

소프트웨어 스트리밍(software streaming)의 법적 문제점*)

저자: 정상조

발행년도: 2005

문헌: 인터넷과 법률 . II

출처: 법문사

소속: 서울대학교 법과대학 교수, 서울대학교 법학연구소 기술과법센터장

[420]

제 1 머 리 말

_ 기술의 발전에 따라 시장이 변화하고 있다. 기술의 발전과 시장의 변화는 소비자들의 이해관계와 범규범의 변화를 초래한다. 디지털 기술의 발전에 따라 소프트웨어도 종래의 방식과 다른 변화를 하고 있으며, 시장의 변화와 소비자들의 이해관계가 변화하고 있다. 이에 따라 법제도의 정비의 필요성이 증대되고 있다.

_ 소프트웨어에 관한 국내 기술과 시장의 현황을 보면, 초고속인터넷에 있어서 세계 최고의 보급률을 자랑하고 있을 정도로 인터넷망이 잘 발달되어 있고 소프트웨어 스트리밍 기술도 다수의 업체에 의해서 개발되어 있다.주1) 국내 인터넷망과 스트리밍 기술 및 관련 시장은 선진국에 뒤지지 않고, 스트리밍 방식에 의한 소프트웨어 사용에 관한 사용자들의 요구도 높은 형편이다. 그럼에도 불구하고, 스트리밍의 방식으로 소프트웨어를 사용하도록 허락하는 라이선스가 국내에서는 활용되지 못해서 스트리밍을 둘러싼 논쟁과 분쟁이 발생하고 있다. 소프트웨어 스트리밍을 둘러싼 분쟁은 저작권자와 소프트웨어 구입자 및 최종사용자 모두 사용조건에 만족하지 못하기 때문에 발생하는 현상이다. 이는 현재의 인터넷기술의 발전 속도에 비하여, 계약을 통한 자율적 이해조절이나 범규정을 통한 합리적 분쟁해결이 이루어지지 못하고 있기 때문이다.

_ 이하에서는, 우선 소프트웨어 스트리밍의 개념을 간략히 설명하고, 소프트웨어의

[421]

사용에 관한 사용허락계약의 해석 및 저작권침해 여부에 관한 저작권법의 해석을 통해서 스트리밍에 관한 문제점을 분석해 보도록 한다.

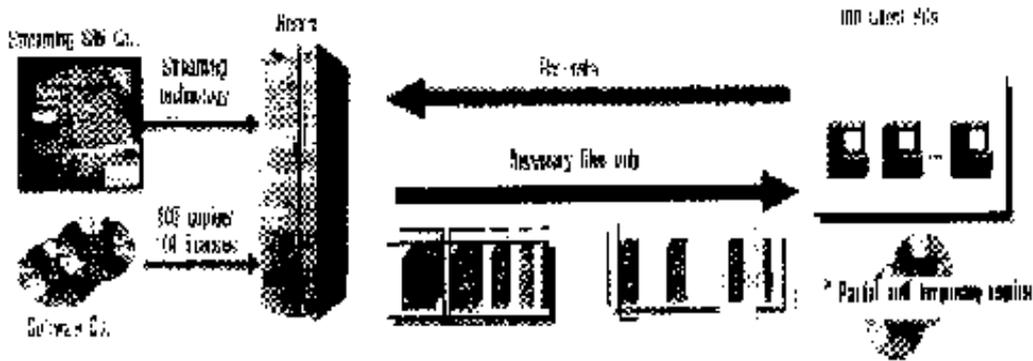
제 2 소프트웨어 스트리밍의 개념

I. 스트리밍 기술

_ 스트리밍은 인터넷을 통해 자료를 내려 받을 때 흐르는 강물처럼 파일을 아주 작은 크기의 조각들로 나누어 끊기지 않고 이어지도록 처리하고 수신과 동시에 압축을 풀어 재생하는 기술을 말한다(아래 그림 참고). 지금까지의 내려받기(download) 기술은 일단 파일 전체를

하드 디스크에 내려받은 후 재생했기 때문에 내려받기가 완료될 때까지 기다려야 하므로 시간도 많이 걸리고 하드 디스크의 빈 용량도 어느 정도 확보되어 있어야 했다. 그러나 스트리밍기술은 파일을 여러 개의 아주 작은 크기의 파일로 나누어 보내고 받은 즉시 재생하기 때문에 파일 전체가 오는 것을 기다릴 필요도 없고 하드 디스크의 용량도 요구되지 않는다. 이용자에 의한 소프트웨어 이용이 종료하면 이용자의 컴퓨터에 일시적으로 저장되어 있던 소프트웨어는 삭제된다. 따라서, 소프트웨어 스트리밍에 있어서 이용자의 컴퓨터에는 소프트웨어가 저장되지 않고 이용자에 의한 이용만이 있을 뿐이다.

스트리밍 기술은 오디오 · 비디오의 파일의 전송에 이용되기 시작했는데²⁾, 최근에는 분산가상페이징(Distribute Virtual Paging, DVP) 기술을 기반으로하여 서버에 탑재한 소프트웨어를 스트리밍하는데 활용되기에 이르렀다. 소프트웨어의 스트리밍은 오디오 · 비디오 스트리밍보다 기술적으로 구현하기 어려운 기술로 알려져 있다. 왜냐하면, 응용소프트웨어는 이를 수행하는 컴퓨터의 운용체제 환경에 적합해야 하고, 이 과정이 일반적으로는 "설치(Install)" 과정을 거쳐서 해결이 되고, 소프트웨어의 수행 후 삭제과정도 Uninstall이란 별도의 과정을 거쳐야 하기 때문이다. 소프트웨어 스트리밍은 이용자의 컴퓨터와는 다른 제3의 서버 컴퓨터에 소프트웨어를 저장해두고 인터넷망 등을 통해서 이용자에게 소프트웨어를 제공해주는 소프트웨어 임대서비스제공자(Application Service Provider: ASP)를 전제로 한다.



