

RESEARCH ARTICLE

# The Activation for the Use of Orphan Works in Cultural Facilities: Focusing on the Establishment of Standards for Diligent Search and the Preparation of Compensation Payment Levels

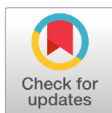
Donghui Kim\*

Ph.D. Student in Law, Graduate School, Korea University, Republic of Korea

\*Corresponding Author: Donghui Kim (yurianna78@naver.com)

## ABSTRACT

With the establishment of Article 35(4) of the Copyright Act and the relevant regulations within the enforcement decree of the same law, cultural facilities can use Orphan Works without utilizing the previous legal permission system, thus reducing the burden of the system's procedural fees. The economic burden of cultural facilities was further, and significantly, reduced by newly established regulations stating that compensation did not need to be paid in advance. Consequently, cultural facilities can contribute to cultural development using, indeed increasing their utilization of, the resources within Orphan Works. However, unclear "diligent search" standards set by Presidential Decree and the inability to predict the "level of compensation" when copyright holders appear are new concerns for cultural facilities as they face the limitations and burdens of using the system. The goal of this study was to offer help with these challenges, outlining from a practical point of view the parts of the Copyright Act that require revision and supplementation to operate the current system.



## Open Access

**Citation:** Kim D. 2024. The Activation for the Use of Orphan Works in Cultural Facilities: Focusing on the Establishment of Standards for Diligent Search and the Preparation of Compensation Payment Levels. The Journal of Intellectual Property 19(3), 73-88.

**DOI:** <https://doi.org/10.34122/jip.2024.19.3.4>

**Received:** May 27, 2024

**Revised:** June 19, 2024

**Accepted:** September 3, 2024

**Published:** September 30, 2024

**Copyright:** © 2024 Korea Institute of Intellectual Property

**Funding:** The author received manuscript fees for this article from Korea Institute of Intellectual Property.

**Conflict of interest:** No potential conflict of interest relevant to this article was reported.



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.

## KEYWORDS

Copyright Act Article 35(4), Cultural Institute, Orphan Works, Diligent Search, Compensation

원저

## 문화시설에서의 고아저작물 이용 활성화 방안: 상당한 조사기준 설정 및 보상금 지급수준 마련을 중심으로

김동희\*

고려대학교 일반대학원 법학과 박사수료

\*교신저자: 김동희 (yurianna78@naver.com)

### 차례

1. 서론
2. 문화시설의 고아저작물 이용 관련 신설규정의 주요내용
  - 2.1. 이용주체
  - 2.2. 이용대상
  - 2.3. 이용목적
  - 2.4. 이용요건
  - 2.5. 이용방법
  - 2.6. 저작물의 이용중단과 보상금 지급
3. 고아저작물 이용에 관한 법정허락 방식과 권리 제한 방식
4. 문화시설의 고아저작물 이용 관련 신설규정의 한계와 해결방안
  - 4.1. 문화시설의 상당한 조사기준 설정
  - 4.2. 문화시설의 보상금 지급수준 마련
5. 결론

## 국문초록

저작권법 제35조의4와 동법 시행령 제16조의3의 신설로 국립중앙도서관과 같은 문화시설은 종전의 법정허락제도를 거치지 않고 고아저작물을 이용할 수 있게 되었다. 이러한 새로운 규정의 도입은 그동안 문화시설이 고아저작물 이용을 위하여 소요하였던 법정허락 절차수수료와 보상금 사전지급에 대한 경제적 부담을 덜어주었다. 또한 이를 통하여 문화시설은 자신이 보관하고 있는 고아저작물의 사장을 방지하고 자원 활용을 증대할 수 있는 근거를 마련하였으며 종국에는 저작권법의 최종목표인 문화 발전에 기여할 수 있게 되었다. 하지만 동법 시행령에서 정한 '상당한 조사'의 불명확한 기준이나 저작재산권자가 나타났을 때의 '보상금 지급 수준'에 대한 예측 불허는 문화시설이 신설된 제도를 활용하는데 있어 한계와 제한으로 다가오고 있다. 이에 실무적인 관점에서 현행 제도 운영에 있어 수정·보완이 필요한 부분을 제시함으로써 도움이 되고자 한다.

## 주제어

저작권법 제35조의4, 문화시설, 고아저작물(Orphan Works), 상당한 조사, 보상금

## 1. 서론

통상적으로 저작권법에서 정한 예외적인 사유를 제외하고 다른 사람의 저작물을 이용하고자 하는 자는 당해 저작물의 저작재산권자에게 이용허락을 받고 저작물을 이용할 수 있다. 그런데 이용허락을 받고 싶어도 ‘권리자가 누구인지 알 수 없는 경우’나 ‘권리자가 누구인지 알 수 있으나 그 권리자의 소재를 알 수 없는 경우’, ‘권리자의 사망으로 그 상속인이 누구이고 그 상속인이 어디에 있는지 알 수 없는 경우’ 등의 이유로 저작재산권자로부터 이용허락을 받을 수 없는 경우가 있다.

이처럼 저작재산권자 불명인 저작물, 일명 고아저작물(Orphan Works)에 대해 우리 저작권법 제50조는 법정허락제도를 통하여 해당 저작물을 이용하도록 하고 있다. 그런데 도서관, 미술관 등과 같은 문화시설이 법정허락제도를 통하여 자신이 소장하고 있는 고아저작물을 대량으로 디지털화하여 망라적으로 이용하기에는 법정허락을 위한 절차수수료나 보상금 등 경제적 비용에 대한 부담이 적지 않다. 따라서 이러한 경제적 부담에 대한 개선이 없다면 법정허락제도는 고아저작물의 소량이용에는 적합할 수 있겠으나 고아저작물을 대량으로 디지털화하여 망라적으로 이용하기에는 부적합한 규정으로 보인다.<sup>1)</sup>

이에 개정 저작권법<sup>2)</sup>은, 문화시설의 고아저작물 이용 활성화를 위하여 권리제한 방식으로 새로운 규정을 도입하여 국립중앙도서관과 같은 문화시설이 디지털 도서관 구축 등을 위하여 절차적으로 수행하여야 했던 시간과 수수료, 보상금 등의 부담을 덜어주었다. 즉, 문화시설은 신설된 규정을 근거로 문화시설이 소장하고 있는 저작물을 절차수수료나 보상금 등 별도의 비용처리 없이 이용할 수 있게 되었다. 이러한 제도의 도입은 언택트 시대, 디지털 환경 하에서 모든 국민이 문화예술 저작물에 보다 쉽게 접근하고 이를 향유할 수 있는 기반이 조성되었다는 점에서 긍정적 의미가 있다<sup>3)</sup>. 하지만 한편으로는 이용 활성화에 치중한 나머지 저작권 보호에 소홀할 우려가 염려되기도 하다<sup>4)</sup>.

따라서 본 글은 실무적인 관점에서 관련 규정을 분석하고 현행 법정허락제도와 비교를 통하여 문화시설이 창작자를 보호하고 창작물의 이용을 활성화할 수 있도록 상당한 조사 및 보상금에 대한 기준설정을 명확히 함으로써 고아저작물 이용 활성화 방안을 모색하고자 한다.

