

미국 소프트웨어 계약법 원칙 초안에 대한 소고*

A Study on Principles of the Law of Software Contracts Drafts in America

조현숙(Hyun-Sook Cho)

원광대학교 국제통상학부 전임강사

목 차

I. 서 론
II. 제정배경과 구성
III. 적용범위
IV. 구성내용과 논점

V. 결 론
참고문헌
Abstract

Abstract

The American Law Institute(ALI) has presented drafts of "Principles of the law of software contracts" to clarify and unify the law of software transactions. These principles apply to agreements for the transfer of or access to software. Providing these principles means something in software contracts. First of all, these principles seek to limit the scope to cover only contracts involving software exchanged or accessed for consideration, while UCITA includes a wide variety of "computer information". Secondly, this project is "Principles" instead of "Restatement" which means that these principles are not the law unless a court adopts it. This is for flexibility not to hinder law's adoptability of new legal issues that might be created in the future since the software industry has developed. Third, the project seek to balance between software transferor's interest and transferees to permit the use of remote disablement in limited circumstances.

These principles, however, should be considered some concerns in the future work. For example, not to be a unconscionable agreement, it is better to suggest the specific click-wrap procedure and be more illustrative about what types of browser-wrap language are acceptable and what types are not.

Key Words : Software contracts, computer information, ALI

* 이 논문은 2008년도 원광대학교 교비지원에 의해서 수행됨.

I. 서론

소프트웨어 산업은 비교적 최근에 발전한 산업이다. 초기 소프트웨어 산업은 컴퓨터 관련 산업에 집중되어 있었고 이들 산업은 소프트웨어 그 자체를 하나의 수익을 창출하는 상품으로 보지 않고 하드웨어와 패키지로 주로 판매하였다. 그러나 다양한 소프트웨어에 대한 수요의 증가로 소프트웨어는 중요한 거래 상품으로 여겨지게 되었고 그 거래 또한 증가하게 되었다. 특히 기업들은 소프트웨어의 지적재산권을 법적으로 보호받고자 했지만 법적으로 보호를 받는 데는 한계가 있었다.

소프트웨어는 표준화된 일반시장(mass-marketed) 거래 상품으로, 일반시장 거래의 성장은 계약이 체결 형태까지 바꾸고 있다. 소프트웨어 제공자와 사용자 간에 거래에 대한 교섭 없이 소프트웨어 제공자가 제공하는 표준양식(standard form)의 계약조건을 사용자가 일방적으로 받아들이는 형태의 라이선스 계약이다. 소프트웨어 제공자는 이러한 형태의 계약을 통해 일방적으로 지적재산권의 보호 문제도 효율적으로 다룰 수 있을 뿐만 아니라 담보책임, 준거법 등의 문제도 제공자 본인에게 유리하게 해결할 수 있다. 그러나 이는 사용자에게는 불리한 계약이 될 수 있어서 사용자 입장에서는 소프트웨어 거래의 범위 문제나 계약조항 뿐만 아니라 계약 자체의 실효성 문제, 품질 그리고 구제 등 계약조건적 적정성 등의 문제가 논쟁이 되어 왔다.

소프트웨어 계약의 효력 문제를 다루기 위해 미국에서는 1995년 정보거래에 대한 UCC 제2B편의 제정 작업이 이루어지기도 하고 한편으로 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act: UCITA)이 제정되기도 했지만, 현재 메릴랜드(Maryland)와 버지니아(Virginia)를 제외한 나머지 주는 소위 “bomb shelter” 법안을 채택함으로써 UCITA은 그 실효성을 잃고 있다.

이러한 상황에서 미국법협회(the American Law Institute: ALI)에서 “소프트웨어 계약법의 원칙(Principles of the Law of Software Contracts)” 제정을 위한 작업을 2004년에 시작하여 2009년 완료를 목표로 지금까지 4번의 예비초안(preliminary draft), 두 번의 심의회 초안(council draft), 하나의 심의 초안(discussion draft) 그리고 하나의 임시초안(tentative draft)¹⁾을 제공하고 있다. 작업의 목적은 법원이 소프트웨어 거래를 포함한 분쟁을 결정하는데 있어 지침이 되고 소프트웨어 계약체결을 위한 법적 지침을 제공하고자 하는 것이다.

본 논문은 2007년 심의 초안과 2008년 임시 초안을 중심으로 소프트웨어 계약의 범위와 성립에 대한 규정의 내용을 살펴보고자 한다. 정보거래를 규율하는 법을 세계 처음으로 제정한 이래로 현재 미국에서 컴퓨터 정보거래를 어떻게 규율하고 다루고 있는지를 살펴볼 수 있다는데 의의가 있다. 또한 현재 비판을 받고 있는 UCC 제2B편과 UCITA의 일부 규정을 이 원칙에서는 어떻게 다루고 있는지를 비교·고찰함으로써 이 원칙의 제정의의를 살펴보고 향후 작업에서 고려해야 할 문제점을 제시하고자 한다.

1) 이는 2008년 5월 21일 연례회 때 회원들에게 승인되었다(<http://www.ali.org>).

II. 제정배경과 구성

1. 제정배경

1995년 전국통일주법위원회(The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL)와 미국법협회(ALI)는 UCC에 부가하여 정보거래에 대한 새로운 제2B편의 초안 작성에 착수했지만 제2B편은 업계, 학계, 소비자 보호단체, 정부기관 등으로부터 많은 비판을 받게 되었다(Shah 2000, p.86). 마침내 1999년 ALI는 제2B편 제정에 대한 지지를 철회했다. 결과적으로, UCC의 범위를 벗어나서 독립된 형태의 통일법인 UCITA로 제정되었다. 버지니아와 메릴랜드에서 주법으로 채택되었지만 일부 주는 UCITA가 사법관할권내에서 거래를 규율하지 못하도록 이를 금지하는 법을 채택했다²⁾.

UCITA는 소프트웨어 라이선싱, 온라인 접속 그리고 기타 컴퓨터 정보거래와 같은 분야를 규율하는 명백하고 통일화된 규칙을 제안하고 있다. 즉 UCC가 물품매매를 규율하는 것과 같은 형태로 정보기술 거래에 적용할 통일화된 규칙을 제공하고자 한 것이었다.

주요 내용에 대해서 우선 UCITA의 적용범위는 “정보거래(information transactions)”에 한정된다. 정보거래에는 단지 정보매체를 이용한 거래만을 의미하는 것이 아니라 계약이 소프트웨어 라이선스, 컴퓨터 프로그램 제작, 인터넷을 통한 정보판매, 그리고 온라인 데이터베이스에 대한 접속 등을 포함한다(Shah 2000, p.88).

UCITA는 리스টে이트먼트 계약편에서 명시된 “명백한 동의(manifesting assent)” 개념을 채택하고 컴퓨터 정보거래에도 이 개념을 적용한다. 그러나 UCITA는 사용자가 동의를 하기 전에 “계약조건에 대한 검토 기회”를 가져야 하고 전자거래에 대해 재차 동의해야 할 것을 명백히 요구하고 있다.

정보거래는 일반적으로 일반시장 라이선스 계약의 형태를 띠게 됨에 따라 UCITA에서는 정보 사용자가 계약 조건에 대한 충분한 검토기회를 갖고 계약에 명백히 동의한 경우 일반시장 라이선스 계약의 효력을 인정하고 있다. 또한 계약조항은 비양심적(unconscionability)이거나 근본적 공서양속(public policy)에 위반 되는 경우 효력을 갖지 못한다.

그러나 UCITA는 계약 성립의 불명확성과 소비자 보호문제에 대해서 비판을 받아 왔다. 특히 일반시장 라이선스 계약에서의 동의문제가 그것이다. 쉬링크랩(shrink-wrap) 라이선스의 경우 계약조건은 결제를 한 후 또는 물품을 사용하기 시작한 후 제시되기 때문에 단지 물품을 반환하지 못한 것이 계약조건에 대한 동의로 인정되고 결과적으로 소비자가 의도하지 않은 계약조건에 구속되게 되는 문제가 있다³⁾. 여러 가지 면에서 UCITA는 개정되었지만 여전히 이와 같은 기본적인 문제는 남아있다. 또한

2) Iowa, North Carolina 그리고 West Virginia 주들은 Maryland와 Virginia 주법을 준거법으로 채택하는 준거법 조항을 통해 UCITA 적용으로부터 주민들을 보호하기 위해 소위 “bomb-shelter” 법안을 채택했다.

