

# 구글 북서치와 도서관 자료 디지털화의 법률문제

## Some Legal Arguments on the Google Book Search and Library Information Digitization

김 윤 명\*

Yun-Myung Kim

### 차 례

1. 서론	5. 구글 북서치의 우리나라 환경에서의 적용: 도서 디지털화와 검색의 경우
2. 구글 북서치의 개요	6. 결론
3. 구글 북서치의 저작권 문제와 각국의 대응	· 참고문헌
4. 구글 북서치 집단소송의 문제점 및 국내 적용가능성	

### 초 록

도서관에 소장된 도서는 고도의 정제된 정보라고 할 수 있으며, 정보 이상의 지식의 보고이기도 하다. 구글은 북서치를 통해 도서관에 소장되어 있는 정제된 지식의 디지털화에 투자하고 있다. 다만 도서의 디지털화는 다양한 이해관계가 맞물려 있어 저작권 관련 집단소송 등 여러 가지 문제가 제기되고 있으며 다양한 비판적 논의가 진행 중에 있다. 우리나라는 디지털화가 국책사업으로 추진된 바 있어, 도서관에 소장된 많은 도서들이 디지털화 되어 있다. 물론 디지털화의 대상은 출판사에서 출간된 책자로 한정되어 있다는 점에서 구글보다 앞서있다고 할 수 있다. 이를 위해 도서관법이 정비되기도 하였으나 서비스 주체가 도서관으로 한정된다는 점에서 구글의 경우와는 다르다. 즉 도서관법은 온라인 자료의 수집을 도서관이 할 수 있도록 하고 있는 점에서 선행적인 입법이라고 하겠다. 그렇지만 온라인 자료를 인터넷을 통하여 누구나 이용할 수 있는 것은 아니기 때문에 구글과는 달리 서비스할 수 있는 수단이나 범위는 제한적이다. 본 논문은 구글의 북서치를 통해 도서관에 소장된 도서의 디지털화에 따른 저작권법적 문제에 대해 살펴봄, 이에 대한 바람직한 해결방안을 찾고자 한다. 도서관이 물리적인 도서의 보관이 주된 역할이라면, 앞으로는 도서의 이용이라는 측면에서의 도서관 정책을 고려할 필

\* 경희대학교 국제법무대학원 강사  
 (Lecturer, Graduate School of International Legal Affairs, Kyung Hee University, digitallaw@naver.com)  
 • 논문접수일자: 2010년 3월 10일  
 • 최종심사일자: 2010년 3월 25일  
 • 게재확정일자: 2010년 3월 31일

요가 있겠다. 이러한 정책적 고려를 위해 우리나라의 저작권법상 구글의 북서치는 어떠한 관련이 있는지를 살펴봄, 가능한 방안으로써 공정이용 규정 및 디지털 납본제도의 도입에 대해 살펴본다.

### 키 워 드

구글 북서치, 도서관 정보, 디지털화, 디지털 납본제도, 정보검색, 공정이용

### ABSTRACT

Books in libraries can be highly refined information. Google invests digitization of books in libraries. But the digitization of books that has a variety of interests, coupled with several problems, including class action, in addition the many critical discussions are underway. Korea pushed the national digitization projects, what are libraries' digitizing their collection of many books. Of course, in publishing and digitization of the target is limited to books published ahead of Google. However, the Library Act was amended for the reposition of online materials, but only in the ways that Google's case is different. Library Act permits collection of online resources through the library to allow, the legislation can be considered as leading act. However, online data is publicly not available through the Internet, so this service has limited means and range unlike Google. This paper, the digitization of books in the library due to copyright, examines the legal issues looking for the desirable solution. Physical library's main role had been kept the book, but we use the book in terms of policies needed to consider. To overcome these limitations of Copyright Act, this paper researches the relation of Google Book Search in our Copyright Act, and considers introduction as the fair use doctrine and the digital repository system.

### KEYWORDS

Google Book Search, Library Information, Digitization, Digital Repository System, Information Search, Fair Use

## 1. 서론

네이버(naver.com)나 구글(google.co.kr)을 포함한 포털사업자들은 검색, 뉴스, 메일 등 다양한 서비스를 통해 인터넷의 이용은 물론 관련 산업을 활성화시키고 있다. 인터넷 포털은 최종 소비자인 이용자와 광고주 또는 이용자와 콘텐츠제공자 등을 연결해주는 양면시장(two-sided markets)<sup>1)</sup>을 가지고 있다. 포털사업자들은 광고주들에게 매력적인 광고매체로 인식되도록 하기 위해 많은 이용자 확보에 노력하게 되며, 이를 위해 검색, 커뮤니티 및 커뮤니케이션 서비스를 제공한다.<sup>2)</sup> 그렇지만 포털사업자들에게 무엇보다도 중요한 것은 검색을 이용한 서비스의 확대라고 할 것이다. 지금까지 검색은 소셜 네트워크(social network)를 통해 개인이 생성해 낸 정보를 대상으로 하였으나 이제는 그 대상을 도서로 확대시키고 있다.

도서관에 소장된 도서는 고도의 정제된 정보라고 할 수 있으며, 정보 이상의 지식의 보고이기도 하다. 구글은 북서치(Google Book Search)를 통해 도서관에 소장되어 있는 정제된 지식의 디지털화에 투자하고 있음을 알 수 있다. 다만 도서의 경우에는 다양한 이해관계가 맞물려 있기 때문에 각국의 도서관에 소장된 도서의 디지털화 과정에서 집단소송 등 여

러 가지 문제가 발생하고 있으며, 다양한 비판적 논의가 진행 중에 있다.

우리나라의 디지털화 사업은 1997년 IMF를 지나면서 ‘정보화 취로사업’ 형태로 국가 디지털화 사업이 진행된 바 있다. 이 때는 저작권에 대한 인식과 충분한 준비 없이 진행되었기 때문에 저작권자들은 디지털화 사업자체를 반대하기도 하였고, 저작권법의 개정을 통해서라도 이러한 작업을 중단시키고자 하였다. 결국 디지털화 사업은 크게 진전될 수 없었고, 그나마도 디지털화된 결과물을 활용하지 못했다는 점에서 디지털화 사업의 의미는 크게 희석화 되었다. 국가가 예산을 투입하여 진행한 사업이었지만, 구글이 추진하고 있는 디지털화는 민간기업이 진행하고 있다는 점에서 차이가 있다. 물론 국가 또는 민간기업이 추진하더라도 그 결과물을 활용하는 이용자의 입장은 차이가 없을 것이다.<sup>3)</sup>

디지털화 사업이 국책사업으로 추진된 바 있는 우리의 경우는 이미 도서관에 소장된 많은 도서들이 디지털화된 상태라고 할 수 있다. 물론 이러한 디지털화의 대상은 출판사에서 출간된 책자로서 의미가 있는 것들을 대상으로 하고 있다는 점에서 어떤 면에서는 구글보다 앞서있는 상태라고 할 수 있다. 이를 위하여 도서관법이 정비되기도 하였다. 다만 서비

1) 양면시장이란 네트워크를 통하여 두 개 이상의 구분되는 집단이 상호 연결될 수 있도록 하는 시장을 말한다. 서울고등법원 2009.10.8. 선고 2008누27102 판결.

2) 최장관, 인터넷포털산업의 특성과 경쟁정책적 시사점, 공정거래위원회, 2008, 6면.

3) 그러나 국가가 추진함으로써 이용자들이 얻는 이득은 별도의 추가적인 비용의 지불 없이 이용할 수 있겠지만 민간에서 추진할 경우에는 이용자들이 정보의 이용에 있어서 비용을 지불해야 할 필요성이 커질 수도 있을 것이다.

스 주체가 도서관으로 한정된다는 점에서 구글의 경우와는 다르다고 하겠다. 도서관법을 통하여 온라인 자료의 수집을 도서관이 할 수 있도록 하고 있는 점에서 선행적인 입법이라고 볼 수 있지만 온라인 자료를 인터넷을 통하여 누구나 이용할 수 있는 것은 아니기 때문에 구글과는 다르게 서비스할 수 있는 수단이나 범위는 제한적이라는 점이 한계라고 하겠다.

본고는 도서관 소장도서의 디지털화에 따른 저작권법적 문제에 대해 살펴봄, 이에 대한 바람직한 해결방안을 찾고자 한다.<sup>4)</sup> 도서관의 경우도 기존의 물리적인 도서의 보관이 주된 역할이었다면 이제는 도서의 이용제공이라는 측면에서 고려할 필요가 있다.<sup>5)</sup> 이러한 한계점을 극복하기 위해 우리나라의 저작권법상 구글 북서치는 어떠한 관련이 있는지를 살펴 보며, 이를 위한 방안으로써 공정이용 규정 및 디지털 납본제도에 대해 검토한다.

## 2. 구글 북서치의 개요

### 2.1 의의

구글은 검색의 품질을 높이고자 정제된 지

식의 DB화를 추진하고 있으며, 이러한 과정에서 나타난 서비스 형태가 2004년 10월 발표한 Google Print였다. 구글은 초기 계획에서 보다 진보한 형태의 서비스를 발표하였고, 이는 Google Book Library Project로 변모되었다. 도서관 프로젝트의 최종적인 모습은 구글 북서치(Google Book Search)로 확대 개편되었다(박은주 2008, 103). 이는 구글이 서비스하고 있는 정보검색의 지향점을 구체화한 것으로 볼 수 있다. 즉 소셜 지식에서 정제된 지식의 공유로 확대된 것이라고 할 것이다.

구글의 프로젝트는 하버드 대학도서관, 스탠포드 대학도서관, 옥스퍼드 대학도서관, 뉴욕 주립도서관 및 미시간 대학도서관의 동의에 의하여 시작되었다.<sup>6)</sup> 구글이 생각하고 있는 구글 북서치는 네이버(naver.com)나 다음(daum.net)과 같은 포털사이트를 통해서 제공되고 있는 본문서비스와 차이가 있다. 우리의 경우는 일정한 분량의 도서를 출판사 등과 이용허락 계약을 체결한 후에 포털사이트의 특정 서비스 영역에서 제공해주는 것이라는 점에서 계약 형태로 진행된 것이라고 할 수 있다.

그렇지만 구글은 권리자와의 협의를 통한 계약 형태의 것과 아울러, 권리자와 상관없이 소

4) 또한 출판사의 경우도 출판의 기회비용 상실에 따른 법적 판단이 요구되기 때문에 출판사 입장에서도 고민이 필요하다고 하겠다.

