

제 2 부 - 첫번째 주제발표

UCITA 담보책임의 비교법적 고찰

주지홍 박사 (정보통신정책연구원)

UCITA의 담보책임에 관한 고찰

- 라이선스허락자와 라이선스이용자간의 균형점을 중심으로 -

주 지홍

1. UCITA의 제정 배경

각주마다 고유의 법을 갖고 있는 미국에서는, 민사법 거래의 통일성과 편의를 위해 기존의 판례에서 공통분모를 뽑아 통일법전으로 만들고, 이를 각주의 의회에서 채택하여 法源으로 삼는 경우가 많다. 통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 UCC로 표기)이 그 대표적인 예로써, 민사법거래에서 미국 거의 모든 주가 이 법을 채택하였으며, 일부 조항만 각 주의 사정에 맞게 변형하여 法源으로 사용하고 있다.

정보통신분야의 눈부신 발전으로 인해, 기존의 UCC만으로는 규율할 수 없는 문제들이 발생하게 되자, 이를 규율하고자 하는 움직임이 생기게 되었다. 예컨대 소비자가 소프트웨어를 구입하였는데, 소프트웨어상의 결함으로 인해 귀중한 데이터를 손실하여 사업에 지장을 초래하고 재산상 손실을 입은 경우에, 기존의 UCC가 이러한 분쟁의 준거법으로 기능하기에는 어려움이 많게 된다.¹⁰⁵⁾ 왜냐하면 UCC의 적용범위는 동산의 거래에 국한되므로, 유체의 동산이 아닌 정보의 내용을 사고 파는 거래에는 적용하기가 적절치 않았기 때문이다. 또한 담보책임의 성립여부, 손상된 데이터를 복구할 의무를 지울 것인가 아니면 하자있는 소프트웨어만 하자 없는 것으로 교환할 의무만 부담하게 되는가, shrink-wrap과 click-wrap 라이선스계약조건에 구속되는가 여부 등이 문제된다.

따라서 이러한 정보내용의 거래의 경우에, 이를 통일적으로 적용할 법규범이 필요하게 되었다. 또한 정보거래의 경우에 정보내용의 하자나 프로그램상의 오류로 인해 손실을 입게 되는 사람을 보호하기 위해서도 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act, 이하 UCITA로 표기)이 필요하게 된 것이다.

2. UCITA에 대한 반대의견

그런데 법률의 공백을 메우기 위해 제정된 이 UCITA의 입법과정에서, 또한 미국의 각주 의회에서 UCITA의 채택여부를 놓고 씨름하고 있을 때, 이에 대해 반대의 목소리를 내는 사람들이 나오게 되었다. 법의 흠결을 보완하여 분쟁해결의 소지를 미연에 방지할 수 있고, 또한 매수인 내지 좁은 의미에서는 소비자를 보호하기 위해 제정된 좋은 취지에서 만들어진 이 UCITA에 대해 과연 어떤 사람들이 어떠한 이유로 반대하는가?

105) Ajay Ayyappan, *UCITA: Uniformity at the Price of Fairness?*, 69 Fordham L. Rev. 2473 (2001).

1) 소규모 프로그램 개발자

반대하는 대표적인 단체로써, 아마추어 소프트웨어 개발업자와 소프트웨어를 개발하는 소규모 자영업자들을 들 수 있다. 공짜소프트웨어를 지향하는 사람들은 UCITA를 채택하게 될 경우 자신들이나 아마추어 프로그램 개발자 또는 소규모 프로그램 개발업자에게 이 법이 치명적인 결과를 초래할 것이라고 주장하며, UCITA의 채택을 반대하고 있다. 즉 이미 판매한 소프트웨어의 하자로 인해 피해를 입은 매수인이 자신이 입은 확대손해 내지 간접손해(consequential damage)에 대해 소송을 제기할 경우에, 일반 common law가 적용된다면, 간접손해에 대해 고의·과실이 없는 한 별 문제가 없게 된다. 따라서 간접손해가 문제가 되지 않을 경우에, 직접손해만 배상해주면 된다. 이 경우에 손해배상을 할 경우에 매도한 물건의 물건 값만 배상해 주면 되는데, 공짜로 배포 한 경우에는 배상할 의무가 없고, 명목적인 비용만 받고 배포한 경우에는 명목적인 비용에 따라 산정된 가격을 배상하게 되므로, 경제적으로 큰 문제가 되지 않게 된다.

그러나 각주 의회가 UCITA를 채택하여 정보거래를 규율하게 될 경우에는, 문제가 달라지게 된다. 매수인보호를 위해 UCITA에서는 UCC에 있는 담보책임유형 뿐만 아니라, UCITA 고유의 담보책임 유형도 새로 규정하고 있는데, 이 유형에만 해당되게 되면 계약내용위반에 대한 매도인의 고의·과실 여부를 묻지 않고 매도인이 담보책임을 부담하기 때문이다. 즉 담보책임 유형에 해당되면 약속을 위반한 것으로 간주되며, 따라서 매도인의 과실이나 어떤 다른 과오에 관계없이 어느 일방에게 책임을 부과하는 점에서 엄격책임이라 말할 수 있다. 미국법상 담보책임은 다음과 같은 법정책적 고려에 근거해서 인정되는 제도이다. 매수인이 매도인과 계약을 체결하여 물건을 산 경우에, 때때로 매수인의 기대했던 바에 물건의 품질이 못미치는 경우가 있다. 이러한 경우가 발생할 때에 매수인과 매도인 중 누가 그로 인한 손실을 부담할 것인가가 문제된다. 담보책임은 이러한 위험을 가장 잘 회피할 수 있거나 또는 이러한 위험실현에 대한 대비책으로서 비용을 분산시키는데 가장 적합한 사람이 이러한 손실을 부담하도록 하는 위험분배도구이다. 따라서 단지 기대에 미치지 못하는 물건을 판매하였다는 사실만으로 인해, 하자있는 물건의 매도인에게 책임을 지우는 것이 아니다. 담보책임은 매도인이 무언가 잘못을 했기 때문이 아니라(과실이 있어서가 아니라), 판매되어지는 물건이 적합하지 못한 데에 대한 위험실현을 감소시키거나 위험비용을 분산시키는데, 매도인이 매수인보다 우월한 위치에 있기 때문에 손실을 부담시키는 것이다.¹⁰⁶⁾ 따라서 일반 소비자인 매수인보다는 매도인이 물건부적합에 대한 위험을 부담하게 된다.

만약 매도인이 적절한 담보책임 배제조항을 두지 않을 경우에는, 간접손해까지도 배상해야 하는 결과를 초래하게 된다. 그러나 경제적 사정으로 인해 이들 아마추어 소프트웨어 개발업자와 소프트웨어를 개발하는 소규모 자영업자들은 적절한 법적 도움을 받지 못하고, 담보책임배제 및 제한 조항을 계약내용에 적절히 편입시키지 못해 소송을 당할 경우 막대한 손해배상을 해야 할 우려가 있는 것이다. 또한 앞으로 판매나 배포할 제품에 대해 적절히 담보책임

106) C. Gillette & S. Walt, *Sales Law - Domestic and International*(New York: Foundation Press, 1999), p. 253.

배제나 제한조항을 계약내용에 집어 넣어 대비를 한다 하더라도, 기존에 이미 매도,배포한 제품으로 인해 손해가 발생할 경우에 담보책임을 부담하게 되는 문제가 발생된다.

결국 UCC가 동산의 거래에만 적용범위를 국한하고 있어서, 컴퓨터정보거래가 UCC 담보책임유형의 적용을 받지 않다가, UCC 2장의 수정보완형태라 할 수 있는 UCITA가 제정됨에 따라 컴퓨터정보거래의 매도인이 무거운 책임을 부담하게 되는 결과를 초래하게 된 것이다. 지금까지 UCITA의 적용범위를 둘러싸고 많은 논란이 있어 왔는데, 앞으로 정보기술이 발전함에 따라 새로운 분야에 대한 규율 필요성도 새롭게 제기되어, UCITA의 적용범위도 이에 맞추어 확대될 것이다.

