 그림을 그리거나, 계산을 하거나, 문서를 작성하거나 다른 컴퓨터프로그램을 개발하는데 사용된다.

라이선스, (소스코드에 대한) 영업비밀라이선스가 필요하다. 쉬링크래프라이선스를 통한 계약의 체결은 이러한 다양성에 대응할 수 있도록 한다.

Ⅲ. 美國 判例法에서의 쉬링크래프라이선스의 取扱

쉬링크래프라이선스의 계약법적 취급에 있어 미국 판례법의 발전은 크게 2 단계로 구분하여 볼 수 있다. 즉 처음에는 쉬링크래프라이선스는 부정적으로 인식되다가¹⁷⁾ 그 다음 단계에서 그 유효성을 인정받게 된 것이다.¹⁸⁾ 이러한 판례법의 변화는 정보산업의 신속한 팽창과 컴퓨터하드웨어/소프트웨어의 저렴한 가격의 유지를 위해서는 쉬링크래프라이선스가 필수불가결하다는 현실적인 요구때문이었다.¹⁹⁾

1. 쉬링크래프라이선스의 效力을 否定한 判例

(1) Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech. 판결²⁰⁾

Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech. 사건에서 제3순회항소법원은 UCC(Uniform Commercial Code) 제2편(Article 2)을 적용하여 쉬링크래프라이선스의 효력(강제력)을 부인하는 판결을 내렸다. 동 사건에서 계약당사자인 'Step-Saver Data Systems'(이하 "Step-Saver"라 함)와 'The Software Link'(이하 "TSL"라 함)은 먼저 전화로 계약을 협의하였다. 그 후, Step-Saver는 구매주문서를 TSL에게 송부하였고 TSL는 상업송장과 함께 소프트웨어를 인도하였다. 인도된 동 소프트웨어에는 쉬링크래프라이선스가 동봉된 바, 동 라이선스의 주요 계약조항으로 (i) 모든 명시적 또는 묵시적 워런티가 배제된다는

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

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

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

20) *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d (3rd Cir. 1991).

조항; (ii) 동 라이선스 자체가 당사자간의 계약이 된다는 취지의 통합조항 (integration clause); (iii) 포장의 개봉행위가 계약조건에의 동의가 된다는 조항 등을 두고 있었다. Step-Saver는 TSL이 제공한 소프트웨어로 인해 커다란 문제를 겪었고 이에 TSL를 상대로 소를 제기하였다.

동 항소법원은 UCC 제2-207조를 적용하여 동 쉬링크랩라이선스를 분석하였다. 동 제2-207조에 의하면, 추가적인 사항(계약조건)은 동 추가계약조건을 제외한 당사자가 동 추가계약조건에 대한 상대방의 승낙을 계약전부에 대한 승낙을 위한 조건으로 삼은 경우에는 조건부승낙으로 간주된다. 추가계약조건이 조건부승낙으로 간주되지 않는 경우, 동 추가계약조건은 제2-209조 하에서 분석된다. 동 제2-209조는 既성립한 계약의 변경을 다루는 조항이다. 동 항소법원은 TSL은 그의 계약전부에 대한 승낙이 그의 쉬링크랩라이선스상의 새로운 계약조건(추가계약조건)에 대한 Step-Saver의 동의를 조건으로 한다는 점을 표시한 적이 없다고 보았고, 따라서 쉬링크랩라이선스상의 “개봉에 의한 동의”라는 문구에 의해 제2-207조 소정의 조건부승낙으로 되기에는 충분하지 않다고 판단하였다. 나아가 동 법원은 동 제2-207조 하에서 새로운 추가계약조건 의 수령자(Step-Saver)는 동 추가계약조건에 명시적으로 동의하여야 한다고 보았다. 만약 수령당사자가 추가계약조건에 동의함을 적극적으로 통지함이 없이 계약의 이행을 진행하였다면, 추가계약조건을 담은 문서는 추가계약조건이 계약을 중대하게 변경시키지 않은 경우에 한하여 계약의 내용으로 되는데, 동 항소법원은 쉬링크랩라이선스상의 계약조건이 당사자간의 계약을 중대하게 변경시키는 것이라고 보아 이를 계약의 일부로 보지 않았다.

(2) Arizona Retail v. Software Link, Inc. 판결²¹⁾

제3순회항소법원의 Step-Saver 판결은 Arizona Retail v. Software Link, Inc. 판결에서도 지지되었다. Arizona Retail 사건의 사실관계와 라이선스계약 조건은 Step-Saver 사건의 그것과 매우 유사하였고, 지방법원은 판결함에 있어 Step-Saver 판결에 매우 의존하였다. 동 법원은 먼저 UCC 제2-207조에 의하면, “청약을 하면서 일반적 합의사항을 명시하나 특정한 계약조건이 동 합의 사항에 포함되지 않는다면 청약에 동의하지 않고자 하는 매도인은 자신의 ‘승

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

낙'이 대응청약에 해당함을 명시하여야 한다"는 점에 주목하였다. 동 법원은 매도인(Software Link)이 제2-207조 소정의 요건을 충족시키지 못하였고 따라서 동 라이선스는 조건부승낙으로 인정되지 않는다고 결론내렸다. 나아가 동 법원은 동 라이선스를 UCC 제2-209조 하에서 분석하였다. 동 법원의 해석에 의하면 동 제2-209조는 제안된 계약의 변경에 대해서는 명시적인 동의가 필요하고, "동의를 명시적이어야 하며 당사자의 계약지속행위로부터 추론될 수 없다." Arizona Retail이 라이선스계약조건에 명시적으로 동의한 바 없었기 때문에 제안된 계약변경은 계약의 일부로 인정되지 않았고, 따라서 동 법원은 동 라이선스가 강제력이 없다고 판시하였다.