## 2. 문화시설의 고아저작물 이용 관련 신설규정의 주요내용

저작권법 제35조의4에 따르면 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화시설은 자신이 보관하고 있는 대량의 저작물을 이용하기 위하여 상당한 조사를 하였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 이용허락을 받는 것이 실질적으로 불가능한 저작물에 대해 자료의 수집, 정리, 분석, 보존하여 공중에게 제공하기 위한 목적으로 그 자료를 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신할 수 있다. 즉, 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화시설은 저작권법 시행령 제16조의3에서 정한 상당한 조사를 실시하였음에도 불구하고 저작재산권자나 그의 소재를 확인할 수 없는 저작물은 저작재산권자의 허락이나 보상금의 사전지급 없이도 이용할 수 있다.

1) 안효질, “독일 및 유럽연합에서의 고아저작물 이용에 관한 입법 동향”, 『안암법학』, 제39호(2012), 40면. 최경수, 「저작권법 개론」, 제2판, 한울아카데미, 2023, 488면.

2) 법률 제16600호, 2019. 11. 26. 개정 2021. 5. 26. 시행.

3) 최경수, “기술변화에 대응한 저작권법 체계 개선 연구”, 문화체육관광부, 2018, 85면.

4) 최경수, 앞의 보고서, 85면.

## 2.1. 이용주체

이 규정에서의 문화시설이란 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화예술 활동에 지속적으로 이용되는 시설 중 대통령령으로 정하는 문화시설로 한정하고 있다. 그리고 저작권법법 시행령 제16조의2에서 구체적으로 문화시설의 범위를 정하고 있는 바, 국회법 제22조에 따른 국회도서관, 도서관법 제19조에 따른 국립중앙도서관 및 같은 법 제25조에 따른 광역대표도서관, 박물관 및 미술관 진흥법 제10조 따른 국립중앙박물관, 국립현대박물관 및 국립민속박물관만이 현재는 이용주체가 될 수 있다. 하지만 본 규정의 이용주체의 범위는 저작권법 시행령의 개정만으로 언제든지 확장가능하다. 따라서 고아저작물의 이용 활성화를 위하여 본 제도의 빠른 안착이 무엇보다 필요해 보인다.

## 2.2. 이용대상

저작권법 시행령에서 정한 문화시설에 해당한다고 하여 문화시설이 모든 저작물을 이용할 수 있는 것은 아니다. 문화시설이 이용 가능한 저작물은 그 문화시설에 보관된 공표된 저작물로 제한하고 있으며 이때, 외국인의 저작물은 포함하지 않는다.

여기서 공표된 저작물이란 저작물의 정당한 권리자나 권리자의 허락을 얻은 자에 의하여 공표되거나 상당한 기간에 걸쳐 공중에 제공되는 등 저작물이 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에 공개되거나 저작물을 발행한 경우를 말한다. 한편, 저작자가 공표되지 아니한 저작물을 다른 사람에게 양도, 이용허락, 배타적발행권 설정 또는 출판권을 설정한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다, 특히 저작자가 공표되지 아니한 미술저작물, 건축저작물 또는 사진저작물의 원본을 양도하는 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원본의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정하고 있다. 그리고 공표되지 아니한 저작물을 저작자가 도서관 등에 기증한 경우에도 별도의 의사표시가 없다면 기증한 때에 공표에 동의한 것으로 추정한다. 따라서 문화시설은 공표된 저작물의 범위에 대해 확정하여야 하고 이에 포함되지 않는 미공표 저작물에 대해서는 이용할 수 없다.

문화시설에 보관된 자료란 저작권법 제31조에서 말하는 도서관등에 보관된 도서와 같은 맥락으로 이해할 수 있다. 따라서 해당 문화시설 자신이 수집, 정리, 분석, 보존하여 공중에 제공하기 위하여 보관하고 있는 자료로서 문화시설이 소장하고 있거나 소장 허락을 받은 자료를 말한다. 다만, 문화시설에서 보관된 자료라 하더라도 외국인의 저작물은 본 규정에 포함되지 않는다. 이는 외국인의 저작물은 베른협약 등 조약에 따라 보호되고 있는 바, 조약과의 본 규정의 충돌 가능성을 차단하기 위함이다.<sup>5)</sup> 그리고 다른 기관에서 대여 받은 자료도 포함되지 않는다.

## 2.3. 이용목적

저작물의 이용목적은 문화시설에 보관된 자료를 수집·정리·분석·보존하여 공중에 제공하기 위한 것으로 제한되며 영리목적으로는 이용할 수 없다. 즉, 저작권법 상 권리제한 규정은 권리가 가지고 있는 본래의 권리내용을 공익성 등 특별한 요청에 따라 예외적으로 제한하기 때문에 그 규정을 해석하는데 ‘엄격성<sup>6)</sup>’이 요구되고 나아가 본래 권리가 인정되어야 하는 저작물의 이용행위에 대한 제한은 ‘한정적<sup>7)</sup>’이어야 한다. 따라서 국가나 지방자치단체가 운영하는 문

5) 최경수, 앞의 보고서, 457면.

6) 엄격성이란 자유이용이 허용되는 조건을 엄격하게 해석하여야 한다는 것을 의미함. 오승종, 「저작권법」, 제5판, 박영사, 2020, 681면.

7) 한정적이란 권리제한은 법문에 구체적으로 열거되어 있는 경우로 한정된다는 것을 의미함. 오승종, 앞의 책,

화시설은 문화시설을 설립한 근거법을 토대로 그 법령에서 정한 공공의 목적을 가지고 그 범위 내에서 이용행위를 하여야 한다.

## 2.4. 이용요건

문화시설은 저작권법 시행령 제16조의3에서 정한 상당한 조사를 하였어도 저작재산권자나 그의 거소를 할 수 없는 경우에 저작물을 이용할 수 있다. 이는 별도의 승인 절차나 보상금의 선 지급 없이 문화시설 자체의 상당한 조사만으로 이용요건을 갖출 수 있다. 이때, 문화시설의 상당한 조사는 저작권법 제50조의 ‘상당한 노력’보다는 완화된 기준과 절차를 염두에 둔 것으로 문화시설이 저작권법 시행령 제16조의3에서 열거된 요건을 모두 충족하였다면 문화시설은 저작재산권자의 허락 없이도 저작물을 이용할 수 있다. 즉, 문화시설 스스로가 특정 시스템 또는 별도의 시스템에 담긴 정보를 검색하고 열람한 뒤 해당 저작물이 ‘권리자 불명 내지는 고아저작물’이라는 사실을 확인하고 그 확인 기록을 자체적으로 보관하는 것으로 상당한 조사의 요건을 모두 충족한 것으로 보고 있다.

## 2.5. 이용방법

문화시설은 위 이용조건을 갖춘 경우 저작물을 복제, 배포, 공연, 전시 또는 공중송신할 수 있다. 예컨대 서책으로 복제하여 배포할 수도 있고 문화시설이 자료를 스캔하여 홈페이지에 업로드하고 공중이 그것을 실시간으로 열람하거나 다운로드 형태로 이용할 수 있다. 뿐만 아니라 공연, 전시 등의 다양한 형태로 이용할 수 있다. 다만 문화시설은 영리 목적으로 이용하거나 원저작물을 토대로 새로운 권리를 창설할 수 있는 2차적 저작물 작성은 제외되어야 한다. 이는 관련 규정의 입법목적에 의거 문화시설이 사장되고 있는 고아저작물 자체를 활용하여 ‘문화향상 발전’이라는 공익적인 목적을 위하여 마련된 것이므로 문화시설의 영리적 이용이나 원저작물을 활용한 2차적 저작물 작성까지는 허용되기 어려워 보인다.