2) 도서관 사서 그룹

사서들은 핵심적인 도서관서비스규정의 시금석이라 할 수 있는 연방저작권법 원칙에 UCITA가 해악을 가할 수 있다면서 우려하고 있다. 사서들은 계속해서 저작권자와 저작물 사용자간의 균형을 맞추어 주의 깊게 규정된 연방저작권법의 균형을 UCITA가 해칠 수 있다고 주장하고 있다. 따라서 “click-wrap”이나 협상불가능한 라이선스계약조건이 연방법원 리에 모순될 경우에는 무효화시키도록 UCITA를 개정해야 한다고 주장한다.

UCITA가 충분한 보호규정을 두고 있다고 NCCUSL이 주장하고 있지만, 기본적인 공공정책에 관한 법규정이 애매모호하고 적절한 안전판이 되지 못한다고 사서들은 보고 있는 것이다.

사서들이 핵심적인 도서관 업무에 UCITA가 악영향을 미칠 것이라는 우려에 대해, NCCUSL은 UCITA §503(2) 수정안을 내놓았지만 그 범위는 극히 협소한 것으로 사서들은 비판하고 있다. 즉 도서관에 컴퓨터소프트웨어를 이전하거나 기증하는 것을 허용하고 있지만, 그 대상은 오직 공공도서관 또는 초중등학교에 국한하며, 컴퓨터프로그램이 컴퓨터와 함께 기증되는 경우에만 가능하도록 하고 있다. 비록 이 개정안 진일보한 것이기는 하지만, 그 적용범위가 극히 협소하며, 그러한 기증의 수혜자가 누구인지에 관해 구체적으로 적시하지 않는 저작권법상의 “첫매매(first sale)” 원칙에 더욱 조화되도록 개정되어야 한다고 주장한다. 주(州)계약법과 연방저작권법과의 잠재적인 충돌 문제를 완전히 해결하지 못하고 있다고 보는 것이다.¹⁰⁷⁾

3) 소비자

소비자들은 마이크로소프트와 같은 거대 소프트웨어 관련기업들의 입김이 작용하여, 라이선스허락자 보호 중심으로 UCITA가 제정되었다고 비판하고 있다. UCC에서는 오랜 세월을 통해 확립된 판례법을 정리, 축약하는 가운데 매도인과 매수인의 적절한 균형점을 달성하였지만, UCITA에서는 UCC에서의 매도인과 유사한 라이선스허락자에게로 균형추가 옮겨갔

107) *Response to 2001 NCCUSL UCITA Amendment Proposals*, May 20, p. 10.

다고 보는 것이다.

미국 주와 연방 소비자보호법은 전통적으로 “물건”과 “서비스”의 매매나 리스거래에 적용되어 왔다. UCITA에서는 물건소유권을 이전하는 매매가 아니라 라이선스를 사용할 권리를 매매하는 것이므로, 소비자보호법의 적용대상이 되는 것을 회피할 수 있는 것이다.

UCITA에 있어서 라이선스허락자와 라이선스이용자간의 균형이 UCC에 비해 라이선스허락자에게로 치우쳤다고 보는 또 다른 예로서, 명시적 담보책임의 제한요건에 있다.¹⁰⁸⁾ UCC의 경우 전시에 의한 명시적 담보책임의 경우 제한되는 경우가 많지 않아 훨씬 더 간이한 편이다. 그러나 UCITA의 경우 제품이 전시된 내용과 “합리적으로 적합(reasonably conform)”할 것을 성립요건으로 하고 있어, 라이선스허락자의 의무를 감경시키고 있다. 이것은 추후 비판을 받아 2002년 수정판에서 “합리적으로(reasonably)”요건이 삭제되었다.¹⁰⁹⁾

3. 미국의 현황

1) 각 주에의 UCITA 도입현황

우리와 달리 미국은 각주의 의회가 개별적으로 법을 채택하여 자신의 주법으로 삼을 수 있다. 이 경우 주 고유의 필요에 따라 조금씩 그 내용을 수정, 변경하기도 한다. 미국 50개주 중 일부 주는 이미 발효가 된 주도 있고, 상원과 하원 일부만 통과된 주도 있으며 상임위원회에 회부되었으나 회기내 처리되지 못한 주도 있고, 아예 의회에 법안이 제출조차 되지 않은 주도 상당수 이다. 자세한 현황은 다음과 같다.

Arizona에서는 2001년에 법안이 제출되었으나 회기안에 검토되지 못하였다. Delaware에서는 1999년에 상원에서, 2000년에는 하원에서 각 법안이 제출되었다. District of Columbia에서도 법안이 제출되었고, Hawaii에서는 2000년 정기회기때 제출되었다. Illinois에서는 2000년에 상원에서, 2001년에 하원에서 법안이 제출되어 상임위원회에 2001. 2. 28. 회부되었다. Iowa에서는 하원에서 제출되어 주지사에 의해 2001. 4. 16. 서명되었고, Louisiana에서는 2000. 4. 24. 하원에서 제출되었다. Maine에서는 2001년 입법초안이 하원에서 제출되었다.

Maryland에서는 2000년 상원에서 수정안이 제출된 후, 2001년 하원에서 제출되었고, 주지사에 의해 2000. 4. 25. 서명된 후, 2000. 10. 1.부터 발효되었다. New Hampshire에서는 2001년 상원에서 제출되었으나 2001. 6. 7. 하원에서 통과되지 못했다. New Jersey에서는 2000년 상원에서 법안이 제출되고, 2001년 하원에서 법안이 제출되었다. Oklahoma에서는 1999년과 2000에 각각 법안이 제출되어, 2000. 3. 13. 상원을 통과하고, 2000. 4. 18. 하

108) UCITA §402(a)(3).

109) *Amendments to Uniform Computer Information Transactions Act*, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2002. <http://www.nccusl.org/nccusl/ucita/Appendix-1.pdf> (2002. 10. 1. 접속)

원을 통과하였으나, 회기안에 처리되지 못하였다. Oregon에서는 2001. 3. 5. 법안이 하원에서 제출되었다. Texas에서는 2001년 상원과 하원에서 법안이 제출되어 위원회에 2001. 2. 25.에 회부되었다.

Virginia에서는 2000년 상원과 하원을 통과하여, 2000. 3. 14. 주지사의 서명 이후 2001. 7. 1.부터 발효되었다. 또한 수정안에 대해서도 2001. 3. 26. 주지사의 서명이 있었다. Washington에서는 2001. 7. 21. 상원에 법안이 제출되었다.¹¹⁰⁾

(2) 제정과정

처음에 입법기초자들은 UCC에 새로운 규정을 추가로 삽입하여 흠결을 보완하고자 하였다. 흠결을 보완하는 것은 새로운 현상이 아니다. 지금도 UCC상의 규정들이 끊임없이 수정, 보완되고 있다. 예컨대 맨처음 UCC를 제정할 당시 법의 적용범위를 동산의 거래에 국한한 결과, 리스거래의 경우도 과연 UCC의 적용대상이 될 것인가가 문제되었다. 이 문제에 대해 법원은 이 또한 UCC의 적용대상이 된다고 판시하였고, 이를 반영하여 아예 명문규정으로 리스도 UCC의 적용대상임을 인정하는 규정을 두게 되었다. 이와 같이 정보내용의 거래에 관해서도 UCC에 추가조항을 두어, 흠결부분을 보완하고자 하였다.

