연구보고서 2009-02

# 소프트웨어 Stream 서비스의 법적 문제에 관한 연구

고려대학교 법학전문대학원
이대희 교수

# 목차

## 제1장 서론

I. 연구의 배경 ····· 1

II. 컴퓨터프로그램보호위원회 심의안 ····· 3
1. 배경 ····· 3
2. 질의사항 ····· 3
3. 주성대학에 대한 저작권 침해 고소 ····· 4
4. Z!Stream ····· 5
5. 컴보위의 판단 ····· 6

III. 연구의 목적과 범위 ····· 8

## 제2장 전송권 침해 여부

I. 서론 ····· 10

II. 전송의 의의 및 전송권 침해 요건 ····· 10
1. WCT 및 WPPT ····· 10
2. 공중이용제공권·전송권의 인정 필요성 ····· 11
3. 전송의 요건 ····· 12

III. 컴보위의 판단 ····· 15

IV. 소프트웨어 스트리밍과 전송권 침해 ····· 16
1. 서론 ····· 16
2. 소프트웨어 스트리밍과 전송 ····· 17
3. 1:1, 1:소수 및 인트라넷상에서의 서비스제공 ····· 18
4. 인터넷상에서의 제공 ····· 20

V. 계약 형태에 따른 전송권 침해 여부 ····· 20
1. 서론 ····· 20
2. 사이트 라이선스 ····· 21
3. 패키지 소프트웨어 ····· 22

## 제3장 서비스 제공자의 복제권 침해

I. 서론 ····· 24

II. 서비스제공을 위한 복제 ····· 26

III. 코딩작업에 의한 복제물 ····· 27

IV. 코딩된 소프트웨어의 저장 ····· 29

V. 인터넷·인트라넷상에서의 서비스제공 ····· 29
1. 인터넷상에서의 서비스제공 ····· 29
2. 인트라넷상에서의 서비스제공 ····· 30

VI. 1:1 스트리밍 ····· 31

VII. P2P에 의한 소프트웨어 스트리밍 ····· 32

VIII. 저작권 침해에 대한 예외나 제한 ····· 34

## 제4장 서비스 이용자에 의한 복제권 침해 여부

I. 서론 ····· 35

II. 일시적 복제 ····· 35
1. 소프트웨어 스트리밍과 일시적 복제 ····· 35
2. 일시적 복제에 대한 국제동향 ····· 37
3. 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 ····· 38
4. 판례 ····· 38
5. KORUS FTA와 일시적 복제 ····· 39
6. 일시적 복제와 예외 ····· 40

III. 잔존파일과 복제 ····· 45
1. 서론 ····· 45
2. 컴보위의 판단과 복제권 침해 ····· 45
3. 잔존파일의 성격에 따른 침해여부의 결정 ····· 46

IV. 개작권 침해 여부 ····· 48

## 제5장 소프트웨어 스트리밍과 최초판매의 원칙

I. 서론 ····· 49

II. 일시적 복제와 디지털 최초판매의 원칙 ····· 49

III. 디지털 최초판매원칙의 부인과 일시적 복제 ····· 50

IV. 미국 저작권국과 한국의 소리바다 판결 ····· 52

V. 소프트웨어 스트리밍과 최초판매의 원칙 ····· 53

## 제6장 공정이용의 원리와 소프트웨어 스트리밍

I. 서론 ····· 56

II. 일시적 복제에 대한 예외 ····· 56

III. 공정이용 ····· 57
1. 저작권법과 공정이용 ····· 57
2. 공정이용과 소프트웨어 스트리밍 ····· 59
3. 공정이용에 대한 결론 ····· 63
4. 저작권법 개정안상의 공정이용 원칙 ····· 63

## 제7장 이용허락과 불공정행위

I. 서론 ····· 65

II. Z!Stream 주장 및 컴보위 의견 ····· 65

III. 계약위반 ····· 65
1. 서론 ····· 65
2. 컴보위 판단 ····· 66
3. 계약해석 ····· 67

IV. 불공정행위 ····· 67
1. 독점금지법에 의한 불공정행위의 규제 ····· 68
2. 불공정성의 의의 ····· 69
3. 거래거절 ····· 70

V. 필수설비이론의 적용여부 ····· 80
1. 서론 ····· 80
2. 필수설비이론의 의의 및 수용 ····· 81
3. 필수설비이론의 적용여부 및 판단 ····· 82

## 제8장 저작권 남용

I. 서론 ····· 86

II. 미국에서의 저작권 남용 ····· 86
1. 지적재산권의 남용 ····· 86
2. 저작권 남용의 원리의 역할 ····· 87
3. 미국의 저작권 남용 사례 ····· 88

III. 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절과 권리남용 여부 ····· 91
1. 미국 저작권 남용원리 ····· 91
2. 한국 민법상의 권리 남용금지의 원리 ····· 92
3. 판례상의 권리남용 요건 ····· 94
4. 소프트웨어 이용허락 거절과 권리남용 ····· 96
5. 외국에서의 이용허락과 권리남용 ····· 100
6. 저작권 남용판단 고려사항 ····· 102

## 제9장 결론

# 제1장 서론

## I. 연구의 배경

스트리밍(streaming)은 “인터넷상에서 음성이나 영상, 애니메이션 등을 실시간으로 재생하는 기법”이라고 사전적으로 정의되어 있다.[1] 일반적으로 인터넷을 통하여 음악이나 화상을 시청하기 위하여서는 파일이 일단 이용자 컴퓨터의 하드 드라이버에 완전히 복제된 후 이를 이용하여야 가능하다. 따라서 파일이 완료될 때까지 기다려야 하고 하드 디스크의 빈 용량이 어느 정도 확보되어 있어야 한다. 그러나 스트리밍에 있어서는 파일이 하드 드라이버에 완전히 다운로드되지 않고 전송되고 있는 동안에도 저작물을 이용할 수 있으며, 전송이 완료되더라도 파일의 복제물이 이용자의 하드 드라이버에 남아있지 않게 된다.

스트리밍에 대해서는 그동안 저작권법적 측면에서, 그리고 음악이나 영상저작물 등 일반 저작물에 대해서 주로 논의가 이루어져 왔다. 그러나 컴퓨터 프로그램도 스트리밍에 의하여 제공할 수 있게 됨으로써 컴퓨터 프로그램에 대해서도 논의가 이루어지게 되었다. 그동안 스트리밍에 의한 컴퓨터 프로그램, 곧 소프트웨어의 제공은 주로 일시적 복제의 측면에서 논의되어 왔다. 컴퓨터 프로그램의 이용에 있어서 일시적 복제는 2가지 측면에서 논의될 수 있다. 첫째, 컴퓨터가 일정한 프로그램을 하드웨어에 영구적으로 복제한 이후에도 컴퓨터로서 그 기능을 행사하기 위하여서는 프로그램을 이용할 때마다 프로그램을 RAM에 복제하여야 하고, RAM 복제는 일시적 복제에 해당하는 것이 된다. 컴퓨터 프로그램 복제물의 정당한 소유자가 컴퓨터 프로그램을 이용하는 과정에서 컴퓨터가 RAM에 프로그램을 일시적으로 저장하는 것은 저작권자의 경제적 이익을 손상하는 것이 되지 않을 것이다. 이와 같은 일시적 복제에 대해서는, 미국 저작권법 제117조 (a)항이 규정하고 있는 ‘새로운 복제물이 컴퓨터프로그램을 이용함에 있어서의 필수적인 과정에서 만들어지는 것’이나 유럽연합의 소프트웨어지침 제5조 제1항이 규정하고 있는 ‘적법한 소유자가 컴퓨터프로그램을 그 의도된 목적에 따라 사용하기 위하여 필요한 경우’라는 예외에 해당하여, 프로그램 저작권자가 통제할 수 없을 것이다. 한국의 컴퓨터프로그램보호법이 이와 같은 복제에 대한 예외를 규정하지 않고 있더라도, 컴퓨터 프로그램의 적법한 소유자가 프로그램을 하드웨어에 저장하는 것은 당연하고 하드웨어에 저장되어 있거나 CD에 있는 프로그램을 이용함에 있어서 프로그램이 RAM에 일시적으로 복제되는 것은 허용되어야 할 것이다. 컴퓨터 프로그램을 하드웨어에 복제하거나 RAM에 일시적으로 복제하지 않고서는 컴퓨터 프로그램을 이용하는 것은 불가능하기 때문이다.

둘째, 컴퓨터에 저장되어 있는 소프트웨어를 RAM으로 이용하는 것이 아니라 그 컴퓨터 이외의 컴퓨터로부터 소프트웨어를 RAM으로 가져와서 이용하는 경우가 있을 수 있다. 소프트웨어를 복제하거나 그 복제물을 소유하지 않으면서 RAM에 일시적으로 복제함으로써

1) Naver 오픈사전.

즉시 이용만 하도록 하기 위하여 이용자의 요청에 따라(on demand) 소프트웨어를 제공하는 비즈니스 모델이 이미 존재하고 있다. 이 경우 소프트웨어는, 소프트웨어가 이용되는 동안, 이용자의 컴퓨터에 일시적 복제물의 형태로 존재하게 되며 이용된 이후에는 사라지게 된다. 이용자는 소프트웨어의 영구적인 복제물을 소유하지 않으며 이용자 자신이 원하는 경우에는 언제든지 일시적 복제에 의하여 소프트웨어를 이용할 수 있게 된다. 만약 소프트웨어를 이용하고자 하는 자의 수요에 응할 수 있는 서비스가 제공될 수 있다면, 소프트웨어 복제물을 하나만 소유하고서도 수많은 이용자에게 서비스를 제공할 수 있으며 이용자들은 소프트웨어를 구입하지 않고서도 소프트웨어 복제물을 구입한 것과 동일한 효과를 누릴 수 있다. 이 경우 저작권법적인 의미를 가지는 부분은 소프트웨어를 이용함에 있어서 부수적인 일시적 복제물이 만들어지는 점이다. 곧 일시적 복제에 의한 소프트웨어 이용에 대한 서비스가 인터넷 등을 통하여 제공된다면, 이용자는 소프트웨어를 자신의 하드 드라이브에 영구적으로 복제하지 않고서도, 소프트웨어를 구입하지 않고서도, 소프트웨어를 얼마든지 이용할 수 있게 된다. 이용자가 RAM 복제물에 의하여 소프트웨어의 경제적인 가치를 완전히 실현하였음에도 불구하고 저작권자에게 이용의 대가를 지급하지 않는다면 저작권제도의 근본적인 존립기반이 무너지게 될 것이다.

소프트웨어가 이용허락받은 것을 초과하여 이용될 수 있는 예로서 LAN(local area network)에서 소프트웨어를 이용하는 것이다. LAN상에 있는 각 이용자도 자신의 컴퓨터 RAM에서 일시적 복제물을 만듦으로써 소프트웨어의 경제적인 가치를 완전히 실현할 수 있게 된다. 이와 같은 소프트웨어의 이용은 LAN상에서 한정되는 것이 아니며 인터넷상에서도 얼마든지 가능할 수 있다. 특히 ASP(Application Service Provider)에 의하여 많은 종류의 소프트웨어가 일시적 복제에 의하여 이용될 수 있게 된다. 이와 같이 소프트웨어를 영구적으로 복제하지 않고 일시적으로만 복제하여 이용하는 경우, 이용자는 소프트웨어의 경제적 가치를 모두 실현할 수 있다. 곧 소프트웨어 이용자가 소프트웨어를 구입하지 않고 작업을 할 때마다 인터넷이나 LAN상에서 소프트웨어를 일시적으로 복제하여 이용하는 경우에는 자신의 하드 드라이브에 소프트웨어를 영구적으로 복제하는 것과 아무런 차이가 없게 된다.

한미 FTA(KORUS FTA)는 일시적 복제의 개념을 인정함으로써 소프트웨어 스트리밍 등 스트리밍에 의하여 저작물이 이용자 컴퓨터에 일시적으로 복제되는 것에 대해서도 저작권자가 통제할 수 있게 되었다. 물론 일시적 복제에 대해서도 복제권에 대한 제한이나 예외가 그대로 적용되므로 소프트웨어 스트리밍에 대해서도 이러한 예외나 제한이 적용될 것이다. KORUS FTA가 2007년 4월에 협상이 타결되었으나 아직 양국의 국회 및 의회가 비준을 하지 않아서 발효하지 않는 상태에 있다. 그러나 KORUS FTA가 아직 비준을 받지 않았으나 KORUS FTA는 국가간의 약속이고 발효의 시점이 문제될 뿐이지 폐기되지는 않을 것이다. 따라서 소프트웨어 스트리밍에 대한 일시적 복제에 대한 논의는 종지부를 찍었다고 할 수 있다.

그런데 소프트웨어 스트리밍에 대해서는 한국에서 독점금지법 위반, 권리남용, 약관법에 따른 무효 등에 대한 논의가 있었다. 특히 2004년 컴퓨터프로그램보호위원회(당시 프로그

램심의조정위원회)가 소프트웨어 스트리밍에 대한 이용허락 거부가 불공정한 거래행위, 권리남용, 약관규제에 의한 무효의 가능성이 있다고 판단함으로써 논란을 더욱 더 증폭시켰다.

## II. 컴퓨터프로그램보호위원회 심의안

컴퓨터프로그램보호위원회(컴보위)는 2004년 7월 '소프트웨어 스트리밍 방식의 컴퓨터프로그램보호법 위반 여부'를 심의하고 의결하였다. 곧 컴보위(당시에는 프로그램심의조정위원회)는 (i) 클라이언트 PC에 남는 프로그램의 흔적(캐시파일, 서체파일 등)에 대한 복제권 침해 여부, (ii) 인코딩(Encoding)과정이 저작권자의 개작권을 침해하는 것인지 여부, (iii) 저작권자가 동시사용라이선스를 제시하지 않는 상황에서 사용자가 확보한 다른 라이선스의 범위 내에서 S/W 스트리밍 방식으로 사용하는 행위의 전송권 침해 여부를 심의하고 의결하였다.

### 1. 배경

심의안의 대상이 되었던 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공한 소프트온넷(주)은 "모바일 버츄얼 데스크탑(Mobile Virtual Desktop)" 환경을 제공할 수 있는 Software-on-Demand 솔루션인 'Z!Stream'을 개발하여 주요 기업체, 대학 및 공공기관 등에 공급하고 있는 S/W개발회사이다. 2001. 12월 소프트온넷(주)는 Z!Stream 사용시 사용자 PC에 프로그램의 설치흔적이 남게 되어 S/W 불법복제 단속시 논란이 되자, 소속협회인 한국정보통신산업협회를 통해 정보통신부에 Z!Stream의 저작권 침해 여부 및 단속시 불법복제로 추정되는지 여부에 대한 질의서를 내게 되었다. 이에 대하여 정보통신부는 프로그램심의조정위원회의 심의(법제심의분과, 2회)를 통하여 "... 프로그램저작권보호를 위한 불법복제 방지 본래의 취지를 고려하여, 특정기관이 저작권자로부터 구매한 패키지 S/W를 라이선스 계약에 따라 당해 프로그램의 종류, 용도 및 특성에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하지 아니하는 범위내에서 사용하고, 원격설치솔루션과 같이 S/W를 서버에 두고 동시사용접속자수를 초과하여 운용하지 아니하는 방식임을 소명한다면 위법하지 아니하다고 할 것이다"라고 답변을 하였다.

2003년 하반기 이후 SPC(한국소프트웨어저작권협회)를 비롯한 일부 저작권사가 Z!Stream 제품을 사용하고 있는 대학 등에 스트리밍방식의 S/W 사용이 저작권침해행위에 해당한다는 내용의 경고서한을 발송하였다. 2003. 5월 이후 소프트온넷(주) 및 Z!Stream 사용 대학은 SPC 및 주요 저작권사에 수차례 라이선스 체결을 요청(외국 사례와 같은 동시사용자 라이선스 체결 요청)하였으나, 해결책이 제시되지 못하였다. 2004. 4월 주요 저작권사는 Z!Stream을 사용하고 있는 청주소재 주성대학을 컴퓨터프로그램보호법 위반으로 청주지검에 고소하기에 이르렀다. 2004. 6월 저작권문제로 영업에 차질이 발생하게 된 소프트온넷(주)는 정보통신부에 S/W 스트리밍 방식에 대한 유권해석을 다시 요청하였다.

### 2. 질의사항

소프트온넷이 질의요청서에서 지적한 사항은 기본적으로 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 네트워크 기술이 발전함에 따라 이를 활용한 중앙 집중식 소프트웨어 자원관리 및 사용이 일반화되었고, 서버와 네트워크를 활용한 여러 방식 중에서 Z!Stream은 서버에서 클라이언트에 스트리밍하여 가상설치 과정에서 소프트웨어를 구동 시키는 방법을 사용하고 있다는 것이다. 둘째, ZiStream 방식에 대하여 법에 명시된 행위  전송, 복제 등이 있지만 침해행위는 아니며 오히려 사용권자의 정당한 사용행위로서 형법상 정당행위라는 일부 법조계의 주장이 있고, 단체가 다량의 라이센스를 구입하는 것은 당연히 자연인으로서의 그 구성원이 사용함을 전제하는 것이므로 규범적으로 단체가 이용하는 것이지 제3자에게 사용을 허락하는 것이 아니므로 오히려 이를 금하는 것은 부당하게 이용권자의 권익을 침해하는 측면이 있다는 것이다. 셋째, 네트워크를 이용한 스트리밍 방식의 소프트웨어 사용 및 관리의 필요성과 효율성을 공감하고 이를 ISV(independent software vendor)들의 약관에 포함시키는 등 사용의 허락을 요구하는 결의문이 채택된 바 있다는 것이다. 넷째, Z!Stream은 클라이언트에 프로그램의 일부가 전송되어 가상설치 과정에서 실행되는 방식으로 네트워크를 통하여 서버에 연결된 사용자라면 누구나 사용할 수 있지만 서버에 의해 허락 받은 수량을 초과하여 동시에 실행되는 것이 제한되므로 해당 시점에서 볼 때 ISV들의 1PC 1 License 정책을 위반하지 않으며, 또한 모든 PC에 설치의 흔적이 일부 저장될 수 있지만 허락 받은 수량을 초과한 사용자에 의한 불법적 사용은 기술적으로 엄격히 제한(첨부 5)되므로 단순히 클라이언트에 복제행위가 일어났다는 사실만으로는 ISV들에 대한 아무런 권리침해도 이루어지지 않는다는 것이다. 다섯째, 1PC 1 License 정책 자체가 사용자에게 일방적인 불이익을 강요하면서 제작자에게 과대한 이익을 주는 것으로서 독점금지법에 위배된다는 견해도 있으며, 만일 이러한 견해가 설득력이 있다면 현재 발전된 네트워크 환경과 편리한 스트리밍 방식을 이용하여 사용과 관리의 효율성을 도모하고자 하는 사용자의 요구도 저작권자의 권익과 함께 균형적인 보호를 받아야 타당하다는 것이다. 여섯째, Z!Stream은 Id와 Password를 확인하여 허락된 사용자를 실시간으로 인증함으로써 불법적인 S/W 사용을 근본적으로 차단하는 효과가 있어 저작권자의 권익을 보호하는 도구일 뿐 아니라, 스트리밍 방식이 가지는 속도와 편리함을 이용하여 기존의 불법-음성 시장을 합법-양성 시장으로 바꿀 수 있는 잠재력을 가지고 있다는 것이다.

이러한 것을 근거로 하여 소프트온넷은 Z!Stream을 사용하여 소프트웨어를 사용하고 관리하는 단체나 기관이 ISV들에 의해 일방적으로 강제되는 약관규정에 발이 묶여 효율성을 도모할 정당한 권리가 침해 받지 않을 수 있도록 요구하였다.

### 3. 주성대학에 대한 저작권 침해 고소

2004년 말 (주)한글과컴퓨터를 비롯한 6개 프로그램 저작권사들은 ZiStream에 의하여 자신들의 소프트웨어[2]를 사용하고 있었던 주성대학을 컴퓨터프로그램보호법 위반을 근거로 고소하였다. 이에 의하면, 첫째, 주성대학의 인터넷사이트를 통하여 인터넷접속자가 서버로부터 위 프로그램들

2) (주)한글과컴퓨터(Wordian), (주)세중나모인터랙티브(나모웹에디터4.0), (주)인텔리코리아(IntelliCAD), MicroSoft Corporation(Visual Basic, Visio 2000, Visual C++, Office 2000), Adobe Systems Inc.(Photoshop 6.0, Premire 6.0, Illustrator 9.0), Macromedia Inc.(Flash 5.0, Director 8.5).

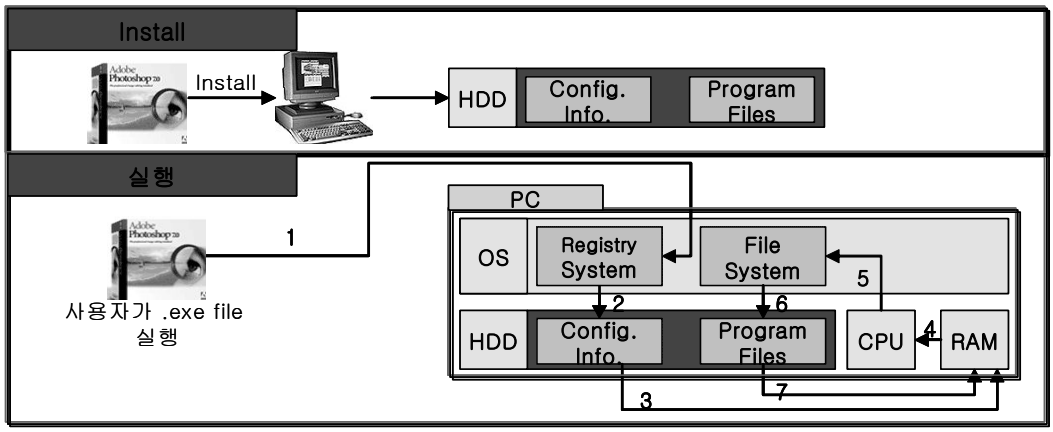
을 전송 받아 사용할 수 있도록 한 것은 컴퓨터프로그램보호법상 저작권자의 권리인 전송권과 복제권 침해에 해당한다는 것이다. 둘째, 컴퓨터프로그램보호법은 배포권과 별도로 전송권을 규정하고 있으며, 고소인들이 최종사용자계약을 통하여 사용자들이 정보통신의 방법에 의한 전송행위를 금지하고 있음에도 피고소인들이 고소인들의 허락없이 그 서버에 프로그램을 설치하여 접속자로 하여금 전송받아 복제하여 사용할 수 있도록 한 것은 각 프로그램 저작권자의 전송권 침해에 해당한다는 것이다. 셋째, 고소인들의 컴퓨터프로그램의 실행을 종료하면 접속자(client)의 컴퓨터에 각 프로그램의 파일 일부가 남게 되고, 한글과컴퓨터사의 '워디안'프로그램의 경우에는 실행 후에 사용자의 PC에 일부 글꼴(Fonts)이 남아 있게 되는 등 고소인의 프로그램을 개조하여 '.dat'파일의 형태로 저장하고 있어 개작권에 해당한다는 것이다.

## 4. ZiStream

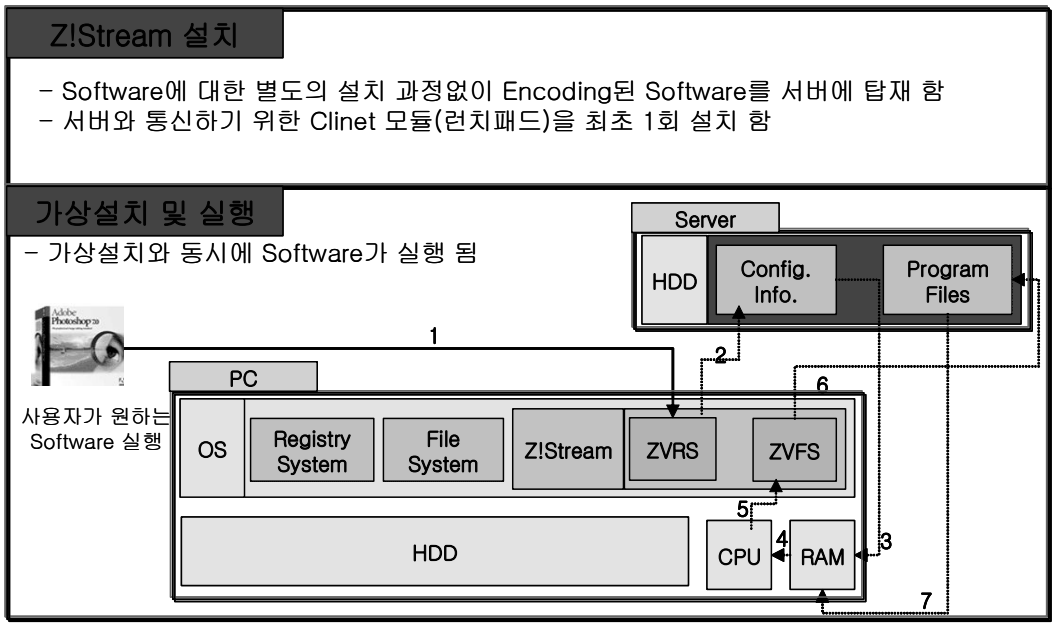
Z!Stream은 분산가상페이징(DVP : Distribute Virtual Paging) 기술을 기반으로 하여 Audio/Video Streaming처럼 서버(Server)에 탑재한 S/W를 PC에 Streaming하는 것이다. 곧 인트라넷(Intranet) 환경에서 PC가 네트워크에 접속 후 응용 프로그램을 Streaming받아 사용할 수 있도록 하는 Software-On-Demand 솔루션이다.

컴퓨터 프로그램을 설치하는 동안 컴퓨터는 프로그램이 적절히 작동하는데 필요한 파일 등을 저장하여 그 프로그램이 이용될 수 있는 상태에 두게 된다. 소프트웨어를 설치하는 동안 configuration file 및 Windows registry 등이 만들어지거나 이들에 대한 수정이 이루어지게 된다. Registry는 운영체계 안에서 작동하는 모든 프로그램의 시스템 정보를 담고 있는 데이터베이스로서, 해당 시스템에 대한 프로세서의 종류, 주기억장치의 용량, 접속된 주변장치의 정보, 시스템 매개변수, 응용소프트웨어에서 취급하는 파일의 타입과 각종 매개변수(parameter) 등이 기억돼 있다.[3] configuration files, or config files는 일정한 컴퓨터프로그램을 초기 세팅하기 위하여 사용되는 것이다. 다음 그림에서 볼 수 있다시피 PC가 컴퓨터 프로그램을 설치하여 이용함에 있어서는 Registry System과 File System을 사용하게 된다. 그러나 Z!Stream에 있어서는 가상의 파일 시스템인 ZVFS(Z!Stream Virtual File System)와 가상의 레지스트리인 ZVRS(Z!Stream Virtual Registry System)을 생성하여 서버에서 필요한 데이터를 실시간으로 Streaming하게 된다.

3) Naver 용어사전.




일반 PC에서의 컴퓨터프로그램의 설치 및 작동[4)]




Z!Stream에 의한 컴퓨터프로그램의 이용[5)]

## 5. 컴보위의 판단

### (1) 복제권 침해 여부

o 복제권 침해 여부에 대한 판단

- S/W 스트리밍 솔루션을 사용할 경우 클라이언트 PC에는 프로그램의 재사용 속도 향상을 위하여 캐시파일이 생성된다.
- 그러나 S/W 스트리밍 방식에 의하여 생성된 이 파일은 일반 사용자가 그 파일의 내용을

4) 컴퓨터프로그램보호위원회, S/W 스트리밍 방식의 컴퓨터프로그램보호법 위반 여부(2004.7).
5) Id.

파악할 수 없으며, 독자적으로는 전혀 구동되지 않는 것으로 실질적인 재사용이 불가능한 파일이므로, 이러한 파일이 생성되더라도 이는 정품 S/W 사용에 따른 것이므로 저작권자에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

- 따라서 컴퓨터프로그램보호법의 취지를 고려해 볼 때 이러한 캐시파일을 복제권 침해로 보기는 어렵다.

- 글꼴파일을 사용하는 프로그램의 경우 일부 글꼴 파일이 클라이언트 PC에 남아 있을 수 있으나, 이러한 현상은 프로그램을 설치·삭제하는 과정에서 일반적으로 발생할 수 있는 것이므로 이 또한 복제권 침해로 볼 수 없다.

### (2) 개작권 침해 여부

**o 개작권 침해 여부에 대한 판단**

- S/W를 스트리밍하기 위하여 스트리밍 솔루션에 해당 S/W를 탑재하는 과정에서 일어나는 인코딩은 해당 프로그램의 소스코드 및 실행파일에 대한 수정이 전혀 없으므로 이를 개작권 침해로 보기는 어렵다.

### (3) 전송권 침해 여부

**o 전송권 침해 여부에 대한 판단**

- 컴퓨터프로그램보호법상 '전송'은 "공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법으로 송신하거나 이용에 제공하는 행위"로 정의되고 있다(동법 제2조제7호).

- 대학, 연구소 등에서 계약된 범위 내의 구성원이 사용하는 경우, 이는 내부 사용이므로 공중에 대한 송신으로 보기 어렵기 때문에 전송에 해당되지 아니한다는 의견도 있으나, 이 규정에서 공중은 '특정 다수인'도 포함된다고 보는 것이 다수의 견해이므로 일단 '전송'에는 해당된다고 볼 수 있다.

- 그러나 비록 전송에 해당된다고 하더라도 라이선스를 보유하고 있는 경우 당사자간의 계약의 형태에 따라 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

가. 구성원 전체가 사용할 수 있는 한글과컴퓨터사의 CLA(Campus License Agreement)나 MS사의 CA(Campus Agreement)계약과 같은 사이트라이선스의 경우, 비록 전송의 허락이 없다고 하더라도 이 라이선스는 그 특성상 계약된 범위내의 구성원 모두가 사용할 수 있으므로, 그 사용방법에는 제한이 없다고 보아야 한다. 따라서 사이트라이선스의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 S/W 스트리밍 방식으로 사용한다고 하여도 이를 계약에 위배되는 전송권 침해로 볼 수 없다고 해석함이 타당하다.

나. 일반 패키지 제품의 경우는 다음과 같이 나누어 판단한다.

첫째, 저작권자가 "동시 사용자 수를 통제하는 장치를 가진 경우 네트워크 서버에 실행 파일을 올릴 수 있다"는 등의 명문의 계약 규정을 제시하고 있는 경우에는 패키지 제품을 S/W 스트리밍 방식으로 사용할 수 있다.

둘째, 저작권자가 동시사용라이선스를 제시하고 있음에도 불구하고 사용자가 이를 구매하여 사용하지 아니하고 패키지 제품을 S/W 스트리밍 방식으로 사용하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 아니 된다.

셋째, 저작권자가 정당한 이유 없이 사용자가 희망하는 합리적인 라이선스를 제시하지 않고 1PC 1License 정책만을 강요하는 등 라이선스에 대한 부당한 차별 정책(예컨대, 외국에서 사용하는 라이선스 형태를 국내에는 제시하지 않는 경우)을 통해 S/W스트리밍 방식의 사용을 실질적으로 제한하는 경우, 불공정 약관 및 불공정 거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고자 하는 약관의규제에관한법률과 독점규제및공정거래에관한법률의 목적 및 취지에 비추어 볼 때, 불공정하다고 볼 수 있다. 나아가 이러한 라이선스 거절 행위는 신의성실의 원칙에 반하거나 권리남용으로도 볼 수 있다.

따라서 이러한 경우, 기존의 패키지 제품을 구매하여 확보한 라이선스 수량의 범위 내에서 동시 사용자 수를 합리적으로 제한하여 S/W 스트리밍 방식으로 사용하는 것은 컴퓨터프로그램보호법 제17조제2항이 규정하고 있는 '허락된 사용방법 및 조건'을 위반하였다고 보기 어렵다.

## III. 연구의 목적과 범위

본 '소프트웨어 Stream 서비스의 법적 문제에 관한 연구'는 소프트웨어 스트리밍과 관련된 저작권법 및 기타 법률적 분석을 하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 제2장에서는 소프트웨어 스트림에 의하여 전송권이 침해되는지 여부를 논의한다. 2006년 저작권법 개정에 의하여 공중에는 '특정 다수인'도 포함되므로 스트리밍이 전송이 될 수 있는 범위가 확대되었다.

스트리밍에 의한 복제권 침해는 서비스제공자의 침해와 서비스 이용자의 침해로 분류할 수 있는데, 제3장에서는 서비스제공자가 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하기 위하여 서버에 저장하는 행위에 의한 복제권 침해를 논의하고자 한다. 제3장에서는 소프트웨어를 서버에 복제하는 경우, 코딩작업(encoding)에 의하여 만들어지는 복제물, 코딩된 소프트웨어의 저장, 인터넷이나 인트라넷상에서 서비스가 제공되는 경우, P2P에 의한 스트리밍 등과 관련된 복제권 침해문제를 논의하고자 한다.

제4장은 스트리밍에 의하여 소프트웨어를 이용하는 자의 복제권 침해문제를 논의한다. 이용자의 복제권 침해는 지금까지 주로 일시적 복제를 중심으로 논의가 이루어져 왔는데, 제4장은 일시적 복제뿐만 아니라 스트리밍 서비스를 이용한 후 컴퓨터에 남게 되는 잔존파일에 의한 복제권 침해문제까지도 논의하기로 한다.

제5장은 소프트웨어 스트리밍과 관련된 최초판매의 원칙을 분석하고자 한다. 사실상 이러한 논의는 디지털 최초판매원칙에 관한 것인데, 디지털 최초판매원칙은 인정될 수 없으므로 소프트웨어 스트리밍과 최초판매의 원칙은 아무런 연관이 없다는 것을 논의하고자 한다.

제6장은 소프트웨어 스트리밍에 의하여 복제권이나 전송권이 침해된다고 전제하는 경우, 공정이용의 원리에 의하여 침해가 부정될 수 있는가 여부를 논의하기로 한다. 현행 저작권법에는 공정이용의 원리가 도입되어 있지 않지만, KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 공정이용의 원리를 도입하였고 따라서 한국에서도 공정이용의 원리가 적용될 수 있다.

제7장은 소프트웨어 스트리밍이 이용허락계약에 위반하는가의 문제와 독점금지법 관련 논란을 분석하고자 한다. 특히 소프트웨어 스트리밍과 관련된 논란은 저작권자들이 스트리밍을 위한 이용허락을 허락하고 따라서 거래거절에 해당한다는 것이므로, 제7장은 거래거절에 의한 독점금지법 위반과 필수설비이론의 적용에 대하여 상세히 논의하고자 한다.

소프트웨어 이용허락의 거절에 대하여 서비스제공자와 이용자들은 저작권 남용에 해당한다고 주장하였고, 컴보위도 권리남용에 해당한다고 판단하였다. 따라서 제8장은 저작권 남용을 상세하게 분석하고자 하며, 권리남용에 관한 한국 법원의 판단기준과 미국에서의 저작권 남용원리를 상세히 분석함으로써 소프트웨어 스트리밍 이용허락거절이 권리남용에 해당할 수 있는가 여부를 고찰하기로 한다.

# 제2장 전송권 침해 여부

## I. 서론

소프트웨어 스트리밍 서비스는 1대의 컴퓨터에 대하여 제공되는 1:1 소프트웨어 스트리밍, 2대 이상의 컴퓨터에 대하여 제공되는 스트리밍으로 분류할 수 있고, 2대 이상의 컴퓨터에 대하여 행하여지는 스트리밍도 인터넷상에서 제공되는 것과 인트라넷상에서 제공되는 것으로 분류할 수 있다. 사실상 1:1이나 1:2와 같이 극소수의 컴퓨터를 대상으로 소프트웨어 스트리밍이 행하여지는 것은 현실적으로 존재할 수 없으나, 이와 같이 분류하는 것은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 자가 소프트웨어 스트리밍에 의하여 전송권을 침해하였는가를 판단하는데 도움이 되기 때문이다.

일반적으로 소프트웨어 스트리밍 서비스가 제공된다면, 서비스를 이용하려는 자는 자신이 원하는 장소와 시간에 따라 서비스를 제공하는 자의 서버에 접속하여 이용하고자 한다. 따라서 서비스 제공자는 이러한 이용자들이 자신의 서비스를 항상 이용할 수 있도록 이용제공(making available) 하여야 한다. 바로 여기에 저작권법상 '전송'이 있게 되고, 따라서 서비스 제공자는 전송권을 침해할 여지가 있게 된다.

## II. 전송의 의의 및 전송권 침해 요건

### 1. WCT 및 WPPT

1996년 체결된 WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Treaty, WCT)은 "공중의 구성원들이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 따라 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 일반 공중이 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것을 포함하여, 유선 또는 무선의 방법에 의하여, 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 수 있는 배타적인 권리"를 저작자에게 인정할 것을 규정하고 있다(§8). WIPO 실연음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)도 실연자 및 음반제작자에게 고정된 실연과 음반에 대하여 이와 동일한 권리를 인정할 것을 규정하고 있다(§§10, 14).

공중이용제공권은 한국에서 전송권을 인정하는 방법으로 수용되었다. 곧 컴퓨터프로그램보호법(컴법)은 1998년의 개정에 의하여(§§2, 7 I), 저작권법은 2000년 1월의 개정에 의하여 프로그램저작권자와 저작권자에게 인터넷상에서의 저작물의 송신에 대하여 전송권을 인정하였다. 컴법은 "전송"을 '공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위'로 정의하고(§2 vii), 프로그램 저작자에게 전송권을 인정하고 있다(§7 I). 저작권법도 전송을 '공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신'으로 정의하고(§2), 저작자에게는 전송권이라는 배타적인 권리를 인정하였다(§18).

## 2. 공중이용제공권·전송권의 인정 필요성

소프트웨어 스트리밍 서비스 제공이 전송에 해당하는지 여부를 고려함에 있어서는 전송권을 인정하게 된 이러한 취지를 이해할 필요성이 있다. WCT 및 WPPT에 공중전달권의 한 내용으로서 규정된 공중이용제공권(right of making available of works to the public)은 디지털 네트워크상에서 저작자 등을 보호할 필요가 있으나 기존의 배타적인 권리에 의하여서는 보호할 수가 없었던 행위에 대하여 저작자 등이 통제할 수 있도록 하기 위한 것이었다. 곧 네트워크상에서 여러 이용자들에게 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것이 저작물 이용의 중요한 부분을 차지하고, 이러한 행위에 대하여 기존의 복제권이나 배포권에 의하여서는 저작권자를 보호할 수 없었고 따라서 저작권자에게 이러한 행위를 통제할 수 있도록 할 필요성이 있었다. 디지털 네트워크상에서는 저작물이 송신되는 과정에 존재하는 컴퓨터(router)에 의하여 (일시적) 복제가 이루어지고 따라서 저작권자는 복제권에 의하여 이를 통제할 수 있다. 그러나 복제권만으로는 매우 역동적인 인터넷의 성격에 부합할 수 없으며 네트워크상에서 공중이 저작물을 접근하여 이용할 수 있도록 하는 것에 대하여 만족할 만한 수단이 될 수 없다고 여겨졌다. 저작물을 담고 있는 매개체를 소유하여 저작물을 향유하는 것이 아니라 디지털 네트워크상에서는 이러한 매개체를 소유하지 않고서도(또는 소유하더라도 디지털 네트워크를 이용하는 기초가 되는 컴퓨터의 하드웨어에 의하여) 저작물을 향유할 수 있게 되었다. 따라서 디지털 네트워크상에서 저작물을 공중에 이용제공하는 행위(making available of works to the public)를 통제할 수 있는 권리를 인정할 필요성이 있게 된다. 그런데 인터넷과 같은 새로운 현상에 대해서도 이미 존재하고 있었던 규범을 적용시키는 것이 국내외적인 관례 내지 희망사항이었지만, 인터넷상에서 저작물을 이용할 수 있도록 하는 행위에 대하여 인정되는 권리는 존재하지 않았다.

인터넷상에서 저작물을 이용할 수 있도록 하는 행위에 대하여 인정될 수 있는 권리로서는 배포권이나 대여권과 같이'복제와 관계되는 권리'와 공연권이나 방송권과 같이'복제와 관계되지 않는 권리'를 들 수 있다. 복제와 관계되는 권리들은 일반 공중이 저작물의 유형적 매개체(medium)인 복제물(copy)을 이용하는 방식에 따른 행위에 해당되는 것이고, 따라서 신호나 이미지 등으로 표현되어 있는 '저작물을 공중이 이용할 수 있도록 하는 행위'와 '저작물을 공중이 실제로 이용하는 행위(시청 등에 의한 인지)'간에 시간적인 차이가 있게 된다. 이에 반하여 복제와 관계되지 않는 권리들은 이용제공행위와 실제의 이용행위 간에 시간적인 차이가 없이 일반 공중이 저작물을 직접 이용(인식이나 시청 등)하도록 하는 행위와 관련된다. 그런데 인터넷상에서의 디지털 송신은 복제와 관계되는 권리와 관계되지 않는 권리의 구조 내지 양자의 구분을 완전히 뒤섞여 놓아 버렸다. 예컨대 인터넷상에서 저작물을 배포함에 있어서는 기술적 보호조치가 적용되어 일정한 조건을 충족한 자(저작물 이용자)만이 저작물에 접근할 수 있다. 따라서 실제로 저작물을 어느 정도 이용할 수 있는지, 또는 (일시적) 복제물을 획득하여 저작물을 이용할 것인지, 아니면 온라인상 영화를 시청하거나 온라인상 음악을 듣는 것과 같이 저작물을 직접 이용할 것인지 여부는 인터넷상에 올려놓음으로

써(uploading) 저작물을 이용할 수 있도록 하는 시점에 결정되는 것이 아니며 이용할 수 있도록 하는 자가 결정하는 것도 아니다. 오직 저작물에 접근하는 일반 공중의 개별적인 구성원들이 온라인상에서 기술적 보호조치를 이용한 시스템을 통하여 (이용제공자와) 협상함으로써 결정된다. 또한 디지털송신에 있어서는 저작물을 이용하기 위하여서는 최소한 일시적 복제물을 이용하여야 하는 등, 복제와 관계되는 권리와 관계되지 않는 권리를 구별하는 것이 아무런 의미가 없이 복합적인 형태의 이용제공행위가 나타나게 되었다. 따라서 WCT 및 WPPT에 의한 공중이용제공권 내지 저작권법 및 컴법에 의한 전송권 인정은 디지털 네트워크상에서의 새로운 저작물 이용행태로 인한 저작권자의 이익침해를 방지하기 위하여 인정된 것이다.

### 3. 전송의 요건

전송은 컴법에 의하면, '공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위'로 정의되며(§2 vii), 저작권법에 의하면, '공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신'으로 정의된다(§2 xi). 양 법에 의한 전송의 정의는 차이가 나지만 WCT를 이행하는 측면에서는 아무런 차이가 없으며, 컴법과 저작권법을 통합하는 개정 법률안에 의하면 현행 저작권법상의 전송에 대한 정의가 컴퓨터프로그램에 대해서도 그대로 적용된다. 따라서 전송이 이루어지기 위하여서는 다음의 요건이 충족되어야 할 것이다.

#### (1) 공중

첫째, '공중'이 컴퓨터프로그램을 비롯한 저작물을 이용할 수 있도록 하여야 한다. 사실상 저작권을 탄생시킨 것은 인쇄술의 도입에 따른 복제에 기인하는 것인데, 기술의 발전에 따라 공연이나 방송 등 새로운 저작물 이용행위에 대하여서 저작권자가 통제할 수 있는 권리를 부여하였다. 디지털 네트워크는 새로운 저작물 이용행위를 가능하게 하였다. 인터넷 등 디지털 네트워크는 누구든지 접근할 수 있는데 이러한 네트워크상에 일정한 요건(예컨대 이용료 등)을 준수하는 자는 누구든지 이용할 수 있도록 저작물을 올려놓는 행위는 저작자의 이익을 심각하게 위협할 수 있는 것이다. 복제, 방송, 배포, 공연 등 저작자의 이익을 손상하는 주요한 행위들이 저작자가 통제하는 대상이 되어 왔는데, 디지털 네트워크상에서 저작물을 이용할 수 있도록 하는 행위가 바로 여기에 해당한다.

디지털 네트워크상에 저작물을 올려놓는 행위가 저작자의 이익을 항상 손상시키는 것은 아니며, 저작물을 올려놓음으로써 여러 이용자들이 저작물에 접근하여 저작물을 이용할 수 있는 경우에만 저작자의 이익이 크게 손상될 수 있다. 따라서 디지털 네트워크상에 저작물을 올려놓는 행위 중에서 금지되는 행위는 여러 이용자, 곧 '공중'이 접근하여 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다. WCT 제8조도 '공중(public)'에 대한 저작물의 전달 내지 '공중'에 대한 저작물의 이용제공이라고 함으로써, 사적인 전달 내지 이용제공을 배제하고 있다. 컴법은 공중에 대하여 정의를 하고 있지 않지만, 저작권법은 2003년의 개정에 의하여 공중을 정의하고 있으므로 (현재 양 법이 통합되지 않은 상태에서는) 특별법과 일반법의 관계로 인

하여 저작권법상의 공중에 대한 정의가 컴법에 적용된다.

