

디지털정보의 사용허락계약

A Study on the License Agreement of digital information - focusing on the UCITA -

한병완(Byoung-Wan Han)

호서대학교 강사(주저자)

서민교(Min-Kyo Seo)

대구대학교 무역학과 교수(교신저자)

목 차

- | | |
|-----------------------------|----------|
| I. 서 론 | V. 결 론 |
| II. 국제디지털정보거래에 있어 UCITA의 적용 | 참고문헌 |
| III. UCITA의 접근방법 및 구성 | Abstract |
| IV. UCITA의 주요논점 | |

Abstract

Licensing of information is the standard of the computer information business today. The huge bulk of vendors license their computer information products. The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA), therefore, does not originate licensing contracts. UCITA was developed to provide basic, recognizable default rules for the existing licensing activity that goes on and expands as commerce in computer information expands. UCITA's rules govern licensing of contracts for computer information from formation through performance, including remedies if there is a breach of contract. Included in UCITA are rules for warranties, both implied and express, and rules pertaining to risk of loss in a computer information transaction. Most of the rules in UCITA are the traditional and familiar rules of contract from the law of sales and from the common law, but adapted to the special nature of computer information licensing contracts. Freedom of contract is a dominating underlying policy for UCITA, exactly as that principle is the foundation for the law of commercial transactions, generally, and exactly as that law has served all commercial transactions in the United States and has contributed to the economic growth and health of the United States.

Key Words : UCITA, computer information, digital information, Licensing contracts

I. 서론

산업구조와 거래대상의 변화에 따라서 그 경제적 변화의 실상을 반영하는 계약법이 필요하다. 과거 토지의 소유와 농산물의 생산은 경제적인 필수와 경쟁력의 원천이었고, 이에 상거래법도 그 중심을 여기에 맞추었다. 그 후 산업혁명으로 그 중심은 대량생산되는 상품으로 옮겨졌다. 이러한 변화를 반영하고자 매매계약을 중심으로 한 민법전[미국의 경우 통일상법전(Uniform Commercial Code; 이하 “UCC”라 칭함) 제2편]이 제정되었다. 동 초안이 발표된 후 10여년이 넘도록 반대주장이 거세었지만 결국 UCC는 법으로 정착되었다. 이는 UCC가 경제적 변화의 실상과 계약법의 목적(거래비용의 최소화)을 적절히 반영하고 있기 때문이다.¹⁾

오늘날 산업구조는 소위 “정보기술과 접속의 시대”라는 또 다른 근본적 변화를 경험하고 있다. 이러한 정보 및 서비스는 현 경제의 중심에 자리잡고 있으며, 이러한 변화 중의 하나가 거래방법의 다양화(디지털정보를 현대적 시장의 수요에 알맞은 정보제품 내지 정보자원으로 범용맞춤 제작을 하여 이를 배포하는 방법에 있어 다양화)이다. 이러한 다양화는 계약에 의하여 실현된다. 이는 계약자유 원칙에 힘입어 계약으로 인하여 정보제품이 시장에 최적화될 수 있기 때문이다. 경제의 근본적 변화는 지금 그대로의 상거래법이 이러한 새로운 거래객체와 새로운 시장에 과연 적합한지를 재검토할 것을 요구한다. 美國의 統一컴퓨터情報去來法(Uniform Computer Information Transaction Act; 이하 “UCITA”라 칭함)은 이러한 요구에 대한 하나의 해답이다.²⁾

기존 법(계약법 및 지적재산권법)에서는 계약이나 혹은 관련 계약조건이 유효하고 강제가능한지 여부가 불분명하다. 이러한 법적 공백은 디지털정보거래에 포괄적인 契約法이 없기 때문이다.³⁾ 이러한 현 상황에서 국제 간 디지털정보를 계약의 객체로 삼는 무체물의 거래(예컨대, 컴퓨터소프트웨어나 DB의 사용허락계약)에 있어 가장 주요한 쟁점은, 매매/리스/사용허락계약의 형태로 거래되는 이러한 거래객체의 특성을 바탕으로, 계약의 성립 → 내용(위런티 포함) → 이행 → 불이행의 문제에 대한 해법을 찾는다고 할 때, 가장 효율적인 메커니즘은 과연 무엇인가이다.

1) R.T., Nimmer, *UCITA: A Commercial Contract Code*, The Computer Lawyer Vol. 17, No. 5, 2000.5. p.4.

2) UCITA에서 i) “컴퓨터정보”란 전자적 형태로 되어있는 정보로서 컴퓨터로부터 득하거나, 컴퓨터를 가지고 접속할 수 있거나, 컴퓨터를 통해 이용할 수 있는 정보를 말하며, ii) “컴퓨터정보거래”란 이러한 컴퓨터정보를 개발·제작하는 계약, 컴퓨터프로그램의 배포·이용허락 거래 및 접속계약을 의미함. 이러한 “컴퓨터정보”는 현재의 기술 下에서는 “디지털정보”를 말함. 따라서 본고에서는 ‘디지털정보’와 ‘컴퓨터정보’라는 용어를 혼용함.

3) 예컨대, 디지털정보거래에 있어 제기될 수 있는 상황을 상정하여 보면 다음과 같다. 어떤 사업가가 비행기를 타고 한국의 상공을 날면서 노트북 컴퓨터를 사용하여 DB에 접속한 경우, 정확한 비행기의 위치는 알 수 없으며, DB에 담은 서버의 위치 및 DB의 소지자(holder)도 모르고 있는 상태에서 사용허락계약이 제안되었을 경우, 사업가가 접속한 DB가 저작물일 수도 있다. 이 경우, 다음과 같은 몇 가지 의문이 생긴다. i) DB의 소지자는 본 DB의 진정한 소유자(owner)인가? 아니면 단지 소유자로부터 DB를 제3자에게 양도할 권한을 허락 받은 자(authorized)에 불과한가? ii) 동 계약의 계약조건은 어떠한가? iii) 동 계약의 당사자는 누구인가? 또한 동 당사자의 각 신원은 확인되었는가? iv) 분쟁이 발생할 경우 어느 국가가 재판관할권을 가지며, 준거법은 무엇인가? v) DB의 소지자가 무권한자인 경우, 사업가는 저작권을 침해한 것이 되는가? 등임.

본 논문은 이러한 해답을 찾고자 하는 시도이다. 다만, 논의 전개에 필요한 범위 내에서 먼저, 국제 디지털정보거래에 있어 UCITA의 적용(II), 동 법의 접근방법 및 구성(III)을 살펴본 후, UCITA의 주요 논점(IV)에 관하여 분석하고자 한다.

II. 국제디지털정보거래에 있어 UCITA의 적용

1. 국제사법과 UCITA

상기의 현실 下에서 전 세계의 어느 제공자(licensor)⁴⁾도 국제 간 디지털정보거래에 있어 UCITA⁵⁾를 준거법으로 지정할 수 있고, 그 결과 미국의 최종이용자는 물론 외국의 최종이용자(end users)도 동 법의 적용을 받을 수 있다.⁶⁾ 국제거래에 있어 그 거래대상이 디지털정보인 경우에 UCITA가 국제거래에 어떻게 적용되는가라고 하는 국제사법적 논점을 취급함으로써⁷⁾, 국제거래에서 동 법이 가지는 의미를

- 4) i) licensor(이하 “제공자”라 칭함)라 함은 UCITA의 적용을 받는 합의 하의 컴퓨터정보나 이에 대한 정보재산권을 합의에 기하여 이전하거나 혹은 이러한 컴퓨터정보나 정보재산권에 권리를 설정하거나 혹은 이러한 컴퓨터정보나 정보재산권에 접속 또는 이용을 허용할 의무를 지는 자를 말함. 접속제공자와 접속될 정보콘텐츠의 제공자간에 있어서는 정보콘텐츠제공자가 제공자인. 정보 또는 정보재산권의 교환에 있어서는 각 당사자가 당해 정보나 정보재산권 또는 허용된 접속의 제공자임(UCITA Art. 102(a)(43)). ii) licensee(이하 “이용자”라 칭함)라 함은 UCITA의 적용을 받는 합의 하의 컴퓨터정보를 합의에 기하여 득하거나 이에 대한 권리를 행사하거나 혹은 이에 접속하거나 이를 이용할 권리를 가지는 자를 말함. 제공자는 합의에 의하여 자신에게 유보된 권리에 관해서는 이용자가 아님(UCITA Art. 102(a)(42)).
- 5) UCITA에 관한 국내의 論著로는 J. H. Dively., & C. C. Ring., Overview of UCITA.; C. C. Ring., & R. T. Nimmer., Series of Papers on UCITA Issues. ; R. T. Nimmer., UCITA : A commercial contract code. ; L. E. Brennan., Why Article 2 Cannot Apply To Software Transactions, 38 Duquense Law Review. 38(2); A. D. Ragueneau., UCITA and the Impact on European Copyright Law - A Choice of Law Analysis, Working Paper Series, 2001.; D. S. Tussey., UCITA, Copyright, and Capture, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 21, 2004.; 國生一彦, 「米國の電子情報取引法 - UCITA法の解説」, 商事法務研究會, 2001.; KADIP-KITAL, 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」, 제7회 국내 정기 세미나, (주) 기술과 법 연구소, 2001.; 손경한·박진아, “국제전자정보거래에의 적용규범과 법적 쟁점”, 국제거래법연구 Vol.16, 국제거래법학회, 2007.; 허해관, “미국 통일컴퓨터정보거래법상 계약위반과 구제에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위청구논문, 2003. 등이 있다.
- 6) UCITA가 특정한 州의 州法으로서의 UCITA가 아닌 모델법으로서의 UCITA를 계약당사자들이 준거법으로 지정할 수 있는지 여하에 의문이 생길 수 있으나 모델법으로서의 UCITA를 준거법으로 지정한 경우에는 이를 ‘저촉법적 지정’이 아닌 ‘실질법적 지정’으로서 효력을 가진다고 보아 동법은 계약내용으로 편입되고(incorporation by reference) 결국 당해 계약에 적용되게 됨.
- 7) 통상적으로 당사계약에서는 訴를 제기할 수 있는 재판관할을 지정함. 이러한 계약조항은 특히 국제거래에서 중요한 목적을 가짐. 예컨대, 외국적 요소가 있는 법률관계에 있어 분쟁이 발생할 경우, 일반적으로 그 해결에 관하여 국가를 단위로 어느 국가 법원이 재판권을 갖느냐의 문제를 국제재판관할권이라 함. 이러한 문제는 국가주권의 한 부분으로서 소송요건 중 가장 공익적인 성격을 띠고 있기 때문에 법원의 직권조사사항 임. 또한 외국적 민사분쟁이 발생된 경우, 계약당사자로서는 어느 국가 법원에 소송을 제기할 것인가 또는 제기할 수 있는가의 문제가 先決 과제임. 만약 어느 국가의 법원에서 재판관할이 부정되는 경우, 소송요건의 흠결을 이유로 訴를 却下하게 됨. 즉 訴가 계속되기 위해서는 우선 재판관할이 긍정되어야 함. 따라서 ‘재판관할 결정의 문제’는 어떠한 쟁점에 대해 어떠한 법이 ‘준거법으로 지정’되는가의 문제보다 논리적으로 선행함. 이에 당해 법원의 재판관할권이 긍정되면, 이어 동 법원은 자국의 국제사법을 적용하여 준거법을 결정함.; 국제적인 전자거래와 분쟁해결에 관한 국제재판관할과 준거법에 관한 상세는 석광

분석하고자 한다.⁸⁾ 이를 위해 일국의 국내법에 불과한 UCITA를 기본 분석대상으로 삼은 이유는 국제 디지털정보거래에 있어서 우리 국제사법의 규칙에 의해 동 법이 동 거래에 실제로 적용될 여지는 충분히 있기 때문이다.⁹⁾

2. 재판관할 및 준거법 규정

1) UCITA 상 재판관할 규정의 문제점¹⁰⁾

첫째, UCITA 상 재판관할 결정은 소비자 보호 측면에서 준거법 결정시 보다 동 소비자의 보호에 미흡하다. 왜냐 하면 소비자가 소액의 피해구제를 받기 위하여 원격지법원에 訴를 제기하기에는 자금력(장기간 소송수행능력 포함)이 풍부하지 않기 때문이다.