그러나 이런 시도는 곧 반대에 부딪치게 되었다. ‘컴퓨터 정보(computer information)’와 ‘라이선스(license)’로 특징지어지는 새로운 형태의 거래에 관한 규정을, 동산거래를 규율하는 UCC 제2장에 함께 두기는 무리라고 판단되어진 것이다. 또한 소비자보호 미흡을 이유로 미국법률협회(American Law Institute, 이하에서 ALI)가 반대하고, 이로 인해 입법 제정이 늦어지게 되었다. 미국법률협회는 라이선스 이용자를 보호하는데 있어서 법률 초안이 미흡하다고 보고, 관련규정을 UCC에 포함시키는데 제동을 걸었기 때문이었다. 그러자 ALI의 동의 없이 단독으로 채택을 결의할 수 있도록, NCCUSL(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)은 현재와 같은 독립된 특별법으로 UCITA를 제정하게 되었다.

(3) 입법취지

위에서 본바와 같이 UCITA는 UCC의 흠결부분을 보완하려는 취지도 있지만, 거대기업이 자신이 판매한 제품에 대해 보다 엄격한 책임을 지도록 함으로써, 소비자나 매수인을 보호하고자 하는데 그 입법취지가 있다. 그런데 그 적용결과는 반대로 나타나 개인이나 아마추어 프로그램 개발업자, 소규모 자영업 소프트웨어 개발업자 등 경제적으로 넉넉치 못한 형편에 있어 법률적 조력을 받지 못하는 힘없는 자들만 큰 책임을 지게 된 반면에, 마이크로소프트와 같은 거대기업은 오히려 UCITA의 담보책임배제 및 제한 규정을 적절히 사용하는 등 이 법에 대해 적절한 대비책을 마련하여, 실제 라이선스이용자가 프로그램상의 하자

110) <http://www.bmck.com/ecommerce/ucitacomp.htm> (2002. 9. 22. 게시).

나 오류로 인해 손해를 보았을 경우에 손해를 배상받기가 쉽지 않게 된 것이다. 그 이유는 적용범위 및 손해배상의 제한 등 여러 가지가 있을 수 있지만, 담보책임의 배제와 제한이 그 핵심적인 요소이다.

4. 담보책임의 배제와 제한

미국 UCC에서는 매수인을 보호하기 위해 매도인에게 엄격 책임을 지우고 있는 바, 그 구체적인 내용이 바로 담보책임이다. 매도인이 지게 되는 담보책임은 크게 두가지 유형이 있는데, 명시적 담보책임과 묵시적 담보책임으로 나눌 수 있으며, 후자는 다시 상품적합성의 묵시적 담보책임과 특정목적적합성의 묵시적 담보책임으로 나눌 수 있다.¹¹¹⁾ UCITA에서도 이 분류방법을 차용하여, 제402조에서는 명시적 담보 책임을 규정하고 있고, 제403조에서는 컴퓨터프로그램의 상품적합성에 대하여 최종사용자와 배포업자에 대한 라이선스 허락자의 상품적합성 묵시적 담보 책임을 규정하고 있으며, 제405조에서는 라이선스 이용자의 특정한 목적과 전체시스템에 적합함을 보증하는 특정목적적합성의 묵시적 담보 책임을 규정하고 있다. 이 밖에 담보책임에 관해 UCITA가 UCC와 다른 점은, 제401조의 평온향유(quiet enjoyment)에 대한 담보책임(라이선스 계약의 존속기간 동안 당해 정보에 대해 어떤 작위나 부작위로 인해 그 이익의 향유를 라이선스 이용자가 간섭받지 않을 것에 대해 라이선스 허락자가 담보하는 것), 제404조의 정보의 정확성에 대한 담보책임 등이 정보거래의 특성에 따라 새로 도입된 개념이라 볼 수 있다.¹¹²⁾

(1) 명시적 담보책임

‘명시적 담보책임(express warranty)’은 제조업자나 판매업자가 제품의 성능이나 기능에 대해 명시적으로 보증한 경우에는, 이에 대해 책임을 지게 된다. 예컨대 특정 소프트웨어 프로그램이 시간당 연산능력이 얼마임을 명시적으로 보증한 경우에는, 후에 이 프로그램이 그 보증에 미치지 못할 때 이에 대해 책임을 지게 된다. 그러나 명시적 담보책임은 매도인이 명시적으로 보증한 내용에 대해서만 책임을 지게 되므로, 명시적으로 보증하지 않는 내용에 대해서는 매수인이 책임을 물을 수 없게 된다. 이에 대한 보완책이 바로 두가지 종류의 묵시적 담보책임이다.

명시적 담보의무는 거래의 법적 유형에 따라 계약상 의무가 다르게 된다. 즉 물건의 매매, 서비스 공급계약, 또는 라이선스계약의 경우에 각각 계약상 의무가 다르게 되는 것이다.

우선 명시적 담보책임의 경우 크게 두가지 쟁점이 문제된다. 첫째, 구체적인 사안에서 과연 명시적 담보책임이 성립되는가 여부 및 어떤 경우에 명시적 담보책임이 성립되는가 여부가

111) Clark, B./Smith, C., *The Law of Product Warranties*(New York: Warren, Gorham & Lamont, Inc., 1984), p. 1-5.

112) Michael L. Rustad, *Commercial Law Infrastructure for the Age of Information*, J. Marshall J. Computer Info. Law, pp. 290-291.

다. 둘째, 담보위반의 경우 담보책임의 배제 및 제한여부이다.¹¹³⁾

전자의 경우, 진술의 성질 및 계약당사자의 관계가 담보책임 성립여부를 판단하는데 있어서 고려될 것이다. 이 밖에 중요한 요소로는, (i) 진술자가 언급한 것이 계약으로서 법적 효력을 갖는 것으로 의도되고 계약상대방에게 그렇게 이해되었는가, 그리고 (ii) 상대방 당사자가 생각하기에 계약내용물에 관해 진술한 사람이 책임을 지는 것으로 합리적으로 추정되는가 등이 있다.¹¹⁴⁾ 그러나 담보의무를 발생시키는 언급과 그렇지 않는 것을 구별하기란 쉽지 않다.

이하에서 언급할 컴퓨터프로그램과 부수적 서비스에 관련된 구체적 사례들은, 어떻게 명시적 담보의무가 성립되고 배제되는가를 잘 보여주고 있다.

상품적합성에 관한 명확하고 구체적인 진술이 있고, 또한 그러한 진술이 합리적으로 신뢰되는 경우에는 통상 명시적 담보의무가 발생된다. 계약당사자의 상대적인 지식도 명시적 담보의무 성립여부에 관한 고려 대상이 된다.¹¹⁵⁾

a. 명시적 담보책임의 유형 및 구제방법

가. 제정법

UCC §2-313에 의하면, 물건에 관한 계약내용의 일부가 되는 진술이나 약속 또는 사실의 확증에 의해 명시적 담보책임이 성립될 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 명시적 담보책임은 반드시 서면으로 행해질 필요는 없다. 중요한 기능이나 필요로 하는 구체적 사항에 대한 언급은 거래협상의 기초로 여겨지므로, 종종 명시적 담보책임을 성립케 한다. 단순한 과장은 명시적 담보책임을 발생시키지 않는다.¹¹⁶⁾ 명시적 담보책임은 구두로 또는 서면으로 행해질 수 있으며, 그러한 담보책임은 계약내용에 포함될 수도 있고 광고전단에 의해 성립될 수도 있다. 예컨대 컴퓨터판매업자는 전시장을 설치해서 그들의 제품을 시연해 보이고 잘 준비된 전시물을 준비하게 된다. 컴퓨터장비의 구체적 사항에 관한 광고물에서의 진술이나 약속은, 이러한 구체적 사항이 계약의 중요한 요소이고 사용자에게 의해 신뢰된 경우에는, 어떤 한정된 상황하에서 명시적 담보책임을 성립시킬 수 있게 된다.¹¹⁷⁾

공급자가 구체적인 진술을 하고 일정 결과에 대해 결과지향적(result-oriented)으로 약속한 경우를 아래사례에서 잘 보여주고 있다.