공중은 “공중”을 ‘불특정 다수인(특정 다수인을 포함)’으로 정의된다(§2 xxxii). 공중이라는 개념은 법원의 해석에 의하여 ‘불특정 다수인’을 의미하는 것으로 이해되어 왔다. 따라서 디지털 네트워크상에 불특정 다수인이 저작물을 이용할 수 있도록 하는 행위는 당연히 전송에 해당한다. 이러한 불특정 다수인 외에도 디지털 네트워크상에서 동호회 등 특정 다수인이 저작물을 이용하여 저작권을 침해하는 사례가 빈번해졌고 이에 따라 2003년도의 개정에 의하여 특정 다수인도 공중의 범위에 포함되었다. 일본 저작권법도 공중을 ‘특정 및 다수의 자를 포함하는 것’으로 정의하고 있다(§2 V). 미국 저작권법은 ‘공연하거나 전시하는 것’과 관련된 개념 요소인 ‘publicly’를 (i) 공중에게 개방되어 있는 장소나 가족이나 사회적으로 알고 지내는 사람들의 정상적인 범위를 초과하는 상당수의 사람들이 모이는 장소에서 공연 또는 전시하는 것 또는 (ii) (i)에 의하여 특정되는 장소에 저작물의 공연이나 전시를 송신 또는 기타 통신하거나, 도구나 방법을 통하여, 공연이나 전시를 수신할 수 있는 공중의 구성원들이 동일 또는 별도의 장소에서 그리고 동시 또는 별도의 시간에 수신하는가에 관계없이, 공중에게 송신하거나 기타 통신하는 것으로 정의하고 있다(§101). 이와 같이 3개 국가의 저작권법이 공중에 대하여 약간 달리 규정하고 있지만, 공중의 개념을 정하는데 있어서는 큰 차이가 없는 것이라 할 수 있다.

인터넷과 같은 디지털 네트워크는 전 세계의 모든 이용자들이 접근할 수 있는 것이므로 여기에 저작물을 올려놓는 행위는 당연히 공중을 대상으로 하는 것이 된다. 인트라넷의 경우에도 일반적으로 공중을 대상으로 하는 것이 될 것이다. 인트라넷은 ‘인터넷 관련기술과 통신규약을 이용하여 조직내부 업무를 통합하는 정보시스템’으로 정의되는데,[6] 인트라넷을 운영할 정도의 조직이면 일반적으로 특정다수인이 될 것이기 때문이다. 인터넷 포털 등을 통하여 제공되는 블로그, 카페, 미니 홈피 등도 일반적으로 공중을 대상으로 하는 것이 된다. 보통 블로그나 미니 홈피 등은 접속할 수 있는 회원을 제한하지 않고 따라서 인터넷과 동일한 것이므로 공중을 대상으로 하는 것이 된다. 카페의 경우 회원의 숫자가 특정다수인을 초과하는 정도라면 공중을 대상으로 하는 것이 되며, 가입 회원의 숫자가 적을지라도 누구든지 쉽게 회원에 가입할 수 있다면 공중을 대상으로 하는 것이 될 것이다.

이메일을 통하여 정보를 송신하는 경우에도 수신자가 이를 이용할 수 있는 상태에 두는 것이 된다. 곧 이메일을 통하여 저작물을 송신한 경우, 그 저작물은 이메일 서비스를 제공하는 주체(곧 OSP 또는 포털)의 서버에 저장되고 수신자는 이 저장된 저작물을 자신이 원하는 장소와 시간에 따라 이용할 수 있을 것이다. 그러나 특정인을 상대로 이메일을 통하여 이와 같이 저작물을 송부하는 것은 공중을 대상으로 하는 것이 되지 않는다. 또한 수 명을 상대로 이메일로 저작물을 송부한 경우에도, 그 숫자가 특정다수인에 미치지 않는다면 역시 공중을 상대로 한 것이 되지 않을 것이다. 그러나 이메일을 통하여 특정다수인을 초과하는 수신인을 지정하여 저작물을 송부한 경우, 공중에 해당하는 수신인들이 그 저작물을 이용하는 상태에 두는 것이 되므로 공중을 상대로 한 것이 될 수 있을 것이다. 그러나 이메일을

6) Naver 백과사전.

통한 송부가 공중을 상대로 하는 것이 되더라도 소프트웨어 스트리밍과는 관련이 없게 될 것이다. 우선 기본적으로 이메일에 의한 방법으로는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 것이 사실상 불가능한 것이 될 것이기 때문이다.

공중과 관련되는 것으로서 마지막으로 웹상에서의 하드웨어를 의미하는 웹하드를 들 수 있을 것이다. 현재 영화나 소프트웨어 등 불법적으로 다운로드를 할 수 있는 웹하드의 경우, 회원으로 가입하는데 아무런 제한이 가하여지지 않으므로 당연히 공중을 대상으로 하는 것이 된다. 다만 일정한 경우에는 공중을 대상으로 하지 않는 웹하드도 존재할 수 있을 것이다. 웹하드는 "일정 용량의 저장공간을 확보해 문서나 파일을 저장·열람·편집하고, 다수의 사람과 파일을 공유할 수 있는 인터넷파일 관리 서비스"인데,[7] 다수의 사람이 서로 파일을 비롯한 정보를 공유하기 위한 것을 전제로 한다. 그러나 비교적 소수의 이용자, 예컨대 특정다수인에도 해당되지 않을 정도의 이용자들이 웹하드를 이용하는 경우에는 공중의 요건을 충족하지 못할 것이다.

이상의 것을 요약하면, 인터넷, 인트라넷, 블로그, 카페, 미니홈피, 웹하드 등을 통하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공한다면, 그것은 공중을 상대로 서비스를 제공하는 것이 될 것이다. 다만 인트라넷, 카페, 웹하드의 경우에는 그 규모나 회원의 숫자가 특정다수인에도 해당하지 않는 경우가 있을 수 있고, 이 경우에는 공중의 요건을 충족하지 않는 것이 될 것이다.

**(2) 공중이 "수신하거나 이용할 수 있는 상태"**

전송의 핵심 개념은 컴퓨터프로그램을 비롯한 저작물을 공중이 이용할 수 있도록 "공중이 수신하거나 이용할 수 있는 상태"에 두는 것으로서, 디지털 네트워크라는 환경에서 저작물을 이용할 수 있도록 하는 새로운 행태이다. 과거에는 저작물을 이용하기 위하여 책이나 음반을 소유하여야 저작물을 이용할 수 있는 상태에 있는 것이 되지만, 디지털환경하에서는 네트워크를 통하여, 책이나 음반의 형태가 아닌 디지털 저작물의 형태로 이용자에게 제공되고, 이용자들은 이를 자신이 원하는 장소와 시간에 따라 이용할 수 있다. 이용자가 자신이 희망하는 장소와 시간에 따라 저작물을 이용하고자 한다면 네트워크에 접근할 수 있는 능력만 있으면 된다. 인터넷상에서 제공되는 모든 정보는 이러한 전송의 개념을 충족한다. 텍스트, 음악, 영상물, 컴퓨터프로그램 등 이용자들이 접근하면 바로 이용할 수 있는 상태에 두는 것이 바로 전송에 해당한다.

전송에 해당하는 대표적인 것이 AoD(Audio on Demand)나 VoD(Video on Demand)이며, 그 외에 인터넷상에서 저작물을 다운로드받거나 스트리밍의 형태로 제공하는 것도 전송의 대표적인 것이라 할 수 있다. 소프트웨어가 스트리밍의 형태로 일반 공중을 상대로 제공되는 경우, 공중의 구성원들은 자신이 희망하는 장소와 시간에 따라 네트워크를 통하여 언제든지 소프트웨어를 이용할 수 있게 되므로 전송의 개념을 충족하게 될 것이다.

전송이 되기 위하여서는 컴퓨터프로그램을 비롯한 저작물을 공중이 이용할 수 있도록 하는 상태에서 이용자들이 이용함에 따라 저작물이 송신되는 경우는 물론이고, 이 상태에서 이용

7) Naver 백과사전.

자들이 다운로드나 스트리밍 등의 형태로 이용하지 않아도 이용할 수 있는 상태에 두는 것만으로도 전송은 이루어지는 것이 된다. 곧 컴퓨터프로그램이나 저작물을 인터넷 등 디지털 네트워크에 올려놓음으로써 이용자들이 이용할 수 있는 상태에 둔 것만으로도 이미 전송의 개념은 충족된 것이다. 따라서 누구든지 접속할 수 있는 특정 사이트에 저작물을 올려놓았을 경우, 그 사이트에 아무도 접속한 이용자가 없을지라도 이미 전송은 이루어진 것이 된다. 따라서 스트리밍 서비스를 제공하기 위하여 소프트웨어를 인코딩하여 서버에 올려놓고 이 서버에 공중이 접속하여 이용할 수 있는 상태인 경우, 전송이 이루어진 것이 된다.

**(3) 접근에 대한 조건 여부**

공중의 구성원이 희망하는 시간과 장소에서 이용할 수 있기 위하여서는 접속에 대한 일정한 요건이 요구될 수 있다. 예컨대 인터넷에 접속함에 있어서 요구되는 것이 있을 수 있고, 특정의 사이트에서 저작물을 이용하기 위하여서는 회원으로 가입할 것을 요구받거나 이용료를 지급할 것이 요구될 수 있다. 이와 같이 저작물에 접근함에 있어서 일정한 요건이 요구되더라도 전송이 이루어지는 것에는 아무런 관련이 없다.

## III. 컴보위의 판단

컴퓨터프로그램보호위원회(컴보위, 결정 당시에는 프로그램심의조정위원회)는 “대학, 연구소 등에서 계약된 범위 내의 구성원이 사용하는 경우, 공중은 ‘특정 다수인’도 포함된다고 보는 것이 다수의 견해이므로 일단 ‘전송’에는 해당된다고 볼 수 있다”고 판단하였다. 현행 저작권법상 공중의 개념에 특정다수인도 포함되므로 이 부분에 대한 판단은 현행법상으로는 더욱 확실해진다 할 수 있다. 컴보위는 전송에 해당한다고 판단하였으나 라이선스의 유형에 따라 전송권 침해를 부인하였다.

첫째, 구성원 전체가 사용할 수 있는 한글과컴퓨터사의 CLA(Campus License Agreement)나 MS사의 CA(Campus Agreement)계약과 같은 사이트라이선스의 경우, 비록 전송의 허락이 없다고 하더라도 이 라이선스는 그 특성상 계약된 범위내의 구성원 모두가 사용할 수 있으므로, 그 사용 방법에는 제한이 없고, 사이트라이선스의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 S/W 스트리밍 방식으로 사용한다고 하여도 이를 계약에 위배되는 전송권 침해로 볼 수 없다고 해석하였다.

둘째, 패키지 제품의 경우, 저작권자가 “동시 사용자 수를 통제하는 장치를 가진 경우 네트워크 서버에 실행 파일을 올릴 수 있다”는 등의 명문의 계약 규정을 제시하고 있는 경우에는 패키지 제품을 S/W 스트리밍 방식으로 사용할 수 있다고 판단하였다.

셋째, 패키지 제품의 경우, 저작권자가 동시사용라이선스를 제시하고 있음에도 불구하고 사용자가 이를 구매하여 사용하지 아니하고 패키지 제품을 S/W 스트리밍 방식으로 사용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 판단하였다.

넷째, 패키지 제품의 경우, “저작권자가 정당한 이유 없이 사용자가 희망하는 합리적인 라이선스를 제시하지 않고 1PC 1License 정책만을 강요하는 등 라이선스에 대한 부당한 차별 정책(예컨대, 외국에서 사용하는 라이선스 형태를 국내에는 제시하지 않는 경우)을 통해 S/W스트리밍

방식의 사용을 실질적으로 제한하는 경우, 불공정 약관 및 불공정 거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고자 하는 약관의 규제에 관한 법률과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 목적 및 취지에 비추어 볼 때, 불공정하다고 볼 수 있다. 나아가 이러한 라이선스 거절 행위는 신의성실의 원칙에 반하거나 권리남용으로도 볼 수 있다. 따라서 이러한 경우, 기존의 패키지 제품을 구매하여 확보한 라이선스 수량의 범위 내에서 동시 사용자 수를 합리적으로 제한하여 S/W 스트리밍 방식으로 사용하는 것은 컴퓨터프로그램보호법 제17조제2항이 규정하고 있는 '허락된 사용방법 및 조건'을 위반하였다고 보기 어렵다"고 판단하였다.

## IV. 소프트웨어 스트리밍과 전송권 침해

### 1. 서론

소프트웨어 스트리밍이 전송이 되는 것은 분명한 것으로 보인다. Z!Stream과 관련하여, 저작권자들은 "Z!Stream을 이용한 S/W의 사용은 저작권자측이 당초 허락한 사용방법 및 조건을 위반(Client용으로 허락받은 S/W를 Server에 설치하여 사용)한 것으로 컴법상 전송권의 침해"라고 주장하고 있다. 이에 반하여 Z!Stream을 개발한 측은 "저작권자들이 관련 라이선스를 제시하지 못하고 있으며, 단체가 다량의 라이선스를 구입하는 것(Campus Agreement 등)은 그 구성원이 사용함을 전제하는 것이므로 이를 금하는 것은 이용권자의 권익을 침해하는 것"이고 "국내외적으로 이와 유사한 방식의 S/W의 사용이 이루어지고 있음에도 시장지배적 지위를 남용하여 특정업체 제품만을 상대로 문제를 제기"하고 있다고 주장한다. 후자의 주장은 전송권 침해를 부정하는 것이 아니라, 본 보고서가 상세하게 논의할 이용허락계약 체결에 관한 문제이다. 따라서 전송이 이루어진다는 것은 양 측 모두에 의하여 인정되고 있는 것처럼 보인다.

컴법은 전송을 '공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 이용에 제공하는 행위'로 정의하고(§2 vii), 저작권법은 '공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신'이라고 정의하고 있다(§2 x). 양 법이 전송에 대하여 정의를 약간 달리 규정하고 있는 것처럼 보인다. 곧 컴법은 '공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록'하는 내용을 개념에 포함시키지 않고 '공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여'라고 정의하고 있다. 문맥상 컴법은 공중의 구성원들이 '선택한 시간과 장소'에 따라 이용할 수 있는 서비스가 아닌 경우에도 전송이 되는 것처럼 보이지만, 공중의 구성원들이 개별적으로 원하는 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 프로그램 저작물을 제공하는 것이 당연히 전송에 해당한다고 해석하여야 할 것이다. 이렇게 해석하는 것이 WCT 및 WPPT에 규정된 공중이용제공권에 해당하는 것이고, 공중이용제공권을 우리 저작권법 체제에 이행한 것이 전송권이기 때문이다. 만약 이러한 해석을 하지 않는다고 하더라도, 저작권법과 컴법은 일반법과 특별법의 관계에 있고 따라서 컴법의 해석상 일반법인 저작권법이 당연히 연관될 수밖에 없다.

그러나 컴법과 저작권법이 전송에 대하여 달리 정의하고 있고 이에 따라 달리 해석될 가능성이 있다고 하더라도, 컴법과 저작권법상의 개념 정의의 차이를 논할 실익은 전혀 존재하지 않게 되었다. 왜냐하면 컴법과 저작권법이 통합되어 통합 저작권법이 2009년 4월 초에 국회를 공포를 기다리고 있기 때문이다(발효는 공표 후 3개월). 통합 저작권법은 컴퓨터프로그램에 대한 특례규정을 두면서 전송에 대한 정의를 그대로 두고 있고, 따라서 컴퓨터프로그램 저작물을 전송하는 것에 대해서도 저작권법상의 정의가 그대로 적용될 것이다.

## 2. 소프트웨어 스트리밍과 전송

일반적으로 소프트웨어 스트리밍 서비스는 인터넷 등을 통하여 서비스를 이용하는 자는 누구든지 자신이 원하는 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 할 것이다. 소프트웨어 스트리밍은 소프트웨어를 개인용 컴퓨터에 저장할 필요를 제거시켜주는 것이기 때문에, 컴퓨터에 소프트웨어를 저장해 놓지 않고 스트리밍의 형식으로 소프트웨어를 이용하고자 하는 자들은 자신이 선택하는 장소와 시간에 따라 언제든지 이용할 수 있어야 할 것이다. 공중의 개별적인 구성원들이 자신이 선택하는 장소와 시간에 따라 서비스를 이용하기 위하여서는 현재까지는 인터넷 외에는 존재할 수 없다. 따라서 스트리밍에 의하여 소프트웨어를 제공하는 서비스는 일반적으로 전송에 해당하는 것이 될 것이다.

공중의 구성원이 개별적으로 접근할 수 있도록 하여야 하므로 스트리밍 서비스는 인터넷상의 사이트를 통하여 제공될 것이다. 이러한 스트리밍 서비스를 제공하는 웹사이트가 예컨대 일정한 비용을 지급하는 자만 이용하게 하더라도 전송이 되는 데는 아무런 관계가 없다. 왜냐하면 공중의 구성원들이 서비스를 이용하는데 이용을 위한 일정한 조건을 제시하는 것은 전송이 되는데 아무런 관계가 없기 때문이다. 판례에 의하더라도, 예컨대 일정한 요금을 지급하고 입장하여야 하는 노래방에서의 공연도 '공중'을 대상으로 저작물을 공개하는 것이라고 판시하였다.

웹하드(webhard)의 형태에 의하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 것도 마찬가지로 전송이 된다. 웹하드는 인터넷상에서 존재하는 하드웨어의 형태인데, 웹하드를 통하여서도 얼마든지 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공할 수 있을 것이다. 웹하드를 이용하기 위하여서는 일정한 이용료를 지급하여 회원이 되는 방법 등에 의하여 웹하드를 통하여 제공되는 콘텐츠에 접근할 수 있다. 웹하드를 통하여 제공되는 소프트웨어 스트리밍에 대해서도 공중의 구성원들이 개별적으로 접근하는 것이 가능하므로 전송이라고 인정하는데 아무런 문제점이 없다.

소프트웨어 스트리밍은 P2P를 통하여서도 얼마든지 가능할 것이다. 물론 P2P에 연결된 이용자들 중의 누군가가 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하여야 할 것이지만, 이러한 서비스가 제공된다면 P2P에 연결된 이용자들은 얼마든지 이용할 수 있게 된다. P2P 네트워크는 일반적으로 불특정 다수인으로 구성되어 있고, 그 규모가 작더라도 특정 다수인이 될 것이다. 물론 저작권법이 공중의 개념으로서 정의하고 있는 '불특정 다수인'에 해당되지 않는 P2P 네트워크도 존재할 수 있겠지만, 이러한 P2P는 사실상 현실적으로 의미가 없을뿐

만 아니라 저작권법상 문제도 되지 않을 것이다. 따라서 P2P에 의하여 소프트웨어 스트리밍 서비스가 제공되는 경우에도 전송이 된다.

### 3. 1:1, 1:소수 및 인트라넷상에서의 서비스제공

소프트웨어 스트리밍 서비스가 저작권을 침해하는지 여부를 고려함에 있어서는, 스트리밍 서비스는 서버에 소프트웨어를 저장한 후 이를 스트림으로 변환시키거나 코딩 작업에 의하여 일정한 형태로 변환된 소프트웨어를 다른 1대의 컴퓨터에 제공하거나, 2대 이상의 컴퓨터에 제공하거나, 아니면 인트라넷상에서 제공하는 것으로 분류할 수 있다. 물론 다른 1대의 컴퓨터가 스트리밍 방식에 의하여 소프트웨어를 이용하도록 서비스를 제공한다는 것은 현실적으로 존재하기 어렵지만, 이를 논의하는 것은 소프트웨어 스트리밍 서비스에 의하여 복제권이나 전송권이 침해되는지 여부와 관련하여 그 실익이 있다.

첫째, 1:1 소프트웨어 스트리밍은 전송권 침해가 될 수 없다. A 컴퓨터를 이용하여 스트리밍 방식으로 B 컴퓨터가 이용할 수 있도록 하는 것은 기술적으로 불가능한 것이 아니며, 다만 경제적으로나 실질적으로 합리성이 없는 것뿐이다. 물론 앞으로의 기술발전에 따라서 1:1 스트리밍이 매우 용이하고 그 비용도 0에 가까울 정도가 될 가능성이 있다면 현실성이 있는 것이 될 것이다. 이러한 현실성 내지 합리성과 관계없이 1대의 컴퓨터가 이용할 수 있도록 스트리밍에 의하여 소프트웨어를 제공하는 것은 전송권을 침해하는 것이 될 수 없다. 전송의 개념을 구성하는 가장 중요한 요소는 '공중의 구성원'이 개별적으로 자신이 원하는 시간과 장소에 따라 프로그램 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것이다. 1대의 컴퓨터가 이용할 수 있도록 하는 것은 공중을 대상으로 하는 것이 아니다. 따라서 1:1 소프트웨어 스트리밍은 전송권 침해가 되지 않는다.

둘째, 1:2 내지 1:소수 소프트웨어 스트리밍도 전송권이 침해되지 않거나 침해될 가능성이 낮다. 우선 1:2 소프트웨어 스트리밍은 전송권 침해가 될 수 없다. 1:1 소프트웨어 스트리밍과 마찬가지로 2대가 스트리밍에 의하여 소프트웨어를 이용할 수 있도록 하는 것은 공중을 대상으로 하는 것이라 할 수 없기 때문이다. 이와 마찬가지로 1:소수의 소프트웨어 스트리밍도 전송권 침해로 연결될 가능성이 낮다. 여기에서의 관건은 그 소수라는 것이 공중에 해당할 수 있는가 여부이다.

저작권법은 2006년의 개정을 통하여 '공중'의 개념을 신설하였다. 이에 의하면, "공중"은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함)으로 정의되어 있다(§2 xxxii).[8] 2006년 저작권법 개정 전까지 '공중'은 정의규정 없이 법원의 해석에 맡겨져 있었으나 불특정다수인을 의미하는 것으로 이해되어 왔으나, "기술의 발전에 따라 동호회 등 특정 다수인에 의해 저작권을 침해당하는 사례가 빈번해지는 점을 감안, 경우에 따라 특정다수인도 공중의 범위에 포함"하는 것으로 신설된 것이다.[9] 따라서 1:소수의 소프트웨어 스트리밍이 전송이 되는가 여부는 '소수'가 특정 다수인이 될 수 있는가 여부에 따라 결정될 것이다. 불특정 다수인이 과연 몇 명인지를 정할 수 없지만, 동호인 정도가 불특정 다수인이 된다는 것을 고려할 필요성이 있

8) 심 동섭, 개정 저작권법 해설.
9) 일본 저작권법 제2조 제5항은 공중에 특정 및 다수의 자를 포함하는 것으로 규정하고 있다.

다. 따라서 동호회 정도의 규모를 초과하는 숫자를 대상으로 스트리밍 서비스를 제공한다면 전송이 이루어지게 될 것이다.

셋째, 인트라넷 상에서 스트리밍 서비스가 제공되는 경우에도 일반적으로 전송이 이루어질 것이다. 인트라넷(intranet)은 '인터넷 기술과 통신규약을 이용하여 조직내부의 업무를 통합하는 정보시스템'으로 인터넷 관련기술과 통신규약을 이용하여 조직내부 업무를 통합하는 정보시스템이다. 인트라넷은 이러한 사전상의 의미와 관계없이 일반 공중이 누구나 접속할 수 있는 인터넷과 달리 일정한 조직의 구성원만이 접속할 수 있는 것이라 할 수 있다. 따라서 인트라넷을 통하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 것은 1:1에 의한 소프트웨어 스트리밍과 인터넷상에서 제공하는 소프트웨어 스트리밍의 중간 형태가 된다.

사실상 소프트웨어 스트리밍이 인터넷상에서 제공되는 경우에는 서비스 제공자는 복제권 및 전송권을 침해하고, 서비스를 이용하는 자는 (일시적 복제가 인정된다면)(또는 잔존 파일에 의하여 복제가 인정된다면) 복제권을 침해하는 것이 되어, 집행의 문제가 남을 뿐이지 저작권 침해를 인정하는데 아무런 문제점이 존재하지 않는다. 그런데 한국에서 문제가 된 것처럼, 소프트웨어 스트리밍이 문제되는 것은 대부분 인트라넷상에서 제공되는 것에서 기인되는 것으로 보인다. 예컨대 1,000여 대의 컴퓨터에 대하여 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 제공하는 것이 전형적인 인트라넷상에서 제공하는 것이 될 것이다.

인트라넷상에서 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 제공하는 것은 전송이 된다. 왜냐하면 인트라넷이라고 하는 것은 저작권법이 정의한 공중의 개념에서 '특정 다수인,' 예컨대 공중의 개념을 신설하면서 고려하였던 '동호회' 정도보다는 큰 규모로 구성되는 것이 일반적이기 때문이다. 이러한 특정 다수인들이 자신들이 선택하는 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 프로그램 저작물을 이용제공하는 것은 당연히 전송이 된다.

물론 매우 적은 숫자, 예컨대 2 대 내지 10 대 정도와 같이 비교적 소수의 컴퓨터로 구성된 인트라넷도 (이론적으로) 존재할 수 있고, 이들을 위하여 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공할 수도 있을 것이다. 이 경우에는 저작권법상의 전송 개념을 충족하기 어려울 것이다. 그러나 이 경우에는 첫째, 비교적 소수의 컴퓨터에 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 것보다 소프트웨어를 (불법인가, 적법인가에 관계없이) (그리고 컴퓨터 용량이 부족하여 특정의 소프트웨어를 저장하는 것이 도저히 불가능한 극히 예외적인 상황을 제외한다면) 직접 다운로딩이나 복제 등에 의하여 저장하는 것이 보다 더 합리적이고, 따라서 소프트웨어 스트리밍이 사용될 합리성이 없게 될 것이다. 비록 소수의 컴퓨터로 구성된 인트라넷이 존재한다고 하더라도 그 인트라넷을 구성하는 컴퓨터의 숫자가 적으면 적을수록 소프트웨어 스트리밍을 사용할 가능성은 작아지게 될 것이다. 둘째, 소수의 컴퓨터로 구성된 인트라넷에서 소프트웨어 스트리밍이 이루어진다고 하더라도, 저작권자가 소프트웨어 스트리밍으로서 규제할 실익도 적게 된다. 셋째, 인트라넷을 구성하는 컴퓨터의 숫자가 적을 경우에는 '특정 다수인'이라는 요건을 충족하지 못하게 되어, 전송이 성립할 수 없게 될 것이다. 요컨대 비교적 소수의 컴퓨터로 이루어진 인트라넷상에서 제공되는 소프트웨어 스트리밍은 전송이 되기도 어려우며, 전송권 침해가 인정된다고 하더라도 (단속 등에 의하여 집행이 이

루어지지 않는 한) 저작권자가 집행하기 어려운 점이 있을 것이다.

### 4. 인터넷상에서의 제공

저작권법 및 컴법이 저작권자에게 전송권을 부여한 근본적인 이유는 프로그램저작물을 비롯한 저작물을 인터넷상에서 제공함으로써 저작권자에게 상당한 경제적인 피해를 줄 수 있다는 것에 있다. 곧 우리 저작권법 및 컴법에 규정된 전송권은 WCT 및 WPPT에서 규정한 공중이용제공권을 수용한 것으로서, 인터넷이 존재하기 전에는 저작물을 일반 공중에게 그 공중의 구성원이 선택하는 시간과 장소에 따라 이용제공하는 것이 가능하거나 실제로 존재하였더라도(실제로는 존재하지 않았다), 저작권자에게 미치는 피해가 적었을 것이다. 인터넷에 저작물을 올려놓게 되면, 전세계 누구나 인터넷 접속만 가능하다면 그 저작물을 이용할 수 있게 된다. 저작권자 이외의 자가 인터넷상에서 이러한 행위를 한다면, 이러한 행위는 복제, 배포, 공연 등 과거에 존재하고 있었던 그 어떠한 행위보다 저작권자에게 심각한 영향을 미치게 된다. 이같은 상황에서 저작권자를 보호하기 위하여 인정된 것이 전송권(공중이용제공권)이다.

인터넷상에서 스트리밍 방식에 의하여 소프트웨어를 서비스를 제공한다면, 전세계 누구나 자신이 선택하는 장소와 시간에 따라 그 소프트웨어에 접근하여 이용하는 것이 가능해진다. 이와 같이 전송은 일반 공중의 구성원들이 이용할 수 있는 상태에 두거나 이에 따라 실제로 이루어지는 송신이고, 소프트웨어 스트리밍을 제공하기 위하여서는 전송이 이루어질 수밖에 없다. 따라서 인터넷상에서 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 제공하는 것은 가장 전형적인 전송에 해당하는 것이다.

인터넷상의 사이트에서 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하더라도 이용자가 그 사이트에 전혀 접속을 하지 않는 경우도 있을 수 있는데, 이 경우에도 전송이 이루어진다는 데에는 아무런 차이가 존재하지 않는다. 컴법상 전송은 '공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나 <u>이용에 제공하는 행위</u>'이고(§2 vii), 저작권법상 전송은 '공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 <u>이용에 제공하는 것</u>을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신'이다(§2 x). 따라서 실제로 이루어지는 송신도 전송이지만, 일반 공중이 이용할 수 있는 상태에 둠으로써 저작권법상 전송은 이미 이루어진 것이며, 그 이후 이용자가 전혀 없다고 하더라도 인터넷상으로는 누구나 접속하여 이용할 수 있는 상태에 있는 것이므로 전송이 이루어진 것을 부정할 수 없다.

## V. 계약 형태에 따른 전송권 침해 여부

### 1. 서론

소프트웨어 스트리밍 형태에 의하여 전송권이 침해되었는지 여부에 대하여서는 프로그램저작권자와 Z!Stream 개발자나 컴보위의 판단이 다르지만, 전송이 이루어졌다는 것에 대해

서는 모두 의견이 일치하고 있는 것으로 보인다. 곧 컴보위는 "대학, 연구소 등에서 계약된 범위 내의 구성원이 사용하는 경우, 공중은 '특정 다수인'도 포함된다고 보는 것이 다수의 견해이므로 일단 '전송'에는 해당된다고 볼 수 있다"고 하였지만 라이선스의 유형에 따라 전송권 침해를 부인하였다. Z!Stream을 개발한 측의 주장도 전송을 부인한 것이 아니라 이용허락계약 체결을 논의하고 있다. 컴보위와 Z!Stream 개발자 측의 이러한 논의는 전송권 침해 여부에 대한 논의라기보다는 소프트웨어 이용허락계약의 계약해석상의 문제나 반독점법 문제로 귀결하는 것이므로, 이에 대해서는 계약해석 부분에서 상세하게 논의하기로 한다. 소프트웨어 스트리밍과 관련하여 가장 논란이 되는 것은 이용허락계약에서 동시접속자 수를 제한하는 경우이므로, 여기에서는 동시접속자 수가 정해져 있는 경우를 중심으로 전송권이 침해되는지 여부를 살펴보기로 한다.

## 2. 사이트 라이선스

컴보위는 "구성원 전체가 사용할 수 있는 한글과컴퓨터사의 CLA(Campus License Agreement)나 MS사의 CA(Campus Agreement)계약과 같은 **사이트 라이선스**의 경우, 비록 전송의 허락이 없다고 하더라도 이 라이선스는 그 특성상 계약된 범위내의 구성원 모두가 사용할 수 있으므로, <u>그 사용 방법에는 제한이 없다</u>고 보아야 한다. 따라서 사이트라이선스의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 S/W 스트리밍 방식으로 사용한다고 하여도 이를 계약에 위배되는 전송권 침해로 볼 수 없다"고 해석함이 타당하다고 하였다. 사이트 라이선스는 소프트웨어를 사용할 장소, 범위, 구성원 및 PC를 일정한 범위 내로 정하고 이 범위 내에서 소프트웨어를 사용할 수 있도록 하는 라이선스이다.

사이트 라이센스가 일정한 범위 내에서는 무제한 사용할 수 있는 것이라고 한다면, 이를 어떠한 방법으로 사용할 것인지 문제된다. 예컨대 일정 범위 내에 있는 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하는 라이선스의 경우, 소프트웨어를 이용할 수 있는 방법은 CD를 이용하여 개별적인 컴퓨터에 설치하거나, 개별 컴퓨터가 다운로드받아서 설치하거나, 개별 컴퓨터가 스트리밍의 방식으로 이용하는 것일 수 있다. 사이트 라이선스의 경우 이용자가 스트리밍의 방식으로 이용할 수 있는가 여부는 당사자간의 계약에 따른 의사에 의하여 결정될 것이고, 원칙적으로 소프트웨어 저작권자에게도 스트리밍 방식에 의하여 이용하는 것이 아무런 피해가 발생하지 않을 것이다. 이것은 소프트웨어를 구입한 1명의 이용자가 소프트웨어를 하드웨어에 저장하여 이용하거나, 아니면 (비록 비현실적이지만) 1:1 소프트웨어 스트리밍 방식으로 이용하는 것과 아무런 차이가 없을 것이다. 예컨대 대학이나 기업과 같이 하나의 조직에 존재하는 모든 컴퓨터에 사용할 수 있다는 사이트 라이선스라고 한다면, 그 조직의 구성원이 소프트웨어를 사용하는 것인 1명의 이용자가 이용하는 것과 큰 차이가 없을 것이다. 따라서 소프트웨어 저작권자가 특별하게 이용허락계약에 의하여 스트리밍 방식으로 이용하는 것을 금지하지 않는 한, 스트리밍 방식에 의하여 소프트웨어를 이용하는 것이 허용될 것으로 보인다.

### 3. 패키지 소프트웨어

컴보위는 일반 패키지 제품을 첫째, “저작권자가 ‘동시 사용자 수를 통제하는 장치를 가진 경우 네트워크 서버에 실행 파일을 올릴 수 있다’는 등의 명문의 계약 규정을 제시하고 있는 경우에는 패키지 제품을 S/W 스트리밍 방식으로 사용할 수 있다”고 판단하고, 둘째, “저작권자가 동시사용라이선스를 제시하고 있음에도 불구하고 사용자가 이를 구매하여 사용하지 아니하고 패키지 제품을 S/W 스트리밍 방식으로 사용하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 아니 된다”고 판단하고 있다. 이러한 판단에서 사용된 문언이 상세하지 않아서 정확하기 판단할 수 없지만, 만약 이러한 판단이 첫째, 소프트웨어 이용허락계약이 스트리밍에 의한 이용을 명문으로 허용하는 경우에는 당연히 스트리밍에 의한 이용이 허용되며, 둘째, 소프트웨어 스트리밍을 허용하고 있음에도 불구하고 이를 구매하지 않고 스트리밍의 방식으로 이용하는 것이 계약위반이 된다는 것을 의미하는 것이라면 당연한 결론이 되는 것이다. 계약의 취지상 스트리밍을 허용하는 경우에 스트리밍의 형태로 이용할 수 있다는 것과 스트리밍을 허용하고 있음에도 불구하고 이를 구매하지 않고 스트리밍의 형태로 이용한다면 계약위반이 된다는 것은 당연한 것이기 때문이다.

다만 여기에서 문제되는 것은 동시사용 라이선스가 스트리밍을 허용하는 것인지 여부이다. 여러 문헌들이 스트리밍을 허용하는 이용허락계약의 근거로서 동시사용 라이선스(concurrent user license, 네트워크 라이선스)를 지적하고 있으므로, 동시사용 라이선스의 의미는 매우 중요할 수밖에 없다. 동시사용 라이선스에 대한 의미를 살펴보도록 하자.

**컴보위 설명**

o 동시사용 라이선스(Concurrent User License)

- 동시에 S/W 사용자 수를 제한하는 형태로서 인스톨하는 PC의 대수나 사용자 수의 제한이 없음. 실무상 '네트워크 라이선스' 또는 'ASP 라이선스'로 부르는 경우도 있음

ex. 직원이 8명인 회사에 PC가 10대 있는 경우, 이 형태로 5대의 동시사용이 인정되는 계약을 한 경우에 10대 모두의 PC에 S/W를 설치하고 8명 모두가 사용할 수 있으나 동시로는 5대만 사용할 수 있음

**Adobe의 동시 사용 정책 정의**[10)]

동시 사용 정책

동시 라이센스는 네트워크 환경에서 소프트웨어 프로그램에 동시에 액세스하는 사용자 수를 기반으로 한 소프트웨어 라이센스 모델입니다. 예를 들어 고객이 5개의 동시 라이센스를 보유하고 있는 경우 5명의 사용자가 프로그램에 로그인하면 6번째 사용자는 로그인이 금지됩니다. 동시 사용 중이던 처음 5명의 사용자 중 누군가가 로그오프해야만 그 다음 사용자가 로그인할 수 있습니다. 동시에 소프트웨어를 사용하는 사용자 수가 고객이 보유한 동시 라이센스 수를 초과하지 않으면 고객이 규정을 준수하고 있는 것입니다.

10) http://www.adobe.com/kr/aboutadobe/openoptions/policies.html.

동시사용 라이선스는 소프트웨어를 설치하는 컴퓨터의 대수나 사용자 수에 제한을 받지 않고 소프트웨어를 동시에 사용할 수 있는 사용자 수를 제한하는 형태의 라이선스이다. 위의 표에서 볼 수 있는 바와 같이, 컴보위 및 Adobe의 동시사용 라이선스 설명에 의하면 다음과 같이 분류할 수 있을 것으로 보인다. 첫째, Adobe가 설명하는 것과 같이, 서버에 소프트웨어를 설치하고 이 서버에 접속하는 일정한 숫자의 이용자가 사용할 수 있는 동시사용 라이선스이다. 둘째, 컴보위가 설명하는 것과 같이, 각 PC에 소프트웨어를 설치할 수 있으나 동시에 사용할 수 있는 이용자의 숫자가 정해지는 라이선스이다. 어느 쪽의 설명에 의하거나 동시에 동일한 소프트웨어를 사용할 수 있는 이용자의 숫자가 제한되는 것이 동시사용 라이선스라 할 수 있다. 후자의 설명에 의하면 동시사용 라이선스라 하더라도 이것이 스트리밍을 허용하는 것이라고는 할 수 없다. 또한 전자의 설명에 의하더라도, 동시사용 라이선스는 동시에 사용될 수 있는 소프트웨어의 숫자를 의미하는 것이지 스트리밍을 의미하는 것은 아니므로, 동시사용 라이선스가 스트리밍을 의미한다고 볼 수는 없다. 따라서 동시사용 라이선스가 스트리밍을 허용하는지 여부는 일반 계약 해석원칙에 의하여 결정되는 것이지 그 자체만으로 스트리밍을 의미하는 것이라 하기는 어렵다. 만약 스트리밍에 의한 소프트웨어 제공방식이 저작권자에게 매우 중요한 사항이라고 한다면, 동시사용 라이선스가 스트리밍을 허용한다고 해석하기는 더더욱 어려울 것이다.

컴보위는 셋째, “저작권자가 정당한 이유 없이 사용자가 희망하는 합리적인 라이선스를 제시하지 않고 1PC 1License 정책만을 강요하는 등 라이선스에 대한 부당한 차별 정책(예컨대, 외국에서 사용하는 라이선스 형태를 국내에는 제시하지 않는 경우)을 통해 S/W스트리밍 방식의 사용을 실질적으로 제한하는 경우, 불공정 약관 및 불공정 거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고자 하는 약관의규제에관한법률과 독점규제및공정거래에관한법률의 목적 및 취지에 비추어 볼 때, 불공정하다고 볼 수 있다. 나아가 이러한 라이선스 거절 행위는 신의성실의 원칙에 반하거나 권리남용으로도 볼 수 있다”고 판단하였다. 이러한 판단은 전송권 침해 여부에 대한 판단이라기 보다는 사용계약의 불공정거래행위 여부, 권리남용 및 신의성실원칙 위반의 문제이므로, 해당부분에서 상세히 논의하기로 한다.

# 제3장 서비스 제공자의 복제권 침해

## I. 서론

스트리밍 서비스를 제공하기 위하여서는 서비스 제공자의 서버에 콘텐츠가 복제될 수밖에 없다. 어떠한 콘텐츠를 스트리밍의 형태로 제공하기 위하여서는 그 콘텐츠가 '스트림(stream)'으로 변환될 수 있도록 컴퓨터에 저장되어야 한다. 이 콘텐츠는 스트림으로 코딩된 후 스트리밍의 형태로 제공될 수 있게 된다. 컴퓨터에 저장된다는 것은 컴퓨터 프로그램이라는 것이 컴퓨터의 하드 디스크와 같은 전자적 기록매체, 곧 '유형물'에 고정되는 것이고 따라서 복제가 행하여진다. 따라서 스트림으로 코딩되기 위하여 소프트웨어가 서버에 저장됨으로써 그 소프트웨어의 복제가 이루어지게 된다.

소프트웨어 스트리밍에 의한 복제는 스트리밍에 의하여 만들어지는 버퍼 복제물과 사실상 동일하다. 곧 일시적 복제 내지 RAM 복제와 가장 연관되는 분야중의 하나는 스트리밍에 의하여 만들어지는 버퍼 복제물이다. 스트리밍을 위하여 버퍼에 저장된 복제물이 버퍼 복제물인데, 버퍼는 어느 한 시점에서 약 몇 초에 해당하는 저작물의 일부분만을 저장할 수 있다. 스트리밍에 의하여 하나의 전체 저작물이 이용되기 위하여서는 버퍼에 몇 초간에 해당하는 저작물의 일부분이 저장되고 다시 새로운 저작물의 일부분이 버퍼에 저장됨으로써 이미 저장되어 있었던 부분은 없어지게 된다. 따라서 버퍼 복제물은 전체 저작물의 일시적 복제물이 아니라 저작물의 일부분에 대한 일시적 복제물이라고 할 수 있다.

스트리밍에 의하여 저작물을 제공하는 것은 어떠한 소설의 저자가 소설 집필을 모두 끝낸 후에 소설책 전체를 제공하는 것이 아니라 한 페이지씩 제공하는 것과 비유될 수 있다. 스트리밍의 과정은 바닥에 구멍이 나 있는 컵에 물을 붓는 과정으로 설명될 수 있다. 컵에 물을 붓는 것은 패킷 스위칭(packet switching)에 의하여 파일이 계속 수신자의 컴퓨터에 들어오는 것에 해당하며, 파일이 계속해서 들어오면서 컵에 물이 고여 있는 한, 곧 수신자의 컴퓨터에 남아 있는 한 바닥의 구멍을 통한 물의 흐름, 곧 저작물의 재생은 계속된다. 각각의 스트림은 특정 유형의 정보를 가지고 있으며 각기 다른 대역폭(bandwidth, 곧 특정의 시간동안에 특정의 전송선을 통하여 통과할 수 있는 정보의 양)에 적합하게 활용될 수 있다. 보드(BAUD)는 초당 반송파(base sound, carrier wave)가 얼마나 변하는가를 나타내는데, 이같은 반송파가 어떻게 변화하는가에 따라 정보가 해석된다. 예컨대 높은 음에서 낮은 음으로 한 번 변화하는 것은 1비트(bit)의 정보에 해당한다. 압축기술의 발달에 의하여 하나의 변화당 1 비트 이상의 정보가 전송될 수 있다. 1비트(bit)는 하나의 2진법 숫자를 의미하며, 예컨대 56K의 모뎀은 1초당 56,000 비트를 수신할 수 있는 것을 의미한다. 따라서 대역폭이 크면 클수록 음질이나 화질은 좋아지게 된다.

음악이나 영상 등을 스트리밍에 의하여 제공하기 위하여서는 일단 스트림이 만들어져야 한다. 곧 실연이나 방송 등이 녹음 내지 녹화되고 이러한 녹음물 내지 녹화물이 스트림으로 변형되어야 한다. RealPlayer의 경우, 실연이 녹음·녹화되거나 애니매이션이 만들어져서 이

를 스트림으로 변형하기 위하여 컴퓨터에 넣는 과정(capture라고 함)이 필요하다. 이러한 실연 등은 편집되고, 편집된 실연 등의 파일은 스트림으로 제공되기 위하여 암호화되며 (encoding, 암호화는 파일을 패킷으로 분할하여 이용자들이 이를 수신하고 이용할 수 있도록 하는 과정을 의미한다), 암호화된 파일은 RealServer에 올려지게 되고 이용자의 컴퓨터가 가지고 있는 RealPlayer가 이에 접속하여 스트리밍에 의한 음악 등을 이용할 수 있게 된다.

소프트웨어 스트리밍에 의한 복제권 침해 여부는 2가지 측면에서 논의할 수 있다. 곧 스트리밍의 형태로 서비스를 제공하는 자가 서비스를 제공하는 과정에서 이루어지는 복제와 서비스를 이용하는 자가 스트리밍의 형태에 의하여 소프트웨어를 이용하는 과정에서 이루어지는 복제를 생각할 수 있다. 전자의 경우는 다시 여러 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 소프트웨어 스트리밍 서비스제공자가 인터넷상에서 제공하는 경우와 인트라넷상에서 제공하는 경우로 나누어볼 수 있다.

둘째, 소프트웨어 스트리밍의 복제권 침해 여부는, 이용허락계약에 의하면, PC에 설치하여 개인적으로 사용하도록 되어 있는 소프트웨어를 스트리밍 서비스를 위하여 사용하는 경우 계약위반이 되는가 여부와 관련될 수 있다. 계약이 허용하고 있는 범위를 초과하거나 계약조건을 충족하지 못하는 이용은 계약위반이 되고 결국 무권한에 의하여 사용하는 것이 되어 복제권 침해에 이르게 될 수 있다.

셋째, 스트리밍 서비스를 제공하는 과정에서는 콘텐츠가 코딩작업에 의하여 스트림으로 변환하여야 하는데, 변환하는 것이 복제가 되는가 여부가 문제될 수 있다.

넷째, 소프트웨어 스트리밍도 P2P에 의하여 제공하는 것이 가능하므로, P2P 환경하에서 복제권 침해가 문제될 수 있다.

다섯째, 1:1 소프트웨어 스트리밍, 예컨대 (현실적으로 존재할 가능성은 사실상 존재하지 않지만) 장소를 달리하여 존재하는 컴퓨터 A 및 B에서 소프트웨어를 사용하기 위하여 A에 있는 컴퓨터에서 스트리밍의 형태로 B에 있는 컴퓨터로 소프트웨어를 제공하는 것을 고려해 볼 수 있다.

후자의 경우, 곧 서비스를 이용하는 자가 스트리밍의 형태에 의하여 소프트웨어를 이용하는 과정에서 이루어지는 복제도 2가지 측면에서 고려할 수 있다. 첫째, 원거리에 존재하는 서버에서 스트리밍의 형태로 제공되는 소프트웨어는 이용자의 RAM에 저장될 수 있는데, RAM에 저장되는 복제물은 일시적 복제의 문제로 논의할 수 있다. 둘째, 소프트웨어 스트리밍의 과정에서 이용 이후에도 이용자의 컴퓨터에 일정한 파일이 복제되어 남아 있게 되는데, 이러한 일정한 복제물이 복제권 침해로 이어질 수 있는가가 문제된다.