2. 쉬링크랩라이선스의 效力을 肯定한 判例

위의 Step-Saver 판결과 Arizona Retail 판결은 주요한 계약조건이 당해 소프트웨어에 대한 대금지급이 있는 후에 구매자-라이선스이용자에게 알려진다는 사실에 대한 법원의 불편한 심기가 반영된 것이다. 이 두 사건의 쉬링크랩 라이선스 소정의 "포장을 개봉함으로써 동의한다"는 문구는 UCC 제2편의 규정下에서 달리 결합을 가지게 되는 거래를 치유하지 못하였다. 그러나 1990년대 중반에 들어, 쉬링크랩라이선스와 클릭랩라이선스의 사용확대와 정보산업분야에 있어 이들 라이선스의 사용의 불가피성이 그 호소력을 갖게 되었고 이에 법원은 미국의 고도기술산업분야의 지속적인 성장과 발전을 위해서는 이러한 라이선스의 법적 효력을 인정하는 것이 중요하다고 보기 시작하였다. 1990년대 후반에 들어, 제7순회항소법원은 이러한 경향을 주도하였다. 그 대표적인 판결이 ProCD, Inc. v. Zeidenberg 판결²²⁾과 Hill v. Gateway 2000, Inc. 판결²³⁾이다. 이 두 판결에서 동 항소법원은 쉬링크랩라이선스의 강제력이 인정되기 위한 기준을 제시하였다. 이 두 판결은 제3순회항소법원의 Step-Saver 판결과 Arizona Retail 판결을 실질적으로 극복하는 것이다.

(1) ProCD, Inc. v. Zeidenberg 判決

22) 86 F.3d (7th Cir. 1996).

23) 105 F.3d (7th Cir. 1997).

ProCD 사건에서, 개인 소비자인 Mathew Zeidenberg는 ProCD의 소프트웨어를 구입한 바, 동 소프트웨어에는 라이선스(쉬링크랩라이선스)가 동봉되어 있었다. ProCD가 판매하는 모든 소프트웨어의 포장용기에는 ‘본 소프트웨어는 이에 동봉된 라이선스상에 기재된 바의 제한을 받는다’는 내용이 기재되어 있었다. 동 라이선스는 소프트웨어를 저장하고 있는 CD-ROM 상에 입력되어 있었고, 소프트웨어매뉴얼에도 인쇄되어 있었으며 또한 소프트웨어를 실행할 때마다 컴퓨터화면에 출력되었다. 동 라이선스는 명시적으로 동 소프트웨어를 비상업적 용도로 사용하여야 한다는 제한을 가하고 있었다. 문제의 소프트웨어를 구입한 후, Zeidenberg는 ProCD의 소프트웨어를 재판매할 목적으로 회사를 설립하였고, 동 라이선스를 위반하여 실제로 소프트웨어를 재판매하였다.²⁴⁾ 이에 ProCD는 라이선스계약위반과 저작권침해를 이유로 소를 제기하였다.

동 항소법원은 먼저 이러한 라이선스를 통상적인 계약으로 다룰 수 있음을 그리고 그렇다면 이에 대해서는 보통법(계약법)과 UCC가 적용됨을 논하였다. 동 항소법원은 주요한 계약조건의 합의에 앞서 대금지급이 선행하는 여타의 상거래를 구체적으로 예시하고 이러한 상거래를 중시하였다.²⁵⁾ 동 법원은 현실 매매의 형태로는 단지 소규모만이 거래된다는 사정과 미국의 경제발전을 위해서는 소프트웨어산업이 점차 중요하여지고 있다는 사정 등의 소프트웨어산업의 특성에 비추어 “先대금지급-後계약조건합의”(pay now, terms later) 형태의 거래가 정당하다고 보았다.

동 법원은 “본 사건에는 단지 하나의 양식만이 사용되었다; UCC 제2-207조는 무관하다”고 결론내림으로써 Step-Saver 판결과 Arizona Retail 판결이 직면했던 동 제2-207조의 문제를 피하였다. 그 대신 동 법원은 UCC의 다른 조항(제2-204조 (1)항, 제2-606조 등)을 적용하여 쉬링크랩라이선스의 효력(강제력)을 분석하였다. UCC 제2-204조 (1)항에 의하면, 계약상대방(매도인)이 매수인에게 특정한 사실행위를 할 것을 요구하고 이러한 행위가 승낙이 된다고 한

24) ProCD는 소비자에 대해서는 상당히 낮은 가격으로 이에 비해 상인-구매자에 대해서는 높은 가격으로 소프트웨어를 판매하였다. 물론 전자의 경우에는 상업적 목적으로 소프트웨어를 사용할 수 없다는 제한이 부가되었다. Zeidenberg는 낮은 가격으로 비상업용의 소프트웨어를 구입한 후 이를 그가 지불한 가격보다는 높게 그리나 ProCD가 상업용소프트웨어에 대해 책정하는 가격보다는 낮게 재판매하였다.