나. 명시적 담보책임과 광고 또는 전시

113) Noriko Kawawa, *Contractual Liability for Defects in Information in Electronic Form*, 8 U. Balt. Intell. Prop. L. J. p. 125.

114) *ibid.*, pp. 125-126.

115) *ibid.*

116) UCITA §402 공식주석 6 (1999).

117) Noriko, *op. cit.*, p. 132.

Cricket Alley Corp. v. Data Terminal Systems Inc.¹¹⁸⁾에서, 원고인 Cricket Alley Corporation(이하에서 “CA”)는 피고인 Data Terminal Systems, Inc.(이하에서 “DTS”)를 상대로 하여, 명시적 담보책임위반을 이유로 소송을 제기하였다.

원고는 컴퓨터화된 금전출납기를 구입하였다. 이 금전출납기는 본사에 설치되어 있는 Wang 컴퓨터와 정보를 교환하여 재고관리를 할 수 있도록 만들어진 것이었다. CA의 사장은 이 분야의 전문가가 아니어서, DTS 전시장을 방문하고 DTS의 금전출납기가 본사의 Wang 컴퓨터와 호환되어 작동될 수 있는지 문의하였다. 이에 대해 DTS 직원은 그렇다고 대답하였고, 그러한 호환작동은 주관적인 판매자의 의견이 아닌 사실이라고 말하였다. DTS가 발간한 사용지침서의 내용도, DTS 금전출납기의 이러한 능력에 대한 판매인의 진술을 뒷받침하였다.

구입 후 DTS 금전출납기는 프로그램상의 오류를 포함하여 많은 문제점을 야기시켰다. DTS 금전출납기는 Wang 컴퓨터와 호환작동되지 못하는 것이었다. 피고는 주장하기를 DTS의 금전출납기는 전혀 호환작동되지 않는 것이 아니라, 때때로 호환작동 되기도 한다고 항변하였다. 법원은 판시하기를 “신뢰할 수 없는 통신에 의한 호환작동은 어떤 의미에서 전혀 통신이 되지 않는 것보다 더 나쁜 것이다”라고 하고 배심원이 명시적 담보책임 위반의 배상액으로 산정한 \$78,781.79에 대해 승인하였다. 이 금액은 DTS 금전출납기가 적절히 작동되지 못함으로 인해 야기된 손해도 포함되었다. 원고는 DTS 금전출납기가 본사의 Wang 컴퓨터와 호환작동되지 못함으로 인해 야기된 증가된 노동비용인 간접손해에 대해서도 배상받았다.

이 사례에서, 법원은 통신조건에 관해 결과 지향적인 결과의무를 매도인에게 부과하였다.

통신(호환작동) 기능의 중요성과 DTS 직원이 금전출납기에 관해 언급하면서 통신가능한 것이 “사실(fact)”이라고 진술한 것이, 원고의 주장을 뒷받침하였다.

이와 마찬가지로 Fargo Machine & Tool Co. v. Kearney & Trecker Corp.¹¹⁹⁾에서, 기계의 “절대적인 반복작동의 무오류”와 “운영자의 개입 없이 각각의 단계에서 30개의 도구까지 연속하여 생산가능”하다고 공급자가 자신의 선전책자에 언급한 것은, Fargo 회사에게 중요한 사실이 되며 명시적 담보책임의 내용이 된다고 법원은 판시하였다. 선전책자에 명시된 시스템의 중요한 기술적 요소는 계약상대방이 신뢰하게 되기 때문이다.

다. 중요한 기능에 관한 명시적 담보책임

USM Corp. v. Arthur D. Little Systems Inc.¹²⁰⁾에서 완성인도방식(turn-key)으로 기계를 공급하는 자는 물건 인도시에 디자인상의 하자가 시스템에 없으며, 기능적인 특정사항대로 기계가 작동될 것에 대해 명시적으로 보증하게 된다고 법원은 판시하였다.

용인할 수 있는 응답시간도 계약에서 구체적으로 명시한 기능중의 하나였다. 운영자

118) 732 P.2d 719 (Kan. 1987).

119) 428 F. Supp. 364 (E.D. Mich. 1977).

120) 546 N.E.2d 888 (Mass. App. Ct. 1989).

에 의해 주어진 명령의 요구조건을 만족시킬 수 있는 제한된 시간내에 접근가능한 디스크 수에 의해 응답시간은 주로 결정되며, 또한 응답시간은 이 접근 디스크수와 직접적으로 관련되어 있다. 비록 피고가 계속해서 응답시간이 용인할 만한 범위 내라고 주장하였지만, 실제 응답시간은 승인할 수 있는 범위를 훨씬 더 초과한 것이었다. 따라서 명시적 담보의무가 위반되었다고 판시하였다. 법원은 계약목적물에 관한 그러한 구체적인 진술이 “거래의 핵심”인 사실을 고려하였다. 피고는 응답시간에 관한 구체적인 문제는 해결 가능하다고 원고에게 말하였고, 법원은 원고가 문제해결에 관한 피고의 능력을 신뢰할 수 있다고 보았다.¹²¹⁾

b. 명시적 담보책임의 배제

가. 제정법

일단 명시적 담보책임이 성립되면, 담보책임을 배제시키기가 매우 어렵게 된다. UCC 2-316에 의하면, “명시적 담보책임을 성립시키는 말이나 행동은, 담보책임을 무효화하거나 제한하는 말이나 행동과 합리적인 범위 내에서 양자가 조화되도록 해석하여야 한다.

명시적 담보책임은 “계약의 핵심”을 구체화한 것으로 여겨지기 때문에, 좀처럼 배제시키기가 어렵다.¹²²⁾ 일부 주의 경우 명시적 담보책임을 배제하는 조항은 당사자간에 명확한 합의가 없는 한 모순되는 것으로 보고 있다.¹²³⁾

아래 사례에서 보듯이, 컴퓨터시스템의 중요한 기능에 관한 구체적인 명시적인 진술을 하였을 경우에, 담보책임을 배제시키기가 쉽지 않게 된다. 따라서 이용자에게 허용되는 구체방법을 제한하는 효과적인 방법은, 1) 발생하는 의무를 제한, 2) 피해자의 구체방법을 제한, 3) 배상가능한 손해액을 제한, 4) 담보위반시 배상액 예정 등이 있을 수 있다.¹²⁴⁾

나. 모순되는 담보배제조건

USM Corp. v. Arthur D. Little Systems, Inc.¹²⁵⁾에서 살펴보았듯이, 실제 응답시간이 허용시간을 상당히 초과한 경우에 담보책임위반으로 간주되어진다. 따라서 물건에 관한 명시적 진술과 모순되는 담보배제조항은 효력이 없게 된다. 예컨대 물건 인도시에 기능적 세부사항에 시스템이 상당부분 적합하는 경우에는, 또는 디자인상의 결함 외에는 모든 명시적 또는 묵시적 담보책임을 무효화시키는 것과 같은, 명시적 진술과 조화되지 않는 배제조항은, 명시적 담보책임과 조화되지 않으므로, 효력이 없게된다.

121) Id. at 896.

122) USM Corp., 546 N.E.2d pp. 894-895.

123) Teknekron Customer Info. Solutions, Inc. v. Watkins Motor Lines, Inc., No. C-93-03422 MHP, 1994 WL 11726, 15 (N.D. Cal. 1994. 1. 5).

124) Noriko, op. cit., p. 134.

125) 546 N.E.2d 888 (Mass. App. Ct. 1989).

