

학술정보 공적이용에 관한 헌법적 연구*

주 민 호**

〈국문초록〉

이 논문은 국내 학술 정보 구독료 급증 현상에 대한 규범적 검토를 목적으로 하였다. 학술정보의 자유로운 이용이라는 측면에서 오픈엑세스 운동은 이용자의 공익과 저작자의 재산권이 충돌하는 기본권 문제로서, 이를 조정해야 할 국가의 책무에 대한 헌법적 논의에 초점을 두었다. 학술정보가 재산권으로서 가치를 가지는 것은 명확하지만, 학술 정보의 생성과 유통의 측면에서 공적 영역의 지원과 관리의 밀도가 높은 우리나라에서 재산권 제한의 정당성은 타당할 수 있으며, 이에 대한 서구의 오픈엑세스 운동과 입법례를 비교하여 확인하였다.

연구자의 학문의 자유는 표현의 자유에 대하여 특별한 지위를 가지고 있으며, 특별한 보호에 근거한 국가의 재정 급부로부터 오픈엑세스 논의가 시작될 필요가 있으며, 지적 재산권의 종류마다 국가의 제한과 보상의 문제는 다를 것으로 생각된다.

학술정보의 상업적 이용에 대한 배타적 권리를 원용하기 위해 재산권의 보장이나 학문의 자유를 끌어들이는 필요는 없는 듯하다. 교육과 학문 영역의 주요 관심사는 상업적 이용을 통한 보상이 아니라 긍정적인 정보의 평가와 학문의 질의 개선을 통한 사회 공헌에 있다.

따라서 학술정보 저자의 입장에서 동료평가를 통한 학술 저작성의 인정, 학술 정보 발행 여부와 발행 시기를 결정할 권리와 저작물의 동일성의 보호에 있으며, 본인의 저작물을 상업적 이용으로 발생하는 배타성으로 열람이 제한되는 데 있는 것이 아니다. 이는 공공의 목적으로 생성된 학술정보를 사적 영역으로 끌어들이는 체계를 용인하는 입법적 정당화의 현실에서 기인하는 것이다.

즉 학문의 자유는 연구에 필요한 다양한 주제를 선택하고, 이미 출판된 학술정보를 방해받지 않는 연구가 정보적으로 안전하게 보호될 권리들의 보완하는 데 기능하는 것이며 지식과 정보의 추가적 이용을 보호하지 않는다. 지식과 정보의 자유로운 접근 영역으로 학문의 자유는 정보사회의 기본원칙이 가장 충실해야 한다.

무엇보다 오픈엑세스를 위한 국가 정책의 지속성을 담보하기 위하여는 법률의 명확한 근거를 통한 행정이 수반될 필요성이 제기된다고 할 것이다.

주제어 : 오픈엑세스, 지적 재산권 제한, 학술 정보, 이차 공표권, 학문의 자유

• 투고일 : 2025.01.09. / 심사일 : 2025.01.27. / 게재확정일 : 2025.01.27.

* 본 논문은 필자의 박사학위 논문인 “학술정보 공적이용에 관한 헌법적 연구”의 일부 내용을 수정 및 보완한 것이다.

** 법학박사, 경북대학교 법학연구원 전임연구원

I. 서론

학술논문에 관한 구독료의 급증 현상은 구독료의 조정 그 이상의 반작용으로 학술논문의 자유 이용이라는 오픈엑세스 운동을 촉발시켰다. 부다페스트 구상에서 시작된 이 운동은 이제 세계 각국의 정책과 입법에 관한 논의로 옮겨가고 있다. 그러나 학술논문의 세계적 유통이라는 견고한 시장이 존재하고, 국내의 저작권뿐만 아니라 베른 협약, 자유무역협정 등의 법적, 경제적 장벽 속에서 연구자 중심의 자발적인 학술논문 오픈엑세스 운동의 지속가능성 담보는 쉽지 않아 보인다.

국내에서 진행하고 있는 오픈엑세스 정책의 지향점이 학술시장의 전면적 공적 영역 편입인지 아니면 시장과의 공존인지 그 여부는 불분명하고 앞으로 진행되게 될 입법과정에서 논의될 부분이지만, 적어도 학술논문 오픈엑세스 정책은 공공성 측면에서 객관적 가치 부여와 동시에 학술논문의 제공이 국가의 급부 영역이 되어야 하는 당위성을 가지고 있다. 정보와 지식의 생산과 소비 그리고 재생산이라는 발전적 순환과정의 신속성이 요구되고 있고, 이미 EU에서는 호라이즌 2020(Horizon 2020) 프로그램에서 최종 사용자의 무료 접근과 이를 이용하여 생성된 과학적 정보는 온라인 접근을 제공해야하는 가이드라인을 제시하고 있으며 이를 실현하기 위한 막대한 재정 투입을 예고하고 있다.¹⁾ 이는 EU의 디지털 가버넌스와 궤를 같이한다.

우리나라의 경우, 한국연구재단과 한국과학기술정보연구원을 중심으로 학술원문을 확보하고, 디지털화된 학술논문을 온라인으로 무상 배포하는 서비스를 제공하고 있으며, 이러한 한국연구재단의 오픈엑세스 정책은 그 동안 동일한 서비스를 유상으로 제공해왔던 상업적 DB업체들과의 경쟁적 관계로 비춰지고 있다. 오픈엑세스와 같은 공적 서비스가 계획 또는 제공될 경우에도 이른바 사회적 필요성, 시장에 미치는 영향, 비용이라는 요소를 사전 검토가 필요하므로, 이와 관련하여 학술논문의 유통의 관련 당사자들 간의 관계와 저작권법상의 문제점에 대한 이해가 필요하다.

현재 국내의 오픈엑세스 학술정책은 한국연구재단의 학술지평가의 요소로서 오픈엑세스를 반영하는 것과 한국과학기술정보연구원, 한국교육학술정보원의 업무협약에 의하여 추진되고 있다. 이는 오픈엑세스가 저작물의 공표와 출판을 규율하는 저작권법에 근거를 가질 때, 행정사법의 수단들이 정당성을 가질 것

1) HORIZON 2020 Online Manual, European Commission

이므로 정책의 목적을 뒷받침할 입법이 요구된다고 할 것이다.

본고에서는 오픈액세스가 가지는 무상의 저작물 이용이라는 측면에서 저작자에게 부여될 공표권과 새로운 가치로서 학술정보접근이 모든 저작자에게 획일적으로 강제될 경우에 있어서 보상 문제 논의, 오픈액세스 법의 적용 대상의 범위와 그에 대한 헌법 가치들의 문제와 상호 충돌되는 가치에 이해하는 것을 목표로 논의를 전개하고자 한다.

II. 학술정보급부에 요구되는 헌법적 가치들

1. 정보자유접근영역(Public Domain)의 보호와 발전의 의미

(1) 퍼블릭도메인의 공적 가치

디지털 기술발전에 따른 다양한 서비스 형태가 발생됨으로써 이용자와 저작권자 간의 긴장이 고조되고 있으며, 과학기술의 발전을 매개로 사적 영역에서 사회적 권력이 등장하고 있다. 권력에 대한 제한을 통한 자유 보장은 공·사 영역을 불문하고 법의 지배적 가치임에 틀림없다.²⁾

정보에 대한 권리의 배분을 어떻게 할 것인가, 정보에 대한 자유로운 접근에 대한 일반적 이익을 어떻게 확보할 수 있는 것인가, 정보이용금지를 정당화할 공익은 무엇인가는 정보의 공익성과 공공적 이용에 관한 철학적 의미에서 시작되어야 할 것이다.

James Boyle은 공공재로서 정보가 사적 재산으로 변모하는 현상에 대하여 ‘국가가 지원하는 탐욕스러운 사유화’라 일컬어지는 영국의 인클로저 운동에 빗대어 표현하면서 이전에 상품화의 금지로 여겨졌던 정보의 공유지를 국가의 개입에 의하여 확장된 재산권으로 보호되고 있다고 하였다.³⁾

공공재로서 토지와 공공재로서의 정보의 본질적 차이는 토지는 성질상 용도에 따른 배타적 성격을 가지지만, 정보가 가지는 비경합적, 비배제적 성질로 인하여 정보를 창출해내는 사람에게 일정한 인센티브가 불가피하고, 이러한 불가피성은 국가로 하여금 배제적 기능을 창작자에게 부여함으로써 경제적 이득

2) Alexander Roßnagel, Technik, Recht und Macht ; Aufgabe des Freiheitsschutzes in Rechtsetzung und -anwendung im Technikrecht, MMR 2020, S. 222

3) James Boyle, the public domain : the second enclosure movement and the construction of the public domain, 66 Law & Contemp. Prob. 33, 2003, p. 37

을 추구할 방법을 제시하고, 법의 개입으로 지적 재산권이라는 독점적 권리가 생겨난 것이다.⁴⁾

현재의 지능정보화 시대에서 지적 재산권의 독점적 권리 행사의 위험성은 무형재산이 생성되면 재화의 효율적 몫을 보장하기 위하여 권리보유자에게 제한의 권한을 부여하는 것이고, 인터넷 공간은 정보의 전파와 더불어 통제의 용이한 수단이 되며, 복제가 기본적 사항이 될 수밖에 없는 디지털 정보 영역에서 한계비용이 0과 마찬가지로 권리자의 입장에서는 항상 유리한 규칙의 주장이 가능하며,⁵⁾ 이는 기존의 공공재로서 사용하던 관행을 규칙의 변경으로 불법화시키는 것이 된다. 즉 공공의 영역으로 비상업적으로 존재하던 저작성을 가진 재화가 사적 자치의 계약에 의해 저작권을 형성시키게 된다.

그렇다면 공공재로서의 정보와 재산권으로서의 정보의 경계와 재산권의 한계를 어떻게 설정할 것인가에 대한 주어진 명제에 대한 유효한 접근은 무엇인가로 논의는 귀결된다. 이에 대하여 정보의 자유 접근 영역의 개념짓는 것으로 시작하여 정보의 사유화를 정당화하는 입법의 한계를 찾아가는 것이 논의의 본질이 될 것이다.

