

디지털 전환기 저작권법상 도서관 예외의 재구성

- 미국 저작권법 §108의 교훈과 한국법상의 과제 -

Digital Transition and the Reconfiguration of Library Exceptions: Lessons from U.S. Copyright Act Section 108 and the Challenges for Korean Copyright Law

이 흥 기 (Hong Kee Lee)*

목 차

- | | |
|-----------------------|----------------------|
| 1. 들어가면서 | 4. 우리나라 저작권법에 대한 시사점 |
| 2. §108 체제의 법적 구조와 한계 | 5. 나가면서 |
| 3. 디지털 전환기에 따른 한계의 심화 | |

초 록

본 연구는 기술 환경의 변화가 저작권법상 도서관 예외규정에 미친 영향을 검토한다. 미국 저작권법 §108은 도서관 복제행위를 법정 예외로 편입하였으나, 그 적용 요건이 좁고 공정이용·계약·외부 가이드라인과 같은 보완장치에 의존한다는 한계를 처음부터 안고 있었다. 디지털 전환기를 거치면서 이 한계는 더 분명해졌고, DMCA·§1201·라이선스 중심 시장이 전개되는 가운데 §108 단독 개정만으로는 핵심 쟁점을 수습하기 어렵다는 점이 거듭 확인되었다. 본고는 이러한 미국의 경험을 비교법적 거울로 삼아 우리나라 저작권법 제31조의 기능과 한계를 검토하고, 그 개선 방향을 제시한다.

ABSTRACT

This study examines how changes in the technological environment have affected statutory library exceptions under copyright law. Section 108 of the U.S. Copyright Act incorporated library reproduction as a statutory exception, but it was burdened from the outset by narrow eligibility requirements and reliance on supplementary mechanisms such as fair use, contracts, and external guidelines. As the digital transition unfolded, these limitations became increasingly apparent, and amid the development of the DMCA, Section 1201, and a license-centered market, it was repeatedly confirmed that amendment of Section 108 alone could not resolve the core issues. Drawing on this U.S. experience as a comparative mirror, this article reviews the functions and limitations of Article 31 of the Korean Copyright Act and proposes a reform direction.

키워드: 저작권법 제31조, 미국 저작권법 제108조, 도서관 예외규정, 공정이용, 도서관과 저작권
Article 31 of the Korean Copyright Act, Section 108 of the U.S. Copyright Act, Library Exceptions, Fair Use, Libraries and Copyright

* 성균관대학교 법학연구원 연구교수(HKL.SKKU@gmail.com / ISNI 0000 0004 9171 4606)
논문접수일자: 2026년 4월 16일 최초심사일자: 2026년 4월 30일 게재확정일자: 2026년 5월 8일
한국문헌정보학회지, 60(2): 175-193, 2026. <http://dx.doi.org/10.4275/KSLIS.2026.60.2.175>

※ Copyright © 2026 Korean Society for Library and Information Science
This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>) which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided that the article is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

1. 들어가면서

1.1 저작권법상 도서관에 대한 예외규정

1976년 미국 저작권법 제108조(이하 “§108”)는 도서관의 일정한 복제·배포 행위를 저작권법상 명시적 예외로 편입한 독립적 규정으로 평가할 수 있다. 그러나 그 성립 자체가 곧 도서관 이용의 안정적인 해결을 뜻한 것은 아니었다. §108은 아날로그 환경에서의 복사와 도서관간 제공을 전제로 설계된 예외로서, 처음부터 좁은 적용 요건과 분절된 행위 유형 위에 놓여 있었다. 입법의 구조와 내용상 §108의 실효성은 공정이용, CONTU(National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works) 가이드라인, 계약과 같은 외부 규범과의 결합 속에서 형성되었다. 즉, §108의 규범적 불안정성은 기술발전예 따른 장기간의 논의에도 불구하고, 제도 자체에 이미 내재해 있었던 것으로 보아야 할 것이다. 미국의 선례는 우리나라 저작권법 제31조(도서관 등에서의 복제 등, 이하 “제31조”)를 다시 읽는 데에도 의미를 가진다. 우리나라는 미국에서와 같은 방식의 장기간에 걸친 공개적이고 누적적인 도서관 예외 재검토 논의를 거쳤다고 보기는 어렵다. 그럼에도 제31조는 기술 변화에 대응하여 나름의 개정을 통해 조정되어 왔다. 하지만 전자자료 라이선스, 관외 원격접근, 기술적 보호조치와 보존 기능의 충돌, 공정이용 일반조항과의 관계는 여전히 실무상 과제로 남아 있다. 본고는 이러한 문제의식에서 미국 §108이 마련된 이후 디지털 전환기를 거치며 새롭게 등장한 한계에 어떻게 대응하였는지를 살피고, 이를 제31조의

현재와 개선 방향을 비추는 비교법적 거울로 삼고자 한다.

1.2 연구의 필요성

미국의 사례가 우리나라에 주는 보다 근본적인 질문은, 기술환경 변화에 따른 도서관 예외를 단일 조문만으로 규율할 수 있는가 하는 것이다. 미국에서 §108을 둘러싼 논의는, 단일 조문 개정만으로 도서관 예외의 실효성을 확보할 수 있는가에 대하여 점차 회의적인 방향으로 전개되었다. §108가 단일조문으로 존재함에도 불구하고, 저작물의 보존예외와 디지털 복제·배포 허용은 각각 CTEA(Copyright Term Extension Act)와 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)로 나뉘어 처리되었고, 허용된 행위와 실행수단은 §1201에서 다시 갈라졌으며, 원격접근·비협상형 표준 라이선스·기술적 보호조치 우회는 스테디그룹의 운영에도 불구하고 합의에 이르지 못하였다(Gasaway, 2007; Rasenberger & Weston, 2005; Section 108 Study Group, 2008). 즉, 논의가 전개될수록 단일 조문의 개정만으로 대응할 수 있는 영역의 한계가 있음이 분명해진 것이다. 제31조도 이 질문 앞에 놓여 있다. 제31조도 개정을 거치며 디지털 복제·라이선스 자료·기술적 조치·온라인 자료 보존까지 조문 안으로 끌어들여 왔으나, 조문 문언과 운용 실태 사이의 근본적 간극은 해소되지 않고 있다. 이에 기술발전과 더불어 도서관 예외를 둘러싼 규범적 전선도 더욱 넓어질 것이므로, 앞선 미국에서의 전개를 추적하여 우리나라 도서관 환경변화에 따른 개선방향을 검토할 필요성이 적지 않다.

1.3 선행연구의 검토와 한계

제31조의 연혁과 요건 및 비교법적 검토는 이미 상당히 축적되어 있다(장해정, 2011; 김종철, 김영석, 2012). 전자도서관 환경에서의 저작권 보호와 도서관서비스의 면책을 분석한 연구도 이어져 왔으며(박영희, 2008; 정진근, 김형각, 2010; 이호신, 2014), 디지털 장서와 공정이용의 접점을 중심으로 제31조의 법제도적 전망을 논한 연구도 제시되었다(김수진, 김유승, 2015). 전자책 서비스와 라이선스 계약을 직접 분석한 연구도 근래 이루어졌다(이호신, 2021; 2023; 한주리, 2021). 이들 연구는 한국법 내부에서 제31조의 기능과 한계를 해명했다는 점에서 중요한 토대를 이룬다. 그러나 현재의 연구 지형에는 일정한 공백이 남아 있다. 국내에서 제31조를 다루는 연구흐름과 미국 §108의 장기적 전개사를 다루는 연구는 대체로 분리되어 전개되어 왔기 때문이다. 따라서 §108의 구조적 특성을 그 성립 단계부터 디지털 전환기에 이르는 연속된 과정 속에서 추적하고, 그로부터 한국 제31조의 개선 방향에 대한 구체적 함의를 도출하는 연구는 추가로 수행할 필요가 있다. 본고는 이러한 공백을 보완하기 위하여, §108의 한계를 연속된 제도사적 과정 속에서 추적하고, 그로부터 제31조와 제35조의5(저작물의 공정한 이용) 사이의 기능적 역할 배분을 위한 우리나라 저작권법상의 과제를 살펴보고자 한다.