이와 유사하게 뉴욕주법에 의하면, 매우 상세하게 규정된 명시적 담보규정은 일반적인 담보 책임배제 조항에 우선하게 된다.¹²⁶⁾ 이에 관한 것은 Consolidated Data Terminals v. Applied Digital Data Systems Inc.¹²⁷⁾에 잘 나와있다. 이 사례에서 컴퓨터 장비 제조업체인 Applied Digital Data Systems(이하에서 “ADDS”)는 컴퓨터 판매업자인 Consolidated Data Terminals(이하 “CDT”)와 서면으로 판매계약을 맺었다. 이 계약에 의해 CDT는 ADDS 터미널의 독점 판매권을 갖게 되었다.

ADDS는 브라운관 컴퓨터 단말장치를 포함한 컴퓨터장비를 제조하였다. 그리고 선전책자에 명시하기를, 특정 터미널은 19,200 baud¹²⁸⁾의 매우 빠른 속도로 작동되며 “본질적으로 신뢰할만 하다”고 하였다. 사실상, 이 터미널은 그러한 속도를 낼 수 없었으며, 디자인상의 오류를 다수 포함하고 있었다. CDT는 제품에 관한 불평을 받았고 그들의 고객으로부터 제품을 회수하였다.

법원은 판시하기를, 장비나 터미널의 구체적인 명시가 명시적담보책임을 성립시킨다고 보았다. 왜냐하면 CDT는 터미널을 주문할 때 그러한 명시사항을 신뢰하였기 때문이었다. “제품과 기술에 대해 90일간의 보증외에는 명시적 또는 묵시적 담보책임을 포함하여 어떠한 담보책임도 지지 않는다”는 담보책임배제 문구는 무효라고 판시하였다. 뉴욕주법에 의하면, 그러한 배제문구는 특정한 사항에 관해 매우 구체적으로 형성된 담보책임을 무효로 시키지 못하며, 특정한 담보책임이 문구가 일반적인 담보책임배제문구에 우선한다고 법원은 판시하였다.¹²⁹⁾

다. 통합문구

통합문구는 특정 서면상의 진술이나 약속에 따라 계약적용범위를 제한시킬 수 있는 유용한 도구가 된다. 통합문구에 의해 서면으로 작성된 내용에 없는 담보책임이나 진술을, 무효화시킬 수 있기 때문이다. 그러나 통합문구조항에도 불구하고, 법원은 서면이 최종적으로 합의된 계약조건으로 의도되지 않았다고 볼 수 있다. 서면으로 작성된 계약내용은, 이것이 최종적인 것으로 합의되었다고 법원에 의해 판단되어지지 않는 한, 교섭과정(course of dealing),¹³⁰⁾ 또는 거래관행(usage of trade),¹³¹⁾ 또는 이행과정(course of performance)¹³²⁾에 의해 설명되거나 보강되어 질 수 있으며, 또한 일치하는 부가적인 계약조건들을 참조하여 결정할 수도 있다.

126) N.Y. UCC Law §2-316(1) (McKinney 2000).

127) 708 F.2d 385 (9th Cir. Cal. 1983).

128) 신호의 속도단위

129) Id. pp. 388-391.

130) 특정 거래의 계약 당사자간의 행동과 계약문언을 해석하는데 있어서, 이전에 양 당사자간에 이루어졌던 일련의 행동에 대해 공정하게 상호 이해하였던 바를 기준으로 하는 것. UCC §1-205(1).

131) 특정 거래의 산업에 있어서 일반적으로 받아들여지는 관습을 의미한다. 상인은 자신의 분야의 관습에 대해 알고 있는 것으로 추정된다. 거래관행은 특정한 장소, 직업, 상업에 있어서 규칙적으로 행해져, 문제되는 거래에 관하여 준수되어 질 것으로 기대되는 어떤 관행이나 거래방법을 의미한다. UCC §1-205(2).

132) 계약이행에 관한 당사자의 행동이 상대방의 이익 없이 계속되어 온 것에 기초를 두고, 이러한 상호 이해된 행동으로서 계약을 이행하는 것.

계약당사자가 서면에 의한 계약서를 최종적인 의사표현으로 의도하였는지 여부를 결정하는데 있어서, 법원은 거래와 관련된 다양한 요소들을 고려할 수 있다.

(2) 상품적합의 묵시적 담보책임

먼저 ‘상품적합의 묵시적 담보책임(implied warranty of merchantability)’은, 매도인이 상인인 경우에 매수인은 일반인이 매도하는 경우보다 보다 더 높은 기대치를 갖고 물건을 사게 되므로, 매도인은 이 경우 판매하는 물건이 판매하기에 적합한 중등품질이상을 갖춘 물건인 것에 대해 담보책임을 지게 된다는 것이다. 이 책임의 특징은 명시적 담보책임과는 달리, 명시적으로 물건의 성능이나 품질을 보증하지 않는다 해도, 상인인 매도인이 담보책임배제를 명시적으로 계약서에 명시하지 않는 한 책임을 부담하게 되는 특징이 있다. 실제 사례에서도 가장 문제가 되는 담보책임이 바로 이 상품적합의 묵시적 담보책임이다.

품질에 관련된 묵시적 담보책임은 세가지 형태가 있을 수 있다. 첫째, 소프트웨어의 품질에 관한 담보책임이다. 이 담보책임은 결과지향적이다. 이 담보책임은 UCC상의 담보책임과 매우 유사하다. 브레이크가 제대로 작동하지 않는 차는, 폭발한 TV와 마찬가지로 상품적합의 묵시적 담보책임을 위반한 것이 된다. 노력이 아니라 결과가 판단의 요소가 된다. 대량 소프트웨어 판매시장에서는, 디스켓 뿐만 아니라 디스켓이 담고 있는 소프트웨어도 상품적합할 것이 기대된다.¹³³⁾

둘째, 소프트웨어 담보책임과 관련된 또 다른 책임은, 서비스와 관련된 common law에서 찾을 수 있다. 서비스에 관련된 법은 결과지향적이지 아니라, 합리적인 기술의 수준에 의해 책임성립여부가 결정된다. 서비스에 관련된 common law에서는 전문가와 장인수준의 기준이 판단의 기초가 된다. 많은 수의 소프트웨어 계약이 본질적으로 전문적 서비스를 제공하는 것이다.¹³⁴⁾

셋째, 불법행위상의 과실책임에 기인한다. 라이선스 허락자가 라이선스 이용자에게 “영업지도(business guidance)”를 제공했을 때 불법행위법상의 책임을 물을 수 있게 된다. 과거 UCITA의 초안이라 할 수 있는 2B는, 영업지도를 제공하는 당사자는 결과를 보장하는 것은 아니지만, 합당한 주의의무를 기울여야 한다고 규정하고 있다.¹³⁵⁾

(3) 특정목적적합의 묵시적 담보책임

마지막으로 ‘특정목적적합의 묵시적 담보책임(implied warranty of fitness for a particular purpose)’은, 매수인이 자신의 특정한 필요를 매도인에게 밝혔고, 이에 대해 매도인은 매수인의 특정한 필요에 적절한 물건을 추천하였으며, 이러한 매도인의 전문적인 지식과 기술을 신뢰하고 그 물건을 구입한 매수인은 그 물건이 자신의 특정목적에 부합하지

133) Michael, op. cit., p. 293.

134) Id.

135) Id.

못할 때, 이에 대해 매도인에게 담보책임을 추궁할 수 있게 된다. 예컨대 특정회계프로그램을 사용해야 하는 수학과 학생이 그 프로그램을 사용하기 위한 적절한 컴퓨터를 판매인에게 문의하였고, 매도인이 이에 적합한 컴퓨터를 골라 주었으며, 매수인이 이를 신뢰하고 컴퓨터를 산 경우에는, 특정목적적합의 담보책임을 매도인은 지게 된다. 즉, 그 프로그램이 적절하게 운영되기 위해서는, 매수인이 산 것보다 2배나 비싼 컴퓨터를 사용해야만 하는 경우에, 매수인은 추가대금의 지급 없이 그 프로그램을 운영하는데 적합한 컴퓨터를 인도할 것을 요청하거나, 다른 곳에서 구입하고 그 차액을 청구할 수 있게 된다.