(2) 퍼블릭 도메인의 의의와 발전

퍼블릭 도메인의 기원은 ① 적어도 퍼블릭 도메인 사용의 일부는 직접적으로 헌법, 특히 수정헌법 제1조와 저작권 조항(the First Amendment and the Copyright Clause)과 관련되며 이들 조항은 함께 대중의 학습 자원의 보호하고 육성하는 것을 목적으로 한다. ② 퍼블릭 도메인의 모든 이용은 우리 민주주의 사회에서 아이디어, 지식, 의미있는 내용들(materials)의 자유로운 흐름을 보호하는 보통 규범(the common norm)으로부터 나온 것이다. ③ 또한 퍼블릭 도메인의 이용권은 지식 재산권의 부여를 통해 국민의 자료 접근을 통제하기 위해 국가 권력의 행사에서 발생하는 압력에 대응한다. ④ 퍼블릭 도메인 영역으로 무제한적 접근권은 구조적 측면에서 국가 권력의 남용을 억제하는 기능을 한다.⁶⁾

즉 퍼블릭 도메인은 생산자의 정보가 유통을 통하여 누구든지 자유롭이 이

4) James Boyle, 앞의 논문, p. 42

5) James Boyle, 앞의 논문, p. 50

6) EDWARD LEE, The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property, 55 Hastings L.J. 91, 2003, p. 140

용가능한 상태에 이른 정보를 말하며, 이에는 기존의 문화와 제도, 커뮤니케이션 등의 인류의 모든 지적 체계에 속하는 유산을 중심으로 하여, 국가 생성정보는 이미 제도화된 정보공개법을 매개 수단이 되어 유입되며, 사적 정보인 개인 정보 또한 이용 가능한 정보화 조치를 거쳐 이용이 가능하고, 보호밀도가 높은 저작물의 경우는 저작권 보호기간의 만료, 혹은 저자의 저작물의 이용 허락, 혹은 공정이용을 통하여 퍼블릭 도메인에 유입되는 것이다.

퍼블릭 도메인은 저작권 상 규정된 개념이지만 어의적으로 일반인이 어떠한 제한 없이 접근과 이용이 가능한 영역의 재산권적 개념으로 저작권 영역에서 차용한 것이다.⁷⁾ 통상적으로 퍼블릭 도메인은 지적 재산권의 보호대상이 되지 않는 아이디어와 작품의 집합체로 본다.⁸⁾ 퍼블릭 도메인의 법적 개념은 공적 권리(publici juris, public right)와 공적 소유권(public ownership, public property)이라는 두 가지 속성이 병합된 것으로 지적 재산권의 비보호영역으로 남겨진 채로 존재하며 국가의 지적재산권의 존속 기간 및 주체의 문제에서 재산권을 부여하는 국가 권한의 헌법적 한계를 규정하는 기능을 가진다.⁹⁾

인공지능 등 과학 기술의 발전을 배경으로 디지털 전환은 가속화되고 있으며, 이는 정보의 확산에 기여도 하지만, 정보의 제한과 통제의 유효한 수단이 되어 정보생산자의 권리 확대에 이어지고 있다. 이로 인하여 과거 정보생산자와 이용자 간의 정치한 균형이 무너지는 현상이 초래되고 있다. 정보의 총량이 퍼블릭도메인, 국가 생성 정보, 지적 재산권 정보에서 국가 생성 정보는 정보 공개를 원칙으로 하여 퍼블릭도메인으로 이동하는 반면 이를 이용하여 생성되는 지적재산권 영역은 확대되어 오히려 퍼블릭도메인과의 영역적 균형이 무너지고 있는 것이다. 이는 지적재산권 영역은 주장할 수 있는 권리로 존재하지만, 퍼블릭도메인은 주장할 수 있는 권리 이외의 것으로 소극적 영역으로 존재하고, 비배타적 영역에 대한 권리가 인정되기 어려운 측면에서 기인한다.

보편적 문화유산은 기본적으로 누구나 자유롭게 활용할 수 있으며, 모든 문화 유산은 일 개인의 창조로 만들어지는 것이 아니라 수많은 공동체의 집단적

7) 김윤명, 퍼블릭도메인의 이해를 위한 개략적 고찰, 세창출판사, 2007년 겨울호(제49호), 132면.
8) 가령, 발명, 창작물, 상표 또는 어떠한 다른 창작이든 지적재산권에 따라 보호되지 않는 것으로 정의하거나(McCarthy on Trademarks, supra n 10, at § 1:2), 모든 보호방법을 고려한 후에 남아 있는 모든 것으로 정의되기도 한다(Samuels, supra n. 3, at 138), Tyler T. Ochoa, origins and meanings of the public domain, 28 Dayton L. Rev. 215, 2002, fn 11.
9) EDWARD LEE, The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property, 55 Hastings L.J. 91, 2003, p. 102

상호작용에 기반한 것으로, 소유는 한 사람이 아니라 일반 모두의 것이 된다.¹⁰⁾ 이러한 공유자원은 사법적 영역에서는 소유주가 없지만, 공법적 영역에서 그 공공성의 추구 대상이 된다. 따라서 그 효용의 결과는 근본적으로 공동체의 문화적 유산으로 재유보되는 것이 타당하지만, 무형의 재산권은 원칙이 아니라 법적 정당화를 필요로 하는 예외에 해당한다.¹¹⁾ 정보권의 정당한 분배, 즉 헌법상의 재산, 직업 및 알권리의 기본권적 보호의 최적화에 도달하기 위하여 복합적인 법익의 균형 조정이 요구된다.¹²⁾

2. 학술 정보 이용 확대를 위한 국가의 책무

「학술진흥법」 제2조(정의) 제1호에서 ‘학술’에 대하여 “학문의 이론과 방법을 탐구하여 지식을 생산·발전된 지식을 발표하며 전달하는 학문의 모든 분야 및 과정을 말한다.”고 정의하고, 동법 제14조에서 학술정보를 축적과 정보공유 시스템을 구축하여 운영할 수 있도록 하고 있다. 특히 동법 제14조 제4항에서 학술정보 이용의 활성화를 위하여 행정기관, 지방자치단체, 공공단체 및 대학 등에 필요한 자료를 요청할 수 있도록 하고 있는데, 대학의 경우 교원이 생성한 학술정보에 있어서 자료 제출 의무를 부과할 수 있는가에 대하여는 대학교수의 학술정보는 업무상 저작물이 아니라 자유발명으로 보기 때문에 보상과 동의에 관한 논의가 필요하다고 생각된다.

그러므로 동법 시행령 제18조(지식재산권의 관리 및 활용) 제1항에서 “교육부장관은 사업비를 지급하는 경우 그 연구 결과에 대한 지식재산권이 다른 법령의 규정에 따라 국가에 귀속되는 경우를 제외하고는 사업비 지급 대상자와 협의하여 연구 결과에 대한 지식재산권의 국가 귀속 여부를 결정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 즉 지식재산권의 국가 귀속 여부가 협의에 의하여 결정될 하게 되므로 공익의 목적으로 강제할 경우에는 부득이 보상의 논의가 전제되었지만, 그 보상의 범위에 관하여는 강한 사회적 기속성이 요청될 수 있다.

학술진흥법과 더불어 국가 연구 사업에 관한 기본법에 해당하는 국가연구개발혁신법¹³⁾ 제5조(정부의 책무) 제7호에서 연구개발정보의 공개를 통한 개방

10) 조동원, 정보의 자본화 과정 비판, 정보사회와 미디어, 정보와사회 제26호, 19면

11) Thomas Hoeren, Zur Einführung: Informationsrecht, JuS 2002, S. 948

12) Thomas Hoeren, 앞의 논문 S. 950

13) 2021. 1. 1.부터 시행된 이 법의 제정이유는 중앙행정기관별로 다르게 운용되고 있는 국가연구개발사업이 통합적·체계적으로 운영될 수 있게 하고, 국가연구개발사업을 추진하는 과정 전반의 비효율과 불필요한 부담을 제거함과 동시에 자율적이고 책임 있는 연구개발

형 혁신의 확산 유도 및 연구개발성과의 활용·사업화 촉진을 위한 시책을 마련하고 추진할 것을 정부의 책무로 하고 있다.

또한 연구개발성과 소유·관리 측면에서 제16조 제1항에서 “연구개발성과는 해당 연구개발과제를 수행한 연구개발기관이 해당 연구자로부터 연구개발성과에 대한 권리를 승계하여 소유하는 것을 원칙으로 한다.”고 규정하고 제2항에서는 “제1항에도 불구하고 연구개발성과의 유형, 연구개발과제에의 참여 유형과 비중에 따라 연구개발성과를 연구자가 소유하거나 여러 연구개발기관이 공동으로 소유할 수 있다.”고 하면서 제3항에서 국가안보를 위하여 필요한 경우(제1호), 공공의 이익을 목적으로 하는 연구개발성과를 활용하기 위하여 필요한 경우(제2호), 해당 연구개발기관이 국외에 소재한 경우(제3호), 그 밖에 연구개발기관이 연구개발성과를 소유하는 것이 적합하지 아니한 경우로 대통령령에 정하는 경우에는 동법 제1항과 제2항에도 불구하고 중앙행정기관의 장은 연구개발성과를 국가의 소유로 할 수 있다고 규정하고 있다.

동법 시행령 제33조(연구개발성과의 관리) 제5항에서는 “연구개발성과관리·유통전담기관은 연구개발성과와 관련된 정보 관리·공동활용체계를 구축·운영해야 하며, 연구개발성과를 유지·보관 및 관리해야 한다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 연구개발성과관리·유통전담기관의 운영에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.”고 규정하고 있다.

「학술진흥법」과 「국가연구개발혁신법」과 같은 분야별 정보에 대한 관리와 이용에 대하여 국가의 책무를 규정한 법률도 있지만, 모든 정보를 망라한 정보의 공개와 공공기관의 의무에 대한 일반법은 「정보공개법」이다.

“공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 이 법에서 정하는 바에 따라 적극적으로 공개하여야 한다.”¹⁴⁾고 규정하여 정보공개의 원칙을 천명하고 있으며, 동법 제6조 제2항 “공공기관은 정보의 적절한 보존 및 신속한 검색과 국민에게 유용한 정보의 분석 및 공개 등이 이루어지도록 정보관리체계를 정비하고, 정보공개 업무를 주관하는 부서 및 담당하는 인력을 적정하게 두어야 하며, 정보통신망을 활용한 정보공개시스템 등을 구축하도록 노력하여야 한다.”고 규정하여 정보의 관리에서 정보제공을 위한 플랫폼

환경을 조성하기 위하여 범부처 공통규범의 제정이 필요한 상황인바, 국가연구개발사업의 추진에 대한 범부처 공통규범으로서 국가연구개발사업의 혁신에 관한 내용을 포함한 법률을 제정함으로써 국가연구개발 체제의 근본적인 체질 개선이 이루어질 수 있도록 하려는 것이다.

14) 「정보공개법」 제3조

구축을 통하여 정보이용의 활성화 도모를 모든 공공기관의 의무로 하고 있다.