3) ABA 그룹은 UCITA 개정에 대해 “모든 거래조건은 피허여권자가 지불 또 지불의무를 지기 전 잠재적 피허여권자에게 허여권자에 의해 이용될 수 있어야 한다”고 주장했지만 NCCUSL은 이 권고를 거부했다.(AFFECT, “Affect response to

개정된 UCITA는 자력구제 등 소프트웨어 업계의 이익을 대변한 핵심조항이 대폭 수정되었기 때문에 업계의 지지도 의문시 되고 있다(이철남 2002, p.16).

또 하나의 문제는 물품과 서비스가 같이 포함된 계약을 체결할 때 법원은 이러한 혼합된 거래에 어떤 법을 적용할 것인가에 대한 것이다. 이러한 문제는 단지 소프트웨어 계약에 국한된 것은 아니다. 제안된 개정 UCC 제2편에서는 물품의 정의에서 “정보(information)”에 대한 정의를 내리지는 않았지만 적용범위에서 이를 배제하고 있다. 또한 “전자정보거래에는 직접적으로 적용되지 않는다”는 UCC 제2편 주석 7의 내용은 “직접적(directly)”에 대한 또 다른 해석의 가능성을 두고 있다⁴⁾. 따라서 소프트웨어 제공자뿐만 아니라 소프트웨어 소비자 연합단체도 법률의 불명확성 때문에 정보의 배제에 대해서 반대하고 있다⁵⁾. 한편으로 ALI와 위원회는 UCC 제2편에서 체화된 소프트웨어(embedded software)를 다룰 수 있도록 개정하려고 하지만 아직 어떠한 성과도 거두지 못하고 있는 실정이다.

전국통일주법위원회 또한 2003년에 각 주가 UCITA를 채택할 수 있도록 종용하던 것을 포기하기로 함으로써 UCITA는 거의 사문화 되어 가고 있고, UCC의 개정 제2편의 물품의 범위 또한 모호한 상황에서 소프트웨어 계약법을 명확히 하고 통일화하여 소프트웨어 계약과 관련된 법원과 당사자에게 도움이 될 수 있는 소프트웨어 계약에 대한 기본 원칙을 제정하기 위한 노력이 이루어져 왔고 ALI는 “원칙(principle)⁶⁾” 프로젝트를 시작하여 2005년 “소프트웨어 계약법에 대한 원칙”에 대한 첫 번째 초안을 제공한 이래로 2008년 4월 24일 임시초안을 제공하고 있다.

"리스테이트먼트(restatement)"가 아닌 "원칙(principle)"으로 이 작업을 진행하고 있는 이유는 이 원칙은 지금까지 소프트웨어 계약과 관련된 판례에 기초하고 있고 여전히 판례법이 발전하고 있는 단계이기 때문이라고 밝히고 있다⁷⁾.

소프트웨어 산업은 계속 발전하고 있고 이는 거래방법을 변화시키고 또한 새로운 법적 문제를 야기하게 된다. 이러한 관점에서 판례법을 기본으로 하는 이 원칙의 의의는 장래 변화하는 소프트웨어 거래에 대한 법률제정의 가능성을 제한하지 않고 법원이 소프트웨어 계약을 다루는데 있어 지침을 제공하고 최선의 판례(best practice)를 제안·권고하고자 하는데 있다⁸⁾.

NCCUSL commentary on UCITA 2002 revisions,” <http://www.ucita.com/pdf/AmendmentAnalysisFinal.pdf>).

4) U.C.C. §2-103 cmt. 7(2003).

5) Americans for Fair Electronic Commerce Transactions(AFFECT), Proposed UCITA-related Legislation, [http://ucita.com/legislation.htm#two\(2007.8\)](http://ucita.com/legislation.htm#two(2007.8)); Quentin Reigei, National Association of Manufacturers' Letter Stating Position on Proposed Amended Article2, http://nam.org/s_nam/sec.asp?CID=107&DID=105.

6) 이 원칙은 법원이 채택하지 않으면 법이 되지는 않는다. 즉 법원이 이 원칙을 보통법이나 U.C.C 제2편에 대한 “주석(gloss)”으로서 적용할 수 있다고 규정하고 있다.

7) The Bureau of National Affairs, Inc., ALI discusses limited-scope, even-handed treatment of software contracting principles, E-COMMERCE LAW DAILY, 2007 5월 22일자.

8) ALI, Principles of the Law of Software Contracts, tentative draft 2008. 4.

2. 원칙의 구성

소프트웨어 계약법에 대한 원칙은 크게 4장(chapter)으로 구성되어 있다. 원칙적으로 UCC 제2편과 계약에 관한 리스테이트먼트 그리고 UCITA를 따르고 있으나 소프트웨어 산업에 적용함을 원칙으로 하고 위의 언급된 법에 비해 간결하게 제공하고 있다. 제1장은 정의, 범위, 그리고 일반조건(Definitions, Scope, and General Terms)으로서 제1조는 소프트웨어 계약과 관련된 용어를 정의한다. 제2조는 원칙의 적용범위를 제시하고 있다. 즉 약인을 위한 소프트웨어 이전 또는 접속을 위한 계약에 직접 적용되고 계약의 형태가 표준양식에 의한 계약 또는 합의계약 이든 관계없고 계약이 매매(sale) 또는 라이선스(license)등 명칭에 관계없이 적용된다. 제3조는 일반조건으로서 소프트웨어 계약의 조항이 법적 효력을 갖는 조건을 제시하고 있다. 이는 연방지적재산권법 하에서의 조건의 법적 효력(§1.09), 공서양속(§1.10) 그리고 비양심성, 관련법, 법의 선택, 그리고 법정지 선택조항(§1.11-§1.14)을 포함하고 있다. 제2장은 계약의 성립과 효력(formation and enforcement)에 대한 규정으로써 일반적인 계약법을 따르고 있지만 계약조항의 결정하는데 “최선의 관례”를 제시하고자 한다. 제3장은 계약 이행에 관한 규정으로 이는 크게 워런티(warranties), 계약내용의 해석과 구두증거 배제의 법칙(parol evidence rule and interpretation), 계약위반(breach)으로 구성된다. 제1조에서는 소프트웨어의 지적재산권에서 소프트웨어 제공자와 사용자 간의 이해관계의 균형을 위해 제공자가 소프트웨어의 이전 시에 지적재산권의 침해를 알았거나 알아야 했어야 하는 경우 그 침해에 대해서 사용자의 책임이 면책됨을 제3.01조에서 규정하고 있다. 제3.02조에서 제3.07조까지는 품질 워런티에 대한 규정이다. 제2조는 기록(record)의 의미를 정의하고 인정 가능한 증거(해석)에 관한 언어나 행동의 해석에 대해 다루고 있다. 제3조 위반은 권리의 침해를 당한 당사자가 구제받을 권리가 있는 계약위반이 무엇인가에 대해서 규정하고 있다. 마지막장에서는 구제(remedy)방안에 대해서 규정하고 있다. 제1조에서는 구제방안에 대한 협정 내용의 효력문제를 다루고 있고 제2조에서는 합의가 이루어지지 않은 상황에서의 구제방안에 대해서 다루고 있다.

Ⅲ. 적용범위

1. 소프트웨어의 정의

소프트웨어는 그 정의가 매우 다양하다. 일반적으로 소프트웨어는 응용 프로그램⁹⁾과 같은 최종 사

9) 프로그램은 중앙처리장치와 같은 컴퓨터의 주요 프로세서에 의해 이해될 수 있는 일련의 지시를 말하며 인간에 의해 입력되는 소스코드(source code)와 컴파일러를 통해서 전환되는 객체코드(object code) 그리고 실행파일로 전환이 되는 과정을 구성한다.

용자를 위한 것이든 운영 시스템 프로그램과 같은 시스템 자체의 운용을 위한 것이든 실용적 기능을 이행하는 디지털 정보로 정의 된다¹⁰⁾. 넓게는 디지털 형태의 저서, 음악, 영화와 같은 디지털 저작물을 포함한다. 그러나 이 원칙에서는 소프트웨어는 어떤 결과를 산출하기 위해 컴퓨터에 의해 실행된 진술이나 지시를 말하고 디지털 콘텐츠로서 디지털 저작물(art)이나 디지털 데이터베이스는 포함하지 않는다고 규정하고 있다¹¹⁾. 또한 소프트웨어를 저장하고 있는 디스크, CD-ROM, 또는 기타 유형 매체물(tangible medium)의 거래에는 적용되지 않는다¹²⁾.