라이선스 이용자의 목적과 시스템 적합성(licensee's purpose and system integration)에 관한 담보책임을 이 범주에 속하게 된다. 계약에 의해 라이선스허락자가 컴퓨터 프로그램과 물건, 장비 및 기타 시설로 구성된 시스템을 제공하거나 선택하도록 되어 있고, 라이선스이용자가 라이선스허락자의 기술을 의존한다는 것을 라이선스허락자가 알만한 경우에, 제공되거나 선택되어진 구성부분이 시스템상 적절히 작동될 것에 대해 라이선스허락자가 묵시적 담보책임을 부담하게 된다. 이는 주로 제공된 소프트웨어가 다른 프로그램 및 기계와 적절히 호환되느냐 여부가 중요하기 때문에 문제된다. 엄격히 말할 경우 시스템적합성은 특정목적담보책임과 동일하다고 볼 수 없지만, 양자간에 상호 관련성이 있으므로 같은 범주 안에 놓고 규정하고 있다.¹³⁶⁾

(4) 정보의 정확성에 관한 담보책임

라이선스 이용자와 특별한 관계나 또는 협력관계에 있는 상인이 정보내용을 수집, 편집, 가공, 제공, 또는 전달하는데 있어서, 통상적인 주의의무위반으로 인한 정보의 부정확성이 없음을 보증한 경우에 발생하는 담보책임이다. 따라서 정보제공자와 정보이용자간에 특별한 관계가 있다고 볼 수 없는 통상적인 신문 구독자나 책구입자에 대해, 이러한 정보내용의 정확성에 대한 담보책임은 발생하지 않는다. 즉 이러한 경우에 정보내용의 오류로 인해 발생된 손해에 대해, 정보제공자는 UCITA상의 담보책임을 부담하지 않게 된다.¹³⁷⁾

그러나 이 정보정확성에 대한 담보책임을 제공하는 정보에 오류가 전혀 없다는 것을 보증하는 것은 아니지만, 정보제공자의 합리적인 주의의무 위반으로 인해 발생하는 오류가 없다는 것에 대해서는 담보책임을 지게 된다.¹³⁸⁾ 단순히 정보의 중간통로 역할을 하는 사람이거나, 제3자의 것으로 판명된 정보내용을 수집, 편집, 또는 배포하는데 있어서 오직 편집서비스만을 제공하는 사람은 이 담보책임을 부담하지 않게 된다. 왜냐하면 정보를 직접 제공받는 경우와 통로로서 다른 사람의 정보를 저장, 요약, 전송하는 사람에 대한 기대치가 다르기 때문이다.¹³⁹⁾

에게는 해당되지 않는다.

136) UCC §2B-405 (Proposed Draft, 1997. 9. 25).

137) UCC §2B-404 (Proposed Draft, 1997. 9. 25).

138) Carlyle C. Ring, Jr., Uniform Rules for Internet Information Transactions: An Overview of Proposed UCITA, 38 Duq. L.Rev. 354.

139) Id.

(5) 면책조항

UCITA §403과 §405에 의한 담보책임배제의 경우에, 글자크기나 색깔을 달리하여 쉽게 인식할 수 있도록 하여 명확화 의무를 부여한 것은 UCC와 동일하다. 그러나 컴퓨터정보거래의 특성상 다소 라이선스허락자에게 유리하게 규정한 조항도 있다. UCC는 동산의 거래를 규율하고 있으며 계약책임으로 보기 때문에, 담보책임위반으로 인해 발생한 확대손해에 대해서도 매도인은 책임을 부담하게 된다. 그러나 이에 대해 매도인은 담보책임 배제나 면책조항을 둬으로써 자신의 책임을 모면할 수 있게 된다. 특히 소프트웨어프로그램의 경우가 면책조항은 대기업에게 강력한 방어도구가 되고 있다.

UCC 2장에서 허용하는 담보책임 배제문언보다, UCITA에서 규정된 책임회피수단으로 사용되는 담보책임 배제문언이 보다 명확하게 규정되고 있다. UCITA §406에 의하면, 묵시적 담보책임은 교섭과정이나 거래관행에 의해서도 배제될 수 있게 되어, 한층 라이선스 허락자에게 유리하게 되어있다.¹⁴⁰⁾

예컨대 우리가 마이크로소프트회사의 특정 프로그램을 살 때, 보통은 비닐에 싸인 프로그램을 사게 된다. 이 비닐을 뜯는 순간 우리는 마이크로소프트 회사와 계약을 체결한 것으로 간주되게 된다. 왜냐하면 이 같은 경우에 라이선스계약 정책(shrink-wrap license policy)이 적용되기 때문이다. shrink-wrap license의 내용은 다음과 같다. 예컨대 매수인이 일정 금액을 지불하고 Microsoft 회사의 word 프로그램을 사는 경우에, 그 프로그램을 사는 것이 아니다. 단지 그 매수인이 word 프로그램을 개인적으로 사용할 수 있는 권리를 마이크로소프트 회사로부터 구입하는 것일 뿐이다. 여전히 그 프로그램의 소유권은 제조회사에 남아있는 것이다. 따라서 매수인은 이 word 프로그램이 담긴 CD에 대한 소유권을 갖고 있지만, 그 word program자체의 소유권은 여전히 제조회사가 보유하고 있는 것이다. 그런데 이처럼 비닐에 싸인 프로그램을 개봉하는 순간, 매수인은 제조자와 계약을 체결한 것으로 간주된다. 그리고 그 계약내용은 통상적으로 제조회사가 작성한 약관의 내용에 따르게 된다. 대부분의 경우 약관에 이 명시적, 묵시적 담보배제 조항이 들어가 있어, 물건의 하자가 있는 경우에도 제조업자의 책임은 확대손해에 까지 미치지 않고, 기껏해야 프로그램이 들어 있는 CD 구입대금의 환불에 그치게 된다.¹⁴¹⁾

shrink-wrap license의 유효성에 대해서는 논의가 있었으나, M.A. Mortenson Co., Inc. v. Timberline Software Corp.¹⁴²⁾에서 법원은 판시하기를 제조업자와 매수인간에 담보배제조항에 관한 구체적인 교섭과정이 없었다 하더라도, 라이선스 이용자는 소프트웨어 사용 전에 계약조항을 검토할 기회를 가졌고, 또한 담보책임 배제조항은 소프트웨어업계에 널리 사용되고 있으므로 비양심적인 것은 아니라고 하여 그 유효성을 인정하였다.

문제는 이러한 법률적 도움을 받을 수 없는 영세한 사업자나, 아마추어 소프트웨어 개발

140) Id. p. 355.

141) Noriko, op. cit., p. 171.

142) 140 Wn.2d 568.

자들에게는 담보책임이 치명적인 도구로 다가오게 된다. 즉 이들은 법률적으로 무지하거나 경제적 사정으로 인해 법적인 도움을 받지 못하므로, 대부분 자신들의 제품을 판매하는 경우에 담보배제조항을 두지 않고 있다. 따라서 이들이 개발한 제품이나 소프트웨어의 하자로 인해 손해가 발생한 경우, 단지 그 구입대금 뿐만 아니라, 하자로 인해 야기된 확대손해에 대해서까지 책임을 지게되는 결과를 초래하게 된다.

특히 상품적합의 묵시적 담보책임이 문제가 되는데, 아무리 영세한 상인이라 할 지라도 상인인 이상 이 담보책임의 적용대상이 된다. 예컨대 이들이 개발한 소프트웨어를 구입한 매수인이 이 프로그램을 사용하다가 통상의 범위를 넘는 오류로 인해 야기된 중요한 데이터상실이나 재산상 손해에 대해 배상을 해주어야 하게 된다. 문제는 이들이 지금부터 판매하는 제품에 대해 담보배제조항을 삽입한다 하더라도, 과거에 이미 배포된 프로그램이나 제품에 대해서는 확대손해까지도 포함되는 매우 큰 범위의 손해배상책임을 지게된다는 점이다.