소프트웨어 스트리밍에 있어서 복제권 침해 여부는 저작권에 대한 제한이나 예외 등과도 연관된다. 예컨대 스트리밍 과정에서 복제가 이루어진다고 하더라도 사적 복제 등에 의하여 복제권 침해가 부정되는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 또한 복제권 침해는 계약 위반과도 연관된다. 곧 소프트웨어의 판매는 사실상 소프트웨어에 대한 이용허락이라는 계약에 의한 것이고, 소프트웨어 이용허락계약은 보통 shrink-wrap license 등 당사자들이 구체적인 계

약조건을 협상할 수 있는 대중시장(mass market)에서의 이용허락계약에 의한 것이고, 이러한 이용허락계약에서 소프트웨어 저작권자가 제시한 복제의 범위를 초과한 경우, 복제권 침해 여부가 문제될 수 있다.

이와 같이 소프트웨어 스트리밍에 있어서 발생할 수 있는 여러 유형의 복제권 침해 가능성 여부를 고찰해 보기로 한다.

## II. 서비스제공을 위한 복제

저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법상 복제는 "인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것"(저 §2 xxii) 및 "프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위"(컴 §2 iii)로 정의되고 있다. 복제는 창작성을 추가하지 않고 원 저작물을 있는 그대로 다시 제작하는 것으로서, 창작성을 더한다면 2차적 저작물 내지 개작물이 될 것이다. 또한 복제가 성립되기 위하여서는 유형물에 고정되거나 유형물로 다시 제작하는 것이 필요하다. 복제에 관한 설명은 다음과 같은 소리바다 판결에 의하여 잘 알 수 있다.

> 음반제작자가 가지는 음반에 대한 복제권이란 원반 및 그 복제물을 '유형물에 고정'하거나 유형물로 다시 제작하는 것에 대한 배타적인 권리를 말하는 것이고, 여기서 유형물에 고정한다 함은 mp3파일을 컴퓨터 하드디스크와 같은 전자적 기록매체에 저장하는 것을 포함하는 것이다. 한편, 부분적으로 다소의 변경이 가해졌다고 하더라도 사회관념적으로 보아 실질적인 동일성이 인정되는 경우에는 복제라고 보아야 할 것이다.
>
> 따라서, 소리바다 이용자들이 음반제작자의 동의 없이 음반CD에 고정된 음원으로부터 일반인이 듣기에 그 음질에 거의 차이가 없는 mp3파일을 추출하여 자신의 컴퓨터의 하드디스크에 저장하는 행위, 소리바다에 접속하고 있는 이용자의 컴퓨터의 공유폴더를 검색하여 원하는 mp3파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 하드디스크에 저장하거나 mp3 Player 칩이나 CD에 저장하는 행위 등은 유형물에 음을 고정하는 것에 관한 배타적 권리인 음반제작자의 복제권을 침해하는 것이다.[11]

스트리밍 서비스를 제공하기 위하여서는 서비스 제공자의 서버에 콘텐츠가 복제될 수밖에 없다. 어떠한 콘텐츠를 스트리밍의 형태로 제공하기 위하여서는 그 콘텐츠가 '스트림(stream)'으로 변환될 수 있도록 컴퓨터에 저장되어야 한다. 이 콘텐츠는 스트림으로 코딩된 후 스트리밍의 형태로 제공될 수 있게 된다. 컴퓨터에 저장된다는 것은 컴퓨터 프로그램이라는 것이 컴퓨터의 하드 디스크와 같은 전자적 기록매체, 곧 '유형물'에 고정되는 것이고 따라서 복제가 행하여진다. 따라서 스트림으로 코딩되기 위하여 소프트웨어가 서버에 저장됨으로써 그 소프트웨어의 복제가 이루어지게 된다. 음악을 스트리밍의 형태로 제공한 벅스뮤직 사건에서도, 법원은 스트리밍의 형태로 서비스를 제공하기 위하여 서버에 저장하는 것

11) 소리바다 이의판결, 수원지방법원 2002카합284 가처분이의 (2003, 성남지원).

을 복제권 침해라고 인정하였다.

> 음반을 컴퓨터압축파일로 변환하는 것은 변환 프로그램에 의하여 기계적으로 이루어지므로 창작성이 포함된다고 볼 여지가 없고, 변환된 컴퓨터압축파일이 컴퓨터에 저장되면 인위적인 삭제 등 특별한 사정이 없는 한 유형물에 고정되었다고 볼만한 영속성을 지니게 되므로 이 사건 파일저장행위도 음반의 복제에 해당한다고 할 것이어서 피신청인은 신청인들의 복제권을 침해하였다 할 것이다.[12)]

물론 저작물을 서버에 저장하지 않고서도 스트리밍 서비스를 제공하는 것이 기술적으로 가능하다는 주장이 있으나, 많은 수의 저작물을 스트리밍 서비스로 제공함에 있어서 서버에 저장하지 않고서는 사실상 불가능할 것으로 보인다.

## III. 코딩작업에 의한 복제물

서버에 저장된 소프트웨어는 스트림으로 코딩된 후 스트리밍의 형태로 제공되고 하드웨어에 저장된 소프트웨어가 스트림으로 변환되는데, 스트림으로 변환되는 것이 복제에 해당되는가 여부가 문제된다. 코딩 작업(encoding)은 스트리밍에 의한 송신을 위하여 파일을 준비시키는 작업으로서, 파일을 패킷(packet)으로 분리하여 패킷 단위로 송신될 수 있도록 한다. 곧 코딩 작업은 '일정한 정보를 담고 있는 스트림을 송신하기 위하여 패킷 단위로 분리시키는 것'을 그 핵심적인 내용으로 하고 있다. 또한 코딩 작업은 소프트웨어 스트리밍을 위하여 특정한 형태로 소프트웨어를 변환시키는 과정을 의미하기도 한다. 스트림은 일정 유형의 정보를 포함하고 있다. 요컨대 코딩 작업은 일정한 정보를 담고 있는 스트림을 송신하고 특정의 송신 속도에 적합하게 하기 위하여 패킷으로 분리하는 것을 의미한다고 할 수 있다.

그렇다면 스트리밍 형태로 소프트웨어를 제공하기 위하여 분리된 패킷들이 복제가 될 수 있는가가 문제된다. 이러한 패킷들이 소프트웨어의 복제물에 해당한다는 데는 아무런 이의를 제기할 수 없을 것이다. 이것은 다음과 같이 두 가지로 설명할 수 있을 것이다. 첫째, 코딩 작업에 의하여 스트림이 패킷으로 분할된 경우, 이러한 패킷이 소프트웨어의 복제물이 될 수 있는가 여부이다. 코딩 작업은 스트리밍을 위하여 소프트웨어를 '특정의 형태'로 변환시키는 것이고, 이렇게 변환된 형태가 패킷이거나 아니면 그 밖의 형태에 의한 것이거나 소프트웨어의 복제물이라는 것은 분명하다. 곧 이렇게 변환된 파일은 인간의 육안으로는 인식할 수 없으며 디지털의 형태로 되어 있지만, 이러한 파일이 복제물이라는 것은 다음의 미국 저작권법상의 복제물 정의에 의하여 잘 알 수 있다.

> '복제물'은 음반(phonorecord) 이외의 물리적인 객체로서, 이 물리적인 객체에, 현재 알려져 있거나 후에 개발될 어떠한 방법에 의하여서든지, 저작물이 고정되는 것이며, 이 물리적인 객체로부터 저작물이, 직접 또는 기계나 도구를 이용하여, 인식, 복제, 기타 통신될 수 있

12) 서울지방법원, 2003카합2151 음반복제등금지가처분 (2003).

다.(§101)

코딩 작업에 의하여 변환된 소프트웨어 파일은 그 형태가 무엇인가에 관계없이 창작성을 더하지 않고 그 형태만을 변환시킨 것에 불과하며, 서버나 중간과정의 컴퓨터에 고정됨으로써 비로소 복제의 개념을 충족하게 된다.

둘째, 패킷 스위칭의 개념에서 복제를 인정할 수 있다. 인터넷의 가장 중요한 기능 중의 하나는 원거리에 존재하는 정보를 이용하는 것인데, 여기에 해당하는 대표적인 것이 웹(Web)이고 웹이 운영되도록 하는 방식이 패킷 스위칭(packet switching)이다. 패킷 스위칭은 어느 지점에서 다른 지점으로 정보를 송신할 경우, 그 정보를 한꺼번에 송신하는 것이 아니라 정보를 패킷 단위로 분리한 후 패킷들이 개별적으로 일정한 송신망을 따라 정보를 송신하는 방법을 의미한다. 그렇다면 이러한 패킷 스위칭에 있어서 복제가 발생하는가, 복제가 발생한다면 이는 저작권법상 문제가 되는(곧 제소 가능한) 복제가 되는가가 문제된다. 패킷 스위칭에 있어서 복제가 인정된다는 것도 문제될 수 없을 것으로 보인다.

패킷 스위칭에 있어서 복제가 된다는 것은, OSP의 책임을 감면하는 것과 관련하여, 패킷 스위칭의 과정에서, 패킷이 송신되는 중간 단계에 존재하는 컴퓨터(router)에 복제되는 것에 대한 면책에 의하여 인정할 수 있다. 곧 KORUS FTA, DMCA, 유럽연합의 저작권지침은 OSP 감면의 한 유형으로서 '내용에 대하여 수정을 하지 않고서 자료를 송신(transmitting), 라우팅(routing), 연결시켜 주거나, 이러한 전송, 전송연결, 연결 과정에서 자료를 중간과정에서 일시적으로(intermediate and transient) 저장하는 것'을 면책유형으로 규정하고 이에 대한 면책요건을 규정하고 있는데[KORUS FTA §18.10.27(b)(i)(A)], 바로 이러한 유형이 패킷 스위칭에 해당하는 것이다. 곧 이러한 패킷 스위칭의 행태에 대하여 OSP의 책임을 면책하는 것은, OSP에 의하여 중간 단계에 존재하는 컴퓨터에 의하여 패킷이 복제되지만, 이러한 복제행위는 인터넷이 운용되는데 있어서 필수적인 요소라는 것을 인정한 것이다. 곧 중간 단계 컴퓨터에 의한 복제를 인정하고 이를 면책시키는 것이라 할 수 있다.

소프트웨어에 의한 스트리밍에 있어서도 소프트웨어를 패킷 형태로 송신하는 데에는 일반적인 다운로딩과 아무런 차이가 없고, 패킷 형태로 송신되는 데에도 아무런 차이가 없이 복제가 인정된다. 다만 이러한 패킷 스위칭에 있어서의 복제권 침해 여부는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 자가 책임을 질 것인가 여부의 문제가 아니라 OSP가 책임을 질 것인가의 문제로 귀착되는 것이므로, 일반적인 파일의 다운로딩의 책임 문제를 논의하는 것과 아무런 차이가 없게 된다.

코딩 작업에 의하여 만들어진 파일이나 송신되는 형태의 소프트웨어 패킷은 서버나 중간과정에 존재하는 컴퓨터에 고정됨으로써 복제물이 된다. 이러한 파일이나 패킷이 복제물인 것은 분명하나, 이 상태에서는 독립적으로는 아직 경제적으로 이용되는 것이 아니어서 가치가 있다고 하기 어려우며, 중간과정의 컴퓨터에 복제되는 책임에 대해서도 스트리밍 서비스를 제공하는 자가 부담하는 것이 아니라 OSP가 부담한다는 것을 고려하면 논의의 가치는 작은 것이라 할 수 있다. 그러나 분명한 것은 코딩 작업에 의하여 변환된 형태의 파일이나 패킷이 복제물이 된다는 것이다.

## Ⅳ. 코딩된 소프트웨어의 저장

어떠한 콘텐츠를 스트리밍의 형태로 제공하는 경우 그 콘텐츠를 서버에 먼저 저장하고 이를 스트림으로 변환시키는 것이 일반적일 것이다. 그러나 Z!Stream에 있어서는 이러한 일반적인 형태와 그 방법을 약간 달리하고 있는 것으로 보인다. 곧 스트리밍의 대상이 되는 소프트웨어를 코딩 작업(소프트웨어 스트리밍을 위하여 특정한 형태로 소프트웨어를 변형하는 과정)에 의하여 스트리밍 서버에 탑재하고, 이렇게 탑재된 소프트웨어를 분산가상페이징(DVP : Distribute Virtual Paging)과정에 의하여 8K 단위로 파일을 분할하고 이를 이용자들이 이용하게 한다. 곧 '해당 프로그램의 설치본을 가지고 Encoding 과정을 거쳐 생성된 설치 이미지를 스트리밍 서버에 탑재'[13]한다는 것이다. 결국 8K 단위로 파일을 분할한다는 것은 소프트웨어를 패킷 단위로 송신한다는 것을 의미하므로, 일반적인 스트리밍과 Z!Stream은 아무 차이가 없는 것으로 보인다. 굳이 코딩 작업에 의하여 변환된 설치 이미지가 서버에 저장된다는 의미를 살펴보면, 코딩 작업에 의하여 '일정한 형태'로 변환된 파일을 의미하는 것이 된다.

코딩 작업에 의하여 변환된 파일을 서버에 저장하는 것이 복제에 해당한다고 인정하는 데는 아무런 어려움이 없을 것이다. 곧 소프트웨어를 다른 파일로 변환시키더라도 복제에 해당하는 데에는 아무런 차이가 없으며(CD의 음악파일을 MP3 파일로 변환시키는 것도 복제에 해당한다), 창작성을 더하는 것도 아니며, 서버의 하드 디스크라는 유형물에 저장하는 것이 되기 때문이다. 따라서 설치 이미지인가, 아니면 코딩 작업에 의하여 변환된 파일인가에 관계없이, 소프트웨어가 일정한 파일 형태로 변환된 것이 스트리밍을 위한 서버의 하드 디스크에 저장되는 경우 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법상 복제가 발생하게 된다.

## Ⅴ. 인터넷·인트라넷상에서의 서비스제공

스트리밍 서비스를 제공하기 위하여서는 소프트웨어를 서비스를 제공하기 위한 서버에 저장하게 된다. 그런데 소프트웨어를 서버에 저장하는 것만으로는 법적 위반 여부가 문제되기 전에 사실상 문제될 일이 전혀 없다. 왜냐하면 법적으로 문제가 되더라도 단속 등에 의한 것을 제외하고는 법위반이 밝혀질 가능성이 없기 때문이다. 소프트웨어를 서버에 저장하는 행위가 문제되는 것은 서버에 저장된 소프트웨어가 스트리밍의 형태로 제공되는 경우이다. 스트리밍 서비스가 제3자에게 제공하는 것이 문제되는 것은 인트라넷상에서 제공하는 경우와 인터넷상에서 제공되는 경우로 나누어 고려할 수 있다.

### 1. 인터넷상에서의 서비스제공

서버에 저장된 소프트웨어를 인터넷상에서 제공한다는 것은, 이용요금의 지급 등 이용조건

13) 박 인회, 소프트웨어 스트리밍 서비스와 관련된 저작권적 문제에 관한 연구 131 (서울대학교 박사학위논문, 2007).

을 충족한 자에게는 자신이 원하는 시간에는 언제든지, 어느 곳에서든지 소프트웨어를 이용할 수 있다는 것을 의미한다. 바로 여기에서 전송이 행하여지게 되는 것이고, 복제권 침해가 보다 더 분명해지게 된다. 곧 서버에 저장된 소프트웨어가 스트리밍의 형태로 제공됨으로써 (단속 등을 제외한다면) 복제 및 전송행위가 외부로 밝혀지게 되고 복제권 침해가 부정할 수 없는 상태가 된다. 예컨대 스트리밍 서비스를 제공하는 자는 인터넷상에서 여러 이용자들에게 이용제공함으로써, 그 이용자들의 서비스 이용행위가 사적복제가 되는가 여부와 관계없이, 자기 자신의 사적복제 여지가 없어지게 된다. P2P 파일교환에 관한 소리바다 판결에서도 "…. 등록 회원의 수 및 접속규모가 막대한 점 등에 비추어 보면, 소리바다 이용자들의 이 사건 MP3파일 복제행위는 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다"고 판시되었다.[14] 인터넷상 이루어지는 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 서비스 제공자가 일반 공중을 상대로 서비스를 제공하는 것이 되고 이러한 서비스를 제공하기 위하여 소프트웨어를 서버에 저장하는 행위는 복제권을 침해하는 것이 될 것이다.

### 2. 인트라넷상에서의 서비스제공

인트라넷(intranet)은 '인터넷 기술과 통신규약을 이용하여 조직내부의 업무를 통합하는 정보시스템'으로 인터넷 관련기술과 통신규약을 이용하여 조직내부 업무를 통합하는 정보시스템을 말한다.[15] 인트라넷은 이러한 사전상의 의미와 관계없이 일반 공중이 누구나 접속할 수 있는 인터넷과 달리 일정한 조직의 구성원만이 접속할 수 있는 것이라 할 수 있다. 그렇다면 인트라넷을 통하여 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 것은 본 보고서가 후에 논의하는 바와 같이 1:1에 의한 소프트웨어 스트리밍과 인터넷상에서 제공하는 소프트웨어 스트리밍의 중간 형태가 될 것이다. 후술하는 바와 같이 자기 자신이 공간이동에 의하여 1:1에 의한 소프트웨어 스트리밍은 사적복제가 될 여지는 있지만 소프트웨어의 이용방법 등에 대한 계약을 위반할 가능성이 있다. 또한 앞서 논의한 바와 같이 인터넷상에서 제공되는 소프트웨어 스트리밍은 복제권 침해에 해당한다. 따라서 일정한 숫자의 구성원들을 대상으로 하는 인트라넷상에서의 소프트웨어 스트리밍은 1:1 형태와 인터넷상에서의 제공 간의 중간 형태가 되는 것이지만, 복제권 침해에 해당하게 될 것이다.

1:1이나 1:2의 경우, 예컨대 하나의 서버를 통하여 1 내지 2대의 컴퓨터에 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 이용하게 하는 경우를 각각 논의할 수 있다. 2개의 컴퓨터에 스트리밍 서비스를 제공하는 것이 현실적으로는 존재하기 어렵지만, 인트라넷상에서 저작권 침해를 논의하는 것과 연관될 수밖에 없다. 2개의 각기 다른 타인의 컴퓨터에 소프트웨어를 스트리밍으로 제공하는 것이 사적 복제가 될 수 있는가가 문제될 수 있다. 사적복제가 되기 위하여서는, (i) 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적으로 복제되어야 하고(객관적 요건), (ii) 영리를 목적으로 하지 않는 복제이어야 한다(주관적 요건)는 2가지 요건이 모두 충족되어야 한다. 타인의 컴퓨터에 사용하도록 하기 위하여 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공한다는 것은 개인적인 목적을 위한 복제라 할 수 없고 따라서 사적복제를 위한 객관적 요건

14) 서울고등법원, 2003나21140 가처분이의 (2005).
15) Naver 용어사전.

이 충족되지 않는다. 결론적으로 2개의 각기 다른 타인의 컴퓨터에 소프트웨어를 스트리밍으로 제공하기 위하여 서비스제공자가 자신의 서버에 소프트웨어를 복제하는 것은 사적복제가 되지 않는다. 1:2 정도의 스트리밍이 복제가 되지 않는다면, 그 이상의 이용자들을 대한 스트리밍을 위한 서버에의 저장도 사적복제가 되지 않을 것이다.

## VI. 1:1 스트리밍

이미 논의한 바와 같이 자신의 컴퓨터 1대에 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 것은 프로그램 저작권자와 그 복제자 사이의 이용에 관한 '계약' 위반의 형태가 될 수는 있지만, 저작권법상으로는 문제될 것이 없다. 예컨대 P2P 파일교환에 관한 Napster 케이스에서, Napster 측이 파일교환에 의하여 저작권이 침해되지 않는다는 주장을 제기한 것 중의 하나는 공간이동(space shifting)이었다. 여기에서의 공간이동은 소비자가 이미 보유하고 있는 CD를 MP3 방식으로 변환하여 냅스터 시스템에 의하여 이를 다른 장소에 있는 컴퓨터로 전송한 후 '공간을 달리하여 청취하는 것'을 의미한다. 곧 냅스터 이용자가 자신의 가정에 보유하고 있는 CD를 MP3 파일로 변환한 후 냅스터를 이용하여 사무실에서도 음악을 듣는 경우, 가정에서 사무실이라는 공간이동이 이루어진다는 것이다. 냅스터는 이러한 공간이동이 비상업적·개인적 이용이 되며, Sony 케이스에서 TV를 통한 영화 등의 녹화행위에 대한 시간이동(time shifting)과 유사한 것이어서 Sony 케이스에 의하여 보호받을 수 있는 행위라고 주장하였다. 공간이동에 관한 냅스터의 이러한 주장은 단순히 '이미 보유하고 있는 CD'를 MP3 파일로 변환시키는 것에 불과한 것이어서 CD의 판매를 대체하는 것이 아니므로 원고에게 아무런 손해를 주지 않는다는 것에 기초하고 있다. 물론 Napster 측의 이러한 주장은 전혀 설득력이 없는 것이었으며 법원이 이러한 주장을 받아들이지 않은 것은 당연한 것이었다.

Napster 케이스에서 이용자들이 P2P를 활용하여 공간이동의 형태로 CD의 음악을 이용하는 것이 불가능하지는 않다. 이러한 공간이동의 주장이 사실이라고 하더라도 문제점은 P2P에 접속되어 있는 다른 이용자들이 이를 다운로드받을 수 있다는 것이었다. Napster 케이스에서와 같이, 소프트웨어 스트리밍에 있어서도 공간이동에 의한 주장이 제기될 수 있을 것이다. 곧 소프트웨어를 구입한 자가 자신이 집에 있는 컴퓨터 A에 소프트웨어를 저장하고 이 소프트웨어를 자신의 사무실에 있는 컴퓨터 B로 사용하기 위하여 소프트웨어 스트리밍을 이용(곧 1:1 형태에 의한 소프트웨어 스트리밍)하였다는 주장을 할 수 있을 것이다. Napster 케이스에서와 같이 이러한 주장의 배경에는 소프트웨어를 정당하게 구입한 것이고 따라서 이를 다른 공간에서 이용하는 것이 사적 복제 등을 이유로 하여 정당한 것이거나, 소프트웨어를 정당하게 구입한 후에 스트리밍으로 이용하는 것이므로 소프트웨어 판매의 감소에 영향을 주지 않는다는 다소 허황된 논리가 존재한다.

그러나 이러한 공간이동은 다음과 같은 측면에서 전혀 설득력이 없을 것이다. 곧, 공간이동을 위한 스트리밍에 소요되는 비용(소프트웨어를 스트림으로 코딩하기 위한 시간, 노동,

설비 등)은 구입한 소프트웨어 CD 자체를 장소적으로 이동시켜 이용하는 비용은 훨씬 더 크게 될 것이다. 또한 1:1 스트리밍에서 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 컴퓨터 A는 컴퓨터 B를 위하여 항상 컴퓨터를 켜 놓은 상태로 유지하여야 할 것이다. P2P 파일교환에서의 공간이동은 P2P에 접속시켜 공간이동에 의한 이용을 한다는 것이고 따라서 다른 이용자들도 이를 얼마든지 다운로드받을 수 있다. 2대의 컴퓨터를 이용하여 한 쪽 컴퓨터에 존재하는 소프트웨어를 다른 쪽 컴퓨터로 하여금 스트리밍에 의하여 이용하게 하는 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 이를 타인이 이용할 가능성이 없다는 점에서 P2P 파일교환과 구분될 수 있다. P2P 파일교환에서는 바로 이같은 점이 공간이동이 전혀 설득력이 없게 된다. 1:1 형태의 소프트웨어 스트리밍에 있어서 주장될 수 있는 공간이동에 있어는 타인이 이용할 가능성이 전혀 없겠지만, 이를 위하여 소요되는 거래비용을 고려한다면 전혀 의미가 없는 것이 된다. 1:1 스트리밍을 위한 소프트웨어 스트리밍이 그 주장의 배경에 소프트웨어 판매 감소에 영향을 주지 않는다는 것을 전제로 하고 있고, 또한 다른 컴퓨터로 이용하는 것이 사적 복제 등 프로그램 저작권의 제한사유에 해당한다면 그 주장이 타당할 수도 있을 것이다. 그러나 1:1 형태의 이용을 위한 소프트웨어 스트리밍은 그 비용측면 등을 고려하면 실질적으로 아무런 의미가 없는 것이 된다. 요컨대 1:1 소프트웨어 스트리밍, 곧 공간이동을 위한 소프트웨어 스트리밍은 실제로 존재할 수 없는 형태의 것이 될 것이고, 따라서 이러한 주장의 배경에 깔려 있는 논리도 아무런 의미가 없는 것이 될 것이다.

현실적인 가능성이 없다고 하더라도 1:1의 스트리밍에 있어서 1명인 타인에게 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하기 위하여 서버에 복제한 것이 사적복제가 되는가 여부가 문제될 수 있다. 자기 자신이 이용하기 위하여 자신의 컴퓨터에 소프트웨어를 저장하는 것은 소프트웨어의 정당한 이용이 되지만, 타인의 숫자가 비록 1명일지라도 그 1명에게 소프트웨어를 제공하기 위하여 컴퓨터에 복제하는 것은 개인적인 목적의 이용이라 하기 어렵고 따라서 사적 복제는 부정될 것이다.

## VII. P2P에 의한 소프트웨어 스트리밍

P2P의 형태로 파일을 다운로드받는 것이 가능하다면 스트리밍의 형태로 이용하는 것이 불가능하지 않을 것이며, 디지털 파일로 변환될 수 있는 모든 콘텐츠는 P2P에 의하여 교환될 수 있는 대상이 된다. 그렇다면 소프트웨어도 P2P에 의하여 스트리밍의 형태로 제공될 수 있을 것이다. 물론 P2P에 의한 소프트웨어 스트리밍을 위하여서는 소프트웨어를 제공하는 자, 곧 파일을 교환해주는 자가 파일을 스트림으로 코딩하여 이용자가 사실상 언제든지 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다. P2P가 무료라는 것(유료라고 한다면 유료의 대상이 되는 콘텐츠는 저작권자 등에 의하여 이용허락을 받은 것이 될 것이다), 무료이므로 소프트웨어를 제공하려는 자가 아무런 이익을 얻을 수 없으므로 굳이 스트림으로 코딩하려는 노력을 하지 않을 것이라는 것, P2P에 있어서는 이용자들이 자신이 다운로드받은 파일을 다시 다른 이용자에게 제공하게 되는데(물론 파일이 들어오는 폴더와 나가는 폴더를 분리시키면 다

운로딩만 받고 다른 이용자에게 나누어줄 수 없게 되고, 모든 이용자들이 이러한 행동을 한다면 P2P는 존재할 수 없게 된다) 소프트웨어를 스트리밍으로 제공받은 자는 이를 다시 다른 이용자에게 스트리밍으로 제공할 수 없다는 것을 고려한다면, 역시 P2P에 있어서도 소프트웨어 스트리밍이 실제로 제공될 가능성은 낮아 보인다.

그러나 어느 이용자가 소프트웨어를 스트리밍에 의하여 P2P 네트워크상에서 제공하고 다른 이용자들이 이를 이용한다면, P2P에 있어서도 소프트웨어 스트리밍이 얼마든지 이용될 수 있을 것이다. 특히 P2P 네트워크상에서 이러한 소프트웨어 스트리밍 서비스가 제공되고 이를 이용하고자 하는 자가 많게 되면, 그 네트워크는 광고 등에 의한 간접수익의 가능성이 존재하게 되어 그 네트워크 운영자나 그러한 P2P 파일교환을 가능하게 하는 소프트웨어를 제작·배포한 자는 자신의 네트워크상에서 소수의 이용자들이 소프트웨어 스트리밍을 제공하도록 유도할 수도 있을 것이다. 곧 P2P를 통하여서도 얼마든지 소프트웨어가 스트리밍의 형태로 제공될 수 있을 것이고, 여기서 소프트웨어를 스트리밍으로 제공하고자 하는 이용자가 자신의 서버에 소프트웨어를 저장하는 행위와 관련하여 복제권 문제가 발생할 수 있을 것이다.

P2P 네트워크상에서 스트리밍의 형태로 제공하기 위하여 소프트웨어를 서버에 저장하는 것은 복제에 해당할 것이고 사적 복제의 여지도 전혀 없게 된다. 다음과 같이 P2P 파일교환에 관한 소리바다 판결에 있어서도 자신이 MP3 파일을 다운로드받음으로써 복제가 이루어지는데 이러한 복제는 P2P 네트워크에 연결된 다른 이용자들이 이용할 수 있도록 하는 것이므로 사적 복제가 되지 않는다고 판시하였다.

> 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용에 해당하기 위하여는, 복제를 하는 이용자들이 다수집단이 아니어야 하고, 그 이용자들 서로간에 어느 정도의 긴밀한 인적결합이 존재할 것이 요구된다고 할 것인바, 앞서 본 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 소리바다 서비스는 아이디, 비밀번호를 등록하면 누구라도 자유롭게 이용할 수 있는 점, 이용자가 MP3파일을 공유폴더에 저장하고 소리바다 서버에 접속하기만 하면 최대 5,000명에 이르는 다른 이용자들이 해당 파일에 접근하여 별다른 절차를 거침이 없이 자유로이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이는 점, 소리바다 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드폴더는 공유폴더와 일치하도록 되어 있으므로 원칙적으로 다운로드폴더로 다운로드된 MP3파일은 그 즉시 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있게 되는 점, 이용자들 사이에는 MP3파일을 공유한다는 공통의 목적 외에 별다른 인적 유대관계가 없고, 아이디만을 확인할 수 있을 뿐 아무런 개인적인 정보도 공유되고 있지 아니한 점, 이 사건 가처분결정에 의해 소리바다 서비스가 중단되기 이전 등록 회원의 수 및 접속규모가 막대한 점 등에 비추어 보면, 소리바다 이용자들의 이 사건 MP3파일 복제행위는 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다 할 것이므로, 채무자들의 사적이용을 위한 복제 항변은 더 살필 필요가 없이 이유 없다.[16]

P2P 네트워크에 연결되어 있는 이용자들이 스트리밍의 형태로 이용할 수 있도록 하기 위

16) 서울고등법원, 2003나21140 가처분이의 (2005).

하여 자신의 서버에 소프트웨어를 저장하는 행위는 사적복제에 해당하지 않는 것으로서 복제권 침해를 구성하게 된다.

## VIII. 저작권 침해에 대한 예외나 제한

저작권자에게는 복제권이 주어지지만, 저작권자가 이용자들의 모든 복제행위를 통제할 수 있는 것은 아니다. 그렇다면 스트리밍의 형태로 콘텐츠를 송신하는 경우, 어떤 형태로 제공하는가에 따라 복제권이 침해되는지 여부가 결정될 수 있다. 예컨대 어떤 개인이 서버를 이용하여 소프트웨어를 스트리밍에 의하여 자신의 다른 컴퓨터에 제공하여 이용하는 경우(물론 이러한 가능성은 현실적으로 전혀 존재하지 않지만), 저작권 침해는 문제되지 않을 것이다. 따라서 소프트웨어 스트리밍에 있어서 복제권 침해 문제는 이러한 저작권 제한 사유에 해당하지 않는 것에 대하여 논하여질 수 있다.

소프트웨어를 스트리밍의 형태로 제공하기 위하여서는 대상이 되는 소프트웨어를 일단 서버(컴퓨터)에 복제하여야 한다. 소프트웨어를 서버에 복제하는 것만으로는 저작권 침해를 주장하거나 집행하는 것은 사실상 불가능하다. 곧 스트리밍 서비스를 제공하기 전에 복제만 한 경우, 그 복제행위는 (i) 복제에 해당하더라도 사적 복제가 되거나, (ii) 사적 복제에 해당하지 않아서 저작권 위반이 되더라도 (단속 등을 통하여) 저작권을 집행하지 않는 한, (저작권자나 이용자에게는) 아무런 법적 문제가 되지 않으며 사실상 저작권자에게 미치는 경제적 피해도 크지 않다. 소프트웨어 스트리밍이 법적 또는 사실상 문제되는 것은 서버에 복제한 후 실제로 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 경우이다.

이상의 예에서 볼 수 있는 바와 같이 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하려는 서비스 제공자가 자신의 서버에 소프트웨어를 저장하는 것이 복제에 해당하더라도 저작권에 대한 예외나 제한사유에 해당한다면 저작권 침해는 부정될 수 있다. 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램의 복제에 대해서는 다음과 같은 예외가 존재한다. 곧 (i) 재판 또는 수사를 위하여 복제하는 경우, (ii) 교육목적을 위한 복제, (iii) 학교의 교육목적을 위한 교과용 도서에 게재하기 위한 복제, (iv) 사적 복제, (v) 입학시험 등을 목적으로 하는 복제, (vi) 프로그램의 기능을 조사·연구·시험 목적의 복제(이상 §12), (vii) 프로그램코드역분석(§12의 2), (viii) 프로그램사용자에 의한 복제(백업 카피)(§14), (ix) 프로그램저작권자가 불명인 프로그램의 사용(§18) 등의 경우에는 일정한 조건 충족을 전제로 하여 복제가 허용된다. 소프트웨어를 스트리밍으로 제공하기 위하여 서버에 복제하는 것이 이러한 저작권 제한이나 예외사유에 해당한다면, 복제권 침해는 문제되지 않을 것이다. 다만 복제권 침해가 문제되지 않더라도 스트리밍 방식에 의하여 소프트웨어를 제공한다면, 소프트웨어 이용계약을 위반하는 문제가 발생하게 될 것이다.

# 제4장 서비스 이용자에 의한 복제권 침해 여부

## I. 서론

소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 경우, 소프트웨어 파일을 하드웨어에 다운로드받거나 소프트웨어를 하드웨어에 복제하여 실행하는 것과 가장 차이가 나는 점은, 스트리밍 서비스를 이용한 자의 컴퓨터에 소프트웨어가 영구적으로 저장되지 않는다는 것이다. 현행 저작권법은 저작권자가 통제할 수 있는 복제의 범위를 영구적인 복제에 한정하여 행사할 수 있는 것으로 해석되고 있고, 따라서 저작권 집행이 제대로 이루어지지 않는 제3의 국가에서 소프트웨어 스트리밍 서비스가 제공되는 경우, 소프트웨어 저작권자는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 이용하는 자에 대하여 저작권을 집행할 수 없는 문제점이 있게 된다. 따라서 소프트웨어 스트리밍에 있어서 저작권법상 가장 문제가 되는 점이 바로 이것이다. 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 소프트웨어가 컴퓨터에 영구적으로 복제되지는 않지만 첫째, 일시적 복제물(temporary copy)이 만들어지며, 둘째, 소프트웨어를 이용한 후 파일의 일부가 남아 있게 된다.

이상의 내용을 요약하면, 소프트웨어 스트리밍 서비스 이용자의 측면에서 복제권 침해여부를 논함에 있어서, 첫째, 일시적 복제에 대한 한국의 저작권법 및 국제동향이 문제되며, 둘째, 스트리밍에 의하여 소프트웨어를 이용한 후 컴퓨터에 잔존하는 파일이 복제에 해당하는가가 문제될 것이다.

## II. 일시적 복제

### 1. 소프트웨어 스트리밍과 일시적 복제

소프트웨어 스트리밍에 있어서 발생하는 일시적 복제를 고찰하기 위하여서는 소프트웨어를 사용하기 위하여 이를 컴퓨터에 설치하는 것과 비교할 필요성이 있다. 일반적으로 소프트웨어를 이용하기 위하여서는 이를 컴퓨터에 저장한 후 실행하여야 하는데, 소프트웨어를 하드디스크에 저장하는 경우 configuration information과 program file이 하드 디스크에 복제된다. configuration은 각각의 기능적 단위의 성격이나 숫자, 주요 특성에 따라 이를 배열시킨 것이고[17] 따라서 configuration information은 이에 관한 정보를 의미한다. 곧 컴퓨터 프로그램이 설치되는 경우 그 프로그램의 환경을 설정하기 위한 정보가 configuration information이다. 이용자가 저장된 소프트웨어를 실행하는 경우, (i) 운영체계 안에서 모든 프로그램의 시스템을 담고 있는 데이터베이스인 registry system(해당 시스템에 대한 프로세서의 종류, 주기억장치의 용량, 접속된 주변장치의 정보, 시스템 매개변수, 응용소프트웨어에서 취급하는 파일의 타입과 각종 매개변수(parameter) 등이 기억),[18] (ii) 하드 드라이

17) Wikipedia.
18) Naver 용어사전.

버의 configuration information, (iii) RAM, (iv) CPU, (v) 운영체계의 file system(컴퓨터에서 데이터를 기록하기 위해서는 미리 하드디스크드라이브에 데이터를 읽고, 쓰고, 찾기 위한 준비를 해둬야 한다. 파일 시스템은 그 준비의 규칙을 정리해 놓은 것으로서 파일에 이름을 붙이고, 저장이나 검색을 위해 파일을 어디에 위치시킬 것인지를 나타내는 체계),[19] (vi) 하드 드라이버의 program file, (vii) RAM에서의 작동 등의 과정(순서)에 의하여 소프트웨어를 이용하게 된다. 결국 이러한 일반적인 소프트웨어 이용에 있어서는 (a) 소프트웨어를 하드웨어에 저장하고, (b) 하드웨어에 저장된 프로그램 파일이 RAM에서 구동하게 되는 것으로 요약할 수 있다.

소프트웨어 스트리밍을 대표하는 Z!Stream은 이러한 일반 과정과 달리 소프트웨어의 일시적 복제에 의하여 소프트웨어를 제공한다. 일단 일반 소프트웨어 이용에서와 달리 소프트웨어를 이용자의 개인 컴퓨터에 저장하는 일이 일어나지 않는다. 소프트웨어 스트리밍에 있어서는, 이용자가 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 서버 등에 접속하여 소프트웨어를 실행하면, 가상의 registry system(Z!Stream Virtual Registry System, ZVRS)과 가상의 file system(Z!Stream Virtual File System, ZVFS)이 생성되면서 서버가 필요한 데이터를 이용자에게 실시간으로 스트리밍에 의하여 제공하게 된다. 곧 이용자가 소프트웨어를 실행하면, (i) 이용자 컴퓨터상의 ZVRS, (ii) 서버의 configuration information, (iii) 이용자 컴퓨터의 RAM, (iv) 이용자 컴퓨터의 CPU, (v) 이용자 컴퓨터상의 ZVFS, (vi) 서버의 program file, (vii) 이용자 컴퓨터의 RAM에서의 작동 등의 과정(순서)에 의하여 소프트웨어를 이용하게 된다. 소프트웨어 스트리밍에 있어서는, (a) 소프트웨어가 이용자의 컴퓨터에 복제되지 않으며, (b) 이용자는 Z!Stream에 의하여 생성된 가상의 registry system과 file system인 ZVRS 및 ZVFS를 서버에 존재하는 소프트웨어 파일을 자신의 컴퓨터의 RAM에 소프트웨어를 작동시키게 된다. 결국 이용자 컴퓨터의 하드 디스크에는 소프트웨어나 그 파일이 저장되지 않으며, 다만 소프트웨어가 RAM에서 작동되면서 RAM에 저장된다.

RAM(random access memory)은 데이터의 처리를 통제하기 위하여 어떠한 프로그램이 사용되고 있는 동안에 프로그램이 매우 짧은 시간동안 머무는 컴퓨터의 기억장치이다. 컴퓨터에 의하여 작동되는 모든 지시와 데이터는 RAM이라는 집적회로에 저장되는데, RAM은 플래쉬 메모리(flash memory)나 ROM(read-only memory)과 달리 휘발성의(volatile) 성질[20]을 가지고 있다. 따라서 전원이 공급되지 않는 경우 RAM에 저장되어 있던 정보는 모두 지워지게 되며, 이와 반대로 전원이 계속 공급되는 경우, RAM에 저장되어 있던 데이터에 새로운 데이터를 기록함으로써 지워지지 않는 한, RAM에 저장된 정보는 계속하여 검색되거나 복제될 수 있다.

프로그램의 표현물이 영구적이고 안정적으로 저장되는 하드 드라이브, 플로피 디스켓, CD 등과 달리, RAM에서는 어떠한 자료가 일시적으로 저장된다. 바로 여기에서 일시적 복제(temporary copy)라는 개념이 나오게 된다. 컴퓨터가 작동됨에 있어서는 RAM에서 저장

---

19) Naver 용어사전.
20) 휘발성이라는 것은 기억 소자에서 전원을 끊으면 기억하고 있던 정보가 없어지는 성질을 의미한다. Yahoo! KOREA, IT 용어사전.

내지 복제되는 것이 일반적이다. 예컨대 컴퓨터 프로그램을 구성하는 모든 지시(instruction)는 그 프로그램이 이용되고 있는 동안 RAM에 머물게 되며, 텍스트나 이미지와 같은 정보가 화면에 나타나고 있는 동안 그 정보는 역시 RAM에 남아 있게 되며, 패킷 스위칭(packet switching)에 의하여 정보를 구성하는 다발(packet)이 인터넷상에서 전송되는 경우에도 다발이 어느 한 지점에서 다른 지점으로 이동하면서 RAM이나 디스크에 일시적 복제물이 만들어지게 된다.

RAM인가, 아니면 하드 드라이브 등인가에 관계없이 이들은 컴퓨터의 기능을 수행하는 측면에 있어서는 별 차이가 없다. 또한 하드 드라이버 등에 저장되어 있는 것은 저작권법상 복제의 개념을 충족함에 틀림없다. 그러나 RAM에 일시적으로 저장된 것은 그 내용이 순간적이라는(transient) 성격을 가지며 그 존재를 전원에 의존하여야 하는 점을 고려하여야 한다. 따라서 RAM에 복제되는 일시적 복제에 대해서는 첫째, 저작권법상의 복제개념에 포함되는지 여부를 결정하여야 하는 법해석의 문제점이 발생하며, 둘째, 만약 포함되지 않는다고 한다면 이를 복제 개념에 포함시킴으로써 저작권자가 이를 통제할 수 있도록 허용하여야 할 것인가의 문제점이 발생한다. 결국 RAM에 저장되는 경우 컴퓨터를 끄면 없어지게 되므로 소프트웨어의 파일의 일시적 복제가 이루어지게 된다.

### 2. 일시적 복제에 대한 국제동향

일시적 복제는 미국에서 1993년 MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc. 케이스[21]에서 그 개념이 인정되었으며, 디지털의제에 관한 미국 행정부의 입장을 대변한다고 할 수 있는 White Paper[22]도 RAM에 복제하는 것이 미국 저작권법상의 복제에 해당하여 복제권을 침해하는 것이라는 입장을 취하였다. 일시적 복제에 대한 국제적인 논의는 WIPO 저작권조약(WCT) 및 실연·음반조약(WPPT)을 체결하기 위한 1996년의 WIPO 외교회의에 의하여 시작되었다. WIPO 외교회의에서 일시적 복제개념을 인정하기 위하여 마련된 초안(제7조)은 결국 채택되지 않았지만, 일시적 복제개념을 인정하는 듯한 해석성명서(agreed statements)로 인하여 일시적 복제개념이 WCT 및 WPPT에 의하여 인정되고 있는지 여부가 논란이 되었다.

일시적 복제개념은 미국이나 유럽연합 등 지적재산권에 관한 한 선진국과 다른 여러 국가에서도 채택되어 있다. 미국은 이미 MAI 케이스에 의하여 일시적 복제가 복제의 범위에 해당한다고 한 이후, 일시적 복제가 복제권의 범위에 포함된다는 것이 미국 행정부의 확고한 입장이 되어 있는 것으로 보이며 일시적 복제를 성문법(§117)에 의하여 간접적으로 인정하고 있다. 유럽연합의 경우 1991년의 데이터베이스 지침 및 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침(소프트웨어 지침), 그리고 2001년의 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권에 관한 일정한 측면의 조화에 관한 지침(저작권지침)은 각각 일시적 복제를 보호하고 있다. 일본 정부는 2001년 12월 문화심의회 저작권분과회의 보고를 받아 이른바 일시적 축적은

21) 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).
22) Information Infrastructure Task Force Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure, app. (Sep. 1995).

“경제적 의의를 가지지 않는” 음악 CD 플레이어 내부에서 자동적으로 행해지는 기계적 축적 등 재판소에 의하여 제외되는 경우를 빼고는 복제가 될 수 있다는 입장을 표명한 바 있다. 그 외에도 일시적 복제는 비교적 많은 국가에서 보호되고 있는 것으로 보인다. 현재 약 90여 개 국가가 일시적 복제를 (i) 명시적으로 보호하거나, (ii) 해석(또는 정부의 방침)에 의하여 보호하거나, (iii) 미국과의 자유무역협정(FTA)에 따라 일시적 복제를 보호하기 위한 입법을 하거나 입법할 의무가 있는 것으로 파악되고 있다.[23)]

### 3. 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법

저작권법은 ‘복제’에 대하여 “인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”이라고 정의하고 있으며(저 §2), 컴퓨터프로그램보호법은 “프로그램을 유형물에 고정시켜 새로운 창작성을 더하지 아니하고 다시 제작하는 행위”로 규정하고 있다(컴 §2). 따라서 복제가 이루어지기 위하여서는 유형물에 고정된다는 것을 필요로 하므로 일시적 복제가 인정되기 위하여서는 ‘고정’ 및 ‘유형물’의 요건이 충족되어야 한다. 미국 저작권법상 정의되어 있는 복제물 및 고정의 개념은 고정 및 유형물에 대하여 정의하고 있지 않은 한국 저작권법상 복제의 개념을 이해하는데 도움이 될 것으로 보인다.