## 2.6. 저작물의 이용중단과 보상금 지급

문화시설의 저작물 이용 중 저작재산권자가 나타나 자신의 저작물 이용에 대해 중단을 요구할 경우 문화시설은 지체 없이 이용중단을 하여야 한다. 이는 권리자가 나타나면 해당 저작물이 더 이상 법이 정한 이용요건에 부합하지 않기 때문에 본 제도를 통한 이용은 중단되어야 하는 것이다. 다만, 이용중단을 위하여서는 저작재산권자는 저작물 이용 중단 요구서를 포함하여 자신이 저작재산권자임을 소명할 수 있는 자료를 첨부하여야 하며 문화시설은 ‘이용중단 요구’가 저작재산권자에 의해 이행된 것임을 확인하였다면 지체 없이 해당 저작물의 이용을 중단하여야 한다.

한편, 저작재산권자가 문화시설이 이용한 저작물에 대해 보상금을 청구할 경우 문화시설은 저작재산권자와 협의하여 보상금을 지급하여야 한다. 이때, 보상금 협의가 되지 않을 경우 문화시설이나 저작재산권자 누구든지 문화체육관광부장관에게 보상금 결정을 신청할 수 있다. 그리고 이러한 신청이 된 경우 문화체육관광부장관은 저작물의 이용목적, 이용형태, 이용범위 등을 고려하여 보상금 규모 및 지급시기를 정하고 이를 문화시설과 저작재산권자에게 통보하도록 하고 있다.<sup>8)</sup>

681면.

8) 저작권법 제35조의4제4항에 따른 보상금 결정 신청의 접수 및 같은 조 제5항에 따른 보상금의 결정·통보는

이는 문화시설이 저작재산권자와 선행적으로 협의하여 보상금을 정할 수 있도록 함으로써 권리자를 보호하고 보상금이 협의되지 않을 경우에 한하여 정부가 개입하여 문화시설이 보상금 문제로 제도의 이용에 어려움을 겪지 않도록 한다는 점에서 이용자의 활용도 보장하고 있다.

### 3. 고아저작물 이용에 관한 법정허락 방식과 권리제한 방식

저작권법 제35조의4와 같이 권리제한 방식의 새로운 제도가 도입되기 전까지 동법 제50조는 문화시설이 권리자의 허락 없이 고아저작물을 이용할 수 있는 유일한 방법이었다. 그리고 국립현대미술관은 온라인 상 미술품 게시 및 도록 출판을 위하여 여러 차례 법정허락을 활용하기도 하였다.<sup>9)</sup>

법정허락 방식의 저작권법 제50조는 1970년 일본 저작권법 제67조의 영향으로 1987년 개정 저작권법에서 신설되었다. 그리고 법정허락 제도는 절차의 간소화, 저작권위원회를 통한 원스톱 서비스 운영, 외국인의 저작물 포함 등 법정허락에 필요한 절차와 요건은 지속적으로 개선되어 왔다. 그런데 디지털 시대 고아저작물을 대량으로 이용할 필요가 있는 문화시설의 입장에서는 여전히 법정허락 제도를 이용하기 위하여 필요한 시간과 비용이 부담되었다.<sup>10)</sup>

따라서 입법부는 디지털 환경에서 ‘안방 도서관’을 지향하고 모바일로 저작물에 접근하는 시대의 요청에 따라 고아저작물을 대량으로 이용할 수 있는 제도로서 저작권법 제35조의4를 신설하였다.<sup>11)</sup>

이에 따라 저작권법 제35조의4와 제50조의 가장 큰 차이는 이용방식이다. 저작권법 제50조는 기본적으로 이용허락을 전제로 하고 있는 법정허락<sup>12)</sup>인 반면에 동법 제35조의4는 권리를 제한하는 방식으로 고아저작물의 이용 활성화를 도모하고 있다. 따라서 저작물 이용목적과 이용주체에서 그 차이가 존재할 수밖에 없다.

먼저, 저작권법 제50조는 저작물을 이용하는 목적이나 주체, 이용대상에 아무런 제약을 두고 있지 않고 있다. 반면에 저작권법 제35조의4는 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화시설 중 대통령령으로 지정된 주체만 적용 가능한 규정이며 이용대상 또한 해당 문화시설에 보관된 자료로써 공표된 저작물만 이용할 수 있고 그 중 외국인의 저작물은 배려협약 등 조약과의 본 규정의 충돌 가능성을 우려하여 제외된다. 그리고 이용목적도 그 자료를 수집, 정리, 분석, 보존하여 비영리적인 목적으로 공중에 제공하기 위한 경우로 한정된다. 따라서 문화시설의 행위가 저작물을 제공받은 이용자로부터 이용에 대한 대가를 받는 것뿐만 아니라 영리를 목적으로 상업광고나 협찬 등을 받는 등 저작물을 제공하는 행위를 통하여 영리를 추구하는 경우에는 이 규정은 적용될 수 없다.<sup>13)</sup>

이렇듯 저작권법 제50조는 저작물에 대해 폭넓게 적용 가능한 범용의 규정이지만, 동법 제34조의4는 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화시설 중 동법 시행령이 정하고 있는 제한된 주

한국저작권위원회에 위탁되어 처리되고 있다(저작권법 제130조 및 동법 시행령 제68조 제1항 제1호).

9) 한국저작권위원회 권리자찾기정보시스템 법정허락 승인공고, 국립현대미술관 미술저작물 <해바라기> 등 총 100건, 한국저작권위원회 저작권비즈니스지원센터, “법정 허락 공고”, 저작권비즈니스지원센터, <<https://www.findcopyright.or.kr/user/mls/statBord/statBo01Detl.do?bordSeqn=1426944&bordCd=4&divsCd=4>>, 검색일: 2024. 8. 12.

10) 이호선·정경희, “도서관의 울타리를 넘어서는 저작물 디지털 서비스의 가능성: 저작권법 제35조의4의 주요 내용과 한계에 대한 검토”, 『정보관리학회지』, 제37권 제3호(2020), 120면.

11) 최경수 앞의 책, 455면.

12) 국제적으로 법정허락은 강제허락 중의 하나로서, 법률로 허락의 조건, 보상금의 액수나 요율을 정하는 것으로 이해되지만 우리 저작권법은 제50조를 ‘법정허락’이라는 이름으로 강제허락 제도를 수용하고 있다. WIPO, “Glossary of Terms of the law of Copyright and Neighboring Rights”, WIPO, 1980, p. 248.

13) 이호선·정경희, 앞의 논문, 114면.

체가 공익성 등의 특별한 목적을 위하여 해당 문화시설에 보관하고 있는 자료에 한정하여 공중에 제공할 수 있는 일종의 특례규정이다. 이는 저작권법 제34조의4가 도서관이나 미술관 등의 문화시설이 소장자료를 대량으로 디지털화하고 이를 온라인 서비스에 제공할 수 있도록 입법화한 규정이기 때문이다.