또한, 「공공기록물관리에 관한 법률」(이하 「기록물관리법」에서 기록물과 「정보공개법」상의 정보 개념적 범위에서 다소 차이가 있지만, 「정보공개법」에 의거하여 공개 여부는 결정된다. 「정보공개법」 제2조 제1호에 규정된 정보의 정의는 “정보 라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서 포함) 및 전자매체¹⁵⁾를 비롯한 모든 형태의 매체 등에 기록된 일체를 포괄하고 있다.¹⁶⁾

「기록물관리법」 제3조 제1호의 기록물의 법률상 정의에 따르면 “기록물 이라 함은 공공기관이 업무와 관련하여 생산 또는 접수한 문서·도서·대장·카드·도면·시청각물·전자문서 등 모든 형태의 기록정보자료와 행정박물을 말한다.”고 규정한다. 「기록물관리법」에서의 기록물은 모든 매체를 포괄하는 물리적 형태가 포함되며, 공개대상으로서 기록물은 매체 단위로 하지만 정보의 이에 관한 특별한 단위 개념을 가지고 있지 않다.¹⁷⁾

한편 지식·정보의 유통에 관하여 「국가지식정보 연계 및 활용 촉진에 관한 법률」(이하 「국가지식정보법」) 제13조에 따라 통합 플랫폼과의 연계대상이 되는 국가지식정보를 지정하고¹⁸⁾ 지정된 국가지식정보를 보유하고 있는 국가기관의 장은 디지털화 및 통합플랫폼과의 연계·활용 등에 관한 계획을 수립하여 과학기술통신부장관에게 제출¹⁹⁾하도록 하고 있다.

3. 사회국가원리와 학술정보급부

사회국가의 전통적인 관점은 자본주의에 폐해로 인한 사회·경제적 약자를 보호하고 사회 연대성 차원에서 재산과 경제에 대한 사회적 기속성을 강조하는 것으로서 국가의 역할을 생존배려 혹은 급부행정의 통한 약자의 보호에 중점을 두었으나, 현재에 와서는 사회계층 간의 불평등을 조정하고 다양한 이익들을 조정하기 위한 국가의 적극적 개입을 통하여 공정과 정의의 실현하는 과

15) 법 개정전의 ‘도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항’을 새로운 다양한 매체의 등장에 따라 포괄적으로 변경하여 범위를 확대하였다.

16) 한편 「지능정보화 기본법」상 ‘정보’의 개념은 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되는 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식으로 정의함으로써 정보공개법의 모든 매체에 비하여 디지털화된 정보를 지칭하는 것으로 보인다.

17) 김창조, 비공개상한제도 도입에 수반한 정보공개제도상 검토 과제, 법학논고 제67집, 2019, 77면

18) 「국가지식정보법」 제13조 제1항

19) 「국가지식정보법」 제13조 제2항

제로 인식되고 있다. 이는 국가가 특정한 계획 과제를 도출하여 장래의 결과를 예측하여 추구하는 목적에 따른 개입과 조정의 적극적 역할까지 요구되는 것이라 할 수 있다.

이러한 사회국가원칙의 실현은 국제조직에 의한 규정을 통하여 개별 국가에 영향을 미치기도 한다. 예를 들어, 국제연합은 「국제연합헌장」 제45조에 “국제적으로 평화적이고 우호적인, 그리고 상호 존중에 기초한 관계가 지배될 수 있는 데에 필요한 안정과 복지의 상태를 이룩하기 위하여 생활수준의 향상, 완전고용, 경제적 사회적 발전과 성장을 위한 전제조건의 진흥, 경제·사회·건강 등의 문제의 해결 및 문화와 교육 등의 분야에서 국제적 협력 및 교육의 진흥, 인종·성별·언어·종교의 차별 없이 인권과 기본적 자유의 일반적 존중 및 실현에 진흥할 것”을 규정하고 있다.²⁰⁾

한편, 우리 헌법재판소는 “사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 구각이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다.”²¹⁾ 정의하고 있으며, 이에 대한 실현은 실질적 자유와 평등의 실현이 핵심적이며 인간의 존엄성을 보장하는 것을 핵심으로 하는 국가 원리²²⁾라 할 것이다.

헌법 제119조 제2항은 “균형있는 국민경제 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간 조화를 통한 경제의 민주화”를 위한 국가의 규제와 조정권을 명시적으로 확인하여 실질적 평등을 위한 헌법적 기능을 분명히 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 사회적 기본권의 전통적인 견해는 사회적 급부나 제도의 형성이 국가의 시혜가 아니라 수혜자의 법적 권리로 인식되지 못한다는 점에 일정한 한계를 가진다. 이는 사법심사에서도 최소보장의 원칙 내지 과소보호금지의 원칙에 의해 국가의 부작위에 대한 명백성 통제에 의존할 수밖에 없다는 점이다. 이에 대하여 1997년 사회권규약과 관련하여 사회권위원회가 사회적 보장에 대한 국가의 의무를 존중의무, 보호의무, 실현의무로 구분하고 보장의 정도는 국가의 행위의무에 더하여 일정 수준의 결과까지 보장할 결과의무까지 국가의 의무가 확장됨을 선언한 것이라 할 수 있고²³⁾ 이는 사회국가의 원리

20) 윤재만, 사회국가원리의 이론적 근거 및 실현방법론, 공법학연구 제12권 제3호, 2011, 66면

21) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2002헌마52

22) 성중탁, 제4차 산업혁명과 사회국가 실현 등에 대한 전망과 과제, 헌법학연구 제27권 제1호, 354면

실현을 위하여 분야별로 정도는 달리할 수 있지만, 실질적 자유의 원칙에 따라 자유권의 실질적 구현을 위해 불가피하게 권리가 보장되어야 할 상황이면, 구체적이고 실질적인 내용을 담은 입법과 행정차원의 국가의무가 수반되며 이에 따른 청구권이 도출될 수 있는 것이다.²⁴⁾

정보지능화 사회에서 국가는 정보를 이용한 산업 발전을 위하여 국가 기관의 정보 공개, 공적 지원을 통한 보호 밀도가 높은 사적 영역의 지식 재산권의 자유로운 이용, 개인 정보 보호를 위한 기술적 보호 조치를 통하여 빅데이터와 같은 정보의 이용 촉진을 위한 법적 제도 개선의 차원에 더하여, 이를 정보의 유통을 위한 플랫폼 구현을 위한 공적, 사적 지원과 체계 정비 등은 정보지능화 사회에서 구조적으로 발생할 수 있는 정보격차의 해소뿐만 아니라 정보의 사용을 통하여 학술의 진흥과 성과를 통하여 이를 산업에 활용하는 새로운 생태계 구축이라는 목적 아래 다양한 공적 지원과 개입행위에 의한 조정자의 역할이 요구된다.

이러한 정보급부를 위한 국가의 당위는 우리나라에서 입법을 통하여 구체화되고 있으며 더욱 강화되는 추세에 있다. 「국가지식정보 연계 및 활용 촉진에 관한 법률」(이하 「국가지식정보법」)²⁵⁾은 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」(이하, 「공공데이터법」), 「지능정보화 기본법」, 「학술진흥법」, 「국가연구개발혁신법」 등의 법률들과 연계하여 국가적으로 보전 및 이용가치가 있는 과학기술, 교육학술, 교육문화, 사회경제, 행정, 등 각 분야의 방대한 국가 지식정보를 디지털 대전환의 시대에서 국가 지식정보가 공유·확산될 수 있도록 하여 지식에 대한 접근과 자유로운 이용이 가능하도록 하여 국가경쟁력 강화에 기여하는 것을 이유로 제정되었다.²⁶⁾

23) 한상희, 사회권과 사법심사, 공법연구 제39집 제1호, 2010, 96면

24) 김종철, 한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점 -, 헌법재판연구 제4권 제1호, 2017, 224면.

25) 「국가지식정보법」([시행 2021. 12. 9.] [법률 제18197호, 2021. 6. 8., 제정])은 국민의 자유롭고 편리하게 국가지식정보를 이용할 수 있도록 국가지식정보의 연계 및 활용을 촉진하는 데에 필요한 사항을 정함으로써 국민의 지식재산 창출 및 활용 역량을 제고하고 국가경쟁력의 강화에 이바지함을 목적으로 하고(동법 제1조 목적), 국가지식정보의 효율적 연계 및 활용을 촉진하기 위하여 국가기관등에 대하여 필요한 행정적·기술적·재정적 지원을 할 수 있으며, 예산의 범위에서 국가지식정보의 디지털화에 드는 비용을 지원할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제19조).

26) 「국가지식정보법」의 제정이유

4. 문화국가원리와 학술정보급부

문화국가란 “국가가 개인의 문화적 자유와 자율성을 보장하고, 개인의 문화적 생활을 구현하기 위하여 국가가 적극적으로 문화의 육성·진흥을 위하여 개입함으로써, 문화적 평등을 실질적으로 보장하는 국가”로 정의할 수 있다.²⁷⁾ 또한 우리나라는 건국헌법 이래 평화주의와 함께 문화국가원리를 헌법상으로 수용하고 있을 뿐만 아니라 제8차 헌법개정을 통하여 문화국가이념을 보다 강화하였다. 즉 국가는 문화의 영역에서 각인의 기회를 균등히 하여야 할 뿐만 아니라(전문), 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 하고(제9조), 대통령으로 하여금 민족문화의 창달을 위한 성실한 노력의무를 지우며(제69조), 문화적 생활영역에 있어서 차별금지뿐만 아니라(제11조 제1항), 문화적 기본권으로서 학문과 예술의 자유를 보장하고(제22조 제1항), 저작자 발명가 과학기술자와 예술가의 권리 보호(제22조 제2항)를 통하여 문화국가의 이념을 실현하고 있다.²⁸⁾

특히 헌법 제22조의 학문과 예술의 자유는 문화헌법의 중심규정이며 국가의 침해배제를 내용으로 하는 방어권이면서 동시에 문화국가목적규정으로서 국가권력을 구속하고 종국적으로 사법심사의 기준으로 법적 구속력을 가진다.²⁹⁾ 헌법재판소도 “헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.”³⁰⁾고 판시하고 있다.

그러나 문화국가의 원리와 같은 헌법상의 기본원리들이 사법심사기준으로 제공된다는 일반적 논의에도 불구하고 구체적인 심사기준으로 활용되기 위해서는 개별 사안에서 구체적으로 침해되는 사안이 명확하게 드러나고, 그 결과가 문화국가의 원리와 연결되어야만 가능한 것이다. 즉, 문화가 헌법적 차원에서 법개념으로 의미를 가지려면 어떤 문화가 가치 관련적이며, 현실적 소여로서 의미를 가지는가에 관한 범위와 관련하여 경험적으로 판단하는 것이 타당

27) 성낙인, 헌법상 문화국가원리와 문화적 기본권, 유럽헌법연구 통권 30호, 2019, 10면

28) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008, 303면.

29) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008, 316면.

30) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합)

하다고 할 것이다.³¹⁾

문화의 개념을 형성하는 개별적 요소로 학문·예술·교육 등이 될 수 있으며, 이들의 형성을 위한 문화국가의 원리는 국가의 지도원리 아래에서 학문·예술·교육은 개별적 주관적 공권으로서 기본권의 지위와 객관적 가치질서의 성격을 가지고 있으며,³²⁾ 개인의 인격의 발현과 밀접한 관련을 가지기 때문에 이는 사회적 자율성에 기초하고 이를 보장하는 것이 국가의 책무가 된다.