1.4 연구방법론과 구성

본고는 제도사적 접근과 비교법적 검토를 중

심으로 진행한다. 미국 저작권법상 §108이 성립된 시점부터 1994년까지의 법적 구조와 내재적 한계를, 이어서 1995년부터 2008년까지 디지털 전환기에 걸쳐 그러한 구조가 어떠한 새로운 문제를 드러내게 되었는지를 선행적으로 검토한다. 이를 위하여 IITF(Information Infrastructure Task Force) 보고서, CTEA, DMCA, §104 보고서, 스타디그룹 보고서를 중심으로 당시의 주요 쟁점과 미국의 대응을 살펴본다. 이후 우리나라 법에 대해서는 현행 제31조와 제35조의5를 함께 검토하여, 도서관의 명시적 예외규정과 공정이용 일반조항이 각각 어떠한 기능과 한계를 가지는지를 분석하고, 이를 바탕으로 현행 제도의 개선 방향을 제시하고자 한다.

2. §108 체제의 법적 구조와 한계

2.1 §108의 의의와 요건

1976년 미국 저작권법이 마련한 §108의 의의는 도서관의 복제행위를 저작권법 안에 명시적인 예외로 편입하였다는 데 있다. 다만 그 방식은 도서관이 수행하는 기능 일반을 하나의 조문으로 예외로 편입하는 방식은 아니었다. 그 대상은 정기간행물 기사와 도서 일부의 복사, 그리고 이를 둘러싼 기관 단위의 복제행위에 집중되었다. 조문 배열도 그러한 성격을 반영한다. §108(a)는 일반요건을, §108(b), (c)는 보존·대체복제를, §108(d), (e)는 이용자 요청에 대한 복제를, §108(g)는 다수복제와 체계적 복제의 한계를 각각 나누어 규정하였다. 이하의 논의에서는 1976~1994년 당시의 조문

번호를 따른다. 이 시기의 §108(h)는 이용자 요청 복제 체계에서 일부 저작물 유형을 제외한 조항이었고, 이후 1998년 CTEA §104에 따라 현행 §108(i)로 재지정되면서 새로운 §108(h)가 신설되었다.

§108(a)의 일반요건을 검토하면, 복제 또는 배포는 직접 또는 간접의 상업적 이익을 위한 것이 아니어야 하고, 장서는 공중에게 개방되어 있거나 적어도 기관 외부의 전문연구자에게 이용 가능한 것으로서, 복제물에는 저작권 고지가 포함되어야 하였다. 이 요건들은 예외 적용의 1차적 관문이었다. 합동위원회 보고서가 영리기관 내부의 도서관에도 일정한 범위에서 예외 적용 가능성을 열어 두면서도 상업적 목적의 복제나 체계적 복제를 별도로 경계한 이유도 이 때문이다. 결국 §108은 도서관을 대상으로 넓은 예외적 특권을 부여한 조항이 아니라, 일정한 기관이 일정한 조건 아래 수행하는 특정 행위만을 예외 안으로 들여온 조항으로 보아야 한다.

즉 §108은 도입 당시부터 이중적 구조를 취했다. 도서관 복제행위를 저작권법 내부에 수용하였지만, 그 수용 범위를 좁은 적용 요건과 분절된 행위 유형으로 한정하였다. 따라서 §108의 의의를 논할 때는 도서관에 대한 예외가 마련되었다는 점과 함께 도서관의 특정한 이용영역에 대해서만 제한된 전제가 성립되었다는 것에 주목해야 한다(Rasenberger & Weston, 2005).

2.2 §108의 예외와 한계

§108(b), (c)는 보존과 대체복제를 법정 예외로 규정하였다. 1976년 원조문에서 §108(b)

는 미공표저작물에 대하여 보존·보안 또는 다른 도서관의 예탁을 위하여 1부의 복사형 사본을 허용하였고, §108(c)는 공표저작물이 훼손·마멸·분실·도난되었고 공정한 가격으로 대체본을 구할 수 없는 경우에 역시 1부의 복사형 사본을 허용하였다. 이는 장서의 유지와 회복이라는 점에서 중요한 기능이나, 역시 그 목적이 장서 유지의 측면에 제한된다는 한계가 있었다. 자료를 보존할 수 있다는 사실과 그 자료를 이용자에게 어떠한 방식으로 제공할 수 있는지는 조문상 분리되어 있었고, §108(b), (c)는 전자의 문제만을 규율하였다. 따라서 보존·대체복제의 허용이 곧바로 이용자 접근의 안정으로 이어질 수는 없었다. 이 점은 후대의 디지털 보존 논의와 대비될 때 더욱 분명해진다. 여러 연구에서 지적되듯이 당시 §108의 보존 규정은 물리적 소장자료의 유지·복구에 집중하는 성격의 것이었고, 오늘날 보존이 포함하는 포맷 이행, 중복 저장, 무결성 점검, 분산 저장과 같은 차원의 체계는 상정하지 않았다(Waters & Garrett, 1996; Besek, 2005).

한편 §108(d), (e)는 이용자 요청에 대한 복제를 예외로 규정하였다. §108(d)는 정기간행물 기사 1편 또는 기타 저작물의 일부에 대한 복제를, §108(e)는 일정한 경우 저작물 전부 또는 실질적 부분의 복제를 허용하였다. 그러나 그 전제는 엄격하였다. 복제물은 이용자의 소유가 되어야 하고, 기관은 개인적 학습·연구·조사 외의 목적을 알지 못하여야 하며, 주문 접수 장소와 주문서에는 경고문이 있어야 하였다. §108(e)에는 여기에 더하여 공정한 가격으로 저작물을 구할 수 없는지에 대한 합리적 조사까지 요구되었다. §108(f)(1)이 무감독 복제장비에 관한

기관의 책임을 경고문 게시와 연동하여 제한한 것도 같은 방향을 가리킨다. 즉, §108(d), (e)가 규정하는 것은 이용자에게 독자적인 복제청구권을 부여한 것이 아니라, 기관이 일정한 요청에 응답하는 경우 침해 위험을 제한적으로 조정하는 규정으로 이해하는 편이 자연스러울 것이다. 이는 당시 종이복사가 주가 되는 환경에서는 실무상 일정한 예측가능성을 제공할 수 있다는 점에서는 분명한 장점이었다. 그러나 그 예측가능성은 본질적으로는 허용된 행위가 협소하고 행위 단위가 비교적 명확하였기 때문에 가능한 것이었다(Crews, 1995; Gasaway, 2007).

한편 법정 예외가 마련되었다고 하여 도서관 복제의 적법성이 §108만으로 정리된 것은 아니었다. 실제 운용에서는 적용 제외, 이용자 책임의 유보, 계약상 의무의 존속, 외부 가이드라인, 공정이용의 보완이 겹겹이 적용되어야 했기 때문이다. 당시 §108(h)(현행 §108(i))는 음악저작물, 회화·도형·조각저작물, 영화 기타 시청각저작물의 상당 부분을 §108(d), (e)의 체계에서 제외하였다. 이 제외가 §108(b), (c)에 따른 보존·대체복제에는 미치지 않았고, 텍스트에 부수된 삽화나 도표에도 그대로 적용되는 것은 아니었다. 하원 보고서도 §107의 공정이용이 여전히 열려 있음을 분명히 하였다. 따라서 비텍스트 저작물 상당 부분의 적법성은 §108 내부에서 종결되는 것이 아니라 공정이용이나 개별 허락의 영역으로 넘어가게 되었다. 이렇듯 공정이용 판단이 전제된다는 사실 자체가 §108만으로는 도서관이 다루는 자료군 전체를 독자적으로 규율할 수 없었다는 점을 보여준다(Rasenberger & Weston, 2005; 이호신, 2014).

기관과 이용자의 지위가 대칭적으로 설계되

지 않았다는 점도 중요하다. §108(f)(2)는 무감독 복제장비를 사용하는 자 또는 §108(d)에 따라 복제를 요청하는 자가 공정이용의 범위를 넘어서는 행위를 하더라도 그 책임을 면제하지 않는다고 규정한다. 도서관이 §108의 요건을 충족하더라도 이용자의 후속 이용은 별개의 문제로 남는다는 뜻이다. §108의 효과는 우선적으로 기관에 귀속되고, 이용자는 사본을 수령한 이후 다시 §107과 일반 침해법리에 따라 평가된다(Rasenberger & Weston, 2005).