소프트웨어 스트리밍은 대학에서와 같이 여러개의 실험실이나 강의실에서 다수의 이용자들이 동일한 프로그램을 이용하는 경우에, 소프트웨어를 중앙에서 집중적으로 관리할 수 있게 해줌으로써 효율적인 관리와 무단복제 방지의 장점을 가지고 있다. 실험실이나 강의실에 프로그램을 구입해서 설치하는 데에도 많은 비용이 들지만 그 프로그램을 관리하고 신형 프로그램으로 교체하는데 소요되는 시간과 인건비도 상당한 부담이 되는데³⁾, 소프트웨어 스트리밍 기술을 활용하면 중앙서버에 최신형의 프로그램을 설치해놓고 일정 수의 동시사용자의 수적 통제를 하기만 한다면 실험실이나 강의실의 이용자들은 허용된 인원수 범위 내에서 자유롭게 프로그램을 스트리밍 방식으로 사용할 수 있게 된다. 스트리밍 기술은 소프트웨어 관리에 소요되는 시간과 비용을 절약해줄 뿐만 아니라, 이용자가 이용을 마치면 이용자 컴퓨터의 일시적 기억장치(Random Access Memory: RAM)에 일시적으로 저장되어 있던 소프트웨어 파일도 사라지게 되기 때문에 소프트웨어의 무단복제 가능성도 대폭 줄일 수 있다는 장점을 가지고 있다. 또한, 소프트웨어 개발자는 자신이 개발한 소프트웨어를 별도

의 유통 과정을 거치지 않고 서버에 탑재하여 판매할 수 있으므로, 소프트웨어 개발자와 사용자 사이의 직거래가 가능하다는 장점도 가지고 있다.

II. 음악 스트리밍과의 차이

_ 음악화일을 스트리밍하는 경우에는 이용자에게 음악화일의 일부조각이 전달되어 재생된 직후 삭제되는 방식으로 비교적 간단하게 스트리밍이 이루어지지만, 소프트웨어를 스트리밍하는 경우에는 이용자가 소프트웨어를 이용하는데

[423]

필요한 모든 요소들이 이용자의 컴퓨터에서 재생, 설치 및 작동되어야 하고 이용 후에는 단순한 삭제가 아니라 소프트웨어의 제거(uninstall)에 따른 절차를 밟아야 한다는 점에서 음악스트리밍과는 상당히 다르다.

_ 소프트웨어 스트리밍은 음악스트리밍과 기술적으로 뿐만아니라 법률적으로도 차이가 있다. 음악스트리밍은 동시에 접속해서 감상할 수 있는 이용자의 수에 아무런 제한을 두지 않고 이용회수에 비례한 이용료를 지급하는 조건의 사용허락계약 하에서 이루어지는데 반해서, 소프트웨어 스트리밍은 동시에 접속해서 이용하는 이용자의 숫자를 제한하고 그러한 이용자수에 비례한 이용허락을 받아서 이루어진다. 물론, 이러한 이용허락조건과 방식은 사소한 차이에 불과하고 계약당사자들의 합의에 좌우되는 문제이지만, 현실적으로 스트리밍과 관련해서 발생하는 분쟁의 내용에 상당한 차이가 있음은 부인할 수 없다. 예컨대, 음악스트리밍 서비스를 제공한 벅스뮤직은 애초에 음반을 구입해서 서버에 복제한 후 별도의 사용허락계약을 체결하지 아니한채 스트리밍방식으로 인터넷이용자들에게 음악을 제공했고, 그러한 벅스뮤직의 스트리밍이 복제권의 침해에 해당된다고 판시된 바 있다.주4) 반면에 소프트웨어 스트리밍을 한 대학은 실습실 등에서 동시에 그 소프트웨어를 사용할 학생의 수만큼의 소프트웨어 정품을 구입한 후 그 소프트웨어를 대학서버에복제한 후 구입한 숫자만큼의 사용자가 동시에 접속해서 소프트웨어를 스트리밍방식으로 이용할 수 있도록 제공했고, 그러한 소프트웨어 스트리밍이 복제권의 침해라고 보기는 어렵고 오직 이용허락의 범위를 벗어난 것인가의 문제로 귀착될 뿐이다.

III. 소프트웨어 스트리밍의 현황

_ 소프트웨어 스트리밍이 이용자와 저작권자 모두에게 이익이 될 수 있고 현실적으로 별다른 불편함이나 어려움이 없다는 점이 인정됨에 따라서 소프트웨어 스트리밍의 방식으로 소프트웨어를 이용하는 이용자가 늘어나고 있고 스트리밍을 전제로 한 라이선스도 나오고 있다. 예컨대, 어도비와 매크로 미디어는 동시사용자 라이선스(Concurrent User License, CUL)를 부분적으로

[424]

실시하고 있는데, 동시사용자 라이선스는 스트리밍방식에 의한 소프트웨어 이용을 허락한 것으로 해석된다. 어도비 동시사용자 라이선스를 보면, 교육기관에 한해서 동시사용자 라이선스를 받을 수 있고 동시사용자 라이선스를 받은 교육기관은 허락된 동시사용자 범위를 유지하기 위한 적절한 인증 및 통제기술을 확보해야 한다. 주5) 동시사용자 라이선스의 대가는 통상의 개인 PC용으로 판매되는 소프트웨어보다 약간 높은 가격으로 책정되어 있고, 매크로 미디어와 마이크로소프트처럼 미국과 같이 한정된 국가에서만 동시사용자 라이선스가

제공되는 경우도 있다.주6) 결국, 소프트웨어 스트리밍을 위한 동시사용자 라이선스는 동시 사용자의 수적 제한을 효율적으로 통제할 수 있는 기술적 조치의 확보여부 그리고 저작권자와 이용자와의 신뢰관계의 형성을 전제로 하고 있고, 그러한 조건을 전제로 해서 동시사용자 라이선스가 이루어지는 경우에 그 대가(royalty)는 PC용 소프트웨어의 가격 보다는 약간 비싸지만 총 사용자 컴퓨터의 대수만큼 구입하는 비용보다는 싼 가격으로 책 정되어 저작권자와 사용자 모두에게 이익이 될 수 있는 수준으로 책정된다는 것을 알 수 있다.