이러한 국가의 책무는 문화를 형성하고 발전시킬 급부의 영역이며, 급부의 영역 중에서도 개별 영역마다 시대적 요청에 따른 영역 형성의 밀도는 차이가 날 수 있다. 문화의 형성은 표현의 자유를 토대로 하여 개인적 인격에 의해 자율적으로 발현되는 것이므로, 그 표현의 창작을 보호하는 것은 문화국가원리에 중요한 요소로 작용한다.

특히 지식재산과 관련하여 헌법재판소는 「“저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”(제22조 제2항). 비록 이들의 권리가 기본권으로 정립된 것은 아니지만 학문과 예술의 자유에 준하는 수준의 법적 보호를 받아야 한다. 특히 문화재는 전 세계 인류의 자산이라는 차원에서 보호되어야 한다.”³³⁾고 판시하였고, 이는 기본적으로 문화의 자율성과 독립성, 그리고 건전한 문화육성과 발전을 위한 국가의 역할을 의미하는 것으로 풀이할 수 있다. 또한 창작자의 자율성에 기반하여 생성된 지식재산의 보장과 마찬가지로 국가의 공적지원으로 창작자의 활동을 지원하여 그 결과를 일반인들의 문화기본권 차원에서 접근보장이 가능하게 하는 것도 문화국가원리의 과제로 요청된다.

문화국가의 원리는 표현의 자유 영역과 밀접한 관련을 가지며, 표현의 자유는 정보의 접근권, 즉 알권리(정보의 자유)를 통하여 형성된다. 문화국가의 원리는 원칙적으로 자율성을 보장하는 것에서 시작되지만, 국가의 개입이나 조정은 문화국가실현 차원에서 정보의 양과 정보의 평등한 접근과 이용은 자율성 보장과 더불어 중요한 역할로 자리매김하고 있다. 자율성은 개인의 관점에서 자기결정권과 자기책임이며 공동체에 있어서는 사회적 책임으로서 개인의 정체성 실현을 위한 문화적 기반을 동반하므로 개인의 자율성은 사회적 동질성이 필연적으로 요구된다.³⁴⁾ 이는 문화가 단순한 시장논리에 따른 경제에 종속

31) 최우정, 헌법상 문화, 국가 그리고 기본권의 관계에 대한 고찰과 전망, 헌법학연구 제27권 제4호, 2021, 56면

32) BVerfGE 35, 79(114); 36, 321(331)

33) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200

34) 이세주, 헌법상 문화국가원리에 대한 고찰, 세계헌법연구 제21권 제2호, 2015, 38면

될 수 없으며,³⁵⁾ 문화의 영역은 공공재로서 기능하고, 재산권의 형성에는 사회적 기속성에 따름을 의미하기도 한다.

표현의 자유에서 특별한 지위를 가진 학문의 자유에 따른 결과물인 학술정보 생성에 있어 자율성은 문화국가의 원리를 실현하기 위한 동등한 고려를 바탕으로 최소한의 학술정보의 접근 측면에서 불편부당한 정보급부를 위한 국가의 개입과 조정 행위는 최소한의 국가책임과 관련된다.³⁶⁾ 문화창조와 문화향유에 있어서 인간의 존엄성을 기반으로 한 일반적 행동권과 더불어 문화의 범주에 속하는 정보접근의 평등 또한 법적 소여를 해결하는 데에 구체적 권리로 작용할 수 있다.

Ⅲ. 학술정보에 관한 오픈엑세스 개념과 국내외 발간 과정

1. 오픈엑세스의 개념과 유형

(1) 오픈엑세스 개념

오픈엑세스란 “공중 인터넷 망에서 이를 자유롭게 이용할 수 있음을 의미한다. 다시 말하면, 모든 이용자들은 인터넷 자체에 접속하기 위해 필수불가결하게 수반되는 경우를 제외하고는 재정적, 법적 또는 기술적인 장벽에 구애 받지 않고, 이러한 논문의 전문을 읽고, 다운로드하고, 복제, 배포 인쇄, 검색, 링크할 수 있고, 이를 색인으로 만들기 위해 수집하고 이를 데이터로 소프트웨어에 전달하거나 다른 합법적인 목적을 위해 사용할 수 있는 것”³⁷⁾을 말한다.

오픈엑세스라 하여 누구나 무료로 자유롭게 이용은 가능하나, 여전히 저작인격권은 보호되며 저자의 이용허락 없이 복제·배포 행위 등 상업적 사용은 금지된다.³⁸⁾

35) 이세주, 헌법상 문화국가원리에 대한 고찰, 세계헌법연구 제21권 제2호, 2015, 40면

36) 박종현, 헌법상 문화국가원리의 구체화와 헌법재판에서의 적용, 헌법학연구 제21권 제3호, 2015, 549면

37) Budapest Open Access Initiative 2002(<https://www.budapestopenaccessinitiative.org/>, 2025.2.5. 방문), 한국연구재단의 한국학술지인용색인(Korea Citation Index)에서도 오픈엑세스의 개념을 동일하게 보고 있다(<https://www.kci.go.kr/kciportal/ss-mng/bbs/bbsHelp10.kci>, 2025.2.5. 방문)

38) 채종일, 학술논문 오픈엑세스와 저작권법 관련 쟁점 연구, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 제60권 제1호·통권99호, 2019, 31면.

(2) 오픈엑세스 유형

1) 셀프 아카이빙(self-archiving)

셀프 아카이빙(self-archiving)은 저자가 오픈 액세스를 위해 저장소에 전자 문서판 논문을 올려두고 공개하는 행위를 말한다. 이 용어는 동료평가된 학술 논문, 학술대회 발표문, 단행본 수록 논문 등을 독자들의 접근성, 논문의 활용성, 논문의 피인용 확대를 위해 저자가 자신의 학술기관 리포지터리나 공개된 저장소 등에 올리는 것을 말한다. 학술지가 주도한 OA를 골드 OA라 부르는 것에 대응하여 저자가 직접 공개하는 셀프 아카이빙은 그린 OA(Green Open Access)라 부르기도 한다.³⁹⁾

2) 오픈엑세스 퍼블리싱(Open Access Publishing)

정보공유 라이선스(CCL⁴⁰⁾ 등)을 부여하여 학술정보가 보다 자유롭게 이용되게 하고, 학술출판물의 최종본과 관련 부록들을 전자적인 포맷으로 제작하여, 오픈엑세스 정신에 부합하고, 다음 세대를 위해 장기보존을 지향하는 공신력 있는 한 곳 이상의 리포지터리에 기탁한 학술출판물을 통칭한다.⁴¹⁾

2. 국내외 학술지 발간과정의 특징

(1) 국내와 해외 학술지 발간 과정 비교

국내의 학술지 발간은 저자가 학회(내지 대학 연구소)에 논문을 투고하고, 투고된 논문을 학회에 의한 심사를 거쳐 학회가 논문을 편집·출판한다. 출판된 논문은 대부분 학회 기관 홈페이지에 게재하고(그린로드에 해당), 제자 한 국연구재단에 진송하여 원문공개협약을 통해 공개하거나, 상업 DB업체에 독점 배포 계약을 통하여 학술논문을 제공한다. 따라서 국내에 경우에서 학술지의

39) 위키백과, <https://ko.wikipedia.org/>, 2025.2.5. 방문, 2013년 독일의 저작권법 제38조 제4항은 그린OA에 관한 법적 근거를 마련한 것으로, 연구자가 저작권을 양도하더라도 일정 기간이 지난 후, 합법적으로 원문 공개가 가능하도록 하였다.

40) CCL(Creative Commons Licenses)란 저작권자가 자신의 저작물에 대해서 일정한 조건하에 다른 사람의 자유로운 이용을 허락하는 내용의 자유 이용 라이선스. CCL 자유이용을 위한 최소한의 요건은 저작자표시(BY), 비영리목적사용(NC), 변경금지(ND), 동일조건변경허락(SA)의 4가지를 선정, 6가지 유형의 표준 라이선스마련되어있다. (<https://www.kci.go.kr/kciportal/ss-mng/bbs/bbsHelp10.kci>.) 2025.2.5. 방문

41) 한국학술지인용색인, <https://www.kci.go.kr/kciportal/ss-mng/bbs/bbsHelp10.kci>, 2025.2.5. 방문 방문

발간 주체는 학회이며, 상업 DB업체에 의하지 않고서도 학술원문을 대부분을 확보하고 있는 한국연구재단에 의해 학술논문을 제공할 수 있는 것이다.

이에 반해 해외의 학술지 발간은 다수의 학술지를 가지고 있는 출판사가 저자의 논문을 동료심사를 거쳐 발간하고 이를 유통하고 있으므로, 해외의 출판사는 우리나라의 학회, 한국연구재단, 상업 DB업체의 기능을 모두 가지고 있는 셈이다. 또한 저자는 유명학술지에 게재하는 것이 부와 명예에 관련된 것이므로 출판사와의 비대칭적 관계를 형성할 수밖에 없고, 국가기관이 논문을 확보하여 제공하는 시스템을 가지지 못한 해외의 상황은 유일하게 원문을 확보한 출판사는 구독기관인 도서관을 상대로 구독료 협상에서 유리한 지위를 가지게 했고, 이로 인한 구독료의 급증을 초래하였다.

(2) 국내 상업 DB업체 이익의 정당성 논의

앞서 언급한 바대로, 국내의 상업 DB업체는 해외 학술 출판사와 그 역할이 많은 차이를 보인다. 연구비 혹은 공적 시설의 도움을 받아 저자가 완성한 논문은 한국연구재단의 출판비 지원을 받거나, 순수 학회의 비용으로 학회의 심사와 편집을 거쳐 발간된다. 논문을 제공받은 상업 DB업체는 학회에서 제공한 동일한 원문 파일 도서관에 구독료를 받고 제공한다.

이러한 과정은 국가 재정이 발간 전 연구비 지원과 발간 후 구독료 사용이라는 이중 지원되는 모순이 발견되고, 해외 출판사와 달리 발간과정의 주체라고 보기 힘든 상업 DB업체가 이익을 취하는 것은 상식적이지 않다고 생각된다.

현재의 모순 상황을 벗어나기 위해 오픈엑세스는 구독료의 재정을 연구비와 출판비로 전환하여 학술논문을 무료로 제공하는 것이 한 모델이 될 수 있을 것이다.

IV. 오픈엑세스 주요 입법과 시사점

1. 저작자의 공표권에 관한 논의

(1) 최초 공표권

연구의 성과물인 논문의 공표 여부는 학문의 자유의 본질적 내용이므로 공표 자체를 강제할 수는 없다. 또한 저작권 제11조 제1항에서도 “저작자는 그의

저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.