25) 구체적으로, 당사자가 대금지급을 한 후에 비로소 중요한 계약조건을 고지받는 형태의 상거래의 예로써 동 항소법원은 보험계약, 여객운송계약(항공권의 발매), 공연관람계약(입장권의 발매)을 언급하였다.

경우, 동 매수인은 사실행위를 통하여 계약이나 계약조건에 동의(승낙)할 수 있다. 동 법원은 “ProCD는 매수인이 라이선스를 검토할 기회를 가진 후 소프트웨어를 사용함으로써 승낙을 할 수 있는 계약을 제의한 것인데 Zeidenberg는 이에 따라 승낙을 하였다”고 보았다. 나아가 동 법원은 또한 UCC 제2-606조에 의하면 계약당사자들은 매수인이 계약목적물과 계약조건을 면밀히 검토한 후 최종 승낙을 할 권리를 갖도록 하는 방법으로 계약관계를 구성할 수 있다고 지적하고, “ProCD는 매수인이 계약조건에 반대한다면 그 계약(라이선스 계약)의 체결을 거절할 수 있는 기회를 주었으며; 이에 Zeidenberg는 패키지를 검사하고, 소프트웨어를 시험하고, 라이선스계약조건을 보았으나 그럼에도 당해 물품을 거절하지 않았다”고 인정하였다. 그리하여 동 법원은 쉬링크래프라이선스는 UCC의 모든 관련 규정에 따른 강제가능한 계약이라고 판시하였다.²⁶⁾

(2) Hill v. Gateway 2000, Inc. 판결

그 후 Hill v. Gateway 2000, Inc. 사건에서, 제7순회항소법원은 ProCD 판결을 따랐고, 이에 최소한 동 제7순회항소법원에서는 쉬링크래프라이선스가 법적 효력을 인정받게 되었다고 볼 수 있다. Hill 사건에서, Hill은 Gateway로부터 전화로 컴퓨터를 구입하였고, 이에 Gateway는 당해 컴퓨터를 쉬링크래프라이선스와 함께 발송하였다. 동 라이선스에는 컴퓨터의 판매에 기한 분쟁은 중재로 해결하기로 하는 仲裁條項이 들어 있었다.

이 사건에서 동 항소법원은 Gateway로서는 라이선스계약조건을 전화상으로 Hill에게 알려주는 것이 현실적으로 별다른 의미가 없었음을 주목하고, 이에 특히 구매자가 계약조건을 본 후 반대한다면 당해 물품을 반환할 권리를 가지는 거래의 경우 라이선스계약조건을 담은 문서는 구매자와의 통신을 가능케 하는 효과적인 방법으로서 기능하는 것에 불과하다고 보았다. 이에 비해, 동 항소법원은 계약의 성립시점을 중요하게 보고 Hill은 컴퓨터를 수령, 보관, 이용함으로써 Gateway의 청약을 승낙한 것이라고 결론을 내렸다. 이와 더불어 동

26) 이 사건에서 1심 지방법원이 연방법우선의 원칙에 의하여 쉬링크래프라이선스가 연방 저작권법에 의해 효력이 없다고 판결하였고, 이에 동 항소법원은 저작권과 라이선스의 관계의 점도 언급하였다. 동 항소법원은 지방법원의 판결을 파기하면서, 저작권법 제301조의 연방법우선규정의 목적은 저작권법으로 표현된 연방정부의 입법적 결단을 각 주가 그의 사법적 판단으로 대체할 수 없도록 하는 데 있는 것이라고 보고, 따라서 동 건의 쉬링크래프라이선스는 저작권법의 목적을 저해하지 않으며 그리하여 동 제301조에 의하여 무효로 되지 않는다고 판시하였다.

항소법원은 ProCD 판결에 따라 판매자는 고객이 물품을 검사하고 라이센스계약조건을 검토할 기회를 가진 후에 계약이 성립된다는 제의를 한 것이기 때문에 Hill의 승낙은 계약을 성립시켰다고 보았다. 이에 따라 동 법원은 쉬링크랩 라이센스는 양 당사자간의 계약의 일부가 되고 동 라이센스상의 중재조항은 강제력이 있다고 판시하였다.

(3) 州法院의 判決

쉬링크랩라이센스의 강제가능성의 문제가 완전히 해결된 것은 아직 아니나, 그럼에도 ProCD 판결의 논리는 현재 지지되고 있는 듯하다.²⁷⁾ 최근의 두 개의 州법원 판결은 쉬링크랩라이센스의 효력을 긍정하는 이러한 경향을 뒷받침한다. Mortenson Co. v. Timberline Software 사건²⁸⁾에서, 법원은 쉬링크랩라이센스상의 손해배상제한조항은 강제력이 있다고 판결하였다. 동 법원은 ProCD 판결과 Gateway 판결의 제7순회항소법원의 논리를 지지하면서 이 건 계약은 구매자가 소프트웨어를 인스톨하고 사용한 때 체결되었다고 보았다. 그 결과 동 법원은 쉬링크랩라이센스는 계약의 일부로 되며 또한 동 라이센스상의 손해배상제한조항은 강제가능하다고 판결하였다.