제 3 스트리밍 라이선스의 필요성

I. 라이선스의 개념

_ 소프트웨어를 구입한 대학 등의 매수인은 그 매도인과의 사이에 매매계약에 따라서 대금을 지급하고 소프트웨어를 구입한 것으로 생각하는 것이 보통인데, 그 소프트웨어의 저작권자는 매수인(이용자로서의 최종매수인)과의 사이에 라이선스계약 또는 사용허락계약이 체결된 것으로 보고자 한다. 라이선스계약은 소프트웨어 저작권자가 다른 사람에게 그 소프트웨어의 사용을 허락하는 사용허락계약이다.주7) 특히 패키지 소프트웨어의 사용허락계약은 그 소프트웨어를 저장한 CD-ROM의 수축된 비닐포장지 속에 라이선스 약관이 포함되어 있다고 해서 수축포장 사용허락계약(shrink-wrap license)주8) 이라고

[425]

불리우기도 한다. 그런데, 수축포장 사용허락계약은 과연 매매계약과는 별도로 유효하게 체결된 것인가에 관한 의문이 제기되어 왔다. 특히, 소프트웨어를 구입한 매수인은 물건을 구입하듯이 구입해서 컴퓨터에 설치하고 사용할 뿐이라고 생각하는데, 매매계약과는 별도로 전혀 만나 보지도 아니한 저작권자와의 사이에 사용허락계약이 체결된 것으로 볼 수 있는지, 그리고 설치과정에서 사용허락계약의 조건이 조그만 글씨로 나열되고 그 계약의 체결에 동의한다는 버튼을 클릭하도록 요구하는 것만으로 약관의 명시·설명의무주9) 를 다했다고 볼 수 있는지 문제될 수 있다.주10) 또한, 일단 사용허락계약이 체결되었다고 보더라도, 소비자에게 불리한 계약조항이 있어서 무효로 되는 것은 아닌가, 그리고 유효하다고 한다면 구입시와 포장개봉시 또는 CD-ROM 설치시 가운데 과연 어느 시점에서 사용허락계약이 체결된 것이라고 보게 되는가 등의 해석상 어려운 문제를 제기하고 있다.주11)

_ 이와 같은 사용허락계약의 성립 및 내용의 유효성에 관한 국내사례는 아직 찾아볼 수 없으나, 그에 관한 논쟁이 잘 부각된 미국사례로 ProCD Inc. v. Zeidenberg주12) 사건은 좋은 참고자료가 될 수 있다. ProCD사건에서 원고 ProCD사는 3000여종 이상의 전화번호부에서 얻은 자료와 9개 자리의 우편번호 및 산업분류기호(census industrial code)를 컴퓨터 데이터베이스에 수록하여 효율적인 검색이 가능하도록 제작한 CD-ROM을 Selectphone이라는 제품명으로 판매하게 되었으나, Matthew Zeidenberg라고 하는 위스콘신대학 학생이 그 CD-ROM을 구입하여 그 속에 입력된 정보를 모두 자신의 컴퓨터에 내려받고(download) 당해 정보를 Internet을 통해서 제공하자 그 행위가 저작권침해에 해당되고 동시에 소비자와의 사이에 체결된 사용허락계약(license)의 위반에 해당된다고 주장하였다. 전화번호 데이터베이스 자체는 저작권법의

[426]

보호대상으로 될 수 없다고 판단되었기 때문에, 이 사건에서 가장 주된 논점은 소비자와의 사이에 유효한 사용허락계약이 체결된 것으로 볼 수 있는가하는 문제와 그러한 사용허락계약이 저작권법의 보호대상이 아닌 사항에 대해서까지 유효한 것으로 인정할 수 있는가 하는 문제로 집중되었다. 이 사건에서 연방지방법원은 그 license는 유효하게 성립된 것으로 볼 수 없다고 판시했는데, 그 근거는 그 조건들이 상품의 외면에 표시되어 있지 않아서 구매자의 승낙조건에 포함된 것으로 볼 수 없기 때문이라고 했다.주13) 그러나 연방항소법원은 Zeidenberg가 그 소프트웨어를 구입하면서 동의한 조건의 하나는 그 거래가 shrinkwrap license에 종속한다는 조건인 것이고, 따라서 그러한 사용허락계약은 유효하게 성립한 것이라고 판시했다. 즉 연방항소법원은 당해 CD-ROM 제품 외면에 예고를 하고, 수축포장 내부에 구체적인 조건을 상세히 기재해 놓고, 당해 이용허락조건이 받아들여질 수 없는 경우에 환불과 소프트웨어를 반품할 권리들을 설정하는 것은 제작업자와 소비자 모두에게 가치 있는 계약이 이루어지는 수단이 된다고 판시했다.주14)

II. 사용허락계약의 해석

_ 사용허락계약이 유효하게 체결되고 그 조항들이 모두 유효하며 사용허락계약의 조건이 일정한 수의 동시사용자가 접속해서 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 사용할 수 있음을 명백히 규정하고 있다면, 소프트웨어 스트리밍은 그 사용허락계약에 따른 것으로 적법한 것이고 아무런 분쟁의 대상이 되지 않을 것이다. 대학 등 단체의 전체 구성원 숫자만큼 사용할 수 있도록 허락하는

[427]