그러나 학술논문 공표가 전제된 경우에 한하여 최초 공표를 오픈 액세스 학술지에 출판하거나 그와 동시에 학회 홈페이지를 통하여 공개하는 것을 법률로써 의무화할 수 있는가 여부가 문제될 것이다. 특히 모든 저작자의 논문이 오픈엑세스 출판하는 것과 대다수의 학술지가 기관 홈페이지에 발간 논문을 공개하는 것과 달리 기관 소속 회원에게만 제공하는 경우에 있어서 공개 강제 의 여부이다.

‘학술논문에 대한 자유로운 접근’이 순수 연구자들의 오픈엑세스 운동으로 학문의 자유의 보호영역으로 인식되어가는 과정에 있다고 생각되지만, 언론의 자유에서 액세스권, 알권리라 일컬어지는 정보엑세스권과 달리 학술논문의 접근은 다른 주체의 재산권과 같은 관계를 기초하고 있기 때문에 제약을 무제한 확장될 수는 없다고 본다. 이에 관하여는 오픈엑세스 강제 대상의 범위를 확대하는 방안으로 연구비와 출판비를 지원받는 연구자와 학회를 중심으로 규율하는 것이 타당하다고 본다. 특히 서구의 영리 출판사와 달리 국내의 출판은 학회에서 이루어지고 있기 때문에 모든 학회가 오픈엑세스 출판으로 전환하게 되면, 최초 공표부터 오픈엑세스로 추진되는 것에는 무리가 없을 것이다.

(2) 2차 공표권

1) 오픈엑세스 해외입법례

| 법률 | 미국 | | 스페인 | 독일 | 프랑스 |
|-------|--|--|---|---------------------------------|---|
| | 42 U.S.C § 282c | 일괄제출법, 2014 | 과학·기술·혁신법 | 저작권법 | 연구법 |
| 관련 조항 | § 282c(Public access to funded investigator's final manuscripts) | Consolidated Appropriations Act, 2014 Sec. 527 | Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación § 37 | Urheberrechtsgesetz(UrhG) § 38 | Code de la recherche Article L533-4 |
| 대상 기관 | NIH | 노동부, 보건복지부, 교육부 중 1억 달러 이상 연구개발비 지출 기구 | 공공 기구 | 공공 기구 | 정부, 지방자치단체 또는 공공기관, 국가기관, 유럽연합 |
| 대상자 | NIH 기금을 수혜받는 모든 연구자 | 연방 정부에서 전부 또는 일부의 기금을 지원받는 연구자 | 국가예산에서 기금을 대부분 지원받아 연구를 수행한 연구자 | 공공기금을 50% 이상 지원받은 연구자 | 공공기금을 절반 이상 지원받은 연구자 |
| 공개 대상 | 출판이 승인된 저자의 최종 동료심사 원고의 전자 버전 | 출판이 승인된 저자의 최종 동료심사 원고의 기계가독형 버전 | 출판이 승인된 출판물의 최종 디지털 버전 | 논문 | 저작물의 오픈 포맷 |
| 공개 시기 | 공식 출판 후 12개월 이내 | 공식 출판 후 12개월 이내 | 공식 출판 후 12개월 이내 | 공식 출판 후 12개월 이내 | 과학기술, 의학: 최초 출판 후 6개월 이내, 인문, 사회과학: 최초 출판 후 12개월 이내 |
| 공개 방법 | NIH가 PMC에서 공공접근이 가능하도록 함 | 해당 연방기구는 무료로 온라인 공공접근이 가능하도록 함 | 국가, 학문, 기관의 오픈리포지터리에 공개함 | 저자가 출판사의 동의가 없더라도 비상업적 목적으로 공개함 | 저자가 디지털 채널을 통해 오픈 포맷을 제공함 |
| 저작권 | 저작권법에 부합함 | 모든 관련 저작권법에 부합함 | 출판권이 제3자에게 부여·이전된 경우에 그 약정을 침해하지 않음 | 출판사 등의 저작물에 대한 독점적 권리보다 우선함 | 출판사가 독점권한을 가지고 있더라도 공개함 |
| 시행 시기 | 2008년 | 2014년 | 2011년 | 2013년 | 2016년 |

(출처 : 차미경, 송경진, 김나영, 국가R&D 논문성과물의 오픈엑세스를 위한 법규 개선방안, 한국문헌정보학회지, 제51권 제1호, 2017, 156면)

해외 오픈엑세스 입법의 특징은 그 대상을 공적 지원이 있는 논문으로 제한하고 있으며, 비상업적 목적으로 최초 공표후 기관 또는 저작자에 의해 그린로드하도록 허용하는 것이다. 또한 일정 기간의 엠바고를 통하여 출판사의 영업 가능 기간을 보장하고 있다.

2) 2차 공표권의 부여의 의미

대부분의 오픈액세스에 관한 해외 입법례에서 볼 수 있듯이 저자와 소속 기관에게 2차 공표권을 부여하고 있다. 최근 오픈액세스 운동이 활발해지면서 오픈액세스 학술출판이 늘어나는 경향을 보이지만, 국내에서와 같이 국가기관의 학술지 원문 확보와 배포 시스템을 가지지 않은 서구의 경우에는 학술지 발간은 영리 기업인 출판사의 몫이었고, 출판사 소속의 학술지에서 동료심사를 거쳐 발간되기 때문에 최초 공표는 이러한 경로를 따랐다.

2차 공표권 부여의 실익은 최초 공표시 상업 출판된 경우에 있어서, 이를 오픈액세스로 전환하거나 또는 국내의 저작자가 해외 학술지에 출판으로 인하여 국내에서 해당 논문을 이용하기 위해 구독료를 지불해야하는 것을 방지하는 데에 있을 것이다. 다만 2차 공표권을 부여하는 경우에도 출판사의 재산적 권리나 형량되어야 하고, 저작자의 권리를 제한하는 형식의 규율을 어렵다고 본다.

3) 독일 저작권법 제38조 제4항(2차 공표권)의 시사점

제38조(학술지)

(4) 적어도 절반 이상 공적 재원의 지원을 받은 연구활동의 일환으로 생성되고, 적어도 1년에 2회 이상 정기적으로 발행되는 편집물을 통해 발행된 학술 기고문에 있어 그 저작자가 출판인 또는 편집자에게 배타적 이용권을 설정한 경우, 어떠한 상업적 목적에도 기여하지 않는 한 저작자는 처음 발간된 때로부터 12개월이 경과한 후에는 그 기고문을 학술지에 게재가 최종 확정된 원고의 버전 형태로 일반인에게 접근(전송)시킬 권리를 가진다. 최초 발간의 출처가 표시되어야 한다. 저작자에게 불이익한 다른 약정은 효력이 없다.

(i) 입법목적

이 법의 목적은 공적 자금이 지원된 학술 출판물을 좀 더 저렴한 비용으로 이용하게 하는 것이며, 입법이유(Gesetzesbegründung)에 의하면 1990년대 중반 이래로 자연과학, 기술 그리고 의학의 분야의 학술 잡지 가격의 급격한 상승으로 인한 도서관의 재정 상태 악화의 요인으로 학술출판시장이 학술 저자와 출판물 사이에서 개별 공급자의 높은 시장지배력(der hohen Marktmacht)으로 인한 상당한 불균형을 해소하기 위한 저자와 출판사의 균형점을 찾고, 재정지원 면에서 연방은 학술 연구 프로젝트를 지원하고, 대학을 관할하는 개별주에서 학술지 구독료를 대학도서관에 지원하는 재정의 이중 지원의 문제가 제기되었다. 이를 해결하기 위해 오픈액세스를 도입하여 지식과 정보가 디지털 형태로 비용 없이 접근하고 재사용하도록 디지털 레포지토리에 이미 출간된

출판물의 전자적 제2공표하는 그린로드(Green Road)를 입법화하였다.⁴²⁾

(ii) 구속력 있는 2차 공표권(Verbindliches Zweitverwertungsrecht)

2차 공표권은 저작자의 권리⁴³⁾로 이를 행사할 경우 출판사에 구속력을 부여하는 지접적인 목적은 지배적인 출판사로부터 저자를 보호하는 것이며, 오픈액세스 전환 시 출판사에 대한 보상에 관한 문제에 있어서 협상지위를 강화하는 것이다.⁴⁴⁾

(iii) 최초의 배타적 권리는 출판사에 존속하며,⁴⁵⁾ 2차 공표권은 단순 사용권에만 적용되며, 비상업적 목적에 한한다.

(iv) 2차 공표권의 면제

학문의 자유에 근거하여 저작자의 정당한 이익이 침해될 것으로 예상되는 경우 제2공표권은 적용되지 않으며, 최초 저작물의 오류가 있거나, 법령에 의해 저작물이 철회된 경우 또는 제3자의 권리를 침해할 경우 또는 이미 레포지토리되어 있는 경우를 명시하고 있다.⁴⁶⁾

4) 독일의 2차 공표권의 시사점

저자의 2차공표권 행사 여부가 학문의 자유의 공표 여부 결정권에 의해 보호되며, 공표권의 제한이 아니라 추가로 2차공표권을 부여하며, 12개월의 엠바고 기간을 통해 출판사의 이익을 보장한 것, 제3자의 정당한 이익을 침해해서는 안 된다는 것은 우리나라의 학술지 출판이 학회이며 상업 DB업체가 발간의 중심적 지위에 있지 않음을 고려하더라도 출판에 관련된 모든 주체들의 향상된 이익을 보장하려는 법률로 평가된다.

42) Krings, Günter/Hentsch, Christian-Henner, Das neue Zweitverwertungsrecht, ZUM, Heft 12, 2013, S. 910-911.

43) VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.9.2017 - 9 S 2056/16

44) Krings, Günter/Hentsch, Christian-Henner, 앞의논문, S. 913.

45) Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage 2018, Rn 35.

46) Höpfner/Amschewitz, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019, S. 2967.

V. 오픈엑세스 정책에서 고려될 적용범위와 보상의 문제

1. 오픈 액세스정책의 대상과 적용 범위

(1) 공적자금을 지원받은 연구성과물

우리나라의 공적자금 지원에 의한 연구의 결과물인 학술논문의 경우 대부분이 선정된 연구과제에 대하여 전액 공적자금이 지원되는 것으로 파악되므로 지원 금액의 규모에 관계없이 연구과제로 선정되어 공적자금이 지원된 경우의 학술논문은 오픈엑세스 대상으로 하는 것이 타당할 것으로 판단된다. 다만 학술연구에서 공적자금과 대학 등의 연구기금이 공동으로 지원되는 경우가 있을 수 있으므로 그러한 경우 당해 연구에서 공적자금이 차지하는 비중, 연구성과의 귀속주체 등 제반사항을 고려하여 오픈엑세스 대상여부를 판단하는 것이 필요할 있다. 하지만 이러한 경우에도 지원금액 규모 및 세부 연구결과에 대한 기여도 등을 둘러싸고 연구성과의 귀속에 대한 분쟁이 초래될 수 있으므로 독일과 같이 공적자금이 적어도 절반 이상이 지원된 경우라는 명확한 범위를 제시하여 법적 분쟁을 예방하는 것이 좋을 듯하다.⁴⁷⁾

(2) 공적자금을 지원받지 않은 대학교수의 연구성과물 제출의무

연구비를 지원받은 연구자에 대한 오픈엑세스 적용과 달리 학회나 대학연구소에는 학술지 지원금을 지원한 경우가 해당될 것이다. 앞서 언급한대로 국내의 학술지 출판은 학회와 대학연구소가 주체가 되어 발간하고 있다. 따라서 학회나 대학연구소에 출판비 지원과 오픈엑세스 약정을 하는 것이 효과가 가장 클 것으로 기대된다. 이 경우 학회나 대학연구소 학술지에 저작물의 이용 동의 내지 저작권 이양동의가 이루어져야 한다.