또한, §108(f)(4)는 계약법적 고려를 부담케 하여 복잡성을 높인다. 이 조항은 §108이 공정이용뿐 아니라 도서관 또는 기록보존소가 소장품에 편입하는 과정에서 부담한 계약상 의무도 해치지 않는다고 규정한다. 하원 보고서 역시 자료 제공 시 복제금지 조건이 붙어 있는 경우 §108이 이를 무력화하지 않는다고 설명하였다. §108이 저작권법 내부의 예외일 뿐 거래 단계에서 형성된 사적 질서를 넘어서는 강행규범은 아니라는 점이 여기서 확인된다. 아날로그 환경에서는 이 문제가 상대적으로 제한된 형태로 드러났을 수 있으나, 조문 자체로 보면 예외의 실효성이 외부 거래조건에 영향을 받는 취약성은 처음부터 내재해 있었던 것이다(Elkin-Koren, 1997; 김환민, 2016).

§108(g)(2)와 CONTU 가이드라인의 관계는, 실무상 운용이 §108만으로는 해결할 수 없는 부분이 많았음을 보여준다. §108(g)(2)는 체계적 복제를 금지하면서도, 구독 또는 구매를 대체하지 않는 도서관 간 제공은 허용하였다. 그러나 어느 정도가 구독 또는 구매의 대체에 해당하는지는 조문만으로는 확정되지 않았고, 그 구체적 공백은 CONTU 가이드라인을

통해 해석되었다. 동 가이드라인은 1976년 합동 위원회 보고서에 반영되었고, 1978년 CONTU 최종보고서에 다시 수록되었다. 동일 정기간행물에 실린 발행 후 5년 이내 기사들에 대한 요청의 누계를 한 해 단위로 계수하는 이른바 5건 기준, 요청 인증, 3년간 기록보존과 같은 운영기준은 여기서 도출되었다(CONTU, 1979, 54-56). 정기간행물 기사 중심의 대표적 도서관 간 제공 사례는 상당 부분 CONTU 가이드라인을 통해 운용상 예측가능성을 얻었지만, 합동위원회 보고서가 밝히듯이 그 기준은 모든 도서관 간 제공을 포괄하는 법정 규칙으로 보아서는 안 되며, 가장 일반적인 상황에 대한 외부 준칙에 머물렀다(Crews, 2001; 정경희, 2017).

2.3 정기보고를 통한 §108의 점검과 그 중단

1976년의 §108(i)는 저작권청장에게 1983년부터 5년마다, §108이 권리자와 이용자 사이의 의도된 법정 균형을 어느 정도 달성하였는지, 어떤 문제가 발생하였는지, 그리고 필요한 입법 또는 기타 권고가 무엇인지를 의회에 보고하도록 요구하였다. 이 조항이 요구한 것은 §108의 지속성 그 자체의 심사라기보다, 제도가 실제로 어떻게 작동하는지, 그리고 그 작동이 입법자가 의도한 균형을 유지하고 있는지를 주기적으로 점검하는 것이었다.

1983년 첫 보고서는 이러한 문제의식을 비교적 분명하게 드러냈다. 저작권청은 개정된 저작권법을 권리자와 이용자 사이의 균형을 위한 제도로 평가하면서도, 실제 운용에서는 의회의 의도가 충분히 구현되지 않았거나 조문의 의미가 충분히 명확하지 않은 부분이 있음을 인정

하였다(U.S. Copyright Office, 1983, Executive Summary vii-ix). 또한, 1988년 제2차 보고서는 서두에서 1983년 보고의 후속 점검임을 분명히 하면서, 후반부에 저장매체와 온라인 데이터베이스 등 기술 변화가 §108의 운용에 미칠 영향을 별도로 검토하였다(U.S. Copyright Office, 1988). 두 보고서에서 같은 문제의식이 반복적으로 드러난 사실은 §108이 한 번의 입법과 한번의 해석으로 안정된 규칙이 되었다기보다 지속적인 현황 파악과 작동 점검을 필요로 하는 체계였음을 보여 준다.

그런데 의회는 1992년 이 정기보고 조항을 폐지하였다. 1991년 하원 보고서는 두 차례 보고서로 제도의 운용 상황이 충분히 파악되었고, 남은 문제는 교육, 가이드라인, 집단적 협약, 기존 법집행 등을 통해 다룰 수 있다고 보았다. 하지만 정기보고가 중단된 이후 얼마 지나지 않아, 별도의 보고서에서 도서관이 작성한 컴퓨터프로그램 사본을 다른 도서관으로 이전하여 이용자에게 제공하는 문제가 지적되었다. 1994년 보고서(U.S. Copyright Office, 1994)는 §108(i)에 따른 일반 보고가 아니라 §109(b)(2)(B)에 따른 별도 보고였지만, 저작권청은 그 안에서 위와 같은 행위에 대하여 §§108, 109가 모두 직접 권한을 부여하지 않는다고 보았다.

즉, 당시 §108(i)의 폐지는 단순한 보고절차의 삭제만으로 보기 어렵다. §108에 따른 법정 예외의 실제 운용이 어떤 외부 조건에 기대고 있었는지, 그 조건이 외부 환경과 함께 변화할 때 제도 전체가 어떻게 위협받는지를 추적하여 제도를 정교하게 개선할 필요가 있었음에도, 정기보고의 폐지로 인해 그러한 점검의 기회를 갖기 어렵게 된 것으로 볼 수 있다.

2.4 소결

1976년 마련된 미국 저작권법 §108은 도서관 예외를 마련하였지만, 그 실질적 예외는 정기간행물 기사와 도서 일부의 이용자 요청 복제, 그리고 제한된 보존·대체복제를 중심으로 한 아날로그 복제행위에 머물러 있었다. 그 밖의 상당 부분의 적법성은 §107, 계약, 개별 허락, 그리고 일반 침해법리에 남겨졌고, 도서관간 제공의 대표적 운영기준은 CONTU 가이드라인이 보완하였다. 이런 점에서 이후 1990년대에 급속히 전환된 디지털 환경으로의 변모는 이미 협소했던 예외 대상과 외부 의존성 문제의 논란을 더 넓은 범위로 확장시켰다.

3. 디지털 전환기에 따른 한계의 심화

3.1 디지털 전환과 쟁점의 이동

1990년대 중반 이후의 디지털 전환은 도서관 예외를 둘러싼 법적 질문을 근본적으로 뒤 흔들었다. 인쇄물과 유형적 사본을 전제로 할 때 도서관 기능의 법적 문제는 주로 복제의 허용 범위, 이용자 요청 제공, 도서관간 제공의 한계와 같은 비교적 협소한 장면에서 제기되었다. 그러나 디지털 전환 환경에서는 컴퓨터 메모리 내 저장, 전송에 의한 배포, 원격접근, 기술적 보호조치, 전자자료 라이선스가 서로 얽히면서, 관련 논점이 단순한 기존 예외 범위의 조정만으로는 포착되기 어려운 방향으로 이동하였다. 이는 디지털화가 새로운 문제를 창출하였다기

보다, 원래부터 좁았던 §108의 예외를 더 넓은 권리구성과 거래조건 속에서 다시 문제 삼게 만들었다고 보아야 할 것이다(IITF, 1995; U.S. Copyright Office, 2001; Section 108 Study Group, 2008).

이 무렵 제시된 1995년 IITF 보고서, 1998년 CTEA와 DMCA, 2001년 §104 보고서, 2008년 Section 108 Study Group Report(이하 스터디그룹 보고서)는 그 성격과 법적 위상을 달리하지만, 모두 디지털 환경이 §108 체계에 제기한 문제의 범위와 성격을 각기 다른 방향에서 드러내고 있다. 이하에서는 이를 순서대로 검토한다.