소위 사이트 라이선스(site license)의 경우에도 전체 구성원의 컴퓨터에 소프트웨어를 개별적으로 설치해서 사용하는 것 뿐만아니라 구성원들에게 스트리밍의 방식으로 소프트웨어를 제공하더라도 그 라이선스 계약의 위반이라고 볼 아무런 이유가 없다. 그러나, 기계별 라이선스(1PC 1S/W license)와 같이 구입자가 사용 컴퓨터별로 소프트웨어를 구입하여야 하는 경우에는 컴퓨터의 대수만큼 소프트웨어를 구입해야 할텐데주15) , 스트리밍이 불특정 다수인을 대상으로 한 것이 아니고 구입정품의 개수나 라이선스 개수의 한계 속에서 대학 등의 구성원이 효율적으로 사용하는 과정에서 부수적으로 수반되는 행위에 불과하다는 점을 고려해보면, 스트리밍이 계약위반에 해당되는지 여부에 관해서 논란이 있을 수 있다. 다만, 전체 컴퓨터 가운데 동시에 소프트웨어를 사용하는 수만큼만 소프트웨어를 구입한 후 그 소프트웨어를 스트리밍의 방식으로 구입한 수만큼의 동시접속자에게 제공하는 것이 사용허락계약에 따른 것이라고 단언하기는 어렵고 계약 위반에 해당된다고 볼 여지도 있다. 특히, 외국에서 동시사용자 라이선스 또는 스트리밍 라이선스의 대가는 기계별 라이선스의 대가보다 25% 정도 더 높게 책정되어 있다는 점을 고려해볼때, 기계별 라이선스를 구입해서 구입한 숫자만큼 스트리밍의 방식으로 소프트웨어를 제공하는 것은 계약의 취지에 반해서 저작권자에게 25% 정도의 손실을 부담지운다는 점에서 계약위반이라고 해석된다.

_ 기본적으로 사용허락계약에 따라서 소프트웨어의 사용을 허락받은 자는 허락된 사용방법 및 조건의 범위 안에서 그 프로그램을 사용할 수 있는 것이므로주16) , 사용허락계약조건이 명백히 스트리밍을 허락한 것으로 해석될 수 없는 한 그러한 허락없이 스트리밍의 방법으로 소프트웨어를 사용하는 것은 계약의 위반이라고 해석된다. 여기에서 어려운 문제는 계약위반의 효과가 무엇인가의 문제이다. 사용허락계약은 대부분 사용자가 계약을 위반한 경우에

저작권자가 계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있고 계약위반으로 인해서 손해가 발생한 경우에는 그 손해의 배상도 청구할 수 있다.주17) 허락받지 아니한 방법으로 소프트웨어를 사용함으로써 저작권자에게 손해를 끼쳤다면 사용자가 그 손해를 배상해야 한다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 그러나, 계약위반으로 인해서 사용허락계약이 해지되면 사용자는 더 이상 소프트웨어를

[428]

사용할 수 없게 되는데, 소프트웨어를 구입한 사용자가 자신이 정당한 대가를 지급하고 구입한 소프트웨어도 사용하지 못하게 된다는 결과가 사용자에게 너무 가혹한 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다. 저작권자가 상당한 대가를 받고 소프트웨어를 판매했기 때문에 구입자에게 사용허락을 해주는 것이므로, 사용허락계약은 매매계약의 결과물일 뿐이고 사용허락계약의 해석은 매매계약의 효과를 부인하지 아니하는 범위 내로 그 효력을 제한해서 해석할 필요가 있는 것은 아닌가 하는 의문이 든다. 특히, 사용허락계약은 저작권자가 저작권을 보유하고 있기 때문에 그 저작권의 행사방법으로 구입자와의 사이에 체결하게 되는 계약인데, 사용자에게 의한 계약위반이 저작권침해에 해당되지 않는 한(주18) , 사용자 즉 구입자에 의한 사용 자체를 금지하는 것은 구입자에게 지나치게 불리하고 형평에 반하는 계약조항으로 그 효력이 의문시된다. 물론 계약위반이 동시에 저작권침해에 해당된다면 저작권자는 그 침해의 금지를 청구할 수 있고(주19) 사용금지의 효과를 가져오는 계약해지도 정당한 것이라고 해석된다. 요컨대, 사용허락계약은 소프트웨어 매매계약에 종속된 계약이므로 사용자에게 의한 계약위반이 저작권침해에 해당되지 않는 한 해지권의 행사가 제한된다거나 해지조항을 제한적으로 해석해야 하는 것이 아닌가 생각되고, 그 선결문제로서 스트리밍의 방법에 의한 소프트웨어의 사용이 저작권의 침해로 되는지 여부에 관한 면밀한 검토를 해보아야 한다.

Ⅲ. 소결: 스트리밍 라이선스의 필요성

_ 앞에서 살펴본 바와 같이 계약위반의 효과에 관한 논쟁의 여지는 있지만, 계약위반의 결과를 방지하기 위해서는 명시적으로 스트리밍의 방법으로 소프트웨어를 사용할 수 있도록 하고 그에 대한 적절한 대가를 지급하도록 하는 사용허락계약 또는 스트리밍 라이선스 계약을 체결하는 것이 가장 바람직하다. 물론, 계약의 체결은 계약당사자들의 합의에 의해서 이루어지는 것이므로 스트리밍 라이선스를 강제하기는 어렵겠지만, 그에 대한 적절한 대가를

[429]

정하고 스트리밍 라이선스로 인한 추가적인 불법복제의 위험을 차단할 수 있는 효율적인 기술적 조치를 확보하면서, 저작권자와 사용자들의 이익을 극대화할 수 있는 스트리밍 라이선스 조건을 찾아내는 것이 필요하다고 생각된다.

제 4 스트리밍과 저작권침해

_ 소프트웨어에 대한 저작권자는 그 소프트웨어를 복제, 배포, 전송, 개작, 발행할 권리를 가진다.주20) 즉, 소프트웨어 저작권은 복제권, 배포권, 전송권, 개작권, 발행권으로 구별될 수 있는 여러 건의 권리의 묶음이므로, 소프트웨어 스트리밍이 저작권침해에 해당되는지 여부도 각각의 권리의 침해 여부로 나누어서 살펴보아야 한다.