5) 그렇지만 기본적으로 도서의 디지털화를 통하여 얻는 사회후생에 대한 판단이 요구된다고 하겠다. 이러한 사회후생의 효율성을 판단하여 법제도적 개선점이 필요하다면 그렇게 입법 작업을 진행하는 것이 합리적인 선택이 아니라고 생각된다.

6) 초기 옥스퍼드 및 뉴욕 주립도서관은 저작권법의 보호를 받지 못하는 퍼블릭도메인에 한정하고 있으며, 하버드 및 스탠포드 대학은 명확하게 그 범위를 설정하지 않았다. 반면 미시간 대학은 비록 저작권의 보호를 받는 도서라도 하더라도 구글이 복제, 제공할 수 있도록 할 것으로 명확히 하고 있다고 한다(한지영 2007, 160).

유하고 있는 도서관과 계약을 체결하여 도서관에서 소장하고 있는 도서에 대해서까지 디지털화하려는 점에서 차이가 있다고 하겠다.<sup>7)</sup>

## 2.2 유형

구글의 북서치 프로그램은 크게 두 가지로 나누어진다(박영규 2008, 71-72). 출판사와 계약을 통하여 디지털화하는 ‘파트너 프로그램’과 도서관에 소장된 도서에 대해서 출판사나 저자와의 이용허락이나 계약 없이 진행하는 ‘도서관 프로젝트’이다. 이하에서는 각각의 유형에 대해서 살펴보기로 한다.

### 2.2.1 파트너 프로그램

기본적으로 구글이 도서를 검색결과에 제공하는 경우에는 그 범위는 권리자와의 계약에 따라 결정되며 그에 따라 수익을 분배하게 된다. 파트너 프로그램은 발행인과 저자가 자신의 도서를 홍보할 수 있도록 설계된 온라인 도서 마케팅 프로그램으로,<sup>8)</sup> 발행인과 저자가 도서를 구글로 보내면 구글에서 디지털 스캔을 통해 해당 도서의 콘텐츠를 구글 검색결과에서 찾을 수 있도록 하고 있다. 이 서비스는 무료로 제공되는데, 대부분의 경우 이러한 도서의 내용 중 약 20%에 해당하는 분량의 페이

지를 검색할 수 있다(박은주 2008, 101).

구글 북서치는 기본적으로 소비자들에게 서적에 대한 접근을 용이하게 할 뿐만 아니라 서적을 구입하거나 도서관에서 쉽게 찾을 수 있도록 도와주고 있다. 구글의 파트너 프로그램에 참여하면 출판사 혹은 저작권자가 구글을 통해 도서를 홍보할 수 있고, 구글은 참여하는 출판사 혹은 저작권자의 도서 내용 전체를 스캔하여 구글 사용자들에게 검색 주제에 맞는 도서를 보여준다. 사용자가 도서 검색 결과를 클릭하면 관련 도서 페이지의 스캔 이미지를 표시하는 구글 호스팅 웹 페이지로 연결되고, 이 때 각 페이지에는 ‘도서구매’ 링크가 여러 개 있는데 이 링크를 통해 사용자들은 온라인 판매점으로부터 도서를 구입할 수 있다. 또한 이러한 페이지에 콘텐츠 타겟 구글 애드워즈(AdWords) 광고도 게재할 수 있어, 출판사 혹은 저작권자는 자신의 콘텐츠에 게재된 광고에서 발생한 수익의 일부를 얻게 된다.

이러한 점에서 구글의 북서치는 도서검색을 통해 정보를 찾는 사용자들과 도서에 들어있는 관련 단어 및 어구를 연결시켜 줌으로써, 출판사들에게 비용이 들지 않는 광고 수단을 제공함은 물론, 콘텐츠 광고를 통해 새로운 수익을 창출할 수 있는 기회를 제공하고 있다. 다만, 서비스되는 콘텐츠의 보호를 위해 구글

7) 국내의 경우에는 외국과는 달리 아직은 국내 도서관이나 출판사 등과 계약이 체결된 바가 없는 것으로 보인다. 그 이유는 확인할 수가 없으나 이는 국내의 검색시장이나 국내에서의 구글의 정책과도 관련이 있지 않을까하는 추측을 해본다.

8) 구글은 저자들에게 구글 북서치는 저작권자의 명시적인 허락이 없는 한 전문은 보여주지 않으며, 온라인 도서관이 아닌 도서 마케팅 프로그램이라고 설명한다(Hannibal Travis 2006, 613).

은 자체 보안 서버에서 모든 자료를 호스팅하며 콘텐츠가 게재되는 모든 페이지에 대해 인쇄, 잘라내기, 복사 및 저장 기능을 허용하지 않고 있다. 또한 사용자가 볼 수 있는 페이지 수를 출판사 혹은 저작권자가 설정한 범위로 제한하고 있다(박영규 2008, 71-72).

### 2.2.2 도서관 프로젝트

도서관에 소장된 도서를 도서관과 계약을 통해서 디지털화하여 제공하는 도서관 프로젝트는 도서관의 소장 도서에 대한 색인을 생성하고, 출판사 혹은 저작권자가 제공한 도서와 함께 구글 도서 검색을 사용하여 이러한 색인 내용을 검색할 수 있도록 하는 작업을 말한다. 도서관 프로젝트에는 각 도서관의 소장 도서를 구글 도서 검색에 제공하게 된다. 이를 위해 스캔되는 도서는 카드 카탈로그(도서목록)와 유사한 방식으로 표시되며, 여기에는 해당 도서에 대한 기본정보 및 경우에 따라 사용자의 검색어를 문맥 내에서 볼 수 있는 문장으로 이루어진 일부 발췌문이 포함되어 있다. 해당 도서가 저작권이 소멸된 퍼블릭 도메인(public domain)에 해당하는 도서는 도서 전체를 PDF파일로 다운로드 받아 처음부터 끝까지 모두 이용할 수 있도록 하고 있다(박은주 2008, 101).

위 프로젝트는 저작권법에 의해 보호가 주어지지 않는 도서에 해당하는 경우에 한하여 사용자들에게 도서의 전체 내용을 보여주고, 저작권 보호를 받는 도서의 경우는 내용의 극

히 일부만을 보여주고 있다. 저작권법에 의해 보호를 받는 도서도 검색결과에 나타나긴 하지만 구글이 해당 도서에 대해 출판사 혹은 저작권자와 특정 계약을 맺지 않은 한 사용자는 도서 목록이나 일부 발췌문만을 볼 수 있을 뿐이다. 즉 도서관 프로젝트를 통해 스캔된 저작권법에 의해 보호되는 도서는 도서의 기본 정보, 검색어가 나타나는 횟수 및 대부분의 도서의 경우 키워드가 나타난 곳의 짧은 발췌문 등을 볼 수 있을 뿐이다(박영규 2008, 71-72).

## 2.3 분쟁

구글의 프로젝트는 다양한 이슈를 제기하고 있다. 구글의 검색서비스와 연계된 비즈니스 모델의 적용으로 출판사에게는 다양한 판로를 개척해 줄 수 있으며 롱테일의 법칙이 적용될 수 있는 시장이 형성될 수 있을 것으로 기대된다. 물론 디지털화하여 이를 이용자에게 제공하여 이용토록 함으로써 정보복지를 꾀할 수 있다는 점에서 의미가 있지만, 그렇다 하더라도 저작권자의 권리를 침해하는 형태의 이용에 대해서는 법적인 책임을 지우는 것이 기본적인 원칙이 아닌가 생각된다.

대표적으로 저작권 문제를 들 수 있다. 그리고 구글은 다양한 도서관들과 계약을 체결하여 디지털화를 진행하고 있으며, 구글만이 디지털화된 결과물을 이용토록 함으로써 독점 문제 등이 제기되고 있다. 아울러, 구글의 이용허락 없는 디지털화에 대해 권리자들은 집

단소송을 제기하고 있다. 이러한 집단소송을 통해서 나타난 결과가 '화해안(settlement)'라고 할 수 있다. 그렇지만 구글의 책임의 범위와 정도를 어떻게 설정하는 것이 바람직한 것인지는 견해가 나뉜다.

### 3. 구글 북서치의 저작권 문제와 각국의 대응

#### 3.1 검색서비스의 법률문제

##### 3.1.1 검색의 의의

검색은 다양한 정보 중에서 자신이 원하는 정보를 찾아주는 역할이라는 점은 기본적인 명제이다. 기본적인 명제에 더하여 인터넷상에 존재하는 정보 중에서 보다 빠르고 확률 높은 결과를 이용자에게 제공해주는 것이 검색의 존재가치라고 볼 수 있다. 왜냐하면 지금까지 국내외에서 수많은 검색엔진이 존재했다 사라져가는 과정을 거쳤기 때문이다. 나름대로 각각의 특색을 가진 검색엔진은 시장에서 이용자의 수요나 요구를 충족시키지 못하였기 때문에 지금은 그 존재를 역사에서 확인할 수 밖에 없는 것이다. 이러한 역사적 교훈에 따라

검색엔진 또는 검색서비스 제공자는 다양한 기능을 부가하여 품질 높은 결과가 나올 수 있도록 기능을 제공하려고 노력한다. 결국 검색은 이용자가 원하는 정보를 정확하고 빠르게 제공하는 것이라고 하겠다.<sup>9)</sup>

#### 3.1.2 검색의 법적 지위

미국 DMCA에서는 정보의 소재 확인 도구(Information Location Tools)<sup>10)</sup>에 있어서 서비스 제공업자는 몇몇 경우 디렉터리, 인덱스, 레퍼런스, 포인터 또는 하이퍼텍스트 링크를 포함하는 정보의 소재확인 도구를 이용하는 것 등 정보검색에 관한 서비스 제공자의 책임을 면책하고 있다.<sup>11)</sup> DMCA는 OSP의 검색 서비스에 있어서 면책규정(safe harbor)으로 인정되고 있고, 우리나라는 저작권법에 OSP의 검색서비스에 대한 면책규정은 없으나 검색이 가지는 특성, 즉 검색이 공익을 위한 서비스라는 점에 대해 법적, 사회적 가치가 인정되고 있음을 알 수 있다(김운명 2007, 274).

#### 3.1.3 판례에서 본 검색서비스

판례에서는 검색서비스를 제공하는 포털사업자에 대해 직접적인 평가를 내린 경우는 없는 것으로 보인다. 다만, 검색서비스를 통하여 나

9) 이러한 점에서 구글의 북서치는 검색의 품질을 높이기 위한 방편이라는 점을 이해할 필요가 있다.