둘째, 나아가 당사자 간의 교섭력의 비대등은 재판관할 합의의 무효사유도 되지 아니하며, 또한 일반적으로 재판관할 합의 규정에 있어 제공자가 자신의 영업소 소재지의 법원을 관할법원으로 정하고 있는 현실에 비추어 볼 때 소비자의 권리보호가 치명적일 수 있다.

셋째, 당사자 간에 재판관할 합의가 없는 경우, 적용될 재판관할 결정 기준에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점이다.

생각건대, 美 판례에 비추어 그 기준을 결정하고 있는 입법태도에 관하여 이용자의 법원이 “不適正法定地の原則”(forum non conveniens rule)¹¹⁾의 원용할 수 있다는 측면에서 동 법의 추이를 좀더 지켜

현, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 박영사, 2001, pp.111-113.

- 8) 우리 국제사법은 지적재산권과 관련된 사용허락계약의 준거법에 관하여 특칙을 두지 않고 있기 때문에 사용허락계약도 국제사법 제26조 제2항 제2호의 이용계약이므로 제공자의 상거소(habitual residence)가 있는 국가의 법이 최밀접관련법이라고 추정할 수 있으나, 이는 그리 간단한 문제가 아님. 예컨대, 미국의 제공자와 외국의 최종이용자간에 국제적 분쟁이 발생할 수 있고, 이 경우 동 최종이용자는 자국의 저작권법의 적용을 주장하여 동 제공자가 디지털정보의 이용이나 접속에 대해 부과한 각종의 제한을 금지하고자 할 것임. 그리하여 “저작권법적 법률관계”와 “계약법적 법률관계”가 복합(hybrid)된 국제 간 디지털정보거래에 있어 분쟁이 발생된 경우에 UCITA를 적용할 것인지 아니면 외국의 저작권법을 적용할 것인지를 결정해야 하는 문제가 발생함. 이에 관하여는 추후의 연구과제로 남겨두고자 함.
- 9) 즉, ① UCITA는 디지털정보거래에 적용되는 계약법으로서 현재까지 전 세계적으로 유일한 입법례이기 때문임. ② UCITA가 일국의 국내법이라 하더라도 우리 국제사법 제25조 제1항에서 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다”고 규정하여, 당사자의 명시적 또는 묵시적 선택에 의한 준거법의 지정을 허용함으로써 당사자 자치의 원칙을 인정하고 있기 때문임. ③ 국제사법 제26조 제1항에서 “당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다”고 규정하고 있기 때문임.
- 10) UCITA는 재판관할 결정에 관하여 당사자에 의한 전속적 재판관할의 합의를 인정함. 다만 이러한 선택은 “불합리하거나 불공정”하지 않아야 함. 이 규정은 법원으로 하여금 권리남용적인 계약조항을 무효화할 수 있도록 해주며, 나아가 글로벌한 인터넷 경제 하에서는 당사자들이 어디에서 소송을 수행할 수 있는지에 대해 합의할 수 있다는 것이 매우 중요함을 인정하는 것임.
- 11) 이는 불편한 법원(an inconvenient court)을 의미하는 라틴어로서, 경합하는 법원 중 분쟁과 밀접하게 관련된 편의 적절한 법원이 재판관할권을 가져야 한다는 법리를 말함. 이 법리는 소송이 제기된 법원 이외의 법원에서 사건이 보다 적절히 심리된다고 생각되는 경우에는 受訴法院은 재량에 의해 동 법원이 본래 가지는 재판관할권의 행사를 유보할 수 있다는 것으로, 피고측의 항변으로서 발달하여 왔음. 국제거래에 있어서는 흔히 일방당사자가 속한 나라에서 재판이 행해지도록 재판관할 합의가 되는 경우가 많음. 이 같은 경우에 먼 외국에서 應訴하지 않으면 안되는 피고가 제기하는 일종의 항변이 부적정법정지의 원칙에 기초한 것임(고창현 譯, 『법률영한사전』, 광장서적출판부, 1999, p.137.); 美 연방대법원이 “부적정법정지의 원칙”을 채용한 사건은 Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501(1947) 판결이 있으며,

보아야 할 것이나, 이러한 규정은 우리 국제사법을 보완함에 있어 전속적 재판관할 합의의 인정과 인터넷 상 이루어지는 관할합의의 유효성을 확인하는 규정은 적극적으로 고려해 볼 가치가 있다.

2) UCITA 상 준거법 규정의 문제점¹²⁾

첫째, 동 법과 동등한 보호와 권리를 부여하지 아니하는 외국법의 적용을 배제하고 美 州法의 적용을 규정한 제109조 제(c)항은 독소조항이다. 왜냐 하면, 미국이 소프트웨어 강국인 현 상황에서 세계 각국은 동 조에 의한 불이익을 피하기 위하여 UCITA와 유사한 입법을 강요당하고 있기 때문이다.¹³⁾

둘째, 동법이 물리적인 소재지가 무관하거나 그다지 중요하지 않다고 생각되는 가상공간의 특성에 비추어 당사자 간에 준거법 결정에 관한 합의가 없는 경우에는 준거법과 거래사이의 “합리적 관련성”을 묻지 않고 아예 “일정한 장소의 법”을 준거법으로 지정하는 접근방식을 취하고 있다. 즉, ① 접속계약이나 복제본의 전자적 인도계약의 경우에는 제공자의 “소재지법”을 적용, ② 유형의 복제본을 물리적으로 인도하여야 하는 소비자계약의 경우에는 “인도지법”을 적용, ③ 기타의 경우에는 당해 계약과 “최밀접관련법”이 적용된다는 접근방식을 취하고 있다.

생각건대, 접속계약이나 복제본의 전자적 인도계약과 유형의 복제본의 물리적 인도계약을 구별하여 준거법을 결정하는 입법례는 우리 국제사법 제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) 및 중재법 제29조(분쟁의 실체에 적용될 법) 규정보다 진일보한 접근방식이다.

III. UCITA의 접근방법 및 구성

1. UCITA의 접근방법

UCITA도 기존의 계약법(UCC 포함)과 마찬가지로 상거래를 활성화하고 지원하며, 합의와 거래관습을 통하여 정보의 사적인 거래를 진작시키는데 있다.

1) 계약에 의한 선택과 적합성

“계약에 의한 선택”이라 함은 계약의 내용은 제정법규가 아닌 당사자 간의 합의에 의해 정하여진다

이후 Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235(1982) 사건에서도 동 원칙이 적용되는 것을 명확히 함.

12) 준거법 결정의 문제에 관하여 UCC 제2편에서는 규정하지 않는 것인데 왜 UCITA는 이를 규정하는가? 사실 UCC 제2편도 동 문제를 다루고 있으나, “합리적인 관련성”(reasonable relationship)을 가지는 州의 법을 선택하지 않는 한 그 선택은 강제력이 없으며, UCITA가 “합의에 의한 법 선택” 및 “법원에 의한 법 선택”을 다루는 이유는 인터넷 거래 환경 내지는 州 간 또는 국가 간 영업환경 하에서 동 이슈가 상업적으로 매우 중요하기 때문임.

13) KADIP-KITAL 심포지움(2001), pp.207-208.

는 것이다. UCC 제2편도 이와 동일한 취지의 규정을 두고 있으며, UCITA도 이에 따르고 있다. 계약법은 다른 합의가 없는 경우에만 적용되는 의사보충규범으로써 기능할 뿐이다. 이러한 UCITA의 규칙은 기존의 상사계약법과 마찬가지로이다. 이는 古來의 계약법정책이자 또한 저작권법에서도 일반적으로 적용된다.¹⁴⁾ 다만, 일부의 법규칙은 합의된 계약조건의 강제력을 제한한다. UCITA도 역시 이를 긍정한다.¹⁵⁾

UCITA는 Llewellyn과 Gilmore가 정립한 법원칙을 따르고 있다. 이는 오늘날의 주요한 경제분야에 적합한 상사계약법은 관련 거래의 형태에 적합하여야 한다는 것이다. 가축의 賣買라는 사실에 기초한 법제는 공산품의 거래에 적합하지 않은 것과 마찬가지로 공산품의 거래라는 사실에 기초한 법제는 디지털정보의 거래에 적합하지 않다.¹⁶⁾

(1) 거래 객체

UCITA는 디지털정보를 거래객체로 하는 거래에 대한 적합한 법규칙을 제공한다. 동 법이 없다면 디지털정보거래에 적용되는 법은 보통법과 UCC 제2편의 불명확한 혼합이다. UCC 제2편은 계약의 초점이 물리적으로 제공되고 수령되는 물품을 전제하고 있으나, 디지털정보거래에 있어 그 초점은 유형의 디스크가 아니라 정보 그 자체에 있다. 만약 소프트웨어거래에 대해 UCC 제2편을 적용한다면, 이는 공산품의 매매에 적합한 규칙으로서의 UCC 제2편이라는 Llewellyn의 이상에도 반한다. 법원은 디지털 소프트웨어나 전기, DB의 처리, 케이블방송서비스, 동영상물 등 물품이 아닌 거래객체에 대해 물품매매법을 적용하는 것을 고려해 오고 있다. UCITA는 디지털정보라는 정보시대의 중추적 거래객체에 관한 한 이러한 법원을 올바르게 인도한다.¹⁷⁾

(2) 거래 형태 - 사용허락계약(license)

UCC 제2편은 유체물의 인도와 이를 사용하기 위한 제한 없는 권리의 이전에 그 초점을 맞추고 있다.¹⁸⁾ 그러나, 대부분의 디지털정보거래는 그 형태가 사용허락(또는 온라인접속)계약으로, 이용자는 일

14) 상제는 *Tasini v. The New York Times Co., Inc.*, 192 F.3d 356 (2d Cir. 1999) (“Publishers and authors are free to contract around the statutory framework”); *DSC Communications Corp. v. Pulse Communications, Inc.*, 170 F.3d 1354 (Fed. Cir. 1999); *ProCD Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

15) 예컨대, 동 법은 UCC의 비양심성의 법리와 보통법의 사기, 강박 등의 규칙을 계승하고 있음. 또한 경쟁법과 반독점법은 동 법에 우선하며, 경쟁법과 반독점법을 변경하지 않음. 소비자보호법이나 영업비밀보호법에 대해서도 마찬가지이며, 연방법에 대해서도 역시 마찬가지임. 동 법은 단지 계약을 다룰 뿐임. 나아가 정보법으로서 맞춤 제정된 새로운 법규칙을 창설하고 있음. 이로써 법원으로 하여금 디지털정보에 관한 근본적 공공정책에 저촉되는 합의를 제한할 수 있도록 함.