그러므로 저작권법 제35조의4는 동법 제50조와 달리 고아저작물의 이용을 위하여 저작재산권자 또는 그의 거소를 확인하기 위하여 상당한 노력 후 문화체육관광부장관의 승인과 같은 행정적인 절차를 거칠 필요가 없다. 다만, 문화시설은 상당한 조사를 통하여 저작재산권자 또는 그의 거소를 스스로 확인하고 저작물의 이용내역 등을 문화시설의 홈페이지에 게시하고 그 내용을 문화체육관광부장관에게 제출하여야 한다. 즉, 저작권법 제50조는 고아저작물을 이용하기 위하여 저작재산권자나 그의 거소를 찾기 위한 상당한 노력 외에 문화체육관광부장관의 승인을 얻기 위한 행정절차를 거쳐야 하지만 동법 제35조의4는 저작권법시행령에서 정한 저작재산권자를 찾으려는 상당한 조사 수행만으로 고아저작물을 이용할 수 있으므로 문화시설은 행정절차에 소요되는 시간이나 비용을 절감할 수 있게 된 것이다.

또한, 저작권법 제35조의4에 따라 문화시설은 보상금에 대한 부담도 경감되었다. 저작권법 제50조의 경우에는 고아저작물을 이용하기 위하여서는 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 따른 보상금을 사전에 한국저작권위원회에 지급하여야 한다. 그런데 저작권법 제35조의4의 경우에는 보상금의 사전지급 없이 저작물을 먼저 이용하고 추후 저작재산권자가 나타나서 요청할 경우에만 보상금을 지급하도록 하고 있다. 이로써 국립중앙도서관과 같은 문화시설이 보상금 지급에 대한 재정적 부담으로 그동안 저작권법 제50조를 활용하지 못했던 한계를 극복할 수 있게 된 것이다. 그리고 1998년부터 현재에 이르기까지 관리자가 나타나 법정허락제도의 활용으로 공탁된 보상금을 단 1차례도 수령된 사례가 없다<sup>14)</sup>는 점에서, 문화시설의 보상금 지급유보는 문화시설의 재정부담을 덜어줄 뿐 아니라 문화시설의 예산으로 지급된 보상금이 저작재산권자에게 분배되지 못하고 미분배보상금으로 쌓이게 되는 것을 방지할 수 있다는 점에서도 의미가 있다.<sup>15)</sup>

#### 4. 문화시설의 고아저작물 이용 관련 신설규정의 한계와 해결방안

저작권법 제35조의4의 신설로 도서관이나 미술관과 같은 문화시설이 자신들이 보유한 자료를 활용하여 저작물을 대량으로 디지털화하고 이를 대국민 대상으로 서비스하는데 권리처리에 대한 절차비용이나 보상금 지급 등 저작권 문제 해결을 위한 경제적 부담이 경감된 것은 사실이다.

하지만 저작권법 시행령에서 정한 ‘상당한 조사’의 불명확한 기준이나 저작재산권자가 나타났을 때의 ‘보상금 지급 수준’에 대한 예측 불가능한 문화시설이 본 제도의 활용에 있어 제약으로 보여진다.

어떤 좋은 제도도 ‘도입’, 그 자체만으로 입법의 목적을 달성할 수 있는 것이 아니고 제도를 이용하는 현장의 관심과 애정이 지속되지 않는다면 형해화(形骸化)되고 결국에는 사장(死藏)될 수밖에 없을 것이다.

따라서 문화시설이 본 제도를 적극적으로 활용함으로써 ‘원석상태’로 숨겨져 있는 고아저작물이 공중에게 많이 소개되고 그것을 토대로 문화·예술 분야의 무궁한 발전에 기여할 수 있도록 본 제도에 대한 홍보는 물론이고 상당한 조사와 보상금 지급 등 불명확 문제에 대한 해결방

14) 최경수, 앞의 보고서, 75-77면.

15) 이호선·정경희, 앞의 논문, 123면.



안 마련이 시급해 보인다.

#### 4.1. 문화시설의 상당한 조사기준 설정

저작권위원회는 2021년 용역사업을 통하여 저작권위원회가 관리하고 있는 자체 시스템을 포함하여 관련 기관의 저작권자 정보를 하나로 연계하는 통합 시스템을 구축하였다. 그래서 문화시설은 이 통합 시스템을 통하여 흩어져 있는 저작권자 정보를 한 곳에서 통합 검색할 수 있게 됨으로써 문화시설의 상당한 조사를 위한 업무 부담이 완화되었다. 그리고 상당한 조사는 저작권법 제50조의 법정허락 제도에서의 ‘상당한 노력’과 달리, 문화체육관광부 고시 제2020-0031호를 통하여 저작물의 종류에 따라 조회방식 및 조회정보를 확인하도록 지침을 제공하고 있으므로 문화시설의 상당한 조사는 이를 기준으로 수행하면 족하다 할 것이다.

그런데 저작권법 시행령 제16조의3에 열거된 상당한 조사의 내용 중 불명확한 부분이 일부 존재한다. 첫째, 저작권법 시행규칙이나 관련 고시를 통하여 확인하여야 하는 거소정보의 범위가 명확하지 않고 조회내용만으로는 거소정보로 활용되기도 어려워 보인다. 특히 문화체육관광부는 고시를 통하여 저작재산권자에 대한 정보 조회 대상 단체 또는 기관을 지정하고 조사대상 저작물마다 지정된 조회처에서 정보검색을 하도록 하고 있다. 하지만 조회내용에는 저작권자에 관한 소재정보를 담고 있지 않는 경우가 대부분이라 실질적으로 조사의 실효성을 담보하기 어려워 보인다. 따라서 상당한 조사의 실효성을 확보할 수 없는 요건에 대해서는 과감하게 삭제하여 문화시설의 상당한 조사에 대한 부담을 덜어줄 필요가 있다.

둘째, 저작권법 시행령 제16조의3에 따르면 상당한 조사는 각 요건을 모두 충족하여야 한다. 그런데 상당한 조사의 요건 중에는 ‘서지정보’ 조회와 같이 어문저작물 등에 한정된 조사항목이 있다. 이 경우 ‘서지정보’ 조회와 같은 요건을 충족할 수 없는 저작물<sup>16)</sup>은 처음부터 본 제도를 이용할 수 없는 건지, 아니면 상당한 조사의 각 요건 중 저작물별로 불가능한 요건을 문화시설이 임의로 제외하고 조사하는 것만으로 상당한 조사 수행이 완료된 것으로 판단해도 되는지 검토가 필요하다. 전자의 경우 저작권법 제35조의4 및 동법 시행령 제16조의2에 의거 문화시설임에도 불구하고 본 제도를 이용할 수 없다는 문제점이 있고 후자의 행위는 동법 시행령에서 정한 상당한 조사에 대한 존재의의를 훼손할 우려가 있다는 점에서 바람직한 해결방안이 아니다. 따라서 이러한 문제를 원천적으로 해결하기 위하여서는 저작권법 시행령 개정을 통하여 이러한 문제점이 발생하지 않도록 대책을 강구하여야 한다. 예를 들어 EU 고아저작물지침 제3조 제1항에 따르면 저작물의 종류에 따라 적절한 정보원에 문의하거나 조사하는 방법이 있다. 문체부 고시 또한 저작물의 종류에 따라 정보의 조회를 요청할 기관을 달리하고 있다. 따라서 현재의 상당한 조사기준을 저작물별로 구분하여 규정하는 것을 제안해 볼 수 있겠다.