2. 거래 유형에 따른 적용 또는 적용배제

적용범위는 소프트웨어의 이전이나 약인을 위한 소프트웨어 접속계약(access agreement)¹³⁾이다. 이에 비해 UCC 제2B편과 UCITA의 적용범위는 상대적으로 넓다. 즉 UCC 제2B편은 처음에는 정보거래에 적용하기 위해 논의되기 시작했지만 이후에 범위를 좁혀 온라인 데이터베이스를 포함한 컴퓨터 정보 거래를 대상으로 하게 되었고 UCITA 또한 그 적용범위가 동일하다. 컴퓨터 정보거래는 컴퓨터 사용을 통해 얻어지거나 컴퓨터에 의해 처리될 수 있는 전자적 형태로써 정보를 포함한 거래로 정의 된다¹⁴⁾.

UCITA는 케이블이나 인터넷을 통한 오디오나 비주얼 콘텐츠의 판매와 같은 통신서비스를 포함하지 않고 영화와 음반 산업을 포함한 거래에는 적용되지 않는다. 그러나 배제 기준과 방법에 있어서 UCITA에서는 적용이 배제되는 특정산업을 나열한 것과 다르게 이 원칙은 적용범위를 제1.01조 (j)항과 (m)항에 정의된 소프트웨어 이전으로 제한하고 제1.08조에서 규정된 혼합된 거래에 대해서는 물품의 지배적 목적기준(predominant-purpose test)에 따라 이와 같은 산업에는 적용되지 않음을 규정하고 있다.

또한 약인을 위한 디지털 콘텐츠 플레이어의 이전에는 적용되지만 제1.01조 (f)항에서 정의된 디지털 콘텐츠의 이전이나 접속에는 적용되지 않는다. 즉 만약 이 장치가 물품에 체화된 것이면 제1.07조가 적용되고 혼합거래의 일부라면 제1.08조가 적용된다.

체화된 소프트웨어는 물품 속에 통합되어 있어 쉽게 물품으로부터 분리할 수 없다. 또한 사용자는 체화된 소프트웨어를 선택할 수 없고 시장에서 별도로 소프트웨어를 구매할 수도 없다. 따라서 체화된 소프트웨어는 대개 하나의 계약 하에서 물품의 일부로 이전되고 물품에 연계해서 소프트웨어를 사용할 권리를 갖게 되는 것이다.

UCITA는 원칙적으로 체화된 물품의 거래나 리스에 대해서는 UCITA가 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 다만 예외적으로 “물리적 목적(material purpose)” 기준에 따라 소프트웨어가 체화된 물품에서 컴

10) <http://en.wikipedia.org/wiki/Software>.

11) ALI, id, §1.01(j).

12) ALI, id, §1.06(b)(1).

13) 접속계약은 소프트웨어에 근거한 서비스의 판매나 인터넷이나 사설 네트워크와 같은 원격 시스템으로부터의 사용을 위한 계약을 말한다(ALI, id, §1.01(a)).

14) UCC §2B-102(a)(8)-(9)(1999); UCITA §102(a)(10)-(11)(2002).

퓨터 프로그램의 거래에 적용됨을 규정하고 있다¹⁵⁾. 그러나 어떤 물품의 물리적 목적은 하나 이상일 수 있기 때문에 물품의 물리적 목적에 따라 적용 기준을 정하기가 모호한 경우가 있다. 따라서 이 원칙에서는 이를 배제하고 지배적 목적이 무엇인가에 적용 기준을 두고 있다. 제1.07조 (a)항에 따라 사용자의 거래의 지배적 목적(predominant purpose)¹⁶⁾이 소프트웨어를 얻기 위한 것이라고 합리적인 제공자가 믿는다면 이 원칙은 물품에 체화된 소프트웨어 이전거래에 적용된다. 그러나 이 또한 체화된 소프트웨어의 이전거래에 대해서 명확하지 못한 부분이 있다. 즉 사용자는 체화된 물품을 사용하는 지배적 목적이 소프트웨어를 획득하기 위한 것이라는 것을 믿기 위해 제공자가 알고 있거나 알아야 되는 것이 무엇인가에 대해서는 그 기준이 모호하다. 또한 대개의 경우 합리적인 제공자는 사용자의 지배적 목적은 소프트웨어를 획득하기 위한 것이 아니라 물품을 사용하고자 하는 것이고 이 때 물품매매법이 적용된다고 믿는다. 즉 사용자의 지배적 목적이 소프트웨어를 얻고자 하는 것이라고 믿는 경우는 매우 드물다.

혼합 거래(mixed transfers)¹⁷⁾의 경우에는 제1.08조 (b)항에 따라 거래가 디지털 콘텐츠나 서비스를 포함하고 사용자의 거래의 지배적 목적이 디지털 콘텐츠나 서비스를 얻기 위한 것이라고 합리적 제공자가 믿는 것이 아니라면 비체화된 소프트웨어의 이전에 이 원칙이 적용 된다¹⁸⁾.

UCITA에서는 혼합거래를 컴퓨터 정보거래가 컴퓨터 정보 이외 다른 목적물을 포함하는 경우로 정의하고 있고 UCITA는 컴퓨터 정보, 이에 포함된 재산권 및 정보의 작성 또는 수정에 포함된 거래에 대해서만 적용된다고 규정하고 있다¹⁹⁾. 따라서 UCITA는 원칙적으로 체화된 물품의 거래에 적용되지 않고, 계약의 형태에 관계없이 거래에 있어 컴퓨터 정보 이외 다른 목적물을 포함하고 있을 때를 혼합거래로 정의하고 이때 컴퓨터 정보거래에만 UCITA가 적용됨을 규정하고 있다.

반면에 이 원칙은 “지배적 목적” 기준의 결정에 따라 체화된 물품도 적용대상이 되고 혼합거래에 대해서는 비체화된 소프트웨어로서 물품, 디지털 콘텐츠 그리고 서비스를 포함한 거래를 구성하는 단일계약이라고 정의함으로써 계약형태가 단일계약인 한 원칙이 적용됨을 명시하고 있다.

한편 이 원칙은 계약의 성립에 있어 약인을 요구하는 리스테이트먼트 제2편 1조부터 17조에서 정의

15) UCITA §103 comment 4b(3).

16) 지배적 목적의 기준은 거래를 체결하고자 하는 사용자의 목적에 초점을 둔다. 이 원칙의 제 1.07조 주석에서는 지배적 목적을 결정할 때 고려되는 요소에 대해서는 계약의 내용, 물품과 소프트웨어의 성질, 물품과 소프트웨어의 가격(가격에 있어 물품이 차지하는 비율이 클수록 합리적 제공자는 지배적 목적이 물품의 판매라 믿게 된다), 물품과 소프트웨어에 대한 당사자의 거래의 성격, 체화된 소프트웨어의 복사와 이전의 용이성, 시장에서 소프트웨어의 일반적 이용가능성, 시장에서 소프트웨어의 별도의 가격이 공시되어 있는지, 그리고 제공자가 특정 사용자 또는 특정 물품을 위해 소프트웨어를 개발했는지 등을 제시하고 있다.

17) 제 1.08조 (a)항 (2)에 따라 “혼합거래”는 비체화된(non-embedded) 소프트웨어와 물품, 디지털 콘텐츠, 또는 서비스로 구성된 단일 계약을 말한다. 따라서 이 조항은 두 가지 이상의 독립된 계약이 있을 때 적용되지 않는다. 즉 하나는 소프트웨어에 대한 계약이고 다른 하나는 물품, 서비스, 또는 디지털 콘텐츠가 포함된 거래로 분리된 계약에는 적용되지 않는다. 이런 경우 제 1.06조에 따라 소프트웨어 이전에 대해서만 이 원칙이 적용된다(ALI, id, §1.08 comm. a)

18) 제 1.08조 (b)항은 또한 다음과 같은 혼합된 이전에 적용 된다; (i) “turn-key” 시스템과 같은 서비스와 디지털 콘텐츠 또는 모두를 포함한 혼합된 물품과 비체화된 소프트웨어, (ii) 물품이 포함되지 않은 혼합된 소프트웨어와 서비스, (iii) 물품이 포함되지 않은 혼합된 소프트웨어와 디지털 저작물(ALI, ibid.)

19) UCITA §103(b).