16) R.T. Nimmer, *Images and Contract Law - What Law Applies to Transactions in Information*, 36 Hou. L. Rev. 1, 1999.

17) 일반적으로 디지털정보거래는 정보콘텐츠를 그 객체로 함. 이와 관련 계약은 관련 미국헌법 수정 제1조(출판·언론의 자유를 규정)와 정보정책의 문제와 연관됨. 또한 이러한 법정책 상호 간의 조화도 중요하나, UCC 제2편은 이러한 문제를 인지하지 못하고 있음. 반면 UCITA는 이러한 문제를 인지하고서 정보는 언론이자 동시에 상거래의 객체라는 사실의 문제를 해결하는 기초를 제공하는 규정을 마련하고 있음.

18) UCC 제2편은 디지털정보거래에는 적합하지 않다. DB에의 접속을 허락하는 계약이 물품의 매매가 아닌 사용허락계

정한 제한 하에서 권리를 이전받고, 또한 대부분의 접속계약은 유형물의 인도가 행하여지지 않는다. 특히 이용자의 디지털정보의 이용은 사용허락의 제한을 계속하여 받는다. 이러한 계약의 강제가능 여부는 제공자와 이용자 모두에게 중요하다. 즉, 사용허락의 거래조건에 따라 사용권의 범위를 어느 한 사람으로 제한하기도 하고, 네트워크 상의 여러 사람으로 제한하기도 하며, 혹은 그 용도를 사적인 용도로 제한하기도 하고 상업적 용도로 확대하기도 하는 바, 이러한 사용허락계약의 거래조건은 곧 상품의 일부가 되는 것이다.¹⁹⁾

2) UETA와의 관계

통일주법제정위원회(The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws : 이하 “NCCUSL”라 함)²⁰⁾에서 1999년 7월 전자거래에 관한 州法の 모델법으로 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act ; 이하 “UETA”라 함)을 제정하였다.²¹⁾ 동 법이 추구하는 핵심 목적은 상거래영역에서 전자적 수단의 이용을 촉진하고, 전자기록(electronic record)과 전자서명(electronic signature)의 사용을 가능하게 하기 위한 법적 장치를 마련함으로써 전자거래시 장애를 제거하는데 있다.

첫째, 기본적으로 UCITA와 UETA는 병존(consistent)한다. UCITA 초안위원회는 이러한 병존성을 유지하기 위해 심혈을 기울였으며, 동일한 아이디어가 양 법 모두에 많이 존재한다.²²⁾

둘째, UCITA와 UETA는 그 목적과 적용범위가 서로 다르다. UETA는 모든 전자거래에 적용되는 바, 그 거래의 개념이 매우 넓으며, 적용범위²³⁾ 면에서도 존재형식불문주의(procedural statute)를 성문화하는 법인 반면에 UCITA는 디지털정보가 수반되는 계약을 중심으로 하는 바, 결국 이러한 적용범위 면에서

약이다. 예컨대, “Wall Street Journal”의 DB에의 온라인접속을 1년간 허락하는 계약이나 데이터를 처리하여 주는 계약 또는 전자적으로 자동 업데이트되는 멀티미디어 백과사전을 이용하는 계약의 경우, 동 사용허락계약이 (의자나 토스터의) 매매와 닮았는가?.

- 19) 이러한 사용허락계약은 종종 이용자에게 이익을 준다. 즉 이용자는 동 계약이 없었더라면 존재하지 않을 권리를 갖기도 하고, 정보재산권자의 허락이 없이는 행사할 수가 없는 권리를 갖기도 함. 상세는 *Green Book International Corp. v. Inunity Corp.*, 2 F. Supp. 2d 112 (D. Mass. 1998).
- 20) 117년의 역사를 지닌 NCCUSL은 각 州에서 임명된 300여명의 현직 변호사, 판사 및 법학자들로 구성된 全美기구로서 각 州에 적용될 통일법 및 모델법을 제시하고, 州法化시킬 수 있도록 지원하는 단체임. 그 동안 UCC 등을 비롯한 다수의 입법을 제정함.
- 21) UETA는 2009년 1월 현재까지 48개 州에서 채택하고자 있으며, 모두 21개 조로 구성됨.
- 22) 예컨대, ① 양 법은 모두 전자기록과 전자문서의 등가성(equivalency)을 인정, ② 전자서명의 유효성을 인정, ③ 계약이 전자대리인에 의한 계약체결을 인정, ④ 계약이 전자대리인과 자연인과의 상호작용(interaction)을 통해 체결될 수 있도록 한다. 또한 ⑤ 양 법은 모두 어떤 전자적 행위 또는 작동이 당사자 또는 그의 전자대리인에 의한 결과임이 입증되는 경우 그 전자적 행위 또는 작동이 그 당사자에게 귀속(attribute)되도록 하고 있으며, 당사자로 하여금 전자적으로 거래를 할 것을 강요하지 않는다.
- 23) “(a) 본 조 (b)항에 규정된 바를 제외하고, 동 법은 ‘거래’와 관련된 전자기록과 전자서명에 적용됨. (b) 동 법은 어떤 거래가 다음 각 호의 법률의 적용을 받는 한도 내에서는 그 거래에 적용되지 아니함. ① 유언, 유언보충서 또는 유언에 의한 신탁의 성립과 집행을 규율하는 법, ② UCC, (다만 제1-107조 및 제1-206조, 제2편 및 제2A편을 제외), ③ UCITA, ④ 각 州에서 정하는 기타 다른 법률. (c) 본 조 (b)항에 따라 적용이 제외되는 전자기록 또는 전자서명이라 하더라도 동 전자기록이나 전자서명이 본 조 (b)항에서 명시하지 않은 법률이 아닌 법의 적용을 받는 한도 내에서는 동 법이 적용됨. (d) 동 법이 적용되는 거래는 또한 다른 적용가능한 실체법에 적용됨”(UETA Art. 3).

UCITA는 실제적인 계약법(substantive contract law)이다. i) UETA는 적용범위 면에서 UCC 상의 실제적인 전자거래계약 규칙이나 디지털정보거래에 관한 실제적인 문제를 다루지 않으나, UCITA는 디지털정보거래에 관한 이러한 실제적인 문제를 다룬다. 따라서 UETA는 전자거래에 대해 양 당사자가 이를 적용하기로 합의하지 않는 한 적용되지 않는다. 반면 UCITA는 동 법의 적용범위 내에 드는 모든 계약에 적용된다. ii) UETA는 “존재형식불문주의”를 성문화하는 법인 바 UCITA는 각 州의 내용과 같은 UETA가 다루지 않는 전자거래상의 諸 문제를 다룬다.²⁴⁾

2. UCITA의 입법경위 및 구성

1) UCITA의 입법경위

UCITA는 20년 전, 미국변호사협회(American Bar Association; 이하 “ABA”라 칭함) 산하의 한 소위원회의 연구로 시작되었다. 동 소위원회는 ‘소프트웨어 사용허락’ 전반을 취급하는 거래에 있어 명확성과 확실성이 시급히 요구된다는 결론을 내리고 NCCUSL에 통일법을 만들 것을 권고하였다. NCCUSL은 연구 끝에 동 권고를 받아들여 1990년대 초 독립적인 통일법의 입안을 위한 초안위원회를 구성하였다. 동 위원회는 “UCC 제2편” 초안위원회에 흡수되었고, 그 후 1995년에 별도의 “UCC 제2B편” 초안위원회로 분리되었다가 다시 1998년에 독립적인 統一法의 입안을 위한 초안위원회로 변경되었다. 이러한 토의 과정에서 초안위원회는 수 차례의 세미나와 심포지움을 통하여 여러 쟁점들이 심도 있게 논의되었다. 동 쟁점에 관하여 수년간 정보업계와 각종 州변호사단체, ABA 등의 의견을 반영하여 1999년 2월에 “UCC 제2B편” 초안위원회에서 적용범위를 현재의 UCITA와 같이 ‘디지털정보거래’로 한정하게 되었다.²⁵⁾ 그 후 NCCUSL은 1999년 7월23일부터 30일까지 연차총회(덴버)에서 43:6의 표결로 UCITA의 제정을 승인하였다. 그 후 2000년 7월, 2001년 8월 일부 개정한데 이어 2002년 8월에 개정 UCITA를 발표하였다.²⁶⁾ UCITA는 UCC와 마찬가지로 각 州가 이를 州法으로 도입하여야 비로소 법률이 되는 州法의 모델법이다. 2009년 1월 현재까지 Maryland 州(2000.10), Virginia 州(2001.7)가 동 법을 州法으로 채택하였다.²⁷⁾

24) 예컨대, 전자계약의 계약조건은 어떻게 형성되는가?, 현저하다(conspicuous)라는 용어의 의미는 무엇인가?, 화면상의 클릭을 통하여 계약이 체결되기 위한 요건은 무엇인가?, 전자계약에는 어느 州의 법이 적용되는가?, 법정지 선택조항의 효력은 어떠한가?, 공표된 정보콘텐츠에 대해서는 어떠한 워런티가 부과되는가?, 계약을 통해 정보를 온라인으로 획득하였으나 계약에서 거래조건을 결하고 있는 경우, 당사자의 법률관계는 어떠한가?, 계속적 계약에서 계약은 어떻게 변경할 수 있는가?, 양 당사자가 모두 전자대리인을 통해 계약을 체결한 경우, 그 계약조건은 어떻게 결정되는가?, 계약위반에 대해 어떠한 구제를 받을 수 있는가? 등임.

25) UCITA의 제정 초기에는 디지털정보에 대한 거래에 관하여 UCC 제2편(물품매매)과 제2A편(리스거래)에 이어 제2B편을 추가하는 형태로 논의가 시작되었으나, ‘디지털정보’와 ‘사용허락’로 특징지어지는 새로운 형태의 거래를 UCC 제2편의 범주에 두기는 어렵다고 판단하여 독립된 입법의 형태로 이루어짐.

26) 2001년 1월17-21일 NCCUSL은 연차총회(Iorida)에서 제605조(이행의 전자적 조정)와 제816조(전자적 자력구제조치에 대한 제한)의 일부 字句의 수정을 발표함. 이후 11월부터 개정 논의가 시작되어 2002년(7.26~8.2) 동 위원회는 연차총회(Arizona)에서 개정안을 승인함. 동 개정에서는 소비자보호에 미흡하다는 여론을 수용하여 전자적 자동제지장치(automatic restraint), 전자적 자력구제조치(electronic self-help)를 금지함..