10) 본 내용은 저작권위원회의 DMCA 번역본을 옮긴 것이다. 그렇지만 이와 달리 '정보검색'이라고 번역하는 경우도 있다(박준석 2005). 실상, 개념 자체는 정보검색의 의미이기 때문에 맞는 번역이라고 생각된다.

11) 침해 자료 또는 침해행위를 담고 있는 온라인상의 위치에 이용자들을 참조케 하거나 연결하였다는 이유로 저작권 침해에 대한 금전적인 구제, 또는 (j)항에 규정된 예외를 제외하고는 금지명령 또는 기타 형평법상의 구제에 대하여 책임을 지지 아니하도록 하고 있다(DMCA § 512(d)).

타나는 썸네일(thumbnail)을 제공하는 기능을 평가하면서, 검색자체가 가지는 공공성 측면에서 공정한 이용의 형태라고 보고 있다. 즉, “현대생활에서 인터넷 이용은 사회구성원 모두에게 보편화된 생활의 일부이고, 인터넷을 통한 정보의 검색은 인터넷 사용에 있어 핵심기능으로, 인터넷 검색서비스는 인터넷을 통하여 제공되는 방대한 양의 정보 중에서 그 이용자가 원하는 정보를 쉽고 빠르게 찾아갈 수 있는 도구를 제공한다는 점에서 그 공공성을 인정할 수 있는 점”<sup>12)</sup>이라고 판시함으로써 직접적으로 검색서비스의 역할에 대해서 평가한 것이라고 단정할 수는 없지만 간접적으로나마 검색엔진의 사회적 역할에 대해 인식한 경우라고 본다.

### 3.2 구글 북서치의 저작권 문제

이하에서는 구글 북서치에 대한 법적 이해를 위하여 우리나라 저작권법에 따른 검토를 진행한다. 주로 검색결과에 따라서 나타나는 문제는 복제권, 공중송신권, 전시권 등 저작재산권 문제와 동일성유지권과 성명표시권의 저작인격권에 관한 것이다. 복제는 실제로 다른 사이트에 있는 이미지나 정보를 웹로봇이 복제하여 검색서버에 제공하는 것이기 때문에 복제의 범주에 포함된다고 볼 수 있으며, 전송은 자신의 서버를 통하여 이용에 제공하기 때문에 전송의 영역에서 다루어질 수 있는 문제

이다. 다만 사진과 같은 이미지는 전시를 목적으로 제작된 저작물이라고 볼 때, 전시권이 그 목적이 될 수 있을 것이다.

#### 3.2.1 복제권

저작자는 그의 저작물을 복제할 권리를 가진다. 복제라 함은 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다. 이러한 정의로 보건데, 도서를 디지털화하는 것은 유형물에 고정하는 형태를 말하기 때문에 복제권에 관련한 문제를 발생시킬 수 있을 것이다.

#### 3.2.2 공중송신권

저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다. 공중송신이라 함은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다. 디지털화된 도서를 공중이 이용할 수 있는 상태인 인터넷에 연결된 서버상에 복제해 놓았다면 이는 공중송신권의 문제를 발생시킬 수 있다. 특히 전송이 문제되며, 이는 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록

12) 서울고등법원 2005. 7.26. 선고 2004나76598 판결.



록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함하기 때문이다. 따라서 디지털화된 도서를 공중이 이용할 수 있도록 이용에 제공하는 것은 저작권자의 전송권의 침해가 될 수 있음은 다언을 요하지 않는다.

### 3.2.3 전시권

저작권법상 전시에 대한 용어정의를 별도로 하고 있지는 않지만 저작물이 화체되어 있는 유형물을 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것으로 본다(오승종 2007, 212). 그렇지만 이처럼 전시의 전제를 유형물로 보기 때문에 웹상에서 이루어지는 전시가 전시의 개념에 포함되는지는 논란이 있다. 사건으로 전시권을 부여하는 목적이 전시에 대한 통제여부에 있는 것이기 때문에 웹상에 이루어지는 전시행위에 대해서 달리 볼 필요는 없지 않을까 생각된다.<sup>13)</sup>

### 3.2.4 선례로써 썸네일 검색 관련 판례

썸네일 검색은 원본 이미지의 제공이 아닌 해당 이미지를 축소하여 검색 및 화면 표시(display)가 용이하도록 제공하는 작은 이미지를 검색결과에 제공하는 서비스이다. 이미지 검색을 위해서 로봇은 이미지를 크롤링하여 서

버에 복제하게 된다. 복제된 이미지는 작은 이미지의 썸네일과 중간 단계의 이미지로 변환되어 서버에 저장된다. 저장된 썸네일은 이용자의 검색에 의하여 결과로 노출되며, 이때 결과 화면에 나타나는 이미지의 크기 내지 형태가 문제가 되는 것이다. 법원은 썸네일은 본래 이미지를 대체하는 결과를 가져오는 것은 아니지만 중간 정도의 이미지는 본래의 이미지가 가지는 효용을 대체할 수 있다고 판단하였다.<sup>14)</sup> 썸네일의 경우는 원본 파일을 대체할 수 있는 가능성, 즉 대체가능성이 없기 때문에 저작권 침해라고 보기 어렵다는 것이므로 만약 대체가능성이 있는 정도의 크기로 이미지가 제공된다면 저작권 침해로 볼 수 있을 것이다.

## 3.3 각국의 대응: 공정이용 여부에 대한 검토

### 3.3.1 독일

구글 북서치를 위한 기본 작업이라고 할 수 있는 스캐닝은 독일 저작권법 제16조 제1항의 복제권 침해행위에 포함될 소지가 다분하다. 독일 저작권법은 복제권을 그 절차 및 수량에 관계없이 일시적이든 지속적이든 저작물의 복제본을 제작하는 권리로 정의하고 있다. 또한 복제에 대해서는 저작물을 녹화물 또는 녹음

13) 물론, 현시권이라는 별도의 권리를 부여하자는 논의도 있지만 이미 전시권이 저작권법상 부여된 바 있기 때문에 전시권의 해석을 통하여 검색결과에 대한 문제를 해결하는 것이 타당하리라고 본다. 참고로, 미국의 경우는 저작권법 제101조를 통하여 별도의 전시라는 개념을 두고 있다.

14) 대법원 2006.2.9. 선고 2005도7793 판결

물로 재현수력하든지, 녹화물 또는 녹음물인 저작물을 다른 녹화물 또는 녹음물로 옮기는 점이 다루어지는 여부에 관계없이 반복 재현될 수 있는 연속영상 또는 연속음성 장치로 저작물을 옮기는 것도 복제로 규정하고 있다(독일 저작권법 제16조). 따라서 스캐닝은 책자를 디지털화하는 형태로 복제물로 제작하는 것이기 때문에 복제의 유형에 포함되며 이는 복제권의 침해로 이루어지기 때문이다. 또한 스캐닝 과정에서 도서의 왜곡이 발생할 소지에 대해서도 문제를 제기하는 경우도 있다(박영규 2008, 74). 즉 스캐닝한 결과물이 원저작물과 비교하여 그 질에 있어서 현저히 열악한 경우에는 저작물의 왜곡에 해당할 수 있다고하나 그것이 저작권 침해로 볼 수 있는지는 의문이다.<sup>15)</sup>

디지털화된 책자를 온라인을 통해서 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것은 또한 공중전달권의 침해를 이룰 수 있다. 즉 온라인서비스의 경우는 공중전달권을 침해하는 행위에 해당할 수 있다는 점이다. 독일저작권법 제19조 a에 따르면, 공중전달권이란 공중이 선택한 장소 및 시간에 접근할 수 있는 방법으로 유선 이든 무선이든 저작물을 공중에게 전달하는 권리로 정의하고 있다. 이에 따르면 저작권자만이 할 수 있는 행위를 구글이라는 사업자가 하는 것은 공중전달권을 침해하는 것이 된다.

그렇다면 구글의 이러한 행위에 대해서는 면책규정의 적용가능성은 없는지 검토가 필요하다고 본다.

독일 저작권법은 저작권산권의 제한에 대해 열거적으로 규정하고 있다. 이 중에서도 제51조에 따른 근거를 면책규정의 형태로 적극적으로 해석할 수 있을 것이다. 즉 제51조는 인용에 관한 규정이라고 하겠다. 그렇지만 인용 규정은 독자적인 학술저작물에 내용을 설명하기 위한 경우, 독자적인 어문저작물에 인용하는 경우, 개개 부분을 독자적인 음악저작물에 인용하는 경우에만 복제, 배포 및 공개재현이 허용되며 이 경우도 발행되거나 공표된 것이어야 한다.

따라서 발행된 책자를 스캔 형태로 디지털화하는 것은 인용규정에 의하여 허용될 수 있는 것은 아니라고 하겠다. 결국 독일 저작권법상 구글 프로젝트는 저작권자의 이용허락 없이 저작권법에서 허용하는 형태의 것이라고 할 것이다.

### 3.3.2 영국

구글의 스캐닝은 영국에 있어서도 복제권을 침해하는 행위로 볼 수 있을 것이다. 영국 저작권법은 저작물을 복제하는 것을 제한할 수 있는 배타적 권리를 저작권자에게 부여하고 있기 때문이다(제16조). 저작물의 복제는 모

15) 그렇지만 현재의 스캐닝 기술은 원저작물 이상의 해상도와 정확도로 디지털화가 될 것으로 보인다. 실제 구글의 서비스나 네이버에서 제공하는 DNS(digital news service) 서비스는 60년대부터 80년대까지의 신문을 스캐닝하여 인터넷을 통하여 이용 가능하도록 서비스하고 있으나 그 해상도는 종이신문과 비교했을 때 뒤떨어지지 않는다고 생각된다.

든 보호저작물에 대한 저작권에 의하여 제한되는 행위이며, 어문저작물과 관련하여 복제는 유형의 형태로 저작물을 재제작하는 것을 의미하며, 이는 전자적 수단에 의하여 어느 장치에 저작물을 저작하는 것을 포함한다(제17조). 따라서 도서를 스캐닝하여 디지털 파일로 하드디스크나 특정 서버에 복제해 놓은 것은 복제권 침해에 해당한다고 하겠다.

또한 스캔한 책자를 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것은 공중송신권 침해 행위에 해당할 수 있다. 어문저작물을 공중에 전달하는 것은 저작권에 의하여 제한되는 행위이며, 공중에 대한 전달은 전자적 송신에 의한 공중에 대한 전달을 의미하기 때문이다(제20조). 결국 구글이 스캐닝한 디지털화된 책자를 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것은 공중송신권의 침해를 구성한다고 하겠다.