셋째, 법정허락 제도의 ‘상당한 노력’과 달리, 상당한 조사는 전적으로 문화시설의 책임 하에 수행되므로 ‘저작권 침해의 위험’으로부터 완전하게 자유로울 수 없다. 예컨대 상당한 조사와 관련하여 저작재산권자와 분쟁이 발생한 경우에 문화시설이 상당한 조사를 실시하면서 정보의 조회를 하였던 기관이나 단체의 원 DB의 오류로 인하여 고아저작물의 여부를 판단함에 문제가 발생하였더라도 문화시설은 스스로 이러한 문제해결을 위하여 입증책임을 져야 한다.<sup>17)</sup> 그러

16) 시행령 제16조의3에 의거 상당한 조사란 각 호의 요건을 모두 충족한 경우를 말하고 있는 바, 제5호와 같이 박물관이나 미술관과 같이 국가서지에 대한 정보 등 관련 정보 조회 자체가 불가능한 경우에는 문화시설의 대상에는 포함되나 본 제도를 이용할 수 없게 된다.

17) 상당한 조사와 관련하여 저작재산권자와 분쟁이 발생한 경우 문화시설이 상당한 조사를 실시하면서 조회하였던 기관이나 단체의 원 DB의 오류라면 문화시설은 분쟁의 책임으로부터 면책되는 것이 타당해 보인다. 이는 문화시설이 전혀 예측할 수 없는 부분까지 책임을 져야 한다는 것은 상식적이지 않기 때문이다. 따라서 이러한 문제는 DB 구축 및 관리 형태에 따라 책임소재를 달리하여야 할 것이며 신탁관리단체와 같이 사용

므로 문화시설은 이러한 문제상황에 대한 염려와 우려로 본 제도를 이용함에 있어 신중하게 접근할 수밖에 없다. 따라서 문화시설이 자체로 보유한 DB의 문제가 아닌 이상, 정보조회 오류로 인한 침해 책임으로부터 문화시설은 면책될 수 있도록 저작권법 관련 규정 제·개정을 통하여 문화시설의 면책사유를 명확히 규정할 필요가 있다.

넷째, 상당한 조사에도 법정허락 제도의 ‘상당한 노력’과 같이 국내의 정보통신망 정보검색 도구를 이용하여 저작재산권자나 그의 거소를 검색하는 것이 포함되어 있다. 저작권법 시행령 제16조의3 제7호와 제18조 제1항 제4호의 문구가 거의 동일하다는 점에서 ‘상당한 조사’ 역시 저작권법 제50조 법정허락의 ‘상당한 노력’과 같이 ‘입증’에 가까운 수준으로 정보검색이 필요해 보인다. 그런데 신설된 제도의 도입취지 상 그러한 정도의 검색까지 해야 하는지에 대해 검토가 필요해 보인다.

그리고 문화시설이 어떤 관점에서 저작재산권자를 확인할지에 따라 정보검색의 기준이 달라질 수 있고 정보검색의 정도에 따라 저작재산권자에 대한 보상금 지급상황도 어느 정도 예측 가능하다는 점에서 이에 대해 명확한 기준을 세울 필요가 있다. 즉, 문화시설이 고아저작물에 대한 저작재산권자의 정보를 적극적으로 확인하여 그 저작물을 반드시 ‘이용’하는 게 목적인지, 아니면 문화시설이 보유하고 있는 저작물에 대해 시행령이 정한 ‘성실한 조사’를 하는 과정에서 저작자를 알 수 없거나 저작자의 생존 여부를 알 수 없는 경우, 그리고 저작자의 거소에 대한 정보가 조금이라도 있을 경우에 문화시설이 이러한 저작물의 이용을 유예할지에 따라 정보검색의 깊이가 달라질 수 있다.

전자의 경우처럼 ‘이용’하는 게 목적이라면 문화시설은 해당 저작물을 ‘고아저작물임을 입증’에 가깝게 적극적으로 검색하여 추후 저작재산권자가 나타날 수 있는 가능성을 낮추는 방식으로 보상금에 대한 우려를 완전 차단할 수 있다. 하지만 이는 저작권법 제50조의 법정허락의 ‘상당한 노력’에 준하는 정도로 비용과 시간이 많이 소요된다는 점에서 대량이용을 염두에 두고 있는 본 제도에 적용하기는 어려울 뿐 아니라 본 제도의 도입취지와도 맞지 않다.

후자의 경우에는 문화시설이 이용한 저작물에 대한 저작재산권자가 실제로 나타날 여지를 완벽하게 차단하는 효과는 있으나 법이 정한 고아저작물의 이용이 아니라 저작물의 보호기간이 만료된 저작물을 이용하는 것과 마찬가지로 법 적용에 부합하지 않다.

따라서 본 제도의 입법배경이나 도입취지를 고려할 때, 기존 제도가 요구하는 정도로 상당한 조사를 수행하도록 하는 것은 사실상 무리가 있어 보이고 특히 대량으로 고아저작물을 이용하기 위한 방안으로 본 규정이 신설되었다는 점에서 앞서 제시한 두 가지의 경우는 모두 적합해 보이지 않는다.

그러므로 상당한 조사에서 요구하는 정보통신망 정보검색도구를 이용하여 저작재산권자나 그의 거소를 검색하는 경우에도 저작권법 시행령 제16조의3 각 호의 조회수준 정도로 정보를 검색한 후 열람하여 해당 저작물이 ‘고아저작물’임을 확인할 수 있고 그 확인 기록을 문화시설이 보유하는 것으로 족하다 할 것이다. 다만, 이때 문화시설은 정보검색도구를 통하여 저작재산권자가 자신의 저작물을 쉽게 외부에서 확인 가능하도록 게시할 필요는 있다. 즉, 문화시설은 저작자가 누구인지조차 알 수 없어 저작재산권자를 확인할 수 없는 경우나 저작자나 저작재산권자의 거소를 알 수 없는 경우뿐 아니라, 저작자나 저작재산권자의 거소를 알 수 있는 정보가 있다 하더라도 그 정보가 사실상 접근할 수 없다면 ‘고아저작물’로 판단하여 그 저작물을 이용할 수 있지만 저작재산권자가 추후 자신의 저작물을 쉽게 검색할 수 있도록 그 방안을 강구하여

료를 징수하고 분배하는 등 저작권을 직접 관리하는 경우라면 원 DB에 대한 책임범위가 크겠으나 한국저작권위원회의 통합시스템과 같이 제출된 자료를 취합하되 검증할 권한 없이 DB를 구축한 경우라면 아무래도 책임을 논하기 어려워 보인다.

야 할 것이다.