된 계약을 적용하여 소프트웨어를 위한 약인은 금전적 대가나 그 외의 것이 될 수 있다고 규정한다. 따라서 소프트웨어 제공자가 사용자로 하여금 서비스 유지나 통합에 대한 동의를 요구하는 경우 “개방 소스(open-source) 소프트웨어” 이전에 적용 된다²⁰⁾. 개방 소스는 누구나 특별한 제한 없이 그 코드를 보고 사용할 수 있는 소프트웨어를 말한다. 그러나 개방 소스를 이용하는데 있어서는 사용자는 개방 소스 제공자가 제시하는 여러 가지 조건을 수락하여야 하는 라이선스를 체결하는 것과 같다. 그러나 개방 소스 라이선스 계약 자체의 법적 효력과 라이선스 계약 조항의 법적 효력이 불명확하다. 이에 대해 이 원칙은 개방 소스 라이선스 계약 또한 이 원칙이 적용될 수 있음을 명시하고 있다. 즉 주석에서 명시하기를 개방 소스 제공자는 여러 가지 다양한 조건하에서 자신들의 소프트웨어 소스코드를 제공하고 사용자들로 하여금 초기 전송 시와 동일한 조건에서 이차적 소프트웨어를 배포하는 데 동의하도록 요구한다. 이것은 단순한 무상증여의 이상의 것으로 계약법 하에서의 약인이 된다는 것이다.

IV. 구성내용과 논점

1. 계약의 성립과 이행

소프트웨어 계약은 주로 표준양식을 통한 라이선스 계약이다. 소프트웨어 제공자는 세 가지 형태의 표준계약을 제공한다. 첫 번째는 쉬링크랩(shrinkwrap) 라이선스이다. 이는 소프트웨어 제공자가 소프트웨어 패키지와 함께 인쇄된 계약서를 인도하거나 소프트웨어를 설치하는 동안 컴퓨터 스크린 상에서 전자적으로 인도하는 형태이다. 전화나 인터넷 또는 상점을 통해 소프트웨어를 구매한 사용자는 대금을 결제한 후나 소프트웨어 패키지를 개봉한 후에 계약 조건을 읽을 수 있다(Hillman 2002, p.747). 두 번째 방법은 브라우즈랩(browsewrap) 라이선스이다. 전자적으로 소프트웨어를 구매하거나 다운로드한 사용자는 계약조건을 웹상에서 볼 수 있다. 그러나 브라우즈랩 라이선스는 이러한 계약조건을 보지 않더라도 동의를 표시할 수 있다²¹⁾. 마지막으로 소프트웨어 제공자는 클릭랩(clickwrap) 라이선스를 제공할 수 있다. 이는 전자적으로 구매하거나 다운로드 할 수 있지만 거래를 완료하기 위해서는 웹사이트 상에 제시된 조건에 “동의(I agree)” 버튼을 클릭해야만 하는 계약이다(Moringiello 2005, p.1317).

각 형태의 계약은 몇 가지 법적 문제를 야기한다. 쉬링크랩 라이선스 계약의 경우 다운로드나 대금 결제 이후 계약조건을 제공함으로써 불평등한 거래교섭력의 문제를 야기한다. 브라우즈랩 라이선스 계약에서는, 소프트웨어 제공자는 다양한 방법으로 계약조건을 제시할 수도 있고 사용자가 계약조건을 쉽게 찾아 읽지 못하도록 할 수도 있다(Moringiello 2005, p. 1331).

20) ALI, id, §1.06 comm. d.

21) Specht v. Netscape Communications Corp., 306 F.3d 17, 32(2d Cir. 2002).

불합리한 표준양식 조건에 대해 이의를 제기하는 의식 있는 소비자와 watchdog 그룹의 활동으로 점점 경쟁이 치열해지고 있는 소프트웨어 산업에 있어 소프트웨어 제공자는 시장에서 경쟁력을 갖기 위해 일반시장 라이선스 계약의 약점을 약용하지 않을 수도 있지만 이를 위한 시장압력의 영향이 크게 못 미치는 경우가 더 일반적이다.

UCITA 제112조 (a)항에서 표준양식 계약의 효력에 대해서 이용자가 계약 조항을 “검토할 기회”를 갖고 “명백한 동의”를 한 경우 인정된다고 규정하고 있다. 또한 제112조 (e)항 (1)에서 사용자가 합리적인 이용자로서 관심을 끌게 하고 검토를 허용할 때 그 조건에 대해서 검토할 기회를 가지는 것이라고 규정하고 있다.

그러나 이에 대해 이 원칙은 사용자가 제공하는 계약조항에 따른 의도가 있음을 제공자가 믿을 때 표준양식 계약이 효력을 갖게 된다고 규정하고 있다. 이 원칙 제2.02조에서는 라이선스 계약 형태의 구분 없이 표준양식 계약은 사용자가 이 계약에 구속된다고 믿을 때 계약으로써 채택된다고 규정하고 있다. 따라서 명시된 조건하에서 인터넷(브라우저랩과 클릭랩)으로부터의 전자적 다운로드에 적용되고 또한 패키징(쉬링크랩)된 소프트웨어의 거래에도 적용된다.

또한 쉬링크랩 라이선스의 경우 대금 결제 후나 개봉 후 계약조건을 볼 수 있었던 문제에 대해서 대금결제 전 표준계약에 대한 합리적인 통지를 받거나 접속가능 할 것을 규정하고 있다²²⁾. 현재의 컴퓨터 기술수준에서 사용자가 제공자의 웹사이트의 접속이 용이해야 하고, 계약 내용과 조건이 컴퓨터 스크린에 나타난 후에 즉시 사라지지 않아야 하고 현저하게 제시되어야 한다. 또한 사용자가 계약 내용을 쉽게 찾을 수 있도록 해야 한다²³⁾.

따라서 제2.02조에서는 라이선스 계약 형태에 관계없이 이 조건이 충족되면 표준양식 계약은 효력을 갖는다고 본다. 그러나 비록 주석에서 제(c)항 (3)에서 “동의” 아이콘이 전자 표준양식의 하단에 나타나거나 이에 다음 페이지에 제시되고 사용자는 화면에 제시된 조건에 대해 동의 버튼을 클릭해야 한다고 제시하고 있지만 전자 표준계약의 하단에 “동의(I agree)” 버튼의 클릭 요구를 강화하는 명백한 규정은 없다. 또한 브라우저랩 라이선스에 있어서 어떤 내용과 조건이 법적 효력을 가질 수 있고 어떤 것은 그렇지 않은가에 대해서도 기준을 제시하고 있지 않다.

또한 이 원칙의 목적은 제(c)항을 통해 표준양식 계약을 체결하고자 하는 당사자에 대한 최선의 관례를 제공함으로써 표준양식 계약에 있어 현행 법적 방향을 제시함으로써 표준양식 계약에서 가장 문제가 되는 사용자가 계약 조항을 읽기를 권장하고 읽을 기회를 더 많이 부여하고자 하는 것이다²⁴⁾. 그러나 사용자가 계약 조건을 읽을 수 있도록 제공자가 접근이 용이하게 하고 사용자로 하여금 계약 조건을 읽도록 권장한다 하더라도 여전히 사용자가 계약 내용을 읽지 못하는 어쩔 수 없는 경우가 있다. 즉 제공자가 내용을 신중히 읽을 수 없게 만드는 계약체결 절차를 제공하거나 사용자가 읽은 모든 정

22) ALI, id, §2.02(c).

23) ALI, id, §2.02 comm. c.

24) ALI, id, overivew.

보를 제대로 이해할 수 있는 능력이 부족할 때 등의 경우에 단순히 계약 조건을 읽도록 권장하는 정도로는 계약의 효력을 부여하기 위한 지침으로 그 역할이 충분하지 않을 것이다.

2. 연방법과의 관계

소프트웨어는 저작권법과 특허법의 보호를 받는다²⁵⁾. 문제는 사적 계약의 특정 조항이 연방 지적재산권법과 충돌할 때 이 계약 조항이 법적 효력을 가질 수 있느냐는 것이다. 일반적으로 미국에서는 연방법 우선적용원칙(federal preemption)에 따라 연방법은 주법에 우선한다. 연방법 우선적용원칙은 헌법과 법률에 따라 명시적으로 또는 묵시적으로 적용된다. 예를 들어 저작권법 제301조에서는 명시적으로 연방법 우선적용 원칙을 규정하고 있다²⁶⁾. 묵시적으로 연방법 우선적용 원칙이 적용되는 근거는 미국 헌법 Supremacy Clause이다. 여기서 문제는 지적재산권 관련 조항이 묵시적 연방법 우선적용 원칙 적용의 대상이 되느냐는 것이다. 연방법 우선적용원칙은 연방법과 주법이 충돌하는 모든 경우에 적용될 수 있으므로 적용범위는 지적재산권법 분야뿐만 아니라 매우 광범위하다고 보는 견해가 있다. 따라서 사적 계약의 체결과 이행을 규율하는 법은 각주 계약법이기 때문에 사적 계약에도 이 원칙이 적용될 수 있다는 것이다(Werra 2003, p. 248). 이에 대해 연방법 우선적용원칙은 직접적 경쟁관계에 있는 주법과 연방법이 충돌할 때 연방법이 우선권을 가짐을 의미하는 것인데 대개 지적재산권법은 주법과는 달리 거래 당사자에게만 구속력이 있는 사적 계약 조항의 효력에 대해서는 우선하지 않는다는 견해도 있다. 그러나 이에 대해 이 원칙은 연방법 우선적용 원칙에 따라 사적 계약 조항의 법적 효력이 제한될 수 있음을 규정하고 있다²⁷⁾.