영국 저작권법에서도 일반적인 저작권 제한 규정을 두고 있다. 따라서 이러한 제한규정의 적용가능성을 검토함으로써 구글의 복서치에 대해 면책이 가능한지 판단할 수 있을 것이다. 영국의 저작권제한규정은 일반적인 규정과 더불어 개별적인 면책규정을 병행적으로 규정하고 있다. 다만 일반적인 규정은 미국의 공정이용(fair use) 규정과는 달리 fair dealing이라는 표현으로 규정함으로써 차이가 있다. 즉 영국의 fair dealing은 일반규정을 별도로 두고 있으며, 일시적 복제물의 제작이나 연구 또는 사적인 연구의 경우, 그리고 비평, 평론과 사건 보도 등에 있어서는 저작권 침해를 구성하

지 아니한다.

그렇지만 이러한 경우를 구글의 복서치에 도입한다고 하더라도 구글은 저작권 침해에 대해 면책이 허용될 소지는 크지 않을 것으로 보인다.

### 3.3.3 미국

#### 1) 배타적 권리침해 주장과 구글의 반론

구글이 추진하고 있는 도서의 스캐닝을 복제의 일유형으로 볼 수 있기 때문에 복제 및 전시권의 침해형태가 될 것으로 보인다. 실제 원고측은 구글의 복제, 배포 및 전시 등의 권리 침해를 이유로 소송을 제기하였고, 계속적인 스캐닝을 이유로 가처분을 구하고 있다.

이러한 원고측 주장에 대해 구글은 자신들의 행위는 저작권법이 인정하는 공정이용에 해당한다고 주장한다. 도서 검색은 사용자들에게 원하는 웹사이트를 검색해 주는 것과 유사한 행위이기 때문에 공정이용에 해당하며, 따라서 book site에서 검색할 수 있도록 저작물을 보유하는 것도 적법한 행위라고 한다. 즉 도서를 스캔하는 행위는 해당 도서를 원하는 이들이 발견할 수 있는 기회를 제공하기 위해 필요한 단계이기 때문에 정당화 되어야 한다고 주장한다. 또한 도서를 스캐닝하여 디지털 형태로 전환하는 것은 패러디와 같이 새로운 작품을 만들어내는 변형적 사용(transformative use)으로써 공정이용에 해당된다고 항변하고 있다.

만일 구글이 인터넷에서 도서를 판매하기 위

해서 복제하였다면 명확한 저작권 침해에 해당할 것이다. 그러나 논란의 여지는 있으나, 인터넷 사용자들의 검색결과로써 일부 발췌문을 제공하기 위해서 도서를 복제하는 것은 출판사들이 도서를 판매하기 위해 복제하는 것과는 다르다고 보아야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이에 따르면 Arriba사건에서 Arriba Soft의 저작물 이용과 구글의 저작물 이용은 매우 유사하다고 할 수 있다. 그러나 공정이용을 부정하는 입장에서는 공정이용이 되기 위해서는 새로운 작품을 창작하기 위해서 이용되는 기존 저작물의 양(amount)을 판단하여야 하는데 구글처럼 도서 전체를 복사하는 것은 공정한 이용이라고 볼 수 없다는 주장을 제기하고 있다.

## 2) 공정이용 규정의 수용가능성

### (1) 공정이용 법리

공정이용은 전통적으로 저작권자에게 부여된 배타적 독점권과 무관하게 저작권자의 동의 없이 합리적인 방법으로 저작권이 있는 저작물을 저작권자 이외의 자가 사용할 수 있는 특권으로 정의된다.<sup>16)</sup>

연혁을 보면, 공정이용법리는 객관적인 기준을 통하여 시작된 것이 아닌 판례법의 축적 과정에서 형성된 개념이기 때문에 법원의 판

례에 대한 역사적 과정을 거쳐 정형화된 기준이라고 할 수 있다. 즉 특정한 사안의 해결을 위하여 적용된 다양한 기준을 어느 정도 압축하여 정리해 놓은 것이다. 공정이용에 대한 최초의 판단은 Folsom v. Marsh 사건<sup>17)</sup>에서 처음 용어를 사용하면서 구체화되었다. 법원은 “본 사건에서 피고는 최초의 대통령에 관한 전기를 쓰기 위하여 원고가 창작한 조지워싱턴에 관한 여러 개의 저작물로부터 353페이지를 사용하였는데, 피고는 원고의 저작물을 그대로 복제한 것이 아니라 원고의 저작물에 포함되어 있는 워싱턴의 서신을 복제하면서 전체적인 흐름을 잡기위해 변형해 가는 과정에 대한 내용을 첨가한 것이다. 이러한 사실에 따라 주심인 스토리 대법관은 이러한 행위를 침해라고 보고, 공정이용의 문제를 판단할 때 고려해야 할 몇 가지의 기준을 제시한 것이다. 즉 발췌한 저작물의 본질과 목적, 사용된 재료의 양과 가치뿐만 아니라 원저작물의 판매에 손해를 주거나 이익을 감소시키거나 목적을 무용화시키는 정도 등을 고려해야한다는 것이다.”<sup>18)</sup>라고 판시한 것이다.

### (2) 공정이용 규정의 적용

구글의 북서치는 변형적 사용(transforma-

16) Fair use is most often defined as the “privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner. . . .”, Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc., 366 F.2d 303, 306 (2d Cir. 1966), cert. denied, 385 U.S. 1009, 17 L. Ed. 2d 546, 87 S. Ct. 714 (1967).

17) Folsom v. Marsh, 9F. Cas. 342, No. 4901 (C.C. Mass. 1841).

18) Folsom v. Marsh, 9F. Cas. 342, No. 4901 (C.C. Mass. 1841).

tive use)에 해당한다고 볼 수 있다. 변형적 사용에 대해서는 Kelly v. Arriba Soft Corp. 사건에서 주장되었으며,<sup>19)</sup> Arriba의 검색엔진은 웹상에서 이미지를 분류하고 검색을 용이하게 하기 위한 도구로서 작용하기 때문에, 이러한 저작물의 사용은 저작물 본래의 심미적(aesthetic) 목적에 따른 이용과는 관념적, 실질적으로 상이하다고 보고 공정이용으로서 허용된다고 하였다. Arriba사건의 논리를 근거로 하여 구글의 북서치가 미국 저작권법 제 107조에 따른 공정이용인지 여부에 대한 구체적인 판단은 아래 4가지 요소를 중심으로 가능하다.<sup>20)</sup>

첫째, 그러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육 목적을 위한 것인지 등 그 사용의 목적 및 성격; 이러한 요건에 따라 구글의 북서치를 검토하면 스캐닝 자체로는 상업적 성질을 띠다고 보기 어려우며, 교육 목적으로 활용될 수 있을 것이다. 따라서 첫 번째 요건에 따르면 저작권 침해를 구성한다고 단정하기 어렵다고 생각된다.

둘째, 저작권으로 보호되는 저작물의 성격; 스캐닝의 대상이 되는 저작물은 도서로 한정된다고 하겠다. 따라서 보호되는 저작물의 성격은 저작권법상 보호되는 어문저작물에 한정된다. 따라서 어문저작물의 성격상 보호가 배제되는 것은 아니기 때문에 구글에게 유리한

적용가능성은 많지 않다고 생각된다.

셋째, 사용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성; 스캐닝하여 구글의 검색결과로 제공하는 도서의 양은 일시적으로 전문을 보여주는 경우가 아니라면 부분적으로 검색결과로써 이용될 수 있도록 제공할 것으로 보인다. 따라서 스캐닝 자체는 도서의 전체를 하였을 지라도 그 결과가 이용자의 검색결과에 노출되는 양은 일부분에 한정될 것이기 때문에 이에 대해서도 구글에게 유리하게 해석될 것으로 보여진다.

넷째, 이러한 사용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향; 구글의 스캐닝과 이의 결과물을 북서치에 제공하는 것은 결국은 저작권자에게 새로운 시장을 창출해 줄 수 있다는 점에서 잠재적 시장의 대체하는 것이라기보다는 효용성을 높이고 새로운 비즈니스 모델을 제시하는 것으로 보여진다.

이상과 같이 구글의 북서치는 디지털화 및 검색서비스로서 제공되는 것에 대해 공정이용 법리의 해석과 적용을 통하여 면책될 수 있을 것으로 생각된다.

### (3) 정리

구글의 북서치는 그 자체가 복제 및 배포

19) Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 67 U.S.P.Q.2d 1297(9th Cir. 2003).

20) 구글의 북서치가 공정이용인지 여부에 대한 자세한 내용은 박영규, 구글 도서검색서비스의 저작권법적 문제, 『Law&Technology』, 제4권 제1호, 2008 참조.

라는 배타적 권리를 침해할 소지가 크기는 하지만 공정이용을 통한 면책가능성도 작지 않다는 점에서 다른 나라의 저작권법과 다르게 해석될 가능성이 크다. 실제 구글은 공정 이용에 해당한다고 항변하였으며, 이러한 주장이 반영된 것인지는 모르겠지만 결국 구글의 북서치 관련 소송은 화해로 종결될 것으로 보인다.

### 3.4 소결

구글의 북서치는 파트너 프로그램과 도서관 프로그램이 서로 상이한 결과를 가져오고 있다. 파트너 프로그램은 저작권자나 출판사와 계약을 통하여 그 이용범위 등을 설정하고 수익을 분배하는 구조이기 때문에 저작권 침해로 문제 삼을 것은 아니다. 다만 도서관 프로젝트는 권리자나 출판사가 아닌 도서관이 계약주체가 되기 때문에 저작권 침해가 이루어질 수 있다고 하겠다. 그렇지만 앞에서 살펴본 바와 같이 일정한 경우에는 공정이용 법리를 통하여 구글의 면책을 인정할 수도 있을 것이다.

그러나 구글의 이러한 프로젝트는 법원의 화해가 최종 인가될 경우에는 침해가 부인되기 때문에 지금까지 논의한 실익이 반감될 수도 있다고 하겠다. 따라서 이하에서는 구글의 집단소송에 대해 살펴보면, 집단소송의 결과가 대한민국의 저작권계에 미칠 수 있는 영향에 대해 살펴보려고 한다.