미국 저작권법은 “‘복제물’은 음반(phonorecord) 이외의 물리적인 객체로서, 이 물리적인 객체에, 현재 알려져 있거나 후에 개발될 어떠한 방법에 의하여서든지, 저작물이 고정되는 것이며, 이 물리적인 객체로부터 저작물이, 직접 또는 기계나 도구를 이용하여, 인식, 복제, 기타 통신될 수 있다”고 정의하고, 고정에 대하여 “저작자에 의하여 또는 저작자의 허락에 따라, 저작물을 인식, 복제 기타 일시적인 시간 이상의 기간동안 통신할 수 있도록 할 정도로, 복제물 또는 음반에 저작물이 구현된 것이 충분히 영구적이거나 안정적인 경우 저작물은 표현을 위한 유형의 매개체에 고정된 것이다”라고 정의하고 있다. 한국의 저작권법 및 컴법에 의하면 일시적 복제가 포함되지 않는다는 것이 다수 견해인 것으로 보인다. 곧 콘텐츠 등이 RAM에 일시적으로 저장되는 경우, RAM이 ‘유형물’에 해당하는 것은 확실하지만 RAM에 저장된 것이 과연 ‘고정’되었는가에 대해서 부정적이거나 최소한 불확실하기 때문이다. 더군다나 한국 저작권법상의 복제에 대한 정의규정은 베른협약 제9조 제1항과 같은 용어(in any manner or form)를 사용하여 규정하고 있지도 않으며, 미국 저작권법과 같이 규정한 것(sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration)도 아니어서 고정여부에 대한 해석의 여지도 없다.

### 4. 판례

최근의 하급심 판결은 RAM 복제에 의한 일시적 복제를 인정하는 것처럼 판시하고 있다. 곧 이 판결에 의하면, “피고인들은, 피고인들의 음악인터넷 사이트에서 스트리밍 방식에 의

23) Mihaly Ficsor & Michael Schlesinger, WIPO TREATIES IMPLEMENTATION GLOBALLY: THE KEY ISSUES, presented before the Fordham University of School of Law (Apr. 15, 2004)

하여 음악듣기 서비스를 하다가 접속 폭주로 체증이 생겨 일시적으로 HTTP 방식에 의한 음악듣기 서비스를 하였는데 이러한 서비스에서 이용자의 임시폴더나 하드디스크에 피고인들의 전송된 음악파일이 임시 저장되는 경우가 발생한다고 하더라도 이는 전송행위에 수반된 한 현상에 불과할 뿐이고 이를 별도로 복제행위로 평가할 수 없으며, 또한 이용자의 컴퓨터에 일시 저장되는 현상은 전원을 끄면 모두 사라지기 때문에 RAM에 저장되는 경우와 다를 바 없다 할 것인데 이와 같은 RAM에 저장된 것을 두고 유형물에 '고정'한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인들의 HTTP 방식에 의한 음악듣기 서비스는 저작인접권자의 복제권을 침해하는 행위가 아니라고 주장한다. 살피건대, 앞서 채용한 증거들에 의하면 피고인들의 HTTP 방식에 의한 전송은 이용자들이 노래듣기를 선택하면 해당 곡의 컴퓨터압축파일(.asf 파일)이 이용자 컴퓨터의 임시(Temporary Internet Files)폴더에 다운로드되어 재생되는데 이와 같이 다운로드된 파일은 미리 설정된 '사용할 디스크 공간'이 꽉 찰 때까지 삭제되지 않고 남게 되고(예컨대, 사용할 디스크 공간을 10MB로 설정하였을 경우 노래 1곡당 파일 크기가 대략 1.2~1.6MB이므로 처음 3곡을 들을 당시에는 음악파일 3개가 모두 저장되고 계속 4, 5번 곡을 듣게 되면 1, 2번 곡은 삭제되고 3, 4, 5번 곡이 저장되어 남게 되는 방식), 이와 같이 남게 된 파일은 비록 음질이 떨어진다 하나 반복 재생이 가능하고 특정 프로그램을 이용하면 mp3 파일로도 변환이 가능한 것으로 인정되는바, 위 인정사실을 비롯하여 컴퓨터의 주기억장치인 RAM이나 보조기억장치인 하드디스크에 일시적으로 파일이 저장되는 경우도 유형물에의 '고정'의 범주에 포함되는 것으로 해석될 수 있는 점 등을 아울러 보면 피고인들의 위와 같은 전송행위는 복제행위에 해당된다 할 것이고, 위와 같은 저장행위를 전송에 부수된 행위 정도로 평가할 수는 없다 할 것"이라고 함으로써 RAM 복제에 의한 일시적 복제를 인정하는 것처럼 판시하고 있다.[24]

### 5. KORUS FTA와 일시적 복제

미국은 1990년대 말 이후 '국가별무역보고서(National Trade Estimate)'나 스페셜 301조 보고서(Special 301 Report)를 통하여 한국이 일시적 복제개념을 인정할 것을 요구해 왔고 이에 따라 일시적 복제는 한미간의 통상현안이 되어 왔다. 일시적 복제에 대한 한미간의 통상분쟁은 2007년 4월 타결된 한미 FTA(KORUS FTA)에 의하여 해결되었으며, 또한 이에 의하여 한국에서 일시적 복제의 인정여부나 현행법상의 일시적 복제의 지위 등에 대한 쟁점을 해결하였다. 현재에는 비록 KORUS FTA가 경제위기 등에 그 비준이 교착상태에 놓여있다고 할 수 있으나, KORUS FTA가 양국에서 비준받고 발효하는 것은 사실상 시간문제에 불과한 것이어서 일시적 복제의 허용여부도 시간문제에 불과한 것으로 보인다.

KORUS FTA §20.4.1

각 당사국은 저작자, 실연자, 음반제작자 및 방송사업자가, 어떠한 형식인가에 관계없이, (전자적인 형태로 일시적으로 저장하는 것을 포함하여), 영구적이거나 일시적인가에 관계없

24) 서울중앙 2005. 1. 27. 2003고단6560 등(병합).

이, 저작물, 실연 및 음반의 복제를 허락하거나 금지할 권리를 가진다고 규정하여야 한다.
각주: 각 당사국은 본 항에 규정된 권리에 대한 제한 및 예외를 저작물, 실연, 음반의 정상적인 이용과 충돌하지 않는 특정의 특별한 경우에 한정하여야 하며 권리자의 정당한 이해관계를 부당하게 손상하지 않아야 한다. 보다 더 명확하게 하기 위하여, 각 당사국은 본 항에 규정된 권리에 대한 제한이나 예외를 공정이용을 위하여 채택하거나 유지할 수 있으며 다만 이러한 제한이나 예외는 제1문에서 언급된 바와 같이 한정되어야 한다.

위에서 볼 수 있는 바와 같이, 일시적 복제가 KORUS FTA에 의하여 인정됨으로써 일시적 복제에 대한 논란은 한국에서 일단락된 것으로 보인다. 일시적 복제가 인정된다는 것은 저작권자가 일시적 복제에 대해서도 통제할 수 있다는 것을 의미하는 것이고, 따라서 소프트웨어 스트리밍에 있어서 소프트웨어가 RAM에 일시적으로 복제되는 것에 대해서도 저작권자가 통제할 수 있다는 것을 의미한다. KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 "복제는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여, 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것..."이라고 함으로써(§2 xxii), 일시적 복제를 인정하고 있다.

### 6. 일시적 복제와 예외

#### (1) KORUS FTA

KORUS FTA는 일시적 복제를 인정하면서 각주의 형태로 "각 당사국은 본 항에 규정된 권리에 대한 제한 및 예외를 저작물, 실연, 음반의 정상적인 이용과 충돌하지 않는 특정의 특별한 경우에 한정하여야 하며 권리자의 정당한 이해관계를 부당하게 손상하지 않아야 한다. 보다 더 명확하게 하기 위하여, 각 당사국은 본 항에 규정된 권리에 대한 제한이나 예외를 공정이용을 위하여 채택하거나 유지할 수 있으며 다만 이러한 제한이나 예외는 제1문에서 언급된 바와 같이 한정되어야 한다"면서 일시적 복제에 대한 예외를 규정할 근거를 제공하고 있다.

#### (2) 일반적인 복제권 제한사유

KORUS FTA에 의하여 일시적 복제가 인정되고 이에 따라 저작권자가 일시적 복제를 통제할 수 있다고 하더라도, 일시적 복제는 결국 복제에 해당하는 것이므로 복제권에 대한 제한이 그대로 적용된다. 따라서 일시적 복제개념이 인정된다고 하더라도 현행 저작권법 제23조 이하에 있는 저작권 제한규정이 그대로 적용된다. 특히 제30조에 규정되어 있는 사적복제 등의 복제권 제한도 일시적 복제에 적용된다. 한국의 저작권법상 일시적 복제 개념이 도입되는 경우, 일시적 복제에 의한 대부분의 저작물 이용은 사적복제에 해당할 것이고 따라서 사적복제에 의하여 저작권자가 경제적 손상을 받을 수 있다면 사적복제는 축소될 수도 있을 것이다. 그러나 일시적 복제에 의한 개인의 사적이용을 집행하는 것은, 저작물 자체의 이용을 봉쇄하거나, 아니면 저작물 자체에 접근하는 것을 통제하는 등의 방법을 택하지 않는 한, 사실상 불가능할 것으로 보인다.

#### (3) 부수적인 일시적 복제

일시적 복제에 대해서는 복제권에 대한 일반적인 제한사유 규정이 그대로 적용되는데, 이외에도 일시적 복제에 대하여 가하여 질 수 있는 제한사유가 존재하고 있다. 첫째, 저작권법 개정안은 "컴퓨터 등을 통하여 정당하게 저작물을 이용하는 기술적 과정의 일부로서 복제물이 만들어지는 것이 필수적으로 요청되는 경우에는 이를 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 불법 복제물로부터 일시적 복제가 일어나는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있다(§35조의 2). 일시적 복제에 대한 이러한 예외는 유럽연합의 저작권지침 등 여러 조약이나 입법에 채용되어 있는 예외다. 유럽연합의 저작권지침의 규정과 유럽연합의 논의를 고찰함으로써 이러한 예외의 의미를 살펴보기로 한다.

**유럽연합 저작권지침**

**제5조 예외 및 제한**

1. (A) (i) 순간적이거나 부수적이며 기술적인 과정의 불가결하거나 필수적인 부분이고, (ii) 그 유일한 목적이 ① 네트워크에서 중간매개자가 제3자간의 통신을 가능하게 하거나 ② 저작물이나 다른 보호 대상을 적법하게 사용하는 것을 가능하게 하는 것이고, (B) 독립적인 경제적 중요성을 가지지 않는, 일시적 복제행위는 복제권으로부터 면제된다.

이러한 예외와 관련하여 저작권지침의 Recital은 다음과 같이 설명하고 있다(Recital 33).

(33) 배타적인 복제권은 일정한 일시적 복제행위에 대한 예외가 허용되어야 하는데, 예외가 되는 일시적 복제행위는 순간적이거나 부수적인 복제이고, 기술적 과정의 필수적인 부분을 구성하고, 중간매개자에 의하여 제3자간에 네트워크상에서 효율적인 전송을 가능하게 하거나 저작물이나 기타 대상의 적법한 이용을 가능하게 하는 것이다. 예외가 되는 일시적 복제행위는 그 자체가 별도의 경제적인 가치를 가지지 않아야 한다. 일시적 복제행위가 이러한 요건을 충족하는 한도에서 일시적 복제에 대한 예외는, 전송 시스템이 효율적으로 기능하는 것을 가능하게 하는 행위를 비롯한, 캐싱(caching)과 브라우징(browsing)을 가능하게 하는 행위를 포함한다. 다만 이 경우 중간매개자가 정보를 수정하여서는 안 되며, 정보의 이용에 관한 데이터를 획득하기 위하여, 산업계가 광범위하게 인정하고 이용하는 것으로서, 기술의 적법한 이용을 방해하여서는 안 된다. 권리자가 어떠한 이용을 허락하거나 법에 의하여 이용이 제한되지 않는 경우, 그러한 이용은 적법한 것으로 간주된다.

또한 저작권지침이 나오기 전의 제안서에서는 제5조 제1항의 예외에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.[25]

제5조 제1항의 목적은 기술에 의하여 요구되며 그 자체로서는 별도의 경제적 중요성을 가지지 않는 일정한 복제행위를 복제권의 범위로부터 배제하기 위한 것이다. 이와 같은 강제적

25) Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, Brussels, December 10, 1997, COM (97) 62, Explanatory Memorandum, p. 35.

인 예외는, 저작물의 최종적인 이용에 부수적인(ancillary) 것으로서, 짧은 시간동안 존재하는 복제가 저작물을 이용하는 대부분의 행위에서 발생할 것이고 이러한 행위는 종종 국제적인 성격을 가지기 때문에, 매우 중요하다. 예컨대 독일의 데이터베이스에 있는 VOD가 포르투갈로 전송하는 경우, 무엇보다도 데이터베이스가 있는 곳에서 비디오의 복제물이 연관되고 그 후에는 포르투갈로 전송되는 것에 따라 최소한 백 개까지의 순간적인 저장행위(ephemeral acts of storage)와 연관된다. 이같은 부수적인 저장행위에 대하여 저작권자의 허락을 받아야 하는 각 회원국의 각기 다른 입장은 저작물과 서비스, 특히 보호되는 저작물을 포함하는 온라인상의 서비스의 자유로운 흐름을 막을 위험성이 있다.

이상에서 볼 수 있는 바와 같이, 저작권지침은 순간적이고 기술적인 과정의 필수적인 부분으로서 발생할 수밖에 없으며 서버로부터 이용자에게 전송하는 과정의 속도를 높이기 위하여 필요한 일시적 복제에 대한 예외를 규정하고 있다. 기본적으로 저작권지침 제5조 제1항은 기술적인 절차(technical process)를 용이하게 하고 현대적인 정보기술에 대응하기 위한 것이 목적이라고 설명되고 있다.[26]

저작권지침에 의하면, 일시적 복제물은 저작물의 적법한 이용을 가능하게 하거나 법에 의하여 허용된 이용이어야 할 것이다. 저작권지침 제5조에 의하여 허용되는 일시적 복제물에는 캐시(cache) 과정에서 만들어지는 순간적인 복제물, 예컨대 OSP의 프록시 캐싱(네트워크 캐싱)이나 중간과정에 있는 컴퓨터가 만들어내는 순간적인 복제물이 포함되는 것은 확실하다. 그러나 RAM 복제물은 송신과정의 부분이 아니기 때문에 제5조의 예외에 포함될 수 없다고 주장되고 있기도 하다. 이러한 요건 이외에 저작권지침 제5조에 의하면 일시적 복제가 복제권으로부터 면제되는 것은 독립적으로 경제적 중요성을 가지지 않는 한도 내에서이다. 따라서 어떠한 일시적 복제물이 독립된 경제적 가치를 가지는지 여부는 중요한 의미를 가지게 되고, 이와 유사한 예외를 고려할 수밖에 없는 한국에서도 '일시적 복제물의 독립된 경제적 중요성'은 중요한 의미를 가지게 된다.

미국에서는 부수적인 일시적 복제에 대한 예외가 Section 104 Report[27]에서 논의되고 있다. Section 104 Report는 '적법한 이용에 수반되는 일시적 복제물'에 대한 전면적인 예외의 채택을 권고하지 않았지만, '허락받은 디지털 공연에 수반되는 일시적 복제물(temporary copies incidental to a licensed digital performance)'과 '허락을 받아 행하여지는 음악의 다운로드에 수반되는 공연(public performances incidental to licensed music downloads)'에 대하여 침해책임이 부과되어서는 안 된다고 권고하였다. 우선 저작권자의 허락을 받고 음반저작물(sound recording)과 음악저작물의 공연을 디지털 전송하는 것에 수반되는 '일시적 버퍼 복제물(temporary buffer copies)'에 대하여 복제권의 침해를 인정하지 않아야 한다는 것이다. 음악저작물 공연의 디지털 전송에 수반되는 일시적 복제를 면제하는 이유는, 기본적으로 저작권자의 이용허락을 받고 스트리밍 서비스가 제공되는 경우의

26) Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights 7 (July 2004).
27) U.S. Copyright Office, A Report of the Register of Copyrights Pursuant to § 104 of the Digital Millennium Copyright Act, 79 (2001).

경제적 가치는 음반저작물과 음악저작물의 공연[28]에 있는데 저작권자는 이미 이에 대하여 보상을 받은 것이고 버퍼 복제물은 그 자체로서 경제적인 중요성이 없다는 것이다. 곧 버퍼 복제물에 대하여 그 이용이 원저작물 시장을 대체하지 않으며, 이용허락을 받은 저작물의 공연이라는 사회적으로 유용한 목적을 위한 것이며, 버퍼 복제물 그 자체가 상업적인 이용을 위한 것이 아니며, 저작권자는 이미 공연권에 대하여 이용허락을 받았는데 버퍼 복제물에 대하여 다시 이용료를 지급받는다면 이중으로 지급되는 것이며, 인터넷상 음악을 디지털적으로 공연하기 위하여서는 기술적으로 버퍼 복제물을 만드는 것이 필요하며, 버퍼 복제물은 너무나 짧은 시간동안 존재하기 때문에 저작자가 허락한 저작물의 공연을 하기 위한 이외의 방법으로는 이용될 수 없다는 것 등의 근거를 제시하였다.[29]

미국에서 공연을 디지털 전송하는 경우 공연권과 복제권이 관계될 수 있고 복제권과 관계되는 버퍼 복제물은 이미 이용료를 지급하여 이용허락을 받은 공연에 수반되어 만들어지는 것이다. 그런데 공연권과 복제권을 위한 집중관리단체가 다르다고 해서 웹 캐스팅(스트리밍)을 금지한다면, 저작권자, 웹 캐스팅 서비스제공업자(스트리밍 서비스 제공업자), 소비자 모두에게 손해가 될 것이고 버퍼 복제물의 경제적인 가치에 의하여 정당화되지 않는 이용료를 추가적으로 징수하는 결과를 야기한다는 것이 Section 104 Report의 설명이다.

Section 104 Report는 공연에 수반되어 만들어지는 부수적인 버퍼 복제물에 대하여 예외를 권고하는 것을 미국 저작권법 제112조가 예외로서 허용하고 있는 일시적인 녹음·녹화와 비교하였다. 일시적인 녹음·녹화는 전송기관이 전송행위를 하기 위하여 만들고 사용하는 복제물인데, 이같은 복제물은 권리자에게서 이용허락을 받은 전송이나 전송권의 예외에 해당하는 전송에 의하여 만들어지는 것이다. 제112조의 일시적인 녹음·녹화도 전송을 수행하기 위한 목적만을 위하여 행하여지는 것이며 이에 의하여 행하여지는 공연과는 독립하여 그 자체로서는 경제적인 가치를 가지지 않는다. 따라서 이러한 일시적인 녹음·녹화에 대해서는 예외를 허용한 것이며, 예외를 허용한 논리는 웹 캐스팅 과정에서 만들어지는 버퍼 복제물에도 그대로 적용될 수 있다는 것이다.

부수적인 복제에 대한 유럽 및 미국에서의 논의를 보면, 유럽에서는 기술적인 측면이, 미국에서는 일정한 저작물 이용행위에 수반되어 작성되는 일시적 복제에 초점을 맞추고 있는 듯이 보인다. 한국의 저작권법 개정안도 이러한 아이디어를 반영하고 있는 것이 분명하다. KORUS FTA가 비준되고 저작권법 개정안이 국회를 통과하여 발효하게 된다면, 이 규정의 적용과 관련하여 논란이 될 수도 있겠지만 이 규정의 취지는 적법한 저작물 이용을 위하여 일시적 복제물이 만들어지는 경우를 저작권 침해로부터 배제하기 위한 것, 곧 미국의 Section 104 Report가 논의하고 있는 것과 같이 이용료를 2중으로 지급하는 것 등을 배제

---

28) 미국 저작권법상 공연은 (i) 일반공중이나 가족 및 사회적 지인의 정상적인 범위를 넘어서는 상당수의 사람들이 모이는 장소에서 실연하거나, (ii) 실연을 수신할 수 있는 공중이 실연을 동일한 장소 또는 각기 다른 장소에서 수신하는가 그리고 동일한 시간 또는 각기 다른 시간에 수신하는가에 관계없이, 위의 장소나 일반공중에게 저작물의 실연을, 어떠한 도구나 절차에 의하여서든지, 전송 기타 통신하는 것으로 정의되고 있다. 미 저 §101.

29) Register of Copyrights, U.S. Copyright Office, DMCA Section 104 Report, xxiii-xxvi (Aug. 2001).

하기 위한 것이라 할 수 있다. 이를 소프트웨어 스트리밍과 관련하여 논의한다면, 예컨대 적법하게 소프트웨어를 스트리밍 방식으로 제공되는 서비스를 이용하는 자가 RAM에 복제하는 것을 들 수 있을 것이다. 앞으로 스트리밍 방식에 의한 소프트웨어를 제공하는 적법한 비즈니스 모델이 등장하는 경우가 여기에 해당할 것이다. 다만 이와 같이 해석하더라도, 예컨대 전송권자와 복제권자가 달라지는 경우 이를 어떻게 해석할 것인가가 문제될 것이다.

저작권법 개정안은 일시적 복제에 대한 제한을 가하면서 "다만, 불법 복제물로부터 일시적 복제가 일어나는 경우에는 그러하지 아니하다"고 함으로써 불법 복제물로부터 일시적 복제물이 만들어지는 것에 대해서는 저작권자가 복제권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 이것은 본문 규정이 적법한 소프트웨어 스트리밍을 전제로 하여 이용자가 일시적 복제물을 만들 수밖에 없고 이에 대해서는 복제권이 미치지 않는다는 것을 인정하는 것을 보다 더 확실히 하는 것이라 할 수 있다. 곧 소프트웨어 저작권자가 저작권을 사실상 행사할 수 없는 제3국에서 저작권자의 허락을 받지 않고 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 서비스를 제공하는 경우, 이러한 서비스를 이용하는 자가 일시적 복제물을 만들어 이용하는 것이 부수적인 것에 해당하더라도 불법성을 인정한다는 의미가 된다.

이 단서 규정은 사적 복제와 관련하여 미묘한 해석상의 차이점을 불러일으킬 가능성이 있는 것으로 보인다. 예컨대 정당하게 저작물을 이용하는 기술적 과정의 일부로서 복제물이 만들어지는 것이 필수적으로 요청되지만 불법 복제물로부터 일시적 복제가 일어나고 또한 그러한 일시적 복제가 사적 복제에 해당하는 경우, 이를 어떻게 해석할 것인가 문제된다. 물론 불법 복제물로부터 사적 복제가 행하여지는 경우 사적 복제가 부정된다는 주장도 존재하지만, 이 쟁점은 완전히 해결된 것은 아니다. 적법한 비즈니스 모델에 의하여 소프트웨어 스트리밍 서비스가 제공되고 이러한 서비스를 이용하는 과정에서 이루어지는 일시적 복제가 면책된다는 것을 고려한다면, 불법적인 복제물로부터 일시적 복제가 행하여지는 경우에도 단서조항이 적용되어야 할 것이다.

**(4) 공정이용**

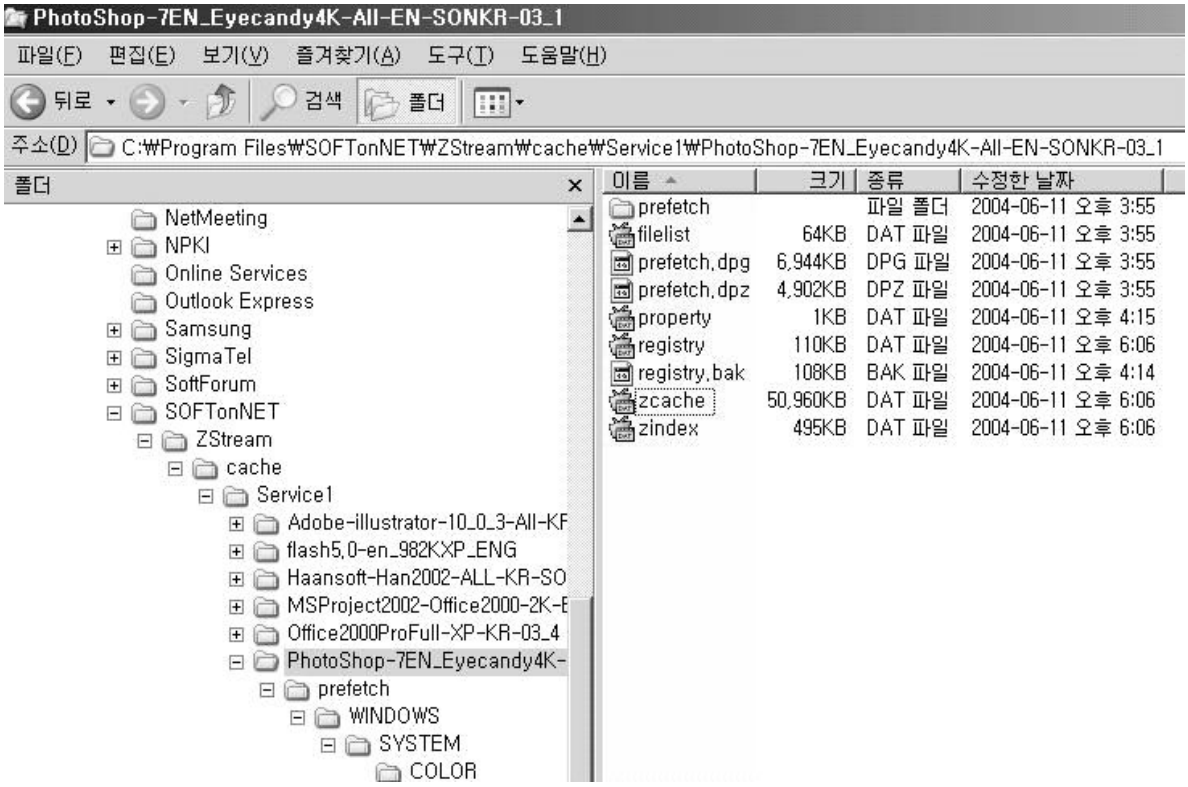
KORUS FTA는 지적재산권의 보호수준을 상향화시킨 것을 특징으로 한다. 저작권 존속기간의 연장이나 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화금지 등이 이에 해당한다. 특히 저작권 분야에 있어서 권리의 강화 내지 확대가 두드러지는데, 이에 상응하는 이용자의 공정이용의 확대가 요구된다. KORUS FTA를 반영하는 저작권법 개정안은 저작물의 공정이용을 포함시킴으로써(후술) 권리의 확대·강화에 따라 권리 및 이용의 균형을 꾀하고자 하였다. 그렇다면 KORUS FTA에 의하여 인정되는 일시적 복제에 대해서도 공정이용이 적용될 수 있게 된다. 미국에서는 일시적 복제에 대한 일반적인 예외 규정의 도입에 찬성하는가, 반대하는가에 관계없이 공정이용의 원리가 일시적 복제에 대해서도 적용된다는 것은 이론의 여지가 없으며, Section 104 Report도 이를 밝히고 있다. 한국에서 일시적 복제가 인정되고 이에 관한 분쟁이 있는 경우, 소송 등을 통하여 저작권자와 침해 혐의자 간에 가장 대립되는 부분이 바로 공정이용이 되는가 여부가 될 것이다.

## III. 잔존파일과 복제

### 1. 서론

소프트웨어 스트리밍에 있어서 행하여지는 복제는 (i) 스트리밍 서비스 제공자가 서버에 복제하는 경우와 (ii) 서비스 이용자들이 자신의 컴퓨터에 소프트웨어 파일을 복제하는 것으로 나누어 볼 수 있다. 후자의 경우에는 ① 소프트웨어가 이용자 컴퓨터 RAM에 저장되는 것과 ② 이용자가 스트리밍 방식에 의하여 소프트웨어를 이용한 후 이용자의 컴퓨터에 파일의 일부가 남게 되어 복제된 것으로 나눌 수 있다. 위의 세 가지 복제 중에서 이용자의 컴퓨터에 파일이 잔존함으로써 복제권이 침해되는지 여부가 문제된다. 아래의 그림에서 볼 수 있듯이 Z!Stream을 이용하는 경우, 소프트웨어를 이용한 후 zcache라는 이름의 잔존파일이 남게 된다. 이에 대하여 저작권자와 서비스제공자의 주장이 갈리고 있다. 곧 저작권자들은 "프로그램사용 후에도 파일의 일부가 사용자의 PC에 zcache.dat 파일의 형태로 남아 있으며, 흔글의 경우 글꼴파일(Font File)과 같은 흔적이 남는 등 복제가 상당한 시간동안 지속되고 있고, 사용 후에도 파일이 저장되므로 복제권 침해"라고 주장하고 있다. 이에 반하여 서비스제공자는 "zcache.dat 파일과 일부 환경설정 파일이 남는 것은 사실이나, 이는 Z!Stream과 연동되지 않을 경우에는 어떠한 사용도 불가능하며, 흔글 글꼴파일의 경우 일반적인 설치·삭제 과정에서도 일어나는 현상으로 Z!Stream만의 문제는 아니"라고 주장하고 있다.

Z!Stream을 이용하여 포토샵 구동 후 다운로드된 Cache File



2. 컴보위의 판단과 복제권 침해

컴보위는 “S/W 스트리밍 방식에 의하여 생성된 이 파일은 일반 사용자가 그 파일의 내용을 파악할 수 없으며, 독자적으로는 전혀 구동되지 않는 것으로 실질적인 재사용이 불가능한 파일이므로, 이러한 파일이 생성되더라도 이는 정품 S/W 사용에 따른 것이므로 저작권자에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다”고 하면서 “컴퓨터프로그램보호법의 취지를 고려해 볼 때 이러한 캐시파일을 복제권 침해로 보기는 어렵다”고 판단하였다. 또한 “글꼴파일을 사용하는 프로그램의 경우 일부 글꼴 파일이 클라이언트 PC에 남아 있을 수 있으나, 이러한 현상은 프로그램을 설치·삭제하는 과정에서 일반적으로 발생할 수 있는 것이므로 이 또한 복제권 침해로 볼 수 없다”고 판단하였다.

3. 잔존파일의 성격에 따른 침해여부의 결정

이용자의 컴퓨터에 파일이 잔존하게 됨으로써 복제권이 침해되는지 여부는 잔존하는 파일의 내용이나 성격에 따라 결정될 것으로 보인다. 이 잔존파일의 성격은 Z!Stream을 개발한 자에 의하여 파악이 가능할 것이고 결국 이에 따라 복제권 침해 여부가 결정될 수 있을 것이다. 다만 잔존파일을 그 개발자가 실제로 분석하기 전에 다음과 같은 측면에서 복제권 침해여부를 논의하는 것이 가능할 것이다. 첫째, 잔존파일이 어떻게 만들어지는지, 곧 잔존파일이 스트리밍의 대상이 되는 소프트웨어의 일부분인지, 아니면 스트리밍을 가능하게 하는 소프트웨어로 인하여 생성된 것인지를 고려할 필요성이 있다. 후자의 경우라면 복제권 침해여부는 존재하지 않을 것이고, 전자인 경우에만 복제권 침해가 고려될 수 있을 것이다.

둘째, 스트리밍의 대상이 되는 소프트웨어의 일부분이 잔존파일에 남아있는 경우에도, 복제가 이루어지고 저작권 침해가 인정되기 위하여서는 양적·질적 상당성 요건이 충족되어야 할 것이다. 곧 잔존파일이 스트리밍 대상이 되는 소프트웨어의 양적, 질적으로 유사하여야 한다는 것이다.[30] 예컨대 500 페이지 분량의 서적에서 5개 문장이 유사하다면 이러한 요건이 충족되지 못하겠지만, 5페이지 분량의 자료에서 5개 문장이 유사하다면 충족될 가능성이 높을 것이다. Z!Stream의 예에 있는 잔존파일의 크기를 보면 스트리밍의 대상의 대상이 된 소프트웨어보다는 작지만, 50메가 바이트 정도의 상당히 큰 분량이 저장되어 있는 것으로 보인다. 이러한 잔존 파일이 스트리밍의 대상인 소프트웨어와 유사하여야 할 것이다.

넷째, 잔존파일이 독자적인 저작물이 되거나 저작권에 의하여 보호될 수 있는 저작물을 구성하고 있는가 여부가 복제권 침해 여부를 고려하여야 한다. 양적, 질적 상당 유사성의 요건을 충족함으로써 복제 여부가 결정된다고 할 수 있으나, 이러한 요소는 그 이후의 단계인 침해여부와 결정될 것이다. 곧 잔존파일에 남아있는 파일이 스트리밍의 대상이 되는 소프트웨어의 보호되는 부분을 포함하고 있는가 여부가 결정되어야 한다. 물론 보호되지 않는 요소를 결합한 것만으로도 (비록 그 보호수준은 낮지만) 창작성있는 저작물이 될 수 있다. 요컨대 단독으로 창작성이 있거나 창작성이 없는 요소를 창작성있게 결합시킴으로써 컴법상

30) 서울고법 2006.11.14 자 2006라503결정(왕의 남자 사건) 참조.

보호되는 대상이 잔존파일에 남아 있어야 할 것이다. 예컨대 저작권자 측이 주장하고 있는 것처럼 "글꼴 파일(Font File)과 같은 흔적"이라고 한다면 복제권 침해가 될 수 있다. "만약 잔존파일 속에 글꼴 파일이 포함되어 있다면," 글꼴 파일이 저작권에 의하여 보호되는 프로그램 저작물이 되는가 여부에 따라 복제 여부가 결정될 것이다. 윤곽선 글꼴 파일과 같이 비교적 단순한 글꼴 파일도 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램에 해당하고, 창작성이 있는 경우에는 당연히 보호된다.[31] 만약 소프트웨어 스트리밍이 실행된 이후 남아있게 되는 잔존파일이 글꼴 파일과 같이 컴법상 보호대상이 되는 프로그램저작물이고 이 프로그램저작물이 이용자의 컴퓨터의 기억장치에 저장되는 한, 저작권법이나 컴법상의 복제의 개념이 충족된 것은 분명하다. 또한 예컨대 잔존파일에 남아 있는 것은 특정 프로그램의 기능을 보강하기 위하여 추가된 프로그램인 플러그인(plug-in) 프로그램일 수 있는데, 이러한 프로그램도 당연히 컴법상 보호될 수 있는 프로그램저작물인 것이 분명하다.

다섯째, 잔존파일에 남아있는 프로그램이 독자적으로 기능을 할 수 있는가 여부가 고려되어야 하는지 문제된다. 잔존파일에 의한 복제권 침해를 부인하는 입장에 의하면, 위 Z!Stream의 경우 잔존파일이 'Z!Stream과 연동되지 않을 경우에는 어떠한 사용도 불가능'하다고 하거나, '캐쉬 파일 안에 모든 파일들을 잔존시킴으로써 잔존하는 파일들의 다른 목적에서의 사용 가능성을 차단'하였다거나, '실행파일은 잔존시키지 않음으로써 단독 실행이 가능성을 차단'하였다는 것 등을 내세우고 있다. 프로그램 저작물의 복제 여부를 결정함에 있어서 특정의 복제물이 단독으로 사용되느냐, 아니면 다른 프로그램과 함께 실행될 수 있느냐 여부는 아무런 상관이 없다는 것을 고려한다면, 복제권 침해를 부인하는 입장은 설득력이 없게 된다. 윤곽선 글꼴 파일의 경우, "비록 다른 응용프로그램의 도움 없이는 단독으로 실행되지 않는다 하더라도, 프로그램이 복잡·방대해지고 실행파일만으로 이루어진 프로그램이 거의 없는 오늘날의 실정에서 컴법이 보호하는 프로그램이 반드시 컴퓨터 운영체제 내에서 단독으로 실행되는 것만을 뜻한다고 볼 수 없다."[32] 복제권 침해를 부정하는 논리에 의한다면, 사실상 어떠한 프로그램도 복제권 침해를 부정하게 된다. 예컨대 현재 사용되는 모든 컴퓨터프로그램은 운영체계프로그램 없이는 사용할 수 없는데, 복제권 침해를 부정하는 논리에 의하면 이것도 단독으로 사용할 수 없는 것이 되어 복제권 침해를 부정하게 될 것이다. 또한 MP3 파일은 MP3 플레이어가 없으면 아무런 의미가 없으며, 하드웨어에 저장된 어문저작물도 워드 프로세서가 없다면 의미가 없는 것이 될 것이다. 요컨대 복제권 침해 여부를 결정하는 것은 창작성있는 프로그램 저작물의 전체 또는 일부가 복제되었는가 여부에 의하여 결정되는 것이지, 그 자체가 단독으로 실행될 수 없다거나 다른 목적에 사용되는 것이 차단되었다거나 하는 것은 복제권 침해를 인정하는데 아무런 관련이 없다.

여섯째, 잔존파일에 의하여 '저작권자의 정당한 이익이 침해되지 않기 때문에' 복제권이 침해되지 않는다는 주장이 존재하는데, 이러한 논거는 복제권 침해 여부를 논의하는 아무런 상관이 없는 것이다. 이러한 주장은 복제권 침해가 인정된 이후 손해배상액 등을 산정하는데 참고가 될 수 있을지라도 복제권 침해를 부정하는 것과는 전혀 관계가 없는 것이다.

프로그램 저작물에 대한 복제권 침해 여부는 프로그램 저작물의 전부 또는 일부를 변형을

31) 이 해완, 컴퓨터 글꼴 파일의 법적 보호에 관한 소고, 정보법학 45, 77 (제3호 1999년).
32) 이 해완, 컴퓨터 글꼴 파일의 법적 보호에 관한 소고, 정보법학 69 (제3호 1999년).

가하지 않고서 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것이다. 따라서 복제물을 이용자가 파악할 수 있는가 여부는 복제가 행하여졌는가 여부를 결정하는데 아무런 의미가 없다. 또한 어떠한 복제물이 독자적으로 구동되지 않거나 실질적으로 재사용이 불가능하다는 것도 역시 복제 여부를 결정하는데 아무런 관계가 없다. 잔존파일이 생성되는 것이 정품 소프트웨어를 사용하는 것에 기인하므로 저작권자에게 손해가 발생하지 않았고 따라서 복제권 침해를 부정하는 것도 비논리적이라 할 수 있다. 스트리밍 서비스를 제공하기 위해서는 서버에 소프트웨어를 복제하고 이를 스트림의 형태로 제공하면서 이용자의 컴퓨터에 잔존파일이 저장된다. 잔존파일이 복제물에 해당하는가 여부를 결정하는 것은 프로그램 저작물이 여러 방법에 의하여 유형물에 고정되거나 유형물로 다시 제작되는지 여부에 의한 것이며, 정품 소프트웨어를 사용했는가 여부에 따라 결정되는 것은 아니다. 만약 이러한 논리에 의한다면 정품 소프트웨어를 P2P 파일교환 네트워크에 올려놓는 경우에도 복제권 침해는 부정된다.

## IV. 개작권 침해 여부

소프트웨어 스트리밍은 소프트웨어를 스트림으로 변환시킨 후 이를 이용자 컴퓨터에 송부하여 이용할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 소프트웨어가 스트림으로 변환되는 경우 복제 외에 개작이 이루어졌는지 문제될 수 있다. 개작은 저작권법상 2차적저작물 작성에 해당하는 것으로서, '원프로그램의 일련의 지시·명령의 전부 또는 상당부분을 이용하여 새로운 프로그램을 창작하는 행위'로 정의되고 있다(컴 §2). 2차적저작물 작성이나 개작이 복제와 다른 가장 중요한 점은 원저작물에 창작성을 가미하는 것이고, 작성자나 개작자는 자신이 추가한 창작 부분에 대해서만 보호를 받는다.

그렇다면 스트리밍 형태로 제공하기 위하여 소프트웨어를 스트림의 형태로 변환시키는 것이 개작에 해당하는가 여부는 변환에 의하여 새로운 창작성이 가미되는가 여부에 의하여 결정될 것이다. 이러한 변환은 창작성을 더하는 것이 아니고 소프트웨어의 형태만 변환시키는 것으로서, CD에 담겨져 있는 음악저작물을 MP3 파일로 변환시키는 것과 아무런 차이가 없다. 따라서 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 복제는 이루어지되 개작은 이루어지지 않는다.

# 제5장 소프트웨어 스트리밍과 최초판매의 원칙

## I. 서론

저작권과 관련된 인터넷상 쟁점 중에 그 해결이 시급하게 요구되고 있는 쟁점이 바로 디지털환경에서 최초판매의 원칙(first sale doctrine)이 어떻게 적용되어야 하는가이다. 최초판매의 원칙은 저작권자가 저작물의 복제물을 최초로 배포하고 이에 대하여 보상을 받은 경우 저작권자가 그 복제물을 처분하는 것에 대하여 통제할 수 있는 권리를 종료시키는 원칙이다. 곧 그 복제물이 최초로 판매되어 구매자가 소유권을 획득한 경우, 그 복제물에 대한 저작권자의 권리는 완전히 행사된 것이며 따라서 그 복제물이 추가적으로 판매되는 것을 통제할 저작자의 권리는 중지된다. 그렇다면 일시적 복제가 인정되는 경우 최초판매의 원칙은 어떤 영향을 받을 것인가가 문제된다.

## II. 일시적 복제와 디지털 최초판매의 원칙

최초판매의 원칙은 저작권자가 저작물의 복제물을 최초로 배포하고 이에 대하여 보상을 받은 경우 저작권자가 그 복제물을 처분하는 것에 대하여 통제할 수 있는 권리를 종료시키는 원칙이다. 곧 그 복제물이 최초로 판매되어 구매자가 소유권을 획득한 경우, 그 복제물에 대한 저작권자의 권리는 완전히 행사된 것이며 따라서 그 복제물이 추가적으로 판매되는 것을 통제할 저작자의 권리는 중지된다. 따라서 일시적 복제의 개념이 인정되는 경우, 일시적 복제물도 복제물이므로 일시적 복제물에 대해서도 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는가가 문제된다. 특히 디지털송신에 대해서도 다음과 같은 근거에 의하여 최초판매의 원칙이 적용된다고 하는 경우, 곧 디지털 최초판매의 원칙이 인정되는 경우, 일시적 복제물이 송신되는 경우에도 최초판매의 원칙이 적용될 여지가 있다. 첫째, 디지털 송신에 의하여서도 유형의 복제물이 고정된다는 것,[33] 곧 수신자의 컴퓨터에 유형의 복제물이 만들어진다는 것을 인식하면서 의도적으로 디지털 송신에 종사하는 저작권자는 그 복제물의 소유권을 수신자에게 합법적으로 이전시킨다는 것이다.

둘째, 디지털기술이 개발되었다고 하여 저작권법상의 원리가 변경되어야 하는 것은 아니며 따라서 최초판매의 원칙도 그 기본원칙에 따라 디지털환경에서 적용되어야 한다는 것이다. 최초판매의 원칙은 저작권자에 대하여 보상을 제공하자는 것과 재산권의 무제한적인 양도를 보장하는 것을 균형시키고자 하는 것으로서, 디지털저작물을 전송시키는 현대적인 기술을 사용함으로써 이전되는 저작물이 이용자의 특정의 복제물이 아니며 이러한 전송에 의하여

33) Reply Comments of the Library Associations Before the Library of Congress, The United States Copyright Office and The Department of Commerce, National Telecommunications and Information Administration, Washington, D.C., Inquiry Regarding Sections 109 and 117 (Sept. 5, 2000).

저작권자의 복제권이 관련될지라도 최초판매의 원칙을 무시할 정도로 저작권법을 협소하게 해석해서는 안된다는 것이다.

셋째, 최초판매의 원칙은 이전되는 재산적 이해관계의 범위에 초점을 맞추는 것이지 재산적 이해관계의 대상이 되는 동산이나 부동산의 성격에 초점을 맞추는 것이 아니라는 것에 기초하여 최초판매의 원칙이 디지털전송에 적용된다고 주장되고 있다. 저작물이 디지털적인 대상으로서 나타난다는 이유만으로 적법하게 소유된 저작물에 대하여 최초판매의 원칙을 적용하지 않는 것은 최초판매의 원칙의 정신과 모순된다는 것이다. 저작물의 복제물을 처분하여 보상을 받은 경우 저작권자가 최초판매에 의하여 배포권을 행사하는 것은 단순히 물리적인 객체를 처분하는 것이 아니라 그 물리적인 객체에 고정되어 있는 저작물에 대하여 접근할 수 있는 권리를 처분하는 것이고, 따라서 최초판매에 의하여 처분하는 것은 바로 저작물에 대하여 접근할 수 있는 권리이며 처분하는 것이 유형적 수단에 의하는가 아니면 무형적 수단에 의하는가는 관계없다는 것이다.

넷째, 저작물이 사회에서 계속 배포될 수 있도록 하기 위한 최초판매원칙의 목적은 지적재산권을 보호하는 것에 대하여 우선하여야 하는 것에 기초하여 최초판매의 원칙이 디지털 저작물에도 적용되어야 한다고 주장된다. 곧 저작물의 복제물을 양도할 수 있게 됨으로써 일반인들이 받는 이익은 저작물에 대한 영구적인 통제권을 부여함으로써 저작권자가 가지게 되는 동기보다 중요하며 따라서 디지털 저작물에 대해서도 최초판매의 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.

## III. 디지털 최초판매원칙의 부인과 일시적 복제

디지털 최초판매원칙은 다음과 같은 이유로 한국과 미국에서 부인되고 있다. 첫째, 인터넷상에서 저작물의 복제물을 송부함에 있어서는 수신자 컴퓨터의 하드 드라이버에 저장되거나 최소한 RAM에 저작물이 복제되고 따라서 저작권자의 복제권이 관련되므로 최초판매의 원칙이 적용되지 않는다는 주장이다. 이러한 주장은 하드 드라이버에 저장되는 경우에는 당연히 저작물이 복제되는 것이며 미국이나 유럽연합의 경우 RAM에서 행하여지는 복제도 저작물이 복제되는 것으로 인정되므로, 따라서 모두 복제권이 관계되며 배포권을 침해하는 것에 대해서만 적용되는 저작권 제한사유인 최초판매의 원칙은 항변사유가 될 수 없다는 것에 기초한다. 따라서 수신자 컴퓨터에서 저작물이 복제되는 경우에는 최초판매의 원칙이 적용되지 않으며 저작권의 침해를 주장하게 된다. 최초판매의 원칙이 배포권을 제한한다는 것은 디지털 최초판매원칙을 인정하지 않는 가장 설득력있는 근거로 보인다.