3.2 IITF 보고서의 문제제기

1995년 IITF 보고서는 도서관에 의한 디지털 보존의 필요성을 정면에서 인정하였다. 그 연장선에서 §108의 보존 관련 규정을 개정하여 디지털 형식의 사본 3부를 허용하되 동시에 사용되는 것은 1부에 한정하는 방안을 제안하였다. 이것은 도서관 기능의 디지털화가 권리자 보호와 대립하는 예외적 요구가 아니라, 제도 내부에서 조정되어야 할 보존 문제로 제시되었다는 점에서 의미가 있다(IITF, 1995). IITF 보고서는 컴퓨터 메모리 내 저장을 복제의 문제로 파악하였고, 전송이 §106(3)의 배포권에 해당하는지에 대하여 현행법상 명확하지 않다고 보면서, 그 불명확성을 해소하기 위하여 §106(3)에 'by transmission'을 추가하는 입법을 권고하였다(IITF, 1995). 이 제안은 전송에 의한 배포를 전혀 새로운 권리로 창설하려는 시도라기보다, 현행법상 불명확하게 남아 있던 문제를

명문으로 정리하려는 제안으로 이해해야 할 것이다.

최초판매 원칙에 관한 IITF 보고서의 태도도 비슷한 입장을 보인다. IITF 보고서는 통상적인 디지털 전송의 경우 발신자에게 원래의 사본이 남고 수신자 측에 새로운 복제물이 생긴다는 점에서, 당시 기술조건 아래에서는 §109의 적용이 일반적으로 곤란하다고 보았다. 다만 전송으로 취득한 사본이라도 이후 후속 유통의 대상이 되는 것이 동일한 특정 사본인 경우, 또는 기술적으로 원 소유자에게 사본이 남지 않는 방식이라면 그 가능성을 전면 배제하지는 않았다. 즉, IITF 보고서는 디지털 소진 문제를 단순한 반대 논리가 아니라 기술조건에 따라 달라질 수 있는 권리구성의 문제로 다루었다(IITF, 1995).

IITF 보고서는 종래 “몇 부까지 복제할 수 있는가”라는 협소한 문제에서, “네트워크 전송이 어떠한 권리를 구성하는가”, “디지털 환경에서 소유와 이용의 경계는 어디에 놓이는가”라는 새로운 의문을 던졌다. IITF 보고서는 기존 §108의 협소한 예외가 디지털 환경의 핵심 행위를 독자적으로 포섭하기 어렵다는 점을 공식 문서로 가시화하였다는 데 의미가 있다. 이로써 저작권법 내 도서관 기능의 적법성은 §108의 문언 해석에 그치지 않고, §106의 배포권 구성과 §109의 소진 원칙이라는 외부 규범을 함께 검토해야 하는 문제로 전환되었다.

3.3 입법적 전환

3.3.1 CTEA §104: 보호기간 예외 신설

CTEA §104는 종전의 §108(h)를 §108(i)로 재지정하고, 보호기간의 마지막 20년에 있는

공표저작물에 관한 새로운 §108(h)를 신설하였다. 신설 조항은 도서관과 기록보존소의 복제·배포·전시·실연을 허용하면서도 적용범위는 협소하게 설정하였다. 이에 새로운 §108(h)는 정상적 상업적 이용, 합리적 가격에 의한 입수 가능성, 그리고 권리자 또는 그 대리인의 반대 통지라는 제한 요소를 규정하였다. 이 규정은 보호기간 연장으로 인한 경직성을 일정 부분 완화하는 기능을 하였으나, 디지털 전송·원격 접근·전자자료 이용조건과 같은 새로운 쟁점을 정면으로 다루지는 않았다. CTEA §104는 보호기간 연장에 수반되는 특정한 경직성을 좁은 범위에서 조정할 데 의미가 있을 뿐, 디지털 전환기의 근본 문제는 여전히 남아 있었다.

3.3.2 DMCA §404: 부분수용과 구조적 분리

DMCA §404는 §108(a)(3)·(b)·(c)을 개정하였다. 이에 §108(a)(3)은 저작권 고지를 찾을 수 없는 경우 “this work may be protected by copyright”라는 문구로 대체되고, §108(b)와 §108(c)는 허용 부수를 1부에서 3부로 확대하면서 디지털 형식의 보존·대체복제를 명시적으로 허용하였으며, §108(c)에는 저장 형식의 노후화가 대체복제 사유로 추가되었다.

그러나 개정은 디지털 복제물의 기관 밖 이용에 대해서는 조항별로 제한을 부가하였다. 우선 §108(b)는 미공표저작물의 디지털 보존 복제물이 그 형식으로 배포되거나 기관 밖 공중에게 제공되지 않도록 하였고, §108(c)는 공표저작물의 디지털 대체복제물이 그 형식으로 기관 밖 공중에게 제공되지 않도록 하였다. 즉, 입법으로서 디지털 보존의 필요를 받아들여도, 그 보존복제물이 원격 제공의 근거로 이

어지는 것은 허용하지 않았다. 결과적으로 아날로그 환경에서는 동일한 유형적 사본의 소장·복제·순환이 실무상 비교적 밀접하게 결합되어 보일 수 있었지만, DMCA §404는 디지털 형식 복제물의 기관 밖 공중 이용을 명시적으로 차단함으로써 보존과 접근의 분리를 더 선명하게 만들었다. 이 분리는 이후 §108 개정 논의에서 반복되는 중심 쟁점이 되었다.

3.3.3 §1201: 허용행위와 수단의 분리

같은 해 도입된 §1201은 또 다른 차원의 문제를 만들었다. §1201(a)(1)(A)는 접근통제 우회 자체를 금지하고, §1201(a)(2)와 (b)는 우회도구의 제조·제공·유통을 별도로 금지하였다. §1201(c)(1)은 공정이용을 포함한 기존의 제한과 항변이 영향을 받지 않는다고 규정하지만, §1201(d)의 도서관 예외는 상업적으로 이용되는 저작물의 취득 여부를 선의로 판단하기 위한 경우로 좁게 한정되어, 우회도구 제공 금지에 대한 항변이 되지 않는다(17 U.S.C. §1201). 따라서 §108이 보존복제를 허용하더라도, 그 보존을 실제로 수행하기 위해 필요한 기술적 조치를 취할 수 있는지는 별도의 문제로 남게 된다. 허용된 행위의 존재와 그 행위를 실현하는 수단의 적법성이 더 이상 같은 차원에서 보장되지 않게 된 것이다. 이로써 도서관 기능을 둘러싼 분쟁은 §108의 문언 해석을 넘어, 접근통제와 우회금지를 함께 검토해야 하는 방향으로도 확장되었다.

3.4 §104 보고서(2001)와 인식의 전환

2001년 제출된 §104 보고서는 디지털 소진

문제에 관하여 당시로서는 §109의 개정이 필요 없다는 결론을 제시했다. 보고서는 디지털 전송이 수신자 측의 새로운 복제를 수반하고 전송 후 원본 삭제를 신뢰성 있게 확인하기 어렵다는 점을 지적하였다(U.S. Copyright Office, 2001). 이 권고는 디지털 소진을 영구히 배제하는 취지라기보다, 당시로서는 §109 개정을 정당화할 만큼 충분한 기록이 제시되지 않았다는 판단으로 볼 수 있을 것이다. 보고서는 또한 도서관 관련 우려가 집중되는 지점을 별도로 검토하였다. 구체적으로는 도서관간 제공, 원격접근, 보존·아카이빙, 자료 입수가능성, 기증 사본과 관련한 도서관 측의 우려가 상당 부분 이용조건 및 라이선스 계약 비용에서 비롯된다고 진단하였고, 온라인 접근만 허용되는 경우에는 이전 가능한 물리적 사본이 존재하지 않는다는 점도 함께 지적하였다(U.S. Copyright Office, 2001). 이 진단은 디지털 환경에서 도서관 기능의 제약이 전자자료의 이용조건과 비용 구조에 의해 더 직접적으로 매개되기 시작했음을 보여준다. 즉, §108에 따른 좁은 예외조항의 한계가 법문상의 결핍에 그치지 않고, 라이선스 조건과 결합된 실무상의 제약으로 보다 선명히 드러난 것이다.