Caspi v. Microsoft Network 사건에서 뉴저지州 대법원은 인터넷서비스제공자인 Microsoft Network을 이용하기 위해 원고가 체결한 클릭랩라이센스상의 법정지선택조항의 강제력을 인정하였다.²⁹⁾ 다만 의아하게도 동 법원은 ProCD 판결과 Hill 판결을 언급하지도 원용하지도 않았다. 오히려 동 법원은 일반적인 계약서에 담긴 법정지선택조항을 다루는 판례법에 따라 동 법정지선택조항의 효력을 분석하였다. 동 법원은 Carnival Cruise Lines v. Shute 사건의 대법원판결이 적용된다고 하면서, “사용된 매체(전자적 매체 v. 인쇄매체)가 다르기 때문에 이 건의 시나리오는 다르다; 그러나 그럼에도 중요한 것은 중대한 차이가 없다는 것이다”라고 실시하였다. 동 건의 법정지선택조항이 이에 적용되는 일반적 요건을 만족하였기 때문에 동 조항의 강제력은 인정되었다.

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

28) 970 P.2d 803 (Wash. Ct. App.1999), aff’d en banc, 998 P.2d 305 (Wash. 2000).

29) 732 A.2d 528 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999).

IV. 美國 統一컴퓨터情報去來法 하에서 쉬링크래프라이센스의 取扱

미국 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act; 이하 "UCITA"라 함)은 全美統一州法委員會(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL)가 컴퓨터정보거래에 있어 州法の 통일을 기하고자 1999년 7월 30일에 연차총회에서 43:6의 표결로 채택한 모델법³⁰⁾이다.³¹⁾ UCITA는 컴퓨터정보를 거래하는 계약을 다루는 컴퓨터정보계약법이다.³²⁾ 컴퓨터정보거래는 통상 라이선스의 형태로 거래되기에 UCITA는 라이선스계약법이라고도 한다. 본 글에서 다루는 컴퓨터소프트웨어의 쉬링크래프라이센스는 UCITA의 적용범위 내에 든다.³³⁾ 2003년 4월 현재, Maryland 州(2000.10), Virginia 州(2001.7)가 이를 주법으로 채택(state adoptions)하였다.³⁴⁾ 그 후 NCCUSL은 2002년 8월 2일에 개정 UCITA를 발표하였다.³⁵⁾³⁶⁾

UCITA는 쉬링크래프라이센스의 강제력의 문제를 입법적으로 해결하고 있다. UCITA의 초안자들은 물론 이에 비판적인 학자나 법률가들도 UCITA 하에서 구매자에게 일정한 절차적 보호가 제공되는 경우 쉬링크래프라이센스가 강제력을 가진다는 사실을 부정하지 않는다.³⁷⁾

30) 이는 통일상법전(Uniform Commercial Code: UCC)과 마찬가지로 각 州가 이를 州法으로 도입하여야 비로소 법률로서의 효력을 가진다.

31) UCITA에 관한 일반적 소개와 개관에 대해서는 Mary Jo Howard Dively & Carlyle C. Ring, Jr., "Overview of Uniform Computer Information Transaction Act", <<http://www.ucitaonline.com/docs/ring.pdf>>와, Carlyle C. Ring, Jr. & Raymond T. Nimmer. "Series of Papers on UCITA Issues", <http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_qanda/uniformacts-q-ucita.asp> 참조.

32) *ibid.*

33) *ibid.*

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

35) 2002년 개정 UCITA의 원문은 <<http://www.nccusl.org/nccusl/ActSearchResults.aspx>>에서 찾아볼 수 있다.

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

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

1. 一般市場라이선스

UCITA에 하에서 쉬링크랩라이선스는 라이선스이용자³⁸⁾가 동 라이선스계약 조건에 同意의 表示(manifesting assent)³⁹⁾를 함으로써, 동 계약조건이 계약의 내용으로 되어⁴⁰⁾ 강제력을 가지게 된다. 본 글에서 다루는 쉬링크랩라이선스는 UCITA 하에서는 “일반시장라이선스”(mass-market license)⁴¹⁾에 해당하는데, 이 용어는 “일반시장거래”에서 사용되는 표준양식(standard form)⁴²⁾의 라이선스를 말한다. “일반시장거래”(mass-market transaction)는 소비자계약은 물론 라이선스이용자(소비자 여부를 묻지 않는다)가 최종사용자(end-user)가 되는 거래를 포함하는 개념이다.⁴³⁾ 다만, 최종사용자·라이선스이용자와의 거래라 하더라도 동 거래에서 표준양식(계약서)이 사용되는 경우에만 일반시장거래가

Gomulkiewicz, "How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B," 36 HOUS. L. REV. (Spring 1999) 191-193면; Lorin Brennan & Glenn A. Babber, "Why Software Professionals Should Support The Uniform Computer Information Transaction Act and What will Happen If They Don't,"
 <<http://www.2bguide.com/docs>> 참조.