## 4. 구글 북서치 집단소송의 문제점 및 국내 적용가능성

### 4.1 구글 북서치 집단소송의 의의

#### 4.1.1 집단소송의 의의

집단소송(class action)은 다수의 소비자나 투자자들이 원인이나 쟁점을 공통으로 하는 손해배상 청구권을 갖고 있는 경우에 그 피해자 집단 중에서 대표자가 나서서 집단에 속하는 총원의 청구총액을 일괄하여 소제기 하고 일거에 전체의 권리를 실현시키는 소송 형태이다(이시운 2002, 631). 다수의 당사자가 소송에 참여하는 것보다는 단일한 소송을 통하여 정리하는 것이 효율적이고 그 결과가 다르지 않다는 점에서 소송경제를 실현하는 수단으로 이해될 수 있을 것이다. 이러한 집단소송은 1966년 미국연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure; 이하 FRCP) 제23조에 성문화 되었다(이상정 1988).

집단소송에서 요구되는 공통요건은 첫째, 집단에 속하는 자가 다수이고 전원을 당사자로 병합심리하기가 현실적으로 곤란하고, 둘째, 그 집단에 공통적인 법률상·사실상의 문제가 있고, 셋째, 대표당사자의 청구 또는 항변이 그 집단의 청구 또는 항변의 전형적인 것이어야 하며, 넷째, 대표자가 그 집단의 이익을 공정·적절하게 보호할 수 있어야 할 것 등이다. 이러한 요건을 고려하여 집단소송으로

진행할 것인지를 법원이 결정하게 된다(이시운 2002, 631). 만약 법원의 인가 결정이 있으면 집단의 구성원들에게 통지를 하여야 한다. 통지의 내용으로는 일정한 기한 안에 소송에서 탈퇴할 것(opt-out)을 신청하는 사람은 소송에서 제외되며, 탈퇴하지 않는 구성원에 대하여는 당해 판결의 효력이 미친다는 것 등이다. 이 통지는 헌법상 적법절차(due process)를 거치도록 하고 있으며, 통지를 받지 못한 집단의 구성원에 대하여는 판결의 효력이 미치지 아니한다. 물론 탈퇴한 구성원에 대하여는 판결의 효력이 미치지 않으며 이들은 각자 개별적으로 별도의 소송을 제기할 수 있다. 문제는 통지를 받고서도 특별한 조치를 취하지 않은 사람들인데 이들에 대해서는 통상적으로 판결의 효력이 미친다고 하겠다(법무부 2001, 193).

한편 집단소송에 있어서는 화해, 소의 취하 등은 법원의 허가를 받도록 하는 등 법원의 후견적 역할도 요구하고 있다(이시운 2002, 631).

#### 4.1.2 구글의 집단소송

미국의 경우, 작가협회(Author's Guild)에서 2005년 9월 20일 구글을 상대로 다수의 저작권 침해를 이유로 소송을 제기하였다. 작가협회에서 제기한 소송의 형태는 집단소송(class action)이고, 동년 10월에는 미국출판사협회에서도 저작권자의 동의 없는 구글의 스캐닝에 대해 반대하는 취지의 소송을 제기하였다. 다만 출판사협회에서 제기한 소송은

집단소송은 아니다. 이들이 제기한 소송은 미국저작권법 제106조에 규정된 배타적 권리의 보호에 근거하고 있다.

그렇지만 두 가지 소송은 2006년 10월 병합되었으며, 2008년 10월에 원고와 피고 사이에 화해에 합의하였다. 다만 집단소송에서 화해가 발효되기 위해서는 법원의 인가가 필요하며, 동년 11월 17일 미국 뉴욕 주 지방법원은 화해계약을 가인가 하였다. 화해계약의 정식적인 성립을 위해서는 이해관계자의 공청회 등을 거쳐 인가여부의 결정을 받아야 한다. 이를 위하여 구글, 작가협회, 미국출판사협회는 2009년 11월 13일 미국 법무부 등이 지적한 바 있는 독점금지법 및 저작권 문제에 대해 수정된 화해안을 뉴욕 주 지방법원에 제출하였다. 이전과 달리 수정 화해안은 화해의 대상이 되는 도서를 미국저작권청에 등록된 서적, 미국·영국·캐나다·호주에서 발행된 서적으로 한정하고 있다.

## 4.2 구글 복서치 집단소송의 화해

### 4.2.1 대상

구글의 화해안에 포함되는 대상은 2009년 1월 5일 이전에 출판된 서적을 대상으로 한다. 화해 내용은 구글의 도서를 디지털화 및 상업적 이용을 가능토록 하고 있으며, 저작권자에 대해서는 디지털화된 도서 1책마다 60달러 이상의 보상금을 지급토록 하고 있으며, 수익의 63%를 분배토록 하고 있다.

#### 4.2.2 법적 책임의 면책

구글은 2009년 9월 4일까지 디지털화한 도서의 주요 부분에 대해 일률적으로 60달러, 삽입물에 대해서는 15달러를 등록소(Registry)라고 하는 권리등록기관을 통하여 권리자에게 지급한다. 구글은 또한 등록소의 설립과 초기운영비로서 3,450만 달러, 법률비용 3,000만 달러를 지급한다. 구글이 위의 비용을 지불함으로써 얻게 되는 것은 화해로 말미암아 화해 발효 이전의 침해행위에 대해서는 모두 면책된다는 점이다(김병일 2009, 42).

#### 4.2.3 구글의 권리

구글은 화해가 정식적으로 인가가 되는 경우, 화해발효일로부터 비서관 서적은 권리자의 허락 없이, 시판 서적은 권리자의 개별허락을 받아 서적 및 삽입물을 ‘표시 사용’<sup>21)</sup>, ‘비표시 사용’<sup>22)</sup>을 할 수 있게 된다.<sup>23)</sup>

화해계약은 구글에게 미국 내에서 화해대상이 되는 서적 및 삽입물을 디지털화하는 권리를 부여하고 있다. 디지털화할 수 있는 권리는 미국 내로 한정된다. 반면, 표시사용과 비표시

사용의 권한은 미국 내에서 제한이 없다(김병일 2009, 43).

구글은 또한 특정 도서를 소개하는 페이지에 광고를 삽입할 수 있는데, 광고수익의 63%를 등록소를 통하여 저작권자에게 분배하여야 한다.

#### 4.2.4 저작권자의 선택권

화해계약의 결과로써 원고인 저작권자들이 선택할 수 있는 것은 첫째, 탈퇴요청(opt-out)으로 원고집단에서 탈퇴하는 방법이다. 둘째, 이의신청으로 원고집단에는 속하되 특정 내용에 대해서는 별도의 이의를 제기하는 방법으로 다른 결과를 가져오도록 하는 것이다. 셋째는 화해계약을 전폭적으로 수용하여 이를 따르는 것이다(김병일 2009, 43).

#### 4.2.5 고아저작물의 탈퇴요청

고아저작물(orphan works)은 기본적으로 저작권은 존재하나 저작권자를 확인할 수 없는 저작물을 말한다.<sup>24)</sup> 특히 구글 북서치에서 고아저작물이 문제가 되는 것은 탈퇴요청(opt

21) 표시 사용은 접근사용, 사전열람사용, 발췌본 표시 및 서적 페이지 표시가 포함된다.  
22) 비표시 사용은 검색결과로써 저작물의 표현을 사용하지 않는 방법으로 서지정보를 표시하는 방법이다.  
23) 표시사용 또는 비표시 사용에 대해서는 전시이용 또는 비전시 이용이라고 번역하기도 한다. 전자는 i) 개별적인 검색자의 개별적인 검색에 대하여 3개 부분(snippet)까지만 보여주는 일부 전시, ii) 서적의 제호, 저작권 통지를 담은 페이지, 목차, 목차 이전에 나오는 페이지, 색인 등을 미리 보여주는 기본정보 전시(front matter display), iii) 부분전시, 기본정보 전시 및 미리보기 이용 이외에 저작권으로 보호되는 자료를 보여주는 접속이용(access uses), iv) 미리보기 이용(preview uses)을 의미하며, 후자는 책의 서지사항만 보여주는 것과 같이 디지털 복제된 서적의 표현(내용)은 보여주지 않는 것을 말한다(이대희 2009, 145).  
24) 고아저작물이 발생하는 것은 미국의 저작권 제도의 변화에 기인한다. 1976년 저작권법 개정으로 이전 저작권법보다 38년의 보호기간이 추가되었고, 더욱이 방식주의를 요구하지 않는 베른협약의 가입을 위한 1988년 저작권법 개정으로 인하여 보호기간의 연장을 확인할 수 없으며, 방식주의의 포기로 말미암아 변화된 저작권 제도 하에



-out) 시스템인 합의서에서 권리자의 탈퇴요청 요구가 없는 고아저작물에 대해서 구글은 거의 자유롭게 서비스할 수 있다는 점이다. 결국 고아저작물에 대한 구글의 독점권이 용인될 수밖에 없어, 정보의 독점에 대한 문제가 발생하게 된다.

### 4.3 화해계약의 문제점

(James Grimmelmann 2009, 16)

#### 4.3.1 적법 사업자와의 형평성 문제

아마존, 야후, MS 등은 저작권자와의 이용허락 계약을 통하여 도서를 디지털화하여 이를 서비스에 제공하고 있다.<sup>25)</sup> 이들은 구글과 다르게 저작권법의 테두리 안에서 저작권을 보호하면서 서비스에 적용가능성을 검토하고 이를 토대로 서비스를 제공해 왔다는 점에서 형평성의 문제가 제기될 수 있다.

#### 4.3.2 정보독점의 인정

구글은 화해계약을 통하여 독점적인 권리를 보장받게 된다. 지금까지 출판되어 구글에게 디지털화할 권리를 부여하고, 디지털화된 결과물에 대해서는 구글의 서비스에서만 이용제공이 가능하도록 제한하고 있다는 점이다. 그렇게 되면 인류문화유산이라고 할 수 있는 도서

에 대해서 특정 기업만의 이용권을 갖게 되고 그 이용권은 기한의 제한 없이 해제 또는 해지 사유가 발생하지 아니하는 이상, 구글이라는 검색서비스를 통해서만 활용된다는 것은 인류 모두에게 좋지 않은 영향을 미칠 수 있다.

정보의 독점은 정보의 왜곡이 가능하며, 정보에 대한 통제가 가능하다고 하겠다. 또한 지금은 무상으로 제공된다고 하더라도 독점이 강해지고 그 독점에 대한 반발이 무디어지면 유상으로 서비스가 전환될 수도 있을 것이다.