3.5 §108 스타디그룹의 논의와 한계

2005년부터 2008년까지 활동한 Section 108 Study Group(이하 스타디그룹)은 당시까지의 권고와 미합의 사항을 분리하여 정리하였다. 스타디그룹 보고서는 §108이 기술·전문 관행·사업모형에 관한 시대착오적인 가정에 기초한 것으로, 디지털 환경에서 작동 가능한 규율이

되기 위해서는 개정이 필요하다고 지적하였다 (Section 108 Study Group, 2008). 즉, 스터디 그룹은 §108 개정이 불가능함을 확인한 것이 아니라 기술중립적 정비가 가능한 영역과 원격 접근·비협상형 표준 라이선스·기술적 보호 조치 우회처럼 §108 단독 개정만으로는 정리하기 어려운 영역이 내포되어 있음을 확인한 것이다.

원격접근 문제에서 스터디그룹은 물리적 디지털 매체에 담긴 복제물에 대해서는 일정 범위의 시설 밖 이용을 허용하는 방향으로 권고하였다. 미공표저작물의 보존복제물과 공표저작물의 대체복제물에 대해서도, 원본의 시설 밖 대출이 적법하게 허용되는 경우에는 동일하거나 동등한 물리적 디지털 매체의 복제물을 시설 밖 이용에 제공할 수 있도록 하고, 필요한 경우 원본과 동등한 수준의 기술적 보호조치를 요구하였지만 디지털 §108(b) 복제물에 대한 원격 전자접근에는 합의하지 못하였다(Section 108 Study Group, 2008).

라이선스 문제에서도 결론은 나뉘었다. 협상을 거쳐 체결된 계약의 효력은 존중되어야 한다는 점에는 대체로 의견이 일치하였으나, 쉬링크랩·클릭랩·브라우저랩과 같은 비협상형 표준 라이선스가 §108의 보존·대체복제 예외를 배제할 수 있는지에 대해서는 합의에 이르지 못하였다. 일부는 비협상형 표준 라이선스가 §108 예외를 잠식해서는 안 된다고 보았지만, 그 문제를 계약법과 주법의 영역에 남겨 두어야 한다고 보는 견해도 제시되었다(Section 108 Study Group, 2008).

기술적 보호조치에 대해서도 보고서는 결론을 유보하였다. 도서관의 보존 역할이 국가적

사안이라는 점에는 동의하였지만, §108 예외를 행사하기 위하여 기술적 보호조치 우회를 허용할 필요가 있는지, 허용한다면 어떤 형태가 적절한지에 대해서는 합의에 도달하지 못하였다 (Section 108 Study Group, 2008).

스터디그룹의 미합의 항목들은 §108의 단일 조문 개정이 불가능하다는 확인이 아니라, 기술중립적 정비가 가능한 영역과 계약법적·기술규범적 접근이 병행되어야 하는 영역 사이의 경계가 어디에 있는지를 공식적으로 확인한 것으로 평가할 수 있다.

3.6 소결

1995년부터 2008년까지의 전개를 미국법이 디지털 전환에 응답하지 않았다는 뜻으로 볼 수는 없다. IITF 보고서는 도서관의 보존 기능을 디지털 환경에 맞추어 다시 정리하였고, DMCA §404는 그 일부를 법문에 반영하였다. CTEA §104는 보호기간 말기의 일부 공표저작물에 협소한 이용 예외를 마련하였으며, §104 보고서와 스터디그룹 보고서는 입법과 별도로 문제를 검토하였다. 이런 점에서 이 시기 미국의 대응은 전면적 일괄개정보다는 제한적 보정과 반복적 검토를 통한 점진적 조정으로 이해해야 한다.

그러나 각 개정과 보고가 근본적인 해결책을 도출하지는 못하였다. DMCA §404는 디지털 보존복제물의 기관 밖 이용을 차단함으로써 보존과 접근의 분리를 명문화했고, 허용행위와 실행수단 사이의 간극은 §1201에 의하여 다시 제한되었다. 한편 §104 보고서는 §109에 대한 무개정 권고를 내렸고, 스터디그룹은 원격접근·비협상형 표준 라이선스·기술적 보호조치 우

회에서 끝내 합의에 이르지 못하였다. 그 결과 도서관 기능을 둘러싼 규율은 §108 단독의 문언이 아니라, §106의 배포권 구성, §109의 소진, §1201의 우회금지, 전자자료 라이선스, 시설 내·외 접근 등 여러 조문의 교차와 참조 가운데 형성되었고, 디지털 환경의 핵심 쟁점을 단일 조문 개정만으로 모두 포섭할 수 있는지에 대해 신중한 의문을 남기게 된 것이다(U.S. Copyright Office, 2001: Section 108 Study Group, 2008).

4. 우리나라 저작권법에 대한 시사점

4.1 검토의 방향

디지털 전환기 미국의 논의는, 하나의 명시적 예외규정만으로 도서관 저작권 문제를 장기간 감당하기 어렵다는 사실을 분명히 보여 준다. 특별규정 하나가 디지털 환경의 핵심 쟁점 전부를 포섭하기 어렵다는 점은, §108을 둘러싼 반복적 논의와 스타디그룹의 미합의 항목이 공통적으로 시사하는 바이다. 이하에서는 미국 법상 도출된 교훈을 한국의 제31조 및 관련 규정에 어떻게 적용할 수 있는지를 검토한다. 논점은 제31조를 유지할 것인지 폐기할 것인지에 있지 않다. 제31조가 여전히 제공하는 사전적 명확성 기능을 어떻게 살릴 것인지, 그리고 제31조가 직접 예정하지 못한 사안을 제35조의5를 통하여 법체계 안에서 어떻게 흡수할 것인지를 검토한다.

4.2 제31조의 개정과 정합성

현행 제31조는 제1항 단서에서 제1호 및 제3호의 디지털 복제를 금지하고, 제2항에서 동시 열람자 수를 “보관하고 있거나 … 이용허락을 받은” 도서등의 부수와 연동하며, 제4항에서 디지털 형태로 판매되는 자료의 디지털 복제를 제한하고, 제5항에서 보상금을 규정하며, 제7항에서 복제방지조치 등 필요한 조치를 요구하고, 제8항에서 국립중앙도서관의 온라인 자료 보존복제를 인정한다. 이 배열은 아날로그 도서관만을 상정한 것이 아니라, 디지털 복제·라이선스 자료·기술적 조치·온라인 자료 보존까지 기술발전에 따라 각 내용을 조문으로 포섭해 온 결과이다.

제31조는 이용자 요구 복제·자체보존·관내 열람·다른 도서관에서의 열람과 같이 반복적이고 상시적인 도서관 서비스를 유형화하여, 허용 사유·장소·동시열람자 수·디지털 판매 자료에 대한 제한·보상금·기술적 조치를 조문 안에서 직접 규율한다. 제35조의5에 따른 공정이용과 같은 일반규정이 개별 사안의 사후적 형량을 전제로 한다는 점을 고려할 때, 제31조가 반복적 서비스에 관하여 비교적 높은 사전적 예측가능성을 제공한다는 점에서 장점을 가진다. 하지만 그 한계가 분명하기도 하다. 예를 들어, 제1항 단서는 제1호 및 제3호의 디지털 형태 복제를 금지하는 반면, 제5항은 “제1항 제1호에 따라 디지털 형태의 도서등을 복제하는 경우”의 보상금을 예정하고 있어, 동일 조문 내 직관성과 정합성을 저하시키기도 한다. 실무상 문화체육관광부의 보상금 기준이 제5항의 해당 문구를 디지털 원본을 아날로그 형태로

출력·복제하는 경우를 중심으로 운용함으로써 일정 부분 이를 보정하여 온 것으로 이해되지만, 이러한 운용이 곧바로 조문 문언 자체의 체계적 정합성 문제를 완전히 해소한다고 보기는 어렵다. 이렇듯 제31조도 해석상 보정에 의존하고 있다는 점에서 입법기술상 정비 필요성은 여전히 남아 있다고 할 것이고, 단일 조문 안에 도서관 관련 예외가 집적될수록 조문 문언과 실제 운용 기준 사이의 간극은 확대되고 일반 수범자의 예측가능성은 저하될 위험이 커질 것이므로, 정합성 측면에서의 개선 필요성이 엿보인다.