I. 복제권 침해 여부

– 스트리밍과정에서의 소프트웨어의 복제는 서버컴퓨터에서의 복제와 클라이언트 컴퓨터에서의 복제로 나누어 볼 수 있으므로, 복제권의 침해도 두가지를 구별해서 살펴보아야 한다. 서버 컴퓨터에서의 복제는 정품 소프트웨어를 구입한 대학 등이 구입자 즉 적법한 사용자로서 사용을 위한 적법한 복제로 해석되기 때문에 복제권의 침해라고 볼만한 아무런 사정이 없다고 해석된다. 서버컴퓨터에서 소프트웨어를 저장하는데 스트리밍에 적합한 형태로 약간의 변경을 가하는 것이 개작권 등의 침해에 해당되는지 그리고 대학 구성원 등의 최종 사용자 클라이언트 컴퓨터에 전송하는 것이 전송권 침해에 해당되는지 여부의 문제는 해석상 논란의 대상이 될 수 있으나, 서버 컴퓨터에서의 복제 자체가 복제권의 침해에 해당되지 않는다는 점에 대해서는 해석상 어려움이 없다. 음악화일의 스트리밍을 위한 서버컴퓨터에의 저장 또는 복제는 복제권침해에 해당된다고 판시된 바 있지만(주21), 소프트웨어는 그 설치 및 사용과정에 있어서 필연적으로 컴퓨터 하드디스크에의 저장 및 복제를 전제로

[430]

하기 때문에 그 설치 및 사용과정에서 필연적으로 이루어지는 저장 및 복제는 이미 저작권자에 의해서 허락된 복제의 범위 내에 속하는 것이고 따라서 복제권 침해에 해당되지 않는다.

– 대학 등의 구성원이 사용하는 클라이언트 컴퓨터에서의 복제는 다시 그 하드디스크에 복제되는 영구적 복제와 전원이 공급될 때에만 기억했다가 사라지는 일시적 복제 장치(Random Access Memory: RAM)에서의 일시적 복제로 나누어 살펴볼 수 있다.

– 우선, 영구적 복제를 보면, 인터넷의 속성상 다양한 종류와 범위의 프로그램 조각이나 저작물 단편들이 인터넷이용자 하드디스크에 저장되고 있는 현실을 감안해볼 때, 그러한 단편들의 저장도 복제권 침해에 해당된다고 보는 견해도 있다.주22) 그러나, 소프트웨어 스트리밍의 결과 이용자의 하드디스크에 프로그램의 일부가 저장된다고 하더라도 그러한 부분적 복제물이 독자적으로 프로그램으로서 작동할 수 없는 상태로 있는 한, 저작권자의 경제적 이익에 아무런 영향도 미치지 않는 것으로, 저작권침해에 해당되는 복제라고 말할 수 없고, 인터넷의 속성상 허용되어야 하는 것이라고 보이기 때문에, 소프트웨어 스트리밍의 방식으로 소프트웨어를 사용하는 과정에서 발생하는 부분적 복제는 복제권침해에 해당된다고 볼 수 없다.주23)

– 다음으로, 일시적 복제를 보면, 일시적 복제의 건수는 동시접속자의 숫자와 동일하고 그 동시접속자의 숫자는 구입한 소프트웨어 또는 라이선스 건수의 범위 내로 한정된다면 복제권침해에는 해당되지 않는다고 생각된다. 설사, 일시적 복제가 이루어진 바 있는 클라이언트 컴퓨터 총수가 라이선스 건수를 훨씬 초과하기 때문에 복제권침해라고 주장한다고 하더라도, 보다 근본적인 문제의 하나로 일시적 복제가 과연 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법의 해석상 복제의 개념에 해당되는지의 선결문제가 해결되어야 할 것이다. 영국저작권법처럼 복제의 개념 가운데 명시적으로 일시적 복제를 포함한다고 규정하고(주24) 있지 않다면, 우리나라의 현행 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 하에서 허락없는 일시적 복제가 복제권 침해에 해당된다고 해석할 수 있을지는

[431]

의문시된다. 우리 컴퓨터프로그램보호법은 불법복제물임을 알고 구입한 후 업무상 사용하는 것을 저작권침해로 규정함으로써 그러한 한도에서만 예외적으로 업무상 사용과정에서의 일

시적 복제도 저작권침해로 보고 있기 때문에^{주25)}, 그 반대해석에 의하면 그러한 불법복제물이 아니고 적법하게 구입한 소프트웨어를 일시적으로 복제하는 것은 복제권의 침해로 볼 수 없다고 해석된다.^{주26)} 소프트웨어 스트리밍의 경우에는 대학 등이 적법하게 구입한 소프트웨어를 스트리밍의 방식으로 제공하고 그 구성원들이 일시적으로 복제하는 것이므로 복제권의 침해라고 볼 아무런 법적근거가 없고, 그 구성원들에 의한 일시적 복제는 동시접속자의 숫자만큼 이루어지는데 대학측이 구입한 소프트웨어의 개수 또는 라이선스 개수의 범위 내에서 동시접속자의 숫자가 통제되는 한 일시적 복제도 저작권자가 허락한 범위 내의 복제라고 볼 수도 있을 것이다.

II. 배포권 침해 여부

_ 배포라고 함은 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말하고^{주27)}, 컴퓨터통신을 통한 소프트웨어의 전송과 같이 유체물의 점유이전이 없는 경우를 규제하기 위해서 특별히 ‘전송’이라는 개념을 신설했기 때문에, 스트리밍의 방식에 의한 전송행위가 배포권의 침해에 해당된다고 말할 수는 없다.