2) UCITA의 구성 - 모두 9개 장(Part), 111개 조

제1장에서는 용어를 정의하고 나아가 디지털정보의 거래를 위한 계약에서 당사자가 특정한 사항을 다루지 않는 경우 그 해결지침을 제공한다. 디지털정보거래는 컴퓨터소프트웨어, 온라인 정보, 쌍방향 멀티미디어제품, 및 데이터 혹은 DB를 모두 포괄한다. 그러나 동 법은 물품의 일부로 體化된 S/W(예컨대, 컴퓨터화된 브레이크시스템)는 물품으로 다루며 또한 동영상(motion pictures)과 녹음물(sound recordings), 인쇄되는 매체 등을 적용범위에서 제외하며, 이들에 대해서는 현행 보통법과 이들 비즈니스분야에 특유하게 적용(또는 적용됨이 적절하다고 보이는)되는 현행 제정법이 그대로 적용되도록 하고 있다. 나아가 동 법은 당사자가 거래의 적용법으로 동 법 또는 여타의 법을 선택할 수 있도록 허용하며, 따라서 동일한 거래의 면면에서 상이한 법이 각기 적용되는 경우도 있다.

제2장에서는 전자적 방식에 의한 계약체결을 허용 및 촉진하기 위하여 일방에 의해 작성된 계약조건인 경우, 그 작성자의 상대방을 보호하는 규정, 허용되지 않은 방식에 의한 의사표시 또는 통지의 경우, 상대방을 보호하는 규정, 전자적 오류가 발생한 경우의 보호규정 등 개선된 계약성립규칙과 既 성립된 계약에서 그 계약내용을 결정하는 규칙을 제공한다. 나아가 계약의 일부가 될 諸 계약조건을 사전에 고지 또는 공개하도록 유인하고 있다.

제3장에서는 구두증거의 배제, 계약의 변경, 계약조건의 변경 및 당사자에 의한 의사표시가 없는 경우 계약내용의 형성에 관한 규정을 두고 있다. 제4장에서는 이미 널리 인정되고 있는 워런티(warranty)를 디지털정보거래에 맞도록 변형·수용하고 있다. 예컨대, 국제적 맥락에서도 권리침해(infringement)나 불법사용(misappropriation)을 주장하는 제3자가 없어야 한다는 워런티를 인정하고 있으며 나아가 정보 콘텐츠와 관련하여서는 연방 수정헌법 제1조(First Amendment)상의 고려를 반영하고 있다.

제5장에서는 사용허락계약 하에서 디지털정보의 복제본의 소유권 등 권리의 귀속을 명확히 하고 나아가 계약양도를 포함하여 권리와 의무의 이전가능성을 명시하고 있다. 나아가 담보(security)의 방편으로 권리를 이전할 수 있도록 하여 담보부 사용허락이 가능하도록 하고 있다.

제6장에서는 계약이행의 기준에 관한 전통적 규칙을 디지털정보거래의 맥락에 맞추어 변형·수용하고 있다. 전자적 자동제지장치(automatic restraint)와 관련하여 당사자들을 보호하는 규정을 둔 점, 계약해제에 관한 한 일반원칙으로는 소위 완전한 이행제공(perfect tender)의 규칙이 아니라 중대한 계약위반의 원칙이 적절하다는 점을 밝힌 점, 당해 디지털정보가 고정되는 유형의 매체의 맥락에서 적절한 경우나 실질적 이행불능(impracticability)에 대해서는 UCC 제2편 상의 유사한 규칙을 수용하고 있는 점 등이 그것이다. 또한 특수한 유형의 계약과 계약종료의 경우에 적용되는 규칙을 규정하고 있다.

제7장에서는 디지털정보가 고정되는 유형의 매체(tangible medium)의 맥락에서 적절한 경우에는 계약위반 규칙에 있어 이와 유사한 UCC 제2편 상의 규칙을 대부분 수용하고 있으며, 권리포기나 계약위반

27) Maryland 州(Md. Code Ann. Com. Law§§22-101 et seq)에서는 36:8(상원), 95:39(하원)의 표결로, Virginia 州(Va. Code Ann.§§58, 1-501.1 et seq)에서는 39:0(상원), 92:5(하원)의 표결로 UCITA를 州法으로 채택함. 이 후 동 법의 채택여부를 긍정적으로 검토하고 있는 州로는 Nevada, Oklahoma 州 등임.

의 치유, 이행보증, 이행기전의 계약위반 등에 있어 보통법과 UCC 제2편 상의 규칙을 디지털정보거래의 맥락에 맞추어 변형·수용하고 있다.

제8장에서는 피해당사자의 구제체계를 제공하고 있는데, 동 체계는 UCC 제2편의 그것을 모델로 삼은 것이다. 다만 디지털정보거래에서는 그 거래맥락이 다른 점을 중시하여 필요한 변경을 가하였다.

IV. UCITA의 주요논점

본 장에서는 논자의 불필요한 주관의 개입을 막고자 동법의 초안위원회 의장이었던 Carlyle C. Ring, Jr.과 동 위원회의 리포터였던 휴스턴대 Raymond T. Nimmer 교수의 “Series of Papers on UCITA Issues”²⁸⁾ (Q & A)를 근간으로 정리한 것이다.

1. 적용범위

첫째, UCITA의 적용범위? 동 법은 컴퓨터정보계약(컴퓨터정보를 생성, 변경, 이전 또는 사용허락하는 계약에 한하여 적용)을 다룬다. 만약 계약이 컴퓨터정보 외에도 다른 어떤 것을 동시에 포함하는 경우 동 법은 “컴퓨터정보와 관련된 거래 부분”에 한하여 적용된다.²⁹⁾

둘째, UCITA는 컴퓨터나 TV 또는 토우스터를 커버하는가? 아니다. 동 법은 물품에 대해서는 적용되지 않는다. 물론 물품이 컴퓨터프로그램을 담고 있는 경우에는 그렇지 않다. 물품에 관한 법은 UCC 제2편이나 제2A편이다. UCITA는 이러한 법들을 변경시키지 않으며, 단지 컴퓨터정보를 다룰 뿐이다.

셋째, UCITA는 책이나 신문, 잡지의 매매를 커버하는가? 아니다. 이들 거래는 컴퓨터정보를 포함하고 있지 않기 때문이다. UCITA는 전자책이나 온라인 DB 등을 커버하지만 인쇄된 책이나 신문, 잡지 등의 매매는 커버하지 않는다. 이들(예컨대, 전자책과 종이책)을 구별해야 하는 이유는 무엇인가? 종이책에 대해서는 적용되는 기존의 법이 있지만, 디지털 혹은 전자책에 대해서는 이러한 통일법이 없기 때문이다. UCITA는 디지털제품이나 온라인제품의 거래에 있어 통일된 계약성립 규범과 당사자의 권리·의무에 관한 임의규범(default rule)을 제공한다.³⁰⁾

28) 이 글은 <http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_qanda/uniformacts-q-ucita.asp>에 있음.

29) 다만, 거래의 주 목적이 물품이 아니라 오히려 컴퓨터정보를 획득하고자하는 경우에는 동 거래의 전부에 대해 동 법이 적용됨(예컨대, S/W를 사용허락 또는 매매하는 계약, 컴퓨터프로그램을 제작하는 계약, 멀티미디어제품 관련 계약, 컴퓨터게임 관련 계약, 온라인DB 접속계약, 인터넷을 통한 정보의 배포를 위한 계약 등임). 그렇다면 타인에게 정보를 제공하는 경우라면 UCITA가 항상 적용되는가? 아니다. 동 법은 오직 계약을 다룰 뿐이다. 정보계약과 무관하게 타인에게 정보를 제공하는 경우는 얼마든지 있다. 계약에 관한 정보를 이메일을 통해 교환하기로 합의하였다 하더라도 혹은 컴퓨터정보를 디스켓에 담아 제공하기로 하였다고 하더라도 동 법이 적용되지도 않음.

30) 동 법은 전통적인 영화나 유무선방송을 커버하는가? 아니다. 이들은 UCITA에서 명시적으로 제외됨. 이들 산업에는 이미 오랜 관습이 성립되어 있으며 이러한 관습은 특유하여 일련의 통일법으로 커버하기 어려움. 비록 인터넷을 통

넷째, UCITA는 오늘날 존재하지 않는 정보에 대해 “재산권”을 창설하게 되는가? 아니다. UCITA는 계약법이다(동 법은 계약을 다루는 법이지 재산권을 다루는 법이 아님). 동 법은 재산권(property rights)을 변경하지도 않으며 창설(create) 하지도 않는다. 계약과 재산권은 엄연히 다르다(계약은 양 당사자 사이에만 효력을 가지나 재산권은 대세적인 효력을 가진다).

2. 연방법우선의 원칙과 공정이용

첫째, UCITA는 왜 연방법이 우선한다고 규정하는가? 여타의 州法과 마찬가지로, UCITA는 연방법의 下位法이다. 전통적으로 州法은 이러한 연방법우선의 원칙(federal preemption)을 명시하지 않는데 그 이유는 너무나 자명하기 때문이다. 이는 혹시나 있을 우려를 진정시키기 위함이기도 하고 계약법과 정보 관련 법-제도적 정책과의 관계에 있어 UCITA가 최후의 규범인 것은 결코 아니라는 사실을 부각시키기 위함이기도 하다.³¹⁾

둘째, 저작권법 상에서 소프트웨어는 사용허락될 수는 없고 단지 복제본(copy)이 매매될 수 있을 뿐이다. 사실인가? 아니다. 만약 이것이 사실이라면, 미국에서 현재 가장 역동적인 산업 분야가 불법적인 거래에 기초하고 있다는 결과가 된다. 저작권법은 매매와 사용허락을 구분한다. 저작물의 출판업자는 복제본을 사용허락할지 아니면 매각할지 자유로이 선택할 수 있다. 최근의 연방순회항소법원은 소프트웨어의 사용허락계약이 있더라도 이용자가 그 복제본의 소유권을 취득하는 것은 아니라고 하였다.³²⁾

셋째, 소프트웨어 사용허락은 항상 이용자의 권리를 박탈한다. 사실인가? 아니다. 사용허락계약은 이용자가 사용허락받은 정보를 가지고 과연 무엇을 할 수 있는가를 다룬다. 동 계약은 때때로 복제본의 매매계약에서 매수인이 가지는 권리에 비해 보다 적은 권리를 이용자에게 부여한다. 그러나 동 계약은 더 많은 권리를 부여한다.³³⁾

넷째, 계약조항이 인용(quotation) 또는 공정한 비판(fair comment)에 대한 절대적 제한에 해당한다 하더라도 UCITA 하에서는 강제력을 가진다. 사실인가? 아니다. 이점을 분명히 하기 위하여 UCITA는 근본적인 공공정책(공정한 비판 등)이 계약법원칙에 보다 중요한 경우에는 이것이 우선한다는 특유한 성문규범을 창설하고 있다. 이는 UCC 제2편을 포함하여 현행 통일법에는 명시적으로 존재하지 않는 것이다.³⁴⁾

해 이러한 영화상영이나 방송이 가능하다 하더라도 이에 대해서 동 법이 적용되는 것은 아님.