UCITA도 연방법 우선적용 원칙을 취함으로써 계약조항의 법적 효력을 제한하고 있다²⁸⁾. 그러나 지적재산권 거래에 적용된 연방법 우선적용원칙과 관련된 문제를 정보거래에서 어떻게 해결할 것인가에 대해서 명확한 규정이 없다. 이에 반해 이 원칙은 지적재산권법 분야에 있어 연방법 우선적용 원칙이

25) 컴퓨터 프로그램은 저작물로서 저작권법의 보호를 받는다. 미국의 연방법원에서도 판시하기를 소스코드(source code) 뿐만 아니라 객체코드(object code) 또한 저작권법의 보호를 받고 응용 프로그램 뿐만 아니라 운영 시스템도 저작권법의 보호를 받는다는 것이다(Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240(3d Cir. 1983)); 소프트웨어의 특허보호에 대해서는 미국 대법원은 1981년 Diamond v. Diehr 사건에서 소프트웨어가 특허권으로 보호를 받을 수 있음을 판시하고 있고 연방법원은 이에 확신을 더했다(State Street Bank & Trust v. Signature Financial Servs., 149 F.3d 1368(Fed. Cir. 1998); AT&T v. Excel Communications, 172 F.3d 1352(Fed. Cir. 1999)).

26) 제 301조 하에서, 두 가지 조건이 충족될 때 연방법 우선적용 원칙이 적용된다. (a) 소송의 대상이 “저작권법 제 102조와 제 103조에 규정된 저작권법의 적용대상의 저작물일 때; (b) 소송이 ”제 106조에 규정된 저작권자의 배타적 권리와 동일한 법적 권리(저작물의 재생산을 할 수 있는 권리, 2차저작물을 준비할 수 있는 권리, 저작물을 대중에게 판매, 공개할 권리 등)“를 포함할 때이다(Jaques De Werra, "Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright policies: in search of a new global policy for on-line information licensing transactions," 25 Colum.J.L.&Arts 239, 2003, p. 243).

27) 제 1.09조에서 사적 계약 내용은 (a) 지적재산권의 강행규칙(mandatory rule)과 충돌할 때, (b) 연방지적재산권법의 목적과 정책에 벗어날 때 그리고 (c) 침해소송(infringement proceeding)에서 연방지적재산권 남용(misuse)을 구성할 때 효력을 가지지 못한다고 규정함으로써 연방지적재산권의 우선적용 원칙을 따르고 있다.

28) UCITA §105(a).

적용됨을 주석에서 명시하고 있다. 제1.09조에서 기준을 제시함으로써 UCITA에 비해 원칙의 적용을 좀 더 명확히 하고 있는데 의의가 있다. 그러나 여전히 각 규정의 기준을 명확히 제시하지 못함으로써 해석이 모호한 부분이 있다. 제1.09조 (a)항에서 명시하기를 거래당사자는 지적재산권법의 강행규칙에 반하는 계약을 체결할 수 없음을 강조하고 있다. 예를 들어 저작권의 이전과 특허권의 양도를 위해서는 서면거래가 요구된다는 것이 강행규칙이다²⁹⁾. 이에 반해 거래 당사자는 “임의규칙(default rule)”에서 대해서는 수정할 수 있다. 문제는 지적재산권법규들이 강행규칙과 임의규칙을 명확히 구분하고 있지 않다는 것이다. 단지 이에 대해서 제1.09조 주석에서는 무엇이 강행규칙이 될 수 있는가에 대해서 UCC의 기준을 따를 것을 권고하고 있다³⁰⁾. 즉 UCC하에서, 규칙의 존재 근거가 당사자들의 행위를 제한하기 위한 것일 때 강행규칙이 된다는 내용만을 제시하고 있다.

제1.09조 (b)항에서는 계약조항의 법적 효력은 지적재산권법의 목적과 정책에 의해서 제한될 수 있다고 규정하고 있다. 또한 주석에서는 소프트웨어 계약이 지적재산권법의 목적과 정책에 어긋날 수 있는 기준을 제시하고 있다³¹⁾. 그러나 역시 주석에서 이 원칙의 목적에 대해서 다시 강조하기를 제시된 기준이 성립할 때만 반드시 법원이 계약 조항의 법적 효력을 부인할 것을 판결하도록 하라는 것이 아니라 논쟁이 될 수 있는 부분을 검토하고 분석 방법을 제공하는데 있다는 것이다. 따라서 법원이 계약 조건이 법적 효력을 갖느냐를 결정할 때 고려할 수 있는 기준만을 제공하고 있다³²⁾.

계약의 법적 효력을 제한하는 또 하나의 기준으로 지적재산권 남용 원칙을 도입하고 있다. 특허권과 저작권 남용은 지적재산권 침해 소송에 대한 피고의 항변권으로서 지적재산권 소유자가 지적재산권을 행사하는데 있어 공공질서에 반하는 독점을 유발하는 것이라면 소유자의 지적재산권이 제한되는 것을 말한다. 제1.09조 (c)항에 따라, 계약위반에 대한 소송이 발생한 때, 법원은 계약위반이 지적재산권 침해와 관련된 소송이라면 이와 관련해 지적재산권 남용여부를 판단하고 이것이 성립된다면 그 계약 조항의 법적 효력을 부인해야 한다는 것이다.

그러나 계약법과 지적재산권법이 충돌할 때 이를 해결하는 방법으로 지적재산권 남용 원칙이 유용하게 적용될 수 있느냐에 대해서는 남용원칙의 범위가 명확하지 못한 문제가 있다. 저작권 남용의 원칙은 특허권 남용원칙에서 기인한 것으로 최근에는 법원에서 다루어지고 인정되었기 때문에 여전히 반독점법과의 관계가 명확하지 않다는 것이다(Lemely 1999, pp.141-142). 일부 법원은 공공질서의 문제로서 저작권법의 남용은 반독점법과 독립적으로 평가되어야 함을 강조하고 있지만³³⁾ 다른 법원들은

29) 17 USC §204(2004); 35 USC §261(2004).

30) revised UCC§1-303, comment 3(2004).

31) (1) 사용자가 일반적으로 저작물의 fair use을 하지 못하도록 하는 경우; (2) reverse engineering을 금지하거나 제한할 때; (3) 실질 정보의 복사나 전파를 금지할 때; 그리고 (4) 소프트웨어의 이전을 제한할 때 이다.

32) (1) 계약이 연방법에 근거하여 제공자 권리를 지나치게 확대하거나 사용자의 권리를 축소시키고 있느냐; (2) 계약이 협상되었고 계약당사자가 거래교섭력이 일방적으로 치우치지 않았느냐; (3) 조항의 법적 효력을 인정하는 것이 공정한 경쟁을 제한하느냐; (4) 조항의 법적 효력을 인정하는 것이 개발과 개혁에 대한 동기유발을 저해하는 것이냐를 고려할 수 있다.

33) Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970(4th Cir. 1990); Practice Mgmt. Info. Corp. v. Am Med. Ass'n, 121 F.3d 516, 521(9th Cir. 1997).

저작권 남용은 전통적 반독점법 원칙하에 평가되어야 함을 명시하고 있다³⁴). 따라서 비록 이 원칙이 계약 조항의 법적 효력 인정을 제한하기 위해 남용 원칙을 적용 한다하더라도 남용 원칙의 범위에 대한 불확실성으로 계약법과 지적재산권법 간의 충돌로서 발생할 수 있는 문제를 해결하는 데는 한계가 있다.

3. 워런티

제3장에서는 워런티(warranty)³⁵)에 대해서 규정하고 있다. 대부분의 미국 법원에서는 소프트웨어 교환에 대해 소프트웨어가 물품을 구성한다는 이론 하에 UCC 제2편 워런티법을 적용한다. 이 원칙 또한 제2편의 워런티에 대한 규정을 따르고 있지만 소프트웨어와 관련한 문제를 포함하고 있으며 UCITA 규정을 대부분 따르고 있지만 일부 다른 규정을 제공하고 있다³⁶). 예를 들어, UCITA는 명시적 워런티의 발생 기준을 “거래협상의 근본적 내용(basis of the bargain)³⁷”으로 채택하고 있으나 이 원칙은 이를 배제하고 그 기준을 사용자가 합리적으로 말이나 행동에 신뢰하고 있느냐에 두고 있다³⁸).