38) UCITA 하에서 “라이선스이용자”라 함은 UCITA의 적용을 받는 합의하의 컴퓨터 정보를 합의에 기하여 득하거나 이에 대한 권리를 행사하거나 혹은 이에 접속하거나 이를 이용할 권리를 가지는 人(person)을 말한다(제102조 (a)항 (42)호 참조). 그 상대방인 “라이선스제공자”는 UCITA의 적용을 받는 합의하의 컴퓨터정보나 이에 대한 정보재산권을 합의에 의하여 이전하거나 혹은 이러한 컴퓨터정보나 정보재산권에 권리를 설정하거나 혹은 이러한 컴퓨터정보나 정보재산권에의 접속 또는 이용을 허용할 의무를 지는 人을 말한다(동조 동항 (43)호 참조). 본 글의 위에서는 “사용자” 혹은 “최종사용자”의 표현을 사용한 바, 이하에서는 편의상 이 대신에 “라이선스이용자”의 표현을 사용한다. 마찬가지로 이유에서, “소프트웨어출판인” 대신에 “라이선스제공자”의 표현을 사용한다.

39) 후술 참조.

40) “<계약조건의 채택> 당사자가 동의의 표시를 ... 통해 [계약조건을 담은 문서]에 동의하는 경우, 동 당사자는 동 [문서](표준양식을 포함한다)에 담긴 계약조건을 당해 계약의 계약조건으로 채택한 것이 된다”(제208조 (1)호). 나아가, “<계약조건의 효력> 당사자가 [이러한 문서]에 담긴 계약조건을 채택하는 경우, 동 계약조건은 동 당사자가 그 [문서]상의 개개의 계약조건을 인지 또는 이해하는지를 묻지 않고 계약의 일부로 된다. ...”(동조 (3)호).

41) 제102조 (a)항 (44)호.

42) “표준양식”이라 함은 거래에서 반복적으로 사용하기 위하여 마련한 계약조건을 담고 있는 기록으로서 가격, 수량, 대금지급방법, 표준선택항목 중의 선택 또는 인도의 시기 또는 방법을 정하는 계약조건이 아닌 한 개개의 자연인에 의한 계약조건 의 協議된 변경은 일어나지 아니하는 거래에서 반복적으로 사용되는 하나의 또는 一群의 기록을 말한다(제102조 (a)항 (61)호).

43) UCITA 제102조 (a)항 (45)호.

된다. 일반시장거래에서는 일반대중의 개개인에게 동일한 계약조건이 제시되고 또한 소매의 형태로 행하여진다. 이러한 요건이 충족되는 한 기업간거래(business-to-business transaction)도 일반시장거래에 해당하게 된다.⁴⁴⁾

2. 同意의 表示

쉬링크래프라이센스상의 계약조건이 계약의 내용으로 되기 위해서는 라이선스이용자에 의한 UCITA 소정의 同意의 表示가 필요하다. UCITA에 하에서 라이선스이용자⁴⁵⁾가 쉬링크래프라이센스⁴⁶⁾에 대해 알고 있거나, 이를 검토할 기회⁴⁷⁾를 가진 후, (i) 이를 채택 또는 수락할 의도로 이에 본인표시⁴⁸⁾를 하거나 또는 (ii) 라이선스이용자의 행동(conduct)이나 言文⁴⁹⁾(statement)으로부터 동 라이선스이용자가 이에 동의하는 것으로 라이선스가 추론할 수 있음을 합리적으로 알고서 의도적으로 그러한 행동이나 언문을 행하는 경우, 라이선스이용자는 쉬링크래프라이센스에 동의의 표시를 한 것으로 된다.⁵⁰⁾ 다만, 이 경우, 본 UCITA 또는 기타 다른 법에서 특정한 계약조건에의 동의를 요구하는 경우, 동의의 표시는 그 거래조건에 특정되게 관련되어야 한다.⁵¹⁾

44) 그러나 (i) 저작물의 재배포나 공연 또는 전시를 위한 계약, (ii) 라이선스이용자를 위하여 라이선스제공자가 주문에 따라 제작하거나 기타 특별하게 제작하는 정보의 거래, (다만 그러한 목적으로 의도된 정보의 능력을 이용함이 사소한 경우의 주문 제작은 제외한다), (iii) 사이트 라이선스(site license); 또는 (iv) 접속계약은 “일반 시장거래”에서 배제된다(제102조 (a)항 (45)호 (B)목).

45) UCITA 원문에서는 “자연인”(person)이라는 표현이 사용되고 있다. 이는 UCITA가 “자연인”에 의한 동의의 표시와 “전자대리인”(electronic agent)에 의한 그것을 구분하여 규정하기 때문이다. 여기서 “전자대리인”이라 함은 전자메시지나 전자적 이행에 대해 동작 또는 반응하는 시점에 자연인에 의한 검토나 행위가 없이도 그 자연인을 위하여 전자메시지나 전자적 이행에 독립적으로 반응하거나 동작을 개시하는데 사용되는 컴퓨터프로그램이나 전자적 또는 기타 자동화된 수단을 말한다(제102조 (a)항 (27)호).