- 31) 혹자는 UCITA의 의도가 연방법을 피하기 위하거나, UCITA의 일부가 연방법에 배치된다고 주장하기도 하나 동 규정은 이들 문제를 일거에 해결하고 있음.
- 32) 제 7 항소법원은 연방 저작권법이 데이터의 복제본 사용허락을 무효화하는 것은 아니라고 판결함. 이는 사용허락 계약조항이 최초판매원칙과 배치되는 경우에는 그 복제본의 이전을 賣買가 아니라고 본 것임.
- 33) 예컨대, 동종업계 종사자 모든 사람에 의한 사용을 위한 복제본을 만들 권리, 공공에 전시할 수 있는 권리, 복제본을 상업적으로 배포할 수 있는 권리 등임. 어떤 로펌(law firm)이 소프트웨어를 구입하는 경우, 사용허락계약은 그 로펌으로 하여금 멀티유저 네트워크(multi-user network) 상에서 소프트웨어를 사용할 수 있도록 하여야 함. 단순한 복제본의 매매를 통해서만 이를 달성할 수 없음. 물론, 어떠한 권리가 사용허락되는지는 대가가 얼마나 지급되는가에 달려 있음.

다섯째, UCITA는 역분석(reverse engineering)을 금지하는가? 아니다. 혹자는 UCITA가 역분석을 제한한다고 한다. 계약으로 역분석을 제한할 수도 있고 허용할 수도 있다. 그러나 UCITA는 기존의 법을 변경하지 않는다. 역분석 문제는 UCITA 이전에 이미 존재하였다. 역분석 문제는 이미 수년간 국제적 차원에서 그리고 각국의 국내법적 차원에서 이미 논쟁되어 왔다. 역분석은 영업비밀보호법(trade secret law)상의 개념으로서, 매수인으로 하여금 그가 구입한 제품에 들어 있는 어떤 비밀을 발견하여 사용할 수 있도록 하는 것이다. UCITA는 영업비밀보호법을 변경하지 않음을 스스로 분명히 하고 있다. 또한 저작물의 역분석은 연방 저작권법의 적용을 받는 바, 동 저작권법도 UCITA에 의해 변경되지 않는다.

여섯째, UCITA는 저작권법을 우회(circumvent)한다. 사실인가? 아니다. 계약법과 지적재산권법은 상호 협조적인 관계에 있다. 계약은 “재산을 사용할 권리”를 확대, 활성화 또는 유보한다. UCITA는 이러한 관계를 변경시키지 않는다. UCITA는 연방 저작권법, 상표법 기타 지적재산권을 부여하는 법에 의해 부여된 권리를 변경시키지 않는 것이다.³⁵⁾

일곱째, 그러나 많은 사람들은 UCITA 제정 이후에 최종이용자가 그의 공정이용권을 포기할 것이라고 한다. 사실인가? 아니다. i) 공정이용(fair use)은 저작권 침해에 대한 방어수단이다. 즉 “제한된 이용권에 불과하기 때문에 이용이 저작권의 침해에 해당한다”고 제소된 경우, 피고는 공정이용을 주장하여 방어할 수 있다. 법원이 이러한 주장을 인용한다면 이는 저작권의 침해가 없었음을 의미하는 것이다. 공정이용은 저작물을 복제한 경우에도 연방법상의 침해책임을 지지 않음을 의미한다. ii) 현행법에서 당사자가 원한다면 공정이용권과 관련한 합의를 할 수 있다. 이는 UCITA의 어느 조항에 의해서도 강요되는 바가 아니다. iii) 일반적 공정이용이 아니라 인용이나 비판, 역분석 문제와 관련하여서는 전술한 바의 것이 적용된다. 즉 근본적인 공공정책에 반하는 계약조건은 UCITA 하에서 강제력이 없다.

3. 공표된 정보콘텐츠

첫째, UCITA는 왜 “공표된 정보콘텐츠”(published information contents)³⁶⁾와 같은 유형의 정보를 다루는가? 동 유형의 정보는 정보화시대의 중요한 특징이다. 최근 경제에 있어 디지털 시스템이나 디지털 혁명으로 인하여 이러한 유형의 정보는 상거래활동의 중추가 되었다. 법원은 전통적인 신문이나 잡지와 마찬가지로 디지털정보도 역시 보호받을 가치가 있음을 인정하였다. 동 법은 이러한 정보의 배포(확산)를 보호하는 “미 헌법 수정 제1조” 상의 개념이 계약법에서도 인정된다는 점을 분명히 하고 있는 것이다.

34) UCITA가 모든 州의 법원에 의해 채택된 것은 아니나 리스테이트먼트 상의 이용자 보호적인 법원칙을 채택하여 성문화 함.

35) UCITA가 계약과 지적재산권 간의 이러한 관계를 변경시키고자 하는 법이라고 주장하는 이들은 연방 저작권법에 의해 계약법이나 정보 관련 계약이 항상 효력이 부인된다고 믿고 있는 것 같다. 그러나 그들이 믿고 있는 바는 사실이 아니며 어떠한 법원도 이를 사실이라고 판결한 바 없다. 오히려 그 반대의 판례가 많음.

36) 이는 우리가 읽고, 듣고, 즐기고 또한 통신매체를 통해 주고받는 정보를 말함(예컨대, 디지털 뉴스레터나 멀티미디어 백과사전, 온라인 DB 등에 들어 있는 내용물). 이는 공표되어 있어 보편적으로 입수가능한 정보라는 점에서 컨설턴트나 변호사가 특정한 고객에게 제공하는 유형의 정보에 대비됨.

셋째, 공표된 정보콘텐츠와 관련하여 정보가 잘못된 것인 경우, 동 법은 구제권을 부여하는가? UCITA는 과도한 책임위험이 가해지면 이러한 유형의 상업적 정보서비스의 역동적 성장이 위축될 위험이 있다고 본다. 동 법은 (제2차) 불법행위 리스테이트먼트 제552조에 따라 대부분의 州에서 따르고 있는 규칙을 채택하였다. 동 리스테이트먼트에 의하면 단순히 정보가 부정확하다는 이유로 公衆에게 구제권을 주지 않는다.³⁷⁾ UCITA는 이를 명시적으로 규정한 것이다. 이에 의하면 공표된 정보콘텐츠에 관한 한 정확한 데이터의 워런티는 없다.³⁸⁾

셋째, 이런 유형의 정보콘텐츠와 관련하여 UCITA는 어떠한 규정을 두고 있는가? 동 법은 특별한 신뢰관계에 기초하여 제공되는 정보에 대해서는 새로운 묵시적 워런티를 창설하고 있다. 즉 “정보제공자가 합리적 주의를 다하지 못함으로 인하여 야기되는 데이터의 오류는 없다”는 워런티를 창설한 것이다. 이는 많은 州에서 컨설턴트의 책임과 관련하여 취하고 있는 입장과 (제2차) 불법행위 리스테이트먼트 제552조가 정보제공자와 관련하여 취하고 있는 입장과 동일하다. 계약법에서 이는 이용자를 보호하는 새로운 워런티이다.

4. 소비자보호와 워런티

첫째, UCITA는 소비자에게 불리하지 않은가? 그렇지 않다. UCITA는 각 州의 현행 소비자보호 관련 법규를 변경하지 않는다. 또한 연방 소비자보호법도 변경시키지 않는다. UCITA는 현행 UCC 제2편 상의 소비자보호 규정을 존속 내지는 정보에 대해서 까지 확대하며 나아가 새로운 보호를 추가한다. UCITA 에서 소비자는 현행의 물품매매법(UCC 제2편)이나 서비스거래 관련법에 비해 보다 많은 보호를 받는다.

둘째, UCITA 하에서 소비자는 어떠한 보호를 받는가? UCITA는 현행 UCC 제2편 상의 소비자보호 규정을 존속시키고 나아가 이를 많은 새로운 거래에 대해서까지 확대하고 있다. UCITA는 i) 적용법 합의를 통해 강행적인 소비자보호법규가 변경되는 결과의 발생을 금지하고, ii) 워런티가 배제되기 위해서는 보다 분명한 의사표시가 필요하도록 하며, iii) 온라인 상의 오류로 인한 어떤 결과에 대한 책임을 피할 수 있도록 소비자에게 권리를 부여하며, iv) 여타의 소비자보호법규가 축소되지 못하도록 하며, v) 소프트웨어를 수령한 이후에야 비로소 알 수 있는 사용허락계약조건의 경우, 소비자가 그 계약 조건을 거절한다면 동 소비자가 대금을 반환받을 수 있도록 하고 있다.³⁹⁾

37) 만약 그렇지 않다면 인기 있는 신문이나 작가의 책임이 얼마나 커질지 생각해 보라. 부정확한 정보콘텐츠에 대한 책임은 동 콘텐츠제공자가 그의 고객과 특별한 신뢰관계를 가지고 있는 경우에만 인정되어야 함.

38) 그렇다면, 공표된 정보콘텐츠를 매입하거나 사용허락 받는 경우 어떠한 권리도 가지지 못한다는 말인가? 아니다. 기존의 법 하에서 가지는 것과 동일한 권리를 가진다. 즉 동 콘텐츠에 대해서는 어떠한 묵시적 워런티도 없다. 따라서 이 점에 관한 한 디지털정보도 기존의 인쇄되어 공표된 정보와 동일하게 취급된다.

39) UCITA는 현행 물품 관련 소비자보호법규에서 소프트웨어를 정말로 제거하는가? 아니다. 현행 소비자보호법규는 그 나름의 적용범위를 가짐. 일부는 DB에, 일부는 서비스에, 일부는 소프트웨어에 각각 적용되며 또 일부는 그렇지 않음. 이들 법규가 UCITA에 의해 변경되지는 않음.

셋째, UCITA는 소비자가 가지는 “물품인수전검사권”을 박탈하는가? 아니다. 동 법은 소비자는 물론 디지털정보를 획득하는 모든 자에 대해 물품인수전검사권(right to inspect before accepting goods)을 부여한다. 이는 UCC 제2편상의 그것을 수용한 것이다.

넷째, UCITA는 어떠한 워런티(warranty)를 규정하고 있는가? UCITA는 기본적으로 UCC 제2편 상의 워런티를 계수하였다. 다만, 디지털정보거래를 위해 새로운 워런티를 추가하였다.

UCITA 상 워런티 유형과 내용

워런티 유형	내용
① 명시적 워런티(express warranty)	홍정의 기초의 일부가 되는 명시적 약속(commitments)은, UCC 제2편에서 정하는 기준에 상응하는 한, UCITA 하에서도 워런티가 된다. 나아가 광고에 의해서도 동 워런티가 성립할 수 있음을 분명히 함으로써 이용자를 보호하고 있다.
② 묵시적 無침해 워런티(implied warranty of non-infringement)	UCITA 상의 무침해 워런티는 UCC 제2편과 제2A편에 상응하며 나아가 제공자에게 “명세서”를 제공한 이용자에 대해서는 보다 많은 보호를 준다. 정보제품에 있어서는 “제한없는 소유권 워런티”(warranty of good title)란 것이 없다. 왜냐하면 제공자가 소유권을 가지지 않는 경우가 허다하며, 많은 경우 제공자는 동시에 이용자이기도 하다. 따라서 디지털정보거래에 있어서는 동 워런티가 이를 대신한다. ⁴⁰⁾
③ 평온한 향유의 워런티(implied warranty of quiet enjoyment)	이는 UCC 제2A편에 상응하는 새로운 워런티이다. 이에 의해 제공자는 이용자에 의한 사용허락의 향유를 방해할 수 없게 됨(UCC 제2편에는 이러한 워런티가 없음).
④ 묵시적 상품적합성 워런티(implied warranty of merchantability)	이는 컴퓨터프로그램이 그 통상적 사용목적에 적합하도록 할 제공자의 묵시적 의무를 말한다. 동 법은 이 워런티가 모든 컴퓨터프로그램에 적용되도록 하고 있는 바, 현재 보통법(보통법 하에서는 이러한 워런티가 없음)의 적용을 받는 소프트웨어에 대해서까지 동 워런티의 적용영역을 확대하고 있다.
⑤ 묵시적 목적적합성 워런티(implied warranty of fitness for a purpose)	이는 제품이 이용자의 필요에 적합하도록 할 제공자의 의무를 말한다. 이는 동 법이 UCC 제2편의 그것에 상응하는 규칙을 적용한 것이다.
⑥ 시스템적합성 워런티(implied warranty of system integration)	이는 새로운 워런티이다. 이는 개개의 諸 구성요소가 통합되어 하나의 시스템으로서 기능하도록 하여야 할 제공자의 의무를 말한다. UCC 제2편이나 제2A편에는 없는 것이다.
⑦ 묵시적 데이터 정확성 워런티(implied warranty of data accuracy)	현행법에는 없는 워런티로서 정보제품에 적용되는 새로운 워런티이다.
⑧ 묵시적 비상업용 소프트웨어(free software)	이는 제공자의 비상업용 소프트웨어에 대한 워런티의 면책을 규정하는 것이다.