끝으로, 현행 저작권법은 상당한 조사에 대한 정보조회 주기를 입법화하고 있지 않다. 국립중앙도서관 내부자료에 따르면 1개의 저작물을 상당한 조사의 요건대로 수행할 경우 평균 20~30분 가량이 소요되었고 이렇게 되면 1일 8시간을 조사할 경우 하루 15~20건만 가능하게 되어 인력투여 비용 대비 효과성이 부족하다는 의견도 있는 바,<sup>18)</sup> 새로운 제도가 도입되었지만 고아저작물 이용을 위한 문화시설의 ‘상당한 조사’는 여전히 부담으로 남아 있어 보인다. 그렇지만 문화시설이 저작물을 무상으로 이용하려는 것이 아닌 이상, 문화시설은 고아저작물에 대한 이용 활성화뿐 아니라 저작재산권자를 찾기 위한 노력을 위하여서라도 상당한 조사는 일정한 간격을 두고 주기적으로 실시하는 것이 바람직해 보인다.

## 4.2. 문화시설의 보상금 지급수준 마련

### 4.2.1. 보상금 제도

통상적으로 보상금 제도는 저작권이 제한됨으로써 저작재산권자의 경제적 이익이 부당하게 해할 가능성이 있는 경우에 있어 ‘이익 조정’에 있다<sup>19)</sup>. 즉, 보상금 청구 제도는 허락 없이 저작물을 이용하는 경우에 금전적 청구권만을 저작재산권자에게 인정하는 제도로, 저작권이라는 배타적 권리가 채권적 권리에 불과한 보상금청구권으로 변경된다<sup>20)</sup>.

따라서 법에서 정한 요건들만 잘 갖추면 문화시설은 저작재산권자의 허락 없이 저작물을 이용하더라도 저작권 침해에 해당하지 않으며 보상금을 지급하지 않았다고 하더라도 소급하여 저작권 침해가 되는 것도 아니다.<sup>21)</sup>

한편, 헌법 제23조제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.’고 하여 재산권 제한에 대한 손실보상은 ‘정당한 보상’이어야 함을 규정하고 있다. 그리고 정당한 보상의 의미에 대해서는 침해된 재산의 객관적 가치의 완전한 보상이어야 한다는 완전보상설과 사회관념에 비추어 타당 내지 합리적인 보상이면 된다는 상당보상설, 구체적 사정을 감안하여 때로는 완전보상을 하고 때로는 상당보상을 하면 된다는 절충설로 나뉜다.<sup>22)</sup> 그리고 우리 헌법재판소는 “헌법 제23조제3항이 규정하는 ‘정당한 보상’이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미하며...”라고 하여 완전보상설의 입장을 취하고 있다.<sup>23)</sup>

이에 저작권을 재산권 보호의 대상으로 보면서 보상금을 저작권 사용에 대한 대가로서의 채권적 권리라고 이해한다면 보상금은 ‘시장가격’에 준하도록 하는 것이 완전보상을 추구하는 논리와 일관성이 있다. 그런데 저작물마다 시장가격을 산정하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 더구나 저작물을 대량으로 이용하는 경우라면 더더욱 어려운 일이다.

### 4.2.2. 보상금 산정기준

미국의 경우 저작권 사용료 요율을 정할 때 창조성, 기술성, 자본투자, 비용, 위험, 미디어 시장 개척 등 기여도를 고려하여 저작권 사용료를 결정하도록 하고 있다.<sup>24)</sup> 하지만 우리나라의 경

18) 국립중앙도서관, “국가문헌 원문 DB 이용 확대를 위한 고아저작물 조사 시스템 개발 및 메타데이터 구축”, 공공데이터 기업 매칭 지원사업, 국립중앙도서관, 2020.

19) 최진원, 「문화시설 보상금 기준설정에 관한 연구」, 한국저작권위원회, 2020, 105면.

20) 최진원, 앞의 보고서, 105면.

21) 이해완, 「저작권법」, 제3판, 박영사, 2015, 582면.

22) 김유정, 「기본강의 헌법」, 전정6판, 도서출판 월비스, 2019, 687면.

23) 헌법재판소 1990. 6. 25.자 89헌마107 결정.

우 관련 시장이 미성숙 단계에 있는 때, 시장가격을 구하기 쉽지 않고 특수한 사례가 시장가격이라고 단정할 수 없는 경우도 많다.<sup>25)</sup> 뿐만 아니라 묶음판매, 포괄계약 등의 방법으로 저렴하게 거래되는 경우도 많다는 점에서 시장가격을 책정하기는 결코 쉽지 않다.<sup>26)</sup>

특히나 문화시설에서의 저작물 이용은 공공의 목적을 가지고 일반대중에게 서비스될 가능성이 높고 규정 도입 당시 EU 고아저작물 지침의 영향을 크게 받았다는 점에서 시장가격으로 보상금을 정하는 것은 쉽지 않은 일이다. 즉, 이론적으로는 보상금의 지급 기준을 ‘시장가치에 따른 보상금’으로 고려하여야 한다고 하나 실제 문화시설이 저작재산권자에게 보상할 때는 시장가격을 백프로 반영하여 보상금을 산정할 수는 없을 것이다.

한편, 보상금 문화가 잘 발달된 독일의 경우에는 집중관리단체를 중심으로 이용자 단체와 협상한 결과에 따라 보상금이 결정되는 구조이다. 그리고 일본의 경우에는 재정제도 이용에 따른 보상금액을 ‘통상의 사용료액에 상당한 금액’으로 정하면서 출판의 경우에는 출판업계의 관행인 인세율이나 산정방식, 음악 이용이라면 일본음악저작권협회(JASRAC) 등의 저작권등관리사업자의 사용료 규정을 참고하여 보상금액을 산정하고 있다.<sup>27)</sup>

우리나라의 경우 국립중앙도서관과 같은 문화시설은 의견수렴 과정에서 도서관 보상금 수준으로 보상금이 결정되면 좋겠다는 의견을 낸 적이 있다. 그런데 저작권법 제35조의4에 따른 이용형태는 저작물 이용이 복제·전송에 국한되지 않고 이용범위도 ‘도서관’이라는 제한된 범위가 아니다.

따라서 보상금의 지급 수준은 이용형태나 이용범위 등이 고려되어 도서관 보상금보다는 높게 책정되는 것이 바람직해 보인다. 그리고 저작재산권자와 협의하여 저작물의 가치에 따라 저작물 이용에 대한 보상금을 정하도록 하고 있기 때문에 단순히 저작물별로 보상금을 일괄 책정하기도 어려워 보인다.

또한 저작권법 제125조 제2항의 관리자가 ‘그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액’을 기준으로 하여 손해배상을 청구할 수 있듯이 ‘협의하여 정하는 보상금’은 정부가 정하는 보상금 수준보다는 높은 수준을 예정하고 있다는 점도 고려되어야 한다.

이렇듯 현재로서는 보상금 기준을 객관적으로 제시하는 것이 쉽지 않다. 물론 기존 법정허락 제도가 영리, 비영리를 구분하지 않고 통상적으로 신탁관리단체의 요율을 참고하여 보상금을 결정하고 있다는 점에서 문화시설의 보상금 산정기준에 참고가 될 수는 있겠지만 시장에서 정상적인 유통을 전제로 하고 있는 저작물과 절판도서와 같이 오랜 기간 저작권료가 발생되지 않고 있는 저작물에 대해 동일한 보상금을 지급하는 것도 모순이 될 수 있다.<sup>28)</sup> 이에 대해 한국도서관협회는 관리자가 나타날 경우에는 서비스를 중단하고 이전의 이용에 대해서는 보상금을 면제하자는 의견을 낸 바 있고<sup>29)</sup> 영국과 같은 외국에서 고아저작물에 대한 이용료를 0.1파운드와 같이 상징적인 금액 수준으로 산정한 사례<sup>30)</sup>도 있다.