4.3 기술 발전이 드러낸 공백과 실무상 한계

한편 개정에도 불구하고 여전히 제31조가 기술 발전에 따라 새롭게 등장한 이용 양상을 충분히 포섭하고 있는 것으로 보기도 어렵다. 이 한계는 라이선스 전자자료와 플랫폼 기반 전자책 서비스에서 가장 선명하게 드러난다. 제31조 제2항이 동시에 열람할 수 있는 이용자의 수를 도서관등이 보관하고 있거나 이용허락을 받은 도서등의 부수와 연동시키고 있다는 점은 중요하다. 다만 전자자료의 경우 실제 서비스 권한은 계약, 뷰어, DRM, 동시사용자 제한, 관외 접근 허용 여부에 의해 구체화되는 경우가 많다. 실무에서는 도서관 전자책 서비스의 운영 권한이 구매 자체가 아니라 라이선스를 통해 형성된다는 점, 그리고 실제 계약 문언에서 관외대출 허용 여부와 동시사용자 수가 충분히 정리되지 않은 사례가 적지 않다는 점이 반복적으로 지적되어 왔다. 이러한 문제는 도서관·출판사 간 전자자료 계약의 개선을 위한 별도

의 정책 연구가 이루어진 것과는 같은 맥락에 있다(이호신, 2021; 2023; 한국출판문화산업진흥원, 2020).

한편 이해관계자 인식 자료에서도 같은 경향이 확인된다. 도서관 전자책 서비스를 둘러싼 갈등이 법문 해석의 문제를 넘어 출판계와 도서관계의 인식 차이, 출판사 규모와 장르별 시각 차이, 그리고 정부 재원·정책 조정 문제까지 포괄하는 복합적 성격을 가진다는 점은 선행연구가 공통적으로 지적하는 바이며(이호신, 2021; 2023), 전자책 계약 및 서비스 모델의 문제 역시 같은 맥락에서 논의되어 왔다(한주리, 2021; 이용훈, 박상미, 2013; 이지연, 2014).

온라인 자료 보존의 영역에서는 그 문제가 더 직접적으로 드러난다. 제31조 제8항과 「도서관법」 제22조에 따라 국립중앙도서관은 온라인 자료 수집·보존에 관한 별도의 근거를 두고 있다. 이에 국립중앙도서관 OASIS는 2004년부터 디지털 지식문화유산의 수집·보존·서비스 사업으로 운영되고 있으며 홈페이지에서 실시간으로 구축 자료현황이 갱신되고 있다(국립중앙도서관, 발행년미상). 그러나 OASIS 이용동의 안내는 대국민 서비스 제공을 위해 저작권자의 이용 동의가 필요하며 이용허락 조건에 따라 관내외 서비스 범위가 결정된다고 밝히고 있고, 「도서관법」 제22조 제2항은 기술적 보호조치 등으로 수집이 제한되는 경우 국립중앙도서관이 자료 제공자에게 협조를 요청할 수 있도록 하고, 요청을 받은 제공자는 특별한 사유가 없으면 이에 따르도록 규정한다. 또한 같은 조 제5항은 판매용 온라인 자료를 수집하는 경우 정당한 보상을 하도록 정하고 있다. 즉, OASIS의 운영에서도 볼 수 있듯이, 온라인 자료 보존

에 있어 제31조의 문언은 근거의 하나일 뿐, 그 자체로 완결적 기능을 갖지 못하며, 실제 이용에는 이용허락, 기술적 보호조치, 기관 간 협력과 같은 외부 조건이 매개되어야 함을 보여준다.

이상의 전자자료 라이선스 문제, 관외 원격접근의 경계, 온라인 자료 보존을 둘러싼 외부 조건 의존의 양상은, 앞서 검토한 미국에서의 문제가 제31조의 운용 환경에서도 재현되고 있음을 나타낸다. 즉, 이러한 한계는 한국법 고유의 입법 결함이 아니라, 명시적 도서관 예외규정이 디지털 전환기에 공통적으로 직면하는 구조적 압력의 결과로 이해될 필요가 있을 것이다.

4.4 공정이용의 활용과 명시적 예외의 정교화

이 지점에서 제35조의5에 따른 공정이용의 적용을 고려할 수 있다. 제35조의5는 “제23조부터 제35조의4까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에”를 전제로 하여, 명시적으로 도서관 예외 밖의 새로운 이용형태를 검토할 수 있는 여지를 마련한다. 다만 도서관 예외와 제35조의5의 관계를 정면으로 다룬 국내 법원의 판단은 아직 제시되어 있지 않다. 그러므로 도서관과 직접 관련된 사건은 아니지만, 최근 공정이용에 관한 법원 판결의 흐름을 간략히 짚어 둔다.

우선, 한국교육과정평가원이 대학수학능력시험 등 학력평가지험에 이용된 타인의 저작물을 시험 종료 후 장기간 홈페이지에 게시한 사건에서, 그 항소심인 서울고등법원 2021. 8. 19. 선고 2020나2045644 판결은 구 제35조의3이 개별적 권리제한 규정과 중첩 적용될 수 있고, 개별 규정에 의해 허용되지 않더라도 공정이용

여부를 별도로 검토할 수 있다는 취지를 밝혔다. 동 사건의 상고심인 대법원 2024. 7. 11. 선고 2021다272001 판결은 상고를 기각하면서, 공정이용 판단 시 적용 조문인 구 제35조의3(현행 제35조의5에 해당하는 공정이용 조항)의 법정 요소를 종합적으로 고려하여야 하며, 열거된 요소 외의 이용 경위·방법 등도 판단 자료가 될 수 있다는 점을 확인하였다. 한편, 같은 날 선고된 대법원 2024. 7. 11. 선고 2021다216872·216889 판결은 음악저작물의 가사가 지방자치단체와 공공기관의 노래비·노래가사에 사용된 사안에서, 2011. 12. 2. 개정으로 신설되어 2012. 3. 15. 시행된 공정이용 조항(현행 제35조의5)이 시행되기 전 구 저작권법 아래에서는 일반적 공정이용 법리가 널리 인정된다고 보기 어렵다고 판단하여 그 적용을 부정하였다. 이는 신법인 현행 제35조의5가 가지는 제도적 의의를 역으로 부각시키는 것으로 이해할 수 있다.

이상 판결 중 평가원 사건의 항소심이 개별 권리제한 규정과 공정이용 일반조항의 중첩적 적용 가능성을 명시적으로 인정한 점은, 제31조가 직접 예정하지 않은 사안에 대하여 제35조의5를 통한 보충적 검토가 가능하다는 해석을 뒷받침하는 논거로 인용될 여지가 있다. 그러나 평가원 사건의 상고심이 제시한 공정이용 요소의 종합 판단 기준은 도서관 맥락에서 제35조의5의 보완적 기능에 일정한 한계를 시사한다. 특히 저작물의 현재 또는 잠재적 시장에 미치는 영향이 비교적 엄격하게 평가될 수 있다는 점은, 이미 전자책·전자저널 라이선스 시장이 형성된 영역에서 도서관의 디지털 자료 이용에 대해 공정이용 인정을 도출하기 쉽지

않다는 점을 시사한다. 게다가 공정이용은 본래 사후적·개별적 형량을 전제로 하므로, 반복적·정형적으로 이루어지는 도서관의 일상적 서비스 운영기준의 주된 근거로 삼기에는 한계가 있다. 따라서 제35조의5는 도서관 예외 일반에 대한 포괄적 보완 수단이 되기 어렵고, 그 실질적 기능은 라이선스 또는 보상금 시장이 실질적으로 형성되지 않은 좁은 영역에서 사후적 안전판으로 작동하는 데 있다고 보아야 한다. 다만 위 판결들은 모두 도서관 예외를 직접 다룬 사안이 아니므로, 그 의미를 과장하여 제31조와 제35조의5의 관계에 관한 확립된 법리로 일반화하는 것은 곤란하다. 따라서 도서관 예외 맥락에서의 적용은 사실관계의 차이를 고려한 신중한 접근이 요구되며, 이는 공정이용을 도서관 운영의 일상적 전제로 삼기 어렵다는 점을 재차 확인시켜 준다.

4.5 대안의 제시

이하에서는 제31조와 제35조의5의 역할 배분 원칙을 전제로 하여, 제31조의 조문 정비, 제35조의5의 보충적 활용, 그리고 저작권법 조문 만으로는 해결하기 어려운 영역에 대한 계약적·행정적 접근의 순서로 구체적 조치를 제시한다.