둘째, 컴퓨터간에 저작물을 송·수신하는 것이 복제권을 침해하는 것과 관련되지 않는다고 할지라도, 수신자의 컴퓨터에 존재하게 되는 복제물은 송신자가 소유하고 있었던 '특정의 복제물'이 아니기 때문에 최초판매의 원칙이 적용될 수 없다고 주장되고 있다. 저작물의 복제물이 어느 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 송부되는 경우, '원복제물(original copy, source copy)'은 송부자의 컴퓨터에 여전히 남아 있음에 반하여 '원복제물의 복제물(duplicate

copy)'이 수신자의 컴퓨터에 송부된다. 이러한 '제2세대 복제물(second-generation copy)'은 송부자의 컴퓨터에 남아 있는 원복제물과는 구별되는 별도의 복제물인데, 최초판매의 원칙은 특정의 복제물에 대하여 적용되는 것이지 특정의 복제물에 기초하여 다시 만들어진 제2세대의 복제물에 대하여 적용되는 것은 아니다. 최초판매의 원칙은 복제물의 소유자가 그 복제물을 배포할 수 있는 무한한 권리를 부여하는 것이 아니라 그 소유자가 보유하고 있는 특정의 복제물을 배포하는 것에 대해서만 적용되기 때문이다. 따라서 전송되는 복제물이 이용자가 보유하고 있는 특정의 복제물이어야 한다는 최초판매의 원칙의 요건은 충족되지 않으며, 이 경우에 최초판매의 원칙이 적용되기 위해서는 송부자가 보유하고 있는 특정의 복제물이 수신자에게 송부되고 송신자의 컴퓨터에는 그 특정의 복제물이 더 이상 남아 있어서는 안된다. 결국 디지털 저작물이 인터넷상에서 송부되는 경우에는 최초판매의 원칙이 적용되지 않는다는 결과가 된다. 수신자의 컴퓨터에서 제2세대 복제물이 만들어지지 않으면서 송신자가 보유하고 있는 특정의 복제물이 바로 수신자의 컴퓨터로 송부되는 기술이 존재한다면 최초판매의 원칙이 적용될 수도 있겠지만, 현재에는 디지털 저작물의 송부와 관련하여 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는 기술적인 수단이 존재하지 않는다.

셋째, 디지털송신에 대하여 최초판매의 원칙을 적용시키는 경우에는 최초판매의 원칙이 추구하고자 하는 목적이 손상된다거나 최초판매의 원칙과 인터넷상에서의 송신은 양립할 수 없다고 주장된다. 곧 최초판매원칙의 목적은 판매된 저작물의 복제물을 양도하거나 기타 거래하는 것을 증진시키기 위한 것인데, 최초판매원칙의 이러한 목적과 저작권자의 상업적인 이익을 보장하려는 목적간에는 균형이 잡혀져 있다고 할 수 있다. 예컨대 최초판매의 원칙에 의하여 저작권자의 이익이 손상받는 경우에는 음반이나 프로그램에 대하여 최초판매원칙이 적용되는 것이 제한된다.[34] 그런데 저작물의 복제물을 소유하고 있는 인터넷 이용자는 그 복제물을 매우 용이하고 저렴하며 신속하게 복제할 수 있게 되어 디지털 송신에 대하여 최초판매의 원칙이 적용된다면 해적행위의 위험성은 매우 커지게 되고 따라서 저작권자가 자신의 저작물을 상업적으로 이용하는 것을 손상시킬 수 있다. 따라서 디지털 송신에 대하여 최초판매의 원칙을 적용한다면 지금까지 최초판매원칙이 유지시키고자 하였던 저작권자와 저작물 이용자간의 균형이 파괴된다는 것이다.

또한 최초판매의 원칙이 추구하는 목적은 일단 판매된 저작물의 복제물에 대한 양도나 거래를 증진시킴으로써 저작물이 많이 이용되도록 하기 위한 것인데, 디지털 송신에 대하여 최초판매의 원칙을 적용시킨다면 오히려 이같은 목적이 좌절될 수 있다는 것이다. 곧 최초판매의 원칙이 적용되는 경우, 해적행위의 만연을 우려하는 저작자들은 인터넷상에서 저작물을 제공하기보다는 전통적인 방법에 의하여 저작물을 배포하고자 할 것이고 따라서 저작물 이용자들이 특정의 저작물을 획득함에 있어서는 더 어려워지거나 더 많은 시간이 소요되거나 더 많은 비용이 소요될 수 있게 된다.

이와 같이 디지털 최초판매원칙이 인정되지 않는다면 영구적 복제물인가, 아니면 일시적 복제물인가에 관계없이 최초판매원칙이 적용될 여지가 전혀 없게 된다.

---

34) 저작권법 제43조 제2항, 컴법 제19조 2항, 미국 연방저작권법 제109조 (b)항.

## IV. 미국 저작권국과 한국의 소리바다 판결

미국 저작권국(Copyright Office)은 디지털 최초판매의 원칙의 수용을 거부하면서 다음의 것을 이유로 하여 최초판매의 원칙이 저작물을 디지털 송신하는 것에 대하여 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.[35] 첫째, 디지털 최초판매의 원칙의 근거로서 저작물의 디지털송신과 물리적인 객체를 이전하는 것이 유사하다는 것이 제시되었는데, 디지털송신을 위하여서는 두 개의 복제물이 만들어질 수밖에 없기 때문에 양자가 다를 수밖에 없다는 것이다.

둘째, 디지털 최초판매의 원칙은 복제물의 재판매를 방해함으로써 경쟁촉진적 효과를 가진다고 하는데, 최초판매원칙에 의한 복제권의 제한에 따른 저작권자의 염려, 배포가 용이해짐으로써 야기되는 시장에 대한 손해, 법에 의하여 해적행위를 억제하는 것이 감소된다는 것 등이 디지털 최초판매원칙에 의하여 제공되는 경쟁촉진적인 이익에 우선한다고 판단하였다.

셋째, 디지털 최초판매의 원칙을 인정하여 복제물의 물리적인 이전과 유사하게 소비자가 다운로드받은 자료를 양도할 수 있어야 자료의 거래에 손상을 주지 않는다고 주장되는데, 이에 대한 경험적이거나 실제의 증거가 없으며 복제물의 양도에 대한 소비자의 기대나 전자상거래에 대한 영향을 주장하는 것은 추측일 수밖에 없다고 하고 있다.

소리바다 가처분 이의판결(제1심)은 다음에서 볼 수 있는 바와 같이 MP3 파일의 교환, 곧 사실상 디지털 송신에 대하여 다음과 판시함으로써 결과적으로 디지털 최초판매의 원칙을 인정하는 듯 한 판시를 하였다.

> 소리바다 이용자들이 공유폴더에 그 mp3파일을 저장한 채 소리바다 서버에 접속하여 자동적으로 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 하는 행위는, 그 이용자의 컴퓨터의 공유폴더를 다른 이용자들이 검색하여 원하는 mp3파일에 대한 다운로드를 요청하고, 위 요청에 따라 컴퓨터가 음원에 대한 복제물인 당해 mp3파일에 대하여 새로이 재복제물을 생성하고 이를 자동적으로 요청자에게 송신하는 전기적 신호과정을 통해 요청자가 mp3파일을 다운로드 받게 되고, 그 mp3파일이 컴퓨터 하드디스크의 다운로드폴더에 자동적으로 저장됨으로써 재복제물이 생성되는 되는 일련의 행위 과정과 결합됨으로써, 결과적으로 음을 유형물(음이 고정되기 전의 유형물은 요청자가 이미 가지고 있는 하드디스크이므로 요청자가 스스로 제공하는 것이 된다)에 고정하여 양도하는 결과가 되어 음반제작자의 배포권을 침해하는 것이라 할 것이다.[36]

그러나 소리바다 가처분이의 항소심은 배포권의 침해를 부정함으로써 역시 결과적으로 디지털 최초판매원칙을 부정하는 판시를 하였다.

---

35) U.S. Copyright Office, A Report of the Register of Copyrights Pursuant to § 104 of the Digital Millennium Copyright Act, 79 (2001).
36) 수원지방법원 성남지원, 2002카합284 가처분이의 (2003).

> 채권자들은 소리바다 이용자들의 앞서 본 업로드 행위가 이 사건 음반제작자들의 배포권을 침해한다고 주장하므로 살피건대, "배포"란 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것으로(저작권법 제2조 제15호), 이용자가 특정 MP3파일을 공유폴더에 저장한 채로 소리바다 서버에 접속하였다 하더라도 그 자체만으로 그 MP3파일의 양도나 대여가 있었다고 볼 수는 없으므로(저작권법상 '배포'는 '전송'의 개념에 대비되어, 유체물의 형태로서 저작물이나 복제물이 이동하는 것을 의미하는 것으로, 이 사건에 있어서와 같이 어떤 이용자가 자신의 컴퓨터의 공유폴더에 MP3파일을 저장하여 소리바다 서버에 접속함으로써 다른 이용자가 이를 다운로드 받을 수 있도록 하는 행위는 다음에서 보는 바와 같이 전송에 해당함은 별론으로 하고, 이와 별도로 배포에도 해당한다고 보기는 어렵다), 배포권 침해 주장은 이유 없다.[37]

배포권의 침해를 부정하는 소리바다 가처분이의 항소심의 결론이 타당하다는 것은 이론의 여지가 없다. 한국의 저작권법과 컴법은 배포에 대하여 각각 "저작물의 원품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것"(저 §2 xv), "원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 행위(컴 §2 v의 ii)"이라고 정의하고 있다. 이같은 배포의 개념은 대여의 개념을 포함하는 것으로서, 복제물에 대한 양도나 점유의 이전이 있어야 배포가 이루어질 수 있다. 복제물에 대한 양도나 점유의 이전이 있는 경우, 양도나 이전한 자는 더 이상 복제물을 가지고 있어서는 안 된다는 것을 의미한다. 한국 저작권법의 이러한 태도는 미국 연방저작권법 제106조의 배포권에서 언급되는 물리적인 객체, 제101조의 복제물 및 음반의 정의에 기초하여서도 해석된 것과 동일하다. 곧 배포가 이루어지기 위하여서는 물리적인 객체(material object)가 어느 위치에서 다른 위치로 이동하여야 하는데, 인터넷을 이용하여 어느 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 저작물의 복제물을 송신하는 행위는 물리적인 객체를 어느 위치에서 다른 위치로 이동시키지 않고 송부하는 컴퓨터의 복제물은 그대로 있는 상태에서 수신하는 컴퓨터에 복제물이 새로이 만들어지게 되어 결국 2개의 복제물이 된다.

결국 인터넷상에서의 송신이 배포에 해당하지 않으며 따라서 최초판매의 원칙이 적용될 여지는 없다. 따라서 저작권법상의 복제의 정의를 개정하여 일시적 복제가 인정되더라도 최초판매의 원칙에는 아무런 영향을 주지 않는다.

## V. 소프트웨어 스트리밍과 최초판매의 원칙

컴퓨터 프로그램과 관련된 최초판매의 원칙은 2가지로 논의할 수 있다. 첫째, CD에 담겨있는 컴퓨터프로그램을 판매하고 구매하는 것과 같이 오프라인상에서 이용하는 경우이다. 이 경우 최초판매의 원칙은 두 가지 측면에서 고려될 수 있다. 먼저 컴퓨터프로그램 자체만을 고려한다면, 위의 경우 CD에 담겨져 있는 콘텐츠인 컴퓨터프로그램과 이 프로그램을 담고 있는 물리적 매개체인 CD는 분명히 구별된다. CD는 판매되는 것이지만 그 속에 담겨져

37) 서울고등법원, 2003나21140 가처분이의 (2005).

있는 컴퓨터프로그램은 이용허락되는 것이다. 이용허락은 그 대상인 '프로그램 자체'를 배포(저작물 등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것, 원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 행위)하는 것이 아니고 말 그대로 이용허락을 하는 것에 불과하게 되므로 최초판매 원칙이 적용될 여지가 없다. 따라서 컴퓨터 프로그램 그 자체는 최초판매원칙이 적용될 여지가 없다.

또한 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 허락을 받아 원프로그램 또는 그 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있음으로써 최초판매의 원칙이 적용된다(§19 I). 따라서 CD에 담겨져 있는 형태로 컴퓨터프로그램의 복제물이 판매되었다면 원칙적으로 최초판매의 원칙이 적용된다. 그러나 판매용프로그램을 영리를 목적으로 대여하는 경우에는 이러한 최초판매원칙이 제한된다(§19 II). 대여를 제외한 배포에 있어서 최초판매원칙이 적용되는 것은 원프로그램이나 그 복제물이지 컴퓨터프로그램 자체가 아니다. 이와 같이 컴퓨터프로그램에 대하여 최초판매원칙이 적용되더라도 프로그램 저작물을 담고 있는 매개체의 점유 이전이나 소유권 양도를 그 특징으로 하고 있으며, 점유를 이전하거나 소유권을 양도한 자는 더 이상 그 매개체를 점유 내지 소유하고 있지 않다는 것을 알 수 있다. 바로 이 점이 인터넷상에서 프로그램 저작물을 다운로딩하거나 일시적 복제에 의하여 이용하는 것과 가장 큰 차이가 있게 된다.

둘째, 인터넷상에서 프로그램 저작물을 다운로딩하는 경우이다. 앞서 본 보고서가 상세히 논의한 바와 같이 P2P나 웹하드 등을 통하여 한 쪽 당사자가 상대방에게 컴퓨터 프로그램 등 디지털 저작물을 송신하는 경우, 파일이 상대방에게 새로 만들어지는 것이지 한 쪽 당사자가 가지고 있는 '파일의 점유나 파일에 대한 소유권'이 상대방에게 넘어가는 것이 아니다. 프로그램 저작물을 인터넷상에서 다운로딩의 방법에 의하여 제공하는 것에 대해서는 최초판매의 원칙이 적용될 수 없다.

셋째, 소프트웨어 스트리밍과 같이 프로그램 저작물이 일시적 복제의 방법으로 제공되는 경우이다. 이 경우 최초판매원칙이 적용될 것인지 여부를 분석하는데 있어서는 인터넷상에서 프로그램을 다운로딩하는 것과 큰 차이가 없다. 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 소프트웨어를 코딩작업에 의하여 스트림으로 전환시킨 후 이를 이용자들에게 제공하고, 이용자들은 이를 컴퓨터 RAM 등에 일시적 복제의 형태로 복제한 후 이용할 수 있게 된다. 곧 서버는 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하기 위하여 프로그램 저작물(소프트웨어)이 복제되어야 하며, 이 프로그램은 스트림의 형태로 변환되어 이용자에게 제공된다. CD가 아닌 디지털 방식으로 소프트웨어를 제공함에 있어서는, (i) 서버에 있는 프로그램 복제물 자체를 양도하는 것이 아니며, 따라서 (ii) 서버의 프로그램은 그대로 존재하고 이용자의 컴퓨터에는 일시적 복제의 형태에 의하여 새로운 프로그램 복제물(컴퓨터 프로그램 전체 또는 일부의 복제물)이 만들어지게 되어 최초판매의 원칙이 적용될 수가 없다. 물론 예컨대 송신자가 컴퓨터프로그램을 송신하고 수신자가 이를 자신의 컴퓨터에 저장하면 송신자의 컴퓨터에서 컴퓨터프로그램이 삭제되는 기술이 존재한다면, 최초판매원칙이 인정되는 취지도 존재할 수

있고 이 원칙을 인정할 것인지를 입법적으로 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 기술은 존재하지도 않으며, 일시적 복제에 있어서도 일반적인 송신에서와 마찬가지로 디지털 최초판매원칙이 적용될 수 없다. 또한 공중이용제공권을 인정하고 있는 WCT 제8조상의 공중전달에 있어서는 권리가 소진되는 것이 아니다.[38] 권리소진은 유형의 복제물을 배포하는 것과 관계되며, 따라서 송신의 결과 수신자가 복제물을 만드는 경우 그 복제물은 저작자의 승낙 없이는 다시 공중전달되거나 배포될 수 없게 된다. 요컨대 일시적 복제 개념이 인정되더라도, 온라인상에서의 전송이 배포에 포함되는 식으로 입법이 되거나 해석이 되지 않는 한, 배포권과 관계되는 최초판매원칙에는 아무런 영향을 주지 않는다.

38) WCT 제6조는 저작자에게 배포권을 인정하면서(제1항), WCT에 의하여 권리소진에 관하여서는 TRIPS 협정과 마찬가지로 당사국들에게 일임하고 있다(제2항). 따라서 권리소진에 관하여서는 체약국들에게 일임하였지만, 권리소진이 배포권과 관계된다는 것을 밝히고 있다.

# 제6장 공정이용의 원리와 소프트웨어 스트리밍

## I. 서론

한미 FTA(KORUS FTA) 및 한-EU FTA는 저작권의 상향화와 집행의 강화를 그 기본적인 내용으로 하고 있다. 사실상 1990년대 중반 이후 인터넷이 광범위하게 사용되기 시작하면서 저작권은 확대되거나 강화되어 온 경향에 있다. 한국이 미국과 체결한 FTA와 유럽연합과 협상중인 FTA는 저작권을 한층 더 강화하고 집행을 강력하게 하는 것이다. 한미 FTA 협상 타결이후 이를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 저작물의 공정이용을 포함시킴으로써 권리의 확대·강화에 따라 권리 및 이용의 균형을 꾀하고자 하였다. 이러한 공정이용 조항의 포함은 한-EU FTA를 이행하는 과정에서도 매우 타당하게 적용되어야 할 것이다. 본 보고서가 상세하게 논의한 바와 같이, 소프트웨어 스트리밍은 복제권 및 전송권의 침해로 나타나게 되는데, 이러한 공정이용에 의한 저작권 제한에 기하여 소프트웨어 스트리밍에 의한 복제 및 전송이 허용될 것인가 문제될 수 있다.

한미 FTA는 일시적 복제를 허용하면서 일시적 복제에 대하여 예외를 설정할 수 있도록 하고 있고, 저작권법 개정안도 일시적 복제에 대한 예외를 규정하고 있다. 따라서 이러한 일시적 복제에 대한 예외에 의하여서도 소프트웨어 스트리밍에 의한 복제 및 전송이 허용될 수 있을 것인가 문제될 수 있다.

## II. 일시적 복제에 대한 예외

KORUS FTA는 일시적 복제를 인정하면서, “각 당사국은 제1항에서 기술된 권리에 대한 제한 또는 예외를 그 저작물, 실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 않는 특정의 특별한 경우에 한정하여야 하며 권리자의 정당한 이해관계를 부당하게 손상하지 않아야 한다. 보다 더 명확하게 하기 위하여, 각 당사국은 본 항에 규정된 권리에 대한 제한이나 예외를 공정이용을 위하여 채택하거나 유지할 수 있으며 다만 이러한 제한이나 예외는 제1문에서 언급된 바와 같이 한정되어야 한다.”고 규정하고 있다(§20.4.1 각주). 이에 따라 KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안도 다음과 같이 일시적 복제에 대한 예외를 규정하고 있다.

> **개정안 제35조의2(저작물 이용과정의 일시적 복제)** 컴퓨터 등을 통하여 정당하게 저작물을 이용하는 기술적 과정의 일부로서 복제물이 만들어지는 것이 필수적으로 요청되는 경우에는 이를 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 불법 복제물로부터 일시적 복제가 일어나는 경우에는 그러하지 아니하다.

이러한 예외는 일시적 복제 형태에 의하여 정당하게 저작물을 이용하는 자가 자신의 컴퓨

터에 저작물을 이용하는 과정에서 이루어지는 일시적 복제에 대하여 예외를 인정하기 위한 것이다. 여기에 해당할 수 있는 가장 대표적인 것으로서 예컨대 AoD나 VoD와 같이 일시적 복제에 의하여 저작물이 적법하게 제공되고 있고 이용자는 제공자에게 일정한 이용료를 지급하고 이 서비스를 이용하는 경우를 들 수 있다. 이 경우에는 전송된 프로그램저작물을 스트리밍의 형태로 이용하면서 일시적 복제를 할 수밖에 없게 되고, 이 일시적 복제에 대하여 또 다시 이용료를 지급하면 2중의 지급이 이루어지게 되기 때문이다. 다만 이 경우에 논란이 될 수 있는 것은 전송권자와 복제권자가 각각 분리되는 경우, 복제권자가 일시적 복제에 대하여 권리를 행사할 수 있는가 여부가 될 것이다. 물론 이 경우에도 그 복제는 저작물이 이용되는 과정에서 필수적으로 일시적 복제가 이루어지는 것이므로 행사할 수 없을 가능성이 매우 높게 된다.

## III. 공정이용

### 1. 저작권법과 공정이용

KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 개정안은 저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 다음과 같이 공정이용의 조항을 포함시키고 있다.

> **저작권법 개정안 제35조의3(저작물의 공정 이용)** ① 제23조 내지 제35조의2에 규정된 경우 외에도 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.
> ② 법원은 저작물 이용 행위가 제1항의 공정 이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 다음 각 호의 사항을 참작하여야 한다.
> 1. 영리 또는 비영리 등 이용의 목적 및 방법
> 2. 저작물의 종류 및 성격
> 3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 분량 및 비중
> 4. 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향

또한 KORUS FTA를 이행하기 위한 컴퓨터프로그램보호법 개정안도(현재 컴법과 저작권법을 합치는 통합 저작권법이 국회를 통과한 상태이므로 컴법은 아무런 의미가 없지만) 공정이용의 원리를 도입하고 있었다.

> **컴법 개정안 제12조의4(프로그램의 공정한 사용)** ①제12조 내지 제12조의3에서 규정한 경우 외에도 프로그램의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 프로그램저작권자의 합법적인 이익을 부당하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 프로그램을 사용할 수 있다.
> ②프로그램의 사용행위가 제1항에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
> 1. 상업성 또는 비영리성 등 사용의 목적 및 성격
> 2. 프로그램의 종류 및 용도
> 3. 사용된 부분이 프로그램 전체에서 차지하는 양 및 중요성
> 4. 프로그램의 사용이 그 프로그램의 현재 또는 잠재적인 시장이나 가치에 미치는 영향

이것은 소위 공정이용의 원리(fair use doctrine)를 한국의 저작권법 체제에 도입하는 획기적인 규정이라 할 수 있다. 이 규정은 다음에서 볼 수 있는 바와 같이 사실상 미국 저작권법 제107조의 공정이용에 근거하는 것이라 할 수 있다.

> 107. Limitations on exclusive rights: Fair use
> Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include-
> (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
> (2) the nature of the copyrighted work;
> (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
> (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.
> The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

미국 저작권법상의 공정이용의 원리는 하나의 조항에 불과한 것이 아니라 1841년 공정이용의 원리를 처음으로 인정한 Folsom v. Marsh 케이스[39] 이후 발전되어 온 판례법 그 자체라고 할 수 있고 앞으로도 여전히 법원에 의하여 형성되어 가야하는 법원리이다. 따라서 공정이용의 원리가 그 기능을 잘 수행하기 위하여서는 판례법과 이를 만드는 법원의 역할이 매우 중요할 수밖에 없다. 미국 저작권법상의 공정이용의 원리가 적용되는 광범위성 내지 융통성은 다른 판례법 국가의 공정거래에 관한 규정이나 대륙법 국가의 저작권의 제한에 대한 규정에서는 전혀 유례를 찾아 볼 수 없을 정도이다. 또한 제107조에 규정된 네 가지 요소는 매우 추상적인 것으로서 이를 적용하는데 있어서 혼란을 야기할 수도 있다. 뿐만 아니라 제107조의 요소가 개별적으로 어떠한 경우에 공정이용이 방어수단으로 사용될 수 있는지에 관한 구체적인 지침을 제공하지 못한다. 제107조의 네 가지 요소를 실제로 적용하는 경우에 그 결과를 예측할 수 있는 것이 아니며, 동일한 케이스에서조차도 각 요소를 해석하고 적용하는데 있어서 다수의견과 소수의견이 달라지는 것도 여기에 기인한다. 물론 이러한 점으로 인하여 공정이용의 원리가 개별적인 상황에 융통적으로 적용될 수 있게 되고 저작권법이 미래의 새로운 기술이나 환경에도 쉽게 적응하는 것을 가능하게 하고, 따라서 법이 기술을 미처 따라 잡지 못하는 점을 극복할 수 있는 장점을 가지게 될 것이다. 공정이용의 원리가 가지는 이러한 성격은 일시적 복제 및 소프트웨어 스트리밍에 대해서도 그대로 적용될

39) F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

것이다.

## 2. 공정이용과 소프트웨어 스트리밍

소프트웨어 스트리밍에 의한 저작물 이용이 (개정되어 시행될) 저작권법 개정안상의 공정이용에 해당할 것인지 여부를 일률적으로 논의하는 것은 불가능하다. 실로 공정이용의 원리가 적용되는 범위는 매우 광범위하고 그 기준이 매우 추상적이며, 동일한 사안에 대하여서도 법관들 간에, 법원들 간에 판단이 달리 나올 수 있을 정도로 그 결과를 예측하기 어렵고, 소프트웨어 스트리밍이 사용되는 상황도 매우 여러 가지가 있을 수 있기 때문이다. 다만 한국 저작권법 개정안상의 공정이용의 원리가 미국 저작권법상의 공정이용에 바탕을 둔 것이기 때문에, 미국 저작권법 제107조의 서문이나 개별적인 네 가지 판단요소에 기초하여 어렴풋이나마 예측할 수 있을 것으로 보인다.

제107조는 대표적인 공정이용이 되는 저작물 이용의 목적으로서 비판(criticism), 비평(comment), 뉴스 보도, 강의(teaching), 학문(scholarship) 또는 연구(research)를 예시하고 있다. 또한 개별적인 저작물 이용이 공정이용이 되는가 여부를 판단함에 있어서 (i) 저작물 이용의 목적과 성격, (ii) 저작물의 성격, (iii) 전체적인 저작물과 이용된 저작물의 양과 상당성, (iv) 사용으로 인한 저작물의 잠재적인 시장이나 가치에 대한 영향을 그 판단기준으로 하고 있다. 이러한 기준은 저작권법 개정안과 사실상 동일하다고 할 수 있다. 그러나 주의할 점은 개별적인 요소 하나만으로 공정이용 여부를 판단하는 것이 아니고, 네 가지 요소를 모두 종합적으로 고려하여 공정이용 여부를 판단하여야 한다는 것이다. 따라서 예컨대 네 가지 요소 중 1-2가지는 공정이용이 되는 쪽으로, 나머지는 공정이용을 부정하는 쪽으로 판단되는 경우, 전체적으로 공정이용이 되는지 여부를 판단하여야 하고, 공정이용의 원리가 가지는 장단점이 바로 여기에서 나타나게 된다.

### (1) 저작물 이용의 목적과 성격

저작물의 이용이 상업적인지 여부와 비영리적인 교육상의 목적을 위한 것인지 여부에 따라 공정이용 여부를 판단하는데 영향을 주게 된다. 곧 저작물의 이용목적이 상업적이거나 아니면 비영리적이고 교육적이라면 공정이용이 될 가능성은 각각 낮아지거나 높아진다. 그러나 상업적이라고 해서 공정이용이 배제되는 것은 아니며, 또한 비영리적 교육목적이라고 해서 항상 공정이용이 되는 것은 아니다. 전문에 열거된 비판, 비평, 뉴스 보도, 강의 또는 연구 등의 목적도 주로 비영리 교육목적에 해당되어 공정이용이 될 수 있다.

이러한 기준에 의한다면, 소프트웨어 스트리밍의 목적이나 성격이 예컨대 교육을 위한 것이라고 한다면 공정이용이 되는 쪽으로 기울게 하는데 영향을 줄 수 있을 것이다. 물론 비교육적인 것도 공정이용이 될 가능성이 있게 하며, 교육을 위한 것이라고 하더라도 공정이용이 부정될 수 있다. 특히 나머지 세 가지 요소를 추가적으로 고려하여야 하므로, 예컨대 소프트웨어 스트리밍의 목적이 교육목적을 위한 것이고 비상업적인 경우라 하더라도, 창작성이 높은 소프트웨어가 스트리밍으로 제공되었다거나 이러한 비상업적이고 교육목적의 소

프트웨어 스트리밍으로 인하여 소프트웨어의 판매에 영향을 주거나 심지어 소프트웨어가 판매될 수 있는 잠재적인 시장(potential market)에 부정적인 영향을 준다면 공정이용은 부정될 수 있을 것이다.

저작물 이용의 목적이나 성격과 관련하여 미국의 판례와 학자들에 의하여 주로 논의되는 것은 저작물의 이용이 생산적인 이용이나 변형적인 이용(transformative use)이 되는가 여부이다. 이에 의하면, 생산적인 이용은 저작물을 이용하는 자가 원저작물에 자신이 독창적으로 기여함으로써 새로운 저작물을 창조하는 이용을 의미한다. 생산적인 이용은 원저작물과 다른 방법으로 또는 다른 목적을 위하여 인용을 하는 것이며, 단순한 재포장 또는 재공표에 불과하다면 원저작물을 단순히 대체하는 것에 불과하므로 생산적인 이용이 되지 않는다. 그러나 원저작물에 가치를 증가시키는 이용, 예컨대 원저작물을 단순한 자료로서 인용하거나 새로운 정보나 새로운 심미감 또는 새로운 식견을 창조하기 위하여 원저작물을 변형하는 이용은 공정이용의 원리가 보호하고자 하는 이용이 된다. 변형적인 이용의 예로서는 저작물의 비판, 원저작물의 저작자의 성격의 노정, 사실의 증명, 원저작물에서 주장된 아이디어를 방어하거나 부인하기 위하여 이 아이디어를 요약하는 것 등이 제시되고 있다.

그렇다면 스트리밍에 의한 소프트웨어의 이용은 이러한 생산적 내지 변형적인 이용이 될 수 있는가? 여기에 대한 대답은 그렇지 않다는 것이다. 소프트웨어 스트리밍은 서버가 소프트웨어를 스트림의 형태로 변환시켜 제공하는 것에 불과한 것으로서 소프트웨어를 이용자에게 제공하는 방법만 달리하는 것이고, 프로그램저작물인 소프트웨어 자체의 가치를 증가시키는 것이 되지 않으며, 단순히 소프트웨어를 재포장하거나 재공표하는 것에 불과한 것이다. 따라서 소프트웨어 스트리밍은 생산적 내지 변형적 이용이 될 수 없을 것이다.

**(2) 저작물의 성격**

저작물이 사실적인 내용을 많이 포함하고 있는가 아니면 창작적인 내용을 많이 포함하고 있는가에 따라 공정이용 여부를 결정하는데 영향을 받게 된다. 미국의 법원들은 창작적인 요소가 많은 저작물보다 사실적인 저작물에 대하여 공정이용을 협소하게 인정하여 왔다. 저작권법의 최종적인 목적은 지식의 축적을 증가시키는 것인데, 사실적인 저작물에 대한 저작권을 집행하게 된다면 창조적인 저작물보다 정보의 자유로운 흐름을 방해하는데 있어서 더 큰 위험성을 야기한다는 것을 이유로 한다. 따라서 오락을 위한 저작물보다는 과학·전기·역사적인 저작물의 이용이 공정이용으로서 허용될 가능성은 높다.

사실에 기초한 저작물의 이용에 대해서는 공정이용이 될 가능성이 높아지게 되는데, 이와 마찬가지로 미국의 법원들은 컴퓨터 프로그램과 같은 기능적 저작물을 이용하는 것에 대해서도 공정이용을 광범위하게 인정하고 있다는 것을 주의할 필요가 있다. 이것은 기능적 저작물에는 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어, 절차, 과정, 체계, 작동방법 등이 많이 포함되어 있고 따라서 공정이용을 그만큼 넓게 인정함으로써 이들이 자유로이 거래될 수 있도록 함과 동시에 타인이 이를 이용함으로써 기술적인 기여를 할 수 있도록 하기 위한 것이다.

그렇다면 소프트웨어 스트리밍은 어떠한가? 기능적 저작물인 컴퓨터 프로그램에 대하여 공

정이용을 인정할 가능성이 높다는 것은, 저작물 이용의 성격과 목적에서 논의한 바와 마찬가지로  컴퓨터 프로그램 자체에 포함되어 있는 일반 공유영역(public domain)상에 있는 요소의 사용을 증가시키기 위한 것이지, 이러한 요소들과 창작적인 요소들을 포함하고 있는 소프트웨어 전체를, CD의 형태나 다운로딩의 형태 대신 스트리밍의 형식에 의하여, 제공할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 예컨대 미국의 법원들은 컴퓨터 프로그램의 역분석(reverse engineering)을 공정이용의 원리에 의하여 허용하고 있는데, 바로 이것은 기능적 저작물에 포함되어 있지만 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소를 이용하는 것에 대하여 공정이용을 인정하기 위한 것이라 할 수 있다. 그러나 소프트웨어 스트리밍은 역분석과는 차원이 전혀 다르며, 소프트웨어 자체를 스트림 등으로 변환만 하여 제공하는 것에 불과한 것으로 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소를 공정이용하도록 하는 것이 아니다.

저작물의 성격을 공정이용 여부를 판단하기 위한 요소로 포함시킨 근거 중의 하나는 이용의 대상이 되는 저작물이 얼마나 창작적인가 여부에 따라 공정이용 여부를 판단하는데 영향을 주도록 하기 위한 것이다. 기능적인 저작물인 컴퓨터 프로그램에는 저작권에 의하여 보호될 수 없는 요소를 포함하고 있고 따라서 이를 이용하더라도 그만큼 공정이용이 되도록 하기 위한 것이다. 따라서 예컨대 스트리밍의 대상이 되는 소프트웨어가 창작성이 낮으면 낮을수록 공정이용이 될 가능성이 있게 된다. 그러나 반대로 창작성이 높은 소프트웨어는 공정이용이 될 가능성이 낮아지게 되는데, 일반적으로 스트리밍의 대상이 되는 소프트웨어는 당연히 상업성이 있는 것으로서 창작성이 높을 수밖에 없다. 이러한 소프트웨어를 스트리밍으로 제공한다면 공정이용을 부정하는 쪽으로 기울게 된다는 것도 자연스러운 결론이 된다.

**(3) 전체적인 저작물과 이용된 저작물의 양과 상당성**

이용된 저작물의 양이 많으면 많을수록 공정이용이 될 가능성은 낮아지게 된다. 이것은 저작물 이용자가 저작물의 상당부분을 복제한 경우 저작권자의 손실이 이용자의 이익에 접근할 가능성이 높아진다는 것을 반영하는 것이다. 소량의 발췌부분만을 이용하는 경우에는 저작권자의 허락을 받지 않고 공정이용의 원리에 의하는 것이 저작물 이용에 대한 거래비용을 정당화시킬 수 있지만, 상당부분을 이용하는 경우에는 저작물을 이용하기 위하여 저작권자와 이용자가 이용허락을 받기 위하여 협상하기 위하여 비용이 소요되더라도 정당화될 수 있다. 곧 후자의 경우에는 저작물을 이용하기 위하여서는 이용허락을 받으라는 것이고, 따라서 이러한 비용을 감소시키기 위하여 허용되는 공정이용이 적용될 여지는 그만큼 적어지게 된다.

다른 세 가지 요소와 마찬가지로 이용된 저작물의 양과 상당성은 공정이용을 결정하기 위한 하나의 요소에 불과하다. 따라서 피고가 저작물을 이용함으로써 발생하는 가치가 원고 저작권자의 손실을 초과하고 저작물의 이용에 관한 원·피고간의 협상비용이 상당히 높다면, 피고가 원고 저작물 전부를 복제하였더라도 피고의 이용은 공정이용이 될 수도 있다. 이와는 반대로 소량의 저작물을 이용하였을 경우에도 그 이용된 부분이 전체 저작물에서 매우 중요하거나 핵심적인 것이고 이용자가 저작자에게 소요된 시간과 비용을 절약하기 위하여

저작물을 이용하였다면, 그 이용은 공정하지 않게 될 것이다.

이러한 세 번째 요소를 소프트웨어 스트리밍에 적용하면 공정이용이 부정되는 쪽으로 기울게 될 것이다. 왜냐하면 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 소프트웨어 전체를 사용하는 것이기 때문이다. 이러한 세 번째의 요소는 네 번째의 요소와 관련되어 있는데, 지나치게 많은 부분을 복제하면 원저작물의 필요성은 없어지게 되고 원저작물의 시장을 파괴하기 때문에, 저작물 전체가 이용된 경우에는 공정이용의 가능성은 그만큼 적어지게 된다.

**(4) 사용으로 인한 저작물의 잠재적인 시장이나 가치에 대한 영향**

타인에 의한 저작물 이용으로 인하여 저작물이 판매되는 시장이 손상을 받게 되면 저작권 제도의 존재의의는 없어진다. 따라서 저작물 이용으로 인하여 저작물 시장이나 저작물의 가치가 손상을 받는다면 공정이용의 가능성은 낮아지게 되고, 특히 저작물 이용으로 손해가 발생하는 가장 대표적인 것은 이용자와 저작권자가 서로 직접 경쟁하는 경우이다.

저작자 자신이 아직 이용하지 않았거나 타인에게 사용허락하지 않은 분야에 타인이 저작물을 사용한 경우, 곧 저작자가 진입하지 않은 시장에 타인이 저작물을 이용한 경우 공정이용이 되는가와 관련하여 미국 저작권법은 잠재적인 시장(potential market)에 대한 영향을 규정하고 있다. 한국의 저작권법 개정안이 '장래의 시장이나 가치에 미치는 영향'이라고 규정한 것도 이와 사실상 동일한 것이다. 따라서 잠재시장의 범위를 어떻게 해석할 것인가가 문제된다. 이러한 잠재시장에 대하여 Napster 케이스[40]는 좋은 시사점을 제공해주고 있다. 이 케이스에서 제1심법원은 냅스터로 인하여 원고가 대학생들에 대한 CD의 판매를 감소시키며, 디지털 형태로 음악을 다운로드시키는 시장에 진입하는데 장애가 됨으로써, 원고의 저작권 시장을 손상시킨다고 하였다. 항소법원은 이를 인정하였을 뿐만 아니라, MP3 파일의 공유에 의하여 CD의 판매를 대체하는 것이 아니라 오히려 판매를 자극시키므로 음악산업에 도움이 된다는 피고측 조사보고서의 신빙성을 배척한 원심법원의 결론을 인용하였다. 또한 디지털방식에 의한 다운로드를 위한 판매 및 사용허락에 대하여 원고는 상당한 투자와 노력을 하였고, 따라서 냅스터는 이러한 다운로드에 대하여 요금을 부과하려는 원고의 시도에 피해를 가하였다고 하였다.

소프트웨어 스트리밍으로 인하여 소프트웨어의 가치나 잠재시장에 대한 영향이 어떠한가? 저작권자들은 각 PC마다 하나의 소프트웨어를 설치하게 함으로써 소프트웨어 판매를 증가시키고자 한다. 사실상 각 컴퓨터가 소프트웨어를 사용하는 것에 대하여 모두 이용료만 제대로 지급한다면, 그것이 CD의 형태이건, 다운로딩의 형태이건, 스트리밍 방식에 의한 것인가에 관계없이, 소프트웨어 저작권자들이 보는 손해는 존재하지 않는다. 따라서 소프트웨어 스트리밍이 이루어진다고 하더라도 소프트웨어의 가치가 감소한다고 할 수는 없다. 그러나 이것은 이상(理想)에 불과한 것이고 이러한 이상은 달성할 수 없다는 것이 문제점으로 작용한다. 예컨대 100대의 컴퓨터가 사용되는 것을 전제로 이용허락을 한 경우, 100대의 컴퓨터를 대상으로 스트리밍 서비스를 제공된다면 소프트웨어의 가치는 감소한다고 하기 어려울 것이다. 그러나 이러한 서비스가 인터넷상에서 제공된다면 서비스를 제공받는 숫자를 가늠

40) 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

하는 것은 매우 어려울 것이다.

뿐만 아니라 소프트웨어 스트리밍으로 인하여 잠재시장에 대하여 부정적인 영향을 미칠 것으로 보인다. 소프트웨어 시장이 소프트웨어가 제공되는 매체나 방법에 따라 CD, 다운로딩, 스트리밍의 형태로 분류한다면, 일반적인 상업적 소프트웨어는 현재 대부분 CD의 형태로 이루어지고 있다. 만약 소프트웨어 스트리밍 사업자가 소프트웨어 저작권자의 허락을 받지 않고 서비스를 제공한다면 스트리밍 시장은 소프트웨어 저작권자의 잠재시장이 될 것이고, 서비스 제공으로 인하여 소프트웨어 저작권자가 이 잠재적 시장에 진입하는 것이 영향을 받을 수밖에 없다. 예컨대 캠퍼스를 대상으로 이용허락이 이루어지는 사이트 라이센스에 있어서도 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 제공하는 것은 소프트웨어 저작권자의 잠재시장에 부정적 영향을 주게 될 것이다.

### 3. 공정이용에 대한 결론

이상에서 논의한 바와 같이 소프트웨어가 스트리밍 방식으로 제공되는 경우, 곧 스트리밍 방식으로 제공되는 소프트웨어를 이용하는 것이 공정이용이 될 것인지 여부는 개별적인 사안에 따라서만 결정될 수 있다. 극단적인 경우에는 소프트웨어 스트리밍이 공정이용이 될 가능성이 있는 경우도 있을 것이다. 예컨대 수십 명 학생에 의한 사용을 허락하는 라이센스가 있는 상태에서, 교육목적을 위하여 소프트웨어를 스트리밍 방식으로 제공하는 경우 공정이용이 될 가능성이 있다. 이 반대의 극단적인 경우, 예컨대 인터넷상에서 소프트웨어를 스트리밍으로 제공하고 이를 사용하는 것은 공정이용이 되지 않는 것이 확실할 것이다. 소프트웨어가 스트리밍은 이러한 두 가지 극단적인 경우 사이에 존재하게 될 것인데, 일반적인 소프트웨어 스트리밍에 있어서는 공정이용이 되지 않는 쪽이 될 가능성이 높은 것으로 보인다. 왜냐하면 소프트웨어 스트리밍으로 인하여 소프트웨어의 현재 가치나 잠재시장에 영향을 주는 것이 일반적이며, 소프트웨어 자체는 창작성이 있는 컴퓨터프로그램저작물이며, 소프트웨어 전체가 제공되는 것이지 부분만 제공되는 것이 아니어서, 공정이용을 판단하기 위한 요소들에 의하면 공정이용이 되지 않을 가능성이 높기 때문이다.

### 4. 저작권법 개정안상의 공정이용 원칙

KORUS FTA를 이행하기 위한 저작권법 및 컴법 개정안은 공정이용을 규정하면서 “저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있다”고 규정하거나(컴 개정안 §12조의 4 I), "저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있다"고 규정하고 있다(저 개정안 §35조의 3 I). 미국 저작권법 제107조의 전문(preamble)은 공정이용이 되는 몇 가지 예를 열거하고 있지만, 저작권법 및 컴법 개정안은 모두 추상적인 원칙만을 내세우고 있을 뿐이며 더군다나 이러한 원칙들은 베른협약[41]이나 TRIPs 협정[42]이 규정하고 있는 저작권 제

41) **베른협약 §9 (2)** It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not

한에 관한 3단계 테스트를 그래도 옮겨놓은 것에 불과한 것이다. 이러한 추상적인 규정만으로는 어떠한 저작물 이용이 공정이용이 될 것인가를 판단할 수 있는 것이 아니며 결국 제2항에 규정되어 있는 네 가지 요소에 따라 판단하게 되는 것이다.

## IV. 공정이용 원리 적용시 주의사항

본 보고서가 상세하게 논의한 바와 같이 소프트웨어 스트리밍은 공정이용이 되지 못하는 것이 일반적일 것으로 보인다. 그러나 공정이용의 원리가 적용됨에 있어서 주의할 사항은 공정이용의 원리를 적용한 결과를 어느 누구도 예측할 수 없다는 것이다. 바로 이러한 점이 장점이 되는 동시에 단점이 되기도 하는데, 이것이 의미하는 것은 법원이 공정이용이 되는가 여부를 결론을 내린 뒤 네 가지 요소를 결론에 맞추어 나갈 수 있다는 것이다. 곧 네 가지 요소 중에 세 가지가 공정이용으로 기울어지는 쪽으로 판단되더라도 한 가지 요소에 의하여 공정이용을 부정할 수도 있는 것이고, 그 반대가 될 수도 있다. 따라서 소프트웨어 저작권자 측이 소프트웨어 스트리밍에 의한 서비스제공을 선호하지 않고, 이러한 서비스가 공정이용이 되지 않도록 하기 위하여서는, 스트리밍 시장이라는 잠재시장에 진출하는 것을 준비하는 등 공정이용을 저지하기 위한 준비를 할 필요성이 있을 것이다.

---

conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

42) TRIPs Article 13 Limitations and Exceptions
Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

# 제7장 이용허락과 불공정행위

## I. 서론

소프트웨어 스트리밍과 관련하여 Z!Stream을 개발한 측과 컴보위는 소프트웨어 저작권자들이 시장지배적 지위를 남용하거나, 신의성실에 반하거나, 권리남용에 해당한다고 함으로써, 복제권 및 전송권 침해를 부인하는 주장을 하고 있다. 따라서 이러한 주장은 저작권 영역을 벗어나는 주장으로서, 이용허락계약의 형태와 밀접하게 관계된다. 이용허락계약과 불공정거래행위, 신의성실 및 권리남용 여부를 고찰해 보기로 하자.

## II. Z!Stream 주장 및 컴보위 의견

Z!Stream 측은 전송권 침해에 대하여 "저작권자들이 관련 라이선스를 제시하지 못하고 있으며, 단체가 다량의 라이선스를 구입하는 것(Campus Agreement 등)은 그 구성원이 사용함을 전제하는 것이므로 이를 금하는 것은 이용권자의 권익을 침해하는 것"이고 "국내외적으로 이와 유사한 방식의 S/W의 사용이 이루어지고 있음에도 시장지배적 지위를 남용하여 특정업체 제품만을 상대로 문제를 제기하고 있음"으로써 전송권 침해를 부인하고 있다.