#### 4.3.3 미래의 권리침해에 대한 면책

화해계약에 포함되는 것은 고아저작물의 저작자와 아직 디지털 복제를 하지 아니한 권리자들도 포함된다는 점이다. 물론 이들은 사실상 화해계약에 참여할 수도 없으며 그 내용을 인지하지 못한 경우도 있다는 점이다. 결국 구글의 화해계약은 자신이 권리자로서 저작권법상 정당하게 권리자임에도 불구하고 집단소송이라는 편의적인 절차에 따라서 권리침해가 의도하지 않게 해소되어 버리게 된다.

#### 4.3.4 참여하지 못한 당사자의 효력

구글 집단소송의 문제점이자 본질적인 문제인 것처럼,<sup>26)</sup> 본건 집단소송에 참여하지 못하거나 또는 탈퇴요청(opt-out)을 하지 못한 권

서 사실상 저작자를 확인할 수 있는 방법이 존재하지 않기 때문이라고 하겠다. 설령 저작자를 확인한다고 하더라도 그 비용이 만만치 않을 것으로 보이며, 이러한 상황을 구글은 복서치라는 프로젝트를 통하여 활용한 것이라고 하겠다.

25) 이러한 이유 때문에 2009년 8월에는 아마존, MS, 야후 등을 주축으로 'Open Book Alliance'를 설립하고 구글의 합의안에 문제제기를 하고 있다(이영록 2009, 1).

리자 등 이해관계자는 어떠한 항변도 할 수 없다는 점이다. 이는 집단소송 자체의 문제점이기 때문에 별다른 해결책을 찾을 수 없겠지만 이러한 형태로 진행되는 집단소송은 그 결과는 물론, 진행과정에서 개별적으로 통지를 받기가 거의 어렵기 때문에 소송대리인이나 특정 대표자가 약의적으로 이용할 경우에는 그 결과에 대해 별다른 항변을 할 수 없게 된다.

구글 집단소송의 경우에도 이해관계자로서 탈퇴요청을 하지 않은 경우에는 화해계약의 결과를 따라야 하며, 그렇지 아니할 경우는 별도로 소송을 진행하여야 할 것이다. 그렇지만 집단소송이 갖는 소송경제를 대체할 수 있는 것은 아니기 때문에 실효성은 크지 않을 것이다.

#### 4.4 집단소송의 결과가 국내에 미치는 영향

##### 4.4.1 화해안의 적용 여부

화해안의 초안에서는 모든 서적을 대상으로 하였다는 점에서 모든 나라에 적용된다고 보았다. 그렇지만 수정 화해안에는 이를 배제하고 있다. 즉 수정된 화해안은 화해의 대상이 되는 도서를 미국저작권청에 등록된 서적, 미국·영국·캐나다·호주에서 발행된 서적으로 한정하고 있다. 따라서 국내에서 발간된 서적은 화해계약이 적용될 여지는 감소한 것으로 보인다. 그렇지만 국내 출판사 중에서 참여되기를 바라던 출판사는 기대이익이 상실될 수도 있을 것이다.

##### 4.4.2 미국법상의 적용 여부

국내 발간도서라고 하더라도 미국 저작권청에 등록된 경우라면 화해안이 적용된다. 다만 국내발간 도서가 미국 저작권청에 등록된 건수가 얼마인지는 확인할 수 없을 것이고, 이에 대해 별도 통지가 없이 진행될 것으로 보인다. 따라서 이러한 경우에는 고아저작물에 준하여 처리될 것으로 보이며, 국내 출판사는 보상을 받을 수 없게 된다.

또한 국내 출판사의 경우에 구글 북서치에 가입하고자 하는 경우도 배제하지는 못할 것이다. 구글이라는 전 세계적인 서비스를 통해서 자사의 도서가 검색되고 이용에 제공됨으로써 얻는 이익은 무시할 수 없을 것이기 때문이다. 그러나 탈퇴요청 방식으로 화해계약에 포함되지 않고자 하는 저작권자는 화해계약에 포함되지 않겠다는 의사표시를 하여야 하며, 이러한 의사표시가 없을 경우에는 화해의 내용에 구속된다(이대희 2009, 8-9).

##### 4.4.3 저작권 조약에 따른 문제

구글의 화해안은 저작권 관련 국제조약을 통해서 그 효력을 인정받을 수 있다는 견해가 다수적인 견해로 보여진다.

국제사법 제24조는 지적재산권에 관한 국제조약에 준거법에 관한 규정이 없는 경우를 대비한 보충적 성격의 규정이므로(법무부 2001, 88), 국제조약에 이 사건에서 문제된 법률관

26) 집단소송은 기각될 때에도 심지어 당해 소송이 제기되지조차 알지 못하는 피해자들에게 기판력이 생긴다는 문제점이 있다(황적인, 이상정 1994, 399).

계에 적용될 준거법에 관한 규정이 있는 경우에는 그에 따라 준거법을 결정하여야 할 것인데, 베른조약 제5조 제2항 제2문은 “저작자의 권리에 대한 보호의 범위와 이를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 수단은 오로지 보호가 요구된 국가의 법률에 의해”라고 하여 저작재산권의 보호에 있어서의 준거법에 관해 규정하고 있으므로, 저작재산권의 보호에 관해서는 베른협약 제5조 제2항에 의하여 준거법을 결정하여야 한다. 한편, 베른협약 제5조 제2항에 규정된 ‘보호가 요구된 국가(the country where protection is claimed)’라 함은 ‘그 영토 내에서의 보호가 요구되고 있는 국가’, 즉 ‘보호국’을 의미하며, 특히 저작재산권의 침해 문제에 관련해서는 ‘그 영토 내에서의 침해행위에 대하여 보호가 요구되고 있는 국가’, 즉 ‘침해지국’을 의미하나 베른협약 제5조 제2항이 과연 준거법에 관한 규정인지 여부 및 베른협약 제5조 제2항의 ‘보호가 요구되는 국가’가 과연 보호국을 의미하는지에 관해서는 이견이 있다. 그러나 ① 베른협약 제5조 제2항이 준거법에 관한 규정이 아니라 단순히 외인법적 규정에 불과한 것으로 해석할 경우, 보충규정인 국제사법 제24조에 의해 ‘침해지법’이 준거법이 될 것이므로, 이 사건에서 대한민국 법률이 준거법이 되고, ② 베른협약 제5조 제2항의 ‘보호가 요구되는 국가’를 법정지국으로 해석한다 하더라도, 결국 법정지는 대한민국

이므로 역시 대한민국 법률이 준거법이 된다.<sup>27)</sup> 국제사법의 해석에 따라 법원은 “지적재산권의 침해를 원인으로 한 침해정지 및 손해배상청구는 모두 ‘지적재산권의 보호’에 관한 법률관계로서 원칙적으로 국제사법 제24조에 의해 그 준거법을 ‘침해지법’으로 정함이 상당하다”라고 판시함으로써 베른협약 및 설외사법의 해석을 통해서도 결국 행위지 및 보호지의 법률을 적용받게 된다. 결국 구글의 손해안은 미국의 저작권법을 준거법으로 설정할 수 있도록 함으로써 국내의 경우에도 효력을 갖는다고 하겠다.

## 5. 구글 북서치의 우리나라 환경에서의 적용: 도서 디지털화와 검색의 경우

### 5.1 도서 디지털화와 도서관 정보서비스

#### 5.1.1 도서 디지털화의 법률문제

도서의 디지털화는 다양한 법률문제를 가지고 있음에 대해서는 앞에서 개략한 바와 같다. 우리 저작권법은 저작권자에게 복제권, 배포권 및 공중송신권 등 7가지의 권리를 부여하고 있다. 이 중, 도서의 디지털화하는 경우에 적용되는 복제권 및 디지털화의 결과물을 온라인을 통하여 검색될 수 있도록 서비스하는 경우 적

27) 서울중앙지법 2008.6.20. 선고 2007가합43936 판결.

용되는 공중송신권에 위배될 수 있다. 우리나라에서 구글 북서치는 저작권 침해라고 보는 것이 일반적인 저작권법의 해석과 적용이라고 하겠다. 물론 저작권이 소멸한 퍼블릭 도메인의 경우라면 저작권 침해소지는 없을 것이며, 어떠한 형태로든 이용하거나 이용에 제공할 수 있다는 점에서 자유로운 이용이 가능하다.

스캐닝한 사업자는 온라인디지털콘텐츠산업발전법상 온라인콘텐츠사업자의 지위를 갖게 된다. 누구든지 정당한 권한 없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니된다. 다만, 온라인콘텐츠를 최초로 제작하여 표시한 날로부터 5년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다(제19조). 따라서 디지털화한 사업자에게 ‘디지털화권’ 유사의 별도 권리가 부여된다.

### 5.1.2 디지털 도서관과 원문정보의 제공

도서관의 기본적인 정책은 이용자에게 양질의 정보를 보다 적절하게 제공하는 것이라고 하겠다. 이를 위하여 다양한 서지정보를 데이터베이스화 하여 구축하고 있으며, 최근에는 다양한 형태의 원문정보를 제공한다. 이를 위해 권리자로부터 이용허락을 받게 된다. 그렇지만 이용허락 계약의 경우에는 도서관 내에서의 이용 등으로 그 이용범위를 상당히 제한된 형태로 규정되어 있어 관외의 이용이나 외부로부터의 접속이나 이용은 제한된다. 따라

서 디지털 도서관에서의 원문정보 제공은 저작권이 소멸되거나 없는 경우를 제외하고는 관외에서 이용하는 것은 허용되지 않고 관내에서도 저작재산권의 제한규정에 근거하여 예외적으로 허용되고 있다.

### 5.1.3 포털사이트를 통한 원문정보의 제공

도서관에서 디지털화한 자료를 도서관을 통해서 제공하는 것이 아닌 민간 영역인 포털사이트를 통해서 제공하는 경우를 살펴볼 필요가 있다.

우선 저작권법은 도서관에서의 제한규정을 통해서 연구목적 등을 위해서 일부를 복제할 수 있으며, 절판 도서의 경우에는 소장을 위해서 복제할 수 있도록 하고 있다. 또한 관내에서 서비스하는 경우에도 원칙적으로 소장된 부수만큼만을 동시에 이용에 제공할 수 있을 뿐이며 이 경우에도 기술적 조치를 취해야 할 의무가 발생한다. 따라서 복제 및 공중송신의 주체는 도서관이어야 하며 그렇지 않을 경우 저작재산권의 예외적용은 허용되지 않는다고 하겠다.