46) UCITA 원문에서는 “기록”(record)이라는 표현을 사용하고 있다. 여기서 “기록”이라 함은 유형의 매체에 수록되거나 또는 전자적 매체 혹은 기타 다른 매체에 저장되어 인식이 가능한 형태로 복귀될 수 있는 정보를 말하는 것으로(제102조 (a)항 (55)호), 이는 종래의 종이로 된 문서는 물론 전자적 형태의 문서(전자문서)를 포함하는 용어이다.

47) 후술 참조.

48) UCITA 하에서 “本人表示”(authentication)는 종래의 서명(signature)은 물론 전자적 방식에 의한 서명(전자서명(electronic signature))을 포함하는 용어이다(제102조 (a)항 (6)호 참조).

49) 말(言) 또는 글(文)

50) UCITA 제112조 (a)항 참조.

51) 제112조 (c)항.

동의를 표시를 하는 행위는 라이선스이용자가 당해 소프트웨어를 사용하였음을 보여주거나 라이선스이용자가 동의를 표시하기 위하여 특정한 절차를 통해 특정한 행위를 한 것이 분명한 경우에는 그러한 절차가 있었음을 보여주는 것을 포함하여, 어떠한 방법으로도 입증될 수 있다.⁵²⁾ 이렇게 UCITA는 단지 계약의 주체로서의 라이선스이용자(人)가 당해 기록이나 계약조건에 동의를 하였다는 의사를 입증할 수 있으면 족하다고 보고 있다. 동 공식주석에서도 동의의사를 보여주는 객관적 행위가 있음을 보여줌으로써 동의의 입증이 가능함을 분명히 하고 있다. 나아가, UCITA는 예를 들어 당사자간에 “또 한번의 동의”(double assent)의 절차가 사용된 경우에는 이러한 절차가 사용된 사실을 입증하는 것으로도 동의의 표시가 입증되는 것으로 규정하고 있다.

3. 檢討할 幾回

UCITA 하에서 쉬링크랩라이선스에서 계약성립의 여부를 결정함에 있어 라이선스이용자가 라이선스계약조건에 동의의 표시를 한지 여부는 동 라이선스이용자가 동 계약조건을 검토할 기회(opportunity to review)를 가졌는지 여부에 달려있기 때문에 검토할 기회라는 개념이 매우 중요하게 등장한다.⁵³⁾ 왜냐하면, 쉬링크랩라이선스의 경우 위에서 본 바와 같이 라이선스이용자는 대금을 지급한 후 혹은 그의 대금지급의무가 발생한 후에 비로소 쉬링크랩라이선스를 一讀하여 볼 수 있기 때문이다.

UCITA 하에서 라이선스이용자가 라이선스계약조건을 검토할 기회를 가진 것으로 되기 위해서는 동 라이선스계약조건이 “합리적인 자의 주의를 끌고 또한 검토할 수 있도록 하는 방법으로 제공되어야만 한다.⁵⁴⁾ 따라서, 라이선스제공자는 불합리하게 작은 서체로 제공하는 등 이를 감추어서는 안 되고 나아가 라이선스이용자가 당해 계약조건을 검토할 기회를 가졌었음을 입증하여야 한다. 일반상점에서의 범용소프트웨어의 소매거래에서 이미 일반화되고 있듯이, 라이선스제공자는 라이선스이용자에게 당해 소프트웨어의 사용에 적용되는 라이선스계약조건을 인쇄물의 형태로 제공한다. 라이선스이용자가 이를 제공받

52) 제112조 (d)항 참조.

53) 나아가 후술하는 “반환권”의 규정도 마찬가지다.

54) 제113조 (a)항.

고서도 동 계약조건에 반대하지 않은 경우, 동 라이선스이용자는 동 소프트웨어를 단지 인스톨 및/또는 사용함으로써 동의의 표시를 한 것으로 된다.

4. 라이선스이용자의 返還權

UCITA 하에서 대금지급이 선행하고 그 이후에 계약조건이 제시되는 일반 시장에서의 쉬링크래프라이선스형태의 거래의 경우, 라이선스이용자는 당해 소프트웨어의 반환권을 가지는 경우에만 검토할 기회를 가진 것으로 된다.⁵⁵⁾ 다시 말해, 당사자가 대금지급의무를 지게되거나 그의 이행을 개시한 후에 비로소 검토의 목적으로 기록이나 계약조건을 제공받는 경우에는, 동 당사자는 그가 동 기록이나 계약조건을 거절함으로써 아무런 비용부담이 없이 반환할 권리를 가지게 되는 경우에만 이를 “검토할 기회”를 가졌던 것으로 간주된다. 이에 대해 공식주석은 대금지급의무의 발생이나 이행의 개시 후에 기록이나 거래조건이 제시됨에도 계약에서 반환권을 부여하지 않았다고 해서 거래 자체가 무효로 되는 것은 아니고 단지 “당해 계약조건을 제시받은 당사자가 동 계약조건에 동의하지 않을 수도 있는 위험을 발생시킬 뿐”임을 분명히 하고 있다. 요컨대, UCITA 하에서, 일반시장라이선스에서 라이선스이용자는 그가 제품을 대한 대금을 지급하기 전에 일반시장라이선스를 검토할 기회를 갖지 않았다면 동 소프트웨어를 반환할 권리를 가지며, 라이선스이용자가 계약조건을 검토한 후 실제로 이에 동의하지 않는 경우, 동 라이선스이용자는 반환권을 행사할 수 있다.