제3.02조 (a)항에 따라서, 제공자는 잠재적으로 거래과정에 포함된 어떠한 제공자에 대해서도 명시적 워런티에 대한 책임을 지게 된다. 그러나 워런티에 대한 권한이 없는 단순한 판매자는 만약 제조업자의 워런티를 채택하지 않는 한 그 워런티에 대한 책임이 없다.³⁹)

묵시적 워런티는 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째, 상품적합성 워런티이다. 제3.03조 (a)항에서 소프트웨어를 거래하거나 소프트웨어에 관한 특별한 지식이나 기술을 가진 제공자는 묵시적 상품적합성 워런티를 제공해야함을 규정하고 있다. 상품적합성이란 거래에서 통상적으로 수용되는 품질을 의미한다. 또한 제3.03조 (b)항(2)하에서, 소프트웨어는 거래에서 당사자가 이해한 대로 통상적 목적에 적합해야 한다. 시장에서 통상적 목적에 적합해야 한다는 의미는 두 가지로 해석할 수 있는데 하나는 제공되는 소프트웨어가 설명서나 명세서 상의 내용과 일치해야 한다는 것이고, 두 번째는 소프트웨어가 완벽

34) *Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc.*, 816 F.2d 1191, 1200(7th Cir. 1987); *In re Napster, Inc. v.* , 191 F.Supp. 2d 1087(N.D. Cal. 2002).

35) 이 개념에 정확히 일치하는 우리나라 법상의 개념은 없지만 일반적인 “채무불이행책임” 중 “이행지체”와 “이행불능”을 제외한 “불완전이행책임”과 “하자담보책임”을 합한 개념이라 할 수 있다(한병완, “정보콘텐츠와 컴퓨터프로그램에 대한 워런티(warranty) 일고찰”, 『무역학회지, 제 31권 제 2호, 한국무역학회, 2006년 4월, p. 248 각주 8).

36) ALI, *id.*, chapter 3 topic 3 overview.

37) UCITA § 402(2002).

38) (b)와(d)에 규정된 예외이외에, 제공자는 다음과 같이 사용자에게 명시적 워런티를 제공한다:

(1) 광고 또는 소프트웨어와 같이 동봉물에 의한 것을 포함한 소프트웨어에 관련되고 합리적인 피제공자가 신뢰할 수 있는 사용자에 대한 제공자의 사실의 확인이나 약속은 소프트웨어가 사실의 확인 또는 약속에 일치할 것이라는 데 대한 명시적 워런티를 구성한다.

(2) 전송자가 작성하고 합리적인 사용자가 신뢰할 수 있는 소프트웨어의 명세서는 소프트웨어가 명세서와 일치할 것이라는 명시적 워런티를 구성한다.

(3) 제공자가 제시하고 합리적인 사용자가 신뢰할 수 있는 최종상품의 견본, 모델, 또는 설명은 소프트웨어가 견본, 모델, 또는 설명에 일치할 것임을 나타내는 명시적 워런티를 구성한다(ALI, *id.*, 3.02(b)).

39) ALI, *id.*, §3.02(d).

할 필요는 없다는 것이다. 단지 다른 소프트웨어나 하드웨어와 비교해서 신뢰성이나 경쟁가능성과 같은 기준으로 산업표준에 일치하는 품질을 제공하는 것으로 충분하다고 보고 있다⁴⁰). 따라서 소프트웨어에 어떤 결함이 있을 때 그 결함의 존재 자체가 산업 표준에 일치한다면 그 소프트웨어는 상품적합성을 갖게 되는 것이다. 그러나 문제는 소프트웨어를 새로 출시할 때 피할 수 없는 “버그(bugs)”를 포함하는 경우와 같은 소프트웨어의 특수성으로 인해서 발생할 수 있는 결함이 산업의 표준이 될 수 있느냐에 대해서는 논란을 야기할 수 있다.

제 3.04조 (a)항이 소프트웨어는 사용자의 목적에 적합함에 대한 워런티를 규정하고 있다면 제 3.04조 (b)항에서는 하드웨어와 같이 얻어진 소프트웨어는 시스템으로서 하드웨어와 같이 작동될 것임에 대한 워런티를 발생할 수 있음을 규정하고 있다⁴¹).

UCITA 제405조 (a)항 (2)에서 “허여권자가 자신이 제공하게 될 정보의 적합성에 관계없이 이를 위한 대가를 받았다면, 이것은 피허여권자의 특정 목적을 달성할 수 있는 정보를 제공하는데 합리적인 노력을 다할 것임을 담보한다”고 규정하고 있는데 이 원칙에서는 상응하는 조항을 포함하고 있지 않다. 왜냐하면 보통법 하에서, 제공자는 사용자가 소프트웨어 계약을 통해 목적으로 하는 결과를 얻기 위해 합리적인 노력을 해야 하고 이는 또한 의무를 이행하는 최대선의(good faith)로 행동해야 하기 때문이다⁴²).

기타 묵시적 워런티에 대해서는 중요한 드러나지 않은 결함(material hidden defect)에 관한 규정이다. 제3.05조 (b)항은 제공자가 알고 있는 소프트웨어의 드러나지 않은 결함을 알리지 않았을 때 적용된다. 드러나지 않은 결함이란 사용자에게 의해 이행되거나 이행되어야 하는 어떤 테스트에서도 드러나지 않은 결함을 말한다⁴³).

소프트웨어의 특성으로 인해서 소프트웨어는 완벽할 수 없고 최종사용자 또한 일반적으로 완벽을 기대하지 않는다. 이 원칙에서도 이러한 소프트웨어의 특성을 고려하여 제공자에게 과도한 책임을 부여하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 제공자가 알고 있는 드러나지 않은 결함에 대해서는 미리 밝힐 것을 요구하고 있다. 왜냐하면 이를 숨기는 것은 사용자에게 비용을 전가하게 되기 때문이다.

무엇이 중요한 결함인가에 대해서 주석에서는 중요한 계약위반을 구성하기에 충분한 소프트웨어 오류라고 규정하고 있으며 그 예로써 다운로드를 받기 위한 시간이 필요 이상으로 길고 계약에서 합의된 기능을 얻기 위한 다른 차선책이 요구될 때 중요한 결함을 구성한다고 보고 있다. 다른 묵시적 워런티와는 달리 이 워런티는 배제될 수 없다. 이는 보통법을 따르고 있는데 일반적으로 공지의무는 계

40) 상품적합성의 의미에 대해 UCITA §403, 주석 3(a)에서는 “통상적 목적에 적합하다는 것은 프로그램이 프로그램 사용을 위해 최상이거나 모든 용도에 적합할 것을 요구하는 것은 아니다. 묵시적 워런티의 초점은 프로그램이 이용되는 통상적 목적에 적합해야 하는 것이다”라고 규정하고 있다.

41) 이는 UCITA 제405조 (c)항을 따르고 있다. “시스템 적합성의 워런티(warranty of system integration)”으로서 동 법에서 최초로 창설된 것으로 ‘시스템이 전체적으로 하나의 시스템으로서 함께 기능(function together as a system)’ 하도록 하는 것이 묵시적 의무로 반영된 것이다(한병완, 전제논문, p. 256).

42) ALI, id, §3.04 comm. c.

43) ALI, id, §3.05 comm. b.

약에 의해 통제되지 않기 때문이다.

그러나 제 3.06조는 합리적인 사용자가 명시적 워런티에 대해 이것이 배제되거나 수정될 것이라 생각하지 못한 명시적 워런티는 배제하지 못한다고 규정하고 있다.⁴⁴⁾

이에 반해 묵시적 워런티는 배제가 가능하다. 다만 배제에 대해서 현저하게 이를 나타내야 한다. 그러나 이러한 워런티의 배제는 소비자 보호문제를 야기할 수 있다. 즉 “현저하게(conspicuous)”에 대한 개념이 광범위하게 해석될 수 있으므로 워런티에 배제에 대해 진정한 동의를 하지 않았을 수도 있는 고객에 대해 부담을 가하게 된다.

4. 재판관할과 준거법

일반적으로 이용 가능한 소프트웨어의 표준형식 거래 당사자들은 그들의 거래가 선택된 법에 “합리적 관계(reasonable relationship)”를 갖는 경우에 합의에 의해 국내법이나 외국법에 관계없이 법을 선택할 수 있다. 그러나 선택된 법이 공서양속을 위반한다면 법원은 당사자들의 합의를 무시하고 임의 사법관할지의 법을 적용한다.