대학교수는 헌법상 학문의 자유를 보장받는다. 대학교수는 자유롭게 자기책임하에 연구를 하며, 구체적인 연구결과를 창출하거나 그 연구결과를 공표할 의무를 부담하지 않는다. 이러한 측면에서 대학교수가 창작한 저작물은 업무상 저작물로 보지 않는다.⁴⁸⁾ 따라서 제출의무를 강제하지 못한다. 그러나 학회나 대학연구소가 출판을 하는 때에는 오픈엑세스가 가능하다고 본다.

47) 채종일, 학술논문 오픈엑세스와 저작권법 관련 쟁점 연구, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 제60권 제1호·통권99호, 2019, 350면.

48) 안효질, 오픈엑세스와 저작권법의 대응 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 계간 저작권, 2010, 29면.

2. 제출의무 강제에 관한 독일의 위헌제청 판례

독일 Baden-Württemberg 주 대학법 제44조 제6항에 의해 대학은 학술 연구자인 구성원들에게 학칙을 통하여(durch Satzung), 저작권법 제38조 제4항에 따른 권리로서 학술논문이 최초 공표되어 1년 후에 비상업적인 제2공표를 의무화하도록 하고, 이에 적용되는 해당 학술지는 적어도 1년에 2번 이상 간행되는 것이어야 한다.⁴⁹⁾ 이의 목적은 대학 레포지토리(die Hochschulen Repositorien)로 제3자의 적절한 접근을 보장하기 위한 것이었다.⁵⁰⁾ 입법자의 요구에 대하여 Konstanz 대학은 10.12.2015에 학칙을 통하여 부응하였고, 이 학칙 제2조 제2항에 따라 최초 공표 후 12개월 후 대학자체 레포지토리(Repositorium)에 공개하도록 하였다.

그러나 이 규정은 콘스탄츠 법학 교수들(Konstanzer Juristenfakultät)의 반대에 부딪혔고, 법학 교수들은 총장에게 제2차 공표의 거부를 통지하고, 이후 제2차 공표권을 규정한 학칙(die Satzung vom 10.12.2015)에 대한 무효선언을 요청하기 위해 Württemberg 주 행정법원에 규범통제소송을 진행하였다.

이에 주 행정법원은 대학법 제44조 제6항은 독일 기본법 제71조, 제73조 제1항 제9호⁵¹⁾의 확립된 연방과 주의 권한배분을 침해하는 것으로 결론짓고, 행정법원의 소송 절차를 중지하고, 연방 헌법재판소에 이를 제청하였다(26.9.2017). 대학법 제44조 제6항은 기본법 제71조에 의해 권한이 부여받지 않은 주입법부에 의해 저작권법 영역에 대하여 규율한 것이다. 동규정의 중점은 대학교육과 학문의 급부에 관한 것이 아니라 저작권에 있었다. 또한 주 행정법원은 직무발명법(Arbeitnehmerfindungsgesetz) 제42조 제1항 제1호에 의해 대학에게는 교수와 연구의 활동의 틀 안에서 직무상 창작물(Diensterfindungen)에 대하여는 공개하도록 할 정당한 권한이 있다는 견해도 표출하였다.⁵²⁾

49) Manfred Löwisch, Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht, O RDNUNG DER WISSENSCHAFT 1 (2018), S. 43

50) § 28 Abs. 3 LHG

51) 기본법 제73조 제1항 제9호는 지적재산권, 저작권 및 출판권에 관한 독점적 법률제정권을 연방에 부여하고 있다.

52) Manfred Löwisch는 Baden-Württemberg 주 대학법 제44조 제6항은 현재의 저작권법에 반하는 것으로 주장하고 있다. 저작권법 제38조 제4항의 제2공표권의 주체는 저자이며, 권리의 행사 여부는 저자에 의하도록 함에 반하여 주대학법 제44조 제6항은 제2공표를 대학이 학칙으로써 저자에게 강제하는 것이므로 이는 저자의 법적 지위의 강화에 목적을 둔 저작권법과는 다른 것으로 보고 있다.

3. 오픈엑세스 정책에서 비롯되는 학문의 자유와 지적재산권 보장과 보상

(1) 학문의 자유의 보호영역으로서 ‘학술정보접근’

학문의 자유는 구체적으로 학문연구의 자유, 학술활동의 자유, 학문기관의 자유를 그 내용으로 하며, 본질적 보호영역이라 할 수 있는 학문연구의 자유는 연구과제의 자유, 연구방법의 자유, 연구기간과 연구장소의 자유와 같은 방어권을 기본으로 하고 있다.⁵³⁾ 여기에 더하여 ‘학술정보에 자유로운 접근’이 오픈 액세스 운동에 의해 국가에 대한 적극적 급부권으로 인정될 수 있는 가치가 되어 입법화를 요구하기에 이르렀다. 이러한 경우 자유로운 접근을 위한 물적 조건의 완비를 요구할 권리가 동시에 수반될 것이다.

기본권의 효력확장 측면에서 기본권을 방어권에서 객관적 가치질서로, 객관적 가치질서의 권리화의 과정으로 이해하는 것이 올바른 판단으로 볼 수 있을 것이며,⁵⁴⁾ 이러한 급부권은 우선 구체적 입법이 요구되고, 사회경제적 상황에 따라 이념과 가치가 성숙하여 제정된 입법은 헌법을 보충하는 역할을 하기도 한다.⁵⁵⁾ 또한 자유권은 입법에 의해 제한되지만, 급부적 영역은 입법에 의해 형성되기 때문에 언론에 대한 액세스권이 언론의 자유 보호범위 확장에 기여하였듯이, 학술논문 오픈엑세스는 학문의 자유의 전통적인 소극적 권리에서 국가에 대한 적극적인 여건 조성을 요구할 수 있는 적극적 권리로서 학술논문과 공적 데이터 접근을 통한 지식과 정보의 재생산에 기여할 수 있을 것이다. 이는 매스미디어가 거대 영리 기업이 되어 발생한 독과점 현상으로부터 액세스권의 법형성된 것처럼 학술논문 시장 또한 거대 출판사의 독과점 현상으로 인한 오픈엑세스 정책이 촉발되었다는 점에서 가치 생성의 구조가 닮아 있다.

(2) 지적 재산권의 보호

공익 목적으로 제정되는 법률은 일차적으로 공익을 위한 정책적 고려가 우선됨과 동시에 부수적 목적으로는 희생되는 가치에 대한 보상의 문제가 제기될 수 있으나, 이에 관한 보상의 문제는 다양하게 논의될 수 있다.

53) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2020, 464면.

54) 이준일, 학문의 자유와 대학의 자치-헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로-, 헌법재판소, 헌법논총 제23권, 2012, 23면.

55) 전광석, 사회적 기본권 이론의 형성과 전개-인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-, 헌법재판소, 헌법논총 제29권, 2018, 149면.

우리 헌법재판소는 재산권의 제한과 관련하여 헌법 제23조 제2항의 공공복리적합성(사회적 구속성)을 고려하여 다음과 같이 판시하고 있다.

“재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉, 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 광범위한 제한이 정당화된다. 다시 말하면, 특정 재산권의 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 아니하고 일반국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 더욱 폭넓게 가진다.”⁵⁶⁾

헌법 제23조 제1항은 재산권을 보장하지만 다른 기본권과는 달리 ‘그 내용과 한계는 법률로 정한다.’고 하여 입법자에 재산권에 관한 규율권한을 유보하고 있다. 그러므로 재산권을 형성하거나 제한하는 입법에 대한 위헌심사에 있어서는 입법자의 재량이 고려되어야 한다. 일반적으로 재산권의 제한에 대하여는 재산권의 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다는 것이다.⁵⁷⁾ 또한 “개별 재산권이 갖는 자유보장적 기능이 강할수록, 즉 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕이 되는 정도가 강할수록 그러한 제한에 대해서는 엄격한 심사가 이루어져야 한다.”⁵⁸⁾고 하였다.

이에 관하여 재산권이 개인의 자주성의 핵심에 필수적인 기능을 수행하면 할수록 엄격한 심사가 이루어져야한다는 데에 대하여 재산권에 대한 철학적 견해를 검토하고 이에 관련된 법이론을 분석한 후 재산권과 공공복리 간의 사회적 지속성이 논할 필요를 제시하고 견해가 타당할 수 있다.⁵⁹⁾

오픈엑세스 입법은 최초 공표 시 오픈엑세스 학술지 게재와 기 발행된 학술지의 오픈엑세스 전환을 통하여 공익적 견지에서 학술논문의 무상이용에 그 목적이 있으므로, 무상성이라는 측면에서 저작자와 출판사의 재산권 제한이라 할 수 있으며, 오픈엑세스 입법에 있어서 적용대상의 한계 설정과 같은 방식으로 제한의 적정성을 기하여야 한다. 예컨대 ‘연구비와 출판비를 지원받은 연구

56) 헌재 1998. 12. 89. 89헌마214

57) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바 37등

58) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214

59) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화 문제, 서울대학교 법학 제48권 제112호, 2007, 110면

자와 학회'와 같은 공적지원을 받는 것을 인적 요건으로 구성하고 공적지원을 받지 않은 연구자에 대하여는 제출의무의 부과와 더불어 보상 규정을 결부시킬 필요가 있다.

(3) 오픈엑세스 입법에서 저작권재산권과 범익형량의 문제

법에 의해 보장되는 재산권을 공익 목적으로 새롭게 제정되는 법률에 의한 제한의 한계의 문제로서 이루어지는 본질적 한계에 대한 물음을 계속 제기되어왔다. 이는 공익의 추구와 개인의 기본권 보장의 충돌로 입법은 조정자로서의 역할을 해야 하며 형량사실에 대한 정확한 진단과 합리적 방법에 의한 예측이 요구된다.⁶⁰⁾ 공익과 침해되는 사익의 범익균형성은 입법 시에도 논증이 요구되며, 공익이 사익보다 더 큰 경우에 수인가능성을 기대할 수 있으며,⁶¹⁾ 이러한 수인가능성의 끝자락이 입법제량의 한계가 된다고 할 수 있다. 구체적으로는 저작권재산권, 직업의 자유와 관련된 기본권과 알권리(정보의 자유), 학문의 자유와의 충돌에 대한 세심한 형량이 요구된다고 할 수 있다. 이는 관련 기본권 간의 충돌에 대한 문제이기도 하지만, 국가의 정책의 설계에서는 과잉 금지의 일반 원칙들을 충족하는 국가 입법권의 제도 설계의 영역이기도 하다.