저작권이 있는 원문정보를 전체 또는 원본을 대체할 수 있을 정도의 분량이나 의미 있는 부분을 제공하는 경우에는 저작권 침해를 구성한다고 볼 수 있다. 이는 복제 및 공중송신권의 침해를 구성함은 다언을 요하지 않는다. 그렇지만 도서의 제목, 저자, 출판년월일 및 초록 정도의 서지정보에 대해서는 저작권 침해로 단정하기 어렵다. 사실정보에 불과한 것이기 때문에 이를 창작성 있는 저작물로 보기

어려울 것이다.

결국은 원문정보를 도서관이 아닌 포털사이트를 통해서 제공하는 경우에는 복제 및 공중송신권의 침해를 구성할 수 있음을 알 수 있으나 일부의 정보를 검색결과를 통해서 제공하는 경우에는 달리 볼 필요가 있다.

우선 저작권법은 제28조 인용규정을 통하여 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 이용할 수 있다고 규정하고 있다. 썬네일의 경우이지만 법원은 썬네일 자체가 원본 이미지의 대체가능성이 없다면 저작권 침해를 구성하지 않는다고 보고 있다.<sup>28)</sup> 따라서 원문정보의 제공이 일부에 한정되고, 그 분량과 내용이 원본을 대체할 수 있는 가능성이 없고, 그러한 것이 검색 및 정보가 갖는 공공성을 위한 것이라면 인용에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 결국은 단정하지는 못하지만 민간영역에서 제공하는 경우에는 인용규정을 통하여 어느 정도 면책가능성을 높일 수 있을 것이라고 본다. 더욱이 공정이용 규정이 도입되는 경우라면 면책가능성은 좀 더 높아질 수 있을 것이다.

## 5.2 도서관 관련 규정의 해석과 적용

### 5.2.1 도서관 제한 규정

도서관 디지털화와 관련하여 우리 저작권법

제31조 관련 규정을 살펴보면 먼저, 도서관 등에서는 보관된 도서 등을 사용하여 i) 조사·연구를 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 도서 등의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 제공하는 경우, ii) 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우, iii) 다른 도서관 등의 요구에 따라 절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우 등에는 복제할 수 있다(제1항). 다만, i)과 iii)의 경우에는 디지털 형태로 복제할 수 없다. 이는 디지털 파일로 변환되어 개인에게 제공될 경우에 전유통에 따른 저작재산권의 침해가 우려될 수 있기 때문이다.

구글의 디지털화와 관련하여 살펴보면, ii) 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우에는 디지털 형태로 변환할 수 있도록 하고 있다. 따라서 도서관의 디지털화에 대해서는 복제권의 침해여부에 대해 문제가 될 소지는 크지 않다고 본다. 결론적으로 우리나라에서 구글이 도서관과 디지털화에 필요한 계약을 체결하여 디지털화를 진행하더라도 저작권의 침해를 구성하지 아니할 것으로 보인다.<sup>29)</sup> 그렇지만 도서관에서 디지털화하더라도 도서관 내에서만 열람이 가능토록 하고 있기 때문에 관외 열람은 불가능하다는 점이다. 따라서 인터

28) 대법원 2006.2.9 선고 2005도7793 판결.

29) 우리 저작권법원 도서관과 도서·문서·기록 그 밖의 자료(이하 “도서 등”이라 한다)를 공중의 이용에 제공하는 시설에 대해 제31조의 대상으로 하고 있기 때문에 도서관은 물론 기록보존소 및 KISTI 등 연구기관의 자료실도 포함될 수 있을 것이다.

넷을 통하여 원격지로부터 도서관의 자료를 이용하는 것은 불가능하며,<sup>30)</sup> 다만 저작권이 만료된 퍼블릭 도메인만이 허용된다는 점에서 완전한 형태의 모습이라고 볼 수 없다.

### 5.2.2 온라인 자료의 수집

저작권법상 제한규정과 더불어 도서관법에서도 디지털화된 자료에 대해 수집할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 국립중앙도서관은 대한민국에서 서비스되는 온라인 자료<sup>31)</sup> 중에서 보존 가치가 높은 온라인 자료를 선정하여 수집·보존하도록 하고 있다. 특히 국립중앙도서관은 온라인 자료가 기술적 보호조치 등에 의하여 수집이 제한된 경우 해당 온라인 자료 제공자에게 협조를 요청할 수 있으며, 요청을 받은 온라인 자료 제공자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다. 이때 국립중앙도서관은 수집하는 온라인 자료의 전부 또는 일부가 판매용인 경우에는 그 온라인 자료에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다(도서관법 제20조의 2). 다만 도서관법을 보완하여 명확하게 디지털 납본제도의 도입을 통하여 민간 영역에서 디지털화하는 것을 공공영역에서 디지털화할 수 있도록 명시적으로 규정할 필요가 있다.

구글의 도서관 프로젝트와의 관계에서 보

면 본 규정은 인터넷상에 공개되어 서비스되는 경우에 해당하므로 도서관에 소장된 도서에 대해서는 해당하지 아니한다. 다만 인터넷상에 공개된 온라인 자료에 해당하므로 기존의 도서관에서 제공하는 본문이나 학술 전문단체나 기관에서 디지털화하여 제공하는 온라인 자료도 수집 대상이 될 수 있을 것이다.

### 5.2.3 저작권법상 OSP 면책 규정

우리 저작권법 제102조는 제3자의 행위로 인하여 발생한 저작권 침해책임에 대한 면책규정이기 때문에 OSP인 구글이 직접 정보를 생성하여 공중의 이용에 제공하는 경우는 적용되지는 아니한다. 만약 도서관과 OSP가 제휴계약을 체결하여 도서관이 수집한 온라인 자료나 디지털화된 결과물을 포털사이트를 통하여 검색이나 서비스에 제공하는 것은 별도 계약상 이루어지는 것이기 때문에 OSP에게는 직접적인 책임을 묻기는 어렵다고 본다. 다만 권리자나 이해관계자는 OSP에 대해 서비스 금지청구와 같은 가치분신청을 할 수 있을 것이다.

### 5.2.4 현행 법률의 한계

이용자는 포털사이트를 통해서 쉽게 검색하고 싶어하거나 또는 포털사이트와 연계된 서

30) 물론 저작권법 제31조 제3항에 근거하여 도서관등은 컴퓨터 등을 이용하여 다른 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서등을 복제하거나 전송할 수 있으며, 다만 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서등은 그 발행일로부터 5년이 경과하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다라고 규정함으로써 관외열람이 가능하도록 하고 있다. 그러나 상대방의 원격지는 도서관으로 한정되며, 그 경우에도 문화체육관광부 장관이 고시하는 보상금을 저작권자에게 지급하도록 하고 있다.

31) 도서관법은 온라인 자료를 “정보통신망을 통하여 공중송신되는 도서관 자료”로, 온라인 자료 제공자를 온라인 자료를 정보통신망을 통하여 공중송신하는 자로 정의하고 있다.

비스를 이용하고자 하는 욕구도 작지 않다고 본다. 그렇다면 국립중앙도서관에서 납본하고 있거나 수집한 온라인자료를 이용자가 보다 쉽게 검색하고 이용할 수 있는 상태로 제공해 주어야 한다. 그것이 디지털도서관의 궁극적인 목표라고 할 수 있으며, 구글의 북서치가 추구하는 바라고 할 것이다.

따라서 현행 저작권법 및 도서관법의 추가적인 정비가 필요하다고 본다. 또한 이를 뒷받침해 줄 수 있는 제도 중 하나가 공정이용법리(fair use doctrine)라고 할 수 있다. 결국 공정이용법리의 도입은 저작물의 이용활성화는 물론 다양한 서비스를 위해서도 필요한 제도가 아닌가 생각된다. 이하에서는 구글 북서치와 관련하여 공정이용법리의 의의와 국내 입법론에 대해 살펴본다.

### 5.3 관련 법제도의 정비 방안

#### 5.3.1 공정이용법리의 도입

공정이용과 같은 일반조항(一般條項)은 지금과 같이 사회가 급변하는 환경에서는 특별한 기준을 가지고 특정한 문제를 해결하기 위한 입법이 가지는 한계점을 보완할 수 있는 역할을 할 수 있기 때문에 입법론적 의의를 지니

게 된다. 즉 사회질서에 위반하는 법률행위의 내용을 구체적으로 일일이 든다는 것은 불가능하며(곽윤직 2002, 215), 예견하지 못하는 사항을 입법을 통하여 해결할 수 없는 경우에 이를 포괄적으로 규정하여 해결하기도 한다.<sup>32)</sup> 일반조항은 개개의 경우에 재판을 통하여 밝혀지는 것이지만 그것은 법관의 개인적·주관적 정의관이나 윤리관에 의함이 아닌 이성적이며 공정·타당한 것에 대한 국민전체의 건전한 관념에 따라 결정하여야 한다. 법관은 일반조항의 운용을 통하여 법의 이념을 구체화하는 역할을 하게 되며, 그러한 법관의 활동·기능을 통하여 일반조항의 내용은 충실해질 것이다(곽윤직 2002, 215-216). 이와 같이 일반조항은 궁극적으로 법원, 구체적으로 당해 재판부의 담당 법관의 해석과 적용을 통하여 운영되는 것이라고 하겠다. 저작권법상 일반조항은 공정이용법리(fair use)라고 할 수 있다.<sup>33)</sup>

구글 북서치와 관련하여 Peter S. Menell 교수(2007)는 “인류의 정보를 수집하고 보존하고 분류하고자 하는 목적은 저작권법 보다 먼저 존재했던 것이고, 저작권법이 가지는 보다 넓은 목적과 포괄적이고 접근 가능한 도서의 데이터베이스를 구축하는 것이 갖는 민주

32) 우리법에서 대표적인 일반조항은 민법 제103조의 규정을 들 수 있다. “제103조 (반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.”

33) 우리 저작권법은 저작권자의 권리를 제한하기 위하여 대륙법계 국가들과 마찬가지로 열거주의적 방법을 택하고 있다. 이 방법은 안정된 사회에서는 제한의 범위가 비교적 단순하기 때문에 예측가능성과 거래의 안정을 도모하는 데에 효과적으로 평가된다. 다만 디지털 환경과 같은 급변하고 복잡다기화하고 있는 상황을 감안할 때는 일반 원칙의 도입은 긍정적인 효과를 가질 수 있다고 한다(임원선 2003, 65).

주의적 측면, 문화적 측면, 경제적 측면을 고려할 때 구글의 프로젝트는 형평법상의 원칙인 공정이용법리의 융통성 있는 해석에 의해 정당화될 것”이라고 한다.