컴보위는 "구성원 전체가 사용할 수 있는 한글과컴퓨터사의 CLA(Campus License Agreement)나 MS사의 CA(Campus Agreement)계약과 같은 사이트라이선스의 경우, 비록 전송의 허락이 없다고 하더라도 이 라이선스는 그 특성상 계약된 범위내의 구성원 모두가 사용할 수 있으므로, 그 사용 방법에는 제한이 없다고 보아야 한다. 따라서 사이트라이선스의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 S/W 스트리밍 방식으로 사용한다고 하여도 이를 계약에 위배되는 전송권 침해로 볼 수 없다"고 해석하였다. 또한 패키지 제품의 경우 "저작권자가 정당한 이유 없이 사용자가 희망하는 합리적인 라이선스를 제시하지 않고 1PC 1License 정책만을 강요하는 등 라이선스에 대한 부당한 차별 정책(예컨대, 외국에서 사용하는 라이선스 형태를 국내에는 제시하지 않는 경우)을 통해 S/W스트리밍 방식의 사용을 실질적으로 제한하는 경우, 불공정 약관 및 불공정 거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고자 하는 약관의 규제에 관한 법률과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 목적 및 취지에 비추어 볼 때, 불공정하다고 볼 수 있다. 나아가 이러한 라이선스 거절 행위는 신의성실의 원칙에 반하거나 권리남용으로도 볼 수 있다"고 판단하였다.

## III. 계약위반

### 1. 서론

컴퓨터 프로그램의 보호역사는 미국에서의 보호역사라 할 수 있는데, 미국에서 컴퓨터 프로그램의 저작권에 의한 보호가 공식적으로 인정된 것은 1980년도에 1976년 저작권법의

개정에 의한 것이었다. 저작권에 의한 보호가 인정되기 전인 1970년대에, 소프트웨어 개발업자들은 최종 소비자들에게 소프트웨어를 판매하기보다는 소프트웨어의 이용허락을 선호하였다. 이러한 관행은 대부분 저작권법상의 최초판매이론이 적용되는데 따른 결과를 회피하기 위한 것이었다. 최초판매이론이 적용되면, 저작물의 복제물을 판매하여 (복제물에 대한) 소유권을 이전한 저작권자는 그 복제물이 다시 배포되고 이전되는 것을 통제할 모든 권리를 상실하게 된다. 저작권자는 이러한 소유권의 이전을 회피할 필요가 있었고, 따라서 이용허락은 저작물의 복제물에 대한 소유권이 이전됨으로써 그 복제물의 소유자가 이를 다시 판매하거나 기타 처분하는 것을 인정하는 최초판매이론을 회피하기 위한 것이었다. 따라서 소프트웨어를 판매가 아니라 이용허락을 하게 되면, 소프트웨어 개발업자는 프로그램에 담겨있는 무체적인 정보와 이러한 정보를 저장하고 있는 유형의 매개체(CD나 디스켓)에 대한 소유와 통제를 상실하지 않으면서 배포할 수 있게 되었다. 저작권에 의한 소프트웨어의 보호가 인정된 이후에도 이용허락의 관행은 계속되었는데, 이용허락에 의하여 소프트웨어 개발업자들은 소프트웨어의 이용에 관하여 일정한 제한을 가하였다. 이같은 제한의 예로서는 프로그램을 수정하거나, 보존용의 복제물을 만들거나, 소프트웨어 역분석, 소프트웨어에 대하여 독립적인 제3자로부터 서비스를 받는 것 등을 금지하는 것을 들 수 있다.

소프트웨어의 이용허락은 결국 소프트웨어 저작권자와 소프트웨어를 이용하려는 자 간의 이용허락계약에 기초하게 된다. 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있으며(§46 I), 이용허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다(§46 II). 따라서 이용자가 이용허락계약에서 정한 방법 및 조건의 범위를 초과하여 소프트웨어를 이용하면 계약위반이 되고, 이러한 계약위반은 일반적으로 아무런 권원없이 소프트웨어를 이용한 것이 되므로 저작권 침해로 이어지게 된다. 물론 계약에서 정한 방법 및 조건의 범위를 넘어서는 경우, 계약위반이 되는 것은 별론으로 하더라도, 저작권 제한사유나 예외사유에 해당하게 되어 저작권 침해가 부인될 수도 있을 것이다. 따라서 계약위반이 되는 경우, 저작권 제한이나 예외사유에 해당되어 침해가 부인되는 예외적인 경우를 제외하고는, 일반적으로 저작권 침해로 연결될 것이다. 그렇다면 이용자가 스트리밍의 방법에 의하여 소프트웨어를 이용하는 것이 계약위반이 될 것인가, 계약위반이 되는 경우 저작권 침해가 될 것인가 문제된다.

## 2. 컴보위 판단

구성원 전체가 사용할 수 있는 한글과컴퓨터사의 CLA(Campus License Agreement)나 MS사의 CA(Campus Agreement)계약과 같은 사이트라이선스의 경우, 비록 전송의 허락이 없다고 하더라도 이 라이선스는 그 특성상 계약된 범위내의 구성원 모두가 사용할 수 있으므로, 그 사용방법에는 제한이 없다고 보아야 한다. 따라서 사이트라이선스의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 S/W 스트리밍 방식으로 사용한다고 하여도 이를 계약에 위배되는 전송권 침해로 볼 수 없다고 해석함이 타당하다.

### 3. 계약해석

소프트웨어 스트리밍이 계약을 위반하는지 여부는 저작권자와 이용자간의 이용허락계약의 해석을 위한 일반 원칙에 의하여 허용될 것이다. 다만 계약해석과 관련하여 논란이 될 수 있는 것은 동시사용 라이선스, 서버에 설치되어 서버에 접속하는 클라이언트가 이용할 수 있도록 하는 서버 라이선스, 서버에 설치된 소프트웨어에 접근할 수 있는 라이선스인 CAL(Client Access License), 소프트웨어를 사용할 장소, 범위, 구성원 및 PC를 일정한 범위 내로 정하고 이 범위 내에서 소프트웨어를 사용할 수 있도록 하는 라이선스인 사이트 라이선스 등의 경우, 과연 스트리밍의 방법에 의하여 소프트웨어를 이용하도록 하는 것이 이용허락계약의 범위를 벗어난 것인지 문제될 수 있다.

소프트웨어 스트리밍이 서버에서 개별 이용자의 컴퓨터로 스트리밍의 방식으로 제공되고 소프트웨어가 이용자 컴퓨터에서 일시적으로 복제가 이루어지는 것이므로, 이용자, 곧 클라이언트가 서버에 접속하여 그 서버상에서 이용하는 소프트웨어는 스트리밍 방식이 아니므로 고려할 필요성이 없을 것이다. 따라서 서버에 설치되어 서버에 접속하는 클라이언트가 이용할 수 있도록 하는 서버 라이선스 및 서버에 설치된 소프트웨어에 접근할 수 있는 라이선스인 CAL(Client Access License)의 경우(물론 스트리밍이 이루어지지 않는 것을 전제로 함)에는 스트리밍과 관련된 계약위반을 논의할 필요성이 없다. 그러나 동시사용 라이선스 및 사이트 라이선스의 경우에는 스트리밍의 형태로 사용될 수 있으므로 계약위반 문제가 발생한다.

위에서 제시된 라이선스는 이용에 관한 사항이지 이용방법을 특정한 사항이 아니므로, 스트리밍의 형태에 의하여 소프트웨어를 이용하는 것은 계약위반이 된다고 주장될 수 있다. 물론 소프트웨어나 저작물을 어떠한 방식으로 이용할 것인가는 기본적으로 이용자가 결정할 것이지만, 그 이용범위를 초과하면 저작권의 침해로 연결될 것이고, 특정의 저작권을 침해하지 않게 된다면 이용자와 저작권자의 계약해석에 대한 입장이 달라질 것이다. 또한 특정의 이용방법이 저작권자에게 손해를 야기하는 것이라면 역시 해석에 대한 입장이 달라질 것이다. 확실한 것은 소프트웨어 저작권자들이 소프트웨어 스트리밍에 대한 이용허락을 허용하지 않으려는 것이 기본 입장이라는 점이다.

스트리밍에 의한 소프트웨어의 이용이 당사자간의 계약을 위반하였는가의 여부, 따라서 저작권을 침해하였는가 여부에 대한 논의는 실익이 적은 것으로 보인다. 곧 계약 위반으로 해석되는 경우에는 말할 필요도 없는 것이고, 계약 위반이 아니라고 판단된다면, 소프트웨어 저작권자들이 현재로서는 소프트웨어 스트리밍을 허용하지 않는 입장이기 때문에, 저작권자들은 이용허락계약에서 소프트웨어 스트리밍을 금지하는 명문의 규정을 포함시킬 것으로 예상되기 때문이다.

## IV. 불공정행위

소프트웨어 스트리밍과 관련된 불공정행위 주장은 소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락의

거절행위가 불공정하고, 신의성실의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다는 것이다. 이러한 불공정행위에 대한 주장은 추상적인 내용으로만 존재하고 왜 불공정행위에 해당하거나 신의성실위반이나 권리남용에 해당하는지 설명하지 않고 있다. 그러나 이러한 주장은 이용허락 거절, 곧 라이센스 거절이 불공정행위 등에 해당한다는 것을 기본 골격으로 하고 있으므로, 라이센스 거절을 살펴보기로 한다.

### 1. 독점금지법에 의한 불공정행위의 규제

사업자(제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자, 독 §2)들이 사업활동 과정에서 부당하게 경쟁하거나 불공정한 방법을 사용하는 이른바 남용적 영업행태에 대해서는 독점금지 및 공정거래에 관한 법률(이하 독점금지법), 상법(상호에 관한 규정), 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(부경법), 각종 지적재산권법이 적용될 수 있다. 이중에서 가장 중요한 것이 독점금지법이다. 독점금지법은 경제적 힘의 차이에 기초하여 행해지는 사업자의 시장지배적 남용행위나 불공정 거래행위를 규제하기 위한 것이다. 구체적으로 독점금지법은 시장지배적 지위의 남용금지, 기업결합의 규제, 경제력 집중의 억제, 부당한 공동행위의 제한, 불공정 거래행위의 금지, 사업자 단체의 규제, 재판매가격 유지행위의 제한, 국제계약 체결제한 등을 규정하고 있다. 소프트웨어 스트리밍에 대한 독점규제법적 판단은 이러한 내용 중에서 불공정 거래행위의 금지와 관계되는 것으로 보인다.

독점금지법은 제5장 제23조 이하에서 불공정거래행위의 금지를 규정하고 있다. 제23조는 사업자가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(불공정거래행위)를 금지하면서 이러한 행위로서 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 등을 금지하고 있다. 이 규정을 위반하였을 경우, 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 불공정 거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있으며(독 §24), 매출액의 2/100를 초과하지 않는 범위 내에서 과징금이 부과될 수 있다(§24조의 2).

불공정 거래행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위로서, 독점금지법은 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 등 6개의 기본적인 불공정 거래행위[43]를 유형화하고 그 외에 기타 불공정 거래행위를 규정하고 있다(독 §23 I). 불공정 거래행위의 유형이나 기준은 대통령령으로 정하는데(독 §23 II), 시행령은 거래거절 등 9개의 불공정 거래행위를 규정하면서[44] 공정거래위원회가 이러한 유형이나 기준을 특정분야나 특정행위에 적용하기 위하여 세부 기준을 정하여 고시할 수 있도록 하고 있다(독시 §36 II).[45]

---

43) (i) 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위, (ii) 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위, (ii) 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위, (iv) 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위, (v) 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위, (vi) 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금・대여금・인력・부동산・유가증권・상품・용역・무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위.

44) 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자의 배제, 부당한 고객유인, 거래강제, 거래상 지위의 남용, 구속 조건부 거래, 사업활동방해, 부당한 지원행위.

## 2. 불공정성의 의의

독점금지법 제23조는 불공정 거래행위를 금지하면서 불공정성의 판단기준으로서 '공정거래저해성(공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위)'를 규정하고, 개별적인 불공정 거래행위에 대하여 각각 '부당성(부당하게 또는 정당한 이유 없이)'이라는 요소를 규정하고 있다. 공정거래저해성은 사실상 부당성과 실질적으로 동일한 개념으로서,[46] 경쟁제한성과 불공정성을 포함하는 넓은 개념이다.[47] 경쟁제한성이란 "당해 행위로 인해 시장 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있음"을 의미하고, 불공정성이란 "상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있거나(경쟁수단의 불공정성) 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 불공정 거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음(거래내용의 불공정성)"을 의미한다.[48] 소프트웨어 스트리밍과 관련하여 논의되는 것은 스트리밍 방식에 의한 이용허락 거절에 해당하는 것이므로 거래내용의 불공정성과 연관되는 것이라 할 수 있다.

공정거래저해성이 경쟁제한성과 불공정성을 포함하는 개념이라고 한다면, 부당성을 어떻게 판단할 것인가가 문제가 된다. '불공정거래행위의 유형 및 기준'은 불공정 거래행위를 유형화하면서 각 유형의 불공정 거래행위에 대하여 '부당하게' 또는 '정당한 이유없이'라는 단어를 사용하고 있다. 이것은 '정당한 이유없이'를 요건으로 하는 행위에 대해서는 당해 행위의 외형이 있는 경우에는 원칙적으로 공정거래저해성이 있는 것으로 본다는 당연위법행위(per se rule)가 되며, 위법성을 조각할 수 있는 정당한 이유가 있는 경우에는 불공정 거래행위로 보지 않게 된다.[49] 정당한 이유는 개별적으로 판단되며, 시장에서의 경쟁이 침해되지 않거나 그 침해나 경쟁감소의 정도가 극히 경미하여 공정한 거래를 침해하는 것이라 할 수 없는 경우이다. 불공정거래행위의 유형 및 기준에 의하면, 공동의 거래거절, 계열회사를 위한 차별, 부당염매가 여기에 해당하게 된다.

'부당하게'를 요건으로 하는 행위유형은 당해 행위의 외형이 있다고 하여도 그 사실만으로 공정거래저해성이 인정되는 것은 아닌 행위로서 위법성 판단에 있어서 조리의 원칙(rule of reason)이 적용된다. 원칙적으로 경쟁제한성, 불공정성과 효율성 증대효과, 소비자후생 증대효과 등을 비교 형량하여 경쟁제한성, 불공정성의 효과가 보다 큰 경우에 위법한 것으로 보게 된다.[50] 경쟁침해나 감소도 개별적으로 판단하여야 하는데, 자유경쟁의 침해 여부나 경쟁 수단의 공정 여부를 판단하게 되며, 경쟁 감소는 해당 행위를 한 사업자의 현재 시장 점유율과 동 사업자가 생산하는 상품 및 서비스의 시장 집중도와 기타 거래상대방의 시장 내

---

45) 이러한 불공정 거래행위들이 '일반 불공정 거래행위'인데, 특정한 사업영역 또는 거래행위에 수반하여 발생할 수 있는 행위유형에 대하여 적용될 수 있는 '특수 불공정 거래행위'가 있다. 소프트웨어 스트리밍의 독점금지법 관련 논의는 이러한 특수 불공정 거래행위와는 연관되지 않으므로, 여기에서 논의하지 않기로 한다.

46) 정 호열, 경제법 335.

47) 이 기수·유 진희, 경제법 203.

48) *Id.*

49) *Id* at 206-207.

50) *Id* at 206-207.

에서의 위치 및 활동 등이 모두 고려되어 종합적으로 판단되어야 한다.[51]

당연위법행위와 조리위법행위를 구별하는 실익은 그 위법성을 누가 입증하는가 여부인데, 전자의 경우에는 피심인이 부담하고 후자의 경우에는 공정거래위원회가 부담한다는 점이다.[52] 물론 이러한 구별을 의문시하는 견해도 있으나,[53] 이러한 견해에 의하더라도 당연위법행위와 조리위법행위는 구별된다. 곧 조리위법행위(부당하게)는 일반적으로 적법한 것이지만 특별한 정황하에서 문제되는 것임에 반하여, 당연위법행위(정당한 이유없이)는 처음부터 당해 행위의 적법성이 논란될 수 있는 행위이다.[54] 곧 당연위법행위는 다른 유형의 불공정 거래행위에 비하여 그 남용적인 성격과 비난가능성이 높다는 의미에서는 일치하는 것이 된다.

소프트웨어 스트리밍과 관련하여 논의되는 거래거절은 조리위법행위로서, 일반적으로 적법한 것이며 특별한 경우에 한하여 비난가능성이 있는 문제라 할 수 있다.

### 3. 거래거절

#### (1) 거래거절의 의의

계약자유의 원칙에 의하면, 사업자는 특정의 상대방과 계약을 체결할 것인지 않을 것인지, 체결할 경우에는 어떠한 내용이나 조건으로 할 것인지를 결정할 수 있다. 특정의 상대방이 만족스럽지 못하거나, 체결할 계약의 내용이나 조건이 만족스럽지 않다면 다른 상대방과 계약을 체결하거나 자신에게 만족스러운 계약 내용을 수용할 수 있는 당사자와 계약을 체결하게 된다. 뿐만 아니라 특정의 상대방과 일정한 기간에 걸쳐 계속적으로 거래를 해 왔다고 하더라도 거래를 계속하지 않을 수도 있게 된다. 그러나 거래를 거절하는 것이 부당하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 경우에는 규제의 대상이 되고 결국 계약자유의 원칙은 제한을 받게 된다.

독점금지법은 불공정 거래행위의 예로서, 부당한 거래거절을 규정하고 있다. 동법 시행령 및 불공정거래행위의 유형 및 기준은 이러한 부당한 거래거절행위를 (i) 공동의 거래거절과 (ii) 기타의 거래거절로 분류하고 있다. 공동의 거래거절은 '정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위'로 정의되며, 기타의 거래거절은 '부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위'로 정의된다.

이러한 거래거절은 (i) 거래개시의 거절, (ii) 거래중단(거래 계속의 거절), (iii) 거래대상인 상품이나 서비스의 공급수량이나 내용을 현저히 제한하거나 축소하는 행위를 내용으로 하게

---

51) Id.
52) Id.
53) 정호열, 경제법 337-338.
54) *Id* at 338.

된다. 거래거절을 당한 사업자는 사업이 위축되거나 사업을 불의에 중단할 위험에 처하게 되어 결국 시장에서의 경쟁이 감소될 가능성이 있게 된다. 소프트웨어 스트리밍과 관련하여 논란이 되고 있는 불공정거래행위는 거래거절인데, 이러한 거래거절은 소프트웨어 저작권자들이 협력하거나 공모하는 것에 의하는 것이 아니므로 거래거절 중에서도 공동의 거래거절이 아닌 기타의 거래거절에 해당하는 것이라 할 수 있다.

**(2) 공동의 거래거절**

공동의 거래거절은 '정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위'이다(기준 §1 가). 이것은 사업자들이 공동 또는 집단적 행위를 통하여 제3자의 결쟁을 저해하는 것을 규율하기 위한 것이다. 2 이상의 사업자로부터 집단적으로 거래거절을 당한 사업자는 다른 공급처나 수요처를 확보하기 어렵게 되고 시장에서 배제될 수 있기 때문에 경쟁질서를 보장하기 어렵게 된다. 또한 거래거절을 하는 사업자 측면에서 보면 상호 거래처선책의 자유를 제한하는 효과가 크고 따라서 위법성이 강한 행위유형이 된다.[55]

소프트웨어 스트리밍에 있어서는 소프트웨어 저작권자들이 공동으로 또는 집단적으로 소프트웨어 스트리밍을 거부하는 것이 아니므로, 공동의 거래거절이라고 하기 어려울 것이다.

**(3) 기타의 거래거절**

기타의 거래거절은 '부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위'이다(기준 §1 나). 계약자유의 원칙상 특정의 상대방과 거해할 것인지 않을 것인지, 거래를 계속할 것인지 않을 것인지는 당사자가 자유로이 결정할 수 있는 것이다. 그러나 이 경우에도 경쟁을 실질적으로 저해할 만한 특별한 사유가 있는 부당한 것일 때에는 위법성이 인정될 수 있으며, 공동의 거래거절에 비하여 상대적으로 경쟁저해성의 가능성과 정도가 낮기 때문에 조리위법 사유로 규정되어 있다.[56] 이로 인하여 단독의 거래거절에 있어서는 거래거절로 인하여 경쟁이 실질적으로 저해되었는지 여부를 심사하여 위법성을 판단하게 된다. 또한 단독의 거래거절이 위법성을 띠기 위해서는 당해 행위를 위법적인 것으로 하게 하는 예외적인 사정, 예컨대 경쟁제한적인 위법한 목적의 달성을 위한 경우, 독점력의 형성이나 유지강화를 목적으로 한 경우, 독점적 지위의 남용에 해당하는 경우 등의 사정이 필요하다.[57] 또한 당사자들이 속한 시장의 구조, 사업자의 수와 점유율의 분포, 당해 행위를 하는 동기와 목적, 거절의 주체에 대한 상대방의 영업상의 의존도, 상대방이 거래선을 바꿀 수 있는 여지와 이로 인한 비용 등을 폭넓게 감안하여 개별적으로 그 부당성 여부를 판단하여야 한다.[58]

**(4) 기타 거래거절의 판단기준 및 사례**

---

55) 이기수·유진희, 경제법 209.
56) *Id.* at 214.
57) 정호열, 경제법 343-44.
58) *Id.* at 344.

기타의 거래거절에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 기준은 판결 및 공정거래위원회의 심결례에 의하여 어느 정도 정립되어 있다고 할 수 있다.

**대법원 2008. 2.14. 선고 2004다39238 판결 【판매대리점계약존속확인】**[59]

**가. '기타의 거래거절'에 해당하는지 여부에 대하여**

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제23조 제1항 제1호 및 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제1호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 '기타의 거래거절'이란 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것이나, 이러한 개별적 거래거절행위는 그 거래 상대방이 종래 계속적 거래관계에 있은 경우에도 자유시장경제 체제하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 '공동의 거래거절'과는 달리 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로써 행하여지거나 혹은 공정거래법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 공정거래법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 있고(대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결, 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결 등 참조), 이러한 거래거절행위의 부당성 유무를 판단할 때에는 당사자의 거래상 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적·효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 한다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결 참조).

**대법원 대법원 2007. 3.30. 선고 2004두8514 판결 【시정명령취소청구의소】**

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제23조 제1항 제1호 및 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제1호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 '**기타의 거래거절**'은 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것이나, 이러한 개별적 거래거절행위는 그 거래 상대방이 종래 계속적 거래관계에 있은 경우에도, 자유시장경제 체제하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 '공동의 거래거절'과는 달리 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, **그 거래거절이 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업 활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로써 행하여지거나 혹은 법이 금지하고**

59) 이 판결은 '석유류 제품의 생산 및 판매업을 영위하는 甲회사가 동종 영업을 목적으로 하는 乙회사를 흡수합병함에 따라 승계하게 된 乙회사와 정유회사인 丙회사 간의 석유류 제품 판매대리점계약에 대해 그 갱신을 거절한 사안에서, 이는 경영위기를 극복하기 위한 방안의 일환으로 이루어진 것으로 부당한 행위라고 보기 어려워 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 정한 '기타의 거래거절'에 해당하지 않는다고 본 사례'에 관한 것이다.

있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 있다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결, 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 서울 노원지역 부동산중개업자들이 원고 한국부동산정보통신 주식회사(이하 '원고 부동산정보통신'이라 한다)의 부동산거래정보망에 가입하지 않더라도 다른 사업자의 부동산거래정보망에 가입하여 부동산중개업을 수행할 수 있다 할 것이므로, 원고 부동산정보통신의 부동산거래정보망은 이 사건 거래거절을 당한 자들이 부동산중개업을 영위하기 위하여 반드시 이용하여야 하는 필수설비라고는 할 수 없는 점, 원고 서울동북지역정보운영위원회는 사단법인 전국부동산중개업협회 노원지회 15개 분회의 대표자 등이 주축이 되어 설립된 사업자단체인데, 원고 서울동북지역정보운영위원회는 종전 위 노원지회의 지회장이던 정종철이 사단법인 대한공인중개사협회를 설립하는 등으로 사단법인 전국부동산중개업협회 회원들의 이익을 침해하는 행위를 하였고, 위 정종철의 사단법인 전국부동산중개업협회에 대한 계속적인 이익침해 행위와 위 사단법인 대한공인중개사협회의 성장으로 사단법인 전국부동산중개업협회 회원들의 이익을 침해할 우려가 있다고 인정하여 그 소속 회원들의 원고 부동산정보통신의 부동산거래정보망 가입신청을 거절하기에 이른 점, 원고들로부터 거래거절을 당한 자들이 다른 부동산거래정보망에 가입하여 정상적인 영업을 영위하고 있는 점, 회원 간의 거래질서 확립의 요청에 의한 회원 규제의 필요성이 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 원고들의 이 사건 거래거절강요 내지는 거래거절행위가 다른 부동산중개업자들의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위에 해당한다고 단정하기 어려우므로, 결국 원고 서울동북지역정보운영위원회의 이 사건 거래거절강요행위는 법 제26조 제1항 제4호에 정해진 사업자단체가 사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위에 해당되지 않고, 원고 부동산정보통신의 이 사건 거래거절행위는 법 제23조 제1항 제1호 전단에 정해진 사업자가 부당하게 거래를 거절하는 행위에 해당되지 않는다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서의 주장과 같은 채증법칙 위배, 판단유탈 및 심리미진, 법 제26조 제1항 제4호의 사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위 및 법 제23조 제1항 제1호 전단의 부당하게 거래를 거절하는 행위의 성립요건에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 공정위 2006독감1297(2007. 2. 12)

### 3. 거래거절행위의 성립

#### 가. 행위사실

... 피심인은 2004년도 배급 30편의 영화 중 CGV전주에 대해서는 13편, 프리머스전주에

대해서는 18편, 아카데미아트홀에 대해서는 17편, 롯데시네마전주에 대해서는 14편을 배급하면서 전주시네마에 대해서는 5편만을 배급하였고, 2005년도 배급 24편의 영화 중 CGV전주에 대해서는 17편, 메가박스전주 및 프리머스전주에 대해서는 23편, 롯데시네마전주에 대해서는 22편, 아카데미아트홀에 대해서는 13편을 배급하면서 전주시네마에 대해서는 한 편의 영화도 공급하지 아니하였다.

당초 피심인은 2004. 1.21. 개봉된 영화 '동해물과 백두산이'부터 2004. 2. 5. 개봉된 '태극기 휘날리며', 2004. 3.19. 개봉된 '고독이 몸부림 칠 때', 2004. 4. 1. 개봉된 '마지막 늑대', 2004. 4. 15. 개봉된 '범죄의 재구성'까지 총 5편의 영화를 전주시네마에 정상적으로 배급하여 왔다.

2004. 2. 5. 개봉 흥행이 예상되었던 영화 '태극기 휘날리며'의 경우는 전주시네마에 배급하지 않기로 하였다가 전주시네마의 계속된 배급요청과 전주시네마가 문화관광부에 민원을 제기하는 등의 문제 제기에 따라 개봉직전 배급한 사실이 있다.

그러나, 피심인은 전주시네마의 계속된 공급요청에도 불구하고 전주시네마에 대하여 <별지 1>과 같이 2004. 5. 6. 개봉된 영화 '효자동 이발사'부터 2006. 5. 11. 개봉된 '공필두'까지 피심인이 배급하는 모든 영화를 배급하지 않았다.

피심인은 공정거래위원회의 조사가 시작된 후 전주시네마에 2006. 5.25. 개봉 영화 '호로비츠를 위하여'부터 배급하고 싶다는 의사를 전달하였으며, 이후 전주시네마는 피심인과 협의를 거쳐 정상적으로 영화를 배급받고 있다.

**나. 위법성 판단**

**…**

**(2) 위법성 판단**

**(가) '기타의 거래거절'의 성립요건**

법 제23조 제1항 제1호 및 법시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제1호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 '기타의 거래거절'은 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리킨다. 이러한 개별적 거래거절행위는 자유시장경제체제하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 '공동의 거래거절'과는 달리 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업 활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력사업자에 의하여 그 지위 남용행위로써 행하여지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 있다.(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038)

**(나) 공정거래 저해성 유무**

위 피심인의 행위는 다음과 같은 점에서 부당한 거래거절행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 인정된다.

첫째, 피심인은 전주시네마의 귀책사유나 피심인의 기업경영상의 이유 등 합리적으로 수긍할 만한 사유가 없음에도 불구하고 전주시네마에 대해 의도적으로 영화 배급을 거절하였다. 즉, 영화배급사인 피심인은 스크린을 많이 확보할수록 관객수가 증가하고, 그에 따라 영화배급사와 영화관의 수입이 증가하는 것이 일반적이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 영화배급

사는 적정한 수의 스크린을 확보하고자 하는 경향이 있다. 피심인 배급팀 실무자 정성원의 진술에 의하면 피심인의 영화배급전략도 극장 스크린 확보에 맞추어져 있다는 사실을 알 수 있다. ... 배급 거절이 시작되기 이전에 전주시네마에 대한 피심인의 영화 배급으로 피심인은 상당한 매출을 올렸다. 그럼에도 불구하고 피심인은 2004. 5. 6. 이후에는 전주시네마에 대한 영화공급을 중단하였다. 즉 피심인의 배급팀장 권미정의 진술에 의하면, 피심인은 전주시네마로부터 2004. 5. 6. 개봉된 '효자동 이발사'의 배급을 요청 받았음에도 불구하고 아무런 이유도 제시하지 않은 채 공급하지 아니하였으며, 그 이후 개봉된 영화에 대해서도 아무런 이유를 제시하지 않은 채 전주시네마의 공급요청에 응하지 아니하였다.

둘째, 전주지역 영화시장에서 유력한 배급사인 피심인의 영화 배급거절은 전주시네마의 거래기회를 상당범위 및 상당기간 배제하여 전주시네마의 사업활동을 곤란하게 하고, **경쟁사업자에 비해 경쟁상 열위에 놓이게 함으로써** 전주지역 영화 상영시장에서의 **경쟁의 정도를 감소시켰다**.

극장사업자들에게 있어서 주요 영화의 안정적인 수급여부는 극장운영과 경쟁사업자간 경쟁에 있어 핵심적인 경쟁요소이며, 주요 영화에 대한 의존도가 커 관객확보와 매출증대를 위해서는 피심인과 같은 주요 영화 배급업자로부터 영화의 정상적인 수급이 필수적이다. ... 피심인은 전주지역 영화 배급시장에서 매출액 기준으로 23%(2005년)를 점하고 있는 유력한 배급사이다.

전주지역 영화 상영시장은 자본력과 브랜드 인지도 등이 강한 기업집단 소속 계열 극장들이 90% 이상(2005년 관객수 기준)을 점하고 있는데, 전주시네마는 전주시 토착 지방극장으로 다른 경쟁사업자들인 기업집단 소속 계열 극장들에 비해 열위의 여건 속에 있다. 전주시네마에 대한 피심인의 거래거절 기간중 다른 경쟁극장들은 ... 피심인의 영화 배급으로 상당한 관객동원과 매출을 기록한 반면, ... 전주시네마는 피심인으로부터 전혀 배급을 받지 못함으로써 수급편수·관객수·매출액의 감소를 기록하게 되었다.

전주시네마는 거래기회 배제전까지 관객수와 좌석수 면에서 비슷한 규모를 가진 인근 경쟁극장인 CGV 전주보다 더 많은 관객동원을 기록하였으나 거래기회의 배제로 관객동원이 열위에 놓이게 되었고, 결국 2005년에는 <표 15>에서 보는 바와 같이 매출액이 전년대비 63% 감소하였다.

한편, 2004년, 2005년 한국영화 배급시장에 있어서 피심인은 더욱 유력한 사업자의 위치에 있었다. 2004년도와 2005년도는 한국영화 배급우위의 시장상황이었고, 피심인을 포함한 점유율 상위 3사는 한국영화 배급시장에서 75% 이상을 점하였으며, 피심인은 2004년도와 2005년도에 한국영화 배급시장 점유율 1위를 기록하였다.

따라서, 영화상영업자가 한국영화 상영의무 규정을 준수하기 위해서는 이들 상위 배급사들로부터 안정적으로 한국영화를 배급받는 것이 필수적임에도 피심인의 전주시네마에 대한 한국영화 배급거절은 상당기간 지속되었고, 이로 인해 전주시네마는 외국영화 중심으로 극장을 운영할 수밖에 없었으며, 결국 ... 한국영화 점유율이 타 극장에 비해 떨어져 한국영화 상영의무까지 위반하게 되었다.

또한, 피심인이 전주시네마에는 배급을 거절하고 나머지 전주지역 극장들에게는 정상적으로 배급함으로써, 전주시네마는 2004년 초까지만 해도 지방 대표극장으로서 씨지브이(CGV) 전주 등 다른 유력 경쟁사업자와 비교하여도 대등한 경쟁력(표 15, 표 16 참조)을 갖고 있었으나, 피심인의 배급거절 이후 타 극장에 비해 영화 선택의 폭이 감소하고 상대적으로 비인기 영화를 상영할 수밖에 없어 대등한 경쟁의 기회를 잃게 되어 경쟁상 열위에 놓이게 되었다.

위와 같은 사실을 종합하면 피심인은 합리적인 사유가 없음에도 불구하고 전주시네마에 대해 의도적으로 영화배급을 거절하였고, 그 결과 전주시네마는 영화상영업에서 사업활동이 곤란하게 됨으로써 전주지역 영화시장에서의 공정한 거래가 제한되었음을 인정할 수 있다.

공정위 2006서경1019 2006. 11. 16.

**2. 부당한 거래거절행위의 성립**

**가. 행위사실**

주식회사 케이에스팜(이하 '케이에스팜' 이라 한다)은 2006. 2. 6. 산재의료관리원에서 시행한 '2006년 중앙 공급 의약품 단가계약'과 관련한 군별 전자입찰에서 1군(도미컴주 5㎎/㎖ 등 80종·43개 품목으로 구성)과 5군(피심인 제품인 메타 키트주사 등 3개 품목이 포함된 77종·42개 품목으로 구성)의 납품업체로 낙찰되어, 2006. 2. 15. 산재의료관리원과 위 1군 및 5군의 총 157종·85개 품목에 대한 물품구매계약을 체결한 사실이 있다.

피심인은 2006. 2월 중순부터 같은 해 5월 초순까지의 기간동안 수차례에 걸쳐 케이에스팜으로부터 위 5군 입찰품목 중 피심인이 독점 생산하여 판매하고 있는 메타 키트주사, 치암 키트주사, 트리손 키트주사 등 3개 품목의 제품에 대한 공급요청을 받았으나, 케이에스팜이 산재의료관리원과 20%이상 덤핑 낙찰하여 계약을 하였다는 이유로 계약가격을 정상가격으로 회복하여 줄 것을 촉구하고, 그런 이후에 양사간의 정상적인 계약절차를 거쳐 공급할 계획임을 밝히면서 계속 공급을 거절한 사실이 있다.

이에 따라 케이에스팜은 위 85개 품목 중 피심인 제품 3개 품목에 대해 산재의료관리원으로부터 수차례에 걸쳐 납품 독촉을 받았음에도 피심인의 공급거절로 이를 이행하지 못하게 되었고, 이에 산재의료관리원은 2006. 5. 17. 케이에스팜에게 계약 해지 통보를 한 후 2006. 6. 7. 서울보증보험(주)에 케이에스팜의 계약 불이행을 이유로 계약이행보증금 480백만원을 청구한 사실이 있다.

**나. 위법성 판단**

법 제23조 제1항 제1호에서는 부당하게 거래를 거절하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 금지하고 있으며, 같은 법 시행령 제36조 제1항 관련 〔별표1〕 불공정거래행위의 유형 및 기준 제1호 나목에 의하면 부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하는 행위(거래개시의 거절), 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위(거래중단)를 기타의 거래거절로 보아 금지하고 있다.

따라서, 법에서 금지하는 '거래개시의 거절'에 해당하기 위해서는 <u>거래개시를 거절하는 행위가 있을 것</u>, <u>당해 거래거절 행위가 부당할 것</u> 등 두 가지 요건을 충족해야 한다.

**(1) 거래거절 행위의 존재**

케이에스팜이 피심인에게 상기 3개 품목의 의약품 공급요청과 관련한 내용증명(2006. 2. 17./ 같은 해 3. 31./ 같은 해 4. 7./ 같은 해 5. 2.), 이에 대한 피심인의 회신 내용증명(2006. 4. 6./ 같은 해 4. 13.), 피심인이 위원회에 제출한 소명자료(2006. 6. 12.), 산재의료관리원이 케이에스팜에게 보낸 2006년 중앙공급의약품 납품이행 촉구 최종통보공문(2006. 5. 9.)을 살펴보면, 케이에스팜이 2006. 2. 17. 이후로 피심인에게 수차례에 걸쳐 상기 3개 품목의 의약품 공급요청을 하였음에도 피심인은 케이에스팜이 산재의료관리원과의 계

약에서 20% 이상 덤핑낙찰하여 계약하였다는 이유로 계약가격을 정상가격으로 회복시켜줄 것을 촉구하고 그런 연후에 양사간의 정상적인 계약절차를 거쳐 공급할 계획이라는 입장을 고수하여 온 사실을 알 수 있는 바, 이는 피심인이 거래의 개시와 관련하여 케이케에스팜과 산재의료관리원간에 이미 체결된 계약내용의 변경을 선행조건으로 내세움으로써 사실상 불가능한 조건을 제시하며 제품공급을 하지 않은 것으로서 종국적으로 피심인이 거래의 개시를 거절한 것으로 볼 수 있다. 따라서 피심인은 케이에스팜의 거래개시요청에 대해 이를 거절한 사실이 인정된다.

**(2) 거래거절 행위의 부당성**

대법원은 거래거절행위의 부당성의 유무를 판단함에 있어서 거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 지의 여부에 따라야 할 것이라고 판시하였다.(대법원 1998. 9. 8. 선고, 96누9003 판결)

또한, 대법원은 그 거래거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정 사업자의 사업 활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 판시하였다.(대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결)

위 2. 가항의 행위는 다음에서 살펴보는 바와 같이 사업자의 거래개시 여부에 대한 통상적인 자유의 범위를 벗어나는 부당한 것으로 인정하기에 충분하다.

첫째, 산재의료관리원은 케이에스팜에게 피심인의 상기 3개 품목의 의약품을 특정하여 납품을 요구하고 있는 점, 아울러 동 제품은 주사용 항생제, 생리식염주사액 및 주사기 등 의료용구가 하나로 조합된 제품으로 피심인만이 독점적으로 생산, 공급하고 있는 실정으로서 피심인으로부터 상기 의약품을 공급받지 않고는 동 계약을 이행하기 어렵고 종국에 가서는 계약 불이행을 이유로 산재의료관리원으로부터 계약해지를 당할 수 밖에 없는 점에서 동 제품은 케이에스팜의 사업영위에 있어 필수적인 물품이다. 따라서, 피심인은 피심인의 제품을 특정하여 요구하는 공공기관의 입찰 건에서는 독점사업자의 지위에 있다고 볼 수 있으며, 케이에스팜으로서는 피심인과의 거래가 이루어지지 않을 경우 대체 거래처를 찾는 것이 불가능하므로 본 건 거래거절행위는 경쟁제한성이 높은 부당한 행위라고 판단된다.

둘째, 케이에스팜이 피심인 제품만이 아닌 타 제약사의 제품이 포함된 산재의료관리원의 의약품 구매관련 군별 입찰에 참가하여 총액으로 투찰한 결과 낙찰된 후 피심인에게 2006. 2. 17. 이후 수차례에 걸쳐 내용증명을 통해 낙찰가격에 관계없이 타도매상 공급가격 또는 피심인이 정한 공급가격으로 상기 3개 의약품 공급 요청을 했음에도 20%이상 덤핑 낙찰하여 계약하였다는 이유로 산재의료관리원의 계약 가격을 정상가격으로 회복시켜 줄 것을 촉구하고 그런 이후에 양사간의 정상적인 계약 절차를 거쳐 공급할 계획임을 밝히는 등 거래조건과 상관없이 수용하기 힘든 곤란한 조건을 제시하며 동 제품의 공급을 거절한 점, 이에 본 건 낙찰자인 케이에스팜이 피심인의 제품을 공급받지 못하여 납품이 불가능하게 되었으며 결국 2006. 5. 17. 산재의료관리원으로부터 2006년 중앙 공급 의약품 단가계약의 해지통보를 받은 점, 2006. 6. 7. 산재의료관리원에서 서울보증보험(주)에 케이에스팜의 계약 불이행을 이유로 계약이행보증금 480백만원을 청구한 점 등을 고려할 때, 케이에스팜의 사업활동이

곤란하게 되고, 나아가 **관련 시장에서 경쟁의 정도가 실질적으로 감소**되었다고 판단된다.

**(3) 피심인의 주장에 대한 판단**

....

**(4) 판단**

위의 사실을 종합해 볼 때 피심인의 위 2. 가항의 행위는 법 제23조 제1항 제1호 및 시행령 제36조 제1항 관련 〔별표1〕 불공정거래행위의 유형 및 기준 제1호 나목에서 금지하는 '기타의 거래거절'에 해당한다.

### (4) '소비자'에 대한 거래거절의 제외

'불공정거래행위의 유형 및 기준'은 불공정 거래행위로서 거래거절을 공동의 거래거절과 기타의 거래거절로 분류하여 정의하면서, '소비자에 대한 거래거절'을 포함시키지 않고 있다. 곧 공동의 거래거절은 사업자가 (i) 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나, (ii) 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 ① 거래를 중단하거나, ② 거래하는 상품이나 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위이며, 기타의 거래거절은 (i) 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 (ii) 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 ① 거래를 중단하거나 ② 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위이다. '사업자'는 '제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자'로 정의된다(독 §2).

이와 같이 불공정행위로서 규제되는 거래거절은 사업자를 상대로 공동 또는 단독으로 거래를 거절하는 것에 해당된다. 그렇다면 소프트웨어 스트리밍이 불공정행위로서 규제되는 거래거절이 되기 위하여서는 소프트웨어 사업자(개발업자, 저작권자 등)가 공동 또는 단독으로 '소프트웨어 스트리밍 사업을 행하는 자'에 대하여 소프트웨어 스트리밍 사업의 거래를 개시(開始)하지 않아야 할 것이다. 곧 소프트웨어 스트리밍 사업자에 대하여 소프트웨어 스트리밍을 위한 거래 개시를 하지 않는다면, 독점금지법상의 불공정행위로서 거래거절이 될 여지가 없게 된다. 그렇다면 CLA에서와 같이 소프트웨어 스트리밍을 하고자 하는 대학에 대하여 거래거절로서 규제가 되어야 하는 불공정행위가 되기 위하여서는 대학이 사업자가 되어야 할 것이다. 대학은 독점금지법 제2조가 정의하고 있는 사업자가 될 수 있는가?

불공정거래행위로서 규제되는 거래거절행위가 '사업자'를 대상으로 하는 거절행위에 대해서만 적용된다는 것은 소프트웨어 스트리밍이 불공정거래행위가 되는지 여부를 판단하는데 있어서 핵심적인 요소가 된다. 소프트웨어 스트리밍은 (i) 인터넷 등을 통하여 소프트웨어 스트리밍 자체를 하나의 비즈니스 모델로 하여 서비스를 제공하는 경우와 (ii) 대학 등과 같은 조직에서 일정 숫자의 컴퓨터를 대상으로 서비스를 제공하는 경우로 나누어볼 수 있다. 소프트웨어 스트리밍을 비즈니스 모델로 하는 전자의 경우에는 수많은 스트리밍 사업자가 있을 수 있는데, 소프트웨어 저작권자가 여러 사업자들에게 소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락을 하지만 특정 사업자에게는 이용허락을 하지 않거나 이용허락을 중단한 경우라면, 독점금지법이 규제하고 있는 거래거절에 의한 불공정거래행위의 범주에 포함될 수 있을 것이다. 그러나 대학이나 기업이 자신에게 소속되어 있는 교사, 학생, 직원들이 사용하도록 하

기 위하여 소프트웨어를 구입하는 경우, 이러한 대학이나 기업은 소비자에 해당하는 것이지 사업자라고 판단하기 어려울 것이다.

(5) 경쟁저해 및 부당성

부당하거나 정당한 이유 없이 거래거절을 당하게 되면 사업이 위축되거나 사업을 중단할 위기에 처하게 되어 결국 '시장에서의 경쟁이 감소될 가능성'이 있게 되고, 이로 인하여 거래거절은 독점금지법에 의하여 규제를 받게 되는 것이다. 그렇다면 소프트웨어 스트리밍을 거절함으로써 시장에서의 경쟁이 감소한다고 할 수 있는가?

우선 앞서 지적한 바와 같이 거래거절행위의 규제는 '사업자'에 대한 거래거절만을 대상으로 하고 있으므로, 소비자를 대상으로 하는 것이 아니다. 따라서 소프트웨어 스트리밍을 하는 주체가 사업자가 아닌 경우에는 관련시장이라는 것도 존재할 수 없고 경쟁을 제한하는 것도 있을 수 없다. 예컨대 대학이나 기업이 자신에게 소속된 교사, 학생 및 직원들을 대상으로 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 것이 경쟁에 해당되고, 소프트웨어 저작권자들이 소프트웨어 스트리밍을 허용하지 않음으로써 이러한 경쟁이 제한되는가? 소프트웨어를 스트리밍의 형태로 제공하는 것을 사업으로 하는 자에게는 스트리밍을 위한 이용허락의 거절로 인하여 경쟁이 제한될 수 있겠지만, 특정 소비자가 소비자에게 소속되어 있는 구성원들을 상대로 소프트웨어 스트리밍을 하지 못한다고 하여 제한될 경쟁시장이 존재한다고도 하기 어려울 것이다.