40) ① UCITA는 UCC 제2편과는 달리 “無침해 워런티”를 “합의로써 배제” 할 수 있도록 허용한다. 사실인가? 아니다. 묵시적 워런티의 합의배제(disclaim)에 있어 UCITA는 UCC 제2편과 제2A편을 따르고 있다. ② 나아가 UCITA 하에서는 워런티의 합의배제가 보다 쉬워진다. 사실인가? 아니다. 오히려 UCITA는 UCC 제2편에 비해 워런티의 합의배제를 위한 보다 많은 정보제공(통지) 요건을 부과하고 있음.

다섯째, 소프트웨어에 중대한 하자가 있음을 제공자가 알고 있었던 경우, 현행법下에서 이용자가 누리는 보호를 UCITA 下에서는 누리지 못하게 된다. 사실인가? 아니다. UCC 제2편이나 보통법 하에서는 물론 UCITA 하에서도 이 문제는 제공자에게 詐欺가 있는가의 문제이다(사기에 관한 법은 UCITA에 의해 변화되는 것이 없다).

5. 완전한 이행제공

첫째, UCITA 下에서 당사자는 어떠한 경우에 상대방의 이행을 거절할 수 있는가? 일반적으로 동 법은 (제2차) 계약 리스테이트먼트나 보통법, 국제계약법에서 사용되는 기준과 동일한 기준을 사용하고 있다. 이에 따르면, 계약 자체에서 허용하거나 이행이 중대한 계약위반(material breach of contract)에 해당하는 경우 이행의 상대방은 그 이행을 거절하고 계약을 해제(cancel)할 수 있다.⁴¹⁾

둘째, 현행법 下에서 이용자는 완전한 제품을 요구할 권리가 있으나 UCITA는 이러한 권리를 박탈한다. 사실인가? 아니다. 대부분의 계약에서 “중대한 계약위반” 규칙이 이미 적용되고 있다. 사실, 제품이 말 그대로 완전한 것을 요구하는 법은 없다. 더욱이 복잡한 제품의 경우 이는 불가능하다. 여타의 법과는 달리 UCC 제2편은 경우에 따라서는 제품이 계약에 일치하지 않은 경우, 매수인으로 하여금 이를 거절할 수 있도록 하고 있다. 이것이 소위 완전한 제공의 규칙(perfect tender rule)이다. 다만, 계약은 거래관행을 고려하여 해석되어야 하고 또한 상품적합성 워런티도 단지 묘사(혹은 기술)이 통상적으로 의미하는 바에 적합한 제품일 것을 요구할 뿐이다. 이 규칙은 UCC 제2편의 다른 규칙에 의해서도 도출 가능하다.

셋째, “실질적 이행”의 규칙은 무엇을 의미하는가? 이는 사소한 문제를 이유로 당사자의 일방이 계약을 종결할 수는 없도록 하는 규칙이다.⁴²⁾ UCITA는 “계약 하에서 피해당사자에 의해 합리적으로 기대되는 실질적 이익(significant benefit)을 실질적으로 박탈하거나 박탈할 가능성이 있는(substantially deprived or is likely substantially to deprive) 위반”의 경우에는 중대한 계약위반이 된다고 규정하고 있다.

넷째, UCITA는 왜 실질적 이행의 기준을 채택하였는가? 보통법이 이 기준을 적용하고 있는 바, 이 기준은 국제협약에서도 채택되어 왔으며 단순한 1회의 인도가 아닌 수차에 걸친 인도가 요구되는 경우에는 UCC 제2편 하에서도 이 기준이 역시 적용된다. UCITA가 상정하는 많은 거래가 현재 이 기준의 적용을 받는다. UCC 제2편과 제2A편은 단순한 사실관계의 경우(예컨대, 물품의 단순한 1회적 인

41) 상대방의 행위가 계약의 실질적 이행(substantial performance)에 해당하는 경우에는 계약을 해제할 수 없음. 계약위반이 중대하지 않은 경우에 손해배상을 받을 수 있으나 계약을 해제하고 그 이행(대금지급 포함)을 거절할 수는 없는 것임.
 42) 예컨대, ① 변제기일을 하루 넘긴 금전채무자나 인도의무의 이행을 1시간 지체한 한 회사의 경우, 보통법 하에서 사소한 불이행은 계약종결의 사유가 되지 않으나, 위반이 중대한 경우(계약위반으로 인해 이행이 가지는 가치의 상당 부분이 소실되는 경우 등)에는 그 이행을 거절하고 계약을 종결할 수 있음. ② 컴퓨터가 그 내장된 하드디스크와 상호 통신을 못 한다면 이는 중대한 하자임(그러나 인도된 압착기의 외부에 긁힌 자국이 있더라도 이는 중대하지 않음). 무엇이 중대한 하자인지는 상황에 따라 다르며, 만약 긁힌 자국이 매우 비싼 페인트 위에 난 경우에는 중대한 하자가 될 것임.

도), 각기 소위 완전한 이행을 요구한다는 점에서 현대적인 법으로서는 사실 예외적이다. 즉, 실질적 이행의 기준은 일반적으로 최상의 규칙이기 때문에 일반적으로 적용가능한 규칙이다.⁴³⁾

6. 전자적 자력구제조치

UCITA 제816조는 제공자에 의한 정보의 점유회복 즉, 전자적 자력구제조치(electronic self-help)⁴⁴⁾에 대해 실질적인 제한을 가한다. UCC 제2편, 제2A편 및 제9편은 평온의 침탈 또는 파괴에 해당하더라도 이러한 제한을 부과하지 않는 바, UCITA의 이러한 제한은 이에 대비된다. 그러나 아직까지도 동 조에 대해서는 논쟁이 많다.⁴⁵⁾

첫째, UCITA는 모든 사소한 불이행에 대해 자력구제조치를 허용하는가? 아니다. 사용허락계약이 해제된 경우에만 적용된다. 계약의 해제는 중대한 계약위반의 경우나 계약으로 동 계약이 해제될 수 있음을 스스로 인정하는 경우에만 가능하다. 반면 UCC 제9편 하의 담보권자(secured party), 제2편 하에서 담보권을 실행하는 때도인, 제2A편 하의 리스제공자(lessor)는 모두 계약불이행의 경우 이것이 중대한 계약위반인지 불문하고 자력구제조치권을 자유로이 행사할 수 있다.

둘째, UCITA에서 규정되어 있지 않지만 그럼에도 당사자가 가지는 자력구제조치권이 있는가? 그렇다. 나아가 이러한 자력구제조치권은 UCITA의 제한을 받지 않는다. UCC 제2A편 하의 리스제공자는 리스된 물건(예컨대, 소프트웨어가 장착된 컴퓨터)의 점유를 회복할 수 있다. 제9편 하의 담보권자는 금전채권을 담보하는 컴퓨터 및 소프트웨어의 점유를 회복할 수 있다. 이들 양 법 하에서 리스제공자와 담보권자는 아무런 통지가 없이도 물건의 성능을 파괴할 수 있다. UCITA의 적용을 받지 않는다면, 이

43) 이는 소프트웨어제품의 복잡성으로 인해 완전한 이행이 본질적으로 불가능하다는 사실을 반영하고 있음. 사실 완전한 소프트웨어는 현재로서는 현실성이 없는 목표이자 꿈에 불과함. 이는 과도한 비용의 지출이 없이는 적어도 수많은 중소기업으로는 불가능한 것임. 나아가 이 규칙은 불측의 피해를 방지하기도 함. 예컨대, 특정한 그림을 이용하여 소프트웨어나 DB를 개발하는 계약의 경우, 6개월 이상 수천의 시간을 소비하여 나온 그 결과물을 인도하였으나, 여기에 사소한 불일치가 있다면, 상대방은 “완전한 이행”이 없다는 이유로 계약을 해제하고 대금지급을 거절할 수도 있을 것임. 보통법과 UCITA 하에서 이러한 계약위반은 “중대한 위반”이 아님. 이로 인해 상대방은 단순히 손해배상을 구할 수 있을 뿐이며 결코 계약 전체를 종료시킬 수는 없음.

44) ‘기술보호조치’(저작자가 자신의 저작물의 특정 이용을 제한하거나 통제하기 위하여 적용한 기술적인 보호수단)를 일종의 ‘자력구제조치’라고 하며, 특히 소극적 자력구제로서 정당방위와 유사하다는 주장으로는 이영록, “기술조치의 보호입법에 관한 연구-저작권법상의 보호를 중심으로”, 저작권연구자료 제38권, 저작권심의조정위원회, 2001.12. pp.16-17.; 이러한 조치는 크게 ① 저작물 유통 전(사전적)에 가해진 기술보호조치와 ② 저작물 유통 후(사후적)에 저작물의 이용상황 등을 파악하기 위한 권리관리정보(저작물을 파악하고 이용여부를 결정하며, 그 저작물을 이용하기 위하여 필요한 권리처리를 하는데 필요한 저작물-저작권자이용조건 등에 관한 정보를 의미하며, 권리처리의 촉진과 불법이용의 추적을 주된 기능으로 함)로 나눌 수 있음.(박진아, “사이버스페이스에 있어서 지적재산권의 보호에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위 청구논문, 2003. pp.86-94.); 저작권법적 보호시스템에서는 기술보호조치와 권리관리정보의 개념을 분리하여 별도로 규제함에 따라 소위 ‘워터마크’관련 기술은 저작권을 보호하는데 ‘효과적’인 기술이 아니라는 이유로 권리관리정보로 취급함이 일반적이거나, 관련 업계에서는 기술보호조치와 권리관리정보의 개념을 구분하고 있지 않고 있음(윤선화신재호, “기술적보호조치에 대한 검토-온라인디지털콘텐츠산업발전법을 중심으로”, 디지털재산법연구 제1권 제2호, 2002, p.216).

45) 동 법의 비판론자들의 論據가 바로 전자적 자력구제조치의 허용에 대한 것이었다. 이러한 비판의 결과 개정 UCITA 제816조 제(b)항에서는 이러한 조치를 금지한다는 명문의 규정을 두게 되었음.