하지만 상당한 조사 등 절차적 부담도 덜어주면서 보상금도 주지 않거나 소액으로 주겠다는

24) 17 U.S.C. 112(e)(4)

25) 최진원, 앞의 보고서, 122면.

26) 최진원, 앞의 보고서, 122면.

27) 일본문화청저작권과, “재정안내~권리자가 불명한 저작물 등의 이용에 대하여”, 일본문화청, 2020, 28-29면.

28) 최진원, “저작권법 제34조의4에 대한 연구-안방도서관과 문화시설에서의 고아저작물 이용”, 『정보법학』, 제25권 제1호(2020), 94면.

29) 최진원, 앞의 보고서, 222면.

30) IPO, “Orphan works commercial and non-commercial licences”, GOV.UK,

<<https://www.gov.uk/government/publications/orphan-works-commercial-and-non-commercial-licences/orphan-works-commercial-and-non-commercial-licences>>, 검색일: 2024. 8. 12.

발상은 저작권법의 목적마저 상실한 것이다. 그리고 EU 고아저작물 지침에서 문화시설의 공적인 목적, 이용의 비영리성 등과 권리자의 손실을 적절히 고려하여 보상금의 정도를 정하도록 권고하였다는 점에서 적어도 문화시설은 우선적으로 저작재산권자와 충분히 협의하고 저작물의 가치에 합당한 보상금을 지급하려는 노력을 반드시 할 필요가 있다.<sup>31)</sup> 즉, 문화시설은 다양한 유형의 저작물과의 이용계약 선례를 통하여 보상금 지급수준에 대한 명확한 기준을 스스로 마련하는 것이 가장 바람직해 보인다.

#### 4.2.3. 보상금의 지급범위

저작재산권자는 본 제도에 따라 문화시설이 이용한 해당 저작물에 대하여 보상금을 청구할 수 있다. 다만, 이때 보상금 청구 범위를 어디까지 허용할 것인지가 문제이다.

저작권법 제50조 법정허락은 이용하고자 하는 자가 법이 정한 상당한 노력을 진행한 후 문화체육관광부장관의 승인을 통하여 이용허락을 받는다. 그리고 보상금을 지급 후 저작물을 이용할 수 있다. 이때, 보상금은 법원이나 위원회를 통하여 관리되고 이용자가 법원이나 위원회에 지급한 날로부터 10년이 지나면 보상금은 국고로 환수되거나 저작권 관련 공익 목적을 위하여 이용됨으로써 보상금 청구권이 완전히 소멸된다. 이때, 저작재산권자가 자신이 법정허락절차 자체를 알지 못했거나 법정허락절차를 통하여 자신의 저작물이 이용되었는지 알 수 없었다는 이유를 들어 보상금 청구권이 소멸되지 않았음을 주장하더라도 이미 소멸된 보상금은 부활하지 않는다. 이는 민법 제162조에 의거, 보상금과 같은 채권의 소멸시효가 10년임을 감안하여 이해할 수 있다.

이와 달리, 저작권법 제25조나 제31조에 따른 보상금은 보상금 분배공고일로부터 5년이 지난 때까지 분배되지 않았을 경우 문화체육관광부장관의 승인을 받아 저작권 교육·홍보 및 연구 등과 같이 저작권 관련 사업을 위하여 이용하게 된다. 이는 교과용 도서나 수업목적 보상금 등 그리고 도서관에서 발생한 미분배 보상금은 법에 근거하여 정책적으로 5년의 소멸시효를 인정하고 있다.

문화시설의 경우 본 제도의 입법취지를 살펴보면 문화시설의 보상금 지급의무는 면제된 것이 아니라 저작재산권자가 보상금을 청구하는 시점까지 유예된 것으로 보인다. 따라서 저작권법 제35조의4 규정의 위치가 동법 제25조나 제31조와 같이 저작재산권의 제한규정에 위치하고 있으나 보상금 소멸시효는 민법 제766조 제2항을 적용하여 문화시설이 해당 저작물을 이용한 시점부터 기산하여 10년의 소멸시효를 적용하는 것이 타당해 보인다. 즉, 문화시설은 보상금 지급범위를 연 단위로 확정하고 10년이 지난 보상금에 대해서는 문화시설에 대해 지급의무를 면제하는 것이 제도의 이용 활성화 측면에서 바람직해 보인다.

## 5. 결론

위에서 살펴본 바와 같이 저작권법 제35조의4는 고아저작물의 대량이용을 위하여 신설된 규정임에도 불구하고 '상당한 조사의 불명확성'과 '예측 불가능한 보상금 산정기준'으로 인하여 문화시설이 고아저작물을 이용하는데 어려움이 존재하고 있다.

31) 문화시설은 스스로 내부지침을 마련하여 저작물 이용에 대한 보상 기준을 적절하게 설정하고 그에 맞게 지급하는 것이 여러모로 안정감이 있다. 그리고 이러한 기준에 대해 사회적 공감대가 형성된다면 추후 저작재산권자와의 보상금 갈등에서 우위에 설 가능성이 높다. 다만, 문화시설은 자신들의 기준을 무조건 적용하기 보다는 저작재산권자와의 다양한 협의 가능성도 열어 저작물 가치에 따른 개별보상의 여지도 가능하게 하여야 할 것이다.

따라서 이러한 문제점을 해결하여 제도가 잘 운용될 수 있도록 대책마련이 필요하다. 즉, 저작권법 제35조의4에 의거 고아저작물의 이용이 활성화될 수 있도록 문화시설의 부담을 완화시켜 줄 필요가 있다.

먼저, 상당한 조사의 불명확한 부분에 정리가 필요하다. 따라서 시행규칙이나 관련 고시를 통하여 확인하여야 하는 거소정보의 범위를 명확하게 하고 실질적으로 조사가 이루어질 수 있도록 조사대상처를 조정할 필요가 있다.

‘서지정보’ 조회와 같이 어문저작물 등에 한정된 요건이 적용할 수 없는 저작물에 대한 조치 방안을 강구하고 더 나아가 저작물의 특징에 따라 상당한 조사의 요건을 저작물별로 구분하여 규정하는 것이 바람직해 보인다.

그리고 전적으로 문화시설의 책임 하에 수행되는 상당한 조사로 인해 발생할 수 있는 저작권 문제상황을 사전에 예측하여 대비안을 마련해 두어야 한다. 특히 상당한 조사에 있어 조회하였던 기관이나 단체의 원 DB의 문제로 고아저작물 판단에 문제가 발생한 경우 문화시설은 예측할 수 없는 부분까지 책임범위를 확장되지 않도록 저작권법 관련 규정의 제·개정을 통하여 안전장치를 마련해야 할 것이다.

또한 정보통신망 정보검색도구를 이용하여 저작재산권자나 그의 거소를 검색하는 경우에 상당한 조사로 요구하는 저작권법 시행령 제16조의3 각 호의 조회수준 정도로 정보를 검색하고 열람한 뒤 해당 저작물이 ‘고아저작물’임을 확인할 수 있고 그 확인 기록을 문화시설이 반드시 보유할 뿐 아니라 저작재산권자가 정보검색도구를 통하여 자신의 저작물을 쉽게 외부에서도 확인 가능하도록 게시하여야 할 것이다.