이와 동시에 라이선스이용자는 소프트웨어(컴퓨터정보)를 반환 또는 파괴하기 위해 라이선스제공자의 지시를 따름으로 인하여 발생한 합리적인 비용을 보상받을 수 있고, 그리고 지시가 없었던 경우에는 반송료 혹은 소프트웨어(컴퓨터정보)를 반환하는데 소요된 이와 유사한 합리적인 비용을 보상받을 수 있다.⁵⁶⁾ 나아가 (i) 라이선스계약조건을 검토하기 위해 소프트웨어(컴퓨터정보)가 반드시 인스톨되어야 하기 때문에 인스톨을 행하였고; 또한 (ii) 동 인스톨로 인하여 시스템이나 그 시스템 내의 정보가 변경되었으나 라이선스이용자가 동

55) 제113조 (c)항 참조. 당해 계약이 일반시장거래가 아니거나 혹은 계약체결당시에 라이선스이용자가 라이선스계약조건이 소프트웨어(정보)의 사용이 개시된 이후에 제공될 것임을 합리적으로 알았던 경우에는 검토할 기회의 제공의 요건으로서의 반환권이 요구되지 않는다(동조 동항 (2)호 참조).

56) 제209조 (b)항 참조.

라이선스계약을 거절함으로 인하여 인스톨된 동 컴퓨터정보가 제거된 후에 동 시스템이나 정보가 복구되지 아니하는 경우에는, 인스톨로 인하여 야기된 시스템의 변경을 원상회복하기 위해 라이선스이용자의 정보처리시스템을 복구하는데 소요된 합리적이고 또한 예견가능한 비용을 보상받을 수 있다.

반면, 일정한 일반시장라이선스의 경우에는 라이선스제공자도 반환권을 가진다. 라이선스이용자가 라이선스계약조건을 제의하고, 라이선스제공자로서는 그가 소프트웨어를 인도하기 전에 혹은 소프트웨어의 인도의무가 발생하기 전에 동 계약조건을 검토할 기회를 가지지 않았고 또한 검토할 기회를 가진 후 계약조건에 동의하지 않는다면, 동 라이선스제공자는 라이선스이용자에게 소프트웨어를 반환하여 줄 것을 요구할 수 있다.⁵⁷⁾

V. 結

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

UCTIA는 컴퓨터소프트웨어 등의 컴퓨터정보거래와 관련하여 체결되는 라이선스계약의 모호한 법적 상태를 명확히 한다는 점에서 중요한 입법이라 평가된다. 그리하여 이제는 소프트웨어판매자나 라이선스제공자 나아가 소비자를 포함한 라이선스이용자 모두 쉬링크랩라이선스가 강제력을 가짐을 분명히 알고서 거래에 임할 수 있다. 이러한 점에서 UCITA는 쉬링크랩라이선스의 효력문제와 동 라이선스에 적용될 법의 해결이라는 統一法으로서의 주요한 목적

57) 제209조 (c)항 참조.

중의 하나를 달성하고 있다. 더욱이 오늘날 우리 경제는 소위 정보혁명 (information revolution)이라 하는 또 다른 근본적 변화를 경험하고 있다. 오늘날 정보와 정보서비스 나아가 정보거래는 경제의 중심에 그 자리를 잡아가고 있다. 이러한 변화 중의 하나가 방법의 다양화이다. 현대적 시장의 수요를 충족하는 정보제품을 제작하고 이를 배포함에 있어 그 방법의 다양화가 이루어지고 있는 것이다. 이러한 다양화는 계약에 의하여 실현된다. 이는 계약(계약조건)이 가지는 사적자치의 원칙이라는 자체적 탄력성에 힘입어 정보제품은 시장에서 최적화되어질 수 있기 때문이다. 경제의 근본적 변화는 지금 그대로의 契約法이 이러한 새로운 거래객체와 새로운 시장에 과연 적합한지를 재검토할 것을 요구한다. 또한 시장경제에서, 포괄적인 규제는 이러한 규제를 구하는 자는 물론 어느 누구에게도 도움을 주지 않는다. 계약을 규제하고자 하는 계약법은 오늘날의 생동하는 경제에서 상거래를 지원하기보다는 이를 방해할 뿐이다. UCITA는 정보경제에서의 거래객체를 다루는 최초의 일반 계약법으로서 이러한 요구에 대한 하나의 적극적 대응이라 할 것이다.