5. UCITA와 같은 특별법의 필요성

매수인과 소비자보호를 위해 UCITA를 제정한 취지는 좋았으나, 결과적으로는 법률문제에 잘 대비한 거대기업은 별 책임을 지지 않게 되고, 힘없는 영세개발업자나 아마추어만 피해를 입는 결과가 초래될 우려가 있는 것이다.

그러나 이들이 우려한 바대로, 과연 그러한가? UCITA는 대기업에게는 책임회피의 도구가 되고, 정작 도움이 필요한 소비자나 매수인에게에는 아무 도움도 안되는 불필요한 법인가? 부정적인 면보다는 긍정적인 면이 더 많다고 생각된다.

첫째, 법의 흠결부분을 적시에 보완함으로써 법적 안정성을 기할 수 있게 된다. 이는 궁극적으로 소비자에게도 도움이 되는 결과를 가져온다. 컴퓨터정보거래에 관련된 담보책임주장을 다루는데 있어서 법원마다 통일된 기준이 없어 혼란을 야기시키게 된다. 예컨대 소프트웨어를 UCC가 적용되는 물건의 범주에 넣어 UCC를 적용하여 판결하는 법원도 있고, 그렇지 않는 법원도 있다.¹⁴³⁾ 이는 관할권이 다르므로 통일적인 기준이 없는 한 법 적용을 달리 할 수 있게 되기 때문이다. 명시적 담보책임배제도 인정되거나 인정되지 않을 수 있으며,¹⁴⁴⁾ 상품적합의 묵시적 담보책임이 컴퓨터정보거래에 적용되거나 적용되지 않을 수도 있다.¹⁴⁵⁾ 통일된 법전이 제정되어 적용된다면, 이러한 법적용의 모호성을 불식시킬 수 있게 된다. UCC는 현대시대의 컴퓨터정보거래를 규율하기 위해 제정된 법이 아니므로, 이런 특수성이 있는 분야의 법을 조속히 제정할 필요가 있는 것이다.¹⁴⁶⁾

또한 UCITA 옹호자들의 주된 논거의 하나는, UCITA의 애초 제정목적이 소비자보호법의

143) Ajay Ayyappan, op. cit., pp. 2475-2476

144) Robert T. Daunt, *Warranties and Mass Distributed Software, I Santa Clara computer & High Tech. L.J.*(1985) p. 108-57.

145) Daunt, op. cit., p. 180-86.

146) UCITA, Prefatory Note(2000 Draft).

일환으로 만들어진 것이 아니라는 점이다.¹⁴⁷⁾ UCITA는 UCC를 모델로 하여 통일된 상법전을 제정하여 UCC의 흠결부분을 메꾸는 것이 주된 목적이라는 것이다.¹⁴⁸⁾ 따라서 UCITA는 계약협상의 기초를 제공해야지, 계약협상의 결과를 강제해서는 안된다고 한다.

둘째, UCITA는 결코 소비자에게 불리하게 규정된 것 만은 아니다. UCITA의 비판자들은 UCITA에 의해 컴퓨터정보거래를 연방소비자보호법(Magnuson-Moss Act)의 적용범위 밖에 두어 소비자보호에 해를 끼치고 있다고 주장한다. 그러나 이에 대해 UCITA옹호자들은 UCITA는 연방소비자보호법의 적용을 배제시킬 수 없으며, 연방소비자보호법을 컴퓨터정보거래에 적용시킬 것인가 여부는 연방법 차원의 문제라고 반박하고 있다.¹⁴⁹⁾ 따라서 UCITA 제정이전에 법원이 판단하기에 컴퓨터정보거래가 연방소비자보호법의 적용대상이라고 본다면, UCITA 제정 이후에도 똑같이 연방법 적용이 된다는 것이다.¹⁵⁰⁾

또한 소비자보호를 위해 추가되는 비용이 시장이 감당할 수 있는 범위 밖이 될 수도 있다고 주장한다. 만약 소비자보호를 위해 더 광범위한 권리를 라이선스 이용자에게 주어진다면, 라이선스 허락자들은 더 높은 가격에 소프트웨어를 판매할 수 밖에 없게 된다.¹⁵¹⁾ 이같은 경우 비싼 비용을 지불하고 살 여력이 없는 사람들은 곤란에 처하게 된다. 또한 권리강화에 따른 증가된 비용을 부담할 경제적 여력이 없는 소규모 소프트웨어 개발업자들이 시장에서 축출되는 결과를 초래하게 된다. 따라서 컴퓨터산업계에서 혁신과 경쟁을 감소시키게 된다. 또한 이익이 많이 남지 않는 소프트웨어는 판매가 중단될 것이다. 따라서 UCITA 비판론자들이 옹호하는 라이선스 이용자의 권리 증가와 보호는 소비자에게 도움이 되기 보다는 해를 끼치게 될 우려가 있다고 보는 것이다.¹⁵²⁾

셋째, UCITA의 명시적 담보책임규정에 대해 비판하는 사람들은, 주로 전시에 의한 담보책임의 성립요건의 변경에 초점을 맞추고 있다. UCITA 옹호론자들은 새로운 사업환경에 적합한 법을 새로 제정하기 위해서는 이러한 성립요건의 변경이 필요하다고 본다. 컴퓨터정보거래가 아닌 전통적인 물건의 거래의 경우에, 물건의 전시는 최종 인도물과 상당한 정도로 동일할 것을 요구하게 된다. 예컨대 식품점에서 치즈 한조각을 맛본 경우에, 나머지 치즈도 이와 유사한 맛을 가질 것을 요구받게 된다. 그러나 컴퓨터프로그램의 전시는 프로그램의 일반적인 기능만을 보여줄 뿐이지, 그 프로그램의 이행능력이나 이행정도를 보여주는 것은 아니다. 예컨대 데이터베이스 목적의 프로그램이 10여개 파일의 데이터베이스 정리능력을

147) Raymond T. Nimmer, *UCC Revisions: Article 2 in the Information Age*, in PLI Course Handbook, Intellectual Property Law Institute: 1995, at 14, (WL 416 PLI/Pat 1005, 1009-10).

148) Id. pp. 4-5.

149) Id. 15. 연방소비자보호법의 적용범위는 법에 의해 결정되므로, UCITA에 의해 그 적용범위를 바꿀 수 없게 된다.

150) Id. 연방소비자보호법의 적용범위에 관해 법원이 판단할 문제이지, 각 주에 의해 채택된 UCITA에 의해 적용여부 결과가 변경될 수 없다는 것이다.

151) Micalyn S. Harris, *Is UCITA Worthy of Active Support?*, at <http://www.2bguide.com/docs/mh1099.html>(2000. 12. 1. 접속).

152) Id.