오픈엑세스 입법은 최초 공표 시 오픈엑세스 학술지 게재와 기 발행된 학술지의 오픈엑세스 전환을 통하여 공익적 견지에서 학술논문의 무상이용에 그 목적이 있으므로, 무상성이라는 측면에서 저작자와 출판사의 재산권 제한이라 할 수 있으며, 오픈엑세스 입법에 있어서 적용대상의 한계 설정과 같은 방식으로 제한의 적정성을 기하여야 한다. 예컨대 '연구비와 출판비를 지원받은 연구자와 학회'와 같은 공적지원을 받는 것을 인적 요건으로 구성할 수 있을 것이다.

4. 제한된 재산권의 보상

(1) 학술저작물의 공정이용과 보상

「헌법」 제23조의 재산권 규정과 헌법 제22조 제2항의 저작자의 권리를 구체화한 법률이 「저작권법」이다. 「저작권법」상 사회적 기속에 의한 저작권 제한 법리는 공정이용규정에 열거되어 있으며, 공정이용은 저작권으로 보호되는 저작물의 이용은 정신적, 문화적, 문화산업적 발전을 위한 일반적 이익을 위하여

60) 김해룡, 법치국가의 원리로서의 형량명령, 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 제34권 제1호, 2010, 2~3면

61) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13

특정한 경계와 제한을 나타내며, 이는 사회적 기속성에 따른 것이다.⁶²⁾ 공정이용과 이에 관한 보상에 관한 내용을 우선 검토할 필요가 있다.

저작권법은 헌법 제22조 제2항의 구체화된 법률로써 사회적 기속성이 반영된 공정이용은 저작자의 이용 동의를 요하지 않는다. 또한 공정이용으로 허용된 행위 유형에는 보상이 있는 경우와 보상이 없는 경우가 각기 존재한다. 저작권은 저작인격권과 저작재산권으로 나누어 보호되고, 저작인격권은 일신전속적인 권리로서 토지의 수용과 같은 완전한 소유권의 박탈은 생각하기 어렵다. 저작권법상 보상을 인정하는 경우로는 교과용도서보상금제도, 수업목적보상금제도, 도서관보상금제도를 규정하고 있으며, 그 이외의 공정이용에 대하여는 보상규정이 존재하지 않는다.

보상이 결부된 것으로는, 저작물이 학교 교육 목적상 필요로 교과용 도서에 게재하는 경우(「저작권법」 제25조)에는 저작재산권자에게 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 따라 보상금 지급 의무를 규정하고 있으며⁶³⁾, 국가나 지방자치단체에 소속되어 수업목적으로 학교 또는 교육기관의 수업을 지원하는 기관은 수업지원을 위하여 필요한 경우에 공표된 저작물의 일부분 복제가 가능하며, 부득이한 경우에는 전부 복제가 가능하며⁶⁴⁾, 이러한 경우에도 동법 제6항에 따른 보상금 규정이 적용된다.

또한 도서관을 이용하는 경우에도, 조사·연구 목적으로 이용자의 요구에 따라 공표된 도서등의 일부분의 복제물을 1명당 1부에 한하여 제공하는 경우에는 별도의 보상 규정이 없으나, 디지털 형태의 도서등을 복제하는 경우 및 다른 도서관등의 안에서 열람할 수 있도록 복제하거나 전송하는 경우에는 보상 규정에 따라야 한다.⁶⁵⁾

문화시설에 의한 복제의 경우, 국가나 지방자치단체가 운영하는 문화예술 활동에 지속적으로 이용되는 시설 등 대통령령으로 정하는 문화시설은 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 상당한 조치를 하였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우 그 문화시설에 보관된 자료를 수집·정리·분석·보존하여 공중에게 제공하기 위한 목적으로 그 자료를 사용하여 저작물을 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신할 수 있도록 하고⁶⁶⁾ 이

62) Nordemann/Czychowski, MAH Gewerblicher Rechtsschutz 5. Auflage 2017, § 43 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Rn. 12

63) 「저작권법」 제25조 제6항

64) 「저작권법」 제25조 제4항

65) 「저작권법」 제31조 제5항, 문화체육관광부고시 제2016-20호의 도서관의 저작물 복제·전송이용 보상금 기준에 따른다.

에 대하여 저작재산권자에게 보상금을 청구할 수 있도록 하고 있다.⁶⁷⁾

이와 달리 「저작권법」 제23조(재판 등에서의 복제), 제24조(정치적 연설 등의 이용), 제24조의2(공공저작물의 자유이용), 제26조(시사보도를 위한 이용), 제27조(시사적인 기사 및 논설의 복제 등), 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송), 제30조(사적이용을 위한 복제), 제32조(시험문제를 위한 복제 등), 제33조(시각장애인 등을 위한 복제 등), 제33조의2(청각장애인 등을 위한 복제 등), 제34조(방송사업자의 일시적 녹음·녹화), 제35조(미술저작물등의 전시 또는 복제), 제35조의2(저작물 이용과정에서의 일시적 복제), 제35조의3(부수적 복제 등)에는 동법 제35조의5의 저작물이용의 판단⁶⁸⁾에 따라 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에 저작물을 이용가능하게 하고 있다.

재산권의 형성과 변경을 위하여 형량 과정을 거쳐 부분적으로 발생하는 보상의무는 공용침해의 보상과는 다르다. 이는 재산권 형성 측면에서 발생하는 과도한 부담을 상계함으로써 입법형성권에 속하는 조정보상이 되므로 비례성 원칙에 따라 사회적 지속성이 초과되는 부분에 대한 보상이므로 완전보상이 아니다. 이러한 비례적 조정보상의 관점에서 학술지의 오픈액세스 정책은 수립되어야 한다고 생각된다.

(2) 제한 방식의 구체화

지식재산권 또한 헌법에서 보장하는 재산권에 당연히 포함되며, 그 경제적 이익의 주장에 있어서 공공복리라는 사회적 지속성을 가진다. 지식재산권에 근거한 계약도 동일한 원리에서 사적 자치라는 이름으로 무제한적 확장은 어렵다고 생각된다. 무엇보다 재산권의 형성은 자연현상이 아니라 사회적 구조를 반영하는 것이라 할 수 있으므로 재산권의 배타적 권리는 무조건적으로 허용되는 것이 아니라 사회의 의지와 결단에 따른 것이라 할 수 있다.⁶⁹⁾ 입법의 영역에서도 공익이라는 목적을 위해서 재산권을 제약하는 경우에 있어서도, 과잉금지 원칙에 따른 법익형량이 검토되어야 하며, 재산권의 제한에는 ‘보상’

66) 「저작권법」 제31조의4 제1항

67) 「저작권법」 제31조의4 제2항

68) 제35조의5(저작물의 공정한 이용) 제2항에 따라 이용의 목적 및 성격, 저작물의 종류 및 용도, 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향이 판단 요소이다.

69) Thomas Jefferson, Letter to Isaac McPherson, 13 August 1813 - http://presspubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html

의 문제가 수반되기도 한다.

재산권에 관하여 헌법 제23조 제1항은 “재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 하고 동조 제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있으며, 재산권의 내용 형성, 한계 설정과 제한을 입법자에게 부여하고 있다. 학술논문의 오픈액세스에 따른 보상의 방식은 연구비, 출판비 명목의 간접적 지원 방식과 아울러 고려되어야 할 것은 학술정보 유통의 플랫폼을 국가 기관이 제공하여, 학술 출판이 공적 영역 중심으로 유통이 가능하다는 점이다.

또한 재산권의 제한의 정당성에 관한 논의의 배경으로서, 재산권 제한의 방식은 법률에 의하여야 하며, 여기서의 법률은 국회의 입법절차에 의해 제정된 형식적 법률이어야 하며, 행정명령이나 행정계약에 의해 제한하는 것은 타당하지 않다.⁷⁰⁾ 이런 관점에서 한국연구재단의 학술지평가에서 오픈엑세스를 평가 항목에 넣는 것, 한국과학기술정보연구원의 연구비 지원 시 협약에 의하여 저자의 학술논문의 복제 및 배포권의 확보는 오픈엑세스에 관한 실체적 입법이 있어야 더욱 정당성을 획득할 수 있을 것이다.

(3) 적용대상의 범위에 관한 문제

공적지원을 받은 연구결과물에 대한 학술정보의 자유이용에 관하여는 공적 지원을 하는 공공기관이 지원 시 협약을 통하여 학술정보의 자유이용을 계약의 조건으로 하면 무리가 없어 보인다. 국가의 급부를 전제로 한 계약을 통하여 계약당사자에게 저작물에 관한 이용권을 가지는 것은 법리적으로도 얼마든지 가능하게 보인다. 서구의 학술출판은 최초 출판 자체가 출판 계약을 통한 저작 재산권을 형성한 후 이를 다시 공적인 플랫폼으로 학술정보를 공급하려는 제2차 공표권의 논의에는 출판사와 저자의 재산권에 침해 우려가 있기 때문에 공적지원을 받고서도 일정한 이익보장기간을 설정한 것으로 보인다. 학술정보의 출판환경이 서구와 상이한 우리나라에서 공적 지원을 요건으로 할 필요가 있을까하는 생각이 든다. 동시에 우리의 경우는 제2차 공표권의 논의 자체가 불필요할 수도 있어 보인다.

이는 서구의 학술정보 출판환경은 우리와 사정이 다르고 더군다나 오픈엑세스 방법 중 그린로드에 해당하는 개별 학회지, 연구소 홈페이지 게재는 이미 관습적으로 용인되어 있다.

70) 허영, 앞의 책, 550면.

더욱 중요한 것은 서구의 오픈액세스 정책의 추진 배경에는 산업적·경제적 효과를 고려하여 유망한 학술 연구를 집중 지원하고 이를 통해 생성된 정보, 특히 데이터의 경우, 상호 무상으로 자유이용 가능하게 함으로써 연구와 산업의 정보를 재순환시켜 혁신을 일으키려는 데 목적이 있는 것이다. 유망한 영역의 학술 정보 생산을 지원하고, 생성된 정보를 재활용하는 것은 지속가능성 측면에서 매우 중요하기 때문에 이에 대한 막대한 공적지원을 하는 것이다.

따라서 지속가능성 측면에서 학술 정보의 오픈액세스의 대상을 공적지원을 받은 연구에 한정할 필요는 없어 보인다.