_ 대학 등이 소프트웨어를 스트리밍의 방식으로 그 구성원에게 제공하는 것이 마치 소프트웨어를 통신망을 통해서 빌려주는 것과 유사하기 때문에 소프트웨어의 ‘대여’에 해당되지 않는가 하는 점을 생각해볼 수 있다. 대여는 배포의 개념에 포함되기 때문에 배포권자의 허락없는 대여는 배포권의 침해로 될 수도 있으나, 우리 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 소위 ‘최초판매의 원칙(first sale doctrine)’을 토대로 해서 저작권자가 일단 저작물 또는 소프트웨어를 판매한 이후에는 그 구입자가 자유롭게 처분할 수 있는 것을 원칙으로 하고 오직 음반과 소프트웨어의 구입자가 ‘영리를 목적으로’ 대여하는

[432]

경우에 한해서 배포권자의 허락을 받아야 한다고 규정하고 있다.^{주28)} 소프트웨어 스트리밍은 대학 등이 그 구성원에게 아무런 대가 없이 무상으로 이용하도록 제공하는 것이므로 영리를 목적으로 대여하는 것으로 볼 수 없고 따라서 배포권자의 허락없이 제공하더라도 대여권의 침해로 되지 않는다고 생각된다.

III. 전송권 침해 여부

_ 전송권이라고 함은 일반공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 프로그램을 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선통신의 방법으로 프로그램을 송신하거나 이용에 제공할 수 있는 권리를 말한다.^{주29)} 이러한 개념의 전송권은 기존의 복제권이나 배포권이 컴퓨터통신을 통한 프로그램저작물의 유통에 그대로 적용되기 어렵기 때문에 새로이 도입된 종류의 권리인 것이다. 소프트웨어를 스트리밍의 방식으로 불특정 다수의 사용자들이 이용할 수 있도록 제공하는 것은 소프트웨어를 전송하는 것에 해당된다. 그렇다면, 일정한 개수의 소프트웨어를 구입한 후 그러한 개수의 범위내에서 컴퓨터에 복제하는 대신 동일한 숫자 범위 내의 사용자가 일시적으로 소프트웨어를 사용할 수 있도록 스트리밍의 방식으로 제공하는 것도 전송권의 침해로 되는가?

_ 소프트웨어 스트리밍의 경우와 같이 구입된 정품의 개수 또는 라이선스개수의 범위 내에서만 전송을 하는 경우에는, 마치 유체물의 최초배포가 이루어진 이후의 전전유통의 경우와 마찬가지로, 최초판매로 저작권자의 수중을 떠난 복제물이 이용자에 의해서 사용되는 과정

에 불과하기 때문에, 정품의 개수 또는 라이선스 개수의 범위로 한정된 수의 동시사용자에게 소프트웨어 스트리밍을 하는 것은 전송권의 침해라고 보기 어렵다. 저작권자에 의한 최초판매가 이루어진 이후에 정품의 개수가 증가하는 것이 아님에도 불구하고 그러한 사용과정에 저작권자가 전송권을 명분으로 해서 개입하도록 허용하는 것은 저작권자에게 이중의 이익을 부여하고 사용자의 사용을 방해하는 것에 불과하기 때문이다. 요컨대, 소프트웨어 스트리밍에 의한 사용의 과정에서

[433]

발생하는 전송은 소비자가 구입한 정품의 개수 또는 라이선스의 개수 범위 내에서 사용하기 위해서 부득이하고 부수적으로 이루어지는 전송으로서, 라이선스의 구체적인 조건이나 방법에 위반되는 측면이 있을지는 모르나, 저작권법상의 전송권자의 이익을 침해하는 정도에 이른다고 말할 수는 없다. 만일, 정품을 구입한 소비자가 그 개수의 범위 내에서 하는 소프트웨어 스트리밍을 전송권의 침해로 본다면, 이는 배포권과 경제적으로 동일한 기능을 하는 전송권이라고 하는 권리개념을 도입한 입법취지에도 반하는 해석인 것이다.

IV. 개작권 및 동일성유지권 침해 여부

_ 본래 소프트웨어의 사용에는 하드웨어에 프로그램 전체를 설치하는 것을 전제로 하는데, 소프트웨어 스트리밍은 전송 및 사용 속도를 높이기 위해서 프로그램의 사용에 필요한 일부 단편만이 스트리밍되도록 하고 사용자의 컴퓨터에서도 하드디스크에 저장되는 것은 극히 적은 일부에 불과하고 대부분 일시적 기억장치(RAM)에 저장된 상태에서 소프트웨어가 실행되도록 한다. 따라서 이와 같이 소프트웨어 스트리밍에 필요한 프로그램 명령을 추가하는 것이 대상 소프트웨어 코드에 대한 개작 또는 변경으로서 개작권 또는 동일성 유지권의 침해로 되는가?

_ 개작이란 소프트웨어의 코드에 변경을 가하는 것인데, 소프트웨어 스트리밍은 소프트웨어를 서버에 설치하고 클라이언트에서 사용할 수 있도록 그에 필요한 약간의 프로그램을 추가하는 것만으로 본래의 소프트웨어의 코드에 아무런 수정도 가한 바 없기 때문에 개작권 또는 동일성유지권의 침해에 해당된다고 볼 수 없다. 특히, 우리 컴퓨터프로그램보호법은 "프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위 안에서의 변경"은 동일성유지권의 침해로 되지 않는다고 규정하고 있기 때문에(주30), 스트리밍을 위해서 파일명 등에 수정을 가하는 것은 서버 컴퓨터와 클라이언트 컴퓨터에서 효과적으로 소프트웨어를 사용하기 위하여 부득이하게 가하는 변경이라고 볼 수 있고, 따라서 동일성 유지권의 침해로 볼 수 없다

[434]

V. 역분석 (reverse engineering)

_ 소프트웨어 스트리밍을 하기 위해서 대상 소프트웨어를 분석해서 작동원리를 파악해야 하는데 그러한 분석과정에서 이루어지는 복제 등이 저작권 침해에 해당되고 컴퓨터프로그램보호법상 허용되는 역분석으로 허용되는 경우라고 보기 어렵다는 주장이 있다.(주31) 그러나, 소프트웨어 스트리밍은 대학 등과 같이 소프트웨어 정품을 구입해서 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자가 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램코드의 역분석을 하는 것으로서 [컴퓨터프로그램보호법 제12조의2](#)에 규정된 역분석에 해당되는 적