시연을 통해 보여준 경우에, 1만개의 파일을 다룰 때도 동일한 정도의 시연능력을 보일 것을 기대하기란 힘들기 때문이다.¹⁵³⁾

넷째, 이미 판매된 물건의 하자로 인한 확대손해에 대해서도 크게 염려하지 않아도 된다. 미국 법원은 담보책임을 적용하는데 있어서, 두가지 원칙에 근거하고 있다. 계약부적합 물건의 위험실현에 대해 위험을 가장 잘 부담할 수 있는 자가 위험을 부담하도록 하자는 “최적 위험부담자 원칙”과, 물건의 정보에 대해 우월적 지위에 있는 자가 물건 부적합 위험을 부담하도록 함으로써, 물건정보공유를 촉진하고 거래비용을 감소시켜 거래안전을 도모하자는 “정보불균형의 해소원칙”이 그것이다.¹⁵⁴⁾ 따라서 시험용으로 개발된 베타버전의 소프트웨어 프로그램의 경우, 매수인이 프로그램의 불안정성을 인식하고 프로그램을 구입하므로, 굳이 담보책임 배제문언을 명시적으로 계약조항에 삽입하지 않는다 하더라도, 매수인이 최적위험부담자라고 법원이 판단하는 경우에는 매도인에게 담보책임을 지우지 않는다. 더구나 전문가들이 구입하는 시험용 프로그램인 경우에는 매도인보다 매수인이 그 물건에 대한 정보에 있어서 더 우월한 지위에 있으므로, 정보불균형의 해소원칙에 의한다 하더라도 매도인이 담보책임을 부담하지 않게 된다. 따라서 소규모 소프트웨어 개발업자들의 항변은 이런 점에서 설득력이 없게 된다.

6. 결론

지금까지 UCITA에 관한 연구가 활발히 진행되어 왔으며, 우리법 체계상 UCITA의 수용 방법 및 특별법으로서의 전자정보거래의 제정방안에 대해서도 논의가 되어왔다. 미국법상 논의를 우리나라 법제정시 적용하는데 있어서 주의할 점이 있다. 미국은 우리나라와는 법체계상 차이가 있으므로, 이러한 점을 고려하여 받아들여야 한다.

정책적 고려에 의해 담보책임규정을 운영하는 미국법원과는 달리, 우리 법원은 일반 계약책임규정과 법정무과실책임인 하자담보책임규정을 적용하여 판단한다. 앞서 말한 운영의 묘를 살릴 법원의 재량의 폭이 좁은 것이다. 또한 미국 UCC의 경우, 수직적 계약당사자 관계와 수평적 계약당사자 관계가 확대 적용되어, 직접적인 계약당사자가 아닌 경우에도 담보책임을 매도인이 부담하게 되며, 중간단계에 있는 판매인도 담보책임을 부담하게 된다.¹⁵⁵⁾ UCITA의 경우에도 당사자관계는 원칙적으로 UCC의 규정을 준용하므로, 우리 법과는 달리 계약당사자요건이 엄격하게 적용되지 않게 된다. 반면에 우리 나라는 직접적인 계약당사자 관계가 없는 한 채무불이행책임이나 담보책임을 물을 수 없게 된다. 그런 점에서 볼 때, 우리나라에서 UCITA와 유사한 특별법을 제정한다면, 소비자보호의 문제에 대해 좀더 진전된 태도를 취할 필요가 있다. 또한 거대소프트웨어 기업이 대부분 자국의 회사인 선진국과는

153) Jeff C. Dodd & Brian Martin, *A Preliminary Analysis of Certain Default Rules in the Uniform Computer Information Transactions Act*, in PLI Handbook, *The UCITA Revolution: The New E-Commerce Model for Software and Database Licensing* (2000), p. 473 (WL 600 PLI/Pat 317, 328).

154) Gillette/Walt, op. cit., p. 253-254.

155) Id. pp. 275-278.

달리, 우리나라는 소프트웨어 수입국이므로, 소프트웨어개발업자의 이익을 과도하게 보호할 시, 우리나라의 국익에도 별 도움이 되지 않는다.

또한 지금까지의 비교연구에 있어서 아쉬운 점은, 외형적인 면이라 할 수 있는 UCITA의 법조문의 규정과 공식주석을 연구하는데 그 논의가 집중되어 왔고, 실제로 관련규정이 내부적으로 어떻게 운영되는지에 관해서는 심도 깊은 연구가 이루어지지 않았다는 점이다. 아직까지는 UCITA가 발효된 주가 많지 않고 따라서 UCITA가 직접적으로 적용된 판례가 많지 않아 이를 연구하기가 어려운 것이 사실이다. 그러나 이미 막대한 양의 컴퓨터정보거래가 이루어지고 있고, 분쟁 또한 거래량과 비례하여 발생하여, 상당수의 판례가 나와있다. 판례를 통한 UCITA 운영을 분석·연구하기 위해서는, 먼저 UCITA의 기본전제가 되는 UCC의 관련 법규정을 미국법원이 어떠한 가치철학을 가지고 어떻게 운영하는 것을 이해한 후, UCITA의 특성상 이러한 가치판단이 어떻게 반영되고 있고 또 어떻게 반영될 것인가를 연구할 필요가 있다.

실제로 UCC의 담보책임규정에 관해 미국법원은 UCC §2-719(2)항의 “본질적 목적의 실패(failure of essential purpose)”규정을 매도인과 매수인의 균형점으로 잡고 있다. 즉 매도인은 원칙적으로 계약자유와 원칙상 자유롭게 담보책임의 배제, 제한 규정을 계약내용을 할 수 있지만, 매도인의 보호수단이라고 할 수 있는 이러한 담보책임의 배제 또는 제한 규정방법이 계약의 본질적 목적을 상실한 경우에는(예컨대 수리기회를 4회나 초과하여도 여전히 고장이 발생하여 물건을 산 매수인이 계약목적 달성을 할 수 없는 경우), 마치 계약서에 구제방법에 관한 제한이 없는 것처럼, UCC에 규정된 모든 배상방법을 매수인이 주장하여 확대손해까지도 배상 받을 수 있게 하고 있다.¹⁵⁶⁾ 지금까지 하자있는 물건으로 인해 피해를 입은 매수인이 가장 성공적으로 사용할 수 있었던 규정이 바로 UCC §2-719(2) 규정이다.¹⁵⁷⁾ 그러나 이와 같은 규정이 UCITA에는 존재하지 않는다. 아직까지는 컴퓨터정보에 관한 한 구체적인 균형점을 제시하기보다는, 법원의 법형성 과정에 균형점 결정의 상당부분을 일임하고 있는 것이다. 그 이유는 산업발전을 위해 라이선스허락자인 소프트웨어 제작자를 보호할 것인가 아니면 공공의 이익을 위해 라이선스이용자로서의 소비자를 보호할 것인가 두가치가 대립되며, 어느 한편을 들기가 어렵기 때문이다. 물론 UCITA가 이런 균형점에 관해 전혀 규정하고 있지 않는 것은 아니다. 예컨대 라이선스허락자가 담보배제에 필요한 특정 용어를 계약서에 사용하였거나, 라이선스이용자가 그러한 불간섭담보책임이나 평온항유담보책임이 발생하지 않으리라는 것을 계약체결전 라이선스허락자로부터 통지 받았거나 통지 받은 것으로 여겨지는 사정이 있는 경우에, 이러한 평온항유와 불간섭담보책임을 라이선스허락자가 부담하지 않게 된다.¹⁵⁸⁾

이와 같이 UCITA의 경우에도 구체적인 계약에서-예컨대 라이선스계약에서- 매도인(라이선

156) Eddy, *On the Essential Purpose of Limited Remedies: The Metaphysics of UCC Section 2-719(2)*, 65 Calif. L. Rev. 28 (1977).

157) B. Clark & C. Smith, op. cit., p.8-54.

158) Matthew J. Smith, *An Overview of the Uniform Computer Information Transaction Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation Why UCITA Should Be Renamed "The Licensors' Protection Act"*, 25 S. Ill. U. L. J. 408.

스허락자)과 매수인(라이선스이용자)간의 균형점을 어디로 잡을 것인가에 대한 깊이 있는 연구가 필요한 것이다.

우리 나라에서 특별법으로 전자정보거래법을 제정하고자 한다면, 단순히 외형적인 법규정에만 관심을 기울일 것이 아니라, 실제 미국 법원이 어떠한 가치관을 갖고 판단을 하는지 주의하고, 이러한 점을 반영할 뿐만 아니라, 우리나라법과 미국법의 체계적 차이점에도 유의하여 특별법을 제정하여야 할 것이다.