좀 더 구체적으로는 연구비를 지원받은 개별 연구자 혹은 연구소는 협약을 통하여 오픈액세스가 가능하고, 공적지원이 없는 연구자의 학술논문은 대학을 통하여 제출의무부과과 동시에 일정한 보상 지원의 논의가 필요하고, 학술출판의 당사자인 학회와 대학연구소에 대하여는 학술정보 오픈액세스 정책을 위한 행정적 지원이 동시에 필요하다고 본다.

오픈사이언스의 취지는 학술정보의 생성과 유통의 관계를 유기적으로 연결하여 생성된 정보를 공개하고, 이를 이용하여 생성된 정보는 2차적으로 당면 공개를 부여하는 것이므로 이때로부터 학술정보의 자유이용이라는 하나의 생태계를 형성하여 산업과 연구의 활용할 정보의 생태계를 조성하는 것이라 할 수 있다.

VI. 결론

오픈액세스 정책은 학술논문의 생산에 소요되는 연구비, 출판비와 학술논문 소비에 사용되는 구독료의 재정의 이중적 지원을 구조적으로 해소하고, 구독료에 대한 재정 지원을 오픈액세스 학술지 발간으로 전환하여 이를 모든 연구자들에게 자유롭게 이용가능하게 하는 것을 목적으로 하고 있다.

즉, 학술정보를 오픈액세스화한다는 법적 의미는 학술정보의 규율이 저작권에서 정보권으로 이전된다는 것을 말한다. 정보와 지식은 공공재로서 모두가 자유롭게 이용 가능해야한다는 명제를 논증하는 과정은 학술정보가 시장 경제 체제로의 편입 정도에 따라 그 회복 여부를 위한 오픈액세스 제도 설정의 밀도가 결정되는 과정과 일치한다.

우선 정보 이용의 자유 접근 영역이라 할 수 있는 퍼블릭 도메인의 논의는

저작권의 극대화 현상 속에서 정보의 공공 영역이 축소되는 반작용적 논의 할 수 있으며 퍼블릭 도메인은 국민 일반의 문화, 정보, 지식, 제도의 공공재이며, 사적 소유의 형태가 아니므로 국가의 보호 관리가 없으면 저작권 확대 현상에 비추어 상대적으로 축소되고 있는 것이 사실이고 이에 대한 관리는 국가의 보호영역이며 이는 국민의 알권리에 대한 보호의무에 따르는 것으로 평가될 수 있다. 오픈엑세스는 퍼블릭 도메인의 회복으로서 학술정보에 관한 제도화라고 할 수 있으리라 생각된다.

학문의 자유는 대학이라는 제도를 통하여 형성되는 것으로서 그 보호영역은 연구의 자유와 학술활동의 자유라 할 수 있다. 연구의 자유는 내심의 영역과 같으므로 이를 제한하는 것은 학술성고가 공개되기 전까지 제한하는 것은 헌법상 용인될 수 없다. 다만 학문의 자유의 결과물이라 할 수 있는 학술정보는 정보로서 지식재산권의 영역에 속하므로 이를 보호하는 것은 학문의 자유로부터 관념적 거리를 둘 필요가 있다고 본다.

학문의 자유가 퍼블릭 도메인 형성을 위한 중추적인 영역으로 기능하는 반면 알권리는 퍼블릭 도메인의 확장적 기능을 가진다. 퍼블릭 도메인의 정보 유입 경로는 국가 및 공공 기관에서 생성된 정보가 정보공개법을 매개로 하고 있으며, 보호밀도가 높은 저작권은 저작권 보호기간의 만료 또는 저작자의 이용허락을 통하여 편입된다. 그 밖에도 빅데이터 및 사물인터넷을 통하여 생성된 개인정보는 가명정보라는 절차를 통하여 공공의 이용이 가능한 정보로 변경되고, 그 밖의 표현의 자유의 영역의 언론·방송도 퍼블릭 도메인 영역을 형성한다.

연구자들의 순수한 운동으로 시작된 오픈엑세스는 한국연구재단 등의 정책적 노력으로 많은 성과를 나타내고 있고, 더욱이 국내의 경우 한국연구재단의 원문 확보와 배포 시스템을 완비하고 있고, 학술지 출판이 학회와 대학연구소에 의해 이루어지는 상황을 보면, 이를 정착시키기 위한 조건은 성숙되어 있는 것으로 보인다.

다만, 더욱 지속가능한 오픈엑세스를 위해서는 입법을 통한 제도를 갖출 필요가 있다. 먼저 입법을 한 해외의 사례에서 볼 수 있듯이 학술지 출판과정의 모든 주체의 법익을 훼손하지 않는 충분한 고려가 있어야 하지만, 우리와의 학술논문의 출판과 유통과정이 다르다는 점은 이미 지적하였듯이 학회가 출판의 중심임을 인식한 정책과 입법이 실현될 필요가 있다.

연구자는 학술논문의 생산자임과 동시에 소비자이다. 학술논문의 성과는 지적재산법을 통하여 보호된다. 즉 학문의 자유를 근간에 두고서 연구기관인 대

학의 자율성이 보장되고, 연구자의 연구성과물은 지적재산권을 통하여 두텁게 보호된다는 측면에서 모두가 누려야 할 학문의 자유로부터 연구성과물에 대한 적절한 시기에 접근이 가능하게 지식과 정보의 장벽을 제거하기 위한 오픈액세스는 이제 급부권이라는 적극적 지위의 보장이 헌법상의 가치로 승인되고 입법을 통하여 구체화되길 바란다. 지식의 생산과 소비 그리고 재생산의 발전적 순환과정이 어느 때보다 신속하게 진행되어야 할 때임을 간과하지 않기를 바라며, 추후 입법의 과정에서 새롭게 진행되는 문제들에 대한 연구가 계속되길 바란다.

[참고문헌]

- 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화 문제, 서울대학교 법학 제48권 제112호, 2007
- 김용주, 오픈 액세스와 저작권법 개정, 인하대학교 법학연구소, 법학연구 제23권 제3호, 2020
- 김윤명, 퍼블릭도메인의 이해를 위한 개략적 고찰, 세창출판사, 2007년 겨울호(제49호)
- 김종철, 한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점 -, 헌법재판연구 제4권 제1호, 2017
- 김창조, 비공개상한제도 도입에 수반한 정보공개제도상 검토 과제, 법학논고 제67집, 2019
- 김해룡, 법치국가의 원리로서의 형량명령, 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 제34권 제1호, 2010
- 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008
- 박종현, 헌법상 문화국가원리의 구체화와 헌법재판에서의 적용, 헌법학연구 제21권 제3호, 2015
- 성낙인, 헌법상 문화국가원리와 문화적 기본권, 유럽헌법연구 통권 30호, 2019
- 안효질, 오픈엑세스와 저작권법의 대응 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 기간 저작권, 2010윤재만, 사회국가원리의 이론적 근거 및 실현방법론, 공법학연구 제12권 제3호, 2011
- 이세주, 헌법상 문화국가원리에 대한 고찰, 세계헌법연구 제21권 제2호, 2015
- 이준일, 학문의 자유와 대학의 자치-헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로-, 헌법재판소, 헌법논총 제23권, 2012
- 전광식, 사회적 기본권 이론의 형성과 전개-인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-, 헌법재판소, 헌법논총 제29권, 2018
- 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 법과 정책연구 제6집 제2호, 2006
- 조동원, 정보의 자본화 과정 비판, 정보사회와 미디어, 정보와사회 제26호, 19면
- 차미경, 송경진, 김나영, 국가R&D 논문성과물의 오픈엑세스를 위한 법규 개선방안, 한국문헌정보학회지, 제51권 제1호, 2017
- 채종일, 학술논문 오픈엑세스와 저작권법 관련 쟁점 연구, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 제60권 제1호·통권99호, 2019
- 최우정, 헌법상 문화, 국가 그리고 기본권의 관계에 대한 고찰과 전망, 헌법학연구 제27권 제4호, 2021
- 한상희, 사회권과 사법심사, 공법연구 제39집 제1호, 2010

허영, 한국헌법론, 박영사, 2020

Alexander Roßnagel, Technik, Recht und Macht ; Aufgabe des Freiheitsschutzes in Rechtsetzung und -anwendung im Technikrecht, MMR 2020, S. 222

Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage 2018

Edward Lee, The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property, 55 Hastings L.J. 91, 2003, p. 140

Höpfner/Amschewitz, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019

James Boyle, the public domain : the second enclosure movement and the construction of the public domain, 66 Law & Contemp. Prob. 33, 2003, p. 37

Krings, Günter/Hentsch, Christian-Henner, Das neue Zweitverwertungsrecht, ZUM, Heft 12, 2013

Manfred Löwisch, Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht, ORDNUNG DER WISSENSCHAFT 1, 2018

Nordemann/Czychowski, MAH Gewerblicher Rechtsschutz 5. Auflage 2017

Thomas Hoeren, Zur Einführung: Informationsrecht, JuS 2002

Thomas Jefferson, Letter to Isaac McPherson, 13 August 1813

[Abstract]

Constitutional Research on Open Access to Scholarly Information

Joo, Minho*

This paper aims to provide a normative review of the phenomenon of skyrocketing subscription fees for scholarly information in Korea. In terms of free access to scholarly information, the Open Access movement raises a fundamental rights issue where the public interest of users and the property rights of authors collide. This paper focuses on the constitutional debate on the state's responsibility to reconcile this. While it is clear that scholarly information has value as a property right, the legitimacy of restricting property rights may be justified in Korea, where there is a high density of public sector support and management in terms of the creation and distribution of scholarly information, and this was confirmed by comparing the Open Access movement and legislation in the West.

The academic freedom of researchers has a special status in relation to freedom of expression, and the discussion of Open Access needs to start with state financial support based on special protection, and the issue of state restrictions and compensation is likely to be different for different types of intellectual property rights.

It seems unnecessary to invoke property rights or academic freedom to support exclusive rights to commercial exploitation of scholarly information. The primary concern of education and science is not to reward commercial exploitation, but to contribute to society through the positive evaluation of information and the improvement of academic quality.

Authors of scholarly information are therefore concerned with the recognition of their scholarly work through peer review, the right to decide whether and when to publish scholarly information, and the protection of the identity of their work, not with the exclusivity associated with commercial exploitation

* Ph.D in Law / Researcher, Law Research Institute of Kyungpook National University

of their work. It stems from the reality of the legal justification for a system that allows scholarly information created for public purposes to be taken into the private sphere.

In other words, academic freedom functions as a complement to the right to choose a wide range of topics for research and to the information security of unhindered research on already published scientific information, and does not protect the further use of knowledge and information. As an area of free access to knowledge and information, academic freedom should be the most faithful to the basic principles of the information society.

Above all, it is necessary to ensure the continuity of national open access policies through a clear legal basis.

Keywords : Open Access, Intellectual Property Restrictions,
Academic Information, Secondary Publication Rights, Academic Freedom