본격적인 논의에 앞서 제31조를 도서관의 공익적 기능 일반을 포섭하는 포괄적 예외조항으로 재구성하는 방향을 검토할 필요도 있다. 이는 반복된 개정으로 인한 분절성을 해소할 수 있다는 점에서 분명 매력적인 방안일 수 있다. 하지만 본고가 검토한 §108의 경험은 이러한 방향의 한계를 보여준다. §108은 도서관 복제

행위를 단일 조문에 수용하였음에도 그 실효성은 여러 외부 규범에 의존할 수밖에 없었고, 디지털 전환기를 거치며 이러한 의존은 더 선명해졌다. 따라서 단일 조문에 도서관 기능 일반을 담아내려는 입법적 시도도 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 광범위·일반적 표현을 채택할 경우 사전적 예측가능성이라는 명시적 예외 규정의 본래 기능이 약화될 우려도 있다. 이러한 점을 고려할 때, 한국법의 개선 방향은 제31조를 포괄조항으로 재편하기보다, 반복적·정형적 도서관 서비스에 관한 사전적 기준 제공이라는 본래 기능을 유지하면서 그 외부의 영역을 제35조의5와 분담하는 방식이 보다 현실적이라고 판단된다.

제31조의 입법 정비 과제는 두 지점에서 확인된다. 첫째, 제5항의 '제1항제1호에 따라 디지털 형태의 도서등을 복제하는 경우'라는 문언은 해석상 혼선을 줄이기 위하여 '디지털 형태의 도서등을 아날로그 형태로 복제하는 경우'로 구체화하는 방안을 검토할 수 있다. 둘째, 제2항의 동시열람자 수 기준은 전자자료 라이선스 계약이 이용범위를 명시하지 않는 경우를 대비한 정비가 필요하다. 이 문제는 법률 본문에서 일률적 수치로 정하기보다, 우선 시행령 위임의 가능성을 검토하고, 그 운용 기준은 문화체육관광부 고시와 공공도서관 전자자료 표준계약을 통하여 단계적으로 구체화하는 방안을 생각할 수 있다. 두 경우 모두 입법 정비에 앞서 문화체육관광부·한국저작권위원회·국립중앙도서관의 해석지침과 표준사례 제시가 우선적으로 이루어질 필요가 있다. 또한, 기술이 계속해서 발전하고 있으며 그 속도가 더 빨라질 수도 있다는 점을 감안하여 특정 기술에

대한 지나친 구체화는 삼가고 되도록 중립적 표현으로서 환경 변화에도 유연하게 대응할 수 있도록 설계되어야 할 것이다.

제35조의5의 보충적 심사는 제2항에 따른 법정 요소의 종합적 형량을 전제로 한다. 도서관 이용의 특성상, 공익적·비영리적 성격을 다루는 요소와 기존 라이선스 시장에 대한 영향을 다루는 요소가 실질적 판단에서 중요하게 작용할 것으로 예상되나, 구체적인 비중은 개별 사안의 사실관계에 따라 달라질 것이다. 구체적으로는 합리적 라이선스 시장이 실질적으로 형성되지 않은 희귀 자료의 디지털 보존, 비상업적 학술 연구 목적의 제한적 이용, 기술적 통제가 담보된 관내 접근 등이 보충적 심사의 여지가 있는 유형으로 거론될 수 있다. 이 영역에서 제35조의5의 실질적 기능을 확보하기 위해서는 법원의 판례 형성과 함께, 같은 기관들에 의한 도서관 특화 해석기준의 단계적 축적이 필요하다.

아울러, 제31조와 제35조의5만으로는 해결하기 어려운 사항도 존재한다. 전자자료 계약 조항이 제31조의 법정 예외를 실질적으로 배제하거나 제한하는 문제, 관외 원격접근의 허용 범위, 기술적 보호조치와 도서관 보존 기능의 충돌에 관한 협력·예외, 그리고 국립중앙도서관 OASIS형 수집·협조 체계의 법적 근거 정비는 세밀한 실무적 요소를 포함하고 있어 저작권법 조문 개정만으로는 충분히 해결하기 어렵다. 이 중 계약조항의 효력 범위와 기술적 보호조치 협력 의무의 구체화는 계약적·행정적 접근이 병행되어야 하고, 기관 간 보존 협력의 제도적 기반은 「도서관법」 등 관련 법제 차원의 근거 정비와 함께 검토될 필요가 있다. 예를

들어, 전자출판물 공공라이선스 가이드나 표준 계약 조항을 마련하여 법정 예외와 충돌할 수 있는 계약조항의 문제를 완화하고, 그 효력 범위에 대해서는 해석지침의 축적과 함께 필요한 경우 입법적 검토를 병행하는 방안을 고려할 수 있다. 다만, 이에 관해서는 라이선스 계약이 도서관 예외규정을 배제할 수 없다는 입법형태도 비교법적으로 관찰되는바, 이는 후속연구로서 보완해나갈 부분이기도 할 것이다.

5. 나가면서

본고가 검토한 디지털 전환기 미국의 대응과 한계는 도서관에 대한 단일적 예외조문으로서 §108의 기능을 일방적으로 부정하는 방향으로 귀결된 것이 아니라, 그 기능의 한계와 외부 규범에 대한 의존을 더욱 선명하게 드러내는 과정이었던 것으로 보아야 한다. 기술환경이 바뀌었을 때 §108의 한계가 두드러진 것은 그것이 단지 아날로그 시대의 산물이었기 때문만이 아니라, 애초부터 공정이용, 계약, 가이드라인과 같은 외부 규범과의 결합 속에서 작동하는 구조였다는 점이 디지털 환경에서 더 선명하게 드러났기 때문이다.

이러한 시각에서 볼 때 제31조의 개정 방향은 예외 범위의 단순한 확대나 재편보다, 조문 문언과 운용 실태 사이의 간극 정비, 전자자료 계약이 법정 예외의 실효성에 미치는 영향의 계약법적 검토, 기술적 보호조치와 보존 기능 사이의 조정 마련이라는 세 요소가 함께 모색되어야 할 것이다. 이는 저작권법 조문 개정만으로 완결되지 않으며, 각각 입법·계약·행정

적 접근이 병행되어야 한다는 점에서 미국이 전개한 §108의 경험과 유사하다. 다만 비교법적 논의가 갖는 본질적 한계도 함께 유의해야 한다. 본질적으로 한국의 도서관 상황과 출판 시장 등의 실무는 미국의 그것과 동일하지 않기 때문이다. 개선된 법규범이 있다고 하더라도, 이러한 규범이 실제로 기능하기 위해서는 라이선스 계약 조건, 디지털 보존의 운영 실태, 이용자 접근의 실제 양상에 관한 경험적 자료가 제도 논의의 기초로 축적되어야 한다. 따라서 후속연구는 한국의 실무상에서부터 출발하여 제31조 개정과 제35조의5 활용의 구체적 기준을 실증적 자료에 기반하여 설계하는 작업으로 이어져야 한다.

결국 한국법의 과제는 제31조를 폐기하거나 공정이용 일반조항으로 전면 대체하는 데 있지

않다. 오히려 반복적이고 정형적인 도서관 서비스에 대해서는 제31조가 계속 사전적 기준을 제공하도록 하되, 그 문언과 운용 사이의 간극은 체계정합성의 관점에서 정비하고, 그 밖의 비정형적·신규형 이용에 대해서는 제35조의5를 보충적으로 활용케 하는 것이 현실적이라고 본다. 아울러 계약조건, 기술적 보호조치, 온라인 자료 보존 협력과 같이 저작권법 조문만으로는 해결하기 어려운 영역에 대해서는 계약적·행정적·정책적 수단이 병행되어야 할 것이다. 미국이 디지털 전환기에 §108에 관해 논의한 경험은 바로 이러한 규범의 개선과 함께 정책 수단의 병행 필요성을 보여 준다는 점에서, 한국법상 제31조의 미래를 설계하는 데 여전히 유효한 비교법적 거울로서 비취볼 수 있다.