한편, 현행 저작권법은 상당한 조사에 대한 정보조회 주기를 입법화하고 있지 않지만 문화시설이 저작물을 무상으로 이용하려는 것이 아닌 이상, 문화시설은 고아저작물에 대한 이용 활성화뿐 아니라 저작재산권자를 찾기 위한 노력을 위하여서라도 상당한 조사는 주기적으로 실시하는 것이 바람직해 보인다.

다음으로, 저작재산권자의 등장에 따라 문화시설이 부담하여야 할 보상금의 경우 헌법의 규정해석이나 헌법재판소 결정은 완전보상설의 입장을 취하고 있지만 보상금 산정에 필요한 시장가격을 구하기 쉽지 않고 또한 특수한 사례가 시장가격이라고 단정할 수 없는 경우도 많기 때문에 시장가격으로 보상금을 책정하는 것은 쉽지 않다.

특히나 문화시설에서의 저작물 이용은 공공의 목적을 가지고 일반대중에게 서비스될 가능성이 높고 규정 도입 당시 EU 고아저작물 지침의 영향을 크게 받았다는 점에서 시장가격으로 보상금을 정하는 것이 어려워 보인다. 따라서 이론적으로는 보상금의 지급 기준을 ‘시장가치에 따른 보상금’으로 고려하여야 한다고 하나 실제 문화시설이 저작재산권자에게 보상할 때는 시장가격을 백프로 반영하여 보상금을 산정할 수는 없을 것이므로 종국에는 문화시설이 우선적으로 저작재산권자와 충분히 협의하고 저작물의 가치에 합당한 보상금을 지급하려는 노력을 반드시 할 필요가 있다. 즉 문화시설은 합당한 보상금 지급수준을 산정하기 위하여 다양한 유형의 저작물에 대한 이용계약에 대한 선례를 쌓는 것이 중요해 보인다.

그리고 보상금 청구 범위에 대해서는 본 제도의 입법취지에 의거 문화시설의 보상금 지급의 무는 면제된 것이 아니라 저작재산권자가 보상금을 청구하는 시점까지 유예된 것으로 보므로 저작권법 제35조의4 규정의 위치가 동법 제25조나 제31조와 같이 저작재산권의 제한규정에 위치하고 있으나 보상금 소멸시효는 민법 제766조 제2항을 적용하여 문화시설이 해당 저작물을 이용한 시점부터 기산하여 10년의 소멸시효를 적용하는 것이 타당해 보인다. 따라서 문화시설은 보상금 지급범위를 연 단위로 확정하고 10년이 지난 보상금에 대해서는 문화시설에 대

해 지급의무를 면제하는 것이 제도의 이용 활성화 측면에서 바람직해 보인다.

국립중앙도서관과 같은 문화시설은 꽤 오랜 기간 동안 아카이브를 통하여 자신이 소장하고 있는 아날로그 자료를 디지털화하는데 많은 시간과 예산을 투여하였다. 그리고 이러한 자료는 저작물의 권리자를 특정할 수 없거나 찾을 수 없는 경우가 대부분으로 상업적으로 가치가 없거나 시장에 영향을 미치는 영향도 크지 않아 보인다.<sup>32)</sup> 하지만 국립중앙도서관의 고아저작물 데이터 구축 및 이용 활성화 사업은 정보 접근성 및 인류지식에 대한 접근기회를 확대하고 새로운 저작물의 창작이나 지식산업의 발전 등에 기여할 수 있다는 점에서 큰 의미가 있다. 즉, 문화나 예술은 결코 무(無)에서 창조된 것이 아니라, 인류의 기원 때부터 지금 이 순간까지 세대를 이어 우리에게 영향을 주고 있기 때문이다.

그런 의미에서 저작권법 제35조의4의 신설로 원석상태로 숨겨져 있는 ‘고아저작물’을 문화시설이 적극적으로 발굴하여 공중에게 소개할 수 있는 제도가 마련되었다는 점에서 의미가 있다. 그리고 신설 당시에 모든 것을 하나의 규정에 담기에는 어려움이 많았을 것이므로 앞으로 제도 운영을 통하여 수정·보완 등의 개선을 해 나감으로써 IT와 디지털 강국인 우리나라는 앞으로 고아저작물 이용 활성화에 있어 좋은 사례들을 계속 만들어 내고 본 규정의 존재가치를 높일 수 있어야 할 것이다.

32) Jennifer M. Urban, “How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 27(2012), p. 1381.

## 참고 문헌(References)

### 단행본(국내 및 동양)

- 김유정, 「기본강의 헌법」, 전정6판, 도서출판 월비스, 2019.  
오승중, 「저작권법」, 제5판, 박영사, 2020.  
이해완, 「저작권법」, 제3판, 박영사, 2015.  
최경수, 「저작권법 개론」, 제2판, 한울아카데미, 2023.

### 학술지(국내 및 동양)

- 박진아, “고아저작물 이용허락제도의 법적쟁점”, 「법제」, 통권 제680권(2018).  
안효질, “독일 및 유럽연합에서의 고아저작물 이용에 관한 입법 동향”, 「안암법학」, 제39호(2012).  
안효질, “고아저작물 이용에 관한 라이선스 방식과 저작권제한 방식”, 「안암법학」, 제51호(2016).  
이호선·정경희, “도서관의 울타리를 넘어서는 저작물 디지털 서비스의 가능성: 저작권법 제35조의4의 주요 내용과 한계에 대한 검토”, 「정보관리학회지」, 제37권 제3호(2020).  
최진원, “저작권법 제34조의4에 대한 연구-안방도서관과 문화시설에서의 고아저작물 이용”, 「정보법학」, 제25권 제1호(2020).

### 학술지(서양)

- Jennifer M. Urban, “How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 27(2012).

### 판례

- 헌법재판소 1990. 6. 25.자 89헌마107 결정.

### 인터넷 자료

- 한국저작권위원회 저작권비즈니스지원센터, “법정 허락 공고”, 저작권비즈니스지원센터, <<https://www.findcopyright.or.kr/user/mls/statBord/statBo01Detl.do?bordSeqn=1426944&bordCd=4&divsCd=4>>, 검색일: 2024. 8. 12.  
IPO, “Orphan works commercial and non-commercial licences”, GOV.UK, <<https://www.gov.uk/government/publications/orphan-works-commercial-and-non-commercial-licences/orphan-works-commercial-and-non-commercial-licences>>, 검색일: 2024. 8. 12.

### 연구보고서

- 최경수, “기술변화에 대응한 저작권법 체계 개선 연구”, 문화체육관광부, 2018.  
최진원, “문화시설 보상금 기준설정에 관한 연구”, 한국저작권위원회, 2020.

### 기타 자료

- 국립중앙도서관, “국가문헌 원문 DB 이용 확대를 위한 고아저작물 조사 시스템 개발 및 메타데이터 구축”, 공공데이터 기업 매칭 지원사업, 국립중앙도서관, 2020.  
일본문화청저작권과, “재정안내~권리자가 불명한 저작물 등의 이용에 대하여”, 일본문화청, 2020.  
WIPO, “Glossary of Terms of the law of Copyright and Neighboring Rights”, WIPO, 1980.