사업자를 상대로 거래거절행위가 적용된다는 이러한 논리는 부당성을 판단하는 데에서도 동일하게 적용될 수 있을 것이다. 사실상 공정거래저해성이 경쟁제한성과 불공정성을 포함한다고 하였고 법원이나 공정거래위원회가 판결과 심결에서 부당성 요건만을 논의한 것은 거의 없는 것으로 보인다. 다만 공정위는 부당성과 관련하여 "거래거절의 부당성은 거래거절이 관련시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단하는 바, 거래거절 대상이 되는 물품·용역이 거래상대방의 사업영위에 필수적인지 여부, 거래거절을 당한 사업자가 대체거래선을 쉽게 확보할 수 있는지 여부, 거래거절을 당한 사업자의 사업활동이 곤란해지고 그로 인해 당해 시장에서 경쟁의 정도가 실질적으로 감소되었는지 여부 등을 위주로 판단한다"고 심결하였다.[60] 소프트웨어 구입자들은 소프트웨어 스트리밍을 이용하지 않고서도 얼마든지 소프트웨어를 이용할 수 없고 특별히 불편한 점이 야기되는 것도 아니다. 또한 본 보고서가 상세히 논의하는 바와 같이 스트리밍은 소프트웨어를 제공하는 하나의 방법에 불과한 것이고 특정의 소프트웨어가 필수설비에 해당하는 것이라고 하기도 어려울 것이다.

(6) 소결론

소프트웨어 저작권자들이 소프트웨어 스트리밍을 거절한 것이 독점금지법상 불공정거래행위가 되는지 여부를 고려해보기로 한다. 첫째, 불공정거래행위로서 규제하는 거래거절행위는 경쟁을 하고 있는 사업자를 대상으로 하는 것이지 소비자를 대상으로 하는 것이 아니다. 소프트웨어 스트리밍을 이용하고자 하는 주체가 대학이나 기업 등이고 이들이 사업자가 아니라 소비자라고 한다면 독점금지법상 불공정거래행위가 적용될 여지가 없게 될 것이다. 불

60) 2005경촉2293 2006. 3. 28.

공정거래행위로서 규제되기 위한 거래거절이 되는 경우에는 스트리밍의 형태에 의하여 소프트웨어 서비스를 제공하는 사업자를 상대로 이용허락을 거절하는 것을 들 수 있을 것이다.

둘째, 독점금지법에 의하여 규제되는 기타의 거래거절을 판단함에 있어서 법원과 공정거래위원회는 "그 거래거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위"라고 하여 일종의 기준을 제시하고 있다. 그 이외에도 사업활동을 곤란하게 하거나, 관련 시장에서 경쟁의 정도가 실질적으로 감소하거나, 거래거절을 당한 특정 사업자가 경쟁사업자에 비하여 경쟁상의 열위에 놓이게 된다거나, 대체 거래처를 찾을 수 있는지 등의 요소가 예시되고 있다.

인터넷 등을 통하여 소프트웨어 스트리밍을 업으로 하는 사업자가 아닌 대학이나 기업체가 자신의 소속 구성원들이 사용하도록 하기 위하여 스트리밍 방법에 의하여 소프트웨어를 제공하지 못하는 것이 과연 법원 판결이나 공정위 심결에서 나타나 있는 이러한 예에 해당한다고 하기는 어려울 것으로 보인다.

또한 "거래거절행위의 부당성 유무를 판단할 때에는 당사자의 거래상 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적·효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부"를 판단하여야 하는데, 소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락의 거절을 주장하는 측이 과연 이것을 얼마나 상세히 논의하였는지도 의문이다.

## V. 필수설비이론의 적용여부

### 1. 서론

소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락의 거절은 일종의 거래거절에 해당하는 것인데, 거래거절은 계약자유의 원칙상 당연히 허용된다. 그러나 거래거절은 첫째, 독점금지법에 의하여 불공정거래행위로서 규제될 수 있으며, 둘째, 거절을 행하는 사업자가 시장지배력을 가지고 있고 사회간접자본과 같은 필수설비(essential facility)에 해당하는 것을 거래거절하는 경우에는 필수설비이론에 의하여 제한받을 수 있다. 필수설비이론(essential facilities doctrine)에 의하면, 경쟁을 하기 위하여 필수적인 설비의 소유자가 비차별적인 조건에 의하여 이 설비에 대한 접근을 부정하는 경우 반독점법 위반이 된다. 곧 필수적인 설비를 통제하고 있는 회사가 다른 회사가 이 회사와 경쟁하기 위하여 획득하여야만 하는 제품이나 서비스에 대한 합리적인 접근을 다른 회사에게 거부하는 경우 설비를 통제하고 있는 회사에게 책임을 묻는 것이다.[61] 필수적인 설비로의 예로서는 지역적인 전기의 독점이나 경기장을 들 수 있다.

그렇다면 소프트웨어 저작권자가 소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락을 거절하는 것에

61) Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991).

대하여 필수설비이론이 적용될 수 있는가가 문제된다.

## 2. 필수설비이론의 의의 및 수용

필수설비는 어떤 재화나 서비스를 제공하는 데 없어서는 안 될 투입요소이면서 둘 이상의 사업자가 중복 구축하기가 어려운 설비를 의미하는 것으로서, 필수설비이론은 금융망, 통신망과 같은 네트워크나 도로, 항만 등 사회간접자본에서와 같이 기존 사업자의 설비를 이용하는 것이 서비스 제공을 위하여서는 필수적이지만, 후발 사업자가 추가적으로 구축하기에 물리적 또는 경제적인 이유에서 불가능하여 후발 사업자들의 시장진입에 장애가 발생하는 경우, 필수설비를 가지고 있는 사업자로 하여금 일정한 요건이 충족되는 경우 이를 개방하도록 함으로써 적절한 경쟁이 발생하도록 하기 위한 것이다.[62]

필수설비이론은 한국의 독점금지법에도 도입이 되어 있다. 곧 독점금지법은 시장지배적 지위의 남용을 금지하고 있다(§3조의 2).[63] 독점금지법 시행령은 법 제3조의 제1항 제3호에 규정되어 있는 "다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위"를 규정하고 있는데,[64] 이 중에서 "정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산・공급・판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절・중단하거나 제한하는 행위"가 필수설비이론을 수용한 것이라 할 수 있다. 공정거래위원회의 '시장지배적 지위 남용행위 심사기준'은 '정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산・공급・판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절・중단하거나 제한하는 행위'를 다음과 같이 상세하게 규정하고 있다.

### 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 IV.3

**다. 정당한 이유없이 다른 사업자의 商品 또는 用役의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 拒絶·中斷하거나 制限하는 행위(영 제5조 제3항 제3호)**

(1) 「必須的인 要素(이하 "必須要素"라 한다)」라 함은 네트워크, 기간설비 등 有·無形의 要素를 포함하며, 다음 각호의 요건을 충족하여야 한다.

(가) 당해 要素를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 去來分野에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 競爭劣位狀態가 지속될 것

(나) 특정 사업자가 당해요소를 獨占的으로 所有 또는 統制하고 있을 것

---

62) 이철남, 시장지배적 지적재산권자의 라이선스거절과 끼워팔기의 규제에 관한 연구 (고려대학교 법학박사학위논문).

63) 시장지배적 사업자는 (i) 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 "가격"이라 한다)를 부당하게 결정・유지 또는 변경하는 행위, (ii) 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위, (iii) 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위, (iv) 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위, (v) 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위 등에 해당하는 행위를 하는 것이 금지되며(§3조의 2 I), 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다(§3조의 2 II).

64) 시행령 §5 III. 1. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위, 2. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위, 3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산・공급・판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절・중단하거나 제한하는 행위, 4. 제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위.

(다) 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 再生産하거나 다른 요소로 對替하는 것이 事實上·法律上 또는 經濟的으로 불가능할 것
(2) 이 목에서 「다른 사업자」라 함은 必須要素 保有者 또는 그 系列會社가 참여하고 있거나 가까운 장래에 참여할 것으로 예상되는 거래분야에 참여하고 있는 사업자를 말한다.
(3) 「拒絶·中斷·制限하는 행위」라 함은 다음과 같은 경우를 포함하여 실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위를 말한다.
(가) 필수요소에의 接近이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도의 不當한 價格이나 條件을 제시하는 경우
(나) 필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에 비해 현저하게 差別的인 價格이나 排他條件, 끼워팔기 등 不公正한 條件을 제시하는 경우
(4) 「正當한 理由」가 있는지를 판단함에 있어서는 다음 경우에 해당하는지 여부 등을 고려한다.
(가) 필수요소를 제공하는 사업자의 投資에 대한 正當한 報償이 현저히 저해되는 경우. 다만, 競爭의 擴大로 인한 利益의 減少는 정당한 보상의 저해로 보지 아니한다.
(나) 기존 사용자에 대한 提供量을 현저히 減少시키지 않고서는 필수요소의 제공이 불가능한 경우
(다) 필수요소를 제공함으로써 기존에 제공되고 있는 서비스의 質이 현저히 低下될 우려가 있는 경우
(라) 技術標準에의 不合致 등으로 인해 필수요소를 제공하는 것이 技術的으로 불가능한 경우
(마) 서비스 이용고객의 生命 또는 身體上의 安全에 위험을 초래할 우려가 있는 경우

'지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침'도 필수설비이론을 도입한 것으로 볼 수 있다.

**지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침**

**제3조【산업재산실시허락계약상의 불공정거래행위등】** 산업 재산실시허락계약에 있어서 불공정거래행위 등에 해당하는 사항은 다음 각호의 1과 같다. 불공정한 경우에 해당하는가의 여부는 그 내용 뿐만 아니라 경쟁에 미치는 효과, 계약기간, 관련시장의 상황 등을 종합적으로 고려하여 결정한다.

.....

17. 실시허락의 거절

어떠한 산업재산에 대하여 실시허락을 받고자 하는 자가 앞의 각호의 불공정거래행위에 해당하는 사항을 수용하지 않는다는 것을 이유로 실시허락을 거절하거나 어떠한 상품이나 용역의 제공에 필수적인 산업재산에 대하여 실시허락을 받고자 하는 자가 상당기간 동안 합리적인 조건을 제시하면서 실시허락을 받기 위해 노력했음에도 불구하고 실시허락을 거절함으로써 다른 사업자의 시장진입을 차단시키는 경우

**제4조【저작물이용허락계약상의 불공정거래행위 등】** 저작물이용 허락계약에 있어서 불공정거래행위 등에 해당하는 사항에 대해서는 제3조의 규정을 준용한다.

### 3. 필수설비이론의 적용여부 및 판단

소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락의 거절에 대하여 필수설비이론이 적용될 수 있는가 여부를 고려함에 있어서는 이용허락의 대상이 되는 스트리밍의 방법이 필수설비에 해당하는가 여부를 고려하는 것이 필요하다. 소프트웨어 스트리밍에 있어서 독점금지법 위반이 논의되는 것은 소프트웨어의 이용허락 자체가 아니라 소프트웨어에 대해서는 이용허락을 하되

스트리밍의 방법에 대한 이용허락을 하지 않는 것이므로, 필수설비이론이 적용되는지에 대한 논의는 이용허락의 대상이 되는 '스트리밍'이라는 소프트웨어 제공방법이 되어야 할 것이다.

정당한 이유없이 다른 사업자의 상품이나 용역의 생산, 공급, 판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절, 중단하거나 제한하는 행위가 규제되는 형태로 필수설비이론이 수용되어 있는데, 심사기준은 필수설비의 구성요소로서 (i) 당해 要素를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 去來分野에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 競爭劣位狀態가 지속될 것(필수성), (ii) 특정 사업자가 당해요소를 獨占的으로 所有 또는 統制하고 있을 것(독점성), (iii) 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 再生産하거나 다른 요소로 對替하는 것이 事實上·法律上 또는 經濟的으로 불가능할 것(재생불가성)을 규정하고 있다.

'거절, 중단, 제한하는 행위'는 (i) 필수요소에의 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도의 부당한 가격이나 조건을 제시하는 경우나 (ii) 필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에 비해 현저하게 차별적인 가격이나 배타조건, 끼워팔기 등 불공정한 조건을 제시하는 경우를 포함하여 실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위로 정의되어 있다.

정당한 이유는 (i) 필수요소를 제공하는 사업자의 투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 경우(다만, 경쟁이 확대로 인한 이익의 감소는 정당한 보상의 저해로 보지 아니함), (ii) 기존 사용자에 대한 제공량을 현저히 감소시키지 않고서는 필수요소의 제공이 불가능한 경우, (iii) 필수요소를 제공함으로써 기존에 제공되고 있는 서비스의 질이 현저히 저하될 우려가 있는 경우, (iv) 기술수준에의 불합치 등으로 인해 필수요소를 제공하는 것이 기술적으로 불가능한 경우, (v) 서비스 이용고객의 생명 또는 신체상의 안전에 위험을 초래할 우려가 있는 경우에 해당하는지 여부 등을 고려하여 판단한다.

그렇다면 소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락의 거절행위에 대하여 필수설비이론이 적용될 수 있는가? 첫째, 독점금지법은 '시장지배적 사업자'가 '다른 사업자'의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위를 금지하고 있다(§3조의 2 I). '시장지배적사업자'는 '일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격・수량・품질 기타의 거래조건을 결정・유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자'로서, '시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다'(독 §2 vii). 예컨대 인터넷상에서 소프트웨어 스트리밍을 하나의 비즈니스 모델로서 서비스 제공하는 경우에는 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위가 되는지 여부를 논의할 수 있을 것이다. 그러나 대학이나 기업이 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하는 경우, 소프트웨어 저작권자가 시장지배적 사업자로서 소프트웨어 이용자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위를 하는 것이 아니라, 이용자가 스트리밍의 방식으로 이용하는 것을 이용허락하지 않는 것이다. 따라서 이 경우에는 독점금지법이 규제하는 시장지배적 지위의 남용금지에 해당할 여지가 없게 된다.

또한 시장지배적 지위의 남용금지는 시장지배적 사업자가 '다른 사업자'의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위에 해당하는 것으로서, 불공정거래행위에 관하여 논의한 바와 같이 소프트웨어를 이용하는 소비자에 대해서는 역시 적용될 여지가 없다.

둘째, 필수설비이론이 적용되기 위하여서는 "당해 要素를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 去來分野에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 競爭劣位狀態가 지속되어야 한다"는 필수성의 요소가 충족되어야 하는데, 소프트웨어 스트리밍의 경우 스트리밍이라는 소프트웨어 제공방식이 필수설비이론의 적용대상이 되는지, 적용대상이 되는 경우에도 이러한 방식이 필수요소가 될 수 있는지 의문이다. 소프트웨어 스트리밍에서 필수설비가 문제될 수 있는 것은 소프트웨어이지만, 실제로 문제되는 것은 스트리밍이라는 소프트웨어 제공방식에 불과하다. 스트리밍 방식이 요소가 된다고 할지라도, 스트리밍 방식 외에도 이용허락계약의 범위 내에서 얼마든지 소프트웨어를 이용할 수 있으므로 소프트웨어 이용이 방해받는 것이 아니며, 소프트웨어 스트리밍을 이용하지 않는다고 하더라도 이용자가 '중대한' '경쟁열위상태'가 지속되는 것도 아니다. 물론 인터넷을 통하여 소프트웨어가 스트리밍 방식으로 제공되는 것이 일반적인 형태인데 특정 사업자가 스트리밍 방식을 이용하지 못한다고 한다면 그 특정 사업자는 다른 사업자에 비하여 중대한 경쟁열위상태에 빠질 가능성도 있을 것이다. 그러나 대학이나 기업 등 특정 조직 자체가 그 구성원들에 대하여 소프트웨어를 스트리밍 방식으로 제공하지 못한다고 하여 이러한 상태에 빠지는 것이 아니다.

셋째, 필수설비이론이 적용되기 위하여서는 "당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 再生産하거나 다른 요소로 對替하는 것이 事實上·法律上 또는 經濟的으로 불가능하여야 한다"는 재생불가성의 요소가 충족되어야 하는데, 스트리밍은 소프트웨어를 제공하는 하나의 방법에 불과한 것이고 스트리밍 외에도 소프트웨어를 이용할 수 있는 방법이 존재하므로 재생불가성의 요소가 충족될 수 없다.

'지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침'도 필수설비이론을 언급하고 있지만, 이 심사지침도 소프트웨어 스트리밍에 대하여 적용되기 어려울 것으로 보인다. 첫째, 이 지침이 예정하고 있는 필수설비는 산업재산이나 저작권 자체를 대상으로 하고 있는 것이지, '스트리밍 방식'으로 소프트웨어를 제공하는 것을 이용허락하지 않는 소프트웨어 스트림에 대하여 적용될 수 없다. 둘째, 지침상의 필수설비이론이 적용되기 위하여서는 당해 산업재산이나 저작물이 필수설비에 해당할 뿐만 아니라, (i) 실시허락을 받고자 하는 자가 상당기간 합리적인 조건을 제시하면서 실시허락을 받기 위하여 노력'하여야 하며, (ii) 실시허락을 거절함으로써 다른 사업자의 시장진입이 차단되어야 한다. 이 요건에서 볼 수 있는 것처럼 필수설비이론이 적용되기 위하여서는 경쟁질서의 저해가 전제되어야 하는데, 여러 사업자들이 (위 지침이 저작권에도 적용된다고 가정하여) 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하기 위하여 경쟁을 하고 있고 특정의 사업자에 대하여 스트리밍에 의한 이용허락을 거절함으로써 그 사업자가 소프트웨어 스트리밍이라는 시장에 진입하는 것이 차단된다면, 심사지침상의 필수설비이론이 적용될 여지가 있게 될 것이다. 그러나 소비자가 소프트웨어 스트리밍을 하지 못

한다고 하여 그 소비자가 진입하는 것이 차단되는 시장이라는 것은 존재할 수가 없게 된다. 따라서 지침상의 필수설비이론이 소프트웨어 스트리밍에 적용되기는 어렵게 된다.

# 제8장 저작권 남용

## I. 서론

컴보위는 “저작권자가 정당한 이유 없이 사용자가 희망하는 합리적인 라이선스를 제시하지 않고 1PC 1License 정책만을 강요하는 등 라이선스에 대한 부당한 차별 정책(예컨대, 외국에서 사용하는 라이선스 형태를 국내에는 제시하지 않는 경우)을 통해 S/W스트리밍 방식의 사용을 실질적으로 제한하는 경우, 불공정 약관 및 불공정 거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고자 하는 약관의 규제에 관한 법률과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 목적 및 취지에 비추어 볼 때, 불공정하다고 볼 수 있다. 나아가 이러한 라이선스 거절 행위는 신의성실의 원칙에 반하거나 권리남용으로도 볼 수 있다”고 판단하였다. 곧 저작권자가 ‘정당한 이유없이’ 합리적인 라이선스를 제시하지 않고서 소프트웨어 스트리밍 방식의 사용을 실질적으로 제한하는 것은 권리남용에 해당한다는 것이다.

민법 제2조는 신의성실이라는 제목하에 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”고 규정하고(제1항), “권리는 남용하지 못 한다”고 규정하고 있다(제2항). 결국 소프트웨어 스트리밍과 관련된 권리남용 논란은 저작권이라는 권리의 남용에 해당하는 것이다. 미국에서 특허권 남용이 판례에 의하여 인정되고 논의된 역사는 상대적으로 오래되었지만, 저작권 남용은 비교적 최근의 현상이라고 할 수 있다. 또한 한국에서는 민법 제2조에 따른 권리남용이 인정되는 것이 상대적으로 ‘매우’ 적을 뿐만 아니라, 저작권 남용은 거의 논의되지 않아온 것으로 보인다.

## II. 미국에서의 저작권 남용

### 1. 지적재산권의 남용

지적재산권의 남용(intellectual property misuse)은 ‘부정행위의 금지의 원리(doctrine of clean hands)’[65]에서 기원하는 것으로서 판례법상 지적재산권의 침해에 대하여 침해자가 제기할 수 있는 방어(항변)수단이다. 침해에 대한 방어가 침해자(피고)에 의하여 남용에 기초하여 성공적으로 행하여진 경우, 지적재산권자(원고)는 침해에 기한 구제수단을 제공받을 수 없다. 미국의 법원은 판례에 의하여 형성된 지적재산권 남용의 법리를 비교적 협소하게 적용하고 있는데, 특허권의 남용(patent misuse)에 그 적용을 시작하여 최근에는 저작권의 남용을 조심스럽게 적용하기 시작하는 것으로 보인다. 상표 및 영업비밀의 남용은 학문적으로는 논의가 되고 있으나 법원이 이를 적용하는 것을 전혀 고려하지 않고 있다. 지적재산권의 남용과 관련하여 미국의 연방대법원은 1942년 Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger 케이스[66]에서 처음으로 특허권남용의 원리(patent misuse doctrine)를 확립하였고 그 이후로

65) 이 원리는 어느 당사자가 선의(good faith)와 같은 공평법상의 원칙을 위반하였을 경우에는 공평법상의 구제수단을 구하거나 공평법상의 방어수단을 주장하지 못한다는 원리이다.

특허권남용의 원리는 상당히 많이 적용되어 왔다. 그러나 저작권의 남용은 Morton Salt 케이스에서 주문(holding)이 아닌 판결부분(dictum, 주문보다는 기속력이 매우 약하거나 없는 것이나 마찬가지임)에 언급은 되었으나 1990년 제4연방 항소법원(4th Cir)의 Lasercomb America Inc. v. Reynolds 케이스가 저작권 남용의 원리를 명시적으로 인정하기 전까지는 적용되지 않았다. 1990년 이후 제5연방 항소법원 및 제9연방 항소법원이 저작권의 남용을 침해에 대한 방어수단으로 인정하였으나, 연방대법원과 다른 지역의 연방 항소법원이 저작권남용의 원리를 인정한 것은 아니다. 따라서 오늘날 저작권남용의 원리가 미국의 저작권법 체계에서 차지하는 위치나 앞으로 그 운명이 어떻게 될지는 불확실한 상태이다.

**2. 저작권 남용의 원리의 역할**

저작권법 체제에서의 저작권 남용의 원리의 역할 내지 기능을 고찰하기 위하여서는 저작권법뿐만 아니라 특허법 및 반독점법까지도 연계하여 고찰하여야 한다. 저작권법 남용의 원리가 수행하는 역할 내지 기능은 다음과 같은 세 가지가 제시되고 있다. 첫째, 저작권 남용의 원리는 성문법의 흠결을 보완할 수 있는 융통성을 법원에게 제공한다. 곧 성문법의 불명확한 점이나 흠결을 바로잡을 수 있는 수단이 될 수 있으며 특히 소프트웨어에 적용되면 그 기능은 더욱 더 커진다. 대부분의 저작물에 있어서는 그 표현이 이용자들에게 공개되는데 반하여 소프트웨어의 소스코드나 오브젝트코드의 표현은 공개되지 않음으로써, 저작권법이 저작권자와 저작물 이용자간에 정책적으로 취하여 놓고 있는 정치한 균형을 깨뜨릴 수 있다. 저작권 남용의 원리는 바로 이러한 성문법의 흠결을 법원이 보완할 수 있도록 하고, 따라서 저작권에 의하여 보호되는 표현에 일반인이 접근할 수 있도록 한다. 곧 저작권 남용의 원리는 소프트웨어에 대하여 저작권법상 흠결되어 있는 표현의 공개를 보완할 수 있도록 한다. 이와 같은 법원의 성문법의 흠결보완은 성문법에 흠결이 있다는 것을 입법기관에게 알려주는 신호로서 파악될 수도 있다. 미국 1800년대 중반부터 판례법상 발전해 온 저작권법상의 공정이용의 원리는 1976년 저작권법에 수용된 것이 좋은 예다.

둘째, 저작권 남용의 원리는 법을 조정하는 기능을 하는데, 곧 반독점법, 저작권법 및 특허법 등 서로 연관되고 의존적인 법들간의 관계를 조화시키게 된다. 어떠한 법률이 명시적이거나 묵시적으로 추구하는 목적은 다른 법과의 관계에서 그 하나의 법만에 의하여서는 일관된 법원칙에 따라 추구될 수 없다. 따라서 판례법상의 남용의 원리는 법원으로 하여금 매우 역동적인 규범을 발전시킬 수 있도록 한다. 예컨대 미국의 법원, 의회, 법집행기관 및 학자들은 특허법과 반독점법간의 충돌을 어떻게 해소할 것인가의 문제를 해결하고자 해 왔다. 그런데 오늘날 반독점법 원리에 의하여 특허권 남용의 원리를 확립함으로써 양 법이 추구하고자 하는 정책목표를 달성하는데 있어 시장 메커니즘의 중요성을 더욱 더 강조하고 있다. 이것은 법원이 특허권 남용의 원리에 의하여 특허법과 반독점을 조정시킨 것이라고 할 수 있다.

저작권 남용의 원리는 저작권법과 반독점법간의 조정뿐만 아니라 저작권법과 특허법간의

66) 314 U.S. 488, 494 (1942).

조정까지도 담당할 수 있다. 저작권법과 반독점법간의 충돌은 특허법과 반독점법간의 관계와 유사하게 논의될 수 있으나, 저작권법과 특허법간의 충돌은 양 법이 각기 다른 유형의 진보를 추구하기 때문에 매우 복잡한 성격을 가질 수 있다. 곧 컴퓨터 소프트웨어는 표현과 관련되는 내용보다는 그것이 촉진하고자 하는 기능적인 내용으로부터 그 가치를 가지는 것이고, 따라서 소프트웨어를 저작권에 의하여 보호함으로써 저작권법과 특허법간에는 충돌이 있을 수밖에 없기 때문이다. 그러나 저작권 남용의 원리가 저작권법, 특허법, 반독점을 조정할 수 있는 것은 부정할 수 없다.

셋째, 저작권 남용의 원리는 공익을 보호하는 기능을 수행한다. 권리남용의 원리는 부정행위를 한 권리자가 법원으로부터 구제수단을 얻을 수 없다는 공평법적인 관념에서 유래한 것이다. 법원은 소송 당사자들이 공평하게 소송을 진행할 수 있도록 할뿐만 아니라, 법원은 권리남용의 원리에 의하여 어떠한 법이 추구하고자 하는 공공의 정책을 보호하는 역할도 한다. 예컨대 자신의 저작권을 사용허락계약에 의하여 확대하고자 하는 경우, 이와 같은 저작권자의 시도가 반독점법을 위반할 정도가 아닐지라도 저작권을 남용할 수 있다. 요컨대 저작권 남용의 원리는 저작권법이 추구하고자 하는 공익적인 목적, 곧 창의적인 저작물을 일반인에게 배포하는 것을 장려하고, 아이디어나 보호되지 않는 표현은 무제한적으로 사용할 수 있게 하며, 소프트웨어의 개발에 있어서 진보와 경쟁을 자극하는 등의 공익과 관계되는 이해관계를 보호하는 역할을 한다.

### 3. 미국의 저작권 남용 사례

#### (1) Lasercomb America, Inc. v. Reynolds[67)]

이 케이스에서 제4연방 항소법원(4th Cir.)은 항소법원으로서는 처음으로 저작권 침해에 대한 방어수단으로서 저작권 남용의 원리를 확립하였다. Lasercomb은 저작권이 있는 CAD/CAM 소프트웨어를 Holiday Steel Rule Die Corpo.(Holiday)에게 이용허락하였는데, 이 소프트웨어는 금속으로 된 주사위를 디자인하고 생산시스템을 관리하도록 하는 것이었다. Holiday는 불법적인 사적이용을 위하여 이 소프트웨어를 복제하여 소프트웨어를 보호하는 도구를 우회하고 사용에 대한 추가적인 비용지급을 회피하였고, Lasercomb과 거의 동일한 소프트웨어를 판매하였다. 제1심법원은 저작권의 침해를 인정하고 저작권남용에 기한 항변을 기각하였다. 그러나 제4연방 항소법원은 Lasercomb의 표준사용허락계약에 포함되어 있는 반독점적인 조항이 저작권의 남용이 된다고 하여 제1심법원의 결론을 파기하였다.

Lasercomb의 이용허락 조항은 사용권자가 주사위를 만드는 소프트웨어를 설계, 개발, 생산, 판매하는 것을 금지하고 있었다. 제1심법원은, 저작권 남용의 원리가 방어수단으로서 이용될 수 있지만, 이용허락조항의 반독점적인 규정은 정교하고 민감한 소프트웨어의 분야에서 합리적인 것이라고 하였다. 그러나 제4연방 항소법원은 제1심법원의 이러한 합리성의 원칙(rule of reason)이라는 관념을 배제하고 저작권의 남용이 반독점법과는 독립되는 것이라고 강조하였다. 곧 "반독점법을 위반하기 위하여 저작권을 이용하려는 시도는 저작권 남용

67) 911 F.2d 970 (1990).

을 야기할 수 있으나 침해소송에 대한 방어수단이 되기 위하여 남용이 반독점법을 위반할 필요는 없다고 하였다. 따라서 법원은 Lasercomb이 저작권에 나타나 있는 공공의 정책목표에 역행하는 방식으로 저작권을 이용하려는 시도는 충분히 저작권의 남용이 된다고 판시하였고, 이용허락계약의 규정은 반독점적일뿐만 아니라 Lasercomb의 소프트웨어가 포함하고 있는 보호되지 않는 아이디어(idea)를 사용권자가 독자적으로 실행하려는 시도를 억압하는 것이어서, 법이 허용한 재산권의 범위를 벗어나는 것이라고 하였다. 이 케이스에서 법원은 이용허락계약이 사용하는 문언에 특별한 관심을 기울였고 경쟁이나 원고의 시장지배력에 대한 효과에 초점을 맞춘 것은 아니라고 하였다. 후자의 요소들은 모두 반독점법적인 분석을 위하여 행하여지는 것이므로, 법원이 그만큼 반독점법적인 분석과는 독자적으로 저작권 남용의 원리를 분석한 것으로 보인다. 곧 법원은 저작권 체제 밖에서 경쟁을 통제하기 위하여 저작권을 이용하려는 시도, 곧 소프트웨어에 의하여 주사위를 제작하는 아이디어를 통제하기 위하여 저작권을 이용하려는 시도는, 그것이 반독점법 위반이 되는가에 관계없이, 저작권의 남용이 된다고 판시하였다.

(2) Practice Management Information Corp. v. American Medical Association[68)]

이 케이스에서 제9연방 항소법원은 Lasercomb 케이스의 제4연방 항소법원과 같이 저작권 남용을 저작권 침해에 대한 방어수단으로 인정하고자 하였다. 곧 제4연방 항소법원의 결론에 명시적으로 동의하면서 저작권 남용이 인정되기 위하여서는 반독점법 위반은 입증될 필요가 없다고 하였다. 이 케이스의 기초가 된 것은 반독점적인 이용허락계약의 조항인데, AMA는 HCFA에게 의료절차를 위한 시스템(CPT로 총칭)을 이용, 복제, 반포 및 배포할 수 있는 비배타적, 사용료가 없는, 철회할 수 있는 이용허락을 허용하였다. 이러한 이용허락에 대해서는 HCFA가 CPT만을 사용하고 가능한 한 언제든지 HCFA 및 그 대리인이나 기타 대리인이 관리하는 프로그램에 따라 사용할 것을 요구하였다.

제9연방 항소법원은 합리성의 원칙에 따른 반독점법적인 분석을 위하여 고려될 수 있는 AMA의 항변을 기각하고 이용허락계약의 문언에만 초점을 맞추었다. 이에 따라 HCFA로 하여금 경쟁제품을 사용하는 것을 금지하는 것은 AMA에게 시장에서의 상당하고 부당한 이점을 제공하는 것이고, 이러한 이점을 획득하기 위하여 CPR 저작권을 부당하게 이용하는 것은 저작권 남용의 방어를 확립하기에 충분하다고 판시하였다.

(3) Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.[69)]

이 케이스는 결국 이용허락계약의 측면에서 판단하였으나, 단순하게 이용허락계약 조항의 문언에 한정되었던 Lasercomb 케이스나 Practice Management 케이스와 달리, 이용허락계약과 원고측의 반독점적인 행위를 좀 더 긴밀하게 고찰하였다. Alcatel(과거에는 DSC였음)은 장거리전화와 관련된 전화교환기를 생산하였는데, 교환기의 통제는 Alcatel의 운영체계소프트웨어에 의하였다. DSC는 (i) 운영체계소프트웨어가 DSC의 재산이며, (ii) 고객은 교환기를 작용하기 위하여서만 소프트웨어를 사용할 권리를 가지며, (iii) 고객이 소프트웨어를 복제하거나 제3자에게 공개하는 것은 금지되며, (iv) 고객은 DSC가 제작한 도구와 연계

68) 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).
69) 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

하여서만 소프트웨어를 사용할 수 있다고 규정한 조항에 따라 소프트웨어를 이용허락하였다.

증가된 수요에 대처하기 위하여 DSC 고객들은 용량을 확대시키기 위하여 교환기에 카드를 추가하기 시작하였다. DGI社는 DSC 교환기에 사용하기 위한 용량확대 카드를 생산하기 위하여 설립된 회사였다. 용량확대 카드는 교환기를 통제하는 운영체계와 호환가능한 것이어야 했으므로, DSC가 시험을 하고 개발을 하기 위하여서는 DSC의 운영체계 소프트웨어를 다운로드받고 복제할 수밖에 없었다. DSC는 저작권의 침해를 비롯한 여러 소인에 기초하여 DGI에 대하여 소송을 제기하였고, 제5연방 항소법원은 제1심법원의 여러 결론을 모두 인용하였으나 Alcatel이 저작권을 남용하였기 때문에 DGI의 저작권 침해에 기초하여 인정한 금지명령에 대해서는 파기하였다.

제4 및 제9연방 항소법원의 케이스에서 Lasercomb과 AMA는 모두 자사의 저작권있는 제품을 이용하여 경쟁을 억압하려고 시도하였다. 그러나 Alcatel 케이스에서 Alcatel의 저작권 남용은 DSC가 저작권을 가지지 않는 제품을 간접적으로 상업적인 통제를 하기 위하여 DSC가 Alcatel의 저작권을 이용하려는 시도에서 비롯된 것이었다. DSC의 이용허락의 조건은 DSC와 경쟁하는 카드제조회사들이 DSC의 저작권있는 운영시스템과 호환될 수 있는 제품을 개발하는 것을 금지시킨 것이었다. 제5연방 항소법원은 DGI가 제품을 개발하는 것이 사실상 금지되었고 따라서 저작권이 없는 마이크로프로세서 카드에 대하여 DSC가 제한적인 독점을 획득한 것이고, 따라서 이용허락계약의 조항은 DSC에게 카드에 대하여 사실상의 독점을 부여하였다고 하였다.

제5연방 항소법원은 저작권 남용이 공평법에 기초한 방어수단이라는 것을 명확히 하였고, DSC의 이용허락계약의 조항만으로도 DSC가 저작권 침해에 기초한 구제수단을 억제할 수 있다고 판시하였다. Lasercomb 케이스와 Practice Management 케이스에서와 마찬가지로, 제5연방 항소법원은 반독점법 소송에서 행하여질 수 있는 카드시장에서의 시장지배력이나 경쟁에 대한 실질적인 효과를 고려하지 않았으며, 사용허락계약의 조항만이 저작권 남용을 판단하는데 있어서 관계된다고 하였다.

### 4. 저작권 남용 판단의 기초

미국의 법원들은 저작권 남용의 원리에 대하여 두 가지의 접근방법, 곧 공공 정책목표적인 접근방법(public policy approach)과 반독점적인 접근방법(antitrust approach)을 취하고 있다.[70] 곧 반독점적인 접근방법은 저작권의 남용을 적용하기 전에 저작권자(원고)가 반독점적인 행위에 종사할 것을 요구한다. 이 접근방법은 일정한 행위(연방대법원에 의하여 인정된 행위)에 대해서는 그 자체가 저작권의 남용이라고 하고 그 이외의 행위에 대해서는 합리성의 원칙을 적용한다. 후자에 해당하는 행위의 경우, 먼저 어떠한 억제행위가 저작권이라는 독점적인 권리의 범위에 속하는가 여부를 분석한다. 만약 권리의 범위에 속한다면, 그 행위는 그 자체로서 적법한 행위가 된다. 만약 권리의 범위에 속하지 않는다면, 그 행위가

70) In re Napster, Inc. Copyright Litigation, 191 F.Supp. 2d 1087, 1102-1103 (N.D.Cal.,2002).

전체적으로 경쟁을 촉진하는지 아니면 제한하는지 여부를 분석한다. 만약 그 행위(예컨대 이용허락에 관한 규정)가 경쟁을 제한한다면 저작권 남용이 된다.

공공 정책목표적인 접근방법에 의하면, 저작권자가 자신이 부여받은 독점적인 권리의 범위를 벗어나는 영역에 대한 통제권을 획득하기 위하여 저작권이라는 독점적 권리를 확장시켰다면 저작권의 남용이 존재하게 된다. 저작권의 남용을 판단하기 위한 방법은 원고가 자신의 저작권을 이용하는 것이 저작권을 허여하기 위한 공공의 정책목표를 위반하였는지 여부이며, 저작권의 이용이 반경쟁적인지 여부는 문제되지 않는다. 곧 저작권의 남용이 침해소송에 대한 공평법상의 방어수단이 되기 위해서는 반독점법을 위반할 필요가 없으며, 판단방법은 저작권이 반독점법을 위반하는 방식으로 이용되고 있는가의 여부가 아니라 저작권을 허여하기 위한 공공의 정책목표를 위반하는 방식으로 사용되고 있는가 여부이다. 이러한 접근방법을 취하고 있는 법원들은 저작권의 사용허락규정을 정밀하게 분석하여 저작권에 의하여 부여된 제한적인 독점적 권리의 범위가 확대되었는지 여부를 결정한다. 위에서 살펴 본 저작권 남용을 인정하는 항소법원들의 판례도 모두 이러한 접근방법을 따르고 있다.

## III. 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절과 권리남용 여부

### 1. 미국 저작권 남용원리

미국 항소심 법원들은 특허권 남용의 원리에 기초하여 저작권 남용의 원리를 비교적 최근에 인정하기 시작하였으며, 저작권 남용이 인정되는 요건은 반독점적 행위 인정 요건과는 아무런 관계없이 독립적으로 요구되고 있다. 미국 법원에 의하면 저작권 남용원리가 적용되는 경우는 저작권자가 자신이 부여받은 독점적인 권리의 범위를 벗어나는 영역에 대한 통제권을 획득하기 위하여 저작권이라는 독점적 권리를 확장시키고자 시도한 경우이다. 또한 저작권의 남용을 판단하기 위한 방법은 원고가 자신의 저작권을 이용하는 것이 저작권을 허여하기 위한 공공의 정책목표를 위반하였는지 여부이며, 저작권의 이용이 반경쟁적인지 여부는 문제되지 않는다.

특허권 남용이 인정되는 대표적인 경우가 특허권에 의하여 보호되지 않는 요소를 보호하기 위한 것이었는데, 저작권 남용에서도 저작권에 의하여 보호될 수 없는 요소를 보호하기 위한 경우를 들 수 있다. 예컨대 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어나 존속기간이 경과한 저작물을 보호하기 위한 시도를 들 수 있다. Lasercomb 케이스에서 저작권 남용이라는 판단에 이르게 된 이용허락계약 조항을 보도록 하자.

**Lasercomb 케이스에서 문제된 이용허락조항**

D. Licensee agrees during the term of this Agreement that it will not permit or suffer its directors, officers and employees, directly or indirectly, to write, develop, produce or sell computer assisted die making software.

E. Licensee agrees during the term of this Agreement and for one (1) year after the termination of this Agreement, that it will not write, develop, produce or sell or

assist others in the writing, developing, producing or selling computer assisted die making software, directly or indirectly without Lasercomb's prior written consent. Any such activity undertaken without Lasercomb's written consent shall nullify any warranties or agreements of Lasercomb set forth herein.[71]

Lasercomb 케이스에서 법원은 Lasercomb이 '저작권에 나타나 있는 공공의 정책목표에 역행하는 방식으로 저작권을 이용하려는 시도'가 충분히 저작권의 남용이 된다고 하였고, 사용허락계약의 규정은 반독점적일뿐만 아니라 Lasercomb의 소프트웨어가 포함하고 있는 보호되지 않는 아이디어를 사용권자가 독자적으로 실행하려는 시도를 억압하는 것이어서, 법이 허용한 재산권의 범위를 벗어나는 것이라고 하였으며, 소프트웨어에 의하여 주사위를 제작하는 아이디어를 통제하기 위하여 저작권을 이용하려는 시도는, 그것이 반독점법 위반이 되는가에 관계없이, 저작권의 남용이 된다고 판시하였다.

## 2. 한국 민법상의 권리 남용금지의 원리

미국에서의 특허권 남용금지원리가 인정된 것은 오래 전의 일이지만 저작권 남용금지는 비교적 최근의 현상이라고 할 수 있다. 한국은 민법이 권리남용을 금지하고 있으므로(민 §2), 저작권 남용도 금지되는 것은 당연하다. 그러나 과연 어떤 경우가 권리남용, 특히 저작권 남용에 해당할 것인지를 판단하기가 쉽지 않으며 그렇다고 하여 미국의 판례를 그대로 인용할 수도 없는 실정이다. 이미 권리남용의 금지의 원리가 우리 사법체계에서 인정되어 있는 이상, 법원이 저작권 남용의 원리를 인정하는 것도 가능하다. 다만 법원이 이를 어떻게, 얼마만큼이나 받아들일 것인가가 문제된다.

한국에서의 권리남용이 성립되기 위한 요건으로서 우선 (i) 권리의 행사가 존재하여야 하고, (ii) 권리의 행사가 공공복리에 반하여야 한다는 객관적 요건이 요구된다. 권리의 불행사도 권리의 행사에 포함된다. 권리의 행사가 공공의 복리에 반하는 것으로서는 정당한 이익이 없는 권리행사, 불법행위를 구성하는 권리행사, 사회·경제적으로 많은 손해를 발생시키는 권리행사, 사회통념상으로 이익형평을 크게 파괴하는 권리행사,[72] 권리의 행사가 사회생활상 도저히 용인될 수 없을 때, 사회적 한계를 초과한 때, 형식만 가질 뿐이지 실질에는 부당한 이익을 얻기 위한 방편에 지나지 않을 때, 권리행사로 사회질서에 어긋나는 결과를 초래할 때[73] 등을 들 수 있다.

권리남용이 성립하기 위하여서는 권리행사자가 가해의 의사나 목적 또는 고의나 과실이 있어야 한다는 주관적 요건이 요구되지 않는다고 하는 것이 일반적이다. 대법원은 일정한 경우에는 주관적 요건을 요구하고 있으나 그렇지 않은 경우도 있다.

권리남용에 해당하는 유형으로서는 실질적인 의무자가 실질적인 권리자에 대하여 권리를 행사하는 경우, 스스로 의무를 위반한 자가 자기의 권리만을 행사하는 경우, 비례의 원칙에 어긋나는 경우, 수많은 사람에게 피해를 가하게 되는 경우, 원인을 제공한 자가 그 결과의

71) 계약의 유효기간은 99년이었다.
72) 강대성, 민법총칙 87.
73) 이영준, 민법총칙 72.

제거를 청구하는 경우, 재판권행사 방해로 얻은 권리의 행사, 모순된 행위에 기한 권리행사, 독점을 위한 권리행사, 친족상속법상의 권리행위 등으로 분류할 수 있다.[74]

이상에서 볼 수 있듯이 저작권은 물론이고 지적재산권의 행사와 관련된 권리남용은 사실상 거의 논의되지 않고 있으며 판례에 의하여 인정된 사례도 존재하지 않는 것으로 보인다. 곧 권리남용 금지의 원리가 우리 사법체계의 대원리로서 인정되고 있음에도 불구하고, 법원은 권리남용을 거의 인정하지 않고 있다. 법원의 이러한 태도는 쉽게 바뀔 것으로 예상되지는 않는다. 다만 미국의 저작권 남용 금지의 원리 자체는 영미법에 바탕을 둔 것이어서 한국의 법원이 수용하기 어렵겠지만, 저작권이 남용되는 구체적인 사안은 한국의 법원이 저작권의 남용을 판단하는데 도움이 상당한 될 것으로 보인다. 그렇다면 소프트웨어 저작권자들이 스트리밍이라는 방식 이용에 대한 허락을 거절한 것이 권리남용에 해당할 수 있을 것인가?

저작권 남용에 해당하는 유형으로는 다음의 것이 제안되고 있다.[75] 곧 (i) 저작권자가 끼워팔기협정(tying arrangement)을 통하여 자신의 독점력을 다른 저작물에 확대시키는 경우, (ii) 저작권자가 사용자에게 경쟁자의 저작물을 구매하지 못하게 하거나 사용하지 못하도록 강요하는 경우, (iii) 사용자가 별개의 다른 라이선스를 받아들이는 조건으로 저작물에 대한 라이선스를 제공하는 경우, (iv) 저작권자가 사용자로 하여금 저작물과 저작물이 아닌 제품의 총판매에 대한 이용료를 지급하도록 하는 경우, (v) 저작권자들이 가격결정(price fixing)을 하는 경우, (vi) 자신의 창작물이 저작권을 침해하였음을 알거나 기타 저작물이 아닌 것을 알고 저작권 침해 소송을 하는 경우, (vii) 사용자의 서비스 또는 업무에 필수적인 저작물을 정당한 이유 없이 라이선스를 거절하거나 차별적으로 취급하는 경우 등이다. 이러한 유형은 저작권 남용을 독점금지법에 연계시키는 것에 해당되는 것이지만, 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절이 이러한 유형에 해당하지는 않는다.