러한 담보권을 전자적 방식으로 실행하는 사례가 점점 증가할 것이다. 제2편 하의 소유권을 유보한 때 도인도 동일한 담보권을 가진다.

셋째, UCITA는 현행법 하에서는 존재하지 않는 권리를 창설한다. 사실인가? 아니다. 자력구제조치는 제정법에 의해 인정되는 것으로 현재 담보권을 획득한 제공자를 포함하여 “Non-UCITA party”에게 허용되고 있다. 그리고 어떠한 제정법이나 법원도 이를 금지하고 있지 않다. 일부 판례에 따르면 현행법 하에서 적어도 이용자가 합리적으로 그 행사가능성을 알 수 있었던 경우에는 자력구제조치의 실행이 가능하다. 일반적으로 소프트웨어는 저작권의 보호를 받는 저작물이며, 저작권은 타인에 의한 복제를 금지할 권리를 부여한다. 판례에 의하면 복제는 소프트웨어가 사용된 때 발생한다. 최근에 개정된 연방 저작권법에 의하면 기술적인 접근통제(access controls: 저작물에 대한 접근을 제한하는 장치/프로그램)가 허용된다. 이것이 통상적인 전자적 자력구제조치의 방법이다.

넷째, 제공자는 왜 자력구제조치에 관심을 가지는가? 자력구제조치권은 소규모 제공자의 주된 관심사이다. 소프트웨어회사의 절반 이상이 12명 이하의 종업원을 두고 있는바, 이러한 소규모 기업(제공자)이 대규모 기업(이용자)에게 소프트웨어를 사용허락한다. 이러한 제공자로서는 자금력이 풍부하지도 않고 장기간의 소송수행능력을 가지고 있지 못하기 때문에, 소규모의 개발업자인 제공자가 대금지급을 받고 이용자에게 경고를 줄 수 있는 실용적인 유일한 방법이 바로 자력구제조치에 의한 구제이다.

7. 사용허락의 존속기간과 권리의 이전

첫째, 당사자의 합의에도 불구하고 UCITA 下에서 사용허락계약은 일방적인 의사표시로써 동 계약을 종료(termination)시킬 수 있는가? 아니다. 사용허락의 존속기간(durations of License)은 항상 당사자의 합의에 따른다. 현대의 일반시장에서 대부분의 소프트웨어 사용허락의 존속기간은 영구적이다. 동 법은 이러한 합의를 존중한다. 반면 온라인 사용허락의 경우에는 존속기간이 특정된다.⁴⁶⁾

둘째, 오늘날 많은 소프트웨어 사용허락은 영구적인 사용허락계약인데 UCITA가 이러한 사실을 고려하고 있는가? 그렇다. i) UCC 제2편과 마찬가지로 UCITA 하에서 계약의 존속기간이 영구적임이 일반적인 경우 법원은 이것이 비록 서면으로 작성되지 않았더라도 당사자의 합의임을 인정할 수 있다. ii) UCITA는 이용자에게 유리한 거의 새로운 규정을 창설하였다. 이에 따르면, ① 복제본의 소유권이 이전되거나 또는 ② 일시불 사용허락의 경우에는 당사자의 명시적 또는 묵시적 합의가 없더라도, 동 사용허락은 영구적인 것으로 간주된다. 현행법 下에서는 이러한 규정이 없다.

셋째, UCITA로 인해 이용자가 비배타적(nonexclusive) 사용허락을 이전하기가 보다 어려워지는 것은

46) 그렇다면 UCITA 下에서 사용허락계약은 어떠한 경우에 일방적으로 종료될 수 있는가? 당사자가 합의로써 계약기간을 정하지 않은 경우에만 그러하다. 동 법과 마찬가지로 UCC 제2편 및 보통법 하에서 계약기간에 관한 합의가 없는 경우 당사자는 일방적으로 계약을 종료시킬 수 있다. UCITA 하에서 법원은 거래관행이나 교섭과정 등을 기초로 계약기간을 정할 수 있으며 따라서 동 법의 이 규정은 사용허락의 존속기간에 대한 다른 어떠한 기초가 없는 경우에 적용되게 된다.

아닌가? 아니다. 동 법은 현행법보다도 이전가능성(transferability)을 더 제고하는 이전규정을 두고 있다. 연방 저작권법과 특허법은 소프트웨어나 기타 비배타적 사용허락의 이전가능성에 중요한 제한을 가하는 바, 동 법의 권리이전 규정이 유효한지 여부는 이러한 연방 저작권법이나 특허법 하에서 이것이 인정되는지 여부에 달려있다.

넷째, 계약에 의한 권리이전의 제한은 어떠한가, 이것이 유효한가? 그렇다. 이 점에 있어 UCITA는 현행법을 변경시키지 않으며, 계약자유의 원칙과 (제2차) 계약 리스테인먼트의 입장을 따르고 있다.⁴⁷⁾

다섯째, 그렇다면 UCITA 하에서 사용허락의 모든 이전 제한 조항이 유효한가? 아니다. UCITA는 경우에 따라서는 사용허락의 이전을 보다 용이하게 하는 규정을 신설하였다.⁴⁸⁾

8. 일반시장 라이선스와 쉬링크랩 라이선스

첫째, 일반시장 라이선스(mass market licenses ; 이하 “MML”라 칭함)⁴⁹⁾란 용어는 혁신적인가? 그렇다. 이 개념은 UCITA 하에서 새로이 창설된 것이자 소비자는 물론 기업(특히, 소규모 기업)도 구매자로서 참여하는 소매시장의 존재를 인정하는 것이다. 물론 이러한 유형의 시장은 물품거래에서도 존재한다. 그러나 UCC 제2편은 이러한 개념을 사용하지 않는다. UCITA에서 MML규정은 소비자를 보호하나 이에 머무르지 않고 규모를 불문하고 소매구매를 하는 기업까지 보호한다. 이는 현행법에서 진일보한 것이다(현행법은 소비자에 한하여 소비자보호를 적용함).⁵⁰⁾

둘째, MML이 성립되기 위한 요건은 무엇인가? MML 규칙은 일반 계약법을 따르고 있다. 계약조건을 검토할 기회를 가진 이후에 이용자가 MML에 동의한 경우에만 MML은 구속력을 가진다. 다만, 사용허락에 동의하더라도 다음의 규칙에 의해 제한된다. i) 비양심적 계약조건은 강제력이 없다. ii) 근본적인 공공정책에 배치되는 계약조건은 강제력이 없다. iii) 당사자간의 실제적 합의에 배치되는 계약조건은 강제력이 없다(예컨대, 실제로 90일 이내의 환불권을 약속하였으나 사용허락계약조건이 30일

47) 그럼에도 UCITA 하에서 MML의 경우, 이러한 제한이 현저하고 그리하여 일반시장 구매자가 계약내용을 충분히 인지할 수 있어야 함. 이는 당사자가 디지털정보를 담고 있는 디스켓을 이전할 수 있는지에 관한 것이 아니라 디지털정보를 이용할 수 있는 권리를 이전할 수 있는지에 관한 것임.

48) 예컨대, 이전 제한 조항으로 인해 금융업자의 권리가 창설되지 못하도록 금지할 수는 없도록 하고 있으며 또한 디지털정보가 포함된 어떤 창작물의 이전을 금지하는 사용허락계약의 제한조항은 강제력이 없음. 연방법에 의해 효력이 부인되지 않는 한 이러한 규정은 권리의 이전가능성의 중요한 확장임.

49) MML은 일반대중과의 소매거래에 사용되는 표준양식에 의한 계약을 말함. 소매거래에서 거래의 객체(정보)는 어느 한 특정인에게 특화되어 있지 않으며 또한 누구나 그 상대방이 될 수 있음. 예컨대, “W-Perfection”이라는 소프트웨어를 사용허락하는 경우, 동 소프트웨어는 소매점에서 누구나 구입할 수 있는 것이며 또한 그 사용허락계약조건은 누구에 대해서도 동일함.

50) 동 법은 왜 MML을 허용하여야 하는가? 일반시장에서 표준양식을 통해 계약을 체결할 수 있음은 새로운 사실이 아님. 가구를 리스할 때나 혹은 항공권을 구입할 때 우리는 표준양식을 통해 계약을 체결함. 디지털정보거래에서 당사자들은 지적재산권과 정보에의 접속권을 다루기 때문에 이러한 형태의 계약이 더욱 중요함. 예컨대, 사용허락 없이 사무실용 워드프로세싱 프로그램을 복제하는 것은 저작권 침해임. 권리를 이용자에게 이전함에 있어 사용허락은 중요하며 마찬가지로 오늘날 정보산업사회의 특징이 되는 다양한 제품을 창작하여 마케팅할 수 있도록 하는 데에도 사용허락은 매우 중요함.

이내의 환불권을 정하고 있는 경우).

셋째, UCITA의 존재이유는 단지 쉬링크랩계약(shrinkwrap licenses)⁵¹⁾을 유효화하기 위함인가? 아니다. 지금까지의 다른 법들은 각기 관련된 실재하는 유형의 계약에 대한 것인 바, UCITA는 이들 법에 의해 성문화되거나 명확화되지 못한 상사계약상의 광범위한 이슈들을 다루고 있다. 동 법은 인터넷을 통한 디지털정보거래를 포괄하고 있다.

넷째, 쉬링크랩 라이선스는 항상 이용자에게 불리하다. 사실인가? 아니다. 동 라이선스는 대개 제한적인 명시적 워런티를 설정하여 주는 대신에 기타의 워런티는 배제하는 바, 고객은 이러한 제한적인 명시적 워런티 외에는 소프트웨어 출판업자에 대해 통상 아무런 계약적 권리를 가지지 못하게 된다. 그러나 보다 중요한 것은 대부분의 쉬링크랩 라이선스는 사용허락 없이 복제본을 매입하였다면 가지지 못하였을 권리들을 이용자에게 부여한다는 점이다. 따라서 소프트웨어 출판업자와의 사용허락계약이 강제력을 가지지 않는다(유효한 계약으로 인정되지 않는다)면, 많은 경우 고객에 의한 소프트웨어의 사용은 불법이며 저작권의 침해가 되고 만다.

다섯째, 현행법 하에서 쉬링크랩 라이선스는 강제력을 가지지 못함에도 UCITA는 이에 대해 강제력을 부여한다. 사실인가? 아니다. 대부분의 법원은 계약체결관련 상업적 현실을 수용하여 동 라이선스의 강제력을 인정하고 있다. 美 판례법의 발전은 크게 동 라이선스의 i) 효력을 부정하다가⁵²⁾ ii) 그 효력을 인정하는⁵³⁾ 단계로 나누어 볼 수 있다.⁵⁴⁾ 이러한 변화는 정보산업의 신속한 팽창과 컴퓨터 소프트웨어거래의 효율성을 높이고, 거래비용을 감소시킴으로써 규모의 경제를 실현하며, 또한 지적재산권의 보호를 받는 소프트웨어의 유연한 라이선스계약을 가능하게 한다.⁵⁵⁾

여섯째, UCITA는 쉬링크랩 라이선스를 허용하는가? 허용한다. 다만 다음의 경우에만 강제력이 인정된다(UCITA는 동 라이선스계약이 강제력을 갖기 위한 요건에 관한 가이드를 제공함⁵⁶⁾). ① 합리적으

51) 이 용어는 어떤 제품을 구입하는데 동의하고 이를 수령한 이후에 비로소 그 계약조건을 알 수 있는 계약을 말함. 전화나 메일을 통해 제품을 주문할 수 있는데 제품을 인도받은 후 포장을 개봉하면 그 포장의 내부에 또는 소프트웨어의 시작화면에 계약조건이 들어있음. 이 때 "I accept" 화면을 클릭하는 등 어떤 행위를 함으로써 계약에 동의하게 됨. 소매 소프트웨어 사용허락의 경우 쉬링크랩계약은 보통 소프트웨어 출판업자와 최종사용자(end-user) 간의 계약임. 소매상인은 계약당사자가 아님. 물품의 거래에서는 포장을 개봉한 이후에 비로소 볼 수 있는 "in the box" 계약조건과 관련하여 이러한 유사한 거래가 발생함.