저작권법상 일반조항이 필요한 이유는 디지털 환경에 있어서 다양한 문제나 경우의 수를 예측하기가 어렵고, 또한 법률관계를 사전에 유형화하는 것은 불가능에 가깝기 때문이다(박익환 1999, 29; 이호흥 2005, 103; 심현섭 1989, 107). 특히 디지털 네트워크 환경은 날로 팽창되고 있는데, 기존의 제한과 예외가 타당성을 잃게 되는 경우를 방지하기 위하여 일반조항의 도입은 용인될 수밖에 없는 측면도 있다(이호흥 2005, 103). 또한 일반조항은 기술에 관한 예측불가능한 사항에 있어서 다양한 비즈니스 모델을 적용한 기술이 사장되는 것을 방지할 수 있는 수단으로써 활용될 수 있을 것이다. 이처럼 일반조항은 법원이나 행정기관 등과 같은 법 적용 당국으로 하여금 자기의 규준(規準)에 따라 결정할 수 있게 하여 그 지위를 강화하는 것을 그 기능으로 한다(심현섭 1989, 118).

다만 일반조항의 한계는 법률관계를 불명확

하게 할 수 있으며, 예측가능성을 떨어뜨릴 수 있다거나<sup>34)</sup> 법적안정성을 떨어뜨리는 혼란을 가져올 수 있다는 지적이 있다(박익환 2007, 167). 그러나 일반조항 자체가 갖는 의미는 예측불가능한 디지털 환경에서 어느 정도 예견되는 법률문제에 대한 가이드라인의 역할을 하게 된다는 점에서 법적 안정성을 떨어뜨린다는 것은 크게 우려할 것은 아니라고 본다. 추상적인 규정이지만 실질적으로 여러 가지 판단할 수 있는 요건을 제시할 수 있는 일반조항을 도입하여야할 것이다. 한미FTA 타결에 따른 비준을 위하여 공정이용이 규정된 저작권법 개정안을 발의하고 있으며, 이외에도 몇몇 의원들에 의하여 공정이용 규정이 규정된 저작권법이 발의되어 있다.<sup>35)</sup>

### 5.3.2 디지털 납본제도의 검토

현행 도서관법에서는 온라인자료에 대한 수집 규정을 두고 있다. 그렇지만 디지털 자료의 전반적인 납본제도로 이해할 수 있는지는 의문이다. 왜냐하면 온라인자료의 정의는 앞에서 살펴본 바와 같이 ‘정보통신망을 통하여 공중송신되는 도서관 자료’로 정의되기 때문에

34) 즉 일반조항은 어쨌든 불명확한 법을 등장시켰고, 이로 인하여 국민은 권리행사에서도 법해석과 처벌에 있어서 위험을 부담하게 된다고 하면서, 일반조항의 불확실성에 대해 우려하고 있다(심현섭 1989, 119).

35) 정부에서 발의한 저작권법 일부 개정(안) 제35조의2(저작물의 공정이용)

- ① 제23조부터 제35조까지에 규정된 경우 외에도 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.
- ② 저작물의 이용행위가 제1항에 따른 이용행위인지의 여부는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
  1. 영리 또는 비영리 등 이용의 목적 및 방법
  2. 저작물의 종류 및 성격
  3. 저작물 중 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 분량 및 비중
  4. 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향



디지털 형태의 자료를 포괄하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 이에 대한 포괄적이고 전반적인 제도 도입의 검토가 필요하다고 판단된다. 더욱이 디지털 납본제도는 그 이용할 수 있는 범위의 설정이 중요하다. 단순하게 보관을 위한 납본은 큰 의미를 갖기 어렵다.

지금의 도서관의 역할은 물론 자료의 수집, 보관 및 이용에 제공하는 것으로 한정하는 것은 디지털 자원의 낭비라고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 한계를 개선하기 위해서는 디지털 자료를 적극적으로 이용에 활용할 수 있는 제도적 범위의 완화가 필요하다고 본다.

또한 구글의 북서치에서도 한계로 지적되듯이 저작권자를 확인할 수 있는 방법이 현실적으로 거의 불가능에 가까운 경우가 있다. 물론 법정허락제도를 통하여 저작권자가 확인되지 아니한 저작물을 이용할 수 있겠지만 제도적, 비용적 번거로움에 따른 한계가 존재한다. 따라서 필요하다면 납본제도를 저작권 등록제도와 맞물려서 활용할 수 있을 것이다. 물론 저작권은 발생주의를 취하고 있기 때문에 등록을 통하여 권리를 부여하는 방식이 아닌 인센티브를 부여하는 방식으로 운영하는 것이 바람직하다고 본다.

## 6. 결론

앞에서 살펴본 바와 같이 국내에서의 구글의 북서치 서비스는 저작권 침해를 구성함은

다언을 요하지 않는다. 합의서의 효력은 개정되기 전 내용은 국내에서 발간된 도서에 미치기 때문에 저작권의 행사가 제한되는 문제가 발생한다. 다만 개정 합의서는 국내에서 발간된 도서에는 영향을 미치지 않도록 수정함으로써 분쟁 가능성이 상당히 낮추어진 바 있다. 개인적으로 구글의 유의미한 디지털화 사업에 대해서 공감한다. 도서관에 소장된 정제된 자료를 디지털화하여 검색 결과로써 이용할 수 있다는 것은 지식정보시대의 가장 보편적인 서비스인 검색의 효용성과도 맞물린다. 더욱이 구글은 디지털화된 도서를 검색결과로써 원문을 보여주며, 저작권 문제가 대립되는 서적에 대해서는 일부분만을 보여주거나 온라인 서점으로 링크를 제공하여 실제 서적을 구매할 수 있도록 해준다. 이러한 점에서 구글의 북서치는 출판사 및 저작자에게도 중요한 마케팅 수단으로 활용할 수 있게 된다.

그렇지만 어느 정도까지 구글의 북서치를 허용할 것인지, 그리고 다른 나라에서는 어떠한 입장을 취하여야 할 지는 상당히 고민스러운 일이 될 것이다. 도서관의 의미를 찾는다면 허용하는 것이 맞을 것이나 권리자에 대한 적절한 보상없이 진행되는 것에 대해서는 문제가 아닐 수 없기 때문이다. 반면 우리나라에서 추진하고 있는 디지털화 관련 일련의 작업들은 이미 그 효과를 보고 있다. 도서관에서는 상당한 도서에 대해서 디지털화해 놓은 상태이다. 다만 구글과 달리 우리나라에서는 국가에서 추진하고 있다는 점에서 차이가 있다.

우리나라의 경우에는 국가에서 디지털화를 추진하고 있지만 실제 이용자는 포털사이트를 통해서 원문정보를 이용하려는 욕구가 강하기 때문에 도서관을 통해 이용하는 제한은 해제될 필요성이 크다. 더욱이 저작권법이나 도서관법에서는 도서관을 서비스 주체로 규정하고 있기 때문에 구글처럼 민간사업자가 서비스 주체가 될 수 없다는 한계를 지닌다. 따라서 민간사업자가 디지털화는 물론 타인이 디지털화해 놓은 도서정보를 제공할 수 있도록 법제의 정비가 필요하다고 본다. 이를 위해서 저작권법의 협소한 서비스 범위에 대해서는 디지털 환경에 맞게 재해석될 필요가 있으며, 아울러 공정이용법리의 도입을 통하여 전반적인 원문서비스는 바로 진행하기는 어렵더라도 도서의 디지털화와 원문의 일부분에 대해 서비스가 가능하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

## 참고문헌

- 곽윤직. 2002. 『민법총칙』. 서울: 박영사.
- 김병일. 2009. Google Book Search에 대한 독일의 동향. 『한국유럽법연구회 제11차 학술대회』, 2009년 12월 17일. [서울: 고려대학교].
- 김윤명. 2007. 정보검색서비스에 관한 저작권법적 고찰. 『산업재산권』, 24.
- 박영규. 2008. 구글 도서검색서비스의 저작권법적 문제. 『Law&Technology』, 4(1).
- 박은주. 2008. Google Book Search에 관한 고찰. 『Law&Technology』, 4(1).
- 박익환. 1999. 디지털 환경에서의 저작권 제한제도에 관한 검토. 『계간저작권』, 47.
- 박익환. 2007. 공정이용조항의 도입논의. 『디지털재산법연구』, 6(2).
- 박준석. 2005. 『인터넷 서비스제공자의 책임』. 서울: 박영사.
- 배대현. 2009. 『디지털자료의 보존과 저작권』. 서울: 한국정보화진흥원.
- 법무부. 2001. 『국제사법해설』. 서울: 법무부.
- 법무부. 2001. 『미국의 사법제도』. 서울: 법무부.
- 심현섭. 1989. 일반조항 소고:분석적 소묘. 『서울대학교 법학』, 30(1·2).
- 오승중. 2007. 『저작권법』. 서울: 박영사.
- 이대희. 2009. Google Book Search와 인터넷상 도서이용의 과제. 『한국유럽법연구회 제11차 학술대회』, 2009년 12월 17일. [서울: 고려대학교].
- 이상정. 1988. 『소비자단체소송 및 집단소송에 관한 연구』. 서울: 한국소비자보호원.
- 이시윤. 2002. 『신민사소송법』. 서울: 박영사.
- 이영록. 2009. 구글 북스 프로젝트와 미국저작권법상 고아저작물의 이용. 『Copyright Issue Report』, 8.
- 이호흥. 2005. 『저작권관련 국제조약상 선진국과 개발도상국의 이해관계 충돌규정에 관한 연구』. 박사학위논문, 동국대학교 대학원.
- 임원선. 2003. 문화예술산업 관련 저작권법제의 정비방향. 『법학논문집』, 27(1).
- 최장관. 2008. 『인터넷포털산업의 특성과 경쟁

- 정책적 시사점』, 과천: 공정거래위원회.
- 한지영. 2007. 구글의 도서관 프로젝트. 『Law & Technology』, 3(6).
- 황적인, 이상정. 1994. 『소비자보호법』. 서울: 대학출판사.
- Hannibal Travis. 2006. “Google Book Search and Fair Use.” *Miami Law Review*, 61: 601.
- James Grimmelmann. 2009. The Google Book Search Settlement. American Constitution Society.
- Peter S. Menell. 2007. “Knowledge Accessibility and Preservation Policy for the Digital Age.” *Houston Law Review*, 44(4): 1013-1072. 재인용: 박은주, Google Book Search에 관한 고찰. 『Law & technology』, 4(1), 2008, 105.