법한 행위에 해당된다고 생각된다.주32)

제5 결론

_ 소프트웨어 스트리밍(software streaming) 기술과 같은 새로운 기술이 개발되는 경우, 라이선스 계약의 해석과 관련하여 분쟁이 발생할 가능성은 항상 존재하고, 이에 따른 문제의 해결책을 모색하는 것이 저작권법이 당면한 가장 큰 난제이기도 하다. 소프트웨어 스트리밍의 저작권법적 평가에 관해서, 소프트웨어 스트리밍에 관한 저작권자와 사용자 또는 소비자 사이의 분쟁을 어떻게 해결하는 것이 문화의 향상발전에 이바지한다는 저작권법의 목적과 과학기술의 발전이라는 명제에 부합되는가, 그리고 소프트웨어 시장이 파레토 효율성 조건을 충족하는 방향으로 지향되고 있는지에 관한 것이다. 소프트웨어 스트리밍의 사용이 거스를 수 없는 대세이고 저작권자와 사용자 모두의 이익을 극대화할 수 있는 사용방법이므로, 소프트웨어 스트리밍에 관해서 저작권자와 사용자 간의 합리적인 새로운 라이선스 계약을 개발해서 체결하도록 하고 사용자로서는 스트리밍의 방식으로 사용함으로써 더욱 불법복제를 차단할 수 있는 기술적 조치를 확보하도록 해야 할 것이다.

_ 불특정 다수인에게 허락없이 전송하는 음악 스트리밍과 달리, 소프트웨어

[435]

스트리밍은 정품 소프트웨어를 구입한 후 구입정품의 개수 또는 라이선스의 개수의 범위 내에서 그리고 스트리밍 서비스를 제공하는 기관의 구성원에 한정해서 이루어지는 것이므로 저작권침해라고 단언하기 어렵다. 소프트웨어 스트리밍의 경우에는 구입한 정품 소프트웨어의 개수 또는 라이선스 개수의 범위 내에서는 그 복제와 사용을 허락받은 것이므로, 소프트웨어 스트리밍이라고 하는 사용방법이 구입한 소프트웨어의 사용허락 약관에 의해서 허락된 방법과 조건의 범위 내의 사용에 해당되는지 여부에 관한 판단이 중요한 관건이 된다.

_ 소프트웨어 스트리밍이 소프트웨어 사용허락계약에 의해서 예상된 사용방법과는 다소 상이하다는 점에서 사용허락계약의 위반 여부에 관한 논란이 있을 수 있다. 그러나, 스트리밍이 불특정 다수인을 대상으로 한 것이 아니고 구입정품의 개수나 라이선스 개수의 한계를 지키면서 효율적으로 사용하는 과정에서 부수적으로 수반되는 행위에 불과하다는 점을 고려해보면, 스트리밍이 계약위반에 해당되는지 여부에 관해서 논란이 있을 수 있다. 설사 소프트웨어 스트리밍이 사용허락계약의 위반에 해당된다고 하더라도, 계약위반이 논리필연적으로 언제나 저작권침해로 되는 것은 아니다. 저작권자가 사용허락계약의 위반으로 인해서 약간의 손해를 입었다고 해도 그 손해가 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법상 복제권과 전송권 등의 침해의 정도에 이르지 않는 한 저작권침해라고 단언할 수 없을 것이다.

_ 저작권침해 여부에 관한 앞의 설명을 요약하자면, 소프트웨어 정품을 구입한 소비자가 그 구입한 정품의 개수 또는 라이선스 개수의 범위 안에서 동시사용자의 수를 제한하면서 그 사용을 위해서 소프트웨어 스트리밍을 하는 것은 저작권법상 복제권이나 전송권의 침해에 이른다고 말할 수는 없다. 다만, 소비자가 구입한 소프트웨어에 첨부된 약관에 규정된 사용허락의 조건과 범위 가운데 소프트웨어 스트리밍의 방법이 명시적으로 규정되어 있지 않다면, 정품을 구입한 소비자가 정품의 개수 또는 라이선스의 개수 범위 내에서 하는 소프트웨어 스트리밍이라도 계약위반에 해당되는 것이 아닌가 하는 논쟁의 소지는 있다. 따라서, 저

작권자로서는 미리 소비자가 원하는 소프트웨어 스트리밍을 명시적으로 허락하는 약관을 개발해서 적절한 대가를 지급받도록 하는 반면에, 소비자로서는 소프트웨어 스트리밍을 하면서 불법복제의 위험성을 방지할 수 있는 충분한 기술적 조치와 투명한 관리를 해서 저작권자의

[436]

신뢰를 얻도록 하고 그럼으로써 소프트웨어 스트리밍 약관의 개발이 가능한 환경을 조성하도록 노력해야 할 것이다.

*)

이 글은 정상조 등 6인 공저, 온디맨드소프트웨어 서비스보급 활성화를 위한 법제도 보완연구(한국전자통신연구원, 2004.11)를 토대로 해서 작성된 글이다.

주1)

소프트온넷(<http://softonnet.com>), 넥서브(<http://www.nexerve.com>), 코인텍(<http://www.kointech.com>), 온라인패스(<http://www.olpass.co.kr>)

주2)

예컨대, 벅스뮤직나 뮤즈캐스트 등이 스트리밍 기술을 이용해 음악파일을 제공하고, 이용자들은 리얼네트워크의 리얼오디오 또는 마이크로소프트의 윈도 미디어 플레이어(Window media player)에 의해서 재생해서 감상하고 있다.