법의 선택에 대한 합의가 없는 경우 제(b)항에서는 거래가 소비자 계약인지 아닌지에 따라 규정한다. 소비자계약인 경우, 사용자 있는 즉 제(c)항에 따라 소비자의 주요 거주지의 사법관할지에 따른다.

UCITA 제109조에서는 거래가 전자적으로 이루어지는지 또는 유형의 매체를 통해서 이루어지는지에 따라 전자적으로 이루어지는 경우에는 허여권자의 소재하는 지역의 법이 적용되는 반면 유형매체에 담겨 복제본을 소비자에게 인도하는 소비자 계약의 경우, 당해 복제본이 인도될 지역이나 인도되어야 할 지역의 법을 적용한다고 규정하고 있지만 이 원칙은 이를 구분하고 있지 않고 소비자 거래의 경우 소비자의 주 거주지 법을 따른다고 규정하고 있다.

또한 UCITA는 기타 모든 계약의 경우 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법이 미국 외 지역인 경우 법역에 소재하는 않는 당사자들을 UCITA와 실질적으로 유사하게 보호하거나 동 당사자에게 UCITA와 실질적으로 유사한 권리를 주는 경우에 한하여서만 동 법역의 법이 적용됨을 규정하고 있지만 이 원칙은 이에 대한 규정이 없다.

소비자 거래가 아닌 다른 거래에 있어서는, 임의 규칙은 제공자가 있는 지역의 법을 따른다. 사실, 법의 선택 규정은 제공자의 본사가 있는 지역의 법을 선택한다. 따라서 제(b)항은 제공자가 상대적으로 알려지지 않은 경우에 적용된다.

당사자의 위치에 대한 제(c)항의 정의는 UCITA 제109조와 UCC 제9-307조와 일치한다. UCITA와 UCC에서는 "chief executive office"에 대한 정의는 하고 있지 않다. 다만 UCC 제9-307조 주석2에서 명

44) 이 규정에 의해서 두 가지 점이 결정되어야 한다. 첫째, 제공자가 제공하고 있는 워런티가 명시적 워런티인가에 대한 것이다. 이에 대해 일반적으로 구두증거 배제의 법칙(parol evidence rule)을 적용한다. 둘째, “기대하지 못한”에 대한 정의가 이루어져야 하는데 이는 사용자가 배제에 대해 실질적으로 알고 있느냐 또는 용어의 명확성, 현저성이 그 기준이 된다.

시하기를 이는 채무자(debtor)가 기업의 운영 또는 다른 업무의 주요 부분을 관리하는 장소라고 정의되어 있다.

원칙적으로 당사자 간의 합의에 의한 법정지의 선택이 불공정하거나 불합리(unfair and unreasonable)하지 않는다면 당사자들은 합의에 의해 전속 법정지를 선택할 수 있다⁴⁵⁾. “불공정 또는 불합리” 기준⁴⁶⁾은 상황에 따라 다르기 때문에 명확하지 않다. 예를 들어 제공자가 제공자의 주 영업지가 있는 곳을 법정지로 정한다면 합리적이라 할 수 있지만 반면에 합의된 법정지가 한 당사자와 명확한 관계가 없는 곳이고 권리를 침해당한 당사자에게 큰 부담이 된다면 법원은 불합리하다고 판단할 것이다. 합의된 법정지가 한 당사자와 어느 정도 관계가 있다 하더라도, 다른 당사자에게 불편함이 가중된다면 권리를 침해당한 당자의 잠재적 손해가 적고 손해를 회복하기 위한 비용이 더 크다면 불합리하다고 할 수 있다.

이와 같이 소비자가 소송을 위해 다른 주나 국가를 여행해야 하는 것이 불공정하거나 불합리한가 또는 그렇지 않은가를 다루는 사례들에 있어 법원도 또한 직접적으로 “불합리한” 기준제시를 직접적으로 해주지 못하고 있는 상황에서 이 원칙 또한 법정지 선택에 대한 어떠한 입장을 취하고 있지 않기 때문에 법정지 선택에 대한 문제에 있어 실질적이고 필요한 방향을 제시하고 있지는 못하다.

또한 당사자간 분쟁 해결의 효율적 수단이라고 할 수 있는 중재에 대해서 ALI가 어떠한 입장을 취하고 있는지에 대해서도 전혀 언급이 없다.

5. 구제

제 4장은 원칙을 규율하는 계약 위반에 대한 적절한 구제 문제를 다루고 있다. 미국 법원은 소프트웨어 분쟁에 대해서 UCC 제2편의 구제 조항을 적용해왔고 UCITA 또한 많은 부분에서 제2편 구제를 소프트웨어에 적용하고 있다(Cheatham 2003, p.38). 이 원칙 또한 이를 따르고 있다. 다만 비판을 받아 온 1999년 UCITA 자력구제에 대해 제한된 상황에서 자동화된 불능의 이용을 허용함으로써 제공자와 사용자간의 이해관계에 균형을 시도하고 있다.

또한 당사자의 구제에 대해 합의할 수 있음을 인정하고 있지만 결과적 손상 배제(consequential-damage exclusion)가 비양심적이 아니라면 효력을 가진다는 다수 의견을 채택하고 있다.

당사자가 구제에 대해 효력을 갖는 합의를 하지 못한 경우 UCC와 리스테이트먼트 계약편을 기초로 소프트웨어라는 상황에 맞는 적당한 손해 형식(formulation)에 대해서 제공하고 있지만 손해의 측정에

45) 법정지 선택은 다음과 같은 경우 불공정하거나 불합리하다. (a) 법정지가 한 당사자에게 불합리하게 불편할 경우 (b) 법정지에 대한 합의가 허위, 강박, 경제력의 남용 또는 비양심적 수단에 의해 이루어졌을 때 (c) 법정지가 국내법에 따라 소송을 진행하고 구제를 제공할 권한이 없을 때 또는 (d) 법정지 선택조항의 이행이 소송이 야기되는 법정지의 법에서 명시된 대로 공서양속을 위반할 경우 등이다(1.114).

46) UCITA에서는 법정지 선택이 “불합리거나 부당(unreasonable or unjust)”하지 않다면 법 선택의 효력을 인정하는 유사한 기준을 사용하고 있다(UCITA §110(a)).

대한 방법을 제공하고 있지는 않다.⁴⁷⁾

제4.03조에서는 구제로서 사용을 제한하기 위한 자동 불능(automated disablement)⁴⁸⁾의 사용에 대해서 규정하고 있다. 이 조항은 UCITA 제814조에서 제816조까지의 내용을 수정했다⁴⁹⁾. 이 조항은 당사자 간에 합의한 대로 격지에서 소프트웨어 기능의 자동 불능을 계약 위반에 대한 구제뿐만 아니라 기타 규정에도 적용된다. 예를 들어, 계약에서 이용 기간에 제한을 둔다면 제공자는 제한된 기간이 도래했을 때 사용을 할 수 없도록 "time bomb"을 설정할 수 있다. 자동 불능은 이것이 기타 소프트웨어 또는 디지털 콘텐츠 사용에 손실을 야기하지 않는다면 인정된다⁵⁰⁾. 이는 또한 합의에 의해 포기되지 않는다.

계약자유 원칙에 따라 자력구제 사용에 대한 당사자 간의 합의를 인정한다. 그러나 구제조치로써 자동화된 수단에 의해 소프트웨어를 불능화 할 권리에 대해서는 제한을 가하고 있다. 제4.03조 (d)항에 따라 제공자는 일반적으로 이용할 수 있는 소프트웨어의 표준양식 계약 또는 소비자와의 계약에서는 소프트웨어 기능을 불능화 할 수 없도록 제한하고 있다⁵¹⁾. 또한 자동 불능은 사용자가 이러한 규정을 통지한 소비자와의 계약이외의 거래 또는 제공자가 자동 불능을 사용할 수 있는 특정 계약위반에 대한 통지가 있는 기타 계약에서 가능하지만 만약 중요한 계약위반 내용을 시정했다면 사용할 수 없다. 또한 원칙으로 소프트웨어 기능을 불능화 하기 위해서 제공자는 이를 시행하기 전에 법원 명령을 받을 것을 요구하고 있다. 이는 소프트웨어 제공자와 사용자의 이해관계의 균형을 위한 노력으로 사용자로 하여금 제공자의 행위에 대해 미리 인지할 수 있는 기회를 갖게 하는 것이다.