參考文獻

- 金斗安, “소프트웨어의 사용허락계약에 대한 법적 과제 (上),” 창작과 권리 제 12권 (1998), 세창출판사
- _____, “소프트웨어의 사용허락계약에 대한 법적 과제 (下),” 창작과 권리 제 13권 (1998), 세창출판사
- _____, “프로그램에 대한 사용허락계약의 법리,” 산업재산권 제7권 (1998), 한국산업재산권학회
- 宋相現, “컴퓨터 소프트웨어의 개발자와 이용자간의 법률관계,” 지적소유권법 연구 창간호 (1991)
- 이대회, “디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계 - 미국의 UCITA와 관련하여,” 국제거래법연구 제8집
- 黃贊鉉, “Shrinkwrap 계약,” 인터넷법률 3호 (2000. 11.), 법무부
- Carlyle C. Ring, Jr. & Raymond T. Nimmer, “Series of Papers on UCITA Issues,” National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, (2000), at
<http://www.nccusl.org/uniformact_qanda/uniformacts-q-ucita.htm>
- Darren J. Carroll, “When More is Less: Controlling the Market for Computer Software Enhancements,” 43 SYRACUSE L. REV. (1992)
- David A. Einhorn, “Box-Top Licenses and the Battle-of-the-Forms,” 5 SOFTWARE L.J. (1992)
- Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, “The Shrink-Wrap License-Is it Really Necessary?,” COMPUTER LAW (1993)
- Lloyd L. Rich, “Mass Market Software and the Shrinkwrap License,” 23 COLO. LAW (1994)
- Lorin Brennan & Glenn A. Babber, “Why Software Professionals Should Support The Uniform Computer Information Transaction Act and What will Happen If They Don't,” at <<http://www.2bguide.com/docs>>
- Mark A. Lemley, “Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses,” 68 S. CAL. L. REV. (1995)
- Mary Jo Howard Dively & Carlyle C. Ring, Jr., “Overview of Uniform Computer Information Transaction Act”,

at <<http://www.ucitaonline.com/docs/ring.pdf>>

Maureen A. O'Rourke, "Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Preemption of Software License Terms," 45 DUKE L.J. (1995)

Michael D. Scott, "Frontier Issues: Pitfalls in Developing and Marketing Multimedia Products," 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. (1995)

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

Otis Port, "Copyright's New Digital Guardian," BUS. WK., (1996.5.6.)

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

Robert W. Gomulkiewicz, "How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B," 36 HOUS. L. REV. (Spring 1999)

Scott J. Spooner, "The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act," 7 RICH. J.L. & TECH. 27 (Winter 2001)

William H. Neukum & Robert W. Gomulkiewicz, "Licensing Rights to Computer Software," TECHNOLOGY LICENSING AND LITIGATION, Practising Law Institute, (1993)

ABSTRACT

A Study on the enforceability of Shrink-wrap License under the Contract Law of USA

Hur, Hai Kwan

Software license agreements, to be useful in the mass market, could not be individually negotiated, and had to be standardized and concise. The software license agreement needs to be presented to the licensee-users in a fashion that would allow for mass distribution of software, also for it to be enforceable, that would draw the users' attention to the terms and conditions under which the publisher allowed the use of the software. These needs have been accomplished, with or without fail, through so called the "shrink-wrap licenses"

Shrink-wrap licenses purpose to transfer computer softwares to their users by defining the terms and conditions of use of the software without implicating the "first sale doctrine" of the Copyright Act. These shrink-wrap licenses have become essential to the software industry. However, in USA, the law applicable to these licenses has been unclear and unsettled. Courts have struggled to develop a coherent framework governing their enforceability. Meanwhile, the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ("NCCUSL") in USA promulgated the Uniform Computer Information Transaction Act ("UCITA") governing contracts for computer information transaction on July 29, 1999. One clear objective of UCITA was to settle the law governing the enforceability of shrink-wrap licenses.

In these respects, this paper first introduces the various forms that shrink-wrap licenses take(at Part II. Section 1.), and explains the main advantages of them(at Part II. Section 2.) Here it shows how shrink-wrap licenses value themselves for both software publishers and users, including

that shrink-wrap licenses are a valuable contracting tool because they provide vital information and rights to software users and because they permit the contracting flexibility that is essential for today's software products.

Next, this paper describes the current legal framework applicable to shrink-wrap licenses in USA(at Part III). Here it shows that in USA the development of case law governing shrink-wrap licenses occurred in two distinct stages. At first stage, judicial hostility toward shrink-wrap licenses marked such that they were not enforced pursuant to Article 2 of the Uniform Commercial Code. At second stage, courts began to recognize the pervasiveness of shrink-wrap licenses, their indispensability to the rapidly expanding information technology industry, and the urgent need to enforce such licenses in order to maintain low prices for consumers of computer hardware or software, resulting in the recognition of shrink-wrap licenses.

Finally, in view of the importance of UCITA, this paper examines how it will affect the enforceability of shrink-wrap licenses(at Part IV). The drafters of UCITA, as well as the scholars and practitioners who have criticized it, agree that it validates shrink-wrap licenses, provided certain procedural protections are afforded to purchasers. These procedural protections include the licensee end-user must (i) manifest his assent to the shrink-wrap license, (ii) have an opportunity to review the shrink-wrap license, (iii) have a right to return the product without costs.

Key Words : computer software, shrink-wrap license, enforceability, UCITA
--