주3)

S. Jae Yang, 'The Hidden Costs of Owning Software', BaseLine July 2003.

주4)

[수원지법 성남지원 2002카합280](#), [서울지방법원 2003카합2114](#) · [2003카합2151](#) · [2003카합2660](#).

주5)

http://www.adobe.com/aboutadobe/openoptions/pdfs/clp_guide.pdf

주6)

<http://www.macromedia.com>; <http://www.microsoft.com/japan>

주7)

[컴퓨터프로그램보호법 제17조 제1항.](#)

주8)

수축포장 사용허락계약이라고 함은 저작물을 저장한 CD-ROM 등의 매체를 포장할 때 사용허락계약을 주된 내용으로 한 약관과 CD-ROM을 종이상자에 넣고 그 종이상자 겉에 비닐포장을 하면서 약간의 열을 가해서 포장함으로써 그 열이 식으면서 비닐포장이 수축되어 종이상자에 잘 달라붙어 있도록 한 포장방법에서 유래한 명칭이다.

주9)

[약관의 규제에 관한법률 제3조.](#)

주10)

통신판매방식의 상해보험계약에서 약관의 개요를 소개한 안내문과 청약서를 우송한 것으로는 면책약관의 설명의무를 다한 것이 아니라는 [대법원 1999.3.9. 선고 98다43342 · 43359 판결](#) 참조. 황찬현, Shrink-wrap license, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정 "인터넷과 법률" 2001.11.19. 강의.

주11)

국내 문헌으로 황찬현, "Shrinkwrap License", 「인터넷과 법률」(남효순, 정상조 공편), 법문사, 2002, 259면 이하.

주12)

39USPQ2d 1161(CA 7th Circuit, 6/20/1996).

주13)

908. F. Supp. 654.

주14)

계약의 표준화는 상품이나 용역의 표준화와 마찬가지로 기능을 수행한다. 둘 다 대량 생산과 대량 분배에 필수적인 요소들이다: E. Allen Farnsworth, Farnsworth on Contracts Section 4.26(1990) 참조; Restatement(2d) of Contracts Section 211(1981). 소위 Click-wrap licence의 유효성을 인정한 미국판결로는 다음과 같은 판결이 있다: Steven J. Caspi, et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al., 1999 WL 462175, 323 N.J. Super. 118(N.J. App. Div., July 2, 1999), Groff v. America Online, Inc., File No. C.A. No. PC 97-0331, 1998 W L 307001 (R.I. Superior Ct., May 27, 1998) ; Hotmail

Corporation v. Van Money Pie Inc., et al., C98-20064(N.D. Ca., April 20, 1998). 그러나 사용허락계약과는 달리 미국의 여러 주에서 채택된 "통일컴퓨터정보거래법전"(Uniform Computer Informs-tion Transaction Act, UCITA)이 컴퓨터정보나 정보에 관한 권리를 창설하거나 변경·이전·이용허락하는 경우에만 적용될 뿐 컴퓨터 자체의 판매 계약에는 적용되지 않는다고 판시하면서, 컴퓨터제조업자가 5일간의 반품기회를 주면서 제공한 약관의 계약으로서의 성립을 부정한 사례도 있다: Klocek v.Gateway, Inc., 104 F. Supp. 24 1332(D. Kansas, June 15, 2000).

주15)

한국소프트웨어저작권협회, 소프트웨어저작권 관리·운영 지침서, 2000, 9면.

주16)

[컴퓨터프로그램보호법 제17조 제2항.](#)

주17)

[민법 제390조.](#)

주18)

미국 사례이지만 계약위반과 저작권법 위반의 관계에 관해서 미국사례의 확립된 입장을 잘 보여 주는 사례로는, fantastic Fakes, Inc. v. Pickwick Int'l., Inc., 661 F.2d 479, 483(5th Cir.Unit B 1981); Septembertide Publishing v. Stein & Day, Inc. 884 F.2d 675(24 Cir. 1989); Lucas Arts Entertainment Co. v. Humongous Entertainment Co., 815 F.Supp. 332 (N.D.Cal.1993).

주19)

[컴퓨터프로그램보호법 제31조.](#)

주20)

[컴퓨터프로그램보호법 제7조](#)에는 번역과 개작을 구별해서 규정하고 있으나, 번역은 넓은 의미의 개작에 해당되기 때문에 굳이 번역과 개작을 구별해서 열거할 필요는 없다.

주21)

[수원지방법원 성남지원 2003.5.25.자 2002카합280결정](#) 및 [서울지방법원 2003.9.30.자 2003카합2151결정.](#)

주22)

윤선희, "Software Streaming 방식의 법적 연구", 한국소프트웨어저작권협회 2004.7.

주23)

정상조 등 6인 공저, 온디맨드소프트웨어 서비스보급 활성화를 위한 법제도 보완연구(한국 전자통신 연구원, 2004.11).

주24)

영국저작권법은 기존의 복제의 개념 가운데 "전자장치의 도움으로 저작물을 일시적 또는 고정적 기억 장치에 입력하거나 그러한 기억 장치에 입력되어 있는 저작물을 출력하는 행위"도 포함된다고 명백히 규정하고 있다.

주25)

[컴퓨터프로그램보호법 제29조 제4항.](#)

주26)

[황찬현, MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc. 판결에 대한 소고 컴퓨터 프로그램의 RAM에 적재와 복제의 문제를 중심으로, 실무논단\(1997.12\) 543.](#)

주27)

[컴퓨터프로그램보호법 제2조.](#)

주28)

[컴퓨터프로그램보호법 제19조 제2항.](#)

주29)

[컴퓨터프로그램보호법 제2조.](#)

주30)

[컴퓨터프로그램보호법 제10조.](#)

주31)

윤선희, "Software Streaming 방식의 법적 연구", 한국소프트웨어저작권협회(2004.7.) 65면.

주32)

정상조 등 6인 공저, 온디맨드소프트웨어 서비스보급 활성화를 위한 법제도 보완연구(한국 전자통신연구원, 2004.11).