52) UCC 제2-207조를 적용하여 동 라이선스의 효력을 부정한 판례로는 *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d (3rd Cir. 1991); *Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc.*, 831 F. Supp. (D. Ariz. 1993) 등임.

53) 1990년대 후반에 들어, 제 7 순회항소법원은 동 라이선스의 효력을 인정하는 경향을 주도하였음. 대표적인 판례로는 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d (7th Cir. 1996); *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d at 1147, 1148, 1150 (7th Cir. 1997). 및 법원이 동 라이선스 상의 손해배상제한조항은 강제가능하다고 판결한 *Mortenson Co. v. Timberline Software*, 970 P.2d 803 (Wash. Ct. App.1999) 사건 등임.

54) 상세는 S.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)의 제III장(The Law of Shrink-Wrap Licenses prior to UCITA).

55) 상세는 R.W. Gomulkiewicz, & M.L. Williamson, A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements, 22 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 335 (1996)의 제III장(The Value of EULAs).

56) 혹자는 동 라이선스계약과 관련하여 UCITA는 최소보호의 접근방식을 취하고 있다고 주장함. 그러나 사실 동 법은 동 라이선스계약에 대해 판례법이나 현행 UCC 제2편에 비해 보다 많은 제한을 가하고 있어 소비자를 보다 많이 보호하고 있음.

로 추후 계약조건이 제시될 것임을 알 수 있어야 함. ② 추후에 제시된 계약조건에 동의하지 않는 경우 이용자는 제품의 반환권을 가짐. ③ 동 반환권에 근거한 반환은 무비용임. ④ 라이선스 계약조건을 보려고 시도하던 중 이용자의 컴퓨터시스템에 어떤 변경이 초래된 경우 이용자는 동 시스템의 합리적인 복구비용을 보상받을 수 있음. ⑤ 동 라이선스는 양 당사자가 실제로 합의한 계약조건을 변경하지 않는다.

9. 검토할 기회와 동의의 표시

첫째, UCITA는 왜 검토할 기회(opportunity to review : 동의하기에 앞서 계약을 살펴볼 기회를 가졌다는 의미)⁵⁷라는 새로운 개념을 창설하였는가? 사실 이는 새로운 개념이 아니다. 이는 1971년에 작성된 (제2차) 계약 리스테이트먼트 제19조에서 나온 것이다. 이 개념에 관한 한 UCITA 규정은 실질적으로 동 리스테이트먼트 상의 아이디어를 따른 것으로 여기에 몇 가지 중요한 절차적 개념을 추가한 것이다.

둘째, 리스테이트먼트에 있는 개념이라면, UCITA는 왜 이를 반복하는가? 몇 가지 이유 때문이다. ① 리스테이트먼트의 다른 규칙과 마찬가지로 이 개념은 지금까지 제정법으로 채택되지 않았고 따라서 이 개념은 일반적으로 적용되긴 하지만 이에 대한 판례는 통일되어 있지 않다. 이 개념을 통일법에 규정함으로써 동 개념에 대한 이해를 도우며 그 결과 거래를 촉진시킬 수 있다. ② UCITA는 동의의 표시(manifesting assent)를 명확히 하기 위해 몇 가지 절차적 개념을 추가하고 있다. 예컨대, 동의가 있기 전에 계약을 검토할 기회가 분명히 주어져야 하며, 나아가 동의의 표시를 확인하는 별도의 절차를 도입시킴으로써 온라인으로 동의를 받는 안전한 방법에 관한 가이드를 제공한다.

셋째, 동의의 표시의 의미는? 계약을 체결하는데는 많은 방법이 있다. 즉 당사자는 구두로 동의할 수 있고, 동의를 표시하는 어떤 행위를 할 수도 있고, 혹은 계약서에 서명할 수도 있다. (제2차) 계약 리스테이트먼트 제19조는 행위가 수반되는 이러한 방법 중의 일부를 기술하기 위해 동의의 표시라는 용어를 사용하고 있다. UCITA는 이러한 접근방법을 따르고 있는 것이다. 동 법 하에서, ① 서면의 계약조건을 검토할 기회를 가지면서 작위 또는 부작위를 하거나 ② 상대방이 작위 또는 부작위를 통해 계약에 동의할 것임을 알고 있는 경우 계약에 동의를 표시한 것이 된다.

57) 대금을 지급한 이후에도 계약조건을 보지 못했다면 검토할 기회를 가졌던 것으로 볼 수 없음. 물론 계약조건이 추후에 제시될 것임을 합리적으로 알았고 또한 사용허락계약조건을 볼 기회를 가진 후에 반환권을 행사할 수 있는 경우에는 검토할 기회를 가졌다고 볼 수 있을 것임. UCITA는 계약조건을 살펴본 후 이에 동의하지 않는 경우, 이용자로 하여금 동 계약의 목적물을 아무런 비용부담 없이 되돌려 줄 수 있게 함으로써 소위 “附合契約”에 대해 종종 가해지는 절차적 문제점이 있다는 비판을 해결하고 있음.

V. 결 론

최근 디지털정보에 관한 권리를 객체로 하는 새로운 거래형태가 차지하는 비중이 나날이 증대되어 감에 따라 이에 따른 분쟁도 급증할 것으로 예상된다. 따라서 UCITA의 범규정과 미국 법원이 어떠한 가치관을 갖고 판단을 하는지, 판례가 어느 정도 UCITA의 규정을 수용하는지 나아가 국제기구(UNCITRAL, UNIDROIT)의 논의 동향에 주의를 기울여야 할 것이다.⁵⁸⁾

첫째, 민법전은 제정당시 특허권이나 저작권과 같은 일부의 지적재산권을 제외하고 무체물이나 디지털정보에 대한 경제적 가치를 인식하지 못한 바, 이러한 거래의 객체를 다루지 않았다. 따라서 지적재산권법의 사용허락계약은 사인 간의 민사계약에 해당함은 분명하다. 다만, 사용허락계약은 제공자와 이용자 간의 상거래를 중심으로 체결되는 바, 이용허락은 지적재산권법의 고유한 영역으로 인식되어 왔다. 최근의 정보기술의 발달로 인하여 디지털화된 실물이나 복제본이 등장하면서 제공자와 이용자 간에 소유권을 이전하는 매매계약이 아닌 단순한 이용만을 허용하는 사용허락계약이 급증하고 있다. 따라서 이용자는 디지털정보의 복제본에 대한 소유권을 취득하는 경우는 드물고 대부분 디지털정보에 대한 이용권을 취득하게 되었다. 이러한 사용허락계약은 디지털정보의 광범위한 이용 및 배포에 따라 일상생활의 전형적인 민사계약이 되었고, 민법전의 전형계약과 대등한 지위를 차지하게 되었다.

둘째, 전자거래기본법은 전자문서에 종이문서와 동일한 법적 효력을 부여하고, 전자문서에서의 전자서명도 종이문서상의 기명날인 또는 서명과 동일한 효력을 부여하여 전자거래 활성화를 도모하고자 입법되었다. 그렇지만 이것은 계약체결방법으로서 전자문서를 이용하는 경우이며, 계약의 목적물에 대한 입법이 아니다. 따라서 전자거래에서 발생하는 문제는(전자계약의 계약조건은 어떻게 형성되는가 및 동 계약에는 어느 국가의 법이 적용되는가 등) 여전히 입법의 흠결로 남아있으며, 그 해결은 현행의 법과 판례에 맡겨두고 있다. 즉 동 법은 전자적 수단을 이용한 거래행위에 필요한 최소한의 법적 기반을 조성한 것에 불과하다. 따라서 디지털정보거래에 있어서 계약당사자들의 예측가능하고 안정적인 경제 활동을 보장해 준다는 측면에서 이러한 거래관계를 규율하는 법률의 제정되어야 할 것이다.

58) 디지털정보거래에 적용될 수 있는 국내의 규범 및 그에 따른 당사자의 기본적 권리의무에 관한 포괄적 글로는 손경한·박진아 상계논문, pp.55-92.

참 고 문 헌

- 고창현 譯, 「법률영한사전」, 광장서적출판부, 1999, p.137.
- 國生一彦, 「米國の電子情報取引法 - UCITA法の解説」, 商事法務研究會, 2001.
- 박진아, "사이버스페이스에 있어서 지적재산권의 보호에 관한 연구", 이화여자대학교 박사학위청구논문, 2003.pp.86-94.
- 석광현, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 박영사, 2001, p.111.
- 손경한·박진아, "국제전자정보거래에의 적용규범과 법적 쟁점", 국제거래법연구 Vol.16, 국제거래법학회, 2007. pp.55-92.
- 윤선화·신재호, "기술적보호조치에 대한 검토-온라인디지털콘텐츠산업발전법을 중심으로", 디지털재산법연구 제1권 제2호, 2002, p.216.
- 이영록, "기술조치의 보호입법에 관한 연구 - 저작권법 상의 보호를 중심으로", 저작권연구자료 제38권, 저작권심의조정위원회, 2001.12. pp.16-17.
- 허해관, "미국 통일컴퓨터정보거래법상 계약위반과 구제에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위청구논문, 2003.
- KADIP-KITAL, 「UCITA와 전자정보거래법의 제정방안」, 제7회 국내 정기 세미나, (주) 기술과 법연구소, 2001.
- Brennan, L.E., Why Article 2 Cannot Apply To Software Transactions, 38 Duquense Law Review. 38(2).
- Dively, J.H., & Ring, C.C., Overview of UCITA.
- Gomulkiewicz, R.W., & Williamson, M.L., A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements, 22 Rutgers Computer & Tech. L. J. 335 (1996).
- Llewellyn, K., The First Struggle to Unhorse Sales, 52 Harv. L. Rev. 873 (1939).
- Nimmer, R.T., UCITA : A commercial contract code, The Computer Lawyer Vol. 17, No. 5, 2000.5.
- _____, Images and Contract Law - What Law Applies to Transactions in Information, 36 Hou. L. Rev. 1, 1999.
- Spooner, S.J., 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).
- Ragueneau, A.D., UCITA and the Impact on European Copyright Law - A Choice of Law Analysis, Working Paper Series, 2001.
- Ring, C.C., & Nimmer, R.T., Series of Papers on UCITA Issues.
- Tussey, D.S., UCITA, Copyright, and Capture, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 21, 2004.