그러나 저작권 남용원리를 적용시킨 미국 판례의 입장을 적용해 보도록 하자. 물론 저작권 남용과 반독점법 위반의 요건은 다를 수밖에 없을 것이다. 곧 저작권 남용이 되기 위하여 반독점행위에 해당할 필요가 없으며 다만 반독점행위가 권리남용으로 성립될 수는 있을 것이다. 그렇다면, 소프트웨어 저작권자들이 소프트웨어 스트리밍의 이용허락 거절함으로써 저작권이 허여하고 있는 범위를 초과하여 저작권을 행사하는 것에 해당하는가? 스트리밍 이용허락 거절이 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소(예컨대 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어)를 보호하기 위한 시도라고 할 수 있는가? 예컨대 경쟁제품의 사용을 금지시킴으로써 부당한 이점을 얻고 이러한 이점을 얻기 위하여 저작권을 부당하게 이용한 것인가? 저작권을 이용하여 경쟁을 억압하려고 시도하였는가? 저작권에 의하여 보호되지 않는 제품을 상업적으로 통제하기 위하여 저작권을 이용하였는가?

소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절하는 것이 저작권의 정책목표(copyright policy)에 배치되는 것인가? 저작권의 정책목표는 한편으로는 저작자의 권리 및 인접권자의 권리를 보호하여 저작물을 창작하도록 하는 동기를 제공하고, 다른 한편으로는 창조된 저작물을 공정하게 이용하는 것을 보장함으로써 제2, 제3의 창작을 장려함으로써, 결국 사회에 공급되는 저

74) 이영준, 민법총칙 72-79.
75) 손승우, SW Streaming 기술과 저작권 남용행위 311-12 (단국법학 제6집 제3호).

작물이 증가하게 되어 궁극적으로 문화의 향상발전을 이루도록 하는 것이다. 그렇다면 소프트웨어 이용허락 거절이 이러한 저작권 정책목표를 위반하는 것이 되는가?

### 3. 판례상의 권리남용 요건

**대법원 1991. 3.27. 선고 90다13055 【손해배상(기)】**[76]

권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, **주관적**으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하고, **객관적**으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이러한 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다.

**대법원 2008. 9.25. 선고 2007다5397**

그러나 기록에 의하면, 이 사건 토지 중 피고가 구거 및 도로로 점유하고 있는 부분은 375㎡로서 이 사건 토지 면적 962㎡의 40%에 달하는 작지 않은 부분을 차지하고 있는 점에 비추어 보면 주관적으로 원고의 이 사건 구거·도로 부분의 철거 및 그 토지 부분의 인도청구의 목적이 오직 피고에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 원고에게는 아무런 이익이 없는 경우라고 볼 수도 없고, 나아가 이 사건 구거는 원고 소유의 이 사건 토지상에 설치되어 있고, 도로는 원고 소유의 이 사건 토지와 그 바로 옆의 국유지인 이 사건 도로용지의 각 일부 지상에 설치되어 있으며, 위 도로용지 중 실제로 도로로 이용되지 않은 부분은 논으로 방치되고 있는 사실을 알 수 있는바, 이러한 토지 이용상황에 의하면 원고 소유의 이 사건 토지상의 이 사건 구거와 도로를 이 사건 도로용지로 이설하고, 이에 따라 그 지하의 상수도도 옮길 수 있을 것으로 보이고, 그로 인해 인근 주민들이 상·하수처리 및 통행 등 일상생활에 어떠한 불편을 겪을 것으로 예상되지도 아니하므로, 객관적으로 보아 원고가 피고를 상대로 이 사건 구거·도로 부분의 철거 및 그 토지 부분의 인도를 구하는 것이 사회질서에 위반된다고 볼 수 없으므로, 결국 원고의 이 사건 청구가 권리남용에 해당한다고 인정하기 어렵다고 할 것이다.

**대법원 2008. 5.29. 선고 2004다33469**

채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 **특별한 사정이 있는 경우**에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으

76) 이와 동일한 판시는 대법원 1991. 6. 14. 선고 90다10346, 10353 판결; 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다62319, 62326 판결; 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다11967 판결; 대법원 2008. 9.25. 선고 2007다5397 등.

로서 허용될 수 없다. 그러나 국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 앞서 본 바와 같은 특별한 사정이 인정되어야 하고, 또한 위와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.

### 상표권 행사 관련 권리남용[77]

상표권자가 당해 상표를 출원·등록하게 된 목적과 경위, 상표권을 행사하기에 이른 구체적·개별적 사정 등에 비추어, 상대방에 대한 상표권의 행사가 상표사용자의 업무상의 신용유지와 수요자의 이익보호를 목적으로 하는 상표제도의 목적이나 기능을 일탈하여 공정한 경쟁질서와 상거래 질서를 어지럽히고 수요자 사이에 혼동을 초래하거나 상대방에 대한 관계에서 신의성실의 원칙에 위배되는 등 법적으로 보호받을 만한 가치가 없다고 인정되는 경우에는, 그 상표권의 행사는 설령 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 등록상표에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용될 수 없고, 상표권의 행사를 제한하는 위와 같은 근거에 비추어 볼 때 상표권 행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없어야 한다는 주관적 요건을 반드시 필요로 하는 것은 아니다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다67223 판결 참조).

....

위 사실관계에 의하면 원고는 위 ACM사의 국내 총판대리점 관계에 있던 회사로서 위 ACM사가 국내에 상표등록을 하고 있지 않음을 기화로 이 사건 등록상표들을 출원·등록해 놓았다가, 위 ACM사와의 총판대리점관계가 종료된 후, 이 사건 등록상표들을 실제 상품에 사용하지도 아니하면서 위 ACM사의 국내 출자 법인인 피고를 상대로 이 사건 등록상표권을 행사하여 그동안 피고가 정당하게 사용해 오던 'ACM'이나 이를 포함한 표장을 피고의 인터넷 도메인 이름 또는 전자우편주소로 사용하거나 피고의 인터넷 홈페이지에서 사용하는 것을 금지해달라고 청구하는 것임을 알 수 있는바, 이는 상표사용자의 업무상의 신용유지와 수요자의 이익보호를 목적으로 하는 상표제도의 목적이나 기능을 일탈하여 공정한 경쟁질서와 상거래 질서를 어지럽히고 상대방에 대한 관계에서 신의성실의 원칙에 위배되는 행위이어서 법적으로 보호받을 만한 가치가 없다고 인정되므로, 비록 원고의 이 사건 상표권 행사가 권리행사라는 외형을 갖추었다 하더라도 이 사건 등록상표권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다.

### 권리남용의 판단기준과 판단방법[78]

권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면, 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 아니하고, 그 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있으며, 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 할 것이다.

### 특허권 행사와 권리남용[79]

77) 대법원 2007. 2.22. 선고 2005다39099.
78) 대법원 2003.11.27. 선고 2003다40422 .
79) 대법원 2004.10.28. 선고 2000다69194. 이 판결은 특허심판에 의하여 사실상 무효가 될 예정인 특허권의

원고 소송대리인이 제출한 특허심판원 2002당2405호 사건의 심결등본과 기록에 의하면, 원심변론종결 후인 2004. 6. 29. 원고의 정정심판청구에 의하여 이 사건 특허발명 명세서의 특허청구의 범위 제1항의 기재 중 '실 인출림은 드럼 액슬(2)과 동축상에서 원주 방향으로 연속하는 회전성 대칭 덮개(23)' 부분을, '실 인출림은 드럼 액슬(2)과 동축상에서 원주 방향으로 연속하며, 지지대(16)가 원주표면에 방해받지 아니하는 방식으로 놓여 있는 회전성 대칭 덮개(23)'로, '경사진 원주표면(16)'을, '경사진 원주표면(24)'으로 각각 정정하고, '인접하게 되고, 지지대(16)는 저장드럼(4)' 부분을 '지지대(16)는'을 삭제하는 내용으로 정정을 인용하는 심결이 내려지고, 그 정정심결이 그 무렵 심판청구인인 원고에게 송달되었는바, 정정심결은 그 등본이 심판청구인에게 송달됨으로써 확정되고, 특허발명의 명세서에 대하여 정정을 한다는 심결이 확정되면 정정심결의 효력이 출원시까지 소급하여 그 정정 후의 명세서에 의하여 특허출원, 출원공개, 특허결정 또는 심결 및 특허권의 설정등록이 된 것으로 보아야 하므로 정정된 명세서의 특허청구범위에 따라서 이 사건 발명의 내용을 확정하여야 하며, 한편 특허의 무효심결이 확정되기 이전이라고 하더라도 특허권침해소송을 심리하는 법원은 특허에 무효사유가 있는 것이 명백한지 여부에 대하여 판단할 수 있고, 심리한 결과 당해 특허에 무효사유가 있는 것이 분명한 때에는 그 특허권에 기초한 금지와 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다고 할 것이다.

저작권 행사와 권리남용과 관련하여 한국의 판례에 의하면 다음의 사항을 특정할 수 있다.

| |
|---|
| **1. 저작권 남용 인정·부인 판례의 부존재** |
| - 저작권 남용을 인정하거나 부인한 한국의 판례(대법원 및 하급 법원)는 아직 존재하지 않음 |
| **2. 권리남용의 판단기준** |
| (i) 주관적 요건: 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 함 |
| (ii) 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 함 |
| **3. 주관적 요건의 추정** |
| - 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있음 |
| **4. 판단방법** |
| - 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단 |

### 4. 소프트웨어 이용허락 거절과 권리남용

위에서 살펴 본 바와 같이 지적재산권과 관련하여 권리남용을 인정한 판례는 거의 존재하지 않는다고 할 정도이다. 특허권과 관련하여 권리남용을 인정한 유일한 판례는 무효가 될 예정인 특허권을 행사하는 경우 권리남용을 인정한 것이다. 상표권과 관련하여서는 (i) 등록상표권자의 상표권 행사가 공정한 경쟁질서와 상거래 질서를 어지럽히고 상대방에 대한 관계에서 신의성실의 원칙에 위배되는 행위로서 허용될 수 없다고 하였고,[80] (ii) 특허법원은 확인대상상표가 등록상표와 호칭이 동일하여 그 권리범위에 속한다고 하였으나, 등록상표에

행사가 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당한다는 것으로서, 이용허락 등과 관련된 권리남용은 아니다.

80) 대법원 2007. 2.22 선고 2005다39099 판결.

무효 사유가 있음에도, 권리자가 소극적 권리범위확인 소송에 응소하여 권리범위를 주장하는 것이 권리남용에 해당한다는 확인대상상표 사용자의 주장을 배척하였으며,[81] (iii) 등록상표의 사용이 저명상표와 그 상품 출처에 혼동을 일으킬 우려가 있어 권리남용 또는 부정경쟁행위에 해당하는 경우, 저명상표권자에게 제품을 납품하여 판매한 사실이 있다거나 등록상표를 사용한 제품의 생산, 광고, 판매, 투자 등 각종 영업활동을 하였다고 하여도 부정경쟁행위의 중지를 구하는 저명상표권자의 청구가 권리남용 또는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 소정의 불공정거래행위에 해당하지 않는다고 한 사례가 있으며,[82] (iv) 적법하게 출원·등록된 상표인 이상 비록 등록취소사유가 있다 하더라도 그 등록취소심결 등에 의하여 취소가 확정될 때까지는 여전히 유효한 권리로서 보호받을 수 있으므로, 그 상표권에 기한 금지청구가 권리남용 또는 신의칙 위반에 해당된다고 볼 수 없다고 한 사례[83] 등이 상표권 관련 권리남용에 관한 판례이다.

저작권 권리남용과 관련하여 현재까지 대법원이나 하급 법원이 판시한 적이 없다. 이것은 한국의 법원이 저작권 남용을 부인하고자 한 것이라기보다는, 특허나 상표처럼 권리남용과 관련된 지적재산권 사례가 지금까지 존재하지 않았다는 것을 의미하는 것이라 할 수 있다. 따라서 저작권과 관련하여서도 권리남용을 주장하는 사례가 앞으로 얼마든지 존재할 수 있을 것이다. 그러나 법원이 저작권 남용을 쉽게 인정하지는 않을 것으로 보인다. 첫째, 권리남용의 인정은 극히 예외적인 것이지 일반적으로 인정되는 것이 아니다. 극히 예외적으로 인정되는 만큼 권리남용으로 인정되기 위한 요건이 매우 엄격하다. 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절도 권리남용으로 인정되기 위하여서는 매우 엄격한 요건이 충족되어야 할 것이다.

둘째, 특허권 남용은 비교적 일찍 인정하였던 미국도 최근에서야 저작권 남용을 인정하기 시작했고, 특허권 남용은 연방대법원에 의하여 인정되었지만 저작권 남용인정은 연방 항소법원에 의하여 인정되고 있다. 또한 저작권 남용을 모든 연방 항소법원이 인정한 것도 아니며 2-3개 정도의 항소법원이 인정하는 것이어서, 저작권 남용의 원리가 미국의 사법체계에서 뿌리를 내린 것도 아니다. 이와 같이 미국에서 저작권 남용이 특허남용에 비하여 상대적으로 늦게 인정되고 상대적으로 적은 수의 법원만이 인정하고 있는 것은 특허권과 저작권의 성격에 기인하는 것으로 보인다. 곧 특허권은 지적재산권 중에서 독점성이 가장 강한 권리임에 반하여 저작권은 아이디어를 보호하지 않고 표현만을 보호하거나(idea/expression dichotomy) 독립창작의 항변이 인정되거나, 저작권에 대한 많은 예외나 제한사유가 존재하는 등 그 독점성이 특허권과 비교할 수 없을 정도로 약하다. 따라서 저작권 남용은 특허권 남용보다 인정되기 어려울 것이다.

셋째, 지적재산권 남용과 관련하여 한국과 미국에서 판시된 사항들에 공통으로 존재하는 것으로서 '권리에 해당하지 않는 부분'을 행사하기 위하여 지적재산권을 행사한 경우를 들 수 있는데, 소프트웨어 스트리밍 이용허락과 관련된 권리남용 여부를 고려하는데 있어서 이

81) 특허법원 2005.12.22. 선고 2005허278.
82) 대법원 2000. 5.12. 선고 98다49142.
83) 대법원 1998. 5.22. 선고 97다36262.

를 참작할 필요가 있다. 미국 법원이 저작권 남용을 인정한 경우는 '저작권자가 자신이 부여받은 독점적인 권리의 범위를 벗어나는 영역에 대한 통제권을 획득하기 위하여 저작권이라는 독점적 권리를 확장시키고자 시도한 경우'이다. 한국의 법원도 비록 특허권과 상표권에 해당하고 판례가 많이 축적된 것은 아니지만, '무효사유가 있는 권리를 행사하는 경우'에 권리남용을 인정하고 있다. 이러한 논리를 저작권에 적용한다면, 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소에 대하여 저작권을 행사하는 것이 저작권 남용으로 인정될 가능성이 있게 된다. 곧 저작권 이용허락에 있어서 이용허락계약을 이용하여 예컨대 사실(fact)이나 아이디어와 같이 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소를 보호하고자 한다면 권리남용의 여지가 있게 될 것이다. 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절은 저작권에 의하여 보호받지 않는 요소를 저작권으로 보호하기 위한 것이 아니다.

넷째, 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절이 엄격한 권리남용 요건을 충족하는지 고려하여야 할 것이다. 한국의 대법원은 권리남용의 요건으로서 (i) 주관적 요건으로서 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하며, (ii) 객관적 요건으로서 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 할 것을 요구하고 있다. 우선 소프트웨어 스트리밍 이용허락거절이 '그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우'라는 주관적 요건을 충족할 것인지 문제된다. 소프트웨어 저작권자는 하나의 컴퓨터에 대하여 1개의 소프트웨어를 판매하는 것에 대하여 상당한 이해관계를 가지는데, 소프트웨어 스트리밍에 의하여서는 이것이 집행되지 않을 가능성이 높게 된다. 소프트웨어 스트리밍을 희망하는 측은 '서버에 의해 허락 받은 수량을 초과하여 동시에 실행되는 것이 제한되므로 해당 시점에서 볼 때 ISV들의 1PC 1 License 정책을 위반하지 않는다'고 하고 있으나, 소프트웨어 저작권자 측은 '동시사용자에 대한 객관적 관리를 신뢰할 수 없으며, Master의 조작으로 사용자 제한은 물론 지역 제한이나 해제가 가능하여 공중노출의 위험'이 있고, 실제로 소프트웨어 스트리밍을 실시하였던 어느 대학이 포트를 개방하여 외부에서의 접속을 허용한 바가 있다고 주장하고 있다. 현재 1PC 1 License 정책이 실시되는 시점에서도 웹하드나 P2P 등을 통하여 소프트웨어가 상당히 많이 불법적으로 공유되고 복제되고 있다는 것을 고려한다면, 소프트웨어 스트리밍 서비스제공자가 동시사용자에 대한 관리에 대하여 소프트웨어 저작권자 및 나아가 (권리남용 여부를 판단할) 법관들을 설득시킬 수 있을지 미지수이다. 소프트웨어 저작권자 측에서 보면 소프트웨어 스트리밍에 대한 이용허락을 거절하는데 분명히 중요한 이익이 있다고 보게 될 것이다.

또한 '그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우'라는 권리남용의 주관적 요건과 관련하여, 소프트웨어 저작권자가 스트리밍 서비스제공자에게 고통을 주고 손해를 입히려고만 소프트웨어 스트리밍 이용허락을 거절하는 것인지를 판단하여야 할 것이다.

권리남용의 객관적 요건인 '그 권리행사가 사회질서에 위반'되어야 한다는 요건이 충족되는지 여부도 고려되어야 하는데, 과연 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절이 이러한 요건을

충족하는지 의문시된다. 소프트웨어 이용허락 거절이 사회질서에 위반되는가? 이용허락 거절과 관련된 사회질서는 무엇인가? 판례에 의하여 제시되고 있는 것으로서 정당한 이익이 없는 권리행사, 불법행위를 구성하는 권리행사, 사회·경제적으로 많은 손해를 발생시키는 권리행사, 사회통념상으로 이익형평을 크게 파괴하는 권리행사, 권리의 행사가 사회생활상 도저히 용인될 수 없을 때, 사회적 한계를 초과한 때, 형식만 가질 뿐이지 실질에는 부당한 이익을 얻기 위한 방편에 지나지 않을 때, 권리행사로 사회질서에 어긋나는 결과를 초래할 때 등이 여기에 해당될 수 있는 것으로 보인다. 소프트웨어 저작권자가 자신의 정당한 권리인 저작권에 기초하여 이용허락을 하고 있고, 이용허락 거절로 인하여 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소를 보호받고자 하는 것도 아니며, 소프트웨어 스트리밍에 대한 이용허락을 하는 경우 프로그램 저작권 침해의 가능성이 높아지는 경우, 이용허락 거절이 불법행위를 구성하거나 사회·경제적으로 '많은 손해'를 야기시키는 것도 아닌 이용허락거절이 권리남용에 해당할 수 있을 것인가?

한국 법원이 제시하고 있는 권리남용의 객관적 요건은 미국 법원이 제시하고 있는 '공공의 정책목표' 위반과 유사한 것처럼 보이고, 따라서 공공의 정책목표와 관련하여 논의할 수도 있을 것이다. 그렇다면 저작권 남용은 '저작권에 나타나 있는 공공의 정책목표'를 위반하는 것이 될 것이다. 이러한 공공의 정책목표로서 우선 '저작권법이 저작권자와 저작물 이용자간에 정책적으로 취하여 놓고 있는 정치한 균형(delicate balance)'를 들 수 있고 따라서 이러한 균형을 깨는 것은 저작권에 나타나 있는 공공의 정책목표를 위반하는 것이 될 것이다. 저작권법은 저작권에 의하여 보호받기 위한 창작성(originality) 요건, 아이디어 및 표현의 분리원칙, 유한한 저작권 존속기간, 저작권 침해에 대한 예외 및 제한, 법정허락 등 한편으로는 저작권을 부여하면서도 다른 한편으로는 저작권을 제한함으로써 저작권자와 저작물 이용자의 이해관계를 정교하게 균형시키고 있다. 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절이 이러한 '저작권자와 저작물 이용자간의 정교한 균형'을 깨뜨린다고 판단할 수 있는가?

'저작권에 나타나 있는 공공의 정책목표'로서는 '저작권의 정책목표(copyright policy)'를 들 수 있다. 저작권 남용의 원리는 공익을 보호하는 기능을 수행하는데, 미국에서는 권리남용의 원리가 부정행위를 한 권리자가 법원으로부터 구제수단을 얻을 수 없다는 공평법적인 관념에서 유래하였다. 법원은 권리남용의 원리에 의하여 어떠한 법이 추구하고자 하는 공공의 정책을 보호하는 역할을 하는데, 예컨대 저작권자가 자신의 저작권을 사용허락계약에 의하여 확대하고자 하는 경우, 저작권자의 시도가 반독점법을 위반할 정도가 아닐지라도 저작권 남용이 인정될 수 있다. 요컨대 저작권 남용의 원리는 '저작권법이 추구하고자 하는 공익적인 목적,' 곧 '창의적인 저작물을 일반인에게 배포하는 것을 장려하고, 아이디어나 보호되지 않는 표현은 무제한적으로 사용할 수 있게 하며, 소프트웨어의 개발에 있어서 진보와 경쟁을 자극하는 등의 공익과 관계되는 이해관계를 보호하는 역할'을 한다. 그렇다면 저작물을 이용할 수 있도록 허용하는 방법이 얼마든지 존재하고 있고, 소프트웨어 스트리밍 외에도 얼마든지 저작물을 이용할 수 있으며, 스트리밍에 의한 소프트웨어 이용허락이 이루어지지 않더라도 소프트웨어를 이용하지 못하는 것도 아니며 이용을 불편하게 하는 것도 아니

며, 스트리밍 허락거절이 저작물 창작을 방해하는 것도 아니며 아이디어와 같이 저작권에 의하여 보호받지 못하는 요소를 보호하고자 하는 것도 아니며, 소프트웨어 개발의 진보를 억제하는 것도 아니라면, 소프트웨어 이용허락거절이 권리남용이 될 수 있을까?

### 5. 외국에서의 이용허락과 권리남용

소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절이 저작권 남용에 해당하는 근거로 제시되는 것 중의 하나는 소프트웨어 저작권자들이 외국에서 소프트웨어 스트리밍을 이용허락한다거나, 일정한 소프트웨어 저작권자들이 스트리밍을 이용허락하지만 한국에서만 유독 이용허락을 하지 않는다고 하는 것이다.

**Adobe의 동시 사용 정책 정의**[84)]

**동시 사용 정책**

동시 라이센스는 네트워크 환경에서 소프트웨어 프로그램에 동시에 액세스하는 사용자 수를 기반으로 한 소프트웨어 라이센스 모델입니다. 예를 들어 고객이 5개의 동시 라이센스를 보유하고 있는 경우 5명의 사용자가 프로그램에 로그인하면 6번째 사용자는 로그인이 금지됩니다. 동시 사용 중이던 처음 5명의 사용자 중 누군가가 로그오프해야만 그 다음 사용자가 로그인할 수 있습니다. 동시에 소프트웨어를 사용하는 사용자 수가 고객이 보유한 동시 라이센스 수를 초과하지 않으면 고객이 규정을 준수하고 있는 것입니다.

**자격 조건**

교육 기관을 위한 CLP 4.5 프로그램 회원은 Adobe 제품을 연구소 또는 관리용으로 사용하기 위해 동시 라이센스를 주문할 수 있습니다. 그러나 이 옵션은 추가 비용이 발생하고 동시 사용을 관리하기 위해 적합한 검증 또는 모니터링 소프트웨어를 유지 관리하고 사용해야 합니다.

동시 라이센스는 프로그램 가입 회원이 소유한 컴퓨터에서만 사용할 수 있습니다. 예를 들어 학생이 소유한 컴퓨터에서는 사용할 수 없습니다.

**설치 "사용" 권한**

학교의 컴퓨터 랩 환경에서 모든 컴퓨터에 소프트웨어를 하나씩 로드한 다음 일정 수를 넘는 소프트웨어의 작동을 방지하는 기술을 배포해야 합니다. 예를 들어 고객이 100대의 컴퓨터를 소유하고 있어도 45대를 초과하는 컴퓨터를 동시에 사용할 수 없습니다. 이 경우 모든 컴퓨터에 제품을 로드할 수는 있지만 동시에 소프트웨어를 사용하는 사용자가 45명 이하여야 45개의 동시 라이센스 규정을 준수하는 것입니다.

**동시 라이센스 수 결정**

고객은 소프트웨어를 동시에 사용할 최대 컴퓨터 수 만큼의 동시 라이센스를 주문해야 합니다.

**Adobe Creative Suite 동시 라이센스 사용**

Adobe® Creative Suite® 소프트웨어는 한 개의 라이센스로 취급되므로 각기 다른 사용자가 개별 제품에 액세스하도록 "번들을 해제"할 수 없습니다. 따라서 동시 사용은 Creative

84) http://www.adobe.com/kr/aboutadobe/openoptions/policies.html.

Suite 내의 제품에 액세스하는 사용자의 수로 계산되어야 합니다. 예를 들어 Adobe Creative Suite 3 Web Premium 소프트웨어에 대해 10개의 동시 라이센스를 구매한 경우, 한 명의 사용자가 현재 Creative Suite 3 Web Premium 내의 Adobe Photoshop® CS4 소프트웨어를 사용하고 있고 또 다른 사용자가 Adobe Dreamweaver® CS4 소프트웨어를 사용하고 있으면 이때 Creative Suite 3 Web Premium에서 사용할 수 있는 남아 있는 동시 라이센스 수는 8개입니다.

**동시 라이센스는 사이트 라이센스에 해당합니까?**
아니오. 동시 라이센스는 사이트 라이센스와 다릅니다. 소프트웨어 애플리케이션에 액세스할 수 있는 사용자 수가 애플리케이션에 동시 액세스하는 사용자 수보다 많아야 동시 라이센스 규정을 준수하는 것입니다. 사이트 라이센스와 달리 동시 라이센스는 특정 동시 사용자 수와 관계됩니다.

**동시 사용은 "집에서 사용"하는 경우에도 해당됩니까?**
아니오.

외국에서 스트리밍이 '일반적으로' 허용되는 라이선스라는 주장과 관련하여, 첫째, MS, Adobe, Macromedia는 일본에서 스트리밍 방식에 대한 라이선스를 제공하고 있다는 것, 둘째, 미국에서는 소프트웨어 스트리밍이 빈번하게 이루어진다는 것 등이 제시되고 있다. 이와 같이 외국에서는 소프트웨어 스트리밍을 허용하면서 국내에서만 유독 허용하지 않는 것은 권리남용에 해당된다는 논리이다. 이에 대하여 주요 소프트웨어 저작권자들의 주장은 외국에서 소프트웨어 스트리밍을 이용허락하지 않았다고 하는 점에서 서로 다르다. 다만 확실한 것은 소프트웨어 스트리밍이 미국이나 일본 등에서 일반적으로 사용되고 있는 것은 아니며, 외국에서의 소프트웨어 스트리밍 사용에 대하여 특별한 저작권 문제가 발생하지 않았다는 사실이다.

사실관계에 대한 주장이 서로 상반되는 경우에도 권리남용 인정 여부를 판단하는 것에는 큰 어려움이 없을 것으로 보인다. 첫째, 외국에서 소프트웨어 스트리밍이 일반적으로 허용되고 있지 않다는 소프트웨어 저작권자들의 주장이 진실이라고 한다면, 외국에서의 허용주장과 권리남용 주장은 아무런 의미가 없을 것이다.

둘째, 외국에서는 소프트웨어 스트리밍을 허용하면서 한국에서만 허용하지 않는다는 것이 진실일 경우, 한국에서 허용하지 않는 이유로서는 여러 가지들이 추측되고 있다. 예컨대 한국에서의 불법복제율이 높아서 소프트웨어 스트리밍을 허용하는 경우 소프트웨어의 불법 이용이 증가하게 되고(실제로 소프트웨어 저작권자들은 이를 주장하고 있는 것으로 보인다) 결국 이것은 소프트웨어 저작권자들의 이익 감소로 연결된다는 것, 이와 반대로 외국에서 문제가 되지 않는다는 것은 미국이나 일본 등 외국에서의 불법복제율이 낮아서 소프트웨어 스트리밍을 허용하더라도 저작권자에게 손해로 작용하지 않는다는 것, 외국의 소프트웨어 스트리밍 기술이 한국의 기술보다 뒤지는 것이어서 소프트웨어 스트리밍을 허용하더라도 저작권자에게 역시 손해로 작용하지 않는다는 것 등을 추측할 수 있다. 결국 '외국에서의 소프트웨어 스트리밍 허용이 사실이라고 할지라도,' 외국에서의 소프트웨어 이용에 대한 상황,

불법복제율, 저작권자에 대한 파급효과 등이 국내에서와 다르다는 것에 기인하는 것이라면, 국내에서의 이용허락 거절은 합리적인 이유가 존재하는 것이고 따라서 이것이 권리남용으로 연결되기도 어렵지 않은가?

권리남용의 요건으로서 '주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것'이다. 그런데 외국에서의 이용허락거절 사실도 불명확하고, 외국에서의 거절 사실이 확실하다고 하더라도, 권리남용이 인정되기 위한 엄격한 요건을 충족하여야 할 것이다.

### 6. 저작권 남용판단 고려사항

소프트웨어 이용허락거절이 권리남용에 해당하는가, 또는 동시사용 라이선스에 의하여 스트리밍이 허용되는 것인가 여부는 스트리밍과 관련된 이해관계와 밀접한 연관관계가 있는 것으로 보인다. 스트리밍의 형태에 의하여 소프트웨어가 제공되더라도 소프트웨어 저작권자가 손해를 보지 않는다면 소프트웨어 저작권자도 굳이 반대할 이유가 없을 것이다. 소프트웨어 이용허락에는 '동시사용 라이선스'가 존재하는데, 현재 국내외에서 동시사용 라이선스를 허용하는 소프트웨어 저작권자들은 많지 않은 것으로 보인다.

동시사용 라이선스는 예컨대 일정한 숫자의 컴퓨터에 한정하여 소프트웨어를 이용할 수 있도록 하는 것인데, 동시사용 라이선스가 허용되는 경우 저작권자가 손해를 받거나 받지 않는 경우가 있을 수 있다. 만약 저작권자가 손해를 받지 않는다고 한다면 굳이 소프트웨어 스트리밍을 반대할 이유가 없을 것이다. 그렇다면 동시사용 라이선스의 경우, 저작권자가 손해를 받는 경우를 고려해보자. 예컨대 학교나 기업과 같이 어느 조직에 100대의 컴퓨터가 있는데, (i) 50대 동시사용 라이선스가 이루어지는 경우와 (ii) 100대 동시사용 라이선스가 이루어진다고 가정해보자. 먼저 전자의 경우, 소프트웨어 저작권자들은 소프트웨어 스트리밍을 허용하지 않을 것이다. 소프트웨어를 구입한 이용자가 자신의 소프트웨어를 어떻게 이용할 것인지는 이용자의 자유에 속하는 것이 원칙일 것이다. 그러나 전자의 경우에는 50대의 동시사용 라이선스이기 때문에 소프트웨어를 사용하는 숫자는 항상 50대의 컴퓨터에 한정되는 것이지만, 실제로 그 소프트웨어를 사용할 수 있는 숫자는 100대가 될 것이다. 소프트웨어 저작권자들이 1PC 1SW 정책을 취하는 것과 마찬가지로 이 경우 저작권자들의 이익은 1/2이 감소할 것이고, 저작권자들이 소프트웨어 스트리밍을 허용할 이유가 존재하지 않는다.

그러나 후자에서와 같이 컴퓨터 100대가 존재하는 조직에 100개의 동시사용 라이선스가 제공된 경우, 이용자가 소프트웨어를 일일이 컴퓨터에 설치하여 이용하거나 스트리밍으로 이용하거나 저작권자는 아무런 관심이 없을 것이고, 이용자들이 스트리밍으로 이용하더라도 문제를 삼지 않을 것이다. 서비스제공자나 이용자의 입장에서 본다면, 이 경우에 100개의 라이선스에 따라 소프트웨어를 일일이 컴퓨터에 설치하는 것이 유리하지, 굳이 스트리밍의 방법으로 이용할 이유도 없을 것이다. 왜냐하면, 소프트웨어를 스트리밍의 형태로 제공하려

면 비용이 소요되고 소프트웨어를 이용하면서 개별 컴퓨터에 설치하여 이용하는 것보다 속도도 더 느려지기 때문이다.

현재 소프트웨어 스트리밍과 관련하여 저작권자와 서비스제공자 사이에 논란이 되는 부분이 바로 이것인 것으로 보인다. 곧 소프트웨어 스트리밍과 관련된 저작권자와 서비스제공자와의 논쟁은 스트리밍이라는 소프트웨어 이용방법 자체에 관한 것이 아니라, 스트리밍이라는 이용방법에 의하여 1PC 1라이선스에서보다 소프트웨어 저작권자에게 수익이 감소하거나 손해가 발생할 가능성이 있다는데 있는 것이다. 그렇다면 위의 예에서 볼 있는 바와 같이 이 문제는 결국 1PC 1라이선스 정책에 관한 문제이지 스트리밍 자체에 관한 것이라고 하기 어렵게 된다. 1 PC 1 라이선스 정책은 소프트웨어 저작권자가 오랫동안 사용해 온 정책으로서 저작권자에게는 물론 최종 이용자에게도 나름대로 혜택을 가져다주는, 일정한 합리적인 근거가 있는 정책이다. 100대의 컴퓨터가 존재하는 조직이 50개의 소프트웨어 라이선스만 가지고 있는 경우, 그것이 동시사용 라이선스이거나 일반적인 라이선스이거나에 관계없이 100 대의 컴퓨터 중에 특정의 50대가 사용할 수 있다는 것을 의미하는 것이지 소프트웨어를 동시에 사용하고 있는 컴퓨터가 50대로 한정되는 한 모든 100대의 컴퓨터가 그 소프트웨어를 이용할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 1번에서 100번까지의 일련번호가 매겨져 있는 100대의 컴퓨터가 존재하는 조직이 50개의 소프트웨어 라이선스만 얻은 경우, 예컨대 1번에서 50번까지의 컴퓨터가 그 소프트웨어를 사용할 수 있다는 것이지 동시에 사용할 수 있는 컴퓨터가 50대로 한정되는 한 1번에서 100번까지의 컴퓨터 중 50대 한도에서 소프트웨어를 사용할 수 있다는 것을 의미하는 것이 아니다. 컴보위가 설명하고 있는 바와 같이 “직원이 8명인 회사에 PC가 10대 있는 경우, 이 형태로 5대의 동시사용이 인정되는 계약을 한 경우에 10대 모두의 PC에 S/W를 설치하고 8명 모두가 사용할 수 있으나 동시로는 5대만 사용할 수 있는” 동시사용 라이선스의 경우, 예컨대 5개의 라이선스를 획득하는 것보다는 높은 액수를 정하는 등의 방법에 의하여 소프트웨어 저작권자가 이를 용인하고 허용한다면 스트리밍 문제도 발생하지 않을 것이다. 현재 일부 소프트웨어 저작권사는 이러한 동시사용 라이선스를 허용하고 있으나 MS나 Adobe 등은 허용하지 않고 있는 것으로 보인다.

사이트 라이선스나 동시사용 라이선스 등은 일반적으로 그 사용자가 많은 경우에 유리한 이용계약 형태이고 따라서 이러한 이용허락계약을 체결함에 있어서는 소프트웨어 저작권자나 이용자가 모두 일정한 사항을 고려하여 계약조건, 특히 이용료나 사용자 수 또는 컴퓨터 수를 정하게 될 것이다. 그러나 분명한 것은 예컨대 100대의 컴퓨터가 있는 조직에 50개의 동시사용 라이선스를 획득하여 이용하는 경우에서와 같이 조직에 존재하는 컴퓨터 숫자보다 적은 수의 라이선스를 획득하고 이를 스트리밍 방법으로 이용하는 경우에는 50개의 라이선스만으로도 100대의 컴퓨터가 소프트웨어를 이용할 수 있기 때문에, 저작권자 측에서는 이익감소나 손해발생을 우려하여 분명 허용하지 않을 것이다. 물론 전술한 바와 같이 100대의 컴퓨터가 존재하는 조직에 100개의 라이선스를 획득한 경우라면, 일반적으로 이를 소프트웨어 스트리밍 방법에 의하여 이용할 필요성도 없을 것이고 비록 이러한 방식으로 이용한다고 하더라도 저작권자들이 문제를 제기하지 않을 것이다.

다만 위의 예에서 100대의 컴퓨터가 존재하는 조직에서 예컨대 1-50번까지의 범위 내의

컴퓨터가 특정의 소프트웨어를 이용할 수 있는 라이선스를 획득하여 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 제공하면서 51-100번까지의 컴퓨터나 그 조직의 컴퓨터가 아닌 외부의 컴퓨터는 이용할 수 없도록 통제하는 경우, 이것은 집행에 관한 문제가 되는 것일 뿐, 위에서 논의하는 경우와 마찬가지로 스트리밍 방식으로 이용하더라도 문제될 것이 없을 것이다. 'S/W를 서버에 설치하여 사용하더라도 허락받은 동시 접속자 수를 초과하지 않도록 엄격히 통제되므로 문제될 것이 없다'는 주장이 행하여지고 있는데, '소프트웨어를 이용할 수 있는 허락을 받은 컴퓨터'만이 접속하여 이용한다면 저작권자 측에게는 문제될 것이 없지만, 이용자 측에서 보면 이용허락받은 개별 컴퓨터에 설치하여 사용하는 것이 편리하므로 굳이 소프트웨어 스트리밍을 이용할 필요가 없을 것이다.

결국 조직에 존재하는 컴퓨터 숫자보다 적은 숫자의 라이선스를 획득하여 스트리밍 방식으로 소프트웨어를 이용하는 경우, 결국 첫째, (동시사용 라이선스가 존재하는 경우조차도) 그 조직에 존재하는 컴퓨터가 모두 소프트웨어를 이용할 수 있을 수 있다는 것, 둘째, 그 조직에 존재하지 않는 외부의 컴퓨터도 소프트웨어를 스트리밍 방식에 의하여 이용할 가능성이 있다는 것을 소프트웨어 저작권자들이 우려하고 있는 것으로 보인다. 특히 한국에서는 소프트웨어 불법 복제율이 아직은 외국보다도 월등하게 높은 것이 현실이고, 실제로 소프트웨어 스트리밍이 이용되었던 조직에서 외부의 컴퓨터에 대하여 포트를 개방한 적이 있었다는 것을 고려한다면, 프로그램 저작권에 바탕을 두어 소프트웨어 스트리밍 허락을 거절하는 것이 "프로그램 저작권이라는 권리를 행사하는 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는데 있을 뿐이고 권리를 행사하는 소프트웨어 저작권자에게는 아무런 이익이 없는 경우"에 해당하고, "프로그램 저작권을 행사하는 것이 사회질서에 위반되는 것"이라고 할 수 있다고 판단내리기는 상당히 어려울 것이다.

# 제9장 결론

본 보고서는 소프트웨어 스트리밍과 관련된 각종 법적 문제점을 개별적으로 상세하게 고찰하고 분석하였다. 이러한 문제점은 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다.

첫째, 인터넷이나 인트라넷 등에서 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 이용할 수 있도록 하는 것과 같이, 컴퓨터 프로그램을 최소한 특정 다수인 이상의 자가 이용할 수 있도록 하는 것은 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것이므로 전송에 해당한다. 일정한 조직 내에서 특정 다수인이 이용할 수 있도록 프로그램을 제공하는 것도 전송에 해당한다.

둘째, 스트리밍 서비스를 제공하기 위하여서는 서버에 컴퓨터 프로그램을 설치하여야 하고 따라서 서버의 하드웨어에 복제가 이루어진다. 스트리밍은 보통 특정 다수인 이상의 자가 소프트웨어를 이용할 수 있도록 하는 것이므로, 이러한 복제는 사적 복제가 될 수 없다.

셋째, 스트리밍 서비스를 이용하는 과정에서 이용자들은 소프트웨어를 자신의 컴퓨터에 일시적 복제를 하게 되는데, 이러한 일시적 복제는 KORUS FTA에 의하여 복제의 범위에 해당하는 것으로 인정되었다.

넷째, 이용자들이 스트리밍의 형태로 소프트웨어를 이용한 후 이용자의 컴퓨터에 존재하게 되는 잔존파일의 경우, 본 보고서는 복제권이 침해되는지 여부가 잔존하는 파일의 내용이나 성격에 따라 결정된다고 판단하였다. 잔존파일의 성격은 소프트웨어 스트리밍 서비스를 제공하는 자가 파악할 수 있을 것이고 이에 따라 복제권 침해 여부가 결정될 수 있을 것이다. 본 보고서는 잔존파일에 의한 복제권 침해 여부를 분석하는데 있어서 고려할 요소를 제시하였다.

다섯째, 소프트웨어 스트리밍에 있어서 복제는 이루어지되 개작은 이루어지지 않는다.

여섯째, 디지털 방식으로 소프트웨어를 제공함에 있어서는, 서버에 있는 프로그램 복제물 자체를 양도하는 것이 아니며, 따라서 서버의 프로그램은 그대로 존재하고 이용자의 컴퓨터에는 일시적 복제의 형태에 의하여 새로운 프로그램 복제물(컴퓨터 프로그램 전체 또는 일부의 복제물)이 만들어지게 되어 최초판매의 원칙이 적용될 수가 없다.

일곱째, 스트리밍 방식으로 제공되는 소프트웨어를 이용하는 것이 공정이용이 될 것인지 여부는 개별적인 사안에 따라서만 결정될 수 있으며, 다만 본 보고서는 일반적인 소프트웨어 스트리밍에 있어서 공정이용이 되지 않을 가능성이 높은 것으로 판단을 내렸다.

여덟째, 본 보고서는 스트리밍에 의한 소프트웨어의 이용이 당사자간의 계약을 위반하였는가의 여부, 따라서 저작권을 침해하였는가 여부에 대한 논의는 실익이 적다고 판단하였다. 왜냐하면 계약 위반으로 해석되는 경우에는 말할 필요도 없는 것이고, 계약 위반이 아니라고 판단된다면, 소프트웨어 저작권자들이 현재로서는 소프트웨어 스트리밍을 허용하지 않는 입장이기 때문에, 저작권자들은 이용허락계약에서 소프트웨어 스트리밍을 금지하는 명문의 규정을 포함시킬 것으로 예상되기 때문이다.

아홉째, 불공정거래행위로서 규제하는 거래거절행위는 경쟁을 하고 있는 사업자를 대상으로 하는 것이지 소비자를 대상으로 하는 것이 아니므로 소프트웨어 스트리밍에 적용되기 어

려우며, 소프트웨어 스트리밍 허락거절이 '특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위'가 되는지, '사업활동을 곤란하게 하거나, 관련 시장에서 경쟁의 정도가 실질적으로 감소하거나, 거래거절을 당한 특정 사업자가 경쟁사업자에 비하여 경쟁상의 열위에 놓이게 된다거나, 대체 거래처를 찾을 수 있는지' 등의 불공정 거래가 되기 위한 요건을 충족하기 쉽지 않을 것으로 보인다.

열 번째, 소프트웨어 스트리밍을 위한 이용허락의 거절행위에 대하여 필수설비이론이 적용되어 불공정거래행위에 해당한다고 판단하기 어려우며 '지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침'상의 필수설비이론도 소프트웨어 스트리밍에 적용되기 어렵다.

열한 번째, 소프트웨어 스트리밍의 이용허락 거절이 권리남용에 해당하기 위하여서는 그러한 거절이 저작권이 허여하고 있는 범위를 초과하여 저작권을 행사하거나, 저작권에 의하여 보호되지 않는 요소(예컨대 저작권에 의하여 보호되지 않는 아이디어)를 보호하기 위한 시도에 해당하거나, 경쟁제품의 사용을 금지시킴으로써 부당한 이점을 얻고 이러한 이점을 얻기 위하여 저작권을 부당하게 이용하거나, 저작권을 이용하여 경쟁을 억압하려고 시도하거나, 저작권에 의하여 보호되지 않는 제품을 상업적으로 통제하기 위하여 저작권을 이용하는 것에 해당하여야 하는데, 스트리밍 거절이 이에 해당하기는 어려울 것이다. 또한 소프트웨어 스트리밍 이용허락 거절하는 것이 한편으로는 저작자의 권리 및 인접권자의 권리를 보호하여 저작물을 창작하도록 하는 동기를 제공하고, 다른 한편으로는 창조된 저작물을 공정하게 이용하는 것을 보장함으로써 제2, 제3의 창작을 장려함으로써, 결국 사회에 공급되는 저작물이 증가하게 되어 궁극적으로 문화의 향상발전을 이루도록 하려는 저작권의 정책목표(copyright policy)에 배치된다고 판단하기 어려울 것으로 보인다. 또한 본 보고서는 저작권 남용과 관련하여 권리남용의 인정은 극히 예외적인 것이지 일반적으로 인정되는 것이 아니라는 것, 저작권 남용은 특허권 남용보다 인정되기 어렵다는 것, 미국 법원이 저작권 남용을 인정한 경우는 '저작권자가 자신이 부여받은 독점적인 권리의 범위를 벗어나는 영역에 대한 통제권을 획득하기 위하여 저작권이라는 독점적 권리를 확장시키고자 시도한 경우라는 것, 한국의 법원이 권리남용의 요건으로서 (i) 주관적 요건으로서 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하며, (ii) 객관적 요건으로서 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다는 엄격한 요건을 요구하고 있다는 것, 외국에서의 소프트웨어 스트리밍 허용이 사실이라고 할지라도, 외국에서의 소프트웨어 이용에 대한 상황, 불법복제율, 저작권자에 대한 파급효과 등이 국내에서와 다르다는 것에 기인하는 것이라면, 국내에서의 이용허락 거절은 합리적인 이유가 존재하는 것이고 따라서 이것이 권리남용으로 연결되기 어렵다는 것 등을 고려하여야 한다고 주장하였다.

이상에서와 같이 본 보고서는 소프트웨어 스트리밍과 관련된 각종 법적 논란을 분석하였지

만, 소프트웨어 스트리밍과 관련된 법적 논란을 해결함에 있어서는 소프트웨어 스트리밍에 의하여 저작권자가 입게 될 손해, 소프트웨어 스트리밍에 의한 저작권 침해의 증가 유무, 한국의 소프트웨어 산업의 발전, 스트리밍 방식에 의한 이용자들의 편의 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.