참 고 문 헌

- 국립중앙도서관 (발행년미상). 오아시스개요. OASIS.
<https://www.nl.go.kr/oasis/contents/O6020000.do>
- 김수진, 김유승 (2015). 도서관 디지털 장서의 공정이용에 관한 법제도적 고찰: 「저작권법」 제31조를 중심으로. 한국비블리아학회지, 26(3), 151-175.
<https://doi.org/10.14699/kbiblia.2015.26.3.151>
- 김종철, 김영석 (2012). 우리나라 저작권법의 도서관관련 권리제한 규정에 관한 연구. 한국도서관·정보학회지, 43(1), 349-369. <https://doi.org/10.16981/kliss.43.1.201203.349>
- 김환민 (2016). 전자저널의 상호대차형 원문복사서비스를 위한 라이선스 계약 분석. 한국문헌정보학회지, 50(4), 143-164. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2016.50.4.143>
- 박영희 (2008). 전자도서관에서의 저작권 보호와 공정이용. 정보법학, 12(2), 183-211.
- 이용훈, 박상미 (2013). 공공도서관에서의 전자책 서비스 현황과 개선방안 연구: 서울특별시 사례를 중심으로. 한국도서관·정보학회 2013년도 하계 학술발표대회 발표자료, 69-81.

- 이지연 (2014). 공공도서관의 전자책 이용에 대한 발전적 전략 모색. 전자출판 활성화를 위한 토론회집, 3-24.
- 이호신 (2014). 도서관서비스의 저작권 면책과 공정이용에 관한 고찰. 한국문헌정보학회지, 48(1), 387-413. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2014.48.1.387>
- 이호신 (2021). 도서관의 전자책 서비스와 저작권. 한국문헌정보학회지, 55(3), 131-154. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2021.55.3.131>
- 이호신 (2023). 도서관의 전자책 수급 계약의 특성과 실태. 한국문헌정보학회지, 57(1), 435-456. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2023.57.1.435>
- 장혜정 (2011). 저작재산권 제한사유로서의 도서관 등에서의 복제에 관한 비교법적 연구. 문화미디어엔터테인먼트법, 5(2), 233-259.
- 정경희 (2017). 주요국 저작권법의 도서관 예외 규정 비교 분석. 정보관리학회지, 34(1), 263-289. <https://doi.org/10.3743/KOSIM.2017.34.1.263>
- 정진근, 김형각 (2010). 저작권법상 도서관에서의 공정이용에 관한 연구: 한·미 저작권법을 중심으로. 창작과 권리, 59, 146-182.
- 한국출판문화산업진흥원 (2020). 공공도서관 전자출판물 B2B 계약 개선을 위한 연구. (11-B552916-000044-01).
- 한주리 (2021). 도서관 전자책 서비스의 쟁점과 상생 방안 연구. 한국출판학연구, 47(6), 107-129. <https://doi.org/10.21732/skps.2021.103.107>
- Besek, J. M. (2005). Copyright issues relevant to digital preservation and dissemination of pre-1972 commercial sound recordings by libraries and archives. Washington, DC: Council on Library and Information Resources & Library of Congress.
- Crews, K. D. (1995). Copyright law and information policy planning: Public rights of use in the 1990s and beyond. Journal of Government Information, 22(2), 87-99. [https://doi.org/10.1016/1352-0237\(94\)00041-7](https://doi.org/10.1016/1352-0237(94)00041-7)
- Crews, K. D. (2001). The law of fair use and the illusion of fair-use guidelines. Ohio State Law Journal, 62(2), 599-702. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1588292>
- Elkin-Koren, N. (1997). Copyright policy and the limits of freedom of contract. Berkeley Technology Law Journal, 12(1), 93-113. <https://doi.org/10.15779/Z38SQ2R>
- Gasaway, L. N. (2007). Amending the copyright act for libraries and society: the section 108 study group. Albany Law Review, 70(4), 1331-1356.
- Information Infrastructure Task Force (IITF) (1995). Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights.
- National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (1979). Final Report of

- the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works.
- Rasenberger, M. & Weston, C. (2005). Overview of the Libraries and Archives Exception in the Copyright Act: Background, History, and Meaning. Background paper prepared for the Section 108 Study Group by the U.S. Copyright Office.
[https://www.section108.gov/docs/108BACKGROUND PAPER\(final\).pdf](https://www.section108.gov/docs/108BACKGROUND PAPER(final).pdf)
- Section 108 Study Group (2008). The Section 108 Study Group Report.
<https://www.section108.gov/docs/Sec108StudyGroupReport.pdf>
- U.S. Copyright Office (1983). Library Reproduction of Copyrighted Works (17 U.S.C. 108).
- U.S. Copyright Office (1988). Library Reproduction of Copyrighted Works (17 U.S.C. 108): Second Report.
- U.S. Copyright Office (1994). The Computer Software Rental Amendments Act of 1990: The Nonprofit Library Lending Exemption to the "Rental Right": A Report of the Acting Register of Copyrights.
- U.S. Copyright Office (2001). A Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act.
- Waters, D. J. & Garrett, J. R. (1996). Preserving Digital Information: Report of the Task Force on Archiving of Digital Information. Washington, DC: Commission on Preservation and Access & Research Libraries Group.

• 국문 참고자료의 영어 표기

(English translation / romanization of references originally written in Korean)

- Chang, Hye Jeong (2011). A comparative legal study on the reproduction of copyright works by libraries and others in the restriction of copyright law. *Culture, Media, and Entertainment Law*, 5(2), 233-259.
- Han, Juri (2021). Study on the win-win plan of library e-book service on the controversial issues with publishers. *Studies of Korean Publishing Science*, 47(6), 107-129.
<https://doi.org/10.21732/skps.2021.103.107>
- Jeong, Jin Keun & Kim, Hyeongkag (2010). A study about fair dealing clauses for library in copyright law in U.S. and Korea. *Creation & Rights*, 59, 146-182.
- Joung, Kyoung Hee (2017). A Comparative analysis of the library exceptions in copyright laws in major countries. *Journal of the Korean Society for Information Management*, 34(1), 263-289. <https://doi.org/10.3743/KOSIM.2017.34.1.263>

- Kim, Hwanmin (2016). Analysis of license agreements of e-journal packages for interlibrary loan. *Journal of the Korean Society for Library and Information Science*, 50(4), 143-164. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2016.50.4.143>
- Kim, Jong-Chul & Kim, Young-Seok (2012). A study on the provision of the copyright limitations for libraries of the Korean copyright act. *Journal of Korean Library and Information Science Society*, 43(1), 349-369. <https://doi.org/10.16981/kliss.43.1.201203.349>
- Kim, Sujin & Kim, Youseung (2015). A study on legal prospects of digital collections' fair use: focused on the article 31 of copyright act. *Journal of the Korean Biblia Society for Library and Information Science*, 26(3), 151-175. <https://doi.org/10.14699/kbiblia.2015.26.3.151>
- Lee, Hosin (2014). A study on copyright exemption and fair use on library service. *Journal of the Korean Society for Library and Information Science*, 48(1), 387-413. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2014.48.1.387>
- Lee, Hosin (2021). Library's e-book service and copyright. *Journal of the Korean Society for Library and Information Science*, 55(3), 131-154. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2021.55.3.131>
- Lee, Hosin (2023). Characteristics and current status of library e-book purchase contracts. *Journal of the Korean Society for Library and Information Science*, 57(1), 435-456. <https://doi.org/10.4275/KSLIS.2023.57.1.435>
- Lee, Jiyeon (2014). Seeking developmental strategies for e-book use in public libraries. *Proceedings of the Forum on the Promotion of Electronic Publishing*, 3-24.
- Lee, Yong-Hoon & Park, Sangmi (2013). A Study on the current status of e-book services in public libraries and measures for improvement: Focusing on the Seoul metropolitan government case. *Proceedings of the 2013 Summer Conference of the Korean Library and Information Science Society*, 69-81.
- National Library of Korea (n.d.). OASIS Overview. OASIS. <https://www.nl.go.kr/oasis/contents/O6020000.do>
- Park, Young-Hee (2008). Copyright protection and fair use in the digital library. *Journal of Korea Information Law*, 12(2), 183-211.
- Publication Industry Promotion Agency of Korea (2020). A Study on improving B2B contracting for electronic publications in public libraries. (11-B552916-000044-01).