따라서 법원이 소프트웨어 기능의 불능화를 인정하지 않을 수 있는 기준에 대해 i) 자동 불능의 사용이 본질에 포함되지 않은 제3자에게 실질적인 손해를 야기하거나 ii) 자동 불능의 사용이 사용자에게 돌이킬 수 없는 손상을 야기하거나 iii) 제공자가 계약의 주요내용의 위반에 대한 제공자의 클레임에 대해 사용자가 전혀 방어를 할 수 없게 하는 경우 등으로 제시하고 있다⁵²⁾.

소프트웨어 제공자들의 입장에서 보면 사용자의 소프트웨어 사용을 중단하기 위해 자동 불능 수단을 사용하는 것은 사용자의 계약 위반에 대한 제공자의 중요한 구제수단이 된다. 특히 사용자가 제공자의 평판에 해를 끼치거나 제품을 원래의 목적이 아닌 사람이나 재산에 심각한 손해를 야기할 수 있는 목적으로 사용하는 경우 이를 중단시킬 수단이 필요할 수 있다. 그러나 이를 인정할 경우, 사용자의 이용을 부당하게 제한하는 경우 비즈니스를 위해 소프트웨어에 접속하거나 사용하는 사용자에게 대해 심각한 손해를 야기할 수 있다. 또한 제공자가 소프트웨어를 불능 시키기 위해 사용자의 컴퓨터에 접속할 때 다른 파일을 손상 시킬 수도 있고 보안 문제를 야기할 수도 있다.

47) ALI, id, Remedies Overview.

48) 자동불능이란 소프트웨어의 기능을 무능화 하거나 물리적으로 손상을 가하는 전자적 수단의 사용을 의미한다(ALI, id. §4.03(a)).

49) ALI, id. §4.03 comm. a.

50) ALI, id. §4.03(b).

51) ALI, id. §4.03(c).

52) ALI, id. §4.03 comm.

V. 결 론

ALI의 소프트웨어 계약법의 원칙은 현대 경제사회에서 중요한 부분을 차지하고 있는 소프트웨어 거래를 규율하는 법을 명확히 하고 통일화하기 위해 제정되었다. 즉 약인을 위한 소프트웨어의 이전 또는 접속을 위한 계약에 적용함을 목표로 하고 있다. 이 원칙의 제정 의의는 다음과 같다. 첫째, 적용범위를 소프트웨어의 이전 또는 접속으로 제한함으로써 온라인 데이터베이스를 포함한 광범위한 “컴퓨터 정보”를 대상으로 하는 UCITA에 비해 범위를 좁혀 소프트웨어 거래에만 초점을 두고 있다.

둘째, 법원에 의해서 채택되지 않으면 효력을 갖지 못하는 “원칙” 프로젝트를 행함으로써 계속 발전하고 변화하는 산업의 특성상 향후 생길지도 모르는 새로운 거래 형태나 법적 문제를 수용하는데 장애가 되지 않고 현재의 판례법을 설명하고 최선의 판례를 제공하기 위해 제정됨으로써 유연성을 가지고 있다.

셋째, 계약법에 대한 원칙으로써 소프트웨어 계약의 성립과 이행, 계약 위반에 따른 당사자의 구제 등을 포함하면서도 계약 자유의 원칙을 우선으로 하고 있다.

넷째, UCC와 UCITA를 기본적으로 따르면서도 소비자 보호문제 등에서 비판을 받았거나 문제가 되었던 조항에 대해 소프트웨어 제공자나 사용자 이해관계를 조화하도록 노력하고 있다는 것이다.

ALI는 이 프로젝트를 2009년에 종료할 것을 목표로 하고 있다. 위의 긍정적 의의에도 불구하고 여전히 향후 작업에서 고려되어야 할 몇 가지 문제가 있다.

첫째, 표준양식 라이선스 계약의 법적 효력을 인정하고 있다. 또한 표준양식 계약에서 가장 문제가 되는 사용자가 계약 내용을 읽을 수 있도록 접근이 용이하게 하고 사용자가 계약 조건을 읽도록 권장하고 있지만 여전히 신중히 읽을 수 없게 하는 절차나 읽은 정보를 처리하는 능력의 부재 등으로 여전히 사용자가 계약 내용을 읽지 못하는 상황이 생길 수 있다. 따라서 이에 대한 구체적 규정과 방향을 제시할 필요가 있으며, 브라우저랩 라이선스에 있어서도 어떤 형태의 브라우저랩의 조항 내용이 수용가능한지에 대한 예를 제시할 필요가 있다.

둘째, 계약법과 연방법이 충돌할 때 연방법이 우선의 원칙이 적용됨을 규정하고 이에 대한 항변으로 지적재산권의 남용의 원칙이 적용 될 수 있음을 규정하고 있지만 남용이 되는 범위에 대해서는 구체적으로 제시하고 있지 못함에 따라 계약법과 연방법이 충돌할 때 이를 해결하는데 한계가 있다.

셋째, 법정지 선택에 대해 명확한 태도를 취하지 않고 “불공정하거나 불합리”하지 않는 법정지를 선택할 수 있음을 규정하고 있는데 “불공정하거나 불합리”에 대한 좀 더 자세한 지침이 제공되어야 할 것이다.

넷째, 소프트웨어 제공자와 사용자간의 이해를 고려하여 제한된 상황에서 제공자의 소프트웨어의 원격 자동 불능을 인정하고 법원이 이의 사용을 제한할 수 있는 몇 가지 지침을 제공하고 있지만 자력 구제의 사용의 허용은 사용자에게 금전적 손해를 끼칠 뿐만 아니라 보안문제에 노출되기 쉬운 상태로

만들 수 있기 때문에 사용자에게 부담이 될 수밖에 없다.

요컨대, 소프트웨어 거래는 우리 경제에서 차지하는 비중도 점점 커지고 있다. 소프트웨어 제공자의 신기술 개발에 대한 동기를 부여하고 권리를 보호하기 위해서 그리고 사용자가 보다 안정적이고 명확한 상태에서 거래에 임하기 위해서는 소프트웨어 계약의 성립과 이행을 규율할 수 있는 명문의 규칙 제정이 필요할 것이다. 이에 대해 미국 ALI의 “소프트웨어 계약법의 원칙”은 소프트웨어 계약의 성립과 효력을 다루는 가장 최근의 규칙으로써 우리나라 법 제정에 있어서도 지침이 될 수 있다는 데 그 의미가 있다.

참 고 문 헌

- 송경석·한병완, "미국 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)에 관한 고찰", 「무역학회지」, 제27권 제2호, 한국무역학회, 2002.
- 이철남, "미국 컴퓨터정보거래법(UCITA)의 개정내용 및 문제점", 「CLIS Monthly」, KISDI, 2002.
- 한병완, "정보콘텐츠와 컴퓨터프로그램에 대한 워런티(warranty) 일고찰", 「무역학회지」, 제31권 제2호, 한국무역학회, 2006.
- AFFECT, "Affect response to NCCUSL commentary on UCITA 2002 revisions," <http://www.ucita.com/pdf/AmendmentAnalysisFinal.pdf>
- Braucher, Jean, "Contracting out of the uniform commercial code: contracting out of article 2 using a "license" label: a strategy that should not work for software products," 40 *Loy. L.A. L. Rev.* 261, 2006.
- Cheatham, Charles, "Report on the uniform computer information transaction act(UCITA)," 57 *Consumer Fin. L. Q. Rep.* 37, 2003.
- Hillman, Robert A., "Rolling contracts," 71 *Fordham L. Rev.* 743, 2002.
- Lemely, Mark A., "Beyond preemption: the law and policy of intellectual property licensing," 87 *Cal. L. Rev.* 111, 1999.
- Moringiello, Juliet M., "Signals, assent and Internet contracting," 57 *Rutgers L. Rev.* 1307, 2005.
- Reigei, Quentin, "National association of manufacturers' letter stating position on proposed amended article2," http://nam.org/s_nam/sec.asp?CID=107&DID=105, 2008년 9월 23일 방문.
- Shah, Pratik A., "The uniform computer information transactions act," 15 *Berkeley Tech. L. J.* 85, 2000.
- The Bureau of National Affairs, Inc., ALI discusses limited-scope, even-handed treatment of software contracting principles, E-COMMERCE LAW DAILY, 2008년 9월 22일자.
- Werra, Jaques De, "Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright policies: in

search of a new global policy for on-line information licensing transactions," *25 Colum. J. L.&Arts* 239, 2003.

ALI, Principles of The Law Of Software Contracts, Discussion Draft, 2007. 3.

___, Principles of The Law Of Software Contracts, Tentative Draft, 2008.4.

UCITA(2002)

UCC(2004)